

2007年 国家司法考试 新航向系列

- 考前热身很重要，本冲刺模拟试题贵在多年的经验积累 —— 骆 勇
- 考点覆盖分布均匀，命题难度科学合理，重点把握慎之又慎，经验预测融为一体 —— 李建伟
- 发轫于厚积薄发的一线教学经验，多位名师多年合力，值得信赖 —— 袁登明
- 多年传承，历久弥新，铸就司考冲刺模拟第一品牌 —— 杨长庚

国家司法考试 最后冲刺模拟试题

人民法院出版社

法院版

试卷四 案例分析与论述题



wan guo 万国

北京万国学校一线授课老师/编写
骆勇 李建伟 袁登明 杨长庚/审定

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)

某县联合打假队从甲的工厂查获三台卷烟机和甲制造的假烟 100 箱, 价值 80 万元。打假队将机器和假烟没收装车带走。甲纠集 30 余人, 围攻打假车队, 抢走并砸坏拍摄有证据材料的摄像机和照相机, 同时将被打假队没收的制假机器和值烟抢回。之后, 甲为泄愤, 还在县工商局门口放一个装满石头的大木箱, 然后打电话给工商局领导, 称里面放有炸弹, 让当地警方虚惊一场。司法机关立案后, 甲逃往新疆老家, 把工业用盐冒充食盐销售, 获利数十万元, 很多人食用假盐后, 出现头晕、呕吐现象。甲的弟弟乙从人贩子手中花 5000 元买了一个妇女做“媳妇”。警方前来解救时, 甲为首带领数十人故伎重演, 围攻解救人员, 使解救人员无法实施解救行动。对甲应如何定罪处罚?

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 1 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 1 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, 自己想值用该笔存款, 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 1 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取出的 500 万元转存人甲某的存折。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)

李某和张某密谋入户抢劫，劫取被害人杨某财物若干，并在争斗时把杨某邻居何某家的自行车砸坏，使何某的老母亲受到惊吓。这一抢劫事实被路过的聋哑人赵某（聋哑学校教师）看到，公安机关立案后，通过翻译向赵某询问了案件情况，经过侦查决定请捕张某和李某。案件起诉到人民法院之后，法院判处李某犯抢劫罪，判处有期徒刑 8 年，判处张某犯抢劫罪，判处有期徒刑 6 年。

请回答下列问题：

1. 赵某可否作证人？
2. 本案中，何某可否提起附带民事诉讼？如果何某要求赔偿其自行车的损失及其母亲所受惊吓的精神损害，人民法院应当如何处理？
3. 如果提起附带民事诉讼，则应在何时、由何种审判组织审理附带民事诉讼？
4. 如果只有张某提起上诉，二审人民法院应当如何处理？
5. 如果在审理附带民事诉讼部分的上诉案件时，刑事部分已经发生法律效力，但又发现其确有错误时，人民法院应当如何处理？
6. 李某和张某上诉，人民检察院未抗诉，二审人民法院发现一审判决事实清楚，证据充分，但判处的刑罚畸轻，二审人民法院应当如何处理？

四、(本题 18 分)

自然人甲欲购买房屋若干，遂于 2005 年 5 月 1 日到乙房地产公司售楼处了解乙开发建设的 A 楼盘情况。乙的销售人员称楼盘销售火爆，房屋成交量已达房屋总量的 80% 以上，如果甲不及时购买，可能再也买不到该楼盘的房屋，即使能买到，也要多支付 10% 以上的房款。甲领取了楼盘介绍资料后离去。建设部早在 2003 年出台文件，要求房地产公司必须即时在政府主管部门开通的网站上登记房屋销售的进展。甲遂于 2005 年 5 月 1 日晚上登录当地建委的房地产销售网上了解 A 楼盘的销售情况，发现已售房屋仅占房屋总量的 40%。不过，甲考虑到该楼盘的价格较合适，竣工时间也较快，遂决定购买。

5 月 2 日，甲向乙交付定金 5 万元，双方约定 10 日内签订正式合同。5 月 10 日，甲乙签订三份房屋预售合同，约定甲购买乙开发建设的 A 楼盘 B、C、D 三套精装修房屋，价款为 500 万元。乙赠与甲位于地下一层的车位一个，甲对该车位享有永久使用权。乙应于 2006 年 3 月 31 日前将竣工验收合格的房屋交付于甲，并应于 2006 年 6 月 30 日前为甲办妥房产证。甲应于合同签订之日起 10 日内付款 150 万元，余款 350 万元由甲通过向银行贷款来支付。

