

陷阱 100 题

例题一（'98 试卷一第 7 题）

1995 年 1 月 5 日，钱某因盗窃嫌疑被公安机关刑事拘留。1995 年 6 月 1 日，法院以盗窃罪经审判处钱某有期徒刑 3 年。1997 年 1 月，经复查发现钱某犯罪时尚不满 16 周岁，法院根据刑法规定改判无罪，予以释放。钱某被释放后请求国家赔偿，请问应当如何处理？

- A. 根据国家赔偿法第 17 条的规定不承担赔偿责任。
- B. 应当给予赔偿，损害应从 1995 年 1 月 5 日算至 1997 年 1 月。
- C. 应当给予赔偿，损害应从 1995 年 6 月 1 日算至 1997 年 1 月。
- D. 应当给予赔偿，损害应从 1995 年 1 月 5 日算至 1995 年 6 月 1 日。

陈编详解）的答案为 A。《陈编详解阿注释》：“参见《国家赔偿法》第 2 款”。

《隋编提示》的答案为 C。

评析：

先看《陈编详解》所引条款：“属于下列情形之一的，国家不承担赔偿责任：

- 1) 因公民自己故意作虚伪供述，或者伪造其他有罪证据被羁押或者被判处刑罚的；
- 2) 依照刑法第 14 条、第 15 条规定不负刑事责任的人被羁押的……”

这里显然是指由于新刑法第 17 条规定“已满 14 周岁不满 16 周岁的人，4B 故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪，应当负刑事责任”，而题目中的钱某不满 16 周岁犯盗窃罪，显然不属“应当负刑事责任”之列。

《陈编详解》认为从钱某于 1995 年 1 月 5 日被刑事拘留之日起至 1997 年 1 月被无罪释放，均属于“不负刑事责任的人被羁押”。刑事拘留是一种羁押，服刑何尝又不是一种羁押？既然已经释放，则所有的羁押都应按国家赔偿法第 17 条规定：“国家不承担赔偿责任”。

《隋编提示》的答案：C，即“应当给予赔偿，损害应从 1995 年 6 月 1 日算至 1997 年 1 月”。《隋编提示》认定的给予赔偿的损害期排除了钱某从 1995 年 1 月 5 日至 1995 年 6 月 1 日这段被刑事拘留的期间，显然认为刑事拘留期间属于羁押期间，而 1995 年 6 月 1 日被判刑后（眼刑）至被无罪释放的这段日子不属于国家赔偿法第 17 条第 2 款所指的不予赔偿的“被羁押”期间。

那么，被判处刑罚是否也属于“被羁押”呢？《隋编提示》可以援引国家赔偿法第 17 条第 2 款来证明“被判处刑罚”和“被羁押”是两回事：“‘因公民自己故意作虚伪供述……被羁押或者被判处刑罚的’”。这里，在“被羁押”和“被判处刑罚”之间用“或者”一词连结，使两者并列起来，说明两者不是一回事。以此类推第 2 款只提到“被羁押”而未提到“被判处刑罚”，进而推断不应受刑事处罚的钱某被判处了刑罚，就不仅仅是“被羁押”了。

律考指定用书《行政法学》指出：因未满 16 周岁而“不负刑事责任的人被羁押，虽然国家不承担赔偿责任，但是，如果对起诉后经人民法院判处拘役、有期徒刑……并已执行的上列人员，有权依法取得赔偿。该判决确定前被羁押的日期依法不予赔偿’。毫无疑问，按照这一说法，《陈编详解》的答案错误而《隋编提示》正确。但是且慢，题目还是有问题。

钱某因盗窃罪被判处三年徒刑，又因后来发现其犯罪时不满 16 周岁而改判无罪，这样的表述有些问题：首先，钱某犯盗窃罪的事实并未推翻，何以又改判无罪？如因其不满 16 周岁犯盗窃罪可不负刑事责任，则应撤销原判，裁定不予刑事处罚。《刑法》对因不满 16 周岁犯罪不予刑事处罚，并不意味着因不满 16 周岁而不予刑事处罚的犯罪一概不予认定，“无罪”和“不予刑事处罚”是两个概念。其次，法院在判决钱某时怎么可能不问其年龄呢？从常理推断，嫌疑人的年龄主要由自己陈述，而无需法院取证。一年半后发现了钱某的真实年龄即予以释放，法院当初判决时认定钱某满 16 周岁，法院并不是明知故犯地将未满 16 岁的盗窃犯钱某判刑的、不存在“适用法律错误”问题！那么根据《国家赔偿法》第 17 条第 1 款“因公民自己故意作虚伪供述”而被判处刑罚的，国家不承担赔偿责任。

因此，笔者的答案和《陈编详解》同，即“不承担赔偿责任”。

建议答案：C。因为，题目中未说明法院何以在判决时未搞清钱某的真实年龄，人们只能在内在逻辑上推

断钱某对其年龄作了虚假供述。再者，命题者更可能着眼考查应考者是否记住指定教材强调的上述有关内容，是否能将“羁押”期间和“被判处有期徒刑”期间区别对待。

例题二（‘98 试卷一第 28 题）

金律师的丈夫是某法院审判员。金律师时常顺便向当事人介绍和说明这种情况，使不少当事人决定委托金所在的律师事务所代理诉讼案件。对金律师的这种说法，下列哪种认识是正确的？

- A．为本所争取案情，应予肯定
- B．不太合适，但并不违法
- C．属于违反律师执业纪律的行为
- D．属于违反律师法的行为

《陈编洋解》的答案为 C。

[注释]：参见《律师职业道德和执业纪律规范》第 19 条，即：“律师在代理案件之前及代理过程中，不得向当事人宣传自己与有管辖权的执法机关及有关执法人员有亲朋关系，也不能利用这种关系。”

《精编提示》的答案为 B。

评析：

首先，《律师职业道德和执业纪律规范》（以下简称《规范》）所讲“不得向当事人宣传自己···、...关系”中的“宣传”和题目中讲的“介绍和说明”是否同义语值得推敲。《汉语大词典》对“宣传”的释条是：

“ 宣 布 传 达。《三国志》马忠传：‘宣传诏旨，加释镇南大将军。’ 向人讲解说明，进行教育。《抱朴子·勤术》：‘徒以一经之业，宣传章句。而见尊重。’ 传播，宣扬。如替他宣传宣传。”

对“介绍”的释条是：

“ 谓 众 介 并 列，相 继 传 递 宾 主 之 言 者 称 介。绍，接 续。《腑 记·聘 义》：‘介绍而传命。’ 沟通双方使发生关系。《新唐书·张行成传》：‘由今用人未尝不因介绍。’…… 使了解。老舍《骆驼样子》：‘我们所要介绍的 是祥子，不是骆驼。’ ”对“说明”的解释则是“解释”、“告知”。

显然，“宣传”的含义与“介绍和说明”是有所区别的；《规范》所用“宣传”一词的含义，启然是“传播、宣扬”的意思，它和题目中所谓的顺便介绍和说明”在含义和程度上均有差别。

再者，《规范》规定不得向当事人宣传的是“自己与有管辖权的执法机关及有关执法人员有亲朋关系”，而题目中金律师向人介绍和说明的是：她丈夫是某法院审判员”，至于该审判员是否对当事人委托金所在律师事务所

代理诉讼的案件具有管辖权，题目并未说明。因此，可以推定金律师的丈夫未必对那些因金律师介绍和说明其丈夫是法官而致使当事人决定委托金所在的律师事务所代理诉讼的案件都具有管辖权——人们完全可能由于律师的丈夫是法官而更熟悉和懂得审判程序而委托该律师所在的律师事务所代理诉讼，而非得由于该法官直接管辖自己的案子。另外，《规范》明确指出：宣传和利用这种和执法人员有亲朋关系的是承办案件的律师本人，而非是其所在的律师事务所。

综上所述，《陈编洋解》的答案 C，即认为金律师违反《规范》是不正确的，而《隋编提示》的答案 B，即认为金律师的做法是“不太合适，但并不违法”是言之有理的。

建议答案；C。

尽管通过上面的评析，证明了《陈编洋解》的这一答案是错误的，而《隋编提示》所选的 B 是无懈可击的，但是 命题者未必会对“宣传”和“介绍与说明”之间的细微差别作如此咬文嚼字式的推敲；命题者也未必会深一层地研究金的丈夫对金律师所在的事务所因金介绍和说明其丈夫是审判员而接受的代理诉讼案件是是否具有管辖权，也许命题者认为“具有管辖权”，是不言自明的：既然当事人因金律师丈夫是法官而把案子托给金所在的律师事务所，那该法官肯定对这案子管得了。再者，《规范》第 19 条专门讲了“律师不得利用与法官有亲朋关系”，这道题就是来考考你是否记住了《规范》这一条，谁让你想得那么细、那么多呢？

例题三（‘98 试卷一第 53 题）

依照行政监察法的规定，下列哪些职权属于监察机关职权？

- A. 责令违纪案件单位不得变卖与案件有关的财物
- B. 冻结涉嫌人员在银行或其他金融机构的存款
- C. 依法没收违反行政纪律取得的财物
- D. 封存可以证明违纪行为的文件、财务账目

《陈编详解》的答案为 ACD。

[注释] : “ A 参见《行政监察法》第 20 条 (二) , C 参见本法第 24 条 (2) , D 参见本法第 20 条 (一) 。 B 参见本法第 21 条 , 注意 , “ 必要时可以提请人民法院采取保全措施 , 依法冻结…… ” 选 B 是错误的。《阳编提示》答案为 AD , 隋不选 B 和《陈编详解》一致 ; 其不选 C , 则和《陈编详解》不同。

评析 :

《行政监察法》关于 “ 责令违纪单位不得变卖与案件有关的财物 ” 【第 20 条 (二) 】和 “ 封存可以证明违纪行为的文件、财务、账目 ” [第 20 条 (一)] 是毫无异议的 , 即选 A 与 D 均无问题。排除 B 也是没有争议的 : 第 21 条指出 “ 必要时 , 可以提请人民法院采取保存措施 , 依法冻结…… ” 至于 C 项是否错误 , 则很难绝对断定 : 《陈编详解》认为是可取 , 是因为第 24 条 (二) 明白无误地写着 “ 违反行政纪律取得的财物 , 依法应当没收 , 追缴或者责令退赔的 ” 。 然而《陈编详解》忽略了该条文有一个前置的 “ 语言环境 ” , 未能完整地把握该条文。请看该条文全文 :

“ 第 24 条监察机关根据检察、调查结果 , 遇有下列情形之一的 , 可以作出监察建议 :

(一) 违反行政纪律 , 应当给予警告、记过、记大过、降级、撤职、开除行政处分的 ;

(二) 违反行政纪律取得的财物 , 依法应当没收、追缴或者责令进行退赔的。

对前款第 (一) 项所列情形作出监察决定 , 或者提出监察建议的 , 应当按照国家有关人事管理权限和处理程序的规定办理。 ”

显而易见 , 对 “ 违反行政纪律取得的财物依法没收 ” 的执行主体并非是作出监察决定或提出监察建议的监察机关本身 , 而是其他有关部门 , 正如第 21 条规定监察机关 “ 可以提请人民法院采取措施…… ” 采取保全措施的主体并非作出建议 (提请) 的监察机关本身。因此 , 在这个意义上说 , 《隋编提示》将选项 C 和 B 一视同仁地加以排除 , 是不无道理的。 不过 , 《陈编详解》还可以援引《行政监察法》第 25 条维护自己的观点 :

“ 第 25 条监察机关依法作出的监察决定 , 有关部门和人员应当执行。监察机关依法提出的监察建议 , 有关部门无正当理由的 , 应当采纳。 ” 在这个意义上说 , 《陈编详解》又可以说 “ 依法没收违纪所得的财物 ” “ (C 项) 仍然是监察机关的职权 ” 。 但是 , “ 应当执行 ” 和 “ 应当采纳 ” 毕竟不同 “ 必须执行 ” 和 “ 必须采纳 ” ; 有关部门之于监察机关的关系毕竟不像公安机关执行检察院的逮捕令或执行庭执行法院判决那样义无反顾。这里 , 监察决定和监察建议又有所区别 ; “ 没收、追缴或者责令退赔 ” 既可能是决定 ” 亦可能是 “ 建议 ” , 如属后者 , 还得由有关部门 “ 采纳 ” 后作出正式决定并执行之 , 故 “ 没收、追缴 ” 等的职权还是由 “ 采纳 ” 者行使。

建议答案 : AD。

由于 WD 表述的内容在《行政监察法》第四章《监察机关的权限》中出现 , 命题者未必会 “ 厚此薄彼 ” ; 又因为 B 和 C 均出现类似的原因 , 即均属于由监察机关作出 “ 提请 ” “ 决定 ” “ 建议 ” 后由其他有关部门行使职权 (只不过 C 比 B 更为隐蔽) , 是故均应排除。

例题四 (‘ 98 试卷一第 54 题)

自 1997 年 7 月 1 日起 , 在香港特别行政区所实施的全国性法律是哪些法律 ?

