

隋彭生老师对2004年国家司法考试试卷三部分试题的异议

PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/481/2021\\_2022\\_\\_E9\\_9A\\_8B\\_](https://www.100test.com/kao_ti2020/481/2021_2022__E9_9A_8B_)

[E5\\_BD\\_AD\\_E7\\_94\\_9F\\_E8\\_c36\\_481973.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/481/2021_2022__E9_9A_8B_E5_BD_AD_E7_94_9F_E8_c36_481973.htm) 我对2004年国家司

法试卷三合同法、担保法的部分试题提出异议。其一 单8。

甲向乙订购15万元货物，双方约定：“乙收到甲的5万元定金后，即应交付全部货物。”合同订立后，乙在约定时间内只

收到甲的2万元定金。下列说法哪一个是正确的？A、实际交

付的定金少于约定数额的，视为定金合同不成立 B、实际交

付的定金少于约定数额的，视为定金合同不生效 C、实际交

付的定金少于约定数额的，视为定金合同的变更 D、当事人

约定的定金数额超过合同标的额20%，定金合同无效 公布参

考答案：C 异议理由：在法理上，定金合同是双方法律行为

，不能因为买受人一方实际少交的行为而认定定金合同变更

。按照参考答案的观点，一方收到2万元定金就应交付主合

同项下的全部货物了。交付定金，成了一方任意的行为了。

从题干交代的情节来看，只有甲交足定金之后，乙才有义务

发货。甲有可能是分期交纳，也可能是通过汇款的方式交付

，甲交付了2万元，不能就此认为乙方同意变更了定金合同

。出题者的根据是《担保法解释》第119条：“实际交付

的定金数额多于或者少于约定数额，视为变更定金合同；收

受定金的一方提出异议并拒绝接受定金的，定金合同不生效

。”这里有理解的问题：（1）交付是一个严格的法律概念

。条文中所说的交付，应当理解为双方法律行为，是两个对

立的意思的结合。题干中没有交代2万元定金是否为交付，只

是说“乙在约定时间内只收到甲的2万元定金”。这个情节不

能认为是交付。因为乙收到2万元，只是一个没有意思表示的单纯事实，不包含同意而受领的意思，不能认为成立了法律行为。C选项说：“实际交付的定金少于约定数额的，视为定金合同变更”这里偷换了概念，让考生去判断正误。须知判断是以题干交代的事实为前提的，与题干发生矛盾，就要判断它为错误。（2）定金合同的变更需要取得收受一方的同意。对于题干给予的事实应当如何解释呢？甲向乙支付2万元，应当解释为现物要约，乙收到的事实本身，不能解释为承诺。比如经营者给某消费者寄去了一本书作为现物要约，该消费者收到该书的事实本身自不为承诺，须打开阅读，以所有人自居才算承诺。此是以行为承诺。而对2万元定金的现物要约，明示的同意自不成问题，默示的同意应当是履行主合同，即以发货的形式表示同意变更定金合同。（3）出现问题的原因，归根结底与《担保法》第119条立法技术不完美有关。使人对“交付”概念理解发生了歧义，以致影响到出题。出题者对交付的理解是让人难以理解的。题干中所说的“即应交付全部货物”显然是一方的行为，又让人把选项中的交付理解为双方行为，是否合理？题干中的“收到”“交付”以及选项中的交付的含义很值得探讨。（4）如果单独就C项提问：“实际交付的定金少于约定数额的，视为定金合同的变更”是否正确？考生们肯定答曰：“正确”。但是结合题干就出现问题了，因为约定的违约金是5万元，有效成立的只有3万元。甲向乙交了3万元，比约定的少2万元，定金合同效力如何？是变更吗？异议的理由还很多。比如，根据《合同法》第125条的真意解释原则，题干中的定金应当解释为成约定金。结论：没有正确答案。建议：答C的给

分。因为ABD是显而易见的错误。其二单33。甲、乙、丙、丁共有一轮船，甲占该船70%份额。现甲欲将该船作抵押向某银行贷款500万元。如各共有人事先对此未作约定，则甲的抵押行为：A、无须经任何人同意 B、须经乙、丙、丁一致同意 C、须经乙、丙、丁中份额最大的一人同意 D、须经乙、丙、丁中的两人同意 公布参考答案：A 异议理由：1. 对共有物，有保存行为、改良行为和处分行为。保存行为由共有人之一即可确定，改良行为需要“份额过半”的人同意。处分行为要求比较严格，因为是数人共同享有一个所有权。在一般情况下，若共有人之一就可将共有物(该船)抵押(处分行为)，等于其他人的共有权不受法律保护了。法理上一向认为，关于共有物的处分、设定负担，必须得到全体共有人的同意。三种行为可以简单地表述为：可单独为之；过半数份额同意可为之；全体同意可为之。2. 答案似乎参照了《担保法解释》第54条。即便依据该条，抵押也是无效的。该条第1款规定：“按份共有人以其共有财产中享有的份额设定抵押的，抵押有效。”第2款规定：“共同共有人以其共有财产设定抵押，未经抵押人同意，抵押无效，但是，其他共有人知道或者应当知道而未提出异议的，视为同意。”3. 《海商法》第16条第1款规定：“船舶共有人就共有船舶设定抵押权，应当取得持有三分者二以上份额的共有人同意，共有人之间另有约定的除外。”《海商法》关于船舶抵押的规定，属于特别规定，只能适用于《海商法》所说的“船舶”，不能扩大到一切轮船。“轮船”并不是严格的法律概念4. 《海商法》第3条规定：“本法所称船舶，是指海船和其他海上移动式装置，但是用于军事的、政府公务的船舶和二十总吨以下的小

