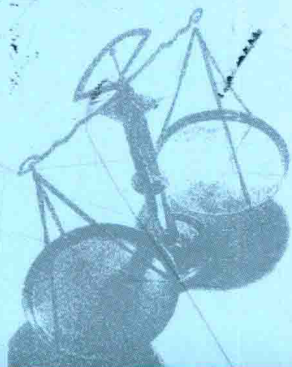


2018^年

国家统一法律职业资格考试

案例分析指导用书

国家统一法律职业资格考试 / 组编
案例分析指导用书编辑委员会



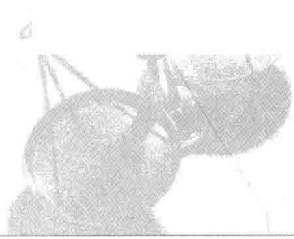
刑法·刑事诉讼法·行政法与行政诉讼法
民法·商法·民事诉讼法与仲裁制度



2018^年

国家统一法律职业资格考试 案例分析指导用书

国家统一法律职业资格考试 / 组编
案例分析指导用书编辑委员会



刑法·刑事诉讼法·行政法与行政诉讼法
民法·商法·民事诉讼法与仲裁制度



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

2018 年国家统一法律职业资格考试案例分析指导用书 /
国家统一法律职业资格考试案例分析指导用书编辑委员会
组编. -- 北京 : 法律出版社, 2018
ISBN 978 - 7 - 5197 - 2229 - 6

I. ①2… II. ①国… III. ①法律工作者—资格考试
—中国—自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 077627 号

2018 年国家统一法律职业资格考试
案例分析指导用书
2018 NIAN GUOJIA TONGYI FALÜ ZHIYE ZIGE
KAOSHI ANLI FENXI ZHIDAO YONGSHU

国家统一法律职业资格考试
案例分析指导用书编辑委员会 组编

策划编辑 宋杰鹏
责任编辑 宋杰鹏
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 保定市中国画美凯印刷有限公司
责任校对 杨锦华
责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律考试·职业教育出版社
开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
印张 42
字数 850 千
版本 2018 年 5 月第 1 版
印次 2018 年 5 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-2229-6

定价:158.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

全国统一法律职业资格考试案例分析指导用书

编辑委员会

主任委员

伍 彪 谢愚妮

委 员 (按姓氏笔画为序)

刘 晔 刘凯湘 曲新久 吴 玲

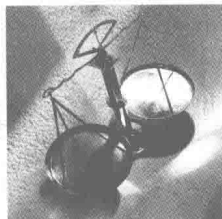
伍 彪 杨伟东 陈卫东 温世扬

谢愚妮 潘剑锋

编审办公室

王西光 刘 欣 宋杰鹏 陈 睿



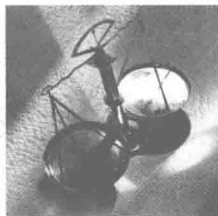


2018 年国家统一法律职业资格考试
案例分析指导用书
各科编写人员

- 刑法 ▶ 主 编
曲新久
撰稿人
曲新久 等
- 刑事诉讼法 ▶ 主 编
陈卫东
撰稿人
邵 劭 胡之芳 韩红兴 亢晶晶
- 行政法与行政诉讼法 ▶ 主 编
杨伟东
撰稿人
张效羽 王 静
- 民法 ▶ 主 编
温世扬
撰稿人
温世扬 (案例七、十四、十五、十六)
杨 巍 (案例一、二、十、十一)
陆 剑 (案例三、四、十二、十三)
武亦文 (案例五、六、八、九)

商法 ▶ 主 编
刘凯湘
撰稿人
尚继征

民事诉讼法与仲裁制度 ▶ 主 编
潘剑锋
撰稿人
潘剑锋 刘哲玮 曹志勋 卢 佩



编写说明

根据中共中央办公厅、国务院办公厅《关于完善国家统一法律职业资格制度的意见》的明确要求,国家统一法律职业资格考试着重考查宪法法律知识、法治思维和法治能力,以案例分析、法律方法检验考生在法律适用和事实认定等方面的法治实践水平。考试以案例题为主,大幅度提高案例题的分值。

为满足广大考生复习备考的需要,切实提高运用法律知识解决法律问题的实践能力,以适应考查重点、考查方式的调整变化和要求,根据国家统一法律职业资格考试的特点,我们组织编写了《2018年国家统一法律职业资格考试案例分析指导用书》。

