

法律版|<<<<

2009^①

国家司法考试应试指导

GUOJIA SIFA KAOSHI YINGSHI ZHIDAO

案例分析专题例解

张能宝/主编

精选188个典型案例，考点尽收其中
透析卷四命题思路，传授高分技巧
助您突破卷四得分低的司考难题



2009 年国家司法考试应试指导

案例分析专题例解

主 编	张能宝		
副 主 编	秦华伦		
主要撰稿人	张能宝	秦华伦	张北璇
	张凤婷	赵振士	吕慧娟
	张建锋	王利平	潘洪梅
	王红娟	孙丹阳	冀 丛
	张 莉	周园园	贾会颖
	张 霞		

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. —北京:法律出版社,
2008.12

(2009年国家司法考试应试指导)

ISBN 978-7-5036-9068-6

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(2008)第190004号

©法律出版社·中国

责任编辑/丁敏

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/北京民族印刷厂

责任印制/沙磊

开本/787×1092毫米 1/16

印张/26 字数/825千

版本/2008年12月第1版

印次/2008年12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

书号:ISBN 978-7-5036-9068-6

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60分左右,在2007年、2008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:

首先,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。这会为有效应对案例题打下良好的生活基础。

其次,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,每年第四卷案例为8题左右,民法法学2题(以合同法为主),刑法1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中,所涉及的知识点也都为该部门法最重要知识点。无论是民法、刑法,民诉、刑诉,还是行政法、商法、经济法或者国际法,概莫能外。因此,只要重要知识点掌握得扎实,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。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,一个大案例题最后就变成一个个小的选择题了。这样训练一段时间,大家就会发现,做好案例题“无它,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。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。正确答案部分,做到简练、准确,同时加以适当的论理说明;法理透析部分,目的是使广大考生知其然还要知其所以然;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

目 录

刑法	(1)	六、行政处罚的程序	(201)
考查特点及解题规律	(1)	七、行政强制措施	(205)
一、刑法的基本原则和适用范围	(2)	八、行政许可	(207)
二、犯罪构成	(5)	九、国家公务员	(220)
三、正当防卫和紧急避险	(9)	民法	(224)
四、故意犯罪的未完成形态	(15)	考查特点及解题规律	(224)
五、共同犯罪形态	(21)	第一部分 民法通则、物权法	(225)
六、罪数的特别形态——一罪与数罪	(27)	一、监护制度	(225)
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)	(30)	二、宣告失踪与宣告死亡	(226)
八、危害公共安全罪	(36)	三、合伙制度	(228)
九、破坏社会主义市场经济秩序罪	(38)	四、民事法律行为	(230)
十、侵犯公民人身权利、民主权利罪	(57)	五、代理	(232)
十一、侵犯财产罪	(66)	六、诉讼时效	(233)
十二、妨害社会管理秩序罪	(75)	七、物权保护	(235)
十三、贪污贿赂罪	(87)	八、不当得利	(251)
十四、渎职罪	(91)	九、侵权责任	(253)
刑事诉讼法	(94)	十、担保制度	(256)
考查特点及解题规律	(94)	第二部分 合同法	(264)
一、刑事审前程序	(95)	一、合同的订立	(264)
二、附带民事诉讼	(109)	二、缔约过失责任	(271)
三、自诉案件	(111)	三、合同法中的抗辩权	(273)
四、一审程序	(120)	四、合同的成立与效力	(275)
五、简易程序	(127)	五、合同的解除	(281)
六、二审程序	(130)	六、合同的权利义务转让	(282)
七、再审程序	(152)	七、合同的变更	(285)
八、死刑复核程序	(154)	八、代位权	(287)
九、审判程序综合	(159)	九、违约责任	(290)
行政法与行政诉讼法	(162)	十、合同的保全	(294)
考查特点及解题规律	(162)	十一、买卖合同	(297)
一、行政行为	(163)	十二、租赁合同	(304)
二、行政诉讼程序	(165)	十三、赠与合同	(306)
三、行政复议	(184)	十四、技术合同	(309)
四、行政赔偿	(191)	十五、借款合同	(310)
五、行政合同	(199)	十六、建设工程合同	(311)
		十七、融资租赁合同	(314)
		十八、承揽合同	(315)
		十九、行纪合同	(317)

二十、运输合同	(318)
二十一、委托合同	(321)
商法	(324)
考查特点及解题规律	(324)
一、公司法总则	(325)
二、公司合并和分立的类型、程序及后 果	(327)
三、公司上市及上市公司的收购	(330)
四、有限责任公司关联交易	(334)
五、公司的破产、股权变动及其法律责 任	(337)

六、公司的解散和清算	(341)
民事诉讼法与仲裁制度	(351)
考查特点及解题规律	(351)
一、管辖、当事人、财产保全	(352)
二、审判程序	(365)
三、证据	(384)
四、代位权诉讼	(389)
五、先予执行、诉讼终结	(391)
六、特别程序、督促程序	(392)
七、强制执行	(395)
八、仲裁	(400)

