

司考疑难问题解答 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/482/2021_2022__E5_8F_B8_E8_80_83_E7_96_91_E9_c36_482687.htm 问：伪造假证明在刑事诉讼中是包庇罪还是帮助伪造证据罪？有教材说这种情况下是以后罪定，我认为这是想像竞合，应以重罪定包庇罪，不知正确否？ 答：在刑事诉讼中伪造假证明定包庇罪还是定帮助伪造证据罪，应视犯罪主体的不同而定。（1）刑法第三百一十条第一款规定了包庇罪，是指明知是犯罪的人而为其作假证明包庇的行为。包庇只限于掩盖犯罪分子而向司法机关提供虚假证明，其主体是一般主体。（2）刑法第三百零七条第二款规定了帮助毁灭、伪造证据罪，是指在诉讼活动中，其他人唆使、协助当事人毁灭、伪造证据，情节严重的行为。本罪行为针对的对象是证据，既包括刑事诉讼证据，也包括民事、经济、行政等诉讼证据。当事人本人毁灭、伪造证据的行为可能作为一种事后不可罚的行为而不构成犯罪，但帮助其实施该种行为的人应构成本罪。如果辩护人、诉讼代理人在刑事诉讼过程中，威胁、引诱（如购买）证人作伪证或者帮助当事人毁灭、伪造证据，则发生了刑法第三百零七条与刑法第三百零六条的法条竞合。其中，第三百零七条属于普通法，第三百零六条属于特殊法，依照特殊法优于普通法的原则，应按第三百零六条规定的辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪定罪处罚。（3）包庇罪与帮助毁灭、伪造证据罪的主要区别在于：包庇罪中的主体是作假证明的当事人本人，而帮助毁灭、伪造证据罪的主体是唆使、协助人。包庇罪只限于行为人为掩盖

犯罪分子的全部罪行或重要犯罪事实而向司法机关提供虚假证明；而帮助毁灭、伪造证据罪所针对的对象既包括刑事诉讼证据，也包括民事、经济、行政等诉讼证据。问：甲、乙均为法警，在到某机械厂执行案件的过程中遭遇到该厂职工的暴力抗法，甲拔枪示警，工人丙上前抢夺，结果手枪走火，击中乙，乙在被送往医院的途中不幸死亡。问：乙的亲属可否申请国家赔偿？答：不可以，因为甲不存在违法执行职务的情况。具体分析如下：国家赔偿，是指国家机关及其工作人员违法行使职权，侵犯公民、法人和其他组织的合法权益并造成损害，由国家承担责任并对受害者给予赔偿的制度。具有以下几个方面的特征：（1）国家赔偿以国家机关及其工作人员违法行使职权为前提。国家赔偿是由于违法行使职权引起的，是一种特殊的侵权责任，侵权的主体必须是行使国家职权的国家机关及其工作人员，以及法律、法规授权的组织或者委托的组织。（2）国家机关及其工作人员的行为必须是行使职权的行为。由于国家机关及其工作人员作为法律关系的主体，可以参与不同的法律关系，因而在不同的法律关系中，其行为的性质也不一样。在民事法律关系中，国家机关及其工作人员属于民事主体，所发生的行为均为民事行为，而不是代表国家行使职权的行为。此时如果发生侵权，也是一般的民事侵权，应服从民事法律规范的调整，不具有特殊性。在行政法律关系中，国家机关及其工作人员是代表国家行使职权，如果侵犯公民、法人和其他组织的合法权益，应由国家承担相应的侵权赔偿责任。因此，引起国家赔偿的行为必须与行使职权有关。国家机关及其工作人员的行为必须具有违法性。国家机关可以作出各种行为，

