

# '96 全国律师资格考试 典型案例评析

中国高级律师高级公证员培训中心审定

中国人民公安大学出版社

一九九六·北京

35.285  
14

D926.5  
4

# '96 年全国律师资格考试 典型案例评析

中国高级律师高级公证员培训中心审定

中国人民公安大学出版社  
一九九六年·北京

图书在版编目(CIP)数据

'96 全国律师资格考试典型案例评析/中国高级律师  
高级公证员培训中心编. —北京:中国人民公安大学出  
版社,1996. 6

ISBN 7-81011-864-1

I. '9… II. 中… III. 律师-资格考核-自学参考资料  
IV. D926. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(96)第 10467 号

'96 全国律师资格考试典型案例评析

中国人民公安大学出版社出版发行

(北京木樨地南里 邮编 100038)

新华书店北京发行所经销

河北省永清县福利工厂胶印厂印刷

787×1092 毫米 1/16 28.5 印张 750 千字

1996 年 6 月第 1 版 1996 年 第 1 次印刷

印数 0001—7000 册

定价:39 元

## 前 言

近几年来,全国律师资格考试表现出的一个显著特点是将法学理论知识涉于具体案例之中,案例分析在试卷中的比重无论分值还是内容均超过了百分之六十。这一特点要求考生不仅要有扎实的理论基础,更要具备运用理论解决实际问题的能力。这样,全面、典型、新颖、实用的案例汇编,准确、明白、简练、完备的案例分析就成为考生复习应考所必不可少的工具。基于这一现实需要,我们组织多年参加律考阅卷工作和从事法学专业教学工作的律师、学者共同编写了本书。作者有:彭代全、薛少峰、罗长征、温晓芸、陈 轶、张申伟、张震宇。

本书根据近几年律考的命题特点,从律考《大纲》的要求出发,精选了近500个典型案例,内容包括法学综合知识、实体法、程序法、律师职业道德和执业纪律四个部分。其中,法学综合知识、律师职业道德和执业纪律两部分的案例是根据律考内容的最新变化而增加的。同时还增加了海商法、劳动法、市场管理法(反不正当竞争法、消费者权益保护法和产品质量法)等方面的案例。这些新增内容是同类参考书中所没有的,从而使本书内容更新颖、覆盖更全面。我们期望考生在短时间内,通过阅读本书,既复习掌握重点法学理论知识,又提高分析实例的技巧和能力。

同时,本书对在职律师及其他司法工作者也有较大参考价值,还可作为法学教学的参考用书。



# 目 录

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| 第一部分 法学综合知识                       | 1   |
| 第一章 国际法                           | 1   |
| 第二章 国际私法                          | 4   |
| 第三章 国际经济法                         | 7   |
| 第二部分 实体法                          | 11  |
| 第一章 刑法                            | 11  |
| 第一节 刑法总则                          | 11  |
| 第二节 刑法分则                          | 23  |
| 第二章 民法                            | 52  |
| 第一节 总论                            | 52  |
| 第二节 物权                            | 79  |
| 第三节 债权                            | 95  |
| 第四节 人身权                           | 105 |
| 第五节 知识产权                          | 116 |
| 第六节 婚姻、收养、继承                      | 153 |
| 第三章 经济法                           | 174 |
| 第一节 经济合同法与技术合同法                   | 174 |
| 第二节 企业法、公司法                       | 244 |
| 第三节 税法、金融法                        | 266 |
| 第四节 土地管理与房地产法                     | 282 |
| 第五节 涉外经济合同法                       | 294 |
| 第六节 海商法                           | 314 |
| 第七节 市场管理法(反不正当竞争法、消费者权益保护法和产品质量法) | 322 |
| 第八节 劳动法                           | 336 |
| 第三部分 程序法                          | 345 |
| 第一章 刑事诉讼法                         | 345 |
| 第二章 民事诉讼法                         | 378 |
| 第三章 行政诉讼法                         | 417 |
| 第四部分 律师职业道德与执业纪律                  | 445 |

# 第一部分 法学综合知识

## 第一章 国际法

### 案例 1

**【案情】** 1911年5月,以中国清政府为借方,以德、英、法、美四国银行为贷方,在北京签订了一项为建造湖广铁路而筹借600万金英磅的借款合同。根据合同,上述外国银行得以清政府的名义到金融市场上发行债券。这种债券即为湖广铁路债券。合同期限40年,1951年到期。上述债券从1938年起停付利息,1951年本金到期也未付。1979年11月,美国公民杰克逊等人在美国阿拉巴马州北部联邦地区法院对中华人民共和国提起集团诉讼,要求偿还他们持有的湖广铁路债券本息共计两亿两千万美元。该法院于1979年11月13日通过邮寄向中华人民共和国发出传票和诉讼通知,指名中华人民共和国外交部长黄华收,并限令“被告”中华人民共和国在收到传票20天内提出答辩,否则将作“缺席判决”。1982年,该法院缺席判决,要求中方偿还本息4130万美元。在中国政府抗议下,1983年该法院重审此案,撤销原判,驳回原告的诉讼,此案后来上诉到美国联邦第十一巡回法院,该法院1985年7月作出维持原判的判决。同年8月,原告又要求美国最高法院复审,美国最高法院拒绝听取原告申诉,作出维持联邦第十一巡回法院判决的裁定。历时8年之久的湖广铁路债券案终于了结。

