



LAWYER

全国 律师资格考试 高分突破

主编 栾兆安

中国社会科学出版社

全国律师资格考试高分突破

(修 订 版)

栾兆安 主编

中国社会科学出版社

(京) 新登字 030 号

图书在版编目(CIP)数据

全国律师资格考试高分突破/栾兆安主编. —北京: 中国社会科学出版社, 1999. 5

ISBN 7-5004-2485-X

I. 全… II. 栾… III. 律师-资格考核-自学参考资料
IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 16453 号

版权所有、侵权必究!

《全国律师资格考试高分突破》

栾兆安 主编

★

中国社会科学出版社出版发行

(北京鼓楼西大街甲 158 号)

(邮政编码:100720 电话:64030272)

北京王史山印刷厂印刷 新华书店经销

1999 年 5 月第 1 版 1999 年 5 月第 1 次印刷

开本:787×1092 毫米 1/16 印张:39.75

字数:1008 千字 印数:1—6000 册

ISBN 7-5004-2485

D. 293

定价:68.00 元

前 言

在我国社会主义市场经济迅猛发展和民主法治建设不断完善的新形势下,律师职业越发显示出其独特的魅力和优势,从而吸引着数以十万计的报考者加入到每年一度的全国律师资格考试中进行角逐。就考试内容(涉及十几门法律课程)之庞杂、录取率(仅占应试者的5%—15%)之低、难度之高,全国律师资格考试为我国职业资格考试所仅有。为了帮助律考应试者准确地把握律考重点、快速攻克难点和进行全面、系统的应试复习,我们组织了部分参加往年全国律师资格考试复习指导用书的编撰者、具有丰富的律考辅导经验的高级研究人员和具有法学博士、硕士学位的资深律师编写了本书。本书具有以下三个显著特点:

1. 科学性与严谨性。本书是在对历年律考内容及命题进行追踪分析和深入研究的基础上,根据司法部新版律考指定用书和今年律考的新情况、新要求与律考内容突出新颁重要法律以及社会经济生活中的热点问题,律考试题跨实体法与程序法、具有很强的实务性与综合性的特点,并着眼于律考应试对策加以编撰的;特别是作为修订版的本书其内容全部是根据现行有效的法律撰写的、增加了很多新的内容,并根据新通过的《宪法修正案》、《合同法》、《证券法》和新修订的《土地管理法》等,精心编写了大量案例题和标准化题,是一本满足考生密切跟踪今年律考重点与热点问题及时复习的一本优质复习读物。

2. 针对性和实用性。本书分两编:第一编为典型案例题精析。案例分析题是每年律考应试者失分最多和不易掌握的薄弱环节,针对这一情况,本书选择了大量的具有律考针对性、预见性、典型性的刑法、刑事诉讼法和刑事事实与程序法综合案例;民商事、经济法律、民事诉讼法、仲裁法和民事事实与程序法综合案例;以及行政法、国家赔偿法与行政诉讼法案例;国际经济法与国际私法案例;律师制度与律师实务案例作了精辟的分析。并通过分析典型案例,对各科中相近或易混的法律问题进行了准确地区分与对比,旨在帮助考生打下坚实的法学功底,培养考生综合运用基本原理和法律知识解决实际问题 and 举一反三的应试能力。第二编为标准化试题精编与答案解析。本编将律考所涵盖的各科重要内容和考点进行了系统的单项选择、多项选择及不定项选择题即标准化题精编,提供了准确的答案,并根据

有关原理与相关知识对答案进行了必要的解析。克服了同类复习资料与模拟练习题,只备答案而不讲解,仅让读者知其然而不知其所以然的弊端。

3. 高效性与速成性。本书内容包括了各种律考题型,并从多方面和全方位对律考重点、难点与考点进行了透析。紧紧围绕应试复习这一主线,层层深入,符合思维发展的一般规律,可助考生充分高效复习和快速实现高分突破。

本书自去年六月底出版以来,得到了各地司法厅(局)律管处、律管科负责同志的充分肯定和读者的高度评价。自去年十月份全国律考之后,作者收到了众多读者的来信,特别是那些往年参加了多次考试而未中、通过研读本书而有较大收获并通过了律师资格考试取得了律师资格证书的读者认为:本书将理论与实务有机地结合在一起,问题分析透彻、答案解析准确,对他们提高分析问题、解决问题的能力 and 掌握重点与考点具有极大帮助;本书不仅帮助他们圆了多年来的律师梦,而且对他们今后从事律师职业仍有帮助和指导作用。

在读者一再来信索购本书的情况下,我们本着从事法律研究与教育者的良心和为读者高度负责的态度,根据今年律考新要求和新情况,对本书重新修订,删除了原书中有关经济合同法、技术合同法、土地管理法等内容,增加了大量的民法、合同法、证券法、土地管理法、知识产权法和其它经济法、商法以及行政法等方面的案例分析题和单项、多项、不定项选择题,并对原书作了全面修订,使内容更加系统、完整、准确。

