



其他法学卷（刑法、国际法、理论法学、商法、经济法）



十二届司法考试 重大争议题目的来龙去脉 疑难、争议、经典与旧题新做

YINAN、ZHENGYI、JINGDIAN YU JIUTI XINZUO

——司考真题四类研究

徐光华 曹新川 刘校逢 李曰龙 陈璐琼◎编著



中国政法大学出版社



其他法学卷（刑法、国际法、理论法学、商法、经济法）



十二届司法考试 重大争议题目的来龙去脉

疑难、争议、经典与旧题新做

——司考真题四类研究

徐光华 曹新川 刘校逢 李日龙 陈璐琼◎编著



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目(CIP)数据

十二届司法考试重大争议题目的来龙去脉. 其他法学卷 / 徐光华等编著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2013. 1

ISBN 978-7-5620-4623-3

I. ①十… II. ①徐… III. 法律工作者-资格考试-试题-研究-中国 IV. ①D92

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第010429号

- 书 名 十二届司法考试重大争议题目的来龙去脉. 其他法学卷
SHIERJIE SIFA KAOSHI ZHONGDA ZHENGYI TIMU DE LAILONGQUMAI QITA FAXUE
JUAN
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034分箱 邮政编码100088
邮箱 fada.sf@sohu.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908433(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 720mm×960mm 16开本 24.5印张 430千字
- 版 本 2013年2月第1版 2013年2月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4623-3/D·4583
- 定 价 49.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。



前言

(一) 本书缘起

司法考试题目综合性强，信息密度大，被国人誉为“天下第一考”。几多赞叹之外，其中又不乏几许敬畏、几许无奈、几许五味杂陈……然而其并非不可捉摸，不能攻克。所谓“知己知彼，百战不殆”，洞察命题人的思路是征服司法考试的“不二法门”。可知彼之路，路在何方？真题，真题之外当然还是真题。真题，彰显司考规律，它是透析命题人思路的解码器；真题，凸显命题轨迹，它是勇攀司考高峰的垫脚石。通过对历年真题仔细研读，能令您感知命题方向的变化，把握应对考试的策略，笑傲考场。

纵观市场上现有的真题类图书，大致分为两种：一类按照学科分专题逐题予以讲解；另一类是分年真题，严格按照司法考试真题的卷一、卷二、卷三、卷四形式予以分析，解答。对于前者，应该在第一轮复习的时候用于精研，巩固所学知识。对于后者，则是在复习完后用于检测和实战演练，以此锻造上佳的解题状态。但是，基于我们多年对大量考生司考备考进行专门研究而得出的结论，在刚刚经历过知识点的密集“洗礼”，知识准备尚未充足之际就一头扎进浩瀚的真题之中，无异于泥牛入海，即便是基础扎实的同学也难免捉襟见肘，狼狈不堪。

“多做题，做好题”是司法考试成功者的金玉良

言，也是苦苦挣扎于题海中苦行僧般考生的美好憧憬，但同时又迷茫于如何选择高质量的好题。漫漫备考长路，浩渺真题无边，得一篇舟乘风破浪勇济沧海，何其难哉？有鉴于此，我们精选了一部分极有代表性的题目，它们在考点、题型上都有不可代替的典型性，极具研习价值。我们苦心孤诣对其进行了深度剖析和挖掘，希望可以替考生分忧，帮助考生从宏观到微观，全面细致把握司考的命题方向和规律，为您顺利通关献上最简单高效的“法宝”。

（二）体例格式

本书在体例上进行了大胆的创新，从历年真题中挑选出具有代表性的试题，分为经典真题、争议试题、疑难真题和旧题新做四类，予以详解。值得称道的是，本书由众合一线名师各司其职密切配合编写而成。这些作者，都是众合教育当之无愧的名师，司考领域各部门法的领军人物和实力派新星，历经无数次司考课堂的洗礼和磨砺，对司考考点、规律、命题了然于胸，见解准确精到。权威的作者，精彩的演绎，独特的选材，新颖的体例，定然呈现给广大考生独一无二的权威真题盛宴。考生针对此四种不同类型的试题，结合名师详尽精彩的解析，可以采取不同的学习方式，从不同的角度进行全面深入细致地推敲琢磨，在有限的时间里，能够快速、高效地掌握知识点，洞悉真题，突破自我。

