

万国学校 考前冲刺

卷四突破100分

北京万国学校 编著

2010

wan guo 万国法源

■ 司法考试培训教材 ■

知识产权出版社



- ◆万国名师精析
- ◆考点一一列明
- ◆不求面面俱到
- ◆但求点点得分

万国学校 考前冲刺

卷四突破100分

北京万国学校 编著

2010

wan guo 万国法源

■ 司法考试培训教材 ■

知识产权出版社

内容提要

本书按照 2010 年新大纲的考试要求, 凭借老师自己多年的授课经验和司法考查规律, 找出 2010 年国家司法考试卷四的重点考点。并对考点精要讲解, 加注“小贴士”来要求考生把握细节, 通过“预测突破”试题来检测考生对考点的理解程度, 增加考生的得分能力。

读者对象: 所有参加司法考试的人员。

责任编辑: 彭小华

责任校对: 韩秀天

文字编辑: 徐施峰

责任出版: 卢运霞

图书在版编目 (CIP) 数据

万国学校考前冲刺: 卷四突破 100 分/北京万国学校编著. —北京: 知识产权出版社, 2010. 6

ISBN 978 - 7 - 5130 - 0051 - 2

I. ①万… II. ①北… III. ①法律工作者 - 资格考核 - 中国 - 自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 108564 号

万国学校考前冲刺

卷四突破 100 分

Juansi Tupo 100 Fen

北京万国学校 编著

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010 - 82000860 转 8101 或 8102

责编电话: 010 - 82000860 转 8115

印 刷: 保定市市中画美凯印刷有限公司

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

版 次: 2010 年 7 月第 1 版

字 数: 332 千字

ISBN 978 - 7 - 5130 - 0051 - 2/D · 1019 (2994)

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010 - 82005070/82000893

责编邮箱: pengxiaohua@cnipr.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 13.5

印 次: 2010 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 25.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

总 序

考生在考前最需要一本让自己最短时间获得最多分数的“精华本”，2007年，万国首推《卷一突破100分》，一时洛阳纸贵，2008年和2009年的《突破100分》系列获得了广大考生的认可。为了更好地让考生在最后阶段能实现考前突破，获得最后的胜利，应考生的呼吁，2010年万国学校再次组织史上最强师资，强力打造了《突破100分》系列丛书。其要旨在于体现司法考试“重者恒重”和“新增必考”两大规律，预测2010年司考必然考查点和考查方式。不求面面俱到，但求点点得分！

该系列图书以2010年最新考试大纲的必考点为骨架，以万国名师归纳和精读为血肉，以考点预测为灵魂，分析精准，预测到位！

本书的主要特色如下：

一、网罗全部必考点，防止知识点遗漏

本丛书按照2010年新大纲的考试要求，凭借老师自己多年的授课经验和司法考查规律，找出2010年司考重要考点。考点少、精和准！对考点的精要讲解，让你省去大量时间，直击得分点！

二、考点层次分明，重点一目了然

为了方便考生，节约时间，本书对考点进行分级，★★★为最高级别，是必须进行背诵的考点，★★为次重点，需要辨析和记忆，★或者没有标记，则只要了解即可。同时，如果是2010年新增考点，也加以注明，因为概括“新增必考”的铁律，其地位不容忽视，要求考生能熟记。同时，本书要求考生不仅要知道该考点具体的内容，还要有考查方式的预测，将考生的知识储备转化为直接的“得分能力”。

三、考点精析，明辨概念，加注“小贴士”，把握细节

万国明师的考点精析，对一些近似的概念，通过比较性的表格进行辨析，也特别提供“小贴士”来简练说明，帮助考生把握每一个考点。同时，书中会有小案例举例，解析重点问题，明确疑难问题，拓展知识点等。

四、内容准确精练，预测突破加分

本丛书定位成一个“助力器”，希望考生在很短时间看完，但是，需要反复看而达到记忆的目的！在记忆之余，如果要检测自己的能力，可以做各单元所附的预测题。这样能够做到“测学相长”，有所获益！

祝所有考生在2010年的司法考试中能够实现突破，达到400分！

本书编写组

2010年6月20日

目 录

第一章	刑法	(1)
第二章	刑事诉讼法	(22)
第三章	民法	(40)
第四章	民事诉讼法与仲裁制度	(79)
第五章	行政法和行政诉讼法	(111)
第六章	商法	(135)
第七章	司法文书	(154)
第八章	论述题其实只是一个填空题	(163)

第一章 刑法

必考点图

2004 年每卷总分上升为 150 分后, 刑法案例部分出现了综合分析题, 这种综合分析题不再和以往的分析题一样具体列出若干问题, 而是要求结合刑法总则和分则的相关知识对行为人的刑事责任作总体的分析, 2005 年、2006 年刑法案例仍然是综合分析题的形式。2007 年和 2008 年刑法案例又回到了传统的一问一答案例形式上, 难度略有下降。然而 2009 年风向再转, 再次以综合分析的方式考查。不过, 无论是一问一答还是综合分析, 只要我们掌握了答题方法, 都能够轻松应对。

