



国家司法考试

案例解谜

1996-2003

作者 付英 王丰



经济科学出版社



责任编辑：刘殿和

责任校对：董蔚挺

技术编辑：王世伟

国家司法考试案例解谜

付英 王丰 著

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

总编室电话：88191217 葵花宝典工作室：88191438

网址：www.esp.com.cn

电子邮件：esp@esp.com.cn

天津新华印刷一厂印装

787×1092 32 开 7.625 印张 220000 字

2004 年 4 月第一版 2004 年 4 月第一次印刷

印数：00001-15000 册

ISBN 7-5058-4119-X/D·164 定价：17.00 元

(图书出现印装问题，本社负责调换)

(版权所有，翻印必究)

前言

《国家司法考试案例解谜》是葵花宝典系列丛书之一，本书根据国家司法考试大纲的要求，对1996年至2003年的历年全真案例分析题进行了归类 and 解析，并对难点和疑点进行了详细的阐释，所引用的法律及相关司法解释截止于2004年7月1日（施行）。

在司法考试中，对于案例分析题，往往是历届考生得分最少的部分。事实上一个案例题就是由数个小的法律关系组成一个或数个大的法律关系而已，如果头脑清醒，概念明晰，对付案例题应不在话下。但为什么大都得分很少呢？我想问题主要出在以下几个方面：

一是，看完题后，思维混乱，分不清题干中交待的是什么法律关系，找不到做题的切入点；

二是，把题读懂了，又不知如何写答案；

三是，开始写答案，又担心写得不够全面，唯恐漏掉闪光点，结果越写越多，时间根本不够用；

四是，答到后面时发现前后矛盾，于是在试卷上涂改，越改越乱，卷面一塌糊涂；

前言

五是,遇关键性问题吃不准,而该问题又决定其他问题的解答,于是反复推敲,弄到最后,还差好几道题没做。

对于以上问题,我认为原因主要在于:基础知识掌握不牢,做题经验不足或做题方法不妥。对此可从以下几个方面着手解决:

1. 通过在考前多做历届全真案例题,巩固已掌握的基本法律知识,积累做题经验,掌握基本的做题技巧,培养正确的做题方法和分析案例题的思路。

2. 在平时练习时,必须坚持勤于动笔,不能只动脑不动手,也不可刚想到一个模糊答案后就急于翻书去求证,而应先写出答案,再对照答案部分,检查自己的对与错,判断自己分析问题的思路是否正确,以求举一反三。应当牢记,所谓解题技巧都是靠平时的练习培养出来的。

3. 做好案例题的步骤大致如下:

- ①迅速查看题中所问问题,初步判断考查方向;
- ②带着问题去看题干;

前言

③确定本题考查的是哪一个部门法的内容。从历年考题来看，一般考查民法通则、担保法、合同法、继承法、刑法、刑诉法、民诉法、仲裁法、公司法、国家赔偿法、行政处罚法、国际经济法等，交叉考查若干个部门法的案例题并不多见，即使有，也只是以一个部门法为主，个别问题涉及其他部门法。

④根据问题的设置来确定所考查的具体知识，如民法中的无权处分、善意取得等，这些都是部门法中最重要、最基本的概念、法律制度。根据命题者“因法设题”的命题思路，去“因题找法”，即案例题的出题思路一般是先有了所要考查的内容和知识点，然后再据此设计案情和题目。

在分析题干时应注意：一般而言，题干中所给出的信息都是有用的，要么正面地提供解答线索，要么从反面提供干扰正确作答的信息，因而不要忽略任何一个有用的信息，对此一定要有足够的敏感度。分析题干时，还应随手将所交待的法律关系画一个草图，列出题中各种人或物之间的关系、时间点，这样能使你对题有一个整体、明晰的概念，既

前言

了解题中事物之间的关系,又不会漏掉一个有用的信息点。

要记住,不论多么复杂的法律关系,都是由一个个简单的法律关系组成的,你只要在草图上将其一一列出,再复杂的题也会变得简单。

⑤在答题时应注意的是:问什么答什么,若没有问“为什么”,则不必答理由,答了也没用。另外,还可以根据题目所给分数和所问问题数来推断应答要点,如一道10分的题有两个小问,一般而言,每个小问应有5分,此时每个小问应答到5个要点或10个要点才算完整,否则,应检查是否漏答。

