



◎ 新版司法考试领航系列丛书 ◎

Xin Ban SiFa KaoShi LingHang XiLie CongShu



DIANXING ANLI JINGLIAN

典型案例 精炼

张能宝 / 主编

DIANXING ANLI JINGLIAN



经济科学出版社

新版司法考试领航系列丛书

典型案例精炼

张能宝 主编

经济科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

典型案例精炼/张能宝主编. —北京: 经济科学出版社, 2002.10
(新版司法考试领航系列丛书)

ISBN 7-5058-3180-1

I. 典… II. 张… III. 法律—案例—中国—法律工作者—资格
考核—自学参考资料 IV. D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 069870 号

责任编辑: 崔新艳 金 梅 杨 静 王京萍

责任校对: 徐领弟

版式设计: 周国强

技术编辑: 潘泽新

典型案例精炼

张能宝 主编

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销

社址: 北京海淀区阜成路甲 28 号 邮编: 100036

第二图书编辑中心电话: 88191409 发行部电话: 88191515

网址: www.esp.com.cn

电子邮件: esp@esp.com.cn

北京密兴印刷厂印装

787×1092 16 开 17.75 印张 450000 字

2002 年 10 月第一版 2002 年 10 月第一次印刷

印数: 0001—5000 册

ISBN 7-5058-3180-1/D·126 定价: 23.00 元

(图书出现印装问题, 本社负责调换)

(版权所有 翻印必究)

主 编 张能宝

副主编 秦华伦

撰稿人

张能宝	秦华伦	郦毓贝	张 玲	肖瑞堂	胡国栋
吴菊萍	杨卫华	黄 钊	沙君俊		

编委会成员

方胜利	孙伟男	刘成志	林志军	蔡 阳	张玉华
黄开国	李元勋	丁玉玫	肖道立	谢婷婷	李 刚
方少学	张伟业	蔡远程	黄甜甜	丁力书	刘天鹏
曾远辉	程 辉	王 辰	周 倩	朱小芬	程 魏
赵玉树	胡书禾	罗雨林	赵琳秀	卢 静	黄远嘉
金贯仪	吴文竹	尹 硕	徐师娇	李若静	孔玉梅
赵 利	江圆月	马 丹	喻书航	沈阳军	虞巳东
孟 凡	沈 亮	李 林	谢 敏	徐 琳	彭月生
周 健	陈 龙				

前言

案例分析卷是历年司法考试(含以往的律考)中考生得分最低的一卷,也是让广大考生最感无从下手的一卷。据统计,以往律考案例分析卷(100分)的平均得分只有35分左右,在2002年的首次司法考试中,总分值为100分的第四卷,考生的平均得分也不过40分左右。案例分析题的出题方向是什么,作为考生该如何审查、分析,到底该答多少才能得到较理想的分数,这些问题困扰着很多考生,有的考生甚至一见到案例分析题就生畏,一做到案例分析卷就发懵。

要消除广大考生在案例分析题方面的种种困惑和不解,我们认为向考生朋友阐明以下问题是十分关键和必要的:

第一,案例分析题的案情一般均是出题人虚拟设计的,案件事实不会很复杂,所涉及的问题均为典型的法律问题。因此,考生一定要仔细审题,不放过题中的任何一个信息,因为每一句话中可能都包含着考点,一句一句进行辨析,考点就会一点一点被剥离出来,一大段案例分析题最后就变成一个一个的选择题了。这样训练一段时间,考生就会发现,做好案例分析题“无他,惟手熟尔”。

第二,出题人设计案例题的考点一般都是重要知识点。从案例分析卷的试题分布上看,重要的部门法所占比重大异常突出。一般而言,第四卷共10题,民法3题(其中《民法通则》1题,《合同法》2题),刑法2题,民事诉讼法、刑事诉讼法、行政法各1题,经济法(一般为公司法)或国际法1题,法律文书1题。而在各具体的案例中,涉及的也都为该部门法的重点知识点。因此,只要重点知识点掌握得扎实,案例分析卷的及格分数一般都能得到。

第三,这几年案例分析题已有综合性越来越强之势。以民事诉讼法为例,其题目设置一改过去单一化特征,往往一道题目涉及的法律规定能够覆盖民事程序法的各个部分,不仅在纵向上考查从管辖到当事人的确定再到审判程序甚至执行程序,在横向上还可能涉及诉讼与仲裁的关系、诉讼中的非诉案件的程序以及涉外民事诉讼的法律适用等等问题。因此考生应加强对试题的明辨思考,确切为其定性后再下手解决问题,以免“失之毫厘,谬以千里”。

第四,考生一定要学会踩点得分。比如,在有关诉讼法的案例分析题中,当出题人问以上诉讼过程中有哪些错误时,一定有几分答几点,缺一不可。一个10分的题考生只找出9个知识点,是拿不到满分的。这是一条屡试不爽的经验,希望考生牢记。