刑 法

考查特点及解题规律

自2002年开始,司法考试每年一般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、2006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,如2007和2008年刑法案例重又回到了传统的一问一答案例形式上。

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,尽管每年都有偏僻的考点出现,但并不妨碍刑法案例题重点内容重点考查的特点。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,就跟以前的考题没有任何区别,2005年也出现了同样的情况。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。因此,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,如因果关系牵连犯、想象竞合犯、违法性认识的可能性、被害人承诺等,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,能够对故意、过失、因果关系、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。2006年单选第2题对因果关系进行了考查,如果考生未能熟练掌握刑法意义上的因果关系含义、因果关系在构成要件中的地位,以及目前刑法理论界关于因果关系的通说,是很难做对这道题的。

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及法律法规和司法解释的特殊规定。

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、此罪与彼罪关系的问题。

一、刑法的基本原则和适用范围

案例1 生产、销售不符合卫生标准的化妆品案

考点:刑法的适用范围、生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪、追溯时效、单位犯罪

甲某,男,1970年生,印尼人,居住于我国L市,L市蔚雅化妆品有限公司法定代表人。乙某,男,1983年7月生,L市蔚雅化妆品有限公司技术员。丙某,男,1974年生,L市蔚雅化妆品有限公司股东之一。蔚雅化妆品有限公司于2003年在我国注册成立,其核准经营的经营范围是生产、销售日用化妆品,但该公司自成立至案发时,未取得生产许可证。

甲某在负责管理该公司期间,与乙某组织生产、销售化妆品,因产品质量问题,造成数十名女性皮肤损伤,影响恶劣。该批化妆品已卖出营业额10万元。经评估,该批产品价值3万元。

2008年1月案发后,乙某主动交代其自1997年1月起至2001年10月间曾陆续伙同他人威胁同学索要财物,共计约三千元,因时隔久远,已记不清当时的全部同伙姓名,只记得丁某,并详细描述丁某的相貌特征及联系方式。据公安机关掌握的线索,丁某现在是某市黑社会性质组织成员。

【问题】

1. 对印尼人甲某的审理适用中国刑法依据的是什么原则?

2. 本案中,蔚雅化妆品有限公司的行为是否构成单位犯罪?

3. 本案中生产、销售化妆品的量刑数额是多少?

4. 丙某应当承担什么样的责任?

5. 乙某威胁同学索要财物的行为应当如何认定?

6. 乙某关于丁某的交代是否构成立功?

7. 假设乙某借给同学戊某一台价值2万元的笔记本电脑,戊某不小心将电脑丢失,乙某为了索回赔款,以暴力相威胁,戊某迫不得已付给乙某2万元钱,对乙某的行为应当如何认定?

【参考答案】

1. 本案适用中国刑法处理的依据是属地原则。

2. 蔚雅化妆品有限公司的行为构成单位犯罪。

3. 量刑数额是营业所得10万元。

4. 丙某作为公司股东,并不等同于公司本身,故不承担刑事责任。

5. 乙某自1999年7月至2001年10月间的敲诈勒索行为构成敲诈勒索罪,之前的行为因未满16周岁,未达刑事责任年龄,主体不适格,不构成犯罪。

6. 乙某不属于立功。

7. 乙某的行为是为了实现合理债权,因此不构成犯罪。

【法理透析】

1. 法律的适用范围包括空间效力和时间效力。刑法的空间效力,是指刑法在什么地方、对什么人有效。其中刑法在什么地方有效是刑法对地域的效力,对什么人有效就是刑法的对人效力。现在国际法中已形成以下几个行使刑事管辖权的原则:属地原则、属人原则、保护原则、普遍管辖原则和永久居所或营业地原则。其中前三个为我国法所承认。《刑法》第6条第1款规定,凡在中华人民共和国领域内犯罪的,除法律有特别规定外,都适用本法。这是对属地原则的规定。《刑法》第8条规定,外国人在我国领域外实施针对我国国家或公民的犯罪,而按我国刑法规定的最低刑为3年以上有期徒刑的,可以适用我国刑法。但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。这是对保护原则的规定。本案显然应当依属地原则取得我国刑法的管辖权。只要牢牢记住保护原则只针对在我国领域外犯罪的外国人就可以分清二者的区别。

2. 《刑法》第30条规定,公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为,法律规定为单位犯罪的,应当负刑事责任。依据这一规定及1999年最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》等司法解释,单位犯罪有四个特征:(1)由单位实施;(2)由刑法规定;(3)以单位名义;(4)为单位利益。本题中,甲某、乙某的生产销售行为依照《刑法》第148条,构成生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪。此行为是单位的决策和经营行为,以单位的名义,盈利为单位所有,且《刑法》第150条规定,单位犯本节第140条至第148条规定之罪的,对单位判处罚金,并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照各该条的规定处罚。蔚雅化妆品有限公司作为一个法人,有主体资格,因此,构成单位犯罪。值得注意的是,考生无须考虑单位有无生产许可证。生产许可证不是单位成为犯罪主体的必要条件,不影响单位承担刑事责任。

