

2016 国家司法考试 直击 600分

北京万国学校 / 编著 韩友谊 / 主编

教材考点版

(第二分册)

(根据最新《行政诉讼法适用解释》《刑法修正案(九)》等修订)

紧扣大纲考点精华集萃

科学归纳直击得分要点

脉络清晰简洁而不简单

引领复习挑战司考高分



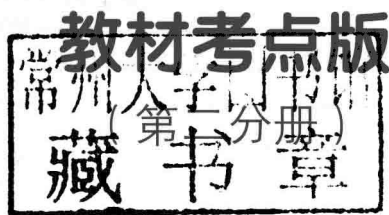
超值赠送

司法考试最后冲刺“万国密卷”一套(详见扉页)

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

北京万国学校 / 编著 韩友谊 / 主编

2016 国家司法考试 直击600分



(根据最新《行政诉讼法适用解释》《刑法修正案(九)》等修订)

万国图书编委会

主任 骆勇

副主任 韩友谊 季宏 陈少文

委员 (以姓氏笔画为序)

王斌 杨长庚 张进德 高晖云 黄韦博 淳于闻 韩祥波

秘书处 (以姓氏笔画为序)

马长燕 文兰香 石丽云 任海燕 刘念 张显 钟鸣

姚伟业 黄雪飞 薛白等

凡购买本书, 将以电子版的形式赠送一套司法考试最后冲刺“万国密卷”,
请读者发送邮件至wgfz2016@sina.com获取下载方法。

目 录

刑 法 学

刑法总则	1
第一章 刑法概说	1
第二章 犯罪构成	5
第三章 故意犯罪未完成形态	20
第四章 共同犯罪	22
第五章 罪 数	32
第六章 刑 罚	35
罪刑各论	46
第一章 危害公共安全罪	46
第二章 破坏社会主义市场经济秩序罪	49
第三章 侵犯公民人身权利罪	55
第四章 侵犯财产罪	62
第五章 妨害社会管理秩序罪	73
第六章 贪污贿赂罪	79
第七章 渎 职 罪	84
附：案例分析题	85

刑事诉讼法

第一章 刑事诉讼法概述	90
第二章 刑事诉讼法基本原则	91
第三章 管 辖	93
第四章 回 避	97
第五章 辩护与代理	99
第六章 刑事证据	102
第七章 强制措施	106
第八章 刑事附带民事诉讼	111
第九章 期间、送达	112
第十章 立 案	114
第十一章 侦 查	115
第十二章 起 诉	120
第十三章 审判概述	123
第十四章 第一审程序	126

第十五章 自诉案件第一审程序	131
第十六章 简易程序	132
第十七章 补充侦查	134
第十八章 第二审程序	135
第十九章 死刑复核程序	140
第二十章 审判监督程序（再审程序）	143
第二十一章 执 行	146
第二十二章 未成年人刑事诉讼程序	150
第二十三章 当事人和解的公诉案件诉讼程序	153
第二十四章 犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序	154
第二十五章 依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗程序	156
第二十六章 涉外刑事诉讼程序	157

行政法与行政诉讼法

第一章 行政法基础理论	159
第二章 行政组织与公务员	161
第三章 行政行为论	164
第四章 行政复议	180
第五章 行政诉讼	186
第六章 国家赔偿	203

刑法学

年份	单选	多选	不定项	案例	论述	总分
2015 年	21	26	12	22	0	81/600
2014 年	20	30	8	22	0	80/600
2013 年	21	26	12	22	0	81/600
2012 年	21	26	12	22	0	81/600
2011 年	20	26	16	22	0	84/600

