

sino *l*aws®
中 法 网

2005 中法网学校司法考试辅导系列

中法网司法考试 案例答题方式与解析

课 堂 笔 记®

中法网学校司法考试课题研究组 编

www.1488.com



九州出版社
JIUZHOU PRESS

中法网司法考试 案例答题方式与解析 课堂笔记

中法网学校司考课题调研组 编

九州出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中法网司法考试案例答题方式与解析课堂笔记/中法网学校司法考试课题研究组编. —北京:九州出版社, 2004. 5
ISBN 7-80195-080-1

I. 中... II. 中... III. 案例—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料 IV. D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 035517 号

中法网司法考试案例答题方式与解析课堂笔记

作 者 / 中法网学校司法考试课题研究组 编 责任编辑 / 程军

出 版 / 九州出版社

出 版 人 / 徐尚定

地 址 / 北京市西城区阜外大街甲 35 号

邮政编码 / 100037

邮购热线 / (010) 68992190

电 话 / (010) 68992192/3/5/6

电子邮箱 / jiuzhoupress@vip.sina.com

印 刷 / 北京市梦宇印务有限公司

开 本 / 787 × 960 毫米 1/16 开

印 张 / 25.5

字 数 / 470 千字

版 次 / 2004 年 5 月第 1 版

印 次 / 2005 年 1 月第 2 次印刷

书 号 / ISBN 7-80195-080-1/D · 114

定 价 / 50.00 元

序

2004《中法网案例答题方式与解析课堂笔记》涵盖了2004司法考试试卷65%以上的知识点。同时本书与2004考题的直接对应率达到了20%，如：试卷四第一题第1小题对应本书第162页案例二十八第3小题；试卷四第二题第2小题对应第200页案例三十一；试卷四第二题第3小题对应第181页案例十六第4小题；试卷四第二题第4小题对应第181页案例十六第3小题……

中法网学校再一次用实效回报了考生的支持与厚爱！正如2003年河北省司考状元（290分）、2004年426分高分得主郭振海对《中法网课堂笔记》的评价：“这是一套值得信赖的好书！”

《案例课堂笔记》作为中法网学校5+1培训方式中间环节，将配合考生达到以下学习效果：

通过详细地讲解，帮助考生理清答题脉络，培养正确的做题方法，养成分析案例的正确思路，将考点举一反三，使考生从容应对司考变化。这是中法网司法考试教育家们积十年培训之经验，精心挑选的几百个典型案例。

为了更好的帮助考生备战2005年司法考试，中法网学校现推出2005《中法网案例答题方式与解析课堂笔记》。

为了更贴进考生需求，本书在原版的基础上，进行了如下改进：

一、根据司考卷四的变化，对收录的案例进行更新，反映司法考试新的发展趋势。

二、按2004年“刑法案例”编写特点，2005版每个案例前均明确提示案由，点明考点，便于查找。

三、根据司考分值和题型的新方向，增加了论述题。

四、详细讲述解题思路，帮助考生抓牢司考重头戏。

中法网学校诚心祝愿全国考生努力进取，获得成功。

备考路上，中法网学校与您同行！

编 者

目 录

序	编者
刑法篇	(1)
刑事诉讼法篇	(73)
民法篇	(128)
合同法篇	(171)
民事诉讼法和仲裁法篇	(218)
国际经济法篇	(279)
国际私法篇	(293)
经济法篇	(305)
商法篇	(322)
行政法和行政诉讼法篇	(354)
论述篇	(393)

刑法篇

刑法

【导读】

一、犯罪的基本类型：刑法中规定的具体犯罪种类是很多的，据统计我国刑法中罪名多达四百余个。那么应该如何掌握这些犯罪的法律特征、法律效果和实务中的尺度呢？重点在于掌握基本常见的犯罪类型。刑法上的犯罪，多种多样，但是总不外是对“人和财”的侵犯。古代约法三章：“杀人者死，伤人及盗抵罪”，也算是一部治国平天下法典。从这样简约的法典中可以看出，最基本的犯罪类型无非是侵犯人身权利的犯罪和侵犯财产的犯罪。所以，本教程首先从这两类犯罪开始、并围绕着这两类犯罪，以及派生的犯罪种类和犯罪与刑罚的共同问题。这两类犯罪是最“古老”的犯罪，因此，许多刑法的原理、制度都往往是依托这两类案件的处理形成、发展的，了解它们，可以丰富对刑法基本原理的掌握。这两类犯罪，也是最常见犯罪，大约占了整个法院受理刑事案件的90%以上。其中，盗窃、伤害、抢劫、诈骗、杀人这五种犯罪，大约就占整个刑事案件的80%以上。所以，司法实践在处理这些案件中积累了丰富的经验，重点掌握这些犯罪案件的有关实务问题，是非常有效率的。

