

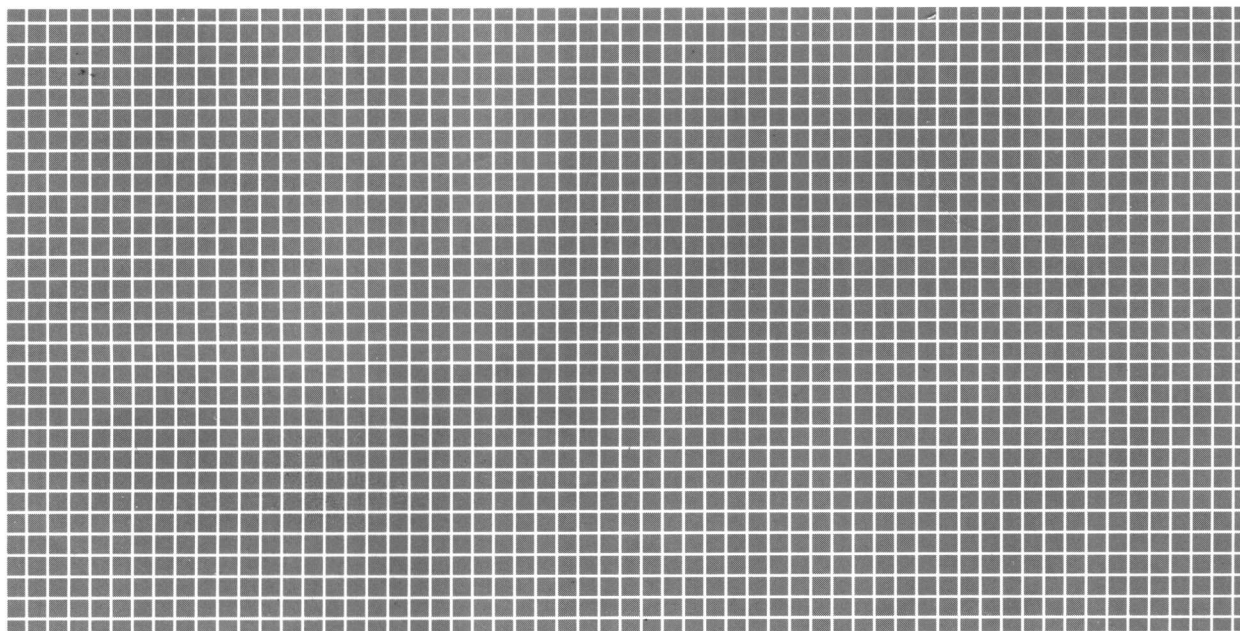
2006年版  
国家司法考试  
〈新航向系列〉

06  
4

# 国家司法考试 最后冲刺模拟试题

## 试卷四(A、B)案例分析与论述题

北京万国学校一线授课老师/编写  
骆勇 李建伟 袁登明 郑其斌/审定



人民法院出版社

# 试 卷 四

(A 卷试题)

(提示, 本试卷为主观试题, 请将各题答案书写在答案纸的对应位置上, 勿在卷面上直接作答)

## 一、(本题 12 分)

被告人李某, 男, 26 岁, 某单位汽车司机。被告人李某于 2001 年 10 月 27 日上午 10 时, 同装卸工刘某、王某等三人驾驶黄河大卡车由某乡向市里送货。车超速行驶, 当开到某乡政府的十字路口时, 将前方同方向骑车的季某、韩某连人带车撞出 42 米。造成两人重伤(后因抢救不及时, 于送医院途中死亡)。被告人见撞人后, 为了逃避罪责, 非但不停车救人, 保护肇事现场, 听候处理, 反而继续加速行驶逃跑。当跑出大约 3 公里到市郊一农贸市场附近时, 路上人很多。被告人只顾逃跑, 看到人多也不采取减速等措施, 又把路边一骑车带着小孩的母女撞出 12 米多, 小孩当即死亡, 妇女撞成重伤, 同时还撞伤在路边赶集的两位老人(重伤)。公安机关接群众报案后, 在路口设卡堵截, 示意李某减速停车, 李某非但没有减速, 反而高速驾车冲闯关卡, 径直撞向站在路上执行堵截任务的民警毛某, 将其撞出 30 多米, 毛某当场死亡。

问题:

1. 被告人李某违章高速行驶将季某、韩某撞死的行为如何定性?
2. 被告人李某第二次高速行驶, 连续撞死、撞伤他人的行为应如何论处?
3. 李某驾车闯关, 撞死民警毛某的行为如何论处?
4. 如果李某第一次撞人以后, 正在犹豫是否应停车救人, 而同车的装卸工刘某却极力让李某赶紧逃离现场, 则刘某的行为应当如何论处?
5. 假如李某第一次撞人后将季某、韩某搬到车上, 行驶一段路后见四周无人又将二人搬下车, 放到一个僻静的小树林里。后来, 两个人因得不到救济而死亡。那么对李某的行为应当如何论处?

