

全国律师资格考试 实务评解

修订本

陈少云 主编

中国法制出版社

全国律师资格考试实务评解

(修 订 本)

顾 问 (按章节排列)

马登民 杨振山 李宝岳

主 编 陈少云

副主编 韩 冰 徐玉光

陈天助 邓建中

中国法制出版社

责任编辑:王淑敏 宋进

全国律师资格考试实务评解(修订本)

QUANGUO LUSHI ZIGE KAOSHI SHIWU PINGJIE

主编/陈少云

经销/新华书店

印刷/河北省涿州市新华印刷厂

开本/850×1168毫米 印张/19.875 字数/540千

版次/1998年5月北京第1版 1998年5月北京第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-333-X/D·315

(北京西单横二条2号 邮政编码100031)

定价:33.00元

前 言

在参加全国律师资格考试中,提高理论联系实际,运用所学法律知识分析解决实际问题的能力十分重要。近年来,参加律师资格考试人数逐年递增,生源也越来越广泛,考生欲在短期内搞好复习,做到成竹在胸,当以提高实务最为重要,这无疑需要一本具有及时性、准确性、实用性、系统性的参考书提供帮助。我们编写此书的目的和宗旨亦在于此。本书具有的特点如下:

1. **及时性。**本书在覆盖重点法律、法规的基础上,注重国家新出台的法律、法规,如本书选择了不少刑事诉讼法(修正)、刑法(修订)、律师法、行政处罚法、担保法、劳动法、国家赔偿法、票据法、银行法、保险法等方面的实例,及时提供给读者学习、掌握。

2. **准确性。**本书所收选的实例来源于近年来司法机关审结的案例及有关专著、教材,在编写的过程中,承蒙部分著名法学教授和专家热情支持、指导和帮助。这为本书的质量提供了一个可靠的保证。

3. **实用性。**律师资格考试是从律师职业实践的要求和检验考生对法律知识的掌握程度出发。这就决定了考试内容中实务部分所占据的重要地位。再复杂的法学理论,再难懂的法律条文,一旦用生活的实例来说明,就容易被理解、掌握,故编写此书时,十分注重对参考资料进行加工、提炼、浓缩,以适应考试需要。

4. **系统性。**本书囊括了全国律师资格考试大纲涉及实务的全部章节,力求使考生可以针对自己薄弱的环节进行专项复习。

本书在编写的过程中,得到了大连市中级人民法院刑庭李圣哲同志、北京市东城区人民法院刑庭张又明同志、崔永红同志、河南省南阳市中级人民法院经济庭冯举平同志、河南省高级人民法院告申庭华夏同志、北京市徐玉光律师事务所诸位律师的大力协助,在此谨表谢意。

编 者

修订说明

1996年,我们编写了《全国律师资格考试实务评解》一书。本书出版后,深受读者欢迎,短期内便售罄。根据广大读者的愿望,今年,我们在原书的基础上进行了修订,主要包括:对刑法部分根据新修订的刑法重新改写;对行政处罚法、房地产管理法等部分增添了新的内容;在文字表述方面做了加工和订正,改正了存在的缺陷和不足;删除了部分内容使之更加精练。

参加本书撰稿和修订工作的有:王勇、尹秀超、韩冰、陈天助、毛初颖、李松义、孟新军、陈少云、宋红松、陆维福、范兴杰、秦家高、陈雪珍。

编者

1998年4月

目 录

前言	(1)
第一篇 刑法	(1)
第二篇 民法	(25)
第一章 民法通则、担保法	(25)
第二章 婚姻家庭法律制度	(91)
第三篇 知识产权	(117)
第一章 著作权	(117)
第二章 专利权	(135)
第三章 商标权	(157)
第四篇 经济法	(164)
第一章 经济合同法	(164)
第二章 技术合同法	(205)
第三章 涉外经济合同法	(229)
第四章 企业法律制度	(240)
第五章 税法、银行、保险和票据法律制度	(280)
第六章 房地产法律制度	(325)
第七章 反不正当竞争法、产品质量法和消费者 权益保护法	(350)
第五篇 劳动法	(372)
第六篇 国际私法和国际经济法	(384)
第七篇 程序法	(433)
第一章 刑事诉讼法(修正)	(433)
第二章 民事诉讼法	(484)

