

## 前言

---

2008 年的司法考试总体上和历年考查重点基本未变，试题难度稳定中略有增加，题目呈现出灵活和知识叠加的共性。在各科分值的分布上，民法、刑法、民事诉讼法（含仲裁）以及刑事诉讼法四科超过了总分值的“半壁江山”（该四科总分值约 350 分）。

在 08 年的司考试题中：物权法在民法中的位置坐正，成为重点考查的对象，考查分值将近 30 分；刑法分值有较大增加，题目的设计更侧重于对基本原理和实际案例的考查，但考点范围基本未变，总则依然是考查重点；民事诉讼法（含仲裁）体现出重者恒重、恒定中略有变数的特点，仍围绕本学科的重点知识进行考查，但随着民事诉讼理论研究的深入，一些相对成熟的理论也被列入考查范围；刑事诉讼法以传统考点为命题重点，但考查更为细致，题目的叠加性增强。

《司考一本通》相应分册精准涵盖了上述科目 93%以上的考点，该套书皆由来胜司考名师亲自执笔，融合了老师们多年的司考辅导经验、各科高频考点以及大纲新增考点；内容全面精炼，具有实战性；全书采用“知识点精讲+例题+提示预测”这一符合人类学习、理解和运用的科学体系进行编排，成为考生攻克 08 司考的致胜法宝。

本别册特摘录《司考一本通》新年度改版新书，将民法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法的重要章节以及 08 年相应考题进行摘录，供广大考生提前掌握精练重点、一睹为快！

## 好书首推来胜《司考一本通》

---

### 夏静雷（北京工商大学研究生）

由于两个月的复习时间实在紧迫，我没有用司法部指定的三大本，而是选择了一套来胜司考丛书《司考一本通》的教材，这种教材的好处是考点难点突出，文字相对较少，体系性好。

### 赵小宇（中国政法大学研究生）

“司考一本通”适合在基础性阶段打下基础，我在选择一本通时最主要是知识点全，且简练，看完第一遍后再和老师的主观性试题进行演练，理论和实践相结合的过程中发现有很多不足，回头再看一本通基础知识点会有一个新的巩固和提高，这样对整个的复习进程是很有帮助的，在学习的来来回回中不知不觉产生量变到质变的一个过程。

### 周俊峰（中国人民大学本科生）

“司考一本通”是按照大纲来编撰的，它的顺序是先介绍法条，然后进行知识点的总结，最后用精编的习题来帮助巩固和强化知识点的记忆，能紧扣出题者的思路，让学员清晰备学。

### 许 波（武汉大学本科生）

来胜「司考一本通」能帮我巩固知识，加深理解和记忆，使我将零散的知识都进行了整合，建构起较系统的知识框架，并树立了一次通过司考的信心。

### 姜春艳（中国劳动关系学院本科生）

来胜司考一本通，在前期的备考阶段主要是从基础抓起；在后期，我主要是把它当做“司考字典”来用，哪个知识点没掌握好，就来查“字典”。尤其是在上冲刺班时遇到不懂的知识点，就到一本通这个字典中去查，这两个搭配在一起，真可谓是备考司考的“黄金搭档”

# 来胜 08 司考辅导命中事实

## 试卷一

题号	命中区块
2	模拟 B 卷 2 相似度 30%、冲刺班讲义 P2 相似度 100%
3	冲刺班讲义 P2 相似度 100%
4	模拟 B 卷 56 相似度 30%
5	模拟 A 卷 55 相似度 25%、模拟 B 卷 54 相似度 25%
6	模拟 B 卷 6 相似度 25%、冲刺班讲义 P8-9 相似度 90%
7	冲刺班讲义 P5 相似度 100%
8	模拟 A 卷 8 相似度 100%、冲刺班讲义 P19 相似度 100%
9	模拟 B 卷 8 相似度 25%、冲刺班讲义 P19-20 相似度 90%
10	模拟 A 卷 9 相似度 70%、冲刺班讲义 P19 相似度 80%
11	冲刺班讲义 P22-23 相似度 100%
14	冲刺班讲义 P6 相似度 100%
16	冲刺班讲义 P13-14 相似度 100%
17	冲刺班讲义 P12 相似度 90%
19	模拟 A 卷 24 相似度 100%、冲刺班讲义 P2、P15 相似度 100%
20	冲刺班讲义 P15 相似度 100%
21	冲刺班讲义 P15 相似度 90%
23	冲刺班讲义 P1-2、P14 相似度 100%
24	模拟 B 卷 24 相似度 30%、冲刺班讲义 P13 相似度 90%
25	冲刺班讲义 P14 相似度 50%
26	冲刺班讲义 P17 相似度 90%
28	冲刺班讲义 P18 相似度 70%
34	冲刺班讲义 P5 相似度 100%
35	冲刺班讲义 P23 相似度 100%
37	冲刺班讲义 P25 相似度 90%
38	冲刺班讲义 P28 相似度 90%
40	冲刺班讲义 P29 相似度 90%
41	冲刺班讲义 P11 相似度 100%
42	冲刺班讲义 P11-12 相似度 70%
45	模拟 A 卷 87 相似度 50%、冲刺班讲义 P20 相似度 30%
47	冲刺班讲义 P1 相似度 80%
48	冲刺班讲义 P16 相似度 50%
49	冲刺班讲义 P22 相似度 100%
50	冲刺班讲义 P31-32 相似度 40%
51	模拟 A 卷 3 相似度 25%、冲刺班讲义 P2-3 相似度 100%

52	冲刺班讲义 P8 相似度 80%
55	冲刺班讲义 P9 相似度 80%
56	冲刺班讲义 P4-5 相似度 100%
57	冲刺班讲义 P21-22 相似度 100%
58	冲刺班讲义 P20 相似度 100%
59	冲刺班讲义 P23-24 相似度 50%
61	模拟 A 卷 62 相似度 30%
62	冲刺班讲义 P17 相似度 50%
65	冲刺班讲义 P16 相似度 100%
66	冲刺班讲义 P15 相似度 100%
69	冲刺班讲义 P15 相似度 100%
70	冲刺班讲义 P3 相似度 25%、冲刺班讲义 P16 相似度 80%
72	冲刺班讲义 P5 相似度 50%、冲刺班讲义 P13 相似度 90%
73	冲刺班讲义 P13 相似度 50%
74	冲刺班讲义 P13 相似度 50%
75	冲刺班讲义 P18 相似度 100%
78	冲刺班讲义 P3 相似度 100%
80	冲刺班讲义 P29 相似度 90%
81	冲刺班讲义 P28 相似度 100%
83	冲刺班讲义 P17 相似度 50%
85	冲刺班讲义 P15 相似度 100%
86	冲刺班讲义 P21 相似度 75%
88	冲刺班讲义 P15、P17、P18 相似度 100%
89	冲刺班讲义 P30、P31 相似度 100%
92	冲刺班讲义 P7-8 相似度 25%
94	冲刺班讲义 P17-19 相似度 100%
95	冲刺班讲义 P4、P16 相似度 100%
96	冲刺班讲义 P16 相似度 100%
97	冲刺班讲义 P16 相似度 100%
100	模拟 B 卷 43 相似度 90%、冲刺班讲义 P12 相似度 30%

## 试卷二

题号	命中区块
6	冲刺讲义 P5 相似度 25%
7	冲刺讲义 P6 相似度 50%
8	冲刺班讲义 P7 相似度 50%
10	冲刺班讲义 P10-11, 相似度 50%
12	冲刺讲义 P4 相似度 50%
13	冲刺讲义 P14, 相似度 25%
15	冲刺讲义 P4 相似度 25%

16	冲刺讲义 P17 ,相似度 50% , 模拟卷 B 卷 第 6 题 , 相似度 50%
17	冲刺讲义 P17 , 相似度 25%
19	模拟卷 B 卷 , 第 53 题 相似度 50%
21	模拟 A 卷 21 相似度 30%、 冲刺班讲义 P3-4 相似度 30%
22	模拟卷 B 卷 第 29 题 , 相似度 50%
24	模拟 B 卷 72 相似度 50%、 冲刺班讲义 P12 相似度 50%冲刺讲义 P12 相似度 80%
25	模拟 B 卷 27 相似度 50%
26	模拟 A 卷 23 相似度 30%、 主观题班讲义 P3 相似度 30%
27	冲刺讲义 P6 相似度 80%
31	冲刺讲义 P16 相似度 80%
46	主观题班讲义 P4 相似度 50%
52	冲刺讲义 P2 相似度 25%
54	模拟 A 卷 60 相似度 50%
55	模拟 B 卷第 92 题相似度 50%
57	模拟 B 卷第 55 题相似度 50%
58	冲刺讲义 P7 相似度 25%
59	模拟 B 卷第 53 题相似度 25%
60	模拟 A 卷第 63 题相似度 50%
61	模拟 B 卷第 54 题相似度 25%、 冲刺讲义 P16 相似度 25%、 模拟 B 卷第 16 题相似度 25%、 冲刺讲义 P14 相似度 25%
64	冲刺讲义 P13 相似度 25%
68	冲刺班讲义 P20 相似度 50%
69	冲刺班讲义 P6 相似度 80%
71	冲刺讲义 P12 相似度 25%
79	冲刺讲义 P19-20 相似度 50%
98	冲刺班讲义 P1 相似度 25%、 冲刺 A 卷第 50 题相似度 25%

### 试卷三

题号	命中区块
1	主观题班讲义 P1 相似度 50%、 冲刺班讲义 P5 相似度 50%、 模拟 B 卷第 2 题相似度 70%
2	冲刺班讲义 P3 相似度 70%、 模拟 B 卷第 28 题相似度 50%
3	冲刺班讲义 P8、 相似度 50%
4	主观题班讲义 P3 相似度 50%
5	冲刺班讲义 P25 相似度 100%、 模拟 B 卷第 17 题相似度 100%
6	冲刺班讲义 P15-16 相似度 100%
7	冲刺班讲义 P4-5 相似度 100%
8	模拟 B 卷第 15 题相似度 80%
9	冲刺班讲义 P23 相似度 100%
11	模拟 B 卷第 25 题相似度 80%
12	冲刺班讲义 P12 相似度 80% 主观题班讲义 P10 相似度 100%

13	模拟 A 卷第 12 题相似度 100%
14	主观题班讲义 P2 相似度 50%、模拟 A 卷第 16 题相似度 70%
16	主观题班讲义 P6 相似度 100%
17	冲刺班讲义 P40 相似度 100%
18	冲刺班讲义 P39 相似度 100%
19	冲刺班讲义 P30 相似度 100%
20	冲刺班讲义 P30、P31 相似度 100%、模拟 A 卷第 26 题相似度 50%
21	冲刺班讲义 P31、P32 相似度 80% 主观题班讲义 P11 相似度 80%
22	模拟 A 卷第 22 题相似度 50%
24	冲刺班讲义 P35 相似度 100%、主观题班讲义 P7 相似度 70%
25	冲刺班讲义 P19 相似度 100%、主观题班讲义 P3 相似度 100%
26	冲刺班讲义 P18 相似度 100%、冲刺班讲义 P24 相似度 80%
27	冲刺班讲义 P59-60 相似度 100%、冲刺班讲义 P59 相似度 100%
28	冲刺班讲义 P53-54 相似度 80%、冲刺班讲义 P52 相似度 80%
29	冲刺班讲义 P11 相似度 100%、冲刺讲义 P10 相似度 100%
30	冲刺班讲义 P1 相似度 100%
31	冲刺讲义 P2 相似度 100%
32	冲刺讲义 P6 相似度 80%
33	主观题班讲义 P6 相似度 100%
35	冲刺讲义 P9 第 8 题相似度 80%
36	冲刺讲义 P41 第 41 题相似度 50%
37	模拟 A 卷 47 相似度 50%、冲刺讲义 P4 第 23 题相似度 50%
38	冲刺班讲义 P1-1 相似度 80%
39	冲刺班讲义 P8 相似度 100%
40	模拟 A 卷 87 相似度 30%
41	冲刺讲义 P8-49 相似度 80%
42	冲刺班讲义 P1-6 相似度 50%
43	冲刺班讲义 P7-42
44	冲刺班讲义 P9-6 相似度 50%
45	冲刺班讲义 P2-12 相似度 80%
46	冲刺班讲义 P4-22 相似度 50%
47	冲刺班讲义 P13 第 30 题，相似度 80%、主观题班讲义 P9 相似度 50%
48	冲刺班讲义 P9，第 8 题，相似度 50%
49	冲刺班民诉讲义 P13 第 28 题相似度 80%
51	冲刺班讲义 P14，第 37 题，相似度 80%
52	冲刺班讲义 P6 相似度 100%、冲刺班讲义 P9 相似度 100%
53	冲刺班讲义 P17 相似度 100%、模拟 A 卷第 62 题相似度 30%
54	冲刺班讲义 P25 相似度 100%、模拟 A 卷第 55 题相似度 80%
55	冲刺班讲义 P15 相似度 100%、主观题班讲义 P10 相似度 50%
56	冲刺班讲义 P16 相似度 100%
57	模拟 B 卷第 7 题相似度 80%

58	模拟 A 卷第 64 题相似度 100%
59	冲刺班讲义 P13 相似度 100%、主观题班讲义 P5 相似度 100%
62	冲刺班讲义 P29 相似度 50%、主观题班讲义 P9 相似度 50%
64	主观题班讲义 P6 相似度 100%
65	冲刺班讲义 P33 相似度 100%、模拟 A 卷第 26 题相似度 90%
66	模拟 A 卷第 22 题相似度 50%
67	模拟 A 卷第 20 题相似度 30%
68	冲刺班讲义 P38 相似度 30%、模拟 B 卷第 65 题相似度 80%
69	冲刺班讲义 P19 相似度 75%
70	冲刺班讲义 P19 相似度 75%
71	冲刺班讲义 P59-60 相似度 75%
72	冲刺班讲义 P50-52 相似度 75%
74	冲刺班讲义 P9 相似度 50%
75	冲刺班讲义 P3 相似度 75%
76	冲刺班讲义 P3 相似度 100%
77	冲刺班讲义 P12 相似度 100%
78	冲刺班讲义 P22-23 相似度 100%
79	冲刺班讲义 P3-19 相似度 50%
80	主观题讲义 P6-11 相似度 80%、冲刺班讲义 P11-16 相似度 50%
85	主观题班讲义 P9 相似度 50%；冲刺班讲义 P13-30.31.32 题及 P6-35
87	冲刺班讲义 P7-42 相似度 50%
88	冲刺班讲义 P15-40 相似度 80%
91	冲刺班讲义 P11 相似度 100%、主观题讲义 P10-21 相似度 60%、主观题讲义 P10-21 相似度 60%
92	冲刺班讲义 P11 相似度 100%
93	冲刺班讲义 P17 相似度 50%、冲刺班讲义 p15 相似度 100%
94	冲刺班讲义 P7 相似度 100%、冲刺班讲义 P11 相似度 100%、主观题讲义 P9-18 相似度 100%
95	冲刺班讲义 P11 相似度 100%、主观题讲义 P9-18 相似度 100%
96	冲刺班讲义 P11 相似度 100%、主观题讲义 P9-18 相似度 100%
97	主观题讲义 P1 案例二相似度 80%

## 试卷四

题号	命中区块
一	冲刺班讲义 P2、P10 相似度 100%；冲刺班法理学中讲过相关问题
二-1	主观题刑法讲义 P9 案例分析总结
二-4	理论提高班刑法讲义 P10
二-5	主观题刑法讲义 P7 第 11 题
三	理论提高班老师强调过重点
四-2	主观预测民法 P3 例 2
四-4	主观预测民法 P10 例 21(3)相似度 100%
四-5	主观预测民法 P10 例 21

四-6	主观预测民法 P11 例 23
五-1	主观预测民诉 P4 案例五
六-2	主观题预测行诉 P10 第 23 点
七	主观题预测刑法 P18 第 6 点相似度 100%

# 司考一本通 精选摘录

- 民法（物权概述）
- 刑法（犯罪构成）
- 民事诉讼法（当事人）
- 刑事诉讼法（执行）

# 民法

- 内容摘录「司考一本通」作者：姚欢庆老师

08 年司考卷三民法共考查 48 道客观题，其中 36 道题的考点直接源自《司考一本通》。“物权法”08 年客观题考查了 27 分，其中司考一本通命中 25 分，精华内容摘录如下。

## 一、08 真题与一本通考点相应命中范围

08 年真题	一本通参考页数	08 年真题	一本通参考页数
第 1 题	P1 考点 1	第 54 题	P99 考点 1
第 5 题	P86 考点 3、P114 考点 7	第 55 题	P135 考点 3
第 6 题	P21 考点 3	第 58 题	P38 考点 3
第 8 题	P32 考点 4	第 59 题	P36 考点 1、P48 考点 4
第 9 题	P31 提示预测	第 60 题	P184 提示预测
第 11 题	P21 考点 3	第 61 题	P189 考点 1
第 12 题	P48 提示预测	第 62 题	P131 考点 1
第 13 题	P36 考点 1、P32 考点 4	第 64 题	P209 考点 15
第 14 题	P185 考点 2	第 65 题	P152 考点 8
第 15 题	P189 考点 1	第 66 题	P172 考点 6
第 17 题	P179 考点 4	第 67 题	P132 考点 2
第 19 题	P142 考点 2	第 68 题	P179 考点 4
第 21 题	P151 考点 7	第 91 题	P44 考点 2
第 22 题	P172 考点 6	第 92 题	P72 考点 6
第 23 题	P158 考点 4	第 93 题	P43 考点 1
第 24 题	P163 考点 6	第 94 题	P32 考点 4
第 51 题	P2 考点 2	第 95 题	P33 考点 5
第 52 题	P2 考点 1	第 96 题	P33 考点 5

## 二、司考一本通精华内容全摘录

### 第八章 物权概述

(08 年考查了第 8、9、13、94、95、96 题)

#### 考点 1 物权法定

##### 一、精讲

《物权法》第 5 条规定，物权的种类和内容，由法律规定。物权法定原则包括两个方面的内容：(1) 物权种类法定。即当事人不得自由创设法律未规定的新种类的物权。如我国的担保物权就只能是抵押、质押和留置三种。(2) 物权内容法定。即物权的方式、效力等内容都由法律明文规定，当事人不得在物权中自由创设新的内容。如法律规定动产质押必须移转占有，当事人就不能创设不移转占有的动产质押。

需要特别指出的是，虽然物权法定，但是双方当事人之间设立物权的法律关系本身完全可以是意定的。

## 二、例题

1. 甲将其父去世时留下的毕业纪念册赠与其父之母校，赠与合同中约定该纪念册只能用于收藏和陈列，不得转让。但该大学在接受乙的捐款时，将该纪念册馈赠给乙。下列哪一选项是正确的？（2007年真题，单选）

- A. 该大学对乙的赠与无效，乙不能取得纪念册的所有权
- B. 该大学对乙的赠与无效，但乙已取得纪念册的所有权
- C. 只有经甲同意后，乙才能取得纪念册的所有权
- D. 该大学对乙的赠与有效，乙已取得纪念册的所有权

【释疑】《物权法》第5条规定，物权的种类和内容，由法律规定。结合《物权法》第39条关于所有权的规定，本题中甲在赠与合同中作出“学校不得转让纪念册”的约定违反物权法定原则，仅具债的效力。故选项D正确。需要指出的一点是，虽然乙取得标的物所有权，但是甲可以追究大学的违约责任。（答案：D）

2. 2007年4月2日，王某与丁某约定：王某将一栋房屋出售给丁某，房价20万元。丁某支付房屋价款后，王某交付了房屋，但没有办理产权移转登记。丁某接收房屋后作了装修，于2007年5月20日出租给叶某，租期为2年。2007年5月29日，王某因病去世，全部遗产由其子小王继承。小王于2007年6月将该房屋卖给杜某，并办理了所有权移转登记。请回答（1）—（3）题。（2007年真题，单选）

（1）如王某生前或王某死后其继承人小王欲出卖房屋前向丁某请求返还房屋，下列选项正确的是：

- A. 王某无权请求丁某返还房屋
- B. 王某有权请求丁某返还房屋
- C. 小王无权请求丁某返还房屋
- D. 小王有权请求丁某返还房屋

【释疑】此题仅涉及合同义务的履行。根据《合同法》第135条的规定，出卖人应当履行向买受人交付标的物或者交付提取标的物的单证，并转移标的物所有权的义务。鉴于王某与丁某已经达成了房屋买卖合同，王某及其继承人应承担将房屋交付给丁某以及将房屋所有权转移给丁某的义务。因此王某及其继承人无权请求丁某返还房屋，故选项A及选项C的说法正确。（答案：AC）

（2）如杜某向丁某、叶某请求返还房屋，下列选项正确的是：

- A. 杜某无权请求丁某返还房屋
- B. 杜某有权请求丁某返还房屋
- C. 杜某无权请求叶某返还房屋

#### D. 杜某有权请求叶某返还房屋

【释疑】在非恶意串通的情况下，根据《物权法》第 15 条的规定，“一物二卖”下的两个合同均属于有效合同，由于杜某与小王之间已经就房屋办理了产权过户登记，因此杜某已合法取得房屋所有权。故杜某可以基于所有物返还请求权要求丁某返还房屋。故选项 B 的说法正确。但王某依据买卖合同将房屋交付给丁某后，丁某将其出租给叶某，丁某与叶某之间的房屋租赁合同有效。结合《合同法》第 229 条的规定，租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。故杜某通过买卖取得房屋的所有权，不影响叶某的租赁权，杜某无权请求叶某返还房屋。故选项 C 的说法正确。（答案：BC）