表 1-1 2002 ~ 2009 年刑法考点图

	2002 年	2003 年	2004 年	2005 年	2006 年	2007 年	2008 年	2009 年
排除犯罪事由	紧急避险							
故意犯罪的未完成形态		犯罪中止	(1) 犯罪既遂 (2) 犯罪中止 (3) 犯罪未遂				(1) 犯罪既遂 (2) 犯罪未遂	
共同犯罪	共同犯罪	共同犯罪	共同犯罪	共同犯罪		共同犯罪	共同犯罪	共同犯罪
罪数形态	(1) 想象竞合犯 (2) 牵连犯			(1) 牵连犯 (2) 法条竞合	结果加重犯		想象竞合犯	
刑罚裁量制度					特别自首	(1) 自首 (2) 重大立功		自首
侵犯公民人身权利罪		(1) 非法拘禁罪 (2) 拐卖妇女罪 (3) 收买被拐卖的妇女罪	强制猥亵妇女罪		(1) 拐骗儿童罪 (2) 刑讯逼供罪	(1) 故意杀人罪 (2) 非法拘禁罪 (3) 绑架罪		
侵犯财产罪	诈骗罪 抢劫罪 盗窃罪 故意毁坏物品罪	盗窃罪	(1) 抢劫罪 (2) 盗窃罪		(1) 盗窃罪 (2) 抢劫罪 (3) 诈骗罪 (4) 抢夺罪	(1) 抢劫罪 (2) 敲诈勒索罪		抢劫罪、 盗窃罪、 信用卡 诈骗罪、 传授犯罪 方法罪、
其他犯罪	(1) 信用卡诈骗罪 (2) 伪造、变造居民身份证罪		销售赃物罪	(1) 受贿罪 (2) 行贿罪 (3) 伪造企业印章罪 (4) 金融诈骗罪			(1) 贪污罪 (2) 私分国有资产罪 (3) 行贿罪	掩饰、隐瞒 犯罪所得 收益罪

从以上表格中,我们可以清楚地看到,司法考试中的刑法部分的考点基本上也都是固定的,只是换了一个面孔出现而已。总则部分主要集中于犯罪未遂、犯罪中止、想象竞合犯、牵连犯、结果加重犯、共同犯罪等,并且考点基本固定。分则部分主要集中在侵犯公民人身权利、民主权利罪及侵犯财产罪两章,其他章节的犯罪则隔几年出现一次,如金融诈骗罪等。分则中的诈骗罪、抢劫罪、盗窃罪、敲诈勒索罪、绑架罪、故意杀人罪出现的频率非常高,下文的考点精析部分会详述。

解题指引

1. 考过的题还会再考

2003 年关于非法拘禁罪的案例,就跟以前的考题没有任何区别,2005 年也出现了同样的情况。这就提醒考生,对于真题的把握是十分重要的。选择题中出现过的小案例也可能摇身一变,成为大的案例分析题。如 2009 年的案例在 2007 年的真题里就能找出类似的案情。

2. 总则分则综合考查

案例分析考查的知识点,既有刑法总则的问题,又有刑法分则的问题;行为人又往往触犯数个罪名,稍不仔细分析,就容易遗漏。尤其是近年来,总则部分的考查内容增加,如累犯、自首、未成年人、犯罪的未完成形态等,对于一个行为人的定罪量刑就显得更加复杂。因此,考生应当细心阅读,不要放过任何一个细小的情节,从而使自己的答案完整、准确。

3. 突出实践中的新问题

2009 年《刑法修正案(七)》的颁布,应对了实践中的一些新的需求。与此同时,最高人民法院和最高人民检察院也颁布了大量新的司法解释。它们一般解决的是司法实践中复杂疑难的问题,是对刑法条文精神的理解,它们解决了实务界的很多争议,因此往往是司法考试考查的重点。所以考生应当在考前广泛地收集资料,尤其应当掌握最近一两年颁布的司法解释,越是细致的解释,越有考查的可能。如今年大纲新增的 4 个司法解释考点:(1)《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售假药、劣药刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2009 年 1 月 5 日由最高人民法院审判委员会第 1461 次会议、2009 年 2 月 24 日由最高人民检察院第十一届检察委员会第 10 次会议通过,自 2009 年 5 月 27 日起施行)。(2)《最高人民法院关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2009 年 9 月 21 日由最高人民法院审判委员会第 1474 次会议通过,自 2009 年 11 月 11 日起施行)。(3)《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2009 年 10 月 12 日由最高人民法院审判委员会第 1475 次会议、2009 年 11 月 12 日由最高人民检察院第十一届检察委员会第 22 次会议通过,自 2009 年 12 月 16 日起施行)。(4)《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》(2010 年 1 月 18 日最高人民法院审判委员会第 1483 次会议、2010 年 1 月 14 日最高人民检察院第十一届检察委员会第 28 次会议通过,2010 年 2 月 2 日公布,自 2010 年 2 月 4 日起施行)。

4. 刑法理论考查的增加

从这两年的司法考试试卷分析来看,刑法试题对于基本理论的考查在不断增加,涉及

理论的题型、分值不断提高,如因果关系牵连犯、想象竞合犯、违法性认识的可能性、被害人承诺等。例如,2005年的案例分析题中,丁的行为就涉及伪造企业印章罪和伪造金融凭证罪之间的牵连关系,伪造金融凭证罪与金融凭证诈骗罪之间的牵连关系,以及金融凭证诈骗罪与贷款诈骗罪之间的法条竞合关系。2006年单选第2题对因果关系进行了考查,考生如果未能熟练掌握刑法意义上的因果关系含义、因果关系在构成要件上的地位,以及目前刑法理论界关于因果关系的通说,是很难做对这道题的。2008年考查的题目中周某出具虚假证明的行为同时触犯提供虚假证明文件罪,是想象竞合犯。2009年考查了教唆犯理论。这都需要考生对刑法理论的准确掌握。

