

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>

2017年司法考试真题及答案卷四：<http://www.xilvlaw.com/zixun/348.html>

2017年司法考试真题及答案卷四

一、(本题 22 分)

材料一：法律本来应该具有定分止争的功能，司法审判本来应该具有终局性的作用，如果司法不公、人心不服，这些功能就难以实现。我们提出要努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义，所有司法机关都要紧紧围绕这个目标来改进工作，重点解决影响司法公正和制约司法能力的深层次问题。(摘自习近平：《第十八届中央政治局第四次集体学习时的讲话》)

材料二：新华社北京 2017 年 5 月 3 日电：中共中央总书记、国家主席、中央军委主席习近平 3 日上午来到中国政法大学考察。习近平指出，我们有我们的历史文化，有我们的体制机制，有我们的国情，我们的国家治理有其他国家不可比拟的特殊性和复杂性，也有我们自己长期积累的经验和优势。

问题：

请根据材料一和材料二，结合自己对中华法文化中“天理、国法、人情”的理解，谈谈在现实社会的司法、执法实践中，一些影响性裁判、处罚决定公布后，有的深获广大公众认同，取得良好社会效果，有的则与社会公众较普遍的认识有相当距离，甚至截然相反判断的原因和看法。

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.总字数不少于 500 字。

二、(本题 22 分)

案情：甲生意上亏钱，乙欠下赌债，二人合谋干一件“靠谱”的事情以摆脱困境。甲按分工找到丙，骗丙使其相信钱某欠债不还，丙答应控制钱某的小孩以逼钱某还债，否则不放人。

丙按照甲所给线索将钱某的小孩骗到自己的住处看管起来，电告甲控制了钱某的小孩，甲通知乙行动。乙给钱某打电话：“你的儿子在我们手上，赶快交 50 万元赎人，否则撕票！”钱某看了一眼身旁的儿子，回了句：“骗子！”便挂断电话，不再理睬。乙感觉异常，将情况告诉甲。甲来到丙处发现这个孩子不是钱某的小孩而是赵某的小孩，但没有告诉丙，只是嘱咐丙看好小孩，并从小孩口中套出其父赵某的电话号码。

甲与乙商定转而勒索赵某的钱财。第二天，小孩哭闹不止要离开，丙恐被人发觉，用手捂住小孩口、鼻，然后用胶带捆绑其双手并将嘴缠住，致其机械性窒息死亡。甲得知后与乙

商定放弃勒索赵某财物，由乙和丙处理尸体。乙、丙二人将尸体连夜运至城外掩埋。第三天，乙打电话给赵某，威胁赵某赶快向指定账号打款 30 万元，不许报警，否则撕票。赵某当即报案，甲、乙、丙三人很快归案。

问题：

请分析甲、乙、丙的刑事责任(包括犯罪性质即罪名、犯罪形态、共同犯罪、数罪并罚等)，须简述相应理由。

【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。

三、(本题 21 分)

案情：被告人李某于 2014 年 7 月的一天晚上，和几个朋友聚会，饭后又一起卡拉 OK，期间餐厅经理派服务员胡某陪侍。次日凌晨两点结束后，李某送胡某回家的路上，在一废弃的工棚内强行与胡某发生了性关系。案发后李某坚称是通奸而不是强奸。此案由 S 市 Y 区检察院起诉。Y 区法院经不公开审理，以事实不清证据不足为由作出无罪判决。检察机关提起抗诉，S 市中级人民法院改判被告人构成强奸罪并判处有期徒刑三年。二审法院定期宣判，并向抗诉的检察机关送达了判决书，没有向被告人李某送达判决书，但在中国裁判文书网上发布了判决书。

问题：

1.本案二审判决是否生效?为什么?我国刑事裁判一审生效与二审生效有无区别?为什么?

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.此案生效后当事人向检察院申诉,程序要求是什么?

3.省检察院按审判监督程序向省高级法院提起抗诉,对于原判决、裁定事实不清或者证据不足的再审案件,省高级法院应当如何处理?

4.如果省高级法院认为S市中级人民法院生效判决确有错误,应当如何纠正?

5.此案在由省检察院向省高级法院抗诉中,请求改判被告人无罪,被告人及其辩护人也辩称无罪,省高级法院根据控辩双方一致意见,是否应当做出无罪判决?为什么?