总之,只要同学们基础知识掌握牢靠,再加上一定的解题技巧,定会顺利过关。如果你在学习本书的过程中遇有疑难问题,可邮至作者信箱:followme@vip.163.com,我们会将解答尽快返回,或点击www.khbd.com.cn葵花宝典论坛,讨论难点、疑点以解惑。

付英 王丰
二〇〇四年四月

目录

第1编	民法	1
第2编	刑法	64
第3编	民事诉讼法	99
第4编	仲裁法	121
第5编	刑事诉讼法	132
第6编	行政法与行政诉讼法	169
第7编	国际经济法	202
第8编	商法	208
第9编	经济法	229

第1编 民法

1. (2003年试卷四第3题, 7分)

张某在一风景区旅游,爬到山顶后,见一女子孤身站在山顶悬崖边上,目光异样,即心生疑惑。该女子见有人来,便向悬崖下跳去,张某情急中拉住女子衣服,将女子救上来。张某救人过程中,随身携带的价值2000元的照相机被碰坏,手臂被擦伤;女子的头也被碰伤,衣服被撕破。张某将女子送到山下医院,为其支付各种费用500元,并为包扎自己的伤口用去20元。当晚,张某住在医院招待所,但已身无分文,只好向服务员借了100元,用以支付食宿费。次日,轻生女子的家人赶到医院,向张某表示感谢。问:

- (1) 张某与轻生女子之间存在何种民事法律关系?
- (2) 张某的照相机被损坏以及治疗自己伤口的费用女子是否应偿付?为什么?
- (3) 张某为女子支付的医疗费等费用能否请求女子偿付?为什么?
- (4) 张某向服务员借的100元,应当由谁偿付?为什么?
- (5) 张某能否请求女子给付一定的报酬?为什么?
- (6) 张某是否赔偿女子衣服损失?为什么?

答案:

- (1) 因张某的救助行为使二者之间发生无因管理关系。
- (2) 应当由女子偿付,因为此系张某实施管理行为所造成的,而且张某自己没有过失;答“此系实施无因管理而发生的损失和合理的费用”亦可。
- (3) 能。因为此为张某在管理事务中支出的必要费用。
- (4) 由女子偿付。因受益人对无因管理行为中发生的正当债务有清偿之义务。或答由张某偿付。因该款系张某所借,基于合同的相对性原理。

(5) 不能。因为无因管理是无偿性的。

(6) 不应赔偿。因为此系在紧急情况下造成，张某并无过失。

剖析：

本题考查见义勇为为情形下民事责任的承担、无因管理。与2002年试卷三第18题考查相同。

(1)《民法通则》第93条规定：“没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的，有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用。”

《民通意见》第132条：“民法通则第93条规定的管理人或者服务人可以要求受益人偿付的必要费用，包括在管理或者服务活动中直接支出的费用，以及在该活动中受到的实际损失。”

无因管理，是指没有法定或约定的义务，为避免他人利益受损失，自愿管理他人事务或为他人提供服务的行为。

应当注意：在既无法定义务又无约定义务的情况下，管理他人的事务，属于干预他人事务的范畴。法律所承认的无因管理，是为公共利益或他人利益而主动管理他人事务的行为，是符合助人为乐、见义勇为的道德准则的行为，因而是得到鼓励和受到保护的。

① 无因管理的成立应具有以下三个要件：管理他人事务；有为他人利益的意思；无法律上的原因。

所谓“管理他人事务”，是指为他人进行管理或者服务。

★所谓事务，是指一切与人们生活利益有关的事项。它可以是有关财产的事项，也可以是非财产的事项；可以是继续性的事项，也可以是一时性的事项；可以是法律行为，也可以是事实行为。

★所谓管理，是对事务的照看、料理等，既可以是民事法律行为，例如：购买物品；也可以是事实行为，例如：保存行为、改良行为、利用行为、处分行为和服务行为；又如：救助他人。

② 无因管理的效力表现为无因管理一经成立，管理人与本人之间即产生债的关系。管理人有权要求本人偿付因管理而支付的必要费用和补偿因管理而遭受的相应损失的权利。

③ 管理人的义务包括：适当管理义务、通知本人义务、继续管理

义务和报告义务等。

④ 管理人的权利包括：

★费用的偿还请求权。管理人为管理事务支出的必要费用，得请求本人偿还。该费用有无必要，应以通常标准而定。

★清偿所负债务的请求权。管理人因管理事务而负担的必要债务，得请求本人代为清偿。

★损害赔偿请求权。管理人因管理事务而受损害的，得请求损害赔偿。

⑤ 管理人的赔偿责任，仅限于在管理过程中的故意或重大过失的情况下给本人造成损害的，承担损害赔偿责任。

(2) 本题中，张某为了该女子的利益（生命利益），而实施的救助行为属于无因管理，即构成道德范畴内的无因管理法律关系。事实上无因管理制度的设制本身就是为了对见义勇为等正当性质的行为予以补偿。