考点精析

(一) 犯罪中止

弗兰克公式:能达目的而不欲,为犯罪中止;欲达目的而不能,为犯罪未遂。“能”与“不能”,应以行为人的认识标准进行判断,而不是根据客观事实进行判断。(1) 基于惊愕、恐惧而放弃,即内心的情感构成对内心愿望的一种强制。由于行为人依然在客观上有继续进行的可能,主观上也能够认识到这一点,在有选择的情况下放弃了犯罪,因此可以成立中止。(2) 基于嫌恶之情放弃。这种放弃不是基于外部的强制,仍然可以成立中止。因为担心当场被发觉而不可能继续实施犯罪的,不具有自动性;担心当场被发现会使自己名誉受到损害而放弃的,具有自动性;担心当场被捕而放弃的,不具有自动性;担心日后被告发、逮捕与受处罚而放弃的,具有自动性。(3) 基于目的物障碍而放弃,即目的物没有出现。在财产犯罪中,意欲盗窃一般物,嫌少而放弃的,成立中止;意欲盗取特定物,但该特定物不存在的,即使没有盗窃其他物,也成立未遂。在针对人身权利或者其他权利进行的犯罪中,因行为客体没有出现而放弃的,属于未遂。如甲受雇杀乙,举枪后发现对方非乙而放下枪,成立未遂。发现是熟人而放弃的,由于犯罪以熟人为对象并非不可能,熟人本身不足以阻止犯罪的继续,所以可以成立中止。

中止的有效性:(1) 中止行为独立防止侵害结果发生。(2) 与他人协力行为,共同防止了结果发生。(3) 行为人放弃犯罪或者自动采取有效措施防止结果发生,即使结果是偶然没有发生或者完全由他人防止了犯罪结果发生的,也成立犯罪中止。(4) 介入因素情况下的中止。采取的措施本身足以防止危害结果发生,但由于介入因素的出现,危害结果仍然出现的,介入因素割断了原行为和危害结果之间的因果关系,仍然成立中止。如果行为人防止结果发生的行为本身又构成犯罪,则对新罪独立处罚。

(二) 共同犯罪

共同犯罪的主观要件:共同的犯罪故意以及相互之间的犯罪意思联络。犯意联络的时间:对于即成犯和状态犯,犯意联络须出现在既遂前;对于继续犯,则只要行为没有終了,都可以成立共犯。共犯人对要付诸实施的犯罪的内容是具体认识的。

不属于共同犯罪的典型情形:(1) 共同过失犯罪行为不成立共同犯罪。(2) 一方为故意、一方为过失的犯罪行为不成立共犯。(3) 同时犯不成立共犯。(4) 二人以上先后故意实施相关犯罪行为,但彼此没有主观联系的,不成立共犯。(5) 二人以上共同实施没有重合内容的不同犯罪的,不成立共犯。(6) 超出共同故意之外的犯罪,不是共同犯罪。(7) 事前不通谋的事后窝藏、窝赃、销赃的犯罪行为,不成立共犯。但如果事先有通谋和事中有通谋,则成立共同犯罪。

共同犯罪停止形态：基于“部分行为承担全部责任”的共同犯罪处理原则，“一人既遂，全体既遂”。由于犯罪未遂与犯罪中止客观上存在共同点——没有发生特定的犯罪结果，因此在同一共同犯罪中可能有的行为人是未遂犯，有的是中止犯。

共同犯罪与身份：(1) 身份犯仅就实行犯而言，对于教唆犯和帮助犯则不需要特殊身份。(2) 有身份者和无身份者共同犯罪时，应当按照实行犯的犯罪性质决定共犯的性质。(3) 对不真正身份犯（个人要素导致刑罚轻重）的处理，并不同样适用于不具有身份的人。

共同犯罪的认识错误：原则上适用一般的法律认识错误和事实认识错误的处理原则，采取法定符合说解决问题。如甲与乙共同杀丙，却误杀死了丁，甲、乙两人都成立故意杀人罪的既遂。又如甲教唆乙杀丙，乙却误杀了丁，甲、乙都构成故意杀人罪的既遂。但是在出现过失的情况下不成立共犯，如甲教唆乙杀丙，乙不小心打坏了丙旁边的珍贵文物。甲、乙二人构成故意杀人罪的未遂，但乙单独为过失损坏珍贵文物罪承担刑事责任，由于乙的故意杀人罪未遂和过失损坏珍贵文物罪存在想象竞合的关系，对乙最后也按照故意杀人罪未遂处理。

（三）自首

一般自首成立的条件有二：一是自动投案，即犯罪分子在犯罪后，在尚未受到讯问、未被采取强制措施之前，出于本人意愿而向有关司法机关承认自己实施了犯罪，并且自愿置于有关机关的控制之下，等待进一步交代犯罪事实的行为；二是如实供述自己的罪行，指犯罪分子自动投案后，如实交代自己的主要犯罪事实。

注意事项：(1) 自动投案并非一定是向司法机关投案，向基层组织、所在单位负责人投案也可视为自动投案。(2) 罪行尚未被司法机关发觉，仅因形迹可疑被有关组织查询、教育后，主动提供犯罪事实的，也视为自首。(3) 犯罪分子犯罪后逃跑，在被通缉、追捕的过程中，经查实犯罪分子确实已经准备去投案，或者正在投案的途中，被司法机关逮捕的，也视为自动投案。(4) 犯罪分子因在外地或者生病等，请他人代为投案，或者用信函、电话、电报报案的，只要其后该犯罪分子能够如实供述罪行，也可以视为自首。(5) 自动投案原则上是基于犯罪分子的本人意志，至于动机如何，并不影响自首的成立，只要符合如实供述罪行的条件，仍可视作自首；即使投案不是自己的真实意愿，如被家长、监护人或者其他家属主动报案或扭送归案的，只要符合如实供述罪行的条件，也可视为自首。(6) 犯罪嫌疑人自动投案并如实供述自己的罪行后又翻供的，不能认定为自首，但在一审判决前又能如实供述的则仍可视作自首。(7) 对于共同犯罪的自首，犯罪分子自动投案之后，不仅要交代自己的犯罪行为而且还要交代同案犯的犯罪行为。

