2022年法律职业(主观题)测试卷(一)

得分	评卷人

一、主观题 （共10题，每题10分，共计100分）

1、凯撒酒店诉对其行政处罚决定案

南京凯撒酒店系中外合作经营企业。2007年8月16日，南京凯撒酒店向江苏省国际信托投资公司（以下简称投资公司）申请贷款人民币。当时投资公司言明没有人民币，只有美元，于是凯撒酒店与投资公司签订了20万美元的贷款合同，并出具书面委托书，委托投资公司按有关规定代为调剂人民币。

但投资公司未按有关规定到外汇调剂中心办理调剂，而是用自己的人民币私自进行了调剂，投资公司扣除了20万美元的贷款利息4600美元，以及原先向凯撒酒店提供的50万元人民币贷款本息后，于8月17日将所剩71万元人民币划入凯撒酒店账户。

2009年3月29日，国家外汇管理局南京分局（以下简称南京分局）根据《外汇管理条例》的规定以私自买卖外汇为由，通知凯撒酒店将对其罚款4.5万元，并告知其有要求举行听证的权利。凯撒酒店不服国家外汇管理局南京分局的处罚决定，遂申请复议，复议机关作出了复议决定，决定对凯撒酒店罚款4万元。但凯撒酒店仍不服该复议决定，向法院提起了行政诉讼。一审法院判决维持了行政复议机关的决定且已生效。后来原一审法院发现原生效判决违法，经审查后，法院决定按照审判监督程序再审此案。

【问题】

1．如果凯撒酒店要求听证，它应当在什么期限内提出？听证会进行的程序包括哪些主要内容？

2．如果凯撒酒店对国家外汇管理局南京分局的处罚决定不服，可以向哪个行政机关申请行政复议？

3．如果行政复议机关经过复议，决定对凯撒酒店罚款4万元，你认为它是否改变了南京分局的行政处罚决定？为什么？

4．在行政复议决定作出前，凯撒酒店可否要求撤回申请？

5．如果一审判决维持了行政复议机关的处罚决定且已生效，凯撒酒店可否申请再审？如果可以，应向哪个法院申请？

6．如果法院按照审判监督程序决定再审此案，原判决是否中止执行？

7．原审法院按审判监督程序再审后，凯撒酒店对该判决仍然不服，可采取什么救济措施？

【答案】

1．凯撒酒店应在国家外汇管理局南京分局告知将要对其进行行政处罚之日（2009年3月29日）起3日内提出。听证会进行程序的主要内容包括由行政机关通知听证会举行的时间和地点；除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私外，听证公开举行；听证会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；当事人可以亲自参加听证，也可以委托1～2人代理；听证的举行，由调查人员提出当事人违法的事实、证据和行政处罚建议，当事人进行申辩和质证；听证应当制作笔录，笔录应当交当事人审核无误后签字或者盖章。

2．凯撒酒店可以向国家外汇管理局江苏分局申请行政复议。外汇管理实施垂直领导，应当向上级主管部门申请行政复议。

3．行政复议机关改变了南京分局的行政处罚决定。因为复议机关变更了原行政行为的处理结

果，将罚款从4.5万元改为4万元。
4．可以撤回。在行政复议决定作出前，凯撒酒店说明理由，经复议机关同意，可以撤回复议申请。
5．凯撒酒店可以向原审法院的上一级人民法院提出申诉。
6．如果法院按照审判监督程序决定再审此案，原判决中止执行。
7．凯撒酒店对再审判决仍然可以提起上诉。本案是一审法院按一审程序审理的再审案件，对所作判决当事人可上诉。
考生解答此题时，需要注意：只有人民法院和人民检察院才有审判监督权，当事人只有申请再审的权利。考生应该特别注意《行政诉讼法》第90条的规定与《行政诉讼法解释》第77条的规定之间的区别。仅有当事人的申诉，并不能引起原生效判决、裁定的停止执行，只有经过法院决定再审后，才可裁定中止原判决的执行，并且此时法院并无裁量权，其必须中止执行。
实行垂直领导的机关的行政复议管理区分为两种情况：第一种是在全国范围内垂直领导的，如海关、外汇、金融、国税等只能向上一级主管部门申请行政复议；第二种是在省以下实行垂直领导，即在县级、地级实行，如地税、工商、质量技术监督和药品监督机关等则可以向该部门的上一级主管部门申请行政复议。

2、甲乙丙盗窃案
2012年9月，甲（20岁）与乙（16岁）共谋盗窃，担心人手不够，遂胁迫甲的邻居丙一起行动。丙胆小怕事因而只负责在门口望风，甲乙进入某家里盗窃，窃得价值2000元的白金项链一条，毁坏价值1000元的保险柜一台。 2013年三人被移送检察院审查起诉。检察院经审查认为，丙被胁迫犯罪，只从事帮助行为，情节轻微，决定对其酌定不起诉；乙系未成年人，初次犯罪，情节不重，认罪态度较好，决定对其附条件不起诉；甲是主犯，应当负刑事责任，决定对甲提起公诉；乙的父亲戊对不起诉决定提出异议。被害人丁准备就自己遭受的损失向法院提起附带民事诉讼。
【问题】
1．公安机关讯问乙时可否通知乙的双胞胎哥哥到场？
2．对丙不起诉应当由谁决定？被害人丁对不起诉决定有异议，应该如何救济？
3．检察院在对乙做出不起诉决定以前应当听取哪些人的意见？乙的父亲对此有异议，检察院应如何处理？
4．丁应当在何时提起附带民事诉讼？其可就多少损失提起附带民事诉讼？
5．本案中哪些人应当列为附带民事诉讼的被告人？
6．如果检察院因证据不足撤回起诉，附带民事诉讼应如何处理？

【答案】
1．不能通知乙的双胞胎哥哥到场，因为乙的双胞胎哥哥是未成年人。
2．应当由检察长或检委会决定，被害人丁对不起诉决定不服，可以自收到决定书后7日以内向上一级人民检察院申诉，请求提起公诉。检察院维持不起诉决定的，可以向法院提起自诉，也可以不经申诉，直接向法院提起自诉。
3．检察院对乙不起诉应当听取公安机关和被害人、未成年犯罪嫌疑人的法定代理人、辩护人的意见。乙的父亲对不起诉决定有异议，检察院应当做出起诉的决定。
4．丁应当在立案之后，一审判决宣告之前提起附带民事诉讼。丁对被盗的项链不能提起附带民事诉讼，只能就保险柜的损失提起附带民事诉讼。
5．本案中，甲、乙、丙和乙的父亲戊都可以作为附带民事诉讼的被告人。
6．对于附带民事诉讼法院可以进行调解，调解不成的，应当裁定驳回起诉，并告知原告另行提

起民事诉讼。
所谓“皮之不存，毛将焉附”，处理附带民事诉讼的问题，应当坚持一个原则，即民事诉讼始终依附刑事诉讼。刑事审判未经裁判而终止，民事诉讼不能单独做出裁判。相反的，刑事审判如果做出了判决，无论被告人有罪与否，附带民事诉讼都应当相应地做出判决。参见《刑诉解释》第160条第1款：人民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，应当一并作出刑事附带民事判决。

3、合伙企业“顺达饭庄”纠纷案
魏超、梁权和蜀香餐饮饮食有限公司（以下简称蜀香公司）达成书面合伙协议，商定设立一家“顺达饭庄”。魏超以其房屋出资，作价2万元；梁权以劳务出资，作价1万元；蜀香公司出资2万元，作为有限合伙人。由于梁权和蜀香公司有餐厅经营管理的经验，因此约定梁权及蜀香公司为顺达饭庄的合伙事务执行人。
2007年9月27日，顺达饭庄与天天食品批发站签订食材购买合同。合同约定，天天食品批发站供应顺达饭庄价值10万元的糕点、肉类、蔬菜等，顺达饭庄向天天食品批发站出具了一张以工商银行某分行为付款人的00883208号银行承兑汇票，并在汇票上注明“予以承兑，顺达饭庄款到之日付款”的字样。天天食品批发站将该汇票背书转让给了日日面粉厂，日日面粉厂刚好对月月粮油站有一笔欠款，遂在当天就又背书给了月月粮油站，并在背书同时写道“不得转让”字样。月月粮油站将汇票贴现给了建设银行某分行。但在建设银行某分行提示付款时，工商银行某分行拒绝付款，理由是：天天食品批发站提供的糕点有重大质量瑕疵，顺达饭庄来函告知，00883208号汇票不能兑付。建设银行某分行认为自己是善意持有人，遂向背书人日日面粉厂行使追索权。
2008年6月，蜀香公司因为自身经营出现困难，在通知魏超、梁权后即将其在顺达饭庄的份额转让给张亭。 10月，顺达饭庄因资金短缺，合伙人一致同意吸收李冰、王楠入伙。李冰，17岁，高中生，以其受馈赠的2万元作为出资。王楠，个体工商户，出资2万元，为有限合伙人。10月末，李冰的父母要求顺达饭庄退回李冰的出资。 12月，王楠出车祸死亡，其妻王胜兰要求继承其在合伙中的份额。张亭表示不同意王胜兰成为合伙人。此时，顺达饭庄在财产检查的过程中发现：(1)梁权未经其他合伙人同意，以顺达饭庄的名义为其妹的理发店提供担保，向不知情顾晓晓借款3万元；(2)魏超由于个人债务2万元无法清偿．债权人请求顺达饭庄承担该债务。
【问题】
1．梁权、蜀香公司能否成为顺达饭庄的合伙人？顺达饭庄的组织结构是否合法？
2．工商银行某分行的承兑效力如何？为什么？
3．假如建设银行某分行在遭到工商银行某分行拒付后，将该票据背书贴现给了农业银行某分行，那么该背书性质为何？法律后果怎样？
4．蜀香公司未经其他合伙人同意转让其合伙份额的行为是否有效？为什么？
5．李冰与其他合伙人签订的合伙协议效力如何？李冰应否承担合伙企业的债务？
6．王楠的妻子王胜兰能否成为顺达饭庄的合伙人？为什么？
7．对于顺达饭庄在财产检查的过程中发现的事件，依法应如何处理？
8．如果顺达饭庄资不抵债，债权人可以要求哪些人清偿债务？

【答案】
1．梁权、蜀香公司有资格作为顺达饭庄合伙人，但蜀香公司只能作为有限合伙人，而梁权只能作为普通合伙人。顺达饭庄的组织结构中，蜀香公司作为合伙执行人之一不符合法律规定。
2．工商银行的承兑无效。因为承兑附条件的，视为拒绝承兑。
3．该背书为期后背书，是《票据法》所禁止的。背书人应当依法承担汇票责任。

4．有效。因为有限合伙人转让其合伙份额无须经过其他合伙人同意，仅须提前30日告知其他合伙人。
5．李冰与其他合伙人签订的合伙协议效力待定，在李冰的监护人拒绝追认后，合同归于无效。李冰对顺达饭庄的债务不承担任何责任。
6．王胜兰能够成为顺达饭庄的合伙人。因为王楠为有限合伙人，其死亡后，其妻作为继承人，继承其有限合伙人资格，无须其他合伙人同意。
7．(1)梁权与顾晓晓签订的担保合同有效，合伙企业因此遭受的损失，其他合伙人可向梁权追偿。此外，经其他合伙人一致同意，可以决议将梁权除名。
(2)债权人无权请求顺达饭庄承担魏超的2万元债务。因为合伙企业的财产归全体合伙人管理和使用，魏超只能以其在合伙企业中取得的收益清偿个人债务。债权人若想魏超以合伙份额2万元清偿债务，则必须通过人民法院来强制执行。
8．债权人可以请求魏超、梁权、蜀香公司、张亭、王胜兰承担还款责任，但他们各自的责任范围不同。魏超和梁权作为普通合伙人，承担无限连带责任；有限合伙人蜀香公司对基于其退伙前的原因发生的顺达饭庄的债务，以其退伙时从顺达饭庄中取回的财产承担责任；有限合伙人张亭以其出资额对其加入前和加入后的顺达饭庄债务承担有限责任；王胜兰作为有限合伙人王楠的继承人，以王楠对顺达饭庄认缴的出资额对王楠加入前和加入后顺达饭庄的债务承担有限责任。

