

国/家/司/法/考/试/标/准/参/考/用/书

2003年

国家司法考试 综合实例分析

编 审 国家司法考试命题研究组
主 编 中国政法大学 常 英教授
副主编 最高人民法院 赵金山博士

人民日报出版社

国家司法考试标准参考用书

2003 年国家司法考试

综合实例分析

编 审 国家司法考试命题研究组

主 编 中国政法大学 常 英教授

副主编 最高人民法院 赵金山博士

人民日报出版社

图书在版编目(CIP)数据

2003 年国家司法考试标准参考用书(共四册)/常 英主编.

—北京:人民日报出版社,2002.11

ISBN 7-80153-549-9

I .2...

II .常...

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(2002)第 079250 号

书 名:2003 年国家司法考试综合实例分析

责任编辑:郑秉宏

封面设计:崔青松

选题策划:朱小平

出 版 者:人民日报出版社(北京金台西路 2 号/邮编:100733)

发 行 者:重庆新华书店(集团)有限责任公司

印 刷 者:北京市兴怀印刷厂

字 数:670 千字

开 本:850×1168 1/16

印 张:20

印 数:5000

印 次:2002 年 11 月 第 1 次印刷

书 号:ISBN 7-80153-549-9/D·092

全套定价:200.00 元(本册 50.00 元)

出版前言

司法考试重大变化:《中外法制史》纳入考试范围!

本套丛书(共四大分册)是《2003 年国家司法考试复习指南》指定配套用书,严格遵照最新司法考试大纲,根据考生不同的法学基础,不同的复习方式,不同的复习阶段专门设计编写。丛书由中国政法大学民事诉讼法专家常英教授担纲主编,最高人民法院赵金山博士任副主编,编写者均为法大、人大、北大等校长期工作在司考教学第一线的专家、教授、法学博士,凝聚了丰富的律考、司考之辅导经验,他们对司法考试的重点、难点把握准确,复习方法、技巧、思路指导得当,能有效地直击司考命题精髓,帮助你顺利通过司法考试。丛书科学设计编写体例及框架,尽最大限度解决复习迎考中的一切问题。

《2003 年国家司法考试重点串讲例析》

本书首次大胆采用独特的编写方式,即以实例形式,串讲考试重点、难点,阐述答题思路,通过举一反三的示例,明确指出该考点的其他各种考查方式、命题题型,不求面面俱到,绝对重点突出,画龙点睛,提纲契领,从不同的角度凸显司考之精华。

《2003 年国家司法考试配套习题集》

本书通过研究司法考试命题规律,精辟分析总结命题经验,找出找准“题眼”,又巧妙地指出直接或间接考查的重点法条。通过对常考的各类题型的高密度、准难度自测自练,同时融合由浅入深地答题指导、分析,轻松掌握解题方法与应试技巧,以一变应万变。

《2003 年国家司法考试综合实例分析》

经过认真研究证明,司法考试的实例分析题主要以“因法设题”为命题规律,而且是“因多法设题”,命题范围重点集中在民法、合同法、担保法、民诉、仲裁法、刑法、刑诉、公司法、行政诉讼法等重要部门法内。因此,本书列举的实例分析题,设问综合性强,不仅在部门法内跨法律制度,而且跨部门法命题,各问题之间具有极强的内在联系,这是本书编写的独特之处,完全符合司考全面考查、综合考查之特点。本书对症下药,虽在问题设计上强调各个问题之间的关联性,但通过详尽的分析,告诉考生如何综合错综复杂的多个设问去理出一个总括性的、前后一致的分析思路来,从而面对考试中的实例分析题,无惧“综合型”而从容作答。纵使案情极尽曲折迂回,也一样清楚明了,从而夺取实例分析题高分。

《2003 年国家司法考试信息模考卷》

本书共编写 8 套标准信息模考试卷,涵盖司法考试的重要考点,集中凸显司考的新趋势、新内容,严格以司考大纲要求为标准,不出偏题、怪题,但加强客观题选择项的“干扰”和“陷阱”能力,强调对“易混、易漏、易误、易错”知识点的考查。通过对答案的详尽分析,点出各题所考查的知识点和关键点,详实阐释各题的答题依据、理论、步骤、过程,并适时指点迷津,明晰答题思路、方法及应试技巧。

本套用书尽管作者秉着对考生认真负责的态度,严格遵照最新司法考试大纲编写,力求打破目前司考辅导书鱼目混珠的现状,给考生科学、正确地复习指导,但限于时间紧迫,水平有限,难免有疏误之处,敬请广大考生及同行批评指正!

