

历年法律职业(主观题)测试卷(一)

考试时间：【90分钟】

总 分：【100分】

题号	一	总分
得分		

得分	评卷人

一、主观题 （共10题，每题10分，共计100分）

1、丁诉乙机动车损害赔偿纠纷案

甲新买了一辆汽车，由于乙在甲停车时采用设备干扰，所以甲的车门没有锁上。趁夜黑无人之时，乙偷走了甲的汽车，甲立即向当地派出所报了案。丙和其妻子丁在六一儿童节之际带着他们的儿子戊到A处游玩，搭乘的是B公司的公交车。在甲到派出所报案之后，警方立即展开调查，最终查到甲的车是被乙所盗，且乙正开着甲的车行驶在去往A处的路上，于是展开追捕。乙发现有警察正在追捕自己，于是加大了油门，完全无视交通规则，最终与同样开往A处的公交车发生相撞。丙和戊当场死亡，丙的妻子丁受了重伤，且他们当天所带的相机等物品完全灭失。后经交通部门鉴定，乙对此次事故负全部责任。

丙是一位文学爱好者，在结婚之前创作了一部小说并在婚后发表，取得了1万元稿酬。已在得知丙获得稿酬之后向其借钱，二人约定，已向丙借款1万元用于购买颜料，在借款后1个月内还清。

【问题】

- 若是不能判断丙和戊的死亡顺序，应该怎样进行推定？
- 甲是否应当对丙和戊的死亡以及丁的重伤承担责任，为什么？
- 丁能否要求B公司对其重伤、丙和戊的死亡以及他们灭失的物品承担责任，为什么？
- 丁若是在交通事故发生1年后，才欲主张权利，其应该向谁主张，为什么？
- 若是已将借款用于支付房屋首付款，丙能否要求提前收回借款，为什么？
- 丙能否要求已支付利息，为什么？
- 若丙和已在借款合同中约定即使过了诉讼时效己也不能以此理由进行抗辩，该约定是否有效，为什么？

2、1 2年7月，罗斯在天空论坛发起一次“AA制”自助野外探险活动，瑞秋、钱德、乔伊、菲比四人参加。每人交200元作为活动经费，统一交由罗斯管理。7月20日，郊游第二天，瑞秋、菲比想在途经的河滩扎帐篷夜宿，罗斯极力劝阻，但瑞秋、菲比二人见天气晴好，并且河道明显已干涸很久，周边也没有任何危险警示牌，便以为是废弃的河道，坚持把帐篷搭在了河滩中间。夜间，帐篷被突袭的大水冲塌。罗斯、钱德和乔伊三人见状大声呼喊，并和正在山中采集草药的大卫一起将瑞秋救出，菲比遇难。施救过程中，乔伊未经罗斯同意使用其背包做漂浮用，致使包内的现金3000元遗失、手表长时间进水无法再使用；大卫的手臂骨折。后经查得知，当晚大水系上游水电站突然开闸泄水所致，但水电站没有发出预警信号。随后，钱德因有急事需提前返回，在乡间马路旁拦截一辆出租车，司机告知钱德其已停业下班，钱德表示愿付双倍车费，司机表示其已开了一天车，很累，如果出了什么事情，由钱德自己负责，钱德同意。返程途中，因出租车司机一时大意，与另一辆相向行驶的货车发生碰撞，钱德受伤。

问题：

- 罗斯、瑞秋、钱德、乔伊是否应当对菲比的死亡承担责任？为什么？
- 水电站是否应当对菲比的死亡承担侵权责任？为什么？
- 大卫的手臂受伤如何寻求救济？为什么？
- 如果罗斯要求乔伊赔偿其背包内财物损失，是否能得到支持？为什么？
- 钱德和出租车司机之间作出的“如果出了什么事情，由钱德自己负责”的约定是否有效？
- 对于自己所受的损害，钱德可以什么为由对出租车司机提起诉讼？

3、甲和乙的借款纠纷

2009年3月28日，甲和乙签订借款合同，约定乙借给甲100万，期限1年，利息10万元（简单利率计算），利息预先在本金中扣除，即乙交付90万元给甲，2010年4月1日甲还100万元给乙。并且，甲以其所有的3台大型设备进行抵押和1辆轿车进行质押，为其履行还款义务提供担保。2009年4月1日，乙向甲汇款90万元。随后，甲将用于质押的轿车的机动车登记证书交乙保管，但未就抵押和质押办理任何登记手续，也未向乙交付用于抵押的设备和用于质押的轿车。2009年5月，甲将用于抵押的3台设备出租给丙公司，将用于质押的轿车出租给丁公司，租期均为1年。

2009年8月，甲隐瞒有关事实，与戊公司订立合同出售其用于抵押的3台设备。随后，甲通知丙公司：本公司已将出租的3台设备卖给戊公司，要求解除租赁合同。

2009年9月1日，甲再次隐瞒了有关事实，与己公司订立合同出售其用于质押的轿车。双方办理了过户登记手续，并约定9月15日之前交付。9月10日，甲在通知丁公司向己公司交付出租的轿车时，丁公司拒绝了甲的要求，并向甲主张同等条件下的优先购买权。9月30日，丁公司工作人员在驾驶该轿车时外出时，遭遇罕见泥石流，车毁人亡。2010年1月1日，乙发现甲未按照约定将借款投资在X项目上，而是肆意挥霍，且甲的其他财产逐渐被其转移到境外。乙非常担心债权到期无法实现，找甲要求增加担保。甲态度恶劣并表示“自己有钱也不会还”。

【问题】

1. 甲乙的借款合同什么时候生效？为什么？
2. 假设2009年7月1日，甲请求提前还款并获得了乙同意，那么甲应当偿还乙本金多少钱？借款期间为多长？为什么？
3. 乙可否就用于抵押的3台设备向戊公司行使抵押权？为什么？
4. 丁公司就轿车向甲主张同等条件下的优先购买权是否成立？为什么？
5. 汽车遭遇泥石流损毁的风险应当由谁承担？乙对该轿车是否享有质权？请分别说明理由。
6. 乙可以采取哪些措施以避免债权遭受损失？请说出两种解决方案。

4、苏某合同诈骗案

被告人苏某，男，1967年出生，原系某公司经理。因涉嫌合同诈骗罪，于2009年2月被公安机关采取取保候审。公安机关侦查人员李某为了解案情，搜集证据，让证人甲到自己的住处进行询问。待案件侦查终结后，公安机关将案件移送某区人民检察院审查起诉。苏某聘请的律师魏某向人民检察院提出要查阅、复制公安机关移送的有关证据材料，人民检察院予以许可。2009年4月，某区人民检察院向某区人民法院对苏某以合同诈骗罪提起公诉。法院在审理中发现，检察院移送的被告人口供是由公安机关刑讯逼供取得的。但同时认为该口供所述内容符合案件客观真实，没有被告人的口供不能定案，于是仍将被告人的口供作为定案根据，宣布判决被告人苏某有期徒刑14年，并处罚金15000元，由检察机关收缴后上交国库。5月10日，苏某接到法院判决书后难以接受判决内容，突发心脏病，住院15天。待出院后6月4日向法院提出因不可抗力耽搁期限，要求顺延期限，提出上诉，法院裁定予以准许。经审理，二审人民法院裁定驳回上诉，维持原判。由公安机关将执行的法律文书送达监狱交付执行。

【问题】

1. 公安机关搜集证据的做法是否符合法律规定，为什么？
2. 律师魏某是否可以查阅公安机关移送的证据材料，为什么？
3. 一审人民法院在证据的认定上的做法是否符合法律规定，为什么？
4. 没有被告人的口供是否可以定罪，请说明理由。
5. 一审人民法院在执行上有何不当之处？
6. 对苏某的要求，法院是否应该裁定准许，为什么？
7. 二审人民法院的执行程序是否正确，请说明原因。

5、乙女诉甲男离婚案

甲与乙在2008年结婚，育有一子丙。甲在2007年分期付款购买了商品房一套，在结婚之前已付清房款。在甲与乙结婚后，甲的父母出资为甲和乙重新购买了商品房一套，并登记在甲的名下。2009年2月，A向B借款10万元，由甲提供保证，约定A应在2009年5月底还清欠款，在A不能履行债务时由甲代为履行。

甲和乙二人结婚后的第二年，其子丙出生。在丙出生后不久，甲发现自己的妻子乙与他们的邻

居交往过密，一时间流言四起。随着丙渐渐长大，甲发现儿子越来越不像自己，于是提出想做亲子鉴定。对此，乙坚决不同意。甲将此事诉诸法院，请求法院确认甲与丙之间的亲子关系不存在。

在法院审理过程中，为了尽快了结此案，不影响儿子丙的健康成长，乙同意做亲子鉴定。亲子鉴定的结果是丙确是甲的亲生儿子。甲为了向乙道歉，决定将其在婚前买的商品房赠与乙并做了公证，但一直没有办理过户手续。后乙发现甲与一陌生女子有一夜情，遂到法院起诉请求离婚。

【问题】

1. 甲的父母在甲与乙结婚后所购买的商品房的所有权归属于谁，为什么？
2. 若B在2009年7月请求A返还借款，A明确表示拒绝，B可否请求甲承担保证责任，为什么？
3. 若B在2011年10月请求A返还借款A明确表示拒绝，后甲向B履行了债务，甲能否向A追偿，为什么？
4. 在本案中，甲主张亲子关系不存在，若乙坚决不同意，甲的主张能否得到法院的支持，为什么？
5. 在离婚诉讼中，若甲主张撤销对乙的赠与，能否得到法院的支持，为什么？
6. 在离婚诉讼中，乙能否以过错为由主张离婚损害赔偿，为什么？

6、张某、赵某、洪某轮奸少女案

2011年9月5日晚，张某（19岁）、赵某（15岁）和洪某（16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。2011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？

7、朱某与陈某育有二子，长子朱甲，次子朱乙。朱甲娶妻李某，并于2005年生有一子朱小甲。朱甲于2009年5月遇车祸身亡。朱某于2010年10月病故，留有与陈某婚后修建的面积相同的房屋6间。朱某过世后，陈某随儿媳李某生活，该6间房屋暂时由次子朱乙使用。

2010年11月，朱乙与曹某签订售房协议，以12万元的价格将该6间房屋卖给曹某。陈某和李某知悉后表示异议，后因朱乙答应取得售房款后在所有继承人之间合理分配，陈某和李某方表示同意。朱乙遂与曹某办理了过户登记手续，曹某当即支付购房款5万元，并答应6个月后付清余款。曹某取得房屋后，又与何某某签订房屋转让协议，约定以15万元的价格将房屋卖给何某某。在双方正式办理过户登记及付款前，曹某又与钱某签订了房屋转让协议，以18万元的价格将房屋卖给钱某，并办理了过户手续。

2011年5月，曹某应向朱乙支付7万元的购房余款时，曹某因生意亏损，已无支付能力。但曹某有一笔可向赵某主张的到期贷款5万元，因曹某与赵某系亲戚，曹某书面表示不再要求赵某支付该贷款。另查明，曹某曾于2011年4月外出时遭遇车祸受伤，肇事司机孙某系曹某好友，曹某一直未向孙某提出车祸损害的赔偿请求。

问题：

1. 朱某过世后留下的6间房屋应由哪些人分配？各自应分得多少？为什么？
2. 朱乙与曹某签订的售房协议是否有效？为什么？
3. 曹某与何某某、钱某签订的房屋转让协议效力如何？
4. 如何某某要求履行与曹某签订的合同，取得该房屋，其要求能否得到支持？为什么？
5. 如朱乙请求人民法院撤销曹某放弃要求赵某支付货款的行为，其主张能否得到支持？为什么？
6. 如朱乙要求以自己的名义代位请求孙某支付车祸致人损害的赔偿金，其主张能否得到支持？为什么？

8、2012年7月3日，甲公司与乙公司订立《货物买卖框架合同》，建立长期合作关系，其中约定：甲公司的销售人员在与乙公司交往过程中确定的合同，返款及其他涉及经济权益的所有民事行为，必须在甲方盖章后方能生效。迟延付款的违约责任为：如乙公司每逾期一日，应向甲公司支付逾期付款金额的1%作为违约金。合同签订后，甲公司于2012年11月期间，分4次向乙公司供货。甲公司向乙公司发送对账清单，根据该清单记载的内容计算，截至2013年3月31日，乙公司欠甲公司货款27万元，乙公司在该对账清单上盖章确认。乙公司采购货物后，应甲公司要求将货物转售给丙公司。因为丙公司没有及时向乙公司支付全部货款，故乙公司无法向甲公司支付货款。并且乙公司向丙公司转售的价格低于采购价格，产生差价损失7万元。乙公司通过邮件和甲公司的职员张某沟通，张某发邮件表示甲公司可以承担差价损失7万元，则乙公司只需向甲公司支付20万元的货款。

问题：

1. 甲公司与乙公司之间是否成立买卖合同关系？
2. 甲公司和丙公司之间是否成立合同关系？如果因为货物质量问题，丙公司是否可以要求甲公司承担违约责任？
3. 丙公司未向乙公司支付20万元的货款，则乙公司是否可以据此抗辩甲公司的请求权？
4. 张某是否可以代表甲公司同意乙公司要求减少的7万元货款的要求？
5. 乙公司是否可以请求法院降低合同中约定的违约金金额？

