

2013_年

全新改版
震撼上市

国家司法考试 一本通

试卷四高分突破

法律考试中心/组编

一本可以作为教材的工具书

连续10年同类司考图书第1品牌

直击试卷四必考考点

全面解密试卷四

命题规律

解题技巧

试卷四高分一本通



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

2013 年國家司法考試 本通

試卷四高分突破

(簡答題、案例分析題、法律文書、論述題)

法律考試中心/組編

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

试卷四高分突破 / 法律考试中心组编. —北京 :
法律出版社, 2012. 11
(2013 年国家司法考试一本通)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4255 - 8

I. ①试… II. ①法… 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(2012)第 270215 号

©法律出版社·中国

责任编辑/赵明霞

装帧设计/汪 锋

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/世纪千禧印刷(北京)有限公司

责任印制/沙 磊

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16

印张/11 字数/356 千

版本/2012 年 12 月第 1 版

印次/2012 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4255 - 8

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

不悔的选择(代序)

——试卷四备考方法和技巧

作为号称“天下第一考”的司法考试,其难度并不仅仅表现在较低的通过率上,还表现在难复习、难准备上。十多个法律学科,近百部法典和司法解释,上万条法律条文……这一切交织在一起,让很多考生未战先怯,直接放弃了。于是,各种辅导教材、培训机构竞相涌现。它们的核心在于告诉考生,司法考试的重点和难点是什么,怎样复习能够事半功倍。同理,本书想要告诉考生的是,司法考试主观题的重点和难点是什么,怎样复习主观题能够事半功倍。

主观题在司法考试中的分量其实并不重。但是由于:(1)考查方式为主观题,需要考生自己写作作答。(2)考查内容包含从法理学到部门法,从实体法到程序法,从民商法等私法学科到刑法、行政法等公法学科的大量内容,所以考生对主观题往往更加紧张,也更加重视。

而我们在多年司法考试培训过程中发现,对于主观题,很多考生在复习心态和复习方法上有明显的错误:

错误一,认为主观题无须单独复习,反正主观题考的内容,客观题一样会考。

错误二,认为复习主观题就是拼命做题,于是花大量金钱去购买模拟试题,然后花大量时间去练习、去写作。

错误三,知道主观题很重要,就是不知道该怎么复习,做题太耽误时间,不做题心又慌,最后在紧张中走上考场。

.....

事实上,由于主观题自身的特点,决定了其在命题上有不同于客观题的规律,又由于司法考试的科学性越来越强,我们可以根据历年考题提炼出主观题的命题规律,便于考生进行有针对性的复习:

第一,主观题的题量有限,但学科覆盖面广,因此每一学科只能考查最重要的知识点。这是考生复习主观题必须注意的问题。如果说司法考试是一门放弃的艺术,考生在复习过程中必须有所取舍的话,那么主观题就已经不是放弃的艺术,而是突破的艺术,是怎样找到考点并进行突破的艺术。主观题要在7道左右的题目中,考查民法、民事诉讼法、商法、刑法、刑事诉讼法、行政法和行政诉讼法6个大学科群的知识点,分到每个学科群只有1题左右的份额,即便转化成小题,也只有4~6道题。而这几道小题中必然蕴藏着命题人认为的本学科最重要的知识,结合历年真题分析,就可以发现,主观题的考点是相当集中的,因此是非常便于考生进行重点复习的。

第二,主观题需要考生亲自书写作答,因此要求考生对相关知识点有更加牢固的掌握。与客观题涂写选项不同,主观题增加了考试难度,考生只有在准确记忆知识点,精确分析题目中的法律关系和法律要件,并能在考场上流利地表述出来后,方能得分。因此,考生无法使用在选择题中惯用的排除法等技巧回答,更无法用投硬币等碰运气的方法,唯一的办法就是,对重点的知识点必须精确记忆,并达到流利表达的程度。

第三,主观题近几年的命题趋势,是越来越综合化。不管是论述题、分析题的增设,还是法律文书题的逐渐淡出,都让我们感到,主观题的考查,越来越强调法学综合素质。因此,与法律知识无关的逻辑分析能力,成为考生在复习主观题时,必须掌握的能力。但司法考试的应试过程往往较短,如何在短时间的备考过程中掌握这一能力呢?我们认为,一方面,需要考生进行一定的有针对性的题目训练;另一方面,考生要在复习过程中,有意识地训练自己在重要知识点上的敏感度。当拿到题目后,考生要有意识地用自己已经熟悉的知识背景去分析,这往往能够达到比较好的效果。

正是因为主观题有着不同于客观题的命题规律和复习方法,我们结合司法考试培训过程中的经验,编辑了本书。本书的编写目的是,通过对真题的仔细分析整理,归纳出主观题中各个学科的重点知识,然后配上一定的典型例题,以强化考生的记忆。通过阅读重点——习题强化的模式,一方面使考生对主观题重点知识的掌握更加牢固;另一方面也训练考生对这些重点知识的敏感度,提升考生的逻辑分析能力。我们不求面面俱到,但是自信本书可以覆盖主观题80%以上的考点。通过使用本书,考生可以用较短的时间(一周左右),复习掌握主观题的重点知识。

本书的知识点共分为四大部分：第一编，针对近几年新出现的题型——简答题，根据最新司法考试大纲的内容，结合真题，对简答题的重点理论部分——社会主义法治理念进行精解；第二编，针对案例简析题和分析题，按照民法、刑法、商法、民事诉讼法与仲裁制度、刑事诉讼法、行政法与行政诉讼法的学科划分，结合真题，将每个学科在主观题中常考的知识点加以总结整理，供考生集中复习；第三编，针对已经日渐式微但还没有被明确取消的法律文书题，简单介绍写作技巧和准备方法；第四编，针对分值比例不断提高的论述题，我们准备了“模板套路写作法”，为考生提供3个基础模板，并提供了18个写作套路，考生只要按照这一方法认真复习准备，则原本似乎无规律可循、无答案可参考的论述题，也将迎刃而解。

你可能会感到重复的枯燥，的确，很多知识你在复习客观题时已经看到了。但是，请你一定要耐心，把这本书中的每一个知识点都掌握，因为它们已经是浓缩又浓缩、提炼再提炼的核心考点。同时，请你认真体会书中介绍的答题方法和技巧，因为它们将帮助你转换客观题的复习思维，真正进入“主观题时间”。

于是——

在2013年9月的第二个周日的下午，你拿到了司法考试的试卷，愉快地发现，几乎每一道题目所要考查的知识你都已经了然于胸……

又于是——

在2013年11月的某一天，当你从电话里听到或是电脑上看到自己的司考分数时，你会为自己选择本书感到骄傲，为自己最后的成绩感到自豪！

目 录

第一编 简答题

第一节 真题解析	(1)
第二节 考点整理	(4)
第三节 突破预测题	(7)