最后,谨祝广大考生胜利过关,轻松一试圆三梦!

本书编委会

2002 年 11 月

HA/65/04

2003 年国家司法考试标准参考用书(共四册)

编 委 会

主 编:常 英(中国政法大学教授)

副主编:赵金山(最高人民法院法官、博士)

撰稿人:常 英(中国政法大学教授)

赵金山(最高人民法院法官、博士)

刘丙良(中国政法大学法学博士)

王晓红(中国政法大学法学博士)

刘英华(中国政法大学法学博士)

杨晓媛(中国政法大学法学博士)

赵 婷(中国政法大学法学博士)

刘小伟(北京大学法学博士)

张晓芸(北京大学法学博士)

陈志军(中国人民大学法学博士)

王尚明(中国人民大学法学博士)

谭柏平(中国人民大学法学硕士)

王成杰(中国人民大学法学硕士)

伍 涛(中国人民大学法学硕士)

张 杰(中国人民大学法学硕士)

云 轩(中国人民大学法学硕士)

目 录

第一部分 民法 (1)

案例 1 《民法通则》的调整范围	(1)
案例 2 民事法律关系的构成要素	(1)
案例 3 自然人民事行为能力的认定	(2)
案例 4 限制民事行为能力人行为效力的认定	(3)
案例 5 监护人除为被监护人的利益外,不得处理被监护人的财产	(4)
案例 6 合同、代理、不当得利和担保	(4)
案例 7 担保和违约	(6)
案例 8 共同共有、特别侵权之债、违约之债	(7)
案例 9 法人对其内部机构的民事活动是否承担民事责任	(8)
案例 10 法定代表人变更及法人合并、分立后法人的债务承担	(9)
案例 11 单方能否撤销已生效的双方民事法律行为	(9)
案例 12 附条件民事法律行为的认定及其效力	(10)
案例 13 紧急避险的认定	(11)
案例 14 共同侵权对他人造成损害,应承担连带责任	(12)
案例 15 饲养动物致人损害的特殊侵权责任	(13)
案例 16 侵害名誉权应承担侵权责任	(13)
案例 17 非所有权人无权出卖他人财产	(15)
案例 18 房屋典权	(16)
案例 19 代理、善意取得、加害给付及产品责任问题	(17)
案例 20 共有、买卖、借款、担保、继承关系	(19)
案例 21 留置权的构成要件及其行使	(19)
案例 22 无因管理的认定及管理人和受益人之间的权利义务关系	(20)
案例 23 职务作品著作权的归属和行使	(21)
案例 24 先使用的商标是否一定享有商标专用权	(22)
案例 25 合法婚姻的构成要件	(22)
案例 26 在国外未定居的中国公民的离婚	(23)
案例 27 女方分娩后一年内是否准予离婚	(24)
案例 28 商标权制度	(24)
案例 29 互有继承关系的人在同一事件中死亡的遗产处理	(26)
案例 30 继承权的丧失	(27)
案例 31 关于要约的生效	(28)
案例 32 合同订立程序问题	(28)

案例 33	合同的内容	(29)
案例 34	合同的形式	(30)
案例 35	无效合同的种类及处理	(30)
案例 36	表见代理签订的合同有效	(31)
案例 37	未给付定金的合同是否有效	(32)
案例 38	主体不合格的合同无效	(32)
案例 39	双方对价格理解不一致的买卖合同的法律效力	(33)
案例 40	危害国家利益和社会公共利益合同无效	(34)
案例 41	合同成立前,一方过错造成他方损害,是否承担责任	(34)
案例 42	关于中止履行合同	(35)
案例 43	违约责任与分批交货合同的解除	(36)
案例 44	实际履行	(37)
案例 45	反担保的担保责任	(38)
案例 46	合同的变更	(39)
案例 47	变更合同的法律后果	(40)
案例 48	单方解除合同的条件	(40)
案例 49	因不可抗力解除合同的条件	(42)
案例 50	定金在合同解除中的地位	(42)
案例 51	涉外合同的解除应合法	(43)
案例 52	涉外合同法律适用问题	(44)
案例 53	合同解除、不真正义务、合同履行	(46)
案例 54	买卖、出租房屋的相关问题	(48)
案例 55	融资租赁合同	(48)
案例 56	客运合同、侵权责任	(49)
案例 57	表见代理、不安抗辩权、留置权	(50)
案例 58	选择之债、免责事由、代办托运合同相对性	(51)
案例 59	仓储合同	(53)
案例 60	承揽合同、“三金”的适用、合同相对性	(54)
案例 61	婚姻效力	(55)
案例 62	医疗事故	(56)

