

法律版

2003年

国家司法考试应试指导

司法考试案例题精解

黄勤南 / 主编



法律出版社
LAW PRESS

司法考试案例题精解

主 编 黄勤南

撰稿人	王 平	王 安	汪 云	涂海东	李 慧	张 舒
	李 凯	刘 威	孙勤正	祝鸿威	钱 海	朱 华
	武 红	姚 骥	舒国平	徐阳光	朱亚辉	黄 海
	王 磊	张丽丽	胡 光	张 玲	吴剑锋	张国良
	王 棋	刘 婷	王 彤	英 权	陈 飞	崔世辉
	李 洁	王 田	杨正国	黄勤南	武 涛	

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

司法考试案例题精解/黄勤南主编. —北京:法律出版社, 2003. 2

(2003 年国家司法考试应试指导)

ISBN 7-5036-4104-5

I. 司… II. 黄… III. 法律工作者-资格考核-中国-解题 IV. D92-44

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 003912 号

法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法律考试出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶 松
开本/787×1092 毫米 1/16	印张/9 字数/183 千
版本/2003 年 1 月第 1 版	印次/2003 年 1 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法律考试出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/test@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939636	传真/010-63939650
中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	销售热线/010-63939792
网址/www.Chinalaw-book.com	010-63939778
书号:ISBN 7-5036-4104-5/D·3822 定价:18.00 元	

前 言

对于参加 2003 年国家司法考试的考生来说,在备考的同时,回顾一下 2002 年首届司法考试的试题特点,进而预测一下 2003 年司法考试的命题趋势,就可以在复习过程中少一些盲从,多一些针对性,从而事半功倍。

2002 年司法考试试卷一至试卷三为客观题,每卷 100 分,100 道题,每道题 1 分,每份试卷中均是单项选择题 30 个,多项选择题 50 个,任意项选择题 20 个。试卷四为实例(案例)分析和法律文书写作,是主观题,一般有 10—12 道,每大题约 6—12 分。

通过对 2002 年国家司法考试的试卷进行全面分析,我们发现其具有以下特点:

1. 国家司法考试在题型设计上增加了难度。以往的律师资格考试在前三卷的题型设计上是 40 道多项选择题,而 2002 年首次国家司法考试将前三卷每卷设置了 50 道多项选择题。多项选择题比单项选择题考查的知识点更多,需要考生的综合分析能力更强,这无疑加大了试题的难度。这种题型有可能在今后的考试中得以固定。

2. 国家司法考试试题综合性增强。首先,跨学科考查的题目增多。例如第一卷中法理学与宪法学在《立法法》基础上的联合命题。其次,各学科每道题目所涉及的知识点综合性增强。例如第二卷中刑法部分各题所涉及的知识点增多。这种命题方式在今后考试中将会有更突出的体现,以考查考生的综合分析能力。对此,考生应更加注意各学科之间的联系以及单个学科内部知识点的交错。

3. 国家司法考试试题理论性增强,考查法条更加细致。以往考试中,多数题目是直接以法条为依据设计的,而综观国家司法考试试题,我们很明显地感到其理论深度大大增强。这就需要考生在熟悉法条的基础上明了法条背后所隐含的法理。因此,考生不仅要掌握法条,而且还要仔细研读司法考试指定教材,掌握主要知识点。

4. 国际法学部分的考查内容大大增加。2002 年国家司法考试国际法部分占了 40 分,总分值比 2000 年律考增加约 7 分,这充分体现了随着世界经济一体化、全球化及我国加入 WTO 后,国际法的地位更加重要的趋势。

5. 注重对司法解释的考查。例如 2002 年国家司法考试中刑法部分的一个趋势是增加了司法解释的分值。刑事诉讼部分绝大部分的试题是同有关的司法解释相结合的。民事诉讼法考试分值比以往有所增加,2002 年达到 45 分,比上一年增加 11 分,考题分值大多集中在司法解释中,可见司法解释的重要程度。

6. 紧扣热点、重点。热点一般是新近出台的法律法规和人们普遍关注的法律问题。重点是指重要的法律法规,同时重点还意味着重点法条,即具有可考性法条。这就要求研

读法条时要考虑法条之间的联系性和其本身的复杂性。如证据问题是学术界、司法界比较关注的热点问题,司法考试中这一内容也可能会增加。

那么,2003年命题趋势又是怎样呢?