### 【问题】

本案主要涉及哪些国际法问题?

### 【分析】

本案涉及的国际法问题主要有国家主权豁免和国家债务继承两个方面。

我国认为国家主权豁免是国际法的一项重要原则,其根据是联合国宪章所确认的国家主权平等的原则。中国作为一个主权国家无可非议地享有司法豁免权,美国地方法院对一个主权国家作为被告的诉讼行使管辖权,作出缺席判决甚至以强制执行判决相威胁,完全违反国家主权平等的国际法原则,违反联合国宪章。对于这种将美国国内法强加于中国,损害中国主权,损害中国民族尊严的行为,中国政府自然要坚决拒绝。

国家债务继承在国际法上属于政府的继承的范畴。政府的继承是因为革命导致政权更迭的结果而产生的。中国政府对于历届旧政府的外债,根据债务的性质和情况予以区别对待,进行处理。恶债不予继承是国际法已公认的一项原则。世界范围内,革命政权在推翻旧政权后对旧政权为维护其反动统治而借的外债不予偿还,也不乏先例。对于合法债务,中国政府将与有关国家友好协商,进行清理和公平合理的解决。湖广铁路债券是丧权辱国的清政府为维护其反动统治和镇压人民,勾结在华划分势力范围的帝国主义列强,加深压迫和掠夺中国人民的产物。对于此类旧外债,中国政府理所当然地不予承认。

## 案例 2

**【案情】** 中华人民共和国成立后不久,美国政府宣布对中国禁运,我国采取报复措施,宣布冻结美国在华的一切财产权。中美关系正常化以后,1979年“中美清资”协定签字,这是一个一揽子解决中美双方关系的协议。上海电力公司是在美国特拉华州注册的法人,1930年和1931年在上海发行股票,并在上海取得了公共事业的经营权。两次发行的股票叫“六两白银优选股”,共发22万股,其中中国人占11万股,1933年至1935年又发行抵押债券8800万银元,其中中国持有67%。1935年国民党政府币制改革,将银元改为法币。该公司于1937年与中国债券持有人达成协议,内容大致为:①给中国持券人一些贴费补酬;②中国持券人放弃用白银偿还的权利;③将来给付相当于原告规定的银元数额。另外,还对中国持券人的债券加盖印章,称为“盖印债券”。抗日战争期间,上电受损,战后日本赔偿780万美元。中国政府接管上电时核资为5300万美元。按中美清资协定规定,美国政府按41%偿还上电公司,公司可得到2100万美元,加上日本赔偿费共计2880万美元。但美方应保证支付中国债券人的债权利益。中美清资协议签订后,首先是美国公民、法人等在特拉华州开斯尔衡平法院起诉,主张债权。法院在若干判词中,有一条“规定1981年5月26日为股票持有人在法院登记索偿的截止日期,过期不予登记和清偿”的规定。1980年1月3日,中国银行指示上海负责办理股票登记事宜。3月22日《文汇报》登出清偿办法公告,随后将收集到的95000股(另有15000股下落不明)股票,寄往美国法院。法院审查后提出:①38000股予以承认;②36000股户头不对,不予承认;③21000股的登记人是中国人民银行上海市分行,是中国的政府机构,不予承认。上电公司即以法院判决有效为由,拒付不被承认之债权。这便构成美国公民杰克逊等人向中国政府提出反索赔的理由。为此,中国政府向美国政府提出抗议,指出依中美清资协定,美国的任何国民都无权向中国政府索赔,也不能用中国在美国的财产满足他们的要求,中国的股票权也不能以户头不对等借口拒付。对此抗议,美国司法部亦予承认,并指出美国衡平法院的作法是违反中美清资协定的。此后,法院适用了协议的规定,偿付了所有债权。

### 【问题】

本案涉及到国际法上的什么原则?

