

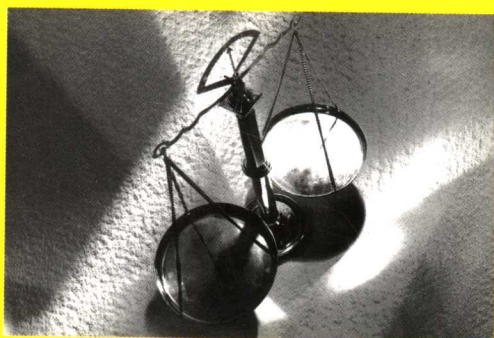
法律版

2006年国家司法考试应试指导

案例分析专题例解

修订版

张能宝/主编



精选230个典型案例，考点尽收其中

透析试卷四命题思路，传授得分技巧

成功破解卷四得分太低这一瓶颈性难题



法律出版社

2006 年国家司法考试应试指导

案例分析专题例解

(修订版)

主 编	张能宝		
副主编	秦华伦		
撰稿人	张能宝	秦华伦	赵 婷
	张建英	韩景慧	杨慧丽
	郭瑾雯	刘 莹	杨 洁
	王蕊蕊		

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

案例分析专题例解/张能宝主编.一修订本.一北京:
法律出版社,2006.2

(2006年国家司法考试应试指导)

ISBN 7-5036-6141-0

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(2006)第 006250 号

©法律出版社·中国

责任编辑/王西光 刘 辉

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/沙 磊

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/31 字数/954 千

版本/2006 年 2 月第 1 版

印次/2006 年 2 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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6141-0/D·5858

定价:55.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前言

司法考试试卷四是历年司法考试(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、2005年的司法考试中,总分为150分的试卷四的平均得分也不过60多分。不仅如此,每年司法考试前三卷的不定项选择题部分(多以小案例的形式出现),广大考生的得分也是很低的。案例题的命题方向是什么,该如何审查,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题就生畏,一做到案例卷就发懵。

针对广大考生在案例题方面的种种不解,我们认为有必要说明以下几个问题:

第一,在命题思路,案例题并不求怪求新,它们所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。这将为有效应对案例题打下良好的生活基础。

第二,在知识点分布上,案例题并不求偏求深,它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,试卷四共10题,民法3题(其中民法通则1题,合同法2题),刑法2题,民事诉讼法、刑事诉讼法、行政法各1题,商法(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中,所涉及的知识点也都为该部门法的最重要知识点。无论是民法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法,还是行政法、商法,概莫能外。因此,只要扎实掌握重要的知识点,也就为突破案例题打下了坚实的知识基础。

第三,在命题方式上,案例题已有综合性愈来愈强之势。以民事诉讼法为例,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。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,解答案例题势必心有余而力不足,甚至举笔维艰。

第四,针对案例题的上述特点,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,以适应案例题侧重综合应用,注重灵活性与实战性的特点。在审查案例题时,应不放过题中的任何一个信息,因为每一句话都可能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,一个大案例题最后就变成一个小小的选择题了。这样训练一段时间,大家就会发现,做好案例题“无他,唯手熟尔”。

基于司法考试案例题的上述特点,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案例复习方向。

为了达到高效训练的目的,我们对本书的体例也作出了更符合部门法知识体系与考试要求的编排:

1. 以部门法为单位,在每一部门法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题技巧,然后给出新而典型的案例。这些案例既包含传统的直接设问型案例和不定项选择型案例,也包括最近

两年新出现的综合分析型案例。

2. 在案例讲解时,先给出参考答案,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融会贯通,提高应试能力。在参考答案部分,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。

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
2006年2月

目 录

刑 法

考查特点及解题规律	(1)
一、刑法的基本原则和适用范围	(2)
二、犯罪构成	(10)
三、正当防卫和紧急避险	(14)
四、故意犯罪的未完成形态	(17)
五、共同犯罪形态	(20)
六、罪数的特别形态——罪与数罪	(29)
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)	(32)
八、危害国家安全罪	(37)
九、危害公共安全罪	(40)
十、破坏社会主义市场经济秩序罪	(44)
十一、侵犯公民人身权利、民主权利罪	(57)
十二、侵犯财产罪	(70)
十三、妨害社会管理秩序罪	(78)
十四、贪污贿赂罪	(92)
十五、渎职罪	(96)

刑事诉讼法

考查特点及解题规律	(99)
一、刑事审前程序	(100)
二、附带民事诉讼	(117)
三、自诉案件	(124)
四、一审程序	(136)
五、二审程序	(145)
六、再审程序	(162)
七、死刑复核程序	(164)
八、审判程序综合	(168)

