

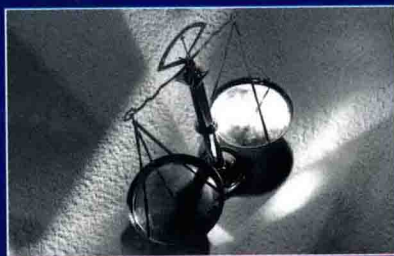
国家司法考试 试题解析汇编

2008 - 2013

民法·商法
民事诉讼法与仲裁制度

司法部国家司法考试中心/组编

2014年司考复习必备
唯一版本 专家解析
法律社独家出版



附赠 2007年国家司法考试试题解析电子版



国家司法考试

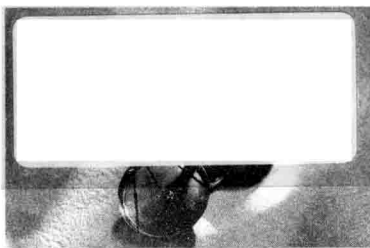
试题解析汇编

2008—2013

民法·商法
民事诉讼法与仲裁制度

3

司法部国家司法考试中心 / 组编



目 录

民法

2008 年司法考试试题	(1)
参考答案及解析	(7)
2009 年司法考试试题	(25)
参考答案及解析	(31)
2010 年司法考试试题	(44)
参考答案及解析	(50)
2011 年司法考试试题	(66)
参考答案及解析	(73)
2012 年司法考试试题	(95)
参考答案及解析	(101)
2013 年司法考试试题	(122)
参考答案及解析	(129)

商法

2008 年司法考试试题	(150)
参考答案及解析	(153)
2009 年司法考试试题	(159)
参考答案及解析	(162)
2010 年司法考试试题	(173)
参考答案及解析	(176)
2011 年司法考试试题	(187)
参考答案及解析	(190)
2012 年司法考试试题	(199)
参考答案及解析	(202)
2013 年司法考试试题	(211)
参考答案及解析	(215)

民事诉讼法与仲裁制度

2008 年司法考试试题	(227)
参考答案及解析	(232)
2009 年司法考试试题	(252)
参考答案及解析	(256)
2010 年司法考试试题	(270)

参考答案及解析 (274)
 2011 年司法考试试题 (287)
 参考答案及解析 (291)
 2012 年司法考试试题 (305)
 参考答案及解析 (309)
 2013 年司法考试试题 (324)
 参考答案及解析 (328)

2008 年司法考试试题

一、单项选择题

1. 关于民事法律关系, 下列哪一选项是正确的? (三/1)

- A. 民事法律关系只能由当事人自主设立
- B. 民事法律关系的主体即自然人和法人
- C. 民事法律关系的客体包括不作为
- D. 民事法律关系的内容均由法律规定

2. 德胜公司注册地在萨摩国并在该国设有总部和分支机构, 但主要营业机构位于中国深圳, 是一家由台湾地区凯旋集团公司全资设立的法人企业。由于决策失误, 德胜公司在中国欠下 700 万元债务。对此, 下列哪一选项是正确的? (三/2)

- A. 该债务应以深圳主营机构的全部财产清偿
- B. 该债务应以深圳主营机构和萨摩国总部及分支机构的全部财产清偿
- C. 无论德胜公司的全部财产能否清偿, 凯旋公司都应承担连带责任
- D. 当德胜公司的全部财产不足清偿时, 由凯旋公司承担补充责任

3. 甲委托乙购买一套机械设备, 但要求以乙的名义签订合同, 乙同意, 遂与丙签订了设备购买合同。后由于甲的原因, 乙不能按时向丙支付设备款。在乙向丙说明了自己是受甲委托向丙购买机械设备后, 关于丙的权利, 下列哪一选项是正确的? (三/3)

- A. 只能要求甲支付
- B. 只能要求乙支付
- C. 可选择要求甲或乙支付
- D. 可要求甲和乙承担连带责任

4. 甲、乙因合伙经商向丙借款 3 万元, 甲于约定时间携带 3 万元现金前往丙家还款, 丙因忘却此事而外出, 甲还款未果。甲返回途中, 将装有现金的布袋夹放在自行车后座, 途经闹市时被人抢夺, 不知所踪。下列哪一选项是正确的? (三/4)

- A. 丙仍有权请求甲、乙偿还 3 万元借款
- B. 丙丧失请求甲、乙偿还 3 万元借款的权利
- C. 丙无权请求乙偿还 3 万元借款
- D. 甲、乙有权要求丙承担此款被抢夺的损失

5. 神牛公司在 H 省电视台主办的赈灾义演募

捐现场举牌表示向 S 省红十字会捐款 100 万元, 并指明此款专用于 S 省 B 中学的校舍重建。事后, 神牛公司仅支付 50 万元。对此, 下列哪一选项是正确的? (三/5)

- A. H 省电视台、S 省红十字会、B 中学均无权请求神牛公司支付其余 50 万元
- B. S 省红十字会、B 中学均有权请求神牛公司支付其余 50 万元
- C. S 省红十字会有权请求神牛公司支付其余 50 万元
- D. B 中学有权请求神牛公司支付其余 50 万元

6. 甲打算卖房, 问乙是否愿买, 乙一向迷信, 就跟甲说: “如果明天早上 7 点你家屋顶上来了喜鹊, 我就出 10 万块钱买你的房子。”甲同意。乙回家后非常后悔。第二天早上 7 点差几分时, 恰有一群喜鹊停在甲家的屋顶上, 乙正要赶喜鹊走; 甲不知情的儿子拿起弹弓把喜鹊打跑了, 至 7 点再无喜鹊飞来。关于甲乙之间的房屋买卖合同, 下列哪一选项是正确的? (三/6)

- A. 合同尚未成立
- B. 合同无效
- C. 乙有权拒绝履行该合同
- D. 乙应当履行该合同

7. 甲手机专卖店门口立有一块木板, 上书“假一罚十”四个醒目大字。乙从该店购买了一部手机, 后经有关部门鉴定, 该手机属于假冒产品, 乙遂要求甲履行其“假一罚十”的承诺。关于本案, 下列哪一选项是正确的? (三/7)

- A. “假一罚十”过分加重了甲的负担, 属于无效的格式条款
- B. “假一罚十”没有被订入到合同之中, 故对甲没有约束力
- C. “假一罚十”显失公平, 甲有权请求法院予以变更或者撤销
- D. “假一罚十”是甲自愿作出的真实意思表示, 应当认定为有效

8. 中州公司依法取得某块土地建设用地使用权并办理报建审批手续后, 开始了房屋建设并已经完成了外装修。对此, 下列哪一选项是正确的? (三/8)

- A. 中州公司因为享有建设用地使用权而取得

了房屋所有权

B. 中州公司因为事实行为而取得了房屋所有权

C. 中州公司因为法律行为而取得了房屋所有权

D. 中州公司尚未进行房屋登记,因此未取得房屋所有权

9. 甲将自己收藏的一幅名画卖给乙,乙当场付款,约定5天后取画。丙听说后,表示愿出比乙高的价格购买此画,甲当即决定卖给丙,约定第二天交货。乙得知此事,诱使甲8岁的儿子从家中取出此画给自己。该画在由乙占有期间,被丁盗走。此时该名画的所有权属于下列哪个人?(三/9)

A. 甲

B. 乙

C. 丙

D. 丁

10. 下列哪一选项属于所有权的继受取得?(三/10)

