

国家司法考试应试指导与练习丛书

国家司法考试

应试指导与练习用书

(第四卷)

吴景明 主编

朱晓娟 戴志强 副主编



最新版

- ◆专家视点 洞察司考最新动态
- ◆权威解析 紧扣大纲重点难点
- ◆角度合理 内容精练连贯综合
- ◆历年真题 解读考试思路技巧
- ◆模拟练习 仿真准确查漏补

清华大学出版社

国家司法考试应试指导与练习丛书

国家司法考试应试指导与练习用书

(第四卷)

吴景明 主编

朱晓娟 戴志强 副主编

清华大学出版社

北 京

内 容 简 介

本书以国家司法考试考核要点为序,在考核要点的选择上,突出重点。试题难度适中,角度合理,紧扣最新司法考试大纲,内容具有连贯性和综合性。同时试题考查的知识点广泛,覆盖率高,为考生发现漏洞、查漏补缺提供了很好的素材。

本书为案例分析和法律文书卷。案例分析分为历年案例真题解析、练习题及参考答案;法律文书写作分为历年法律文书真题、法律文书万能格式、写作练习及参考答案。

本书适用于参加国家司法考试的考生。

版权所有,翻印必究。

本书封面贴有清华大学出版社激光防伪标签,无标签者不得销售。

图书在版编目(CIP)数据

国家司法考试应试指导与练习用书(第四卷)/吴景明主编. —北京:清华大学出版社,2004

(国家司法考试应试指导与练习丛书)

ISBN 7-302-08872-1

I. 国… II. 吴… III. 法律工作者-资格考核-中国-自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第058494号

出 版 者:清华大学出版社 地 址:北京清华大学学研大厦

<http://www.tup.com.cn> 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 客户服务:010-62776969

组稿编辑:杜春杰

文稿编辑:谢海珍 杨红林

封面设计:秦 铭

版式设计:杨 洋

印 装 者:北京鑫海金澳胶印有限公司

发 行 者:新华书店总店北京发行所

开 本:185×260 印张:21 字数:467千字

版 次:2004年7月第1版 2004年7月第1次印刷

书 号:ISBN 7-302-08872-1/D·126

印 数:1~4000

定 价:36.00元

本书如存在文字不清、漏印以及缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:(010)62770175-3103或(010)62795704。

国家司法考试应试指导与 练习丛书编委会

主 编

吴景明 中国政法大学著名司法考试辅导专家

副主编

朱晓娟 戴志强

编委会成员

吴景明

张桂林

戴志强

朱晓娟

邓 丽

唐 军

朱国辉

李红蕾

李 强

戴骅骝

史俊峰

于均梅

前 言

随着改革开放的深入和我国加入 WTO, 各行各业对法律人才的需求日益迫切, 越来越多的有志之士从事法律职业。而司法考试的竞争是十分激烈的, 2002 年的第一届司法考试报名人数达 36 万人, 但通过比例仅为 7%, 低于往年的 10%, 不难看出, 考试的难度也有加强的趋势。

鉴于国家司法考试所涉及的科目多、知识面广, 而广大应试者的精力和时间又非常有限, 因此有一本既简明扼要又能阐述司法考试重点内容的辅导书就显得尤为必要。为了满足广大应试者的需要, 我们特邀请具有丰富司法考试辅导经验的高校教师、司法第一线工作人员以及在司法考试中取得高分的人员集体编写。在编写之前, 首先对近几年考试题按不同题型、不同学科的不同知识点进行分类统计。通过统计, 发现司法考试在题型上可概括为客观化、规范化、科学化, 其表现是 3/4 为选择题, 其命题规律可概括为紧扣大纲、依靠教材, 突出实务、不乏法理, 量大面广、重点突出, 基础当先、综合性强。按照这些规律, 我们编写了此书, 并突出其针对性、速成性、科学性的特点。

本丛书的编写目的是让参加国家司法考试的考生在最短的时间内取得最好的分数。首先, 本书要帮助考生迅速抓住考试重点; 其次, 帮助考生培养正确的解题思路; 最后, 帮助考生形成有效的复习和记忆方法。另外, 考生还可以通过对本书的学习获得关于考试的规律性的东西, 比如, 自己总结命题规律, 发现适合自己的复习方法和答题技巧等。总之, 希望考生通过本书提供的思路, 可以更主动地面对考试, 做到知己知彼, 百战百胜。

本丛书共分为四卷, 分别为:

《国家司法考试应试指导与练习用书(第一卷)》: 包括法理学、法制史、宪法学、经济法、国际法、国际私法、国际经济法和法律职业道德等科目。

《国家司法考试应试指导与练习用书(第二卷)》: 包括刑法、刑事诉讼法、行政法与行政诉讼法等科目。

《国家司法考试应试指导与练习用书(第三卷)》: 包括民法、商法和民事诉讼法等科目。

《国家司法考试应试指导与练习用书(第四卷)》: 本试卷为案例分析及文书写作等。

每卷均按照最新的司法考试大纲来编写, 其中第一、第二、第三卷均由导读、知识体系表、内容提要、真题解析、练习题及解析、重点法条提示、重点难点解析七个部分组成。本卷为第四卷, 共包括案例分析和法律文书两个部分。

