

律考导航系列

案例分析导读

2001

本书编写的目标，
是帮助更多的考生努力将律考试题卷四的得分提高 10 ~ 20 分；
而本书作者的所有努力，
则在于告诉您提高这 10 ~ 20 分的知识、
经验和方法——

时事出版社

律考导航系列

案例分析导读

策 划 宏元法泰

主 编 李建伟

副主编 袁登明

撰稿人 李建伟 袁登明 贺 静
高留志 苏显龙 景 智

时事出版社

图书在版编目(CIP)数据

律考导航系列,案例分析导读 /李建伟等编,一北京:时事出版社,2001.4
ISBN 7-80009-652-1

I. 律… II. 李… III. 律师—资格考核—中国—解题 IV. D926.5-44

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 18562 号

出版发行:时事出版社

地 址:北京市海淀区万寿寺甲 2 号

邮 编:100081

发行热线:(010)68797590 68797595

传 真:(010)68418647

电子邮箱:shishichubanshe@sina.com

经 销:全国新华书店

印 刷:北京时事印刷厂

开本:787×1092 1/16 印张:20.5 字数:366 千字

2000 年 4 月第 1 版 2000 年 4 月第 1 次印刷

定价:29.00 元

本书编写的目标,是帮助更多的考生努力将律考试题卷四的得分提高 10~20 分;而本书作者的所有努力,则在于告诉您提高这 10~20 分的知识、经验和方法——

如何在案例分析题上拿高分

一、为何卷四的得分如此之低

我们在多年的全国律师资格考前辅导中发现,大多数考生对卷四的案例分析题有一种畏惧心理,尤其是部分连续 2~3 年参加律师资格考试的考生,简直到了谈卷四而色变的程度。而历届律考中卷四的得分情况似乎也正好为大家这种普遍的畏惧心态作了最好的诠释。

这里以每年通过率在全国名列前茅的北京地区律考为例:

2000 年北京地区报名参加律考的人数是 10649 人,通过律考人数为 1637 人。通过率为 15.4%,高于 10.1% 的全国平均通过率。其中通过者的平均分数为 246 分,每卷平均得分为 61.5 分。但是,从卷四的得分情况看,是非常不理想的。在所有参考人员中,卷四案例分析题的得分情况如下:

- 0~39 分的占 39.1%;
- 40~49 分的占 35.0%;
- 50~59 分的占 21.7%;
- 60~69 分的占 4.1%;
- 70~79 分的占 0.1%。
- 80 分以上的无一人。

换句话说,在北京地区的 2000 年律考所有考生中,卷四得分在 49 分以下的占 74.1%,及格率仅为 4.2%,为数不少的考生,包括一些通过律考的考生,卷四的得分仅在 20~35 分之间,大大低于卷一、卷二、卷三的平均得分。得分之低,由此可见一斑。北京地区如此,全国其他省份的情况可能会更糟糕一些。

那么,造成考生普遍得分低的原因是什么呢?对此许多将要参加律考的朋友,尤其是曾经参加过律考,有过切肤之痛,将要再次参加律考的朋友十分关心的话题。

就我们在多年律考考前辅导中掌握的情况看,造成卷四应试失败的原因主要有如下情况:

其一,做题速度过慢,根本没能做完卷四的所有试题,部分考生甚至还遗有 2~3 道题。

其二,弄不清楚案例分析题题干中交待的各法律关系主体之间的关系,找不到分析案情的切入点,读完题目后,大脑即一片混乱。

其三,看懂了题目,但不知如何下笔回答题目中所设的提问,深恐一写就错;好不容易下决心提笔作答,但一写就多,眉毛胡子一把抓,不得要领,费力又不讨好。

其四,能够下笔作答各个问题,但很快发现自己的观点前后矛盾,分析题目的思路颇不统一。于是赶紧涂抹重写,一阵子忙乱下来,卷面上箭头满天飞,卷面效果一塌糊涂,十分难看,从而影响卷面分数。

