

2008^年

国家司法考试备考优化方案

Guojia Sifa Kaoshi Beikao Youhua Fang'an

主观题高分突破

【案例分析题、法律文书、论述题】

组编 | 法律考试中心



破解命题规律
点拨答题技巧
100道典型习题
重要考点、题型一网打尽



2008

國家司法考試各考區地方版

Original City, Local Version, Revised Program

主觀題高分突破

【主觀題之解題、試題分析、範例題解】

主觀 | 客觀題解題



本書內容精闢
分析主觀題解題
技巧與重點
讀者必讀、必備之參考書



D9/71
:2008(1)
2008

2008 年国家司法考试备考优化方案

主观题高分突破

(案例分析题、法律文书、论述题)

法律考试中心/组编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

主观题高分突破/法律考试中心/组编. —北京:法律出版社,
2008. 2

(2008 年国家司法考试备考优化方案)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8144 - 8

I. 主… II. 法… III. 法律工作者—资格考核—中国—
自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 004273 号

©法律出版社·中国

责任编辑/赵明霞

装帧设计/曹 铀 胡 欣

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/北京民族印刷厂

责任印制/沙 磊

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/16.25 字数/424 千

版本/2008 年 2 月第 1 版

印次/2008 年 2 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

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8144 - 8

定价:35.00 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)

——复习主观题的方法和技巧

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,上万条的法律条文……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、培训机构出现。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,怎样找到考点并进行突破的艺术。主观题要在七道左右的题目中,考查民法、民诉、商法、刑法、刑诉、行政法和行政诉讼法六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,成为了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,然而

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,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60%~80%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。

根据主观题的题型,本书的知识点共分为三大部分:第一编,针对案例简析题和分析题,按照民法、刑法、商法、民事诉讼法、刑事诉讼法、行政法的学科划分,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。第二编,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。第三编,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”,为考生提供三个基础模板,并提供了18个写作套路,考生只要按照这一方法去认真复习准备,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2008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2008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 案例分析题

第一章 民法学	(1)
第一节 真题解析	(1)
一、真题研究	(1)
二、考点归纳	(7)
第二节 2002 ~ 2007 年考点整理	(7)
第三节 实例演练	(16)
第二章 刑法	(21)
第一节 真题解析	(21)
一、真题研究	(21)
二、考点归纳	(25)
第二节 2002 ~ 2007 年考点整理	(27)
第三节 实例演练	(37)
第三章 商法	(42)
第一节 真题解析	(42)
一、真题研究	(42)
二、考点归纳	(46)
第二节 2002 ~ 2007 年考点整理	(47)
第三节 实例演练	(52)
第四章 民事诉讼法与仲裁制度	(56)
第一节 真题解析	(56)
一、真题研究	(56)
二、考点归纳	(60)
第二节 2002 ~ 2007 年考点整理	(61)
第三节 实例演练	(72)
第五章 刑事诉讼法	(77)
第一节 真题解析	(77)
一、真题研究	(77)

二、考点归纳	(81)
第二节 2002 ~ 2007 年考点整理	(82)
第三节 实例演练	(92)
第六章 行政法与行政诉讼法	(97)
第一节 真题解析	(97)
一、真题研究	(97)
二、考点归纳	(98)
第二节 2002 ~ 2007 年考点整理	(99)
第三节 实例演练	(107)
第七章 冲刺习题	(115)

第二编 法律文书

一、法律文书题冲刺指导	(166)
二、冲刺习题	(168)

第三编 论述题

一、真题研究	(192)
二、考点分析	(203)
三、论述题的答题思路:模板套路法	(206)
四、冲刺习题	(216)

第一章 民法学

第一节 真题解析

一、真题研究

(一)2002 年

1. 赵某孤身一人,因外出打工,将一祖传古董交由邻居钱某保管。钱某因结婚用钱,情急之下谎称该古董为自己所有,卖给了古董收藏商孙某,得款 10000 元。孙某因资金周转需要,向李某借款 20000 元,双方约定将该古董抵押给李某,如孙某到期不赎回,古董归李某所有。在赵某外出打工期间,其住房有倒塌危险,因此房与钱某的房屋相邻,如该房屋倒塌,有危及钱某房屋之虞。钱某遂请施工队修缮赵某的房屋,并约定,施工费用待赵某回来后由赵某支付。房屋修缮以后,因遇百年不遇的台风而倒塌。年末,赵某回村,因古董和房屋修缮款与钱某发生纠纷。请回答下列问题:

(1) 钱某与孙某之间的买卖合同效力如何?为什么?

(2) 孙某能否取得该古董的所有权?为什么?

(3) 孙某将古董当给李某,形成何种法律关系?

(4) 孙某与李某之间约定孙某到期不赎回,古董归李某所有,该约定效力如何?为什么?

