

司考难题解答(1) PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/482/2021_2022__E5_8F_B8_E8_80_83_E9_9A_BE_E9_c36_482417.htm 问题 1 . 2 0 0 0 年

1 月，甲公司的高级工程师乙研制出一种节油装置，完成了该公司的技术攻坚课题，并达到国际领先水平。2 月，甲公司将该装置样品提供给我国政府承认的某国际技术展览会展出。3 月，乙未经单位同意，在向某国外杂志的投稿论文中透露了该装置的核心技术，该杂志将论文全文刊载，引起甲公司不满。6 月，丙公司依照该杂志的报道很快研制了样品，并做好了批量生产的必要准备。甲公司于 7 月向我国专利局递交专利申请书。1 2 月，丁公司也根据该杂志的报道开始生产该节油装置。2 0 0 3 年 5 月 7 日，国务院专利行政部门授予甲公司发明专利，2 0 0 3 年 7 月，甲公司向法院提起诉讼，分别要求丙公司和丁公司停止侵害并赔偿损失。

1 . 甲公司能否要求丙公司停止侵害并赔偿损失？ A . 甲公司有权要求丙公司停止侵害并赔偿损失 B . 甲公司有权要求丙公司停止侵害，但无权要求赔偿损失 C . 甲公司无权要求，因丙公司有权在 2 0 0 4 年 5 月 7 日前制造该专利产品 D . 甲公司无权要求，因丙公司有权在原有范围内继续制造该专利产品 解答：本题考查不视为侵犯专利权的行为。根据专利法第六十三条的规定，“在专利申请日前已经制造相同产品、使用相同方法或者已经作好制造、使用的必要准备，并且仅在原有范围内继续制造、使用的”，不视为侵犯专利权，该情形下行为人的权利属于先用权，即使该项专利权被授予后行为人仍然可以行使先用权。本案丙公司“研制了样品

，并做好了批量生产的必要准备”在先，而甲公司“递交专利申请书”在后，因此，甲公司无权要求丙公司停止侵害并赔偿损失，丙公司有权在原有范围内继续制造该专利产品。

参考答案：D 2．丁公司实施甲公司发明的行为是否构成侵权行为？ A．构成侵权行为 B．不构成侵权行为 C．2003年5月7日后的实施行为构成侵权行为 D．2003年7月后的实施行为构成侵权行为

解答：本题考查专利侵权行为。专利侵权行为是指在专利的有效期限内，行为人未经专利权人许可且无法律依据，以生产经营为目的实施他人专利的行为。专利法第十一条第一款规定，发明和实用新型专利权被授予后，除本法另有规定的以外，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品，或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。甲公司于2003年5月7日被授予发明专利，这就已经是在专利的有效期限内了，而不是等到起诉时，丁公司的实施行为构成侵权行为。此外，发明专利申请公布后至专利权授予前使用该发明的，应当支付适当的使用费，这是专利法赋予专利权人的临时保护权。因为从专利申请日到专利申请文件公开日直至专利授权日，专利申请和审查时间较长，临时保护制度从一定程度上可以弥补发明专利申请人的合法权益得不到有效保护的缺陷。专利权人要求支付使用费的诉讼时效为二年，自专利权人得知或者应当得知他人使用其发明之日起计算，但是，专利权人于专利权授予之日前即已得知或者应当得知的，自专利权授予之日起计算。

