

司考难题解答（2）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/482/2021_2022__E5_8F_B8_E8_80_83_E9_9A_BE_E9_c36_482078.htm 问题 1 3、大兴公司与全宇公司签订委托合同，由大兴公司委托全宇公司采购 5 0 0 台彩电，并预先支付购买彩电的费用 5 0 万元。全宇公司经考察发现甲市 W 区的天鹅公司有一批质优价廉的名牌彩电，遂以自己的名义与天鹅公司签订了一份彩电购买合同，双方约定：全宇公司从天鹅公司购进 5 0 0 台彩电，总价款 1 3 0 万元，全宇公司先行支付 3 0 万元定金；天鹅公司采取送货方式，将全部彩电运至乙市 S 区，货到验收后一周内全宇公司付清全部款项。天鹅公司在发货时，工作人员误发成 5 0 5 台。在运输途中，由于被一车追尾，2 0 台彩电遭到不同程度的损坏。全宇公司在 S 区合同约定地点接收了 505 台彩电，当即对发生损坏的 2 0 台彩电提出了质量异议，并将全部彩电交付大兴公司。由于彩电滞销，大兴公司一直拒付货款，导致全宇公司一直无法向天鹅公司支付货款。交货两个星期后，全宇公司向天鹅公司披露了是受大兴公司委托代为购买彩电的情况。问题（1）天鹅公司事先并不知晓全宇公司系受大兴公司委托购买彩电，知悉这一情况后，天鹅公司能否要求大兴公司支付货款？为什么？解答：本题考查委托合同中受托人的披露义务。根据合同法关于委托合同的规定，受托人以自己名义与第三人订立合同时，因委托人的原因对第三人不履行义务，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。因此，作为第三人的天鹅公司在知晓全宇公司与大兴

公司的委托关系后，可以直接要求大兴公司支付货款。问题（2）全宇公司与天鹅公司订立的合同中的定金条款效力如何？为什么？解答：本题考查定金的成立。根据担保法及其司法解释，定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的百分之二十。当事人约定的定金数额超过主合同标的额百分之二十的，超过的部分，人民法院不予支持。本案中，彩电购买合同的总价款为130万元，则定金最多可以约定26万元，超出部分无效。还要注意的一点是，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；收受定金一方提出异议并拒绝接受定金的，定金合同不生效。

问题（3）大兴公司多收的5台彩电应如何处理？为什么？解答：本题考查不当得利与重大误解。根据民法通则及其司法解释，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。并且，返还的不当利益，应当包括原物和原物所生的孳息。利用不当得利所取得的其他利益，扣除劳务管理费用后，应当予以收缴。对于天鹅公司来说，工作人员在发货时误把505当成500，属于行为人因对标的物的数量的错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成较大损失，可以认定为重大误解。而对于大兴公司来讲，多收的5台彩电属于不当得利，应返还给天鹅公司。另外，根据合同法，出卖人多交标的物的，买受人可以接收或者拒绝接收多交的部分。买受人接收多交部分的，按照合同的价格支付价款；买受人拒绝接收多交部分的，应当及时通知出卖人。

问题（4）如追尾的肇事车辆逃逸，20台受损彩电的损失应由谁承担？为什么？解答：本题考查买卖合同标的物的风险责任承担。根据合同法，标

的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。因此，在途中，还没交付的20台受损彩电的损失应由天鹅公司承担。问题（5）如天鹅公司以全宇公司为被告提起诉讼后，在诉讼过程中，天鹅公司认为要求大兴公司支付货款更为有利，能否改为主张由大兴公司履行合同义务？为什么？解答：本题考查委托合同中第三人的选择权。根据合同法，受托人以自己名义与第三人订立合同时，因委托人的原因对第三人不履行义务，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。委托人行使受托人对第三人的权利的，第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩。第三人选定委托人作为其相对人的，委托人可以向第三人主张其对受托人的抗辩以及受托人对第三人的抗辩。综上，本问题涉及到考生对合同法、民法通则、担保法及其司法解释的综合掌握。问题14、刑事诉讼法第一百八十一条和第一百八十五条如何理解？刑事诉讼法第一百八十一条规定，“地方各级人民检察院认为本级人民法院第一审的判决、裁定确有错误的时候，应当向上一级人民法院提起抗诉”。第一百八十五条规定，“地方各级人民检察院对同级人民法院第一审判决、裁定的抗诉，应当通过原审人民法院提出抗诉书，并且将抗诉书连同案卷、证据移送上一级人民法院，并且将抗诉书副本送交当事人”。究竟是向哪一级法院提起抗诉呀？不知道这两条条文如何解答？解答：应向上一级法院提出抗诉，只不过将抗诉书交给原审法院，由原审法院连同案件材料转交上级法院。问题15、被告原系某村

