

'98 律师资格 考试案

例分析 及要点

精解



主编 田文昌 薛辉



中国民主法制出版社

’98 律师资格考试 案例分析及要点精解

主 编:田文昌 薛 辉

中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

'98 律师资格考试案例分析及要点精解/田文昌 薛辉主编. —北京:中国民主法制出版社,1998

ISBN—7—80078—301—4

I. 98… II. 田… III. 律师—资格考核—学习参考资料 IV. D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 12339 号

'98 律师资格考试案例分析及要点精解

田文昌 薛辉 主编

*

中国民主法制出版社出版发行

(北京市西交民巷 23 号)

北京市朝阳区京精印刷厂印刷

新华书店经销

* ·

850×1168 毫米 32 开 24.5 印张 635 千字

1998 年 5 月第 1 版 1998 年 5 月第 1 次印刷

印数:1—5000 册

ISBN7—80078—301—4/D·220

定价:46.00 元

如有缺页或倒装,本社负责调换。

联系电话:63097459

主 编 简 介

田文昌,中华全国律师协会刑事辩护专业委员会主任委员,高级律师,京都律师事务所主任。原为中国政法大学法律系副主任。因承办大邱庄“禹作敏案件”、由数罪并罚改判无罪释放的“商禄案件”等重大案件蜚声全国,被中央电视台“东方之子”栏目等全国数十家新闻媒介广为报道。他对于全国律师资格考试的命题、阅卷规律及考前辅导有丰富经验。

薛辉,高级律师,法学副教授。专门从事律师业务教学与研究工作,主编有《中国律师学》等著作,多次参加全国律师资格考试的考前辅导和阅卷,经验丰富。并曾承办“新疆克拉玛依重大火灾案”等重大案件。

编委会名单

主 编:田文昌 薛 辉

副主编:段战平

编 委:(以下按姓氏笔划排列)

王 军 冯湘妮 田文昌 江 丹

李 元 李 敏 李韵秋 孙文楨

贡世康 张丙淳 伍亚荣 杨旺年

段战平 侯红梅 薛 辉

出版说明

《'98 律师资格考试案例分析及要点精解》是适应全国律师资格考试,按照律师资格考试大纲,针对历年律考当中考生容易遇到的案例疑点、难点进行的全面指导答疑,由政法院校担任律师资格考前辅导的既具有理论功底、又具有丰富办案经验的教授编写。

该书体例独具匠心,在每一个案例前都作了精解点题,使考生对个案的分析内容一目了然,内容覆盖全局,不仅囊括了律师资格考试的每一个法律门类,而且每一个法律门类可能涉及的实务都尽量包容;分析透彻、准确,对有难度的案例由编写者组织有关专家进行讨论,重点显著、突出。通过对历年律考题的概率判断,突出了部门法的重要知识点,并将其编排在该部门法案例分析的显著位置。

我们相信,参加律师资格考试的考生,使用此书定会受益非浅。

本书编写组

1998 年 5 月

目 录

第一部分 刑事法律案例

第一章 新刑法·····	(3)
--------------	-----

第二章 刑事诉讼法·····	(79)
----------------	------

第二部分 民事法案例

第三章 民法通则·····	(133)
---------------	-------

第四章 房地产法·····	(189)
---------------	-------

第五章 知识产权法·····	(202)
----------------	-------

第六章 仲裁法律制度·····	(215)
-----------------	-------

第七章 婚姻法·····	(223)
--------------	-------

第八章 继承法·····	(249)
--------------	-------

第九章 民事诉讼法·····	(263)
----------------	-------

第三部分 商事法与经济法案例

第十章 企业法·····	(325)
--------------	-------

第十一章 反不正当竞争、产品质量和消费者权益	
------------------------	--

保护法·····	(410)
----------	-------

第十二章 金融法律制度·····	(453)
------------------	-------

第十三章 税收法·····	(487)
---------------	-------

第十四章 保险法律制度·····	(512)
------------------	-------

第十五章 土地管理法律制度·····	(522)
--------------------	-------

第十六章 经济和技术合同法律制度·····	(531)
-----------------------	-------

第十七章 担保法·····	(582)
---------------	-------

第十八章 劳动法律制度·····	(598)
------------------	-------

第四部分 行政法案例

第十九章 行政诉讼法·····	(619)
第二十章 行政处罚法·····	(639)
第二十一章 国家赔偿法·····	(655)

