

2018 年法考主观题综合

主
讲
王
朝
勇

2018 年 10 月 11 日

中国特色社会主义法治理论

2018 年法考新增考点

新时代深化依法治国实践的主要任务（2018 年重要考点）

【命题方式提示】

本考点建议重点记忆，作为 2018 年法考新增内容，可能以主观题方式进行考查。

【命题要点提示】

党的十八届四中全会和党的十九大明确提出，全面推进依法治国的总目标是建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家。党的十八届四中全会明确建设中国特色社会主义法治体系的具体任务，即形成完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系，形成完善的党内法规体系。

习近平总书记在党的十九大报告中强调，要深化依法治国实践。全面依法治国是国家治理的一场深刻革命，必须坚持厉行法治，推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法。成立中央全面依法治国领导小组，加强对法治中国建设的统一领导。加强宪法实施和监督，推进合宪性审查工作，维护宪法权威。推进科学立法、民主立法、依法立法，以良法促发展、保障善治。建设法治政府，推进依法行政，严格规范公正文明执法。深化司法体制综合配套改革，全面落实司法责任制，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。加大全民普法力度，建设社会主义法治文化，树立宪法法律至上、法律面前人人平等的法治理念。各级党组织和全体党员要带头尊法学法守法用法，任何组织和个人都不得有超越宪法法律的特权，绝不允许以言代法、以权压法、逐利违法、徇私枉法。

党的十九届三中全会提出《中国共产党中央委员会关于修改宪法部分内容的建议》。第十三届全国人民代表大会第一次会议审议通过《中华人民共和国宪法修正案》，对我国现行宪法作出重要修改，把党的十九大确定的重大理论观点和重大方针政策特别是习近平新时代中国特色社会主义思想载入国家根本法，确立科学发展观、习近平新时代中国特色社会主义思想在国家政治和社会生活中的指导地位，调整充实中国特色社会主义事业总体布局和第二个百年奋斗目标的内容，完善依法治国和宪法实施举措，充实完善我国革命和建设发展历程的内容，充实完善爱国统一战线和民族关系的内容，充实和平外交政策方面的内容，充实坚持和加强中国共产党全面领导的内容，增加倡导社会主义核心价值观的内容，修改国家主席任职方面的有关规定，增加设区的市制定地方性法规的内容，增加有关监察委员会的各项规定，体现了党和国家事业发展的新成就新经验新要求，在总体保持我国宪法连续性、稳定性、权威性的基础上推动了宪法与时俱进、完善发展，为新时代坚持和发展中国特色社会主义、实现“两个一百年”奋斗目标和中华民族伟大复兴的中国梦提供了有力宪法保障。

习近平总书记强调，宪法是国家根本法，是国家各种制度和法律法规的总依据。宪法具有最高的法律地位、法律权威、法律效力。宪法法律的权威源自人民的内心拥护和真诚信仰，

加强宪法学习宣传教育是实施宪法的重要基础。要在全社会广泛开展尊崇宪法、学习宪法、遵守宪法、维护宪法、运用宪法的宣传教育，弘扬宪法精神，弘扬社会主义法治意识，增强广大干部群众宪法意识，使全体人民成为宪法的忠实崇尚者、自觉遵守者、坚定捍卫者。

2018 年法考新增考点

第一节 推进全面依法治国的重大意义

依法治国，是坚持和发展中国特色社会主义的本质要求和重要保障，是实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求，事关我们党执政兴国，事关人民幸福安康，事关党和国家长治久安。

全面建成小康社会、实现中华民族伟大复兴的中国梦，全面深化改革、完善和发展中国特色社会主义制度，提高党的执政能力和执政水平，必须全面依法治国。

我国正处于社会主义初级阶段，党的十九大报告提出“中国特色社会主义进入新时代，我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾”。我国当前的社会主要矛盾，一方面表现为人民美好生活需要日益广泛，不仅对物质文化生活提出了更高要求，而且在民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面的要求日益增长；另一方面表现为我国社会生产力水平总体上显著提高，社会生产能力在很多方面进入世界前列，更加突出的问题是发展不平衡不充分，这已经成为满足人民日益增长的美好生活需要的主要制约因素。同时，全面建成小康社会进入决定性阶段，改革进入攻坚期和深水区，国际形势复杂多变，我们党面对的改革发展稳定任务之重前所未有、矛盾风险挑战之多前所未有，依法治国在党和国家工作全局中的地位更加突出、作用更加重大。面对新形势新任务，我们党要更好统筹国内国际两个大局，更好维护和运用我国发展的重要战略机遇期，更好统筹社会力量、平衡社会利益、调节社会关系、规范社会行为，使我国社会在深刻变革中既生机勃勃又井然有序，实现经济发展、政治清明、文化昌盛、社会公正、生态良好，实现我国和平发展的战略目标，必须更好发挥法治的引领和规范作用。

我们党高度重视法治建设。党的十一届三中全会以来，我们党深刻总结我国社会主义法治建设的成功经验和深刻教训，提出为了保障人民民主，必须加强法治，必须使民主制度化、法律化，把依法治国确定为党领导人民治理国家的基本方略，把依法执政确定为党治国理政的基本方式，积极建设社会主义法治，取得历史性成就。目前，中国特色社会主义法律体系已经形成，法治政府建设稳步推进，司法体制不断完善，全社会法治观念明显增强。

特别是党的十八大以来，民主法治建设迈出重大步伐。积极发展社会主义民主政治，推进全面依法治国，党的领导、人民当家作主、依法治国有机统一的制度建设全面加强，党的领导体制机制不断完善，社会主义民主不断发展，党内民主更加广泛，社会主义协商民主全面展开，爱国统一战线巩固发展，民族宗教工作创新推进。科学立法、严格执法、公正司法、全民守法深入推进，法治国家、法治政府、法治社会建设相互促进，中国特色社会主义法治

体系日益完善，全社会法治观念明显增强。国家监察体制改革试点取得实效，行政体制改革、司法体制改革、权力运行制约和监督体系建设有效实施。

同时，必须认识到，新时代我国社会主要矛盾的变化是关系全局的历史性变化，对党和国家工作提出了许多新要求。正如党的十九大报告所指出的：社会矛盾和问题交织叠加，全面依法治国任务依然繁重，国家治理体系和治理能力有待加强。必须清醒看到，同党和国家事业发展要求相比，同人民群众期待相比，同推进国家治理体系和治理能力现代化目标相比，法治建设还存在许多不适应、不符合的问题，主要表现为：有的法律法规未能全面反映客观规律和人民意愿，针对性、可操作性不强，立法工作中部门化倾向、争权诿责现象较为突出；有法不依、执法不严、违法不究现象比较严重，执法体制权责脱节、多头执法、选择性执法现象仍然存在，执法司法不规范、不严格、不透明、不文明现象较为突出，群众对执法司法不公和腐败问题反映强烈；部分社会成员尊法信法守法用法、依法维权意识不强，一些国家工作人员特别是领导干部依法办事观念不强、能力不足，知法犯法、以言代法、以权压法、徇私枉法现象依然存在。这些问题，违背社会主义法治原则，损害人民群众利益，妨碍党和国家事业发展，必须下大气力加以解决。

2018 年法考新增考点

第二节推进全面依法治国的指导思想和总目标

全面依法治国，必须贯彻落实党的十九大精神，高举中国特色社会主义伟大旗帜，以马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论、“三个代表”重要思想、科学发展观、习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，坚持党的领导、人民当家作主、依法治国有机统一，坚定不移走中国特色社会主义法治道路，坚决维护宪法法律权威，依法维护人民权益、维护社会公平正义、维护国家安全稳定，为实现“两个一百年”奋斗目标、实现中华民族伟大复兴的中国梦提供有力法治保障。

党的十九大报告指出，新时代中国特色社会主义思想“明确全面推进依法治国总目标是建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家”。具体就是，在中国共产党领导下，坚持中国特色社会主义制度，贯彻中国特色社会主义法治理论，形成完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系，形成完善的党内法规体系，坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设，促进国家治理体系和治理能力现代化。

2018 年法考主观题热点预测

材料一：中国共产党成立 95 年来，坚持把马克思主义基本原理同中国国情和时代特征相结合，领导全国人民把一个半殖民地半封建的旧中国变成了独立自主、欣欣向荣的新中国，

开辟了中国特色社会主义道路，实现了从一穷二白到世界第二大经济体的历史性跨越。

材料二：2017 年 1 月 9 日，最高人民法院党组召开会议，传达学习中央政法工作会议精神。会议强调，要以习近平总书记重要讲话精神指导人民法院工作，要牢牢坚持党对人民法院工作的领导，坚决遵守党的政治纪律，严格遵守党章，维护党的团结统一，自觉在思想上、政治上、行动上同以习近平同志为总书记的党中央保持高度一致，坚持用习近平总书记系列重要讲话精神武装头脑、指导工作。要将及时传达学习贯彻中央重要会议和习近平总书记重要讲话精神作为一项重要工作制度，及时向党委和政法委汇报法院工作的重大部署、重点工作和重要事项，紧紧依靠党委领导，解决制约人民法院工作发展的体制性、机制性和保障性问题。

问题：

结合上述材料，谈谈党对社会主义法治事业领导的客观必然性。

答题要求：

1. 观点正确，表述完整、准确；
2. 无观点和论述，照搬材料原文不得分；
3. 不少于 400 字。

法理学

2018 年法考新增考点

法的价值的种类与冲突及其解决

【大纲要求解读】

大纲要求是“了解或理解”，即在记忆的基础上要求进一步深刻领会法的价值的构成，要求掌握自由、秩序、人权和正义这些法的不同价值的区别和冲突解决。

【命题方式提示】

本部分考查集中于法的价值的判断，以及根据具体事例，要求作出价值选择与价值评断。本考点考查方式有：第一，考查法的价值冲突及其解决。在中国，公共利益大于个人利益，因此，公共秩序、社会安全、犯罪分子生命之间存在的法律价值冲突涉及价值位阶原则。结合刑法的宽严相济刑事政策分析法的价值。第二，从刑法条文的角度考查对价值平衡的理解。紧急避险由于有限度的要求，其价值平衡属于比例原则。第三，考查价值判断与事实判断之间的区别：①判断的取向不同；②判断的维度不同；③判断的方法不同；④判断的真伪不同。

【命题要点提示】

- (1) 秩序。它表明通过法律机构、法律规范、法律权威所形成的一种法律状态。
- (2) 自由。法以确认、保障人的这种行为能力为己任，从而使主体与客体之间能够达到一种和谐的状态。
- (3) 正义。平等地对待他人的观念形态。
- (4) 人权。人权既可以作为道德权利，也可以作为法律权利，法能够促进与保证人权的实现。

法的价值冲突解决方式。①价值位阶原则。②个案中的比例原则。

立法技术

【大纲要求解读】大纲要求是“熟悉并能够运用”，即要求在记忆和理解立法技术的基础上，对立法技术的分类，即立法预测技术、立法规划技术和立法表达技术进行区分和运用。

【命题方式提示】

此考点的考查方式：以选择题的形式考查立法预测技术、立法规划技术和立法表达技术。

【命题要点提示】

立法技术是指在立法过程中所形成的一切知识、经验、规则、方法和技巧的总和。立法技术直接影响到立法质量。根据立法的进程，立法技术可以分为立法预测技术、立法规划技

术和立法表达技术。立法预测技术是指对立法的发展状况、趋势和各种情况进行预计、测算的科学方法、手段和规则。立法规划技术是指对经过立法预测的立法项目进行计划、部署、编制、安排的科学方法、手段和规则。立法表达技术是指对法律规范的结构、形式、概念、术语、语言、文体等进行表述的科学方法、手段和规则。其中就立法表达技术方面的要求而言，其主要内容包括：法的名称的表达要规范和统一；法律规范的表达要完整、概括和明确；法的体例安排要规范和统一；立法语言要做到准确、严谨和简明。

法系的概念与标准

【大纲要求解读】大纲要求是“熟悉并能够运用”，即要求在记忆法系概念的基础上，熟知并运用法系的划分标准。

【命题方式提示】

以选择题考查法系的概念与划分标准。

【命题要点提示】

法系是比较法学上的基本概念。它是指根据法的历史传统和外部特征的不同，对世界各国、各民族的法所作的宏观分类。一般来说，凡属于同一法律传统或具有某些共同特征的各个国家或民族的法律就构成一个法系。

法系划分的标准，主要包括法的历史来源、主导性的法学思想方法、法的表现形式及其解释方法、特定的法律制度等。

两大法系

【大纲要求解读】大纲要求是“熟悉并能够运用”，即要求在记忆两大法系概念的基础上，可以判断法系，熟悉他们的区别。

【命题方式提示】

考查两大法系的联系与区别。

【命题要点提示】

民法法系和普通法系的区别：①在法的渊源方面，民法法系中法的正式渊源只是制定法，法院的判例是非正式的法的渊源，而普通法系中制定法、判例法都是法的正式渊源。②法律思维方面，民法法系属于演绎型思维；普通法系属于归纳式思维。③在法律的分类方面，民法法系国家一般都将公法与私法的划分作为法律分类的基础；普通法系则是以普通法与衡平法为法的基本分类，普通法处理一般案件，衡平法处理特殊案件。④在诉讼程序方面，民法法系属于纠问制诉讼；普通法系则采用对抗制诉讼程序。⑤在法典编纂方面，民法法系的主要发展阶段都有代表性的法典。普通法系虽然在近代以来制定法的数量也在不断增加，但从总体上看，不倾向进行系统的法典编纂。

2018 年法考主观题热点预测

材料:

秦火火,男,30岁,湖南省衡南县香花村人,高中毕业,北京尔玛互动营销策划有限公司员工,该公司同时也是利用互联网蓄意制造传播谣言、恶意侵害他人名誉、非法攫取经济利益的网络推手公司。如“7.23”动车事故发生后,故意编造、散布中国政府花2亿元天价赔偿外籍旅客的谣言,2个小时就被转发1.2万次,挑起民众对政府的不满情绪;编造雷锋生活奢侈情节,诬称这一道德楷模的形象完全是由国家制造的;利用“郭美美炫富事件”蓄意炒作,编造了一些地方公务员被要求必须向红十字会捐款的谣言,恶意攻击中国的慈善救援制度;捏造全国残联主席张海迪拥有日本国籍;并将著名军事专家、资深媒体记者、社会名人和一些普通群众作为攻击对象,无中生有编造故事,恶意造谣抹黑中伤。近日全国公安机关集中打击网络有组织制造传播谣言等违法犯罪专项行动拉开序幕。2013年8月19日,“秦火火”在沈阳被北京警方抓获,奉“谣言并非止于智者,而是止于下一个谣言”为圭臬的秦火火,因涉嫌寻衅滋事罪和非法经营罪被北京警方刑事拘留。同时,北京警方根据公安部部署,结合群众举报,依法立案侦查,一举打掉了一个在互联网蓄意制造传播谣言、恶意侵害他人名誉,扰乱网络秩序、非法获取经济利益的网络推手公司——北京尔玛互动营销策划有限公司。

问题:

试就本案从法理学角度分析公民权利界限、法律与自由、法律与道德的关系。

答题要求:

1. 运用掌握的法学和社会知识阐释你的观点和理由;
2. 说理充分,逻辑严谨,语言流畅,表达准确;
3. 字数不少于500字。

宪法

2018 年法考新增考点

现行宪法的历次修改

【大纲要求解读】大纲要求是“了解与理解”，了解现行宪法的历次修改，“熟悉”现行宪法的基本特点与历次宪法修正案的具体内容。

【命题方式提示】

此考点的考查方式有：第一，宪法修正案是经常考到的考点，要熟悉各个修正案的具体内容，其中可能命题的点是 2018 年的宪法修正案的内容。第二，综合考查宪法修正案的内容。

【命题要点提示】

(1) 1988 年宪法修订：国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展。私营经济是社会主义公有制经济的补充；土地的使用权可以依照法律的规定转让。

(2) 1993 年宪法修订：①明确把“我国正处于社会主义初级阶段”“建设有中国特色社会主义”“坚持改革开放”写进宪法；②增加了“中国共产党领导的多党合作和政治协商制度将长期存在和发展”；③把家庭联产承包责任制作为农村集体经济组织的基本形式确定下来；④将社会主义市场经济确定为国家的基本经济体制；⑤把县级人民代表大会的任期由 3 年改为 5 年。

(3) 1999 年宪法修订：①“我国将长期处于社会主义初级阶段”“沿着建设有中国特色社会主义的道路”、在“邓小平理论指导下”、“发展社会主义市场经济”写进宪法。②中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。③国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度。④农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。⑤在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济，是社会主义市场经济的重要组成部分。国家保护个体经济、私营经济的合法的权利和利益。国家对个体经济、私营经济实行引导、监督和管理。⑥将镇压“反革命的活动”修改为镇压“危害国家安全的犯罪活动”。

(4) 2004 年宪法修订：①增加“三个代表”指导思想。②爱国统一战线组成结构的表述中增加“社会主义事业的建设者”。③国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。④国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展，并对非公有制经济依法实行监督和管理。⑤公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。⑥国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度。⑦国家尊重和保障人权。

⑧全国人大由省、自治区、直辖市、特别行政区和军队的代表组成。各少数民族都应当有适当名额的代表。⑨将全国人大常委会、国务院对戒严的决定权改为对紧急状态的决定权；相应地，国家主席对戒严的宣布权也改为对紧急状态的宣布权。⑩将乡镇人大的任期由3年改为5年。在宪法中增加关于国歌的规定。

(5) 2018年宪法修订：①序言第7自然段增加“科学发展观、习近平新时代中国特色社会主义思想”，“健全社会主义法制”修改为“健全社会主义法治”，写入“贯彻新发展理念”和“社会文明、生态文明”，写入“把我国建设成为富强民主文明和谐美丽的社会主义现代化强国，实现中华民族伟大复兴”；②序言第10自然段“在长期的革命和建设过程中”修改为“在长期的革命、建设、改革过程中”，在爱国统一战线的组成中增加“致力于中华民族伟大复兴的爱国者”；③序言第11自然段有关社会主义民族关系增加“和谐”，第4条各民族关系也增加“和谐”；④序言第12自然段中“中国革命和建设”修改为“中国革命、建设、改革”，在对外政策中增加“坚持和平发展道路，坚持互利共赢开放战略”“推动构建人类命运共同体”；⑤第1条增加规定“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征”；⑥第24条增加规定“国家倡导社会主义核心价值观”；⑦第27条增加规定“国家工作人员就职时应当依照法律规定公开进行宪法宣誓”；⑧第79条国家主席、副主席任期删去“连续任职不得超过两届”；⑨第100条增加规定“设区的市的人民代表大会和它们的常务委员会，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，可以依照法律规定制定地方性法规，报本省、自治区人民代表大会常务委员会批准后施行”；⑩在第三章国家机构中增加“监察委员会”作为第七节。并对第3、62、63、65、67、89、101、103、104、107条相应修改，各级监察委员会是国家的监察机关，依照法律规定独立行使监察权，监察机关由人大产生、对它负责、受它监督，各级人大常委会组成人员不得担任监察机关的职务；⑪将第70条规定的全国人大专门委员会“法律委员会”改为“宪法和法律委员会”。

宪法宣誓制度

【大纲要求解读】

大纲要求是“了解与理解”，即了解宪法宣誓的概念、范围、功能、程序。

【命题方式提示】

客观题，在某个选项中体现。

【命题要点提示】

宪法宣誓，是指经过合法、正当的选举程序后，当选的国家元首或者其他国家公职人员在就职时，公开宣读誓词、承诺遵守宪法的制度。2016年1月1日起实施的《全国人民代表大会常务委员会关于实行宪法宣誓制度的决定》对我国宪法宣誓制度的内容进行了全面规定，主要包括：

(1) 宣誓主体：各级人民代表大会及县级以上各级人民代表大会常务委员会选举或者

决定任命的国家工作人员，以及各级人民政府、人民法院、人民检察院任命的国家工作人员，在就职时应当公开进行宪法宣誓。

（2）誓词内容：宣誓誓词如下：“我宣誓：忠于中华人民共和国宪法，维护宪法权威，履行法定职责，忠于祖国、忠于人民，恪尽职守、廉洁奉公，接受人民监督，为建设富强、民主、文明、和谐的社会主义国家努力奋斗！”

（3）组织机构：宣誓仪式的组织机构包括：①全国人民代表大会会议主席团。全国人民代表大会选举或者决定任命的中华人民共和国主席、副主席，全国人民代表大会常务委员会委员长、副委员长、秘书长、委员，国务院总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、中国人民银行行长、审计长、秘书长，中华人民共和国中央军事委员会主席、副主席、委员，最高人民法院院长，最高人民检察院检察长，以及全国人民代表大会专门委员会主任委员、副主任委员、委员等，进行宪法宣誓的仪式由全国人民代表大会会议主席团组织。②全国人民代表大会常务委员会委员长会议。在全国人民代表大会闭会期间，全国人民代表大会常务委员会任命或者决定任命的全国人民代表大会专门委员会个别副主任委员、委员，国务院部长、委员会主任、中国人民银行行长、审计长、秘书长，中华人民共和国中央军事委员会副主席、委员，进行宪法宣誓的仪式由全国人民代表大会常务委员会委员长会议组织；全国人民代表大会常务委员会任命的全国人民代表大会常务委员会副秘书长，全国人民代表大会常务委员会工作委员会主任、副主任、委员，全国人民代表大会常务委员会代表资格审查委员会主任委员、副主任委员、委员等，进行宪法宣誓的仪式由全国人民代表大会常务委员会委员长会议组织。③其他机关。全国人民代表大会常务委员会任命或者决定任命的最高人民法院副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长、审判员和军事法院院长，最高人民检察院副检察长、检察委员会委员、检察员和军事检察院检察长，中华人民共和国驻外全权代表，进行宪法宣誓的仪式由最高人民法院、最高人民检察院、外交部分别组织。国务院及其各部门、最高人民法院、最高人民检察院任命的国家工作人员，进行宪法宣誓的仪式由任命机关组织。

