

2003年司法考试

命题思路与自测套题

试卷四(A、B)案例分析(含法律文书写作)

编著……李建伟 等

◎ 重点预测

◎ 试题分析

◎ 难点详解

◎ 命题思路

◎ 法条导读

本书的主要价值在于一方面为考生在
最后阶段的复习阶段查漏补缺提供
平台,另一方面也为考生进一步提升应试水平
与得分能力提供了可靠的渠道。

中国宇航出版社

试 卷 四

(A 卷 试题)

本试卷为实例分析题,请仔细阅读各题,简要回答每一实例所提出的问题(共 10 题)。

(一)

章某出生于 1984 年 8 月。在其 14 岁之前共计盗窃他人财物 1 万余元。1998 年生日当天中午,章某邀请平日要好的几位哥们来为自己庆祝生日。在饭店聚餐时,章某等人与邻座几位男青年发生争执,双方撕打起来。章某掏出随身携带的水果刀将对方的一青年姚某刺死。事发后,章某十分害怕,决定一不做二不休,捞上一笔跑路。其又与吴某(21 岁)绑架了一小女孩,向其父母勒索 10 万元,结果被警方阻止,未能成功。当日晚,章某逃亡。逃亡途中,章某看到一大款模样的人提着包走在其前面,章某紧紧跟随,走到僻静处,猛地窜出拦住去路,用弹簧刀将该人刺伤,把包抢走,包内有手提电话一部,现金 2 万元。2000 年 5 月,章某发现路边停着一辆轿车,设法打开车门,将车开走。行驶途中,因技术生疏,将路边一水果摊撞毁,摊主当场死亡,章某将车开走。次日,章某将该汽车降价卖出。后章某被公安机关逮捕。

根据上述案件情况,请回答下列问题:

1. 章某的哪些行为构成犯罪?为什么?
2. 对章某依法应当如何处理?
3. 吴某的行为如何定性?章某与吴某是否构成共同犯罪?
4. 吴某当时系处于假释考验期内,直至考验期满,吴某的绑架行为才被发现,那么对于吴某应当如何处理?
5. 如果章某在撞毁水果摊的同时将摊主撞成重伤,此时章某发现周围有很多围观人群,就假装声称将伤者带往医院治疗离开现场,把伤势十分严重的摊主扔在树林中,后摊主因失血过多而死亡。此案对章某应如何处理?
6. 5 题情形下,被害人家属提起附带民事诉讼,那么附带民事诉讼的被告是谁?

(二)

1994 年,张某使用伪造的身份证在工商局注册了 A 公司。张某为法人、董事长。1997 年底,张某以 A 公司名义向某银行申请贷款 260 万元,并让其朋友某酒店的法人王某为其做贷款担保。张某和王某出具了一份反担保证明。张某向王某讲明,他用于反担保的别墅的宅基地项目,没有房产证,只有使用权。后张某、某银行、某酒店三方签订了借款合同和担保合同。张某接到贷款后,将其中 130 万元转借焦某,其余款项用于偿还 A 公司以前的贷款本息和借款、买车及日常支出。1998 年贷款到期后,张某未积极还款。银行多次找张某,张均表示经营困难,钱以后一定还。1998 年 9 月,张某将 A 公司法人更换为杨某,并将公司全部债权债务向杨某交接清楚。杨某成为法人后,曾向银行表示,一定还贷款,但一直未还。后杨某不知去向。1999 年 A 公司因为年检而被吊销。2000 年 6 月,某银行向北京市第二中级人民法

院起诉了担保方某酒店。二中院一审认定借款、担保合同真实有效,某酒店承担连带清偿责任,偿还银行260万元贷款及利息57万余元。判决被执行后,某酒店向公安局报案,称张某诈骗。公安机关在调查中发现张某向银行申请贷款时使用的项目合同是虚假的。从1997年贷款到1998年贷款到期时,A公司的业务已基本停顿,公司没有经营,处于亏损状态。2001年4月,公安机关以张某涉嫌贷款诈骗移送检察机关。

分歧意见:

第一种意见认为:张某构成贷款诈骗罪。张某以非法占有为目的,使用虚假经济合同,诈骗银行贷款,贷款到期后也没有积极履行还款义务,故应以贷款诈骗罪追究张某的刑事责任。

第二种意见认为:张某构成合同诈骗罪。张某以非法占有为目的,骗得某酒店的担保,并签订了合同,致某酒店损失300余万元,故应以合同诈骗罪追究张某的刑事责任。

第三种意见认为:张某构成诈骗罪。张某虽诈骗了银行贷款,但他为了达到这一目的,骗取了某酒店的担保,也构成诈骗,属于牵连犯,应择一重罪处罚。某酒店直接受了损失,按诈骗罪追究要同时适用财产刑,故应认定为诈骗罪。

第四种意见认为:张某的行为属于民事纠纷。北京市第二中级人民法院已经以判决的形式认定张某、某银行和某酒店之间的纠纷属于民事纠纷。根据“一事不二决”的原则,公安机关、检察机关对本案没有管辖权。

请问:这个案件应该如何定性?

