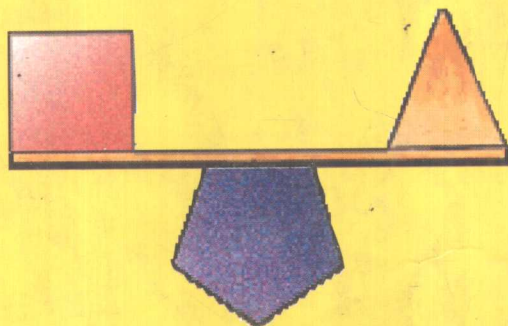


法律版

2005年国家司法考试应试指导

案例与论述专题例解

张能宝/主编



- ★精选典型案例与论题，考点一览无余
 - ★透析试卷四命题思路，传授得分技巧
 - ★强化解题应用的能力，快速提高成绩
- 成功破解卷四得分太低的瓶颈性难题**



法律出版社

2005 年国家司法考试应试指导

案例与论述专题例解

主 编	张能宝		
副主编	秦华伦		
撰稿人	张能宝	秦华伦	王 静
	齐 靓	何艳玲	韩景慧
	杨慧丽	赵 婷	王 珂
	富 佳	向 燕	赵 媛
	强梅梅	王长莹	

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

案例与论述专题例解/张能宝主编. —北京:法律出版社, 2005. 3

(2005 年国家司法考试应试指导)

ISBN 7-5036-5407-4

I. 案… II. 张… III. 法律工作者—资格考核—
中国—自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 015786 号

©法律出版社·中国

责任编辑/卞学琪

装帧设计/曹 铀 胡 欣

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂

责任印制/陶 松

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/33.5 字数/952 千

版本/2005 年 3 月第 1 版

印次/2005 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律考试出版分社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/test@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939654

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5407-4/D·5124

定价:60.00 元

编写说明

司法考试试卷四(案例与论述)是历年司法考试(律考)得分最低的一卷,也是让广大考生最感无从下手的一卷。据统计,以往试卷四的平均得分只有40分左右,在2004年的司法考试中,总分为150分的第四卷考生的平均得分也不过60几分。案例与论述题的命题方向是什么、该如何审题、应怎样解答,往往使很多考生百思不得其解。因为这些难题得不到突破,有的考生甚至一见到案例与论述题就生畏,一做到案例与论述卷就发懵。

针对广大考生在案例与论述题方面的种种不解,我们认为有必要说明以下几个问题:

首先,在命题思路上,案例与论述题并不求怪求新,它们包含的案情都是现实生活中具体法律纷争的集中反映。由此,案例与论述题其实就在我们的生活中,就在我们的身旁手边,所不同的是,这些生活中具体的法律纷争在命题时经过了提炼加工,删除了一些无关情节,加入了一些干扰性的法律关系。从这个角度看,要成为一个法律人,首先要成为一个有心人,要养成经常以法律思维分析生活中具体法律纷争的良好习惯。这会为有效应对案例与论述题打下良好的生活基础。

其次,在知识点分布上,案例与论述题并不求偏求深,它们的考点一般都是部门法的重要知识点。这一点首先表现在部门法案例与论述题数量的分布上,其特点是重要部门法的地位异常凸显。一般而言,第四卷共10题,民事法学3题(其中民法通则1题,合同法2题),刑法2题,民诉、刑诉、行政法各1题,经济法(一般为公司法)1题,法律文书1题。其次,在各部门法具体的案例与论述题中,所涉及的知识点也都为该部门法的重要知识点。比如这两年的论述题,在法理学方面,考查的是法与科技的关系;在行政法方面,考查的是行政行为合理性与合法性的关系;在民事诉讼法方面,考查的是民事纠纷的解决方式;在民法方面,考查的是名誉权的保护,这些都是相关法律部门的最重要知识点。因此,只要重要知识点掌握得扎实,也就为突破案例与论述题打下了坚实的知识基础。

第三,在命题方式上,案例与论述题已有综合性愈来愈强之势。以民事诉讼法案例为例,近几年其题目设置一改过去单一化特征,往往一道题目涉及的法律规定能够覆盖民事程序法的各个部分,不仅在纵向上考查从管辖到当事人的确定再到审判程序甚至执行程序,在横向上还可能涉及诉讼与仲裁的关系、诉讼中的非诉案件程序以及涉外民事诉讼的法律适用等问题。再比如这两年的论述题,不仅有部门法基本原理与部门法具体法律规定的联合考查,有一个部门法与另一个部门法间的综合考查,甚至还有法理学与部门法基本原理及具体法律规定的思辨性考查。在这种情况下,如果对部门法知识仅有直观的、局部的、零碎的表象记忆而缺少深层次的、系统的、全面的理解,解答案例与论述题势必心有余而力不足,甚至举笔维艰。

第四,针对案例与论述题的上述特点,在复习备考时,大家应加强对部门法相关法律规定与制度的宏观理解和深层剖析,真正领会其精神,把握其实质,以适应案例与论述题侧重综合应用,注重灵活性与实战性特点。在审查案例与论述题时,应不放过题中的任何一个信息,因为每一句话中可能都包含着与考点相关的信息,逐字逐句审查,考点就会一点一点被剥离出

来,一大段案例与论述题最后就成为一个一个小小的选择题了。这样训练一段时间,大家就会发现,做好案例与论述题“无它,惟手熟尔”。

基于司法考试案例与论述题的上述特点,我们编写了本书,以期帮助广大考生在思路、方法、技巧上取得较大进步,实现高分突破。本书的特点如下:

1.解密。本书从分析各部门法案例与论述题的出题方向、出题特点、总的解题方法和思路出发,通过系统训练,引导广大考生学会从命题者的角度去思考问题,做到知己知彼,准确应答。

2.全新。本书的案例与论述题全部都是新而典型的。之所以如此,其目的主要有两个:一是增强它的实战性,新题会给考生新的启示和新的思考,新题能让考生得到切切实实的锻炼;二是突出案例与论述题考查的方向性,重要的部门法多设计题,次要的部门法少设计题,不重要的部门法不设计题,通过这样的设计告诉考生一个明确的复习方向。