（4）宣誓方式：根据情况，可以采取单独宣誓或者集体宣誓的形式。单独宣誓时，宣誓人应当左手抚按《中华人民共和国宪法》，右手举拳，诵读誓词。集体宣誓时，由一人领誓，领誓人左手抚按《中华人民共和国宪法》，右手举拳，领诵誓词；其他宣誓人整齐排列，右手举拳，跟诵誓词。

宣誓场所应当庄重、严肃，悬挂中华人民共和国国旗或者国徽。

负责组织宣誓仪式的机关，可以根据本决定并结合实际情况，对宣誓的具体事项作出规定。

（5）地方各级人民代表大会及县级以上地方各级人民代表大会常务委员会选举或者决定任命的国家工作人员，以及地方各级人民政府、人民法院、人民检察院任命的国家工作人员，在依照法定程序产生后，进行宪法宣誓。宣誓的具体组织办法由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会参照本决定制定，报全国人民代表大会常务委员会备案。

(6) 宪法宣誓的功能：进行宪法宣誓，有助于弘扬宪法精神，强化公职人员的宪法意识和履职的责任感、使命感，在全社会推动宪法实施。有利于树立宪法权威，全面推进依法治国；有利于增强公职人员的宪法观念，激励其忠于和维护宪法；有利于提高公民的宪法意识，凝聚社会共识；有利于在全社会树立宪法信仰，推动宪法实施。

(7) 宪法宣誓的程序：宣誓仪式根据情况，可以采取单独宣誓或者集体宣誓的形式。单独宣誓时，宣誓人应当左手抚按《中华人民共和国宪法》，右手举拳，诵读誓词。集体宣誓时，由一人领誓，领誓人左手抚按《中华人民共和国宪法》，右手举拳，领诵誓词；其他宣誓人整齐排列，右手举拳，跟诵誓词。宣誓场所应当庄重、严肃，悬挂中华人民共和国国旗或者国徽。宣誓仪式应当奏唱中华人民共和国国歌。

宪法宣誓的功能

进行宪法宣誓，有助于弘扬宪法精神，强化公职人员的宪法意识和履职的责任感、使命感，在全社会推动宪法实施。

第一，有利于树立宪法权威，全面推进依法治国。宪法是国家的根本法，具有最高的法律地位、法律权威、法律效力。宪法是社会共同体的基本规则，凝聚着基本共识和价值观，是人民意志的最高体现。宪法宣誓表明宣誓人自觉接受宪法权威、服从人民意志，将宪法作为行为准则。

第二，有利于增强公职人员的宪法观念，激励其忠于和维护宪法。经人民代表大会及其常委会选举或决定任命的国家工作人员，在庄严的就职仪式上向选民或者代表机关宣誓，对国家法律和权力赋予者郑重承诺，能够使国家工作人员明确权力来源于宪法，产生神圣的使命感和强烈的责任感。

第三，有利于提高公民的宪法意识，凝聚社会共识。宪法在人们内心深处是否具有神圣的地位同宪法权威具有密切联系，这种情感是宪法权威的渊源之一。宣誓仪式本身也是对公民的宪法教育，有助于普及宪法知识，使公民对宪法产生认同感、归属感和依赖感，使尊重和维护宪法权威成为公民的心理基础。

第四，有利于在全社会树立宪法信仰，推动宪法实施。人民的内心拥护和真诚信仰是宪法权威的来源。宪法宣誓制度能够使全体人民成为宪法的忠实崇尚者、自觉遵守者、坚定捍卫者，能够增强公职人员的宪法意识，促使他们尊崇宪法、学习宪法、遵守宪法、维护宪法、运用宪法，从而为宪法的全面实施提供有力的文化基础和社会基础。

宪法宣誓的程序

宣誓仪式根据情况，可以采取单独宣誓或者集体宣誓的形式。单独宣誓时，宣誓人应当左手抚按《中华人民共和国宪法》，右手举拳，诵读誓词。集体宣誓时，由一人领誓，领誓人左手抚按《中华人民共和国宪法》，右手举拳，领诵誓词；其他宣誓人整齐排列，右手举拳，跟诵誓词。

宣誓场所应当庄重、严肃，悬挂中华人民共和国国旗或者国徽。宣誓仪式应当奏唱中华

人民共和国国歌。

监察委员会

【大纲要求解读】大纲要求是“了解与理解”。

【命题方式提示】

此考点考查监察委员会的性质和地位；组成和任期；与审判机关、检察机关、执法部门的关系。

【命题要点提示】

监察委员会是 2018 年宪法修改新增加的国家机构。

(1) 监察委员会的性质和地位。监察委员会行使国家监察职能，依照法律对所有行使公权力的公职人员进行监察，调查职务违法和职务犯罪，开展廉政建设和反腐败工作，维护宪法和法律的尊严。

(2) 监察委员会的组成和任期。国家监察委员会由全国人大产生，负责全国监察工作。国家监察委员会由主任、副主任若干人、委员若干人组成，主任由全国人大选举，副主任、委员由国家监察委员会主任提请全国人大常委会任免。国家监察委员会主任每届任期同全国人大相同，即 5 年。国家监察委员会对全国人大和全国人大常委会负责，并接受监督。

地方各级监察委员会包括省、自治区、直辖市，自治州、县、自治县、市，市辖区等三级。地方各级监察委员会由本级人大产生，负责本行政区域内的监察工作。地方各级监察委员会由主任、副主任若干人、委员若干人组成，主任由本级人大选举，副主任、委员由主任提请本级人大常委会任免。地方各级监察委员会主任每届任期同本级人大相同，即 5 年。地方各级监察委员会对本级人大及其常委会和上一级监察委员会负责，并接受监督。

(3) 监察委员会与审判机关、检察机关、执法部门的关系。监察委员会依法独立行使监察权是前提。各机关间的互相配合是各机关在各司其职的基础上，通力合作、密切配合，依法办理职务违法犯罪案件。各机关间的互相制约是监督原则的体现，也是监督权依法行使的制度保障。

(4) 对监察委员会的监督。对监察委员会的监督，主要包括国家权力机关的监督、社会监督和自我监督。

监察委员会的领导体制

《宪法》第 125 条规定：“中华人民共和国国家监察委员会是最高监察机关。国家监察委员会领导地方各级监察委员会的工作……”第 126 条规定：“国家监察委员会对全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会负责。地方各级监察委员会对产生它的国家权力机关和上一级监察委员会负责。”据此，监察委员会既要同级国家权力机关负责，又要对上一级监察委员会负责。

国家权力机关与监察委员会的关系，主要体现在人大及其常委会选举、罢免或者任免监察委员会的组成人员，以及进行各种形式的监督。

国家监察委员会领导地方各级监察委员会的工作，上级监察委员会领导下级监察委员会的工作，地方各级监察委员会要对上一级监察委员会负责。各级监察机关按照管理权限管辖本辖区内监察事项。上级监察机关可以办理下一级监察机关管辖范围内的监察事项，必要时也可以办理所辖各级监察机关管辖范围内的监察事项。监察机关之间对监察事项的管辖有争议的，由其共同的上级监察机关确定。同时，上级监察机关可以将其所管辖的监察事项指定下级监察机关管辖，也可以将下级监察机关有管辖权的监察事项指定给其他监察机关管辖。监察机关认为所管辖的监察事项重大、复杂，需要由上级监察机关管辖的，可以请求移送上级监察机关管辖。

监察委员会与审判机关、检察机关、执法部门的关系

《宪法》第127条规定：“监察委员会依照法律规定独立行使监察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。监察机关办理职务违法和职务犯罪案件，应当与审判机关、检察机关、执法部门互相配合、相互制约。”监察机关履行监督、调查、处置职责，行使调查权限，行政机关、社会团体和个人无权干涉。同时，监察机关办理职务违法职务犯罪案件，应当与审判机关、检察机关、执法部门互相配合、互相制约。这是监察权行使的基本行为准则之一，是调整监察委员会与审判机关、检察机关、执法部门关系的基本要求。

1. 监察委员会依法独立行使监察权是前提。监察委员会成立后，法院、检察院、公安机关、审计机关等国家机关在工作中发现公职人员涉嫌贪污贿赂、失职渎职等职务违法或者职务犯罪的问题线索，应当移送监察机关，由监察机关依法调查处置。被调查人既涉嫌严重职务违法或者职务犯罪，又涉嫌其他违法犯罪的，一般应当由监察机关为主调查，其他机关予以协助。

2. 各机关间的互相配合是各机关在各司其职的基础上，通力合作、密切配合，依法办理职务违法职务犯罪案件。监察机关在工作中需要协助的，有关机关和单位应当根据监察机关的要求依法予以协助。在办理职务违法职务犯罪案件的程序上，对涉嫌职务犯罪的行为，监察委员会享有监督调查处置权限，监察委员会调查终结后移送检察机关依法审查、提起公诉，由法院审判。

3. 各机关间的互相制约是监督原则的体现，也是监督权依法行使的制度保障。对监察机关移送的案件，检察院认为犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的，应当作出起诉决定。检察院经审查后，认为需要补充核实的，应当退回监察机关补充调查，必要时可以自行补充侦查。检察院对于有刑事诉讼法规定的不予起诉的情形的，经上一级检察院批准，依法作出不予起诉的决定。对于监察委员会所作结论，检察院认为不构成犯罪的可以退回补充调查，也可以作出不予起诉的决定。监察机关认为不予起诉的决定有错误的，可要求复议。

对监察委员会的监督

对监察委员会的监督，主要包括国家权力机关的监督、社会监督和自我监督。

1. 监察委员会应当接受本级人大及其常委会的监督。各级人大常委会听取和审议本级监察机关的专项工作报告，根据需要可以组织执法检查。县级以上各级人大及其常委会举行会议时，人大代表或者常委会组成人员可以依照法定程序就监察工作中的有关问题提出询问或者质询。

2. 监察委员会应当依法公开监察工作信息，接受民主监督、社会监督、舆论监督。

3. 监察委员会通过设立内部专门的监督机构等方式，加强对监察人员执行职务和遵守法律情况的监督，建设忠诚、干净、担当的监察队伍。法律赋予了被调查人及其近亲属向内设监督机构的申诉权，这是对监察委员会进行监督的重要方式。监察机关及其工作人员有违法行为的，被调查人及其近亲属有权向该机关申诉；受理申诉的监察机关应当及时处理。申诉人对处理不服的，可以在法定期限内向上一级监察机关申请复查，上一级监察机关应当在法定期限内处理，情况属实的，及时予以纠正。

国家的基本制度（下）

国家标志

一、宪法与国家

宪法是国家根本法，是国家各种制度和法律法规的总依据。可以说，没有宪法就不足以构成现代国家。同样，没有国家这个政治基础，宪法存在和发挥规范作用的基础也就不具备了。

国家标志又称国家象征，一般是指由宪法和法律规定的，代表国家的主权、独立和尊严的象征和标志，主要包括国旗、国歌、国徽和首都等。作为国际交往中的国家识别标志，世界各国几乎都有自己的国家象征。它代表了一个国家的主权、独立和尊严，反映了一个国家的历史传统、民族精神。

二、国旗、国歌、国徽、首都

国旗、国歌、国徽、首都都是国家的标志，是国家的主权、独立和尊严的象征。我国《宪法》第四章“国旗、国歌、国徽、首都”对国家标志作出明确规定，国旗法、国歌法、国徽法等对相应制度作出更具体的规定。

我国国旗是五星红旗。下列场所或者机构所在地应当每日升挂国旗：（1）北京天安门广场、新华门；（2）全国人大常委会、国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院、中国人民政治协商会议全国委员会；（3）外交部；（4）出境入境的机场、港口、火车站和其他边境口岸，边防海防哨所。国务院各部门、地方各级人大常委会、人民政府、人民法院、人民检察院、中国人民政治协商会议地方各级委员会应当在工作日升挂国旗。全日制学校，除寒假、暑假和星期日外，应当每日升挂国旗。此外，在国庆节、国际劳动节、元旦和春节，各级国家机关和各人民团体应当升挂国旗。企业事业组织，村民委员会、居民

委员会，城镇居民院（楼）以及广场、公园等公共活动场所，有条件的可以升挂国旗。

我国国歌是《义勇军进行曲》。在下列场合应当奏唱国歌：（1）全国人大会议和地方各级人大会议的开幕、闭幕，中国人民政治协商会议全国委员会会议和地方各级委员会会议的开幕、闭幕；（2）各政党、各人民团体的各级代表大会等；（3）宪法宣誓仪式；（4）升国旗仪式；（5）各级机关举行或者组织的重大庆典、表彰、纪念仪式等；（6）国家公祭仪式；（7）重大外交活动；（8）重大体育赛事；（9）其他应当奏唱国歌的场合。

我国国徽，中间是五星照耀下的天安门，周围是谷穗和齿轮。下列机构应当悬挂国徽（1）县级以上各级人大常委会；（2）县级以上各级人民政府；（3）中央军事委员会；（4）各级人民法院和专门人民法院；（5）各级人民检察院和专门人民检察院；（6）外交部；（7）国家驻外使馆、领馆和其他外交代表机构。乡、民族乡、镇的人民政府可以悬挂国徽。国徽应当悬挂在机关正门上方正中处。下列场所应当悬挂国徽（1）北京天安门城楼，人民大会堂；（2）县级以上各级人大及其常委会会议厅；（3）各级人民法院和专门人民法院的审判庭；（4）出境入境口岸的适当场所。国徽及其图案不得用于商标、广告、日常生活的陈设布置、私人庆吊活动和国务院办公厅规定不得使用的其他场合。

我国首都都是北京。

司法制度和法律职业道德

2018 年法考新增考点

中国特色社会主义司法制度

【大纲要求解读】大纲要求是“理解”，即在记忆的基础上综合掌握中国特色社会主义司法制度。

【命题方式提示】

此考点的考查方式在于结合对中国特色社会主义司法制度的理解，分析中国特色社会主义司法制度内容。

【命题要点提示】

中国特色社会主义司法制度是一个科学系统，不仅包括一系列独具中国特色的司法规范、司法组织、司法机构、司法程序、司法机制、司法制度和司法人力资源体系，而且包括独具中国特色的司法理念、司法理论、司法政策、司法文化、司法保障等丰富内容。中国特色社会主义司法制度已经建成，突出表现在司法制度机制逐步健全，司法组织体系逐步完善，机构设置和人员配备逐步合理，司法功能不断拓展，司法程序不断完善，司法行为不断规范，司法条件不断改善，队伍素质不断提高，司法体制改革有效实施，等等。公正司法正在深入推进，具体如下：

体系	内容
司法规范体系	建构中国特色社会主义司法制度、司法组织以及规范司法活动的各种法律规范
司法组织体系	党和国家非常重视司法组织体系或系统建设，司法组织体系和相关组织体系已经建成并不断完善。司法组织体系主要指审判组织体系和检察组织体系。
司法制度体系	我国法律体系中关于司法制度的法律规范体系。各项司法制度既是司法机关明确职责分工和履行司法职能的平台，也是监督和规范司法行为的基本规则。我国各项司法制度已经比较完善并基本适应司法实践需要，主要包括六大制度，即侦查制度、检察制度、审判制度、监狱制度、律师制度和公证制度。还有人民调解制度、人民陪审员制度、死刑复核制度、审判监督制度、司法解释制度以及案例指导制度等，都是独具中国特色的司法制度。
司法人员管理体系	我国的司法人员是指有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员及辅助人员。经过几十年的改革发展和教育培训，各系统的司法人员队伍数量不断扩大，素质不断提高，分类日益科学。

国家统一法律职业资格考试

【大纲要求解读】大纲要求是“了解”，即了解“国家统一法律职业资格考试”的含义。

【命题方式提示】

本考点可能考查“国家统一法律职业资格考试”的发展历程以及哪些职业需要该资格作为从业要求。

【命题要点提示】

根据《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，2015年9月30日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于完善国家统一法律职业资格制度的意见》，将司法考试制度调整为国家统一法律职业资格考试制度。2017年9月1日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过了《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国法官法〉等八部法律的决定》，对《法官法》《检察官法》《公务员法》《律师法》《公证法》《仲裁法》《行政复议法》《行政处罚法》等法律的有关条款进行修改，自2018年1月1日起施行。这一修改规定初任法官、检察官采用考试、考核的办法，按照德才兼备的标准，从通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格并且具备法官、检察官条件的人员中择优提出人选；国家对初任法官、检察官实行统一法律职业资格考试制度，由国务院司法行政部门商最高人民法院、最高人民检察院等有关部门组织实施。国家对行政机关中初次从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决、法律顾问的公务员实行统一法律职业资格考试制度，由国务院司法行政部门商有关部门组织实施。申请律师执业应当通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格。担任公证员应当通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格。仲裁员应当符合的条件之一为通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格，从事仲裁工作满8年。2018年4月，司法部通过了《国家统一法律职业资格考试实施办法》，对国家统一法律职业资格考试的考试组织、报名条件、考试内容和方式、资格管理、违纪处理等进行了规定，为具体实施国家统一法律职业资格考试提供了依据，并自2018年4月起施行。这表明，我国从2018年开始正式实施国家统一法律职业资格考试制度。

法律顾问职业道德的概念与主要内容

【大纲要求解读】大纲要求是“理解”，即在记忆的基础上综合掌握法律顾问职业道德的概念与主要内容。

【命题方式提示】

结合对法律顾问职业道德的理解，分析法律顾问职业道德的特征；考查法律顾问工作职责；考查法律顾问职业道德的内容。

【命题要点提示】

法律顾问包括党政机关法律顾问以及国有企业法律顾问，其中党政机关法律顾问也称为政府法律顾问。

（1）党政机关法律顾问的主要工作职责。

①为重大决策、重大行政行为提供法律意见；②参与法律法规规章草案、党内法规草案和规范性文件送审稿的起草、论证；③参与合作项目的洽谈，协助起草、修改重要的法律文书或者以党政机关为一方当事人的重大合同；④为处置涉法涉诉案件、信访案件和重大突发事件等提供法律服务；⑤参与处理行政复议、诉讼、仲裁等法律事务；⑥所在党政机关规定的其他职责。

（2）国有企业法律顾问的主要工作职责。

①参与企业章程、董事会运行规则的制定；

②对企业重要经营决策、规章制度、合同进行法律审核；③为企业改制重组、并购上市、产权转让、破产重整、和解及清算等重大事项提出法律意见；④组织开展合规管理、风险管理、知识产权管理、外聘律师管理、法治宣传教育培训、法律咨询；⑤组织处理诉讼、仲裁案件；⑥所在企业规定的其他职责。

（3）法律顾问职业道德大致包括以下几方面内容。

①忠诚法律。

法律顾问应当忠于宪法和法律，以事实为依据，以法律为准绳。

②保持独立。

法律顾问在提供法律服务过程中不受他人意志的干扰，仅仅依照法律的规定或依照法律的精神对事实作出合乎价值的判断。

③保守秘密。

法律顾问应遵守保密原则，不得泄露党和国家的秘密、工作秘密、商业秘密以及其他不应公开的信息，不得擅自对外透露所承担的工作内容。法律顾问在职业活动中有权获得与履行职责相关的信息、文件等资料。

仲裁员职业道德的概念与主要内容

【大纲要求解读】大纲要求是“理解”，即在记忆的基础上综合掌握仲裁员职业道德的特征。

【命题方式提示】

结合对仲裁员职业道德的理解，分析仲裁员职业道德的特征；考查仲裁员工作职责；考查仲裁员职业道德的内容。

【命题要点提示】

仲裁员是指有权接受当事人的选定或者仲裁机构的指定，具体审理、裁决案件的人员。从仲裁员的定义中可以看出，仲裁员的选定方式有两种：一是由当事人选定；二是由仲裁机构指定。

我国的《仲裁法》对仲裁员职业道德进行了原则性的规定。

（1）独立公正

根据《仲裁法》的规定，仲裁应该根据事实、法律规定，公平合理地解决纠纷；仲裁依法独立进行，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。独立公正是仲裁的灵魂和生命。为了保证独立公正地审理案件，仲裁员要做到以下几点：

①保持廉洁。

②保持独立。

③主动披露。

（2）诚实信用

仲裁员作为纠纷的裁决者，判定当事人之间的权利与义务关系，应当秉承善意、恪守诚信。

（3）勤勉高效

（4）保守秘密

仲裁员要忠实地履行保密义务。保密义务包括两个方面：一是仲裁员不得向当事人或外界透露本人的看法和合议庭合议的情况，对涉及仲裁程序、仲裁裁决的事项应保守秘密。二是仲裁员还要为当事人保密，尤其是要保护当事人的商业秘密不泄露。

（5）尊重同行

相互尊重主要是指仲裁员之间的相互配合与支持。

行政机关中从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决的公务员职业道德的概念与主要内容

【大纲要求解读】大纲要求是“理解”，即在记忆的基础上综合掌握行政机关中从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决的公务员职业道德的概念与主要内容。

【命题方式提示】

结合对行政机关中从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决的公务员职业道德的概念与主要内容考查公务员职业道德的内容。

