

法律硕士宪法主观题小结(第三部分) PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/203/2021_2022__E6_B3_95_E5_BE_8B_E7_A1_95_E5_c80_203236.htm

十三．论述正当防卫的成立条件（15分）来源：考试大正当防卫是指为了使国家、公共利益、本人或他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，采取的旨在制止不法侵害而对不法侵害人造成未明显超过必要限度损害的行为。（1分）正当防卫成立必须具备下列条件。起因条件。是指存在具有社会危害和侵害紧迫性的不法侵害行为。具体说，必须现实存在不法侵害行为，且具有暴力性、破坏性和紧迫性；不法侵害行为包括犯罪行为 and 违法行为，通常是人为因素。对于正当合法行为和缺乏侵害紧迫性的行为，不得进行正当防卫。因此，对于下列行为不得进行正当防卫：依照法令的行为、执行命令、正当业务行为；正当防卫行为；紧急避险；意外事件、防卫过当、避险过当；过失犯罪和不作为犯罪。同时，刑法也禁止进行假想防卫。（3分）来源：考试大时间条件。是指正当防卫只能在不法侵害正在进行，也即已经开始，尚未结束之时实行，不能实行事前防卫和事后防卫。一般来说，对于犯罪预备行为不能实行正当防卫；对于已经终止不法侵害的不法侵害人不得进行正当防卫。下列情况视为不法侵害已经中止：不法侵害已经完结；不法侵害人自动中止侵害；不法侵害人已经被制服；不法侵害人已经丧失继续侵害能力。（3分）来源：考试大对象条件。是指正当防卫只能针对不法侵害者本人实行，不得及于第三者。（2分）主观条件。是指防卫人主观上必须出于正当防卫的目的，即为了国家、公共利益

、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受不法侵害。因此，对于下列三种行为不得进行正当防卫：防卫挑拨；相互的非法侵害行为以及为保护非法利益而实行的防卫。（3分）

限度条件。是指正当防卫不能明显超过必要限度且造成重大损害。根据防卫相当说和我国刑法第20条的规定，防卫行为只要为制止不法侵害行为所必需，并且根据不法侵害发生的环境、防卫人与不法侵害人的力量对比等客观因素判断，防卫行为的性质、手段、强度及造成的损害没有明显超过不法侵害的性质、手段、强度及可能造成的损害，或者，虽然防卫行为的性质、手段、强度及造成的损害明显超过不法侵害，但实际造成的损害并不算重大的，君属正当防卫的范围，而不能认为防卫过当。（3分）

另外，我国刑法本着保护每一个公民的合法权益的目的，也规定了防卫过当制度，即指防卫行为明显超过必要限度，不不法侵害人造成重大损害。防卫过当行为在客观必须实施明显超过必要限度的行为，并对不法侵害人造成了重大的损害，在主观上对过当行为具有间接故意或过失的罪过。对于防卫过当，我国刑法明确规定行为人必须承担刑事责任，但应当减轻或免除处罚。在司法实践中，应当根据实际情况具体考察过当防卫的防卫目的、过当程度、罪过形式以及权益性质等因素，准确确定其责任。

来源：考试大同时，为了充分保护遭受不侵害者的合法权益，我国刑法也规定了无过当防卫权。即在某些特定情况下实施的正当防卫行为，没有必要限度的限制，对其防卫行为的任何后果都不负刑事责任。我国《刑法》第20条规定，对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的

，不属于防卫过当，不负刑事责任。最后，正当防卫和紧急避险作为我国刑法规定的两项特殊的公民权利，其既有联系又有区别。二者在目的、前提、责任等方面具有相似性；同时在危害的来源、行为的对象、行为的限制、限度以及主体的限制等方面又有很大的区别。

十四．论述紧急避险（19分）

来源：考试大根据《刑法》第21条规定，紧急避险是指为了国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他利益免受正在发生的危险，不得已而采用的损害另一较小合法权益的行为。（1分）

实行紧急避险应具备以下条件：

起因条件。是指必须有需要避免的危险存在。危险的来源主要有四种：人的违法行为和犯罪行为；自然灾害；动物的侵袭；人的生理、病理疾患。如果危险并不存在，不得进行假想避险。（2分）

时间条件。是指危险必须正在发生。也即危险已经出现而尚未结束。对于上述四种来源的危险，其已经出现和尚未结束的含义并不相同，应根据实际情况准确把握。如果危险尚未发生或尚未结束而进行不适时的避险，若造成重大损失，应负刑事责任。（2分）

对象条件。紧急避险的对象只能是相对较小的第三者的合法权益，即通过损害无辜者的合法权益来保全公共利益、本人或者他人的合法权益。如果通过对不法权益进行侵害的方式进行，则是正当防卫，而非紧急避险。（2分）

主观条件。即行为人必须有正当的避险意图。也即避险人对正在发生的危险有明确的认识，并希望以避险手段保护较大合法权益的心理状态。如果为了保护非法利益，则不属紧急避险。（2分）