3. 据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干

问题的解释》第2条规定,刑法第140条、第149条规定的“销售金额”是指生产者、销售者出售伪劣产品后所得和应得的全部违法收入。货值金额以违法生产、销售的伪劣产品的标价计算。因此本案的犯罪数额应当是营业所得10万元,而不是实际价值3万元。

4. 本题中蔚雅化妆品有限公司犯生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪,依法实行双罚制,既对该公司进行处罚,又对该公司直接负责的主管人员和其他直接责任人员进行处罚。由于丙某只是公司股东,并不等于公司本身,也不是公司直接负责的主管人员和其他直接责任人员,因此不应成为此件单位犯罪的责任主体。此道题目的考点主要是公司的独立性,其实是一道跨学科题目。

5. 连续犯是处断的一罪,指基于同一的或者概括的犯罪故意,连续实施数个独立的性质相同的行为,触犯同一罪名的犯罪形态。连续犯的处罚原则是按照刑法具体规定的一罪及相应的法定刑定罪处罚,即将这些连续的相同犯罪合并为一个犯罪看待。本案中乙某自1997年1月起至2001年10月间曾陆续伙同他人敲诈勒索同学财物的行为可以认定为连续犯,即同一犯罪主体,基于概括的犯罪故意,于一段时间内连续敲诈勒索,只触犯了敲诈勒索罪这一个罪名。

如果行为人在连续犯开始阶段尚未达到本罪的刑事责任年龄,于过程中达到刑事责任年龄,那么达到刑事责任年龄之前的行为不认为是犯罪,犯罪开始之日从达刑事责任年龄之日起算。在本案中,行为人开始敲诈勒索的时间是1997年1月,此时行为人尚13周岁零6个月,敲诈勒索罪的刑事责任年龄是16周岁,因此认为乙某从1999年7月满16周岁时开始犯敲诈勒索罪。

6. 敲诈勒索罪的主观方面必须以非法占有为目的。行为人为了行使自己的权利而使用威胁手段的,如果没有超出权利的范围,只要其手段行为不构成刑法规定的其他犯罪,就应认定为没有造成对方财产上的损害,不宜认定为犯罪。本案中,乙某是为了索取戊某所欠的赔偿款,并非以非法占有为目的,而且其威胁手段尚未构成其他刑法规定的犯罪,因此,其行为不构成犯罪。

7. 《刑法》第68条规定,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。另外,根据最高人民法院《关于处理自首和立功具

体应用法律若干问题的解释》第5条,阻止他人犯罪活动或协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人(包括同案犯),或者具有其他有利于国家和社会的突出表现的,也应当认定为立功。

根据最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第1条,共同犯罪案件中的犯罪嫌疑人,除如实供述自己的罪行,还应当供述所知的同案犯,才能认定为自首。共同犯罪中,供述同案犯是自首的应有之义,不以立功论。那么乙某的行为算不算“提供重要线索,从而得以侦破其他案件”或者“协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人(包括同案犯)”呢?一般认为,提供重要线索应当是对案情进展有重要意义的线索,使本来难以侦破的案件得以侦破。协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人,则包括如约犯罪嫌疑人出来接头从而使之被埋伏在附近的公安人员抓获等。描述详细相貌特征和提供联系方式并没有超出自首揭露同案犯的内容。

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两万余元,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,损失近二百余万元。为逃避制裁,宋某找到任某公司经理的乡邻金某商议对策,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,为什么?
4. 如果宋某是我国某市卫生局干部,其在国际列车上的行为,我国是否具有管辖权?
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. 构成犯罪。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,我国具有管辖权,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为谋取不正当利益给予国家工作人员以财物的行为。在经济往来中违反国家规定,给予国家工作人员以财物,数额较大的或者违反国家规定,给予国家工作人员以各种名义的回扣、手续费的,以行贿论。本罪的犯罪主体为一般主体,主观方面是故意,并且具有谋取不正当利益的目的。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。

依《刑法》第137条,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。刑法关于单位犯罪的规定一般都是双罚制。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。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,损失近二百余万元的行为,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适用。

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】

对覃某在本案中中途退出,其是犯罪未遂还是犯罪中止,金某、刘某、黄某的行为如何认定需要仔细分析。覃某中途退出,刘、黄二人主动放弃犯罪,对覃某来说是其意志之外的因素,也即覃某没有杀害被害人,未得逞是因为其意志之外的因素造成,因此覃某构成故意杀人罪的未遂。同理,对于金某来说,故意杀人未得逞,也是因为其意志以外的因素造成,金某也构成故意杀人未遂。在认定共同犯罪时,出题人往往希望将各共同犯罪人的罪名设定为不同的罪名,或者将各共同犯罪人的法定量刑情节设定为不相同,以此增加考题的难度。基于此,出题人常考的点主要有以下两点:(1)部分共同故意时,行为入定罪量刑的处理;(2)超出共同故意范围时,行为入定罪量刑的处理。