刑法总则

第一章 刑法概说



高频考点 1 刑法的解释方法

1. 文理解释

文理解释，又称文义解释，就字面意思进行直接的理解，从字面探求法律所使用文字语言的正确意义。

文义解释是法律解释的起点和界线，超出法律文义的外延和内涵，就进入类推的范畴。

2. 论理解释

论理解释，就是参酌刑法产生的原因、理由、沿革以及其他相关事项，按照立法精神，发现刑法真实含义的解释方法。在文理解释不合理或者有多种结论时，需要论理解释予以补充。

论理解释主要有以下几种：

(1) 扩大解释，即刑法条文的字面通常含义比刑法的真实含义窄，于是将字面意思扩大，使其符合刑法的真实含义。

①第 49 条：“审判的时候怀孕的妇女”，“审判的时候”扩大到羁押时，“怀孕的妇女”扩大解释为包括“流产的妇女”。

②第 196 条：“信用卡”包括不具有透支功能的普通银行借记卡。

③第 205 条：“出口退税、抵扣税款的其他发票”，是指除增值税专用发票以外的，具有出口退税、抵扣税款功能的收付款凭证或者完税凭证。

④第 238 条：“债务”包括非法债务。

⑤“文物”：刑法有关文物的规定，适用于具有科学价值的古脊椎动物化石、古人类化石。

⑥第 341 条：“出售”包括出卖和以营利为目的的加工利用行为。

⑦携带凶器抢夺中的“凶器”包括用法上的凶器；

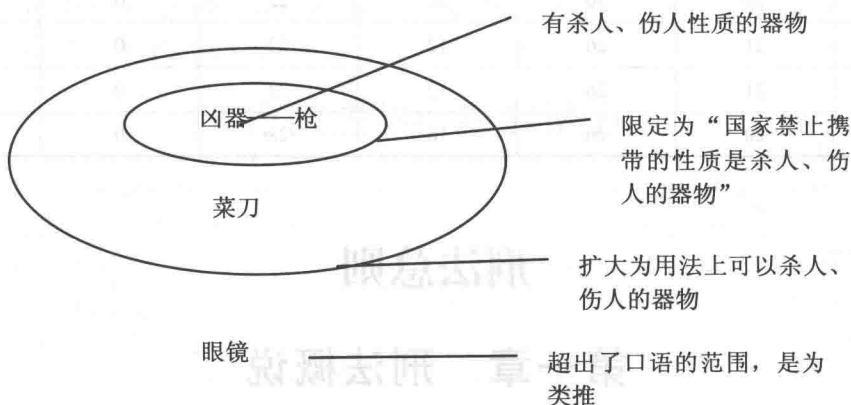
- ⑧抢劫金融机构中的“金融机构”包括运钞车和自动取款机；
- ⑨遗弃罪中的“负有扶养义务的人”包括家庭成员以外的其他人；
- ⑩走私武器、弹药罪中的“弹药”包括可以组装并使用的弹头、弹壳。

【扩大解释与类推解释的区别】

① 结论不同：前者国民具有预测可能性，后者没有。

② 论证过程不同（即使有时结论一致）：扩大解释是扩大概念的范围，从而将具体的事例纳入法条的处理范围，解释受到条文用语的严格限制。类推解释首先承认概念与事例不同，但基于危害性相当，从而将事例纳入概念范围。

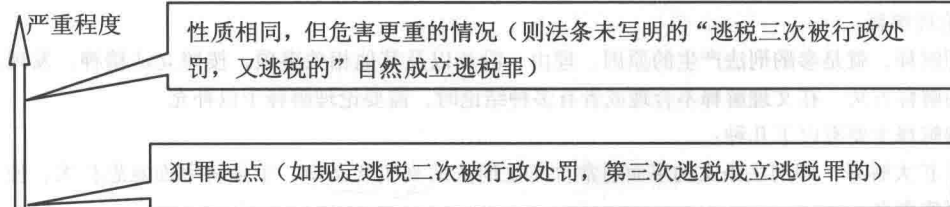
判断：刑法中类推解释被禁止，扩大解释被允许，但扩大解释的结论也可能是错误的。超出法律文义的外延和内涵，就进入类推的范畴。



(2) 缩小解释，又称限缩解释，即限制字面含义，使其符合刑法的真实含义。

(3) 当然解释，即刑法规定虽未明示某一事项，但依形式逻辑、规范目的及事物属性的当然道理，将该事项解释为包括在该规定的适用范围之内。在同一个犯罪构成内，入罪时，举轻以明重；出罪时，举重以明轻。

注意：被罪刑法定原则认可的解释方法，仅仅是方法得当，不一定得出的结论就是正确的。运用合理的解释方法得出的结论，是否能够被接受，最终取决于刑法（法条）的目的。



实战演练

关于刑法的解释，下列哪些说法是正确的？（ ）

- A. 将风景区的缆车评价为《刑法》第116条的“电车”，属于扩大解释
- B. 《刑法》第130条规定：“非法携带枪支、弹药、管制刀具或者爆炸性、易燃性、放射性、毒害性、腐蚀性物品，进入公共场所或者公共交通工具，危及公共安全，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”行为人甲在火车上获得了乙遗留的枪支、弹药，然后在乘坐该火车期间，持续携带该枪支、弹药，危及公共安全，情节严重的，不能成立此罪

C. 将伪造、变造的福利彩票、体育彩票（尤其是伪造、变造的中奖彩票）解释为《刑法》第197条规定的“伪造、变造的……国家发行的有价证券”，属于扩大解释

D. 将“财产性利益”（如存款债权）解释为《刑法》分则第五章的“财物”，属于类推解释

【答案】BC



高频考点2 罪刑法定原则

罪刑法定的经典表述是“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”。（1）“罪要法定”。将既定刑法所规定的犯罪构成要件作为判断行为是否成立犯罪的唯一标准，而不能仅根据行为所具有的社会危害性，简单地对其作出犯罪的评价。（2）“刑要法定”。即对已经违反刑法规定的危害行为，也只能依照既定法律的明文规定给予相应处罚，而不得法外施刑，或者法外免刑。具体而言罪刑法定的要求有以下几个方面：

（1）成文的罪刑法定。即犯罪与刑罚必须由立法者通过特定程序以文字形式记载下来，法官只能根据立法机关制定的成文法律定罪量刑。

（2）事前的罪刑法定。即因事后法违反了预测可能性原则的要求，刑法不能强迫国民遵守行为时根本不存在的法律，所以不利于行为人的事后法应当被禁止适用，也就是禁止溯及既往。在我国刑法中，则表现为在时间效力原则上实行“从旧兼从轻”的原则。

（3）严格的罪刑法定。即合理解释法律，禁止类推解释法律。类推解释是指需要判断的具体事实与法律规定的构成要件基本相似时，将后者的法律效果适用于前者。禁止类推解释原本只是从形式侧面提出的要求，意在禁止对刑法作出任何类推解释。但是，如果同时从形式法治与实质法治出发，对类推解释应当作为两个方面的补充和发展：第一，不仅应禁止类推解释，而且应禁止一切违反民主主义、违反预测可能性的不合理解释。第二，类推解释的要求经历了由禁止一切类推解释到只禁止不利于被告人的类推解释的过程。之所以允许有利于被告人的类推，是因为刑法中存在一些有利于被告人的规定，而这些规定因为文字表述及立法疏漏的缘故，按照其文字含义适用时会造成不公平现象。

