

卷四历年真题 司法部参考答案 (2006-2017)¹

¹重要提示： 本资料仅做分科整理，纯粹地复制粘贴司法部官网公布的历年司考卷四答案，对于知识点的时效性请以 2018 年法考考纲收纳法律为准。欢迎各位考友免费使用本资料。

论述题卷四历年真题（06-17）

2017 一、（本题 22 分）略

2017 七、（本题 23 分）略

2016 一、（本题 20 分）参考答案（要点）：

（一）坚持依法治国首先要坚持依宪治国，坚持依法执政首先要坚持依宪执政。宪法是国家的根本大法，是党和人民意志的集中体现，全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织，都必须以宪法为根本活动准则。依宪治国、依宪执政必须贯彻法律面前人人平等的原则：一方面，宪法法律对所有公民和组织的合法权利予以平等保护，对受侵害的权利予以平等救济；另一方面，任何个人都不得有超越宪法法律的特权，一切违反宪法法律的行为都必须予以纠正和追究。

（二）平等是社会主义法律的基本属性，是社会主义法治的根本要求，严格司法是法律面前人人平等原则在司法环节的具体表现。公正是法治的生命线，司法公正对社会公平正义具有重要引领作用。正如习近平总书记所说，司法不公、司法不严对社会公平正义和司法公信力具有致命破坏作用。坚持法律面前人人平等，意味着人民群众的诉讼权利在司法程序中应得到平等对待，人民群众的实体权利在司法裁判中得到平等保护。只有让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义，人民群众才会相信司法，司法才具有公信力。

（三）坚持法律面前人人平等的原则，对于严格司法提出了更高的要求：首先，司法机关及其工作人员在司法过程中必须坚持以事实为根据、以法律为准绳，坚持事实认定符合客观真相、办案结果符合实体公正、办案过程符合程序公正，统一法律适用的标准，避免同案不同判，实现对权利的平等保护和对责任的平等追究。其次，推进以审判为中心的诉讼制度改革，全面贯彻证据裁判规则，确保案件事实证据经得起法律检验，确保诉讼当事人受到平等对待，绝不允许法外开恩和法外施刑。再次，司法人员工作职责、工作流程、工作标准必须明确，办案要严格遵循法律面前人人平等的原则，杜绝对司法活动的违法干预，办案结果要经得住法律和历史的检验。

2016 七、（本题 24 分）略

2015 一、（本题 20 分）参考答案（要点）：

（一）全面推进依法治国的总目标是建设中国特色社会主义法治体系，建设社会主义法治国家。即：在党的领导下，坚持中国特色社会主义制度，贯彻中国特色社会主义法治理论，形成完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系，形成完备的党内法规体系，坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设，实现科学立法、严格司法、公正司法、全民守法，促进国家治理体系和治理能力现代化。

（二）从立法环节来看，要完善以宪法为核心的法律体系，加强宪法实施。建设中国特色社会主义法治体系，必须坚持立法先行，发挥立法的引领和推动作用，抓住提高立法质量这个关键。形成完备的法律规范体系，要贯彻社会主义核心价值观，使每一项立法都符合宪法精神。要完善立法体制机制，坚持立改废释并举，增强法律法规的及时性、系统性、针对性、有效性。

（三）从执法环节来看，要深入推进依法行政，加快建设法治政府。法律的生命力和法律的权威均在于实施。建设法治政府要求在党的领导下，创新执法体制，完善执法程序，推进综合执法，严格执法责任，建立权责统一、权威高效的依法行政体制，加快建设职能科学、权责法定、执法严明、公开公正、廉洁高效、守法诚信的法治政府。

（四）从司法环节看，要保证公正司法，提高司法公信力。要完善司法管理体制和司法权力运行机制，规范司法行为，加强监督，让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。

2015 七、（本题 26 分） 略

2014 一、（本题 20 分）参考答案（要点）：

1. 执法为民的基本涵义是，立法机关的立法活动、行政机关的执法活动、司法机关的司法活动等社会主义法治实践活动，都必须以广大人民的根本利益为出发点，反映广大人民的意志与愿望，体现广大人民的情感与要求，切实维护人民群众的正当利益，为人民群众有效地行使民主权利，参与国家和社会管理，自主地从事各种正当的经济、社会、文化活动，合理地追求生存和生活状态的改善，提供法律上的支持和保护。

2. 从材料可以看出，维护人民群众利益，保障人民群众各项权利既是执法为民理念的应有之义，又是具体的践行方式。社会主义法治根据广大人民的实际需求和我国的现实条件，

从尊重和保障人权的需求出发，完整地构建了以社会成员为主体、以人民利益为核心的权利保护体系，使执法为民理念在制度上得到了充分体现。

3. 依据执法为民的理念要求，我国当前应不断完善人民群众权利保护体系。具体应做到以下几方面：①保障和维护人民民主权利，坚决打击和制裁各种危害人民群众民主权利的行为，同时引导人民群众规范有序地参与国家和社会的管理，理性表达利益诉求。②保障和维护宪法赋予公民的基本权利和自由，并提供有效权利救济手段。③保障和维护广大人民群众经济、社会、文化权利。④保障和维护少数民族、妇女、儿童、老年人和残疾人合法权益，为社会成员的均衡发展和各民族的共同繁荣进步提供法律保障。

2014 七、（本题 26 分） 略

2013 一、（本题 20 分）参考答案（要点）：

1. 依法治国是我们党顺应时代潮流，把握历史机遇，在我国社会发展的关键时刻，在治国理政方略上作出的重大抉择，实现了我党治国理政的重大转变和历史性飞跃。

2. 依法治国方略的实施是一项浩瀚庞大、复杂而艰巨的系统工程，它包含着我国社会运行的制度、体制、机制、方式以及意识和观念等多方面的重要变化，更汇聚着全党、全国乃至整个中华民族的共同智慧与努力。

3. 依法治国方略的实施，要求构建和完善中国特色社会主义法律体系。构建和完善中国特色社会主义法律体系是依法治国方略实施的必要前提。故此，以宪法为统帅，以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干，由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系之形成，为依法治国方略的实施提供了坚实的基础。

4. 如习近平总书记指出，实践是法律的基础，法律要随着实践发展而发展。在新的历史条件下，中国特色社会主义法律体系仍然需要不断完善。这就要求根据我国经济社会发展出现的新领域、新情况、新特点，坚持科学立法、民主立法，在保持法制统一的前提下，科学地进行立法预测、立法规划，继续完善立法程序和方式，不断提高立法质量，及时制定、修改、完善各项法律制度，使立法更加充分反映广大人民的意志，更加适合我国的具体国情。

2013 七、（本题 25 分） 略

2012 一、（本题 18 分）参考答案（要点）：

实现社会公平正义是中国特色社会主义的内在要求。社会公平正义是社会稳定的基础。维护社会公平正义也是社会主义各项事业的价值基础。

社会主义法治公平正义的实现必须注重法理与情理的相互统一，用法理为情理提供正当性支持，以情理强化法理施行的社会效果。

上述两个案例说明：在司法过程中，要妥善、恰当地解决司法实践中可能存在的局部性、个别性的“合理不合法”或“合法不合理”问题，在不违反法律基本原则，不损害法律权威的前提下，能动地运用法律技术和法律手段，兼顾法理与情理的要求，寻求相关利益的平衡与妥协，使这类特殊问题的解决更趋于实质上的公正。

在处理涉及法理与情理之特殊问题时，也有可能导致另一个问题，即案件久拖不决，出现执法者拖延推诿、贻误怠慢等现象，使人民群众的正当权益得不到及时的保护或实现，同样是对人民群众的不公正。这就要求执法者在执法过程中做到同时兼顾公正与效率，既不能为片面追求效率而损伤实质公正，也不能因为不讲效率而导致不公正。

2012 七、（本题 28 分） 略

2011 一、（本题 20 分）参考答案（要点）：

1. 根据材料，周同志在讲话中对法学理论工作者提出的要求，可以从两方面理解：一是要讲政治，坚持中国特色社会主义道路，确保正确的政治方向；二是要重实践，努力服务国家法治建设实践，不断发展具有中国特色的社会主义法学理论。

2. 社会主义法治理念具有鲜明的政治性和彻底的人民性。社会主义法学事业是中国特色社会主义事业的重要组成部分。繁荣法学事业，就必须牢固树立社会主义法治理念，坚持正确的政治方向，牢牢把握法学领域意识形态的主导权。繁荣法学事业，就必须使法学研究和法学教育服务于社会主义法治建设，努力实现好、维护好、发展好最广大人民的利益。

3. 社会主义法治理念具有系统的科学性和充分的开放性。法学研究和法学教育是为社会主义法治建设提供理论支撑和人才支持的重要阵地，事关我国法治建设的兴衰成败。繁荣法学事业，就必须不断提高法学教育质量和水平，培养优秀的法律人才，使之成为社会主义法治事业的建设者和捍卫者。

2011 七、（本题 26 分） 略

2010 一、（本题 20 分）参考答案（要点）：

1. 1997 年，党的十五大报告确立了“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略。依法治国的基本内涵包括人民民主、法制完备，树立宪法法律权威和权力制约四个方面。人民民主是依法治国的政治基础，法制完备是法治国家的重要标志，树立宪法和法律权威是依法治国的必然要求，权力制约是依法治国的关键环节。

2. 在政法领域深入推进三项重点工作，是党中央在深刻分析国际国内形势及当前社会矛盾作出的战略决策，是当前和今后一段时间推进政法工作的关键环节。

3. 在政法工作领域深入推进社会矛盾化解，是真正实现人民当家作主，巩固依法治国政治基础的关键环节。深入推进社会管理创新，是满足社会发展客观要求，推进法治国家建设的创新实践。深入推进公正廉洁执法，是树立宪法和法律权威，保证国家各项工作依法规范、各项权力依法约束的必然遵循。

2010 七、（本题 25 分） 略

2009 一、（本题 20 分）参考答案要点：

1. 当代中国法治现代化发展进程（法的现代化、中国法的现代化、中国法治现代化）；
2. 中国法治现代化具有复杂性和长期性；

3. 改革开放继续向前推进的关键历史时期，党中央审时度势，明确提出社会主义法治理念和“三个至上”重要观点，为社会主义初级阶段的社会主义现代化建设提供了理论指引和思想基础，是指导我国建设法治国家的思想观念体系，为社会主义民主法治指明了政治方向、明确了历史使命、提供了科学方法，具有重大的现实意义，必将产生深远的历史影响。

2009 七、（本题 25 分） 略

2008 一、（本题 20 分）参考答案：

1. 法和政治之间具有非常密切的关系。

法离不开政治，政治也离不开法。这就是为什么在社会主义法治理念中一方面要强调党的领导，执法为民，强调党的事业至上、人民利益至上，强调服务大局，另一方面，社会主义法治理念中又必须包含依法治国、公平正义的涵义和价值，必须强调宪法法律至上。

这体现了建设社会主义法治国家必须坚持党的领导、人民当家作主、依法治国三者之间的有机统一；从法和政治的角度看，实际上是社会主义法治理念中的政治性、人民性和法律性的统一。

2. 法的作用泛指法对社会产生的影响。

法不仅具有规范作用也具有社会作用，其社会作用是由法的本质和目的所决定，社会主义法是以工人阶级为领导的广大人民群众共同意志和根本利益的体现，具有维护社会秩序、推动社会进步的作用。

这种作用的实现，离不开社会主义法治理念的五个方面，即依法治国、执政为民、公平正义、服务大局和党的领导。进一步说，社会主义法治理念对社会主义法的作用的发挥与实现具有重要意义。

2008 七、（本题 25 分） 略

2008 延考一、（本题 20 分） 参考答案：

1. 法律意识是社会意识的一种特殊形式，在法律职业中起着重要的作用。法律职业者的法律意识水平的高低决定着他们对法律精神实质的理解程度，并直接关系到他们处理案件的正确、合理与否。法律职业者的法律意识水平的提高依赖于社会主义法律意识的培养。

2. 社会主义法治理念是符合广大人民群众利益和需要的法治理念，是先进的法治理念。对法律职业人员进行社会主义法治理念教育是加强法律职业人员思想政治建设的一项战略举措，意义重大而深远。开展社会主义法治理念教育是适应新时期司法、执法工作新形势新任务的客观需要，是确保司法、执法工作社会主义方向的客观需要。

3. 社会主义法治理念教育可以培养和提升法律职业人员的社会主义法律意识，保证他们正确地合理地处理法律问题。社会主义法治理念教育可以进一步端正司法、执法理念，进一步增强司法、执法能力，进一步规范司法、执法行为，进一步明确改革方向，进一步加强职业队伍建设。

4. 社会主义法治理念教育可以进一步提高人民群众对司法、执法工作和法律职业人员的满意度，推进社会主义和谐社会建设。

2008 延考七、（本题 25 分） 略

2007 一、（本题 20 分）一、参考答案：

1. 社会主义法治理念包括依法治国、执法为民、公平正义、服务大局和党的领导五个方面。

2. 社会主义法治的核心内容是依法治国。

3. 依法治国的基本内涵：

①在法律面前人人平等，这是宪法规定的社会主义法治的基本原则：

第一，公民的法律地位一律平等；

第二，任何组织和个人都没有超越宪法和法律的特权；

第三，任何组织 and 个人的违法行为都必须受到法律追究。

②树立和维护法律权威，这是实施依法治国方略的迫切需要。

第一，必须维护宪法权威；

第二，必须维护社会主义法制的统一和尊严；

第三，必须树立执法部门和司法部门的公信力。

③严格依法办事，这是依法治国的基本要求。

2007 七、（本题 25 分） 略

2006 六、（本题 35 分） 略

刑法卷四历年真题（06-17）

2017 二、(本题 22 分)参考答案:

1. 甲、乙构成共同绑架罪。(1) 甲与乙预谋绑架, 并利用丙的不知情行为, 尽管丙误将赵某的小孩作为钱某的小孩非法拘禁, 但是甲、乙借此实施索要钱某财物的行为, 是绑架他人作为人质, 进而勒索第三人的财物, 符合绑架罪犯罪构成, 构成共同绑架罪。(2) 甲、乙所犯绑架罪属于未遂, 可以从轻或者减轻处罚。理由是: 虽然侵犯了赵某小孩的人身权利, 但是没有造成钱某的担忧, 没有侵犯也不可能侵犯到钱某的人身自由与权利, 当然也不可能勒索到钱某的财物, 所以是绑架罪未遂。

2. 在甲与乙商定放弃犯罪时, 乙假意答应甲放弃犯罪, 实际上借助于原来的犯罪, 对赵某谎称绑架了其小孩, 继续实施勒索赵某财物的行为, 构成敲诈勒索罪与诈骗罪想象竞合犯, 应当从一重罪论处。理由是: 因为人质已经不复存在, 其行为不仅构成敲诈勒索罪, 同时构成诈骗罪。因为乙向赵某发出的是虚假的能够引起赵某恐慌、担忧的信息, 同时具有虚假性质和要挟性质, 因而构成敲诈勒索与诈骗罪的想象竞合犯, 应当从一重罪论处, 并与之前所犯绑架罪(未遂), 数罪并罚。

3. 丙构成非法拘禁罪和故意杀人罪, 应当分别定罪量刑, 然后数罪并罚。

(1) ①丙哄骗小孩离开父母, 并实力控制, 是出于非法剥夺他人人身自由目的而实行的行为, 所以构成非法拘禁罪。②因为丙没有参加甲、乙绑架预谋, 对于甲、乙实施绑架犯罪不知情, 所以不能与甲、乙构成共同绑架罪, 而是单独构成非法拘禁罪。

丙犯非法拘禁罪, 是甲、乙共同实施绑架罪的一部分——绑架他人作为人质, 甲、乙对于丙的非法拘禁行为负责。甲、乙、丙在非法拘禁罪范围内构成共同犯罪; 甲、乙既构成绑架罪又构成非法拘禁罪, 是想象竞合犯, 从一重罪论处; 丙则因为没有绑架犯罪故意, 仅有非法拘禁罪故意, 所以只成立非法拘禁罪。