第二编 案例分析题

第一章 民法	(9)
第一节 真题解析	(9)
一、真题研究	(9)
二、考点归纳与预测	(13)
第二节 2008 ~ 2012 年考点整理	(13)
第三节 突破预测题	(23)
第二章 刑法	(32)
第一节 真题解析	(32)
一、真题研究	(32)
二、考点归纳与预测	(35)
第二节 2008 ~ 2012 年考点整理	(36)
第三节 突破预测题	(47)
第三章 商法	(51)
第一节 真题解析	(51)
一、真题研究	(51)
二、考点归纳与预测	(52)
第二节 2008 ~ 2012 年考点整理	(52)
第三节 突破预测题	(57)
第四章 民事诉讼法与仲裁制度	(62)
第一节 真题解析	(62)
一、真题研究	(62)
二、考点归纳与预测	(65)
第二节 2008 ~ 2012 年考点整理	(66)
第三节 突破预测题	(81)
第五章 刑事诉讼法	(85)
第一节 真题解析	(85)

一、真题研究	(85)
二、考点归纳与预测	(88)
第二节 2008 ~ 2012 年考点整理	(88)
第三节 突破预测题	(100)
第六章 行政法与行政诉讼法	(104)
第一节 真题解析	(104)
一、真题研究	(104)
二、考点归纳与预测	(107)
第二节 2008 ~ 2012 年考点整理	(107)
第三节 突破预测题	(115)

第三编 法律文 书

一、法律文书题冲刺指导	(120)
二、突破预测题	(120)

第四编 论 述 题

一、真题研究	(129)
二、考点分析	(135)
三、论述题的答题思路:模板套路法	(138)
四、突破预测题	(145)

司考锦囊——冲刺阶段模拟试卷

模拟预测试卷(一)	(150)
模拟预测试卷(二)	(157)
模拟预测试卷(三)	(164)

第一节 真题解析

一、2008 年司法考试第四卷 第一题之解析

材料:

据新华社 4 月 13 日电:2006 年 4 月,中共中央提出树立社会主义法治理念。这是以胡锦涛同志为总书记的党中央,从社会主义现代化建设事业全局出发,坚持以马克思主义法学理论为指导,在认真总结我国法治建设实践经验,借鉴世界法治文明成果的基础上,作出的一项重大决策。标志着我们党对建设中国特色社会主义法治国家的规律、中国共产党执政规律有了更加深刻的认识和把握。其基本内涵可以概括为依法治国、执政为民、公平正义、服务大局、党的领导五个方面。

《法制日报》2008 年 2 月 1 日报道:2007 年岁末,中共中央总书记胡锦涛在同全国政法工作会议代表、全国大法官、大检察官座谈时指出,要始终坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上。这“三个至上”所蕴含的精神,不仅体现了执政党以人为本、执政为民、全心全意为人民服务的基本理念,也体现了社会主义法治理念的深刻内涵,体现了建设社会主义法治国家必须坚持党的领导、人民当家做主、依法治国三者之间的有机统一。

问题:

请根据以上材料,从法与政治和法的作用的角度简答对社会主义法治理念的认识。

答题要求:

1. 观点正确,表述完整、准确。
2. 不少于 400 字。

【参考答案】 法具有重要的政治功能,法在实现政治统治方面具有明显的社会作用。而社会主义法治理念和“三个至上”重要思想的提出将极大地促进法在社会中的作用的发挥,加快我们的社会主义法治进程。(开篇总结全文)

法和政治之间具有非常密切的关系。法离不开政治,政治也离不开法。(首先阐述法和政治的关系)因此,在社会主义法治理念中一方面要强调党的领导,执法为民,强调党的事业至上、人民利益至上,强调服务大局;另一方面,社会主义法治理念中又必须包含依法治国、公平正义的涵义和价值,必须强调宪

法法律至上。(将法和政治的理论和社会主义法治理念、“三个至上”思想结合起来)这也体现了建设社会主义法治国家必须坚持党的领导、人民当家做主、依法治国三者之间的有机统一。从法和政治的角度看,实际上是社会主义法治理念中的政治性、人民性和法律性的统一。(小结和拔高)

法的作用泛指法对社会产生的影响。法不仅具有规范作用也具有社会作用,其社会作用是由法的本质和目的所决定的。社会主义法律是以工人阶级为领导的广大人民群众共同意志和根本利益的体现,具有维护社会秩序、推动社会进步的作用。(首先阐述法的作用的具体内容)这种作用的实现,离不开社会主义法治理念的 5 个方面,即依法治国、执政为民、公平正义、服务大局和党的领导。进一步说,社会主义法治理念对社会主义法的作用的发挥与实现具有重要意义。(将社会主义法治理念和法的作用结合起来)

二、2009 年司法考试第四卷 第一题之解析

材料:

1840 年鸦片战争前,以自然经济为基础的中国农业社会是封闭保守的。鸦片战争后,中国的封建法律面临挑战。清朝统治者迫于内外压力,于 20 世纪初下诏修律,以收回领事裁判权为契机,法的现代化从制度层面上在中国正式启动。

新中国成立后 60 年来,伴随着社会主义革命和建设的伟大进程,中国法的现代化以社会主义的民主法制为建设目标,历经曲折考验,取得巨大成就。特别是改革开放 30 年来,社会主义的法治思想和观念在建设中国特色社会主义的伟大实践中总结凝练开拓创新,与时俱进地指引中国法治现代化建设不断发展并推向深入,形成了以“三个至上”重要观点为精神实质和根本原则的社会主义法治理念。

问题:

请结合中国法治现代化发展进程,简答对社会主义法治理念和“三个至上”重要观点的认识。

答题要求:

1. 观点正确,表述完整、准确;
2. 不少于 400 字。

【参考答案】 中国的法治现代化是由传统人治型社会向现代法治型社会的转型过程,这个过程起步艰难,受到了来自内外的经济、社会、政治方面的重重压力。中国法治现代化起步阶段的历史背景,决定了

中国的法治现代化具有复杂性和长期性,有其独特的发展道路和特征。(总结中国法治现代化发展,提炼出中国法治现代化的特点)

在改革开放继续向前推进的关键历史时期,党中央审时度势,明确提出社会主义法治理念和“三个至上”的重要观点。社会主义法治理念主要包括依法治国、执法为民、公平正义、服务大局和党的领导5个方面。而“三个至上”则是指“党的事业至上”、“人民的利益至上”和“宪法法律至上”。“三个至上”重要观点是我国社会主义法治理念的精神实质和根本原则。我们的法治化进程已经从制度层面进一步走向了法治理念层面。(简要阐述法治理念和“三个至上”观点并提出它们之间的关系以及和法治现代化的关系)

