

2009 飞跃版

国家司法考试

最后冲刺

第四卷

分卷模拟考场

2 0 0 9 G U O J I A S I F A K A O S H I

一线名师: 司考一线授课名师, 熟谙备考冲刺诀窍

点拨预测: 紧扣考纲, 点拨命题规律; 查漏补缺, 预测考试重点

全真模拟: 题目难度紧靠真题, 涵盖并突出考试重点

备考冲刺: 精选精解三套全真模拟试题, 提高考前冲刺效率

飞跃司考辅导中心 / 组编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

目 录

2009 国家司法考试最后冲刺分卷模拟考场试卷四（模拟考场一）	1
参考答案及详解	5
2009 国家司法考试最后冲刺分卷模拟考场试卷四（模拟考场二）	11
参考答案及详解	15
2009 国家司法考试最后冲刺分卷模拟考场试卷四（模拟考场三）	23
参考答案及详解	27

2009 国家司法考试最后冲刺分卷模拟考场试卷四

(模拟考场一)

提示：本试卷为分析、论述题。请将各题答案书写在答题纸的对应位置上，勿在卷面上直接作答。

一、(本题 20 分)

材料：张某与李某就职于同一公司，一日因琐事口角，张某于公司众同事面前辱骂李某，李某让张某道歉遭到拒绝，遂对张某拳脚相加，后被公司同事拉开。张某以人身权益受到损害为由诉至法院，而李某则以张某辱骂在先，自己并无责任为由进行抗辩。

问题：

请谈谈你对此案的看法。

答题要求：

1. 在综合分析的基础上，提出观点并运用法学知识阐述理由；
2. 观点明确，论证充分，逻辑严谨，文字通顺；
3. 不少于 400 字，不必重复案情。

二、(本题 20 分)

案情：2008 年 2 月 12 日，王某、刘某、姜某伙同他人为勒索赎金五万元，经王某提议，持刀绑架高某，在绑架的过程中遇到高反抗，刘某遂猛刺高某颈部将其当场刺死，但是姜某在此过程中没有动手。2008 年 3 月 24 日，三人为勒索赎金四万元，还绑架韩某，但是姜某仅仅参与了购买犯罪工具，至于具体的绑架过程并没有参与。在绑架韩某期间刘某将韩某强奸。2008 年 2 月 16 日，三人还伙同他人持刀入户抢劫郭某现金五百元及其身份证；2008 年 3 月 1 日三人抢劫白某现金二百元等物；2008 年 3 月 9 日，三人持械抢劫赵某手机等物。在这三起抢劫案件中，姜某主要负责看风，王某、刘某直接实施抢劫行为。

根据以上案情，请回答以下问题：

1. 在绑架过程中，因高某反抗而将其杀死的行为应当如何定罪量刑？
2. 在绑架的过程中，对于刘某强奸韩某的行为应当对三人如何定罪量刑？
3. 对于三人实施的行为应当如何定罪量刑？

三、(本题 20 分)

案情：被告人胡某，男，32岁，某企业职工。2008年9月2日，胡某打麻将输了钱，遂产生了盗窃念头。当晚凌晨三时许，他溜出家门寻找作案机会，发现一豪宅无人看管即撬开窗户爬入室内，盗走古玩字画、金银首饰和大量现金，所窃财物价值和现金共计人民币45万元。胡某作案后畏罪潜逃。在公安机关发布通缉令后，当地公安局组织全体干警追捕。公安局刑侦队队长李某与胡某是同学，也被派往外地追捕胡某。此时李某提出回避申请，理由是他与胡某是同学，不宜参加本案的侦查工作。公安局负责人研究答复：由于公安机关警力有限，时间紧迫，李某仍需外出工作，是否回避的问题，待以后解决。李某遂接受指派，继续参与本案的侦查工作。后胡某被公安机关抓捕归案。检察机关对此案提起公诉后，人民法院一审以盗窃判处被告人胡某有期徒刑11年。胡某以原判决对部分赃物认定的数额偏高，量刑过重为理由提出上诉。第二审人民法院经审理查明：胡某所盗窃的赃物，经重新核定价值发现，其数额并非偏高而是偏低，数额应当为55万元，因此，原判决实际少认定10万元。据此，第二审人民法院经以原判决事实不清为由，以判决撤销了原判，并将案件发回原审人民法院重新审判。

问题：

1. 本案中公安局的做法是否正确？
2. 检察机关对本案提起公诉，人民法院对案件进行审查后决定开庭审判，那么，人民法院应当做哪些工作？
3. 假如被告人在上诉期满后又要求撤回上诉，第二审人民法院应当如何处理？
4. 假如在第二审程序中，被告人提出委托辩护人的要求，人民法院应当如何处理？
5. 第二审人民法院在审理时，发现原审人民法院在认定盗窃数额时与事实不符，以判决撤销原判的做法是否违法？为什么？
6. 假如第一审人民法院宣判后，检察机关认为量刑畸轻提出抗诉，被告人胡某认为量刑过重也上诉，二审法院审理后认为原判决认定事实没有错误，适用法律正确，但量刑不当，是否可直接改判加重被告人胡某的刑罚？
7. 如果终审裁定送达被告人胡某后，二审法院院长认为此案在认定事实上确有错误，即以院长名义撤销了本院对此案的裁定，另行组成合议庭审理此案。这种做法是否正确？为什么？
8. 假如胡某在监狱服刑期间，因患有严重疾病需要保外就医，按照有关规定，是否可以胡某监外执行？