型船艇除外。”《海商法》所说的船舶，是用于海上运输的，包括海江之间、江海之间的直达运输。试问：在内河进行客运、货运的“轮船”有没有？能否参照《海商法》第16条第1款的规定？——不宜参照适用，因为《海商法》是根据国际交易的特点作出的特别规定，重点在于保护交易安全。结论：选B比选A更为合理。选A是根据《海商法》的特别规定，选B的掌握了一般原理。建议：选A或者选B的都给分。其三多52。甲欠乙5000元，乙多次催促，甲拖延不还。后乙告甲必须在半个月内存钱，否则起诉。甲立即将家中仅有的值钱物品九成新电冰箱和彩电各一台以150元价格卖给知情的丙，被乙发现。下列说法哪些是正确的？A、乙可书面通知甲、丙，撤销该买卖合同 B、如乙发现之日为2000年5月1日，则自2001年5月2日起，乙不再享有撤销权 C、如乙向法院起诉，应以甲为被告，法院可以追加丙为第三人 D、如乙的撤销权成立，则乙为此支付的律师代理费、差旅费应由甲、丙承担 公布参考答案：BCD。 异议理由：1. B不可能是正确答案。我记得，2001年五一节政府公布的放假期间是7天，到5月7日截止。5月1日到5月7日哪个法院上班了？撤销权不是形成诉权吗？不是要经过法院审理吗？对我的观点，可能有两个角度的反对意见：一是，《合同法》第74条规定的“一年”不是除斥期间，而是诉讼时效，与法院上班与不上班有什么关系？二是，政府公布放假为7天，又不是法律规定为7天。我的意见是：(1)《合同法》第75条规定的一年为除斥期间，不是诉讼时效。1假设《合同法》第75条规定的“一年”是诉讼时效，也是5月1号满一年(包括了5月1日)！《民法通则》第154条第3款规定：“期间的最后一天是星期日或者其他法定休假

日的，以节假日的次日为期间的最后一天。”据此最后一天应为5月8日。(2)假如不以政府公布的7天节假日为准，“五一”是劳动节，是《劳动法》第40条规定的节假日。假定“五一”只休息一天，乙方的撤销权也要持续到5月2日，因为“以次日为期间的最后一天”，怎会自2001年5月2日起，乙方不再享有撤销权呢？5月2日起，是从这一天开始起！重复一遍：假定5月1日是休假一天，乙方在5月2日还是有撤销权的。2 . C项说：“如乙向法院起诉，应以甲为被告，法院可以追加丙为第三人。”该选项套用《合同法解释(一)》第24条的规定：“债权人依照合同法第74条的规定提起撤销权诉讼时只以债务人为被告，未将受益人或者受让人列为第三人的，人民法院可以追加该受益人或者受让人为第三人。”C项作为正确答案有些勉强：第一，公布答案把D项作为正确的答案。假设D答案是正确的，要求丙方承担部分必要费用，就应当使丙方加入诉讼中来。不能在丙方是案外人的时候，又判决他承担必要费用。第二，以上述理由要认为C项不对，似乎苛求。因为《解释》规定的是“可以”！其实，“可以”是一般性规定，具体到本案，就是“应当”了，在涉及具体情节的情况下，已经不是单纯的法条题了。要考虑到题干给的具体情况。在丙不参加诉讼的情况下，判决乙、丙之间的买卖合同无效，让丙方承担义务(比如返还财产)，不是剥夺了丙方的诉权吗！诉权应是宪法性的权利。另外，《合同法解释(一)》第24条的规定，也存在缺陷。3 . D项能否作为正确答案？《合同法》第74条第2款强调了“必要费用”由债务人负担。而《合同法解释(一)》则列举了必要费用的种类。《解释》第26条规定：“债权人行使撤销权