（4）确定的罪刑法定。即法定刑必须规定为确定的刑种与刑期，禁止绝对不定期刑。我国刑法实行的是相对确定法定刑主义。

实战演练

关于刑法溯及力的说法，下列说法正确的是：（ ）

- A. 1997年9月30日以前犯罪，此后审判的，案件不具有法定减轻处罚情节，但是根据案件的具体情况需要在法定刑以下判处刑罚的，依据1979年刑法由中级人民法院决定，依据1997年刑法则由最高人民法院核准。此时根据“从旧兼从轻处罚”的原则，适用旧刑法
- B. 甲犯盗窃罪判刑3年，1997年1月20日刑满释放，2001年3月1日再犯抢劫罪。根据1979年刑法，成立累犯需要后罪发生在前罪刑满释放3年内，根据1997年刑法则需要后罪发生在前罪刑满释放5年内。此案应依据1979年刑法，甲不成立累犯
- C. 乙于1997年1月起将被害人关押于自己的地窖，直至2000年2月被害人才被司法机关解救。对乙应该适用1979年刑法
- D. 丙于1990年根据1979年刑法被判投机倒把罪，处10年有期徒刑。丙坚称自己无罪，在狱中坚持申诉。1999年，法院依据审判监督程序重新审理此案，此时应该适用1997年刑法

【答案】A



高频考点 3 罪刑相适应原则

罪刑相适应，依照刑法的规定，指刑罚的轻重应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。包括：

1. 刑罚既要与犯罪性质相适应，又要与犯罪情节相适应，还要与犯罪人的人身危险性（具体体现为自首、坦白、立功、累犯等量刑情节）相适应。
2. 立法上要求确定合理的刑罚体系、刑罚制度与法定刑。审判中要求强化量刑公正的观念。行刑方面要求注重犯罪人的人身危险程度的消长变化情况，合理地运用减刑、假释等制度。



高频考点 4 刑法的空间效力——属地管辖

1. 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，都适用中国刑法。
2. 凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，也适用中国刑法。
3. 犯罪的行为地或者结果发生地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。



高频考点 5 刑法的空间效力——保护管辖

外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按我国刑法规定的最低刑为 3 年以上有期徒刑的，可以适用我国刑法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。



高频考点 6 刑法的空间效力——对外国判决的消极承认

凡在中华人民共和国领域外犯罪，依照我国刑法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照我国刑法追究，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。

实战演练

下列关于中国刑法适用范围的说法哪些是错误的？（ ）

- A. 甲国公民汤姆教唆乙国公民约翰进入中国境内发展黑社会组织。即使约翰果真进入中国境内实施犯罪行为，也不能适用中国刑法对仅仅实施教唆行为的汤姆追究刑事责任
- B. 中国公民赵某从甲国贩卖毒品到乙国后回到中国。由于赵某的犯罪行为地不在中国境内，行为也没有危害中国的国家或者国民的利益，所以，不能适用中国刑法
- C. A 国公民丙在中国留学期间利用暑期外出旅游，途中为勒索财物，将 B 国在中国的留学生丁某从东北某市绑架到 C 国，中国刑法可以依据保护管辖原则对丙追究刑事责任
- D. 中国公民在中华人民共和国领域外实施的犯罪行为，按照刑法规定的最高刑为 3 年以下有期徒刑的，也可以适用中国刑法追究刑事责任

【答案】ABC

第二章 犯罪构成



高频考点7 记述的构成要件要素和规范的构成要件要素

1. 记述的构成要件要素：日常生活的单纯描述，有客观认定标准，不需要法官进行价值判断补充即可明确的构成要件要素。

2. 规范的构成要件要素：必须借由法官在个案中以价值判断补充评价，才有办法确定其内涵的构成要件要素(法律规定+法官的专业补充)。包括：

(1) 需要借助其他法律规范的评价而补充内涵的：如“国家工作人员”、“司法工作人员”、“公私财物”、“依法”。

(2) 需要以文化规范的评价作为补充的：如“淫秽物品”、“猥亵”、“泄愤报复”、“住宅”、“不正当利益”。

(3) 需要具体量化评价作为补充的：如“数额较大”、“严重残疾”、“情节严重”、“危险”。



高频考点8 身份犯和国家工作人员

身份犯，指成立犯罪要求主体具有一定的属性，以此对犯罪的成立范围予以限定。

普通人不能成立身份犯的直接正犯，也不能成立身份犯的间接正犯，但可以成立共犯。

身份犯又分为两种：真正（纯正）身份犯和不真正（不纯正）身份犯。真正身份犯指身份能够影响定罪，又称构成的身份。如是否是国家工作人员可以影响能否构成贪污罪、受贿罪。但有些身份不影响定罪，仅仅影响量刑，就是不真正身份犯，又称加减的身份。如《刑法》第238条非法拘禁罪，是一般主体都可以构成的犯罪，但是在第4款中规定国家机关工作人员利用职权非法拘禁他人的应当从重处罚，那么国家机关工作人员的身份对于非法拘禁罪而言解决的就不是定性问题，而是量刑问题。

国家工作人员包括：

1. 国家机关中从事公务的人员。
2. 国有（全资）的公司、企事业单位、人民团体中从事公务的人员。
3. 受国家机关或者国有公司、企事业单位委派在非国有公司、企事业单位、社会团体中从事公务的人员（“委派”指委任、派遣，形式如任命、指派、提名、批准等）。
4. 其他依照法律从事公务的人员。（如依法履行政府行政职责的村委会等基层组织成员）。