第五,考生在备考案例分析题的同时,一定要加强对相关法律规定与制度的理解和思考,真正领会其精神和实质。案例分析题考查的大多数都是对法律知识的综合应用,

HAA47/06

所以如果对法律知识仅有直观的、局部的、零碎的表象记忆而缺少深层次的、整体的、全面的理解,解答案例分析题势必心有余而力不足,甚至举笔维艰。

鉴于司法考试案例分析卷的以上种种特点,以及对历年案例分析题进行仔细分析之后,我们编写了本书,以期帮助考生切实掌握案例分析题的解题思路、方法以及解题技巧。本书的特点如下:

1. 解密。本书在对各部门法案例分析题的出题方向、出题特点、总的解题方法和思路进行分析之后,通过系统训练,引导广大考生学会从出题人的角度去思考问题,从而在与出题人的斗智斗勇中做到知己知彼、百战不殆。

2. 全新。本书案例除极个别为真题改编的以外,其余全部都是新编的。之所以如此,其目的主要有两个:一是增强案例的实战性。新题会给考生新的启示和新的思考,新题能让考生得到切切实实的锻炼。二是突出案例分析题考查的方向性。重要的部门法多设计一些题,次要的部门法少设计一些题,不重要的部分法不设计题,以我们对以往考试的分析 and 把握给考生朋友们提供一个有一定针对性的参考方向。

本书的编排体例如下:

以部门法为单位,在每一部门法项下首先介绍该部门法案例的考查方向以及适合本部门法案例的解析技巧,然后是新编具体案例。在案例讲解时,在正确答案之后进行法理透析,然后结合解题技巧做进一步分析,努力帮助考生在解题过程中学会融会贯通、举一反三。

在正确答案部分,我们的原则是尽量简洁化,但是为了便于考生理解,给出适当的理论说明。在法理透析部分,我们的目的是使广大考生知其然还要知其所以然,讲解较为全面、详尽。在解题技巧部分,我们给出的主要是一种方法性的引领,告诉考生解题思路、题目设计的关键之处、题目中的隐藏信息点以及陷阱。

本书编写时间比较紧,难免有疏漏、不当之处,敬请各位专家学者和读者朋友批评指正。

张能宝

2002年8月4日

行政法与行政诉讼法 时强 编著 机械工业出版社 (111页)

【案例 1】	行政诉讼审限及执行	(1)
【案例 2】	行政处罚的主体及听证程序、行政处罚的设定	(3)
【案例 3】	行政复议机关、行政诉讼的被告	(5)
【案例 4】	行政处罚的简易程序、行政复议及赔偿的期限、近亲属的范围及 其在行政诉讼中的地位、调解的结案方式	(7)
【案例 5】	行政行为的分类、行政诉讼的当事人	(10)
【案例 6】	行政处罚的简易程序和一般程序、留置送达	(12)
【案例 7】	行政机关的举证责任、再审程序、行政赔偿义务机关	(13)
【案例 8】	行政处罚的管辖,一事不再罚原则的适用,超越职权行为、行政 处罚的程序等	(15)
【案例 9】	行政诉讼中的复议前置问题、行政诉讼当事人	(17)
【案例 10】	行政诉讼的公法性、二审的审查范围	(18)
【案例 11】	诉讼的管辖、主体资格、合并审理、举证责任和判决类型等	(20)
【案例 12】	行政复议、行政赔偿的义务机关及数额	(22)
【案例 13】	行政处罚的简易程序	(23)
【案例 14】	行政诉讼的涉外法律适用、管辖、公开审理原则、判决性质	(24)
【案例 15】	申请复议的期间、改变原具体行政行为的具体含义、管辖	(26)
【案例 16】	行政争议和民事争议的区别、对行政诉讼判决的执行	(27)
【案例 17】	行政处罚适用法律问题、举证责任、证据	(29)
【案例 18】	行政诉讼的受案范围、行政赔偿的范围、行政诉讼判决的类型	(30)
【案例 19】	行政诉讼和行政赔偿诉讼的原告主体资格以及行政诉讼的被告	(32)
【案例 20】	复议前置、规章效力、二审判决种类	(33)

民法

【案例 1】 宣告死亡制度 (36)

【案例 2】 合伙制度 (37)

【案例 3】 监护和侵权制度	(39)
【案例 4】 法律行为、借款合同	(41)
【案例 5】 意定代理制度	(42)
【案例 6】 表见代理、所有权移转与风险负担	(44)
【案例 7】 房屋买卖合同、房屋租赁合同、共有财产的处分	(45)
【案例 8】 债务转移、一般保证	(47)
【案例 9】 赠与、法律行为的无效、不当得利	(48)
【案例 10】 人身损害赔偿、运输合同、民事责任	(49)
【案例 11】 产品质量责任、消费者权益保护	(51)
【案例 12】 不当得利、保证责任、标的无风险负担	(51)
【案例 13】 夫妻共同财产、继承、所有物返还请求权	(52)
【案例 14】 无效婚姻、离婚、监护	(53)
【案例 15】 法定继承、遗嘱继承、代位继承、诉讼时效	(55)
【案例 16】 抵押物权、保证、保证责任	(57)
【案例 17】 抵押、质押、留置	(58)
【案例 18】 著作权主体、著作权继承、著作权侵权行为	(59)
【案例 19】 专利权、专利转让	(61)
【案例 20】 商标专用权、注册商标的续展、使用许可	(62)

