

2009年法硕指导：民法学精选试题解析三十七法律硕士考试  
PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/542/2021\\_2022\\_2009\\_E5\\_B9\\_B4\\_E6\\_B3\\_95\\_c80\\_542614.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/542/2021_2022_2009_E5_B9_B4_E6_B3_95_c80_542614.htm) 1 . 下列权利中，不属于民事权利的是( )。

A.婚姻自由权 B.亲属扶养权 C.作品修改权 D.仲裁请求权

【答案】D 【考点分析】本题考查的知识点是民事权利的认定。民事权利是法律赋予民事主体享有的、为实现某种利益而为一定行为或不为一行为的可能性。民事权利的性质直接体现为一定利益，但必须是为法律确认和保护的利益，保护的主要途径就是通过法院或仲裁机构。因此，认定民事权利时，就以能否为主体带来直接利益进行判断，主体是否享有该权利是法院或仲裁机构给予保护的依据。本题选项中，A项婚姻自由权属于自然人人格权的范畴，B项亲属扶养权属于身份权的范畴，C项作品修改权属于著作人身权的范畴，由作者享有。这三项权利都能为主体带来实际利益，为法律所确认，故都属于民事权利的范畴。D项仲裁请求权是请求仲裁机构给予裁决的权利。该请求权非民法上的实体请求权，权利本身不能直接体现为实际利益，必须通过仲裁机构的具体裁决进行。仲裁请求权属于程序上的权利。故只有D项符合题意。 【注意】程序法上的请求权与实体法上的请求权不同。 2 . 我国《合同法》规定，当事人在合同中既约定了违约金又约定了定金的，一方违约时，另一方( )。 A. 只能请求适用定金条款 B. 只能请求适用违约金条款 C. 可以请求同时适用定金条款和违约金条款 D. 可以选择请求适用定金条款或违约金条款 【答案】D 【考点分析】本题考查的知识点是违约金和定金的适用。在合同中，当事人约定了违约金

，又约定了定金的，在一方发生违约时，如何适用，各国规定不同，理论也多有争议。违约金是一种违约责任方式，定金是合同履行的担保方式，性质本不同，按理说各自适用即可。但一个国家毕竟有其立法政策。我国《合同法》为了体现民法的等价有偿原则，第116条明确规定，当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。这就是说，当事人不能同时适用违约金或者定金条款，只能择其一。本题选项中，只有D项符合试题要求。【注意】违约金和定金并存时，如何适用，不能按照一般的逻辑推理理解，完全根据法律规定。当选择其一适用时，选择权在守约方。

3. 依据我国《合同法》的规定，限制民事行为能力人签订的其依法不能独立订立的合同，在未经其法定代理人追认之前，该合同的效力为( )。 A.有效 B.无效 C.部分无效 D.效力待定

【答案】D

【考点分析】本题考查的知识点是行为能力欠缺的人所订立合同的效力问题。行为能力欠缺的人是指行为能力不完全的人，包括无行为能力人和限制行为能力人。一般说来，无民事行为能力人不能独立进行民事活动，限制行为能力人可以从事与其年龄智力状况相适应的民事活动。根据《民法通则》第58条第2项的规定，限制民事行为能力人依法不能独立实施的行为无效。但根据《合同法》第47条的规定，限制行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效。依据该条规定，民法理论上的解释是，法定代理人追认限制行为能力人所订立的合同之前，该行为的效力不是无效，也不是有效，而是效力处在待定状态，其效力取决于法定代理人的追认或拒绝。当该行为被法定代理人拒绝时，行为追溯到自始无效；当该行为被

法定代理人追认，该行为自始有效。在本题中要求“根据《合同法》的规定”，而不是《民法通则》的规定，判断限制行为能力人不能独立订立合同的效力，因此，应当选择D项效力待定。A、B、C三项都不符合试题要求。【注意】我国民事立法没有明确效力待定行为，但民法理论的解释是符合立法精神的。在合同效力体系中，可分为有效合同、无效合同、可变更或可撤销合同、效力待定合同。注意各种不同合同的区别。

4. 应当先履行合同债务的当事人，得行使不安抗辩权的情形是：有确切证据证明对方( )。 A.经营状况恶化 B.丧失商业信誉 C.转移财产 D.更换法定代表人 【答案】B

【考点分析】本题考查的知识点是不安抗辩权的适用情形。根据《合同法》第68条第1款的规定，应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：(一)经营状况严重恶化；(二)转移财产、抽逃资金，以逃避债务；(三)丧失商业信誉；(四)有丧失或者可能丧失履行能力的其他情形。正确回答本题的关键是对于该条的理解。对照该条分析本题所给选项，不难看出，选项A经营状况恶化，缺少法条第一项“严重”二字，经营状况能否达到严重程度，是不安抗辩权成立的关键，没有严重恶化，仅仅是一般恶化或者有恶化的倾向，都不成立不安抗辩权，故该选项排除。B项丧失商业信誉完全符合第68条第2项规定的情形。C项转移财产，缺少法条关于转移财产的目的界定，即转移财产必须是为了逃避债务才能成立不安抗辩权，故此选项也应排除。D项更换法定代表人并不能成为丧失或可能丧失履行能力的其他情形，故也不符合试题要求。只有B项完全符合《合同法》的规定，也符合该题意。【注意】很多考试命题都源于

对某个法条的正确理解。本题中的前三项选择稍有不慎会陷入错误。可见、一个词、一个字、一个短语的增加或减少会直接影响法律的适用。切忌！

5. 依据我国《担保法》的规定，企业法人的分支机构可以作为保证人的条件是：该分支机构有( )。 A.保证能力 B.充足盈余 C.法人主管机关同意 D.法人书面授权

【答案】 D 【考点分析】 本题考查的知识点是保证人的条件。保证作为一种担保方式，是保证债务人能够履行债务，当债务人不能履行债务时，保证人负保证责任的一种担保方式。保证的担保功能要求保证人必须具备保证能力。保证能力是对保证人资格的一般要求。《担保法》第7条规定，具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民可以作为保证人。企业法人可以作为保证人没有疑问。但企业法人的分支机构虽然具有相对独立性，但作为保证人，《担保法》第10条还是给予了限制。即，企业法人的分支机构、职能部门不得为保证人。企业法人的分支机构有法人书面授权的，可以在授权范围内提供保证。《担保法》第29条又规定，企业法人分支机构未经法人书面授权或者超出授权范围与债权人订立保证合同的，该合同无效或者超出授权范围的部分无效。这就是说，企业法人的分支机构没有独立的保证能力，其有足够的盈余也不能作为保证人，仅仅主管机关的同意也不符合法律规定的作保证人的形式要件。因此，只有D项符合规定。

【注意】 该题的陷阱在于第三项法人主管机关的同意。该项与法人书面授权仅在有无“书面”两字不同，但作为保证人的要件缺乏充分性。法人的总公司能否作为其分支机构的保证人呢？分支机构是总公司的组成部分，即保证人和债务人同为一个主体，保证合同的意义何在？法人总

公司和子公司之间可以互为保证人。百考试题编辑祝各位好运！100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)