社会主义法治理念和“三个至上”观点的提出为社会主义初级阶段的社会主义现代化建设提供了理论指引和思想基础,是指导我国建设法治国家的思想观念体系,为社会主义民主法治指明了政治方向、明确了历史使命、提供了科学方法,具有重大的现实意义,必将产生深远的历史影响。(小结全文,结合法治现代化提升社会主义法治理念和“三个至上”观点的重要历史意义)

三、2010年司法考试第四卷 第一题之解析

材料:

据新华社2009年12月18日电:中共中央政治局常委、中央政法委书记周永康在18日下午召开的全国政法工作电视电话会议上强调,要以邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导,深入贯彻落实科学发展观,全面贯彻落实党的十七大、十七届四中全会和中央经济工作会议精神,抓住影响社会和谐稳定的源头性、根本性、基础性问题,深入推进社会矛盾化解、社会管理创新、公正廉洁执法三项重点工作*,推动政法工作全面发展进步,确保国家和社会和谐稳定,为经济社会又好又快发展提供更加有力的法治保障。

注*三项重点工作

①深入推进社会矛盾化解,抓源头,清积案,建机制,强基层,努力化解老矛盾,有效预防新矛盾,进一步形成依法有序表达诉求、及时有效解决问题的社会环境。

②深入推进社会管理创新,解决好流动人口服务管理、特殊人群帮教管理、社会治安重点地区综合治理、网络虚拟社会建设管理、社会组织管理服务等问题,进一步完善与社会主义市场经济体制相适应的社会管理体系。

③深入推进公正廉洁执法,在提高执法能力、细化执法标准、强化执法管理监督、加强政法机关党的

建设上取得新进步,进一步提高开放、透明、信息化条件下的执法公信力,切实维护社会公平正义。

问题:

请结合当前政法领域的三项重点工作,谈谈你对社会主义法治理念的依法治国基本内涵的理解。

答题要求:

1. 观点正确,表述完整、准确;
2. 无观点和论述,照搬材料原文不得分;
3. 不少于400字。

【参考答案】 1. 1997年,党的十五大报告确立了“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略。依法治国的基本内涵包括人民民主、法制完备、树立宪法法律权威和权力制约4个方面。人民民主是依法治国的政治基础,法制完备是法治国家的重要标志,树立宪法和法律权威是依法治国的必然要求,权力制约是依法治国的关键环节。

2. 在政法领域深入推进三项重点工作,是党中央在深刻分析国际国内形势及当前社会矛盾作出的战略决策,是当前和今后一段时间推进政法工作的关键环节。

3. 在政法工作领域深入推进社会矛盾化解,是真正实现人民当家作主,巩固依法治国政治基础的关键环节。深入推进社会管理创新,是满足社会发展的客观要求,推进法治国家建设的创新实践。深入推进公正廉洁执法,是树立宪法和法律权威,保证国家各项工作依法规范、各项权力依法约束的必然遵循。

四、2011年司法考试试卷四 第一题之解析

材料:2011年元月,中共中央政治局常委、中央政法委书记周永康在会见全国十大杰出青年法学家时指出:“法学是治国理政的大学问,是政治性很强的学科。法学理论工作者要始终保持政治上的清醒坚定,坚持中国特色社会主义道路,坚持党的领导、人民当家作主和依法治国有机的统一,坚持中国特色社会主义司法制度,为全面落实依法治国基本方略、加快建设社会主义法治国家贡献才智。”周永康要求,“密切关注我国法治建设中的重大现实问题,提出更多理论上的真知灼见,积极参与国家立法,主动服务执法司法实践,大力弘扬社会主义法治精神,努力成为通晓古今、学贯中西的法学大家,不断发展具有中国特色的社会主义法学理论”。

问题:

根据以上材料,可以从哪些方面理解中央领导同志对法学理论工作者提出的要求?请结合社会主义法治理念基本特征,谈谈社会主义法治理念中繁荣法学事业的要求。

答题要求:

1. 观点正确,表述完整、准确;
2. 无观点或论述,照搬材料原文的不得分;
3. 不少于400字。

【参考答案】(要点)

1. 根据材料,周永康同志在讲话中对法学理论工作者提出的要求,可以从两方面理解:一是要讲政治,坚持中国特色社会主义道路,确保正确的政治方向;二是要重实践,努力服务国家法治建设实践,不断发展具有中国特色的社会主义法学理论。

2. 社会主义法治理念具有鲜明的政治性和彻底的人民性。社会主义法学事业是中国特色社会主义事业的重要组成部分。繁荣法学事业,就必须牢固树立社会主义法治理念,坚持正确的政治方向,牢牢把握法学领域意识形态的主导权。繁荣法学事业,就必须使法学研究和法学教育服务于社会主义法治建设,努力实现好、维护好、发展好最广大人民的利益。

3. 社会主义法治理念具有系统的科学性和充分的开放性。法学研究和法学教育是为社会主义法治建设提供理论支撑和人才支持的重要阵地,事关我国法治建设的兴衰成败。繁荣法学事业,就必须不断提高法学教育质量和水平,培养优秀的法律人才,使之成为社会主义法治事业的建设者和捍卫者。

五、2012年司法考试试卷四 第一题之解析

材料一:2008年12月,中共中央总书记胡锦涛在纪念十一届三中全会召开30周年大会上的讲话中指出:实现社会公平正义是中国特色社会主义的内在要求,处理好效率和公平的关系是中国特色社会主义的重大课题。讲求效率才能增添活力,注重公平才能促进和谐,坚持效率和公平有机结合才能更好体现社会主义的本质。2010年3月14日,国务院总理温家宝在人民大会堂与中外记者见面时提出,社会公平正义是社会稳定的基础,公平正义比太阳还要有光辉。2010年3月22日,中共中央政治局常委、中央政法委书记周永康在中央政法委员会第十一次全体会议上指出:各级政法机关要更加自觉地把政法工作放到党和国家事业发展全局中来谋划和推进,更加积极地回应人民群众的新要求、新期待,进一步加强政法工作、政法队伍建设,更好地维护社会公平正义、维护社会和谐稳定。

材料二:

①2009年11月3日,范某因抢包被公安局抓获。审讯中范某交代,因为身患癌症的妻子需要持续治疗,而自己每天起早贪黑的钱难以支撑妻子的医药费,到处借钱又碰壁,“实在没有办法了”,才动了抢钱的念头。范某被抓捕后,当地村民均为他求情,说他

