

六、西南政法大学

西南政法大学 2000 年试题解析

学科专业：民商法学
研究方向：民法学、知识产权法
考试科目：民法

一、概念比较（每题 10 分，共 20 分）

1. 无效民事行为和可撤销的民事行为。（西南政法大学 2000 研）

答：无效民事行为是已经成立，但欠缺法律行为的有效要件，行为人设立、变更和终止民事法律关系的意思表示不能发生法律效力。可撤销的民事行为指因为法律行为欠缺合法性，根据法律享有撤销权的法律行为当事人，可以其自己意思使法律行为之效力归于消灭的法律行为。

两者虽然都具有民事法律行为的外观，都欠缺民事法律行为的有效要件，且不论是无效的民事法律行为还是经当事人申请撤销的可撤销的民事法律行为，除法律另有规定外，都应认为自始无效，但毕竟是有区别的，表现在：其一，条件不同。可撤销的民事法律行为的效力消灭，以撤销行为为条件；而无效的民事法律行为，只要存在无效的事由，无论当事人是否主张无效，该行为当然无效，绝对无效。其二，引起的原因不同。无效法律行为可因行为能力欠缺、意思表示不真实、违反法律或社会公共利益而发生；可撤销的民事行为则因重大误解、显失公平的法律行为等原因而发生。其三，有权主张的人不同。对于无效的民事法律行为，双方当事人、与该行为有利害关系的人，都可以主张无效；对于可撤销的民事法律行为，只有依法享有撤销权的当事人才能主张其无效。其四，确认或管辖机关不同。无效的民事法律行为确认或管辖的机关主要是人民法院、仲裁机关；而可撤销的民事法律行为确认或管辖的机关是人民法院和仲裁机关。其五，能够主动宣告不同。人民法院或仲裁机关在处理案件时，对于无效的民事法律行为，应依法主动宣告其无效；而对于可撤销的民事法律行为，必须有享有撤销权的人提出了申请，才可以对其予以撤销。其六，申请确定无效的时间限制不同。对无效的民事法律行为，申请确定其无效不受时间的限制；而对可撤销的民事法律行为，享有撤销权的当事人应当自行为成立时 1 年内申请撤销，否则，该行为就变成了有效的民事法律行为。

[参考资料]彭万林主编：《民法学》（修订版），中国政法大学出版社，1998 年版；马俊驹、余延满著：《民法原论》（上），法律出版社，1999 年版。

2. 专利技术和技术秘密。（西南政法大学 2000 研）

答：所谓专利技术，是指经申请被授予专利权的技术。技术秘密是指未公开的技术信息，是指在产品的生产和制造过程中的技术诀窍或秘密技术，有时也被称为非专利技术成果、专有技术。专利技术和技术秘密都受到知识产权制度的保护，但两者有以下方面的不同：第一，所受到的保护方式不同。专利技术须公开，而技术秘密则须权利人对其采取合理的保密措施。专利技术所受到的保护是一种强制保护，专利权人就其发明创造享有排他性的制造、使用、销售、许诺销售和进口的权利，而不论他人是模仿还是独立开发了相同的技术；而技术秘密所受到的保护为弱保护，权利人只能禁止他人违背保密义务或以其他不正当手段获得、披露和使用有关的秘密信息，而不能禁止他人通过合法渠道取得和使用相同的秘密信息，也无权禁止他人披露和使用这些秘密信息。另外技术秘密随时面临着被他人偷窃、或他人违背保密

义务而披露给竞争者的危险，以至于权利人难以发现或难以举证证明；而专利技术权利人则无此种担心。第二，在构成要件上也有所不同。专利技术有严格的新颖性、创造性和实用性要求，而技术秘密的要求相对较低。第三，两者的保护期限不同。对于专利技术，专利法规定发明专利的保护期限为自申请日起 20 年，实用新型和外观设计专利的保护期限为自申请日起 10 年；技术秘密没有固定的保护期限，只要特定的信息符合其构成要件都可以作为技术秘密加以保护。第四，在保护成本上也不同。申请专利需要缴纳专利申请费和专利维持费，而技术秘密无需向国家缴纳任何费用，但在采取合理的保密措施时要付出相应的成本；专利申请需要花费相当的时间，而技术秘密的保护在时间成本上要小的多。

[参考资料]张玉敏著：《知识产权法学》，法律出版社，2002 年版。

二、判断分析（每题 4 分，共 20 分）

1. 诉讼时效期间届满后，债务人与债权人自愿达成的继续履行债务的协议无效。（西南政法大学 2000 研）

答：本说法是不正确的。根据我国《民法通则》138 条之规定，超过诉讼时效期间，当事人自愿履行的，不受诉讼时效限制。从学理上来说，我国时效立法采取胜诉权消灭说，即诉讼时效之完成，仅使权利人的胜诉权消灭。故而，即使诉讼时效期间届满，债权仍具保持力，因此债务人与债权人自愿达成的继续履行债务的协议仍为有效。

