

2005年司法考试试题分析（五）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/169/2021_2022_2005_E5_B9_B4_E5_8F_B8_c36_169826.htm

21.某法院决定开庭审理张某贪污案，被告人张某在开庭前突发心脏病死亡。该法院应当如何处理？（试卷二第一题第22题）A．裁定撤消案件 B．宣告被告人张某无罪 C．裁定终止审理 D．退回起诉的人民检察院处理 [答案]C [详解]本题考察刑事诉讼过程中被告人死亡时各种不同情况的处理。此题与2002年试卷二第21题考察的是同一知识点。2002年题目是：被告人郑某在法庭审判期间死亡，同时根据已经查明的案件事实和认定的证据材料，已经能够确认郑某无罪。对此案人民法院应当作出何种处理决定？A.以判决宣告无罪 B.以裁定终止审理 C.以决定终止审理 D.撤消案件 最高人民法院《关于执行 中华人民共和国刑事诉讼法 若干问题的解释》第一百七十六条规定：“被告人死亡的，应该裁定终止审理；对于根据已查明的案件事实和认定的证据材料，能够确认被告人无罪的，应该判决宣告被告人无罪。”2002年卷二第21题题目明确说明“已经能够确认郑某无罪”，A项显然是正确。2005年卷二第22题题干中未表明“能够确认被告人无罪”，因此，可判定选项C“裁定终止审理”是正确的。刑事诉讼过程中，犯罪嫌疑人、被告人死亡因所处的阶段不同，法律规定处理方式也各不相同。归纳如下：总规定：“犯罪嫌疑人、被告人死亡的，不追究刑事责任，已经追究的，应当撤消案件，或者不起诉，或者终止审理，或者宣告无罪。”（《中华人民共和国刑事诉讼法》第十五条）；侦查阶段撤消案件：“侦查过程中，犯罪嫌

疑人、被告人死亡的，应当由检察人员写出撤消案件意见书，经侦查部门负责人审核后，报请检察长或者检察委员会决定撤消案件。”（《人民检察院刑事诉讼规则》第二百三十七条）；起诉阶段不起诉：“犯罪嫌疑人、被告人死亡的案件，经检察长决定，应该作出不起诉决定。”（《人民检察院刑事诉讼规则》第二百八十八条）；审理阶段终止审理或判决无罪：“被告人死亡的，应该裁定终止审理；对于根据已查明的案件事实和认定的证据材料，能够确认被告人无罪的，应该判决宣告被告人无罪。”（最高人民法院《关于执行 中华人民共和国刑事诉讼法 若干问题的解释》第一百七十六条）；在审理阶段还有两种被告人死亡情况的处理，考生也应该重视。一种是自诉案件中，被告人死亡的，“人民法院应当说服自诉人撤回起诉，或者裁定驳回起诉。”（最高人民法院《关于执行 中华人民共和国刑事诉讼法 若干问题的解释》第一百八十八条）；第二种是共同犯罪案件二审程序中，“提起上诉的被告人死亡的，其他被告人没有提出上诉，第二审人民法院仍应该对全案进行审查。死亡的被告人不构成犯罪的，应当宣告无罪；审查后认为构成犯罪的，应当宣布终止审理。对其他同案被告人仍应当作出判决或者裁定。”（最高人民法院《关于执行 中华人民共和国刑事诉讼法 若干问题的解释》第二百四十八条）。22.下列关于法人机关的表述哪些是正确的？（试卷三第二题第51题）