合同法

【案例 1】 合同的订立	(65)
【案例 2】 不安抗辩权，留置权	(66)
【案例 3】 合同的变更、风险转移	(68)
【案例 4】 缔约过失	(70)
【案例 5】 违约责任	(72)
【案例 6】 违约责任、合同解除	(73)
【案例 7】 预期违约、风险转移、定金罚则	(76)
【案例 8】 违约责任、合同的相对性、请求权的竞合	(78)
【案例 9】 买卖合同、善意取得	(80)
【案例 10】 买卖合同、试用合同、风险负担	(82)
【案例 11】 合同的效力	(84)
【案例 12】 买卖合同、风险负担	(85)
【案例 13】 赠与合同、附条件的民事法律行为	(87)
【案例 14】 赠与合同、运输合同	(89)
【案例 15】 技术转让合同	(91)
【案例 16】 借款合同	(92)
【案例 17】 建设工程合同	(94)
【案例 18】 租赁合同、侵权之债	(95)
【案例 19】 融资租赁合同	(97)

【案例 20】 承揽合同	(98)
【案例 21】 仓储合同	(100)
【案例 22】 行纪合同	(102)
【案例 23】 合同的让与	(103)
【案例 24】 运输合同	(105)
【案例 25】 委托合同	(107)

民事诉讼法和仲裁法

【案例 1】 民事诉讼管辖、审判组织、回避、送达、当事人	(110)
【案例 2】 合同纠纷当事人、调解	(112)
【案例 3】 当事人的确定及诉讼地位	(114)
【案例 4】 保证合同纠纷当事人的确定、财产保全	(116)
【案例 5】 证据的分类	(117)
【案例 6】 管辖、诉讼参加人、二审程序	(120)
【案例 7】 督促程序、企业法人破产还债程序	(122)
【案例 8】 仲裁解决纠纷	(124)
【案例 9】 管辖、先予执行、反诉、强制措施、二审程序	(126)
【案例 10】 财产保全、再审程序	(128)
【案例 11】 再审程序、执行程序	(130)
【案例 12】 代表人诉讼、举证责任、再审程序	(132)
【案例 13】 合同纠纷诉讼与仲裁的关系、诉讼管辖	(134)
【案例 14】 当事人及诉讼参与人的确定	(136)
【案例 15】 代位权诉讼	(137)
【案例 16】 涉外民事诉讼程序、仲裁的范围	(139)
【案例 17】 一审程序	(140)
【案例 18】 管辖、先予执行、一审程序、二审程序	(141)
【案例 19】 当事人的更换、调解的原则、上诉、申请再审的条件	(143)
【案例 20】 延期审理、二审范围、再审、执行程序中的参与分配	(144)

刑法

【案例 1】 正当防卫、互殴、无限防卫权	(146)
【案例 2】 犯罪过失、过失致人死亡罪、不作为	(148)
【案例 3】 拐卖儿童罪、犯罪中止、收买被拐卖的儿童罪	(150)
【案例 4】 劫持航空器罪、刑事管辖权、普遍管辖权原则	(152)
【案例 5】 脱逃罪、招摇撞骗罪、数罪并罚	(153)
【案例 6】 非法捕捞水产品罪、牵连犯、以危险方法危害公共安全罪、妨害 公务罪	(155)
【案例 7】 伪造居民身份证罪、共同犯罪、骗取国家出口退税款罪、行贿罪	(157)

【案例 8】 伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪，合同诈骗罪	(160)
【案例 9】 贪污罪、盗窃罪、侵占罪、职务侵占罪	(161)
【案例 10】 共同犯罪，盗窃罪，窝藏、转移、收购、销售赃物罪	(163)
【案例 11】 窝藏罪、脱逃罪、私放在押人员罪	(165)
【案例 12】 刑法适用范围、行贿罪、赌博罪、工程重大责任事故罪	(167)
【案例 13】 缓刑、自首、累犯	(169)
【案例 14】 共同犯罪、主犯、从犯	(170)
【案例 15】 故意杀人罪、过失致人死亡罪、以危险方法危害公共安全罪	(173)
【案例 16】 销售有毒、有害食品罪，单位犯罪	(174)
【案例 17】 罪法定原则、强奸罪、走私武器罪、非法拘禁罪、非法搜查罪	(176)
【案例 18】 伪造企业印章罪、贷款诈骗罪、金融凭证诈骗罪	(178)
【案例 19】 拐卖妇女罪、收买被拐卖的妇女罪、聚众阻碍解救被拐卖的妇女罪	(179)
【案例 20】 贪污罪、诬告陷害罪、共同犯罪	(181)
【案例 21】 虚报注册资本罪，诈骗罪，牵连犯，伪造、变造金融票证罪	(183)
【案例 22】 玩忽职守罪，徇私舞弊造成破产、亏损罪，为亲友非法牟利罪	(185)
【案例 23】 犯罪未遂、犯罪得逞、犯罪既遂	(186)
【案例 24】 非法出借枪支罪、教唆犯	(188)
【案例 25】 报复陷害罪、诬告陷害罪	(190)
【案例 26】 侮辱罪、诽谤罪	(192)
【案例 27】 虐待罪、遗弃罪	(194)
【案例 28】 挪用公款罪、挪用资金罪	(195)
【案例 29】 敲诈勒索罪、诈骗罪、抢劫罪	(197)
【案例 30】 爆炸罪、杀人罪、法条竞合	(199)