（3）关于小王和杜某间的房屋买卖，下列选项正确的是：

- A. 交付标的物是房屋买卖合同的有效要件
- B. 小王须将所继承的房屋登记在自己的名下，才能将其所有权转移给杜某
- C. 房屋所有权转移自记载于不动产登记簿时发生效力
- D. 该房屋的利害关系人可以申请查询该房屋登记资料

【释疑】根据《物权法》第 15 条的规定，当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。故选项 A 的说法错误，不当选。结合《物权法》第 29 条及第 31 条的规定，小王虽在继承开始时就取得房屋所有权，但是要将其转移给他人，仍需先办理登记，将房屋登记在自己名下时，方可以处分给他人。故选项 B 的说法正确。根据《物权法》第 14 条的规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，依照法律规定应当登记的，自记载于不动产登记簿时发生效力。故选项 C 的说法正确。根据《物权法》第 18 条的规定，权利人、利害关系人可以申请查询、复制登记资料，登记机构应当提供。故选项 D 的说法正确。（答案：BCD）

### 三、提示与预测

物权的基本原则除了物权法定以外，还有：

1. 一物一权原则。(1)一个所有权的客体仅为一个独立物。(2)一个独立物上只能存在一个所有权。一物之上的所有人可以为多人，多人对一物共同享有一个所有权，并非多重所有权。根据一物一权原则，衍生以下规则：(1)在按份共有中，各共有人虽依据其份额对财产享有相应的权利，承担相应的义务，但是份额本身并非单独的所有权。(2)一物之上可以存在数个物权，但各个物权之间不得相互矛盾。(3)一物的某一部分不能成立单个的所有权，物只能在整体上成立一个所有权。
2. 公示、公信原则。(1)公示原则。所谓公示，是指物权的权利状态必须通过一定的公示方法向社会公开，使第三人在物权变动时，知道权利状态，维护交易安全。《物权法》第 6 条规定，不动产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让，应当依照法律规定交付。可见不动产的权利状态通过“登记”制度表示，而动产的权利状态则通过占有表示。(2)公信原则。所谓公信，是指当物权依据法律规定

进行了公示，即使该公示方法表现出来的物权存在瑕疵，对于信赖该物权存在并已从事物权交易的人，法律承认其法律效果，以保护交易安全。善意取得制度就是公信原则的体现。

## 考点2 简易交付

### 一、精讲

《物权法》第25条规定了简易交付：动产物权设立和转让前，权利人已经依法占有该动产的，物权自法律行为生效时发生效力。

受让人已经占有动产的情况下，如受让人已经通过寄托、租赁、借用等方式实际占有了动产，则当双方当事人关于所有权转移的合意生效时，即视为交付，受让人取得直接占有。

### 二、例题

1. 某宾馆为了8月8日的开业庆典，于8月7日向电视台租借一台摄像机。庆典之日，工作人员不慎摔坏摄像机，宾馆决定按原价买下，以抵偿电视台的损失，遂于8月9日通过电话向电视台负责人表明此意，对方表示同意。8月15日，宾馆依约定向电视台支付了价款。摄像机所有权何时转移？（2004年真题，单选）
  - A. 8月7日
  - B. 8月8日
  - C. 8月9日
  - D. 8月15日

【释疑】根据《物权法》第25条的规定，动产物权设立和转让前，权利人已经依法占有该动产的，物权自法律行为生效时发生效力。具体到本题，即买卖合同生效的时间，而买卖合同的生效时间原则上即双方当事人意思表示一致的时间，为8月9日，故选项C的说法正确。（答案：C）

2. 2000年5月4日，易某将自家的耕牛租与刘某使用2个星期，5月10日，刘某提出要买下此耕牛，易某表示同意。双方商定价格为1000元，并约定1个月后交付款项。但5月12日该耕牛被雷劈死。关于此案。以下选项哪些是正确的？（2000年真题，多选）
  - A. 该买卖合同的生效时间是5月10日
  - B. 该买卖合同中耕牛的交付时间是5月10日
  - C. 该耕牛意外灭失的风险由易某承担
  - D. 该耕牛意外灭失的风险由刘某承担

【释疑】根据《合同法》第44条的规定，原则上合同在合同成立时生效。而本案中的合同成立时间为5月10日，因此合同的生效时间为5月10日。此处主要区分合同生效与履行时间是两个不同的概念。判断合同标的物的交付时间，根据《合同法》第140条的规定，合同生效的时间就是标的物的交付时间，因此标的物的交付时间亦为5月10日。根据《合同法》第142条的规定，风险负担自交付时转移。故选项D正确，选项C不正确。注意一

点，风险的转移，除非当事人有特别约定，与价款的交付无关。（答案：ABD）

### 三、提示与预测

1. 根据《物权法》的规定，动产物权的设立和转让，自交付时发生效力，但法律另有规定的除外。根据此条规定，动产所有权的移转以交付为标准。故当事人虽然就动产所有权移转的问题达成了协议，但在尚未实际交付标的物以前，所有权并不移转。而交付除了现实交付以外，还有观念交付，观念交付包括简易交付、指示交付及占有改定三种情形。
2. 《物权法》第 24 条规定，船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。因此对于船舶、航空器和机动车，其物权变动仍采用交付规则，只是没有登记的，不能对抗善意第三人。

### 考点 3 指示交付

#### 一、精讲

指示交付，又称返还请求权的让与，是指让与动产物权的时候，如果让与人的动产由第三人占有，让与人可以将其享有的对第三人的返还请求权让与给受让人，以代替现实交付。

#### 二、例题

新疆兴都公司将 500 包长绒棉通过铁路运至郑州准备出售，委托郑州的伏牛公司将棉花存放于当地仓库，并约定在棉花出售后按售价比例给伏牛公司提成。伏牛公司将棉花存放于郑州北营仓库，并将仓单的复印件、发票等凭证寄回给兴都公司。半月后，兴都公司找到买家某纺织厂，双方签订了 500 包长绒棉的买卖合同。合同约定先由纺织厂交付总价额 50% 的价金，兴都公司收到该款后将委托伏牛公司把全部货物的仓单背书给纺织厂，纺织厂在提货并验收以后 1 个月内付清余款。

过了首付款的约定期限多日，兴都公司仍未收到纺织厂的首付款，却打听到一个消息，该纺织厂因严重亏损将被其他企业收购。兴都公司立即致电伏牛公司，没有兴都公司的书面确认通知书，不得将棉花的仓单交给任何人。数日后纺织厂派人到伏牛公司取棉花仓单，并出示了与兴都公司的买卖合同和由某银行签发的付款保证书。伏牛公司见到合同及付款保证书，就将仓单背书给纺织厂，在纺织厂取完货给了回执后，就急急向兴都公司要提成。兴都公司立即回了个电传：没发给你们书面确认书怎么就随便放货，他们首付的钱还没给呢，如果这笔钱要不回来就要你们赔偿！（2002 年真题，案例）

- （1）兴都公司与纺织厂买卖合同约定的是哪种类型的交付，所交付棉花所有权从什么时候起转移？

【答案】（1）拟制交付中的指示交付；（2）交付经伏牛公司背书、保管人签字或者盖章的仓单时财产所有权转移。

【释疑】指示交付不是实物交付，而是转移提取标的物的权利。注意根据《合同法》第 387 条的规定，仓单交付，须有保管人的签字或者盖章。

(2) 在纺织厂提交付款保证书并请求交付时,兴都公司有何理由拒绝向纺织厂交付货物?

【答案】兴都公司可以根据《合同法》第 67 条的规定行使先履行抗辩权。

【释疑】注意当事人行使的是先履行抗辩权,不是不安抗辩权。因为根据合同约定,先支付价款是买受人的义务,故提供付款保证书不影响先履行抗辩权的行使。

(3) 伏牛公司未经兴都公司同意向纺织厂交付仓单要承担什么责任?

【答案】伏牛公司应当承担违约责任。

【释疑】伏牛公司没有遵循兴都公司的指令,导致损失,要根据仓储合同承担违约责任。

(4) 纺织厂在取得仓单但未付款以前对棉花有没有所有权?为什么?

【答案】纺织厂取得所有权。仓单是提取标的物的凭证,经合法转让,即发生仓储物所有权转让的效力。

【释疑】仓单是提取标的物的凭证。仓单持有人提取标的物的权利,不因合同争议而发生变化。是否付款,也不是所有权取得的条件。

### 三、提示与预测

除了简易交付及指示交付以外,还有一种观念交付方式是占有改定:动产物权的让与人与受让人之间特别约定,标的物仍然由出让人继续占有,而受让人则取得对标的物的间接占有以代替标的物的实际交付。双方达成物权让与合意时,视为已经交付。

## 考点4 不动产物权的变动

### 一、精讲

不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生法律效力,但法律另有规定的除外。因此我国的不动产登记效力采取的是登记生效主义。即不动产物权的各种变动不仅需要当事人的法律行为,也需要登记,法律行为和登记的双重法律事实决定不动产物权变动的效力。但要注意一点:当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同效力。

在考试中要注意“法律另有规定的除外”的情形:

1. 《物权法》第 9 条第 2 款规定,依法属于国家所有的自然资源,所有权可以不登记。
2. 《物权法》第 28—31 条规定了物权变动的一些特殊情况:(1) 因人民法院、仲裁委员会的法律文书,人民政府的征收决定等,导致物权设立、变更、转让或者消灭的,自法律文书生效或者人民政府的征收决定等行为生效时发生法律效力。(2) 因继承或者受遗赠取得物权的,自继承或者受遗赠开始时发生法律效力。(3) 因合法建造、拆除房屋等事实行为设立和消灭物权的,自事实行为成就时发生法律效力。对于这三种情形发生的物权变动,权利人取得不动产物权后要处分物权,必须先办理登记,未经登记的,不发生物权效力。

3. 一些特别物权的变动也不是以登记为生效要件,而是以登记为对抗要件:(1) 土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。未经登记,不得对抗善意第三人。(2) 地役权自地役权合同生效时设立。未经登记,不得对抗善意第三人。(3) 已经登记的宅基地使用权转让或者消灭的,应当及时办理变更登记或者注销登记。从这条规定来看,宅基地使用权不以登记为生效要件。

## 二、例题

1. 甲与乙签订房屋买卖合同,将一幢房屋卖与乙。双方同时约定,一方违约应支付购房款35%的违约金。但在交房前甲又与丙签订合同,将该房卖与丙,并与丙办理过户登记手续。下列说法中哪些是正确的?(2002年真题,多选)
- A. 乙可以自己与甲签订的合同在先,主张甲与丙签订的合同无效
  - B. 乙有权要求甲收回房屋,实际履行合同
  - C. 乙不能要求甲实际交付该房屋,但可要求甲承担违约责任
  - D. 若乙要求甲支付约定的违约金,甲可以请求法院或仲裁机构予以适当减少

【释疑】首先,在“一物二卖”的情况下,原则上两个合同都有效,因此,选项A错误。其次,甲丙之间合同有效,且丙已经取得标的物所有权。乙要求实际履行属于法律不能。故选项B错误。再次,鉴于甲乙之间合同有效,因此乙可以要求甲承担实际履行以外的违约责任。故选项C正确。最后,根据《合同法》第114条第2款规定,约定的违约金过分高于造成的损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。故选项D当选。(当然35%的违约金是否属于“过分高于”有探讨的余地。)(答案:CD)

2. 某甲和某工厂订立一份买卖汽车的合同,约定由工厂在6月底将一部行驶3万公里的卡车交付给甲,价款3万元,甲交付定金5000元,交车后15日内余款付清。合同还约定,工厂晚交车1天,扣除车款50元,甲晚交款1天,应多交车款50元;一方有其他违约情形,应向对方支付违约金6000元。合同订立后,该卡车因外出运货耽误,未能在6月底以前返回。7月1日,卡车在途经山路时,因遇雨,被一落下的石头砸中,车头受损,工厂对卡车进行了修理,于7月10日交付给甲。10天后,甲在运货中发现卡车发动机有毛病,经检查,该发动机经过大修理,遂请求退还卡车,并要求工厂双倍返还定金,支付6000元违约金,赔偿因其不能履行对第三人的运输合同而造成的经营收入损失3000元。另有人向甲提出,甲可以按照消费者权益保护法请求双倍赔偿。工厂意识到对自己不利,即提出汽车没有办理过户手续,合同无效,双方只需返还财产。(2000年真题,案例)请回答下列问题:

(1) 汽车买卖合同是否有效?

【答案】有效。

【释疑】此处考察的是登记对汽车买卖合同效力的影响。结合《物权法》第15条、第24条的规定,但可以发现,是否登记对汽车买卖合同没有任何影响。

(2) 卡车受损,损失应由谁承担?

【答案】由工厂承担毁损的风险。

【释疑】鉴于卡车受损的情形发生在未交付之前，因此根据《合同法》第 142 条的规定，由工厂承担。

(3) 甲能否按照消费者权益保护法请求双倍赔偿？

【答案】不能请求双倍赔偿。

【释疑】原则上，《消费者权益保护法》规范经营者与生活消费者之间的关系。本案的双方都是经营者，不是生活消费者，故不能适用双倍赔偿的规定。

(4) 甲能否要求退车？

【答案】甲可以要求退车。

【释疑】根据《合同法》第 111 条的规定，质量不符合约定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

(5) 甲能否请求工厂支付违约金并双倍返还定金？

【答案】不能合并适用。

【释疑】《合同法》第 116 条规定，当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款，但却不能同时适用两者。

(6) 甲能否请求工厂赔偿经营损失？

【答案】甲可以要求工厂赔偿经营损失。

【释疑】本题中的经营损失，实际上是可得利益的损失。根据《合同法》第 113 条的规定，可以要求违约方赔偿。

(7) 甲能否同时请求工厂支付 6000 元违约金和支付每天 50 元的迟延履行违约金？

【答案】在不解除合同(退货)的前提下，甲可以请求支付 6000 元违约金和每天 50 元的迟延履行违约金。

【释疑】由于两种违约金性质不同，不构成重复计算。其中 6000 元的违约金应当是质量瑕疵的违约金，它与迟延履行的违约金性质不同、功能不同，可以合并适用。当然，如果合并适用的结果是过分高于造成的损失，则违约方可以根据《合同法》第 114 条第 2 款的规定要求适当降低。

### 三、提示与预测

应当掌握《物权法》就不动产物权的登记方式及生效时间的规定：

1. 凡是以登记为生效条件，根据《物权法》第 14 条的规定，自记载于不动产登记簿时发生效力。在办理完登记手续以后，登记机关发给不动产权属证书，不动产权属证书与不动

产登记簿不一致的，除有证据证明不动产登记簿确有错误外，以不动产登记簿为准。

2. 预告登记：当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的，预告登记失效。
3. 更正登记。权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载的事项错误的，可以申请更正登记。不动产登记簿记载的权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误的，登记机构应当予以更正。更正登记既可以由权利人及利害关系人提起申请，也可以登记机关自己发现错误后作出更正登记。
4. 异议登记。利害关系人提出更正登记，但不动产登记簿记载的权利人不同意更正的，利害关系人可以申请异议登记。异议登记是将事实上的权利人及利害关系人对不动产登记簿记载的权利提出的异议记入登记簿的行为。异议登记使得登记簿上所记载权利失去正确性推定的效力，第三人不得主张基于登记而产生的公信力。为了避免不动产物权的效力不因异议登记而长期处于不稳定状态，法律要求申请人在异议登记之日起十五日内起诉，不起诉的，则异议登记失效。而且异议登记不当，造成权利人损害的，权利人可以向申请人请求损害赔偿。

## 考点5 物上请求权

### 一、精讲

物权是对物的直接支配权，物权人对其权利的实现，无须他人行为的介入。如果有他人干涉，使物权人的权利受到妨害或有妨害的危险时，必然妨碍物权人对物的直接支配，法律赋予物权人除去该等妨害，恢复对标的物的支配的权利，这种权利就是物上请求权。

1. 物上请求权的行使。物上请求权的行使，可依意思表示方式为之，即物权人在其物权受到妨害后，可以直接请求侵害人为一定的行为，如停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产等。也可依诉讼方式进行。
2. 物上请求权与损害赔偿请求权。(1)损害赔偿请求权是一种债权请求权，这种请求权不以物权的存在为前提，而是以侵权行为发生后物权人与侵权人间的侵权之债为前提。(2)物上请求权旨在恢复物权人对其标的物的支配状态，从而使物权得以实现。损害赔偿请求权的目的在于填补损害，它是在不能恢复物的原状时，以金钱作为赔偿，补偿物权人受到的财产损失。(3)损害赔偿请求权必须依实际受有损害为前提，而物上请求权则不以有损害为要件。(4)在物权因他人的违法行为受到侵害时，如果有标的物的实际损害，可以同时发生损害赔偿请求权，故物上请求权与损害赔偿请求权可以并存。
3. 物上请求权的内容。(1)请求确认物权。因物权的归属、内容发生争议的，利害关系人可以请求确认权利。此条规定就是请求确认物权的请求权。(2)请求返还原物。物权权利人之外的人无权占有不动产或者动产时，权利人可依法请求无权占有人返还原物，或请求人民法院责令无权占有人承担返还原物的责任。权利人请求返还原物，必须原物在事实

上和法律上有返还的可能。(3)请求排除妨碍或者消除危险。无论妨碍人是否具有过错,不影响权利人提出该请求。(4)请求恢复原状。权利人有权要求加害人通过修理等方式恢复财产原来的状态。恢复原状不仅要在实际上可能,而且要在经济上合理,否则就不应该采取这种方式。

## 二、例题

下列案件,哪些适用返还原物?(2000年真题,多选)

- A. 张某借了王某的手表把它卖给了刘某,刘某以为是张某自己的手表而买之,王某要求刘某返还
- B. 宋某偷了李某的金项链送给女友王某,王某在不知情的情况下收下金项链,李某要求王某返还
- C. 贺某借给宋某一支金笔,宋某谎称丢失,贺某要求宋某返还
- D. 赵某向钱某购羊2只,钱某将羊交付赵某后,赵某又将羊卖给孙某,赵某得款后迟迟不付钱某的羊款,钱某无奈要求赵某返还2只羊

【释疑】根据《物权法》第34条的规定,无权占有不动产或者动产的,权利人可以请求返还原物。但所有权人的这种权利可能因为相对人的善意取得而阻断。因此:选项A中的情形已符合善意取得,故不得要求返还。选项D中的两个合同均有效,属于典型的继受取得,孙某因为继受取得标的物的所有权,故钱某无权要求原物返还。(答案:BC)

# 刑法

- 内容摘录「司考一本通」作者：阮齐林老师

08年司考卷二刑法共考查38道客观题，其中26道题的考点直接源自《司考一本通》。“犯罪构成”08年客观题考查了13分，其中司考一本通命中9分，精华内容摘录如下。

## 一、08真题与一本通考点相应命中范围

08年真题	一本通参考页数	08年真题	一本通参考页数
第2题	P19 考点9	第52题	P13 考点3
第3题	P26 考点14	第53题	P16 考点4
第5题	P33 考点5	第54题	P26 考点14
第6题	P145 考点6、P150 考点10	第55题	P121 考点1
第7题	P42 考点1	第57题	P83 考点2
第11题	P200 考点10	第58题	P90 考点2、P109 考点13
第13题	P128 考点6	第59题	P112 考点14
第14题	P147 考点7	第62题	P142 考点3
第15题	P161 考点18	第63题	P190 考点1
第16题	P145 考点6	第65题	P181 考点17
第17题	P176 考点10	第92题	P196 考点6
第18题	P190 考点1	第93题	P32 考点4
第19题	P42 考点1	第94题	P46 考点5

## 二、司考一本通精华内容全摘录

### 第三章 犯罪构成

(08年考查了第2、3、7、52、53、54题)

#### 考点1 不作为犯罪成立的条件

##### 一、精讲

不作为构成犯罪需要具备以下条件：

1. 行为人负有某种特定的义务。通常情况下，一个人对人或对事如果采取不作为的方式，不会产生危害，也不会构成犯罪，如果成立不作为犯罪必须有一个特定的前提，就是负有某种“义务”，或者说是作出某种积极行为避免危害结果发生的义务。不作为构成犯罪的义务来源：法律规定的。职务上或业务上要求的。法律行为引起的。先前行为引起的。
2. 行为人能够履行义务。
3. 行为人不履行特定义务，造成或可能造成危害结果。

## 二、例题

1. 下列与不作为犯罪相关的表述，哪一选项是正确的？（2006年真题，单选）

- A. 甲警察接到报案：有歹徒正在杀害其妻。甲立即前往现场，但只是站在现场观看，没有采取任何措施。此时，县卫生局副局长刘某路过现场，也未救助被害妇女。结果，歹徒杀害了被害人。甲和刘某都是国家机关工作人员，都没有履行救助义务，均应成立渎职罪
- B. 甲非常讨厌其侄子乙（6岁）。某日，甲携乙外出时，张三酒后驾车撞伤了乙并迅速逃逸。乙躺在血泊中。甲心想，反正事故不是自己造成的，于是离开了现场。乙因得不到救助而死亡。由于张三负有救助义务，所以甲不构成不作为犯罪
- C. 甲下班回家后，发现自家门前放着一包来历不明、类似面粉的东西。甲第二天上班时拿到实验室化验，发现是海洛因，于是立即倒入厕所马桶冲入下水道。甲虽然没有将毒品上交公安部门，但不构成非法持有毒品罪
- D. 《消防法》规定，任何人发现火灾都必须立即报警。过路人甲发现火灾后没有及时报警，导致火灾蔓延。甲的行为成立不作为的放火罪