“依照法律”，指行为人的任用、地位、职务、公务行为等具有法律上的根据。国家机关的临时工作人员如果符合法律法规规定，“依法”获得了执行公务的权力，也是国家工作人员。

“从事公务”，指从事国家机关、公共机构或者其他法定的公共团体的事务。其具体范围并非由形式上的职务名称来定，而要看是否享有一定的裁量权。与完全的“劳务”相区别。



高频考点9 单位犯罪的成立条件

1. 主体：具有合法形式的单位。包括国家机关，国有、集体性质的公司、企业、事业单位，合资经营、合作经营企业和具有法人资格的私营公司。

(1) 个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的, 或者公司、企业、事业单位设立后, 以实施犯罪为主要活动的, 不得以单位犯罪论处;

(2) 司法实践中, 国有、集体性质的公司、企业、事业单位分支机构或者内设机构也可以成为单位犯罪的主体。

2. 行为: 由单位的决策机构按照单位的决策程序决定, 并由直接责任人员实施。

3. 目的: 为本单位谋取非法利益或者以单位名义为本单位全体成员谋取非法利益。

4. 法定性: 并非一切犯罪都可以由单位构成, 单位犯罪以刑法有明文规定为前提, 主要集中在经济犯罪类型中。

(1) 如果单位不能成为某罪的正犯, 也不应认为单位可以成立该罪的共犯。

(2) 若对于具体的犯罪, 刑法并未明文规定单位的主体身份, 而以单位名义实施的, 由具体决策、实施犯罪行为的自然人承担刑事责任。

按照司法解释, 有一个例外, 即单位实施贷款诈骗行为的, 法律并未规定单位可以成立贷款诈骗罪, 于是认定为单位作为主体的合同诈骗罪。尽管如此, 这一行为事实仍然属于贷款诈骗行为, 他人针对贷款诈骗所得进行洗钱的, 仍然成立洗钱罪。



高频考点 10 单位犯罪的处罚

1. 双罚制

对单位判处罚金, 同时也处罚自然人 (即直接负责的主管人员和其他直接责任人员)。

2. 单罚自然人的情况——只处罚单位的直接负责人员, 不再处罚单位本身。

(1) 并非为本单位谋利益, 而是以单位名义实施的私分国家资产、私分罚没财物等犯罪 (第 396 条);

(2) 单位的过失犯罪 (第 137 条的工程重大安全事故罪);

(3) 处罚单位会损害无辜者的利益 (第 161 条的提供虚假财会报告罪)。

3. 单位发生变更的刑事责任承担

(1) 单位涉嫌犯罪后, 若被其主管部门、上级机构等吊销营业执照、撤销或者宣告破产, 则只追究直接责任人员或主管人员的刑事责任, 对该单位不再追诉。

(2) 涉嫌犯罪的单位分立、合并或者改组的, 对原犯罪单位及其直接负责的主管人员和其他直接责任人员应依法定罪量刑。在审判时, 对被告单位应列原犯罪单位名称, 但注明已被并入 (或者分立、改组) 新的单位, 对被告单位所判处的罚金数额以其并入 (或者分立、改组) 新的单位的财产及收益为限。

4. 不以单位犯罪论处的情形:

(1) 个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的——单位本身不具有合法性;

(2) 公司、企业、事业单位设立后, 以实施犯罪为主要活动的——单位本身虽具有合法性, 但从事的活动具有非法性;

(3) 盗用单位名义实施犯罪, 违法所得由实施犯罪的个人私分的, 依照刑法有关自然人犯罪的规定定罪处罚——此种情形下, 利益并没有归单位所有, 因此不成立单位犯罪;

(4) 法律没有规定可以由单位构成的犯罪。单位犯罪具有法定性, 并非一切犯罪都可以由单位构成, 单位犯罪以刑法有明文规定为前提。若对于具体的犯罪, 刑法并未明文规定单位的主体身份, 而以单位名义实施的, 由具体决策、实施犯罪行为的自然人承担刑事责任。

实战演练

关于单位犯罪，下列选项错误的是：()

- A. 甲注册某咨询公司后一直亏损，后发现为他人虚开增值税专用发票可以盈利，即以此为主要业务，该行为属于咨询公司单位犯罪
- B. 乙公司在实施保险诈骗罪以后，因为没有年检而被工商管理局吊销营业执照。案发后对该公司不再追诉，只能对原公司中的直接负责的主管人员和其他直接责任人员追究刑事责任
- C. 丙虚报注册资本成立进出口公司，主要从事正当业务经营，后经公司股东集体讨论，以公司的名义走私汽车，利益均分。由于该进出口公司成立时不符合法律规定，该走私行为属于个人犯罪
- D. 某国家行政机关设立了一执法机构甲，甲在具体执法中，索取非法收受他人财物用于发放员工福利和开支，甲本身没有独立的财产。在被侦查机关以单位受贿罪立案侦查期间，该行政机关将甲改组为另一执法机构乙，由乙行使甲的权力。甲不成立单位犯罪