“平时可老实了,出这样的事儿是因为他的生活压力实在太大了。”2010年1月14日,法院开庭审理此案。根据《刑法》对抢夺罪的量刑规定以及被告人抢夺的金额,应当判处被告人3年以上10年以下有期徒刑。但法庭当庭宣判:被告人范某犯抢夺罪判处有期徒刑3年、缓刑5年,并处罚金2000元。

②刘某(女)与闫某经人介绍认识并结婚。婚后,刘某患脑瘤致瘫,生活不能自理,由此引发夫妻矛盾。后刘某回娘家居住,期间2人未尽夫妻间权利和义务,并因抚养问题导致诉讼。闫某要求与刘某离婚。刘某说:“我嫁给他就是他的人,夫妻一方有难,另一方就应该提供帮助。”闫某说:“我们虽然是夫妻,但她的病已没有恢复的希望,我不能这样毁了自己的一生。”法庭调解失败后,判决如下:因刘某与闫某长期分居,无法共同生活,应认定感情确已破裂,准予离婚。

问题:

请根据中央领导同志讲话精神及上述案例,围绕法理与情理、公正与效率相互关系,简述社会主义法治公平正义理念的基本要求。

答题要求:

1. 紧扣社会主义法治公平正义理念的基本要求作答;
2. 无观点或论述,照抄材料原文不得分;
3. 观点正确,表述完整,文字通顺;
4. 总字数不得少于400字。

【参考答案】(要点) 实现社会公平正义是中国特色社会主义的内在要求。社会公平正义是社会稳定的基础。维护社会公平正义也是社会主义各项事业的价值基础。

社会主义法治公平正义的实现必须注重法理与情理的相互统一,用法理为情理提供正当性支持,以情理强化法理施行的社会效果。

上述两个案例说明:在司法过程中,要妥善、恰当地解决司法实践中可能存在的局部性、个别性的“合理不合法”或“合法不合理”问题,在不违反法律基本原则,不损害法律权威的前提下,能动地运用法律技术和法律手段,兼顾法理与情理的要求,寻求相关利益的平衡与妥协,使这类特殊问题的解决更趋于实质上的公正。

在处理涉及法理与情理之特殊问题时,也有可能导致另一个问题,即案件久拖不决,出现执法者拖延推诿、贻误怠慢等现象,使人民群众的正当权益得不到及时的保护或实现,同样是对人民群众的不公正。这就要求执法者在执法过程中做到同时兼顾公正与效率,既不能为片面追求效率而损伤实质公正,也不能因为不讲效率而导致不公正。

第二节 考点整理

2008年结合“三个至上”进行了考查(20分),2009年结合“中国法治现代化的发展历程”进行了考查(25分),2010年结合“政法领域的三项重点工作”共考查了25分。2011年更是贯穿司法4卷,考查了31分。2012年延续了2011年的特点,考查分值达到了41分。由此足以显示其在司法考试中的重要地位。以下希望通过该部分之核心内容的梳理和阐释,一方面使考生牢固掌握社会主义法治理念的内容,另一方面也能使考生举一反三,对于其他的理论知识融会贯通。

一、关于社会主义法治理念的要点整合

(一) 社会主义法治理念的基本理论

主要包括社会主义法治理念的基本概念、本质属性、理论渊源、实践基础以及地位和作用;而重点是社会主义法治理念的本质属性、地位和作用。应深入理解和准确把握社会主义法治理念与党的领导、人民当家作主、依法治国三者有机统一,党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上的关系;以及“三者统一”和“三个至上”的相互关系。

1. 社会主义法治理念的基本概念和内涵。

我国的社会主义法治理念是中国特色社会主义的系统化的法治意识形态,反映和指引着社会主义法治的性质、功能、目标方向、价值取向和实现途径,是马克思主义法律思想中国化的最新成果,是社会主义法治的精髓和灵魂,是我国社会主义法治事业必须长期遵循的指导思想。

社会主义法治理念的基本内涵,集中概括为“依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导”5个方面。依法治国是社会主义法治的核心内容,执法为民是社会主义法治的本质要求,公平正义是社会主义法治的价值追求,服务大局是社会主义法治的重要使命,党的领导是社会主义法治的根本保证。社会主义法治理念这5个方面的内涵,有机统一,相辅相成,各自从不同侧面系统地揭示出社会主义法治的主要原理,同时又完整地描绘出社会主义法治的基本图景。

2. 社会主义法治理念的本质属性。

(1)坚持党的领导、人民当家作主、依法治国三者有机统一,是社会主义法治理念的本质属性。坚持党的领导,才能保证社会主义法治的正确方向,依法治国和人民当家作主才会有可靠的政治保证;坚持人民当家作主,党的领导和依法治国才会有坚实的群众基础,才能真正落实执政为民、执法为民的要求;坚持依法治国,党的领导和人民当家作主才具有鲜明的时代

内涵,党的领导和人民当家作主的实现也才能有可靠的法律保障。“三者有机统一”贯穿于社会主义法治理念之中,是社会主义法治理念的核心与灵魂。

(2)坚持党的事业至上、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、依法治国三者有机统一的必然要求。坚持党的领导、人民当家作主、依法治国三者有机统一的必然要求,在实践层面上进一步体现为坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上。坚持党的事业至上,就是要在法治的具体实践中,坚持党的基本理论、基本路线、基本纲领、基本经验,自觉贯彻党的路线方针政策,加强和维护党的领导,巩固党的执政地位;坚持人民利益至上,就是要在法治的具体实践中,坚持以人为本、执法为民,全面维护、实现和发展广大人民群众的根本利益,把人民群众的满意度作为检验法治实践成效的重要标准;坚持宪法法律至上,就是要把严格遵守宪法法律作为法治实践的基本要求,党要在宪法和法律范围内活动,执法和司法必须严格以宪法和法律为依据,任何组织和个人都不允许有超越宪法和法律规定的特权,在全社会树立宪法和法律的权威,树立执法与司法的公信力,维护社会主义法制的统一和尊严。

3. 社会主义法治理念的理论渊源和实践基础。

(1)理论渊源:马克思主义法律思想是社会主义法治理念的主要理论源脉,毛泽东思想、中国特色社会主义理论体系是社会主义法治理念的重要理论依据,中国传统文化尤其是传统法律思想为社会主义法治理念提供了重要参照,西方资本主义法治思想为社会主义法治理念提供了一定的借鉴。

(2)实践基础:社会主义法治理念建立于对我国社会主义初级阶段基本国情的深刻把握;建立于对我国社会发展阶段性特征的正确判断;建立于对我国所处国际地位及国际环境的准确认知;建立于对我国法治建设经验教训的系统总结。

