

科学统计历年考点频率，专题讲解必考疑难问题！

飞跃版

2009 司法考试

SI FA KAO SHI BI KAO YI NAN ZHUAN TI JING JIE

必考疑难专题精解

• 段波 编著 •



用最精简的内容涵盖最大的分值，
用最短的时间掌握最重要的知识！

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

飞跃版

2009司法考试

SI FA KAO SHI BI KAO YI NAN ZHUAN TI JING JIE

必考疑难专题精解

• 段波 编著 •



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

2009 司法考试必考疑难专题精解/段波著. —北京:
中国法制出版社, 2009. 2

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1014 - 4

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 015145 号

2009 司法考试必考疑难专题精解

2009 SIFA KAOSHI BIKAO YINAN ZHUANTI JINGJIE

编著/段波

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2009 年 3 月第 1 版

印张/22.75 字数/447 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 - 1014 - 4

定价: 45.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66065921

邮购部电话: 66033288

序 言

司法考试虽然因其低通过率而有“中国第一考”的“美称”，但是也是有一定的复习规律可循的，其中一个最大的特点就是“重者恒重”。如何遵照“二八定律”，掌握科学的学习方法，提高司考复习的效率，用20%的时间掌握80%的重点内容，是每个考生都梦寐以求的事情。根据考生的这一需求，本书对2005-2008年近五年的司考试题进行了梳理，从中提炼出占据分值比例最大的若干个专题进行系统解析，并对这些专题中最容易出错的疑难点以问答的形式给予分析，力求用最精简的内容涵盖更多的试题分值，帮助读者用最少的时间取得最大的收获。从这个角度讲，本书是一本“性价比”很高的司考辅导书。

本书既可以供基础复习阶段考生巩固基本知识所需，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，或者登陆笔者的司考博客 (<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

(目录中专题前面的分值部分是根据 2004—2008 年近五年司法考试中出现的真题分值累加统计而得, 可以反映出该专题在历年司法考试中所占比重, 以供考生参考。)

民 法

- (5 分) 专题一 民事权利的分类 / 1
- (2 分) 专题二 民事法律关系 / 3
- (1 分) 专题三 宣告死亡 / 5
- (4 分) 专题四 法人的能力 / 7
- (4 分) 专题五 意思表示的成立 / 9
- (2 分) 专题六 民事法律行为的概念、类型与效力 / 10
- (5 分) 专题七 无权代理与表见代理 / 14
- (8 分) 专题八 诉讼时效 / 15
- (21 分) 专题九 物权变动 / 20
- (4 分) 专题十 建筑物区分所有权 / 25
- (3 分) 专题十一 共有 / 28
- (9 分) 专题十二 抵押登记 / 30
- (5 分) 专题十三 质权 / 31
- (3 分) 专题十四 担保物权的竞合 / 33
- (4 分) 专题十五 留置权的成立要件与法律效果 / 34
- (5 分) 专题十六 债权人撤销权 / 36
- (5 分) 专题十七 保证 / 38
- (4 分) 专题十八 债权让与 / 44
- (3 分) 专题十九 抵销 / 45
- (7 分) 专题二十 合同责任 / 47
- (1 分) 专题二十一 买卖合同所有权移转与风险负担、孳息归属 / 48
- (9 分) 专题二十二 房屋买卖合同 / 50
- (3 分) 专题二十三 赠与合同 / 52
- (4 分) 专题二十四 租赁合同 / 54
- (4 分) 专题二十五 承揽合同 / 56

- (6 分) 专题二十六 建设工程合同 / 59
- (5 分) 专题二十七 不当得利 / 62
- (6 分) 专题二十八 无因管理 / 64
- (8 分) 专题二十九 著作权主体 / 66
- (6 分) 专题三十 著作权人与邻接权人的关系 / 68
- (29 分) 专题三十一 知识产权侵权 / 71
- (14 分) 专题三十二 离婚时的夫妻财产关系认定与处理 / 74
- (3 分) 专题三十三 法定继承人的范围 / 77
- (3 分) 专题三十四 遗嘱继承 / 78
- (23 分) 专题三十五 特殊侵权行为与损害赔偿 / 81