(三)

郑某(16岁)、杨某(19岁)殴打王某、致王某重伤一案,经M市公安局侦查终结后,于2000年5月6日,移送人民检察院审查起诉。5月16日,某检察人员开始对此案进行审查,并同时通知犯罪嫌疑人郑某有权委托辩护人辩护。郑某因系父母双亡的孤儿,寄居于二叔家,他认为自己已经给二叔带来不少麻烦,委托律师恐怕又要给二叔增添负担,而且二叔也不会为自己出这笔费用,因此没有委托律师。鉴于此,M市人民检察院便指定了一名负有法律援助义务的王律师为其辩护。在审查起诉过程中,王律师提出要复印公安局制作的起诉意见书。人民检察院以保守案情秘密为由予以拒绝。5月28日,该案由人民检察院提起公诉,移送M市人民法院。该法院决定于6月17日开庭审理,并于6月15日向辩护律师发出了开庭通知。王律师以法院通知开庭日过迟,并且未能得到起诉书的副本为由拒绝出庭辩护。经法院劝说无效,不得已,人民法院又重新指定了一名律师李某参加法庭辩护,并将开庭日期推迟至6月27日。开庭后,公诉人和律师进行了激烈辩论,6月29日,法院判决郑某有期徒刑一年,缓期执行一年。判决确定后,张律师没有向法院询问有关结果,也没有问郑某的意见(后判决书副本虽送达律师,但已超过上诉期)。

现问:

1. 人民检察院为郑某指定辩护律师的做法是否正确?为什么?
2. 某检察人员于5月16日告知郑某有权委托辩护人的行为存在什么缺陷?
3. 人民检察院能否拒绝辩护律师复印起诉意见书的请求?
4. 人民法院一直未给辩护律师发送起诉书副本,这种做法正确吗?
5. 王律师有权拒绝辩护吗?
6. 张律师在判决确定之后的做法是否正确?为什么?

(四)

甲是一个饭馆的老板,其饭馆所需的煤气均由乙煤气公司供应。每月乙煤气公司送来一车装满煤气的煤气罐,然后再将甲饭馆用完的空煤气罐运走。一日,乙公司派司机丁带着搬运工戊一起去甲的饭馆。司机丁将煤气送到甲处后,甲的一名小工庚和乙公司的戊一起卸罐、装空罐。装车中,发现有一空罐比较沉,好像尚有部分煤气,庚便告诉了甲,甲说该罐质量有问题,打开阀门仍放不出煤气来,并让司机丁将此事告知乙煤气公司,丁同意。装好车后,车刚开至饭馆门口,那个有质量问题的罐发生爆炸,炸伤站在车后的庚和门外一行人辛,汽车和饭馆的门也受到损坏。司机丁下车查看损坏情况,甲养有一条狗,平时很温顺,这时因受到惊吓,突然将丁咬住不放,丁抄起一把铁揪将狗打死。本案中各损失为:庚、辛、丁的医药费各为6000元、5000元、700元。汽车修理费为3000元,甲修门费用为2000元,甲的狗买时价钱为900元。请回答:

1. 辛的损失应当由谁来承担?为什么?
2. 庚的损失应由谁来承担?为什么?
3. 丁的医疗费可以向谁请求赔偿?为什么?
4. 甲的狗死亡的损失是否应由丁赔偿?为什么?
5. 本案中,甲是否可以以“狗咬人属于意外事件”为由主张免责?为什么?

(五)

赵飞是某公司职员。1995年6月因公出国,从此失去音讯,至2000年6月,下落不明已达5年,公司准备申请人民法院宣告赵飞死亡,以便将其除名。赵飞的父母认为不能直接申请宣告赵飞死亡,而应该先申请宣告失踪,否则就不让申请。赵飞的妻子李悦不同意赵飞父母的看法,不经赵飞父母同意径直向人民法院申请宣告赵飞死亡。人民法院受理了赵飞妻子的申请,于2000年8月30日宣告赵飞死亡,其财产被分给李悦和赵飞的父母,李悦不久便嫁给本单位司机张某,不幸刚结婚两个多月,张某因酒后驾车导致车毁人亡。

2001年12月,赵飞突然回家。原来他出差到国外,被人骗走财物,又得了一场大病,经不住别人怂恿,用随身携带的公款与人合伙做起了生意,不想头笔买卖就赔了,不敢回家,遂到边境地区流浪了5年,因思家心切,终于回来了,回家后得知一切,大吃一惊,要与李悦复婚,李悦不同意,后又要李悦和他父母归还他的财产,李悦和他父母也都不同意,赵飞不知道自己应该怎样做,遂来到律师事务所进行咨询。假设你是律师,对赵飞提出的下列问题应如何回答?

1. 公司有权申请宣告赵飞死亡吗?
2. 赵飞父母认为应该先申请宣告赵飞失踪,然后才能申请宣告死亡,有道理吗?
3. 赵飞的妻子李悦不经赵飞父母允许,直接申请法院宣告赵飞死亡,对不对?法院宣告赵飞死亡的做法是否合法?为什么?
4. 赵飞是否有权要求与李悦恢复夫妻关系?
5. 赵飞是否有权要求李悦返还财产?是否有权要求其父母归还财产?

(六)

甲于2001年5月1日在报上刊登广告出售某青铜古佛,价金300万元,乙于2001年5月3日致函于甲,表示愿意以200万元购买。甲于2001年5月6日函复愿意降价10万元,但应于一周内答复,乙未作任何答复。

甲于2001年5月20日再次致函于乙,愿意以240万元出售。乙不知甲之来信,于2001年5月21日致函于甲,愿意以240万元购买。甲之信于2001年5月22日到达,乙之信于2001年5月23日到达。甲于发信后,获知有人愿意以高价购买,即于2001年5月21日下午以特快专递发了撤回之通知,因邮差误投,于2001年5月25日下午始到达。乙立即发出迟到的通知,并请求交付该青铜古佛,并移转其所有权。

2001年6月2日在甲乙二人履行完毕后,经乙请专家鉴定,该古佛为赝品,价值仅10万元。而且甲刊登广告时即明知其是赝品。

请回答下列问题:

1. 上述案情甲乙的哪些信件构成要约?
2. 甲的撤回要约的通知能否发生效力?
3. 甲乙之间最终是否成立买卖合同?为什么?
4. 设甲所出售的古佛并非其所有,而是丙寄存,那么不知情的乙能否取得古佛的所有权?
5. 设甲在交付古佛的前一天,古佛不幸被盗,那么甲是否承担违约责任?
6. 乙可以对甲提出何种请求,给出法律依据。

(七)