特别自首的条件：一是主体的特殊性，即必须是依法被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯这三种人，因其人身已经处于司法机关的控制下，故不存在“自动投案”的说法。二是供述的罪行的特殊性，向司法机关“如实供述”的罪行必须是司法机关尚未掌握的本人其他罪行，并且其所供述的罪行在犯罪性质或者罪名上与司法机关已经掌握的罪行不同时才能以自首处理。如果其供述的罪行与已被掌握的罪行属同种的，虽然可酌情从轻处罚，但不属于自首。

（四）立功

立功包括一般立功和重大立功。根据《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用

法律若干问题的解释》第5条的规定，立功行为主要表现为：（1）揭发他人犯罪行为并经查证属实的；（2）提供重要线索从而得以侦破其他刑事案件的；（3）协助抓捕其他犯罪的，包括未归案的同案犯；（4）阻止、检举他人正在实施的犯罪行为从而使得国家免受重大损害的。根据该司法解释第7条的规定，因行为人立功表现而得以侦破查出的犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑以上刑罚或者该案件在本省、自治区、直辖市或者全国范围内有重大影响的，行为人构成重大立功。

（五）过失致人死亡

由于过失而致人死亡的行为。过失行为与死亡结果之间存在刑法上的因果关系，这是承担刑事责任的客观基础。过失行为只有造成他人死亡的结果发生时，才构成犯罪。过失，包括疏忽大意的过失和过于自信的过失。过失致人死亡罪的本质特征在于：行为人既没有伤害的故意，也没有杀人的故意，只是由于疏忽大意或者过于自信，才造成被害人死亡结果的发生。

在理解本罪时需要注意的是刑法对于过失引起他人死亡的其他犯罪的规定。在过失引起他人死亡的其他犯罪中，过失致人死亡只是其中的一个要件，该类犯罪同时还具有法律规定的其他要件。对于这类案件，又可以分为两种：一是刑法规定“致人死亡”是构成犯罪的必要要件的过失犯罪。例如，《刑法》第300条第2款规定的组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信致人死亡罪中，要求必须具备致人死亡的后果，否则就不构成该罪。二是刑法规定“致人死亡”是构成犯罪的选择要件的过失犯罪。在这些犯罪中，致人死亡的结果只是其选择性的后果要件，造成他人重伤或者其他严重后果也是其选择性的后果要件。属于此种情况的，总共有10个罪名：失火罪、过失决水罪、过失爆炸罪、过失投放危险物质罪、过失以危险方法危害公共安全罪、交通肇事罪、重大责任事故罪、重大劳动安全事故罪、教育设施重大安全事故罪、武器装备事故罪。

（六）意外事件

《刑法》第16条规定，行为虽然在客观上造成了损害结果，但不是处于行为人的故意或者过失，而是由于不能预见的原因引起的，不认为是犯罪。所谓不能预见的原因，是指行为人对其行为发生损害结果不但没有预见，而且根据其实际能力和当时的具体条件，行为时也根本不可能预见。我国刑法主张主客观相统一的定罪原则，对于缺乏主观罪过的意外事件，刑法明确规定不认为是犯罪。意外事件与疏忽大意的过失往往不容易区分，二者区别的关键在于行为人对损害结果的发生是否能够预见，如能预见则属于疏忽大意的过失。

（七）间接故意

是指明知自己的行为可能发生危害社会的结果，并且放任这种结果发生的心理态度。如果行为人无意中伤害被害人后不对其积极施救，结果导致被害人死亡，则构成不作为间接故意杀人罪。理由在于：从主观方面看，行为人明知自己的行为已经造成损害，存在了一个先前行为的义务。如果行为人已经预见到不及时采取措施可能造成被害人死亡的结果，可是，由于怕承担责任，又见周围无人发现，便装作不知，对被害人是死是伤采取放任不管的态度，企图蒙混下去，那么这就构成间接故意。

注意：疏忽大意的过失与间接故意的区别在于：一是从认识因素来看，疏忽大意的过失是没有预见到行为可能发生危害结果，而间接故意是已经预见到其行为可能发生导致危

害结果的发生。二是从意志因素来看,疏忽大意的过失是不希望危害结果的发生,对危害结果是排斥的;而间接故意是放任危害结果的发生。

其中,要特别注意的是,刑法学主流观点认为医护过失不中断因果关系,因此,在医院中医护人员的过失虽然对被害人的死亡是负有责任的,但是,行为人的行为与被害人的死亡之间仍然有因果关系。

(八) 不作为

不作为是与作为相对应的危害行为的另一种表现形式。不作为,就是指行为人负有实施某种行为的特定法律义务,能够履行而不履行的危害行为。其构成要件有:(1)行为人负有实施某种作为的特定法律义务。(2)行为人有能力履行特定法律义务。如果行为人不具有履行特定法律义务的可能性,也就不可能成立不作为。(3)行为人没有履行作为的法定义务,造成或可能造成危害结果。这是不作为成立的关键条件。

不作为在形式上通常表现为身体的静止、消极,但这并不是绝对的。在某些不作为犯罪中,行为人往往具有积极的身体活动。例如,偷税罪作为不作为犯罪要求有积极的欺骗行为。作为与不作为的区别,关键在于是否与负有特定法律义务相联系。