行政法与行政诉讼法

考查特点及解题规律	(171)
一、行政主体	(172)
二、行政行为	(175)
三、行政诉讼程序	(179)

四、行政复议	(200)
五、行政赔偿	(207)
六、行政合同	(211)
七、行政处罚的程序	(213)
八、行政强制措施	(219)
九、行政许可	(224)
十、涉外行政诉讼	(230)
十一、国家公务员	(234)

民 法

考查特点及解题规律	(238)
第一部分 民法通则	(239)
一、民事权利能力与民事行为能力	(239)
二、监护制度	(241)
三、宣告失踪与宣告死亡	(243)
四、合伙制度	(244)
五、民事法律行为	(246)
六、代理	(250)
七、物权保护	(255)
八、不当得利与无因管理	(262)
九、侵权责任	(266)
十、担保制度	(267)
十一、婚姻制度	(277)
十二、继承制度	(282)
十三、收养制度	(285)
十四、著作权制度	(287)
十五、专利权制度	(290)
十六、商标权制度	(293)
第二部分 合同法	(296)
一、合同的订立	(296)
二、缔约过失责任	(301)
三、合同法中的抗辩权	(303)
四、合同的成立与效力	(304)
五、合同的解除	(314)
六、合同的权利义务转让	(315)
七、合同的变更	(318)
八、代位权	(320)
九、违约责任	(322)
十、合同的保全	(329)
十一、买卖合同	(331)
十二、租赁合同	(337)
十三、赠与合同	(340)
十四、技术合同	(343)
十五、借款合同	(345)

十六、建设工程合同	(346)
十七、融资租赁合同	(351)
十八、承揽合同	(352)
十九、仓储保管合同	(353)
二十、行纪合同	(355)
二十一、运输合同	(356)
二十二、委托合同	(360)

商 法

考查特点及解题规律	(362)
一、公司法总则	(363)
二、公司合并和分立的类型、程序及后果	(368)
三、有限责任公司的增资及董事、监事、经理的义务	(371)
四、公司上市及上市公司的收购	(373)
五、有限责任公司关联交易	(377)
六、证券机构、证券发行和证券交易	(380)
七、公司的破产、不正当竞争行为及其法律责任	(382)
八、公司的解散和清算	(386)
九、合伙人、合伙事务的执行、对善意第三人的保护及合伙企业债务的清偿	(388)
十、三资企业法、个人独资企业法、反不正当竞争法	(394)
十一、劳动法	(402)
十二、海商法	(406)
十三、票据法	(410)
十四、破产法	(414)
十五、保险法	(416)

民事诉讼法与仲裁制度

考查特点及解题规律	(420)
一、管辖、当事人、财产保全	(421)
二、审判程序	(436)
三、仲裁	(455)
四、代位权诉讼	(466)
五、先予执行、诉讼终结	(468)
六、破产	(469)
七、强制执行	(471)
八、证据	(477)

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。2004年每卷总分上升为150分后,刑法案例部分出现了综合分析题,这种综合分析题不再和以往的分析题一样具体列出若干问题,而是要求结合刑法总则和分则的相关知识对行为人的刑事责任作总体的分析,2005年刑法案例仍然是综合分析题的形式。但是我们并不能因为这种变化而否认进行传统案例分析题训练的必要性,传统的一问一答式的案例分析是基础,只有能够熟练解答一般的设问题,才能对概括性的综合分析题娴熟把握,切实掌握解题思路。除此之外,为增强对不定项选择型案例的分析能力,我们还特别增加了不定项选择形式的试题。

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。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。这部分内容常考常新,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。这就提醒广大考生,对于真题的把握是十分重要的,不仅试卷四中出现过的,选择题中出现过的小案例也可能脱身而变,成为一个十几分的案例分析题。

2. 综合性强。案例分析的考查知识点,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,如累犯、自首、未成年人、犯罪的未完成状态等,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、准确。

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地收集资料,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来看,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,如牵连犯、想象竞合犯等,是近年司法考试命题老师的钟爱。这就加大了对于基础理论的要求,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,能够对故意、过失、共犯、数罪并罚、想象竞合、牵连等问题进行分析。例如,2005年的案例分析题中,丁某的行为就涉及伪造企业印章罪和伪造金融凭证罪之间存在牵连关系,伪造金融凭证罪与金融凭证诈骗罪之间又存在牵连关系,金融凭证诈骗罪与贷款诈骗罪之间又存在法条竞合关系。

当然,刑法案例分析题并非无规律可循,在解答刑法案例题时要掌握以下规律:

1. 对于考查刑法理论的题目,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、转化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、自首等知识的综合运用,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,找出相似罪区别,并准确运用这些知识去解答有关牵连犯、此罪与彼罪关系的问题。有关解题技巧,我们将在具体案例题的解答中,进行分析。

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,从事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余万元现金,自己通过亲友给全村每户村民送去内装1千元至2千元不等的红包,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,私下商议要“教训”王某。王某听到这个消息之后,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,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. 如果甘某由于被王某关押、拷打,导致多处受伤,最后经法医鉴定构成重伤,则王某的行为应当如何定性?

