

LICENSE 来胜司考丛书

2009

New Edition

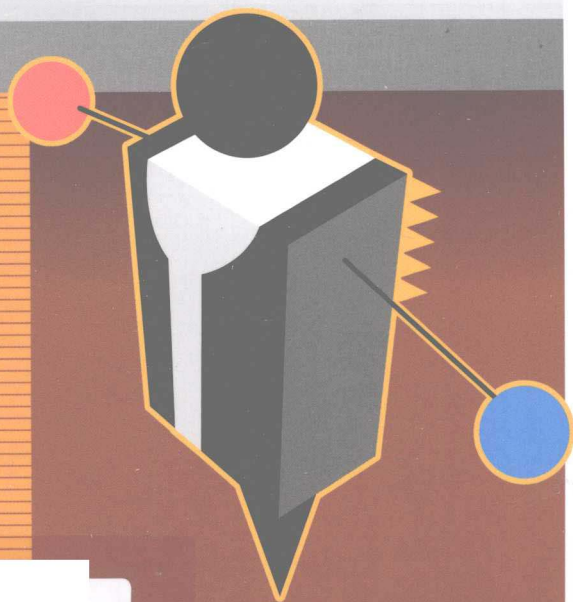
精品丛书

司考真题多维讲解

卷三 民商事法律制度

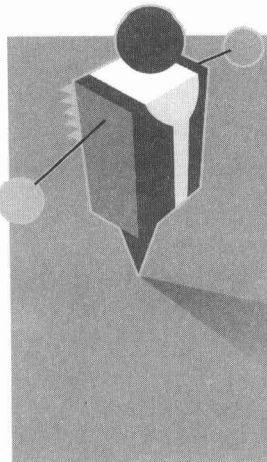
(上册)

谢鸿飞 魏敬淼 侍东波 编著



图书馆

华中科技大学出版社



D92-44
129
13(1)

LICENSE 来胜司考丛书

司考真题多维讲解

卷三 民商事法律制度

(上册)



谢鸿飞 魏敬淼 侍东波 编著

华中科技大学出版社

略谈真题价值与本书特色

欲过司考,需有“三宝”,法规、教材和真题。得此三宝者,方可知司考之形、神、意。通过对法律法规的学习,可以知道司法考试到底考什么,帮我们把握司考之形;对大纲和辅导用书的学习,能让我们明白司法考试为何这样考,助我们领会司考之神;而对历年真题的研读,则使我们了解司法考试到底怎样考,使我们领悟司考之意。以上三者,缺一不可。但有些朋友常常忽视真题的重要性,在征服了法规和教材后,便自认为已得矣,踌躇满志步入考场,终功败垂成,只能空自唏嘘:“司考之难,难于上青天!”殊不知,造成这种局面的根本原因乃是其对历年真题的重要性认识不足。

一、历年真题在考试中扮演着什么样的角色

1. 司考变革的晴雨表

司法考试是一个稳中有变的考试,“稳”的是各部门法中“重者恒重”的重点问题,变的是各部门法的创新发展与层出不穷的热点,通过对历年真题仔细研读,往往能令您感知命题方向的变化,把握应对未来的策略。如果您通读过近几年的司法考试试题,就不难发现,司法考试有着向理论深度逐步倾斜、综合性试题分值增加、部分考题案例来源于现实生活等确实存在却难以言表的变化。

2. 司考之海的导航塔

几乎所有从事司法考试辅导的人都在讲考试重点,但何为司法考试重点?列入司法考试范围的法律、法规共有 80 余部,司法解释文件达 120 多个,法条总计 2 万条之多,这些法律、法规在考试中的地位显然是不一样的。如何对各个部门法科学地分配复习时间?这恐怕只能依据历年真题来回答了。在一个部门法内部,哪些具体法律制度是最常考的,哪些是偶尔考及的,哪些是从未考过的?这些信息也只有通过对历年真题所考查知识点的分析得出。所谓司法考试的复习捷径,是在科学、详实地分析的基础上得到的。无疑,了解法律制度孰轻孰重,就等于有了司法考试复习的导航塔,它将指引您将最宝贵的时间与精力用在司法考试的重点内容上。更为重要的是,每届考试试题所考查的知识点重复率达 50% 以上,在民法等领域,这一比例几乎达到了 85%。换言之,司法考试基本上是在以不同的考题形式去重复测试早已考过的内容。如果考生