【释疑】不作为犯罪的基本问题。

- （1）甲没有非法持有毒品的故意和行为，故不成立犯罪。认定C正确不难。捡拾毒品不报告、不上交这样行为不构成不作为犯罪。
- （2）A中的刘某没有救助义务，因为以制止犯罪的方式救人与其职责无关，不应成立渎职罪。甲警察有救助义务而不救助可成立渎职罪。
- （3）B中张三和甲都有救助义务，甲带领年幼的亲属外出，有保护其安全的义务，且张三逃避救助义务不免除甲的义务，所以不能排除甲可以构成不作为犯罪。
- （4）D发现火灾应报警不属于刑法规定的义务，甚至不能认为是一项法律义务。只有与火灾有关的人，如放火者、失火者或其他有特定义务者不报火警才涉及刑事责任。而且即使有法律义务而未报火警也不一定都以“放火罪”追究刑事责任。一般而言，只有其行为是该火灾原因的行为人才有可能因其不报火警行为涉嫌放火罪。所以“过路人”没有报警成立“放火罪”明显错误。（答案：C）

2. 关于不作为犯，下列哪些选项是正确的？（2007年真题，多选）

- A. 刑法规定，依法配备公务用枪的人员丢失枪支不及时报告，造成严重后果的构成犯罪。该罪以不报告为成立条件，属于不作为犯罪
- B. 偷税罪是一种不履行纳税义务的行为，只能由不作为构成
- C. 遗弃罪是一种不履行扶养义务的行为，属于不作为犯罪
- D. 刑法规定，将代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还的，构成犯罪。

该罪以拒不退还为成立条件，属于不作为犯罪

**【释疑】**

- (1) AC 的构成要件（法律条文的规定犯罪行为自身）就是不作为。
- (2) D 侵占罪属于作为犯，法定的侵占行为属于作为行为。“拒不退还”只是限制侵占罪处罚范围的一个条件。
- (3) 至于 B 则有些争议。根据法理，惩治偷税罪的法规维护的是一个义务规范，即公民应当（或有义务）纳税，维护义务规范的刑法（条文）规定应当是不作为犯，即“当为”而不为。在这个意义上讲，偷税罪是一种不履行纳税义务的行为，只能由不作为（不履行纳税义务）构成，未尝不可。但是，我国刑法为了区分偷税行为与偷税罪的界限，在条文中作对逃避纳税义务行为方式进行了种种的限制性规定，只有以特定方式逃避纳税义务才认为构成犯罪。参见第 201 条：“纳税人采取伪造、变造、隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证，在账簿上多列支出或者不列、少列收入，经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报的手段，不缴或者少缴应纳税款，偷税数额占应纳税额的 10% 以上不满 30% 并且偷税数额在一万元以上不满十万元的，或者因偷税被税务机关给予二次行政处罚又偷税的，处……”第 201 条中描述的“采取伪造、变造、隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证，在账簿上多列支出或者不列、少列收入”的手段，似乎是“作为”行为。因此有人说我国刑法上偷税罪是一种往往需要用作为方式才能构成的不作为犯。大约是因为这个缘故 B 算错。不过这种说法存在疑问，涉及“不作为犯”以及只能以“不作为”行为构成之“不作为”行为的理解。把刑法中限制不作为犯惩罚范围的条件当作构成要件行为自身是不妥的。若按照本题参考答案的标准，我国刑法中恐怕不存在不作为犯或不存在只能以不作为行为构成的犯罪，比如遗弃罪，刑法规定有“情节恶劣”的要件，什么样的表现算是遗弃“情节恶劣”？恐怕往往是行为人积极地采取了各种各样的逃避履行抚养义务的行为。按照这样理解 C 也不成立。（答案：AC）

**考点 2** 不纯正不作为犯的理解

**一、精讲**

以不作为形式构成“作为犯”即构成法律设置作为的方式为其构成要件的犯罪，必须确认该不作为行为与作为行为构成该犯罪具有“相当性”。刑法维护的规范（或规矩）分两种，其一是义务规范，比如公民有纳税义务、服兵役义务等，其二是禁止规范，比如不可杀人、不可放火、不可偷盗等。违反义务规范的行为是“不作为犯”，即有义务（当为）而不为，法律惩罚的是“不为”，即不作为。违反禁止规范的犯罪是“作为犯”，即不当为而为之，法律惩罚的是“为之”，即作为行为。可见，刑法为维护义务规范所规定的罪行是不作为犯，比如遗弃罪；维护禁止规范所规定的罪行是作为犯，比如故意杀人罪。

1. 纯正的不作为犯。当行为人以不作为行为构成一个“不作为犯”，这叫“纯正不作为犯”（或真正不作为犯）。因为行为人的行为形式是不作为，刑法规制的犯罪行为形式也是不作为，人的行为和法律惩罚的行为二者在“行为形式上一致”，属于依法定罪的“常态”问题。
2. 纯正的作为犯。当行为人以作为行为构成一个“作为犯”，这叫“纯正的作为犯”（或真正的作为犯）。因为行为人的行为形式是作为，刑法规制的犯罪行为形式也是作为，人的行为和法律惩罚的行为二者在“行为形式上一致”，也属于依法定罪的“常态”问题。
3. 不纯正不作为犯。当行为人以不作为行为构成一个“作为犯”；或者说以不作为行为构成一个“非不作为犯”，这叫“不纯正不作为犯”（或不真正不作为犯）。因为行为人的行为形式是不作为，刑法规制的犯罪行为形式却是作为，人的行为和法律惩罚的行为二者在“行为形式上不一致”，属于依法定罪的“非常态”问题，需要特别考虑。特别考虑的要点是：“相当性”，即该“不作为行为”构成“作为犯”应当与作为行为构成作为犯相当。

## 二、例题

梁某与好友强某深夜在酒吧喝酒。强某醉酒后，钱包从裤袋里掉到地上，梁某拾后见钱包里有5000元现金就将其隐匿。强某要梁某送其回家，梁某怕钱包之事被发现，托辞拒绝。强某在回家途中醉倒在地，被人发现时已冻死。关于本案，下列哪些选项是正确的？（2007年真题，多选）

- A. 梁某占有财物的行为构成盗窃罪
- B. 梁某占有财物的行为构成侵占罪
- C. 梁某对强某的死亡构成不作为的故意杀人罪
- D. 梁某对强某的死亡不构成不作为的故意杀人罪

【释疑】不作为行为构成故意杀人罪的认定以及盗窃与侵占的区别。

- （1）梁与强作为朋友关系相约共同喝酒致强某醉酒后，梁对强某的人身和财产安全均负有一定的保护义务。
- （2）梁某利用强某的醉态将钱包据为己有，属于盗窃性质。当强某钱包掉地梁某有义务提醒以便强某恢复对钱包的控制，因此该钱包不属于遗忘物，另外强某也没有委托梁某保管，不属于委托保管物，不是侵占是盗窃。
- （3）梁对强某的人身安全也负有一定的保护义务，但是梁这种未尽保护责任（不作为行为）与作为行为构成故意杀人不具有相当性，所以梁某对强某的死亡不构成不作为的故意杀人罪（不真正不作为犯）是正确的。另外，就主观而言，也不足以认定梁某具有杀人的故意。不过，不排除梁某的行为可以构成过失致人死亡罪。（答案：AD）

**考点3** 偶然现象的因果关系的判断和因果关系中断**一、精讲**

1. 因果关系的客观性。判断因果关系的有无，只要危害行为与危害结果存在客观上的联系即可，不受行为人主观上能否预见的影响。
2. 因果关系与刑事责任的关系。因果关系是承担刑事责任的客观性基础，存在因果关系并不必然承担刑事责任，还要考虑主观要件（有无故意、过失）以及主体资格（责任年龄、责任能力）。
3. 因果关系的中断。在因果关系的发展进程中，出现独立的介入因素（第三人行为或自然事件等）导致了结果的发生，那么，前行为与结果之间的因果关系发生中断，即前行为与结果之间不存在因果关系。

**二、例题**

1. 关于因果关系，下列哪一选项是错误的？（2006年真题，单选）
  - A. 甲故意伤害乙并致其重伤，乙被送到医院救治。当晚，医院发生火灾，乙被烧死。甲的伤害行为与乙的死亡之间不存在因果关系
  - B. 甲以杀人故意对乙实施暴力，造成乙重伤休克。甲以为乙已经死亡，为隐匿罪迹，将乙扔入湖中，导致乙溺水而亡。甲的杀人行为与乙的死亡之间存在因果关系
  - C. 甲因琐事与乙发生争执，向乙的胸部猛推一把，导致乙心脏病发作，救治无效而死亡。甲的行为与乙的死亡之间存在因果关系，是否承担刑事责任则应视甲主观上是否有罪过而定
  - D. 甲与乙都对丙有仇，甲见乙向丙的食物中投放了5毫克毒物，且知道5毫克毒物不能致丙死亡，遂在乙不知情的情况下又添加了5毫克毒物，丙吃下食物后死亡。甲投放的5毫克毒物本身不足以致丙死亡，故甲的投毒行为与丙的死亡之间不存在因果关系

**【释疑】**

- (1) A属于常见因果关系中断的情形，甲伤害行为与死亡结果无因果关系。
  - (2) B是因果关系的认识错误，将甲对乙“暴力攻击”和“抛尸”行为视为一个整体，认为有因果关系。因果关系的认识错误对因果关系有无不发生影响。
  - (3) C与被害人的特异体质（如年老、患病等）巧合“偶然”造成死亡结果的，一般认为有因果关系。有因果关系不等于有刑事责任，刑事责任的有无或轻重尚需考虑主观方面的情况。D错误很明显。甲有意利用乙投毒形成的特殊状况，添加毒物使达到致死量，并造成丙中毒死亡结果，当然具有因果联系。且因为是有意利用乙投毒形成的条件，主观具有故意应负刑事责任。（答案：D）
2. 关于刑法上因果关系的判断，下列哪一选项是正确的？（2007年真题，单选）

- A. 甲为抢劫而殴打章某，章某逃跑，甲随后追赶。章某在逃跑时钱包不慎从身上掉下，甲拾得钱包后离开。甲的暴力行为和取得财物之间存在因果关系
- B. 乙基于杀害的意思用刀砍程某，见程某受伤后十分痛苦，便将其送到医院，但医生的治疗存在重大失误，导致程某死亡。乙的行为和程某的死亡之间没有因果关系
- C. 丙经过铁路道口时，遇见正在值班的熟人项某，便与其聊天，导致项某未及时放下栏杆，火车通过时将黄某轧死。丙的行为与黄某的死亡之间存在因果关系
- D. 丁为杀害李某而打其头部，使其受致命伤，2小时之后必死无疑。在李某哀求下，丁开车送其去医院。20分钟后，高某驾驶卡车超速行驶，撞向丁的汽车致李某当场死亡。丁的行为和李某的死亡之间存在因果关系

**【释疑】**

- (1) BD 均涉及因果关系中断，医疗“重大失误”可中断因果关系，故 B 正确。但需注意，医疗条件差、医生水平低、轻微的失误不能中断因果关系。D 的情形，高某的交通肇事介入独立、完整地造成了李某死亡结果，足以中断丁行为与李某之死的因果关系。
  - (2) 关于 C，丙没有作为义务，故不存在不作为的因果关系。注意：项某的不作为行为与结果有因果关系。因为项某有（放下栏杆）作为的义务，若履行作为义务则能避免结果发生，因其不履行该作为义务致使结果发生。
  - (3) 关于 A，多少存在模糊之处，关键在于题中“甲的暴力行为”的理解。若“甲的暴力行为”仅限于“殴打章某”，认为没有因果尚可接受；但若把“甲的暴力行为”理解为也包括“甲随后追赶”，则似乎应当认为有因果关系。对“甲的暴力行为”到底应当作何种理解呢？我认为应作“广义”理解，因为甲在抢劫的意图支配下实施的“殴打”、“追赶”举动均是甲一个抢劫行为有机组成部分。不宜将甲的一个抢劫行为分割为“殴打”和“追赶”两个行为分别认定其与取财的因果关系。另外，对甲的行为评价为抢劫既遂更为合理自然。若认为没有因果关系，则只能分别评价为抢劫未遂和侵占，不精确。其实 A 与 B 相比较，A 存在因果关系更明确、具体。相反，对于医疗过错中断因果关系应当慎重掌握。B 引申出的知识点：B 中乙的行为和程某的死亡之间有没有因果关系，关系到乙是否成立犯罪中止。（答案：B）
3. 下列关于刑法上因果关系的说法哪些是正确的？（2003 年真题，多选）
- A. 甲欲杀害其女友，某日故意破坏其汽车的刹车装置。女友如驾车外出，15 分钟后遇一陡坡，必定会坠下山崖死亡。但是，女友将汽车开出 5 分钟后，即遇山洪暴发，泥石流将其冲下山摔死。死亡结果的发生和甲的杀害行为之间，没有因果关系
  - B. 乙欲杀其仇人苏某，在山崖边对其砍了 7 刀，被害人重伤昏迷。乙以为苏某已经死亡，遂离去。但苏某自己醒来后，刚迈了两步即跌下山崖摔死。苏某的死亡和乙的危害行

为之间存在因果关系

- C. 丙追杀情敌赵某，赵狂奔逃命。赵的仇人赫某早就想杀赵，偶然见赵慌不择路，在丙尚未赶到时，即向其开枪射击，致赵死亡。赵的死亡和丙的追杀之间没有因果关系
- D. 丁持上膛的手枪闯入其前妻钟某住所，意图杀死钟某。在两人厮打时，钟某自己不小心触发扳机遭枪击死亡。钟的死亡和丁的杀人行为之间存在因果关系，即使丁对因果关系存在认识错误，也构成故意杀人罪既遂

#### 【释疑】

- (1) A 项中死亡结果是由泥石流造成的，与杀害行为没有因果关系。这说明因果关系不能以预计、假设的为准，必须是行为的实际结果。
- (2) B 项中，在被告人与被害人的行为结合造成了结果的场合，如果被害人的行为被迫或者不能自己支配的，通常认为有因果关系。
- (3) C 项中属于因果关系中断的情况。丙追杀赵的过程中，赫先行一步将赵击毙。赫的行为与赵死亡结果有因果关系。而丙追杀赵（威胁到赵的生命）行为可能客观上为赫击毙赵创造了一定的条件或者被赫所利用，但是丙追杀赵的行为与赵死亡结果之间的联系被赫的行为所打断，没有因果关系。这也可以简单地按照 A 例的道理解释：赵实际上是被赫击毙的。应当注意：假如丙与赫协同加害赵，由赫将赵击毙，则二人的行为均与死亡结果有因果关系。因为此时丙与赫的行为作为一个整体共同造成了死亡结果。在二人无共犯关系的场合，赫的行为与死亡结果有因果关系，构成故意杀人罪既遂；丙的行为无因果关系，仅承担故意杀人罪未遂的罪责。不要以为丙无因果关系就不构成犯罪。在二人共同犯罪的场合，认为二人共同行为（不论是二人中谁的行为）与死亡结果有因果关系，二人均承担故意杀人既遂的责任。不能因为是赫实际击毙了赵而认为赫既遂丙未遂。
- (4) D 项，这也是被告人与被害人行为结合造成的结果。但是因为被害人的行为是由被告人造成的，严格讲被害人的“动作”是由被告人被迫的，并非是被害人选择的，这对因果关系没有实质影响。既然认为丁的杀人行为与死亡结果有因果关系，丁对该结果应当承担刑事责任，体现在法律上就是成立犯罪既遂。因果关系的认识错误对罪责不发生影响。（答案：ABCD）

### 三、提示与预测

因果关系的特殊情况应予注意。下列情形中，应认定有因果关系的情形是？（单选）

- A. 雇主甲在下雨打雷天仍然令雇员 G 外出干活，G 不幸被雷电击死
- B. 医生乙很轻率地告诉病人 N，他怀疑 N 患有癌症，致使 N 患上了精神病
- C. 车主丙见小偷 S 溜进车库盗窃自己的汽车，就对 S 大喊一声，S 被惊吓在逃跑时摔断了腿

- D. 丁在斗殴中使用匕首深深扎入H的腹部造成大出血,医生D经验不足处置不当,H失血过多死亡
- E. 戊醉酒后驾车将行人P撞成重伤,戊驾车逃离现场,P的仇人张三碰巧路过车祸现场,用石头将P砸死。戊的行为与P死亡之间

【释疑】ABC 的情形,行为人为只是结果的条件,缺乏相当性。另外,该行为自身明显不是某种犯罪的实行行为,考虑其刑法意义的因果没有实际意义。D项中丁的行为本身包含着发生结果的极高概率,D的轻微不当医疗行为不中断因果关系。E项为因果关系中断。(答案:D)

#### 考点4 相对刑事责任年龄人的刑事责任

### 一、精讲

相对刑事责任年龄人对法定“八种”性质的“行为”负刑事责任,而不是具体的罪名。

《刑法》第17条第2款:“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。”

### 二、例题

1. 已满14周岁不满16周岁的人实施下列哪些行为应当承担刑事责任?(2006年真题,多选)
- A. 参与运送他人偷越国(边)境,造成被运送人死亡的
- B. 参与绑架他人,致使被绑架人死亡的
- C. 参与强迫卖淫集团,为迫使妇女卖淫,对妇女实施了强奸行为的
- D. 参与走私,并在走私过程中暴力抗拒缉私,造成缉私人员重伤的

#### 【释疑】

- (1) 已满14周岁不满16周岁的人对C中的强奸行为、D中的故意伤害致人重伤行为应当负刑事责任。
- (2) AB通常属于过失致人死亡的情形,已满14周岁不满16周岁的人对过失犯罪不负刑事责任。如果绑架又杀害人质的,“杀害”属于故意杀人行为,应当负刑事责任。参见《刑法》第239条:“……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。”“致使被绑架人死亡”是过失致人质死亡行为,“杀害被绑架人”是故意杀人行为。(答案:CD)
2. 下列哪些情形当追究刑事责任?(2002年真题,多选)
- A. 15周岁的甲在聚众斗殴中致人死亡
- B. 15周岁的乙非法拘禁他人使用暴力致人伤残

- C. 15 周岁的丙贩卖海洛因 8000 克
- D. 15 周岁的丁使用暴力奸淫幼女

**【释疑】**

- (1) 对 A 和 B 选项的情形，法律明文规定以故意杀人罪或故意伤害罪（重伤）论处：《刑法》第 238 条第 2 款犯非法拘禁罪“使用暴力致人伤残、死亡的，依照本法第 234 条（故意伤害罪）、第 232 条（故意杀人罪）的规定定罪处罚。”根据第 292 条第 2 款的规定聚众斗殴，致人重伤、死亡的，依照本法第 234 条、第 232 条的规定定罪处罚。
- (2) C 和 D 选项分属贩卖毒品罪和强奸罪，本题四个选项均在《刑法》第 17 条规定的已满 14 周岁不满 16 周岁应当负刑事责任的范围内。（答案：ABCD）

### 三、提示与预测

已满 14 周岁不满 16 周岁的人盗窃、诈骗、抢夺他人财物，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，当场使用暴力，故意伤害致人重伤或者死亡，或者故意杀人的，应当分别以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。注意：如果没有达到致人重伤、死亡的程度，无罪。可作如下测试：

1. 张某，男，1988 年 4 月 22 日出生。2004 年 3 月 15 日，张某趁邻居李某全家外出游玩，翻墙进入李某院子中，并偷偷溜进李某的卧室，拿了 5000 元现金、一台笔记本电脑（价值 12000 元）。正在张某准备翻墙逃跑的时候，李某的表哥冯某来李某家串门，恰好看见张某在墙上，遂大声训斥张某，并一把扯住张某的衣服，张某从兜中快速取出一把匕首刺向冯某的心脏，冯某倒地，后抢救无效死亡，对张某如何处罚？（单选）
  - A. 以抢劫罪论处
  - B. 以盗窃罪论处
  - C. 以故意杀人罪论处
  - D. 王某不构成犯罪

**【释疑】**略。（答案：C）

2. 张某，男，1988 年 4 月 22 日出生。2004 年 3 月 15 日，张某趁邻居李某全家外出游玩，翻墙进入李某院子中，并偷偷溜进李某的卧室，拿了 5000 元现金、一台笔记本电脑（价值 12000 元）。正在张某准备翻墙逃跑的时候，李某的表哥冯某来李某家串门，恰好看见张某在墙上，遂大声训斥张某，并一把扯住张某的衣服，张某从兜中快速取出一把匕首刺向冯某，迅速逃脱，后查明冯某受轻伤，对张某如何处罚？（单选）
  - A. 以抢劫罪论处
  - B. 以盗窃罪论处

C. 以故意杀人罪论处

D. 王某不构成犯罪

【释疑】略。(答案:D)

**考点5** 已满14不满16周岁的人,在涉毒案件中只对贩卖行为负责

甲15周岁,系我国某边镇中学生。甲和乙一起上学,在路上捡到一手提包。打开后,发现内有1000元钱和4小袋白粉末。甲说:“这袋上有中文‘海洛因’和英文‘heroin’及‘50g’的字样。我在电视上看过,这东西就是白粉,我们把它卖了,还能发一笔财。”二人遂将4袋白粉均分。甲先将一袋白粉卖与他人,后在学校组织去邻国旅游时,携带另一袋白粉并在境外出售。甲的行为:(2004年真题,单选)

A. 构成走私毒品罪

B. 构成非法持有毒品罪

C. 构成贩卖毒品罪

D. 构成走私、贩卖毒品罪

【释疑】已满14不满16周岁的人,在涉毒案件中只对贩卖行为负刑事责任,不包括其他毒品犯罪,故C为正确答案。(答案:C)