第三章	行政诉讼法、行政处罚法	(535)
第四章	仲裁法	(573)
第五章	国家赔偿法	(588)
第八篇	律师制度与实务	(610)

第一篇 刑法^①

案例 1

【案情】《××诗集》一问世，畅销全国。某市文化书店欲购买诗集 1.5 万册。个体书商伍某某与书店签订了购书协议。伍某某从新华书店买回一本正版的《××诗集》，找到某印刷厂，委托该厂依样制版，印刷封面。伍又叫三家印刷厂承办内页印刷和装订工作，印刷装订完毕，伍向文化书店交货，非法所得达 2 万元。后伍某某被依法逮捕。经某区人民法院以侵犯著作权罪判处有期徒刑 2 年，没收非法所得，并处罚金 5000 元。

【问题】 1. 某区人民法院定罪量刑是否适当？

2. 侵犯著作权罪的特征是什么？

【评解】 目前，一些单位和个人为牟取非法利润和追求其他不正当利益，大肆进行侵犯他人著作权活动，严重损害了著作权人和消费者的正当权益，严重扰乱了文化市场秩序。《刑法》第 217 条对侵犯著作权罪及其刑事处罚作了规定。刑法对侵犯著作权罪的构成要件规定如下：1. 行为人在主观上有犯罪故意，即有营利的目的。是否有营利目的，是区分罪与非罪的重要界限，如果行为人复制他人作品，是为了课堂教学、科学研究或学习，没有营利目的，不是犯罪。2. 行为人在客观上具有侵犯著作权的行为。著作权包括作品的发表权、署名权、修改权、保护作品完整权、使用权和获得报酬权。法律列举了以下作为犯罪追究的四种具体行为：（一）未经著作权人许可，复制发行其文学作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的；（二）出版他人享有专有出版权的图书的；（三）未经录音录像制作者许可，复制发行其制作的录音录像的；（四）制作、出售假冒他人署名的美术作品的。3. 侵犯他人著作权行为，违法所得数额较大或有其他严重情节的，才构成犯罪。

① 本章刑法案例均按新修订的《刑法》进行评解。——编者

本案被告人伍某某未经著作权人和享有专有版权的出版社许可，为牟取暴利，私自印刷该诗集，非法获利达2万元，数额较大，其行为符合侵犯著作权罪的特征，某区人民法院定罪正确，量刑适当。

案例2

【案情】 张某平时好逸恶劳，总梦想靠非法手段发财。1996年4月的一天，张某在街上闲逛时看到保险公司的保险介绍，遂生歹意。于是他购买了保险金额10万元的家庭财产保险。1996年6月的一天夜晚，张某用柴草将自己居住的两间平房点燃，由于火情发生在半夜，因而未得到及时扑救，致使房屋烧毁。张某以此要求保险公司支付保险金10万元人民币。后经公安机关调查，失火原因系人为纵火。张某本人有重大嫌疑，遂将其传讯。

【问题】 本案如何认定？它的特征是什么？

【评解】 本案被告人的行为应认定为保险诈骗罪。

保险诈骗罪是指违反保险管理法规，意图诈骗保险金而采用虚构保险标的或者保险事故以及其他方法，向保险公司骗取保险金的行为。

保险诈骗罪在客观上表现为诈骗保险金的行为。具体表现形式有：

1. 投保人故意虚构保险标的，骗取保险金。例如根本没有购置汽车，却伪造购车的发票、驾驶执照、行驶证等保险单证，参加车辆损失保险，尔后伪称发生了汽车损害事故，骗取保险金。

2. 投保人、被保险人或者受益人对发生的保险事故编造虚假的原因或者夸大损失的程度，骗取保险金。

3. 投保人、被保险人或受益人编造未曾发生的保险事故，骗取保险金。

4. 投保人、被保险人故意造成财产损失的保险事故骗取保险金。这主要是指行为人为诈取保险金，自行毁灭保险标的，人为制造保险事故。

5. 投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病，骗取保险金。这种行为一般发生在人身保险之中，有的为亲人或自己订立人寿保险合同，尔后谋杀亲人或找人替死，骗取保险金。还有的则是通过故意造成伤残或者疾病，以骗取保险金。