本书是作者多年来进行潜心研究的结果,凝结了作者多年的心血。值得我们欣慰的是,本书因其自身具有的社会价值得到了读者的厚爱,我们的心血没有白流。由于作者水平和时间所限,本书难免有不足之处,恳请读者和专家、学者批评指正。

作者
一九九九年五月

目 录

第一编 典型案例题精析

第一部分 刑事法律案例题精析	(1)
第一章 刑法案例	(1)
一、刑法的效力范围	(1)
二、犯罪及其构成	(3)
三、刑法的具体运用	(13)
四、一罪与数罪的区分及其认定	(17)
五、罪与非罪的区分及其认定	(23)
六、罪与罪的区分及其认定	(31)
第二章 刑事诉讼法案例	(40)
一、总则	(40)
二、立案、侦查和提起公诉	(49)
三、刑事普通程序	(50)
四、刑事特别程序	(54)
五、刑事执行程序	(59)
第三章 刑事法律综合案例	(63)
第二部分 民商、经济法律案例题精析	(70)
第一章 民法案例	(70)
一、民法的基本原则	(70)
二、民事法律关系的主体	(72)
三、民事法律行为	(81)
四、代理	(89)
五、物权与所有权	(92)
六、债权	(100)
七、人身权	(104)
八、侵权民事责任	(108)
九、诉讼时效	(111)
十、婚姻与继承法	(113)
十一、合同法	(119)
第二章 商法、经济法案例	(146)
一、企业法与公司法	(146)

二、票据法	(160)
三、土地管理法	(170)
四、产品质量、反不正当竞争、消费者权益保护法	(172)
五、知识产权法	(183)
第三章 民事诉讼法、仲裁法案例	(203)
一、总 则	(203)
二、民事一般审判程序	(219)
三、民事特殊审判程序	(227)
四、民事执行程序	(231)
五、涉外民事诉讼程序	(232)
六、仲裁法	(234)
第四章 民商事、经济法律综合案例	(236)
第三部分 行政法律案例题精析	(264)
第一章 行政法	(264)
第二章 行政诉讼法	(282)
一、行政诉讼受案范围	(282)
二、行政诉讼与行政复议的关系	(284)
三、管辖	(286)
四、诉讼参加人	(288)
五、证据	(291)
六、起诉与审判	(292)
第四部分 国际经济、国际私法案例题精析	(298)
第五部分 律师制度与律师实务案例题精析	(305)
第一章 律师制度	(305)
第二章 律师实务	(309)

第二编 标准化题精编与答案解析

第一部分 刑事法律标准化题与答案解析	(317)
第一章 刑法标准化题	(317)
一、刑法的基本原则与效力范围	(317)
二、犯罪构成要件与故意犯罪的形态	(318)
三、刑罚及其运用	(328)
四、一罪与数罪的区分	(333)
五、罪与罪的区分	(337)
第二章 刑事诉讼法标准化题	(344)
一、总则	(344)
二、立案、侦查和提起公诉	(351)

三、刑事普通程序	(353)
四、刑事特别程序与执行程序	(356)
第二部分 民商、经济法律标准化题与答案解析	(359)
第一章 民法标准化题	(359)
一、民法基本原则	(359)
二、民事法律关系的主体	(360)
三、民事法律行为和代理	(365)
四、物权与所有权	(372)
五、债权	(380)
六、人身权	(384)
七、侵权民事责任	(385)
八、诉讼时效	(390)
九、婚姻法	(391)
十、继承法	(396)
十一、合同法	(401)
十二、民法不定项选择题	(412)
第二章 商法、经济法标准化题	(419)
一、企业法与公司法	(419)
二、担保法	(441)
三、保险法	(447)
四、票据法	(455)
五、金融法	(460)
六、证券法	(465)
七、产品质量、反不正当竞争、消费者权益保护法	(474)
八、税法	(482)
九、土地管理、房地产法	(489)
十、劳动法	(501)
十一、著作权法	(507)
十二、商标法	(513)
十三、专利法	(517)
十四、商法、经济法不定项标准化题	(523)
第三章 民事诉讼法、仲裁法标准化题	(529)
一、民法总则	(529)
二、民法一般程序	(541)
三、民事特殊程序	(549)
四、民事执行程序	(556)
五、涉外民事诉讼程序	(561)
六、仲裁法	(565)
第三部分 行政法律标准化题与答案解析	(572)

第一章	行政处罚法标准化题·····	(572)
第二章	行政诉讼法标准化题·····	(575)
第三章	国家赔偿法标准化题·····	(584)
第四部分	法理、宪法标准化题与答案解析·····	(587)
第一章	法理标准化题·····	(587)
第二章	宪法标准化题·····	(595)
第五部分	国际经济、国际私法标准化题与答案解析·····	(600)
第一章	国际经济法标准化题·····	(600)
第二章	国际私法标准化题·····	(607)
第六部分	律师制度与律师实务标准化题与答案解析·····	(612)

第一编 典型案例题精析

第一部分 刑事法律案例题精析

第一章 刑法案例

一、刑法的效力范围

案例 1. 我国刑法的空间效力

〔案情〕被告人苏斯·康违达,男,45岁,为S国民航局联合飞行队驾驶员。1997年12月的一天,被告人从S国劫持一架民航客机飞入我国领空,并降落在我国东北某省一乡村的农田里,苏斯·康违达被我公安机关抓获。

〔问题〕

我国对被告人的劫机行为是否具有刑事管辖权?

