

## ※知识详解※

必须大力提高法治工作队伍的政治素质、业务工作能力、职业道德水准，着力建设一支忠于党、忠于国家、忠于人民、忠于法律的社会主义法治工作队伍。

### （一）建设高素质法治专门队伍

**1.政治素质。**坚持三个至上（党的事业、人民利益、宪法法律）的队伍。坚定的社会主义信仰、法治思维、法治方式同时具备。

**2.专业素质。**健全国家统一法律职业资格考试制度，法律职业人统一岗前培训制度。

**3.统一遴选。**初任法官、检察官，由省级法院、检察院统一招录，一律在基层法院、检察院工作，上级法院检察院从下级法院检察院遴选法官、检察官。

### （二）加强法律服务队伍建设

**1.律师。**律师队伍要拥护党、拥护社会主义制度。构建社会律师、公职律师、公司律师等优势互补的律师队伍。发挥律协作用，监督律师职业道德遵守。发挥律师事务所党组织的政治核心作用。社会律师、公职律师促进依法办事、防范法律风险。

**2.其他法律职业。**发展公证员、基层法律服务工作者、人民调解员队伍。推动法律服务志愿者队伍建设。

### （三）创新法治人才培养机制

**1.科研教学。**马克思主义法学思想、中国特色社会主义法治理论，要占领高校、科研机构的法学教育和研究阵地。习近平新时代中国特色社会主义思想 and 法治理论要进教材、进课堂、进头脑。培养坚持中国特色社会主义法治体系的人才。培养通晓国际法律规则的涉外法治人才队伍。

**2.流动机制。**法治工作部门与高校、科研机构人才互聘、交流机制。打造一支政治立场坚定、理论功底深厚、专业素质良好的法学研究、法学教育队伍。

## 考点 9：加强改进党对全面依法治国的领导（☆）

## ※知识详解※

党的领导是全面推进依法治国、加快建设社会主义法治国家最根本的保证。必须加强

和改进党对法治工作的领导，把党的领导贯彻到推进全面依法治国全过程。

### （一）坚持依法执政（依法执政是依法治国的关键）

**1.带头守法。**党组织和领导干部带头尊重宪法法律，带头依法办事。

**2.领导法治。**党领导依法治国工作，统一领导、统一部署、统筹协调。党政主要负责人要履行推进依法治国第一责任人的职责。工会、青年团、妇联等人民团体、社会组织在依法治国中发挥作用。

**3.实施主体。**人大、政府、审判、检察、政协党组织领导监督本单位遵守宪法法律情况，党员干部要自觉贯彻党的路线、方针、政策。

**4.组织形式。**政法委员会是党领导政法工作的**组织形式**，必须长期坚持。不是直接干预具体案件办理。而是关注政治方向、队伍建设、保障宪法法律实施。

### （二）加强党内法规制度建设（新增考点8）

**1.定义：**《中国共产党党内法规制定条例》：党内法规是党的中央组织以及中央纪律检查委员会、中央各部门和省、自治区直辖市党委制定的规范党组织的工作、活动和党员行为的党内规则制度的总称。

**2.种类：**党章、准则、条例以及规则、规定、办法、细则。**性质：**管党治党的重要依据、建设社会主义法治国家的有力保障。

**3.立改废：**要健全完善制度，以党章为根本遵循，本着于法周延、于事有效的原则，制定新法规制度，完善已有的法规制度，废止不适应的法规制度，健全党内规则体系，扎紧党纪党规的笼子。十八大以来，制定修订了90多部党内法规，对已有党内法规制度进行全面清理，废止了一大批过时、失效的法规制度，基本形成了以《党章》为根本遵循，以《关于新形势下党内政治生活的若干准则》《中国共产党廉洁自律准则》和《中国共产党纪律处分条例》《中国共产党党内监督条例》等**基本党法党规为主干，多种形式的党内法规制度并存的党内法规制度体系。**