第五部分 国际经济法与国际私法案例

第二十二章 国际经济法·····	(679)
第二十三章 国际私法·····	(709)
第二十四章 国际商事仲裁法·····	(729)

第六部分 律师制度、律师实务与律师职业道德案例

第二十五章 律师制度、实务与律师职业道德 ·····	(739)
----------------------------	-------

第一部分 刑事法律案例

第一章 新 刑 法

案例 1

点题：国家工作人员在我国领域外实施的犯罪应追究刑事责任。

【案情】

被告人刘某，男，30岁，某市水利局职工，1993年被派往中国某国营公司驻加拿大某城市办事处担任译员。1995年4月1日刘某在加拿大一超级市场盗窃价值400美元的物品，被警察当场抓获，并通知中华人民共和国代表机构将其领回，造成了很坏的国际影响，经办事处领导研究，决定派专人将刘某押送回国。返回我国后一下飞机即被我公安机关拘留，由人民检察院以盗窃罪将其起诉。

【问题】

根据新刑法，我国公民刘某在我国领域外实施犯罪，是否适用我国刑法？

【分析】

根据新刑法第7条之规定：“中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法，但是按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的，可以不予追究”。本条第2款又规定“中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法”。

被告人刘某在加拿大实施了盗窃行为，根据我国刑法关于盗窃罪的规定，其最低法定刑为管制，可以不予追究。但根据新刑法第93条关于国家工作人员的立法解释规定，国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员以国家工作人员论。刘某身为国家工作人员在我国领域外实施了盗窃，则应依据新刑法第7条第2款的规定，即便是应判处最高刑为三年以下有期徒刑的，只要构成新刑法规定之罪的，则应适用新刑法追究其刑事责任。所以根据新刑法的规定，

对刘某在我国领域外的盗窃行为应适用我国刑法。

案例 2

点题:外国留学生在我国犯罪适用我国刑法。

【案情】

1995 年 9 月,被告彼特与科马思以及其他留学生一起来我国某大学学习,同住一个宿舍。彼特在舞场为争夺舞友与科马思发生过争执与殴斗,虽经有关方面多次批评教育,但矛盾一直没解决。1995 年 11 月某日晚 8 时当双方在走廊相遇时,便又互相对骂、殴打起来。彼特手持事先买好的尖菜刀和木棍冲向科马思,在殴打中彼特的木棍被打掉,便拿出尖菜刀向科马思上腹刺去。科马思立即被送往医院抢救,发现肝部被刺成重伤,后因抢救无效,于 1995 年 11 月 8 日晨死亡。

【问题】

根据新刑法,外国人彼特在我国领域内犯罪是否适用我国刑法?

【分析】

本案被告彼特是外国留学生,他在中国留学期间持刀刺死另一外国留学生的行为,虽然未直接侵害中国国家和公民的利益,但仍适用我国刑法。

根据新刑法第 6 条第 3 款规定:“凡在中华人民共和国领域内犯罪的,除法律有特别规定的以外,都适用本法。凡在中华人民共和国船舶或航空器内犯罪的,也适用本法。犯罪的行为或结果有一项发生在中华人民共和国领域内的,就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。”本条第 1 款是关于我国刑法空间效力原则的规定,即不论是中国人、外国人,凡是在我国领域内犯罪的,除了法律有特别规定的以外,都应适用我国刑法,追究刑事责任。这里所说的“法律有特别规定”,主要是指:1. 新刑法第 11 条关于“享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任,通过外交途径解决”的规定;2. 新刑法第 90 条关于“民族自治地方不能全部适用本法规定的,可以由自治区或者省的

人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则,制定变通或者补充的规定,报请全国人民代表大会常务委员会批准施行”的规定;3. 新刑法施行后国家立法机关制定的特别刑法的规定,包括单行刑法及非刑事法律中的附属刑法规范。当出现法规竞合时应按“特别法优于普通法”的原则处理;4. 我国香港特别行政区和澳门特别行政区基本法作出的例外规定。

据上述分析,被告人彼特,虽系外国留学生,但其不属我国刑法“特别规定”条款范围,且行为与结果均发生在我国领域之内,尽管未对我国国家和人民的利益造成直接损害,但其行为应适用我国刑法,追究刑事责任。

