

一本可以作为教材的工具书

2017_年

国家司法考试

一本通

试卷四高分突破



法律版

全新改版 震撼上市

★ 2017 ★

法律考试中心/组编



附赠

中国特色社会主义法治理论“考前背诵版”
冲刺预测试卷（试卷四）一套

连续 14 年出版备受好评



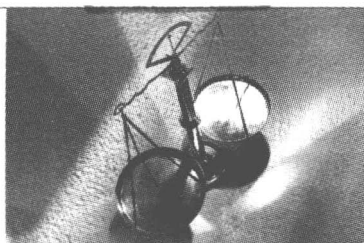
法律出版社
LAW PRESS • CHINA

2017年国家司法考试

一本通

试卷四高分突破

法律考试中心 / 组编



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, 2017. 2

2017 年国家司法考试一本通

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0571 - 8

I. ①试… II. ①法… III. ①法律工作者—资格考试
—中国—自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 015765 号

©法律出版社·中国

责任编辑/赵明霞

装帧设计/汪奇峰

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

责任校对/晁明慧

责任印制/沙磊

印刷/三河市龙大印装有限公司

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16

印张/13 字数/353 千

版本/2017 年 2 月第 1 版

印次/2017 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

举报维权邮箱/jbwq@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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0571 - 8

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

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,让很多考生不寒而栗,未战先怯,甚至直接选择放弃。事实上,竞相涌现的各种辅导教材也好,培训课程也罢,其核心无非在于试图告诉考生,司法考试的重点和难点是什么,怎样复习才能够事半功倍。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有哪些,究竟如何复习主观题才能够达到事半功倍之效。

尽管主观题在司法考试中的分量并不太重,然而由于以下两个原因,导致其复习应考变得困难重重:(1)考查方式为主观题,需要考生自己书写作答;(2)考查内容包含从中国特色社会主义法治理论、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,复习量相当庞大。因此考生朋友对主观题往往感觉更加紧张,也更加重视。

另外,试卷四在整个司法考试中还存在一个重要特点,那就是跟客观题相比而言,更容易得分或者失分。因此,从某种意义上而言,卷四部分经常会成为通关与否的关键领域。

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,决定了其在命题上拥有不同于客观题的自身规律,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。这是我们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学问,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,考查中国特色社会主义法治理论、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7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。而这几道小题中往往可能蕴藏着命题人认为的本学科最重要的知识点。结合历年真题分析,就可以发现,主观题的考点相当集中,因此也便于我们进行重点复习。

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的掌握更加牢固。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,近几年主观题的命题趋势,是越来越综合化。主观题的考查,越来越强调法学综合素质。因此,对有关问题的逻辑分析能力,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?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,逐渐培养自己的法学理念,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。本书不求面面俱到,但却致力于覆盖主观题的大部分考点。通过使用本书,考生一般可以用较短的时间(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三大部分:第一编,针对案例分析题,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。第二编,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4个基础模板,并提供了18个写作套路,考生若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,一般也会迎刃而解。第三编,针对日渐式微但又不得不做准备的法律文书题,简单介绍写作技巧和准备方法。

你可能会感到重复的枯燥,的确,很多知识你在复习客观题知识时已经看到了。但是,请保持耐心,认真掌握本书中的每一个知识点,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”。

本次修订,我们及时补充与完善了一些知识点,以追求更加贴近司法考试的最新趋势。

附赠:(1)冲刺预测试卷(试卷四)一套;

(2)中国特色社会主义法治理论“考前背诵版”。

敬请各位读者于2017年8月初通过扫描封底二维码下载!

目 录

第一编 案例分析题

第一章 民法 (2)

第一节 真题解析 (2)

一、真题研究 (2)

二、考点归纳与预测 (8)

第二节 考点整理 (9)

一、胎儿和死者(无民事权利能力人)的利益保护 (9)

二、无权处分规则:无(限制)民事行为能力人、占有人 (10)

三、法人合并、分立后的责任承担 (10)

四、个人合伙[最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》] (10)

五、代理制度(表见代理、间接代理、委托合同) (11)

六、共有中的内部关系(两种共有的情况,优先购买权) (12)

七、担保制度(各种担保的竞合、对担保物转让的效力) (12)

八、保证制度(两种保证方式及其各自的责任承担,保证期间的计算) (13)

九、无因管理和不当得利制度 (14)

十、代位权和撤销权制度(及相关诉讼制度) (14)

十一、物权变动 (15)

十二、合同中的疑难问题 (16)

十三、婚姻法领域的核心问题 (17)

十四、共同侵权行为 (18)

十五、共同危险行为 (19)

十六、侵权责任中的连带责任承担 (19)

十七、特殊主体的侵权行为与责任 (19)

十八、具体侵权责任 (21)