二、犯罪构成

案例3 吴某过失造成未成年人死亡、间接故意致他人死亡案

考点:犯罪过失、过失致人死亡罪、间接故意、意外事件、不作为、义务冲突、认识错误

被告人:吴某,男,44岁,某市肉联厂职工。2000年7月5日下午3时许,被告人吴某到姐姐家,提出要带外甥即被害人赵某(男,9周岁)去附近水库游泳。赵某的母亲即吴某的姐姐告诉吴某,赵某不会游泳,叮嘱吴某要照看好赵某。约4时许,吴某带赵某到达水库,租了2个救生圈,2人一起下水游泳约1小时,而后一起上岸休息。休息片刻后,赵某提出再次下水,吴某开始不允许,经赵某再三要求,

乃表示同意。赵某带一个救生圈下水,吴某则在岸上抽烟并与人闲谈,没有照看赵某。赵某下水游泳不久,因救生圈脱落而沉入水中,岸上的人发现后,喊叫起来,吴某一一看,急忙下水施救,但已寻找不到人,后赵某从水中浮出,被送往医院抢救无效死亡。经诊断赵某系溺水死亡。后吴某被抓获。吴某归案后,又主动交代,1998年6月的某一天,当他翻晒自家草垛时,曾一铁叉戳在躲在麦草堆里睡觉的一流浪汉的胸部上,当他发现流浪汉呻吟呼救后,立即放下手中铁叉后退几步。他为了逃避责任,从流浪汉身上拔下铁叉便走,后流浪汉被过路人发现并送往医院,由于医护人员过失,未予以及时抢救,而失血过多身亡。在逃逸过程中,吴某发现自家院墙边上有入影闪动,疑是邻居丁某发现了自己的行为,于是举起铁叉就朝那边刺去。后来吴某才发现原来自己刺中的是一条狗。

【问题】

1. 对赵某的死亡,吴某是否应当承担刑事责任?为什么?

2. 对赵某死亡的结果,吴某在主观方面具有何种罪过形式?

3. 如果当天吴某除了带赵某外,还带了自己的孩子吴小某,赵某和吴小某同时溺水,吴某发现后下去救人,但由于水库太大,吴某救上离岸近的吴小某后,而由于赵某离岸较远,当吴某再行施救时已经沉入水底。请问吴某对赵某的死亡结果是否应当承担刑事责任?为什么?

4. 吴某一叉刺中流浪汉胸部的行为是否构成犯罪?吴某的行为与流浪汉的死亡是否有因果关系?

5. 对流浪汉死亡的结果,吴某主观上持何种心理态度?是否应当承担刑事责任?如是,构成何罪?如否,说明理由。

6. 对于刺中狗的行为,吴某是否应当承担刑事责任?为什么?

7. 如果吴某在逃逸过程中看到人影闪动,疑是曾与自己结仇的张某,想到一不做二不休,干脆把张某也杀了,就举起叉朝那边刺去,但是事后才发现,当天被刺死的并不是张某,而是邻村与吴某无冤无仇的王某,那么吴某是否应当承担刑事责任?为什么?

8. 如果吴某曾经在郊外看见类似狗的东西,想杀来吃,没有作仔细的辨认,就一刀刺了下去,那时才发现刺中的是人,并且由于刺中要害,导致受害者当场死亡。吴某对于自己的行为是否应当承担刑事责任?为什么?

【参考答案】

1. 对赵某的死亡,吴某应当承担刑事责任,应当论其以过失致人死亡罪。

2. 对赵某死亡的结果,吴某主观上持疏忽大意过失的心理态度。

3. 不承担刑事责任。因为对于吴某而言,由于其带孩子们去水库的先行行为,他具有保证其生命安全的义务,此时救赵某与救吴小某构成了义务冲突,吴某合理地选择了救离岸近的吴小某,对于赵某死亡的结果就不需要再承担刑事责任。

4. 吴某无意刺中流浪汉胸部的行为,不构成犯罪,属于意外事件。吴某的行为与流浪汉的死亡有因果关系。

5. 对流浪汉的死亡,吴某主观上表现为间接故意,对该结果吴某应当承担刑事责任,其行为已构成故意杀人罪。

6. 吴某应当承担刑事责任,构成故意杀人罪(未遂)。吴某刺出铁叉的时候具有杀人的故意,虽然没有产生预期的结果,但是这属于事实认识错误中的非同类对象的认识错误,是对象不能的未遂。

7. 吴某应当承担刑事责任,由于该行为中吴某具有杀人的故意,虽然属于认识对象的错误,但是由于是同类对象的错误,事实上仍导致了他人死亡的结果,因此吴某构成故意杀人罪(既遂)。

8. 吴某应当承担刑事责任。由于在该行为中吴某并没有杀人的主观故意,属于非同类对象的认识错误,因此不构成故意杀人罪。但是由于其行为事实上导致了他人的死亡,且在作出行为的当时没有经过仔细的辨认,属于疏忽大意的过失,不同于意外事件,构成过失致人死亡罪。

