

# GUOJIA SIFA KAOSHI 2012

wan guo 万国法源

北京万国学校  
中国法制出版社

推荐2012年国家司法考试辅导用书

## 司法考试 必考疑难专题精解

段 波 \ 主编      北京万国学校 \ 组编

□ 用最精简的内容涵盖最大的分值  
握最重要的知识

科学统计历年考点频率      专题讲解必考疑难问题



中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

# GUOJIA SIFA KAOSHI 2012

wan<sup>guo</sup>万国法源

北京万国学校  
中国法制出版社

推荐2012年国家司法考试辅导用书

## 司法考试 必考疑难专题精解

---

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

**图书在版编目 (CIP) 数据**

2012 司法考试必考疑难专题精解/段波主编. —北京: 中国法制出版社, 2011. 12

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3284 - 9

I. ①2… II. ①段… III. ①法律工作者 - 资格考试 - 中国 - 题解 IV. ①D92 - 44

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 237690 号

策划编辑 戴蕊

责任编辑 东湖

封面设计 杨泽江

---

2012 司法考试必考疑难专题精解

2012 SIFA KAOSHI BIKAO YINAN ZHUANTI JINGJIE

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

印张/22.5 字数/455 千

版次/2012 年 2 月第 1 版

2012 年 2 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3284 - 9

定价: 49.00 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: 66017726

邮购部电话: 66033288

修订五版

## 序 言

2011年司法考试试题的命题风格发生了重大变化，其中最值得考生注意的是命题的深度有所加深，试题注重多个知识点的综合应用，力求突破简单而孤立的知识点记忆，着力考查考生灵活运用能力，在这样的背景下，如何适应新的命题趋势，以科学的方法立体、全面地掌握考试的重点内容，就成了一项重要的任务。根据考生的这一需求，本书对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。我的新浪微博（实名：万国民法段波）已经成为广大考生与我进行司考辅导方面交流的主要平台，欢迎大家继续通过这一渠道和我进行交流。

最后，祝2012年的广大考生复习愉快，顺利过关！

段 波

2012年1月

# 目 录

(目录中专题前面的分值部分是根据 2005 - 2011 年近七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。)

(20 分) 社会主义法治理念专题 / 1

## 民 法

- (5 分) 专题一 民事权利的分类 / 3
- (3 分) 专题二 民事法律关系 / 5
- (5 分) 专题三 宣告死亡与宣告失踪 / 7
- (6 分) 专题四 民事法律行为的概念、类型与效力 / 9
- (10 分) 专题五 无权代理与表见代理 / 12
- (10 分) 专题六 诉讼时效 / 14
- (31 分) 专题七 物权变动 / 17
- (5 分) 专题八 建筑物区分所有权 / 22
- (7 分) 专题九 共有 / 25
- (14 分) 专题十 抵押登记 / 27
- (5 分) 专题十一 质权 / 28
- (3 分) 专题十二 担保物权的竞合 / 30
- (3 分) 专题十三 留置权 / 31
- (5 分) 专题十四 债权人撤销权 / 33
- (7 分) 专题十五 保证 / 35
- (6 分) 专题十六 债权让与 / 41
- (5 分) 专题十七 抵销 / 42
- (15 分) 专题十八 合同责任 / 44
- (1 分) 专题十九 买卖合同所有权移转与风险负担、孳息归属 / 45
- (9 分) 专题二十 房屋买卖合同 / 47
- (4 分) 专题二十一 赠与合同 / 49
- (4 分) 专题二十二 租赁合同 / 51
- (4 分) 专题二十三 房屋租赁合同 / 53

- (5 分) 专题二十四 不当得利 / 59
- (10 分) 专题二十五 无因管理 / 61
- (未考) 专题二十六 归责原则 / 63
- (未考) 专题二十七 多数人侵权 / 65
- (未考) 专题二十八 免责事由 / 67
- (未考) 专题二十九 过错责任归责的侵权类型 / 68
- (未考) 专题三十 无过错责任归责的侵权类型 (一) / 70
- (1 分) 专题三十一 无过错责任归责的侵权类型 (二) / 72
- (未考) 专题三十二 物件侵权责任 (过错推定责任归责) / 74
- (7 分) 专题三十三 著作权主体 / 74
- (9 分) 专题三十四 著作权人与邻接权人的关系 / 76
- (36 分) 专题三十五 知识产权侵权 / 79
- (19 分) 专题三十六 离婚时的夫妻财产关系认定与处理 / 82
- (9 分) 专题三十七 法定继承人的范围 / 86
- (4 分) 专题三十八 遗嘱继承 / 87