1.【答案】(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.【答案】(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.【答案】(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.【答案】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.【答案】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。

四、(本题 22 分)

案情:2016年1月10日,自然人甲为创业需要,与自然人乙订立借款合同,约定甲向乙借款100万元,借款期限1年,借款当日交付。2016年1月12日,双方就甲自有的M商品房又订立了一份商品房买卖合同,其中约定:如甲按期偿还对乙的100万元借款,则本合同不履行;如甲到期未能偿还对乙的借款,则该借款变成购房款,甲应向乙转移该房屋所有权;合同订立后,该房屋仍由甲占有使用。

2016年1月15日,甲用该笔借款设立了S个人独资企业。为扩大经营规模,S企业向丙借款200万元,借款期限1年,丁为此提供保证担保,未约定保证方式;戊以一辆高级轿车为质押并交付,但后经戊要求,丙让戊取回使用,戊又私自将该车以市价卖给不知情的己,并办理了过户登记。

2016年2月10日,甲因资金需求,瞒着乙将M房屋出卖给了庚,并告知庚其已与乙订立房屋买卖合同一事。2016年3月10日,庚支付了全部房款并办理完变更登记,但因庚自3月12日出国访学,为期4个月,双方约定庚回国后交付房屋。

2016年3月15日,甲未经庚同意将M房屋出租给知悉其卖房给庚一事的辛,租期2个月,月租金5000元。2016年5月16日,甲从辛处收回房屋的当日,因雷电引发火灾,房

屋严重毁损。根据甲卖房前与某保险公司订立的保险合同(甲为被保险人),某保险公司应支付房屋火灾保险金5万元。2016年7月13日,庚回国,甲将房屋交付给了庚。

2017年1月16日,甲未能按期偿还对乙的100万元借款,S企业也未能按期偿还对丙的200万元借款,现乙和丙均向甲催要。

问题:

1.就甲对乙的100万元借款,如乙未起诉甲履行借款合同,而是起诉甲履行买卖合同,应如何处理?请给出理由。

2.就S企业对丙的200万元借款,甲、丁、戊各应承担何种责任?为什么?

3.甲、庚的房屋买卖合同是否有效?庚是否已取得房屋所有权?为什么?

4.谁有权收取M房屋2个月的租金?为什么?

5.谁应承担M房屋火灾损失?为什么?

6.谁有权享有M房屋火灾损失的保险金请求权?为什么?

1.【答案】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.【答案】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.【答案】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.【答案】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.【答案】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.【答案】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。

五、(本题21分)

案情:昌顺有限公司成立于2012年4月,注册资本5000万元,股东为刘昌、钱顺、潘平与程舵,持股比例依次为40%、28%、26%与6%。章程规定设立时各股东须缴纳30%的出资,其余在两年内缴足;公司不设董事会与监事会,刘昌担任董事长,钱顺担任总经理并兼任监事。各股东均已按章程实际缴纳首批出资。公司业务主要是从事某商厦内商铺的出租与管理。因该商厦商业地理位置优越,承租商户资源充足,租金收入颇为稳定,公司一直处于盈利状态。

2014年4月,公司通过股东会决议,将注册资本减少至3000万元,各股东的出资额等比例减少,同时其剩余出资的缴纳期限延展至2030年12月。公司随后依法在登记机关办理了注册资本的变更登记。

公司盈利状况不错,但2014年6月,就公司关于承租商户的筛选、租金的调整幅度、使用管理等问题的决策,刘昌与钱顺爆发严重冲突。后又发生了刘昌解聘钱顺的总经理职

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。

务，而钱顺又以监事身份来罢免刘昌董事长的情况，虽经潘平与程舵调和也无济于事。受此影响，公司此后竟未再召开过股东会。好在商户比较稳定，公司营收未出现下滑。

2016年5月，钱顺已厌倦于争斗，要求刘昌或者公司买下自己的股权，自己退出公司，但遭到刘昌的坚决拒绝，其他股东既无购买意愿也无购买能力。钱顺遂起诉公司与刘昌，要求公司回购自己的股权，若公司不回购，则要求刘昌来购买。一个月后，法院判决钱顺败诉。后钱顺再以解散公司为由起诉公司。虽然刘昌以公司一直盈利且运行正常等为理由坚决反对，法院仍于2017年2月作出解散公司的判决。