2. 无权代理人所进行的代理行为无效。（西南政法大学 2000 研）

答：本说法不正确，无权代理是代理人不具有代理权所实施的代理行为，属效力未定的民事法律行为。无权代理人的代理行为通过被代理人的追认，可以使无权代理行为中所欠缺的代理权得到补足，转化为有权代理，发生法律效力。无权代理人的代理行为不为被代理人所追认，不产生法律效力，其无效性溯及代理行为成立之时。

3. 甲与乙约定以 120 元将其自行车卖与乙，乙已付款。二天后，甲又以 150 元将自行车卖与丙，并立即交付。因甲一物二卖，所以甲丙之间的买卖合同无效，乙可以要求丙将自行车交付于自己。（西南政法大学 2000 研）

答：此结论不对。乙只能要求甲承担违约责任，而不能要求丙将自行车交付于自己。因为自行车为动产，其物权变动因交付而发生法律效力，丙作为善意受让人有偿取得该自行车的占有，即基于善意取得制度取得该自行车的所有权。

4. 甲的汽车被乙毁坏。甲请求乙赔偿损失的请求权基础是其对汽车的所有权。（西南政法大学 2000 研）

答：此说法不对。甲的汽车被乙毁坏，甲请求乙赔偿损失的请求权基础应为侵权之损害赔偿请求权。这里要明确的是，所谓请求权基础是指主张某种权利的法律根据，而非本权。

5. 著作权人是指创作作品的作者。（西南政法大学 2000 研）

答：著作权的主体，即著作权人，也称为著作权所有人，是指依照著作权法对文学、艺术和科学作品享有著作权的人。根据我国著作权法，著作权主体不仅包括创作作品的作者，也包括受让人、继承人、受遗赠人；其中作者既包括自然人作者，还包括特定条件的法人和其他组织；在特殊情况下，国家亦可成为著作权人。

[参考资料]彭万林主编：《民法学》（修订版），中国政法大学出版社，1998 年版；张玉敏著：《知识产权法学》，法律出版社，2002 年版。

三、问答题（每题 6 分，共 30 分）

1. 表见代理的概念和法律效力。（西南政法大学 2000 研）

答：表见代理为无权代理的一种，属广义的无权代理，它是指行为人没有代理权，但交易相对人有理由相信行为人有代理权的无权代理。表见代理可分为三个类型：授权表示型表

见代理；权限逾越型表见代理；权限延续型表见代理。

符合构成要件的表见代理具有与有权代理同样的效力，代理行为的法律效果直接归属于被代理人。被代理人承担表见代理的法律后果，如果因此受有损失，有权向无权代理人请求赔偿。如果损失因双方的过失发生，按双方过错的性质和程度分担损失。如果善意的交易相对人不愿该无权代理发生与有权代理同样的法律效果，也可经由撤销权的行使，使其归于无效。第三人亦可自由选择主张表见代理或主张无权代理，可抛弃享受表见代理的地位，承认无权代理人的行为为狭义无权代理，依民法关于无权代理的规定追究无权代理人的责任。

[参考资料]彭万林主编：《民法学》（修订版），中国政法大学出版社，1998年版。

2. 代位继承的条件。（西南政法大学 2000 研）

答：代位继承又称间接继承，是指被继承人的子女先于被继承人死亡，由该先死亡子女的晚辈直系血亲代其位继承被继承人遗产的一种法定继承方式。代位继承的条件包括如下几个方面：（1）享有继承权的被代位继承人先于被继承人死亡是发生代位继承的前提条件和法定事由；（2）被代位继承人必须是被继承人的子女；（3）代位继承人只能是被代位继承人的晚辈直系血亲，同样也是被继承人的晚辈直系血亲，且该晚辈直系血亲不受亲属辈份的限制；（4）代位继承只适用于法定继承，不适用于遗嘱继承；（5）被代位继承人必须确实存在有效的法定继承权；（6）代位继承人不论人数多少，原则上只能继承被代位继承人有权继承的份额。

