

希律法考由十位法学博士联袂打造完整的法考培训体系，以科技助力法考，坚持自主研发，并将老师丰富的培训教学经验有效融入教程研发过程，自成体系的法考**在线智能题库**、**独家辅导教材**和**全套视频教程**，多样的培训方式包括**线上面授**（网络直播课堂）、和**线下面授**，使考生的学习更具系统性，辅导更具针对性。采用全程督学机制，全程陪伴式服务，保障学员顺利通过考试。

希律法考官网：<http://www.xilvlaw.com/>

希律网在线题库：<http://www.xilvlaw.com/tiku/list.html>

2015年司法考试真题及答案卷四：<http://www.xilvlaw.com/zixun/272.html>

2015年司法考试真题及答案卷四

一、（本题 20 分）

材料一：法律是治国之重器，法治是国家治理体系和治理能力的重要依托。全面推进依法治国，是解决党和国家事业发展面临的一系列重大问题，解放和增强社会活力、促进社会公平正义、维护社会和谐稳定、确保党和国家长治久安的根本要求。要推动我国经济社会持续健康发展，不断开拓中国特色社会主义事业更加广阔的发展前景，就必须全面推进社会主义法治国家建设，从法治上为解决这些问题提供制度化方案。（摘自习近平《关于的说明》）

材料二：同党和国家事业发展要求相比，同人民群众期待相比，同推进国家治理体系和治理能力现代化目标相比，法治建设还存在许多不适应、不符合的问题，主要表现为：有的法律法规未能全面反映客观规律和人民意愿，针对性、可操作性不强，立法工作中部门化倾向、争权诿责现象较为突出；有法不依、执法不严、违法不究现象比较严重，执法体制权责脱节、多头执法、选择性执法现象仍然存在，执法司法不规范、不严格、不透明、不文明现象较为突出，群众对执法司法不公和腐败问题反映强烈。（摘自《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》）

问题：

根据以上材料，结合全面推进依法治国的总目标，从立法、执法、司法三个环节谈谈建设社会主义法治国家的意义和基本要求。

答题要求：

1. 无观点或论述、照搬材料原文的不得分；
2. 观点正确，表述完整、准确；
3. 总字数不得少于 400 字。

【参考答案】（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

关注希律网在线题库或下载希律法考 app，随时随地在线刷题！

加群可获取更多法考资料：343325550。

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。

二、(本题 23 分)

案情:高某(男)与钱某(女)在网上相识,后发展为网恋关系,其间,钱某知晓了高某一些隐情,并以开店缺钱为由,骗取了高某 20 万元现金。

见面后,高某对钱某相貌大失所望,相处不久更感到她性格古怪,便决定断绝关系。但钱某百般纠缠,最后竟以公开隐情相要挟,要求高某给予 500 万元补偿费。高某假意筹钱,实际打算除掉钱某。

随后,高某找到密友夏某和认识钱某的宗某,共谋将钱某诱骗至湖边小屋,先将其掐昏,然后扔入湖中溺死。事后,高某给夏某、宗某各 20 万元作为酬劳。

按照事前分工,宗某发微信将钱某诱骗到湖边小屋。但宗某得知钱某到达后害怕出事后被抓,给高某打电话说:“我不想继续参与了。一日网恋十日恩,你也别杀她了。”高某大怒说:“你太不义气啦,算了,别管我了!”宗某又随即打钱某电话,打算让其离开小屋,但钱某手机关机未通。

高某、夏某到达小屋后,高某寻机抱住钱某,夏某掐钱某脖子。待钱某不能挣扎后,二人均误以为钱某已昏迷(实际上已经死亡),便准备给钱某身上绑上石块将其扔入湖中溺死。此时,夏某也突然反悔,对高某说:“算了吧,教训她一下就行了。”高某说:“好吧,没你事了,你走吧!”夏某离开后,高某在钱某身上绑石块时,发现钱某已死亡。为了湮灭证据,高某将钱某尸体扔入湖中。