**考点6** 刑事责任年龄的计算方法

### 一、精讲

以实足年龄为准,并根据公历年、月、日计算,自14、16、18周岁生日的第二天起才认为已满14、16、18周岁。

### 二、例题

甲,男,1987年2月26日出生,2001年2月26日,在自己的生日家宴上与叔叔发生争执,持刀将叔叔扎成重伤,以下说法正确的是:(单选)

A. 甲构成故意杀人罪

B. 甲构成故意伤害罪

C. 对甲应当从轻或者减轻处罚

D. 甲不构成犯罪

【释疑】甲尚未满14周岁,无罪。(答案:D)

**考点7** “跨年龄段”的刑事责任**一、精讲**

只对该负刑事责任年龄段的罪行承担刑事责任。

**二、例题**

下列说法正确的是：(多选)

- A. 甲 15 岁时盗窃一辆宝马车价值 50 万元，17 岁时盗窃一辆摩托车价值 1 万元，甲的犯罪金额是 51 万
- B. 乙 15 时诈骗 8000 元，满 16 岁时敲诈勒索 1 万元，只能追究乙敲诈勒索罪的刑事责任
- C. 丙 14 岁时既有抢劫罪行又有绑架罪行，只追究丙抢劫罪的刑事责任
- D. 丁 15 岁时盗窃 5000 元，16 岁生日那天抢夺摩托车一辆，对丁不能追究刑事责任

【释疑】A 项的犯罪金额是 1 万元。(答案：BCD)

**考点8** 特殊主体**一、精讲**

特殊主体是分则问题，需要个罪把握。

关于特殊主体的掌握包括两方面：

1. 自然人主体和单位主体，法律没有特别规定的，一般理解为当然包括自然人；至于单位主体必须依法有明文规定为限。法律没有明文规定的，理解为当然不包含单位主体。
2. 自然人犯罪主体中的一般主体和特殊主体。一般主体问题属于总则关于责任能力、年龄的一般规定；特殊主体属于分则各罪的特殊规定，要领是熟悉法条规定或具体犯罪的特殊主体。

**二、例题**

下列哪些说法是错误的？(2000 年真题，多选)

- A. 脱逃罪与破坏监管秩序罪的主体是依法被关押的罪犯、被告人与犯罪嫌疑人
- B. 伪证罪的主体是证人、鉴定人、记录人、翻译人、辩护人与诉讼代理人
- C. 贷款诈骗罪的主体既可以是自然人，也可以是单位
- D. 信用卡诈骗罪的主体只能是自然人，而不能是单位

【释疑】

(1) A 选项是破坏监管秩序罪与脱逃罪主体的差别问题。A 选项所列的是脱逃罪的

主体，而破坏监管秩序罪的主体范围略小于脱逃罪的，只包括依法被关押的罪犯（已决犯）。不包括嫌疑人、被告人这样的被关押的未决犯。法律这样规定大约是因为惩罚脱逃罪着重点在保护看守所临时羁押的监管秩序；而惩罚破坏监管秩序罪着重于保护监狱管理秩序。

- (2) B 选项有两点不妥：扩大了伪证罪的主体范围“辩护人”与“诉讼代理人”。未限定“在刑事诉讼中”，不符合《刑法》第 305 条（伪证罪）之规定：“在刑事诉讼中，证人、鉴定人、记录人、翻译人……”；而“辩护人”与“诉讼代理人”是《刑法》第 306 条规定之辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据、妨害作证罪的主体。
- (3) C、D 二选项涉及金融诈骗罪的主体范围，对此《刑法》第 200 条对单位可否构成金融诈骗罪的主体作出了明确的规定，贷款诈骗罪与信用卡诈骗罪的犯罪主体都不包括单位。（答案：ABC）

### 三、提示与预测

对特殊主体着重掌握：

1. 不包含自然人主体的情形。
2. 包含单位主体的情形。
3. 特殊主体。而这三种情形都需要用个案的方法掌握，即一个罪一个罪地记忆，非常麻烦，而且不值得。因此只能大致了解，然后结合推理。通常自然犯（伦理犯）不包含单位主体，如杀人、抢劫、盗窃等；反之，涉及经济、环境等法定犯（行政犯）包含单位主体的可能性较大。特殊主体主要是记住常见罪的，尤其是侵犯公民人身权利、民主权利罪一章中的特殊主体的犯罪。因为这涉及案件的侦查管辖归属于检察院还是公安机关。此外，渎职罪、贪污贿赂罪绝大多数是特殊主体，只要记住这两章的罪名中哪几个不是特殊主体就可以了。

#### 考点 9 故意的认定

##### 一、精讲

故意包括认识因素与意志因素。

1. 认识因素：“明知”自己的行为会发生危害社会的结果，具体包含两项内容：
  - (1) 对“构成要件事实”的认识，这通常是分则条文“罪状描述的事实”，如强奸妇女、杀人、盗窃枪支等等。
  - (2) 社会危害性的认识，或有违法意识。这是对犯罪故意进行否定评价的根据。故意的显著特征是“知其不可为而为之”，这个特征体现在有危害性认识上。
2. 意志因素：是指行为人对于危害结果发生“希望”或者“放任”的态度。

两个要素需同时具备才对同一构成要件事实成立故意罪责。

## 二、例题

张某在火车站候车室窃得某人一提包，到僻静处打开一看，里面没有钱财，却有手枪一支，子弹若干发，张某便将枪支、子弹放回包内，然后藏于家中。张某的行为构成何罪？（2003年真题，单选）

- A. 非法持有枪支、弹药罪
- B. 盗窃枪支、弹药罪
- C. 非法储存枪支、弹药罪
- D. 非法携带枪支、弹药罪

### 【释疑】

- (1) 故意的认定问题。就本题中涉嫌的盗窃枪支罪而言，盗窃行为和盗窃对象“枪支”，属于该罪的构成要件事实，行为人对此事实有认识才能成立该罪的故意。本题中的张某在盗窃时并无此认识，仅有盗窃（普通）财物之认识，故因为缺乏盗窃枪支故意而不成立盗窃枪支罪。
- (2) 这个结论也可以从认识错误的角度说明，提包中实际是枪支，张某误认为是普通财物而窃取。这种误认涉及两个不同的构成要件：其一是作为盗窃罪对象的财物，其二是作为盗窃枪支罪对象的枪支。属于跨越不同构成要件的事实（对象）认识错误，即“客体错误”。这种错误的效果是排除行为人对误认的结果承担故意的罪责，即排除张某构成盗窃枪支罪，但不排除可构成盗窃罪。题中没有出现盗窃罪的选项，对盗窃罪一事可不予考虑。
- (3) 事后牵连行为的处理。张某误盗枪支的认识错误固然能够排除对盗窃枪支罪承担故意罪责，但是不能排除其事后明知是枪支而持有行为的罪责。所以张某应当对其非法持有枪支的行为负责。这在理论上通常解释为牵连犯，即张某盗窃（普通财物）的行为，产生持有该财物的结果，而作为盗窃行为的结果行为（持有所盗窃之赃物）又构成了一个犯罪，即非法持有枪支罪。属于原因行为（盗窃）与结果行为（持有所盗窃之枪支）的牵连，不实行数罪并罚，而是择一重罪定罪处罚。本题中没提盗窃之罪，所以唯一的选择是构成非法持有枪支罪。值得注意的是，本题中的事后牵连行为与盗窃后持有本人盗窃赃物的行为是不同的。盗窃后又持有本人盗窃的赃物，似乎是又牵连到窝赃罪。但是，因为一般认为盗窃罪本身就包含了本人持有（或窝藏、转移、销售）该赃物的内容，属于盗窃应有的内容，所以不存在另外构成其他罪的问题，不是牵连犯。这就如同犯盗窃枪支罪并将所盗枪支持有的，其盗窃枪支罪能包容其持有枪支行为，不认为另外成立非法持有枪支罪。相反本题中的事后牵连行为，是盗窃罪牵连非法持有枪支行为，因为盗窃罪对象不包含枪支、盗窃罪行为本身不包含持有枪支的内容，所以本题中张某

盗窃财物误盗枪支又持有该枪支的,在盗窃罪之外又单独构成了非法持有枪支罪,并且具有一定的牵连关系,所以可认为是牵连犯。如果行为人故意盗窃枪支并持有的,该盗窃枪支罪和非法持有枪支罪之间的关系与盗窃罪和窝赃罪之间的关系类似。对本题中张某盗窃的提包中的物品可作两种假设:其一是,提包中只有一支枪,别无他物。因为实际被盗物品只有一个即枪支,所以,认为构成盗窃(未遂)和非法持有枪支罪较为合理,否则就会出现一个事实(枪支)“两头沾”(作双重评价)的情况,不合情理。其二是包内除枪支之外还有数额较大的其他财物,这种情况构成盗窃罪(既遂)和非法持有枪支罪。大体可以认为是牵连犯,但是,这种情况的牵连似乎不排除实行数罪并罚的可能性。

- (4) 非法持有枪支、弹药罪与非法储存枪支、弹药罪的界限。这两种情形都包含“持有”,但有所区别。非法持有是指不符合配备、配置枪支、弹药条件的人员擅自持有,不问该枪支弹药的数量、来源、归属。而非法储存枪支弹药至少应该能够证明枪支弹药是为他人存放、保管而持有。从语义上看,似乎应当有数量较大的枪支弹药爆炸物危险物质。“非法携带枪支、弹药罪”则不是一个规范的罪名,可简单排除。有关规范罪名是(第130条)“非法携带枪支、弹药、管制刀具、危险品危及公共安全罪”。该罪需要具备携带枪支弹药等进入公共场所或公共交通工具,危及公共安全、情节严重的要件,但不以“非法持有”为必要。即使是合法持有枪支弹药者非法携带进入公共交通工具也可构成犯罪,如合法持枪者非法携带枪支进入民航客机中的。(答案:A)

### 三、提示与预测

对故意的认定还涉及一个基本原理,就是犯罪故意通常是指“犯罪行为时”的心理,以上题为例就是张某具有盗窃什么(枪支还是普通财物)的故意?应当以他实行“盗窃行为时”的心理为准,因为当时只有盗窃普通财物的认识没有盗窃枪支的认识,所以认定他只有盗窃普通财物的故意。至于盗窃得手之后发现包内是枪支的,对枪支有认识也不改变其实施盗窃行为时的心理。换言之,就是确定犯罪心理,以“行为时”的心理为准,行为后才有的认识,不能溯及到行为时。假如张某知道提包中有枪支并且故意窃取之,因为他有“盗窃枪支”的事实认识,具有盗窃枪支的故意,成立盗窃枪支罪。问题是他怀有“盗窃财物”的故意,盗窃他人提包没有希望窃取枪支意思也不知包中有枪支,对他不欲窃取也不知窃取的枪支不成立盗窃枪支罪的故意。由此推导出评价事实认识错误的标准“法定符合说”。只有当行为人的主观认识与客观实际发生的在法律规定的范围内一致的,才成立该罪的故意;不一致的不成立该罪的故意,或不承担故意罪责。

#### 考点10 过失犯罪的认定

##### 一、精讲

1. 过失犯罪对危害结果没有犯罪故意。犯罪过失是以对特定的危害结果不具有犯罪故意为前提的。如果具有犯罪故意,则成立故意罪,排斥成立过失罪。
2. 没有尽到注意义务或回避义务,即应当预见自己的行为可能造成危害结果但却因疏忽而

没有预见；或者已经预见自己的行为可能造成危害结果但却因轻率没有能够避免。表现为疏忽或轻率。

### 3. 有能力预见或有能力避免危害结果发生。

注意：过失犯罪是针对结果的“过失”，而非针对行为的“过失”，最典型的是交通肇事罪，行为人往往是有意违章，但对于危害结果的发生，心态是“过失的”。

## 二、例题

卡车司机甲在行车途中，被一吉普车超过，甲顿生不快，便加速超过该车。不一会儿，该车又超过了甲，甲又加速超过该车。当该车再一次试图超车行至甲车左侧时，甲对坐在副座的乙说，“我要吓他一下，看他还敢超我。”随即将方向盘向左边一打，吉普车为躲避碰撞而翻下路基，司机重伤，另有一人死亡。甲驾车逃离。甲的行为构成：（2004年真题，单选）

- A. 故意杀人罪
- B. 交通肇事罪
- C. 破坏交通工具罪
- D. 故意杀人罪和故意伤害罪的想象竞合犯

【释疑】从本题给的案情看，甲的本意是“吓他一下”，相信对方会采取适当的措施避免危害结果的发生，对这种情形认定为过失较合理。答案中只有B项“交通肇事罪”是过失犯罪，所以B为正确选项。（答案：B）

对这种情形，也有人认为是间接故意。但从司法中的犯罪类型讲，如果认为是间接故意，对这类以“别挂”他人车辆的方法故意造成“车祸”的行为，通常认定构成“故意以危险方法危害公共安全罪”，罕见认定为试题中的“A、C、D”三种罪名或情形。换言之，就本题而言，甲是过于自信过失还是间接故意？实在是一个难以判断的问题或者说“见仁见智”的问题。只是借助法院确定罪名的习惯，认定为间接故意会与“A、C、D”选项中的罪名不配套（或不协调），所以选择“B”。假如本题的选项中有“故意以危险方法危害公共安全罪”，则它与交通肇事罪之间就成为很难选择的问题。

### 考点 11 间接故意与过于自信过失的区分

#### 一、精讲

1. 意志因素上有差别：过于自信的过失对结果持否定、排斥的态度，往往采取一定的措施避免危害结果的发生。间接故意对结果的态度是放任的，不是否定、排斥的态度。
2. 认识因素有差别：间接故意明知危害结果可能发生，过于自信的过失是预见到危害结果可能发生，间接故意认识的程度较高。
3. 二者区分更大程度上是一种经验问题，即除了需要知道区分二者的理论要点之外，还应

当知道司法实践中常见的认定为间接故意的情形。主要追求一个犯罪的结果而放任另一个犯罪结果的情况。例如为杀妻在饭菜中投毒，放任孩子的食用。追求一个非犯罪化的结果而放任另一个犯罪结果的发生。例如在自家果园私设电网，毫不顾忌众人安危并造成人身伤亡的场合，较多被认定为间接故意。但是，如果采取了确实、可靠的防范措施的，往往认定为过于自信过失。

4. 在分析案例时着重看：对结果发生是否持否定态度。是否有避免结果发生根据和采取了积极避免的措施。

## 二、例题

1. 养花专业户李某为防止偷花，在花房周围私拉电网。一日晚，白某偷花不慎触电，经送医院抢救，不治身亡。李某对这种结果的主观心理态度是什么？（2003年真题，单选）
- A. 直接故意  
B. 间接故意  
C. 过于自信的过失  
D. 疏忽大意的过失

【释疑】司法实务中典型的认定为间接故意的情形。（答案：B）

2. 甲贩运假烟，驾车路过某检查站时，被工商执法部门拦住检查。检查人员乙正登车检查时，甲突然发动汽车夺路而逃。乙抓住汽车车门的把手不放，甲为摆脱乙，在疾驶时突然急刹车，导致乙头部着地身亡。甲对乙死亡的心理态度属于下列哪一选项？（2006年真题，单选）
- A. 直接故意  
B. 间接故意  
C. 过于自信的过失  
D. 疏忽大意的过失

【释疑】此种情形在司法实务中较多认为对死亡结果是间接故意。因为有意将人从疾驶中的汽车中甩下，行为高度冒险，常人能认识到会造成非死即伤的结果，事实上发生了死亡结果，可认为具有放任的态度。这与违章开车撞死路上行人不同，所以排除 C、D。根据案情不能确证甲希望乙死亡，排除 A。（答案：B）

这方面的判例有将趴在发动机盖上的林务人员故意甩下致死案，将扒在自己车门上的人故意以高速行驶、刮蹭方式使其落地摔死案，均以故意杀人罪（间接故意）定罪处罚。但是，如果根据案情危险性较小，可以认定为故意伤害致人死亡，若作出这样认定，意味着对死亡结果是过于自信的过失。因此本题的难点在 B 与 C 之间的选择，即间接故意与过于自信过失的区别。

3. 朱某因婚外恋产生杀害妻子李某之念。某日晨,朱在给李某炸油饼时投放了可以致死的“毒鼠强”。朱某为防止其6岁的儿子吃饼中毒,将其子送到幼儿园,并嘱咐其子等他来接。不料李某当日提前下班后将其子接回,并与其子一起吃油饼。朱某得知后,赶忙回到家中,其妻、子已中毒身亡。关于本案,下列哪一说法是正确的?(2004年真题,单选)
- A. 朱某对其妻、子的死亡具有直接故意
- B. 朱某对其子的死亡具有间接故意
- C. 朱某对其子的死亡具有过失
- D. 朱某对其子的死亡属于意外事件

【释疑】本题既简单又复杂。说简单,因为只要根据间接故意与过于自信过失区别的要领就可选对。朱某虽然预见到可能造成其子死亡,但是采取了切实的防范措施,表明对其子之死不具有“放任”态度,不成立间接故意。只要排除了间接故意,选C就是顺理成章的事情。说复杂,因为涉及刑法错误论的适用范围。本题中给出的事实是:不仅其子死亡,而且其妻也死亡。按照日本学者的观点,既然行为人(朱某)本欲加害的对象(其妻)已经死亡,行为人(朱某)预期的故意犯罪目的(其妻死亡)已经实现,就不存在认识错误问题,即不属于错误论范畴、不适用错误论来解决,只需简单认定为故意杀人罪既遂。至于该行为又“错误地”导致其子死亡结果,属于一个故意犯罪行为(杀妻)产生的“过度”或“过剩”的结果,对该本来的结果(妻死亡)成立故意,对该“额外”的结果(子死亡),根据实际情况确认罪责。如果行为人(朱某对其子之死)有故意的,认定为故意;如果行为人(朱某对其子之死)有过失的,认定为过失。本题的实际情况是行为人(朱某)对避免其子死亡结果采取了确实的措施,不是故意,仅能认为是过失。

假如朱某之妻未死而其子死亡,该如何认定?因为行为人(朱某)预期的犯罪结果(其妻死亡)没有发生却发生了非预期的结果(其子死亡),这属于错误论范畴的问题,需要适用错误论的观点来解答。关于对象错误,存在“具体符合说”与“法定符合说”的分歧。按照具体符合说,朱某实际加害的对象(其妻)与错误加害的对象(其子)具体不一致,阻却故意,只能认为对其子死亡结果是过失。成立故意杀人未遂(对其妻)和过失致人死亡(对其子)的想象竞合犯,从一重罪即故意杀人罪未遂定罪处罚。按照“法定符合说”,其妻与其子虽然具体对象不一致,但法律性质一致,即均属于故意杀人罪对象的“人”,不阻却对其子之死承担故意罪责,朱某成立故意杀人罪既遂。既然成立故意杀人罪“既遂”,显然行为人对因错误而造成的死亡结果承担了“故意的罪责”。这样就出现了“事实上”对其子之死是过失心态却要承担“故意的责任”的情形。在英美刑法实务上,对这种情形使用“故意转移”来解释,即行为人对其妻的杀人故意可转移到其子死亡结果上,结论与欧陆法学说中的“法定符合说”一致。

假如朱某之妻未死而其子死亡,适用错误论来解决,正解可能是:(1)按照具体符合说,朱某对其子死亡的心态事实上是过失的,并且阻却承担故意的罪责。(2)按照法定符合说,朱某对其子死亡的心态虽然事实上是过失的,但不阻却承担故意的罪责。(3)我国

解决对象错误（包括对象认识错误和目标打击错误或行为误差）的通说是“法定符合说”。这就遗留下一个难解的问题：行为人（在其妻未死的情况下）对“其子之死”究竟是故意还是过失？只能说：对其子之死，事实的心态是过失，但却要承担故意的罪责。

假如朱某投毒杀妻，对可能毒死其子没有采取题中介绍的防范措施，具有放任态度，那么，无论毒死其妻还是其子都在故意范围内，对其妻之死是直接故意；对其子之死是间接故意。（答案：C）

## 考点 1 2 疏忽大意过失与过于自信过失的区别

### 一、精讲

二者的区别在于：事先对结果有没有认识（预见）。疏忽大意的过失事先对危害结果的发生没有预见，所以又称无认识的过失；过于自信的过失事先对危害结果的发生有所预见，故又称有认识的过失。

注意：疏忽大意过失是过失的基本型，所以没有事实表明行为人事先对危害结果有认识（或预见）的，通常认为是疏忽大意过失。

### 二、例题

某医院妇产科护士甲值夜班时，一新生婴儿啼哭不止，甲为了止住其哭闹，遂将仰卧的婴儿翻转成俯卧，并将棉被盖住婴儿头部。半小时后，甲再查看时，发现该婴儿已无呼吸，该婴儿经抢救无效死亡。经医疗事故鉴定委员会鉴定，该婴儿系俯卧使口、鼻受压迫，窒息而亡。甲对婴儿的死亡结果有何种主观罪过？（1999年真题，单选）

- A. 间接故意
- B. 直接故意
- C. 疏忽大意的过失
- D. 过于自信的过失

【释疑】根据案情，凭常识就可排除故意。因此只剩下过于自信过失与疏忽大意过失的分辨。本题因为没有事实表明行为人事先对危害结果有认识，通常认为是疏忽大意的过失。（答案：C）

本题存在模糊之处，如果作为职业护士是知道新生婴儿不可俯卧的，从案情介绍看，该护士半小时后又来查看，似乎表明她意识到危险性的，据此认为她事先已经预见行为的危险性，判断为过于自信的过失也可以。当然，如果该护士根本没有预见到这种危险性，想都不想就将婴儿翻身，过后又忘了这档子事情，说疏忽大意的过失也可以。