甲乙之间的房屋预售合同于 5 月 20 日在当地建委作了备案。甲依约支付了首付款 150 万元。2005 年 5 月 31 日，甲与丙银行签订贷款合同，约定甲向丙银行贷款 350 万元，甲以房屋一套向丙银行提供抵押。丙银行应于合同签订后 10 日内向甲提供贷款，甲应自 2005 年 7 月起向丙银行按月分期还款，期限为 30 年，每月还款 14000 元。如甲未按时还款达三期以上，丙银行有权解除合同。另外，乙以保证人的身份在合同上签了字。随后，丙银行向甲贷款 350 万，甲用此款向乙付清了房款。

2005年冬季,为乙承建房屋的丁建筑公司为了加快工程进度,在混凝土中使用了含有氨气的添加剂,以提高其凝结的速度。由于乙没有及时向丁支付工程款,致使工程未能如期完工。乙直至2006年5月31日才将房屋交付于甲,但并未向甲交付车位。甲入住后,发现房屋内弥漫着刺鼻的气味,由于这种气味的刺激使眼睛经常流泪。经相关部门检测,该气味确定为氨气,其浓度高于国家标准的数倍,且在1年内难以完全消除,氨气来源于丁使用的建筑材料。

2006年6月,甲再次到房地产销售网查询发现A楼盘的已售房屋仅占房屋总量的60%,甲遂将乙诉至法院,提出如下请求:(1)撤销甲、乙之间签订的房屋预售合同;(2)乙支付违约金,标准为每日按房价的2.1‰计算,起算时间为2004年6月1日;(3)乙赔偿损失,包括:①甲于2006年6月1日至2006年8月31日期间在外租房的租金4000元;②甲因氨气刺激而受到的精神损害20万元。乙提出反诉,要求撤销其对甲车位的赠与。

根据以上案情回答如下问题:

1. 甲乙之间的房屋预售合同的成立时间是哪一天?
2. 甲乙之间的房屋预售合同的效力形态如何?
3. 在甲丙之间的贷款合同中,如甲违约,乙应当向丙承担的是连带保证责任吗?为什么?
4. 在乙丁之间建设工程合同的履行过程中,丁的违约行为是否同时构成加害履行与迟延履行?为什么?
5. 甲乙之间的买卖合同是否构成欺诈?为什么?
6. 对于甲请求赔偿损失的诉讼请求,应该全部得到支持吗?为什么?
7. 对于乙要求撤销赠与甲车位的诉讼请求,应如何看待?
8. 在贷款合同中,双方约定甲将房屋抵押给丙银行,该抵押合同何时生效?理由是什么?
9. 假设在甲未向丙银行还款达三期以上,丙银行欲行使解除权,合同解除后,可否追究甲的违约赔偿责任?依据何在?

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,申请人民法院强制执行。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月底前还数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—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 10 分)

2004 年 6 月 1 日,刘力、王华威、朱强三人注册设立了北京新纪元有限公司,注册资本为 1000 万元,章程规定股东刘力出资 500 万元,股东王华威出资 400 万元,股东朱强出资 100 万元,但该公司的 1000 万元资本实际上是由刘力自己从当地工商银行贷款打入公司验资账号注册的。该公司成立后不到一周,该 1000 万元资金便被返还了工商银行。三股东当时约定速将各自应缴纳的出资补齐。2 个月后,股东刘力向公司注入了 900 万元,股东朱强向公司注入了 100 万元。公司开办 2 年来,刘力多次向股东王华威催促其向公司缴纳出资,但至今未果。无奈,刘力向法院起诉要求确认王华威不具有股东资格。

根据本案上述案情,分析并回答以下问题:

1. 北京新纪元有限公司从成立到现在,其注册资本是否真实?股东出资是否到位?为什么?
2. 王华威是否具有股东资格?
3. 本案有那些可能的处理方案?

七、(本题 14 分)

案情:某甲 1997 年 6 月在 A 市繁华的 B 文化区开了一家金太阳娱乐美食城。1998 年 12 月市文化局和市公安局以该娱乐美食城在经营活动中有色情活动为由,以共同名义对其处以 1 万元的罚款。某甲不服,以市文化局为被告向人民法院提起了行政诉讼。

根据以上案情回答下列问题:

1. 本案的被告应是谁?
2. 如果人民法院建议追加被告,原告不同意,对此应如何处理?
3. 如果市文化局和市公安局在一审期间改为对该娱乐美食城处以 5000 元罚款,并退还了 5000 元,原告表示同意但不撤诉的,人民法院应如何处理?
4. 一审中原告申请撤诉,被人民法院裁定准许后,又以同一事实和理由重新起诉的,法院应如何处理?准予撤诉的裁定确有错误,原告申请再审的,人民法院又该如何处理?