(5) 钱某请施工队加固赵某的房屋,这一事实实在钱某和赵某之间形成何种法律关系?

(6) 若赵某拒绝向施工队付款,施工队应向谁请求付款?为什么?

(7) 赵某对钱某擅自出卖古董之行为,可提出何种之诉?

【参考答案】 (1) 合同的效力未定,因为钱某的行为属无权处分行为,无权处分行为产生的合同效力未定。

(2) 孙某能取得古董所有权,因为孙某的行为符合善意取得的条件,孙某因善意取得而取得所有权。

(3) 孙某与李某之间形成动产质押法律关系。

(4) 该约定无效,因为这一约定属于流质条款,是法律禁止的。

(5) 钱某和赵某之间形成无因管理之债。

(6) 施工队应向赵某请求付款。因为施工队与赵某之间存在合同关系。

(7) 赵某可以对钱某提起违约之诉或侵权之诉,因为赵某的违约行为侵犯了钱某的财产权。

2. 新疆兴都公司将五百包长绒棉通过铁路运输至郑州准备出售,委托郑州的伏牛公司将棉花存放于当地仓库,并约定在棉花出售后按售价比例给伏牛公司提成。伏牛公司将棉花存放于郑州北营仓库,并将仓单的复印件、发票等凭证寄回给兴都公司。半个月后,兴都公司找到买家某纺织厂,双方签订了五百包长绒棉的买卖合同。合同约定先由纺织厂交付总价额 50% 的价款,兴都公司收到该款后将委托伏牛公司把全部货物的仓单背书给纺织厂,纺织厂在提货并验收以后一个月内付清余款。

过了首付款的约定期限多日,兴都公司仍未收到纺织厂的首付款,却打听到一个消息,该纺织厂因严重亏损将被其他企业收购。兴都公司立即致电伏牛公司,没有兴都公司的书面确认通知书,不得将棉花的仓单交给任何人。数日后纺织厂派人到伏牛公司取棉花仓单,并出示了与兴都公司的买卖合同和由某银行签发的付款保证书。伏牛公司见到合同及付款保证书,就将仓单

背书给纺织厂,在纺织厂取完货给了回执后,就急忙向兴都公司要提成。兴都公司立即回了个电传:没发给你们书面确认书怎么就随便放货,他们首付的钱还没给呢,如果这笔钱要不回来就要你们赔偿!

根据以上案情,请回答下列问题并简要说明理由。

(1)兴都公司与纺织厂买卖合同约定的是哪种类型的交付?所交付棉花所有权从什么时候起转移?

(2)在纺织厂提交付款保证书并请求交付时,兴都公司有何理由拒绝向纺织厂交付货物?

(3)伏牛公司未经兴都公司同意向纺织厂交付仓单要承担什么责任?

(4)纺织厂在取得仓单但未付款以前对棉花有没有所有权?为什么?

【参考答案】 (1)兴都公司与纺织厂买卖合同约定的是拟制交付。棉花所有权自伏牛公司在仓单上背书并经保管人签字或盖章并转移给纺织厂时转移。

(2)兴都公司可以行使先履行抗辩权拒绝向纺织厂交付货物。

(3)伏牛公司违反了与兴都公司间的委托合同,应当承担违约责任。

(4)纺织厂在取得仓单但未付款以前对棉花有所有权。因为仓单是在物权凭证经背书转让后,货物的所有权发生转移。

3. A县的甲公司与B县的乙公司于2001年7月3日签订了一份空调购销合同,约定甲公司向乙公司购进100台空调,每台空调单价2000元,乙公司负责在B县代办托运,甲公司于货到后立即付款。同时约定若发生纠纷由合同履行地的法院管辖。乙公司于7月18日在B县的火车站发出了该100台空调。甲公司由于发生资金周转困难,于7月19日传真告知乙公司自己将不能履行合同。乙公司收到传真后,努力寻找新的买家,于7月22日与C县的丙公司签订了该100台空调的购销合同。合同约定:丙公司买下100台托运中的空调,每台单价1900元,丙公司于订立合同时向乙公司支付10000元定金,在收到货物后15天内付清全部货款。在丙公司付清全部货款前,乙公司保留对空调的所有权。如

有违约,违约方应承担合同总价款20%的违约金。乙公司同时于当日传真通知甲公司解除与甲公司签订的合同。铁路运输公司在运输过程中于7月21日遇上泥石流,30台托运中的空调毁损。丙公司于7月26日收到70台完好无损的空调后,又与丁公司签订合同准备将这70台空调全部卖与丁公司。同时丙公司以其未能如约收到100台空调为由拒绝向乙公司付款。

请回答下列问题:

(1)乙公司在与甲公司的合同履行期届满前解除合同的理由是什么?在此解除合同的情形下,乙公司能否向甲公司主张违约责任?