能将历届试题所考查的知识点一一掌握,也就抓住了司法考试的重点,牢牢地扼住了司法考试之喉。

3. 称雄考场的试金石

律考改为司考已逾六届,考试命题趋于成熟,命题形式基本固定,命题范围趋于合理,考生要形成做题的感觉,摸索到正确的解题方法,其前提就是熟悉命题者的命题思路,而真题对命题思路的体现,绝非一般模拟题所能比拟。考生只有在分析真题,解答真题的过程中形成良好的意识和感觉,并将做题过程中获得的技巧、经验和教训主动运用到下一次做题中去,才能培养行之有效,最适应司考命题思路的解题方法。甚至,有了这种感觉和技巧,有的司考真题即便不会,也能“蒙”出来。

二、本书能带给您什么

1. 考点、法条、真题的完美结合

司法考试的难度在逐年增加,这是公认的趋势,回首司法考试历程,如何有效地复习一直是不断探讨的话题。其中,“考点说”、“法条说”和“真题说”各占有相当的比重,何谓“考点说”?就是将各部门法内容划分为一个个考题,依历年考查频率划分轻重,逐一复习、逐一突破;何谓“法条说”?就是依据解题时“以题找法”的思路反其道而行之,复习中“依法找题”,立足于法条复习,以不变应万变;何谓“真题说”?源于司法考题历年重复较多,有些完全相同,有些稍加变化,故精研真题便成欲过司考之不二法门。以上三种方式各有优劣,往往使得一些考生得配备好几类司考用书相互对应进行学习,很不方便。有鉴于此,本书将“考点”、“法条”和“真题”三者有机地联系起来,取长补短,合三为一。

2. 全方位多维讲解

一般的真题类丛书仅着眼于对真题的具体解析,使考生往往只能就题论题,知一而漏万,遇到题目稍有变化则手忙脚乱,无法应对。本书从知识点(具体问题,具体分析)、命题思路(知己知彼,料敌先机)、常见错误(前事不忘,后世之师)等多角度,从命题到解题对真题进行全过程深度的分析。侧重培养考生的灵活运用能力,使其善于进行知识的迁移。使之对知识点不仅知其然,并能知其所以然,知其“用”。通过对考生解题能力的培养,力求使考生达到无招胜有招的境界,最终笑傲考场。

三、本书编写体例

本书以“充分挖掘每道真题的价值,以实现对学生帮助的最大化”为目标,安排编写体例如下:

1. 每个部门法的开头都以“概述”的形式对该学科特点及学习方法进行总结性分析,使考生对该学科的独特之处和应对之策有宏观的把握,以做到因材施教,在开始复习训练之前就能胸有成竹。此外,以图表表明该学科在历年司考中的考点、分值和题型分布,以最直观的方式使考生对该科在司考中的地位和主要考查方式有个迅速的了解。

2. 每学科基本按照大纲体系编写。对于客观题,从2008年到2004年,按由近及远的顺序排列,同一年的题目内部则以单项、多项、不定项的顺序排列。对于案例(简析)题、分析题和论述题这些主观题型,则集中于“主观题讲解”部分。每一具体试题的讲解,从知识点、命题思路、法条(理)导读、答案、分析、常见错误等几个方面展开,以实现讲解的精致化和专业化,真正使考生能从每个题目中汲取充分的信息,达到最大的利用效果。

3. “知识点”部分点明该试题所考查的基本知识点。使考生能迅速将该题抽象归类,在自己的知识体系中予以定位。

4. “命题思路”部分是本书的亮点之一。司法考试每道题都是命题者精心设置的,其背后隐藏着命题者的考查目的,体现着命题者通过该题所欲达到对考生复习的指引意义,然而这种思路有其规律性,会在历年的试题中通过不同的具体题目重复出现。“命题思路”针对此点,详细指出了该题的命题思路、命题特点和考查目的,使得考生能够更深入地通过一道题掌握一种命题方式,在此基础上把握应对之策。