9、黄勇强诉刘新兵交付汽车案

2010年7月8日，家住朝阳区的黄勇强向海淀区法院起诉家住海淀区的刘新兵，要求法院判决刘新兵交付合同项下的三辆小轿车。经查，刘新兵在西城区开了一家汽车贸易行，黄勇强的诉求属实，法院于8月15日作出一审判决，判决刘新兵在判决生效后30日内向黄勇强交付价值30万元的A、B、C三辆小轿车，并承担全部诉讼费用。刘新兵交纳了诉讼费用，但未将小轿车交给黄勇强。上诉期满，双方均未上诉。10月12日，黄勇强向法院申请强制执行。法院接受了申请，指派执行员林华军负责执行。在执行中，刘新兵的朋友赵文华提出异议，主张其中一辆小轿车是其所有的财产。林华军经审查认为异议理由不成立，驳回了赵文华的异议。10月18日，黄勇强与刘新兵告知林华军，称双方已达成如下和解协议：A、B两辆小轿车折算成人民币20万元，刘新兵在2010年12月31日之前向黄勇强交付；C轿车折算成人民币7万元，在2011年10月底之前向黄勇强交付。林华军将协议内容记入笔录并由双方当事人签名。2010年12月底，刘新兵按照协议约定，交付了20万元现金。2011年11月，由于刘新兵不愿交付剩余的7万元现金，黄勇强向原申请强制执行的法院申请恢复执行原生效判决。法院接受申请后，作出执行裁定，责令刘新兵在执行裁定送达之日起10日内，将A、B、C三辆小轿车交付黄勇强，黄勇强退还20万元现金。

【问题】

1. 黄勇强应向哪个法院申请强制执行？应在什么期间内申请强制执行？
2. 如果黄勇强向法院申请强制执行，该法院已过8个月仍未执行的，黄勇强应当如何维护自己的权利？为什么？
3. 如果赵文华提出异议的理由成立，人民法院应当如何处理？
4. 黄勇强与刘新兵达成的和解协议是否有效？为什么？
5. 黄勇强是否有权申请恢复执行原生效判决？法院接受黄勇强恢复执行原生效判决的申请是否正确？作出的执行裁决是否正确？为什么？
6. 如果林华军在执行中发现该判决确有错误，应该怎么办？法院又应当如何处理？

10、A公司、B公司、C公司的合同纠纷案

2010年10月，A公司与B公司订立一份融资租赁合同。该合同约定：A公司按B公司要求，从国外购进一套花岗岩生产线X设备租赁给B，2011年6月30日交付使用；B公司向A公司支付定金300万元。并约定若一方违约，需支付对方违约金3000万元。

2011年6月1日，X设备全世界范围内停产。

同年6月9日，A公司与C公司签订租赁合同，约定将采购的花岗岩生产线X设备以600万 / 年的价格租赁给C公司。同月15日，B公司诉至法院要求A公司承担违约责任。A公司则以未到履行期限届满，拒绝承担违约责任。

2011年12月，X设备出现故障，C公司通知A公司维修，但A公司没有对此回应，C公司遂自行维修花费了50万元。

2012年3月，A公司获悉：C公司在租赁合同洽谈期间所提交的会计报表严重不实；隐瞒了逾期未还银行巨额贷款的事实；伪造了大量客户订单。A公司随即与C公司协商，并达成了进一步加强担保责任的协议，即C公司将其所有的一栋正在建造中的厂房作抵押，作为其履行租赁合同项下义务的担保。为此，A公司与C公司订立了书面抵押合同，C公司将用于抵押的厂房的土地使用权证书交予A公司收存。

2013年7月，C公司停止向A公司支付租金。经A公司多次催告，C公司一直未支付。A公司调查的情况显示：C公司实际已处于资不抵债的境地。

【问题】

1. 假设当履行期限届满，A公司不能履行交付义务，B公司可以如何主张违约责任？为什么？
2. A公司以“未到履行期限届满，拒绝承担违约责任”能否够得到法院的支持？为什么？
3. C公司花费的50万元维修费可否向A公司主张？为什么？
4. A公司在C公司停止支付租金后，可否以C公司存在欺诈行为为由撤销租赁合同？为什么？
5. A公司是否可以解除租赁合同？为什么？
6. 如果C公司破产，普通债权人对C公司用于抵押的厂房和向A公司租赁的设备是否享有清偿的权利？为什么？

参考答案

一、主观题

1. 应当推定丙先死亡。
2. 不应该。因为甲的汽车已被乙盗走。
3. 可以要求B公司对其重伤、丙和戊的死亡承担责任，但对于物品的灭失B公司不承担责任。因为，承运人对运输过程中旅客的伤亡承担的是无过错责任，对于旅客自带物品承担的是过错责任。而在本案中，B公司没有过错。
4. B公司。因为其要求B公司承担违约责任的请求权尚未超过诉讼时效。
5. 可以。因为已违反了双方约定的借款用途。
6. 不能。因为双方未约定利息。
7. 无效。因为该约定违反法律规定。

2、【参考答案】

1. 不应当。因为罗斯等四人与菲比之间不存在民事法律关系，不负有法律上的安全保障义务。
2. 应当。因为水电站在没有危险提示的情况下突然泄水存在过错，致使菲比遇险死亡。尽管菲比在河滩露宿也存在一定过错，但不能免除水电站的责任。
3. 大卫可以要求水电站赔偿损失，还可以要求瑞秋给予补偿。因为大卫的手臂是在救助瑞秋、菲比的过程中受伤，水电站是侵权人，应当承担对大卫的赔偿责任；瑞秋是受益人，大卫可以要求瑞秋给予适当补偿。
4. 不能。因为乔伊对背包的使用是紧急避险，且无不当，故不应当对财物损失承担赔偿责任；财物损失应当由引起险情的水电站承担。
5. 约定无效，该约定属于无效的免责条款。
6. 钱德既可以要求出租车司机承担违约责任，也可以要求其承担侵权责任，但两者不能同时行使。

【法理分析】

1. 民事法律关系是由民法调整的、平等主体之间的、以权利义务为内容的社会关系。民事法律关系具有以下四个特征：(1)民事法律关系是平等的法律主体之间的关系。这种平等性一般表现为他们在民事法律活动中权利义务的对应性。(2)民事法律关系是由民事法律规范所调整的社会关系，包括平等主体之间的财产关系和人身关系。(3)民事法律关系是随着特定的民事法律事实的发生而产生的。包括两类：一是人的行为；二是不以人的意志为要件的客观事实，又可分为事件和状态。(4)民事法律关系是以民事权利和民事义务为内容的社会关系。不是所有的社会生活中形成的关系都能上升成为民事法律关系，只有在其符合以上四个特征时，才能上升成为民事法律关系。本案中，罗斯发起，瑞秋、钱德、乔伊和菲比参加“AA制”自助野外探险活动，这只是生活中行为方式的结合，不受民事法律规范的调整，五人之间不存在具有约束力的权利义务，不存在民事法律关系，相互之间不负有安全保障义务。菲比的死亡是由突袭的河水导致的，菲比作为完全民事行为能力人，应当对在河滩露宿的危险性有充分的认知能力，罗斯等四人与菲比之间仅存在道德上的救助义务，而这一道德义务不受民法调整约束，所以罗斯等四人不当对菲比的死亡承担赔偿责任。

2. 过错是一般侵权行为构成要件中的主观因素，是行为人决定其行为的一种故意或过失的主观心理状态。过错违反的是对他人的注意义务，表明行为人主观上的应受非难性或应受谴责性，是对行为人行为的否定评价。《侵权责任法》第6条第1款规定：“行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。”本案中，水电站在泄水前没有发出警报，并且在其下游河道也没有设置危险警示，没有尽到善良管理人的注意义务，存在疏忽大意的过失。水电站的突然泄水致使菲比死亡，水电站应对此承担侵权赔偿责任。

受害人过错是侵权责任的抗辩事由之一，是指受害人对损害结果的发生存在过错。受害人的过错，包括故意和过失。如果加害人并无过错，损害结果完全系受害人的行为引起的，则免除加害人的责任。如果加害人与受害人都存在过错，那么加害人与受害人双方各自根据其过错程度承担相应的责任。《侵权责任法》第26条规定：“被侵权人对损害的发生也有过错的，可以减轻侵权人的责任。”本案中，菲比应当预见在河滩露宿会有危险，但轻信可以避免，存在过失。将水电站与菲比的过失程度相比较，菲比的过失不足以免除水电站的侵权责任，但是可以减轻其责任。

3. 关于见义勇为，《侵权责任法》第23条规定：“因防止、制止他人民事权益被侵害而使自己受到损害的，由侵权人承担责任。侵权人逃逸或者无力承担责任，被侵权人请求补偿的，受益人应当给予适当补偿。”本案中，正在山中采集草药的大卫对瑞秋、菲比并没有救助义务，其救助行为是见义勇为。依上述规定，对瑞秋、菲比造成侵害的水电站应当对大卫承担医疗费、误工费等损失的赔偿责任。水电站不承担责任或无力承担责任的，作为受益人的瑞秋则负有一定的补偿义务。

4. 紧急避险是指为使社会公共利益、本人或他人的合法权益免遭现实的、紧迫的侵害的危险，行为人不得已而采

取的致人人身、财产损害的行为。《侵权责任法》第31条规定：“因紧急避险造成损害的，由引起险情发生的人承担责任。如果危险是由自然原因引起的，紧急避险人不承担责任或者给予适当补偿。紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度，造成不应有的损害的，紧急避险人应当承担适当的责任。”对于是否“不当”、“超过必要限度”的判断，一般以是否为挽救较大的利益而损失较小的利益为标准。本案中，瑞秋、菲比陷入生命危险，乔伊在紧急情况下使用罗斯的背包属于紧急避险，并且生命价值显然大于背包财产价值，乔伊采取的行为并无不当，不应承担对财物损失的赔偿责任。险情是由水电站突然泄水引起的，故而，罗斯可以要求水电站承担赔偿责任，但无权要求乔伊承担责任。

5. 本题考查无效的免责条款。《合同法》第53条规定：“合同中的下列免责条款无效：（一）造成对方人身损害的；（二）因故意或者重大过失造成对方财产损失的。”本案中，出租车司机已经同意钱德乘坐出租车，两人之间达成客运合同，双方作出的“如果出了什么事情，由钱德自己负责”的约定属于该条规定的无效的免责条款，所以该约定是无效的。

6. 在客运合同中，承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担责任。《合同法》第302条规定：“承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担损害赔偿责任，但伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。前款规定适用于按照规定免票、持优待票或者经承运人许可搭乘的无票旅客。”本案中，出租车司机与钱德订立了客运合同，后发生车辆碰撞，钱德受伤，承运人出租车司机违反安全运输义务，应当对钱德承担违约责任。另外，《侵权责任法》第6条第1款规定：“行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。”因为出租车司机一时大意，与相向行驶的货车发生碰撞，致使钱德受伤，司机存在主观过错，构成侵权行为，钱德也可以要求其承担侵权责任。

当发生违约责任与侵权责任竞合的情形，当事人仅有权择一行使。《合同法》第122条规定：“因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。”本案中，钱德既可以要求出租车司机承担违约责任，也可以要求其承担侵权责任，但两者不能同时行使。

3、1. 2009年4月1日。2009年月1日，乙向甲交付90万元借款。根据法律规定，自然人之间的借款合同交付借款时生效。

2. 本金为90万元，借款期限为3个月。根据相关规定，利息在本金中提前扣除的，以实际借款数额为本金；另外，根据提前还款的规定，提前还款且贷方同意的，应当按照实际借款的期间计算利息，该期间为2009年4月1日至2009年7月1日，即3个月。

3. 不可以。根据法律规定，当事人以生产设备设定抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立，未经登记，不得对抗善意第三人。乙以设备设定抵押，但是未办理登记手续，其抵押权不得对抗善意的戊公司。

4. 丁公司不享有优先购买权。根据规定，只有在房屋租赁中才有优先购买权的适用，对于其他标的租赁，并不适用优先购买权。

5. 应当由己承担。9月10日，甲通知丁公司向己公司交付出租的轿车，此时甲已经完成了指示交付，汽车的风险已经转移给受让人己。乙对该轿车不享有质权。根据规定，质权自质物移交给质权人占有时设立。甲仅将用于质押的轿车的机动车登记证交给乙保管，并未实际交付该轿车，质权尚未设立。

6. (1)乙可以以甲未按照约定用途使用借款，提前收回借款或者解除合同。(2)甲表示“自己有钱也不会还”，表明不履行主要债务的预期违约行为。根据法律规定，乙可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。

本题考查借款合同和担保相关知识的衔接。实践中，借款合同往往是和担保合同一起出现的，二者是主从合同关系。主合同无效，从合同也无效。另外考试要特别注意借款合同关于利息计算、生效时间、提前还款等方面的知识，只有将这些知识串在一起才能真正做到“万变不离其宗”。

4、1. 公安机关收集证据的做法不符合法律规定。侦查人员询问证人地点可以在现场、证人所在的单位、住处或者证人提出的地点进行，必要的时候，可以通知证人到人民检察院或者公安机关提供证言。李某不得要求证人到李某自己住处进行询问。

2. 律师魏某可以向人民检察院要求查阅公安机关移送的证据材料。依据《刑事诉讼法》的规定，辩护律师可以自人民检察院对案件审查起诉之日起，查阅、摘抄、复制本案的案卷材料。

3. 一审人民法院在证据的认定上的做法不符合法律规定。采用刑讯逼供的方法所取得的被告人口供不得作为定案的根据。

4. 没有被告人的口供也可以定罪。《刑事诉讼法》规定，没有被告人供述，证据确实、充分的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。