判决作出后，各方既未提出上诉，也未按规定成立清算组，更未进行实际的清算。在公司登记机关，该昌顺公司仍登记至今，而各承租商户也继续依约向公司交付租金。

问题：

- 1.昌顺公司的治理结构，是否存在不规范的地方?为什么?
- 2.昌顺公司减少注册资本依法应包括哪些步骤?
- 3.刘昌解聘钱顺的总经理职务，以及钱顺以监事身份来罢免刘昌董事长职位是否合法?为什么?
- 4.法院判决不支持“钱顺要求公司与刘昌回购自己股权的诉求”是否合理?为什么?
- 5.法院作出解散公司的判决是否合理?为什么?
- 6.解散公司的判决生效后，就昌顺公司的后续行为及其状态，在法律上应如何评价?为什么?

1.【考点】公司法人治理结构

【答案】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。

【解析】《公司法》第50条规定，股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设一名执行董事，不设董事会。执行董事可以兼任公司经理。执行董事的职权由公司章程规定。又依据第51条规定，有限责任公司设监事会，其成员不得少于三人。股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设一至二名监事，不设监事会。董事、高级管理人员不得兼任监事。可见，昌顺公司不设董事会、监事会是合法、规范的，不规范的地方主要有两点：(1)董事长的称谓不妥，应为执行董事；(2)总经理兼任监事违反公司法规定，不得兼任。

2.【考点】减少注册资本

【答案】(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。(5)还应修改公司章程。

【解析】公司减少注册资本是重大事项，必须经股东大会决议。依据《公司法》第43条规定，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。又依据第177条规定，公司需要减少注册资本时，必须编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出减少注册资本决议之日起10日内通知债权人，并于30日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起30日内，未接到通知书的自公告之日起45日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。公司减资以后，依据第179条规定，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。变更工商登记前，应该修改公司章程。

3.【考点】董监高的罢免

【答案】(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

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。

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。

【解析】昌顺公司的法人治理结构不规范，在董监高的任免问题上，也存在问题。这表现在：(1) 董事长（执行董事）的任免是股东会的职权，监事或监事会只有罢免建议权，无罢免权。何况，依据公司法第 51 条规定，公司高管不得兼任监事。因此，钱顺罢免刘昌不合法，刘昌的执行董事地位不受影响。(2) 《公司法》第四十九条规定，有限责任公司可以设经理，由董事会决定聘任或者解聘。昌顺公司不设董事会，董事会的职权执行董事行使，因此，刘昌解聘钱顺的行为符合公司法的规定。(3) 司法部答案中给予了两个不同的答案。认为从公司章程角度看，由于章程中明确规定钱顺为公司的总经理，因此，罢免其职务，需要按照修改公司章程的程序来进行，即依据《公司法》第 103 条规定，股东大会作出修改公司章程、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，必须经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。由股东会决议来罢免钱顺。况且考虑到刘昌与钱顺的矛盾，其解聘行为有滥用职权之嫌，因此，刘昌的行为不合法。

4. 【考点】回购股份

【答案】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。

【解析】公司股东基于投资自由而形成投资法律关系和股权法律关系。不管是基于合同法还是公司法，公司股东之间的平等性是基础原则，不得赋予一方强制性的义务。钱顺对股东刘昌的诉求，没有法律依据。

5. 【考点】公司僵局公司解散

【答案】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。

【解析】昌顺公司股东内斗，陷于僵局，继续存续可能使股东利益受到重大损失，依据《公司法》第 182 条规定，公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，可以请求人民法院解散公司。《公司法司法解释（二）》第 1 条也规定，单独或者合计持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，以下列事由之一提起解散公司诉讼，并符合公司法第 182 条规定的，人民法院应予受理：(1) 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；(2) 股东表决时无法达到法定或者公司章程规定的比例，持续两年以上不能做出有效的股东会或者股东大会决议，公司经营管理发生严重困难的；(3) 公司董事长期冲突，且无法通过股东会或者股东大会解决，公司经营管理发生严重困难的，等等。昌顺公司已经超过 2 年未召开股东会，法院判决合理。