(2) 答案一: 丙为控制小孩采取捆绑行为致其死亡, 构成故意杀人罪。①这是一种具有高度危险的侵犯人身权利的行为, 可能造成死亡的结果, 可以评价为杀人行为, 丙主观上对此有明知并持放任的态度, 是间接故意杀人, 因而构成故意杀人罪。②甲、乙对于人质的死亡没有故意、过失, 没有罪责。具体来说, 丙的杀人故意行为超出了非法拘禁之共同犯罪故意范围, 应当由丙单独负责, 甲乙没有罪过、罪责。

答案二: 丙构成过失致人死亡罪。丙应当预见到自己的行为可能造成小孩死亡, 但是丙不希望也不容忍小孩死亡, 主观上是疏忽大意过失, 构成过失致人死亡罪。

按照事前分工，看护小孩属于丙的责任，小孩的安全由丙负责，甲乙二人均不在现场，没有可能保证防止、避免小孩死亡，所以，甲、乙不构成过失致人死亡罪。

2016 二、（本题 22 分）参考答案：

1. 关于赵某杀害钱某以便将名画据为己有这一事实，可能存在两种处理意见。其一，认定为侵占罪与故意杀人罪，实行数罪并罚。理由是，赵某已经占有了名画，不可能对名画实施抢劫行为，杀人行为同时使得赵某将名画据为己有，所以，赵某对名画成立（委托物）侵占罪，对钱某的死亡成立故意杀人罪。其二，认定成立抢劫罪一罪。理由是，赵某杀害钱某是为了使名画不被返还，钱某对名画的返还请求权是一种财产性利益，财产性利益可以成为抢劫罪的对象，所以，赵某属于抢劫财产性利益。

2. 赵某以为钱某已经死亡，为毁灭罪证而将钱某活埋导致其窒息死亡，属于事前的故意或概括的故意。对此现象的处理，主要有两种观点：其一，将赵某的前行为认定为故意杀人未遂（或普通抢劫），将后行为认定为过失致人死亡，对二者实行数罪并罚或者按想象竞合处理；理由是，毕竟是因为后行为导致死亡，但行为人对后行为只有过失；其二认为，应认定为故意杀人既遂一罪（或故意的抢劫致人死亡即对死亡持故意一罪）；理由是，前行为与死亡结果之间的因果关系并未中断，前行为与后行为具有一体性，故意不需要存在于实行行为的全过程。答出其他有一定道理的观点的，适当给分。

3. 孙某对钱某的死亡构成故意杀人罪。孙某明知钱某没有死亡，却催促赵某动作快一点，显然具有杀人故意，客观上对钱某的死亡也起到了作用。即使认为赵某对钱某成立抢劫致人死亡，但由于钱某不对抢劫负责，也只能认定为故意杀人罪。倘若在前一问题上认为赵某成立故意杀人未遂（或普通抢劫）与过失致人死亡罪，那么，孙某就是利用过失行为实施杀人的间接正犯；倘若在前一问题上认为赵某成立故意杀人既遂（或故意的抢劫致人死亡即对死亡持故意），则孙某成立故意杀人罪的帮助犯（从犯）。

4. 孙某索要名画的行为构成敲诈勒索罪。理由：孙某的行为完全符合本罪的构成要件，因为利用合法行为使他人产生恐惧心理的也属于敲诈勒索。一种观点是，对孙某应当按 800 万元适用数额特别巨大的法定刑，同时适用未遂犯的规定，并将取得价值 8000 元的赝品的事实作为量刑情节，这种观点将数额巨大与特别巨大作为加重构成要件；另一种观点是，对孙某应当按 8000 元适用数额较大的法定刑，认定为犯罪既遂，不适用未遂犯的规定，这种观点将数额较大视为单纯的量刑因素或量刑规则。

5. 孙某出卖赝品的行为不构成诈骗罪，因为孙某以为出卖的是名画，不具有诈骗故意。

2015 二、（本题 23 分）参考答案：

（一）高某的刑事责任

1. 高某对钱某成立故意杀人罪。是成立故意杀人既遂还是故意杀人未遂与过失致人死亡罪的想象竞合，关键在于如何处理构成要件的提前实现。

答案一：虽然构成要件结果提前发生，但掐脖子本身有致人死亡的紧迫危险，能够认定掐脖子时就已经实施杀人行为，故意存在于着手实行时即可，故高某应对钱某的死亡承担故意杀人既遂的刑事责任。

答案二：高某、夏某掐钱某的脖子时只是想致钱某昏迷，没有认识到掐脖子的行为会导致钱某死亡，亦即缺乏既遂的故意，因而不能对故意杀人既遂负责，只能认定高某的行为是故意杀人未遂与过失致人死亡的想象竞合。

2. 关于拿走钱某的手提包和 5000 元现金的行为性质，关键在于如何认定死者的占有。

答案一：高某对钱某的手提包和 5000 元现金成立侵占罪，理由是死者并不占有自己生前的财物，故手提包和 5000 元现金属于遗忘物。

答案二：高某对钱某的手提包和 5000 元现金成立盗窃罪，理由是死者继续占有生前的财物，高某的行为属于将他人占有财产转移给自己占有的盗窃行为，成立盗窃罪。

3. 将钱某的储蓄卡与身份证交给尹某取款 2 万元的行为性质。

答案一：构成信用卡诈骗罪的教唆犯。因为高某不是盗窃信用卡，而是侵占信用卡，利用拾得的他人信用卡取款的，属于冒用他人信用卡，高某唆使尹某冒用，故属于信用卡诈骗罪的教唆犯。

答案二：构成盗窃罪。因为高某是盗窃信用卡，盗窃信用卡并使用的，不管是自己直接使用还是让第三者使用，均应认定为盗窃罪。

（二）夏某的刑事责任

1. 夏某参与杀人共谋，掐钱某的脖子，构成故意杀人罪既遂。（或：夏某成立故意杀人未遂与过失致人死亡的想象竞合，理由与高某相同）

2. 由于发生了钱某死亡结果，夏某的行为是钱某死亡的原因，夏某不可能成立犯罪中止。

（三）宗某的刑事责任

宗某参与共谋，并将钱某诱骗到湖边小屋，成立故意杀人既遂。宗某虽然后来没有实行行为，但其前行为与钱某死亡之间具有因果性，没有脱离共犯关系；宗某虽然给钱某打过电话，但该中止行为未能有效防止结果发生，不能成立犯罪中止。

(四) 尹某的刑事责任

1. 尹某构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。因为从客观上说，该包属于高某犯罪所得，而且尹某的行为属于掩饰、隐瞒犯罪所得的行为；尹某认识到可能是高某犯罪所得，因而具备明知的条件。

2. 尹某冒充钱某取出 2 万元的行为性质。

答案一：构成信用卡诈骗罪。因为尹某属于冒用他人信用卡，完全符合信用卡诈骗罪的构成要件。

答案二：构成盗窃罪。尹某虽然没有盗窃储蓄卡，但认识到储蓄卡可能是高某盗窃所得，并且实施使用行为，属于承继的共犯，故应以盗窃罪论处。

2014 二、（本题 22 分）参考答案：

甲、乙利用职务上便利实施了贪污行为，虽然客观上获得了 26 万元，构成贪污罪，但该 26 万元不是化工厂的财产，没有给化工厂造成实际损失；甲、乙也不可能贪污五金厂的财物，所以，对甲、乙的贪污行为只能认定为贪污未遂。甲乙犯贪污罪后自首，可以从轻或者减轻处罚。甲揭发了乙为亲友非法牟利罪与受贿罪的犯罪事实，构成立功，可以从轻或者减轻处罚。

乙长期以明显高于市场的价格向其远房亲戚戊经营的原料公司采购商品，使化工厂损失近 300 万元的行为构成为亲友非法牟利罪。乙以妻子丁的名义在原料公司享有 10% 的股份分得红利 58 万元的行为，符合受贿罪的构成要件，成立受贿罪。对于为亲友非法牟利罪与受贿罪以及上述贪污罪，应当实行数罪并罚。

丙将五金厂的 26 万元挪用出来汇给乙的个人账户，不是为了个人使用，也不是为了谋取个人利益，不能认定为挪用资金罪。但是，丙明知甲、乙二人实施贪污行为，客观上也帮助甲、乙实施了贪污行为，所以，丙构成贪污罪的共犯（从犯）。

丁将 26 万元取出的行为，不构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪，因为该 26 万元不是贪污犯罪所得，也不是其他犯罪所得。丁也不成立贪污罪的共犯，因为丁取出 26 万元时该 26 万元不是贪污犯罪所得。丁将其中的 13 万元送给甲，既不是帮助分赃，也不是行贿，因而不成立犯罪。丁对自己名义的干股知情，并领取贿赂款，构成受贿罪的共犯（从犯）。

戊作为回报让乙的妻子丁未出资却享有原料公司 10% 的股份，虽未进行股权转让登记，但让丁分得红利 58 万元的行为，是为了谋取不正当利益，构成行贿罪。

2013 二、（本题 22 分）参考答案：

1. 甲携带凶器盗窃、入户盗窃，应当成立盗窃罪。如暴力行为不是作为压制财物占有人反抗的手段而使用的，只能视情况单独定罪。在盗窃过程中，为窝藏赃物、抗拒抓捕、毁灭罪证而使用暴力的，才能定抢劫罪。甲并非出于上述目的，因而不应认定为抢劫罪。在本案中，被害人并未发现罪犯的盗窃行为，并未反抗；甲也未在杀害被害人后再取得财物，故对甲的行为应以盗窃罪和故意杀人罪并罚，不能对甲定抢劫罪。

2. 甲、乙的行为系假想防卫。假想防卫视情况成立过失犯罪或意外事件。在本案中，甲、乙在程某明确告知是警察的情况下，仍然对被害人使用暴力，主观上有过失。但是，过失行为只有在造成重伤结果的场合，才构成犯罪。甲、乙仅造成轻伤结果，因此，对于事实二，甲、乙均无罪。

3. 在被告人高速驾车走蛇形和被害人重伤之间，介入被害人的过失行为（如对车速的控制不当等）。谢某的重伤与甲乙的行为之间，仅有条件关系，从规范判断的角度看，是谢某自己驾驶的汽车对乙车追尾所造成，该结果不应当由甲、乙负责。

4. ①丁没有在丙和法官刘某之间牵线搭桥，没有促成行贿受贿事实的介绍行为，不构成介绍贿赂罪。

②丁接受丙的委托，帮助丙实施行贿行为，构成行贿罪（未遂）共犯。

③丁客观上并未索取或者收受他人财物，主观上并无收受财物的意思，不构成利用影响力受贿罪。

5. （1）构成。理由：①丁将代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还，完全符合侵占罪的犯罪构成。②无论丙对 10 万元是否具有返还请求权，10 万元都不属于丁的财物，因此该财物属于“他人财物”。③虽然民法不保护非法的委托关系，但刑法的目的不是确认财产的所有权，而是打击侵犯财产的犯罪行为，如果不处罚侵占代为保管的非法财物的行为，将可能使大批侵占赃款、赃物的行为无罪化，这并不合适。

（2）不构成。理由：①10 万元为贿赂款，丙没有返还请求权，该财物已经不属于丙，因此，丁没有侵占“他人的财物”。②该财产在丁的实际控制下，不能认为其已经属于国家财产，故该财产不属于代为保管的“他人财物”。据此，不能认为丁虽未侵占丙的财物但侵占了国家财产。③如认定为侵占罪，会得出民法上丙没有返还请求权，但刑法上认为其有返还请求权的结论，刑法和民法对相同问题会得出不同结论，法秩序的统一性会受到破坏。

2012 二、（本题 22 分）参考答案：

1. 村长构成非国家工作人员受贿罪，黄某、李某构成对非国家工作人员行贿罪。出租荒山是村民自治组织事务，不是接受乡镇政府从事公共管理活动，村长此时不具有国家工作人员身份，不构成受贿罪。

2. 赵某父亲与赵某构成受贿罪共犯。赵某父亲不成立利用影响力受贿罪。因为只有在离退休人员利用过去的职务便利收受财物，且与国家工作人员没有共犯关系的场合，才有构成利用影响力受贿罪的余地。

3. 伙同他人贪污的，以共犯论。黄某、李某取得补偿款的行为构成贪污罪，二人是贪污罪共犯。因为二人共同利用了黄某的职务便利骗取公共财物。二人要对共同贪污的犯罪数额负责，犯罪数额都是 50 万元，而不能按照各自最终分得的赃物确定犯罪数额。

4. 陈某构成盗窃罪的教唆犯，属于教唆未遂。李某构成故意毁坏财物罪。李某虽然接受盗窃教唆，但并未按照陈某的教唆造成危害后果，对汽车玻璃被砸坏这一结果，属于超过共同故意之外的行为，由李某自己负责。

5. 邢某不构成不作为的放火罪。虽然法律明文规定发现火情时，任何人都有报警的义务，但是，报警义务不等于救助义务，同时，仅在行为人创设了危险或者具有保护、救助法益的义务时，其他法律、法规规定的义务，才能构成刑法上的不作为的义务来源。本案中火情是黄某造成的，邢某仅是偶然路过，其并未创设火灾的危险，因此邢某并无刑法上的作为义务，不构成不作为的放火罪。

6. 黄某放火与范某死亡之间，介入了被害人范某的行为。

肯定因果关系的大致理由：（1）根据条件说，可以认为放火行为和死亡之间具有“无 A 就无 B”的条件关系；（2）被害人在当时情况下，来不及精确判断返回住宅取财的危险性；（3）被害人在当时情况下，返回住宅取财符合常理。

否定因果关系的大致理由：（1）根据相当因果关系说，放火和被害人死亡之间不具有相当性；（2）被告人实施的放火行为并未烧死范某，范某为抢救数额有限的财物返回高度危险的场所，违反常理；（3）被害人是精神正常的成年人，对自己行为的后果非常清楚，因此要对自己的选择负责；（4）被害人试图保护的法益价值有限。只有甲对乙的住宅放火，如乙为了抢救婴儿而进入住宅内被烧死的，才能肯定放火行为和死亡后果之间的因果关系。

2011 二、（本题 22 分）参考答案：

1. 对事实一应认定为信用卡诈骗罪。因为以虚假身份证明骗领信用卡触犯了妨害信用卡管理罪，使用以虚假的身份证明骗领的信用卡，数额较大，构成信用卡诈骗罪，二者具有手段行为与目的行为的牵连关系，从一重罪论处，应认定为信用卡诈骗罪。

2. 对事实二应认定为故意杀人罪。因为长时间勒住被害人的脖子，不仅表明其行为是杀人行为，而且表明行为人具有杀人故意。

3. 对事实三主要存在两种处理意见：其一，如认为死者仍然占有其财物的，事实三成立盗窃罪；其二，如认为死者不可占有其财物的，事实三成立侵占罪。

4. 事实四成立敲诈勒索罪（未遂）与诈骗罪（未遂）的竞合。因为陈某的行为同时符合二罪的犯罪构成，属于想象竞合。陈某对赵某实行威胁，意图索取财物未果，构成敲诈勒索罪（未遂）；陈某隐瞒李某死亡的事实，意图骗取财物未果，构成诈骗罪（未遂）。由于只有一个行为，故从一重罪论处。

5. 事实五对故意杀人罪与敲诈勒索罪或诈骗罪成立自首。因为走投无路而投案的，属于自动投案，不影响自首的成立。

6. 事实六不构成立功。因为根据《刑法》规定，陈某提供的犯罪线索虽属实，但是其以前查办犯罪活动中掌握的，故不构成立功。

2010 二、（本题 22 分）参考答案：

1. 赵某将钱某的 9 万元存款划转到自己账户的行为，成立盗窃罪。在我国，存款属于盗窃罪的对象，赵某的行为完全符合盗窃罪的构成要件，而且是盗窃既遂。

2. 赵某致钱某死亡的行为，在刑法理论上称为事前的故意。刑法理论对这种情况有以下处理意见：（1）第一行为即勒颈部、捂口鼻的行为成立故意杀人未遂，第二行为即将钱某“尸体”缚重扔入河中的行为成立过失致人死亡罪；（2）如果在实施第二行为时对死亡有间接故意（或未必的故意），则成立一个故意杀人既遂；否则成立故意杀人未遂与过失致人死亡罪；（3）将两个行为视为一个行为，将支配行为的故意视为概括的故意，认定为一个故意杀人既遂；（4）将两个行为视为一体，作为对因果关系的认识错误来处理，只要存在相当的因果关系，就认定为一个故意杀人既遂。应当认为，第一行为与结果之间的因果关系并未中断，而且客观发生的结果与行为人意欲发生的结果完全一致，故应肯定赵某的行为成立故意杀人既遂。