5. 罚金刑不应当由检察院执行，而应由法院执行。

6. 对苏某的要求，法院不应裁定准许。苏某是在障碍消除后的9日后才向人民法院提出申请，要求期间的恢复，已

超出法律规定的5日期限，法院不应准许。

7. 对判决的执行程序不正确。应由人民法院将执行的法律文书送达监狱交付执行。

5、1. 甲。因为婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。

2. 不能。因为甲享有先诉抗辩权。

3. 不能。因为B对A的债权已过了诉讼时效。

4. 不能。因为甲没有必要的证据予以证明。

5. 不能。因为赠与合同已经办理了公证。

6. 不能。因为甲并没有《婚姻法》所规定的可以要求离婚损害赔偿的过错。

解答本题应注意：(1)《婚姻法解释（三）》与《婚姻法解释（二）》对于父母对其子女在婚后的赠与的规定有所不同，且《婚姻法解释（三）》第7条的规定仅适用于不动产的赠与；(2) 一般保证人享有先诉抗辩权。

6、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18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。

7、【参考答案】

1. 陈某、朱乙、朱小甲。其中，陈某分得4间，朱乙、朱小甲各分得1间。因该6间房系朱某与陈某的共同财产，朱某死后，陈某应获得其中的3间，余下3间房在第一顺序继承人之间平均分配。第一顺序的继承人有陈某、朱乙，因朱小甲先于朱某死亡，其子朱小甲享有代位继承权。故余下3间房中陈某、朱乙、朱小甲应各分得1间。

2. 有效。该6间房虽属共有财产，但转让协议已经其他共有人陈某及朱小甲的监护人李某同意。

3. 曹某与何某某签订的协议有效。曹某与钱某签订的协议亦有效，曹某是合法的所有权人。

4. 不能。因曹某已与钱某办理了房屋过户登记手续，钱某已取得了该房屋的所有权，曹某履行不能，何某某只能要求曹某承担违约责任。

5. 能。根据《合同法》的规定，债务人放弃其到期债权对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人放弃债权的行为。

6. 不能。因该赔偿金是专属于曹某具有人身性质的债权，根据《合同法》的规定，朱乙不能行使代位权。

8、【参考答案】

1. 甲公司和乙公司成立买卖合同关系。《买卖合同司法解释》第1条规定，当事人之间没有书面合同，一方以送货单、收货单、结算单、发票等主张存在买卖合同关系的，人民法院应当结合当事人之间的交易方式、交易习惯以及其他相关证据，对买卖合同是否成立作出认定。甲公司供货，乙公司接收，并且乙公司在该对账清单上盖章确认，

表明甲公司和乙公司之间成立买卖合同关系。

2. 甲公司和丙公司之间没有买卖合同关系，因此货物质量问题，丙公司只能找乙公司承担违约责任，而不能要求甲公司承担违约责任。本案中存在两个买卖合同，分别是甲公司和乙公司之间，乙公司和丙公司之间的买卖合同。依据合同相对性原理，丙公司因为货物质量问题，只能找乙公司承担违约责任。

3. 乙公司不能以此作为抗辩。甲公司和乙公司之间，乙公司和丙公司之间的买卖合同是相互独立的两个合同，之间没有任何关系。因此丙公司是否支付乙公司货款，和乙公司按期支付甲公司货款是没有任何关系的。

4. 张某不能代表甲公司做出承担7万元货款的承诺。《货物买卖框架合同》中约定：甲公司的销售人员在与乙公司交往过程中确定的合同，返款及其他涉及经济权益的所有民事行为必须在甲方盖章后方能生效。对于甲公司是否承担减少的7万元货款的问题，乙公司和张某只有邮件往来，并没有经过甲公司盖章的书面协议，因此不构成表见代理，张某不能代表甲公司作出承担7万元货款的承诺。

5. 可以请求降低违约金。《买卖合同司法解释》第26条规定，买卖合同因违约而解除后，守约方主张继续适用违约金条款的，人民法院应予支持；但约定的违约金过分高于造成的损失，人民法院可以参照《合同法》第114条第2款的规定处理。《合同法》第114条规定，当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。约定的违约金低于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。本案中约定的迟延履行付款的违约责任为每逾期一日，应支付逾期付款金额的1%作为违约金。远远高于实际损失，因此乙公司可以要求法院请求降低违约金金额。

9、1. 应向海淀区人民法院或西城区人民法院申请强制执行。应在2010年10月1日到2012年10月4日之间申请强制执行。

2. 黄勇强可以向上一级人民法院申请执行。

3. 人民法院应当自收到书面异议之日起15日内审查，理由成立的，裁定中止执行，但只中止执行提出异议的那辆小轿车，对其他两辆仍强制执行。

4. 和解协议有效。因为在执行中当事人可以自行达成和解协议。

5. 黄勇强有权向法院申请恢复执行原生效判决。法院接受黄勇强的申请正确。作出的执行裁定错误。因为当事人自行达成和解协议又没完全履行的，可以恢复执行，但应扣除已执行的部分。

6. 应当提出书面意见，报院长审查处理。

对于执行管辖应注意，法院的判决书和其他的法律文书，当事人都有选择的余地，当事人可视对自己有利的原则进行选择。对于申请执行的期限应注意无论申请人是法人还是自然人均均为2年，期限的当日不计算在内，特别注意的是期间最后一日是节假日的情况应顺延到节假日后的第一日。民事诉讼的一个基本原则就是当事人自愿原则，对于执行也不例外，所以当事人在执行中达成和解协议是合法合理的，对于和解协议关键在于，当事人不履行时怎么办，应注意的是只有非违反协议的一方才有申请恢复执行的权利。

10、1. B公司可以选择适用违约金或者定金条款，即可以选择请求A公司承担3000万违约金或者依定金罚则请求A公司双倍返还600万元。

2. 不能。A公司明知道X设备全世界停产，仍将X设备租赁给C公司，属于“以自己的行为表明不履行合同义务”，B公司可以在履行届满之前要求承担违约责任。

3. 可以。根据法律规定，出租人应当承担租赁物的维修费，因此，C公司可以向A公司主张50万元维修费。

4. 不可以。C公司以欺诈手段订立的租赁合同，属于可撤销合同。A公司应在知道C公司欺诈事实之日，即2012年3月起一年内行使撤销权，至2013年9月已超过一年的除斥期间，因此A公司不能以C公司存在欺诈行为为由撤销租赁合同。

5. 可以。C公司停止，支付租金属于当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行的，A公司可以解除合同。

6. 如果C公司破产，普通债权人对于C公司用于抵押的厂房享有按比例分配债权的权利，而对C公司向A公司租赁的设备没有权利。C公司以厂房向A公司设定抵押时，未办理抵押物登记。根据法律规定，A未取得抵押权，不享有优先受偿权，普通债权人可以对其主张按比例清偿的权利。

同时，因为出租人享有租赁物的所有权，承租人破产的，租赁物不属于破产财产。普通债权人对该设备没有主张清偿的权利。

本题考查违约责任的相关规定，考生要注意违约金与定金、损害赔偿等规定，法律原则上尊重当事人之间的意思自治，可以约定违约金以及定金，未约定的情况下也可以主张损害赔偿。但是，考生要把握一个规则，就是约定的违约责任如果过分高于实际损失，当事人可以要求法院调整。

历年法律职业(主观题)测试卷(二)

考试时间：【90分钟】 总分：【100分】

题号	一	总分
得分		

得分	评卷人

一、主观题（共10题，每题10分，共计100分）

1、唐某等人诉某市造漆厂侵权案

原告唐某与余某合伙承包村里的水塘养虾，在调查虾塘周围的环境时，发现某市造漆厂的工业废水排入塘内，这将严重威胁虾苗的生长和生命，为此，唐、余二人要求造漆厂采取排污措施。造漆厂以所排废水量有限，不致毒死虾苗，以及资金困难为由，拒绝了唐、余二人的要求。在唐、余二人的再三要求下，造漆厂同意根据国家环境污染防治的有关法律规定，与唐、余二人签订防治废水污染虾塘的协议。协议规定：造漆厂于201 3年年底对排水渠道作改道处理。在此之前，唐、余二人投放虾苗时，应事先通知造漆厂派员观看以作备案。其后如有虾苗死亡，应及时书面通知厂方，由双方验证是否为厂方所排废水毒死。否则，造漆厂不负任何责任。2008年5月，唐、余二人在通过电子邮件通知造漆厂后，投放虾苗30000尾。投放后，唐、余二人精心管理，日夜看护。10天后，二人发现塘内有少量的死虾出现，当即捞起部分死虾送造漆厂检验。造漆厂虽然对唐、余二人没有通知厂方即投放虾苗的行为表示不满，但厂方仍派员一同到现场查看。经双方估算，塘内漂浮和打捞上岸的死虾约5000尾。厂方把死虾送市商品检验处化验，化验结论是：虾苗死亡可能是排出的废水毒死，但不能肯定。但市环保部门对造漆厂排出废水的检验结果是：造漆厂排出的废水量没有超过国家规定的排污标准。由于唐、余二人同造漆厂之间关于如何赔偿问题不能达成一致意见，唐、余向法院起诉，要求赔偿损失。诉讼中，原告唐、余二人提供的证据材料有：(1) 2008年5月16日购买30000尾虾的发票，发票载明了单价及总金额；(2)原告与村里签订的承包合同；(3)估算死虾5000尾的书面材料，原告及被告派到现场查看人员都在上面有签名；(4)赔偿费用一览表及计算方法；(5)李某的证言，证明商品检验处的检验员蔡某与厂方在案发后有过两次私下的接触；(6)通知厂方投放虾苗的电子邮件。被告造漆厂不同意赔偿，提出了以下证据材料：(1)原、被告双方签订的防治废水污染虾塘的协议；(2)市商品检验处的化验报告；(3)市环保部门的检验报告。在诉讼过程中，原告提出申请重新鉴定虾的死亡原因，法院指定由省级有关部门作出了新的鉴定意见。

- 【问题】
1. 本案的待证事实有哪些？
 2. 原告举证是否充分？为什么？
 3. 如果被告提出的证据均真实，，能否否定原告的诉讼请求？
 4. 本案涉及了哪些法定的证据种类？
 5. 对于省级有关部门作出的鉴定意见，被告提出异议并申请人民法院通知鉴定人出庭，如果鉴定人拒不出庭，应如何处理？如果鉴定人出庭，被告为了顺利攻防向法院申请领域内的专家出庭，法院应如何处理？
 6. 如果一审法院判决被告造漆厂败诉，被告不服判决，依法提起上诉，在二审程序中，当事人可以依法提出哪些新证据？提交新证据的举证期限如何确定？
 7. 原告在诉讼中申请重新鉴定的做法是否违反法律的规定？

2、叶某挪用公款案

叶某，A市交通局副局长，国家在该市B县有一项扶贫修路的项目，叶某利用自己的职权，曾两次挪用该项目资金。 2010年3月23日，叶某挪用3万元用于购买股票，2010年9月6日，叶某又挪用5万元用于走私活动，1个月后叶某归还了2万元。案发后，叶某的妻子翟某找到叶某在法院的朋友高某请求帮助，高某称自己不是该案的经办人，但他可以找该案的主审法官苏某帮忙。翟某遂将12万元送给高某，让高某转交苏某10万元，苏某接受了翟某的10万元钱款，之后翟某又

以各种名义多次宴请苏某。苏某在审理叶某案件时尽量为其出罪，在裁判时故意轻判。

【问题】

1. 叶某挪用资金的行为构成何罪？是否要数罪并罚？为什么？
2. 叶某归还2万元钱的行为对定罪是否有影响？为什么？
3. 如果叶某在案发后携带挪用的资金潜逃，被抓获后有能力归还而拒不归还，并隐瞒挪用资金的去向，则叶某构成何罪？
4. 翟某的行为构成何罪？
5. 高某的行为是否构成犯罪？如是，构成何罪？如否，请说明理由。
6. 苏某的行为构成何罪？应如何处罚？

3、陈某的继承人涉外继承纠纷案被继承人陈某，解放前在印度尼西亚谋生并颇有积蓄。他在当地结婚成家，生有二子二女。解放后，陈某叶落归根，携妻子、小儿子 and 两个女儿回国在北京定居，长子仍留在印度尼西亚，一笔存款也仍存在印度尼西亚银行，在印尼还有5间住房。陈某回国后，在国内购买了12间房屋，“文革”期间，陈某的房产被没收。落实政策后，房屋陆续返还。此时陈某的妻子已经去世，1980年大女儿与林飞结婚，并生一儿子林润。一家三口长期与陈某住在一起，对陈某尽赡养义务。2007年大女儿由于心脏病突发而去世。1988年小女儿支边到新疆，并在当地与李扬结婚，生一女儿李丽。小儿子在上海工作，并与赵蓉结婚，生一女儿陈莉。2008年陈某去世，在国内留下的遗产有房屋12间，存款1万元人民币。在国外的遗产是早年在国外的存款，折合人民币3万元，住房5间。陈某的长子已经加入印度尼西亚国籍，获悉其父亲去世的消息后，要求继承其国内的遗产，由于工作繁忙，遂从印尼寄回一亲笔授权委托书，委托国内好友赵某代理继承事务。委托书载明全权委托。陈某的大女婿林飞要求继承其在国外的遗产。为继承上述国内外遗产发生纠纷，林飞遂向法院起诉，要求依法分割陈某在国内外的遗产。法院受理后，对陈某国内外遗产继承作出一审判决。赵某未经陈某长子的同意，当庭口头向法院提出上诉。随后，陈某长子回国，向上级法院提交上诉状。

【问题】

1. 关于陈某在印度尼西亚的遗产，陈某的国内继承人应适用哪国法律进行继承？
2. 假设双方在诉前达成仲裁协议并向仲裁机构申请仲裁，则仲裁机构如何处理？
3. 假设本案中当事人对一审判决均表示不再上诉，判决从何时生效？
4. 本案的委托代理人的程序有何不妥？涉外继承案件中，委托代理人的具体程序是什么？
5. 本案中如果陈某的长子直接在印尼法院起诉，而林飞向国内法院起诉，中国法院应如何处理？
6. 本案中如果陈某的长子不是委托国内好友赵某代理诉讼，而是委托印尼律师肖某代理国内诉讼事务，中国法院应当如何处理？
7. 陈某长子的上诉是否有效？赵某的上诉是否有效？