不作为的义务来源形式:(1)法律明文规定的义务。(2)职务或业务上要求的义务。如值班医生有抢救危重病人的义务,执勤消防队员有消除火患的义务,扳道工有按时扳道岔的义务等。(3)法律行为引起的义务。例如,受雇为他人照顾小孩的保姆看护义务。(4)先行行为引起的义务。这种义务是指由于行为人的行为而使刑法所保护的社会关系处于危险状态时,行为人负有采取有效措施排除危险或防止危害结果发生的特定义务。若行为人不履行这种义务,就是以不作为的形式实施危害行为。

(九) 认识错误

刑法上的认识错误,是指行为人对自己行为的性质、后果等事实情况的主观认识与客观实际不相符合的情况,分为法律上的认识错误和事实上的认识错误。

(1)法律上的认识错误,又称为违法性认识错误,是指行为人对行为是否为法律所禁止在认识上的错误。主要有三类:①积极错误,又称假想犯罪,即误以为自己的合法行为是违法的,这种情况下由于没有事实上的犯罪行为而当然不对行为人进行处罚;②消极错误,又称假想不犯罪,即误以为自己的违法行为是合法的,这里不能因为行为人不知法而不对其处罚;③行为人对于自己所触犯的罪名和应当承担的刑事责任的轻重的误解,这里也要按照行为人的实际罪名和情节定罪量刑。

(2)事实上的认识错误,又称犯罪构成事实错误,是指行为人对自己行为事实情况的认识发生错误,其包含的内容比较复杂。

①对客体的认识错误,即对自己行为所侵害的客体本身的认识错误,如将侵害生命误认为是侵害身体,这种情况应当按照行为人意图侵害的客体定罪。

②对客观方面的认识错误。一是对行为性质的认识错误,即对自己行为的实际性质发生错误认识,如误认为自己的行为是正当防卫而实际上不是,这种情况下应当视主观方面对行为人定罪。二是对行为工具的认识错误,如投毒时误把白糖当做砒霜,这种情况下应当对行为人定故意犯罪(未遂)。三是对行为对象的认识错误。这种错误存在三种情况:对同类对象的认识错误,即行为人意图侵犯的对象在性质上与所误认的对象是同类的,如意图杀害某甲而误杀某乙,这种情况对刑事责任的承担不发生影响;对非同类对象的认识

错误,即行为人意图侵犯的对象在性质上与所误认的对象不是同类的,如意图杀害某甲而杀了狗,或意图杀狗而杀了某甲,前一种情况构成故意杀人罪(未遂),后一种视主观过错定意外事件或过失杀人;对对象自身性质的认识错误,如杀害某甲而不知其已经死亡,这里应当定故意犯罪(未遂)。

注意区别打击错误。打击错误是指行为人由于失误而致使其实际侵害的对象与其意图侵害的对象不相符合,它不属于刑法上错误的范畴。打击错误不同于对同类对象的认识错误,前者的错误不是认识上的原因造成的,而是行为时的失误造成的。对于打击错误,应当按照故意犯罪(未遂)或者过失犯罪定罪处罚。

③因果关系认识错误。这种错误又可以分为四种:

一是行为人误认为自己的行为已经达到了预期的犯罪结果,事实上并没有发生这种结果,这种情况下行为人构成故意犯罪(未遂)。

二是行为人所追求的犯罪结果实际上是由其他原因造成的,但行为人误以为是自己造成的,这种情况行为人也构成故意犯罪(未遂)。

三是行为人的行为没有按照其预想的方向发展,其预想的目的停止了,发生的是其所追求的目的以外的结果,这种情况往往按实际的结果对行为人定罪量刑。

四是行为人实施了甲、乙两种行为,危害结果是由甲造成的,而行为人却误以为是乙造成的,则其认识错误不影响对其定罪量刑。

(十) 抢劫罪

行为人运用强制的方法,使被害人处于不能抵抗的状态,并利用此种状况来占有财物,据以建立新的持有关系。也就是依照行为人的想象,此种强制方法是用来破坏原来的财物占有关系的手段。

法定刑升格条件:(1)“入户抢劫”,是指为实施抢劫行为而进入他人生活的与外界相对隔离的住所,包括封闭的院落、牧民的帐篷、渔民作为家庭生活场所的渔船、为生活租用的房屋等。对于入户盗窃,因被发现而当场使用暴力或者以暴力相威胁的行为,应当认定为入户抢劫。(2)“在公共交通工具上抢劫”,既包括在从事旅客运输的各种公共汽车,大型、中型出租车,火车,船只,飞机等正在运营中的机动公共交通工具上对旅客、司售、乘务人员实施的抢劫;也包括对运行途中的机动公共交通工具加以拦截后,对公共交通工具上的人员实施的抢劫。其核心是在公共交通工具上。(3)“抢劫银行或者其他金融机构”,是指抢劫银行或者其他金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等。抢劫正在使用中的银行或者其他金融机构的运钞车的,视为“抢劫银行或者其他金融机构”。(4)“持枪抢劫”,是指行为人使用枪支或者向被害人显示持有、佩带的枪支进行抢劫的行为。“枪支”的概念和范围,适用《中华人民共和国枪支管理法》的规定。

转化抢劫(《刑法》第269条)包括以下两个要件:(1)行为人有犯盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪的故意与行为(实行行为);(2)行为人为窝藏赃物、抗拒抓捕、毁灭罪证当场使用暴力或者以暴力胁迫。“当场”的认定需要同时具备场所的密接性和时间的密接性两个条件。尚在他人追击中,属于“当场”;但是中途偶遇,不是“当场”。使用暴力或者以暴力胁迫:与抢劫罪的程度相当。施暴对象包含行为人主观想像上的物的持有者或者保护物的持有的第三人,如误以为同伙是追踪之人而施暴。