二、案例解答的基本思路：与刑法学课程设置的由一般到特殊的讲解顺序相反，案例解答采取从“特殊到一般”的讲解方式。这里所谓一般，是指总则的内容；这里所说的特殊，是指分则的内容。采取这种方式主要是考虑：

1. 刑法实务主要是各罪的认定与处罚问题，因此自然应当以各罪的认定与处罚为中心。

2. 由特殊到一般的讲解方式，或许更符合人的认知规律。通过个案的讲解，推及犯罪与刑罚的基本原理、制度，有利于深入、牢固地掌握。当然，这种方式是以学生已经具备基本的刑法知识为前提的。但在个案的讲解上，则采取由“一般到特殊”的方式。这里所谓一般，是指犯罪的常见基本类型；所谓特殊，是指有基本类型派生的犯罪种类或者生活中罕见的犯罪种类。这样，不仅实用，而且有利于简明扼要地掌握刑法分则的内容。



第一单元 侵犯人身权利罪

故意杀人罪、过失致人死亡罪

案例一 甲某不作为杀人案（不作为原理）

留学生甲某（女，24岁）在M国与当地一男子同居生下一男（丙，1岁多）一女（丁，不到1个月）。在女婴才3个月大时，甲某即被男友抛弃，生活极其艰难，同时还面临非法居留问题。甲某为了与当地人结婚获得M国国籍，又结识新男友乙某。甲某为了获得乙某的欢心，经常将女婴留在家中，自己一人到乙某家中陪伴照顾乙某。某日，甲某在事先没有与任何人打招呼的情况下，把女婴单独留在家中，自己到乙某家里连续住了10天。其间，当乙某询问甲某谁照看孩子时，甲某骗乙某说，她雇了一个保姆照看孩子。后来，因房东闻到尸体臭味而案发。警察在甲某家中发现女婴的尸体，法医鉴定是严重脱水而昏迷致死。女婴的尸体被甲某用塑料布包裹扔到了一条河里。

【问题】

1. 犯罪故意能否认定？
2. 甲某是作为犯还是不作为犯？
3. 甲某的行为属于不纯正的（或不真正的）不作为犯还是纯正的不作为犯？
4. 不纯正不作为犯成立犯罪的一般要件是什么？
5. 如果M国刑法也处罚遗弃行为甲某的两个男友是否承担责任？
6. 对甲某用塑料布包裹女婴尸体并抛弃于河中的隐匿、毁灭证据的行为是否应当定罪处罚？

【答案】

1. 犯罪故意可以认定。甲某将女婴独自留在家中长达10天，又骗别人她已雇了保姆，致使女婴无人照料，因此可以认定犯罪故意。
2. 甲某是不作为犯。甲某并没有采取积极的行为去杀人。
3. 甲某的行为属于不纯正的不作为犯。杀人的犯罪行为可以是作为也可以是不作为。
4. 有三个要件：一有义务；二有能力；三不履行义务。
5. 甲某的第二个男友是不承担刑事责任的，他没有犯罪行为。她的第一任男友是有刑事责任的，构成遗弃罪。
6. 不单独定罪处罚。这种行为仍然属于杀人罪的范围之内。

【解析】

1. 《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第14条第1款规定,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,因而构成犯罪的,是故意犯罪。认定故意的有无应当从两个方面去看:其一是认知因素,即行为人认识到自己的行为会发生危害社会的结果;其二是意志因素,即希望或放任这种结果的发生。具体到案例中去分析,甲某作为一个成年人,应该认识到自己对孩子长达10天不喂养会导致孩子死亡,因此她具有犯罪故意的认知因素;她明知自己的行为会导致孩子死亡的结果,却放任这种结果的发生,最终酿成孩子死亡的惨剧,因此她具有故意犯罪的意志因素。所以甲某的行为足以认定犯罪故意。

2. 犯罪行为分为作为和不作为。作为,是指行为人以积极的身体活动实施刑法所禁止的危害行为。从表现形式上看,作为是积极的身体行为。不作为,是指行为人在能够履行自己应尽义务的情况下不履行该义务,从而导致一定的危害结果发生。从表现形式上看,不作为是消极的身体动作。题中某甲没有采取积极的行动去剥夺孩子的生命,而是采取不照顾孩子的消极行为从而导致孩子死亡,因此她的行为是不作为,她是不作为犯。