〔分析〕本案涉及的是我国刑法的空间效力与普遍管辖权两方面的问题。刑事管辖权,是指一个国家的刑事实体法律适用的地域和主体的法定范围,也即刑法的空间效力问题。所谓刑法的空间效力,是指刑法在什么地方,对什么人有效。国际法确认,每个主权国家,除了受到国际法和国际条约规定的限制外,有权采取它认为是最好的、最合适的原则来行使刑事管辖权。这也是国际法所确认的。

刑法第6条规定了我国刑法的属地管辖原则。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。”这里所说的“领域”是指我国国境以内的全部区域,具体包括:领陆、领海和领空。这里所说的“法律有特别规定”,主要是指:①刑法第11条关于“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刑法第90条关于“民族自治地方不能全部适用本法规定的,可以由自治区或者省的人民代表大会议根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则,制定变通或者补充的规定,报请全国人民代表大会常务委员会批准施行。”③香港和澳门回归祖国后,根据两个特别行政区法的规定,两个特别行政区具有最高立法权和司法权,中华人民共和国刑法不适用这两个特别行政区。

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。”根据此规定,凡在我国船舶或者飞机内犯罪的,不论该船舶或者飞机在任何地点,我国均有刑事管辖权。此外,根据我国承认的1961年4月18日《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。刑法第6条第3款规定:“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。”根据我

刑法的属地管辖原则,具有外国国籍的人和无国籍的人除享有外交特权和豁免权的以外,在中国境内犯罪的都适用中国刑法。

刑法第9条规定了我国刑法的普遍管辖原则。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。”近十几年来,我国先后缔结或者参加了一系列旨在加强合作,控制和惩处恐怖主义和毒品犯罪的国际条约。这些条约规定:各缔约国应将非法劫持航空器、危害国际民用航空安全、毒品犯罪、侵害应受国际保护人员等行为定为国内法上的罪行,予以惩处。有关缔约国应采取必要的措施,对任何这类罪行行使刑事管辖权,而不论罪犯是否是本国人,罪行是否发生于其国内。我国刑法第9条的这一规定,就使我国国内法的规定与因加入或批准这类条约而承担的国际义务有机地衔接起来。我国是反劫机国际公约《东京公约》、《海牙公约》、《蒙特利尔公约》及《蒙特利尔公约》议定书的参加国,我国司法机关有权且有义务对劫机罪行行使刑事管辖权。

综上所述,就本案而言,被告人苏斯·康违达是在S国境内劫持的飞机,其行为地在S国,但犯罪结果却发生在我国境内,即结果地是我国领域,依照我国刑法规定,他是在我国领域内犯罪。并且,他不享有外交特权与豁免权,不在刑法规定的特别范围之列;其所犯罪行是劫持航空器犯罪,属于国际罪行。因此,我国司法机关有权并且有义务依据我国法律对其行使刑事管辖权。

案例2. 刑法的时间效力

〔案情〕1979年春季,被告人孙某(男,23岁)与张某(女,21岁)谈恋爱。同年7月,张某因孙某的脾气不好与其断绝恋爱关系。孙某认为张某欺骗了他,决定偷拆张某的信件,对其进行报复。1979年9月至12月期间,张某的10封信件均被孙某拆后隐匿。12月中旬,张某发觉了孙某的行为,并向司法机关控告孙某侵犯了她的通信自由。1980年1月,司法机关经审理认为孙某的行为发生在《刑法》生效以前,而当时的法律无侵犯公民通信自由罪的条款。所以,孙某的行为不构成犯罪,不追究其刑事责任。

〔问题〕

(1)对于这一案件,是否应依照1979年《刑法》的有关规定处理?

(2)我国《刑法》在溯及力方面采取了什么原则?

