

独家剑法 应敌有术

2016年

国家司法考试 卷四案例宝典

任海涛 等 编著

编写说明

卷四思维贯穿始终，三段论法答题有功。

六大学科考点集成，音频听完经脉全通。

研习三日直上考场，真题解析扼要简明。

本书与《卷一卷四通关宝典》配合使用，

音频下载关注“任海涛司考”微博置顶。

2016

国家司法考试 卷四案例宝典

任海涛 龙 明 编著
蔡敏峰 博 达

人民日报出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

2016 年国家司法考试卷四案例宝典 / 任海涛等编著

—北京: 人民日报出版社, 2016.6

ISBN 978-7-5115-3956-4

I. ① 2… II. ① 任… III. ① 法律—中国

—资格考试—自学参考资料 IV. ① D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 125031 号

书 名: 2016 年国家司法考试卷四案例宝典

作 者: 任海涛

出 版 人: 董 伟

责任编辑: 周海燕

封面设计: 共振设计工作视觉室

出版发行: 人民日报出版社

社 址: 北京金台西路 2 号

邮政编码: 100733

发行热线: (010) 65369527 65369512 65369509 65369510

邮购热线: (010) 65369530 65363527

编辑热线: (010) 65369518

网 址: www.peopledailypress.com

经 销: 新华书店

印 刷: 上海商务联西印刷有限公司

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

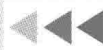
字 数: 148 千字

印 张: 10.5

印 次: 2016 年 6 月第 1 版 2016 年 6 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5115-3956-4

定 价: 58.00 元



一、本书编写说明

《卷一卷四通关宝典》中对于卷四第一题（简答题）、第七题（论述题）的写作规范、思路及背诵材料已经足够应对考试了。但是，该书对于“案例题”仅仅是给出了答题思路，没有给出更多练习和考前背诵知识点。学生所需要的更多练习材料和考前背诵知识点，就写在《卷四高分宝典》之中了。

从 2012 年开始，每当我讲完《卷四》案例部分以后，许多学生都会追着问，希望我把卷四案例中能够用到的各个学科的“大前提”（干货知识点）总结出来，我自己也尝试过，但是由于涉及到的学科太多，又每年变化，一直没有完成。

我一人之力无法完成此项工作，故将我的思路跟几位年轻老师进行交流，他们愿意帮我完成。才有了今天这本考前冲刺类书。

本书将历年案例真题的答案都按照卷四思维、阅卷人思维进行了改写，由于刑法 2012 年修改、民诉法 2013 年修改、刑法 2009 年至今出了两个修正案，故此三门学科选取真题是从 2009 年开始，其他学科是从 2002 年真题开始，但是所有答案已经根据最新法律和司法解释进行了修改。凡是在第一章，我已经讲过的真题，在后面真题改写时则不予收录。这样的答案格式，简单明了、符合阅卷人思维方式，与部门法老师给的解析形式不同，但是用于做训练，可以迅速提高卷四案例答题水平。

考生最关心的是考前要背诵的各科“大前提”，这一次也总结出来了。我们已经按照最新法律法规的修订进行了修改。本书第一章有配套音频。后面章节都是用来做练习和背诵的，就不配音频。

本书具体分工为：任海涛老师（总论），龙明老师（民法、商法），蔡敏峰老师（行政法），博达老师（刑法、刑诉、民诉）。

本书自听完《卷一卷四通关宝典》卷四部分的内容后，可以直接使用。本书是第一次公开出版，请考生朋友发现错误及时反馈，以便我们及时修改，反馈意见留在

“任海涛司考”新浪微博，有关“简捷司考”的所有内容关注该微博置顶微博即可。

二、2016“司考宝典”系列介绍

《卷一卷四通关宝典》涵盖卷四简答题、论述题所有答题技巧和考前背诵知识点，还有案例答题方法。同时包括法理学、宪法学、法制史、司法制度与职业道德四门课的讲义，以及理论法学配套的1000道判断题。除判断题外均有录音。理论法学四门课真题及0起点课程、考前冲刺课程等在粉笔直播课堂，我有讲解，可以利用。

