

2013年

《历年试题及考点归类精解》

集结原班人马

司法考试辅导培训一线名师

联手亲力钜献

案例分析专题例解

张能宝/主编

案例复习法 轻松过司考

客观题 主观题 规律

80% 试题

200余个精选案例直击司考要点



2 013 年案例分析专题例解

主 编	张能宝				
副 主 编	倪 燕	田域基			
主要撰稿人	张能宝	倪 燕	田域基	张 月	
	贾玉欣	张红娇	张子茹	秦华伦	
	池 骋	陈玲玲	王光明	刘金坤	张劲晗

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

2013 年案例分析专题例解/张能宝主编. —北京:
法律出版社, 2013. 2

(2013 年国家司法考试应试指导)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4548 - 1

I. ①2… II. ①张… 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(2013)第 019191 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 睿

装帧设计/曹 铀 汪 锋

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/固安华明印刷厂

责任印制/沙 磊

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16

印张/25 字数/776 千

版本/2013 年 2 月第 1 版

印次/2013 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

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4548 - 1

定价:58.00 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考试综合性最强的一卷,也是让广大考生最感无从下手的一卷。据统计,每年试卷四的平均得分只有70分左右。案例题的命题方向是什么、该如何审查、应怎样解答,很多考生往往百思不得其解。因为这些疑惑得不到解决,有的考生甚至一见到案例题就生长,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,有必要强调以下几个问题:

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加工提炼,删除了一些无关情节,加入了一些干扰性法律关系。从这个角度看,要做到充分准备第四卷,有必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素材基础。

第二,在知识点分布上,案例题并不求偏求深,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,第四卷案例每年为6题左右,民法1题(以合同法为主),刑法1题,民诉、刑诉、行政法各1题,商法1题(一般为公司法)。其次,各部门法具体案例所涉及的知识点,都为该部门法最重要的知识点。无论是民法、刑法,民诉、刑诉,还是行政法、商法,概莫能外。因此,只要重要部门法及部门法重要知识点掌握得扎实,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,案例题有综合性愈来愈强之势。以民法为例,往往既涉及民法通则、合同法,又涉及物权法、侵权法、担保法。对于民事诉讼法而言,一道题涉及的法律规定往往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,解答案例势必心有余而力不足。

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,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,然后给出案例。这些案例既包含传统的直接设问型案例,也包括新类型的综合分析型案例。

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。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。使用本书过程中如有疑问,请大家关注新浪微博“张能宝真题”,进行讨论交流。

张能宝

目 录

刑法(共 36 个案例)	(1)
考查特点及解题规律	(1)
一、刑法的基本原则和适用范围 (2 个)	(1)
二、犯罪构成(1 个)	(5)
三、正当防卫和紧急避险(2 个)	(7)
四、故意犯罪的未完成形态(1 个)	(13)
五、共同犯罪形态(2 个)	(15)
六、罪数的特别形态——一罪与数罪 (1 个)	(20)
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)(3 个)	(23)
八、危害公共安全罪(2 个)	(30)
九、破坏社会主义市场经济秩序罪 (8 个)	(34)
十、侵犯公民人身权利、民主权利罪 (4 个)	(50)
十一、侵犯财产罪(3 个)	(60)
十二、妨害社会管理秩序罪(5 个)	(67)
十三、贪污贿赂罪(2 个)	(78)
刑事诉讼法(共 23 个案例)	(83)
考查特点及解题规律	(83)
一、刑事审前程序(3 个)	(84)
二、附带民事诉讼(1 个)	(91)
三、自诉案件(1 个)	(93)
四、一审程序(4 个)	(95)
五、简易程序(1 个)	(105)
六、二审程序(5 个)	(106)
七、再审程序(1 个)	(117)
八、死刑复核程序(2 个)	(120)
九、审判程序综合(1 个)	(124)
十、证据(2 个)	(127)
十一、特别程序(2 个)	(131)
行政法与行政诉讼法(共 25 个案例)	(137)
考查特点及解题规律	(137)
一、公务员(1 个)	(137)
二、行政许可(2 个)	(140)
三、行政处罚(4 个)	(146)
四、行政强制(3 个)	(153)
五、信息公开(1 个)	(160)
六、行政复议(3 个)	(161)
七、行政诉讼(8 个)	(167)
八、行政赔偿与补偿(3 个)	(183)
民法(共 57 个案例)	(190)
考查特点及解题规律	(190)
第一部分 民法通则、物权法(21 个)	(191)
一、民事法律关系(1 个)	(191)
二、宣告失踪与宣告死亡(1 个)	(192)
三、民事合伙与债的一般理论 (3 个)	(194)
四、民事法律行为(1 个)	(199)
五、诉讼时效(1 个)	(201)
六、物权保护(5 个)	(203)
七、担保制度(3 个)	(215)
八、无因管理与不当得利(2 个)	(221)
九、侵权责任(4 个)	(225)
第二部分 合同法(36 个)	(232)
一、合同的订立(2 个)	(232)
二、缔约过失责任(1 个)	(236)
三、合同的效力(4 个)	(239)
四、合同法中的抗辩权(2 个)	(246)
五、合同债权保全(3 个)	(250)
六、合同的变更(1 个)	(255)
七、合同权利义务的转让(2 个)	(257)
八、合同权利义务的终止(2 个)	(260)
九、违约责任(1 个)	(263)
十、保证合同(1 个)	(265)
十一、买卖合同(3 个)	(267)
十二、赠与合同(1 个)	(272)
十三、借款合同(1 个)	(273)
十四、租赁合同(2 个)	(274)
十五、融资租赁合同(1 个)	(278)
十六、承揽合同(1 个)	(279)

