

精选一线考生难题，荟萃各路名家解答！

飞跃版

2008司法考试

SI FA KAO SHI YI XIAN DA YI JIANG TANG

一线答疑讲堂

• 段波 编著 •



您已经遇到的问题，本书为您答疑解惑；
您没有想到的问题，本书为您启发思路！

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

飞跃版

2008司法考试

SI FA KAO SHI YI XIAN DA YI JIANG TANG

一线答疑讲堂

• 段波 编著 •



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

2008 司法考试一线答疑讲堂/段波编著. —北京: 中国法制出版社, 2008. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0311 - 5

I. 2… II. 段… III. 法律工作者 - 资格考核 - 中国 - 自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 180553 号

2008 司法考试一线答疑讲堂

2008SIFA KAOSHI YIXIAN DAYI JIANGTANG

编著/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/2008 年 2 月第 1 版

印张/17.25 字数/490 千

2008 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0311 - 5

定价: 35.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfsz.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获得了“中国第一（难）考”的“美称”，但是，每年总有一批事先不被看好甚至被提前列入明年重考名单的“黑马”脱颖而出，顺利通关。这一现象往往让那些付出很多却无法如愿以偿的考生慨叹命运的不公，但是，根据我们的观察，能够过关的这些考生大多勤于思考、勇于发问、善于求解，他们懂得如何去高效的学习，从而取得良好的学习效果。这一现象说明，随着司考真题灵活性的加强，学习方法的科学性已经成为衡量司考过关指数的一支“大盘权重股”，而如何在学习中发现问题的，在思考中解决问题，则是一种非常重要但是尚不被重视的学习方法。基于这一考虑，我们精选近年来司法考试一线教学与辅导课堂中考生提出的典型问题与解答，以章节为序，汇集成册，以求对广大考生有所裨益。

本书对考生的帮助，主要体现在以下两个方面：

第一，司法考试的复习过程是一个知识认知、理解并转化为应用能力的过程，这一过程必然会遇到各种障碍，或表现为看不懂法条或教材的某处表述，或表现为对含义产生误解，或表现为无法联系实际、解决问题。本书收录的问题主要针对以上障碍而发，其解答也应以上障碍而作，故本书将有助于帮助广大考生有效突破学习中遇到的障碍，提高学习效率。

第二，本书的所有问题，都来自于我们在一线教学和辅导课堂上考生的提问。我们认为，前人遇到的问题，您也有可能不期而遇；前人走过的弯路，您也有可能重蹈覆辙。所以，拥有本书，您将获得无数前辈考生的经验教训，站在前辈的肩膀上，我们相信，您将站得更高，看的更远！

最后，笔者不得不补充一句“套话”——编者水平有限，错误在所难免；但是，我们愿意以最诚恳的态度接受广大读者的批评与建议，来邮请发送至 duanbo0425@yahoo.com.cn。您的支持，将是我们发展的最大动力！

78		志鋼粉	章六第
10		志商商	章十第

目 录

72		第一部分 民法	章一第
80			章二第

第一章	民法概述		3
第二章	自然人与法人		3
第三章	物与有价证券		7
第四章	民事法律行为与代理		7
第五章	诉讼时效与期间		10
第六章	物权概述		12
第七章	所有权与共有		17
第八章	用益物权		22
第九章	担保物权		24
第十章	债的概述		30
第十一章	债的保全和担保		32
第十二章	债的转移和消灭		37
第十三章	合同的订立和效力		38
第十四章	合同的变更和解除、合同责任		41
第十五章	转移财产权利的合同		44
第十六章	完成工作成果的合同、提供劳务的合同、技术合同		47
第十七章	著作权		49
第十八章	商标权和专利权		51
第十九章	婚姻家庭		53
第二十章	继 承		55
第二十一章	侵权行为		57

041		第二部分 商 法	章六第
141			章十第
141			章八第

第一章	公司法		65
第二章	合伙企业法		73
第三章	个人独资企业法、中外合资经营企业法、中外合作经营企业法		76
第四章	企业破产法		78
第五章	票据法		81