《卷四案例宝典》主要是对历年真题答案格式按照卷四思维、阅卷人思维进行改写，同时将案例题所用到的“大前提”全部总结，供考前背诵。

《新大纲解析宝典》每年司法考试新大纲都会列出新增考点、新增法律法规，但是没有详细解析，本书集合业内名师对各个学科新增考点详细解析，以便使考生准确把握。每年新增考点所占分数将近100分，而且新增考点八九成都会进入考试，因此这一部分是性价比最高的复习资料，千万不要错过。

《小学科冲刺宝典》一书涵盖了刑诉法、民诉法、行政法、商法、经济法、三国法、知产七个小学科，内容涵盖所有考试知识点，编写体例简明、体系完整，从头到尾用这本书，重复学习，一定能够快捷、全面、熟练地掌握这些小学科。全书所配音频只有14天，一个月可以听两遍，考前可以直接背诵。是考生攻克小法的不二选择。

三、司考复习的顺序

第一阶段：刑法、民法、法理、宪法四门课听课、做真题。（理论法部分在《卷一卷四通关宝典》）

第二阶段：使用《小学科冲刺宝典》，14天拿下刑诉、民诉、行政、商经、三国、知产等学科。

第三阶段：《卷一卷四宝典》卷四部分、《卷四案例宝典》。

第四阶段：研究《2016新大纲解析宝典》（含当年的“社会主义法治理论”等）、学习法制史、司法制度与职业道德课和真题。

以上是一个复习轮次，第二轮还是这个顺序，可以结合重点法条，1个月左右完成。

8月20日以后，《卷一卷四通关宝典》会有卷四冲刺课免费。

8月25日以后（至迟不要晚于9月1日）开始背诵《卷一卷四通关宝典》中卷四简答题、论述题、理论法学内容，《卷四案例宝典》中案例考察“大前提”、《小学科冲刺宝典》中的内容。不需要去听七天的“冲刺班”，冲刺班就是各科老师拼凑一些模拟题讲一天，如果基础好不讲自己也会做，如果基础不好，讲了也不会提高，没有意义，不如自己好好背背书。

四、简捷司考理念，一本书主义

司法考试本来就体系庞杂，近年来，辅导资料体系大爆炸，学生不堪重负、苦不堪言。

一般教材体系包括4类教材：先修教材（9-10月）、知识教材（1-3月）、突破系列（6月）、背诵版系列（7-8月）等。题目体系包括3类题目：真题（大部分题目不全）、模拟题目（根据真题改编）、冲刺押题题目（选择重要知识点出题）。再加上法条等资料。学生拿到手的书有二三十本书，薄书200多页，厚书六七百页（司考教材当成学术专著来写了）。

这个庞大的资料，学生不要说看，就是一页一页得翻，也翻不完。看似资料丰富，实则把学生宝贵的时间精力耗掉了。个人感觉还是奉行“一本书主义”对学生更好一点。

“一本书主义”的内容包括：

第一，在1月份前后出版一本基础知识教材（1月版），配套录制音频，给学生学习基本知识。听课后，学生自己做真题，或者老师讲解真题

第二，在6月份，将新大纲变化内容做成《增补讲义》，并给学生讲解。

第三，在7-8月份，把重要知识点串讲一遍，教材不要变。

第四，8月底，再把考前重点讲一遍，教材不变，可以配合题目和讲义。

《卷一卷四宝典》和《小学科冲刺宝典》就是奉行一本书主义。

“一本书主义”的好处有：

第一，学生从头到尾一本书，把知识点过了三遍，记忆深刻，能够熟练，精准掌握，如果老是换书，对学生而言，总是记不住。（比如，高中历史、政治，三年，五轮，用的是同一本教材，学生记忆牢固，如果高中课本老是换，学生肯定记不住）