4. 社会主义法治理念的地位和作用

(1)社会主义法治理念是马克思主义法律思想中国化的最新成果

(2)社会主义法治理念是我国社会主义法治事业必须长期遵循的指导思想。

(二) 社会主义法治理念的基本内涵和基本要求

1. 依法治国。

依法治国是法治国家的基本特征,其是指广大人民群众在党的领导下,依照宪法和法律的规定,通过各种途径和形式管理国家事务,管理经济文化事业,管理社会事务,保证国家各项工作都依法进行,逐步实现社会主义民主的制度化、法律化,使这种制度和法律不因领导人的改变而改变,不因领导人看法和注意力的改变而改变。

依法治国是我们党在治国理政方略上作出的重

大抉择。依法治国方略的实施是一项浩瀚庞大、复杂而艰巨的系统工程,其中主要包括:构建和完善中国特色社会主义法律体系;坚持依法行政,即践行合法行政、合理行政、程序正当、高效便民、诚实守信、权责统一等要求;实现公正高效权威的司法;普遍严格遵循法律;构建权力职业监督体系和机制。

依法治国理念的基本要求:(1)充分发挥依法治国方略在全面推进中国特色社会主义事业中的重大作用。其中包括充分运用法律手段,保障我国经济的全面协调可持续发展,推动我国社会建设事业的进一步完善,以及不断创新社会管理。(2)实现法律手段与其他社会治理手段和方式的有机结合。要全面发挥各种社会规范的调整作用,综合协调地运用多元化的手段和方式来实现对国家的治理和管理。要坚持依法治国与以德治国的有机统一。

2. 执法为民。

执法为民的基本涵义:立法机关的立法活动、行政机关的执法活动、司法机关的司法活动等社会主义法治实践活动,都必须以广大人民的根本利益为出发点,反映广大人民的意志与愿望,体现广大人民的情感与要求,切实维护人民群众的正当利益,为人民群众有效地行使民主权利,参与国家和社会管理,自主地从事各种正当的经济、社会、文化活动,合理地追求生存和生活状态的改善,提供法律上的支持与保护。与此同时,引导和帮助人民群众学法用法、遵纪守法,使人民群众逐步熟悉和适应法治环境,学会在法治条件下处理各种事务的本领,从容自如、有尊严地生活在社会主义法治社会之中。执法为民的实质就是法治为民。

执法为民体现了党的根本宗旨和国家的社会主义性质:(1)执法为民是党的根本宗旨在法治事业中的具体贯彻;(2)执法为民是我国社会主义性质的必然要求和实际体现;(3)执法为民是新时期我国民主政治实践创新的必由之路和重要内容;(4)执法为民是我国社会主义法治事业顺利推进的重要动力。

执法为民要求构建以社会成员为主体、以人民利益为核心的权利保护体系,具体来说,要保障和维护人民民主权利、公民基本权利和自由;保障和维护广大人民群众的经济、社会和文化权利;保障和维护少数民族、妇女、儿童、老人和残疾人的合法权益。

执法为民理念的基本要求:(1)自觉践行执法为民的理念,即坚持以人为本,着眼于保障和改善民生,倡导和注重理性文明执法,切实做到便民利民。(2)坚持国家利益、社会利益和个人利益的高度统一。要引导和教育人民群众正确对待和行使自己的各项权利与自由,妥善、合理地处理个人与其他主体之间的利益矛盾与冲突,自觉履行法律义务、道德义务和社会责任,在行使个人权利、享受个人自由的同时,不

得损害他人合法利益和社会利益。

3. 公平正义。

公平正义是和谐社会的基本内容和特征。公平的朴素含义是公允持平、不偏不倚、办事公道、利益均衡;正义则意味着惩恶扬善、激浊扬清、是非清楚、道义分明。社会主义法治理念中的公平正义涵盖了这些朴素意蕴,并使之法律化,通过法治实践活动,使每一个社会成员的正当利益和合理诉求平等地在法律中得到表达和体现,公平地得到法律的保障和维护,并在法律的支持下公正地得到实现和满足。

公平正义是一个历史范畴,是我国社会主义各项事业的价值基础。公平正义是我国社会主义所倡导和维护的主流价值,是人民群众的强烈愿望与迫切要求,是构建社会主义和谐社会的必由之路,是树立和强化法治权威的必要前提与保证。

坚持公平正义的基本原则包括:坚持法律面前人人平等原则;坚持以事实为根据、以法律为准绳原则;坚持不偏不倚、不枉不纵、秉公执法的原则。

公平正义理念的基本要求:(1)正确处理法理与情理的关系;(2)正确处理程序与实体的关系;(3)正确处理公正与效率的关系;(4)正确处理普遍与特殊的关系;(5)正确处理司法与其他社会纠纷解决手段之间的关系。

4. 服务大局。

服务大局的核心内容:社会主义法治的各项事业都必须紧紧围绕党和国家的中心任务与大政方针而开展,社会主义法治的各项工作都必须服从和服务于党和国家的根本利益以及社会发展的总体要求,社会主义法治的各种具体实践活动都必须充分考虑和高度重视对社会发展和社会运行全局的影响。

服务大局理念揭示了我国社会主义法治的科学性与实践性。服务大局是对马克思主义法律思想的实践诠释,是对法治运行实际状况和客观规律的深刻认知与正确把握,也是对我国社会发展总体格局和态势的必要配合和积极回应。

服务大局的基本要求:(1)法治实践活动要坚持围绕中心、服务大局。在法治实践中要坚持全面贯彻党和国家的大政方针,高度重视法治实践活动的社会效果,同时重视和强调各地方、各部门以及各机构的协调与配合。(2)依法正确履行职责。法治机关及其工作人员充分履行职责、正确履行职责、能动履行职责。

5. 党的领导。

中国共产党是社会主义事业的领导核心。坚持党对法治事业的领导,是我国社会主义法治的主要特色,也是我国社会主义法治的根本保证。社会主义法治理念中的党的领导,就是指党通过路线、方针和政策的实施与贯彻,依靠各级党组织作用的正确发挥,

把握我国法治事业发展的根本方向,决定我国法治事业的战略部署,推动我国法治事业的总体进程,协调我国法治事业中的重要关系,指导我国法治实践活动的具体开展。

坚持党对社会主义法治事业的领导具有客观必然性:首先,党在长期革命建设中逐步形成的历史地位决定了社会主义法治事业必须坚持党的领导。其次,社会主义法治事业的实际推行必须依靠党的领导。最后,改善党的执政方式、提高党的执政能力、推进党的各项事业,必须加强党对法治事业的领导。