【经典真题】所谓经典真题，综合性强，知识含量高，不但要求考生熟悉法条内容，更加注重考查考生对法条背后法理的理解和运用，这类真题反映了今后司法考试的动态，彰显了司法考试的魅力。针对该类试题，本书将其所涉及到的重要知识点进行详细解读，从一个考点出发，引出某些相关的其它考点，由点到面，形成知识网络，以很好地应对司考题目越来越综合化的需要。这样有效避免了就题论题，有效减少了重复题型。帮助考生在有限时间内重温司考中的重要及常考知识点，把握命题方向和趋势，提高复习效率，真正做到见微知著，举一反三。建议考生使用此部分时反复钻研，建立知识体系，同时体会命题人题目设置规律。

【争议试题】复习司考，研读真题，最令人头疼的就是那些有争议的题目，令人左右为难，骑虎难下，而又欲罢不能。探究起来，争议试题产生的原因有两个：一是由于不同学者在某一法律观点上存在分歧，导致认识会有所不同；二是题目本身存在着硬伤和瑕疵，属于真正的错题。对于此类题目，考生关键在于掌握“通说”以及题目中的基本点及常考点，切勿过于纠结，钻牛角尖。同时，此类题目亦可培养考生的思辨能力和怀疑精神，有兴趣的同学可作相应

参考。本书的权威解读，将为你拨开云雾，确定航标，带给你最为准确的答案和解析，让你破解争议，再无困惑。

【疑难真题】近年来的考试证明，考试的命题趋势是越来越细，出题角度越来越多元化，很多考生会出现这样的情况：理论、法条背得滚瓜烂熟，但是一做题就错。而这些让我们绞尽脑汁，让我们爱恨交织的题目就是我们所谓的疑难真题。命题人在这些题目上可谓是煞费苦心，“机关”算尽；而面对这些题目，考生极易犯错，要么模棱两可而手足无措，要么身在陷阱还自以为是。对此，我们绝不放过，着重挖掘了题目中的难点、易错点，帮助考生找准“突破点”，以达到“一招制敌”的奇效。在这一部分，考生应当着重把握难点是什么，突破点在哪里，并且不断复习巩固，以免重蹈覆辙，从而真正攻克难关。

【旧题新做】每年都有新的法规法律出台，法律法规的变化会导致试题答案的调整。凡是当年答案与现行答案不一致的，我们会在答案部分指出，且在解析部分说明理由，以突出“旧题新做”，这充分体现了本书的时效性、权威性和应用性。针对该部分的题目，考生需牢记新旧法律法规中的变化。按照司法考试“新法必考”的命题原则，这些新变动的法条将会是今年以及后来考试的重点，在试题中把握新法的命题规律和方向，是深刻理解新法的行之有效的方法。

（三）使用建议

本书作为综合类和提高类图书，适合在第一轮或第二轮复习后使用，在基本掌握部门法的具体考点，具备相应知识体系的基础上阅读本书，会达到事半功倍的效果。我们竭尽全力，大胆创新，只为能给考生朋友更好的体验，更高效的学习；只为能有助于你2013年轻松地备考，顺利地过关。你们的认可将是我们不断努力的动力所在。在创新和尝试的过程中，我们虽然加倍努力，但难免有所纰漏和不足，衷心地期待您的批评和建议，预祝您在2013年司法考试中顺利通关！

