



国家司法考试
真题多维开发系列 No.

1

2012 ④

国家司法考试

真题分类解读

五卷本 ②

众合教育 / 编

袁登明 徐光华

刘校逢 / 编著

[刑 法]

众合教育李建伟名师团队**五大旗舰品牌** 历经6年修订 攻克真题**首选用书**

体系构建合理：以历年考点为元素科学搭建司考特有的部门法体系

科学筛选真题：根据大纲和命题规律按新旧不同分级筛选历年真题

解析全面精准：旧题新做，新法新解，以题带点，以点带面，举一反三

第 6 版

GUOJIASIFAKAOSHI
ZHENTI / FENLEI / JIEDU
WUJUANBEN



2012 年 版

五星级优秀畅销书

出版社

提示：因相关法律即将修改，2012年版“五卷本”共4册，诉讼法卷暂不出版，新法修订后请考生及时购买本书增补本！



国家司法考试
真题多维开发系列 No.

1

2012 ⑤

国家司法考试

真题分类解读

五卷本 ②

众合教育 / 编 撰稿人:

民法——李建伟 李 军 曹新川

刑法——袁登明 徐光华 刘校逢

理论法学·行政法——陈景辉 王 锴 李红勃 赵 鹏 邱振启

商经法·国际法学——王小龙 李曰龙 曹新川

[刑 法]

第 6 版

GUOJIASIFAKAOSHI
ZHENTI / FENLEI / JIEDU
WUJUANBEN



人民法院出版社

刑法

客观题解析

一、刑法概论	(2)
(一) 刑事立法与解释	(2)
(二) 刑法的基本原则	(6)
(三) 刑法的适用范围	(7)
二、犯罪构成	(9)
(一) 概述	(9)
(二) 客观方面	(11)
(三) 犯罪主体	(21)
(四) 犯罪主观方面	(26)
(五) 认识错误	(30)
(六) 违法性认识错误	(36)
(七) 期待可能性	(36)
三、正当行为	(37)
四、犯罪的停止形态	(42)
五、共同犯罪	(45)
六、罪数	(58)
七、刑种制度	(62)
(一) 主刑	(62)
(二) 附加刑	(65)
八、刑罚裁量制度	(66)
(一) 量刑制度	(66)
(二) 累犯制度	(68)
(三) 自首制度	(69)
(四) 数罪并罚	(71)
(五) 缓刑制度	(72)
九、假释制度	(75)
十、时效制度	(77)
十一、危害国家安全罪	(78)
十二、危害公共安全罪	(78)
十三、破坏社会主义市场经济秩序罪	(82)
(一) 生产、销售伪劣商品罪	(82)

(二) 走私罪	(84)
(三) 破坏金融管理秩序罪	(85)
(四) 金融诈骗罪	(90)
(五) 危害税收征管罪	(92)
(六) 扰乱市场秩序罪	(94)
十四、侵犯公民人身权利、民主权利罪	(96)
(一) 侵犯生命、健康的犯罪	(96)
(二) 侵犯人身自由的犯罪	(99)
(三) 侵犯名誉、人格的犯罪	(105)
(四) 其他	(106)
十五、侵犯财产罪	(108)
(一) 抢劫罪、抢夺罪	(108)
(二) 敲诈勒索罪	(117)
(三) 盗窃罪	(118)
(四) 诈骗罪	(126)
(五) 侵占、挪用、毁坏型犯罪	(129)
十六、妨害社会管理秩序罪	(131)
(一) 扰乱公共秩序罪	(131)
(二) 妨害司法罪	(132)
(三) 妨害文物罪	(136)
(四) 走私、贩卖、运输、制造毒品罪	(137)
(五) 制作、贩卖、传播淫秽物品罪	(139)
十七、贪污贿赂罪	(140)
十八、渎职罪	(150)
十九、其他(综合类)	(152)

主观题解析

一、2011 年	(156)
二、2010 年	(159)
三、2009 年	(163)
四、2008 年	(165)
五、2008 年延期区试题	(168)
六、2007 年	(170)

· 刑 法 ·

客观题解析

一、刑法概论

(一) 刑事立法与解释

1. ①对于同一刑法条文中的同一概念，既可以进行文理解释也可以进行论理解释

②一个解释者对于同一刑法条文的同一概念，不可能同时既作扩大解释又作缩小解释

③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

④当然解释追求结论的合理性，但并不必然符合罪刑法定原则

关于上述4句话的判断，下列哪些选项是错误的？(2011-2-51，多)

- A. 第①句正确，第②③④句错误
- B. 第①②句正确，第③④句错误
- C. 第①③句正确，第②④句错误
- D. 第①③④句正确，第②句错误

 **解析** 对一个刑法条文或者一个刑法用语的解释，只能采用一种解释，但采用哪一种解释，取决于解释理由，而解释理由是可以多样的。这样，在文理解释（解释理由）的支配下，可以选择具体的解释技巧，如扩大解释、缩小解释。故第①句话正确。

同一个刑法条文的同一概念不可能同时既作扩大解释又作缩小解释，否则这样一来，刑法条文的含义将无从知晓了。“对一个刑法条文或者一个刑法用语的解释，只能采用一种解释技巧，但采用哪一种解释技巧，取决于解释理由，而解释理由是可以多样的。例如，对《刑法》第175条的毁坏概念，不可能既作平义解释，又作扩大解释；也不可能既作平义解释，又作缩小解释；更不可能既作扩大解释，又作缩小解释”。^①但是，需要说明的，对于刑法中不同条文中的同一概念，可能作不同的解释。例如，故意杀人罪的对象“人”与共同犯罪中“二人”以上共同故意犯罪中的“人”并不完全一样。故第②句话正确。