### 【分析】

本案涉及国际法上的条约必须遵守原则。条约是国家及其他国际法主体缔结的,只要一个条约是合法的,就对其当事各方具有拘束力,必须由当事各方善意履行。国际法上的条约必须遵守原则,就是指缔结条约以后,各方必须按照条约规定,行使自己的权利,履行自己的义务,不得违反。这个原则是个比较古老的原则,其形成是有其积极意义的,因为如果缔结条约以后,可以恣意破坏,条约即失去意义。特别是根据国际法的特点,没有一个最高权力可以强制执行条约,如果不实行条约必须遵守原则,就不可能有正常的国际关系。

中美清资协定是中美双方政府签订的解决两国政府间以及各级自然人、法人于1949年以前在对方国家存有债权及债券一揽子清偿的总协定。这种条约由政府出面,对本国的一切个人,集团具有约束力,任何人不得违反协议的规定进行单独或集体的求偿。本案中,特拉华州法院受理了杰克逊等人的诉讼请求本身即是违反协议原则的。该法院反从当事人的债权债务的纯契约关系来确定当事人的权利义务,因此,最后以法院本身的行为无效而告终。

### 案例 3

【案情】 1864 年,普鲁士与丹麦作战时,普军舰在中国渤海湾内拿捕了一艘丹麦船,清政府对普鲁士提出抗议。后,普鲁士将丹麦船予以释放。

【问题】 试运用有关国际法规则分析上述案例。

【分析】 国际法承认沿海国享有在领海保持战时中立的权利,交战国不得在沿海国的领海内交战或伏击敌国船舶,也不得在该领海内拿捕商船。在普丹战争中,普军舰在中国领海内拿捕丹麦商船,侵犯了当时中国的领海主权,因而清政府有权提出抗议。

### 案例 4

【案情】 1929 年,加拿大籍的“孤独号”停泊在离美国路易斯安娜州海岸 6.5 海里之外,因违反美国禁酒令被美国警船追至公海,在另一艘税务船的参加下,“孤独号”在公海被击沉。

【问题】 分析本案所涉及的国际法规则。

【分析】 “孤独号”案主要涉及到的是军舰在公海享有的紧追权问题。紧追权是指沿海国当局如认为外国船舶违反法律和规章时,可对该船进行紧追。紧追应在沿海国的内水,群岛水域,领海,毗连区内开始,如外国船舶在专属经济区域或大陆架内违反沿海国有关专属经济区和大陆架规章时,也可开始紧追。紧追只有未曾中断,才能在领海和毗连区外继续进行,一直追至公海而加以拿捕甚至击沉。如该船进入本国领海或第三国领海,紧追应立即停止。紧追权可由军舰,军用飞机或其他有清楚标志为政府服务并经授权进行紧追的船舶或飞机进行。本案中,美国警船紧追不是在领海开始,并且是由另一艘船接力追逐的,不符合国际法有关规则,因而击沉“孤独号”是不合法的,美国对此应承担赔偿责任。

### 案例 5

【案情】 1815 年 3 月 20 日,参加维也纳公会的列强(包括法国)发表了一个宣言,声称:如果瑞士同意本宣言中包括的条款,将准备一份包括承认和保证瑞士在它的疆界内永久中立内容的文件,其中包括在节克斯区政治界线后面,为瑞士的利益创设一个撤销法国免税线。即从节克斯区运入瑞士的货物免征关税。法国对此承诺,瑞士也同意《宣言》条款,因此,1815 年 11 月 20 日,列强在维也纳发表了第二个《宣言》,承认瑞士永久中立。节克斯区成为关税“自由区”。“一战”后,欧洲形势发生变化,法国认为节克斯区的自由区地位应改变,1919 年便与列强签订了《凡尔赛和约》,其中第 435 条规定:缔约国同意,自由区不再与目前的情势相适应,自由区的地位应由法国和瑞士协议决定。法、瑞两国 1920 年开始谈判,但未成功。1923 年法国颁布命令,结束自由区制度并把关税疆界推到节克斯区。1924 年两国达成协议,对《凡尔赛和约》第 435 条的规定是否有废止自由区制度的效力问题,请国际法院判决。

【问题】 本案涉及到国际法上的什么问题?



### 【分析】

本案涉及的理论问题是条约对第三国的效力问题。按照“约定对第三国无损益”的原则，条约一般只与缔约国有关，不是缔约一方的第三国，通常不能由于该条约而取得任何权利或承担任何义务。但是有时也确实会发生条约对第三国创设权利，如得到第三国的同意即对第三国有拘束力，否则第三国不承担执行条约规定的义务。

本案中，法国不能依据自己的立法来限制别国的国际义务的范围，应该执行维也纳宣言关于维护节克斯区为一个关税免税区的允诺，而不能以法国主张的因情势变化而改变。同时，在任何情况下，除非瑞士同意，该和约对瑞士没有拘束力，因为它不是和约的参加国，但瑞士已接受了宣言的条款，所以节克斯区成为关税自由区具有条约的效力。