3. 不作为犯罪可以分为两类:一是纯正不作为犯或真正不作为犯,即刑法规定的只能由不作为构成的犯罪,如遗弃罪就只能由不作为构成;二是不纯正作为犯或不真正的作为犯,许多犯罪既可以由作为构成,也可能由不作为构成,如果行为人以不作为的形式实施这些犯罪,就构成不纯正的不作为犯。故意杀人罪既可以由作为构成,也可能由不作为构成,甲某以不作为的形式去实施杀人的行为,因此属于不纯正的不作为犯。

4. 不作为有三个构成要件:一是有义务,即行为人负有实施特定积极行为的法律义务;二要有能力,即行为人能够履行特定义务;三是不履行特定义务,造成或可能造成严重危害结果。

5. 甲某的第二个男友不承担刑事责任,因为他对两个孩子没有法定的抚养义务,所以不可能以不作为的方式犯遗弃罪,同时他没有参与甲某的犯罪行为,所以他不承担刑事责任。甲某的第一个男友构成遗弃罪,而遗弃罪量刑在5年以下,根据刑法第8条外国人在我国领域之外对中国公民犯罪,按刑法处刑在3年以上的,可以适用我国刑法。所以甲某的第一个男友应当承担刑事责任。

6. 行为人犯罪后对赃物、证物进行处理的行为,比如销售赃物、毁灭罪证等行为,不应定罪处罚,这叫事后不可罚的行为。行为人犯罪后掩盖罪行的行为,如杀人后销毁尸体、盗窃后销售赃物,都是从属于杀人和盗窃行为的事后行为,不能单独定罪。当然,行为人以外的其他人实施这类行为时则构成毁坏尸体、销售赃物等罪。



案例二 周某不作为杀人案

周某为讨新妻欢心，产生将前妻所生女儿（两岁）遗弃的念头，遂将女儿带到某市，将女儿弃于长途汽车站，半天后其女儿仍未被人领走，于是周某将其女领到郊区一条水沟边的斜坡上坐着，周某躲在旁边看，当看到其女起身行走摔倒，顺斜坡滚到沟内淹死后，周某方离去。

【问题】

1. 如果女儿被他人领走，周某行为具有什么性质？
2. 周某对其女儿之死应负何种罪责？

【答案】

1. 如果周某将女儿放在车站，被人领走的话，周某的行为是一种遗弃的行为，不构成遗弃罪。
2. 周某对其女儿之死应负故意杀人的罪责。

【解析】

1. 根据《刑法》第261条规定，遗弃行为需要情节恶劣才能构成遗弃罪。而情节恶劣一般是指被害人因遗弃而重伤、死亡或因走投无路而自杀等情形。而题中周某的女儿被人领走，情节还够不上犯罪的程度，所以他不构成遗弃罪。
2. 联系周某先前的行为，他明知将孩子可能掉进沟里淹死，仍然将孩子放在水沟边的斜坡上，说明他具有杀死孩子的犯罪故意；孩子掉进沟里，他视而不见，听任孩子被淹死，他以这种不作为的方式杀死了孩子。因此他构成故意杀人罪，是不纯正的不作为犯。

案例三 曹某故意杀人案（间接故意犯罪是否存在未遂形态）

被告人曹与熊原有恋爱关系。两人分手后熊到安徽省铜陵市。曹两次来铜陵市找熊，要求其回江西，熊不愿意。

曹携带被其锯短了枪管、子弹已上膛的单管猎枪及四发子弹第三次来到铜陵市，要求熊跟其回家，熊仍不肯。后熊约其朋友郑某等三人一起与曹见面，熊仍表示不愿随曹回江西。后来，在熊与郑某等人离开时，曹跟随其后，因阻拦熊等人上出租车不成，遂掏出猎枪威逼熊、郑某下车。郑某下车后乘曹不备，扑上抢夺曹的猎枪。曹急忙中对着郑某小腿内侧的地面扣动扳机，子弹打破了郑某的长裤，并在郑某的左膝内侧留下3mm×5mm表皮擦伤。

被告人曹被指控犯故意杀人罪（未遂），曹辩称，其没有想过要杀人，掏出枪只是为了吓唬郑某等人。曹的辩护人提出：公诉机关指控被告人曹犯故意杀人罪，定性不准，应定故意伤害罪。

【问题】

1. 本案中被告人有无杀人的直接故意或者伤害的直接故意?
2. 被告人的行为造成了什么结果?
3. 能否认定为故意杀人罪(未遂)?
4. 能否认定为故意伤害罪(未遂)?
5. 有没有涉嫌的其他罪名?

