

2007年司法考试民法考点预测三 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/250/2021_2022_2007_E5_B9_B4_E5_8F_B8_c36_250894.htm

考点三十七：最高额抵押担保
最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，除非当事人另有约定。有下列情形之一的，抵押担保的债权确定：（1）约定的确定债权的期限届满的；（2）没有约定确定债权确定期间，或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设定之日起满2年请求确定债权的；（3）新的债权不可能发生的；（4）抵押财产被查封、扣押的；（5）债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销的；（6）法律规定的确定债权的其他情形。

考点三十八：动产质权
当事人签订的质权合同应采用书面形式。动产质权自交付动产时生效。质押合同中对质押的财产约定不明，或者约定的出质财产与实际交付的财产不一致的，以实际交付占有的财产为质押财产。在质权合同中，出质人和质权人不得约定在债务履行期届满，质权人未受清偿时，质物的所有权转移为质权人所有。质押合同中的此种约定无效，但该部分内容的无效不影响质押合同其他部分内容的效力。质权人将质物返还出质人后，以其质权对抗第三人的，法院不予支持。出质人未按合同约定的时间交付质物，给质权人造成损失的，出质人应根据其过错承担赔偿责任。

注意：第一，质权的生效时间问题。质权的生效时间不是质押合同的订立时间，而是出质人交付质押财产的时间。出质人以间接占有的财产出质的，自书面通知送达占有人时视为移交。第二，质物问题。禁止转让的动产不得出质。一般认为，禁止流通物不得

出质，但限制流通物可以出质。盗赃物不得出质，已经被查封、扣押的动产不得出质，遗失物一般不得出质。考点三十九：质权人的权利（1）占有质物。对质物的占有，既是质权的成立要件，也是质权的存续要件，质权人有权在债权受清偿前占有质物，并以质物的全部行使其权利。质权人将质物返还给出质人后，即不可以其质权对抗第三人。但是，因不可归责于质权人的事由而丧失对质物的占有的，质权人可以向不当占有人请求停止侵害、恢复原状、返还质物。（2）收取孳息。质权人有权收取质物的孳息，但质权合同另有约定的除外。质权人收取的孳息应当先充抵收取孳息的费用，其次用于主债权的利息、主债权的清偿。（3）质权的保全。质物有损坏或价值明显减少的可能，足以危害质权人权利的，质权人可以要求出质人提供相应的担保。出质人不提供的，质权人可以拍卖或变卖质物，并与出质人协议，将拍卖或变卖所得的价款用于提前清偿所担保的债权，或向与出质人约定的第三人提存。（4）优先受偿。债务履行期届满，质权人未受清偿的，可以与出质人协议以质物折价，也可以依法拍卖、变卖质物。质物折价或拍卖、变卖以后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。在质物灭失、毁损或者被征用的情况下，抵押权人可以就该质物的保险金、赔偿金或者补偿金优先受偿。如果质物灭失、毁损或者被征用时，质权所担保的债权又未届清偿期的，质权人可以请求法院对保险金、赔偿金或者补偿金等采取保全措施。（5）转质权。质权人在质权存续期间，为担保自己的债务，经出质人同意，以其所占有的质物为第三人设定质权的，应当在原质权所担保的债权范围之内，超过的部