### 案例 6

**【案情】** 1949 年 1 月 3 日，秘鲁人民党领袖托雷发动政变失败后，到哥伦比亚驻秘鲁大使馆避难。哥伦比亚大使馆按照拉丁美洲的惯例和 1928 年关于庇护权的泛美哈瓦那公约给予了庇护，并要求秘鲁政府发给安全通行证，以便让托雷出境。秘鲁政府拒绝发证，理由是托雷被指控的并非政治罪。两国因此发生争执。哥伦比亚依两国协议，向国际法院提起诉讼，秘鲁随之应诉。虽经国际法院 1950 年、1951 年两次裁决，本案也未得解决。僵局持续了三年，最后双方经过谈判，秘鲁同意发给托雷安全通行证使其离境。

### 【问题】

哥伦比亚驻秘鲁大使馆能否对托雷行使庇护权？

### 【分析】

庇护是一个国家对于遭受追诉的外国人给以保护，并拒绝将他引渡给另一国。庇护是以国家的属地优越权为依据的。一个外国人，一旦处于一个国家的领土范围之内，便受这个国家领土主权的管辖和保护，无论他是在本国犯罪而进入外国或在外国犯罪，除非其居留国予以引渡，就不受惩罚。在国际法上，庇护由庇护国自主决定，这种权利叫作庇护权。庇护的内容是：一方面给予庇护人以保护，一方面不将受庇护者引渡给其本国或第三国。“政治犯不引渡原则”是十八世纪末期形成的国际法原则，此后得到国际社会的普遍认可。

国家根据属地主义原则，可以在本国国土内行使庇护权，被称为领土庇护权，而驻外国使馆和在外国港口的军舰和商船不得用来作为任何罪犯的庇护所。但在拉丁美洲国家间，长期以来形成了外国使馆给予驻在国国民以政治庇护权的习惯，并订有《关于庇护权的公约》（1928 年）、《政治庇护权公约》（1933 年），这些规定至今仍在沿用。这种庇护权叫“外交庇护权”，它不同于领土庇护权，因而常被否定，因为这种惯例，不属于义务性规定的国际惯例的范围。所以，哥伦比亚驻秘鲁大使馆无权对托雷予以庇护。

## 第二章 国际私法

### 案例 1

**【案情】** 一个居住在英国的俄国人受一英国人卡麦尔委托作为其代理人，在俄国港口将货物装上一艘法国船，运往英国交给英国人卡麦尔本人。船在挪威海岸附近失事，但货已卸上

岸。货本可转船运往英国,但船长却将货物卖给一个善意的第三者。该第三者又在挪威将该货卖给了被告塞威尔。其后,货物由塞威尔运到英国。此时,卡麦尔在英国法院起诉,主张对这批货物行使所有权。

### 【问题】

英国法院审理此案应适用哪国的法律?

### 【分析】

本案应适用物之所在地法,即挪威的法律。因为,虽然货物在某一时期属于卡麦尔所有,但被告塞威尔通过买卖关系获得了对该物的所有权,所以应适用买卖成立时货物的所在地法即挪威法来判决。该案适用法律体现的原则,即为世界各国普遍适用的“物权法原则”。物之所在地法可以解决的问题有:

①所有权的范围问题,即哪些财产可以成为外国人所有权的客体;②所有权的内容,即某人可以因某种原因而取得对物的所有权,适用该事由发生时所处于的国家的法律;③确定所有权成立、转移、消灭的要件;④物权保护的方式;⑤物的分类。物之所在地法虽然运用广泛,但在各国的立法的司法实践中也有例外适用的。如:①关于继承案件,多数国家法律认为,不动产继承适用物之所在地法,但动产继承应适用属人法;②关于运送途中的货物的所有权问题,因货物无固定地点,极少适用物之所在地法;③船舶、飞机的物权问题,各国适用国旗国法;④外国法人的财产归属问题,多适用法人的本国法;⑤国家财产属国家所有,享有豁免权,不适用物之所在地法。

## 案例2

**【案情】** 1906年,危地马拉共和国总统凯布雷拉在一家伦敦银行存了一笔钱。1916年,他把该存款赠给他的非婚生子女纳内齐。1920年,凯布雷拉被废黜并受到监禁。危地马拉共和国在英国法院提起诉讼,请求取得该存款。其理由是:①存款来源是侵吞的国家财产;②纳内齐是非婚生子女,钱财转让无效。英国法院受理后,适用危地马拉法律,认为该转让手续不全;受让人纳内齐是未成年人,没有接受此财产的行为能力,故判决危地马拉政府败诉。

### 【问题】

英国法院审理此案在法律适用上依据的是什么冲突规范?

