

司考千万别想多了 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/480/2021\\_2022\\_\\_E5\\_8F\\_B8\\_E8\\_80\\_83\\_E5\\_8D\\_83\\_E4\\_c36\\_480254.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E5_8F_B8_E8_80_83_E5_8D_83_E4_c36_480254.htm) 司法部在其官方网站内公布标准答案后，“异议专区”马上有了数千份对标准答案的质疑。应该承认，有些异议颇有道理；而有些答案不能讲是错误的，但至少目前在学术上尚存在争议；也有相当一部分异议是不正确的。但笔者感触良深的却是有一些异议让人想到了四个字：过犹不及。

- 1．司考试题中对“案情”的陈述范围，决定了考生的努力方向不是去探求被遗漏的事实，而只能从陈述的“案情”中搜寻出与“判案”有关的法律事实。
- 2．司法考试不是法学研究水平测试。
- 3．司法考试目前只是法律考试，考生在分析大部分的案例时必须牢固树立“考官因法设题，考生依题找法”的思维模式。许多考生在司考中铩羽而归，不是因为做题时想少了，而是因为他们想多了。

例? 2 0 0 4 年国家司法考试试题?三? / 第 5 3 题 依我国法律规定，下列合同中可能发生留置权的有哪几种？ A．保管合同 B．委托合同 C．加工承揽合同 D．行纪合同

本题公布答案为 A C D。我国担保法第八十四条规定：“因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权，债务人不履行债务的，债权人有权留置。法律规定可以留置的其他合同，适用前款规定。当事人可以在合同中约定不得留置的物”。合同法第四百二十二条规定：“行纪人完成或者部分完成委托事务的，委托人应当向其支付相应的报酬。委托人逾期不支付报酬的，行纪人对委托物享有留置权，但当事人另有约定的除外”。因此，A C D项正确。有考生认为，B项

也正确。担保法解释第一百零九条规定：“债权人的债权已届清偿期，债权人对动产的占有与其债权的发生有牵连关系，债权人可以留置其所占有的动产”。该司法解释明确了除担保法第八十四条所列举的三种有名合同外，凡存在到期债权且债权人对动产的占有与债权发生存在牵连关系，皆可以行使留置权。针对该异议，又有考生提出了对异议的异议。他们认为，留置权是担保法所规定的5种担保方式中最特殊的一种，留置权的行使务必慎重，所以担保法第八十四条第二款规定：“法律规定可以留置的其他合同，适用前款规定。”这一委任性规定虽为在除了保管合同、运输合同、加工承揽合同以外其他合同中行使留置权留存了余地，但也明文规定了适用留置规定的其他情况必须由“法律”来规定。依立法法的规定，担保法解释单就其性质而言，不能认可它可以准用担保法第八十四条的规定。此外，行纪合同适用留置的规定，是合同法明文规定的，而合同法中第二十一章“委托合同”一章中没有受托人可以行使留置权的文字规定，相反，第四百零四条却规定了：“受托人处理委托事务取得的财产，应当转交给委托人”。两者孰对孰错，笔者在此不做过多评论。但笔者想说的是，有的考生依据担保法司法解释拐了几个弯来进行大胆推理，勇气固然可嘉，姑且不论结果到底如何，起码就费时费力，不如依法条的直接规定作答来得保险。例? 2 0 0 4 年国家司法考试试题?三? / 第 3 3 题 甲、乙、丙、丁共有一轮船，甲占该船70%份额。现甲欲将该船作抵押向某银行贷款500万元。如各共有人事先对此未作约定，则甲的抵押行为：A．无须经任何人同意 B．须经乙、丙、丁一致同意 C．须经乙、丙、丁中份额最大的一

人同意 D。须经乙、丙、丁中的两人同意 公布答案为 A。笔者认为，该题公布答案的主要依据是海商法第十六条的规定。有人认为选择 A 选项的依据应为担保法司法解释第 54 条。但笔者认为该条所规定的是，按份共有人只能以其所享有的份额设定抵押，否则无效。而本案中，只讲明“甲欲将该船作为抵押”，而未讲明“甲欲将自己在该船中所享有的份额作为抵押”，那么就不能轻率假设甲抵押的只是自己享有的份额。公布答案后，有专家持不同意见。海商法第十六条关于船舶抵押的规定，属于特别性规定，只能适用海商法所说的“船舶”。而对于一般共有物来讲，对共有物进行处分、设定负担，必须得到全体共有人的同意。“船舶”不等于“轮船”。如本案中讲述的轮船并非进行海上运输的船舶，而是在内河、湖泊航行的小船或者吨位在 20 吨以下，则不应适用海商法的规定。因此，选 B 者是掌握了关于共有物的一般原理，正确答案应为 B。公正地讲，此题的题干的确存在问题。但依据“依法设题”的老路子，笔者判断考官的出题初衷在于考查海商法第十六条，其理由如下：特别性的规定往往是司考的重点。笔者提醒考生注意法条中的数字。本题题干中有两个数字，一个是“70%”，它直接对应“三分之二以上”；一个是 500 万元，稍有常识的考生就知道它仅仅是一个干扰项，除非题干中交待了抵押物的总价值。循此关键数字“70%”，考生也应迅速判明，考官就在考海商法第十六条。因此，笔者认为该题固然存在瑕疵，但依本栏目中所讲授的技巧方法应选出答案 A。至于选 B 者，则须煞费苦心、绞尽脑汁进行一番痛苦思索，且所选答案正确与否尚难有定论。结语：有限的时间，有限的题干和题

肢，你千万不要将无限的思考浪费于其中。在你作答之际，你的出发点与归结点必须是大纲范围内的法条与法理，尤其是一些操作性强、在实践中被反复适用的法条。记住，千万别想多了。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](http://www.100test.com)