

2005年司法考试试题分析（二）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_169832.htm

7.某国公民杰克逊18岁，在上海某商店购买一款手机，价值4000元人民币。三天之后，杰克逊在另一商店发现该款手机的价格便宜许多，便到前一商店要求退货，被拒绝。杰克逊遂向上海某法院起诉，理由是根据其本国法，男子满20岁为成年人，自己未届成年，购买手机行为应属无效。对此，下列哪一种说法是正确的？（试卷一第一题第37题）

A．认定杰克逊的行为无效，手机可以退货
B．认定杰克逊的行为有效，手机不能退货
C．认定杰克逊为限制行为能力人，但因本案所涉金额不大，判购买行为有效
D．法院应根据1980年《联合国国际货物销售合同公约》处理该案

【答案】B 【详解】这可以说是2002年试卷一第62题的翻版。2002年的试卷一第62题是：甲国公民汤姆19岁，1989年在我国境内购买了一件民间工艺品，价值1500元，现汤姆以其本国法上20岁为成年才具有行为能力为由，要求解除合同。我国法院在审理此案时应如何处理？

A．汤姆的行为无效，可以解除合同，买卖不成立
B．汤姆的行为有效
C．法院可以适用1980年《国际货物买卖合同公约》处理该案
D．合同成立

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180条规定：外国人在我国领域内进行民事活动，如依其本国法律为无民事行为能力，而依我国法律为有民事行为能力，应当认定为有民事行为能力。《中华人民共和国民法通则》第十一条第一款规定：十八周岁以上的公民是成年人，具有完全民事行

为能力，可以独立进行民事活动，是完全民事行为能力人。所以，杰克逊（汤姆）应当依我国法律被认定为有民事行为能力，其行为有效，不能退货。《联合国国际货物销售合同公约》第2条规定：本公约不适用于以下的销售：（a）购供私人、家人或家庭使用的货物的销售，除非卖方在订立合同前任何时候或订立合同时不知道而且没有理由知道这些货物是购供任何这种使用。据此，法院不能根据该公约处理此案，D选项也不正确。（周庆华）8.中国籍公民张某与华侨李某在某国相识后结婚并定居该国。10年后张某在定居国起诉离婚，但该国法院以当事人双方均具有中国国籍为由拒绝受理该案。张某遂向自己在中国的最后居住地法院起诉。依我国法律及相关司法解释，下列哪一个选项是正确的？（试卷一第一题第38题）A．因双方在定居国结婚，不应受理 B．因双方已定居国外10年，不应受理 C．该中国法院有权受理 D．告知双方先订立选择中国法院管辖的书面协议【答案】C

【详解】最高人民法院《关于适用 中华人民共和国民事诉讼法 若干问题的意见》第十四条规定：在国外结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由国籍所属国法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由一方原住所地或在国内的最后居住地人民法院管辖。根据题意可知，张某和李某均具有中国国籍，在国外结婚并定居，而且是在该外国法院拒绝受理后，张某向其在中国最后的居住地法院起诉，完全符合该司法解释的规定。据此可知，只有C选项可以入选。另外，还有一个简单的方法，因为张某和李某是华侨，民事诉讼双方均具有中国国籍，所以中国一定有管辖权，该题又是单项选择题，C选项正确，其它选项

错误。【评论】此题表面上是考察司法解释的法条规定，但其实是考察涉外婚姻案件的管辖权问题。所以，考生在以后的复习中，应该注意复习该知识点，并注意司法解释的其它相关规定，比如该解释第12条规定：夫妻一方离开住所地超过一年，另一方起诉离婚的案件，由原告住所地人民法院管辖。夫妻双方离开住所地超过一年，一方起诉离婚的案件，由被告经常居住地人民法院管辖；没有经常居住地的，由原告起诉时居住地的人民法院管辖。第13条规定：在国内结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由婚姻缔结地或一方在国内的最后居住地人民法院管辖。第15条规定：中国公民一方居住在国外，一方居住在国内，不论哪一方向人民法院提起离婚诉讼，国内一方住所地的人民法院都有权管辖。如国外一方在居住国法院起诉，国内一方向人民法院起诉的，受诉人民法院有权管辖。第16条规定：中国公民双方在国外但未定居，一方向人民法院起诉离婚的，应由原告或者被告原住所地的人民法院管辖。

9.在某一民事案件的审理过程中，原告一方因无法获得作为档案材料存放在某单位的证据，申请法院进行调查。庭审中对该证据的质证应当如何进行？（试卷三第一题第42题）

A．应当由原、被告双方进行质证
B．应当由被告与法院进行质证
C．应当由被告与保管该证据的单位进行质证
D．法院对该证据进行说明，无需质证

【答案】A 【详解】本题的关键在于是否掌握人民法院依当事人申请调查的证据，由一方当事人在庭审中提出。换句话说，虽然在形式上该证据是人民法院调查取得的，但由于该证据应当由当事人自行收取，只是由

于一些客观原因（该证据系有关单位存放的档案材料）而由人民法院进行收集调取，实质上应按当事人收集调取的证据对待，理应在庭审时由原、被告双方进行质证，故A选项为本题正解。B选项由被告与法院进行质证，C选项由被告与保管该证据的某单位进行质证。只要考生知道质证是当事人之间在庭审中进行的诉讼活动，人民法院与案外人不能成为质证主体，就很容易将B、C两项排除。如果法院与被告质证将会有悖于法院在诉讼中的中立地位，保管该证据的单位没有参加诉讼活动因而无从质证，也可以将B、C两项排除。此题最大干扰项为D选项，最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称民诉证据若干规定）第五十一条第二、三款分别对人民法院依当事人申请调取证据和依职权调取的证据在质证时作出了不同规定。依当事人申请调取的证据作为申请的一方当事人提供的证据对待，理应由当事人在庭审时提供，由对方当事人质证。而人民法院依职权调取的证据在庭审时只需由审判人员出示说明并听取当事人意见。若考生对此分辨不清很容易误认为法院依当事人申请调取的证据也应在庭审时由审判人员出示并说明，无需质证。比较一下最高人民法院《关于行政诉讼证据规则若干问题规定》与民诉证据若干规定，两者对依申请调取的证据与依职权调取的证据在庭审时的规定几乎是相同的，仅存在语言表述上差异。考生在准备司考时都知道做历年真题的重要，事实上做历年真题并不是知道答案即可，关键是把每一道真题所涉及的知识点搞通搞懂。