**4.未来规划：**2018年2月《中央党内法规制定工作第二个五年规划（18-22年）》。

**（1）指导思想：**与社会主义法治理论一致（从马克思到习近平，十九大精神）。

**（2）目标要求：**要适应新时代坚持和加强党的全面领导、以党的政治建设为统领全面推进党的各项建设的需要，到**建党100周年时形成以党章为根本、以准则条例为主干，覆盖党的领导和党的建设各方面的党内法规制度体系**，并随着实践发展不断丰富完善。

**(3) 落实要求：**党内法规制度质量明显提高，执行力明显提升，系统性、整体性、协同性明显增强。

### (三) 提高党员干部法治思维和依法办事能力(☆☆☆☆)

**1. 重要地位。**党员干部是推进全面依法治国的重要组织者、推动者、实践者，要自觉提高运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定的能力，高级干部更要以身作则、以上率下。。

**2. 政绩考核。**把法治建设成效作为衡量各级领导班子和领导干部工作实绩重要内容，纳入政绩考核。政治素养好、依法办事能力强则重用，特权思想严重、法治观念淡薄则批评教育或调离。

### (四) 推进基层治理法治化

**1. 重要地位。**推进全面依法治国，基础在基层，工作重点在基层。

**2. 工作重点。**发挥基层党组织在推进依法治国中的战斗堡垒作用。增强基层干部依法治国观念和依法办事能力。

**3. 长效机制。**加强基层法治机构建设，强化基层法治队伍，推进法治干部下基层。

### (五) 深入推进依法治军从严治军

**1. 立法：构架完善中国特色军事法治体系。**坚持依法推进国防和军队改革，健全完善现代军队建设要求的军事法规体系，加大军事法规执行力度。

**2. 用法：健全军事法制工作体制。**改革军事司法体制，建立军事法律顾问制度，完善重大决策和军事行动法律咨询保障制度，改革纪检监察体制。

**3. 普法：增强官兵法治理念和法治素养。**

### (六) 依法保障“一国两制”实践和推进祖国统一

**1. 立法：“一国两制”。**宪法最高。坚持“一国两制，港人治港、澳人治澳”。严格依照宪法和基本法办事。依法行使中央权力，支持特区政府依法施政，防御外部势力干涉。

**2. 用法：依法统一。**运用法治方式捍卫一个中国原则，反对“台独”。

**3. 用法：依法交往。**维护港澳台胞利益，加强两岸四地经贸往来及打击犯罪活动。

### (七) 加强涉外法律工作

**“坚持和平发展道路，推动构建人类命运共同体”**。适应对外开放不断深化，完善涉外法律法规体系，促进构建开放型经济新体制。

**1.立法：**（1）完善涉外法律法规体系建设。（2）积极参与国际规则制定。

**2.用法：法的实施。**（1）运用法律手段维护我国主权、安全、发展利益。（2）强化涉外法律服务。

**3.用法：国际合作。**（1）深化司法领域国际合作。（2）积极参与执法安全国际合作，共同打击恐怖势力、民族分裂势力、宗教极端势力和贩毒走私、跨国有组织犯罪。

## 第二节 三段论在案例题中的运用

### 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？

答：【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？

答：【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？

答：【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？

答：【结论】属于企业设立的前置性行政许可。

【大前提】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？

答：【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？

答：【结论】不成立。【大前提】因为修订后的《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。

8.检察院拒绝赔偿的理由是否成立？为什么？

答：【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。

答：(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。

答：(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？**

答：（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）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

**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？**

答：（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

（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？**

答：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。

2016 年重点考察 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、2016 年、2017 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) 法考民法题目的特征

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<sup>4</sup>。

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以谁为被告？

<sup>4</sup> 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。

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。”<sup>5</sup>因此，本案中甲可以向 A 公司请求损害赔偿责任，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损害赔偿责任，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、

<sup>5</sup>《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。”