八、论述题(本题 25 分)

2006 年 10 月,基于土地价格上涨,相邻几个村的很多村民在地下买卖土地指标,收入颇丰,甲村众多村民集体向村委提出要求发放“地基卡”。实际上,“地基卡”只是一种“期权”,是村委会对于日后如有地基指标则优先分配给该卡持有人的允诺,和甲村相邻的

几个村都发放了这种“地基卡”。

同年10月29日下午，甲村村民委员会在多次开会讨论的基础上，由村委会主任孙某主持召开村民委员会会议。经会议研究决定，村委会以预收宅基地街道设施费名义，向本村村民收集集资费用于村集体建设。会议还规定该村23周岁以上的男性村民均可以认领一份，每份人民币1万元。会议并没有约定购买“地基卡”的1万元现金的归还时间和方式。这一决定根据村务公开原则的要求，通过宣传栏在全村公开，村民对此没有提出任何异议。

村民委员会会后，经主任孙某统计，该村符合条件的人共438人。11月2日，在村民委员会的组织下，村委会向438人收取集资费共438万元，并发给“地基卡”。

在发卡的过程中，村民委员会与村民约定，“地基卡”只供个人持有，以待将来分配地基指标，不得买卖。但是很多村民拿到“地基卡”后，就跟其他村的村民一样，迫不及待地到交易所去倒卖牟利。

针对以上事实，请结合罪刑法定原则，谈谈你对本案的看法。

要求：

1. 运用所学的知识阐述你的看法和理由；
2. 语言精练，逻辑严谨，说理充分；
3. 字数在800字左右。

九、文书写作（本题25分）

【实例】请结合相关法律和理论，从执业律师法律文书规范化的角度，分析本诉状存在的问题，并改正。

案情：张二江和王三湖是前后院的邻居，张二江有子张六福（6岁），王三湖有子王法财（7岁）。2003年5月9日，张六福和王法财一起玩耍时，王法财不慎将张六福的眼睛弄伤，张六福的父亲张二江为给张六福治疗，花去医疗费2000余元。幸未造成残疾。为此，张二江多次找王三湖交涉，但王三湖不承担任何费用。张二江无奈，只好委托本市某律师事务所律师朱某为其进行诉讼，朱某接受委托，写下如下诉状。

民事控告状

原告人：张二江，男，31岁，汉族，××大学教师，家住本市西湖区龙景胡同30号
诉讼代理人，朱某，本市××律师事务所律师

被告人：王三湖，男，33岁，汉族，××公司职员，家住本市西湖区龙景胡同31号
诉讼请求：

1. 请求人民法院依法判处被告人赔偿医疗费、误工费、营养费、交通费和伤残补助费；
2. 请求人民法院判处被告人赔偿原告人精神损害赔偿金1万元；
3. 请求人民法院判令被告人向原告人公开赔礼道歉。

事实和理由：

2003年5月9日，张六福和王法财一起玩耍时，王法财不慎将张六福的眼睛弄伤，张六福的父亲张二江为给张六福治疗，花去医疗费2000余元。幸未造成残疾。为此，张二江多次找王三湖交涉，但王三湖不承担任何费用。被告人的恶劣态度，使原告人整日吃不好饭、睡不好觉，给原告人张六福造成极大的精神痛苦。以上事实有证人××的证言，××医院的诊断证明书为证。

被告人的上述行为，严重侵害了原告人的合法权益，给原告人的身心健康造成了极大的伤害，为此，特依据民法和民事诉讼法的有关规定，向贵院提起民事诉讼，请求法院依法裁判。

具状人：朱某
2003年10月6日

试 卷 四

(A 卷答案分析)

(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、(本题 12 分)

考点: 妨害公务罪、数罪

参考答案:

(1) 甲围攻打假车队, 抢走并砸坏摄像机, 抢回制假机器和假烟的行为, 构成妨害公务罪;

(2) 甲对县工商局实施的行为, 构成投放虚假危险物质罪;