参考答案：C 3．甲公司可以在起诉前向法院申请采取什么

措施保护自己的合法权益？ A . 申请诉前禁令 B . 申请诉前先予执行 C . 申请诉前财产保全 D . 申请诉前证据保全 解答：本题考查知识产权诉讼特殊程序问题??诉前临时措施。知识产权诉讼特殊程序问题包括管辖、举证责任、当事人、诉前责令停止侵权行为、诉前财产保全、诉前证据保全等，本题涉及后三种情况。根据专利法第六十一条，专利权人或者利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其专利权的行为，如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施。其中“申请采取责令停止有关行为”即为申请诉前禁令。最高人民法院《关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》第十六条规定，人民法院执行诉前停止侵犯专利权行为的措施时，可以根据当事人的申请，参照民事诉讼法第七十四条的规定，同时进行证据保全。人民法院可以根据当事人的申请，依照民事诉讼法第九十二条、第九十三条的规定进行财产保全。民事诉讼法第七十四条规定，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，诉讼参加人可以向人民法院申请保全证据，人民法院也可以主动采取保全措施。先予执行是指法院对某些民事案件在受理案件后终审判决作出前，为解决一方当事人的生活或生产经营急需，根据其申请，裁定另一方当事人给付申请人一定的财物，或者实施或停止实施某种行为，并立即执行的制度。民事诉讼法第九十七条规定，人民法院对下列案件，根据当事人的申请，可以裁定先予执行：（一）追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的；（二）追索劳动报酬的；（三）因情况紧急需要先予执行的。本案显然不属

于可以先予执行案件。参考答案：A C D 问题 2 . 甲旅行社的欧洲部副经理李某，在劳动合同未到期时提出辞职，未办移交手续即到了乙旅行社，并将甲社的欧洲合作伙伴情况、旅游路线设计、报价方案和客户资料等信息带到乙社。乙社原无欧洲业务，自李某加入后欧洲业务猛增，成为甲社的有力竞争对手。现甲社向人民法院起诉乙社和李某侵犯商业秘密。法院如认定乙社和李某侵犯甲社的商业秘密，须审查什么事实？ A . 甲社所称的“商业秘密”是否属于从公开渠道不能获得的 B . 乙社的欧洲客户资料是否有合法来源 C . 甲社所称的“商业秘密”是否向有关部门申报过“密级” D . 乙社在聘用李某时是否明知或应知其掌握甲社的上述业务信息

解答：本题考查侵犯商业秘密行为的认定。对于侵犯商业秘密案件，首先要查明商业秘密是否存在，如果没有受法律保护的权利?也就谈不上权利的侵犯。商业秘密，是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。“不为公众所知悉”即该信息属于从公开渠道不能获得的，这是“商业秘密”的判断标准之一，A项当选。显然，如果乙社的欧洲客户资料有合法来源，如权利人授权，则不构成侵权，B项当选。商业秘密与“密级”无关，C项不符合题意。根据反不正当竞争法等有关法规，侵犯商业秘密行为有以下几种情形：一、以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；二、披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；三、与权利人有业务关系的单位和个人、权利人的职工违反合同约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商

业秘密。第三人明知或者应知前款所列违法行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密，视为侵犯商业秘密。据此，在认定侵犯商业秘密行为时，应当审查本案中的乙社在主观上是否存在过错（包括故意和过失），也即在聘用李某时是否明知或应知其掌握甲社的上述业务信息。本题是典型的因员工的跳槽行为导致企业商业秘密流失的案件，这也是商业秘密纠纷案件的主要表现形式之一。参考答案：A B D 目的实施他人专利的行为。问题 3：为什么汇票的“部分转让”或者“分割转让”的背书是无效的？解答：“部分转让”的背书又叫“一部背书”，是指背书人仅转让汇票金额的一部分，自己仍保留对另外部分的票据权利。这种在背书中记载部分票据金额的转让行为，同票据与票据权利不可分的性质是相抵触的。因为在转让票据权利时，要将该票据交付给受让人，如果持票人只转让票据金额的一部分，票据就无法交付，没有完整的票据，也就无法证明和主张票据权利。票据转让的完整性与民法上合同权利的部分转让是不同的。在民法上，所有人可以将自己的财产权利分割成若干部分，或者一定金额的货币分成若干部分，分别转让给不同的人，自己也可以保留若干部分。而票据权利由于与票据不可分离，这一特性决定了汇票部分转让的背书是无效的。同样的道理，由于票据与票据权利的一体性，决定了分割转让的背书也是无效的。如果背书人在全部转让票据权利时，将票据金额分割成若干份同时转让给多个受让人，各个受让人仅有部分票据权利，那么，将不能确定将票据交付给哪一个受让人，这就难以证明各个受让人的票据权利。所以，分割转让票据金额的背书也是无效的。在实践中，有时持票人不将票据权利分