- A. 《中华人民共和国宪法》
- B. 《中华人民共和国国籍法》
- C. 中华人民共和国外交特权与豁免条例》
- D. 《关于中华人民共和国国都、纪年、国歌、国旗的决议》

《陈编详解》的答案为 BCD。

[注释] : 参见《指定用书·法学基础理论·宪法学》第十三章第二节之四 (五) : “ (五) 在特别行政区实施的全国性法律从总体上说 , 全国性法律不在特别行政区实施。但是有少数法律经最高国家权力机关制定后需要全国不分地域统一遵守的 , 则必须在特别行政区实施。此类做法应是特殊的例外 , 相应从严把

握：(1)”凡须在特别行政区实施的全国性法律均需列表载明并作为《附件三》附在基本法一的末尾...，《隋编提示》的答案为 A B D，即认为宪法也是香港特别行政区所实施的全国性法律，但《外交特权与豁免条例》却不是。

评析：

《基本法》附件三已经明确规定《国籍法》、《外交特权与豁免条例》和《国都、纪年、国歌、国旗的决议》是“在香港特别行政区实施的全国性法律”。因此，选 BCD 是理所当然正确的。这里要讨论的是：《宪法》算不算“在香港特别行政区所实施的全国性法律”？

从广义上讲，宪法当然是一种全国性法律。作为国家的根本大法，它必然适用于国家的任何地区。《香港特别行政区基本法》第一章《总则》第 1 条指出：“香港特别行政区是中华人民共和国不可分离的部分。”

《基本法》本身也是根据《宪法》由全国人民代表大会制定的。尽管《宪法》关于政治制度、经济体制等诸多规定不适用于香港特别行政区，但《宪法》既已专列第 31 条规定“在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定”，则认为《宪法》作为在香港特别行政区所实施的全国性法律并不是站不住脚的。

当然从狭义上讲，即把题目中讲的“法律”认为是相对宪法这个特殊法律而言的普通法律，则《宪法》当然应排除在题目中讲的“全国性法律”之外了。

建议答案：BCD

命题者为什么要在供选择的答案中摆上《宪法》呢？看来，这就是增加“难度”的一种“技巧”。否则，仅仅摆上《国籍法》等已经在《基本法》附件三中标明的“全国性法律”或者摆上《律师法》、《合同法》等一眼就看破了不能在香港施行的法律，那岂不太简单了。碰到这种“难度”选题建议不要和它较劲，还是装聋作哑，此也算一种“韬晦”之计吧。

例题五（’98 试卷一第 62 题）

下列哪些法律文件属于宪法文件？

- A. 《义务教育法》
- B. 《未成年人保护法》
- C. 《国籍法》
- D. 《关于授权国务院在经济体制改革和对外开放方面可以制定暂行的规定或者条例的决定》

陈编详解》的答案为 ABC。

注释：参见《指定用书·法学基础理论·宪法学》第五章第三节之三（一）

隋编提示》的答案为 BC。

评析：

本题较为简单：《指定用书·法学基础理论·宪法学》第五章第三节之三（一）的第六点已经明确了四个答案中的三个：

“6. 国籍法和其他公民权利法。主要包括《国籍法》。《义务教育法》、《残疾人保障法》、《未成年人保护法》、《妇女权益保障法》等。”

其实另一个答案也已经提示在上述文字的上面一段，即《指定用书·法学基础理论·宪法学》第五章第三节之三（一）的第五点：

“5. 授权法。授权法指全国人民代表大会及其常务委员会为授权国务院或其他国家机关制定某种规范性文件而颁布的法律，不包括根据授权而制定的规范性文件。如全国人大于 1985 年制定的《关于授权国务院在经济体制改革和对外开放方面可以制定暂行的规定或者条例的决定》等。”

不知什么原因，《陈编详解》和《隋编提示》对这个明摆着的答案都视而不见。

建议答案：ABCD。

例题六（’98 试卷一第 78 题）

在以下哪些案件审理中，人民法院应当或者可以指定承担法律援助义务的律师为被告人辩护？

- A. 被告人是未成年人而没有委托辩护人
- B. 被告人因经济困难而没有委托辩护人
- C. 被告人因正怀孕而没有委托辩护人

D. 被告人是外地人而没有委托辩护人

《陈编译解》的答案为 AB。

[注释] : 参见《刑事诉讼法》第 34 条。《精编提示》的答案为 AD。

评析 :

首先看《刑事诉讼法》第 34 条 :

“ 公诉人出庭公诉的案件,被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人的,人民法院可以指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。

被告人是盲、聋、哑或者未成年人而没有委托辩护人的,人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护 ”

被告人可能判处死刑而没有委托辩护的,人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。 ”

以上法条中明文提到了 “ 未成年人 ” 和 “ 经济困难 ” 者可以由法院指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。但是 “ 因经济困难 ” 而得到指定辩护的前提是 “ 公诉人出庭的案件 ’ , 这一前提在题目中并未表明 ; 而且,该法条还提到因 “ 其他原因没有委托辩护人的,人民法院可以指定……提供

辩护 ” 。该法条未详细说明 “ 其他原因 ” 指 8 哪些原因,《最高人民法院关于审理刑事案件程序的具体规定》第 34 条则指出 : “ 公诉人出庭支持公诉的案件,被告人没有委托辩护人的,人民法院可以为他指定辩护人。 ” 也就是说, “ 其他原因 ” 可以是任何原因,其中当然包括 “ 因正在怀孕 ” 和 “ 因是外地人 ” 而没有委托辩护人。这样看来,答案应是 ABCD (《隋编提示》答 AD 毫无道理,可能是刊印上的错误,即原为 ABCD,误印为 AD)。

建议答案 : AB

假如在题目中增加 “ 公诉人出庭 ” 的前提和 “ 根据《刑诉法》 ” 这一条件,则《陈编译解》答 AB 万无一失。改后的题目应当是 : 在以下哪些[公诉人出庭公诉]的案件审理中,人民法院根据[《刑事诉讼法》]应当或者可以指定承担法律援助义务的律师为被告人辩护? ” 以上加着重号的字虽为笔者所加上的,但也许这本来就是命题者认为隐藏在字里行间的意,即所谓的 “ 弦外之音、言外之意 ” ,也许只有意会到这些看不到的字句,才能答对题目。

例题七 (’ 98 试卷二第 41 题)

在法定代表人和法人关系问题上,下列哪些表述是正确的?

- A. 法定代表人既是法人的代表人,又是法人机关的代理人
- B. 法定代表人履行职务的行为是法人的行为
- C. 法定代表人只能是法人单位的行政正职负责人
- D. 法定代表人的代表权源于法律和章程,而不是源于法人的授权

《陈编译解》的答案为 ABD。

【注释】 : 参见《指定用书·民事法学·民事实体法》第三章第一节之四、五 (参见《最高人民法院关于适用 (民事诉讼法) 若干问题的意见》第 38 条)。

《隋编提示》的答案为 BD。

评析 :

《陈编译解》和《隋编提示》均否定了 C, 即 “ 法定代表人只能是法人单位的行政正职负责人 ” 因为 “ 民诉意见 ” 第 38 条已经明确 “ 没有正职负责人的,由主持工作的副职负责人担任法定代表人 ” ; 双方亦均肯定了 B 和 D, 因为《指定用书·民事法学·民事实体法》第三章第一节五明确 “ 法人代表人的代表权来源于法律和法人的章程 ” , 几乎都是答案 BD 的翻版。

双方分歧在于 A : “ 法人代表人既是法人的代表人,又是法人机关的代表人 ” , 准确地说,分歧在于 : 法定代表人是否一定是 “ 法人机关 ” 的代表人。

《陈编译解》引用的《指定用书》有关章节并未涉及 “ 法人机关 ” , 而只是提到了和 “ 法人机关 ” 风马牛不相及的 “ 机关法人 ” 。

何为 “ 机关 ” ? 《汉语大词典》说 : 机关是 “ 办理事务的部门或机构 ” 。所谓 “ 法人机关 ” 自然就是法人办理事务的机构。《指定用书》上述章节将法人归纳为 “ 企业法人 ” 、 “ 机关法人 ” 、 “ 事业单位法人 ” 和 “ 社会团体法人 ” 四类,这四类法人的代表人是否同时也是其法人机关的代

表人则不能一概而论。

总之，题目中的答案 A 没有说明所谓的“法人”是指哪一类法人，也没有说明所谓“法人机关”是一种什么样的“机关”，这种含糊其词的表述，确实很难对它来一个斩钉截铁的判断，无奈之中，恐怕只有快刀斩乱麻——舍弃之，故答案为 BD。

建议答案：BD。

例题八（'98 试卷二第 50 题）

魏宏与赵兰 1987 年 10 月结婚。1997 年 11 月双方协议离婚，但在财产分配上发生争议。请判断，下述哪些财产属于夫妻共同财产？

- A. 魏宏婚前用复员费购买的婚后共同使用的一套组合家具
- B. 赵兰婚前继承，婚后共同使用和管理的三间房屋
- C. 1987 年初魏宏的朋友赠他的一部摄像机
- D. 赵兰创作但未最后定稿的多集电视连续剧手稿

《陈编详解》的答案为 ABC。

〔注释〕：参见《指定用书·民事法学·民事实体法》“离婚”章之“裁判离婚”节中的“离婚后财产处理”的问题。

《用编提示》的答案为 AB。

评析：

《陈编详解》所引《指定用书》有关内容十分明确指出：

“虽然婚前属个人财产，但已婚多年，由双方长期使用、经营、管理的财产”是夫妻共同财产，据此，答案为 A、B 当无疑义。答案 D 明确应予排除（属于赵兰个人无形财产无疑），剩下的答案 C 有争议：题目中只表明该摄像机属魏宏个人婚前财产，未说明是否为魏宏和赵兰婚后长期使用。