党的领导在法治事业中的集中体现:思想领导;政治领导;组织领导。

党的领导理念的基本要求:(1)注重突出和维护党中央的领导地位与权威;(2)始终坚持依法领导;(3)充分重视科学领导。

二、关于中国特色社会主义法律体系的要点整合

(一)形成中国特色社会主义法律体系的重要意义

1. 中国特色社会主义法律体系是中国特色社会主义永葆本色的法制根基。

2. 中国特色社会主义法律体系是中国特色社会主义创新实践的法制体现。

3. 中国特色社会主义法律体系是中国特色社会主义兴旺发达的法制保障。

(二)形成中国特色社会主义法律体系的基本经验

1. 坚持党的领导。

中国共产党是中国特色社会主义事业的领导核心。党的领导是人民当家作主和依法治国的根本保证,也是加强民主法制建设、做好立法工作的根本保证。在立法工作中,我们始终坚持党的领导,使党的主张经过法定程序成为国家意志,成为全社会一体遵循的行为规范和准则,从制度上、法律上保证党的路线方针政策的贯彻落实,保证改革开放和社会主义现代化建设的顺利进行。总之,我们的一切法律法规都是在党的领导下制定的,我们制定的一切法律法规都必须有利于加强和改善党的领导,有利于巩固和完善党的执政地位,有利于保证党领导人民有效治理国家。

2. 坚持以中国特色社会主义理论体系为指导。

在立法工作中,我们始终坚持以中国特色社会主义理论体系为指导,并以此统一思想认识、确定立法思路。在立法的指导思想上,我们始终把坚持四项基本原则同坚持改革开放结合起来,把坚持社会主义基本制度同发展市场经济结合起来,把推动经济基础变革同推动上层建筑改革结合起来,把提高效率同促进

社会公平结合起来,把促进改革发展同保持社会稳定结合起来,把坚持独立自主同参与经济全球化结合起来,保证我们制定的法律法规有利于巩固和完善社会主义制度、有利于解放和发展社会生产力、有利于发挥社会主义制度的优越性。

3. 坚持从中国国情和实际出发。

法律属于上层建筑,是由经济基础所决定并为经济基础服务的。坚持从我国国情和实际出发,是加强民主法制建设、做好立法工作的客观要求。在立法工作中,我们始终坚持从我国国情和实际出发,把改革开放和社会主义现代化建设的伟大实践作为立法基础,紧紧围绕经济建设这个中心任务,紧紧围绕全面建设小康社会的奋斗目标,紧紧围绕推动科学发展和促进社会和谐开展立法工作。对改革开放中遇到的一些新情况新问题,用法律来规范还不具备条件的,先依照法定权限制定行政法规和地方性法规,先行先试,待取得经验、条件成熟时再制定法律。我们还注意研究借鉴国外的立法经验,从中吸取那些对我们有益有用的东西,但绝不照抄照搬。

4. 坚持以人为本、立法为民。

无论在立法过程中还是在法律规范上都坚持以人为本,尊重人民主体地位,尊重人民的首创精神,从人民的实践创造中汲取智慧,从人民的发展要求中获得动力。正确把握最广大人民根本利益、现阶段群众共同利益、不同群体特殊利益的关系,正确反映和统筹兼顾不同方面群众的利益,着力解决人民最关心最直接最现实的利益问题。正确处理权力与权利、权力与责任的关系,既赋予行政机关、审判机关、检察机关必要的权力,又注意对权力的行使加以规范、制约和监督,切实维护公民、法人和其他组织的合法权益。坚持走群众路线,深入推进科学立法、民主立法,不断扩大公民对立法的有序参与,充分发挥人大代表在立法中的作用。通过公布法律法规草案和举行立法座谈会、论证会、听证会等多种形式,广泛听取各方面意见尤其是基层群众的意见,切实做到集思广益、凝聚共识,使我们制定的法律法规充分体现人民群众的共同意愿,增强法律法规贯彻实施的群众基础。

5. 坚持社会主义法制统一。

坚持社会主义法制的统一,是加强民主法制建设、做好立法工作的内在要求。我国是统一的多民族的单一制国家。社会主义法制的统一,是维护国家统一、民族团结、社会稳定,建立统一的现代市场体系的基础。我们始终坚持维护宪法作为国家根本法的权威地位,严格依照法定权限、遵循法定程序开展立法工作。在制定法律法规的同时,我们开展了对现行法律法规的集中清理工作,并加强对规范性文件的备案审查,以保证法律、行政法规、地方性法规不与宪法相抵触,保证行政法规不与法律相抵触,保证地方性法

规不与法律、行政法规相抵触,保证法律法规的规定之间衔接协调、不相互矛盾,保障社会主义法制的统一。

(三)完善中国特色社会主义法律体系面临的新形势和新任务

1. 立法工作任务依然艰巨而繁重。

社会实践是法律的基础,法律是实践经验的总结。社会实践永无止境,立法工作也要不断推进。建设中国特色社会主义是一项长期的历史任务,完善中国特色社会主义法律体系也是一项长期的历史任务,必须随着中国特色社会主义实践的发展而发展。

2. 要把修改完善法律和制定配套法规摆在更加突出的位置。

我们的法律体系形成后,应当把更多的精力放到法律的修改完善上来,放到配套法规的制定修改上来,当然还要制定一些新的法律,以适应形势发展的需要,推动中国特色社会主义法律体系的与时俱进和发展完善。当前和今后一个时期,要着重做好3方面的工作:一要更加注重法律的修改完善工作;二要督促有关方面抓紧法律配套法规的制定工作;三要继续做好法律制定工作。

3. 在科学立法、民主立法方面迈出新步伐。

完善中国特色社会主义法律体系,必须继续深入推进科学立法、民主立法。中国特色社会主义法律体系的形成过程,是科学立法、民主立法不断深化的过程,是发扬社会主义民主的集中体现。要积极探索公众有序参与立法的途径和形式,充分发挥听证会、论证会、座谈会的作用,广泛征求社会各方面尤其是基层群众的意见和建议,认真听取专家学者的意见和建议,努力提高立法调研的针对性和实效性,不断完善公布法律草案的工作机制,建立健全采纳公众意见的反馈机制,积极回应社会关切,切实增强公众参与立法的实效,使立法过程成为普法过程。要完善人大代表参与立法的工作机制,把办理代表议案建议同制定修改法律结合起来,把邀请代表参与常委会活动同提高法律草案起草和审议质量结合起来,认真研究吸收代表提出的意见和建议,充分发挥人大代表在立法工作中的作用。要不断完善法律草案起草过程中的沟通协调机制,充分发挥法律委员会统一审议和专门委员会审议的作用,调动各方面的积极性,共同做好立法工作。要科学合理地确定立法项目,建立健全立法项目论证制度。要不断提高法律草案审议质量,对于法律关系比较复杂、分歧意见较大的法律草案,采取积极慎重的态度,需要调研的深入调研,需要协商的反复协商,需要论证的充分论证,在各方面基本取得共识后再提请表决。要完善立法技术,统一法律的体例、结构、用语,使法律规定更加准确、精练、规范。