其五,对题目中所涉及的一个关键性法律问题拿不准,而这一关键性问题又决定着其他问题的作答,心中着急不已,而又束手无策。把过多精力浪费在难题上,临到交卷的最后关头,只好匆忙间作出取舍,草草应付,自然难得高分。

以上作答案例分析题的各种窘相,可能所有的考生都或多或少地遭遇过。造成以上各种情形的原因,固然有相关法律知识点掌握不牢等因素在做怪,但更多的在于应试案例分析题的经验严重不足,作答案例分析题的方法有所不妥。我们认为,通过在考前多做案例分析练习题,巩固已掌握的常考的基本法律制度、澄清有关法律知识的易混淆点,以积累作答案例分析题的经验、掌握基本的做题技巧,培养正确的做题方法、养成分析案例分析题的正确思路,是非常关键的。而知识、经验和方法,正是提高卷四案例分析题得分的重要因素,是三位一体的致胜武器。

二、一本好的律考案例分析题应试辅导书,应具备什么样的品质

由于各类考试命题都自有其独特的命题特点和规律,应该说,并不存在适用于评价所有的案例分析题应试辅导书好坏的统一标准。其实,评价律考案例分析题应试辅导书好坏的标准并不复杂,那就是看它是否与全国律师资格考试试题第四卷案例分析题的命题特点与规律相合。

那么,律考卷四案例分析题有哪些命题特点与规律呢?对此,我们可从以下几个角度分析:

——从试题分布的部门法看。列入律考范围的部门法律、法规多达80余个,但以历届律考卷四仅有的10道左右案例分析题而言,则集中分布于民法通则、担保法、合同法、继承法、公司法、合伙法、刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法(含仲裁法)、行政诉讼法(含国家赔偿法)、国际经济法等少数几个大的部门法中,其他部门法律、法规则鲜有出现案例分析题的。

——从试题分值分布来看。民法学部门(包括民法通则、担保法、合同法、继承法等)每年至少占去3道案例分析题,总分值在35分左右。刑法学部分每年多为2道,总分值在20分左右。三大诉讼法(含仲裁法)每年多为各占一道,总分值在30分左右。国际经济法学每年多为一道,分值在8分左右。商事法学(多为公司法、合伙企业法)每年多为一道,分值也在8分左右。

——从案例分析题的题干设问来看。交待基本案情的题干的篇幅并不长,少则二、三百字,多则五、六百字,多以简约为要。而每题设问多在4个以上,民法学部分的试题设问稍多,多在6~8个左右。

——从考查内容来看。由于很少有题目只设1~2问的,故每个题目所考查的内容综合

性很强,所涉及的法律知识点多在3个以上。在这一点上,民法学部分的案例分析题表现得尤为突出。一道民法案例分析题,往往会综合考查公民、法人、物权、债权、代理、担保等诸多法律制度。由于综合性强,自然也就显得题目本身的头绪繁多,法律关系复杂,作答难度大了,这也是许多考生觉得案例分析题头疼的一个重要原因。

了然了律考卷四案例分析题的命题特点与规律,我们认为,一本好的律考案例分析题应试辅导书也应做到:

——从选材上看。它所选取的案例分析题目应突出集中于民法通则、合同法、担保法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法、公司法、国际经济法、仲裁法、继承法等部门法领域,而不能如撒胡椒面似的对每个部门法都面面俱到。尤其是根据最近三年律考卷四的命题情况分析,应突出民事法学特别是合同法案例分析题的练习。这是因为:一则合同法案例分析题综合性最强,难度最大,广大考生的平均得分也最低;二是合同法案例分析题每年稳定在2道左右,所占分值比例较大,不能不予以特别重视。

——从题目的篇幅大小及设问来看。目前市面上所能见到的一些律考案例分析题辅导读物在这一问题上存有严重的不当之处。表现在:一是不少案例题目篇幅过长,少则一千多字,多的甚至有二、三千字,令读者阅读起来很是辛苦;二是设问数目普遍过少,不少案例题目仅有2~3问,甚至1问,与律考卷四命题相去甚远;三是个别设问的形式与律考卷四命题的风格存有不小差距。所有这些不当或差距,都使得这些练习题的可信度大打折扣。本书中各个案例分析题目的篇幅严格控制在律考卷四命题所显示的范围之内,而每个题目的设问一般至少在4个以上,民法、合同法部分的案例分析题则平均达到6个以上。合理的篇幅设计和足量的设问,保证了本书各个题目与律考卷四命题的高度仿真,确保考生作答本书习题的实践效果。

