

中山大学

二〇一一年攻读硕士学位研究生入学考试试题

科目代码: 823

科目名称: 民商法学 B 卷

考试时间: 1 月 16 日 下午

考生须知

全部答案一律写在答题纸上,
答在试题纸上的不计分! 请用蓝、
黑色墨水笔或圆珠笔作答。答题要
写清题号, 不必抄题。

一、论述题

1、《合同法》第 48 条第 1 款规定:“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名义订立的合同, 未经被代理人追认, 对被代理人不发生效力, 由行为人承担责任。”请论述分析“行为人承担责任”的性质与法律适用。(20 分)

2、试述商事关系的特点、类型及其商法调整(30 分)

3、试述知识产权制度的法律机制(25 分)

二、案例分析题

1、2002 年 5 月 15 日, B 公司以邀请方式对办公大楼施工工程进行招标。自然人甲借用 A 建筑公司的名义进行投标。经过 B 公司开标、评标后, A 公司成为唯一的中标候选单位。8 月 10 日, B 公司向 A 公司发出了中标通知书。10 月 30 日, 自然人甲借用 A 公司的名义与 B 公司签订了一份《建设工程施工合同》, 约定由 A 公司承包 B 公司办公大楼的施工。上述合同加盖了 A 公司的公章。后, 甲以 A 公司的名义与自然人乙签订了《承包建筑工程协议》, 将上述工程转包给乙具体施工, 但未加盖 A 公司的公章。办公大楼工程于 2004 年 4 月底交付使用。

2007 年 8 月 20 日, 甲乙对上述工程款进行了结算, 结算单上载明:“由 A 承包于乙的办公楼工程税后总结价计人民币 2505000 元, 现已付 1505000 元整, 还差 1000000 元整, 税已扣除。”甲乙分别在结算单上签名, 甲另在结算单上注明:“本工程款与公司无关, 由我本人负责。”

2008 年 1 月 25 日, A 公司向 B 公司出具了一份《函》, 内容为:“我公司此前承做的贵单位的所有工程项目由我公司项目负责人甲全权负责结算及结(借)工程款, 并将以后结(借)的工程款直接转入甲的个人账户。对以前发至贵单位的函件声明作废。”

2008 年 3 月 25 日, 乙应 A 公司的要求, 向 A 公司出具了一份书面《承诺书》, 内容为:“由公司中标的 B 公司办公楼工程, 本人作为该工程的项目负责人, 现特向公司做出承诺: 该项目的盈亏与公司无关, 由本人享有和承担; 并承担该项目的一切债权债务(含农民工工资和工程应付款), 同时承担该项目的质量和安全问题所造成的一切责任。”后,

乙提起诉讼, 请求甲与 A 公司共同支付拖欠工程款及利息 1165883 元, 并互负连带清偿责任。

根据上述案情, 请分析:

(1)、分析招标、投标、中标通知书的法律性质和意义, 并指出《建设工程施工合同》的成立时间。(8 分)

(2)、分析甲与 A 公司之间的法律关系, 进而对《建设工程施工合同》效力做出法律判断。(10 分)

(3)、从分析乙与甲、A 各自之间的法律关系, 判断乙的诉讼请求应否得到支持, 为什么?(12 分)

2、阅读以下案例, 运用营业转让的法理, 回答以下问题(20 分)

(1)、本案所及争议标的是经营权转让还是财产转让?

(2)、本案再审与二审判决是否正确, 为什么?

甲企业与乙企业签订采石厂转让协议中约定: 甲企业将碎石厂生产经营权折价 3680000 元给乙企业经营, 甲企业将工商营业执照、采矿许可证、爆破证、税务登记证、采矿用地合同书一并交乙企业使用, 承诺于协议签订后协助乙企业办理有关证照的变更登记手续; 甲企业于协议签订后将电力生产线路及采石机、厂房、储存仓库及有关车辆和工具交给乙企业。之后, 甲企业支付乙企业 3000000 元, 并甲企业出具了 680000 元的欠条。后因他人干涉乙企业对采石厂的正常经营和采石厂经营亏损, 乙企业以转让采矿许可证、营业执照未经变更登记而违法为由诉至法院要求判决转让协议无效, 甲企业向乙企业返还转让费 3000000 元, 甲企业提出反诉要求乙企业支付拖欠的转让费 680000 元转让费。

一审法院认为, 甲企业与乙企业签订采石厂转让协议是双方真实意思表示, 该协议名为“经营权”的转让, 实为采石厂财产转让, 对于财产转让为有效, 而对于营业执照等证照未经变更登记交被告使用为违法, 是无效的, 对这一部分的无效不影响财产转让的效力, 且双方已经履行了各自义务, 对原告要求确认协议无效的诉讼请求不予支持, 故判决驳回乙企业诉讼请求, 乙企业支付尚欠的转让费 680000 元。

一审判决生效后, 乙企业与丙企业签订采石厂转让合同约定: 乙企业以 3680000 元的价格将采石厂转让给丙企业, 并由乙企业收取丙企业转让费现金 1800000 元。后乙企业就前述一审生效判决向检察院申诉, 检察院向原审法院提出再审的检察建议, 再审法院依职权决定对该案进行再审, 经再审后认为, 甲企业转让采石厂给乙企业未在原审判决前在矿产资源管理部门办理矿业资源开采许可的过户登记, 其行为违反了《矿产资源法实施细则》第十条规定而无效, 双方签订的买卖合同属无效合同, 双方因行为取得的财产应各自返还, 对于该协议的无效双方均有过错, 应当承担相应的民事责任, 故判决撤销原判, 双方签订的采石厂经营权转让协议无效, 乙企业向甲企业返还取得采石厂的电力生产线路及采石机、厂房、储存仓库及有关车辆和工具电力生产线路及采石机、厂房、储存仓库及有关车辆和工具及有关证照, 甲企业向乙企业返还取得的转让费 3000000 元。

再审判决后，甲企业以本案的标的物采石厂已由乙企业转让给丙企业，再审判决返还采石厂根本不可能实现，与乙企业签订的协议实为采石厂的财产转让，采矿权等证照的移交是合同的附随义务，再审判决适用法律错误为由提出上诉。二审法院审理后认为，乙企业能否返还采石厂系另一法律关系，可另案予以解决，该事实与本案的处理结果并无冲突，再审判决的事实清楚，法律适用正确，故予以维持判决。

3、请阅读以下数据材料，对我国专利现状作出分析，并阐述你对完善我国专利制度的看法（25分）

（1）2009年，我国共受理发明、实用新型、外观设计三种专利申请97.6686万件，同比增长17.9%。其中，受理国内申请87.7611万件，占总量的89.9%，同比增长22.4%。

（2）2009年，我国受理的国内申请中，发明专利申请量22.9096万件，占26.1%，同比增长17.7%，发明专利申请占国内三种专利申请的比例比五年前提高2.5个百分点，比十年前提高11.9个百分点。

（3）2009年，在受理的国内专利申请中，职务申请48.3051万件，占55.0%，同比增长32.6%，较五年前提升了15个百分点。

（4）截至2009年底，我国累计受理专利申请5,822,661件，其中发明专利申请1,935,832件，占33.3%。累计授权专利3,083,260件，其中发明专利586,646件，占19.0%；国内专利2,644,571件，占85.8%。