第六章 保险法 87

第七章 海商法 91

第三部分 民事诉讼法与仲裁法

第一章 民事诉讼法的基本原则与基本制度 97

第二章 主管与管辖 98

第三章 诉 101

第四章 当事人、诉讼代理人 103

第五章 民事证据、民事诉讼中的证明 109

第六章 期间、送达 111

第七章 法院调解 111

第八章 财产保全与先予执行、诉讼费用 113

第九章 普通程序、简易程序 114

第十章 第二审程序 117

第十一章 特别程序 118

第十二章 审判监督程序、督促程序和公示催告程序 119

第十三章 民事裁判 120

第十四章 执行程序 122

第十五章 仲裁法 124

第四部分 刑法

第一章 刑法概说 131

第二章 犯罪构成 131

第三章 排除犯罪的事由 134

第四章 犯罪的未完成形态 135

第五章 共同犯罪 137

第六章 单位犯罪 140

第七章 罪 数 141

第八章 刑罚体系 144

第九章 刑罚的裁量 145

第十章 刑罚的执行 147

第十一章 刑罚的消灭 149

第十二章 罪刑各论概说 150

第十三章 危害公共安全罪 150

第十四章 破坏社会主义市场经济秩序罪 153

第十五章 侵犯公民人身权利、民主权利罪 156

第十六章 侵犯财产罪 159

第十七章 妨害社会管理秩序罪 165

第十八章 贪污贿赂罪 168

第十九章 渎职罪 171

第五部分 刑事诉讼法

第一章 刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人 175

第二章 管辖 175

第三章 回避 177

第四章 辩护与代理 179

第五章 刑事证据 184

第六章 强制措施 187

第七章 附带民事诉讼 191

第八章 期间、送达 191

第九章 立案 193

第十章 侦查 193

第十一章 起诉 194

第十二章 刑事审判概述 196

第十三章 第一审程序 198

第十四章 第二审程序 199

第十五章 死刑复核程序 201

第十六章 审判监督程序 202

第十七章 执行 203

第十八章 未成年人刑事案件诉讼程序 204

第六部分 行政法与行政诉讼法

第一章 行政主体 207

第二章 行政行为 210

第三章 行政许可 212

第四章 行政处罚 213

第五章 行政复议 217

第六章 行政诉讼 224

第七章 国家赔偿	233
----------	-----

第七部分 小学科

法理学	241
-----	-----

中国法制史	244
-------	-----

宪法学	247
-----	-----

经济法	253
-----	-----

国际法	256
-----	-----

国际私法	257
------	-----

国际经济法	261
-------	-----

律师职业道德	266
--------	-----

刑法总论	266
------	-----

刑法分论	266
------	-----

刑事诉讼法	266
-------	-----

民事诉讼法	266
-------	-----

行政诉讼法	266
-------	-----

仲裁法	266
-----	-----

公证法	266
-----	-----

司法鉴定	266
------	-----

法律职业资格考试	266
----------	-----

法律职业资格考试	266
----------	-----

法律职业资格考试	266
----------	-----

法律职业资格考试	266
----------	-----

法律职业资格考试	266
----------	-----

法律职业资格考试	266
----------	-----

法律职业资格考试	266
----------	-----

法律职业资格考试	266
----------	-----

法律职业资格考试	266
----------	-----

法律职业资格考试	266
----------	-----

法律职业资格考试	266
----------	-----

法律职业资格考试	266
----------	-----

法律职业资格考试	266
----------	-----

法律职业资格考试	266
----------	-----

法律职业资格考试	266
----------	-----

法律职业资格考试	266
----------	-----

法律职业资格考试	266
----------	-----