A.法人机关无独立人格 B.财团法人没有自己的意思机关 C.法人的分支机构为法人机关的一种 D.监督机关不是法人的必设机关

[答案]ABD [详解]司法考试中对理论知识的考查趋势是越来越大，因此提醒广大考生既要注重理论知识的系统复

习，又要重点研读法条。解答本题关键要正确的理解法人机关的概念及其构成。所谓法人机关是指根据法律、章程或条例的规定，于法人成立时产生，不需要特别委托授权就能以法人的名义对内负责法人的生产经营或业务管理，对外代表法人进行民事活动的集体或个人。据此可知法人机关是法人的有机组成部分，不能独立于法人之外而单独存在，而是依附于法人，并且作为法人组织机构的一个重要组成部分而存在。所以法人机关不是独立主体。故A项正确。传统民法把法人分为公法人和私法人。而私法人依据法人成立的基础又分为社团法人和财团法人。所谓财团法人是指为一定目的而设立的，并由专门委任的人按照规定的目的使用的各种财产。也称财产组合，又称他律法人。是没有自己的意思机关。故B项正确。法人分支机构是以法人财产设立的相对独立活动的法人组成部分。但其对外不得代表法人，也不能独立承担民事责任。而法人机关所为的民事行为就是法人的民事行为，其对外代表法人，谈不上自己的独立活动，其法律后果由法人承担。因此，法人分支机构不是法人的机关。故C项错误。一般来说，法人机关由权力机关、执行机关和监督机关三部分构成。其中法人的权力机关、监督机关是法人的任意性机关。所以监督机关也就不是必设机关。故D项正确。

23.甲深夜潜入乙家行窃，发现留着长发穿花布睡衣的乙正在睡觉，意图奸淫，便扑在乙身上，强行脱其衣。乙惊醒后大声喝问，甲发现乙是男人，慌忙逃跑被抓获。甲的行为：（试卷二第一题第7题）A.属于强奸预备 B.属于强奸未遂 C.属于强奸中止 D.不构成强奸罪 [答案]B [详解]刑法第二十三条规定，已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而

未得逞的，是犯罪未遂。犯罪未遂基本构成要件有：一、行为人已经开始实施犯罪行为，犯罪从预备阶段进入实施阶段；二、犯罪未能得逞，即犯罪行为没有具备刑法分则条文规定的构成某一犯罪的全部要件；三、犯罪未能得逞是由于犯罪分子意志以外的原因所致。在本案中，甲已扑在乙的身上，并强行脱乙的衣服，属于正在实施犯罪，但由于乙的喝问，甲害怕而慌忙逃跑，犯罪未能得逞。所以甲的行为构成强奸未遂，答案选B。由于甲已经开始实施犯罪行为，所以其行为不可能是犯罪预备，A选项错误；甲放弃强奸，并不是他主动放弃的，而是由他意志以外的原因致使他放弃，所以他的行为也不可能构成犯罪中止，C选项错误；由于甲已经实施了犯罪行为，只是没有达到既遂的结果，其行为仍是犯罪形态的一种，应该构成犯罪，所以D选项错误。另外需要强调的是，犯罪分子对犯罪对象的认识错误，并不影响对其行为的认定。

24.某商场在促销活动期间贴出醒目告示：“本商场家电一律试用20天，满意者付款。”王某从该商场搬回冰箱一台，试用期满后退回，商场要求其支付使用费100元。下列哪一种说法是正确的？（试卷三第一题第13题）

A.王某不应支付使用费，因为双方没有约定使用费
B.王某应支付使用费，因为其行为构成了不当得利
C.王某应支付按冰箱平均寿命折算的使用费
D.王某应与商场分摊按冰箱平均寿命折算的使用费

[答案]A [详解]该买卖合同为试用买卖合同。试用买卖合同的重要特征是买受人在购买之前先试用，试用的目的是了解商品的质量和性能。在试用买卖中，买受人对标的物的试用是买受人的权利，这种权利是以出卖人的标的物因使用而磨损为基础。试用期间内买受人可以选择购买，也可以选

择不购买。本案中，某商场贴出的告示是试用要约，王某从该商场搬回一台冰箱使用是试用承诺。商场贴出的“家电一律试用20天的期间”经王某承诺后为，双方约定的试用期间。试用期满后王某将冰箱退回，说明王某选择了不购买冰箱。由于试用是买受人的权利，所以这种试用是以免费为基础的，因此王某不需要支付使用费，因而选项A是正确的。不当得利是一方无法定依据或约定获利而使对方受损，而王某试用冰箱是依双方的约定免费使用，因而王某的行为不构成不当得利，故选项B错误。同理，由于王某试用冰箱是依双方约定免费使用，所以王某无需支付按冰箱平均寿命折算的使用费，也无需与商场分摊按冰箱平均寿命折算的使用费，故选项C、D错误。