亨通股份有限公司因天银集团拒不履行生效判决所确定的给付货款600万元的义务,申请法院强制执行。执行过程中,亨通公司与天银集团达成和解协议,从2000年6月份起分三次履行义务,6月底前还款300万元,8月底前还款200万元,10月底前还款100万元。法院裁定中止执行程序。但直到2000年7月,天银集团分文未付,亨通公司申请恢复强制执行程序。在执行程序中,天银集团请求法院考虑到其资金困难为其主持调解,未获准许。法院裁定责令天银集团按照和解协议内容分期履行义务。天银集团在支付第一批欠款300万元之后,表示已无力还款。经查,天银集团对汇丰公司享有500万元到期债权。法院遂依亨通公司申请,向汇丰公司发出履行到期债务的通知。根据上述案情,请回答以下问题:

1. 在执行程序中,法院能否根据天银公司的请求主持调解?
2. 两公司自行达成的分期还款协议是否有效?法院对此协议应如何处理?
3. 法院裁定责令天银公司按照和解协议履行义务是否正确?为什么?
4. 如果汇丰公司在履行通知指定的期间内提出异议,法院应如何处理?
5. 如果履行通知发出后,天银公司与汇丰公司达成协议,将债务清偿期推迟半年,法院应如何处理?
6. 如果汇丰公司也确无财产可供执行,但其对三洋公司享有400万元的到期债权,法院能否再向三洋公司发出履行通知?
7. 如果汇丰公司收到履行通知后,仍擅自向天银集团履行债务,造成该财产不能追回,法院对汇丰公司应如何处理?

(八)

A 县与 C、D、E、F 四县相邻。A 县某加工厂与 B 县某食品厂于 1996 年 10 月 8 日在 C 县签订一真空食品袋加工承揽合同。其中约定：“运输方式：加工厂代办托运；履行地点：加工厂在 D 县的仓库。发生纠纷的解决方式：在 E 县仲裁委员会仲裁，也可以向 C 县和 E 县的人民法院起诉。”合同签订后，加工厂即在其设在 E 县的分厂进行加工，并在 F 县车站发货。食品厂收货后即投入使用。因真空食品袋质量不合格，致使食品厂已封装和销售出去的袋装食品大量腐败变质，损失 6 多万元。两厂之间协商多次未果，食品厂的法定代表人即找到律师陈某咨询。最后提出：“怎么起诉都可以，但必须在我们 B 县法院打官司，你能办到就委托你，否则我另请高明。”

现问：

1. 按照我国现行法律规定，此纠纷应通过仲裁解决还是应通过诉讼解决？请说明理由。
2. E 县法院是否有管辖权？为什么？
3. C 县法院是否具有管辖权？请说明理由。
4. D 县法院是否具有管辖权？请说明理由。
5. F 县法院是否具有管辖权？请说明理由。
6. A 县法院是否具有管辖权？请说明理由。
7. 如果你是陈律师，能否满足食品厂提出来的要求？为什么？

(九)

1996 年 5 月 6 日，某机关工作人员李文生被举报有给国外提供情报的行为。国家安全机关立案侦查后，提请李文生所在地人民检察院批准逮捕，人民检察院予以批准。检察院批准逮捕后，向人民法院提起公诉。后经中级人民法院审判后，以资敌罪判处李文生有期徒刑 3 年，附加剥夺政治权利 2 年和没收财产。李文生未上诉。一审判决生效前，李文生被国家安全机关拘留 55 天，逮捕羁押 2 个月。在实际执行过程中，监狱发现李文生在判决前还有贪污行为，移送监狱所在地人民检察院处理。检察院立案侦查后提起公诉，一审人民法院以贪污罪判处李文生有期徒刑 3 年，与前述资敌罪数罪并罚，合并执行 5 年，并且追缴贪污款 1 万元，附加判处有期徒刑 5000 元。李文生不服上诉，二审法院判决维持。到二审判决之日，李文生正好被移送执行 2 年，于是另执行“2 年 9 个月零 25 天”。在后 2 年多的执行中，由于李文生一直不服，不断申诉，劳动改造机关工作人员曾指使另一服刑犯高某殴打李文生，李文生花去 500 元医疗费。在上述所有刑罚执行完毕后，李文生经再审，均改判无罪。

现问：

1. 李文生对先执行 2 年的有期徒刑应向谁提出赔偿请求？后执行的“2 年 9 个月零 25 天”应向谁提出赔偿请求？
2. 对国家安全机关的拘留，李文生可否提出赔偿请求？为什么？
3. 李文生对逮捕决定可否提出赔偿请求？为什么？如可提出请求，他应向谁提出？
4. 李文生对没收财产可否提出赔偿请求？为什么？如可，应向谁提出？
5. 对高某殴打造成的伤害，李文生应请求民事赔偿还是国家赔偿？应向谁提出请求？
6. 李文生对剥夺其政治权利的附加刑可否提出赔偿请求？

(十)

戚××,男,生于1964年10月14日,原任杨集信用社高岳分社会计,现任杨集信用社信贷员,住杨集镇新市场院内。因违法发放贷款案于2002年6月20日被××县人民检察院取保候审,无前科。

被告人戚××违法发放贷款一案,由××县人民检察院于2003年6月23日向××省××县人民法院提起公诉。××省××县人民法院审查受理后,依法组成合议庭,于2003年7月14日公开开庭审理了此案。

经审理查明,被告人戚××在杨集信用社高岳分社工作期间,从2000年10月到2002年2月,向关系人以外的其他人发放贷款的事实有:

1.被告人戚××于2000年10月,违法向××市孙店镇个体彩印厂的王××发放贷款12万元;贷款人王××于案发后的2002年12月30日经戚××采取转贷形式将本息归还。转贷后的贷款至今未归还。