3. 赵某向孙某勒索 20 万元的行为是敲诈勒索罪与诈骗罪的想象竞合犯。一方面，赵某实施了胁迫行为，孙某产生了恐惧心理，并交付了财物。所以，赵某的行为触犯了敲诈勒索

罪；另一方面，钱某已经死亡，赵某的行为具有欺骗性质，孙某产生了认识错误；如果孙某知道真相就不会受骗、不会将 20 万元交付给赵某。因此，赵某的行为也触犯了诈骗罪。但是，由于只有一个行为，故成立想象竞合犯，从一重罪论处。

4. 赵某的行为成立自首。虽然相关司法解释规定，“犯罪嫌疑人自动投案后又逃跑的，不能认定为自首”，但这是针对后来不再投案自首而言。在本案中，虽然可以根据司法解释否认赵某的前一次投案成立自首，但不能否认后一次自动投案与如实交待成立自首。

5. 孙某的行为虽然属于挪用公款，但不成立挪用公款罪。因为孙某虽然将公款挪用给个人使用，但并没有超过三个月未还。

2009 二、（本题 22 分）参考答案：

1、关于甲的行为定性

甲在着手盗窃丙的保险柜过程中，因罪行败露而实施杀害丙的行为，甲的犯罪目的是取得财物，根据《刑法》第二百六十九条的规定，其杀人行为属于盗窃过程中为“抗拒抓捕”而对被害人使用暴力，应当成立抢劫罪。根据《刑法》第二百六十三条的规定，甲的行为属于抢劫致人死亡，成立抢劫罪的结果加重犯，应适用升格的法定刑。

甲的杀人、抢劫行为，都与乙无关，甲乙之间没有共同故意和共同行为，根据《刑法》第二十五条的规定，不成立共犯；甲将丙的储蓄卡和身份证给乙，不构成盗窃罪的教唆犯。甲两天后回到丙家，打开保险柜试图窃取丙的钱财的行为，属于抢劫罪中取财行为的一部分，不单独构成盗窃罪。

根据最高法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条的规定，只有在案发后没有受到讯问、未被采取强制措施，自动投案如实供述自己的罪行的，才能成立自首。本案中，甲被公安机关采取强制措施后逃跑再归案的，即便如实供述也不能成立自首。

2、关于乙的行为定性

乙事先的提议甲并未接受，当时没有达成合意，二人没有共同犯罪故意。甲的抢劫行为属于临时起意，系单独犯罪，不能认为乙的行为构成教唆犯。乙不成立教唆犯，当然就不能对乙的行为适用《刑法》第二十九条第二款。在甲实施抢劫行为之时，乙已经离开现场，与甲之间没有共犯关系，乙没有帮助故意，也缺乏帮助行为，不成立帮助犯。

甲套问乙打开保险柜的方法，将丙的储蓄卡、身份证交乙保管时，均未告知乙实情，乙缺乏传授犯罪方法罪，掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的故意。乙去商场购物的行为，根据《刑法》第一百九十六条的规定，属于冒用他人信用卡，构成信用卡诈骗罪。

【主要参考法律规定】《刑法》第二十五条、第二十九条、第六十七条、第一百九十六条、第二百六十三条、第二百六十九条，《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》第一条，《最高人民法院关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》

2008 二、（本题 20 分）参考答案：

1. 徐某与顾某构成贪污罪，而不构成私分国有资产罪。本案不符合以单位名义集体私分的特征，而是采取隐瞒的方式将公款予以非法占有，符合贪污罪的特征。
2. 徐某与顾某应对 100 万元的贪污总数额负责，而不是只对个人所得部分负责；此外，用于行贿的 1 万元也应计入贪污数额。
3. 徐某与顾某贪污 100 万元属于未遂，因为公司产权尚未过户，但贪污 1 万元属于既遂。
4. 给周某送的 1 万元属于个人行贿，因为不是为单位谋取不正当利益。
5. 周某构成提供虚假证明文件罪，不应与非国家工作人员受贿罪实行并罚。
6. 周某构成徐某与顾某犯罪的共犯，属于提供虚假证明文件罪与贪污共犯的想象竞合。

2008 延考 二、（本题 20 分）参考答案：

王某的行为构成投放危险物质罪而不是正当防卫，因为不符合正当防卫的构成条件。

李某的行为分别触犯了过失致人死亡罪和过失致人重伤罪。

李某触犯的过失致人死亡罪和过失致人重伤罪不构成数罪，属于想象竞合犯。

李某触犯的数个罪名应从一重罪处断，即按照过失致人死亡罪论处。

赵某的行为不构成犯罪，其行为属于意外事件。

2007 二、（本题 22 分）参考答案：

- 1、构成抢劫罪而非绑架罪，因为陈某是直接向赵某索取财物，而非向第三者索取财物。
- 2、构成非法拘禁罪，因为高某并无绑架的故意，而以为是索要债务。
- 3、构成共同犯罪。因为根据部分犯罪共同说，陈某的抢劫罪与高某的非法拘禁罪之间成立共同犯罪。
- 4、不另外构成敲诈勒索罪，因为高某的行为属于拘禁他人之后，索取债务的行为，缺乏非法占有的目的。
- 5、不另定故意杀人罪，因为陈某的故意杀人行为包含在抢劫罪当中。

- 6、不负刑事责任，因为陈某的杀人行为超出了高某的故意范围。
- 7、成立自首与重大立功，因为被检举人有可能被判处无期徒刑以上的刑罚。

刑诉卷四历年真题（07-17）

2017 三、（本题 21 分）参考答案：

1. （1）未生效。二审判决应当在宣告以后才生效，本案二审判决始终未向被告人李某宣告，也未向李某送达判决书，裁判文书网上发布判决书也不能等同于向李某宣告判决，李某始终不知道判决的内容，因此本案二审程序未完成宣告，判决未生效。

（2）一审裁判的生效时间为裁判送达后次日开始计算上诉、抗诉期限，经过上诉、抗诉期限未上诉、抗诉的一审裁判才生效。由于我国实行二审终审制，普通案件二审裁判为终审裁判，但需要送达后始生效，即二审当庭宣判或定期宣判送达裁判文书后发生法律效力。

2. （1）当事人及其法定代理人、近亲属首先应当向 S 市检察院提出，案情重大、复杂、疑难的，省检察院也可以直接受理。（2）当事人一方对 S 市检决定不予抗诉而继续向省检察院申诉的，省检察院应当受理，经省市两级检察院办理后，没有新的事实和证据不再立案复查。（3）S 市检认为判决裁定确有错误需要抗诉的，应当提请省检抗诉。（4）省检认为判决裁定确有错误可以直接向省高院抗诉。

3. （1）经审理能够查清事实的，应当在查清事实后依法裁判；（2）经审理仍无法查清事实，证据不足的，不能认定原审被告人无罪的，应当判决宣告原审被告人无罪；（3）经审理发现有新证据且超过刑诉法规定的指令再审期限的，可以裁定撤销原判，发回原审法院重新审判。

4. 省高级法院既可以提审也可以指令下级法院再审。（1）提审由省高院组成合议庭，所作出判决裁定为终审判决裁定；提审的案件应当是原判决裁定认定事实正确但适用法律错误，或者案件疑难、复杂、重大，或者不宜由原审法院审理的情形。（2）省法院指令再审一般应当指令 S 市中院以外的中级法院再审，依照第二审程序进行；如果更有利于查明案件事实、纠正裁判错误，也可以指令 S 市中院再审，S 市中院应当另行组成合议庭，依照二审程序进行。

5. 法院可以根据具体情况，既可以作有罪判决也可以作无罪判决。（1）本案系审判监督程序的案件，法庭审理的对象是生效的法院判决裁定是否有错误，判决有罪无罪的依据是案件事实、证据及适用的法律是否确有错误。（2）检察机关的抗诉是引起再审程序的缘由，其请求改判无罪已经不是控诉的含义，也不是控方，不存在控辩双方意见一致的情形。

2016 三、（本题 22 分）参考答案：

1. M 国警方移交的证据可以作为认定被告人有罪的证据。

我国刑事诉讼法规定我国司法机关可以进行刑事司法协助，警方赴 M 国请求该国警方抓捕、取证属于司法协助的范围，我国法院对境外证据认可其证据效力，本案司法协助程序符合规范，符合办理刑事案件程序规定。

人民法院对来自境外的证据材料，应当对材料来源、提供人、提供时间以及提取人、提取时间等进行审查。经审查，能够证明案件事实符合《刑事诉讼法》规定的，可以作为证据使用。但提供人或者我国与有关国家签订的双边条约对材料的使用范围有明确限制的除外；材料来源不明或者真实性无法确认的，不得作为定案的证据。

2. 不正确。按照《刑事诉讼法》的规定，庭前会议就非法证据等问题只是了解情况，听取意见，不能做出决定。

3. 不正确。本案第二审法院基于原审法院认定的一包甲基苯丙胺数量不明，以事实不清发回重审，重审中检察机关明确为 2.3 克，只是补充说明不是补充起诉。补充起诉是在法院宣告判决前检察机关发现有遗漏的同案犯罪嫌疑人或者罪行可以一并起诉和审理的。

4. 违反上诉不加刑。第二审人民法院发回原审人民法院重新审理的案件，除有新的犯罪事实，人民检察院补充起诉的以外，原审人民法院不得加重被告人的刑罚。本案补充说明一包重量 2.3 克是原有的指控内容，不是新增加的犯罪事实。

5. (1) 组成合议庭不开庭审理，但应当讯问被告人、听取辩护人、诉讼代理人意见。

(2) 鉴于本案系发回重审后的上诉审，第二审法院不得以事实不清再发回原审法院重新审理。(3) 如果认为原判认定事实和适用法律正确、量刑适当，应当裁定驳回上诉，维持原判；如果认为原判适用法律有错误或量刑不当，应当改判，但受上诉不加刑限制。(4) 第二审人民法院应当在二个月以内审结。

2015 七、（本题 26 分） 略

2014 三、（本题 22 分） 参考答案：

1. (1) 实施了危害公共安全或者严重危害公民人身安全的暴力行为。(2) 经法定程序鉴定属依法不负刑事责任的精神病人。(3) 有继续危害社会的可能。

2. 《刑事诉讼法》规定了一审程序被强制医疗的人、被害人及其法定代理人、近亲属对强制医疗决定不服的，可以向上一级法院申请复议，没有明确二审程序是否可以申请复议。从理论上讲，二审是终审程序，当事人不能再上诉，只能通过审判监督程序予以纠正。但按

照我国刑事诉讼法关于审判监督程序的规定，只有法院的判决、裁定才可以申诉，不包括决定。因此，如果中级法院的强制医疗决定不允许复议，必将剥夺当事人的救济权。故刑法第287条规定的被决定强制医疗的人、被害人及其法定代理人、近亲属对强制医疗不服的，可以向上一级法院申请复议，应作广义理解，既包括一审也包括二审，使得当事人的救济权利得以保障。

3. 不合法。按照刑事诉讼法和有关司法解释的规定，丁区法院有下列违法行为：（1）审理强制医疗应当组成合议庭进行；（2）本案被告人系成年人，所犯抢劫罪不属于不公开审理的案件；（3）审理强制医疗案件，应当通知段某的法定代理人到庭；（4）段某没有委托诉讼代理人，法院应当通知法律援助机构指派律师担任其法定代理人，为其提供法律援助。

4. 按照最高法院司法解释160条关于法院认定公诉案件被告人的行为不构成犯罪，对已经提起的附带民事诉讼，经调解不能达成协议的，应当一并作出附带民事诉讼判决的精神，丁区法院应当就民事赔偿进行调解。调解不成，判决宣告被告人段某不负刑事责任，并在判决中就附带的民事赔偿一并处理，同时做出对被告人段某强制医疗的决定。

2013 三、（本题 22 分）参考答案：

1. 不正确。①技术侦查措施只能在立案后采取。②采取技术侦查措施必须履行严格的批准手续。③检察机关不能实施技术侦查措施，必须交有关机关执行。

2. ①技术侦查措施的使用主体只能是公安机关和国家安全机关。②适用范围：公安机关在立案后，对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品犯罪或者其他严重危害社会的犯罪案件可以采取技术侦查措施；检察机关在立案后，对于重大的贪污、贿赂犯罪案件以及利用职权实施的严重侵犯公民人身权利的重大犯罪案件，可以采取技术侦查措施；追捕被通缉或者批准、决定逮捕的在逃的犯罪嫌疑人、被告人，可以采取必要的技术侦查措施。③适用程序上，技术侦查措施由公安机关、国家安全机关、人民检察院决定，由公安机关、国家安全机关执行；采取技术侦查措施，必须严格经过严格的批准手续；有关机关必须严格按照批准的措施种类、适用对象和期限执行。

3. 正确。符合逮捕条件，因为案件的特殊情况或者办理案件的需要，办案机关可以采取监视居住措施。指定居所监视居住适用于无固定住处的，以及涉嫌危害国家安全罪等三类案件，本案李某虽然不符合三类案件，但他没有固定住处，符合指定居所监视居住规定。

4. ①人民法院应当在开庭前及时将申请书及相关线索、材料的复制件送交人民检察院；②人民法院经审查，对证据收集的合法性有疑问的，应当召开庭前会议就非法证据排除等问

题了解情况，听取意见。人民检察院可以通过出示有关证据材料等方式，对证据收集的合法性加以说明；③庭审对非法证据的调查，可以在当事人及辩护人提出排除非法证据的申请后进行，也可以在法庭调查结束前一并进行；④调查程序主要是由公诉人出示、宣读、播放有关证据材料，提请法庭通知有关侦查人员或者其他有关人员出庭说明情况，证明证据收集的合法性；⑤人民法院对证据收集的合法性进行调查后，应当将调查结论告知公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人。

2012 七、（本题 28 分） 略

2011 三、（本题 22 分） 参考答案：

1. 不正确。因为根据《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》，法庭应当启动对证据是否为非法取得的调查程序。本案被告人均称供述系刑讯逼供所得，辩护人提出了排除非法证据的请求，并有一定证据支持，法院在公诉人没有证据支持的情况下，不做调查即采纳公诉人的解释，是不正确的。

2. 根据《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》，法庭应进行如下调查：

（1）应要求公诉人向法庭提供讯问笔录、原始的讯问过程录音录像或者其他证据，提请法庭通知讯问时其他在场人员或者其他证人出庭作证。（2）仍不能排除刑讯逼供嫌疑的，公诉人应提请法庭通知本案讯问人员出庭作证。（3）公诉人当庭不能举证的，可以建议延期审理。（4）控辩双方可以就被告人供述的合法性进行质证、辩论。（5）对被告人供述的合法性，如果公诉人不提供证据加以证明，或者已提供的证据不够确实、充分的，该供述不能作为定案根据。

3. 没有。因为根据《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》，共同犯罪案件中，被告人的地位、作用必须均已查清，是证据确实、充分的基本要素。本案仅根据同案犯朱某供述即认定尤某为策划指挥者，无其他证据印证。

4. 不能。因为根据《刑事诉讼法》和《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》，认定有罪，必须证据确实充分。法庭认定何某犯罪的证据中，朱某、尤某在侦查中的供述笔录尚未排除刑讯逼供可能；被害人陈述笔录和车辆被盗时的报案材料只能证明车辆被盗，不能证明谁是盗车者；监控录像只证明朱某、尤某实施了其中一起犯罪；何某辩护人提供的犯罪时何某不在现场的 4 份证据，法庭没有查明其真伪。因此，现有证据没有排除何某没有犯罪的可能性，不能得出唯一的结论，认定何某犯罪的证据不确实充分。

5. (1) 判断证据是否具有关联性的依据主要是：第一，该证据是否用来证明本案的争点问题，与案件证明对象之间是否存在客观联系；第二，该证据是否能够起到证明的作用，即是否具有对案件事实的证明价值。

(2) 不适当。因为这些材料与案件证明对象之间存在客观联系，指向何某是否有罪的争点问题；另外，这些材料具有证明案件事实的证明价值，能够实际起到使指控的犯罪事实更无可能的证明作用。