◆ 第一部分 案例分析

严格按照司法考试大纲的要求编写, 本部分涉及刑法、刑事诉讼法、民法、商法、民事诉讼法、行政法与行政诉讼法等科目。每一科目包括历年真题和练习题两部分。其中, 真题为 1997—2003 年的案例题目, 并附有答案、分值及解析。练习题分案情介绍、问题、考查要点、答案要点及解析, 所选的案例均参照真题的出题方式及考查角度进行编写, 重点突出, 综合性强, 实务性强。

随着司法考试难度的提高, 跨部门法的综合题型开始出现, 所占比重和分值也越来越高, 故本书也特别增加了综合案例题, 包括实体法和程序法的结合、实体法和实体法的结合、程序法和程序法的结合等, 其目的是为了增强考生综合运用法律知识来分析案例题的能力。

◆ 第二部分 法律文书

包括历年真题和练习题两部分。真题附有答案及分值, 练习题具有典型性。法律文书格式鲜明, 便于

考生掌握。本书在写作法律文书时，注意将文书格式中需要注意的问题提示出来，将文书格式的固定套路用简单的方式表示出来，便于考生记忆。

另外，根据最新司法考试大纲的要求，在今年的司法考试中，第四卷还将包含论述题。对于论述题，其答题要求主要包括：运用掌握的法学知识阐释你认为正确的观点和理由（所占的分值为 60%）；说理充分、逻辑严谨、语言流畅、表述准确（所占的分值为 30%）；答题文体不限，字数一般要求在 800~1000 字（所占的分值为 10%）。

考生在答论述题时应注意以下几个方面：

- ◆ 字数要有保证，否则就成了扣分直接而明确的理由；
- ◆ 要讲出法学的原理，不能讲大话与空话，不能写成纯粹思想道德教育或者政治教育的文章，否则便会与司法考试的主旨不相符合；
- ◆ 全文的说理论证的思路必须清晰，符合常规的思维逻辑，语句要通顺，表达准确；
- ◆ 在符合上述要求的同时，追求小文章的立意深刻些，而且这种深刻的立意不能通过喊口号的方式直接宣泄出来，应该在行文的措辞中表现出你鲜明的价值倾向。

本书在写作之时，参考借鉴了同类书的写作经验，在此致以谢忱！

衷心地希望本书能为参加国家司法考试的考生带来帮助，我们也相信依照本书认真备考的考生一定能取得好的成绩。由于写作时间短和水平有限，书中的失误之处在所难免，真诚地希望各位读者批评指正。

吴景明

2004 年 6 月 1 日于中国政法大学研究生院

目 录

第一编 案例分析	1
一、历年案例真题	1
二、练习题	61
三、练习题参考答案	131
第二编 法律文书写作.....	255
第一部分 历年法律文书真题	255
一、1995 年文书制作	255
参考答案	255
二、1996 年文书制作	256
参考答案	257
三、1997 年法律文书制作	258
参考答案	258
四、1998 年法律文书写作	259
参考答案	260
五、1999 年文书写作	260
参考答案	261
六、2002 年法律文书写作	262
参考答案	262
七、2003 年法律文书写作	263
参考答案	263
第二部分 法律文书万能格式与写作练习	264
第一章 人民检察院的司法文书	264
一、人民检察院的刑事起诉书	264
二、不起诉决定书	266
三、公诉意见书	268
四、刑事抗诉书	269
第二章 人民法院刑事裁判文书	270
一、第一审刑事判决书	270
二、第二审刑事判决书	275
三、再审刑事判决书	276
四、刑事附带民事判决书	278
第三章 人民法院民事裁判文书	279
一、第一审民事判决书	279
二、第二审民事判决书	282

三、再审民事判决书	283
四、民事调解书	285
第四章 人民法院行政裁判文书	286
一、第一审行政判决书	286
二、第二审行政判决书	288
三、再审行政判决书	289
第五章 律师实务文书	291
一、民事起诉状	291
二、民事答辩状	292
三、民事上诉状	293
四、民事反诉状	294
五、刑事自诉状	295
六、刑事上诉状	296
七、刑事答辩状	297
八、刑事申诉状	298
九、行政起诉状	299
十、代理词	300
第三部分 法律文书写作参考答案	301
第一章 人民检察院的司法文书	301
一、人民检察院的刑事起诉书参考答案	301
二、不起诉决定书参考答案	302
三、公诉意见书参考答案	303
四、刑事抗诉书参考答案	303
第二章 人民法院刑事裁判文书	305
一、第一审刑事判决书参考答案	305
二、第二审刑事判决书参考答案	306
三、再审刑事判决书参考答案	307
四、刑事附带民事判决书参考答案	308
第三章 人民法院民事裁判文书	309
一、第一审民事判决书参考答案	309
二、第二审民事判决书参考答案	311
三、再审民事判决书参考答案	312
四、民事调解书参考答案	313
第四章 人民法院行政裁判文书	313
一、第一审行政判决书参考答案	313
二、第二审行政判决书参考答案	314
三、再审行政判决书参考答案	315
第五章 律师实务文书	316
一、民事起诉状参考答案	316
二、民事答辩状参考答案	317
三、民事上诉状参考答案	318