商 法

- (17 分) 专题一 公司的设立 / 87
- (4 分) 专题二 公司章程 / 88
- (12 分) 专题三 公司的资本制度 / 91
- (14 分) 专题四 股东的权利与义务 / 94
- (6 分) 专题五 公司的组织机构 / 95
- (6 分) 专题六 票据的无因性及其限制 / 98
- (4 分) 专题七 票据权利 / 99
- (4 分) 专题八 保险法的基本原则 / 104
- (11 分) 专题九 财产保险合同与人身保险合同 / 105
- (9 分) 专题十 普通合伙企业与有限合伙企业的区别 / 106

刑法总则

- (3 分) 专题一 罪刑法定原则 / 109
- (7 分) 专题二 刑法的空间效力 / 110
- (4 分) 专题三 刑法上的因果关系 / 111
- (5 分) 专题四 自然人犯罪主体 / 114
- (4 分) 专题五 单位犯罪主体 / 116
- (4 分) 专题六 犯罪主观方面 / 118
- (10 分) 专题七 刑法上的认识错误 / 120
- (4 分) 专题八 正当防卫 / 122
- (4 分) 专题九 犯罪未遂 / 125
- (4 分) 专题十 犯罪中止 / 127
- (15 分) 专题十一 共同犯罪 / 129

- (4 分) 专题十二 罪数 / 131
 (7 分) 专题十三 主刑 / 135
 (5 分) 专题十四 累犯 / 137
 (4 分) 专题十五 从重、从轻、减轻与免处罚 / 139
 (7 分) 专题十六 假释制度 / 139

刑法分则

- (5 分) 专题一 交通肇事罪 / 142
 (13 分) 专题二 信用卡犯罪 / 144
 (6 分) 专题三 故意杀人罪 / 145
 (4 分) 专题四 强奸罪 / 148
 (5 分) 专题五 非法拘禁罪、绑架罪 / 150
 (4 分) 专题六 拐卖妇女、儿童罪、收买被拐卖的妇女、儿童罪 / 153
 (14 分) 专题七 抢劫罪、抢夺罪 / 155
 (23 分) 专题八 盗窃罪、诈骗罪 / 157
 (8 分) 专题九 侵占罪 / 161
 (12 分) 专题十 贪污罪、挪用公款罪 / 163
 (10 分) 专题十一 受贿罪 / 166
 (14 分) 专题十二 妨害司法罪 / 169
 (5 分) 专题十三 走私、贩卖、运输、制造毒品罪 / 171

刑事诉讼法

- (5 分) 专题一 刑事诉讼法的基本原则 / 173
 (10 分) 专题二 刑事诉讼中的参与人 / 175
 (8 分) 专题三 管辖 / 176
 (12 分) 专题四 刑事辩护 / 179
 (32 分) 专题五 刑事证据制度 / 181
 (24 分) 专题六 强制措施 / 184
 (7 分) 专题七 刑事附带民事诉讼 / 190
 (9 分) 专题八 侦查羁押期限与补充侦查 / 191
 (12 分) 专题九 不起诉 / 193
 (9 分) 专题十 延期审理、中止审理和终止审理 / 195
 (12 分) 专题十一 自诉案件一审程序 / 197
 (9 分) 专题十二 简易程序 / 199
 (11 分) 专题十三 二审程序的审判 / 201

- (9 分) 专题十四 死刑复核程序 / 204
 (8 分) 专题十五 审判监督程序 / 206
 (13 分) 专题十六 执行程序 / 208

161 \ 死刑 二十题号 (合 4)

201 \ 再审 二十题号 (合 5)

201 \ 再审 四十题号 (合 2)

201 \ 再审及执行程序 死刑, 重刑 五十题号 (合 4)

民事诉讼法与仲裁制度

- (13 分) 专题一 民事诉讼主管与管辖 / 211

- (4 分) 专题二 诉 / 215

- (8 分) 专题三 当事人 / 217

- (4 分) 专题四 共同诉讼 / 220

- (13 分) 专题五 第三人 / 222

- (13 分) 专题六 民事证据 / 225

- (4 分) 专题七 调解协议与调解书 / 228

- (5 分) 专题八 财产保全 / 229

- (6 分) 专题九 起诉与受理 / 230

- (6 分) 专题十 撤诉、缺席判决与延期审理 / 233

- (6 分) 专题十一 诉讼中止与诉讼终结 / 235

- (7 分) 专题十二 上诉案件的审理 / 237

- (6 分) 专题十三 审判监督程序 / 241

- (8 分) 专题十四 民事裁判 / 245

- (23 分) 专题十五 执行程序的一般规定 (执行依据、执行主体、执行和解、执行担保、执行异议、执行回转) / 246

- (13 分) 专题十六 仲裁协议效力 / 251

- (4 分) 专题十七 仲裁裁决的撤销与不予执行 / 254

241 \ 民事证据 一题号 (合 2)