2010 三、（本题 21 分）参考答案（要点）：

1. 判断。不能认定张某收受贿赂。

2. 依据。刑事诉讼法第 162 条、最高法院司法解释第 52 条、第 176 条规定的证明标准。刑事诉讼证明理论关于“案件事实清楚，证据确实、充分”的阐述，具体是指：（1）据以定罪的每个证据都已查证属实；（2）证据与案件事实存在客观联系；（3）犯罪事实各部分有相应证据证明；（4）全案证据排除了其他可能性，得出的结论唯一。

3. 分析。——从犯罪行为是否存在角度看，在证明张某收受两笔款项问题上，均为“一对一”证据，既没有足够证据证明他没有收受贿赂，也没有足够证据证明他收受了贿赂。——从本案涉案人员情况看，石某、杨某均为本案利害关系人，有可能为了推脱罪责陷害张某。现有证据不足以排除这种可能性。

4. 处理。本案证据在证明张某收受这两笔钱这一关键问题上没有排除其他可能性，应当作出证据不足，指控的犯罪不能成立的无罪判决。

2009 三、（本题 21 分）参考答案：

1. (1) 对杨某来说，中级法院在上诉、抗诉期满后三日内报请高级法院复核。高级法院同意判处死刑的，应当依法作出裁定后，报请最高法院核准；不同意判处死刑的，应当提审或发回重新审判。

(2) 对董某来说，中级法院在上诉、抗诉期满后应当报请高级法院核准。高级法院同意判处死刑缓期二年执行的，应当裁定予以核准；认为原判事实不清、证据不足的，应当裁定发回原中级法院重新审判；认为原判量刑过重的应当依法改判。

(3) 对樊某来说，中级法院在上诉、抗诉期满后应当交付执行。

2. 高级法院应按二审程序对杨某、董某的一审判决进行审查。理由是：杨某和董某、樊某系共同犯罪，一审法院进行了全案审理一并判决，根据《刑事诉讼法》的规定，共同犯罪的案件只有部分被告人上诉的，二审法院应当对全案进行审查，一并处理。

3. 高级法院应按死刑复核程序处理对杨某、董某的一审判决。理由是：对刑事附带民事案件，其刑事部分与民事部分可以独立提出上诉，按最高法院的解释，如果只对民事部分提出上诉，其效力不影响刑事部分的效力，高级法院对杨某、董某的死刑判决不适用二审程序，而应按死刑复核程序处理。

4. 下级法院应当停止执行，并且立即报告最高法院，由最高法院作出裁定。

【主要参考法律规定】《刑事诉讼法》第一百八十六条、第二百零八条、第二百一十一条，《最高人民法院关于执行〈刑事诉讼法〉若干问题的解释》第二百六十二条、第二百七十五条第一项、第二百七十八条、第二百八十七条，《最高人民法院关于适用停止执行死刑程序有关问题的规定》

2008 三、（本题 20 分）参考答案：

1. 第二审人民法院应当在二审判决中一并改判。

2. 第二审人民法院应当对民事部分按审判监督程序予以纠正。

3. 第二审人民法院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。

4. 第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求或者反诉进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。

5. 人民法院经审查认为不符合提起附带民事诉讼条件规定的，应当裁定驳回起诉。

6. （1）调解应当在自愿合法的基础上进行，经调解达成协议的，审判人员应当及时制作调解书，调解书经双方当事人签收后即发生法律效力。（2）调解达成协议并当庭执行完毕的，可以不制作调解书，但应记入笔录，经双方当事人 审判人员 书记员签名或盖章即发生法律效力。（3）经调解无法达成协议或者调解书签收前当事人反悔的，附带民事诉讼应当同刑事诉讼一并判决。

2008 延考 三、（本题 20 分）三、参考答案：

1. 侦查人员组织李某和许某同时辨认，违反了个别辨认规则。

2. 侦查人员组织三犯罪嫌疑人仅对涉案票据辨认，违反了混合辨认规则。

3. 侦查人员组织杨某的辨认, 采取言语威胁手段, 违反法律规定。
4. 侦查人员以授权委托书上没有杨某的签名而拒绝律师会见是错误的。根据六部门规定, 在侦查阶段犯罪嫌疑人聘请律师的, 可以自己聘请, 也可以由其家属代为聘请。
5. 法庭审理中发现杨某涉嫌收受贿赂, 应当由检察院追加起诉, 而不应当直接审理。
6. 公诉词只能是对起诉书的补充与解释, 不能超出起诉书中所作指控。
7. 一审审判长在休庭后调取的新证据并没有在开庭的情况下将其作为证据, 违反了证据必须经过当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实后才能作为定案根据的规定。
8. 县人民法院指派刑庭庭长赵某担任审判长与原审的人民陪审员毛某、苗某组成合议庭重新审理此案, 违反了关于原审人民法院对于发回重新审判的案件应当另行组成合议庭进行审判的规定。

2007 三、(本题 20 分) 参考答案:

- 1、公诉人对被告人甲、乙同时讯问违反了分别进行讯问的原则。
- 2、附带民事诉讼原告不能就有关犯罪事实向被告人发问。
- 3、戊作为证人不能旁听案件的审理。
- 4、戊作为控方证人, 控辩双方向其发问的顺序错误, 应当先由要求传唤的一方进行发问。
- 5、公诉人在庭审中发现有漏罪的只能追加起诉, 不能撤回起诉。变更、追加、撤回起诉应当报经检察长或检察委员会决定, 并以书面方式向人民法院提出, 公诉人不能当庭迳行决定。
- 6、法院对检察机关撤回起诉的要求应以裁定而不能以决定的方式作出。
- 7、审理部分被告人上诉的案件, 应当对全案进行审查, 包括甲、乙罪刑及附带民事诉讼部分的审查。

2006 四、(本题 26 分)

1. 甲开走他人面包车的行为构成盗窃罪, 即使面包车没有锁, 但根据社会的一般观念, 该车属于他人占有的财物, 而非遗忘物。
2. 甲对乙的行为构成抢劫罪, 甲虽然开始打算实施抢夺, 但在乙抓住车门不放时, 甲加速行驶的行为已经属于暴力行为, 因而不是转化型抢劫, 而应直接认定为抢劫罪, 而且属于抢劫罪的结果加重犯。

3. 甲对男生的行为构成拐骗儿童罪而不构成拐卖儿童罪。表面上看甲以儿童换取了商品，但这种行为并非属于出卖儿童，商店老板也没有收买儿童的意思。

4. 甲对商店老板的行为构成诈骗罪。

5. 丙、丁对甲的行为构成刑讯逼供罪。

6. 根据最高人民法院、最高人民检察院的有关司法解释关于非法证据排除规则的规定，虽然甲翻供，但对于甲盗窃面包车、抢劫乙的巨额财物的犯罪行为仍可认定，但拐骗儿童罪、诈骗罪只有口供，没有其他证据证明，因而不能成立。

7. 因拐骗儿童罪、诈骗罪不能认定，甲的特别自首也不成立。

民法卷四历年真题（06-17）

2017 四、（本题 22 分）参考答案：

1. 答案一：本案应按照民间借贷法律关系作出认定和处理。理由是：根据民间借贷司法解释第 24 条第 1 款，当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保，借款到期后借款人不能还款，出借人请求履行买卖合同的，人民法院应当按照民间借贷法律关系审理，并向当事人释明变更诉讼请求；当事人拒绝变更的，人民法院裁定驳回起诉。民间借贷司法解释第 24 条第 2 款，根据按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后，借款人不履行生效判决确定的金钱债务，出借人可以申请拍卖买卖合同标的物，以偿还债务；就拍卖所得的价款与应偿还借款本息之间的差额，借款人或者出借人有权主张返还或补偿。

答案二：应当按照抵押合同处理。根据民法总则第 146 条第 1 款“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效”，认定买卖合同无效；进而，又根据民法总则第 146 条第 2 款“以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，按照有关法律规定处理”，认定隐藏的行为为抵押合同，应当按照抵押合同处理。

2. 甲仅于 S 企业财产不足以清偿债务时以个人其他财产予以清偿；根据个人独资企业法第 31 条的规定，“个人独资企业财产不足以清偿债务的，投资人应当以其个人的其他财产予以清偿”。丁应承担连带保证责任；根据担保法第 19 条的规定，未约定保证责任形式的按照连带责任保证承担责任。戊不承担责任，其质权因丧失占有而消灭。

3. 合同有效，庚知情并不影响合同效力。庚已取得所有权，甲系有权处分，庚因登记取得所有权。

4. 甲有权收取。甲为有权占有，租赁合同有效，甲可收取房屋法定孳息。

5. 应由甲承担。根据合同法第 142 条的规定，除非当事人另有约定，标的物风险自交付时起转移。

6. 庚享有请求权。根据保险法第 49 条第 1 款的规定，保险标的转让的，保险标的的受让人承继被保险人的权利和义务。

2016 四、（本题 22 分）参考答案：

1. 有效。因为我国物权法虽然没有规定这种让与担保方式，但并无禁止性规定。通过合同约定，再转移所有权的方式达到担保目的，是不违反法律的，也符合合同自由、鼓励交易的立法目的。

对于乙对汽车享有什么权利，答案一：乙享有的不是所有权，而是以所有权人的名义享有担保权。

答案二：由于办理了过户登记手续，乙享有所有权。

2. 不能成立。答案一：乙对汽车享有所有权，其有权处分该汽车。没有导致合同无效的其他因素。

答案二：虽然乙将汽车出卖给丙公司的行为属于无权处分，对甲也是违约行为，但无权处分不影响合同效力，法律并不要求出卖人在订立买卖合同时对标的物享有所有权或者处分权。

3. 有法律依据。因根据物权法的规定，汽车属于特殊动产，交付即转移所有权，登记只是产生对外的效力，不登记不具有对抗第三人的效力。本案中因为汽车已经交付，丙公司已取得汽车所有权。

4. 有效，因为尽管丁不享有所有权或处分权，但是并不影响租赁合同效力。其所得的租金属于不当得利。

5. 己公司无权扣留汽车并享有留置权。《物权法》第 231 条规定，债权人留置的动产与债权应该属于同一法律关系。而在本案中， 债权与汽车无牵连关系。

6. 辛有权向戊、己公司、庚请求赔偿，因为戊系承租人，系汽车的使用权人；庚是己公司的雇员，庚的行为属于职务行为，己应当承担雇用人（或雇主）责任；庚系肇事人（或者答直接侵权行为人）。

7. 丙公司与乙之间的财产诉讼应该由破产案件受理的人民法院管辖。法院受理丙公司破产申请后，乙应当申报债权，如果对于债权有争议，可以向受理破产申请的人民法院提起诉讼，但不能按照民事诉讼程序申请执行。

2015 三、（本题 21 分）参考答案：

1. 不能。理由是预约虽是合同，其目的在于订立主合同。按照最高法院买卖合同纠纷案件适用法律问题的司法解释，当事人签订认购书、备忘录等预约合同，约定将来订立买卖合同，一方不履行的，对方可请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿。但是，法院不能强制当事人签订正式合同。乙可以按照《合同法》第 113 条请求赔偿，也可以根据第 94 条请求解除合同并请求赔偿。

2. 甲应对丙承担违约责任。甲应说明买卖标的物上有负担的事实而未说明，违反了法律规定的义务，在合同有效的情况下，应该纳入到违约责任中。

3. 按照我国《物权法》第 21 条的规定, 预告登记后, 甲再处分房屋的, 不产生物权效力。即乙对房屋的交付请求权具有物权性优先权, 可以对抗所有的未登记的购买人。

4. 预告登记后, 甲与第三人签订的房屋买卖合同有效, 只是不产生物权变动的效力, 如果甲不履行, 将对第三人承担违约责任。

5. 如果甲不履行合同义务, 乙可以选择实现抵押权或者向保证人丁主张保证责任。无论丁还是丙履行担保责任后, 都有权向甲追偿。(或: 丁、丙可向甲追偿, 也可以要求对方(丁或者丙)承担一半的份额)

6. 不得主张无效。即使没有处分权, 也不影响合同效力。不可以主张房屋登记过户为无效, 对于善意的乙不得主张无效。

7. 不成立。由于双方为夫妻共同财产制, 夫妻关系存续是诉讼时效期间中止的法定事由。

2014 四、(本题 22 分) 参考答案:

1. 甲、丙基于合法有效的买卖合同于 2 月 11 日办理了过户登记手续, 即完成了不动产物权的公示行为。

不动产物权发生变动, 即由原所有权人甲变更为丙。

2. 甲、丙之间于 2 月 8 日形成的房屋买卖合同, 该合同为有效合同。

尽管甲已就该房与乙签订了合同, 但甲丙的行为不属于违背公序良俗的行为, 也不违反法律、行政法规的强制性规定, 不存在无效的因素。

丙的行为仅为单纯的知情, 甲、丙之间的合同不属于恶意串通行为, 因其不以损害乙的权利为目的。

3. 2 月 12 日, 甲、乙之间修改合同的行为, 该行为有效, 其性质属于双方变更合同。双方受变更后的合同的约束。

4. 乙与甲通过协商变更了合同, 且甲、丙之间的合同有效且已经办理了物权变动的手续, 故乙关于确认甲、丙之间合同无效、由甲交付 01 号房的请求不能得到支持。

但是, 乙可以请求甲承担违约责任, 乙同意变更合同不等于放弃追索甲在 01 号房屋买卖合同项下的违约责任。

5. 乙可请求解除合同, 甲应将收受的购房款本金及其利息返还给乙。因政策限购属于当事人无法预见的情形, 且合同出现了履行不能的情形, 乙有权解除合同, 且无须承担责任。

6. 应当由丙和 A 公司承担。

张某是受雇人, 其执行职务的行为, 由 A 公司承担侵权赔偿责任。

丙聘请没有装修资质的 A 公司进屋装修，具有过错，也应对丁的损失承担赔偿责任。

7. B 公司承担。

李某维修行为，构成表见代理，其行为后果由 B 公司承担（合同上的赔偿责任）。或者李某虽然离职，但经维修处负责人指派，仍为执行工作任务，应由 B 公司承担（侵权责任）。

2013 四、（本题 22 分）参考答案：

1. 李某（次承租人）可以请求代张某（承租人）支付其欠付王某（出租人）的租金和违约金，以抗辩王某的合同解除权。

2. 由张某（出租人）承担。因为张某（出租人）有提供热水（热水器）的义务，张某违反该义务，致李某损失，应由张某承担赔偿责任。

3. 可以（是）。张某承担。因为张某（出租人）作为出租人应当按照约定将租赁物交付承租人、应当履行租赁物的维修义务；张某有保持租赁物符合约定用途的义务。

4. 由李某承担。因为李某（承租人）经张某（出租人）同意装饰装修，但未就费用负担作特别约定，故承租人不得请求出租人补偿费用。

5. 否（李某或张某均不应当承担赔偿责任）。因为李某与黄某之间并无合同，李某不需承担违约损害赔偿责任；对于黄某的损失，李某亦无过错，不需承担侵权责任。故李某不应承担赔偿责任。张某与黄某之间并无合同，张某不需要承担违约损害赔偿责任；对于黄某的损失，张某并无过错，不需承担侵权责任。故张某不应承担赔偿责任。

6. 郝某不应当承担赔偿责任。B 公司应当承担赔偿责任。因为郝某是 B 公司的工作人员，执行 B 公司的工作任务，故不需承担侵权责任。因热水器是缺陷产品，缺陷产品造成损害，被侵权人（黄某）既可向产品的生产者请求赔偿，也可向产品的销售者请求赔偿。故 B 公司需承担侵权责任。

7. 李某不应承担赔偿责任，B 公司应承担赔偿责任。因为李某对衣物受损并无过错。缺陷产品的侵权责任，由生产者或销售者承担，故 B 公司应对李某衣物受损承担侵权责任。

2012 三、（本题 22 分）参考答案：

1. 甲持卡在丙处消费，由乙向丙付款，这是一种无名合同关系，参照委托合同的规定处理。甲应依其消费金额向乙还款，甲乙之间还形成借款合同法律关系（或形成还款关系）。

丙负有接受符合条件的持卡人的消费，即丙受乙的委托向第三人（消费者）为给付，有与第三人订立合同的义务，这是一种类似于委托的关系（或无名合同关系）。乙在丙完成对第三人的给付之后，丙有要求乙付款的权利。