造成这种“两可”的原因是什么呢？

- （1）案件事实不清。过于自信与疏忽大意的区别本来就很细微，需要以更为详细具体的事实为基础才能作出认定。题中给出的事实本身，并不足以让人辨别出是哪种过失。

- (2) 这种区别在实务上没有价值。无论是哪种过失，都是医疗事故罪，对认定犯罪没有任何影响。换言之，对案件处理有实际影响的是“有无过失”，而不是“哪种过失”。
- (3) 过于自信与疏忽大意的界限本身也有一定的模糊性。过于自信归根到底也是疏忽大意。为什么自信过头了，还不是因为大意嘛！遇到这种涉及事实认定的判断并且在实务上没有实际价值的问题，大可不必深究，只要了解一般原理就可以了。用没用对，运气的成分很大。另外涉及事实的判断问题，很大程度上受出题技术的制约，一方面不能说得太透，太透了，人人都能猜中，没难度；另一方面受篇幅的限制，也没有条件介绍得详细。所以就出现了答案“两可”的情况。所以说，本题不是难在法律知识上，而是难在事实模糊上。

### 考点 13 法律认识错误及其处理原则：不免罪责

#### 一、精讲

法律认识错误是对自己某种行为是否违法有误解，也即对行为在法律上是否被禁止有误解。所以又称禁止错误。简单地说，就是不懂法的错误。包括三种情况：假想无罪、假想有罪和误解处罚。其中假想的无罪是法律认识错误最主要的一种情况，这种法律认识错误原则上不免罪责；假想的有罪，对行为是否构成犯罪不发生影响；对处罚有误解，也不影响定罪处罚。

#### 二、例题

1. 甲男明知乙女只有 13 周岁，误以为法律并不禁止征得幼女同意后的性交行为，于是在征得乙女的同意后与乙女发生了性交。甲的行为属于下列何种情形？（2002 年真题，单选）
- A. 幻觉犯，不构成奸淫幼女罪
  - B. 法律认识错误，构成奸淫幼女罪
  - C. 对象认识错误，构成奸淫幼女罪
  - D. 客体认识错误，不构成奸淫幼女罪

【释疑】就本案而言，甲误以为只要得到同意即使与幼女发生性关系就不犯法，而实际上法律禁止并惩罚任何形式与幼女发生性交的行为，其行为是犯法的。甲属于法律认识错误。为了使法律成为行为规范，引导人们的行为，一般要求公民应当知法守法。因此，有一个古老的法律格言：对法律的无知或误解不能作为免除罪责的理由。简言之，法律认识错误原则上不阻碍追究刑事责任。就本案而言，甲对奸淫幼女不违法的误解，不阻碍追究其奸淫幼女罪的刑事责任。当然，如果甲知道法律禁止奸淫幼女的行为，可能就不会那么做了。这比起明知不可为而为之的情况，主观恶性较轻，可以酌情从宽处罚。因此法律错误虽然不是免责的事由却可以成为减轻责任的事由。不过，这是一个很难证明的问题。所以实践中通常不问行为人是否有法律认识错误，也不接受这种辩解。（答案：B）

如果是不知对方（乙）的年龄不满 14 周岁，则属于事实认识错误，即对事实有误解，具体说是事实错误中的客体错误。

**考点 1 4** 事实认识错误的分类及评价标准**一、精讲**

事实认识错误指在犯罪过程中行为人的主观认识与客观实际不一致。

对事实认识错误可以从两种角度进行分类。

**1. 从发生事实认识错误“表象上”的分类**

- (1) 对象错误，即行为人预定指向或加害的对象与实际加害或指向的对象不一致，比如甲本想杀害张三却错把李四当作张三杀害，甲本欲加害张三却实际加害了李四，“张冠李戴”的错误；再如甲本欲偷盗财物却误盗枪支。
- (2) 打击错误，又称“行为误差”、“目标（打击）错误”、“对象打击错误”，指行为人对对象没有误认，因为行为发生误差导致预定加害的对象与实际加害的对象不一致，比如，甲看见乙殴打自己老父，从地上拾起一砖块朝乙猛砸过去，不料未击中乙却击中了自己老父并至其死亡。甲没有认错人（不是“张冠李戴”的错误），只是因行为误差打击错了对象。
- (3) 因果关系认识错误，指行为人对结果的发生认识正确，但对造成结果发生的因果进程有误认，比如，投毒杀乙后，将乙抛尸河中。经法医鉴定，乙死于溺水而非中毒。而甲以为乙死于中毒。这种错误，不影响罪责的承担。
- (4) 工具或方法错误，指行为人对所使用的犯罪工具或方法发生错误，比如，甲买来“毒鼠强”（一种剧毒的灭鼠药）投放到乙的水杯中，乙饮用后安然无恙。事后才知道甲买的“毒鼠强”是假的，根本没有毒性。这种情形往往因工具错误而导致没有造成预定的危害结果，所以简单按照犯罪未遂认定处罚即可。

**2. 根据错误的事实（主要是对象）是否属于同一犯罪构成要件（或同一法律性质）作出的分类**

- (1) 同一犯罪构成的事实错误，即预想加害的对象与实际加害的对象属于同一犯罪构成要件范围，比如甲本欲加害张三却实际加害了李四（“张冠李戴”的错误），因为张三、李四都是“人”，同属于故意杀人罪犯罪构成的对象“人”，就是同一犯罪构成的事实错误。这种错误也称为“具体事实错误”，或称为“对象认识错误”（狭义）。也可简称为“同质错误”。
- (2) 不同犯罪构成的事实错误，即预想加害的对象与实际加害的对象不属于同一犯罪构成要件范围。比如如甲本欲偷盗财物却误盗枪支，在我国刑法中，“财物”是盗窃罪对象；“枪支”是盗窃枪支罪对象，二者不属于同一犯罪构成的对象，或二者属于不同犯罪构成的对象。这也被称为“抽象事实错误”，“客体错误”（意思是不单纯是对象不同，而涉及侵犯的客体不同），或者简称为“非同质错误”。

从表象的分类上讲，不论是客体错误还是对象错误都是认错或打错了对象，都是在对象上出错。该对象错误的范围是广义的，含客体错误。

从法律评价标准的分类上讲，同一犯罪构成范围内的对象错误，是“对象错误”；不同犯罪构成的对象错误，叫客体错误。在这种分类标准下对象错误是狭义的，不包含“客体错误”。

### 3. 评价标准

“法定符合说”。即这种错误如果在同一构成要件范围内（同质错误），则不阻却故意罪责（不阻却行为人对因错误而造成的犯罪结果的故意罪责）；如果这种错误超出了同一构成要件范围的（非同质错误），则阻却故意罪责（阻却行为人对因错误而造成的犯罪结果的故意罪责）。

4. 非同质对象认识错误及其评价：阻却对“错误结果”的故意罪责。

5. 同质对象打击错误及其评价：不阻却对“错误结果”的故意罪责。

6. 因果关系的认识错误及其评价：不阻却故意罪责。

即行为人对结果的发生认识正确，但对造成结果发生的因果进程有误认，这种错误，不影响罪责的承担。

## 二、例题

1. 丁某盗窃了农民程某的一个手提包，发现包里有大量现金和一把手枪。丁某将真情告诉崔某，并将手枪交给崔某保管，崔某将手枪藏在家里。关于本案，下列哪些选项是正确的？（2007年真题，多选）

- A. 丁某构成盗窃罪
- B. 丁某构成盗窃枪支罪
- C. 崔某构成窝藏罪
- D. 崔某构成非法持有枪支罪

### 【释疑】

（1）丁盗窃农民程某的手提包，按常理认为仅有盗窃（财物）的故意，即使实际窃取的财物中有枪支，也不承担盗窃枪支罪的罪责。因为盗窃财物与盗窃枪支，属于不同构成要件间的事实认识错误，阻却对错误造成的结果（客观上窃取的枪支）成立的故意。故A对B错。

（2）崔某明知是枪支而替他人保管，成立非法持有枪支罪，故D对C错。

（3）丁某虽然不构成盗窃枪支罪，但事后知道是枪支而持有，成立非法持有枪支罪。  
（答案：AD）

2. 甲举枪射击乙，但因没有瞄准而击中丙，致丙死亡。关于本案，下列哪些选项是正确的？（2006年真题，多选）

- A. 甲的行为属于打击错误
- B. 甲的行为属于同一犯罪构成内的事实认识错误
- C. 甲构成故意杀人（既遂）罪
- D. 甲构成故意杀人（未遂）罪与过失致人死亡罪

**【释疑】**

- (1) A 对目标的辨认（乙还是丙）无误，但因为行为发生误差而打击了非预定的目标（丙），属于打击错误。
  - (2) B 因为乙和丙都属于故意杀人罪中的“人”，所以为加害乙“人”因为打击错误而实际加害了丙“人”，属于故意杀人罪同一犯罪构成内的事实认识错误。
  - (3) C 对事实错误通说采取“法定符合说”，如果错误打击的非预定的目标（丙）与预定打击的目标（乙）属于同一构成要件的范围内，即在法定范围内一致，不妨碍对该错误打击的目标（丙之死）承担故意的责任。所以是故意杀人罪既遂。（答案：ABC）
3. 甲为杀害仇人林某在偏僻处埋伏，见一黑影过来，以为是林某，便开枪射击。黑影倒地后，甲发现死者竟然是自己的父亲。事后查明，甲的子弹并未击中父亲，其父亲患有严重心脏病，因听到枪声后过度惊吓死亡。关于甲的行为，下列哪一选项是正确的？（2007年真题，单选）
- A. 甲构成故意杀人罪既遂
  - B. 甲构成故意杀人罪未遂
  - C. 甲构成过失致人死亡罪
  - D. 甲对林某构成故意杀人罪未遂，对自己的父亲构成过失致人死亡，应择一重罪处罚

**【释疑】**若假设本题中甲为杀害林某却因对象误认将其父杀害，则是典型的对象认识错误，因为甲欲杀的林某与误杀的其父同属于故意杀人罪的对象，即属于“同质”错误，根据法定符合说，“同质错误”不阻却对错误造成的结果（其父之死）承担故意的罪责。A 是当然的正选。

本题中节外生枝的问题：如果其父是直接中弹死亡的，只须根据法定符合说就可简单得出 A 是正解的结论。可是题中插入这样一个情节：“其父亲患有严重心脏病，因听到枪声后过度惊吓死亡”。这又生出一个因果关系判断问题，具有较大的干扰性。若对此看不准很可能会选 D。从答题技巧上讲，BC 很容易排除。因为选 B 会遗漏案情中致其父死亡的事实；选 C 会遗漏案情中故意杀人的事实，均不可能是正解。对 D 可以从答题技巧上排除，若认为没有因果关系则在客观上不能将其父死亡结果归咎于甲，责令甲对其父死亡结果负过失致人死亡的罪责也是错误的。（答案：A）

4. 刘某基于杀害潘某的意思将潘某勒昏，误以为其已死亡，为毁灭证据而将潘某扔下悬崖。事后查明，潘某不是被勒死而是从悬崖坠落致死。关于本案，下列哪些选项是正确的？（2007年真题，多选）
- A. 刘某在本案中存在因果关系的认识错误
  - B. 刘某在本案中存在打击错误
  - C. 刘某构成故意杀人罪未遂与过失致人死亡罪
  - D. 刘某构成故意杀人罪既遂

【释疑】在发生本案之类的因果关系认识错误的场合，其“勒昏”和“抛尸”行为被整体视为一个杀人故意支配下的一个杀人行为，且造成了死亡结果，成立故意杀人罪既遂。换言之，犯罪人谋杀行为造成了死亡结果，犯罪人对导致死亡结果的原因的误认对罪责不生影响。（答案：AD）

### 三、提示预测与

1. 事实认识错误的分类及其评价标准“法定符合说”是重要考点。
2. 间接故意、过于自信过失、疏忽大意过失是重要考点。

例如下列关于犯罪主观方面的说法正确的是？（多选）

- A. 某隧道因暴雨，岩石松动，随时有可能塌方，甲为将机械抢救出来，下令工人冲进隧道抢运，这时发生塌方，致数人死亡，甲属于过于自信过失构成过失致人死亡罪
- B. 在年会射击表演中未受过专门训练的甲与人打赌，射击女演员头顶的酒杯而击中女演员致死，甲是间接故意，构成故意杀人罪
- C. 甲与乙在甲的坐落于山中的别墅度假时，二人在阳台上以院中果树上的果子为靶，比试枪法。甲妻提醒，别打到对面山上的人。甲用望远镜仔细观察，未见任何人影，二人便开始比赛。不料打死一砍柴人，属于过于疏忽大意过失
- D. 甲深夜在山林中盗伐树木，巡夜的守林人乙听到砍伐声，为了不惊动盗伐者寻声悄悄接近。被砍伐的树木倒下，砸死了乙，对于乙的死亡，属于意外事件，不负刑事责任

【释疑】故意、过失以及意外事件的认定。A 错在定性过失致人死亡罪，应为强令违章冒险作业罪；C 应为过于自信过失，因为行为人明显已经预见到自己行为可能发生危害社会的结果（还特意用望远镜看了看）。（答案：BD）

# 民事诉讼法

- 内容摘录「司考一本通」作者：杨秀清、史麟

08年司考卷三民诉共考查34道客观题，其中23道题的考点直接源自《司考一本通》。“当事人”08年客观题考查了4道题，其中司考一本通命中3道题，精华内容摘录如下。

## 一、08真题与一本通考点相应命中范围

08年真题	一本通参考页数	08年真题	一本通参考页数
第33题	P51 考点3	第49题	P105 考点3
第34题	P79 考点4	第79题	P78 考点3
第35题	P102 考点5	第80题	P51 考点3
第36题	P143 考点4	第82题	P17 考点8、P19 考点9 P21 考点11
第39题	P153 考点6	第85题	P113 考点2、P114 考点3 P117 考点5、P118 考点7
第40题	P79 考点4		
第41题	P157 考点1	第86题	P24 考点2
第42题	P35 考点7	第87题	P64 考点1
第44题	P28 考点2	第89题	P123 考点12
第46题	P82 考点1	第97题	P17 考点8
第47题	P116 考点4	第98题	P58 考点8
第48题	P36 考点8	第99题	P88 考点5

## 二、司考一本通精华内容全摘录

### 第五章 当事人

(08年考查了第42、44、48题)

#### 考点1 民事诉讼权利能力和民事诉讼行为能力

##### 一、精讲

民事诉讼权利能力和民事诉讼行为能力在考试中没有单独命题，但作为当事人中的基础理论之一，考生应当了解和掌握。

##### 1. 民事诉讼权利能力

民事诉讼权利能力，又称当事人能力，是能够成为民事诉讼当事人，享有诉讼权利，承担诉讼义务资格。民事诉讼权利能力，解决的是能够成为当事人的法律资格问题，与能否以自己的行为行使诉讼权利和承担诉讼义务没有关系。

对于自然人而言，其民事诉讼权利能力始于出生，终于死亡；对于法人、其他组织而言，始于依法成立，终于终止，如法人合并、分立等。

民事诉讼权利能力与民事权利能力是联系紧密的两个概念。在一般情况下，具有民事权利能力的人，就有民事诉讼权利能力；但在特殊情况下，民事权利能力和民事诉讼权利能力是分离的：没有民事权利能力的人，却有诉讼权利能力。即这些人虽然不能作为独立的民事主体进行民事活动，承担民事责任，但是在其活动的过程中发生争议，却可以作为独立的民事诉讼主体，享有诉讼权利，承担诉讼义务，如其他组织，就是民法中所谓的非法人团体。

## 2. 民事诉讼行为能力

民事诉讼行为能力是当事人亲自进行诉讼活动，以自己的行为行使诉讼权利和承担诉讼义务的能力。

对于自然人而言，只有具有完全民事行为能力人才具有诉讼行为能力，无民事行为能力人或限制民事行为能力人都不具有诉讼行为能力，必须由其法定代理人代为行使诉讼行为；对于法人、其他组织而言，其诉讼权利能力和诉讼行为能力同时产生，同时消灭，不存在诉讼权利能力与诉讼行为能力分离的问题。

民事诉讼行为能力与民事行为能力是紧密联系的两个概念，有完全民事行为能力的人，是具有民事诉讼行为能力的人；无民事行为能力或者限制民事行为能力人是无民事诉讼行为能力的人。其只能由其法定诉讼代理人代为诉讼。

## 二、例题

周童（5岁）星期天和祖母李霞去公园玩，游戏过程中周童将林晨（6岁）的双眼划伤致使林晨的右眼失明、左眼视力下降。林晨的父亲林珂要求周家赔偿林晨的医疗费、伤残费共计6万元。周童的父亲周志伟以周童是未成年人为由拒绝赔偿。林家无奈只好诉至法院。列关于本案诉讼参与人地位的表述哪项是正确的？（2002年真题，单选）

- A. 本案原告是林晨，其父林珂是林晨法定代理人，被告是周童，其父周志伟是周童的法定代理人，李霞是证人
- B. 本案被告是周童，周志伟是其法定代理人，李霞是无独立请求权的第三人
- C. 本案原告是林珂，被告是周志伟和李霞
- D. 本案原告是林珂和林晨，被告是周志伟、李霞和周童

【释疑】民事诉讼权利能力与民事诉讼行为能力的关系。根据《民事诉讼法》第49条第1款规定：“公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。”所以未成年人具有诉讼权利能力，可以成为诉讼当事人。但同时，未成年人因其年龄的缘故，不能独立进行诉讼活动，属于无诉讼行为能力的当事人，所以要由其法定代理人代为诉讼。

根据《民事诉讼法》第56条规定，无独立请求权的第三人参加诉讼的根据，是案件处理结果与他有法律上的利害关系。所谓法律上的利害关系是指原被告与第三人在实体法上具有牵连关系，这种牵连关系使得法院对原、被告之间争议的处理会使第三人的权利、义务受到影响。本题中作为祖母的李霞与孙子之间显然不存在该种利害关系。同时，李霞是

能够证明案件事实的人，只能是证人。

### 三、提示与预测

对于自然人，其民事诉讼权利能力与民事诉讼行为能力对于完全民事行为能力人而言是一致的；对于无民事行为能力或者限制民事行为能力人是无民事诉讼行为能力的人，这两种能力是分离的。

对于法人和其他组织，其民事诉讼权利能力与民事诉讼行为能力是一致的，他们的民事诉讼行为能力，由法定代理人或主要负责人具体实施。

### 考点2 当事人资格

#### 一、精讲

当事人资格，又称正当当事人，是指当事人就特定的诉讼，有资格以自己的名义成为原告或者被告，因而受本案判决拘束的当事人。

当事人是否适格，需要有一定的标准加以判断。一般来讲，应当以当事人是否是本案诉讼标的（即发生争执的实体法律关系）的主体作为判断当事人适格的标准。依据这一标准，只要是民事法律关系或民事权利的主体，以该民事法律关系或民事权利为诉讼标的进行诉讼，一般就是适格的当事人。

#### 二、例题

某大学 4 名师生联名起诉甲公司污染某条大河，请求判决甲公司出资治理该河流的污染。起诉者除列了 4 名师生外，还列了该河流的某著名岛屿作为原告，法院没有受理。对此下列哪些说法符合法律规定？（2006 年真题，多选）

- A. 只有自然人和法人能够成为民事诉讼当事人
- B. 本案当事人不适格
- C. 本案属于侵权诉讼，被污染河段流经地区的法院均有管辖权
- D. 本案起诉属于公益诉讼，现行民事诉讼法没有规定

【释疑】本题考查的是当事人资格。根据《民事诉讼法》108 条的要求，原告必须是与案件有直接利害关系或法律规定的利害关系（诉讼担当）的公民、法人或其他组织，本题中，大学的 4 名师生与本案没有利害关系，他们不能成为适格的当事人；而著名岛屿不属于我国《民事诉讼法》所规定的当事人的范围，即不属于公民、法人或其他组织，也不能成为适格的当事人。因此，本案的当事人不适格，B 项正确。本题中甲公司的行为造成了某条大河的污染，侵害了国家的权益、社会公共利益，因此，原告起诉请求判决甲公司出资治理该河流污染的诉讼属于侵权诉讼。根据《民事诉讼法》的规定，侵权诉讼由侵权行为实施地、侵权结果发生地或被告住所地法院管辖。结合本题，被污染河段流经地区属于侵权行为地实施地，因此，被污染河段流经地区的法院均有权管辖，C 项正确。公益诉讼是指任何组织和个人都可以根据法律的授权，对违反法律、法规或侵犯国家利益、社会公共利

益的行为，向法院起诉，由法院依法追究其法律责任的活动。公益诉讼是一个理论热点，但我国《民事诉讼法》并未对公益诉讼做出相关规定。在本题中，该4名师生提起的诉讼显然属于公益诉讼，D项正确。（答案：BCD）

### 考点3 诉讼担当

#### 一、精讲

诉讼担当也即非实体权利义务主体成为当事人的情形，是指与案件有直接利害关系的当事人因故不能参加诉讼，由与案件无直接利害关系的第三人以当事人的资格，就该涉讼法律关系所产生的纠纷行使诉讼实施权，判决的效力及于原民事法律关系主体。

诉讼担当可以分为：

1. 基于身份权而引发的诉讼担当。例如：我国法律规定死者的著作权、名誉权应受法律保护，其配偶、父母、子女等近亲属可以原告身份起诉；在涉及胎儿的继承诉讼中，由于胎儿不是法律意义上的人，故不能成为诉讼当事人。《继承法》规定应当为胎儿保留适当的份额，侵犯胎儿的继承权的，胎儿的母亲有诉讼实施权。
2. 基于财产管理权，为维护财产所有人或财产经营人的民事权益而进行诉讼担当，充任代位当事人。财产管理权是根据实体法的规定或民事法律行为而产生的，前者如破产清算组织、失踪人的财产代管人、遗嘱执行人或遗产管理人、依法设立的著作权集体管理组织等，后者如因委托管理合同而产生的代管权。