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，依租赁合同的约定要解除与张某的租赁合同。

李某要求张某修理热水器，修了几次都无法使用。再找张某，张某避而不见。李某只能用冷水洗澡并因此感冒，花了一笔医疗费。无奈之下，李某去 B 公司购买了全新电热水器，B 公司派其员工郝某去安装。在安装过程中，找不到登高用的梯子，李某将张某存放在储藏室的一只木箱搬进卫生间，供郝某安装时使用。安装后郝某因有急事未按要求试用便离开，走前向李某保证该热水器可以正常使用。李某仅将该木箱挪至墙边而未搬出卫生间。李某电话告知张某，热水器已买来装好，张某未置可否。

另外，因暑热难当，李某经张某同意，买了一部空调安装在卧室。

当晚，同学黄某来 A 市探访李某。黄某去卫生间洗澡，按新装的热水器上的提示刚打开热水器，该热水器的接口处迸裂，热水喷溅不止，黄某受到惊吓，摔倒在地受伤，经鉴定为一级伤残。另外，木箱内装的贵重衣物，也被热水器喷出的水流浸泡毁损。

**（说明：以下题目中“法律关系分析”、“请求权”两个部分，是我依据“民法思维”给大家的答题方法，这个方法比较容易掌握，按照这个方法答题就容易得分。后面附录了司法部答案，大家比较一下可知，民法思维方法答题更加容易操作。只要把“法律关系分析”、“请求权”这两个部分写出来，就可以是题目的答案了，不用再写司法部答案的内容了。）**