甲与丙之间构成买卖合同关系。

2. 甲在丙处的消费的付款义务，由乙承担。这是就将来可确定的债务，甲与乙订立债务承担协议。而且是经债权人同意的免责的债务承担，即免责的由乙承担，丙不得向甲主张权利。

乙不可以甲不付款为理由拒绝向丙付款。因为甲与乙、乙与丙之间的债的关系是独立的，而且债务承担具有无因性。

3. 如果甲不向乙支付其消费的款项，乙可依甲乙之间的还款关系要求甲支付其所消费的款项及利息（违约责任）。

如果乙不向丙支付甲所消费的款项，丙可依乙丙之间的还款关系要求乙支付甲所消费的款项及利息（违约责任）。

4. 应当由乙主张权利。乙可以依据其与丙之间的委托关系对丙主张不履行合同的违约责任。因为在乙与丙之间的丙负有接受符合条件的持卡人的消费，即丙受乙的委托向第三人（消费者）为给付，有与第三人订立合同的义务。在这一合同关系中，甲不是其当事人。

5. 张某不构成违约。因为自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效。张某未向甲提供借款，借款合同未生效。

6. 乙可以就甲对丁的保险赔偿金和甲对戊的损害赔偿金主张优先受偿权。（或乙可以行使甲对丁的保险赔偿请求权、甲对戊的损害赔偿请求权）乙可以对戊行使基于抵押权的损害赔偿请求权。

7. 没有影响。因为在甲的铺面房设定抵押后，甲将保险赔偿请求权转让给己，基于抵押权的物权效力（或追及效力，或优先效力），不影响抵押权的效力。己的债权人庚向法院申请冻结该保险赔偿请求权，基于抵押权的优先性，不影响抵押权的效力。

2011 四、（本题 19 分）参考答案：

1. 成立。因为根据《物权法》规定，经当事人书面协议，乙公司可以现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品设定抵押，无须以登记为设立要件。

2. 不是。因为甲公司房产抵押与乙公司现有的及将有的生产设备等动产的抵押没有明确约定抵押份额，属于连带抵押。抵押权人（即银行）可以选择就任一财产实现抵押权。

3. 具有法律效力。因为在法院依据竞买结果制作裁决书后，甲公司将房产过户给了丙公司，丙公司是房产所有人。当事人对房产权属作的特别约定，不具有物权效力。但是该备忘录没有违背法律的强制性规定，具有债权效力，丙公司对甲公司负有合同义务，即依约履行将房产过户给甲公司的义务。

4. 有效。因为丙公司是房产所有权人，有权对房产进行处分，且就同一房产签订多份买卖合同，合同效力既不会仅因为房产没有过户而受影响，也不会仅因为是一物多卖而受影响。

5. 有权。因为丁公司可以行使不安抗辩权。虽然在甲公司、丙公司与丁公司签订的房产买卖合同中约定，丁公司应先交首付，甲公司后办理房产过户。但是，房产产权人丙公司在签约次日就和戊公司签订房产买卖合同。该行为已经明确表明，甲公司有无法履行交房义务的可能。作为先交首付款义务的丁方，有权行使不安抗辩权。

6. 无权。因为甲公司可以行使先履行抗辩权。甲公司办理房产过户手续的义务在后。丁公司享有不安抗辩权，可以拒绝履行自己的先给付义务，但是不能以不安抗辩权要求甲公司履行在后的义务。

7. 能。因为甲公司在合同订立半年内没有履行办理房产过户手续的义务，丁公司行使约定解除权的条件已经成就。

8. 不能。因为甲公司、丙公司与丁公司签订房产买卖合同中约定丙公司和甲公司对合同的履行承担连带责任。该约定属于当事人真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定和社会公共利益，具有法律约束力。

9. 可以。因为根据《合同法》和相关司法解释，合同约定的违约金超过造成损失的百分之三十，数额过分高于损失，当事人可以请求法院予以适当减少。

2010 四、（本题 20 分）参考答案：

1. 甲公司。因为大蒜是动产，除合同有特别约定外，以交付作为其所有权转移的标志。甲公司和乙公司约定，大蒜交给丙公司时视为完成交付，故此时甲公司是所有权人。

2. 有效。大蒜在交付之前，甲公司仍有所有权，享有处分权，出卖人就同一标的物订立的多重买卖合同，合同的效力相互之间是不排斥的。

3. 戊公司承担。在途货物的买卖，自买卖合同签订之日起，标的物意外毁损灭失的风险由买方承担。故大蒜毁损灭失的风险由买方戊公司承担。

4. 不能。因为合同具有相对性，甲乙公司是大蒜购销合同的当事人，甲公司不能因为第三人戊公司的原因拒付尾款。

5. 不能。因为甲公司和乙公司大蒜购销合同中既约定定金又约定违约金，乙公司只能选择适用违约金或者定金。

6. 有效。因为甲公司通过向乙公司支付 50 万元绿豆货款的行为，表示其已对张某无权代理行为进行了追认。

7. 无效。丙公司的转卖行为属无权处分（效力待定）行为，因为甲公司拒绝追认丙公司行为。

8. 无权。因为己公司构成善意取得。

2009 四、（本题 22 分）参考答案：

1. 为不定期租赁。租赁期限六个月以上，当事人未采取书面形式的，视为不定期租赁。乙可以随时解除合同，但应当在合理期限前通知承租人。

2. （1）甲有权要求乙在合理期限内维修。乙未履行维修义务，甲可以自行维修，维修费用由乙负担。

（2）甲的维修属于无因管理人的行为，由乙承担其支出的必要费用。瓦片质量问题不影响乙对该项义务的承担。

（3）因维修影响了甲的使用，应当相应减少租金或延长租期。但装修期间不在延长租期的范围。

3. （1）甲丁之间属于无名合同，应适用《合同法》总则的相关规定，并可参照《合同法》分则或其他法律最相类似的规定，例如，费用承担问题适用赠与合同的规则，完成工作问题适用承揽合同规则。

（2）应由丁承担。因为丁为雇主，应对雇员在从事雇佣活动中遭受的人身损害承担赔偿责任。

4. 乙可以要求甲恢复原状或赔偿损失。理由是承租人未经出租人同意，对租赁物进行改装或增设他物的，出租人可以要求承租人恢复原状或赔偿损失。

5. 无权。造成第二次漏水是甲自身的原因，乙无过错，因此损失应由甲自行承担。

6. 丙有权对乙主张自己基于原租赁合同对该别墅的承租使用权。因为承租人在房屋租赁期间死亡的，与其生前共同居住的人可以按照原租赁合同租赁该房屋。

7. 丙有权请求戊返还原物。因为丙根据《合同法》的规定是合法占有人，有权请求侵占人返还原物。

【主要参考法律规定】《民法通则》第九十三条、第一百三十二条、第一百三十五条，《合同法》第一百二十四条、第二百一十五条、第二百二十一条、第二百二十三条、第二百三十二条、第二百三十四条，《物权法》第三十四条、第二百三十四条、第二百四十五条，《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十一条

2008 四、（本题 23 分）参考答案：

1. 请求仲裁机构减少违约金。合同法规定，约定的违约金过分高于实际损失的，当事人可以请求法院或仲裁机构予以适当减少。

2. 应当由丙建筑公司承担责任。因刘某系丙公司的雇员，其在执行雇主指令（或执行工作任务）中致人损害由雇主承担责任。由于丙公司系合伙企业，故由张、李、王实际承担连带赔偿责任。

3. 应当适用过错推定原则。民法通则规定地面施工致人损害适用过错推定。

4. 乙公司的保证责任性质属于连带责任保证。担保法规定对保证责任性质约定不明的，保证人承担连带责任保证。

5. 甲银行的抵押权标的为土地使用权，不包括商品房。物权法规定建设用地使用权抵押后，该土地上新增的建筑物不属于抵押财产。甲银行实现抵押权时可以将商品房一并处分，但不能就商品房所得价款优先受偿。

6. 不能得到支持，因为汪某已经取得商品房的所有权，不动产以登记作为物权变动的依据。

7. 请求解除合同，因为 A 公司构成严重违约，房屋无法居住，不能实行合同目的。

8. B 公司可向 A 公司主张违约责任或者对建设工程主张优先权。

2008 延考四、（本题 23 分）参考答案：

1. 乙不承担赔偿责任。依《物权法》第 111 条：“拾得人在遗失物送交有关部门前，有关部门在遗失物被领取前，应当妥善保管遗失物。因故意或者重大过失致使遗失物毁损、灭失的，应当承担民事责任。”本题中，拾得人乙仅系一般过失，故不负赔偿责任。

2. 乙的请求应当得到支持。依《物权法》第 112 条：“权利人悬赏寻找遗失物的，领取遗失物时应当按照承诺履行义务。”甲张贴启事的行为属于悬赏广告，具有约束力，故乙

有权要求甲支付悬赏广告的赏金。

3. 乙的行为属于无因管理。其请求应当得到支持，因其属于实施无因管理行为所发生的合理或必要费用。

4. 可以。依《物权法》第 107 条：“所有权人或者其他权利人有权追回遗失物。该遗失物通过转让被他人占有的，权利人有权向无处分权人请求损害赔偿，或者自知道或者应当知道受让人之日起二年内向受让人请求返还原物” 遗失物不适用善意取得，故只要失主在知道受让人之日起两年内要求受让人返还，此权利即可实现，故本题中，甲刚刚得知此事，得要求受让人返还。丁可以向乙请求赔偿。

5. 形成动产质押法律关系，属于动产质押中的营业质。若甲不能按期赎回，玉镯归典当行所有。

6. 债权人可向甲、丙主张连带清偿责任。

2007 四、（本题 23 分）参考答案：

1. 不应当。因为合同约定货到付款，而实际上货未到，或甲公司享有先（后）履行抗辩权。

2. 属于甲公司。因为交付已经完成。

3. 由丙公司承担。因为出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物的意外灭失风险自合同成立时由买受人承担。

4. 乙公司有权请求丙公司返还。因为属于不当得利。

5. 无权拒绝付款和要求退货。因为合同约定了质量检验期间，丙公司在此期间未提出异议，视为质量符合要求。

6. 张三可向丙公司索赔，也可向乙公司索赔。因为对因产品缺陷造成的人身损害，受害人有权向其制造者或销售者索赔。

2006 一、（本题 16 分）

1. 不成立合伙关系，因王某聘请张某属于雇佣关系，王某既未出资，也不承担风险，不符合合伙关系的特征。

2. 不能，因为该住房属于王某夫妻共同财产，未经共有人其妻的同意进行抵押，该抵押无效。

3. 合法，因为丁厂作为承揽人可行使留置权或同时履行抗辩权。

4. 应当，因为王某与李某之间成立运输合同关系，王某应承担违约责任或侵权责任，对李某的赔偿实行无过错责任原则。

5. 合法，因该客车所有权虽然属于甲公司，但王某支付了大部分价款对该车享有一定的权益，该车属于与案件有关的财物。

6. 唐某应当承担刑事责任，因唐某违章驾驶，造成 1 人死亡的严重后果，构成交通肇事罪。

商法卷四历年真题（06-17）

2017 五、（本题 21 分）参考答案：

1. 存在。（1）昌顺公司股东人数较少不设董事会的做法符合《公司法》第 50 条规定，但此时刘昌的职位不应是董事长，而应是执行董事。（2）昌顺公司股东人数较少不设监事会符合《公司法》第 51 条第 1 款规定。但是按该条第 4 款规定，董事、高级管理人员不得兼任监事，而钱顺不得兼任监事。

2. （1）要形成三分之二多数决议的关于减资的股东会决议，即符合《公司法》第 43 条第 2 款要求，形成有效的股东会决议。（2）编制资产负债表及财产清单。（3）按照《公司法》第 177 条第 2 款的规定，减资决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。（4）应向公司登记机关提交相关文件，办理变更登记。登记后才发生注册资本减少的效力。第五、还应修改公司章程。

3. （1）钱顺罢免刘昌不合法。钱顺兼任公司监事是不符合公司法规定，即使在假定钱顺监事身份合法，根据《公司法》第 53 条，监事对公司高董，只有罢免建议权，而无决定权。因此，刘昌的执行董事地位不受影响。

（2）答案一：刘昌解聘钱是符合公司法规定。在不设董事会的治理结构中，执行董事即相当于董事会。而按照《公司法》第 49 条第 1 款，由董事会决定聘任或解聘经理，从而刘昌解聘钱顺总经理职务的行为，符合公司法规定。

答案二：刘昌行为不合法。因本案中存在两个事实情节，第一，钱顺任职总经理已规定于公司章程中，从而对钱顺的解聘会涉及到是否符合公司章程修改程序的判断；第二，刘昌解聘行为，是二人间矛盾激化的结果，而在不设董事会的背景下，刘昌的这一行为确实存在职权滥用的嫌疑。

4. 合理。依《公司法》第 74 条第 1 款，股东回购请求权仅限于该款所列明的三种情形下对股东会决议的异议股东（即公司连续五年不分红决议、公司合并分立或转让主要财产决议、公司存续上的续期决议），钱顺情形显然不符合该规定。而就针对其他股东的强制性的股权购买请求权，现行公司法并无明文规定。即在现行公司法上，股东彼此之间并不负有在特定情况下收购对方股权的强制性义务；即使按照《公司法解释二》第 5 条，法院在审理解散公司的案件时，应尽量调解，并给出由其他股东收购股权的调解备选方案，也不能因此成立其他股东的收购义务。故钱顺对股东刘昌的诉求，也没有实体法依据。

5. 判决合理。依《公司法》第 182 条及《公司法解释二》第 1 条第 1 款，本案符合 “公司持续两年以上无法召开股东会或者股东大会，公司经营管理发生严重困难的，” 昌顺公司自 2014 年 6 月至解散诉讼时，已超过两年时间未再召开过股东会，这表明昌顺公司已实质性构成所谓的 “公司僵局”，即构成法院判决公司解散的根据。

6. 法院作出的解散公司的判决，在性质上为形成判决，据此，公司应进入清算阶段。对此，《公司法》所规定的程序如下：（1）依第 183 条及时成立清算组；（2）清算组按照法律规定的期限，按《公司法》第 184 条至第 187 条进行各项清算工作；（3）清算结束后，根据第 188 条，清算组应当制作清算报告，报股东会确认，并报送公司登记机关，申请注销公司登记，公告公司终止。概括来说，按照我国公司法的规范逻辑，解散判决生效后，公司就必须经过清算程序走向终止。

本案昌顺公司被司法解散后仍然继续存在的事实，显然是与这一规范层面的逻辑不相符的，这说明我国立法关于司法解散的相关程序与制度，在衔接上尚有不足之处，有待将来立法的完善。

2016 五、（本题 18 分）参考答案：

1. 大雅公司以先前归其所有的某公司的净资产出资，净资产尽管没有在我国公司法中规定为出资形式，但公司实践中运用较多，并且案情中显示，一方面这些净资产本来归大雅公司，且经过了会计师事务所的评估作价，在出资程序方面与实物等非货币形式的出资相似，另一方面这些净资产已经由美林公司实际占有和使用，即完成了交付。公司法司法解释三第 9 条也有 “非货币财产出资，未依法评估作价” 的规定。所以，应当认为大雅公司履行了自己的出资义务。庄某按章程应当以现金 300 万出资，仅出资 100 万；石某按章程应当出资 200 万，仅出资 50 万，所以两位自然人股东没有完全履行自己的出资义务，应当承担继续履行出资义务及违约责任。

2. 投资与借贷是不同的法律关系。赵某自己主张是借贷关系中的债权人，但依据公司法解释三第 23 条的规定，赵某虽然没有被登记为股东，但是他在 2010 年时出于自己的真实意思表示，愿意出资成为股东，其他股东及股东代表均同意，并且赵某实际交付了 50 万元出资，参与了分红及公司的经营，这些行为均非债权人可为，所以赵某具备实际出资人的地位，在公司内部也享有实际出资人的权利。此外从民商法的诚信原则考虑也应认可赵某作为实际出资人或实际股东而非债权人。

3. 尽管庄某没有全面履行自己的出资义务,但其股权也是可以转让的。受让人是其妻弟,按生活经验应当推定杜某是知情的。我国公司法司法解释三第 18 条已经认可了瑕疵出资股权的可转让性;这种转让的法律后果就是如果受让人知道,转让人和受让人对公司以及债权人要承担连带责任,受让人再向转让人进行追偿。