四、(本题 23 分)

案情：小王急需一笔资金从事电脑批发与零售业务，于是小王找到熟人小朱，借款人民币5万元。2008年10月1日，双方签订了借款合同。合同中约定：向小朱借款人民币5万元，从10月10日起，借期为6个月。应小朱要求，小王将其一处平房作担保，折价人民币3

万元。双方于10月8日办理了抵押登记。小朱于10月10日将3万元交给小王。小朱称以一处平房担保，似显不足，提出再提供一项担保。小王于是找到密友小马、小古，要其向小朱担保。小马、小古二人立即写了一份担保书，担保书上写着：如果小王到期不还款，并无其他财产可供执行的，小马、小古愿承担还款责任。10月12日，小古、小马分别在担保书上签了字，小朱收下了担保书。

2009年2月1日，小王因着急用钱，将其那处已经设定抵押的平房作价25万元与小何签订房屋买卖合同。此事小朱尚未知情，小何也不知房屋抵押一事。2009年4月10日，小朱按约要小王还款3万元，并要求其支付利息3000元。小王称无钱还款。小朱欲申请人民法院拍卖小王的房屋，却发现房屋已由小何居住。小朱遂找到小马要求承担担保责任，小马称小王有一处房产，应先执行该房产，再强制执行小王其他财产及小古财产，之后才可要求其承担担保责任。

问题：

1. 本案中有哪些主要的民事法律关系？
2. 小王与小朱之间的借款合同何时生效？借款金额如何确定？
3. 小何是否拥有那处房屋的所有权？为什么？
4. 本案中，小朱要求小王偿还本金、利息的要求是否应予支持？
5. 小马、小古承担保证责任的范围是什么？
6. 小马的答辩有无法律依据，为什么？

五、(本题22分)

案情：甲和乙是某市长生宝饮料股份有限公司的董事。2008年2月，甲、乙二人又和丙合资开办保长生饮料有限责任公司，生产“保长生”牌饮料，与长生宝公司的产品饮料口味、选料、技术基本相同。同年3月，长生宝公司发现了甲、乙另办保长生饮料有限责任公司的行为，经过董事会研究决定罢免了甲、乙的董事职务，并要求甲、乙将其经营保长生饮料有限责任公司所得收入100万元交回公司。甲、乙不同意，辩称：我们两公司的饮料的品牌不同，互不相干，我们的额外劳动所得不应当交回公司。于是，董事会研究决定，以公司名义向法院起诉。

问题：

1. 甲、乙的主张有无法律依据？
2. 董事会决定罢免甲、乙的董事职务是否恰当？
3. 董事会决定以公司的名义起诉甲、乙的决定是否合法？
4. 如果董事会不追回甲、乙的所得，公司股东是否有其他的救济措施？

六、(本题20分)

案情：2009年3月18日，家住在北京市A区的张老汉在家住在B区的长子张甲家去世，

留下两套房产。其一是 A 区价值 20 万元的一居室，其二是 C 区的价值 45 万元的二居室。长子张甲和次子张乙由于遗产继承发生争议。张乙到 A 区法院起诉，要求按照法定继承分割遗产，而张甲主张按照遗嘱分割遗产。区法院判决，张甲胜诉，按照遗嘱分割财产。张乙向二审法院提出上诉。在二审法院审理过程中，张老汉的养子张丙要求参加诉讼。

问题：

1. 法院能否准许张丙参加诉讼？其法律地位如何？并说明理由。
2. 假如法院准许张丙参加诉讼，法院应当如何处理？为什么？
3. 假如二审法院生效裁判是按照遗嘱分割遗产，张乙不服并发现该遗嘱是伪造的，张乙可以以何种事由向哪个法院申请再审？
4. 如果法院裁定再审，可以有哪些法院再审此案，为什么？
5. 假如张丙是在判决生效一个月后才得知此事，可否申请再审？为什么？
6. 假如法院基于张丙申请再审对本案进行再审，应当如何处理？

七、(本题 25 分)

案情：2007 年 12 月 26 日，某省发改委批准在该省甲市乙区设立丙公司，经营煤炭发运业务，并向丙公司颁发了《煤炭经营许可证》和《煤炭发运许可证》。乙区政府以当地早已存在煤炭发运公司为由，认为省发改委批准丙公司在当地经营煤炭发运业务，严重干扰了当地的经济秩序，伤害了当地群众的感情，请求省发改委撤销发给丙公司的“两证”。2008 年 3 月 20 日，省发改委以“鉴于甲市乙区存在煤炭发运公司的历史原因”为由，吊销了丙公司的“两证”。丙公司不服，直接向法院提起行政诉讼。