十九、商标法 (22)

第三节 突破预测题 (23)

第二章 刑法 (31)

第一节 真题解析 (31)

一、真题研究 (31)

二、考点归纳与预测 (37)

第二节 考点整理 (38)

一、犯罪既遂(即故意犯罪的完成形态) (38)

二、犯罪未遂(即故意犯罪的未完成形态) (39)

三、犯罪中止 (39)

四、紧急避险 (40)

五、共同犯罪 (40)

六、想象竞合犯 (41)

七、牵连犯 (41)

八、结果加重犯 (42)

九、自首(分为一般自首与特别自首) (42)

十、立功 (43)

十一、抢劫罪与其他犯罪的区别	(44)	一、仲裁法	(79)
十二、盗窃罪(罪与非罪、既遂标准及 与相关犯罪的界限)	(44)	二、民事诉讼基本原则	(82)
十三、诈骗罪(客观表现、与相关犯罪 的界限)	(45)	三、管辖制度	(83)
十四、故意杀人罪	(46)	四、回避制度	(84)
十五、绑架罪	(47)	五、当事人制度	(84)
十六、信用卡诈骗罪(客观表现、盗窃 信用卡又使用的认定)	(47)	六、证据制度	(85)
十七、敲诈勒索罪	(47)	七、保全和先予执行	(87)
十八、贪污罪(主体、共犯问题、与相 关犯罪的区别)	(48)	八、其他辅助和保障制度	(88)
十九、受贿罪(利用影响力受贿、斡旋 受贿、受贿共犯、与其他相关犯 罪的区别)	(49)	九、一审程序	(88)
二十、关于减刑和假释的适用	(50)	十、二审程序	(90)
二十一、《刑法修正案(九)》重要考点 梳理	(51)	十一、特别程序	(91)
第三节 突破预测题	(52)	十二、督促程序	(91)
第三章 商法	(57)	十三、再审程序	(91)
第一节 真题解析	(57)	十四、执行程序	(92)
一、真题研究	(57)	十五、民事诉讼法的基本理念	(94)
二、考点归纳与预测	(61)	第三节 突破预测题	(95)
第二节 考点整理	(62)	第五章 刑事诉讼法	(100)
一、公司的成立	(62)	第一节 真题解析	(100)
二、公司的治理	(63)	一、真题研究	(100)
三、公司的资本	(65)	二、考点归纳与预测	(105)
四、公司的合并、分立、清算	(66)	第二节 考点整理	(106)
五、破产法	(67)	一、管辖(公安机关、检察院、人民法 院的管辖范围)	(106)
第三节 突破预测题	(68)	二、辩护制度	(107)
第四章 民事诉讼法与仲裁制度	(73)	三、刑事证据	(108)
第一节 真题解析	(73)	四、强制措施	(111)
一、真题研究	(73)	五、附带民事诉讼	(113)
二、考点归纳与预测	(78)	六、立案、侦查程序	(113)
第二节 考点整理	(79)	七、审查起诉程序	(116)
		八、一审程序	(117)
		九、二审程序	(118)
		十、死刑复核程序	(120)
		十一、执行制度:暂予监外执行	(122)
		十二、刑事诉讼特别程序	(122)
		第三节 突破预测题	(124)

第六章 行政法与行政诉讼法 (130)

第一节 真题解析 (130)

一、真题研究 (130)

二、考点归纳与预测 (134)

第二节 考点整理 (135)

一、行政法基本原则 (135)

二、行政许可 (136)

三、行政处罚 (138)

四、行政诉讼 (139)

五、行政复议 (143)

六、国家赔偿 (144)

七、行政强制 (146)

八、行政公开 (147)

第三节 突破预测题 (148)

第二编 论 述 题

一、真题研究 (159)

二、考点分析 (171)

三、论述题的答题思路：模板套路法
..... (174)

四、突破预测题 (184)

第三编 法 律 文 书

一、法律文书题冲刺指导 (192)

二、突破预测题 (192)

第一编 案例分析题

关于案例题做题的基本方法问题

相对于论述题而言,案例题的题目信息量较大,知识点繁多,知识点递进较明显,并且知识点往往以集群形式出现。总体而言,案例题的解答存在的以下几个问题,需要格外注意:

1. 答多答少不确定。这是答题过程中的常见问题。考生朋友往往很难把握答题的“度”。也就是说,究竟以解答到什么程度才算完成解题。这个问题不解决,将会严重影响答题效率,浪费时间,延缓后面的答题进程,甚至全盘皆输。