为了达到高效训练的目的,我们对本书的体例也做出了更符合部门法体系与知识点逻辑要求的编排:

1.以部门法为单位,在每一部门法项下首先介绍该部门法案例的考查方向以及适合本部门法案例的解析技巧,然后给出新而典型的案例。在案例后面,是部门法典型论述训练集锦。

2.在案例讲解时,先给出正确答案,然后是法理透析,最后结合解题技巧作进一步分析,使考生在做题的过程中做到融会贯通、提高应试能力。在正确答案部分,做到简练、准确,同时加以适当的论理说明;在法理透析部分,目的是使广大考生知其然还要知其所以然;在解题技巧部分,主要是一种方法性的引领,启迪具体的解题思路,帮助大家把握解题要领。

3.对于论述题的编排,严格按照司法考试的要求分成三个部分:基本案情、答题要求和参考答案。在基本案情部分,做到人物主体多重化,案情发展争议化,法律关系复杂化;在参考答案部分,答题模式多样,观点立场鲜明,逻辑关系清晰,法理思辨透彻,语言文字精炼。

本书不当之处,敬请各位专家学者和读者朋友批评指正。

张能宝
2005年4月

司法考试相关图书推介

2005 年国家司法考试应试指导系列

1. 历年试题汇编及答案解析(修订版)

法律考试中心/编 2004 年 11 月出版 定价:58 元/册

本书按照编年体例编排,全面完整地收录 1999—2004 年司法考试(律师资格考试)历年试题,并就试题答案加以精解,说明理由,揭示考点,辨析疑难问题。不仅有助于考生熟悉试卷类型及题型,把握命题思路,提高解题能力,同时还可用于自我测试,查缺补漏,准确检测复习效果,合理分配复习时间。

2. 重点法条导读(修订版)

法律考试中心/组编 2005 年 1 月出版 定价:65 元/册

本书连续三年修订出版,本次修订依据最新司法考试及法律法规变化,汇聚司考名师阵容,紧扣考试要求,提炼并精解重点法条、相关法条,阐明考生法条复习中的常见错误,附列历年试题,直观反映考点所在。本书针对性强,是 2005 年考生法条复习和应试备考的必备用书。

3. 常见错误分类精讲

北京万国学校/编 2005 年 3 月出版 定价:36 元/册

本书由司法考试辅导领域一线骨干教师担纲撰稿,按照考试学科分类编写,依据多年独有的辅导信息资源,对考生复习过程中普遍存在的常见错误归类总结,一一辨析,这种针对性特点和疑疑解惑效用,是实现高效复习和考试成功的捷径。

5. 司法考试考点举要

北京万国学校/编 2005 年 4 月出版 估价:35 元/册

本书严格按照 2005 年司法考试大纲要求的考点编写,以部门法为分类基础,针对命题特点对各部门法进行解析,把相对分散凌乱的重点知识系统归纳,突出教材重点与法条重点的有机结合,提纲挈领,帮助考生准确把握重要考点,突破自身弱点,建立科学的知识体系,达到应试需求。

6. 司法考试论述题之高分解密

法律考试中心/组编 2005 年 4 月出版 估价:20 元/册

该书由多年从事司法考试培训且对论述题颇有研究的一些学者及研究生编写,力图为广大考生提供一条复习、准备论述题及现场应答的捷径。本书的编写者精心选择了十五个理论专题,基本上囊括了司法考试论述题的命题范围。每个专题包括理论详解、套路演练、实例剖析,全面科学。

7. 司法文书写作指南(修订版)

刘洁 刘玉莲/编著 2004 年 11 月出版 定价:14 元/册

本书囊括了 26 类司法文书;要点、概念、写法、格式、实例、注意事项一应俱全。并附历年司考(律考)司法文书试题,助您全面掌握文书写作,轻松得分。

8. 小学科专题精讲——法理学·法制史·宪法·三国·法律职业道德

法律考试中心/组编 2005 年 3 月出版 估价:18 元/册

本书采用专题形式,在突出重点和难点的同时,注重知识体系本身的连贯性,在司法考试的测试范围内采用新颖、简洁的编写方式,减少阅读量,帮助考生加强对法理、宪法、法制史、三国、法律职业道德等小学科的理解和记忆。本书编写人员皆有教学或司考辅导经验,从专业的角度编出新意,为广大考生提供一本简洁易懂、便于记忆和练习的考试用书。

目 录

刑 法

考查特点及解题规律	(1)
第一部分 案例分析题	(2)
一、刑法的基本原则和适用范围	(2)
二、犯罪构成	(9)
三、正当防卫和紧急避险	(12)
四、故意犯罪的未完成形态	(16)
五、共同犯罪形态	(19)
六、罪数的特别形态——罪与数罪	(26)
七、刑罚(刑罚的具体运用、累犯、自首和立功、数罪并罚、缓刑、减刑、假释、时效)	(28)
八、危害国家安全罪	(34)
九、危害公共安全罪	(36)
十、破坏社会主义市场经济秩序罪	(39)
十一、侵犯公民人身权利、民主权利罪	(51)
十二、侵犯财产罪	(63)
十三、妨害社会管理秩序罪	(69)
十四、贪污贿赂罪	(84)
十五、渎职罪	(88)
第二部分 论述题	(90)

刑事诉讼法

考查特点及解题规律	(107)
第一部分 案例分析题	(108)
一、刑事审前程序	(108)
二、附带民事诉讼	(122)
三、自诉案件	(127)
四、一审程序	(134)
五、二审程序	(138)
六、再审程序	(150)
七、死刑复核程序	(153)
第二部分 论述题	(155)

行政法与行政诉讼法

考查特点及解题规律	(169)
-----------	-------

第一部分 案例分析题	(169)
一、行政主体	(169)
二、行政行为	(172)
三、行政诉讼程序	(175)
四、行政复议	(193)
五、行政赔偿	(201)
六、行政合同	(204)
七、行政处罚的程序	(206)
八、行政强制措施	(213)
九、行政许可	(215)
十、涉外行政诉讼	(221)
第二部分 论述题	(225)

