

2009

国家司法考试新航向系列

考点热身很重要，七年的经验积累与命题效果考验，深值信赖——李建伟

考点覆盖分布均匀，命题难度科学合理，重点把握精准，预测大胆而有新意——袁登明

发轫于一线教学经验，厚积薄发，名师口碑——邹建章

传承中不断创新，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

试卷四 案例分析与论述题



李建伟 袁登明 邹建章 杨长庚 等编著

试 卷 四

(A 卷试题)

(提示: 本试卷为计算机阅读试卷, 请将所选答案填涂在答题卡上, 勿在卷面上直接作答。)

一、(本题 20 分)

材料: 2009 年 1 月 8 日, 最高人民法院发布了最高人民法院制定并公布的“五个严禁”的硬性规定, 进一步规范法官的职务行为。“五个严禁”的内容是: 严禁接受案件当事人及相关人员的请客送礼; 严禁违反规定与律师进行不正当交往; 严禁插手过问他人办理的案件; 严禁在委托评估、拍卖等活动中徇私舞弊; 严禁泄露审判工作秘密。为确保“五个严禁”规定能够不折不扣地落到实处, 最高人民法院向社会各界公布了具有 24 小时自动接听功能的举报电话 010-67556131 和 010-67556132, 随时接受人民群众对违反“五个严禁”行为的举报。最高人民法院还要求各级人民法院都要尽快向社会公布具有 24 小时自动接听功能的举报电话。

随后, 公安部也发布了“五个严禁”, 规范公安干警的行为。同时, 各地检察院纷纷出台“七个不许”、“八个禁止”等规范性文件, 约束检察官的行为。

问题:

请结合以上事实, 根据社会主义法治理念和法理学的相关知识谈谈政法系统开展“禁令”活动的价值和意义。

要求:

1. 观点正确, 论述充分, 条理清晰, 语言通顺。
2. 不少于 500 字。

二、(本题 20 分)

案情: 2004 年 6 月山西省某市政府召开的一次协调会议决定, 在杏花区投放一批三轮车营运牌照, 一是以拍卖的形式投放新车, 二是对原来只允许在夜间营运的“夜市车”改发白天也可以营业的“白证”, 这两种车被车主们称为“新车”。

2004 年 7 月 12 日, 山西省某市公安局和该市杏花区政府依据该市政府有关《协调会议纪要》的精神对 90 辆人力三轮车以拍卖营运牌照的形式进行拍卖, 拍卖成交价格分别从 2 万元至 3 万元不等, 拍卖成交确认书注明拍卖的营运牌照有效期限 4 年。而有 100 辆“夜市车”车主在交纳了 1 万元上牌费、45 元牌证费、50 元缝布费、10 元喷漆打印费、7 元工本费、20 元每月的管理费后, 也终于实现了自己可以在太阳下蹬车赚钱的愿望。2004 年 11 月 7 日, 某市公安局和杏花区政府联合发布了《关于收回杏花区辖区的拍卖、原夜市客运人力三轮车的营运牌照的使用权的通告》, 决定收回杏花区的所有新车营运牌照、行驶证、所有权证及车辆的通告。通告的内容是: “收回于 2004 年 7 月 12 日拍卖的为期 4 年的 90 辆客运



人力三轮车和原夜市客运人力三轮车的营运牌照、行驶证、所有权证以及车辆，限车主于2004年12月1日17时之前将上述牌证及车辆送至交警大队非机动车管理所三轮车回收办公室。逾期不交的，所有牌证作废，并一律按无牌照人力三轮车取缔。”

请回答下列问题：

1. 被收回新车牌照的人力三轮车车主可否对市公安局和区政府收回新车牌证及车辆的行为提起行政诉讼？
2. 人力三轮车车主应以谁为被告提起行政诉讼？
3. 根据市政府的《协调会议纪要》可否设定行政许可？
4. 市公安局和区政府是否可以采用拍卖的方式作出行政许可决定？
5. 市政府可否撤销市公安局和杏花区政府作出的行政许可？
6. 被收回新车牌照的人力三轮车车主可否请求行政赔偿？

三、(本题 23 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，后来将车送回。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，于是开车逃到外地，后又不慎将车丢失。到外地后，二人很快就将身上的钱花光，于是二人商量如何能弄到钱花。一天，二人在路上看见杨某挎着一个精制小包，于是上前猛地将包夺走，杨某因猝不及防而摔倒，杨某爬起来之后，追赶二人，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投案自首，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。

四、(本题 20 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，经过侦查决定逮捕张某和李某。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？

五、(本题 22 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的 A 楼盘的情况。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 日晚上登陆当地建委的房地产销售网了解 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 日前将经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 日在当地建委做了备案。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时发现 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,要求撤销其对甲的车位的赠与。

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?