第二部分 民事诉讼及仲裁法律制度 (59)

案例 1	民事诉讼管辖	(59)
案例 2	主管、被告的确定与诉讼时效	(60)
案例 3	诉讼当事人	(61)
案例 4	当事人与共同诉讼	(63)
案例 5	无独立请求权的第三人与执行异议	(64)
案例 6	回避制度	(65)
案例 7	共同诉讼制度	(66)
案例 8	反诉制度	(67)
案例 9	调解	(68)
案例 10	代位权诉讼制度	(69)
案例 11	一审、二审、再审程序	(70)

案例 12	简易程序	(71)
案例 13	公示催告程序	(72)
案例 14	公示催告申请	(73)
案例 15	督促程序	(74)
案例 16	执行程序	(75)
案例 17	财产保全措施	(76)
案例 18	仲裁法的适用范围	(76)
案例 19	仲裁协议	(77)
案例 20	仲裁条款的效力	(79)
案例 21	仲裁裁决的执行	(80)
案例 22	仲裁一裁终局制度	(82)
案例 23	涉外仲裁与涉外民事诉讼的关系	(82)
案例 24	破产案件	(83)
案例 25	举证责任倒置	(85)
第三部分 刑 法		(87)
案例 1	罪数问题	(87)
案例 2	缓刑与数罪并罚	(88)
案例 3	刑罚制度	(89)
案例 4	赌博罪、抢劫罪	(90)
案例 5	共同犯罪	(91)
案例 6	强奸与抢劫罪	(92)
案例 7	拐卖妇女罪、收买被拐卖妇女罪及相关犯罪	(93)
案例 8	强奸罪、盗窃罪等	(95)
案例 9	贪污罪、盗窃罪	(96)
案例 10	贪污罪	(98)
案例 11	诬告陷害罪	(99)
案例 12	危害人身安全的犯罪	(100)
案例 13	贿赂犯罪与单位犯罪	(101)
案例 14	职务犯罪	(102)
案例 15	贿赂犯罪	(103)
案例 16	侵犯公民人身权利的犯罪	(104)
案例 17	敲诈勒索罪、放火罪	(106)
案例 18	绑架罪	(107)
案例 19	合同诈骗罪、销赃罪、购赃罪	(109)
案例 20	组织卖淫罪、传播性病罪、嫖宿幼女罪	(110)
案例 21	职务犯罪、故意杀人罪等	(111)
案例 22	合同诈骗罪	(113)
案例 23	刑事责任年龄问题	(114)
案例 24	危害公共安全的犯罪、扰乱社会秩序的犯罪	(115)
第四部分 刑事诉讼法		(117)
案例 1	涉及个人隐私案件的审理	(117)

案例 2	自诉案件、公诉案件与公开审理	(118)
案例 3	立案管辖和审判权	(119)
案例 4	上诉制度、附带民事诉讼、回避制度	(120)
案例 5	审理程序	(122)
案例 6	自诉案件	(123)
案例 7	律师在诉讼中的作用	(124)
案例 8	不起诉和附带民事诉讼	(125)
案例 9	管辖和证据	(126)
案例 10	回避	(128)
案例 11	死刑的复核程序及执行	(129)
案例 12	管辖和审判制度	(131)
案例 13	回避、审判及执行	(132)
案例 14	管辖、强制措施和执行	(134)
案例 15	逮捕、合议庭和审委会、审判监督程序	(135)
案例 16	自诉和公诉	(137)
案例 17	移送管辖、上诉不加刑和死刑复核程序	(139)
案例 18	管辖和强制措施	(140)
案例 19	自诉、反诉、合议庭与回避	(141)
案例 20	证据、诉讼期间与监外执行	(142)
案例 21	减刑制度和审判监督程序	(144)
案例 22	审判监督程序、二审程序和死刑复核程序	(145)
案例 23	辩护制度	(147)
案例 24	第二审程序和证据	(148)

第五部分 商法、经济法 (151)

案例 1	有限责任公司的设立	(151)
案例 2	股份有限公司的设立	(152)
案例 3	股份有限公司中的股份转让制度	(153)
案例 4	董事会职权	(154)
案例 5	公司董事制度	(155)
案例 6	公司董事对公司的义务	(156)
案例 7	公司出资制度	(157)
案例 8	分公司制度	(159)
案例 9	国有独资公司与破产制度	(160)
案例 10	中外合资经营企业制度	(161)
案例 11	个人合伙企业制度	(162)
案例 12	破产程序	(163)
案例 13	破产财产与破产债权	(164)
案例 14	企业破产制度	(166)
案例 15	票据权利	(167)
案例 16	票据行为	(168)
案例 17	票据的变造与审查义务	(169)
案例 18	保险法律制度	(170)