【命题要点提示】

行政机关中从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决的公务员职业道德是行政机关中从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决的公务员在履行职责的过程中形成并且应当遵守的道德原则和道德规范，以及在其特定职业实践中形成和表现出来的道德传统、道德心理意识、道德品质等，为在行政执法实践活动中形成的特定职业责任的价值表达。

行政机关中从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决的公务员职业道德的主要内容包括以下两个方面。

（1）公务员职业道德的基本要求

- ①坚定信念。
- ②忠于国家。
- ③服务人民。
- ④恪尽职守。
- ⑤依法办事。
- ⑥公正廉洁。

（2）行政机关中从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决的公务员职业道德的特定要求

- ①坚持合法性兼顾合理性。
- ②秉公执法，兼顾效率。
- ③文明执法，以礼待人。
- ④公开透明，权责一致。

刑法

2018 年法考新增考点

非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪

【大纲要求解读】理解，即理解该罪的概念、特征（犯罪构成）。

【命题方式提示】

本考点考查方式：根据题目及选项中的案例，判断某行为是否成立本罪。

【命题要点提示】

本罪是指自然人或者单位违反国家规定，侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统以外的其他计算机信息系统或者采用其他技术手段，获取该计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据，或者对该计算机信息系统实施非法控制，情节严重的行为。只要是通过非法侵入方式或者其他技术手段，违反他人意志，获取他人计算机信息系统中存储、处理或者传输的部分数据或者全部数据的，均属于本罪的“获取”；获取后是否利用该数据，不影响本罪的成立。因此，侵入计算机信息系统后下载其储存的数据，可以认定为非法获取计算机信息系统数据。通过非法侵入方式或者其他技术手段，违反他人意志完全控制或者部分控制他人计算机信息系统的（能够接受行为发出的指令，完成相应的操作），均属于“非法控制”。明知是他人非法控制的计算机信息系统，而对该计算机信息系统的控制权加以利用的，也属于“非法控制”。犯本罪的，根据《刑法》第 285 条第 2 款的规定处罚。

提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序工具罪

【大纲要求解读】理解，即理解该罪的概念、特征（犯罪构成）。

【命题方式提示】

本考点考查方式：根据题目及选项中的案例，判断某行为是否成立本罪。

【命题要点提示】

本罪是指自然人或者单位提供专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具，或者明知他人实施侵入、非法控制计算机信息系统的违法犯罪行为而为其提供程序、工具，情节严重的行为。根据司法解释的规定，具有下列情形之一的程序、工具，应当认定为“专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具”：（1）具有避开或者突破计算机信息系统安全保护措施，未经授权或者超越授权获取计算机信息系统数据的功能的；（2）具有避开或者突破计算机信息系统安全保护措施，未经授权或者超越授权对计算机信息系统实施控制的功能的；（3）其他专门设计用于侵入、非法控制计算机信息系统、非法获取计算

机信息系统数据的程序、工具。成立本罪，要求情节严重。犯本罪的，根据《刑法》第 285 条第 3 款的规定处罚。

侮辱国歌罪

【大纲要求解读】理解，即理解该罪的概念、特征（犯罪构成）。

【命题方式提示】

本考点考查方式：根据题目及选项中的案例，判断某行为是否成立侮辱国歌罪。

【命题要点提示】

本罪是指在公共场合，故意篡改中华人民共和国国歌歌词、曲谱，以歪曲、贬损方式奏唱国歌，或者以其他方式侮辱国歌，情节严重的行为。其他方式主要是指做出各种贬低国歌的动作，如在播放或者他人奏唱国歌时，吹嘘声、喝倒彩、进行不雅的身体动作，等等。本罪为故意犯，确因五音不全以致歌唱国歌极不悦耳的，不构成犯罪。犯本罪的，根据《刑法》第 299 条第 1 款的规定处罚。

正当防卫和紧急避险

李某、杜某过失致人死亡案

【案例指引】

本案例考查的考点是正当防卫、紧急避险，对正当防卫的起因条件、限度条件、特殊防卫、假想防卫、事后防卫、紧急避险、不作为犯以及认识错误等进行了全面考查。对于深入理解正当防卫、紧急避险的成立条件，以及不符合正当防卫、紧急避险的行为的定性具有很好的参考意义。

【案情】

某日凌晨 2 时许，李某及其妻杜某在家中睡觉时被院内狗叫声吵醒，杜某走到院门口，看见同村精神病人刘甲（男，殁年 42 岁）持尖刀刺其院门，并声称要“劫道”。杜某猛推刘甲一把，致其撞在院墙上受轻伤，后杜某返身逃走。（事实一）

李某见状立即回院内取来一根铁管，并打电话通知村治保主任等人前来帮忙。刘甲又来到李某家厨房外，用尖刀割开厨房纱窗，李某用铁管打了刘甲一下，刘甲遂躲进院内玉米地。李某持铁管进玉米地寻找刘甲，在玉米地里与刘甲相遇。刘甲持尖刀袭击李某，李某持铁管击打刘甲。（事实二）

此时，刘甲的父亲刘乙，为了寻自己的儿子刘甲，进入李某院内。见李某正与刘甲对打，想救刘甲。遂从地上拾起一根木棍走上前去，想要打掉刘甲手中的尖刀。（事实三）

李某未能认出刘乙，因天黑误以为是刘甲的同伙，疑为要袭击自己，随即用手中的铁管捅了一下刘乙的胸部，致刘乙因气血胸倒地（重伤）。李某又打向持尖刀的刘甲的头部，致刘甲倒地受重伤。刘乙喊了一声“我是刘乙”就昏过去。李某闻声停住，方知出错。（事实

四) 杜某拿着手电筒赶来,发现躺在地上的刘甲、刘乙,就跟李某讲,“打伤人!这下麻烦了!”夫妻二人蹲在地上想办法,李某说“算了不管了,反正是刘甲先刺我的”。于是二人回屋。两小时后,村治保主任来屋问情况。李某谎称“刘甲跑了”,隐瞒了人还在玉米地的情况(事实五)。

近中午时分,杜某去玉米地看,发现刘甲也无气息,遂给李某说:“不如把人埋了。”二人遂合力挖坑,把刘甲、刘乙的“尸体”埋入坑内。三天后,事情败露,公安人员从坑中将二人尸体挖出。经法医鉴定,刘甲系掩埋之前因重伤未及时救治死亡,刘乙系掩埋之后窒息身亡。(事实六)

【问题】

对于事实一,杜某是否构成正当防卫?说明理由。

对于事实二,事实五、事实六,李某对刘甲是否构成正当防卫?说明理由。

对于事实三,如果案情事实是:刘乙为了救刘甲,而用木棍打了李某,造成李某轻伤。则刘乙是否构成正当防卫、紧急避险?说明理由。

对于事实四、事实五、事实六,李某、杜某导致对刘乙死亡的行为如何评价?说明理由。

最高人民法院第 18 批指导性案例 93 号

于欢故意伤害案

(最高人民法院审判委员会讨论通过 2018 年 6 月 20 日发布)

关键词

刑事/故意伤害罪/非法限制人身自由/正当防卫/防卫过当

裁判要点

1. 对正在进行的非法限制他人人身自由的行为,应当认定为刑法第二十条第一款规定的“不法侵害”,可以进行正当防卫。

2. 对非法限制他人人身自由并伴有侮辱、轻微殴打的行为,不应当认定为刑法第二十条第三款规定的“严重危及人身安全的暴力犯罪”。

3. 判断防卫是否过当,应当综合考虑不法侵害的性质、手段、强度、危害程度,以及防卫行为的性质、时机、手段、强度、所处环境和损害后果等情节。对非法限制他人人身自由并伴有侮辱、轻微殴打,且并不十分紧迫的不法侵害,进行防卫致人死亡重伤的,应当认定为刑法第二十条第二款规定的“明显超过必要限度造成重大损害”。

4. 防卫过当案件,如系因被害人实施严重贬损他人人格尊严或者亵渎人伦的不法侵害引发的,量刑时对此应予充分考虑,以确保司法裁判既经得起法律检验,也符合社会公平正义观念。

相关法条

《中华人民共和国刑法》第 20 条

基本案情

被告人于欢的母亲苏某在山东省冠县工业园区经营山东源大工贸有限公司(以下简称源大公司),于欢系该公司员工。2014 年 7 月 28 日,苏某及其丈夫于某 1 向吴某、赵某 1 借款 100 万元,双方口头约定月息 10%。至 2015 年 10 月 20 日,苏某共计还款 154 万元。其间,吴某、赵某 1 因苏某还款不及时,曾指使被害人郭某 1 等人采取在源大公司车棚内驻扎、在办公楼前支锅做饭等方式催债。2015 年 11 月 1 日,苏某、于某 1 再向吴某、赵某 1 借款 35 万元。其中 10 万元,双方口头约定月息 10%;另外 25 万元,通过签订房屋买卖合同,用于某 1 名下的一套住房作为抵押,双方约定如逾期还款,则将该住房过户给赵某 1。2015 年 11 月 2 日至 2016 年 1 月 6 日,苏某共计向赵某 1 还款 29.8 万元。吴某、赵某 1 认为该 29.8 万元属于偿还第一笔 100 万元借款的利息,而苏某夫妇认为是用于偿还第二笔借款。吴某、赵某 1 多次催促苏某夫妇继续还款或办理住房过户手续,但苏某夫妇未再还款,也未办理住房过户。

2016 年 4 月 1 日,赵某 1 与被害人杜某 2、郭某 1 等人将于某 1 上述住房的门锁更换并强行入住,苏某报警。赵某 1 出示房屋买卖合同,民警调解后离去。同月 13 日上午,吴某、赵某 1 与杜某 2、郭某 1、杜某 7 等人将上述住房内的物品搬出,苏某报警。民警处警时,吴某称系房屋买卖纠纷,民警告知双方协商或通过诉讼解决。民警离开后,吴某责骂苏某,并将苏某头部按入座便器接近水面位置。当日下午,赵某 1 等人将上述住房内物品搬至源大公司门口。其间,苏某、于某 1 多次拨打市长热线求助。当晚,于某 1 通过他人调解,与吴某达成口头协议,约定次日将住房过户给赵某 1,此后再付 30 万元,借款本金及利息即全部结清。

4 月 14 日,于某 1、苏某未去办理住房过户手续。当日 16 时许,赵某 1 纠集郭某 2、郭某 1、苗某、张某 3 到源大公司讨债。为找到于某 1、苏某,郭某 1 报警称源大公司私刻财务章。民警到达源大公司后,苏某与赵某 1 等人因还款纠纷发生争吵。民警告知双方协商解决或到法院起诉后离开。李某 3 接赵某 1 电话后,伙同么某、张某 2 和被害人严某、程某到达源大公司。赵某 1 等人先后在办公楼前呼喊,在财务室内、餐厅外盯守,在办公楼门厅外烧烤、饮酒,催促苏某还款。其间,赵某 1、苗某离开。20 时许,杜某 2、杜某 7 赶到源大公司,与李某 3 等人一起饮酒。20 时 48 分,苏某按郭某 1 要求到办公楼一楼接待室,于欢及公司员工张某 1、马某陪同。21 时 53 分,杜某 2 等人进入接待室讨债,将苏某、于欢的手机收走放在办公桌上。杜某 2 用污秽言语辱骂苏某、于欢及其家人,将烟头弹到苏某胸

前衣服上，将裤子褪至大腿处裸露下体，朝坐在沙发上的苏某等人左右转动身体。在马某、李某3劝阻下，杜某2穿好裤子，又脱下于欢的鞋让苏某闻，被苏某打掉。杜某2还用手拍打于欢面颊，其他讨债人员实施了揪抓于欢头发或按压于欢肩部不准其起身等行为。22时07分，公司员工刘某打电话报警。22时17分，民警朱某带领辅警宋某、郭某3到达源大公司接待室了解情况，苏某和于欢指认杜某2殴打于欢，杜某2等人否认并称系讨债。22时22分，朱某警告双方不能打架，然后带领辅警到院内寻找报警人，并给值班民警徐某打电话通报警情。于欢、苏某想随民警离开接待室，杜某2等人阻拦，并强迫于欢坐下，于欢拒绝。杜某2等人卡于欢颈部，将于欢推拉至接待室东南角。于欢持刃长15.3厘米的单刃尖刀，警告杜某2等人不要靠近。杜某2出言挑衅并逼近于欢，于欢遂捅刺杜某2腹部一刀，又捅刺围逼在其身边的程某胸部、严某腹部、郭某1背部各一刀。22时26分，辅警闻声返回接待室。经辅警连续责令，于欢交出尖刀。杜某2等四人受伤后，被杜某7等人驾车送至冠县人民医院救治。次日2时18分，杜某2经抢救无效，因腹部损伤造成肝固有动脉裂伤及肝右叶创伤导致失血性休克死亡。严某、郭某1的损伤均构成重伤二级，程某的损伤构成轻伤二级。

裁判结果

山东省聊城市中级人民法院于2017年2月17日作出（2016）鲁15刑初33号刑事附带民事判决，认定被告人于欢犯故意伤害罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并赔偿附带民事原告人经济损失。

宣判后，被告人于欢及部分原审附带民事诉讼原告人不服，分别提出上诉。山东省高级人民法院经审理于2017年6月23日作出（2017）鲁刑终151号刑事附带民事判决：驳回附带民事上诉，维持原判附带民事部分；撤销原判刑事部分，以故意伤害罪改判于欢有期徒刑五年。

裁判理由

法院生效裁判认为：被告人于欢持刀捅刺杜某2等四人，属于制止正在进行的不法侵害，其行为具有防卫性质；其防卫行为造成一人死亡、二人重伤、一人轻伤的严重后果，明显超过必要限度造成重大损害，构成故意伤害罪，依法应负刑事责任。鉴于于欢的行为属于防卫过当，于欢归案后如实供述主要罪行，且被害方有以恶劣手段侮辱于欢之母的严重过错等情节，对于欢依法应当减轻处罚。原判认定于欢犯故意伤害罪正确，审判程序合法，但认定事实不全面，部分刑事判项适用法律错误，量刑过重，遂依法改判于欢有期徒刑五年。

本案在法律适用方面的争议焦点主要有两个方面：一是于欢的捅刺行为性质，即是否具有防卫性、是否属于特殊防卫、是否属于防卫过当；二是如何定罪处罚。

一、关于于欢的捅刺行为性质

《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第二十条第一款规定：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。”由此可见，成立正当防卫必须同时具备以下五项条件：一是防卫起因，不法侵害现实存在。不法侵害是指违背法律的侵袭和损害，既包括犯罪行为，又包括一般违法行为；既包括侵害人身权利的行为，又包括侵犯财产及其他权利的行为。二是防卫时间，不法侵害正在进行。正在进行是指不法侵害已经开始并且尚未结束的这段时期。对尚未开始或已经结束的不法侵害，不能进行防卫，否则即是防卫不适时。三是防卫对象，即针对不法侵害者本人。正当防卫的对象只能是不法侵害人本人，不能对不法侵害人之外的人实施防卫行为。在共同实施不法侵害的场合，共同侵害具有整体性，可对每一个共同侵害人进行正当防卫。四是防卫意图，出于制止不法侵害的目的，有防卫认识和意志。五是防卫限度，尚未明显超过必要限度造成重大损害。这就是说正当防卫的成立条件包括客观条件、主观条件和限度条件。客观条件和主观条件是定性条件，确定了正当防卫“正”的性质和前提条件，不符合这些条件的不是正当防卫；限度条件是定量条件，确定了正当防卫“当”的要求和合理限度，不符合该条件的虽然仍有防卫性质，但不是正当防卫，属于防卫过当。防卫过当行为具有防卫的前提条件和制止不法侵害的目的，只是在制止不法侵害过程中，没有合理控制防卫行为的强度，明显超过正当防卫必要限度，并造成不应有的重大损害后果，从而转化为有害于社会的违法犯罪行为。根据本案认定的事实、证据和我国刑法有关规定，于欢的捅刺行为虽然具有防卫性，但属于防卫过当。

首先，于欢的捅刺行为具有防卫性。案发当时杜某2等人对于欢、苏某持续实施着限制人身自由的非法拘禁行为，并伴有侮辱人格和对于欢推搡、拍打等行为；民警到达现场后，于欢和苏某想随民警走出接待室时，杜某2等人阻止二人离开，并对于欢实施推拉、围堵等行为，在于欢持刀警告时仍出言挑衅并逼近，实施正当防卫所要求的不法侵害客观存在并正在进行；于欢是在人身自由受到违法侵害、人身安全面临现实威胁的情况下持刀捅刺，且捅刺的对象都是在其警告后仍向其靠近围逼的人。因此，可以认定其是为了使本人和其母亲的人身权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害行为，具备正当防卫的客观和主观条件，具有防卫性质。

其次，于欢的捅刺行为不属于特殊防卫。《刑法》第二十条第三款规定：“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。”根据这一规定，特殊防卫的适用前提条件是存在严重危及本人或他人人身安全的暴力犯罪。本案中，虽然杜某2等人对于欢母子实施了非法限制人身自由、侮辱、轻微殴打等人身侵害行为，但这些不法侵害不是严重危及人身安全的暴力犯罪。其一，杜某2等人实施的非法限制人身自由、侮辱等不法侵害行为，虽然侵犯了于欢母子的人身自由、人格尊严等合法权益，但并不具有严重危及于欢母子人身安全的性质；其二，杜某2等人按肩膀、推拉等强制或者殴打行为，虽然让于欢母子的人身安全、身体健康权遭受了侵害，但这种不法侵害只是轻微的暴力侵犯，既不是针对生

命权的不法侵害，又不是发生严重侵害于欢母子身体健康权的情形，因而不属于严重危及人身安全的暴力犯罪。其三，苏某、于某1系主动通过他人协调、担保，向吴某借贷，自愿接受吴某所提10%的月息。既不存在苏某、于某1被强迫向吴某高息借贷的事实，又不存在吴某强迫苏某、于某1借贷的事实，与司法解释以借贷为名采用暴力、胁迫手段获取他人财物以抢劫罪论处的规定明显不符。可见杜某2等人实施的多种不法侵害行为，符合可以实施一般防卫行为的前提条件，但不具备实施特殊防卫的前提条件，故于欢的捅刺行为不属于特殊防卫。

最后，于欢的捅刺行为属于防卫过当。《刑法》第二十条第二款规定：“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。”由此可见，防卫过当是在具备正当防卫客观和主观前提条件下，防卫反击明显超越必要限度，并造成致人重伤或死亡的过当结果。认定防卫是否“明显超过必要限度”，应当从不法侵害的性质、手段、强度、危害程度，以及防卫行为的性质、时机、手段、强度、所处环境和损害后果等方面综合分析判定。本案中，杜某2一方虽然人数较多，但其实施不法侵害的意图是给苏某夫妇施加压力以催讨债务，在催债过程中未携带、使用任何器械；在民警朱某等进入接待室前，杜某2一方对于欢母子实施的是非法限制人身自由、侮辱和对于欢拍打面颊、揪抓头发等行为，其目的仍是逼迫苏某夫妇尽快还款；在民警进入接待室时，双方没有发生激烈对峙和肢体冲突，当民警警告不能打架后，杜某2一方并无打架的言行；在民警走出接待室寻找报警人期间，于欢和讨债人员均可透过接待室玻璃清晰看见停在院内的警车警灯闪烁，应当知道民警并未离开；在于欢持刀警告不要逼过来时，杜某2等人虽有出言挑衅并向于欢围逼的行为，但并未实施强烈的攻击行为。因此，于欢面临的不法侵害并不紧迫和严重，而其却持刃长15.3厘米的单刃尖刀连续捅刺四人，致一人死亡、二人重伤、一人轻伤，且其中一人系被背后捅伤，故应当认定于欢的防卫行为明显超过必要限度造成重大损害，属于防卫过当。

二、关于定罪量刑

首先，关于定罪。本案中，于欢连续捅刺四人，但捅刺对象都是当时围逼在其身边人，未对离其较远的其他不法侵害人进行捅刺，对不法侵害人每人捅刺一刀，未对同一不法侵害人连续捅刺。可见，于欢的目的在于制止不法侵害并离开接待室，在案证据不能证实其具有追求或放任致人死亡危害结果发生的故意，故于欢的行为不构成故意杀人罪，但他为了追求防卫效果的实现，对致多人伤亡的过当结果的发生持听之任之的态度，已构成防卫过当情形下的故意伤害罪。认定于欢的行为构成故意伤害罪，既是严格司法的要求，又符合人民群众的公平正义观念。

其次，关于量刑。《刑法》第二十条第二款规定：“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。”综合考虑本案防卫权益的性质、

防卫方法、防卫强度、防卫起因、损害后果、过当程度、所处环境等情节，对于欢应当减轻处罚。

被害方对引发本案具有严重过错。本案案发前，吴某、赵某1指使杜某2等人实施过侮辱苏某、干扰源大公司生产经营等逼债行为，苏某多次报警，吴某等人的不法逼债行为并未收敛。案发当日，杜某2等人对于欢、苏某实施非法限制人身自由、侮辱及对于欢间有推搡、拍打、卡颈部等行为，于欢及其母亲苏某连日来多次遭受催逼、骚扰、侮辱，导致于欢实施防卫行为时难免带有恐惧、愤怒等因素。尤其是杜某2裸露下体侮辱苏某对引发本案有重大过错。案发当日，杜某2当着于欢之面公然以裸露下体的方式侮辱其母亲苏某。虽然距于欢实施防卫行为已间隔约二十分钟，但于欢捅刺杜某2等人时难免带有报复杜某2辱母的情绪，故杜某2裸露下体侮辱苏某的行为是引发本案的重要因素，在刑罚裁量上应当作为对于欢有利的情节重点考虑。