4、甲（2 1岁）与乙（1 9岁）一天下午在集市上闲逛，发现一头母猪在街边躺卧。甲对乙说：“去逗逗它。”乙便拾起一石块向母猪砸去。母猪被砸中后负痛跃起往前猛冲。这时60岁老太太丙正在街上行走，见母猪向她冲来便往街边急闪，将街边一陶瓷摊推翻，损失价值1 000元陶瓷。另外，丙老太太由于躲闪不及而被母猪撞倒在地摔伤右腿，花去医药费、住院费等共计2000元。
问题：
1．丙老太太因躲闪母猪而撞翻陶瓷摊的行为属于什么性质的行为？是否应当承担民事责任？
2．甲和乙的行为属于什么性质的行为？应如何承担民事责任？为什么？
3．若当地习惯于动物放养，丙老太太摔伤右腿所花去的费用应由谁承担？为什么？
4．若乙当时9周岁，丙老太太受伤的费用应由谁承担？为什么？
5．若乙当时1 3周岁且无个人财产，丙老太太受伤的费用应由谁承担？应如何分担民事责任？为什么？
6．陶瓷的损失应由谁承担？为什么？
7．若乙用石头砸猪是由于母猪追咬其而实施的，则丙老太太受伤的损失应由谁承担责任？为什么？

【答案】
【参考答案】
1．丙老太太因躲闪母猪而撞翻陶瓷摊的行为属于紧急避险行为，不应当承担民事责任。根据《民法通则》第1 29条的规定，因紧急避险所造成的损害后果，由引起险情发生的人承担赔偿责任，如果危险是由于自然原因引起的，紧急避险人不承担或者承担适当的民事责任。因此丙老太太对于其因紧急避险行为造成的损害不承担民事责任。
2．甲和乙的行为属于共同侵权行为，应由甲和乙承担连带责任。根据《民法通则》第1 30条、最高人民法院《关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见（试行）》（以下简称《民通意见》）第1 48条的规定，教唆、帮助他人实施侵权行为的人，为共同侵权人，共同侵权人对其造成的损害应当承担连带责任。

3．若当地习惯于动物放养，丙老太太受伤的费用因由甲和乙共同承担。根据《民法通则》第127条的有关规定，饲养的动物由于第三人的过错致人损害的，第三人应当承担民事责任。因此，本案中母猪撞伤丙老太太是由于甲指使乙用石块砸猪所致，甲和乙应当承担连带责任。
4．若乙当时9岁，丙老太太的损失应由甲承担。因为根据《民通意见》的有关规定，乙为无民事行为能力人，依《民通意见》第1 48条第2款的规定，教唆、帮助无民事行为能力人实施侵权行为的，该教唆、帮助人为侵权人，应当承担民事责任。因此，甲应单独承担民事责任。
5．由甲和乙的监护人共同承担。甲应承担主要责任。因为乙当时1 3岁，属于限制民事行为能力人，根据《民法通则》的有关规定，限制民事行为能力人致人损害的，由监护人承担民事责任。而教唆、帮助限制民事行为能力人实施侵权行为的人为共同侵权人，应当承担主要民事责任。
6．由甲、乙和猪的管理者与饲养人共同承担。根据《民法通则》第1 29条的规定，因紧急避险造成损害的，由引起险情发生的人承担民事责任。另外，根据《民法通则》关于动物致人损害的规定，猪的管理者与饲养人由于对猪疏于管理，也应承担相应的民事责任。
7．由猪的管理者与饲养人承担民事责任。因为乙用石头砸猪是由于该猪追咬其而实施的，则乙的行为是合法的紧急避险行为，并不存在过错，此时，根据《民法通则》第1 27条的规定，应由动物饲养人或者管理人承担民事责任。

5、张某、赵某、洪某轮奸少女案
201 1年9月5日晚，张某（19岁）、赵某（15岁）和洪某（1 6岁）三人在某酒吧强奸少女杨某，被公安机关当场抓获。经过讯问，三人对犯罪事实供认不讳。 201 1年10月，法院决定对该案进行不公开审理，并决定适用简易程序，同时指派法官王某独自审理该案。庭前会议时，张某的父亲和赵某的母亲都提出了回避申请，认为法官王某热衷于妇女保护活动，对性犯罪带有个人主观偏见，不适合审理该案。
法庭审判中，被告人洪某否认犯罪事实，并提出自己曾遭到侦查人员的胁迫。法庭继续审理该案，并要求其提供证据证明，洪某提供了相关线索，但法庭认为洪某不能提出确切证据证明自己受到胁迫，最终对洪某的讯问笔录未予排除。洪某不服，并且拒绝法律援助机构为其指派的辩护人的有罪辩护，要求更换辩护人。法庭经过审理，最终判决张某有期徒刑7年，洪某有期徒刑3年，赵某有期徒刑3年，缓期2年执行。
【问题】
1．该案的审判组织是否合法？
2．该案的当事人及法定代理人是否有权申请公开审理？如果被告人均已成年，是否应当公开审理？
3．张某的父亲和赵某的母亲是否有权申请回避，法院应当如何处理？
4．洪某否认犯罪事实，法庭继续审理该案是否合法？
5．洪某拒绝辩护，法庭应当如何处理？
6．如果杨某经法庭通知拒绝出庭，是否可以对其强制到庭？
7．法院对证据合法性的调查程序是否合法，应当如何进行？
8．判决生效后，三人应当分别由什么机关执行？

【答案】
1．审判组织不合法，被告人涉嫌强奸罪，并具备加重情节，可能判处3年以上有期徒刑，应当组成合议庭审理。
2．该案当事人及法定代理人无权申请公开审理，因为被告人审判时不满1 8周岁，应当不公开审理，当事人及法定代理人无权申请公开。如果被告人均已成年，本案也不可以公开审理，因

为强奸案件涉及个人隐私，应当不公开审理。
3．张某的父亲无权申请回避，赵某的母亲有权申请回避。但法院对赵某母亲的回避申请应当当庭驳回，并且不得申请复议。
4．不合法，洪某否认犯罪事实，法庭应当转为普通程序重新审理该案。
5．洪某拒绝辩护，法院应当查明原因，理由正当的应当准许，并要求被告人另行委托辩护人或通知法律援助机构另行指定律师为其辩护。
6．不可以，因为杨某是被害人，不能强制到庭。
7．不合法。应当按照以下程序进行：(1)法庭对证据收集合法性的调查，根据具体情况可以在申请提出后进行，也可以在法庭调查结束前一并进行。(2)人民检察院应当对证据收集的合法性加以证明。主要可以通过出示、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证据收集合法性。(3)经审理确认或、者不能排除存在《刑事诉讼法》第45条规定的以非法方法收集证据情形的，对有关证据应当排除。(4)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。
8．判决生效后，张某应当交付监狱执行，洪某应当由未成年犯管教所执行，赵某应当由社区矫正机构执行。
程序与实体总是相辅相成的，选择程序前应当先对实体问题加以分析。本案中在选择简易程序的审判组织时，应当先分析被告人的罪行情况再判断程序问题。
当事人的年龄问题很重要，年龄的差别会引起很多程序与权利的不同。未成年当事人的父母是法定代理人，而成年当事人的父母是近亲属，二者享有的权利是不同的，法定代理人除不能代替未成年被告人作最后陈述之外，几乎可以代为行使当事人的一切权利；而近亲属的权利比较有限，一般都与犯罪嫌疑人、被告人的人身权利息息相关，如委托辩护人、诉讼代理人，申请变更强制措施，代为申诉控告等。

6、案情：

甲因为乙欠其工资2万元，就将乙的女儿丙（13岁）绑架至一偏僻县城。由于乙坚持不付款，甲就强迫丙卖淫，试图用卖淫所得偿还乙拖欠其的工资。甲强迫丙卖淫10日后被抓获。为了使甲获得轻判，甲的妻子周某向该案法官吴某行贿3万元。吴某受贿后，伪造了甲自首的证据，提出了对甲减轻处罚的意见，但未能获得合议庭通过。吴某将此情形告知周某。周某又找到该县工商局局长白某，送给白某3万元钱，请其帮忙。白某利用自己和该法院院长李某同为“打击伪劣产品办公室”成员的便利。请李某对甲减轻处罚。李某在明知甲没有自首情节的情况下，要求该合议庭对甲违法进行减轻处罚。甲后来获得了减轻处罚。

问题：

请分析各行为人的刑事责任。

【答案】
1．甲构成非法拘禁罪、强迫卖淫罪。甲是为了合法债务而绑架丙的，故构成非法拘禁罪。甲强迫丙卖淫，构成强迫卖淫罪。且法定刑应当升格。应判处10年以上有期徒刑。

2．周某构成行贿罪。周某为谋取不正当利益，向国家工作人员吴某、白某行贿的行为，成立行贿罪。所谓的数罪并罚，是指实施数个性质不一的犯罪行为，可见周某并不适用数罪并罚。

3．吴某构成受贿罪、帮助伪造证据罪、徇私枉法罪。吴某的帮助伪造证据罪和徇私枉法罪之间是牵连犯的关系，应择一重罪论处。吴某的受贿罪和徇私枉法罪之间是牵连犯关系，也择一重罪论处。

4．白某构成受贿罪。白某是国家工作人员，他在收受财物后为他人谋取利益，构成受贿罪。

5．李某构成徇私枉法罪。李某虽然没有收受贿赂，但其在明知甲没有自首情节的情况下，碍于白某的面子，指使合议庭违法对甲减轻处罚，构成徇私枉法罪。参见《刑法》第399条第4款的规定。

6，白某请求李某帮忙，为甲减轻刑罚，其行为构成徇私枉法罪的教唆犯。故白某应以受贿罪和徇私枉法罪教唆犯并罚。

7、(2011年）案情：经工商局核准，甲公司取得企业法人营业执照，经营范围为木材切片 加工。甲公司与乙公司签订合同，由乙公司供应加工木材1万吨。不久，省林业局致函甲公 司，告知按照本省地方性法规的规定，新建木材加工企业必须经省林业局办理木材加工许可 证后，方能向工商行政管理部门申请企业登记，违者将受到处罚。1个月后，省林业局以甲 公司无证加工木材为由没收其加工的全部木片，并处以30万元罚款。期间，省林业公安局 曾传唤甲公司人员李某到公安局询问该公司木材加工情况。甲公司向法院起诉要求撤销省林 业局的处罚决定。

因甲公司停产，无法履行与乙公司签订的合同，乙公司要求支付货款并赔偿损失，甲公 司表示无力支付和赔偿，乙公司向当地公安局报案。2010年10月8日，公安局以涉嫌诈骗 为由将甲公司法定代表人张某刑事拘留，1个月后，张某被批捕。2011年4月1日，检察院 以证据不足为由作出不起诉决定，张某被释放。张某遂向乙公司所在地公安局提出国家赔偿 请求，公安局以未经确认程序为由拒绝张某请求。张某又向检察院提出赔偿请求，检察院以 本案应当适用修正前的《国家赔偿法》，此种情形不属于国家赔偿范围为由拒绝张某请求。

问题：

1.甲公司向法院提起行政诉讼，如何确定本案的地域管辖？

2.对省林业局的处罚决定，乙公司是否有原告资格？为什么？

3.甲公司对省林业局的致函能否提起行政诉讼？为什么？

4.省林业公安局对李某的传唤能否成为本案的审理对象？为什么？李某能否成为传唤 对象？为什么？

5.省林业局要求甲公司办理的木材加工许可证属于何种性质的许可？地方性法规是否 有权创设？

6.对张某被羁押是否应当给予国家赔偿？为什么？

7.公安局拒绝赔偿的理由是否成立？为什么？

8.检察院拒绝赔偿的理由是否成立？为什么？

【答案】

本题考核考生对行政许可的设定权、行政诉讼受案范围，以及国家赔偿的范围和程序的 掌握情况。通过阅读材料可知，甲公司已依法取得营业执照并从事营业活动，但林业行政部 门却依照某地方性法规的规定，否认其已依法获得的许可证，并对其营业活动予以行政处 罚，进而导致甲公司因无法按时向乙公司交付货物构成违约。同时，公安机关对甲公司的负 责人张某进行刑事调查，后移送检察院审查起诉，但因证据不足而未起诉。张某遂申请国家 赔偿，但先后被公安局和检察院拒绝。

1.关于行政诉讼的地域管辖，分为一般管辖和专门管辖两种情况。专门管辖包括“对 限制人身自由的行政强制措施不服提起的诉讼”和“因不动产提起的行政诉讼”两种情况， 其他情况均适用“原告就被告”的一般管辖原则，本案原告未曾提起行政复议，而直接起诉 作出最初的具体行政行为的行政机关，故应由省林业局所在地的法院管辖。

2.关于行政诉讼的原告资格，《行政诉讼法》及其司法解释规定“原告是认为具体行政 行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织”或者“与具体行政行为有法律上利害关系 的公民、法人或者其他组织”，否则，不为适格当事人。在本案中，乙公司与林业局的行政 处罚并无直接的利害关系，故不具有原告资格。

3.关于行政诉讼的受案范围，《行政诉讼法》及其司法解释从正反两方面规定了法院的 受案范围，考生要重点注意哪些事项不属于行政诉讼的受案范围。本题从反面考核了受案范 围，即“对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为”法院不予受理。“致 函”并未实际影响到甲公司的权利义务，故不属于行政诉讼的受案范围。