六、(本题 20 分)

上海 A 股份公司为上交所上市公司,2006 年 3 月 25 日《上海证券报》刊登了该公司第四届第 13 次董事会决议,决议通过关于《公司第四届董事会换届选举》的决议,同意施某等人为公司第五届董事会董事候选人。对股份公司颇有研究的鲁某记得施某曾在 A 集团有限公司任职,而 A 集团公司正是 A 股份公司的实际控制人。鲁某认为,按照证监会《上市公司章程指引》的规定,董事会决议应对董事候选人与公司实际控制人的关联关系进行充分披露,但报上刊登的董事会决议附件中关于董事候选人的情况简介并未对此进行说明。为此,鲁某诉至上海市精安区人民法院,要求确认 A 股份公司董事会决议无效。

法院审理查明:2005 年 2 月 16 日至今,原告鲁某持有 A 股份公司 100 股股票。2004 年 3 月 19 日,《上海证券报》曾刊登 A 股份公司 2003 年年度报告摘要,在股东单位任职的董事监事情况栏中记载了施某于 2001 年 10 月(至今)在 A 集团有限公司任职。2006 年 3 月 25 日,《上海证券报》刊登了股份公司 2005 年年度报告摘要以及公司第四届第 13 次董事会决议及召开第 15 次股东大会的公告,同意施某为公司第五届董事会董事候选人。同时,在刊登的董事候选人情况简介中没有交代施某任职 A 集团公司的情况。另据 A 股份公司 2006 年 3 月通过上交所的网页向社会公众发表的 2005 年年度报告中记载了施某任职 A 集团公司的信息。

法院审理后认为,根据《公司法》规定,公司董事会决议违反法律、行政法规的无效。《上市公司章程指引》不属于法律、行政法规的范畴。上市公司发布信息的渠道不仅仅限于报纸,在今日之信息化社会,社会公众通过互联网也可以了解上市公司的资料。虽然《上海证券报》未详细反映公司董事候选人的简历,但被告同时发布的 2005 年年度报告摘要已经详细披露了施某在 A 集团公司任职的信息,社会公众均可以通过上交所网站查阅。原告诉被告故意隐瞒施某的关联任职信息,与事实不符,不予采信。

法院认为,被告于 2006 年 3 月召开的第 4 届第 13 次董事会会议的召集程序、表决方式符合法律、行政法规及被告公司章程的规定,其通过的决议合法,故对原告鲁某的诉讼请求不予支持。

一审宣判后,原告不服,提出上诉。

依照我国《公司法》的规定,回答以下问题:

1. 董事会决议无效之诉或可撤销之诉的原告与被告是谁?二者提起的理由有无区别?
2. 关于本案的诉讼环节,由于持股数量不够,鲁某的原告资格存在不适格这一判断是否正确?
3. 根据本案的实体案情的交待,本案在性质上应该是董事会决议无效之诉还是撤销之

诉?

4. 根据本案的实体案情的交待, 在本案的诉讼过程中, 法院有权主动依照职权要求原告鲁某提供诉讼担保吗?

5. 按照证监会《上市公司章程指引》及被告公司章程的规定, 上市公司控股股东或实际控制人的高管层与上市公司高管层的兼职数不得超过 1/3。设由于《上海证券报》的刊登信息遗漏了施某的兼职任职信息, 后在 A 股份公司股东大会上选举出来的 8 位董事中, 包括施某 (在选举当时参与投票的股东未将其当作关联董事) 在内共有 3 位在 A 集团公司任高管, 则如何处理该股东大会决议? 为什么?

七、分析、论述题 (本题 25 分)

提示: 本题为选做题, 分甲、乙两题, 请选择一题作答; 答题时务必标明甲题或乙题; 甲、乙两题均作答的, 仅对书写在前面的进行评阅。

甲题

2007 年 3 月初, 网上开始流传《史上最牛的钉子户》的图片: 一个被挖成 10 米深大坑的楼盘地基正中央, 孤零零地立着一栋二层小楼, 犹如大海中的一叶孤舟, 重庆网友将其命名为“史上最牛钉子户”。在与开发商苦苦对峙了两年半之后, 这座小楼的主人吴苹和杨武终究还是选择了妥协, 并于 4 月 2 日签署了新的安置协议。