杜某2的辱母行为严重违法、亵渎人伦，应当受到惩罚和谴责，但于欢在民警尚在现场调查，警车仍在现场闪烁警灯的情形下，为离开接待室摆脱围堵而持刀连续捅刺四人，致一人死亡、二人重伤、一人轻伤，且其中一重伤者系于欢从背部捅刺，损害后果严重，且除杜某2以外，其他三人并未实施侮辱于欢母亲的行为，其防卫行为造成损害远远大于其保护的合法权益，防卫明显过当。于欢及其母亲的人身自由和人格尊严应当受到法律保护，但于欢的防卫行为明显超过必要限度并造成多人伤亡严重后果，超出法律所容许的限度，依法也应当承担刑事责任。

根据我国刑法规定，故意伤害致人死亡的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑；防卫过当的，应当减轻或者免除处罚。如上所述，于欢的防卫行为明显超过必要限度造成重大伤亡后果，减轻处罚依法应当在三至十年有期徒刑的法定刑幅度内量刑。鉴于于欢归案后如实供述主要罪行，且被害方有以恶劣手段侮辱于欢之母的严重过错等可以从轻处罚情节，综合考虑于欢犯罪的事实、性质、情节和危害后果，遂判处于欢有期徒刑五年。

（生效裁判审判人员：
吴靖、刘振会、王文兴）

2018 年法考主观题热点预测

材料：

甲女在小荒山上与身强体壮的搬运工人乙某相遇。乙某身揣屠刀一把，拟去正操办婚事的弟弟家杀猪宰羊，见甲女孤身一人，顿起淫心，先以秽语挑逗，要求发生两性关系，被甲女责骂拒绝。乙某即亮出屠刀威逼甲女脱衣服。甲女见乙某身强体壮，相貌凶恶，且手持屠刀，而周围一片荒野，既不见房舍，又不通行人，自己赤手空拳难以抵御，便假作应允，说到前面找一地方，以作缓兵之计。走到山脚，甲女见前面有一堵矮墙，下面是一个很大的粪池，便走至池边，佯装解衣，并招呼乙某也过去。当乙某在池边一只脚着地，一只脚脱裤子时，甲女奋力一推，将乙某推落粪池。粪池既深且大，乙某又不会游泳，落入粪池后拼命挣扎，双手扒住池沿，几次想爬上岸来，均被甲女掰开双手，将其再次推入粪池。甲女一面不让乙某爬上来，一面大喊“抓坏人”。由于正值中午，路上没有行人，直至乙某无力爬上来时，甲女才穿上衣服，拼命地跑到前村告诉村民，并带领几个村民返回粪池捉人。当赶到现场时，乙某已被淹死在池内。

问题：

根据刑法理论，试析甲女行为的性质。

刑事诉讼法

2018 年法考新增考点

附带民事诉讼被告人的概念和范围

【大纲要求解读】大纲要求了解或理解附带民事诉讼被告人的概念和范围。

【命题方式提示】

本考点考查方式：第一，判断哪些是附带民事诉讼的被告人；第二，与附带民事诉讼原告人一起考查。

【命题要点提示】

附带民事诉讼被告人，是指对被害人因犯罪行为所造成的物质损失负有赔偿责任的人。附带民事诉讼被告人通常是刑事诉讼的被告人（包括公民、法人和其他组织），但在有些特殊情况下，应当赔偿物质损失的附带民事诉讼被告人，可能不是承担刑事责任的被告人。根据最高人民法院《解释》第 143 条的规定，附带民事诉讼中依法负有赔偿责任的人包括以下自然人或者单位：

（1）刑事案件的被告人以及未被追究刑事责任的其他共同侵害人。未被追究刑事责任的其他共同侵害人，是指与被告人共同实施致使被害人遭受物质损失的行为，但因未达刑事责任年龄、不具有刑事责任能力而依法不负刑事责任，或者因犯罪情节显著轻微依法未追究其刑事责任的人。

（2）刑事被告人的监护人。具体是指未成年人或限制刑事责任能力被告人的监护人。

（3）死刑罪犯的遗产继承人。其应当在所继承的遗产范围内承担赔偿责任。

（4）共同犯罪案件中，案件审结前死亡被告人的遗产继承人。同样应当在所继承的遗产范围内承担赔偿责任。在此种和上一种情况下对被害人的赔偿应当看作已经死亡的刑事被告人人生前所负的债务，属于遗产的清偿范围。

5. 对被害人的物质损失依法应当承担赔偿责任的其他单位和个人。审判实践中，依法应当对被害人因犯罪行为遭受的物质损失承担赔偿责任的人员范围可能较为广泛，难以一一列举，具体案件中需要根据侵权责任法等有关法律的规定予以确定。

附带民事诉讼被告人的亲友自愿代为赔偿的，应当准许。共同犯罪案件，同案犯在逃的，不应列为附带民事诉讼被告人。逃跑的同案犯到案后，被害人或者其法定代理人、近亲属可以对其提起附带民事诉讼，但已经从其他共同犯罪人处获得足额赔偿的除外。

公职人员和有关人员的职务犯罪案件

【大纲要求解读】了解或理解，即记忆公职人员和有关人员的职务犯罪案件。

【命题方式提示】

本考点考查方式有：第一，直接判断选项中哪些案件是公职人员和有关人员的职务犯罪案件；第二，给出一个案例，判断是否是公职人员和有关人员的职务犯罪案件。

【命题要点提示】

根据《监察法》的规定，之前由检察机关直接受理并立案侦查的公职人员职务犯罪案件，将由监察机关立案调查。根据《监察法》第15条的规定，监察机关对下列公职人员和有关人员进行监察：（1）中国共产党机关、人民代表大会及其常务委员会机关、人民政府、监察委员会、人民法院、人民检察院、中国人民政治协商会议各级委员会机关、民主党派机关和工商业联合会机关的公务员，以及参照《中华人民共和国公务员法》管理的人员；（2）法律、法规授权或者受国家机关依法委托管理公共事务的组织中从事公务的人员；（3）国有企业管理人员；（4）公办的教育、科研、文化、医疗卫生、体育单位中从事管理的人员；（5）基层群众性自治组织中从事管理的人员；（6）其他依法履行公职的人员。根据《监察法》第11条的规定，对于上列监察对象涉嫌贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、权力寻租、利益输送、徇私舞弊以及浪费国家资财等职务犯罪，由监察机关进行立案调查。监察机关经过调查认为涉嫌职务犯罪的，将调查结果移送人民检察院审查起诉。

刑事证据

陈龙故意杀人案

【案例指引】

本案例为司法裁判真实案例，材料来源于北京市大学生模拟法庭竞赛案例，案情内容经过作者改编。

本案是一起复杂的刑事案件，涉及“一案两凶”问题。在分析该案时，首先必须梳理和概括基本案情，这是进一步分析和认定案件的前提和基础。本案的基本案情如下：犯罪嫌疑人王飞为了立功揭发同监室的犯罪嫌疑人陈龙涉嫌实施“强奸杀人犯罪”，在对举报线索调查核实过程中，陈龙供述了自己曾经实施强奸杀人的犯罪事实，并供述了他的父亲陈昏帮助其掩埋被害人尸体的行为。侦查人员对陈昏讯问时，陈昏否认知悉陈龙强奸杀人的犯罪行为，更没有帮助其掩埋被害人尸体。在对陈龙涉嫌故意强奸杀人案侦查中，侦查人员吃惊地发现，该案早在2年前已告侦破，罪犯王渊已经被判处死刑，缓期2年执行。

王渊故意杀人案的卷宗材料显示，王渊因涉嫌集资诈骗罪，一审被判处死刑。在二审上诉期间，王渊主动交代了司法机关尚未掌握的自己强奸杀人的犯罪事实，二审法院裁定发回重审。经补充侦查，王渊故意杀人罪告破，一审法院认定王渊构成故意杀人罪。二审上诉期间，王渊翻供，不承认自己实施强奸杀人行为，说该行为是同监室的陈昏教唆他承认的。在对陈昏讯问中，陈昏对教唆王渊承认强奸杀人的事实予以否认。二审法院对王渊的翻供行为

不予采信，认定王渊构成故意杀人罪。经查陈昏系陈龙的父亲，因涉嫌盗窃罪被羁押。

本案出现了“一案两凶”，究竟谁是真凶，是陈龙，还是王渊，或者二者均不是，而是另有第三人？这就要坚持“证据裁判原则”，熟悉证据审查、判断和运用的法律规定，对本案的证据材料进行全面、客观地分析、判断和认定，准确理解刑事诉讼中定罪和量刑的证明标准，严格贯彻“罪疑从无”原则，充分保障犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利，正确对待犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解，严禁刑讯逼供和以暴力、威胁、利诱、欺骗等非法方法获取证据。同时，熟悉和掌握本案的诉讼程序问题：二审期间发现新的犯罪事实，二审程序如何处理问题；发回重审审理程序；审理过程中发现漏罪如何处理问题；再审启动问题，死刑复核问题等，这些都是分析本案需要关注的要点。

【案情】

2017年3月10日，被告人王飞因涉嫌抢劫罪被北京市海淀区人民法院一审判处有期徒刑10年。在二审审理期间，上诉人王飞向看守所民警“揭发他人重大犯罪”的线索。王飞揭发同一监室的陈龙涉嫌故意强奸杀人罪。王飞和陈龙羁押在同一监室，陈龙家里穷，王飞经常在生活中照顾陈龙。陈龙非常感激王飞，就这样两个人成了无话不谈的好朋友。有一天夜里，陈龙告诉王飞，他在很多年前曾经杀过一个女孩，并描述了详细的过程，还让王飞发誓不告诉任何人。

陈龙，男，现年21岁，北京市人，无业。因犯盗窃罪被海淀区人民法院判处有期徒刑3年，现在北京市第一监狱服刑。经侦查人员讯问，陈龙对2007年5月6日在海淀区黑山路强奸杀人案予以供认，并承认将这件事告诉了王飞。侦查人员经进一步侦查发现，北京市海淀区黑山路强奸杀人案已于2014年7月破案，罪犯王渊已被北京市第一中级人民法院判处死刑，缓期两年执行，现在北京市第一监狱服刑。侦查人员调取了王渊强奸杀人案的一审、二审案卷材料。根据王渊强奸杀人案一审、二审案卷材料，证明如下事实：

被告人王渊，男，1978年11月5日生，北京市人，无业。因犯集资诈骗罪于2014年6月70日被北京市第三中级人民法院判处死刑。一审判决后，被告人王渊主动交代自己还有其他重要犯罪事实，并以此为由提起上诉。在二审期间，北京市高级人民法院对上诉人王渊供述的其他犯罪事实进行了调查核实，王渊供述了他于2007年5月6日晚9点多在海淀区黑山路将一名女子强奸杀害的事实。鉴于王渊另有最大犯罪嫌疑，北京市高级人民法院裁定撤销对王渊的一审判决，发回一审法院重新审理。北京市人民检察院第三分院通知北京市公安局对王渊强奸杀人案补充侦查。在侦查期间，根据王渊的供述并在其指认下，公安机关在海淀区黑山路的小树林里挖出了被害女子的尸体。现场勘验发现，尸体埋藏在一颗树旁，经仔细辨认树上有人为刻画的标记。现场提取了被害人绿色短袖上衣、黑色短裙、棕色高跟鞋的碎片，身边有一棕色小手提包。经法医鉴定和户籍查询证明，被害人王娟，女，22岁，身高1.66米，死亡时间为2007年左右。舌骨折断，诊断。为颈部受外力挤压窒息而亡，无其他致命伤痕。由于尸体已白骨化，无法进行其他鉴定。侦查期间收集到的证据有：被告人供述和辩解、证人证言、被害人尸体、辨认笔录、现场勘验笔录、尸体检验鉴定意见等相关证据。北京市人民检察院第三分院追加起诉被告人王渊强奸罪、故意杀人罪。2016年4月5日，北京市第三中级人民法院对王渊案作出判决：因《刑法修正案（九）》废除了集资诈骗罪的死刑，将王渊集资诈骗罪改判为无期徒刑；被告人王渊构成故意杀人罪，判处死刑，剥

夺政治权利终身；检察机关指控的强奸罪，由于证据不足，不予认定。数罪并罚，决定执行死刑，剥夺政治权力终身。

第一审判决之后，王渊不服，提起上诉。上诉理由是，他并没有实施强奸杀人，之所以供述强奸杀人是因为原审集资诈骗罪被判处死刑后，为了拖延死刑判决生效时间，故意编造的犯罪事实。强奸杀人的犯罪事实是一个叫陈昏的同监室的人告诉他的。王渊供述以下事实：

当集资诈骗罪原一审被判处死刑后，我非常害怕，我不想死，但也没有其他办法。同监室的陈昏，平日和我关系不错，看我心情很低落，就告诉我一个救命的办法，并说以前他一个狱友就是这样救了一命。他说，既然集资诈骗罪是事实，不可能改变，现在唯一的办法就是“揭发他人重大犯罪”，争取立功。我说，我没有什么案件线索呀。他说，我告诉您一个案件线索，你就说是你自己干的，这样你的案件就会被发回重审，争取拖一段时间，时间长了如果公安机关查不清楚，你的案件就会改判，也就把命保住了。我当时想，反正已经被判了死刑，也没有别的办法，干脆就按他说的办、碰碰运气。陈昏告诉我说，你要记清楚我告诉你的每一个细节，这样才能不被公安机关识破，千万不要告诉任何人是我告诉你的，否则你就没命了。

陈昏就告诉我在海淀区黑山路强奸杀人的案件。（该强奸杀人事实和上述陈龙告诉王飞的强奸杀人事实基本一致，重复的地方在此不做重述。只是个别地方进行了修改：陈昏没有告诉王渊作案人的姓名。强奸后，发现被害人死了，自己就到附近废品收购站偷来一把铁锹，将尸体埋在一棵小树旁，并在小树上做了一个记号，以便日后来祭奠赎罪，事后又把铁锹放回了废品收购站。）

我问他你怎么知道，他说这是一次一个朋友喝醉了酒说的，自己也不知道是真的还是假的。我就按照他说的熟记在心。在公安机关、检察院和法院我所说的，都是按照陈昏告诉我的说的。现在一审将我的集资诈骗罪改为无期徒刑，我死不了，就不想承认强奸杀人罪了，这的确不是我干的，我确实没有实施过强奸杀人行为。

在第二审审理期间，检察机关对王渊的供述进行了补充侦查，讯问了陈昏，询问了同监室的其他证人。陈昏始终否认告诉过王渊强奸杀人的事情，说自己根本不知道有这样的案件，也从未到过现场，怎么会知道那里有强奸杀人的事情。其他证人也没有提供有效的证据。鉴于补充侦查期间没有收集到有效的证据证明王渊的辩解。2016年12月7日北京市高级人民法院作出判决，维持一审法院对被告人王渊集资诈骗罪的判决，改判被告人王渊构成故意杀人罪，判处死刑，缓期2年执行。数罪并罚决定对被告人王渊执行死刑，缓期2年执行。本判决亦为死刑核准判决。

陈龙供述自己在海淀区黑山路强奸杀人犯罪事实后，公安机关经侦查发现，陈龙父亲陈昏原来就是在王渊集资诈骗、强奸杀人案中王渊提到的陈昏。王渊说是陈昏告诉他强奸杀人的事情。陈昏，男，1960年11月5日生，北京人，无业。2013年5月6日，因犯盗窃罪，被海淀区人民法院判处有期徒刑5年，现在北京市第一监狱服刑，系陈龙父亲。公安机关在提讯陈昏过程中，陈昏否认帮助儿子陈龙掩埋被害人尸体的事实，也不承认告诉过王渊强奸杀人的犯罪事实。虽经多次讯问，陈昏始终予以否认。公安机关在侦查陈龙强奸杀人案中，陈龙在现场指认中准确指认出尸体掩埋地点和树上做的记号。在被害人照片辨认中，准确辨认出被害人生前的照片。除上述证据外，在侦查过程中，公安机关未收集到其他有效证据。

【问题】

- 1.在审判期间，被告人“揭发他人犯罪”立功的事实如何证明？被告人王飞是否构成立功？
- 2.根据本案交代的事实和证据，对陈龙涉嫌强奸杀人行为是否构成犯罪进行评判。
- 3.根据本案交代的事实和证据，对王渊故意杀人案进行评价。如果王渊故意杀人案被确定为错案，司法人员应否承担司法责任？说明理由。
- 4.根据本案交代的事实和证据，对陈昏涉嫌犯罪的行为进行评价。
- 5.如果发现王渊故意杀人案确有错误，应如何处理？

2018 年法考主观题热点预测

案例

1997 年 3 月 2 日上午 11 时左右，某县新华乡五村村民顾某，骑一辆永久牌自行车，行至某段盘山公路处，被汽车碾死，肇事车辆不知去向。经过公安机关调查，发现以下证据：

（1）公安局现场勘验表明，死者身上呈粉碎性骨折，脑浆溢出，鲜血满地。死者衣服上有重复的汽车轮胎痕迹，经辨认，系黄河牌大卡车车胎印。

（2）公安局现场勘验表明，死者顾某所骑的永久牌自行车的车尾灯有明显的擦伤痕迹，尾灯离地面高 56 公分。

（3）拖拉机手高某证明：当天 11 点左右，在肇事现场，3 台拖拉机（包括他开的拖拉机在内）与一辆齐头汽车会车后，他偏头吐口水时，发现左边倒着一个骑自行车的人。

（4）拖拉机手胡某证明：我跟着前面的拖拉机走过去的时候，曾与一辆黄河牌大卡车会车，然后发现左边倒着一个死人，脑浆还在冒气。我认识这辆黄河牌大卡车的司机，他姓黄，是附近某工厂的工人，他身穿一件桃尖领的毛背心，曾给我们乡拉过砂石。

（5）拖拉机手杜某证明：那辆黄河牌卡车车厢里有一个汽油桶，车厢里有一根铁链条。

（6）某单位解放牌汽车司机周某证明：当天上午，我的汽车通过死人现场时，在这条公路 56 公里处，发现崔某驾驶的黄河牌汽车停下来与别人吵架。此外，我再也没有超过别的黄河牌汽车。

（7）该路段交通管理站管理员钟某证实：当天上午天气不好，所以经过该管理站的黄河牌卡车很少，但记得有一位穿桃尖领毛背心的黄河牌卡车司机在缴纳管理费时，神情十分慌张，并催促我快点。

（8）车队队长李某的证言证实：崔某驾驶的黄河牌汽车，根据车队早就安排的日程，于 3 月 2 日出车，3 月 3 日拆散大修。

（9）崔某驾驶的黄河牌汽车的捺印的车轮胎花纹，经过省公安厅司法鉴定部门鉴定，与死者衣服上留下的轮胎花纹种类相同。

(10) 崔某邻居王某的证言证实：当天崔某确实穿了一件桃尖领毛背心，车厢上确有一个汽油桶和铁链条。

(11) 经公安机关的现场勘验笔录表明：该黄河牌卡车的右轮护泥板前端离地面 56 公分。

(12) 3 月 2 日上午 11 时以后，崔某驾驶该卡车从现场到某县北大桥，也就是该公路 42 公里处，堵车半小时，前后没有其他黄河牌卡车，回到厂里刚好是 12 点整。

(13) 犯罪嫌疑人崔某在公安机关对其的审讯中，一直否认自己是这起事故的肇事者。

问题：1、本案中，公安机关收集到的证据中，哪些属于直接证据？哪些属于间接证据？

2、依据上述证据，能否确认此交通肇事案件系崔某所为？为什么？

行政法与行政诉讼法

2018 年法考新增考点

不予受理的案件（2018 年新增）

【大纲要求解读】了解受案范围的概念与确立方式。理解人民法院应予受理的行政诉讼案件类型和不予受理的案件类型。熟悉并能够运用受案范围的确定标准及其在具体案件中的适用。

【命题方式提示】

本考点的考查方式主要为给出案例判断其是否属于行政诉讼受案范围。

【命题要点提示】

根据《行政诉讼法》第 13 条和《行诉法适用解释》第 1 条第 2 款，人民法院不予受理的情形包括：国家行为、抽象行政行为、行政机关对其工作人员的奖惩、任免等决定，法律规定由行政机关最终裁决的行政行为、公安、国家安全等机关依照刑事诉讼法的明确授权实施的行为，调解行为以及法律规定的仲裁行为、行政指导行为、驳回当事人对行政行为提起申诉的重复处理行为、行政机关作出的不产生外部法律效力的行为、行政过程性行为、协助执行行为、内部层级监督行为、信访处理行为、对公民、法人或其他组织的权利义务不产生实际影响的行为，司法解释规定的其他案件。其中，2018 年大纲新增的种类如下：

（1）行政机关作出的不产生外部法律效力的行为。对外性或者外部性，是可诉的行政行为的重要特征。行政机关在行政管理时对内部所实施的行为，如行政机关的内部沟通、会签意见、内部报批等，不对外发生法律效力，不对公民、法人或者其他组织合法权益产生影响，不属于可诉的行为。

（2）行政过程性行为。行政机关在作出行政行为之前，常常要为作出行政行为进行准备、论证、研究、层报、咨询等，这些行为尚不具备最终的法律效力，因此不具有可诉性。故司法解释将“行政机关为作出行政行为而实施的准备、论证、研究、层报、咨询等过程性行为”排除在受案范围之外。

（3）协助执行行为。《行诉法适用解释》规定，行政机关根据人民法院的生效裁判、协助执行通知书作出的执行行为，不属于行政诉讼受案范围。这是因为可诉的行政行为应当行政机关基于自身意思表示作出的行为，行政机关依照法院生效裁判作出的行为，本质上属于履行生效裁判的行为，并非行政机关自身依职权主动作出的行为。但是，行政机关扩大执行范围或者采取违法方式实施的行为，具有可诉性。