高某回到小屋时,发现了钱某的 LV 手提包(价值 5 万元),包内有 5000 元现金、身份证和一张储蓄卡,高某将现金据为己有。

三天后,高某将 LV 提包送给前女友尹某,尹某发现提包不是新的,也没有包装,问:“是偷来的还是骗来的”,高某说:“不要问包从哪里来。我这里还有一张储蓄卡和身份证,身份证上的人很像你,你拿着卡和身份证到银行柜台取钱后,钱全部归你。”尹某虽然不知道全部真相,但能猜到包与卡都可能是高某犯罪所得,但由于爱财还是收下了手提包,并冒充钱某从银行柜台取出了该储蓄卡中的 2 万元。

问题:

请根据《刑法》相关规定与刑法原理分析高某、夏某、宗某和尹某的刑事责任(要求注重说明理由,并可以同时答出不同观点和理由)

【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。

三、(本题 21 分)

案情：甲欲出卖自家的房屋，但其房屋现已出租给张某，租赁期还剩余 1 年。甲将此事告知张某，张某明确表示，以目前的房价自己无力购买。

甲的同事乙听说后，提出购买。甲表示愿意但需再考虑细节。乙担心甲将房屋卖与他人，提出草签书面合同，保证甲将房屋卖与自己，甲同意。甲、乙一起到房屋登记机关验证房屋确实登记在甲的名下，且所有权人一栏中只有甲的名字，双方草签了房屋预购合同。

后双方签订正式房屋买卖合同约定：乙在合同签订后的 5 日内将购房款的三分之二通过银行转账给甲，但甲须提供保证人和他人房屋作为担保；双方还应就房屋买卖合同到登记机关办理预告登记。

甲找到丙作为保证人，并用丁的房屋抵押。丁与乙签订了抵押合同并办理了抵押登记，但并没有约定担保范围。甲乙双方办理了房屋买卖合同预告登记，但甲忘记告诉乙房屋出租情况。

此外，甲的房屋实际上为夫妻共同财产，甲自信妻子李某不会反对其将旧房出卖换大房，事先未将出卖房屋的事情告诉李某。李某知道后表示不同意。但甲还是瞒着李某与乙办理了房屋所有权转移登记。

2 年后，甲与李某离婚，李某认为当年甲擅自处分夫妻共有房屋造成了自己的损失，要求赔偿。甲抗辩说，赔偿请求权已过诉讼时效。

问题：

1. 在本案中，如甲不履行房屋预购合同，乙能否请求法院强制其履行？为什么？

2. 甲未告知乙有租赁的事实，应对乙承担什么责任？

关注希律网在线题库或下载希律法考 app，随时随地在线刷题！

加群可获取更多法考资料：343325550。

- 3.如甲不按合同交付房屋并转移房屋所有权,预告登记将对乙产生何种保护效果?
 - 4.如甲在预告登记后又与第三人签订房屋买卖合同,该合同是否有效?为什么?
 - 5.如甲不履行合同义务,在担保权的实现上乙可以行使什么样的权利?担保权实现后,甲、丙、丁的关系如何?
 - 6.甲擅自处分共有财产,其妻李某能否主张买卖合同无效?是否可以主张房屋过户登记为无效或者撤销登记?为什么?
 - 7.甲对其妻李某的请求所提出的时效抗辩是否成立?为什么?
- 1.【答案】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.【答案】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.【答案】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。即丙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.【答案】预告登记后,甲与第三人签订的房屋买卖合同有效,只是不发生物权变动的效力,如果甲不履行,将对第三人承担违约责任。
- 5.【答案】如果甲不履行合同义务,丙可以选择实现抵押权或者向保证人丁主张保证责任。无论丁还是戊履行担保责任后,都有权向甲追偿。(或:丁、戊可向甲追偿,也可以要求对方(丁或者戊)承担一半的份额)
- 6.【答案】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,对于善意的丙不得主张无效。
- 7.【答案】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。

四、(本题22分)

