

国 / 家 / 司 / 法 / 考 / 试 / 辅 / 导 / 用 / 书

2004 年版

国家司法考试试卷四

解题思路与应试技巧

国家司法考试命题研究组 / 编审

主编：陈 琨 张瑞南

本书的编写目的是使更多的考生在试卷四上夺得高分，
将努力使考生在最短的时间内有效提高应试能力，掌握试卷四的解题
策略与技巧，

以帮助考生早日培养良好的分析问题和解答问题的能力。

九州出版社

国/家/司/法/考/试/辅/导/用/书

国家司法考试试卷四

解题思路与应试技巧

编 审：国家司法考试命题研究组

主 编：陈 琨 张瑞南

撰稿人：（排名不分先后）

丁洁英	王跃宁	罗小兰	肖利明
王奇民	詹利生	师晓峰	张保林
张天爱	刘 颖	吴学辉	项 波
陈天佑	赵民礼	侯 江	李宗正
武荣兴	谢宝忠	马玉辉	赵志杰

九州出版社

图书在版编目(CIP)数据

国家司法考试试卷四解题思路与应试技巧/陈琨等主编. —北京:九州出版社, 2004.3
ISBN 7-80195-054 -2

I. 国... II. 陈... III. 法律工作者—资格考核—中国—解题 IV. D92—44

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 016690 号

国家司法考试试卷四解题思路与应试技巧

编 审 / 国家司法考试命题研究组 主编/陈 琨 张瑞南

出 版 / 九州出版社
出 版 人 / 徐尚定
地 址 / 北京市西城区阜外大街甲 35 号
电 话 / (010)68992192/3/5/6
邮政编码 / 100037
电子信箱 / jiuzhoupress@vip.sina.com

总 经 销 / 九州出版社发行部
经 销 / 各地书店
法律顾问 / 北京法大律师事务所
印 刷 / 北京金特印刷有限责任公司

开 本 / 787 × 1092 毫米 1/16
印 张 / 26.25
字 数 / 550 千字
版 次 / 2004 年 5 月第 1 版
印 次 / 2004 年 5 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 7 - 80195 - 054 - 2/D·109
定 价 / 40.00 元

★ 版权所有 翻印必究 ★

出 版 说 明

参加过司法考试的考生都知道,对于司法考试而言,最难、得分最低的莫过于试卷四了,而对于试卷四的作答应掌握一定的方法和技巧是非常重要的,正因如此我们仔细研究了试卷四的命题规律和特点,并正视了其他同类书中存在的问题,在不断总结经验教训的基础上编写了本书。本书共分以下三部分:

一、模拟试卷。本部分共编写了十六套模拟试卷,各个题目与司法考试卷四的命题在内容和形式等方面高度仿真,对于常考的重点法律制度,则通过多个题目,分别从不同角度反复考查。对答案部分不是简单告诉答案,而是从现行法律规定和法学理论等方面详细阐述得出答案的过程,使考生透彻理解本题设问所考查的法律制度和涉及的知识点,以期引起考生的高度重视,通过作答这些题来确保扎实地掌握重点内容,帮助考生培养良好的分析考题的思路和方法。

二、历届试题解析。本部分收录了 1997~2003 年共六年的试卷四,从不同角度更为详尽地对试题进行了剖析和讲解,不但使考生懂得解题思路 and 技巧,更能使考生知道出题者本身的意图和陷阱,以进一步使考生掌握司法考试的命题规律,为参加 2004 年考试作好充分准备。

三、司法文书制作。本部分对司法考试必考的每一种文书格式作了讲解,即简明扼要,又重点突出,通俗易懂,同时还附有文书格式样本,以便广大考生理论结合实际进行学习,即学习了法律文书基础知识,又掌握了法律文书的写作技能,从而取得良好的学习效果,为应试成功打下坚实基础。

最后,预祝广大考生顺利通过司法考试,早日实现远大理想!