6. 【考点】公司解散的法律后果

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。

【答案】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。

【解析】公司的司法解散制度是针对公司僵局而制定的。对此,《公司法》规定了清算程序。依据《公司法》第183条规定,公司因本法第180条第(一)项、第(二)项、第(四)项、第(五)项规定而解散的,应当在解散事由出现之日起15日内成立清算组,开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成,股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的,债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请,并及时组织清算组进行清算。并在第184-188条中规定了清算的期限、公告、相关具体事项、注销登记等。也就是说,公司解散判决后,其法律主体资格并不当然消灭,本案昌顺公司法院判决以后,仍继续存在,甚至陷入“僵局”中的“僵局”,且立法中并不赋予股东申请人民法院组成清算组的权利,更加剧了这种“僵局”的存在,从而一定程度上不能实现公司司法解散的立法目的,违反规范层面的法律逻辑,有待于今后的立法进一步完善。

六、(本题19分)

案情:2013年5月,居住在S市二河县的郝志强、迟丽华夫妻将二人共有的位于S市三江区的三层楼房出租给包童新居住,协议是以郝志强的名义签订的。2015年3月,住所地在S市四海区的温茂昌从该楼房底下路过,被三层掉下的窗户玻璃砸伤,花费医疗费8500元。

就温茂昌受伤赔偿问题,利害关系人有关说法是:包童新承认当时自己开了窗户,但没想到玻璃会掉下,应属窗户质量问题,自己不应承担责任;郝志强认为窗户质量没有问题,如果不是包童新使用不当,窗户玻璃不会掉下;此外,温茂昌受伤是在该楼房院子内,作为路人的温茂昌不应未经楼房主人或使用人同意擅自进入院子里,也有责任;温茂昌认为自己是为了躲避路上的车辆而走到该楼房旁边的,不知道这个区域已属个人私宅的范围。为此,温茂昌将郝志强和包童新诉至法院,要求他们赔偿医疗费用。

法院受理案件后,向被告郝志强、包童新送达了起诉状副本等文件。在起诉状、答辩状中,原告和被告都坚持协商过程中自己的理由。开庭审理5天前,法院送达人员将郝志强和包童新的传票都交给包童新,告其将传票转交给郝志强。开庭时,温茂昌、包童新按时到庭,郝志强迟迟未到庭。法庭询问包童新是否将出庭传票交给了郝志强,包童新表示4天前就交了。法院据此在郝志强没有出庭的情况下对案件进行审理并作出了判决,判决郝志强与包童新共同承担赔偿责任:郝志强赔偿4000元,包童新赔偿4500元,两人相互承担连带责任。

一审判决送达后,郝志强不服,在上诉期内提起上诉,认为一审审理程序上存在瑕疵,要求二审法院将案件发回重审。包童新、温茂昌没有提起上诉。

问题:

- 1.哪些(个)法院对本案享有管辖权?为什么?
- 2.本案的当事人确定是否正确?为什么?
- 3.本案涉及的相关案件事实应由谁承担证明责任?
- 4.一审案件的审理在程序上有哪些瑕疵?二审法院对此应当如何处理?

1.【考点】侵权案件的管辖。

【答案】S市三江区法院和S市二河县法院对本案有管辖权。《民事诉讼法》第28条规

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。

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市三江区人民法院为被告住郝志强所地，S市二河县法院为侵权行为地和被告包童新住所地。

【解析】本案是楼上窗户玻璃掉落砸伤路上行人引起的侵权案件。按照规定，因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。其中，侵权行为地包括侵权行为实施地和损害结果发生地。一般情况下，这两个地点重合，有时也会分离。当这两个地点分离时，实施地和结果地法院都有管辖权。本案中的侵权行为地（实施地和结果地重合）在S市三江区，即三江区人民法院有管辖权。本案的被告有三人，即所有人郝志强、迟丽华夫妻二人和承租人（即使用人）包童新，这三人住所地的法院有管辖权。其中，郝志强、迟丽华夫妻二人的住所地在S市二河县，即二河县法院有管辖权。包童新的住所地在哪，题干材料中没有说明，但其自2013年5月承租该房居住，至2015年3月该侵权行为发生，已连续居住一年以上，该地构成了其经常居住地，即S市三江区为包童新的经常居住地。根据《民事诉讼法》第21条的规定，被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。由此，S市三江区人民法院有管辖权。综合上述，本案有管辖权的法院有两个：S市二河县法院和S市三江区人民法院。