〔分析〕本案涉及的是刑法的时间效力问题。刑法的时间效力,是指刑法在时间上的适用范围,即刑法的生效时间、失效时间以及对刑法生效前的行为是否适用,即是否具有溯及力。刑法的生效时间,通常有两种情况:一是刑法公布之日起生效;二是刑法公布以后经过一段时间再生效。我国《刑法》于1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过,同年7月6日公布,该法自1980年1月1日起生效。刑法的失效时间,是指刑法效力的终止时间,通常由两种情况:一是由立法机关明确宣布废止,即新法公布后,在新法中或者在其他法令中明确宣布,与新法相抵触的旧法即行废止或者失效。二是自然失效,即由于新法代替旧法,旧法自动失效;或者由于立法时规定的特殊条件已经消失,该法律因而当然失效。我国1979年《刑法》已被1997年3月14日第八届全国人民代表大会第五次会议修订并通过的新刑法取代,新刑法第452条规定本法自1997年10月1日起施行,在新刑法施行之日,旧刑法当然失效。

刑法的溯及力,是指刑法生效后,对它生效前未经审判或者判决尚未确定的行为是否适用。如果适用,新法就有溯及力;如果不适用,新法就没有溯及力。各国刑事立法对此问题的规定,主要有以下几种原则:①从旧原则,即新法无溯及力,一律按照行为发生时的旧法处理。②从新原则,即新法有溯及力,一律按照新法处理。③从新兼从轻原则,即新法原则上溯及力,但旧法不认为犯罪或者处刑较轻的,要按照旧法处理。④从旧兼从轻原则,即新法原则上

没有溯及力,但新法不认为犯罪或者处刑较轻的,则要按照新法处理。

现代各国刑法,多数采取从旧兼从轻原则。1979年刑法采取的是从旧兼从轻的原则,但是以后全国人大制定的决定中有少数(如《关于严惩严重破坏经济的犯罪的决定》和《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》)则分别采取了有条件的从新原则和从轻原则。1997年刑法第12条第1款规定:“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的,依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的,按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刑较轻的,适用本法。”根据刑法第12条第1款的规定可以看出,这次刑法修订,根据罪刑法定原则的要求,再次统一规定刑法溯及力采用从旧兼从轻原则。

就本案而言,被告人孙某依据《刑法》的有关规定,其行为已构成侵犯公民通信自由罪。但是,其行为发生在1979年9月至12月,发生于我国1979年《刑法》生效时间1980年1月1日之前。因此,在当时的法律、法令、政策不认为是犯罪的情况下,刑法没有溯及力。孙某的行为亦不构成犯罪,不能按侵犯公民通信自由罪处理。

二、犯罪及其构成

案例3. 刑事责任年龄及刑事责任能力

【案情】1997年11月17日,被告人李某(女,15岁)到其同学吴某家借了《生活的颤音》、《斗鲨》等四本画册和一本《大众电影》,并同吴某一块到张某家,等张某洗完衣服三人一块去上学时,李某将《大众电影》丢在张某家。下午五点多钟,因张某在学校做值日,李某先离校到张某家取回《大众电影》,并且通过张某的母亲拿走了另外两本杂志,尔后返回家中。张某在学校做完值日后,与同学韩某、吴某一起来到张某家看《大众电影》。张某的母亲告诉她们说:“《大众电影》已经被李某拿走了。”于是三人一块来到李家。李某见张某、吴某和韩某站在身后不说话,即开玩笑说:“你们三人好凶气,是不是来打我的?”三人都笑了。后来,韩某、吴某坐在床上看书,张某、李某二人在谈话。在谈话中,李某小声对张某说:“我家有枪”。张某问:“枪在哪?”李某让张某起来,从床头褥子下面将其父的左轮手枪拿出来,跪在床上转过身子,面向东南“叭啦”、“叭啦”扣了两下。这时,张某站在床边沿,面朝西北对李某说:“让我看看。”李某说:“你先别动!”接着又扣了一下扳机,枪响了,张某头部中弹,当即死亡。李某看张某被打死,跑到商店买了十包老鼠药服毒自杀,被焦某发现,送至医院,经抢救脱离危险。

在法院审理此案过程中,被告人李某的父母和其辩护人刘律师认为,李某为不满16周岁的未成年人,对于杀死张某不具有主观故意,因而主张不承担刑事责任。被害人张某的父母和其诉讼代理人王律师认为,在本案中李某用枪打死张某,具有主观故意,而已年满14周岁,因此,必须承担刑事责任。

【问题】

(1)李某用枪打死张某的行为在主观上是否具有犯罪故意?

(2)依照我国刑法规定,李某是否应承担刑事责任?

【分析】正确处理本案,必须弄清以下两个方面的法律问题:一是李某是否已经达到了负刑事责任的年龄;二是李某用枪打死张某的行为是否构成了故意犯罪。

刑事责任年龄,是指法律所规定的行为人对自已实施的犯罪行为负刑事责任所必须达到的年龄。按照刑法第17条规定,刑事责任年龄可划分为三个年龄阶段:①已满16周岁的人犯罪,应当负刑事责任,为完全负刑事责任年龄,即已满16周岁的人对自己所实施刑法禁止的任

何危害行为都应当负刑事责任。②已满14周岁不满16周岁的人,为相对刑事责任年龄。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。③不满14周岁的人尚处于年幼时期为完全不负刑事责任年龄,不管实施何种危害社会的行为,概不追究刑事责任。被告人李某年龄为15岁,为相对刑事责任年龄。因此,在本案中只有当其犯故意杀人罪时,才应当负刑事责任。