2. 文不对题。不少考生朋友面对问题,难以把握问题脉络,以及考查要点,下笔神速,离题万里。既浪费了时间,又损失了分数。

3. 不仔细审题,想当然就解答。等到解答得差不多了,才发现了题目的真正考点,为时已晚,后悔莫及。

4. 法律术语使用不当,或者干脆不会使用。例如将“上诉状”写成“抗诉书”,“抗诉书”写成“起诉书”等,就有可能导致失分。

如何解答案例题,首先需要明确的一个问题在于,更多的工夫是在考试之前的复习积累,而不只是单纯依靠临场发挥。所谓“台上三分钟,台下十年功”,说的就是这个道理。

1. 关于答题的“度”的问题。应以答问对应形式予以把握。只要将问题中的几个问一一解答出来,无须过度阐释原理。

2. 仔细审题,准确梳理法律关系。在准确把握法律关系的前提下答题,注意题目中的陷阱以及隐藏的考点。

3. 与第2点相联系,只有在明确法律关系的前提下,法律术语的使用才会准确无误。准确把握法律关系除了可以准确运用法律术语以外,还可以防止跑题。

第一章 民法

第一节 真题解析

一、真题研究

(一) 自然人甲与乙订立借款合同,其中约定甲将自己的一辆汽车作为担保物让与给乙。借款合同订立后,甲向乙交付了汽车并办理了车辆的登记过户手续。乙向甲提供了约定的50万元借款。

一个月后,乙与丙公司签订买卖合同,将该汽车卖给对前述事实不知情的丙公司并实际交付给了丙公司,但未办理登记过户手续,丙公司仅支付了一半购车款。某天,丙公司将该汽车停放在停车场时,该车被丁盗走。丁很快就将汽车出租给不知该车来历的自然人戊,戊在使用过程中因汽车故障送到己公司修理。己公司以戊上次来修另一辆汽车时未付修理费为由扣留该汽车。汽车扣留期间,己公司的修理人员庚偷开上路,违章驾驶撞伤行人辛,辛为此花去医药费2000元。现丙公司不能清偿到期债务,法院已受理其破产申请。(2016年)

问题:

1. 甲与乙关于将汽车让与给债权人乙作为债务履行担保的约定效力如何?为什么?乙对汽车享有什么权利?

2. 甲主张乙将汽车出卖给丙公司的合同无效,该主张是否成立?为什么?

3. 丙公司请求乙将汽车登记在自己名下是否具有法律依据?为什么?

4. 丁与戊的租赁合同是否有效?为什么?丁获得的租金属于什么性质?

5. 己公司是否有权扣留汽车并享有留置权?为什么?

6. 如不考虑交强险责任,辛的2000元损失有权向谁请求损害赔偿?为什么?

7. 丙公司与乙之间的财产诉讼管辖应如何确定?法院受理丙公司破产申请后,乙能否就其债权对丙公司另行起诉并按照民事诉讼程序申请执行?

【参考答案】 1. 有效。因为我国物权法虽然没有规定这种让与担保方式,但并无禁止性规定。通过合同约定,再转移所有权的方式达到担保目的,是不违反法律的,也符合合同自由、鼓励交易的立法目的。

对于乙对汽车享有什么权利,答案一:乙享有的不是所有权,而是以所有权人的名义享有担保权。

答案二:由于办理了过户登记手续,乙享有所有权。

2. 不能成立。答案一:乙对汽车享有所有权,其有权处分该汽车。没有导致合同无效的其他因素。

答案二:虽然乙将汽车出卖给丙公司的行为属于无权处分,对甲也是违约行为,但无权处分不影响合同效力,法律并不要求出卖人在订立买卖合同时对标的物享有所有权或者处分权。

3. 有法律依据。因根据物权法的规定,汽车属于特殊动产,交付即转移所有权,登记只是产生对外的效力,不登记不具有对抗第三人的效力。本案中因为汽车已经交付,丙公司已取得汽车所有权。

4. 有效,因为尽管丁不享有所有权或处分权,但是并不影响租赁合同效力。其所得的租金属于不当得利。

5. 己公司无权扣留汽车并享有留置权。《物权法》第231条规定,债权人留置的动产与债权应该属于同一法律关系。而在本案中,债权与汽

车无牵连关系。

6. 辛有权向戊、己公司、庚请求赔偿,因为戊系承租人,系汽车的使用权人;庚是己公司的雇员,庚的行为属于职务行为,己应当承担用人单位(或雇主)责任;庚系肇事人(或者答直接侵权行为人)。

7. 丙公司与乙之间的财产诉讼应该由破产案件受理的人民法院管辖。法院受理丙公司破产申请后,乙应当申报债权,如果对于债权有争议,可以向受理破产申请的人民法院提起诉讼,但不能按照民事诉讼程序申请执行。