国家司法考试命题研究组

如何在试卷四上拿高分

国家司法考试试卷四使很多考生望而生畏,答题时往往感到茫无边际,不知从何下手,因此,丢分的可能性很大。而从近几年的考试试题来看,就客观题的命题类型也都趋向主观化。所以,掌握正确的解题方法也就至关重要。那么为什么大多数考生对卷四的案例分析题和文书写作有一种畏惧心理,尤其是部分考生,简直到了谈卷四而色变的程度。其实,掌握了一定的解题方法,一切问题都会应刃而解,下面就试卷四的解题策略与技巧分析如下:

一、历届试题命题规律

1. 案例分析题

从试题分布的部门法看。列入考试范围的部门法律、法规多达 100 余个,但以历届考试卷四仅有的 10 道左右案例分析题而言,则集中分布于民法通则、担保法、合同法、继承法、公司法、合伙法、刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法(含仲裁法)、行政诉讼法(含国家赔偿法)、国际经济法等少数几个大的部门法中,其他部门法律、法规则鲜有案例分析题出现。

从考查内容来看。由于很少有题目只设 1~2 问的,故每个题目所考查的内容综合性很强,所涉及的法律知识点多在 3 个以上。由于综合性强,自然也就显得题目本身的头绪繁多,法律关系复杂,作答难度大了,这也是许多考生觉得案例分析题头疼的一个重要原因。

2. 司法文书写作

在出题的方式上,以案例形式出题,要求考生通过对案情的把握和理解,根据相应的文书格式,撰写司法文书。

在考察文书的范围和内容上,历届考试文书考察的范围不外乎诉状类文书和判决书,其中,刑事方面的文书考的最多。由于司法文书是一种程式性很强的应用文体,兼具叙述和议论,因此,在内容的考察上,如何准确简要地叙述事实和阐述理由是一篇司法文书写作成败的关键所在。

二、造成得分低的原因

那么,造成考生普遍得分低的原因是什么呢?这是许多将要参加司法考试的朋友,尤其是曾经参加过司法考试,有过切肤之痛,将要再次参加司法考试的朋友十分关心的话题。

1. 就我们在总结历届考试经验看,造成卷四案例题应试失败的原因主要有如下几点:

(1)做题速度过慢,根本没能做完卷四的所有试题,部分考生甚至还遗有 2~3 道题。

(2)弄不清楚案例分析题题干中交待的各法律关系主体之间的关系,找不到分析案情的切入点,读完题目后,大脑即一片混乱。

(3)看懂了题目,但不知如何下笔回答题目中所设的提问,深恐一写就错;好不容易下决心提笔作答,但一写就多,不得要领。

(4)能够下笔作答各个问题,但很快发现自己的观点矛盾,分析题目的思路颇不统一。

(5)对题目中所涉及的一个关键性法律问题拿不准,而这一关键性问题又决定着其他问题的作答,心中着急不已,而又束手无策。把过多精力浪费在难题上,临到交卷的最后关头,只好匆忙间作出取舍,草草应付,自然难得高分。

以上作答案例分析题的各种窘相,可能所有的考生都或多或少地遭遇过。造成以上各种情形的原因,固然有相关法律知识点掌握不牢等因素在做怪,但更多的在于应试案例分析题的经验严重不足,作答案例分析题的方法有所不妥。

2.对于司法文书写作,从考题本身的难度来看,应该说是比较简单的。考生只需熟悉各类文书写作的格式和写法,能够正确判断出应写哪类体裁的文书,取得高分或满分是比较容易的,但事实并非如此。根据多年来对司法文书写作题得分情况的考察,我们发现,大多数考生在这道题上失分比较严重,很难拿到高分。那么,是什么原因造成考生失分如此严重呢?我们分析,失分严重的情形不外乎以下3种:

- (1)文书格式不清楚,即不知道或不熟悉文书的格式,根本不知如何下笔;
- (2)文书格式清楚,但不能正确理解案情或不知如何叙述事实,阐述理由;
- (3)文书格式清楚,知道如何书写事实和理由,但在叙述和阐述时并不到位。

在这3种情形之中,第(1)种情形是最致命的,第(2)、(3)种情形是考生不能取得高分的主要原因。造成以上3种情形的原因,固然有不熟悉格式或写法等因素,但更多的在于考生平时缺乏对文书的实际写作。最明显的现象就是大多数考生在复习司法文书写作时只看格式和规范,很少去做。真正考试的时候,考生仅靠头脑里形成的格式印象和模糊范例写出来的文书错误肯定很多,因此本该取得高分的司法文书写作题失分严重就不可避免了。