民 法

考查特点及解题规律.....	(248)
第一部分 民法通则案例分析题	(249)
一、民事权利能力与民事行为能力	(249)
二、监护制度	(251)
三、宣告失踪与宣告死亡	(256)
四、合伙制度	(258)
五、民事法律行为	(260)
六、代理	(263)
七、物权保护	(267)
八、不当得利与无因管理	(269)
九、侵权责任	(272)
十、担保制度	(273)
十一、婚姻制度	(282)
十二、继承制度	(287)
十三、收养制度	(290)
十四、著作权制度	(292)
十五、专利权制度	(295)
十六、商标权制度	(299)
第二部分 合同法案例分析题	(301)
一、合同的订立	(301)
二、合同的成立与生效	(306)
三、缔约过失责任	(307)
四、合同法中的抗辩权	(309)
五、合同的效力	(312)
六、合同的解除	(316)
七、合同的权利义务转让	(317)
八、合同的变更	(320)
九、代位权	(322)
十、违约责任	(324)
十一、合同的保全	(331)

十二、买卖合同	(333)
十三、租赁合同	(339)
十四、赠与合同	(342)
十五、技术合同	(344)
十六、借款合同	(346)
十七、建设工程合同	(347)
十八、融资租赁合同	(352)
十九、承揽合同	(353)
二十、仓储保管合同	(354)
二十一、行纪合同	(356)
二十二、运输合同	(357)
二十三、委托合同	(360)
第三部分 民法、合同法论述题	(362)



考查特点与解题规律	(378)
第一部分 案例分析题	(379)
一、公司法总则	(379)
二、公司合并和分立的类型、程序及后果	(382)
三、有限责任公司的增资、董事、监事、经理的义务	(384)
四、公司上市及上市公司的收购	(385)
五、股份有限公司的设立条件、方式、程序和发起人责任	(389)
六、证券机构、证券发行和证券交易	(390)
七、公司的破产、不正当竞争行为及其法律责任	(392)
八、公司的解散和清算	(396)
九、合伙人、合伙事物的执行、对善意第三人的保护及合伙企业债务的清偿	(398)
十、三资企业法、个人独资企业法、反不正当竞争法	(402)
十一、劳动法的适用范围、集体劳动合同和劳动争议及其解决	(409)
十二、工伤的认定、劳动合同的解除、工作时间的延长及报酬	(410)
十三、国际货物买卖、运输和保险	(412)
十四、汇票的出票、转让、承兑、付款和追索权	(416)
十五、破产案件的申请和受理、债权人会议、破产宣告和清算	(419)
十六、财产保险合同和人身保险合同	(421)
十七、消费者权益保护法、产品质量法	(425)
十八、土地法、房地产法	(426)
十九、银行法	(428)
第二部分 论述题	(430)

民事诉讼法与仲裁制度

考查特点及解题规律	(443)
第一部分 案例分析题	(444)
一、管辖、当事人、财产保全	(444)
二、审判程序	(459)

三、仲裁	(481)
四、代位权诉讼	(491)
五、先予执行、诉讼终结	(493)
六、破产	(495)
七、强制执行	(497)
八、证据	(503)
第二部分 论述题	(508)

刑法

考查特点及解题规律

自1997年开始,司法考试(律师资格考试)每年都要出两个以上的刑法案例分析题,2003年由于受高达30分的行政法论述题的冲击,刑法部分的案例分析题减为1道,分值仅有7分,2004年试卷总分上升为150分,刑法出了一个大的案例分析题,共20分。

虽然说2004年刑法案例分析的题型有所变化,不再是和以往的分析题一样具体地列出若干问题,而是要求结合刑法总则和分则的所有知识对于行为人的刑事责任作一个总体的分析,但是我们并不能因为这种变化而否认进行传统的案例分析题训练的必要性。一问一答式的案例分析是基础,只有能够熟练地解答每一个设问,才能对于概括性的分析娴熟把握,掌握切切实实的解题思路。

从历年的考题来看,刑法案例题的分值主要分布在第四章和第五章,而这两章,也主要考查几个重点罪名,如强奸罪、绑架罪、抢劫罪、盗窃罪等,对于这些罪名,考生务必掌握所有的司法解释和相关罪名的区分。

刑法案例分析题考查的特点以及相应的应对方法主要有:

1. 重要的知识点反复出现。尤其是刑法分则中的重点罪,常考常新,甚至还出现了完全雷同的案例,如2003年关于非法拘禁的案例,就跟2000年的考题没有任何区别。这就提醒了广大考生,对于真题的把握是十分重要的,不仅第四卷中出现的,选择题中出现过的小案例也可能摇身一变,成为一个十几分的案例分析题。

2. 综合性强。案例分析考查的知识点,既有刑法总则的问题,又有刑法分则的问题;行为人又往往触犯数个罪名,稍不仔细,就容易遗漏。尤其是近年来,总则部分的考查内容增加,累犯、未成年人、犯罪的未完成状态等等,对于一个行为人的定罪量刑就显得复杂。针对此点,考生应当细心阅读,不要放过任何一个细小的情节,从而使自己的答案完整、正确。

3. 突出司法实践中的新问题。新颁布的司法解释一般解决的都是司法实践中复杂疑难的问题,是对刑法条文精神的理解,它解决了实务界的很多争议,因此往往是司法考试考查的重点。所以考生应当在考前广泛收集资料,尤其应当掌握最近一两年新颁布的司法解释,越是细致的解释,越有考查的可能。

4. 刑法理论考查的增加。从这两年的司法考试试卷分析,刑法试题对于基本理论的考查在不断增加,涉及理论的题型分值不断提高,牵连犯、想象竞合等等,是近年司法考试命题老师的钟爱。这就加大了对基础理论的要求,刑法部分不再是背背法条、司法解释就可以解决了,考生们还必须把握好理论上的问题,能够对想象竞合、牵连、故意、过失等问题进行分析。

