

2005年司法考试试题分析（十一）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/169/2021\\_2022\\_2005\\_E5\\_B9\\_B4\\_E5\\_8F\\_B8\\_c36\\_169812.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/169/2021_2022_2005_E5_B9_B4_E5_8F_B8_c36_169812.htm)

56. 下列哪些仲裁协议为无效或失效？（试卷三第二题第74题）

A．甲、乙两公司签订合同，并约定了仲裁条款。后合同双方又签订补充协议，约定“如原合同或补充协议履行发生争议，双方协商解决或向法院起诉解决”

B．双方当事人约定：“因本合同履行发生的争议，双方当事人既可向南京仲裁委员会申请仲裁，也可向南京市鼓楼区法院起诉”

C．甲、乙两公司在双方合同纠纷的诉讼中对法官均不满意，双方商量先撤诉后仲裁。甲公司向法院提出了撤诉申请，法院裁定准许撤诉。此后甲乙两公司签订了仲裁协议，约定将该合同纠纷提交某仲裁委员会仲裁

D．丙、丁两公司签订的合同中规定了内容齐全的仲裁条款，但该合同内容违反法律禁止性规定

[答案]AB [详解]本题的考点是对仲裁协议无效与失效的认定。仲裁协议是仲裁制度的基石，它既是争议当事人将其争议提交仲裁的依据，也是仲裁机构对某一特定案件取得管辖权的前提。所谓仲裁协议是指双方当事人自愿把他们之间已经发生或将来可能发生的合同纠纷及其他财产性权益争议提交仲裁解决的协议。一份有效的仲裁协议必须具有三项内容。即（一）请求仲裁的意思表示；（二）仲裁事项；（三）选定的仲裁委员会。仲裁协议的签订，必须是双方当事人在平等协商基础上的真实意思表示。本题中A选项中，甲、乙双方先约定了仲裁条款，后又签订补充协议，约定“如原合同或补充协议履行发生争议，双方协商解决或向法院起诉解决”。这个补充

协议是甲乙双方在平等协商的基础上达成的协议，是对合同发生争议后解决办法的变更。而根据合同法第七十七条的规定：“当事人协商一致，可以变更合同”。据此甲乙之间所签订的补充协议已变更了原合同的约定。原合同约定的仲裁条款已经失效。A项应选。仲裁协议是一种特殊合同，其效力不仅包括对当事人的效力、对仲裁机构（仲裁员）的效力，也包括对法院的效力，一份有效的仲裁协议，对法院的效力表现为排斥了法院对该案件的管辖。这也是仲裁法中“或裁或审原则”的体现和要求。B选项中双方约定既可向仲裁委员会仲裁，又可以向法院起诉的做法明显违反或裁或审原则。B项应选。订立仲裁协议既可以在争议发生前也可以在争议发生后。C项中甲、乙两公司在法院裁定准许撤诉后，自愿签订了仲裁协议，属于双方当事人的真实意思表示，该仲裁协议合法有效。C项不选。我国的合同法和仲裁法均承认仲裁条款独立说的主张。合同法第五十七条规定：“合同无效，被撤销或终止的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。”仲裁法第十九条规定：“仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。”D项中丙和丁两公司签订的合同因违反法律禁止性规定而无效，但根据仲裁条款的独立性原则，并不影响仲裁协议的效力。所以D项不选。

57. 王某购买的商品房交付后即进行装修，后发现墙体严重渗水，客厅、卧室墙壁和卫生间的顶部及墙面各有三分之一的渗水面，造成装修后的壁纸卷曲、剥落。开发商接到王某反映后，经检验，属于施工单位未按设计要求施工，漏做王某家楼上地面的防水层所致。开发商应向王某提供哪些补救？（试卷一第二题第70题

) A . 接受退房、退回购房款并赔偿损失 B . 退房并按房价双倍赔偿 C . 妥善修理并支付相应赔偿 D . 按原房价在原地置换一套面积更大、楼层更好并且装修完毕的房屋 [答案]AC

[详解]本题重点考查的是销售者的赔偿责任。产品质量法第四十条第一项规定，售出的产品不具备产品应当具备的使用性能而事先未作说明的，销售者应当负责修理、更换、退货；给购买产品的消费者造成损失的，销售者应当赔偿损失。购房的主要目的就是为居住，而本案王某购买的商品房墙体严重渗水，已无法居住，所以王某购买的商品房不具备商品房应当具备的使用性能，且开发商事先也未作说明。依据产品质量法第四十条第一项规定王某可以要求开发商修理、更换或者退房，对造成的损失也可要求赔偿。选项A和C的做法是正确的。消费者权益保护法第四十九条规定：“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。”根据这一规定，双倍赔偿的前提是经营者存在欺诈。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）第68条规定：“一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为。”而本案的开发商事先并不知道施工单位漏做王某家楼上地面的防水层，不存在利用消费者的不知情作虚假的说明、诱使消费者购买商品房的问题。因此开发商没有欺诈行为，不应承担按房价双倍返还的责任。同时，依据最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第8、9、14条的规定，商品房买卖纠纷中出售人双倍赔偿