四、民事反诉状参考答案	319
五、刑事自诉状参考答案	319
六、刑事上诉状参考答案	320
七、刑事答辩状参考答案	321
八、刑事申诉状参考答案	322
九、行政起诉状参考答案	323
十、代理词参考答案	324

第一编 案例分析

一、历年案例真题

1. [1998年卷四第一题 本题13分]

冯系养鸡专业户，为改建鸡舍和引进良种鸡需资金20万元。冯向陈借款10万，以自己的一套价值10万元的音响设备抵押，双方立有抵押字据，但未办理登记。冯又向朱借款10万元，又以该设备质押，双方立有质押字据，并将设备交付朱占有。冯得款后，改造了鸡舍，且与县良种站签订了良种鸡引进合同。合同约定良种鸡款共计2万元，冯预付定金4000元，违约金按合同总额的10%计算，冯以销售肉鸡的款项偿还良种站的货款。合同没有明确约定合同的履行地点。后县良种站将良种鸡送交冯，要求支付运费，冯拒绝。因发生不可抗力事件，冯预计的收入落空，冯因不能及时偿还借款和支付货款而与陈、朱及县良种站发生纠纷。诉至法院后，法院查证上述事实后又查明：朱在占有该设备期间，不慎将该设备损坏，送蒋修理。朱无力交付蒋的修理费1万元，该设备现已被留置。

问题：

- (1) 冯与陈之间的抵押关系是否有效？为什么？
- (2) 冯与朱之间的质押关系是否有效？为什么？
- (3) 朱与蒋之间是何种法律关系？
- (4) 对该音响设备陈要求行使抵押权，朱要求行使质押权，蒋要求行使留置权，应由谁优先行使其权利？为什么？
- (5) 冯无力支付县良种站的货款，合同中规定的定金条款和违约金条款可同时适用？为什么？
- (6) 县良种站要求冯支付送鸡费用，该请求应否支持？为什么？
- (7) 冯对县良种站提出不可抗力的免责抗辩，能否成立？为什么？

答案：

- (1) 有效。(1分) 不办理登记的抵押合同自签订之日起生效。(1分)
- (2) 有效。(1分) 质押合同自质物移交于质权人占有时生效。(1分)
- (3) 承揽合同关系。(1分)
- (4) 留置权。(1分) 留置权是法定权利，法定权利优于约定权利。(1分)
- (5) 可以。(1分) 二者性质不同，前者是担保方式之一，后者是对违约的制裁和补偿手段。(1分)
- (6) 应予支持，(1分) 履行地点约定不明确的，履行交付货币以外义务的，在履行义务一方的所在地，即县良种站履行。(1分)
- (7) 不能成立。(1分) 其经营风险应由自己承担，不能作为免责事由。(1分)

根据与理由：

(1) 冯、陈双方立有抵押字据，且抵押物并非必须办理登记的土地使用权、房地产、林木等，故该字据有效。

《担保法》第41条规定：“当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。”第四十二条规定：“办理抵押物登记的部门如下：(一) 以无地上定着物的

土地使用权抵押的，为核发土地使用权证书的土地管理部门；（二）以城市房地产或者乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，为县级以上地方人民政府规定的部门；（三）以林木抵押的，为县级以上林木主管部门；（四）以航空器、船舶、车辆抵押的，为运输工具的登记部门；（五）以企业的设备和其他动产抵押的，为财产所在地的工商行政管理部门。”

（2）双方立有质押字据，且质物已移交质权人占有。

《担保法》第 64 条规定：“出质人和质权人应当以书面形式订立质押合同。质押合同自质物移交于质权人占有时生效。”

（3）朱与蒋之间成立承揽合同关系。朱是定作人，蒋是承揽人，之后朱与蒋之间因承揽合同发生的债权发生留置关系，朱是债务人，蒋是债权人、留置权人。

（4）因抵押物未办理登记，不得对抗第三人，故陈不能优先行使其权利。《担保法》第 43 条规定：“当事人以其他财产抵押的，可以自愿办理抵押物登记，抵押合同自签订之日起生效。当事人未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。当事人办理抵押物登记的，登记部门为抵押人所在地的公证部门。”而朱与蒋之间，蒋的留置权优先。