4.关于行政诉讼的审理对象，法院审理行政案件时应当围绕原告的诉讼请求，审查被 诉具体行政行为合法与否；对于与原告诉求无关的事实或行为，则应当遵循“不告不理”原 则。本案中，省林业公安局的传唤行为与本案诉讼请求无关，故不属于法院的审理对象。

5.关于行政许可的设定，《行政许可法》对行政许可的设定权作了正反两方面的规定， 一方面规定法律、法规和规章分别可以设定哪些行政许可，一方面规定了法律、法规和规章 不得设立哪些许可，考生要重点注意哪些事项不需设定行政许可，以及法规与规章的设定权 限。本题即考核了 “地方性法规不得设定企业或者其他组织的设立登记及其前置性行政许 可”这一法律规定。

6.关于国家赔偿的赔偿范围，我国刑事赔偿范围中侵犯人身权的赔偿限于侵犯公民人 身自由权和生民健康权。包括：违法拘留，逮捕后终止追究刑事责任，无罪错判、原判刑罚 已经执行的，刑讯逼供、殴打和虐待等暴力行为，违法使用武器、警械。其中，“逮捕后终 止追究刑事责任”，实行“结果归责制度”，只要公民被逮捕后刑事司法机关终止追究刑事责 任的，公民即可要求国家赔偿，不论之前的逮捕是否合法。

7.关于司法赔偿程序，新国家赔偿法在司法赔偿处理程序安排上的最大变化是取消了司法赔偿中的确认程序，畅通了司法赔偿渠道，从程序上保障了赔偿请求人的救济权利。

8.关于新旧国家赔偿法的适用，侵权行为发生在2010年12月1日以后，或者发生在 2010年12月1日以前但持续至2010年12月1日以后的，适用新国家赔偿法。

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，按照最高法院的司法解 释，应当适用修正后的《国家赔偿法》。

8、案情：

王某与郑某系夫妻。2015年4月，郑某将王某所有的房屋出售给项某，双方签订房屋买卖合同约定出售价格为345万元。合同中王某处签章由郑某代签，并在委托代理人处签名。同时，郑某在合同备注处注明“甲方委托代理人（郑某）愿意承担本合同约定的一切法律责任和义务”，并承诺产权人亲自到场办理相关的过户手续。合同签订后，郑某带一男子称其为王某，并持王某

身份证与项某于2015年5月11日到某市锦州区房地产管理处交易柜台，双方填写了房地产交易、房屋所有权发证申请审批表，办理房屋买卖过户登记手续。双方在申请审批表中填写房屋的成交价格为280万元。

市房管局经审查认为双方申请材料符合法律规定予以受理，并于2015年5月27日办理了过户登记手续，并为项某核发了新的房屋所有权证。2015年8月1日，王某以上述房产交易系违法行为为由，向市房产局申请变更登记，并称自己在项某2015年6月1日要求自己搬离住所时始知房产所有权已发生变更。市房产局认为，根据《房屋登记办法》第33条的规定，申请房屋所有权转移登记，当事人应提交登记书、申请人身份证明、房屋所有权证书，以及房屋所有权已经发生转移的相关材料。王某之妻郑某携带持有王某有效身份证的冒名男子当场在申请材料上签名，市房管局因此有理由相信该男子就是王某。因此，市房产局对王某要求变更登记的行为不予受理。王某遂以市房管局拒绝受理其变更登记为由，于9月1日提起行政诉讼，请求法院撤销市房管局为项某所做的房屋所有权变更登记。

问题：

1．本案如何确定管辖？

2．王某起诉是否符合行政诉讼的起诉期限?为什么？

3．如在案件审理中，王某请求法院一并确认郑某与项某签订的房屋买卖合同无效，法院可否一并审理?王某应在何时提出上述请求?

4．法院如何在审查市房管局为项某所作的房屋所有权变更登记行为是否合法时，对郑某和项某签订的房屋买卖合同效力进行一并审查，法院一并审理的，具体应如何处理?

5.法院如经审理认为，市房管局为项某办理房屋转移登记，违背了房屋所有权人王某真实的意思表示，该房屋登记行为应予撤销，但根据《物权法》和《房屋登记办法》的规定，项某作为善意第三人其利益应优先受到保护，此时法院应作出何种判决?

【答案】

1．本案应由争议房屋所在地的基层人民法院管辖。

2．符合起诉期限。房产局办理变更登记的时间为2015年5月27日，此时王某不知道该行为的内容，王某知道行为内容的时间是2015年6月1日，并未超过法律规定的20年的最长保护期限，因此，起诉期限是从王某知道行政行为内容之日起6个月，而王某在9月1日起诉符合起诉期限。

3．在行政许可、登记类案件中，当事人提出一并解决民事争议的，法院可以一并审理。本案的行政争议是房产局的变更登记行为，而合同效力是与之相关的民事争议，因此当事人要求法院一并审理的，法院可以准予。王某应在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。

4．法院在审理行政案件时一并审理民事争议的，民事的部分单独立案；在审理民事案件中，可以适用与《行政诉讼法》不相违背的民事法律规范，对于民事的部分，法院可以调解，但民事

调解不能作为认定行政行为合法的依据；民事的部分和行政的部分单独判决。

5.行政行为违法但不适宜撤销的，应该作出确认违法判决。

9、遗失玉石悬赏广告案

甲有一块价值不菲的玉石，非常爱惜。一日，在乙的劝说下，甲乙一同携带玉石参加一场博览会。乘坐出租车时，甲将玉石放在座位旁，并让乙提醒自己下车时带走玉石，乙答应。后因赶时间，下车时甲乙均忘记带走玉石。甲遂发布悬赏广告，凡有拾到玉石并归还者，以5000元相赠。司机丙拿着玉石去找甲，甲不欲兑现悬赏承诺，丙即以甲不支付5000元为由留置玉石。

后丙将玉石交给丁保管。丁将该玉石放在自家保险柜中。当天半夜，小偷戊趁丁熟睡之际，撬开保险柜偷走玉石。戊谎称该玉石为祖传宝贝，以该玉石为质押向李某借款6万元，并将玉石交归李某占有。

后戊按时还钱，李某将玉石返还给戊。戊将该玉石卖给玉器店。金某在玉器店内以市场价格买走该玉石，置于家中。甲到金家做客，认出该玉石为自己当年所丢的那块。

【问题】

1．乙下车时忘记提醒甲拿走玉石，甲能否要求乙赔偿自己的损失？

2．关于甲发布的悬赏广告的性质，学界有哪些不同的认识？司机丙是否有权要求甲支付5000元？

3．丁保管的玉石被偷走，是否应承担责任？为什么？

4．若戊到期不能还款，李某能否以该玉石实现质权？

5．金某能否取得该玉石的所有权？

6．甲是否可以从金某处要回玉石，为什么？

7．甲可以追究丙、戊的什么责任？

【答案】

1．不能。甲乙之间的约定为生活事实而非法律事实，甲乙之间未形成法律上的权利义务关系，甲亦无权要求乙赔偿损失。

2．关于悬赏广告的法律性质，学界主要有单方允诺和要约两种不同的认识。单方允诺观点认为，广告人以广告的方式作出意思表示，允诺只要行为人完成一定行为即无条件给付相应的金钱、物品或其他物质奖励。要约观点认为，悬赏广告是对不特定对象发出的要约，行为人完成一定的行为相当于合同中的承诺。丙有权要求甲履行悬赏内容，甲应当将5000元支付给丙。

3．不承担。丙丁之间成立无偿保管合同，丁无故意或重大过失时，无需赔偿玉石丢失的责任。

4．不能。该玉石为盗赃物，不适用善意取得的
规定，故李某不能善意取得质权。

5．不可以。遗失物不适用善意取得，受让人即使善意无过失也不能依善意取得制度主张对标的物的所有权。

6．可以。依照法律规定，遗失物通过转让归金某占有后，甲作为所有权人有权自知道或应当知道金某之日起2年内追回该玉石。

7．丙作为遗失物的拾得人，拒不返还构成恶意占有，侵害了甲对玉石的所有权，但丙丧失了对玉石的占有，故甲只能要求丙侵权损害赔偿或者主张不当得利返还。戊将玉石偷走并占为己有后并非法处分，对甲造成的损害，甲有权主张侵权损害赔偿或不当得利返还。

物权追及效力的例外是善意取得，但动产占有脱离物不适用善意取得的规定。我国的遗失物、盗赃物不适用时效取得，拾得人在任何情况下都不能成为所有权人。权利人对遗失物、盗赃物的取回分为“有偿回复”和“无偿回复”两种。受让人通过拍卖、向有经营资格的经营者购得

该遗失物的，权利人取回该遗失物应支付受让人一定的费用。权利人支付费用后有权依不当得利或侵权赔偿规定向拾得人追偿。

10、(2009年）案情：2005年1月1日，甲与乙口头约定，甲承租乙的一套别墅，租期为五 年，租金一次付清，交付租金后即可人住。洽谈时，乙告诉甲屋顶有漏水现象。为了尽快与 女友丙结婚共同生活，甲对此未置可否，付清租金后与丙人住并办理了结婚登记。

人住后不久别墅屋顶果然漏水，甲要求乙进行维修，乙认为在订立合同时已对漏水问题 提前作了告知，甲当时并无异议，仍同意承租，故现在乙不应承担维修义务。于是，甲自购 了一批瓦片，找到朋友开的丁装修公司免费维修。丁公司派工人更换了漏水的旧瓦片，同时 按照甲的意思对别墅进行了较大装修。更换瓦片大约花了 10天时间，装修则用了一个月， 乙不知情。更换瓦片时，一名工人不慎摔伤，花去医药费数千元。

2005年6月，由于新换瓦片质量问题，别墅屋顶出现大面积漏水，造成甲一万余元财 产损失。

2006年4月，甲遇车祸去世，丙回娘家居住。半年后丙返回别墅，发现戊已占用别墅。 原来，2004年12月甲曾向戊借款10万元，并亲笔写了借条，借条中承诺在不能还款时该 别墅由戊使用。在戊向乙出示了甲的亲笔承诺后，乙同意戊使用该别墅，将房屋的备用钥匙 交付于戊。

问题：

1.甲乙之间租赁合同的期限如何确定？理由是什么？如乙欲解除与甲的租赁合同，应 如何行使权利？

2.别墅维修及费用负担问题应如何处理？理由是什么？

3.甲丁之间存有什么法律关系？其内容和适用规则如何？摔伤工人的医药费用、损失 应如何处理？理由是什么？

4.别墅装修问题应如何处理？理由是什么？

5.甲是否有权请求乙赔偿因2005年6月屋顶漏水所受损失？理由是什么？

6.丙可否行使对别墅的承租使用权？理由是什么？

7.丙应如何向戊主张自己的权利？理由是什么？

【答案】

1.本题考核租赁合同。《合同法》第二百一十五条规定，租赁斯限六个月以上的，应当 采用书面形式。当事人未采用书面形式的，视为不定期租赁。本题中明确了甲乙之间是口头约定，且租赁期限定为5年，故应视其为不定期租赁。《合同法》第二百三十二条规定，当 事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，视为 不定期租赁。当事人可以随时解除合同，但出租人解除合同应当在合理期限之前通知承租 人。所以对于认定为不定期租赁合同的，当事人都可以随时提出解除合同，但应当保证在合 理期限内通知对方。

本题乙欲与甲解除租赁合同，应当在合理期限内通知甲。

2.本题考核维修及费用负担问题。《合同法》第二百二十一条规定，承租人在租赁物需 要维修时可以要求出租人在合理期限内维修。出租人未履行维修义务的，承租人可以自行维 修，维修费用由出租人负担。因维修租赁物影响承租人使用的，应当相应减少租金或者延长 租期。本题中，虽然在“洽谈时，乙告诉甲屋顶有漏水现象”，且“甲对此未置可否”，但不 影响承租人甲对出租人乙享有的请求维修的权利，所以甲可以要求乙对房屋进行维修，如果 乙不履行维修义务的，甲自行出资进行的维修，费用也应由出租人乙承担，对于因维修房屋 给承租人甲带来的不便，乙应当相应减少其租金或延长租期。

3.本题考核合同相关规定和侵权责任。首先，丁的维修公司免费为甲进行维修房屋的 合同属于无名合同。《合同法》第一百二十四条规定，本法分则或者其他法律没有明文规定 的合同，适用本法总则的规定，并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。其次， 因丁的维修公司免费为甲维修，故可以视为丁对甲的一种无偿赠与。第三，修缮工作属于加 工承揽性质，故适用加工承揽合同相关规定。因为丁公司是派工人前去执行工作，属于职务 行为，而其工人也是在执行职务过程中不慎摔伤，所以应适用《侵权责任法》第三十四条规 定（用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任）。所 以丁公司应对其工人的人身损伤承担赔偿责任。