#### 二、例题

1. 甲被生前工作单位申报为革命烈士，某报对甲的事迹进行了宣传。乙四处散布言论贬损甲。对乙的行为，谁可以向法院提起精神损害赔偿诉讼？（2005年真题，单选）
  - A. 甲生前的工作单位
  - B. 甲的子女
  - C. 宣传甲事迹的某报社
  - D. 批准甲为烈士的某省政府

【释疑】本题考查诉讼担当的具体情形。根据《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第3条规定：“自然人死亡后，其近亲属因下列侵权行为遭受精神痛苦，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理：（一）以侮辱、诽谤、贬损、丑化或者违反社会公共利益、社会公德的其他方式，侵害死者姓名、肖像、名誉、荣誉……”在本题中，乙四处散布言论贬损甲的行为侵害了死者甲的名誉，甲的子女作为近亲属依法可以向人民法院起诉请求赔偿精神损害，B项正确。A、C、D项中不是甲的近亲属，错误。（答案：B）

2. 非实体权利义务主体成为民事诉讼当事人须有法律的特别规定。下列哪些主体依法可以成为民事诉讼当事人？（2003年真题，多选）

- A. 公司清算过程中的清算组织
- B. 失踪人的财产代管人
- C. 遗产管理人或遗嘱执行人
- D. 为保护死者名誉权而提起诉讼的死者的近亲属

【释疑】本题考查诉讼担当的具体情形。《民诉意见》第 51 条规定：“企业法人未经清算即被撤销，有清算组织的，以该清算组织为当事人；没有清算组织的，以做出撤销决定的机构为当事人。”根据此条规定，A 项正确，应选。

《民通意见》第 32 条规定：“失踪人的财产代管人拒绝支付失踪人所欠的税款、债务和其他费用，债权人提起诉讼的，人民法院应当将代管人列为被告。失踪人的财产代管人向失踪人的债务人要求偿还债务的，可以作为原告提起诉讼。”故此，B 项应选。C 项亦基于此原理而具有民事诉讼当事人资格，应选。

最高人民法院《关于审理名誉权案件若干问题的解答》之五规定：“死者名誉受到损害的，其近亲属有权向人民法院起诉。近亲属包括：配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。”故此，D 项当选。（答案：ABCD）

### 三、提示与预测

诉讼担当的具体情形是高频考点，必须掌握。

#### 考点 4 诉讼权利义务的承担

##### 一、精讲

诉讼权利义务的承担，是指在民事诉讼进行过程中，由于特殊原因的出现，一方当事人的诉讼权利义务转移给案外人，由案外人承受原当事人的诉讼权利和义务，作为当事人继续进行诉讼。

在民事诉讼中，发生诉讼权利义务承担的主要有以下几种：

1. 作为一方当事人的自然人死亡，有继承人，人民法院应裁定中止诉讼并及时通知其继承人作为当事人参加诉讼，被继承人已经进行的诉讼行为对承担人有效。  
但是，如果实体权利义务是专属于死亡当事人的，即基于身份而产生的案件，则不能发生权利义务承担，诉讼应当终结。如甲起诉要求与乙解除婚姻关系等。
2. 作为一方当事人的法人或其他组织终止的，其权利义务继受人作为当事人承担诉讼。

具体讲：法人分立、合并的，由分立、合并后的新法人承担；法人被人民法院宣告破产后，由清算组接替原法人继续进行诉讼；法人撤销的情况下，如果有清算组，则由清算组接替继续进行诉讼；如果没有清算组，则由决定撤销的机构接替继续进行诉讼。

## 二、例题

四方公司与海通公司因合同纠纷进行诉讼，一审判决海通公司胜诉。四方公司不服，提起上诉。在第二审程序中，海通公司分立为海鸥公司和海洋公司。在此情况下，二审法院应如何处理？（2005年真题，单选）

- A. 将案件发回原审法院重审
- B. 将海鸥公司和海洋公司列为共同诉讼人，进行调解，调解不成，发回重审
- C. 将海鸥公司和海洋公司列为共同诉讼人，进行调解或者判决，不必发回重审
- D. 仍将海通公司列为当事人，进行调解或者判决，执行程序中再裁定海鸥公司和海洋公司为被执行人

【释疑】本题考查法人的诉讼权利义务的承担。根据《民诉意见》第50条规定：“企业法人合并的，因合并前的民事活动发生的纠纷，以合并后的企业为当事人；企业法人分立的，因分立前的民事活动发生的纠纷，以分立后的企业为共同诉讼人。”在本题中，因海通公司的民事活动发生的纠纷，二审法院应该将分立后的海鸥公司和海洋公司列为共同诉讼人，由这两个公司来承担海通公司的诉讼权利和义务。此时，诉讼程序是继续进行，而不是重新开始，不需要发回重审。故A、B项错误，C项正确，当选。海通公司在分立为两个新公司后，已不具备民事诉讼主体的资格，不能再将其列为当事人。D项错误。（答案：C）

### 考点5 原告和被告的具体确定

#### 一、精讲

原告是指因民事权利发生争议，以自己的名义向人民法院提起民事诉讼，并引起诉讼程序发生的人；被告，是指被原告指称侵犯其合法权益或者与原告发生权利义务争议，被人民法院通知应诉的人。

在民事诉讼中，可以作为当事人的包括公民、法人和其他组织。

注意以下具体情形下原告被告的确定。

1. 由行为人直接对自己的行为负责的情形
  - (1) 个人合伙的全体合伙人在诉讼中为共同诉讼人。个人合伙有依法核准登记的字号的，应在法律文书中注明登记的字号。（《民诉意见》第47条）
  - (2) 在诉讼中，个体工商户以营业执照上登记的业主为当事人。有字号的，应在法律文书中注明登记的字号。营业执照上登记的业主与实际经营者不一致的，以业主和实际经营者为共同诉讼人。（《民诉意见》第46条）
  - (3) 直接责任人负责：法人或者其他组织应登记而未登记即以法人或者其他组织名义进行民事活动，或者他人冒用法人、其他组织名义进行民事活动（排除表见代理的情形），或者法人或其他组织依法终止后仍以其名义进行民事活动的，以直接责任

人为当事人。(《民诉意见》第49条)

## 2. 对非因自己的直接行为负责的情形

- (1) 法人非依法设立的分支机构,或者虽依法设立,但没有领取营业执照的分支机构引起的诉讼,以设立该分支机构的法人为当事人。
- (2) 法人或者其他组织的工作人员因职务行为或者授权行为发生的诉讼,该法人或者其他组织为当事人。
- (3) 个体工商户、农村承包经营户、合伙组织雇佣的人员在进行雇佣合同规定的生产经营活动中造成他人损害的,其雇主是当事人。

## 3. 名誉权侵权案件中当事人的确定

- (1) 死者名誉受到损害的,其近亲属有权向人民法院起诉。注意此时即使是为了维护死者的名誉,也应将近亲属作为原告,而非以死者作为原告。近亲属包括:配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。
- (2) 因新闻报道或其他作品发生的名誉权纠纷,应根据原告的起诉确定被告:只诉作者的,列作者为被告;只诉新闻出版单位的,列新闻出版单位为被告;对作者和新闻出版单位都提起诉讼的,将作者和新闻出版单位均列为被告,此种情形有个例外,作者与新闻出版单位为隶属关系,作品系作者履行职务所形成的,只列单位为被告,这是因为作者的行为是职务行为,对外应当由单位承担责任。

## 4. 保证法律关系引起的诉讼中当事人的确定(《民诉意见》第53条,《担保法解释》第124—126条、第128条)

- (1) 企业法人的分支机构为他人提供保证的,人民法院在审理保证纠纷案件中可以将该企业法人作为共同被告参加诉讼。但是商业银行、保险公司的分支机构提供保证的除外,即只以分支机构作为被告。
- (2) 一般保证:债权人仅起诉被保证人(债务人)的,可只列被保证人为被告;债权人仅起诉保证人的,人民法院应当通知被保证人(债务人)作为共同被告参加诉讼;一般保证的债权人向债务人和保证人一并提起诉讼的,人民法院可以将债务人和保证人列为共同被告参加诉讼。
- (3) 连带责任保证的债权人有权选择:可以将债务人或者保证人作为被告提起诉讼;也可以将债务人和保证人作为共同被告提起诉讼。此处与一般保证的不同在于:如果债权人只起诉保证人,无需将债务人列为共同被告。

## 二、例题

1. 2005年6月5日,1998年7月21日出生的高中一年级学生小龙,因寰宇公司的公交车司机张某紧急刹车而受伤,花去若干医疗费。2006年2月小龙伤愈继续上学,写了授权委托书给其父李某,让他代理其提起诉讼。李某以正当的诉讼参加人的身份于

2006年3月对寰宇公司及其司机张某提起了诉讼,要求寰宇公司和张某承担违约责任。在诉讼进行中,李某将要求被告承担违约责任改为被告承担侵权责任,要求赔偿医疗费、护理费、误工费等各项费用共2.8万元。本案被告在答辩中认为,司机紧急刹车是因为行人陈某违章过路引起,责任应当由陈某承担,因此要求追加陈某作为无独立请求权的第三人参加诉讼。本案参加诉讼的人在诉讼中的正确地位是:(2007年真题,不定选)

- A. 小龙是原告,李某是原先的委托代理人,寰宇公司和张某是被告
- B. 小龙是原告,李某是原先的委托代理人,寰宇公司是被告
- C. 小龙是原告,李某是原告的法定代理人,寰宇公司和张某是被告
- D. 小龙是原告,李某是原告的法定代理人,寰宇公司是被告

【释疑】本题考查的是原告和被告的具体确定。根据《民事诉讼法》第49条第1款规定:“公民、法人和其他组织可以作为民事诉讼的当事人。”本案中,受侵权行为侵害,与寰宇公司及张某发生争议的人是小龙,小龙为本案原告。

根据《民诉意见》第42条规定:“法人或其他组织的工作人员因职务行为或者授权行为发生的诉讼,该法人或其他为当事人。”据此,本案中张某是在执行职务过程中发生的侵权事件,被告应为寰宇公司。

再根据《民事诉讼法》第57条规定:“无诉讼行为能力人由他的监护人作为法定代理人代为诉讼……”《民诉意见》第67条规定:“在诉讼中,无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人……”本案中,小龙虽然写了授权委托书给李某,但小龙为无诉讼行为能力人,其父李某应以法定代理人的身份参加诉讼。综上,D项正确,A、B、C项均为错误。(答案:D)

- 2. 甲公司董事会做出一项决议,部分股东认为该决议违反公司章程,欲通过诉讼请求法院撤销董事会的决议。这些股东应当如何提起诉讼?(2006年真题,单选)
  - A. 以股东会名义起诉公司
  - B. 以公司名义起诉董事会
  - C. 以股东名义起诉董事会
  - D. 以股东名义起诉公司

【释疑】本题考查的是当事人的确定。(答案:D)

- 3. 张某将一串价值10万元的钻石项链存放在某银行对外租赁的保险柜中。该银行工作人员李某借工作之便将保险柜中的钻石盗走,案发后一直潜逃在外。张某向法院起诉,要求该银行承担民事责任。在审理中,公安机关将李某抓获归案(但无法追回赃物),并移送检察机关,检察机关准备对李某提起公诉。法院应如何处理该民事案件?(2004年真题,单选)

- A. 中止此案的审理，待李某的犯罪事实查清后恢复审理
- B. 终止审理，告知张某在李某的刑事诉讼中，提出附带民事诉讼请求
- C. 延期审理此案，不得做出判决
- D. 继续审理此案，并可做出判决

【释疑】本题考查的是当事人的确定。

本案中当事人张某起诉银行是基于他们之间的租赁保管关系，与银行职员没有直接的合同关系，因此，本案的当事人为张某和银行。（答案：D）

### 三、提示与预测

原告和被告的具体确定是高频考点，应当掌握如下具体情形下原告被告的确定。

#### 考点6 必要共同诉讼

##### 一、精讲

必要共同诉讼即当事人一方或双方为两人以上，诉讼标的是共同的，人民法院必须合并审理的诉讼。

##### 1. 法律规定的主要必要共同诉讼情形

- (1) 挂靠关系。《民诉意见》第 43 条规定，个体工商户、个人合伙或私营企业挂靠集体企业并以集体企业的名义从事生产经营活动的，在诉讼中，该个体工商户、个人合伙或私营企业与挂靠的集体企业为共同诉讼人。
- (2) 个体工商户业主与实际经营者不一致。《民诉意见》第 46 条第 2 款规定，营业执照上登记的业主与实际经营者不一致的，以业主和实际经营者为共同诉讼人。
- (3) 个人合伙问题。《民诉意见》第 47 条规定个人合伙的全体合伙人在诉讼中为共同诉讼人。个人合伙有依法核准登记的字号的，应在法律文书中注明登记的字号。全体合伙人可以推选代理人；被推选的代理人，应由全体合伙人出具推选书。
- (4) 企业法人分立问题。《民诉意见》第 50 条规定，企业法人分立的，因分立前的民事活动发生的纠纷，以分立后的企业为共同诉讼人。
- (5) 借用关系。《民诉意见》第 52 条规定，借用业务介绍信、合同专用章、盖章的空白合同书或者银行账户的，出借单位和借用人为共同诉讼人。
- (6) 担保关系。《民诉意见》第 53 条规定，因保证合同纠纷提起的诉讼，债权人向保证人和被保证人一并主张权利的，人民法院应当将保证人和被保证人列为共同被告；债权人仅起诉保证人的，除保证合同明确约定保证人承担连带责任的外，人民法院应当通知被保证人作为共同被告参加诉讼（即一般保证人不能单独作为案件的被告，在与被保证人列为共同被告时，享有先行抗辩权）；债权人仅起诉被保证人，可只列被保证人为被告。

- (7) 继承关系。《民诉意见》第 54 条规定，在继承遗产诉讼中，部分继承人起诉的，人民法院应通知其他继承人作为共同原告参加诉讼；被通知的继承人不愿意参加诉讼又未明确表示放弃实体权利的，人民法院仍应将其列为共同原告。（遗嘱继承中可以出现有独立请求权的第三人）
- (8) 代理关系。《民诉意见》第 55 条规定，被代理人和代理人承担连带责任的，为共同诉讼人。
- (9) 共有财产关系。《民诉意见》第 56 条规定，共有财产权受到他人侵害，部分共有权人起诉的，其他共有权人应当列为共同诉讼人。
- (10) 共同侵权案件中的共同被告。赔偿权利人起诉部分共同侵权人的，法院应当追加其他共同侵权人作为共同被告。

## 2. 必要共同诉讼人的追加

在必要共同诉讼中，共同诉讼人应当一起参加诉讼，法院应当合一做出裁判。对于共同诉讼中没有参加诉讼的当事人，加入诉讼的方式两种：

- (1) 人民法院应当通知其参加。人民法院追加共同诉讼的当事人时，应通知其他当事人。应当追加的原告，已明确表示放弃实体权利的，可不予追加；既不愿意参加诉讼，又不放弃实体权利的，仍追加为共同原告，其不参加诉讼，不影响人民法院对案件的审理和依法做出判决。
- (2) 当事人也可以申请追加。人民法院对当事人提出的申请，应当进行审查，申请无理，裁定驳回；申请有理的，书面通知被追加的当事人

## 二、例题

1. 甲对乙提起财产损害赔偿之诉，一审法院判决甲胜诉。乙不服，提出上诉。二审法院发现丙是必须参加诉讼的共同诉讼人，便追加其参加诉讼。但丙既不参加诉讼，也不表示放弃权利。在此情况下，二审法院应如何处理？（2005 年真题，单选）
  - A. 仍将其列为二审的当事人，依法做出判决
  - B. 仍将其列为二审的当事人，可以缺席判决
  - C. 不能将其列为二审的当事人，但可直接根据上诉人的请求做出判决
  - D. 不能将其列为二审的当事人，可以裁定撤销原判决、发回原审法院重审

【释疑】本题考查的是必要共同诉讼人的追加。由于诉讼标的的同一性，对于必要共同诉讼，人民法院必须予以合并审理。共同诉讼人如不全体参加诉讼，就会影响查明案件事实，难以做出正确的裁判，未参加诉讼的当事人的合法权益就可能得不到保护。本案中，丙是必要的共同诉讼人，二审法院应该通知丙参加诉讼。在丙不参加诉讼又不表示放弃权利的情况下，鉴于对丙的上诉权的保护，法院不应该将其列为二审的当事人，也不可以直接根据上诉人的请求做出判决，所以 A、B、C 三个选项均错误。在这种情况下，正确的做

法是裁定撤销原判决、发回原审法院重审，D项正确，当选。（答案：D）

法院对必要共同诉讼人的追加及其程序处理是高频考点，必须掌握。

- (1) 一审程序中的追加：人民法院追加共同诉讼的当事人时，如果应当追加的原告，已明确表示放弃实体权利的，可不予追加；既不愿意参加诉讼，又不放弃实体权利的，仍追加为共同原告，其不参加诉讼，不影响人民法院对案件的审理和依法做出判决；如果是应当追加的被告，无论其愿不愿意参加诉讼，都要追加为共同被告。
  - (2) 二审程序中对遗漏的必要共同诉讼人的处理：必须参加诉讼的当事人在一审中未参加诉讼，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则予以调解，调解不成的，发回重审。发回重审的裁定书不列应当追加的当事人。
2. 个体工商户崔某从1994年起在某市经营一饭店，领有营业执照，1997年因妻子生病急需用钱因而将饭店转让给赵某经营，但双方并未到工商局办理营业执照的更名手续。赵某经营过程中，致使多名顾客食物中毒，这些顾客决定向法院起诉要求赔偿损失。此案中当事人的诉讼地位应如何确定？（2003年真题，单选）
- A. 顾客是原告，赵某是被告，崔某与本案无关
  - B. 顾客是原告，崔某是被告，赵某与本案无关
  - C. 顾客是原告，崔某与赵某是共同被告
  - D. 顾客是原告，赵某是被告，崔某是无独立请求权的第三人

【释疑】本题考查的是必要共同诉讼人的确定。

顾客是原告毋庸置疑，解题关键在于本案被告的确定。依照《民诉意见》第46条规定：“在诉讼中，个体工商户以营业执照上登记的业主为当事人。有字号的，应在法律文书中注明登记的字号。营业执照上登记的业主与实际经营者不一致的，以业主和实际经营者为共同诉讼人。”由于崔某并未将饭店营业执照更名为赵某，故而应将两人作为共同被告。即C项是正确答案。

必要共同诉讼的法律规定情形，法院对必要共同诉讼人的追加及其程序处理是高频考点，必须掌握。（答案：C）

## 考点7 普通共同诉讼

### 一、精讲

普通共同诉讼，是指当事人一方或者双方为二人以上，其诉讼标的是同一种类，人民法院认为可以合并审理，而且当事人也同意合并审理的诉讼。

普通共同诉讼是数个独立的诉的合并。因此，普通共同之诉既可以单独起诉，也可以共同起诉。共同起诉的，法院认为可以合并审理，当事人也同意合并审理的，就形成了普

通共同诉讼。可见，普通共同诉讼是一种可分之诉，普通共同诉讼人之间的内部关系主要体现为独立性，即共同诉讼人各自的行为独立，诉讼中止与诉讼终结独立，裁判结果的独立。

## 二、例题

关于必要共同诉讼与普通共同诉讼的区别，下列哪些选项是正确的？（2007 年真题，多选）

- A. 必要共同诉讼的诉讼标的是共同的，普通共同诉讼的诉讼标的是同种类的
- B. 必要共同诉讼的诉讼标的只有一个，普通共同诉讼的诉讼标的有若干个
- C. 必要共同诉讼的诉讼请求只有一个，普通共同诉讼的诉讼请求有若干个
- D. 必要共同诉讼中共同诉讼人的诉讼行为必须一致，普通共同诉讼中共同诉讼人的诉讼行为不需要一致

【释疑】本题考查的是必要共同诉讼与普通共同诉讼的区别。（答案：AB）

必要共同诉讼和普通共同诉讼的比较：

比较内容	必要共同诉讼	普通共同诉讼
标的不同	同一标的	同一种类标的
标的数量	一个	若干个
合并不同	强制合并	任意合并
内部关系不同	相关性	独立性
裁判结果不同	裁判结果同一	裁判结果独立

### 考点8 诉讼代表人

代表人诉讼实际上是在共同诉讼的基础上，因为当事人一方人数太多，无法都参加诉讼而形成的。如因产品质量、虚假广告、环境污染等引起的民事案件，受害人可能是一个人数众多的群体，这么多当事人不可能都去法院，只能推选代表，由代表人代为进行诉讼，由此产生的结果对其他未参加诉讼的当事人均有效。

诉讼代表人不是高频考点，但作为当事人的一种，应当掌握以下知识。

#### 1. 诉讼代表人的确定

诉讼代表人的确定方式因代表人诉讼的种类不同而不同。具体如下表：

种类	代表人的确定方式	未推选代表的当事人的行为
人数确定的代表人诉讼	全体当事人推选共同的代表人或由部分当事人推选自己的代表人	必要共同诉讼中自己参加诉讼
		普通共同诉讼中可以另行起诉