241 \ 民事证据 二题号 (合 1)

241 \ 民事证据 三题号 (合 3)

241 \ 民事证据 四题号 (合 4)

241 \ 民事证据, 民事证据 五题号 (合 2)

241 \ 民事证据, 民事证据 六题号 (合 4)

241 \ 民事证据, 民事证据 七题号 (合 1)

241 \ 民事证据, 民事证据 八题号 (合 2)

101 \ 民事证据 六题号 (合 8)

241 \ 民事证据, 民事证据 十题号 (合 1)

241 \ 民事证据 一十题号 (合 01)

241 \ 民事证据 二十题号 (合 4)

241 \ 民事证据 二十题号 (合 2)

241 \ 民事证据 二十题号 (合 1)

241 \ 民事证据 二十题号 (合 1)

241 \ 民事证据 二十题号 (合 1)

241 \ 民事证据 二十题号 (合 1)

241 \ 民事证据 二十题号 (合 1)

行政法与行政诉讼法

- (10 分) 专题一 公务员法 / 257

- (5 分) 专题二 行政许可的实施程序 / 260

- (8 分) 专题三 行政处罚的种类与设定 / 262

- (3 分) 专题四 行政处罚的实施机关、管辖与适用 / 264

- (5 分) 专题五 治安管理处罚的种类和适用 / 266

- (7 分) 专题六 行政复议机关 / 268

- (15 分) 专题七 行政复议申请与受理 / 271

- (8 分) 专题八 行政诉讼的原告 / 273

- (7 分) 专题九 行政诉讼的被告 / 275

- (8 分) 专题十 行政诉讼的第三人 / 278

251 \ 公务员法 四题号 (合 1)

261 \ 行政许可 五题号 (合 2)

261 \ 行政许可 六题号 (合 3)

261 \ 行政许可 七题号 (合 4)

261 \ 行政许可 八题号 (合 5)

261 \ 行政许可 九题号 (合 6)

261 \ 行政许可 十题号 (合 7)

261 \ 行政许可 十一题号 (合 8)

261 \ 行政许可 十二题号 (合 9)

102 \ 行政许可 十三题号 (合 10)

- (7分) 专题十一 起诉 / 280
- (15分) 专题十二 行政诉讼证据制度 / 283
- (6分) 专题十三 行政诉讼判决 / 285
- (6分) 专题十四 行政诉讼的执行 / 288
- (21分) 专题十五 行政赔偿 / 291

宪法

- (11分) 专题一 公民基本权利 / 296
- (26分) 专题二 中央国家机构 (全国人大、全国人大常委会、国务院、国家主席) / 297
- (6分) 专题三 地方各级人民政府 / 303

经济法

- 专题一 垄断协议 / 305
- (2分) 专题二 滥用市场支配地位 / 306
- 专题三 经营者集中 / 307
- (2分) 专题四 滥用行政权力排除、限制竞争 / 308
- 专题五 反垄断调查的中止、终止和恢复 / 309
- (12分) 专题六 限制竞争行为与不正当竞争行为 / 309
- (6分) 专题七 消费者的权利与经营者的义务 / 313
- (5分) 专题八 违反消费者权益保护法的民事责任 / 316
- (7分) 专题九 产品质量责任主体 / 318
- (4分) 专题十 限制和禁止的证券交易行为 / 319
- (4分) 专题十一 企业所得税法 / 322
- (5分) 专题十二 个人所得税法 / 323
- (9分) 专题十三 税收保全措施与税收强制措施 / 325
- (13分) 专题十四 劳动合同的订立、解除与终止 / 326
- (6分) 专题十五 劳务派遣 / 329
- (4分) 专题十六 劳动争议的解决方式及处理程序 / 330
- (5分) 专题十七 国有土地使用权 / 332
- (7分) 专题十八 集体土地使用权 / 333
- (6分) 专题十九 房地产开发和交易制度 / 334