(2)假设甲公司以乙公司解除合同构成违约为由向法院起诉,请问哪个法院有管辖权?为什么?

(3)遭遇泥石流而毁损的空调的损失应由谁承担?为什么?

(4)乙公司认为丙公司拒绝付款构成违约,决定不返还其定金,还要求其支付36000元的违约金,问其主张能否得到支持?为什么?

(5)丙公司与丁公司所签合同的效力如何?为什么?

【参考答案】 (1)乙公司在与甲公司的合同履行期届满前解除合同的理由是预期违约。在此解除合同的情形下,乙公司可以向甲公司主张违约责任。

(2)B县人民法院有管辖权。因为双方的协议管辖有效,合同的履行地为货物发运地B县,所以B县人民法院有管辖权。

(3)遭遇泥石流而毁损的空调的损失应由甲公司承担。因为本题中货物的风险自交付第一承运人时转移,乙公司已经完成交付,因此风险应由甲公司承担。

(4)乙公司的主张不能得到支持。因为违约金和定金不能同时并用。

(5)丙公司与丁公司订立的合同效力未定。因为丙公司并未取得货物的所有权,在这种情况下,其与丁公司签订的买卖合同属于无权处分行为,效力未定。

(二)2003年

1. 张某在一风景区旅游,爬到山顶后,见一

女子孤身站在山顶悬崖边上,目光异样,即心生疑惑。该女子见有人来,便向悬崖下跳去。张某情急中拉住女子衣服,将女子救上来。张某救人过程中,随身携带的价值2000元的照相机被碰坏,手臂被擦伤。女子的头也被碰伤,衣服被撕破。张某将女子送到山下医院,为其支付各种费用500元,并为包扎自己的伤口用去20元。当晚,张某住在医院招待所,但已身无分文,只好向服务员借了100元,用以支付食宿费。次日,轻生女子的家人赶到医院,向张某表示感谢。

问题:

(1) 张某与轻生女子之间存在何种民事法律关系?

(2) 张某的照相机被损坏以及治疗自己伤口的费用女子应否偿付?为什么?

(3) 张某为女子支付的医疗费等费用能否请求女子偿付?为什么?

(4) 张某向服务员借的100元,应当由谁偿付?为什么?

(5) 张某能否请求女子给付一定的报酬?为什么?

(6) 张某应否赔偿女子衣服损失?为什么?

【参考答案】 (1) 因张某的救助行为使二者之间发生无因管理关系(1分)。

(2) 应当由女子偿付(1分),因为此系张某实施管理行为所造成的,而且张某自己没有过失。答“此系实施无因管理而发生的损失和合理的费用”亦可。(1分)

(3) 能。因为此为张某在管理事务中支出的必要费用(1分)。

(4) 由女子偿付。因受益人对无因管理行为中发生的正当债务有清偿之义务。或答由张某偿付。因该款系张某所借,基于合同的相对性原理(1分)。

(5) 不能。因为无因管理是无偿性的(1分)。

(6) 不应赔偿。因为此系在紧急情况下无过失造成的(1分)。

2. A省的甲公司于2000年1月通过签订使用许可合同获得某外国企业在中国注册的“金太阳”电脑商标独占使用权及其操作系统M软件的使用权,批量组装“金太阳”电脑。2001年7

月,甲公司与A省的乙公司签订委托销售合同,约定乙公司以自己的名义销售100台“金太阳”电脑,销售价格为每台3000元,每销售一台收取代销费300元。同年9月,乙公司向B省的丙大学以每台3000元的价格卖出70台“金太阳”电脑,合同约定丙大学当日支付15万元,提货50台,另20台电脑由丙大学开办的具有法人资格的丁公司收货并付款,同时合同还约定如发生纠纷由“起诉一方所在地法院管辖”。同年10月初,丁公司收到乙公司发运的20台“金太阳”电脑,并将该批电脑进行营利性出租,但丁公司多次以资金困难为由拒绝了乙公司的付款要求。2002年3月,乙公司将尚未卖出的30台电脑的“金太阳”商标清除,更换为戊公司的注册商标“银河”,并以每台4000元的价格卖给不知情的李某2台,李某将其中一台赠送给好友胡某。

问题:

(1) 如果丙大学使用的50台电脑出现质量问题,应向谁主张违约责任?

(2) 丁公司出租电脑的行为是否侵犯M软件的出租权?为什么?

(3) 乙公司如果起诉请求支付20台电脑货款,应以谁为被告?怎样确定管辖法院?

(4) 乙公司更换商标的行为应如何定性?哪些主体可以作为适格的原告起诉乙公司?

(5) 如李某购买的2台电脑没有质量问题,能否向卖方双倍索赔?为什么?