【法理透析】

1. 过失致人死亡罪是指由于过失而致人死亡的行为。过失行为与死亡结果之间是否存在着刑法上的因果关系,是确定过失犯罪是否承担刑事责任的客观基础。过失行为只有造成他人死亡结果发生的,才构成犯罪。过失,包括疏忽大意的过失和过于自信的过失。过失致人死亡罪的本质特征在于:行为人既没有伤害的故意,也没有杀人的故意,只是由于疏忽大意或者过于自信,才造成被害人死亡结果的发生。在本案中,吴某对赵某的死亡既没有伤害的故意,也没有杀人的故意,只是由于疏忽大意而导致赵某的死亡结果,所以构成过失致人死亡罪。

在理解本罪时需要注意的是刑法对于过失引起他人死亡的其他犯罪的规定。在过失引起他人死亡的其他犯罪中,过失致人死亡只是其中的一个要件,

该类犯罪同时还具有法律规定的其他要件。对于这类案件,又可以分为两种:

一是刑法规定“致人死亡”是构成犯罪的必要要件的过失犯罪。例如,《刑法》第300条第2款规定的组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信致人死亡罪中,要求必须具备致人死亡的后果,否则就不构成该罪。

二是刑法规定“致人死亡”是构成犯罪的选择要件的过失犯罪。在这些犯罪中,致人死亡的结果只是其选择性的后果要件,造成他人重伤或者其他严重后果也是其选择性后果要件。总共有10个罪名:失火罪、过失决水罪、过失爆炸罪、过失投放危险物质罪、过失以危险方法危害公共安全罪、交通肇事罪、重大责任事故罪、重大劳动安全事故罪、教育设施重大安全事故罪、武器装备事故罪。

2.《刑法》第16条规定,行为虽然在客观上造成了损害结果,但不是出于行为人的故意或者过失,而是由于不能预见的原因引起的,不认为是犯罪。这种情况就是刑法理论中所说的意外事件。所谓不能预见的原因,是指行为人对其行为发生损害结果不但没有预见,而且根据其实际能力和当时的具体条件,行为时也根本不可能预见。我国刑法强调主客观相统一的定罪原则,对于缺乏主观罪过的意外事件,刑法明确规定不认为是犯罪。意外事件与疏忽大意过失往往不容易区分,二者区别的关键在于行为人对损害结果的发生是否能够预见,凡不能预见的,属意外事件;应当预见、能够预见的,属疏忽大意过失。在本案中,根据案件的具体情况,应当认为,吴某在翻晒自家草垛时,不可能预见到有人藏匿其中,因此,对其一叉刺中流浪汉胸部的行为,应当认定为意外事件。

3. 间接故意是指明知自己的行为可能发生危害社会的结果,并且放任这种结果发生的心理态度。在本案中,吴某在无意刺中流浪汉后不对其积极施救,结果导致流浪汉死亡的行为已构成不作为间接故意杀人罪。理由在于:从主观方面看,吴某明知是自己刺中了流浪汉,而且被害人被刺中胸部,必定伤势不轻,所以吴某应当已经预见到如不及时采取措施,是可能造成被害人死亡的结果的。可是,由于吴某怕承担责任,又见周围无人发现,便装作不知,对被害人是死是伤采取放任不管的态度,企图蒙混下去。从客观方面看,由于吴某的行为造成了被害人处于可能死亡的危险状态,因此,他就负有防止具体的危害结果发生的特定义务,但吴某不仅不采取积极的抢救措施,反而拔下铁叉后一走了之,而后流浪

汉被他人送去医院,由于医护过失从而最终导致被害人因失血过多未能得到及时救治而死亡。综合主客观两方面看,对造成流浪汉死亡的行为,吴某已构成不作为的间接故意杀人罪。

其中,要进行解释的是,在医院中医护人员的过失虽然对流浪汉的死亡要负有责任,但是刑法学主流观点认为医护过失不中断因果关系,因此,吴某的行为与流浪汉的死亡之间有因果关系。

4. 不作为是与作为相对应的危害行为的另一种表现形式。

(1) 不作为,就是指行为人负有实施某种行为的特定法律义务,能够履行而不履行的危害行为。不作为是危害行为的基本形式之一,当然也同作为一样,应该具备危害行为的三个基本特征。此外,成立不作为,在客观方面应当具备如下三个条件:首先,行为人负有实施某种作为的特定法律义务,这是构成不作为的前提条件。没有特定法律义务,也就没有不作为的形式。其次,行为人有能力履行特定法律义务,这是不作为成立的重要条件。如果行为人不具有履行特定法律义务的可能性,也就不可能成立不作为。最后,行为人没有履行作为的法定法律义务,造成或可能造成危害结果,这是不作为成立的关键条件。

