

飞跃版
FEIYUE

2009

国家司法考试高分演练系列

卷四案例题

经典模式八十讲

主编 / 段波

卷四复习方法的创新之作

掌握知识图表 记忆事半功倍

突破经典模式 复习游刃有余

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

飞跃版

2009

国家司法考试高分演练系列

卷四案例题

经典模式八十讲

主 编 / 段波

编写人员 / (以姓氏笔划为序)

李春艳 张小平

徐同远 符浩云

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

2009 国家司法考试卷四案例题经典模式八十讲/段波

主编. —北京: 中国法制出版社, 2009. 1

(2009 国家司法考试高分演练系列)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0964 - 3

I. 2… II. 段… III. 法律工作者 - 资格考核 - 中国 -
解题 IV. D92 - 44

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 005467 号

2009 国家司法考试卷四案例题经典模式八十讲

2009 GUOJIA SIFA KAOSHI JUANSI ANLITI JINGDIAN MOSHI BASHIJIANG

主编/段波

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2009 年 3 月第 1 版

印张/14.75 字数/227 千

2009 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0964 - 3

定价: 35.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66065672

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

必考模式是复习案例题的线索（代序言）

司法考试卷四的案例题的分值相对较高（一般在10分到25分之间），而考查的知识点相对较少（大约在5到8个）左右，也就是说，每个知识点能够占据2到3分的分值，与一道选择题考查两到三个知识点而只有一两分相比，案例题是司法考试各种题型中“性价比”最高的题型，同时，由于案例题的得分率一向较低，案例题也是司考考试各种题型中具有较大区分度的题型。事实上，每年前三卷成绩及格而在卷四折戟沉沙的考生在所有没有过关的考生中占据相当大的比例。所以，每个参加司法考试的考生，一定要对案例题给予高度的重视，争取拿到较好的分数，以确保顺利过关。

其实，大多数考生对卷四的重要性都有所了解，难的是缺乏一种科学的学习方法来复习案例题。在这里，笔者给大家推荐本书所使用的复习方法——必考模式复习法。

要想做好案例题，笔者以为，需要具备以下的几项能力：

第一，了解案例题常考的知识点以及考查的形式。知己知彼，百战不殆。事实上，能够被用来作为案例题考点的知识点在所有的知识点中所占据的比重并不大，而以案例的方式来考查这些考点的方式更是寥寥无几。司考的真题越来越多，司法考试案例题的主要考查方式已经基本浮出水面，了解、掌握这些考查方式是考生卷四得到高分的一条捷径，本书所归纳的八十个案例题必考模式就是编者在这一方面的一种尝试。

第二，每个可能被考查的知识点一般自身都自成体系，具有一定的综合性。考生如果能够融会贯通的掌握这样的体系，不仅能够准确的解题，更重要的是能够更快的解题。考虑到相当一部分考生卷四不能全部做完，能够以较快的速度准确解题是卷四得高分的一大关键。本书在每个必考模型后面均附有一个图表形式的归纳总结，以期建立一个相对系统的知识体系，供读者参考。

第三，考虑到卷四的案例题属于主观性的题型，要求对所考查的知识的理论基础有所了解。本书设有“法理分析”一栏，方便读者学习。

最后，做好案例题需要考生有一定的阅读分析能力、理解归纳能力与语言组织能力，这些能力必须来自于一定的实战训练，本书在每个必考模型后均有一个实战实例，这些示例均来自经典的司考案例，可以帮助读者提高上述三种能力。

本书既可以供基础复习阶段考生巩固基本知识所用，也可供冲刺阶段考生突击重点所用，当然，作为一种新的尝试，疏漏难以避免，恳请广大读者提出宝贵意见。来信请EMAIL：duanbo0425@yahoo.com.cn，或者登录笔者的司考博客（<http://blog.sina.com.cn/dbsikao>），进行沟通与讨论。