（5）违约金与定金性质是不同的。定金主要起担保作用，而违约金是违反合同的责任形式，二者不能相互代替。

（6）《合同法》第 61 条规定：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。”

《合同法》第 62 条规定：“当事人就有关合同内容约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，适用下列规定：（一）质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。（二）价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。（三）履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。（四）履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。（五）履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。（六）履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担。”

（7）《合同法》第 117 条规定：“因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。”第 118 条规定：“当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。”

2. [1998 年卷四第二题 本题 12 分]

N 市江东电机厂为一家中型国有企业。1994 年 9 月，该厂兼并了本市四家小型国有企业，改组为江东机电有限责任公司（简称“江东公司”）。

1996 年 4 月，江东公司兼并长期亏损的国有企业 N 市东风电器厂（简称“东风厂”）。随后江东公司与东风厂的上级主管部门市机械局签订了兼并协议。江东公司派出的管理人员进驻东风厂后发现，该厂资产 440 万元，负债 500 万元（含拖欠工商银行的贷款 400 万元），但其生产的电动工具供不应求。江东公司遂撤回向工商管理部門提交的兼并登记申请。同年 7 月，经市机械局同意，江东公司与东风厂达成如下协议：①江东公司投入资金 120 万元，东风厂以电动工具车间整体协议作价 80 万元（实价应为 90 万元），成立“江风电器有限公司”；②东风厂的其余部分，由江东公司下属非法人企业红云开关厂承包经营，承包期间的流动资金和经营均由承包方承担。1996 年 11 月，经市机械局同意，红云开关厂以东风厂的名义，

将东风厂的一部分厂房和设备压价出售给江东公司下属非法人企业新声电扇厂。1997年7月,工商银行向N市中级人民法院提起对东风厂追索债务的民事诉讼。同月,东风厂报请市机械局批准,向N市L区人民法院申请宣告破产。会计报表显示,该厂现有资产200万元,负债600万元。

问题:

- (1) 江东公司与市机械局兼并协议在1996年7月以后是否仍然有效?理由是什么?
- (2) 江东公司与东风厂在合资成立江风电器有限公司过程中有何不当行为?
- (3) 红云开关厂在承包期间有何不当行为?其民事责任应由谁承担?
- (4) 东风厂破产时的资产和负债情况与江东公司有何关联?
- (5) 工商银行在本案中有权提出哪些请求?

答案:

- (1) 无效。(1分)因为江东公司已撤回向工商管理部门提交的兼并登记申请,并经东风厂的上级主管部门市机械局同意,与东风厂达成新的协议,新协议取代了1996年7月签订的兼并协议。(2分)
- (2) 双方协议将国有资产电动工具车间整体低价作为东风厂的出资是不当行为。(2分)
- (3) 红云开关厂以东风厂的名义,将东风厂的一部分厂房和设备压价出售。(1分)红云开关厂是江东公司的下属非法人企业,不能独立承担民事责任,其民事责任应由江东公司承担。(2分)
- (4) 江东公司和红云开关厂将东风厂车间低价折股和将东风厂厂房设备低价出售,导致东风厂破产时资产减少,负债增加。(2分)
- (5) 工商银行可作为破产债权人申请债权,请求参与破产财产分配。(2分)

根据与理由:

(1) 关于江东公司与东风厂的上级主管部门市机械局签订的兼并协议与江东公司与东风厂达成合资协议的效力冲突,当然是新协议的效力优于旧协议的效力。

(2) 《公司法》第7条规定:“国有企业改建为公司,必须依照法律、行政法规规定的条件和要求,转换经营机制,有步骤地清产核资,界定产权,清理债权债务,评估资产,建立规范的内部管理机构。”其实,即使《公司法》不作如此规定,该行为也是不当的,因为造成了国有资产流失。对于国有企业改建为股份有限公司,《公司法》第81条有更明确的规定:“国有企业改建为股份有限公司时,严禁将国有资产低价折股、低价出售或者无偿分给个人。”《公司法》第24条规定:“股东可以用货币出资,也可以用实物、工业产权、非专利技术、土地使用权作价出资。对作为出资的实物、工业产权、非专利技术或者土地使用权,必须进行评估作价,核实财产,不得高估或者低估作价。土地使用权的评估作价,依照法律、行政法规的规定办理。以工业产权、非专利技术作价出资的金额不得超过有限责任公司注册资本的百分之二十,国家对采用高新技术成果有特别规定的除外。”因此东风厂作为江风电器有限公司的股东,以实物——电动工具车间出资,不得高估或者低估作价。

(3) 红云开关厂以东风厂的名义,将东风厂的一部分厂房和设备压价出售给江东公司下属非法人企业新声电扇厂。红云开关厂是江东公司的下属非法人企业,红云开关厂的该行为属于江东公司的行为。江东公司无权对国有企业东风厂的资产压价出售。

