

**2004年**

# **国家司法考试** **案例题精讲**

中国人民大学 朱力宇 主编  
中国政法大学 吴宏耀



中国致公出版社

# 2004 年 国家司法考试 案例题精讲

中国人民大学 朱力宇  
中国政法大学 吴宏耀

撰稿人：朱力宇 吴宏耀  
白文桥

中国致公出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

2004 年国家司法考试案例题精讲/朱力宇,吴宏耀编著. —北京:中国致公出版社. 2004.3  
ISBN 7-80179-094-4

I. 2… II. ①朱… ②吴… III. 法律工作者—资格考核—中国—解题 IV. D92-44

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 095220 号

## 2004 年国家司法考试案例题精讲

---

主 编:朱力宇 吴宏耀

责任编辑:于建平

策划编辑:易定宏

---

出版发行:中国致公出版社

(北京市西城区太平桥大街 4 号 邮编 100034)

经 销:全国新华书店

印 刷:冶金印刷总厂

印 数:0,001~1,000 册

---

开 本:850×1168 1/16

印 张:27

字 数:550 千字

版 次:2004 年 3 月修订版 2004 年 3 月第 1 次印刷

---

书 号:ISBN 7-80179-094-4/D·007

定 价:39.8 元

---



# 前言

国家统一司法考试是国家选拔法律人才的重要途径之一,为了适应社会对于复合型法律人才的要求,从2002年开始,国家开始对律师、法官、检察官实行统一命题,统一应考的改革,这使得试题在难度上有所增加,命题也朝着注重实践性和跨部门法命题的方向发展,为了适应这一要求,该书根据司法考试试卷四的题型特点,以及历次考试中案例题的命题规律,归纳出正确的解答案例分析题的方法,使考生能够在务实的基础上,检验自己案例分析的水平,提高案例分析的能力,以便为顺利通过即将到来的司法考试,做好充分的准备。

该书具有如下特点:

## 一、所编案例涉及的知识面广,而且重点突出

该书共对约200个案例题进行了详细的分析,涉及的内容从广度上看,包括刑法、刑事诉讼法、民法、商法、民事诉讼法和仲裁法、行政法和行政诉讼法、经济法、国际经济法以及法律文书写作,等等。为了适应统一司法考试案例分析命题的需要,该书还突出了重点,例如,鉴于刑法、民商法和诉讼法在统一司法考试中占有极大的比重,该书将重点放在了这些方面。诸如刑法总则;刑法分则中的危害公共安全罪、破坏社会主义市场经济秩序罪、侵害公民人身权利、民主权利罪、侵害财产罪、贪污贿赂罪、妨碍社会管理秩序罪;刑事诉讼法总则和刑事诉讼法审判程序;民法通则;担保法;合同法;公司法;民事诉讼法总则;民事诉讼法审判程序;民事诉讼法执行程序以及法律文书中的上诉状、抗诉状、判决书,等等,多列为该书的重点。同时,为了防止考生复习遗漏,该书也小规模的对司法考试案例分析中出题概率较低的题型进行了分析。例如,民法中适当的选择了具有典型意义的婚姻法、继承法以及知识产权法等方面的案例;商法中适当安排了对票据法、保险法以及三资企业法的案例分析,等等,不过,为了便于考生突出重点复习,这些案例所占的比重不大。此外,该书对于司法考试当中常考的知识点,在不同的案例中从不同的角度反复涉及,这样才能使考生做到举一反三。总之,该书涉及面广,详略得当,重点突出,同时又兼顾其他,因此,该书不仅对提高考生的案例分析能力有极大的帮助,而且也对考生复习与掌握其他试卷的知识点大有益处。

## 二、体例安排合理

为了使考生有一个明确的解题思路,该书在体例上,采取了二重法思路。所谓二重法,就是先列出案例及其所要回答的问题,然后对问题通过答题解析的方式逐一解答。对于答题解析,该书又采取了四步法,第一步是列出所应答题的考点;第二步是列出该问题的答案;第三步是对该答案所涉及的法理进行分析,该法理分析部分构成了答题解析部分分析的重点,并占有较大的篇幅;第四步是指明回答此题的技巧。为了使考生对该案例有一个明确的认识,对于相关的知识点和与案例有关的法律、法规,该书也一并列入答题技巧中。在案例编排的顺序上,为了避免几个性质类似的案例合编在一起的弊端,该书采取了穿插式的编排体例,例如,对于效力待定类的合同,《合同法》规定了三种,该书在编排该类合同中的一种案例后,下面相衔接的案例就不再这方面设计题型,而是转向其他方面问题的分析,然后在后面的案例中,再行设计该类合同的另外一种类型的案例。此外,诸如民事诉讼管辖问题、刑法的罪数形态问题、国际经济法中的倒签提单问题,等等,都采用了这种编排体例。这种编排体例,有利于考生避免重要知识点的遗忘,而且宜于归纳总结,这样才能使考生详细检验自己的案例分析水平。

## 三、案例精选特色鲜明

该书案例有的选自历年司法考试(律师资格考试)真题(主要是1998年以后的真题),但是大部分案例分析题是该书的编者自行设计的,具有典型意义的样题。特别是该书为了避免案例上的重复,在案情和所涉及的问题上增加了难度,对于自行设计的案例分析题,一方面在易出题的地方设计了知识点,另一方面对这些知识点加大了难度,同时对应考的知识点予以扩大分析,澄清了容易混淆的问题,对于那些容易出题的,而且争议比较大的问题,该书列出了要点与答案对比,仔细斟酌,反复论证,指出每种答案的优点





和不足,这对考生开拓推理思路提供了可靠的法律基础。

#### 四、综合题型比例加大

随着司法考试难度的提高,跨部门法的综合题型开始出现。比如,在合同纠纷的案例中,不仅仅考察合同的效力、风险的转移、责任的划分,等等,而且这类题往往涉及到合同纠纷的地域管辖问题;再如,刑法上的强奸罪等罪名往往与刑事诉讼法的审判原则相挂钩。实体法和程序法的结合出题,是值得我们关注的问题。为了适应这一命题规律的要求,该书有一部分案例解决了这样的问题,这些案例使得实体法和程序法相结合,比如民商法和民事诉讼法的结合,刑法和刑事诉讼法的结合。还有实体法与实体法,程序法与程序法的结合,比如商业银行法、房地产法与合同法的结合;担保法、合同法与破产法的结合;票据法与普通民法的结合;以及民事诉讼法与仲裁法的结合,等等,该书都有所涉及。这对于考生综合运用法律知识分析案例题,增强考生分析案例的能力,帮助很大。

#### 五、编写态度严谨

该书的编者为了保证案例分析的质量,对于每一个问题,都进行了仔细的斟酌,反复的论证,特别对那些争议比较大的问题,不妄下结论,在征询了各个方面的意见后,才拟出参考答案。因此,该书编写态度严谨,思路通畅,反映了编者扎实的法学功底和严谨的写作作风。

最后谈谈如何复习与应试的问题。

案例分析题一直是司法考试的重头戏,因此,对于如何作答案例分析题,成了考生关心的问题。这里仅提供一些建议,供考生参考:

1. 配合案例分析研读司法考试应试教程,掌握主要的知识点。研读司法考试应试教程是作好案例分析题的基础,但是由于案例分析最能够体现考生的务实能力,因此,光靠研读教程是不够的,还要多吃一些典型的案例分析题,包括历年司法考试的真题。

2. 注意我国的司法实践。由于司法考试案例分析最注重实务,该部分也就与司法实践紧密相连,因此,考生务必注重司法实践。

3. 注意与案例分析题有关的热点问题。司法考试案例分析较为重视对于热点问题的考察。热点一般是最新出台的法律、法规和人们普遍关注的法律问题。

4. 加大力度突出重点法律、法规的复习。比如,《刑法》、《刑事诉讼法》、《民法通则》、《担保法》、《合同法》、《公司法》、《民事诉讼法》及其相应的配套性法律、法规及其司法解释,这些成为案例分析题出题的重点。