A. 甲通过遗嘱继承其兄房屋一间

B. 乙的3万元存款得利息1000元

C. 丙购来木材后制成椅子一把

D. 丁拾得他人搬家时丢弃的旧电扇一台

11. 黄河公司以其房屋作抵押,先后向甲银行借款100万元,乙银行借款300万元,丙银行借款500万元,并依次办理了抵押登记。后丙银行与甲银行商定交换各自抵押权的顺位,并办理了变更登记,但乙银行并不知情。因黄河公司无力偿还三家银行的到期债务,银行拍卖其房屋,仅得价款600万元。关于三家银行对该价款的分配,下列哪一选项是正确的?(三/11)

A. 甲银行100万元、乙银行300万元、丙银行200万元

B. 甲银行得不到清偿、乙银行100万元、丙银行500万元

C. 甲银行得不到清偿、乙银行300万元、丙银行300万元

D. 甲银行100万元、乙银行200万元、丙银行300万元

12. 个体工商户甲将其现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品一并抵押给乙银行,但未办理抵押登记。抵押期间,甲未经乙同意以合理价格将一台生产设备出卖给丙。后甲不能向乙履行到期债务。对此,下列哪一选项是正确的?(三/12)

A. 该抵押权因抵押物不特定而不能成立

B. 该抵押权因未办理抵押登记而不能成立

C. 该抵押权虽已成立但不能对抗善意第三人

D. 乙有权对丙从甲处购买的生产设备行使抵押权

13. 甲、乙结婚后购得房屋一套,仅以甲的名义进行了登记。后甲、乙感情不和,甲擅自将房屋以时价出售给不知情的丙,并办理了房屋所有权变更登记手续。对此,下列哪一选项是正确的?(三/13)

A. 买卖合同有效,房屋所有权未转移

B. 买卖合同无效,房屋所有权已转移

C. 买卖合同有效,房屋所有权已转移

D. 买卖合同无效,房屋所有权未转移

14. 甲立下一份公证遗嘱,将大部分财产留给儿子乙,少部分的存款留给女儿丙。后乙因盗窃而被判刑,甲伤心至极,在病榻上当着众亲友的面将遗嘱烧毁,不久去世。乙出狱后要求按照遗嘱的内容继承遗产。对此,下列哪一选项是正确的?(三/14)

A. 乙有权依据遗嘱的内容继承遗产

B. 乙只能依据法定继承的规定继承遗产

C. 乙无权继承任何遗产

D. 可以分给乙适当的遗产

15. 赵某系全国知名演员,张某经多次整容后外形酷似赵某,此后多次参加营利性模仿秀表演,承接并拍摄了一些商业广告。下列哪一选项是正确的?(三/15)

A. 张某故意整容成赵某外形的行为侵害了赵某的肖像权

B. 张某整容后参加营利性模仿秀表演侵害了赵某的肖像权

C. 张某整容后承接并拍摄商业广告的行为侵害了赵某的名誉权

D. 张某的行为不构成对赵某人格权的侵害

16. 大华商场委托飞达广告公司制作了一块宣传企业形象的广告牌,并由飞达公司负责安装在商场外墙。某日风大,广告牌被吹落砸伤过路人郑某。经查,广告牌的安装存在质量问题。关于郑某的损害,下列哪一选项是正确的?(三/16)

A. 大华商场承担赔偿责任,飞达公司承担补充赔偿责任

B. 飞达公司承担赔偿责任,大华商场承担补充赔偿责任

C. 大华商场承担赔偿责任,但其有权向飞达公司追偿

D. 飞达公司承担赔偿责任,大华商场不承担

责任

17. 王某以个人名义向张某独资设立的飞跃百货有限公司借款10万元,借期1年。不久,王某与李某登记结婚,将上述借款全部用于婚房的装修。婚后半年,王某与李某协议离婚,未对债务的偿还作出约定。下列哪一选项是正确的?(三/17)

- A. 由张某向王某请求偿还
- B. 由张某向王某和李某请求偿还
- C. 飞跃公司只能向王某请求偿还
- D. 由飞跃公司向王某和李某请求偿还

18. 吴某(女)16岁,父母去世后无其他近亲,吴某的舅舅孙某(50岁,离异,有一个19岁的儿子)提出愿将吴某收养。孙某咨询律师收养是否合法,律师的下列哪一项答复是正确的?(三/18)

- A. 吴某已满16岁,不能再被收养
- B. 孙某与吴某年龄相差未超过40岁,不能收养吴某
- C. 孙某已有子女,不能收养吴某
- D. 孙某可以收养吴某

19. 甲、乙、丙、丁四人合作创作一部小说,甲欲将该小说许可给某电影制片厂改编后拍成电影,乙则想把它许可给某网站在网络上传播,丙对这两种做法均表示反对,丁则不置可否。对此,下列哪一选项是正确的?(三/19)

- A. 如果丙坚持反对,甲、乙均不能将作品许可他人使用
- B. 甲、乙有权不顾丙的反对,将作品许可他人使用
- C. 如果丁同意,则甲、乙可以不顾丙的反对将作品许可他人使用
- D. 如果丁也表示反对,则甲、乙不能将作品许可他人使用

20. 李某于2006年8月4日创作完成小说《别来烦我》,2007年3月5日发表于某文学刊物后被张某改编成剧本,甲公司根据该剧本拍成同名电视剧,乙电视台将该电视剧进行播放。对此,下列哪一选项是错误的?(三/20)

- A. 李某从2007年3月5日起对小说享有著作权
- B. 张某对剧本享有著作权
- C. 甲公司将该剧本拍成电视剧应当取得李某和张某的许可并支付报酬
- D. 乙电视台播放该电视剧应当取得甲公司许可并支付报酬

21. 甲从书画市场上购得乙的摄影作品《鸟巢》,与其他摄影作品一起用于营利性展览。丙偷偷将《鸟巢》翻拍后以自己的名义刊登在某杂志上,丁经丙同意将刊登在该杂志上的《鸟巢》又制作成挂历销售。对此,下列哪一选项是正确的?(三/21)

- A. 甲无权将《鸟巢》进行营利性展览
- B. 丙的行为构成剽窃
- C. 丙的行为侵犯了乙的发表权
- D. 丁应停止销售,但因无过错免于承担赔偿责任

22. 某县的甲公司未经漫画家乙许可,将其创作的一幅漫画作品作为新产品的商标使用,并于2003年3月3日被核准注册。乙认为其著作权受到侵害,与甲发生纠纷。乙应当采取下列哪种方式保护自己的合法权益?(三/22)

- A. 向甲公司所在地基层法院提起侵犯著作权之诉
- B. 向有管辖权的法院提起撤销甲公司的注册商标之诉
- C. 请求商标评审委员会裁定撤销甲公司的注册商标
- D. 请求商标局裁定撤销甲公司的注册商标

23. 美国某公司于2004年12月1日在美国就某口服药品提出专利申请并被受理,2005年5月9日就同一药品向中国专利局提出专利申请,要求享有优先权并及时提交了相关证明文件。中国专利局于2008年4月1日授予其专利。关于该中国专利,下列哪一选项是正确的?(三/23)

- A. 保护期从2004年12月1日起计算
 - B. 保护期从2005年5月9日起计算
 - C. 保护期从2008年4月1日起计算
 - D. 该专利的保护期是10年
24. 甲公司拥有一项汽车仪表盘的发明专利,其权利要求记载的必要技术特征可以分解为a+b+c+d共四项。乙公司制造四种仪表盘,其必要技术特征可以作四种分解,甲公司与乙公司的必要技术特征所代表的字母相同,表明其相应的必要技术特征相同或等同。乙公司的哪项技术侵犯了甲公司的专利?(三/24)

- A. b+c+d
- B. a+b+c
- C. a+b+d+e
- D. a+b+c+d+e

二、多项选择题

1. 关于民事权利,下列哪些选项是正确的?