问题：

1. 本案的被告是省发改委还是甲市乙区政府？为什么？
2. 若一审法院认为，丙公司应当先经过复议，对复议决定不服才能起诉。于是作出了不予受理的裁定，这种裁定是否正确？为什么？丙公司能否上诉？
3. 二审法院如果认为一审法院不予受理的裁定理由不成立，应当如何处理？
4. 一审期间，被告改变原具体行政行为，原告申请撤诉，撤诉的条件是什么？
5. 一审期间，省发改委提出丙公司在办理“两证”过程中有欺骗行为，并有注册资金不到位、私刻公章等违法行为。但是相关证据是在吊销“两证”之后调取的。法院应该如何认定这些证据的效力？

参考答案及详解

一、

【考点】法的自由价值；法对自由的限制；法律责任

【参考答案】法律最本质的价值是自由，法律上的自由是指依自己的意志做法律许可的一切事情，同时亦免于受到不法侵害的权利的实现。作为平等的民事主体，任何人都拥有依法享有权利、行使权利，只要该种权利的行使不违反法律的命令性、禁止性规定。但也须明确指出，法律上对于个人自由之设定，既包括依自己之意志做法律许可的一切事情，也包括同时免受不法侵害之干扰。这就意味着，其他权利主体亦有依自己之意志为法律所许可事项而免受不法侵害之干扰的权利，由是可知，为使所有权利主体得享自由，权利之行使也有一个适度的范围和限度，一旦超出了这个限度，就不再为法律所保护，甚至可能构成权利滥用而归入违法行为之列，招致法律的禁止甚或制裁。

在本案，张某固然享有言论自由，拥有评述他人的权利，但于公司众同事面前辱骂李某的行为，无疑是对此项权利的滥用，是对李某人身权益的不法侵害，为法律所禁止。应令其就此不法行为给李某造成的损害承担法律责任，以对李某受到的侵害提供法律救济。

同样，李某在让张某道歉遭到拒绝后，对张某拳脚相加使张某的人身权益受到损害，其行为亦为不法。其以张某辱骂在先，自己并无责任为由进行的抗辩也不能成立。因为任何人都不能以他人行为之不法来证明自己之不法行为为正当。在本案，李某对于张某拳脚相加，其行为并不符合可以阻却行为不法性的法定条件，故而亦应承担相应的法律责任，对其不法行为予以矫正。

总而言之，法律的使命在于保护权利的正当行使，同时禁止权利的滥用。

二、

【考点】共同犯罪；抢劫罪；绑架罪；犯罪停止形态；量刑制度；附加刑的适用

【参考答案】1. 根据刑法第239条的规定，以勒索财物为目的绑架他人的，或者绑架他人作为人质的，构成绑架罪，在绑架的过程中，致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的，处死刑，并处没收财产。由此可以看到，在绑架的过程中杀害被绑架人的，属于绑架罪的一个加重处罚情节，对于该故意杀人行为，不再以故意杀人罪定罪量刑。所以在本案中因高某的反抗而将其杀死的行为仍然构成绑架罪。

2. 应当对刘某以绑架罪和强奸罪数罪并罚。

三人共谋绑架韩某，已经成立绑架罪的共同犯罪。但是在此过程中，刘某按照自己的意愿将韩某强奸，已经触犯了刑法关于强奸罪的规定，构成强奸罪。由于刘某的行为超过了三

人共谋的范围,因而该行为属于实行过限,其他二人对该行为不承担刑事责任。因而应当对刘某以绑架罪和强奸罪数罪并罚。

3. 定罪:王某的行为构成绑架罪、抢劫罪,刘某的行为构成绑架罪、强奸罪、抢劫罪,姜某的行为构成绑架罪、抢劫罪。

被告人王某、刘某、姜某实施绑架犯罪两起,抢劫犯罪三起,在绑架犯罪过程中致死一人,犯罪手段残忍,后果严重,其行为分别构成绑架罪、抢劫罪。至于刘某在绑架犯罪过程中强奸一人,构成强奸罪。但这一行为不属于三人共同犯罪的内容,超过共同预谋的范围,属于实行过限,因而其他二人对该行为不承担刑事责任。

量刑:被告人王某在两次绑架犯罪中提起犯意,在预谋和实施犯罪时均起主要作用,在抢劫犯罪中也首先提起犯意,在实施抢劫时起主要作用,系本案主犯,应对所参与的绑架、抢劫犯罪的全部后果负责。根据刑法的规定,在绑架的过程中,致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的处死刑,并处没收财产。因而应当对王某判处死刑,并处没收财产。根据刑法规定,被判处死刑的,同时应当剥夺政治权利终身。故应对其同时附加剥夺政治权利终身。