三、需要掌握正确的解题思路与技巧

1.做好案例分析题的一般步骤与方法

如前所述,卷四的案例分析题一直是司法考试(律考)中平均得分最低的,也是令许多考生望而生畏的题型。很多考生在考前复习中就怕做案例分析题,在实际考试中更缺乏自信,答题时往往感到一片茫然,不着边际,因此低分的结果在所难免。其实,案例分析题并非如许多考生想象或认为的那样可怕,只要抓住复习与应试的规律,就非常容易作答,甚至成为你最易得分的一种题型。

就案例题应试规律来看,可从以下几个方面着手:

(1)首先确定本案例分析题考的是哪一个部门法的内容,这是较容易判断的事情。从历届考试的案例分析题来看,无非是以下几个部门法的内容:民法通则、担保法、合同法、专利法、继承法、刑法、刑事诉讼法、民法、仲裁法、公司法、国家赔偿法、行政处罚法、国际经济法以及律师法等十几部法律、法规,而交叉考查若干个部门法的案例分析题尚不多见。即使有,也是以一个部门法的考点为主,个别问题兼及其他部门法的个别知识点。

(2)其次确定考查的是哪一个或哪几个法律制度。确定了部门法之后,思考的范围就大大地缩小了。尔后可根据问题的设置来确定所考查的具体制度为何,如在民法试题中,考查管辖、当事人、诉讼程序往往是家常便饭。从历届试题情况看,案例分析题一般都是考查

部门法中最重要的内容,即最基本的概念、法律制度等,只要掌握了一个部门法中最基本的规定,你就会充满信心。

(3)详细分析案情,并不急于书面作答。一般而言,案情叙述中所给出的有法律意义的信息都是有用的,要么正面地提供解答线索,要么反面地提供干扰正确作答的信息,因而不要忽略任何一个有法律意义的信息,一定要对之有足够的法律意识和敏感。如果你的答案并未考虑一个重要的信息,那么就需要回过头来好好检讨一下了。

(4)根据案例分析题命题者“因法设题”的命题思路,去按“因题找法”的思路作答。如何“因题找法”?我们的方法是,在答题时,首先要阅读一下问题,看其究竟要考什么,这是最重要的一步工作,一定要认真完成;其次,在阅读案例内容时,要一个句子一个句子地阅读,看该案例有几个基本的内容,然后考虑每一个内容涉及的概念或法规,将这些概念或法规明确地回忆起来;最后,根据试题的要求,将考到的内容和法规做一个三段论的推理,即法规作为大前提,内容作为小前提,然后得出正确的答案。据此,考生在作答时一定要养成“因题找法”的思维习惯,即确定了欲考查的内容,尔后迅速在脑海中寻找所欲适用的法条。总之,若考生明了了案例分析题命题的“因法设题”规律后,有意识地培养自己“因题找法”的解答思路,定会变难为易,十拿九稳地作出正确的答案来。

(5)对于案情比较复杂的合同法、继承法和程序法试题,有必要在草稿纸上列出各种当事人的关系,确定彼此间的权利义务,并对照案情陈述检查一下有无遗漏的信息,以此协助作答,效果会更好。

2. 做好司法文书写作题的一般步骤与方法

如前所述,大多数考生在司法文书写作题上总要丢掉一些分数,但丢掉分数的主要原因往往不是格式,而是写法,即如何用语言来叙述案情和阐述理由。虽然各类司法文书的写法不一,但其写作的基本要求还是相通的,这些基本要求具体表现为:

(1)形式规范,事项齐全

司法文书为程式性的文书,有其格式要求。其中不少司法文书已由执法机关制定了统一的格式;另有一部分只由法律、法规规定了所包含的事项,尚无统一的格式;而有些司法文书则为约定俗成的格式。按照既定的格式,是司法文书的基本要求。

(2)主旨鲜明,有的放矢

司法文书属于应用文体,有其自己的目的所在。因此制作司法文书,应始终围绕其目的,阐明事实,引用法律,偏离主旨的事实和法律事项一概不涉及。

(3)事实清楚,因果明确

线索清楚,记叙有序。司法文书写作中事件的叙述,一般以时间为线索,按照事情发展的本来顺序加以叙述,不采用文学作品的倒叙、插叙等方法。这种自然顺序有利于把握事件的因果关系。