割，而将票据权利全部转让给一个以上的被背书人共同所有，这个转让是有效的。可以认为所有的被背书人是一个受让人，这样票据的交付可以实现，票据权利的转让自然也就完成了。如果有必要，再由所有被背书人自己来协商如何分割和处分他们共同的票据权利。

问题 4 . 甲市居民陈某在乙市出差期间被乙市公安局误认为盲流收容遣送至丙市。乙市地方性法规规定，对收容遣送不服提起诉讼的人须先申请行政复议。陈某决定向甲市法院起诉，甲市法院应按下列哪个选项处理? A . 受理此案 B . 裁定不予受理并告知陈某先向乙市行政机关申请行政复议 C . 移送乙市法院管辖 D . 移送丙市法院管辖

解答：本题答案为 B。理由如下：（ 1 ）“收容遣送”属于限制人身自由的行政强制措施，根据行政诉讼法第十八条，如果欲依法提起行政诉讼，甲市、乙市的人民法院均有权对此管辖，但丙市既非原告所在地（注意“收容遣送至丙市”意味着是在丙市放人的，丙市并非严格意义上的“被限制人身自由地”），又非被告所在地，所以丙市人民法院无管辖权。据此，如果该案件依法进入行政诉讼，由于甲市人民法院有管辖权，因此不能移送其他人民法院，何况丙市人民法院无管辖权，因此 C、D 两选项肯定错误，不应选。（ 2 ）“复议前置”（即“复议必经”）的规定，根据行政诉讼法第三十七条、行政复议法第十九条，法律、法规都可以规定。“法规”，在立法法上，包括行政法规、地方性法规、经济特区法规；自治条例、单行条例属于自治法规，也是一种法规。因此，本题中乙市地方性法规规定“对收容遣送不服提起诉讼的人须先申请行政复议”是合法的，是具有法律约束力的。（ 3 ）甲市人民法院在审查起诉时，是

否应当适用乙市地方性法规呢？也就是，人民法院审理案件是否应当接受外地地方性法规的约束。行政诉讼法第五十二条规定：“地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件。”本题中的行政案件发生在乙市，因此，乙市的地方性法规应当适用于这个案件，而不管这个案件在哪个地方的人民法院审理。（4）既然乙市的地方性法规适用于本题的行政案件，那么这个地方性法规“复议前置”的规定就应当遵循。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44条第七项，甲市法院应当采取B选项的处理方式。

问题5：如何理解新证据和举证期限的关系？解答：最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》规定了举证期限制度，该司法解释第34条第1、2款规定：“当事人应当在举证期限内向人民法院提交证据材料，当事人在举证期限内不提交的，视为放弃举证权利。对于当事人逾期提交的证据材料，人民法院审理时不组织质证。但对方当事人同意质证的除外。”同时其第41、44条分别解释了一审、二审和再审程序中的“新的证据”。两者是什么关系呢？举证期限制度的存在要求当事人应当在举证期限内举证，也就是说一般情况下，当事人超过举证期限提供的证据，人民法院不予认可。这个制度的目的在于强化当事人的举证责任，防止当事人故意隐瞒证据而在庭审中或庭审后突然提出，给对方当事人造成不公平的后果；但是如果一味地排斥当事人在举证期限以外的举证，将可能导致另一种不公平的结果发生，因为现实中确实存在不是因为当事人的原因而不能在举证期限内举出证据的情况。这就是这里讲的新的证据。这些新的证据都是因为客观原因（非当事人自身的

原因)而无法按期举证的情况,应允许当事人在规定的期限内提出。因此举证期限制度和新的证据制度不是矛盾的,而是相互补充的关系。正是由于举证期限制度的存在而要求对新的证据作出限定。二者在适用上的关系是:一般情况下应当在举证期限内举证,但是如果符合“新的证据”的要求的,可以在相应的期限内举证。