根据刑法第14条规定,所谓犯罪故意,是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果发生的一种主观心理态度。在刑法理论上把犯罪故意区分为直接故意和间接故意两种类型。所谓直接故意,是指行为人明知自己的行为必然或者可能发生危害社会的结果,并且希望这种结果发生的心理态度。所谓间接故意,是指行为人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。从本案来看,被告李某主观上不存在追求张某死亡或者明知张某可能被打死而放任这一结果发生的故意,而实际上,恰恰相反,张某的死亡,是严重违背了被告人李某的主观愿望,对打死张某的行为,其主观上既不具有直接故意,也不具有间接故意。因而,不构成故意杀人罪。根据刑法第17条第2款的规定,李某不负刑事责任。根据该条第4款规定,责令李某的父母加以管教;在必要的时候,也可以由政府收容教养。

案例4. 犯罪的间接故意与过于自信的过失的区别及认定

【案情】被告人袁某,男,30岁,原系某矿务局焦化总厂副业农场下属的畜牧场的电工。1998年3月29日晚19时许,因畜牧场急需用电抽水,袁某便来到副业场通往畜牧场的6000伏高压线路电闸处。袁某发现电闸已被分开,却没有看到“有人作业,禁止合闸”的警告牌。按规定若有人作业,该警告牌应挂在电闸的鸭嘴上,但此时警告牌掉落在电闸高压线杆底下的草丛中,袁某没有发现。袁某误认为此时已无人作业,并认为天色已晚,即使有人作业这时也该干完活了。以前副业场电工弄完电后也曾没人合闸,畜牧场要用电,也都是自己去合闸。于是,袁某找来铝线接通线路把电闸合上,致使正在高压线上作业的刘某和林某触电死亡。

本案在审查起诉和审判过程中,对被告人袁某的行为如何定性,有两种意见:一种意见认为,袁某来到6000伏的高压线路电闸处,发现电闸已被人分开,明知此时合闸可能造成他人死亡的严重后果。但是,袁某没有查明情况,采取有效措施,而是抱着侥幸心理,关闭电闸,放任这种危害结果的发生,以致造成两人触电死亡的结果。可见,被告人的行为构成故意(间接故意)杀人罪。另一种意见认为,本案被告人袁某作为一名电工当看到电闸已被分开时,已经预见到6000伏高压电线如果被接通,可能造成他人死亡的结果,但其轻信能够避免,以致发生了这种严重后果,因此被告人的行为属于过于自信的过失犯罪,构成过失杀人罪。

【问题】

被告人袁某的行为造成2人死亡的严重后果,其主观上是出于间接故意还是过于自信的过失?

【分析】本案所涉及的关键法律问题是间接故意与过于自信的过失的区别及其认定。

根据我国刑法规定,刑法理论上把犯罪故意区分为直接故意与间接故意两种类型;把犯罪的过失区分为过于自信的过失与疏忽大意的过失两种类型。所谓间接故意,是指行为人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。所谓过于自信的过失,是指行为人预见到自己的行为可能发生危害社会的结果,但轻信能够避免,以致发生这种结果的心理态度。从上述两个定义可以看出,犯罪的过于自信的过失心理与间接故意的心理在认识上都预见到行为可能发生危害社会的结果,在意志因素上都不是希望危害结果的发

生,因而二者容易混淆。但是,它们是性质截然不同的。深入分析,可知过于自信的过失与间接故意在认识因素和意志因素上都有着重要的区别:

①二者虽然都是预见到行为发生危害结果的可能性,但它们对这种可能性是否会转化为现实性即实际上发生危害结果的主观估计是不同的。间接故意的心理对可能性转化为现实性并未发生错误的认识和估计,行为人的主观认识与客观结果之间是一致的。而过于自信的过失心理则不同,具有这种心理者虽然也预见到危害结果发生的可能性,但在主观上认为,由于他的自身能力、技术、经验和某些外部条件,他实施行为时,认为危害结果发生的可能性不会转化为现实性,即他对可能性转化为现实性的客观事实发生了错误认识,在危害结果发生的情况下,其主观认识与客观结果是不一致的。

②过于自信的过失与间接故意虽然都不希望危害结果的发生,但深入考察,二者对危害结果的态度仍是不同的。间接故意的行为人虽不希望结果发生,但也并不反对和排斥危害结果的发生,对危害结果的发生,是听之任之,有意放任。过于自信过失的行为人不仅不希望危害结果的发生,同时也不放任危害结果的发生,即排斥、反对危害结果的发生。在预见到自己的行为可能发生危害结果的情况下,行为人仍然相信能够避免危害结果的发生并因而实施该种行为,他必然是凭借了一定的能够避免危害结果发生的因素,如行为人自身能力方面的技术、经验、知识、体力等因素,他人的行为预防措施,以及客观条件或自然力方面的有利因素等。