详略得当,抓住重点。事实的发展往往比较复杂,但要详略得当。对无关紧要的情节可简略叙述甚至根本不讲,对影响案件性质的关键情节、事实,则要详细地记叙。另外,对于双

方有争议的事实,更要重点把握。

涉及数量、日期,力争准确。在司法文书写作中不可避免地涉及到一些数字,这些数字往往具有特殊的意义,能准确时要尽量准确。

(4) 阐述理由,有理有据

理由是司法文书写作的核心部分,是整个文书主旨的集中表现,在文书中起统率全局的作用。因此,有些文书可以不详写事实,却不可以不阐明理由。在司法文书写作中,理由分为事实理由和法律理由两部分:

事实理由,重在证据。文书中叙述的事实具有客观性,不能主观臆造。对于双方没有争议的事实,可以不在文书中另加证明。但对于双方有争议的事实,尤其是关键事实,就需要证据证明其确实发生过。因此,事实部分理由的阐述往往是和证据的列举结合在一起的。

法律理由,准确引用,深入分析。司法文书中集中阐述理由的部分必须以法律为依据,并结合一定的事理分析。本部分主要有两个方面:一方面是法律的引用一定要准确具体;另一方面是事理分析,法律条文只是法律适用“三段论”中的大前提,要适用法律还必须分析说明本案事实符合该法律条文,然后根据该法律条文才能得出结论。有时还需要说明为何适用该法律条文,而不是其他法条。这个事项分析过程,既有事实的分析,又有法理的分析,应重点把握。

关于论述题,可以单独出题,也可以结合案例出题,从 2003 年来看还是以案例题的形式出现,要求考生在复习过程中牢固掌握法学基本知识,加强法律思维、逻辑和文字能力掌握,要学会运用法学知识解决问题,考生可多注意社会上所关注的有代表性的案例,因为这些将上今后命题的决好素材。

如前所述,本书倡导知识、经验和方法是提高卷四得分三位一体的致胜武器。不仅告诉考生与题目相关的知识,还增长、培养考生作答试题的经验与方法,牢固掌握相关知识点固然重要,但良好的做题方法,准确的分析试题的思路,以及丰富、实用的做题经验则是更为重要的东西。本书作者希望,通过本书实战训练和特别指引,广大读者朋友都能掌握一套良好的作答试卷四的方法。

本书的出版,参考借鉴了同类书的写作经验,并得到了多位权威专家、学者和考试辅导领域资深老师的大力支持和帮助,在此一并致以深切的谢意。书中疏漏或不当之处,敬请广大应试人员和读者批评指正。

目 录

第一部分 模拟试卷

2004 年国家司法考试试卷四(模拟一)	1
2004 年国家司法考试试卷四(模拟二)	14
2004 年国家司法考试试卷四(模拟三)	25
2004 年国家司法考试试卷四(模拟四)	38
2004 年国家司法考试试卷四(模拟五)	48
2004 年国家司法考试试卷四(模拟六)	60
2004 年国家司法考试试卷四(模拟七)	71
2004 年国家司法考试试卷四(模拟八)	82
2004 年国家司法考试试卷四(模拟九)	95
2004 年国家司法考试试卷四(模拟十)	104
2004 年国家司法考试试卷四(模拟十一)	117
2004 年国家司法考试试卷四(模拟十二)	128
2004 年国家司法考试试卷四(模拟十三)	138
2004 年国家司法考试试卷四(模拟十四)	148
2004 年国家司法考试试卷四(模拟十五)	159
2004 年国家司法考试试卷四(模拟十六)	170

第二部分 历届试题解析

2003 年国家司法考试试卷四	181
2002 年国家司法考试试卷四	198
2000 年全国律师资格考试试卷四	212
1999 年全国律师资格考试试卷四	229
1998 年全国律师资格考试试卷四	249
1997 年全国律师资格考试试卷四	267

第三部分 法律文书制作

第一审刑事判决书	286
第二审刑事判决书	298
再审刑事判决书	303
第一审民事判决书	311
第二审民事判决书	316
再审民事判决书	321
民事调解书	327
第一审行政判决书	330
第二审行政判决书	336

再审行政判决书 340

起诉书 344

不起诉决定书 354

公诉意见书 360

刑事抗诉书 363

刑事自诉状 367

刑事上诉状 369

刑事答辩状 371

刑事申诉书 373

民事起诉状 375

民事反诉状 379

民事上诉状 381

民事答辩状 385

民事再审申请书 388

行政起诉状 390

行政上诉状 394

行政答辩状 397

辩护词 399

代理词 403

第一部分 模拟试卷

2004 年国家司法考试试卷四(模拟一)

一、(本题 8 分)