案例 3

点题:情节显著轻微的危害行为,不认为是犯罪。

【案情】

被告人孙某,男,18岁。孙某因家中房间少,人多不能住,于1995年6月到其叔父孙甲家借宿。同年8月20日,孙某在其叔父孙甲家午睡过后闲着无事,想找本小说,就顺手拉开了孙甲忘了上锁的书桌抽屉,发现内有一叠崭新的10元面值人民币,孙某顿起贪心,趁家中无人悄悄从中抽走50元。由于孙甲粗心,没有发现其抽屉内短少现金。孙某见第一次窃取得逞后,胆子越来越大,又分别于同年10月,1996年5月两次趁孙甲不注意,共窃取其人民币500余元。当孙某又于1996年8月趁孙甲家无人之机,打开皮箱欲寻找现金时,不料被躲在家里逃学的孙甲之子孙乙发现,遂案发。随后孙某家属代其偿还了孙甲的损失,孙甲也曾到公安机关要求不要处理孙某。后检察机关以盗窃罪对被告人孙某提起公诉。

【问题】

依据新刑法的有关规定,对被告人孙某的盗窃行为是否必须追究刑事责任?

【分析】

就本案而言,被告人孙某主观上具有非法占有他人财物的目的,客观上实施了盗窃他人财物的行为,因此该行为是具有一定的社会危害性的。但综观全案并依据新刑法第 13 条之规定,被告人孙某的行为属情节显著轻微危害不大的范畴,不应认定为犯罪而追究其刑事责任。其理由是:

认定盗窃行为是否构成犯罪,“盗窃数额”的大小是区分罪与非罪,重罪与轻罪的重要标准,但不是唯一标准。本案中孙某的盗窃数额已达到构成犯罪“数额较大”的要求,但从孙某作案的手段、时间、地点上看,他没有采取撬门扭锁,挖墙打洞等性质较为恶劣的手段,而且不是将所见孙甲的现金全部拿走,其每次盗窃的数额也较小。其次,孙某所盗的 500 余元现金乃是其近亲属孙甲的,盗窃数额相对来讲也不属很大,况且孙某的家属也对孙甲的损失作了赔偿,孙甲也向司法机关提出请求不要追究孙某的刑事责任,所以本案被告人孙某的盗窃行为不像一般盗窃犯罪那样具有严重的社会危害性。另外据有关司法解释之规定:“盗窃自己家里的财物或者近亲属的财物,一般可不按犯罪处理,对确有追究刑事责任必要的,在处理时也应同在社会上作案有所区别”。基于以上理由,就可看出孙某的盗窃行为虽具有一定社会危害性但并非具有达到犯罪程度的严重社会危害性,因此对于孙某应依据新刑法第 13 条的规定“情节显著轻微,不认为是犯罪”作无罪宣告。

案例 4

点题:明知自己的行为会发生危害结果而放任其发生的是故意犯罪。

【案情】

被告人陈某,男,36 岁,工人。被告人陈某停薪留职后租用本市未央区张家村 136 号房屋院落筹建家具厂。被告人南邻系永丰家具木器厂,该厂在喷漆车间北墙上装了排风扇,向被告人院内排放带异味的有害气体。为此,被告人多次找对方交涉,而永丰木器厂怕影响

生产,始终没有挪动排气扇。1996年8月9日下午,被告陈某手持铁锹砸排风扇。永丰木器厂厂长闻讯赶到喷漆车间,手持木棍从排气扇间隙中捅了陈某,说别砸了,有事说事。被告人被捅后,又从地上捡起砖头砸排风扇,随后到办公室取出一支双管猎枪,边走边向排风扇射击,被告一共打了三枪。当开第三枪时,喷漆房内有人喊别打了,里面有人,但被告仍然开枪射去,这发子弹射出后从排风扇间隙中穿过,又穿透喷漆车间的屋房,射入抹泥子车间,子弹散发的钢沙击伤了正在车间干活的王某等五人。被告陈某得知开枪打伤人后,便骑车去派出所,中途被抓获。后经法医鉴定,被陈某开枪击伤的五人中二人属重伤,三人属轻伤。

【问题】

被告陈某开枪射击致五人受伤的行为是故意犯罪还是过失犯罪?