第二，把真题都“啃”透，随便考试再怎么考，都能应对自如。

第三，许多机构都大力宣传“做模拟题”，确实是误导。做八套模拟题，不如把近六年真题研究三遍（当然，把新法规、答案错误的地方告诉学生，是老师的责任）。“模拟题”再好，也只能是模仿真题。

第四，如果一本书学三遍，真题做三遍。这门课的知识点，肯定很熟悉。我们回想高中学习，教材就是一本，每个月考试的题目老是重复。

但愿，随着新的法律职业资格考试的到来，“一本书主义”能够给学生带来减压、减负的实惠。这是我们写“2016司考宝典系列教材”的初衷。

在2017年，我们将会把“一本书主义”进行到底，一切以应试教育为指针、不讲废话，一切以便利考生通过司考为衡量标准、尽量降低考生经济和时间成本。

目录 CONTENTS

前言.....	1
第一章 总 论	1
第一节 庖丁解牛：案例技巧	1
第二节 三段论在案例题中的运用.....	2
第二章 刑法	37
第一节 真题答案改写	37
第二节 高频考点（大前提）.....	44
第三章 行政法	62
第一节 真题答案改写	62
第二节 高频考点（大前提）.....	74
第四章 民法	81
第一节 真题答案改写	81
第二节 高频考点（大前提）.....	108
第五章 商法	113
第一节 真题答案改写	113
第二节 高频考点（大前提）.....	128

第六章 刑诉	133
第一节 真题答案改写	133
第二节 高频考点(大前提).....	139
第七章 民诉	144
第一节 真题答案改写	144
第二节 高频考点(大前提).....	150

第一章

总论

第一节 庖丁解牛：案例技巧

一、卷四考察的能力

第一，对每个学科二级知识点、三级知识点所形成的知识体系的把握程度。

第二，运用逻辑三段论，解决实际案件的能力：搜索信息、逻辑思维、语言表达、整体协调的能力。

二、具体审题、解题技巧与思路

1. 把案例题的问题都读一遍，就此可以知道该题涉及哪些知识点，从而调动大脑把相应知识点激活。

2. 读第一遍题，把主体、行为、客体、法律关系等关键要素都用笔画出来。但是读完一遍题，还不能全面掌握。

3. 第二遍读题，这时候案例中的相关信息会跳出来，大脑会把看到的“生活事件”升华为法律事实。如案例中看到，张三从李四家门前路过被李四家狗咬了，这是生活事件，大脑马上会产生“侵权”法律关系，这就是法律事实的问题了。

4. 以上就是法律适用的“小前提”，大脑马上就会自觉搜寻应该适用的法律规定是什么，这就是“大前提”。对于以上事实，马上会把动物侵权相关法律内容想起来，这就是法律推理的“大前提”。

5. 把这个三段论，简单写在每个小问题的后面。注意：第一，尽量把法律术语、关键词写出来。第二，主体、客体、权利义务内容千万不要遗漏。

6. 从头到尾检查一下，是否有前后矛盾或者遗漏。

7. 开始动笔往答题纸上写了。比如题目问：“针对县林业局的行政处罚提起行政诉讼，如何确定管辖法院？”

有同学回某甲可以向当地县法院起诉。

缺点：第一，没有说明县法院有管辖权；第二，没有体现级别管辖问题。

正确答案是：某某县法院对该案件具有管辖权。首先，林业局属于地方政府职能部门，针对其提起的行政诉讼，基层法院具有管辖权。其次，本案不属于行政诉讼特殊地域管辖案件，因此应该由最初做出具体行政行为的行政机关所在地法院管辖。

案例题就看：有限时间内，能不能把30个左右问题解决了，不需要解决得100%完美，只要相对合理就行了，这就告诉我们，将来在实际工作中解决案件，也很难让各方都100%满意。