最后，祝2009年的广大考生复习愉快，顺利过关。

段波
2009年2月

目 录

民 法

模式一	宣告失踪、宣告死亡、死亡宣告被撤销后的财产关系	1
模式二	代理、转代理、委托合同	4
模式三	民事行为能力、重大误解	6
模式四	债权合同的成立与物权变动的区分	8
模式五	无权处分与善意取得	12
模式六	物权法综合考查	15
模式七	合同成立、合同的效力与合同责任	17
模式八	合同解除权、合同抗辩权与合同责任	19
模式九	保证合同与保证责任	22
模式十	买卖合同、所有权移转、风险负担与孳息归属	25
模式十一	融资租赁合同、运输合同、借款合同、保证合同、 技术咨询合同	28
模式十二	合同法与侵权法综合考查	31
模式十三	加害给付、请求权竞合、共同侵权与损害赔偿	33
模式十四	特殊侵权行为	35
模式十五	著作权与邻接权的关系	38
模式十六	继承人与遗产分配	41
模式十七	遗嘱继承、代位继承与转继承	43
模式十八	婚姻法综合考查（无效婚姻、离婚诉讼、离婚财产分割、 离婚损害赔偿）	45
模式十九	民法总论、物权法、合同法综合考查（一）	49
模式二十	民法总论、物权法、合同法综合考查（二）	51

商 法

模式一	公司资本制度	53
模式二	公司法人治理结构	57
模式三	公司资本制度与中小股东保护	60
模式四	公司法人治理结构与中小股东保护	64

模式五 一人公司	66
模式六 合伙企业法综合考查	68
模式七 票据权利	74
模式八 票据责任	79
模式九 破产法	81
模式十 商法综合考查	85

刑 法

模式一 犯罪主观要件	87
模式二 犯罪主体、责任年龄	89
模式三 排除犯罪事由	91
模式四 犯罪的未完成形态	93
模式五 共同犯罪	95
模式六 罪数和数罪并罚	97
模式七 刑罚论	100
模式八 刑法的适用范围	103
模式九 刑法上的认识错误	105
模式十 犯罪客观要件	107
模式十一 交通肇事犯罪	109
模式十二 生产、销售伪劣产品犯罪	111
模式十三 假币犯罪	113
模式十四 绑架罪、抢劫罪、非法拘禁罪、敲诈勒索罪	115
模式十五 毒品犯罪	117
模式十六 盗窃罪、诈骗罪、转化抢劫	119
模式十七 贿赂犯罪、渎职罪	121
模式十八 贪污犯罪、职务侵占罪、挪用资金罪、挪用公款罪	123
模式十九 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫犯罪	125
模式二十 合同诈骗罪、贷款诈骗罪、掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪	127

行政法

模式一 行政许可、行政诉讼与国家赔偿	130
模式二 行政处罚、行政复议与行政诉讼	134
模式三 国家赔偿义务机关、赔偿金的确定、对赔偿决定的异议	139
模式四 公务员的处分与救济	143
模式五 治安管理处罚	146

民事诉讼法与仲裁制度

模式一 管辖、管辖权异议	148
模式二 诉、诉的类型、诉讼标的、诉讼请求、反诉	152
模式三 当事人、共同诉讼、第三人、诉讼代理人	154
模式四 证据、证明	158
模式五 法院调解	160
模式六 财产保全、先予执行	162
模式七 普通程序、简易程序、简易程序向普通程序的转化	165
模式八 二审程序、二审程序的裁判、二审程序中特殊情形的调解	169
模式九 审判监督程序、审判监督程序的启动、再审案件的审理	172
模式十 督促程序、公示催告程序	175
模式十一 执行程序	177
模式十二 仲裁协议的有效、仲裁协议的失效	180
模式十三 仲裁裁决、仲裁裁决的撤销、仲裁裁决的不予执行	182