4.本题考核未经出租人同意对租赁物进行改善或增设他物的处理。本题描述甲对乙的 别墅进行的是“较大装修”，依据《合同法》第二百二十三条规定，承租人经出租人同意， 可以对租赁物进行改善或者增设他物。承租人未经出租人同意，对租赁物进行改善或者增设 他物的，出租人可以要求承租人恢复原状或者赔偿损失。对此承租人甲在未告知出租人乙的 情况下对租赁物进行了较大的修缮，属于此二百二十三条规定的情形，故乙可以要求甲恢复 原状，如果不能恢复可以请求其赔偿损失。

5.本题考核损失赔偿问题。本题交代在2005年6月，“由于新换瓦片质量问题，别墅 屋顶出现大面积漏水。”此次漏水是由于甲对租赁物进行修葺时购置的瓦片质量存在瑕疵引 发“漏水”而造成的，对此，乙不存在过错，故甲无权请求乙进行赔偿。

6.本题考核承租物的抵押问题。甲生前以其承租权设定担保，后戊基于担保关系占有 了租赁物，看似关系较为复杂，但其实不然。考生应跳离这些障碍物，将复杂的法律关系简 单化。《合同法》第二百三十四条规定，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。而丙正是与承租人乙共同居住的人，故其可以在租赁 期内继续使用租赁物，即享有别墅的承租使用权。

7.本题考核占有人的权利。《物权法》第二百四十五条规定，占有的不动产或者动产被 侵占的，占有人有权请求返还原物；对妨害占有的行为，占有人有权请求排除妨害或者消除 危险；因侵占或者妨害造成损害的，占有人有权请求损害赔偿。占有人返还原物的请求权， 自侵占发生之日起一年内未行使的，该请求权消灭。虽然戊人住别墅得到了出租人乙的同意，但丙作为在先权利人已经先占有了该房屋，因此，丙可以向戊主张返还以实现自己的 权利。

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。

2022年法律职业(主观题)测试卷(二)

得分	评卷人

一、主观题 （共10题，每题10分，共计100分）

1、材料一：法律是治国之重器，良法是善治之前提。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。要恪守以民为本、立法为民理念，贯彻社会主义核心价值观，使每一项立法都符合宪法精神、反映人民意志、得到人民拥护。要把公正、公平、公开原则贯穿立法全过程，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。(摘自《中共中央关于险面推进依法治国若干重大问题的决定》)

材料二：新华网北京2018年2月24日电：中共中央政治局2月23日下午就全面推进依法治国进行第四次集体学习。习近平在主持学习时发表了讲话。他强调，我国形成了以宪法为统帅的中国特色社会主义法律体系，我们国家和社会生活各方面总体上实现了有法可依，这是我们取得的重大成就。实践是法律的基础，法律要随着实践发展而发展。要完善立法规划，突出立法重点，坚持立改废并举，提高立法科学化、民主化水平，提高法律的针对性、及时性、系统性。要完善立法工作机制和程序，扩大公众有序参与，充分听取各方面意见，使法律准确反映经济社会发展要求，更好协调利益关系，发挥立法的引领和推动作用。

问题：

根据以上材料，谈一谈在全面推进依法治国的过程中应如何完善、推进立法。

【答案】
立法是全国人民代表大会及其常务委员会和地方各级人民代表大会及其常务委员会、国务院和地方各级政府依据宪法和法律授予的职权和规定的程序，制定法律法规的活动。良法是善治之前提，在全面推进依法治国的进程中必须重视立法的作用。

在全面推进依法治国的进程中完善、推进立法，要完善立法体制：一是加强党对立法工作的领导，完善党对立法工作中重大问题决策的程序；二是健全有立法权的人大主导立法工作的体制机制，发挥人大及其常委会在立法工作中的主导作用；三是加强和改进政府立法制度建设，完善行政法规、规章制定程序，完善公众参与政府立法机制；四是明确立法权力边界，从体制机制和工作程序上有效防止部门利益和地方保护主义法律化；五是加强法律解释工作，及时明确法律规定含义和适用法律依据。

在全面推进依法治国的进程中完善、推进立法，要深入推进科学立法、民主立法：?一是要加强人大对立法工作的组织协调，健全科学、民主立法机制，推进立法精细化；二是要健全立法机关和社会公众沟通机制，探索建立有关国家机关、社会团体、专家学者等对立法中涉及的重大利益调整论证咨询机制，拓宽公民有序参与立法途径，使立法广泛凝聚社会共识；三是完善法律草案表决程序，对重要条款可以单独表决；四是严格依照法定权限和程序立法，明确立法权力边界，完善立法工作程序，注意克服立法部门化、地方化倾向，维护社会主义法制的统一和

尊严。

在全面推进依法治国的、进程中完善、推进立法，要加强重点领域立法。目前中国特色社会主义法律体系已经建成，但仍存在立法不够完善的问题，需要加强公民权利、民主政治制度等方面的立法，使得中国特色社会主义法律体系与时俱进。

总之，正如材料中提到的那样，在新时代建设中国特色社会主义法治体系，必须坚持立法先行。制定出科学的、民主的、反映人民意志的法律，使中国特色社会主义法治事业有法可依，为实现良法善治的目标奠定基础。

2、(2009年）案情：杨某被单位辞退，对单位领导极度不满，心存报复。一天，杨某纠集 董某、樊某携带匕首闯至厂长贾某办公室，将贾某当场杀死。中级法院一审以故意杀人罪判 处杨某死刑，立即执行。判处董某死刑缓期二年执行，判处樊某有期徒刑十五年。

问题：

1.如一审宣判后，被告人杨某、董某、樊某均未上诉，检察机关亦未抗诉，对被告人 杨某、董某、樊某的一审判决，中级法院和高级法院分别应当如何处理？

2.如一审宣判后，被告人杨某、董某均未上诉，检察机关亦未抗诉，樊某提出上诉， 高级法院应按什么程序处理对杨某、董某的一审判决？理由是什么？

3.如一审宣判后，被告人杨某、董某、樊某均未上诉，检察机关亦未抗诉，但贾某的 妻子对附带民事判决不服提起上诉，高级法院应按什么程序处理对杨某、董某的一审判决？ 理由是什么？

4.被告人杨某经最高法院核准死刑并下达执行死刑命令后，下级法院发现杨某可能另 案犯有伤害罪，对杨某应当如何处理？

【答案】
刑事诉讼法是“保证刑法的正确实施”的程序法，从动态的角度规定国家如何追诉犯 罪，怎样实施刑罚权，因此，考生应对诉讼程序的运行有一个完整的了解，熟知从立案、侦查、审查起诉、审判到执行的相关规定。

本案涉及共同犯罪情况下部分共犯一审被判处死刑立即执行、部分判处死缓的情况，三 名被告人分别判处不同的刑罚，以下分别予以分析。

对在一审被判处死刑立即执行的被告人，被告人不上诉的，应当由高级人民法院复核 后，报请最高人民法院核准。高级人民法院不同意判处死刑的，可以提审或者发回重新 审判。

对于一审被判处死刑缓期执行的被告人，若在法定期限内没有上诉也没有被抗诉的，应 在抗诉、上诉期满后报高级人民法院核准。高级人民法院同意的，裁定予以准许；若认为原 判决事实不清证据不足，则裁定发回重审；若认为原判决刑罚过重，应当依法改判。

对于一审被判处有期徒刑的被告人，若在法定期限内没有上诉也没有被抗诉的，故中级 人民法院可以直接交付执行。

第二审人民法院应当就第一审判决认定的事实和适用法律进行全面审查，不受上诉或者 抗诉范围的限制。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。

在公诉案件中，被害人对刑事部分没有上诉权，但可依法请求公诉机关对一审判决提起 抗诉。在本题中，因为贾某已经身亡，妻子作为其近亲属的有权对刑事附带民事部分提出上 诉，只不过法院在审理时要依照审判监督程序进行。

若审判部分已经完成，则下一步就进行到执行程序，倘若在执行时发现罪犯可能犯有其 他犯罪的，则应暂停执行，报请核准死刑的最高人民法院作出裁定。

1.(1)对杨某来说，中级人民法院在上诉、抗诉期满后三日内报请高级人民法院复核。 高级人民法院同意判处死刑的，应当依法作出裁定后，报请最高人民法院核准；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，中级人民法院在上诉、抗诉期满后应当报请高级人民法院核准。高级 人民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人民法院重新审判；认为原判量刑过重的应当依法改判。

(3)对樊某来说，中级人民法院在上诉、抗诉期满后应当交付执行。

2.高级人民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，第一审人民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，第二审人民法院应当对全案进行审查，一并处理。

3.高级人民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，按最高人民法院的解释，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，高级人民法院对杨某、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，并且立即报告最高人民法院.由最高人民法院作出裁定。

【主要参考法律规定】《刑事诉讼法》第二 百二十二条、第二西四十八条、第二百五十一条，《刑诉解释》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》

3、杨某、张某绑架案

2009年1 1月2日晚8时许，杨某、张某以到首都机场接人为由，骗租赵某驾驶的奥迪车。车行至首都机场高速路，距“3号航站楼”标牌600米处时，杨某、张某以需要等候为由，让赵某停

车。杨某、张某趁机用胶带捆绑赵某头部和手腕，向家属索要钱财。后因捆绑不当赵某被勒死，杨某、张某驾车千里抛尸黄河，并在抛尸过程中意外撞毁奥迪车。杨某、张某在驾车送到维修厂维修时，因形迹可疑被交警盘问，二人交代犯罪事实，交警对杨某、张某控制后送交公安机关。在案件审理中，发现张某怀孕三个月。由于案件复杂，经高级人民法院批准，市二中院在6个月内才审结此案，以绑架罪判处杨某死刑缓期两年执行，判处张某无期徒刑，并决定对其暂予监外执行。杨某不服一审判决提起上诉，高级人民法院审理过程中发现，原判决事实清楚，证据充分，但是应当对杨某限制减刑。

【问题】

1．被害人赵某已经死亡，其近亲属可否提起附带民事诉讼？为什么？

2．评析人民法院对张某暂予监外执行的做法。

3．如果张某在暂予监外执行期间，严重违反有关暂予监外执行的监督管理规定的，应当如何处理？

4．一审人民法院在6个月内才审结此案，是否违反法律规定？

5．高级人民法院对杨某的上诉应当如何处理？

6．如果在审理杨某的上诉中，高级人民法院以为原判决事实不清，证据不足，裁定发回重审，一审人民法院在查清事实后，认为应当判处杨某死刑立即执行，一审人民法院可否判处杨某死刑立即执行？

【答案】

1．被害人赵某死亡，其近亲属可以提起附带民事诉讼。由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，被害人有权提起附带民事诉讼；被害人死亡或者丧失行为能力的，被害人的法定代理人、近亲属有权提起附带民事诉讼。

2．人民法院可以对张某暂予监外执行。对判处无期徒刑的罪犯，如果是怀孕或者正在哺乳自己的婴儿的妇女，可以暂予监外执行。

3．一审人民法院应当决定对张某及时收监。对于暂予监外执行的罪犯，严重违反有关暂予监外执行监督管理规定的，应当及时收监。对于人民法院决定暂予监外执行的罪犯应当及时收监的，由人民法院作出决定。

4．一审人民法院在6个月内审结此案，并不违反法律规定。人民法院审理公诉案件，应当在受理后2个月以内宣判，至迟不得超过3个月。对于可能判处死刑的案件，经上一级人民法院批准，可以延长3个月。

5．高级人民法院审理过程中发现，原判决事实清楚，证据充分，但是应当对杨某限制减刑的，不得直接改判，也不得发回重新审判。确有必要限制减刑的，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。

6．一审人民法院不能判处杨某死刑立即执行。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。关于审判期限，要学会对这一类的知识点的梳理，才能从整体上记忆和把握。要注意它们的差别之处，比如对于三类案件，可能判处死刑的案件、附带民事诉讼的案件、涉及《刑事诉讼法》第156条四类情形之一的案件，在一审时，经上一级人民法院批准可以延长3个月；在二审时，是经省、自治区、直辖市高级人民法院批准或决定，可以延长2个月。

4、甲乙房屋买卖纠纷案

甲大学毕业以后决定自主创业，考虑再三后选择以从事服装生意起步，由于资金不足，一直找不到合适的商铺。乙是甲的老乡，在某商业地段有一房产。了解到甲的难处以后，乙主动提出将该房产低价转卖给甲，甲当即对该店进行装修，不久就投入使用并加以经营。但甲乙双方一

直未就该房屋的买卖出让金达成合意，并且双方也未就该房屋的买卖签订任何书面的协议。后双方关系交恶，加之该商业地段房价飞速上涨，乙反悔，遂以双方没有订立书面合同，且合同成立的重要条款——房屋价款尚未达成合意为由诉至法院，要求确认二人之间的房屋买卖合同不成立并要求收回其房产。