4. 公司具有独立人格,公司财产是其人格的基础。出资后的资产属于公司而非股东所有,故大雅公司无权将公司资产转移,该行为损害了公司的责任财产,侵害了美林公司、美林公司股东(杜某和石某)的利益,也侵害了甲、乙这些债权人的利益。

5. 甲公司和乙公司是普通债权,应当得到受偿。大雅公司是美林公司的大股东,我国公司法并未禁止公司与其股东之间的交易,只是规定关联交易不得损害公司和债权人的利益,因此借款本身是可以的,只要是真实的借款,也是有效的。所以大雅公司的债权也应当得到清偿。

在受偿顺序方面,答案一:作为股东(母公司)损害了美林公司的独立人格,也损害了债权人的利益,其债权应当在顺序上劣后于正常交易中的债权人甲和乙,这是深石原则的运用。答案二:根据民法公平原则,让大雅公司的债权在顺序方面劣后于甲、乙公司。答案三:按债权的平等性,他们的债权平等受偿。

6. 赵某和杜某、石某的请求不成立。赵某是实际出资人或实际股东,杜某和石某是股东。基于公司资本维持原则,股东不得要求退股,故其不得要求返还出资。

但是大雅公司作为大股东转移资产的行为损害了公司的利益,也就损害了股东的利益,因此他们可以向大雅公司提出赔偿请求。同时,白某作为公司的高级管理人员其行为也损害了股东利益,他们也可以起诉白某请求其承担赔偿责任。

2015 五、(本题 18 分) 参考答案:

1. 《1 号股东会决议》为合法有效的股东会决议。内容不违反现行法律、行政法规。程序上符合股东会决议的程序。

2. 首先应确定骐黄公司与鸿捷公司间签订的新股出资认缴协议,自本案所交代的案情来看,属于合法有效的协议或合同,这是讨论违约责任的前提。其次,依《合同法》第 107 条,违约责任的承担方式有继续履行、采取补救措施与赔偿损失三种,但在本案中,如果强制要求骐黄公司继续履行也就是强制其履行缴纳出资的义务,则在结果上会导致强制骐黄公司加入公司组织,从而有违参与或加入公司组织之自由原则,故而鸿捷公司不能主张继续履

行的违约责任。至于能否主张骐黄公司的赔偿损失责任，则视骐黄公司主观上是否存在过错，而这在本案中，骐黄公司并不存在明显的过错，因此鸿捷公司也很难主张该请求权。

3. 不可以。丁主张新股优先认购权的依据，为《公司法》第34条，即“公司新增资本时，股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资”；不过该条所规定的原股东之优先认购权，主要针对的，是增资之股东大会决议就新股分配未另行规定的情形；而且行使优先认购权还须遵守另一个限制，即原股东只能按其持股比例或实缴出资比例，主张对新增资本的相应部分行使优先认购权。该增资计划并未侵害或妨害丁在公司中的股东地位，也未妨害其股权内容即未影响其表决权重，因此就余下的860万元的新股，丁无任何主张优先认购权的依据。

4. 《2号股东会决议》是合法有效的决议。内容不违法，也未损害异议股东丁的合法权益，程序上，丁的持股比例仅为14%，达不到否决增资决议的三分之一的比例要求。这两个决议均在解决与实施公司增资1000万元的计划，由于《1号股东会决议》难以继续实施，因此《2号股东会决议》是对《1号股东会决议》的替代或者废除，后者随之失效。

5. 只有在公司登记机关办理完毕新的注册资本的变更登记后，才能产生新的注册资本亦即新增注册资本的法律效力。公司的注册资本也只有经过工商登记，才能产生注册资本的法定效力；进而在公司通过修改章程而增加注册资本时，也同样只有在登记完毕后，才能产生注册资本增加的法定效力。

6. 为保护公司债权人的合法权益，可准用《公司法司法解释（三）》第13条第2款的规定，认可公司债权人的这项请求权，即在公司财产不能清偿公司债务时，各股东所认缴的尚未到期的出资义务，应按照提前到期的方法来处理，进而对公司债权人承担补充赔偿责任。

2014 五、（本题 18 分）参考答案：

1. 根据案情交代，即陈明是以自己名义与张巡签订协议，款项也是转入陈明个人账户，且张巡并未登记为公司股东，故在张巡与公司之间：第一，张巡并未因此成为公司股东；第二，张巡与公司之间不存在法律关系。因此张巡不能向公司主张任何权利。

鉴于投资协议仅存在于张巡与陈明个人之间，张巡只能向陈明主张违约责任，请求返还所给付的投资以及相应的损害赔偿。

2. 根据问题1的结论，张巡与公司之间不存在法律关系，故而在公司进入破产程序后，张巡也不得将其对陈明的债权，视为对公司的债权，向管理人进行破产债权的申报。

3. 依《公司法解释（三）》第 24 条第 3 款，李贝虽为名义股东，但在对公司的关系上为真正的股东，其对股权的处分应为有权处分；退一步说，即使就李贝的股东身份在学理上存在争议，但在《公司法解释（三）》第 25 条第 1 款股权善意取得的规定下，李贝的处分行为也已成为有权处分行为，因此为保护善意相对人起见，李贝也不得主张该处分行为无效。

4. 鉴于刘宝仅与李贝之间存在法律关系，即委托持股关系，因此刘宝也就只能根据该合同关系，向李贝主张违约责任，对公司不享有任何权利主张。

5. 股东的出资义务，不适用诉讼时效（《公司法解释（三）》第 19 条第 1 款），因此管理人在向陈明主张 50 万元出资义务的履行时，其不得以超过诉讼时效为由来予以抗辩（《破产法》第 35 条、《破产法解释（二）》第 20 条第 1 款）。

6. 根据《破产法》第 36 条，债务人的董事、监事、高级管理人员利用职权从企业获取的非正常收入，管理人负有追回义务；再根据《破产法解释（二）》第 24 条第 1 款，董事、监事、高级管理人员所获取的绩效奖金属于非正常收入范围，故而管理人应向葛梅梅请求返还所获取的收入，且可以通过起诉方式来予以追回。

2013 五、（本题 18 分）参考答案：

1. 有效，设立中的公司可以实施法律行为。

2. 不可以。确定甲是否已履行出资义务，应以设备交付并移转所有权至公司时为准，故应以 2012 年 6 月初之 130 万元，作为确定甲承担相应的补足出资责任的标准，对此可以参照《公司法解释（三）》第 9 条、第 16 条。

3. 满钺应承担相应的连带责任，依据为《公司法解释（三）》第 15 条。

4. 可以。首先，因继承无效，马玮不能因继承取得厂房所有权，而其将厂房投资设立兴平公司，因马玮是兴平公司的董事长，其主观恶意视为所代表公司的恶意，因此也不能使兴平公司取得厂房所有权；其次，兴平公司将该厂房再投资于大昌公司时，马玮又是大昌公司的设立负责人与成立后的公司董事长，同样不能使大昌公司取得所有权。因此所有权仍应归属于马玮，可以向大昌公司请求返还。

5. 不能。乙与丙、丁间根本就不存在股权转让行为，丙、丁的签字系由甲伪造，且乙在主观上不可能是善意，故不存在善意取得的构成。

6. 可以。乙自己原持有的股权，为合法有效，故可以有效地转让给吴耕。至于乙所受让的丙、丁的股权，虽然无效，但乙已登记于公司登记之中，且吴耕为善意，并已登入公司

登记中，因此参照《公司法解释（三）》第 26、28 条的原理，吴耕可以主张股权的善意取得。

2012 四、（本题 18 分）参考答案：

1. 该股东会决议有效。股东会有权就董事长的职权行使作出限制，且表决权过半数的股东已在决议上签字。

2. 合同有效。尽管公司对董事长的职权行使有限制，甲超越了限制，但根据合同法第 50 条规定，亦即越权行为有效规则，公司对外签订的合同依然是有效的。

3. 股权质押有效，张三享有质权。因为已经按照规定办理了股权质押登记。

4. 丙仍然享有股权。因为丙已经办理了股权转让手续，且丙以其对大都房地产公司的股权出资时，大都房地产公司并未陷入破产，也不存在虚假出资。

5. 丁、戊可以通过向其他股东或第三人转让股权的途径退出公司，或联合提起诉讼，请求法院强制解散公司的途径保护自己的权益。

2011 七、（本题 26 分） 略

2010 六、（本题 22 分）参考答案：

1. 有效。公司法允许有限公司章程对利润作出不按出资比例的分配方法。

2. 不影响公司的有效设立。丙应当承担违约责任。

3. 不构成。经过股东会决议，签订了借款合同，形成丁对公司的债务。

4. 未超过。因为丁作为债务人一直在履行债务。

5. 无权。因保证合同是甲与银行之间的合同。

6. 能够。因为公司法并未要求股东为完全行为能力人。

7. 能够。设备抵押可以不办理登记。

8. 不享有。因为不是对外转让。

9. 有效。万水公司可以请求法院撤销北陵公司的捐赠行为，因其不履行债务而无偿转让财产，损害了万水公司的利益，符合合同法关于债的保全撤销权的条件。

2009、2008 未考

2007 五、参考答案：

- 1、（1）请求东风公司清偿贷款本金与利息；
（2）请求东风公司承担违约责任；
（3）请求行使股权质押权（或权利质权）。
- 2、（1）证明其与乙签订了股权质押合同；
（2）证明股权质押已经到工商行政管理部门办理了登记。
- 3、甲可以为公司利益直接向法院提起股东派生（代表）诉讼。
- 4、该保函具有保证合同的性质，保证合同有效。乙虽然未经股东会同意为银行担保，侵犯了公司利益，但其行为构成表见代理。
- 5、甲持有公司 20%的股权，可以请求法院解散公司。

2006 二、（本题 20 分）

1. 有效。甲公司以未取得所有权之楼房出资仅导致甲公司承担出资不实的法律责任，不影响公司设立的效力。
2. 不合法。丙公司的行为实为抽逃公司资金。
3. 无效。该担保事项应由无关联关系的股东表决决定。
4. 陈某的申报构成破产债权。丁公司对汇票的保证有效；大满公司实为拒绝承兑，陈某对丁公司享有票据追索权。贾某的申报不构成破产债权。贾某的 200 万元是对丁公司的出资，公司股东不得以出资款向公司主张债权。
5. B 银行申报破产债权的申请应当支持，但无权优先受偿。丁公司与 B 银行签订的担保合同有效，故 B 银行破产债权成立；但该担保是保证担保，B 银行不享有担保物权，无权优先受偿。乙公司的请求应当支持。乙公司仍是 A 楼房的产权人，故其可依法收回该楼房。
6. 债权人可以向甲公司、丙公司和某会计师事务所追索。甲公司虚假出资，丙公司非法抽逃资金，应对债权人承担连带责任；某会计师事务所明知丁公司设立时甲公司出资不实，仍予验资，应在其虚假验资的范围内承担责任。

民诉卷四历年真题（06-17）

2017 六、（本题 19 分）参考答案：

1. S 市三江法院和 S 市二河法院对本案有管辖权。《民事诉讼法》第 28 条规定，因侵权行为提起的诉讼，有侵权行为地或者被告住所地法院管辖。S 市三江法院为被告住郝志强所地，S 市二河法院为侵权行为地和被告包童新住所地。

2. 本案一审当事人的确定不完全正确（或部分正确、或部分错误）：（1）温茂昌作为原告、郝志强、包童新作为被告正确，遗漏迟丽华为被告错误。温茂昌是受害人，与案件的处理结果有直接的利害关系，作为原告，正确；（2）《侵权责任法》第 85 条规定，建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落坠落造成他人损害，所有人、管理人或者使用人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。郝志强为楼房所有人，包童新为楼房使用人，作为被告，正确；（3）迟丽华作为楼房的所有人之一，没有列为被告，错误。

3. （1）郝志强为该楼所有人、包童新为该楼使用人的事实、该楼三层掉下的窗户玻璃砸伤温茂昌的事实、温茂昌受伤状况的事实、温茂昌治伤花费医疗费 8500 元的事实等，由温茂昌承担证明责任；（2）包童新认为窗户质量存在问题的事实，由包童新承担证明责任；（3）包童新使用窗户不当的事实、温茂昌未经楼房的主人或使用权人的同意擅自进到楼房的院子里的事实，由郝志强承担证明责任。

4. （1）一审案件的审理存在如下瑕疵：第一，遗漏被告迟丽华：作为楼房所有人之一，应当作为被告参加诉讼。第二，一审法院通过包童新向郝志强送达开庭传票没有法律依据，属于违法行为；法院未依法向郝志强送达开庭传票，进而导致案件缺席判决，不符合作出缺席判决的条件，并严重限制了郝志强辩论权的行使。

（2）遗漏当事人、违法缺席判决、严重限制当事人辩论权的行使，都属于司法解释中列举的程序上严重违法、案件应当发回重审的行为，因此，二审法院应当裁定发回重审。

2016 六、（本题 22 分）参考答案：

1. 本案被告得以原告的主张来加以确定：原告主张挂靠单位和被挂靠单位承担责任的，王某、明星汽运公司、鸿运保险公司为共同被告。理由：根据侵权责任法第 50 条的规定，转让机动车未办理手续的，由保险公司在强制责任保险范围内予以赔偿，不足部分由受让人承担侵权责任；明星汽运公司为王某从事中巴车运营的被挂靠单位，根据民诉司法解释第 54 条规定，以挂靠形式从事民事活动，当事人请求由挂靠人和被挂靠人依法承担民事责任

的，该挂靠人和被挂靠人为共同诉讼人。原告不主张挂靠单位承担责任的，王某、鸿运保险公司为共同被告。

2. 王某与明星汽运公司存在挂靠关系的事实由王某承担证明责任；明星汽运公司依约代王某向鸿运保险公司交纳了该车的强制保险费的事实由王某承担证明责任；交通事故发生时李某横穿马路没走人行通道的事实，由王某承担证明责任；李某受伤状况、治疗状况、误工状况、请他人护理状况等事实，由李某承担证明责任。理由：诉讼中，在通常情况下，谁主张事实支持自己的权利主张，由谁来承担自己所主张的事实的证明责任。本案上述事实，不存在特殊情况的情形，因此由相对应的事实主张者承担证明责任。

3. 交警大队出具的事故认定书，不当然具有证明力。理由：在诉讼中，交警大队出具的事故认定书只是证据的一种，其所证明的事实与案件其他证据所证明的事实是否一致，以及法院是否确信该事故认定书所确认的事实，法院有权根据案件的综合情况予以判断，即该事故认定书的证明力由法院判断后确定。

4. 李某可以向 F 省 N 市中级人民法院申请再审。因为，根据民诉司法解释，再审案件原则上向原审法院的上级法院提出。本案不存在向原审法院申请再审的法定事由。再审的理由为：对审理案件需要的主要证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集；有新的证据，足以推翻原判决。

5. 再审法院应当按照第二审程序对案件进行再审。因为受理并裁定对案件进行再审的，是原审法院的上级法院，应当适用第二审程序对案件进行再审。

再审法院对李某增加的要求被告支付精神损失费的再审请求不予受理；且该请求也不属于可以另行起诉的情形，再审法院也不可告知另行起诉。因为，根据《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》第六条的规定，当事人在侵权诉讼中没有提出赔偿精神损害的诉讼请求，诉讼终结后，又基于同一侵权事实另行起诉请求赔偿精神损害赔偿的，人民法院不予受理。

6. （1）可以适用风险代理，但风险代理收费按规定不得高于 30%；（2）甲律所张律师担任李某申诉代理人，违反《律师执业行为规范》50 条第（七）项规定；（3）李某增加诉讼请求不符合有关规定（理由如前），律师应指出未能指出，有违“以事实为根据、以法律为准绳”的执业原则及勤勉尽责的要求。

2015 四、（本题 22 分）参考答案：

（一）商玉良不可以提出执行异议之诉。因为，商玉良主张被抵押的翡翠观音属自己所有，即法院将翡翠观音用以抵偿杨之元的债务的判决是错误的，该执行异议与原判决有关，不能提起执行异议之诉。