[参考资料]张贤钰主编：《婚姻家庭继承法》（第二编），法律出版社，2002年版。

3. 一般侵权行为的构成要件。（西南政法大学 2000 研）

答：侵权民事责任的一般构成要件，是指在一般情况下，构成侵权行为民事责任所必须具备的条件。它包括主观要件和客观要件。

侵权民事责任的客观要件是指：（1）侵权损害事实。所谓损害，是指一定行为或事件造成人身或财产上的**不利益**，即不良后果或不良状态。损害依其性质和内容分，有物质上的财产损害和心理上的精神损害。损害应该包括直接损害和间接损害。（2）加害行为的违法性。造成损坏事实的行为，必须有违法性质，行为人才负有赔偿责任，否则，即使有损害事实，也不能使行为人承担赔偿责任。违法的行为有两种表现形式，即作为的违法行为和不作为的违法行为。（3）违法行为与损害结果间有因果关系。民事责任只有在侵权的违法行为与损害结果间存在因果关系时，才能构成。在认定侵权民事责任的因果关系时，须研究特定的损害事实是否系行为人的行为所必然引起的结果，如果是的，则违法行为与损害之间有因果联系，否则就没有因果联系。

确定行为人是否应负侵权民事责任，不仅要看其客观因素，而且必须看其主观因素——行为人是否有行为能力及其主观是否有过错。所以，行为人的行为能力及主观有过错，是构成侵权民事责任的又一要件。

[参考资料]彭万林主编：《民法学》（修订版），中国政法大学出版社，1998年版。

4. 计算机软件著作权的内容。（西南政法大学 2000 研）

答：根据我国《计算机软件保护条例》第8条的规定，计算机软件著作权人享有下列权利：

1. 发表权。即决定软件是否公之于众的权利
2. 署名权。即表明开发者身份，在软件上署名的权利。
3. 修改权。即对软件进行增补，删节，或改变指令，语句顺序的权利
4. 复制权。即将软件制作一份或多份的权利。
5. 发行权。即以出售或者赠与方式向公众提供软件原件或复制件的权利。
6. 出租权。即有偿许可他人临时使用软件的权利，但是软件不是出租的主要标的的除外。

7. 信息网络传播权。即以有线或者无线方式向公众提供软件，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得软件的权利。

8. 翻译权。即将原软件从一种自然语言文字转换成另一种自然文字的权利。

9. 应当由软件著作权人享有的其他权利。

[参考资料]张玉敏著：《知识产权法学》，法律出版社，2002年版。

5. 仿冒注册商标的侵权行为有哪些具体表现形式。（西南政法大学 2000 研）

答：仿冒行为是最为常见的商标侵权行为之一，《商标法》第 52 条第 1 项规定，“未经商标注册人的许可，在同一种商品或类似商品上使用与其注册商标相同或近似的商标的”行为属于侵犯注册商标专用权的行为。这类侵权行为可以具体分解为以下四种：（1）在同一种商品上使用与他人注册商标相同的商标（2）在同一种商品上使用与他人注册商标相似的商标（3）在类似商品上使用与他人注册商标相同的商标（4）在类似商品上使用与他人注册商标相似的商标。除第一种行为是假冒行为外，其他三种都是仿冒行为。

这里所说的“使用”是一个宽泛的概念，包括将商标用于商品、商品包装或者容器以及交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他业务活动。销售发票、合同等商业性文件是商品交易活动的重要组成部分，在这些商业性文件中使用商标，应当视为商标的“使用”。

[参考资料]张玉敏著：《知识产权法学》，法律出版社，2002年版。

四、论述题（15 分）

合同法关于效力待定合同的规定及其意义。（西南政法大学 2000 研）

答：所谓效力待定的合同是指合同虽然已经成立，但因其不完全符合有关生效要件的规定，因此其效力能否发生，尚未确定，一般须经有权人表示承认才能生效。

我国合同法规定的效力待定合同包括如下类型：

1. 限制行为能力人依法不能独立订立的合同。根据我国法律规定，10 周岁以上不满 18 周岁的未成年人和不能完全辨认自己行为的精神病人，可以实施某些与其年龄智力和健康状况相适应的民事行为，其他民事活动由其法定代理人代理，或在征得其法定代理人同意后实施。应当指出，限制行为能力人可以实施一些纯获法律上利益的行为，如接受遗赠、赠与等。

2. 无权代理。这是指欠缺代理权的代理。无权代理主要有三种情况，第一，代理人无代理权。第二，超越代理权的无权代理。第三，代理权消灭以后的无权代理。《合同法》第 48 条规定，行为人没有代理权，超越代理权或者代理权终止后以被代理人的名义订立合同的，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人自己承担责任。

3. 表见代理。《合同法》第 49 条规定，代理人没有代理权，超越代理权或者代理权终止后以被代理人的名义订立合同的，相对人有理由相信行为人有代理人的，该代理行为有效。无须本人追认。这是对表见代理的规定。所谓表见代理是指在无权代理的场合，如果善意相对人客观上有正当理由相信无权代理人具有代理权，而与其为法律行为，该法律行为的后果直接由被代理人承担。