甲在经营期间自行设计了一款服装并与A服装加工厂（以下简称A厂）协商，欲委托A厂进行制作，但甲提出由于其对该服装的样式、质量的技术要求较高，只有A厂先行制造出符合其要求的服装样品后，甲才能考虑最终委托其加工制作。然而当A厂按照甲的要求完成样品后，甲以服装市场需求的变化为由，通知A厂终止谈判。后甲又向B厂以E - mail的形式发出要约欲订购一批服装，B厂亦以E - mail的形式作出承诺同时要求双方必须于3日后签订确认书，并开始着手准备原材料，投入服装生产。 3日后，甲反悔，未同B厂签订确认书，同时，甲将在同B厂进行谈判期间获知的B厂的客户名单等商业秘密，转手提供给A厂并以此作为压低服装价格的条件，从而导致B厂损失惨重。

甲到当地某银行存款，在银行营业厅等待期间，其装有30000元现金的手提包被一男子强行夺走，事发当时，银行内部的保安人员因为肚子疼，去了卫生间。甲欲追回手提包时，慌乱中不慎在银行门口滑倒，导致右腿骨折，花去医药费5000元。伤愈后，甲要求银行赔偿其损失，银行提出钱是别人抢的，且甲同银行之间也不存在合同关系，故银行对其损失不承担任何侵权或合同责任。

【问题】

1．甲乙间的房屋买卖协议是否成立？为什么？

2．假设甲乙对房屋买卖合同的效力无异议，但乙于2003年自丙处购得该房后，二人一直未办理房屋过户登记，该房屋一直登记在丙的名下，该事实对甲乙的房屋买卖合同的效力有无影响？甲如何行使自己的正当权利？

3．若乙当初提出将该房屋赠送给甲，甲接受赠与并实际占有该房屋，但二人一直没有办理房产过户登记，后来乙提出撤销该赠与合同，是否具有法律依据？

4．甲终止同A厂之间的谈判，是否应当承担缔约过失责任？为什么？

5．对于B厂的损失，B厂应当如何维护自己的权利？

6．银行提出其对甲的损失不承担任何责任的主张正确与否？

【答案】

1．成立。因为当事人虽然没有签订书面的房屋买卖合同，但出卖人乙已将房屋转移至甲占有，依法履行了其主要的合同义务，同时买受人甲也予以接受，因此该房屋买卖合同依法已经成立。

2．有影响。由于未办理过产登记，乙实际上尚未取得房屋所有权，无权处分该房产，房屋买卖合同效力待定。在房屋所有权人，即丙行使追认权以前，甲有权进行催告，或依法行使撤销权，撤销其与乙的房屋买卖合同。

3．有。《合同法》第186条规定，在赠与财产的权利转移前，赠与人享有任意撤销权。由于不动产的物权变动以不动产登记为准，本案中甲虽实际占有该房，但未办理过户登记，即房屋所有权尚未转移，因此乙依法享有赠与合同的撤销权。

4．不应当承担。因为甲的行为属于正常的商业行为，其终止谈判并没有违反诚信原则，A厂投入的成本属于正常商业交往中的成本投入，甲对此并不承担缔约过失责任。

5．要求甲承担缔约过失的责任。

6．不正确。银行未尽到安全保障义务，应当在其责任范围内承担相应的侵权补充责任。

对于缔约过失责任，考生要牢记该责任发生于合同不成立、不能生效、可撤销的确认无效情形，如果当事人之间存在有效合同，那么受损害方完全可以基于合同而要求对方当事人承担违

约责任；同时，缔约过失责任的成立，须一方当事人主观上具有过错，且在事实上给对方当事人造成实际损害，这两个要件缺一不可。最后，还要注意区分缔约过失行为和市场主体的正常交往、谈判行为，在进行生意交往中基于正常的商业投入而产生的生产成本不能归人当事人的利益损害。

5、杨凌、张娜、李丹丹、王启遥、赵宇东五人创立一家经营文学类图书的跃然有限责任公司。五人订立了设立公司的协议，约定杨凌以2007年6月依据遗嘱继承的其外祖父所留给他的一处三层商业房作为出资；张娜以货币10万元作为出资，但欲分成3年来缴纳；李丹丹以其翻译某德国著作的著作权作为出资；王启遥以家中的一辆宝马作为出资；赵宇东欲以货币以及书店设备若干出资。各种非货币出资，经过委托专业的评估机构评估，杨凌的房产被评估作价30万元，李丹丹的著作权中的财产权被评估为20万元，王启遥的宝马被评估为20万元，赵宇东的货币以及书店设备共20万元。于是公司决定以注册资本1 00万元设立且完成了各项财产转移手续。
跃然有限公司于2005年8月成立，章程规定杨凌为董事长，李丹丹为总经理，杨凌、张娜、李丹丹三名股东以及市出版社的两位退休员工张森和李阳阳为董事会成员，组成董事会。公司设监事会，由王启遥、赵宇东和律师邓靖羽组成。并约定公司对外投资和担保须经董事会决议。公司在登记成立后，3年间获利颇丰，董事会决定吸收王德权和赵芳两位MBA（各以其管理经验协商作价5万元）成为公司的股东以及董事会的成员。
2008年6月，公司股东会决定斥资600万元与奔腾公司（以一处被评估为200万元的厂房作为出资）和飞翔公司（以一项被评估为1 00万元的农业生产专利出资）以及岳阳村的1 00户以其承包经营权（每户农民的经营权评估为1万元）自愿人股的农民成立了从事农业合作经营业务的股份公司兴盛农业股份有限公司。该公司的董事长由跃然公司的董事长杨凌担任，副董事长由奔腾公司的总经理李阳担任。监事会主席由岳阳村的村主任朱大旺担任。
201 0年5月张森和李阳阳对几位MBA的某些做法深为不满，赵宇东和张娜也对杨凌决定投资兴盛公司一直不满。为此，张森和李阳阳多次要求召开临时董事会解决问题，均遭到杨凌的拒绝而未成。某日在杨凌的操作下，在人数不足的情形下召开董事会临时会议，通过了免除张森和李阳阳董事职务的决议。赵宇东和张娜也提议召开临时股东会商讨退出公司事宜，也由于杨凌一直拒绝召集和主持而未成。 6月跃然公司欲与兴盛公司合并，原来的兴盛名称改名为兴农，跃然公司的股东张娜和兴盛公司因杨凌擅自做主将跃然公司持有的兴盛公司现价值1 000万元的股票仍按原价由兴盛收购而坚决反对。兴盛公司的股东朱大旺等1 00户农民因反对与不同行业的公司合并而坚决反对。但是二公司的股东会和股东大会还是通过了合并的协议。
问题：
1．若公司成立后，王启遥的朋友表示宝马车是其借给王启遥的，主张公司返还，公司是否应返还？
2．对于杨凌拒绝召开临时董事会，张森和李阳阳可以如何救济？
3．对于杨凌拒绝召开股东会，赵宇东和张娜可以如何救济？
4．对于董事会通过的免除张森和李阳阳职务的决议，张森和李阳阳可以如何主张？
5．对于跃然公司与兴盛公司的合并，坚决反对的张娜可以如何救济？
6．如朱大旺等100位农民欲修改公司章程而加入累积投票制，应当如何进行？

【答案】
【参考答案】
1．公司因善意取得制度获得宝马车的所有权，无须返还。最高人民法院《关于适用<中华人民共和国公司法>若干问题的规则（三）》（以下简称《公司法解释（三）》）第7条第1款规定：“出资人以不享有处分权的财产出资，当事人之间对于出资行为效力产生争议的，人民法

院可以参照物权法第一百零六条的规定予以认定。”《物权法》第1 06条规定，无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：(1)受让人受让该不动产或者动产时是善意的；(2)以合理的价格转让；(3)转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。可见，出资人以不享有处分权的财产出资，公司可以形成善意取得，所有人不得依据物权直接请求公司返还出资物。

2. 《公司法》第47条规定，董事会会议由董事长召集和主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长召集和主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事召集和主持。所以本案中张森和李阳阳可以联合其他董事，达到半数以上推举一名董事来召集和主持。

3. 《公司法》第40条规定，有限责任公司设立董事会的，股东会会议由董事会召集，董事长主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事主持。有限责任公司不设董事会的，股东会会议由执行董事召集和主持。董事会或者执行董事不能履行或者不履行召集股东会会议职责的，由监事会或者不设监事会的公司的监事召集和主持；监事会或者监事不召集和主持的，代表1/10以上表决权的股东可以自行召集和主持。所以，对于杨凌拒绝召开股东会，赵宇东和张娜二人可以要求监事会召集，又由于两人代表1/1 0以上表决权，若监事会不召集，则可自己召集和主持。

4. 《公司法》第22条规定，公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起60日内，请求人民法院撤销。股东依照前款规定提起诉讼的，人民法院可以应公司的请求，要求股东提供相应担保。公司根据股东会或者股东大会、董事会决议已办理变更登记的，人民法院宣告该决议无效或者撤销该决议后，公司应当向公司登记机关申请撤销变更登记。所以张森和李阳阳可以向法院主张该决议内容违反《公司法》的规定（非董事会的职权），而主张其无效。

5. 《公司法》第74条规定，有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权：……(2)公司合并、分立、转让主要财产的……自股东会会议决议通过之日起60日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会会议决议通过之日起90日内向人民法院提起诉讼。所以张娜可以要求公司以合理价格收购其股权，当然也可以将股权依法让与他人，从而退出公司。

6. 《公司法》第37条第1款第1 0项规定，股东会行使下列职权：……(1 0)修改公司章程。第99条规定：“本法第三十七条第一款关于有限责任公司股东会职权的规定，适用于股份有限公司股东大会。”可见，修改公司章程属于股东大会的职权。第1 00条第3项规定，股东大会应当每年召开一次年会。有下列情形之一的，应当在2个月内召开临时股东大会：……(3)单独或者合计持有公司10%以上股份的股东请求时；朱大旺等100位农民合计持有的公司股份已达到10%，故可以提议召开临时股东大会，修改章程即可实现其目的。

6、贾某等侵犯商业秘密案

2002年5月贾某因犯诈骗罪被判处有期徒刑9年，2007年1 2月1 1日获得假释，假释考验期至2011年3月8日。之后贾某创办“翱翔灯具制造厂”，该厂是个人独资企业。 2010年6月，贾某利用从光明灯厂“跳槽”职工程某非法获取的该厂专有的“照亮”台灯生产技术秘密资料，大量生

产金属塑料合成台灯。为增加销量，该厂将自己生产的台灯贴上“明亮”台灯注册商标，用“明亮”台灯外包装包装好以后，以每只230元的价格销售。此外贾某还大做广告，称自己的产品为“知名品牌，物美价廉”。
众商家买后发现上当受骗，台灯质量低劣，造成大量积压。这损害了光明灯厂的声誉并造成65余万元经济损失，而贾某的销售金额达到了195余万元。
贾某的好友乔某见贾某在银行存有巨款，贪念萌生。。趁机复制了贾某的存单，伪造了贾某存款银行的储蓄章和行政专用章，套取密码后，指使女友刘某使用假存单从银行冒领贾某存款。刘某知道存单有假但仍使用该假存单冒领贾某的50万元存款。刘某将50万元巨款冒领后，装在提包中拿到朋友丁某家中存放。某日丁某打开提包发现里面都是现金，估计来路不正，于是产生据为己有的想法。刘某来取包时，丁某声称没有存放过该提包，拒不交出。
乔、刘取贾某存款一案案发后，公安机关按照刘某的供述，令其交出巨款，丁某仍然不承认替刘某保管过提包。
【问题】
1．贾某生产台灯的行为是个人犯罪还是单位犯罪？
2．贾某的行为构成什么犯罪？
3．乔某的行为构成什么犯罪？
4．刘某的行为构成什么犯罪？
5．丁某的行为构成什么犯罪？

【答案】
1．贾某生产台灯的行为是个人犯罪，不成立单位犯罪。
2．贾某的行为构成侵犯商业秘密罪、假冒注册商标罪、虚假广告罪、生产销售伪劣产品罪，其中贾某虚假广告行为与生产销售伪劣产品两者之间存在牵连关系，属于牵连犯。此外，贾某的行为同时触犯了假冒注册商标罪与生产销售伪劣产品罪，想象竞合择一重罪处罚。
3．乔某伪造银行储蓄专用章、行政专用章，构成伪造企业印章罪；伪造巨额存单的行为构成伪造金融票证罪，使用伪造的存单进行金融诈骗犯罪，构成金融凭证诈骗罪。鉴于其伪造企业印章的行为、伪造金融票证的行为是其进行金融凭证诈骗罪的手段行为，属于牵连犯，不需要数罪并罚，可择其重罪即金融凭证诈骗罪处罚。
4．刘某构成乔某金融凭证诈骗罪的共犯。但刘某对伪造企业印章罪、伪造金融票证罪不负刑事责任。
5．丁某构成侵占罪，但并不成立掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪。
现今随着社会商业的进步，破坏市场经济秩序以及扰乱金融市场秩序的犯罪数量明显增加，这就要求考生在备考中不应只关注那些传统的重点罪名，而是应当对于整个刑法分则罪名有个宏观的把握，了解罪名的基本构成要件，这样备考可避免因考查空白知识点而大量失分。

7、案情：

李某和王某共同抢劫致人死亡，被某中级人民法院一审，一审后李某被判死刑，缓期二年执行，王某被判有期徒刑10年。

问题：

1．一审结束后如果被告人都没有上诉，检察院也没有抗诉，李某的一审判决中级人民法院和高级人民法院分别应当如何处理?