红云开关厂是江东公司的下属非法人企业,其不能独立承担民事责任,而应由其所属江东公司承担责任。

(4) 第2题中的低估作价和第3题中的压价出售必然导致东风厂破产时资产减少,负债增加。

(5) 破产债权是基于破产宣告前的原因发生的,能够通过破产分配由破产财产公平受偿的财产请求权。本案例中工商银行作为破产企业的债权人,享有申报债权,参与破产财产分配的权利。《破产法》第9条规定:“人民法院受理破产案件后,应当在十日内通知债务人并且发布公告。人民法院在收到债务

人提交的债务清册后十日内，应当通知已知的债权人。公告和通知中应当规定第一次债权人会议召开的日期。债权人应当在收到通知后一个月内，未收到通知的债权人应当自公告之日起三个月内，向人民法院申报债权，说明债权的数额和有无财产担保，并且提交有关证明材料。逾期未申报债权的，视为自动放弃债权。”人民法院对有财产担保债权和无财产担保债权的申报，应当分别登记。

3. [1998 年卷四第三题 本题 9 分]

我国 A 公司与某国 B 公司于 1995 年 10 月 20 日签订购买 52500 吨化肥的 CFR 合同。A 公司开出信用证规定，装船期限为 1996 年 1 月 1 日至 1 月 10 日，由于 B 公司租来运货的“雄狮”号在开往某外国港口途中遇到飓风，结果装货至 1996 年 1 月 20 日才完成。承运人在取得 B 公司出具的保函的情况下签发了与信用证条款一致的提单。“雄狮”号于 1 月 21 日驶离装运港。A 公司为这批货物投保了水渍险。1996 年 1 月 30 日“雄狮”号途经达达尼尔海峡时起火，造成部分化肥烧毁。船长在命令救火过程中又造成部分化肥湿毁。由于船在装货港口的延迟，使该船到达目的地时赶上了化肥价格下跌，A 公司在出售余下的化肥时价格不得不大幅度下降，给 A 公司造成很大损失。

问题：

- (1) 途中烧毁的化肥损失属什么损失，应由谁承担？为什么？
- (2) 途中湿毁的化肥损失属什么损失，应由谁承担？为什么？
- (3) A 公司可否向承运人追偿由于化肥价格下跌造成的损失？为什么？
- (4) 承运人可否向托运人 B 公司追偿责任？为什么？

答案：

(1) 属单独海损，(0.5 分) 应由保险公司承担损失。(1 分) 途中烧毁的化肥属于单独海损，依 CFR 术语，风险由 A 公司即买方承担；而 A 公司购买了水渍险，赔偿范围包含单独海损，因此由保险公司承担。(1 分)

(2) 属共同海损，(0.5 分) 应由 A 公司与船公司分别承担。(1 分) 因船舶和货物遭到了共同危险，船长为了共同安全，有意又合理地造成了化肥的湿毁。(1 分)

(3) 可以。(1 分) 因为承运人迟延装船，又倒签提单，须对迟延交付负责。(1 分)

(4) 可以。(1 分) 因 B 公司出具的保函基于双方真实的意思表示，该保函对当事的双方有效。(1 分)

根据与理由：

(1) 《海商法》第 193 条规定：“共同海损，是指在同一海上航程中，船舶、货物和其他财产遭遇共同危险，为了共同安全，有意地合理地采取措施所直接造成的特殊牺牲、支付的特殊费用。无论在航程中或者在航程结束后发生的船舶或者货物因迟延所造成的损失，包括船期损失和行市损失以及其他间接损失，均不得列入共同海损。”另外，第 194 条规定：“船舶因发生意外、牺牲或者其他特殊情况而损坏时，为了安全完成本航程，驶入避难港口、避难地点或者驶回装货港口、装货地点进行必要的修理，在该港口或者地点额外停留期间所支付的港口费，船员工资、给养，船舶所消耗的燃料、物料，为修理而卸载、储存、重装或者搬移船上货物、燃料、物料以及其他财产所造成的损失、支付的费用，应当列入共同海损。”而单独海损是指海上风险对营运中的船舶和运输中的货物所造成的直接损失。单独海损多是由于偶然因素所致的意外事故所造成，并且只涉及船货一方的利益，因此单独海损由一方负担。据此判断，在本案中途中烧毁的化肥损失属于单独海损。

(2) 根据案例中所述内容，途中湿毁的化肥是因为船长在命令救火过程中造成的，属于船舶、货物和其他财产遭遇共同危险，为了共同安全，有意地合理地采取措施所直接造成的特殊牺牲、支付的特殊费

用这一情况,因此可以判断是共同海损。

(3) 倒签提单是一种欺诈行为,是托运人与承运人合谋欺诈提单持有人的行为,倒签提单是指提单中注明的装船日期早于实际装船的日期。承运人倒签了提单,实际上隐瞒了迟延交货的责任,应对收货人承担责任。