(三 /51)

A. 甲公司与乙银行签订借款合同,乙对甲享有的要求其还款的权利不具有排他性

B. 丙公司与丁公司协议,丙不在丁建筑的某楼前建造高于该楼的建筑,丁对丙享有的此项权利具有支配性

C. 债权人要求保证人履行,保证人以债权人未对主债务人提起诉讼或申请仲裁为由拒绝履行,保证人的此项权利是抗辩权

D. 债权人撤销债务人与第三人的赠与合同的权利不受诉讼时效的限制

2. 关于诉讼时效,下列哪些选项是正确的?
(三 /52)

A. 诉讼时效仅适用于请求权

B. 一般诉讼时效期间属可变期间

C. 诉讼时效期间均从权利人知道或应当知道权利被侵害时起计算

D. 诉讼时效期间届满后所受领的给付构成不当得利

3. 甲向乙借款5万元,乙要求甲提供担保,甲分别找到友人丙、丁、戊、己,他们各自作出以下表示,其中哪些构成保证?(三 /53)

A. 丙在甲向乙出具的借据上签署“保证人丙”

B. 丁向乙出具字据称“如甲到期不向乙还款,本人愿代还3万元”

C. 戊向乙出具字据称“如甲到期不向乙还款,由本人负责”

D. 己向乙出具字据称“如甲到期不向乙还款,由本人以某处私房抵债”

4. 喜好网球和游泳的赵某从宏大公司购买某小区商品房一套,交房时发现购房时宏大公司售楼部所展示的该小区模型中的网球场和游泳池并不存在。经查,该小区设计中并无网球场和游泳池。下列哪些选项是正确的?(三 /54)

A. 赵某有权要求退房

B. 赵某如要求退房,有权请求宏大公司承担缔约过错责任

C. 赵某如要求退房,有权请求宏大公司双倍返还购房款

D. 赵某如不要求退房,有权请求宏大公司承担违约责任

5. 下列行为中,哪些构成无因管理?(三 /55)

A. 甲错把他人的牛当成自家的而饲养

B. 乙见邻居家中失火恐殃及自己家,遂用自备的灭火器救火

C. 丙(15岁)租车将在体育课上昏倒的同学送往医院救治

D. 丁见门前马路下水道井盖被盗致路人跌伤,遂自购一井盖铺上

6. 婷婷满一周岁,其父母将某影楼摄影师请到家中为其拍摄纪念照,并要求影楼不得保留底片用作他途。相片洗出后,影楼违反约定将婷婷相片制成挂历出售,获利颇丰。本案中存在哪些债的关系?(三 /56)

A. 承揽合同之债

B. 委托合同之债

C. 侵权行为之债

D. 不当得利之债

7. 某热电厂从某煤矿购煤200吨,约定交货期限为2007年9月30日,付款期限为2007年10月31日。9月底,煤矿交付200吨煤,热电厂经检验发现煤的含硫量远远超过约定标准,根据政府规定不能在该厂区燃烧。基于上述情况,热电厂的哪些主张有法律依据?(三 /57)

A. 行使顺序履行抗辩权

B. 要求煤矿承担违约责任

C. 行使不安抗辩权

D. 解除合同

8. 王某有一栋两层楼房,在楼顶上设置了一个商业广告牌。后王某将该楼房的第二层出售给了张某。下列哪些选项是正确的?(三 /58)

A. 张某无权要求王某拆除广告牌

B. 张某与王某间形成了建筑物区分所有权关系

C. 张某对楼顶享有共有和共同管理的权利

D. 张某有权要求与王某分享其购房后的广告收益

9. 甲为乙的债权人,乙将其电动车出质于甲。现甲为了向丙借款,未经乙同意将电动车出质于丙,丙不知此车为乙所有。下列哪些选项是正确的?(三 /59)

A. 丙因善意取得而享有质权

B. 因未经乙的同意丙不能取得质权

C. 甲对电动车的毁损、灭失应向乙承担赔偿责任

D. 对电动车毁损、灭失,乙可向丙索赔

10. 王某与李某系夫妻,二人带女儿外出旅游,发生车祸全部遇难,但无法确定死亡的先后时间。下列哪些选项是正确的?(三 /60)

A. 推定王某和李某先于女儿死亡

B. 推定王某和李某同时死亡

C. 王某和李某互不继承

D. 女儿作为第一顺序继承人继承王某和李某的遗产

11. 张某旅游时抱着当地一小女孩拍摄了一张照片,并将照片放在自己的博客中,后来发现该照片被用在某杂志的封面,并配以“母女情深”的文字说明。张某并未结婚,朋友看到杂志后纷纷询问张某,熟人对此也议论纷纷,张某深受困扰。下列哪些说法是正确的?(三/61)

A. 杂志社侵害了张某的肖像权

B. 杂志社侵害了张某的名誉权

C. 杂志社侵害了张某的隐私权

D. 张某有权向杂志社要求精神损害赔偿

12. 甲研究所与刘某签订了一份技术开发合同,约定由刘某为甲研究所开发一套软件。3个月后,刘某按约定交付了技术成果,甲研究所未按约定支付报酬。由于没有约定技术成果的归属,双方发生争执。下列哪些选项是正确的?(三/62)

A. 申请专利的权利属于刘某,但刘某无权获得报酬

B. 申请专利的权利属于刘某,且刘某有权获得约定的报酬

C. 如果刘某转让专利申请权,甲研究所享有以同等条件优先受让的权利

D. 如果刘某取得专利权,甲研究所可以免费实施该专利

13. 王某以5万元从甲商店购得标注为明代制品的瓷瓶一件,放置于家中客厅。李某好奇把玩,不慎将瓷瓶摔坏。经鉴定,瓷瓶为赝品,市场价值为100元,甲商店系知假卖假。王某下列请求哪些是合法的?(三/63)

A. 要求甲商店赔偿10万元

B. 要求甲商店赔偿5万元

C. 要求李某赔偿5万元

D. 要求李某赔偿100元

14. 小牛在从甲小学放学回家的路上,将石块扔向路上正常行驶的出租车,致使乘客张某受伤,张某经治疗后脸上仍留下一块大伤疤。出租车为乙公司所有。下列哪些选项是错误的?(三/64)

A. 张某有权要求乙公司赔偿医药费及精神损害

B. 甲小学和乙公司应向张某承担连带赔偿责任

C. 张某有权要求甲小学赔偿医疗费及精神

损害

D. 张某有权要求小牛的监护人赔偿医疗费及精神损害

15. 甲电视台获得了某歌星演唱会的现场直播权,乙电视台未经许可对甲电视台直播的演唱会实况进行转播,丙广播电台经过许可将现场演唱制作成CD,丁音像店从正规渠道购买到CD用于出租,戊未经许可将丙广播电台播放的演唱会录音录下后上传到网站上传播。下列哪些选项是正确的?(三/65)