——从所考查的内容来看。目前市面上的一些律考案例分析题辅导读物在这方面存在以下几个问题:一是多数题目仅限于考查某一个具体法律制度甚至某一个法律知识点,缺乏律考卷四命题所要求的综合性;二是部分设问偏重于考查司法实践的做法,所考查的知识点超出了律考大纲要求,造成对考生复习方向上的误导;三是各个设问之间缺少必要的联结。本书中各个案例分析题设问所考查的内容严格控制在律考大纲要求的范围之内,并注重突出综合考查知识点的要求,努力做到每个题目以考查某一常考的法律制度为主,兼及其他知识点,并力求各个知识点之间的圆满契合。

总之,正是我们注意并仔细研究了律考卷四历届命题的特点与规律,并正视了其他同类辅导书中存在的问题,在不断总结经验、教训的基础上,努力做到了各个题目与律考卷四命题在内容、形式等方面的高度仿真。而对于历届律考常考的重点法律制度,则通过多个题目,分别从不同角度、不同侧面反复考查,以期引起考生在复习中的高度重视,通过作答这些练习题来确保扎扎实实地掌握这些重点内容。关于这一点,相信读者朋友们通过作答本书习题和参加律考考试后,会有切身体会的。

三、本书的体例结构及使用方法

本书共分八大部分,即:

第一部分 民法学。包括民法通则、担保法、继承法、知识产权法等,以民法通则和担保法为主。

第二部分 合同法学。民法与合同法部分案例分析题是历届律考卷四命题的重点,本书亦不例外。

第三部分 商事法学。以公司法为重点,兼及合伙企业法、破产法、外资企业法、票据法、保险法等。

第四部分 刑法学。本部分是本书的又一个重点。

第五部分 刑事诉讼法学。本部分以刑事诉讼法为主,兼及律师法律制度。

第六部分 民事诉讼法及仲裁法学。本部分突出民事诉讼法与仲裁法的完美结合。

第七部分 行政法学。本部分以行政诉讼法、国家赔偿法为主,兼及行政复议法、行政处罚法。

第八部分 国际经济法学。本部分以国际经济法为主,兼及国际私法、海商法。

从以上八个组成部分可以看出,本书的选材领域同历届律考尤其是最近几年律考的卷四命题完全相合,突出集中于民法、合同法等八个部门法学,而舍弃了法理学、宪法学、经济法学、国际法学等从未出现过案例分析题的领域。而本书未出现法律文书写作试题,这是根据2000年律考命题的新特点而安排的。

在每个部分之下,列有十几道到二十几道数目不等的案例分析题。由于民法学、合同法学、刑法学的案例分析题在历届律考中居于最重要的地位,本书也突出了这三个部门法学的份量。

在每个案例分析题之下,共设有三个小栏目:

1.[答案] 本部分简明扼要地列出应答要点,目的在于引导考生早日养成简要作答的好习惯。

2.[解题思路] 本部分重在向考生指出分析本题的切入点何在,难点何在,通过作答本题的最大收获何在等等重要信息,以帮助考生早日培养良好的分析问题的思路与方法。

3.[法理详解] 本部分从现行法律规定和法学理论两个方面详细阐述得出答案的过程,以求让考生透彻理解本题设问所考查的法律制度及涉及的法律知识点,起到指点迷津、拨除迷雾之功用。

以上三个栏目,完全是应广大考生的需要而设立的。广大考生普遍反映,在律考实战中往往掌握不好答题的深度与广度。比如,明明知道某一问题的答案,却因为所答过于简单而失分,或因为所答过于庞杂而使评卷老师理不出头绪而不给分,这些无谓的失分都是因为欠缺作答的必要技巧和经验所致。再比如,许多考生始终弄不明白在答案中要不要明确、具体地写出法律依据为某某法典第××条等等。