罪刑法定原则的当然要求是禁止类推解释，扩大解释是被允许的。但各种解释方法本身无所谓对错的问题，最终解释结论能否被采纳还要看其是否符合刑法目的。例如，《刑法》第263条规定“在公共交通工具上抢劫”作为抢劫罪的一个加重处罚情节。但对于公共交通工具就不宜作扩大解释，而应对其进行缩小解释，小型出租车、单位内部接送员工的班车都不属于公共交通工具。故第③句话正确。

当然解释，是指在所面临的案件缺乏可以适用的法条时，通过参照各种事项，从既有的法条获得指针，对案件适用既有法条的一种解释。当然解释有两种

^① 张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第39页。



样态,就某种行为是否被允许而言,采取的是“举重以明轻”的判断;就某种行为是否被禁止而言,采取的是“举轻以明重”的判断。但是,由于刑法实行罪刑法定原则,不得直接采取当然解释认定行为构成犯罪。换言之,在适用“举轻以明重”的解释原理进行当然解释时,也要求案件事实符合刑法规定的犯罪构成,而不能简单地以案件事实严重为由以犯罪论处。亦即,当然解释的结论,也必须能为刑法用语所包含,否则,其结论也可能是违反罪刑法定原则的。第④句话正确。

本题较难。刑法解释每年必考,而且难度很大,因为这个知识点本身有理论深度,不但可以直接考理论本身,还可以结合分则条文考解释方法的运用,本题就是直接考刑法解释的理论本身,一些考生觉得除②比较容易以外,其他说法都似是而非,难以判断,不知如何下手,所以对该知识点应该多下功夫。狭义的刑法学就是刑法解释学,整个刑法的学习都是围绕刑法文本在解释刑法,解释能力是刑法学习的基本功。

本题答案为A、B、C、D。

2. 关于刑法解释的说法,下列哪一选项是正确的?(2009-2-1,单)

- A. 将盗窃罪对象的“公私财物”解释为“他人的财物”,属于缩小解释
- B. 将《刑法》第一百七十一条出售假币罪中的“出售”解释为“购买和销售”,属于当然解释
- C. 对随身携带枪支等国家禁止个人携带的器械以外的其他器械进行抢夺的,解释为以抢劫罪定罪,属于扩张解释
- D. 将信用卡诈骗罪中的“信用卡”解释为“具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡”,属于类推解释

解析 缩小解释,指刑法条文的字面通常含义比刑法的真实含义广,于是限制字面含义,使其符合刑法的真实含义。盗窃罪的对象是他人“占有”的财物,A项中将其解释为“他人的财物”,故属于扩大解释,A项错误。理论上还有一种观点认为A选项不属于缩小解释,而属于目的性限缩。目的性限缩是对法律文义所涵盖的某一类型,由于立法者之疏忽,未将之排除在外,为贯彻规范意旨,将原为法律文义所涵盖的类型积极地剔除其不含意旨的部分,使之不在该法律适用范围之列。故其属漏洞补充之一种。因此它与限缩解释的目的,功能并不一致,后者仅将法律条文的含义缩小至其核心部分,将模糊的,概念边缘的成分消极的未予考虑;而前者将实属规范一般文义之内,但却不符合规范意旨的类型,主动地剔除。它出现的原因在于由于立法者疏忽而将自己意图之外的类型错误的写入了规范。“不是限缩字面含义,而是在刑法规定之外附加条件的,不是缩小解释,可能是目的性限缩”。用通俗的话语来解释,缩小解释是将含义缩小至核心含义,而目的性限缩则是砍掉一部分。

当然解释是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。或者说,刑法条文虽然没有明确指出某些内容,但当然包括这些内容。在我们的日常用语中,“出售”与“购买”是相互独立的两种概念。《刑法》第171条的出售假币罪中的“出售”,是指有偿转让、有偿交付伪造的货币,即只有“销售”的含义,并不含有“购买”之意,因为《刑法》第171条同时规定了购买假币罪,故B项错误。

扩张解释，即扩大解释，指刑法条文字面的通常含义比刑法的真实含义窄，于是扩张字面含义，使其符合刑法的真实含义。依据《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第4条的规定，行为人随身携带国家禁止个人携带的器械以外的其他器械抢夺的也属于抢劫罪（除非有证据证明该器械确实不是为了实施犯罪准备的）。可见，将“国家禁止个人携带的器械以外的其他器械”也解释为《刑法》第267条第2款的“凶器”，属于对“凶器”的扩大解释，故C项说法正确。一般我们认为的凶器主要是“国家禁止个人携带的器械”，除此以外的器械，也可以通过扩张解释为凶器，行为人携带铅球用于抢夺，这一行为的危害性不轻，铅球虽然通常情形下不是凶器，但它用于犯罪的时候确实具有凶器的杀伤力。这是一个不利于被告人的解释，并且是最高人民法院的司法解释，我们不宜认定为是类推解释，而应该认定为扩张解释。