1. 2003年试题的主要题型不会有大的变化。
2. 综合考查会加大。不仅司法考试,这一趋势在高考和考研上已有明显表现。
3. 刑事法律部分分值会分解到行政法律和法律文书制作中。
4. 更加突出重点。重要法律、重点法条命题分值密度会更大,相反,有些不重要的部门法规考分会更少。
5. 法理考查会加强。法理变,法条早晚必须变,只有掌握了法理,才能更好地理解法条。

针对2002年试题的特点和2003年的命题倾向,我们如何把握现在的备考呢?

把握教材和有针对性地做练习是备考的不二途径。因此,我们针对考生通过练习以提高应试能力的需要,对考试题型加以精细研究,特编写本书。

本书最大特点在于其较强的针对性。针对性强不仅建立在对2002年司法考试试题的研究及2003年试题的预测上,而且有助于考生针对自己的薄弱方面,查缺补漏,重点突破。

最后要说的是,尽管我们一直从事司法考试研究,但是由于时间紧迫,书中可能存在疏漏之处,请广大读者批评指正。

黄勤南

2003年1月于中国政法大学

目 录

刑 法	1
一、刑法的空间效力	1
二、属人管辖权	1
三、溯及力	2
四、犯罪概念	2
五、刑事责任年龄	3
六、犯罪的主观方面要件	4
七、正当防卫与防卫过当的区别	4
八、紧急避险	5
九、犯罪未遂	6
十、既有漏罪,又犯新罪的并罚	7
十一、为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪	8
十二、非法携带管制刀具危及公共安全罪	8
十三、劫持航空器罪	9
十四、重大责任事故罪	10
十五、生产、销售不符合卫生标准的食品罪	10
十六、保险诈骗罪	11
十七、洗钱罪	12
十八、虚开增值税专用发票罪	12
十九、侵犯著作权罪	13
二十、故意杀人罪与意外事件	14
二十一、故意杀人罪的认定与处罚	15
二十二、过失致人死亡罪与故意伤害致死的界限	15
二十三、侵占罪与盗窃罪的区分	16
二十四、职务侵占罪	17
二十五、挪用公款罪与贪污罪的界定	19
二十六、拒绝提供间谍犯罪证据罪	19
二十七、盗掘古文化遗址、古墓葬罪	20
二十八、组织卖淫罪	21

二十九、复制、贩卖淫秽物品牟利罪	21
三十、巨额财产来源不明罪的认定和处罚	22
三十一、徇私枉法罪	23
三十二、擅离、玩忽军事职守罪	24
刑事诉讼法	25
一、刑事诉讼法的基本原则	25
二、不追究刑事责任情形	25
三、管辖	25
四、自诉案件的管辖	26
五、刑事案件的地域管辖	26
六、回避	27
七、辩护人的资格	27
八、被告人的辩护权	28
九、鉴定	28
十、证据的种类与分类	29
十一、保证人的条件	30
十二、监视居住	30
十三、逮捕的执行程序	31
十四、被告人的诉讼权利	31
十五、附带民事诉讼	32
十六、期间	33
十七、送达	34
十八、立案	34
十九、侦查中的讯问程序	35
二十、搜查、扣押程序	35
二十一、律师的权利	36
二十二、被不起诉人对不起诉决定的申诉	37
二十三、审判组织	37
二十四、公开审理与不公开审理	38
二十五、公诉案件被害人的上诉和请求抗诉权	38
二十六、抗诉的程序	39
二十七、死刑复核程序	39
二十八、提起再审及审理	39
二十九、监外执行	40
三十、死缓执行	40
三十一、死刑执行的停止	41