第二节 三段论在案例题中的运用

在“卷四”第一讲中就讲了，“大前提—小前提—结论”这一法律逻辑三段论，贯穿于整个卷四答题过程中。三段论在简答题、论述题中表现为“观点—理论—材料分析—结论”四要素模式，在法律文书题目里面体现为法律文书的“法律规定—案件事实—诉求（或判决结果等）”。而就案例题而言，每一案例题的小问题的回答都必须有三段论，这样就不容易丢分，只有三个要素齐全，才能得满分，否则会丢1—2分，为了避免低级错误，一定要学会这种方法。至于每一个学科的基础知识点，部门法老师一定都讲了好几遍了，同学们丢分往往不是在知识点的盲区，而是由于答题技巧的缺失造成的。纵观历年真题，卷四案例题中95%以上的考点都是常考考点，偏冷陌生的考点比例非常小。

为了做到“不会的题，尽量得一分；会的题目一定不要丢分”的目标，我们必须熟练掌握案例题的答题技巧。在本书中会列举真题，教会大家学会案例题的答题技巧，在《卷一卷四通关宝典》（6月版）中会给出历年真题中使用过的“大前提”，作为最基本的备考资料。同时，一并给出简答题、论述题必须使用的“大前提”。

一、行政法

（一）“三段论”在行政法案例题中的应用

【2011年行政法真题】

案情：经工商局核准，甲公司取得企业法人营业执照，经营范围为木材切片加工。甲公司与乙公司签订合同，由乙公司供应加工木材1万吨。不久，省林业局致函甲公司，告知按照本省地方性法规的规定，新建木材加工企业必须经省林业局办理木材加工许可证后，方能向工商行政管理部门申请企业登记，违者将受到处罚。1个月后，省林业局以甲公司无证加工木材为由没收其加工的全部木片，并处以30万元罚款。其间，省林业公安局曾传唤甲公司人员李某到公安局询问该公司木材加工情况。甲公司向法院起诉要求撤销省林业局的处罚决定。

因甲公司停产，无法履行与乙公司签订的合同，乙公司要求支付货款并赔偿损失，甲

公司表示无力支付和赔偿，乙公司向当地公安局报案。2010年10月8日，公安局以涉嫌诈骗为由将甲公司法定代表人张某刑事拘留，1个月后，张某被批捕。2011年4月1日，检察院以证据不足为由作出不起诉决定，张某被释放。张某遂向乙公司所在地公安局提出国家赔偿请求，公安局以未经确认程序为由拒绝张某请求。张某又向检察院提出赔偿请求，检察院以本案应当适用修订前的《国家赔偿法》，此种情形不属于国家赔偿范围为由拒绝张某请求。

问题：

1. 甲公司向法院提起行政诉讼，如何确定本案的地域管辖？

【结论】由省林业局所在地的法院管辖。

【大前提】在行政诉讼中，除特殊地域管辖之外，应由最初作出具体行政行为的行政机关所在地法院管辖。

【小前提】本案被诉行为为省林业局直接作出的没收和罚款的行政处罚，故应由其所在地法院管辖。

2. 对省林业局的处罚决定，乙公司是否有原告资格？为什么？

【结论】没有。

【大前提】行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织，有权提起诉讼。提起行政诉讼的原告必须与具体行政行为有直接的、实质性的利害关系。

【小前提】因为乙公司与省林业局的处罚行为无直接的、实质性的利害关系，对甲公司不履行合同及给乙公司带来的损失，乙公司可以通过对甲公司提起民事诉讼等途径获得救济。

3. 甲公司对省林业局的致函能否提起行政诉讼？为什么？

【结论】不能。

【大前提】法律规定，行政相对人对于对其权利义务产生实际影响的具体行政行为才能提起行政诉讼。

【小前提】因为致函是一种告知、劝告行为，并未确认、改变或消灭甲公司法律上的权利义务，是对甲公司的权利义务不产生实际影响的行为。根据《行政诉讼法》及最高人民法院的司法解释，致函不属于行政诉讼的受案范围。