问题及答案：

**答题方式一：运用“请求权理论”回答题目的套路**

1. 由于张某拖欠租金，王某要解除与张某的租赁合同，李某想继续租用该房屋，可以采取什么措施以抗辩王某的合同解除权？

**答：【结论】**李某可以请求代替张某支付租金，以抗辩王某合同解除权。

**【法律关系分析】**李某（次承租人）与张某（承租人、二房东）系租赁关系，张某与王某（出租人）系租赁关系。

**【请求权】** 张某未按时支付租金，王某有权解除租赁合同，但是次承租人可以请求代替承租人履行义务。

**【司法部答案】** 李某（次承租人）可以请求代替张某（承租人、二房东）支付租金和违约金，以此抗辩王某（出租人）解除合同的主张。

2. 李某的医疗费应当由谁承担？为什么？

答：**【结论】** 应该由张某承担。

**【法律关系分析】** 张某与李某系租赁合同，合同约定，张某有提供热水器的义务，张某未履行义务，而给李某造成损失。

**【请求权】** 李某可以请求张某承担因违约造成的赔偿责任。

**【司法部答案】** 由张某（出租人）承担。因为张某（出租人）有提供热水（热水器）的义务，张某违反该义务，致李某损失，应由张某承担赔偿责任。

3. 李某是否可以更换热水器？李某更换热水器的费用应当由谁承担？为什么？

答：**【结论】** 可以更换。费用由张某承担。

**【法律关系分析】** 张某李某系租赁合同关系，张某有义务提供符合合同约定标准的房屋及设备，并负有对出租物进行维修的义务。

**【请求权】** 张某提供设备违反合同约定，并且拒绝维修，则李某可以更换符合合同约定规格的租赁物，费用由张某承担。

**【司法部答案】** 可以（是）。张某承担。因为张某（出租人）作为出租人应当按照约定将租赁物交付承租人、应当履行租赁物的维修义务；张某有保持租赁物符合约定用途的义务。

4. 李某购买空调的费用应当由谁承担？为什么？

答：**【结论】** 由李某承担。

**【法律关系分析】** 李某与张某系租赁合同关系，合同中对空调问题未做约定，合同约定不明的，可以双方协商。合同履行过程中，李某与张某商议购买一台空调，但是双方并未约定费用承担问题。

**【请求权】** 双方对空调费用未做约定，故不能要求出租人承担，只能由承租人承担该费用。

**【司法部答案】** 由李某承担。因为李某（承租人）经张某（出租人）同意装饰装修，但未就费用负担作特别约定，故承租人不得请求出租人补偿费用。

5. 对于黄某的损失，李某、张某是否应当承担赔偿责任？为什么？

答：**【结论】** 李某、张某均无需承担责任。

(1) **【法律关系分析】** 黄某与李某、张某均未形成合同关系。

**【请求权】** 黄某不能要求李某或张某承担违约损害赔偿关系。

(2) **【法律关系分析】** 黄某被开水烫伤，如果李某、张某有过错，则可以形成侵权法律关系，但是李某、张某皆无过错，则黄某与二人皆不形成侵权法律关系。

**【请求权】** 黄某对于李某、张某二人都没有侵权赔偿责任请求权。

**【司法部答案】**否(李某或张某均不应当承担赔偿责任)。因为李某与黄某之间并无合同,李某不需承担违约损害赔偿赔偿责任;对于黄某的损失,李某亦无过错,不需承担侵权责任。故李某不应承担赔偿责任。张某与黄某之间并无合同,张某不需要承担违约损害赔偿赔偿责任;对于黄某的损失,张某并无过错,不需承担侵权责任。故张某不应承担赔偿责任。

6.对于黄某的损失,郝某、B公司是否应当承担赔偿责任?为什么?

**答:【结论】**郝某不应承担赔偿责任,B公司应承担赔偿责任。

(1)**【法律关系分析】**黄某被烫伤系由缺陷产品造成损害,则在黄某与热水器生产者、销售者之间形成因侵权而产生的赔偿关系。

**【请求权】**黄某既可以要求热水器生产者赔偿责任,也可以要求销售者(B公司)承担赔偿责任。

(2)**【法律关系分析】**郝某与B公司是雇佣关系。《侵权责任法》第34条规定:“用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的,由用人单位承担侵权责任。”

**【请求权】**黄某无权请求郝某承担侵权责任。

**【司法部答案】**郝某不应当承担赔偿责任。B公司应当承担赔偿责任。因为郝某是B公司的工作人员,执行B公司的工作任务,故不需承担侵权责任。因热水器是缺陷产品,缺陷产品造成损害,被侵权人(黄某)既可向产品的生产者请求赔偿,也可向产品的销售者请求赔偿。故B公司需承担侵权责任。

7.对于张某木箱内衣物浸泡受损,李某、B公司是否应当承担赔偿责任?为什么?

**答:【结论】**李某不应承担赔偿责任,B公司应承担赔偿责任。

**【法律关系分析】**李某把木箱放在卫生间并不是衣物受损的直接原因,如果不是热水器爆裂喷出水流,衣服不会受损,因此李某对于衣物受损无过错,故李某与衣物所有人之间不形成侵权法律关系。

衣物受损直接原因是缺陷产品造成的。

**【请求权】**衣物所有者可以请求缺陷产品的生产者或者销售者承担侵权责任。

**【司法部答案】**李某不应承担赔偿责任,B公司应承担赔偿责任。因为李某对衣物受损并无过错。缺陷产品的侵权责任,由生产者或销售者承担,故B公司应对张某衣物受损承担侵权责任。

**答题方式二:运用“三段论”回答问题**

1.由于张某拖欠租金,王某要解除与张某的租赁合同,李某想继续租用该房屋,可以采取什么措施以抗辩王某的合同解除权?