## 二、(本题 15 分)

甲某得知某单位在交通银行有一笔 500 万元的存款, 正在寻找投资渠道。甲某对该单位经理丁某谎称自己项目需从银行贷款, 但银行没有资金放贷, 需要拉来一笔存款才能放贷。

如果丁某单位愿将 500 万存款转存某建设银行分理处，定期一年，就能帮助他从银行贷到款。甲某称如果这样做了，丁某单位不仅可以照样拿到一年定期利息，而且还可以当场拿到甲某付给的高息 70 万元。在骗取丁某的信任之后，甲某又找到在该建设银行分理处的主任乙某和曾在该分理处工作过的丙某，称给该分理处拉来了一笔 500 万元存款，自己想使用该笔存款，要求乙、丙帮忙瞒着丁某单位，将该笔存款转到甲某的账户，先用一张假存单应付丁某单位。等到一年期满，丁某单位来取款时，由甲某将款还上。并许诺事成之后给乙、丙每人 20 万元。乙、丙二人答应帮忙。某日，丁某单位将 500 万元从交通银行转到该建设银行分理处以丁某名义开设的账户上。第二日，甲某带着丁某到分理处办理转存手续。按照乙某的事先安排，让丙某进入分理处。在办理转存手续的过程中，站在分理处柜台边的丙某接过丁某递进来的户名为丁某单位的 500 万元定期存款凭条，换成甲某递进来的户名为甲某的 500 万元活期存款凭条和一本户名为甲某的存折，交给当班营业员，营业员即把从丁某账户上的取出的 500 万元转入甲某的存折。丙某又从营业员处收取存折，连同甲某事先伪造的假定期存单从柜台分别交给甲某和丁某。甲某当场给丁某一个 70 万元的存折作为利息。事后付给乙、丙各 20 万元。在 8 个月的时间里，甲某就已经将所骗巨款挥霍一空。对本案中的甲、乙、丙的刑事责任应当如何认定，并请说明理由？

### 三、(本题 16 分)

被告人郑某，1989 年出生。2005 年 5 月 7 日晚与王某（男，25 岁，无业）在一路口抢劫时，被巡逻的巡警抓获。因二人属于现行犯，巡警立即将二人拘留并带回看守所进行讯问。在看守所中，讯问人员将两人关在一间屋子内进行问话，首先讯问郑某的年龄、籍贯等；郑某作了如实回答，然后讯问王某，并将上述讯问过程记录在案，讯问结束后请二人签字。后公安局于 5 月 16 日向检察机关提请批准逮捕郑某，因为对于本案的定性存在争议，所以公安机关的申请未获批准。公安局认为这一决定是错误的，于是向检察机关提出复议，但仍未被接受。遂向上一级检察机关申请复核。直至 5 月 25 日，上级检察机关作出不批准逮捕的决定，才将其释放。该案于 6 月 20 日由人民检察院提起公诉，在庭审过程中，郑某嫌律师辩护不力，拒绝其继续辩护，要求自行辩护获得批准。法庭经审理认为郑某构成抢劫罪，判处有期徒刑 5 年，王某构成抢劫罪，判处有期徒刑 7 年。郑某的父亲认为郑某不构成抢劫罪，认为本案应当构成抢夺罪，于是代为提起上诉。二审法院认为郑某的父亲无权提起上诉、驳回上诉，维持原判。判决生效后，法院将他们送交监狱执行，监狱为管理方便，将二人关押在一间牢房内。

问题：试分析案例中公安司法机关存在的不当之处，并说明理由。

### 四、(本题 13 分)

刘某家收藏有一幅祖传清代名画。名画藏于家中，不仅不能为刘某带来经济收益，每年

还必须为保养该画而支出费用。生活清贫的刘某为此苦恼不堪。2002 年元旦, 刘某参加大学同学聚会。席间, 刘某对同学大吐苦水, 并多次提到该幅名画。过了几天, 一位当日曾参加聚会的同学王某造访刘某。看过画后, 王某即以 10 万元价格求购。刘某被王某的出价与言词打动, 遂决定将此画出售。双方约定, 王某当即一次性付清价款, 刘某则在一个月后交画。古董商潘某通过一次偶然的机会, 获悉刘某藏有名画并要出售, 于 2002 年 1 月 18 日向刘某表示, 愿以 15 万元的价格购进。刘某闻言大喜, 当即拍板成交, 并当场交付该画与潘某。潘某则表示, 三天后将价款送来。1 月 20 日, 王某得知画已易主, 非常愤怒, 找到刘某理论。刘某致歉后, 提出返还 11 万元与王, 王不为所动, 以其买卖契约订立在先, 刘无权将该画交与潘某为由, 坚持要取得该画。纷争遂起。

问题:

1. 本案所涉两个买卖合同的效力如何? 为什么?
2. 潘某能否取得该画的所有权? 简要说明理由。
3. 王某在本案中的主张有无道理? 为什么?
4. 王某可以主张何种权利救济?

5. 设刘某与王某当时在合同中约定, 虽然为“照顾刘某的怀旧情绪”, 刘某在一个月后再交画, 但王某付清价款时就转移画的所有权。那么, 本案中王某又能如何救济自己的权利? 潘某又如何抗辩以维护自己的权益?

### 五、(本题 15 分)

亨通股份有限公司因天银集团拒不履行生效判决所确定的给付货款 600 万元的义务, 申请法院强制执行。执行过程中, 亨通公司与天银集团达成和解协议, 从 2000 年 6 月起分三次履行义务, 6 月底前还款 300 万元, 8 月底前还款 200 万元, 10 月底前还款 100 万元。法院裁定中止执行程序。但直到 2000 年 7 月, 天银集团分文未付, 亨通公司申请恢复强制执行程序。在执行程序中, 天银集团请求法院考虑到其资金困难为其主持调解, 未获准许。法院裁定责令天银集团按照和解协议内容分期履行义务。天银集团在支付第一批欠款 300 万元之后, 表示已无力还款。经查, 天银集团还拥有一栋别墅和对汇丰公司享有 500 万元到期债权。法院遂依亨通公司申请, 向汇丰公司发出履行到期债务的通知。

根据上述案情, 请回答以下问题:

1. 在执行程序中, 法院能否根据天银公司的请求主持调解?
2. 两公司自行达成的分期还款协议是否有效? 法院对此协议应如何处理?
3. 法院裁定责令天银公司按照和解协议履行义务是否正确? 为什么?
4. 如果汇丰公司在履行通知指定的期间内提出异议, 法院应如何处理?