4. 省林业公安局对李某的传唤能否成为本案的审理对象？为什么？李某能否成为传唤对象？为什么？

(1) **【结论】**不能。

【大前提】行政诉讼案件审理对象，是原告诉讼请求指向的具体行政行为。

【小前提】因为本案原告的诉讼请求是撤销省林业局的处罚行为，传唤行为由省林业

公安局采取，与本案诉求无关，不能作为本案审理对象。

(2)【结论】不能。【大前提】根据《治安管理处罚法》的规定，治安传唤适用的对象是违反治安管理行为人。【小前提】李某并未违反治安管理规定，【结论】故省林业公安局不得对李某进行治安传唤。

5. 省林业局要求甲公司办理的木材加工许可证属于何种性质的许可？地方性法规是否有权创设？

属于企业设立的前置性行政许可。

根据《行政许可法》的规定，地方性法规不得设定企业或其他组织的设立登记及其前置性行政许可。

6. 对张某被羁押是否应当给予国家赔偿？为什么？

【结论】应当。

【大前提】根据《国家赔偿法》的规定，对公民采取逮捕措施后，决定不起诉终止追究刑事责任的，受害人有取得国家赔偿的权利。

【小前提】本案属于此种情况。（省略）

7. 公安局拒绝赔偿的理由是否成立？为什么？

【结论】不成立。

【大前提】修订后的《国家赔偿法》已经取消了司法赔偿的确认程序，以此为由拒绝赔偿缺乏法律依据。

【小前提】本案属于此种情况（略写）

8. 检察院拒绝赔偿的理由是否成立？为什么？

【结论】不成立。

【大前提】侵权行为是持续性行为的，以行为结束日期确定侵权时间。

【小前提】因为本案侵权行为持续到2010年12月1日以后，按照最高人民法院的司法解释，应当适用修订后的《国家赔偿法》。

【2015年卷四第六题】

案情：某公司系转制成立的有限责任公司，股东15人。全体股东通过的公司章程规定，董事长为法定代表人。对董事长产生及变更办法，章程未作规定。股东会议选举甲、乙、丙、丁四人担任公司董事并组成董事会，董事会选举甲为董事长。

后乙、丙、丁三人组织召开临时股东会议，会议通过罢免甲董事长职务并解除其董事，选举乙为董事长的决议。乙向区工商分局递交法定代表人变更登记申请，经多次补正后该局受理其申请。

其后，该局以乙递交的申请，缺少修改后明确董事长变更办法的公司章程和公司法定代表人签署的变更登记申请书等材料，不符合法律、法规规定为由，作出登记驳回通知

书。

乙、丙、丁三人向市工商局提出复议申请，市工商局经复议后认定三人提出的变更登记申请不符合受理条件，分局作出的登记驳回通知书错误，决定予以撤销。

三人遂向法院起诉，并向法院提交了公司的章程、经过公证的临时股东会决议。

问题：

1. 请分析公司的设立登记和变更登记的法律性质。

(1)【结论】公司的设立登记是行政许可行为。

【大前提】法律规定“行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请，经依法审查，准予其从事特定活动，为行政许可。”

【小前提】法律规定，企业或者其他组织的设立，需要确定主体资格的事项可以设定行政许可；公司法规定，设立公司应当依法向公司登记机关申请设立登记。故公司设立登记属于行政许可。

(2)【总结论】公司变更登记是指公司设立登记事项中的某些事项改变，需向公司登记机关申请变更。公司变更登记的法律性质有两种观点：

【结论1】第一观点认为属于行政许可。

【大前提】经行政机关许可才能进行特定活动的是行政许可，

【小前提】公司必须经核准登记才能变更登记事项，未经登记而擅自变更登记事项的，公司需承担法律责任。故应为行政许可。

【说明】这一个问题涉及到公司法的具体规定，许多同学是按照公司法进行回答，只要是言之有据、言之成理也给分，但是从整体上看，这个题目是行政法的题目，应该从行政法角度回答。