## 商 法

- (7 分) 专题一 公司的设立 / 90
- (2 分) 专题二 公司章程 / 91
- (14 分) 专题三 公司的资本制度 / 94
- (18 分) 专题四 股东的权利与义务 / 97
- (6 分) 专题五 公司的组织机构 / 98
- (8 分) 专题六 票据的无因性及其限制 / 101
- (8 分) 专题七 票据权利 / 102
- (未考) 专题八 保险法中的解除权 / 107
- (15 分) 专题九 财产保险合同与人身保险合同 / 108
- (23 分) 专题十 普通合伙企业与有限合伙企业的区别 / 109
- (5 分) 专题十一 破产清算、重整与和解 / 112

## 刑法总则

- (4 分) 专题一 罪刑法定原则 / 114
- (5 分) 专题二 刑法的空间效力 / 115
- (16 分) 专题三 犯罪客观要件之危害结果和因果关系的认定 / 116
- (6 分) 专题四 犯罪主体之刑事责任年龄和刑事责任能力 / 119
- (6 分) 专题五 犯罪主观要件之犯罪故意与犯罪过失 / 121

- (10 分) 专题六 犯罪主观要件之认识错误 / 123
- (5 分) 专题七 正当防卫 / 125
- (5 分) 专题八 犯罪未遂 / 127
- (9 分) 专题九 犯罪中止 / 129
- (17 分) 专题十 共同犯罪 / 131
- (7 分) 专题十一 罪数 / 134
- (6 分) 专题十二 主刑 / 138
- (6 分) 专题十三 累犯 / 139
- (6 分) 专题十四 从重、从轻、减轻与免除处罚 / 141
- (6 分) 专题十五 假释制度 / 142

## 刑法分则

- (4 分) 专题一 交通肇事罪 / 144
- (14 分) 专题二 信用卡犯罪 / 146
- (7 分) 专题三 故意杀人罪 / 147
- (5 分) 专题四 强奸罪 / 150
- (10 分) 专题五 非法拘禁罪、绑架罪 / 152
- (8 分) 专题六 拐卖妇女、儿童罪, 收买被拐卖的妇女、儿童罪 / 155
- (23 分) 专题七 抢劫罪、抢夺罪 / 156
- (28 分) 专题八 盗窃罪、诈骗罪 / 159
- (8 分) 专题九 侵占罪 / 163
- (13 分) 专题十 贪污罪、挪用公款罪 / 165
- (18 分) 专题十一 受贿罪 / 168
- (13 分) 专题十二 妨害司法罪 / 171
- (7 分) 专题十三 走私、贩卖、运输、制造毒品罪 / 173

## 刑事诉讼法

- (5 分) 专题一 刑事诉讼法的基本原则 / 175
- (11 分) 专题二 刑事诉讼中的参与人 / 177
- (12 分) 专题三 管辖 / 178
- (13 分) 专题四 刑事辩护 / 181
- (43 分) 专题五 刑事证据制度 / 183
- (29 分) 专题六 强制措施 / 188
- (9 分) 专题七 刑事附带民事诉讼 / 194
- (7 分) 专题八 侦查羁押期限与补充侦查 / 196

- (12 分) 专题九 不起诉 / 198
- (8 分) 专题十 延期审理、中止审理和终止审理 / 199
- (11 分) 专题十一 自诉案件一审程序 / 201
- (13 分) 专题十二 简易程序 / 202
- (11 分) 专题十三 二审程序的审判 / 205
- (9 分) 专题十四 死刑复核程序 / 208
- (7 分) 专题十五 审判监督程序 / 210
- (19 分) 专题十六 执行程序 / 212