人数不确定的代表人诉讼(经过登记程序而确定)	当事人推选代表	可以另行起诉
	法院提出人选与当事人协商	
	法院在起诉的当事人中指定	

2. 诉讼代表人的权限

诉讼代表人的权限因其所行使诉讼权利性质的不同而有所不同：

- (1) 对于一般性诉讼权利，如委托诉讼代理人、提供证据、参与庭审等，诉讼代表人可以自行行使，并且对被代表的当事人有效。
- (2) 对于特殊性诉讼权利，如变更、放弃诉讼请求或者承认对方当事人的诉讼请求，进行和解，必须经被代表的当事人同意。这里应理解为诉讼代表人行使特殊诉讼权利所产生的法律后果，经被代表当事人同意后对其有效；如果被代表的当事人不同意，则该行为所产生的后果仅对代表人本人及其对方当事人有效。

3. 代表人诉讼与共同诉讼的区别

项目	代表人诉讼	共同诉讼
主体人数不同	10人以上	2人以上，10人以下
当事人是否全体参加诉讼不同	由诉讼代表人作为形式上的诉讼主体进行诉讼活动	全体当事人共同进行诉讼
诉讼行为效力不同	诉讼代表人实施的诉讼行为，除涉及处分实体利益的诉讼行为，一般须征得全体被代表人的同意外，不仅及于代表人本人，还及于被代表的众多当事人	必要共同诉讼中，其中一人的诉讼行为经全体承认，对全体发生效力；普通共同诉讼中，其中一人的诉讼行为只对其本人发生效力裁判的效力
裁判的效力不同	对代表人本人，以及被代表的众多当事人有约束力；对未参加诉讼的人在诉讼时效内起诉的，可以直接裁定适用该裁判	对共同诉讼人有约束力

**考点9** 有独立请求权第三人

一、精讲

有独立请求权的第三人就是对他人之间争议的标的主张独立的请求权，因而参加到他人已经开始的诉讼中的第三方当事人。

1. 参诉根据：对本诉原被告争议的标的主张独立的请求权。
2. 参诉地位：参加之诉的原告。有独立请求权的第三人参加诉讼后，实际上处于参加之诉的原告地位，即形成两个独立之诉的合并，其一是本诉，其二是第三人参加之诉，

因此，有独立请求权的第三人作为参加之诉的原告，享有与本诉原告完全相同的诉讼权利。

注意撤诉权的行使，即有独立请求权的第三人撤销参加之诉，本诉可以继续审理；本诉原告撤销本诉，有独立请求权第三人作为另案原告，原案原告、被告作为另案被告，诉讼另行进行。

3. 参诉方式：申请参加诉讼，或者由人民法院通知他参加诉讼。

## 二、例题

1. 甲有两子乙和丙，甲死亡后留有住房 3 间。乙乘丙长期外出之机，将 3 间房屋卖给丁，后因支付房款发生纠纷，乙将丁诉至法院。在诉讼过程中，丙知道了这一情况，要求参加诉讼。关于丙在诉讼中的地位，下列哪一选项是正确的？(2007 年真题，单选)
- A. 必要的共同原告  
B. 普通的共同原告  
C. 有独立请求权的第三人  
D. 无独立请求权的第三人

【释疑】本题考查的是有独立请求权的第三人与共同诉讼人的区别。

有独立请求权第三人与必要共同诉讼人的比较：

比较项有独立请求权的第三人必要共同诉讼人参诉依据有独立的请求权存在共同的权利义务关系参诉地位原告可为共同原告，也可为共同被告参诉方式以起诉的方式主动参加可主动参加，也可被法院通知参加参诉时间一审开始后，结束之前可在一审、二审、再审的各阶段参诉目的仅维护自己的合法权益维护自己及共同诉讼人的合法权益争议对象本诉的原、被告双方当事人仅为对方当事人合并种类两个独立之诉的合并诉讼主体的合并审理方式可以合并审理必须合并审理 有独立请求权第三人与普通共同诉讼人的主要区别在于：

- (1) 参诉的地位：前者只能是原告，后者可为共同原告，也可为共同被告；
- (2) 争议对象：前者为本诉的原、被告双方当事人，后者仅为对方当事人。(答案：C)
2. 家住上海的王甲继承其父遗产房屋三间，后将其改为铺面经营小商品。在北京工作的王乙（王甲之弟）知道此事后，认为自己并没有放弃继承权，故与王甲交涉。王甲对此不予理睬，王乙便向法院提起诉讼。案件受理后，李某向法院主张自己作为被继承人的养子，拥有继承权，并通过法定程序以有独立请求权第三人的身份参加了诉讼。诉讼中，李某认为自己与王氏两兄弟关系不错，担心打官司会伤了和气，便退出了诉讼。不久，李认为退出不妥，又向法院要求参加诉讼。针对本案的具体情况和诉讼法理论，下列哪一种观点是正确的？(2004 年真题，单选)

- A. 作为诉讼参加人，李某不能重复参加本案诉讼
- B. 根据诚信原则，李某不能再参加本案诉讼
- C. 在最后一次庭审辩论终结之前，李某均可以参加本案诉讼
- D. 只有在开庭审理之前，李某才能再参加本案诉讼

【释疑】本题考查的是有独立请求权第三人参诉时间。

有独立请求权第三人参加诉讼的条件之一是所参加的诉讼正在进行。正在进行的诉讼应从何时起到何时止，法律没有具体规定，但从第三人的参加性质看，应从原告和被告确定时起，即从被告应诉起，到诉讼审理终结止。（答案：C）

3. 王某与李某因合同发生争议，王向李住所地法院提起诉讼，要求李履行合同。法院受理后，非合同当事人唐某认为自己对原告之间争议的合同标的物拥有所有权，要求参加诉讼。参加诉讼后，唐某认为受理法院无管辖权，便提出管辖权异议。下列说法哪一个是正确的？（2004年真题，单选）
- A. 唐某可以提出管辖异议，因为唐是有独立请求权的第三人
  - B. 唐某可以提出管辖异议，因为管辖错误将损害其实体权利
  - C. 唐某不能提出管辖异议，因为唐不是本诉的当事人
  - D. 唐某不能提出管辖异议，因为唐不是本案的当事人

【释疑】本题考查的是有独立请求权第三人的权限。

有独立请求权第三人是参加之诉的当事人，在诉讼中处于参加之诉原告的地位，具有原告所享有的一切权利和义务。但是，由于有独立请求权第三人参诉构成本诉与参加之诉的合并审理，因此，对于本诉的管辖权，由于其不是本诉的当事人，无权对本诉的管辖权提出异议。如果是有独立请求权第三人主动参加他人已开始的诉讼，应视为承认和接受受诉法院的管辖。如果是受诉法院通知有独立请求权第三人参加诉讼，该第三人如认为受诉法院对其诉讼无管辖权，可以拒绝参加诉讼，以原告身份另行向其认为有管辖权的法院提起诉讼，而不必提出管辖权异议。（答案：C）

### 三、提示与预测

有独立请求权的第三人及其与共同诉讼人的区别等是高频考点，应当掌握。

#### 考点 10 无独立请求权第三人

##### 一、精讲

无独立请求权的第三人是指对他人之间的诉讼标的虽然没有独立的请求权，但是案件最后的处理结果与其有法律上的利害关系，因而参加到他人已经开始的诉讼中去的人。

1. 参诉根据：与案件处理结果有法律上的利害关系。

## 2. 参诉地位：不完全当事人。

无独立请求权的第三人是一个诉讼权利受到极大限制的当事人。其诉讼权利分为三类：

- (1) 有权行使的诉讼权利：无独立请求权第三人有权行使一般性的诉讼权利，如提供证据、委托诉讼代理人、参与庭审、进行辩论等；
- (2) 无权行使的诉讼权利：根据最高人民法院《民诉意见》第 66 条的规定，无独立请求权第三人在一审中无权对案件的管辖权提出异议，无权放弃、变更诉讼请求或者申请撤诉。
- (3) 附条件行使的诉讼权利：根据最高人民法院《民诉意见》第 66 条与第 97 条的规定，无独立请求权的第三人是否可以行使上诉权与对调解的同意权，以及对调解书的签收权，取决于是否由其直接承担义务。

## 3. 参诉方式：申请参加或被通知参加。

## 二、例题

1. 2005 年 6 月 5 日，1998 年 7 月 21 日出生的高中一年级学生小龙，因寰宇公司的公交车司机张某紧急刹车而受伤，花去若干医疗费。2006 年 2 月小龙伤愈继续上学，写了授权委托书给其父李某，让他代理其提起诉讼。李某以正当的诉讼参加人的身份于 2006 年 3 月对寰宇公司及其司机张某提起了诉讼，要求寰宇公司和张某承担违约责任。在诉讼进行中，李某将要求被告承担违约责任改为被告承担侵权责任，要求赔偿医疗费、护理费、误工费等各项费用共 2.8 万元。本案被告在答辩中认为，司机紧急刹车是因为行人陈某违章过路引起，责任应当由陈某承担，因此要求追加陈某作为无独立请求权的第三人参加诉讼。法院就追加行人陈某作为无独立请求权的第三人参加诉讼，正确的做法是：(2007 年真题，不定选)
  - A. 法院可以依职权追加
  - B. 只要被告提出申请，法院就应当追加
  - C. 要有被告的申请，法院才可以追加
  - D. 法院可以根据当事人的申请而追加

【释疑】本题考查的是无独立请求权第三人的参诉方式。

根据《民事诉讼法》第 56 条第 2 款规定：“对当事人双方的诉讼标的，第三人虽然没有独立请求权，但案件处理结果同他有法律上的利害关系的，可以申请参加诉讼，或者由人民法院通知他参加诉讼。人民法院判决承担民事责任的第三人，有当事人的诉讼权利义务。”对无独立请求权的第三人，法院可以依职权追加，也可以依当事人申请而追加。因此，A、D 两项正确，当选。（答案：AD）

2. 乙是 A 市的建材经销商，因资金周转困难，便从 A 市甲处借了 50 万元人民币，购买了一批建材，并销售给了 B 市的丙，约定价款为 60 万元人民币，但丙未付款。乙与

丙约定的合同履行地在 A 市。后来，甲要求乙还钱，乙说因为丙没有支付货款，所以无力偿还。鉴于此，甲欲直接起诉丙，要求其支付 50 万元。假设法院受理甲对丙提起的诉讼，下列关于乙的诉讼地位的何种表述是错误的？(2003 年真题，不定选)

- A. 乙在诉讼中是有独立请求权的第三人
- B. 乙在诉讼中是无独立请求权的第三人
- C. 如果参加诉讼，就处于共同原告的地位
- D. 乙在诉讼中处于共同被告的地位

【释疑】本题考查的是无独立请求权第三人的确定。

依《合同法解释(一)》第 16 条规定，债权人以次债务人为被告向人民法院提起诉讼，未将债务人列为第三人的，人民法院可以追加债务人为第三人。根据第三人参加诉讼的根据不同，可以将第三人分为有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人。前者对原告和被告所争议的诉讼标的有独立的请求权，后者仅与他人案件的处理结果有法律上的利害关系。因此，只有 B 项表述正确，其他三项均为错误。(答案：ACD)

### 三、提示与预测

对于法律规定可以和不可以无独立请求权第三人的情形，无独立请求权第三人的参诉方式以及参诉地位是高频考点，也是难点之一，需要在理解的基础上掌握。

#### 1. 法律规定可以作为第三人的情形

- (1) 因缺陷产品引起的侵权诉讼。消费者、用户因为使用不合格的产品造成本人或第三人人身伤害、财产损失的，受害人可以向产品制造者或销售者要求赔偿。因此提起的诉讼，由被告所在地或侵权行为地人民法院管辖。运输者和仓储者对产品质量负有责任，制造者或销售者请求赔偿损失的，可以另案处理，也可以将运输者和仓储者列为第三人，一并处理。
- (2) 撤销权诉讼中的第三人。债权人依照《合同法》第 74 条的规定提起撤销权诉讼的，由被告住所地人民法院管辖。债权人依照《合同法》第 74 条的规定提起撤销权诉讼时只以债务人为被告，未将受益人或者受让人列为第三人的，人民法院可以追加该受益人或者受让人为第三人。两个或者两个以上债权人以同一债务人为被告，就同一标的提起撤销权诉讼的，人民法院可以合并审理。
- (3) 合同转让中的第三人。债权人转让合同权利后，债务人与受让人之间因履行合同发生纠纷诉至人民法院，债务人对债权人的权利提出抗辩的，可以将债权人列为第三人。经债权人同意，债务人转移合同义务后，受让人与债权人之间因履行合同发生纠纷诉至人民法院，受让人就债务人对债权人的权利提出抗辩的，可以将债务人列为第三人。合同当事人一方经对方同意将其在合同中的权利义务一并转让给受让人，对方与受让人因履行合同发生纠纷诉至人民法院，对方就合同权利义务提出抗辩的，可以将出让方列为第三人。

- (4) 保证合同中的第三人。债务人对债权人提起诉讼，债权人反诉的，保证人可以作为第三人参加诉讼。注意与债权人直接起诉债务人的区别。
- (5) 代位权诉讼中的第三人。债权人以次债务人为被告向人民法院提起代位权诉讼，未将债务人列为第三人的，人民法院可以追加债务人为第三人。

## 2. 法律规定不得作为无独立请求权第三人的情形

- (1) 受诉人民法院对与原告双方争议的诉讼标的无直接牵连和不负有返还或赔偿等义务的人，以及与原告或被告约定仲裁或有约定管辖的案外人，或者专属管辖案件的一方当事人，均不得作为无独立请求权的第三人通知其参加诉讼。
- (2) 人民法院在审理产品质量纠纷案件中，对原被告之间法律关系以外的人，证据已证明其已经提供了合同约定或者符合法律规定的产品的，或者案件中的当事人未在规定的质量异议期内提出异议的，或者作为收货方已经认可该产品质量的，不得作为无独立请求权的第三人通知其参加诉讼。
- (3) 人民法院对已经履行了义务，或者依法取得了一方当事人的财产，并支付了相应对价的原被告之间法律关系以外的人，不得作为无独立请求权的第三人通知其参加诉讼。

# 刑事诉讼法

- 内容摘录「司考一本通」作者：卫跃宁

08 年司考卷二刑诉共考查 35 道客观题，其中 27 道题的考点直接源自《司考一本通》。“执行”08 年客观题考查了 8 分，其中司考一本全部命中，精华内容摘录如下。

## 一、08 真题与一本通考点相应命中范围

08 年真题	一本通参考页数	08 年真题	一本通参考页数
第 21 题	P31 考点 9	第 68 题	P197 考点 8
第 23 题	P118 考点 18	第 69 题	P58 考点 18
第 24 题	P116 考点 14	第 70 题	P145 考点 13、P148 考点 14
第 26 题	P44 考点 7	第 72 题	P151 考点 19
第 27 题	P46 考点 8	第 73 题	P204 考点 5
第 28 题	P62 考点 3	第 74 题	P56 考点 15
第 30 题	P47 考点 1	第 75 题	P189 考点 10
第 33 题	P65 考点 10	第 76 题	P68 考点 13
第 34 题	P76 考点 21	第 78 题	P135 考点 5
第 35 题	P55 考点 13、P56 考点 16	第 79 题	P179 考点 6
第 36 题	P117 考点 17	第 95 题	P195 考点 3、P196 考点 5
第 38 题	P135 考点 5、P139 考点 7	第 96 题	P196 考点 5
第 66 题	P9 考点 4	第 97 题	P195 考点 3、P196 考点 6
第 67 题	P170 考点 12、P172 考点 14		

## 二、司考一本通精华内容全摘录

### 第十九章 执行

(08 年考查了第 68、95、96、97 题)

#### 考点 1 执行

##### 一、精讲

##### 1. 执行的概念

刑事诉讼中的执行，是指将人民法院已经发生法律效力判决、裁定所确定的内容付诸实现以及处理执行过程中的变更执行等问题而依法进行的活动。

##### 2. 执行的依据

执行的依据是发生法律效力的判决和裁定：(1) 已过法定期限没有上诉、抗诉的判决和裁定；(2) 终审的判决和裁定；(3) 高级人民法院核准的死刑缓期 2 年执行的判决、裁定；(4) 最高人民法院核准的死刑和法定刑以下处刑的判决和裁定以及最高人民法院核准的因特殊情况不受执行刑期限限制的假释的裁定。

### 3. 执行机关

- (1) 人民法院。人民法院负责无罪、免除刑罚、罚金和没收财产及死刑立即执行判决的执行。
- (2) 监狱。监狱负责有期徒刑、无期徒刑、死刑缓期 2 年执行判决的执行；未成年犯管教所负责对未成年犯判决的执行。
- (3) 公安机关。公安机关负责有期徒刑缓刑、拘役缓刑、管制、剥夺政治权利、假释、暂予监外执行和送交执行时余刑不足 1 年的执行。

检察院是执行的监督机关。

## 二、例题

1. 根据我国刑事诉讼法的有关规定，下述哪些判决应当由公安机关执行？（2002 年真题，多选）
  - A. 管制
  - B. 有期徒刑的缓刑
  - C. 拘役
  - D. 剥夺政治权利

【释疑】见上述内容。（答案：ABCD）

2. 下列有关执行机关执行范围的表述，正确的是？（2005 年真题，单选）
  - A. 人民法院负责无罪、免除处罚、罚金、没收财产及死刑立即执行判决的执行
  - B. 公安机关负责送交执行时余刑不足 2 年的有期徒刑和拘役、管制、缓刑、剥夺政治权利、监外执行等的执行
  - C. 监狱负责被判处死刑缓期 2 年执行、无期徒刑和送交执行时余刑 2 年以上的有期徒刑的执行
  - D. 未成年犯管教所负责未成年犯被判处刑罚和劳动教养处罚的执行

【释疑】公安机关负责送交执行时余刑不足 1 年的罪犯的执行，BC 错误；未成年犯管教所不负责劳动教养处罚的执行，D 错误。（答案：BCD）

### 考点 2 死刑立即执行判决的执行

1. 执行死刑命令的签发

最高人民法院判处和核准的死刑立即执行的判决、裁定，应当由最高人民法院院长签发执行死刑的命令。

2. 执行死刑的机关及期限

最高人民法院执行死刑的命令,均由高级人民法院交付原审人民法院执行,原审人民法院接到执行死刑命令后,应当在7日内执行。

### 3. 执行死刑的场所和方法

死刑可以在刑场或者指定的羁押场所内执行。死刑采用枪决或者注射等方法执行。采用注射方法执行死刑的,应当在指定的刑场或者羁押场所内执行。采用枪决、注射以外的其他方法执行死刑的,应当事先报请最高人民法院批准。

### 4. 死刑执行的具体要求

- (1) 执行死刑前,罪犯提出会见其近亲属或者其近亲属提出会见罪犯申请的,人民法院可以准许。
- (2) 人民法院将罪犯交付执行死刑,应当在交付执行3日前通知同级检察院临场监督。在执行死刑时,检察院应当派员临场监督。检察院收到同级人民法院执行死刑临场监督通知后,应当查明同级人民法院是否收到最高人民法院或者高级人民法院核准死刑的判决或者裁定和执行死刑的命令。临场监督执行死刑的检察人员应当依法监督执行死刑的场所、方法和执行死刑的活动是否合法。
- (3) 执行死刑前,指挥执行的审判人员对罪犯应当验明正身,讯问有无遗言、信札,并制作笔录,然后交付执行人员执行死刑。在执行前,如果发现可能有错误,应当暂停执行,报请最高人民法院裁定。
- (4) 执行死刑应当公布,不应示众。处决罪犯的布告要选择适当范围内,适当地张贴,以使人民群众了解情况。禁止游街示众或者有其他有辱被执行人人格的行为。

### 5. 执行死刑后的处理

- (1) 执行死刑完毕,应当由法医验明罪犯确实死亡后,在场书记员制作笔录。交付执行的人民法院应当将执行死刑情况(包括执行死刑前后照片)及时逐级上报最高人民法院。
- (2) 执行死刑后,交付执行的人民法院应当通知罪犯家属。
- (3) 执行死刑后,负责执行的人民法院应当办理以下事项:(a)对于死刑罪犯的遗书、遗言笔录,应当及时进行审核,涉及财产继承、债务清偿、家属嘱托等内容的,将遗书、遗言笔录交给家属,同时复制存卷备查;涉及案件线索等问题的,应当抄送有关机关;(b)通知罪犯家属在期限内领取罪犯尸体;有火化条件的,通知领取骨灰。过期不领取的,由人民法院通知有关单位处理。对于死刑罪犯的尸体或者骨灰的处理情况,应当记录在卷;(c)对外国籍罪犯执行死刑后,通知外国驻华使、领馆的程序和时限,依照有关规定办理。

## 考点3 死刑缓期2年执行、无期徒刑、有期徒刑和拘役判决的执行

1. 死刑缓期2年执行、无期徒刑、有期徒刑和拘役的罪犯被交付执行刑罚的时候,应当由

交付执行的人民法院将有关的法律文书送达监狱或者其他执行机关。

2. 对于判处死刑缓期 2 年执行、无期徒刑、有期徒刑的罪犯,交付执行的人民法院应当将有关的法律文书及时送达看守所,由公安机关在收到执行通知书等有关法律文书之日起 1 个月内将罪犯送交监狱或其他执行机关执行。其中,“交付执行的人民法院”是指第一审人民法院;“有关的法律文书”包括人民法院的判决书、裁定书、检察院的起诉书副本、自诉状复印件、人民法院的执行通知书和结案登记表等。
3. 对于被判处死刑缓期 2 年执行、无期徒刑、余刑在 1 年以上的有期徒刑的成年罪犯,应当交付监狱执行;对于被判处有期徒刑的罪犯,在被交付执行前,剩余刑期在 1 年以下的,由看守所代为执行;对于被拘役的罪犯,由公安机关在拘役所执行;对于未成年犯,应当在未成年犯管教所执行刑罚。
4. 罪犯需要羁押执行刑罚,而判决确定前罪犯没有被羁押的,人民法院应当根据生效的判决书或者裁定书将罪犯羁押,并送交公安机关。
5. 判决、裁定生效后,公安机关将罪犯交付执行,监狱不予收监的,监狱应当书面说明理由,由公安机关将执行通知书退回人民法院。人民法院经审查认为监狱不予收监的罪犯不符合刑事诉讼法关于暂予监外执行规定的,应当决定将罪犯交付监狱收监执行。收监执行决定书应当分别送达交付执行的公安机关和监狱。
6. 执行机关将罪犯收押后,应当通知罪犯家属。通知书应当自收监之日起 5 日内发出,告知所犯罪名、刑期及执行的地址等。