4、案情：

甲公司住所地位于北京市海淀区，乙公司住所地位于北京市朝阳区。两公司于2013年12月在北京市西城区签订了一份钢材购销合同，约定甲公司向乙公司购买1000吨钢材，交货地点在北京市丰台区，合同中约定了仲裁条款，即“凡是因本合同引起的或与本合同有关的任何争议应提交北京仲裁委员会或海淀区人民法院解决”。合同签订后，因钢材市场价格上涨，乙公司拒绝按原价格交货，要求变更合同价款或解除合同。甲公司与乙公司多次协商未果，甲公司欲寻求法律救济。

请结合相关法律规定，回答下列问题：

（1）甲乙公司合同中约定的仲裁条款是否有效？

（2）被告住所地朝阳区人民法院是否有管辖权？

（3）若甲公司向北京仲裁委员会申请仲裁，乙公司在仲裁庭首次开庭前未提出异议，北京仲裁委员会是否可以对本案进行仲裁？

(4) 若甲公司向海淀区人民法院起诉，乙公司在法院首次开庭时对法院管辖提出异议，法院应当如何处理？

5、张三到姐姐家玩，提出要带外甥即被害人赵某（男，9周岁）去附近水库游泳。赵某的母親即张三的姐姐告诉张三，赵某不会游泳，叮嘱张三要照看好赵某。张三带赵某到达水库，租了2个救生圈，2人一起下水游泳约1小时，而后一起上岸休息。休息片刻后，赵某提出再次下水，张三开始不允许，经赵某再三要求后表示同意。赵某带一个救生圈下水，张三则在岸上抽烟并与人闲谈，没有照看赵某。赵某下水游泳不久，因救生圈脱落而沉入水中，岸上的人发现后，喊叫起来，张三一看，急忙下水施救，但已寻找不到人，后赵某从水中浮出，被送往医院抢救无效死亡。经诊断赵某系溺水死亡。后张三被抓获。张三归案后，又主动交代，2008年6月的某一天，当他翻晒自家草垛时，曾一铁叉戳在躲在麦草堆里睡觉的一流浪汉的胸部，当他发现流浪汉呻吟呼救后，立即放下手中铁叉后退几步。他为了逃避责任，从流浪汉身上拔下铁叉便走，后流浪汉被过路人发现并送往医院，由于医护人员过失，未予以及时抢救，而失血过多身亡。在逃逸过程中，张三发现自家院墙边上有人影闪动，疑是邻居丁发现了自己的行为，于是举起铁叉就朝那边刺去。后来张三才发现原来自己刺中的是一条狗。

问题：

1. 对赵某的死亡，张三是否应当承担刑事责任？为什么？
2. 对赵某死亡的结果，张三在主观方面具有何种罪过形式？
3. 如果当天张三除了带赵某外，还带了自己的孩子张小某，赵某和张小某同时溺水，张三发现后下水救人，但由于水库太大，张三救上离岸近的张小某后，而由于赵某离岸较远，当张三再行施救时赵某已经沉入水底。请问张三对赵某的死亡结果是否应当承担刑事责任？为什么？
4. 张三一叉刺中流浪汉的胸部的行为是否构成犯罪？张三的行为与流浪汉的死亡是否有因果关系？
5. 对流浪汉死亡结果，张三主观上持何种心理态度？是否应当承担刑事责任？如是，构成何罪？如否，说明理由。
6. 对于刺中狗的行为，张三是否应当承担刑事责任？为什么？
7. 如果张三在逃逸过程中看到人影闪动，疑是曾与自己结仇的吴某，想到一不做二不休，干脆把吴某也杀了，就举起叉朝那边刺去，但是事后才发现，当天被刺死的并不是吴某，而是邻村与张三无冤无仇的何某，那么张三是否应当承担刑事责任？为什么？
8. 如果张三曾经在郊外看见类似狗的东西，想杀来吃，没有做仔细的辨认，就一刀刺下去，那时才发现刺中的是人，并且由于刺中要害，导致受害者当场死亡。张三对于自己的行为是否应当承担刑事责任？为什么？

6、海南省天南公司与海北公司于2013年6月签订了一份租赁合同，约定由天南公司进口一套化工生产设备，租给海北公司使用，海北公司按年交付租金。海南省A银行出具担保函，为海北公司担保。后来天南公司与海北公司因履行合同发生争议。

问题：

1. 如果天南公司与海北公司签订的合同中约定了以下仲裁条款：“因本合同的履行所发生的一切争议，均提交珠海仲裁。”天南公司因海北公司无力支付租金，向珠海市仲裁委员会申请仲裁，将海北公司和A银行作为被申请人，请求裁决被申请人给付拖欠的租金。天南公司的行为是否正确？为什么？
2. 如果存在上问中所说的仲裁条款，天南公司能否向人民法院起诉海北公司和A银行，请求支付拖欠的租金？为什么？
3. 如果本案通过仲裁程序处理，天南公司申请仲裁委员会对海北公司的财产采取保全措施，仲裁委员会应当如何处理？
4. 如果本案通过仲裁程序处理后，在对仲裁裁决执行的过程中，法院裁定对裁决不予执行，在此情况下，天南公司可以通过什么法律程序来解决争议？

7、(2011年)案情：陈某因没有收入来源，以虚假身份证明骗领了一张信用卡，使用该卡从商场购物10余次，金额达3万余元，从未还款。（事实一）

陈某为求职，要求制作假证的李某为其定制一份本科文凭。双方因价格发生争执，陈某恼羞成

怒，长时间勒住李某脖子，致其窒息身亡。（事实二）

陈某将李某尸体拖入树林，准备逃跑时忽然想到李某身有财物，遂拿走李某手机、现金等物，价值1万余元。（事实三）

陈某在手机中查到李某的丈夫赵某手机号，以李某被绑架为名，发短信要求赵某交20万元“安全费”。由于赵某及时报案，陈某未得逞。（事实四）

陈某逃至外地。几日后，走投无路向公安机关投案，如实交待了上述事实二与事实四。（事实五）

陈某在检察机关审查起诉阶段，将自己担任警察期间查办犯罪活动时掌握的刘某抢劫财物的犯罪线索告诉检察人员，经查证属实。（事实六）

问题：1. 对事实一应如何定罪？为什么？

2. 对事实二应如何定罪？为什么？

3. 对事实三，可能存在哪几种处理意见（包括结论与基本理由）？

4. 对事实四应如何定罪？为什么？

5. 事实五是否成立自首？为什么？

6. 事实六是否构成立功？为什么？

8、案情：

住所地位于上海市黄浦区的乙公司曾向位于北京市海淀区的甲公司购买钢材，尚欠付钢材款1000万元。2017年6月1日，乙公司与位于杭州市余杭区的丙公司达成买卖合同，将乙公司持有的一座位于北京市海淀区的商业用房所有权（市值约1500万元），作价1000万元卖与丙公司，合同中订立有仲裁条款，约定“与该买卖合同有关的一切争议（包括但不限于合同的效力、履行、解除和违约赔偿）均由北京仲裁委员会处理”。6月5日，乙丙二公司完成了房屋所有权的变更登记，6月6日丙公司向乙公司汇款1000万元后，乙公司当天将该笔款项转至丁公司账下，冲抵其欠丁公司的工程款。至此，乙公司名下没有任何有价值的财产。

甲公司知悉该笔交易详情后，很快查明乙公司的法定代表人与丙公司的法定代表人系舅甥关系。遂于8月1日向北京市海淀区法院起诉乙公司与丙公司，以乙公司和丙公司恶意串通订立合同，损害自己利益为由，请求确认乙公司与丙公司的买卖合同无效。并要求变更登记，将房屋所有权复归至乙公司名下。

问题：

1. 假如甲公司在起诉前，先向北京仲裁委员会申请仲裁，请求确认乙公司与丙公司的合同无效。北京仲裁委员会是否应当受理该案？

2. 海淀法院对本案是否具有管辖权？

3. 甲公司请求将涉案房屋复归至乙公司名下，是否违反了处分原则？

4. 假如诉讼中三公司私下达成和解协议，约定由丙公司直接向甲公司支付1000万元货款。现三公司申请法院根据和解协议制作调解书，法院应当如何处理，为什么？

5. 假如法院作出生效判决，驳回甲公司的全部诉讼请求后，甲公司是否还可以乙公司以明显不合理的低价转让财产，对其造成损害，且丙公司知情为由，请求撤销乙丙公司的购房合同？

9、董某赌博、招摇撞骗案

董某（49岁），系无业人员，整日游手好闲，四处滋事。

【问题】、

1. 董某在方某的地下赌场帮忙，两人多次合谋设置圈套诱骗他人参赌获取钱财。某日，参赌者赵某识破了骗局要求退还所输钱财，董某和方某百般抵赖，不肯退还，并将赵某打成重伤。董某的行为构成何罪？应如何处罚？
2. 董某在“好哥们”郑某的怂恿下身穿警服，冒充民警去发廊“扫黄”，让发廊老板给自己2万元好处费，否则就把小姐抓去警局，老板诚惶诚恐，立即照办。其间董某发现一小姐脖子上带着金项链，伸手要拿，小姐不肯，董某便拿出玩具手枪相威胁，小姐只好将金项链奉上。董某的行为构成何罪？该如何处罚？
3. 董某经常与妻子吵架，某次争吵时居然用菜刀将妻子砍倒在地，鲜血横流，董某见状心生悔意，连忙叫车将妻子送往医院，此时恰逢下班高峰期，车在路上堵了一个小时，送到医院后，其妻经抢救无效死亡，医生说，若早送来半小时，其妻就无生命危险。董某的行为是否成立犯罪中止？董某的行为与妻子死亡之间的因果关系是否因堵车的介入而中断？
4. 董某经人介绍认识刘某，并了解其在北京组织妇女卖淫，刘某让董某给自己帮忙，董某表示同意，先后帮刘某运送20多个小姐上京卖淫，董某的行为如何定性？
5. 某日，董某在运送小姐的途中，与一司机发生摩擦，该司机对董某言语挑衅，董某气愤不过，两人便在限速70公里的道路上加速至100多公里飙车，最后两车同时撞上停在路边的一辆奔驰车，董某的行为是否构成犯罪？如果构成，构成何罪？
6. 杨某被骗至北京卖淫，不肯就范，董某便对其动手动脚，意图强奸，杨某奋力挣扎，抄起身旁的花瓶将董某砸死，杨某的行为是否构成犯罪？为什么？

10、A商场合同纠纷案

A商场欲利用“十一”假期以表演和送礼的方式进行促销。2011年8月25日，A商场与B演艺公司签订一份合同，约定2011年10月1日上午9点，由B演艺公司的艺人王飞飞到A商场前的露台演唱3首歌，或者唱2首歌跳一支舞。2011年8月26日，A商场与C水果批发市场签订一份买卖合同，A商场向C水果批发市场购买优质苹果1万个，用来赠送给10月1日到A商场购物的前1万名顾客。C水果批发市场最迟在2011年9月28日交货。苹果3元1个，一共3万元，货到后3日内由A商场一次付清。

甲是种植苹果的农户，是C水果批发市场的固定货源之一。2011年8月27日，C水果批发市场告知甲，其与A商场签订了买卖合同，要求甲今年继续向自己供货。二者约定，甲于2011年9月24日交付2000个苹果，苹果2元1个。合同生效之时，C水果批发市场即交付1000元定金。若一方违约，则支付违约金3000元。为了与甲订立合同，C水果市场共花费订约成本500元。9月13日，甲通知C水果批发市场，他已将承包的土地转让给了同村的陈某，将不履行合同。C水果批发市场于是马上联系其他种植户，为此花费各种费用1000元。由于时间紧迫，最后C水果批发市场不得不以2.5元1个的价格购得苹果2000个。

2011年9月20日，B演艺公司致电A商场，告知王飞飞由于档期问题无法出席10月1日的表演。A商场当即要求B演艺公司承担违约责任。B演艺公司见A商场态度强硬，便于2011年10月1日上午安排公司的另外一位艺人徐小蕾前去活动现场表演。A商场的负责人王某为了使活动顺利进行，且考虑到徐小蕾的人气与王飞飞差不多，于是让她上台表演。活动结束后，B演艺公司向A商场索要演出费，A商场以B演艺公司未按合同约定履行义务为由拒绝支付。B演艺公司遂提起诉讼。在诉讼中，A商场反诉，要求B演艺公司承担未按合同约定履行义务的违约责任，赔偿损失。B演艺公司辩称已经采取了补救措施，且A商场未受实际损失，不应再承担责任。

张太太于促销期间在A商场购买了一台高压锅。在使用时，高压锅发生爆炸，将当时在厨房的张太太和张先生烫伤，张太太的脸大面积受伤，即使接受整容手术仍会留有疤痕。2011年1月30日，张太太和张先生将A商场告上法庭，要求其承担违约责任，赔偿他们医药费、张太太毁容的精神损害赔偿共800万元。

【问题】

1. A商场与B演艺公司之间的债的关系的类型是什么？
2. 当甲表示将不履行合同义务时，C水果批发市场对甲可以采取哪些法律措施？
3. C水果批发市场欲向甲求偿，如何求偿对其最有利？
4. B演艺公司告知A商场王飞飞无法出席时，A商场可否要求B演艺公司承担继续履行的违约责任？为什么？
5. B演艺公司在反诉中的辩论意见是否成立？为什么？
6. 张太太和张先生的诉讼请求中有哪些错误？