刑事诉讼法

【案例 1】 检察院的通知义务、辩护人条件、抗诉理由、上诉不加刑	(202)
【案例 2】 级别管辖、律师的权利、拒绝辩护	(204)
【案例 3】 法定期限、拘留的执行	(206)
【案例 4】 移送管辖、审判独立、上诉不加刑、不开庭审理	(207)
【案例 5】 逮捕的执行、自诉案件的管辖、调解、公开审理	(208)
【案例 6】 扭送、强制措施、拒绝辩护、执行	(210)
【案例 7】 自诉案件、附带民事诉讼、回避、延期审理	(212)
【案例 8】 证人的条件、证据的种类、沉默权、口供、地区管辖	(214)
【案例 9】 扭送、保证人的义务、附带民事诉讼	(215)
【案例 10】 侦查权、补充侦查、不起诉	(217)
【案例 11】 上诉、二审程序、发回重审	(218)
【案例 12】 抗诉的提出、抗诉的审理、上诉不加刑	(220)
【案例 13】 死刑的复核、再审、死刑的执行	(221)
【案例 14】 申诉、执行	(223)

【案例 15】逮捕、延期审理、抗诉	(224)
【案例 16】撤诉、简易程序、监外执行	(226)
【案例 17】执行、漏罪的处理、级别管辖	(227)
【案例 18】不起诉、自诉案件、减刑	(229)
【案例 19】公开审理、辩护、审查起诉期限	(230)
【案例 20】逮捕、取保候审、管辖、中止审理、补充侦查	(232)

商法、经济法

【案例 1】 公司法	(234)
【案例 2】 公司法、合伙企业法(综合)	(236)
【案例 3】 合伙企业法	(237)
【案例 4】 个人独资企业法	(238)
【案例 5】 公司法、外商投资公司法(综合)	(240)
【案例 6】 破产法	(241)
【案例 7】 票据法	(243)
【案例 8】 保险法	(244)
【案例 9】 海商法	(245)
【案例 10】 反不正当竞争法	(247)
【案例 11】 消费者权益保护法	(248)
【案例 12】 证券法	(249)
【案例 13】 劳动和社会保障法(一)	(250)
【案例 14】 劳动和社会保障法(二)	(251)
【案例 15】 环境与自然资源法	(252)

国际法

【案例 1】 国际私法中的反致案	(254)
【案例 2】 国际货物买卖合同案	(256)
【案例 3】 国际货物买卖及运输保险案	(258)
【案例 4】 卖方以保函向承运人换取清洁提单案	(260)
【案例 5】 卖方以保函换取承运人签发预借提单案	(262)
【案例 6】 倒签提单和共同海损案	(263)
【案例 7】 信用证机制中的银行责任案	(266)
【案例 8】 国际货物买卖综合案	(268)
【案例 9】 海事请求权的受偿案	(269)
【案例 10】 我国的反倾销案	(271)

行政法与行政诉讼法

案例分析题考查特点与解题规律

在对历年司法考试(含律考)案例题进行深入细致的研究之后,我们发现,行政法与行政诉讼法案例题的考查特点主要有两个:一是程序性较强。行政法与行政诉讼法的案例一般都是以行政诉讼的程序为主线而设计,偶尔也会涉及行政处罚与行政复议的程序性问题;二是综合性较强。行政法与行政诉讼法的案例很少会集中考查某一方面的问题,通常它不仅会涉及行政实践问题,也会涉及行政法的理论性问题;不仅会涉及行政诉讼、行政处罚问题,也会涉及行政复议与国家赔偿问题;不仅会涉及行政争议问题,而且还会涉及行政争议与民事争议的关系问题。

行政法与行政诉讼法案例题的考查重点集中在行政诉讼法、行政复议法、行政处罚法和国家赔偿法四部单行法上,具体的考查内容主要表现在以下几个方面:(1)行政诉讼的受案范围;(2)行政诉讼的管辖;(3)行政诉讼的诉讼参与人;(4)行政诉讼的审理与判决;(5)行政复议机关;(6)行政复议期限;(7)行政复议与行政诉讼的关系;(8)行政处罚的种类;(9)行政处罚的程序;(10)国家赔偿的义务机关。