所有这些作答误区的产生,可能与许多律考案例分析题辅导书中将“答案”与“法理详

解”两部分混为一谈有关。许多辅导书将这两部分有意或无意地放在一起,造成读者的错觉,以为所有的答案都要像书中所列出的那样详细,如明确列出××条等等。本书将两部分严格分开,“答案”部分的任务是引导考生正确、简明作答,“法理详解”部分的任务是让考生明白本题的道理所在,明白通过作答本题的收获所在。

如前所述,本书倡导知识、经验和方法是提高卷四得分三位一体的致胜武器。如果说“答案”与“法理详解”部分重在告诉考生与题目相关的知识,那么“解题思路”则重在增长、培养考生作答案例分析题目的经验与方法。“授之以鱼,不若授之以渔”。牢固掌握相关知识点固然重要,但良好的做题方法,准确的分析试题的思路,以及丰富、实用的做题经验则是更为重要的东西。本书作者希望,通过作答本书近 140 道案例分析题目的实战训练,再加上“解题思路”中的特别指引,广大读者朋友都能掌握一套良好的作答案例分析题目的方法。

关于本书的使用方法,我们建议如下:

第一,由于案例分析题目综合性较强,难度较大,要求具体应用法律知识解决问题的能力较高,本书宜于在读者朋友复习律考到相当阶段后再用作辅导书。

第二,案例分析题的练习不在于多,而在于精。本书的题目数量在 140 道左右,考生可量力而行,不必贪求过多的练习。

第三,考生在作答每一个题目时应坚持独立思考,亲自动手用笔写出答案来,尔后再对照“答案”部分,看一看自己成功在何处,错误在何处,不明白的地方可参考“法理详解”部分的解释。最后,应对照“解题思路”检讨一下自己分析题目的思路有无重大偏差,以求下次作答类似题目时不再重蹈覆辙。

这里要强调的是,在平时练习中,一定要亲自动笔写出答案,而非在头脑中一形成抽象、模糊的大致答案后即急于翻看正确答案。许多考生在律考考场上作答卷四时会陷入眼高手低的窘境,这就是平常不勤于动手写答案,缺乏实际操作能力所致。本书反复强调的作答经验与方法,都是在平时事必躬亲、勤于练笔实践中培养出来的!

四、做好案例分析题的一般步骤与方法

如前所述,卷四的案例分析题一直是律考中平均得分最低的,也是令许多考生望而生畏的题型。很多考生在考前复习中就怕做案例分析题,在实际考试中更缺乏自信,答题时往往感到一片茫然,不着边际,因此低分的结果在所难免。其实,案例分析题并非如许多考生想象或认为的那样可怕,只要抓住复习与应试的规律,就非常容易作答,甚至成为你最易得分的一种题型。

首先,从应试规律来看,可从以下几个方面着手:

1. 首先确定本案例分析题考的是哪一个部门法的内容,这是较容易判断的事情。从历届律考的案例分析题来看,无非是以下几个部门法的内容:民法通则、担保法、合同法、专利法、继承法、刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法、仲裁法、公司法、国家赔偿法、行政处罚法、国际经济法以及律师法等十几部法律、法规,而交叉考查若干个部门法的案例分析题尚不多见。即使有,也是以一个部门法的考点为主,个别问题兼及其他部门法的个别知识点。

2. 其次确定考查的是哪一个或哪几个法律制度。确定了部门法之后,思考的范围就大大地缩小了。尔后可根据问题的设置来确定所考查的具体制度为何,如在民诉法试题中,考查管辖、当事人、诉讼程序往往是家常便饭。从历届试题情况看,案例分析题一般都是考查部门法中最重要的内容,即最基本的概念、法律制度等,只要掌握了一个部门法中最基本的规定,你就会充满信心。