(6) 如胡某接受赠与的电脑出现质量问题,能否要求李某承担瑕疵担保责任?为什么?

【参考答案】 (1) 应向乙公司主张违约责任(1分)。

(2) 没有侵犯M软件的出租权(1分),因为该软件不是租赁合同的主要标的(1分)。

(3) 应以丙大学为被告(1分)。

由乙公司所在地的基层人民法院管辖(1分)。

(4) 乙公司的行为构成商标侵权行为(或“假冒和反向假冒行为”,或侵权注册商标专用权行为,或侵犯商标权行为,或侵权行为)(1分)。甲公司、戊公司、某外国企业和李某均可作为原告起诉乙公司(1分)。

(5) 有权双倍索赔(1分)。因乙公司的销售

行为构成欺诈,欺诈不以产品的质量问题的构成要件(1分)。

(6)不能(1分)。因为赠与的财产有瑕疵的,赠与人不承担责任,并且李的赠与没有附加义务,也不存在李故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵的情形(1分)。

(三)2004年

1. 王某与张某育有二子,长子王甲,次子王乙。王甲娶妻李某,并于1995年生有一子王小甲。王甲于1999年5月遇车祸身亡。王某于2000年10月病故,留有与张某婚后修建的面积相同的房屋6间。王某过世后张某随儿媳李某生活,该6间房屋暂时由次子王乙使用。

2000年11月,王乙与曹某签订售房协议,以12万元的价格将该6间房屋卖给曹某。张某和李某知悉后表示异议,后因王乙答应取得售房款后在所有继承人之间合理分配,张某和李某方表示同意。王乙遂与曹某办理了过户登记手续,曹某当即支付购房款5万元,并答应6个月后付清余款。曹某取得房屋后,又与朱某签订房屋转让协议,约定以15万元的价格将房屋卖给朱某。在双方正式办理过户登记及付款前,曹某又与钱某签订了房屋转让协议,以18万元的价格将房屋卖给钱某,并办理了过户手续。

2001年5月,曹某应向王乙支付7万元的购房余款时,曹某因生意亏损,已无支付能力。但曹某有一笔可向赵某主张的到期贷款5万元,因曹某与赵某系亲戚,曹某书面表示不再要求赵某支付该贷款。另查明,曹某曾于2001年4月外出时遭遇车祸受伤,肇事司机孙某系曹某好友,曹某一直未向孙某提出车祸损害的赔偿请求。

问题:

(1)王某过世后留下的6间房屋应由哪些人分配?各自应分得多少?为什么?

(2)王乙与曹某签订的售房协议是否有效?为什么?

(3)曹某与朱某、钱某签订的房屋转让协议效力如何?

(4)如朱某要求履行与曹某签订的合同,取得该房屋,其要求能否得到支持?为什么?

(5)如王乙请求人民法院撤销曹某放弃要求

赵某支付货款的行为,其主张能否得到支持?为什么?

(6)如王乙要求以自己的名义代位请求孙某支付车祸致人损害的赔偿金,其主张能否得到支持?为什么?

【参考答案】 (1) 张某、王乙、王小甲。其中,张某分得4间,王乙、王小甲各分得1间。因该6间房系王某与张某的共同财产,王某死后,张某应获得其中的3间,余下3间房在第一顺序继承人之间平均分配。第一顺序的继承人只有张某、王乙,因王甲先于王某死亡,其子王小甲享有代位继承权。故余下3间房中张某、王乙、王小甲应各分得1间。

(2) 有效。该6间房虽属共有财产,但转让协议已经其他共有人张某及王小甲的监护人李某同意。

(3) 曹某与朱某签订的协议有效。曹某与钱某签订的协议亦有效。

(4) 不能。因曹某已与钱某办理了房屋过户登记手续,钱某已取得了该房屋的所有权,曹某不能履行,朱某只能要求曹某承担违约责任。

(5) 能。根据合同法的规定,债务人放弃其到期债权对债权人造成损害的,债权人可以请求人民法院撤销债务人放弃债权的行为。

(6) 不能。因该赔偿金是专属于曹某自身的债权,根据合同法的规定,王乙不能行使代位权。

2. 大兴公司与全宇公司签订委托合同,由大兴公司委托全宇公司采购500台彩电,并预先支付购买彩电的费用50万元。全宇公司经考察发现甲市W区的天鹅公司有一批质优价廉的名牌彩电,遂以自己的名义与天鹅公司签订了一份彩电购买合同,双方约定:全宇公司从天鹅公司购进500台彩电,总价款130万元,全宇公司先行支付30万元定金。天鹅公司采取送货方式,将全部彩电运至乙市S区,货到验收后一周内全宇公司付清全部款项。天鹅公司在发货时,工作人员误发成505台。在运输途中,由于被一车追尾,20台彩电遭到不同程度的损坏。全宇公司在S区合同约定地点接收了505台彩电,当即对发生损坏的20台彩电提出了质量异议,并将全部彩电交付大兴公司。由于彩电滞销,大兴公司一直拒付货款,以致全宇公司一直无法向天鹅公司

支付货款。交货2个星期后,全宇公司向天鹅公司披露了是受大兴公司委托代为购买彩电的情况。

问题:

(1) 天鹅公司事先并不知晓全宇公司系受大兴公司委托购买彩电,知悉这一情况后,天鹅公司能否要求大兴公司支付货款?为什么?