2．如果李某上诉了，王某没有上诉，问二审法院应如何处理?

3．如果李某和王某都未上诉，检察院也未抗诉，但是被害人的妻子对附带民事诉讼提起上诉，则李某和王某的判决效力如何?如果高级人民法院发现王某的刑事判决部分有错，应如何处理?

4．如果李某上诉，检察院未抗诉，二审发现一审应当适用限制减刑而未适用的，二审法院该如何处理?

5．如果一审对李某适用了限制减刑，李某上诉，二审法院发现本案不应当适用限制减刑，二审法院该如何处理?

6．如果中级人民法院对李某适用了限制减刑，没有上诉和抗诉，高级人民法院在核准李某的判决时认为本案不应当适用限制减刑，应如何处理?

【答案】

1．根据《刑诉解释》第345条第1款规定，中级人民法院判处死刑缓期执行的第一审案件，被告人未上诉、人民检察院未抗诉的，应当报请高级人民法院核准。同法第349条规定，高级人民法院复核死刑缓期执行案件，应当按照下列情形分别处理：（1）原判认定事实和适用法律正确、量刑适当、诉讼程序合法的，应当裁定核准；（2）原判认定的某一具体事实或者引用的法律条款等存在瑕疵，但判处被告人死刑缓期执行并无不当的，可以在纠正后作出核准的判决、裁定；（3）原判认定事实正确，但适用法律有错误，或者量刑过重的，应当改判；（4）原判事实不清、证据不足的，可以裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判，或者依法改判；（5）复核期间出现新的影响定罪量刑的事实、证据的，可以裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判，或者依照《刑诉解释》第220条规定审理后依法改判；（6）原审违反法定诉讼程序，可能影响公正审判的，应当裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判。高级人民法院复核死刑缓期执行案件，不得加重被告人的刑罚。故本案中，对于李某的判决，中级人民法院在上诉、抗诉期满后应当报请高级人民法院核准。高级人民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，可以裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判，或者依法改判；认为原判量刑过重的应当依法改判。

2．高级人民法院应按二审程序对王某的一审判决进行审查。理由是：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．本题考查了附带民诉案件的二审。

（1）高级人民法院应按死刑复核程序处理李某的一审判决。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，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，高级人民法院对李某死刑判决不适用二审程序，而应按死刑复核程序处理。（2）对于王某的判决，上诉期满后发生效力。（3）如果高级人民法院在二审中发现王某的刑事判决有错，应当按照审判监督程序进行处理，并将民事部分一并审理。

4．根据最高人民法院《关于死刑缓期执行限制减刑案件审理程序若干问题的规定》第4条第1款的规定，高级人民法院审理判处死刑缓期执行没有限制减刑的上诉案件，认为原判事实清楚、

证据充分。但应当限制减刑的，不得直接改判，也不得发回重新审判。确有必要限制减刑的，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。故本案二审不能适用限制减刑，只能维持原判。确有必要限制减刑的，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。

5．根据最高人民法院《关于死刑缓期执行限制减刑案件审理程序若干问题的规定》第3条的规定，高级人民法院审理或者复核判处死刑缓期执行并限制减刑的案件，认为原判对被告人判处死刑缓期执行适当，但判决限制减刑不当的，应当改判，撤销限制减刑。故二审法院应当直接改判，撤销限制减刑。

6，根据最高人民法院《关于死刑缓期执行限制减刑案件审理程序若干问题的规定》第3条的规定，应当改判，撤销限制减刑。

8、袁某等贪污案

事实一：袁某系某国有A公司的总经理，齐某系该公司总经理助理。201 3年初，A公司进行产权制度改革。在改制评估过程中，袁某指使齐某通过改动会计报表的方式隐匿应收利润、收入等国有资产共计200万元。为了顺利通过资产评估验收，袁某经与齐某商议，向具体负责资产评估的某资产评估师李某的银行卡汇款5万元。李某收到汇款后出具了隐瞒该笔资产的应付款评估报告。袁某伙同齐某计划：在公司改制成功后，按照职务高低将200万元以公司福利的方式分发给公司领导班子。未想改制尚未完成，因人举报案发。

事实二：检察机关在调查本案时，从袁某家中搜出现金存款单、借款单等合计50万元，其中袁某能说出财产来源的计16万元，不能说明财产来源的计34万元。

事实三：齐某因畏惧主动投案后交代了其与袁某的全部犯罪情况，并供述：2012年2月齐某指使公司会计取出公款20万元，为其自己购置商品房一套，后于2012年底全款归还公司。

【问题】

1．事实一中，袁某与齐某构成贪污罪还是私分国有资产罪？

2．事实一中，袁某等向李某汇款的行为应如何认定？是否构成单位犯罪？

3．事实一中，袁某与齐某处于何种犯罪形态？

4．事实一中，李某构成何罪？是否构成袁某、齐某的共犯？

5．事实二中，袁某的行为应如何认定？

6．综合事实一和事实三，齐某在本案中的行为应如何认定？有何量刑情节？

【答案】

1．袁某与齐某构成贪污罪。

2．袁某向李某汇款的行为构成行贿罪，不属于单位犯罪。

3．应根据不同金额分别认定，对于200万元部分成立贪污罪未遂，5万元部分成立贪污罪既遂。

4．李某构成提供虚假证明文件罪。提供虚假证明文件的行为同时符合贪污罪与提供虚假证明文件罪的构成要件，属于想象竞合犯，应择一重罪，以提供虚假证明文件罪处罚。

5．袁某的行为构成巨额财产来源不明罪。

6．齐某构成贪污罪、行贿罪、挪用公款罪，三罪应当并罚。对于贪污罪、行贿罪、挪用公款罪均成立自首，可以从轻或者减轻处罚。是贪污罪和行贿罪中的从犯，应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。

本案中对于贪污罪的既遂状态需要结合贪污金额分类判断；个人行贿与单位行贿的区别关键在于犯罪主体的不同以及谋取利益的目的和归属的不同。

9、高某贪污案

高某，男，42岁，2009年7月5日因涉嫌贪污罪被某区人民检察院拘传。检察机关未出示有关证件，高某以为侦查人员吴某冒充警察对其进行要挟，拒不服从拘传。吴某只好对其使用了随身携带的戒具，将其带回检察机关进行讯问，至7月8日将其释放。根据讯问所得的线索，区人民检察院进一步搜集证据发现，高某还涉嫌一起偷税案。检察院认为本案中，偷税罪是主罪，于是将全案移送至公安机关。公安机关遂对两案一并侦查，查明高某偷税数额不大，不构成刑事犯罪。某区人民检察院以贪污罪向区人民法院起诉。在庭审过程中，合议庭成员对高某是否构成贪污罪存有重大分歧，于是决定由审判长提交审判委员会讨论决定。审判委员会认为本案事实不清，证据不足，依法应当作出证据不足，指控的犯罪不能成立的无罪判决。合议庭经充分讨论后，认为还是给高某定贪污罪比较妥当，遂作出判决判处高某有期徒刑12年。高某提出上诉，二审人民法院仍维持原判。高某的妻子不服，代其以人民法院认定的事实有误为由，向人民法院申请再审，但并未提出新的证据。二审人民法院经审查认为确为事实不清，应该重新认定，遂由院长作出再审的裁定。

【问题】

1．本案的立案管辖是否符合法律规定，为什么？

2．侦查机关在执行拘传时哪些做法不符合法律规定，为什么？

3．一审法院在作出判决的程序上有哪些做法不符合法律规定，为什么？

4．高某的妻子是否有权申请再审，为什么？

5．二审人民法院是否应该决定再审，请说明理由。

6．二审人民法院决定再审的程序是否有误，为什么？

【答案】

1．本案中，贪污罪由检察机关立案管辖，符合法律规定。但检察院发现另有偷税罪行时，不应全案移送公安机关，应当将属于公安机关管辖的偷税案件移送即可。由于偷税罪是主罪，由公安机关主侦查，人民检察院予以配合。

2．侦查机关在执行拘传时有如下做法不符合法律规定：(1)未出示有关证件。拘传应持拘传证。(2)拘传时间从7月5日到7月8日，超出了最长法定期间24小时。(3)执行拘传的侦查人员少于2人。

3．一审法院在作出判决的程序上有两处做法不符合法律规定：(1)当合议庭认为有必要将案件提交审判委员会讨论时，应报请院长决定提交审判委员会讨论，而不是由审判长提交。(2)对审判委员会的决定，合议庭应当执行。

4．高某的妻子有权申请再审。因为，她是当事人的近亲属，对已经发生法律效力的判决、裁定，可以向人民法院或者人民检察院提出申诉。

5．二审人民法院不应该决定再审。因为高某妻子的申诉不符合申诉的五种法定情形，其没有提出新的证据证明原审判决认定的事实有误，人民法院不应当进行再审。

6．二审人民法院决定再审的程序有误：(1)是否再审应由院长提交审判委员会讨论决定，而不能由院长作出再审决定。(2)决定再审应用决定书的形式，而不是用裁定。

使用械具的前提是抗拒拘传，而抗拒拘传要以拘传行为在先，即只有存在拘传行为才可能出现抗拒行为。如果不存在拘传行为，也就不存在抗拒拘传，也就不能使用械具。因此解题的关键就在于未出示有关证件的行为是否构成拘传。法条只规定拘传应当出示拘传证，但并未规定出示拘传证是拘传的成立要件也未规定不出示的法律后果。这实际反映出了我国刑诉法对诉讼行为及程序制裁规定的欠缺。按现行规定，只能将这种不出示证件的行为视为程序的微小瑕疵，不影响拘传行为的成立，因此对于抗拒拘传的可以使用械具。

10、交通事故保险赔偿案

2008年9月16日下午，A市发生了一起特大交通事故：甲客运公司一辆客车载客30人，在高速公路上正常行驶。在一拐弯处，驾驶一辆大货车的王某因疲劳驾驶，与正常驾驶的客车相撞，致使客车翻入山谷，造成5人死亡（包括客车司机李某），1 8人受伤，王某自己也受了重伤，客车、货车均报废。事故发生后，交警部门认定王某负全部责任。几日后，该市的保险公司在处理该保险业务时发现：(1)甲客运公司于2008年1月向保险公司为其员工办理了人身意外伤害保险，每人保额2万元。投保时李某在受益人一栏中填写其母顾某，顾某于2008年5月20日病故，李某未重新指定受益人，李某的父亲早已死亡，有妻张某和一个女儿小李，还有一个弟弟在工厂工作。李某生前欠客运公司2000元。李某死后，客运公司、李某的弟弟、李某的妻子张某均要求保险公司给付保险金，为此引起保险纠纷。(2)甲客运公司曾为该客车办理了15万元的车辆全额损失险。事故发生后，甲客运公司从责任人王某处获得赔偿2万元，现以实际损失15万元向保险公司索赔。且甲客运公司将报废了的客车进行拆卸，把有用的零部件拆卖给了一汽车修理厂，得款3万元。(3)有父子两人刘某、小刘（5岁）在车祸中当场死亡，刘某曾经为自己投保了一份人寿保险，受益人为小刘，另外曾为小刘购买了死亡保险合同，指定受益人为其妻史某（小刘的母亲）；又查明，事故发生前几日，史某在一次保险宣传活动中，为刘某、小刘投保了人身意外险，指定受益人为自己，但还未来得及告知刘某和小刘。(4)梁某也是在车祸中丧生的一人，其投了人身意外保险，但轻信自己不会发生意外，没有交付第二期保费，至2008年9月16日已逾期61天。事故发生的当天早上，其妻正好路过保险公司，并到保险公司补交了保险费。(5)王某为其货车也投了20万元的车辆全额损失险，但几日前王某与罗某签订了买卖合同，将该货车卖给罗某，但尚未交付，约定2008年9月20日交付。