【案例1】 行政诉讼审限及执行

某市东方食品厂生产的牛皮糖的“牛头”牌商标经国家工商局核准注册,注册图案为牛,注册证为第228714号。东方食品厂由于严格管理,“牛头”牌牛皮糖的商品信誉越来越高,1998年获优质产品品牌。华南食品厂未经许可,先后几次印刷与东方食品厂的“牛头”商标标识相似的商标标识共计1705令,并使用自己印刷的商标销售与东方食品厂同类的牛皮糖21756公斤。与此同时,华南食品厂还购买了一部分东方食品厂的牛皮糖,换上东方食品厂的商标标识,进行销售。东方食品厂发现后,认为华南食品厂的行为属于侵权行为,损害了“牛头”牌牛皮糖的商标信誉并导致本厂商品销售量下降,于是东方食品厂向本市虹口区工商局提出申诉,要求停止侵权行为,赔偿损失13万元。虹口区工商行政管理

局经过审理,于1999年8月19日作出处理决定:(1)责令华南食品厂停止侵权行为,销毁剩余的商标标识;(2)对华南食品厂罚款5万元;(3)责令华南食品厂向东方食品厂赔偿经济损失10万元。华南食品厂当日收到处理决定后认为:(1)虹口区工商局的处罚决定显失公平;(2)由于未给东方食品厂造成损失,行政裁决违法,请求人民法院重新确认赔偿数额。请问:

如果华南食品厂于1999年9月12日向虹口区人民法院提起行政诉讼,那么:

1. 华南食品厂的哪些行为违反了《中华人民共和国商标法》(以下简称《商标法》)的规定?

2. 根据《商标法》的相关规定,东方食品厂可以通过哪些方式维护自身的合法权益?

3. 人民法院是否应对本案予以受理?

4. 如果受理,人民法院对这两个诉讼请

求如何进行审理？

5. 如果市法院于2000年5月5日作出终审判决维持了虹口区工商局的处理决定，华南食品厂可以在什么期限内申请再审？

6. 如果华南食品厂未在法定期限内起诉，又拒绝履行工商局的处理决定，那么，区工商局是否可以申请人民法院强制执行？

7. 如果可以，虹口区工商局应在什么期限内申请强制执行？

8. 如果虹口区工商局在法定期限内未申请强制执行，东方食品厂是否可以向人民法院申请强制执行？

9. 如果可以，东方食品厂应在什么期限内申请强制执行？

10. 如果华南食品厂在收到处理决定后就想赔偿数额与东方食品厂进行调解，后者也愿意与之协商，人民法院是否允许？如果调解不成，双方应当依照什么法律向人民法院提起诉讼？

【正确答案】

1. 华南食品厂擅自印刷与“牛头”牌商标标识相似的商标标识，并用于自己的产品，属于《商标法》规定的侵犯注册商标专用权的五种行为中的三种：一是未经商标注册人的许可，在同一种商品上适用与其注册商标近似的商标；二是擅自制造他人注册商标标识；三是未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场。

2. 东方食品厂发现华南食品厂的侵权行为后，可以与华南食品厂协商解决；不愿协商或协商不成的，可以向人民法院提起诉讼，也可以请求工商行政管理部门处理。

3. 人民法院应予受理。

4. 人民法院对于这两个诉讼请求可以合并审理。

5. 华南食品厂可以在2002年5月5日前申请再审。

6. 工商局可以申请人民法院强制执行。

7. 虹口区工商局应在180日内申请强制执行。

8. 可以。权利人对生效行政裁决可以申请执行。

9. 东方食品厂应在90日内申请强制执行。

10. 如果双方愿意就侵权赔偿数额进行调解的，工商行政管理部门与人民法院都应当允许。如果调解不成，双方应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）向人民法院提起民事诉讼。

【法理透析】

1. 本题侵犯注册商标专用权的行为方式中，第三种行为方式系修订的《商标法》新增的内容。由于现实生活中，越来越多的单位和个人采取这种方式进行不正当竞争，实际属于侵犯商标专用权的行为，而法律却没有相应的规定，因此，修订《商标法》时增加了该款。

2. 根据《商标法》的有关规定，侵犯商标专用权引起纠纷的，由当事人协商解决；不愿协商或者协商不成的，商标注册人或者利害关系人可以向人民法院起诉，也可以请求工商行政管理部门处理。工商行政管理部门处理时，认定侵权行为成立的，责令立即停止侵权行为，没收、销毁侵权商品和专门用于制造侵权商品、伪造注册商标标识的工具，并可处以罚款。

3. 《中华人民共和国行政诉讼法》（以下简称《行政诉讼法》）第41条规定：“提起诉讼应当符合下列条件：（一）原告是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织；（二）有明确的被告；（三）有具体的诉讼请求和事实根据；（四）属于人民法院受案范围和受诉人民法院管辖。”本案华南食品厂的诉讼符合上述要求，因此，人民法院应予受理。