(3) 甲卖假盐的行为, 同时触犯非法经营罪、销售伪劣产品罪、生产销售不符合卫生标准的食品罪、销售有毒有害食品罪, 应以销售有毒有害食品罪定罪处罚。

(4) 以甲为首阻碍解救被收买妇女的行为, 构成聚众阻碍解救被收买的妇女罪。

(5) 对甲的妨害公务罪、投放虚假危险物质罪、销售有毒有害食品罪、聚众阻碍解救被收买的妇女罪分别定罪判刑, 然后数罪并罚合并决定执行的刑罚。

二、(本题 15 分)

考点: 共同犯罪、金融凭证诈骗

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: (1) 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) (2) 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) (3) 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。(1) 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) (2) 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, 帮助乙某将客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、（本题 16 分）

考点：证人资格、刑事附带民事诉讼程序、二审全面审查原则、被告一方上诉的处理。

参考答案：

1. 可以。

2. 可以。对于何某要求的赔偿自行车的损失，人民法院应当予以支持；对于遭受的精神损失而提起附带民事诉讼的，人民法院不予支持。

3. 附带民事诉讼应当和刑事案件一并审判，只有为了防止刑事案件审判的过分迟延，才可以在刑事案件审判后，由同一审判组织继续审理附带民事诉讼。

4. 应当对全案进行审查，一并处理。

5. 应当对刑事部分按照审判监督程序进行再审，并将附带民事诉讼部分与刑事部分一并审理。

6. 二审人民法院应当先裁定驳回上诉，维持原判，然后再另行启动审判监督程序。

解析：

1. 根据《刑事诉讼法》第 48 条的规定，凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非、不能正确表达的人，不能作证人。赵某是聋哑人，生理上有缺陷，但其在聋哑学校教师，能辨别是非、正确表达，可以作证人。

2. 根据《刑事诉讼法》第 77 条规定，被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼中，有权提起附带民事诉讼。何某的财产是由于被告人的犯罪行为受到了损害，因此有权提起附带民事诉讼。

根据《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第 1 条，因人身权利受到犯罪侵犯而遭受物质损失或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失的，可以提起附带民事诉讼。对于被害人因犯罪行为遭受精神损失而提起附带民事诉讼的，人民法院不予受理。

3. 根据《刑事诉讼法》第 78 条规定，附带民事诉讼应当和刑事案件一并审判，只有为了防止刑事案件审判的过分迟延，才可以在刑事案件审判后，由同一审判组织继续审理附带民事诉讼。

4. 根据《刑事诉讼法》第 186 条第 2 款规定，共同犯罪的案件只有部分被告人上诉的，应当对全案进行审查，一并处理。

5. 根据《刑事诉讼法解释》第 262 条规定，审理附带民事诉讼的上诉、抗诉中，如果刑事部分发生法律效力后又发现其确有错误的，应当对刑事部分按照审判监督程序进行再审，并将附带民事诉讼部分与刑事部分一并审理。

6. 对于审理只有被告人一方提出的上诉案件，如果二审法院发现一审判决的事实清楚、证据充分，但判处的刑罚畸轻或者没有适用应当适用的附加刑时，根据《刑事诉讼法解释》第 257 条第 1 款第（5）项的规定，二审法院不得撤销第一审判决而直接加重被告人的刑罚或者适用附加刑，也不得以事实不清或者证据不足发回原审法院重审。如果属于必须依法改判的情形，也应当等到第二审判决、裁定生效后，按照审判监督程序重新审判。此时，二审人民法院应当先裁定驳回上诉、维持原判，然后再另行启动审判监督程序。

四、(本题 18 分)

考点: 物权变动与预售合同

参考答案及解析:

1. 2005 年 5 月 10 日。甲乙之间的房屋预售合同是书面合同, 自双方签字之日起成立(《合同法》第 32 条), 所以其成立时间是 2005 年 5 月 10 日。

2. 甲乙之间的房屋预售合同不存在效力上的瑕疵问题, 该合同自成立时就是合法有效的。

3. 是连带保证责任。依据《担保法》第 19 条的规定, 当事人在保证合同中沒有明确约定保证方式的, 推定为连带保证, 所以本案中乙要承担连带保证责任。

4. 不构成迟延履行, 但构成加害履行。题中所述“2005 年冬季, 为乙承建房屋的丁建筑公司为了加快工程进度, 在混凝土中使用了含有氨气的添加剂, 以提高其凝结的速度。由于乙没有及时向丁支付工程款, 致使工程未能如期完工。”不难看出, 首先, 致使工程未能如期完工的原因是由于乙没有及时向丁支付工程款, 所以丁迟延交付工程并不构成迟延履行; 其次, 丁建筑公司为了加快工程进度, 在混凝土中使用了含有氨气的添加剂, 该添加剂是造成后来房屋环保不达标且对人身产生损害的原因, 所以丁构成了加害履行。