（4）内部层级监督行为。《行诉法适用解释》规定，上级行政机关基于内部层级监督

关系对下级行政机关作出的听取报告、执法检查、督促履责等行为，不属于行政诉讼受案范围。内部层级监督属于行政机关上下级之间管理的内部事务，这类行为不直接设定当事人新的权利义务关系，不属于可诉行为。

（5）信访处理行为。信访处理行为指行政机关针对信访事项作出的登记、受理、交办、转送、复查、复核意见等行为。根据《信访条例》的规定，信访工作机构依据条例作出的登记、受理、交办、转送、承办、协调处理、监督检查、指导信访事项等行为，对信访人不具有强制力，对信访人的实体权利义务不产生实质影响，因此不具有可诉性。

行政诉讼原告资格的确认

【大纲要求解读】：熟悉并能够运用行政诉讼原告的确认规则及其具体适用以及原告资格的转移。

【命题方式提示】

本考点的命题方式包括：第一，给出一个案例，考查当事人是否具有行政诉讼原告资格；第二，考查股份制案件里，有权以公司名义提起诉讼的组织机构包括哪些；第三，考查非国有企业被行政机关注销、撤销、合并、强令兼并等而认为经营自主权受到侵犯案件的起诉主体。

【命题要点提示】

（1）原告资格：行政行为相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织。

①受害人（加害人）。

②相邻权人。

③公平竞争权人。

④投资人（认为联营、合资、合作企业权益或自己的合法权益受到侵犯的，联营、合资、合作企业的投资人均可以自己的名义起诉）。

⑤合伙组织和个体工商户（合伙企业以核准登记的字号为原告。）未依法登记领取营业执照的个人合伙的全体合伙人为共同原告；全体合伙人可以推选代表人，被推选代表人应当由全体合伙人出具推选书。个体工商户向人民法院提起诉讼的，以营业执照上登记的经营者为原告。有字号的，以营业执照上登记的字号为原告，并应当注明该字号经营者的基本信息。

⑥股份制企业内部机构（股东大会、股东会、董事会）以企业名义。

⑦非国有企业（被行政机关注销、撤销、合并、强令兼并、出售、分立或者改变企业隶属关系等而认为经营自主权受到侵犯的，企业或其法定代表人可以自己名义起诉）。

⑧企业法定代表人的独立诉权和代位诉权。企业法定代表人被行政机关更换，新法定代表人不同意起诉或者提出撤诉，原法定代表人是否可以起诉或者继续进行诉讼？如果起诉，是以企业的名义，还是以自己的名义？根据最高人民法院行政庭《关于对在案件审理期间法定代表人被更换，新的法定代表人提出撤诉申请，法院是否准予撤诉问题的答复意见》（1998年10月28日）规定，在企业法定代表人被行政机关变更或撤换的情况下，原企业法定代表人有权提起行政诉讼。新的法定代表人提出撤诉申请，没有法律依据的。根据该司法解释的本意，原法定代表人既可以以自己的名义起诉，也可以以企业的名义起诉，人民法院不得以起诉名义不当为由不予受理或者裁定驳回诉讼请求。

⑨投诉举报者。根据《行诉法适用解释》第12条第5项规定，为维护自身合法权益向行政机关投诉，具有处理投诉职责的行政机关作出或者未作出处理的公民、法人或者其他组织具有原告主体资格。该规定在赋予投诉者的原告资格的同时，也作出了限制，限于“维护自身合法权益”的投诉举报者。与自身合法权益没有关系或者与被投诉事项没有关联的“职业打假人”“投诉专业户”，不具有原告资格。

⑩债权人的原告资格确认。《行诉法适用解释》第13条规定：“债权人以行政机关对债务人所作的行政行为损害债权实现为由提起行政诉讼的，人民法院应当告知其就民事争议提起民事诉讼，但行政机关作出行政行为时依法应予保护或者应予考虑的除外。”

⑪非营利法人的原告资格。事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等非营利法人的出资人、设立人认为行政行为损害法人合法权益的，可以以自己的名义提起诉讼。

⑫涉及业主共有利益的原告主体资格。业主委员会对于行政机关作出的涉及业主共有利益的行政行为，可以以自己的名义提起诉讼。业主委员会不起诉的，专有部分占建筑物总面积过半数或者占总户数过半数的业主可以提起诉讼。

（2）原告资格转移。

公民死亡→近亲属

组织终止→继承权利的组织+原组织

行政诉讼被告的确认

【大纲要求解读】：本部分大纲提出的要求是了解行政诉讼当事人的概念和诉讼地位、种类，理解行政诉讼被告的确认规则，熟悉行政诉讼被告的确认规则及其具体适用。

【命题方式提示】：本考点的命题方式包括：第一，判断某一行政诉讼中，应以哪一行政机关为被告，如共同作出行政行为的行政机关是共同被告；第二，判断一个行政机构或者组织是否能成为行政诉讼的被告。

【命题要点提示】

(1) 行政复议案件被告的确认。根据《行政诉讼法》第26条第2、3款的规定，经复议而起诉的案件，被告的确认分四种情况：

①复议机关维持原行政行为的，作出原行政行为的行政机关和复议机关是共同被告。

②复议机关改变了原行政行为，复议机关就是被告。由于“维持”与“改变”决定被告的确定，如何界定“维持”或“改变”的内涵至关重要。

③复议机关在法定期间内不作复议决定，当事人对原行政行为不服提起诉讼的，应当以作出原行政行为的行政机关为被告。

④复议机关在法定期间内不作复议决定，当事人对复议机关不作为不服提起诉讼的，应当以复议机关为被告。

(2) 委托行政行为的被告确认。行政机关委托的公务组织作出行政行为的，委托的行政机关是被告。这里值得注意的问题是：

①委托的行政机关对受委托的组织依法行使委托职权承担监督责任。如果受委托的组织利用委托职权实施违法行为的，仍然要由委托的行政机关对外承担法律责任。

②行政诉讼法规定的“授权”只有法律授权、法规、规章授权等形式，规章以下的规范性文件“授权”视为委托。

(3) 经上级机关批准而作出行政行为的被告确认。根据《行政诉讼法适用解释》第19条规定，具体行政行为的作出或者生效需要上级行政机关批准的，被告应是在生效行政处理决定书上盖章的机关。

(4) 派出机构作出行政行为的被告确认。这里要明确派出机关与派出机构的区别。派出机关是指根据宪法和地方组织法规定由人民政府设立的派出机关，如行政公署、区公所和街道办事处，都有被告资格。

(5) 若干行政机关共同作出同一行政行为的被告确认。两个以上行政机关作出同一行政行为的，共同作出行政行为的行政机关是共同被告。

(6) 内部机构的被告确认。临时性机构或临时性综合机构比较常见，有些是由一个行政机关设立，有些是由几个行政机关共同组建，有些是由同级政府牵头由几个职能部门组建的。

(7) 不作为案件中的被告确认。标准有两个：一是形式标准，即公民是否提出了申请，以及哪个行政机关接到了申请。按照形式标准，在公民提出了申请的情况下，行政机关不实施任何法律行为的，以接到申请的行政机关为被告。如果公民向行政机关提出了申请，接到申请的行政机关认为不属于自己职权范围的，应当书面告知正确的行政机关或者将申请材料转送有职权的行政机关，在这种情况下，主管行政机关是被告。二是实质标准，即接到申请的行政机关是否有作为的职责。只有承担作为职责的行政机关才能作被告，通常的做法是以实质标准为主，以形式标准为辅。

(8) 开发区管理机构及其职能部门的被告资格。当事人对由国务院、省级人民政府批准设立的开发区管理机构作出的行政行为不服提起诉讼的，以该开发区管理机构为被告；对由国务院、省级人民政府批准设立的开发区管理机构所属职能部门作出的行政行为不服提起诉讼的，以其职能部门为被告；对其他开发区管理机构所属职能部门作出的行政行为不服提起诉讼的，以开发区管理机构为被告；开发区管理机构没有行政主体资格的，以设立该机构的地方人民政府为被告。

(9) 村委会和居委会的被告资格。当事人对村民委员会或者居民委员会依据法律、法规、规章的授权履行行政管理职责的行为不服提起诉讼的，以村民委员会或者居民委员会为被告。当事人对村民委员会、居民委员会受行政机关委托作出的行为不服提起诉讼的，以委托的行政机关为被告。

(10) 事业单位和行业协会的被告资格。当事人对高等学校等事业单位以及律师协会、注册会计师协会等行业协会依据法律、法规、规章的授权实施的行政行为不服提起诉讼的，以该事业单位、行业协会为被告。当事人对高等学校等事业单位以及律师协会、注册会计师协会等行业协会受行政机关委托作出的行为不服提起诉讼的，以委托的行政机关为被告。

(11) 房屋征收部门的被告资格。市、县级人民政府确定的房屋征收部门组织实施房屋征收与补偿工作过程中作出行政行为，被征收人不服提起诉讼的，以房屋征收部门为被告。征收实施单位受房屋征收部门委托，在委托范围内从事的行为，被征收人不服提起诉讼的，应当以房屋征收部门为被告。

简易程序

【大纲要求解读】：大纲的要求是“了解”。了解简易程序的适用范围、要求及其向普通程序转换。

【命题方式提示】

考查重点是简易程序的适用范围。

【命题要点提示】

(1) 简易程序的适用。

①法定可适用的案件。在特定情形下，法院认为事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的第一审行政案件，可以适用简易程序。根据《行诉法适用解释》第102条规定，“事实清楚”，是指当事人对争议的事实陈述基本一致，并能提供相应的证据，无须人民法院调查收集证据即可查明事实；“权利义务关系明确”，是指行政法律关系中权利和义务能够明确区分；“争议不大”，是指当事人对行政行为的合法性、责任承担等没有实质分歧。具体的案件有：被诉行政行为是依法当场作出的，案件涉及款额2000元以下的，属于政府信息公开案件的。

②意定可适用的案件。对第一审案件，当事人各方同意适用简易程序的，可以适用简易程序。

③不得适用的案件。发回重审、按照审判监督程序再审的案件不适用简易程序。

（2）简易程序的要求。

对于适用简易程序审理的行政案件，由审判员一人独任审理。适用简易程序审理的行政案件，人民法院可以用口头通知、电话、短信、传真、电子邮件等简便方式传唤当事人、通知证人、送达裁判文书以外的诉讼文书。以简便方式送达的开庭通知，未经当事人确认或者没有其他证据证明当事人已经收到的，人民法院不得缺席判决。适用简易程序案件的举证期限由人民法院确定，也可以由当事人协商一致并经人民法院准许，但不得超过 15 日。被告要求书面答辩的，人民法院可以确定合理的答辩期间。人民法院应当将举证期限和开庭日期告知双方当事人，并向当事人说明逾期举证以及拒不到庭的法律后果，由双方当事人在笔录和开庭传票的送达回证上签名或者捺印。当事人双方均表示同意立即开庭或者缩短举证期限、答辩期间的，人民法院可以立即开庭审理或者确定近期开庭。审限为 45 日，法院应当在立案之日起 45 日内审结。同样，审理期限是指从立案之日起至裁判宣告、调解书送达之日止的期间，但公告期间、鉴定期间、调解期间、中止诉讼期间、审理当事人提出的管辖异议以及处理人民法院之间的管辖争议期间不应计算在内。

（3）简易程序向普通程序的转换

法院发现案情复杂，需要转为普通程序审理的，应当在审理期限届满前作出裁定并将合议庭组成人员及相关事项书面通知双方当事人。案件转为普通程序审理的，审理期限自人民法院立案之日起计算。

行政诉讼的受理和当事人

田某不服滨海大学开除学籍处理决定案

【案例指引】

本案例以最高人民法院第 38 号指导案例为基础改编而成，围绕行政诉讼的起诉与受理、行政诉讼原告、行政诉讼被告等问题展开，重点考查考生确定行政诉讼原告和被告的能力，对于理解正当程序的含义也有较强的参考意义。

【案情简介】

田某考取滨海大学，取得本科生的学籍。在大学一年级电磁学课程的补考过程中，田某随身携带写有电磁学公式的纸条。考试中，去上厕所时纸条掉出，被监考教师发现。监考教师虽未发现其有偷看纸条的行为，但还是按照考场纪律，当即停止了田某的考试。据悉，滨海大学早就制定了《关于严格考试管理的紧急通知》（简称第 068 号通知）。该通知规定，凡考试作弊的学生一律开除学籍。滨海大学教务处据此认定田某的行为属作弊行为，并交由滨海大学学生处对田某作出开除学籍的决定。同年，滨海大学学生处填发了田某学籍变动通知，但开除学籍处理决定和变更学籍的通知未直接向田某宣布、送达，也未给田某办理退学手续，田某继续以该校大学生的身份参加正常学习及学校组织的活动，田某对自己被开除学

籍并不知情。之后，滨海大学学生处还为田某补办了学生证，滨海大学有关部门每学年均收取田某交纳的教育费，并为田某进行注册、发放大学生补助津贴，安排田某参加了大学生毕业实习设计，由其论文指导教师领取了学校发放的毕业设计结业费。田某还以该校大学生的名义参加考试，先后取得了大学英语四级、计算机应用水平测试 BASIC 语言成绩合格证书。经查，滨海大学对田某在该校的四年学习中成绩全部给予合格以上评价，并同意田某通过毕业实习、毕业设计论文答辩，授予田某优秀毕业论文荣誉。

2017 年 6 月，田某所在院系向滨海大学有关部门报送田某所在班级授予学士学位表时，滨海大学有关部门以田某早在大学一年级已按开除学籍处理、不具备滨海大学学生学籍为由，拒绝授予其毕业证书，同时拒绝将其列入授予学士学位资格的名单交该校学位评定委员会审核。但田某认为自己符合授予学士学位的相关条件也符合获得毕业证书的相关条件，滨海大学的做法是违法的，是故在 2017 年 8 月向人民法院提起诉讼。

材料一：滨海大学是私立大学。滨海大学由民营企业集团滨海集团全资出资兴建，并经教育部门批准，拥有本科生和研究生统招资格。经国务院学位委员会授权，拥有学士学位、硕士学位和博士学位授予权。田某经高考统考自费进入滨海大学学习，毕业后自主择业。

材料二：滨海大学学位委员会于 6 月底召开学位委员会会议，授予张某等千名本科毕业生学士学位。田某没有被列入拟授予学士学位名单中提交学位委员会讨论，因此没有获得学士学位。

材料三：《行政诉讼法》第 46 条第 1 款：“公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，应当自知道或者应当知道作出行政行为之日起六个月内提出。法律另有规定的除外。”《普通高等学校学生管理规定》（教育部规章）第 52 条：“学生有下列情形之一，学校可以给予开除学籍处分：（一）违反宪法，反对四项基本原则、破坏安定团结、扰乱社会秩序的；（二）触犯国家法律，构成刑事犯罪的；（三）受到治安管理处罚，情节严重、性质恶劣的；（四）代替他人或者让他人代替自己参加考试、组织作弊、使用通讯设备或其他器材作弊、向他人出售考试试题或答案牟取利益，以及其他严重作弊或扰乱考试秩序行为的；（五）学位论文、公开发表的研究成果存在抄袭、篡改、伪造等学术不端行为，情节严重的，或者代写论文、买卖论文的；（六）违反本规定和学校规定，严重影响学校教育教学秩序、生活秩序以及公共场所管理秩序的；（七）侵害其他个人、组织合法权益，造成严重后果的；（八）屡次违反学校规定受到纪律处分，经教育不改的。”

【问题】

- 1.田某对滨海大学就其作出的开除学籍决定不服，认为开除学籍决定侵犯其合法权益，应当提起民事诉讼还是行政诉讼？为什么？
- 2.如果田某就该开除学籍决定提起诉讼，应以谁为被告？为什么？
- 3.如果田某在大学四年级毕业时就滨海大学在其在大学一年级作出的开除学籍决定提起行政诉讼，是否超过行政诉讼期限？为什么？
- 4.假设田某不愿向母校滨海大学就其被开除学籍提起诉讼，那么田某的爷爷能否提起诉讼？为什么？
- 5.滨海大学《关于严格考试管理的紧急通知》（简称第 068 号通知）中有关“凡考试作弊的学生一律开除学籍”的规定是否合法？为什么？

2018 年法考主观题热点预测

材料一：

某县在全县范围内开展社会治安的综合治理工作，当天大同乡派出所公安干警王某甲与另两个干警按照派出所统一安排，于晚上 11 时驾驶摩托车到各村夜查。当行至该乡江店村时，三人把车停在村口大路旁，进村巡查，发现一村民家里有聚赌声音，遂在门口守候。约有 20 分钟后趁有人出来解手，三人一拥而上，王某甲掏出随身携带手枪，喝令众人不许动。村民江某、赵某、王某乙、李某举手站在原地，另两个干警把麻将牌、桌上钞票收拾好，又挨个搜身。在搜身过程中不断推四人，其中江某转身稍慢，王某甲恼火，上前踢了江某一脚。踹完后觉得还不解气，又用上了膛的手枪枪柄在江某背上砸了一下。这时枪支走火，击中站立一旁的王某乙胸部。后王某乙在送医院，抢救无效 3 天后死亡，王某乙死亡时 18 岁。

后经县检察院批准对王某甲予以逮捕，县人民法院以过失杀人罪判处被告人王某甲有期徒刑 5 年。在法定上诉期间，王某甲没有上诉，检察院也未抗诉，一审判决生效。

被害人王某乙之父向大同乡派出所提出了赔偿请求。

问题：

1. 此案性质是行政赔偿，还是刑事赔偿？
2. 此案派出所是赔偿义务机关吗？
3. 此案是由王某甲个人赔偿，还是由国家赔偿？
4. 如王某乙之父提起赔偿请求，应提交何种证明？
5. 本案的赔偿金范围包括哪些？

材料二

河南周口益民公司成立于 1999 年，经营范围为管道燃气、燃气具、高新技术和房地产。

2000 年，原周口地区建设局批准该公司为周口城市管道燃气专营单位。在取得该批文后，益民公司先后取得燃气站与燃气管网铺设的许可证等批文。到一审判决为止，该公司依据实际铺设了一些管道。

2003 年 11 月，周口市建设委员会以原周口地区建设局的授权益民公司专营缺乏法律依据为由，撤销了该批文。

2003 年 4 月 26 日，河南周口计委向亿星公司、益民公司等 13 家企业发出邀标函，着手组织周口市天然气城市管网项目法人招标并制定具体方案。该方案规定，投标人应按时将 5000 万保证金打入周口指定账户，用于周口天然气项目建设。益民公司因在报名后未能缴

纳 5000 万元保证金而没有参加最后的竞标活动。同年 5 月，举行正式招标。6 月 19 日确定亿星公司中标。6 月 20 日，市政府作出决定：由亿星公司独家经营周口市规划区域内城市天然气管网工程（54 号文件）。益民公司对《招标方案》、《中标通知》和 54 号文件的合法性均提出质疑，向人民法院提起行政诉讼。

2003 年 4 月 24 日，周口市政府办公室将“西（天然）气东输”工程周口市区域网部分列入市重点项目，此前河南省政府办公厅也将“西气东输”城市管网和各类大中型利用项目纳入省重点工程管理。亿星公司由此在答辩中称，如果撤销具体行政行为，将给周口市的公共利益带来重大损害，甚至丧失掉周口市天然气接口的机会。

根据以上基本案情，请选择（I）、（II）两个提问中任意一个回答相关问题：

（I）请从法的价值冲突及其解决的基本原理出发论述该案中出现的问题。

（II）运用行政法的基本原理、原则分析该案政府违法性的实质。

民法

民事法律关系

吕某、张某离婚案

【案例指引】

本案例以最高人民法院指导案例 89 号为蓝本，围绕姓名权的行使、民事权利的救济、夫妻关系中的民事义务、民事法律关系的判断等问题展开，对于解决此类问题有参考意义。

【案情】

吕某（男）与张某（女）于 2003 年 1 月登记结婚。2009 年 1 月 25 日，张某生下一女。因吕某与张某皆酷爱诗词歌赋和中国传统文化，夫妇二人决定给女儿起名为“南雁林依”，并以“南雁林依”为名办理了新生儿出生证明和计划生育服务手册新生儿落户备查登记。2009 年 2 月，吕某前往住所地派出所（以下简称 A 派出所）为女儿申请办理户口登记，被民警告知拟被登记人员的姓氏应当随父姓或者母姓，即姓“吕”或者“张”，否则不符合办理出生登记条件。但吕某坚持以“南雁林依”为姓名为女儿申请户口登记，A 派出所遂依照《婚姻法》第 22 条之规定，于当日作出拒绝办理户口登记的决定。

女儿出生后，母亲张某在家全职照顾小孩，父亲吕某继续工作。自 2009 年 7 月起，吕某经常以工作忙为由不回家居住，张某对吕某的在外交往产生怀疑。经数次争吵，最后协商约定：自约定之日起，如果吕某晚上 12 时至凌晨 7 时不回家居住，每 1 小时支付“空床费”100 元给张某。其后，吕某仍然经常夜不归宿，并经常与张某发生争吵。自双方达成上述约定之时起，吕某先后共计向张某出具了“空床费”4000 元的欠条。