(二)案情:甲欲出卖自家的房屋,但其房屋现已出租给张某,租赁期还剩余1年。甲将此事告知张某,张某明确表示,以目前的房价自己无力购买。

甲的同事乙听说后,提出购买。甲表示愿意但需再考虑细节。乙担心甲将房屋卖与他人,提出草签书面合同,保证甲将房屋卖与自己,甲同意。甲、乙一起到房屋登记机关验证房屋确实登记在甲的名下,且所有权人一栏中只有甲的名字,双方草签了房屋预购合同。

后双方签订正式房屋买卖合同约定:乙在合同签订后的5日内将购房款的三分之二通过银行转账给甲,但甲须提供保证人和他人房屋作为担保;双方还应就房屋买卖合同到登记机关办理预告登记。

甲找到丙作为保证人,并用丁的房屋抵押。丁与乙签订了抵押合同并办理了抵押登记,但并没有约定担保范围。甲乙双方办理了房屋买卖合同预告登记,但甲忘记告诉乙房屋出租情况。

此外,甲的房屋实际上为夫妻共同财产,甲自信妻子李某不会反对其将旧房出卖换大房,事先未将出卖房屋的事情告诉李某。李某知道后表示不同意。但甲还是瞒着李某与乙办理了房屋所有权转移登记。

2年后,甲与李某离婚,李某认为当年甲擅自处分夫妻共有房屋造成了自己的损失,要求赔偿。甲抗辩说,赔偿请求权已过诉讼时效。(2015年)

问题:

1. 在本案中,如甲不履行房屋预购合同,乙

能否请求法院强制其履行?为什么?

2. 甲未告知乙有租赁的事实,应对乙承担什么责任?

3. 如甲不按合同交付房屋并转移房屋所有权,预告登记将对乙产生何种保护效果?

4. 如甲在预告登记后又与第三人签订房屋买卖合同,该合同是否有效?为什么?

5. 如甲不履行合同义务,在担保权的实现上乙可以行使什么样的权利?担保权实现后,甲、丙、丁的关系如何?

6. 甲擅自处分共有财产,其妻李某能否主张买卖合同无效?是否可以主张房屋过户登记为无效或者撤销登记?为什么?

7. 甲对其妻李某的请求所提出的时效抗辩是否成立?为什么?

【参考答案】 1. 不能。理由是预约虽是合同,其目的在于订立主合同。按照最高法院买卖合同司法解释案件适用法律问题的司法解释,当事人签订认购书、备忘录等预约合同,约定将来订立买卖合同,一方不履行的,对方可请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿。但是,法院不能强制当事人签订正式合同。乙可以按照《合同法》第113条请求赔偿,也可以根据第94条请求解除合同并请求赔偿。

2. 甲应对丙承担违约责任。甲应说明买卖标的物上有负担的事实而未说明,违反了法律规定的义务,在合同有效的情况下,应该纳入违约责任中。

3. 按照我国《物权法》第21条的规定,预告登记后,甲再处分房屋的,不产生物权效力。即丙对房屋的交付请求权具有物权性优先权,可以对抗所有的未登记的购买人。

4. 预告登记后,甲与第三人签订的房屋买卖合同有效,只是不发生物权变动的效力,如果甲不履行,将对第三人承担违约责任。

5. 如果甲不履行合同义务,丙可以选择实现抵押权或者向保证人丁主张保证责任。无论丁还是戊履行担保责任后,都有权向甲追偿。[或丁、戊可向甲追偿,也可以要求对方(丁或者戊)承担一半的份额]

6. 不得主张无效。即使没有处分权,也不影响合同效力。不可以主张房屋登记过户为无效,

对于善意的丙不得主张无效。

7. 不成立。由于双方为夫妻共同财产制, 夫妻关系存续是诉讼时效期间中止的法定事由。

(三)案情:2月5日,甲与乙订立一份房屋买卖合同,约定乙购买甲的房屋一套(以下称01号房),价格80万元。并约定,合同签订后一周内乙先付20万元,交付房屋后付30万元,办理过户登记后付30万元。

2月8日,丙得知甲欲将该房屋出卖,表示愿意购买。甲告其已与乙签订合同的事实,丙说愿出90万元。于是,甲与丙签订了房屋买卖合同,约定合同签订后3日内丙付清全部房款,同时办理过户登记。2月11日,丙付清了全部房款,并办理了过户登记。

2月12日,当乙支付第一笔房款时,甲说:房屋已卖掉,但同小区还有一套房屋(以下称02号房),可作价100万元出卖。乙看后当即表示同意,但提出只能首付20万元,其余80万元向银行申请贷款。甲、乙在原合同文本上将房屋相关信息、价款和付款方式作了修改,其余条款未修改。