十七、建设工程合同(2个)	(280)	五、公司法与其他法律的联系与区分	
十八、技术合同(1个)	(284)	(4个)	(324)
十九、保管合同(1个)	(285)	民事诉讼法与仲裁制度(共27个案例)	(337)
二十、运输合同(1个)	(287)	考查特点及解题规律	(337)
二十一、行纪合同(1个)	(289)	一、总论(5个)	(338)
二十二、委托合同(2个)	(290)	二、证据制度(2个)	(349)
商法(共16个案例)	(295)	三、一审程序(5个)	(354)
考查特点及解题规律	(295)	四、二审程序(3个)	(362)
一、公司的设立(3个)	(296)	五、特别程序(2个)	(367)
二、公司的组织结构(2个)	(302)	六、审判监督程序(3个)	(373)
三、公司的股份发行与转让(3个)	(306)	七、执行程序(3个)	(379)
四、公司合并、分立、增资、清算等重大		八、仲裁(3个)	(384)
变化(4个)	(315)	九、涉外民事诉讼(1个)	(390)

刑 法

考查特点及解题规律

刑法案例分析题的设置在于考查考生全面运用刑法知识分析问题的能力,考前对案例分析题进行训练,不仅有利于抓住考试的重头分数,也有利于对知识的梳理和记忆。刑法案例基本采用两种形式进行考查:综合分析题和一问一答形式。

其考查特点和应对方法主要有:

1. 重者恒重。从历年的考题来看,尽管每年都有偏僻的考点出现,但这并不妨碍刑法案例题重点内容重点考查的特点。刑法案例题在总则为基础的前提下,主要集中在第四章和第五章罪名的分析与认定,而这两章,也主要考查几个重点罪名,如强奸罪、绑架罪、抢劫罪和盗窃罪等。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,但终究离不开基本知识的积累,掌握基本知识是解题的不二法门。

2. 综合性强。案例分析题的考查知识点,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,就容易疏漏。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、犯罪的未完成形态等,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。因此,考生应当在考前广泛地搜集资料,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,刑法考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,如因果关系的认定,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。这就加大了对于考生掌握基础理论的要求,刑法部分不再是背法条,司法解释就能解决的。考生们还必须把握好理论上的问题,能够对刑法理论中的重要问题进行区分与判断。

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、转化犯、包容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。

一、刑法的基本原则和适用范围

案例 1 魏某故意杀人、故意伤害、抢夺案

某省规划局局长魏某,因私愤将患有间歇性精神病的蒋某杀害。为逃避司法机关追究,魏某携带其情妇兰某逃往美国。在美期间,兰某与美国人杰

克相交甚好,魏某心生敌意,指使美国人夏利将杰克杀害,并将兰某打成重伤。后二人在美生活无着落,便前往华人区,趁正在参观的华裔詹某不备,将詹某的手提电脑、钱包等抢走。案发后二人又潜逃回国,后被抓获。法院审理过程中,合议庭对故意杀人罪中的“人”的认识产生了分歧。谨慎起见,该院将分歧报请该省高级人民法院决定,省高级人民法院出台专门解释,将故意杀人罪中的“人”界定为“精神正常的人”。后最高人民法院查办上访案件时,发现该

案对“故意杀人罪”中的“人”理解有误,遂出台专门解释,认定故意杀人罪中的“人”应当是“行为人以外的自然人”。

【问题】

1. 对于魏某指使夏利杀害杰克的行为,我国法院是否可以管辖?
2. 夏利将兰某打成重伤的行为,我国法院可否管辖?
3. 兰某和魏某的抢夺行为,人民法院是否应当追究?
4. 省高级法院的解释是否具有法律效力?
5. 最高人民法院的解释属于刑法理论中的何种解释?是否具有法律效力?
6. 如果魏某掌握着国家秘密并叛逃美国,魏某的行为构成何罪?

【考点】 刑法适用范围、刑法解释、叛逃罪

【参考答案】

1. 可以。人民法院可依据属人原则进行管辖。
2. 可以。人民法院可以依据保护原则进行管辖。
3. 对兰某的抢夺行为,要视抢夺财物数额情况而定,如果数额巨大或者特别巨大,构成3年以上有期徒刑的量刑幅度,那么我国人民法院应当追究其刑事责任;但如果数额没有达到3年有期徒刑的量刑幅度,那么我国人民法院可以不追究。对魏某的抢夺行为,应当追究。
4. 该解释属于无权解释,不具有法律效力。
5. 最高人民法院的解释属于司法解释,具有法律效力。
6. 叛逃罪从重处罚。

【法理透析】

本题涉及刑法中两个基本问题——刑法的适用范围和刑法的解释。

1. 《刑法》有关空间效力的规定,采取的是以下刑事管辖原则:一是属地原则。《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,除法律有特别规定的以外,都适用本法。这里的“法律有特别规定”,主要是指:(1)享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任,通过外交途径解决;(2)民族自治地方不能全部适用本法规定的,可以制定变通或者补充规定,报请全国人民代表大会常务委员会批准施行;(3)修订的刑法施行后国家立法机关所制定的特别刑法的特别规定;(4)我国香港特别行政区和澳门特别行政区基本法所作出的例外规定。