### 【分析】

本案涉及的问题是某外国人接受在本国的财产转让的行为能力是适用财产所在地法?还是适用当事人本国法?对此,按照国际上关于涉外物权法律适用原则的一般作法,物权的取得,转移,变更或消灭的方式和条件应适用物之所在地法律解决。但在同一法律关系中,不同国家对自然人的行为能力规定不一致产生的冲突,在解决时比较通用的是“人的行为能力依属人法”的原则。为了保护本国当事人的利益,这一原则在实际使用中也要受到很多的限制:

①依本国法无行为能力而依法院地法有行为能力者,应视为有行为能力,这实际上是适用了行为地法;②英、法等国在审判实践中主张,虽然当事人本国对行为能力有限制,但这种限制如为英、美法院所不知,法院则不适用该限制性规定;③有关对不动产物权的行为能力,各国均采用不动产所在地法,而不适用属人法;④用属人法来确定自然人的行为能力,是用本国法还是用住所在法的问题,在许多国家是根据本国法的需要进行变化的。在此问题上,根据我国《民法通则》的有关规定,我国主张人的行为能力问题以住所地法为本国法。

总之,英国法院在审理本案时所援引的冲突规范是:“人的行为能力依属人法。”

### 案例 3

**【案情】** 杰克逊夫妇住所在纽约,1960年9月16日他们邀请乔·巴布科克小姐乘他们的车一起去加拿大作周末旅行。该车本是在纽约州登记和保险的。由于杰克逊的疏忽,车行至安大略省奥达内河村时出车祸,巴布科克受重伤。巴布科克小姐回到纽约后,即在纽约法院对杰克逊提起诉讼,要求赔偿。对此案,根据美国的法律是属侵权行为的赔偿案件。而侵权行为案适用侵权行为后果地即安大略省的法律,根据安大略省公路交通法令第105条:“免费的汽车乘客不得向车主求偿”的规定,杰克逊不负赔偿之责,因此,纽约法院驳回原告的起诉。原告不服,上诉到上诉法院。

上诉法院在审理中认为:此案提出的问题可以简单地归结为,对侵权行为的索赔是否永远只适用侵权行为地法?是不是在选择适用法律的同时也要考虑到与这种赔偿目的有关的一些其他因素。1963年上诉法院判定不能适用安大略省法律,而是适用了纽约州的法律。按照纽约州的法律,杰克逊对巴布科克负有赔偿之责。

#### 【问题】

运用国际私法的有关理论分析本案?

#### 【分析】

解决涉外侵权行为的法律适用问题,从历史的、传统的、普遍的观点来看,都是适用“侵权行为依侵权行为地法”这条冲突规范。因为:①此种债的发生是基于法律的规定,而不是当事人的意思作用,行为地的法律要求行为人承担其后果的责任;②使侵权行为人负有一定的法律责任,目的在于保证每个人的权利平衡,而这种平衡恰好是在行为地被打破的;③是维护行为地公共秩序的需要;④易于认定事实的性质和责任。但是,在涉外侵权行为中,往往包括一系列发生的不同的行为和事件,而各国对侵权行为的构成要件及法律后果规定是不同的,对行为地的认定也是不同的。大体上有以下主张:一是以加害行为实施地为侵权行为地;二是以损害结果发生地为侵权行为地。在实践中,大陆法系国家多采用以侵权行为地法为主,以法院地法为辅的原则,亦即重叠适用行为地法与法院地法。日本、法国即是这样规定的。

但是关于对侵权行为的法律适用问题,也产生了一种新的理论,即不单纯地适用行为地法,而是适用与侵权行为案件有最重要联系的法律。本案即为著名判例之一。美国1971年《冲突重述》指出适用“最重要联系的法律”,可从以下方面选择:①损害发生地法;②导致损害发生的行为地法;③双方当事人的居所、国籍国、法人住所地及营业地所在地法;④双方当事人关系最集中的地方的法律。本案的判决即采用了侵权行为适用关系最集中或最能保护被害人利益的地方的法律。本案是对“最密切联系”学说的进一步发展。

### 案例 4

**【案情】** 巴伐利亚人福尔果是非婚生子,自五岁到死亡,一直住在法国,死后在法国留下一笔存款,未立遗嘱。按照巴伐利亚的继承法规定,福尔果在巴伐利亚的旁系血亲对遗产有继承权。于是福尔果的亲属向法国法院提出继承请求。法国法院依“动产依被继承人的原始住所地法”这一冲突规范,决定适用巴伐利亚法。但是巴伐利亚的冲突规范规定:“无遗嘱动产的继

承,依事实上的住所地法,”即法国法。最后法国法院适用了本国法。按照法国民法的规定,非婚生子女的亲属除兄弟姐妹外无法定继承权,所以福尔果的财产被判为无人继承的财产,收归法国国家所有。

### 【问题】

本案反映了国际私法上的什么制度?