国际公法

- (8分) 专题一 引渡和庇护 / 336
- (5分) 专题二 条约的适用 / 338

国际私法

- (23 分) 专题一 涉外民商事法律适用 / 340
(7 分) 专题二 涉外仲裁裁决的承认与执行 / 343

国际经济法

- (12 分) 专题一 《2000 年国际贸易术语解释通则》 / 345
(13 分) 专题二 国际货物买卖合同双方的义务 / 347
(6 分) 专题三 《海牙规则》、《维斯比规则》和《汉堡规则》 / 349
(8 分) 专题四 信用证 / 350

民法

专题一 民事权利的分类



真题分值与试题检索

(5分) 【04-3-01, 05-3-58, 08-3-51】



专题讲解

1. 常考分类：

划分标准	分类	含 义	子分类
内容	财产权	财产权是以具有经济价值的利益为客体的权利。	财产权还可以进一步划分为物权、债权、知识产权中的财产权和继承权。
	人身权	人身权是以人身之要素为客体的权利。人身权所体现的利益与人的尊严和人际的血缘联系有关，故人身权与其主体不可分离。	人身权可以进一步划分为人格权和身份权。
内容	支配权	支配权是对权利客体进行直接的排他性支配并享受其利益的权利。	人身权、物权、知识产权中财产权等属于支配权。
	请求权	请求权是特定人得请求特定他人为一定行为或不为一定行为的权利。	债权是典型的请求权。
	形成权	形成权是依权利人单方意思表示就能使权利发生、变更或者消灭的权利。	撤销权、解除权、追认权、抵销权等都属形成权。
	抗辩权	抗辩权是能够阻止请求权效力的权利。	合同履行抗辩权、时效抗辩权、先诉抗辩权。
效力	绝对权	绝对权是权利效力所及相对人为不特定人的权利。绝对权的义务人是权利人之外的一切人，故又称“对世权”。	物权、知识产权、人格权。
	相对权	相对权是权利效力所及相对人仅为特定人的权利。相对权的效力仅仅及于特定的义务人，故又称“对人权”。	债权就是典型的相对权。

2. 其他分类:

(1) 主权利与从权利、原权利与救济权。这是在相互关联的民事权利中,依各权利的地位划分的。

主权利是不依赖其他权利为条件而能够独立存在的权利,从权利则是以主权利的存在为前提而存在的权利。在担保中,被担保的债权为主权利,而担保权则是从权利。

在基础权利受到侵害时,援助基础权利的权利为救济权,而基础权利则为原权。民法上有所谓“无救济则无权利”之说,救济权是原权的保障,否则权利就难以实现。

(2) 专属权与非专属权。这是按民事权利与权利人的联系而划分的。

专属权是指专属于特定的民事主体的权利,人格权、身份权等均属于专属权,该权利与主体不能分离,不得转让、继承。非专属权是指可以转让、继承的权利,物权、债权等财产权均属于非专属权。

(3) 既得权与期待权。这是按权利是否现实取得而划分的。

既得权是指已经取得并能享受其利益的权利,期待权是指因法律要件未充分具备而尚未取得的权利。如被继承人没有死亡,继承人的继承权就属于期待权。



疑难解答

★债权和请求权是同一概念吗?

债权和请求权是以不同的标准对民事权利进行的区分,除了请求权之外,债权还包括受领、保全、抵销、申请强制执行等多种效力;而请求权既包括债权请求权,也包括物权请求权,所以二者不是同一概念。但是,对债权来说,请求权是其本质的内容。一般而言,债权发生,请求权也就发生。(两个常见的例外是:第一,债权的履行期(清偿期)尚未届至时,债权人尽管享有债权,但并无请求权;第二,附停止条件的债权,在所约定的条件成就前,也不发生请求权。)

★债权人撤销权是否为形成权?

债权人撤销权的性质在学理上是一个非常有争议的问题,有请求权说、形成权说和折中说三种观点。司考中通行的观点为折中说,理由如下:债权人撤销权是体现债的效力的一项权利,它是依附于债权的,不能脱离债权而存在或转让,因而只能是一种实体法上的权利。由于债权人撤销权以债务人行为被撤销为内容,达到恢复债务人财产地位的目的,所以它带有形成权性质。但其同时又含有恢复原状的请求权。因此,撤销权是兼有形成权和请求权性质的一种特殊的民事权利。

★支配权是否存在对应的义务?