## 民事诉讼法与仲裁制度

- (22 分) 专题一 民事诉讼主管与管辖 / 215
- (6 分) 专题二 诉 / 219
- (11 分) 专题三 当事人 / 221
- (6 分) 专题四 共同诉讼 / 224
- (12 分) 专题五 第三人 / 226
- (22 分) 专题六 民事证据 / 229
- (10 分) 专题七 调解协议与调解书 / 232
- (6 分) 专题八 财产保全 / 233
- (4 分) 专题九 起诉与受理 / 234
- (7 分) 专题十 撤诉、缺席判决与延期审理 / 237
- (5 分) 专题十一 诉讼中止与诉讼终结 / 239
- (17 分) 专题十二 二审程序 / 241
- (9 分) 专题十三 审判监督程序 / 245
- (7 分) 专题十四 民事裁判 / 249
- (21 分) 专题十五 执行程序 / 250
- (15 分) 专题十六 仲裁协议效力 / 256

## 行政法与行政诉讼法

- (12 分) 专题一 公务员法 / 260
- (12 分) 专题二 行政许可的实施程序 / 263
- (7 分) 专题三 行政处罚的种类与设定 / 264
- (6 分) 专题四 行政处罚的实施机关、管辖与适用 / 266
- (9 分) 专题五 治安管理处罚的种类和适用 / 268
- (11 分) 专题六 行政复议机关 / 270
- (15 分) 专题七 行政复议申请与受理 / 272

- (9 分) 专题八 行政诉讼的原告 / 275
- (11 分) 专题九 行政诉讼的被告 / 275
- (5 分) 专题十 行政诉讼的第三人 / 279
- (7 分) 专题十一 起诉 / 280
- (15 分) 专题十二 行政诉讼证据制度 / 283
- (7 分) 专题十三 行政诉讼判决 / 286
- (6 分) 专题十四 行政诉讼的执行 / 289
- (21 分) 专题十五 行政赔偿 / 292
- (6 分) 专题十六 政府信息公开 / 296

## 宪 法

- (12 分) 专题一 公民基本权利 / 298
- (38 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) / 299
- (13 分) 专题三 地方各级人民政府 / 305

## 经济法

- (1 分) 专题一 垄断协议 / 307
- (4 分) 专题二 滥用市场支配地位 / 308
- (2 分) 专题三 经营者集中 / 309
- (3 分) 专题四 滥用行政权力排除、限制竞争 / 310
- (未考) 专题五 反垄断调查的中止、终止和恢复 / 311
- (12 分) 专题六 限制竞争行为与不正当竞争行为 / 311
- (9 分) 专题七 消费者的权利与经营者的义务 / 315
- (4 分) 专题八 违反消费者权益保护法的民事责任 / 318
- (7 分) 专题九 产品质量责任主体 / 320
- (7 分) 专题十 企业所得税法 / 321
- (6 分) 专题十一 个人所得税法 / 322
- (8 分) 专题十二 税收保全措施与税收强制措施 / 324
- (17 分) 专题十三 劳动合同的订立、解除与终止 / 325
- (6 分) 专题十四 劳务派遣 / 328
- (2 分) 专题十五 劳动争议的解决方式及处理程序 / 329

## 国际公法

(8 分) 专题一 引渡和庇护 / 331

(4 分) 专题二 条约的适用 / 333

## 国际私法

(32 分) 专题一 涉外民商事法律适用 / 335

(9 分) 专题二 涉外仲裁裁决的承认与执行 / 338

## 国际经济法

(14 分) 专题一 《2000 年国际贸易术语解释通则》 / 341

(18 分) 专题二 国际货物买卖合同双方的义务 / 343

(4 分) 专题三 《海牙规则》、《维斯比规则》和《汉堡规则》 / 345

(11 分) 专题四 信用证 / 346

## 社会主义法治理念专题

### 真题分值与试题检索

(20分)【07-1-51, 09-1-01, 09-1-02, 09-1-03, 09-1-04, 09-1-05, 10-1-01, 10-1-02, 10-1-03, 10-1-04, 10-1-05, 11-1-01, 11-1-02, 11-1-03, 11-1-04, 11-1-05, 11-1-06, 11-1-07, 11-1-08】