所支付的律师费、差旅费等必要费用，由债务人负担；第三人有过错的，应当适当分担。” 本案中丙有过错，因此要让其承担必要费用是可以的。但就怕深究。D项是有情节的，乙方支付的代理费、差旅费是否为必要费用，选项中并没有交代。必要费用包括代理费、差旅费等，不能反过来说代理费、差旅费必然就是必要费用。律师费可以协商确定，差旅费也可能是飞机票。当事人打官司，可能是为了争一口气。出题者没有考虑到情节对答案的影响<sup>2</sup>，只是想考察考生对必要费用种类的掌握，想让考生直接按《解释》的条文作答，而忽视了费用是否必要的问题。实际上忽视了《合同法》第74条第2款的立法精神。考生完全可以根据上述条款的精神不选D。结论：无正确答案。建议：答CD的给分。因为AB是显而易见的错误。其四多57。根据合同法的规定，承运人对运输过程中发生的下列哪些旅客伤亡事件不承担赔偿责任？ A、一旅客因制止扒窃行为被歹徒刺伤 B、一旅客在客车正常行驶过程中空发心脏病身亡 C、一失恋旅客在行车途中吞服安眠药过量致死 D、一免票乘车婴儿在行车途中因急刹车受伤 公布参考答案：BC 异议理由：该题主要考察对《合同法》第302条的理解。302条规定：“承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担损害赔偿责任，但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者证明是旅客故意、重大过失造成的除外。前款规定适用于按照规定免票、持优待票或者经承运人许可搭乘的无票旅客。” 对该条，有人称为无过错责任，有人称为严格责任。称为无过错责任更符合大陆法的理论体系。承运人的无过错责任，是指承运人对自己的承运行为造成伤亡以及运载工具高速行驶有关的伤亡承担无过错责任。而对

于第三人的侵权行为，承运人是过错责任。“一旅客因制止扒窃行为被歹徒刺伤”歹徒刺伤旅客，是第三人的侵权行为，承运人有过错（如未尽安全保障义务）对乘客的伤亡才承担赔偿责任，没有过错不承担责任。上述观点，有《人身损害赔偿解释》第6条的规定依为支持：“从事住宿、餐饮、娱乐等经营活动或者其他社会活动的自然人、法人、其他组织，未尽合理限度范围内的安全保障义务致使他人遭受人身损害，赔偿权利人请求其承担相应赔偿责任的，人民法院应予支持。因第三人侵权导致损害结果发生的，由实施侵权行为的第三人承担赔偿责任。安全保障义务人有过错的，应当在其能够防止或者制止损害的范围内承担相应的补充赔偿责任。安全保障义务人承担责任后，可以向第三人追偿。赔偿权利人起诉安全保障义务人的，应当将第三人作为共同被告，但第三人不能确定的除外。”结论：正确答案为A B C。建议：参考答案的确定，有深刻的实践背景。很多法院把第三人侵权造成的伤亡，令无过错的承运人承担。这是法制史上的悲剧。也对司法考试提出了严峻挑战。如果不把A作为正确的选项之一，很多通过考试又当了法官的考生，会循此思路沿着错误的道路走下去。司法考试不但考察考生的水平，实际也对考生起指导作用。我郑重建议，对该题的答案进行重点论证。其五多59。冯某与张某口头约定将一处门面房租给张某，租期2年，租金每月1000元。合同履行1年后，张某向冯某提出能否转租给翁某，冯表示同意。张某遂与翁某达成租期1年、月租金1200元的口头协议。翁某接手后，擅自拆除了门面房隔墙，冯某得知后欲收回房屋。下列选项哪些是正确的？A、冯某与张某间的租赁合同为不定期租赁B、

张某将房屋转租后，冯某有权按每月1200元向张某收取租金  
C、冯某有权要求张某恢复原状或赔偿损失 D、冯某有权要求  
翁某承担违约责任 公布参考答案：AC 异议理由：A项说：

“冯某与张某间的租赁合同为不定期租赁”。这与法律的规定不合。《合同法》第215条规定：“租赁期限6个月以上的，应当采用书面形式。当事人未采用书面形式的，视为不定期租赁。”也就是6个月以上的定期租赁是要式合同，若未采取法律规定的书面形式，合同的效力就发生了改变。这种改变，使出租和承租双方，都有了随时解除权。也就是使口头定期租赁具有了不定期租赁的效力。“为”与“视为”在法理上有所区分。题干中明明说是定期租赁（租期2年）。“正确”的A选项又说是“不定期租赁”。与题干发生矛盾。“视为”，在法理上应当这样解释：不“是”，视为“是”。“视为”在解释法律现象时，具有重要的意义，比如表见代理人代理甲方与乙方签订合同。表见代理是广义上的无权代理，但是相对于乙方，视为有权代理（按有权代理处理），这样甲乙之间合同就不是效力未定的合同，如无其他违法事由，就是有效合同。如果“为”与“视为”一样，法律为何还要规定那么多的“视为”呢？结论：只有C是正确答案。建议：由于是多项选择题，总要再有一个答案。建议凡是选AC的都给分。A项毕竟不是显而易见的错误。

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)