**【结论】**请求代替张某偿还欠付租金。

**【大前提】**承租人拖欠租金,出租人请求解除合同时,次承租人可以请求

代承租人支付欠付的租金和违约金以抗辩出租人合同解除权的。

【小前提】本案中，王某系出租人，张某系承租人，李某系次承租人，而张某拖欠王某租金，此时李某可以行使次承租人的代为清偿请求权。

## 2. 李某的医疗费应当由谁承担?为什么?

【结论】张某。

【大前提】出租人应当依照约定提供租赁物，违反约定造成承租人损失的，应当赔偿。

【小前提】本案中，张某没有依照约定提供热水器能够正常使用的房屋，导致李某洗冷水澡感冒，应当赔偿医疗费。

## 3. 李某是否可以更换热水器?李某更换热水器的费用应当由谁承担?为什么?

【结论】可以；张某。

【大前提】出租人应当依照约定提供租赁物，违反约定造成承租人损失的，应当赔偿。

【小前提】本案中，张某没有依照约定提供热水器能够正常使用的房屋，导致李某更换热水器并支出费用，应当承担相应费用。

## 4. 李某购买空调的费用应当由谁承担?为什么?

【结论】李某。

【大前提】承租人未经出租人同意装修、装饰租赁物的，出租人无需补偿。

【小前提】本案中，李某正是未经张某同意擅自购买空调进行装修，张某无需补偿。

## 5. 对于黄某的损失，李某、张某是否应当承担赔偿责任?为什么?

【结论】均不承担责任。

【大前提】存在违约行为方可主张违约责任，存在侵权行为方可主张侵权责任。

【小前提】本案中，李某、张某与黄某之间并无合同，不存在违约行为，不必承担违约责任；对于黄某的损害，李某、张某均无过错，不存在侵权行为，不必承担侵权责任。

## 6. 对于黄某的损失，郝某、B公司是否应当承担赔偿责任?为什么?

【结论】郝某不用承担责任，B公司应当承担责任。

【大前提】用人单位工作人员执行职务行为造成损害的，用人单位承担责任，工作人员不必承担责任。

【小前提】本案中，郝某作为B公司工作人员，安装热水器属于执行职务的行为，因此造成损害的，B公司承担责任。

## 7. 对于李某木箱内衣物浸泡受损，李某、B公司是否应当承担赔偿责任?为什么?

【结论】李某不承担赔偿责任，B公司承担赔偿责任。

【大前提】产品缺陷造成损害的，生产者、销售者承担责任。



【小前提】本案中，B 公司是问题热水器的销售者，应当承担责任。李某并无过错，不必承担责任。

注：民法案例题既可以用“请求权”理论回答，还可以用“三段论”回答。

### 三、刑法

#### （一）实战的具体步骤

##### 1. 先看问题后看案例。

拿到刑法题，直接看问题再读题目。看问题的好处：第一，看清这道题是笼统型问题（需要自己总结的），还是具体“一问一答”的类型。第二，如果是第二种类型，则可以从问题中看出来许多关键词，这些关键词全部画下来，带着这些关键词去读案例，则可以做到有的放矢、事半功倍。第三，通过读问题，使我们初步掌握案件的基本信息，比如可能会知道这是金融犯罪还是侵害人身犯罪，行为人是单数还是复数，是否存在犯罪不同形态，是否涉及多项罪名等，这些基本信息对于我们全面分析案例有重要提示，等于又多认识了一次案例。

谨记：在刑法案例中基本解题顺序也是：题→找主体和行为→生活事实上升为法律事实→搜寻法条→得出结论。这又是一个“逻辑三段论”形成的过程。

##### 2. 刑法案例解题步骤

笼统式的刑法案例题，就是让考生“依据刑法理论和立法，对案例涉及的刑法问题进行分析、评价并说明理由”，这种案例比“一问一答”类型更能考查考生的水平。但是大家可以想想，这样的题目是命题人偷懒的作法，给阅卷人带来了非常大的麻烦。2009 年就出了这样的题目，虽然多数考生都能回答出来六七成，但是顺序五花八门，有人按照案件发生的时间顺序分析，有人按照总论—分论的顺序分析，这些都是不正确的做法。

##### 【1】“一问一答”类型解题步骤

- （1）先读问题后案例，心中有数。
- （2）读题做准备：把案例中出现的三大要素“主体、行为、情节”全部用笔划下来。
- （3）开始做题：
  - A. 看每一个主体、每一个行为是否构成犯罪，构成何种罪名。
  - B. 看每一个主体的几个犯罪行为之间是否有转化、吸收等问题（一罪和数罪的关系）。
  - C. 再看不同主体之间是否有共犯问题，是否属于“部分犯罪共同说”。
  - D. 看是否有犯罪未完成形态问题（中止、未遂、既遂）。
  - E. 看有没有法定的从重或从轻量刑情节（自首、立功，重大立功，主犯从