(3) 本题直接根据2004年5月1日施行的最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第15条也可推导出答案。该条文规定：“为维护国家、集体或者他人的合法权益而使自己受到人身损害，因没有侵权人、不能确定侵权人或者侵权人没有赔偿能力，赔偿权利人请求受益人在受益范围内予以适当补偿的，人民法院应予支持。”

据此，为维护国家、集体或者他人的合法权益而使自己受到人身损害，在以下三种情形下，人民法院可以根据赔偿权利人的请求，判令受益人在受益范围内对受害人的损害予以适当补偿：

- ① 没有侵权人，例如：为抢救落水儿童而身负重伤；
- ② 不能确定侵权人，例如：为制止犯罪遭受伤害，案件未能侦破的；
- ③ 犯罪分子或者侵权人没有赔偿能力的。

应当注意：受益人不是侵权人，其承担补偿责任并不是因为其有过错，而是基于公平原则。

2. (2003年试卷四第4题，11分)

A省的甲公司于2000年1月通过签订使用许可合同获得某外国

企业在中国注册的“金太阳”电脑商标独占使用权及其操作系统 M 软件的使用权，批量组装“金太阳”电脑。2001 年 7 月，甲公司与 A 省的乙公司签订委托销售合同，约定乙公司以自己的名义销售 100 台“金太阳”电脑，销售价格为每台 3000 元，每销售一台收取代销费 300 元。同年 9 月，乙公司向 B 省的丙大学以每台 3000 元的价格卖出 70 台“金太阳”电脑，合同约定丙大学当日支付 15 万元，提货 50 台，另 20 台电脑由丙大学开办的具有法人资格的丁公司收货并付款，同时合同还约定如发生纠纷由“起诉一方所在地法院管辖”。同年 10 月初，丁公司收到乙公司发运的 20 台“金太阳”电脑，并将该批电脑进行赢利性出租，但丁公司多次以资金困难为由拒绝了乙公司的付款要求。2002 年 3 月，乙公司将尚未卖出的 30 台电脑的“金太阳”商标清除，更换为戊公司的注册商标“银河”，并以每台 4000 元的价格卖给不知情的李某 2 台，李某将其中一台赠送给好友胡某。

问题：

(1) 如果丙大学使用的 50 台电脑出现质量问题，应向谁主张违约责任？

(2) 丁公司出租电脑的行为是否侵犯 M 软件的出租权？为什么？

(3) 乙公司如果起诉请求支付 20 台电脑货款，应以谁为被告？怎样确定管辖法院？

(4) 乙公司更换商标的行为应如何定性？哪些主体可以作为适格的原告起诉乙公司？

(5) 如李某购买的 2 台电脑没有质量问题，能否向卖方双倍索赔？为什么？

(6) 如胡某接受赠与的电脑出现质量问题，能否要求李某承担瑕疵担保责任？为什么？

答案：

(1) 应向乙公司主张违约责任。

(2) 没有侵犯 M 软件的出租权，因为该软件不是租赁合同的主要标的。

(3) 应以丙大学为被告。由乙公司所在地的基层人民法院管辖。

(4) 乙公司的行为构成商标侵权行为（或“假冒和反向假冒行为”，或侵权注册商标专用权行为，或侵犯商标权行为，或侵权行为）。甲公司、戊公司、某外国企业和李某均可作为原告起诉乙公司。

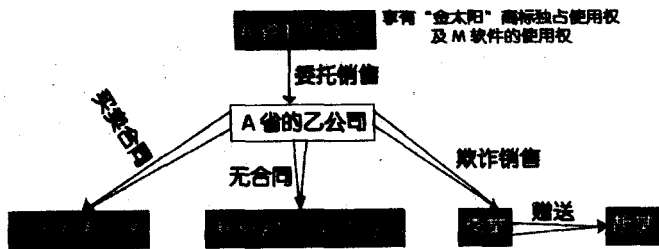
(5) 有权双倍索赔。因乙公司的销售行为构成欺诈，欺诈不以产品的质量问题的构成要件。

(6) 不能。因为赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任，并且李的赠与没有附义务，也不存在李故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵的情形。