法律职业资格考试	266
----------	-----

法律职业资格考试	266
----------	-----

法律职业资格考试	266
----------	-----

第一部分

2008 SIFA KAO SHI YI XIAN DA YI JIANG TANG

民法

- 第 一 章 民法概述
- 第 二 章 自然人与法人
- 第 三 章 物与有价证券
- 第 四 章 民事法律行为与代理
- 第 五 章 诉讼时效与期间
- 第 六 章 物权概述
- 第 七 章 所有权与共有
- 第 八 章 用益物权
- 第 九 章 担保物权
- 第 十 章 债的概述
- 第 十 一 章 债的保全和担保
- 第 十 二 章 债的转移和消灭
- 第 十 三 章 合同的订立和效力
- 第 十 四 章 合同的变更和解除、合同责任
- 第 十 五 章 转移财产权利的合同
- 第 十 六 章 完成工作成果的合同、提供劳务的合同、
技术合同
- 第 十 七 章 著作权
- 第 十 八 章 商标权和专利权
- 第 十 九 章 婚姻家庭
- 第 二 十 章 继承
- 第 二 十 一 章 侵权行为

第一章 民法概述

1. Q: 无权代理中, 善意相对人有撤销权和催告权。无权处分中, 善意相对人有没有撤销权和催告权?

A: 无权代理中, 善意相对人享有撤销权和催告权是为了对应无权代理中被代理人所享有的拒绝权, 以平衡双方当事人的权利义务, 达到民事法律行为的行为主体间的平等。而在无权处分中并不存在类似的情况。无权处分中, 无权处分合同成立后为效力待定的状态, 只有事后经权利人追认或无权处分人事后取得处分权才能使合同生效, 所以相对人在此并不会享有催告或是撤销的权利。这是立法为了保护财产所有人的利益的表现。当然, 如果符合《物权法》第 106 条的规定, 则善意相对人根据善意取得制度会取得物品的所有权, 这是立法为了促进物的流通而牺牲物权的归属稳定性的一种表现, 这时善意相对人已经取得了物的所有权, 也就无所谓撤销权或是催告权了。

考点 撤销权、催告权

2. Q: 甲因疏于注意, 将原已灭失的名画出售给不知情的邻居乙, 商定待乙到家中取画时签订合同。但甲回家后发现画已灭失。对此, 甲应承担缔约过失责任, 还是违约责任, 还是侵权责任?

A: 甲不承担任何责任。根据《合同法》第 42 条、第 43 条的规定, 缔约过失责任是指缔约人故意或过失地违反先合同义务致使合同不成立、无效或被撤销时, 应承担由此给对方造成损失的民事责任, 其产生的基础是诚实信用原则。缔约过失行为的类型主要有: ① 恶意磋商, 即假借订立合同, 恶意进行磋商; ② 订约欺诈, 即故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况; ③ 侵犯商业秘密; ④ 其他违背诚实信用原则的行为, 如, 违反及时通知的义务、协助和照

顾义务、提供必要条件的义务、使用方法告知义务、瑕疵告知义务、保密义务等, 增加对方缔约成本而造成的损失。综上所述, 本题中的甲是因“疏于注意”, 而非“违背诚实信用”, 故不构成缔约过失; 又因其行为不具违法性, 对丙不构成侵权; 又因违约责任是以有效合同为前提的, 合同未成立或成立后无效、被撤销的, 纵使当事人有过失, 也只可能承担缔约过失责任, 故无违约责任可言。

考点 缔约过失责任、侵权责任、违约责任

第二章 自然人与法人

1. Q: 《民法通则》第 12 条与《继承法意见》关于无民事行为能力人、限制民事行为能力人的划分为何不同? 应以何为准呢?

A: 《民法通则》第 12 条规定: “10 周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人, 可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动; 其他民事活动由他的法定代理人代理, 或者征得他的法定代理人的同意。不满 10 周岁的未成年人是无民事行为能力人, 由他的法定代理人代理民事活动。”《继承法意见》第 7 条规定: “不满 6 周岁的儿童、精神病患者, 可以认定其为无行为能力人。已满 6 周岁, 不满 18 周岁的未成年人, 应当认定其为限制行为能力人。”

民事行为能力是指公民通过自己的行为取得民事权利, 承担民事义务的资格。法律之所以设置限制民事行为能力人和无民事行为能力人的规定, 目的即在于保护意思能力不足的未成年人, 防止其莽撞行为造成损失, 并由此督促其监护人对其妥善监管和进行法定代理。因而, 可以说法律对完全民事行为能力年龄规定的越高, 对未成年人的行为限制越高, 对未成年人的保护强度就越大。