【问题】

1．保险公司因李某意外死亡而应付的保险金2万元，应该归谁所有？

2．对于甲客运公司要求15万元赔偿的行为，保险公司应如何理赔？

3．对于刘某所购买的2份保险及其妻史某购买的保险，保险公司应如何处理？

4．保险公司对于梁某的死亡，应否承担保险责任？为什么？

5．保险公司对于王某为该货车所购买的保险应如何理赔？为什么？

6．若王某已于9月15日将货车交付给罗某并通知了保险公司，保险公司应如何理赔？

【答案】

1．保险金应该归李某的妻子张某及其女儿所有。因为她们是李某的法定继承人，在受益人顾某先于被保险人死亡时，保险金应作为被保险人的遗产，归其继承人所有；同时李某的妻子张某应以该财产向甲客运公司偿还2000元债务。

2．保险公司首先要确认15万元的损失是否属实，然后根据规定减除甲客运公司从王某处获得的2万元赔偿，保险公司只对剩下的1 3万元进行理赔。此外，由于保险公司赔偿客车损失保险金后，客车的全部权利属于保险公司，客运公司无权处理该客车，所以对客运公司拆卖该客车所得价款保险公司可予以扣减。因此甲客运公司不能获得15万元的保险赔偿金，保险公司实际仅应赔偿10万元。

3．(1)对于刘某为自己购买的人寿保险，推定受益人小刘死亡在先，保险金作为刘某的遗产，由刘某的法定继承人继承。

(2)对于刘某为小刘所购买的死亡保险合同，合同有效。小刘死亡后，保险公司应将保险金支付给受益人史某。

(3)对于史某为刘某购买的保险，史某不能作为受益人获得该赔偿金。因为《保险法》规定投保人指定受益人时须经被保险人同意。本案中，史某为刘某投保，刘某根本不知情，更谈不上指

定受益人。该赔偿金由刘某的法定继承人继承，史某作为继承人之一依法继承刘某的遗产。
对于史某为小刘购买的保险，史某可以以受益人的身份获得保险赔偿金。因为小刘为无民事行为能力人，可以由其监护人史某为其指定受益。
4．保险公司对于梁某的死亡，应当按照保险合同承担保险责任。因为在梁某死亡前该保险合同的效力已经恢复。
5．保险公司应赔偿王某货车损失20万元，而不是赔偿罗某。因为王某仍然是该货车的所有权人，对该货车享有保险利益。
6．保险公司应赔偿罗某货车损失20万元。因为交付后罗某成为货车的所有权人，王某通知保险公司后，罗某便承继了王某的该货车所购买的保险的权利义务。
本题意在考查保险事故发生后保险金的赔付，重点考查保险利益、受益人的确定、代位权的行使、死亡保险合同的特殊规定等问题，这都是《保险法》中的高频考点。修改后的《保险法》对人身保险合同和财产保险合同的保险利益作了不同的规定，需要注意。涉及保险受益人时，要注意应首先确定该保险合同有无适格的受益人，若有，则根据给定的信息确定受益人的情况，从而确定保险金的归属；若无，则该保险赔偿金成为被保险人的遗产，发生继承关系。涉及代位权时要明确代位权仅适用于财产保险合同，且在财产保险合同的适用中还存在例外，即《保险法》第62条规定：“除被保险人的家庭成员或者其组成人员故意造成本法第六十条第一款规定的保险事故外，保险人不得对被保险人的家庭成员或者其组成人员行使代位请求赔偿的权利。”请考生务必注意。涉及死亡保险合同时，注意《保险法》第33、34条关于死亡保险合同订立的特殊要求，同时注意《保险法》第44条的规定，“以被保险人死亡为给付保险金条件的合同，自合同成立或者合同效力恢复之日起二年内，被保险人自杀的，保险人不承担给付保险金的责任，但被保险人自杀时为无民事行为能力人的除外。保险人依照前款规定不承担给付保险金责任的，应当按照合同约定退还保险单的现金价值”。

2022年法律职业(主观题)测试卷(三)

得分	评卷人

一、主观题 （共10题，每题10分，共计100分）

1、案情：

长程运输机械厂是一家成立于2012年4月1日的有限责任公司，注册资本1000万元，股东有甲、乙、丙、丁四人，分别持股50％、20％、20％、10％，章程规定股东应一次缴清出资。甲为公司董事长、法定代表人，乙和丙为公司董事。丁本应出资100万元，但缴付60万元后剩余部分因要给母亲治病迟迟未缴付。2012年5月，甲召集并主持了公司的股东会会议，作出以下决议：（1）董事长不能代表公司处分公司不动产；（2）因有一名监事去世，决定由乙兼任公司监事；（3）鉴于公司现金流充裕，免予丁剩余的出资义务。2014年6月，甲发觉目前房地产行情极好，就自己做主将公司一套门市房卖给秋风冷饮公司，并签订了售房合同。2014年7月，丙未经股东会同意，将公司的老客户冯某介绍给亲戚开设的另一家运输机械厂签订了销售合同并取得好处费5万元。2014年8月，甲向银行借款100万元，公司董事会决议为其提供担保。2014年9月，公司发现乙尚欠缴出资10万元，但乙认为由于已过诉讼时效自己无须再缴纳。

问题：

1．2012年5月公司召开的股东会会议有哪些违法之处?决议的效力如何?这些违法行为是否导致公司不能成立?

2．甲签订的售房合同有效吗?为什么?

3．丙给亲戚介绍生意的行为合法吗?后果是什么?

4．董事会可否决定为甲提供担保?为什么?

5．乙的主张是否成立?

【答案】

1．（1）董事长无权召集股东会会议，应由董事会召集。（2）乙作为董事，不得兼任监事。（3）不得通过股东会决议方式免除丁的出资义务，除非通过减资程序。这些行为不会导致公司不成立。公司成立与否以登记为准。

2．合同有效。甲的越权行为不影响合同效力。内部规定不得对抗善意第三人，仅对内部成员有效。

3．不合法，丙违反了股东的竞业禁止义务。合同仍然有效，违法所得归公司，丙承担相应的责任。《公司法》第148条规定，董事、高级管理人员不得有下列行为：（1）挪用公司资金；（2）将公司资金以其含人名义或者以其他个人名义开立账户存储；（3）违反公司章程的规

定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；（4）违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意。与本公司订立合同或者进行交易；（5）未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务；（6）接受他人与公司交易的佣金归为己有：（7）擅自披露公司秘密；（8）违反对公司忠实义务的其他行为。董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。

4．不可以。甲作为公司股东，公司为自己的股东提供担保应当由股东会表决通过。《公司法》第16条规定，公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议：公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。

5．不成立，因为股东的出资义务不受诉讼时效的限制。根据《时效规定》，不受诉讼时效限制的情形包括：（1）支付存款本金及利息请求权：（2）兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权：（3）基于投资关系产生的缴付出资请求权；（4）其他依法不适用诉讼时效规定的债权请求权；（5）基于所有权产生的返还请求权。

2、被告：赵某，男，30岁，无业。
被告：王某，男，15岁，无业。
被告：洪某，男，31岁，无业。
赵某2003年因非法持有毒品罪被判3年有期徒刑。2006年刑满释放。之后，赵某染上毒瘾。因一直没有正当工作，赵某总是处于吃了上顿断下顿的状况。2012年的某日，赵某听说毒贩洪某新进了一批海洛因，便起了“黑吃黑”的念头。当晚，赵某携带其购买的仿真枪一支，潜入洪某住处。入夜后，洪某回家。一进门，赵某即用仿真枪抵住洪某脑袋，对洪某说：“听说你新进了一批白粉。见者有份，也给我分点。”洪某一听赶忙说：“有事好商量。如果大哥喜欢那东西，小弟我悉数奉上，孝敬大哥就是。”后洪某打开保险柜，从里面拿出一包“白粉”（约有250克重）交给赵某。见“白粉”顺利到手，赵某便离去。
回到住处后，赵某打开抢来的“白粉”一尝，即大呼上当，原来洪某早就担心有一天被同道抢劫，一直用头痛粉冒充海洛因备用，他交给赵某的只是一包头痛粉而已。赵某眼见发财梦将破，心有不甘，遂又生一计。他连夜将其手下王某叫来，对王某说：“你不是一直想发大财吗？现在机会来了。这玩意儿是白色黄金，值大钱了，你帮我出去卖，卖到钱分你三成。”王某一听大喜，满口答应。二人遂将“海洛因”分成若干小包。接下来的几天，王某天天出去推销。到案发时，已卖出“海洛因”近20克。
问题：
1.赵某抢劫洪某假毒品的行为构成何罪？处于犯罪的何种形态？为什么？
2.就赵某让王某贩卖假毒品这一行为，赵某构成何罪？王某帮助赵某贩卖假毒品的行为是否构成犯罪？赵某与王某是否构成共同犯罪？为什么？
3.在本案中，对赵某的行为应如何处罚（仅要求回答处罚原则）？

【答案】
【参考答案】
1.赵某构成抢劫罪（既遂）。虽然其持仿真枪的行为不构成抢劫罪的加重情节，但是由于赵某还具有入户抢劫的情节，因此仍属于刑法规定的抢劫罪的情节加重犯。而抢劫罪的情节加重犯不论是否抢到财物，只要实施了加重情节的行为就构成抢劫罪既遂。

2.赵某构成诈骗罪（既遂）。赵某是以非法占有为目的，隐瞒真相，借王某之手骗取他人钱财，因而构成诈骗罪而不是贩卖毒品罪，属于间接正犯。王某构成贩卖毒品罪（未遂）。王某主观上具有贩卖毒品的故意，客观上实施了贩卖毒品的行为。根据《刑法》第17条第2款的规定，已满14周岁不满16周岁的人可以成为贩卖毒品罪的主体。同时，王某因受赵某欺骗，错将头痛粉当作海洛因贩卖，并不影响其贩卖毒品罪的成立，只不过由于其对贩卖对象的认识错误，成立犯罪未遂而已。赵某与王某不构成共同犯罪，因为共同犯罪的成立在主观上要求各犯罪人之间有共同犯罪故意，而在本案中，赵某与王某的主观犯意完全不同。其中，赵某的犯意是诈骗，王某的犯意是贩毒。

3.赵某没有法定从重处罚的情节。首先，由于是前罪刑罚执行完毕后6年才再犯罪，不构成累犯。其次，刑法总则共同犯罪中关于教唆未成年人犯罪从重处罚的规定，也由于赵某不构成共同犯罪而不能适用。再次，也不构成毒品犯罪的再犯。因为，根据《刑法》的规定，毒品犯罪的再犯是指因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪被判过刑，又犯毒品犯罪的犯罪分子。在本案中，赵某虽曾因犯非法持有毒品罪被判过刑，但是他后来所犯两罪均非毒品犯罪，因此不符合毒品犯罪再犯的构成条件，不属于毒品犯罪的再犯。最后，虽然赵某教唆未成年人王某贩卖毒品，但是由于其本身不构成贩卖毒品罪，因此也不能适用贩卖毒品罪中关于教唆未成年人贩卖毒品从重处罚的规定。

【法理分析】

1.抢劫罪，是指以暴力、威胁或者其他方法，强行劫取公私财物的行为。本案中，赵某在听说毒贩洪某新进了一批海洛因后，便起“黑吃黑”的念头，并于当晚携带其购买的仿真枪潜入洪某的住处进行抢劫。赵某主观上存在抢劫他人财物（毒品）的故意，客观上实施了以暴力威胁的方法抢劫他人财物的行为，因此，赵某抢劫洪某的行为构成抢劫罪。注意，行为人所抢劫财物是否处于被抢劫者合法占有状态，并不影响抢劫行为性质。同时，赵某的抢劫行为已经既遂。在认定抢劫罪的既遂形态时，应当注意以下两方面的问题：(1)通常情况下，区分抢劫罪的既遂与未遂应以行为人是否劫取到财物为标准。抢劫罪与盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪一样，属于结果犯，因而应当以危害结果是否发生，即财物是否被行为人非法占有作为抢劫罪既遂与未遂的区分标准。(2)区分抢劫罪既遂和未遂的上述标准，只适用于基本构成的抢劫犯，一旦出现刑法所规定的加重构成条件，属于结果加重犯或情节加重犯，无论财物是否抢劫到手，都应认为成立抢劫既遂。本案中，虽然由于被抢者洪某早有防备，以致赵某所抢的“白粉”并非毒品，而是头痛粉，因而非法占有他人财物的结果并没有发生，根据一般抢劫罪既遂未遂的区分标准是成立未遂。但是，由于赵某具有入户抢劫的加重情节，因此其抢劫罪不再存在既遂、未遂之分，即使赵某没有劫得财物，也成立既遂。根据《刑法》的规定，有下列情形之一的，属于抢劫罪的结果加重犯（情节加重犯）：(1)入户抢劫的；(2)在公共交通工具上抢劫的；(3)抢劫银行或者其他金融机构的；(4)多次抢劫或者抢劫数额巨大的；(5)抢劫致人重伤、死亡的；(6)冒充军警人员抢劫的；(7)持枪抢劫的；(8)抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的。要注意，本案中，赵某是持仿真枪进行抢劫，不属于《刑法》所规定的持枪抢劫的情形，因而这个不能作为加重其法定刑的情节考虑。