当然,扎实的知识是解答案例分析题的先决条件。

由于时间的仓促和编者水平的限制,使得本书中的不足之处在所难免,因此殷切希望广大考生批评指正。最后预祝考生在司法考试中获得圆满的成绩。

咨询电话:(010)80508457 80508319。

作者

2004年3月于中国人民大学

# 目 录

|                           |       |
|---------------------------|-------|
| 第一编 刑 法 .....             | ( 1 ) |
| 第二编 刑事诉讼法 .....           | (71)  |
| 第三编 民 法 .....             | (106) |
| 第四编 商 法 .....             | (200) |
| 第五编 民事诉讼法和仲裁法 .....       | (231) |
| 第六编 行政法与行政诉讼法 .....       | (281) |
| 第七编 经济法 .....             | (316) |
| 第八编 国际经济法 .....           | (324) |
| 第九编 司法文书写作 .....          | (331) |
| 附录：2003 年国家司法考试试题 .....   | (347) |
| 2003 年国家司法考试试题答案及解析 ..... | (388) |

## 第一编 刑法

### 本编出题方向

在司法考试第(四)卷案例分析题中,刑法一直占据着重要的地位和较大的分值。通观过去4年的考题,刑法案例每年都占两道,所占的分值一直保持在20分左右,即1998年本编内容占15分,1999年本编内容占16分,2000年本编内容占22分,2002年本编内容占20分。预计这种情形在以后的司考中还将继续维持,不会有多少变动。

从历年的考题可以看出,刑法案例的考点相对比较集中。刑法总则的犯罪论部分主要是围绕犯罪构成理论展开,兼顾刑法的效力、故意犯罪的停止形态、共同犯罪、罪数、排除犯罪性行为等。除了犯罪构成的四个方面外,故意犯罪的停止形态、共同犯罪,是屡屡出题。如过去4年的8道考题中有4道考了共同犯罪。刑法总则的刑罚论部分主要是集中在累犯、自首和立功、数罪并罚、缓刑、减刑、假释和追诉时效上。刑法分则部分的考点主要是一些传统的常见的犯罪,并突出其中的难点。如2002年司考的刑法案例,涉及到的具体犯罪包括伪造、变造居民身份证罪、诈骗罪、转化型抢劫、信用卡诈骗罪、盗窃罪、故意毁坏财物罪;2000年律考的刑法案例,涉及到的具体犯罪包括非法拘禁罪、拐卖妇女罪、收买被拐卖的妇女罪、盗窃罪、敲诈勒索罪、放火罪。

从上述分析可以看出,在刑法案例分析题的复习过程中,应当做到以下几方面:一、认真阅读指定用书。应当明确,掌握指定用书中的内容是应考的基本条件。所谓万变不离其衷,不论司考如何出题,其总是围绕指定用书所确定的广度、深度进行的。指定用书这个根本不能丢。二、提高对刑法条文、制度的综合理解运用能力。今后司考的发展趋向是注重测试考生的素质和综合运用法律知识的能力,因此在复习时应当注意:第一,具有整体的观念,掌握法律条文之间的关联性。刑法分则作为一个完整的罪刑体系,法律条文之间并不是孤立存在的,而是内在的合规律性的统一。在学习的过程中,既要看到这些条文之间的差异,也要明了其间所存在的内在联系。尤其是其中的相似罪,往往是考试的重点和热点,应当特别注意区分。例如,贪污罪和职务侵占罪、挪用公款罪和挪用资金罪、抢夺罪和抢劫罪、奸淫幼女罪和嫖宿幼女罪等等。第二,深刻理解刑法法律条文背后涉及的刑法原理、原则,能够运用刑法原理、原则来解释、分析具体的法律条文,做到既知其然又知其所以然。例如,刑法关于不满18周岁的人犯罪应当从轻、减轻处罚、累犯从重处罚、立功、自首宽大处理等规定,体现刑罚轻重与刑事责任相适应。刑法规定未达到刑事责任年龄、没有刑事责任能力不处罚,意外事件不处罚等,体现的是主客观相统一原则。三、应当重视司法解释和案例在司考复习中的作用。要通过司法考试,指定用书是基本的,但仅有一本指定用书是不够的。学习之余,还应当找一些司法解释和案例书看看。尤其是司法解释所解决的是实践中遇到的具有普遍性的疑难问题,而这些问题,往往也是考试的重点。最后,应当针对司法考试的特点,多看多练多思考。所谓几分耕耘几分收获,成功的道路上没有捷径。知识在于一点一点的积累,所以,应当注意平时多下功夫。

#### 【案例一】(2002年司法考试试题,10分)

李某长期在甲市行人较多的马路边询问行人是否需要身份证,然后将需要身份证的人的照片、住址等资料送交何某伪造。何某伪造后,李某再交给购买者。在此期间,李某使用伪造的身份证办理手机入网手续并使用手机,造成电信资费损失3000余元。为了防止司法人员抓捕,李某一直将一把三角刮刀藏在内衣口袋中。2001年4月下旬的一天晚上,李某在马路上询问行人是否需要身份证时,发现钱某孤身一人行走,便窜至其背后将其背包(内有价值2000元的财物)夺走后迅速逃跑。钱某大声呼喊抓强盗。适逢民警赵某经过此地,赵某将李某拦住。此时李某掏出三角刮刀,朝赵某的腰部捅了一刀后逃离,致赵某重伤。



甲市公安机关抓获李某后,与李某居住地乙市公安机关联系,发现李某是因为在乙市使用信用卡透支1万元后,为逃避银行催收而逃至甲市的。请结合上述案情,分析李某各行为的性质,并请说明理由。

### 答案及解析

【考点】本题考察的是伪造、变造居民身份证罪、诈骗罪、事后抢劫、信用卡诈骗罪。

【答案】李某的行为触犯了如下罪名:

1.李某将需要身份证的人的照片、住址等资料送交何某伪造,再交给购买者的行为构成了伪造居民身份证罪的共犯。因为李某和何某具有共同伪造居民身份证的故意,并且共同实施了伪造居民身份证的行为,李某和何某构成伪造居民身份证罪的共同犯罪。

2.李某使用伪造的身份证办理手机入网手续并使用手机,造成电信资费损失3000余元的行为构成诈骗罪。因为李某以非法占有为目的,用虚构事实的方法(伪造身份证),骗取数额较大的公私财物(3000元)的行为完全符合诈骗罪的特征。

3.李某公然抢夺钱某财物,后又使用暴力抗拒抓捕,构成了抢劫罪。因为根据刑法的规定,犯盗窃、诈骗、抢夺罪,为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的,依照抢劫罪定罪处罚。

4.李某使用信用卡透支,为逃避银行催收而逃跑,其已构成恶意透支,根据刑法的规定,其行为构成信用卡诈骗罪。

【法理分析】1.根据刑法典第280条第3款的规定,何某的行为构成伪造居民身份证罪自然没有疑问。而李某收集需要身份证的人的照片、住址等资料并将其交给何某伪造,再交给购买者。可以看出,首先,李某和何某之间具有明显的共同犯罪的故意,即李某认识到自己的行为是伪造居民身份证,且自己是和何某在共同实施伪造居民身份证的行为。其次,李某和何某有共同犯罪的行为。李某收集资料,何某伪造,再由李某交给购买者。可见,李某、何某分工合作,共同实施完成了伪造居民身份证的行为。所以,李某和何某构成伪造居民身份证罪的共同犯罪,李某是伪造居民身份证罪的共犯。对于本题,可能有人会误以为李某的行为构成非法买卖居民身份证罪,但我国刑法中并没有该罪名。