A. 甲电视台有权禁止乙电视台的转播

B. 乙电视台侵犯了该歌星的表演者权

C. 丁音像店应取得该歌星或丙广播电台的许可并向其支付报酬

D. 戊的行为应取得丙广播电台的许可并应向其支付报酬

16. 甲公司为其牛奶产品注册了“润语”商标后,通过签订排他许可合同许可乙公司使用。丙公司将其酸奶产品上使用“润雨”商标,甲公司遂起诉丙公司停止侵害并赔偿损失,法院判决支持了甲公司的请求。在该判决执行完毕后,“润语”注册商标因侵犯丁公司的著作权被依法撤销。下列哪些选项是错误的?(三/66)

A. 甲公司和乙公司可以作为共同原告起诉丙公司

B. 甲公司与乙公司的许可合同应当认定为无效合同,乙公司应当申请返还许可费

C. 甲公司获得的侵权赔偿费构成不当得利,应当返还给丙公司

D. 甲公司获得的侵权赔偿费应当转付给丁公司

17. 甲公司于2004年5月10日申请一项汽车轮胎的实用新型的专利,2007年6月1日获得专利权,2008年5月10日与乙公司签订一份专利独占实施许可合同。下列哪些选项是正确的?(三/67)

A. 该合同属于技术转让合同

B. 该合同的有效期限不得超过10年

C. 乙公司不得许可第三人实施该专利技术

D. 乙公司经甲公司授权可以自己的名义起诉侵犯该专利技术的人

18. 甲、乙结婚多年,因甲沉迷于网络游戏,双方协议离婚,甲同意家庭的主要财产由乙取得。离婚后不久,乙发现甲曾在婚姻存续期间私自购买了两处房产并登记在自己名下,于是起诉甲,要求再

次分割房产并要求甲承担损害赔偿责任。下列哪些选项是正确的?(三/68)

- A. 乙无权要求甲承担损害赔偿责任
- B. 法院应当将两处房产都判给乙
- C. 请求分割房产的诉讼时效,为乙发现或者应当发现甲的隐藏财产行为之次日起两年
- D. 若法院判决乙分得房产,则乙在判决生效之日即取得房屋所有权

三、不定项选择题

(一)

陈某向贺某借款20万元,借期2年。张某为该借款合同提供保证担保,担保条款约定,张某在陈某不能履行债务时承担保证责任,但未约定保证期间。陈某同时以自己的房屋提供抵押担保并办理了登记。请回答1—3题。

1. 抵押期间,谢某向陈某表示愿意以50万元购买陈某的房屋。下列选项正确的是:(三/91)

- A. 陈某将该房屋卖给谢某应得到贺某的同意
- B. 如陈某将该房屋卖给了谢某,则应将转让所得价款提前清偿债务或者提存
- C. 如陈某另行提供担保,则陈某的转让行为无须得到贺某同意
- D. 如谢某代为偿还20万元借款,则陈某的转让行为无须得到贺某同意

2. 如果贺某打算放弃对陈某的抵押权,并将这一情况通知了张某,张某表示反对,下列选项正确的是:(三/92)

- A. 贺某不得放弃抵押权,因为张某不同意
- B. 若贺某放弃抵押权,张某仍应对全部债务承担保证责任
- C. 若贺某放弃抵押权,则张某对全部债务免除保证责任
- D. 若贺某放弃抵押权,则张某在贺某放弃权利的范围免除保证责任

3. 关于贺某的抵押权存续期间及张某的保证期间的说法,下列选项正确的是:(三/93)

- A. 贺某应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权
- B. 贺某在主债权诉讼时效结束后的两年内仍可行使抵押权
- C. 张某的保证期间为主债务履行期届满之日起六个月
- D. 张某的保证期间为主债务履行期届满之日

起二年

(二)

甲继承了一套房屋,在办理产权登记前将房屋出卖并交付给乙,办理产权登记后又将该房屋出卖给丙并办理了所有权移转登记。丙受丁胁迫将房屋出卖给丁,并完成了移转登记。丁旋即将房屋出卖并移转登记于戊。请回答4—6题。

4. 在办理继承登记前,关于甲对房屋的权利状态,下列选项正确的是:(三/94)

- A. 甲已经取得了该房屋的所有权
- B. 甲对该房屋的所有权不能对抗善意第三人
- C. 甲出卖该房屋未经登记不生物权效力
- D. 甲可以出租该房屋

5. 关于甲、乙、丙三方的关系,下列选项正确的是:(三/95)

- A. 甲与乙之间的房屋买卖合同因未办理登记而无效
- B. 乙对房屋的占有是合法占有
- C. 乙可以诉请法院宣告甲与丙之间的房屋买卖合同无效
- D. 丙已取得该房屋的所有权

6. 关于戊的权利状态,下列选项正确的是:(三/96)

- A. 戊享有该房屋的所有权
- B. 戊不享有该房屋的所有权
- C. 戊原始取得该房屋的所有权
- D. 戊继受取得该房屋的所有权

四、简析(简答)题(本题23分)

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公司用其建设用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。(四/4)

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?

参考答案及解析

一、单项选择题

1.【参考答案】 C

【考点】 民事法律关系原理

【设题陷阱与常见错误分析】 本题主要考查对民事法律关系基本原理的掌握程度。有的考生认为民事法律关系是在当事人之间产生,故只能由当事人自主设立,因此误选A;有的考生认为民事法律关系主体只有自然人和法人两种,合伙等不能独立承担民事责任,故不能取得民事主体资格,因此误选B;有的考生认为民事法律关系是经由民事法律规范调整而形成的民事权利义务关系,当事人

的行为只有符合法律规定,法律才确认并保护当事人建立的民事法律关系,故民事法律关系的内容实际上均由法律规定,因此误选了D。

【解题思路与方法分析】 民事法律关系,是基于民事法律事实并由民事法律规范调整形成的民事权利义务关系,是民法所调整的平等主体之间的财产关系和人身关系在法律上的表现。民事法律关系的产生是由行为或事件等民事法律事实所引起的。也就是说,民事法律关系除了由当事人自主设立之外,还可能由当事人意志之外的事件所引起,比如自然灾害、人的出生和死亡、时间的流逝等。故A选项错误。民事法律关系的主体除了自然人和法人之外,还包括国家、合伙等民事主体,故B选项错误。民事法律关系的内容是指民事法律关系所享有的民事权利和承担的民事义务。民事法律关系的内容有的是由法律规定,如侵权赔偿关系;有的则是基于当事人之间的约定,如合同关系。故D选项错误。民事法律关系的客体包括物、行为、知识产品和人身利益等,其中行为分为作为和不作为,故民事法律关系的客体包括不作为,C选项正确。

2.【参考答案】 B

【考点】 法人的独立责任

【设题陷阱与常见错误分析】 有的考生认为对于跨国公司而言,在何地欠下的债务,就理应由该地机构的财产清偿,因此误选A;有的考生认为德胜公司是由凯旋集团公司全资设立的一人有限责任公司,彼此之间的财产和责任难以明确区分,所以作为母公司的凯旋集团公司需要对子公司德胜公司的债务承担责任,如果认为这种责任是连带责任的,则误选C,如果认为这种责任是补充责任的,则误选D。

【解题思路与方法分析】 法人的独立责任是指法人以自己所有的或所经营管理的财产独立负担由自己活动所产生的民事责任。既然法人财产与法人成员的其他财产以及创立人的其他财产是分开的,那么除非法律有特别规定,组成法人的成员或创设人对法人的经营行为不承担任何民事责任。也就是说,既不承担连带责任,也不承担补充责任。在本题中,德胜公司是独立法人,虽然德胜公司是由凯旋集团公司全资设立的一人有限责任公司,但是一人公司的财产与责任,一般情形下也与其成员是相互分离的,题干中并未揭示有适用“法人人格否认”制度的特殊情况,所以德胜公司的财产与责任是完全独立于凯旋集团公司的。无论