乙支付首付20万元后,恰逢国家出台房地产贷款调控政策,乙不再具备贷款资格。故乙表示仍然要买01号房,要求甲按原合同履行。甲表示01号房无法交付,并表示第二份合同已经生效,如乙不履行将要承担违约责任。乙认为甲违约在先。3月中旬,乙诉请法院确认甲丙之间的房屋买卖合同无效,甲应履行2月5日双方签订的合同,交付01号房,并承担迟延交付的违约责任。甲则要求乙继续履行购买02号房的义务。

3月20日,丙聘请不具备装修资质的A公司装修01号房。装修期间,A公司装修工张某因操作失误将水管砸坏,漏水导致邻居丁的家具等物件损坏,损失约5000元。

5月20日,丙花3000元从商场购买B公司生产的水热水器,B公司派员工李某上门安装。5月30日,李某从B公司离职,但经常到B公司派驻丙所住小区的维修处门前承揽维修业务。7月24日,丙因热水器故障到该维修处要求B公司维修,碰到李某。丙对李某说:热水器是你装的,出

了问题你得去修。维修处负责人因人手不够,便对李某说:那你就去帮忙修一下吧。李某便随丙去维修。李某维修过程中操作失误致热水器毁损。(2014年)

问题:

1.01号房屋的物权归属应当如何确定?为什么?

2.甲、丙之间的房屋买卖合同效力如何?考查甲、丙之间合同效力时应当考虑本案中的哪些因素?

3.2月12日,甲、乙之间对原合同修改的行为的效力应当如何认定?为什么?

4.乙的诉讼请求是否应当得到支持?为什么?

5.针对甲要求乙履行购买02号房的义务,乙可主张什么权利?为什么?

6.邻居丁所遭受的损失应当由谁赔偿?为什么?

7.丙热水器的毁损,应由谁承担赔偿责任?为什么?

【参考答案】 1.甲、丙基于合法有效的买卖合同于2月11日办理了过户登记手续,即完成了不动产物权的公示行为。

不动产物权发生变动,即由原所有权人甲变更为丙。

2.甲、丙之间于2月8日形成的房屋买卖合同,该合同为有效合同。

尽管甲已就该房与乙签订了合同,但甲丙的行为不属于违背公序良俗的行为,也不违反法律、行政法规的强制性规定,不存在无效的因素。

丙的行为仅为单纯的知情,甲、丙之间的合同不属于恶意串通行为,因其不以损害乙的权利为目的。

3.2月12日,甲、乙之间修改合同的行为,该行为有效,其性质属于双方变更合同。

双方受变更后的合同的约束。

4.乙与甲通过协商变更了合同,且甲、丙之间的合同有效且已经办理了物权变动的手续,故乙关于确认甲、丙之间合同无效、由甲交付01号房的请求不能得到支持。

但是,乙可以请求甲承担违约责任,乙同意

变更合同不等于放弃追索甲在01号房屋买卖合同项下的违约责任。

5. 乙可请求解除合同,甲应将收受的购房款本金及其利息返还给乙。因政策限购属于当事人无法预见的情形,且合同出现了履行不能的情形,乙有权解除合同,且无须承担责任。

6. 应当由丙和A公司承担。

张某是受雇人,其执行职务的行为,由A公司承担侵权赔偿责任。

丙聘请没有装修资质的A公司进屋装修,具有过错,也应对丁的损失承担赔偿责任。

7. B公司承担。

李某维修行为,构成表见代理,其行为后果由B公司承担(合同上的赔偿责任)。或者李某虽然离职,但经维修处负责人指派,仍为执行工作任务,应由B公司承担(侵权责任)。

(四)案情:大学生李某要去A市某会计师事务所实习。此前,李某通过某租房网站租房,明确租房位置和有淋浴热水器两个条件。张某承租了王某一套二居室,租赁合同中有允许张某转租的条款。张某与李某联系,说明该房屋的位置及房屋里配有高端热水器。李某同意承租张某的房屋,并通过网上银行预付了租金。

李某人住后发现,房屋的位置不错,卫生间也较大,但热水器老旧不堪,不能正常使用,屋内也没有空调。另外,李某了解到张某已拖欠王某1个月的租金,王某已表示,依租赁合同的约定要解除与张某的租赁合同。

李某要求张某修理热水器,修了几次都无法使用。再找张某,张某避而不见。李某只能用冷水洗澡并因此感冒,花了一笔医疗费。无奈之下,李某去B公司购买了全新电热水器,B公司派其员工郝某去安装。在安装过程中,找不到登高用的梯子,李某将张某存放在储藏室的一只木箱搬进卫生间,供郝某安装时使用。安装后郝某因有急事未按要求试用便离开,走前向李某保证该热水器可以正常使用。李某仅将该木箱挪至墙边而未搬出卫生间。李某电话告知张某,热水器已买来装好,张某未置可否。

另外,因暑热难当,李某经张某同意,买了一部空调安装在卧室。

当晚,同学黄某来A市探访李某。黄某去卫

生间洗澡,按新装的热水器上的提示刚打开热水器,该热水器的接口处迸裂,热水喷溅不止,黄某受到惊吓,摔倒在地受伤,经鉴定为一级伤残。另外,木箱内装的贵重衣物,也被热水器喷出的水流浸泡毁损。(2013年)

问题:

1. 由于张某拖欠租金,王某要解除与张某的租赁合同,李某想继续租用该房屋,可以采取什么措施以抗辩王某的合同解除权?