8. 如果王某在关押甘某的过程中并没有使用暴力,但是由于甘某本身体质不好,最终导致甘某死亡,则王某的行为如何定性?

9. 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对象为借口,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,且由于其具有殴打的情节而应当从重处罚。
7. 构成故意伤害罪。
8. 构成非法拘禁罪,且应当处10年以上有期徒刑。
9. 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. 我国刑法第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,从正反两方面作出严密的规定,使其含义更加肯定无疑。一方面,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。另一方面,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。例如,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,从而可以保证罪刑法定原则的真正实现。

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. 破坏选举罪,是指在选举各级人民代表大会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。王某以不正当的手段当选村委会主任,虽然符合行为手段的要素,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领导人员,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》则是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入构成既遂。

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。例如,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、设备零配件之名从海关进出口,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1支、子弹10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. 非法搜查罪,是指非法搜查他人身体、住宅,或者非法侵入他人住宅的行为。要注意的是本罪的犯罪主体是自然人一般主体,这里有两种情况,一是没有搜查权的人;二是有搜查权,但是超越搜查权的人。同时注意司法工作人员,即有搜查权但是超越搜查权的人犯本罪的,从重处罚。由于王某不具有搜查权,因此构成非法搜查罪,但是无需从重处罚。

6. 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。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。同时,刑法第238条规定,对于非法拘禁罪,具有殴打、侮辱情节的,从重处罚。该条第2款还规定,犯非法拘禁罪,致人重伤的,处3年以上10年以下有期徒刑;致人死亡的,处10年以上有期徒刑。但是如果是由于在拘禁过程中使用了暴力而致人重伤和死亡的,则行为的性质转化为故意伤害罪或故意杀人罪。

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,让几名保鏢轮番审问,期间加以拷打,长达两天两夜的行为,构成了非法拘禁罪。同时由于其具有殴打的情节,因此应当从重处罚。

题设中甘某由于被王某关押、拷打,导致多处受伤,最后经法医鉴定构成重伤,由于重伤是拘禁过程中的暴力导致的,因此王某非法拘禁的行为性质发生了转化,构成故意伤害罪。

如果王某在关押甘某的过程中并没有使用暴

力,但是由于甘某体质不好,最终导致甘某死亡,那么由于非法拘禁的行为中没有暴力因素,因此仍构成非法拘禁罪,但是属于非法拘禁罪的加重处罚情形,处10年以上有期徒刑。

【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1支、子弹10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。

3. 注意非法拘禁罪中的特殊情况。

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、工程重大安全事故罪

某施工单位包工头宋某(中国国籍)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。在开往甲国的我国国际列车上,途经乙国时,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,用细钢筋取代粗钢筋,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,恰适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。行前金某交给宋某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，再各给二人一人50万元，否则便向公安机关告发金某。不得已，金某只得给了刘、黄100万元。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. 宋某所在的单位是否构成犯罪？如是，构成何罪？如否，说明理由。
3. 针对宋某在国际列车上的行为，我国是否具有管辖权，如是，可根据何种原则进行管辖，为什么？如否，说明理由。
4. 如果宋某是我国某市卫生局干部，针对其在国际列车上的行为，是否必须追究其刑事责任？
5. 金某的行为触犯了什么罪名？
6. 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。
7. 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）？
8. 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？
9. 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、工程重大安全事故罪、包庇罪、故意伤害罪。
2. 构成工程重大安全事故罪，但是对单位不进行处罚。
3. 我国具有管辖权。由于宋某是中国公民，可以根据属人原则进行管辖。但是不能根据属地原则进行管辖，因为国际列车不是我国的延伸领土。
4. 由于宋某是国家工作人员，对于其在国外触犯我国刑法的行为，必须追究其刑事责任。
5. 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。
6. 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。
7. 构成犯罪，构成故意杀人罪中止，应当免除处罚。
8. 构成犯罪，构成诈骗罪。
9. 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。根据刑法第137条的字面规定，学术上通说认为该罪是单位犯罪。刑法关于一般单位犯罪的规定都是两个犯罪主体，两个刑罚主体，即双罚制。但是工程重大安全事故罪是刑法关于单位犯罪的特殊规定，即适用单位犯罪，但只处罚个人的单罚制。也就是说，虽然是单位犯罪，但是对于实施行为的单位却只定罪而不处罚。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。同时宋某所在的施工单位也构成工程重大安全事故罪，但是不予处罚。