据称, 因为小楼主人的拒绝搬迁, 周边建筑施工、道路交通等多项城市建设无法正常进行, 严重影响了重庆市九龙坡区的发展, 开发商更是每日损失 6 万元。为此, 2005 年 2 月拆迁人遂向九龙坡区房管局提出拆迁行政裁决, 要求裁决该“钉子户”限期搬迁。九龙坡区房管局又在多次协调无效的情况下, 决定召开拆迁行政裁决听证会, 于 2007 年 1 月 5 日在《重庆晚报》登报通知被申请人拆迁听证会的时间、地点。2007 年 1 月 8 日下午 2: 30 分召开了鹤兴路片区拆迁听证会, 被拆迁人未到场参加。听证会后, 双方经过多次协商仍未达成协议, 九龙坡区房管局于 2007 年 1 月 11 日下达了拆迁行政裁决书。2007 年 1 月 16 日送达时, 被拆迁人阅后拒绝签收。九龙坡区房管局于是依法向九龙坡区人民法院提起了《先予强制执行申请书》。重庆市九龙坡区人民法院审理认为, 九龙坡区房管局申请执行的九龙裁 [2007] 1 号拆迁行政裁决书, 事实清楚, 证据确凿, 适用法律、法规正确, 程序合法, 无超越职权和滥用职权的行为。据此依照最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第 94 条之规定 (在诉讼过程中, 被告或者具体行政行为确定的权利人申请人民法院强制执行被诉具体行政行为, 人民法院不予执行, 但不及时执行可能给国家利益、公共利益或者他人合法权益造成不可弥补的损失, 人民法院可以先予执行。后者申请强制执行的, 应当提供相应的财产担保), 裁定如下: 准予先予执行重庆市九龙坡区房地产管理局九龙裁 [2007] 1 号拆迁行政裁决书中第三项所决定的内容 (被申请人杨某在收到本裁决书之日起 15 日内自行搬迁, 并将九龙坡区杨家坪鹤兴路 17 号房屋交重庆智润置业有限责任公司和重庆南隆房地产开发有限公司拆除)。

小楼主人接到人民法院的裁决后, 认为房管局的裁决不是为了公共利益, 而是为了开发商的私人利益, 所以拒绝搬迁。女主人吴苹拿出《宪法》, 认为 2004 年修订的《宪法》规定进行征收或者征用时要给予合理补偿, 现在不给合理补偿而进行强制拆迁是违法的, 自己绝不妥协, 将以生命来捍卫合法私有财产。男主人杨武则爬上小楼楼顶挥舞国旗, 并悬挂横



幅“公民的合法的私有财产不受侵犯”。面对小楼主人的抗拒，房管局表示自己属于依法行政。2001年《城市房屋拆迁管理条例》第13条第1款规定：拆迁人与被拆迁人应当依照本条例的规定，就补偿方式和补偿金额、安置用房面积和安置地点、搬迁期限、搬迁过渡方式和过渡期限等事项，订立拆迁补偿安置协议。该条例第17条规定：拆迁人与被拆迁人或者拆迁人、被拆迁人与房屋承租人达不成拆迁补偿安置协议的，经当事人申请，由房屋拆迁管理部门裁决。裁决应当自收到申请之日起30日内作出。当事人对裁决不服的，可以自裁决书送达之日起3个月内向人民法院起诉。拆迁人依照本条例规定已对被拆迁人给予货币补偿或者提供拆迁安置用房、周转用房的，诉讼期间不停止拆迁的执行。该条例第18条规定：被拆迁人或者房屋承租人在裁决规定的搬迁期限内未搬迁的，由房屋所在地的市、县人民政府责成有关部门强制拆迁，或者由房屋拆迁管理部门依法申请人民法院强制拆迁。

在人民法院强制拆迁的日子到来时，万众瞩目的强制拆迁并没有发生。九龙坡区、重庆市的领导都对此事给予高度重视，协助相关部门与吴苹进行了艰苦的谈判，既要给吴苹合理的补偿，又不能让其他早早拆迁的业主感到自己吃了亏，最终在4月2日达成了协议。随后，推土机进场，这座在国人视野里挺立了一个多月的“孤岛”被推平了。在接受记者采访时，九龙坡区领导认为：“钉子户”的出现，是九龙坡区的骄傲，是重庆市的骄傲。

请：

1. 运用行政法的知识对房管局和人民法院的做法进行评述；
2. 本案引起社会各方面的广泛关注，各种争议层出不穷，有人说“钉子户”是维护权利的英雄，有人说“钉子户”是滥用权利的刁民，有人认为政府在依法行政，有人认为政府在保护开发商，有人觉得政府过于软弱，缺乏执行力，有人觉得政府理性克制，有利于和谐社会建设，诸如此类，不一而足。请运用法学知识和社会知识谈谈你对此事的看法。