2.被告人戚××于2001年1月16日,违法向××市孙店镇信用社的崔××发放贷款7万元。贷款人于案发后的2002年7月7日将本息全部归还。

3.被告人戚××于2001年1月1日,违法向中国农业银行××县支行杨集镇营业所的戚××发放贷款12万元。贷款人于案发后的2002年7月7日前,分批将本息全部归还。

法院查明的事实有被告人戚××关于违法发放贷款事实的供述,有贷款人王××、戚××、崔××关于违法贷款事实的陈述,还有原杨集信用社主任戚××关于事前给高岳分社签发空白借据的证明及认定戚××代替戚汉×在借据上签名、××县人民检察院上检技文鉴字(2002)07号技术鉴定书和借据复印件,又有戚××违法发放贷款借据复印件及案发后贷款人归还贷款的证明单复印件和××县信用联社关于戚××身份的证明在卷佐证。

被告人戚××认罪态度较好,有悔罪表现,应酌情对其从轻从罚。

本案经审判委员会进行了讨论,并做出决定,现已审理终结。

请你代本案合议庭写一份判决书(未给出的相关情节请合理虚构)。

试 卷 四

(A 卷分析)

(一)

[试题分析]

答案:1. 章某行为都不构成犯罪。其一章某 14 岁之前盗窃各种财物的行为,不构成犯罪,因为当时章某未满 14 周岁,还未达到法定刑事责任年龄。其二章某 14 岁当天发生的杀人和绑架勒索以及抢劫行为,也都不构成犯罪,因为刑事责任年龄是按实足年龄来计算的,只有过了生日,才算已满 14 周岁。其三章某偷开汽车并将汽车出卖的行为属于盗窃行为,因其当时未满 16 周岁,对盗窃行为无须承担刑事责任。其四章某将摊主撞死属于交通肇事行为,因其当时未满 16 周岁,也无需对交通肇事承担刑事责任。因而题中章某的行为在刑法上都不构成犯罪。

2. 对于章某虽然依法不予刑事处罚,但应责令其家长或者监护人加以管教,必要时候,也可由政府收容教养。

3. 吴某的行为构成绑架罪未遂;章某与吴某不构成共同犯罪。

4. 应当对吴某撤销假释,将假释期间所犯新罪与前罪数罪并罚。

5. 章某虽然对撞上摊主的行为不承担刑事责任,但将受伤的摊主扔在树林中止其死亡的行为应当承担刑事责任,构成故意杀人罪。根据刑法第 17 条的规定,已满 14 周岁不满 16 周岁的人应当对故意杀人罪承担刑事责任。但对章某应当从轻或者减轻处罚。

6. 被告应当是章某的监护人。

考点:刑事责任年龄、绑架罪、共同犯罪、假释、交通肇事罪和故意杀人罪,附带民事诉讼分析:1.《刑法》第 17 条规定,已满十六周岁的人犯罪,应当负刑事责任。

已满十四周岁不满十六周岁的人,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。

已满十四周岁不满十八周岁的人犯罪,应当从轻或者减轻处罚。

因不满十六周岁不予刑事处罚的,责令他的家长或者监护人加以管教;在必要的时候,也可以由政府收容教养。

依此,可知达到法定刑事责任年龄是承担刑事责任的前提。

故本案中章某诸行为均不构成犯罪。

2. 依据上引第 17 条第 4 款,可知章某虽然不承担刑事责任,但仍应当给予他必要的管教和处罚。

3.《刑法》第 25 条规定,共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。

二人以上共同过失犯罪,不以共同犯罪论处;应当负刑事责任的,按照他们所犯的罪分别处罚。

第 239 条规定,以勒索财物为目的绑架他人的,或者绑架他人作为人质的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产;致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的,处死刑,并处没收财产。

以勒索财物为目的偷盗婴幼儿的,依照前款的规定处罚。

吴某已绑架他人,虽无达成勒索财物的目的,仍构成绑架罪。因章某未满 14 周岁,其绑架行为不构成犯罪,亦不能和吴某构成共同犯罪。

4.《刑法》第 86 条规定,被假释的犯罪分子,在假释考验期限内犯新罪,应当撤销假释,依照本法第七十一条的规定实行数罪并罚。

在假释考验期限内,发现被假释的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的,应当撤销假释,依照本法第七十条的规定实行数罪并罚。

被假释的犯罪分子,在假释考验期限内,有违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关假释的监督管理规定的行为,尚未构成新的犯罪的,应当依照法定程序撤销假释,收监执行未执行完毕的刑罚。

犯罪后自首又有重大立功表现的,应当减轻或者免除处罚。

依此,应当撤销其假释,将后罪与前罪数罪并罚。

5. 最高人民法院《关于审理交通肇事案件具体应用法律若干问题的解释》第 6 条规定,行为人在交通肇事后为逃避法律追究,将被害人带离事故现场后隐藏或者遗弃,致使被害人无法得到救助而死亡或者严重残疾的,应当分别依照刑法第二百三十二条、第二百三十四条第二款的规定,以故意杀人罪或者故意伤害罪定罪处罚。

依此,章某的这一行为已构成故意杀人罪。

但因其不满 16 周岁,应当从轻或者减轻处罚。

6.《刑诉意见》第 86 条规定,附带民事诉讼中依法负有赔偿责任的人包括:

(一)刑事被告人(公民、法人和其他组织)及没有被追究刑事责任的其他共同致害人;

(二)未成年刑事被告人的监护人;

(三)已被执行死刑的罪犯的遗产继承人;

(四)共同犯罪案件中,案件审结前已死亡的被告人的遗产继承人;

(五)其他对刑事被告人的犯罪行为依法应当承担民事赔偿责任的单位和个人。

章某于 2000 年 5 月未满 16 周岁,属未成年人,依此,承担赔偿责任的人应是其监护人。

[命题思路]