（二）商玉良可以根据《民事诉讼法》第 56 条第 3 款规定，提起第三人撤销之诉；或根据《民事诉讼法》第 227 条规定，以案外人身份申请再审。

（三）1. 第三人撤销之诉在适用上的特点：

①诉讼主体：有权提起第三人撤销之诉的须是当事人以外的第三人，该第三人应当具备诉的利益，即其民事权益受到了原案判决书的损害。商玉良是原告，杨之元和胜洋公司是被告。

②诉讼客体：损害了第三人民事权益的发生法律效力的判决书。

③提起诉讼的期限、条件与受理法院：期限是自知道或应当知道其民事权益受到损害之日起 6 个月内。条件为：因不能归责于本人的事由未参加诉讼；发生法律效力判决的全部或者部分内容错误；判决书内容错误，损害其民事权益。受诉法院为作出生效判决的人民法院。

2. 案外人申请再审程序特点：

①适用一审程序进行再审的，得追加案外人为当事人；适用二审程序进行

再审的，可以进行调解，调解不成的，应撤销原判决，发回重审，并在重审中追加案外人为当事人。

②其它程序内容与通常的再审程序基本相同。

（四）商玉良不可以同时适用上述两种制度（或程序）。

根据《民事诉讼法》解释第 303 条，第三人提起撤销之诉后，未中止生效判决、裁定、调解书执行的，执行法院对第三人依照《民事诉讼法》第 227 条规定提出的执行异议，应予审查。第三人不服驳回执行异议裁定，申请对原判决、裁定、调解书再审的，人民法院不予受理。

案外人对人民法院驳回其执行异议裁定不服，认为原判决、裁定、调解书内容错误损害其合法权益的，应当根据《民事诉讼法》第 227 条规定申请再审，提起第三人撤销之诉的，人民法院不予受理。

2014 六、（本题 20 分）参考答案：

1. 如果赵文、赵武与赵军达成了执行和解协议，将产生的法律后果是：1），和解协议达成后，执行程序中止；2）如果在执行和解履行期内赵军履行了和解协议，执行程序终结，调解书视为执行完毕；3）如果在执行期届满后，赵军没有履行执行和解协议，赵文、赵武可以申请恢复执行，执行将以调解书作为根据，执行和解协议失效。如果赵军履行了执行和解协议的一部分，执行时应当对该部分予以扣除

2. 李有福如果要对案中所提到的紫砂壶主张权利，在赵文、赵武与赵军的案件已经进入了执行阶段的情况下，在民事诉讼制度的框架下，其可以采取的方式是：第一，提出对执行标的的异议。提出异议应当以书面的形式向甲县人民法院提出。第二，如果法院裁定驳回了李有福的执行标的的异议，李有福可以提出案外人异议之诉。提出案外人异议之诉应当符合的条件是：1）起诉的时间应当在收到执行法院对执行标的的异议作出驳回裁定后 15 日内；2）管辖法院为执行法院，即甲县法院；3）李有福作为原告，赵文、赵武作为被告，如果赵军反对李有福的主张，赵军也作为共同被告。

3. 张益友如果要对那个元代青花瓷盘所涉及的权益主张权利，在赵文、赵武与赵军的案件已经进入了执行阶段的情况下，在民事诉讼制度的框架下，其可以提出第三人撤销之诉；张益友提出第三人撤销之诉应当符合的条件是：1）张益友作为原告，赵文、赵武、赵军作为被告；2）向作出调解书的法院即甲县人民法院提出诉讼；3）应当在 2013 年 11 月 1 日之后的 6 个月内提出。

4. 钱进军如果要对其对赵军所享有的那 5 万元债权主张权利，在赵文、赵武与赵军的案件已经进入了执行阶段的情况下，在民事诉讼制度的框架下，其可以申请参与分配。

因为其条件符合申请参与分配的条件。按照民事诉讼法的规定，参与分配的条件包括：第一，被执行人的财产无法清偿所有债权，本案中赵军的财产不足以清偿其所有的债务。第二，被执行人为自然人或其他组织，而非法人，本案中赵军为自然人。第三，有多个申请人对同一被申请人享有债权，本案中有三个申请人对赵军享有债权。第四，申请人必须取得生效的执行根据，本案中钱进军有经过公证的债权文书作为执行根据。第五，参与分配的债权只限于金钱债权，本案中钱进军对赵军享有的就是金钱债权。第六，参与分配必须发生在执行程序开始后，被执行人的财产清偿完毕之前，本案情形与此相符。

2013 七、（本题 25 分） 略

2012 五、（本题 20 分） 参考答案：

1. 对本案享有管辖权的有甲市 A 区法院和甲市 B 区法院。本案属于侵权纠纷，侵权行为地与被告住所地法院享有管辖权；本案的侵权行为发生在甲市 B 区，被告王某居住在甲市 A 区。

2. 根据《民事诉讼法》关于证据的分类：本案中，交警大队的事故认定书、医院的诊断书（复印件）、处方（复印件）、药费和住院费的发票都属于书证，王某在事故现场用数码相机拍摄的就他的车与刘某倒地之后的状态的视听资料属于视听资料。根据理论上对证据的分类：上述证据都属于间接证据；甲市 B 区交警大队的交通事故处理认定书、药费和住院费的发票，王某自己在事故现场用数码相机拍摄的就他的车与刘某倒地之后的状态的视听资料属于原始证据，医院的诊断书（复印件）、处方（复印件）属于传来证据；就证明王某的车撞到刘某并致刘受伤的事实而言，刘某提供的各类证据均为本证，王某提供的证据为反证。

3. 一审法院判决存在如下问题：第一，判决没有针对案件的争议焦点作出事实认定，违反了辩论原则；第二，在案件争执的法律要件事实真伪不明的情况下，法院没有根据证明责任原理来作出判决；第三，法院未对第二个争执焦点作出事实认定。

理由说明：（1）本案当事人的争执焦点是刘某倒地受伤是否为王某驾车撞倒了刘某；刘某受伤之后所留下的后遗症是否是因为对刘某采取的医疗措施不当所致。但法院判决中没有对这两个争议事实进行认定，而是把法院自己认为成立的事实——刘某因受到王某开车的惊吓而摔倒，作为判决的根据，而这一事实当事人并未主张，也没有经过双方当事人的辩论。因此，在这问题上，法院的做法实际上是严重地限制了当事人辩论权的行使。

（2）法院通过调取相关证据，以及经过开庭审理，最后仍然无法确定王某的车是否撞到了刘某。此时，当事人所争议的案件事实处于真伪不明的状态，在此情况下，法院应当根据证明责任分配来作出判决。

4. 二审法院维持原判，驳回上诉是不符合《民事诉讼法》规定的。因为，依据法律规定，只有在一审法院认定事实清楚，适用法律正确的情况下，二审法院才可以维持原判，驳回上诉。而本案中，二审法院的判决认定了王某开车撞到了刘某，该事实认定与一审法院对案件事实的认定有根本性的差别，这说明一审法院认定案件事实不清或存在错误，在此情况下，二审法院应当裁定撤销原判决、发回重审或依法改判，而不应当维持原判。

2011 五、（本题 19 分）参考答案：

1. (1) 王某不是本案当事人, 因为本案是以甲公司名义提起诉讼的。王某是甲公司的法定代表人, 可以直接代表甲公司参加诉讼。

(2) 江甲不是本案当事人, 因为他未参与本案毁坏财物的行为。江甲是江乙的法定诉讼代理人。

(3) 江乙是本案当事人, 因为江乙是致害人。江乙是本案共同被告之一。

2. (1) 损坏设备登记表不能作为本案证据;

(2) 照片可以作为本案证据, 属于物证;

(3) 录音资料可以作为本案证据, 属于视听资料。

3. 尚某除不能进行和解、变更诉讼请求、承认对方诉讼请求、增加和放弃诉讼请求、撤诉以及上诉之外, 其他诉讼权利均可行使。因为甲公司对律师尚某的授权属于一般授权, 尚某可以行使属于一般授权范围内的各项诉讼权利。

4. (1) 法院应当裁定驳回甲公司要求黎某向王某赔礼道歉的诉讼请求, 因为主体不合格;

(2) 法院应当裁定驳回黎某要求甲公司支付劳动报酬的诉讼请求, 因为这属于劳动争议, 当事人只有经过劳动仲裁后, 才能向法院起诉。

5. 黎某可通过以下途径解决劳动报酬问题:

(1) 与甲公司协商解决;

(2) 请工会或第三方与甲公司协商解决;

(3) 向调解组织申请调解;

(4) 向劳动争议仲裁委员会申请仲裁;

(5) 如果不服劳动仲裁, 且黎某要求给付的劳动报酬数额高于当地月最低工资标准 12 个月金额的, 可以向法院起诉。

2010 五、(本题 20 分) 参考答案:

1. B 县和 D 县法院有管辖权。当事人双方约定了两个法院, 管辖协议无效。本案为合同纠纷, 属特殊地域管辖, 由被告住所地或合同的履行地管辖。

2. 一审法院追加季某为被告是错误的, 因为本案并不是必要共同诉讼; 一审法院漏判当事人解除合同的请求是错误的, 因为判决应针对当事人请求作出。

3. 本案中, 上诉人为铁成公司; 被上诉人为大力公司; 季某按原审诉讼地位列明。

4. 二审法院对一审漏审的原告解除合同的请求进行判决是错误的。对这一请求二审法院应当根据当事人自愿的原则进行调解，调解不成的，应当裁定撤销原判发回重审。

5. 大力公司可以向丁省高院申请再审。

6. 法院应当裁定再审，因当事人有新证据；法院应当就解除合同的请求进行调解，调解不成的，应当撤销一、二审判决，发回原审法院重审。

2009 五、（本题 20 分）参考答案：

1. 根据本案情况，当事人应当通过诉讼解决纠纷，因为双方的仲裁协议无效。但刘某向 M 仲裁委员会申请仲裁，何某未在仲裁庭首次开庭前提出异议的，仲裁协议有效，当事人可通过仲裁解决纠纷。

2. 仲裁员的回避应当由仲裁委员会主任决定；重新进行仲裁程序由仲裁庭决定；仲裁协议的效力由仲裁委员会决定。

3. （1）仲裁委员会直接指定首席仲裁员是错误的。因为只有双方当事人共同委托仲裁委员会主任或者在规定期间内没有选定首席仲裁员的情况下，仲裁委员会才能指定仲裁员。

（2）仲裁员回避后，仲裁委员会主任直接另行指定一名仲裁员是错误的。因为仲裁员回避后，仍应当由何某选任仲裁员，只有在何某委托仲裁委主任指定或者在规定期间内没有选定仲裁员的情况下，仲裁委员会主任才能直接指定。

（3）仲裁庭继续进行仲裁的做法是正确的。理由有二：一是即使仲裁协议无效，当事人也只能在第一次开庭前提出，在此之后提出不影响仲裁庭的审理；二是仲裁员回避后的程序进行问题由仲裁庭决定。

4. （1）刘某应当向乙市中级人民法院或丙市中级人民法院申请强制执行。因为根据司法解释规定，对仲裁裁决的申请执行，由被执行人住所地或者财产所在地的中级人民法院管辖。

（2）何某应当向甲市中级人民法院申请撤销仲裁裁决。因为根据法律规定，仲裁裁决的撤销由仲裁委员会所在地的中级人民法院管辖。

（3）受理执行的法院应当裁定中止执行。甲市中级人民法院裁定撤销仲裁裁决的，受理执行的法院裁定终结执行。甲市中级人民法院裁定驳回何某撤销仲裁申请的，受理执行的法院裁定恢复执行。

5. 如法院通知仲裁庭重新仲裁，且仲裁庭重新仲裁的，法院应裁定中止撤销程序；仲裁庭拒绝仲裁的或仲裁庭未在指定的期间内开始仲裁的，法院应当裁定恢复撤销程序。

6. 仲裁裁决被撤销后，当事人可以向法院起诉解决，也可以重新达成仲裁协议申请仲裁。因为，一方面原仲裁协议和管辖协议都是无效的，另一方面，仲裁裁决被撤销后，原协议即已失效，只能重新达成协议方能申请仲裁。

【主要参考法律规定】《仲裁法》第二十条、第三十一条、第三十二条、第三十六条、第三十七条、第五十八条、第六十一条、第六十四条，《最高人民法院关于适用〈仲裁法〉若干问题的解释》第七条、第二十二条、第二十九条

2008 五、（本题 22 分）参考答案：

1. 和解；向公司劳动争议调解委员会申请调解；向劳动争议仲裁委员会申请仲裁；向法院起诉。

2. 肖某应当对以下事实承担举证责任：①与甲公司存在劳动合同关系；②其受伤属工伤的事实；③各项损失的事实；④未支付全额工资和奖金的事实。

甲公司应当对以下事实承担举证责任：①解除劳动合同的事实；②减少肖某住院期间工资报酬的事实。

3. 肖某依法可以对医疗费，住院期间的工资申请先予执行；肖某应当向二审法院申请；先予执行的裁定应当由 B 区法院执行。

4. ①法院可采取以下与金钱有关的执行措施：查询，冻结，划拨被执行人的存款；强制被执行人加倍支付迟延履行期间的债务利息。

②法院可对甲公司采取罚款的强制措施；对甲公司的负责人可采取罚款\拘留\的强制措施。

5. 甲公司可以二审审判组织的组成不合法为由申请再审；可以向某省高级人民法院申请再审；执行程序继续进行。

6. 法官赵某向当事人泄露承办人信息；向当事人就法院未决案件提供法律咨询；法官赵某提出法律意见；法官刘某在居住的小区花园私下会见原告肖某的代理人。

2008 延考五、（本题 22 分）参考答案：

1. D 区法院裁定不予受理是正确的。因为李某是原告，应该向被告王某住所地人民法院起诉离婚，并且其也不符合原告所在地法院管辖的条件。

2. C 区法院公开审理本案是合法的，对于离婚案件，当事人申请不公开审理时，人民法院可以不公开审理，而当事人未申请则可以公开审理。本案当事人并未申请，故可以公开

审理。C 区人民法院不应当准许李某不出庭参加诉讼，因为离婚案件属于当事人不到庭就无法查清案情的案件，双方当事人无特殊理由，均应亲自到庭。

3. 王某承认自己所生的孩子不是李某的，其在证据中不属于“自认”的范畴，因为诉讼过程中，一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实明确表示承认的，另一方当事人无需举证。但涉及身分关系的案件除外。

4. 二审法院的判决是不合法的。因为第二审人民法院认为应当判决离婚的，可以根据当事人自愿的原则，与子女抚养、财产问题一并调解，调解不成的，发回重审，而不能直接作出判决，即便双方当事人同意，也无权直接判决，损害当事人审级利益。

5. A 市检察院应当提请上级检察机关对 A 市中级人民法院的生效裁判提出抗诉，不能直接提出抗诉；已经生效的解除婚姻关系的判决不能再审，但是对于财产分割等问题，已分割的，可以提出抗诉；对于未分割部分不能提出抗诉，只能由当事人另行起诉。

6. 对案件进行胜诉分析的意见而未表明是个人意见；诋毁其他律师；向当事人暗示与法官的关系。

2007 六、（本题 20 分）参考答案：

1、（1）一审法院要求被告对原告超过举证期限的证据进行质证错误，因一方当事人超过举证期限提出的证据，未经对方当事人同意，不得质证；

（2）法院对当事人在调解中承认的事实作为认定当事人责任分担的证据错误，当事人为了达成调解协议而对相关事实的认可，不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据。

2、成立。因为刘某去世后，将发生当事人的法定变更，其诉讼地位由其法定继承人承继；小刘作为刘某之子，承继刘某的地位符合法律规定，可以作为本案的上诉人；小刘申请顺延上诉期间符合法律规定。

3、二审法院根据自己查明的情况，对被上诉人赔偿上诉人汽车修理费、汽车停运损失费予以减少，不违反法律的规定。

4、可以向刘某主张，因其与刘某存在雇用关系；也可以向南河水电公司主张，因南河水电公司侵权。

2006 三、（本题 18 分）

1. 可以。适用民事诉讼法关于先予执行的规定。

2. 不可以。当事人在诉讼中未提出的请求，诉讼结束后又基于同一事实另行起诉的，法院不予受理。

3. 不应当追加被告，法院应根据原告的起诉确定被告；林乙作为继承人有权承担林甲的诉讼权利义务，法院变更为原告是正确的；林乙有权对诉讼请求进行变更，法院应予准许。

4. 一审判决认为镇党委的档案材料不能作为证据是不正确的，该证据具有真实性、合法性和关联性，可以作为证据；一审判决消除影响超出了诉讼请求，是错误的；一审判决遗漏了赔礼道歉的诉讼请求，是错误的。