【结论2】第二种观点认为属于行政确认。

【大前提】行政确认是指行政机关和法定授权的组织依照法定权限和程序对有关法律事实进行甄别，通过确定、证明等方式决定管理相对人某种法律地位的行政行为。

【小前提】变更登记并不决定公司的身份或资格，只是对民事权利的确认。故应为行政确认。

2. 如市工商局维持了区工商分局的行政行为，请确定本案中的原告和被告，并说明理由。

(1)【结论1】乙、丙、丁为原告。

【大前提】行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织，有权提起诉讼。

【小前提】乙、丙、丁符合作为原告的要求，故为本案原告。

(2)【结论2】市工商局和区工商分局为共同被告。

【大前提】复议机关维持原行政行为的，作出原行政行为的行政机关和行政复议机关是共同被告。

【小前提】如市工商局维持了区工商分局的行政行为，则工商局和区工商分局都是本案被告（行政诉讼法司法解释第7条）。

3. 如何确定本案的审理和裁判对象？如市工商局在行政复议中维持区工商分局的行为，有何不同？

（1）【结论1】本案的审理裁判对象是市工商局撤销区工商分局通知的行为。

【大前提】复议机关改变原行政行为的，以复议行为为裁判对象。

【小前提】本案中区工商分局认为申请符合受理条件，市工商局认为原申请不符合受理条件而撤销原行政行为，属于改变原行政行为的情形，故应以复议行为为裁判对象。

（2）【结论】如果工商局维持了区工商分局的行为，则原行政行为（登记驳回通知书）和复议决定（撤销决定）均为案件审理对象，法院应一并作出裁判。

【大前提】复议机关维持原行政行为的，作出原行政行为的行政机关和行政复议机关是共同被告。人民法院对原行政行为作出判决的同时，应当对复议决定一并作出相应判决（见行政诉讼法司法解释第7条、第10条。司法部答案没有给出理由）。

4. 法院接到起诉状决定是否立案时通常面临哪些情况？如何处理？

（1）对符合法定起诉条件的，应当登记立案。（2）当场不能判定的，应当接收起诉状，出具注明收到日期的书面凭证，并在7日内决定是否立案。（3）不符合起诉条件的，作出不予立案的裁定。（4）如起诉状内容欠缺或有其他错误的，应给予指导和释明，并一次性告知当事人需要补正的内容。不得未经指导和释明即以起诉不符合条件为由不接收起诉状（行政诉讼法司法解释第1条）。

（注：行政诉讼法司法解释，2015年4月20日通过，已经超过了3月31日的时间，但是仍然是本题反复考察重点，说明行政法考察新法的特征十分明显。）

5. 《行政诉讼法》对一审法院宣判有何要求？

一律公开宣告判决。当庭宣判的，应当在10日内发送判决书；定期宣判的，宣判后立即发送判决书。宣判时，必须告知当事人上诉权利、上诉期限和上诉的法院。（注：行政诉讼法第80条，2014年11月1日通过，2015年5月1日生效。）

（二）行政法考点分析

行政法案例题一定会结合当年热点问题、新增法律法规来考察。比如：

2011年考察的热点是《最高人民法院关于审理行政许可案件若干问题的规定》，这是2010年生效的司法解释。还有2010年4月29日通过的《国家赔偿法》。

2012年考察的热点是《行政强制法》，2012年生效，被列入新大纲，于是2012年考。

2013年考察的是“政府信息公开司法解释”，这是近年来的热点，于是在2013年作为

命题重点。

2014 年行政法考在第七题，与最新公司法修改相结合命题。

2015 年直接考察 2014 年 11 月份通过的新行政诉讼法、2015 年 4 月 20 日通过的新行政诉讼法司法解释。

往者不可谏，来者犹可追。知道卷四行政法命题的规律，则一定要重视最新法律规定的重点法条。

1. 考查频度、分值

2007 年、2010 年、2014 年，在论述题里面考了行政法基本原理，没有考案例，其他年份都考了案例。且分值从 2008 年开始，从 10 分上升为 20 分左右。