2. 【考点】当事人的确定。

【答案】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。

【解析】本案当事人的确定有错误。《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。所有人、管理人或者使用人赔偿后，有其他责任人的，有权向其他责任人追偿。房屋窗户玻璃脱落造成他人损害就属于此种情况的侵权，若受害人提起诉讼，所有人、管理人或者使用人就成为被告。本案中，房屋及其附属玻璃的共有人为郝志强、迟丽华夫妻二人，房屋承租人即使用人为包童新，这三人均应列为被告，而一审法院却漏列了迟丽华，因而本案当事人的确定不正确。

3. 【考点】证明责任的承担

【答案】(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的事实，由郝志强承担证明责任。

【解析】本案是因窗户玻璃脱落致人损害引起损害赔偿诉讼，应实行证明责任倒置。侵权案件的构成要件包括危害行为、损害事实、危害行为与损害事实之间有因果关系和行为人有过错。如果是一般侵权案件，这四个要件方面的事实均应由原告即受害人负证明责任，但是，针对本案这类案件而言，由于被告更接近证据，加上致人损害时被告有过错的可能性很大，因此，《侵权责任法》第85条作出了证明责任倒置的规定，让被告对自己无过错负证明责任。《民事证据规定》第4条也对此做出了规定：“建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼，由所有人或者管理人对其无过错承担举证责任。”而其他几个要件的事实（包括温茂昌被掉下的玻璃砸伤的事实、其受害状况与程度、所用医疗费以及被告为房屋所有人或使用人的事实）则仍由原告温茂昌负证明责任。

4. 【考点】一审程序制度

【答案】(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根

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。

【解析】一审案件的审理在程序上存在的瑕疵有:

(1)遗漏当事人。《民事诉讼法》第132条规定,必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的,人民法院应当通知其参加诉讼。迟丽华作为房屋共有人,是必须共同参加诉讼的人,法院应通知其参加,但未将应诉通知、起诉状副本等诉讼文书送达迟丽华,漏列了被告。

(2)送达开庭传票的时间有不合法之处。《民事诉讼法》第136条规定:“人民法院审理民事案件,应当在开庭3日前通知当事人和其他诉讼参与人。公开审理的,应当公告当事人姓名、案由和开庭的时间、地点。”而本案中,法院却在开庭审理5天前将开庭传票予以送达。

(3)违法送达。法院最基本的送达方式是直接送达。开庭传票作为一种参与庭审的重要通知,最好直接送达给当事人本人,但本案中法院送达人员将郝志强和包童新的传票都交给包童新,要其将传票转交给郝志强。而郝志强和包童新存在利害冲突,包童新很可能隐瞒郝志强的传票,且如此送达不符合转交送达的法定情形。这种违法送达严重侵犯了郝志强的辩论权。

(4)违法缺席判决。由于本案当事人在协商赔偿的过程中及起诉答辩阶段争议较大,若当事人不到庭将难以查清案件事实,因此本案的被告可以认定为必须到庭的被告。开庭传票是重要的诉讼文书,应直接送达受送达人本人或其他有资格接受的人,但法院送达人员却将其交由与受送达人存在利害冲突的其他当事人转交,这是明显不合法的行为。基此,本案的郝志强很可能没有收到开庭传票。但一审法院却在其未出席的情况下进行了缺席审理和作出了缺席判决,这属于重大的程序错误。

基于一审程序存在上述瑕疵,二审法院应裁定撤销原判,将案件发回重审。理由是:

《民事诉讼法》第170条规定:“第二审人民法院对上诉案件,经过审理,按照下列情形,分别处理:(四)原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审。”

七、(本题23分)

案情:某省盐业公司从外省盐厂购进300吨工业盐运回本地,当地市盐务管理局认为购进工业盐的行为涉嫌违法,遂对该批工业盐予以先行登记保存,并将《先行登记保存通知书》送达该公司。其后,市盐务管理局经听证、集体讨论后,认定该公司未办理工业盐准运证从省外购进工业盐,违反了省政府制定的《盐业管理办法》第20条,决定没收该公司违法购进的工业盐,并处罚款15万元。公司不服处罚决定,向市政府申请行政复议。市政府维持市盐务管理局的处罚决定。公司不服向法院起诉。

材料一:

1.《盐业管理条例》(国务院1990年3月2日第51号令发布,自发布之日起施行)