2.根据《最高人民法院关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》第9条的规定,以虚假、冒用的身份证件办理入网手续并使用移动电话,造成电信资费损失较大的,依照刑法第266条的规定,以诈骗罪定罪处罚。题中,李某使用伪造的身份证办理手机入网手续并使用手机,造成电信资费损失3000余元,其行为显然构成诈骗罪,即李某以虚假的方法骗取了数额较大的公私财物。考察本解释的规定,李某的行为之所以构成诈骗罪而不是盗窃罪,最关键一点在于,李某是使用伪造的身份证件办理入网手续,其行为的本质是欺骗,而不符合盗窃罪秘密窃取的基本特征。值得一提的是,刑法典第265条规定,以牟利为目的,盗接他人通信线路、复制他人电信号码或者明知是盗接、复制的电信设备、设施而使用的,依照盗窃罪定罪处罚。可见,《最高人民法院关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》第9条的规定和刑法典第265条的规定有几分相似,考生应当注意将此二者区分开来,不能混为一谈。

3.这里考察的是事后抢劫,也可以说是转化型的抢劫。根据刑法典第269条的规定,犯盗窃、诈骗、抢夺罪,为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的,依照抢劫罪定罪处罚。李某的行为就是该情形。李某先是公然对钱某进行抢夺,在逃跑的过程中又为了抗拒抓捕将民警赵某刺成重伤。所以,对李某应该按照抢劫罪定罪处罚。从历年司考的试题可以看出,转化型的抢劫多次涉及,可谓是热点之一,故考生应该熟练掌握转化型的抢劫的有关问题。一般说来,掌握转化型的抢劫应该注意以下几方面:第一,行为人必须首先实施了盗窃、诈骗、抢夺行为,这是构成转化型的抢劫的前提,除此之外的任何行为都不能构成转化型的抢劫。第二,行为人必须是当场使用暴力或者以暴力相威胁。所谓当场,是指犯罪分子实施盗窃、诈骗、抢夺罪的实施现场或者虽然离开了现场,但还处在被追捕的过程中。所谓使用暴力或以暴力相威胁,是指犯罪分子对被害人或抓捕人实施打击或强制,或者以将要立即实施这种行为相威胁。第三,实施暴力或以暴力相威胁的目的,是为了窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证。除此之外的目的,均不能构成转化型的抢劫。

4.根据刑法典第196条的规定,行为人恶意透支,进行信用卡诈骗活动,数额较大的,构成信用卡诈骗





罪。所谓恶意透支,是指持卡人以非法占有为目的,超过规定限额或者规定期限透支,并且经发卡银行催收后仍不归还的行为。恶意透支应当与善意透支相区别。所谓善意透支,就是持卡人先在规定的额度内向发卡银行借用资金,然后在规定的期限内归还透支的资金和利息。恶意透支和善意透支的根本区别在于持卡人主观上是否具有非法占有所透支的资金的目的。题中,李某使用信用证透支后,为逃避银行催收而逃到外地,其非法占有所透支的资金的目的十分明显,应当属于恶意透支,且其恶意透支款项达1万元,已达数额较大的标准。所以,李某的行为构成信用卡诈骗罪。

**【答题技巧】**本题所考的伪造居民身份证罪并不是常见罪名,这就需要考生熟悉我国的刑法分则条文,掌握我国刑法中的所有罪名。同时,需要考生掌握诈骗罪的相关理论,识记考试范围内的司法解释。再次,需要考生理解转化型的抢劫的有关理论。最后,应当熟悉刑法分则关于信用卡诈骗罪的规定,并理解恶意透支的概念。

### 【案例二】(2002年司法考试试题,10分)

2001年3月13日下午,陈某因曾揭发他人违法行为,被两名加害人报复砍伤。陈某逃跑过程中,两加害人仍不罢休,持刀追赶陈。途中,陈某多次拦车欲乘,均遭出租车司机拒载。当两加害人即将追上时,适逢一中年妇女丁某骑摩托车(价值9000元)缓速行驶,陈某当即哀求丁某将自己带走,但也遭拒绝。眼见两加害人已经逼近,情急之下,陈某一手抓住摩托车,一手将丁某推下摩托车(丁某倒地,但未受伤害),骑车逃走。陈某骑车至安全地方(离原地约2公里)停歇一会后,才想到摩托车怎么处理。陈某将摩托车尾部工具箱的锁撬开,发现内有现金2000元和一张未到期的定期存单(面额2万元)。陈某顿生贪欲,将2000元现金和存单据为己有,并将摩托车推至山下摔坏。几日后,陈某使用伪造的身份证在到期之前将存单中的2万元取出。此后逃往外地。试分析陈某上述各行为的性质,并说明理由。

### 答案及解析

**【考点】**本题考察的是紧急避险、盗窃罪、诈骗罪、故意毁坏财物罪。

**【答案】**1. 陈某为躲避他人的追杀,在无处求助的情况下,将丁某推下摩托车,骑车逃走的行为并不构成犯罪,而是紧急避险。因为根据我国刑法的规定,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发生的危险,不得已采取的紧急避险行为,造成损害的,不负刑事责任。

2. 陈某将摩托车尾部工具箱的锁撬开,将2000元现金和存单据为己有的行为,根据刑法的规定构成盗窃罪。

3. 陈某将摩托车推至山下摔坏的行为,根据刑法的规定构成故意毁坏财物罪。因为主观上陈某有毁坏财物的目的,客观上也实施了毁坏财物的行为,结果将财物毁坏。

4. 陈某使用伪造的身份证在到期之前将存单中的2万元取出的行为,根据刑法的规定,构成诈骗罪。因为陈某是以非法占有为目的,用虚假的方法,骗取了存单中的2万元。

**【法理分析】**1. 刑法典第21条第1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发生的危险,不得已采取的紧急避险行为,造成损害的,不负刑事责任。”第2款规定:“紧急避险超过必要限度造成不应有的损失的,应当负刑事责任,但是应当减轻或者免除处罚。”第3款规定:“第1款中关于避免本人危险的规定,不适用于职务上,业务上负有特殊责任的人”。由此可见,构成紧急避险须同时具备以下条件:第一,紧急避险的起因条件。紧急避险,前提是有危险需要避免。一般说来,危险主要包括以下几种:来自自然力量的危险;来自动物的危险;来自人的危害社会行为的危险;来自人的生理、病理原因的危险。此外,所说的危险必须是客观真实的危险,而不是行为人假想、推测的危险。如果本不存在危险,但行为人误以为存在危险,并因此实施了所谓的避险行为,这也就是通常所说的假想避险。假想避险不是紧急避险,应当根据实际情况,确定行为人是否应当承担刑事责任。第二,紧急避险的时间条件。就是说,必须是危险正在发生。危险将立即造成损害或正在造成损害且尚未结束。如果行为人在危险尚未出现或者已经结束的情况下实施所谓的避险,刑法理论上称之为避险不适时。避险不适时不是紧急避险,应当根据具体情形确定行为人是否负刑事责任。第三,紧急避险的对象条件。即紧急避险的对象不是危险的来源,而是第三者的合法权益。如果行为人的行为是对危险的直接对抗,不能构成紧急避险,有可能构成正当防卫。第四—紧急避险的限制条件。由于紧急避险要对无辜的第三者的合法权益造成损

害,所以,法律对紧急避险规定了严格的限制条件——只能在迫不得已的情况下实施。即,行为人只有在找不到任何其他方法排除危险的情况下,才能够实施紧急避险。否则,行为人的行为就不能构成紧急避险,而应当根据具体情形确定其相关的法律责任。第五,紧急避险的主观条件。就是说,行为人必须有正当的避险意图。所谓正当的避险意图,是指避险人对正在发生的危险有明确的认识,并希望以避险手段保护较大合法权益的心理状态。所以,行为人不能为了保护非法利益,实施所谓的紧急避险。第六,紧急避险的限度条件。对于紧急避险的限度条件,刑法并没有明确规定。但是刑法学界和刑事司法界一致认为:紧急避险所造成的损害,必须小于所避免的损害。即是为了保护一个大的合法权益而牺牲一个小的合法权益。对于合法权益大小的权衡,一般认为:人身权利大于财产权利;人身权利中,生命权为最高权利;财产权利的大小可以用财产的价值来衡量。