案例 19	劳动合同法律制度	(171)
案例 20	劳动合同责任	(172)
案例 21	中外合资经营企业制度、劳保与劳动争议	(173)
案例 22	发布引人误解广告的责任	(175)
案例 23	不正当有奖销售的认定与责任	(176)
案例 24	销售奖品的质保问题	(177)

第六部分 行政法与行政诉讼法

(179)

案例 1	行政复议、行政诉讼	(179)
案例 2	行政诉讼当事人、行政复议	(180)
案例 3	行政诉讼的受案范围、一事不再罚原则	(181)
案例 4	因不动产的确权裁决引起的行政诉讼	(182)
案例 5	行政诉讼程序	(183)
案例 6	行政复议、行政诉讼及行政赔偿	(184)
案例 7	行政诉讼的审理	(185)
案例 8	具体行政行为与抽象行政行为	(186)
案例 9	国家赔偿和民事赔偿	(187)
案例 10	管辖	(189)
案例 11	涉外行政诉讼	(189)
案例 12	行政诉讼的管辖、被告和审理内容	(191)
案例 13	国家赔偿	(192)
案例 14	行政诉讼一审、再审、执行程序	(193)
案例 15	刑事赔偿义务机关	(195)
案例 16	行政诉讼的当事人和有关诉讼程序的规定	(196)
案例 17	行政诉讼二审程序	(197)
案例 18	行政诉讼证据规则	(198)

第七部分 国际法·国际私法·国际经济法

(200)

案例 1	外贸代理、CIF、共同海损	(200)
案例 2	提单的签发, 海事特别诉讼程序	(201)
案例 3	提单倒签及买方宣告合同无效的情况	(202)
案例 4	FOB 价格条件、民事诉讼当事人	(203)
案例 5	FCA 术语卖方的交货义务	(205)
案例 6	涉外诉讼程序、准据法的确定、涉外仲裁	(206)
案例 7	技术引进合同的主要条款	(207)
案例 8	《海商法》中海上货物运输合同及海上货物运输保险公司	(208)
案例 9	外国仲裁裁决的承认与执行	(209)
案例 10	涉外仲裁、信用证付款、海上运输保险及共同海损	(210)
案例 11	提单、CIF、合同违约责任	(211)
案例 12	要约与承诺	(212)
案例 13	预期违约的构成条件	(213)
案例 14	跟单信用证	(214)

案例 15 未构成根本违约合同不能解除	(215)
案例 16 集装箱海上运输	(216)
案例 17 FOB 价格术语下合同双方的权利义务	(217)
案例 18 信用证付款方式的有关问题	(218)
案例 19 船舶的优先权	(219)
 附录一:法律文书写作格式	 (221)
附录二:2002 年国家司法考试试题及答案	(258)

第一部分 民法

案例 1 《民法通则》的调整范围

【实例】

某市名流家具城在 1998 年 2 月的销售活动中有损害消费者利益的行为,被市工商管理局处以 8000 元的罚款;家具城对该项行政处罚不服,一直未交罚款;工商管理局几次催要均没结果。

同年 10 月,工商局为了给职工搞福利,打算给每位职工发一套沙发。局里几位领导一合计,便以工商局的名义到名流家具城购买沙发。工商局于是在名流家具城购买了价值 3.2 万元的沙发,并声明由于局里没有足够的现金,到了年底再算。家具城经理迫于压力不得不同意。到了年底结算时,家具城向工商局催要货款。工商局要求家具城先交罚款,然后再结算,否则货款就一笔勾销。家具城多次交涉未果,于 1999 年 1 月向人民法院提起诉讼。

【问题】

工商局拒付货款的理由是否成立?

【答题思路】

平等主体间的财产关系属《民法》调整。本案双方当事人之间的纠纷是买卖合同纠纷。

应注意,工商局的行为是以行政权力干涉民事活动。工商局对家具城的罚款行为是行政行为;但其购买沙发的行为是民事行为,此时,双方是买卖关系,处于平等地位。

【法理分析】

根据我国《民法通则》第 2 条的规定,平等主体之间的财产关系均属于民法调整范围。所谓平等主体的财产关系,是指公民、法人作为独立平等的民事主体,在民事活动中所形成的具有民事权利义务内容的财产关系。任何国家机关在参加民事活动时,和其他公民、法人处于平等地位。