结合以上两点尤其是认真考察行为人对危害结果的不同态度,就能够把过于自信的过失与间接故意正确区别开来。在本案中,被告人作为一名电工当看到电闸已被分开时,已经预见到6000伏高压电线如果被接通,可能造人他人死亡的后果。虽对这一后果已经有所预见,但是由于基于以往经验,误认为此时已不会有人作业,便将线路接通,结果造成了两人死亡的严重后果。对于这一后果的发生,被告人在意志因素上既不希望也未放任,而是出于过于自信,因而构成了过失杀人罪。

案例5. 直接故意与疏忽大意过失的区别及认定

【案情】詹某,男,26岁,某单位司机。詹某因住房问题与其兄嫂产生矛盾,1997年11月20日携带一个装有约4公升汽油的白色塑料桶到其兄家中,其嫂陈某及侄子詹晓(8个月)正在家中,詹遂逼其嫂立即搬走,遭到了陈某的拒绝。对此,詹某非常生气,就将手中提着的汽油桶往地上猛摔,之后,拔脚而回。此时,流出桶外的汽油滴到了里屋门口,汽油与里屋门口内的火炉相遇后,立即着火,火势迅速蔓延。陈某见状,遂赶紧转身到里屋抢救孩子,并在屋里喊“救孩子”。已迈出房门的詹某闻声回头,见此情景跑到里屋窗口打开窗子,接过陈某递来的孩子,然后翻身进屋将陈某托出。在这一火灾中,詹某兄嫂的房屋及所有的全部家具被烧毁。詹晓因重度烧伤休克,呼吸循环衰竭,经医院抢救无效死亡,陈某经诊断为“烧伤40%,三度烧伤17%、二度烧伤11%,浅二度烧伤12%”。经法医鉴定,陈某的伤势为重伤。詹某本人也被大火烧伤。案发后,詹某向司法机关投案自首,并于1997年12月12日被捕。

在起诉和法院审理过程中对詹某的定罪,存在以下两种意见:一种认为此案应定为失火罪。其理由是:由于被告人一直辩称自己与其兄、嫂无深仇大恨,以前也很和睦,不致由房屋矛盾放火烧家,当时不知里屋的炉子已经生火,只是因为生气往地上摔汽油桶,对于着火始料不及,至于造成伤亡事故更是没有想到,也是不愿有此结果发生的。故认为被告人对于起火所抱的主观心理是应当预见而由于疏忽大意而未能预见,属于过失犯罪应定失火罪。第二种意见认为,此案是直接故意犯罪,应定放火罪。其理由是:当时已是11月下旬,被告人不可能意识不到火炉已升起;其携带汽油桶去其兄、嫂家,可见被告有放火的犯罪准备;汽油系易挥发易燃

品,遇火即燃,被告身为司机对此不可能不知。因此认为被告人实施犯罪行为的主观心理是希望火烧起来,以吓唬其嫂,使其搬家。但对实际结果估计不足,故应定为放火罪。

〔问题〕

本案中被告人詹某的行为应定为放火罪还是失火罪?

〔分析〕本案所涉及的关键问题是对被告人詹某犯罪主观方面为故意还是过失的认定。

根据我国刑法的有关规定,放火罪是指故意放火焚毁公私财物,严重危害公共安全的行为。其构成要件为:①在客观方面表现为实施了危害公共安全的放火行为。所谓放火,是指引起公私财物燃烧,制造火灾的行为。放火即可能以作为方式实行,也可能以不作为方式实行。但是,以不作为方式实行放火罪,行为人必须负有防止火灾发生的义务。②主观上出自故意,即行为人明知自己的放火行为会危及公共安全,并且希望或者放任这种结果发生。③侵犯的对象是公私财物,放火烧毁自己或家庭所有的房屋或其他财物,足以引起火灾,危及公共安全,而且行为人明知自己的行为可能造成危害公共安全结果的,应以放火罪论处。但是,如果以烧毁自己的房屋或其他财物为目的,确实不足以危害公共安全的,则不构成放火罪。

失火罪,是指由于行为人的过失而引起火灾,造成严重后果,危害公共安全的行为。其主要特征为:①行为人由于过失引起火灾,并且已造成严重后果的行为,才构成犯罪;仅有失火行为,但没有产生危害后果,或者危害后果不严重的,则不构成失火罪。所谓严重后果,是指致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失。②在主观上出自过失。过失是行为人对危害后果的心理状态而言的,它包括两种情况:对危害结果的发生应当预见因为疏忽大意而没有预见即疏忽大意的过失;或者对危害结果已经预见而轻信能够避免即过于自信的过失。