(4) 保函在托运人与承运人之间有效,但是对于提单受让人,包括任何收货的第三方无效。

4. [1998年卷四第四题 本题9分]

1998年1月15日,E市中级人民法院对马天星诉吴桂明欠款纠纷一案作出二审判决,责令吴桂明向法院交了诉讼费,而未向马天星返还欠款。

1998年3月,马天星向对案件作出一审判决的E市K区人民法院申请强制执行,该区人民法院接受申请,指派执行员谢大柱负责执行。谢大柱召集双方就如何还款进行调解,因双方要求的差距过大而告失败。

1998年4月,马天星与吴桂明告知谢大柱,他们已就本案的还款问题自愿达成了和解协议:吴桂明只向马天星还欠款1300元,还款期限为1998年6月底之前还800元,1998年7月底之前还款500元。谢大柱因此以E市K区人民法院的名义裁定中止执行。

1998年6月,吴桂明依和解协议还了马天星800元,但到1998年7月30日,吴桂明对马天星说无法偿还尚欠的剩余款项500元,让马天星再宽限他2个月。马天星不同意。并于1998年8月到E市K区人民法院申请恢复对原生效判决书的执行,E市K区人民法院因此恢复执行并作出执行裁定,责令吴桂明根据双方的和解协议在法院执行裁定送达之日起7日内还马天星欠款500元,吴桂明依此还了马天星500元钱。至此,本案终结。1998年9月12日,吴桂明之子吴小明到法院找谢大柱吵闹,说谢大柱执行本案是狗拿耗子多管闲事。谢大柱对其进行了批评,吴小明仍不罢休,继续辱骂谢大柱。谢大柱将此情况报告院长,并提请院长批准,以吴小明妨害民事诉讼秩序为由,决定对其进行拘留。

问题:

(1) 在执行程序中,谢大柱可否主持调解,为什么?

(2) 马天星与吴桂明自愿达成的和解协议是否有效,为什么?

(3) 吴桂明未完全履行和解协议,马天星是否有权申请恢复执行?E市K区法院受理马天星的申请,并裁定执行和解协议是否正确,为什么?

(4) E市K区人民法院是否能以妨害民事诉讼秩序为由,对吴小明采取强制措施,为什么?

答案:

(1) 不可以主持调解。(1分) 因为执行是指人民法院的执行组织依照法定的程序,对发生法律效力法律文书确定的给付内容,以国家的强制力为后盾,依法采取强制措施,迫使义务人履行义务的行为。谢大柱应当根据二审的裁判强制执行。(1分)

(2) 有效。(1分) 《民事诉讼法》规定,在执行中双方当事人可以自行和解。(1分)

(3) 马天星有权申请恢复执行。(1分) E市K区法院受理马天星的申请是正确的,但其裁定执行和解协议是错误的。(1分) 根据《民事诉讼法》的规定,当事人在达成和解协议后,一方当事人不履行协议的,人民法院可根据对方当事人的申请,恢复对原生效法律文书的执行,和解协议不具备可强制执行的效力。(1分)

(4) 不可以。(1分) 民事诉讼的强制措施只能在民事诉讼过程中实施,吴小明的行为发生在执行终结后,此时民事诉讼程序已终结。(1分)

根据与理由：

(1) 通过此题考生应当牢记法院在判决或调解书生效之后，在执行过程中绝对不能调解。另外，因为当事人有处分自己民事权利的自由，所以当事人可以在执行过程中自行达成和解协议，但和解协议不同于判决和调解书，没有强制执行力。

(2) 根据《民事诉讼法》第 211 条第 1 款的规定，在执行中，双方当事人可以自行和解达成协议，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。

(3) 《民事诉讼法》第 211 条第 2 款规定，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。在 E 市 K 区法院受理马天星的申请是正确的，但其裁定执行和解协议是错误的。因为如本题中对第一个问题的分析中所述，和解协议没有强制执行力，法院应当恢复对原生效法律文书的执行。此问题很有模糊性，应当重视。

(4) 妨害民事诉讼的行为是发生在诉讼过程中的，从而无论是诉讼前还是判决生效后的行为都不属于妨害民事诉讼行为，但对吴小明的行为可以依照其他法律规定追究相应的法律责任。

5. [1998 年卷四第五题 本题 9 分]

国营某市轧钢厂发生下列纠纷：(1) 工人赵某因身体有病被辞退，与厂方发生争议；(2) 技术员钱某因未被允许参加全省轧钢行业技术员培训与厂方发生争议；(3) 助理工程师孙某因未晋升工程师职务与厂方发生争议；(4) 副总工程师李某因工资调整与厂方发生争议。赵、钱、孙、李四人与厂方的争议经几次协商交涉均未能解决。