德胜公司的全部财产能否清偿,凯旋公司都不应承担连带责任,且当德胜公司的全部财产不足清偿时,也不需由凯旋公司承担补充责任。故 C、D 选项错误。公司总部、分支机构和主要营业机构在法律人格上并不相互区分,都属于同一个法人实体的一部分,如果法人负有债务,理应以总部、分支机构和主要营业机构的财产共同清偿。在本题中,德胜公司在中国欠下的 700 万元债务,应当由其在萨摩国的总部和分支机构,以及位于中国深圳的主要营业机构的全部财产清偿。故 A 选项错误, B 选项正确。

3.【参考答案】 C

【考点】 间接代理、委托合同

【设题陷阱与常见错误分析】 有的考生认为委托人甲才是真正的购买人,且是由于甲的原因,乙不能按时向丙支付设备款,在间接代理人乙向卖方丙披露委托人甲之后,丙理应只能要求甲支付,因此误选 A;有的考生认为乙是以自己的名义签订的买卖合同,合同中的买方当事人是乙,根据合同相对性原理,丙只能要求乙支付,因此误选 B;有的考生认为实际购买人甲和名义购买人乙应当对丙承担连带的支付设备款责任,因此误选 D。

【解题思路与方法分析】 《合同法》第 403 条第 2 款规定,受托人因委托人的原因对第三人履行义务,受托人应当向第三人披露委托人,第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利,但第三人不得变更选定的相对人。在本题中,受托的间接代理人乙因委托人甲的原因而对第三人丙不能按时履行支付设备款的义务,在受托人乙向丙披露了委托人甲之后,丙可以选择受托人乙或者委托人甲作为相对人主张其权利,故 C 选项正确。

4.【参考答案】 A

【考点】 借款合同、违约责任的免责事由

【设题陷阱与常见错误分析】 有的考生认为是在丙存在过失的受领延迟之后才发生的履行不能,危险负担也因受领延迟而转移于债权人丙,丙从而丧失请求甲、乙偿还 3 万元借款的权利,因此误选 B;有的考生认为在丙受领延迟之后,甲对还款金的被抢存在过失,仍应承担还款责任,但是乙对履行不能不存在过失,而丙受领延迟存在过失,所以丙无权请求乙偿还 3 万元借款,因此误选 C;有的考生认为甲、乙的 3 万元还款金之所以有被抢的可能是因为丙的受领迟延,甲、乙有权要求丙承担此款被抢夺的损失,因此误选 D。

【解题思路与方法分析】 违约责任的免责事由既可能是法定的,也可能是合同当事人之间约定

的。根据《合同法》第 117 条的相关规定,因不可抗力不能履行合同的,根据不可抗力的影响,部分或者全部免除责任,但法律另有规定的除外。可见,不可抗力是法定的免责事由。而《合同法》关于借款合同的第十二章并未规定借款合同的特殊法定免责事由。本题中,丙因忘却还款一事而外出,导致甲、乙无法按约定期限还款,丙受领延迟,存在轻微过失。但是其后甲的现金被人抢夺的意外事件不能使甲、乙免除合同责任,因为丙的受领延迟与甲现金被抢没有直接因果关系,且受领延迟后所发生的履行不能,是由于债务人“将装有现金的布袋夹放在自行车后座”这一重大过失所致,损失应由其承受,此外也不存在任何可以免除返还借款责任的法定或约定免责事由。所以,丙仍有权请求甲、乙偿还 3 万元借款。故 A 选项正确, D 选项错误。乙作为合伙人,应对合伙债务承担连带责任,甲的过错并不能成为乙主张个人免责的正当事由,故 C 选项错误。

5.【参考答案】 C

【考点】 赠与合同

【设题陷阱与常见错误分析】 有的考生认为在神牛公司未完成捐款交付之前,其有对赠与合同的任意撤销权,神牛公司仅交付一半捐款后, H 省电视台、 S 省红十字会、 B 中学均无权请求神牛公司支付其余 50 万元,因此误选 A;有的考生认为 B 中学作为指明的受益对象,可以成为赠与合同当事人之一,故 B 中学也可要求支付其余的捐赠款,因此误选 B 或 D。

【解题思路与方法分析】 根据《合同法》第 188 条的规定,具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同,赠与人不交付赠与的财产的,受赠人可以要求交付。神牛公司在 H 省电视台主办的赈灾义演募捐现场举牌表示向 S 省红十字会捐款 100 万元,神牛公司与 S 省红十字会达成的是具有社会公益、道德义务性质的赠与合同,不享有一般赠与合同中在赠与物交付前的任意撤销权。此外,虽然神牛公司的捐款专用于 S 省 B 中学的校舍重建,但 S 省 B 中学并非是赠与合同的当事人一方,不享有合同履行请求权,神牛公司与 S 省红十字会才是该赠与合同关系的主体双方。所以, S 省红十字会有权请求神牛公司支付其余 50 万元,而 S 省 B 中学无权请求。故 C 选项正确。

6.【参考答案】 C

【考点】 附条件法律行为、合同的成立与生效

【设题陷阱与常见错误分析】 有的考生认为意思表示不真实,合同未能成立,或法律不支持封建迷信,或房屋买卖合同是要式合同,双方当事人必须订立书面合同,否则合同不成立,或条件(早上7点你家屋顶上来了喜鹊)未实现,且不是乙赶走喜鹊的,又或属嬉戏行为等,从而推导出合同尚未成立,因此误选A;有的考生认为合同约定的条件属封建迷信,违反社会善良风俗,合同是无效的,因此误选B;有的考生认为根据《合同法》第45条的规定,当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的,视为条件已成就,乙应当履行该合同,因此误选D。

【解题思路与方法分析】 甲与乙就房屋买卖达成合意,合同即告成立,合同成立不以书面形式为必要。双方的意思表示是真实的,且不因其后乙的后悔而有所改变。根据《合同法》第45条的相关规定,当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同,自条件成就时生效。“喜鹊”约款系合同生效要件,因条件未成就,合同未生效,乙当然有权拒绝履行。由题干可知,乙正要喜鹊赶走,甲不知情的儿子拿起弹弓把喜鹊打跑了。也就是说,乙虽想阻止条件的成就,但是真正实施阻却条件行为的却是甲不知情的儿子,并非当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的,因而不能就视为条件已成就。所以,甲与乙之间的房屋买卖合同成立,但是所附生效条件并没有成就,故合同未生效。在此还要提醒考生注意“合同未生效”与“合同无效”这两个法律概念的区别。故C选项为正确答案。

7.【参考答案】 D

【考点】 格式条款、合同效力

【设题陷阱与常见错误分析】 有的考生认为该“假一罚十”条款加重了条款提供方的责任,属于无效的格式条款,因此误选A;有的考生认为乙从该店购买了一部手机,并没有明示同意“假一罚十”的条款,故没有被订入到合同中,对甲没有约束力,因此误选B;有的考生认为“假一罚十”使甲负担了过重的责任,显失公平,甲有权请求法院予以变更或者撤销,因此误选C。

【解题思路与方法分析】 格式条款是指当事人为了重复使用而预先拟定,并在订立合同时未与对方协商的条款。甲手机专卖店门口木板上的“假一罚十”四个字是店堂告示,属于该手机专卖店订立手机买卖合同的一则格式条款,一旦甲手机专卖店与乙签订了手机买卖合同,则可以视为买受人乙默示同意该条款,该条款被订入到了合同之中。根