刑事诉讼法

模式一 立案管辖、审判管辖、审级制度	184
模式二 立案监督、刑事诉讼主体	187
模式三 辩护人范围和权利、辩护的种类	190
模式四 侦查程序	193
模式五 证据分类、证据效力、非法证据排除	195
模式六 强制措施与羁押期限	198
模式七 公诉与自诉、回避、延期审理	201
模式八 简易程序的适用	204
模式九 附带民事诉讼案件及其赔偿范围	207
模式十 不起诉、不追究刑事责任的情形处理	210
模式十一 二审上诉程序、上诉不加刑原则的适用、二审的审判方式、 程序	212
模式十二 死刑复核程序	215
模式十三 审判监督程序	217
模式十四 执行程序、暂予监外执行、有权撤销假释的机构	219
模式十五 未成年人刑事案件的诉讼程序	224

民法

模式一 宣告失踪、宣告死亡、死亡宣告被撤销后的财产关系



模式概述

本模式以一个自然人失踪数年后再生还的案例为切入点，主要考查宣告失踪与宣告死亡的相关考点，具体包括二者的适用条件、法律后果以及死亡宣告判决被撤销以后，当事人的人身关系（主要是婚姻关系，特别是妻子改嫁后丈夫又死亡时，原婚姻关系是否自行恢复）与财产关系如何；本模式不仅可能出现在卷四的案例题中，也是卷三选择题的高频考点，考生应当给予高度重视。



法理分析

宣告失踪与宣告死亡的制度价值

• 宣告失踪的主要法律意义，在于为失踪人设定财产代管人。而对于未成年人或成年的精神病人，法律已为其设置了监护人制度，即使其失踪，监护人即可担负财产代管责任，无须再另设财产代管人。如照此推理，宣告失踪，仅对有完全行为能力的成年人才有意义。

宣告失踪是对自然事实状态的法律确认，其制度价值在于救济因自然人下落不明而导致的财产关系不稳定状态。通过宣告下落不明人为失踪人，可为其设立财产代管人，保管失踪人财产、处理了结的债权债务，维护失踪人和利害关系人的利益，维护社会秩序的稳定。

• 宣告死亡的制度价值，在于维护生者的利益——包括配偶的再婚权、继承人的继承权、债权人的受偿权等。由于宣告死亡要消灭被宣告死亡人的民事主体资格，所以，法律对此慎之又慎。法律规定的宣告死亡的条件，要比宣告失踪条件严格得多。



实战示例

某市陶器厂采购员曲飞，2002年2月15日外出联系业务未归，直至2007年仍无音讯。5年来，曲飞的妻子沈萍和曲飞的父母以及陶器厂多方寻找均无效果，未发现曲飞的踪迹。由于曲飞是因公外出下落不明的，陶器厂按月将曲的工资发给曲妻沈萍，逢年过节还专门送点钱和物品，以示慰问。至2007年，

曲飞下落不明已达 5 年，陶器厂准备申请人民法院宣告曲飞死亡，给其亲属一次性抚恤金，从而结束目前这种不正常的状态。曲飞的父母则认为不能直接申请宣告曲飞死亡，应该先申请宣告失踪，否则不让陶器厂申请。陶器厂认为自己有权申请，即向法院提出申请，但遭法院裁决驳回。曲飞父母认为自己的理由得到了法院的支持。2007 年 6 月，曲飞的妻子未经曲飞父母同意直接向人民法院申请宣告死亡。人民法院受理了曲飞妻子的申请，于 2008 年 8 月 15 日宣告曲飞死亡。曲飞的财产被分给沈萍和他的父母。沈萍不久便嫁给了本单位的一名司机，不料刚结婚半个月，这名司机便在一次车祸中丧生。

2008 年 11 月，曲飞从外地回到家里。原来曲飞出差到外地，偶遇一儿时朋友，受朋友怂恿，拿随身携带的公款与此朋友合伙做起了买卖。不料头笔买卖便赔了。曲飞无脸回家，在外晃荡了 5 年。因思家心切，便回来了。曲飞回家后得知一切，便首先提出要与沈萍恢复夫妻关系。沈萍坚决不同意与曲飞复婚。曲飞诉至法院，要求与沈萍复婚，并返还其财产。