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. 根据刑法第234条的规定，宋某在国际列车上的行为，应当构成故意伤害罪。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。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之外犯本法规定之罪的，适用本法。也就是说，如果宋某仅仅是包工头，而不是国家工作人员或军人，那么由于故意伤害罪致人轻伤的法定最高刑为3年以下有期徒刑，所以其致人轻伤的行为依法不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,我国刑法依旧对其享有管辖权。

在下面一个案例中,我们将详细论述,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。研究宋某在开往甲国的我国国际列车上致王某轻伤的行为,我国刑法可以根据何种管辖权进行管辖,需要结合各管辖原则进行分析。首先,宋某是中国人,因此必然可以根据属人原则进行管辖。同时因此也排除了保护原则的适用(针对外国人为犯罪主体)。其次,宋某在国际列车上。我国刑法规定,在中国航空器和船舶上犯罪的,可以适用我国刑法,即肯定了我国航空器和船舶是我国领土的延伸,但是国际列车并没有包括在内,因此针对国际列车上的犯罪,具有属地管辖权的是犯罪发生地。而宋某在国际列车上犯罪行为的发生地是乙国,因此我国刑法不能根据属地原则对其进行管辖。最后,普遍原则是针对国际性犯罪,对于宋某的故意伤害行为自然也不能使用。

但是如果宋某是卫生局的干部,那么由于其国家工作人员的身份,根据刑法第7条的规定,必须适用中国刑法,而不会由于故意伤害罪致人轻伤的法定最高刑为3年以下有期徒刑可以不予追究。

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、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,这是金某意志以外的因素造成的,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、黄二人自动放弃而未得逞,这是覃某意志以外的因素造成的,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。敲诈勒索罪与诈骗罪不同,前者是受害人被迫给予行为人财物,后者是受害人受骗后自愿给付行为人财物。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犯罪构成。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际列车上伤害行为的认定,宋某的行为根据我国刑法构成犯罪,但其行为发生在外国,根据我国刑法的规定,对其行为可以不追究刑事责任。但是一旦身份转变为国家工作人员或军人,就必须追究其刑事责任。同时要注意的是国际列车不是我国领土的延伸。本题的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,这是覃某意志以外的因素造成的,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怎么说

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,王某所犯之罪是否是告诉才处理之罪?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. 假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?

7. 如果王某1991年犯的盗窃罪,被判处的是有期徒刑2年,缓刑3年。缓刑期间王某没有违反任何规定,也没有再犯罪。那么对于其1997年10月17日的行为,是否可以判处缓刑?简单说明理由。

【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。

7. 能。由于缓刑是有条件的不执行刑罚,而王某在缓刑期间没有出现撤销缓刑的情况,因此1994年缓刑期满,其刑罚事实上没有执行;故针对1997年10月17日再实行的犯罪行为,虽然应适用1997年刑法,但是因为其前罪没有执行,不属于刑罚执行完毕5年之内,所以不构成累犯。

【法理透析】

1. 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)在客观上行为人为人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类似之处,但二者更有着种种区别: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处于直接故意,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. 根据我国刑法第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、刑事诉讼法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5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)刑事诉讼法第170条规定的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条规定如下。

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4章、第5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8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6~9条的规定,在刑法的空间效力问题上,我国实行的以属地原则为基础,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。2005年的司法考试考到这样一个题,外国人在外国民用航空器经过中国领土时犯罪是否可以适用属地原则进行管辖?很多考生可能根据外国人在中国民用航空器经过外国领土时犯罪可以适用属地原则进行管辖(第2款),而推之认为外国民用航空器就是外国的延伸领土,但是事实上由于该点我国刑法并没有从正面加以规定,因此这种推断是没有根据的。由于外国民用航空器经过我国领土,因此可以根据属地原则加以管辖。

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,但由于王某是中国公民;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,我国法院可以根据属人管辖,对王某行使刑事管辖权。

4. 刑法第6~9条解决的是我国司法机关作为一个整体的管辖权范围问题。在依照这些规定确定我国司法机关有权对某种罪行行使管辖权后,具体应由哪类、哪级司法机关负责立案管辖,则应当根据我国刑事诉讼法及有关司法解释确定。关于刑事诉讼中的管辖,本书刑事诉讼法案例部分将作系统归纳,这里仅介绍与本案有关的相关规定。