此外,根据上述第3款的规定,关于避免本人危险的规定,不适用于职务上,业务上负有特殊责任的人。所谓职务上,业务上负有特殊责任,是指某些人依法承担的职务或所从事的业务活动本身,就要求其与一定的危险进行斗争。例如,消防队员在救火时,必须面对烧伤的危险。

题中,陈某被人追杀,面临生命的危险,为了逃命,将丁某推下摩托车,并将车骑走。其行为完全符合紧急避险的成立条件,故其行为不构成犯罪。

2. 所谓盗窃罪,是指以非法占有为目的,秘密窃取数额较大的公私财物或者多次盗窃公私财物的行为。盗窃罪具有如下特征:(1)侵犯的客体是公私财产所有权。(2)客观方面表现为秘密窃取数额较大的公私财物或者多次盗窃公私财物的行为。所谓秘密窃取,是指行为人采取自以为不使财物所有者、保管者发觉的方法,暗中将财物取走。(3)主体是一般主体。(4)主观方面是直接故意,且具有非法占有公私财物的目的。题中,陈某因为紧急避险将丁某的摩托车夺走,使丁某丧失了对摩托车的支配。所以,陈某将摩托车尾部工具箱的锁撬开,将其中的2000元现金和存单据为己有,实际上是在丁某不知道的情况下,秘密窃取他人财物的行为。可见,陈某的行为完全符合盗窃罪的特征,应当以盗窃罪定罪处罚。值得一提的是,对于陈某的行为不能够认定为侵占罪,因为侵占罪是指以非法占有为目的,将代为保管的他人财物或者他人的遗忘物、埋藏物非法占为己有,数额较大,拒不退还或者拒不交出的行为。显然,题中摩托车及其上的财物是陈某夺来的,而不是代为保管的他人财物或者他人的遗忘物、埋藏物,故陈某的行为不符合侵占罪的构成特征。

3. 所谓故意毁坏财物罪,是指故意毁坏或者损坏公私财物,数额较大或者情节严重的行为。所谓毁坏,就是使财物的价值或者使用价值全部丧失或者使财物受到破坏而部分地丧失价值或者使用价值。本罪的主观方面是故意,犯罪目的只是毁坏公私财物,使其丧失价值,而不是为了非法占有,这是本罪与盗窃罪等其他一些财产犯罪的重要区别。过失不能成立本罪。题中,陈某在盗取了车上的财物后,将价值9000元的摩托车推至山下摔坏,完全符合故意毁坏财物罪的特征,故应当以该罪定罪处罚。需要注意的是,陈某将摩托车推至山下摔坏的行为不是不可罚的事后行为。所谓不可罚的事后行为,是指在状态犯的场合,利用该犯罪行为的的结果的行为,如果孤立来看,符合其他犯罪的构成要件,具有可罚性,但由于被综合评价在该状态犯中,故没有必要认定为成立其他犯罪。例如,行为人盗窃他人财物后,又将该财物毁坏。行为人毁坏财物的行为就是不可罚的事后行为,只成立盗窃罪。题中,陈某的行为之所以不是不可罚的事后行为,最关键一点在于,陈某先前从丁某处夺得摩托车的行为不是犯罪,既无犯罪,自然无不可罚的事后行为。

4. 所谓诈骗罪,是指以非法占有为目的,用虚构事实或者隐瞒真相的方法,骗取数额较大的公私财物的行为。虚构事实,是指无中生有,编造假情况,由此骗取被害人的信任,“自愿”交付财物。隐瞒真相,是指掩盖客观存在的事实,使被害人陷入错误而受骗上当。用诈骗方法占有财物,是诈骗罪区别于其他侵犯财产罪的主要特征。题中,陈某使用伪造的身份证在到期之前将存单中的2万元取出,就完全符合诈骗罪的特征。这里需要注意的是,陈某在盗窃存单后,又伪造身份证在到期之前将存单中的2万元取出的行为之所以不构成盗窃罪,是因为陈某盗窃存单的行为,并没有使其直接获得所要非法占有的财物,盗窃行为只是为实现诈骗创造条件。也就是说,盗窃行为并没有使陈某获得支配财物的充分能力,盗窃行为在陈某获取财物的过程中不起主要作用。陈某能够获取财物,关键还在欺骗。我们不当将陈某伪造身份证在到期之前将存单中的2万元取出的行为视为盗窃存单的行为的继续,而应当单独进行考察。

**【答题技巧】**回答本题首先要求考生掌握紧急避险、盗窃罪、故意毁坏财物罪、诈骗罪的相关理论,能够分辨与此相关的类似犯罪,不至于混淆。例如盗窃罪与诈骗罪的区分。其次,考生应当理清行为人前后相

继的行为之间的关系,不能将本是独立的数个行为综合为一个行为进行考虑,也不能将本来的一个行为分割开来评价。例如,行为人抢夺摩托车的行为与行为人摔坏摩托车的行为之间的关系,行为人盗窃存单的行为与行为人后来利用存单获取财物的行为之间的关系。

### 【案例三】(2000年律师资格考试试题,11分)

张某和郭某在赵某开的工厂打工,赵某拖欠张、郭6000多元的报酬一直不付。张、郭二人商定后,将赵某15岁的女儿A骗出,然后带到外地扣押以迫使赵某支付报酬;在此期间(21天)张、郭多次打电话让赵某支付报酬,但赵某仍然以各种理由拒不支付。于是,张、郭商定将A卖给他人。在张某外出寻找买主期间,郭某奸淫了A。张某找到了买主陈某后,张、郭二人以6000元将A卖给了陈某。陈某买回A后,要与A结为夫妻,遭到A的拒绝;陈某担心A逃走,便将A关在房间里反锁了1个多月,但A仍不愿意与陈某结婚;陈某后来觉得A年纪小,太可怜,便让A回原居住地与家人团聚。陈某又觉得自己亏了,于是找到了张某,让张某退回自己的6000元钱。张某拒绝退还,陈某便于深夜将张某的一辆价值4000元的摩托车骑走。

根据上述案情,分析张某、郭某、陈某的刑事责任。

### 答案及解析

**【考点】**本题考察的是共同犯罪、非法拘禁罪、拐卖妇女罪、收买被拐卖的妇女罪、盗窃罪。

**【答案】**1. 张某与郭某的行为构成共同犯罪。张某的行为构成非法拘禁罪与拐卖妇女罪,二罪并罚;郭某的行为构成非法拘禁罪与拐卖妇女罪,郭某对奸淫被拐卖妇女的情形负罪加一等的责任,二罪并罚。首先,张某与郭某对实施犯罪事先进行了商定,后又共同实施了一系列犯罪行为。可见,张某与郭某之间具有共同犯罪的故意,且共同实施了犯罪行为,他们之间构成共同犯罪。其次,张某与郭某将A骗出后扣押于外地的行为,是为索取债务而实施的非法拘禁行为,而非绑架行为。再次,张某与郭某将A出卖给陈某的行为,是拐卖妇女行为。最后,在实施拐卖行为的过程中,郭某奸淫A的行为属于拐卖妇女罪中的严重情形,由于郭某的行为超出了共同故意的范围,张某对此部分的严重情形不负罪加一等的责任。

2. 陈某构成收买被拐卖的妇女罪、非法拘禁罪、盗窃罪,应当实行数罪并罚。首先,陈某收买A的行为是收买被拐卖妇女的行为,但是陈某按照A的意愿,不阻碍其返回原居住地,可以不追究刑事责任。其次,陈某将A关在房间里反锁1个多月的行为,构成了非法拘禁罪。再次,陈某“索债”不成,将张某的摩托车骑走的行为构成盗窃罪,因该债务本身是非法的。