本案被告人张某在将自己的财产投保之后，故意纵火焚烧，以此来骗取保险金，其行为已构成保险诈骗罪。

保险诈骗罪的主体是投保人、被保险人、受益人。这三种人都享有对因保险事故造成的损害请求赔偿的权利，因而可以成为保险诈骗罪的主体。当

然,单位也可以成为本罪主体。如某企业领导研究决定,人为制造保险事故以诈取保险金。待企业投保后,企业领导人指使工人放火烧毁投保财产,然后向保险公司索赔巨额保险金。本案被告人是投保人,符合本罪主体要求。

本罪在主观上必须出于故意,并且要有诈骗保险金的意图。保险诈骗的犯罪故意可能产生于投保以前,也可能产生于投保以后。前者例如有些犯罪分子正是为了诈骗保险金而投保,投保是其实现犯罪计划的一个步骤,本案被告人即是此类。后者例如有些犯罪分子投保时虽无诈骗保险金的故意,而是在保险期间萌发了犯罪故意。认定保险诈骗的犯罪故意,对于在司法实践中正确认定保险诈骗罪具有重要意义。尤其是犯罪预备阶段,有无保险诈骗的犯罪故意是区分罪与非罪的标准。例如,投保以后,在保险期内自行毁灭保险标的的行为,并非都是保险诈骗罪的预备行为,只有那些在诈取保险金的犯罪意图支配下自行毁灭保险标的的行为,才是保险诈骗罪的预备行为。如果不是出于诈骗保险金的动机,而是因为其他非犯罪动机,如夫妻反目而在盛怒之下毁坏保险标的的行为不能视为犯罪。当然,如果自行毁坏保险标的之际虽无诈骗保险金的犯罪故意,之后又产生了犯罪故意,隐瞒事实真相,向保险公司索取保险金,仍然可作为犯罪论处。

本案应依据《刑法》第198条规定,予以惩处。

案例3

【案情】 刘某1994年参加工作,被分配到某市车务段一主要道口做扳道员,负责铁路道岔的保养、维修和道岔操纵。他平日里粗心大意,对工作不负责任。1997年的一天,一列火车即将经过刘某负责的道口,按照规章制度,刘某应在列车到来前10分钟内将道岔扳好,等待列车通过。但他却不按制度办事,竟提前半个小时将道岔扳动。这时另一列货运车正好经过,由于刘某已将道岔扳动,致使该货运车出轨,7节车厢倾覆,所运货物遭到严重损坏。货车上的工作人员有5名受重伤,其中1人伤势严重,在送往医院的途中死亡。由于出现重大事故,使该段铁路停运16小时,给国家造成无法计算的经济损失。后经调查认定刘某不按规定扳动道岔是造成这次事故的原因,司法机关遂将其拘捕。

【问题】 本案如何定罪?

【评解】 铁路是国民经济的大动脉,担负着全国最大比重的旅客和货物的运输任务。铁路运输连结各行各业、千家万户。为了保障列车的安全运

营,减少铁路运营事故的发生,《刑法》第132条规定了铁路运营肇事罪。所谓铁路运营肇事罪,是指铁路职工违反规章制度,造成铁路运营事故,危害公共安全,情节严重的行为。显然,刘某的行为构成了铁路运营肇事罪。

铁路运营肇事罪的犯罪主体必须是铁路职工。这里所称的铁路职工,是指从事铁路运营业务与保证列车运营安全有直接关系的人员。包括具体操纵机车的司机;铁路运营设备的其他操纵人员,如扳道员、挂钩员;列车运营活动的直接领导和指挥人员,如调度员;列车安全的管理人员,如信号员,等等。如果是铁路部门非运营的职工,一般不能成为本罪主体。刘某作为某市车务段的扳道工,符合铁路运营肇事罪的主体要求。