类推解释则是认识到某行为不是刑法处罚的对象，而以该行为与刑法规定的相似行为具有同等的恶害性为由，将其作为处罚对象，故它是在刑法文义的“射程”之外进行解释。D项将信用卡解释为“具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡”，这在解释方法上属于历史解释、法意解释、沿革解释，即在追溯、研究立法资料的基础上，探究立法者在制定立法时所作的价值判断及其所欲实现的目的，寻求立法原意。历史解释是据立法的变迁进行的论理解释，因1997年《刑法》修订之后，《银行法》等才出台，信用卡与一般意义上的银行卡才被区分开，但这却不符合此前的刑法规范目的。因此，全国人大常委会出台立法解释，明确了刑法意义上的信用卡和民商法意义上信用卡内涵外延是不同的。此外，这种解释方法还可以认为是扩大解释，而非类推解释。该解释是全国人大的立法解释，即官方做出的解释，这是一个不利于被告人的解释，我们不能说这是类推解释，而应该承认其为扩大解释。再者，将信用卡的范围扩大至借记卡，解释结论不至于超出国民的预测可能性。当然，如果将信用卡诈骗罪中的“信用卡”解释为包括“校园卡”、公交IC卡在内，这就是一个类推解释了。因此，将信用卡诈骗罪中的“信用卡”解释为“具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡”，不属于类推解释，D项错误。考生在做题的时候要适度注意，在某一解释结论究竟是扩大解释还是类推解释存在疑问时，一般认为，官方做出的解释、刑法学界通说的观点对某一问题的解释，宜将其认定为是扩大解释而非类推解释。

本题答案为C。

3. ①立法解释是由立法机关作出的解释，既然立法机关在制定法律时可以规定“携带凶器抢夺的”以抢劫罪论处，那么，立法解释也可以规定“携带凶器盗窃的，以抢劫罪论处”。②当然，立法解释毕竟是解释，所以，立法解释不得进行类推解释。③司法解释也具有法律效力，当司法解释与立法解释相抵触时，应适用新解释优于旧解释的原则。④不过，司法解释的效力低于立法解释的效力，所以，立法解释可以进行扩大解释，司法解释不得进行扩大解释。关于上述四句话正误的判断，下列哪一选项是正确的？（2008-2-20，单）

- A. 第①句正确，其他错误
- B. 第②句正确，其他错误
- C. 第③句正确，其他错误
- D. 第④句正确，其他错误



解析 第①句话中的“携带凶器抢夺”如何理解？这是《刑法》第267



条第2款的规定,根据这一规定,携带凶器抢夺的,定抢劫罪。主流的观点认为,“携带凶器抢夺”应符合如下三个条件:(1)首先,携带凶器是一种主客观相统一的行为,要求行为人具有准备使用的意识。(2)携带凶器本质在于具有随时使用的可能性。(3)携带凶器必须是“携而未用”,即行为人没有“使用”凶器。行为人将随身携带的凶器有意加以显示、能为被害人察觉到的,实际上已经对被害人形成了一种胁迫的心理,直接适用《刑法》第263条的抢劫罪。实际上,这是一种法律拟制规定,即如果没有《刑法》第267条第2款的规定,“携带凶器抢夺”的,仍然是一种抢夺行为,只能定抢夺罪。立法上基于这种行为的危害性比一般的抢劫罪的危害更大,因为这种情形下如果被害人反抗的,行为人会使用凶器对被害人造成更大的伤害,因此,刑法将这种不是抢劫的行为以抢劫罪定罪处罚。相反,法律的注意规定是指,即使没有该规定,司法实践中也应该这么做,只是立法再作一次重复的规定来提醒司法工作人员。例如,《刑法》第287条规定利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的,依照本法有关规定定罪处罚。利用计算机实施诈骗的行为,当然符合诈骗罪的构成要件,本来就应以诈骗罪论处,《刑法》第287条的规定就属于一种提示性的规定。对于法律拟制型规定,立法者既然有设定犯罪、刑罚的权力,当然可以将不是抢劫的行为以抢劫罪定罪处罚。但是,立法解释则不同了,法律解释包括立法解释在内,均是说明性的,不是创造性的,当然不能将不是抢劫的行为解释为抢劫行为,也就是不能将携带凶器盗窃的行为解释为抢劫罪。所以第①句话错误。这句话错误的实质在于:将立法解释与立法等同起来。

第②句话正确。类推解释突破了法律的规定进行解释,也是一种创造性的活动,与法律解释的“说明性”的本质相冲突。无论是立法解释还是司法解释,均不能进行类推。

第③句话错误。在我国,立法解释是由全国人大常委会作出的,司法解释是由最高人民法院、最高人民检察院作出的,前者的效力高于后者,冲突时,立法解释的效力优先。

第④句话错误。无论是立法解释,还是司法解释,均可以运用扩大解释,因为扩大解释并没有超出刑法规范的应有含义,均是被允许的。

最后,附带指出的是,《刑法》第267条“携带凶器抢夺的,以抢劫罪论”这一规定是法律拟制的规定。对于行为人携带凶器抢夺,并将凶器显示于被害人可以直接看到的位置,实施抢夺行为的,直接适用《刑法》第263条的抢劫罪,因为这种情形下的凶器已经构成了一般抢劫罪中的“胁迫”方法。《刑法》第267条“携带凶器抢夺”应当是指,行为人客观上随身携带了凶器,主观上有准备随时使用凶器的故意,但并未向被害人使用,如未向被害人显示,包括明示或暗示。