民 法	42
一、民事法律关系	42
二、限制民事行为能力人致人损害的民事责任	42
三、宣告死亡的法律后果	43
四、代理权的取得	43
五、合同的成立	44
六、合同的效力	45
七、可撤销合同	45
八、合同的变更	46
九、定金	46
十、违约责任	47
十一、不可抗力	48
十二、融资租赁合同	49
十三、承揽合同	50
十四、技术开发合同	52
十五、技术咨询合同	53
十六、技术服务合同	54
十七、技术转让合同	55
十八、不当得利	56
十九、无因管理	57
二十、著作权归属	58
二十一、侵犯著作权的民事责任	58
二十二、美术等作品的著作权	59
二十三、著作权人及其权利	60
二十四、合作作品的著作权	61
二十五、作品及其法律保护	62
二十六、职务发明与专利申请权	63
二十七、商标注册的审查和核准	63
二十八、商标侵权责任	64
二十九、继承人范围及继承顺序	64
三十、遗嘱继承与法定继承	65
三十一、继承遗产与清偿债务	66
三十二、一般侵权民事责任	66
三十三、产品责任的归责原则	67
三十四、混合过错的民事责任	68
民事诉讼法与仲裁制度	69
一、民事诉讼法的适用范围	69

二、移送管辖	69
三、指定管辖	70
四、共同诉讼	70
五、集团诉讼	71
六、诉讼代理人	71
七、期间	72
八、送达	72
九、调解书的生效	72
十、调解	73
十一、财产保全	74
十二、对妨害民事诉讼的强制措施	74
十三、诉讼费用	75
十四、撤诉	75
十五、支付令的异议和效力	76
十六、公示催告程序适用范围	76
十七、涉外民事诉讼程序的特别规定	77
十八、司法协助	78
十九、仲裁范围	78
√二十、仲裁协议	79
√二十一、仲裁协议的效力和仲裁纠纷解决方式	79
二十二、申请撤销裁决	80
二十三、涉外仲裁中的语种使用	80
二十四、涉外仲裁裁决的执行	81
商 法	82
一、股份有限公司的设立	82
二、股份有限公司的股权转让	83
三、合伙企业的设立	83
四、合伙企业财产及入伙、退伙	84
五、合伙企业的事务执行	85
六、合伙企业与第三人关系	85
七、票据抗辩	86
八、善意持票人的追索权	87
九、非完全行为能力人的票据行为无效	88
十、财产保险合同	89
十一、保险合同	90
十二、共同海损	91
十三、船舶碰撞	92

十四、海上货物运输承运人的责任	93
经济法	95
一、不正当竞争行为	95
二、消费者的权利及其保护	95
三、商业银行对存款人的保护	96
四、禁止持有、使用伪造的人民币	96
五、对本公司股票的收购	97
六、内幕交易的责任	98
七、增值税额	100
八、个人所得税的纳税主体及范围	101
九、税款征收的强制执行措施	101
十、劳动安全卫生	102
十一、女职工和未成年工特殊保护	103
十二、劳动争议仲裁	103
十三、国家建设用地	104
十四、土地使用权的转让	104
十五、造成水污染危害的责任承担和纠纷处理	105
十六、违法排污的法律责任	106
行政法与行政诉讼法	107
一、行政法的基本原则	107
二、行政主体资格	107
三、行政处罚主体	108
四、一事不再罚	108
五、行政处罚的法律适用和程序	109
六、行政案件与民事案件的界定	109
七、行政处罚管辖权范围	110
八、复议与诉讼的选择	110
九、复议期限	110
十、复议申请人	111
十一、行政复议受理	111
十二、行政诉讼受案范围	112
十三、行政诉讼参加人	112
十四、行政诉讼程序	113
十五、行政诉讼审理和判决	114
十六、申请撤诉	115
十七、一般地域管辖	116

十八、上诉与执行	117
十九、执行	118
二十、涉外行政诉讼	118
二十一、人身侵权的行政赔偿范围	120
二十二、国家赔偿与国家补偿	120
二十三、非刑事诉讼的司法赔偿	121
二十四、刑事赔偿义务机关	122
二十五、赔偿请求人和赔偿义务机关	123
国际私法、国际经济法	126
一、预期违约	126
二、预期违反合同的损害赔偿	126
三、国际贸易 CIF 条件	127
四、国际贸易支付	128
五、转致	129
六、准据法的选择、管辖权	130
七、涉外婚姻	130
八、海损、提单、保函	131
九、侵权行为的法律适用	131