《刑法》第6条第2款规定,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。另外要注意,根据我国承认的《维也纳外交关系公约》的规定,凡在我国驻外大使馆、领事馆内犯罪的,也适用我国刑法。二是属人原则。《刑法》第7条规定,中华人民共和国公民在中国领域外犯本法规定之罪的,适用本法,但是按照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。这里主要包括两点含义:(1)中国公民在中国领域外所犯之罪只有按照《刑法》规定最高刑在3年以下的才可以不予追究。所谓“可以不予追究”,不是绝对不追究,而是仍保留追究的可能性。(2)如果犯罪人具有我国国家工作人员或军人的身份,则不论其所犯之罪的法定最高刑是否为3年以下有期徒刑,我国司法机关都要追究其刑事责任。三是保护原则。《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。这条规定表明,我国要依据保护原则进行管辖,有两方面的限制:(1)这种犯罪按我国刑法规定的最低刑必须是3年以上有期徒刑;(2)按照犯罪地的法律也应受刑罚处罚。四是普遍管辖原则。我国《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。

依据我国属人原则的规定,本案中,魏某系某省规划局局长,具有国家工作人员的身份,其在美国指使、教唆他人实施故意杀人、故意伤害的行为,触犯了《刑法》第232、234条的规定,依法构成故意杀人罪、故意伤害罪。人民法院可据属人原则依法对其进行审判。若魏某是在我国国内教唆他人故意杀人、故意伤害,则应依据属地原则对之进行审判管辖。

夏利在魏某的教唆下,在美国将我国公民兰某打成重伤,其行为触犯了《刑法》第234条的规定,构成故意伤害罪,可能被判处3年以上有期徒刑,同时由于其行为在美国也构成犯罪,因此,我国法院可依据保护原则依法对其进行审判。但如果夏利的犯罪行为在美国不构成犯罪,那么人民法院就不能追究夏利的刑事责任。

兰某和魏某在美国对华商兰某的抢夺行为,触犯了《刑法》第267条规定,构成抢夺共同犯罪。这里要

着重分析二人身份的相异性。魏某由于具有国家工作人员的身份,所以应当追究其刑事责任。而兰某则要视抢夺财物数额情况而定,如果数额巨大或者特别巨大,构成3年以上有期徒刑的量刑幅度,那么我国人民法院应当追究其刑事责任;但如果数额没有达到3年有期徒刑的量刑幅度,那么我国人民法院可以不追究。

2. 刑法解释可以按照不同的标准进行区分。按照解释的效力可以分为立法解释、司法解释以及学理解释。立法解释就是由立法机关对《刑法》所作的解释,立法机关在我国是指全国人民代表大会以及常务委员会。司法解释是指最高司法机关对具体适用《刑法》所作的解释,最高司法机关在我国是指最高人民法院和最高人民检察院。学理解释是指未经国家授权的机关、团体或者个人从理论上或学术上对《刑法》所作的解释。按照解释的方法,刑法解释可以分为文理解和论理解释。文理解释是指根据刑法所用文字的文义和通常使用的方式使其含义明确的解释方法。论理解释是指按照立法精神、依据法理进行的解释,通常包括扩大解释、缩小解释、体系解释等。

本案中,省高级人民法院将故意杀人罪中的“人”界定为“精神正常的人”的行为,将“人”的范围缩小,属于缩小解释,这样的解释是不当的,不合理地缩小了法律的保护范围。

法律面前人人平等原则要求人人都受到法律的平等保护,非精神正常的人的利益也应受到法律保护。但是根据立法规定,省级人民法院没有司法解释权,故该院的解释不属于司法解释,属于无权解释。最高人民法院出台专门解释,将故意杀人罪中的“人”界定为应当是“行为人以外的自然人”的行为,属于司法解释,是有权解释。

3. 《刑法》第109条第2款规定,掌握国家秘密的工作人员叛逃境外或者在境外叛逃的,依叛逃罪从重处罚。本案中魏某是省规划局局长,掌握国家秘密,叛逃美国,恰符合此罪构成要件。考生需要注意,《刑法修正案(八)》将叛逃罪由结果犯改为行为犯,只要实施叛逃行为即可构成该罪,不需要发生危害后果。

【解题技巧】

本案例中,对考生来说,容易混淆的有:一是认定抢夺行为中魏某和兰某各自身份的相异性;二是司法解释的主体范围问题。

本案例中,交代了魏某是国家工作人员,兰某的身份没有特别交代,在这种情况下,一般认为是普通

公民。在二者共同触犯《刑法》第267条抢夺罪的时候,根据《刑法》第7条的规定,对国家工作人员在我国领域外犯罪的,不管是何种罪行,均应受到我国刑法追究;对于普通公民,如果所犯罪名是依法应当判处3年以下有期徒刑的,可以追究,也可以不追究。考生对犯罪主体的身份尤其要注意。另外,司法解释的主体问题,在我国的有权机关仅包括最高人民法院和最高人民检察院。

案例2 宋某等人连环犯罪案件

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,损失二百余万元。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、黄二人威胁金某给二人一人50万元的行为构成何罪?