(2) 不作为的表现形式。不作为在表现形式上通常表现为身体的静止、消极,但这并不是绝对的。在某些不作为犯罪中,行为人往往具有积极的身体活动。例如,偷税罪只能由不作为形式构成,即行为人有依法履行向国家缴纳税款的特定法律义务,能履行而不履行。但是,偷税罪往往表现为行为人涂改账本、销毁账册的积极行为,而不是消极的身体静止。因此,尽管作为只能是积极而为,不作为通常是消极不为,但又不能绝对以积极与消极、动与静来区分作为与不作为。作为与不作为的区别,关键在于是否与负有特定法律义务相联系。与作为违反禁止性规范不同,不作为既违反禁止性规范,也违反命令性规范。

(3) 不作为的义务来源形式。行为人负有实施某种行为的特定法律义务即作为义务,是不作为成立的前提条件。不作为的特定法律义务,不仅仅是指法律明文规定的义务,作为义务的来源(来源或种类)包括以下几种:

①法律明文规定的义务。法律明文规定的义务,不仅仅是指刑法明文规定的义务。“法律”是指由国家制定或认可并由国家强制力保证其实施的一切行为规范的总和,包括宪法、法律(狭义的)、行政

法规、条例、规章等。例如,我国宪法和婚姻法规定了家庭成员之间有相互扶养的义务,并由我国《刑法》第261条予以认可,若行为人不履行该义务而遗弃家庭成员,就成立犯罪的不作为。需要说明的是,违反非刑事法律明文规定的义务,并非都构成不作为的义务根据,只有经刑法认可或要求的,才能视其为作为义务的根据。另外,应当注意,在司法实践中,对于行为人有无法律明文规定的义务,不能仅机械地着眼于法律条文上的直接规定。对于法律没有直接规定的,要根据案件的具体事实,运用法理,分析有关法律规范的内涵以及行为人同所发生的法律事件的关系,加以确定。

②职务或业务上要求的义务。在我国,职务或业务要求的义务相当广泛,如值班医生有抢救重危病人的义务,值勤消防队员有消除火患的义务,扳道工有按时扳道岔的义务等。认定职务或业务上要求的义务,一要注意义务的时限;二要注意义务的对象。如果并非行为人应执行职务或从事业务之时,便不可能产生义务。此外,作为义务的对象,必须仅限于职务或业务范围之内。

③法律行为引起的义务。法律行为是指在法律上能够产生一定权利义务的行为。若一定的法律行为产生某种特定的积极义务,行为人不履行该义务,以致刑法所保护的社会关系受到侵害或威胁,就可以成立不作为形式的危害行为。例如,受雇为他人照顾小孩的保姆,因受雇佣这一法律关系的约束,负有看护小孩使其免受意外伤害的义务。如果保姆不负责任,见危不救,致使小孩身受重伤,应当承担相应的责任。

④先行行为引起的义务。这种义务是指由于行为人的行为而使刑法所保护的社会关系处于危险状态时,行为人负有以采取有效措施排除危险或防止结果发生的特定义务。若行为人不履行这种义务,就是以不作为的形式实施的危害行为。

在本案中,被告人吴某带被害人赵某去游泳,负有保护赵某安全的义务,这种义务属于行为人先前行为引起的义务,被告人吴某由于疏忽大意的过失,没有履行这种义务,导致被害人赵某溺水死亡,其行为构成了过失致人死亡罪。此外,基于相同的道理,造成流浪汉死亡的结果,也是因吴某有能力履行而不履行其先前行为(意外刺伤流浪汉)所引起的义务(及时救助流浪汉)所致,且如上所述,在主观上,其有放任流浪汉死亡的故意,故其行为已构成故意杀人罪。

(4)义务冲突,是指存在两个以上不相容的义

务,为了履行其中的某种义务,而不得不履行其他义务的情况。义务冲突与紧急避险有相似之处,但紧急避险是一种作为的形式,义务冲突是一种不作为的形式。就紧急避险而言,本人合法权益面临危险时,如果愿意忍受危险,可以不实行紧急避险;就义务冲突而言,负有义务的人必须履行其中的某项义务。义务冲突必须具备两个基本条件:首先,存在两个以上的义务。其次,必须权衡义务的轻重,即必须是为了履行重要义务,放弃非重要义务;反之,则可能成立犯罪。

本案中,如果两个小孩同时落水,水库又很大,被告人吴某只能救助其中一个,此时他就面临着义务冲突。吴某先救吴小某,并不是因为亲情,而是在对当时情况进行分析后作出的合理选择,因此基于义务冲突理论,他不必再为赵某的死亡负责。

5. 认识错误。刑法上的认识错误,是指行为人对自已行为的性质、后果等事实情况的主观认识与客观实际不相符合的情况,分为法律上的错误和事实上的错误。

(1)法律上的错误,又称为违法性错误,是指行为人对行为是否为法律所禁止在认识上的错误。主要有三类:

①积极错误,又称假想犯罪,即误以为自己的合法行为是违法的,这种情况下由于没有事实上的犯罪行为而当然不对行为人进行处罚;

②消极错误,又称假想不犯罪,即误以为自己的违法行为是合法的,这里不能因为行为人不知法而不对其处罚;