支部书记，2000年被告与原告某建筑公司签订建筑4号楼的合同。原告盖房后要求被告支付工程款，被告予以拒绝。现原告来院起诉被告，要求支付工程款，但原告除了提供一些证人证实该工程是被告承包给原告之外，没有提供任何能够证明原告与被告存在民事法律关系的证据。对此，一种意见认为：应当裁定驳回原告起诉；另一种意见认为：应当判决驳回原告的诉讼请求。哪一种意见更准确？解答：驳回起诉是因为起诉不符合民事诉讼法第一百零八条规定的起诉条件，而驳回诉讼请求是因为在诉讼中原告的诉讼请求被证明不成立。从本案的情况来看，由于原告有证人能证实该工程是被告承包给原告的，因此我认为，应当立案。如果经审理查明原告的诉讼请求不成立，再驳回原告的诉讼请求。

问题16、对象错误中，甲把乙当作丙杀掉，对于杀乙，甲构成直接故意杀人罪，那么对于丙，甲能构成杀人未遂么？解答：对于丙，不能认为构成故意杀人未遂。因为这里乙和丙代表相同的客体，只要其一受到侵害，就符合一个既遂的犯罪构成。就如同甲想砸烂一只特定的花瓶，却打击错误导致花瓶旁边的电视机损毁，只构成故意毁坏财物罪（数额足够的情况下），没有未遂砸花瓶的问题。因为未遂也是某一个具体罪名的未遂，在对象错误不影响客体的情况下，只触犯了一个罪名，这个罪名处于既遂状态。

问题17、什么是“国家工作人员”？与“国家机关工作人员”的区别？解答：关于国家工作人员与国家机关工作人员的关系与区别应参照刑法第九十三条确定。国家机关工作人员的范围远小于国家工作人员范围，前者是一个下位概念，后者是一个上位概念。国家机关工作人员一般仅指在国家立法、司法、行政、

军事机关中从事公务的人员。而国家工作人员除此之外，还包括在国有公司、企业、事业、人民团体等单位从事公务的人员。

问题 18、甲、乙、丙共有一套房屋，其应有部分各为 $1/3$ 。为提高房屋的价值，甲主张将此房的地面铺上木地板，乙表示赞同，但丙反对。下列选项哪一个是正确的？

A．因没有经过全体共有人的同意，甲乙不得铺木地板 B．因甲乙的应有部分合计已过半数，故甲乙可以铺木地板 C．甲乙只能在自己的应有部分上铺木地板 D．若甲乙坚持铺木地板，则需先分割共有房屋

解答：本题考查按份共有的内部关系??共有物的管理。按份共有，也叫分别共用，是指两个或两个以上的人按照确定的份额对同一项财产共同享有权利和分担义务的共用，是最常见的共用关系。我国民法通则第七十八条规定，按份共有人按照各自的份额，对共有财产分享权利、分担义务。按份共有的内部关系，亦称按份共有的对内效力，即按份共有人相互之间的权利义务关系。对共用物的管理是其中的主要内容之一，包括对共有物的利用、处分、保存和改良行为。本题涉及对共有物的改良行为。共有物的改良行为，是指不改变共用物的性质而对共有物进行加工、修理等以增加其效用或价值的行为，如对共有房屋加贴瓷砖以增其美观。该行为不具有各共有人均可单独为之的保存行为那样的紧迫性和特别必要性，也不如须全体共有人同意的处分行为那样关系重大，故各国民法对改良行为采取一种介于共有物的保存和处分之间的折中办法，只要共有人过半数且其应有份额合计过半数即可为之。本题中，甲乙二人意思表示一致，无论从共有人数上还是从应有部分的总计上讲，都已双过半，故要“少数服从多数”。答案应为：B 问