2010 年 2 月 15 日，吕某与张某再次发生激烈争吵。在争吵过程中，吕某将张某打伤。张某被送到当地医院（以下简称 B 医院）治疗，诊断为：轻型颅脑损伤，头皮血肿，左中指皮肤裂伤，鼻骨骨折；需进行鼻骨修复手术。2 月 18 日，在 B 医院进行的手术过程中，因主刀医师的医疗过失，手术部分失败，张某鼻部留下较明显疤痕。

2010 年 3 月，张某向法院提起离婚诉讼，请求法院将夫妻共同财产全部判决归其所有，并要求吕某支付医疗费、误工费 3630 元，婚姻过失赔偿费 5 万元及精神损失费 2 万元，“空床费”4000 元。

【问题】

1. 吕某与张某给女儿起名为“南雁林依”，是否符合姓名权的法律规定？为什么？
2. 吕某向 A 派出所为女儿申请办理户口登记，其所形成的法律关系是否属于民事法律关系？为什么？
3. 对于 A 派出所拒绝办理户口登记的决定，如果吕某与张某认为不合法，可以采取何种法律救济手段？为什么？
4. 吕某与张某“空床费”之约定，是否形成民事法律关系？为什么？
5. 吕某经常夜不归宿的行为，违反了配偶关系中的何种义务？为什么？
6. 吕某打伤张某、医师存在医疗过失致使手术部分失败，最终给张某造成损害，吕某的行为与医师的行为是否构成共同侵权行为？为什么？

2018 年法考主观题热点预测

案例 1: 甲发现推摩托车的乙形迹可疑，怀疑摩托车是乙盗窃得来的赃物。当乙发动摩托车想骑走时，甲走过去装着认识这辆车的样子，对乙说：“你要到哪里去？”乙见状，以为甲是摩托车的主人，弃车而逃。后甲见四周无人，想将摩托车骑回家据为己有。刚骑一会儿，被前来查寻的失主抓获归案。（发生在北京市海淀区双安商场楼下的真实案例）

问题：对甲的行为应当如何论处？

案例 2: 2006 年 4 月 30 日，乙公司和甲银行签订《借款合同》，约定甲银行借给丙公司 1000 万元，借期 1 年。乙公司及其母公司丙公司分别给银行出具《保函》，保证用丙公司开发的某项目形成的各种资产和权益作为甲上述借款的抵押物。其中包括：（1）属于丙公司的“星际时代”的商标使用权，该商标虽没有注册，但已经通过广告宣传在当地有一定的知名度；（2）丙公司“星际时代”宾馆改扩建装饰工程及设备。其中，丙公司“星际时代”宾馆占用房屋属于丁公司所有，丙公司和丁公司签订的房屋租赁合同中对于房屋的装修没有约定。

2006 年 5 月 9 日，甲银行依约向丙公司发放了贷款。2007 年 6 月 14 日，甲银行向乙公司和丙公司分别发出《催促尽快履行连带保证责任通知书》和《贷款催收通知书》。乙公司和丙公司都签收确认。2008 年 5 月 10 日，甲银行又登报发布了《债权催收公告》，要求丙公司还款，乙公司承担保证责任。另查明，丙公司“星际时代”宾馆的改扩建装饰工程及设备已经与房屋合为一体，拆除后，将失去经济价值。

问题：1、“星际时代”商标使用权能否抵押，为什么？

2、改扩建与装饰工程能否抵押，为什么？

3、甲银行和乙公司的保证担保关系何时成立？为什么？

4、甲银行享有的债权是否已过诉讼时效期间？为什么？

5、2008 年 10 月 12 日起诉甲银行享有的保证债权是否已过诉讼时效期间？为什么？

案例 3: 甲公司与乙公司在某市吉庆三路合建了一栋 10 层的写字楼，双方签订了如下协议：“该写字楼属于甲、乙双方共同所有，但以甲的名义办理登记，第 1～5 层由甲使用，第 6～10 层由乙使用。任何一方不得将该楼抵押，否则该楼全部权益即转归另一方所有。”该楼前面有一学校丁，为提升写字楼价值，甲、乙公司与丁学校达成如下协议：丁在 10 年内不得在学校内兴建 10 层以上的建筑，甲、乙公司一次性支付 100 万作为补偿。协议签订后，双方到登记部门办理了地役权登记手续（以甲公司的名义）。后甲、乙公司分别将该写字楼租给 5

家公司作为办公场所，并签订了5年的租赁合同。两年后，甲公司因资金困难，向丙银行贷款3000万元，甲丙双方签订了抵押合同，约定以该写字楼作为抵押物，甲丙到登记机关办理相关的抵押登记手续。随后不久甲公司又与何某签订房屋买卖合同一份，将该房屋卖给何某（何某不知道甲乙公司之间的约定），随后，何某领取了该房的产权证。何某准备将此楼房作为开办宾馆之用，要求5家公司一个月之内搬离。乙公司得知该情况后，将甲公司诉至法院。不久，甲到期无力偿还银行借款本息，丙要求对该写字楼行使抵押权，但遭到何某的拒绝。而此时，丁学校招生规模持续扩大，为改善教学条件，丁学校拟在校内建造一座15层的高楼。

- 问题：1、丙对该写字楼是否享有抵押权？为什么？
2、乙是否已经取得该楼的所有权？为什么？
3、本案中谁是地役权人？为什么？
4、甲公司转让该写字楼的行为是否有效？为什么？
5、假如甲与何某的买卖合同是合法有效的，何某能否取得该楼的所有权？为什么？
6、何某能否有权解除租赁合同？为什么？
7、何某是否有权禁止丁在校内建造一座15层的高楼？

案例 4：甲为了扩大经营规模，向乙借款 100 万元。为了担保债务履行，甲乙签订抵押合同，甲将自有的两处商品房 A 和 B 作为抵押物，其中 A 商品房评估价值为 50 万元，B 商品房评估价值为 40 万元。因 B 处商品房尚未办理产权证，故双方并未办理抵押登记，甲承诺只要办理好产权证就协助办理抵押登记，而 A 处商品房已经办理了抵押登记手续。此外，甲的好友丙以一辆桑塔纳 3000 型轿车提供担保，评估价值为 15 万元，但没有办理抵押登记。甲的好友丁愿意为甲提供连带保证。但是对于丙丁的担保责任份额没有约定。甲到期无法还款。另查，丙的汽车已在一周以前因自燃而全损，保险公司赔偿了 13 万元。丙主张，作为抵押物的汽车已经灭失，因此抵押权消灭，自己不承担担保责任。丁主张，应当先向物的担保人主张担保责任，只有甲和丙都已经承担担保责任以后，乙的债权尚未完全受偿，自己才承担保证责任。

- 问题：（1）甲乙之间的抵押合同是否有效？为什么？
（2）乙对 A、B 两处商品房的抵押权是否成立？为什么？
（3）丙的主张是否能够得到支持？为什么？
（4）丁的主张是否能够成立？为什么？
（5）假设甲在签订抵押合同之前就将 A 处商品房出租给了戊，乙行使抵押权将 A 处商品房变卖，买受人要求解除租赁合同，是否能够得到支持？为什么？
（6）假设丙的汽车没有发生自燃，而是通过中介机构转让给了庚，庚不知道汽车已经设定了抵押，乙的抵押权是否能够追及庚？为什么？

案例 5：周某因出国留学，将一祖传玉器交由邻居陈某保管。陈某因结婚用钱，情急之下谎称该玉器为自己所有，将玉器卖给了玉器收藏商杜某，得款 5 万元。杜某因资金周转需要，向邹某借款 2 万元，双方约定将该玉器押给邹某，如杜某到期不还款，玉器归邹某所有。在周某出国留学期间，其房屋有倒塌危险，因此房与邻居陈某房屋相邻，如周某房屋倒塌，有危及陈某房屋安全之虞。陈某遂请装修公司修缮周某的房屋，并约定，施工费用待周某回来之后由周某支付。房屋修缮以后，因遇百年不遇的龙卷风，致使该房屋倒塌。年底，周某留学归来，因玉器和房屋修缮款与陈某发生纠纷。

问题：

- 1、陈某与杜某之间的买卖合同效力如何？为什么？
- 2、杜某能否取得该玉器的所有权？为什么？
- 3、杜某将玉器押给邹某，形成何种法律关系？
- 4、杜某与邹某之间约定杜某到期不还款，玉器归邹某所有，该约定的效力如何？为什么？
- 5、陈某请装修公司加固周某的房屋，这一事实在陈某和周某之间形成何种法律关系？
- 6、若周某拒绝向装修公司付款，装修公司应该向谁请求付款？为什么？
- 7、周某对陈某擅自出卖玉器的行为，该如何主张自己的权利？

案例 6：2012 年 5 月 1 日，张某和甲房地产公司签订一份商品房买卖合同，双方在 A 市洽谈合同的主要条款，张某在 B 市出差期间认可合同的主要条款，并在合同上签字。甲公司的业务代表在 C 市在合同上捺了手印，买卖的商品房在 D 市。（事实一）

张某乔迁新居，找到乙搬家公司为其搬家。乙指派员工李某前往，李某担心人手不够，遂请来进城打工的同乡王某帮忙。在搬家的过程中，李某倒车时没有看见王某在车后，将其撞倒在地。（事实二）

张某将房屋出租给陈某，书面约定租期 3 年。半年后，张某隐瞒已经出租给陈某的事实，将房屋出卖给自己的哥哥，并办理了过户登记。（事实三）

问题：

1. 甲公司的业务代表捺手印的效力如何？该合同的签订地是何地？
2. 假设在事实一中，张某向甲公司支付了 10 万元的预付款后，国家出台房地产调控政策，张某已经不具备购房的资格，其可以向甲公司主张哪些权利？
3. 在事实二中，王某要求张某对其遭受的损失承担责任，法院是否会支持其主张？为什么？如果不支持，其受到的损害由谁承担？

4. 在事实三中，陈某主张行使优先购买权，法院能否支持？若张某的哥哥要求陈某搬离该房屋，陈某应行使什么权利进行救济？

@华旭法考教育

商法

公司股东的权利义务

雷奥公司股东权利纠纷案

【案例指引】

本案例重点考查公司股东的权利与义务纠纷的处理,主要考查股东权利的特征、股东权利的原则、股东权利的内容、股东权利的类型、股东的一般义务、控股股东的特别义务、公司实际控制人及其义务等内容,对于处理公司股东权利纠纷具有重要的参考意义。

【案情】

雷奥公司成立于2009年,主要经营煤炭。股东是标志公司以及高某、董某。章程规定公司的注册资本是1000万元,三个股东的持股比例是5:3:2;各股东应当在公司成立时一次性缴清全部出资。标志公司将之前归其所有的某公司的净资产经会计师事务所评估后作价500万元用于出资,这部分资产实际交付给雷奥公司使用;高某和董某以货币出资,公司成立时高某实际支付了100万元,董某实际支付了50万元。

标志公司委派郝某担任雷奥公司的董事长兼法定代表人。2010年,雷某欲入股雷奥公司,郝某、高某和董某一致表示同意,于是雷某以现金出资50万元,公司出具了收款收据,但未办理股东变更登记。雷某还领取了2010年和2011年的红利共10万元,也参加了公司的股东会。

2012年开始,公司经营逐渐陷入困境。高某将其在雷奥公司中的股权转让给了其妻弟苗某。此时,雷某提出雷奥公司未将其登记为股东,所以自己的50万元当时是借款给雷奥公司的。郝某称雷奥公司无钱可还,还告诉雷某,为维持公司的经营,公司已经向甲、乙公司分别借款60万元和40万元;向标志公司借款500万元。

2013年11月,标志公司指示郝某将原出资的资产中价值较大的部分逐渐转入另一子公司翡翠公司。对此,苗某、董某和雷某均不知情。

此时,甲公司和乙公司起诉了雷奥公司,要求其返还借款及相应利息。标志公司也主张自己曾借款500万元给雷奥公司,要求其偿还。雷某、苗某及董某闻讯后也认为利益受损,要求雷奥公司返还出资或借款。

【问题】

- 1.请评价雷奥公司成立时三个股东的出资行为及其法律效果的合法性。
- 2.雷某与雷奥公司是什么法律关系?为什么?
- 3.标志公司让郝某将原来用作出资的资产转移给翡翠公司的行为是否合法?为什么?
- 4.甲公司和乙公司对雷奥公司的债权,以及标志公司对雷奥公司的债权,应否得

到受偿？其受偿顺序如何？

5.雷某、苗某和董某的请求及理由是否成立？他们应当如何主张自己的权利？

2018 年法考主观题热点预测

案情：

国有企业川南商业大楼于 2008 年年初拟定改制计划：将资产评估作价 150 万元出售，其中 105 万元出售给管理层人员（共 4 人），45 万元出售给其余 45 名职工，将企业改制为川南百货有限公司，注册资本 150 万元，该改制计划于同年 2 月经有关部门批准实施。原管理层人员宋某认购 45 万元，李某、王某、周某各认购 20 万元，其余职工各认购 1 万元。公司成立后，分别向各认购人签发了出资证明书。公司设立股东会、董事会、监事会，宋某任公司董事长兼总经理，李某、王某为公司董事，周某任监事会主席兼财务负责人。

2008 年 3 月，公司召开董事会，决定将注册资本增加为 300 万元，周某列席了董事会，并表示同意。会后，董事会下发文件称：本次增资计划经具有公司 2/3 以上表决权的股东表决通过，可以实施。同年 4 月，公司注册资本增加为 300 万元，增加部分的注册资本除少数职工认购了 30 万元外，其余 120 万元由宋某、周某、李某、王某平均认购，此次增资进行了工商登记。同年 5 月，王某与其妻蓝某协议离婚，蓝某要求王某补偿 25 万元。王某遂将其所持股权的 50%根据协议抵偿给蓝某，董事会批准了该协议。

2008 年 6 月，川南公司因涉嫌偷税立案侦查。侦查发现：除王某外，宋某、周某、李某在年初改制时所获得的股权均是挪用原川南商业大楼的资金购买，且 3 月公司增资时，宋某、周某、李某、王某四人均未实际出资，而是以公司新建办公楼评估后作为增资资本，并分别记于个人名下。同时查明，偷税事项未经过股东会讨论，而是董事会为了公司利益在征得周某同意后决定实施的。后法院判决该公司偷税罪成立，判处公司罚金 140 万元，宋某等亦分别被判处相应的刑罚。

问题：

1. 宋某、周某、李某、王某在 2008 年改制时所取得的股权是否有效？为什么？
2. 川南公司的管理机构设置及人事安排是否合法？为什么？
3. 川南公司董事会的增资决议和公司的增资行为是否有效？为什么？
4. 蓝某可否根据补偿协议获得王某持股权的 50%?为什么？
5. 川南公司因被处罚金所造成的 140 万元损失，应由谁承担赔偿责任？为什么？

民事诉讼法与仲裁制度

证据与证明

张某机场托运行李遗失案

【案例指引】

本案例以社会生活中并不罕见的机场托运行李遗失案作为蓝本,围绕这类案件中案由设定、管辖法院、适格当事人、证明对象、证明责任和证明方法进行展开。重点考查学生对民事证据法基本原理的理解,强调民事实体法与民事程序法、民事证据法之间的勾连,对于考查学生系统性地运用民商事法律规则解决纠纷具有较强的参考意义。

【案情】

2017年4月14日,户籍位于丁县的张某乘坐注册地在位于丙市的西方航空公司航班从甲市前往乙市,在甲市机场托运了一个纸箱,外有国酒茅台的商标,托运重量7.45kg。托运时甲市机场值机人员李某询问托运的物品,张某回答是茅台酒。李某询问张某是否做保价,行李丢失时可以获得更多的赔偿。张某同意进行保价,并表示自己的酒每瓶值10,000元,一箱6瓶一共是60,000元。李某表示根据西方航空公司规定,最多只能赔偿8000元。张某表示愿意多付费用,但要求足额进行保价。李某表示电脑系统根本无法录入超过8000元的保价。鉴于登机时间已近,张某无奈之下,按照李某的要求在8000元的价值声明上签字,并按规定缴纳了保价费。李某打开纸箱看了一眼,在纸箱外侧贴上了“小心轻放”标志,完成了托运手续。以上对话过程有监控录像为证。

航班到达乙市后,张某因腹泻,在卫生间方便后才前往行李转盘,此时行李转盘已经运行了约十分钟。张某发现自己的托运行李不见踪迹,遂向机场行李查询处询问,行李查询处通过系统查阅发现,该件行李箱已经随飞机来到乙市机场,估计被他人领取,建议张某报案解决。

张某报警后,机场派出所调取监控录像,发现是一名乘客在张某来到行李转盘之前,已经拿走了张某的纸箱。录像同时显示,转盘和出口处均无工作人员对乘客拿走托运行李进行检查。由于监控录像清晰度不够,已无法确认拿走张某托运行李的乘客身份。

张某认为自己托运的是在贵州购买的茅台老酒,每瓶市场价格都在1万元左右,一共六瓶,总价值超过6万元人民币。西方航空表示可以根据保价规定,赔偿张某损失8000元。各方无法达成协议,张某拟向法院起诉,要求西方航空公司和乙市机场赔偿自己损失6万元。

【问题】

- 1.哪些法院可能对本案具有管辖权?为什么?
- 2.哪些主体可以是本案的适格被告?为什么?
- 3.如果被告主张行李丢失的重要原因是张某上卫生间导致迟延到达转盘,是否应当就此承担证明责任?

4. 关于损害后果的具体数额，原告主张 6 万元，被告主张 8000 元，此时应当由谁承担证明责任？

5. 请结合法律规定和生活常识，张某可以使用哪些证据，来证明自己的托运行李是六瓶茅台年份酒？

2018 年法考主观题热点预测

案情：

某村水塘上游有一家集体造纸厂。该厂已经经营近十年，十年来，污水一直排入水塘上游的河流。赵立国与余庆华合伙承包村里的水塘养虾。2015 年 5 月，赵立国、余庆华二人向水塘投放虾苗 2 万尾。投放后赵、余二人精心管理，日夜看护。十天后，二人发现塘内有少量的死虾出现，当即捞起部分死虾送造纸厂与其交涉，造纸厂派人到现场了解情况。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被排出的废水毒死，但不能肯定。市环保部门对造纸厂排出废水的检验结果是该厂排出的废水没有超过国家规定的排污标准。由于赵、余二人与造纸厂之间关于赔偿问题不能达成一致意见，二人遂向法院起诉，要求赔偿损失。在举证期间内，原告赵立国、余庆华二人提供的证据材料有：（1）2015 年 5 月 10 日购买 2 万尾虾的发票，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，证明在送检过程中商品检验处的检验员蔡某与厂方有过两次私下的接触。李某到庭作证后，被告造纸厂不同意赔偿，提出了以下证据材料：（1）市商品检验处的化验报告；（2）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，法院直接指定由省级有关部门作出了新的鉴定意见。

问题：

1 根据我国法律有关规定，原告应对哪些事实负举证责任？在本案中，又应如何证明？

2. 本案涉及哪些法定的证据种类？

3. 如果被告提出的证据均真实，能否反驳原告的诉讼请求？

4. 如果被告对该省级部门作出的鉴定意见持有异议，则应当如何处理？

5. 原告在诉讼中申请重新鉴定的做法是否符合法律规定？

6. 法院对原告申请重新鉴定的处理，有何不妥之处？

7. 如果法院一审判决作出后，赵立国对赔偿数额不满，但对原告内部的权利义务分担没有意见，而余庆华和造纸厂均服判。此时赵立国能否单独上诉？如果可以的话，二审当事人的诉讼地位应如何列明？

综合案例

沈某与刘某冷冻胚胎继承案

【案例指引】

本案例主要以在社会上引发很大关注的 2013 年“冷冻胚胎继承第一案”为蓝本，围绕第三人的诉讼地位的确定、确认判决的执行力、案件的执行标的、二审法院变更案由的做法等展开。对于正确认识新型民事权利、通过传统理论解决新型案件具有较大参考价值。

【案情】

沈某与刘某于 2010 年 10 月 13 日登记结婚，于 2012 年 4 月 6 日取得生育证明。2012 年 8 月，沈某与刘某因原发性不孕症、反复促排卵及人工授精失败，要求在 G 医院施行体外受精——胚胎移植助孕手术。2012 年 9 月 3 日，沈某、刘某签订配子、胚胎去向知情同意书，载明刘某与沈某在 G 医院生殖医学中心实施了试管手术，获卵 15 枚，移植 0 枚，冷冻 4 枚，继续观察 6 枚胚胎。对于剩余配子（卵子、精子）、胚胎，刘某与沈某选择同意丢弃；对于继续观察的胚胎，如果发展成囊胚，刘某与沈某选择同意囊胚冷冻。同日，刘某、沈某签订胚胎和囊胚冷冻、解冻及移植知情同意书，G 医院在该同意书中明确，胚胎不能无限期保存，目前该中心冷冻保存期限为一年，首次费用为三个月，如需继续冷冻，需补交费用，逾期不予保存。如果超过保存期，刘某、沈某选择同意将胚胎丢弃。

2013 年 3 月 20 日 23 时 20 分许，沈某驾车途中在道路左侧侧翻，撞到路边树木，刘某当日死亡，沈某于同年 3 月 25 日死亡。

沈某系沈某某、邵某某夫妻之子；刘某系刘某某、胡某某夫妻之女。沈某某、邵某某于 2013 年 11 月 25 日将刘某某、胡某某起诉至 J 省 Y 市某区人民法院（以下简称一审法院）。一审审理中，因涉案胚胎保存于 G 医院，与本案审理结果存在关联性，故一审法院追加该院作为第三人参加诉讼。原告认为，根据法律规定和风俗习惯，死者双方遗留的冷冻胚胎处置权作为原告生命延续的标志，应当由原告来监管和处置，要求判令沈某与刘某存放于 G 医院生殖医学中心的受精胚胎（4 枚）归原告监管处置，即将胚胎从医院取出，由原告保管。G 医院辩称，冷冻胚胎的性质尚存在争议，不具有财产的属性，原被告双方都无法继承；沈某夫妻生前已签署手术同意书，同意将过期胚胎丢弃；胚胎的作用为生育，现沈某夫妻已去世，在原被告双方都不具备处置和监管胚胎条件的情况下，胚胎被取出后，唯一能使其存活的方式就是代孕，但该行违法，原被告双方也无权行使死者的生育权，故要求驳回原告的诉讼请求。