本题答案为B。

4. 根据《刑法》第111条的规定,为境外的机构、组织、人员非法提供国家秘密或者情报的,构成犯罪。司法解释将其中的“情报”解释为“关系国家安全和利益、尚未公开或者依照有关规定不应公开的事项”。这一解释属于下列何种解释?(2008延-2-1,单)

- A. 补正解释
- C. 反对解释

- B. 当然解释
- D. 缩小解释

🔑 解析

《刑法》第111条的“情报”二字从字面含义上应该包含所有的信息，但是基于此条文的目的在于保护国家安全（国家领土、主权、社会主义制度和国家政权的安全），所以没有涉及国家安全的信息理应排除在外，故将其中的“情报”解释为“关系国家安全和利益、尚未公开或者依照有关规定不应公开的事项”应属于限制解释、缩小解释。本题所涉及的四种解释具体分析如下：

所谓补正解释，是指刑法文字发生错误时（即立法本身的错误），统观刑法全文对其加以补正，以阐明刑法真实含义的解释方法。例如，认为《刑法》第63条中的“以下”不包括本数，就是补正解释。补正解释必须符合立法目的，符合刑法的整体规定。在刑法解释中，补正解释不意味着将刑法没有明文规定的犯罪解释为犯罪，故A项错误。

所谓当然解释，是指刑法虽未明示某一事项，但依规范目的、事务属性和形式逻辑，可以将该事项当然包含于该规范适用范围内，属“不言自明、理所当然”。例如，经《刑法修正案（七）》修订后的《刑法》第201条第4款规定：五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予两次以上行政处罚的，应予追究刑事责任。据此，认为因逃避缴纳税款被给予三次、四次行政处罚又逃避缴纳税款的构成逃税罪，就是当然解释，故B项错误。

所谓反对解释，即根据刑法条文的正面表述，推导其反面含义的解释方法。例如，《刑法》第50条前段规定，判处死缓在缓期执行期间没有故意犯罪的，“二年期满后，减为无期徒刑”。据此，缓期执行期间没有满2年的不得减为无期徒刑，此即反对解释。反对解释只有在以下两种情况下才能采用：一是法条所确定的条件为法律效果的全部条件；二是法律规定所确定的条件为法律效果的必要条件，故C项错误。

所谓缩小解释是指刑法条文的字面含义比刑法所要求的真实含义要广，于是限制字面含义，使其符合刑法的真实含义。限制解释最为明显地体现了严格解释刑法的要求，故D项正确。

本题答案为D。

（二）刑法的基本原则

1. 关于社会主义法治理念与罪刑法定的表述，下列哪一理解是不准确的？（2011-2-1，单）

- A. 依法治国是社会主义法治的核心内容，罪刑法定是依法治国在刑法领域的集中体现
- B. 权力制约是依法治国的关键环节，罪刑法定充分体现了权力制约
- C. 人民民主是依法治国的政治基础，罪刑法定同样以此为思想基础
- D. 执法为民是社会主义法治的本质要求，网民对根据《刑法》规定作出的判决持异议时，应当根据民意判决

🔑 解析

罪刑法定原则是依法治国在刑法领域的集中体现，故A选项正确。

权力制约在刑法领域的体现就是罪刑法定。以立法权应制约司法权、防止司法罪刑擅断为根据，证明罪刑法定原则的必要性和正确性，其中还包含有权利制衡的政治理念、保障个人免受罪刑擅断之害的政治诉求。故B选项正确。

罪刑法定原则的思想基础之一是民主主义。民主主义要求国家的重大事务应



由国民自己决定，各种法律应由国民自己制定，刑法涉及生杀予夺，更应当由公民自己决定。立法机关制定的刑法代表了国民的意志，当然犯罪与刑罚的认定应当严格依照刑法的规定。故C选项正确。

罪刑法定原则出台的目地就是为了限制国家打击的范围，国家虽然可以打击犯罪，但只能以白纸黑字的刑法为依据，而不能以飘浮不定的法理、习惯、民意作为定罪量刑的依据，D选项明显错误。

本题答案为D。

2. “罪刑法定原则的要求是：(1) 禁止溯及既往（_____的罪刑法定）；(2) 排斥习惯法（_____的罪刑法定）；(3) 禁止类推解释（_____的罪刑法定）；(4) 刑罚法规的适当（_____的罪刑法定）。”下列哪一选项与题干空格内容相匹配？（2010-2-1，单）

- A. 事前——成文——确定——严格
- B. 事前——确定——成文——严格
- C. 事前——严格——成文——确定
- D. 事前——成文——严格——确定

解析 本题考查罪刑法定原则的具体要求，包括：

(1) 溯及既往的禁止，这是事前的罪刑法定。即要求犯罪及其惩罚必须在行为前预先规定，刑法不得对在其公布、施行前的行为进行追溯适用。（更准确的说，是禁止不利于行为人的事后法，但不禁止有利于行为人的事后法，即《刑法》第12条规定的从旧兼从轻）。