继承法对于无民事行为能力人的规定较低,

其目的是在继承这样一个特殊的环境中,赋予未成年人更多的行为权利,避免其合法权益受到其亲属的侵害。这种规定与民法通则有所区别,但作为特殊法的规定,在继承案件中优先于民法通则的规定适用,因而二者并无效力冲突。

考点 自然人民事行为能力的类型

2. Q:请问:法定代理与监护二者的区别是什么?

A:法定代理主要是从参加民事活动、实现民事权利、承担民事义务方面为无民事行为能力人和限制行为能力人提供法律保护。无行为能力人的民事活动由法定代理人代理进行,限制行为能力人的民事活动由法定代理人代理或征得法定代理人的同意后进行,这样就能够使无行为能力人和限制行为能力人通过法定代理人的代理,充分、及时、有效地参加各种民事活动,满足其生活、学习、工作各方面的需要。

监护制度则是从被监护人的人身、财产两大基本方面对被监护人实施全方面的保护。既涉及到法律行为,也包括一般生活行为;既涉及到财产权益的保护,也包括人身权利的保护;既涉及到权利的设定与行使,也包括义务的履行与责任的承担。总之,监护是一种全面的、连续的、综合的法律保护制度,而法定代理主要是针对民事活动的参加而设立的法律制度,它包含在监护制度当中。简言之,法定代理人所应履行的职责包含在监护人的职责之中。

考点 法定代理与监护的区别

3. Q:监护人经过被监护人同意处分其财产,捐赠给公益事业,该行为效力如何?

A:我国《民法通则》第18条规定:“监护人应当履行监护职责,保护被监护人的人身、财产及其他合法权益,除为被监护人的利益外,不得处理被监护人的财产。”因此在一般情况下,监护人不得随便处理被监护人的财产。但我国《民法通则》第12条、第13条又规定限制民事行为能力人,可以进行与他的年龄、智力相适应

的民事活动;不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人,可以进行与他的精神健康状况相适应的民事活动;而监护人除了管理和保护被监护人的财产,还要代理被监护人进行民事活动。由以上法律规定我们可知,限制行为能力人如果授权其监护人并没有不利于其自身的情况,监护人只要不违反法律规定,监护人代理被监护人的民事活动就应该有效。

考点 监护人的职责

4. Q:当单位作为监护人未尽监护责任时,被监护人的侵权行为单位能免责吗?

A:最高人民法院在《关于单位担任监护人是否承担赔偿责任的电话答复》中规定:单位尽到监护责任时,不承担责任。这说明单位作为监护人的免责条件只有一个,即尽到监护责任,所以没有尽到监护责任当然要承担责任。在此应注意单位作为监护人与自然人作为监护人的区别,自然人作为监护人时,即使尽到监护责任也要承担责任,只是可以减轻而已。

考点 单位监护责任

5. Q:宣告失踪期间的起算,哪些是从当日起算?哪些是从次日起算?

A:答:宣告失踪中“满2年”的起算点:(1)原则上,从失踪人下落不明的次日起算;(2)若因意外事故下落不明的,从“事故发生之日”起算;(3)战争期间下落不明的,从“战争结束之日”起算。

考点 宣告失踪期间的起算

6. Q: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?

A: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,根据物权法原理,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。

考点 死亡宣告撤销后的财产返还

7. **Q:** 甲于某年6月1日被宣告死亡，而甲实际生存并且在当年7月1日与丙登记结婚，那么这个婚姻效力如何？将来丙有无继承权？

A: 甲本人的行为是有效的，对自己和相对人产生法律约束力。如果甲结婚当时未婚或者已离婚，其与丙的婚姻有效，甲丙是合法夫妻，丙有继承权。

死亡宣告只是基于失踪的事实，对自然人死亡作出的推定，并不对被宣告人自己所为的行为产生约束。

考点 宣告死亡的效力

8. **Q:** 91年甲失踪，95年其妻申请宣告甲死亡。96年法院宣告，其妻一直未嫁。97年甲中奖20万，98年甲死亡。问其妻可否继承？

A: 可以。根据《民通意见》第36条的规定，被宣告死亡的时间与自然死亡的时间不一致的，以后者为准。甲被宣告死亡后，因为其妻一直未嫁，所以有权继承。

考点 宣告死亡的效力

9. **Q:** 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？

A: (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；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，应以其遗产来偿还。