问题6:绑架罪能否成立犯罪中止?一个出租车司机绑架了某集团公司的女儿,后来被害人家属报警,犯罪嫌疑人出于心理害怕(害怕或是什么)释放了人质,后来自首。请问该犯罪嫌疑人是否成立犯罪中止?解答:绑架罪以保护他人人身权为内容,只要侵犯他人人身权利的结果出现,就构成既遂。本案中被害人的人身自由已被剥夺,所以无论犯罪目的是否得逞,都构成绑架罪的既遂。目的犯中的犯罪目的只影响犯罪的成立,不影响犯罪的既遂(可与拐卖妇女、儿童罪相结合理解)。犯罪既遂形态出现后,不能再承认该罪的中止形态。事实上本案中被害人的人身自由已被侵犯,绑架行为已经达到分则条文所要求的程度。中途放被害人回家的行为不属于绑架罪中止,但是属于酌定从轻情节。行为犯、结果犯、危险犯是一个区分标准,确实是犯罪既遂标准。但是目的犯却是另一个范畴内的概念,它解决的是犯罪成立的问题,不解决犯罪既遂的问题。

例:拐卖妇女罪:“以出卖为目的”??目的犯,如果没有此目的,不能构成此罪。但是此罪的既遂却不以是否“出卖”为要件,只要拐骗妇女,就构成既遂。

问题7:法官法规定:法官的配偶、子女不得到法官所任职法院担任诉讼代理人或辩护人。这句话是否这样理解:王法官在A市中级人民法院任职,则王法官的妻子、子女不得到A市中院审理的任何

案件中担任诉讼代理人或辩护人，还是他的妻子、儿女到A市中院审理的案件中担任诉讼代理人、辩护人的，该案不得由王法官审理？解答：按照法官法的规定，如果王法官在A市中级人民法院任职，则王法官的妻子、儿女不得到A市中级人民法院审理的任何案件中担任诉讼代理人或辩护人。这是对法官法的正确理解。但由于民事诉讼法第四十五条有“当事人、诉讼代理人的近亲属”应当回避的规定，与法官法的规定不尽一致，为了防止司法考试中出现“王法官的妻子、儿女到A市中院审理的案件中担任诉讼代理人、辩护人的，该案不得由王法官审理”，我的解答是王法官此时应当回避（虽然，按照法官法的规定，这种情况不应出现），而不应在司法考试中一味贯彻法官法，认为命题者题出错了。

问题8：我不明白到底什么是不真实的意思表示。如有人认为：恶意串通损害他人利益的行为、以合法形式掩盖非法目的的行为、误将赝品作为真品出卖的行为都是意思表示不真实的行为，请问判断标准是什么？解答：意思表示问题确实是民法上的一个重大的疑难问题，所谓意思表示不真实是指行为人表示于外部的意思与其内心真实意思不一致的情况。现在民法理论的通说认为意思表示不真实包括两个方面：一是行为人的意思表示不自由：如受欺诈、胁迫等外部原因导致意思表示不自由，在民法通则和合同法上，表现为欺诈、胁迫、重大误解、显失公平等。二是行为人的意思表示不真实，有三种情况：真意保留，指行为人故意隐瞒真意，而表示其他意思的意思表示，大多为开玩笑的行为；虚伪表示，即行为人与相对人通谋而为虚假的意思表示；隐藏行为，指行为人将其真意隐藏在虚假的意思表示中，如以合法形式掩盖非法目的的