【答案】ACD

**高频考点 11 真正不作为犯与不真正不作为犯**

1. 真正不作为犯，刑法明文规定只能由不作为构成的犯罪。如第311条拒绝提供间谍证据罪，第261条遗弃罪。

2. 不真正不作为犯，刑法条文没有将不作为表述为构成要件要素，但是行为人以不作为的形式实现的犯罪，即行为人以不作为形式实施的通常为作为形式的犯罪。

**高频考点 12 不作为犯的义务来源**

1. 基于对危险源的控制产生的保护义务

(1) 对危险物品的管理义务

①设施安全：如广告牌的设置人有防止广告牌砸伤路人的义务。

②机动车的占有和经营：所有者应该关心车辆的安全，保证车辆不给危险者驾驶。

③动物。

④当住宅的特性本身是危险源时，所有者或管理者产生义务。

救助义务限于针对合法进入房间的人，对于非法进入房间的小偷，屋主并没有救助义务。

(2) 对第三人危险行为的监督义务

①他人行为，原则上是自我责任。

②只对被监护者存在有限制的责任：如父母或其他监护人对未成年子女或其他被监护人危害行为的制止义务，驾校教练对学员（被视为驾驶上的“无行为能力”）的保证人责任。

(3) 对自己先行行为引起的法益侵害危险的防止义务

①原则：先行行为人只对客观上可以归责于自己的行为产生的危险存在保证人义务。如机动车司机对于负全责的被害人没有保证人地位。由于被害人的原因给司机造成的不幸事件，再让司机承担额外的负担是不合适的。

②正当防卫时，没有保证人责任（防卫过当除外）。但是正当防卫者是否可以放任已经丧失侵害能力的袭击者慢慢流血而死呢？德国刑法用立法规定“见死不救罪”来解决这个问题，即首先承认正当防卫不能产生保证人地位，但是基于陌生人之间的法共同体关系，而在立法上赋予其救助的义务。由于中国并没有类似的立法，在中国的司法考试中，命题者将这种情况认定为防卫过当，以此强迫防卫者对已经

丧失侵害能力的袭击者进行救助，这是用解释弥补立法漏洞。

③先行行为本身可以并不触犯法律（如紧急避险），在罪责上既可以是故意的，也可以是过失的，甚至先行行为本身可以是不作为的（如不照看小孩导致需要跳水救助小孩）。

2. 基于法益的无助（脆弱）状态的特殊关系产生的保护义务（保护法益的责任）

（1）家庭或类似家庭的保护关系

①父母对生活在一起的未成年子女有保护关系。

②婚姻与类似婚姻的同居关系中产生彼此的保护关系。

这种关系是彼此利益的帮助者，而不是控制对方的监护人，所以以保护对方的利益不受外部侵害为内容，不包括对方自我危害的情况，更没有义务阻止对方损害第三人。因此，丈夫不阻止妻子自杀，会成立不作为的故意杀人罪吗？由于丈夫唆使妻子自杀都不会成立故意杀人罪的教唆犯，所以单纯的不阻止（什么也没有做）更不应该被评价为故意杀人罪。

（2）保护功能的接管

弱者对行为人存在依赖，并且行为人承诺了照料，形成保护接管，此时产生救助义务。

①游泳教练对游泳学习者，医生答应救助病人。

②接管了保护功能的危险共同体：一根保险绳上的登山者。

③缺乏依赖性的关系不产生义务：如友情、性、吸毒、运动、出游……

对于带入自己居室内的他人，基于对方对自己的信任，屋主人相当于接管了对对方的保护功能，在他人面临危险时，屋主人有救助的义务。

（3）基于组织地位和职责义务的保护关系

①公职人员对于国家利益有保护义务。

②具有刑事追究职责的人对举报犯罪有责任。

③警察对受犯罪威胁的公民存在保护义务：条件是该案件在地域上和事项上归该警察管辖，并且该警察正在履行职务。

（4）对公众法益的保护

国家机关对于公众法益是有保护义务的，如环保部门对于环境污染事件负有作为的义务。

实战演练

1. 下列哪些属于不作为犯罪？（ ）

- A. 被告人张某（男）与李某（女）谈恋爱1年之久，多次发生关系，但因未到婚龄而未办理结婚登记。2002年8月，因家庭琐事，张某向李某提出分手。李某伤心欲绝，手持一瓶毒药到张某宿舍，声称如果张某坚持分手，她就服毒自杀。张某说：“你想死就死吧，和我没有关系。”李某当即服下毒药，张某见状，拔腿离开了宿舍。后邻居发现李某死在张某宿舍。
- B. 甲邀约乙到野外狩猎，其间，乙遭到猛兽袭击，身负重伤。但甲没有救助乙，而是立即跑回家，乙因无人救助而死亡。
- C. 与交通肇事行为无关的A，发现被害人B因无法查明的第三人所制造的交通事故身受重伤躺在血泊中，就将B抱上自己的汽车，准备送到医院。但是，途中发现被害人B实在伤得太重，害怕自己做好事反被冤枉为肇事者，又临时改变主意，将被害人B抛弃，致其得不到及时救助而死亡。
- D. 甲为抢劫乙的财物而在某偏僻场所对后者实施暴力侵害，乙奋力反击，当场将甲打成重伤。乙发现甲躺在地上，流血不止，非常痛苦地呻吟，但没有对甲实施任何救助行为，而径直离开现场。4小时后，甲死亡。

【答案】BC

2. 下列说法正确的是：()