被告人刘某积极参与绑架犯罪的预谋和实施,在绑架高某的犯罪中用刀刺高某颈部,致高某死亡。在绑架韩某犯罪中强奸被害人,积极参与三起抢劫犯罪,在共同犯罪中起主要作用,系主犯。应对所参与的绑架、抢劫犯罪的全部后果负责,并对其实行过限的强奸罪独立承担责任。根据刑法的规定,在绑架的过程中,致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的处死刑,并处没收财产。因而应当对刘某判处死刑,并处没收财产。根据刑法规定,被判处死刑的,同时应当剥夺政治权利终身。故应对其同时附加剥夺政治权利终身。

被告人姜某参与两起绑架犯罪和三起抢劫犯罪,其中在绑架高某时没有动手,绑架韩某犯罪时只参与了犯罪预备,在抢劫犯罪中是共犯,但在共同犯罪中起次要作用,系本案从犯,应从轻处罚。

三、

【考点】回避;庭审前的准备;上诉的提起;上诉不加刑的适用;二审后的处理;保外就医与监外执行

【参考答案】

1. 《刑事诉讼法》第30条第2款规定,对侦查人员的回避作出决定前,侦查人员不能停止对案件的侦查。本题中,公安局对李某回避请求的处理符合法律的规定。

2. 依据《刑事诉讼法》第151条的规定,人民法院决定开庭审判后,应当做这些工作包括:确定合议庭的组成人员;将人民检察院的起诉书副本至迟在开庭10日以前送达被告人,对于被告人未委托辩护人的,告知被告人可以委托辩护人,或者在必要的时候指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护;将开庭的时间、地点在开庭3日以前通知人民检察院;传唤当事人,通知辩护人、诉讼代理人、证人、鉴定人和翻译人员,传票和通知书至迟在开庭3日以前送达;公开审判的案件,在开庭3日前先期公布案由、被告人姓名、开庭时间和地点。

3. 根据《高法解释》第239条的规定,被告人、自诉人、附带民事诉讼的原告人和被告人及其法定代理人在上诉期满后要求撤回上诉的,应当由第二审人民法院进行审查。如果认为原判决认

定事实和适用法律正确,量刑适当,应当裁定准许被告人撤回上诉;如果认为原判决事实不清,证据不足或者将无罪判为有罪、轻罪重判等,应当不准许撤回上诉,并按照上诉程序进行审理。

4. 根据《高法解释》第252条的规定,在第二审程序中,被告人除自行辩护外,还可以继续委托第一审辩护人或者另行委托辩护人辩护。因此,人民法院对于被告人提出委托辩护人的要求,应当同意。

5. 依据《刑事诉讼法》第189条的规定,原判决事实不清楚或者证据不足的,可以在查清事实后改判;也可以裁定撤销原判,发回原审人民法院重新审判。因此,二审人民法院以判决撤销显然是错误的,应当裁定撤销原判。

6. 依据《刑事诉讼法》第190条规定,第二审人民法院审判被告人或者他的法定代理人、辩护人、近亲属上诉的案件,不得加重被告人的刑罚。人民检察院提出抗诉或者自诉人提出上诉的,不受前款规定的限制。因此,第二审法院可直接改判加重被告人胡某的刑罚。

7. 依照《刑事诉讼法》第205条第1款的规定,各级人民法院院长对本院已经发生法律效力判决和裁定,如果发现在认定事实上或者在适用法律上确有错误,必须提交审判委员会处理。因此,二审法院院长认为此案在认定事实上确有错误,必须提交审判委员会处理。院长本人不能以院长名义撤销本院对此案的裁定,也不能自行决定另行组成合议庭审理此案。所以,本案二审法院院长的做法显然是错误的。

8. 根据《刑事诉讼法》第214条的规定,对于被判有期徒刑或者拘役的罪犯,如果是有严重疾病需要保外就医的,或者是怀孕或正在哺乳自己婴儿的妇女,可以暂予监外执行。本案胡某符合法律规定的情况,可以对其暂予监外执行。

四、

【考点】借款合同;抵押权;保证

【参考答案】

1. 本案中的民事法律关系主要有:①小王与小朱之间的借款合同与抵押担保合同;②小马、小古与小朱之间的保证合同;③小王与小何之间的房屋买卖合同。

2. 自然人之间的借款合同自贷款人提供借款时生效,故本合同于2008年10月10日成立生效,借款金额为3万元。

3. 小何不拥有房屋所有权。因为小王、小何未办理房产变更登记手续,房屋所有权并未转移。

4. 应支持其偿还本金的请求,但不支持偿还利息的请求。因为自然人之间的借款合同,若无特别约定,应为无偿合同。

5. 小马、小古对小王房产抵押价值以外的债务承担保证责任。

6. 小马辩称先执行小王房产及其他财产于法有据。因为小马、小古承担的是一般保证责任;但辩称先执行小古财产,是于法无据的,因为小马、小古之间承担连带责任保证。

【解析】

1. 本题需要注意的是:保证合同的当事人双方是小马、小古及小朱,小王并非保证合同当事人。

2. 《合同法》第210条规定：“自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效。”依此规定，自然人之间的借款合同是实践性合同。小王、小朱在合同中约定借款金额为5万元，但实际提供金额为3万元，故应以后者为准。