题 19、小女孩甲（8岁）与小男孩乙（12岁）放学后常结伴回家。一日，甲对乙讲：“听说我们回家途中的王家昨日买了一条狗，我们能否绕道回家？”乙答：“不要怕！被狗咬了我负责。”后甲和乙路经王家同时被狗咬伤住院。该案赔偿责任应如何承担？A．甲和乙明知有恶犬而不绕道，应自行承担赔偿责任 B．乙自行承担赔偿责任，乙的家长和王家共同赔偿甲的损失 C．王家承担全部赔偿责任 D．甲、乙和王家均有过错，共同分担责任

解答：本题考查饲养的动物致人损害的侵权行为、无过错责任原则、无民事行为能力人和限制民事行为能力等。动物致人损害的侵权行为，是指因饲养动物的独立动作而使他人的人身或财产受到损害而依法应由动物饲养人或管理人承担赔偿责任的特殊侵权行为。动物致损属于危险物致损范畴，为增强饲养人或管理人的责任意识，增加对人们安全的保障，减少社会危险因素，动物致人损害的侵权行为的归责原则应适用无过错责任原则。但饲养人或管理人有抗辩事由，即受害人过错或第三人过错（应以受害人知其为谁为必要条件）可以免责。本题中，小男孩乙属于限制民事行为能力人，根据其年龄和智力因素，他对自己的“勇敢行为”是负不了责任的（尽管其很自信），故不构成“第三人过错免责”。当然甲与乙作为受害人本身并无过错。根据民法通则第一百二十七条规定，饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担民事责任；由于受害人的过错造成损害的，动物饲养人或者管理人不承担民事责任；由于第三人的过错造成损害的，第三人应当承担民事责任。第十二条，十周岁以上的未成年人是限制民事行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动；其他民

事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。不满十周岁的未成年人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。答案应为：C

问题 20、工伤认定可以提起行政诉讼或者行政复议吗？我没找到可复议或可诉的依据，我认为应当比照劳动能力鉴定，不可复议或诉讼。

解答：国务院《工伤保险条例》第二十六条规定：“申请鉴定的单位或者个人对设区的市级劳动能力鉴定委员会作出的鉴定结论不服的，可以在收到该鉴定结论之日起 15 日内向省、自治区、直辖市劳动能力鉴定委员会提出再次鉴定申请。省、自治区、直辖市劳动能力鉴定委员会作出的劳动能力鉴定结论为最终结论。”据此，对劳动能力鉴定不存在行政复议或者提起行政诉讼的问题。但该条例第五十三条第一项规定：“有下列情形之一的，有关单位和个人可以依法申请行政复议；对复议决定不服的，可以依法提起行政诉讼：（一）申请工伤认定的职工或者其直系亲属、该职工所在单位对工伤认定结论不服的；”据此，工伤认定依法可以申请行政复议或者提起行政诉讼。

问题 21、道路交通事故责任认定是否属于行政确认？

解答：行政确认，是指行政主体依法对相对方的法律地位、法律关系或者法律事实进行判断，赋予特定法律效果的具体行政行为。行政确认作为具体行政行为之一种，与其他种类的具体行政行为一样都具有公定力、确定力和拘束力。道路交通安全法第七十三条规定：“公安机关交通管理部门应当根据交通事故现场勘验、检查、调查情况和有关的检验、鉴定结论，及时制作交通事故认定书，作为处理交通事故的证据。交通事故认定书应当载明交通事故的基本事实、成因和当事人的责任，并送达当事人。”