**【法理分析】**1. 我国刑法典第25条规定:共同犯罪是指2人以上共同故意犯罪。题中,张某和郭某为了向赵某索取债务,事先进行了商定,双方达成了共同犯罪的故意,这就是通常所说的事前通谋的共同犯罪。其后,张某和郭某按照商定的意思,将赵某的女儿A骗出,并扣押于外地,后又将A卖给了陈。在整个犯罪过程中,张某和郭某一直保持着犯罪意思的联络,并共同完成了犯罪行为。所以,张某和郭某构成共同犯罪。

根据我国刑法典第238条的规定,张某和郭某共同构成非法拘禁罪。张某和郭某将A骗出,并扣押于外地,非法剥夺A的人身自由达20多天,构成非法拘禁罪。这里需要注意,张某和郭某非法拘禁A的行为不构成绑架罪。因为首先,非法拘禁罪侵犯的客体是公民的人身自由权利,而绑架罪侵犯的是复杂客体,既包括公民的人身权利,又包括他人的公私财产所有权。其次,非法拘禁罪是以非法剥夺他人人身自由为目的,并没有非法占有他人财物的意图,而绑架罪是以勒索财物为目的,具有非法占有他人财物的意图。本案中,张某和郭某是为了从赵某处拿回本应该属于自己所有的6000元报酬,他们主观上并没有非法占有赵某财物的目的,在客体上,也没有侵犯张某的财产所有权。所以,张某和郭某的行为只能是构成非法拘禁罪,而不是绑架罪。

根据刑法典第240条的规定,张某和郭某共同构成拐卖妇女罪。题中,张某和郭某在索取报酬未果的情况下,商定并将A以6000元出卖给陈某。显然符合拐卖妇女罪的构成特征。

根据刑法典第240条第1款第3项的规定,奸淫被拐卖的妇女的,应当适用较重一级的量刑幅度,即奸淫被拐卖的妇女属于拐卖妇女罪的从重情节。在张某外出寻找买主期间,郭某奸淫了A,就属于奸淫被拐卖的妇女的情形。故此,对郭某奸淫A的行为不能另定强奸罪,实行数罪并罚,而只能定拐卖妇女罪并适

用较重的量刑幅度。不过由于郭某的行为超出了共同故意的范围,张某对此部分的严重情形不负罪加一等的责任。因为张某和郭某共同犯罪故意的范围仅限于拐卖A,而没有奸淫A的内容,所以,郭某擅自超出共同犯罪故意的范围的奸淫行为,不属于共同犯罪的范围,该行为也只能由郭某独自承担相应的责任。

2.根据刑法典第241条的规定,陈某收买A的行为构成收买被拐卖的妇女罪。所谓收买被拐卖的妇女罪,是指不以出卖为目的,收买被拐卖的妇女的行为。而题中,陈某收买A是想与A结为夫妻,并不是为了再出卖。不过,陈某后来觉得A年纪小,太可怜,便让A回原居住地与家人团聚。根据刑法典第241条第6款的规定,收买被拐卖的妇女,按照被买妇女的意愿,不阻碍其返回原居住地的,可以不追究刑事责任。所以,对于陈某收买被拐卖的妇女的行为,可以不追究刑事责任。

陈某买回A后,担心A逃走,便将A关在房间里反锁了1个多月。根据刑法典第241条第3款的规定,收买被拐卖的妇女,非法剥夺、限制其人身自由的,依照刑法的有关规定定罪处罚,即应当依照刑法典第238条的规定,对陈某的行为以非法拘禁罪定罪处罚。又据刑法典第241条第4款的规定,收买被拐卖的妇女,并且有非法剥夺、限制其人身自由的犯罪行为的,应当依照数罪并罚的规定处罚。所以,陈某构成收买被拐卖的妇女罪和非法拘禁罪,两罪应该数罪并罚。

陈某“索债”不成,将张某的摩托车骑走的行为构成盗窃罪。根据刑法典第264条的规定,盗窃罪,是指以非法占有为目的,秘密窃取数额较大的公私财物或者多次盗窃公私财物的行为。题中,陈某想从张某处要回其先前所付的6000元,看似没有非法占有的目的。但实际上,由于陈某收买A的行为本身就是犯罪行为,所以,其所支付给张某的6000元不论对陈某还是张某而言,都是非法财产,即陈某无权从张某处要回其所支付的6000元。在这种情况下,陈某擅自将张某的摩托车骑走的行为就是以非法占有为目的,秘密窃取数额较大的公私财物的盗窃行为。

**【答题技巧】**解答本题需要考生熟练识记和掌握拐卖妇女罪、收买被拐卖的妇女罪的刑法条文,明了在拐卖妇女、收买被拐卖的妇女的犯罪过程中,行为人所实施的拐卖妇女、收买被拐卖的妇女的行为与其他相关行为(如奸淫被害人等)之间的关系,尤其是罪数关系。此外,还应当能够区分非法拘禁罪和绑架罪,深刻理解盗窃罪的构成特征。

#### 【案例四】(2000年律师资格考试试题,11分)

赵某(男,1983年8月8日生)游手好闲,讲究享乐,为了让经商的父亲多给一些钱用而费尽心机。2000年7月7日,赵某让钱某(男,1983年6月6日生)给自己的父亲打电话,谎称自己被警察抓走了。钱某问为什么要撒谎,赵某说:“这不关你的事!”钱某给赵某的父亲打了电话。接着,赵某于当日半夜拿菜刀将自己的左手小指齐指甲根部剁下,然后跑到医院包扎。第二天早晨,赵让孙某(男,1983年5月5日生)把装有半截手指的信封送到赵家楼下的食杂店,委托店主交给赵的父亲。中午,孙某按赵某的旨意给赵某的父親打电话:“你的儿子已经被我们绑架了,拿50万元来赎人,否则你儿子便没命了。”赵某的父親立即报案,公安机关将赵某、钱某、孙某抓获。赵某在被拘留期间,主动交代了司法机关还未掌握的另一犯罪事实:赵某于1999年4月4日,在盗窃了李某家5000元现金后,为了毁灭罪证而实施了危害公共安全的放火行为。钱某在被拘留期间也主动交代自己曾于1999年3月3日参与一起绑架案,分得赎金3000元。孙某在被拘留期间,检举、揭发了周某的重大犯罪行为,经查证属实。

根据上述案情,回答下列问题:

- 1.本案中的赵某、钱某、孙某的行为是否构成犯罪?构成何罪?
- 2.哪些人各具有哪些法定的量刑情节?

#### 答案及解析

- 1.本案中的赵某、钱某、孙某的行为是否构成犯罪?构成何罪?

**【考点】**本题考察的是刑事责任年龄、敲诈勒索罪、放火罪。

**【答案】**赵某、孙某的行为构成犯罪,钱某的行为不构成犯罪。赵某构成敲诈勒索罪、放火罪,孙某构成敲诈勒索罪。赵某为了让其父亲多给自己一些钱用,设计策划了一个骗局,即假装自己被绑架,向其父亲勒索50万。其行为完全符合敲诈勒索罪的基本特征,即以非法占有为目的,对被害人以将要实施暴力或者其他损害相威胁(本案中以要杀害李某威胁李某的父亲),强行索取公私财物,且数额巨大。在整个事件





中,孙某不仅与赵某有犯罪意思的联络,还参与实施了具体的犯罪行为,故赵某和孙某构成敲诈勒索罪的共犯。钱某尽管也参与进来过,但对事情的真相毫不知情,也就没有犯罪的意思,所以,钱某的行为不构成犯罪。此外,赵某于1999年4月4日,在盗窃了李某家5000元现金后,为了毁灭罪证而实施了危害公共安全的放火行为,符合放火罪的构成要件,成立放火罪。