2. 李某的医疗费应当由谁承担?为什么?

3. 李某是否可以更换热水器?李某更换热水器的费用应当由谁承担?为什么?

4. 李某购买空调的费用应当由谁承担?为什么?

5. 对于黄某的损失,李某、张某是否应当承担赔偿责任?为什么?

6. 对于黄某的损失,郝某、B公司是否应当承担赔偿责任?为什么?

7. 对于李某木箱内衣物浸泡受损,李某、B公司是否应当承担赔偿责任?为什么?

【参考答案】 1. 李某(次承租人)可以请求代张某(承租人)支付其欠付王某(出租人)的租金和违约金,以抗辩王某的合同解除权。

2. 由张某(出租人)承担。因为张某(出租人)有提供热水(热水器)的义务,张某违反该义务,致李某损失,应由张某承担赔偿责任。

3. 可以(是)。张某承担。因为张某(出租人)作为出租人应当按照约定将租赁物交付承租人、应当履行租赁物的维修义务;张某有保持租赁物符合约定用途的义务。

4. 由李某承担。因为李某(承租人)经张某(出租人)同意装饰装修,但未就费用负担作特别约定,故承租人不得请求出租人补偿费用。

5. 否(李某或张某均不应当承担赔偿责任)。因为李某与黄某之间并无合同,李某不需承担违约损害赔偿赔偿责任;对于黄某的损失,李某亦无过错,不需承担侵权责任。故李某不应承担赔偿责任。张某与黄某之间并无合同,张某不需要承担违约损害赔偿赔偿责任;对于黄某的损失,张某并无过错,不需承担侵权责任。故张某不应承担赔偿责任。

6. 郝某不应当承担赔偿责任。B公司应当承

担赔偿责任。因为郝某是B公司的工作人员,执行B公司的工作任务,故不需承担侵权责任。因热水器是缺陷产品,缺陷产品造成损害,被侵权人(黄某)既可向产品的生产者请求赔偿,也可向产品的销售者请求赔偿。故B公司需承担侵权责任。

7. 李某不应承担赔偿责任,B公司应承担赔偿责任。因为李某对衣物受损并无过错。缺陷产品的侵权责任,由生产者或销售者承担,故B公司应对李某衣物受损承担侵权责任。

(五)案情:信用卡在现代社会的运用越来越广泛。设甲为信用卡的持卡人,乙为发出信用卡的银行,丙为接受银行信用卡消费的百货公司。甲可以凭信用卡到丙处持卡消费,但应于下个月的15日前将其消费的款项支付给乙;丙应当接受甲的持卡消费,并于每月的20日请求乙支付甲消费的款项,丙不得请求甲支付其消费的款项。

2012年3月,甲消费了5万元,无力向乙还款。甲与乙达成协议,约定3个月内还款,甲将其1间铺面房抵押给乙,并作了抵押登记。应乙的要求,甲为抵押的铺面房向丁保险公司投了火灾险,并将其对保险公司的保险赔偿请求权转让给了己。

2012年4月,甲与张某签订借款意向书,约定甲以铺面房再作抵押向张某借款5万元,用于向乙还款。后因甲未办理抵押登记,张某拒绝提供借款。

2012年7月,因甲与邻居戊有矛盾,戊放火烧毁了甲的铺面房。在保险公司理赔期间,己的债权人庚向法院申请冻结了保险赔偿请求权。(2012年)

问题:

1. 2012年3月之前,甲与乙之间存在什么法律关系?乙与丙之间存在什么法律关系?甲与丙之间存在什么法律关系?

2. 丙有权请求乙支付甲消费的款项但不得请求甲支付其消费的款项,其法律含义是什么?乙可否以甲不支付其消费的款项为理由,拒绝向丙付款?为什么?

3. 如甲不向乙支付其消费的款项,乙可以主张什么权利?如乙不向丙支付甲消费的款项,丙

可以主张什么权利?

4. 如丙拒绝接受甲持卡消费,应由谁主张权利?可以主张什么权利?为什么?

5. 张某拒绝向甲提供借款是否构成违约?为什么?

6. 甲的抵押铺面房被烧毁之后,届期无力还款,乙可以主张什么权利?