- A. 罪犯基于表现好而获准回家过春节，无故不返回关押场所，构成不作为的脱逃罪
- B. 乙掉入河中，甲虽发现，但误以为不是自己的儿子，而是与自己无关的丙，因而没有救助，导致乙死亡。甲成立不作为的故意杀人罪
- C. 甲明知掉入河中的是自己的儿子乙，但误以为自己没有救助义务，因而没有救助，导致乙死亡。甲成立不作为的故意杀人罪
- D. 甲的过失行为造成了A轻伤，同时产生了生命危险时，甲故意不救助因而导致A死亡。甲成立不作为的故意杀人罪

【答案】ACD

3. 下列说法正确的是：()

- A. 某饭店的食物导致客人中毒，饭店管理人对客人有救助义务
- B. 6岁幼女甲看到邻居大叔乙在院子里洗澡，因为年幼无知，对乙身体实施了“猥亵”举动。乙任其“猥亵”并不制止，时间很久。乙构成不作为的猥亵儿童罪
- C. 甲开车不慎重伤乙，甲欲抢救，但乙的家属多人拿着凶器赶来要教训甲，甲逃跑，乙因未得到及时救助而死亡。甲不构成不作为犯罪。
- D. 甲徒手不法侵害乙，乙手持铁器反击致甲受伤倒地。如果甲有死亡危险，此时乙负有防止甲死亡的义务，也即需要防止自己构成防卫过当

【答案】ABCD

4. 下列存在不作为犯罪的是：()

- A. 甲与朋友酒后从KTV出来，朋友提出要驾驶甲的汽车，甲明知对方饮过酒，也未问是否取得机动车驾驶资格，便将车辆交给朋友驾驶，并坐在副驾驶位。几分钟后，朋友驾驶车辆将路人X、Y撞倒，一死一伤。经交警鉴定，朋友承担事故主要责任
- B. 乙（妻子）明知丈夫受贿而不制止
- C. 丙黑夜将汽车停在高速路上，却没有采取措施防止后面的汽车追尾，导致车辆相撞，引起他人死亡
- D. 甲以杀人故意将被害人乙砍成重伤，随后甲看到乙躺在血泊之中顿生悔念，打算叫救护车。此时，无关的丁发现此事，极力劝阻甲，唆使其放弃救助念头。乙因失血过多而死亡

【答案】ACD



高频考点 13 因果关系的一般判断

因果关系是实行行为的客观危险性向构成要件结果现实化的过程。

1. 因果关系的起点是实行行为，预备行为引起结果的，不成立犯罪既遂。
2. 因果关系首先是存在实行行为引起结果这样的事实关系（事实判断）；然后是基于刑法目的而对因果关系的规范限定（价值判断）。

实战演练

下列哪些说法是正确的? ()

- A. 一种蘑菇长期被人们食用, 餐厅也普遍使用这种蘑菇做菜, 但这种蘑菇的亿分之一有毒。某大学生物系研究生甲在乙餐厅打工端盘子时, 发现自己端给客人丙的蘑菇可能有毒, 但他没有告诉客人丙, 也没有告诉餐厅有关人员。丙吃后死亡。甲的行为属于杀人行为
- B. 甲入室抢劫取得财物后, 仓皇出逃时, 不小心将睡在地上的婴儿踩死。甲的行为属于抢劫致人死亡
- C. A 为了抢劫, 进入 B 的住宅后, 对 B 使用激烈的暴力, B 逃到 3 楼阳台上, 打算沿着阳台边的下水管道爬下去, 但从 3 楼阳台上摔下去摔死了。甲的行为属于结果加重犯
- D. 甲对乙使用暴力致其重伤后, 随手将烟头扔在地上引起火灾将被害人烧死, 甲不属于结果加重犯

【答案】CD

**高频考点 14 因果关系理论****1. 条件说**

适用条件公式判断因果关系: “没有前者行为就没有后者结果时, 前者就是后者的原因”。

(1) 等价理论

造成结果的所有条件均等价等值, 不需区分造成结果的原因是“远因”还是“近因”, 是“典型的”或者是“纯属意外的”原因, 一视同仁。重叠因果关系也是因果关系。

(2) 具体操作——“去除法”

如果可以想象条件不存在而结果仍会发生的, 则非刑法上的条件, 即必要条件才是原因。

(3) 条件公式的局限

①范围太广, 难以划清值得惩罚的原因与不值得惩罚的原因的界限。如“不生孩子, 孩子就不会杀人”, 不能把生孩子行为认定为死亡结果的原因, 但是条件公式不能将其排除。

②面对择一的因果关系和假定的因果关系, 条件说会得出让人难以接受的结论。如甲、乙都在被害人的饮料中单独投入足以致死的毒药。依据条件说会得出二人的行为都不是“必要”的而成立杀人未遂的结论。再如被害人亲属在死刑犯执行现场先于法警开枪杀死死刑犯的, 也会得出被害人亲属的开枪行为不是死刑犯死亡的“必要”条件而不成立杀人既遂的结论。很显然这样的结论是无法被人接受的。

2. 客观归责理论

在与结果有条件关系的行为中, 只有当行为制造了不被允许的危险, 而且该危险是在符合构成要件的结果中实现(或在构成要件的保护范围内实现)时, 才能将该结果归责于行为, 此所谓客观归责理论。

(1) 行为对行为对象制造了法所不容许的风险

①制造(升高)风险, 并且在法律上有重要意义。如果升高的风险并不具有法律上的重要意义, 仍然在法律的容许范围内, 则不是归责的原因。

②降低风险与替代性风险。降低风险者并未制造法所不容的风险, 只是减轻一个已有的风险, 不是归责的原因。例如: 劝决定盗窃 10000 元的人改主意只盗窃 1000 元。替代性风险是用新制造的不同方式的风险来替换已存在的风险(法益替换), 仍然是归责的原因。例如: 劝决定对他人实施伤害者改主意只实施公然侮辱行为的。