【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、窝藏罪、包庇罪、犯罪中止、敲诈勒索罪、诈骗罪

【参考答案】

1. 宋某触犯的罪名有行贿罪、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. 刘、黄二人构成敲诈勒索罪。

【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。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。

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。

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。研究宋某在开往中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。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。

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,不具备犯罪中止的有效性因此不成立犯罪中止。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、黄二人接受金某的委托意图追杀宋某的行为,构成故意杀人罪应当没有问题,但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》的规定,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. 刘、黄二人知道金某的犯罪事实,以向司法机关告发进行胁迫勒索100万元,使金某产生恐惧心理,给予二人100万元,是典型的敲诈勒索行为,尽管向司法机关告发是合法的,但依然成立敲诈勒索罪。

【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 齐某欠薪案

齐某是某建筑公司的老板,招聘了一批农民工建设大楼。将近年关,本该发工资给工人,齐某却百般拖欠,偷偷将自己的财产转移到别处,工人们多次讨要工资未果,此事影响恶劣,当地政府社会保障部门介入责令齐某支付工资,但是齐某仍然拒绝支付。

【问题】

1. 齐某的行为是否构成犯罪?如果构成,构成何罪?如果不构成,为什么?

2. 当地有关部门介入此事,在检察院提起公诉之前,齐某出于害怕,支付了所有工资,并且依法承担了相应的赔偿责任,对齐某应该如何处罚?

3. 如果工人邓某多次向齐某讨债未果,干脆将齐某绑至家中威逼其交出工钱1万元,齐某诉苦说自己没带钱,邓某遂要求其找家人要钱,齐某只好打电话给妻子,说自己做生意需要钱,让她送1万元钱来给邓某,其妻信以为真,将钱交于邓某。邓某的行为构成何罪?

4. 如果邓某和王某决定绑架齐某的儿子小齐来逼其付清工资,结果两人在幼儿园绑错了人,错将小磊当作小齐绑回出租房,两人干脆将错就错,打电话给小磊的家人勒索10万元赎金。等待赎金的过程中,王某见小磊可怜,想起了自己的小儿子,心生悔意,趁邓某出去时,将小磊偷偷放走,邓某、王某的行为该如何定性?处于何种犯罪停止形态?

5. 如果工人陈某儿子身患重病,陈某无钱医治,走投无路之际遇到专门组织他人贩卖人体器官的郑某,陈某与郑某约定出卖自己一个肾脏。但还

未等陈某付诸行动,其儿子重病离世,陈某心灰意冷,不再愿意出卖肾脏,郑某已经与他人谈好了生意,见陈某反悔大为恼怒,将陈某迷晕后取其肾脏,郑某的行为是否构成犯罪?如果构成,构成何罪?

6. 如果齐某的工地安全生产设施不符合国家规定,有关部门提出并指令其改正,但是齐某置之不理,2011年3月15日,两名施工人员在13层卸料平台进行钢管导运时,卸料平台突然倾覆坠地,平台上两名施工人员坠落地面死亡。此事应该如何定性?如果其中一名工人的母亲杨某(1934年2月12日出生)丧子后痛不欲生,雇人杀死齐某,对其应该如何定罪处罚?

【考点】 拒不支付劳动报酬罪及其处罚、非法拘禁罪和绑架罪的区别、绑架罪的既遂标准、组织出卖人体器官罪与故意伤害罪、重大劳动安全事故罪、对年满75周岁人的从轻处罚、认识错误、法定符合说

【参考答案】

1. 齐某的行为构成拒不支付劳动报酬罪。
2. 对齐某可以减轻或者免除处罚。
3. 邓某的行为构成非法拘禁罪。
4. 邓某和王某都构成绑架罪既遂。
5. 郑某的行为构成组织出卖人体器官罪和故意伤害罪,两罪并罚。
6. 工人坠地死亡的事故构成重大劳动安全事故罪。

杨某的行为构成故意杀人罪,但是可以从轻或者减轻处罚,且不适用死刑。

【法理透析】

1. 本题1-2问涉及《刑法修正案(八)》增加的拒不支付劳动报酬罪。《刑法修正案(八)》第41条规定:“以转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者的劳动报酬或者有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬,数额较大,经政府有关部门责令支付仍不支付的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;造成严重后果的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。”

单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照前款的规定处罚。

有前两款行为,尚未造成严重后果,在提起公诉前支付劳动者的劳动报酬,并依法承担相应赔偿责任的,可以减轻或者免除处罚。”

本案中齐某拖欠工资,偷偷转移财产,当地政府

社会保障部门介入后仍然拒不支付,完全符合拒不支付劳动报酬罪的构成要件,但是其后来在检察院提起公诉前支付了所有工资,并依法承担了赔偿责任,符合减轻处罚的条件,可以减轻或者免除处罚。

2. 本题第3问涉及了绑架罪和非法拘禁罪的区别问题。

绑架罪与非法拘禁罪的区别:第一,犯罪目的不同。前者以勒索财物为目的,后者以逼索债务为目的,以扣押“人质”作为讨还债务的手段。第二,犯罪对象不同。前者的犯罪对象自身完全无过错,而后的犯罪对象大多自身有过错(如欠债不还)。因此,《刑法》第238条第3款明确规定,“为索取债务非法扣押、拘禁他人的,依照非法拘禁罪的规定处罚。”本案中邓某是为了讨要工资非法拘禁了齐某,成立非法拘禁罪。

3. 本题第4问涉及对象错误、法定符合说、绑架罪的既遂标准等问题。

(1)对象错误是指行为人预想侵犯的对象与实际侵犯的对象不一致。根据误认的对象是否属于同一法定犯罪构成,对象错误可以分为同一犯罪构成要件内的对象错误和不同犯罪构成要件内的对象错误。

同一犯罪构成要件内的对象错误,指行为人预想侵犯的对象和实际侵犯的对象是属于同一法定构成要件范围内的对象。例如,甲欲杀张三,却误认李四为张三而杀死了李四,由于张三、李四都是“人”,同属《刑法》第232条故意杀人罪的对象,甲无论杀李四还是张三,都是剥夺他人生命,都没有超出故意杀人罪对象的范围。