案情:杨之元开设古玩店,因收购藏品等所需巨额周转资金,即以号称“镇店之宝”的一块雕有观音图像的翡翠(下称翡翠观音)作为抵押物,向胜洋小额贷款公司(简称胜洋公司)贷款200万元,但翡翠观音仍然置于杨之元店里。后,古玩店经营不佳,进入亏损状态,无力如期偿还贷款。胜洋公司遂向法院起诉杨之元。

法院经过审理,确认抵押贷款合同有效,杨之元确实无力还贷,遂判决翡翠观音归胜洋公司所有,以抵偿200万元贷款及利息。判决生效后,杨之元未在期限内履行该判决。胜洋公司遂向法院申请强制执行。

在执行过程中,案外人商玉良向法院提出执行异议,声称该翡翠观音属于自己,杨之元无权抵押。并称:当初杨之元开设古玩店,需要有“镇店之宝”装点门面,经杨之元再三请求,商玉良才将自己的翡翠观音借其使用半年(杨之元为此还支付了6万元的借用费),并约定杨之元不得处分该翡翠观音,如造成损失,商玉良有权索赔。

法院经审查,认为商玉良提出的执行异议所提出的事实没有充分的证据,遂裁定驳回商玉良的异议。

问题:

- 1.执行异议被裁定驳回后,商玉良是否可以提出执行异议之诉?为什么?
- 2.如商玉良认为作为法院执行根据的判决有错,可以采取哪两种途径保护自己的合法权益?
- 3.与第2问“两种途径”相关的两种民事诉讼制度(或程序)在适用程序上有何特点?
- 4.商玉良可否同时采用上述两种制度(或程序)维护自己的权益?为什么?

1.【答案】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

关注希律网在线题库或下载希律法考app,随时随地在线刷题!

加群可获取更多法考资料:343325550。

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。

【考点】案外人执行异议之诉的条件。

【解析】商玉良不能提出执行异议之诉。本案中胜洋公司与杨之元的抵押贷款合同纠纷案已进入执行程序，执行标的为抵押物翡翠观音。在执行过程中，案外人商玉良提出执行异议，就该翡翠观音主张所有权。执行法院审查后，裁定驳回了商玉良的执行异议。若商玉良对此裁定不服，他不能提出执行异议之诉，因为不符合提起执行异议之诉的条件。《适用解释》第 305 条规定：“案外人提起执行异议之诉，除符合民事诉讼法第一百一十九条规定外，还应当具备下列条件：（一）案外人的执行异议申请已经被人民法院裁定驳回；（二）有明确的排除对执行标的执行的诉讼请求，且诉讼请求与原判决、裁定无关；（三）自执行异议裁定送达之日起十五日内提起。人民法院应当在收到起诉状之日起十五日内决定是否立案。”从题干中看，“法院经过审理，确认抵押贷款合同有效，杨之元确实无力还贷，遂判决翡翠观音归胜洋公司所有，以抵偿 200 万元贷款及利息。”这表明，商玉良对驳回其执行异议的裁定不服，是不能提出执行异议之诉的，因为其对翡翠观音的权利主张并非与原判决无关，恰恰相反，该翡翠观音正是原生效判决书判定的标的物。

2. 【参考答案】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。

【考点】案外人执行异议裁定被驳回的救济途径。

【解析】商玉良的主张与判决有关，在其执行异议请求被驳回后，他不能提起执行异议之诉，如他认为作为法院执行根据的判决有错，可以采取另外两种途径保护自己的合法权益：一是向有管辖权的法院申请再审，二是向有管辖权的法院提起第三人撤销之诉。《民事诉讼法》第 56 条第 3 款规定：“前两款规定的第三人，因不能归责于本人的事由未参加诉讼，但有证据证明发生法律效力的判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误，损害其民事权益的，可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内，向作出该判决、裁定、调解书的人民法院提起诉讼。人民法院经审理，诉讼请求成立的，应当改变或者撤销原判决、裁定、调解书；诉讼请求不成立的，驳回诉讼请求。”原审原告与被告之间讼争的标的物为翡翠观音，商玉良对该翡翠观音主张全部所有权，该主张与原审原告和被告双方均有利益冲突，即商玉良若能在原审中参加诉讼，其诉讼地位是有独立请求权的第三人。但因其不知原审诉讼发生，未能参与到原审诉讼之中去。现在知情了，为维护自己的合法权益，他可以提起第三人撤销之诉。同时，《民事诉讼法》第 227 条规定：“执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。”据此，案外人商玉良对法院驳回其执行异议的裁定不服，又认为原判决错误，损害了其合法民事权益，可以依照审判监督程序申请再审。

