

西南政法大学 2001 年试题解析

学科专业：民商法

研究方向：民法、知识产权法

考试科目：民法

一、判断分析（每题 4 分，共 20 分）

1. 要约的撤回是指要约人撤回已生效但是尚未为受要约人承诺的要约。（西南政法大学 2001 研）

答：本说法不正确。要约的撤回是指要约人撤回尚未生效的要约。要约人撤回要约的，应向对方发出通知。撤回要约的通知在要约到达要约人之前或者与要约同时到达受要约人的，撤回生效。

2. 非法占有都不受法律保护。（西南政法大学 2001 研）

答：本说法不正确。所谓非法占有，又称为无权原占有，是指非依合法原因而取得的占有。非法占有亦可根据其占有事实及状态受占有制度的保护。因为占有本质上是作为一种事实而受到法律的保护。

3. 可撤销的民事行为在撤销前其效力是不确定的自始无效。（西南政法大学 2001 研）

答：本说法不正确。可撤销的民事行为在撤销前其效力继续保持。但撤销权一旦行使，可撤销的民事行为原则上溯及其成立之时，其效力归于消灭。

4. 转继承人既是被转继承人的继承人，又是被继承人的继承人。（西南政法大学 2001 研）

答：此说法错误。转继承指被继承人死亡后，遗产分割前，非放弃继承权的继承人死亡的，其应得的遗产份额转由他的继承人继承。因此，转继承人只须是被转继承人的继承人即可。

5. 专利发明的新颖性是指在申请日之前，在世界范围内没有与申请人的发明相同的发明存在。（西南政法大学 2001 研）

答：这种说法不准确。我国专利法规定，新颖性是指在申请日以前，没有同样的发明或实用新型在国内外出版物上公开发表过，在国内公开使用过或者以其他方式为公众所知晓，也没有同样的发明或者实用新型由他人向专利局提出过申请并且记载在申请日以后公布的专利申请文件中。

[参考资料]彭万林主编：《民法学》（修订版），中国政法大学出版社，1998 年版；张玉敏著：《知识产权法学》，法律出版社，2002 年版。

二、概念比较（每题 10 分，共 20 分）

1. 狭义无权代理与表见代理（西南政法大学 2001 研）

答：无权代理指非基于代理权而以本人名义实施的旨在归属其法律效果于本人的行为。它包括两种情形，其一，虽无代理权，但因本人的行为造成了足以令人信其有代理权的外观，从而须由本人负授权之责；其二，既无代理权，也不存在具有代理权的外观，无从由本人负责。前者是发生本人责任的无权代理，学理上称之为“表现代理”，后者是不发生本人责任的无权代理，学理上称之为“狭义无权代理”。表见代理本质上也属于无权代理，它与狭义无权代理的不同主要有两点，一是在构成上，表见代理须本人行为造成了使得第三人信赖行为人为具有代理权的外观，且须相对人善意而无过失；二是在效力上，狭义无权代理属于效力未定的非真正法律行为，如本人追认则可对其发生法律效力，如本人拒绝追认，由行为人承

担民事责任，相对人有催告权和撤销权。而表见代理中因本人的行为造成了足以令人相信某人具有代理权的外观，本人因之须负授权人责任，所以其法律效果归属于本人，本人承担代理行为的法律效果后可请求行为人负损害赔偿赔偿责任。

[参考资料]彭万林主编：《民法学》（修订版），中国政法大学出版社，1998年版。

2. 联合商标与防御商标（西南政法大学 2001 研）

答：联合商标指商标所有人为保护另一注册商标不受侵犯，在原注册商标指定使用的商品上注册的与原商标相近似的若干商标。如著名的“全聚德”商标，其所有人又注册了“聚全德”、“德全聚”、“全德聚”等商标，在原商标周围形成了一道保护墙，能有效保护其不受侵犯。防御商标是指商标所有人为保护另一注册商标不受侵犯，在原注册商标指定使用的商品以外的其他商品上注册的与原注册商标相同的商标。这种商标与原注册商标在文字、图形或其组合上是完全相同的，但其使用商品的范围不相同。联合商标和防御商标都是为保护某驰名商标不受侵犯而注册的商标，其作用也是相同的。两者的区别在于：联合商标是在受保护的注册商标指定使用的相同商品上注册的若干近似的商标，而防御商标则是在受保护的注册商标指定使用商品以外的其他商品上注册的相同的商标。

