

司考合同法：从根基到进阶再到通明 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_E5_90_88_E5_c36_482920.htm 合同法是民法的精髓所在，也是司法考试的传统分值大户，虽然近年来分值有下降的趋势，但其在司法考试中的作用不容小觑。以下结合我的辅导经验，就合同法的复习谈三点体会。因效颦于王国维先生的学问“三境界”论，故称之为“合同法复习的三境界”，供学员参考。

一、根基----法条 法条是司法考试的命题依据与解题依据，是司考不容置疑的核心，是司考的命脉，对合同法尤为如此。2005年，合同法部分共有题目8道，单选题3道，多选题5道，占13分，内容涉及缔约过失、合同成立、合同解释规则、保证期间的性质、连带保证、试用买卖、承揽合同、无名合同等，其中合同解释规则、无名合同主要涉及理论，其余部分仍是考核法条。整个合同法的复习，就应围绕法条展开。以此为指导思想，合同法法条的复习应分为三个阶段：第一，教材阶段。看教材是为了为看法条打下基础，而不是为了拿分。司考指定教材编得极其没有针对性，靠看教材通过考试是天方夜谭，拿分只能靠法条。那么为什么不直接看法条？因为直接看法条是万万看不懂的，没有对合同法基本术语、基本制度、基本理念的大体概念，法条中许多词语会只识其字不明其意，而且由于胸中毫无框架，法条稍一多看就会有散乱之感，看得越多越会引起混乱。所以，复习仍须以教材为始。看教材时，牢记此时只是为下一步打下基础，拿分过关不在此刻。故不须死记硬背什么，而是要以理解为主，理解基本概念、基本制度，并体会合同法中

意思自治、身份平等、诚实信用、保护善意第三人的基本精神。第二，法条阶段。主要功夫应用在此时。切记看法条要
从头到尾地看，不要有遗漏。许多辅导书上对合同法重要法条放在一起进行了总结分析，并把相关法条进行了归纳与类比，这些很有帮助，但一定要记住，这些总结与归纳作用的发挥，是建立在对法条有通盘掌握基础上的。点睛是在画龙之后才有此一笔，若全龙尚无，只有此一笔点睛，便不成其为画，也毫无价值了。归纳类比是对法条有了全盘掌握之后，打破章节、框架界限的一个融会贯通的作业，而若无全盘架构，何谈融会贯通？所以，合同法法条一定要从头到尾、一条不落地看，在此基础上，用自己的总结与他人的总结进行提高。举例说明从头到尾看法条的好处。甲向乙欠款1万元，将自己的一套高级音响交付给乙设立质押，后因不可抗力致音响被毁，风险如何承担？许多考生知道合同法第142条“风险随交付转移”的规则，于是认为既然甲已对乙完成交付，应由乙承担损失。然而，如果我们是从头到尾地看法条，就会注意到，第142条是分则买卖合同中的一条规定，而不是规定在总则中。这就意味着，“风险随交付转移”的规则只适用于买卖合同，对其它合同并不适用。在非以转移所有权为目的的合同中，“物品损失，物主承担”是当然之理，故本题应由甲承担损失。在法典篇章结构、相邻法条之间的关连中，蕴含有许多重要信息，从头到尾地看法条，我们就不会遗漏它们；而且有利于我们形成整体框架，为第二境界的体系化工作做准备。第三，做题阶段。考试考的是考试水平，考试水平与实际水平从来就是两张皮。当法条阶段完成后（即至少把合同法及司法解释看了三遍），实际水平已经

形成，以下的作业就是要尽量把考试水平这个“虚高”提上去。提高考试水平的最佳方法，就是做题，在战争中学习战争；其中，真题是首先要做而且要做熟的。做真题之外的模拟题时，由于市面上的题集良莠不齐，差的题集做起来有损无益，故一定要注意题集的质量。任一道题做错了，都要找到法条依据，无法条依据的找到理论依据，然后把错题集中，便于以后常常浏览，一个盲点一旦发现，便彻底清除。教材阶段是完成战略包围，法条阶段是聚歼敌军主力，做题阶段是追剿敌军残部。

二、进阶----体系化 大陆法系民法的最大特点就是体系化，各个概念、法条、制度构成一个金字塔状的结构，相互关连，次序井然。合同法尤其如此。合同法复习虽以法条为核心，但切忌看法条看得只见树木，不见森林。合同法本来就是一张网，只是为了编纂法典方便，才把网上的一个个点在形式上、或者说在想象中分割开来，给予编号，便于利用。那么，我们也应把法条还原到网中去认识和把握。合同法分总则与分则，总则无非是按照合同的自然生灭变更过程分为：合同订立、合同效力、合同履行、合同保全、合同的变更与解除、违约责任六部分；再细分，如合同效力，无非有效、无效、可撤销、效力待定四个问题；再细分，如效力待定无非是限制民事行为能力人超越行为能力签订合同、无权代理、无权处分三种情况；再细分，如对无权代理考试无非考察追认权、对相对人的保护、表见代理三个考点，其中最重要的，是表见代理；再向下细分，表见代理无非四个要件、一个效果；四个要件中，百考不厌的，是何为第三人“有理由相信”？具体分为有交易习惯与无交易习惯但有证明文件两种情况，同时排除盗用与借用证明文件