3. 【参考答案】（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。

关注希律网在线题库或下载希律法考 app，随时随地在线刷题！

加群可获取更多法考资料：343325550。

②其它程序内容与通常的再审程序基本相同。

【考点】案外人申请再审与第三人撤销之诉的比较。

【解析】《民事诉讼法》第 56 条第 3 款设置了第三人撤销之诉，《适用解释》第 292-303 条对第三人撤销之诉作了专章规定。根据这些规定，第三人撤销之诉有以下特点：（1）起诉条件方面的特点。除了符合起诉的一般条件外，还有一些特别条件：诉讼主体：原告为第三人，被告为原审当事人，未承担责任的无独立请求权的第三人仍列为第三人；诉讼客体：生效的判决、裁定、调解书；起诉时效：6 个月，自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起计算；管辖法院：原审法院，即作出原生效法律文书的法院；起诉证据：第三人需提供相应的证据材料以证明存在法定的起诉理由；起诉理由：发生法律效力判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误，损害其民事权益，却因不能归责于本人的事由未参加诉讼。（2）审查立案方面的特点。对一般的起诉，法院仅对原告单方面提供的起诉状和相应的证据材料进行审查，且只作形式审查，符合条件的可当场登记立案，有形式瑕疵需补正的，7 日内登记立案；不符合起诉条件的，7 日内通知不予受理或作出不予受理的裁定。对第三人撤销之诉的起诉的审查与处理，《适用解释》第 293 条规定：“人民法院应当在收到起诉状和证据材料之日起五日内送交对方当事人，对方当事人可以自收到起诉状之日起十日内提出书面意见。人民法院应当对第三人提交的起诉状、证据材料以及对方当事人的书面意见进行审查。必要时，可以询问双方当事人。经审查，符合起诉条件的，人民法院应当在收到起诉状之日起三十日内立案。不符合起诉条件的，应当在收到起诉状之日起三十日内裁定不予受理。”可见，对第三人撤销之诉的起诉的审查，既有形式审查，也有实质审查；既要审查原告（即未参加诉讼的第三人）提交的起诉材料，也要审查被告（即原审原告、被告等当事人）提交的书面意见；审查方式上，既有书面审查，必要时也可询问当事人；审查期限也相对较长，为 30 日。（3）关于审判组织和审级。第三人撤销之诉案件的审判组织为合议庭。《适用解释》第 294 条规定：“人民法院对第三人撤销之诉案件，应当组成合议庭开庭审理。”需注意的是，这里只强调组成合议庭审理和开庭审理，未强调另行组成合议庭。《适用解释》第 299 条第 2 款规定：“对前款规定裁判不服的，当事人可以上诉。”这就意味着第三人提起的撤销之诉属于一审。概言之，原审法院审理第三人撤销之诉的案件须适用第一审普通程序进行审理，不能适用简易程序进行审理。

至于案外人申请再审，这应是申请再审中的特殊情形。在一般情况下，申请再审的主体为当事人。但《民事诉讼法》第 227 条在法院作出了处理案外人对执行标的的异议的裁定后又规定：“案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。”这就明确赋予了案外人申请再审的资格，即：如果案外人不服执行法院驳回其执行异议的裁定，认为原判决、裁定错误而损害其合法权益的，有权申请再审。案外人申请再审的前提是其对执行标的的异议被执行法院驳回；申请再审的时间为判决、裁定、调解书发生法律效力后六个月内；[《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉（2007 年修订）审判监督程序若干问题的解释》第 5 条：“案外人对原判决、裁定、调解书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，可以在判决、裁定、调解书发生法律效力后二年内，或者自知道或应当知道利益被损害之日起三个月内，向作出原判决、裁定、调解书的人民法院的上一级人民法院申请再审。在执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，按照民事诉讼法第二百零四条的规定处理。”]申请再审的管辖法院：“当事人对已经发生法律效力判决、裁定，认为有错误的，可以向上一级人民法院申请再审；当事人一方人数众多或者当事人双方为公民的案件，也可以向原审人民法院申请再审”；根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》第 42 条规定：“因案外人申请人民法院裁定再审的，人民法院经审理认为案外人应为必要的共同诉讼当事人，在按第一审程序再审时，应追加其为当事人，作出新的判决；在按第二审程序再审时，经调解不能达成协议的，应撤销原判，发回重审，重审时应追加案外人为当事人。案外人不是必要的共同诉讼当事人的，仅审理其对原判决提出异议部分的合法性，并应根据审理情况作出