5. 如果履行通知发出后, 天银公司与汇丰公司达成协议, 将债务清偿期推迟半年, 法院应如何处理?

6. 如果汇丰公司也确无财产可供执行, 但其对三洋公司享有 400 万元的到期债权, 法院能否再向三洋公司发出履行通知?

7. 如果汇丰公司收到履行通知后, 仍擅自向天银集团履行债务, 造成该财产不能追回, 法院对汇丰公司应如何处理?

8. 若法院委托某拍卖行对别墅进行拍卖时流拍, 亨通公司能否取得别墅的所有权?

#### 六、(本题 15 分)

某股份有限公司于 2006 年 1 月 1 日成立, 股本总额为人民币 3000 万元, 其中 2200 万元系向社会公开发行募集。3 月份为增加实力, 与另一股份有限公司进行合并。两公司于 3 月 10 日作出合并决议, 4 月 1 日通知债权人, 5 月 6 日开始在报纸上刊登公告, 于 8 月 1 日正式合并, 并办理了工商变更登记。

股份有限公司董事会于 6 月 1 日召开年中会议。董事会成员为 15 人, 本人出席会议的 5 人, 有 3 人因故不能出席而委托他人参加会议, 其中甲委托董事长代为出席, 乙委托某监事代为出席, 丙委托其出任董事的另外一家公司的一位负责人出席。董事会会议日程包括: (1) 决定公司投资方案; (2) 对发行公司债券作出决议; (3) 决定公司内部管理机构的设置调整。以上事项均经出席会议的董事的过半数通过。

请指出公司的上述活动有无与《公司法》不符之处, 并说明理由。

#### 七、(本题 14 分)

1995 年 6 月 16 日某市东城区公安分局某派出所电话传唤住所地在西城的某外方驻该市首席商务代表王某某到案取证, 在没有事实根据及未履行法定手续的情况下, 将王某某简单检查身体后, 将王某某带到某分局拘留所, 在进入拘留所前, 令其将皮带取下并将皮鞋连接鞋跟与鞋掌之间的铁舌头取出, 在拘留所中羁押十八个半小时后某分局将其释放, 王某某的皮带丢失。现王某某欲提起诉讼, 请回答:

1. 王某某可在哪一个法院提起诉讼? 为什么?

2. 被告是哪个机关? 理由是什么?

3. 王某某提起的行政诉讼适用什么判决?

4. 王某某是否可以提出数项赔偿请求? 根据是什么?

5. 若其提出 5 万元的名誉损失费的赔偿请求是否会得到审判庭的支持?

6. 王某某提出的赔偿羁押一日的人身自由的赔偿金和皮鞋及皮带的损失, 标准如何确定?

#### 八、(本题 25 分)

2005 年 9 月 1 日晚, 在未经过领导批准、未着警服、没有携带工作证件和未办任何法

律手续的情况下，身为本溪平山公安分局崔东派出所巡长的董某，与“线人”王某到另一个派出所管辖的歌厅准备抓嫖娼卖淫现行。进入歌厅时，未表明身份就将歌厅门外一个小房间的房门毁坏，进入该房间，导致正在房间里休息的 20 岁女子聂某受惊吓而住院治疗。

王某承认是自己率先闯入房门，随后这个女子便受到了惊吓。据女子的父亲聂平说，事发时，女儿正独自一人在房间看书，王某用脚踹开房门后，直接跳到床上，用随身携带的螺丝刀逼住女儿，董某则点亮手电筒对准女儿。女儿当时就被吓抽了，蜷缩在角落里。

**问题：**请谈谈你对该案件的认识。（注意：不能仅就此举引发的一些问题、个案谈具体适用法律的意见）

**答题要求：**

1. 运用掌握的法学知识阐释你认为正确的观点和理由；
2. 说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表述准确；
3. 答题文体不限，字数要求 800~1000 字。

**九、文书写作（本题 25 分）**

关云是某中学的学生（15 岁），一日下课放学回家，路经一处居民楼，三楼王林家的一个花盆突然落下将其砸伤。正途经此处的市政府干部赵海遇见此事，便向附近居民刘华借了一辆摩托车，送关云去医院。由于赵海对刘华的车不熟悉，车速较慢，后来终于将关云送到医院，关云经抢救后留下后遗症，经鉴定为头部被撞击、失血过多、耽搁时间过长所致。后关云的父亲向法院起诉，要求对于关云的人身损害追究王林的民事责任。请据此案情，为关云的父亲关林写一个诉状。（注意：案情中未尽事宜可以编写，但不得显示考生姓名、考区等信息。）

# 试 卷 四

## (A 卷分析)

(提示, 本试卷为主观试题, 请将各题答案书写在答案纸的对应位置上, 勿在卷面上直接作答)