一审宣判后，沈某某、邵某某不服判决，向 J 省 Y 市中级人民法院（以下简称二审法院）提起上诉。二审法院根据上诉人在原审中的诉请以及当事人之间法律关系的性质，将本案案由由继承纠纷变更为监管权和处置权纠纷，并于 2014 年 9 月 17 日就该案作出二审判决。

【问题】

- 1.就本案中 G 医院参加诉讼的具体情况，法院是否有权直接将 G 医院列为有独立请求权的第三人？请给出理由。
- 2.在本案中，医院能否被追加为无独立请求权第三人？请给出理由。
- 3.原告在一审程序中提起的诉讼请求，属于确认之诉还是给付之诉？请给出理由。

- 4.如果原告在一审程序中的诉讼请求得到法院判决支持，是否具有执行力？请给出理由。
- 5.本案中的执行标的如何确定？请给出理由。
- 6.二审法院变更案由的做法是否合法？请给出理由。

环境污染责任纠纷案

【案例指引】

安州市环保联合会、江北区绿色环境协会诉龙翔公司违法向安西运河排放和倾倒盐酸，造成环境污染一案，涉及环境公益诉讼及其主体资格的认定、共同侵权的构成要件、举证责任、损害赔偿等法律问题，涉及《民事诉讼法》《侵权责任法》《环境保护法》《固体废物污染环境防治法》等多部实体、程序法，是一起典型的环境公益诉讼案。

【案情】

一、起诉状

诉讼请求：

- 1.判令被告立即停止侵害，即停止对环境造成侵害的向安西运河违法排放和倾倒盐酸的行为；
- 2.判令被告消除对环境造成的危险，建立完善的防止盐酸泄漏和处理工业有害废物的设施和制度；
- 3.判令被告承担因泄漏和排放盐酸而造成的环境损失和有关渔业损失；
- 4.判令被告支付原告因本诉讼发生的一切费用，包括律师费、差旅费、专家费、评估鉴定费、调查取证费等支出；
- 5.判令被告承担本案全部诉讼费用；

事实和理由：

原告均为在我国境内依法登记成立的，以保护环境为目的的公益性社会组织。安州市环保联合会是2010年1月14日经安州市民政局批准设立的，接受安州市环境保护局指导的非营利性社会组织。江北区绿色环境协会是2009年2月25日经江北区民政厅批准设立的，接受江北区环境保护局指导的非营利性社会组织。

被告安州市龙翔化工有限公司是一家以生产化工产品为主要经营范围的化工企业。本案原告于2014年10月以来一直接到安江市民众反映安西运河水质恶化，造成渔业养殖户损失和环境污染的恶果。经过原告的调查、媒体报道和环保主管部门及其他部门的调查，可以认定本案被告将其工业副产品盐酸倾泻到安西运河，造成安西运河严重污染，不仅对渔业生产造成巨大损失，也对人民群众的生活环境造成巨大破坏。

被告与安州市四海化工有限公司于2014年3月15日签订了盐酸买卖协议。该协议规定：四海公司从龙翔公司购买生产过程中产生的盐酸，龙翔公司给予四海公司市价的七折优惠，由买受方承担运费。但是，从2014年6月开始，盐酸市场低迷，销售不畅，导致四海公司盐酸销售业务出现困难。2014年7月1日，四海公司法定代表人赵建军找到被告龙翔公司的法定代表人张昊，提出目前销售困难，要求中止合同。张昊则表示，目前龙翔公司正在全力生产，因此工业副产品盐酸库存压力很大，希望四海公司能够按照合同继续购买盐酸。同时，张昊表示考虑到当前市场的变化，可以通过提供运费补贴的方式，即以每吨盐酸30元

的标准，给予赵建军补贴，以减少龙翔公司的库存压力。赵建军对此表示同意。从 2014 年 7 月 3 日至 2014 年 10 月 20 日，四海公司赵建军安排驾驶员张军从龙翔公司分 9 次运走盐酸 7035 吨，龙翔公司共向赵建军支付 211,050 元补贴。

由于四海公司自身的仓库容量有限，而市场交易量大减，赵建军于 2014 年 7 月 17 日安排驾驶员张军等人多次驾驶危险品运输车向安西运河水体倾倒盐酸。自 2014 年 7 月底开始，安西运河安定桥东侧下游 2 公里处安州福喜养殖场以及下游几乎全部养殖场均出现大量养殖鱼类死亡的现象。运河及安江部分江段附近的地下水严重污染，不能饮用。安州市环保局随即展开巡查。2014 年 10 月 24 日，安州市环保局执法大队在巡查中发现张军在向运河中排放盐酸。安州市公安局随即将赵建军等人控制，并展开侦查。随后安州市人民检察院向安州市中级人民法院提起公诉，指控赵建军等人犯有污染环境罪。

鉴于本案被告龙翔公司是此次环境污染的始作俑者，明知盐酸销售市场低迷，仍然大量出售甚至贴钱倾销盐酸，将其交给无危险废物处置资格的四海公司。虽然该公司领取了《危险化学品经营许可证》，但没有固定组织机构和人员，没有处理危险废物的经营许可证。龙翔公司的这种推波助澜，助长违法向运河偷排有害物质的行为，严重违反环境保护法律法规的规定，导致安西运河及下游安江水体严重污染，造成重大环境损害，危害了周边农渔业生产和人民群众的生命健康。故龙翔公司应当依法承担造成环境污染的法律责任。

时间:2015 年 4 月 7 日。

二、答辩状

答辩请求：

被答辩人对答辩人的种种指控都没有事实根据和法律依据，请求法院依法驳回被答辩人的所有诉讼请求，并判决被答辩人承担本案所有的费用。

事实和理由：

答辩人确实在 2014 年与被答辩人所提及的环境污染损害者四海公司有过供销业务联系，但已随着四海公司有关人员因向安西运河倾倒有害物质而被调查起诉而终止。

四海公司破坏环境和污染有关河域的行为与答辩人无关。答辩人与四海公司签订的《工矿产品销售合同》第 9 条明确规定：“合同双方各自对己方的经营行为负责，不得借口本合同将各自独立承担的法律责任转嫁给对方。”答辩人对于四海公司的后续活动和行为不承担任何法律责任。

此外，答辩人对于被答辩人的公益诉讼资格提出质疑。被答辩人安州市环保联合会成立年限较短（法人登记证书发证日期:2010 年 1 月 14 日；有效期限:2010 年 4 月 10 日至 2020 年 4 月 9 日），并不符合法律规定的具有提起公益诉讼的社会组织的资格。被答辩人江北市绿色环境协会曾在 2011 年社会组织年检中没有达到维持该公益性社会组织活动的法定经费的要求，在江北市民政厅《关于 2011 年社会组织年检情况的公告》中被指出是“因经费不足以维持正常业务活动的不合格组织”，被评为不合格，并限期整改，在整改不合格后被江北市民政厅公告，即该被答辩人在从事公益性活动中有违反法律的行为。因此该被答辩人也不具有从事环境公益诉讼的资格。

基于上述事实 and 理由，请安州市中级人民法院依法驳回被答辩人全部诉讼请求，并判令被答辩人承担本案所有诉讼费用。

附件 1.安州市福喜养殖场渔业资源损害评估报告：结果显示养殖场遭受渔业损害。

附件 2.安西运河盐酸倾倒事件环境污染损害技术评估报告：结果显示运河遭受污染。

附件 3.安州市四海化工有限公司营业执照（简略版本）

名称：四海化工有限公司

类型：有限责任公司

住所：安州市中山路 450 号

法定代表人：赵建军

注册资本:200 万元

成立日期:2008 年 12 月 15 日

营业期限:2008 年 12 月 15 日至 2018 年 12 月 14 日

经营范围：危险化学品销售（按危险化学品经营许可证所列范围经营）

登记机关：江北区安州市工商行政管理局

【问题】

- 1.安州市环保联合会、江北区绿色环境协会是否具有提起环境公益诉讼主体资格？
- 2.龙翔公司与四海公司是否构成共同侵权？
- 3.本案谁负有举证责任？

论述题部分

主观题答题思路 and 技巧可以用以下七个方面来概括：

一、吃透材料。所提供材料有哪些信息，哪些是核心信息、关键信息，哪些是次要信息，哪些信息提供正面的解决线索，哪些提供的是干扰的信息。

二、确定论点。在做练习时根据对材料的把握，确定你的观点，你是要做正面的论述还是反面的反驳，观点无所谓对错，关键是支撑的依据。所以重要的是你是正面立，还是反面驳。

三、论证有力。论据丰富而全面，论据支持观点，提供了很多支持观点的证据，依据。论据分两类：一是直接的论据，二是引用的论据，如名人名言，如著名的案例，古今中外有很多有名的案例，对于表达某些观点的支持性方面很有力，如法律规范，在表达观点时适当引用一些中外法律规定能让观点的可成立性更强。论据与观点相关。论据要引用公认性的。

四、结构完整。起承转合是必要的。有个标题；整个文章分三大部分：一是引入问题，根据材料，把要讨论的问题引出来；二是展开讨论，三是“合”，总结段，结束了。

注意：尽量不要开门见山，直奔主题，尽量要让别人知道你的主题是从哪来的，你讨论的起点在哪里；结束部分应是全文论述的概括和浓缩。考生在这里应用简洁的语言对全文的内容进行高度概括，以使论点更加突出。

五、逻辑要紧密，层层递进，环环相扣，内容之间不能有矛盾或相冲突，这样会减弱你文章的说服力。

六、文字要求。文体应该是议论文体，用语应规范，尽量用法言法语，专有的一些概念术语的表述，没有错别字，字迹应清楚，字体至少应大大方方的让人看着舒服。

七、法律职业资格考试强调理论性，因此我们在准备论述题时还是要从基本概念、基础知识和基本理论做起，不仅要熟悉法律条文，而且要熟练掌握法律条文背后的法理。此外，法律职业资格考试的论述题很强调法律的运用性，我们在复习时一定要在运用实践上多下功夫，平时多看报、上网，关注一下社会热点的法律事件。

另外，准备论述题时一定要多写多练，每个星期写上一篇。不能光脑子里想，那样效果比较差。

重要考点

1. 当代中国法的正式渊源与非正式渊源

【大纲要求解读】大纲要求是“了解”，即仅要求记忆法律渊源的概念，区分正

式法律渊源与非正式法律渊源。对正式的法的渊源的效力原则要求“理解”，即要求结合实例来判断法律位阶。

【命题方式提示】 此考点的考查方式有六：第一，考查我国法的非正式渊源中的判例。非正式渊源没有法律效力，只有法律说服力（11-1-14）。第二，考查非正式渊源主要包括习惯、判例和政策。而作为判例载体的裁判文书自然可以构成法的渊源之一（10-1-11）。第三，考查同一位阶的法的渊源之间的冲突原则，主要包括：①全国性法律优先原则；②特别法优先原则；③后法优先或新法优先原则；④实体法优先原则；⑤国际法优先原则；⑥省、自治区的人民政府制定的规章效力高于本行政区域内较大的市的人民政府制定的规章（10-1-52）。第四，考查根据法的渊源理解法的位阶原则和法的效力原则（12-1-88）。第五，考查非正式法源的理解（08 延-1-52）。第六，结合法律部门考查法的渊源（11-1-51）。

【命题要点提示】 正式的法的渊源是指具有明文规定的法律效力并且直接作为法律人的法律决定的大前提的规范来源的那些资料，如法律、法规等。

非正式的法的渊源则指不具有明文规定的法律效力，但具有法律说服力并能够构成法律人的法律决定的大前提的准则来源的那些资料，如正义标准、理性原则、公共政策、道德信念、社会思潮、习惯、乡规民约、社团规章、权威性法学著作，还有外国法等。

当代中国法的渊源主要为以宪法为核心的各种制定法，包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、经济特区的规范性文件、特别行政区的法律法规、规章、国际条约、国际惯例等。

不同位阶的法的渊源之间的冲突原则包括宪法至上原则、法律高于法规原则、法规高于规章原则、行政法规高于地方性法规原则等。

同一位阶的法的渊源之间的冲突原则，主要包括：①全国性法律优先原则；②特别法优先原则；③后法优先或新法优先原则；④实体法优先原则；⑤国际法优先原则；⑥省、自治区的人民政府制定的规章的效力高于本行政区域内的较大的市的人民政府制定的规章。

位阶出现交叉时的法的渊源之间的冲突原则：①自治条例和单行条例依法作变通，依变通。②经济特区法规根据授权作变通，依变通。③地方性法规、规章之间不一致时，a. 同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致时，由制定机关裁决。b. 地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院提出意见，国务院认为应当适用地方性法规的，应当决定在该地方适用地方性法规的规定；认为应当适用部门规章的，应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决。c. 部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间对同一事项的规定不一致时，由国务院裁决。d. 根据授权制定的法规与法律规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人民代表大会常务委员会裁决。

2. 法律推理

【大纲要求解读】 大纲要求是“熟悉并能够运用”，即要求在记忆和理解法律推理的含意的基础上，结合不同的推论方法，论证对现实问题评价的合理性。

【命题方式提示】 此考点考查方式有四：第一，考查法律解释和法律推理的具体内涵。

法律推理是一种寻求正当性证明的推理（11-1-9）。第二，结合司法实践中的法官解释和司法解释，进一步掌握法律推理（10-1-9）。第三，结合案例分析掌握法律推理的特点（09-1-9）。第四，具体考查法律推理中的演绎推理、归纳推理、类比推理、设证推理，并作出分析和评价（09-1-92，08延-1-2）。

【命题要点提示】

法律推理就是指法律人在从一定的前提推导出法律决定的过程中所必须遵循的推论规则。①法律推理是以法律以及法学中的理或理由为基础的；②法律推理要受现行法律的约束；③法律推理是一种寻求正当性证明的推理。

演绎推理是从大前提和小前提中必然地推导出结论或结论必然地蕴涵在前提之中的推论。

归纳推理是从个别到一般的推论。

类比推理是从个别到个别的推论。

设证推理是对从所有能够解释事实的假设中优先选择一个假设的推论。

3. 法与道德

【大纲要求解读】 大纲要求是“熟悉并能够运用”，即要求在记忆法与道德的一般关系上，结合社会现实，用法律和道德的评价标准评判现有的制度。

【命题方式提示】 此考点的考查方式有三：第一，结合法与道德之争考查对法与道德的理解。道德和法律在一定程度上有重合性，故道德义务和法律义务可以相互转化（10-1-91）。第二，考核法与道德的关系。道德在社会生产生活中自然演进生成，不是自觉制定和程序选择的产物，自发而非建构是其本质属性（09-1-55）。第三，结合法律渊源考查道德规范是否是法律的渊源，从而加深法与道德关系的理解。道德规范是非正式渊源，而作为正式渊源的法律，道德只有得到法的认可，才能获得法的效力（08延-1-54）。

【命题要点提示】 法与道德在内容上存在相互渗透的密切联系。“法律是最低限度的道德”几成通说。

法与道德的区别：①生成方式上的建构性与非建构性；②行为标准上的确定性与模糊性；③存在形态上的一元性与多元性；④调整方式上的外在侧重与内在关注；⑤运作机制上的程序性与非程序性；⑥强制方式上的外在强制与内在约束；⑦解决方式上的可诉性与不可诉性。”

4. 法的局限性

法是一种社会规范，法具有规范作用，规范作用是法作用于社会的特殊形式。法的规范作用可以分为指引、评价、教育、预测和强制五种。法的社会作用涉及三个领域（社会经济生活、政治生活、思想文化生活）和两个方向。即政治职能（通常说的阶级统治的职能）和社会职能（执行社会公共事务的职能）。

但是，法律不是万能的，法的作用有其局限性，其原因包括：法律是以社会为基础的，

因此。法律不可能超出社会发展需要“创造”或改变社会；法律是社会规范之一，必然受到其他社会规范以及社会条件和环境的制约；法律规制和调整社会关系的范围和深度是有限的。有些社会关系（如人们的情感关系、友谊关系）不适宜由法律来调整；法律自身条件的限制。如语言表达力的局限。

因此。要全面发挥各种社会规范的调整作用。综合协调地运用多元化的手段和方式实现对国家的治理和管理。重视调解的重要作用，实现社会矛盾纠纷化解机制的多元化。

5. 法的价值

法的价值主要包括正义、自由、秩序等。法律是自由的保障，自由是判断法律善恶的标准之一。但是，自由是有限度的、有范围的，而这个限度和范围由法律来设立。判断法律何时及何种情况下限制自由是正当的，主要有四个原则：

（1）伤害原则：在《论自由》一书中，密尔把人的行为分为自涉行为和涉他行为。前者只影响自己的利益或者仅仅伤害到自己，后者则影响到别人或者伤害到别人。密尔认为只有伤害别人的行为才是法律检查和干涉的对象。未伤害任何人或仅仅伤害自己的行为不应受到法律的惩罚。简言之，社会干预个人行动自由唯一的目的是自我保护，只有为了阻止对别人和公共的伤害，法律对社会成员的限制才是合理的，可以证成的。

（2）法律家长主义：法律家长主义原则也称父爱主义，其基本思路是，禁止自我伤害的法律，即家长式的法律强制是合理的。家长式的法律强制是指为了被强制者自己的福利、幸福、需要、利益和价值，而由政府对一个人的自由进行的法律干涉。如禁止自杀、禁止决斗、强制戒毒等法律、法规都是该原则的体现。

（3）冒犯原则：冒犯原则的基本思路是，法律禁止那些虽不伤害别人但却冒犯别人的行为是合理的。这里的冒犯行为是指使人愤怒、羞耻或惊恐的淫荡行为或放肆行为，如人们忌讳的性行为、虐待尸体、亵渎国旗等。这种行为公然侮辱公众的道德信念、道德感情和社会风尚。因此，必须受到刑事制裁。

（4）法律道德主义原则：法律道德主义的基本思路是：一个人的行为只要违背了一个社群所接受的道德准则，应该受到法律的禁止或者惩罚。

6. 实体公正与程序公正

在法治国家的建设过程中，到底是追求实体公正还是程序公正？不同的时代人们有不同的抉择。不同的选择表达的是我们不同的诉求。如何在实体公正和程序公正的两重世界之间谋求和谐，正是我们必须思考的问题。

（1）实体公正与程序公正的辩证关系

公正的判决是法院给予当事人的一种预期的结果，而公正程序的设置，是当事人获得这种公正判决的前提。程序公正如铁轨，实体公正如火车，没有铁轨，火车不能够正常前行。实体公正也必须要由程序公正来保障。这是因为，实体公正凭借的是人们的善良意志，但如

果善良意志没有公正程序的制约，就很容易好心办坏事，形成多数人的暴政。在一个缺乏法治传统的社会，实体公正特别容易被专制者操控，成为草菅人命的工具。实体正义也许会实现个案的正义，但却会损害群体的正义；程序正义有时也可能损害个案的正义，但却会保障群体正义的实现，而群体正义正是法律追求的目标和法律存在的目的。

程序公正与实体公正密不可分，程序公正是实体公正的基本前提和保证，实体公正是程序公正的最终标准和最终目的。没有程序公正，很难有实体公正，但遵循了程序公正，有时又不得不牺牲实体公正。正如杰克逊所言：“如果有可能的话，人们宁肯选择通过公正的程序实施一项暴戾的实体法，也不愿意选择通过不公正的程序实施一项较为宽容的实体法。”那种“宁可错杀三千，不叫一个漏网”的做法只能带来恐怖，而与法治的精神相违背。

（2）程序公正的独立价值

英国有句古老的箴言：正义不仅要得到实现，而且要以人们看得见的方式得到实现（Justice must not only be done, but must be seen to be done）。这种“看得见的方式”就是公正的诉讼程序。法治社会强调程序公正，是因为除保障实体公正外，程序公正还具有独立于实体公正的本身价值。这主要体现在以下几个方面：

①程序公正能保障人权。不能保障人权，便没有真正的公正可言。法治的终极目的，便是对人性予以关怀，主要是保障人权。程序公正的功能和目标，就是使官员的权力不致被滥用，同时使当事人的权利，主要是人权，得到保障。必须明确，恶人也有人权，那些属于他们而未被法律剥夺的人权必须得到保护。例如，现代法治社会之所以禁止刑讯逼供，既是因为这种取证方式会造成大量的冤假错案，更是因为这种在一定情况下有助于查明真相，使实体法“正确实施”的行为违背了基本的人道标准。

②程序公正有利于培养法律信仰。法律信仰的建立主要来自于当事人的诉讼活动，因为有的人一辈子可能和法律接触的机会仅有那么一两次。而诉讼活动是一种运用证据去证明已经发生了的无法再现的事实的活动。人类的认识能力是有限的，判决的结果是否符合客观真实，有时难以检验。在这种情况下，如何使当事人和社会公众认可和接受法院作出的判决呢？在这里，程序公正发挥了独特的作用，那就是通过程序的公正使程序结果的“公正性”获得公众的承认。