【答案】

1. 被告人既无杀人的直接故意, 也无伤害的直接故意。
2. 被告人的行为造成的结果很轻微: 只是擦破了一层皮, 未构成轻伤。
3. 不能认定为故意杀人罪(未遂)。间接故意的犯罪不存在未遂的问题。
4. 不能认定为故意伤害罪(未遂)。
5. 构成非法持有枪支、弹药罪。

【解析】

本案要点是没有造成法定结果的情况下能否成立间接故意犯罪。

1. 首先看行为的主观故意内容。本案行为人没有杀人的直接故意, 一方持枪, 对方夺枪, 因此这种情况下直接故意是看不出来; 而且本案中伤害的直接故意也不明显。

2. 问题三的原因在于: 在间接故意的场合, 如果没有发生事实上死亡的结果, 通常是不好定罪的。换句话说间接故意也具有和过失近似的一个特性, 这个特性也是以事实上发生危害结果为成立要件, 也就是说间接故意在无危害结果的情况下是不定罪的。只有在间接故意危害结果已成事实的情况下, 才考虑是否定罪。

3. 问题四从理论上讲不排除故意伤害罪可以有未遂。在我国未遂是普遍可罚的, 但实际上基本不能操作。因为法院受理伤害案件应该有伤情鉴定, 如果没有达到轻伤以上的结论的话, 法院是不会受理的。可见, 虽然从实体上不排除追究伤害未遂责任的可能性, 但是从程序上讲受到了很大的限制, 所以很少见到有伤害未遂的。

4. 在问题五中, 铜陵市某区法院认为被告人曹的行为构成非法持有枪支、弹药罪, 且情节严重。依法判决被告人曹犯非法持有枪支、弹药罪, 判处有期徒刑 5 年。根据《刑法》128 条的规定, 违反枪支管理规定, 非法持有枪支、弹药的, 处三年以下有期徒刑, 拘役或者管制; 情节严重的, 处三年以上七年以下有期徒刑。大家要注意这里不是牵连犯。

案例四 李某正当防卫案(排除犯罪性)

被告人李, 男, 五十四岁, 汉族, 某基建厂更夫。被告人李自 1979 年在基建厂当更夫以来, 忠于职守, 曾多次使来厂的小偷行窃未逞。1980 年春的一天夜间, 一个歹徒来厂盗窃, 被李发现, 在搏斗中李被打, 但保卫了国家财产, 李因此受到工厂



的表扬和物质奖励。此后李在打更时便带一把 25 厘米长的尖刀，以作防身之用。

1980 年 5 月 19 日晚 11 时许，李听见仓库内有拆板的声音，就立即赶到仓库，用手电筒一照，见仓库内有一人，李厉声发问：“谁？”盗窃分子不答，李即放下手电筒，换拿尖刀（因李左手残废，只能用右手拿物），走进木板仓库内，黑暗中隐约见盗窃分子迎面走来，李即退出至门口守住，盗窃分子见状便朝李的脸部猛击一拳，李随即一刀将窃贼刺倒。李边喊边跑，许多工人闻讯赶到现场，发现盗窃分子被刺死，李即到公安局报案。一审法院以故意伤害罪（致死）判处被告李有期徒刑 5 年，李不服，上诉。二审法院以防卫过当致人死亡罪改判李有期徒刑 3 年，缓刑 4 年。李仍不服，申诉。省高级法院依审判监督程序审理此案，确认李伤人致死是正当防卫，撤销原判，宣告被告人李无罪。

【问题】李某的行为是否应当是正当防卫？

【答案】李某的行为应当是正当防卫。李某是出于防卫的目的，并在盗窃分子对其施暴的时候采取的防卫手段，并没有超出必要限制，应属正当防卫。

【解析】根据《刑法》第 20 条的规定，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的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。对正在进行行凶、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，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。自从 1982 年严厉打击刑事犯罪行为之后，法院的判决日益重视对防卫人的保护。1997 年的刑法典对 1979 年的刑法典有关正当防卫的修订，更表现出保护防卫人的意图。

这个案件反映出两种观念，当初判他过当可以说是根据过去的一般习惯，后来改为不过当，显然是根据从对防卫人有利的情况下来考虑的。一、二审都认为是过当，最后再审认为是不过当，说明正当防卫和防卫过当是“仁者见仁，智者见智”，只能说有一个一般的尺度。但是在具体案件上往往是会有分歧的，对这样的问题不可深究和计较，是一个人对一件事的看法问题，而不是知识问题。