(2) 全宇公司与天鹅公司订立的合同中的定金条款效力如何?为什么?

(3) 大兴公司多收的5台彩电应如何处理?为什么?

(4) 如追尾的肇事车辆逃逸,20台受损彩电的损失应由谁承担?为什么?

(5) 如天鹅公司以全宇公司为被告提起诉讼后,在诉讼过程中,天鹅公司认为要求大兴公司支付货款更为有利,能否改为主张由大兴公司履行合同义务?为什么?

【参考答案】 (1) 能。受托人以自己名义与第三人订立合同时,因委托人的原因对第三人不履行义务,受托人向第三人披露委托人后,第三人可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利。

(2) 部分无效。因定金数额不得超过合同标的的20%,超出部分无效。

(3) 应返还给天鹅公司。属于不当得利。

(4) 应由天鹅公司承担。标的物交付前发生的损失应由出卖人承担。

(5) 不能。因为第三人选定了相对人后,不能变更选定的相对人。

(四)2005年

甲公司指派员工唐某从事新型灯具的研制开发,唐某于1999年3月完成了一种新型灯具的开发。甲公司对该灯具的技术采取了保密措施,并于2000年5月19日申请发明专利。2001年12月1日,国家专利局公布该发明专利申请,并于2002年8月9日授予甲公司专利权。此前,甲公司与乙公司于2000年7月签订专利实施许可合同,约定乙公司使用该灯具专利技术4年,每年许可使用费10万元。2004年3月,甲公司欲以80万元将该专利技术转让给丙公司。唐某、乙公司也想以同等条件购买该专利技术。最

终甲公司将该专利出让给了唐某。唐某购得专利后,拟以该灯具专利作价80万元作为出资,设立一家注册资本为300万元的有限责任公司。2004年12月,有人向专利复审委员会申请宣告该专利无效,理由是丁公司已于1999年12月20日开始生产相同的灯具并在市场上销售,该发明不具有新颖性。经查,丁公司在获悉甲公司开发出新型灯具后,以不正当手段获取了甲公司的有关技术资料并一直在生产、销售该新型灯具。

问题:

(1) 唐某作为发明人,依法应享有哪些权利?

(2) 甲公司在未获得专利前,与乙公司签订的专利实施许可合同是否有效?如甲乙双方因此合同发生纠纷,应如何适用有关法律?

(3) 甲公司为何将专利技术出让给唐某?该专利技术转让合同成立后,对甲公司和乙公司之间的专利实施许可合同的效力有何影响?

(4) 唐某拟以该专利作价80万元设立注册资本为300万元的有限责任公司,是否符合法律规定?为什么?

(5) 该专利是否应当因为不具有新颖性而被宣告无效?为什么?

(6) 对丁公司的违法行为应如何定性?为什么?

【参考答案】 (1) 署名权、获得奖励权、获得合理报酬权。

(2) 有效。专利申请公布以前,适用技术秘密转让合同的有关规定。专利申请公开以后、授权之前,参照适用专利实施许可合同的有关规定。授权以后,适用专利实施许可合同的有关规定。

(3) 因唐某享有在同等条件下优先受让的权利。不影响专利实施许可合同的效力,甲公司的权利义务由唐某承受。

(4) 如果该灯具技术是高新技术,唐某的出资符合法律规定。如果该技术不是高新技术,唐某的出资则不符合法律规定。根据法律规定,除高新技术成果外,以工业产权出资的金额不得超过有限责任公司注册资本的20%。

(5) 不应被宣告无效。根据法律规定,在申请日前6个月内,他人未经申请人同意而泄露发明创造内容的,该发明创造并不丧失新颖性。

(6)在该专利申请公布之前,丁公司的行为属于侵犯甲公司商业秘密的不正当竞争行为,因为在专利申请公布前,该技术属于商业秘密。在该技术被授予专利权后,丁公司继续使用该技术的行为属于专利侵权行为,因为丁公司未经专利权人许可,以生产经营为目的制造和销售专利产品,构成专利侵权行为。