材料:

以“依法治国,执法为民,公平正义,服务大局,党的领导”为内涵的我国社会主义法治理念的提出,对于推进社会主义法治建设具有重大的理论和实践意义。从本质属性来看,我国社会主义法治理念既继承了我国传统法律的精华,又吸收了世界法治文明的优秀成果。在社会主义法治理念5个方面内涵中,依法治国是核心内容;依法治国的目的在于执法为民,执法为民是本质要求,公平正义是价值追求,服务大局是重要使命,而党的领导是根本保证。

公平正义,自古以来是人类社会共同的、不懈的向往和追求,也是社会主义法治的价值追求,是构建社会主义和谐社会的重要任务。只有树立公平正义的理念,才能使《宪法》规定的建设社会主义法治国家的任务落到实处,才能真正维护人民的利益,促进社会和谐发展。作为法治理念的公平正义,则在此基础上增加了丰富的内涵,是指社会成员能够按照法律规定的方式公平地实现权利和义务,并受到法律的保护。与西方国家公平正义不同的是,我国是以维护、实现、发展最广大人民群众的根本利益为宗旨的公平正义。

题目:

从法的正义价值角度出发谈谈你对社会主义法治理念中“公平正义”的价值追求的理解。

答题要求:

1. 观点正确,表述完整、准确;
2. 不少于400字。

【解题思路】 本题是一道典型的“认识式”简答题,要求回答对于社会主义法治理念中公平正义的价值追求的理解。首先,阅读材料,找出材料中的关键词。我们从材料中可以看出,第一自然段材料中的关键词就是“社会主义法治理念”,具体介绍了社会主义法治理念的基本内容。第二自然段的关键词就是“公平正义”,大致介绍了什么是社会主义法治理念中的公平正义的价值追求。因此,通过分析材料中的关键词我们能够找到答题的大致方向,即全文应当围绕“社会主义法治理念的公平正义价值追求”。

其次,仔细阅读题目,找出题目中的关键词。题目中的关键词无疑是两个,即“法的正义价值”和“社会主义法治理念中的公平正义价值”。到此,答案自然地在脑海中形成三段提纲:第一自然段,提领全文,简单阐述社会主义法治理念中的公平正义的价值追求。第二自然段,谈谈法理中的法的正义价值。第三自然段,将法的正义价值和社会主义法治理念中的公平正义价值进行比较和深化。

【参考答案】 公平正义是社会主义法治理念的根本价值追求。其基本内涵包括法律面前人人平等、合法合理、程序正当、及时高效。公平正义是社会主义法治建设的根本目标,是新时期广大人民群众的强大愿望;公平正义是立法、执法和司法工作的生命线;公平正义是社会主义和谐社会的基本特征。在当代和谐社会的建设当中,我们尤其需要公平正义理念。

正义在法的价值中占有首要地位,法只有体现正义的时候才能称为良法。正义是始终与法相伴随的基本价值,正义作为社会价值,始终是衡量法律良恶的标准。正义对法律进化起了极大的推动作用,作为

法律的最高目的之一,始终是法律进化的精神驱动力。实现法的正义价值的途径包括:施行良法以实现正义、分配权利以确立正义、惩罚和赔偿以保障正义。

因此可以说,法的正义价值被蕴含和内化在社会法治理念当中,成为我国法治理念的核心价值追求。社会主义法治理念是对法的正义价值的概括和拔高,将对法的正义价值的追求提升为整个法治社会建设的终极目标。因此,我们不仅仅在制定法律时要以公平正义为标准制定良法善法,在执法、司法过程中,也要贯彻社会主义法治理念,将公平正义作为最终标尺,从而促使正义在整个社会层面得到实现。

第一章 民法

第一节 真题解析

一、真题研究

(一)2008 年

案情:A 房地产公司(下称 A 公司)与 B 建筑公司(下称 B 公司)达成一项协议,由 B 公司为 A 公司承建一栋商品房。合同约定,标的总额 6000 万元,8 个月交工,任何一方违约,按合同总标的额 20% 支付违约金。合同签订后,为筹集工程建设资金,A 公司用其建设土地使用权作抵押向甲银行贷款 3000 万元,乙公司为此笔贷款承担保证责任,但对保证方式未作约定。

B 公司未经 A 公司同意,将部分施工任务交给丙建筑公司施工,该公司由张、李、王三人合伙出资组成。施工中,工人刘某不慎掉落手中的砖头,将路过工地的行人陈某砸成重伤,花去医药费 5000 元。

A 公司在施工开始后即进行商品房预售。丁某购买了 1 号楼 101 号房屋,预交了 5 万元房款,约定该笔款项作为定金。但不久,A 公司又与汪某签订了一份合同,将上述房屋卖给了汪某,并在房屋竣工后将该房的产权证办理给了汪某。汪某不知该房已经卖给丁某的事实。

汪某入住后,全家人出现皮肤瘙痒、流泪、头晕目眩等不适。经检测,发现室内甲醛等化学指标严重超标。但购房合同中未对化学指标作明确约定。

因 A 公司不能偿还甲银行贷款,甲银行欲对 A 公司开发的商品房行使抵押权。

问题:

1. 若 B 公司延期交付工程半个月,A 公司以此提起仲裁,要求支付合同总标的额 20% 即 1200 万元违约金,你作为 B 公司的律师,拟提出何种请求以维护 B 公司的利益? 依据是什么?

2. 对于陈某的损失,应由谁承担责任? 如何承担责任? 为什么?

3. 对于陈某的赔偿,应当适用何种归责原则? 依据是什么?

4. 对于乙公司的保证责任,其性质应如何认定?

理由是什么?

5. 若甲银行行使抵押权,其权利标的是什么? 甲银行如何实现自己的抵押权?

6. 丁某在得知房屋卖给汪某后,向法院提起诉讼,要求 A 公司履行合同交付房屋,其主张应否得到支持? 为什么?

7. 汪某现欲退还房屋,要回房款。你作为汪某的代理人,拟提出何种请求维护汪某的利益? 依据是什么?

8. 如果 A 公司不能向 B 公司支付工程款,B 公司可对 A 公司提出什么请求?