本案中工商管理局与名流家具城围绕沙发这一标的物所进行的是一种买卖活动,形成一种民事权利义务关系,两者的法律地位是平等的,相互按照法律规定和双方约定享有权利,承担义务。这和双方在进行行政管理活动中基于行政命令而产生的财产关系有着本质的区别。工商局以家具城未交罚款为由,拒付货款,其实质是以行政权力干涉民事活动,于法无据。至于家具城未交纳罚款一事应通过其他合法途径解决,其与本案的买卖合同纠纷没有必然的内在联系,二者不能混为一谈。

【答案】

不成立。

案例 2 民事法律关系的构成要素

【实例】

五湖酒厂酿酒技术精良,其生产的“五湖”牌葡萄酒味道纯正,很受欢迎。1998 年 1 月立新商店向五湖酒厂购买其“五湖”葡萄酒。双方订立了书面买卖合同并均如期履约。立新商店于 1998 年 2 月将葡萄酒摆上货架,一个月之内销售一空。立新商店见葡萄酒销路甚好,为降低成本,即将一批劣质葡萄酒贴上自己印制的“五湖”商标并出售,果真又销售一空盈利甚丰,正准备故伎重演,突接到顾客王某打来的电话

称“自己于1998年4月买了立新商店所卖“五湖”葡萄酒喝后患急性肠炎,住院治疗花去医疗费1500元,要求立新商店赔偿其损失。”立新商店回复称:“谁造的酒谁赔,和商店不相干。”王某见酒瓶上商标写着“五湖酒厂造”即找到五湖酒厂索赔,五湖酒厂工作人员对剩余葡萄酒进行检验后说:“这不是我厂生产的葡萄酒,我们不赔。”王某说:“产品造成顾客损害应由商店和厂家负连带责任。你们都不赔,我就起诉。”1998年7月王某诉至人民法院。与此同时,五湖酒厂也以立新商店侵犯其商标权为由向法院起诉,要求立新商店赔偿损失。

【问题】

1. 上述涉及哪些民事法律关系?
2. 王某应以谁为被告起诉?

【答题思路】

五湖酒厂与王某之间不存在任何权利义务关系。

本案易错之处在于因产品质量不合格造成他人人身、财产损害的,产品制造厂、销售者应当承担民事责任。本案五湖酒厂应承担责任,赔偿后再向立新商店追偿。

【法理分析】

民事法律关系的把握是掌握《民法学》基本原理的前提,在分析具体民事案件时一般可从分析民事法律关系入手。民事法律关系由三要素构成:即主体、客体和内容。主体即指《民法》意义上的人,外延包括公司、法人、其他经济组织;内容即指各种民事权利和民事义务;客体是权利义务指向的对象,包括物、行为、智力成果。剖析出民事法律关系的构成要素,认定民事法律关系的问题即可迎刃而解。

王某之所以主张:“五湖酒厂和立新商店承担连带责任”是基于对《民法通则》第122条“因产品质量不合格造成他人人身、财产损害的,产品制造者、销售者应当依法承担民事责任”的误解。《民法通则》第122条确认产品生产者和销售者负连带责任是因为随着高科技发展,产品所蕴含的技术成份越来越专业化和精密化,产品中的瑕疵因为流通环节的增加而不易区分是由生产者还是由销售者造成的,为了保护消费者的利益,生产者和销售者应先对消费者的损害加以赔偿而后再解决他们之间的责任问题。但本案中五湖酒厂和立新商店于1998年2月葡萄酒买卖合同履行完毕后,主要权利义务关系即已消灭。其后立新商店用劣酒和伪造“五湖”商标牟取暴利,完全是立新商店的侵权行为,五湖酒厂当然无须对该商店的假酒承担瑕疵担保责任,五湖酒厂也就和王某之间不存在任何权利义务关系。由此可知对无过失责任原则也不能随意加以适用,否则会导致与法律精神背道而驰。

【答案】

1. 3个民事法律关系:

- ①五湖酒厂和立新商店之间的合同之债。
- ②五湖酒厂和立新商店之间的侵权之债。
- ③立新商店和王某之间的合同之债。

2. 立新商店

案例3 自然人民事行为能力的认定

【实例】

章某,男,1992年6月初中毕业(时年16岁)到一家理发店当学徒,每月收入200元。1992年12月,章某感到手艺已经学得差不多,打算自立门户,但因当时自有存款仅800元,就向段某借款人民币2万元,自己开了个小理发店。并和段某约定1年以后还本付息。但由于章某手艺不精,又不懂经营之道,半年后,理发店开始亏损。1年后,章某只向段某还款1万元,余下欠款无力偿还。段某即将借款一事告知章父,要求其代还剩余1万元,理由是章某当时未满18岁,他的父母应对其承担监护责任,理应代为偿还欠款。

【问题】

1. 段某和章某的借款合同是否有效?