5. “法条(理)导读”部分再次凸显了本书考生本位的思想,通过对每一道真题的解析,我们力图帮助考生不仅达到对制度理解的更大深度,同时达到对理论、法条理解的更大广度。一项制度、一个法条都是法律体系中的一个点,这个点是与相关法条理论纵横联系的,只有将其放在一个体系中方能有更准确的把握。本部分纵横捭阖,将与每一道真题考查知识点密切相关的其他司法考试可能重点考查的内容联系分析,目的在于帮助考生通过该部分初步形成法条和知识的小范围体系,实现从“有一知一”到“举一反三”的飞跃。

6. “答案”部分立足于大范围的资料,经过多次把关,确保精准性。

7. “分析”部分不仅仅停留在对具体真题的解析之中,鉴于目前司法考试对理论知识的青睐,本书在更广的视角内分析和该题考查内容相关的理论知识,使考生更加深入地理解一项制度的价值和立法目的所在,牢牢把握住解题的基础。

8. “常见错误”部分也是本书的主要创新之一。真题解析只着重于灌输和讲解是不够的,还应该立足于考生的角度,总结考生在做这些题目时的经验教训,以指导后来者,避免“悲剧”的重演。本部分在翔实资料分析的基础上,归纳了每道真题中命题者精心布置的每个陷阱,总结了多数考生因为这些陷阱而犯

的错误,帮助考生“知其错,知其所以错”。以史为鉴,相信考生通过该部分的学习能够在今年答题时目光如炬,避开命题者的陷阱。

9. 在每一部分之后,本书编排了“重要警示”栏目,在历年真题解析的基础上,简洁明了地对将来该部分可能考及的内容进行展望,引导考生做到“通古测今”。

我们深知,没有任何一本辅导用书能够保证您一定能顺利地通过司考,但工欲善其事,必先利其器,好的辅导用书一定能帮您在前进的路上披荆斩棘,事半功倍。这一点,我们相信本书能够胜任!

合抱之木,生于毫末;九层之台,起于垒土;千里之行,始于足下。朋友,从现在开始动手吧,我们相信,您一定能成功!

编者

2009年4月

目 录

民 法

司考民法的准备技巧	3
一、司考民法试题的特点及出题趋势	3
二、司考民法的复习方法	4

民法通则

第一部分	概述	9
第二部分	客观题讲解	10
	一、民法基础理论	10
	二、自然人	21
	三、法人	35
	四、民事法律行为和代理	41
	五、人身权	49
	六、债权	56
	七、民事责任	68
	八、诉讼时效	104
第三部分	主观题讲解	109
	本章重点归纳	116

物 权 法

第一部分	概述	121
第二部分	客观题讲解	121
	一、物权法总则	121
	二、所有权	129
	三、用益物权	142
	四、担保物权	148
	五、占有	161

第二部分	主观题讲解	163
	本章重点归纳	168

合 同 法

第一部分	概述	173
第二部分	客观题讲解	174
	一、合同法基础理论	174
	二、合同的订立	181
	三、合同的效力	189
	四、合同的履行	205
	五、合同变更和转让	222
	六、合同的权利义务终止、违约责任	225
	七、买卖合同、赠与合同、借款合同	235
	八、租赁合同、承揽合同、技术合同	247
	九、运输合同、保管合同、仓储合同	263
	十、委托合同、行纪合同、居间合同	266
第三部分	主观题讲解	274
	本章重点归纳	305

担 保 法

第一部分	概述	311
第二部分	客观题讲解	312
	一、保证	312
	二、定金	326
	本章重点归纳	329

著作权法

第一部分	概述	333
第二部分	客观题讲解	334
	本章重点归纳	358

商 标 法

第一部分	概述	363
第二部分	客观题讲解	364
	本章重点归纳	380

专 利 法

第一部分	概述	383
第二部分	客观题讲解	384
第三部分	主观题讲解	400
	本章重点归纳	407

婚 姻 法

第一部分	概述	411
第二部分	客观题讲解	411
	本章重点归纳	424

继 承 法

第一部分	概述	429
第二部分	客观题讲解	429
	本章重点归纳	445

司考真题多维讲解

民法

司考民法的准备技巧

一、司考民法试题的特点及出题趋势

(一)近年司考民法试题的特点

民法是司法考试单科分值最高的科目,2008年,民法试题总分在100分左右,在整个司法考试600分的试题中占到1/6左右,可见民法在司考中的重要地位。民法的题型主要是传统的单选题、多选题、不定项选择题和案例分析题,但也有论述题涉及民法,如2004年的“喜悦家庭”案、2006年“刑法与民法法源的比较”。