[参考资料]张玉敏著：《知识产权法学》，法律出版社，2002年版。

三、简述题（每题 8 分，共 24 分）

1. 知识产权地域性的含义及产生原因。（西南政法大学 2001 研）

答：我国学者一般认为，知识产权具有地域性，其意指知识产权为法律之产物，而立法权属国家主权，故任何一个国家的法律所确认和保护的知识产，除该国与他国签订双边条约或该国参加国际公约外，只在该国领域内发生法律效力。但实际上，这一解释并未揭示出知识产权不同于其他财产权的特征，因为其他民事权利都有这一特点。知识产权在地域方面的真正特征在于：他可以分地域取得、分地域行使。分地域取得是指同一信息可以依照法律规定的程序，同时在不同的国家分别取得相应的知识产权。分地域行使是指同一项知识产权可以在受保护的地域范围内分别行使。知识产权的这一特征是由其保护对象的非物质性决定的。物权由于其保护对象的物质性、特定性和惟一性，决定了其权利在全世界范围内的惟一性。这是知识产权与物资财产权的重要区别。

[参考资料]张玉敏著：《知识产权法学》，法律出版社，2002年版。

2. 双务合同履行中的不安抗辩权。（西南政法大学 2001 研）

答：我国《合同法》上的不安抗辩权，是指先给付义务人在有证据证明后给付义务人的经营状况严重恶化，或者转移财产、抽逃资金以逃避债务，或者谎称有履行能力的欺诈行为，以及其他丧失或者可能丧失履行债务能力的情况时，可中止自己的履行；后给付义务人接收到中止履行的通知后，在合理的期限内未恢复履行能力或者未提供适当担保的，先给付义务人可以解除合同。

不安抗辩权的成立须符合两个条件：第一，双方当事人因同一双务合同而互负债务。不安抗辩权为双务合同的效力表现，其成立须双方当事人因同一双务合同而互负债务，并且该两项债务系对价关系。第二，后给付义务人的履行能力明显降低，有不能为对待给付的现实危险。不安抗辩权制度保护先给付义务人是有条件的，不允许其在后给付义务人有履行能力的情况下行使不安抗辩权，只能在有不能为对待给付的现实危险、害及先给付义务人的债权实现时，才能行使不安抗辩权。所谓后给付义务人的履行能力明显降低，有不能为对待给付的现实危险，包括其经营状况严重恶化，转移财产、抽逃资金以逃避债务，谎称有履行能力的欺诈行为，以及其他丧失或可能丧失履行能力的情况。履行能力明显降低，有不能为对待给付的现实危险，须发生在合同成立以后。如果在订立合同时即已存在，而先给付义务人明知此情况却依然缔约，法律则无必要对其加以特别保护；如不知情而缔约，则可通过合同无

效等制度解决。

为了兼顾后给付义务人的利益,使后给付义务人尽量减少损害并及时消除危及债务履行的情形,法律要求先给付义务人行使不安抗辩权的,应及时通知后给付义务人,该通知的内容包括中止履行的意思表示和指出后给付义务人提供适当担保的合理期限。行使不安抗辩权的先给付义务人并负有举证证明后给付义务人的履行能力明显降低,有不能为对待给付的现实危险的义务。

不安抗辩权的效力包括:(1)先给付义务人中止履行。根据我国《合同法》的规定,先给付义务人有确切证据证明后给付义务人的履行能力明显降低,有不能为对待给付的现实危险的,有权中止履行。所谓中止履行,是指暂停履行或者延期履行,履行义务仍然存在。在后给付义务人提供适当担保时,应当恢复履行。所谓适当担保,包括设定担保的时间适当,并能保障先给付义务人的债权得以实现。(2)先给付义务人解除合同。按照我国《合同法》的规定,先给付义务人中止履行后,后给付义务人在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的,先给付义务人可以解除合同,通知到达后给付义务人时发生合同解除效力。后给付义务人有异议时,可以请求人民法院或者仲裁机构确认合同解除效力。后给付义务人的行为构成违约时,还应承担相应的违约责任。

[参考资料]彭万林主编:《民法学》(修订版),中国政法大学出版社,1998年版;王利明主编《民法》,中国人民大学出版社,2000年版。

3. 民法通则规定的特殊侵权民事责任的类型。(西南政法大学 2001 研)