3. 详细分析案情,并不急于书面作答。一般而言,案情叙述中所给出的有法律意义的信息都是有用的,要么正面地提供解答线索,要么反面地提供干扰正确作答的信息,因而不不要忽略任何一个有法律意义的信息,一定要对之有足够的法律意识和敏感。如果你的答案并未考虑一个重要的信息,那么就需要回过头来好好检讨一下了。

4. 根据案例分析题命题者“因法设题”的命题思路,去按“因题找法”的思路作答。案例分析题命题的思路一般是从法条到案例,命题者头脑中先有了所要考查的内容和知识点,由此决定了所适用的法条,尔后再去因法条而设计案情和题目。据此,考生在作答时一定要养成“因题找法”的思维习惯,即确定了欲考查的内容,尔后迅速在脑海中寻找所欲适用的法条。

5. 找到法条后,决定书面答案,并统筹考虑全案各种情况,上下对照,在卷面上写下最终答案。

对于案情比较复杂的合同法、继承法和程序法试题,有必要在草稿纸上列出各种当事人的关系,确定彼此间的权利义务,并对照案情陈述检查一下有无遗漏的信息,以此协助作答,效果会更好。

总之,若考生明了了案例分析题命题的“因法设题”规律后,有意识地培养自己“因题找法”的解答思路,定会变难为易,十拿九稳地作出正确的答案来。

编写本书的各位同仁,在本书写作之初即将本书的目标定位于帮助更多的考生将卷四得分提高10~20分。我们认为,这个目标是鼓舞人心的,又是切实可行的。愿我们作者的所有努力,都能化作一涌清泉,给在盛夏酷暑中备考苦读的您带来一丝清凉。

本书之写作,参考借鉴了同类书的写作经验,在此致以谢忱。若书中存在谬误之处,望读者朋友不吝指正,以利来年修订。

李建伟

2001年4月9日

目 录

民 法 学

[1] 代理合同之债、不当得利之债、担保	(1)
[2] 担保、违约之债	(4)
[3] 共同共有、特别侵权之债、违约之债	(6)
[4] 代理、善意取得、产品责任、加害给付	(7)
[5] 合同效力、定金制度	(10)
[6] 房屋买卖、不动产物权、侵权行为	(12)
[7] 行纪合同、买卖合同、第三人代为履行	(14)
[8] 共有、买卖、借款、担保、继承关系	(15)
[9] 宣告死亡制度	(17)
[10] 合伙制度	(19)
[11] 委托代理制度	(21)
[12] 抵押权的实现、抵押权与其他民事权利关系	(24)
[13] 抵押权制度	(26)
[14] 不动产抵押权制度	(28)
[15] 继承制度	(30)
[16] 遗赠、代位继承、遗嘱效力	(32)
[17] 著作权制度	(34)
[18] 著作权制度	(37)
[19] 专利侵权制度	(39)
[20] 著作权制度	(40)
[21] 商标权制度	(42)
[22] 商标侵权与不正当竞争	(43)
[23] 房地产买卖	(46)
[24] 消费纠纷	(47)
[25] 借款合同、保证、抵押	(48)

合 同 法 学

[1] 违约责任、合同解除	(51)
---------------------	------

[2] 违约责任、风险负担及验货责任	(54)
[3] 租房合同、侵权之债	(56)
[4] 合同解除、不真正义务、合同履行	(59)
[5] 附条件的合同、租赁合同、违约责任	(62)
[6] 合同的订立	(64)
[7] 买卖合同、委托合同	(66)
[8] 客运合同、侵权责任	(68)
[9] 合同成立及效力、违约责任、风险负担	(70)
[10] 表见代理、不安抗辩权、留置权	(72)
[11] 违约责任、合同解除、合同效力	(73)
[12] 技术转让合同	(75)
[13] 合同订立、违约责任、商品房预售合同	(78)
[14] 借款合同、保证、房产买卖	(80)
[15] 买卖合同、借款合同、借用合同、质押	(83)
[16] 选择之债、免责事由、代办托运合同相对性	(85)
[17] 合同效力、履行辅助人、违约金	(87)
[18] 共同共有、无权处分、优先购买权	(90)
[19] 合同变更制度	(91)
[20] 买卖合同、共有关系	(94)
[21] 仓储合同	(95)
[22] 转委托、表见代理、授权委托不明	(97)
[23] 抵押、添附、撤销权、租赁合同	(99)
[24] 承揽合同、“三金”的适用、合同相对性	(100)
[25] 有偿委托合同	(102)