据《合同法》第40条、第50条和第53条的相关规定可知,格式条款具有如下情形的,如一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;以合法形式掩盖非法目的;损害社会公共利益;违反法律、行政法规的强制性规定;造成对方人身伤害的;因故意或者重大过失造成对方财产损失的,或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的,该条款无效。而该“假一罚十”条款没有违反损害公共利益或违反法律、行政法规的强制性规定,加重的也只是条款提供方甲自己的责任,并不存在格式条款无效的情形。“假一罚十”是甲自愿作出的真实意思表示,应当认定为有效,且订立合同时并不存在显失公平的情形,甲无权请求法院予以变更或者撤销。故D选项是正确答案。

8.【参考答案】 B

【考点】 非基于法律行为的物权变动

【设题陷阱与常见错误分析】 有的考生认为房屋和土地之间的关系采“结合主义”,中州公司因为享有建设用地使用权从而取得了房屋所有权,因此误选A;有的考生认为房屋建设和外装修是法律行为,中州公司是因为法律行为而取得了房屋所有权,因此误选C;有的考生认为所有不动产的占有人未经物权登记,都不可能取得不动产的所有权,中州公司尚未进行房屋登记,故未取得房屋所有权,因此误选D。

【解题思路与方法分析】 根据《物权法》第30条的规定,因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的,自事实行为成就时发生效力。在本题中,中州公司在依法取得土地建设用地使用权的某块土地上合法建造了房屋,从该合法建造的事实行为成就时起,中州公司就取得了房屋所有权。故B选项正确。

9.【参考答案】 A

【考点】 动产所有权的移转

【设题陷阱与常见错误分析】 有的考生认为乙签订了名画的买卖合同,并取得了名画的占有,故该画的所有权属于乙,因此误选B;有的考生认为,新合同替代了旧合同,丙因而获得所有权,因此误选了C;有的考生认为丁取得了对物支配,获得了名画的所有权,因此误选D。

【解题思路与方法分析】 根据《物权法》第23条的规定,动产物权的设立和转让,自交付时发生效力,但法律另有规定的除外。本题中,在甲的“二重买卖”中,虽然甲先后与乙、丙签订了名画的买卖

合同,但都未将该画交付给任何一个人,动产所有权并未发生移转。其后,乙诱使甲8岁的儿子从家中取出此画给自己,是盗窃行为,交付并未完成。再后来丁的盗窃行为也不能使名画的所有权发生移转。所以该名画的所有权仍然属于甲。故A选项是正确答案。

10.【参考答案】 A

【考点】 继受取得

【设题陷阱与常见错误分析】 有的考生认为1000元利息是以3万元存款的所有权人乙的所有权和意志为依据的,该项收取孳息的行为是所有权的继受取得,因此误选B;有的考生认为椅子是依据木材所有权人丙的所有权和意志为依据的,因此误选C;有的考生认为旧电扇原来是有所有权人的,该所有权人丢弃行为是有权利移转的意思表示,因此误选D。

【解题思路与方法分析】 原始取得是指直接依据法律规定,不以原所有人的所有权和意志而取得所有权。继受取得,是指以原所有权人的所有权和意志为依据,通过某种法律行为或法律事件从原所有人那里取得财产所有权。原始取得主要包括生产、收取孳息、没收、添附、无主财产、时效及善意取得等,而继受取得主要包括因买卖、赠与、互易、继承和受遗赠等取得所有权。“乙的3万元存款得利息1000元”乃是收取孳息,是原始取得,故B选项错误。“丙购来木材后制成椅子一把”是生产,也是原始取得,故C选项错误。“丁拾得他人搬家时丢弃的旧电扇一台”是先占无主财产,同样是原始取得,故D选项错误。“甲通过遗嘱继承其兄房屋一间”的继承行为是以原所有权人的所有权和意志为依据的,属于所有权的继受取得,故A选项正确。

11.【参考答案】 C

【考点】 抵押权顺位变更

【设题陷阱与常见错误分析】 有的考生认为该抵押权顺位变更未经其他抵押权人书面同意,对其他抵押权人产生不利影响,是无效的,仍应按原来的抵押权顺位进行清偿,因此误选A;有的考生认为丙银行与甲银行商定交换各自抵押权的顺位,是对自己权利的处分,是全部有效的,因此误选B;有的考生将乙银行和丙银行的借款金额弄混,因此误选D。

【解题思路与方法分析】 根据《物权法》第194条第1款的规定,抵押权人可以放弃抵押权或者抵押权的顺位。抵押权人与抵押人可以协议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容,但抵

押权的变更,未经其他抵押权人书面同意,不得对其他抵押权人产生不利影响。在本题中,丙银行与甲银行商定交换各自抵押权的顺位,并办理了变更登记。对自己的权利进行处分本来是没有问题的,但该抵押权顺位的变更,会使得在第二顺位抵押权人乙银行之前的抵押权担保数额从100万元增加到500万元,对乙银行抵押权的实现产生不利影响,而对于这一抵押权顺位变更,抵押权人乙银行不仅没有书面同意,更是毫不知情。所以,抵押权顺位变更在其对乙银行抵押权所造成的不利影响之范围内,对乙银行不产生效力。也就是说,经过抵押权顺位变更之后,丙获得的第一顺位抵押权只是在100万元的额度内优先于乙银行的抵押权受偿,剩下的400万元劣后于乙银行的抵押权,但却优先于甲银行的抵押权而受偿。黄河公司无力偿还三家银行的到期债务,银行拍卖其房屋,仅得价款600万元。还款的顺序是先丙银行获得100万元的清偿,再乙银行获得300万元的清偿,最后丙银行获得200万元的清偿,而甲银行得不到清偿。综上,关于三家银行对该价款的分配是,甲银行得不到清偿、乙银行300万元、丙银行300万元。故C选项是正确的。

12.【参考答案】 C

【考点】 动产浮动抵押的效力

【设题陷阱与常见错误分析】 有的考生认为物权的客体具有特定性,而该抵押物包括“将有”的生产设备、原材料、半成品、产品,所以该抵押权因抵押物不特定而不能成立,因此误选A;有的考生认为以生产设备、原材料、半成品、产品抵押的,抵押权自登记之日起生效,因此误选B;有的考生认为抵押权设定之后,抵押人甲就无权未经抵押权人乙的同意将抵押之物出卖给他人,乙有权对丙从甲处购买的生产设备行使抵押权,因此误选D。

【解题思路与方法分析】 根据《物权法》第181条的规定,经当事人书面协议,企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押,债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形,债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。对于动产浮动抵押而言,标的物在设定抵押权时并不需要既已特定,标的物为企业现在及将来的总财产,抵押人在抵押权实现之前,对标的物可以自由变动。在本题中,个体工商户甲是将其“现有的”以及“将有的”生产设备、原材料、半成品、产品一并抵押,该抵押权并不因抵押物不特定而不能成立,故

A 选项错误。且在实现抵押权之前,甲可以自由地处分企业的财产,抵押期间,甲以合理价格将一台生产设备出卖给丙,是有效的,完全不需经乙同意。乙无权对丙从甲处购买的生产设备行使抵押权,故 D 选项错误。结合《物权法》第 180 条和第 188 条可知,以生产设备、原材料、半成品、产品抵押的,抵押权自抵押合同生效时设立;未经登记,不得对抗善意第三人。故 B 选项错误,C 选项正确。