**【法理分析】**根据刑法典第274条的规定,所谓敲诈勒索罪,是指以非法占有为目的,对被害人以将要实施暴力或者其他损害相威胁,强行索取公私财物,数额较大的行为。其中的威胁和要挟,是指通过对被害人及其亲属精神上的强制,使其在心理上造成恐惧,产生压力,并最终被迫交付财物。题中,赵某为了让其父亲多给自己一些钱用,假装自己被绑架,为了使其父亲相信,还剃下自己的半截手指,以此向其父亲进行勒索。可见,赵某的行为完全符合敲诈勒索罪的特征,成立敲诈勒索罪。在此过程中,孙某参与并帮助赵某完成了整个的犯罪行为,即先是向赵某的父親送赵某的半截手指进行威胁,接着又向赵某的父親打电话索要50万元,故其是敲诈勒索罪的共犯。钱某尽管也替赵某打过假的电话,但赵某并没有告诉钱某其撒谎的原因,所以,钱某对于赵某的真正意图根本不知情,谈不上主观上有犯罪的意思。何况其谎称赵某被警察抓走的行为也很难说得上是犯罪行为。因此,钱某的行为不构成犯罪。

应该注意,赵某和孙某的行为不构成绑架罪。绑架罪是指以勒索财物为目的,使用暴力、胁迫或者其他方法劫持他人或者绑架他人作为人质的行为。绑架罪侵犯的是双重客体,即包括他人的人身权利,又包括他人的公私财产所有权。赵某和孙某尽管是想勒索赵某父亲的财物,但他们使用的暴力劫持他人的方法是虚假的,即实际上,赵某并没有被劫持,赵某的人身权利并没有受到侵犯。由此也可以看出,赵某和孙某是使用欺诈的方法,向赵某的父親敲诈勒索,相比较而言,这更符合敲诈勒索罪的构成要件。此外,赵某和孙某的行为也不构成诈骗罪。所谓诈骗罪是指以非法占有为目的,用虚构事实或者隐瞒真相的方法,骗取数额较大的公私财物的行为。本案中,赵某和孙某确实使用了虚构事实、隐瞒真相的方法,意图诈取财物。但敲诈勒索罪和诈骗罪存在明显的区别,敲诈勒索罪主要靠赤裸裸的威胁方法恐吓被害人,使其产生恐惧,最后被迫交出财物,尽管敲诈勒索罪有时也存在一定的诈骗因素,所谓“诈”,但这个“诈”不是本身就包含了威胁或者要挟的成分,就是“诈”之后也会跟随威胁或者要挟的内容。例如犯罪人诈称自己掌握了被害人的把柄,如果被害人不给财物,就要向有关机关告发被害人。也就是说,敲诈勒索罪主要还是靠威胁、恐吓手段获得财物。而诈骗罪的“诈”主要是通过虚构事实或者隐瞒真相,使被害人陷于错误认识之中,最后“自愿”交付财物,而没有威胁或者要挟的内容。

赵某于1999年4月4日,在盗窃了李某家5000元现金后,为了毁灭罪证而实施了危害公共安全的放火行为。赵某生于1983年8月8日,可见,赵某在实施盗窃、放火行为时不满16周岁。根据刑法典第264条的规定,盗窃罪的主体是一般主体,即年满16周岁的自然人。由于,赵某在实施盗窃行为时不满16周岁,所以,其行为不构成盗窃罪。但是,根据刑法典第17条第2款的规定,已满14周岁不满16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。所以,根据上述规定以及刑法典第114条的规定,赵某实施的危害公共安全的放火行为构成放火罪。需注意,不能将赵某的行为看成是符合刑法典第269条规定的转化型的抢劫罪的情形,即犯盗窃、诈骗、抢夺罪,为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的,依照抢劫罪定罪处罚。本案中,赵某确实是实施盗窃行为后,为了毁灭罪证而当场使用暴力(放火),但是,这种暴力(放火)行为并没有指向具体的对象,甚至于赵某的盗窃行为当时并没有被发现。而转化型的抢劫罪中,一般是在先前的犯罪行为被发现后,或者犯罪人以为自己先前的犯罪行为被发现后,犯罪人为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁,其暴力或者暴力威胁总是指向具体的行为对象的,也只有如此,才符合抢劫罪强行劫取公私财物的基本特征。

钱某在被拘留期间主动交代自己曾于1999年3月3日参与一起绑架案,分得赎金3000元。钱某生于1983年6月6日,所以,钱某实施绑架行为时不满16周岁。根据刑法典第239条的规定,绑架罪的主体是一般主体,即年满16周岁的自然人,所以,钱某参与绑架的行为不构成犯罪。

**【答题技巧】**解答本题需要考生掌握敲诈勒索罪、放火罪的构成要件,例如,敲诈勒索罪、放火罪的主体要件。尤其要能够分辨相关、相似犯罪,例如,敲诈勒索罪与绑架罪的区分,敲诈勒索罪与诈骗罪的区分。

2. 哪些人各具有哪些法定的量刑情节?

**【考点】**本题考察的是主犯、从犯、立功。

**【答案】**赵某的法定量刑情节有:(1)在敲诈勒索的共同犯罪中起着策划、组织的作用,是主犯;(2)实施

敲诈勒索犯罪行为与放火犯罪时都尚不满18周岁,应当从轻或者减轻处罚;(3)自首。

孙某的法定量刑情节有:(1)在敲诈勒索的共同犯罪中起着次要、帮助的作用,属于从犯;(2)实施敲诈勒索犯罪行为时尚不满18周岁,应当从轻或者减轻处罚;(3)(重大)立功。

**【法理分析】**所谓法定量刑情节,是指刑法明文规定的、刑罚裁量时必须予以考虑的各种犯罪事实情况。它既包括刑法典总则规定的对各种犯罪共同适用的情节,又包括刑法典分则条文规定的对特定犯罪单独适用的情节,甚至还包括某些单行刑法中规定的适用于特定犯罪的情节。法定量刑情节是与酌定量刑情节相对而言的。结合我国刑法的规定以及本案的具体情况,赵某的法定量刑情节有:1根据刑法典第26条的规定,组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的或者在共同犯罪中起主要作用的,是主犯。题中,赵某在敲诈勒索的共同犯罪中起着策划、组织的作用,所以是主犯;(2)根据刑法典第17条第3款的规定,已满14周岁不满18周岁的人犯罪,应当从轻或者减轻处罚。题中,赵某实施敲诈勒索犯罪行为与放火犯罪时都尚不满18周岁,所以应当从轻或者减轻处罚;(3)根据刑法典第67条的规定,被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯,如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的,以自首论。对于自首的犯罪分子,可以从轻或者减轻处罚。其中,犯罪较轻的,可以免除处罚。题中,赵某在被拘留期间,主动交代了司法机关还未掌握的另一犯罪事实——放火罪,所以,赵某属于自首。

孙某的法定量刑情节有:(1)根据刑法典第27条的规定,在共同犯罪中起次要或者辅助作用的,是从犯。对于从犯,应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。题中,孙某在敲诈勒索的共同犯罪中起着次要、帮助的作用,所以属于从犯,应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。(2)根据刑法典第17条第3款的规定,已满14周岁不满18周岁的人犯罪,应当从轻或者减轻处罚。孙某实施敲诈勒索犯罪行为时尚不满18周岁,所以应当从轻或者减轻处罚;(3)根据刑法典第68条的规定,犯罪分子有揭发他人犯罪行为,查证属实的,或者提供重要线索,从而得以侦破其他案件等立功表现的,可以从轻或者减轻处罚;有重大立功表现的,可以减轻或者免除处罚。题中,孙某在被拘留期间,检举、揭发了周某的重大犯罪行为,经查证属实。所以,孙某的行为属于(重大)立功,可以减轻或者免除处罚。

**【答题技巧】**解答本题的关键在于熟练识记刑法总则关于法定量刑情节的规定,即主犯、从犯、刑事责任年龄、自首、立功等,并理解这些量刑情节的成立条件。

### 【案例五】(1999年律师资格考试试题,7分)

1998年3月,梁某伪造了某市供销贸易公司营业执照副本、公章和合同专用章。当月中旬,梁某结识了周某,梁自称是供销贸易公司业务经理,提出聘周某为公司业务员,周允诺。3月下旬的一天,梁某用伪造的公章以供销贸易公司的名义与一乡办衬衫厂签订合同一份,约定衬衫厂供应衬衫5000件,价款15万元;供方三天内交货,需方提货时先付20%的货款,五日内付清全部货款。随后,梁某将假冒供销贸易公司签订合同一事告诉了周某,并让周某筹款1万元,联系衬衫销路,以便到衬衫厂提货后迅速出手。周某听后不悦,表示没钱,不愿到厂家提货,但可帮助联系衬衫销路。第二天,梁某雇车单独到衬衫厂,交了3万货款后,提取衬衫5000件。运到服装城后,销给周某联系的客户4000件,得款8万元。另1000件推销给服装个体户李某。李某从梁、周小声言谈和急于出手的神态上,知悉此货系骗来的,考虑自己未骗人,且买卖自由,便将价格压至每件10元(该品牌衬衫市场零售价50元左右),梁得款1万元。事后,梁某给周某1.5万元。问:

1. 梁某的行为构成何种犯罪?为什么?
2. 周某是否与梁某构成共同犯罪?为什么?
3. 李某是否构成犯罪?为什么?