(五)2006年

王某与甲公司于2004年2月签订合同,约定王某以40万元向甲公司购买1辆客车,合同签订之日起1个月内支付30万元,余款在2006年2月底前付清,并约定在王某付清全款之前该车所有权仍属甲公司。王某未经其妻同意,以自家住房(婚后购买,房产证登记所有人为王某)向乙银行抵押借款30万元,并办理了抵押登记。王某将30万元借款支付给甲公司后购回客车。王某请张某负责跟车经营,并商定张某按年终纯收入的5%提成,经营中发生的一切风险责任由王某承担。2005年6月,该车营运途中和一货车相撞,车内乘客李某受重伤,经救治无效死亡。客车因严重受损被送往丁厂修理,需付费3万元。经有关部门认定,货车驾驶员唐某违章驾驶,应对该交通事故负全责。后王某以事故责任在货车方为由拒付修理费,丁厂则拒绝交车。2005年12月,因王某借款到期未还,乙银行申请法院对该客车采取财产保全措施,并请求对王某住房行使抵押权。

问题:

(1)王某和张某之间是否成立合伙关系?为什么?

(2)乙银行能否对王某住房行使抵押权?为什么?

(3)丁厂拒绝交车是否合法?为什么?

(4)王某应对李某的继承人承担支付赔偿金的责任?为什么?

(5)法院对客车采取财产保全措施是否合法?为什么?

(6)唐某应承担刑事责任?为什么?

【参考答案】 (1)不成立合伙关系,因王某聘请张某属于雇佣关系,王某既未出资,也不承担风险,不符合合伙关系的特征。

(2)不能,因为该住房属于王某夫妻共同财产,未经共有人其妻的同意进行抵押,该抵押无效。

(3)合法,因为丁厂作为承揽人可行使留置权或同时履行抗辩权。

(4)应当,因为王某与李某之间成立运输合同关系,王某应承担违约责任或侵权责任,对李某的赔偿实行无过错责任原则。

(5)合法,因该客车所有权虽然属于甲公司,但王某支付了大部分价款对该车享有一定的权益,该车属于与案件有关的财物。

(6)唐某应当承担刑事责任,因唐某违章驾驶,造成1人死亡的严重后果,构成交通肇事罪。

(六)2007年

2007年2月10日,甲公司与乙公司签订一份购买1000台A型微波炉的合同,约定由乙公司3月10日前办理托运手续,货到付款。乙公司如期办理了托运手续,但装货时多装了50台B型微波炉。甲公司于3月13日与丙公司签订合同,将处于运输途中的前述合同项下的1000台A型微波炉转卖给丙公司,约定货物质量检验期为货到后10天内。3月15日,上述货物在运输途中突遇山洪暴发,致使100台A型微波炉受损报废。3月20日货到丙公司。4月15日丙公司以部分货物质量不符合约定为由拒付货款,并要求退货。顾客张三从丙公司处购买了一台B型微波炉,在正常使用过程中微波炉发生爆炸,致张三右臂受伤,花去医药费1200元。

问题:

(1)如乙公司在办理完托运手续后即请求甲公司付款,甲公司应否付款?为什么?

(2)乙公司办理完托运手续后,货物的所有权归谁?为什么?

(3)对因山洪暴发报废的100台微波炉,应当由谁承担风险损失?为什么?

(4)对于乙公司多装的50台B型微波炉,应当如何处理?为什么?

(5)丙公司能否拒付货款和要求退货?为什么?

(6)张三可向谁提出损害赔偿请求?为什么?

【参考答案】 (1) 不应当。因为合同约定货到付款,而实际上货未到。

(2) 属于甲公司。因为交付已经完成。

(3) 由丙公司承担。因为出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物的意外灭失风险自合同成立时由买受人承担。

(4) 乙公司有权请求丙公司返还。因为属于不当得利。

(5) 无权拒绝付款和要求退货。因为合同约定了质量检验期间,丙公司在此期间未提出异议,视为质量符合要求。

(6) 张三可向丙公司索赔,也可向乙公司索赔。因为对因产品缺陷造成的人身损害,受害人有权向其制造者或销售者索赔。

二、考点归纳

民法始终是司法考试的重点,加上物权法又刚刚生效,因此,这部分更应该引起考生的注意。通过对 2002 ~ 2007 年主观题的真题归纳,我们会发现,合同、侵权与物权部分占了 80% 以上的分数,其他部分如无因管理、不当得利、专利制度、合伙等在主观题中则是零星考查。当然,这些部分在客观题中还是经常考查的。主观题是考查考生对法律知识的综合运用能力,在主观题的复习过程中,应该重点突出,不用说这都是建立在自己扎实的专业基础之上的,在基础之上,进一步做到有的放矢。