③制造可容许的风险。例如: 遵守交规仍然发生交通事故的。

④假设因果流程不能排除归责。例如: 在被害人登机前将其射杀, 而被害人欲乘飞机在起飞后爆炸, 无人生还。

(2) 不法风险在具体的结果中实现了

①结果与行为之间有常态关连,没有重大的因果偏离

主观判断标准:实行行为与结果之间的关系是否为一般人可能认识、预见的,或者行为人特别认识、预见的。

客观判断标准:即看是行为的风险被现实化,还是其他风险被现实化。例如:甲伤害乙,乙在去往医院的路上被违规行驶的车辆轧死。

②具体结果有可避免性。例如:将未经消毒的山羊胡毛交与女工,女工感染病毒而死。可是当时的法定消毒程序无法杀死该种病毒。

③实现的结果超出了法律的保护目的,不是归责的原因。例如:高速超车导致他人被吓得心脏病突发而死。

(3) 结果存在于构成要件效力范围之内——即在行为人负责领域

①结果出现于第三人专属负责领域,不可归责于行为人。例如:交通肇事致被害人腿骨折,送入医院后因麻醉师麻醉失当而死亡。

②结果出现于被害人自我负责领域,不可归责于行为人。例如:痴男怨女相约高速飙车,女子在高速行驶中操作失当,车毁人亡。

实战演练

1. 下列说法正确的是: ()

A. 甲欲杀乙,射出的子弹没有击中乙,但乙装死,甲误以为被害人已死,将其扔入河中,导致乙被淹死。甲成立故意杀人罪既遂

B. 甲基于合同抚养乙的婴儿,合同到期后乙并未来领养,甲不再供给婴儿食物致其死亡。甲成立不作为犯罪

C. A在某堆满材料、极其混乱的建筑工地门口追杀B,将其砍成重伤,B不久就因颅内出血,陷入昏迷状态,但其在3小时以后必死无疑。A误以为B已然死亡,就迅速逃离现场。1小时后,无法查明的第三人顺手拣起建筑工地的装修材料,击打B的身体,导致其提前死亡。B的死亡和A的杀害之间有因果关系

D. 甲对建筑物放火,火灾发生后,前来灭火的消防队员在正常的灭火过程中,由于火势过大,被火烧死。甲的放火行为和消防员的死亡之间没有因果关系

【答案】ABC

2. 甲的下列行为中,与结果有因果关系的是: ()

A. 在寒冷的冬天,甲为了取乐将100元扔入湖中,乙为了得到100元而跳入湖中因而死亡

B. 生气的妻子甲在寒冷的晚上不让丈夫进屋,丈夫原本可以找到安全场所,但是为了表示悔意一直在门外站着,结果被冻死

C. 乙是吸毒者,甲将毒品交付给乙,乙注射毒品后死亡

D. 甲非法行医,让身患肺炎的被害人买感冒药治疗,最终耽误病情,被害人死亡

【答案】D



高频考点 15 因果关系的具体应用

第一步:行为对行为对象制造或者升高了不被允许的危险。然后看是否满足第二步;

第二步:行为作为100%的原因力(合乎客观规律必然地)造成了结果时,行为和结果有因果关系。如果不是必然关系则看是否满足第三步;

第三步:行为对结果具有1%~99%的原因力,如果是结果出现的必要条件,则有因果关系。如果

在行为对行为对象制造或升高的危险现实化的过程中,出现了介入因素导致因果关系复杂化,则看第四步;

第四步:介入因素直接导致结果出现的,自然是原因,但是前行为并不当然就此对结果不再有原因力。

1. 前行为必然或者通常(概率高)导致介入因素出现的,仍然有原因力。此处的必然或者通常,是指一般人的认识或者行为人的特别认识。例如:被害人遭受严重暴力,为逃生而情急之下逃入旁边的高速路,被车撞死。将被害人衣服点燃,被害人跳河灭火而溺亡。

2. 介入因素不具有代替前行为原因力的能量,只是促进(强化)了前行为的危险现实化进程,前行为和结果仍然有因果关系。即考察是前行为还是介入因素是结果出现的决定性力量。例如:受害人受致命伤,不服从医院安排而亡。甲将丙打得失去知觉,以为丙死亡遂离开。丙受致命伤,在1小时后必死无疑。30分钟后乙路过现场,对血泊中的丙踢打,导致丙提前死亡。

3. 如果不具备上述两种情况之一,则介入因素一般会隔断前行为和最终结果的因果关系。例如:毁坏被害人面容,被害人感觉无法见人而自杀。

最后,不要忘了同时考虑结果有无超出法律的保护目的,结果是否超出了行为人支配领域。

实战演练

1. 下列哪项有因果关系:()

- A. 甲向乙食物投放毒药,乙中毒后不至于死亡,但因中毒疼痛难忍,便上吊自杀身亡
- B. 甲杀乙,乙仅受轻伤,但乙因迷信鬼神,而以香灰涂抹伤口,致毒菌侵入体内死亡
- C. 甲开枪射击立于悬崖上之乙,乙虽未被枪击中,但因枪声所吓,导致失足坠崖而死
- D. 甲杀乙致乙卧床不起,其间发生地震,乙因受伤不能逃避而死亡

【答案】C

2. 关于刑法上的因果关系的判断,下列哪项是正确的?()