【参考答案】 1. 请求仲裁机构减少违约金。《合同法》规定,约定的违约金过分高于实际损失的,当事人可以请求法院或仲裁机构予以适当减少。

2. 应当由丙建筑公司承担责任。因刘某系丙公司的雇员,其在执行雇主指令(或执行工作任务)中致人损害由雇主承担责任。由于丙公司系合伙企业,故由张、李、王实际承担连带赔偿责任。

3. 应当适用过错推定原则。《民法通则》规定地面施工致人损害适用过错推定原则。

4. 乙公司的保证责任性质属于连带责任保证。《担保法》规定对保证责任性质约定不明的,保证人承担连带责任保证。

5. 甲银行的抵押权标的为土地使用权,不包括商品房。《物权法》规定建设用地使用权抵押后,该土地上新增的建筑物不属于抵押财产。甲银行实现抵押权时可以将商品房一并处分,但不能就商品房所得价款优先受偿。

6. 不能得到支持,因为汪某已经取得商品房的所有权,不动产以登记作为物权变动的依据。

7. 请求解除合同,因为 A 公司构成严重违约,房屋无法居住,不能实现合同目的。

8. B 公司可向 A 公司主张违约责任或者对建设工程主张优先权。

(二)2009 年

案情:2005 年 1 月 1 日,甲与乙口头约定,甲承租乙的一套别墅,租期为五年,租金一次付清,交付租金后即可入住。洽谈时,乙告诉甲屋顶有漏水现象。为

了尽快与女友丙结婚共同生活,甲对此未置可否,付清租金后与丙入住并办理了结婚登记。

入住后不久别墅屋顶果然漏水,甲要求乙进行维修,乙认为在订立合同时已对漏水问题提前作了告知,甲当时并无异议,仍同意承租,故现在乙不应承担维修义务。于是,甲自购了一批瓦片,找到朋友开的丁装修公司免费维修。丁公司派工人更换了漏水的旧瓦片,同时按照甲的意思对别墅进行了较大装修。更换瓦片大约花了10天时间,装修则用了一个月,乙不知情。更换瓦片时,一名工人不慎摔伤,花去医药费数千元。

2005年6月,由于新换瓦片质量问题,别墅屋顶出现大面积漏水,造成甲一万余元财产损失。

2006年4月,甲遇车祸去世,丙回娘家居住。半年后丙返回别墅,发现戊已占用别墅。原来,2004年12月甲曾向戊借款10万元,并亲笔写了借条,借条中承诺在不能还款时该别墅由戊使用。在戊向乙出示了甲的亲笔承诺后,乙同意戊使用该别墅,将房屋的备用钥匙交付于戊。

问题:

1. 甲乙之间租赁合同的期限如何确定?理由是什么?如乙欲解除与甲的租赁合同,应如何行使权利?

2. 别墅维修及费用负担问题应如何处理?理由是什么?

3. 甲丁之间存有什么法律关系?其内容和适用规则如何?摔伤工人的医药费用、损失应如何处理?理由是什么?

4. 别墅装修问题应如何处理?理由是什么?

5. 甲是否有权请求乙赔偿因2005年6月屋顶漏水所受损失?理由是什么?

6. 丙可否行使对别墅的承租使用权?理由是什么?

7. 丙应如何向戊主张自己的权利?理由是什么?

【参考答案】 1. 为不定期租赁。租赁期限6个月以上,当事人未采取书面形式的,视为不定期租赁。乙可以随时解除合同,但应当在合理期限前通知承租人。

2. (1) 甲有权要求乙在合理期限内维修。乙未履行维修义务,甲可以自行维修,维修费用由乙负担。

(2) 甲的维修属于无因管理人的行为,由乙承担其支出的必要费用。瓦片质量问题不影响乙对该项义务的承担。

(3) 因维修影响了甲的使用,应当相应减少租金或延长租期。但装修期间不在延长租期的范围。

3. (1) 甲丁之间属于无名合同,应适用《合同法》总则的相关规定,并可参照《合同法》分则或其他法律最相类似的规定,例如,费用承担问题适用赠与合同的规则,完成工作问题适用承揽合同规则。

(2) 应由丁承担。因为丁为雇主,应对雇员在从事雇佣活动中遭受的人身损害承担赔偿责任。

4. 乙可以要求甲恢复原状或赔偿损失。理由是承租人未经出租人同意,对租赁物进行改装或增设他物的,出租人可以要求承租人恢复原状或赔偿损失。

5. 无权。造成第二次漏水是甲自身的原因,乙无过错,因此损失应由甲自行承担。

6. 丙有权对乙主张自己基于原租赁合同对该别墅的承租使用权。因为承租人在房屋租赁期间死亡的,与其生前共同居住的人可以按照原租赁合同租赁该房屋。

7. 丙有权请求戊返还原物。因为丙根据《合同法》的规定是合法占有人,有权请求侵占人返还原物。

(三)2010年

案情:甲公司委派业务员张某去乙公司采购大蒜,张某持盖章空白合同书以及采购大蒜授权委托书前往。甲、乙公司于2010年3月1日签订大蒜买卖合同,约定由乙公司代办托运,货交承运人丙公司后即视为完成交付。大蒜总价款为100万元,货交丙公司后甲公司付50万元货款,货到甲公司后再付清余款50万元。双方还约定,甲公司向乙公司交付的50万元货款中包含定金20万元,如任何一方违约,需向守约方赔付违约金30万元。张某发现乙公司尚有部分绿豆要出售,认为时值绿豆销售旺季,遂于2010年3月1日擅自决定与乙公司再签订一份绿豆买卖合同,总价款为100万元,仍由乙公司代办托运,货交丙公司后即视为完成交付。其他条款与大蒜买卖合同的约定相同。2010年4月1日,乙公司按照约定将大蒜和绿豆交给丙公司,甲公司将50万元大蒜货款和50万元绿豆货款汇付给乙公司。按照托运合同,丙公司应在十天内将大蒜和绿豆运至甲公司。2010年4月5日,甲、丁公司签订以120万元价格转卖大蒜的合同。4月7日因大蒜价格大涨,甲公司又以150万元价格将大蒜卖给戊公司,并指示丙公司将大蒜运交戊公司。4月8日,丙公司运送大蒜过程中,因山洪暴发大蒜全部毁损。戊公司因未收到货物拒不付款,甲公司因未收到戊公司货款拒绝支付乙公司大蒜尾款50万元。后绿豆行情暴涨,丙公司以自己名义按130万元价格将绿豆转卖给不知情的己公司,并迅即交付,但尚未收取货款。甲公司得知后,拒绝追认丙公司行为,要求己公司返还绿豆。

问题:

1. 大蒜运至丙公司时,所有权归谁?为什么?

2. 甲公司与丁、戊公司签订的转卖大蒜的合同的效力如何?为什么?

3. 大蒜在运往戊公司途中毁损的风险由谁承担?为什么?