	2002 年	2003 年	2004 年	2005 年	2006 年	2007 年
民事法律行为	无权处分行为	欺诈行为				
物权	(1) 善意取得制度 (2) 拟制交付		(1) 共有 (2) 过户登记		(1) 共同共有 (2) 所有权	(1) 动产物权的变动 (2) 交付
保证制度	(1) 抗辩权 (2) 质押		(1) 定金 (2) 抵押		抗辩权	
无因管理与不当得利	无因管理	无因管理	不当得利			不当得利
合同	(1) 委托合同 (2) 违约责任 (3) 合同的效力 (4) 合同的履行	(1) 合同的相对性 (2) 违约责任 (3) 赠与合同	(1) 合同效力 (2) 代位权与撤销权 (3) 间接代理	合同效力	违约责任	(1) 合同的履行 (2) 买卖合同
侵权		侵权的构成要件		专利侵权	侵权责任	产品责任
其他			继承制度	专利制度	合伙制度	

第二节 2002 ~ 2007 年 考点整理

民法考查的知识点,其实可以归纳为两条线索:第一条是有多个民事主体的民事制度。在这些制度中,由于多个民事主体的介入,使得民事法

律关系相对复杂,考生应当重点复习各个主体在不同情况下各自的民事权利和民事义务,以及应当如何承担相关的民事责任。第二条是以买卖合同为核心的物权变动的全过程。在这一过程中,既涉及合同法的知识,又涉及物权法的核心考点,贯穿了民法两大部门的重要内容,因此具有很强的考查意义,考生应当认真复习。下面将主观题

中可能考查的知识点为考生做一个总结:

(一) 胎儿和死者(无民事权利能力人)的利益保护

遗产分割时,应当保留胎儿的继承份额。具体有三种情形:(1)胎儿为活体,则该应留份属于该婴儿,由其母亲代为监护保管;(2)胎儿为死体,则原预留份失去意义,即该死去的胎儿不得参加遗产的继承,就当无此预留份存在;(3)胎儿出生为活体,但旋即死去,则该与留份在胎儿出生时已经成为该婴儿的财产,婴儿死去,则其财产按照法定继承,由其母亲继承。

死亡人的人格利益问题:死亡人的人格利益若受侵犯,例如隐私、名誉肖像等受到侵犯,应当受到保护。但此时保护的不是人格权,而是社会公共利益以及折射到死者近亲属身上的人格利益。保护的方法,近亲属可以向法院提起诉讼,注意,是以该近亲属自己的名义,而非死者名义,因为死者不具有民事权利能力和诉讼权利能力。

(二) 无权处分规则:无(限制)民事行为能力人、占有人

种类	效力
无民事行为能力人	除纯受益行为及处理简单民事生活的行为外,其他行为均无效
限制民事行为能力人	超出民事行为能力范围实施的合同行为,效力待定 超出民事行为能力范围实施的单方民事行为(撤销权、放弃所有权),无效

占有人的无权处分:合同法第51条,无处分权的人处分他人财产,经权利人追认或者无处分权的人订立合同后去的处分权的,该合同有效。与善意取得制度联系:无权处分的财产,第三人仍有可能因为善意取得制度而取得财产。

(三) 监护责任的分配(被监护人侵权)

1. 监护的责任承担的基本原则:被监护人无独立财产的,由监护人全部承担;但监护人尽了其监护责任的,可适当减轻其责任;被监护人有独立财产的,应先从其财产中支付,余额由监护人承担。但单位担任监护人的,单位不承担。

2. 父母离婚后监护责任的承担:民通意见第

158条,父母承担的并非平行责任:同该子女共同生活的一方独立承担,只有在该方不能独立承担的,另一方才与其共同分担。该另一方承担的,实际上是一种补充性赔偿责任。注意,并非与子女共同生活的一方承担主要责任,而另一方承担次要责任。

3. 监护人不明时的责任承担:民通意见第159条,由顺序在前的有监护能力的人承担责任。

监护人与教育医疗单位赔偿责任的关系:被监护人若在幼儿园、学校等发生侵权行为,注意:《民通意见》与《人身损害赔偿解释》的规定不一致:民通意见第160条规定,在幼儿园、学校及精神病院生活学习治疗的无行为能力人,受到伤害的,有过错的单位应当给予适当的赔偿;致人伤害的,被监护人仍然承担赔偿责任(已经作废)。

《人身损害赔偿解释》第7条规定,对未成年人(非无行为能力人)负有教育、保护、管理的教育机构(不包括精神病院),未尽与其职责相关的义务,致使未成年人遭受损害,应当承担与其过错相应的赔偿责任(该责任可能是次要责任,也可能是主要责任)。