第24条运输部门应当将盐列为重要运输物资,对食用盐和指令性计划的纯碱、烧碱用盐的运输应当重点保证。

2.《盐业管理办法》(2003年6月29日省人民政府发布,2009年3月20日修正)

第20条盐的运销站发运盐产品实行准运证制度。在途及运输期间必须货、单、证同行。无单、无证的,运输部门不得承运,购盐单位不得入库。

材料二:2016年4月22日,国务院发布的《盐业体制改革方案》指出,要推进盐业体制改革,实现盐业资源有效配置,进一步释放市场活力,取消食盐产销区域限制。要改革食盐生产批发区域限制。取消食盐定点生产企业只能销售给指定批发企业的规定,允许生产企业进入流通和销售领域,自主确定生产销售数量并建立销售渠道,以自有品牌开展跨区域经

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。

营, 实现产销一体, 或者委托有食盐批发资质的企业代理销售。要改革工业盐运销管理。取消各地自行设立的两碱工业盐备案制和准运证制度, 取消对小工业盐及盐产品进入市场的各类限制, 放开小工业盐及盐产品市场和价格。

材料三: 2017年6月13日, 李克强总理在全国深化简政放权放管结合优化服务改革电视电话会议上的讲话强调, 我们推动的“放管服”改革、转变政府职能是一个系统的整体, 首先要在“放”上下更大功夫, 进一步做好简政放权的“减法”, 又要在创新政府管理上破难题, 善于做加强监管的“加法”和优化服务的“乘法”。如果说做好简化行政审批、减税降费等“减法”是革自己的命, 是壮士断腕, 那么做好强监管“加法”和优服务“乘法”, 也是啃政府职能转变的“硬骨头”。放宽市场准入, 可以促进公平竞争、防止垄断, 也能为更好的“管”和更优的“服”创造条件。

问题:

(一)请根据案情、材料一和相关法律规定, 回答下列问题:

- 1.请简答行政机关适用先行登记保存的条件和程序。
- 2.《行政处罚法》对市盐务管理局举行听证的主持人的要求是什么?
- 3.市盐务管理局以某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是否成立?为什么?
- 4.如何确定本案的被告?为什么?

(二)请基于案情, 结合材料二、材料三和相关法律作答(要求观点明确, 说理充分, 文字通畅, 字数不少于400字):

谈谈深化简政放权放管结合优质服务改革, 对推进政府职能转变, 建设法治政府的意义。

1.【考点】行政处罚证据保全

【答案】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。

【解析】《行政处罚法》第三十七条第二款规定: “行政机关在收集证据时, 可以采取抽样取证的方法; 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, 并应当在七日内及时作出处理决定, 在此期间, 当事人或者有关人员不得销毁或者转移证据。”

2.【考点】行政处罚听证

【答案】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。

【解析】《行政处罚法》第四十二条第四款规定: “听证由行政机关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。” 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.【考点】地方政府规章的行政许可设定权限

【答案】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。

【解析】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。因此, 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.【考点】行政诉讼的适格被告

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。

【答案】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。

【解析】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)

【考点】政府职能转移；法治政府

【解析】其一，深化简政放权的“放管服”改革，应当清理当前行政法律规范体系当中，违法创设行政审批的情形，在这一点上，“放管服”改革与法治政府的建设高度统一。材料一中的省政府规章所设定的《盐业管理办理》属于增设行政许可，违反了《行政许可法》关于许可设定权限的规定以及国务院的《盐业管理条例》，应当列入清理的范畴。

其二，“放管服”改革重点在于处理好政府与市场的关系，让政府的触手退出无效或低效的领域，实现政府职能转移，推动政府治理体系现代化。通过最大限度减少审批，多措并举加强监管，不断创新优化服务，打造便利、公平的市场环境，更大激发市场活力和社会创造力。材料二国务院发布的《盐业体制改革方案》明确要求“取消各地自行设立的两碱工业盐备案制和准运证制度，取消对小工业盐及盐产品进入市场的各类限制，放开小工业盐及盐产品市场和价格。”等改革措施体现了对市场规律的尊重。

其三，最后，“放管服”改革有利于同时推进有限政府、责任政府和服务政府的法治政府建设。如材料三所述，“放管服”改革是简政放权、加强监管和优化服务的三位一体，既要好简政放权的“减法”，又要在创新政府管理上破难题，善于做加强监管的“加法”和优化服务的“乘法”。