◆问题

1. 人民法院为什么裁决陶器厂不能申请曲飞死亡？
2. 人民法院为什么受理了曲飞妻子沈萍的申请并作出了死亡宣告？
3. 曲飞父母认为应先宣告失踪，正确吗？
4. 曲飞能与沈萍恢复夫妻关系吗？
5. 曲飞被处分的财产应如何处理？
6. 设曲飞一直未生还，则其死亡的日期为何？
7. 设沈萍于 2008 年 9 月将与曲飞所生的 7 岁女儿送与他人收养，后曲飞能否以未经本人同意为由，主张该收养无效？应否予以准许？
8. 设曲飞被认为下落不明的原因是由于沈萍隐瞒真实情况造成，沈萍应负什么财产责任？

◆参考答案

1. 陶器厂不是申请曲飞死亡的第一顺序利害关系人，提出宣告曲飞死亡的申请与程序不符。
2. 沈萍作为曲飞的配偶，是申请宣告曲飞死亡的第一顺序人，又符合申请宣告死亡的条件，故法院受理了沈萍的申请。
3. 不正确。宣告失踪不是宣告死亡的前置的、必经的程序。
4. 曲飞不能恢复与沈萍的夫妻关系。
5. 被其父母和沈萍继承的财产，如果原物存在，应予返还；如果不存在，则给予适当的补偿。
6. 其死亡的日期应为 2008 年 8 月 15 日。
7. 一般不应准许，除非收养人和被收养人同意。
8. 沈萍应返还取得的财产及孳息，并赔偿由此造成的曲飞的损失。

归纳总结

	宣告失踪	宣告死亡
概念	宣告失踪指自然人离开自己的住所或居所，没有任何消息达法定期限，由利害关系人向法院申请，由法院宣告自然人为失踪人，以结束失踪人财产关系上的不确定状态。	宣告死亡是自然人下落不明达法定期限，经利害关系人申请，法院宣告其死亡的法律制度。宣告死亡与生理死亡相对称。生理死亡是自然事实，宣告死亡是一种法律上的推定，可反证推翻。

宣告条件	1. 公民下落不明满 2 年，下落不明是指公民离开最后居住地后没有音讯的状况；战争期间下落不明，时间从战争结束之日起算； 2. 由利害关系人向法院申请。人民法院不得主动宣告失踪。利害关系人指被申请人的配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女以及其他与被申请人之间有民事权利与义务关系的人，宣告失踪无顺序限制； 3. 须经法院依照法定程序宣告。	1. 公民下落不明满 4 年，或者因意外事故下落不明，从事故发生之日起满 2 年，战争期间下落不明从战争结束之日起算； 2. 利害关系人向法院申请，申请宣告死亡利害关系人的顺序：（1）配偶；（2）父母、子女；（3）兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女；（4）其他有民事权利义务关系的人； 3. 须经人民法院依法定程序宣告。
程序	法院受理之后，应发出寻找下落不明人的公告。公告期为 3 个月。公告期满仍不能确知其下落的，应作出失踪宣告。	法院受理之后，应发出寻找下落不明人的公告，公告期为 1 年。因意外事故下落不明，经有关机关证明不可能生存的，公告期则为 3 个月。期满仍不能确知其下落的，应作出死亡宣告。
法律后果	1. 财产代管人的指定，失踪人财产由其配偶、父母、成年子女或者关系密切的其他亲属朋友代管； 2. 财产代管人的职责，失踪人所欠税款债务和应付的其他费用，由代管人从失踪人的财产中支付，其他费用包括赡养费、扶养费、抚育费和因代管财产所需管理等必要费用，在涉及失踪人的法律诉讼中，代管人作为原告或被告参加诉讼。	1. 被宣告死亡的人，判决宣告之日为其死亡的日期，发生死亡的法律后果，即丧失民事行为能力，遗产依法继承，婚姻关系消灭； 2. 被宣告死亡与自然死亡的时间不一致的，被宣告死亡所引起的法律后果仍然有效。但自然死亡前实施的民事法律行为与被宣告死亡引起的法律后果相抵触的，则以其实施的民事法律行为为准。
撤销条件	被宣告失踪人重新出现或者确知他的下落，经本人或利害关系人申请，法院应当撤销对他的失踪宣告。	被宣告死亡的人重新出现或者确知他没有死亡，经本人或者利害关系人申请，法院应当撤销对他的死亡宣告，利害关系人申请撤销死亡宣告不受顺序限制。