本书依据考试大纲对案例题的考查要求,运用以案说法的形式,注重将知识性内容与现实案例讲解相互融合。以多维角度分析案例,引申出对不同知识点的理解和运用,帮助考生在系统把握法律知识的基础上,同步提高主观题应试水平。

本书以案例为线索编排体例,涵盖主要学科的主要知识点。通过分析案情,区分法律事实,厘清法律关系,明晰法律适用,解决法律问题,训练强化法治思维,着力提升灵活运用法学知识分析、解决法律实践问题的能力。

本书共由9个部分组成:刑法、刑事诉讼法、行政法与行政诉讼法、民法、商法、民事诉讼法与仲裁制度和刑事法律进阶案例、民事法律进阶案例、行政法律进阶案例。每一部分精心选择若干典型案例,每个案例设置以下主要栏目:

【案例指引】讲述案例背景、特点与涉及的主要考点。

【案情】提供案件主要事实材料。

【问题】结合案例材料,围绕考查重点,合理提出问题。

【解题思路】归纳法律信息,判断材料中涉及的法律事实和法律关系并加以简要分析,指出应适用的具体法律规定。

【答题要点】针对问题提出答题要点。

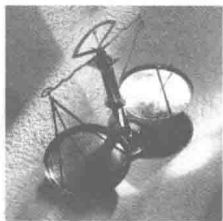
【扩展分析】进一步辨析相近、相似、易错、易混和疑难知识点,力求准确把握,扎实理解。

各学科还附录司法考试经典主观题评析,既是十六年司法考试命题经验的总结,又是法律职业资格考试考查方式的重要借鉴,具有极大的参考价值。

本书由长期关心关注并参与国家统一法律职业资格考试工作的法学专家编写,相信本书对切实提高应试考生主观题答题能力将有所裨益。

由于时间仓促,疏漏不足之处在所难免,恳请广大读者和社会各界人士批评指正。

国家统一法律职业资格考试
案例分析指导用书编辑委员会
2018年5月



目 录

刑法

一、刑法的基本原则和适用范围

董某组织淫秽表演案/001

二、犯罪构成

颜某、韩某故意杀人案/006

三、犯罪构成

杨某某故意杀人案/010

四、正当防卫和紧急避险

李某、杜某过失致人死亡案/015

五、故意犯罪的未完成形态

张某权、张某普抢劫、强奸案/019

六、共同犯罪

钱某等故意杀人、盗窃、放火案/024

七、罪数形态理论

向某等职务侵占、挪用资金、非法经营案/029

八、刑罚

白某、谭某强奸、故意杀人案/034

九、危害公共安全罪

古某驾驶小轿车危害公共安全案/037

十、危害公共安全罪

杜某等驾驶小轿车危害公共安全案/043

十一、破坏社会主义市场经济秩序罪

王某等破坏社会主义市场经济秩序案/047

十二、破坏社会主义市场经济秩序罪

王某、张某等破坏社会主义市场经济秩序案/053

刑事诉讼法

- 十三、侵犯公民人身权利、民主权利罪
滕某、董某等强奸、非法拘禁案/057
- 十四、侵犯公民人身权利、民主权利罪
张某等招摇撞骗、非法拘禁案/062
- 十五、侵犯财产罪
魏某等侵犯财产案/065
- 十六、侵犯财产罪
张某等抢劫、盗窃案/069
- 十七、妨害社会管理秩序罪
李某招摇撞骗、诈骗案/072
- 十八、贪污贿赂罪
吴某受贿案/077
- 十九、贪污贿赂罪
赵某等挪用公款、受贿案/082
- 附：司法考试经典主观题及评析/086

- 一、刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人
高波故意杀人案/100
- 二、刑事诉讼管辖与当事人
刁谋利盗窃、诈骗案/108
- 三、刑事证据
陈龙故意杀人案/116
- 四、刑事诉讼基本原则
杨明盗窃案/126
- 五、刑事诉讼证明责任
孙某入室抢劫杀人案/134
- 六、强制措施
赵某放火杀人案/142
- 七、刑事附带民事诉讼
马某故意伤害案/149
- 八、立案制度
王某杀人案/156
- 九、侦查制度
何某、范某盗窃案/162