正所谓没有无义务的权利,所有的民事权利都有民事义务与之相对应,支配权对应的义务是一种消极不作为的义务(如对物权的尊重、容忍与不作为义务)。

★甲要求乙偿还其借款三千元,乙称其从来未向甲借钱,乙是否是在行使抗辩权?

乙不是在行使抗辩权,而是在主张一项抗辩事由。在民事诉讼的过程中被告对于原告的请求进行的抗辩有三种,一种是权利未发生的抗辩,即原告主张某项请求权而被告则否认该请求,认为这种请求权从来没有发生过。例如甲诉请乙归还20万元的借款而乙则主张从未向甲借过钱;第二种则是权利已经消灭的抗辩,即被告主张虽然原告对被告曾经有过请求但是现在却已经消灭了。例如甲诉请乙归还借款,但是乙却主张乙已经在10天之前归还了该笔借款;最后一种抗辩则是行使民法上的抗辩权,即虽然被告承认原告有请求权,但是被告有某种合理的理由可以拒绝其履行行为,这就是行使抗辩权。例如原告甲和被告乙签订有买卖合同甲以5000元的价格出卖给乙1头牛,但是没有约定何时交牛和何时付款,现在甲请求乙支付价金并承担违约责任,乙则主张甲没有交牛乙有权不付款并无须承担违约责任,即是行使民法上的同时履行抗辩权。

抗辩事由与抗辩权的区别包括以下两点:

第一, 对抗的内容不同。抗辩事由的对抗内容体现在: 对方的权利未发生, 或者对方的权利虽然曾经发生过, 但已因某种事由而消灭。而抗辩权是请求权的对抗权, 其对抗内容体现在: 虽然对方的请求权存在, 但是自己依据抗辩权享有拒绝给付的权利。

第二, 在是否需要当事人自行主张方面不同。诉讼中, 抗辩事由无需当事人主张, 法官可以主动援引。而抗辩权需要当事人自行主张, 法官不可主动援引。

★抛弃是否是形成权?

抛弃是以消灭物权为目的的单方法律行为, 该行为可以依照一方的意思表示而发生效力; 形成权是依照权利人单方意思表示就能使权利发生、变更或者消灭的权利。抛弃与形成权具有相同的法律效力, 但严格来讲, 抛弃是一种法律行为, 而形成权是一种权利, 两者性质不同。

专题二 民事法律关系

真题分值与试题检索

(2分) 【06-3-01, 08-3-01】

专题讲解

一、民事法律事实与民事法律关系

(一) 民事法律事实的概念

民事法律事实简称法律事实, 是符合民事规范, 能够引起民事法律关系发生、变更、消灭的客观现象。民事法律关系是法律规范对社会关系调整的结果, 而一项法律规范在逻辑上是由一个主项和一个谓项结合构成的。其中主项表述了某种法律上必须具备的事实, 即法律要件。而谓项则表述了法律上将要产生的后果, 即法律效果。因此, 法律事实是构成法律要件的内容, 一旦某项法律要件要求的法律事实具备, 相应变动民事法律关系的法律效果便发生。例如, 一项关于通过买卖取得房屋所有权的法律规范, 该规范的法律要件包含以下若干法律事实: 须有房屋存在; 缔结房屋买卖合同; 办理登记手续。以上法律要件中的法律事实若被当事人充分运用, 那么房屋所有权移转的法律效果便发生。

(二) 民事法律事实的类型

法律事实的种类繁多, 民法上根据事实是否与人的意志有关, 将其分为事件和行为两大类。

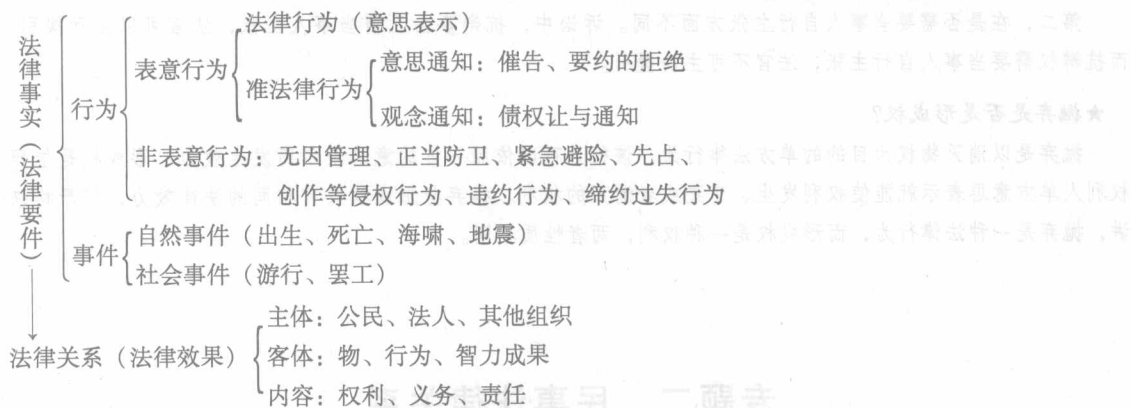
1. 事件。事件是与人的意志无关的法律事实。事件本是自然现象, 只是能引起民事法律关系的变动, 才被列为法律事实, 如人的死亡、地震等。前者可能导致继承关系的发生; 而后者若将房屋震塌导致所有权的消灭, 事前若投保时, 又使保险赔偿关系发生。