模式二

代理、转代理、委托合同



模式概述

本模式以一个代理关系的案例为切入点，考查代理与委托合同的相关知识，具体包括代理的概念、代理与复代理、代理与委托的关系以及相关的法律责任等。本模式的关键在于能够将民法总论关于代理的知识与合同法关于委托合同的知识点结合起来。



法理分析

●代理是代理人于代理权限内，以本人（被代理人）名义向第三人（相对人）为意思表示或受领意思表示，而该意思表示直接对本人生效的民事法律行为。《民法通则》第63条第2款规定：代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任。代理涉及三方当事人：即被代理人或称本人、代理人和第三人。

●委托合同又称委任合同，是指委托人与受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。其中，委托他人为自己处理事务的人称委托人，接受他人委托的人称受托人。



实战示例

某镇渔业捕捞专业户王强有1500公斤鱼要出售，正巧运输个体户刘洪开着拖拉机去城里给别人拉一批货。王强与刘洪约好，由刘洪将1500公斤鱼顺便拉到鱼市代卖，鱼价随行就市，销完抽5%给刘洪作报酬。刘洪拉着这批鱼驶往鱼市，离鱼市还有50余里时，突然迎面开来一辆汽车将拖拉机撞坏。警察说责任不在刘洪，责令对方给刘洪修车。但由于天气炎热，拖拉机一时半会儿又修不好，正巧刘洪的好朋友孙宇开着车路过出事地点。刘洪怕鱼变臭，又与王强联系不上，于是就求孙宇将拖拉机上的这些鱼捎到鱼市，能卖几个钱就算几个钱，孙宇将鱼拉到鱼市上的时候，已经到了下午，由于鱼已不太新鲜，又怕当天卖不出去坏掉，只好降价1/4卖出。事后，刘洪从孙宇交给他的卖鱼款中扣下约定的5%的报酬后，将其余的钱交给了王强。王强一盘算，这样一来他少得2000多元，损失太大了。故王强提出，原来说按市价卖出，按比例提成。现在卖价低于市价1/4，刘洪就不应再拿5%的报酬了，而且他认为刘洪应赔偿在代销中给他造成的损失。刘洪则认为，撞车是对方司机过错造成的，要赔也只能让撞车人去赔，自己没错，费了这么大劲，总不能白干吧！双方各不相让，只好诉至法院解决。请回答下列问题：

◆问题

1. 王强托刘洪代销鱼，而刘洪在中途未经王强同意将鱼委托孙宇处理，刘洪是否已经超越了代理权？
2. 孙宇与刘洪之间是什么法律关系？
3. 王强的损失应由谁来承担？
4. 设孙宇取得卖鱼款后即逃走，该损失应由谁负担？为什么？

5. 设孙宇卖鱼时垫付鱼市行费 140 元, 孙宇应向谁要求支付? 能否要求支付利息?
6. 孙宇能否向王强要求支付报酬? 为什么?

◆ 参考答案

1. 刘洪在中途委托孙宇处理鱼, 是紧急情况下作出的保护被代理人王强利益的转委托行为, 并未超越代理权。
2. 孙宇与刘洪之间是次代理人与代理人之间的关系, 孙宇是王强的代理人而非刘洪的代理人。
3. 王强有权向撞坏刘洪拖拉机的汽车司机 (侵权人) 进行追偿。
4. 该损失应由刘洪承担。因为作为选择次代理人的代理人, 刘洪负有选任责任。
5. 应向被代理人王强要求支付费用。可以要求支付利息。
6. 不能要求王强支付报酬。因为委托合同若无特别约定, 应为无偿合同。