### 一、参考答案

1. 被告人李某违章高速行驶将季某、韩某撞死的行为, 构成交通肇事罪一罪, 撞人后逃逸的行为属于交通肇事罪的加重情节, 不另外构成犯罪。(3 分)
2. 被告人李某第二次高速行驶, 连续撞死、撞伤他人的行为构成以危险方法危害公共安全罪。(2 分)
3. 李某驾车闯关、撞死民警毛某的行为, 同时触犯妨害公务罪和故意杀人罪, 属于想象竞合犯。其处断原则是择一重罪论处, 所以对李某应当按故意杀人罪论处。(3 分)
4. 如李某在第一次撞人以后, 正在犹豫是否应停车救人, 而同车的装卸工刘某却极力让李某赶紧逃离现场, 则刘某的行为与李某构成交通肇事罪的共同犯罪。(2 分)
5. 李某的行为构成故意杀人罪。(2 分)

### 二、参考答案

甲某构成金融凭证诈骗罪。理由是: 甲某以非法占有为目的, 虚构贷款投资的事实, 使用伪造的金融凭证, 骗取丁某单位 500 万元巨款, 具备了金融诈骗罪的犯罪构成。(2 分)

乙某构成挪用公款罪和受贿罪, 应当数罪并罚。理由是: 首先, 乙某与甲某缺乏共同诈骗的故意。乙某也受到甲某的欺骗, 主观上误认为甲某需要使用所拉来的丁某单位 500 万元存款, 没有认识到甲某具有非法占有的意图, 因此, 不构成甲某金融凭证诈骗罪的共犯。(3 分) 其次, 乙某的行为符合挪用公款罪的特征。乙某是该银行分理处的主任, 利用职务上的便利, 弄虚作假, 将客户存放在本银行的 500 万元存款擅自贷出给他人使用, 数额特别巨大, 构成挪用公款罪。(2 分) 再次, 乙某利用分理处主任职务上的便利, 收受甲某 20 万元, 为甲某谋利, 非法将客户丁某的存款转存为甲某的存款, 致使甲某获取了丁某的存款, 符合受贿罪的特征。(2 分)

丙某构成乙某挪用公款罪的共犯。首先, 丙某也没有认识到甲某非法占有该笔存款的意图, 因此, 缺乏与甲某共同实施金融诈骗的故意。(2 分) 其次, 丙某明知乙某擅自将客户

存款转贷给他人（甲某），利用自己熟悉银行业务的条件，帮助乙某将款户存款挪给他人使用，构成乙某挪用公款罪的共犯。需要说明的是，丙某尽管不具有该金融机构工作人员的身份，但是，没有身份的人丙某帮助具有该身份的人乙某实施挪用公款的职务犯罪的，可以构成其共犯。另外，丙某收受甲某 20 万元的行为不构成受贿罪，因为丙某不具有国家工作人员的身份，也没有职务上的便利可以利用。（4 分）

### 三、参考答案

1. 公安局同时对郑某和王某进行讯问是错误的，讯问应当分别进行。（2 分）

2. 公安局于 5 月 16 日提请批准逮捕是错误的，超过了法定期限。其应在拘留后 3 日以内、最长不得超过 7 日必须向检察机关提请批准逮捕。《刑事诉讼法》第 69 条第 1 款规定，公安机关对被拘留的人，认为需要逮捕的，应当在拘留后的 3 日以内，提请人民检察院审查批准。在特殊情况下，提请审查批准的时间可以延长 1 日至 4 日。（3 分）

3. 公安局提请批准逮捕未获批准后，一直未释放郑某是错误的。因为对于人民检察院不批准逮捕的，无论公安机关是否要求复议，公安机关在接到通知后都应立即释放被拘留的人。《刑事诉讼法》第 69 条第 3 款规定，人民检察院应当自接到公安机关提请批准逮捕书后的 7 日以内，作出批准逮捕或者不批准逮捕的决定。人民检察院不批准逮捕的，公安机关应当在接到通知后立即释放，并且将执行情况及时通知人民检察院。对于需要继续侦查，并且符合取保候审、监视居住条件的，依法取保候审或者监视居住。（3 分）

4. 上级检察机关作出不批准逮捕的决定是错误的。其应当立即复核，作出是否变更的决定。《刑事诉讼法》第 70 条规定，公安机关对人民检察院不批准逮捕的决定，认为有错误的时候，可以要求复议，但是必须将被拘留的人立即释放。如果意见不被接受，可以向上一级人民检察院提请复核。上级人民检察院应当立即复核，作出是否变更的决定，通知下级人民检察院和公安机关执行。（3 分）

5. 郑某拒绝律师继续辩护要求自行辩护，法院予以批准的做法是错误的。因为郑某只有 16 岁，是未成年人，人民法院应当为其指定辩护律师，如被告人加以拒绝，法院应为其另行指定辩护人。（2 分）

6. 二审法院驳回郑某父亲的上诉是错误的，按照《刑事诉讼法》第 180 条的规定，被告人、自诉人和他们的法定代理人，不服地方各级人民法院第一审的判决、裁定，有权用书状或者口头向上一级人民法院上诉。（2 分）

7. 在执行过程中，将二人关押在一起是错误的，对于二人应当分别关押、分别执行。（2 分）

### 四、参考答案

1. 都有效。在一物两卖的情况下，基于合同之债的相容性与平等性原理，两个以上的

合同债权可以同时有效存在于一物之上。(3分)