2. 段某要求章父代为清偿欠款的理由是否成立?

【答题思路】

16 周岁以上不满 18 周岁的公民以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人。

注意,监护是对无民事行为能力人和限制民事行为能力人的一种监督和保护,不适用于完全行为能力人。

【法理分析】

此案之关键在于确定章某是否为完全行为能力人。《民法通则》第 11 条第 2 款规定:“16 周岁以上不满 18 周岁的公民以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人。”章某正处于这一年龄段。他参加工作有固定收入和存款,能够维持自己的生活,故应认定为完全民事行为能力人。完全民事行为能力人能够依独立自由的意志从事各种合法的民事活动。包括在平等自愿的基础上订立不违反法律和社会利益的合同。段某和章某的借款合同均符合上述条件,是有效合同。另一方面完全民事行为能力人也应对其行为承担民事责任。章某不能立即返还段某全部借款,可以在以后分期偿还或将其财产变卖冲抵借款。章某的父亲对章某不再承担监护责任,故段某要求章父代偿欠款的理由不成立。

【答案】

1. 有效。
2. 不成立。

案例 4 限制民事行为能力人行有效力的认定

【实例】

袁某,男,17 岁,学生。1993 年 8 月 17 日下午受母亲俞某嘱咐至上海市某银行存外币,在按规定填写了储蓄存款凭条之后连同 1500 美元交给了该所接柜员刘某,并收到刘某发交的铜牌一枚。袁某在一旁等待片刻,刘某呼袁某将铜牌要回并将其所存美元退出,让袁某重新清点。袁某发现缺了 300 美元,遂回家告知母亲俞某,俞某前往银行交涉,要求银行返还 300 美元。刘某则认为:袁某重新清点存款发现缺少 300 美元后即离去,说明对退款一事已经默认,银行不承担责任。俞某交涉未成诉至法院。法院查明:根据银行内部储蓄操作规定:接柜员在收到储户交存的现金后,必须对现金数额与储户在存款凭条上所填存款金额核对无误之后,方能发交铜牌。

【问题】

1. 袁某的存款行为是否有效?
2. 刘某发交给袁某铜牌的行为是什么性质的行为?
3. 袁某接受退款的行为是对退款的默认吗?

【答题思路】

《民法通则》第 12 条第 1 款之规定。

应注意,“可以进行与他年龄、智力相适应的民事活动”。对于怎样的民事活动可确认为与年龄、智力相适应的民事活动,法律未作具体规定,应根据实际情况而定。

【法理分析】

《民法通则》第 12 条第 1 款规定:“10 周岁以上未成年人是限制民事行为能力人,可以进行与他年龄、智力相适应的民事活动。其他民事活动由他的法定代理人代理或征得他的法定代理人的同意。”本案袁某 17 岁是限制民事行为能力人,从存款和退款两个行为的复杂性、重要性上看,与其年龄、智力不相适应,但是他存款行为经由其法定代理人俞某同意,故行为依法有效。当发生意外退款事件后,袁某未经其法定代理人同意不能处理,故收下退款,回家通知俞某前来解决,是符合限制民事行为能力人的心理状态的,因此不具有默示的法律效力。

公民到银行储蓄的过程可视为一个签订存款合同的过程。合同签订包括要约和承诺两个步骤。要约是指向相对人发出的要求订立合同并具有合同主要内容的意思表示。承诺是指向要约人发出的完全同意要约内容的意思表示。本案袁某填写存款凭条,并且向银行交付凭条和现金即是发出要约。而依银行的

规定柜员在核对现金和凭条无误后才能发出铜牌,一旦发出铜牌即意味着对存款人“要约”的全部接受,在法律上符合“承诺”的特征。

【答案】

1. 有效。
2. 刘某发交铜牌是合同订立过程中的承诺。
3. 不是。

案例 5 监护人除为被监护人的利益外,不得处理被监护人的财产

【实例】

原告孔英,女,75岁;孔英之子程生于1995年病故,遗留房屋5间及房前屋后树木数棵,房屋由程生之妻史玉及其子程波(6岁)居住使用。1997年10月,史玉与崔华(男,46岁)再婚,带去儿子共同生活。1998年3月,为处理程生的遗产,孔英与史玉发生争执,经调解无效诉至法院。经法院调解,双方达成如下协议:程生所留遗产全部归程波继承所有,他人无权干涉处理;房屋暂时给程生堂弟程福居住使用,并由其看管房院和树木以及维修房屋。2000年秋,史玉病故,程波仍随崔华共同生活。2001年元月,崔华将5间房屋以5千元的价款卖给了该村村民杨洪,立有卖契,并收取了价款。后因借住房屋的程福不能及时腾出房屋而与杨洪发生争执,孔英得知情况后遂诉至法院,请求法院保护程波的合法权益并宣布买卖关系无效。

【问题】

1. 未成年人的监护人是否有权处理被监护人的财产?
2. 该买卖关系是否有效?