问题：

(1) 赵某、钱某、孙某、李某中哪几个人与厂方发生的争议属于《企业劳动争议处理条例》所规定的劳动争议？

(2) 劳动争议可以通过哪几种方式解决？在运用这几种方式解决问题时，不同方式相互之间是什么关系？

(3) 解决劳动争议的各种方式的法律效力如何？

答案：

(1) 赵某、钱某、李某与厂方发生的争议属于《企业劳动争议处理条例》所规定的劳动争议，孙某与厂方发生的争议不属于《企业劳动争议处理条例》所规定的劳动争议。(3 分)

(2) 第一，劳动争议可以通过以下几种方式：协商解决、申请调解、劳动争议仲裁、提起诉讼。第二，劳动争议解决方式之间的关系是：劳动争议发生后，当事人应当协商解决；不愿协商或者协商不成的，可以向本企业劳动争议调解委员会申请调解；调解不成的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。当事人也可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。在当事人提起诉讼之前，必须先进行劳动仲裁。因此，对仲裁裁决不服的，可以向人民法院起诉。第三，协商不是处理劳动争议的必经程序；调解不是劳动争议解决的必经程序；劳动争议仲裁是提起诉讼的必经程序；诉讼也不是处理劳动争议的必经程序。(3 分)

(3) 第一，劳动合同当事人通过协商解决的劳动争议达成的和解协议，对当事人没有法律约束力，而是由当事人自觉履行。第二，劳动争议经调解达成协议的，具有法律约束力，当事人应当履行。第三，对仲裁裁决无异议的，当事人必须履行。第四，劳动争议当事人对仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁、裁决书之日起 15 日内向人民法院提起诉讼。一方当事人在法定期限内不起诉又不履行仲裁裁决的，另一方当事人可以申请人民法院强制执行仲裁裁决。第五，对于生效的判决和裁定，当事人必须履行。(3 分)

根据与理由：

(1) 《劳动法》第 77 条规定：“用人单位与劳动者发生劳动争议，当事人可以依法申请调解、仲裁、

提起诉讼,也可以协商解决。”说明劳动争议的主体应是用人单位和劳动者。其中用人单位的范围,根据《劳动法》第2条,是指“在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织”,或是与劳动者建立劳动合同关系的“国家机关、事业组织、社会团体”。《企业劳动争议处理条例》第2条规定:“本条例适用于中华人民共和国境内的企业与职工之间的下列劳动争议:(一)因企业开除、除名、辞退职工和职工辞职、自动离职发生的争议;(二)因执行国家有关工资、保险、福利、培训、劳动保护的规定发生的争议;(三)因履行劳动合同发生的争议;(四)法律、法规规定应当依照本条例处理的其他劳动争议。”据此,赵某、钱某、李某与厂方的争议属于《企业劳动争议处理条例》所规定的劳动争议。

(2)《劳动法》第77条规定:“用人单位与劳动者发生劳动争议,当事人可以依法申请调解、仲裁、提起诉讼,也可以协商解决。调解原则适用于仲裁和诉讼程序。”第79条规定:“劳动争议发生后,当事人可以向本单位劳动争议委员会申请调解;调解不成,当事人一方要求仲裁的,可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。当事人一方也可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。对仲裁裁决不服的,可以向人民法院提起诉讼。”由此可知,劳动争议解决的方式有四种:协商、调解、仲裁和诉讼。考生要记住协商和调解不是仲裁、诉讼的必经前置程序,仲裁是诉讼的必经前置程序。

(3)《劳动法》第80条第2款规定:“劳动争议经调解达成协议的,当事人应当履行。”第82条规定:“提出仲裁要求的一方应当自劳动争议发生之日起六十日内向劳动争议仲裁委员会提出书面申请。仲裁裁决一般应在收到仲裁申请的六十日内作出。对仲裁裁决无异议的,当事人必须履行。”第83条规定:“劳动争议当事人对仲裁裁决不服的,可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。一方当事人在法定期限内不起诉又不履行仲裁裁决的,另一方当事人可以申请人民法院强制执行。”因此,各种方式的法律效力是:协商与调解达成协议的,双方当事人应当自觉履行,协议没有强制执行力;对仲裁裁决无异议的,当事人必须履行,一方当事人在法定期限内不起诉又不履行仲裁裁决的,另一方当事人可以申请人民法院强制执行;劳动争议诉讼所产生的生效判决,具有当然的强制执行力。

6. [1998年卷四第六题 本题7分]

李某深夜潜入本单位财务室,意图盗窃保险柜中的财物。李用尽了各种方法,也未能将保险柜打开,感到十分沮丧。正要离开时,恰逢保安员巡逻至此。保安员发现财务室的门虚掩,即进去查看,与李某撞个正着。李某用撬棍将保安员打昏后逃走。回到家中后,李某恐保安员醒来以后认出自己,就拿了一把匕首,欲将保安员杀死灭口。刚刚返回单位大门,即被接到报案赶来的公安人员抓获。

问题:

- (1) 李某的盗窃未遂属于犯罪未遂中的哪种类型?
- (2) 李某盗窃未遂后将保安员打昏的行为应当如何定性?为什么?
- (3) 李某返回作案现场(本单位)欲将保安员杀死灭口的行为属于犯罪的哪种形态?
- (4) 对李某应当如何定罪处罚?