案例五 张某、崔某互殴案（正当防卫与故意伤害的区别）

张某在本单位休息室里，因琐事和同事崔某发生口角并互殴。互殴中，张某用拳击打崔某，致使崔某鼻骨粉碎性骨折（经鉴定为轻伤）。崔某则用扫帚还击，致使张某左手小手指受伤（经鉴定为轻微伤）。现二人都向公安机关投案，在法院审理期间。

【问题】

1. 张某的行为是否构成正当防卫？崔某的行为是否构成正当防卫？
2. 如果法院受理此案的话，谁是被告人，张某还是崔某，或者两人都是被告人？
3. 如果后来张某很后悔，赔偿了崔某经济损失 2000 元，对张某能否适用缓刑？

【答案】

1. 张某的行为不构成正当防卫；崔某的行为也不构成正当防卫。
2. 张某是被告人。
3. 能适用缓刑。

【解析】该案涉及到正当防卫和故意伤害的区别以及适用缓刑的条件的问题。

1. 对于互相殴打的情形，一般都不能认定为正当防卫，因为双方都有加害对方的意思，不符合正当防卫保护自己免受不法侵害的本意。所以，张某肯定不是正当防卫。那么崔某是正当防卫吗？也不是。虽然崔某是在还击的过程中用扫帚致使张某受伤，表面看起来有防卫的意思，但是考虑到这一行为发生在二人互相殴打的过程中，也不符合正当防卫的本意。所以二人都不构成正当防卫。

2. 故意伤害必须达到轻伤的程度时才构成故意伤害罪，法院关于伤害罪的立案标准也是鉴定为轻伤以上，所以张某构成故意伤害罪，应该是本案的被告人，崔某不构成故意伤害罪，不是本案的被告人。

3. 《刑法》第 234 条规定，故意伤害他人身体的，处三年以下有期徒刑、拘役或管制。第 72 条规定，对于判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现，适用缓刑确实不致再危害社会的，可以宣告缓刑。题中张某的行为可能被判处三年以下有期徒刑、拘役，并且他悔罪情节比较好，可以适用缓刑。实践中法院对于平时表现不坏，因一时的争吵打架斗殴导致别人轻伤的，可以适用缓刑。

案例六 许某防卫过当故意伤害致人死亡案

被告人许（女，44 岁）因为未完全支付分摊的安葬婆婆的费用，引起小叔子明不满，明多次对许指责。1999 年 1 月 3 日下午，两人再次为此事发生争吵，许将明的眼睛打伤。下午 6 时许，明手持铁锹闯入许家中厨房，见许在厨房烧饭，举锹朝许打去。许用手抵挡，被致伤右前臂、右手背、右三角肌处及右锁骨处。许即从小门躲入厅堂，明从厨房门退出，从厅堂大门进入厅堂，继续追打许。许则抓起一竹扫帚抵挡，并打中明的脸部，致明脸上受伤。明即放下铁锹，上前抢许的扫把。许丢下扫把，捡起铁锹，朝明头部连击数下，致明昏倒在地，后被家人扶回家中，并叫来乡村医生前来治疗，次日凌晨明死亡。

许被指控犯故意伤害罪。辩护人认为，被告人许的行为属正当防卫。南康市人民法院经审理认为，被害人明持铁锹闯入许的厨房中殴打许，此属不法侵害；许躲入厅中抓起扫把捅中明脸部，明上前抢扫把而丢弃铁锹，此时不法侵害仍在继续；被告人许捡起铁锹，击打被害人明头部数下，属防卫行为，但因其防卫已超过必要限度，致被害人死亡，属防卫过当，构成故意伤害罪。据此判决被告人许犯故意伤害罪，判处有期徒刑五年。



【问题】许是否构成防卫过当？

如果是防卫过当，应构成何罪？

【答案】依据《刑法》第20条，许某在防卫过程中，用铁锹击打被害人头部数下，已属于防卫过当，应构成过失致人死亡罪。

【解析】本案焦点是正当防卫与防卫过当问题。《刑法》第20条规定，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的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。这个问题表面上看起来好像是小叔子明的不对，事实上是许某下的是狠手。第二个问题是防卫过当的问题。防卫过当不是罪名，要看防卫过当的形式是什么？原则上是过失犯罪，但实际上不排除故意，因此致人死亡的就定过失致人死亡罪，致人重伤的就定致人重伤罪。不排除故意是指，如果行为人出于间接故意，则成立故意伤害罪或故意杀人罪。这个案件定的是故意伤害罪（致人死亡），这是司法实践的一般尺度，这个案件涉及到对故意的不同考虑，作为审判员来看，甲拿着东西打不法侵害人，这就是故意的，这种情况下导致伤害的结果自然是故意的，按照学者的观点，防卫人确实是故意防卫，但这是实施合法防卫的故意，不能说成犯罪的故意，因此是故意防卫导致不应有的结果这才是过当的部分，对过当的部分应该说是过失的。按理论来说过失致人死亡。