【刑 法】

一、刑法的空间效力

【案情】被告人，某甲，男，33岁，俄罗斯人，副驾驶员。1997年12月19日，被告人某甲与机长某乙等机组人员，在原苏联境内驾驶47845号安—24型民航客机，执行某市民航局1011435航班任务。当飞机飞到东经118°09'00"、北纬52°40'00"上空时，被告人趁领航员上厕所之机，以机舱出机械故障为由，将机械师骗出驾驶舱随即锁上驾驶舱门，扭动自动驾驶仪，持刀威逼驾驶飞机的机长某乙向中国方向飞行，机长被迫改变航向，19日14时30分许，该机降落在我国黑龙江省某县某乡农田里。

【问题】某甲在我国领域内犯罪是否适用我国刑法？为什么？

【答案与解析】本案涉及我国刑法的空间效力问题，被告人某甲虽是外国人，但我国司法机关有权对其犯罪行为行使司法管辖权。因为：第一，某甲劫持航空器，已违反我国参加的《东京公约》、《海牙公约》和《蒙特利尔公约》的通知规定，如发现外国飞机被劫持在我国降落等有关涉外事件，应按我国法律，并结合上述三个公约的有关规定处理。同时符合我国《刑法》第九条的规定：“对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”；第二，我国《刑法》第6条第3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，犯罪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。”某甲不是享有外交特权和豁免权的外国人，某甲的行为虽始于我国领域之外，但其犯罪结果却发生在我国领域以内，依照我国的有关规定，属于在我国领域内犯罪，所以应适应我国刑法，依法追究其刑事责任。

【相关法条】《刑法》第6、9、11条。

二、属人管辖权

【案情】被告人，严某，男，38岁，中国公民，我国驻某国大使馆的汽车司机。

被告人严某先后利用驾车去机场接送外国人员代表团成员的机会，在驻在国首都机场行李处多次进行盗窃，陆续窃得大量外币现钞，以及手表、照相机等财物，共折合人民币10万余元。

【问题】严某在我国领域外犯罪是否应依我国《刑法》论处？为什么？

【答案与解析】严某应依我国《刑法》论处，因为我国《刑法》第7条规定：中华人民共和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三年以下有期徒刑的，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。据此分析：其一，严某的盗窃行为，按照犯罪地的法律应受处罚；其二，严某的盗窃数额特别巨大，依照我国《刑法》第264条规定，其法定最低刑为10年；其三，严某是中华人民共和国国家工作人员，所以应依我国刑法规定，依法追究其刑事责任。

【相关法条】《刑法》第6、7、264条。

三、溯及力

[案情]1997年4月3日下午,被告人陈某携带自制的火药枪去山中打野鸡,遍寻野鸡未果,遂拎枪下山。在返回途中,遇见被害人胡某迎面赶来,胡某问陈某:“野鸡打到没有?”陈某回答:“未打着”。二人说话时,陈某右手拿着枪,枪口正对着胡某的头部。由于被告人陈某疏忽大意,致使手中的火药枪走火,枪内散弹正好击中相距4米处的胡某的头部,胡某中弹后当即倒地不起。陈某见胡某倒地,满脸是血,即与他人将胡某急送医院抢救。陈某从医院回来后,便立即到公安机关投案自首。被害人胡某因伤势过重、抢救无效而死亡。人民检察院以过失杀人罪对陈某提起公诉。人民法院亦认定陈某犯有过失杀人罪,但判决尚未作出,拟在10月1日以后,作出判决。

[问题]在本案中陈某应适用新法还是旧法?为什么?