13.【参考答案】 B

【考点】 善意取得、不动产物权变动与合同效力的关系

【设题陷阱与常见错误分析】 有的考生认为未征得共有人同意处分不动产,应属于效力待定,在乙作出意思表示以前,不能对合同作出有效或无效的判定。题干中是以“时价”出售,没有低价等恶意串通的特殊情况,而且感情不和并不必然在卖房的问题上就有分歧。因此误以为题目设计有误。有的考生认为,合同的有效只需要主体适格、意思表示真实及内容合法即可,不需要当事人一方对合同标的物具有处分权,所以该买卖合同有效。但是没有独立处分权的甲不能处分房屋所有权,所以房屋所有权未转移。因此误选 A。有的考生认为甲虽无独立处分权,但该房屋以时价出售给不知情的丙,丙善意取得该房屋,因此误选 C。有的考生认为房屋为甲乙共同所有,甲不得擅自将该房屋处分,否则处分无效,也就是说,买卖合同无效,房屋所有权未转移,因此误选 D。

【解题思路与方法分析】 依《民通意见》第 89 条的相关规定,部分共有人擅自处分共有财产的,一般认定无效。另外,依《物权法》第 89 条和第 106 条的相关规定,无处分权人将不动产转让给受让人的,如果受让人受让该不动产时是善意的,并以合理的价格转让,且该不动产还办理了所有权变更登记手续,那么买受人善意取得该不动产所有权。在本题中,共同共有人甲擅自处分夫妻共有的房屋,买卖合同无效,但不知情的丙仍然可以善意取得该房屋,该房屋所有权已转移,故 B 选项正确,其余各项均明显错误。

14.【参考答案】 A

【考点】 遗嘱的撤销

【设题陷阱与常见错误分析】 本题最大的设题陷阱在甲当众烧毁遗嘱的行为能否构成对公证遗嘱的撤销。有的考生列出《公证法》第 36 条的规定,即经公证的民事法律行为、有法律意义的事实和文书,应当作为认定事实的根据,但有相反证据

足以推翻该项公证的除外,进而认为甲“伤心至极,在病榻上当众亲友的面将遗嘱烧毁”的行为可以认为是一种相反的证据,足以推翻该项公证,所以该公证的效力已被撤销,因此误选 B;有的考生认为将遗嘱烧毁的行为表明遗嘱的撤销,且乙因盗窃被判刑而导致继承权丧失,无权依法定继承继承任何遗产,因此误选 C;有的考生认为因受到刑事处罚而被剥夺继承权的乙,由于生存保障之需要,可以分得适当的遗产,因此误选 D。

【解题思路与方法分析】 《继承法》第 20 条第 1 款规定,遗嘱人可以撤销、变更自己所立的遗嘱。但是,立遗嘱人烧毁遗嘱的行为并不构成对公证遗嘱的撤销,其原因在于,《继承法》第 20 条第 3 款规定,自书、代书、录音、口头遗嘱,不得撤销、变更公证遗嘱。即遗嘱人若要撤销、变更公证遗嘱,必须再经公证程序,否则不发生撤销、变更的效力。至于《公证法》上所谓足以推翻该项公证的证据的说法,并不当然表明“遗嘱人烧毁遗嘱的行为”足以推翻该项公证。相反,结合《继承法》第 20 条第 1 款和《公证法》第 36 条的规定可知,足以推翻该项公证的相反证据只能是经过公证程序的改变遗嘱行为。所以,原来的公证遗嘱仍然有效,乙有权依据遗嘱的内容继承遗产。故 A 选项是正确的。

15.【参考答案】 D

【考点】 肖像权、名誉权

【设题陷阱与常见错误分析】 有的考生认为张某故意整容成赵某外形是使用了赵某的肖像,故侵犯了赵某的肖像权,张某整容后参加营利性模仿秀表演更是侵害了赵某的肖像权,因此误选了 A 或 B;有的考生认为张某整容后承接并拍摄商业广告的行为是利用赵某的社会声誉的行为,侵害了赵某的名誉权,因此误选 C。

【解题思路与方法分析】 肖像权是指自然人对自己的肖像享有再现、使用或许可他人使用的权利。根据《民法通则》第 100 条和《民通意见》第 139 条的相关规定可知,公民享有肖像权,不得以营利为目的使用公民的肖像。未经本人同意利用其肖像做广告、商标、装饰橱窗等,应当认定为侵犯公民肖像权的行为。张某经多次整容后外形酷似赵某,并于整容后参加营利性模仿秀表演的行为,难以认定为张某直接使用了赵某的肖像,更难说张某的这些行为侵害了赵某的肖像权。故 A、B 选项错误。所谓名誉权是指自然人对自己在生活中所获得的社会评价即自己的名誉依法所享有的不可侵犯的权利。而张某整容后承接并拍摄商业广告的

行为并未使赵某的社会评价显著降低,并且人们都知道张某并非赵某,张某整容后承接并拍摄商业广告的行为并未侵害赵某的名誉权,故 C 选项错误。张某故意整容成赵某外形、整容后多次参加营利性模仿秀表演、承接并拍摄了一些商业广告等一系列行为,既非直接使用赵某的肖像,也没有使赵某的社会评价显著下降,张某的行为不构成对赵某人格权的侵害,故 D 选项是正确的。

16.【参考答案】 C

【考点】 工作物致人损害的侵权责任

【设题陷阱与常见错误分析】 有的考生认为大华商场是所有人或者管理人,理应对该侵权行为负责,飞达公司在广告牌安装过程中存在过失,应当承担补充责任,因此误选 A;有的考生认为广告牌被吹落砸伤过路人的最主要的原因就是广告牌的安装存在质量问题,所以应由飞达公司承担赔偿责任,广告牌所有人大华商场承担补充赔偿责任,因此误选 B;有的考生认为如果不是广告牌的安装存在质量问题,广告牌不可能被吹落砸伤过路人,所以飞达公司承担赔偿责任,大华商场不承担责任,因此误选 D。

【解题思路与方法分析】 《侵权责任法》第 85 条规定:建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落造成他人损害,所有人、管理人或者使用人不能证明自己没有过错的,应当承担侵权责任。所有人、管理人或者使用人赔偿后,有其他责任人的,有权向其他责任人追偿。本题中,广告牌的所有人、管理人都是大华商场,故应由大华商场直接向侵权受害人承担赔偿责任,当无异议。《合同法》第 262 条规定:承揽人交付的工作成果不符合质量要求的,定作人可以要求承揽人承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失等违约责任。大华、飞达的合同属于承揽合同,飞达交付的工作成果不合质量要求,因此给大华造成损害的,大华商场有权在向郑某承担损害赔偿赔偿责任后向飞达公司主张损害赔偿。本题的难点在于要认定广告牌被吹落砸伤过路人郑某的行为,属于物件(构筑物)致损侵权,而不属于地面施工侵权,所以不需要飞达公司直接向郑某承担侵权赔偿责任。

17.【参考答案】 D

【考点】 夫妻共同债务

【设题陷阱与常见错误分析】 有的考生认为飞跃公司是由张某独资设立的,10 万元借款的实际借款人是张某,所以请求偿还的可以是张某,因此误选 A 或 B;有的考生认为向飞跃公司的 10 万