从上述分析可以看出,认定本案中被告人詹某行为是失火罪还是放火罪,其关键问题是对詹某犯罪主观方面的认定。在本案中,詹某是生气的情况下将汽油桶摔到地上、而溢出的汽油与火炉相遇引发火的,且其事先并不知道其兄嫂在里屋已生火,而不是其在知炉子生火的情况下直接将油桶扔到炉火上或故意倾倒汽油使之与炉火相遇的。在主观方面没有希望火灾发生的心理状态,即不具有直接故意。对于汽油这种易挥发和易燃烧品,作为汽车司机的詹某应当预见到当其将汽油桶摔到地上后很容易引起火灾的可能性,但是由于其在感情用事、生气时疏忽大意而未能预见,构成了疏忽大意的过失犯罪。在火灾发生后,詹某立即投入了抢救其侄子和陈某的工作,也充分说明其主观上也不具有希望或者放任危害结果发生的犯罪故意。综上所述,应当认定詹某在犯罪主观方面具有疏忽大意的过失,其行为构成了失火罪。

案例 6. 意外事件的特征及其认定

〔案情〕被告人董某,男,17岁,某县人民银行干部。某日下午3时许,董某与孟某、严某等人在山沟打猎。返回的途中,孟发现崖下有一只斑鸠,即将一枚子弹装入小口径步枪的枪膛内,然后把枪交给董去打斑鸠。董持枪下崖寻猎已不见斑鸠,便返回崖坎下。因崖陡坡滑,不易攀登,孟让董把枪管递上来,便俯身趴在崖上双手抓住枪管向上拉董。董左手抓住枪托,右手扶崖坎往上爬,因脚下一滑,董的左手触动枪的板机,枪响走火,子弹击中孟的肝区部位。虽经抢救,但因出血过多,孟于当天5时许死亡。

一审法院审理认为,董某明知枪膛内装有子弹,应当预见到自己的行为会造成严重后果,但他疏忽大意而没有预见,以致枪走火将孟击中死亡,已构成过失杀人罪,应当追究其刑事责任。但董犯罪时年龄不满18周岁,应当从轻处罚。依照刑法第233条和第17条第3款之规定,判处董某有期徒刑3年。宣判后,董某不服,以判决定性不当为由提出上诉。二审法院认为,孟某中弹死亡系董在突然滑倒时董的左手触动枪的板机走火所致,不是出于故意或者过

失,而是由于意志以外的原因即意外事件引起的,故不能认为是犯罪,遂撤销一审判决,改判董某无罪。

〔问题〕

二审认定孟某死亡是意外事件所致,是否正确?

〔分析〕按照刑法第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,而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的,不认为是犯罪。这种情况就是刑法理论中所说的意外事件。在本案中认定董某的行为是否属于意外事件,必须从以下方面进行考察:

(1)董某的行为是否是由于“不可抗力”引起的。根据刑法第16条的规定,不可抗力是指行为虽然在客观上造成了损害结果,但不是出于故意或者过失,而是由于不能抗拒的原因所引起的情形。如山崩、风暴、洪水、地震等自然灾害的袭击,不法侵害、被害人的过错等,大体上可分为自然灾害和来自他人的行为。在不可抗力的情形下即使行为人要避免危害结果的发生,但受客观环境和个人能力等条件限制,仍不能排除和阻止,以致于不得不造成了损害结果。就本案来看,董某滑倒是由于攀登技术不高、能力不强或不小心所致,绝非不可抗拒的自然力量和他人的行为所致,显然不存在不可抗力的情形。

(2)董某的行为是否是由于“不能预见的原因”引起的。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未预见到,而且根据其实际认识能力和当时的具体条件,他也根本不可能预见。这种由于“不能预见的原因”所致的意外事件和疏忽大意的过失有相似之处,二者都是行为人对危害结果的发生没预见,并因此而发生了这种结果。但是,它们更有着原则的区别:根据行为人的实际认识能力和当时的情况,意外事件是行为人对损害结果的发生不可能预见,不应当预见而没有预见;疏忽大意的过失则是行为人对行为发生危害结果的可能性能够预见、应当预见,只是由于其疏忽大意的心理而导致了未能实际预见。因此,根据行为人的实际认识能力和当时的情况,结合法律、职业等的要求来认真考察其没有预见的原因,对于区分意外事件与疏忽大意的犯罪至关重要,这是罪与非罪的原则区分。在本案中,被告人董某年满17周岁,系银行干部,并无鉴定结论表明其精神不正常,对于子弹已上膛且枪口对着人具有危险性这一常识,无论按董某的智力能力,抑或一般社会生活经验,是应当预见的,但由于疏忽大意而没有预见。

从上述两个方面分析,董某的行为对于造成孟某的死亡结果,既不属于“不可抗力”的因素又非属于“不能预见的原因”所致,而是由于主观上疏忽大意没有预见,客观上不小心滑倒导致枪走火而引起的,因此孟某的死亡不属于意外事件所致。根据刑法第233条和第15条的规定,董某的行为应定为过失杀人罪。鉴于被告人不满18周岁,应当按照刑法第233条的规定和第17条第3款的规定追究刑事责任。