分不具有优先受偿的效力。转质权的效力优于原质权。质权人在质权存续期间，未经出质人同意，为担保自己的债务，在其所占有的质物上为第三人设定的质权无效。质权人对于因转质而发生的损害承担赔偿责任。注意：第一，质权的善意取得。质权适用善意取得制度。但对于赃物、遗失物不适用善意取得。第二，质权的行使。出质人请求质权人行使质权，质权人怠于行使造成损害的，应负赔偿责任。考点四十：抵押权与质权的竞合 因抵押权是不移转标的物占有的，而质权是以移转标的物的占有为成立要件，所以在设定抵押权后，抵押人得将标的物再用于质押，成立质权。因为于此情形下，后设定的质权无害于抵押权。此时当发生抵押权与质权的竞合。通说认为，抵押权的效力应优先于质权，因为抵押权成立在前。但是若抵押权属于可不予登记即成立而当事人又未为抵押登记的，则未登记的抵押权不具有对抗第三人的效力，故未登记的抵押权虽成立在前，质权的效力也应优先于抵押权。在一般情况下，设定质权后不宜设定抵押权，但也并非不可设定抵押权。若当事人同意于出质的财产上再设定抵押权时，抵押权与质权竞合，于此情形下，质权的效力应优先于抵押权。惟应注意的是，在我国的司法实践中，同一财产法定登记的抵押权与质权并存时，抵押权人优先于质权人受偿。考点四十一：抵押权与留置权的竞合 第一，先设定抵押权而后成立留置权。因为先设定抵押权后因标的物不移转占有，所以在抵押人将抵押物交由他人占有时，在具备留置权成立的条件下可在抵押物上再成立留置权。此种情形下发生的抵押权与留置权的竞合效力如何？通说认为留置权优先于抵押权。因为留置权人占有标的物，并且因留置权担

保的债权往往是有利于保全抵押权人利益的。第二，先成立留置权而后设定抵押权。这有两种可能：一是留置物所有人将留置物抵押，此时在留置物上又成立抵押权，抵押权与留置权竞合，因留置权成立在先，留置权的效力当然优先于抵押权。二是留置权人将留置物抵押，于此情形下，因为留置权人非为标的物所有人，抵押应为无效，不发生抵押权与留置权的竞合。但是若经留置物所有人同意，留置权人为自己的债务履行而为其债权设定抵押权的，抵押权可为有效，发生抵押权与留置权的竞合。不过于此情形下，抵押权的效力应优先于留置权。因为留置权人是抵押权所担保债权的债务人，债务人的权利不能优于债权人的权利。

考点四十二：留置权与质权的竞合

第一，先成立留置权后成立质权。留置权人以其占有的留置物再设定质权的，如经所有人同意，质权成立；如未经所有人同意，则其设定行为应为无效，但因留置权与质权均以占有为公示原则，善意第三人得依善意取得原则取得质权。在第三人取得质权时，留置权与质权竞合，后设定的质权效力应优先于留置权。因为在此种情形下，标的物为质权人实际直接占有，而留置权人仅为间接占有人。但如果在留置期间经留置权人同意，标的物所有人以留置物设定质权的，则因留置权成立在前，质权成立在后，留置权的效力应当优先于质权。

第二，先成立质权后成立留置权。在质物由质权人占有期间，质权人将质物交由第三人直接占有，而自己间接占有时，第三人得基于留置权的成立事由而取得留置权。例如，质权人将质物交由第三人保管，保管人得于具备留置权条件下取得留置权。于此情形下，因质权人的质权并不消灭，则发生留置权与质权的竞合，留置权的效

力优先于质权。因为留置权是担保基于维护或保存标的物的价值的行为而发生的债权，并且标的物由留置权人直接占有，而质权人仅为间接占有人。

考点四十三：选择之债的履行

选择之债的数种给付中的一种嗣后不能，且不可归责于双方当事人时，选择之债存在于其余的给付之上。债务人有选择权的，有权就剩余的给付加以选择，无权选择嗣后不能的给付；债权人有选择权的，有权就剩余的给付加以选择，也有权选择嗣后不能的给付。若因可归责于当事人的原因致使数种给付全部不能时，此时发生债的不能履行，可归责的债权人或债务人应负损害赔偿 responsibility。但是，若因可归责于当事人的原因致一种给付不能时，应当区分：

- (1) 债权人有选择权，且因可归责于他的原因致选择之债的一种给付嗣后不能的，选择之债存在于其余给付之上，债权人只能就此选择。若该不能系可归责于债务人的原因产生时，债权人有权选择该不能履行的给付，从而追究债务人的债务不履行责任。
- (2) 债务人有选择权，且因可归责于他的原因致选择之债的一种给付嗣后不能的，选择之债存在于其余给付之上，债务人只能就此选择。若该不能系可归责于债权人的原因产生时，债务人有权选择该不能履行的给付，从而追究债权人的债务不履行责任。