商 事 法 学

[1] 董事对公司的义务	(105)
[2] 分公司制度	(107)
[3] 出资制度、中外合营企业制度	(109)
[4] 中外合资经营企业制度	(111)
[5] 董事任职资格、董事责任制度	(113)
[6] 国有独资公司、破产制度	(115)
[7] 股份有限公司设立	(117)
[8] 股份转让及质押	(118)
[9] 董事会职权	(120)

[10] 个人合伙企业制度	(120)
[11] 中外合资企业制度、劳动争议	(122)
[12] 劳动合同制度	(125)
[13] 破产程序	(127)
[14] 破产债权、破产财产、注销登记	(128)
[15] 破产程序	(130)
[16] 劳动合同责任、个人独资企业	(132)
[17] 票据权利	(134)
[18] 票据变造、票据审查	(135)
[19] 票据行为能力、票据保证	(137)
[20] 人身保险合同	(138)
[21] 公司设立、资本转让	(140)

刑 法 学

[1] 单位犯罪、自首、行贿犯罪等具体犯罪	(142)
[2] 故意犯罪停止形态、刑法适用范围以及具体犯罪构成等	(144)
[3] 组织卖淫等犯罪	(146)
[4] 贿赂犯罪	(148)
[5] 刑罚适用、绑架罪	(150)
[6] 罪刑法定原则、侵犯公民人身权利等具体犯罪	(152)
[7] 刑事责任年龄、未成年人刑事责任范围	(154)
[8] 共同犯罪、走私犯罪	(156)
[9] 假释制度、数罪并罚、累犯制度、自首制度、追诉时效	(157)
[10] 共同犯罪、转化的抢劫罪、窝藏罪	(159)
[11] 盗窃罪、抢劫罪及停止形态、累犯	(160)
[12] 追诉时效、数罪并罚、盗窃罪、窝藏、销赃等具体犯罪	(162)
[13] 贿赂犯罪	(163)
[14] 共同犯罪、假释考验、数罪并罚、绑架罪、赌博罪	(166)
[15] 缓刑制度、共同犯罪、强奸罪	(167)
[16] 正当防卫、赌博罪、抢劫罪	(169)
[17] 贪污罪、盗窃罪	(170)
[18] 犯罪概念、共同犯罪、奸淫幼女罪	(172)
[19] 拐卖妇女罪、收买被拐卖的妇女罪	(174)
[20] 共同犯罪、盗窃罪、放火罪、盗窃罪的转化	(176)
[21] 故意杀人罪、过失致人死亡罪、非法出借枪支罪	(178)

刑 事 诉 讼 法 学

[1] 逮捕的权限、延期审理、合议庭与审委会的分工、审判监督程序	(181)
[2] 辩护人的权利和义务、指定辩护	(183)
[3] 自诉案件、法庭审理方式、刑事附带民事诉讼	(185)
[4] 辩护人的范围、权利、律师在侦查阶段的有限介入、指定辩护、 辩护权的放弃	(188)
[5] 管辖、人民法院独立审判的原则、两审终审制、合议庭与审委会分工	(191)
[6] 移送管辖、上诉不加刑原则、死刑复核程序、执行	(193)
[7] 自诉人、反诉、公开审理、合议庭与审委会的分工、上诉不加刑、回避	(195)
[8] 职能管辖、级别管辖、强制措施	(198)
[9] 补充侦查、回避、交付执行、二审程序、发回重审	(200)
[10] 上诉不加刑、附带民事诉讼、回避	(203)
[11] 管辖、证据	(205)
[12] 二审程序、职能管辖、被告人的诉讼权利、证据	(207)
[13] 死刑复核程序、死刑的执行、证据	(210)
[14] 不起诉、自诉、辩护、对公诉案件的审查	(213)
[15] 不起诉、附带民事诉讼、管辖	(215)
[16] 证据分类、职能管辖、诉讼期间、暂予监外执行	(218)
[17] 自诉、职能管辖、公开审理、法定期间	(221)
[18] 公开审理、附带民事诉讼的当事人及调解被告人必须出庭、开庭的准备工作、 庭前审查、诉讼参与人、强制措施	(223)
[19] 自诉、回避、审限	(226)
[20] 审判监督程序的提起、死刑复核、暂予监外执行、强制措施、二审程序、 死刑执行	(228)