刑事诉讼法第19条规定,基层人民法院管辖第一审普通刑事案件,但是依照本法由上级人民法院管辖的除外。第20条规定,中级人民法院管辖下列第一审刑事案件:反革命案件、危害国家安全案件;可能判处无期徒刑、死刑的普通刑事案件;外国人犯罪的刑事案件。第21条规定,高级人民法院管辖的第一审案件,是全省(自治区、直辖市)性的重大刑事案件。第22条规定,最高人民法院管辖的第一审案件,是全国性的重大刑事案件。

最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第11条规定,中国公民在驻外的中国使领馆内的犯罪,由该公民主管单位所在地或者他的原户籍所在地的人民法院管辖。第12条规定,中国公民在中华人民共和国领域外的犯罪,由该公民出境前的居住地或者原户籍所在地的人民法院管辖。

依照上述规定,显然,如由我国法院管辖本案,则应由王某出境前的居住地或者其原户籍地的基层人民法院管辖。

5. 刑法第10条规定,凡在中华人民共和国领域外犯罪,依照本法应当负刑事责任的,虽然经过外国审判,仍然可以依照本法追究,但是在外国已经受过刑罚处罚的,可以免除或者减轻处罚。这条规定表明,我国作为一个独立自主的主权国家,其法律具有独立性,外国的审判对我国没有约束力。但是,从实际情况及国际合作角度出发,为了使被告人免受过重的双重处罚,又规定在外国已经受过刑事处罚的犯罪人,可以免除或者减轻处罚。这样既维护了我国的国家主权,又从人道主义出发对被告人的具

体情况做了实事求是的考虑,体现了原则性与灵活性的统一。

根据刑法第10条的规定,即使伊朗国法院已对王某定罪判刑,我国法院仍有权对王某进行管辖,只是考虑到其在国外已经受过刑罚处罚,可以依法对其免除或者减轻处罚。

6. 累犯,有一般累犯和特别累犯之分。根据现行刑法第65条的规定,所谓一般累犯,是指被判处有期徒刑以上刑罚并在刑罚执行完毕或者赦免之后,在5年内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的犯罪分子。其构成条件为:其一,前后两罪都是故意犯罪,此为构成一般累犯的主观条件;其二,前罪被判处有期徒刑以上刑罚,后罪应当被判处有期徒刑以上刑罚,此为构成一般累犯的刑度条件;其三,后罪发生在前罪的刑罚执行完毕或者赦免以后5年之内,这是构成一般累犯的时间条件。其中,所谓刑罚执行完毕,是指主刑执行完毕,不包括附加刑在内。主刑执行完毕5年内又犯罪,即使附加刑未执行完毕,仍构成累犯。被假释的犯罪分子,如果在假释考验期内又犯罪,不构成累犯,而应当在撤销假释之后,适用数罪并罚;如果在假释考验期满5年以内又犯新罪,则有可能构成累犯,因为假释考验期满就认为原判刑罚已经执行完毕。被判处有期徒刑缓刑的犯罪分子,如果在缓刑考验期满后又犯罪,不构成累犯,因为缓刑是附条件的不执行刑罚,考验期满原判的刑罚就不再执行了,而不是刑罚已经执行完毕,所以不符合累犯的构成条件。至于被判处有期徒刑缓刑的犯罪分子,如果在缓刑考验期内又犯罪,同样不构成累犯,而应当在撤销缓刑之后,适用数罪并罚。

特别累犯,又称危害国家安全罪累犯,是指因犯危害国家安全罪受过刑罚处罚,刑罚执行完毕或者赦免后,在任何时候再犯危害国家安全罪的犯罪分子。特别累犯的构成特点是:其一,前罪与后罪必须均为危害国家安全罪;其二,前罪被判处的刑罚和后罪应判处的刑罚的种类及其轻重不受限制;其三,前罪的刑罚执行完毕或者赦免以后,任何时候再犯危害国家安全罪,都构成危害国家安全罪的特别累犯。

累犯是一种人身危险性较为严重的特殊犯罪分子。为惩治这类犯罪分子,刑法设置了一些特别规定:刑法第65条规定,对于累犯,应当从重处罚。刑法第74条规定,对于累犯,不适用缓刑。刑法第81条规定,对累犯,不得假释。

7. 1979年刑法与1997年刑法关于一般累犯构成时间条件的规定是不尽相同的。根据1979年刑