(2) 排斥习惯法，即要求犯罪与刑罚必须由立法者通过特定程序以文字的形式记载下来，刑事司法应该以成文法为准，而不能适用习惯法。这显然体现的是成文的罪刑法定。注意：这里的成文法必须由立法机关来制定，行政规章不得规定刑罚。

(3) 合理解释刑法、禁止类推解释，这体现了严格的罪行法定。类推解释，是指对于法律没有明文规定的行为，适用有类似规定的其他条文予以处罚。类推解释实际上是对事先在法律上没有规定要处罚的行为进行处罚，属于司法恣意地对国民的行动自由进行压制，所以不被允许。更准确的说，是禁止不利于行为人的类推解释，不禁止有利于行为人的类推解释。比如，甲在被行政拘留期间，如实供述了自己的司法机关未掌握的本人罪行，是否属于自首？法条规定的特别自首的主体是——被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，他显然不是，但他的行为符合自首的本质，在司法机关尚未掌握自己的罪行时，如实供述。故可以比照自首的规定，认定为自首。

(4) 刑罚法规的适当性；刑罚法规的适当包括刑法明确性、禁止处罚不当罚的行为，禁止不确定刑三方面的内容，这显然体现的是确定的罪刑法定。

本题答案为D。

（三）刑法的适用范围

1. 2009年1月，甲（1993年4月生）因抢劫罪被判处有期徒刑一年。2011年3月20日，甲以特别残忍手段故意杀人后逃跑，6月被抓获。关于本案，下列哪一选项是正确的？（2011-2-9，单）

- A. 根据从旧兼从轻原则，本案不适用《刑法修正案（八）》
- B. 对甲故意杀人的行为，应当从轻或者减轻处罚

C. 甲在审判时已满 18 周岁, 可以适用死刑

D. 甲构成累犯, 应当从重处罚



解析

通过读题, 我们可以得出下列信息: 甲犯前罪(抢劫罪)时, 已满 14 周岁不满 16 周岁, 犯后罪(故意杀人罪)时, 已满 16 不满 18 周岁。后罪发生的时间在前罪刑法执行完毕五年以内。

A 项, 按照修正案八生效之前的刑法, 甲构成累犯, 按照《刑法修正案(八)》的规定, 未满 18 周岁的人犯罪的, 不构成累犯, 新法显然更有利于行为人。故按照从旧兼从轻的原则, 本案应适用《刑法修正案(八)》。A 项错误。

B 项, 《刑法》第 17 条第 3 款规定: 已满 14 周岁不满 18 周岁的人犯罪, 应当从轻或者减轻处罚。甲犯故意杀人罪时, 未满 18 周岁, 故依法应当从轻或者减轻处罚, B 选项正确。

C 项, 根据《刑法》第 49 条的规定, “犯罪的时候” 不满 18 周岁的人, 不适用死刑, 而不是审判时。甲虽然审判时已满 18 周岁, 但犯罪时未满 18 周岁, 故对甲不能适用死刑, C 项错误。

D 项, 根据对 A 项的分析, 甲不构成累犯。D 项错误。

本题答案为 B。

2. 关于刑事管辖权, 下列哪些选项是正确的?(2007-2-51, 多)

A. 甲在国外教唆陈某到中国境内实施绑架行为, 中国司法机关对甲的教唆犯罪有刑事管辖权

B. 隶属于中国某边境城市旅游公司的长途汽车在从中国进入 E 国境内之后, 因争抢座位, F 国的汤姆一怒之下杀死了 G 国的杰瑞。对汤姆的杀人行为不适用中国刑法

C. 中国法院适用普遍管辖原则对劫持航空器的丙行使管辖权时, 定罪量刑的依据是中国缔结或者参加的国际条约

D. 外国人丁在中国领域外对中国公民犯罪的, 即使按照中国刑法的规定, 该罪的最低刑为 3 年以上有期徒刑, 也可能不适用中国刑法



解析

A 项, 《刑法》第 6 条第 3 款规定: 犯罪的行为或结果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。在司法考试中, 对于此款, 往往结合共同犯罪来进行考察。在共同犯罪中, 共同犯罪的行为或者共同犯罪的结果有一部分发生在我国领域内, 就认为是在我国领域内犯罪, 进而, 我国对共同犯罪全案就可以行使属地管辖权。甲在国外教唆陈某到中国境内实施绑架行为, 甲和陈某属于共同犯罪, 虽然甲在国外, 但共犯人陈某的犯罪行为发生在中国境内, 也即共同犯罪行为的一部分发生在中国境内, 所以, 我国对整个共同犯罪有权进行管辖, 进而, 对作为共犯人的甲也有权行使属地管辖权。A 项正确。

B 项, 要判断对汤姆的杀人行为能否适用中国刑法, 必须逐一判断能否对汤姆适用属地管辖权、属人管辖权、保护管辖权、普遍管辖权, 只有四个管辖权均不能适用时, 方能认定对汤姆的行为不适用中国刑法。在 B 项中, 汤姆是 F 国的, 不是中国人, 故不适用属人管辖, 被害人是 G 国的杰瑞, 不是中国人, 故也不适用保护管辖, 汤姆实施的是故意杀人行为, 不是国际罪行, 故也不适用普遍管辖。犯罪地在 E 国境内, 而且, 不是在中国的船舶或者航空器上, 而是在长途汽车上, 故不适用属地管辖。所以, 对汤姆不适用中国刑法。B 选项正确。一定