《陈编详解》把摄像机纳入夫妻共同财产，显然是认为：摄像机作为通用的一件家用电器设备（而不是如首饰、服装等个人专用物品），应当像照相机、彩电、录像机等一样由夫妻共同使用、管理，况且摄像机属贵重物品，理应纳入共同财产。《隋编提示》否认摄像机为共同财产，是因为

最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》明文指出：“婚前的个人财产和双方各自所用的财物，原则上归个人所有。”题目中并未表明该摄像机婚后夫妻双方长期使用这一致使摄像机成为共同财产的必要条件，因此不应将它纳入共同财产范围。

孰是孰非，真所谓“清官难断家务事”了。

笔者赞同《陈编详解》的观点，即摄像机为夫妻长期使用管理不言自明，应为共同财产。

建议答案：AB，即《隋编提示》之答案。因为答案 C 没有明示“双方共同使用管理”这一法定条件，而答案 A、B；均明示。命题者设本题之目的，就在于看你是否掌握这一法定条件，不要你想得那么复杂，尽管你想得有道理。否则，“过犹不及”。

例题九（'98 试卷二第 69 题）

下列哪种行为构成挪用公款罪？

- A. 挪用扶贫款物归个人使用，超过 3 个月未还
- B. 挪用公款归个人使用，进行走私活动
- C. 挪用公款归个人使用，数额较大，进行股票交易活动
- D. 挪用公款借给他人使用，进行经营活动

《陈编详解》的答案为 ABCD。

〔注释〕：参见《刑法》第 384 条。

《隋编提示》的答案为 BC。

评析：

《刑法》第 384 条：

“国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大，进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过 3 个月未还的，是挪用公款罪……”

挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的，从重处罚。

答案 B, “挪用公款归个人使用, 进行走私活动”属标准的“挪用公款归个人使用, 进行非法活动”; 答案 C, “挪用公款归个人使用, 数额较大, 进行营利活动”也是法定的挪用公款罪犯罪形态。

答案 A, “挪用扶贫款物归个人使用, 超过 3 个月未还”, 其中既有“超过 3 个月未还”的“挪用公款罪”的部分法定情节, 又有“挪用扶贫款”的法定从重处罚情节, 似乎可以定其“挪用公款罪”无疑, 但是这里缺乏了“数额较大”这一重要的法定情节, 又不能定罪。假如某人利用职务之便, 挪用扶贫款人民币 100 元, 超过 3 个月仍未归还, 是否能定其“挪用公款罪”呢? 显然不能定。

答案 D, “挪用公款借给他人使用, 进行经营活动”, 由于未说明挪用公款的数额是否较大, 且未说明挪用者将公款借给他人进行经营活动的过程中, 挪用者本人是否得益(营利), 因此也不能确定其是否犯“挪用公款罪”。

应当指出, 本题的答案 A 和 D 均属于难以确定的情形, 即可能构成也可能不构成“挪用公款罪”。

因为题目虽未表明其挪用数额是否较大, 但也未表明其挪用数额没有达到“较大”的程度, 在逻辑上, 就可以作出两种推理, 两种结论。再者, 题目中甚至未说明挪用公款的主体是否是“国家工作人员”这样的特殊主体和没有表明“利用职务上的便利”这一法定情节, 因此在严格意义上说, 题目本身的残缺可以导致答案的无从选择。

撇开题目的残缺, 则《隋编提示》的答案 BC 是正确的。

建议答案: BC。

例题十 (' 98 试卷二第 71 题)

下列哪种行为属于信用卡诈骗罪?

- A. 张某使用已经作废的信用卡购物
- B. 李某借用杨某的信用卡买房。
- C. 赵某在使用信用卡时明知钱已不多仍透支使用。
- D. 孙某拾得刘某信用卡并以刘某的名义使用

《陈编详解》的答案为 ACD

[注释] : 参见《刑法》第 196 条。

《隋编提示》的答案为 AD。

评析:

《刑法》第 196 条明确规定有下列情形之一, 进行信用卡诈骗活动, 数额较大的, 按信用卡诈骗罪处罚:

- (一) 使用伪造的信用卡的;
- (二) 使用作废的信用卡的;
- (三) 冒用他人信用卡的;
- (四) 恶意透支的。

前款所称的恶意透支, 是指持卡人以非法占有为目的, 超过规定限额或者规定期限透支, 并且经发卡银行催收后仍不归还的行为。

首先, 如从严格意义上理解本题的表述, 由于题目中没有给以“数额较大”的法定条件, 则答案 ABCD 均可不选。那么只好假定“数额较大”的条件成立。在这样的情形下, 答案 B “借用信用卡”显然排除; 答案 A “使用作废信用卡”和答案 D “冒用信用卡”显然构成信用卡犯罪; 答案 C “明知钱不多仍透支使用”则颇费斟酌。赵某透支是否以“非法占有”为目的, 不可妄断——假如他经银行催收后及时归还, 则不属“非法占有”, 反之则构成犯罪。现在情况不明, 有待调查其他情况(包括是否超过规定限额或规定期限和经催收后是否归还), 就难以盖棺论定。本题答案应为 AD。

建议答案: ACI]。

当然, 按本题省略的“数额较大”这样的重要法定条件的“表述风格”进行类推, 则可以引申出答案 C 中的赵某很可能属于“超限额、超期限、催收后仍不归还”的恶意透支, 故本题答 ACD, 则得分的几率高于答 AD。

某合伙企业欠甲借款 2 万元, 同时合伙人已欠甲借款 1 万元, 某日, 甲向该 W 企业购买货物一批, 应付货款 1 万元。甲的这一付款义务, 可因下列哪些原因而消灭?

- A . 甲向该企业支付 1 万元
- B . 甲以对该企业享有的 2 万元债权的一半相抵消
- C . 乙向该企业支付 1 万元，同时了结乙对甲的债务
- D . 甲以对乙的债权与该付款义务相抵消

《陈编详解》和《江编分析》均回答 AB 。

《陈编详解执注释》：A 因履行而消灭；B 因抵消而消灭；C 可视为因两个债务的分别履行而消灭。D 参见《合伙企业法》第 41 条。

《查编精选》和《樊编训练》的答案为 ABC。

评析：

《陈编详解》的注释似乎认为 ABC 三项均正确，而答案则和《江编分析》一样：AB，不知是印刷有误，还是表述有误？

A 项和 B 项之正确显而易见。D 项之不可取，诚如《合伙企业法》第 41 条所云“合伙企业某一合伙人的债权人，不得以债权抵消其对合伙企业的债务”，故 D 项错误。

C 项的表述则令人不知所云：“乙向该企业支付 1 万元，同时了结乙对甲的债务。”——乙为什么要向该企业支付 1 万元？题目中并未介绍乙欠合伙企业 1 万元。题目中讲到乙欠甲 1 万元，但选项 C 并没有说乙代替甲向该合伙企业支付 1 万元并以此了结乙对甲的债务。人们可将选项 C 理解为：乙向该企业支付了欠该合伙企业的 1 万元，同时又给甲 1 万元以了结其对甲的债务，也就是说，乙同时拿出了 2 万元。这样乙的付款和甲应对合伙企业付款的义务毫不相干；甲决不能因乙的付款而消灭其付款的义务。由是观之，选项 C 当不能成立。

本题的可选答案为 AB 。

建议答案：ABC 。

选项 C 的表述确实含混不清，前言不搭后语，但人们可以隐隐约约看到隐藏在这堆混乱的文字排列中的“意思框架”：乙是代甲向该企业支付货款 1 万元——因为乙欠甲 1 万元——乙既已代甲付了这 1 万元，则乙欠甲的 1 万元就此勾销，同时由于乙已经代甲向企业付了一万元货款，则甲对企业的付款义务当然就归于消灭了。构成上述“意思框架”的灵魂核心是：乙向企业支付 1 万元是代甲付货款，而这个“核心”在选项 C 的表述中没有“言传”，应试者就只能“意会”了。

例题三十二（'97 试卷三第 69 题）

某股份有限公司拟减少注册资本。为此，该公司应当依法实施以下哪些行为？

- A . 由股东大会作出减少注册资本的决议
- B . 编制资产负债表和财产清单

C . 自作出减少注册资本的决议之日起 10 日内通知 债权人，并向所有的债权人提供相应的担保

D . 向公司登记机关办理变更登记

《陈编详解》、《查编精选》和《樊编训练》的答案为 ABD 。

《陈编详解》【注释】：参见《公司法》第 103 条（八）、 186 、 188 条。

《江编分析》的答案为 ABCD 。

评析：

选项 A 符合《公司法》第 103 条（八）。 “ 股东大会行使下列职权：……（八）对公司增加或者减少注册资本作出决议…… ”

选项 B 符合《公司法》第 186 条第 1 款：“ 公司需要减少注册资本时，必须编制资产负债表及财产清单。 ”

选项 D 合乎《公司法》第 188 条第 2 款：“ 公司增加或者减少注册资本，应当依法向公司登记机关办理变更登记。 ”

值得商榷的是选项 C 。“ 自作出减少注册资本的决议之日起 10 日内通知债权人，并向所有的债权人提供相应的担保。 ” 《公司法》第 186 条第 2 款规定：“ 公司应当作出减少注册资本决议之日起 10 日内通知债权人，并于 30 日内在报纸上公告三次。债权人自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自第一次公告起 90 日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。 ”

根据以上法条，选项 C 前半句毫无疑义地正确，即“ 作出……决议之日起 10 日内通知债权人 ”；后半句“ 并向所有的债权人提供相应的担保 ”，就其本身而言，即把这半句话作为一个独立的意见来看，和《公司法》上述条款所讲（债权人）“ 有权要求公司……提供相应的担保 ”，其权利义务对等，应当说是正确的——公司有向所有的债权人提供相应担保的义务。问题是“ 提供相应的担保 ”究竟是在“ 10 日内”，还是如上述法律条款所讲在不同情况在“ 30 日内”或“ 90 日内”？本题选项 C 的表述可以被理解为： 10 日内即通知债权人，同时又向所有的债权人提供相应的担保；也可以理解为： 10 日内通知债权人，而“ 向所有的债权人提供 ”只是公司应尽的义务，即应该去做的一件事，至于什么时候做则未加规定，至少不一定非在 10 日内完成。具体地说，选项 C 按前一种理解，即可以改写为“ 公司自作出减少注册资本的决议之日起 10 日内通知债权人，并于 10 日内向所有的债权人提供相应的担保 ”。按后一种理解，即可以改写为“ 公司在作出减少注册资本的决议之日起 10 日内通知债权人，公司并应向所有的债权人提供相应的担保 ”。

两种理解，两种结果：按前一种理解，则有悖于《公司法》第 186 条第 2 款之规定；按后一种理解，则合乎规定，选项 C 成立。

笔者倾向于后种理解。本题答案应为 ABCD 。

建议答案： ABD 。

例题三十三（ ’ 97 试卷三第 74 题）

以下行为，哪些构成不正当竞争行为？

- A . 甲厂产品发生质量事故，舆论误指为乙厂产品，乙厂公开说明事实真相
- B . 甲汽车厂不满乙钢铁厂起诉其拖欠货款，散布乙厂产品质量低劣的虚假事实
- C . 甲冰箱厂散布乙冰箱厂售后服务差的虚假事实，虽未指名，但一般人可以推知
- D . 甲灯具厂捏造乙灯具厂偷工减料的事实，但只告诉了乙厂的几家客户