2. 知识点、难点

2006 年以前，考点又偏又难，不好掌握和准备。2008 年以后，分值增加了，考察知识点更细致，稍不留神就会丢分。但是，考点相对集中了。

(1) 行政诉讼法：受案范围；管辖法院；原告资格；如何确定被告；审理和裁判方式；一审二审的程序（要不要发回重审、另行组成合议庭、是否符合撤诉条件、是否可以视为撤诉等）。

(2) 行政复议：被申请人如何确定；复议机关如何确定；如何决定，是维持还是改变，如果维持或者改变，那么又将如何确定被申请人等问题。

二、民法

(一) 司考民法题目的特征

1. 基本就是给一个民法案例，民法案例中有多个主体、多个法律关系相互交叉、多种法律责任竞合。法律关系越多，题目难度越大，如何将多层、交叉的复杂法律关系分解成一个一个的“简单民事法律关系”（双向民事法律关系）是分析能力的体现。

2. 任何一个问题的解决关键：找到一个独立的“双向（边）民事法律关系”，找到双方当事人权利义务（责任）关系，然后找到权利人的“请求权”，题目答案就做出来了。

3. 因此，分析民法题目步骤是：

第一，将“复杂的民事法律关系”化解为“简单民事法律关系”。

第二，找到简单民事法律关系中每个主体的权利和义务（责任），找到权利人的“请求权”。

第三，在选择题中，注意会存在“法律责任的竞合”，也就是说对于同一个行为，当事人可以主张两种以上权利（两个“请求权”），比如当事人可以要求对方承担违约责任、侵权责任、不当得利返还责任等，此时若是多选题，则几种责任都可选，如果是单选题则选择对当事人有最大保护的责任方式。

在民法学界，这种以寻找“请求权”为核心的思维被称为“民法思维”。

（二）解题示范

例题 1：甲乙签定保管合同，甲将自己祖传的价值 10 万元的古董交给乙保管。双方约定保管期间为一年，保管费为 1000 元，期满取古董时给付保管费。如果因为乙违约造成保管物损坏或灭失的乙要向甲承担 11 万元的赔偿责任。其间，乙将该古董以 12 万元的价格卖给不知情的丙，双方钱货两清。

在本案中甲应该要求乙承担何种民事责任？

1.【找简单法律关系】：甲乙双方是保管合同关系。

【请求权】：甲可以请求乙返还原物，但是已经不可能；则可以请求乙承担违约责任，赔 11 万元。

2.【找简单法律关系】：乙擅自出售甲的合法财产，甲乙之间形成侵权之债法律关系。

【请求权】：甲可以向乙请求承担损害赔偿赔偿责任，具体数额应该以实际损失（10 万元）为基础。

3.【找简单法律关系】：乙出售甲财产得到价款 12 万元，甲乙之间形成不当得利之债法律关系。

【请求权】：甲享有不当得利返还请求权。乙获得 12 万元没有法定、约定事由，因此应该将 12 万元返还受损失人甲^①。

4.【找简单法律关系】：丙属于“善意取得”，丙取得该财产所有权，甲丧失所有权。

【请求权】：甲不享有原物返还请求权。因为丙已经取得原物所有权。

【结论】（1）如果是问当事人有哪些救济途径，可以回答有 1、2、3 三种，但是如果是单项选择题问当事人应该如何选择救济途径，则应该选第 3 种。

（2）为了保证做题没有遗漏，应该把所有的“双向”、“简单”的民事法律关系都找出来。

（3）从事法律实务的“法律人”，就应该全面分析案件的几种可能性，最后选择一种对当事人最有利的方案，这种思维应对我们的法律实践有启发意义。

例题 2：北京的 A 公司聘请北京人甲代表该公司与深圳 B 公司进行一次合同标的额为 1 亿元的谈判。双方约定：“甲代表 A 公司与 B 公司进行合同谈判，聘期一个月，谈判成功给付报酬为合同标的额的 0.5%，谈判不成功给付辛苦费 3000 元，谈判的差旅费由 A 公司承担。”A 公司把授权委托书交给了甲，甲前往深圳与 B 公司进行谈判。甲在深圳下飞机后乘坐深圳 C 公交公司的车前往谈判地点。途中该公共汽车与深圳农民乙驾驶的拖拉机相撞，致使甲双腿截肢。交警部门认定乙负事故全部责任。甲为了维护自己的利益可以