考点 宣告死亡的效力

10. **Q:** 如何判断个体工商户的债务属于个人债务还是家庭债务？

A: 《民法通则》第29条规定：“个体工商户、农村承包经营户的债务，个人经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭财产承担。”最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（试行）第42条规定：“以公民个人名义申请登记的个体工商户和个人承包的农村承包经营户，用家庭共有财产投资，或者收益的主要部分供家庭成员享用的，其债务应以家庭共有财产清偿。”据此，判断个体工商户的债务属于个人债务还是家庭债务应从以下两个方面予以考虑：投入个体工商户的财产是个人财产还是家庭财产；个体工商户经营中的收益是仅用于经营者个人享用还是用于家庭共同享用。

考点 个体工商户的财产责任

11. **Q:** 社团法人与社会团体法人有区别吗？

A: 社团法人与财团法人相对，是大陆法系民法对法人的基本分类，但是我国民法通则并未采取这种分类方式。所谓社团法人，是指以人为基础而集合成立的法人。而社会团体法人，是与企业法人、机关法人、事业单位法人相对，是我国民法通则按照法人的功能、设立方法以及财产来源不同所作的分类。社会团体法人是指由法人或自然人组成，谋求公益事业、行业协调或同志趣的法人，如协会、学会、研究会、基金会等团体。所以社团法人和社会团体法人是不同的分类标准的产物，因此两者就会有重叠之处，例如，社会团体法人中有一些属于社团法人，如工会、学会等；有一些属于财团法人，如基金会等。

考点 社团法人、社会团体法人

12. Q: 在法人的清算过程中, 法人是否具有行为能力? 所进行的民事行为的效力怎样?

A: 如果法人是因宣告破产而解散的, 或因为违法活动而被撤销的, 在此期间因法人仍然作为主体继续存在, 所以其行为能力仍然没有消灭, 只不过行为能力因清算而受到一定的限制。在清算期间, 清算法人可以从事清算范围内的活动, 包括清理财产、清偿债务, 从事清算活动所必要的资金借贷、变卖法人的财产、追回被他人占有的财产、在法院起诉和应诉等。凡与清算活动直接相关的活动, 都属于清算范围内的活动; 在清算期间内, 法人应停止清算范围以外的活动。这就意味着清算法人不能实施超出清算范围的活动, 已经实施的, 应立即停止。清算法人更不得擅自处理财产、抽逃资金, 隐匿财产、逃避债务, 否则, 将依法追究其法律责任。

考点 清算法人的行为能力

13. Q: 《民法通则》第 19 条规定: 对精神病人可以请求宣告其为无民事行为能力人或限制行为能力人。对此类人是否必须经人民法院宣告? 如不经宣告, 此人与他人订立的合同是否有效, 或者说对他们订立的合同是否需要追认?

A: 我国《民法通则》第 19 条规定: “精神病人的利害关系人, 可以向人民法院申请宣告精神病人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。”因此, 本条的规定并不是说无民事行为能力或限制民事行为能力的精神病人都必须经宣告, 才能认定他们为无民事行为能力人或者为限制民事行为能力人, 而是由精神病人的利害关系人根据实际情况向人民法院申请, 法院根据病人的健康状况作出宣告。如果被人民法院宣告为无民事行为能力人或限制民事行为能力人, 那么他们的民事行为就要受到限制。比如说本问提到的订立合同的行为, 就应是无效民事行为或需要他们法定代理人的追认才生效的民事行为。但是是否说明没有经过法院宣告的无民事行为能力的