十、审查起诉制度

黄某故意杀人案/168

十一、第一审程序

刘某故意伤害致人死亡案/176

十二、第二审程序

曾某、陈某故意杀人案/184

十三、死刑复核程序

黄某猛走私、贩卖、运输、制造毒品案/191

十四、审判监督程序

“二张”强奸案/198

十五、执行程序

金某右等人贩卖毒品案/205

十六、未成年人刑事案件诉讼程序

林某等三人抢劫案/212

附：司法考试经典主观题及评析/219

一、行政法的基本原则

依云市调味品厂诉依云市人民政府行政处理决定案/229

二、行政许可

涂某等 204 人诉临江区环境保护局环保行政许可案/236

三、行政强制

史某诉燕山明理新技术开发区城市管理局强制拆迁案/243

四、政府信息公开

吴某诉东岭市环保局政府信息公开案/248

五、行政复议

刘某诉江州市人民政府房屋登记行政复议决定案/253

六、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/260

七、行政诉讼第一审程序

罗某诉天山市物价局物价行政处理案/267

八、行政诉讼管辖与审判程序

廖某诉龙江市人民政府房屋强制拆迁案/275

九、行政诉讼程序和裁判

张某诉山南市人民政府侵犯客运人力三轮车经营权案/280

十、国家赔偿

裴某某等诉孟西市公安局城中分局行政赔偿案/289

附：司法考试经典主观题及评析/294

一、民事法律关系

吕某、张某离婚案/297

二、民事法律行为

刘某与中国移动通信集团某省有限公司 A 市分公司
合同纠纷案/302

三、担保制度

某养鱼专业户与乙借款纠纷案/309

四、担保制度

甲公司、乙公司、德利银行抵押合同纠纷案/315

五、侵权责任

钱某、孙某、赵某交通事故案/322

六、侵权责任

李某被蜜蜂蜇死案/328

七、合同的订立与效力

某县国土资源局国有土地使用权挂牌出让案/335

八、合同权利义务的终止与转让

关于“欣欣小区”合同纠纷案/340

九、合同权利义务的终止与转让

东方公司改建施工案/346

十、违约责任

黄某与 A 房地产公司买卖房屋纠纷案/352

十一、违约责任

陈某与 A 建筑公司、B 房地产公司买卖房屋纠纷案/357

十二、保证合同

郑某与某汽车品牌店买卖汽车纠纷案/362

十三、保证合同

王某与周某抵押借款合同纠纷案/368

十四、买卖合同

张某与他人买卖手机、宠物纠纷案/375

十五、买卖合同

天蓝房地产公司与他人房屋销售纠纷案/382

十六、租赁合同

甲超市与乙公司房屋租赁纠纷案/389

附：司法考试经典主观题及评析/396

商 法

一、公司的设立

英华公司设立纠纷案/424

二、公司出资制度

三弘公司出资纠纷案/431

三、公司董事、监事、高级管理人员的权利义务

银大公司董事、监事、高级管理人员义务纠纷案/438

四、公司法人治理结构

昌顺公司法人治理结构纠纷案/445

五、公司股东权利的行使与限制

华星英杰公司股权纠纷案/451

六、公司的合并

万宝华泰公司与亨达公司合并纠纷案/459

七、公司股东的权利义务

雷奥公司股东纠纷案/465

八、普通合伙企业法律制度

骑士乳业纠纷案/470

九、有限合伙企业法律制度

宏图创业投资中心纠纷案/476

十、公司的破产与清算

若辉化工公司破产清算案/483

附：司法考试经典主观题及评析/490

民事诉讼法与仲裁制度

一、管辖

刘某与淘宝管辖权异议案/499

二、当事人

甲交通事故侵权案/504

三、证据与证明

张某机场托运行李遗失案/510

四、一审程序

甲公司请求确认乙公司与丙公司买卖合同无效案/516

五、再审程序

甲诉A公司环境侵权案/521

六、特别程序