铁路运营肇事罪的主观方面只能是过失。过失的心理态度是针对所引起的运营事故的心理态度而言,至于行为人违反规章制度,则往往是明知故犯。如果行为人是故意破坏铁路设施,希望造成交通事故,那么则构成其他罪。本案中,刘某粗心大意,不按制度办事,过早地扳动道岔,以致造成重大运营事故,他在主观上存在疏忽大意的过失,即由于疏忽大意,而忘记了还有其他列车通过,因而在主观方面也符合铁路运营肇事罪。

铁路运营肇事罪的行为人必须有违反规章制度,造成铁路事故,情节严重的行为。违反规章制度,是构成本罪的前提,同时,由于这种违反规章制度的行为导致了铁路运营事故的发生。如果运营事故不是由违反规章制度的行为所引起,则行为人不负刑事责任。违反规章制度的行为可以是作为,如超速行驶、错扳道岔、错发信号等;也可以是不作为,如通过道口未鸣笛示警、扳道员不按时扳道岔、岔道口不减速等。造成严重后果的,才构成本罪。如造成了人员重伤、公私财产的重大损失。刘某作为扳道员,本应按照规定制度办事,提前10分钟扳动道岔,而他却马虎大意,早早地便将道岔扳动,导致需要在原线路上运行的那列货运车出轨倾覆,造成重大事故。不仅人员有伤亡,财产有损失,而且致使整条线路停运16小时,后果特别严重。刘某的行为完全符合铁路运营肇事罪的客观方面。

综上所述,本案被告刘某构成铁路运营肇事罪。

案例4

【案情】 郑某某中学毕业后,既未继续读书,也没有参加工作,而是在社会上四处游荡,寻衅滋事。4月的一天,郑某某怀揣着一瓶浓硫酸在农贸市场闲逛,发现一位中年妇女打扮入时,于是挤到该妇女身后,将半瓶硫酸

洒在该妇女背部,然后逃跑。5月的一天,郑某某又一次怀揣着装满硫酸的瓶子来到农贸市场,这一次他看上了一位青年女学生。该女学生正在服装摊位前试穿新衣,郑某某走上前去,将硫酸洒到这位女学生背上,仓皇逃走。后郑某某被农贸市场治安管理员抓获,遂案发。经法医鉴定,两位受害人背部有轻度灼伤,臀部也有小面积烧伤,衣物毁损。郑某某又交代了另外两次用硫酸侮辱女性的事实。

【问题】 1. 本案如何定罪?

2. 侮辱妇女罪与侮辱罪的区别是什么?

3. 侮辱妇女与猥亵妇女的区别是什么?

【评解】 郑某某的行为在以前是会被认定为流氓罪。原刑法中的流氓罪包含聚众斗殴、寻衅滋事、侮辱妇女三种表现形式。事实上,在司法实践中,人们往往把流氓罪当作一个大“口袋”,什么样的行为都往里面装。为了解决这个问题,更为了科学地确定罪名,修订后的刑法对流氓罪进行了解构,其中有一个罪名叫侮辱妇女罪。显然郑某某的行为构成了侮辱妇女罪。

侮辱妇女,是指用下流动作或淫秽语言调戏妇女的行为。例如,偷剪妇女发辫、衣服;追逐、堵截妇女;向妇女身上泼洒腐蚀物,涂抹污物等。原刑法第160条规定,侮辱妇女情节恶劣的,才构成犯罪。修订后的刑法虽然未规定情节恶劣,但是对侮辱妇女情节显著轻微、危害不大的,不能认为是犯罪。例如,偶尔追逐、堵截妇女,经教育后悔改,并且未造成严重后果的,就不能以犯罪论处。

郑某某用浓硫酸袭击素不相识的妇女,完全是由于精神极度空虚,寻求精神刺激。他先后多次在农贸市场用硫酸袭击妇女,情节十分恶劣,且造成被害人背部、臀部灼伤,衣物损毁,精神上受到惊吓,后果十分严重,因而郑某某的行为构成了侮辱妇女罪。