《陈编详解》和《江编分析》均采信答案 BCD 。

《陈编详解》[注释]：参见《反不正当竞争法》第 14 条。

《编精选》和《樊编训练》只选择答案 CD 。

评析：

本题看上去十分简单，除了选 A 明显不构成不正当竞争行为，其余 BCD 都是有捏造事实，散布虚伪事实等情节。但对照《反不正当竞争法》第 14 条，还是大有文章可做的。该法条全文如次：

“ 经营者不得捏造、散布虚伪事实，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。 ”

选项 C 绝对属不正当竞争行为：即有“捏造”，又有“散布”，而且使“一般人可以推知”，显然损害竞争对手的商业信誉。

选项 D，“捏造乙灯具厂偷工减料的事实”，“捏造”已成立；“只告诉了乙厂的几家客户”，不算“散布”呢？《汉语大词典》对“散布”的解释是“分散到各处”、“传布。传播”，“告诉了几家客户”应当构成散布：因为所谓“几家”应在三家或三家以上（“三人为众”）。由于被告告诉的对象是乙厂的客户，因此势必损害乙厂的商业信誉、商品声誉。选项 D 成立。

关键在于选项 B 怎么定性：

“ 甲汽车厂不满乙钢铁厂起诉其拖欠货款，散布工厂产品质量低劣的虚假事实。 ”

这里，汽车厂不仅“捏造”（虚假事实），而且“散布”，自然损害钢铁厂的。商业信誉、商品声誉，问题在于法律规定被损害方应是“竞争对手”才构成不正当竞争行为。钢铁厂是不是汽车厂的竞争对手呢？法律没有对“竞争对手”的概念作具体、明确的界定，汽车厂和钢铁厂在一般情况下应不成为竞争对手，但在特定的情况下，例如双方分别属于两个处于竞争状态的综合性集团公司，则该汽车厂和该钢铁厂就成为竞争对手了，这样，选项 B 就成立。反之，汽车厂和钢铁厂并没有竞争关系，也不处在相互竞争的背景之下，则汽车厂虽因泄愤而散布捏造虚假事实而损害了钢铁厂的信誉、生誉，但反正因钢铁厂不属于“竞争对手”，而不应当以“不正当竞争行为”论处钢铁厂的行为，而应以其他侵权论处。

由于命题者在选项 B 中埋下了“不满……拖欠货款”而散布虚假事实这一“伏笔”，显然是暗示钢铁厂对汽车厂的损害不是竞争对手之间的损害，故不宜认定选项 B 为“不正当竞争行为”。

本题的答案应为 CD 。

例题三十四 (' 97 试卷三第 78 题)

庞某购得新车一辆，并在保险公司办理了财产保险，保险价值 10 万元。某日，庞某行车时被一出租车司机徐某违章行驶而将其新车后部撞坏，造成损失 1 万元。下列有关本案的表述中正确的是：

- A . 庞某既可以选择向徐某索赔，也可以选择要求保险公司赔偿
- B . 若保险公司向庞某支付了赔偿费，则庞某不得再向徐某索赔
- C . 若徐某向庞某支付了赔偿费，则庞某仍有权要求保险公司支付赔偿金
- D . 若庞某放弃对徐某的索赔权，则保险公司不承担赔偿保险金的责任

《陈编详解》、《言编精选》和《樊编训练》的答案均为 ACD 。

《陈编详解》[注释]：A，庞某向徐某索赔基于徐某侵要求保险公司赔偿基于保险合同；B 参见《保险法》第 44 条第 3 款；C 参见第 44 条第 2 款；D 参见第 45 条第 1 款。

《江编分析》取答案 ABD 。

评析：

对于选项 A，《陈编详解》的解释无可非议，《董编精选》、《樊编训练》和《江编分析》亦均赞同。

对于选项 D，《保险法》第 45 条也规定得十分明确：

“ 被保险人放弃对第三者的请求赔偿的权利的，保险人不承担赔偿保险金的责任。 ”，

值得探讨的是选项 B：“若保险公司向庞某支付了保险费，则庞某不得再向徐某索赔。”对此，《陈编详解》予以否定，否定的根据是《保险法》第 44 条第 3 款：“保险人依照第一款行使代位请求赔偿的权利，不影响被保险人就未取得赔偿的部分向第三者请求赔偿的权利。”结合本事例，该条款的意思就是：若保险公司依照第一款（即“保险人自向被保险人赔偿保险金之日起，在赔偿金额范围内代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利”）行使代位请求徐某赔偿的权利，不影响庞某就未取得赔偿的部分向徐某索赔的权利。选项 B 断然肯定“庞某不得再向徐某索赔”显然失之武断：假如庞某从保险公司获得的赔偿已完全弥补了自己的损失，则“庞某不得再向徐某索赔”之说成立；假如庞某从保险公司获得的赔偿不足 1 万元，则“庞某不得再向徐某索赔”之说成立。

再看看选项 C“若徐某向庞某支付了赔偿费，则庞某仍有权要求保险公司支付赔偿金”。

《陈编详解》等认为上述说法正确，理由是《保险法》第 44 条第 2 款指出：“被保险人已经从第三者取得损害赔偿的，保险人赔偿保险金，可以相应地减少被保险人已经从第三者已取得的赔偿额。”。

《江编分析》认为选项 C 不足取，其理由应当是：认为庞某在已经取得徐某付给的赔偿费仍有权要求保险公司支付赔偿金，那是失之偏颇的：假如徐某付给庞某的赔偿费不到 1 万元，即不足以弥补庞某的损失，则“庞某仍有权要求保险公司支付赔偿金 1 万元”，假如庞某已从徐某处获得全部赔偿，那他就不应再向保险公司请求赔偿，或者说，根据《保险法》第 40 条关于“各保险人的赔偿金额的总和不得超过保险价格”的精神，徐某和保险公司对庞某赔偿的金额不得超过庞某全部损失金额 1 万元；庞某如

获得徐某的 1 万元赔偿，完全弥补了其损失，则庞某的车等于恢复到了该事故发生前的状态，其藉以向保险公司索赔的标的（损失额）已不复存在，如何还能像选项 C 所说“仍有权要求保险公司支付赔偿金呢”？

综上，选项 B 和选项 C 均由于题目所交待的情况不明（或者说“富于弹性”）而不能肯定成立。本题的正确答案应为 AD。

建议答案：ACD。

为什么要将选项 C 也搭上呢？因为《保险法》第 44 条第 2 款从肯定的意味上认定被保险人已经从第三者取得损害赔偿后仍可以从保险公司取得赔偿金，虽然这一条款不排除当被保险人已经从第三者取得的损害赔偿以完全弥补其损失后即不能再从保险公司索赔这一情形，但那毕竟只是言下之意、弦外之音，命题者未必专设选项 C 来考一考应试者倾听这弦外之音的本事（命题者自己是否已经听清楚这弦外之音也还难说）

例题三十五（'98 试卷一第 47 题）

律师可以采用以下哪些方式为公民、法人或者其他组织提供法律咨询？

- A . 出具法律意见书
- B . 进行资信调查
- C . 审查有关文书
- D . 口头或书信解答

《陈编详解》的答案为 ABCD。

惯释 I：参见《指定用书·律师制度与律师实务》第一篇第四章第一节之六、七。

《隋编提示》的答案为 ACD，即排除 B“进行资信调查”。

评析

先看《陈编详解》参见的内容：

“6.（律师）接受非诉讼法律事务当事人的委托，提供法律服务。在非诉讼活动中，律师作为代理人，应尽职尽责地办理委托人委托的法律事务，如为委托人审查法律文书；参加商务谈判；出具法律意见书；为投资、建设或者开发项目进行可行性分析，风险预测，提供对策，为委托人进行资信调查，申请营业执照，办理公司注册登记，申请专利……”

“7. 解答有关的法律咨询，代写诉讼文书和有关法律事务的其他文书。律师可以对公民、法人和其他经济组织提出的有关法律事务的询问给予解答，提供法律咨询的范围很多……律师都可以提出具体的法律意见和建议”《陈编详解》引证的《指定用书·律师制度与律师实务》的有关内容，显然包括了答案 ABCD，其中当然也包括“进行资信调查”（而《指定用书》把“进行资信调查”列在“提供法律服

务”的范围内)。问题在于,该题问的是采用何种“法律咨询”而不是何种“法律服务”。“咨询”是“服务”的一种方式 and 形态,但“咨询”不能包容“服务”,即“服务”的范围大于“咨询服务”。

不妨看看“咨询”的基本含义:

“(咨询)访问,征求意见。《诗·小雅·皇皇者华》:‘载驰载驱,周爰咨询。’”(《汉语大词典》)而在英语中“咨询”(Consult)兼有求教、查阅、顾问和商量、考虑等意见。

再看看“服务”的含义:“(服务)为社会或他人利益办事。如为人民服务。犹任职。

如:在公司服务。”(《汉语大词典》)

答案 A (出具法律意见书), C 审查有关文书)和 D (口头或书信解答)是毫无疑问的咨询服务。答案 B (进行资信调查),按《指定用书》的完整提法是:‘为委托人进行资信调查,申请营业执照,办理公司注册登记...’,这里,把进行“资信调查”和“申请营业执照”等并列,即可以作为一种纯事务性的服务工作,即在进行资信调查时仅仅客观地搜集调查资料,提供调查结果,正如按程序要求向工商登记机关提供有关材料申办营业执照,这种工作本身不包容咨询意见,即不是一种咨询服务。

因而,《隋编提示》果断地将答案 B (进行资信调查)排除在“法律咨询”之外,并不是对《指定用书》有关内容的疏忽,而应当是对这些内容琢磨消化后的正确意见。

建议答案: ABCD。

尽管“法律咨询”和“服务”有范围大小之分,尽管《指定用书》将“资信调查”和“申办执照”这些并非咨询性的法律服务相提并论,然而按《指定用书》某种囫圇吞枣式的论述方式,该试题所谓的“法律咨询”也许就是“法律服务”的代名词。值得注意的是:《指定用书》述及律师“接受非诉讼法律事务当事人的委托,提供法律服务”时,将咨询性法律服务和非咨询性法律服务眉毛胡子一把抓地混杂在一起。可以推断:律考命题的出题者不可能逾越《指定用书》划定的圈圈,不可能摆脱《指定用书》的思维定势的惯性。鉴于此,建议选 ABCD。

例题三十六 (’ 98 试卷。第 49 题)

下列选项中的哪些表述是错误的?