5. 不构成欺诈。首先, “甲于 2005 年 5 月 1 日晚上登录当地建委的房地产销售网上了解 A 楼盘的销售情况, 发现已售房屋仅占房屋总量的 40%。不过, 甲考虑到该楼盘的价格较合适, 竣工时间也较快, 遂决定购买。”这一事实表明, 甲乙之间的合同订立过程中虽然乙就其房屋销售进度有虚假宣传的成分, 但并不对甲是否签订合同有决定性影响, 而且甲是知道乙销售的真实情况的, 所以并不构成欺诈。

6. 甲提起的是违约之诉请求权, 故不能包括精神损害赔偿。甲乙之间的买卖合同没有约定违约金条款, 所以不能主张违约金责任; 甲所提出的相当于房租的损失, 应该属于乙订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失, 所以甲可以请求赔偿相当于房租的损失。

7. 乙对于甲的车位的赠与并非无对价的赠与, 而是属于房屋买卖合同的附赠与, 换言之属于双方买卖合同的一个组成部分。现在是乙而非甲构成了违约, 乙无权请求撤销买卖合同所附的赠与条款。

8. 自合同签订之日生效。依据《物权法》第 15 条的规定, 不动产物权合同的生效以其成立为准, 登记手续办理与否并不影响该合同的生效; 又依据《物权法》第 187 条的规定, 抵押权登记仅仅是不动产抵押权设立的生效要件。

9. 可以。依据《合同法》第 97 条的规定, 合同解除后, 违约一方并不因此免除违约损害赔偿责任。

五、(本题 15 分)

考点: 执行和解、执行异议、代位执行

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。(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《民事诉讼法意见》第266条规定,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. 人民法院不得再对三洋公司发出履行通知。(2分)

7. 在这种情况下,汇丰公司可能会承担两种不利后果:(1)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;(2)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)

解析:

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. 《民事诉讼法意见》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。

4. 最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定》(以下简称《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,不得就第三人对他人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,请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、(本题 10 分)

考点：出资、股东资格认定与补缴出资

参考答案及解析：

1. 公司成立时的出资“由刘力自己从当地工商银行贷款打入公司验资账号注册”的做法是符合《公司法》的出资要求的，因为不管哪一位股东具体出资，也不问该资金从何而来，只要有合法来源且出资到位就是符合《公司法》的规定；但“后来公司成立后不到一周，该 1000 万元资金便被返还了工商银行”的做法不合法，属于抽逃资本的行为，构成虚假出资。因为一旦出资到公司名下就属于公司的财产，未经公司同意抽回出资，也是对公司财产权的侵害。之后刘力、朱强的补缴行为使得公司的注册资本真实有效地到位了。

2. 截至目前，王华威具有股东资格。出资并不是成为公司股东的必要条件。王华威参与了公司的注册设立行为且被章程确认为股东，足以认定其具有股东资格。

3. 刘力已经向法院起诉要求确认王华威不具有股东资格，法院受理后的处理方案主要有：(1) 由王华威补缴章程规定的出资额，从而保留其股东资格；(2) 作出除权判决，剥夺王华威的股东资格，由刘、朱二人作为公司仅有的两个股东。

七、(本题 14 分)

考点：行政诉讼当事人与程序

参考答案及解析：

1. 市文化局和市公安局以共同名义作出罚款 1 万元的处罚决定，因此是本案的共同被告。

《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。……两个以上行政机关作出同一具体行政行为的，共同作出具体行政行为的行政机关是共同被告。……因此，在本案例中某甲起诉的具体行政行为是由市文化局和市公安局共同作出的，依法该条的规定，本案中市文化局和市公安局为共同被告。

2. 本案中如果人民法院认为应当追加被告（即将市公安局追加为共同被告），而原告不同意追加的，人民法院应当通知市公安局以诉讼第三人的身份参加诉讼，同时仍以市文化局为被告进行审理。

最高人民法院《关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《行政诉讼法解释》）第 23 条规定：原告所起诉的被告不适格，人民法院应当告知原告变更被告；原告不同意变更的，裁定驳回起诉。应当追加被告而原告不同意追加的，人民法院应当通知其以第三人的身份参加诉讼。因此，本案中如果人民法院认为应当追加被告，而原告不同意追加，那么人民法院应当通知其以诉讼第三人的身份参加诉讼。