2. 能。在一物两卖的情况下,出卖人将标的物交付给哪一方,该方就取得所有权。(3分)

3. 无道理。该画是特定物,刘某现在已经发生履行不能,再请求其实际履行已经不可能。(2分)

4. 可以要求王某承担除继续履行以外的其他违约责任。(1分)

5. 该约定属于占有改定的交付,故所有权在当时已经移转,后刘某再转卖与潘某的行为即构成无权处分,是故,王某可以主张刘潘之间的买卖无效,从而要回该画。但是,潘某可以主张自己的买受行为构成善意取得以主张对画的所有权。(4分)

## 五、参考答案

1. 在执行程序中,法院不能根据天银集团的申请主持调解。因为执行程序是依靠国家强制力实现生效法律文书内容的过程,是行使强制执行权的程序,不得适用调解再行改变已生效法律文书所确定的实体权利义务关系。(2分)

2. 亨通公司和天银集团自行达成的和解协议有效。因为当事人对民事权利具有处分权,在执行程序中自行达成和解协议是处分其民事权利的表现。法院应当将和解协议副本附卷,如无书面和解协议,应将和解协议内容记入笔录,由双方当事人签名盖章。(2分)

3. 法院裁定天银集团按照和解协议内容履行义务不正确。根据《民事诉讼意见》第266条,一方当事人不履行或不完全履行和解协议,对方当事人申请执行原生效法律文书的,人民法院应当恢复执行原生效法律文书,但和解协议已经履行的部分应当扣除。(2分)

4. 法院不得对汇丰公司强制执行,对汇丰公司提出的异议不进行审查。(2分)

5. 该行为无效,法院仍然可以在汇丰公司无异议又不履行的情况下,强制执行汇丰公司的财产。(2分)

6. 根据《执行规定》第68条,法院在第三人确无财产可供执行时,不得就第三人对他入享有的到期债权强制执行。因此在这种情况下,法院不得对三洋公司发出履行通知,强制执行。(2分)

7. 在这种情况下,汇丰公司可能会承担两种不利后果:第一,汇丰公司应在已履行的财产范围内与天银集团承担连带责任;第二,法院可以追究汇丰公司妨害执行的责任。(2分)

8. 亨通公司可以以拍卖底价获得别墅来抵债。(1分)

考点:执行和解、执行异议、代位执行

讲解:1. 见参考答案第1项。

2. 《民事诉讼法》第211条规定,在执行中,双方当事人自行和解达成协议的,执行员应当将协议内容记入笔录,由双方当事人签名或者盖章。一方当事人不履行和解协议的,人民法院可以根据对方当事人的申请,恢复对原生效法律文书的执行。由此可知,两公司的行

为属于执行和解。

3.《民事诉讼意见》第266条规定，一方当事人不履行或者不完全履行在执行中双方自愿达成的和解协议，对方当事人申请执行原生效法律文书的，人民法院应当恢复执行，但和解协议已履行的部分应当扣除。和解协议已经履行完毕的，人民法院不予恢复执行。

《民事诉讼法》第207条规定，发生法律效力民事判决、裁定，以及刑事判决、裁定中的财产部分，由第一审人民法院执行。法律规定由人民法院执行的其他法律文书，由被执行人住所地或者被执行的财产所在地人民法院执行。由此可知，法院执行的依据应当是已生效的法律文书。

4.《执行规定》第63条规定，第三人在履行通知指定的期间内提出异议的，人民法院不得对第三人强制执行，对提出的异议不进行审查。依此，法院不得强制执行。

5.《执行规定》第66条规定，被执行人收到人民法院履行通知后，放弃其对第三人的债权或延缓第三人履行期限的行为无效，人民法院仍可在第三人无异议又不履行的情况下予以强制执行。由此可知两公司的协议是无效的。

6.《执行规定》第68条规定，在对第三人作出强制执行裁定后，第三人确无财产可供执行的，不得就第三人对他入享有的到期债权强制执行。由此可知，不得再对第三人的到期债权代位执行。

7.《执行规定》第67条规定，第三人收到人民法院要求其履行到期债务的通知后，擅自向被执行人履行，造成已向被执行人履行的财产不能追回的，除在已履行的财产范围内与被执行人承担连带清偿责任外，可以追究其妨害执行的责任。依此，汇丰公司应承担相应的法律后果。

8.最高人民法院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第19条规定：“拍卖时无人竞买或者竞买人的最高应价低于保留价，到场的申请执行人或者其他执行债权人申请或者同意以该次拍卖所定的保留价接受拍卖财产的，应当将该财产交其抵债。”

## 六、参考答案

该公司上述活动中，存在着以下与新《公司法》规定不相符之处：

1.根据《公司法》第85条之规定，除法律、行政法规另有规定的以外，以募集设立方式设立股份有限公司的，发起人认购的股份不得少于公司股份总数的35%。本题中，该公司设立总股本额为3000万元，其中向社会募集2200万元，发起人认购的仅为800万元，仅占公司股本总数的26.7%。(3分)

2.《公司法》第174规定，公司合并，应当由合并各方签订合并协议，并编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出合并决议之日起十日内通知债权人，并于30日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起30日内，未接到通知书的自公告之日起45日内，可以要求公司清偿债务或者提供相应的担保。该公司在合并过程中，其通知债权人的时间、公告发

出时间均与法律规定不相符。该公司自第一次公告之日起未满 90 日进行合并的工商变更登记也与法律规定不相符。(3 分)