### 【分析】

福尔果案是有关国际法法律适用问题中运用反致制度的最著名的案例。真正对反致的研究,是从1882年法国最高法院对本案的第三次审判以后才开始的。

反致是指,甲国法院根据本国冲突规范的规定应该援引乙国的法律,而乙国的法律规定处理这种法律关系应该适用甲国的法律,结果法院适用了本国法。如果一国法院根据本国的冲突规范适用外国法时,援引的是外国国际私法中的冲突规范,而且外国的冲突规范又规定应适用法院地国的实体法,因此才产生反致问题。在国际私法的成文法典中,最先列入反致条款的是1886年法国民法施行法。该法典第27条规定:“……如依外国法认为应适用法国法时,依法国法。”

## 第三章 国际经济法

### 案例1

**【案情】** 卖方是一家北威尔斯公司,它同买方,一家加拿大公司洽谈出售一架水陆两用飞机。卖方发出的电报是:“确认售与你方格拉蒙德·马拉德飞机一架,条件按你方电报的规定已汇交你方银行五千英镑,该款在交货前由银行代你方保管,请确认在本电日期30天内交货。”买方没有回电,但以较高的价格把该架飞机卖给了第三者。

### 【问题】

买卖双方的合同是否成立?

### 【分析】

合同是否成立决定着合同的效力。

合同何时成立,涉及到双方当事人权利义务的开始。合同何地成立,涉及到合同发生争议后适用的法律,这是国际经济合同经常遇到的一个问题。对于双方当事人当面签订的合同,合同成立的时间和地点一般无争议。但在隔岸合同或是合同履行期限较长,中途又有许多分合同中,英美等国采取“发信主义原则。”认为承诺信件或电传发出的时间和地点为合同成立时的时间和地点;大陆法系的国家则采取“收信主义原则,”认为收到承诺信件或电传的时间和地点是合同成立的时间和地点。我国也采用“收信主义原则。”关于合同成立的形式要件,中国主张涉外经济合同必须是书面的;美国主张在一定标的物价值可以是口头的;还有一些国家认为只要能证明合同的存在(证据合同),合同就具有效力。1980年联合国《国际货物销售合同公约》第八条规定合同可以是书面的,也可以是口头的或以其它任何形式证明其存在(如录音、录像、证据等)都是有效的。

国际货物买卖合同,一般经过询盘、发盘、还盘、受盘等几个过程。美英国家认为,当买方发出承诺信件后,合同即告成立,即采用“发信主义”原则。本案中,买方的复电提出了两个条件,一是关于付款,另一个是关于交货,这不是受盘,而是还盘,因而卖方对这个还盘可以不必答



复。所以买卖双方不存在合同关系。

## 案例 2

**【案情】** 买方中国某公司与卖方英国某公司于 1972 年 5 月 14 日签订了两项合同,规定卖方向买方供应某货八千公吨,交货期为 1972 年 7 月至 12 月按月分批交货,装货口岸为汉堡、鹿特丹、安特卫普,由卖方选择。成交以后,买方于 1972 年 6 月 7 日主动提前开出了信用证。此后,买方由 1972 年 6 月至 11 月七次电函催促卖方发货。卖方在其四次答复中提出他的供货人未能交货并对迟延发出通知表示歉意。1972 年 11 月 13 日卖方致函买方,以英镑贬值为由,要求提高合同价格。买方未接受这一要求。合同终于 1973 年 4 月、5 月部分履行;英方仍希望我方考虑提高合同价格。我方未同意。1974 年 11 月 16 日我方函告英方,声明收到该函告后 45 天内如再不履行交货义务,即提请仲裁,要求赔偿损失。英方函复,由于 1972 年 6 月 7 日开立的信用证已过期,后来又未开立新的信用证,因此解除了卖方的交货义务。

买方于 1975 年 5 月 20 日向对外贸易仲裁委员会提出仲裁申请书,要求卖方赔偿买方的损失即按照 1973 年 6 月 29 日市场价格与合同价格的差价计算共七十四万八千英镑,并要求卖方承担仲裁的一切费用。卖方提出书面理由,指出买方未按期开立信用证,应负违约的责任,其索赔要求不能成立,应予驳回,并承担仲裁费用。

### 【问题】

本案违约责任应由哪一方承担?