要注意，只有具有中国国籍的船舶和航空器才是中国领土的自然延伸，汽车和火车都不是。

C项，根据《刑法》第9条的规定，我国法院在适用普遍管辖原则审理案件时，适用的是中国刑法而非国际条约，C项错误。

D项，根据《刑法》第8条的规定，外国人在中国领域外，对中国国家或者公民犯罪，而按照我国刑法规定的法定最低刑为三年以上有期徒刑的，“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。本条规定的是保护管辖权。在司法考试中，对于保护管辖权，有两点必须注意：第一，保护管辖权针对的是“重罪”——按照我国刑法最低刑为三年以上有期徒刑。第二，双重犯罪标准。我国刑法和犯罪地的法律都认为是犯罪。在符合以上条件的前提下，刑法规定的是“可以”适用我国刑法，而不是“应当”，所以，D项说法正确。

本题答案为A、B、D。

二、犯罪构成

（一）概述

1. 关于构成要件要素的分类，下列哪些选项是正确的？（2008-2-51，多）

A. 贩卖淫秽物品牟利罪中的“贩卖”是记述的构成要件要素，“淫秽物品”是规范的构成要件要素

B. 贩卖毒品罪中的“贩卖”是记述的构成要件要素，“毒品”是规范的构成要件要素

C. 强制猥亵妇女罪中的“妇女”是记述的构成要件要素，“猥亵”是规范的构成要件要素

D. 抢劫罪的客观构成要件要素是成文的构成要件要素，“非法占有目的”是不成文的构成要件要素

解析 本题考查构成要件要素的分类，在司法考试中，主要考查以下五种分类，理解并掌握了这五种分类，就可以比较轻松应对考试中关于构成要件要素的题目。

（1）客观的构成要件要素与主观的构成要件要素。说明行为外部的、客观方面的要素即为客观的构成要件要素，如行为、结果、行为对象等；表面行为入内心的、主观方面的要素即为主观的构成要件要素，如故意、过失、目的等。

（2）记述的构成要件要素与规范的构成要件要素。按照刑法理论的通说，在解释构成要件要素和认定是否存在符合构成要件要素的事实时，如果只需要法官的认识活动即可确定，这种构成要件要素便是记述的构成要件要素；如果需要法官的规范的、评价的价值判断才能认定，这种构成要件要素就是规范的构成要件要素。例如，《刑法》第320条所规定的提供伪造、变造的出入境证件罪的构成要件为“为他人提供伪造、变造的护照、签证等出入境证件”。对这里的“提供”、“伪造、变造”、“护照、签证等出入境证件”的理解，以及对客观事实是否符合这些要素，都只需要一般的认识活动与基本的对比判断就可以得出结论，因而属于记述的构成要件要素。反之，例如《刑法》第237条规定的强制猥亵、侮辱妇女罪的构成要件要素中的“猥亵”、“侮辱”，则需要司法者的规范的、评价的行为才能认定，因而属于规范的构成要件要素。淫秽物品犯罪中的“淫秽物品”要素，也是典型的规范的构成要件要素。

(3) 积极的构成要件要素与消极的构成要件要素。通常的构成要件要素，是积极地、正面地表明成立犯罪必须具备的要素，这种要素就是积极的构成要件要素。但例外地也存在否定犯罪性的构成要件要素，这便是消极的构成要件要素。例如，《刑法》第389条第3款规定：因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿。这便是行贿罪的客观要件中的消极的构成要件要素（通俗地说，认定犯罪的构成要件要素，就是积极的构成要件要素；否定犯罪的构成要件要素，就是消极的构成要件要素）。

(4) 共同的构成要件要素与非共同的构成要件要素。共同的构成要件要素，是指任何犯罪的成立所必须具备的要素。例如，行为是构成要件的要素，也是任何犯罪的成立都必须具备的要素。非共同的构成要件要素，是指部分犯罪的成立所必须具备的要素。例如，特定的行为对象、特殊身份只是部分犯罪的成立必须具备的要素。

(5) 成文的构成要件要素与不成文的构成要件要素。成文的构成要件要素，是指刑法明文规定的构成要件要素。绝大多数构成要件要素都是成文的构成要件要素。不成文的构成要件要素，是指刑法条文表面上没有明文规定，根据刑法条文之间的相互关系、刑法条文对相关要素的描述所确定的，成立犯罪所必须具备的要素。就一些具体犯罪而言，由于众所周知的理由或者其他原因，刑法并没有将所有的构成要件要素完整地规定下来，而是需要法官在适用过程中进行补充。例如，“以非法占有为目的”就是盗窃罪中不成文的主观构成要件要素。

结合以上分析，我们来看本题的四个选项：

A项，“贩卖”就是有偿转让。判断一个行为是否属于贩卖，不需要法官进行主观的价值判断即可确定，故属于记述的构成要件要素；判断一个物品是否属于“淫秽物品”，可能不同的人，由于价值观不同，得出的结论会有所不同，也就是说，对“淫秽物品”的认定，需要法官进行价值判断，故属于规范的构成要件要素。A项正确。

B项，“贩卖”如A项所述，属于记述的构成要件要素；而判断一个物品是否属于“毒品”，具有客观的标准，也不需要法官进行主观价值判断即可确定，故“毒品”也属于记述的构成要件要素。B项错误。