3. 本案中，小王转让抵押房产给小何，但小王、小何两人只是签订了房屋买卖合同，并未办理房产转让登记手续，即使小何已经入住，房屋所有权也不因此而转移，因为该房屋只能依登记完成而转移所有权。因此，退一步讲，即使小何、小王之间的房屋买卖合同有效，小何亦未取得房屋所有权。

需要注意的是，本题也涉及抵押人转让抵押财产的效力问题。《物权法》第191条规定：“抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的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。抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。”依据该规定，抵押人转让抵押财产应该经抵押权人同意，否则，除非第三人善意取得或者受让人代为清偿债务消灭抵押权，否则不发生所有权移转的效力。当然，本题中，房屋抵押已经登记，故小何不存在善意取得的问题，题目中也没有交待小何愿意代为清偿债务，故只需要根据房屋所有权移转的公示与否即可作答。

4. 《合同法》第211条第1款规定：“自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的，视为不支付利息。”由该规定可知，自然人之间的借款合同原则上为无偿合同。本案中小朱、小王并未约定利息条款，故应为无偿合同。

5. 《物权法》第176条规定：“被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。”本题中，属于债务人自己提供的房屋抵押，所以小马、小古应对房屋抵押价值以外的债权承担保证责任。

6. (1) 《担保法》第17条第1款规定：“当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。”本题中，小马、小古在保证书上的承诺显然属于一般保证的意思表示，故小马、小古对小朱承担一般保证责任。既为一般保证，小古、小马即享有先诉抗辩权。《担保法》第17条第2款规定：“一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。”因此，本题中小马辩称应先执行房产，再强制执行小王其他财产的理由是于法有据的。

(2) 《担保法》第12条规定：“同一债务有两个以上保证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任。没有约定保证份额的，保证人承担连带责任，债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任，保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。”本题中，小马、小古没有约定，故二人应承担连带责任。既为连带责任，小马辩称先执行小古的财产才可执行自己的财产就于法无据。

五、

【考点】董事的义务；股东代表诉讼

【答案及解析】

1. 甲、乙的主张没有法律依据。因为二者所任董事的公司与其合资开办的公司的营业属于同类营业，违反了《公司法》有关“董事、高级管理人员未经股东会或者股东大会同意，不得自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务”的规定，其法律后果之一是其收入应当归公司所有。

2. 不恰当，不符合《公司法》的要求。因为任免董事是股东大会的职权。

3. 合法。因为董事执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损害的，应当承担赔偿责任。董事违反法定的竞业限制义务，公司可以行使归入权，将董事的不合法所得归公司所有。因此，董事会决定以公司名义起诉甲、乙的做法是合法的。

4. 有。公司董事会不行使归入权的，符合条件的股东有权要求监事会执行归入权或者赔偿损失。监事会拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，符合规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。（3分）

六、

【考点】必要共同诉讼；专属管辖；申请再审的条件

【答案及解析】

1. 法院应当准许并且追加张丙参加诉讼，张丙是一审程序中的必要共同原告。因为张丙和张乙的诉讼标的是同一的，必要共同诉讼是不可分之诉，共同诉讼人应当一同参加诉讼。

2. 应当征得当事人同意调解解决本案。如果调解不成或当事人不同意调解，二审法院则应当裁定发回重审，同时在发回重审的裁定中不得列张丙。

3. 张乙申请再审的理由包括：（1）原判决认定事实的主要证据是伪造的。原判决由于认定事实有错误，所以法律适用也有错误，即应当根据《继承法》中的法定继承规定进行裁决。

（2）原判决违反法律规定，管辖错误。因为本案是继承案件，属于专属管辖。根据法律的规定，对本案有管辖权的法院是B区法院（被继承人死亡时的住所地）和C区法院（主要遗产所在地）有管辖权。

张乙可以向北京市高院申请再审。

4. 可以由北京市高院自己提审，或者指定北京市其他中级人民法院审理此案。因为本案属于原审人民法院对案件没有管辖权的情形，所以不得指令原审人民法院再审，只能由上一级法院提审或指定其他法院再审。

5. 假如张丙是在判决生效一个月后才得知此事，可以申请再审。根据《审判监督程序问题解释》第5条的规定，如果案外人对原判决确定的执行标的物主张权利，且无法提起新的诉讼解决争议的，可以申请再审。

6. 因为张丙是本案中的必要共同诉讼人，且本案为二审结案，再审法院应当对案件进行

调解，调解不成，裁定撤销原判决，发回重审，重审时应追加张丙为当事人。

七、

1. 【考点】行政诉讼被告的确认

【参考答案】被告应该是省发改委。因为行政诉讼法规定，作出具体行政行为的行政机关是被告。本案吊销丙公司“两证”的行为是省发改委作出的，所以省发改委是被告。

【详解】《行政诉讼法》第25条规定，公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，作出具体行政行为的行政机关是被告。