### 【分析】

按期交货是合同履行的重要条件。在货物买卖合同实践中,除遇不可抗力无法按期交货外,还可能由于卖方组织货源,办理手续,租船等多种原因造成不能按时交货,这时责任当然在卖方。如果买方不能及时开出信用证及办入关手续,责任就在买方。

本案中,买方曾多次催促卖方履行这一合同规定的通知义务,而卖方始终没有履行,因此卖方对买方未能开出信用证承担责任。所以,卖方应承担违约责任。

## 案例 3

**【案情】** 原告是一家英国公司,向被告美国公司购买一批灭鼠药,由于药的制造和包装有问题而使原告的顾客受到损害。顾客向原告索取赔偿。原告即转向被告美国公司请求赔偿,理由是被告没有警告用户药品有毒质及使用注意事项以致造成用户的损失。被告这一过失,虽属在美国的事实,但其不良后果在英国发生,因此英国法院可以对美国被告行使管辖权。英国上诉法院没有采纳原告这一主张,而认为侵权行为地在纽约,即争执由所发生的买卖行为地法院管辖。

### 【问题】

本案是因什么引起的侵权行为之债? 此类案件法律适用的原则是什么?

### 【分析】

本案是因产品责任而产生的侵权行为之债。随着国际贸易的发展,产品流转范围扩大,出现了因产品责任而引起的侵权行为之债。产品责任以产品有缺陷为条件。所谓缺陷,依美国法归纳为三点:①违反产品的销售性,或引起了“不应该的危险。”②产品有隐蔽瑕疵,此种瑕疵产

生于产品设计,原材料使用,零部件装配等各个环节。③不真实的广告,或未给消费者适当的告诫,或说明书夸大其词的宣传等等。只要有缺陷的产品在消费者或使用者的不合理危险,造成伤害事故的发生,对该品销售中各环节的人都应负赔偿责任。关于管辖权问题,美国多数州制定有“长臂法”管辖原则,即只要案件与某法院地人所谓“最低限度的接触”(多指有营业活动)该院就有管辖权,法院一旦作出判决就要求被告执行。

此类案件一般适用契约成立地法或买卖行为发生地法。

#### 案例 4

**【案情】** 某一个时期,印度政府因南非联邦歧视印度侨民,下令禁止向南非出售麻货及其他一些物资。有一家在英国注册的瑞士公司与印度一家土产公司签订了一项麻袋买卖合同,规定以 CIF(即到岸价格)条件在意大利热那亚港口交货。合同双方当事人清楚,这批货是准备通过意大利转卖给南非联邦的。印度政府得知此事后,禁止对该批货物颁发出口许可证,因而使印度公司不能把货交给瑞士公司。因此,瑞士公司便在英国法院起诉。请求法院判令印度公司赔偿违约损失。

#### **【问题】**

印度公司应否承担违约责任?

#### **【分析】**

解决涉外经济合同中的内容即债务问题,多援引合同履行地的法律。本案的合同签订地在瑞士,显然按瑞士的法律它是有效的。但双方在签订该项合同时就知道印度政府禁止出售麻袋给南非,仍签订了合同,这显然违反印度政府的法令。所以,该合同依履行地法即印度法是无效的。对于无效合同,因为自始无效,所以不存在印度公司的违约问题。



## 第二部分 实体法

### 第一章 刑法

#### 第一节 刑法总则

##### 案例 1

**【案情】** 1991年秋天的一个晚上，闫某骑自行车外出，在公路上行驶时，被持刀隐藏的张某拦住去路。在张某的威胁下，闫某交出自己的手表、自行车。张某遂准备骑车离去，闫趁他不备，抽出夹在自行车上的打气筒，猛击张某头部，将张打昏在地。闫某取回手表、自行车继续前行。因怕再遭险情，她当晚休息在路旁一农家中，主人安排她和自己的未婚女儿同住。张某苏醒后回家，在院中发现闫某的自行车，才知闫某住在自己家中。打听清闫某睡觉的位置后，张某持刀猛扎闫某。待床上人没动静后，张某准备拖出尸体掩埋。这时才发现杀害的竟是自己的妹妹。原来，张某回家的情况，闫某已听到。在张某潜入室内准备行凶时，闫某藏在门后，待张某进门后，悄然而逃。

##### 【问题】

- 1、张某的抢劫行为是否既遂？
- 2、张某错杀胞妹是否过失杀人？
- 3、闫某的行为是否属于紧急避险？

##### 【分析】

张某的抢劫行为既遂，构成抢劫罪。判断既遂、未遂，一般而言，从两个方面入手。一是犯罪行为是否实施完成，二是犯罪目的是否达到，结果是否实现，本案中的张某，其犯罪行为——抢劫已经完成，抢劫财物的目的已经实现，已将手表、自行车置于自己的完全控制之下，至于，财物又被原所有人（受害人）或第三人夺回，抢走，在司法实践中并非少见。但这种情况并不影响抢劫罪的构成，也不能因为罪犯抢到的财物得而复失，即认为是抢劫未遂。