行为。问题 9：最高人民法院《关于实施 中华人民共和国民事诉讼法 若干问题的意见》（以下简称《意见》）第 208 条规定：“对于不予受理、驳回起诉的裁定，当事人可以申请再审”，由此，再审裁定范围只有两种。当然，在我看来，再审裁定除了这两种外，还应当包括其他一些情况，因为，实践中一些法院裁定涉及到当事人实体权利，比如执行程序中裁定案外人承担被执行人义务等；因此，再审裁定的范围应当扩大到其可能危及到当事人的实体权利的范围。但是，许多人都认为“适用于再审的裁定没有限制”，这是为什么呢？解答：对于可以再审的裁定的范围，《意见》第 208 条确实规定了不予受理和驳回起诉裁定两种情况，但其他的裁定是否就不能再审呢？最高人民法院《关于在经济审判工作中严格执行 中华人民共和国民事诉讼法 的若干规定》第 19 条规定：受诉人民法院院长或者上级人民法院发现采取财产保全或者先予执行措施确有错误的，应当按照审判监督程序立即纠正。因申请错误造成被申请人损失的，由申请人予以赔偿；因人民法院依职权采取保全措施错误造成损失的，由人民法院依法予以赔偿。根据“法律没有禁止即允许”的一般原则，从理论上讲裁定均可以再审。而且这样的提法也有利于司法考试的答题。问题 10：如何理解判决确定之日、判决生效之日、判决执行之日？判处无期徒刑、死刑缓期执行的刑期从何时开始计算？被判处管制、拘役、有期徒刑而未附加剥夺政治权利时，罪犯还享有哪些政治权利？哪些政治权利受到限制？被教唆犯被教唆后，并没有实施任何犯罪行为，此时对教唆犯是否还要处罚？如何处罚？解答：第一问，一般说来，判决确定之日、判决

生效之日是一致的，都是指判决发生法律效力之日；而判决执行之日则不一定和前两个一致，有时候判决已经生效，但未必立即执行，如死刑，还要有关机关核准；有期徒刑判决生效之后可能没有立即交给监狱机关。第二问，无期徒刑、死刑没有刑期的说法，因此，并不计算所谓的刑期。无期徒刑从判决确定或者生效之日起开始执行，而死刑缓期执行则是从判决确定之日起计算。第三问，被判处自由刑的罪犯享有政治权利，没有人身自由，一般来说，其政治权利并不受限制。第四问，以所教唆犯罪的严重程度来确定是否构成犯罪。

即使构成犯罪需要处罚的，也要从轻或者减轻处罚。问题 1

1：挪用特定款物罪、挪用公款罪、挪用资金罪及职务侵占罪的区别？解答：首先，挪用特定款物罪、挪用公款罪、挪用资金罪等三种挪用型犯罪与职务侵占罪的区别是明显的，关键在于前者并不以“非法占有”为目的，而职务侵占罪与贪污罪相类似，只不过犯罪主体的性质不同罢了。其次，三种挪用型犯罪的区别也是存在的，主要是以下两个方面：一是犯罪主体是否为国家工作人员，二是挪用的对象即挪用的款物性质如何，刑法第二百七十三条的挪用特定款物罪的对象仅仅限于 7 种特定的款物，而且不是归个人使用，否则依刑法第三百八十四条第二款来处理。至于挪用公款与挪用资金罪，前者主体是国家工作人员，而且挪用的对象是公款（可参照刑法第九十一条的公共财产来认定其范围），而后者的主体是国家工作人员之外的人员，且挪用的对象并非公款（不属于公共财产），一般仅为本单位的款项。问题 1 2：预借提单和倒签提单的区别？在定义上看上去基本一致，但具体不知有什么区别？解答：就区别而言，预借提单和倒签

提单在签单的时间上都存在实际签单时间和信用证载明时间不一致的情形，这是他们相似之处，但是倒签提单是装船时间迟延于信用证上的日期，为了单证一致而通过出具保函的方式要求承运人开具与信用证所载日期一致的提单。这里的重点是在实际装船时间迟于信用证所载明的日期。而预借提单恰恰相反，是货物已经装船，此时承运人开具装船日期要早于信用证所要求的装船日期，为了保证单证一致，而要求承运人开具与信用证规定时间相符的提单。这里的重点在于实际装船时间早于信用证规定的时间。此外，无论是倒签提单还是预借提单都是欺诈性行为，承运人需要对此承担责任。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com