案例七 甲某故意杀人案（共同犯罪中部分共犯中止的认定和处理）

甲某提议让乙某帮助杀死其养父丙某，并允诺事成后给一万元好处。期间甲乙二人多次预谋，甲某还带乙某到丙某家窥伺作案地点，辨认丙某。某日甲某与乙某电话联系，称当日下手机会最好，让乙某以找丙某买三轮车为由进入丙家，将丙某掐死。乙某按甲某授意，到丙某家，假意闲谈购买三轮车，伺机作案，后因不忍下手而离去。几天后，乙某因盗窃汽车案被审查期间，供述了上述的事实。

【问题】

1. 甲某、乙某有无杀人的实行行为？
2. 乙某是否犯甲某所教唆的罪，处在犯罪过程的那一个阶段？
3. 乙某是否构成故意杀人罪？
4. 属于什么形态？应当如何处罚？
5. 甲某是教唆犯，是预备犯、未遂犯、还是中止犯？
6. 乙某成不成立自首？

【答案】

1. 甲某、乙某没有实行行为，仍然处于预备状态。
2. 乙某犯甲某所教唆的罪，处于犯罪预备阶段。

3. 乙某构成故意杀人罪。
4. 本案是预备过程的中止犯，通常不造成损害，应当免除处罚。
5. 甲某是教唆犯，属于未遂犯
6. 乙某属于特种自首。

【解析】

1. 本案这种情况下还是算犯罪预备，没有着手实行的犯罪行为，甲、乙虽已接近被害人，但还处于预备的过程中。实行行为的判断最本质的标准是使法律保护的利益也就是客体受到直接的现实的威胁，或者说可能引起客体的损坏。作为杀人罪来说就是受保护人的生命受到侵害，因此着手的本质是能够结束他人生命，或者对他人人身直接有侵害的，这才算着手。本案中乙某对丙还没有加害，即没有着手，没有实行行为，这样理解是较合理的。

2. 本案涉及到对被教唆人没有犯被教唆罪的理解。如果认为被教唆罪仅仅是指着手的实行犯，也就是说仅含着手实行的行为，那么本案乙某没有犯被教唆罪，甲某就属于未遂教唆犯，这是一种比较狭义的理解；如果从广义上来理解，被教唆罪还包括预备行为，那么本案中就可认为被教唆人犯了被教唆罪，这种情况包括两种情况：一种是被教唆人拒绝的，这种叫做失败的教唆，另外一种可能性是教唆他人犯罪，他人接受的教唆，但是没有任何行为，包括预备行为，仅仅是一种承诺，这种情况学术界存在一些分歧。在我国，帮助和教唆的形态是跟着实行犯的，也就是说如果实行犯既遂的，即被教唆人、被帮助人犯罪既遂的，叫做教唆既遂或帮助既遂，这个不是教唆或帮助本身的成功而是犯罪的成功；如果是被教唆人犯罪未遂的（如杀人未遂的），这种情况之下叫教唆未遂。同理，帮助犯就是帮助未遂，也按未遂罪处理。在我国教唆他人犯罪的，而他人未犯罪的，可以对教唆犯从轻或者减轻处罚。这里有一个问题即教唆他人犯罪，被教唆人有一定准备，应该说教唆有一定进展，结果是预备犯，可以比照既遂犯从轻、减轻、免除处罚；相反如果教唆他人犯罪被他人当场拒绝，成功程度很低，失败的教唆，结果是可以从轻、减轻处罚，没有免除问题，责任比前种情形重一点，有点不合理。很多学者认为在实行犯在被教唆人既遂未遂的情况下，应该说教唆犯、帮助犯跟着他没有问题。按道理讲我们说的实行犯罪、着手犯罪，这里的犯罪应该指的是执行犯罪，不应该包括预备犯，这样比较合理。因为我们还是以基本的犯罪为基准，而预备犯是修订的犯罪构成。