10.甲在乙经营的酒店进餐时饮酒过度，离去时拒付餐费，乙不知甲的身份和去向。甲酒醒后回酒店欲取回遗忘的外衣，乙以甲未付餐费为由拒绝交还。对乙的

行为应如何定性？（试卷三第一题第6题）A．是行使同时履行抗辩权 B．是行使不安抗辩权 C．是自助行为 D．是侵权行为【答案】C【详解】本题考察民事权利的保护方法之自我保护。民事权利的自我保护，又称私力救济或自力救济，是指民事权利受到侵害时，民事权利主体自己采取必要措施保护其权利。民事权利的自我保护方法有自卫行为和自助行为。本题涉及的是自助行为。自助行为是民事主体为了保护自己的权利，对他人的的人身自由予以拘束或对他人的财产予以扣押或毁损的行为。对此我国法律尚无明文规定，但实践中确认了自助行为。自助行为的条件十分严格，一般认为自助行为应具备四个条件。第一，为保护自己的权利；第二，情势紧迫来不及请求公力救济；第三，采取的手段适当；第四，事后及时请求有关部门处理。本题中甲在乙经营的酒店进餐，因酒醉而拒付餐费离去后，乙不知甲的身份和去向。在甲酒醒后回酒店取回外衣时，乙为了保护自己的权利，防止甲离开后无法找其下落，在来不及请求有关机关救济的情形下，扣押了甲的外衣，其行为完全符合自助行为的条件，应属于自助行为。故C项正确，D项错误。至于A、B两项属于干扰项，所说抗辩权，是指阻却权利人行使请求权的权利。甲未付餐费而离开酒店，酒醒后回来取外衣的行为不是行使请求权的行为，因此，就不存在行使抗辩权。

11.甲公司委托乙海运公司运送一批食品和一台大型设备到欧洲，并约定设备可装载于舱面。甲公司要求乙海运公司即日启航，乙海运公司告知：可以启航，但来不及进行适航检查。随即便启航出海。乙海运公司应对本次航行中产生的哪一项损失承担责任？（试卷三第一题第34题）A．因遭受暴风雨致使装载于

舱面的大型设备跌落大海 B . 因途中救助人命耽误了航行 , 迟延交货致使甲公司受损 C . 海运公司的工作人员在卸载货物时因操作不慎 , 使两箱食品落水 D . 因船舱螺丝松动 , 在遭遇暴风雨时货舱进水淹没了2/3的食品。 【答案】D 【详解】

本题测试的重点是海商法中承运人的免责问题。承运人责任的免除有两种情形：法定免责和约定免责。本题的解答就是围绕着对这两种免责情形的理解展开的。基于海上航行的特殊风险，各国法律均为承运人设定了一系列的免责情形，我国海商法第五十一条对此也作出了专门的规定。考生必须注意到，对于海商法第五十一条是不能套用民法中关于侵权与违约的传统思路的，该条中许多情形仅仅适用于从事海上运输的承运人，而不适用于所有的承运人。即使是在多式联运中，该条也仅仅适用在海上运输部分。为此，考生必须抛开侵权责任构成要件的传统思路，不能再按照过错的有无确定承运人的责任。选项B属于该条第一款第七项的规定，“在海上救助或者企图救助人命或者财产”。考生直接套用条文即可，不必再去考虑承运人对于“救助人命”的发生是否存在过错，即使是承运人本身的过错造成了危险的发生，其也不应对“救助人命”承担责任。此外，本条的适用是不以救助取得成功为前提的，即使承运人救助人命或财产的企图最终归于失败，其也不必对于托运人承担迟延交货的责任。这一点与共同海损的分担、海上救助的补偿均有所区别，考生应当特别注意。除了法定的免责情形外，承运人还可以通过约定免除自己的一部分责任。海商法第五十三条即规定了承运人可以通过约定免除甲板货的“特殊风险”。考生应当注意区分甲板货的“风险种类”。所谓甲板货的“特殊风险”

，是指船舱中货物不会面临的风险，主要包括货物落海及被雨水淋湿等风险。除了“特殊风险”以外，甲板货和船舱货还面临着一些共同风险，如盗窃及鼠患等，这些风险并不适用本条的规定。选项A和C中，无论承运人是否存在过错，货物跌入大海归根到底是由“甲板货特殊风险”造成的，承运人可通过约定排除。最后，承运人的适航责任是法定的严格责任，是不允许当事人通过约定排除的。所谓“适航”，就是要求承运人所提供的船舶应当能够经受航行中通常的风险。船舶适航是航行安全的基本保障，因此法律将其设定为严格责任。即使在航行前承运人的船舶通过了一流船级社的检验，但事实证明该船舶仍不适航，则尽管承运人主观上并不存在过错，但其仍应承担责任。选项D中，“船舱螺丝松动”即表明船舶不适航，承运人必须对托运人由此而受到的损失承担责任，考生不必再探究“船舱螺丝松动”的原因。

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