4. 越权代表行为。法定代表人合法执行公务的行为所产生的一切法律后果由法人承担，企业的其他负责人如总经理等也能代表企业对外订立合同。他们在代表企业行使职权时不需要专门的授权，其代表行为的后果都应当由企业承担。《合同法》第 50 条规定，法人或其他组织的法定代表人，负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或应当知道超越权限的以外，该代表行为有效。

5. 无权处分的行为。所谓无权处分的行为是指无权处分人处分他人财产权而订立的合同。《合同法》第 51 条规定无权处分人处分他人财产，经权利人追认或无权处分人订立合同后取得处分权的，该合同有效。

我国合同法对效力待定合同的效力是这样规定的：(1) 效力待定合同具有成立的效力，当事人意思表示作出并符合合同成立要件就成立。(2) 合同效力的不确定性是因为它欠缺合同的有效要件，但欠缺的条件法律允许通过补充而完备，所以在得到补充前，合同效力待定。

(3) 合同效力的确定取决于合同效力的享有形成权的第三人的承认或拒绝。享有形成权的第三人追认该合同有效的，从合同一成立即发生法律效力，从而转化成有效的合同；如果第三人拒绝该合同，则该合同自始无效，为确定性无效。

我国合同法还规定了相对人的催告权和撤销权。所谓相对人是与无权处分人、无权代理人、限制民事行为能力人订立合同的关系人。(1) 相对人的催告权。指效力待定合同相对人在得知其与对方行为人为人订立的合同有效力待定的事由后，将效力待定合同告知追认权人，并敦促追认权人于依法确定的期限内确答是否追认的权利。效力待定合同经相对人催告后，追认权人应于相对人依法确答是否追认，不予确答的，视为拒绝追认。催告追认权人在 1 个月内追认。(2) 相对人的撤销权。指效力待定的合同的相对人依法撤销其意思表示的权利。相对人撤销其意思表示的意思，可以向追认权人表示，也可向对方行为人——无权处分人，无权代理人，限制民事行为能力人表示，相对人撤销其意思表示后，效力待定合同等于未成立。也就没有效力。

合同法上规定效力待定合同是基于以下考虑：此类合同与无效合同及可撤销合同的不同之处在于，行为人并未违反法律的禁止性规定及社会公共利益，也不是因意思表示不真实而导致合同撤销，主要是因为有关当事人缺乏缔约能力、代订合同的资格及处分能力所造成的。由于存在着这种情况，合同本身是有瑕疵的，但此种瑕疵并非不可治愈。一方面，效力待定的合同可以因为权利人的承认而生效，如无代理人代理他人订立合同，经本人承认可以生效。由于这种承认表明效力待定合同的订立是符合权利人的意志和利益的，因此经过追认可以消除合同存在的瑕疵。另一方面，因权利人的承认而使合同有效，并不违反法律和社会公共利益，相反，经过追认而有效既有利于促成更多的交易，也有利于维护相对人的利益。因为相对人与缺乏缔约能力的人、无代理人、无处分人订立合同，大都希望使合同有效，并通过有效合同的履行使自己获得期待的利益。因此，通过有权人的追认使效力待定合同生效，而不是简单地宣告此类合同无效，是符合相对人的意志和利益的。

[参考资料]李开国主编：《合同法》，法律出版社，2002 年版。

五、案例分析

甲、乙、丙三个法人企业协议共同投资设立一个有限责任公司，出资比例均等，各 300 万元。经营一段时间后，三方又约定增加投资 600 万元，各出资 200 万元。但由于乙、丙资金紧张，由甲代乙、丙垫付，约定 1996 年 6 月前偿还。后来，由于经营不善，A 公司宣告破产，投资血本无归。1998 年 5 月，甲诉请乙丙返还借款 400 万元及利息。法院以 A 公司已宣告破产，投资不能收回为由，驳回甲的诉讼请求。

问：1. 法院的判决是否正确？为什么？

2. 本案应如何处理？（西南政法大学 2000 研）

答：1. 法院的判决不正确，因为该判决没有理清当事人之间的法律关系。根据案情介绍，我们可以知道甲与乙丙之间系金钱借贷关系。甲为出借人，分别借给乙和丙各 200 万元，该借款用于向三人共同设立的有限责任公司进行投资。

A 公司宣告破产，出资人的出资固然不能收回，但这 400 万元出资应当理解为是乙和丙追加的投资，故而其损失应归于乙和丙。其二人与甲之间的金钱借贷关系仍然存在并有效，因此不能否认甲享有请求返还出借款的债权。

2. 根据以上分析，本案应当判决乙和丙分别向甲归还 200 万元借款及其利息。

[参考资料]李开国主编：《合同法》，法律出版社，2002 年版。