【答题思路】

《婚姻法》第27条第2款和《民法通则》第16条第1款之规定,监护人除为被监护人的利益外,不得处理被监护人的财产。

应注意,房屋的买卖应进行登记,所以本案即使杨洪为善意相对人,买卖合同仍然无效。

【法理分析】

监护是为无民事行为能力人和限制民事行为能力人依法设立保护人的法律制度。监护人的职责是保护被监护人的人身权益和合法财产权益。本案中,未成年人程波在其生父程生死后,随其生母与崔华同共生活,但在其生母死后仍随崔华共同生活,崔华与程波之间形成了有扶养关系的继父与继子关系。按照《婚姻法》第27条第2款和《民法通则》第16条第1款的规定,崔华是程波的法定监护人。

我国《民法通则》第18条第1款明确规定:“监护人应当履行监护职责,保护被监护人的人身、财产及其他合法权益,除为被监护人的利益外,不得处理被监护人的财产。”程波的生父死后,于1998年3月在经法院调解其祖母与生母达成的协议中,依法继承了其生父的全部遗产,因此本案争议的5间房屋及树木属于程波所有。崔华作为程波的监护人,本应依法积极履行监护职责,保护被监护人的合法财产权益,管理好被监护人的财产。但本案中崔华不但没有履行监护职责,反而在并非为了被监护人利益的情况下,于2001年元月将程波的房屋出卖,这显然是不合法的。因此,崔华无权处理程波的财产,所实施的买卖行为应宣布无效。

【答案】

1. 监护人不得任意处理被监护人的财产而侵害被监护人的合法权益。
2. 本案所实施的买卖行为无效。

案例 6 合同、代理、不当得利和担保

【实例】

惠龙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惠龙商场的名义和公章,但发生的债权债务概与商场无关。2000年3月21日,该商场百货组以惠龙商场的名义,与美尚服装厂签

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,家兴家具厂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,百货组还以惠龙商场的名义,将商场的5辆汽车向美尚服装厂作了抵押,并办理了抵押登记。4月2日,百货组派人到美尚服装厂提货,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油车相撞起火,车上服装全部被烧毁。

【问题】

- (1)百货组以惠龙商场的名义与美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)货物的损失后果由谁承担?为什么?
- (4)家兴家具厂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惠龙商场抵押操作的范围应当如何界定?如果汽车抵押合同被确认无效,家兴家具厂承担保证责任的范围是什么?

【答题思路】

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、保证与物保的关系等内容。

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,其它问题就会迎刃而解。

【法理分析】

(1)、(2)本案中惠龙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”的内容规定是无效的,不得对抗善意第三人。因为根据代理制度,各承包组既然能够以惠龙商场名义并使用其公章进行业务活动,各承包组可视为惠龙商场的代理人,在第三人不知情的情形下(不知道惠龙商场的内部约定),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理人名义订立合同,相对人有理由相信行为人有代理权的,该代理行为有效。”因而,本案中百货组以惠龙商场名义与服装厂订立的合同应为有效合同,买方即是惠达商场而非百货组。

(3)关于买卖合同的风险负担转移规定,《合同法》第142条规定:“标的物毁损、灭失的风险,在标的物交付之前由出卖人承担,交付之后由买受人承担,但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”本案中买卖合同的标的是服装,风险负担应自交付时起转移给买方。而交付的时间是与交付的方式紧密联系在一起。百货组派人前去服装厂提货,系属于上门提货的交货方式,交付自提货人提货出卖方控制区域时完成。故在运输途中的风险负担由买方负担。

本案中卖方工作人员出于失误,多装了5包货物,属于基于受害人自己的行为而产生的不当得利情形。在这种不当得利中,受益人是出于善意的,故应以现存利益为限返还给受害人。

(4)《担保法》第21条规定:“保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用,保证合同另有约定的,按照约定。当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的,保证人应当对全部债务承担责任。”