答题要求：

1. 第1问的分析要以法学理论、现行法律规定为依据；
2. 第2问要观点明确、论述充分，逻辑严谨、文字通顺。

乙题

1. 一天早晨，A省B市的李女士和丈夫发现门口的垫子下放着一封快件，里面是一个光盘和一封信。好奇的李女士和丈夫打开光盘一看，两人都傻眼了，光盘记录的是李女士不久前和男友在某宾馆约会的情景。随光盘寄来的还有一封信，信中自称是私家侦探，还称自己手中掌握了李女士偷情的一些资料，希望在次日下午5点以前，收到李女士的5000元买款，否则就会把这个带子给李女士的老公。李女士不得不按照信中的账号向对方汇去5000元，从此以后，李女士整天生活在噩梦中，除了与丈夫无休止地吵架、打骂外，李女士还担心她和男友偷情的光盘会不会在社会上散布？接来自称私家侦探的那个人会不会无休止地上门敲诈？经过一个多月痛苦的抉择，李女士最终鼓起勇气向公安机关报了案。警方立案以后就开始着手侦查了，推测在宾馆里被人偷拍，肯定是装了一些监控设备或者是微型的摄像头。因此警方对李女士和其男友入住宾馆的房间进行了仔细搜查。通过对比偷拍录像，警方认为摄像头应该安装在当事人正对着的地方，可正对着床的只有柜子、电视和镜子，而这些家具看起来并没有什么异样。偷拍设备到底会装在哪儿呢？警方在现场调查中无意中发现电视机有一个像是被人刻意开起来的一个小孔，于是找来螺丝刀把电视机打开以后，发现里头就是一整套偷拍的设备，摄像探头只有针孔大小，不易察觉。而一整套的偷拍设备就装在这

个电视机里头,只要客人进入房间,一插上房卡,摄像机便自动开始全程录像。但是会是谁在房间里装了这么一套设备?犯罪嫌疑人又是在哪儿接收信号?警方调查陷入僵局,就在这个时候又有一名报案人来到了公安机关。

2. 近期媒体报道,有很多人经历过手机莫名其妙接到广告短信、遭遇推销甚至诈骗等“怪事”。一个孕妇刚在相关部门做了登记,推销各种妇幼用品和婴幼儿保险的电话便纷至沓来;你刚办理了新车入户,保险推销员便拜访到了门口;甚至你什么都没做,却收到商家的“联络”……近 600 位明星电话被曝光事件,更是将个人隐私信息遭遇非法滥用的现象推向了极致。

请:

在分析、比较、评价的基础上对此事加以评论,提出观点并运用法学知识阐述理由。

答题要求:

1. 观点明确,说理清楚,逻辑严谨,语言流畅;
2. 不少于 500 字。



试 卷 四

(A 卷分析)

一、(本题 15 分)

 考点：社会主义法治理念、法的运行、政法机关各项“禁令”的意义

参考答案：

社会主义法治理念是指导我国建设社会主义法治国家的思想观念体系，它反映了社会主义法治的性质、功能、价值取向和实现途径，是社会主义法治体系的精髓和灵魂，是立法、执法、司法、守法和法律监督的指导思想。其中，中国特色社会主义理论体系中的法治思想，即中国特色社会主义法治理论，主要由以下五个方面构成：

1. 坚持党的领导、人民当家作主和依法治国的有机统一，这是中国特色社会主义法治的核心和精髓；
2. 坚持党的事业至上、人民利益至上和宪法法律至上，这是中国特色社会主义法治的基本原则；
3. 坚持依法治国、执法为民、公平正义、服务大局和党的领导，这是中国特色社会主义法治的基本理念；
4. 坚持人民代表大会制度，这是中国特色社会主义法治的政治基础；
5. 建设公正高效权威的社会主义司法制度，这是中国特色社会主义法治的重要保障。

政法系统开展“禁令”系列活动是在新形势下学习和实践科学发展观，贯彻社会主义法治理念的新举措。高效廉洁的司法队伍是司法制度的生命，从而也是社会主义法治的制度保障。只有司法队伍树立起公正廉洁的形象，才能取信于民，才能践行执法为民、公平正义的社会主义法治理念。

从法的运行的角度来说，司法是法的实现的重要环节，是国家法治的中枢和纽带，良好的司法制度关系到社会主义法治的信仰和生命，是社会主义法治得以实现的制度保障。而法官、检察官作为司法制度的载体和代表，最直接、最生动地体现出法治的状况。只有法官和检察官洁身自好、取信于民，才能保障法治功能的正常发挥。所以，在政法干线上推行“禁令”活动对于坚持社会主义法治理念、推进社会主义法治建设具有重大的理念意义和现实价值。

总之，司法制度是社会主义法治的保障。在司法队伍中加强廉政建设，贯彻各项“禁令”，是我们在新形势下弘扬社会主义法治理念的重大使命。

二、(本题 15 分)

 考点：行政诉讼的受案范围、行政诉讼被告的确定、行政许可的设定权、设定方式及撤销、行政赔偿

参考答案与解析：

1. 可以对市公安局和区政府收回新车牌证及车辆的行为提起行政诉讼。根据《行政诉

讼法》第 2 条规定, 公民认为行政机关及其工作人员的具体行政行为侵犯了其合法权益的, 可以依法提起行政诉讼。同时, 依据该法第 11 条第 (8) 项规定, 认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的, 可以依法提起行政诉讼。本题中, 市公安局和区政府收回已经授予的许可, 针对的是特定的当事人, 即 90 辆人力三轮车和 100 辆“夜市车”的车主, 因此, 被收回牌照的人力三轮车车主对其不服的, 可以依法提起行政诉讼。