2. 【考点】行政复议和行政诉讼的关系

【参考答案】法院的不予受理裁定是错误的，因为吊销许可证的行为属于行政处罚行为，相对人对行政处罚不服，不是必须经过行政复议程序，可以由当事人自己选择，既可以复议，也可以直接起诉；也可以复议后再诉讼。对于不予受理的裁定，丙公司可以上诉。

3. 【考点】二审裁定

【参考答案】二审法院应当裁定撤销一审法院的裁定，指令一审法院依法立案受理。

【详解】《行政诉讼法解释》第68条规定，第二审人民法院经审理认为原审人民法院不予受理或者驳回起诉的裁定确有错误，且起诉符合法定条件的，应当裁定撤销原审人民法院的裁定，指令原审人民法院依法立案受理或者继续审理。

4. 【考点】行政诉讼撤诉

【参考答案】(1) 申请撤诉是当事人真实意思表示；

(2) 被告改变被诉具体行政行为，不违反法律、法规的禁止性规定，不超越或者放弃职权，不损害公共利益和他人合法权益；

(3) 被告已经改变或者决定改变被诉具体行政行为，并书面告知人民法院；

(4) 第三人(甲市乙区政府)无异议。

【详解】《最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》第2条规定，被告改变被诉具体行政行为，原告申请撤诉，符合下列条件的，人民法院应当裁定准许：(一) 申请撤诉是当事人真实意思表示；(二) 被告改变被诉具体行政行为，不违反法律、法规的禁止性规定，不超越或者放弃职权，不损害公共利益和他人合法权益；(三) 被告已经改变或者决定改变被诉具体行政行为，并书面告知人民法院；(四) 第三人无异议。

5. 【考点】行政诉讼证据

【参考答案】这些证据不能作为认定省发改委吊销丙公司“两证”行为合法的依据。

【详解】《行政诉讼证据规定》第60条规定，下列证据不能作为认定被诉具体行政行为合法的依据：(一) 被告及其诉讼代理人在作出具体行政行为后或者在诉讼程序中自行收集的证据；(二) 被告在行政程序中非法剥夺公民、法人或者其他组织依法享有的陈述、申辩或者听证权利所采用的证据；(三) 原告或者第三人在诉讼程序中提供的、被告在行政程序中未作为具体行政行为依据的证据。

2009 国家司法考试最后冲刺分卷模拟考场试卷四

(模拟考场二)

提示：本试卷为分析、论述题。请将各题答案书写在答题纸的对应位置上，勿在卷面上直接作答。

一、(本题 20 分)

材料：某市公安局发布《关于依法处理行人、非机动车违章造成道路交通事故的通告》，规定：当行人出现以下五种违章行为之一，导致道路交通事故发生，且车辆驾驶人员无违章行为，并采取了适当避让措施而未能避免交通事故发生的，将由行人负事故的全部责任：(一)在明令禁止行人通行的高速公路、高架道路、车行立交桥等道路行走或逗留，与机动车发生交通事故的；(二)在有交通信号控制的地方违反信号规定，与机动车发生交通事故的；(三)在设有人行横道、人行天桥的地段横穿车行道，不走人行横道或人行天桥，与机动车辆发生交通事故的；(四)钻越、跨越或倚坐道路栏杆或隔离设施，与机动车发生交通事故的；(五)在机动车道内招停出租车(公交车)、兜售、发送物品，与机动车发生交通事故的。《中华人民共和国道路交通安全法》规定“机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故的，由机动车一方承担责任；但是，有证据证明非机动车驾驶人、行人违反道路交通安全法律、法规，机动车驾驶人已经采取必要处置措施的，减轻机动车一方的责任。交通事故的损失是由非机动车驾驶人、行人故意造成的，机动车一方不承担责任”。

问题：

1. 试运用法的作用的理论来分析上述法律和通告的规定。
2. 试运用违法行为的理论来分析上述法律的规定。
3. 试运用价值冲突解决的理论来分析上述法律和通告的规定。

答题要求：

1. 观点正确，表述完整、准确；
2. 不少于 400 字。

二、(本题 20 分)

案情：刘某和贾某合谋绑架某个体户之子李某(4岁)，并准备向其家人勒索赎金40万元。2008年1月3日，二人将李某骗出之后用绳索捆住双手，并强行将其带到郊区一座荒弃的房子里头。二人欲打电话给李某父母进行勒索，但遍寻不见公共电话亭，又怕用手机打会

暴露自己身份，于是刘某打电话给朋友王某，并告诉他自己已经绑架了李某，让王某用公共电话进行勒索，但并未提及贾某的名字。王某依照刘某的吩咐打电话给李某家，要求李某的父母将40万元赎金送到指定地点。与此同时，贾某见李某一直哭闹不止，心生怜悯，便提议刘某将李某放掉。刘某不同意，还大声辱骂贾某。贾某一气之下单独离开。后李某家人将赎金依照王某的指示送到了指定地点，但王某拿到赎金后却想自己独享，于是携款潜逃。刘某没有收到赎金，便一直没有将李某放回去。由于天气寒冷，荒郊房屋简陋，不能挡风，致使李某于当天夜间被冻死。刘某潜逃。