[答案与解析]法院对陈某应适用新《刑法》。

1997年修订的新刑法自1997年10月1日起施行。此案中,陈某的行为发生在10月1日以前即新刑法生效以前,而人民法院对其审判是在10月1日之后,此时新刑法已生效。在这种情况下,对陈某的行为适用新刑法,因为我国《刑法》是有溯及力的。

刑法的溯及力,是指新刑法生效后,对于其生效以前未经审判或者判决尚未确定的行为是否适用的问题。如果适用,就有溯及力;如果不适用,就没有溯及力。新《刑法》对过失杀人处罚相对较轻,故适用新《刑法》。本案中,陈某由于自身的疏忽大意,在案发后积极抢救被害人,并投案自首,说明陈某的主观恶性,可以判处3年以

下有期徒刑。

[相关知识]根据我国《刑法》第12条的规定,对于1949年10月1日中华人民共和国成立至1997年10月1日新刑法生效前这段时间内发生的行为,应按下列不同情况分别处理:(1)当时的法律不认为是犯罪的,没有溯及力。如新刑法中规定的计算机犯罪,旧刑法并不认为是犯罪,如果符合上述情况,应适用旧刑法。(2)当时的法律认为是犯罪,但新刑法不认为是犯罪的,只要这种行为未经审判或判决尚未确定,应适用新刑法。(3)当时的法律和新刑法都认为是犯罪,并且依法应当追究刑事责任的,原则上按当时的法律追究刑事责任。但是,如果当时的法律处罚比新刑法重,则应适用新刑法。如某人犯了抢夺罪,按旧刑法应判6年有期徒刑,而按新刑法只判4年有期徒刑,此时应适用新刑法。

由此可见,我国刑法关于溯及力的规定,即有原则性,又有一定的灵活性。原则上对于新刑法生效以前的犯罪行为没有溯及力,但对于新刑法不认为是犯罪的或处罚较轻的,则有溯及力,应适用新刑法。这样规定比较合理且符合罪刑法定原则的要求,同时又体现了我国刑法的人道主义精神。关于过失致死的行为,旧刑法第133条规定:过失杀人的,处5年以下有期徒刑;情节特别恶劣的,处5年以上有期徒刑。而新刑法第233条规定:过失致人死亡的,处3年以上7年以下有期徒刑;情节较轻的,处3年以下有期徒刑。新旧刑法都把过失致人死亡行为规定为犯罪,但法定刑不同。

[相关法条]《刑法》第12、233条。

四、犯罪概念

[案情]被告人乔甲,男,18岁,待业青

年,因家中人多房少不能住,于1998年6月到其叔乔乙家借住。同年9月28日,乔甲在其叔乔乙家午睡后,闲着无事,想找本杂志翻阅,就随手拉开乔乙忘了上锁的书桌抽屉,发现内有一叠崭新的10元面值人民币,乔甲顿起贪心,趁家中无人,偷偷从中抽走50元,由于乔乙大意,没有发现其抽屉内短少的现金,乔甲第一次窃取得逞后,胆子越来越大,又分别于同年10月,1999年3月两次趁乔乙不在意,共窃取人民币600余元,当乔甲又于1999年6月10日趁乔乙家无人之机,打开抽屉欲寻现金时,不料被躲在家里逃学的乔乙之子乔丙发现,遂案发,随后乔甲家属代其偿还了乔乙的损失。乔乙曾到公安机关要求不要处理乔甲。

[问题]乔甲的行为是否构成犯罪,应怎样处理,为什么?

[答案与解析]本案被告人乔甲主观上具有非法占有他人财物的目的,客观上实施了窃取他人财物的行为,因而其行为有一定的社会危害性,是违法行为,但综合全案情况来看,其犯罪情节显著轻微,危害不大,应不认为是犯罪,其原因有三:其一,被告盗窃的是其同住亲属的财物,而且数额相对不大,案发后,被告的同住亲属乔乙不要求追究乔甲的刑事责任,而且乔甲的家属已对乔乙的损失作了赔偿,故乔甲的盗窃行为不像一般盗窃犯那样具有严重的社会危害性。其二,乔甲的盗窃数额虽达到盗窃罪所要求的“数额较大”的标准,但盗窃的数额是否较大,不是区分盗窃罪与非罪的惟一标准,还应综合其他犯罪情节考虑。被告人乔甲采取的是趁乔乙不注意而秘密窃取的方法取得财物的,不像其他盗窃犯罪分子那样用撬锁,挖墙掏洞等性质恶劣的手段,并且乔甲每次盗取的数额不大,而且被发现后归还,因而综合本案的全