25. 甲公司经营空调买卖业务，并负责售后免费为客户安装。乙为专门从事空调安装服务的个体户。甲公司因安装人员不足，临时叫乙自备工具为其客户丙安装空调，并约定了报酬。乙在安装中因操作不慎坠楼身亡。下列哪些说法是正确的？（试卷三第二题第62题）

A．甲公司和乙之间是临时雇佣合同法律关系
B．甲公司和乙之间是承揽合同法律关系
C．甲公司应承担适当赔偿责任
D．甲公司不应承担赔偿责任

[答案]BD [详解] 本题主要考查承揽合同与雇佣合同的区分。雇佣合同是指当事人约定，一方于一定或不定期限内为他方提供劳务，他方给付报酬的合同。承揽合同是指当事人约定一方为他方完成一定工作，他方在工作完成时给付报酬的合同。因此，雇佣的根本目的在于给付劳务，以劳务本身为其标的，不对劳务产生的结果负责任，即使受雇人的劳务未产生预期的结果，该受雇人仍可以受领报酬。而承揽的根本目的在于劳务的结果，即它以完成一定工作为

目的，承揽人提供劳务仅是实现目的的手段，其只有在完成一定工作时，才能请求报酬。本题中，甲乙之间的合同的目的是完成安装空调这一工作，而非在于提供劳务，只有安装好了空调，乙才可以取得相应的报酬。故甲乙之间属于承揽合同，根据最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十条规定：“承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的，应当承担相应的赔偿责任。”本题中，乙是专门从事空调安装服务的个体户，是由于自己在安装过程中操作不慎坠楼身亡，而甲对定作、指示和选任并无过失。故甲公司不应承担赔偿责任。综上分析，本题应选BD。本题易选AC。会因题干中甲公司因安装人员不足，临时叫乙自备工具为其客户丙安装空调，这中间的临时恰好与A项中临时雇佣合同关系的临时一致，极易误导考生。实际上，若不能正确区分承揽合同与雇佣合同，就会选错。

26.乙与丙因某事发生口角，甲知此事后，找到乙，谎称自己受丙所托带口信给乙，如果乙不拿出2000元给丙，丙将派人来打乙。乙害怕被打，就托甲将2000元带给丙。甲将钱占为己有。对甲的行为应当如何处理？（试卷二第一题第19题）A．按诈骗罪处理 B．按敲诈勒索罪处理 C．按侵占罪处理 D．按抢劫罪处理 [答案]A [详解]本题主要考查诈骗罪的认定。甲非法占有了乙的2000元钱，属于一种典型的财产犯罪。但是，到底认定为何种财产犯罪，应按照非法获取他人财物的手段定罪。首先可以排除D项，抢劫罪是使用暴力胁迫或者其他方法非法取得他人财物。在本题中，甲并没有对乙采用暴力方法。而威胁方法在本题

中却似是而非。因为乙客观上受到了威胁，可这种威胁的内容是若不给2000元，丙将会来打乙，不是当场威胁。其他方法是指与暴力、威胁性质相同的方法，本题中也不存在。因此，甲不构成抢劫罪。其次，甲的行为也不符合侵占罪的构成要件，可排除C项。侵占罪，是指将他人代为保管的财物据为己有。故侵占罪必须以合法持有他人财物为前提。本题中2000元是甲从乙那里采用犯罪方法获取的，获得以后的占为己有是实现非法占有主观目的的行为，包括在其先前的犯罪行为之中。再次，甲的行为究竟定诈骗罪还是定敲诈勒索罪，关键在于乙是受到欺骗交付财物还是因受到勒索交付财物。本题中，从主观上说，确实受到来自丙的威胁，为此而交付财物，似乎符合敲诈勒索罪的特征。但要注意的是，这种来自丙的威胁并不是现实存在的，而是甲虚构的结果。就是说，乙感受到的来自丙的威胁本身是被甲欺骗的结果。因此，乙从表面上看是因被丙勒索而交付财物，实质上则是被甲欺骗而交付财物。综上分析，本题应选A项。本题易选B项。甲谎称如果乙不拿出2000元给丙，丙将派人来打乙，乙害怕被打就托甲将2000元带给丙的行为，容易理解为是敲诈勒索行为。单从乙主观上讲，确实是被敲诈而交付2000元财物。但对甲来讲，则是诈骗获取的。故在定罪时，应以被告人行为为依据而不是以被害人的感受为依据。