^① 关于不当得利，旧的学说认为超过实际价值部分应该上交国家，即认为本案中 2 万元应该上交国家。此种观点已经与市场经济现实需要不符合，因为有人愿意花 12 万元购买该文物，那么该文物的市场价值就是 12 万元，实践中也不可能把 2 万元上交国家，故本题不再采用旧理论。因此，应该将 12 万元返还所有权人。

以谁为被告？

1.【结论】甲可以以 A 公司为被告。【找简单法律关系】：甲和 A 公司之间属于委托合同关系。【请求权】：法律规定：“受托人处理委托事务时，因不可归责于自己的事由受到损失的，可以向委托人要求赔偿损失。”“侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。”^① 因此，本案中甲可以向 A 公司请求损害赔偿，但是不是违约责任。该赔偿中可以包括精神损害赔偿。

2.【结论】甲可以以 C 公交公司为被告。【找简单法律关系】：甲与 C 公交公司之间属于旅客运输合同关系。【请求权】：《合同法》第 302 条：“承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担赔偿责任，但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。”这种赔偿责任从立法及司法实践来看都属于“违约责任”，不属于“侵权损害赔偿责任”，因此，甲可以要求 C 公交公司承担违约责任。该赔偿中不包括精神损害赔偿。

3.【结论】甲可以以农民乙为被告。【找简单法律关系】：甲与农民乙之间属于侵权之债引起的赔偿法律关系。【请求权】：根据侵权法规定，甲可以请求农民乙承担侵权损害赔偿责任。该赔偿包括精神损害赔偿。

4.【结论】甲不能以 B 公司为被告。【找简单法律关系】：甲与 B 公司之间没有形成任何法律关系。【请求权】：无。

【结论】从理论上讲，甲可以以 A 公司、C 公交公司、农民乙为被告提起诉讼。但是，从实践上来看，应该选择以 A 公司作为被告。从赔偿范围来看，以 C 公交公司为被告，不能提出精神损害赔偿，应首先排除。再看农民乙，虽然可以以其为被告，但是不如选择 A 公司为被告，因为：第一，从起诉、应诉、执行的便利性角度讲，A 公司在北京，便利甲（北京人）起诉。第二，从赔偿能力来看，A 公司比农民乙具有更大的赔偿能力。

（三）民法思维在解题中的运用

【2013 年卷四第四题】（本题 22 分）

案情：大学生李某要去 A 市某会计师事务所实习。此前，李某通过某租房网站租房，明确租房位置和有淋浴热水器两个条件。张某承租了王某一套二居室，租赁合同中有允许张某转租的条款。张某与李某联系，说明该房屋的位置及房屋里配有高端热水器。李某同意承租张某的房屋，并通过网上银行预付了租金。

李某入住后发现，房屋的位置不错，卫生间也较大，但热水器老旧不堪，不能正常使用，屋内也没有空调。另外，李某了解到张某已拖欠王某 1 个月的租金，王某已表示，依

^① 《合同法》第 407 条：“受托人处理委托事务时，因不可归责于自己的事由受到损失的，可以向委托人要求赔偿损失。”同时最高人民法院的《人身损害赔偿解释》第 11 条：“雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的，赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任，也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后，可以向第三人追偿。”再依据《侵权责任法》第 22 条：“侵害他人人身权益，造成他人严重精神损害的，被侵权人可以请求精神损害赔偿。”