### 专题讲解

#### 一、法治理念

法治,即通过法律治理国家,就是通过法律使权力和权利得到合理配置的社会状态。

在法治状态下,所有公民与社会组织皆依法行事,公民个人享有宪法和法律保障的广泛权利,同时也负有相应的法律义务。

立法、行政(执法)、司法等权力部门都在法律框架内有序运行,依法律产生,受法律约束,对法律负责,国家的权力与公民的权利都通过法律得到了合理配置。

#### 二、社会主义法治理念

社会主义法治理念由依法治国、执法为民、公平正义、服务大局和党的领导五个方面的主要内容构成。

社会主义法治理念是指导我国建设社会主义法治国家的思想观念体系,它反映了社会主义司法、守法和法律监督的指导思想。

#### 三、社会主义法治思想

中国特色社会主义理论体系中的法治思想,即中国特色社会主义法治理论,主要由以下几个方面构成:

一是坚持党的领导、人民当家做主和依法治国的有机统一,这是中国特色社会主义法治的核心和精髓。

二是坚持党的事业至上、人民利益至上和宪法法律至上,这是中国特色社会主义法治的根本原则。

坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上的有机统一,要正确处理政治效果、社会效果和法律效果之间的关系,坚持政治效果、社会效果和法律效果的有机统一。

具体执法活动,法律效果是首要的基本标准,社会效果、政治效果是最终的根本标准。

同时,也要防止和反对只讲社会效果、政治效果而不讲法律效果,甚至违法执法、违法司法,损害法治原则和权威。

三是坚持依法治国、执法为民、公平正义、服务大局和党的领导,这是中国特色社会主义法治的基本理念。

四是坚持人民代表大会制度,这是中国特色社会主义法治的政治基础。

五是建设公正、高效、权威的社会主义司法制度,这是中国特色社会主义法治的重要保障。

中国特色社会主义法治思想,包括毛泽东思想、邓小平理论、“三个代表”重要思想和科学发展观中的法治思想,是新中国成立以来中国共产党领导集体把马克思主义法治思想应用于治国理政的实践,并在实践中丰富和发展马克思主义法治思想的结晶,是马克思主义法治思想中国化的重要成果。

#### 四、社会主义法治理念的本质属性

|                                                                                           |                                                                                                                      |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| “三个至上”，即“党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”，是坚持党的领导、人民当家作主，依法治国有机统一的本质要求，是社会主义法治的根本原则，是社会主义法治理念的本质属性。  |                                                                                                                      |
| (一) 准确理解“党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”的精神实质                                                       |                                                                                                                      |
| 1. 党的事业本质上就是人民的事业                                                                         |                                                                                                                      |
|                                                                                           | 党的事业至上是由党的性质决定的，是实现好、维护好、发展好人民利益的根本保证，必须坚定不移地予以坚持。                                                                   |
| 2. 坚持人民利益至上，实现好、维护好、发展好最广大人民的根本利益                                                         |                                                                                                                      |
|                                                                                           | 坚持“人民利益至上”，维护人民权益，这是党全心全意为人民服务的根本宗旨的体现，也是社会主义宪法法律的最高价值，是社会主义法治的目的。最大多数人的根本利益是最紧要和最具有决定性的因素。                          |
| 3. 坚持宪法法律至上，树立和维护宪法法律权威                                                                   |                                                                                                                      |
|                                                                                           | 宪法法律至上，体现在宪法法律面前一律平等，体现在一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。必须树立宪法法律权威，努力维护社会主义法制的统一和尊严，一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法抵触。 |
| (二) 正确把握“党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”的内在关系                                                       |                                                                                                                      |
| 在实质上，党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上乃是一个有机统一体，共同构成社会主义民主政治的鲜明标志，共同反映社会主义法治建设的必然要求。                   |                                                                                                                      |
| 1. 中国共产党是中国特色社会主义事业的领导核心，始终代表中国先进生产力的发展要求，代表中国先进文化的前进方向，代表中国最广大人民的根本利益，党的事业就是维护好、发展好人民利益。 |                                                                                                                      |
| 2. 中国共产党领导人民制定宪法和法律，也领导人民遵守和执行宪法和法律，宪法和法律是党的主张和人民意志相统一的体现，必须树立、维护和尊重宪法法律的权威。              |                                                                                                                      |
| 3. 人民制定宪法法律就是为了协调、保障和发展自己的利益，人民利益就是宪法和法律的最高价值。                                            |                                                                                                                      |