案情: 张某有一子,今年中学毕业,考试分数比县重点高中录取线低 3 分。张某想让儿子上重点高中,找到县教育局中招办主任刘某。刘某说,此事难办,有些关节需打通。张某设法在某天晚上将一万元送到刘某家中,刘某事后也把张某之子录取到县重点高中。恰钱某有一女,分数比录取线低 1 分,就找到张某帮忙,经张某介绍,钱某向刘某送去 2 万元。后案发,检察院对刘某进行立案侦查,张某见势不妙,于是到检察院主动交待其所为。刘某在被采取强制措施后,如实交待了检察机关未掌握的其他受贿事实,并揭发教育局局长、副局长多人的违法犯罪行为,经查证属实。

根据上述案情,分析张某、刘某的刑事责任和法定的量刑情节。

【答案与解析】

张某构成行贿罪和介绍贿赂罪。根据《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定》第一条(五)项,因被勒索给予国家工作人员以财物,已获得不正当利益的,以行贿罪追究刑事责任。张某向钱某介绍对刘某行贿,构成介绍贿赂罪。张某在被追究前主动交待行贿行为和介绍贿赂行为,为自首,可以减轻处罚或者免除处罚。参见《刑法》第 67、390、392 条。

刘某构成受贿罪和招收学生徇私舞弊罪。根据《刑法》第 385 条,国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物的,或者非法收受他人财物,为他人谋取利益的,是受贿罪。《刑法》第 418 条规定,国家机关工作人员在招收公务员、学生工作中徇私舞弊,情节严重的,是招收公务员、学生徇私舞弊罪。刘某在被采取强制措施后,如实交待检察机关还未掌握的其他受贿事实,以自首论,刘某揭发教育局局长、副局长多人的犯罪行为,且查证属实,是立功表现,可以从轻或减轻处罚。参见《刑法》第 67、68 条。

钱某构成行贿罪。因为钱某为牟取不正当利益,而给予刘某 2 万元,数额巨大,已经达到立案标准。参见《刑法》第 289 条。

二、(本题 12 分)

案情: 2001 年 1 月 1 日大东机电设备公司从某区城市合作银行贷款 100 万元人民币,约定 2002 年 1 月 1 日还本付息。某区城市合作银行要求大东机电设备公司提供担保,大东机电设备公司提出以其位于甲区的一办事机构的房屋设定抵押,作为按期偿还贷款的担保。2001 年 9 月,位于甲区的大东机电设备公司的办事机构因业务需要,紧邻原办事机构的房

屋,又增建了三间平房,作为仓库。2002年1月1日,大东机电设备公司没有偿还100万元贷款,某区城市合作银行几次催告,大东机电设备公司仍以无力偿还为由不予偿还。请问:

1.大东机电设备公司与某区城市合作银行之间签订的房屋抵押合同,可否以口头的方式签定?为什么?

2.大东机电设备公司与某区城市合作银行之间签定的该房屋抵押合同,是否必须进行抵押登记?为什么?

3.大东机电设备公司以其办事机构的房屋设定抵押时,该房屋占用范围内的国有土地使用权是否要一并设定抵押?为什么?

4.大东机电设备公司紧临原办事机构新建的三间平房是否属于抵押的财产?为什么?

5.在大东机电设备公司无力偿还贷款的情况下,某区城市合作银行可以以什么样的方式实现其债权?

6.设大东机电设备公司与某区城市合作银行的抵押合同中记载的抵押房屋为6间,而抵押登记簿中记载的抵押房屋为9间,某区城市合作银行实现抵押权时应以哪一个记载为准?

7.设大东机电设备公司用于抵押的房屋后被有关机关确认为违章建筑。某区城市合作银行能否对该建筑行使抵押权?为什么?

8.设大东机电设备公司用于抵押的房屋是正在建造中的房屋,当事人办理了抵押登记后,某区城市合作银行能否对该房屋行使抵押权?

9.设大东机电设备公司用于抵押的房屋原有一附属的车库,该车库属大东机电设备公司的子公司明华公司所有,那么某区城市合作银行能否对该车库行使抵押权?