- A . 地方省级人民政府受国务院统一领导,服从国务院,对国务院负责并报告工作
- B . 地方省级人民政府对本级人大及其常委会负责,并向全国人民代表大会及其常委会报告工作
- C . 地方省级人民政府可依据盗律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规制定地方性规章,报本级人大常委会和全国人民代表大会备案
- D . 省级人民政府有权审查省和自治区人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府制定的地方性规章

《陈编详解》的答案为 BCD。

「注释」：参见《指定用书·法学基础理论》第十五章第六节之五，“省级人民政府向本级人大及其常委会和国务院负责、报告工作”。故 B 错误。地方省级人民政府制定的规章，“报国务院及本级人大常委会备案”，故 C 错误。市级人民政府制定的规章，报省级人民政府备案，并未规定省级人民政府有权审查，故 D 错误。

《隋编提示》的答案为 ABCD。

和《陈编详解》不同的是，《隋编提示》认为 A（即“省级人民政府受国务院统一领导……并报告工作”）也是错误的。

评析：

《陈编详解》所选的压力和注释的内容都是正确的，但没有注明不选 A 的理由。应当说，A 项的表述（“地方省级人民政府受国务院统一领导，服从国务院，对国务院负责并报告工作”）虽不够全面、准确，但不能算是“错误”。《指定用书》第六节“地方国家机构”之五“县级以上地方各级人民政府”的表述是：“地方各级人民政府是地方各级人民代表大会的执行机关，是地方各级国家行政机关，对本级人大及其常委会和上一级国家行政机关负责、报告工作，并受国务院的统一领导，服从国务院。”

A 项中“受国务院统一领导，服从国务院”完全正确，对国务院负责并报告工作也是应当的，但问题在于没有提及“对本级人大及其常委会负责并报告工作”。能不能选 A 项，即表述的不完整是否等于表述错误，那就要看命题和评卷者是如何制定标准了。《陈编详解》可以强调题目问的是“哪些表述是错误的”，而唯有 BCD 这样错误的表述才应选上。A 项本身并不是错误的，而且说“对国务院负责并报告工作”并不意味着不可以同时对省级人大及其常委会负责并报告工作。隋编提示则可以认为“以偏概全”也是一种错误：A 项未将省级人大及其常委会和国务院同时提及，是不可原谅的错误，这样的表述很可能引导人们忽视省级人大及其常委会对省级政府的监督作用。

从严格的语义和修辞意义上看，A 项表述不是错误的表述，比如人们对着一朵美丽的鲜花说：“这朵花好香啊”这句话虽未包含“这朵花很美丽”的意思，但你能说它是错误的吗？说省级政府对国务院负责，这话一点不错，除非题目改为“下列选项中的哪些表述是不准确的”，那 A 项表述才该被选上。

建议答案：ABCD。

非此即彼，这是律考命题的基本思维方式之一；用“错误”作为“不够准确”的代名词，也许是一种律考试卷的命题技巧。应考者有时还得将错就错，才有可能跳过龙门。

例题三十七（'98 试卷一第 51 题）

根据《律师职业道德和执业纪律规范》，下列选项中，哪些是律师在执业活动中应当禁止的不正当竞争行为？

A．给委托方办事人员各种名义的财物

B．给介绍人案件介绍费

*。利用与审判人员的关系办案

D．利用与行政机关的关系进行业务垄断

《陈编详解》的答案为： MID 。

「注释」：参见《律师职业道德与执业纪律规范》第 37 条。C 不属于不正当竞争行为，而属于违反本规定第 19 条的违纪行为。

《精编提示》的答案为 ACD 。

评析：

先看《规范》第 37 条：

“禁止律师以下列方式进行不正当竞争：

- 1．贬损或低毁其他律师和律师事务所；
- 2．给委托人或介绍人各种名义的财、物和利益许诺；
- 3．利用新闻媒介或其他手段炫耀自己、招揽业务、排斥同行；
- 4．利用与行政机关、社会团体以及经济组织的关系进行业务垄断；
- 5．其他不正当的竞争手段。”

再看《规范》第 19 条：

“律师在代理案件之前及其代理过程中，不得向当事人宣传自己与有管辖权的执法机关及有关执法人员有亲朋关系，也不得利用这种关系。”

《规范》第 37 条已经明文指出“给委托人或介绍人各种名义的财、物”和“利用与行政机关的关系进行业务垄断”是不正当竞争的方式，故 ABD 选项正确无疑。至于“利用与审判人员的关系办案”和“利用与行政机关的关系进行业务垄断”在不正当竞争的性质和方式上有什么区别呢？为什么后者算不正当竞争方式而前者却偏偏不算呢？《陈编详解》的注释没有直接说明，而是指出 C 不属于不正当竞争行为的原因是 C 属于违反《规范》第 19 条的违纪行为。

原来，因为《规范》第 37 条列举不正当竞争方式时没有罗列上“不得利用与审判人员的关系办案”，第 19 条时讲到了“利用与有关执法人员关系”，所以“利用与审判人员的关系办案”不算不正当竞争。其实，第 37 条和第 19 条都是讲的律师办案的违纪问题，只是角度和侧重面不同：前者属第六章《律师同行之间关系的纪律》，主要是从“律师之间的关系”讲律师纪律，后者则属于第四章《律师在诉讼与仲裁活动中的纪律》，主要谈“律师在诉讼与仲裁活动中的纪律问题”。利用某种关系，办案也罢，进行业务垄断同样也罢，都是不言而喻的名副其实的不正当竞争方式。第 37 条未把“利用与执法人员的关系办案”列入不正当竞争方式，显然是因第 19 条已经述及，避免重复而已。况且，第 37 条最后还加了一款，“其他不正当的竞争手段”。

由是观之，则 ABCD 均属不正当竞争。

建议答案：ABD 。

按律考试题惯例，这类试题主要考查应试者对某法条的熟悉情况。ABD 是《规范》在列举不正当竞争行为方式时特别集中述及的几种方式，而 C 项则散见于其他条文，需脑筋转弯才可认定，恐怕不合乎命题者“线性思维”的规律。

当然，如把本试题的提问部分作如下解读，则一切问题便迎刃而解：

“根据《律师职业道德和执业纪律规范》（关于律师同行之间关系的纪律），下列选项中，哪些是律师在执业活动中应当禁止的不正当竞争行为？”（即在原题中加上带着重号的词句）

例题三十八（'98 试卷一第 68 题）

甲地 A 某被乙地铁路公安局作出拘留 15 天的行政处罚，刘某向市公安局申请复议，市公安局将拘留 15 天的处罚改为 5 天。刘某仍不服，决定提起行政诉讼。下列哪些法院对此案享有管辖权？

- A . 甲地刘某所在地的基层人民法院
- B . 乙地铁路运输法院
- C . 乙地铁路公安局所在地的基层人民法院
- D . 乙地市公安局所在地的基层人民法院

《陈编详解》的答案为 AD 。

〔注释〕：A 符合《行政诉讼法》第 15 条“原告所在地”，C 符合第 17 条“最初作出具体行政行为的行政机关所在地”。根据第 18 条，由被告所在地管辖，根据第 25 条第 2 款，“复议机关改变原具体行政行为的，复议机关是被告。”故 D 正确，而 C 错误。

《精编提示》的答案为 ACD 。

评析：

为什么《精编提示》除了选取了和《陈编详解》相同的 AD 外，还选了 C 项呢？即认为“乙地铁路公安局所在地的基层人民法院”也有管辖权？显然是因为《行政诉讼法》第三章《管辖》第 17 条指出：

“行政案件由最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖。经复议的案件，复议机关改变原具体行政行为的，也可以由复议机关所在地人民法院管辖。”换言之，既可以由作出具体行政行为的行政机关（铁路公安局）所在地人民法院管辖，也可以由改变原具体行政行为的复议机关（市公安局所在地人民法院）管辖，即 C 和 D 都可以选。A（原告所在地法院），当然更无问题。因此，《精编提示》的回答无疑是正确的。

那么为什么《陈编详解》会落入陷阱呢？首先，《陈编详解》钻进了《行政诉讼法》第四章《诉讼参加人》第 25 条：

“……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。”

注意，本试题不是问“以谁为被告”，而是问“哪些法院有管辖权”。尽管根据第 25 条，只能以改变原具体行政行为的复议机关市公安局为被告，但是有管辖权的法院则除了原告所在地法院外，仍然可以既包括作出原具体行政行为的行政机关所在地法院，也包括改变原具体行政行为的复议机关所在地法院。

其次，《陈编详解》又杀回“第 18 条”，因该条规定“对限制人身自由的行政强制措施不服提起的诉讼，由被告所在地或者原告所在地人民法院管辖”，而因“第 25 条”规定“改变原具体行政行为的，复议机关是被告”，得出了“故 D 正确，而 C 错误”的结论。

乍看上去，《陈编详解》左右逢源，思路严密，结论无隙可击。可是定睛再看那“第 18 条”讲的是“以限制人身自由的行政强制措施不服提起的诉讼”，而本题中所讲的是“拘留 15 天的行政处罚”，和“行政强制措施”显然是两回事！《指定用书·行政法学》第十章《行政强制》二、“行政强制措施的种类”特别指出：“通常人们所理解的行政强制是狭义上的，是除了行政处罚以外的行政强制措施……对人身自由的强制措施（如收容教养、收容教育、强制检疫、强制治疗……）”

综上所述，《陈编详解》绕了一个圈子，还是不能排除 C 项，不过这种前后照应，互相印证的解题思路是值得人们借鉴的。

建议答案：ACD。

例题三十九（'98 试卷一第 69 题）

下列哪些情况不属于法律关系范畴？

- A．限制行为能力人之间的法律权利和义务关系
- B．奴隶主对奴隶之占有使用关系
- C．政党社团章程所规定的权利义务关系
- D．无效的 i 合同关系

《陈编详解》的答案为 BCD。

注 释：参见《指定用书·法学基础理论》第七章第一。

隋编提示 答案为 CD，即认为 B“奴隶主对奴隶之占有使用关系”属于法律关系范畴。

评析：

指定用书 * 法学基础理论》第七章《法律关系》第一节 法律关系的概念 已经明确指出“政党社团的内部关系”和“无效或失效的合同关系”等“都不能看作是法律关系”，故选 CD 均无异议。至于 B 项，即“奴隶主对奴隶之占有使用关系”是否属于法律关系范畴，《指定用法》未具体论及，但从有关章节的表达中应当可以作出肯定结论：

第二章《法的起源和发展》第二节《法的发展》(二)奴隶制法“奴隶制法是人类历史上最早出现的法,也是私有制类型最早的法”。‘“奴隶制法是奴隶主阶级的意志和利益的体现;其目的在于维护有利于奴隶主阶级的社会关系和社会秩序。”

第七章第一节《法律关系的概念》二:“从实质上看法律关系作为一定社会关系的特殊形式,其特殊性正在于它的国家意志性。”

“每一具体的法律关系的产生、变更和消灭是否通过它的参加者的意志表示,呈现出复杂的情况,不可一概而论。”

《陈编详解》注意到上述论点,其答案是正确的;《隋编提示》也许片面理解“法律关系体现的是法律关系参加者的意志表示”,从而认为“奴隶主对奴隶之占有使用关系”未体现该关系参加者的意志而将之排除在“法律关系范畴”之外。

建议答案:BCD。

例题四十(‘98 试卷一第 76 题)

甲、乙两人因邻里纠纷发生互殴,公安局分别作出对甲拘留 15 天,对乙警告的行政处罚决定。甲不服公安局拘留 15 天的处罚决定,提起诉讼。法院经调查发现甲乙在互殴中均有责任,损害结果也相当。在此情况下,法院可以作出哪种判决?