精神病人所为民事行为就可以是有效行为呢? 当然不是, 如果一个无民事行为能力的精神病人, 即使他的精神健康没有经法院宣告, 他所为的民事行为仍是无效民事行为。而限制民事行为能力人和精神病人和他人订立合同除纯获利益的合同或者是与其精神健康状况相适应而订立的合同, 之外必须经法定代理人追认。

考点 限制民事行为能力的宣告

14. Q: 对于被宣告失踪人的财产, 都是由财产代管人保管的, 那在这期间财物发生灭失的, 风险和责任由谁承担呢?

A: 对于被宣告失踪人的财产, 由人民法院在宣告失踪的判决中, 为其指定财产代管人, 但是, 失踪人财产的所有权没有发生变化。在这期间财产发生灭失的风险承担可以分为两种情况: 第一, 如果代管人没有过错的, 损失由所有人承担; 第二, 如代管人有过错的, 代管人负责赔偿损失。

考点 失踪人的财产归属

15. Q: 企业法人和其分支机构承担连带责任的说法是否正确?

A: 在责任的分类上, 根据承担责任人数的多少, 可以分为单独责任与共同责任。在共同责任中, 可以分为按份责任和连带责任。由此可见连带责任必须由两个或者两个以上的独立责任主体才能成立。

由于企业分支机构不具有法人资格, 其对外民事责任均由企业法人承担, 故企业法人和分支机构同属于一个责任主体, 所以二者不可能承担连带责任。

本题中的说法并不严密, 究其意思, 并不是说法人与其分支机构相互承担连带责任, 而是在对外承担责任的顺序上, 先由分支机构承担, 不足部分再由企业承担, 但不论是分支机构的财产, 还是企业自身的财产均为整个企业法人的财产, 都是企业法人在承担责任, 所以并不存在连带责任的问题。

考点 企业法人与分支机构的责任承担

第三章 物与有价证券

1. Q: 下水道是地上定着物吗?

A: 下水道不是地上定着物。房屋、林木、纪念碑、通讯电塔、桥梁、牌坊、高架桥等均属于地上定着物。但对于依附于土地,而在性质上已成为土地的一部分的财产,如水井、排水沟、下水道等,应成为土地的一部分,并非地上定着物。

考点 地上定着物

2. Q: 土地、林地、山岭、草原、荒地、滩涂属于流通物吗?

A: 禁止流通物,是指该物被禁止在民事主体间(即自然人或法人之间)自由地流转,自由地转移所有权。集体所有的土地、林地、山岭、草原、荒地、滩涂是承包经营权的标的,其本身不能流转,能够流转的是承包经营权。

土地承包经营权(又称农村土地承包经营权,简称承包经营权),是指农村集体经济组织成员及其他民事主体对国家或者集体所有的土地,依照承包合同的规定而享有的占有、使用、收益和依法处分的权利。

承包经营权的标的是集体所有或国家所有的土地或森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面,而不是其他财产。有的集体组织按承包人承包土地的数量,作价或不作价地分给承包人部分耕畜、农具或其他生产资料,此乃附属于承包经营权的权利。

考点 流通物

3. Q: 如何分辨主物、从物?

A: 从物是相对于主物而言的。根据两个物在物理上相互独立,而在经济用途上又相互联系的关系,把物划分为主物与从物。在必须结合使用才能发挥经济效益的两个独立的物中,起主要效用的为主物。在两个独立物结合使用中处于附属地位,起辅助和配合作用的物是从物。

从物必须具备的条件:(1)从物之使用目的

须具有永久性。从物需有常助主物的效用,比如备用轮胎是汽车的从物;仅是暂时辅助主物经济效用的,不是从物,比如承租人租住房屋时带来的窗帘、门帘;(2)从物与主物同属于一人。汽车所有人暂借他人的备用轮胎就不是从物;(3)从物须具有独立性。主物是独立的物,从物也是独立的物。窗户与房屋、汽车与轮胎均是物的部分关系,不是主物与从物关系;(4)须交易上视为从物。在交易习惯上有特殊习惯,不被认为是从物的,不以从物论。例如,装米的袋子,火炉上的烟囱。