2. 应以市公安局和杏花区政府为被告提起行政诉讼。根据《行政诉讼法》第 25 条第 3 款规定, 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。本题中, 收回新车牌照的具体行政行为是由市公安局和杏花区政府共同作出的, 并且二者都具有行政主体资格, 因此, 二者应作为共同被告。

3. 根据市政府的《协调会议纪要》不可以设定行政许可。根据《行政许可法》的规定, 可以设定行政许可的规范文件仅限于法律、行政法规、地方性法规和省级政府规章。其中省级政府规章只能设定为期 1 年的临时性行政许可。本题中, 陕西省某市的会议纪要属于规章以下的政府文件, 无权设定任何行政许可。市公安局与区政府以并不规范的红头文件的形式设定行政许可的行为是不符合《行政许可法》规定的, 故该会议纪要不可以设定行政许可。

4. 市公安局和区政府可以采用拍卖的方式作出行政许可决定。《行政许可法》第 12 条规定: 下列事项可以设定行政许可……(2) 有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等, 需要赋予特定权利的事项……《行政许可法》第 53 条第 1 款规定: 实施本法第 12 条第 (2) 项所列事项的行政许可的, 行政机关应当通过招标、拍卖等公平竞争的方式作出决定。本题中, 营运人力三轮车属于直接关系公共利益的特定行业, 对其车牌发放设定行政许可, 市公安局和区政府可以依法采用拍卖形式。

5. 市政府可以撤销市公安局和杏花区政府作出的行政许可。根据《行政许可法》第 17 条规定, 除法律、行政法规、地方性法规和国务院决定、省级政府规章外, 其他规范性文件一律不得设定行政许可。该法第 71 条规定, 违反本法第 17 条规定设定的行政许可, 有关机关应当责令设定该行政许可的机关改正, 或者依法予以撤销。该法第 60 条规定, 上级行政机关应当加强对下级行政机关实施行政许可的监督检查, 及时纠正行政许可实施中的违法行为。本题中, 市公安局和杏花区政府依据不规范的市政府会议纪要违法设定行政许可, 其上级行政机关即市人民政府可以依法撤销该发放牌照的行政许可。

6. 被收回新车牌照的人力三轮车车主可以请求行政赔偿。根据《行政许可法》第 69 条规定, 在当事人没有采取欺骗、贿赂等不正当手段的情况下, 由于行政机关的违法行为造成行政许可被撤销, 被许可人合法权益受到损害的, 行政机关应当给予赔偿。该法第 76 条规定, 行政机关违法实施行政许可, 给当事人的合法权益造成损害的, 应当依照《国家赔偿法》的规定给予赔偿。另外, 依据《国家赔偿法》第 2 条和第 4 条第 (4) 项的规定, 行政机关及其工作人员违法行使行政职权或者与行政职权有关的行为, 对公民造成财产损害的, 应予赔偿。本题中, 市公安局和杏花区政府收回授予三轮车牌照的许可, 已经侵犯了这些车的车主的合法权益, 因此, 被收回新车牌照的人力三轮车车主可以请求行政赔偿。

三、(本题 16 分)

 **考点：**未成年人的刑事责任认定、特殊自首以及对自首的量刑、认定为盗窃罪的特殊情形、转化的抢劫罪

参考答案：

1. 李某与张某为了过瘾偷开他人车辆，将车辆送回的行为不构成犯罪。李某对撞伤老大爷的行为不负刑事责任。

李某对杨某的行为构成抢劫罪（由抢夺转化的抢劫罪），因其未满 18 周岁，应当从轻或减轻处罚。

李某成立自首，可以从轻或减轻处罚。

2. 张某撞伤老大爷的行为构成交通肇事罪；偷开车辆，并将车丢失的行为构成盗窃罪；李某对杨某的行为构成抢劫罪（由抢夺转化的抢劫罪）；应当数罪并罚。

张某成立自首，可以从轻或减轻处罚。

 **讲解：**

（一）李某与张某的共同行为

1. 根据最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第 12 条第（4）项规定，李某与张某为了过瘾偷开他人车辆，将车辆送回的行为不构成犯罪。

2. 李某和张某抢夺杨某的包之后，在杨某追赶时，又对杨某拳打脚踢，其行为构成抢劫罪，属于由抢夺转化而成的抢劫罪。

3. 根据最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第 1 条第（1）项的规定，并非出于犯罪嫌疑人主动，而是经亲友规劝、陪同投案的也应当视为自动投案。二人自动投案后，对事实供认不讳，构成自首，可以从轻或者减轻处罚。