以抢劫罪论处,即“携带凶器抢夺的,以抢劫罪定罪处罚”。凶器是指在性质上或者

用法上足以杀伤他人的器物。凶器必须是用于杀伤他人的物品，与犯罪工具不是等同概念，故仅具有毁坏物品的特性而不具有杀伤他人机能的物品，不属于凶器。携带是指在从事日常生活的住宅或者居室以外的场所，将某种物品带在身上或者置于身边，使其置于现实的支配之下的行为。并具有随时使用的可能性，否则，不能认定为携带凶器抢夺。携带凶器也是一种主客观统一的行为，即要求行为人具有准备使用的意识。准备使用的意识应当包括两种情况：一是行为人在抢夺前为了使用而携带该物品；二是行为人出于其他目的携带可能用于杀伤他人的物品，在现场意识到自己所携带的凶器进而实施抢夺行为。反之，如果行为人并不是为了违法犯罪而携带某种物品，实施抢夺时也没有准备使用的意识，则不宜适用《刑法》第 267 条第 2 款的规定。

（十一）洗钱罪【2010 年从普通罪名上升为特殊罪名】

根据《刑法》第 191 条的规定，明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的所得及其产生的收益，为掩饰、隐瞒其来源和性质的行为即构成洗钱罪。

（1）洗钱罪的主体：上游犯罪以外的人。

（2）洗钱罪的对象：毒品犯罪（《刑法》分则第六章第七节规定的各种毒品犯罪）、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪（《刑法》分则第三章第二节规定的各种走私犯罪）、贪污贿赂犯罪（《刑法》分则第八章规定的犯罪）、破坏金融管理秩序犯罪（《刑法》分则第三章第五节规定的犯罪）、金融诈骗犯罪（《刑法》分则第三章第五节规定的犯罪）的所得及其产生的收益。

（3）洗钱罪的行为：①提供资金账户；②协助将财产转换为现金、金融票据、有价证券；③通过转账或者其他结算方式协助资金转移；④协助将资金汇往境外；⑤通过典当、租赁、买卖、投资等方式，协助转移、转换犯罪所得及其收益；⑥通过与商场、饭店、娱乐场所等现金密集型场所的经营收入相混合的方式，协助转移、转换犯罪所得及其收益；⑦通过虚构交易、虚设债权债务、虚假担保、虚报收入等方式，协助将犯罪所得及其收益转换为“合法”财物；⑧通过买卖彩票、奖券等方式，协助转换犯罪所得及其收益；⑨通过赌博方式，协助将犯罪所得及其收益转换为赌博收益；⑩协助将犯罪所得及其收益携带、运输或者邮寄出入境。由此可见，构成洗钱罪的上游罪名必须是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪或者金融诈骗犯罪，如果上游罪名不是在这 7 类罪之中，即使实施了洗钱行为，下游罪名也不能认定洗钱罪，可能构成“掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪”，即明知是犯罪所得及其产生的收益而予以窝藏、转移、收购，代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒的行为。

（4）洗钱罪的主观方面：故意。要求行为人明知是上游犯罪所得及其产生的收益，并具有掩饰、隐瞒其来源与性质的目的。行为人将《刑法》第 191 条规定的某一上游犯罪的犯罪所得及其收益误认为《刑法》第 191 条规定的上游犯罪范围内的其他犯罪所得及其收益的，不影响“明知”的认定。

（5）洗钱罪的罪数：明知是犯罪所得及其产生的收益而予以掩饰、隐瞒，构成《刑法》第 312 条规定的掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪，同时又构成《刑法》第 191 条规定的洗钱罪或者第 349 条规定的窝藏、转移、隐瞒毒赃罪的，依照处罚较重的规定定

罪处罚。

（十二）盗窃罪和侵占罪的区别

两者的主要区别在于行为人在获取财物时是否同时隔断了别人对财物的占有。占有是指事实上的支配（这与财产型犯罪里的“以非法占有为目的”中的“占有”不是同一个概念），不仅包括物理支配范围内的支配，而且包括社会观念上可以推知财物的支配人的状态。

（1）在他人的事实支配领域内的财物，即使他人没有现实地握有或监视，也属于他人占有（如下所述，也会有存在例外情况）。例如，他人住宅内、车内的财物，即使他人完全忘记其存在，也属于他人占有的财物。又如，游人向公园水池内投掷的硬币，属于公园管理者占有的财物。再如，即使房屋主人出差后，由他人看守房屋，但房屋内的财物仍然由房屋主人占有，而非由看守人占有，看守人充其量是占有辅助者。

（2）虽然财物处于他人支配领域之外，但存在可以推知由他人事实上支配的状态时，该财物也属于他人占有的财物。例如，他人门前停放的自行车，即使没有上锁，也应认为由他人占有。又如，挂在他人门上、窗户上的任何财物，都由他人占有。再如，在马路上停放的车辆由车主或停车人占有。

（3）主人饲养的、具有回到原处能力或习性的宠物，不管其处于何处，都应认定为由饲主占有。

（4）即使原占有者丧失了占有，但当该财物转移为建筑物的管理者或者第三者占有时，也应认定为他人占有的财物。

（5）他人持续支配、管理的财物，即使暂时由行为人持有，但根据社会一般观念，也会认定为由他人占有。例如，旅馆房间里的睡衣、拖鞋等，由旅馆主人占有，即使行为人将睡衣穿在身上，该睡衣也由旅馆主人占有，而不是由行为人占有。行为人将睡衣穿走据为己有的，属于盗窃而非侵占。同样，商店里的衣服，顾客在试穿时，也由店主或店员占有，而不是由顾客占有。

（6）在特定场所，财物的所有人在场的，原则上应认定为由所有人占有。例如，乙提着自己的包去甲家做客时，应当认定该包由乙占有，而不是由甲占有；即使乙与甲一起到户外散步聊天、短暂离开甲家，乙在甲家的包也由乙占有。