当然,刑法学案例分析题并非无规律可循的,在解答刑法学案例题时要掌握以下规律:

1. 对于考查刑法学基本理论的题目,要熟悉有关基本理论,如,犯罪故意与犯罪过失的区别、犯罪未遂与犯罪中止的区别、共同犯罪及其分类与处罚等。

2. 对于考查刑法分则的题目,要注意罪与非罪的区别、此罪与彼罪的区别、牵连犯、包容犯等知识的灵活运用。

3. 对于刑罚论的考查,要着重数种量刑情节如缓刑、自首等知识的运用,对假释、累犯、死缓制度的知识,也要熟练掌握和灵活运用。

4. 要从犯罪构成的要件中,找出相似罪的区别,并准确运用这些知识去解答有关牵连犯、此罪与彼罪的关系问题。

有关解题技巧,我们将在具体案例题的解答中,进行分析。

记一些东西在书上

第一部分 案例分析题

一、刑法的基本原则和适用范围

案例1 村委会主任违法犯罪案

考点：罪刑法定原则、强奸罪、走私武器罪、非法拘禁罪、非法搜查罪、破坏选举罪

农民王某办了一个私营建筑公司搞工程承包，成为村里的首富。王某不再满足只当一个普通农民，该村选举村委会主任前，王某让公司会计从银行提取12万余元现金，自己通过亲友给全村每户村民送去内装1000元至2000元不等的红包，请他们在选举村委会主任时“多关照”，结果在选举中王某以微弱多数当选为村委会主任。就任村委会主任后，王某逐渐显露出横行霸道的作风，办事自己一个人说了算。他私下将村中一部分位置较好的耕地以低价卖出，得到400余万元，吹嘘为自己带领全村致富的“政绩”，剩下的山地、荒地让村民承包，村民怨声载道。王某还以小恩小惠以及要挟等手段先后奸淫了3名妇女。王某的所作所为引起了村民的愤怒，村民私下商议要“教训”王某。王某听到这个消息之后，即通过熟人介绍，认识了经常从事走私活动的尤某，从尤某处高价购买了其走私的手枪一支、子弹十余发带在身上，还找了4名保镖整日不离左右。有了手枪、保镖之后，王某为了在全村树立威信，镇压不满情绪，一次，借口村委会财务室被盗，自己排出张某、甘某、董某等几名所谓嫌疑对象，带领保镖强行进入几名嫌疑对象家中进行搜查，其中，对不愿配合搜查反而坚决阻止其非法搜查行为的甘某，强行带到村委会自己的办公室内迫使甘某老实交代偷盗事实。甘某拒不承认，王某就将其关押在办公室内，让几名保镖轮番审问，期间加以拷打，长达两天两夜。镇派出所听到群众的反映后，立即由副所长带两名公安人员到该村了解情况，但被王某派去的保镖以暴力威胁等方法拒之村外。后由县公安机关在王某到镇里开会时拘捕了他。

【问题】

1. 王某以不正当手段当选村委会主任的行为如何定性？
2. 王某私下出卖土地的行为如何定性？
3. 王某以小恩小惠以及要挟等手段先后奸淫3名妇女的行为构成何罪？

4. 王某购买并携带枪支的行为构成何罪？

5. 王某以搜查偷盗嫌疑为借口，带领保镖强行进入张某、甘某、董某等几家进行搜查的行为如何定性？

6. 王某将甘某关押在自己办公室内进行审问的行为如何定性？

7. 王某派保镖拒绝镇派出所公安人员进村调查的行为构成何罪？

【参考答案】

1. 王某以不正当手段当选村委会主任的行为虽然是违法的，但根据现行刑法与罪刑法定原则，并不构成犯罪。

2. 王某私下出卖土地的行为虽然是违法的，但根据现行刑法与罪刑法定原则，也不构成犯罪。

3. 王某以小恩小惠以及要挟等手段先后奸淫3名妇女的行为构成强奸罪。

4. 王某从走私犯罪分子尤某处购买走私的枪支、弹药并自己携带的行为依法构成走私武器罪。

5. 王某以搜查偷盗嫌疑为借口，带领保镖强行进入张某、甘某、董某等几家进行搜查的行为构成非法搜查罪。

6. 王某将甘某关押在自己办公室内进行审问的行为构成非法拘禁罪。

7. 王某派保镖以暴力威胁拒绝镇派出所进村调查的行为构成妨害公务罪。

【法理透析】

1. 《中华人民共和国刑法》(以下简称刑法)第3条规定，法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。对于这一条规定，公认为“罪刑法定原则”。罪刑法定原则是刑法最重要的基本原则。这一原则的含义是指，什么是犯罪，某种行为是否构成犯罪，构成什么罪，以及应当处以什么刑罚，都要由刑法加以明确规定，要严格按照刑法的规定办案。这就是通常所说的：“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚。”这一原则是资产阶级反对封建社会罪刑擅断、司法专横而提出的，在人类法制史上具有划时代的进步意义。现在，不同社会制度的大多数国家，已将其确定为刑法的重要原则。我国刑法第3条关于罪刑法定原则的行文非常明确，从正反两方面做出严密的规定，使其含义更加肯定无疑。一方面指出只有法律直接规定某种行为是犯罪的，才能并且必须依照法律的规定对其定罪判刑；反之，凡是法律没有直接规定某种行为是犯罪的，就不能对其定罪判

刑。条文所说的“法律”是指成文的刑法典、单行刑法和附属刑法，而不是“习惯法”或者“判例”。所说的“明文规定”是指由法律条文直接规定，因此，比照、类推自应取消，司法解释也不能超越法律的规定。这一原则在刑事立法上也得到了充分的体现。如：我国刑法明确规定了犯罪的概念、种类、各种犯罪的构成要件以及各个具体犯罪，规定了刑罚的种类和适用的条件，量刑的原则和制度，以及对各个犯罪的量刑幅度等等，从而可以保证罪刑法定的真正实施。