侮辱妇女罪与侮辱罪是有区别的。虽然二者都可以以妇女为犯罪对象,都可以采用暴力胁迫或其他方法。二者区别在于:1. 对象情况不同。侮辱妇女罪,一般是以不特定的妇女为对象,如郑某某便是在农贸市场上随机选择被害人;而侮辱罪中侮辱妇女的行为是针对特定的对象实施的。2. 目的动机不同。侮辱妇女罪对妇女进行的侮辱行为,一般是出于闹事取乐,寻求精神刺激;而侮辱罪中对妇女进行的侮辱,一般出于个人恩怨、嫉妒或报复,目的是贬损特定妇女的人格和名誉。

侮辱妇女的行为与猥亵妇女的行为很相似,两者主要区别是:猥亵妇

女,一般是以刺激或满足性欲为目的,而侮辱妇女,一般是以追求精神刺激为目的;猥亵妇女,必须采取暴力、胁迫或者其他方法才构成犯罪,而侮辱妇女,则无此限制。

按照《刑法》第 237 条的规定,侮辱妇女的,处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

案例 5

【案情】 贾某某 1987 年因流氓罪被判处有期徒刑 4 年,刑满释放后,以倒卖服装为生。在商品买卖中,他经常以次充好,把一些劣质服装高价出售。1997 年的一天,一位顾客在贾某某的店中挑选了一件皮茄克,后嫌价格太高而未予购买。贾某某上前质问顾客,扬言只要试穿过就得买,不买就别出店门。该顾客坚持不买。贾某某便对其强拉硬拽,拳打脚踢。该顾客屈服于贾某某的淫威,不得不以 8000 元的高价买走了一件皮茄克。后经工商、物价部门鉴定,那件皮茄克系伪劣商品,其价值不超过千元。贾某某还多次强迫试过衣服的顾客高价购买所试衣服,遭到多人的投诉。

【问题】 本案如何定罪?

【评解】 商品交易是在平等民事主体之间发生的经济关系,应当遵循市场交易中的自愿和公平原则。但在现实生活中,交易双方强买强卖,强迫他人提供服务或者强迫他人接受服务的现象时有发生,这种行为违背了市场交易原则,破坏了市场交易秩序,侵害了消费者或经营者的合法权益。如果行为人以暴力、威胁手段强行交易,就具有了严重的社会危害性,情节严重的,应当依法追究刑事责任。因而《刑法》第 226 条规定:“以暴力,威胁手段强买强卖商品、强迫他人提供服务或者强迫他人接受服务,情节严重的,处 3 年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。”这就是关于强行交易罪的规定。

强行交易罪的行为主要表现在两个方面:一是强买强卖;二是强迫他人提供服务或者强迫他人接受服务。也就是在违背对方意志的情况下,以不合理的价格和不正当的方式强行买卖或者强行服务。在这个过程中,行为人通常使用暴力、威胁手段。暴力主要是交易双方中的一方对另一方的身体实行强制或打击,如拳打脚踢,强拉硬拽等,其暴力程度仅限于造成人身轻伤的方法或结果。如果暴力超出轻伤的程度,即造成了重伤或者死亡的结果,则应按相关的犯罪论处。威胁,主要是指对消费者或经营者一方实行精神强

制,如以立即实施暴力相恐吓或以损害名誉相要挟等。

实施强行交易行为,情节严重的即构成犯罪。如强行索要的价格明显超出合理价格且数额较大的;所提供的服务或出售的商品质量低劣的;由于强行交易造成恶劣影响的;实施暴力行为致人伤害的等等。

本案被告贾某某在经营服装过程中,长期采用强卖手段,逼迫顾客高价购买伪劣服装,一旦顾客有异议,便强拉硬拽,大打出手,行为性质十分恶劣。他竟将价值不过千元的皮茄克以 8000 元的高价强迫顾客买走,行为十分恶劣。贾某某的行为已超出一般的违反工商管理法规的程度,可以认定为强行交易罪。

案例 6

【案情】 城建公司工程部在怀柔县承建一商厦,按计划要求,工程应采用国优“地球”牌水泥。后“地球”牌水泥价格上涨。城建公司为了降低成本,未经有关单位同意,决定使用其他品牌水泥。由该公司工程部主任王某主张,使用了某县水泥厂生产的“炮台”牌水泥。使用“炮台”牌水泥后,商厦主体结构表层开始脱落、开裂,致使商厦倒塌,死亡 3 人,伤十余人。

【问题】 本案如何定罪?