7. 甲将保险赔偿请求权转让给己,己的债权人庚向法院申请冻结该保险赔偿请求权,对乙的抵押权有什么影响?为什么?

【参考答案】 1. 甲持卡在丙处消费,由乙向丙付款,这是一种无名合同关系,参照委托合同的规定处理。甲应依其消费金额向乙还款,甲乙之间还形成借款合同法律关系(或形成还款关系)。

丙负有接受符合条件的持卡人的消费,即丙受乙的委托向第三人(消费者)为给付,有与第三人订立合同的义务,这是一种类似于委托的关系(或无名合同关系)。乙在丙完成对第三人的给付之后,丙有要求乙付款的权利。

甲与丙之间构成买卖合同关系。

2. 甲在丙处的消费的付款义务,由乙承担。这是就将来可确定的债务,甲与乙订立债务承担协议。而且是经债权人同意的免责的债务承担,即免责的由乙承担,丙不得向甲主张权利。

乙不可以以甲不付款为理由拒绝向丙付款。因为甲与乙、乙与丙之间的债的关系是独立的,而且债务承担具有无因性。

3. 如果甲不向乙支付其消费的款项,乙可依甲乙之间的还款关系要求甲支付其所消费的款项及利息(违约责任)。

如果乙不向丙支付甲所消费的款项,丙可依乙丙之间的还款关系要求乙支付甲所消费的款项及利息(违约责任)。

4. 应当由乙主张权利。乙可以依据其与丙之间的委托关系对丙主张不履行合同的违约责任。因为在乙与丙之间的丙负有接受符合条件的持卡人的消费,即丙受乙的委托向第三人(消费者)为给付,有与第三人订立合同的义务。在这一合同关系中,甲不是其当事人。

5. 张某不构成违约。因为自然人之间的借

款合同,自贷款人提供借款时生效。张某未向甲提供借款,借款合同未生效。

6.乙可以就甲对丁的保险赔偿金和甲对戊的损害赔偿金主张优先受偿权(或乙可以行使甲对丁的保险赔偿请求权、甲对戊的损害赔偿请求权)。乙可以对戊行使基于抵押权的损害赔偿请求权。

7.没有影响。因为在甲的铺面房设定抵押后,甲将保险赔偿请求权转让给己,基于抵押权的物权效力(或追及效力,或优先效力),不影响抵押权的效力。己的债权人庚向法院申请冻结该保险赔偿请求权,基于抵押权的优先性,不影响抵押权的效力。

(六)案情:甲公司从某银行贷款1200万元,以自有房产设定抵押,并办理了抵押登记。经书面协议,乙公司以其价值200万元的现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品为甲公司的贷款设定抵押,没有办理抵押登记。后甲公司届期无力清偿贷款,某银行欲行使抵押权。法院拟拍卖甲公司的房产。甲公司为了留住房产,与丙公司达成备忘录,约定:“由丙公司参与竞买,价款由甲公司支付,房产产权归甲公司。”丙公司依法参加竞买,以1000万元竞买成功。甲公司将从子公司筹得的1000万元交给丙公司,丙公司将这1000万元交给了法院。法院依据竞拍结果制作民事裁定书,甲公司据此将房产过户给丙公司。

法院裁定书下达次日,甲公司、丙公司与丁公司签约:“甲公司把房产出卖给丁公司,丁公司向甲公司支付1400万元。合同签订后10日内,丁公司应先付给甲公司400万元,尾款待房产过户到丁公司名下之后支付。甲公司如果在合同签订之日起半年之内不能将房产过户到丁公司名下,则丁公司有权解除合同,并请求甲公司支付违约金700万元,甲公司和丙公司对合同的履行承担连带责任。”

在甲公司、丙公司与丁公司签订房产买卖合同的次日,丙公司与戊公司签订了房产买卖合同。丙公司以1500万元的价格将该房产卖给戊公司,尚未办理过户手续。丁公司见状,拒绝履行支付400万元首付款的义务,并请求甲公司先办理房产过户手续,将房产过户到丁公司名下。

甲公司则要求丁公司按约定支付400万元房产购置首付款。鉴于各方僵持不下,半年后,丙公司索性把房产过户给戊公司,并拒绝向丁公司承担连带责任。经查,在甲公司、丙公司和丁公司签订合同后,当地房地产市场价格变化不大。(2011年)

问题:

1.乙公司以其现有的及将有的生产设备等动产为甲公司的贷款设立的抵押是否成立?为什么?

2.某银行是否必须先实现甲公司的房产的抵押权,后实现乙公司的现有的及将有的生产设备等动产的抵押权?为什么?

3.甲公司与丙公司达成的备忘录效力如何?为什么?

4.丙公司与戊公司签订房产买卖合同效力如何?为什么?