部情况看,乔甲的盗窃行为情节显著轻微,危害不大。其三,《最高人民法院关于办理盗窃案件具体应用法律的若干问题的解释》中规定,“盗窃自己家里的财物或近亲属的财物,一般可不按犯罪处理,对于确有追究刑事责任必要的,在处理时也要同社会上作案有所区别。”所以,乔甲的行为不构成犯罪。

[相关法条]《刑法》第13、265条,《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第1、3条。

五、刑事责任年龄

[案情]某乙在未满14岁前三次盗窃公私财物,价值3万余元。满14岁以后不满16岁以前,两次盗窃公私财物,价值2000余元,17岁时,盗窃公私财物一次,价值1000余元,某乙被公安机关抓获。

[问题]对某乙应怎样处罚?为什么?

[答案与解析]某乙在未满14岁以前盗窃三次,数额特别巨大,但因某乙是在无刑事责任年龄时期犯罪,因此不负刑事责任。某乙在已满14岁以后不满16岁以前,盗窃两次,数额较大,但根据我国法律,已满14岁不满16岁者只对刑法中规定的八种犯罪负责,所以某乙在14至16岁期间的盗窃行为也不构成犯罪。某乙17岁时盗窃一次,价值1000余元,数额较大,已经构成盗窃罪,对此某乙应当负刑事责任。总之,对某乙的盗窃行为发生在三个责任年龄段,因此应当分别认定和处理。绝不能将六次盗窃行为合并在一起,使其承担惯窃罪的刑事责任。

刑事责任年龄又称为责任年龄,是指法律规定行为人对自已的犯罪行为负刑事责任必须达到的年龄,行为人只有达到法定刑事责任年龄,才能对自己的犯罪行为负刑事责任。

我国《刑法》第17条对刑事责任年龄的规定可以概括如下:

(1)已满16周岁的人犯罪,应当负刑事责任(全负刑事责任时期)。

(2)已满14周岁不满16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。(相对负刑事责任时期)。

(3)不满14周岁的,一律不负刑事责任。(绝对无刑事责任时期)。

(4)已满14周岁不满18周岁的犯罪,应当从轻或者减轻处罚。

(5)因不满16周岁不处罚的,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。

当刑法禁止的危害行为从一个责任年龄段延续到另一个责任年龄段时,或者行为人在几个责任年龄段都实施了刑法所禁止的危害行为时,就产生了跨责任年龄段犯罪问题。上述案例即属此种类型。

【相关法条】《刑法》第16、264条,《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第3条。

六、犯罪的主观方面要件

【案情】某保卫干事平某(按规定配枪),家住城郊。精神病患者钟某走失,于凌晨一时许误入平宅。将睡在外屋平某的女儿惊醒,平女大叫“谁?来人哪!”平某闻讯持枪冲出,恰与欲进入里屋的钟某相撞,由于天黑情急,遂向自己脚下开了一枪,不料子弹被反弹后击中钟某。经平某一家急送医院抢救,终因伤势过重死亡。

【问题】1. 平某是否构成犯罪?为什么?

2. 设:平某惊醒后,持枪冲出,见一人影径直向自己闯来,遂抬手向来人躯干部

位开枪,不料将紧随其后的女儿击毙。

问:平某的行为是否构成犯罪,如不构成请说明理由;如构成犯罪,罪名应是什么?为什么?

【答案与解析】1. 不构成犯罪。分析平某是否构成犯罪,要从主客观方面进行分析。“天黑情急”说明当时平某不可预见到钟某是个精神病患者误入平宅。平某“向自己脚下开了一枪,不料子弹被反弹后击中钟某。”说明平某没有射击钟某的故意,开枪只是为示警,子弹击中钟某的结果平某不可能预见。因此,平某主观上亦无过失,钟某被击中而死亡纯属意外事件。平某的行为虽然在客观上造成钟某的死亡,但主观上无任何过错,所以平某不构成犯罪,不负刑事责任。