不同犯罪构成要件内的对象错误,指行为人预想侵犯的对象与实际侵犯的对象不属于同一法定构成要件范围内的对象。例如,甲盗窃乙的提包,目的是窃取财物,结果发现提包中只有一把枪。枪支与本案中欲盗的财物是不同犯罪构成要件内的对象。

对于对象错误,通说采用法定符合说认定行为人的罪责,按法定符合说,行为人预想侵犯的对象与实际侵犯的对象属于同一法定犯罪构成范围内的,被认定其法律性质相同,不阻却行为人对因错误而发生的危害结果承担故意的责任。反之,若属于不同犯罪构成范围的,则阻却行为人因错误而发生的危害结果承担故意的责任。

本案中,邓某和王某虽然绑错了对象,但是侵犯的对象都是“人”,根据法定符合说,两人都构成绑架罪。

(2)绑架罪的既遂,应以行为人是否将被害人

劫持并实际控制为标准。即行为人只要实施了绑架他人的行为,就构成绑架罪的既遂,而不是以勒索的财物是否到手或者其他目的是否达到为标准。如果由于被害人的反抗或者他人及时进行解救等客观方面的原因,使绑架没有得逞,因而未能实际控制被害人的,则构成绑架罪的未遂。本案中王某绑架成功后虽然放走了小磊,但是此时绑架已经既遂,其放走人质的行为只能作为一个酌定量刑情节,因此,王邓二人都构成绑架罪既遂。

4. 本题第5问涉及《刑法修正案(八)》增加罪名“组织出卖人体器官罪”。

《刑法修正案(八)》在《刑法》第234条后增加一条:组织他人出卖人体器官的,处五年以下有期徒刑,并处罚金;情节严重的,处五年以上有期徒刑,并处罚金或者没收财产。未经本人同意摘取其器官,或者摘取不满十八周岁的人的器官,或者强迫、欺骗他人捐献器官的,依照故意伤害罪、故意杀人罪的规定定罪处罚。

本案中郑某专门组织他人贩卖人体器官,已经构成组织出卖人体器官罪。而其违背陈某意愿摘取其器官的行为符合第2款规定,应直接定故意伤害罪。郑某一入犯数罪,应该数罪并罚。

5. 本题第6问涉及重大劳动安全事故罪及《刑法修正案(八)》增加的对年满75周岁人的从轻处罚问题。

(1)重大劳动安全事故罪,是指安全生产设施或者安全生产条件不符合国家规定,因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为。本罪在客观方面表现为厂矿等企业、事业单位的劳动安全设施不符合国家规定,经有关部门或单位职工提出后,仍不采取措施,因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为。本案中,齐某的工地安全生产设施不符合国家规定,有关部门提出并指令改正,但是齐某置之不理,最终导致了两名工人的死亡,符合重大劳动安全事故罪的构成要件,应以此罪论。

(2)《刑法修正案(八)》在《刑法》第17条后增加一条:“已满七十五周岁的人故意犯罪的,可以从轻或者减轻处罚;过失犯罪的,应当从轻或减轻处罚。”第49条中增加一款:“审判时已满七十五周岁的人,不适用死刑,但以特别残忍的手段致人死亡的除外。”

本案中,杨某的行为显然构成故意杀人罪,这点无争议,但是由于其已年满75周岁,对其应适用宽大的处罚原则,从题面上看,其杀人手段也没有达到特别残忍的程度,因此,对其不适用死刑,且可以从轻或减轻处罚。

【解题技巧】

本题中出现了许多《刑法修正案(八)》的增补内容,重点掌握拒不支付劳动报酬罪,组织出卖人体器官罪,以及对年满75周岁人的从轻处罚问题。另外,要清楚理解认识错误和法定符合说,非法拘禁罪和绑架罪的区别,绑架罪的既遂标准等常考知识点。

三、正当防卫和紧急避险

案例4 罗某、赖某强奸、绑架与敲诈勒索

2010年5月30日,罗某与赖某在某市僻静小树林内,持刀威逼在此谈恋爱的许某和蒙某脱衣并强迫蒙某进行性行为,罗、赖二人在旁边观看以满足自己性欲,寻求精神刺激。后罗某猛然发现蒙某是某市税务局局长,罗、赖二人便使用手机拍下录像,然后以此对蒙某相威胁,带其行至附近银行对其进行敲诈,取走蒙某账上10万元人民币。蒙某因已有家庭,并且怕事件曝光影响仕途,一直不敢报案,罗某和赖某得以逃脱。2010年11月20日,罗某因无法偿还所欠他人债务,将蒙某的女儿蒙甲诱骗上车后,向蒙某打电话声称借5万元人民币救急,否则便不放回蒙甲并公开5月30日所摄录影带。打完电话后,出于害怕,罗某放弃了犯罪,并雇车将蒙甲送回家。

【问题】

1. 罗某将蒙甲骗走借钱构成何罪?处于何种犯罪状态?该如何处理?

2. 罗、赖二人强迫蒙某进行性行为该如何认定?为什么?

3. 蒙某与许某进行性行为,蒙某是否与罗、赖构成共同犯罪?如是,如何定罪处罚,如否,请说明理由。

4. 为寻求精神刺激强迫别人实施性交、猥亵行为如何认定?属于理论上的什么犯,如何处罚?

5. 以录影带对蒙某相威胁,带其行至附近银行对其进行敲诈该如何定性?为什么?