3. 如果市文化局和市公安局在一审期间改变了罚款的决定，就是改变了被诉的原具体行政行为。对于被告改变原具体行政行为，原告表示同意但不撤诉的，人民法院应当继续审理改变前的具体行政行为。

《行政诉讼法解释》第 50 条规定：被告在一审期间改变被诉具体行政行为的，应当书面告知人民法院。原告或者第三人对改变后的行为不服提起诉讼的，人民法院应当就改变后的具体行政行为进行审理。被告改变原具体行政行为，原告不撤诉，人民法院经审查认为原

具体行政行为违法的，应当作出确认其违法的判决；认为原具体行政行为合法的，应当判决驳回原告的诉讼请求。原告起诉被告不作为，在诉讼中被告作出具体行政行为，原告不撤诉的，参照上述规定处理。因此，在本案中人民法院应该继续审理改变前的具体行政行为，并依法作出相应的判决。

注意：对于行政机关在一审时改变了原具体行政行为的情况，我们只要把握住一点，就是原告既有权选择撤诉或者不撤诉，也有权选择诉哪一个具体的行政行为，可以针对原来的具体行政行为，也可以针对改变后的具体行政行为。

4. 人民法院裁定准许原告撤诉后，原告以同一事实和理由重新起诉的，人民法院应不予受理。如果准予撤诉的裁定确有错误，原告申请再审的，人民法院应当通过审判监督程序，在撤销了原准予撤诉的裁定之后，再重新对案件进行审理，并依法作出判决。

《行政诉讼法解释》第36条规定：人民法院裁定准许原告撤诉后，原告以同一事实和理由重新起诉的，人民法院不予受理。准予撤诉的裁定确有错误，原告申请再审的，人民法院应当通过审判监督程序撤销原准予撤诉的裁定，重新对案件进行审理。因此，如果在本案中出现了这种情况，人民法院应该在查清事实真相的基础上依照本法条处理。

八、(本题25分)

考点：罪刑法定与犯罪认定

参考答案：

罪刑法定原则，具体说就是“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处罚；法律没有规定为犯罪行为的，不得定罪处罚”。这一原则的主要内容有：立法机关制定的刑事法律是定罪量刑的惟一标准；禁止适用类推制度；刑法不得溯及既往；禁止不定期刑。也就是说，我们要追究一个行为人的刑事责任，就必须从以上几点出发，而不能任意地对其定罪处罚。

根据本案案情，与本案被告人行为接近的罪名主要有：非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪、非法转让倒卖土地使用权罪。但是仔细对照现行《刑法》的规定，结合罪刑法定原则，本案被告究竟是否构成犯罪，应当以何种犯罪定罪处罚呢？下面我们对本案涉及的几个罪名加以具体的分析。

1. 非法吸收公众存款罪

非法吸收公众存款罪，是指非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的行为。本罪的行为方式有两种：(1) 没有吸收存款的资格而吸收存款；(2) 虽有主体资格，但是采取了违反法律规定的形式、程序。

本案中村民委员会作为群众性自治组织，当然不具有吸收公众存款的主体资格，因此其是否符合本罪的构成要件要看他是否属于没有吸收存款的资格而吸收存款扰乱金融秩序的行为。虽然甲村村委会是为了牟取本村委会的利益，违反国家法律法规，扰乱了金融秩序。但是被告人所吸收的438万元现金，是以许诺日后如有地基指标优先分配的方式取得的，并不存在一定期限内还本付息的问题，村民们为了获得“地基卡”用于炒卖以牟取高利，并未要求村委会到时归还，所交款项均准备用于村里的公共设施的建设，所以不能算是存款，反而更接近捐赠。而且非法吸收公众存款罪要求其犯罪对象是不特定的公众，而向年满23周岁的男性村民发放“地基卡”，只能说其吸收的是特定人群的款项，不符合该罪的构成要件。