③程序公正能够有效地预防司法过程中的权力滥用。法官的自由裁量权是不可少的，但自由裁量权过大又容易导致裁判权的滥用，因此为保障裁判公正，就必须通过程序制度对法官的自由裁量权作出适当的限制。程序制度的设计，如关于审级、审限、回避、公正审判、审判监督等都旨在对法官的自由裁量权进行适当的限制，而对法官的自由裁量权的限制越适当，则程序将表现出其更大的合理性。所以，严格地遵循法定的程序，是防止滥用裁量权，保障公正司法的重要条件。相反，在审判活动中如果允许法官不依循程序，完全自由裁量，极易导致司法腐败和不公。

④程序公正有其本身的优先性。相对于个案而言，判决结果是否公正，是否进行重审或再审，不会对整个司法体系产生实质的影响。然而若牺牲程序公正的优先性去满足个案的需

要，那么法律的权威性和确定性就会受到侵蚀，当事人对自身利益也无法作出正常的预测。如此，人们就会对法律失去信心。选择诉讼，意味着当事人同意通过该种方式解决纠纷，即使在诉讼程序下得到了实体并不公正的结果造成个案不公，人们仍然会对诉讼充满信心，“辛普森杀妻案”就是一个典型的例子。

（3）确立程序公正的优位理念

可以说，无程序就无良法，更无法治可言。在当代中国的司法实践中，“重实体，轻程序”的观念依然根深蒂固，司法审判也一直存在着“走过场”和“流于形式”的问题。有鉴于此，在建设社会主义法治国家的进程中，我们应特别强调程序公正的价值，尤其要在刑事诉讼程序的设计和implement中贯彻程序公正的理念和基本要求。程序公正是当代中国法治的理念与实践的必然要求，也是建构中国法治社会的基本品格，同时又是实现法律保障自由与人权这一最高目标的重要思想资源。这正如马克思所指出的：“程序是法律的生命形式，也是法律内部的生命表现。”因此，通过立法的教育和引导作用，在社会上牢固树立程序公正的观念，使法治的理念真正实现，才能使社会主义法治中国长治久安。

2018 年法考主观题热点预测

一、材料：甲女与乙男是夫妻关系，育有一子，后乙男沉迷赌博，对家里不管不问，致使甲女与其子生活拮据。乙男的父亲（甲女的公公）丙为了照顾孙子，经常帮助甲女，二人日久生情。后来，甲女与乙男离了婚，并与其公公丙领了结婚证，此事在当地引起轩然大波，人们对此褒贬不一。

该事成了人们茶余饭后的谈资。A 说，她活了 80 多岁，从未听说过公公娶了儿媳妇这一邪事，如今这样的事情就发生在她眼皮底下，她实在看不下去。

B 气愤地说，丙（甲女的公公）太过格了！简直是乱伦！为此他特地写信给市长。后来他从市长信箱获悉，他们的婚姻系合法婚姻。为此他气得一个星期都没有睡好觉。

C 表示出赞成的观点，他认为虽然合法，但伦理难容。但他们能领到结婚证书，说明他们追求幸福的勇气可嘉。

问题：结合案例，从法律与道德的关系的角度，谈谈自己的认识。

二、丈夫拒签字，妻子难产死亡的法学分析

2007 年 11 月 21 日下午 4 点左右，在北京某医院里，一名孕妇因难产生命垂危被其丈夫送进医院。面对身无分文的孕妇，医院决定免费入院治疗，而其同来的丈夫却拒绝在医院的剖腹产手术上面签字，焦急的几十名医院医生、护士束

手无策，在抢救了3个小时后，医生宣布孕妇抢救无效死亡。

在长达3个小时的僵持过程中，该男子一直对众多医生的苦苦劝告置之不理，该医院的院长亲自到场。110支队的警察也来到医院。为了让该男子同意签署手术单，甚至医院的许多病人及家属都出来相劝，一名住院的病人当场表示：如果该男子签字，则立即奖励他1万元钱。然而所有劝说都毫无效果，该男子仍拒绝签字。为确认其精神没有异常，医院紧急找来已经下班的神经内科主任，经过询问，其精神毫无异常。

该医院妇产科医生在3个小时的急救过程中，一方面请110紧急调查该孕妇的户籍，试图联系上她的其他家人；一方面上报了北京市卫生系统的各级领导，得到的指示为：如果家属不签字，不得进行手术。晚7点20分，22岁的孕妇经抢救无效死亡。

请从法理学的角度就此案谈谈你的看法。

三、将遗产赠与“二奶”行为的法学分析

四川省泸州市某公司职工黄某和蒋某1963年结婚，但是妻子蒋某一直没有生育，后来只能抱养了一个儿子，由此给家庭笼罩上了一层阴影。1994年，黄某认识了一个姓张的女子，并且在与张某认识后的第二年同居。黄的妻子蒋某发现这一事实以后进行劝告但是无效。1996年底，黄某和张某租房公开同居，以“夫妻”名义生活，依靠黄某的工资（退休金）及奖金生活，并曾经共同经营。2001年2月，黄某到医院检查，确认自己已经是肝癌晚期。在黄某即将离开人世的这段日子里，张某面对旁人的嘲讽，以妻子的身份守候在黄某的病床边。黄某在2001年4月18日立下遗嘱：“我决定，将依法所得的住房补贴金、公积金、抚恤金和卖泸州市江阳区一套住房售价的一半（即4万元），以及手机一部遗留给我的朋友张某一人所有。我去世后骨灰盒由张某负责安葬。”4月20日黄某的这份遗嘱在泸州市纳溪区公证处得到公证。4月22日，黄某去世，张某根据遗嘱向蒋某索要财产和骨灰盒，但遭到蒋某的拒绝。张某遂向纳溪区人民法院起诉，请求依据《继承法》的有关规定，判令被告蒋某按遗嘱履行，同时对遗产申请诉前保全。从5月17日起，法院经过4次开庭之后（其间曾一度中止，2001年7月13日，纳溪区司法局对该公证遗嘱的“遗赠抚恤金”部分予以撤销，依然维持了住房补贴和公积金中属于黄某部分的公证，此后审理恢复），于10月11日公开宣判，判决认为：尽管《继承法》中有明确的法律条文，而且本案中的遗赠也是真实的，但是黄某将遗产赠送给“第三者”的这种民事行为违反了《民法通则》第7条“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序”，因此法院驳回原告张某的诉讼请求。

请就此案谈谈你的看法。

四、新闻监督与司法独立的法学分析

四川省技术监督机构查封了夹江县某个体印刷厂，因为该厂仿冒印制另一企业的产品。后来被查封的印刷厂向法院提起行政诉讼，认为该技术监督机构无权对其实施行政处罚，属于越权行政。对此，某电视台 A 栏目进行了报道，并以“恶人先告状”为道德批判模式，对“制假者”的起诉行为予以谴责。面对媒体形成的舆论压力，法院不得不违心地作出不利于“制假者”的裁决。实际上，依照相关法律，“制假者”是有起诉权的，法院也应当受理。一个法律问题经过媒体的报道变成了一个是非分明的道德问题，从而给法院正常审判工作带来了不利影响，也损害了当事人的应有权利。

请就此案谈谈你的看法。

五、公民基本权利宪法保护问题的法学分析

近年来，发生了一批涉及公民基本权利如何在现行宪法中寻求保护的典型案例，如 2002 年黄碟案（西安公安闯入民宅抓捕观看黄碟的一对夫妻）；又如 2003 年的孙志刚事件（湖北人孙志刚因未带暂住证，在广州被强制收容，期间被虐待致死）。这些事件中，公民住宅不受侵害权、公民人身自由权等宪法性权利都遭到无情践踏，但最终受害人或其家属无法直接依据宪法寻求权利救济。

请你就此问题谈谈我国公民基本权利的宪法保护问题。

六、2004 年某晚，国内某高校两名大一学生刘某和罗某在教室里拥抱、接吻，被学校的监控设备录了下来。此后，学校以本校依据国家的《普通高等学校学生管理规定》和《高等学校学生行为准则》而制定的《大学学生违纪处分规定》第 13 条第 3 款之规定“发生非法性行为者，给予开除学籍处分”为由，勒令两人退学，两人当学期的期末考试也被取消。刘、罗二人不服，向当地法院起诉，将母校告上法庭。后法院以不属于受案范围为由，驳回了二人的起诉。该案引起社会多方面的反响，支持学校者有之，反对学校者有之。其实，学校以此种理由处罚学生由来已久。2003 年某日，某大学的一对学生在校内河边亲吻，被系主任发现，此后，两人被正式通知因其违反校规将被给予记过处分。这是第一对因“亲吻”而遭受处分的高校学生，后该对恋人因此最终分手。此后，该校某系又颁布了《XXX 系系规》，严禁“男女同学在公共场合（校园内）搂搂抱抱，过于亲密”。学生戏称为真“禁吻令”。校方表示，如执行良好，将在全校推广。据悉国内其他高校也不同程度地存在“禁止大学生在校内牵手、搂腰、拥抱、接吻以及女生穿低胸露背装”等类似管理规定或准备出台类似规定，其中有的还规定情节严重者将被开除学籍或勒令退学。

“禁吻令”纷争昭示了该种现象具有一定的普遍性和代表性，同时也引起

人们对校园法治诸多问题的关注、思考与争议。

请根据法学基本原理对这一案件进行评论。

答题要求：

- (1) 运用你所掌握的法学知识和相关的社会知识阐述你的观点和理由；
- (2) 说理充分，逻辑严密，语言流畅，表述准确；
- (3) 答题文体不限，字数不少于 500 字。

七、2003年2月23日下午两点多。26岁的湘潭市国税局干部姜俊武，在21岁的临丰小学女教师黄静家吃完午饭后，带黄离开。之后，人们发现黄静一丝不挂的死在其学校宿舍中。黄静的案子在网络上引发激烈讨论，许多人呼吁要严惩姜俊武。在媒体及群众舆论的压力下，湘潭市雨湖公安分局改变了原来没有证据不立案的决定，终于立了案。针对黄静的死亡，一共进行过六次鉴定，每次结果都不尽相同，甚至互相矛盾。湖南警方的鉴定结论是黄静是突发疾病而死，但是黄静的家人请南京医科大学和中山大学法医鉴定中心连续做了两次尸检，两个非官方机构得出与湖南警方截然不同的结论：认为黄静系非正常死亡，病死一说证据不足。

经历无数曲折后，黄静案等来了庭审。2004年12月7日，黄静案第一次不公开开庭审理。姜俊武以涉嫌“强奸罪（中止）”，被提起公诉。开庭当天，3位专家鉴定人出庭作证指明黄静的死因，以高铭暄为首的4位国内顶尖级刑法学专家出具了认为黄静是“强奸（未遂）致死”的法律意见。法院的判决拖过了2005年春节，后来，又拖到了2006年年中。2006年7月10日上午9时40分许判决终于作出，40多家媒体到场。

法院认为姜俊武“特殊性行为”虽不属强奸罪，但他须对黄静的死亡后果承担50%的民事责任，赔偿黄静亲属经济损失59,399.5元。

判决书最终采信了最高人民法院司法鉴定中心出具的死亡鉴定意见——在潜在病理改变的基础上，因姜俊武采用较特殊方式进行的性活动促发死亡。

问题：在这件案件的发展过程中，媒体的舆论产生了比较大的影响。请针对媒体与司法的关系，谈谈自己的看法。

- 答题要求：
1. 运用掌握的法学知识阐述你的观点和理由；
 2. 说理清楚，逻辑严谨，语言流畅，表达准确；
 3. 字数不少于 600 字。

八、四川泸州的黄永彬与妻子蒋伦芳结婚三十多年，有一养子。1994年起黄开始与张学英来往，1996年起二人公开同居，依靠黄的工资（退休金）及奖金生活，并曾经共同经营。但黄永彬与蒋伦芳并未离婚。2001年2月起，黄病重住院，张学英一直在医院照顾，法院认为其尽到了扶养义务。4月8日黄永彬

立下遗嘱：“我决定，将依法所得的住房补贴金、公积金、抚恤金和泸州市江阳区的住房售价的一半（即4万元），以及手机一部留给我的朋友张学英一人所有。我去世后骨灰盒由张学英负责安葬。”4月20日，该遗嘱在纳溪区公证处得到公证。黄去世后，张根据遗嘱向蒋索要财产和骨灰盒，遭到蒋拒绝。张遂向纳溪区人民法院起诉，请求根据《继承法》的有关规定，判令被告蒋伦芳按照遗嘱履行，同时对遗产申请诉前保全。从5月17日起，法院经过4次开庭之后（其间曾一度中止，2001年7月13日，纳溪区司法局对该公证遗嘱的“遗赠抚恤金”部分予以撤销，依然维持了住房补贴和公积金中属于黄永彬部分的公证。此后审理恢复），于10月11日判决驳回原告张学英的诉讼请求。法院判决依据《民法通则》第7条民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益的基本原则，认为黄永彬的遗嘱虽然是其真实意思的表示，形式上也合法，但遗嘱内容存在违法之处，且黄永彬与原告的非法同居关系违反了《婚姻法》的有关规定，黄永彬遗赠遗嘱是一种违反公序良俗和法律的行为，因此是无效的。本案的判决一方面获得了当地民众和一些学者的支持，另外很多法律界人士却认为这是道德与法和情与法的一次冲突，甚至认为有具体的实体法规则——《继承法》可依的情况下再依据法律原则，这样的判决是错误的。

对于此案你是怎么看的？法律规则和法律原则之间的关系是怎样的？其各自的功能是什么？

- 答题要求：1. 观点明确，论证充分，逻辑严谨，文字通顺；
2. 不少于600字。

九、某民法典规定：“依法成立的合同，对于缔约当事人双方具有相当于法律的效力。”另一民法典规定：“物权，除本法及其他法律所定者外，不得创设。”请结合我国民法有关规定及法理学有关理论对此予以评论。

法律文书写作格式

2018 年法考主观题热点预测

一、起诉书

XX 人民检察院

起诉书

XX 检 XX 刑诉号

被告人 X（写明姓名、性别、出生年月日、身份证号码、民族、文化程度、职业或工作单位及职务、住址、曾受到行政处罚、刑事处罚的情况和因本案采取强制措施的情况等）。

本案由 XX（侦查机关）侦查终结，以被告人 XX 涉嫌 XX 罪，于 X 年 X 月 X 日向本院移送审查起诉。本院受理后，于 X 年 X 月 X 日已告知被告人有权委托辩护人，X 年 X 月 X 日已告知被害人及其法定代理人（或者近亲属）、附带民事诉讼的当事人及其法定代理人有权委托诉讼代理人，依法讯问了被告人，听取了被害人的诉讼代理人 XX 和被告人的辩护人 XX 的意见，审查了全部案件材料……（写明退回补充侦查、延长审查起诉期限等情况）。

【对于侦查机关移送审查起诉的需变更管辖权的案件，表述为：“本案由 XX（侦查机关）侦查终结，以被告人 XX 涉嫌 XX 罪，于 X 年 X 月 X 日向本院移送审查起诉。XX 人民检察院于 X 年 X 月 X 日转至本院审查起诉。本院受理后，于 X 年 X 月 X 日已告知被告人有权……”】

对于本院侦查终结并审查起诉的案件，表述为：“被告人 XX 涉嫌 XX 罪一案，由本院侦查终结。本院于 X 年 X 月 X 日已告知被告人有权……”

对于其他人民检察院侦查终结的需变更管辖权的案件，表述为：“本案由 XX 人民检察院侦查终结，以被告人 XX 涉嫌 XX 罪，于 X 年 X 月 X 日向本院移送审查起诉。本院受理后，于 X 年 X 月 X 日已告知被告人有权……”】

经依法审查查明：……（写明经检察机关审查认定的犯罪事实包括犯罪时间、地点、经过、手段、目的、动机、危害后果等与定罪有关的事实要素。应当根据具体案件情况，围绕刑法规定的该罪构成要件叙写。）

（对于只有一个犯罪嫌疑人的案件，犯罪嫌疑人实施多次犯罪的犯罪事实应逐一列举；同时触犯数个罪名的犯罪嫌疑人的犯罪事实应该按照主次顺序分类列举。对于共同犯罪的案件，写明犯罪嫌疑人的共同犯罪事实及各自在共同犯罪中的地位和作用后，按照犯罪嫌疑人的主次顺序，分别叙明各个犯罪嫌疑人的单独犯罪事实。）

认定上述事实的证据如下：

……（针对上述犯罪事实，分列相关证据）

本院认为，……（概括论述被告人行为的性质、危害程度、情节轻重其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第 X 条（引用罪状、法定刑条款），犯罪事实清楚，证据确实充分，应当以 XX 罪追究其刑事责任。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第 172 条的规定，提起公诉，请依法判处。

此致

X X 人民法院

检察员 XX

XX 年 XX 月 XX 日

（院印）

附：1. 被告人现在处所。具体包括在押被告人的羁押场所和监视居住、取保候审的处所。

2. 证据目录、证人名单和主要证据复印件，并注明数量。

3. 有关涉案款物情况。

4. 被害人（单位）附带民事诉讼的情况。

5. 其他需要附注的事项。

二、辩护词

辩 护 词

尊敬的审判长、审判员（人民陪审员）：

序言：引用刑事诉讼法律依据，说明担任辩护人的合法身份，为履行辩护职责在开庭前做了哪些工作，并概括说明即将发表的辩护论题和基本观点。

辩护理由：针对起诉书、刑事自诉状或者一审判决（裁定）认定的犯罪事实、证据、性质或罪名，根据客观事实依法论证被告人无罪、罪轻或者应当减轻、免除其刑事责任的理由，并说明有关证据材料。

结束语（辩护意见）：总括辩护理由，向法庭提出合法、合理、合情的请求。以上辩护意见，提请合议庭在审理该案时予以考虑。

辩护人 XX

XX 年 XX 月 XX 日

三、一审刑事判决文书

XX 人民法院

刑事判决书

(XX) X 刑初字第 XX 号

公诉机关 XX 人民检察院

附带民事诉讼原告人(被害人)……(写明姓名、性别、出生年月日、民族、籍贯、职业或工作单位和职务、住址等)。

被告人,……(写明姓名、性别、出生年月日、民族、籍贯、职业或工作单位和职务、住址和因本案所受强制措施情况等,现在何处)。

辩护人……(写明姓名、性别、工作单位和职务)。

XX 人民检察院于 XX 年 XX 月 XX 日以被告人 XX 犯 XX 罪,向本院提起公诉。本院受理后,依法组成合议庭(或依法由审判员 XX 独任审判),公开(或不公开)开庭审理了本案。XX 人民检察院检察长(或员)XX 出庭支持公诉,被告人 XX 及其辩护人 XX、证人 XX 等到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

……(首先概述检察院指控的基本内容,其次写明被告人的供述、辩解和辩护人辩护的要点)。

经审理查明,……(详写法院认定的事实、情节和证据。如果控、辩双方对事实、情节、证据有异议,应予分析否定或采纳。在这里,不仅要列举证据,而且要通过分析论证,来说明本判决认定的事实是正确无误的。必须坚决改变用空洞的“证据确凿”几个字来代替认定犯罪事实的具体证据的公式化的写法)。

本院认为,……[根据查证属实的事实、情节和法律规定,论证被告人是否犯罪,犯什么罪(一案多人的还应分清各被告人的地位、作用和刑事责任),应否从宽或从严处理。对于控、辩双方关于适用法律方面的意见和理由,应当有分析地表示采纳或予以批驳]。依照……(写明判决所依据的法律条款项)的规定,判决如下:

……写明判决结果。分三种情况:

第一,定罪判刑的,表述为:

“一、被告人 XX 犯 XX 罪,判处……(写明主刑、附加刑);

二、被告人 XX……(写明追缴、退赔或没收财物的决定,以及这些财物的种类和数额。没有的不写此项)。”

第二,定罪免刑的表述为:

“被告人 XX 犯 XX 罪,免于刑事处罚(如有追缴、退赔或没收财物的,续写为第二项)。”

第三，宣告无罪的，表述为：

“被告人 XX 无罪。”]

如不服本判决，可在接到判决书的第二日起 XX 日内，通过本院或者直接向 XX 人民法院提出上诉。书面上诉的，应交上诉状正本一份，副本 X 份。

审判长 XX

审判员 XX

审判员 XX

XX 年 XX 月 X 日

(院印)

本件与原本核对无异

书记员 XX

四、代理词

代 理 词

尊敬的审判长、审判员：

依照法律规定，受原告（或被告）的委托人和 XX 律师事务所的委派，本人担任原告（或被告）的诉讼代理人，参与本案诉讼活动。

开庭前，本人听取了被代理人的陈述，查阅了本案案卷材料，进行了必要的调查。现发表以下代理意见：

……（阐明案件事实、诉讼请求的法律依据和理由，或阐明反驳原告起诉的事实、诉讼请求的法律依据和理由）。

……（总结归纳，提出明确具体的建议）。

代理人 XX

XX 律师事务所律师

XX 年 XX 月 XX 日

五、仲裁申请书

仲裁申请书

申请人 XX

地址：XX 邮政编码：XX

电话：XX 传真：XX

法定代表人：XX 职务：XX

被申请人 XX

地址：XX 邮政编码：XX

电话：XX 传真：XX

案由：……（写明争议案件的性质）

仲裁请求事项：

……（要求仲裁解决的具体问题）

事实与理由：

……（当事人之间争议的由来、发生、发展的过程；当事人之间权益争议的具体内容和焦点；被申请人应承担的责任。）

证据和证据来源、证人姓名和住所；

……

此致

XX 仲裁委员会

申请人 XX

（印章）

XX 年 XX 月 XX 日