据此，交通事故认定书仅仅是处理交通事故的证据。既然是“证据”，根据有关诉讼法的规定，只有查证属实，经审查属实，才能作为定案的根据。也就是说，交通事故认定没有具体行政行为所具有的公定力、确定力和拘束力。因此，交通事故认定不属于具体行政行为，当然也谈不上属于行政确认了。

问题 2 2、复议选择与复议前置有什么区别？哪些案件属于复议前置的案件？解答：对于既能申请行政复议又能提起行政诉讼的案件，“复议选择”是原则，例外之一是“复议前置”。“复议前置”的案件必须由法律、法规作出特别规定；法规包括行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、经济特区法规。“复议选择”与“复议前置”的含义存在以下区别：（1）是否可以直接起诉：前者可以；后者不可以。（2）申请复议后，经复议机关批准撤回复议申请后，是否可以依法起诉：前者可以，后者不可以。（3）申请复议后，复议机关决定不予受理或者在法定复议期限内没有作出复议决定，是否可以对原具体行政行为起诉：前者可以，后者不可以。常见的复议前置案件，包括治安处罚的案件（治安管理处罚条例第三十九条）、纳税争议案件（税收征收管理法第八十八条第一款、海关法第六十四条）、对自然资源权属确认的案件（行政复议法第三十条第一款）、工伤保险案件（国务院工伤保险条例第五十三条）、社会保险费的处罚案件（国务院社会保险费征缴暂行条例第二十五条）、价格处罚案件（1999年7月10日国务院批准、1999年8月1日国家发展计划委员会发布价格违法行为行政处罚规定第十六条）、审计决定案件（国务院审计法实施条例第四十六条）等。

问题 2 3、法律、法规、规章等规范

性文件中经常出现“批准”、“核准”、“登记”等字眼。是不是所有的这些批准、核准、登记都意味着是行政许可法意义上的行政许可？解答：并不是所有的批准、核准、登记都是行政许可法意义上的行政许可。首先，根据行政许可法的规定，仅有法律、行政法规、国务院的决定、地方性法规和省级政府规章才可以设定行政许可。因此，部门规章、较大的市政府规章及其以下规范性文件不可以设定行政许可。其次，行政许可，是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请，经依法审查，准予其从事特定活动的行为。行政许可之前意味着限制或者禁止。如果某特定活动，公民、法人或者其他组织依法可以自由进行，那就不是行政许可。另外，行政许可是赋予当事人从事特定活动的权利，如果对当事人从事特定活动没有影响，那也不属于行政许可。再次，行政许可属于外部行政行为。内部审批不属于行政许可。最后，行政许可事项必须是行政许可法第十二条规定的事项。综上所述，一般认为，行政机关的下列行为不属于行政许可：对其他行政机关或者对其直接管理的事业单位的人事、财务、外事等事项的审批，对行政机关内部事务的审批，对政府直接投资和注入资本金方式投资的审批和对国有资产处置的审批，商品和服务的政府指导价、政府定价以及税费减免的审批，商品条码的注册、产权登记、机动车登记、婚姻登记、户籍登记、抵押登记等民事权利和民事关系的确认以及备案登记，高新技术企业与项目、名牌产品的认定等能够为生产经营主体带来收益但不影响其相应生产经营资格的客观评定，对行政管理相对人是否可以从事特定活动没有影响的各类考核评定，采用检验和检测等手段对市场产品进行的日

常监督管理。 问题 2 4、 如何理解行政处罚法上的 “ 一事不再罚 ” 原则？ 解答：在刑法上，同一个违法行为，不得进行重复评价；也就是说，一个违法行为已经成为一个犯罪的构成要件行为，不能同时作为另一个犯罪的构成要件行为。但是，行政法允许对同一个违法行为进行重复评价。举个例子说，一个违法行为被工商局认定为违反工商管理秩序，并不妨碍该违法行为被卫生局认定为违反卫生管理秩序。 “ 一事不再罚 ” 原则的前提就是承认重复评价，但通过 “ 一事不再罚 ” 给予限制。 “ 一事不再罚 ” 强调的是对同一个违法行为不得给予两次以上的罚款，但并不妨碍行政机关依法给予不同种类的行政处罚。 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