的情况主要有6种：（1）商品房买卖合同订立后，出卖人未告知买受人又将该房屋抵押给第三人；（2）商品房买卖合同订立后，出卖人又将该房屋出卖给第三人；（3）订立合同时，出卖人故意隐瞒没有取得商品房预售许可证明的事实或者提供虚假商品房预售许可证明；（4）订立合同时，出卖人故意隐瞒所售房屋已经抵押的事实；（5）订立合同时，出卖人故意隐瞒所售房屋已经出卖给第三人或者为拆迁补偿安置房屋的事实；（6）出卖人交付使用的房屋套内建筑面积或者建筑面积小于合同约定面积，若误差比超过3%，买受人同意继续履行合同的，超过3%部分的房价款由出卖人双倍返还给买受人。本案明显不属于以上情况，因此B选项是错误的。D选项提出“按原房价在原地置换一套面积更大、楼层更好并且装修完毕的房屋”，如果开发商自愿这么做，应当得到支持，但本题要求的是法律义务性的规定：“开发商应向王某提供哪些补救”，因此D项不应选。综上，本题的正确答案应为AC。

58.甲经营金山酒店，顾客爆满，相邻的银海酒店由乙经营，生意清淡。乙指使数十人进入金山酒店，2至3人占据一桌，每桌仅消费10余元。前来金山酒店就餐的顾客见无空桌，遂就近转往银海酒店。如此数日，银海酒店收入大增。乙的行为应如何定性？（试卷三第一题第5题）A．构成缔约过失 B．构成欺诈行为 C．构成不当得利 D．构成不正当竞争行为 [答案]D [详解]本题的考点是不正当竞争行为。A项中所说的缔约过失，是指在合同订立过程中，一方因违背其依据诚实信用原则所应负有的义务，而致另一方的信赖利益的损失，并应承担民事责任的行为。而基于诚实信用原则和当事人之间的信赖关系而产生的义务，是一种附随义务，这种

义务不同于合同上的责任。合同责任是基于有效合同而产生的民事责任，违反的是合同义务，而缔约过失是基于合同不成立或合同无效而产生的民事责任，违反的是合同前义务。若合同已经有效成立，则因一方当事人的过失而致他方损害，就不应适用缔约过失责任。本题中乙指使的人员与甲经营的金山酒店之间的消费合同已经成立，不能以缔约过失责任来追究乙的行为，故乙的行为不属于缔约过失，因此A项所说乙的行为构成缔约过失是错误的。B项中说的欺诈行为，根据民法通则第六十八条规定，一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为。本题中乙因自己经营的酒店生意清淡，指使数十人到甲经营的金山酒店以2至3人占据一桌，以每桌10余元进行消费，不存在乙方故意告知金山酒店虚假情况或者故意隐瞒真实情况的行为。因此B项说法错误。C项所说的不当得利，依民法通则第九十二条的规定，没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。本题中乙经营的酒店取得的营业收入，虽然部分是因为乙的不正当行为造成的，但是也不是完全没有合法根据的。因此，乙的行为不宜被认定为不当得利。D项所说的不正当竞争行为，反不正当竞争法第二条规定，经营者在市场交易中，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则，遵守公认的商业道德。本法所称的不正当竞争，是指经营者违反本法规定，损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的行为。本题中乙违背公平竞争的职业道德，指使数十人扰乱甲酒店的经营秩序，因此导致甲经营的金山酒店的收入减少的行为，是一种不正当竞争行为

，属于不正当竞争法所规定的范畴。因此D项说法正确。综上所述，本题正确答案是D项。另外，2004年试卷一第一题第19题也涉及到不正当竞争行为的知识考点。其内容是：甲市某酒厂酿造的“蓝星”系列白酒深为当地人喜爱。甲市政府办公室发文指定该酒为“接待用酒”，要求各机关、企事业单位、社会团体在业务用餐时，饮酒应以“蓝星”系列为主。同时，酒厂公开承诺：用餐者凭市内各酒楼出具的证明，可以取得消费100元返还10元的奖励。下列关于此事的说法哪一项是不正确的？A．甲市政府办公室的行为属于限制竞争行为 B．酒厂的做法尚未构成商业贿赂行为 C．上级机关可以责令甲市政府改正错误 D．监督检查部门可以没收酒厂的违法所得，并处以罚款 正确答案是D项。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)