张某在实施杀人行为时，错把自己的胞妹当成闫某杀害，这在我国刑法理论上叫作“事实上的错误”。即行为人对目标的错误认识，导致实际侵害的人，不是本来想要侵害的人。

这种“事实上的错误”不影响罪行的认定，因为张某已经具备故意杀人罪的全部要件，决不能以杀死的是他的胞妹，就按过失杀人罪论处，而改变杀人的性质，否则就是对故意杀人罪的放纵。

闫某的行为不属于紧急避险。从表面上看，闫某的行为是为免受杀身之祸，对正在发生的危险作出的紧急处置。但并不具备不得已情况下的条件，也不具备损害一种合法利益来保护另一种合法利益的条件，即闫某没有以损害任何合法利益来保护自己生命不受伤害的企图。

##### 案例 2

**【案情】** 1990年11月28日晚11时许，胡×、刘×、马×蓄谋抢劫，由胡×驾驶本单位



212 吉普车。当三人开车行至一公共汽车站时,见一女青年孤身等车,胡即将车靠近,刘×打开车门,假借问路,强拉女青年上车劫走。在车上,刘×解开女青年裤带,企图强奸。女青年反抗,并提出只要不被奸污,愿交身上所带财物。在女青年极力哀求与说服下,刘从女青年交出的六十元现金中拿出五十元,自己留下三十元,让女青年将其余二十元给胡×、马×,并表示不再强奸她。马×也同意不强奸。但胡×并未放弃强奸企图。胡×曾三次停车,叫刘、马二人到车外放风,自己对女青年调戏和威胁,企图强奸,因女青年竭力反抗,胡又感到环境不适宜,未敢使用暴力,强奸未成。第四次停车后,胡使用暴力,强扒女青年裤子时被刘×、马×叫到车外,又未得逞。胡见刘、马二人态度很不耐烦,也就放弃了强奸的邪念。后三人把女青年送回家。

### 【问题】

胡×、刘×的强奸行为应如何认定?

### 【分析】

根据胡、刘犯罪中实施危害行为的具体情况,胡的行为构成强奸未遂,刘的行为构成强奸中止。

《刑法》第21条规定:“在犯罪过程中,自动中止犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的,是犯罪中止。”根据规定,犯罪中止的条件是犯罪结果尚未发生。即在犯罪结果发生之前,行为人还有可能实施进一步的犯罪行为,或有可能防止危害结果发生。这是犯罪中止与未遂的重要区别。犯罪结果没有发生,如果行为人在预备或着手实施犯罪后,自动放弃所致,即为犯罪中止。如果行为人着手实施犯罪后,遭遇到意外障碍所致,即为犯罪未遂。

刘×把女青年劫持到车上后,“解开女青年的裤带,企图强奸,”这种行为是着手犯罪。由于女青年的极力反抗和哀求、说服,他中止了犯罪。当时刘×是否可以继续实行犯罪呢?即不理睬她的哀求、反抗,不收下她的钱而不动摇犯罪意志,一意孤行,坚持强奸,是完全可能的。但刘×没有这样做。在女青年的反抗、哀求下,刘×有所悔悟,意志动摇,放弃强奸企图,没有使危害结果发生。故刘×的行为应认定为强奸中止。

《刑法》第20条规定:“已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的,是犯罪未遂。”犯罪未遂的特点是:行为人已经开始实行了刑法上规定的具体犯罪构成客观要件行为;虽已着手实施犯罪,但犯罪没有得逞。且没有得逞是由于犯罪分子意志以外的原因。

犯罪未遂的第一个特点是已经着手实施犯罪行为。胡某四次停车,并对女青年使用了暴力,扒女青年的裤子,这些都是着手实施犯罪的行为。第二个特点是未得逞,且未得逞的原因是犯罪分子意志以外的。本案胡×未得逞的原因有:女青年的极力反抗;刘、马二人的不耐烦,即反对。可见,如果不是上述两个外部障碍,胡×绝不会放弃强奸企图,只因障碍重重,胡×施尽各种手段终未得逞,根本不存在自动停止已着手实施的犯罪行为。故胡×的行为应认定为强奸未遂。

### 案例3

【案情】某厂仓库值班员李玉堂,在一次与盗窃分子搏斗中被打伤,此后即常备一把尖刀,在值班时防身。某晚,他发现仓库内有人行窃,他大声发问“谁”?无人响应。他即放下手电筒,拔出尖刀走进仓库。犯罪分子即迎面向李脸部猛击一拳,李随即一刀将犯罪分子刺倒在地。他边喊来人,边跑到厂内宿舍找人。人们赶到现场。发现盗窃分子已经死亡,李玉堂即到公安部门投案。