2. 行为。行为是与人的意志有关的法律事实。行为是法律要件中最常使用的法律事实。行为虽与人的意志有关, 但根据意志是否需明确对外作意思表示, 行为又被划分为表意行为和非表意行为。

(1) 表意行为。表意行为是行为人通过意思表示, 旨在设立、变更或消灭民事法律关系的行为。民事法律行为是合法的表意行为, 因行为人有预期的效果意思, 所以, 该行为能产生当事人意欲达到的民事法律关

系产生、变更和消灭的效果。

(2) 非表意行为。非表意行为是行为人主观上没有产生民事法律关系效果的意思表示, 客观上引起法律效果发生的行为。如侵权行为, 行为人主观上并没有效果意思, 但客观上却导致赔偿的发生。



疑难解答

★甲不知乙不胜酒力而极力劝酒, 致乙酒精中毒住院治疗, 是否成立民事法律关系?

根据生活常识, 适量饮酒对身体并无伤害, 但大量饮酒极有可能对饮酒者的健康造成损害, 甲“极力劝酒”, 应认定他在主观上具有过失, 其行为构成侵权行为, 应对乙承担相应的赔偿责任, 双方成立民事法律关系。

★不当得利是事实行为还是事件?

所谓“不当得利”是指没有合法的根据, 自己获利, 而使他人受损的一种法律事实。不当得利在本质上是一种损益变动, 并不以当事人的意志为转移。不论其取得不当得利时的主观状态如何, 都无法影响不当得利事实的形成。所以不当得利是一种事件而非事实行为。

二、民事法律关系的要素

(一) 民事法律关系的主体

民事法律关系的主体, 简称民事主体, 是指民事法律关系中享受权利、承担义务的参与者、当事人。民事法律关系在什么人之间发生, 谁是权利义务的承受者, 都涉及民事主体问题。

民法承认的民事法律关系的主体主要是自然人和法人。自然人是因出生而获得生命的人类个体, 是与法人相对应的概念; 法人是法律拟制的“人”, 是具有民事权利能力和民事行为能力, 依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。国家有时也直接参与民事活动, 但基于民事主体的平等性, 国家出现在民事活动中时, 其身份只是公法人。另外, 在一些特定的民事法律关系中, 其主体也可以是不具有法人资格的其他社会组织。

(二) 民事法律关系的客体

所谓民事法律关系的客体是指民事主体据以建立民事权利和义务的对象性事物。民事权利和民事义务如果没有具体的对象, 就将无法落实。民事法律关系的客体主要有五大类, 即物、行为、智力成果、人身利益和权利。

(1) 物主要是物权法律关系的客体, 例如所有权、用益物权法律关系的客体一般仅限于物; 担保物权法律关系的客体一般也是物, 但不限于物, 还包括权利, 如国有土地使用权抵押等。

(2) 行为是债权法律关系的客体, 债权不是以债务人的人身为客体的, 现代法律不允许将人本身作为客体, 人因其本性永远只能作为主体而存在, 不能作为法律关系的客体; 债权也不是以债务人的特定财产为客体的, 相反是以债务人对债权人的履行行为作为客体的。例如根据买卖合同买受人甲有权请求出卖人乙交付买卖的标的物洗衣机一台, 此时甲对于乙享有一项债权性请求权, 即请求乙交付洗衣机并移转洗衣机的所有