限制条件。是指紧急避险只能是出于迫不得已。即危险发生之时，除了损害第三者的合法权益之外，不可能有其他方法来保全另一合法权益。如果当时

还有其它方法，就不能进行成立紧急避险。否则，造成了不应有的损失，行为人应承担刑事责任。（2分）限度条件。是指紧急避险不能超过必要限度而造成不应有的损害。所谓必要限度，是指紧急避险行为所引起的损害必须小于所避免的损害。司法实践中，应从如下标准掌握“必要限度”：一般情况下，人身权利大于财产权利。在人身权利中，生命是最高权利。在财产权利中，应以财产价值进行比较，从而确定财产权利的大小。当公共利益与个人利益不能两全时，应根据权利的性质和内容确定权利的大小，并非公共利益永远大于个人利益。（2分）特别例外限制。根据我国《刑法》21条的规定，紧急避险的特别例外条件是指为了避免本人遭受危险的法律规定，不适用于职务上、业务上有特定责任的人。对这些人来说，负有同特定危险做斗争的义务。一旦危险发生，必须积极履行其特定职责，而不允许以紧急避险为由临阵逃脱，否则，应追究刑事责任。（2分）此外，我国刑法还将避险人的避险行为超过必要限度造成不应有的损害的行为规定为避险过当。防卫过当在客观上避险人必须实施超过必要限度的避险行为并造成不应有的损害，在主观上避险人必须对避险过当行为具有罪过，且只能是间接故意或过失。对避险过当行为，我国刑法规定必须追究刑事责任，但应当减轻或免除处罚。（2分）最后，紧急避险和正当防卫作为我国刑法规定的两项特殊的公民权利，其既有联系又有区别。二者在目的、前提、责任等方面具有相似性；同时在危害的来源、行为的对象、行为的限制、限度以及主体的限制等方面又有很大的区别。（2分）十五．论述我国刑法对死刑适用的限制。（15分）死刑，也称生命刑，是指剥夺犯罪分子生命

的刑罚方法。它是最严厉的刑罚方法。我国目前虽然由于打击严重刑事犯罪分子的需要而没有取消死刑，但是通过刑法总则与刑法分则相结合的方式对死刑适用进行了严格的限制。（2分）来源：考试大刑法总则对适用死刑的限制性规定主要表现为如下：来源：考试大死刑适用条件的限制。《刑法》48条规定，死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。所谓罪行极其严重，是指犯罪行为对国家和人民的利益危害特别严重，社会危害性极为巨大。对此，应坚持主观罪过与客观危害性相统一的原则，即死刑的适用要与犯罪行为所造成的客观危害和主观恶性相适应。（2分）死刑适用对象的限制。《刑法》49条规定，犯罪的时候不满18周岁的人和审判时怀孕的妇女不适用死刑。同样，这两种人也不能被判处死缓。其中，审判时怀孕的妇女也包括羁押时怀孕的妇女，而且，特别值得注意的是，绝不允许为了判处死刑而让怀孕的妇女进行人工流产，即使流产了，也应当视作怀孕时的妇女。（2分）来源：考试大死刑适用程序的限制。《刑法》48条规定，死刑除依法有最高人民法院判决以外，都应当报请最高人民法院核准。根据这一规定，死刑的核准权都由最高人民法院统一行使。（2分）来源：考试大死刑执行制度的限制。刑法第48条规定，对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不需要立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期两年执行。这一制度的规定，大大缩小了判处死刑立即执行的范围。同时，为了保证死缓制度的正确执行，刑法对死缓执行的判决及其核准作了明确规定，可以由高级人民法院判决或核准。而且，对于被判处死缓的犯罪分子，刑法也规定了明确的处理办法。其中包括死缓执行期间，如果犯罪分子没有故意

犯罪，2年期满后即减为无期徒刑。还包括死缓执行期间，如果犯罪分子没有故意犯罪，并且有重大立功表现，2年期满后，即减为15年以上20年以下有期徒刑。只有对那些在死缓期间故意犯罪的，主观恶性极大的，死不悔改的犯罪分子，才能经最高人民法院核准执行死刑。所有这些规定，都为那些被判处死刑而不需要立即执行的犯罪分子留下了改过自新的出路。（4分）我国刑法分则也对死刑适用进行了严格的限制。反映在刑法分则条文中表现为，在法定刑的规定中，对可以或应当判处死刑的罪状的描述，往往都用了诸如“对国家和人民危害特别严重、情节特别恶劣”、“情节特别严重”、“危害特别严重”、“造成后果特别严重”、“致人重伤、死亡”、或“致使公私财产遭受重大损失”这样的条件限制。另外，在刑法分则中，除了极个别的例外，死刑都是作为选择刑规定，并不是绝对的法定刑，这也从死刑的规定方式上保证依法适用死刑的，只是少数罪行极其严重、罪该处死的犯罪分子。（3分）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