犯，结果加重等情况；还有责任年龄、精神状态等）。

#### (4)检查

考生看到自己熟悉的点会很兴奋，容易忽视一些细节之处，检查很重要，重新把问题和案例对照一遍，查漏补缺、修正错误。

检查还有一个功能，就是看前后问题之间是否有矛盾之处，如果前后回答有矛盾，很可能基本判断是有错误的，需要重新思考。不能已经写到答题纸上了又想改就来不及了。

#### (5)开始在答题纸上答题

A.一定按照问题的序号写，如果每个问题有几个要点，那么就在这个标题下分出相应小点，序号级别一定清晰，便利老师阅读，会增加感情分。随意打乱答案顺序，每一问少给一分，就会丢掉四五分，不可冒险！

B.问什么答什么，不用过多阐述，不要旁逸斜出、画蛇添足。

C.说明理由一定有，但是只需要直接说明，不需要深入分析。比如 2011 年问题是可以构成何种犯罪，说明理由时只须回答“如果认为死者可以占有财物，则构成侵占”，不用再去解释什么是“侵占”，侵占的具体判定标准等，免得回答错了，时间也不够了。基本要素和格式是：

答：……。甲实施了……行为（小前提），构成……罪（结论），因为……（大前提）。

#### 2011 年案例，“一问一答”类型（22 分）

陈某因没有收入来源，以虚假身份证明骗领了一张信用卡，使用该卡在商场购物 10 余次，金额达 3 万余元，从未还款。（事实一）

陈某为求职，要求制作假证的李某为其定制一份本科文凭。双方因价格发生争执，陈某恼羞成怒，长时间勒住李某脖子，致其窒息身亡。（事实二）

陈某将李某尸体拖入树林，准备逃跑时忽然想到李某身有财物，遂拿走李某手机、现金等物，价值 1 万余元。（事实三）

陈某在手机中查到李某丈夫赵某手机号，以李某被绑架为名，发短信要求赵某交 20 万元“安全费”。由于赵某及时报案，陈某未得逞。（事实四）

陈某逃至外地。几日后，走投无路向公安机关投案，如实交待了上述事实二与事实四。（事实五）

陈某在检察机关审查起诉阶段，将自己担任警察期间查办犯罪活动时掌握的刘某抢劫财物的犯罪线索告诉检察人员，经查证属实。（事实六）

问题：

1.对事实一应如何定罪？为什么？

(1) 看每一个主体、每一个行为是否构成犯罪，构成何种罪名。

对事实一应认定为信用卡诈骗罪。因为以虚假身份证明骗领信用卡触犯了妨害信用卡

(2) 看每一个主体的几个犯罪行为

管理罪，使用以虚假的身份证明骗领的信用

为之间是否有转化、吸收等问题。 (一罪和数罪的关系)	卡, 数额较大, 构成信用卡诈骗罪, 二者具有手段行为与目的行为的牵连关系, 从一重罪论处, 应认定为信用卡诈骗罪。(3分)
2.对事实二应如何定罪? 为什么?	
(1) 看每一个主体、每一个行为是否构成犯罪, 构成何种罪名。	对事实二应认定为故意杀人罪。因为长时间勒住被害人的脖子, 不仅表明其行为是杀人行为, 而且表明行为人具有杀人故意。(3分)
3.对事实三, 可能存在哪几种处理意见(包括结论与基本理由)?	
(1) 看每一个主体、每一个行为是否构成犯罪, 构成何种罪名。	对事实三主要存在两种处理意见: 其一, 如认为死者仍然占有其财物的, 事实三成立盗窃罪; 其二, 如认为死者不可占有其财物的, 事实三成立侵占罪。(6分)
4.对事实四应如何定罪? 为什么?	
(1) 看每一个主体、每一个行为是否构成犯罪, 构成何种罪名。 (2) 看每一个主体的几个犯罪行为之间是否有转化、吸收等问题。 (一罪和数罪的关系)	事实四成立敲诈勒索罪(未遂)与诈骗罪(未遂)的竞合。因为陈某的行为同时符合二罪的犯罪构成, 属于想象竞合。陈某对赵某实行威胁, 意图索取财物未果, 构成敲诈勒索罪(未遂); 陈某隐瞒李某死亡的事实, 意图骗取财物未果, 构成诈骗罪(未遂)。由于只有一个行为, 故从一重罪论处。(4分)