【答案与解析】

1.不能。因为《担保法》第38条规定:抵押人和抵押权人应当以书面形式订立抵押合同。故抵押合同为要式合同,不得以口头形式约定。

2.必须登记。因为依《担保法》第42条第(二)项及第41条之规定,以城市房地产抵押的,应当办理抵押物登记,抵押合同自登记之日起生效。

3.一并设定抵押。因为《城市房地产管理法》第31条规定:房地产转让、抵押时,房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权同时转让、抵押。第47条也规定:依法取得的房屋所有权连同该房屋占用范围内的土地使用权,可以设定抵押权。以出让方式取得的土地使用权,可以设定抵押权。以上两个条文表明我国在立法上采“房地一体主义”,即以房地产转让、抵押的,其效力及于该房屋占用范围内的土地使用权。

4.不属于。房屋抵押合同签订后,土地上新增的房屋不属于抵押财产。

《城市房地产管理法》第51条规定:房地产抵押合同签订后,土地上新增房屋不属于抵押财产。需要拍卖该抵押的房地产时,可以依法将土地上新增的房屋与抵押财产一同拍卖,但对拍卖新增房屋所得,抵押权人无权优先受偿。换言之,房地产抵押权的范围应以抵押登记记载的内容为准,后来新增的房屋不在该抵押权效力范围之内。但在拍卖抵押房地产时,

可以随之拍卖所增房屋,但新增房屋拍卖价款仍不在抵押权效力范围之内,抵押权人无权对之优先受偿。

5.《担保法》第53条规定:债务履行期届满抵押权人未受清偿的,可以与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿;协议不成的,抵押权人可以向人民法院提起诉讼。抵押物折价或者拍卖、变卖后,其价款超过债权数额的部分归抵押人所有,不足部分由债务人清偿。

据此,抵押权人实现抵押权的方式有三:

- (1)与抵押人协议以抵押物折价;
- (2)拍卖抵押物;
- (3)变卖抵押物。

某区城市合作银行可以通过与大东机电设备公司协议以抵押房屋折价,或者以拍卖、变卖该房屋所得的价款优先受偿。

6.《担保法解释》第61条规定:抵押物登记记载的内容与抵押合同约定的内容不一致的,以登记记载的内容为准。可见,登记记载的内容与抵押合同约定的内容有冲突时,前者效力要优于后者。

7.某区城市合作银行不能对该建筑行使抵押权,因为该抵押无效。

因为《担保法解释》第48条规定:以法定程序确认为违法、违章的建筑物抵押的,抵押无效。

8.某区城市合作银行可以对该房屋行使抵押权。

《担保法解释》第47条规定:以依法获准尚未建造的或者正在建造中的房屋或者其他建筑物抵押的,当事人办理了抵押物登记,人民法院可以认定抵押有效。换言之,我国法律承认正在建造的房屋可以设定抵押。类似的规定还见于《海商法》第14条关于正在建造的船舶设定抵押的规定。

9.某区城市合作银行不能对车库行使抵押权。

《担保法解释》第63条规定:抵押权设定前为抵押物的从物的,抵押权的效力及于抵押物的从物。但是,抵押物与其从物为两个以上的人分别所有时,抵押权的效力不及于抵押物的从物。本条规定有两层意思:

其一,抵押权及于抵押物的从物;

其二,抵押权与从物分属不同主体所有时,抵押权不及于抵押物的从物。

本题中房屋(抵押物)与车库(从物)是主物与从物关系,照理房屋抵押权应及于车库。但是,车库属于子公司明华公司所有,明华公司与大东机电设备公司系不同的民事主体,故房屋抵押权不及于车库。

三、(本题8分)

案情:2000年3月,立民粉丝厂为一集体性企业法人,为扩大再生产,以厂房作抵押从县

农业银行贷款人民币 50 万元,期限为 1 年,月息 7.4‰。2001 年以后,因全国农作物粮食等价格上涨,立民粉丝厂生产粉丝的原料,即绿豆的价格翻了两倍,致使立民粉丝厂亏损 30 多万元,无力偿还县农业银行的 50 万元贷款,双方又签订续借款合同,县农业银行又同意 50 万元贷款展期 6 个月。但到还本付息时,立民粉丝厂不仅欠县农业银行贷款 50 万元及利息 7.2 万元,无钱清偿,而且还欠粮库等单位贷款 140 万元,生产被迫停止。在此期间,债权人有的天天上门催债,有的诉至人民法院,立民粉丝厂再也无力办下去。为此,立民粉丝厂因企业严重亏损,无力清偿到期债务,便向县人民法院申请宣告破产还债。问:

1. 立民粉丝厂是否有权申请宣告破产?
2. 县人民法院是否有权受理立民粉丝厂的破产申请?
3. 人民法院应按怎样的程序进行审理?