4. 委托监护时的责任承担:民通意见第22条规定,原则上由监护人(委托人)承担,即使委托人与受托人间对责任分担另有约定,也仍然由监护人(委托人)承担,其承担后,可以依照与受托人之间的约定,向受托人追偿。受托人确有过错的,由受托人与委托人一起承担连带赔偿责任。

(四) 法人合并、分立后的责任承担

承担责任的基本原则:由合并、分立后的公司承担原债务。类似于“父债子还”。

法人合并的责任承担:无论是吸收合并还是新设合并,都由合并后的法人承担,不然没有其他可以承担的主体了。

法人分立的责任承担:由分立后的法人承担连带责任;即使分立后的当事人内部达成协议,对责任,如债务承担做出了约定,也仅对其内部有效,不对抗第三人,即对外仍然承担连带责任;若分立当事人与债权人达成了协议,则依协议执行。

(五) 个人合伙(民通意见第47条,民通意见第35条)

1. 个人合伙的诉讼地位。

注意民诉意见修改了民通意见的规定,以民

诉意见为准;个人合伙无论是否起字号,诉讼当事人是个人合伙的全体合伙人。起了字号的,应当在法律文书中注明;合伙人人数众多的,成立代表人诉讼。

2. 个人合伙的责任承担。

对外:全体合伙人承担无限连带责任;

对内:全体合伙人为按份之债:关键在于各合伙人份额确定的依据:民通意见第47条规定,应按照协议约定的债务承担比例或者出资比例分担;协议未规定债务承担比例或者出资比例的,可以按照约定的或者实际的盈余分配比例承担。但是对造成合伙经营亏损有过错的合伙人,应当根据其过错程度相应地多承担责任。

3. 入伙与退伙后的责任承担。

入伙的新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担连带责任。

退伙人对其退伙前已发生的合伙企业债务,与其他合伙人承担连带责任;合伙经营期间发生亏损,合伙人退出合伙时未按约定分担或者未合理分担合伙债务的,退伙人对原合伙的债务,应当承担清偿责任;退伙人已分担合伙债务的,对其参加合伙期间的全部债务仍负连带责任。

4. 区分个人合伙与普通合伙企业。

(1)诉讼当事人与责任承担:合伙企业属于民事诉讼法中的其他组织可以以自己的名义进行诉讼,而不需要全体合伙人共同为诉讼当事人。个人合伙并不一定要有书面的合伙协议,而合伙企业必须要具备。

(2)财产:个人合伙财产属于全体合伙人共同共有,而合伙企业财产具有相对独立性,所以合伙企业在承担责任时,先以企业财产承担,不足部分方由合伙人承担无限连带责任(普通合伙企业)。

(3)合伙企业责任承担:合伙企业的利润分配、亏损分担,按照合伙协议的约定办理;合伙协议未约定或者约定不明确的,由合伙人协商决定;协商不成的,由合伙人按照实缴出资比例分配、分担;无法确定出资比例的,由合伙人平均分配、分担。合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损。

(六)代理制度(表见代理、间接代理、委托合同)

1. 表见代理。

条件:a)行为人行行为符合无权代理的条件:实施的行为符合代理行为的表面特征;行为人缺乏代理权——根本未经授权,超过授权范围,或者授权过期。b)第三人有理由相信行为人有代理权——该第三人必须为善意。注意:盗用、借用介绍信,盖有合同专用章的合同等,不属于表见代理,由直接责任人承担责任。但是不对抗善意取得制度。

后果:确定有效,由被代理人承担代理行为所发生的权利义务。

2. 间接代理。

(1)显名的间接代理:受托人以自己的名义从事民事法律行为;受托人与第三人之间的行为合法有效;第三人在订约时知道受托人与委托人之间存在代理关系。合同法第402条。

效力:直接约束委托人与第三人,但确有证据证明合同只约束受托人和第三人的除外。

(2)隐名的间接代理:受托人以自己的名义从事民事法律行为;受托人与第三人之间的行为合法有效;第三人在订约时不知道受托人与委托人之间存在代理关系。合同法第403条。

效力:原则上只约束受托人与第三人,但两种情况下涉及委托人:一为合同订立后,因第三人原因致受托人不能对委托人履约的,受托人尽披露义务,委托人取得介入权——行使受托人对第三人的权利,第三人取得抗辩权;对受托人的抗辩适用于对委托人。二为合同订立后,因委托人原因致受托人不能对第三人履约的,受托人尽披露义务,委托人取得选择权——选择向受托人还是委托人主张权利,一经选择不得变更;委托人取得对受托人的抗辩和受托人对第三人的抗辩。

3. 委托合同。

委托合同与代理的关系:委托合同是代理产生的基础法律关系,但委托合同是双方法律行为,而代理是单方法律行为。

委托人的义务:预先支付处理委托事务的费用,支付报酬等。

受托人的责任:原则上为过错责任原则;在