27.毒贩甲得知公安机关近来要开展“严打”斗争，遂将尚未卖掉的50多克海洛因和贩毒所得赃款8万多元拿到家住偏远农村的亲戚乙处隐藏。公安机关得到消息后找乙调查此事，乙矢口否认。乙当晚将上述毒品、赃款带到后山山洞隐藏时，被跟踪而至的公安人员当场抓获。乙的上述行为应当以何罪论处？（试卷二

第一题第12题) A.非法持有毒品罪 B.窝藏、转移赃物罪 C.窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪 D.包庇毒品犯罪分子罪 [答案]C [详解]本题的考点是窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪、非法持有毒品罪、包庇毒品犯罪分子罪及窝藏、转移赃物罪。正确解答本题首先需要弄清窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪与给定选择项中的其他三个罪的区别。1.窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪与非法持有毒品罪的区别:毒品的归属不同。非法持有毒品罪前提是行为人“本人”持有自己拥有的毒品或来源不明的毒品,而窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪中行为人拥有的毒品则为他人所有,行为人只是代为保管。2.窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪与包庇毒品犯罪分子罪的区别:行为对象不同。前者的行为对象是毒品、毒赃,而后者的行为对象则是犯罪分子。3.窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪与窝藏、转移赃物罪的区别:对象的范围不同。窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪对象的范围仅限于毒品、毒赃,而窝藏、转移赃物罪对象的范围则包括除毒品犯罪以外的所有的刑事犯罪所得的赃款、赃物。本题中,乙的行为是将甲的毒品和毒赃带到后山山洞隐藏,由于毒品、毒赃不属于乙本人所有,因而可以排除非法持有毒品罪。同时,乙隐藏的是毒品、毒赃不是人,因而可以排除包庇毒品犯罪分子罪。乙隐藏的毒品、毒赃虽然也可认为是赃物,其所犯之罪与窝藏、转移赃物罪存在着法条竞合关系,但刑法对窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃的行为设有单独的罪名,根据特别法优于一般法的原则,乙所犯之罪只能定为窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪。因此,本题的C选项无疑是唯一正确的答案。本题的四个选项容易发生混淆,弄清它们之间的区别是正确解答本

题的关键。28.某有限责任公司股东会决定解散该公司，其后股东会、清算组所为的下列哪一行为不违反我国法律的规定？（试卷三第一题第24题）

A．股东会选派股东甲、股东乙和股东丙组成清算组，未采纳股东丁提出吸收一名律师参加清算组的建议

B．清算组成立次日，将公司解散一事通知了全体债权人并发出公告，一周内全体债权人均申报了债权，随后清算组在报纸上又发布了一次最后公告

C．在清理公司财产过程中，清算组发现设备贬值，变现收入只能够清偿75%的债务，遂与债权人达成协议：剩余债务转由股东甲负责偿还，清算继续进行

D．在编制清算方案时，清算组经职代会同意，决定将公司所有的职工住房优惠出售给职工，并允许以部分应付购房款抵消公司所欠职工工资和劳动保险费用。

[答案]A [详解]本题的考点是公司清算。公司法第一百九十条规定：“公司有下列情形之一的，可以解散：（一）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现时；（二）股东会决议解散；（三）因公司合并或者分立需要解散的。”第一百九十一条规定：“公司依照前条第（一）项、第（二）项规定解散的，应当在十五日内成立清算组，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股东大会确定其人选；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，并及时指定清算组成员，进行清算。”可见有限责任公司股东会决议解散的其清算组由股东组成。由此应选A。第一百九十四条规定：“清算组应当自成立之日起十日内通知债权人，并于六十日内在报纸上至少公告三次。债权人应当自接到通知书之日起三十日内，未接