- A . 撤销被告对甲的处罚决定
- B . 变更被告对甲的处罚决定
- C . 撤销被告对乙的处罚决定
- D . 变更被告对乙的处罚决定

《陈编详解》的答案为 AC。

「注释」:参见《行政诉讼法》第 54 条。根据《行政处罚法》第 16 条,“限制人身自由的行政处罚只能由公安机关行使”。故法院无权变更对甲、乙的处罚。

《精编提示》的答案为 ABCD,即不认为“法院无权变更对甲、乙的处罚”。

评析:

《行政诉讼法》第 54 条全文如下:

“人民法院经过审理,根据不同情况,分别作出以下判决:

(一)具体行政行为证据确凿,运用法律、法规正确,符合法定程序的,判决维持。

(二)具体行政行为有下列情形之一的,判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新作出具体行政行为:

- 1 . 主要证据不足的；
- 2 . 适用法律、法规错误的；
- 3 . 违反法定程序的；
- 4 . 超越职权的；
- 5 . 滥用职权的。

(三) 被告不履行或者拖延履行法定职责的，判决其在一定期限内履行。

(四) 行政处罚显失公正的，可以判决变更。”

在本题中，公安局对因产生邻里互殴的甲、乙分别作出拘留 15 天和警告的处罚决定，“法院经调查发现甲、乙在互殴中均有责任，损害结果也相当”，也就是说；法院并不认为甲负主要责任，并不认为公安局对甲、乙的不同处罚是正确的，这里可以有几种情况：

- 1 . 甲和乙均违反《治安管理处罚条例》第 22 条

(一) “殴打他人，造成轻微伤害”，而且违反的程度也相当，故对甲和乙应处以相同的处罚：或都拘留 15 天；或都罚款 200 元，或都警告。

2 . 甲和乙在互殴中虽均有责任，损害结果也相当，但都没有达到违反《治安管理处罚条例》的程度，因此都不需要给以行政处罚。

不管哪种情况，A、B、C、D 都属于“法院可以作出的判决”

至于《陈编详解》根据《行政处罚法》“第 16 条”限制人身自由处罚只能由公安机关行使的说法，引出法院无权变更对甲、乙的处罚的结论，则是不能成立的：《行政处罚法》第三章《行

政处罚实施机关》第 16 条全文是：

“国务院或者经国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政处罚权，但限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关行使。”

显然，用转折词“但”引出“限制人身的行政处罚权只能由公安机关行使”的目的，是强调说明得到授权的行政机关可以行使各种行政处罚权，唯独限制人身自由和行政处罚权非公安机关不能行使；换言之“限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关行使”，是相对其他行政机关而言。这一提法，并不意味着不属于行政机关之列的法院不能变更作为行政机关的公安局作出的行政处罚——行政拘留。

当然，根据《指定用书·行政法学》第二十六章第一节《判决》二第一审判决（四）所指出的“变更判决应当在法律、法规规定范围和幅度以内，而且一般不宜加重对被处罚人的处罚”；鉴于原公安局对乙的处罚为最轻的警告处罚，如“变更”，则唯有“加重”，故不宜作变更。但“撤销”还是可能的。

因此，本题的答案应为 ABC。

建议答案：ABC。

赵、钱都是某公司职员，两人同住一宿舍，1991年春，公司派赵到珠海办事处工作一年。临行前，赵将使用了一年的一台21英寸彩电委托给钱保管并允其使用。一个月后，赵给钱写信说自己买了一台进口彩电，委托其保管的彩电可以适当价格出售。同单位的司机孙知道此事后，对钱表示想以低价购买，并嘱钱给赵写信说该电视机显像管有毛病，图像不清，以便使赵降价出售。钱考虑到孙经常给自己免费运送东西，便按孙的意思给赵写信。赵回信说显像管有毛病可以低价出售。于是，孙以500元的价格买下该电视机。后孙很快以2000元的市价将电视机卖给李，事隔一月，李因其妹李娟出嫁向周借钱1500元，李、周约定以该电视机质押，并立有质押字据。后李并未将电视机交付给周，反将电视机作为嫁妆送给李娟。为送李娟和嫁妆，李请马车夫吴运送，并约定了运费。吴因饮酒过量，驾车狂奔，与迎面超速行驶的汽车相撞（该汽车系司机毛某个人所有）。吴和李娟均受伤，电视机被毁。现请回答81—87各题所列的问题。

82 本事例中，哪些民事行为具有法律效力？

- A . 赵与钱之间的委托行为
- B . 钱代理进行的赵与孙之间的买卖合同行为
- C . 孙与李之间的买卖合同行为
- D . 李与李娟之间的赠与合同行为

《陈编详解》的答案为 AD 。

[注释]：答案 A 委托双方主体合法，委托形式有效，授权明确。答案 B 属于代理人与第三人串通，损害被代理人利益的行为。答案 C 是无权处分人处分他人财产的合同，属于无效合同，。但第三人善意占有，有偿取得财产，应当维护第三人的合法权益。参见《指定用书·民法学·民事实体法》“合同概论”章“无效合同和可撤销合同”节，《合同法》第52条。答案 D 赠与双方共为意思表示，赠与交物时，赠与合同有效。

《隋编提示》除答 AD 外，还增加了 C 。

评析：

笔者赞同《隋编提示》增加 C，即答案应为 ACD。 答 A、D 的理由，《陈编详解》的注释言之有理，不再重复。下面仅就《陈编详解》否定答案 C（孙与李之间的买卖合同行为）的理由进行商榷：

《陈编样解》认为孙与李之间的买卖合同“是无权处分人处分他人财产的合同”。为什么孙是“无权处分人”呢？显然是孙和钱串通以低价买下赵的电视机。诚然，钱作为代理人与第三人孙串通，压价将被代理人赵的电视机卖与孙，赵与孙之间的这笔买卖属于《合同法》第52条所说的“恶

意串通，损害国家、集体或者第三人利益”的无效合同。合同无效怎么办？《合同法》第59条说“因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人”。孙因此取得的财产是什么呢？当然是电视机。不过，赵已经收取了孙付给的500元，赵希望卖出电视机，即不希望退回500元，收回电视机。《合同法》第58条指出：“合同无效或者撤销后，因该合同取得的财产，应当予以退还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失……”本题中赵、孙买卖合同无效，显然属于“没有必要返还的，应当折价补偿”或“有过错的一方应当赔偿对方因此受到损失”的情形。至于孙、李之间的买卖合同不存在无效的问题，孙是在“以500元的价格买下该电视机”后，“以2000元

的市价将电视机卖给李”，至于孙以低价买下赵的电视机的做法有什么问题，属于孙和赵（还有赵的代理人钱）之间的关系，应当由孙承担责任。孙在同李实施电视机买卖合同时，孙已经以 500 元价格买下了电视机，已经对电视机拥有所有权，即有权处分电视机了。赵假如要追究钱与孙串通压价的责任，只能主张钱代理他与孙的买卖无效，而不能主张孙与李的买卖无效。

87 . 本事例中，周提出的哪些诉讼请求法院不应予以 支持？

- A . 要求李提供新的担保
- B . 追究李未履行质押合同的违约责任
- C . 要求李提前返还借款
- D . 主张与李的借款合同无效

《陈编详解》的答案为 ABD 。

[注释]：答案 A 、 B 因质押合同未成立，所以其请求不予支持（参见《担保法》第 64 条第 2 款）；答案 D 与本案无关，所以其请求不予支持。

《精编提示》的答案为 CD 。

评析：

根据《担保法》第 64 条“质押合同自质物移交于质权人占有时生效”的规定，本题中李和周之间的质押合同未生效。但是，李向周借钱 1500 元的合同则是生效并付诸实施的。《担保法》第 5 条指出：“担保合同是主合同的从合同”，从合同未生效并不意味着主合同也未生效或无效。因此，本事例中，周要求未按约定提供电视机作为质物的李“提供新的担保”是应予以支持的，亦即答案 A 应予排除。

由于李未按约定提供质物，致使担保合同不生效，李的做法虽不构成“未履行质押合同的违约责任”，但由于李未按约定提供质物作为担保却取得 1500 元借款，其已构成对借贷合同的违约。李已违反《合同法》第 60 条关于“当事人应当按照约定履行自己的义务”的规定。根据《合同法》第 107

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的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”第 108 条：“当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。”据此，周“要求李提前返还

借款”的诉讼请求完全应予以支持，则答案 C 完全应当排除。

综上，本题之答案应为 BD（D 项主张之所以不应予以支持，并非如《陈编详解》所云“与本案无关”，而是因为周与李的借款合同不存在《合同法》第 50 条规定的“合同无效”的法定情形）。

建议答案：ABD 。

本题似乎就考考你是否掌握“质押合同自质物移交于质权人占有时生效”这一条。由于质押合同未生效，就不存在质押合同的违约责任，也不存在因质物灭失而“提供新的担保”的问题，至于该质押合同只是借款合同的从合同以及如何统盘、综合考虑主合同——借款合同的权利义务和违约责

任等问题，则并非命题者所要求你去探讨的——你想得过多，反而会被接画蛇添足论处。

例题十三（ ’ 98 试卷三第 1 题 ）

在法律没有特别规定及合同没有特别规定时，出现了下述哪种情况，一方当事人有权解除合同？

- A . 对方当事人有违约行为
- B . 发生不可抗力事件，致使合同不能适当履行
- C . 对方当事人在合同约定的期限内没有履行合同
- D . 以种类物为标的的合同，其标的部分毁损灭失

《陈编详解》的答案为 B 。

〔注释〕：参见《经济合同法》第 26 条。注：新《合同法》第 428 条废止了《经济合同法》，本题参见《合同法》第 94 条。

《精编提示》的答案为 C 。

评析：

《合同法》第 94 条全文如下：

“ 有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；

（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；

（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；

（五）法律规定的其他情形。 ”

根据以上条文，本题中的答案 A （对方当事人有违约行为）和答案 D ，“ 以种类物为标的的合同，其标的部分毁损灭失 ” 显然不构成 “ 当事人可以解除合同 ” 的条件。答案 B ，“ 发生不可抗力事件，致使合同不能适当履行 ” 和法条中的 “ 因不可抗力致使不能实现合同目的 ” 似乎异曲同工：“ 合同不能适当履行 ” 自然就不能实现合同目的。答案 C ，“ 对方当事人在合同约定的期限内没有履行合同 ” 岂不等于 “ 当事人迟延履行债务或者有其他违法的行为致使不能实现合同目的 ” ？当然，如果咬文嚼字式地将答案 B 、 C 和上述条文严格推敲比较，又可以得出 B 、 C 都不属于和条文相符的结论：“ 合同不能适当履行 ” 可以解释为 “ 合同基本履行，只是履行得不够适当 ” ；在合同约定的期限内没有履行合同不排除经催告在合理期限内又履行了合同。因而不能断言其 “ 迟延履行债务 ” 而 “ 致使不能实现合同目的 ” 。总之，由于答案 B 和 C 所给的 “ 情况 ” 似是而非、似非而是，使应试者唯有 “ 不识庐山真面目，只缘身在此山中 ” 的叹息，而无法决断是非也！

无奈之余，在两个破脚猫式的答案中一定要选取一个的话，还是答案 B 命中谜底的可能性较大：答案 C “在约定期限内没有履行合同”和《合同法》第 94 条之（二）和前半句“当事人一方迟延履行主要债务”意思相符，但“合同法”还有下半句“经催告……”，故答案 C 属“断章”而应否定。

答案 B “发生不可抗力事件，致使合同不能适当履行”和《合同法》第 94 条之（一）“因不可抗力致使不能实现合同目的相比较，原因都是“不可抗力”，而“合同不能适当履行”的结果和“不实现合同目的”的结果也是大同小异。

建议答案：C。

由于’98 律考时，《合同法》尚未出台，而根据《经济合同法》第 26 条中的“由于不可抗力致使经济合同的全部义务不能履行”，显然和答案 B 的“不能适当履行”是两回事，而第 26 条中的“由于另一方在合同约定的期限内没有履行合同”恰恰就是答案 C 的翻版。