判处有期徒刑、拘役的罪犯,执行期满后,应当由执行机关发给释放证明。

#### **考点 4** 有期徒刑缓刑、拘役缓刑的执行

对于被宣告缓刑的罪犯,在缓刑考验期内,由公安机关考察,所在单位或者基层组织予以配合。

第一审人民法院判处拘役或者有期徒刑宣告缓刑的犯罪分子,判决尚未发生法律效力的,不能立即交付执行。如果被宣告缓刑的罪犯在押,第一审人民法院应当先行作出变更强制措施的决定,改为监视居住或者取保候审,并立即通知有关公安机关。判决发生法律效力后,应当将法律文书送达当地公安机关。

对于被判处有期徒刑、拘役宣告缓刑的罪犯,在宣告缓刑时,应当同时宣告缓刑的考验期。缓刑考验期满,公安机关应当向本人宣布并通报原判决的人民法院。

被宣告缓刑的犯罪分子,在缓刑考验期限内再犯新罪或者被发现判决宣告以前还有其他罪没有判决,应当撤销缓刑的,由审判新罪的人民法院在审判新罪时,对原宣告的缓刑予以撤销;如果原来是上级人民法院宣告缓刑的,审判新罪的下级人民法院也可以撤销原宣告的缓刑。审判新罪的人民法院对原宣告的缓刑予以撤销后,应当通知原宣告缓刑的人民法院和执行机关。

被宣告缓刑的犯罪分子,在缓刑考验期限内违反法律、行政法规或者国务院公安部门有

关缓刑的监督管理规定,应当依法撤销缓刑的,原作出缓刑裁判的人民法院应当自收到同级公安机关提出的撤销缓刑建议书之日起1个月内依法作出裁定。人民法院撤销缓刑的裁定,一经作出,立即生效。

#### **考点5** 管制、剥夺政治权利的执行

对于被判处管制的罪犯和被判处剥夺政治权利的罪犯,由公安机关执行。

被一审判决宣判管制的罪犯,宣判时如果在押,人民法院可以通知公安机关对其变更强制措施,待判决生效后,将有关的法律文书送达公安机关,依法办理交付执行的程序。

被管制、被剥夺政治权利的罪犯,执行期满,公安机关应当通知本人,并向有关群众公开宣布解除管制或者恢复政治权利。

#### **考点6** 罚金、没收财产的执行

##### 一、精讲

罚金、没收财产的判决,由人民法院执行。

##### (一) 罚金的执行

罚金在判决规定的期限内一次或者分期缴纳。期满无故不缴纳的,人民法院应当强制缴纳。经强制缴纳仍不能全部缴纳的,人民法院在任何时候,包括在判处的主刑执行完毕后,发现被执行人有可以执行的财产的,应当追缴。

如果由于遭遇不能抗拒的灾祸以致缴纳罚金确实有困难的,犯罪分子可以向人民法院申请减少或者免除罚金。人民法院查证属实后,可以裁定对原判决确定的罚金数额予以减少或者免除。

##### (二) 没收财产的执行

没收财产的判决,无论附加适用或者独立适用,都由人民法院执行。对判处财产刑的犯罪分子或者附带民事诉讼的判决、裁定有执行财产内容的被告人,在本地无财产可供执行的,原判人民法院可以委托其财产所在地人民法院代为执行。代为执行的人民法院执行后或者无法执行的,应当将有关情况及时通知委托的人民法院。代为执行的人民法院可以将执行财产刑的财产直接上缴国库;需要退赔的财产,应当由执行的人民法院移交委托人民法院依法退赔。

对于没收财产的判决,在必要的时候,人民法院可以会同公安机关执行。

特别注意:发生法律效力的刑事判决、裁定和调解书中涉及财产内容需要执行的,由原审人民法院执行。附带民事判决中财产的执行,依照民事诉讼法和最高人民法院的有关规定办理。

**考点7** 无罪判决和免除刑罚判决的执行**一、精讲**

无罪判决和免除刑罚判决由人民法院执行。人民法院判决被告人无罪、免除刑事处罚的,如果被告人在押,在宣判后应当立即释放。由人民法院将无罪或者免除刑事处罚的判决书连同执行通知书送交看守所,看守所在接到上述法律文书后应当立即释放被关押的被告人。

**二、例题**

根据我国《刑事诉讼法》的规定,第一审人民法院作出的无罪判决应在何种情况下执行?(2002年真题,单选)

- A. 判决生效后执行
- B. 判决宣告后立即释放在押的被告人
- C. 上诉、抗诉期限届满以后
- D. 二审审理结束,判决作出以后

【释疑】见上述内容。(答案:B)

**考点8** 死刑执行的变更

死刑执行的变更,包括停止执行死刑和暂停执行死刑两种情况。

**(一) 停止执行死刑**

下级人民法院在接到执行死刑的命令后,应当在7日以内交付执行,但发现有下列情形之一的,应当停止执行,并立即报告核准死刑的人民法院,由核准死刑的人民法院作出裁定:

- 1. 在执行前发现裁判可能有错误的。
- 2. 在执行前罪犯揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现,可能需要改判的。
- 3. 罪犯正在怀孕的。

上述前两种情况中停止执行的原因消失后,必须报请核准死刑的人民法院院长再签发执行死刑的命令才能执行;对于因上述第三种原因停止执行的,应当报请核准死刑的人民法院依法改判。

**(二) 暂停执行死刑**

指挥执行的审判人员,对罪犯应当验明正身,讯问有无遗言、信札,然后交付执行人员执行死刑。在执行前,如果发现可能有错误,应暂停执行,报请核准死刑的人民法院裁定。

**考点9** 死刑缓期2年执行的变更**一、精讲**

被判处死刑缓期2年执行的罪犯,在死刑缓期执行期间,如果没有故意犯罪,死刑缓期执行期满,应当予以减刑,由执行机关提出书面意见,报请高级人民法院裁定;如果故意犯罪,查证属实,应当执行死刑。

**1. 死缓减为无期徒刑或有期徒刑**

- (1) 死缓犯,在缓期执行期间,如果没有故意犯罪,2年期满后,减为无期徒刑;如果确有重大立功表现,2年期满以后,减为15年以上20年以下有期徒刑。
- (2) 死刑缓期2年执行期满应当减刑的,人民法院应当及时减刑。死刑缓期2年执行期满减为有期徒刑的,刑期自死刑缓期2年执行期满之日起计算。如果死刑缓期2年执行期满后尚未裁定减刑前又犯新罪的,应当依法减刑后对其所犯新罪另行审判。
- (3) 对于被判处死刑缓期2年执行的罪犯的减刑,由罪犯服刑地的高级人民法院根据省、自治区、直辖市监狱管理机关审核同意的监狱减刑建议书裁定。

**2. 对死缓犯执行死刑**

被判处死刑缓期2年执行的罪犯,在死刑缓期执行期间,如果故意犯罪的,应当由检察院提起公诉,罪犯服刑地的中级人民法院依法审判,所作的判决可以上诉、抗诉。认定构成故意犯罪的判决、裁定发生法律效力后,由作出生效判决、裁定的人民法院报请最高人民法院核准死刑。核准后,交罪犯服刑地的中级人民法院执行。

**二、例题**

夏某因犯抢劫罪被某中级人民法院一审判处死刑,缓期2年执行,并经高级人民法院核准。在死刑缓期2年执行期间夏某未犯新罪。2年期满后的第2天,高级人民法院尚未裁定减刑,夏某将同监另一犯人打成重伤。该高级人民法院对夏某处理错误的是?(多选)

- A. 裁定核准死刑立即执行
- B. 将死刑缓期2年执行改判为死刑立即执行,报最高人民法院核准
- C. 先依法裁定减刑,然后对所犯新罪另行审判
- D. 维持原死刑缓期2年执行的裁判,以观后效

【释疑】《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第340条规定:“死刑缓期二年执行期满应当减刑的,人民法院应当及时减刑。死刑缓期二年执行期满减为有期徒刑的,刑期自死刑缓期二年执行期满之日起计算。”题中高级人民法院虽未裁定减刑,但夏某的2年缓期执行已经期满,应当减为无期徒刑,其伤人行为应当另外以故意犯罪数罪并罚。故C正确,ABD错误。(答案:ABD)

**考点 10** 暂予监外执行**一、精讲****(一) 暂予监外执行的概念**

暂予监外执行,是指被判处有期徒刑或者拘役的罪犯,由于出现了法定的某种特殊情形,不适宜在监狱或者其他刑罚执行机关执行刑罚时,暂时采取的一种变通执行的方法。

**(二) 暂予监外执行的对象**

特别提示:

适用暂予监外执行的对象,只能是被判处有期徒刑或者拘役的罪犯。

**(三) 暂予监外执行的条件****1. 有严重疾病需要保外就医的**

- (1) 对于罪犯确有严重疾病,必须保外就医的,由省级人民政府指定的医院开具证明文件,依照法律规定的程序审批。
- (2) 以下两类罪犯不得予以保外就医:一是适用保外就医可能有社会危险性的罪犯;二是自伤自残的罪犯。
- (3) 发现被保外就医的罪犯不符合保外就医条件的,或者严重违反有关保外就医规定的,应当及时收监执行。

**2. 怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女****3. 生活不能自理,适用暂予监外执行不致危害社会的****(四) 暂予监外执行的适用程序****1. 暂予监外执行的决定**

对具备暂予监外执行条件的罪犯,人民法院判决时,可直接决定。人民法院决定暂予监外执行的,应当制作《暂予监外执行决定书》,载明罪犯基本情况,判决确定的罪名和刑罚、决定暂予监外执行的原因、依据等内容,并抄送检察院和罪犯居住地的公安机关。

在判决、裁定执行过程中,对具备暂予监外执行条件的罪犯,由监狱提出书面意见,报省、自治区、直辖市监狱管理机关批准。在看守所、拘役所服刑的罪犯需要暂予监外执行的,应由看守所或拘役所提出书面意见,报主管的县级以上公安机关审查决定。批准暂予监外执行的机关应当将批准的决定书抄送检察院。

**2. 对暂予监外执行的监督**

批准暂予监外执行的机关应当将批准的决定抄送检察院。检察院认为暂予监外执行不当的,应当自接到通知之日起1个月以内将书面意见送交批准暂予监外执行的机

关，批准暂予监外执行的机关接到检察院的书面意见后，应当立即对该决定进行重新核查。

### 3. 对暂予监外执行罪犯的执行

对于暂予监外执行的罪犯，由居住地公安机关执行，基层组织或者罪犯的原所在单位协助进行监督，执行机关应当对暂予监外执行的罪犯严格管理监督。对于服刑中决定暂予监外执行的罪犯，原执行机关应当将罪犯服刑改造的情况通报负责监外执行的公安机关，以便针对性地对罪犯进行管理监督。负责执行的公安机关应当告知罪犯，在暂予监外执行期间必须接受监督改造并遵守有关规定。

### 4. 暂予监外执行情形消失后的处理

- (1) 暂予监外执行的情形消失后，罪犯服刑未了的，应当及时收监。对于人民法院在作出判决、裁定的同时决定对罪犯暂予监外执行的，对该罪犯的收监，应当由负责执行的公安机关通知人民法院将该罪犯依法交付执行。如果罪犯是在执行过程中被决定暂予监外执行的，负责执行的公安机关应当通知监狱等执行机关收监。
- (2) 暂予监外执行过程中罪犯刑期届满的，应当由原关押监狱等执行机关办理释放手续。
- (3) 罪犯在暂予监外执行期间死亡的，负责执行的公安机关应当及时通知原关押监狱或者其他执行机关。

## 二、例题

1. 张某被判处无期徒刑，王某被判处拘役，李某被判处有期徒刑 10 年，赵某被判处死刑缓期 2 年执行。在符合法律规定的其他条件下，对谁可以依法暂予监外执行？（2002 年真题，单选）

- A. 张某和王某
- B. 王某和李某
- C. 李某和赵某
- D. 张某和李某

【释疑】被判处无期徒刑以上刑罚的不能暂予监外执行，故选 B。（答案：B）

2. 在刑事执行程序中，下列哪些情形不可以暂予监外执行？（多选）

- A. 被判处无期徒刑的张某，怀有身孕
- B. 被判处有期徒刑 10 年的罪犯王某，在狱中自杀未遂，生活不能自理
- C. 被判处拘役的罪犯李某，患有严重疾病需要保外就医
- D. 被判处 5 年有期徒刑的赵某，怀有身孕

【释疑】根据《刑事诉讼法》第214条的规定，暂予监外执行适用于被判处有期徒刑或者拘役的罪犯，对于适用保外就医可能有社会危险性的罪犯或者自伤自残的罪犯，不得保外就医，故选AB。（答案：AB）

3. 张某因盗窃被判处有期徒刑5年，在交付执行前，突患严重疾病，需保外就医。有权决定张某暂予监外执行的是哪一个机关？（2007年真题，单选）
- A. 省监狱管理机关
  - B. 负责交付执行的公安机关
  - C. 负责监所监督的检察院
  - D. 作出生效判决的法院

【释疑】最高人民法院《关于执行中华人民共和国刑事诉讼法若干问题的解释》第353条：“被判处有期徒刑或者拘役的罪犯，有刑事诉讼法第一百一十四条第一、五款规定的情形之一，人民法院决定暂予监外执行的，应当制作《暂予监外执行决定书》，载明罪犯基本情况、判决确定的罪名和刑罚、决定暂予监外执行的原因、依据等内容，并抄送人民检察院和罪犯居住地的公安机关。”（答案：D）

## 考点11 减刑、假释

### 一、精讲

#### （一）减刑

##### 1. 减刑的概念

减刑，是指被判处管制、拘役、有期徒刑或者无期徒刑的罪犯，在执行期间确有悔改或者立功表现，由人民法院依法适当减轻其原判刑罚的制度。但是，减刑以后实际执行的刑期，判处管制、拘役、有期徒刑的，不能少于原判刑期的1/2；判处无期徒刑的，不能少于10年。

##### 2. 减刑的对象

减刑的对象必须是被判处管制、拘役、有期徒刑或者无期徒刑的犯罪分子。死刑缓期执行罪犯的减刑，是依照法律的特别规定进行的，是死刑缓期执行制度的组成部分，不属减刑制度的适用范围。

##### 3. 减刑的条件

被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在执行期间，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现的，或者有立功表现的，可以减刑；有重大立功表现的，应当减刑。

##### 4. 减刑的程序

###### （1）减刑案件的管辖

对于被判处无期徒刑的罪犯的减刑案件由服刑地高级人民法院管辖。对于被判处有期徒刑、拘役、管制的罪犯的减刑案件由服刑地中级人民法院管辖。

特别注意：

对于被判处拘役、管制的罪犯的减刑，由罪犯服刑地的中级人民法院根据当地同级执行机关提出的减刑建议书裁定。

## (2) 提出减刑建议

对于被判处无期徒刑的罪犯的减刑，执行机关应当提出经省、自治区、直辖市监狱管理机关审核同意的监狱减刑建议书；

对于被判处有期徒刑(包括减为有期徒刑)、拘役、管制的罪犯的减刑，执行机关应当提出减刑建议书；

被宣告缓刑的罪犯，在缓刑考验期限内确有重大立功表现，需要予以减刑，并相应缩短缓刑考验期限的，应当由负责考察的公安派出所会同罪犯的所在单位或者基层组织提出书面意见，由中级人民法院依法裁定；

对于公安机关看守所监管的罪犯的减刑，由罪犯所在的看守所提出意见，并由中级人民法院依法裁定。

## 5. 对减刑案件的受理和审理

人民法院受理减刑案件，应当审查执行机关移送的材料是否包括下列内容：(1) 减刑建议书；(2) 终审法院的判决书、裁定书、历次减刑裁定书的复制件；(3) 罪犯确有悔改或者立功、重大立功表现的具体事实的书面证明材料；(4) 罪犯评审鉴定表、奖惩审批表等。

经审查，如果上述材料齐备的，应当收案；材料不齐备的，应当通知提请减刑的执行机关补充。

人民法院审理减刑案件，应当依法组成合议庭。人民法院应当自收到减刑建议书起1个月内审理完毕作出裁定：对于无期徒刑、有期徒刑(包括减为有期徒刑)的案件，由于案件复杂或者情况特殊的，可以延长1个月。

特别注意：减刑的裁定，应当及时送达执行机关、同级检察院以及罪犯本人。检察院认为人民法院的减刑裁定不当，应当在收到裁定书副本后20日内，向人民法院提出书面纠正意见。人民法院收到书面纠正意见后，应当重新组成合议庭进行审理，并在1个月内作出最终裁定。

## (二) 假释

### 1. 假释的概念

假释，是指对于被判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子经过一定期限的服刑改造，

确有悔改表现,释放后不致再危害社会的,附条件地将其提前释放的一种制度。

## 2. 假释的条件

- (1) 已执行一定的刑期,即被判处有期徒刑的犯罪分子,实际执行原判刑期 1/2 以上,被判处无期徒刑的犯罪分子,实际执行 10 年以上;
- (2) 认真遵守监规,接受教育改造,确有悔改表现,释放后不致再危害社会。如果有特殊情况,经最高人民法院核准,可以不受上述执行刑期的限制。

特别注意:对于累犯以及因杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力性犯罪被判处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子,不得假释。

## 3. 假释的程序

假释依照减刑程序进行。

## 4. 对被假释罪犯的考察与处理

对于被假释的罪犯,在假释考验期限内,由公安机关予以监督。对被假释的罪犯的考察,结果有以下两种:

- (1) 被假释的罪犯,在假释考验期限内没有违反法律、行政法规和公安机关有关假释监督管理规定的行为,则被认为原判刑罚已执行完毕,公安机关应当向本人宣布并通报原裁定假释的人民法院和原关押罪犯的刑罚执行机关,无需另外办理释放手续。
- (2) 撤销假释。这种情况又可以分为两种情形:一是被假释的罪犯,在假释考验期限内再犯新罪,则由审理新罪的人民法院撤销假释,把前罪没有执行完毕的刑罚和后罪新判处的刑罚,按照数罪并罚的原则,决定应当执行的刑期。

特别注意:如果原来是上级人民法院判决、裁定宣告假释的,审判新罪的下级人民法院也可以撤销原判决、裁定宣告的假释。审判新罪的人民法院对原审判决、裁定宣告的假释撤销后,应当通知原宣告假释的人民法院和执行机关。

二是被假释的罪犯,在假释考验期内,有违反法律、行政法规和公安机关有关假释的监督管理规定的行为,尚未构成新的犯罪的,公安机关可以向人民法院提出撤销假释的建议,人民法院应当自收到撤销假释建议书之日起 1 个月内予以审核裁定。人民法院应当裁定撤销假释的,由公安机关将罪犯送交收监。

人民法院撤销缓刑、假释的裁定,一经作出,立即生效。

## 二、例题

1. 某罪犯被判处无期徒刑,后经高级人民法院裁定减为有期徒刑 15 年,在服刑到 10 年时,又经某中级人民法院裁定减为有期徒刑 14 年。但检察机关认为减刑不当,向该中级人民法院提出书面纠正意见。人民法院就此给予了书面答复,没有更改裁定。上述

案件中，何处程序违法？（单选）

- A. 第二次减刑没有由高级人民法院受理
- B. 检察院认为人民法院减刑不当，没有以抗诉形式提出
- C. 人民法院对检察院的书面纠正意见没有重新组成合议庭进行审理
- D. 人民法院对检察院的纠正意见没有先予执行

【释疑】检察院认为人民法院的减刑裁定不当，应当在收到裁定书副本后 20 日内，向人民法院提出书面纠正意见。人民法院收到书面纠正意见后，应当重新组成合议庭进行审理，并在 1 个月内作出最终裁定。故选 C。（答案：C）

2. 孙某在甲市服刑期间，遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，于是监狱向甲市中级人民法院提出假释建议书，并由甲市法院作出假释裁定。在假释期间内，乙县公安机关发现孙某曾参与当地一起诈骗案，于是将其抓获归案，并由乙县人民检察院起诉到乙县人民法院审判。该案中，应当由哪个机关撤销原来的假释裁定？（单选）

- A. 甲市中级人民法院
- B. 乙县人民法院
- C. 甲市监狱
- D. 乙县公安机关

【释疑】如果原来是上级人民法院判决、裁定宣告假释的，审判新罪的下级人民法院也可以撤销原判决、裁定宣告的假释。审判新罪的人民法院对原审判决、裁定宣告的假释撤销后，应当通知原宣告假释的人民法院和执行机关。故选 B。（答案：B）

人民检察院认为人民法院假释的裁定不当，应当在收到裁定书副本后 20 日以内，向人民法院提出书面纠正意见。人民法院应当在收到纠正意见后 1 个月以内重新组成合议庭进行审理，作出最终裁定。

### 考点 1 2 对新罪、漏罪和申诉的处理

罪犯在服刑期间又犯罪的，或者发现了判决的时候所没有发现的罪行，由执行机关移送检察院处理。

监狱和其他执行机关在刑罚执行中，如果认为判决有错误或者罪犯提出申诉，应当转请人民检察院或者原判人民法院处理。