

2007年法律硕士考试模拟试题（五）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/171/2021\\_2022\\_2007\\_E5\\_B9\\_B4\\_E6\\_B3\\_95\\_c80\\_171054.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/171/2021_2022_2007_E5_B9_B4_E6_B3_95_c80_171054.htm) 甲向乙借款1000元，以自有的价值2000元的种马抵押于乙，双方签订了抵押协议。后甲向丙借款1000元，又以该马出质于丙，且将马转移于丙占有。后因甲无力向乙、丙还款，马匹拍卖价值所得为1000元，对该1000元，乙欲行使抵押权，丙欲行使质权，引起纠纷。下列表述正确的是( )。 A．抵押无效，因未办理登记 B．质权有效，质权人优先行使质权 C．抵押权有效，抵押权人优先行使抵押权 D．抵押权、质权均有效，由抵押权人和质权人平均受偿债权

本题涉及抵押权和质权竞合问题。本题中，甲以价值2000元的种马分别抵押和质押于乙、丙，该抵押和质押均有效，但在实现抵押权时，由于该马所卖价值为1000元，故存在抵押权和质权优先行使的问题。是依据先成立的物权优于后成立的物权，由抵押权人乙优先行使，还是依据占有物权优于非占有物权由质权人优先行使，对此，存在争议。依据《担保法》规定，抵押未办理登记的，不能对抗善意第三人。故本题应以B选项为宜。

犯罪形态和数罪并罚 李某深夜潜入本单位财务室，意图盗窃保险柜中的财物。李用尽了各种方法，也未能将保险柜打开，感到十分沮丧。正要离开时，恰逢保安员巡逻至此。保安员发现财务室的门虚掩，即进去查看，与李某撞个正着。李某用撬棍将保安员打昏后逃走。回到家中后，李某恐保安员醒来后认出自己，就拿了一把匕首，欲将保安员杀死灭口。刚刚返回单位大门，即被接到报案赶来的公安人员抓获。现问：1．李某的盗窃未遂属

于犯罪中的哪种类型? 2. 李某盗窃未遂后将保安员打昏的行为应当如何定性?为什么? 3. 李某返回作案现场(本单位)欲将保安员杀死灭口的行为属于犯罪的哪种形态? 4. 对李某应当如何定罪处罚? 解答: 1. 属于未实行终了的未遂。即已经着手实行盗窃, 由于意志以外的原因没有能够把预定的完成犯罪必要的行为实施完毕, 犯罪就以未遂结束。 2. 构成抢劫罪。李某在盗窃犯罪的过程中, 为了抗拒抓捕而当场使用暴力, 依法应当以抢劫罪定罪处罚。属于所谓的转化的抢劫罪或者准抢劫罪。 3. 属于故意杀人罪的犯罪预备形态。因为李某为了杀人灭口, 而持刀返回了犯罪现场, 具有为了犯罪而制造条件的准备行为, 只是由于意志以外的原因而未能着手实行杀人行为, 故属于犯罪预备。 4. (1)应当分别定罪量刑: 李某盗窃未遂后将保安员打昏的行为构成抢劫罪。如果其暴力行为没有造成重伤、死亡的结果, 可以按照抢劫罪(未遂), 在3年以上10年以下有期徒刑的法定刑范围内予以从轻或者减轻处罚。如果其暴力行为造成了被害人重伤、死亡的结果, 作为抢劫的结果加重犯处罚。一般在10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑的法定刑范围内, 适用刑罚。因为是结果加重犯, 一般不成立未遂, 按既遂犯处罚, 也不实行数罪并罚。 李某返回现场欲杀人灭口的行为, 构成故意杀人罪的预备犯, 可以在10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑的法定范围内, 予以从轻、减轻或者免除处罚。 (2)实行数罪并罚。即把抢劫罪所判的刑罚与故意杀人罪所判的刑罚依照《刑法》第69条规定的数罪并罚原则决定执行的刑罚。 对解答的分析: 本题主要是犯罪个数和犯罪形态问题。 1. 犯罪个数问题。李某盗窃过程中为抗拒抓捕, 当场使用暴力, 转

化为抢劫罪。其暴力致人伤害的行为，不另外定罪，仅成立抢劫一罪。而后来为了灭口又返回作案现场，尽管因为意志以外的原因没有着手实行，但也属于另有犯罪故意和行为，单独成立犯罪，需要数罪并罚。前者(盗窃转抢劫)属于分则特别规定按一罪的情况；而后者则是依据理论确认的数罪的情况，需要数罪并罚。

2. 形态问题：(1)盗窃未遂的认定与未遂的种类。盗窃罪通常以取得财物为既遂。李某未能打开保险柜以致未能窃取预定盗窃目标的财物，构成犯罪未遂。

(2)故意杀人犯罪预备的认定。这涉及2个界限：与未遂犯的区别，要点是是否着手实行杀人行为，而杀人行为的着手，在刀杀の場合，一般在接近被害人举刀欲砍欲刺之际。李某因为意志以外的原因而未能进展到这一步(着手)，故成立故意杀人罪的预备犯，不是未遂犯。与犯意流露、表示的区别，要点是有无实际的准备行为。李某想杀人灭口，犯罪故意明显存在，并且携刀返回作案现场，这种准备、携带犯罪工具的行为以及接近作案现场、被害人的行为，均属于具体的现实的为实行犯罪创造便利条件的行为。因此，李某不仅仅是有犯意，而且有客观的预备行为，应当认定为犯罪预备。

(3)抢劫既遂未遂的问题。抢劫与盗窃同属侵犯财产的犯罪，因此二者既遂具有共性，即都以取得财物为既遂。既然本案李某盗窃未遂，该未遂盗窃转化为抢劫后，一般也是未遂。虽然题中没有问这个问题，但应当心中有数。复杂的是，假如李某暴力造成了保安重伤死亡的结果，构成抢劫的结果加重犯，却又没有取得财物。那么该定抢劫既遂还是未遂呢？对此有争议，通说认为结果加重犯无未遂，即都按既遂犯对待。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详

细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)