权。这一项请求权的客体不是洗衣机本身，而是乙交付洗衣机的行为。而洗衣机则属于所有权的客体，在交付之前所有权仍然属于出卖人乙，而在交付之后其所有权则属于买受人甲。

(3) 人身法律关系的客体是人身性利益。需要注意的是人身性法律关系决不是以人身为客体，人身性法律关系的客体只能定性为“人身性利益”。

(4) 知识产权法律关系的客体是智力成果。由于知识产权主要有三种，即著作权、专利权和商标权，因此知识产权的客体也就主要有三大类：作品是著作权的客体；发明创造是专利权的客体；而商标则是商标权的客体。智力成果所具有的共同性即无体性，不能为权利人所占有从而与作为物权之客体的“物”（通常为有体物）区别开来。

(5) 另外权利本身也可以作为法律关系的客体。有些法律关系是以权利本身作为客体的，例如在抵押权中，以建设用地使用权作为抵押的客体；在权利质权中以权利作为质权的客体。

(三) 民事法律关系的内容

民事法律关系的内容指民事主体之间基于客体所形成的具体联系，即民事权利和民事义务。



疑难解答

★运送的货物是货运合同的标的吗？

货物运输合同是承运人与托运人之间订立的以运送货物为直接目的的合同。托运人所需要的并非是承运人的物化的工作成果，而是其运输行为，也就是说承运人的运输行为正是双方当事人的权利义务共同指向的对象，故而货物运输合同的客体是运送行为。

专题三 宣告死亡



真题分值与试题检索

(1分) 【06-3-03】



专题讲解

(一) 宣告死亡的概念

宣告死亡是自然人下落不明达到法定期间，经利害关系人申请，由法院推定其死亡，宣告结束失踪人以前住所地为中心的民事法律关系的制度。宣告死亡是生理死亡的对称，与生理死亡不同的是，宣告死亡是一种法律推定。

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。

(二) 宣告死亡的要件

1. 受宣告人失踪。所谓失踪是指离开住所地下落不明，杳无音信，不知道其是死是活。如果知道其还活着仅仅不知道其具体在哪里，则不能申请死亡宣告。

2. 失踪达到法定期间。只有失踪达到法定期间,利害关系人才能申请人民法院宣告该失踪人死亡,申请失踪人死亡的法定期间有三种情形:

(1) 正常情形需要达到4年,从失踪的次日起算。战争期间失踪的,从战争结束之次日起算,仍然需要达到4年。

(2) 因意外事故失踪,利害关系人申请死亡宣告需要达到2年,从失踪次日起算。

(3) 因意外事故失踪,经有关机关证明难以生还的,利害关系人可以直接申请死亡宣告,不需要等待。

3. 经利害关系人申请。死亡宣告之申请利害关系人有顺序限制,前顺序人不申请死亡宣告的后顺序人不得申请死亡宣告。前顺序人申请失踪宣告而后顺序人申请死亡宣告的,法院应当宣告失踪。申请宣告死亡的利害关系人的顺序是:配偶;父母、子女;兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女;其他有民事权利义务关系的人。

4. 由法院宣告。法院受理宣告死亡申请后,先要发出寻找失踪人的公告,公告期为1年,因意外事故失踪人的寻找公告,公告期为3个月。公告期间届满,生死不明的事实得到确认后,由法院以判决方式宣告失踪人死亡。判决宣告之日为被宣告人死亡的日期。

(三) 宣告死亡的效力

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,即丧失民事权利能力,遗产依法继承,婚姻关系消灭。

此外,最高人民法院《民通意见》第36条第2款中规定,被宣告死亡的人在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。

(四) 死亡宣告的撤销

1. 死亡宣告撤销的概念。死亡宣告的撤销是被宣告死亡的人重新出现或被确知没有死亡时,经本人或利害关系人的申请,由法院撤销对他的死亡宣告。死亡宣告撤销制度,既着眼于本人及其亲属利益,又兼顾善意相对人的利益。所以,死亡宣告撤销后,当事人的民事法律关系并不完全恢复原状。

2. 死亡宣告撤销的法律要件。死亡宣告撤销的法律要件有三项:有被宣告死亡的人存活的事实;有本人及利害关系人的申请,利害关系人范围与宣告死亡申请人范围相同,只是不受顺序限制;由人民法院判决撤销。