（7）明显属于他人支配、管理的财物，即使他人短暂遗忘或者短暂离开，但只要该财物处于他人支配力所能涉及的范围，也应认定为他人占有。

（8）在特定场所，财物的所有人、占有人虽不在场，但所有人、占有人与在场的他人约定不得转移、动用该财物时，也应认定为所有人、占有人占有。例如，房主甲将房屋租给乙居住，但约定乙不得转移、使用衣柜里的财物的，应认为衣柜里的财物属于房主甲占有，而非乙占有。

（9）当数人共同管理某种财物，而且存在上下主从关系时，下位者是否也占有该财物？例如，私营商店的店主与店员共同管理商店的财物，店员是否占有商店的财物？应当认为，在这种情况下，刑法上的占有通常属于上位者（店主），而不属于下位者（店员）。即使下位者事实上持有财物，或者事实上支配财物，也只不过是单纯的监视者或者占有辅助者。因此，下位者基于不法所有的目的取走财物的，成立盗窃罪。但是，当上位者与下位者具有高度的信赖关系，下位者被授予某种程度的处分权时，就应承认下位者的占有，

下位者任意处分财物的，就不构成盗窃罪，而构成侵占罪或者职务侵占罪。

（十三）信用卡诈骗罪

信用卡包含借记卡。信用卡诈骗罪中的“使用”、“冒用”必须是依照信用卡的通常功能予以利用的行为。原则上在机器（ATM）上使用的，构成盗窃罪；只有在银行或者特约商户（POS）使用时，才构成信用卡诈骗罪（但最高检司法解释却认为，“冒用他人信用卡”的，在ATM机上使用也定信用卡诈骗罪）。这里所说的“他人的信用卡”仅指他人真实有效的信用卡。使用自己名义下的信用卡，但处分了他人财产的，应定侵占罪。骗得、夺得、拾得他人信用卡并使用的，属于“冒用他人信用卡”。盗窃信用卡并使用的，依照《刑法》第264条关于盗窃罪的规定定罪处罚。这里的信用卡仅限于他人的真实有效的信用卡，盗窃伪造或作废的信用卡并使用的，应认定为信用卡诈骗罪或者盗窃罪；盗窃了他人真实有效的信用卡但并不使用的行为，目前还难以成立盗窃罪。抢劫信用卡的，如果行为本身达到了抢劫罪的危害程度，则构成抢劫罪；当场使用信用卡的，只评价为抢劫罪一罪；抢劫事后使用的，以抢劫罪和信用卡诈骗罪并罚。使用以虚假身份证明骗领的信用卡的，与“恶意透支”构成的信用卡诈骗罪一样，由于银行有了概括的财产处分的意思，因此无论在机器上还是在银行使用，都只定信用卡诈骗罪。

（十四）信用卡诈骗罪的特别说明

恶意透支构成信用卡诈骗罪的，主体必须是持卡人，同时要求持卡人主观上必须具有非法占有的目的。其客观方面是超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行2次催收后超过3个月仍不归还。恶意透支数额较大，在公安机关立案前已偿还全部透支款项和利息，情节显著轻微的，可以依法不追究刑事责任。

（1）以“恶意透支”之外的方式构成信用卡诈骗罪的标准为诈骗5000元。

（2）“使用”、“冒用”必须是依照信用卡的通常功能予以利用的行为。信用卡的通常功能包括取现、转账、消费和透支。行为人使用伪造的信用卡作质押骗取钱财的，构成诈骗罪。

（3）骗得、夺得、侵占、拾得他人信用卡而使用的，属于“冒用他人信用卡”。窃取、收买、骗取或者以其他非法方式获取他人信用卡信息资料，并通过互联网、通讯终端等使用的，也属于“冒用他人信用卡”。抢夺、诈骗、捡拾、侵占他人信用卡的，由于行为对象“卡”本身的价值低廉，不构成犯罪；只有在使用他人信用卡的时候，才侵犯较大的财产权，构成信用卡诈骗罪。

（4）持卡人之外的其他人违反国家规定，使用销售点终端机具（POS机）等方法，以虚构交易、虚开价格、现金退货等方式向信用卡持卡人直接支付现金，属于非法从事资金结算业务，情节严重的，成立非法经营罪。

预测突破

案例一

2010年7月1日凌晨，郑某因醉酒将其白色凌志车停放在西安市文艺宫对面的机动车道上，钥匙未拔，车窗未关。当日6时许，韦某路过发现这一情况，1小时后，韦某再次途经此路时，发现该车仍是如此。于是，韦某将车开走，并将车辆进行维修，更换车牌，将车主包内现金2000余元供自己消费，将其中的一张信用卡在银行柜台处取出5000元挥霍并透支了1万余元。随后，伙同其兄将车内笔记本电脑等贵重物品卖掉，并将该车

藏于其兄家中。郑某清醒之后发现汽车丢失，立即报警，经调查确定犯罪嫌疑人为韦某。韦某为逃避抓捕，看到路边李某正靠着摩托车抽烟，于是一把将李某推倒在地，跨上摩托车逃跑，后被抓获。

【问题】

请用刑法学理论分析该题中涉及的犯罪现象，并予以分析阐述。

【参考答案】

韦某：

1. 行为人以非法占有为目的，秘密窃取他人财物的，构成盗窃罪。本案中，韦某将车开走、维修车辆、更换牌照的行为足以证明其有非法占有的目的；韦某看见车内无人，将车开走，属于以秘密方式窃取他人财物，因此成立盗窃罪。