（二）1. 李某的行为

（1）李某对将老大爷撞伤的行为和其将车丢失的行为不负刑事责任，因为李某未满 16 周岁。

（2）根据《刑法》第 17 条规定，已满 14 周岁不满 16 周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任。对于抢劫罪，由于李某已满 14 周岁，应当负刑事责任，对车辆的丢失不负刑事责任。根据该条第 3 款的规定，已满 14 周岁不满 18 周岁的人犯罪，应当从轻或减轻处罚。

2. 张某的行为

（1）根据最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 2 条的规定，交通肇事致 1 人以上重伤，负事故全部或者主要责任，并有下列情形之一的，以交通肇事罪定罪处罚：①酒后、吸食毒品后驾驶机动车辆的；②无驾驶资格驾驶机动车辆的；……因此，张某将老大爷撞伤的行为构成交通肇事罪。

（2）根据最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第 12 条规定，多次偷开车辆后，又将车丢失的，以盗窃罪定罪处罚。

（3）对张某应当以交通肇事罪、盗窃罪、抢劫罪数罪并罚。

四、(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；对于何某母亲因遭受惊吓要求赔偿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。

 讲解：

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，但其是聋哑学校教师，能辨别是非、正确表达，可以作证人。

2. 根据《刑事诉讼法》第 77 条第 1 款规定，被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中，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 条的规定，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，附带民事诉讼应当同刑事案件一并审判，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，第二审人民法院审理对附带民事诉讼部分提出上诉、抗诉，刑事部分已经发生法律效力，如果发现第一审判决或者裁定中的刑事部分确有错误，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第一审人民法院重新审理。必须依法改判的，也应当在第二审判决、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。

五、(本题 18 分)

 考点：物权变动与预售合同

参考答案与解析：

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. 合法有效。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没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 日晚上登陆当地建委的房地产销售网了解 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、乙之间在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. 不应全部支持，因甲提起的是违约之诉，故不能包括精神损害赔偿。甲、乙之间的买卖合同没有违约金条款，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. 乙无权请求撤销买卖合同所附的赠与条款。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。

六、(本题 15 分)

 考点：董事会决议撤销之诉

参考答案与解析：

1. 董事会决议无效、可撤销之诉的原告通常是公司股东，被告是公司。二者在理由上的区别是：决议内容违反法律、行政法规的董事会决议是无效的；召集程序、表决方式违反法律、行政法规或公司章程，或者内容违反公司章程的决议是可撤销的。

2. 不正确。因为我国《公司法》对于董事会决议无效、可撤销之诉的股东原告, 并没有持股时间与持股量的要求 (参见《公司法》第 22 条)。

3. 本案在性质上属于由于被告公司存在信息披露的瑕疵问题, 导致董事会决议存在程序上的问题, 属于可撤销之诉。

4. 我国《公司法》没有规定法院可以依职权要求董事会决议无效、可撤销之诉的原告提供诉讼担保; 而在可撤销之诉中, 法院应被告公司的请求是可以的。

5. 本次的股东大会选举应该被撤销, 而后应该重新选举。因为, 股东大会的选举决议属于一个整体, 不可以认定其中某一位或者某几位董事的选举有瑕疵, 而仅仅认为有瑕疵的董事选举才是无效的。事实上, 只有违反法律、行政法规的股东大会选举决议才是无效的; 而关于上市公司控股股东或实际控制人的高管层与上市公司高管层的兼职数不得超过 1/3 的规定来自于行政规章与公司章程的规定, 所以该选举决议本质上属于违反公司章程的规定, 应该属于可撤销的决议。

七、(本题 25 分)

参考答案:

甲题

1. 房管局和人民法院的行为存在如下不合法之处:

(1) 被拆迁人尚未提起行政诉讼, 本案未进入行政诉讼程序, 没有适用先予执行的条件。本案中, 九龙坡区房管局于 2007 年 1 月 11 日下达了拆迁行政裁决书。2007 年 1 月 16 日送达时, 被拆迁人阅后拒绝签收, 九龙坡区房管局遂向九龙坡区人民法院提起了先予强制执行申请。先予执行只能在诉讼中提出, 本案不涉及行政诉讼, 如何能先予执行?

(2) 先予执行申请人不适格。由于本案尚未进入行政诉讼阶段, 被告一说无从谈起。至于“具体行政行为确定的权利人”问题, 在行政裁决中, 九龙坡区房管局行使的是行政裁决权力, 其权力乃法律所确定, 而非具体行政行为所确定的权利。换言之, 九龙坡区房管局根本不属于具体行政行为确定的权利人。

(3) 即使九龙坡区房管局提交的是“强制执行申请”而非“先予强制执行申请”, 依据《城市房屋拆迁管理条例》第 16 条关于“当事人对裁决不服的, 可以自裁决书送达之日起 3 个月内向人民法院起诉”的规定及《行政诉讼法解释》第 88 条关于“行政机关申请人民法院强制执行其具体行政行为, 应当自被执行人的法定起诉期限届满之日起 180 日内提出”的规定, 九龙坡区房管局的“强制执行申请”须待被拆迁人的法定起诉期限 (即裁决书送达之日起 3 个月) 届满才能向人民法院提起。