归纳总结

代理与委托的区别

1. 行使权利的名义不同。前者是以被代理人的名义活动, 包括显名代理和隐名代理, 在隐名代理情形, 相对人亦可知代理人是在为被代理人从事法律行为; 在后者, 受托人既可以以委托人名义活动, 也可以以自己的名义活动。

2. 从事的行为性质不同。代理人的行为是民事法律行为, 以意思表示为要素; 受托人的行为可以是民事法律行为, 也可以是事实行为。

3. 涉及的当事人不同。代理涉及三方当事人, 即被代理人、代理人和第三人; 委托则属于双方当事人之间的关系。(参见《民法通则》第 63 条第 2 款, 《合同法》第 396 条)

注意: 代理权授予行为是单方法律行为, 而委托合同则是双方法律行为。

模式三

民事行为能力、重大误解



模式概述

由于民事行为能力制度与法律行为的效力有着密切的关系，所以二者在司考案例题中往往会同时出现。本模式以一个行为能力不完全的自然人的购买行为为切入点，考查其所从事的法律行为的效力及其他法律后果，具有一定的综合性。



法理分析

- 关于行为能力。18 周岁以上的公民是完全民事行为能力人；16 周岁以上不满 18 周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。所谓以自己的劳动收入为主要生活来源，是指能以自己的劳动取得固定收入或较稳定的收入，并能以此收入维持当地群众的一般生活水平。关于限制行为能力人行为效力待定，其行为须经代理人追认。
- 关于重大误解。重大误解的民事行为为可撤销、可变更的民事行为，当事人对民事行为主要方面包括性质、当事人、标的物的根本性错误，构成重大误解。



实战示例

康兰 16 周岁，一天她到某公司以 4000 元购买了一台电脑，她父母认为她尚未成年，没有征得家长同意，不能进行大数额的买卖，要求公司退款，而康兰提出她作临时工，可以自食其力，不愿退货。

◆ 问题

- (1) 康兰的买卖行为是否有效？
- (2) 如果康兰是一名在校中学生，其父母的退款要求是否合法？
- (3) 如果该电脑实际价值 8000 元，但售货员一时大意错标成 4000 元，该公司能否主张撤销该买卖行为？
- (4) 如果该公司卖出该电脑后觉得后悔，提出该售货员并未被授权出卖该物，属于越权，据此主张买卖无效，是否合法？
- (5) 如果康兰购买时带钱不够，留下 3000 元，并约好第二天带 1000 元取走该电脑，但电脑在当夜被盗，该损失应由谁承担？

◆ 参考答案

(1) 有效。康兰已年满 16 周岁，并以自己工资收入为主要生活来源，根据《民法通则》第 11 条第 2 款之规定，16 周岁以上不满 18 周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。因此康兰可以视为完全民事行为能力人，因而该买卖行为合法有效。