剖析：

本题考查买卖合同、行纪合同、赠与人的瑕疵担保责任、著作权内容、商标侵权行为、双倍赔偿、协议管辖。

本题当事人之间的法律关系示意如下：



(1) 在本题中，乙公司和丙大学是该电脑买卖合同的当事人，乙公司是出卖方、丙大学是买受方。

① 《合同法》第155条规定：“出卖人交付的标的物不符合质量要求的，买受人可以依照本法第111条的规定要求承担违约责任。”

《合同法》第111条规定：“质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依照本法第61条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的

大小,可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。”

据此,丙大学可根据买卖合同向乙公司主张违约责任。

②《合同法》第414条规定:“行纪合同是行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动,委托人支付报酬的合同。”

据此,本题的甲公司委托乙公司以乙公司自己的名义销售电脑,甲公司支付报酬每台300元,属行纪合同。

③《合同法》第421条规定:“行纪人与第三人订立合同的,行纪人对该合同直接享有权利、承担义务。”

第三人履行义务致使委托人受到损害的,行纪人应当承担损害赔偿责任,但行纪人与委托人另有约定的除外。”

综上所述,丙大学应向乙公司主张违约责任。

相关知识如下:

①行纪合同(又称信托合同),是指一方根据他方的委托,以自己的名义为他方从事贸易活动,并收取报酬的合同。其中,以自己名义为他方办理业务的,为行纪人。行纪合同的特征为:

★行纪合同主体资格要受到限制。行纪人只能是经批准经营行纪业务的自然人、法人或其他组织,未经法定手续批准或核准经营行纪业务的自然人、法人和其他组织不得经营行纪业务,不能成为行纪合同的行纪人。

★行纪人以自己的名义为委托人办理委托事务。行纪人在为委托人办理业务时,须以自己的名义。行纪人在与第三人实施法律行为时,自己即为权利义务主体,因此,行纪人与第三人直接发生的权利、义务及其法律后果由行纪人自己承担,这是行纪合同与委托合同的重要区别。

★行纪人为委托人购销物品的所有权属于委托人。行纪人为委托人购入或者销售物品,虽然它们都在行纪人占有、支配之下,但都是接受委托人委托而经营的,并不属于行纪人自己所有。这些财产如果不是因为行纪人原因而发生毁损、灭失的,风险应由委托人承担。

★行纪合同的标的是行纪人为委托人进行一定的法律行为。

★行纪合同属于双务、有偿、诺成和非要式合同。

☆行纪人负有为他方办理买卖或其他商事交易的义务，而委托人负有支付报酬的义务，双方的义务相互对应；同时，行纪人完成事务须收取报酬，为有偿服务而不是无偿服务，双方的利益具有对价关系，故行纪合同为双务、有偿合同。

☆行纪合同只需双方当事人之间的意思表示一致即告成立，无须一方当事人义务的实际履行，故为诺成合同。

☆法律行政法规并未要求行纪合同具备特别的形式，故为非要式合同。

② 行纪合同和委托合同的共同之处在于以下几个方面：

★两者均为提供服务的合同。

★两者均以当事人双方的相互信任为前提。

★两者都是委托人委托他人处理一定的事务。

根据《合同法》第423条规定，行纪合同除另有规定外，适用委托合同的有关规定。

③ 行纪合同与委托合同的区别在于以下几个方面：

★行纪合同所指的事务是特定的，仅限于买卖、寄售等贸易活动，一般为法律行为；而委托合同中所指的事务既可以是法律行为，也可以是事实行为。

★行纪合同中，行纪人只能以自己名义进行活动，行纪人与第三人之间所为的法律行为并不能直接对委托人发生效力；而委托合同的受托人处理委托事务，既可以以自己名义，也可以以委托人名义，受托人与第三人订立的合同有时可对委托人直接发生效力。

★行纪合同为有偿合同；委托合同既可为无偿合同，也可为有偿合同。

★行纪合同与《合同法》第403条规定的间接委托合同的区别在于：行纪合同对第三人没有约束力，行纪人与第三人的合同也同样不能对抗委托人等。

(2) 2001年10月27日修正的《著作权法》第10条规定：“著作权包括下列人身权和财产权：……（七）出租权，即有偿许可他人临时使用电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件的权利，计算机软件不是出租的主要标的的除外；……”

本题是以出租电脑为主要标的，而不是以出租软件为主要标的，故不存在侵犯 M 软件出租权的问题。

(3) 本小题考查违约责任的相对性规则、涉及第三人利益的合同以及管辖法院的确定。

①《合同法》第 65 条规定：“当事人约定由第三人向债权人履行债务的，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任。”