4. 合并审理又叫作诉的合并，是指基于各个诉的主体或内容上的联系，把几个诉合并在一起共同审理和解决。当主体是多数时，也就是当事人为3人以上时，称为共同诉讼。当诉讼的标的是多数时，叫作诉的合并，又叫作客体合并。诉的合并一般基于法律强制性规定，此外也考虑是否符合诉的经济原则。同时

需要注意的是,不同性质的诉不能合并,不是同一审判程序的诉不能合并,不属于同一法院管辖的诉不能合并。并且,对于合并的诉讼,需要分别判决时,应在同一判决书中或者几份判决书中反映各诉的判决结果。

5. 如果市法院于2000年5月5日作出终审判决维持了虹口区工商局的处理决定,华南食品厂可以在2002年5月5日前申请再审。根据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第73条第1款的规定:“当事人申请再审,应当在判决、裁定发生法律效力后2年内提出。”

6. 我国《行政诉讼法》第66条规定:“公民、法人或者其他组织对具体行政行为在法定期限内不提起诉讼又不履行的,行政机关可以申请人民法院强制执行,或者依法强制执行。”

7. 《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第88条规定:“行政机关申请人民法院强制执行其具体行政行为,应当自被执行人在法定起诉期限届满之日起180日内提出。逾期申请的,除有正当理由外,人民法院不予受理。”

8. 《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第83条规定:“对发生法律效力的行政判决书、行政裁定书、行政赔偿判决书和行政赔偿调解书,负有义务的一方当事人拒绝履行的,对方当事人可以依法申请人民法院强制执行。”

9. 《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第90条规定:“行政机关根据法律的授权对平等主体之间民事争议作出裁决后,当事人在法定期限内不起诉又不履行,作出裁决的行政机关在申请执行的期限内未申请人民法院强制执行的,生效具体行政行为确定的权利人或者其继承人、权利承受人在90日内可以申请人民法院强制执行。享有权利的公民、法人或者其他组织申请人民法院强制执行具体行政行为,参照行政机关申请人民法院强制执行具体行政行为

的规定。”

10. 《商标法》第53条规定:“……进行处理的工商行政管理部门根据当事人的请求,可以就侵犯商标专用权的赔偿数额进行调解;调解不成的,当事人可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》向人民法院起诉。”因此,本案中,如果双方愿意就侵权赔偿数额进行调解的,工商行政管理部门与人民法院都应当允许。如果调解不成,双方应当依照《民事诉讼法》向人民法院提起民事诉讼。

本题第10问涉及侵权赔偿数额的调解问题。修订之前的《商标法》没有相应的规定,因而在实践中侵权赔偿数额能否调解就引起了困惑。但是,从法理上讲,侵权赔偿本来就是平等主体之间可以协商的问题,剥夺任何一方这种协商的权利都是不正确的。所以,此次修订将之明确化了。

【解题技巧】

《商标法》于2002年1月27日进行了第二次修订,那么,按照我们之前作出的推断——新的东西一定是考试的重点或热点,因此,我们在此设计了这样的问题,希望引起考生的充分重视。考试如打仗,一定要做到知己知彼,方能百战不殆。我们必须预测每年考试出题人可能会关注哪些问题,并做好充分的准备,这样在考试中遇到相似的问题,就能得心应手,易如反掌了。

另外,请考生们注意,申请再审的期限在三大诉讼法中规定并不一致。《行政诉讼法》中为两年,与《民事诉讼法》一致,而《刑事诉讼法》中并无再审时限的限制,原因是在我国刑事诉讼中贯彻有错必究的原则。三大诉讼法中类似而又有不同规定的,既是考生容易混淆的知识点,也是出题人经常会关注的地方,建议考生将这些知识点作一系统的总结,做到心中有数,考场上才会不慌不忙。

【案例2】 行政处罚的主体及听证程序、行政处罚的设定

2001年9月24日,某市劳动局的执法人

员到个体户吴爱华的工厂进行检查,发现有多处不符合劳动安全卫生标准,如灯光昏暗、工作人员操作时未穿戴工作衣帽等等。对此,劳动局劳动安全稽查组的工作人员作了劳动安全卫生检查记录,并提出了“限3天改进,罚款人民币2000元”的处理意见,吴爱华当场签了字。工作人员当天扣留了吴爱华的“特殊工种用工许可证”。9月27日,劳动安全稽查组对吴爱华作出了第82号行政处罚决定书,并于当天送达吴爱华。吴爱华在9月29日向市劳动局劳动安全稽查组缴纳罚款2000元。两天后,劳动安全稽查组派人到吴爱华的工厂进行检查,仍认为不符合要求,特殊工种用工许可证仍未发还给吴爱华,并要求其两天之内进行改进。10月4日,劳动安全稽查组两次派人到吴爱华的工厂去检查时,发现吴爱华的工厂上锁,便派人通知吴爱华第二天同去加工厂检查改进情况。吴爱华以“没有时间”拒绝前往。而且吴爱华认为市劳动局劳动安全稽查组的行政处罚对事实的认定不准确,处罚过重,扣留特殊工种许可证没有法律依据,于是向市政府申请复议,要求撤销市劳动局的行政处罚决定,退还罚款,赔偿因扣留特殊工种用工许可证而造成的损失。但复议机关作出了维持原处罚决定的复议决定。请问:

