

2006司法考试与民法--李仁玉 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/53/2021_2022_2006_E5_8F_B8_E6_B3_95_c36_53891.htm 一、05年民法司法考试的总结1

、05年司法考试试题难度明显加大。按性质判断，不是简单的记忆法条了。以前，把法条关系告诉你，比如无因管理就遵循无因管理规则来处理。现在不告诉你，先把法律事实告诉你，首先判断是什么法律关系，再如何处理。难度大多了。所以性质判断可能成为一个趋势。如去年卷三62题。甲公司经营空调买卖业务，并负责售后免费为客户安装。乙为专门从事空调安装服务的个体户。甲公司因安装人员不足，临时叫乙自备工具为其客户丙安装空调，并约定了报酬。乙在安装中因操作不慎坠楼身亡。下列哪些说法是正确的？A．甲公司和乙之间是临时雇佣合同法律关系 B．甲公司和乙之间是承揽合同法律关系 C．甲公司应承担适当赔偿责任 D．甲公司不应承担赔偿责任

核心是两点：坠楼身亡的责任是他自己承担还是甲公司承担。首先要明确本题是雇佣关系还是承揽关系？如果是承揽关系承揽人需自担风险，如果是雇佣关系的话，按最高法院的解释雇主承担，相差很大。因此首先判断是什么关系，一般角度看好像是雇用关系，如何区分雇佣关系和承揽关系是本题的难点问题。在实务中区分雇佣关系和承揽关系可从多角度进行分析：第一，从主体角度进行分析。雇佣关系为一般民事关系，其主体没有特殊性要求，而承揽关系为商事关系，其主体一般为商事主体。第二，从利益关系进行分析。根据高风险高收益的原则，承揽人的利益一般高于雇工的利益。第三，从工作的性质分析。雇佣关

系中所从事的工作，多为劳务，而承揽关系中所完成的工作体现为成果。本题中，乙为专门从事空调安装的个体户，应为商个人。故本题认定为承揽关系为宜。根据最高人民法院发布的《人身损害赔偿解释》第10条规定，承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的，应当承担相应的赔偿责任。故本题正确选项为B、D。如果题目变一下，找一个民工来安装时不慎坠楼。民工不是商人，这时是纯粹的民事关系，责任应该由雇主承担。现在考关系非常非常细微，所以民事法律关系的性质判断是非常重要的，法条记忆是必要的，同时还要有深厚的理论。

2、现在考题中的知识点是混合的，一个考题中会涉及5、6个知识点，题目难度加大了。例如卷三第6题：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？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

本题涉及同时履行抗辩权、不安抗辩权、自助行为、侵权行为之间的辨析问题。同时履行抗辩权、不安抗辩权是指在双务合同履行过程中的拒绝给付问题。本题中，不存在拒绝给付问题，故AB选项不正确。本题的难点在于乙拒绝交还甲遗忘的外衣是构成自助行为，还是侵权行为。从外表看，乙的行为构成侵权行为，但根据侵权行为的一般构成要件，侵权行为要求具备行为的违法性、损害性、因果性和过错性，此处乙并非以占有甲的外衣为目的，而是因甲未付款为由而拒绝交还，因此，难以认定乙存在侵害甲的外衣所有权。是否可以认定乙侵

害了甲的外衣占有权，侵害占有权是指在占有权和所有权相分离的情况下而单独存在的，如果所有权和占有权合而为一，则只能认定为侵害所有权，故本题选项以认定乙为自助行为为宜。所以现在题目里涉及的知识点很多。概念的辨析要非常清晰。

3、对民法基础原理测试进一步细化，例如卷三第一题：教授甲举办学术讲座时，在礼堂外的张贴栏中公告其一部新著的书名及价格，告知有意购买者在门口的签字簿上签名。学生乙未留意该公告，以为签字簿是为签到而设，遂在上面签名。对乙的行为应如何认定？A．乙的行为可推定为购买甲新著的意思表示B．乙的行为构成重大误解，在此基础上成立的买卖合同可撤销C．甲的行为属于要约，乙的行为属于附条件承诺，二者之间成立买卖合同，但需乙最后确认D．乙的行为并非意思表示，在甲乙之间并未成立买卖合同

本题的考查点是有关意思表示的问题。意思表示，是指行为人把进行某一法律行为的内心效果意思，以一定的方式表达于外部的行为。意思表示不仅表现表意人一定效果意思，而且通过一定表示行为，达成人与人交换意见的目的。对于行为人是否有该意思的认定，因民事行为和商事行为而有所区别：在民事行为中，对行为人意思的认定，往往强调其真意；而在商事行为中，往往强调其外在表示。本题中，不属于商事行为，因此，应强调行为人的真意。学生乙误以为签字簿是为签到而设，遂在上面签名，其没有买卖新书的意思表示。故D选项正确。本题A选项，“推定”乙的行为为购买新著的意思表示，是错误的。因为，推定往往适用于商事习惯领域。本题的难点在于B选项。乙的签字是否构成重大误解，表面看来，乙的行为构成重大误解，但我国司法实践中，

对于重大误解的认定，是指对相对人、对标的物、对标的物的规格、质量、数量、型号、色彩等方面、对行为性质（此处的行为性质，是指将A法律行为误认为B法律行为，而本题中，乙的行为并非法律行为）、对传达人的错误造成的误解，且该种误解必须造成较大损失。本题中，乙的行为不符合我国司法实践对法律行为中重大误解的认定。本题中，乙的行为根本不属于附条件的承诺，此处不用多说。本题的闪光点在于：（1）从知识点布局来看，涉及对意思表示、意思表示的推定、重大误解以及附条件承诺等概念的把握和区别，涉及到意思表示领域概念和制度运用的细微之处，符合司法考试之要求。（2）本题涉及教授和学生利益的平衡：如果认定合同成立，学生购买该书，则将对学生造成实质性负担；如果认定合同不成立，学生不用购买该书，对教授并无损失，符合法律的公平正义原则。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