5.丁公司是否有权拒绝履行支付400万元的义务?为什么?

6.丁公司是否有权请求甲公司在自己未支付400万元首付款的情况下先办理房产过户手续?为什么?

7.丁公司能否解除房产买卖合同?为什么?

8.丙公司能否以自己不是合同的真正当事人为由拒绝向丁公司承担连带责任?为什么?

9.甲公司可否请求法院减少违约金数额?为什么?

【参考答案】 1.成立。因为根据《物权法》的规定,经当事人书面协议,乙公司可以以现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品设定抵押,无须以登记为设立要件。

2.不是。因为甲公司房产抵押与乙公司现有的及将有的生产设备等动产的抵押没有明确约定抵押份额,属于连带抵押。抵押权人(即银行)可以选择就任一财产实现抵押权。

3.具有法律效力。因为在法院依据竞买结果制作裁决书后,甲公司将房产过户给了丙公司,丙公司是房产所有人。当事人对房产权属作的特别约定,不具有物权效力。但是该备忘录没有违背法律的强制性规定,具有债权效力,丙公司对甲公司负有合同义务,即依约履行将房产过户给甲公司的义务。

4. 有效。因为丙公司是房产所有权人,有权对房产进行处分,且就同一房产签订多份买卖合同,合同效力既不会仅因为房产没有过户而受影响,也不会仅因为是一物多卖而受影响。

5. 有权。因为丁公司可以行使不安抗辩权。虽然在甲公司、丙公司与丁公司签订的房产买卖合同中约定,丁公司应先交首付,甲公司后办理房产过户,但是,房产产权人丙公司在签约次日就和戊公司签订房产买卖合同。该行为已经明确表明,甲公司有无法履行交房义务的可能。作为先交首付款义务的丁方,有权行使不安抗辩权。

6. 无权。因为甲公司可以行使先履行抗辩权。甲公司办理房产过户手续的义务在后。丁公司享有不安抗辩权,可以拒绝履行自己的先给付义务,但是不能以不安抗辩权要求甲公司履行在后的义务。

7. 能。因为甲公司在合同订立半年内没有履行办理房产过户手续的义务,丁公司行使约定解除权的条件已经成就。

8. 不能。因为甲公司、丙公司与丁公司签订房产买卖合同中约定丙公司和甲公司对合同的履行承担连带责任。该约定属于当事人真实意思表示,不违反法律、行政法规的强制性规定和社会公共利益,具有法律约束力。

9. 可以。因为根据《合同法》和相关司法解释,合同约定的违约金超过造成损失的 30%,数额过分高于损失,当事人可以请求法院予以适当减少。

二、考点归纳与预测

众所周知,一直以来民法始终是司法考试的重点学科。通过对往年主观题的真题归纳,我们不难发现,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、合伙等在主观题中基本上属于零星考查。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,应该以“夯实专业基础”为基本原则,以“突出重点、有的放矢”为基本的战略战术。

年份	所涉考点		考查方向
2016	物权法	担保权	留置权
			让与担保的认定、对外效力
		物权变动	特殊动产物权变动
	侵权责任法	损害赔偿	交通事故损害赔偿责任的承担
	民法总论	不当得利	不当得利的类型
2015	物权法	物权变动	预告登记的效力
		担保权	混合担保
	合同法	合同的效力	预约合同的效力
		合同的解除	预约合同的解除
		合同的义务	从义务
		违约责任	违约责任的承担方式
	民法总论	善意取得	善意取得的构成要件
		诉讼时效	诉讼时效中止

续表

年份	所涉考点		考查方向
2014	物权法	物权变动	不动产登记
	合同法	买卖合同	一房二卖的合同效力
		合同的效力	合同变更后的效力
		合同的解除	情势变更原则
		承揽合同	定作人责任
	民法总论	表见代理	表见代理的法律后果
2013	合同法	租赁合同	出租人的解除权
		租赁合同	出租人的适租义务
		租赁合同	出租人的维修义务
		租赁合同	装饰装修费用的负担
	民法总论	民事责任	民事责任的承担
	侵权法	产品责任、用工责任	产品责任、用工责任
2012	民法总论	民事法律关系	民事法律关系的分类
	物权法	物权的效力	物权优于债权
		抵押权	抵押权的物上代位性
	合同法	无名合同	自然人间的借款合同
		合同相对性原则	合同相对性原则
2011	物权法	抵押	抵押的效力
	合同法	合同效力	违约责任

个总结和预测:

第二节 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,应当认真复习。下面将主观题中可能考查的知识点作一

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3种情形:(1)胎儿为活体,则该应留份属于该婴儿;(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,则该预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,由其法定继承人继承。

死亡人的人格利益问题:死亡人的人格利益若受侵犯,如隐私、名誉肖像等受到侵犯,应当受