撤销原判决相关判项或者驳回再审请求的判决；撤销原判决相关判项的，应当告知案外人以及原审当事人可以提起新的诉讼解决相关争议。”

4.【答案】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。

【考点】案外人申请再审与提起第三人撤销之诉的关系。

【解析】商玉良不能同时采用上述两种制度(或程序)维护自己的权益。他作为案外人，在申请再审与提起第三人撤销之诉中，只能择其一。《适用解释》对此有明确规定：（1）第 301 条规定：“第三人撤销之诉案件审理期间，人民法院对生效判决、裁定、调解书裁定再审的，受理第三人撤销之诉的人民法院应当裁定将第三人的诉讼请求并入再审程序。但有证据证明原审当事人之间恶意串通损害第三人合法权益的，人民法院应当先行审理第三人撤销之诉案件，裁定中止再审理。”（2）第 303 条规定：“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二百二十七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二百二十七条规定申请再审，提起第三人撤销之诉的，人民法院不予受理。”

五、（本题 18 分）

案情：鸿捷有限公司成立于 2008 年 3 月，从事生物医药研发。公司注册资本为 5000 万元，股东为甲、乙、丙、丁，持股比例分别为 37%、30%、19%、14%；甲为董事长，乙为总经理。公司成立后，经营状况一直不错。

2013 年 8 月初，为进一步拓展市场、加强经营管理，公司拟引进战略投资者骐黄公司，并通过股东大会形成如下决议（简称：《1 号股东会决议》）第一，公司增资 1000 万元；第二，其中 860 万元，由骐黄公司认购；第三，余下的 140 万元，由丁认购，从而使丁在公司增资后的持股比例仍保持不变，而其他各股东均放弃对新股的优先认缴权；第四，缴纳新股出资的最后期限，为 2013 年 8 月 31 日。各股东均在决议文件上签字。

之后，丁因无充足资金，无法在规定期限内完成所认缴出资的缴纳；骐黄公司虽然与鸿捷公司签订了新股出资认缴协议，但之后就鸿捷公司的经营理念问题，与甲、乙、丙等人发生分歧，也一直未实际缴纳出资。因此，公司增资计划的实施，一直没有进展。但这对公司经营并未造成很大影响，至 2013 年底，公司账上已累积 4000 万元的未分配利润。

2014 年初，丁自他人处获得一笔资金，遂要求继续实施公司的增资计划，并自行将 140 万元打入公司账户，同时还主张对骐黄公司未实际缴资的 860 万元新股的优先认购权，但这一主张遭到其他股东的一致反对。

鉴于丁继续实施增资的强烈要求，并考虑到难以成功引进外部战略投资者，公司在 2014 年 1 月 8 日再次召开股东大会，讨论如下议案：第一，公司仍增资 1000 万元；第二，不再引进外部战略投资人，由公司各股东按照原有持股比例认缴新股；第三，各股东新增出资的缴纳期限为 20 年；第四，丁已转入公司账户的 140 万元资金，由公司退还给丁。就此议案所形成的股东会决议（简称：《2 号股东会决议》），甲、乙、丙均同意并签字，丁虽签字，但就第二、第三与第四项内容，均注明反对意见。