3.《公司法》第 113 条规定,董事因故不能出席董事会,可以书面委托其他董事代为出席董事会会议。因此,甲的委托合法有效;而乙和丙委托非董事出席,其委托违法无效,因为被委托者无权出席董事会会议。(3 分)

4.《公司法》第 112 条规定,董事会会议应由过半数以上的董事出席方可举行。该公司董事会成员为 15 人,合法出席会议的为 8 人(即本人出席者 5 人,加委托出席 3 人),不足董事会成员人数的一半,董事会会议的召开不符合法律规定。(2 分)

5.《公司法》第 100 条规定:“本法第三十八条第一款关于有限责任公司股东会职权的规定,适用于股份有限公司股东大会。”第 38 条规定:“股东会行使下列职权:……(八)对发行公司债券作出决议……”故议事日程事项中第(2)项属于股东大会的职权,不应由公司董事会讨论决定。(3 分)

6.《公司法》第 112 条规定,董事会作出决议,必须经全体董事的过半数通过。故本题中由出席会议的董事过半数通过的做法错误。(1 分)

## 七、参考答案

1.既可在原告所在地的西城人民法院起诉,也可在被告所在地的东城区人民法院起诉。因为本案的诉讼标的是一个限制人身自由的行政强制措施行为。见《行政诉讼法》第 18 条规定。(3 分)

2.被告是东城公安分局。因为派出所是东城公安分局的派出机构,在没有法律、法规、规章授权的前提下派出所不具备承担责任的主体资格。(2 分)

3.原告提起的行政诉讼附带国家赔偿的诉讼,应首先对行使职权行为的合法性予以确认,所以法院作出的是确认判决。应首先确认这一将王某某直接送入拘留所的行为违法。(2 分)

4.王某某可以提出,其一是赔偿限制人身自由 18 个半小时即一日的赔偿金。其二是由于羁押行为导致的直接财产损失,即皮鞋损坏皮带丢失的赔偿金。其法律根据《国家赔偿法》第 11 条的规定。(2 分)

5.对王某某提出 5 万元的名誉权赔偿请求不予支持,依据是《国家赔偿法》第 30 条的规定。(1 分)

6.限制王某某一日的人身赔偿金计算标准是以 1995 年 2 月 28 日国家统计局发布的《国民经济和社会发展统计公报》确定的年职工平均工资除以 365 日计算。根据最高人民法院司法解释 1996 年后是以该公报中确定的年职工平均工资除以 254 日计算。至于皮鞋和皮带的损失则应按照损害时的价值具体确定,不应按照购货发票确定的价值计算,因为王某某已使用了应适当折旧。(3 分)

## 八、答题思路

1. 警察权存在的必要性及限度
2. 搜查权的性质及对隐私权的干预
3. 如何加强对搜查权的限制来保障隐私权

## 九、参考答案

### 民事起诉状

原告：关云，男，15岁，汉族，北京市人，学生，住北京市海淀区中关村大街××号

法定代理人：关林，男，40岁，汉族，北京市人，个体工商户，住北京市海淀区中关村大街××号

委托代理人：张员，北京××律师事务所律师

被告：王林，男，40岁，汉族，北京市人，工人，住北京市海淀区知春路××号

诉讼请求：

- (1) 判令被告赔偿医疗费、生活补助费1万元；
- (2) 判令被告赔偿误工补助费2000元；
- (3) 判令被告赔偿精神损失费1万元；
- (4) 本案的诉讼费用由被告承担。

事实与理由：

2003年10月23日下午4:00左右，关云在下课放学回家的路上，路经王林所住的居民楼，三楼王林家的一个花盆突然落下将其砸伤。正途经此处的市政府干部赵海遇见此事，便向附近居民刘华借了一辆摩托车，送关云去医院。由于赵海对刘华的车不熟悉，车速较慢，后来终于将关云送到医院，关云经抢救后留下后遗症，经鉴定为头部被撞击、失血过多、耽搁时间过长所致。

根据《中华人民共和国民法通则》第126条的规定，王林应当对其所管理的花盆坠落致人受伤承担民事责任；根据《中华人民共和国民法通则》第119条和最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第144条、第145条，最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第1条的规定，被告应当承担原告因此支付的医疗费、生活补助费1万元，原告父母护理原告的误工补助费2000元，以及精神损害费1万元。根据《民事诉讼法》的有关规定，特向贵院提起民事诉讼，请求保护原告的合法权益。

证据和证据来源，证人姓名和住址：

- (1) 关云就诊的医院病历；

(2) 证人赵海，住北京市海淀区×号；

(3) 证人刘华，住北京市海淀区×号。

此致

北京市××区人民法院

起诉人：关云

法定代理人：关林

2004年3月2日

附：

(1) 本诉状副本 1 份；

(2) 书证 1 份；

(3) 证人证言 2 份。

# 试 卷 四

## (B 卷试题)

(提示, 本试卷为主观试题, 请将各题答案书写在答案纸的对应位置上, 勿在卷面上直接作答)