根据以上案情，请回答以下问题：

1. 刘某、贾某和王某之间是否构成共同犯罪？为什么？
2. 刘某、贾某和王某对于李某死亡的结果是否应当负责？为什么？
3. 对于刘某、贾某和王某进行处罚时，应当注意什么？

三、(本题20分)

案情：在一起放火案中，月亮服装厂的一仓库被他人放火焚烧，直接经济损失达60万元。事经查明，放火者是另一服装厂的厂长。案件经公安机关侦查终结后，移送人民检察院审查起诉，月亮服装厂提出要委托诉讼代理人。人民检察院则说：公诉案件的被害人指的是自然人，不包括单位，因此法律所说的“被害人及其法定代理人或者近亲属有权委托诉讼代理人”不适用于月亮服装厂。如果月亮服装厂要委托诉讼代理人，也只能提起附带民事诉讼，以附带民事诉讼原告人的身份委托诉讼代理人，并且要在人民法院受理案件后才能委托诉讼代理人。无奈，月亮服装厂只好提起附带民事诉讼，并在案件起诉至人民法院后委托了一名曾在某监狱任职的叶某，作为诉讼代理人。在法院审判过程中，叶某去人民法院查阅、复制案件有关材料，了解案情，人民法院没有准许。叶某因此辞去了诉讼代理人的职务。月亮服装厂要求另行委托诉讼代理人，被人民法院告知：只能在法庭开庭审理前委托诉讼代理人，现在已进入法庭审理阶段，因而不能再委托诉讼代理人。人民法院最后作出了刑事附带民事判决。

问题：

1. 人民检察院拒绝月亮服装厂委托诉讼代理人的做法是否正确？
2. 人民法院是否有权不允许叶某查阅、复制有关材料？
3. 人民法院不允许月亮服装厂再次委托诉讼代理人的理由是否正确？

四、(本题23分)

案情：魏某出国前将其笔记本电脑委托给秦某保管，并约定秦某可以使用他的电脑，双方都不用支付费用。一日，秦某的好友李某来串门，看见电脑，说那台电脑是他的，半年前他的电脑出故障，一气之下扔垃圾站了，后来转念想想，还能修好，但再回到垃圾站电脑已不见了。李某说出了电脑的一些特征，秦某觉得都符合，便让李某把电脑拿回去了。李某因

已有一台新电脑，便把这台电脑以 2000 元的市场价卖给了邻居胡某，胡某转手又把电脑送给了他的女朋友张某。张某一直在给中学生做英语家教，她带着这台笔记本去了她辅导的学生魏小明家，魏小明一眼认出那是他爸爸的电脑，而此时，魏某也刚回国。

问题：

1. 如何认识魏某与秦某之间达成的合同的性质？在法律适用上应如何处理？
2. 在李某将电脑拿走但还未转让给胡某前，电脑的所有权属于谁？为什么？
3. 李某将电脑转让给胡某后，胡某能取得所有权吗？为什么？
4. 魏某回国后发现自己电脑在张某手中，他可以向谁主张权利？为什么？

五、(本题 22 分)

案情：甲与乙分别出资 60 万元和 240 万元共同设立东湖开发有限公司（下称东湖公司），由乙任执行董事并负责公司经营管理，甲任监事。乙同时为其个人投资的南唐有限责任公司（下称南唐公司）的总经理，该公司欠西州公司货款 50 万元未还。乙与西州公司达成协议约定：若 3 个月后仍不能还款，乙将其在东湖公司的股权转让 20% 给西州公司，并表示愿就此设质。届期，南唐公司未还款，西州公司请求乙履行协议，乙以“此事尚未与股东甲商量”为由搪塞，西州公司遂拟通过诉讼来解决问题。

南唐公司需要租用仓库，乙擅自决定将东湖公司的一处房屋以低廉的价格出租给南唐公司。

乙的好友丙因向某银行借款需要担保，找到乙。乙以东湖公司的名义向该银行出具了一份保函，允诺若到期丙不能还款则由东湖公司负责清偿，该银行接受了保函且未提出异议。

甲知悉上述情况后，向乙提议召开一次股东会以解决问题，乙以业务太忙为由迟迟未答应开会。

公司成立三年，一次红利也未分过，目前亏损严重。甲向乙提出解散公司，但乙不同意。甲决定转让股权，退出公司，但一时未找到受让人。

问题：

1. 西州公司如想通过诉讼解决与南唐公司之间的纠纷，应如何提出诉讼请求？
2. 西州公司如想实现股权质权，需要证明哪些事实？
3. 针对乙将东湖公司的房屋低价出租给南唐公司的行为，甲可以采取什么法律措施？
4. 针对乙不同意解散公司和甲退出公司又找不到受让人的情况，甲可采取什么法律对策？