3. 本案乙某虽然没有杀人的实行行为，但是有接受了教唆，有预备的行为，应该说主观上有杀人的故意，客观上有杀人的预备行为，构成故意杀人罪。

4. 本案乙某在预备的过程中，而且是自动放弃犯罪的，属于中止犯。《刑法》第24条规定，在犯罪过程中，自动放弃犯罪或者自动有效的防止犯罪结果发生的，是犯罪中止。对于中止犯，没有造成损害的，应当免除处罚；造成损害的，应当减轻处



中法网司法考试案例答题方式与解析课堂笔记

罚。特别提醒大家，在预备过程中也可以发生中止犯，换句话说在预备过程中停顿下来的犯罪，没有着手的犯罪，未必都是预备犯，也可能是中止犯。是中止还是预备的认定，取决于是否自动放弃，还是意志以外的阻碍而被迫停止。法律规定对中止犯，没有造成损害的应当免除处罚，造成损害的应当减轻处罚。本案是预备过程的中止犯，通常不造成损害，应当免除处罚。

5. 教唆犯具有独立性和从属性，独立性是指教唆行为不依赖被教唆人的行为而单独构成犯罪，我国《刑法》第29条第2款规定，如果被教唆的人没有犯被教唆的罪，对于教唆犯，可以从轻或者减轻处罚；此外教唆犯具有从属性，从属于被教唆人的犯罪行为，只有被教唆人的犯罪行为既遂时，教唆犯才能既遂，否则都是未遂。本题中，乙某实施了被教唆的犯罪行为，但是中止了，所以对于甲某来说则是因为意志以外的原因未能既遂，从而符合未遂的特征，所以甲某是未遂犯。

6. 乙某因为盗窃案被抓，审查期间交待了杀人的事，属于特种自首。《刑法》第67条第2款规定：被采取强制措施的犯罪嫌疑人，被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。自首分一般自首和特种自首，这即是特种自首，一般自首是罪犯自由状态下“自动投案，如实供述”。自首的成立取决于供述的内容，如果供述的是司法机关没有掌握的、和他涉嫌的罪名属于不同种罪的应该以自首论。

案例八 甲某爆炸案（故意杀人罪与爆炸罪的界限）

某甲家中一只箱子和若干财物被盗，箱子当时就在附近的公共垃圾桶中被找到，里面的东西原封未动。某甲认为是窃贼所藏，日后必然来取，就产生了报复窃贼的念头。他把箱中物品取出，装入一个拉发的爆炸装置，放到原处。后来，一个清洁工清除垃圾时发现了箱子，打开时发生爆炸，当场死亡。

【问题】 某甲的行为：

- A. 构成故意杀人罪
- B. 构成爆炸罪
- C. 属于假象的防卫，构成过失致人死亡罪
- D. 构成以危险方法危害公共安全罪

【答案】 B

【解析】 本题考查的是以爆炸方式实施的故意杀人罪与危害公共安全的爆炸罪之间的区别。二者区别的关键在于是否足以危害公共安全，如果危害公共安全的话就是爆炸罪，如果没有危害公共安全、只是危害特定人的生命安全就是故意杀人罪。而危害公共安全意指使不特定多数人的生命、健康或重大公私财产的安全受到威胁，其中不特定是指犯罪不是针对某一个、某几个特定的人或具体的财产。要注意区分的是，特定和不特定不是由受害人的数量决定的，受害人只有一个也可能是危害公共安全，反

之受害人有10个也可能是故意杀人。

本题中甲将爆炸装置放在垃圾箱中,虽然其目的是针对小偷,但在客观上,任何其他的人都可能接触到这个箱子从而被炸伤或丧生,因此受到威胁的对象是不特定的,所以对甲应当定爆炸罪。

关于C项,假想防卫是指由于主观想象和推测,把虚假的不法侵害误认为是真实的不法侵害而进行反击,给假想的侵害者造成伤害。本题中的侵害不是假想的,只是防卫不适时,而且防卫手段不适当。所以不能说是假想防卫。

以危险方法危害公共安全是指放火、决水、爆炸、投放危险物质之外的危险方法危害公共安全,甲某以爆炸的方式危害公共安全,所以不能认定为以危险方法危害公共安全。D项是错误的。

案例九 甲乙共同致人死亡案(共犯认定:部分犯罪共同说)

甲某、乙某二人鱼塘中的鱼经常被偷,于是二人决定晚上埋伏在鱼塘边抓到小偷揍一顿。果真遇到同村人丙某前来偷鱼,甲、乙二人上前殴打丙,丙亦与二人对打,一时三人扭打做一团。甲某顿时怒从心起,掏出偷偷带在身上的大匕首,照丙某胸部猛刺数刀,致其心脏破裂,当即死亡。