林某某被宣告死亡案/528

七、执行程序

诚信公司被执行案/533

八、仲裁

大力公司与陈某仲裁案/539

九、综合案例

沈某与刘某冷冻胚胎继承案/543

附：司法考试经典主观题及评析/549

刑事法律进阶案例

一、陈满涉嫌故意杀人、放火案/562

二、汪某刚行贿、共同受贿案/570

三、孙某拖死交警茆某案/577

行政法律进阶案例

一、城东公司与定安县政府土地纠纷案/585

二、二十四家烟花爆竹生产企业状告安徽省政府案/593

三、冠生园公司不服某工商行政管理局行政处罚
决定案/601

四、杨小彬诉国家食品药品监督管理总局不予受理
决定案/609

民事法律进阶案例

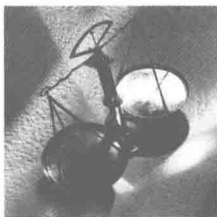
一、张英、王福杰诉王栋杰房屋所有权确认纠纷案/615

二、李顺通与杨明俊、张文祥民间借贷、抵押合同
纠纷案/621

三、李某某、富强物流公司诉太平洋保险公司、光辉汽修厂
等合同纠纷案/630

四、杨季康诉中贸圣佳拍卖公司等侵犯著作权案/638

五、安州市环保联合会、江北区绿色环境协会与安州市龙翔
化工有限公司环境污染责任纠纷案/647



刑 法

1

CASE

一、刑法的基本原则和适用范围

——董某组织淫秽表演案

| 案例指引 |

本题围绕罪刑法定原则、刑法的空间效力和时间效力知识点等展开,对于解决扩张解释和类推适用刑法分则条文的界限以及刑法适用范围中的疑难问题有重要的参考意义。

| 案 情 |

2013年,中国公民董某伙同M国公民蔡某等人,由董某寻找模特,再由董某通过互联网发布人体模特私拍摄影信息,并招募参与私拍活动的摄影者,租借公寓或预订宾馆客房作为拍摄场地,安排模特分场次供摄影者拍摄,在拍摄过程中要求模特按照摄影者的需要,全裸、暴露生殖器以及摆出各种挑逗姿势,至2017年底案发时,董某和蔡某获利400余万元。

2014年,董某和蔡某发现“代孕”市场很有市场前景,于是竭力怂恿部分模特为他人提供“代孕服务”。两人将模特介绍给专门的代孕公司。由客户提供精子、卵子,借用模特的子宫怀孕生子。同时,两人积极地将其手头掌握的客户信息提供给代孕公司,从2014年到至2017年底,两人共介绍25位模特从事代孕服务,向代孕公司出售客户信息300余条,共获利30余万元。其中,出售信息费达5万余元

[2015年11月1日《刑法修正案(九)》施行前提供200条,获利4万元]。

2015年,蔡某还在M国诱骗两男两女,将其中两名男子卖至T国的渔船做奴隶,得款6万余元,将两女卖给中国境内的人贩子刘某(在逃),得款12万元。

| 问题 |

1. 本案中,模特的行为是否属于淫秽表演?认定董某和蔡某构成组织淫秽表演罪是扩张解释,还是类推适用从而违反罪刑法定原则?为什么?

2. 董某和蔡某介绍模特出租子宫的行为能否解释为组织出卖人体器官罪的“出售”行为?为什么?

3. 董某和蔡某出售客户信息的行为构成何罪?如果构成犯罪,犯罪数额如何计算?其行为跨越新旧刑法以及刑法司法解释,是否影响犯罪认定。为什么?

4. 蔡某拐卖男子的行为是否构成犯罪?我国是否有管辖权?为什么?

5. 蔡某拐卖两女卖给刘某的行为构成何罪?如果构成,我国是否有管辖权?从文理解释的角度,是否符合“将妇女卖往境外”的加重犯罪构成?为什么?

| 解题思路 |

1. 本案中,董某和蔡某安排一个模特和一个摄影者组成“一对一”私拍活动,俗称“裸拍”,安排模特分场次供摄影者拍摄,在拍摄过程中要求模特按照摄影者的需要,全裸、暴露生殖器以及摆出各种挑逗淫秽姿势,属于裸体表演。尽管这种淫秽表演的受众只有一人,但该受众是董某从网上公开招募而来,具有不特定性,且多人多次,表演活动会危害社会的性风尚。观者的拍摄行为不影响淫秽表演行为的认定,更不是阻却行为违法的事由。