### 答案及解析

1. 梁某的行为构成何种犯罪?为什么?

**【考点】**本题考察的是合同诈骗罪。

**【答案】**梁某的行为构成合同诈骗罪。合同诈骗罪是指以非法占有为目的,在签订、履行合同过程中,骗取对方当事人财物,数额较大的行为。梁某伪造了某市供销贸易公司营业执照副本、公章和合同专用章,假冒供销贸易公司名义与衬衫厂签订合同,先交少量货款3万元,骗取价款为15万元的衬衫,符合该罪





特征。

【法理分析】根据刑法典第 224 条的规定,合同诈骗罪是指以非法占有为目的,在签订、履行合同过程中,骗取对方当事人财物,数额较大的行为。合同诈骗罪在客观方面具体表现为以下行为:(1)以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的。(2)以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的。(3)没有实际履行能力,以先履行小额合同或者部分履行合同的方法,诱骗对方当事人继续签订和履行合同的。(4)收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的。(5)以其他方法骗取对方当事人财物的。题中,梁某为了非法占有他人财物,伪造了某市供销贸易公司营业执照副本、公章和合同专用章,假冒供销贸易公司名义与衬衫厂签订合同,在没有实际履行能力且也不愿意实际履行合同的情况下,先交少量货款 3 万元,骗取价款为 15 万元的衬衫。显然,梁某的行为完全符合合同诈骗罪的构成特征。认定合同诈骗罪时,应当分清合同诈骗罪和普通诈骗罪的界限。合同诈骗罪和普通诈骗罪都是以非法占有他人财物为目的,采用虚假的方法骗取他人的财物。但这两罪之间也存在显著的区别,合同诈骗罪发生在行为人签订、履行合同的过程中,在客观方面具体表现为上述的几种情形。而普通诈骗罪与是否签订、履行合同没有关系,不论是在何种情形下,行为人采取什么方法,只要诈骗了他人的财物,并达到刑法规定的数额标准就行。实际上,合同诈骗罪就是从诈骗罪中分解出来的。

【答题技巧】回答本题关键在于理解合同诈骗罪的构成特征,并准确区分合同诈骗罪和诈骗罪。

2. 周某是否与梁某构成共同犯罪?为什么?

【考点】本题考察的是共同犯罪。

【答案】梁某和周某构成共同犯罪。因为,周某明知梁某在实施合同诈骗行为仍帮助其销赃,属事前通谋的销赃行为,构成共同犯罪。

【法理分析】我国刑法典第 25 条规定:共同犯罪是指 2 人以上共同故意犯罪。共同犯罪的成立必须具备以下条件:(1)共同犯罪的主体,必须是 2 个以上达到了刑事责任年龄、具有刑事责任能力的人。(2)共同犯罪在客观上必须具有共同犯罪行为。所谓共同犯罪行为,是指各个共同犯罪人在参加共同犯罪时,不论其分工如何,参与程度如何,所有共同犯罪人的行为总是有机联系的,在整个犯罪的链条中,这些行为都是不可缺少的。共同犯罪行为可以分为实行行为和非实行行为,非实行行为又包括帮助行为、教唆行为等。(3)共同犯罪在主观上表现为行为人具有共同犯罪故意。所谓共同犯罪故意,是指各行为人通过意思的传递、反馈而形成的,明知自己是和他人配合共同实施犯罪,并且明知共同犯罪的行为会造成某种危害社会的结果,而希望或者放任这种结果发生的心理状态。案例中,梁自称是供销贸易公司业务经理,提出聘周某为公司业务员,周允诺。此时,周某对梁某准备实施犯罪的意图并不知情。但随后,梁某将假冒供销贸易公司签订合同一事告诉了周某,并让周某筹款 1 万元,联系衬衫销路,以便到衬衫厂提货后迅速出手。可见,此时周某已经知道梁某在实施犯罪的事实。周某听后尽管不悦,表示没钱,不愿到厂家提货,但仍答应帮助联系衬衫销路。最后也确实帮助联系了客户,使梁某诈骗来的衬衫得以顺利脱手。事后,梁某给周某 1.5 万元。所以,在这整个过程中,梁某和周某具有共同合同诈骗的犯罪故意,且客观上共同实施、完成了合同诈骗行为,故梁某和周某构成合同诈骗的共同犯罪。

【答题技巧】回答本题应当掌握共同犯罪的有关理论,并能够结合具体案情进行分析。

3. 李某是否构成犯罪?为什么?

【考点】本题考察的是收购赃物罪。

【答案】李某的行为构成收购赃物罪。根据刑法的有关规定,明知是犯罪所得的赃物而收购的,构成收购赃物罪。李某从梁某言谈与神态中已知悉衬衫是犯罪所得仍予以收购,构成收购赃物罪。

【法理分析】根据刑法典第 312 条的规定,明知是犯罪所得的赃物而予以窝藏、转移、收购或代为销售的,处三年以下有期徒刑、拘役或管制,并处或单处罚金。所以,构成收购赃物罪需要行为人主观上明知是赃物而予以收购,如果行为人并不知道是赃物,只是贪图便宜,不问来路而予购买的,一般不应认定为收购赃物罪,但应无偿追回赃物。案例中,李某从梁某、周某小声言谈和急于出手的神态上,知悉此货系骗来的,只是考虑到自己未骗人,且买卖自由,便压价将赃物买下。显然,其行为完全符合收购赃物罪的构成特征。应当明确,收购赃物罪与销赃罪不同。收购赃物罪是明知是犯罪所得而予以购买,销赃罪是明知是犯罪所得而代为销售。销赃罪中,销赃人与犯罪所得的持有人之间总是存在一定的意思联系或者勾通,即双方都有代为销售的意思,且许多情况下,销赃人并不直接得到因销赃所得到的财物,而是将这些财物返回给犯罪所得的原持有人,自己从犯罪所得的原持有人处获得利益。当然,销赃罪也存在低价买进,高价卖



出的情形。

**【答题技巧】**回答本题应当了解收购赃物罪的构成要件,同时注意将本罪与其他类似犯罪区分开来。

### 【案例六】(1999年律师资格考试试题,9分)

李某系某国有外贸公司经理,1998年因涉嫌犯罪被捕。李某具有以下涉案事实:1995年6月,在一外贸业务中,李某轻信外商,擅自变更结算方式,使公司数百万元货物被骗,导致国家利益遭受特别重大的损失。1996年3月,李某未经集体研究,将公司的200万元借给好友吴某主管的某运输公司(集体企业),1998年案发时,尚有80余万元未归还。1997年底,吴某为表感谢,送1万元给李某作为“过节费”。1996年5月,张某之子因寻衅滋事被捕,张某托李某帮忙疏通关系,李某提出要花3万元。张某给李某4万元,言明1万元作为李某的“辛苦费”,李某遂将3万元送给其认识的办案人员,使张某之子罪责得以开脱。根据以上案情,回答下列问题:

1. 李某在外贸业务中被骗的行为应如何定罪?为什么?
2. 李某将200万元借给运输公司的行为是否构成犯罪?为什么?
3. 李某收受吴某“过节费”和为张某“帮忙”并收“辛苦费”的行为是否构成犯罪?为什么?