【评解】 王某的行为触犯了《刑法》第 137 条的规定:“建设单位、设计单位、施工单位、工程监理单位违反国家规定,降低工程质量标准,造成重大安全事故的,对直接责任人员,处 5 年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;后果特别严重的,处 5 年以上 10 年以下有期徒刑,并处罚金。”

建筑质量责任事故罪的主体是建设单位、设计单位、施工单位、工程监理单位的直接责任人员。王某作为城建公司工程部主任,直接负责商厦的建筑施工,因而可以成为该罪的主体。

建筑质量责任事故罪一般的客观表现为违反国家规定,降低工程质量标准,从而造成重大安全事故。建设单位的违规行为主要有:要求建筑设计单位或者施工企业压缩工程造价或增加建房的层数,从而降低了工程质量,或者提供不合格的建筑材料、设备,强迫施工单位使用。施工单位的违规行为主要有:在施工中偷工减料,故意使用不合格的建筑材料、设备;不按设计图纸施工;不按施工技术标准施工。王某作为工程部主任,为了降低建筑成本,选用劣质水泥,使工程质量无法达到设计要求,而且最终造成商厦倒塌,人员伤亡的重大事故,构成了建筑质量责任事故罪。主观上他对造成的行为

是过失,但对违反规定使用劣质水泥的行为则是明知故犯。

案例 7

【案情】 被告人黄某。系某电器股份有限公司副总经理,该公司系三资企业。

黄某任公司副总经理开始,经常将公司生产的电器携带出厂,运送到自己家里使用。其中包括电冰箱、微波炉、电烤箱等,总价值 5 万多元,而黄某从未交公司一分钱。因其为公司的领导,所以职工对他占有公司财物的行为无可奈何。

【问题】 1. 本案如何定罪?

2. 公司财产侵占罪和贪污罪的区别是什么?

【评解】 刑法中有一项新罪名,即公司财产侵占罪,是指公司、企业或者其他单位的人员,利用职务上的便利,将本单位财物非法占为己有,数额较大的行为。显然,本案被告人黄某触犯了公司财产侵占罪。

公司财产侵占罪的犯罪主体是公司、企业或者其他单位的人员,主要是公司中的董事、监事、企业中的经理以及其他职工。黄某作为电器股份有限公司的副总经理,在主体上符合公司财产侵占罪的要求。

公司财产侵占罪客观上是行为人利用职务上的便利,将本单位财物非法占为己有,数额较大的行为。利用职务上的便利,是构成本罪的一个重要特征。所谓利用职务上的便利,是指行为人利用自己职务范围内的权力和地位所形成的有利条件,即利用其主管、经营或经手公司财物的便利条件。黄某作为公司副总经理,负责公司日常的生产活动,他将一些电器留作自家使用,当然利用了自己职务上的便利。公司其他人员虽然感觉到其占有公司财物的行为可能不合法,但因其是领导,又可能编造各种借口,如检验电器质量等,所以,黄某的行为在一段时间内无人干涉,直到案发。

犯公司财产侵占罪的,处 5 年以下有期徒刑或者拘役;数额巨大的,处 5 年以上有期徒刑,可以并处没收财产。

应该指出的是,本罪在客观表现上与贪污罪相似,都有利用职务上的便利非法占有公共财物的行为。但二罪的主体不同,侵占公司财产罪的主体是公司、企业或者其他单位的人员,而贪污罪的主体则是国家工作人员和国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员。可见,公

司、企业的所有权性质对二罪的区分具有决定意义。本案被告人所在公司系三资企业,且其不是受国有公司、企业委派,因而黄某的行为构成公司财产侵占罪,而非贪污罪。

案例 8

【案情】 被告人何某某,系某市××区法院法警。

一天,何某某的高中同学吴某某(另案处理)找到何,要求借何的“五四”式手枪玩两天。何起初不同意,后吴再三恳求,并保证只借两天,第三天一定奉还,绝不会出事。于是何某某将自己的“五四”式手枪和 5 发子弹借给吴某某。吴某某用借来的手枪击伤了旧日与自己有仇的刘某。遂案发。

【问题】 本案如何定罪?