从一个长时间段看司考民法题目,其特点主要是:

1. 理论性突出

近年来司考民法试题不再单纯考查法条,而是混合考查法条与理论。如民法基础理论,民事法律关系、民事权利的性质等,几乎每年都会考查:一些理论上争议的问题甚至也在司法考试中频繁出现,如无权处分中买卖合同的效力到底是有效还是效力待定、《物权法》通过之前考查的物保与人保的关系、占有的种类等。在所有理论题目的考查方面,最突出的应该是2006年卷四的第6题。该题考查的是民法法源(该条规范为瑞士民法典首创,为中华民国民法继承)与罪刑法定的关系,理论难度相当大,如果没有掌握民法和刑法最精深的原则,是无法作答的。

2. 知识点的复合性考查

近年来民法试题都偏重知识复合性的出题方式,强调知识点的叠加(尤其是在选择项的设置上),以提高司考的难度。复合性的体现有二:一是法律关系的复合,即在案例中将不同的法律事实加在一起;二是法律制度的复合,强调法律条文的综合运用能力。如司考中常见的宣告死亡与法定继承、无权处分与善意取得的关系等。

3. 淡化传统重点

“重者恒重”是司考民法的一个特点,但因为这类题目的可预见性强,而且经过反复考查,所以这些重点近年来一定程度上被淡化了。另外,近年来新出台的法律和司法解释较多,司法考试增加对新知识点的考查,也使传统重点被

淡化。尽管如此,这些重点也是复习的重点对象。民法的一些基本原理以及基本制度,依然是考查的重点,如善意取得、一物二卖、宣告死亡中的再出现人制度、合同相对性、无因管理、第三人履行、可撤销婚姻、夫妻共同债务、环境侵权、法定继承人以外被继承人抚养较多的人的继承权、合同撤销与缔约过失责任、民事合伙的认定、留置权的成立条件、诉讼时效经过的诉讼法效力等。

4. 强化对新知识点的考查,对法条考查的难度增大

司考民法试题每年都会增加一些新知识点。这主要体现为对近年来新增加的司法解释和法律的考查,最典型的当然是物权法。此外,如关于建设工程施工合同纠纷案件解释、商品房买卖的司法解释等。尤其注意的是,2005年到2008年,《人身损害赔偿司法解释》和《精神损害赔偿司法解释》都是考试的重点。

(二)未来司考民法的出题趋势

从最近几年的司法考试的命题看,司考民法题目的难度、考查模式基本趋于稳定。未来的出题方向不太可能发生很大变化。司考的重点除了继续考查传统重点之外,需要注意的是对物权法的考查。物权法还有很多知识点未被考查到,如商事留置权、共有物的处分规则、遗失物的善意取得等。对这些重点法条应给予足够重视。此外,2008年最高法院通过的有关诉讼时效的司法解释也是复习的重点。

二、司考民法的复习方法

这里我们介绍三种基本方法,以减轻司考民法复习的负担。

(一)建立民法的体系观念

司考民法考查的往往不是民法的某个单独制度,而是结合在一起考查,所以建立民法的体系观念相当重要。

1. 体系一:权利为中心

民法是权利法。所有的民法规范都是围绕权利展开的(以总则为例:总则规则的是一权利的主体(自然人和法人),权利的客体(主要是物);权利的行使方式(法律行为和代理);权利行使的期限(诉讼时效和期间))。民法最重要的支点,在于两方面:第一是赋予当事人以权利。第二是保护这些权利。这些权利主要是当事人之间的权利。考试的难点在于,什么时候赋予当事人以权利,即一方可以主张其权利受到法律保护?