2.贩卖毒品罪是指明知是毒品而非法销售，或者以贩卖为目的而非法收买毒品，或者销售自己制造的毒品的行为。本案中，赵某在明知是假毒品的情况下，对王某隐瞒事实真相，指使王某在不知情的情况下，将假毒品当作真毒品销售获利，实际上是以非法占有为目的，隐瞒真相，借王某之手骗取他人钱财，因而构成诈骗罪而不是贩卖毒品罪。这种在他人不知情的情况下，借助他人之手实现自己犯罪目的的情形，在刑法理论上称为间接正犯。王某听信赵某所言，将假毒品误当作真毒品分成若干小包进行推销，其主观上有贩卖毒品的故意，客观上实施了贩卖毒品行为；同时，根据《刑法》第17条第2款的规定，已满14周岁不满16周岁的人犯贩卖毒品罪

的，应当负刑事责任。王某已满14周岁，故符合贩卖毒品罪的主体条件。因此，王某已经具备了贩卖毒品罪的构成要件，构成贩卖毒品罪。至于王某因受赵某欺骗，错将头痛粉当作海洛因贩卖，并不影响其贩卖毒品罪的成立，不过，由于其贩卖的是假毒品这一意志以外的原因，导致其犯罪未能完成，属于对象不能犯未遂，因此，王某构成贩卖毒品罪（未遂）。
同时应当注意的是，根据《刑法》第347条第6款的规定，利用、教唆未成年人走私、贩卖、运输、制造毒品，或者向未成年人出售毒品的，从重处罚。本案赵某教唆未成年人王某贩卖毒品，构成贩卖毒品罪，应当从重处罚。
3.考虑犯罪行为人是否具有法定从重情节，一是要分析案例中对于犯罪行为人各种状况的描述，包括年龄、性别、身份、犯罪史、采用的手段、辅助工具、犯罪时间、完成状态等，主要是考虑刑法总则中的一些规定；二是要分析犯罪行为人触犯的刑法分则法条中相对应的罪名的具体规定。因此，针对本案赵某，由于其具有犯罪史，首先，要考虑的就是其是否构成累犯。由于距离前罪执行完毕已有6年，因此不成立累犯。其次，刑法总则的共同犯罪一节中有关于“教唆未成年人犯罪，从重处罚”的规定，但是由于本案不属于共同犯罪，也不能适用。再次，本案涉及毒品犯罪，而毒品犯罪中有关于再犯的规定。所谓毒品犯罪的再犯，根据《刑法》第356条的规定，是指因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪被判过刑，又犯《刑法》第6章第7节走私、贩卖、运输、制造毒品罪所规定之罪的情形。对于毒品犯罪的再犯，刑法规定从重处罚。本案中，赵某虽曾因犯非法持有毒品罪被判过刑，但是他后来所犯罪行不是毒品犯罪，因此不符合毒品犯罪再犯的构成条件，不属于毒品犯罪的再犯。最后，《刑法》第347条走私、贩卖、运输、制造毒品罪中还有关于教唆、利用未成年人贩卖毒品的，从重处罚的规定。虽然在行为上赵某符合该款的要件，但是由于赵某的教唆行为构成的是诈骗罪，在法条适用上就不适用《刑法》第347条，也就当然不能单独适用该条的第6款。综上，赵某不具有法定从重处罚的情节，但是并不必然导致不能酌情对其从重处罚。

3、某甲和某乙因为合同履行发生纠纷，协调不成后，某甲向二人的住所地法院黄山区人民法院起诉，法院于4月9日受理起诉后，在4月1 0日向乙发送了起诉状副本，并告知20日内提交答辩状。某乙于4月29日提交了答辩状。但后因主办该案件的法官周某一直生病住院，该案直到1 2月1 0日才进行了第一次开庭审理。开庭过程中，某乙提出案件中涉及自己的收入等经济信息，不希望外人知晓，希望本案能够不公开审理，法院采纳了这一要求。在案件审理过程中，某甲提出主审法官周某与某乙是大学同学，应当在案中进行回避，法院以本案已经由于种种原因发生了延误，如果不在1 2月之前审理完结的话，就将造成积案，而回避和指派新的法官将导致案件的延误，因此驳回了某甲的申请。案件审理完毕后，主办法官周某作出了一审判决，驳回某甲的诉讼请求，并要求某甲承担案件的诉讼费用。1 2月25日法院通知甲乙双方到法院领取判决书，某甲认为该判决严重偏袒某乙，联系到自己再该案件中所收到的种种待遇，一怒之下撕毁了判决书，并对法官周某拳脚相加，造成周某多出软组织挫伤。黄山区法院的法警当即拘留了某甲，并根据刑事诉讼法和刑法的相关规定追究其刑事责任。
问题：
作为一名法律职业者，请根据我国法律的规定，指出上述案例中法院的做法有哪些错误之处。联系相关法学知识，针对本案的情况，请分析上述法院的错误判决与最后的悲剧有什么关系，说明了什么问题。
答题要求：
1．运用掌握的法学知识阐释你的观点和理由；
2．说理充分，逻辑严谨，语言流畅，表述准确；
3．答题文体不限，字数不少于500字。

【答案】
【参考例文】
不可或缺的程序正义
根据我国民事诉讼法的相关规定，作为一名法律职业者，我认为，在某甲与某乙的诉讼案件中，黄山区人民法院有下列错误之处。
本题中的程序错误主要有：
1. 《民事诉讼法》规定，被告在收到起诉状副本之日起1 5日内提出答辩状。而本案法院在送达起诉状副本时却告知被告在20日内提出答辩状，是不合法的。
2. 《民事诉讼法》规定不公开审理的案件必须具有法定的事由，本案中某乙的申请理由不符合法定不公开审理的理由，而法院将本案确定为不公开审理的案件，是不正确的。
3. 《民事诉讼法》规定一审案件的审限为6个月，有特殊情况的由院长批准延长。本案由于主办法官长期生病，已经造成了审判的延期，法院一没有履行相关手续进行延长，二没有更换主办法官，造成当事人诉讼的迟延，是错误的。
4. 《民事诉讼法》规定审判人员与本案当事人有其他关系，可能影响对案件公正审理的，应当回避。本案中，主审法官与被告是同学关系，应当属于回避的范围，而法院以维护审理期限为由驳回原告的申请，是错误的。
上述法院的违法行为实质上构成了司法权力的不正当使用，造成了审理程序上的延迟和不公开，使原告在心理上产生了不公正的感觉，最终以非法的手段挑战法院的权威，酿成最后的悲剧。它提示我们，法律要想实现正义，必须关注程序。正义与法是无法分开的。法是实现正义的手段，同时法的价值也就在于实现正义。法对正义的实现分为两个部分，在实质正义方面，法把指导分配资源的正义原则法律化、制度化，并具体化为权利和义务，实现对资源的权威性的公正分配。然而，实质正义是一个相对的范畴，在一部分人看来是公证的分配，在另一部分人看来却可能是不公正的。因此，法必须通过形式正义的实现，来使每个人都获得公正的感觉，得到法与正义的滋润。在形式正义方面，法律的作用表现为一方面为纠纷和冲突的和平解决提供规则程序，另一方面也通过程序来确保纠纷解决过程中的公正性。程序正义可以通过以下途径来实现：第一，回避制度。即任何人不做自己案件的法官，法律纠纷应当由超然于当事人的第三方来审理。第二，审判公开。即案件的审理必须公开，接受社会的监督，接受群众的监督。这就是所谓的“正义不仅要实现，而且要以看得见的方式实现”。第三，当事人地位平等。即冲突各方在诉讼中享有同样的地位，享有同等的权利，履行对等的义务。第四，不迟延。即案件的审理应当及时、高效，保证社会成员的权利能够及时得到实现，也就是所谓的“迟到的正义非正义”。
然而，我们遗憾地看到，案例中黄山法院的行为，恰恰构成了对上述程序正义的违反，使得某甲产生了强烈的程序不公正感。最后他撕毁的已经不仅仅是败诉的判决书，而是整个判决产生的过程。当他认为法律已经不能够为他实现正义时，他就只能用暴力的手段来实现自力救济，最后造成个人权利与法律秩序的两败俱伤。
从该案中，我们可以看到，正义的实现，要依靠法律，尤其是实现程序正义的种种法律制度。西方法谚有云：程序先于权利。只有实现了程序正义，我们才能实现自己的权利，才能获得公平、公正，才能最深切地感受到法律社会的正义之光。
【试题点评】 本题属于限定型说明式论述题，考生需要先找到题目中法院不合法的具体行为，再运用相关的法学理论对这些行为所引起的后果进行评价。由于在前一部分中法院的违法行为主要是对民事诉讼法的违反，因此其违法行为的共同特点就是程序违法，因而在后面的评析时应该要围绕程序这一话题来进行评论，而不能再从其他角度切入。这就是典型的限定型说明式论述题的特征。我们虽然没有专门准备程序的套路，但是在法与正义的套路中，很大部分

的内容是设计程序正义，考生可以将其借用过来，结合具体的案件情况，灵活地组织自己的语言，完成答案。此外，如果题目考查的程序违法是对刑事诉讼法的违反，还可以结合刑事诉讼的具体价值，进行进一步的阐述。

4、建安工艺厂诉区税务局行政处罚案

建安工艺厂位于河北省沧州市大林区，是一家生产工艺品的厂家。一日，该区税务局接到举报，称建安工艺厂在经营过程中没有按照法律规定开具发票，偷逃国家税收。在接到举报后，该区税务局决定对该厂作出罚款10000元的行政处罚。

该厂不服，向沧州市税务局申请行政复议。在市税务局受理复议申请后，区税务局立即组织调查并收集证据，发现建安工艺厂的确违反规定开具发票，并且广泛寻访有关人员，收集证人证言，以大量的证据支持自己的处罚决定。行政复议机关经过审查认为，建安工艺厂确有违反法律规定未开具发票且证据确凿，于是维持了区税务局的行政处罚决定。

建安工艺厂对区税务局的行政处罚决定不服，于是向法院起诉。法院受理后，将该厂的起诉书副本等送达被告，要求被告按时提供有关材料，并按时应诉。但是被告没有向区人民法院提出答辩状，也没有派人参加诉讼。区人民法院在被告缺席的情况下，对该案进行了缺席判决，判决撤销区税务局作出的罚款10000元的行政处罚决定。

【问题】

1．在市税务局受理复议申请后，区税务局采取的组织调查，收集证人证言的行为是否合法？为什么？

2．本案中，市税务局的复议决定是否正确？为什么？

3．在行政复议中，申请人建安工艺厂和被申请人区税务局可否自行和解？市税务局可否对它们进行调解？

4．假设在诉讼过程中，建安工艺厂因为违法被依法撤销，且没有权利义务承受人时，本案应如何处理？

5．区人民法院在被告缺席的情况下，可否对案件进行缺席判决？为什么？

6．假设法院的判决生效后，被告拒不执行，则法院可以采取哪些措施？写出两项即可。

【参考答案】

1．不合法。在市税务局受理复议申请后，区税务局不得自行向申请人和其他有关组织或者个人收集证据。

2．不正确，市税务局不能做出维持区税务局行政处罚的复议决定。因为区税务局的罚款行为证据不足，其“先决定，后取证”的做法是错误的。

3．可以。申请人对行政机关行使自由裁量权作出的行政行为不服申请行政复议的，可以和解，也可以由行政复议机关进行调解。

4．法院应当终结诉讼。建安工艺厂作为法人因为违法行为被依法撤销后没有权利义务的承受人，即发生终结诉讼的后果。

5．可以。经人民法院传票传唤，被告无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，法院可以缺席判决。

6．法院可以通知银行从区税务局的账户内划拨应当返还的10000元罚款；可以规定一定的履行期，期满之后对该行政机关的负责人按日处以50元至100元的罚款；若区税务局拒不履行判决，社会影响恶劣的，可以对该行政机关直接负责的主管人员和其他直接责任人员予以拘留；情节严重，构成犯罪的，可以依法追究刑事责任。

【答案】

本案同样涉及税务机关，但必须注意的是，若对税务机关作出的行政处罚提起诉讼，不需要先

以上内容仅为本文档的试下载部分，为可阅读页数的一半内容。如要下载或阅读全文，请访问：https://d.book118.com/378061054075006074