在本案中，王某以不正当手段当选村委会主任以及私下出卖土地的行为虽然是违法的，但根据现行刑法与罪刑法定的原则，不构成犯罪，所以不能依此二行为为由追究王某的刑事责任。

2. 破坏选举罪，是指在选举各级人民代表大会代表和国家机关领导人员时，以暴力、威胁、欺骗、贿赂、伪造选举文件、虚报选举票数等手段破坏选举或者妨害选民和代表自由行使选举权和被选举权，情节严重的行为。王某虽然以不正当的手段当选村委会主任，但是由于村民委员会只是群众性自治组织，不是我国国家机关，其成员即使是村委会主任，也不是各级人民代表大会代表或者国家机关工作人员，所以贿选村委会主任的行为不能构成破坏选举罪。

③. 强奸罪，是指违背妇女意志，使用暴力、胁迫或者其他手段，强行与妇女发生性交的行为。在2000年之前，强奸罪的对象仅限于年满14周岁的妇女，强奸不满14周岁的少女的，以奸淫幼女罪定罪处罚。但是，最高人民法院《关于审理强奸案件有关问题的解释》（2000年2月24日起施行）规定，对于已满14周岁不满16周岁的人，与幼女发生性关系构成犯罪的，依照刑法第17条、第236条第2款的规定，以强奸罪定罪处罚；对于与幼女发生性关系，情节轻微、尚未造成严重后果的，不认为是犯罪。对于行为人既实施了强奸妇女行为又实施了奸淫幼女行为的，依照刑法第236条的规定，以强奸罪从重处罚。这一规定在实质上取消了奸淫幼女罪，将奸淫幼女的行为统一作为强奸罪定罪处罚。自2002年3月26日起施行的最高人民法院、最高人民检察院《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定》明确地取消了奸淫幼女罪，而将奸淫幼女的行为作为强奸罪定罪处罚。

另外需要注意的是当强奸罪的犯罪对象是幼女的时候，不论幼女是否同意，也不论行为人采取了什么手段，只要与幼女性交，就成立犯罪。而且只要行为人的生殖器接触了幼女的生殖器，就构成本罪的

既遂。但强奸妇女一般以奸人构成既遂。

本罪的客观方面表现为以暴力、胁迫或者其他使妇女不能抗拒、不敢抗拒、不知抗拒的手段，违背妇女意志，强行与妇女发生性交的行为，这是强奸罪的基本特征。“暴力”，是指对被害的妇女的人身进行殴打、捆绑、堵嘴、卡脖子、按倒等危害人身安全和人身自由，使妇女不能抗拒的手段。“胁迫”，是指对被害妇女进行威胁、恫吓，达到精神上的强制，使妇女不敢抗拒的手段。如手持凶器威吓，扬言以行凶报复、揭发隐私、毁坏名誉、加害亲属等相威胁，利用封建迷信进行恐吓、欺骗，利用教养关系、从属关系、职务权力以及使被害妇女处于孤立无援的环境进行挟持、迫害等，迫使妇女忍辱屈从，不敢抗拒。“其他手段”，是指用麻醉、药物刺激等方法对妇女进行奸淫，利用或者假冒治病对妇女进行奸淫等。

本罪的犯罪主体为年满14周岁的有责任能力的男子。妇女教唆或者帮助男子强奸其他妇女的，以强奸罪的共犯论处。至于丈夫强行与自己的妻子性交的婚内强奸问题，我国刑法并没有明确规定。从司法实践看，婚姻关系是否合法有效是判断是否成立强奸的标准。婚姻关系合法有效的，一般不成立强奸罪，婚姻关系非法的，可以成立强奸罪，也就是说，我国在严格意义上不承认婚内强奸。

在本案中，王某以要挟手段奸淫3名妇女的行为，是属于违背妇女意志，强行与妇女发生性关系的行为，符合强奸罪的特征，应以强奸罪论处。

4. 走私武器、弹药罪，是指违反海关法规，逃避海关监管，运输、邮寄、携带武器、弹药进出国（边）境的行为。走私武器、弹药罪的主要特征是：（1）侵犯的客体，是国家海关监督管理制度。犯罪对象是各类武器、弹药。（2）在客观方面，行为人实施了违反海关法规，逃避海关监管，运输、邮寄、携带武器、弹药进出国（边）境的行为。具体表现形式多种多样。常见的有：虚报允许进出口的货物名称，其中夹带武器、弹药经过海关，欺骗海关检查人员，蒙混过关；从陆路、水路未设边防检查的地点，携带武器、弹药非法越境；将武器、弹药拆散，以其他机器、设备零配件从海关进出口，等等。（3）在主观方面，本罪只能由故意构成。行为人一般都具有牟取非法利润或者其他非法利益的目的。但无论以何种目的走私武器、弹药，均不影响本罪的成立。明知是走私的武器、弹药，而故意购买的，也应以走私罪论处。

在本案中，王某从尤某处高价购买了其走私的手枪一支、子弹十余发，即是明知是走私的武器、弹药而故意购买的行为，该行为构成走私武器、弹药

罪。

5. 非法拘禁罪,是指以非法拘留、禁闭或者其他方法,非法剥夺他人人身自由权利的行为。非法拘禁罪的主要特征是:(1)侵犯的客体是公民的人身自由权利。人身自由是公民重要的人身权利,非法拘禁他人是严重侵犯公民人身自由权利的行为。(2)客观方面表现为非法对被害人的身体进行强制,使被害人失去行动自由的行为。由于这种行为本身就是一种违法犯罪行为,法律并不要求有其他危害的后果。犯罪手段是多种多样的,如非法拘留、强行禁闭、隔离审查,等等。拘禁必须是非法的。(3)主观方面由故意构成,并且以非法剥夺他人人身自由为目的。犯罪动机可能是多种多样的,如挟嫌报复、要特权、逼取口供等。但动机不影响本罪的成立,量刑时可作为一个情节来考虑。