参考答案

一、主观题

1. 本案是涉及环境污染的侵权行为诉讼，因此本案的待证事实有：侵权事实的发生情况、当事人的主体资格以及相互负有的权利义务情况、相关证据的真实情况等与查明案情有关的事实。
2. 原告的举证充分。本案中原告仅需证明侵害行为的存在和侵害结果的发生即可，即原告仅需证明造漆厂有排污的行为和自己的虾非正常死亡即可，前者排污水的行为属于根据已知事实和日常生活经验可以推定出来的事实，无须证明，而后者由原告提供的书面证据即可证明。
3. 即使被告提供的证据全部真实，也不能否定原告的诉讼请求。
4. 本案涉及的证据种类有：证人证言、书证、鉴定意见、电子数据。
5. 如果鉴定人不出庭，鉴定意见不得作为认定事实的根据；支付鉴定费用的当事人即原告可以要求返还鉴定费用。如果被告申请专家出庭，法院应当同意被告的申请。
6. 当事人在二审中可以提出的新证据有：一审庭审结束后新发现的证据；当事人在一审举证期限届满前申请人民法院调查取证未获准许，二审法院经审查认为应当准许并依当事人申请调取的证据。当事人在二审程序中提供新的证据的，应当在二审开庭前或者开庭审理时提出。
7. 原告的做法不违反有关法律规定。

相对于旧法，新修订的《民事诉讼法》对证据制度进行了较大程度的修改，具体主要体现在以下几个方面：首先，在原法规定的七种法定证据种类的基础上增加了电子数据的证据种类。电子数据是电子商务中对电子信息资源的统称，指独立于口头、书面等传统意思表示方式之外的一种电子通讯及其记录。其次，新修订的《民事诉讼法》对鉴定人出庭制度进行了完善。人民法院通知鉴定人出庭后，其拒不出庭的，将产生两个后果：一为鉴定意见失去证明力；二为鉴定费用应予以返还。再次，规定了证人因作证产生的费用负担问题。具体为先由申请证人作证一方当事人垫付，案件终结之时，与其他诉讼费用一并由败诉方承担。最后，新修订的《民事诉讼法》突破性地增加了专家证人这种作证方式。对于《民事诉讼法》修订涉及的内容，考生一定要多加关注。

1. 叶某的行为只构成挪用公款罪一罪，不需要数罪并罚。叶某作为国家工作人员，利用职务上的便利，挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用，不构成挪用特定款物罪而构成挪用公款罪，挪用特定款物罪的“挪用”是限于挪作其他公用，不包括归个人使用的情形。叶某两次挪用行为都构成挪用公款罪，属于同种数罪，犯罪金额累计计算，不需要数罪并罚。
 2. 叶某的归还行为对定罪没有影响。叶某挪用公款，一次用于营利活动，一次用于非法活动，都不受挪用时间的限制，只需要有挪用行为即可构成犯罪，因此叶某归还2万元钱的行为是犯罪后的归还行为，只可能在量刑时考虑，对定罪没有影响。
 3. 叶某的行为构成贪污罪。
 4. 翟某的行为构成行贿罪。
 5. 高某的行为构成犯罪，构成受贿罪。
 6. 苏某的行为构成徇私枉法罪，同时又构成受贿罪，应当依照处罚较重的规定定罪处罚。
- 挪用公款罪的3种情形对时间、数额有不同要求。挪用7种特定款物的，不同情形以不同罪定罪处罚。注意区分挪用公款罪与贪污罪，两者也可能存在转化。构成徇私枉法罪，同时又构成受贿罪的，不实行数罪并罚，而是依照处罚较重的规定定罪处罚。

1. 国内继承人继承陈某在印度尼西亚的存款，应适用陈某死亡时最后住所地即中国的法律，继承在印尼的房屋应适用该房屋所在地即印度尼西亚的法律。
2. 仲裁机构应当不予受理。因为继承案件不属于仲裁的范围。
3. 自一审判决书送达当事人后30日生效，不因当事人表示不上诉而立即生效。
4. 陈某长子委托国内好友赵某代理诉讼，其委托程序不合法，不能仅仅寄一授权委托书，应当经印尼公证机关证明，并经我国驻该国使领馆认证，或者履行我国和印尼订立的有关条约中规定的证明手续。
5. 中国法院可以受理林飞的起诉并作出判决。
6. 法院可以允许，但肖某只能以非律师身份担任诉讼代理人。
7. 陈某长子的上诉有效；赵某的上诉无效。

当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织，或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在国外，或者诉讼标的物在外国的民事案件，为涉外民事案件。在涉外民事诉讼中，为了便于当事人进行诉讼和行使诉讼权利，涉外民事诉讼在管辖、期间送达、财产保全等制度上有一些特殊规定。涉外民事诉讼中

的外籍当事人，可以委托本国人为诉讼代理人，也可以委托本国律师以非律师身份担任诉讼代理人；外国驻华使、领馆官员，受本国公民的委托，可以以个人名义担任诉讼代理人，但在诉讼中不享有外交特权和豁免权。

4、（1）仲裁条款无效。本题考查仲裁协议的无效。根据《仲裁法解释》第7条的规定，当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的，仲裁协议无效。

（2）朝阳区人民法院没有管辖权。本题考查协议管辖。《民事诉讼法》第34条规定：合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。因而甲公司和乙公司之间可以约定由合同履行地法院管辖。本题中甲公司和乙公司虽然既约定了仲裁又约定了诉讼，但仲裁协议无效，且仅约定了“海淀区人民法院”这一个法院，该约定属于具体明确，因而双方达成的管辖协议有效，海淀区人民法院有管辖权，朝阳区人民法院没有管辖权。

（3）北京仲裁委员会可以对本案进行仲裁。本题考查仲裁协议的法律效力。《仲裁法解释》第7条规定：当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的，仲裁协议无效。但一方向仲裁机构申请仲裁，另一方未在《仲裁法》第20条第2款规定期间内提出异议的除外。《仲裁法》第20条第2款：当事人对仲裁协议的效力有异议，应当在仲裁庭首次开庭前提出。因此，如果甲公司向北京仲裁委员会申请仲裁，乙公司在仲裁庭首次开庭前未提出异议，则北京仲裁委员会可对该案进行仲裁。

（4）法院应当驳回管辖权异议，继续审理。本题考查法院对管辖权异议的处理、仲裁协议的无效。《仲裁法》第26条规定：当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉未声明有仲裁协议，人民法院受理后，另一方在首次开庭前提交仲裁协议的，人民法院应当驳回起诉，但仲裁协议无效的除外；另一方在首次开庭前未对人民法院受理该案提出异议的，视为放弃仲裁协议，人民法院应当继续审理。该题中，已如上述，仲裁条款无效且双方约定的管辖法院为海淀区人民法院，因而即便乙公司在法院首次开庭审理时提交了仲裁协议，法院也应当驳回管辖权异议，继续审理。

5、【参考答案】

1. 对赵某的死亡，张三应当承担刑事责任，应当论其“过失致人死亡罪”。因为先行行为导致张三有照顾被害人的义务，而张三没有履行。
2. 对赵某死亡的结果，张三主观上持疏忽大意过失的心理态度。
3. 不承担刑事责任。因为对于张三而言，由于其带孩子们去水库的先行行为，他具有保证他们生命安全的义务，此时救赵某与救张小某构成了义务冲突，张三合理地选择了救离岸近的张小某，对于赵某死亡的结果就不需要再承担刑事责任。
4. 张三无意刺中流浪汉胸部的行为，不构成犯罪，属于意外事件。张三的行为与流浪汉的死亡有因果关系，符合“条件说”，且没有介入因素导致因果关系中断。
5. 对流浪汉的死亡，张三主观上表现为间接故意，对该结果张三应当承担刑事责任，其行为已构成故意杀人罪。
6. 张三应当承担刑事责任，构成故意杀人罪（未遂）。张三刺中狗的时候具有杀人的故意，虽然没有产生预期的结果，但是这属于事实认识错误中的非同类对象的认识错误，是对象不能的未遂。
7. 张三应当承担刑事责任，由于该行为中张三具有杀人的故意，虽然属于认识对象的错误，但是由于是同类对象的错误，事实上仍导致了他人死亡的结果，因此张三构成故意杀人罪（既遂）。
8. 张三应当承担刑事责任。由于在该行为中张三并没有杀人的主观故意，属于非同类对象的认识错误，因此不构成故意杀人罪。但是由于其行为事实上导致了他人的死亡，且在作出行为的当时没有经过仔细的辨认，属于疏忽大意的过失，不同于意外事件，构成过失致人死亡罪。

6、【参考答案】

1. 天南公司的行为正确。因为：一是双方约定的仲裁条款有效，依法可以向仲裁机构申请仲裁。二是A银行为连带责任保证人，不享有先诉抗辩权。根据《担保法》第19条的规定，当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担责任。本案中A银行提供的担保方式并没有约定应负连带责任，债权人天南公司当然可直接将A银行列为被申请人。
2. 天南公司可以向法院起诉。因为《仲裁法》虽规定了“或裁或审”原则，但只是规定法院应不予受理，并没有剥夺当事人的起诉权。根据《仲裁法》第26条，当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉未声明有仲裁协议，人民法院受理后，另一方在首次开庭前提交仲裁协议的，人民法院应当驳回起诉，但仲裁协议无效的除外；另一方在首次开庭前未对人民法院受理该案提出异议的，视为放弃仲裁协议，人民法院应当继续审理。在有仲裁协议的情况

下，法院也有可能取得管辖权。

3. 仲裁委员会应当将当事人的申请提交财产所在地或被申请人住所地人民法院，由后者采取财产保全措施。申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。又依据最高人民法院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第11条的规定，在国内仲裁过程中，当事人申请保全，经仲裁机构提交人民法院的，由被申请人住所地或被申请保全的财产所在地的基层人民法院裁定并执行；申请证据保全的，由证据所在地的基层人民法院裁定并执行。

4. 天南公司可以根据达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

7、本题相对比较简单，可以说是一道送分题。所给的材料已经将犯罪人的犯罪行为逐一分解，而且，各犯罪事实之间的关联性不大。考生根据刑法规定逐一确定罪名并给予论证即可，考生只要掌握了相关知识点的内容就可以很容易地写出答案。

对于事实一，难点在于认定犯罪人陈某的行为是构成妨害信用卡管理罪，还是构成信用卡诈骗罪，这里是考核考生是否熟知二罪的区别，以及法律的特殊规定。陈某使用虚假身份证明骗领信用卡的行为，属于《刑法》第一百七十七条规定的“使用虚假身份证明骗领信用卡的”行为，可以构成妨害信用卡管理罪；但陈某又“使用骗领的信用卡在商场消费10余次，金额达3万元，且从未归还”，该行为属于“使用以虚假的身份证明骗领的信用卡进行信用卡诈骗活动，数额较大”，应认定为信用卡诈骗罪。两次的行为具有牵连关系，“骗领”是为了“消费”，应依照牵连犯从一从重处断，对陈某只以信用卡诈骗罪定罪处罚。

对于事实二，须根据“主客观相一致”原则进行认定。根据常识可知，“长时间勒住脖子”必然会造成受害人因窒息而死亡。本案中，陈某“长时间勒住李某脖子”，可知其主观上具有杀人的故意，客观上也造成了被害人的死亡，因此，应以故意杀人罪定罪处罚。

对于事实三，关于杀人后取财的行为，理论界存在争论，有学者认为，此时的财产属于无主物，行为人将该物取走应构成侵占罪。也有学者认为，此时被害人虽已死亡，但根据社会认知习惯，此时的财物仍是有主物，故对行为人的取财行为应按盗窃罪处罚，司法解释和辅导教材也认同这种观点。因理论界对此争议较大，故考试时不会要求考生对此进行深入的理论分析，只需了解有几种观点以及各观点的论证依据即可。在考试中若涉及具体案件的认定，考生应当以教材与司法解释的说法为准（参见《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》）。

对于事实四，出题人在这里设置了一个“陷阱”，根据案情描述，很多考生可能会认定行为人构成绑架罪，但绑架罪要求行为人“实际控制人质”，并且要求是“活人”，但在本题中，被害人已经被害，故不能构成绑架罪。陈某勒索财物的行为属于“虚构事实”进而骗取对方交付财物的行为，符合诈骗罪的犯罪构成。同时，陈某以“被害人的安危”作为要挟，向其亲属勒索财物，也构成敲诈勒索罪。因此，陈某的行为构成了敲诈勒索与诈骗罪的竞合，依法从一重罪定罪处罚。

对于事实五，《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》第一条第二款第二项规定，犯有数罪的犯罪嫌疑人仅如实供述所犯数罪中部分犯罪的，只对如实供述部分犯罪的行为，认定为自首。据此可知，陈某对如实供述的部分，可认定为自首。

对于事实六，立功，是指犯罪分子揭发他人的犯罪行为，查证属实的，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件的行为，或者协助司法机关抓获其他嫌疑人。因涉及到对犯罪人的处罚，故法律“重要线索”的来源、价值等均有详细规定。考生不能看到“提供线索”就认为犯罪人一定成立立功，要结合法律规定加以判断。《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》第四条第二款规定，犯罪分子将本人以往查办犯罪职务活动中掌握的，或者从负有查办犯罪、监管职责的国家工作人员处获取的他人犯罪线索予以检举揭发的，不能认定为有立功表现。据此可知，陈某提供的重要线索是其“担任警察期间查办犯罪活动时掌握的”，故不能成立立功。