1. 劳动安全稽查组有无行政处罚的主体资格?为什么?
2. 吴爱华对劳动安全稽查组的处罚行为不服时应向谁申请复议?
3. 如果吴爱华提起诉讼,则应以谁为被告?
4. 据查,扣留吴爱华特殊工种用工许可证的法律依据是该省人大常委会通过的一个立法文件,则该扣留行为是否合法?为什么?
5. 如果劳动局要吊销吴爱华工厂的特殊工种用工许可证,那么吴爱华可否要求举行听证?为什么?

【正确答案】

1. 劳动安全稽查组无处罚主体资格,因为劳动安全稽查组是劳动局下属机构,不能独

立对外作出行政行为,无行政主体资格。

2. 可向市政府或市劳动局的上级主管机关——省劳动厅申请复议。

3. 应以市劳动局为被告。

4. 合法。因为地方性法规可以设定扣留特殊工种许可证的行政处罚措施。

5. 可以要求举行听证。因为对于吊销许可证的行政处罚,行政相对人可以要求举行行政处罚听证程序。

【法理透析】

1. 行政主体是指享有国家行政权,能以自己的名义行使行政权,并能独立地承担因此而产生的相应法律责任的组织。判断某一组织是否是行政主体,不仅要看其是否享有国家行政权,而且要看其是否能以自己的名义作出行使行政权的行政行为以及能否独立承担法律责任。劳动安全稽查组是劳动局下属机构,不满足以上条件,因此不是行政法上的行政主体,其行为应由劳动局来承担法律责任。

2. 《中华人民共和国行政复议法》(以下简称《行政复议法》)第12条规定:“对县级以上地方各级人民政府工作部门的具体行政行为不服的,由申请人选择,可以向该部门的本级人民政府申请行政复议,也可以向上一级主管部门申请行政复议。对海关、金融、国税、外汇管理等实行垂直领导的行政机关和国家安全机关的具体行政行为不服的,向上一级主管部门申请行政复议。”本案中,争议的行政行为是由劳动部门作出的,劳动部门不属于垂直领导的行政机关,因此,当事人可以选择向市政府或市劳动局的上级主管机关申请复议,它们都属于市劳动局的上一级主管机关。

我国的人民政府工作部门,一般来说既受本级人民政府管理,又受上一级主管部门管理。一些垂直领导的行政机关,因为工作性质特殊而只对上一级主管部门负责,因此,在行政复议上有些特殊。

3. 《行政诉讼法》第25条规定:“公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的,作出具体行政行为的行政机关是被告。经

复议的案件，复议机关决定维持原具体行政行为的，作出原具体行政行为的行政机关是被告；复议机关改变原具体行政行为的，复议机关是被告。”本案中，复议机关作出的是维持决定，因此，应当以作出原具体行政行为的行政机关即市劳动局为被告。

4. 《中华人民共和国行政处罚法》（以下简称《行政处罚法》）第11条规定：“地方性法规可以设定除限制人身自由、吊销企业营业执照以外的行政处罚。”可见，地方性法规对行政处罚种类的规定之限制仅为限制人身自由和吊销营业执照两种。

5. 根据《行政处罚法》的有关规定，行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前，应当告知当事人有要求举行听证的权利；当事人要

求听证的，行政机关应当组织听证。当事人不承担行政机关组织听证的费用。本案中，如果劳动局要吊销吴爱华工厂的特殊工种用工许可证，那么吴爱华可以要求举行听证。

【解题技巧】

现实生活中哪些行政机关是行政主体，哪些不是，经常是令考生疑惑发懵的一个棘手的问题。考生可以从上述行政主体的特征上去做判断，更重要的是要对我国行政机关的设置及性质有所了解，这是解决该问题的比较理想的方法。

《行政处罚法》第9条至第14条对法律、法规以及规章设定行政处罚的种类作了限制，这么多条文对于备战司法考试的考生来说记忆的负担可谓十分繁重，因此，将之简化记忆是十分必要的。考生可以按下表记忆。

行政处罚种类	警告	地方性法规	行政法规	法律
	罚款			
	没收违法所得、没收非法财物			
	责令停产停业			
	暂扣或者吊销许可证、营业执照			
	行政拘留			
	其他行政处罚			