答:根据《民法通则》的规定:在我国,特殊侵权的民事责任主要是指以下几种:第一,企业法人对其工作人员致人损害的民事责任,并不由行为人直接负赔偿责任,直接承担责任的是行为人所在的单位。因为法人虽然有权利能力和行为能力,但它的行为能力,即对外业务活动,需要通过它的工作人员来进行。按照民事法律的规定,法人代表及其所委托的人员对外进行民事活动时,他说代表的不是个人,而是法人本身。第二,国家机关或其工作人员因执行职务致人损害的民事责任,是国家赔偿责任中的一种,而非一般民事主体的法人和公民。第三,产品质量不合格致人损害的民事责任,适用无过错责任原则,而且其责任形式是连带责任。第四,从事高度危险作业致人损害的民事责任,适用无过错责任原则,其构成要件只要存在损害事实及行为与损害结果有因果关系即可,当然如果行为人能够证明损害是由受害人故意造成的,则行为人不承担民事责任。第五,污染环境致人损害的民事责任,亦适用无过错责任。但污染环境造成损害若系不可抗力或受害人自己及第三者故意或过失所致者,行为人不承担民事责任。第六,被监护人致人损害的民事责任,由对他们负有监护义务的监护人来承担,但对于能够证明自己已尽到了监护责任的人,可以酌情减轻或者免除责任。第七,饲养动物及其他原因致人损害的民事责任,由其所有人或管理人承担,但如果是由受害人或第三人的过错造成的,则动物所有人或管理人可免责。其他原因致人损害是指建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的,它的所有人或者管理人应当承担民事责任,但能够证明自己没有过错的除外。

[参考资料]彭万林主编:《民法学》(修订版),中国政法大学出版社,1998年版。

四、论述题(20分)

物权行为独立性、无因性理论评析。(西南政法大学 2001 研)

答:物权行为是指民事主体以物权的设立、变更、终止为目的的民事法律行为。物权行为无因性理论是物权行为理论的组成部分,该理论为德国学者萨维尼所创立。他认为,交付中的意思表示是独立的意思表示,因而交付是一个独立的契约。当事人承担义务的法律行为与其完成物权变更的行为是两个法律行为,前者为债权行为,后者为物权行为,二者相分离。由此更进一步则推出物权行为无因性理论,即物权行为在原则上不依赖其原因行为(债

权行为)而独立存在,或者说物的履行行为的效力和结果在原则上独立于债务关系的效力和结果。当原因行为被撤销时,依此原因行为所为的履行行为却不能当然失效,因为当事人之间的物的合意并未失效,物的取得人因而取得的物权不能随之撤销,已为物的交付的当事人只可以向物的取得人提起不当得利的返还之诉。这就是物权行为的无因性理论,其经典表述即为“一个源于错误的交付也是完全有效的”。

在是否肯认物权行为的存在及其无因性的问题上,存在三种立法例:一是意思主义或法国主义,认为物权的变动是债权行为的直接结果,物权的变动仅依当事人意思表示(债权行为)即成立,不以交付、登记为生效要件,动产的交付、不动产的登记只是对抗第三人的要件,因而不存在与债权行为相分离的独立的物权行为。这以《法国民法典》为代表,日本亦采取相同的立场。二是形式主义或德国主义,认为物权行为与债权行为是两种不同的法律行为,债权行为的效力仅在当事人之间产生一定的债权债务关系,并不能发生物权的变动。要发生物权的变动,除债权行为以外,还需要有直接使物权变动的物权行为。动产物权的变动,依当事人的合意及交付而生效,不动产物权的变动依当事人的合意及登记的生效,对第三人具有当然的约束力。这以《德国民法典》为代表。三是折衷主义或瑞士主义。认为物权行为与债权行为并无严格区分,法律原因或原因行为、登记承诺与登记相结合而发生物权变动的效力。这以《瑞士民法典》为代表。

凡认为物权行为独立的立法和学说,基本上都主张物权行为是无因行为。凡是不认为物权行为独立的,不生物权行为有因、无因的问题。但即使是持物权行为无因说者,也逐渐倾向于相对无因说,即主张物权行为原则上为无因,但法律另有规定或当事人另有约定时,可有有因。

至于我国民法是否承认物权行为理论及其无因性理论,学者的观点不尽一致。我认为我国法律采取的是意思主义与交付主义相结合的原则,承认物权行为的存在,但并没有明确承认物权行为无因性理论。首先,我国《民法通则》仿效了1964年的《苏俄民法典》的立法模式。该法典采取了意思主义与交付主义相结合的原则,规定按合同取得财产所有权,如果法律或者合同没有其他规定,自财物交付时起产生,如果关于转让物的合同需要登记,则所有权自登记时起产生。我国《民法通则》规定,按照合同或者其他合法方式取得财产的,财产所有权从财产交付时起转移,法律另有规定或者当事人另有约定的除外。与公示公信原则相联系,可知我国法律承认物权行为独立于债权行为而存在。但另一方面,我国《民法通则》又规定财产所有权的取得,不得违反法律规定,《银行结算办法》规定,签发商业汇票必须以合法的商品交易为基础,禁止签发无商品交易的汇票,由此种种可知我国法律非常强调法律行为的合法性、真实性。

我认为物权行为的无因性理论,可使法律关系明晰化,有助于法律适用,并具有保障交易安全的作用,与贸易往来、经济流转的要求是相适应的,而且与民法体系中的公示公信原则、善意取得制度等都有紧密联系。此外从逻辑上来说,承认物权行为的独立性确实会引致物权行为无因性理论的认识,我国学界在分析很多实际问题时也都有意无意地运用这一理论,所以我认为我国立法不应回避这个问题,应切实地清理各种法律制度之间的关系,肯定物权行为无因性理论,但是不能将它绝对化,而要使之具有一定的灵活性。