【分析】

我国新刑法第14条明确规定:“明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果发生,因而构成犯罪的,是故意犯罪。”被告人陈某开枪射击致五人受伤的行为属故意犯罪,其理由是:

1. 被告陈某手持双管猎枪向其南邻的永丰木器厂喷漆车间方向连开数枪,开枪之初,陈某从主观认识上明知自己的开枪射击行为有可能击伤喷漆车间工人,而并非“无法预见”或者轻信能够避免。

2. 尤其是当喷漆车间有人喊“别打了,里边有人”时,陈某对其置之不理仍开枪射击,这就充分表明,陈某对于自己的开枪射击有可能对他人造成伤害的危害后果在意志上选择的是“听之任之”、放任不管的态度。由此可看出被告人的当时出于间接故意犯罪的心理状态,在这种心理状态支配之下其实施的行为造成了危害结果的发生,所以被告人陈某开枪射击五人受伤的行为属于故意犯罪。

案例 5

点题:应当预见自己的行为可能发生危害结果,由于疏忽大意而没有预见,导致危害发生的,是过失犯罪。

【案情】

被告人李某,男,17岁,中学生。

李某与孔某(男,17岁)系同班同学,二人平时关系要好,同住一家属院。一星期天,李某去孔某家中玩,后提出要孔某与自己一道去附近的公园去玩,孔某不同意。李某即强拉硬扯,孔某佯装恼怒,说道:“你再强拉我就用棍子打你”。李某听此话后也开玩笑说“你要打我,不如我先打你”。随即从孔某家厨房内拿出一把菜刀,走到孔某跟前不远处,对着孔某的头部吓唬道:“我先用刀砍了你”。当李某拿着菜刀上下抡的过程中,结果菜刀的木把与铁芯脱离,菜刀直飞向孔某头部,刀尖砍中孔某太阳穴。李某见状,非常害怕,随即扶孔某下楼去附近医院救治。但因刀尖扎进孔某头部致命部位,经抢救无效,孔某死亡。后检察机关对李某提起公诉。

【问题】

被告人李某的行为是过失犯罪还是意外事件?是否应承担刑事责任?

【分析】

被告李某开玩笑用菜刀吓唬同学孔某,致孔某死亡的行为属于过失犯罪,应承担刑事责任。其理由如下:

新刑法第15条规定:“应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果,因为疏忽大意而没有预见,或者已经预见而轻信能够避免,以致发生这种结果的,是过失犯罪”。被告人李某作为17岁的中学生,其辨别和控制自己行为的能力已经完全具备,即按刑法规定:年满16周岁的人,为完全负刑事责任的人。李某拿着菜刀站在孔某跟前,对着孔某头部由上往下抡,吓唬孔某的玩笑行为,其本身是相当危险的,对于这一危险所可能引起的后果,李某是应当预见到的;从李某本身的年龄、智力状况来看,此种危险他是能够预见到的。而李

某当时开玩笑心切,忘乎所以,对于应当预见到自己的行为可能导致的危害后果,因为疏忽大意没有预见到,使可能发生的危害后果成为现实,致孔某死亡。因此,李某的行为属于疏忽大意的过失犯罪。

对于自己的行为可能引起的危害后果的发生是否应当预见,是刑法规定的区分过失犯罪与意外事件的重要标准。在不同案件中,认定行为人对危害后果的发生是否应当预见,一般应考察行为人实施该行为的时间、地点、当时的环境以及行为人自身的年龄、智力、经历等状况。从本案情况来看,李某对自己的持刀吓唬别人的玩笑行为所引起的危害后果,从一开始就应当预见到。所以,被告李某应当负过失犯罪的刑事责任。

案例 6

点题:已满 14 周岁不满 16 周岁的人,只对法定的几种严重犯罪负刑事责任。

【案情】

被告人陈威,男,15 岁,中学生。

陈威受另一被告肖某(男,23 岁,无业)唆使,帮其贩卖销售海洛因 30 余克。陈在校上学期间,还持刀敲诈三名同学现金 100 余元。陈威之父得知此事后,即带被告陈威去公安机关投案自首,公安机关在调查落实过程中又查明被告陈威在几个月前一个下午,携带改锥、手钳等作案工具,到一邻居家撬门扭锁,窃取现金 2000 余元。

【问题】

依据新刑法,对被告人陈威应如何定罪?是否应数罪并罚?

【分析】

我国新刑法第 17 条规定:“已满十六周岁的人犯罪,应当负刑事责任。已满十四周岁不满十六周岁的人,犯故意杀人,故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的,应当负刑事责任。已满十四周岁不满十八周岁的人犯罪,应当从轻或减轻处罚。因不满十六周岁不予刑事处罚的,责令他的家长或者监护人加以