这两种负连带责任的情形。如下图：订立有效效力无效限制民事行为能力人超越行为能力范围签订合同 合同法履行可撤销 追认权 总则 保全 效力待定 无权代理 相对人的保护 无权代理 变更解除无权处分 表见代理要件 有代理权外观 有交易习惯 违约责任 效果 有理由相信无交易习惯而 为法律行为有证明文件 复习合同法，一定要象这样胸中有全局框架，再向下一层一层地充实。复习到最后，若要宏观，可以在一张巴掌大的纸上勾勒出合同法的整体框架；若要微观，可以沿着一条条枝蔓线索追寻到一个个知识点。这样，在复习中，遇到新的知识，便知道把它放在那里，越学体系越完整，脉络越清晰，而不是越学越杂乱混淆；在考试时，遇到选择题，就可以顺藤摸瓜，直追到点；做大的分析题，就可以象一个中药辅掌柜，知道在大而有序的药柜面前，打开哪几个抽屉取药去配药材。

三、通明----理论 如今的司法考试，越来越注重理论性与综合性。直接考法条识记的越来越少，大量合同法题目，都是以案例形式出现，考察对法条的理解和运用能力。此时，若无相当的理论素养为基础，对法条准确自如的运用就很难。更不用说，每年都有一定的无直接法条依据的题目，更是直接对考生的理论能力提出了要求。举例说明，2004年卷四第二大题第3、4小题，考察一房二卖中合同的效力与所有权转移，该题无直接的法条依据。这是一个百考不厌的考点，该题与99年试卷二42题——一幅名画的一物二卖，02年试卷三59题——一幢房屋的一物二卖，命题点与命题思路都是完全一样的。以上题目都建立在一个理论基础之上，即一个物权变动模式：“合同+公示方法=物权变动”。凡因合同发生的所有权设立、变更、消灭，都须遵循此模

式，即有效合同与公示方法（登记、交付）两要件同时具备，才能变动所有权。若欠缺公示要件，则导致所有权变动不发生，但并不影响另一要件，即合同的效力。在一物二卖情况下，只需根据此模式牢记三点：其一，所有买卖合同均有效；其二，有公示的取得所有权；其三，无公示的根据合同要求违约责任。则一切一物二卖的题目，无论如何花样翻新都无法逃脱手掌。物权变动模式的运用不止于一物二卖，03年卷三第8题是一道关于用益物权设立的题目，“甲为了能在自己的房子里欣赏远处的风景，便与相邻的乙约定：乙不在自己的土地上从事高层建筑，作为补偿，甲每年支付给乙4000元。两年后，乙将该土地使用权转让给丙，丙在该土地上建了一座高楼，与甲发生了纠纷。”该案如何处理？乍一看无直接法律依据，许多考生便不知如何入手，实际上该题运用物权变动模式就可以迎刃而解。乙为甲设立的是地役权，地役权是用益物权，其设立便须遵循物权变动模式；甲乙之间只有合同，无公示方法即登记，所以，地役权并未设立；答案选A，“甲对乙的土地不享有地役权”。以上可以看出，物权变动模式的掌控范围极广，它是要为所有因交易发生的物权设立、变更、消灭建立一个共通的模型。通过此模式，我们就可以清晰地判断，一项交易是否能够产生物权变动的效果，以及何时产生物权变动效果，并清晰地区分一项交易在物权法上的效力和在债权法上的效力。合同法中有许多这样隐藏的线索，它们衍生了无数规则、法条和考点，它们犹如一根根若隐若现的红线，把合同法中貌似不相干的知识点串联起来，保障着合同法基本的价值取向。这些理论线索犹如任督二脉，一旦打通，就可以使我们的功力提升一

个层次。在考试时，这些理论指针犹如北极星，使我们在茫茫如海的题干信息中，保持清醒的头脑，不致迷失方向。司考越来越科学化、规范化，科学规范的法律是理论的，科学规范的司考也必将是理论的。综上所述，法条是根基，体系化是进阶之道，通过理论达到通明之境，代表了合同法复习的三层境界，事实上，也是民法复习的三层境界。法条是核心，是材料，以体系化的方法将其形成格局、筑成结构，再以理论融会贯通之，此乃合同法及民法复习的至善之境。

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