在本案中,王某把甘某强行带到村委会自己的办公室内迫使甘某老实交代偷盗事实,并将其关押在办公室内,让几名保镖轮番审问,期间加以拷打,长达两天两夜的行为,构成了非法拘禁罪。

【解题技巧】

1. 要注意罪刑法定原则的司法运用。在本案中,王某以不正当手段当选村委会主任的行为以及私下出卖土地的行为虽然是违法的,但根据现行刑法与罪刑法定原则,不构成犯罪。所以不能依此二行为为由追究王某的刑事责任。

2. 要注意走私罪的特殊表现形式,即明知是走私的武器、弹药,而故意购买的,也应走私罪论处。在本案中,王某从尤某处高价购买了其走私的手枪一支、子弹十余发,即是明知是走私的武器、弹药而故意购买的行为,该行为构成走私武器、弹药罪。

案例2 宋某等人连环犯罪案件

考点:刑法适用范围、行贿罪、故意伤害罪、工程重大责任事故罪

包工头宋某经营数年收入颇丰,为达到出国观光的目的,遂向有关国家机关人员送礼约2万余元,使其违规办理了出国手续。在国外,宋某因与同行的王某发生口角殴打了王某,致其轻伤。不久因宋某在施工中偷工减料,将低标号水泥代替高标号水泥使用,用线钢筋取代粗钢筋,造成其承建的一座礼堂坍塌,损失近200余万元。为逃避制裁,宋某找到任某公司经理的同乡金某商议对策,恰逢金某因倒卖许可证和走私文物等事发被追查,金某提出让宋某先到其在边境的一远亲家暂避。行前金某交宋2万元作路费,并请宋某将自己倒卖许可证和走私的

凭据一并带走隐藏好或者干脆悄悄销毁。宋某走后,金某恐其难逃法网,遂命其表弟覃某带刘、黄二人(均系刑满释放人员)在途中将宋某干掉。覃某闻言色变,说此举恐有杀身之虞,劝金某放弃。金某诡称只要将自己的一亲笔信带给刘、黄二人,并随其找宋某,不必覃某动手。覃某默许。于是金某当着覃某的面写了信,并给覃某3万元,打发覃某上路。覃某在途中将金某的信交给刘、黄二人,假说自己有急事,一切事由可与金某直接联络,遂于中途下车。刘、黄二人寻到宋某,欲施毒手,经宋某苦苦哀求并许以重金,遂放过宋某。刘、黄返回后谎称事毕,按事先约定各从金某处得“赏金”1万元。事后,金某发现宋某未死,便找到刘、黄,要求二人返还“赏金”,刘、黄二人非但不给,还威胁金某,要求再各给二人一人50万,否则便向公安机关告发金某。不得已,金某只得给了刘、黄100万。后因人举报,本案案发。

【问题】

1. 宋某的行为触犯了什么罪名?
2. 宋某在国外致王某轻伤的行为是否适用我国刑法?
3. 金某的行为触犯了什么罪名?
4. 覃某的行为是否构成犯罪?如不构成,请说明理由;如构成犯罪,请说明构成何罪。
5. 经宋某哀求并许以重金,刘、黄二人最终放过了宋某,问刘、黄二人的这一行为是否构成犯罪?如构成,构成何罪?应当如何处罚(仅要求回答处罚原则)?
6. 刘、黄二人从金某处各取得1万元“赏金”的行为是否构成犯罪?如构成,构成何罪?
7. 刘、黄二人以告发相威胁,要求金某给二人100万元的行为是否构成犯罪?如构成,构成何罪?

【参考答案】

1. 宋某触犯的罪名有行贿罪、工程重大责任事故罪、包庇罪、故意伤害罪。
2. 宋某在国外致王某轻伤的行为可以适用我国刑法。
3. 金某的行为触犯的罪名有窝藏罪、故意杀人罪,其中故意杀人罪属于未遂形态。
4. 覃某的行为也构成犯罪。因为其明知金某的杀人犯罪故意并负责为其传递信息,应当构成故意杀人罪,属于未遂形态。
5. 构成犯罪,构成故意杀人罪中止,应当免除处罚。

6. 构成犯罪,构成诈骗罪。

7. 构成犯罪,构成敲诈勒索罪。

【法理透析】

1. 行贿罪是指个人为谋取不正当利益,给予国家工作人员以财物的行为。本罪的主体是自然人,如果是单位行贿,不构成本罪,应以单位行贿罪论处。行为人构成本罪的客观要件是:(1)为谋取不正当利益,既包括违反法律、法规的不正当利益,又包括违反政策、有关规章制度的不正当利益。(2)给予财物的对象是国家工作人员。就宋某的行为而言,其为达到个人目的而向有关人员送礼达2万元,违规办理出国手续的行为,属于行贿性质,构成刑法第389条的行贿罪。工程重大安全事故罪是指建设单位、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行为。本罪的特征是:侵犯的客体是国家对建筑工程的管理制度;客观方面表现为建设单位、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行为。犯罪主体是特殊主体,即为建设单位、设计单位、施工单位、工程监理单位;主观方面出于过失。宋某作为建筑单位负责人,在施工中偷工减料,违规建筑,造成其承建的一座礼堂坍塌,损失近200余万元的行为,构成刑法第137条规定的工程重大安全事故罪;宋某遇到涉嫌犯罪的金某后,将金某倒卖许可证和走私的凭据带走隐藏或者销毁的行为,属于明知是犯罪的人而为其隐匿罪证、销毁罪证,构成刑法第310条规定的包庇罪。

2. 宋某在国外致王某轻伤的行为,根据刑法第234条的规定,应当构成故意伤害罪。但是,根据刑法第7条的规定,中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3年以下有期徒刑的,可以不予追究。而宋某既非军人,也非国家工作人员,故意伤害罪致人轻伤的法定最高刑为3年以下有期徒刑,所以宋某致人轻伤的行为依法不认为构成犯罪或者依法可以不予追究。但这并不等于宋某在国外致人轻伤的行为不能适用我国刑法。