答案:

- (1) 未实行终了的未遂,(1分)对象不能犯未遂。(1分)
- (2) 抢劫罪;(1分)转化型抢劫罪(或者答根据《刑法》第269条之规定)。(1分)
- (3) 犯罪预备。(1分)
- (4) 定抢劫罪和故意杀人罪。数罪并罚。(2分)

根据与理由:

(1) 根据犯罪行为实行终了与否为标准,可以把犯罪未遂分为实行终了的未遂和未实行终了的未遂。实行终了的未遂,是指犯罪分子已经实施完毕自己认为完成犯罪所必要的全部行为,由于其意志以外的原

因未得逞;未实行终了的未遂,是指犯罪分子因为意志以外的原因尚未实行完毕完成犯罪所必要的全部行为以致犯罪未得逞。根据实际上能否构成犯罪既遂为标准,可以把犯罪未遂分为能犯未遂和不能犯未遂。能犯未遂是指犯罪分子的行为有实际可能完成犯罪,达到犯罪既遂,但由于犯罪分子意志以外的原因犯罪尚未得逞;不能犯未遂,是指犯罪分子的行为不可能达到,分为对象不能犯未遂和工具不能犯未遂。对象不能犯的未遂,是指由于侵害对象当时并不存在,或者由于其固有属性不能使犯罪达到既遂等原因,以致犯罪未得逞;工具不能犯未遂,是指犯罪分子实施犯罪所使用的工具、手段不能使犯罪达到既遂的情况。

(2)《刑法》第269条规定:“犯盗窃、诈骗、抢夺罪,为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的,依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。”刑法理论上称之为转化型抢劫罪。

(3)《刑法》第22条规定:“为了犯罪,准备工具、制造条件的,是犯罪预备。”它必须同时具备以下条件:①已经实施犯罪的预备行为。即行为人已经为实现犯罪意图进行了准备某些人或制造条件的活动。②在预备犯罪过程中停顿下来,既可以发生在实施准备行为的中途,也可以发生在预备行为完成后,着手实行犯罪之前。③在预备过程中停顿下来,是由于行为人意志以外的原因。即停顿下来是被迫的,而不是自动的。

(4)根据《刑法》第269条的规定,本题李某构成抢劫罪;根据《刑法》第232条的规定,李某又构成故意杀人罪。李某出于两个故意,实施了两个行为,触犯了不同的罪名,应数罪并罚。

7. [1998年卷四第七题 本题8分]

马锋系荣市钢厂业务员,已婚,其妻潘丽有一女3岁。马锋因工作经常出差,在丹阳市联系业务时,与一饭店服务员刘娟互有好感。马锋谎称自己未婚,于1993年7月利用空白介绍信填写虚假内容与刘娟登记结婚。一年后刘娟生一子。久之,马锋恐夜长梦多,即生害妻之心。1997年6月某日,潘丽之友送给她两瓶雀巢咖啡,潘丽每晚必冲一杯,说喝了提神,遇人来访,潘丽亦以咖啡待客。潘丽之友知潘丽如此喜爱咖啡,又送其两瓶,马锋即在又送来的两瓶咖啡中放入氯化物,以毒死妻子,且认为可以免除对自己的怀疑。1998年1月20日,潘丽的父母从外地来探望女儿一家,潘丽在饭后即冲了两杯咖啡,让父母饮用,造成其父母死亡。

问题:

- (1) 马锋的重婚行为是否已超过追诉时效?为什么?
- (2) 刘娟的重婚行为是否应当追究刑事责任?为什么?
- (3) 潘丽误将父母毒死的行为是否应当追究刑事责任?为什么?
- (4) 马锋触犯的罪名是什么?

答案:

(1) 否。(1分) 犯罪行为有继续状态的(或答继续犯、持续犯),追诉期限从犯罪行为终了之日起计算。(1分)

(2) 否。(1分) 不知他人已结婚而与之结婚的,不知者不构成重婚。(1分)

(3) 否。(1分) 主观上既无故意也无过失。(1分)

(4) 重婚罪、(1分) 故意杀人罪。(1分)

根据与理由:

(1)《刑法》第89条第1款规定:“追诉期限从犯罪之日起计算;犯罪行为有连续或者继续状态的,从犯罪行为终了之日起计算。”犯罪有连续或有继续状态的,是指连续犯和继续犯。所谓继续犯也称持续犯,是指犯罪行为与不法状态在一定时间内处于同时持续状态的犯罪。重婚罪即属于此类。