例题十四（ ’98 . 试卷三第 2 题）

张某向王某借款 1 万元，约定年息为 15 %并由李某提供了保证。现王某欲将该债务移转给宋某，在原保证合同对债务转移并无任何约定的情况下，下列哪一选项所述的内容是正确的？

- A . 如果该债权发生移转，李某即免除了保证责任
- B . 如果该债权发生移转，李某应在原担保的范围内继续承担保证责任
- C . 该债权的移转必须得到李某的同意，李某才在原保证担保的范围内继续承担保证责任
- D . 该债权发生移转并由王某通知李某后，李某即在原保证担保的范围内继续承担保证责任。

《陈编详解》的答案为 D。

[注释]：参见《担保法》第 22 条。。

《隋编提示》的答案为 B。

评析：

《担保法》第 22 条规定：“保证期间，债权人依法将主债权依法转让给第三人的，保证人在原保证担保的范围内继续承担保证责任。”该法条并未规定债权人转让主债权应通知担保人，因此，《陈编详解》援引的该法条实际上支持了《隋编提示》的答案（选项 B）而否定了自己的选项 D。

尽管上述法条及整个担保法中均没有只字片语涉及“债权人转让主债权须通知担保人”的意思，但《合同法》第五章“合同的变更和转让”第 80 条指出：“债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。”担保人对于债权人而言，当然属于“债务人”范畴，本题中债权人王某将债权移转给宋某，亦应当通知作为“债务人”之一的担保人李某，故选项项目“该债权发生移转并由王某通知了李某后，李某即在保证担保的范围内继续承担担保责任”是正确的。

答案应为 D。

建议答案： B 。

B 和 D 都是可以成立的正确表述，且两者并非不可相容。 B 根据《担保法》， D 则兼根据《担保法》和《合同法》。鉴于 D 涉及《合同法》并非直接的而是间接印证，不如 B 那样干净利落地直接根据《担保法》条文而来，故选 B 。

例题十五（‘98 试卷三第 4 题）

某商店与某运输公司签订一份运输合同，由运输公司将一批瓷器从唐山运往北京，商店派一名押运员同行。途中停车吃饭，司机与押运员两人喝了一瓶酒，后继续上路。由于饮酒及劳累，司机要求押送人员代其开车，押送人员亦没有推脱，在一个转弯处，由于车速较快，不慎翻车，车上的瓷器全部毁损，对于该瓷器毁损应当由谁承担责任？

- A ．商店承担责任
- B ．运输公司承担责任
- C ．商店与运输公司分担责任
- D ．司机与押运员分担责任

《陈编详解》的答案为 B 。

〔注释〕：参见《经济合同法》第 36 条之（ 3 ）。注：新《合同法》第 428 条废止了《经济合同法》；本题参见《合同法》第 311 条。

《精编提示》的答案为： D 。

评析：

《合同法》第 311 条在阐述《货运合同》中关于承运方的责任时指出：“承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担损害赔偿责任”，据此似乎可以断定《陈编详解》所答正确（即认为由承运人运输公司承担责任），但是题目中提出的“对于该瓷器毁损应当由谁承担责任”这一问题，既没有限

定在货运合同有关规定的范围内，也没有特指“在托运人和承运人两者之间谁承担责任”，换言之，对于该瓷器毁损的责任并不是一定限于用合同法加以调整，它可以理解为“对于该瓷器毁损的赔偿责任最终由谁来承担”，因此《精编提示》完全可以顺理成章地回答说，肇事的司机与押运员分担（赔偿）责任——尽管托运方（商店）只能要求承运方运输公司承担责任。

建议答案： B 。

这又是一例因命题者设计答案时语焉不详造成多余化答案的简单的错误，答题者恐怕只好让自己健全的思路削足适履地去适应这样一种残缺的问题，即“一个心眼”地盯着《合同法》寻找答案。

例题十六 (' 98 试卷三第 9 题)

1997 年 4 月 5 日，某百货公司致函某月民装厂，欲订购 1000 套女式西装，并提供了规格、单价，询问是否同意。同月同日，该服装厂致函该百货公司，表示现有 1000 套女式西装，询问该百货公司是否可以接受。双方收信后，均未给对方回复。4 个月后，服装厂向百货公司发货，百货公司拒绝收

货、付款。本案中百货公司与服装厂的关系应如何认定？

- A . 合同关系未成立
- B . 合同关系成立
- C . 合同关系成立且生效
- D . 合同关系成立但未生效

《陈编详解》的答案为 A 。

[注释]：参见《指定用书·民法学·民事实体法合同法概论》章“合同订立”节《合同法》第 22 条。

《精编提示》的答案为 C 。

评析：

一个说“合同关系未成立”，另一个则针锋相对：“合同关系成立且生效”。

《合同法》第 22 条：

“承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约的表明可以通过行为作出承诺的除外”。

本事例中，某百货公司致函某服装厂欲购西服，并明确了数量、规格、单价，可谓明确的要约，服装厂致函百货公司，题目中说是在“同月同日”，究竟是在收到百货公司来函后还是之前，不得而知（假如百货公司清早发函，处在同一城市的服装厂完全可能在下午收到并发出回信），题目中没有表明服装厂的函是否针对百货公司来函，但两者的函都提到 1000 套女式西装，因此不能排除两者讲的是一回事。服装厂的函中究竟是否谈到规格和价格（按常理或习惯是应当先谈到的），是否和百货公司函中讲的规格、价格有出入？题目中均未交待清楚，这就让人们去猜测、去争议。

《陈编详解》可以认为：既然服装厂致函百货公司是征询是否要买其产品，则显然不属于承诺，而属于要约，并且显然在收到百货公司来函之前发出，双方都发出要约，合同自然未成立。

《隋编提示》何尝不可以这样反驳：你有什么根据非要认为服装厂致函是在收到百货公司来函之前呢？如下午收到早上发出的信，立即回信，难道不可能吗？你又有何根据断言服装厂信中没有提到规格和价格（且和百货公司所需要的一致）呢？《指定用书》“合同订立”节中关于“承诺是受要约人向要约人作出的对要约的完全同意的意思表示”的五个要素，服装厂的函中完全可能具

备： (1) 对要约作出的答复； (2) 是受要约人向要约人作出的 意思表示； (3) 与要约的内容相一致； (4) 于要约的有效 期限内作出的答复； () 具备相应的形式。

总之，公说公有理，婆说婆有理，谁也说服不了谁。

当然，从本题叙述中隐含的两种可能的确定因素的 概率来看，服装厂在收到百货公司来函之前发函的概率 要高一些（因而双方都是要约，合同未成立）。就是说，《陈编详解》在概率论上要胜出《隋编提示》一筹。

建议答案： A 。 碰到这种“双向开口”的题目，不妨抓住“概率”这根救命稻草。

例题十七（ ’ 98 试卷三第 45 题）

某工厂与某租赁公司签订了租赁合同，约定由租赁公司购买了三台机床出租给工厂使用，租期两年，租赁期满工厂向租赁公司支付全部租金后，机床的所有权即归工厂。合同签订后，租赁公司即向某机床厂购买了三台机床并交付给工厂使用。工厂在安装这三台机床过程中发现有质量问题。下列有关表述中哪些是正确的？

- A . 在该租赁关系中，租赁公司、机床厂、工厂均为当 事人
- B . 在该租赁关系中，租赁公司、工厂为当事人
- C . 工厂有权要求机床厂对该三台机床的质量问题 承担法律责任
- D . 工厂有权要求租赁公司对该三台机床的质量问 题承担法律责任

《陈编详解》的答案为 BD 。

〔注释〕：参见《指定用书·民法学·民事实体法》“转让财产使用权的合同·财产租赁合同”节，《合同法》第 212 、 216 条。

《隋编提示》的答案为 AC 。

评析：

本事例中的租赁合同究竟是一般的财产租赁合同，还是融资租赁合同？无论是根据《经济合同法》、《指定用书》关于“转让财产使用权的合同·财产租赁合同”节，还是《合同法》第十三章“租赁合同”，作为一般的财产租赁合同，“租赁期间届满，承租人应当返还租赁物”（《合同

法》第 235 条）。而本事例中，“租赁期满工厂向租赁公司支付全部租金后，机床的所有权即归工厂”。这一约定，恰恰符合融资租赁合同“租赁期间届满租赁物归承租人所有”（《合同法》第十四章），即“融资租赁合同”第 249 条）的特征。不过，“融资租赁合同”作为专门的章节被列入《合

同法》是在 ’ 98 律考之后的事，《陈编详解》本来可以指出这一点并明确说明只能按《经济合同法》、《指导用书》关于财产租赁合同的规定答题，然而《陈编详解》却偏偏引《合同法》为依据，这就使其引用该题依据不能够支持其答案的观点了。

根据《合同法》，本事例中由于租赁物被约定租赁期满归承租方所有，则双方的合同为融资租赁合同：“融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。”（《合同法》第 237 条）“出租人、出卖人、承租人可以

约定，出卖人不履行买卖合同义务的，由承租人行使索赔的权利。承租人行使索赔权利的，出租人应当协助”（《合同法》第 240 条）。可见，在融资租赁关系中，出租人、出卖人、承租人均均为当事人，选项 A “租赁公司、机床厂工厂均为当事人”是正确的，而选项 B “租赁公司、工厂”仅包括出

租人和承租人未包括出卖人（机床厂），则是错误的。

至于选项 C “工厂有权要求机床厂……承担法律责任”和选项 D “工厂有权要求租赁公司……承担法律责任”，孰是孰非，则要视工厂和租赁公司所签订的租赁合同的具体条款而定，因为《合同法》第 240 条规定：“出租人、出卖人、承租人可以约定出卖人不履行买卖合同义务的，由承租人行

使索赔的权利。承租人行使索赔权利的，出租人应当协助”。这里说的是“可以约定”而不是“必须”和“应当”，在本事例中是否“约定”，题目既未肯定，也未排除，人们不得而知，又是一件无头官司。当然，根据《合同法》第 239 条，“出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择订立的买

卖合同，出卖人应当按照约定向承租人交付标的物，承租人享有与受领标的物有关的买受人的权利”，人们可以按惯例推定本事例中的出租人“租赁公司”是根据承租人“工厂”对出卖人“机床厂”、租赁物“三台机床”的选择订立买卖合同，承租人“工厂”享有买受人的权利，即“有权要求机床厂对该三台机床的质量问题承担法律责任”（选项 C）。不过，话再说回来，假如本事例中的出租人租赁公司并非根据承租人“工厂”对出卖人“机床厂”和租赁物“三台机床”的选择，而是根据其本身的选择订立买卖合同，则承租人“工厂”就未必享有买受人的权利，选项 C 就不能成立了。

总而言之，本事例所给条件之简略和所给选项之繁复之间形成不协调。如按《合同法》关于融资租赁合同有关规定解题则答案飘忽难定。如仅按财产租赁合同处理，则《陈编详解》所选答案 BD 正确。但本事例显然属于融资租赁合同，答案 A 无疑正确，答案 B 显然不对，答案 C、D 在大多数情况下可选，因此，正确（相对而言）答案为 ACD。

建议答案：BD。

本题毕竟为《合同法》公布之前的‘98 律考试题，应试者不应有先见之明。题目中亦未标明某租赁公司根据某工厂对机床厂、机床的选择，向机床厂购买机床提供给工厂使用，因而不能绝对断言所签合同是融资租赁合同（《合同法》第 237 条：“融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租

赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。”）如果闭眼不视融资租赁合同的可能性，则本题答案就跃然纸上了：B 和 D。