3. 死亡宣告撤销的效力。死亡宣告撤销的效力是有溯及力的,但在人身关系和财产关系方面,为了保护善意第三人,法律对溯及力做了限制。(1) 在人身关系方面。配偶尚未再婚的,婚姻关系自行恢复;配偶已再婚的,再婚效力不受撤销宣告的影响,即使再婚后离婚的,婚姻关系也不当然恢复;子女在宣告死亡期间被他人收养的,收养关系仍然有效,不受撤销宣告的影响。(2) 在财产关系方面。因宣告死亡而继承、受遗赠或以其他方式取得遗产者,均应返还;返还原则应是原物及孳息;原物已被第三人善意取得时,则免除原物返还义务,代之以适当补偿。(3) 宣告死亡若系利害关系人隐瞒真相恶意所致,属于侵权行为,侵害人不仅要返还所取得的财产及孳息,还要负赔偿责任。



疑难解答

★《民法通则》第23条规定:公民有下列情形之一的,利害关系人可以向人民法院申请宣告他死亡:

(一) 下落不明满四年的;(二) 因意外事故下落不明,从事故发生之日起满二年的。《民诉意见》第79条规定,民事诉讼中以日计算的各种期间均从次日起算。那么,因意外事故而下落不明的,两年期间是从事故发生之日起算还是从事故发生次日起算?

第一,从立法意图来看,《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第28条规定:“民法通则第二十条第一款、第二十三条第一款第一项(下落不明满四年的)中的下落不明的起算时间,从公民音讯消失之次日起算。”而本题所述情况恰恰属于民法通则第二十三条第一款第二项的情形。如果立法者有意规定意外事故下落不明的起算时间也为事故发生日之次日起,就没有必要在《民通意见》第28条中

单独强调“民法通则第二十三条第一款第一项”的下落不明的起算时间，“从公民音讯消失之次日起算。”综合《民法通则》及其司法解释二者的立法意图可知，公民因意外事故下落不明的起算时间应为事故发生当日。

第二，从法律适用规则来看，《民诉意见》第79条的规定针对的是所有民事诉讼中以日计算的各种期间，是为一条一般性的规定，而《民法通则》第23条及其相关司法解释规定专门针对公民下落不明的起算时间而设，是为一条特殊性的规定，根据《立法法》的规定，“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章，特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定；新的规定与旧的规定不一致的，适用新的规定。”所以本题应当适用作为特别规定的《民法通则》第23条。

★宣告死亡撤销后如果返还原物的话，此时原物的孳息是否也应该返还？

被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产。依照继承法取得他的财产的自然人或者组织，应当返还原物；原物不存在的，应当给予适当补偿。如果原物已经被第三人合法取得，第三人无义务返还，而由依继承取得原物的人适当补偿。这里的返还原物，根据物权原理，包括原物所产生的孳息，应该予以返还，但被撤销死亡宣告的人应给相对人适当补偿，主要是相对人收取孳息的费用等。

★甲乙为夫妻，甲因下落不明而被依法宣告死亡，乙未再婚。而甲却在异地与丙结婚生子。若甲的死亡宣告未被撤销，甲是否构成重婚？若甲的死亡宣告被撤销，甲是否构成重婚？若甲下落不明前个人债务100万，无个人财产。宣告死亡后，其债务如何处理？

(1) 被宣告死亡人在死亡宣告期间再婚涉及到重婚的问题，如果其配偶没有再婚那么其必然构成重婚行为；若其行为构成重婚，那么根据婚姻法的规定重婚为无效婚姻，则其结婚行为无效。(2) 甲下落不明前的个人债务，在其宣告死亡后，应以其遗产用来偿债。

专题四 法人的能力

客观题



真题分值与试题检索

(4分)【06-3-03, 08-3-02】



专题讲解

一、法人的民事权利能力

(一) 法人民事权利能力的概念

法人的民事权利能力是法律赋予法人参加民事法律关系，取得民事权利、承担民事义务的资格。《民法通则》第36条第2款规定：法人的民事权利能力和民事行为能力，从法人成立时产生，到法人终止时消灭。法人的权利能力本质上是财产能力，原则上没有身份能力。法人的民事权利能力始于成立，终于消灭。

(二) 法人民事权利能力的范围限制

由于法人是自然人为了各种目的而设立的，因此，法人的民事权利能力范围，与自然人不同，即使在各个法人之间也是各不相同的。法人的民事权利能力有以下三方面限制：

(1) 性质上的限制。基于自然人的天然属性而专属于自然人的民事权利能力内容，法人均不能享有。例