【答案与解析】

1. 立民粉丝厂有权向人民法院申请宣告破产。因为《民事诉讼法》第 199 条规定,企业法人因严重亏损,无力清偿到期债务,债权人可以向人民法院申请宣告债务人破产还债,债务人也可以向人民法院申请宣告破产还债。

2. 县人民法院有权受理立民粉丝厂的破产申请。因为企业法人破产还债案件不同于一般的民事、经济纠纷案件,它不适用《民事诉讼法》关于管辖的一般规定。《民事诉讼法》第 205 条明确规定,企业法人破产还债,由该企业法人住所地的人民法院管辖,因此,县人民法院作为立民粉丝厂的住所地人民法院有权管辖此案。

3. 县人民法院应当按照《民事诉讼法》第十九章企业法人破产还债程序的有关规定对此案进行审理。首先裁定宣告立民粉丝厂进入破产程序,并且应当在 10 日内通知债务人和已知的债权人,并发出公告,要求债权人在收到通知后 30 日内,尚未收到通知的债权人自公告之日起 3 个月内,向人民法院申报债权。逾期不申报,视为放弃债权。其次组织召开第一次债权人会议,由债权人会议讨论通过对立民粉丝厂破产财产的处理及分配方案。此外,县人民法院还要组织有关机关和有关人员成立清算小组,在对立民粉丝厂的破产财产进行清理、估价和处理的情况下,按照《民事诉讼法》第 204 条规定的顺序,对债权人的债务进行清偿。

四、(本题 8 分)

案情:某甲与某乙 1960 年结婚,婚后无子女,先后收养了一个养子和一个养女。养子成年后娶某丙为妻,生一儿子某丁,夫妻俩共有积蓄 24 万元。养女婚前有个人财产 1 万元,1994 年与某戊结婚,生一女儿某己。1999 年 8 月养子外出旅游时溺水而亡,死后未分割遗产。2000 年 1 月,某甲到某公证处立遗嘱一份,其内容为,我与妻乙某共有私房 8 间,存款 3 万元,我死后属于我的那 4 间房由养女继承,孙子某丁继承属于我的 1 万 5 千元存款。后因某丁与社会上不三不四的人来往密切,某甲看不过去,决定变更遗嘱:我死后属于我的全部遗产由养女继承。2001 年 1 月,某甲与养女一起死于煤气中毒,但死亡先后顺序无法确定。问:

1. 养子的遗产由谁来继承? 如何分割?
2. 某甲的遗产由谁来继承? 如何分割?
3. 养女的遗产由谁来继承, 如何分割?
4. 若某甲死亡时存款已经用光, 遗产如何分割?

【答案与解析】

1. 本案中养子的法定继承人为某甲、某乙、某丙和儿子某丁 4 人。根据我国《继承法》第 13 条明确规定, 同一顺序继承人继承遗产的份额, 一般应当均等。因而 4 个法定继承人均分养子的财产, 每人继承 3 万元。

2. 某甲的遗产有 4 间房屋, 存款 15000 元及继承养子的 3 万元。依据公证遗嘱, 养女继承房屋 4 间, 孙子某丁继承 15000 元存款, 另外 3 万元则由某乙、养女和某丁依法继承, 各得三分之一, 即每人 1 万元。

3. 养女的遗产由其法定继承人母亲某乙、丈夫某戊和女儿某己继承。养女继承所得遗产为其与丈夫某戊的共同财产, 应先行分割。因此, 属于养女的遗产有: 房屋 2 间, 婚前存款 1 万元, 继承某甲的 1 万元中的一半 5000 元, 这些遗产由上述三个法定继承人均分。

4. 若某甲死亡时其存款已经用光, 某丁从遗嘱中得不到任何遗产, 某丁只能依法继承 3 万元中 1 万元。因为某丁从某甲继承的遗产是某甲所立的公正遗嘱中的 15000 元及某甲继承养子遗产 3 万元中的 1 万元。

五、(本题 12 分)