民事诉讼法与仲裁法学

[1] 民事诉讼管辖	(232)
[2] 主管、诉讼当事人、证据	(234)
[3] 仲裁与诉讼的关系	(236)
[4] 合同纠纷诉讼地域管辖制度	(237)
[5] 共同诉讼制度	(239)
[6] 名誉侵权诉讼	(241)
[7] 破产还债程序	(243)

[8] 代位权诉讼制度	(244)
[9] 回避制度	(247)
[10] 执行程序、强制措施	(248)
[11] 民事诉讼管辖与仲裁的关系	(249)
[12] 仲裁协议	(252)
[13] 仲裁与诉讼的关系	(254)
[14] 仲裁裁决的执行	(255)
[15] 民事诉讼代理、裁决、反诉	(258)
[16] 一审、二审、再审程序	(260)
[17] 财产保全措施	(262)

行政法学

[1] 行政诉讼程序	(264)
[2] 二审程序	(266)
[3] 行政诉讼一审、再审、执行程序	(268)
[4] 刑事赔偿义务机关及程序	(269)
[5] 刑事赔偿义务机关	(271)
[6] 行政复议、行政诉讼、行政赔偿	(273)
[7] 行政诉讼当事人、行政复议	(275)
[8] 国家赔偿及民事赔偿	(277)
[9] 行政处罚	(279)
[10] 行政诉讼当事人	(281)
[11] 国家赔偿	(283)
[12] 涉外行政诉讼	(285)
[13] 行政复议、行政诉讼	(287)
[14] 行政诉讼的审理	(289)
[15] 海关行政诉讼与刑事诉讼程序的关系	(290)

国际经济法学

[1] 涉外诉讼、准据法、涉外仲裁	(293)
[2] 提单、CIF、违约责任	(295)
[3] 准据法、管辖权、限制性条款	(297)
[4] FOB、民事诉讼当事人	(300)
[5] CIF、保函	(302)

[6] 共同海损、CFR	(303)
[7] 海事特别诉讼程序	(305)
[8] 外国仲裁裁决的承认与执行	(306)
[9] 跟单信用证、提单	(308)
[10] 集装箱海上运输	(310)
[11] 外贸代理、CIF、共同海损	(311)

民 法 学

概 述

本书民法学部分主要包括民法通则、民通意见、担保法、继承法以及以著作权法为核心的知识产权法等。从历年案例分析题考试情况看,民法学部分的案例分析题每年至少要占一道,分值在10分以上,其考察的重点包括法人制度、物权制度、债的总则及侵权制度、继承制度、担保制度等。其中,尤以担保制度和债的总则最为重要。从近三年的考试情况看,担保制度,主要是保证和抵押在卷四的案例分析题中占有重要地位,且每年必考,应当引起我们足够的重视。

关于继承的案例分析题,在1997年之前曾经连续出现,并且个题分值不菲。但自1998年以来,连续三年未再出现过,不知它在2001年的律考中会不会重出江湖?不论如何,我们还是应该对继承法案例分析题予以留意。