### 一、(本题 13 分)

张某和李某登记成立了一个不具有法人资格的合伙型食品加工企业。自 2003 年 2 月起, 该企业在没有取得生产许可证的情况下, 伪造了生产许可证, 大量生产奶粉, 并在奶粉的包装上贴上了某著名奶粉的注册商标, 对外销售。由于生产出来的奶粉营养成分严重不符合国家的有关标准, 高某购买了在市场上销售该厂生产的奶粉喂自己的孩子, 结果小孩的身体健康受到严重损害。高某向有管辖权的某工商所举报该厂奶粉有质量问题。工商所的办案人员陈某和杨某经过调查, 发现该厂生产的奶粉质量不合格, 并已经有 5 个婴儿因食用该奶粉而受到严重伤害, 其中 1 个婴儿已经死亡。陈某和杨某在调查该企业时, 接受了张某和李某送的 1 万元, 于是, 通过做工作, 让高某接受了赔偿, 将该案作一般的行政违法案件处理, 对该企业罚款 2000 元。张某和李某在这之后, 又继续大量生产, 结果更多的婴儿的身体因此受到伤害, 并有 5 人死亡。后查明, 杨某没有被列入工商所的正式编制。

问: 1. 该加工企业是否构成单位犯罪?

2. 试述张某、李某的刑事责任。

3. 杨某是否构成渎职罪的犯罪主体?

4. 试述陈某、杨某的刑事责任。

### 二、(本题 11 分)

被告人章某, 男, 汉族, 1963 年 12 月生。1993 年因犯贪污罪被判处有期徒刑 5 年, 1998 年 7 月刑满释放。现为某市一酒店承包人。章某所承包的酒店因经营不善而严重亏损, 遂产生了绑架勒索财物的主意。经考察, 章某选定了本市个体户吴甲之子吴乙 (7 岁) 为绑架对象, 并对吴乙的活动规律进行了跟踪了解。2002 年 9 月 14 日上午, 章某对本酒店的服务员王某 (女, 1984 年 12 月生) 说: 有人欠债不还, 咱们去把他孩子带来扣押, 逼其还债。王某同意。当日下午, 王某将吴乙骗出。章某与王某一起将吴乙带回酒店, 将吴乙关押于贮藏室内。16 时许, 章某打电话给李某 (女, 1985 年 5 月生, 系章某外甥女), 告诉她自

己绑架了一个小孩，要求她帮助自己打电话给吴家勒索财物，并告知李某吴家的电话号码以及勒索 50 万元人民币和一部手机等条件，并表示事成之后必有好处。李某同意。随后一个多小时内，李某共 3 次打电话给吴家勒索财物。次日，章某赶到李某住处，再次要求李某继续打电话向吴家勒索，李某予以拒绝。9 月 17 日，因被害人家属报案，三被告人被抓获。

根据上述案情：

1. 分析本案行为人触犯的罪名以及共同犯罪情形。
2. 分析本案中涉及到的犯罪停止形态。
3. 分析本案中章某、王某、李某的刑事责任。
4. 如果本案中章某见勒索未成杀死吴乙，则章某构成何罪？如何处罚？

### 三、(本题 12 分)

2000 年 5 月，市检察院收到一封检举信，揭露某国有公司偷税 120 万元的事实。检察院经调查后，认为该公司确有偷税事实，依法应追究刑事责任，遂经检察长批准对该公司立案侦查。2000 年 7 月 2 日，检察院决定逮捕方某，并派检察院侦查人员将其逮捕。7 月 8 日，犯罪嫌疑人方某聘请的律师向检察院提出取保候审的申请，检察院提出需缴纳 5 万元保证金，并提供保证人，并且认为方某有海外关系为防止其逃往海外，同时对其监视居住。7 月 9 日，方某向检察院缴纳了 5 万元的保证金，并且提供了保证人，方某被取保候审，同时被监视居住。后经侦查发现，该公司自 1998 年到 2000 年间，共偷税漏税 50 万元，检察院冻结该公司账户，并将 50 万元作为税款上缴国库。该案于 2001 年 8 月 1 日向区人民法院提起公诉。区人民法院依法受理后，认为对方某仍需采取取保候审，但鉴于方某在检察院已经被取保候审而且手续完善，所以就沿用检察院取保候审的手续，并且为了保证方某的人身自由，决定对取保候审期间连续计算。在审理过程中，基于被告人方某是被告单位某国有公司的法定代表人，于是由方某同时作为被告单位的诉讼代表人出庭。经法庭审理，认为该公司的行为已构成偷税罪，判处被告人方某有期徒刑 3 年，缓刑 3 年，对该公司判处 200 万元的罚金。检察院认为一审法院对被告人方某量刑过轻，直接向二审法院提交上诉状，提起抗诉。抗诉期满后，一审法院即把对该公司判处的罚金交付执行。二审法院经阅卷、讯问被告人，听取被告人委托的辩护人的意见后，认为一审法院认定事实正确，但量刑过轻，裁定撤销原判，发回原审法院重新审判。原审法院改判被告人方某有期徒刑 7 年。

问：该案中人民检察院和人民法院有哪些程序不合法？

### 四、(本题 14 分)

甲于 6 月 2 日致函于乙，表示以 5 万元价格出售某件古董，该函于 6 月 4 日下午两点到达乙处。甲于 6 月 3 日获知有人愿以高价购买其古董，即寄特快专递，表示撤回前函。邮递人员于 6 月 4 日上午送达时，乙适逢外出，邮递人员留下领取通知书载明应于 6 月 5 日上午

9 点起一周内前往某邮局领取信件。经查乙于 6 月 4 日下午四点即已致函于甲，表示购买，该信于 6 月 6 日到达甲处。乙于 6 月 5 日上午赴邮局取信时，始知甲撤回之事。根据以上案情，请回答下列问题：