件。因此，甲村村委会和村长均不构成非法吸收公众存款罪。

2. 集资诈骗罪

集资诈骗罪，是指以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大的行为。在客观方面，该罪要求虚构集资用途，以虚假的证明文件和高回报率作诱饵，骗取集资款。但是本案被告许诺给集资对象的地基指标虽不是现实的，但却公布了集资款的用途，并没有虚构集资目的。在主观方面，该罪要求以非法占有为目的。而本案中村民委员会是代表全体村民管理全村事务，所管理的全部财产均属全体村民所有，因此，其收集的438万元资金也属于全体村民所有，并且是准备用于村集体公益事业，不存在非法占有集资款项的目的。在犯罪对象上，该罪也要求面向不特定的公众，而本案被告面向的是特定的年满23周岁的男性村民。因此，本案被告不构成集资诈骗罪。

3. 非法转让、倒卖土地使用权罪

非法转让、倒卖土地使用权罪，是指以牟利为目的，违反土地管理法律法规，非法转让、倒卖土地使用权，情节严重的行为。

首先，由于这种“地基卡”是虚拟的，对其买卖缺乏实质性的成交内容，并不能对土地管理秩序造成实际的破坏，侵害国家和集体的土地使用权。

其次，被告在发放“地基卡”时就已经和村民约定，该卡不得买卖。至于部分村民持“地基卡”到交易所去倒卖牟利，这是被告所无法控制的，与发放行为无直接的因果关系，故被告不具备非法转让、倒卖土地使用权罪的构成要件。

综上所述，针对本案村委会和村长孙某的行为，现行《刑法》并没有明确规定为犯罪，我们就不能用类推的方法对其定罪量刑，也不得以其他法律的规定追究其刑事责任。因此，应当判定甲村村委会和村长孙某无罪。

九、(本题25分)

考点：民事起诉状

参考答案：

1. 将诉状称为“民事控告状”不妥，应称为“民事起诉状”。
2. 将当事人称为“原告人”、“被告人”不妥，应当称为“原告”、“被告”。
3. 将张二江和王三湖列为原告、被告错误，应当将张六福、王法财分别列为原告、被告，将张二江和王三湖列为法定代理人。
4. 请求赔偿“误工费”不妥，因为张六福是未成年人，不存在误工费；张二江因护理张六福的误工费，应当算在护理费中。
5. 请求赔偿“伤残补助费”无事实依据，因为张六福并没有伤残。
6. 请求赔偿“精神损失费”的理由不妥，因为根据事实描述，张二江“整日吃不好饭、睡不好觉”，并不属于法定的赔偿理由。但是张六福因身体受到伤害，可以请求精神损害赔偿。
7. 请求判令赔礼道歉没有法律依据。因为赔礼道歉主要是对名誉权受到损害所采用的一种补救措施，在本案中，并不存在此种情形。
8. 没有详细叙述所受到的物质损失，应当表明各个损失项目的具体数额。
9. 没有列明证据和证据来源、证人姓名和住址

10. 没有写明致送人民法院的名称，应当写明“此致 × × 人民法院”。

11. 具状人应当是张六福，而不是朱某。

12. 没有附起诉状副本和相关证据目录，应当在具状人后写明：

附：（1）本诉状副本 1 份；

（2）证人 × × 的证言 1 份；

（3）× × 医院的诊断证明书 1 份；

（4）× × 医院的医疗费收据 1 份；

（5）交通费发票 6 张。

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)

2. 案情: 2006 年 6 月 6 日, 某市禽蛋公司的职工与往常一样, 上班后先忙着打扫卫生。公司职员王某在擦地时见财务室的保险柜未锁, 会计已去水房打开水, 周围也没有别人, 于是便从保险柜里取出空白支票一张并加盖了印鉴放进了自己的口袋里。第二天王某填好支票, 来到银行以支取购货款的名义, 在支票上签上了本公司采购员张某的名字, 支取公司现金 2 万元。

根据本案事实, 回答下述三个问题:

(1) 试析王某的行为构成什么罪?

(2) 如果王某是在某商场捡到一张已填好的金额为 2 万元的支票, 马上到银行兑取了现金, 对王某的行为又该如何认定?

(3) 如果王某窃取了本单位的盖了印鉴的空白支票后, 自己不敢到银行支取现金。于是找到表兄黄某, 对黄某说: 捡到一张转账支票, 请黄某到银行去把款支出来, 事成之后给黄某 2000 元。黄某遂到银行冒充禽蛋公司采购员张某的名字, 支取现金 2 万元。则王某与黄某的行为是否构成共同犯罪? 黄某、王某二人的行为该如何定性?