6. 如果罗某实质上并未绑走蒙甲而威胁蒙某索取财物,该如何认定?为什么?

【考点】 绑架罪、紧急避险、间接正犯、吸收犯、抢劫罪、敲诈勒索罪、犯罪既遂、强奸罪

【参考答案】

1. 构成绑架罪既遂。

2. 构成强奸罪。因为二人将蒙某当作工具强迫其与许某进行性行为,属于间接正犯,应当认定为强奸罪。

3. 不构成。因为此时蒙某与许某进行性行为是为了保护更大的利益,属于紧急避险,不构成犯罪。

4. 强制猥亵妇女罪和强奸罪的吸收犯,应当从一重罪处罚。

5. 应该构成抢劫罪。因为二人采取暴力和蒙某不能反抗的手段当场劫取财物,符合抢劫罪的构成要件。

6. 敲诈勒索罪。因为罗某未真正控制蒙某,实际上是使他人感到惧怕而被迫交付财物,应构成敲诈勒索罪。

【法理透析】

1. 绑架罪的既遂认定。对于绑架犯罪既遂的标准,目前理论界主要有三种观点:其一,是目的既遂说,认为绑架罪的法定构成包括绑架的手段行为和勒索财物或其他目的行为两方面。根据《刑法》第24条第1款的规定,只要在犯罪过程中自动放弃犯罪或者自动有效地防止危害结果发生,即成立犯罪中止,那么,在绑架目的行为尚未实现,结果尚未发生之前,都应当给予行为可以自动有效地防止危害结果发生的机会。其二,是符合行为说,认为根据主客观相统一的原理,勒索财物或提出非法要求的主观目的决定了与之相对应的客观目的的行为的存在,需实施了绑架和勒索财物或其他目的的行为,才能构成既遂。其三,是单一行为说,认为只要行为人以勒索财物或其他非法目的,实施了绑架并控制他人的行为,即属犯罪既遂。我们同意第三种观点。这同时也是实务和考试中占主流的观点。

就本案而言,行为人以勒索财物为目的,实际控制了被害人,已然完成了《刑法》所规定的绑架罪全部主客观构成要件,对被害人的人身权利构成了实质性侵害,而且实施了向被害人家属的勒索行为,足以认定为构成绑架罪既遂。之后,其不再继续勒索财物,且将人质安全送回,均为犯罪既遂后的补救措施,系自动放弃继续犯罪,但不能认定为犯罪中止。

2. 关于间接正犯。我国《刑法》没有关于间接正犯的明文规定,但是在刑法理论中间接正犯是一个重要的概念。实行行为不一定只限于行为人自身的直接的身体动作,与利用动物、工具一样,将他人作为媒介实行犯罪也构成犯罪。行为人自身直接实施犯罪行为的是直接正犯,这种通过利用他人实现犯罪的是间接正犯。其最大特点是利用者本身不直

接实施完全符合构成要件的行为,而利用他人为工具实施犯罪。但同时利用者对犯罪实施过程具有决定性影响,支配了犯罪事实,支配了构成要件的实现,因此间接正犯也具有正犯性。

间接正犯存在各种形式,正确地理解间接正犯的形式,对于间接正犯的认定具有重要意义。根据利用他人犯罪的情形不同,间接正犯有下列表现形式:(1)利用无责任能力或未达刑事责任年龄的人实行犯罪。在我国以往的刑事司法实践中,对此种情况通常以间接正犯处理,使幕后承担与直接实施犯罪相同的罪责。(2)利用不知情者实行犯罪。最高人民法院、最高人民检察院《关于盗伐、滥伐林木案件几个问题的解答》(1991年10月17日)中规定:“雇佣他人盗伐林木构成犯罪的案件,如果被雇佣者不知是盗伐他人林木的,应由雇主承担刑事责任”即为适例。(3)利用有责任能力的人的故意行为实行犯罪,即利用有故意的人的行为作为工具实行犯罪。这类间接正犯有两种情况:第一,利用目的犯中缺乏必要目的的人犯罪。第二,利用身份犯中缺乏必要的身份的人犯罪。我国司法实务似不认可该种情况为间接正犯,在行为人具备其他构成要件的情况下,认定幕后操纵者与行为人构成共犯。如最高人民法院公布的司法解释,即明确规定不具备国家工作人员身份者同国家工作人员共同实施贪污行为,以贪污罪共犯论处。(4)利用他人的阻却违法事由,如正当防卫、紧急避险等行为实施犯罪。在此情况下,犯罪工具虽然客观上和主观上都是合法的,但整个事件的性质并不取决于他的合法行为,而是取决于幕后操纵者的行为的不法性,虽然犯罪工具是依据现行法律规定行为的,但此等行为正是恶意的幕后操纵者所期望的。在紧急避险情况下,谁蓄意地致使他人处于需避险的紧急情况,该他人必须实施幕后操纵者意欲的犯罪行为才能从此等紧急情况下脱身,造成危害结果的,幕后操纵者为间接正犯。

本案中,罗某和赖某虽然没有亲自实施强奸妇女的行为,但其实际上是将没有犯罪意图的蒙某作为犯罪工具实施了其本人意欲实施的犯罪行为,应当构成间接实行犯,按实行正犯来处理。

3. 紧急避险。紧急避险是正当行为的一种。紧急避险,又称紧急避难,是在不得已的情况下损害另一法益以保护较大法益免受正在发生的危险的行为。在我国刑法理论中,紧急避险被规定为是一种排除犯罪性的行为。我国《刑法》第21条规定,紧急避险是指为了使国家、公共利益、本人或者他人的