[参考资料]马俊驹、余延满著:《民法原论》(上),法律出版社,1999年版。

五、案例分析(16分)

1. 某县法院在强制执行某企业(以下简称甲企业)的一项重要设备时,该企业称它有一批原材料存放在乙企业的仓库中,要求法院执行这批原材料,不执行其重要设备。某县法院同意,遂到乙企业扣押其仓库中的原材料。乙企业称其仓库中所有的原材料都是归其所有的,并无甲企业的原材料。于是甲、乙企业对仓库中原材料的所有权发生争议。县法院要求

甲乙两个企业各自举证证明仓库中的原材料归其所有，结果两个企业都未能证明，县法院遂请示上级法院可否执行乙企业仓库中的原材料，上级法院答复，只要乙企业不能证明仓库中的原材料归其所有，就可以强制执行。

问：某县法院要求甲、乙两个企业各自举证证明乙仓库中的原材料的所有权的作法是否正确？上级法院的答复是否正确？为什么？（西南政法大学 2001 研）

答：某县法院要求甲、乙两个企业各自举证证明乙仓库中的原材料的所有权的作法不正确，上级法院的答复不正确。因为他们的作法和答复均不符合占有制度的规定。

所谓占有，是指人对物进行管领的事实。这里所称管领，包括对物进行掌握控制、使用收益及处分等，占有的本质在于主体以自己的意志对物进行现实的支配。由于占有制度给予占有一定的法律保护，占有也就因此而具有一定的法律效力。根据民法保护占有的规定，占有的法律效力之一即为权利推定，其意为占有人于占有物上行使的权利，推定为占有人适法享有的权利。至于占有人是否真正有此权利，在第三人举证破除法律所作推定前则在所不同。法律作此推定的目的在于通过假定占有。人享有合法权利，给占有以法律保护，从而稳定现实的占有关系。权利推定不仅具有良好的愿望，而且也有充分的依据：第一，物权法规定占有是物权的重要公示方法，使占有成为物权的重要外部表现形式，具有很强的公信力；第二，在法制社会，财产的实际占有人通常是真正享有其权利的人。推定占有人为合法占有人与社会的实际情况一般是吻合的。

根据占有的法律效力，讼争原材料存放在乙企业的仓库中，乙企业对其享有占有的权利，根据此外观，应首先推定乙企业对这批原材料享有所有权，除非甲企业能够举证证明该原材料系归乙方所有。因此，法院应责令甲企业承担证明原材料所有权的证明责任，如果甲企业不能证明仓库中的原材料归其所有，则维持占有的推定效力，即推定该原材料为乙企业所有，不可作为甲企业的财产予以强制执行。

[参考资料]彭万林主编：《民法学》（修订版），中国政法大学出版社，1998 年版。

2. 刘某创作的一篇论文在甲杂志上发表，乙杂志全文转载。后王某将其收入自己编的论文集，在丙出版社出版。刘某发现后诉于法院，控告王某和丙出版社侵犯了自己的著作权。甲杂志社则认为乙、丙和王某侵犯了自己的专有出版权，也向法院提起诉讼。

问：王某和丙出版社的行为是否侵犯了刘某的著作权？乙、丙和王某的行为是否侵犯了甲杂志社的专有出版权？为什么？（西南政法大学 2001 研）

答：王某和丙出版社的行为确实侵犯了刘某的著作权。著作权是指著作权人对其文学、艺术和科学作品所享有的控制、利用并排斥他人干涉的权利。著作权的内容包括精神权利和财产权利两个方面。其中著作权中的精神权利包括发表权、署名权、修改权和保护作品完整权。而著作权中的财产权利则主要包括复制权、演绎权和传播权三类权利。王某将刘某所创作的论文收入自己编的论文集中侵犯了刘某的署名权。因该书为丙出版社所出版，故而丙出版社亦负有共同侵权责任。

但甲杂志社称乙、丙和王某的行为侵犯了其专有出版权是没有根据的。所谓专有出版权是指排斥他人在合同有效期内和在合同约定的期限内，以同种文字的原版、修订版和缩编本的形式出版图书的权利。专有出版权应当经过合同约定方才享有。甲杂志社如未与该论文的著作权人刘某约定由甲杂志社行使专有出版权，则其不享有此权利，自然也就无从主张乙、丙和王某的行为侵犯了它的专有出版权。

[参考资料]《中华人民共和国著作权法》的相关规定；张玉敏著：《知识产权法学》，法律出版社，2002 年版。