C项，在刑法中，已满14周岁的女性即为“妇女”，而年龄、性别仅仅需要法官的认识活动即可确定，无需进行主观价值判断，故属于记述的构成要件要素。“猥亵”则需要结合法官的主观价值判断方能确定，故属于规范的构成要件要素，C项正确。

D项，抢劫罪的客观构成要件已经由刑法明文规定，故属于成文的构成要件要素，而“非法占有的目的”刑法没有规定，但是属于成立抢劫罪所必需的，属于不成文的构成要件要素。D项正确。

本题答案为A、C、D。

2. 《刑法》第389条第1款规定：“为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的，是行贿罪。”同条第3款规定：“因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿。”关于上述规定，下列哪些选项是正确的？（2008延-2-51，多）

A. “为谋取不正当利益”是客观的构成要件要素

B. “不正当利益”是规范的构成要件要素

C. “给予国家工作人员以财物”是客观的构成要件要素、积极的构成要件



要素

D. 第三款规定的内容,属于消极的构成要件要素



解析 本题考查构成要件要素的分类,此考点的具体内容,在上述“2008-2-51”的解析中,已有详细阐述,这里不再赘述。结合前面对犯罪构成要件要素分类的总结,我们来分析本题:

A项,“为谋取不正当利益”显然是一种主观目的,是主观的构成要件要素,而非客观的构成要件要素,A项错误。

B项,“不正当利益”仅仅依靠法官的认识活动是不能认定的,判断一种利益是否正当,需要法官进行规范的、评价的价值判断方能认定,故属于规范的构成要件要素,B项正确。

C项,“给予国家工作人员以财物”属于表明行为外部的、客观的要素,同时属于认定犯罪的要素,故属于客观的构成要件要素、积极的构成要件要素。C项正确。

D项,第三款规定的内容,属于否定犯罪的要素,属于消极的构成要件要素。D选项正确。

本题答案为B、C、D。

(二) 客观方面

1. 关于不作为犯罪,下列哪些选项是正确的?(2011-2-52,多)

A. 宠物饲养人在宠物撕咬儿童时故意不制止,导致儿童被咬死的,成立不作为的故意杀人罪

B. 一般公民发现他人建筑物发生火灾故意不报警的,成立不作为的放火罪

C. 父母能制止而故意不制止未成年子女侵害行为的,可能成立不作为犯罪

D. 荒山狩猎人发现弃婴后不救助的,不成立不作为犯罪



解析 要成立不作为犯,必须有作为义务。一般认为,只要制造了危险,不问是否正当,都会成为作为义务的来源。但是,正当防卫行为造成法益处于危险状态后不救助的,不成为不作为的义务来源。^①(防卫行为针对的是不法侵害人,所以没有义务来源。再者,危险的源头是由不法侵害人引起的)。紧急避险人,对于遭受损害的无辜第三者具有作为义务(例如,张三遭受他人追杀,将骑摩托车的李四推倒,抢走李四摩托车,后看见李四倒在地上受伤,犯罪分子

^① 例如,甲拿刀杀乙,乙实施正当防卫行为,将甲造成重伤,血流不止,乙能救助甲却不救助甲,造成甲死亡。乙不成立不作为的故意杀人罪。此类案件中,如果要求防卫人乙有救助义务,对防卫人而言是不公平的,因为防卫人如果造成不法侵害人死亡的话,成立正当防卫;造成不法侵害人重伤但不履行救助义务的话,还成立故意杀人罪,这显然是不妥当的。当然,防卫过当行为造成被害人重伤、血流不止的,防卫人有救助的义务。

已经被警察抓走，张三有救助的义务)。① 纯粹道德上的义务不能成为不作为犯的义务来源，例如，见危不救不成立犯罪；又如，男女朋友分手，女孩子自杀，男孩子也没有救助行为。

动物的饲养人当然对动物造成的风险有救助的义务，不履行该义务的，成立不作为的故意杀人罪。故 A 项正确。

虽然行为人具有报警的义务，但这种义务刑法上并没有规定责任，故不构成犯罪。只有当不作为与因作为而实现的法定构成要件相当时，该不作为才成立犯罪，即不作为与作为要具有等价性。即使行为符合不作为犯的一般客观条件，也并不直接成立犯罪，只有当不作为符合具体的犯罪构成才成立犯罪。不能以不作为的成立条件取代犯罪构成要件。根据《消防法》的规定，一般公民发现火灾有报警的义务，能够履行此义务而不履行的属于不作为。但是此种不作为与主动的放火（纵火）不具有等价性，并不成立不作为的放火罪，也难以成立其他犯罪。再者，行为人并没有创造风险，因此救助的义务。故不成立不作为犯。该题曾经考过：2008 年延期区卷二第 52 题 A 项过路人甲看见某公寓发生火灾而不报警，导致公寓全部被烧毁。路人甲的行为不成立不作为的放火罪。B 项错误。

父母对未成年的子女具有监督的义务，如果不履行该监督义务的，即使是未成年子女造成了他人伤害，父母也可能成立不作为犯。另外，需要注意的是，本题的四个选项中，命题老师仅对 C 选项使用了“可能”的表述，这表明该项更应该入选。C 项正确。