模特在摄影者镜头前的行为系表演行为。首先本案中,模特在摄影镜头前裸露身体、摆出各种淫秽姿势,表面上是为摄影者提供拍摄素材,但同时也是将自身的人体形象展示给拍摄者,即通过不断变化的肢体动作,将人体形象展示给摄影者,满足摄影者感官上的需求,故模特的行为也明显具有表演性质。摄影者是通过相机取景器来观看模特的表演,观看行为和表演行为同步。有人认为,拍摄是静止的,而非动态的,不符合传统意义上的表演形式。但是,不能以表演的静态性而否定表演本身,因为表演的形式各种各样,可以是动态的,也可以是静态的。如健美表演是静态的,但这也是一种表演。其次,模特在摄影者面前的表演属于淫秽表演。淫秽表演有两个特征:一是诲淫性,即行为必须具有客观上挑起他人不正常性刺激、性兴奋的作用。二是公开性,即必须在多数人或者不特定人面前进行表演。本案中,模特在摄影者镜头前的表演,客观上能够引起他人的性刺激、性兴奋,属于淫秽表演。最后,从公开性看,拍摄淫秽图像的摄影者参与了活动,这些摄影者是董某从互联网上公开招募而来,只要缴纳拍摄费用就拍摄并观看该淫

秽表演。由此可见,参与人具有不特定性,其表演行为属于刑法意义上的淫秽表演。^①

从社会一般人的角度来看,脱衣舞是淫秽表演,那么一对一的脱衣服务自然也是淫秽表演。“表演”的日常用语含义通常对应着“有多人观看”,但是将本案“一对一”的淫秽表演解释为“表演”,并没有超出“表演”的本来含义,这是罪刑法定原则所允许的扩张解释。本题源自最高人民法院《刑事审判参考》指导案例770号“董志尧组织淫秽表演案”,法院认为,被告人董某以牟利为目的,单独或伙同他人组织模特进行淫秽表演,其行为构成组织淫秽表演罪。

2.“代孕”服务是否构成犯罪,是当前的一个热点问题,在本案中董某和蔡某竭力怂恿部分模特为他人提供“代孕服务”,并为模特介绍专门的代孕公司。这涉及的法律问题是能否将组织“代孕”解释为刑法中的组织出售人体器官罪。显然,“代孕”只是一种“出租”人体器官——子宫的行为,而“出租”与“出售”属于两个不同的概念,将“出租”解释为“出售”,超出了“出售”的本来含义,是违反罪刑法定原则的类推适用。所以,两人组织他人“代孕”的行为不构成组织出售人体器官罪。

3.董某和蔡某出售客户信息的行为构成侵犯公民个人信息罪。《刑法》第253条之一规定违反国家有关规定,向他人出售或者提供公民个人信息,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;情节特别严重的,处3年以上7年以下有期徒刑,并处罚金。

该条款是2015年11月1日生效的《刑法修正案(九)》修订的罪名,在《刑法修正案(九)》之前,出售公民个人信息的行为只能由单位构成,是一种特殊主体的犯罪。但是,《刑法修正案(九)》将其修改为一般主体,自然人也可以成立本罪。董某和蔡某出售个人信息的行为显然跨越了新旧两法,在2015年11月1日之前,其实施行为本不构成犯罪。但是,关于跨法犯,1998年12月2日最高人民检察院通过的《关于对跨越修订刑法施行日期的继续犯罪、连续犯罪以及其他同种数罪应如何具体适用刑法问题的批复》规定,“对于开始于1997年9月30日以前,继续或者连续到1997年10月1日以后的行为,以及在1997年10月1日前后分别实施的同种类数罪在新旧刑法都认为是犯罪且应当追诉的情况下,应当一概适用修订刑法一并进行追诉。对于修订刑法比原刑法所规定的构成要件和情节较为严格,或者法定刑较重的,也应当适用修订刑法,但在提起公诉时,应当提出酌情从轻处理意见”。根据这一司法解释规定,如果犯罪成连续或继续状态,跨越新旧两法,一律从新法,即使旧法对行为人更为有利。因此,两人所提供的信息仍然按照300条计算,犯罪数额是5万余元。而司法解释即使对被告人效力及于刑法规定生效之时,行为人实施犯罪行为时,即使刑法原来没有司法解释,而审判时有新司法解释施行,

^① “董志尧组织淫秽表演案”(指导案例第770号),载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办的《刑事审判参考》。[本书所引《刑事审判参考》案例,第519号之前(不含)案例均引自《刑事审判参考》的汇总本,即《中国刑事审判指导案例》,法律出版社2010年版;第519号之后案件则引自《刑事审判参考》各集(第66集及之后),均由法律出版社出版。为行文方便,下文不再出现《刑事审判参考》的版权信息。]