首先明确本题实际上考查的就是关于刑事责任年龄以及已满 14 周岁不满 16 周岁的人的刑事责任范围问题。对于此类问题,考生只要看到试题中有行为人的年龄,就应当十分小心,很有可能这就是命题者考查的关键所在,或者说对解答试题很有帮助。此外,本题还考查了共同犯罪以及对假释期间犯新罪的处理。对于共同犯罪必须要分析各方主体是否符合要求,是否有共同的犯罪故意。最后,还考查了交通肇事罪中因行为人积极逃逸而导致被害人死亡的行为的认定和处罚,此点在司法解释中给予规定。考生对相关的司法解释应当给予足够的重视。

〔法条导读〕

1. 关于已满14周岁不满16周岁的人的刑事责任范围问题,我国刑法有明确的规定。根据《刑法》第17条的规定,已满14周岁不满16周岁的未成年人可以成为某些具体罪行主体要件的范围是特定的,仅限于八种严重的故意犯罪。同时应注意,刑事责任年龄的计算必须按照实际年龄来计算,只有过了14周岁、16周岁生日,即从第二天起,才认为已满14周岁、16周岁,生日的当天仍不满14周岁、16周岁。

2. 犯罪预备与犯罪未遂都是意志以外的因素导致的犯罪未能得逞,是否已经着手实行犯罪,是犯罪预备与犯罪未遂区分的关键点。所谓已经着手实行犯罪,是指行为人已经开始实施刑法分则具体犯罪构成要件中的犯罪行为,如《刑法》第236条强奸罪的着手实施行为就是对被害妇女实施暴力、威胁等手段,以达到强行奸淫的目的。可以这样认为,犯罪预备行为是为分则具体犯罪构成行为的实行和犯罪的完成创造便利条件,为其实现创造可能性;而犯罪实施行为则是要直接完成犯罪,变预备阶段实行和完成犯罪的现实可能性为直接的现实性。

3. 撤销假释的三种法定情形:一是在假释考验期内犯新罪;二是在假释考验期内发现有漏罪;三是在假释考验期内,有违反法律、行政法规以及有关假释的监督管理规定的行为。在前二种情形下,不仅要撤销假释,还要适用数罪并罚,在第三种情形下,直接撤销假释,收监执行尚未执行完毕的刑罚。在这三种情形下,已经过的考验期限均不视为已执行过的刑期。

4. 注意区分交通肇事后逃逸致人死亡的不同情形。“因逃逸致人死亡”是指在出现交通事故后,肇事者不及时抢救被害人,而是逃离现场,致使被害人因抢救不及时而死亡,即可称为“消极地逃逸”,此种情形一般以本罪的加重构成论处;如果肇事者在肇事后又采取了积极的措施或方法,如将被害人带至荒郊野外人迹罕处抛弃、或将被害人推至路坑下、或者倒车再将被害人轧一下,然后逃逸而导致被害人死亡的,这种情形下应构成数罪,即交通肇事罪与故意杀人罪,实行并罚(注意并罚的前提是不仅积极逃逸行为本身构成故意杀人罪,而且还要求先前的交通肇事行为本身也构成交通肇事罪,而非一般的肇事行为,——不能仅仅看后果是否严重,还要看肇事者的责任等级,这一点请参见上述交通肇事刑事案件司法解释的第2条之规定与精神),这种逃逸可称之为“积极地逃逸”。最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条也肯定了这一点。

(二)

〔试题分析〕

答案:本案应以第一种意见较为合理。在分析此观点以前我们先看第四种意见。第四种意见认为:张某的行为属于民事纠纷。持这种观点,显然是被表面假象所蒙蔽。我们先看一下张的行为:首先,张某在注册公司时使用伪造的身份证,张某从一开始就行为不端、目的不正当。另外,张某是向银行提供了担保,但张让朋友王某提供担保是为了骗取银行的信任。也就是说,这是一种手段。我们再看一下张某的贷款用途。张某借到款以后,不是用于公司的经营,而是用来转借他人买车、日常支出等挥霍行为。并且在还款到期后张某不是为了还贷作积极努力,而是为了达到永远逃避责任的目的,把债务全部转

给了没有偿还能力的杨某。从以上分析我们可以看出,张某是以非法占有为目的使用虚假经济合同诈骗银行贷款,数额巨大已构成贷款诈骗罪。对于北京市二中院的判决,是不正确的。我们知道担保合同是从合同,如果主合同无效则担保合同无效。本案中,张某使用虚假的证明文件与银行签订的贷款合同,已违反了法律规定,所以为无效合同,所以王某与银行所签订的担保合同无效。因此,王某在此不应承担担保责任,而只承担过错责任。另外,民事与刑事是两种性质不同的案件。所以,北京市第二中级人民法院对本案以民事纠纷为案由的判决不受“一事不二决”原则的限制或束缚。公安机关完全有权力对此案立案侦查。

本案之所以不定合同诈骗罪,是因为根据法条竞合的适用原则,法条竞合时只能适用一个法条。也就是说,一个行为同时符合同一法律的普通条款与特别条款规定的犯罪构成时,应依具体情况与法律规定,分别适用特别法优于普通法(条款),重法优于轻法的原则。贷款诈骗罪相对于合同诈骗罪是一种特别规定,所以本案应定贷款诈骗罪。

考点:贷款诈骗罪

分析:《刑法》第193条规定,有下列情形之一,以非法占有为目的,诈骗银行或者其他金融机构的贷款,数额较大的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处二万元以上二十万元以下罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产:

- (一)编造引进资金、项目等虚假理由的;
- (二)使用虚假的经济合同的;
- (三)使用虚假的证明文件的;
- (四)使用虚假的产权证明作担保或者超出抵押物价值重复担保的;
- (五)以其他方法诈骗贷款的。

依此,张某的行为应被认定贷款诈骗罪。

[命题思路]