【提示】自首是司法考试必考的知识点，2010年底，最高人民法院颁布了《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》，该解释对以前的司法解释中的某些内容作了更为细化的规定，考生对此要予以特别关注。切记：每年新颁布的法律一般都会出现在当年的考题中，考生一定要对这些新法规予以重视。

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。

8、1. 北京仲裁委员会不能受理本案。根据《仲裁法》第4条的规定，当事人采用仲裁方式解决纠纷，应当双方自愿，达成仲裁协议。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理。本案中，甲公司并非仲裁协议的缔约人，因此无权向北京仲裁委员会申请仲裁，申请后仲裁委员会也应不予受理该案。

2. 海淀区人民法院有管辖权。因为本案应当由法院管辖，而本案并非不动产物权纠纷，不构成专属管辖，故应当由被告住所地或合同履行地法院管辖。海淀区是合同交付的不动产所在地，海淀区人民法院依法属于合同履行地法院，可以对本案享有管辖权。

3. 答案一：违背了处分原则。涉案房屋系乙公司的财产，后出让给丙公司。即便合同无效，导致产权变更登记行为无效，该房屋也依然属于乙公司的财产。根据处分原则，只有乙公司有权要求丙公司返还、变更登记。甲公司要求返还房屋的诉讼请求，其实是代乙公司做出，超越了其自己处分权的范围，违背了当事人意思自治的基本原理，也违背了民事诉讼中处分原则的要求。

答案二：没有违背处分原则。甲公司请求将涉案房屋复归到乙公司名下，是为了确保乙公司的责任财产不受侵害，从而确保自己债权能够实现。这实质上是债的保全的一种方式，符合《合同法》第73条规定的代位权的条件，因此，这一请求其实是甲公司针对乙公司怠于保护自己责任财产的一种救济手段。虽然《合同法解释（一）》将普通的代位权诉讼的债权类型限定为金钱债权，但并无法律上的明确依据，也不符合债的保全的一般原理，因此，像本案这种直接返还原物请求权之债的保全，依然应当可以适用代位权诉讼。由于甲公司是以提起诉讼的方式行使自己合法的实体法权利。自然不构成对处分原则的违反。

4. 根据司法解释的规定，调解协议的内容可以超出诉讼请求的范围，当事人自行达成和解协议的，可以与调解协议产生同样的效果，当事人可以申请法院根据协议内容制作调解书。本案中，三方自愿达成和解协议，内容并不违反法律的强制性规定，因此，法院应当认可该协议，制作调解书，经送达各方当事人后发生终结诉讼的法律效力。

5. 答案一：根据《民诉解释》第247条，前后两诉的诉讼标的不同就构成不同的诉。本案前诉是基于《合同法》第52条提起的确认合同无效之诉，后诉是基于《合同法》第74条提起的撤销权诉讼，二者的法律依据不同，因此诉讼标的也不同，不构成一事不再理，法院应当受理。

答案二：根据《民诉解释》第247条，如果前后诉当事人、诉讼标的和诉讼请求具有实质的同一，则构成重复起诉。本案前后诉当事人完全相同，诉讼请求本质上都是要否定合同效力，尤其是在前诉判决驳回请求后，后诉以撤销的方式依然是要否认前诉判决已经认可的合同效力，而诉讼标的也都指向乙公司和丙公司基于关联关系以低于市

场价70%的价格低价转让财产的行为。因此在构成要件和法律效果上前后诉也完全相同。前后二诉满足《民诉解释》第247条重复起诉的全部条件，法院不应再受理。

9、1. 董某的行为构成赌博罪和故意伤害罪，应该数罪并罚。

2. 董某的行为构成招摇撞骗罪和抢劫罪，应该数罪并罚。其冒充人民警察招摇撞骗，应该从重处罚。

3. 董某的行为不成立犯罪中止，其先行行为与其妻死亡之间的因果关系不因堵车而中断。

4. 董某构成协助组织卖淫罪。

5. 董某的行为构成危险驾驶罪。

6. 杨某的行为是特殊防卫，不构成犯罪。

要掌握《刑法修正案（八）》新增的危险驾驶罪。此外，协助组织卖淫行为是《刑法》第358条规定的单独的实行行为，单独成罪，而非组织卖淫罪的共犯。

10、1. A商场与B演艺公司之间的债的关系属于选择之债。

2. C水果批发市场有三种处理方式：一是解除合同；二是在履行期届满之前要求甲承担违约责任；三是等到履行期届满之后，要求甲承担违约责任。

3. C水果公司要求甲支付违约金对其最有利。甲选择定金、损害赔偿金、违约金分别可得1 800元、2500元、3000元，因此应选择违约金。

4. 不可以。因为该合同债的标的的适于强制履行。

5. 成立。因为B演艺公司安排徐小蕾前去表演的行为是采取补救措施的表现，A商场因此没有遭受任何损失，B演艺公司不再承担赔偿责任的责任。

6. 第一，张先生不是合同的当事人，无权要求A商场承担违约责任，只能要求承担侵权责任。第二，张太太选择要求A商城承担违约责任，则无权请求精神损害赔偿。

考生要注意区分定金、损害赔偿金、违约金三者之间的关系。首先，定金在性质上属约定定金，具有预付违约金的性质，因此它与违约金在目的、性质、功能等方面相同，两者是不可并罚的。当合同既约定定金，又约定违约金的，可以且也只能由非违约方选择一种对其最有利的责任形式。应当注意：这条规定是针对同一违约行为同时存在违约金和定金责任的情形。如果合同中约定的违约金和定金是针对不同的违约行为，且两者在数额上的总和也不太高，在一方同时实施不同的违约行为形态时，两种责任形式是可以并用的。其次，损害赔偿金的功能在于弥补违约所造成的损失。有违约金条款，而违约方没有造成对方损失，可以单独适用违约金，此时的违约金承担惩罚性功能。当有违约金条款且违约方造成了对方损失时，违约金和赔偿金可以并用，此时的赔偿金适用于弥补违约金数额之不足。在二者并用的情况下，应该以实际损失作为责任的最高限额，即受害人一般不得获得超过实际损失的赔偿。

历年法律职业(主观题)测试卷(三)

考试时间：【90分钟】

总 分：【100分】

题号	一	总分
得分		

得分	评卷人

一、主观题 （共10题，每题10分，共计100分）

1、肖子勇诉A县公安局治安处罚案

肖子勇和肖子胜是A县某村村民，两人的耕地相邻。2010年，肖子胜在与肖子勇相邻的土地上栽了一排杨树。肖子勇认为肖子胜将树苗栽种在其耕地内，故向肖子胜主张土地使用权利，但肖子胜不予认可。 2010年5月7日，肖子勇将肖子胜栽种的杨树全部拔掉。当日，肖子胜向当地派出所报案。在调解不成的情况下，5月27日，A县公安局根据《治安管理处罚法》规定，对肖子勇裁决行政拘留5日。

肖子勇不服，申请复议，复议机关作出维持的复议决定，肖子勇仍不服，向法院提起了行政诉讼。肖子胜作为第三人参加了诉讼。法院经审理认为，原告肖子勇的行为是故意损坏他人财物的违法行为，但情节较轻，社会危害性较小。故被告对原告处以行政拘留5日的处罚与其社会危害程度相比，处罚畸重，属于行政处罚显失公正。依照《行政诉讼法》第54条第4项之规定，判决：变更被告A县公安局对原告肖子勇作出公安行政处罚决定书，改拘留5日为罚款50元。

- 【问题】
- 肖子胜可否参加行政复议？他享有什么权利？
 - 肖子勇的行政拘留处罚，在申请复议期间可否暂停执行？
 - 若原告撤回复议后又向法院起诉的，法院是否可以受理？
 - 若当地派出所对争议的双方当事人进行了调解，并达成了调解协议，一方当事人事后反悔，其是否可以对该调解协议提起行政诉讼？
 - 若原告撤回起诉后以同一事实或理由再次起诉的，法院是否受理？
 - 法院直接变更行政处罚是否合法？

2、（2009年）材料：潘晓大学毕业不久，向甲商业银行申领了一张信用卡，透支额度为 20,000元。潘晓每月收入4.000元，缴纳房租等必需开销3,000多元。潘晓消费观念前卫， 每月刷卡透支3,000多元，累计拖欠甲商业银行借款近60,000元。不久，潘晓又向乙商业 银行申领了一张信用卡，该卡的透支额度达30.000元。

据报道，甲商业银行近几年累计发行信用卡近600万张，每张信用卡的透支额度从5.000元至10万元不等。该银行2009年8月统计发现，信用卡持卡人累计透支接近300亿元， 拖欠期限从一个月到四、五年不等。不少人至少持有两张甚至多张信用卡，因延期还款产生 的利息和罚息达到数千元甚至上万元。由于上述现象大量存在，使得一些商业银行的坏账比 例居高不下。对此，银行界拟对透支额度大、拖欠时间长的持卡人建立个人信用档案，列入 “黑名单”，相关信息各银行共享；拟采取加大罚息比例、限制发放个人贷款、限制发放信用 卡、停止信用卡功能等措施制裁信誉不良持卡人；拟建议在设立企业、购买不动产等方面对 持卡人进行限制。

另据反映，为数不少的信用卡持卡人则认为，银行信用卡发放泛滥，安全防范功能不 强，申领条件设定偏低，合同用语生涩，还款程序设计复杂且不透明，利息负担不尽合理， 呼吁国家出台政策进行干预。

问题：根据上述材料，请从合法性与合理性的角度就银行权益保护与限制、持卡人权利 与法律责任、银行和持卡人的利益平衡与社会发展、资本市场风险的法律防范对策，或者其 他任一方面阐述你的观点。

答题要求:

1. 应结合相关法律规定,运用部门法知识及法理学知识进行论述;

2. 观点明确,逻辑合理,说理充分,表述清晰;

3. 字数不少于500字。

3、5月2日零时许,朋友关系的甲、乙、丙、丁相约在某一网吧内上网玩耍。由于所带钱款花完,甲提议去“弄点钱花”,于是四人走上附近大街。这时,恰巧有一年轻女性经过,四人上去将其围住,采用暴力手段将其手包抢走,其中有现金500元、手机一部一案发后,公安局于2006年5月7日分别逮捕了甲、乙、丙、丁,将四人共同关押在看守所某房间。在检察院提起公诉后,2006年6月5日,法院组成未成年人刑事案件合议庭对案件进行审理,甲、乙都聘请了辩护人,丙、丁没有聘请,法院也没有为他们指定辩护人,2006年7月2日,法院一审分别判处甲有期徒刑7年,并处罚金5000元,乙有期徒刑5年,丙、丁均为有期徒刑3年,后丙父对判决不服,提出上诉。二审法院认为丙父无权提起上诉,予以驳回。判决生效后,四人均被羁押至某监狱执行。后查明四人年龄如下:甲,生于1985年8月3日;乙,生于1986年5月1日;丙,生于1989年12月5日;丁,生于1990年5月10日。

问题:试分析案例中公安司法机关存在的_{不当之处},并说明理由。

4、百货公司诉五星公司清偿拖欠货款案

2010年10月长春县百货公司和定府县五星公司在康安县订立供销合同,合同约定百货公司向五星公司提供一批电器。双方在合同中明确约定价款、履行期限、交货地点等事项,此外双方经理还口头约定纠纷的解决方式为仲裁,并约定了仲裁机构。后百货公司依约向五星公司提供了电器。五星公司由于资金周转问题一直拖欠百货公司50万元的货款。百货公司与五星公司多次交涉还款事宜未果,却得知五星公司经营不善亏损严重,又得知鸿渐商场拖欠五星公司已到期货款共计20万元。于是百货公司诉至法院要求五星公司还款,并特别说明如果五星公司无力还款,可将出租给鸿渐商场的两层小楼收回,交给百货公司以抵消红星公司拖欠的50万元欠款。五星公司应诉,未在答辩期间提出管辖权异议。原被告双方在诉讼中达成协议,约定被告方在半年内分两次还清欠款50万元。法院根据双方达成的和解协议制作了调解书,调解书送达后半年内,五星公司只还了30万元,尚欠20万元,百货公司申请人民法院强制执行和解协议,执行人员在执行的过程中经过调查发现五星公司的账户资金所剩无几,根本无法清偿债务,但是发现了五星公司在本地另有房产一处,于是将该房产查封,要进行拍卖。在法院对房产进行查封时,第三人旗贸公司认为其对该房产拥有所有权,该房产不属于债务人的财产,不应当被查封,同时提出了异议。而五星公司则向人民法院提出将鸿渐商场拖欠的20万元债权转给百货公司。

【问题】

1. 假如在法院审理过程中,五星公司提出本案不应由法院管辖,因为双方当时曾约定仲裁,理由应由仲裁机构仲裁。法院应如何处理?
2. 假如百货公司向双方口头约定的仲裁机构申请仲裁,仲裁机构作出裁决后,该仲裁裁决的效力如何?
3. 如果你是本案的执行人员,你对旗贸公司的异议应当如何处理?
4. 本案诉讼过程中,法院可否通知鸿渐商场作为无独立请求权的第三人参加诉讼?
5. 法院能否根据五星公司的申请通知鸿渐商场将20万元债务向百货公司履行?如果鸿渐商场对执行法院发出的履行债务的通知有异议,执行法院应当怎么办?
6. 如果鸿渐商场收到执行法院要求其履行到期债务的通知后擅自向五星公司还款20万元,造成20万元被五星公司使用而无法追回,鸿渐商场要承担什么法律责任?