有时合法的行为也会给公民、法人和其他组织造成一定的损害，例如：行政征用。这时，国家可以通过行政补偿的方式来补偿给相对人造成的损失。但是，引起国家赔偿的行为必须是违法行为，即必须是违反法律、法规或规章的规定。必须已经造成现实的损害。违法侵犯公民、法人和其他组织合法权益的行为必须已经造成现实的损害，如公民、法人和其他组织的财产权的损失或公民人身权受到侵害。对于财产权的损失，必须是直接损失，间接损失国家不予赔偿；对于公民人身权的侵害，国家按照法定的标准予以赔偿。 赔偿责任由国家承担。由于国家机关及其工作人员是代表国家行使职权，其违法行为造成的损害无论是由国家机关集体决定的原因，还是由国家机关工作人员个人过错的原因造成，都应由国家予以赔偿，从国家财政中支付。 问：对最高人民法院《关于贯彻执行 中华人民共和国民法通则 若干问题的意见》（以下简称民通意见）第17条规定的“逾期起诉的，按变更监护关系处理”应当怎么理解？ 答：民通意见第17条规定：“有关组织依照民法通则规定指定监护人，以书面或者口头通知了被指定人的，应当认定指定成立。被指定人不服的，应当在接到通知的次日起三十日内向人民法院起诉。逾期起诉的，按变更监护关系处理。”被指定人在接到法院的指定通知后，如果不愿意担任指定监护人的，在30日内向法院起诉，此时被指定人尚不是法律意义上的监护人，法院可另行指定。但如果在30日后再起诉的，该通知已生效，也就是说，此时被指定人已是法律意义上的监护人了，再提起诉讼，只能是变更之诉，即要求法院变更监护人为他人。 问：一日，某幼儿园教师甲带全班同学外出游玩，所

带班的学生乙（5岁）在上厕所时不慎落入粪池，甲发现后大惊失色，慌忙向路人呼喊求救，但始终未亲自跳入粪池中救乙。后乙被路人救起，终因窒息时间过长而死亡。问：甲应否承担刑事责任？答：对于本题的处理应具体情况具体分析，不能笼统定甲有罪还是无罪。（1）教育机构依法负有对未成年人教育、管理和保护的义务。2004年5月1日施行的最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第7条第一款规定：“对未成年人依法负有教育、管理、保护义务的学校、幼儿园或者其他教育机构，未尽职责范围内的相关义务致使未成年人遭受人身损害，或者未成年人致他人人身损害的，应当承担与其过错相应的赔偿责任。”（2）不作为，是指行为人在能够履行自己应尽义务的情况下不履行该义务，即“当为而不为”。构成刑法中的不作为，在客观上必须具备以下条件：行为人负有实施某种积极行为的特定义务。特定义务是法律上的义务，而不只是普通的、道德上的义务。行为人能够履行特定义务。法律只要求能够履行义务的人履行义务，而不强求不能履行义务的人履行义务。行为人虽然具有实施某种积极行为的义务，但由于某种客观原因而不具备履行该项义务的实际可能性时，则不构成刑法上的不作为。行为人不履行特定义务。根据本问所给信息“甲发现后大惊失色，慌忙向路人呼喊求救，但始终未亲自跳入粪池中救乙”，无法判断出甲是否有能力履行其义务。如果甲确有救助的能力，客观上已知粪池不太深，毫无疑问，甲构成刑法上的不作为，应负刑事责任。但如果甲确无救助的能力（如不会游泳、粪池太深等等），则甲不构成刑法上的不作为，不负刑事责任。问：

代办托运是指由出卖人代理买受人与承运人订立的运输合同，也就是说代办托运是一种代理行为，出卖人只是代理人，买受人才是运输合同的相对人。根据合同的相对性原理，出卖人不是运输合同的当事人，故无权基于合同向承运人提起违约之诉。这种理解是否正确？答：错误。代办托运定义中的“代理”不是民法上的代理行为。（1）民法上的代理，是指代理人在代理权范围内，以被代理人的名义，为被代理人的利益，独立地直接与第三人实施民事法律行为，由此所产生的法律效果直接或间接归属于被代理人的一种法律制度。其特征为：代理人须在代理权限内实施代理行为。代理人须以被代理人的名义实施代理行为。代理人如果以自己的名义实施代理行为，则这种行为是自己行为而非代理行为，由此产生的法律后果只能由代理人自己承担。代理行为必须是具有法律效果的行为。代理行为须直接对被代理人发生效力。代理人在代理活动中具有独立的法律地位。（2）在出卖人代办托运与承运人所签的运输合同中，出卖人是以自己的名义而非买受人的名义，故不是民法上的代理。对于因承运人的失误造成货物损失的，出卖人可以基于运输合同向承运人提起违约之诉，要求赔偿。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