人身和其他权利免受正在发生的危险,不得已损害另一个较小合法权益的行为。紧急避险不负刑事责任。根据我国《刑法》的规定,成立紧急避险应该具备以下条件:(1)客观条件:①必须有威胁合法权益的危险发生;②必须是危险正在发生;③避险的行为只能在不得已的情况下实施。(2)对象条件:避险的对象应是无辜的第三者,对实施危害的行为本人的损害,可以成立正当防卫,但不是紧急避险。(3)主观条件:必须是为了使合法权益免受正在发生的危险。(4)主体条件:必须不是职务上、业务上负有特定责任的人。(5)限度条件:避险行为不能超过必要的限度造成不应有的损害。以上五个方面的条件是紧急避险成立的必备条件,只有同时具备以上条件,行为人的避险行为才不构成犯罪,才可以不负刑事责任。

其中,理解危险的来源是掌握紧急避险的关键。在我国《刑法》中,按照各种危险来源的不同,可以将其分为以下几种:(1)来自大自然自发力量的危险;(2)来自人的危害社会行为的危险;(3)来自人的生理、病理原因所引起的危险;(4)来自动物袭击的危险。只要存在上述原因引起的危险,行为人即可实施紧急避险。

在认定紧急避险的构成时,还应当分清楚紧急避险行为与共同犯罪中胁从犯因胁迫而实施的行为的区别:首先,从危险的紧急性来看,紧急避险中的危险是正在发生的危险,而胁从犯面临的危险既可以是正在发生的危险,也可以是将来可能发生的危险。其次,从保护的利益来看,紧急避险保护的是合法权益,包括国家、公共利益、本人或他人的人身、财产或其他权利,胁从犯则既可以是保护合法权益,也可以是保护非法利益,如本人或他人的非法所得,不良隐私等。再次,行为人意志自由丧失程度不同。紧急避险的行为人在当时的危险状态下,其完全无选择意志的自由,即其实施的损害第三人利益的行为是在别无他法可以避免危险时才允许的,是不得已而为之。而胁从犯虽然是被胁迫而参加犯罪,但其还是有一定程度的自由意志,其参加犯罪仍然是自行选择的结果。最后,是否承担刑事责任的不同。紧急避险未超过必要限度的,不负刑事责任,超过必要限度造成不应有的损害的,应当负刑事责任,但是应当减轻或免除处罚;胁从犯则均应负刑事责任,只是可以减轻或免除处罚。

本案中,蒙某被他人持刀相威胁,要求其与许某性交,否则他和许某的生命都将遭受危险。蒙某在二人生命受到紧迫威胁的情形下,在没有其他办法

避险的情况下不得已侵犯了许某的性权利,属于为了避免造成较大合法权益的损害而侵犯他人较小合法权益的行为,系紧急避险,不构成犯罪。

4. 吸收犯。所谓吸收犯,是指行为人在无连续意图支配下所实施的数个同质犯罪行为,因其所符合的犯罪构成之间具有特定的依附与被依附关系,其中一个不具有独立性的犯罪,被另一个具有独立性的犯罪所吸收,对行为人仅以吸收之罪论处。对吸收犯的判定标准应采取排除主观上具有连续意图的同质性的数个犯罪行为的综合说,吸收犯的行为类型包括重行为吸收轻行为,主行为吸收从行为,事后不可罚的行为不宜按吸收犯论处。

(1) 吸收犯与连续犯之界分。

连续犯是指行为人基于数个同一的犯罪故意,连续多次实施数个性质相同的犯罪,触犯同一罪名的犯罪形态。其与吸收犯一样,同属于处断的一罪,且在客观上都表现为同种数个犯罪行为。两者“在客观上都表现为同种数个犯罪行为”这一共同特质,对典型个案的认定又设置了障碍。如行为人甲在一年内实施了三次盗窃行为,甲是构成连续犯还是构成吸收犯直接影响到甲承担的刑事责任的轻重。若把甲认定为连续犯,则甲构成盗窃罪,且从重处断;若把甲认定为吸收犯,则甲只构成盗窃罪一罪,处罚的差距显而易见。与连续犯的主观要件相比,吸收犯因无指导数个犯罪行为的计划性或意向性,表明其主观恶性要小于连续犯,所以在处罚上,对吸收犯只按一罪处理,而其他行为因失去独立的意义而不再论罪,对连续犯则按一罪从重处断。结合上述适例,若甲所实施的三次盗窃行为是在谋划下实施的,则应按连续犯论处,若甲所实施的三次盗窃行为之间无计划性,而只有随意性的,则应按吸收犯论处。

(2) 吸收犯与牵连犯之界分。

刑法理论的通说认为,牵连犯在客观上表现为数个不同犯罪行为之间所产生的牵连关系,即目的与手段关系、原因与结果关系。反观,数个行为之间若存在目的与手段的关系、原因与结果的关系,一定是在不同行为之间产生的,同种行为之间无法形成目的与手段、原因与结果这种法定的牵连关系,但在同种行为之间却可能产生吸收关系。所以,关于吸收犯与牵连犯的界分,是在异种牵连犯前提下进行的,而且也应在异种牵连犯的前提下展开。