- A. 甲打算勒死B,并以为B已经死亡,便将B搬到海边遗弃在沙滩上,但当时B尚未死亡,只是后来因被遗弃在沙滩吸入沙尘而窒息死亡。甲的行为和B的死亡之间有因果关系
- B. 乙暴力攻击被害人。遭受激烈暴行的被害人在逃跑过程中,闯入高速公路而被车撞死。乙的攻击行为和被害人的死亡之间没有因果关系
- C. 丙对被害人实施致命的暴力。被害人受重伤后被送往医院。在医院,由于医疗费用问题,被害人不听从医师的指示,大吵大闹叫嚷要出院,引起伤情恶化而死亡。丙的暴力和被害人的死亡之间没有因果关系
- D. 丁误将B认作熊,而开枪致B重伤,B处于垂死状态,丁看到B非常痛苦,于心不忍而开枪将B当场打死。丁的第一枪和B的死亡之间有因果关系

【答案】A



高频考点 16 正当防卫——一般正当防卫的成立条件

1. 不法侵害

侵害:(1)限于人为的侵害,不限于故意或者过失的行为,非出于故意或者过失的人类行为亦属之;(2)作为和不作为侵害皆属之;(3)侵害具有攻击性、破坏性、紧迫性;(4)所侵害的利益不限于刑法所承认的利益,也包括其他法律承认的利益。

不法:即违法的侵害,对于当事人而言,无须容忍此种侵害。

2. 正在进行

(1) 直接在眼前即将马上发生的,已经开始进行或是还在持续当中的攻击。

(2) 现在侵害与过去的侵害：对于已经确定无法挽救的侵害，都是过去的侵害。

(3) 现在侵害与未来的侵害：现在的侵害指侵害者的侵害行为已经达到防卫者最后的有效防卫时间点。如果超过这一时间点，防卫者便无法达到防卫的目的，或者开始必须承担风险，或者必须付出额外的代价。

3. 对象必须为不法侵害人本人，包括共犯中的正在进行不法侵害的人。

如果防卫对象是不法侵害人之外的第三人，不是正当防卫，理论上称为“防卫第三人”。防卫第三人的处理模式：①损害第三人以保护自己的，成立紧急避险；②出于侵害故意损害第三人的，成立故意犯罪；③出于事实认识错误不小心损害第三人的，成立过失犯罪。

4. 防卫目的

对于成立正当防卫是否需要防卫目的，刑法学界有不同的观点，这一点也体现在司法考试的题目当中。

观点一：需要防卫认识和防卫意志。依据《刑法》第20条“为了……”的规定，成立正当防卫需要防卫的目的，即为了保护为刑法所保护的利益而对不法侵害人使用暴力，才是正当防卫。

观点二：不需要防卫认识和防卫意志。成立犯罪需要主客观一致，不成立犯罪不需要主客观一致，从有利于被告人的角度，可以作出正当防卫不需要防卫目的，只要在客观上有防卫行为和效果即可的解释。这种观点认为偶然防卫也可以成立正当防卫。

观点三：仅需要防卫认识。一种行为，只有在行为无价值和结果无价值都被取消时，才能是合法的。行为人主观上认为自己在实施一种犯罪的行为，不能被认为是合法的，所以成立正当防卫需要主观因素。但是，行为人只要在主观上对正当化状况有认识并在这种认识中行为，即从事合法化事情的意识，就消除了行为无价值。

例如：①妻子与丈夫不睦，准备痛击丈夫。某日，妻子半夜三更听到开门声音，误以为又是买醉回来的丈夫，遂躲在门后予以迎头痛击！实则开门者为手持危险武器的窃贼，窃贼不防门后有人偷袭，惨被打倒在地。②武松看到西门庆正在强奸妇女，出于教训的目的攻击西门庆的。

对于①，根据观点一和观点三，妻子是不成立正当防卫的，但是根据观点二，妻子仍然可以成立正当防卫；对于②，根据观点一，武松不成立正当防卫，但是根据观点二和观点三，武松可以成立正当防卫。

另外，根据中国刑法理论的通说，排斥防卫挑拨、相互斗殴、偶然防卫的正当性。

防卫挑拨是行为人故意惹起他人的不法侵害，然后对不法侵害人进行“防卫”。

偶然防卫是指这样的情况，甲想杀乙，乙想杀丙，结果甲先开了枪而杀死了乙，甲并没有救丙的目的，但却在客观上救了丙的命，这就叫做偶然防卫，因为甲没有正当防卫的主观认识，不具有正当性，所以不成立正当防卫。

5. 正当防卫的限制

没有明显超过必要限度造成重大损害。“明显”指能被清楚、容易地认定。“必要限度”包括质上的限度和量上的限度。“重大损害”往往指出现重伤或者死亡结果。

6. 防卫过当

对不法侵害进行防卫时，如果明显超过必要的防卫限度，同时造成重大损害时，就成立防卫过当。防卫过当不是罪名，只是一个法定的量刑原则。定性上应根据行为人明显超过必要限度造成重大损害时的主观罪过与客观后果而援引相应的刑法分则条文，防卫过当的行为触犯什么罪名就定什么罪，如过失致人死亡罪等。如果防卫人对于行为的过当性有认识，就属于故意的防卫过当，成立故意犯罪；如果防卫人对于行为的过当性没有认识，属于过失的防卫过当，成立过失犯罪。对防卫过当的处罚原则是“应当减轻或者免除处罚。”