(2) 在这种情况下，康兰不属于以自己的劳动收入为主要生活来源，因未满 18 周岁，康兰属于限制

民事行为能力人，该买卖行为属于效力未定的民事行为，其法定代理人有权不予追认，因此，康兰父母的退款要求是合法的。

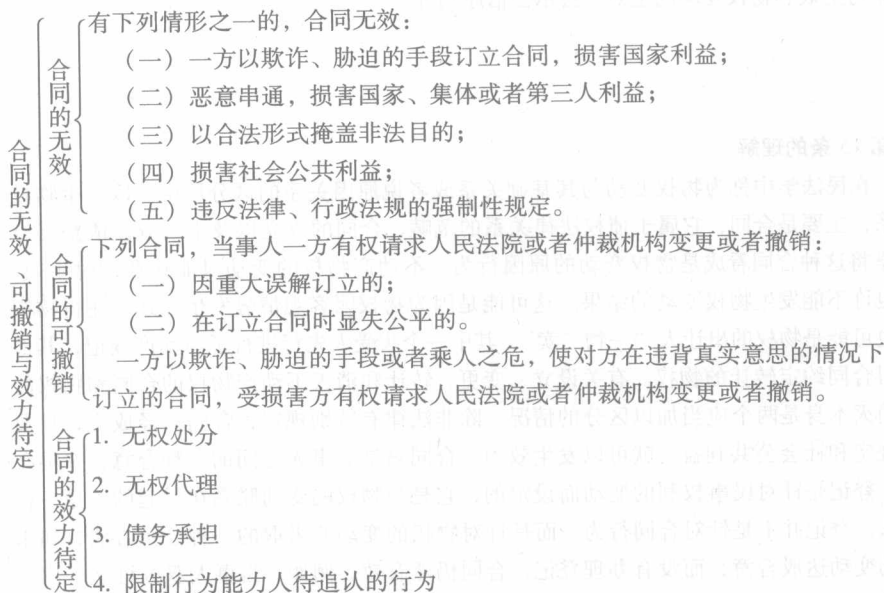
(3) 根据《民通意见》第71、73条之规定，行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖并造成较大损失的，可以认定为重大误解。对于重大误解的民事行为，当事人可以请求法院予以变更或撤销。对价格的误解属重大误解，因此该公司有权请求撤销该合同。

(4) 纵是售货员越权订立的合同，但当时康兰有理由相信其有相应的代理权，故属表见代理，该行有效。

(5) 由于双方约定次日付款提货，因此被盗时电脑所有权仍属公司，意外毁损、灭失的风险应由公司承担。

归纳总结

合同的无效、可撤销与效力待定



模式四 债权合同的成立与物权变动的区分



模式概述

债权合同的成立与物权变动的区分是物权法的重点与难点，也是连接物权法与债权法的一个桥梁。本模式以一个物权变动的案例为切入点，着重考查物权变动与引起这种物权变动的债权合同的区分，具体包括债权合同的成立与生效、物权变动的生效、公示公信原则等。



法理分析

● 对《物权法》第15条的理解

本条规定的内容，在民法学中称为物权变动与其基础关系或者说原因关系的区分原则。以发生物权变动为目的的基础关系，主要是合同，它属于债权法律关系的范畴，合同的成立以及生效应该依据《合同法》来判断。民法学将这种合同看成是物权变动的原因行为。不动产物权的变动只能在登记时生效，依法成立生效的合同也许不能发生物权变动的结果。这可能是因为物权因客观情势发生变迁，使得物权的变动成为不可能；也可能是物权的出让人“一物二卖”，其中一个买受人先行进行了不动产登记，其他的买受人便不可能取得合同约定转让的物权。有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同和物权的设立、变更、转让和消灭本身是两个应当加以区分的情况。除法律有特别规定，合同一经成立，只要不违反法律的强制性规定和社会公共利益，就可以发生效力。合同只是当事人之间的一种合意，并不必然与登记联系在一起。登记是针对民事权利的变动而设定的，它是与物权的变动联系在一起的，是一种物权变动的公示的方法。登记并不是针对合同行为，而是针对物权的变动所采取的一种公示方法，如果当事人之间仅就物权的变动达成合意，而没有办理登记，合同仍然有效。例如，当事人双方订立了房屋买卖合同之后，合同就已经生效，如果没有办理登记手续，房屋所有权不能发生移转，但买受人基于有效合同而享有的占有权仍然受到保护。违约的合同当事人一方应该承担违约责任。依不同情形，买受人可以请求债务人实际履行合同，即请求出卖人办理不动产转让登记，或者请求债务人赔偿损失。

（《物权法》第15条 当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。）



实战示例

甲女婚后无房，与丈夫乙协商，欲向娘家父母、兄长要钱200万元购买一套住宅，丈夫乐而从之。甲即要回钱来，又以个人身份，独自与百花庄园置业有限公司签订房屋买卖合同，购得180平方米单元楼房一套。

房屋登记时，甲之兄丙提醒甲：害人之心不可有，防人之心不可无，万一乙将来变心，房子可是大问题，要求甲采取可靠的防范措施。甲虽考虑再三，最终将房屋登记为夫妻共同共有，同时，夫妻二人