1. 甲乙间的买卖合同是否成立？为什么？
2. 设甲的撤回函于 6 月 4 日下午 3 点到达乙处，乙不管甲的撤回函，仍然发信表示购买，买卖合同是否成立？为什么？
3. 设甲于 6 月 2 日致函于乙时，载明乙应于一周内承诺，该一周时间应从何时算起？
4. 设乙应于 6 月 10 日之前承诺，但乙的承诺信件至 6 月 13 日方到达甲处，该承诺效力如何？
5. 设乙应于 6 月 10 日之前承诺，但乙的承诺因邮局的原因于 6 月 13 日方到达甲，该承诺效力如何？
6. 设甲于致函时，不知该古董为真品，而以 5 万元的复制品价格向乙发出要约，乙作出承诺后，甲得主张什么权利？

#### 五、(本题 11 分)

甲公司向乙公司购买价值 50 万元的彩电，合同约定甲公司先预付 20 万元货款，其余 30 万元货款在提货后 3 个月内付清，并由丙公司提供连带保证担保，但未约定保证范围。提货 1 个月后，甲公司在征得乙公司同意后，将 30 万元债务转移给尚欠其 30 万元货款的丁公司。对此，丙公司完全不知情。至债务清偿期届满时，乙公司要求丁公司偿还 30 万元货款及其利息，而丁公司因违法经营被依法查处。法定代表人不知去向，公司的账户被冻结。于是，乙公司找到丙公司，要求其承担保证责任，丙公司至此才知道甲公司已将其债务转让给丁公司，遂以此为由拒绝承担责任。双方为此发生争议，乙公司诉至法院。问：

1. 丙公司保证担保的范围应如何确定？
2. 甲公司转让债务的行为是否有效？为什么？
3. 丙公司是否应继续承担保证责任？为什么？
4. 若乙公司将其 30 万元债权依法转让给戊公司，而未经保证人丙公司同意，则丙公司是否继续承担保证责任？为什么？

#### 六、(本题 12 分)

甲、乙国有企业与另外 7 家国有企业拟联合组建设立“天运达有限责任公司”(以下简称天运达公司)，公司章程的部分内容是：公司股东会除召开定期会议外，还可以召开临时会议，临时会议须经代表 1/2 以上表决权的股东，1/2 以上的董事或 1/2 以上的监事提议召开。在申请公司设立登记时，工商行政管理机关指出了公司章程中规定的关于召开临时股东会议方面的不合法之处。经全体股东协商后，予以纠正。

2006年3月,天运达公司依法登记设立,注册资本为1亿元,其中甲以工业产权出资,协议作价金额1200万元;乙出资1400万元,是出资最多的股东。公司成立后,由甲召集和主持首次股东会会议,设立了董事会。2006年5月,天运达公司董事会发现,甲作为出资的工业产权的实际价额显著低于公司章程所定的价额,为了使公司股东出资总额仍达到1亿元,董事会提出了解决方案,即:由甲补足差额;如果甲不能补足差额,则由其他股东按出资比例分担该差额。

2006年5月,公司经过一段时间的运作后,经济效益较好,董事会拟定了一个增加注册资本的方案,方案提出将公司现有的注册资本由1亿元增加到1.5亿元。增资方案提交到股东会讨论表决时,有7家股东赞成增资。7家股东出资总和为5830万元,占表决权总数的58.3%;有2家股东不赞成增资,2家股东出资总和为4170万元,占表决权总数的41.7%。股东会通过增资决议,并授权董事会执行。

2006年7月,天运达公司因业务发展需要,依法成立了上海分公司。上海分公司在生产经营过程中,因违约被诉至法院,对方以天运达公司是上海分公司的总公司为由,要求天运达公司承担违约责任。

根据上述事实,请按照新《公司法》的规定,分析回答下列问题:

1. 天运达公司设立过程中订立的公司章程中关于召开临时股东会议的规定有哪些不合法之处?说明理由。
2. 天运达公司的首次股东会议由甲召集和主持是否合法?为什么?
3. 天运达公司董事会作出的关于甲出资不足的解决方案的内容是否合法?说明理由。
4. 天运达公司股东会作出的增资决议是否合法?说明理由。
5. 天运达公司是否应替上海分公司承担违约责任?说明理由。

### 七、(本题12分)

2005年6月19日,村民朱某的妻子带着4岁的儿子朱大力到村前的公路上打场晒麦时,朱大力不小心掉入村里未封盖的机井,打捞上来时已死亡。朱某夫妇认为,该机井未设置警示性标志,是导致其孩子落井死亡的原因,遂以村委会为被告向法院提起诉讼。案件受理后,未征得双方当事人同意,区法院在向村委会送达应诉通知书和起诉状副本时,通知村委会和原告朱某夫妇在10日内到法院进行调解。因为朱家是当地大户,此案在当地影响很大,法院通知这个乡的乡政府派一名代表来协助调解。在调解过程中,村委会与朱某达成调解协议,协议约定村委会在两个月内赔偿朱某夫妇16万元,如村委会不如期履行,要支付4万元违约金,乡政府对村委会赔偿责任的履行承担保证责任,当事人各方同意在调解协议上签名或者盖章后生效。法院审查时指出,调解协议所附违约金条款无效,建议删除,其他部分有效,于是将修改后的调解协议记入笔录并由当事人、审判人员、书记员签名。朱某夫妇请求法院根据调解协议制作调解书,审判员认为村委会不会赖账,拒绝制作调解书。两