例题十八（‘98 试卷三第 46 题）

下列哪些承诺行为不发生承诺的效力？

- A . 附条件地接受要约
- B . 撤回承诺的通知与承诺同时到达要约人

C . 撤回承诺的通知因送达的原因后于到达, 要约人 未及时将该情况通知承诺人

D . 承诺人因送达的原因于要约有效期限届满后到 达要约人, 要约人将该情况通知了承诺人

《陈编详解》的答案为 ABC 。

「注释」: 参见《合同法》第 21 条、第 27 条、第 30 条。

《隋编提示》的答案为 BCD 。

评析:

《合同法》第 27 条:

“ 承诺可以撤回。撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或与承诺通知同时到达要约人。 ”
据此, 答案 B “ 同时到达要约人 ” 正确; 答案 C “ 后于承诺到达 ” 错误。

《合同法》第 28 条:

“ 受要约人超过承诺期限发出承诺的, 除要约人及时通知受要约人该承诺有效的以外, 为新要约。 ”
换言之, 要约人及时通知受要约人该承诺有效——尽管受要约人超过承诺期限发出承诺。据此, 答案 D 正确。

对于答案 A 则难以断定其是与非。

《合同法》第 30 条:

“ 承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的, 为新要约。有关合同标的、数量、质量、价格或者报酬、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更, 是对要约内容的实质性变更。 ” 本事例中的选项 A 承诺人 “ 附条件地接受要约 ”, 似乎属于 “ 对要约内容的实质性变更 ”——因为所附条件大多在上述 “ 标的 ”、“ 期限 ” 等范围之内。但题目毕竟没有挑明所附的是什么条件, 这也不能排除所附条件无关 “ 内容实质性变更 ”, 例如所附条件是指定对方由某公司作为合同的见证人, 则据《合同法》第 31 条, 承诺对要约的内容作出非实质性变更的, 除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的以外, 该承诺有效, 合同的内容以承诺的内容为准。

所以, 选项 A 含糊其词的所谓 “ 附条件地接受要约 ”, 根据《合同法》第 30 条和第 31 条, 是难以确定为有效承诺的。但是, 考试是不得不确定其是有效还是无效, 即只能按常理推定其无效, 即在大多数情况下, “ 附条件 ” 往往是事关合同实质性内容的, 因而承诺就变成了新要约, 故, 选 A 正确

(不发生承诺的效力)。

答案应为 ABD (既不同于《陈编详解》的 ABC , 也不同于《隋编提示》的 BCD)。

建议答案: ABD 。

例题十九 (' 98 试卷三第 47 题)

下列哪些合同既属于双务合同又属于有偿合同？

- A . 买卖合同
- B . 借款合同
- C . 租赁合同
- D . 附有保管费的保管合同

《陈编洋解》的答案为 ABCD 。

【 注释 】：参见《指定用书·民事法学·民事实体法》“ 合同概论 ” 章之“ 合同分类 ” 一节中关于“ 双务合同 ”、“ 有偿合同 ” 的定义。

《同编提示》的答案为 ACD 。

评析：

先看看《陈编洋解》参见的有关定义：

“ 双务合同是指合同当事人双方相互享有权利，相互负有义务的合同。 ”（《指定用书》）

“ 有偿合同是指双方当事人一方须给予他方相应的利益才能取得自己利益的合同。 ”（《指定用书》）

根据上列定义，选项 A（买卖合同）、选项 C（租赁合同）和选项 D（附有保管费的保管合同）都是名副其实的双务合同和有偿合同。至于选项 B（借款合同）则颇生疑义：

借款合同是双务合同吗？

《指定用书·民事法学·民事实体法》第二十章“借款合同”第一节“借款合同的概念和法律特征”明确指出：“借款合同是单务合同。在借款合同中，借用人负有归还借贷物的义务；如果是有偿借贷，借用人还负有支付约定利息的义务，出借人则不负义务，只有请求归还借贷物的权利。故

借款合同为单务合同。 ”

但是，紧接着，上述《指定用书》又在同一章的第三节“信贷合同”中写道：“信贷合同又称借贷合同，是指银行和其他金融机构将货币贷给借款人，借款人按期归还贷款并支付规定的利息的协议。”“借贷合同订立后，出借人的义务是及时发放贷款。贷款方不按合同规定及时贷款，应偿还违约金。”毫无疑问，这里讲的“借贷合同”（即“信贷合同”）又是不折不扣的双务合同了。

本题中讲的“借款合同”究竟是指《指定用书·民事法学·民事实体法》第二十章第一节里的那种“出借人不负义务，只有请求归还借贷物的权利”的借款合同，还是指同一章第三节里规定“出借人的义务是及时发款”的“借款合同”呢？这又是一个谜语。

借款合同是有偿合同吗？

上述《指定用书》第二十章第一节“借款合同是出借人将一定数量的货币或者说实物借给借用人支配使用，借用人依法约定归还相同数量的货币或者相同种类、数量和质量的事物的协议”。根据这一定义，人们似乎只能引出这样的结论：“借款合同”是无偿合同。因为《指定用书》关于无偿

合同的定义是：“无偿合同是指一方给予他方利益而自己并不取得相应利益的合同。”

不过，《指定用书》在同一节中又推翻了上述墨迹未干的定义：“除法律另有规定外，借款合同是否有偿，由当事人双方约定。双方约定有利息的，为有偿合同；双方未约定利息，为无偿合同，又称无息借贷。”

本题中的选项 B “借款合同”是否有利息呢？谁知道呢？只有出题目的人才知道。答题的人不知道怎么办？只有一个办法：猜！

《陈编详解》认定选项 B 即认为“借款合同”既属于双务合同又属于有偿合同。就是说，《陈编详解》不理睬《指定用书》在“借款合同”章第一节中关于借款合同是单务合同的结论，而采用同一章第三节关于“信贷合同又称借贷合同”的说法，并且该借款合同还是有利息的“双务合同”。

《隋编提示》这次小心翼翼地按《指定用书》关于“借款合同”概念的专门定义行事，认为选项 B 所讲的借贷合同既非双务亦非有偿。

笔者按“宁滥勿缺”的原则，赞成《陈编详解》的答案，即认为 B 项的“借款合同”既属双务合同又属有偿合同。

答案为 ABCD。

建议答案：ACD。

由于《指定用书》已经出现了“借款合同是单务合同”这样的断语，不管还有其他什么样的说法，也不管它是否有偿，则“借款合同”就不可能“属于双务合同”了——尽管《指定用书》又自相矛盾地把可能是双务合同的“信贷合同”又称为“借款合同”。

例题二十（’98 试卷三第 65 题）

陈某到一饭店就餐，饭店服务员韩某在给卡式煤炉点火时，煤气炉突然爆炸，陈某、韩某及邻座顾客杜某均被炸伤。经查，煤气炉系甲厂生产，质量存在严重缺陷。下列有关表述中哪些是正确的？

- A．陈某既可以要求甲厂承担赔偿责任，也可以要求饭店承担赔偿责任
- B．韩某只能依劳动合同关系要求饭店赔偿损失
- C．杜某可以要求甲厂承担赔偿责任
- D．向甲厂要求赔偿的诉讼时效为 1 年，自身体受到伤害之日起计算

《陈编详解》的答案为 ABCD。

[注释] : 选项 A 参见《消费者权益保护法》第 35 条第 3 款, 选项 B 参见第 2 款, 韩某不是《消费者权益保护法》规定的消费者。选项 C 参见第 35 条第 2 款, 杜某属于其他受害人, 选项 D 参见《民法通则》第 136 条第 2 款。

《精编提示》仅仅选择 AC 为答案。

评析:

对于选项 A, “既可以要求厂方赔偿, 又可以要求饭店赔偿”, 根据《消费者权益保护法》第 35 条第 3 款: “消费者或者其他受害人因商品缺陷造成人身、财产损害的, 可以向销售者要求赔偿, 也可以向生产者要求赔偿。”第 4 款: “消费者在接受服务时, 其合法权益受到损失, 可以向服务者要求赔偿。”显然是无懈可击的正确答案。

对于选项 C, “杜某”作为“其他受害人”向甲厂要求赔偿, 自然也是《消费者权益保护法》明文规定, 无可非议的正确答案。

对于选项 B, 作为饭店服务员韩某在使用有严重缺陷的卡式炉时因突然爆炸而受伤, 为何不可以作为《消费者权益保护法》里所称的“其他受害人”向生产者甲厂要求赔偿呢? 《陈编详解》根据《消费者权益保护法》第 2 条将韩某排除在该法律保护范围之外: “消费者为生活需要购买、使用商

品或者接受服务, 其权益受本法保护; 本法未作规定的, 受其他有关法律、法规保护。”

请注意, 上列条文中明确指出“本法未作规定的, 受其他有关法律、法规保护”, 本题中的韩某虽非消费者, 但显然属于“其他受害者”。《消费者权益保护法》第 41 条规定: “经营者提供商品或者服务, 造成消费者或者其他受害人人身伤害的, 应当支付医疗费、治疗期间的护理费等费用。”韩某在受经营者雇佣对消费者进行服务的过程中, 并非由于其自身的过错而是由于经营者提供的作为服务工具的商品——卡式炉本身的严重缺陷而爆炸导致受伤, 韩某理所当然地应被视为《消费者权益保护法》第 35 条、第 41 条中规定的“其他受害人”。因此, 《陈编详解》仅仅因为韩某的服务员的身份或韩某不是消费者就认定韩某不是“其他受害人”, 就“只能依劳动合同关系要求赔偿损失”显然是失之武断和粗疏的。

最后再来看看选项 D:

“向甲厂要求赔偿的诉讼时效为 1 年, 自身体受到伤害之日起计算。”

《陈编详解》认同这一表述, 援引了《民法通则》第 136 条:

“下列的诉讼时效期间为一年:

- (一) 身体受到伤害要求赔偿的;
- (二) 出售质量不合格的商品未声明的;
- (三) 延付或者拒付租金的;
- (四) 寄存财物被丢失或者损毁的。”

假如选项 D 中的被省略掉的主语, 亦即未被明确标明的“要求赔偿”的主体是被炸伤的消费者陈某、其他受害者杜某或韩某, 则其“诉讼时效为 1 年, 自身体受到伤害之日起计算”当无不是, 可是该选项毕

竟没有主语，亦即不能肯定“向甲厂要求赔偿”的主体是谁——可以是被炸伤的人，也可以是向甲厂行使赔偿权的饭店。《消费者权益保护法》第 35 条指出：“销售者赔偿后，属于生产者的责任或者属于向销售者提供商品的其他销售者的责任的，销售者有权向生产者或者其他销售者追偿。”不言而喻，这种追偿，正如本题中饭店在赔偿了因卡式炉爆炸致伤的消费者和其他受害人之后，向生产有严重缺陷的卡式炉的甲厂要求赔偿，其诉讼时效就未必限于自（被炸致伤者）身体受到伤害之日起计算 1 年之内了。难怪《隋编提示》有理由不认为选项 D 的表述是正确的。本题的答案为 AC。

建议答案：ABCD。

由于命题中事例叙述和答案选项的表述中“语焉不详”的毛病司空见惯，人们也许只有削足适履地将这些不完整、不准确和不清楚的表述理解为健全的表述，闭眼不见那些莫名其妙地被省略或被增生出来的实质性内容，从而做出一个不甚了然的回答，更有可能和命题者的谜底吻合。所以，建议采纳《陈编详解》的答案：ABCD