2. 此种假设,改变了两个重要的情节,即把“向自己脚下开枪”变为“向来人躯干部位开枪”,“子弹反弹后击中钟某”变为“将紧随其后的女儿击毙”,前者说明平某具备了杀人的故意,朝来人躯干部位开枪,应当预见到本人非死即伤,但却持放任的态度,来人死与不死,都不违背他的意志。后者的改变说明平某女儿紧随钟某后,平某向钟某躯干部位开枪,应当预见到万一射不中可能伤及女儿,当然平某对女儿的死亡持否定态度,但平某因为过于自信,轻信能够避免,仍然开枪射击,因此,平某对女儿的死,主观上有过失。所以平某对钟某的行为属于故意杀人未遂;对其女儿的行为属于过失致人死亡。

【相关法条】《刑法》第14、15、232、233条。

七、正当防卫与防卫过当的区别

【案情】被告人:刘明。2001年9月8日上午8时许,被告人刘明挑着米糕前往乡里赶集,途中遇到其侄儿刘二(21岁)。

刘二平日有偷摸行为,多次受到刘明的管教,因而对其有积怨。刘二此时见到刘明,即责问说:“你今天讲我什么?”刘明说:“我哪里讲你什么?”刘二又说:“我今天要打死你”,他随即用拳打刘明的胸部,用脚踢刘明的腿部,并将刘明推倒在路旁的地瓜沟里。刘明爬起来往回跑,刘二拿起刘明丢下的扁担紧追,追上后即用扁担打中刘明的腰部。刘明没有还手,继续往前跑。刘二穷追不舍,后来手中的扁担被群众夺下,又操起路旁的一把锄头,刘明见状也拿起一把劈刀准备抵挡,后来双方手中的工具均被群众夺走。刘二仍不罢休,又找到一把屠刀追杀刘明。刘二追至溪边,将屠刀朝刘明掷去,没有击中,刀在刘明身后约30公分处落地。刘明返身捡起屠刀,见刘二又追赶过来,就说:“你真的要过来?”话音未落,刘二即迎面扑来夺刀。刘明怕刀被夺去,便用手紧紧握住。双方在争夺中,屠刀劈中刘二的左颈部,顿时大量出血。刘二受伤松手,刘明继续往前跑。刘二继续追出9米倒地,被群众送往乡卫生院抢救无效死亡。

[问题]刘明的行为是属于正当防卫还是防卫过当?为什么?

[答案与解析]刘明的行为属于正当防卫。

从本案的具体情况看,刘明对于刘二的不法侵害,开始采取逃跑的方法躲避,后来又顺手拿起劈刀准备抵挡,但这些办法都行不通,一再遭到刘二的追打、追杀。群众夺下刘二的扁担,刘二就操起锄头;群众压下刘二的锄头,刘二就操起屠刀。当刘明捡起刘二掷过来的屠刀警告刘二时,刘二仍继续向他扑来夺刀行凶。此时刘明的人身安全受到严重威胁,如果刀被刘二夺去,自己就有被杀死的危险。正是在这种情势危急的情况下,刘明才劈了刘二一刀,

而且在刘二被劈松手后,刘明就停止了防卫行为,继续逃走,并未再加害刘二。由此可见,刘明所采取的防卫手段、强度和保护的权益,与刘二不法侵害的手段、强度和可能造成的危害相比,是比较适当的,属于正当防卫行为。

正当防卫,是指为了使公共利益、本人或者他人的人身或其他权利免受正在进行的不法侵害,对不法侵害所实施的必要的防卫行为。

防卫过当,是指防卫人在实施防卫行为时,超过了必要限度,给不法侵害人造成了不应有的危害。防卫行为的必要限度,是有效地制止不法侵害所必要的限度。认定防卫行为是否超过了必要限度,应当根据不法侵害的手段、强度和防卫行为所保护的权益性质等因素,综合全部案情进行考察。一般说来,能用较缓和的手段或较小的强度足以制止不法侵害,就不允许采用激烈的手段或较大的强度去防卫。如果较缓和的手段或较小的强度不足以制止不法侵害,则可以采取激烈的防卫手段或较大的防卫强度。为了保护较小的权益,不允许防卫行为造成重大的损害。对于没有明显立即危及人身安全或者国家和人民重大利益的不法侵害,不允许采取重伤、杀害的手段去防卫。

[相关法条]《刑法》第20条。

八、紧急避险

[案情]1999年10月1日,某客轮正在新加坡驶回广州的途中,突然遇到台风,船长黑某凭自己多年航海经验决定抛弃旅客携带的大量贵重货物(达2百万元人民币),以减轻重量,保护广大旅客的生命安全。

[问题]黑某的行为应受刑事处罚吗?为什么?