③行为人对于自己所触犯的罪名和应当承担的刑事责任的轻重的误解,这里也要按照行为人的实际罪名和情节定罪量刑。

(2)事实上的错误,又称犯罪构成事实错误,是指行为人对自己行为事实情况的认识发生错误,其包含的内容比较复杂。

①客体的认识错误,即对自己行为所侵害的客体本身的认识错误,如将侵害生命误认为是侵害身体,这种情况应当按照行为人意图侵害的客体定罪。

②客观方面认识错误。这里又可以分为四种错误:

一是对行为性质的认识错误,即对自己行为的实际性质发生错误认识,如误认为自己的行为是正当防卫,实际上不是,这种情况应当视主观方面对行为人为人定罪。

二是对行为工具的认识错误,如投毒时误把白糖当作砒霜,这种情况应当对行为人定故意犯罪

(未遂)。

三是对行为对象的认识错误。这种错误存在三种情况。同类对象的错误,即行为人意图侵犯的对象在性质上与所误认的对象是同一类的,如意图杀害某甲而误杀某乙,这种情况对刑事责任的承担不发生影响;非同类对象的错误,即行为人意图侵犯的对象在性质上与所误认的对象不是同一类的,如意图杀害某甲而杀了狗,或意图杀狗而杀了某甲,前一种情况构成故意杀人罪(未遂),后一种视主观故意定意外事件或过失杀人;对象自身性质错误,如杀害某甲而不知其已经死亡,这里应当定故意犯罪(未遂)。

在这里要注意打击错误。打击错误是指行为人的侵害行为,由于失误而致使其实际侵害的对象与行为人所意图侵害的对象不相符合,它不属于刑法上错误的范畴。打击错误不同于对同类对象的认识错误,前者的错误不是认识上的原因造成的,而是行为时的失误。对于打击错误,应当按照故意犯罪(未遂)或者过失犯罪定罪处罚。

四是对特定时空条件的认识错误。对于刑法分则对具体犯罪的时空条件有特殊规定的,行为人对该种时空条件的认识也可能出现错误,在这种情况下视刑法对该罪的特定时空条件是否要求有明知来对行为人定罪量刑。

③因果关系认识错误。这种错误又可以分为四种:

一是行为人误认为自己的行为已经达到了预期的犯罪结果,事实上并没有发生这种结果,这种情况下行为人构成故意犯罪(未遂)。

二是行为人所追求的犯罪结果实际上是由其他原因造成的,但行为人误以为是自己造成的,这种情况行为人也构成故意犯罪(未遂)。

三是行为人的行为没有按照他预想的方向发展,他预想的目的停止了,发生的是其所追求的目的以外的结果,这种情况往往按实际的结果对行为人定罪量刑。

四是行为人实施了甲、乙两种行为,危害结果是由甲行为造成的,行为人却误以为是由乙行为造成的,其认识错误不影响对其定罪量刑。

本案中,被告人吴某将狗误认为是人,属于非同类对象的认识错误,构成故意杀人罪(未遂)。而将人误认为狗的行为,也属于非同类对象的认识错误,由于没有主观故意,但是有过失,构成过失致人死亡罪。欲杀张某而误杀王某的行为,则属于同类对象的认识错误,不影响定罪量刑,吴某仍构成故意杀人

罪的既遂。

【解题技巧】

疏忽大意的过失与间接故意的区别在于:一是从认识因素上来看,疏忽大意的过失是没有预见到行为可能发生危害结果,而间接故意是已经预见到了其行为可能导致危害结果的发生。二是从意志因素来看,疏忽大意为不希望危害结果的发生,对危害结果是排斥的,而间接故意为放任危害结果的发生。题中,吴某在岸上与人闲聊,其并不希望赵某溺死,而是没有照看好赵某,以致赵某落水溺死。吴某的行为是疏忽大意的过失,因此依法构成过失致人死亡罪。

因果关系是刑法理论界近段时间讨论的热点,也是司法考试的重点及难点。通说一般认为医疗事故不会导致因果关系的中断,但是如果该医疗事故是因为医护人员的重大过失时,有观点认为会导致因果关系的中断,但又有另一观点认为不会导致中断。

三、正当防卫和紧急避险

案例4 从秦某案看正当防卫与紧急避险的界限

考点:正当防卫、挑拨防卫、防卫过当、紧急避险、互殴、侵犯商业秘密罪

秦某与叶某均为某单位业务员。二人因业务竞争产生口角冲突,秦某怀恨在心,一直想伺机报复。2001年4月10日,秦某趁叶某上洗手间时偷偷复制了一份叶某储存在电脑中加有秘密保护的新开发的客户名单,并且交给了同行另一单位的业务员王某使用,造成叶某可得佣金损失达五十多万元。但不久后叶某又开发出新的业务,获利甚丰。秦某恨由心生,决定要将叶某痛打一顿以解心头之恨。秦某了解叶某乃性急易怒之人,因而设计激怒叶某,让叶某先动手打人,他自己再予以还击。同年6月2日晚8时许,秦某发现叶某一人在单位加班而没有其他人在场,于是决定实施计划。秦某故意将其偷客户名单一事告诉叶某,并刻意将其惹怒。叶某果然于盛怒下动手打了秦某一拳。秦某于是趁机还击,二人大动拳脚,激烈难分,事后鉴定叶某构成轻微伤。这时,叶某忽然拿起办公桌上的裁纸刀,刺伤了秦某的大腿,并且还继续朝秦某乱刺。秦某急忙躲闪,他发现叶某的状况不对劲,遂想逃走,但叶某狂乱追击秦某。在追到大门时,单位保洁员杨某刚

好出现,秦某趁机闪到杨某身后,叶某刺来的裁纸刀正好扎到了杨某的手臂上,造成杨某受轻伤。

【问题】

1. 秦某偷偷复制叶某加密保护的客户名单并给王某使用的行为构成何罪?