元借款是王某在婚前以个人名义借的,属于王某的个人债务,飞跃公司只能向王某请求偿还,因此误选 C。

【解题思路与方法分析】 根据《婚姻法解释(二)》第 23 条的规定,债权人就一方婚前所负个人债务向债务人的配偶主张权利的,人民法院不予支持。但债权人能够证明所负债务用于婚后家庭共同生活的除外。在本题中,向飞跃公司的 10 万元借款虽然是王某在婚前以个人名义借的,但上述借款全部在婚后用于婚房的装修,所以飞跃公司可以向王某和李某请求偿还。故 D 选项是正确答案,其他选项皆错误。

18.【参考答案】 D

【考点】 收养合法条件

【设题陷阱与常见错误分析】 有的考生认为只有 14 周岁以下的未成年人才可以被收养,因此误选 A;有的考生认为收养人与被收养人之间的年龄差距应当相差 40 岁以上才可收养,因此误选 B;有的考生认为只有华侨收养三代以内同辈旁系血亲的子女,可以不受收养人无子女的限制。而本题中并未指明孙某是华侨,且不能否认孙某已有子女的事实,故无法收养。因此误选 C。

【解题思路与方法分析】 根据《收养法》第 7 条第 1 款的相关规定,收养三代以内同辈旁系血亲的子女,可以不受被收养人不满 14 周岁的限制。虽然吴某已满 16 岁,但是吴某的舅舅孙某仍然可以合法收养吴某,故 A 选项错误。结合《收养法》第 7 条和第 9 条的相关规定可知,收养三代以内同辈旁系血亲的子女,收养人与被收养人之间的年龄差距不需要相差 40 岁以上,故 B 选项错误。根据《收养法》第 8 条的相关规定,收养孤儿的,可以不受收养人无子女的限制。而吴某在父母去世后无其他近亲,是孤儿,所以有子女的孙某依然可以收养吴某,故 C 选项错误。综上,孙某可以收养吴某。故 D 选项是正确的。

19.【参考答案】 B

【考点】 合作作品著作权的行使

【设题陷阱与常见错误分析】 有的考生认为合作作品的著作权由各合作作者共同享有,通过协商一致行使,协商不成,则不得将作品许可他人使用,因此误选 A、D;有的考生认为尽管乙反对,如果丁同意,则在多数同意的情况下,可以不顾丙的反对将作品许可他人使用,因此误选 C。

【解题思路与方法分析】 根据《著作权法》第 13 条和《著作权法实施条例》第 9 条的相关规定可

知,合作作品不可以分割使用的,其著作权由各合作作者共同享有,通过协商一致行使;不能协商一致,又无正当理由的,任何一方不得阻止他方行使除转让以外的其他权利,但是所得收益应当合理分配给所有合作作者。在本题中,四人合作创作一部小说是不可分割使用的,尽管丙表示反对,丁不置可否,甲、乙仍有权将作品许可他人使用,只是所得收益应当合理分配给所有合作作者。故选项 B 是正确的,其余选项都是错误的。

20.【参考答案】 A

【考点】 著作权的取得

【设题陷阱与常见错误分析】 有的考生认为剧本是根据李某的小说改编,李某对剧本享有著作权,因此误选 B;有的考生认为只要支付报酬,将剧本拍成电视剧或电视台播放该电视剧都无须获得著作权人的许可,因此误选 CD。

【解题思路与方法分析】 根据《著作权法》第 2 条第 1 款和《著作权法实施条例》第 6 条的相关规定,中国公民、法人或其他组织的作品,不论是否发表,依照本法享有著作权,著作权自作品创作完成之日起产生。依此,李某于 2006 年 8 月 4 日创作完成小说《别来烦我》之时即对小说享有著作权。故 A 选项错误,是本题的应选答案。根据《著作权法》第 12 条的相关规定,改编已有作品而产生的作品,其著作权由改编人享有,张某对剧本享有著作权,故 B 选项是正确的。根据《著作权法》第 10 条第 1 款第(11)、(13)项及第 2 款的相关规定,著作权人可以转让摄制权或广播权,并依约定或法定而取得报酬。于是甲公司将该剧本拍成电视剧应当取得李某和张某的许可并支付报酬,乙电视台播放该电视剧应当取得甲公司许可并支付报酬,故 C、D 选项正确。

21.【参考答案】 B

【考点】 著作权保护

【设题陷阱与常见错误分析】 有的考生认为美术等作品原件所有权的转移,不视为作品著作权的转移,甲没有《鸟巢》的著作权,无权将《鸟巢》进行营利性展览,因此误选 A;有的考生认为仅公之于众不算发表,还要将作品在刊物上登出才算发表,丙偷偷将《鸟巢》翻拍后以自己的名义刊登在某杂志上,就是侵犯了乙的发表权,因此误选 C;有的考生认为丁虽然经丙同意还是侵犯了甲的著作权,但他并不知道这是甲的作品,没有过错,故丁应停止销售,所以不用承担赔偿责任,因此误选 D。

【解题思路与方法分析】 根据《著作权法》第

18 条的规定,美术等作品原件所有权的转移,不视为作品著作权的转移,但美术作品原件的展览权由原件所有人享有。在本题中,甲从书画市场上购得乙的摄影作品《鸟巢》,即取得了该摄影作品的所有权,也就享有了该作品的展览权,所以甲有权将《鸟巢》进行营利性展览。故 A 选项错误。乙的摄影作品《鸟巢》在书画市场售卖,已然公之于众,作品已经发表,而发表权只能行使一次,所以丙的行为不可能侵犯乙的发表权。故 C 选项错误。依据《著作权法》第 53 条,复制品的出版者、制作者不能证明其出版、制作有合法授权的,复制品的发行者或电影作品、计算机软件、录音录像制品的复制品的出租者不能证明其发行、出租的复制品有合法来源的,应当承担责任。丁经丙同意制作挂历并不等于“有合法授权”,丙不是原件的著作权人,无权处分原件的著作权,所以丁因为将刊登在该杂志上的《鸟巢》制作成挂历销售,依法应承担责任,停止销售,无过错不能作为免赔抗辩。故 D 选项错误。剽窃不限于文字作品,丙偷偷将《鸟巢》翻拍后以自己的名义刊登在某杂志上的行为,是明显的剽窃行为,故 B 选项正确。

22.【参考答案】 本题无解(原答案为 C,根据《商标法》,答案调整为本题无解)

【考点】 著作权保护、商标权撤销

【设题陷阱与常见错误分析】 有的考生认为乙的著作权受到侵害,应当向被告甲公司所在地基层法院提起侵犯著作权之诉,因此误选 A;有的考生认为甲与乙就一注册商标发生纠纷,应当向有管辖权的法院提起撤销注册商标之诉,因此误选 B;有的考生认为关于注册商标的争议,当事人可以请求商标局裁定撤销注册商标,因此误选 D。

【解题思路与方法分析】 根据《商标法》第 45 条的规定,已经注册的商标,违反本法第 13 条第 2 款和第 3 款、第 15 条、第 16 条第 1 款、第 30 条、第 31 条、第 32 条规定的,自商标注册之日起 5 年内,在先权利人或者利害关系人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。对恶意注册的,驰名商标所有人不受 5 年的时间限制。在本题中,乙认为其著作权受到甲注册商标的侵害,与甲发生纠纷,为保护自己的合法权益,应当请求商标评审委员会裁定宣告甲公司的注册商标无效,故 C 选项错误。虽然乙认为其著作权受到侵害,但由于是未经许可将其作品作为注册商标,所以不应提起侵犯著作权之诉,而应对有争议的注册商标向商标评审委员会申请裁定。故 A 选项错误。此外,商标局只能主动