#### 五、社会主义法治理念的地位

|                                   |
|-----------------------------------|
| (一) 社会主义法治理念是马克思主义法律观中国化的最新成果。    |
| (二) 社会主义法治理念是中国特色社会主义理论体系的重要组成部分。 |
| (三) 社会主义法治理念是社会主义法治建设的指导思想。       |

#### 六、社会主义法治理念的作用

|                                                           |
|-----------------------------------------------------------|
| (一) 社会主义法治理念是我国一切立法活动的思想先导。                               |
| (二) 社会主义法治理念是确保我国行政机关及其公职人员严格公正文明执法、实现法律效果与社会效果有机统一的思想基础。 |
| (三) 社会主义法治理念是确保我国司法坚持正确方向、实现司法公正的思想保障。                    |
| (四) 社会主义法治理念是建设社会主义法治文化、增强全社会法律意识的价值指引。                   |
| (五) 社会主义法治理念是推动法学研究繁荣和发展的重要保障。                            |

# 民法

## 专题一 民事权利的分类

### 真题分值与试题检索

(5 分) 【05 - 3 - 58, 08 - 3 - 51, 09 - 3 - 01】

### 专题讲解

#### 一、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。              |
| 效力特点 | 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、知识产权中的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。             |
| 效力范围 | 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。                      |

## 二、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利。民法上有所谓“无救济则无权利”之说，救济权是原权利的保障，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争议的问题，有请求权说、形成权说和折中说三种观点。司法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

(3 分) 【06-3-01, 08-3-01, 10-3-01】

### 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, 是符合民事法律规范, 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

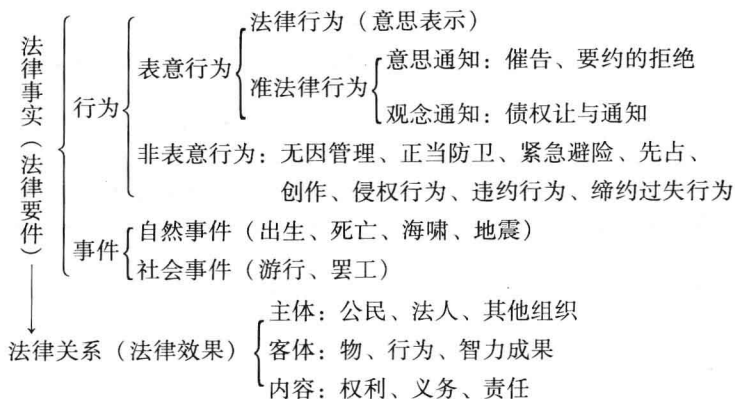
法律事实的种类繁多, 民法上根据事实是否与人的意志有关, 将其分为事件和行为两大类。

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; 而后者若房屋震塌将导致所有权的消灭, 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，客观上却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绝不是以人身为客体，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是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 宣告死亡与宣告失踪

### 真题分值与试题检索

（5分）【06-3-03，09-3-51，11-3-52】

### 专题讲解

#### 一、宣告失踪与宣告死亡的区别

| 条件   | 宣告失踪                                                  | 宣告死亡                                                                                   |
|------|-------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------|
| 时间   | 2年                                                    | ①4年；<br>②2年（意外事故下落不明）；<br>③经有关机关证明该公民不可能生存（意外事故下落不明）。                                  |
| 申请主体 | 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（无先后顺序）。 | ①配偶；<br>②父母、子女；<br>③兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女；<br>④其他有民事权利义务关系的人。<br>（前一顺序没有申请，后一顺序不得申请）。 |