【案例3】 行政复议机关、行政诉讼的被告

1998年7月，高某开办了个体修车业务服务部，并到区税务机关办理了税务登记证。2001年8月27日，某区税务局第二税务所派出两名税务检查人员，对高某2000年1月至2001年8月使用的发票进行检查，发现如下几个问题：（1）缺少存根联及付款联的有3份；（2）存根作废、付款联丢失的各有一份；（3）存根仅剩半截的有5份；（4）个人收入登记簿被撕毁17页。为此，某区税务局第二税务所依据某市人民政府第13号令第1和第3款之规定，对高某撕毁个人收入登记簿罚款

1500元，限被处罚者在2001年9月10日以前交纳罚款。高某不服这一行政处罚，拒不交纳罚款，要求区税务局第二税务所组织听证会，遭到拒绝，高某于2001年9月18日向市税务局申请复议，同时依规定交纳了全部罚款。

市税务局收到高某的复议申请后，出于以下两种基本考虑，决定由市税务局某区税务分局负责审议此案。其考虑一，区税务分局可算市税务局分支机构，完全可以由该分局复议；其考虑二，本案中第二税务所作出行政行为，由它的上级即区税务局复议也有道理。

某区税务局审理后作出复议决定，维持某区税务局第二税务所的行政处罚决定。高某仍然不服，以第二税务所作为被告，向某区人民

法院提起行政诉讼，请求撤销具体行政行为。

区人民法院受理此案后，征得原告高某同意依职权将被告变更为某区税务局进行审理。经审理认为，某区税务局与市税务局某区税务分局实际属于同一单位，只是对外挂两块牌子。因此，市税务局委托其复议纯系同级复议，违反法定应由上一级复议的程序性规定，由此判决撤销了区税务局的行政处理决定，令被告重新作出具体行政行为。请问：

1. 如果某区税务局第二税务所有根据认为高某有逃避纳税义务行为时，可以采取哪些措施或者保全措施以避免税收流失？

2. 高某是否有权要求听证？某区税务局第二税务所能否拒绝高某的听证要求？如果第二税务所以高某不承担组织听证的费用而拒绝其要求举行听证的权利，是否合理？

3. 高某向市税务局申请复议是否正确？

4. 高某不服该行政处罚，可否直接向人民法院提起行政诉讼？

5. 高某不服行政复议决定，以第二税务所为被告向某区人民法院提起行政诉讼，请求撤销具体行政行为，是否正确？

【正确答案】

1. 如果某区税务局第二税务所有根据认为高某有逃避纳税义务行为时，可以在规定的期限内限其缴纳应纳税款；在限期内发现纳税人有明显的转移、隐匿其应纳税的商品、货物以及其他财产或者应纳税的收入的迹象的，税务机关可以责成纳税人提供纳税担保。如果纳税人不能提供纳税担保，经县以上税务局（分局）局长批准，税务机关可以采取下列税收保全措施：

书面通知纳税人开户银行或者其他机构冻结纳税人的金额相当于应纳税款的存款金额；

扣押、查封纳税人的价值相当于应纳税款的商品、货物或者其他财产。

纳税人在前款规定的限期内缴纳税款的，税务机关必须立即解除税收保全措施；限期期满仍未缴纳税款的，经县以上税务局（分局）局长批准，税务机关可以书面通知纳税人开户

银行或者其他金融机构从其冻结的存款中扣缴税款，或者依法拍卖或者变卖所扣押、查封的商品、货物或者其他财产，以拍卖或者变卖所得抵缴税款。

2. 高某有权要求举行听证，而且某区税务局第二税务所不得以高某不愿承担组织听证的费用为由，剥夺高某要求组织听证的权利。

3. 某区税务局第二税务所是某区税务局的分支机构，而非派出机构，所以高某可以向某市税务局或者区人民政府申请行政复议。

4. 本案中，高某系对税务机关的处罚决定不服，因此既可以申请行政复议，也可以向人民法院起诉。

5. 不正确。应根据我国《行政诉讼法》第25条第4款的规定，由法律、法规授权的组织区税务局为被告。

【法理透析】

1. 对比《中华人民共和国税收征管法》（以下简称《税收征管法》）第37、38、40条的规定可以看出，税收保全措施与税收强制执行措施实施的条件和内容有重叠，但不完全一致。这是新的《税收征管法》涉及的考点。

2. 根据《行政处罚法》的有关规定，行政机关作出较大数额罚款的行政处罚决定之前，应当告知当事人有要求举行听证的权利；当事人要求听证的，行政机关应当组织听证。当事人不承担行政机关组织听证的费用。本案中，某区税务局第二税务所作出罚款决定的数额为1500元，属于数额较大的罚款，因此，高某有权要求举行听证，而且某区税务局第二税务所不得以高某不愿承担组织听证的费用为由，剥夺高某要求组织听证的权利。

自2001年河北一律师状告铁道部春运火车票涨价程序不合法以来，听证就成为了行政程序中关注的焦点和热点。我国现有司法、税务、劳动、工商、海关及地方行政处罚听证程序规则，但并未收入司法考试的考查范围，因此，就司法考试来说，考生仅需注意的有关听证的条件、费用负担等现有法律规定即可。

3. 我国《行政复议法》第15条第（二）