六、(本题 20 分)

案情：某年 7 月，成都天南公司与广州海北公司签订了一份买卖合同。合同中的仲裁条款规定：“因履行合同发生的争议，由双方协商解决；无法协商解决的，由仲裁机构仲裁。”9 月，双方发生争议，天南公司向其所在地的成都市仲裁委员会递交了仲裁申请书，但海北公

司拒绝答辩。同年 11 月，双方经过协商，重新签订了一份仲裁协议，并商定将此合同争议提交海北公司所在地的广州仲裁委员会仲裁。事后天南公司担心广州仲裁委员会实行地方保护主义，偏袒海北公司，故未申请仲裁，而向合同履行地人民法院提起诉讼，且起诉时说明此前两次约定仲裁的情况，法院受理此案，并向海北公司送达了起诉状副本，海北公司向法院提交了答辩状。法院经审理判决被告海北公司败诉，被告不服，理由是双方事先有仲裁协议，法院判决无效。

问题：

1. 买卖合同中的仲裁条款是否有效？请说明理由。
2. 争议发生后，双方签订的协议是否有效？为什么？
3. 原告天南公司向法院提起诉讼正确与否？为什么？
4. 人民法院审理本案是否正确？为什么？
5. 被告海北公司的上诉理由是否正确？为什么？

七、(本题 25 分)

案情：某县税务机关到某公司查账，发现其逃税达 3000 元，因为会计师刘某外聘临时每个月末帮忙做账，税务机关以刘某私自作假账逃税为由，遂要求刘某对逃税行为负责，并要求其补缴税款。刘某不服，认为自己是接受某公司的指派，并且是该工资老总要求其做假账，其与该公司是委托关系，其税款应当由该公司缴纳，做假账的责任也不应该由自己承担，自己只是违反了会计师的有关规定，应该由会计师事务所及上级管理机关对自己进行一定处罚，税务局无权对其处罚。县税务局未采纳刘某的意见，坚持要求刘某缴纳税款，并对作假账承担罚款 2000 元。

问题：

1. 在此情况下，刘某可以寻求哪种救济途径？
2. 如果刘某提起行政复议申请，应以何者为复议机关？
3. 如果复议审查认定刘某与某公司确实系委托关系，而且确实是受总经理的授权做出的假账，对此，行政复议机关可以作何处理？
4. 如果经行政复议后，什么情况下由复议机关作被告？
5. 如果复议机关将原纳税决定为改为由某公司缴纳税款，某公司与刘某的诉讼地位应如何确定？
6. 如果县税务局在诉讼过程中收集证据证明刘某与某公司确系委托关系，而且确实是受总经理的授权做出的假账，这种做法允许吗？

参考答案及详解

一、

【考点】法的作用；违法违法；法的价值冲突

【参考答案】

1. 法的作用是法对社会发生的影响。法的作用分为规范作用和社会作用。法的社会作用是法为实现一定的社会目的而发挥的作用，往往是通过法的规范作用逐步实现的。法的规范作用有指引、评价、教育、预测和强制五种。本案例中无论是《通告》还是《道路交通安全法》的规定都是对于机动车驾驶者和行人、非机动车驾驶人的行为的指引，通过对于具体的行为后果的预测，使他们树立一些行为的准则，起到法的规范作用，并最终实现法的社会作用。

2. 任何人都不能因为其故意的违法行为而免责，非机动车驾驶人、行人故意造成其事故损失的，机动车一方不承担责任，这一规定体现了法律对于其违法行为的否定态度，是合理的。

3. 法的价值有自由、秩序、正义、效率、利益等，但是法的价值并不是完整地达到统一的，有时法的各种价值之间会发生矛盾，从而导致价值的冲突，此时就要利用价值冲突解决的原则来处理。在本案例中，《通告》中“撞了白撞”体现的是对于交通秩序和效率的优先保护，而《道路交通安全法》的规定体现的是对于个人生命权、健康权等权益的保护。在这两种价值中，究竟哪种价值更具有优先性，就体现了价值位阶的选择问题。而在各种价值中，人的生命权、健康权是最重要的，所以要处于更高的价值位阶；并且现代社会的发展更多地从正义的角度出发来保护社会的弱势群体，来保护社会公正。在机动车和行人、非机动车方面，无论从机动车的动力设置还是从机动车的社会保障程度上来看，都明显优越于行人、非机动车，行人、非机动车相对处于弱势地位，所以在体现社会公正方面也要予以适度倾斜，并予以更多的保护。因此，《道路交通安全法》的保护更为合理。

二、

【考点】共同犯罪的中止；共同犯罪关系的脱离；共同犯罪的成立要件；绑架罪的定罪量刑

【参考答案】

1. 刘某、贾某和王某构成共同犯罪。依照刑法规定，共同犯罪是指二人以上共同故意犯