5、甲乙丙合伙纠纷案

甲、乙和丙三人约定合伙经营一家酒吧,但并未起字号。合伙协议约定由甲出资20万元,乙以其调酒技术出资,丙出资30万元,三人共同经营:共担亏损。由于三人经营有方,酒吧的生意

非常红火。甲乙丙三人欲扩张酒吧的面积，恰好酒吧隔壁的丁欲转让其房产。经过协商，双方签订了房屋买卖合同，约定丁以50万元的价格将其房屋转让给甲乙丙三人，甲乙丙须支付15万元的定金，在付清房款之后办理过户手续。丁在收到定金之后将房屋转移给甲乙丙三人占有。后来，丁又与戊签订了房屋买卖合同，戊一次性支付房款70万元，并办理了过户手续。乙酷爱极限运动，在一次活动中发生意外，不幸身亡。乙的20周岁的儿子想要继承乙在酒吧中合伙人的资格，甲同意，而丙认为乙的儿子尚且年轻，根本不懂得酒吧的经营管理，因此不同意其取得合伙人的资格。

【问题】

1. 在本案中，房屋的所有权应归属于谁，为什么？
2. 若是甲乙丙三人请求丁返还给自己30万元能否得到法院的支持，为什么？
3. 若是在办理过户手续后甲乙丙三人占有房屋期间，房子窗台上的花瓶被风吹落砸伤路人，责任应该由谁承担，为什么？
4. 乙的儿子能否成为酒吧的合伙人，为什么？
5. 若是酒吧的吊灯掉下砸伤顾客，该顾客应该以谁为被告提起诉讼，为什么？
6. 若是该顾客过了诉讼时效才起诉，在诉讼过程中甲同意赔偿，该同意对乙丙是否有效，为什么？

6、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？

7、案情：

在一起伤害案中，一审法院查明下面的情况：林乙将面包厂的柴油机排烟筒对着李某家而引起纠纷。李某要求移开烟筒，林乙未予理睬，李某遂自己将烟筒拔去。为此林乙和李某发生争吵，林乙的哥哥林甲到场后，从李某手中夺下小板凳猛击李某的头部，林乙用木棍击打李某的右额。李某因颅脑损伤死亡。于是一审法院以故意伤害罪判处林甲死刑，缓期两年执行，判处林乙无期徒刑。林甲不服，以没有用板凳打击李某头部，李某是林乙用木棍打击头部致死为由提起上诉。高级人民法院审理后认为原判认定事实正确，但定性不当，故改判林甲、林乙故意杀人罪，维持原判。判决生效后，林甲后来又发现有新的证据表明案件认定的事实不清，因而不断进行申诉。省高级人民法院依法受理该申诉材料后，认为符合《刑事诉讼法》的有关规定，遂由该院院长决定由作出生效判决的合议庭按再审程序审理。经审理认为致命伤不是用板凳打击所致，原判认定林甲故意杀人事实不清，证据不足，撤销对林甲的定罪量刑，宣告其无罪。由于林乙并没有申诉，因此对林乙并没有审查。

问题：

1. 高级人民法院作出的二审裁决程序是否合法？

2. 本案林甲申诉的理由是否合法?
3. 谁可以提起申诉?林甲应当向谁提起申诉?
4. 省高级人民法院决定再审后, 再审期间是否要停止原判决的执行?
5. 本案的再审程序是否正确?如果有错误, 请改正。

8、李某、陈某、田某等有限责任公司经营案

华宁公司是由李某、陈某、田某出资设立的有限责任公司。其中, 股东李某以A大厦第13层办公房产出资, 但李某既未办理该办公房产权转移手续, 亦未交付于华宁公司使用。

2013年5月10日, 苏某与华宁公司约定, 华宁公司所欠苏某借款本金2500万元, 利息600万元, 应于同年8月31日返还。2013年9月5日, 苏某请求法院判令李某在其出资(200万元)范围内对华宁公司的债务承担连带清偿责任。

2013年8月14日, 陈某与安某签订股权转让合同, 约定将陈某的全部股权转让给安某。对此, 李某与田某并不知情。

2013年10月12日, 华宁公司召开了董事会会议。会议通过以下决议: (1)用公司的120万资本公积金弥补公司的亏损; (2)出资50万, 与甲、乙、丙三人一同设立普通合伙企业B; (3)为股东田某向银行所借100万提供担保。

2014年4月20日, 华宁公司将公司位于C城的房屋以市场价43%的价格出售于迅达公司; 同年5月8日, 华宁公司书面通知了债务人董某: 华宁公司免除董某债务60万元(本于2014年11月1日到期)。2014年10月10日, 华宁公司因经营陷入困境, 资不抵债向法院申请破产。

【问题】

1. 法院是否应当支持苏某的请求? 为什么?
2. 陈某与安某间股权转让合同的效力如何? 为什么?
3. 董事会会议有哪些违法之处? 对此, 股东可采取哪些救济措施?
4. 管理人应如何处理华宁公司2014年4月20日与5月8日的行为? 为什么?
5. 请结合问题1, 分析在破产清算阶段苏某与李某有哪些权利与义务?

9、张某与他人合伙开办一工作室, 但资金暂缺, 为此, 2011年5月20日张某向王某借款20万元, 双方签订了借款合同, 张某以自己所有的一辆哈雷摩托作为抵押担保。5月25日, 王某将20万元交付给张某, 但张某却没有如约将摩托车交付给王某, 也没有办理任何登记手续。后工作室需购买电脑, 张某便与李某签订了买卖合同, 从李某处购置了50台电脑, 价值总计15万元, 双方约定一方不按时交付货物或提供货款的, 将支付对方违约金2万元, 同时, 张某向李某交付了1万元的定金。后李某又要求张某提供担保, 于是二人在5月29日订立了质押合同, 张某将其哈雷摩托车质押给李某, 并于次日将摩托车交付于李某。后来李某因无法提供如数的电脑而给张某的业务带来影响, 导致其损失5万元。在李某占有摩托车期间, 其将摩托车出质给了不知情的赵某。而赵某由于酒后开车, 出了交通意外, 摩托车多处损坏。赵某到周某的修理铺进行维修, 赵某交付了修理费后要将车取走, 但周某却以赵某之前尚欠其修理费未还而留置了该摩托车。

问题:

1. 张某与王某的借款合同何时生效?
2. 张某与王某的抵押合同是否生效, 王某的抵押效力如何?
3. 张某与李某的质押合同是否生效, 李某的质押效力如何?
4. 张某为了最大限度的维护自己的利益, 其最多向李某可以主张多大的赔偿责任?
5. 赵某由于过错导致摩托车多处受损, 张某应该向谁请求赔偿其损失?

6. 周某能否留置赵某送来维修的摩托车？

7. 若本案的抵押权、质押权、留置权都有效且有行使的依据，其行使顺序为何？

10、我国一名国家公职人员A某，因涉嫌受贿等罪行，被警方通缉，后A某逃往境外。人民检察院经侦查后认为，本案事实清楚、证据确凿，向被告人离境前居住地的基层人民法院提起公诉。法院依法予以受理。由于未能联系上被告人，故本次审理没有律师到场。在审理过程中，A某被遣返回国。法庭讯问被告人对审理程序是否有异议，A某表示并无异议，法庭决定审理继续。在后续审理期间，A某由于身体原因无法出庭，在中止审理长达3个多月后，经被告人本人同意，法院决定对其缺席审理。后在法院宣判前，被告人A某因病去世，法院依法对其做出判决，认定A某受贿罪名成立。

问题：上述缺席审判程序在适用过程中存在哪些问题？

参考答案

一、主观题

1. 肖子胜可以以第三人身份参加行政复议，因其与案件有利害关系。肖子胜可以委托代理人代为参加行政复议、可以查阅被申请人A县公安局提出的书面答复、作出行政行为的证据、依据和其他有关材料，对复议结果不服还可以提起行政诉讼。
2. 可以暂停执行。在肖子勇提出暂停执行的申请公安机关同意后，肖子勇提供担保，办理了暂缓执行的手续后，原行政拘留可以暂停执行。
3. 若原告在撤回复议后，还没有超过起诉的法定期限的，仍可以向法院起诉，法院应该受理。
4. 当事人不能对该调解协议向法院提起行政诉讼，因为行政调解不具有强制效力，不属于行政诉讼的受案范围。
5. 不予受理。法院准许原告撤诉后，原告在没有新的理由的情况下，又以同一事实和理由重新起诉的，人民法院不予受理。但若原告以不同事实或理由重新起诉的，人民法院应当受理。
6. 合法。这是法院的变更判决。依照法律的规定，行政处罚明显不当的，人民法院可以直接判决变更。

复议与诉讼的衔接关系是非常复杂的，常常是司考的重点。对于复议选择案件，以下几个知识点要牢记在心：当事人在申请复议后又撤回复议申请的，当事人在法定起诉期间内仍有权提起诉讼；当事人在提起诉讼后又撤诉的，在法定复议期间内，当事人仍有权申请复议；当事人既提起诉讼又申请行政复议的，由先受理的机关管辖；同时受理的，由当事人选择；复议机关已经受理了当事人的复议申请的，在法定复议期限内不得起诉，法院已经受理了当事人的起诉的，不得再申请复议。还应该注意，对于撤回复议或起诉后又提起诉讼或复议申请的，原来提起的复议或诉讼并不能引起法定期间的中断。

2、从本题的命题形式可以看出，2009年的论述题与2008年的论述题相比，又从双题目或 双问题的考察方式回归到了传统的单一问题模式，但是从解答题目的角度上，还是给了考生 很多选择的空间，如考生可以仅选择就银行权益保护与限制进行论述，也可以从持卡人权利 与法律责任方面论述，或者考生对资本市场风险的法律防范对策有自己的认识，也可以从这 个方面进行论述。

考生在答题的过程中，应当注意三个问题：第一，出题者给考生提供了多个答题方向， 但是考生一定要注意选取一个自己有把握的，或者比较熟悉的方向进行论述，而不能在一篇 文章内，将出题者提供的答题方向全部进行论述，这样会使得文章没有重点，犯了观点不明确的大忌，导致论述题宝贵的分值被白白浪费。第二，考生在选取论述的方向后，应当注意 围绕“信用卡滥用”问题进行论述，如考生可以选取资本市场风险的法律防范对策进行论述，但是一定要注意文章的主题是信用卡滥用问题，而不能就资本市场风险的法律防范泛泛 而谈，使得文章偏离既定的主题，这样会犯了偏题的大忌。第三，考生还要注意，在作答论 述题的时候一定要使用法言法语，从法学理论和法律角度进行分析和论述。有的考生看到信 用卡问题是社会生活的热点问题，且自己也持有信用卡，对信用卡的使用和滥用问题有自己 的心得和想法，因此看到此题，将自己的心得体会和感慨全部汇总论述到试卷上，但是通篇 没有专业的法律语言，这样的文章即使文字再优美，论证再充分，也会被扣掉很多分数的， 因为阅卷人无法从这样的文章中看出法律思维与法律分析。

本题给出了三段材料，在作答之前考生首先要分析出三段材料的主旨，即审清题意，这 才是本题作答的关键。第一段材料主要是介绍持有信用卡的用户超额透支的问题；第二段材 料主要是介绍银行广发甚至是滥发信用卡的问题以及银行欲采取的对不良持卡人的制裁措 施；第三段材料主要是介绍用户认为银行在提供的信用卡服务中存在的问题。通过对以上三 段材料的分析可以得知，本题的主旨是“信用卡透支和滥发”问题，围绕这一主题考生可 以 从出题人给出的角度即银行权益保护与限制、持卡人权利与法律责任、银行和持卡人的利益 平衡与社会发展、资本市场风险的法律防范对策等方向进行论述，也可以根据自己的分析和 理解从其他方面进行阐释和论证。

具体来说，考生可以选取持卡人权利与法律责任角度进行分析论述，首先分析持卡人权 利，持卡人有权要求银行提高信用卡安全防范功能，银行在提供信用卡格式条款时，应当注 意将合同中的权利义务以明白易懂的方式体现，并且提醒信用卡申领人应当履行的义务，银 行在设定权利义务时也应当注意秉承公平原则。持卡人有权要求银行将付款程序设计得简单 透明，且为持卡人设定合理的利息负担。其次分析持卡人责任，持卡人在使用信用卡消费之 后，应当及时足额还款；持卡人违反合同约定的，应当承担相应的违约责任。持卡人应当在 信用卡的信用额度内消费，不能进行恶意透支，或者恶意拖欠欠款不还，在此种情况下银行 可以采取一定的措施，要求持卡人 返还欠款等。

综上所述，在回答论述题时考生只要观点明确、分析清晰、逻辑严谨，同时又是从法理上进行分析，具有一定的深度和高度，就会得到阅卷人的青睐。

持卡人权利与法律责任评析

持卡人作为信用卡的使用人是有权行使自有权利的，但是持卡人权利的行使需要在一定的限度内进行，如果超出了既定的权利范围，持卡人就要承担相应的法律责任。

法律权利，是指法律关系主体依法享有的某种权能或利益，它表现为权利享有者可以自己作出一定的行为，也可以要求他人为或不为一定的行为。一切合法权利都受到法律的保护，当权利受到侵害时，权利享有者有权向人民法院或者有关主管机关申诉或请求保护。因此信用卡持卡人的权利是受到法律保护的，持卡人可以在信用卡的信用额度范围内进行消费或透支，并且有权要求银行在提供信用卡的格式条款时以明白易懂的方式体现，秉承公平、诚实信用的原则设定权利义务。信用卡持有人还有权要求银行设计简单透明的还款程序，以利于持卡人及时还款还息。