2. 韦某取出信用卡的钱并使用的行为，构成盗窃罪；其后又恶意透支的行为构成信用卡诈骗罪。

3. 韦某出卖笔记本电脑的行为不构成销赃罪，属于盗窃罪的后续行为，属于事后不可罚。

4. 韦某推开李某、跨上摩托车逃走的行为，构成抢夺罪。

5. 对韦某应当以盗窃罪、信用卡诈骗罪、抢夺罪数罪并罚。

韦兄：

1. 韦兄卖掉笔记本电脑、并将汽车藏于家中的行为，构成掩饰、隐瞒犯罪所得。没有窝藏犯罪的人，不构成窝藏罪。

2. 由于和韦某事先无通谋，故不构成盗窃罪、信用卡诈骗罪、抢夺罪的共同犯罪。

案例二

张三到姐姐家玩，提出要带外甥即被害人赵某（男，9周岁）去附近水库游泳。赵某的母親即张三的姐姐告诉张三，赵某不会游泳，叮嘱张三要照顾好赵某。张三带赵某到达水库，租了2个救生圈，2人一起下水游泳约1小时，而后一起上岸休息。休息片刻后，赵某提出再次下水，张三开始不允许，经赵某再三要求后表示同意。赵某带1个救生圈下水，张三则在岸上抽烟并与人闲谈，没有照看赵某。赵某下水游泳不久，因救生圈脱落而沉入水中，岸上的人发现后，喊叫起来，张三一看，急忙下水施救，但已寻找不到人，后赵某从水中浮出，被送往医院抢救无效死亡。经诊断赵某系溺水死亡。后张三被抓获。张三归案后，又主动交代，1998年6月的某一天，当他翻晒自家草垛时，曾一铁叉戳在躲在麦草堆里睡觉的一流浪汉的胸部上，当他发现流浪汉呻吟呼救后，立即放下手中铁叉后退几步。他为了逃避责任，从流浪汉身上拔下铁叉便走，后流浪汉被过路人发现并送往医院，由于医护人员的过失，未予及时抢救，致使流浪汉因失血过多身亡。在逃逸过程中，张三发现自家院墙边上有人影闪动，疑是邻居丁发现了自己的行为，于是举起铁叉就朝那边刺去，后来张三才发现原来自己刺中的是一条狗。

【问题】

1. 对赵某的死亡，张三是否应当承担刑事责任？为什么？

2. 对赵某死亡的结果，张三在主观方面具有何种罪过形式？

3. 如果当天张三除了带赵某外，还带了自己的孩子张小某，赵某和张小某同时溺水，

张三发现后下水救人，但水库太大，张三救上离岸较近的张小某后，而由于赵某离岸较远，当张三再行施救时赵某已经沉入水底。请问张三对赵某的死亡结果是否应当承担刑事责任？为什么？

4. 张三一叉刺中流浪汉的胸部的行为是否构成犯罪？张三的行为与流浪汉的死亡是否有因果关系？

5. 对流浪汉死亡的结果，张三主观上持何种心理态度？是否应当承担刑事责任？如是，构成何罪？如否，说明理由。

6. 对于刺中狗的行为，张三是否应当承担刑事责任？为什么？

7. 如果张三在逃逸过程中看到人影闪动，疑是曾与自己结仇的吴某，想到一不做二不休，干脆把吴某也杀了，就举起叉朝那边刺去，但是事后才发现，当天被刺死的并不是吴某，而是邻村与张三无冤无仇的何某，那么张三是否应当承担刑事责任？为什么？

8. 如果张三曾经在郊外看见类似狗的东西，想杀来吃，没有作仔细的辨认，就一刀刺下去，那时才发现刺中的是人，并且由于刺中要害，导致受害者当场死亡，那么张三对于自己的行为是否应当承担刑事责任？为什么？

【参考答案】

1. 对赵某的死亡，张三应当承担刑事责任，应当对其以过失致人死亡罪论处。

2. 对赵某死亡的结果，张三主观上持疏忽大意过失的心理态度。

3. 不承担刑事责任。因为对于张三而言，由于其带孩子们去水库的先行行为，他具有保证他们生命安全的义务，此时救赵某与救张小某构成了义务冲突，张三合理地选择了救离岸近的张小某，对于赵某死亡的结果就不需要再承担刑事责任。

4. 张三无意刺中流浪汉胸部的行为，不构成犯罪，属于意外事件。张三的行为与流浪汉的死亡有因果关系。

5. 对流浪汉的死亡，张三主观上表现为间接故意，对该结果张三应当承担刑事责任，其行为已构成故意杀人罪。

6. 张三应当承担刑事责任，构成故意杀人罪（未遂）。张三刺中狗的时候具有杀人的故意，虽然没有产生预期的结果，但是这属于事实认识错误中的非同类对象的认识错误，是对象不能的未遂。

7. 张三应当承担刑事责任。该行为中张三具有杀人的故意，虽然属于认识对象的错误，但是由于是同类对象的错误，事实上仍导致了他人死亡的结果，因此张三构成故意杀人罪（既遂）。

8. 张三应当承担刑事责任。由于在该行为中张三并没有杀人的主观故意，属于非同类对象的认识错误，因此不构成故意杀人罪。但是由于其行为事实上导致了他人的死亡，且在作出行为的当时没有经过仔细的辨认，属于疏忽大意的过失，不同于意外事件，构成过失致人死亡罪。

案例三

何某（1994年1月22日出生）因2008年8月7日以暴力、威胁方式抢劫去少年宫上课的学生丁500元学费，于2008年10月19日被判处3年有期徒刑、缓期5年执行。2010年1月21日，何某在网吧上网，肚子饿了想买些东西吃，却发现自己“囊中羞涩”，此时看见李