在本案中,若行为人在同一时间内强迫他人对同一犯罪对象实施性交和猥亵行为供其观看,其行为具备吸收犯的特征,应当以吸收犯论处。

5. 敲诈勒索罪的认定。敲诈勒索罪,是指以非法占有为目的,对公私财物的所有人、保管人使用威胁或要挟的方法,勒索公私财物的行为。《刑法》第274条规定:“敲诈勒索公私财物,数额较大的,处3年以下有期徒刑、拘役或管制;数额巨大的或者有其他严重情节,处3年以上10年以下有期徒刑。”关于敲诈勒索罪,主要应当区分其与绑架罪和抢劫罪的区别。

(1) 绑架罪与敲诈勒索罪的界限。

绑架罪与敲诈勒索罪的行为人在危害行为上都是实施了要挟或者威胁等方法,绑架勒索的绑架罪与敲诈勒索罪的犯罪目的都是勒索公私财物,当行为人实施了威胁或者要挟等胁迫手段对被害人加以勒索而取得财物时,对此罪与彼罪的界定就较难区分。绑架罪与敲诈勒索罪可从以下几方面进行区别界定:一是侵犯对象不同,绑架罪实施绑架或者威胁取得财物的对象为不同的人,主要是被绑架人的家属、监护人或者单位;敲诈勒索罪实施威胁或者取得财物的对象为同一人,也就是财产所有人、管理人本人。二是客观方面表现不同,绑架罪实施的绑架行为一般表现为劫持,劫持的方式多表现为“暴力、胁迫、麻醉”三种,暴力、威胁手段可以当场实施,也可以采取胁迫、麻醉等强制性手段或者哄骗小孩找父母等其他非强制性手段劫走被害人,并对其进行隐藏控制,迫使被劫持人的亲属或者单位限期交出财物。敲诈勒索罪的威胁内容如果是暴力,通常是声称将来实施,另外还可以用揭发隐私等方法要挟被害人交出财物,无须限制被劫持人的人身自由。威胁、要挟的内容包括暴力伤害、毁坏被害人的人格、名誉、揭发被害人的隐私、毁坏被害人的重要财物、栽赃陷害等。威胁、要挟的方法是多种多样的,可以是面对被害人直接使用,也可以是通过第三者或者用书信等方式发出;可以是明示,也可以是暗示。威胁和要挟都是能够引起他人心理上恐惧的精神强制方法。但是,被害人是否确实产生恐惧并被迫交付财物,不影响本罪的构成。三是侵犯的客体不同,绑架罪侵犯的客体是他人的人身权;敲诈勒索罪侵犯的客体是公私财产所有权,有时也侵犯他人的人身权。四是绑架的目的在于勒索被绑架人的家属、监护人或者单位的财产或者作为人质;敲诈勒索罪主要是迫使财物所有人当场或者限期交付数额较大的财物。

罗某绑走蒙甲而威胁蒙某索财的行为是为了勒索财物而绑架他人,利用其亲属的担心恐惧获得财物的行为,完全符合绑架罪的构成要件。

如果罗某实质上并未绑走蒙甲,而捏造绑架蒙甲的理由威胁蒙某索取财物,则是通过虚伪事实使对方产生恐惧心理而交付财物,成立敲诈勒索罪。

(2) 敲诈勒索罪与抢劫罪的界限。

敲诈勒索罪与抢劫罪都是以非法占有为目的,使用威胁或要挟等方法向受害人强行索取公私财物的行为,二者在犯罪目的、行为手段及财物取得对象上都有许多相同之处。敲诈勒索罪与抢劫罪可从以下几方面加以区别:一是从威胁的内容上看,敲诈勒索罪较广泛,可以是使用暴力,也可以是以揭发个人隐私、毁坏财产或者抓住被害人的某种要害为把柄相威胁;抢劫罪只限于对被害人以暴力实施人身威胁。二是从威胁的方式上看,敲诈勒索罪可以口头或者书面方式提出,也可以通过第三人转达;抢劫罪只能是面对被害人实施威胁或胁迫,并具有当场使用暴力的可能。三是从非法索取的财物看,敲诈勒索罪可以是财物,也可以是财产性利益;抢劫罪只限于公私财物。四是从非法取得财物的时间看,敲诈勒索罪可以是被害人被迫当场交出财物,但通常表现为在实施威胁以后,在限期内交出财物;抢劫罪实施威胁方法与取得财物是同时进行的。五是实施的主体不同,抢劫罪的犯罪主体是年满14周岁,并具有刑事责任能力的公民;敲诈勒索罪的犯罪主体是年满16周岁,并具有刑事责任能力的公民。当行为人采用威胁方法勒索钱财,当场遭到被害人拒绝,进而使用暴力、胁迫方法夺取财物的,行为人在行为手段上符合抢劫罪的“暴力”方法、受害人被迫“当场交出”财物的规定,应当认定为抢劫罪。

本案中,罗、赖二人将蒙某逼到存款机提取财物的行为,表面上看具有敲诈勒索罪威胁要挟的特征,但其实际上是直接面对蒙某实施威胁并且有当场使用暴力的可能,从威胁方式和劫取财物当场性看都应符合抢劫罪的构成要件。

【解题技巧】

本题中首先要注意间接正犯的问题这一点很容易被忽略。本案中罗某和赖某把无犯罪意图的蒙犯作为犯罪工具来实施强奸行为,构成强奸罪的间接实行犯。

其次要注意的是蒙某实施的强奸行为属于紧急避险行为是为了保护自己和许某的生命而牺牲较小利益的行为。

案例5 黄某正当防卫案

2010年5月16日22时30分,黄某驾驶出租车,在某市和平路金生宾馆附近搭载姜某和赵某。