## 1. 对事实一应如何定罪? 为什么?

答:【结论】认定为信用卡诈骗罪。

【大前提】以虚假身份证明骗领信用卡触犯了妨害信用卡管理罪, 使用以虚假的身份证明骗领的信用卡, 数额较大, 构成信用卡诈骗罪, 二者具有手段行为与目的行为的牵连关系, 从一重罪论处, 应认定为信用卡诈骗罪。

【小前提】陈某先是骗领信用卡, 后使用骗领的信用卡, 两罪相比较, 后者属于重罪, 故定后罪。

## 2. 对事实二应如何定罪? 为什么?

答:【结论】应该定故意杀人罪。

【大前提】主观上追求将他人杀死的结果, 或者放任他人死亡的结果, 客观上实施杀人行为, 则构成故意杀人罪。

【小前提】本案中, 陈某长时间勒住被害人的脖子, 这是杀人的行为。正常人都知道人长时间缺氧, 死亡的可能性极大, 陈某具有杀人的故意, 故定故意杀人罪。

## 3. 对事实三, 可能存在哪几种处理意见(包括结论与基本理由)?

**答：【结论】**存在两种意见：构成盗窃罪、构成侵占罪。

**【大前提】**将自己占有的财物据为己有，构成侵占罪。将他人占有的财物据为己有，构成盗窃罪。

**【小前提 1】**如认为死者仍然占有其财物的，陈某不占有该财物，**【结论 1】**则陈某立盗窃罪；

**【小前提 2】**如认为死者不可占有其财物的，那么财物属于遗忘物，则陈某占有该财物，**【结论 2】**陈某成立侵占罪。

4. 对事实四应如何定罪？为什么？

**答：【总结论】**成立敲诈勒索罪（未遂）与诈骗罪（未遂）的竞合，应该从一重罪论处。

**【大前提】**一个犯罪行为同时符合两个犯罪构成，则属于想象竞合犯。

**【小前提 1】**陈某对赵某实行威胁，意图索取财物未果，构成敲诈勒索罪（未遂）。

**【小前提 2】**陈某隐瞒李某死亡的事实，意图骗取财物未果，构成诈骗罪（未遂）。

**【结论】**因为陈某的行为同时符合二罪的犯罪构成，属于**想象竞合**。

5. 事实五是否成立自首？为什么？

**答：【结论】**成立自首。

**【大前提】**我国刑法规定，只要不是因外界不可抗拒的强制力原因，而是自动投案自首的成立自首。

**【小前提】**本案中陈某虽然是因为走投无路而投案自首的，但是符合法律对自首的认定条件。

**【司法部答案】**事实五对故意杀人罪与敲诈勒索罪或诈骗罪成立自首。因为走投无路而投案的，属于自动投案，不影响自首的成立。（3分）

6. 事实六是否构成立功？为什么？

**答：【结论】**不构成立功。

**【大前提】**法律规定，如果当事人交代的犯罪线索是在其查办犯罪活动中掌握的，则属于不能构成立功的法定情形。

**【小前提】**本案陈某所交代的犯罪线索属于上述情形，故不成立立功。

**【司法部答案】**事实六不构成立功。因为根据《刑法》规定，陈某提供的犯罪线索虽属实，但是其以前查办犯罪活动中掌握的，故不构成立功。（3分）

## **【2】**笼统式案例

如果遇到笼统式案例，就按照上述第 3 步的顺序来分析，然后安排回答。但是回答顺序应该是这样的：

第一，先对**共同犯罪部分**所有问题进行回答。

第二，对其中**起重要作用的或者先出现的主体**犯罪行为进行回答。

第三，最后对起次要作用的或者后出现的主体犯罪行为进行回答。

第四，在每一主体下面，就是按照行为发生的时间顺序来作答。