[答案与解析]黑某为了广大旅客的生命安全,抛弃货物,防止船沉没,属于紧急避险,依据我国《刑法》第21条关于紧急避险的规定,黑某不负刑事责任。

紧急避险成立的前提条件包括:

(1)必须是合法利益受到危险的威胁,所谓危险是指法律所保护的利益可能立即遭受危害的一种事实状态。危害的来源主要有大自然的自发力,动物的自发性袭击,人的危害社会的行为,人的生理或疾病的原因等;(2)必须是正在发生的危害,即实际存在的危险已经发生,尚未过去,才能实行紧急避险,否则,危害尚未发生或者已经过去,实行所谓的避险行为,则不是紧急避险而是避险不适时,合法性条件具体包括:(1)避险行为必须是为了使合法利益避免正在发生的危险而实施;(2)必须是危险不能用其他方法避免;(3)避险行为不能超过必要限度造成不应有的危害,所谓必要限度,即其所造成的损害必须是轻于所要避免的损害。

[相关法条]《刑法》第20、21条。

九、犯罪未遂

[案情]被告人王某,男,28岁,无业。1998年6月间,被告人王某得知与他做生意的刘某携带了50万元来到镇海并将50万元汇票换成现金并以定活两便方式存入储蓄所时,便萌生抢劫的犯意。同年8月9日下午2时许,王某伙同李某(另案处理)携带密码箱、手铐等作案工具来到刘某所住的店。王某见刘某在室内,便溜出房间,给储蓄所打电话,探听可否支取50万元的存款。在得到肯定的回答后,王某即返回刘某房间,与李某一同动手实施抢劫行为,先将刘某扑倒在床上,用手铐将刘某铐住,然后从刘的提包内劫得50万元定活两便的储蓄存款单1份,银行对账单2份

以及刘某的身份证。然后立即离开现场赶往储蓄所提取储蓄存款。此时,恰好储蓄所工作人员交接班,已无50万元现款可取,储蓄所工作人员要求王某第二天再办理,因此王某取款未成。

[问题]对王某的行为如何定性?如何处罚?

[答案与解析]本案中,被告人王某以非法占有为目的使用暴力手段劫取他人的50万元巨额存款单和身份证等,其行为已构成抢劫罪,数额特别巨大,情节严重。被告人持存款单向银行储蓄所提取存款时,由于当时储蓄所已无此巨款可取,被告人未能取出存款。被告人由于意志以外的原因而未能使犯罪得逞,其行为应属于犯罪(抢劫)未遂。

我国《刑法》第23条规定:“已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的,是犯罪未遂。”因此,构成犯罪未遂,必须具备以下三个条件:

(1)犯罪分子已着手实行犯罪。即犯罪分子已开始实行刑法分则所规定的某种犯罪行为。这里所讲的犯罪行为,是主客观统一的行为,它包括犯罪分子主观心理状态在内,而不是单纯“犯罪构成客观要件的行为”。另外,在确定犯罪行为的性质和范围时,应严格根据刑法分则条文的规定。

(2)犯罪未得逞。也就是犯罪没有完成,具体来说就是没有实现刑法分则条文规定的某种犯罪的全部犯罪构成事实。

(3)犯罪未得逞是由于犯罪分子意志以外的原因。所谓意志以外的原因是指不是出于犯罪分子自己的意思而是出于意志以外的障碍。在实践中,所谓犯罪分子意志以外的障碍主要有以下几种情况:来自外界的客观障碍;来自犯罪分子自身条件或能力的障碍或限制;犯罪分子的认识错误或错觉。