二、(本题 11 分)

李某(15 岁)与张某(19 岁)是好朋友, 二人为了过瘾、兜风, 曾偷开他人汽车, 但后将车送回。一次, 偷开他人车辆之后, 二人因醉酒并在争夺方向盘时, 将一骑自行车的老大爷撞成重伤。二人心里害怕, 不敢回家, 开车逃到外地, 不慎将车丢失。但是很快就将身上的钱花光, 于是二人商量如何能弄到钱花。翌日, 二人在路上看见杨某挎着一个精制小包, 于是猛地将包夺走, 杨某猝不及防而摔倒, 但是杨某爬起来之后, 继续追赶, 二人遂对杨某拳打脚踢, 造成杨某小腿骨折。李某与张某内心十分惶恐, 后来与家人联系, 被家人带领到公安局, 并对以上事实供认不讳。

请用刑法理论分析李某和张某的行为是否构成犯罪, 并应如何定罪量刑, 予以分析阐释。

三、(本题 12 分)

案情: 湖南省甲地警察赵某在火车站附近巡逻时, 发现余某有可疑迹象, 遂上前查问,

余某闪烁其词，赵某更是起疑，于是将余某带到派出所，余某起初一直保持沉默，经一再审讯，余某终于供述自己本是湖北省乙地人，曾于10年前在湖北省丙地犯了奸杀张女一案，8年前在湖北省丁地犯了故意伤害案，现又在甲地犯了抢劫案。公安机关意识到该案件比较大，就告诉余某可以委托律师，余某委托了天达律师事务所律师黄某为其提供法律帮助，黄某要求会见余某，公安机关拖拖拉拉2天后才让其会见委托人。案件侦查终结，移送审查起诉后，由公诉人徐某负责审查起诉，人民检察院为防止余某翻供，在黄某会见宋某时，一直派人在场，黄某向徐某提出侦查阶段存在“刑讯逼供”的行为，徐某说，“知道了，这种事见多了，有什么大不了的”而不予理会。在法庭上，余某向法官展示了血衣，声称自己遭到“刑讯逼供”。而湖北丙地张女被奸杀一案，已有一聂姓犯人当年被判处无期徒刑，至今仍在监狱服刑，他也一直进行着申诉。请问：

1. 余某一直保持沉默会产生什么样的法律后果？
2. 对余某一案，哪些法院具有管辖权？
3. 侦查机关的哪些行为有违《刑事诉讼法》的相关规定？
4. 检察机关的哪些行为有违《刑事诉讼法》的相关规定？
5. 法院如何对待赵某刑讯逼供的指控和翻供？
6. 监狱当局对聂某的申诉，应转请哪一机关处理？
7. 如果确认当年张女被奸杀为余某所为，人民法院应如何对待现在聂某的判决和关押？

四、(本题14分)

某大学图书管理员甲的男朋友乙为本市新华书店销售部经理。2005年该大学为订司法考试辅导材料，遂委托乙以其自己的名义定购3000册辅导书，总计价款24万元，双方约定在2006年底前，分三次交付货款，并且大学以学校财产设定了抵押担保。在该大学支付8万元首笔货款后即拿到了余部辅导书。但该辅导书发给学生后发现500册存在严重质量问题而根本无法使用。2006年底前甲调离该大学并与乙分手。新华书店要求乙付款，乙向其说明大学买书的情况。新华书店找到大学要求支付剩余书款，大学称甲已经调离单位，并且存在500册书有质量问题要求解除合同，拒绝支付剩余书款。基于以上种种情形，问：

1. 乙与新华书店订立的辅导书买卖合同是否有效？为什么？
2. 在500册书存在严重质量问题时，大学能够要求解除合同？为什么？
3. 大学为辅导书买卖提供抵押是否合法？为什么？
4. 新华书店能否直接找到大学要求支付书款或者承担违约责任？为什么？
5. 如果乙与甲分手后，乙向某大学请求购书的报酬和费用，法院是否支持？为什么？

五、(本题11分)

刘作家与赵诗人于1968年结婚，生有一子刘钢和一女刘兰兰。1980年5月刘作家因与赵诗人发生争执而离家出走，一直未有音讯。1988年赵诗人向当地法院申请宣告刘作家死亡，法院于1988年8月作出刘作家死亡的宣告。赵诗人及其子女对刘作家的遗产进行了继承。1989年赵诗人再婚。刘钢于1987年7月结婚后生有一子刘光头。1989年6月刘钢外出遇火车脱轨车祸死亡。1996年12月赵诗人接到某市公安局的通知，告知刘作家于1996年11月因心脏病死于该市。经查，刘作家1980年离家出走后，一直给人打工，生活非常困难。