3. 就金某的行为而言,其遇到涉嫌犯罪的宋某后,为宋某提供隐藏的住处,提供隐藏逃匿的费用,构成刑法第310条规定的窝藏罪;其产生杀害宋某的故意后,命其表弟覃某带刘、黄二人具体实施该杀人行为,但由于具体实施杀害宋某的刘、黄二人自动放弃而未得逞,这是金某意志以外因素造成的,应当属于故意杀人罪未遂。

4. 覃某明知金某的杀人故意与具体计划,虽然有些不太情愿参与,但还是负责为其传递了该犯罪信息,与金某构成故意杀人罪的共犯,其在实施犯罪过程中,虽然自动退出,但并没有阻止另外两名共同犯罪行为人刘、黄去实施故意杀人行为,故意杀人罪的法定结果没有出现是由于具体实施杀害宋某的刘、黄二人主动放弃而未得逞,这是覃某意志以外因素造成的,应属于故意杀人罪的未遂形态。

5. 刘、黄二人接受金某的意图追杀宋某的行为,构成故意杀人罪应当是没有问题的,因其在正着手实施故意杀人行为过程中,在被害人宋某哀求下而自动放弃,属于故意杀人罪的中止形态。根据刑法规定,对于中止犯,没有造成损害的,应当免除处罚。本案中,因宋某哀求,刘、黄二人没有对宋某实施任何加害行为,因此其中止实行的故意杀人行为并没有造成损害,故依法应当免除处罚。

6. 刘、黄二人各从金某处得“赏金”1万元的行为,属于虚构事实、隐瞒真相的诈骗行为,应构成诈骗罪。

7. 所谓敲诈勒索罪,是指以非法占有为目的,以对他入将要实施暴力或其他损害相威胁,强行索要公私财物,数额较大的行为。在本案中,刘、黄二人以将金某的有关犯罪事实向司法机关告发为要挟,强行向金某索要100万元的行为,完全符合敲诈勒索罪的构成。需要注意的是,在本案中,金某自己虽也是犯罪人,并且与刘、黄二人有共同犯罪关系,但这不影响刘、黄二人敲诈勒索罪的成立。

【解题技巧】

本题的难点是宋某在国外伤害行为的认定。宋某的行为如果在国内构成了犯罪,但其行为发生在国外,根据我国刑法的规定,对其行为可以不追究刑事责任。本题另一难点是覃某的行为的定性问题。覃某明知金某的杀人故意与具体计划,虽然有些不太情愿参与,但还是负责为其传递了该犯罪信息,构成金某故意杀人罪的帮助犯,但是因为具体实施杀害宋某的刘、黄二人主动放弃而未得逞,这是覃某意志以外因素造成的,应属于故意杀人罪的未遂形态。

案例3 王某诽谤案

考点:刑事管辖权、刑法的时间效力、累犯、缓刑、诽谤罪

被告人:王某,男,建筑工人。

1991年,王某因犯盗窃罪被处3年有期徒刑。1994年4月,王某刑满释放。1995年7月,王某与某建筑公司签订劳动合同,成为该公司承建的伊朗

某项目工地员工。在伊工作期间,王某对与其同在一工地工作的女青年黄某产生不轨之心,多次以言语挑逗黄某,要求与黄某“要要”,均遭黄某严词拒绝。王某因此恼羞成怒,遂于1997年10月17日晚捏造黄某与工地领导及多名工人发生两性关系的不实之词,并打印数十份,在工地食堂、宿舍等多处张贴。次日,黄某的丈夫李某看到了这些材料。当晚,李某回到宿舍就材料所述的内容对黄某严加盘问。黄某感到深受侮辱,与李某发生激烈争吵,后李某生气离去,留下黄某一人独自在宿舍。这期间,黄某越想越觉得委屈,同时觉得这件事传出后自己再也说不清,再也没脸见人了。于是,黄某在留下遗书后上吊自杀。黄某死后,因缺乏线索,当地司法机关并未能查出上述材料是王某所写。但数月后,一次王某在醉酒后无意向他人吐露黄某是被他“逼死”的。经他人告发,王某被抓获。

【问题】

1. 依据我国刑法,王某的行为是否构成犯罪?如是,构成何罪?如否,说明理由。
2. 对王某的行为,我国法院是否有权管辖?如是,具体说明应由何地、何级人民法院负责管辖?如否,说明理由。
3. 依我国刑法,王某所犯之罪是否告诉才处理之罪?为什么?
4. 如果伊朗国法院已对王某定罪判刑,那么我国法院是否仍有权进行管辖?
5. 设王某的涉案行为应被判处2年有期徒刑,则其是否构成累犯?为什么?
6. 能否对王某判处缓刑?

【参考答案】

1. 依照我国刑法王某的行为已构成犯罪,构成诽谤罪。
2. 对王某的行为,我国法院有权管辖,应当由王某离境前的居住地或者户籍所在地的基层人民法院管辖。
3. 不是。因为根据我国刑法规定,犯诽谤罪的,只有在没有严重危害社会秩序和国家利益的情况下,才是告诉才处理。
4. 我国法院仍有权进行管辖。
5. 构成累犯。因为:其一,王某前后两罪都是故意犯罪,符合累犯的主观条件;其二,王某的前罪被判处3年有期徒刑,后罪应当判处2年有期徒刑,符合累犯的刑度条件;其三,王某的后罪发生在其前罪的刑罚执行完毕以后5年内,而根据有关司法解

释的规定,前罪判处的刑罚已经执行完毕或者赦免后,1997年10月1日以后又犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的,是否构成累犯,适用1997年刑法规定(后罪发生在其前罪的刑罚执行完毕以后5年内即可构成累犯),而不适用1979年刑法的规定(后罪发生在其前罪的刑罚执行完毕以后3年内即可构成累犯),故王某亦符合累犯构成的时间条件。