之后在甲、乙的主导下，鸿捷公司经营股东大会修订了公司章程、股东名册等，并于 2014 年 1 月 20 日办理完毕相应的公司注册资本的工商变更登记。

2014年底,受经济下行形势影响,加之新产品研发失败,鸿捷公司经营陷入困境。至2015年5月,公司已拖欠嵩悠公司设备款债务1000万元,公司账户中的资金已不足以偿付。

问题:

- 1.《1号股东会决议》的法律效力如何?为什么?
- 2.就骐黄公司未实际缴纳出资的行为,鸿捷公司可否向其主张违约责任?为什么?
- 3.丁可否主张860万元新股的优先认购权?为什么?
- 4.《2号股东会决议》的法律效力如何?其与《1号股东会决议》的关系如何?为什么?
- 5.鸿捷公司增加注册资本的程序中,何时产生注册资本增加的法律效力?为什么?
- 6.就鸿捷公司不能清偿的1000万元设备款债务,嵩悠公司能否向其各个股东主张补充赔偿责任?为什么?

1.【答案】《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。

【考点】股东会决议的效力

【解析】根据《公司法》第37条规定,股东会有权决定公司增加或减少注册资本。第43条规定,股东会的议事方式和表决程序,除本法有规定的外,由公司章程规定。股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议,以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议,必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。可见,《1号股东会决议》不论在内容上还是在程序上均是合法有效的。

2.【答案】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。

【考点】股东出资瑕疵责任

【解析】需要区别发起人股东的出资义务和设立后增资股东的出资责任。发起人股东在公司设立过程中适用合伙关系,彼此应承担连带责任和违约责任。公司设立后,认缴增资而加入公司的股东,其出资义务是针对公司而不是其他股东。其未按期履行出资义务时,是否向公司承担违约责任,要进行个案分析。本案中,增资协议合法有效。对于其为按期缴纳出资款,一方面,公司可根据公司章程、股东会决议等对其利润分配权、新股认购权等进行限制,另一方面,经公司催告缴纳,若合理期限内仍不缴纳,则有权以股东会决议解除其股东资格。对于其违约责任问题,依据《合同法》107条,强制性要求其继续履行合同,违背公司法的自由原则,故而不能主张继续履行合同的违约责任。同时,其未按期缴纳出资,公司经营正常也未造成损失,因此也很难主张损害责任请求权。

3.【答案】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,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。

【考点】新股认购权

【解析】题中该860万元新股是骐黄公司认购的,虽然其未在规定的期限内缴纳,但公司以股东会决议解除其股东资格以前,骐黄公司仍享有该860万元的股份,丁无权主张优先

关注希律网在线题库或下载希律法考app,随时随地在线刷题!

加群可获取更多法考资料:343325550。

认股权。即使公司股东会解除了骐黄公司的股东资格，且股东会决议没有特别约定时，丁也只能按照其股份比例主张优先认股权。

4.【答案】《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利益，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。

【考点】股东会决议的效力

【解析】骐黄公司违约，股东会有权通过一项新的决议来解决《1号股东会决议》难以继续实施的问题。该2号决议内容不违反法律、行政法规的规定，程序上符合三分之二的多数表决机制，合法有效。

5.【答案】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。

【考点】公司注册资本变更登记

【解析】根据《公司法》第26条第1款规定，有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额，该法第179条第2款规定，公司增加或者减少注册资本，应当依法向公司登记机关办理变更登记。因此，只有依法在公司登记机关办理注册变更登记后，才能产生注册资本变更的法律效力。

6.【答案】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。

【考点】股东出资义务

【解析】认缴制下股东出资义务加速到期，理论和实践中有争议。准用《公司法司法解释（三）》的规定。

六、（本题20分）

案情：某公司系改制成立的有限责任公司，股东15人。全体股东通过的公司章程规定，董事长为法定代表人。对董事长产生及变更办法，章程未作规定。股东会议选举甲、乙、丙、丁四人担任公司董事并组成董事会，董事会选举甲为董事长。

后乙、丙、丁三人组织召开临时股东会议，会议通过罢免甲董事长职务并解除其董事，选举乙为董事长的决议。乙向区工商分局递交法定代表人变更登记申请，经多次补正后该局受理其申请。