2. 秦某激怒叶某,并针对叶某的攻击作出的反击行为如何定性?

3. 在叶某持刀刺击秦某时,秦某若在还击时导致叶某重伤,则该行为如何定性?

4. 秦某闪到保洁员杨某身后,致使杨某遭刺的行为如何定性?

5. 杨某的伤应由谁负责?

6. 若秦某偷偷复制的是叶某加密保护的已经获得专利权的新开发产品儿童玩具手枪的制作方法说明,然后使用该方法制造产品并假冒他人注册商标,生产出假冒伪劣玩具手枪并销售(销售金额6万元),则秦某的行为如何定罪处罚?

7. 叶某刺伤杨某的行为是否构成犯罪?若有罪,构成何罪?形态如何?

【参考答案】

1. 秦某的行为构成侵犯商业秘密罪。

2. 秦某的行为属于挑拨防卫,构成故意伤害罪。

3. 秦某的行为属于正当防卫,无罪。

4. 秦某的行为构成紧急避险,不构成犯罪。

5. 杨某的伤应由秦某和叶某负责。

6. 秦某的行为构成侵犯商业秘密罪、假冒注册商标罪和生产销售伪劣产品罪,因为秦某是通过假冒注册商标的手段达到生产销售伪劣产品的目的,其手段行为与目的行为构成牵连犯,应当择一重罪,即以假冒注册商标罪论处,与侵犯商业秘密罪数罪并罚。

7. 叶某的行为有罪,构成故意伤害罪既遂。

【法理透析】

本题涉及两种法定的正当行为——正当防卫和紧急避险的认定和把握。此外,本题的设计具有一定的综合性,同时对因紧急避险行为产生的民事损害赔偿责任的承担问题做了考查。

1. 根据我国《刑法》第219条的规定,侵犯商业秘密罪,是指以不正当的手段侵犯他人的商业秘密,给商业秘密的权利人造成重大损失的行为。

侵犯商业秘密罪的客观方面表现为四种行为方式:一是以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密;二是披露、使用或者允许他人

使用以前项手段获取的权利人的商业秘密;三是违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密;四是明知或者应知前面三种行为,而获取、使用或者披露他人的商业秘密。

根据最高人民法院、公安部《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》(2001年4月18日起施行)的规定,给商业秘密的权利人造成重大损失,是指给商业秘密权利人造成直接经济损失数额在50万元以上的;或者致使权利人破产或者造成其他严重后果的。

按照上述分析,秦某偷偷复制叶某加密保护的客户名单并给王某使用,致使叶某可得佣金损失达50多万元的行为属于盗窃权利人的商业秘密,给权利人造成重大损失,已构成侵犯商业秘密罪。

若秦某偷偷复制的是叶某加密保护的已经获得专利权的新开发产品儿童玩具手枪的制作方法说明,其行为依然构成侵犯商业秘密罪;其后通过假冒他人注册商标制造产品的行为又构成假冒注册商标罪,二罪应当数罪并罚。

若秦某偷偷复制的是叶某加密保护的已经获得专利权的新开发产品儿童玩具手枪的制作方法说明,然后使用该方法制造产品并假冒他人注册商标,生产出假冒伪劣玩具手枪并销售,则其行为触犯了侵犯商业秘密罪、假冒注册商标罪和生产销售伪劣产品罪三个罪名。因为秦某是为了达到生产销售伪劣产品的目的而采取假冒注册商标的手段,其手段行为与目的行为构成牵连犯,依据牵连犯的处罚原则,应当择一重罪,即以假冒注册商标罪论处,与侵犯商业秘密罪数罪并罚。

2. 根据《刑法》第20条的规定,正当防卫是指为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害,而采取的制止不法侵害,对不法侵害人造成损害的行为。正当防卫不负刑事责任。正当防卫必须具备的条件有:

(1)必须是为了保护国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利。(2)这种对国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利的侵害必须是不法侵害,而不能是执法人员或其他人员执行公务的行为、紧急避险等合法行为。而且这种对于权利的侵害必须是现实存在的。(3)所遭受的不法侵害必须是正在进行中的,尚未开始侵害或者侵害已经停止的都不构成正当防卫。(4)制止不法侵害的行为必须是对不法侵害人实施的。(5)正当防卫不能明显超过必要的限度,