在本题中，乙公司和丙大学在合同中约定，该 20 台电脑由第三人丁公司付款，但第三人丁公司并没有履行，故应由合同的债务人丙大学承担违约责任。所以，应以丙大学为被告。

相关知识如下：

★违约责任的相对性，是指违约责任只能在特定的当事人之间，即合同关系的当事人之间发生，合同关系以外的人，不负违约责任，合同当事人不对其承担违约责任。

《合同法》第 109 条规定：“当事人一方未支付价款或者报酬的，对方可以要求其支付价款或者报酬。”据此，违约责任只能在特定的当事人之间，即只在合同关系的当事人之间发生。

★《合同法》第 64 条规定了“向第三人履行债务”，即利益第三人合同制度：“当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任。”

《合同法》第 65 条规定了“由第三人履行债务”时的责任承担：“当事人约定由第三人向债权人履行债务的，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担违约责任。”

无论是“向第三人履行债务”还是“由第三人履行债务”，这里的第三人都不是合同的当事人。

“向第三人履行债务”，实质上是第三人受债权人的指令而代债权人接受债务人的履行，第三人并没有因此而成为合同的债权人。因此，当债务人未按约定向第三人履行时，应由债务人向债权人承担违约责任，而不是向第三人承担责任。

同样，“由第三人履行债务”出现违约的情形时，第三人并不向

债权人承担责任，也是由债务人向债权人承担责任。

★《合同法》第 121 条规定：“当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。”

《合同法》第 121 条规定了因第三人的原因造成违约的处理，坚持了违约责任的相对性规则，依据该规则：

☆在因第三人的行为造成债务不能履行的情况下，仍由债务人向债权人承担违约责任，债权人也只能要求债务人承担违约责任。

☆债务人在承担违约责任以后，有权向第三人追偿。

②《民事诉讼法》第 25 条规定：“合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”

乙公司和丙大学在合同中约定“发生纠纷由‘起诉一方所在地法院管辖’”，该约定符合民事诉讼法的规定，有效。故应由起诉方乙公司所在地基层法院管辖。

应当注意：合同纠纷当事人协议选择管辖法院的，所选择的法院仅限于《民事诉讼法》第 25 条规定与合同纠纷有联系的 5 个法院。

(4)《商标法》第 52 条规定：“有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：

(一) 未经商标注册人的许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的；

(二) 销售侵犯注册商标专用权的商品的；

(三) 伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；

(四) 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的；

(五) 给他人的注册商标专用权造成其他损害的。”

据此，乙公司更换商标的行为侵犯了“金太阳”商标专用权和“银河”商标专用权。

2002 年 1 月 21 日施行的最高人民法院《关于审理商标民事纠纷

案件适用法律若干问题的解释》第4条规定：“商标法第53条规定的利害关系人，包括注册商标使用许可合同的被许可人、注册商标财产权利的合法继承人等。

在发生注册商标专用权被侵害时，独占使用许可合同的被许可人可以向人民法院提起诉讼；排他使用许可合同的被许可人可以和商标注册人共同起诉，也可以在商标注册人不起诉的情况下，自行提起诉讼；普通使用许可合同的被许可人经商标注册人明确授权，可以提起诉讼。”

据此，甲公司作为“金太阳”商标的独占使用许可人，某外国公司作为“金太阳”商标的注册人，可以起诉乙公司侵犯“金太阳”商标权的行为；戊公司作为“银河”商标的注册人，可以起诉乙公司侵犯“银河”商标权的行为；由于乙公司更换商标的行为，同时构成了欺诈销售，故李某可以起诉乙公司的违约欺诈行为。

应当注意：商标使用许可包括独占使用许可、排他使用许可和普通使用许可三类：

★独占使用许可，是指商标注册人在约定的期间、地域和以约定的方式，将该注册商标仅许可一个被许可人使用，商标注册人依约定不得使用该注册商标。

★排他使用许可，是指商标注册人在约定的期间、地域和以约定的方式，将该注册商标仅许可一个被许可人使用，商标注册人依约定可以使用该注册商标但不得另行许可他人使用该注册商标。

★普通使用许可，是指商标注册人在约定的期间、地域和以约定的方式，许可他人使用其注册商标，并可自行使用该注册商标和许可他人使用其注册商标。

(5)《合同法》第113条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《中华人民共和国消费者权益保护法》的规定承担损害赔偿责任。”