考点四十四：多数人之债的履行

按份债务的履行，需注意以下几点：

- (1) 按份债务基于双务合同而产生的，一债务人未履行或者未提出其给付时，债权人可行使同时履行抗辩权；
- (2) 按份债务人中的一人清偿其他债务人的债务，该债务人的债务消灭，不按非债清偿处理；
- (3) 按份债务人可以为共同诉讼人起诉或应诉。

按份债权的受偿，需注意以下几点：

- (1) 按份债权基于双务合同而产生的，债权人就

债务人中的一人未提出给付，对于其他债务人可主张同时履行抗辩权。（2）按份债权基于合同而产生的，解除该合同须由按份债权人全体主张，其中一债权人的解除权消灭时，其他债权人的解除权也随之消灭。不过，在继续性合同场合，解除权可由一按份债权人单独行使。（3）一按份债权人，原则上不得就其他债权人的份额受领给付。若为受领行为，则或者是其他债权人的代理人或辅助人，或者是无因管理人。

（4）按份债权人全体可以为共同诉讼人起诉或应诉。连带债务的履行，需注意以下几点：（1）连带债务的任何一个债务人都有义务履行全部债务，不得拒绝超过在债务人内部自己分担部分的给付。（2）连带债务人的一人或者数人清偿全部债务时，全部连带债务因失去目的而消灭。清偿部分债权时，其他连带债务人的债务于此范围内被相应免除。（3）一个连带债务人以其债权抵销债权人的债权，债权消灭，各连带债务人的连带债务也消灭。（4）连带债务人中一人与债权人混同，该连带债务消灭。其他连带债务是否随之消灭？于此场合，没有对其他连带债务人予以优惠保护的必要，以其他连带债务不因之而免除为宜，其他连带债务仍需按债的履行原则、规则及方法履行。（5）债权人免除部分连带债务人的债务，而无消灭其他连带债务人的债务的意思表示的，法律对此应予承认，其他连带债务人仍需履行。（6）履行期届满，全部连带债务人未履行债务，构成债务不履行，除一人或数人有免责事由的以外，须负债务不履行责任。（7）连带债务的发生原因可以各异，构成连带债务的各债务的诉讼时效期间及起算点可能不同，即使相同，但因诉讼时效中止、中断可能不同，所以各债务的时效完成时间可能有先有后。此

时，连带债务之一已超过诉讼时效期间时，其他连带债务仍需履行。（8）连带债务人中一人或数人破产时，债权人既可以向未陷于破产程序的连带债务人主张债权，也可以其债权申报破产财产，参加分配。（9）在诉讼程序中，债权人可以将全部连带债务人作为共同被告提起诉讼，也可以单独地对某一连带债务人提起诉讼。不过，该连带债务人清偿全部债权时，债权人的债权因目的达到而消灭，债权人便不得再诉请其他连带债务人。连带债权的实现，需注意以下几点：

（1）每个连带债权人都有权单独请求债务人履行债务，债务人应一个连带债权人的请求履行了债务时，其他连带债权因目的已经实现而消灭；（2）一个连带债权因与债务人的债权抵销，或者经提存或混同而消灭的，其他连带债权人的债权也因目的达到而消灭；（3）一个连带债权人免除债务人的债务的，除该债权人应享有的部分以外，其他连带债权人的债权不消灭；（4）连带债权中的一个债权已超过诉讼时效期间时，债务人就该部分不仅有权对抗该债权人，也有权就该部分对其他连带债权人拒绝履行债务，但是对其余部分的连带债权仍有义务清偿；（5）连带债权人中的一人有过失、转让债权、免除债务的，对其他连带债权人不产生影响。

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