狩猎人并没有创造风险，当然没有救助义务，不成立不作为犯罪。故 D 项正确。

本题答案为 A、C、D。

2. 关于因果关系，下列哪一选项是错误的？（2011-2-3，单）

A. 甲将被害人衣服点燃，被害人跳河灭火而溺亡。甲行为与被害人死亡具有因果关系

B. 乙在被害人住宅放火，被害人为救婴儿冲入宅内被烧死。乙行为与被害人死亡具有因果关系

C. 丙在高速路将被害人推下车，被害人被后面车辆轧死。丙行为与被害人死亡具有因果关系

D. 丁毁坏被害人面容，被害人感觉无法见人而自杀。丁行为与被害人死亡具有因果关系



解析

介入因素要中断前行为与危害结果之间的因果关系，必须符合两个特征：（1）介入因素必须是异常的因素（即在案件当时，介入因素出现的概率很低）；（2）介入因素对危害结果的贡献接近 100%。

① 此种情形下，是由于避险人将自己面临的危险转嫁给了无辜的第三者，造成第三者生命危险的，当然具有救助的义务。见案例：王仁兴破坏交通设施案——不履行因紧急避险行为引起的作为义务可以构成不作为犯罪，……重庆市第一中级人民法院指出，王仁兴在其渔船存在翻沉的现实危险下，不得已解开航标船钢缆绳来保护其与他人人身及渔船财产的行为，虽系紧急避险，但在危险消除后，明知航标船漂离会造成船舶发生倾覆、毁坏危险，应负有采取相应积极救济措施消除危险状态的义务，王仁兴能够履行该义务而未履行，属不作为，其行为构成了破坏交通设施罪，应负刑事责任。最高人民法院刑事审判庭主办：《中国刑事审判指导案例——危害国家安全罪、危害公共安全罪、侵犯财产罪、危害国防利益罪》，法律出版社 2009 年版，第 54 页。



虽然被害人是跳河灭火而溺水身亡，但在案发当时，被害人衣服被点燃，其跳入河水中的概率很高，并非异常的因素，所以，不会中断前行为与死亡结果之间的因果关系。甲的行为与被害人死亡结果之间仍然存在因果关系。故 A 项正确。

乙放火后，被害人在家中为救婴儿而被烧死，在案件当时来看，家里着火，被害人在家中去救婴儿是一个正常的现象，所以，不会中断乙的放火行为与死亡结果之间的因果关系，乙的行为与死亡结果之间具有因果关系。故 B 项正确。

丙在高速公路上将被害人推下汽车，后面的车辆将被害人轧死。从案件当时的情况来看，在高速公路上将被害人推下汽车，被害人遭到后面汽车碰撞的概念是很高的，即后面汽车将被害人轧死属于一个正常的因素，正常的因素不会中断前行为与死亡结果之间有因果关系，故丙的行为与死亡结果之间的因果关系。需要说明的是，从哲学上看，后面的车辆也被认为与被害人的死亡结果之间具有因果关系。但刑法上所讨论的因果关系的“因”限定为是危害行为，而后面的车辆如果遵守了交通规则，便不认为其行为属于危害行为，因此，后面车辆与被害人死亡结果之间也不具有刑法上的因果关系。故 C 项正确。

丁将被害人毁容后，被害人自杀的。一般认为，在案件当时被害人自杀的概率并不是很高，而是很低很低，所以，被害人跳楼自杀属于异常的因素，并且这个异常的因素对死亡的贡献率又达到了 100%，所以，他的行为会中断丁的行为与死亡结果之间的因果关系，故丁的行为与死亡结果之间不具有因果关系。故 D 项错误。

本题答案为 D。

3. 关于刑法上的因果关系，下列哪一判断是正确的？（2010-2-3，单）

A. 甲开枪射击乙，乙迅速躲闪，子弹击中乙身后的丙。甲的行为与丙的死亡之间不具有因果关系

B. 甲追赶小偷乙，乙慌忙中撞上疾驶汽车身亡。甲的行为与乙的死亡之间具有因果关系

C. 甲、乙没有意思联络，碰巧同时向丙开枪，且均打中了丙的心脏。甲、乙的行为与丙的死亡之间不具有因果关系

D. 甲以杀人故意向乙的食物中投放了足以致死的毒药，但在该毒药起作用前，丙开枪杀死了乙。甲的行为与乙的死亡之间不具有因果关系

解析 因果关系是一种客观上引起与被引起的关系，只要客观上存在“没有前者，就没有后者”这一条件，可以就认为前者是后者的原因，二者具有因果关系。

A 选项中，客观上就是甲的枪击行为导致了丙的死亡结果的出现，故甲的行为与丙的死亡结果之间存在因果关系。另外，关于本题，还可以用打击错误来处理，行为人甲欲枪杀乙，但开枪的结果却是将丙打死，根据法定符合说，甲的行为成立故意杀人罪既遂。

B 选项中，似乎存在没有甲的追赶行为，就没有小偷乙死亡的结果，甲的行为与小偷的死亡结果之间存在因果关系。但是，因果关系探讨的是刑法上的因果关系，而非生活上的因果关系。故因果关系的“因”指的是“危害行为”，而本案中的追小偷的行为并非刑法上的危害行为，故甲的行为与死亡结果之间没有因果关系。周光权教授的书中曾有这样一道案例：技术监督部门执法人员 A 发现 B