这里的一个每年律考和司考必考的一个重要知识点是:保证与物保之间是一种什么关系。对此,《担保法》第28条规定:“同一债权既有保证又有物的担保的,保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。债权人放弃物的担保的,保证人在债权人放弃权利的范围内免除保证责任。”换言之,同一债权既存在物保又存在保证时,物保的适用优先于保证,保证人仅对物保以外的债务承担保证责任。

如果汽车抵押合同被确认无效,依最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法解释》)第38条第2款的规定:“同一债权既有保证又有物的担保的,物的担保合同被确认无效或者被撤销,或者担保物因不可抗力的原因灭失而没有代位物的,保证人仍应当按合同的约定或者法律规定承担保证责任。”也就是说,物保合同被确认无效,保证人应对全部债务承担责任。对于该解释的最新规定,是考试的重要考学对象。

【答案】

(1)有效。本案中百货组以惠龙商场名义,使用惠龙商场公章,而美尚服装厂并不知悉惠龙商场的内部规定,这实际上形成了百货组作为代理人,为惠龙商场代订合同的事实,因而合同有效。

(2)买方的权利义务由惠龙商场享有和承担。因为实际上惠龙商场是被代理人。

(3)100包衣服应由惠龙商场承担损失。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)另外五包衣服属不当得利性质,应由美尚服装厂承担损失。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。家兴家具厂对5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,家兴家具厂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。

案例7 担保和违约

【实例】

1999年5月2日达丰商场与海天纺织公司签订了一份购买压花床单3000箱的合同,总价款为40万元人民币,于5月20日之前以代办托运公路、铁路联运方式交付给买方。合同签订后达丰商场即积极筹备货款,银行同意向其提供贷款,但要求其提供担保。达丰商场即以两部汽车向银行作了抵押,办理了抵押登记手续。但这两部汽车只值20万元,应达丰商场的请求,A公司、B公司及C公司共同为该笔贷款提供了保证担保,没有约定各自的保证份额。达丰商场于5月10日取得40万元贷款后,即将该款以电汇的方式支付给了海天纺织公司。

海天纺织公司于5月11日收到40万元货款,即抓紧组织货源,并于5月13日与汽车运输公司签订运输合同并将货物交汽车运输公司再转由铁路局快车发运。由于汽车运输公司工作人员的疏忽,5月13日只发运了2000箱,剩下的1000箱直到5月18日才发运。达丰商场于5月15日收到第一批2000箱床单后,经过验收,发现床单颜色陈旧,其他方面的质量还可以,遂电报告知海天纺织公司,一是要求降价20%,二是催告剩余的1000箱床单按时运到。海天纺织公司收到电报后,立即告知达丰商场,不同意降价,并说明3000箱床单已同时交汽车运输公司运送达丰商场的情况。

5月18日通过慢车发送给达丰商场的1000箱床单,途中恰遇铁路塌方,5月31日才运抵收货站。达丰商场鉴于该1000箱床单迟延到达并已全部发生受潮霉变,拒绝收货。该1000箱床单全部毁损。

达丰商场已收到的2000箱床单销售情况不好,大部分都积压在仓库中。除了向银行偿还10万元贷款外,其余部分一直拖延未还。

【问题】

(1)在达丰商场向银行偿付10万元的贷款后,A公司、B公司与C公司对银行的债权,应承担多少数额的保证责任?

(2)银行对于A公司、B公司和C公司3个保证人所享有的权利应当如何行使?

(3)假设A公司向银行偿还了10万元的贷款,则A公司取得哪些权利?

(4)对于1000箱床单毁损的损失,谁有权提出索赔的请求?

(5)对于1000箱床单毁损的损失,应当向谁提出赔偿损失的请求?

(6)假设银行实现抵押权时,法院拍卖两部汽车仅得款15万元,请问,该汽车抵押价值数额应为20万元,还是15万元?为什么?

【答题思路】

本题综合考查了物保与保证的关系、连带保证人之间的关系、保证人的追偿权、抵押权实现的价值数额的确定、违约之债及物上请求权等,是一道综合性较强的案例分析题。

解答本题之关键有二:一是确认A公司、B公司、C公司之间系连带保证关系,且其保证的份额相等;二是确认在多式联运合同中,谁来承担违约责任,以及谁有权利提出损害赔偿请求权。

【法理分析】

(1)《担保法》第28条第1款的规定:“同一债权既有保证又有物的担保的,保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。”

(2)、(3)《担保法》第12条规定:“同一债务有两个以上保证人的,保证人应当按照保证合同约定的保证份额,承担保证责任。没有约定保证份额的,保证人承担连带责任,债权人可以要求任何一个保证人承