到通知书的自第一次公告之日起九十日内，向清算组申报其债权。”由此不选B。第一百九十六条规定：“公司解散而清算，清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，发现公司财产不足清偿债务的，应当立即向人民法院申请宣告破产。”由此不选C。第一百九十三条规定：“清算组在清算期间行使下列职权：（一）清理公司财产，分别编制资产负债表和财产清单；（二）通知或者公告债权人；（三）处理与清算有关的公司未了结的业务；（四）清缴所欠税款；（五）清理债权、债务；（六）处理公司清偿债务后的剩余财产；（七）代表公司参与民事诉讼活动。”第一百九十五条规定：“清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，应当制定清算方案，并报股东会或者有关主管机关确认。公司财产能够清偿公司债务的，分别支付清算费用、职工工资和劳动保险费用，缴纳所欠税款，清偿公司债务。公司财产按前款规定清偿后的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。清算期间，公司不得开展新的经营活动。公司财产在未按第二款的规定清偿前，不得分配给股东。”由此可见，公司的财产应该在分别支付清算费用、职工工资和劳动保险费用，缴纳所欠税款后，用于清偿公司债务。所以D的做法侵害了债权人的利益，不合法。本题虽是单选题，却比较难，主要是因为涉及了好几个法条，且这些法条的内容都较复杂，不易记忆。

29.甲公司（中方）与某国乙公司（外方）拟在深圳共同设立一中外合作经营企业，某律师受聘为双方起草一份《合作经营合同》。该律师起草的下列哪一合同条款违反了我国法律规定？（试卷三第一题第28题）A．任何一方未经

对方同意，都不得转让合作合同的部分或全部权利、义务 B . 合作企业的董事长和副董事长由中方担任，总经理和副总理由外方担任 C . 合作企业的财务会计账簿只能设在中国境内 D . 合作企业的利润先由外方收回投资本息，在合作期满时企业固定资产归中方所有 [答案]B [详解]本题的考点是中外合作经营企业。中外合作经营企业法第十二条规定：“合作企业应当设立董事会或者联合管理机构，依照合作企业合同或者章程的规定，决定合作企业的重大问题。中外合作者的一方担任董事会的董事长、联合管理机构的主任的，由他方担任副董事长、副主任。董事会或者联合管理机构可以决定任命或者聘请总经理负责合作企业的日常经营管理工作。总经理对董事会或者联合管理机构负责。”由此应该选B。A项的依据是第十条：“中外合作者的一方转让其在合作企业合同中的全部或者部分权利、义务的，必须经他方同意，并报审查批准机关批准。”C项的依据是第十五条：“合作企业必须在中国境内设置会计账簿，依照规定报送会计报表，并接受财政税务机关的监督。合作企业违反前款规定，不在中国境内设置会计账簿的，财政税务机关可以处以罚款，工商行政管理机关可以责令停止营业或者吊销其营业执照。”D项的依据是第二十一条：“中外合作者依照合作企业合同的约定，分配收益或者产品，承担风险和亏损。中外合作者在合作企业合同中约定合作期满时合作企业的全部固定资产归中国合作者所有的，可以在合作企业合同中约定外国合作者在合作期限内先行回收投资的办法。合作企业合同约定外国合作者在缴纳所得税前回收投资的，必须向财政税务机关提出申请，由财政税务机关依照国家有关税收的规定审查

批准。依照前款规定外国合作者在合作期限内先行回收投资的，中外合作者应当依照有关法律的规定和合作企业合同的约定对合作企业的债务承担责任。” 本题不算太难，虽涉及的法条多一些，但基本上都是照搬法条，没有什么灵活的变化。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com