至于知识产权法的案例分析题,在历届律考中出现的不多,个题分值也偏低。我们只要稍加注意即可。

[1] 代理合同之债、不当得利之债、担保

伟达商场规定其下属的百货、家电、食品等承包组对外开展业务时可以使用伟达商场的名义和公章,但发生的债权债务概与商场无关。1999年11月2日,该商场百货组以伟达商场的名义,与时尚服装厂签订一份购买5万件服装的合同,合同约定由百货组自行提货,签约后6个月内一次性付清货款。为担保合同的履行,在合同签订时,双良商场书面承诺对该合同买方所承担的货款义务负连带保证责任。此外,百货组还以伟达商场的名义,将商场的4辆汽车向时尚服装厂作了抵押,并办理了抵押登记。11月5日,百货组派人到时尚服装厂提货,该服装500件一包,服装厂装货人员共装运了105包服装,双方人员当时均未察觉。货车回商场途中与一辆运煤车相撞起火,车上服装全部被烧毁。

根据上述案情,回答下列问题:

- (1)百货组以伟达商场的名义与时尚服装厂签订的合同是否有效?为什么?
- (2)上述合同中买方的权利、义务应由谁享有、承担?为什么?
- (3)该批货物中的100包被烧毁的损失应由谁承担?为什么?
- (4)在百货组提货时多装的5包货物属于什么性质?其损失后果由谁承担?为什么?
- (5)双良商场保证责任的范围是什么?在清偿债权时该保证责任的范围与伟达商场抵押操作的范围应当如何界定?设汽车抵押合同被确认无效,双良商场承担保证责任的范围是什么?

(6)设百货组派出的货车系通达汽车运输公司的货车,货车与运煤车相撞系由于不可抗力,现根据通达公司与百货组之间的运输合同,通达公司应否承担 100 包货物被烧毁的损失,为什么?

(7)设在第(6)问情形下,通达公司可否要求百货组支付运费?为什么?

(8)设在第(6)问情形下,哪一方应承担证明不可抗力成立的举证责任?为什么?

[答案]

(1)有效。本案中百货组以伟达商场名义,使用伟达商场公章,而时尚服装厂并不知悉伟达商场的内部规定,这实际上形成了百货组作为代理人,为伟达商场代订合同的事实,因而合同有效。

(2)买方的权利义务由伟达商场享有和承担。因为实际上伟达商场是被代理人。

(3)由伟达商场承担。因为动产的所有权在交付时转移,百货组已提走货物,所有权在运输途中已转归买方,因此损失由买方承担。

(4)属不当得利性质,应由时尚服装厂承担损失。因为买方对此并不知悉,没有恶意,而货物又损失了无法返还,故可免除买方的返还及赔偿义务。

(5)范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、实现债权的费用。双良商场对 4 辆汽车价值以外的债权承担保证责任。如果汽车抵押合同无效,双良商场的保证责任范围应包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、实现债权的费用等。

(6)通达公司不应承担 100 包货物被烧毁的损失。因为货运合同的承运人对运输过程中货物的毁损灭失所负的赔偿责任,可基于不可抗力这一抗辩事由而免责。

(7)通达公司不可要求对方支付运费。因为货物在运输过程中因不可抗力灭失的,承运人不得要求支付运费。

(8)应由通达公司承担举证责任。因为通达公司因不可抗力而免于赔偿责任。作为免责方应负举证责任以证明不可抗力的成立。

[解题思路]

本题综合考查了民法上的代理制度、风险负担规则、不当得利之债、保证、保证与物保的关系、运输合同之债等内容。虽然考查的对象稍显庞杂,但难度并不大,各法律关系之间并不复杂,因为各个问题之间关联性不大。只要掌握了各项具体制度,各个问题即会迎刃而解。

本题之关键在于前两个问题,即服装买卖合同的效力如何,合同当事人应当为谁,只要解决了这两个问题,本题之作答就不应存在方向性错误了。

[法理详解]

(1)、(2)本案中伟达商场关于各承包组可以使用它的名义和公章,但由此“发生的债权债务概与商场无关”的内部规定是无效的,不得对抗善意第三人。因为根据代理制度原理,各承包组既然能够以伟达商场名义并使用其公章进行业务活动,各承包组可视为伟达商场的代理人,在第三人不知情的情形下(不知道伟达商场的内部约定),至少能够成立表见代理。依《合同法》第 49 条之规定:“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代