5. 二审应将林乙、老方和杂志社都确定为上诉人。直接发回重审欠妥，可以就赔礼道歉的诉讼请求一并调解，调解不成的才应当发回重审。

6. 可以责令支付迟延履行金；可以罚款、拘留；可以采取公告、登报等方式，公布判决主要内容，费用由被执行人负担。

行政法卷四历年真题（06-17）

2017 七、（本题 23 分）七、（本题 23 分）参考答案：

（一）

1. 根据《行政处罚法》规定，行政机关在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，经行政机关负责人批准，可以先行登记保存，并应当在 7 日内及时作出处理决定。

2. 听证由市盐务管理局指定的非本案调查人员主持；当事人认为主持人与本案有直接利害关系的，有权申请回避。

3. 不成立。根据《行政许可法》第 15、16 条规定，在已经制定法律、行政法规的情况下，地方政府规章只能在法律、行政法规设定的行政许可事项范围内对实施该行政许可作出具体规定，不能设定新的行政许可。法律及国务院《盐业管理条例》没有设定工业盐准运证这一行政许可，地方政府规章不能设定工业盐准运证制度。故，市盐务管理局认定有限公司未办理工业盐准运证从省外购进工业盐构成违法的理由不成立。

4. 市盐务管理局和市人民政府为共同被告。《行政诉讼法》第 26 条第 2 款规定，经复议的案件，复议机关决定维持原行政行为的，作出原行政行为的行政机关和复议机关是共同被告；复议机关改变原行政行为的，复议机关是被告。本案中，复议机关乙市人民政府维持了市盐务管理局的处罚决定。

（二）略

2016 七、（本题 24 分）参考答案：

（一）1. 行政许可法第 50 条规定，被许可人需要延续依法取得的行政许可的有效期的，应在该许可有效期届满 30 日前向作出许可决定的行政机关提出申请。但法律、法规、规章另有规定的，从其规定。行政机关应根据被许可人的申请，在该许可有效期届满前作出是否准予延续的决定；逾期未作出决定的，视为准予延续。

2. 本案中，因《严禁在自然保护区采砂的规定》并非被诉行政行为（责令停止违法行为通知）作出的依据，孙某的请求不成立。根据行政诉讼法第 53 条和司法解释的规定，原告在行政诉讼中一并请求审查规范性文件需要符合下列要求：一是该规范性文件为国务院部门和地方政府及其部门制定的规范性文件，但不含规章；二是该规范性文件是被诉行政行为作出的依据；三是应在第一审开庭审理前提出；有正当理由的，也可以在法庭调查中提出。

3. 法院不作为认定被诉行政行为合法的依据，并在裁判理由中予以阐明。作出生效裁判的法院应当向规范性文件的制定机关提出处理建议，并可以抄送制定机关的同级政府或上一级行政机关。

4. 本案中，责令停止违法行为通知在于制止孙某的违法行为，不具有制裁性质，归于行政强制措施更为恰当。行政处罚和行政强制措施不同主要体现在下列方面：一是目的不同。行政处罚的目的是制裁性，给予违法者制裁是本质特征；行政强制措施主要目的在于制止性和预防性，即在行政管理中制止违法行为、防止证据损毁、避免危害发生、控制危险扩大等。二是阶段性不同。行政处罚是对违法行为查处作出的处理决定，常发生在行政程序终了之时；行政强制措施是对人身自由、财物等实施的暂时性限制、控制措施，常发生在行政程序前端；三是表现形式不同。行政处罚主要有警告、罚款、没收违法所得、责令停产停业、暂扣或吊销许可证、执照、行政拘留等；行政强制措施主要有限制公民自由、查封、扣押、冻结等。

（二）略

2015 六、（本题 20 分）参考答案：

1. 公司的设立登记为行政许可。《行政许可法》规定，企业或者其他组织的设立等，需要确定主体资格的事项可以设定行政许可。公司法规定，设立公司应当依法向公司登记机关申请设立登记。符合公司法规定的设立条件的，由公司登记机关分别登记为有限责任公司或股份有限公司。不符合规定的设立条件的，不得登记为有限责任公司或股份有限公司。公司的设立登记的法律效力，是使公司取得法人资格，进而取得从事经营活动的合法身份，符合“行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请，经依法审查，准予其从事特定活动”，为行政许可。公司的变更登记指公司设立登记事项中的某一项或某几项改变，向公司登记机关申请变更的登记。

对变更登记的性质认识不尽统一，有两种主流看法。一种意见认为是行政许可，理由是未经核准变更登记，公司不得擅自变更登记事项；公司登记事项发生变更时未依法办理变更登记的，需要承担相应法律责任。另一意见认为是行政确认。理由是变更登记并不决定公司的身份或资格，只是对民事权利的确认。

2. 乙、丙、丁为原告，被告为市工商局和区工商分局。本案中，针对区工商分局的决定，乙、丙、丁申请复议。如市工商局作出维持决定，根据行政诉讼法 26 条第 2 款规定，复议机关维持原行政行为的，作出原行政行为的行政机关和行政复议机关是共同被告，故市工商

局和区工商分局为共同被告。行政诉讼法第 25 条第 1 款规定，行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织，有权提起诉讼。故乙、丙、丁为原告。

3. 本案的审理裁判对象是市工商局撤销区工商分局通知的行为。如果市工商局维持了区工商分局的行为，那么原行政行为（登记驳回通知书）和复议决定（撤销决定）均为案件的审理对象，法院应一并作出裁判。

4. 接到起诉状时，对符合法定起诉条件的，应当登记立案。当场不能判定的，应当接收起诉状，出具注明收到日期的书面凭证，并在 7 日内决定是否立案；不符合起诉条件的，作出不予立案的裁定；如起诉状内容欠缺或有其他错误的，应给予指导和释明，并一次性告知当事人需要补正的内容。不得未经指导和释明即以起诉不符合条件为由不接收起诉状。

5. 一律公开宣告判决。当庭宣判的，应当在 10 日内发送判决书；定期宣判的，宣判后立即发送判决书。宣判时，必须告知当事人上诉权利、上诉期限和上诉的法院。

2014 七、（本题 26 分） 略

2013 六、（本题 21 分）参考答案：

1. 法院应当受理此案。根据最高法院司法解释，复议机关在法定期限内不作复议决定，当事人对复议机关不作为不服向法院起诉的，属于行政诉讼受案范围，被告为复议机关，且张某具有原告资格，起诉未超过法定期限，不存在不受理的情形，故法院应当受理此案。

2. 不成立。按照《政府信息公开条例》以及相关法律规定，政府集中采购项目的目录属于政府主动公开的信息，不是依申请公开的信息，故不应当要求该信息与申请人的生产、生活和科研等特殊需要有关。

3. 省政府应当审查省财政厅拒绝公开目录的行为是否合法，并在法定期限内作出复议决定。政府集中采购项目的目录属主动公开信息，如省政府已授权财政厅确定并公布，省政府应责令财政厅及时公布；如未授权相关机构确定并公布，省政府应主动公布。

4. 对于行政机关应当主动公开的信息未予公开的，按照《政府信息公开条例》的规定，公民、法人或者其他组织可以向上级行政机关、监察机关或者政府信息公开工作主管部门举报。收到举报的机关应当予以调查处理。

5. 按照《最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》，法院应当告知其先向行政机关申请获取相关政府信息。对行政机关的答复或者逾期不予答复不服的，张某可以向法院提起诉讼。

2012 六、（本题 22 分）参考答案：

1. 4 个，具体为：征收含有某村集体土地在内的地块的行为，向甲、乙两公司发放《国有土地使用权证》的行为，发布公告要求使用土地的单位和个人自行清理农作物和附着物设施的行为。上述行为均属于行政诉讼受案范围。

2. 被告为市政府。根据《行政诉讼法》第 25 条规定，经复议的案件，复议机关决定维持原具体行政行为的，原机关为被告。复议机关改变原行为的，复议机关为被告。本案中，省政府维持了市政府的决定，故市政府为被告。

中级人民法院管辖。本案的被告为县级以上人民政府，根据《关于行政案件管辖若干问题的规定》第 1 条规定，应由中级法院管辖

某村应当在收到省政府复议决定书之日 15 日内向法院起诉。因为本案是经过复议起诉的，应适用复议后起诉期限。同时，《土地管理法》等法律未对此种情形下的起诉期限作出特别规定，故应适用《行政诉讼法》第 38 条第 2 款规定的一般起诉期限。

3. 作为第三人，甲公司有权提出与本案有关的诉讼主张。乙公司经合法传唤无正当理由不到庭，不影响法院对案件的审理。

4. 法院应不予认可。发放第 1 号《国有土地使用权证》的行为不属于本案的审理裁判对象，但构成本案被诉行政行为的基础性、关联性行政行为，根据《关于审理行政许可案件若干问题的规定》第 7 条规定，法院对此行为不予认可。

5. 按照《行政强制法》第四章规定，市政府采取强制执行措施应当遵循事先催告当事人履行义务，当事人有权陈述申辩，行政机关应当充分听取当事人意见，书面决定强制执行并送达当事人，与当事人可达成执行协议；不得在夜间或法定节假日实施强制执行，不得对居民生活采取停水、停电、停热、停气等方式迫使当事人执行等程序和执行原则。

6. 法院应当视情况采取适当的审理方式，以避免泄露涉及商业秘密的政府信息。法院应当撤销或部分撤销不予公开决定，并判决市国土局在一定期限公开。尚需市国土局调查、裁量的，判决其在一定的期限内重新答复。

2011 六、（本题 22 分）参考答案：

1. 由省林业局所在地的法院管辖。因为本案被诉行为为省林业局直接作出的没收和罚款的行政处罚，且不属于行政诉讼特殊地域管辖的情形，故应由最初作出具体行政行为的行政机关所在地法院管辖。

2. 没有。因为乙公司与省林业局的处罚行为无直接的、实质性的利害关系，对甲公司不履行合同及给乙公司带来的损失，乙公司可以通过对甲公司提起民事诉讼等途径获得救济。

3. 不能。因为致函是一种告知、劝告行为，并未确认、改变或消灭甲公司法律上的权利义务，是对甲公司的权利义务不产生实际影响的行为。根据《行政诉讼法》及最高人民法院的司法解释，致函不属于行政诉讼受案范围。

4. （1）不能。因为本案原告的诉讼请求是撤销省林业局的处罚行为，传唤行为由省林业公安局采取，与本案诉求无关，不能作为本案审理对象。

（2）不能。因为根据《治安管理处罚法》的规定，治安传唤适用的对象是违反治安管理行为人，李某并未违反治安管理规定，故省林业公安局不得对李某进行治安传唤。

5. 属于企业设立的前置性行政许可。根据《行政许可法》的规定，地方性法规不得设定企业或其他组织的设立登记及其前置性行政许可。

6. 应当。因为根据《国家赔偿法》的规定，对公民采取逮捕措施后，决定不起诉终止追究刑事责任的，受害人有取得国家赔偿的权利。

7. 不成立。因为修正后的《国家赔偿法》已经取消了司法赔偿的确认程序，以此为由拒绝赔偿缺乏法律依据。

8. 不成立。因为本案侵权行为持续到2010年12月1日以后，按照最高人民法院的司法解释，应当适用修正后的《国家赔偿法》。

2010 七、（本题 25 分） 略

2009 六、（本题 20 分）参考答案：

1. 按照《行政诉讼法》的规定，当事人直接提起行政诉讼，由最初作出具体行政行为所在地的法院管辖。本案的涉诉行政行为由乙县林业局作出，故乙县法院具有管辖权。如高某经过行政复议提起行政诉讼，复议机关改变原处罚决定的，复议机关所在地的基层法院也有管辖权。

2. 根据《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》，法院应当对撤销没收决定请求与赔偿请求分别立案；可以根据具体情况对行政赔偿的请求进行单独审理或对二项请求合并审理。

3. 省林业厅制定的《林产品目录》是根据地方性法规授权制定的规范性文件，在行政诉讼中不属于法院应当依据或者参照适用的规范，但可以作为证明被诉行政行为合法的事实依据之一。

4. 高某运输的松香不是“非法财物”。因为高某具有加工、收购、销售松香的主体资格，也向甲县工商局缴纳了松香运销管理费，因此对该批松香享有合法所有权，不能将该批松香认定为“非法财物”予以没收。

5. （1）《森林法》及《森林法实施条例》均未将木材以外的林产品的无证运输行为纳入行政处罚的范围，也未规定对无证运输其他林产品的行为给予没收处罚。A省地方性法规《林业行政处罚条例》的有关规定，扩大了《森林法》及其实施条例关于应受行政处罚行为以及没收行为的范围，不符合上位法。根据行政诉讼法律适用规则，法院应当适用《森林法》及《森林法实施条例》。

（2）按照《行政处罚法》的规定，法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定，地方性法规需要作出具体规定的，必须在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。本案《林业行政处罚条例》关于没收的规定超出了《森林法》及《森林法实施条例》行政处罚行为、种类和幅度的范围，不符合有关要求。

【主要参考法律规定】《行政诉讼法》、《行政处罚法》、《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》

2008 六、（本题 20 分）参考答案：

1. 本案需要确定诉讼代表人。按照最高人民法院关于执行《行政诉讼法》若干问题的解释，同案原告为五人以上，应当推选一至五名诉讼代表人参加诉讼，在指定期限内未选定的，人民法院可以依职权指定。

2. 行政诉讼中以复议机关为被告的情形主要包括：

- ①复议机关改变原行政行为，原告不服复议决定的；
- ②复议机关在复议期限内未作出复议决定，原告不服的；
- ③复议机关拒绝受理复议申请或者不予答复，原告不服的。

3. 若本案原告不服一审裁定，提起上诉的主要理由是：复议机关不受理复议申请的行为是行政机关的一项具体行为，无论是否属于行政复议前置的情形，只要原告不服该复议决定，均可以起诉，法院应予受理。

4. 如果二审法院认为复议机关不予受理行政复议申请的理由不成立，应当作出撤销“不予受理决定书”，判令复议机关受理复议申请。

5. 本案一、二审法院审理的对象是市政府不予受理复议申请的决定。因为原告起诉要求撤销的就是该决定，故法院应当以该决定作为合法性审查的对象。

6. 若本案原告上诉后市政府会同区政府调整了补偿标准，上诉人可以申请撤回上诉，法院经审查，若认为该市、区政府调整补偿标准的行为不违反法律法规的禁止性规定，不超越或放弃职权，不损害公共利益和他人合法权益，申请撤回上诉是上诉人的真实意思表示，第三人无异议的，法院应予准许。

2008 延考 六、（本题 20 分）参考答案：

1. 公安机关应当对王某的死亡承担国家赔偿责任。因为公安民警在执行职务过程中与王某发生推搡致王某摔倒死亡，未尽到合理注意义务，其行为构成违法，王某虽也有过错，但不能免除国家赔偿责任，符合国家赔偿责任构成要件，国家应当承担赔偿责任。

2. 王某的父亲有权以自己名义提出国家赔偿请求。因为国家赔偿法规定：受害的公民死亡，其继承人和其他有扶养关系的亲属有权要求赔偿。

3. 本案请求国家赔偿的时效应当自民警执行职务的行为被依法确认为违法之日起两年。

4. 本案的国家赔偿义务机关是某区公安分局。

5. 若公安机关承担国家赔偿，赔偿方式为支付被害人死亡赔偿金和丧葬费，总额为国家上年度职工年平均工资的 20 倍；对死者生前抚养的无劳动能力的人还应当支付生活费，标准参照当地民政部门有关生活救济规定办理，被抚养人是未成年人的，支付到 18 周岁为止，其他无劳动能力的人支付到死亡时止。

6. 如果公安机关对受害人赔偿后，若认为民警犯有重大过失，可以责令该民警承担部分或全部赔偿费用。

7. 王某的父亲不能再要求民警任某承担刑事附带民事责任。

2007 七、（本题 25 分） 略

2006 五、（本题 35 分）