其后，该局以乙递交的申请，缺少修改后明确董事长变更办法的公司章程和公司法定代表人签署的变更登记申请书等材料，不符合法律、法规规定为由，作出登记驳回通知书。

乙、丙、丁三人向市工商局提出复议申请，市工商局经复议后认定三人提出的变更登记申请不符合受理条件，分局作出的登记驳回通知错误，决定予以撤销。

三人遂向法院起诉，并向法院提交了公司的章程、经过公证的临时股东会决议。

问题：

1.请分析公司的设立登记和变更登记的法律性质。

2.如市工商局维持了区工商分局的行政行为，请确定本案中的原告和被告，并说明理由。

3.如何确定本案的审理和裁判对象？如市工商局在行政复议中维持区工商分局的行为，有何不同？

4.法院接到起诉状决定是否立案时通常面临哪些情况？如何处理？

关注希律网在线题库或下载希律法考app，随时随地在线刷题！

加群可获取更多法考资料：343325550。

5. 《行政诉讼法》对一审法院宣判有何要求？

1. 【答案】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的行为。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。公司的设立登记为行政许可。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，属于行政许可的变更。

【考点】行政许可的判断

2. 【答案】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。变更登记的事项为乙、丙、丁通过临时股东会议形成的决议，故乙、丙、丁为原告；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。

【考点】行政诉讼的原告资格与被告确定

3. 【解析】人民法院审理行政案件，对行政行为是否合法进行审查。因本案中复议机关改变了原行政行为作出机关的决定，因而法院应当以复议决定作为审查对象，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。

复议机关决定维持原行政行为的，人民法院应当在审查原行政行为合法性的同时，一并审查复议程序的合法性。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。

【考点】行政诉讼的审理和裁判的对象

4. 【答案】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。

【考点】行政诉讼的起诉和受理程序

5. 【答案】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。

【考点】判决程序

七、（本题 26 分）

案情：某日凌晨，A市某小区地下停车场发现一具男尸，经辨认，死者为刘瑞，达永房地产公司法定代表人。停车场录像显示一男子持刀杀死了被害人，但画面极为模糊，小区某保安向侦查人员证实其巡逻时看见形似刘四的人拿刀捅了被害人后逃走（开庭时该保安已辞职无法联系）

侦查人员在现场提取了一只白手套，一把三棱刮刀（由于疏忽，提取时未附笔录）侦查人员对现场提取的血迹进行了ABO血型鉴定，认定其中的血迹与犯罪嫌疑人刘四的血型一致。

刘四到案后几次讯问均不认罪，后来交代了杀人的事实并承认系被他人雇佣所为，公安机关据此抓获了另外两名犯罪嫌疑人康雍房地产公司开发商张文、张武兄弟。

侦查终结后，检察机关提起公诉，认定此案系因开发某地块利益之争，张文、张武雇佣社会人员刘四杀害了被害人。

法庭上张氏兄弟、刘四同时翻供，称侦查中受到严重刑讯，不得不按办案人员意思供认，但均未向法庭提供非法取证的证据或线索，未申请排除非法证据。

公诉人指控定罪的证据有：①小区录像；②小区保安的证言；③现场提取的手套、刮刀；④ABO血型鉴定；⑤侦查预审中三被告人的有罪供述及其相互证明。三被告对以上证据均提出异议，主张自己无罪。

问题：

1. 请根据《刑事诉讼法》及相关司法解释的规定，对以上证据分别进行简要分析，并作

关注希律网在线题库或下载希律法考 app，随时随地在线刷题！

加群可获取更多法考资料：343325550。

出是否有罪的结论。

2.请结合本案，谈谈对《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中关于“推进以审判为中心的诉讼制度改革，确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验”这一部署的认识。

答题要求：

- 1.无本人分析、照抄材料原文不得分；
- 2.结论、观点正确，逻辑清晰，说理充分，文字通畅；
- 3.请按问题顺序作答，总字数不得少于 800 字。

希律法考