与甲之父、母、兄订立了“抵押担保合同书”，合同中载明，房款200万元全系从娘家借得，现以该房抵押担保，10年内还清，如若不然，甲之家人有权将该房变卖、拍卖，优先受偿。后来由于种种原因，没有进行登记。越三年，乙另有新欢，夫妻关系即告破裂，双方果生房屋归属争议，甲持房屋买卖合同向法院提起诉讼，主张房屋归个人所有。甲之父母、兄长也作为一方加入纠纷，要求按照“抵押担保合同”实现权利。

诉讼中，乙辩称：200万元房款不是借款，是甲娘家人在婚后的赠与，属于夫妻关系期间所得的财产；房屋是夫妻共同共有财产；抵押合同书真实无误，但不是自己真实的意思表示，是甲当时以感情问题压迫自己，耗不过老婆，勉强签名，实为胁迫之结果，请求撤销该合同。

◆问题

1. 本案中涉及的法律关系有哪些？
2. 本案中的房屋所有权应归谁所有？为什么？
3. 本案中的抵押担保合同是否成立？甲之父、母兄长能否主张抵押权？为什么？

◆参考答案

1. 本案中包含四个债权关系和一个物权法律关系。债权关系分别是，甲女与置业公司之间的房屋买卖合同；甲女与乙男之间的赠与合同（甲女将其所有的房屋登记为夫妻共有，是对乙男的赠与行为）；甲女、乙男和甲的父母、兄之间的借款合同；甲女、乙男和甲的父母、兄之间的抵押担保合同。物权法律关系为甲女与乙男之间的房屋共有法律关系。此案例考查了物权和债权的区别，体现了物权行为和债权行为的不同效力，体现了物权行为的独立性和无因性。

2. 本案中的房屋应归甲女与乙男共有。《物权法》第9条规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但法律另有规定的除外……”因此，甲女将房屋登记为夫妻共有财产，所有权就归甲女和乙男共有。第15条规定：“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。”

3. 本案中的抵押担保合同有效。但甲的父母、兄长无权主张行使抵押权，因为抵押权不成立。根据《物权法》，抵押合同有效成立。《物权法》第185条规定，设立抵押权，当事人应当采取书面形式订立抵押合同。抵押合同一般包括下列条款：（一）被担保债权的种类和数额；（二）债务人履行债务的期限；（三）抵押财产的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权归属或者使用权归属；（四）担保的范围。第187条规定：“以本法第一百八十条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。”因此，本案中未办理抵押权登记，抵押权没有成立。



归纳总结

债权合同的成立与物权变动的区分

	债权合同	物权变动
抵押	书面形式，成立即生效（《物权法》第15条、第185条）	《物权法》第187条 以本法第一百八十条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。
		《物权法》第188条 以本法第一百八十条第一款第四项、第六项规定的财产或者第五项规定的正在建造的船舶、航空器抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。
		《物权法》第189条 企业、个体工商户、农业生产经营者以本法第一百八十一条规定的动产抵押的，应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记。抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。
动产质押	书面形式，成立即生效（《物权法》第15条、第210条）	《物权法》第212条 质权自出质人交付质押财产时设立。
权利质押	书面形式，成立即生效	《物权法》第226条 以基金份额、股权出质，当事人应当订立书面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。
	书面形式，成立即生效	《物权法》第228条 以应收账款出质的，当事人应当订立书面合同。质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。 应收账款出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让应收账款所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。
	书面形式，成立即生效	《物权法》第227条 以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的，当事人应当订立书面合同。质权自有关主管部门办理出质登记时设立。 知识产权中的财产权出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让或者许可他人使用出质的知识产权中的财产权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。
	书面形式，成立即生效	《物权法》第224条 以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，当事人应当订立书面合同。质权自权利凭证交付质权人时设立；没有权利凭证的，质权自有关部门办理出质登记时设立。
土地承包经营权	书面形式成立生效	《物权法》第127条 土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。