本题是以论述题的形式出现,论述题可能会成为司法考试中案例分析题的新趋向,应给予了解和关注。本题主要考查的是贷款诈骗罪与合同诈骗罪之间的区别,实质上也就是考查当一行为同时符合同一法律的普通条款与特别条款规定的犯罪构成要件时,如何适用法律。此题涉及到法理方面的问题,设置得比较成功,且难度较大。

[法条导读]

注意贷款诈骗罪与合同诈骗罪以及诈骗罪之间的界限。从本质上看,贷款诈骗罪也是一种具体的诈骗罪,其与诈骗罪的区别就在于其发生在特定的活动中,采用特定的手段;其与合同诈骗罪的区别就在于利用合同只是一种手段,其真正的主观目的在于骗取银行贷款。可见上述几个具体犯罪之间是特殊法条与一般法条的关系,属于法学理论中的法条竞合现象,应当遵循特别法优先于普通法、重法优先于轻法的原则。

(三)

[试题分析]

答案:1. 人民检察院为郑某指定辩护律师的做法没有法律依据。因为《刑事诉讼法》只规

定了人民法院应为未成年人指定辩护人,即指定辩护只发生在审判阶段,所以检察院指定辩护律师于法无据。

2. 检察人员于5月16日告知郑某有权委托辩护人,已经是收到审查起诉材料之日后的第10天,而《刑事诉讼法》规定人民检察院应自收到移送审查起诉的案件材料之日起3日以内告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。

3. 人民检察院不能拒绝辩护律师复印起诉意见书的请求。

4. 人民法院一直未给辩护律师发送起诉书副本,这种做法有违法律规定,不利于辩护人充分行使辩护权,是错误的。

5. 王律师无权拒绝辩护。

6. 张律师在判决确定之后的做法是不正确的。辩护律师在判决确定后有权得到判决书副本,这是帮助被告人行使上诉权的一种必要的前提,本案中,张律师未主动询问结果,致使被告人郑某的上诉权无形中被剥夺,严重损害当事人的合法权益,因而其做法是不正确的。

考点:指定辩护,检察院告知义务,辩护律师的权利,审理前的准备,辩护律师的义务

分析:1.《刑事诉讼法》第34条规定,公诉人出庭公诉的案件,被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人的,人民法院可以指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。

被告人是盲、聋、哑或者未成年人而没有委托辩护人的,人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。

被告人可能被判处死刑而没有委托辩护人的,人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。

依此,只有人民法院有义务在法律规定的情形下为被告人指定辩护。而对检察院则无此要求。

2.《刑事诉讼法》第33条规定,公诉案件自案件移送审查起诉之日起,犯罪嫌疑人有权委托辩护人。自诉案件的被告人有权随时委托辩护人。

人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起三日以内,应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。人民法院自受理自诉案件之日起三日以内,应当告知被告人有权委托辩护人。

依此,检察院的做法违反了法律的规定。

3.《刑事诉讼法》第36条规定,辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起,可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料,可以同在押的犯罪嫌疑人会见和通信。其他辩护人经人民检察院许可,也可以查阅、摘抄、复制上述材料,同在押的犯罪嫌疑人会见和通信。

辩护律师自人民法院受理案件之日起,可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料,可以同在押的被告人会见和通信。其他辩护人经人民法院许可,也可以查阅、摘抄、复制上述材料,同在押的被告人会见和通信。

依此,检察院的做法不符合法律规定,同时也是对辩护律师合法权利的侵犯。

4.《刑事诉讼法》第151条规定,人民法院决定开庭审判后,应当进行下列工作:

(一)确定合议庭的组成人员;

(二)将人民检察院的起诉书副本至迟在开庭十日以前送达被告人。对于被告人未

委托辩护人的,告知被告人可以委托辩护人,或者在必要的时候指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护;

(三)将开庭的时间、地点在开庭三日以前通知人民检察院;

(四)传唤当事人,通知辩护人、诉讼代理人、证人、鉴定人和翻译人员,传票和通知书至迟在开庭三日以前送达;

(五)公开审判的案件,在开庭三日以前先期公布案由、被告人姓名、开庭时间和地点。

上述活动情形应当写入笔录,由审判人员和书记员签名。

依此,人民法院的做法也是错误的。

5.《律师法》第29条规定,委托人可以拒绝律师为其继续辩护或者代理,也可以另行委托律师担任辩护人或者代理人。

律师接受委托后,无正当理由的,不得拒绝辩护或者代理,但委托事项违法,委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人隐瞒事实的,律师有权拒绝辩护或者代理。

由此可知,除了在法定情形下,律师无权拒绝辩护。

6.《刑事诉讼法》第35条规定,辩护人的责任是根据事实和法律,提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见,维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。

由此可知,本案中的辩护律师没有尽到自己的责任。同时上诉权是当事人一项非常重要的权利,就这样丧失是不应该的。

[命题思路]

本题主要是考查刑事辩护制度的相关内容,考查点涉及到了刑事诉讼各方主体,设置的较为成功。刑事辩护制度是刑事诉讼中历久不衰的重点和难点,其包含的内容特别丰富,几乎贯穿了刑事诉讼的整个过程,而且几乎与刑事诉讼各方主体都有这样或那样的联系,故此,我们应当给予辩护制度以高度重视,将其相关内容贯穿起来以做到全面准确把握。

[法条导读]

1. (1)“应当”为被告人指定辩护人的法定情形是刑事辩护制度中最核心的内容。根据《刑事诉讼法》第34条以及《刑诉解释》第36条的规定,人民法院“应当”为被告人指定辩护人的法定情形是被告人没有委托辩护人而具有下列情形之一的:

①被告人是盲、聋、哑人;

②被告人是限制行为能力的人;

③被告人在开庭时属于尚不满18周岁的未成年人;