考点 主物与从物

4. Q: 甲外出务工,乙借用甲牛一年,其间牛生一小牛,小牛归谁所有?

A: 孳息归原物所有权人甲所有。乙有孳息的收取权,待甲回家后,应将孳息归还给甲。

考点 原物与孳息

5. Q: 如果张三卖牛给李四,约定未付清款之前所有权保留,双方对天然孳息所有权是否保留未约定。在李四付款前老牛生了一小牛,合同到期后李四付清款,那么小牛应该归谁所有?

A: 在法律没有特别规定或当事人无约定时,孳息归原物的所有权人,原物的所有权转让时孳息的收取权也一并转让。本题中双方约定付清款项时所有权方发生转移,故老牛生小牛时,其所有权仍属于张三所有,因而小牛的所有权应当属于张三。

考点 孳息的收取

第四章 民事法律行为与代理

1. Q: 专利申请和法人成立登记这两种行为是民事行为还是行政行为?

A: 行政行为是指行政主体实施的产生法律

效力的行为。行政主体包括行政机关以及法律、法规授权的组织。

(1) 专利申请, 是申请人向专利行政机关申请的行为, 申请行为的主体是申请人而不是行政机关, 当然是民事行为; (2) 法人成立登记, 工商行政管理机关是核准登记的主体, 不是申请登记的主体, 申请登记的行为当然也是民事行为, 而工商行政管理机关核准登记的行为是行政行为。

考点 民事行为

2. Q: 怎么区分民事法律行为和事实行为?

A: 民事法律行为是以意思表示为要素, 而依意思表示的内容发生法律效力民事合法行为。法律行为是意思自治的手段, 当事人在作出行为时有一个效果目的, 在法律允许的范围内, 法律也会承认这种当事人追求的后果。比如, 合同行为, 合同的法律效果是由要约和承诺两个意思表示结合在一起决定的。双方想建立合同的权利义务关系, 如果合同有效, 法律会承认他们的要求, 什么时候交货、多少价格完全由他们自己决定。事实行为是指无需意思表示而依法律规定发生法律效力行为, 即只要有这个行为即可发生这样的法律效果, 至于当事人有无意思表示及何种意思表示则在所不问。比如, 侵权行为, 一个人把另外一个人打成轻微伤, 要承担民事赔偿责任, 这种民事责任的发生就与当事人的意思没有关联, 而是基于法律的直接规定。另外, 事实行为不需要行为人具有行为能力; 而法律行为, 必须是具有行为能力人作出的。

考点 民事法律行为的特征

3. Q: 自然人之间的借款合同为何属于单务合同? 借款人不是有到期还款的义务吗? 如果约定有利息, 还应当支付利息吗?

A: 自然人之间的借款合同属于单务合同, 并且它还是要物合同, 被借款人交钱, 合同不成立。因此, 交付借款不是对待给付义务, 而是

合同的特别成立要件, 因此, 仅借款人负有到期还款的义务。如果约定有利息, 还应当支付利息, 这也是借款人的义务, 表明此种借款合同属于有偿合同。所以, 单务合同和有偿合同不是矛盾的, 它们是不同的分类标准, 是一种交叉关系。

考点 单务行为

4. Q: 单方行为是否可以是有偿行为?

A: 单方行为是指根据一方当事人的意思表示就可以成立的法律行为; 有偿行为是指当事人一方享有利益, 须向对方当事人支付相应对价的法律行为。两者的区分标准不同, 因此单方与有偿之间不存在冲突, 单方法律行为当然可以是有偿行为。例如, 悬赏广告在学界通说认为是单方法律行为, 但在悬赏广告中会有给予完成人一定报酬的允诺, 此时的悬赏广告就是一个单方、有偿行为。