但是权利的行使与责任的承担是相统一的，法律在保护权利的同时，也设定了义务，如果义务不被履行，行为人就要承担相应的法律责任。法律责任规范着法律关系主体行使权利的界限，以否定的法律后果防止权利行使不当或滥用权利；在权利受到妨害时，以及违反法定义务时，法律责任又称为救济权利、强制履行义务或追加新义务的依据；法律责任通过否定的法律后果成为对权利、义务得以顺利实现的保证。信用卡持卡人应当正确行使自己的权利，对于信用卡的欠款应及时偿还，如果不对欠款进行及时的偿还或者恶意透支的，应当承担相应的法律责任，银行可以采取一定的措施以维护自己的合法权益。持卡人恶意透支达到一定额度，不仅要承担相应的民事责任，情节严重的，还需要承担相应的行政或刑事责任。

3、（1）本题考查对未成年人犯罪案件中强制措施适用。公安局将四人共同关押在看守所某房间是错误的。根据《刑事诉讼法》第280条第2款的规定，对被拘留、逮捕和执行刑罚的未成年人与成年人应当分别关押、分别管理、分别教育。本案中，在2006年5月7日，甲、乙已经成年，而丙、丁都是未成年人，应当分别看管，所以公安机关的做法是错误的。

（2）本题考查对未成年人犯罪案件的法律援助。法院没有为丙、丁指定律师是错误的。根据《刑事诉讼法》第278条的规定，未成年犯罪嫌疑人、被告人没有委托辩护人的，人民法院、人民检察院、公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。

（3）本题考查上诉的主体。二审法院驳回丙父的上诉是错误的。根据《刑事诉讼法》第227条的相关规定，被告人、自诉人和他们的法定代理人，不服地方各级人民法院第一审的判决、裁定，有权用书状或者口头向上一级人民法院提起上诉。

（4）本题考查交付执行的问题。在执行过程中，将四人均羁押至某监狱执行是错误的，对于四人中的丙、丁应当交由未成年犯管教所执行。因为根据《刑事诉讼法》第264条第3款的规定，对未成年犯应当在未成年犯管教所内执行刑罚。

4、1. 本案中人民法院对案件有管辖权，应当继续审理。

2. 该仲裁裁定不具有强制执行的效力，因为该裁定是根据口头仲裁协议作出的。

3. 作为执行人员应对旗贸公司的异议进行审查，认为异议不成立的，裁定驳回异议；认为异议成立的，报请院长批准中止执行。在审查期间可以采取查封等措施，但不得处分财产。

4. 人民法院不可通知鸿渐商场作为无独立请求权的第三人参加诉讼。因为本案原被告所诉争的标的为电器买卖合同关系，案件的处理结果与鸿渐商场无法律上的利害关系。

5. 法院可以通知鸿渐商场将20万元债务向百货公司履行。如果鸿渐商场对执行法院发出的履行债务的通知有异议，执行法院不得对其强制执行，对其提出的异议也不应进行审查。但是提出自己无履行能力或其与申请执行人无直接法律关系，则不属于异议范围。

6. 鸿渐商场除在已还款的20万元范围内与被执行人五星公司承担连带清偿责任外，人民法院还可以追究其妨害执

行的责任。人民法院可根据情节轻重对鸿渐商场罚款，也可对鸿渐商场主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留。

5、1. 房屋所有权归戊。因为丁与戊已经办理了过户手续。

2. 不能。因为甲乙丙三人与丁之间约定的定金已经超过法定的数额。

3. 由甲乙丙承担。因为甲乙丙三人不能证明自己没有过错。

4. 不能。因为若想成为酒吧的合伙人必须经过全体合伙人的同意，而丙不同意其成为酒吧的合伙人。

5. 以甲乙丙三人为被告。因为该酒吧为个人合伙。

6. 有效。因为该诉讼属于共同诉讼，甲乙丙对外承担连带责任，甲的同意行为对乙丙有效。对内，乙丙偿还后有权向甲追偿。

解答本题应注意：(1)在我国，不动产物权的变动采取的是登记生效主义，动产物权的变动采取的是登记对抗主义，不动产物权的变动未登记的不影响变动物权的合同的效力；(2)合伙人之间的信任是合伙关系得以维系的基础，若想增加合伙人，除合伙协议另有约定外应经全体合伙人一致同意。

6、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。

7、1. 合法。《刑诉解释》第325条规定：“审理被告人或者其法定代理人、辩护人、近亲属提出上诉的案件，不得加重被告人的刑罚，并应当执行下列规定：……（二）原判事实清楚，证据确实、充分，只是认定的罪名不当的，可以改变罪名，但不得加重刑罚……”

2. 合法。法条依据为《刑事诉讼法》第253条，当事人及其法定代理人、近亲属的申诉符合下列情形之一的，人民法院应当重新审判：（1）有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误，可能影响定罪量刑的；（2）据以定罪量刑的证据不确实、不充分、依法应当予以排除，或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的；（3）原判决、裁定适用法律确有错误的；（4）违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的；（5）审判人员在审理该案件的时候，有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。

3. 可以提出申诉的主体是：当事人（包括被害人、自诉人、被告人、附带民事诉讼当事人）及其法定代理人、近亲属。可以向人民法院和人民检察院提出。法条依据为《刑事诉讼法》第252条，当事人及其法定代理人、近亲属，对已经发生法律效力判决、裁定，可以向人民法院或者人民检察院提出申诉，但是不能停止判决、裁定的执行。

4. 再审期间可以决定中止原判决的执行。根据《刑事诉讼法》第257条的规定，人民法院决定再审的案件，需要对被告人采取强制措施的，由人民法院依法决定；人民检察院提出抗诉的再审案件，需要对被告人采取强制措施的，由人民检察院依法决定。人民法院按照审判监督程序审判的案件，可以决定中止原判决、裁定的执行。

5. 审判监督程序的错误有：（1）提起审判监督程序的主体有错误。人民法院院长对本院的生效判决发现有错误的，不能直接提起审判监督程序，应提交审判委员会决定。（2）审判监督程序的审判应另行组成合议庭进行审理，不能由原审合议庭审理。（3）再审应当对原判决全面审查，对林乙未作审查是错误的。

8、1. 法院不应支持苏某的请求。因为瑕疵出资股东向公司债权人承担股东瑕疵出资责任的前提是公司全部财产不足以清偿债务。

2. 有效。因为安某为善意，并未与陈某串通损害其他股东利益。
 3. 董事会会议的违法之处有：
 - (1) 公司法禁止用资本公积金弥补亏损。因此，用公司的120万资本公积金弥补公司的亏损这一决议违反公司法。
 - (2) 公司法禁止公司成为普通合伙企业的合伙人。因此，出资50万，与甲、乙、丙三人一同设立普通合伙企业B这一决议违反公司法。
 - (3) 董事会无权决议为股东债务担保，此为法定的股东会职权。因此，为股东田某向银行所借100万提供担保这一决议违反公司法。对上述违法决议，股东可以向法院提起无效之诉。
 4. 管理人应当请求人民法院予以撤销：(1) 华宁公司将房屋以明显低于市场价出售于迅达公司的行为；(2) 华宁公司免除董某债务，即放弃债权的行为。
 5. 苏某有权在法院确定的申报债权的期限内向管理人申报其债权。并参加债权人会议。李某有义务补足其出资。
- 9、1. 张某与王某签订的合同于2011年5月25日生效。

2. 张某与王某签订的抵押合同生效，但是王某的抵押权不具有对抗第三人的效力。

3. 张某与李某的质押合同于2011年5月29日生效，李某的质权于5月30日产生。

4. 张某最多可要求李某承担3万元的违约责任。

5. 张某应向李某要求赔偿损失。

6. 周某不能留置赵某送来修理的摩托车。

7. 其行使的先后顺序是：周某的留置权、赵某善意取得的质权、李某的质权、王某的抵押权。

10、(1) A某涉嫌的受贿罪，不应由人民检察院予以侦查，而应当由国家监察机关予以调查，后移交人民检察院依法提起公诉。

(2) 对于犯罪嫌疑人、被告人适用缺席审判程序，应由犯罪地、离境前居住地或最高人民法院指定的中级人民法院组成合议庭审理，基层人民法院无权审理。

(3) 被告人及其近亲属没有委托辩护人的，人民法院应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。

(4) 在审理过程中，被告人投案或者被抓获的，人民法院应当重新审理。被告人对此无异议权。

(5) 因被告人患病无法出庭，中止审理6个月以上，且被告人及其法定代理人、近亲属同意的，法院可以缺席审理。

(6) 除非被告人审理确认无罪，否则被告人死亡的，人民法院应当裁定终止审理。

历年法律职业(主观题)测试卷(四)

考试时间：【90分钟】 总分：【100分】

题号	一	总分
得分		

得分	评卷人

一、主观题（共10题，每题10分，共计100分）

1、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。2013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于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？

2、案情：

谢某通过网络结识了身在美国的华人朱某（已被美国警方羁押），两人通过网络聊天，约定由朱某从境外将枪支、子弹通过物流公司从美国发往谢某所在的T市。而后谢某根据买家联系地址。将枪弹快递至买家。2010年7月至2015年8月，谢某向买家共提供枪支48支、子弹4500余发。涉案的曾某、李某等多名买家“爱好”枪弹，因为收藏而购买。经鉴定，查获的枪支具有杀伤力，子弹亦为有效子弹。

经查，买家曾某为国有医院医生。多次利用开高价处方药收受医药代表赵某（在逃）回扣（查实金额为100万元）。后曾某升任医院院长时，更是长期收受赵某财物（查实金额为200万元）。赵某利用曾某的信任，与该医院签订价值500万元的医疗器械合同，故意将已被淘汰的器械当成进口医疗器械卖给该医院。曾某在签订合同时亦未认真审查合同，查验样品。给医院造成重大损失。

买家李某为某塔园公司经理，开发、销售塔位（用于殡葬）。李某将塔位分为使用型和投资型两种，承诺购买投资型的塔位2年后可以更名或退单，并不定期提高塔位的销售价格，吸引众多群众购买。从2010年至2015年，塔园公司大肆宣传塔位的投资价值，违反国家公墓销售规定，面向4334人销售投资型塔位，涉及未退金额7192万元。经查，谢某还以万嘉公司的名义经营有偿讨债业务。2012年，谢某接受秦某的委托向陈某追讨230万元欠款，双方签订合同，约定以收回欠款的20%作为报酬。随后，陈某归还秦某50万元，秦某按约支付给谢某10万元报酬。国家经贸委曾与其他部门联合发布通知（国经贸综合[2000]568号），规定：“禁止、任何单位和个

人开办任何形式的讨债公司……构成犯罪的，依法追究其刑事责任。”

问题：

1. 谢某向买家提供枪支、弹药的行为应当如何处理?为什么?
2. 曾某、李某等买家购买枪支、弹药的行为应当如何处理?为什么?
3. 曾某收受医药代表300万元的行为，应当如何定性?
4. 曾某签订医疗器械合同给医院造成重大损失的行为该如何处理?为什么?
5. 李某销售塔位吸纳资金的行为应当如何处理?为什么?
6. 谢某经营有偿讨债业务是否构成非法经营罪?为什么?

3、案情：

张某、王某、李某共同诈骗一案，县人民法院在庭前初步审查过程中，认为起诉书事实不清、证据不足，退回人民检察院补充侦查。检察机关补充侦查后再起诉。一审法院经过审理，以诈骗罪判处张某有期徒刑8年，王某有期徒刑5年，李某有期徒刑2年，缓刑2年。一审宣判后，张某向市中级人民法院提出上诉，王某、李某表示不上诉。于是一审法院在将判决书送达给三被告的次日，将被告王某、李某交付执行，张某由市中级人民法院进行二审，二审法院经过审理认为一审适用法律不当，裁定撤销原判，将案件发回一审法院重审。一审法院由原合议庭成员对案件重新审理后，改判张某有期徒刑5年，并宣布改判后的判决为终审判决，被告人不得上诉。

问题：

根据《刑事诉讼法》的规定，此案在处理上，存在哪些诉讼程序上的错误?并请简要说明理由。

4、杨某、张某非法传销案

杨某、张某注册成立了一家科技发展有限公司，做手机生意。由于经济不景气，生意惨淡，为了少交税，二人一直采用部分产品不登记入库的方法逃税。后县国税局在例行检查时，发现一年间，该公司逃增值税税款人民币40多万元，占同期应缴纳税额的52%。国税局遂下达了追缴通知，令其补缴应纳税款，缴纳滞纳金。事发后，杨某委托与县国税局局长谢某颇有交情的大学同学李某向谢某说情，在李某的撮合下，谢某收了杨某的5万元好处费后，便将此事压下，不了了之。李某也因此得到了1万元的好处费。

但是经营一段时间后，公司生意就再也维持不下去了，2009年9月，二人听说现在网络传销来钱很快，便以公司名义为并不存在的某品牌护肤系列产品做广告宣传，制订虚假的市场计划，以高额返还为诱饵，利用网络广泛招收业务员及合作商。他们在网上许诺，每位加盟业务员出资人民币300元为投单1份，即可享有公司发放的4个月工资，从100元至300元不等，业务员投单满60份即可成为公司代理商。杨某、张某用后加入者缴纳的费用支付先加入者的报酬以维持运作，长期从事无店铺的经营活动。在一年时间里，共发展代理商60余人，散户500余人。这时，他们的一位朋友丁某对他们说：“我认识一位‘主’，是‘倒粉的’（贩毒），这一阵子风声紧，想请你们帮个忙，按10%的比例提给你们。”杨某、张某一听钱来得这么容易，便满口答应，为其在银行开了一个1000万元的账户。不久后，因他人举报，本案案发。经查，其非法经营额达1300余万元，致使网络成员的685万余元损失无法返还。

【问题】

1. 杨某、张某逃税的行为构成何罪?
2. 杨某、张某网络传销的行为如何定罪?
3. 杨某、张某的行为是否成立洗钱罪?

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/765113340332011130>