### 答案及解析

1. 李某在外贸业务中被骗的行为应如何定罪?为什么?

**【考点】**本题考察的是签订、履行合同失职被骗罪、刑法不溯及既往原则。

**【答案】**李某在外贸业务中被骗的行为不应定罪。我国现行刑法规定,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,构成签订、履行合同失职被骗罪。李某轻信外商,使国有公司数百万元货物被骗导致国家利益遭受特别重大的损失,但其行为发生在97新刑法生效以前,当时刑法无此规定,依照不溯及既往之原则,不应依此行为追究李某刑事责任。

**【法理分析】**所谓刑法的溯及力,是指刑法生效后,对于其生效以前未经审判或者判决尚未确定的行为是否适用的问题。如果适用,就是有溯及力;如果不适用,就是没有溯及力。根据新刑法典第12条第1款的规定:“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为,如果当时的法律不认为是犯罪的,适用当时的法律;如果当时的法律认为是犯罪,依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的,依照当时的法律追究刑事责任,但是如果本法不认为是犯罪或者处罚较轻的,适用本法。”可见,对于刑法的溯及力问题,我国采取的是从旧兼从轻原则。根据97新刑法第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,处三年以下有期徒刑或拘役;致使国家利益遭受特别重大损失的,处三年以上七年以下有期徒刑。案例中,作为某国有外贸公司经理的李某在一外贸业务中,轻信外商,擅自变更结算方式,使公司数百万元货物被骗,导致国家利益遭受特别重大的损失。可见,李某的行为符合签订、履行合同失职被骗罪的构成特征。但是该行为发生在1995年6月,当时的刑法并没有规定本罪,依照从旧兼从轻的原则,只能依据当时的法律对李某的行为进行裁判,而不能依照97新刑法的规定认定李某的行为成立签订、履行合同失职被骗罪。所以,李某的行为不构成犯罪。

**【答题技巧】**回答本题关键在于留意李某的行为发生在新刑法生效以前,而旧刑法中并没有规定签订、履行合同失职被骗罪。此外,要知道我国刑法在溯及力问题上,采取的是从旧兼从轻原则。

2. 李某将200万元借给运输公司的行为是否构成犯罪?为什么?

**【考点】**本题考察的是挪用公款罪。

**【答案】**李某将200万元借给运输公司的行为构成挪用公款罪。根据刑法的规定,国家工作人员利用职务上便利,挪用公款归个人使用,进行非法活动,或者挪用公款数额较大,进行营利活动的,或者挪用公款数额较大,超过三个月未还的,构成挪用公款罪。国有外贸公司财产属国家财产。李某作为国家工作人员挪用200万元巨资借给好友主管公司,超过三个月,仍有80万元尚未归还,构成挪用公款罪。

**【法理分析】**根据刑法典第384条第1款的规定,所谓挪用公款罪,是指国家工作人员利用职务上便利,挪用公款归个人使用,进行非法活动,或者挪用公款数额较大,进行营利活动的,或者挪用公款数额较



大,超过三个月未还的行为。根据刑法典第93条第2款的规定,国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员,以及其他依照法律从事公务的人员,以国家工作人员论。根据刑法典第91条第1款的规定,公共财产包括国有财产、劳动群众集体所有的财产、用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产。案例中,作为某国有外贸公司经理的李某利用职务上的便利,挪用200万元公款借给好友主管公司,超过三个月,仍有80万元尚未归还。所以,其行为构成挪用公款罪。

**【答题技巧】**回答本题应该掌握挪用公款罪的构成特征,尤其是其中相关概念的确切含义。

3. 李某收受吴某“过节费”和为张某“帮忙”并收“辛苦费”的行为是否构成犯罪?为什么?

**【考点】**本题考察的是受贿罪、介绍贿赂罪。

**【答案】**李某收受吴某“过节费”的行为构成受贿罪,李某为张某“帮忙”并收“辛苦费”的行为构成介绍贿赂罪。根据刑法的有关规定,国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物的,或者非法收受他人财物,为他人谋取利益的,是受贿罪。李某收受吴某“过节费”,非法挪用公款借给其使用,所以构成受贿罪。根据刑法的有关规定,向国家工作人员介绍贿赂的,情节严重的,构成介绍贿赂罪。李某将张某的3万元送给其认识的办案人员,帮助张某疏通关系,使张某之子罪责得以开脱,其行为完全符合介绍贿赂罪的构成特征。李某收受张某1万元“辛苦费”,实际上是其介绍贿赂行为的报酬,不应当再另定受贿罪。

**【法理分析】**根据刑法典第385条的规定,受贿罪是指国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物的,或者非法收受他人财物,为他人谋取利益的行为。所谓利用职务上的便利,是指利用本人现有职务范围内的权力,即利用本人因现有职务而主管、负责或者承办某种公共事务所形成的便利条件。为他人谋取利益,既可以是正当利益,也可以是不正当利益;既可以是物质利益,也可以是非物质利益。根据1998年《最高人民法院关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》第7条第1款的规定,因挪用公款索取、收受贿赂构成犯罪的,依照数罪并罚的规定处罚。案例中,李某利用职务便利,将200万元公款挪用给自己的好友吴某主管的公司,并收受吴某所谓的“过节费”1万元,其行为完全符合受贿罪的构成特征。所以,对李某的该行为应该依照挪用公款罪和受贿罪数罪并罚。

根据刑法典第392条的规定,所谓介绍贿赂罪,是指在行贿人和受贿人之间进行沟通、撮合,使行贿与受贿得以实现,情节严重的行为。介绍贿赂通常表现为以下两种形式,一是受行贿人之托,为其物色行贿对象,疏通行贿渠道,引荐受贿人,转达行贿的信息,为行贿人转交贿赂物,向受贿人转达行贿人的要求。二是按照受贿人的意图,为其寻找索贿对象,转告索贿人的要求等。介绍贿赂犯罪的动机多种多样,有的是为亲友帮忙,有的是为了讨好国家工作人员,有的是为了从中获取非法经济利益。本案中,李某帮张某疏通关系,将张某的3万元送给其认识的办案人员,最终使张某之子罪责得以开脱,就属于上述第一种介绍贿赂的行为。至于李某收受张某的1万元“辛苦费”,则是李某通过介绍贿赂行为所获取的非法经济利益。应当明确,李某的行为不构成受贿罪。因为介绍贿赂罪与受贿罪不同,介绍贿赂罪的行为人是在行贿人和受贿人之间起到中介、桥梁的作用,其行为本身并不是受贿。尽管李某收受了张某的“辛苦费”,但李某并没有利用自己职务上的便利,为李某谋取利益。李某只是为张某疏通,且其行为也不符合斡旋受贿的特征。

**【答题技巧】**解答本题应当明确受贿罪、行贿罪、介绍贿赂罪之间的区别,不能将李某收受“辛苦费”的行为认定为受贿罪。

#### **【案例七】(1998年律师资格考试试题,7分)**

李某深夜潜入本单位财务室,意图盗窃保险柜中的财物。李用尽了各种方法,也未能将保险柜打开,感到十分沮丧。正要离开时,恰逢保安员巡逻至此。保安员发现财务室的门虚掩,即进去查看,与李某撞个正着。李某用撬棍将保安员打昏后逃走。回到家中后,李某恐保安员醒来后认出自己,就拿了一把匕首,欲将保安员杀死灭口。刚刚返回单位大门,即被接到报案赶来的公安人员抓获。

现问:

1. 李某的盗窃未遂属于犯罪中的哪种类型?
2. 李某盗窃未遂后将保安员打昏的行为应当如何定性?为什么?
3. 李某返回作案现场(本单位)欲将保安员杀死灭口的行为属于犯罪的哪种形态?
4. 对李某应当如何定罪处罚?