④被告人可能被判处死刑。注意,第①项中“盲、聋、哑”三种情形被告人只要具备其中之一即可,而不要求其同时满足。第③项中被告人是否属于未成年人、是否满18周岁的标准应当以开庭时为准,而不是以犯罪时、也不是以被追究刑事责任时为准。第④项中仅仅指可能被判处死刑而不包括无期徒刑,此外,这四种情形都具有一个共同的基本特征即被告人均没有委托辩护人。

(2)对于依法属于“应当”指定辩护人的情形的,必须有人为被告人辩护是这一制度

设立的基本准则,即所谓“强行辩护”原则,这一点《刑诉解释》第38条规定得十分明确:如果被告人拒绝人民法院指定的辩护人为其辩护,有正当理由的,人民法院应当准许,但被告人需另行委托辩护人,或者人民法院应当为其另行指定辩护人。这一点是“可以”指定辩护人制度所没有的。

2. 在检察机关审查起诉阶段,辩护人有权查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料,可以同在押的犯罪嫌疑人会见和通信。这里需要注意的问题有二:一是虽然都为辩护人,但非律师的辩护人行使这些诉讼权利时要征得检察机关的许可,而辩护律师则不需要;二是关于诉讼文书、技术性鉴定材料的具体范围,《高检刑诉规则》第319条作出了规定。

(四)

[试题分析]

答案:1. 应当由乙公司承担。因产品质量不合格造成他人财产、人身损害的,产品制造者、销售者应当依法承担民事责任。

2. 庚的损失应当由甲和乙公司共同承担,因为甲是雇主,对雇员受到损害承担责任;乙是产品制造商,对产品致人损害承担责任。

3. 丁的医疗费可以向乙公司请求赔偿。饲养的动物造成他人损害的,动物饲养人或者管理人应当承担民事责任;由于受害人的过错造成损害的,动物饲养人或者管理人不承担民事责任;由于第三人的过错造成损害的,第三人应当承担民事责任。题中甲的狗咬人是因为第三人乙公司产品质量问题导致的,所以甲不承担责任,乙公司应当承担责任。

4. 不应当由丁赔偿。因紧急避险造成损害的,由引起险情发生的人承担民事责任。如果危险是由自然原因引起的,紧急避险人不承担民事责任或者承担适当的民事责任。因紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度,造成不应有的损害的,紧急避险人应当承担适当的民事责任。所以应当由引起险情的人——乙公司进行赔偿。

5. 不可以。动物致人损害的免责条件只有受害人的过错或者是第三人的过错才能够免责,而意外事件作为免责事由,仅仅适用于过错责任时侵权责任形式中,如果甲仅仅主张意外事件,则不能够根据法律规定进行免责。

考点:产品质量致人损害责任,雇主责任,饲养的动物致人损害责任,紧急避险致人损害责任

分析:1. 《民法通则》第122条规定,因产品质量不合格造成他人财产、人身损害的,产品制造者、销售者应当依法承担民事责任。运输者、仓储者对此负有责任的,产品制造者、销售者有权要求赔偿损失。

依此,应由生产者乙公司承担责任。

2. 同上题。此外,依据民法基本理论,雇主应对雇员受到的损害承担责任。

3. 《民法通则》第127条规定,饲养的动物造成他人损害的,动物饲养人或者管理人应当承担民事责任;由于受害人的过错造成损害的,动物饲养人或者管理人不承担民事责任;由于第三人的过错造成损害的,第三人应当承担民事责任。

依此,应由第三人即乙公司承担责任。

4.《民法通则》第129条规定,因紧急避险造成损害的,由引起险情发生的人承担民事责任。如果危险是由自然原因引起的,紧急避险人不承担民事责任或者承担适当的民事责任。因紧急避险采取措施不当或者超过必要的限度,造成不应有的损害的,紧急避险人应当承担适当的民事责任。

由此可知,在此种情形下,应当由引起险情的人承担赔偿责任。

5. 依上引《民法通则》第137条规定,可知动物致人损害只有受害人的过错或第三人的过错两种法定的免责条件。

[命题思路]

本题主要考查了几类特殊侵权行为及某些特殊侵权行为的免责事由,此知识点属于《民法通则》中非常重要的知识点,历年来也是司法考试中的热点和难点。不仅《民法通则》中作了具体的规定,同时《民通意见》中对相关的赔偿责任及免责事由作了更详尽的阐释,这些都极有可能进入命题者的视角,望考生对此部分作重点掌握。

[法条导读]

关于特殊侵权责任,还需注意建筑物致人损害责任和被监护人致人损害责任等特殊侵权行为。

1. (1)建筑物致人损害责任区别于地面施工致人损害责任:

①地面施工致人损害,其责任主体为施工人;而建筑物致人损害是建筑物因设置或保管上的缺陷造成的损害,其责任主体为建筑物的所有人或管理人。

②地面施工致人损害属于行为致损,而建筑物致人损害属于物件致损。

(2)建筑物致人损害责任并不适用于堆放物品倒塌致人损害的情形。依《民通意见》第155条,后者适用公平责任解决。

2. 有关被监护人致人损害责任的具体承担,应注意以下几点规则:

(1)被监护人有财产的,应首先从其财产中支付,不足部分由监护人赔偿(《民法通则》第133条第2款)。

(2)夫妻离婚后,未成年子女发生侵权行为的,应首先由与该子女共同生活的一方承担责任,惟在其独立承担有困难的,未与该子女共同生活的一方才负共同承担的责任(《民通意见》第158条)。由此可见,司法解释的用意在于强调与未成年子女共同生活的一方负有更重的监护职责。

(3)无明确的监护人时,由顺序在前的有监护能力的人承担民事责任(《民通意见》第159条)。这是一种法律上的推定。

(4)特别注意《民通意见》第160条,该条款为司法考试绝对的重点和热点。对该条款以下几个含义应重点掌握:

①适用对象仅为无民事行为能力人,而不含限制民事行为能力人。

②“单位”的范围只有三个,并仅为临时监护人。而单位为监护人的,不承担被监护人致人损害责任。换言之,单位监护人不是被监护人致人损害的责任主体。

③适用过错原则。

④仅为适当赔偿。

(5)了解《民通意见》第161条的规定。

(五)

[试题分析]

答案:1. 公司无权申请宣告赵飞死亡,因为公司与赵飞之间是劳动权利义务关系,而非民事权利义务关系。

2. 赵飞父母的意见没有法律依据,宣告失踪不是宣告死亡的必须程序。

3. 赵飞的妻子有权向人民法院申请赵飞死亡。赵飞下落不明已5年,李悦又是申请宣告死亡的第一顺序的利害关系人,符合申请宣告死亡的条件,赵飞的父母无权阻止李悦行使这一权利,因为他们属于申请宣告死亡的第二顺序的利害关系人。因此法院应受理李悦的请求。但法院并未完全依照法定程序宣告赵飞死亡,是不合法的。

4. 赵飞无权要求与李悦自行恢复夫妻关系。因为李悦并不是尚未再婚的,而是再婚后配偶又死亡的,因而不得认定夫妻关系自行恢复。

5. 赵飞有权要求返还财产。法律规定,依继承法取得原物的公民或者组织,应当返还原物或者给予适当补偿。赵飞的财产因其被宣告死亡被其父母和李悦继承,如果原物仍在,应当予以返还,原物不在或者已被损坏的,可以要求继承人给予适当的补偿。

考点:宣告死亡的申请人范围及顺序,宣告失踪和宣告死亡的关系,宣告死亡的法律后果,宣告死亡案件的审理程序,申请撤销死亡宣告及撤销后的法律后果

分析:1.《民通意见》第25条规定,申请宣告死亡的利害关系人的顺序是:

(一)配偶;

(二)父母、子女;

(三)兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女;

(四)其他有民事权利义务关系的人。

申请撤销死亡宣告不受上列顺序限制。

依此,公司既不是近亲属,又不是民事权利义务利害关系人,故无权申请宣告赵飞死亡。

2.《民通意见》第29条规定,宣告失踪不是宣告死亡的必经程序。公民下落不明,符合申请宣告死亡的条件,利害关系人可以不经申请宣告失踪而直接申请宣告死亡。但利害关系人只申请宣告失踪的,应当宣告失踪;同一顺序的利害关系人,有的申请宣告死亡,有的不同意宣告死亡,则应当宣告死亡。

由此可知宣告失踪不是宣告死亡的必经程序,故赵飞父母的看法是错误的。

3.《民事诉讼法》第168条规定,人民法院受理宣告失踪、宣告死亡案件后,应当发出寻找下落不明人的公告。宣告失踪的公告期间为三个月,宣告死亡的公告期间为一年。因意外事故下落不明,经有关机关证明该公民不可能生存的,宣告死亡的公告期间为三个月。

公告期间届满,人民法院应当根据被宣告失踪、宣告死亡的事实是否得到确认,作出宣告失踪、宣告死亡的判决或者驳回申请的判决。

结合上引《民通意见》第25条之规定,可知法院可以受理李悦的申请,但违反了法定的程序。

4.《民通意见》第37条规定,被宣告死亡的人与配偶的婚姻关系,自死亡宣告之日

起消灭。死亡宣告被人民法院撤销,如果其配偶尚未再婚的,夫妻关系从撤销死亡宣告之日起自行恢复;如果其配偶再婚后又离婚或者再婚后配偶又死亡的,则不得认定夫妻关系自行恢复。

依此,赵飞无权要求与李悦恢复夫妻关系。

5.《民法通则》第25条规定,被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产。依照继承法取得他的财产的公民或者组织,应当返还原物;原物不存在的,给予适当补偿。

依此,赵飞有权要求返还财产。

[命题思路]

本题的设计思路是集中考查某一具体法律制度,难度不是很大,但考生也不可忽视对此种类型试题的训练。本题主要考查的是宣告死亡制度的相关知识,包括宣告死亡申请人范围及顺序,宣告死亡和宣告失踪的关系,宣告死亡的法律后果等。可以说,有关宣告死亡的所有重要考点,均已囊括在本题之中。

[法条导读]

宣告死亡制度是司法考试重点,应予详细掌握。

1. 与宣告失踪不同,申请宣告死亡的利害关系人是有顺序之分的,换言之,当存在在先顺位人时,在后顺位人即无申请权;但申请撤销死亡宣告则不受顺序限制(《民通意见》第25条)。

2. 战争期间下落不明的,申请宣告死亡的期间是4年而非2年(《民通意见》第27条)。

3. 宣告死亡案的公告期是1年,但因意外事故下落不明,经有关机关证明该公民不可能生存的,公告期间为3个月(《民事诉讼法》第168条)。

4. 撤销死亡宣告的法律后果是司法考试热点和难点。其法律后果包哩:

(1)被宣告死亡时间与自然死亡时间不一致的,以后者为准,自然死亡前实施的民事法律行为与被宣告死亡引起的法律后果相抵触的,以其实实施的民事法律行为为准(《民通意见》第36条第2款)。

(2)被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产,依继承关系取得人应返还原物;原物不存在的,应予适当补偿(而非相应补偿)(《民通意见》第40条)。

(3)第三人合法取得被撤销死亡宣告的人的财产的,可不予返还(《民通意见》第40条)。

(4)特别注意夫妻关系的恢复问题(《民通意见》第37条)。

(5)子女被收养的效力问题(《民通意见》第38条)。

(6)恶意利害关系人的侵权责任(《民通意见》第39条)。

(六)

[试题分析]

答案:1. 乙5月3日的信、甲5月6日的信、甲5月20日的信、乙5月21日发的信是要约。

2. 该通知不能发生效力。因为撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人,而题中撤回要约的通知在要约到达后才到达。