案情:被告人王龙, 男 45 岁, 某银行营业部出纳股股长。从 1999 年 10 月至 2001 年元月, 利用职务之便, 采取收款不入账, 涂改账单日期等手段, 共挪用存户库款 334 笔, 累计金额人民币 770 万元, 并用于赌博活动。2001 年元月案发, 王龙将 41 万元的银行会计做账凭证销毁, 携款潜逃。检察机关迅速追捕, 于 2001 年元月 3 日将王龙抓获并决定拘留。在拘留的当天, 王龙聘请了一名律师, 到检察机关了解王龙的罪名, 要求会见王龙。检察机关告诉了律师王龙涉嫌贪污罪、挪用公款罪、赌博罪。安排了律师会见王龙, 并由办案人员在场。元月 10 日逮捕了王龙, 2001 年 2 月 18 日移送起诉, 王龙的辩护律师到审查起诉部门查阅、复制该案的《移送起诉意见书》、证据, 要求同王龙通信。并申请检察机关向证人收集有关该案的证据。2001 年 3 月 14 日检察机关以贪污罪、挪用公款罪对王龙提起公诉。人民法院于 2001 年 3 月 14 日开庭审判, 当天贴出布告, 公布案由等, 审判结束后判决王龙死刑。辩护律师争得被告人同意后提出上诉。二审法院采取调查询问的方式审理后, 依法撤销原判, 发回原审法院重审, 原审法院另行组成合议庭判决王龙死刑, 执行死刑时采取了注射的方法。问:

1. 检察机关对王龙抓获并决定拘留是否正确?
2. 王龙被拘留的当天律师介入案件, 提出了解罪名并会见犯罪嫌疑人是否正确?
3. 移送起诉后, 王龙的辩护律师查阅、复制《移送起诉意见书》、证据, 要求与王龙通信,

申请检察机关向证人收集有关该案的证据的作法是否正确?

4. 根据此案,王龙的上诉理由是什么?

5. 二审法院裁定撤销原判、发回重审的依据?

6. 检察机关是否超期拘留?

【答案与解析】

1. 正确。《刑事诉讼法》第 132 条规定:“人民检察院直接受理的案件中符合本法第六十条、第六十一条第四项、第五项规定情形,需要逮捕、拘留犯罪嫌疑人的,由人民检察院作出决定,由公安机关执行”。

2. 正确。《刑事诉讼法》第 96 条规定:“犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起,可以聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告”。律师在侦查阶段的权利主要是:向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名。会见在押的犯罪嫌疑人,向犯罪嫌疑人了解有关案件的情况。

3. 错误。根据《刑事诉讼法》第 36 条规定,辩护人在审查起诉阶段:有权查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料,但对证据材料不允许查阅。可以同在押的犯罪嫌疑人会见和通信。《刑事诉讼法》第 36 条规定辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意,可以向他们收集与本案有关的材料,也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据,或者申请人民法院通知证人出庭作证。某些案卷材料对辩护人公开,以利于辩护人提出应不予起诉或是退回补充侦查的辩护意见,为辩护做准备。从侦查阶段的保密性特点考虑,证据材料不能公开。

4. 因刑事诉讼法对上诉的实质条件未作限制性规定,只要符合法定条件,有权提出上诉的人员,以书状或口头声明不服地方各级人民法院的一审判决或裁定并要求上级法院进行二审,在有效的期限内提出,就必然引起第二审程序。一般可以提出上诉的理由是一审裁判事实不清楚、根据不足或没有根据,适用法律不当、定罪、定性不当或量刑不当,侦查、起诉或程序不合法等。此案王龙上诉理由是:违反刑事诉讼法有关公开审判的规定。

5. 依据《刑事诉讼法》第 191 条规定,第二审法院发现第一审人民法院的审理有下列违反法律规定的诉讼程序的情形之一的,应当裁定撤销原判,发回原审人民法院重新审判:第一项,违反本法有关公开审判规定的,根据审判公开原则的要求,凡是公开审理的案件,应当在开庭 3 日以前先期公布案由、被告人姓名、开庭时间和地点,以便群众能够到庭旁听;定期宣判的案件,也应当先期公告。此案在审判的当天才贴出公告没有先期公布;因此违反了有关公开审判的规定,这种情形只要发生,就必须撤销原判,发回重审。

6. 检察机关没有超期拘留。根据《刑事诉讼法》第 69 条的规定,一般刑事拘留的最长期限不得超过 7 日。对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子的刑事拘留最长期限为 30 日。

六、(本题 8 分)

案情:杰克是纽约人,在纽约有住所。被告东北航空公司是在马萨诸塞州注册的公司,