【评解】 对本案中何某某的行为如何处理,在以前是有争论的。一般认为何某某的行为只是一般的违反枪支管理办法规定,应给予纪律处分或治安行政处罚。但是《刑法》第 128 条规定:违反枪支管理规定,非法持有、私藏枪支、弹药的,处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制;情节严重的,处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。该条第 3 款规定:依法配备枪支的人员,非法出租、出借枪支,造成严重后果的,依照第 1 款的规定处罚。可见,何某某的行为触犯了《刑法》第 128 条的规定,犯了非法出借枪支罪。

非法出借枪支罪是刑法新增加的罪名。它的犯罪主体是特殊主体,即依法配备公务用枪的单位、个人。根据《枪支管理办法》规定,依法配备公务用枪的人员包括:1. 人民法院、人民检察院、公安机关必需佩带枪支人员;2. 边防地区、海防地区以及省、自治区人民政府认为有佩带枪支必要的其他偏僻地区的党政负责干部;3. 省级以上党政机关的机要交通员,边疆地区县、市党政机关和邮电部门有佩带枪支必要的机要通信人员;4. 海关因工作必需佩带枪支的人员;5. 军工厂的警卫押运人员。何某某身为法院法警,系依法配备公务枪支的人员,符合非法出借枪支罪的主体要求。

依法配备公务用枪的人员,其枪支本该用于执行公务过程中,作为保护人民群众生命、财产安全的工具,因而这些人员将枪支出借的后果一方面可能造成枪支流散使之成为危害人民的工具;另一方面可能在执行公务需要用枪时无枪可用,不能很好地履行职责。何某某身为法警,肩负重要职责,但擅自将枪支借给吴某某,被犯罪分子用来实施犯罪,造成严重后果。因而,构成了非法出借枪支罪。

案例 9

【案情】 金某,系某国有大型企业总经理。

1997年,金某所在的企业欲购一批优质钢材,以满足生产之需。某市的一家公司主动前来接洽业务。金某在与这家公司洽谈订货过程中,极端不负责任,没有认真审查对方资信状况,便预付了定金400万元人民币。后查实,这家公司根本没有履约能力。在骗取400万定金之后,该公司宣布破产,人去楼空。金某被依法逮捕。

【问题】 本案如何定罪?

【评解】 近几年来,国有公司、企业、事业单位在签订、履行合同,尤其是经济贸易合同履行过程中,因负责人严重不负责任被诈骗的案件屡有发生。本案即是典型的一例。

《刑法》第167条规定:“国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员,在签订、履行合同过程中,因严重不负责任被诈骗,致使国家利益遭受重大损失的,处3年以下有期徒刑或者拘役;致使国家利益遭受特别重大损失的,处3年以上7年以下有期徒刑。”这就是国有单位主管人员合同渎职罪。

国有单位主管人员合同渎职罪的主体是国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员。金某身为某国有大企业总经理、符合本罪主体的要求。他在与那家公司签订合同的过程中,对签约对方的主体资格、资信状况以及履约能力等不咨询、不调查,而贸然给付巨额定金,造成国家利益严重受损的结果,其行为已经构成了国有单位主管人员合同渎职罪。

应当指出的是,本罪属于结果犯,即只有严重不负责任被诈骗致使国家利益遭受重大损失的,才构成本罪。本案中,因金某的严重渎职,致使400万元人民币的国有资产流失,实属数额巨大,后果严重。

案例 10

【案情】 刘某某因盗窃罪被判处10年有期徒刑,刑满释放后他回到原籍某州,开了一家名叫“鹿鸣春”的餐馆,主要经营涮羊肉。与“鹿鸣春”相邻的是另一家名叫“好再来”的餐馆,也以经营涮羊肉为主。由于“好再来”餐馆经营有方,物美价廉,因而生意红火,附近的居民都去“好再来”就餐。相比之下,刘某某的“鹿鸣春”生意清淡。刘某某心怀妒嫉,逢人便说“好再来”的羊肉系低价购进的病羊、死羊宰杀的肉,吃了肯定不卫生。消息传出,“好再来”