考点 单方、有偿行为

5. Q: 有因法律行为与无因法律行为的区别是什么?

A: 有因行为的原因, 包含在行为之中, 不能剥离。如买卖合同的原因, 是获得标的物所有权, 如果剥离了, 买卖合同不可能成立、生效。

无因行为的原因, 从行为中剥离出去了。实际上是讲两个行为的关系, 其中一个行为称为原因行为, 另一个是无因行为。无因行为的特点是, 当原因行为无效、不成立或被撤销, 无因行为的效力不受影响。比如, 债权让与是无因行为, 它的原因可能是买卖、赠与、代物清偿等。如甲转让给乙一个2万元的债权, 买卖债权是原因行为, 债权让与则是无因行为。当买卖无效时, 债权让与作为无因行为, 效力不受影响, 你仍然取得该2万元债权。当然, 甲可以基于不当得利要求乙返还2万元债权。

考点 有因行为与无因行为

6. Q:附条件的民事行为,若双方行为人都促使条件向有利于自己的方向发展,而使条件成就,双方的行为对合同有什么影响?合同的效力如何?

A:我国《合同法》第45条第2款规定,“当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的,视为条件已成就,不正当地促成条件成就的,视为条件不成就。”因此,如果双方当事人违反法律规定而采用不正当手段促使条件成就的,视为条件不成就。在这种情况下,合同就不产生法律效力。当然,由于在市场交易行为当中,当事人的每一方都希望自己获得最大利益,因此如果采用一些合理的竞争手段并不能都认定是无效行为,需要结合具体的案例进行分析,但是如果双方都采用了不正当手段促使条件成就,那么就应当视为条件没有成就,合同不产生法律效力。

考点 附条件的民事行为

7. Q:授权行为、代理行为和委托行为三者关系如何?

A:在民事行为中,代理权的产生主要是根据被代理人的授权行为产生的。关于授权行为的性质,通说采用单方法律行为说。通说认为,在委托代理中,授权行为是以发生代理权为目的的单方行为,仅有一方的意思表示就可以成立。其理由主要在于代理人与被代理人的权利义务关系已经在基础关系中得到了解决,授权行为是为了让相对人知晓被代理人的授权,所以,授权行为只需有被代理人的单方意思表示即可,无须代理人的同意。

代理是以被代理人的名义实施的民事法律行为,因此代理行为要有本人(即被代理人)授权明确代理权限,而委托行为是受托人接受委托人的委托为一定的行为。委托合同是指双方当事人约定一方以他方的名义为他方处理事务的合同。代理与委托的联系表现在委托代理中,委托合同常常是授权行为的基础,两者之间关系十分密切。但代理和委托仍然是两种不同的法律关系,其区别在于:第一,委托仅仅是发生在本人和代理人之间的内部关系,而代理是三方关系;第

二,代理的形式有多种,委托合同仅仅是委托代理中代理权授予的基础,代理权授予的基础还有其他的形式,例如合伙、雇佣等关系都可能产生代理权。委托合同只是代理权授予的一种基础关系,而不是唯一的基础关系;第三,代理必须要求代理人作出意思表示,代理的事务主要是法律行为,而委托合同中的受托人既可以根据委托实施法律行为,也可以根据委托实施事实行为,例如清扫房屋等。

考点 授权行为、代理行为、委托行为

8. Q:甲借给乙一台电脑,乙私自将它卖给了丙,在甲得知后并表示不同意出卖的情况下,甲能否从善意第三人丙处取回电脑?

A:本题考查无权处分与善意取得的关系,如果甲不追认乙的处分行为,则乙丙的买卖合同不产生效力(《合同法》第51条)。但是,由于善意第三人丙有偿地从乙处购得该电脑,根据《物权法》第106条的规定,丙已善意取得该电脑的所有权,甲不能从丙处取得电脑,只能追究乙的违约责任。

考点 无权处分与善意取得的关系

9. Q:承租人未经出租人同意而转租,是否属于无权处分?

A:民法意义上的无权处分,是指非所有人将他人的财产所有权进行处分。本题中承租人未经出租人同意而转租,处分的是财产使用权而非所有权,不属于无权处分。

考点 无权处分

10. Q:《民法通则》第66条第1款和《合同法》第48条第1款是否矛盾?

A:《民法通则》第66条第1款规定:“没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为,只有经过被代理人的追认,被代理人才承担民事责任。未经追认的行为,由行为人承担民事责任。本人知道他人以本人名义实施民事行为而