案例7. 正当防卫的特征及其认定

〔案情〕1997年10月2日下午3时许,被告人陈某(男,29岁)替其妻杨某在A市区新星市场卖布头。刚饮过酒的被害人李某走过来指着一块布头要陈某拿给他,陈某问明情况后告诉李某说布头小,不够做衬衣的料,但还是将布头拿给了李某。李某接过布头简单看了一下,即扔到陈某的脸上,陈某拿过布头也抽了李某的面部一下,双方发生口角,经他人劝开。陈某为避免事态扩大,急忙收拾部分布头离开市场。陈某离开市场不久,李某带着一个纹身的男青年返回原地。纹身青年过来就抢拿陈某摊位旁边刘某摊位的布头,刘说“这布头是我的。”在他人的劝说下,纹身男青年才将布头放下,然后离去。李某仍留在市场未走。

当日下午5时许,陈某返回市场收拾余下的布头时,被等候多时的李某发现。李某即追上去用拳头击打陈某的面部,将陈某的近视眼镜打落在地,眼镜碎片划破了陈某的眼皮,但陈某没有还手。接着李某又用右臂夹住陈某的颈部,继续殴打陈某。由于李某的身体强壮高大,陈某身体瘦小,挣脱不开。陈某为逃脱挨打,情急之下掏出随身携带的水果刀朝李某乱捅。先将李某的右手臂捅伤,但李某仍未停止对陈某的殴打,后又将李某的左腹部捅伤,李某才将陈某放开,陈某也没有再捅。在市场管理人员赶到后,陈某将水果刀交给管理人员,次日向公安机关投案自首。李某的腹部伤,经法医鉴定为重伤。

A市B区人民检察院以被告人陈某犯故意伤害罪,向A市B区人民法院提起公诉。被害人李某也提起附带民事诉讼,要求陈某赔偿其医疗费等经济损失。被告人陈某则以其行为属于正当防卫为理由提出上诉。

〔问题〕

(1)被告人陈某的行为是否构成故意伤害罪?

(2)被告人陈某以正当防卫为理由进行抗辩能否成立?

〔分析〕根据《刑法》第234条的规定,故意伤害罪是指故意非法损害他人身体健康的行为。故意伤害罪的基本特征是:①其侵害的客体是他人的身体健康,即人体组织的完整以及人体器官正常功能。②在客观方面表现为行为人实施了非法损害他人身体健康的行为,即对他人身体组织的完整性和人体器官正常功能进行破坏的行为。③该罪的犯罪主体是一般主体。④该罪在主观方面只能是故意,包括直接故意和间接故意两种。就本案而言,被告人陈某在客观方面造成了李某重伤,主观上也存在着伤害的故意,从表面上看已构成故意伤害罪,但从实质上看,其行为是否构成正当防卫呢?

根据我国《刑法》第20条的规定,正当防卫,是指为了使公共利益、本人或者他人的人身和其他权利免受正在进行的不法侵害,对实施不法侵害的人所采取的必要的防卫行为。正当防卫必须具备如下条件:①必须有危害社会的不法侵害行为的发生;②不法侵害行为必须是正在进行的;③防卫行为必须是为了使合法利益免受不法侵害而实施的;④防卫行为必须针对不法侵害者本人实施;⑤防卫行为不能超过必要限度;⑥对于正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪,所采取的防卫行为,都属于正当防卫。

本案中被告人陈某在遭到李某的不法挑衅时,为了避免事态的扩大,采取了克制和躲避的态度。为了防止李某对自己的人身安全侵害的进一步扩大,陈某采取了防卫行为。陈某在制止了不法侵害后,没有继续捅刺李某,而是主动投案自首。可见陈某捅伤李某的行为属于正当防卫,而且其防卫行为没有超过必要限度,不应负刑事责任,而应宣告无罪。

案例8. 犯罪中止与犯罪未遂的特征及认定

〔案情〕1998年3月16日下午,被告人姜某(男,19岁)与杨某(已判刑)一起,窜至某纺织厂女工龚某(20岁)的宿舍,以要龚某陪他们去吃饭为名,强行将龚某拉出房外。龚某说要去上班,杨某即用双手掐住龚某的脖子,威胁说:“不走就掐死你。”姜某劝杨某不要掐她的脖子。随后,杨某、姜某2人把龚某挟持到其朋友张某(已判刑)家。当场,杨某、张某和姜某3人预谋强奸时,陈某(已判刑)赶到。杨某、张某相继将龚某强奸,接着姜某不顾龚某哭泣,趴到她身上欲行强奸,因饮酒过多而未能得逞。陈某又过去将龚某强奸。轮奸后,陈某、姜某先后离去,杨某未让龚走,当晚张某再次将龚某强奸,次日早晨才将龚某放走。龚某回到宿舍后,姜某主动找龚某要同她谈恋爱,并劝她不要去告发。姜某、龚某2人谈恋爱1个多月后,龚某发现姜某已有对象,便与姜某断绝往来。案发后,姜某的认罪态度较好。