针对司法考试,民法的体系可以通过请求权体系来掌握。所有的司法考试民法试题问的都是请求权。民法中的请求权包括:

(1)物权请求权(包括四种:所有权请求权、用益物权所有权、担保物权请求权和占有请求权)。

(2)合同请求权(基于各种违约行为产生的)和基于单方法律行为产生的请求权(悬赏广告等)。

(3)缔约过失请求权(合同不成立或者无效时产生)。

(4)不当得利请求权。

(5)无因管理请求权。

(6)侵权行为请求权。

(7)基于人身关系产生的请求权。

务必注意:第一,最好按照先后顺序一一检测。第二,这些请求权适合于解多项选择题和案例分析。

2. 体系二:民法典的体系编排

从法律上说,民法的体系是:人法、物法和总则。

总则是人法和物法的共同规则。总则的体系:人(自然人和法人—物—法律行为)。总则的规定对所有的规范都具有指导意义。如掌握民事法律行为的规定,可以大大简化合同法总则的条文的记忆。同理,掌握合同法总则,可以简化合同法分则的记忆。

物法包括:物权法和债权法。物权法的体系为:[所有权—他物权(用益物权和担保物权)—占有];债权法包括[合同、侵权和其他法定之债(不当得利、无因管理和缔约过失)]。

人法包括:婚姻法和继承法。

3. 体系三:民事法律关系

民法是以调整当事人之间的民事法律关系展开的。民事法律关系在解题中的意义是:在分析复杂的案例题目时,必须按照事件发生的时间顺序,只要有2个当事人的,就需要确定他们之间的关系。

在确定关系之后,首先需要:(1)判断当事人之间的关系是否为人身关系。在司法考试中,人身关系最重要的一点,是不适用诉讼时效;(2)判断当事人之间是物权关系还是债权关系。这最重要的考点:债权的相对性(物权和债权被侵害之后,产生的也是债权)。

(二)从民法最基本的价值出发

任何法律都是从一定的价值基础出发的。全部民法规则的基础就在于对这些价值做出充分的平衡和折中。理解这些价值对于理解法律和掌握司法考试的思维极其重要。具体而言,其作用是:(1)正确理解和解释法律;(2)减轻背诵法律的压力;(3)检查司法考试的答案。如果符合答案的结果不符合下列价值之一的,必然为错误答案。

1. 自由

民法的基本原理有二:私法自治和私权神圣。自由要求国家尽量不干预当

事人的活动。这一特点对理解法律最大的意义在于:民法的合同法规范几乎都是自由的,当事人可以通过约定来修改。担保法的司法解释很多对担保法的修改,都是为了突出自由价值。如《担保法解释》第 57 条对《担保法》第 49 条的修改,一方面是为了促进效率,另一方面是为了突出自由。民法对自由的限制只包括:(1)强行法的限制;(2)公序良俗即社会道德的限制。

2. 效率

当事人之间的权利配置必须以促进整个社会的效率为原则。简单可以理解为促进效益最大化。民法的财产法几乎都是奠定在这一基础上的。这一价值体现为很多制度,如添附的所有权取得规则、合同法的鼓励交易原则、风险负担的配置规则、预期违约规则、运输合同、承揽合同中的任意变更权,承揽合同中的任意解除权、实际履行的限制等。

3. 安全

安全价值的内容可以分为两个层面:其一,民法保护交易关系中当事人的信赖。这种信赖包括:(1)对相对人权利的信赖;(2)相对人不行使权利的信赖;(3)对各种法定登记的信赖。其二,人身和财产安全。如出租人明知租赁物瑕疵的,如危害安全或者健康的,也可以随意解除(《合同法》第 233 条)。

4. 衡平

衡平是任何法律的最高价值,判断衡平规则的标准:当事人之间的利益没有出现重大的不公正。

全部民法规则都是衡平原则的体现。衡平考虑的方面有:(1)当事人的利益与国家利益;(2)当事人的利益与社会利益;(3)当事人之间的利益。理解了这一点,我们就可以知道 2005 年火车上叫醒人的题目的正确答案。

司考真题多维讲解

民法通则