2. 提示: 本案可以从多个角度进行论述, 比如个人利益与公共利益的关系问题、权利行使与权利滥用的关系问题, 依法行政的实体考虑与法律程序问题, 执法的效力和权威问题, 强制拆迁的法律困境问题。

参考例文:

为权利而斗争

重庆“最牛钉子户”事件已经尘埃落定, 该事件因为集中折射出转型期中国迈向法治进程的种种艰辛和努力而备受国人的瞩目。尽管权利人誓死捍卫的具体对象——二层小楼最

终被推土机铲平了，但是此一事件所代表的捍卫权利的精神无疑会永远屹立在人们的心中。事后回眸，我们在热情讴歌小楼主人的不屈斗志之余，更要积极探索权利人保卫小楼的法律依据及其法律困境。

首先，行使权利对任何人都不意味着不法。权利人有权行使权利，这既是自然法则，也是我国现行法的明确规定。城市土地属于国有这样的现状并不能改变被拆迁房屋属于个人私有这样的事实。根据《物权法》的规定，房屋所有人理所当然地可以对自己的房屋进行占有、使用、收益、处分，并排除他人的不法侵害。据此，房屋所有人杨武有权禁止房地产商的保安进入自己家中，有权阻止相关部门不符合法律条件和法律程序的强制拆迁，更有权通过挥舞国旗、悬挂横幅来使用自己的房屋并由此宣示权利的神圣不可侵犯。

其次，权利人不能滥用民事权利，而“钉子户”没有滥用权利。权利的行使并不是没有边界的，不能违反法律和公序良俗。本案中，杨武对自己房屋的使用是合法的，同时也不构成权利滥用。众所周知，权利滥用有着非常严格的要件，只有在行使权利时损害了他人的合法权益和公共利益时，此时的行使权利才构成权利滥用。而杨武拒不搬迁并阻止他人拆毁自己房屋，目的是为了得到合理的拆迁补偿，很难说杨武的行为是专门以侵害他人利益为目的。民法上传承千年的禁止权利滥用原则并不禁止房屋所有人拒绝搬出自己的房屋，如果权利人无权住在自己的屋子里，无异于宣告权利的死亡。

再次，权利人不但可以对抗其他民事主体，也可以对抗国家公权力。如果政府机构可以随意没收人民的财物，权利就将成为一纸空文。所以，我国2004年《宪法修正案》规定：国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。该条规定明确了国家剥夺私人所有权的目的应当是为了公共利益的需要，剥夺私人所有权的手段应当是征收，剥夺私人所有权的处理应当是给予补偿。鉴于公共利益的模糊性，应当由相关公众、利害关系人通过适当的程序来确定。在肯定了为公共利益需要而必须牺牲私人所有权的前提下，还要通过法律的途径去消灭私人所有权即征收。先征收、后拆迁乃是逻辑的必然要求，因为只有权利人才能对所有物进行处分，在征收之前，政府无权进行拆毁房屋这种对物进行重大处分的行为，除非受害人同意，否则构成侵权行为甚至犯罪行为。

最后，房管局和法院的行为不符合现行法的规定。按照《宪法》和《物权法》的规定先征收、后拆迁属于理想，现实是《城市房屋拆迁管理条例》创造了强制拆迁权。在中国缺乏违宪审查机制，在人民法院不能不适用《城市房屋拆迁管理条例》的情况下，更要严格限制强制拆迁的情形，至少要遵守《城市房屋拆迁管理条例》的规定。而本案中人民法院面对房管局不合法的先予执行申请作出裁定支持。面对人民法院作出的违法裁决，不能期待被执行人“自觉执行”。当然，从法律的角度来说，哪怕是违法裁定，在其生效之后被撤销之前，杨武也是应当“自觉执行”的。杨武没有自觉执行，说明民众对法律的理解还不是很全面，知法用法不能停留在《宪法》的层面，也不能只在法律对自己有利时守法，对自己不利时就不守法。

综观整个事件，我们欣喜地发现，依法维权、依法行政成为当事人的共识，虽然当事人对法律的运用还存在着这样或那样的偏差，权利意识、法治观念已经成为时代的最强音。各方媒体的深入报道和网上网下的热烈讨论，也使此事成为宣传学习《物权法》和表彰私权神圣的历史丰碑。展望未来，我们有理由相信，随着政府和民众知法用法的意识不断增强，我国的法治事业必然登上新的台阶。

乙题:

参考例文:

把对隐私权的保护落到实处

隐私权是指自然人享有的私人生活安宁与私人信息秘密依法受到保护,不被他人非法侵扰、知悉、收集、利用和公开的一种人格权。权利主体对他人在何种程度上可以介入自己的私生活,对自己是否向他人公开隐私以及公开的范围和程度等具有决定权。我国法律没有明确规定隐私权,但是在一定程度上都反映了这方面的要求。未经权利主体许可,公开其姓名、肖像、住址和电话号码等私人信息,非法跟踪他人,监视他人住所,安装窃听设备,私拍他人私生活镜头等都属于侵犯他人隐私权的行为。本题中李女士被人偷拍,就是李女士的个人隐私权被他人侵犯。在法制意识不断增强的今天,应该更加尊重和保护公民个人的隐私权,这是尊重法律、尊重公民基本权利的体现,也是完善社会诚信体系的一个重要方面。

但是,随着信息技术提高和现代传媒的普及,猎取他人隐私以满足公众好奇心理,从而达到商业或者政治目的的现象屡见不鲜。公民的个人信息被商业机构侵犯的现象也呈上升趋势。随着社会文明进程的不断推进,人们的自我保护意识、法制意识越来越强,个人权利与人身尊严越来越受到人们的重视,隐私权已成为当代公民保护自身人格尊严的一项重要权利。权利主体用法律手段维护个人信息隐私权不受侵犯的需要也越来越强烈。由于我国现行法律体系尚未对隐私权进行明确界定和保护,致使隐私权保护受到极大限制,这严重制约了我国市场经济的健康发展。因而,应借鉴国际经验,加快隐私权保护立法,加强法律在保护公民隐私不被他人非法侵扰、知悉、搜集、利用和公开等方面的作用,为公民权利的维护提供有效的法律保障。

随着公民对个人权利的日渐重视,如何使用法律武器来保护自己的隐私成为一个现实的问题。隐私权是公民生活中的一项基本权利,保障公民的隐私权也是社会主义法治必不可少的一项原则。对公民隐私权的保护应明确得到我国宪法和法律的确认和保护。所以,我们要防范可能侵犯公民隐私权的各种行为,坚决维护法律的尊严,保护好公民的权利,使国家真正走上法治之路。

试 卷 四

(B 卷试题)

(提示:本试卷为计算机阅读试卷,请将所选答案填涂在答题卡上,勿在卷面上直接作答。)

一、(本题 23 分)

案情:甲有一条剥壳船租与乙进行海上运输,租期 3 年。双方签订了书面合同,乙一次性向甲交付租金 50 万元。租赁的第二年,甲因资金紧张将该船卖与丙,双方签订了买卖合同,价格 500 万元,约定在乙的租期届满前,丙付清全部款项。因甲无法现实交付,双方约定租期届满,由丙向乙行使返还请求权,并由甲通知乙。合同签订后 10 日内,甲办理了该船的过户登记。丙买得该船后,因资金紧张向丁借款 250 万元,丙以该船进行抵押,但未办理登记。后丙向戊借款 250 万元,丙通知乙该船质押于戊。后丙又将该船卖给庚,并通知乙将该船交给庚,且办理了过户登记。租赁的第二年届满时,该船遇不可抗力灭失(该船未投保)而引起纠纷。

问题:

1. 甲未经乙同意,将该船卖给丙,该买卖合同效力如何?为什么?
2. 该船因不可抗力灭失,乙可行使何种权利?为什么?
3. 丁是否对该船享有抵押权?为什么?
4. 戊是否对该船享有质权?为什么?
5. 丙未经丁、戊同意,丙与庚的买卖合同效力如何?为什么?
6. 如果该船未灭失,丁、戊、庚发生权利冲突,何者优先?为什么?
7. 该船灭失的风险责任应由谁承担?为什么?

二、(本题 20 分)

案情:2005 年 11 月,该市甲报刊发行有限责任公司、乙房地产开发有限公司、丙信息科技有限公司决定共同投资 600 万元设立了开复现代物流配送股份有限公司,从事同城和城际间物品邮递业务。甲公司认购 60% 的股份,以该公司的 20 辆小型货车作价 34 万元出资,并以现金出资 16 万元;乙公司认购 30% 的股份,以其在本市的一座房产作价 25 万元出资,并以现金出资 10 万元;丙公司认购了 10% 的股份,以其自主开发的一项电子物流应用软件作价 15 万元出资,并以现金出资 10 万元。三家公司还约定其余认购的股份在 2006 年 12 月 31 日前以货币资本的方式缴纳完毕。2005 年 10 月开复公司成立并投入运营。由于市场潜力巨大,开复公司业绩蒸蒸日上,当年就收回成本,到 2007 年时,公司已实现连续两年盈利。可惜好景不长,2008 年春遭遇行业业绩整体下滑,业绩一落千丈,股东丙公司认为业绩下滑是由于公司内部管理的原因,提议召开股东大会商量整顿方案,公司董事会则认为没有必要,不肯召集。董事会还认为业绩下滑的根本原因是市场不景气,遂开始计划与泰安食品开