【问题】关于本案:

- A. 甲构成故意杀人罪,乙构成故意伤害罪
- B. 乙不构成甲某故意杀人罪的共犯
- C. 甲不构成故意杀人罪,所以甲、乙构成故意伤害罪的共犯
- D. 甲构成故意杀人罪,但甲、乙二人仅在故意伤害的限度内属于共犯

【答案】D

【解析】这是属于间接故意杀人,因为行为人使用的是致命工具,而且打的是致命的部位,事实上造成死亡结果,应该是故意杀人。甲某与乙某是不是共犯,在这个问题上大家要注意司法考试对这一问题主流学说。关于共犯的成立条件、共犯的认定标准上有三种学说:

第一种学说是犯罪共同说。本案中甲某是杀人性质,而乙某是伤害性质的,因此二人在杀人的性质上,按照犯罪性质来说,不能成立共犯。

第二种学说是行为共同说。人们只要共同行动,就可以是共犯,这一学说是主观学说。主观学说认为,研究共犯犯罪性质是否是共同不是共犯的本质。我们决定一个人构成犯罪承担责任,是个人人格的表现,而从犯罪人的人格上讲,犯罪人之间是不存在共同性,是个性的。因此在这个问题上就不强调认定共犯必须是犯罪性质共同,只要行为共同,只要作案共同就可以,这就是主观说。

第三种学说,也是司法考试里的主流学说,就是部分犯罪共同说。此学说认为虽然二人犯罪的性质不同,但是如果有重合的部分,还是可以认为是共犯。那么部分犯



罪共同说和犯罪共同说有一点是一致的，只要犯罪性质共同，就可以认为是共犯；与犯罪共同说不一样的地方就是尽管两人的犯罪性质不同，但还有部分重合的部分，重合的部分还承认是共犯，所以叫做部分犯罪共同说。那么定罪时还是甲某故意杀人，乙某故意伤害，甲某还有和乙某有一个共同行为——故意伤害，但是被重行为故意杀人所吸收了。部分共同犯罪的优点就是使得犯罪性质不同的人，共同作案时，也可认定为共犯，在重合的限度内认定为共犯，这样给其他共犯人提供一个合理分担的机会。那么机会表现在什么地方？假如就伤害而言，也是次要作用，甲带乙去的，这种情况之下不排除因为甲乙是伤害的共犯，不排除甲在伤害里面也起主要作用，也还是伤害里面的从犯。这个案件的要点是部分犯罪共同说。

案例十 李某故意杀人未遂案（与爆炸罪的界限）

被告人李某因为被工厂辞退，遂对厂长裴某产生报复杀人的恶念。随后用7管炸药制成三个炸药包，于某日下午到厂长裴某家院内。见裴某正在睡觉，便先后点燃一个四管和二管炸药制成的炸药包，扔进裴某家房内，发生两次爆炸，均被裴某和其子躲过，仅炸坏一些家具物品。李某作案后，逃离现场，后到营部向干部投案自首。

【问题】

1. 李某构不构成犯罪？
2. 他构成故意杀人罪还是爆炸罪？还是故意伤害罪？

【答案】

1. 构成。
2. 构成故意杀人罪。

【解析】本案的要点是故意杀人未遂与故意伤害罪、爆炸罪的界限。

1. 李某带着报复杀人的故意，实施了故意杀人的全部行为，由于其意志以外的原因未能得逞，构成犯罪，并且是犯罪未遂。

2. 本题的关键是区分故意杀人、爆炸罪和故意伤害罪。李某虽然使用了爆炸的方式，但其伤害对象是特定的，其后果也没有危害公共安全，所以不构成爆炸罪。如果李某使用的炸药把楼给炸塌了，虽然其目的是伤害特定的人，但是危害了不特定人的安全，那就应当构成爆炸罪。

本题还涉及到故意杀人罪和故意伤害罪的区别。二者的区别在于故意的内容不同，如果有明确的杀人故意，即便未能将人杀死，也要定故意杀人罪（未遂），而不能定故意伤害罪；如果只有明确的伤害故意，即便是出现死亡的结果，也只能定故意伤害罪（致人死亡），而不能定故意杀人罪。题中李某只能认定为故意杀人未遂。

案例十一 叶某故意杀人案（故意杀人罪与以危险方法危害公共安全罪的界限）

1998年10月29日晚九时许，被告人叶某在林某杂货店与刘某发生口角并互相