6. 不能。

【法理透析】

1. 所谓诽谤罪,是指捏造并散布某种虚构的事实,损害他人人格、名誉,情节严重的行为。其基本特征是:(1)在主观方面,行为人出自直接故意,并具有损害他人人格、名誉的目的。(2)在客观上行为人为实施了诽谤他人的行为。具体来说,包括以下几个方面的内容:①诽谤必须以捏造事实的方法进行。所谓捏造事实,是指无中生有,凭空虚构事实。②诽谤必须散布其所捏造的事实。所谓散布,是指用口头、文字的方式,将其捏造的虚假事实扩散出去,让众多的人知道。但是,如果捏造和散布的事实是犯罪事实,企图引起司法机关对被害人进行刑事追究的,应以诬告陷害罪论处。③诽谤必须针对特定的人进行。诽谤行为,必须是情节严重的,才构成犯罪。所谓“情节严重”,法律未作具体规定,司法实践中主要是指手段恶劣的;后果特别严重的,如造成被害人或者其亲属精神失常的,自杀的;造成恶劣的社会影响或政治影响的;严重危害社会秩序和国家利益的,等等。

诽谤罪与侮辱罪有一定的类似之处,但是两个不同的罪名,二者有着种种区别:其一,诽谤罪必须有捏造事实并加以散布的行为,而侮辱罪不一定用捏造事实的方式进行。如果是公然宣扬他人某些真实事实的方式贬低他人人格、名誉的,如公然宣扬他人婚外情,是侮辱而不是诽谤。其二,侮辱罪除可用口头、文字方式实施外,还可以用暴力方式实施,而诽谤罪不可能用暴力方式实施,诽谤行为在事实上只能是口头的或文字的。

同时需要注意诽谤罪与诬告陷害罪的区分。首先,二者侵犯的客体不尽相同,前者侵犯的是公民的人格和名誉权,后者侵犯的是公民的人身、民主权利和国家司法机关的正常活动;其次,二者主观目的不同,前者是为了损害他人人格和名誉,而后者是为了使他人受到刑事追究;最后,在客观方面,前者捏造的一般是有损他人人格名誉的事实,并公然散布,后者捏造的必须是他人的犯罪事实,并向有关机关告发。如果只是公然散布该种犯罪事实,并且也是以

使他人受到刑事追究为目的的,只有这种公然散布足以引起司法机关对被受害人的刑事追究的,才能构成诬告陷害罪,否则可以视危害情况定诽谤罪。

本案中,依照我国刑法,王某求奸未成而故意捏造黄某与多人发生不正当性行为之虚假事实,损坏黄某人格、名誉,最终导致黄某蒙羞自杀的行为已构成诽谤罪:其一,从客观方面看,王某实施了捏造并散布有损黄某人格、名誉之虚假事实的行为;其二,从主观方面看,王某实施上述行为显然是出于直接故意,并有损坏黄某人格、名誉的目的。此外,王某的行为最终导致黄某羞愤自杀,显然已达到情节严重的程度。

2. 根据刑法第246条第2款的规定,犯诽谤罪的,告诉才处理,但是严重危害社会秩序和国家利益的除外。在本案中,王某诽谤黄某的行为最终引发了黄某羞愤自杀的严重后果,故应认为其罪行已严重危害了社会秩序,不再属于告诉才处理之罪之列。

为方便考生对自诉罪、告诉才处理之罪的具体范围有一个全面的了解(这是一个常见的考点),此处对刑法、刑诉及有关司法解释对此方面的规定作一个总结、梳理:

(1)刑法规定的告诉才处理罪有五个:侮辱罪(但是严重危害社会秩序和国家利益的除外)、诽谤罪(但是严重危害社会秩序和国家利益的除外)、暴力干涉婚姻自由罪(但致使被害人死亡的除外)、虐待罪(但致使被害人重伤、死亡的除外)、侵占罪。

(2)《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称刑诉诉讼法)第170条规定:

自诉案件包括下列案件:

①告诉才处理的案件;

②被害人有证据证明的轻微刑事案件;

③被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当追究刑事责任,而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件。

(3)最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》第4条规定:

刑事诉讼法第170条第2项规定由人民法院直接受理的“被害人有证据证明的轻微刑事案件”是指下列被害人有证据证明的刑事案件:

①故意伤害案(轻伤);

②重婚案;

③遗弃案;

④妨害通信自由案;

⑤非法侵入他人住宅案;

⑥生产、销售伪劣商品案件(严重危害社会秩序和国家利益的除外);

⑦侵犯知识产权案件(严重危害社会秩序和国家利益的除外);

⑧属于刑法分则第四章、第五章规定的,对被告人可以判处3年有期徒刑以下刑罚的其他轻微刑事案件。

上述所列八项案件中,被害人直接向人民法院起诉的,人民法院应当依法受理,对于其中证据不足、可由公安机关受理的,应当移送公安机关立案侦查。被害人向公安机关控告的,公安机关应当受理。

伪证罪、拒不执行判决裁定罪由公安机关立案侦查。

3. 根据我国刑法第6至9条的规定,在刑法的空间效力问题上,我国实行的是以属地原则为基础,兼采属人、保护和普遍原则的刑事管辖权体制。关于属地管辖,刑法第6条规定,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者航空器内犯罪的,也适用本法。犯罪的行为或者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。关于属人管辖,刑法第7条规定,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3年以下有期徒刑的,可以不予追究。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。关于保护管辖,刑法第8条规定,外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪,而按本法规定的最低刑为3年以上有期徒刑的,可以适用本法,但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。关于普遍管辖,刑法第9条规定,对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行,中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的,适用本法。上述条文,司考中的选择题经常会有所涉及,在案例中也有可能会出现。大家应当熟练掌握。

在本案中,王某的行为虽然发生在国外,但由于黄某是中国公民;同时,虽然王某所犯的诽谤罪为最高刑为3年以下有期徒刑之罪,但是,根据我国刑法第7条的规定,对中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯刑法规定之罪,而刑法规定的最高刑为3年以下有期徒刑的,是“可以不予追究”,而不是“应当不予追究”,因此,依照我国刑法,我国法院