李建伟

2012年12月25日

目 录

历届司法考试刑法 100 道典型真题详解	1
第一部分 经典试题 46 道	1
第二部分 重大争议题目 10 道	45
第三部分 疑难真题 49 道	57
第四部分 旧题新做 5 道	112
历届司法考试国际法 86 道典型真题详解	118
第一部分 经典试题 22 道	118
第二部分 重大争议题目 5 道	154
第三部分 疑难真题 31 道	160
第四部分 旧题新做 18 道	200
历届司法考试理论法 75 道典型真题详解	214
第一部分 经典试题 35 道	214
第二部分 重大争议题目 13 道	245
第三部分 疑难真题 25 道	258
第四部分 旧题新做 2 道	282
历届司法考试商经法 112 道典型真题详解	284
第一部分 经典试题 46 道	284
第二部分 重大争议题目 14 道	323
第三部分 疑难真题 41 道	335
第四部分 旧题新做 11 道	372

历届司法考试刑法 100 道典型 真题详解

第一部分 经典试题 46 道

1. 下列哪种说法是正确的？（2006-2-20，单）

A. 将强制猥亵妇女罪中的“妇女”解释为包括男性在内的人，属于扩大解释

B. 将故意杀人罪中的“人”解释为“精神正常的人”，属于应当禁止的类推解释

C. 将伪造货币罪中的“伪造”解释为包括变造货币，属于法律允许的类推解释

D. 将为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪中的“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”，属于缩小解释

【详解】扩大解释是指当刑法条文字面的通常含义比刑法的真实含义窄时，于是扩张字面含义，使其符合刑法的真实含义。例如，将《刑法》第341条中的“出售”，解释为“包括出卖和以营利为目的的加工利用行为”，就属于扩大解释。扩大解释是对用语通常含义的扩张，不能超出用语可能具有的含义；如果完全超出用语可能具有的含义，则是违反罪刑法定原则的类推解释。类推解释则是在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。亦言之，类推解释是在法无明文规定时进行的解释，其立足点是事实之间的相似性，而不是法律条文的含义。由于“妇女”不可能包括

男性，因此将强制猥亵妇女罪中的“妇女”解释为包括男性在内的人，就属于类推解释，因为它超出了公民的预测可能性，所以选项 A 是错误的。

对词义限制解释不属于类推解释的范畴。将故意杀人罪中的“人”解释为“精神正常的人”，不属于类推解释，而是违背法益保护目的的缩小解释，所以选项 B 也是错误的。

伪造中包含变造，是一般国家刑事立法的通行做法。但在我国《刑法》中，有伪造货币罪和变造货币罪的区别，所以不可以将伪造货币罪中的伪造解释为包括变造货币。在其他国家的刑法中，伪造包含变造也不被认为是法律允许的类推解释（指有利于被告人的类推解释），而是不利于被告人的解释，属于正常的扩大解释，所以选项 C 也是错误的。退一步讲，本选项的后段也是有问题的，法律怎么可能允许类推解释，尤其是入罪的类推解释。

缩小解释是指当刑法条文的字面通常含义比刑法的真实含义广时，限制字面含义使之符合刑法的真实含义。情报的范围包含一切信息在内，但由于该罪是危害国家安全的犯罪，如果将所有的国家情报，包括各行各业的、公开的和尚未公开的信息都认定为本罪的犯罪对象，会导致处罚范围不适当地扩大。因此，将其限制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，当然属于缩小解释，所以 D 项正确。综上，本题答案为 D。

【答案】D

2. 关于罪刑法定原则有以下观点：

- ①罪刑法定只约束立法者，不约束司法者
 - ②罪刑法定只约束法官，不约束侦查人员
 - ③罪刑法定只禁止类推适用刑法，不禁止适用习惯法
 - ④罪刑法定只禁止不利于被告人的人事后法，不禁止有利于被告人的人事后法
- 下列哪一选项是正确的？（2012-2-3，单）

- A. 第①句正确，第②③④句错误
- B. 第①②句正确，第③④句错误
- C. 第④句正确，第①②③句错误
- D. 第①③句正确，第②④句错误

【详解】本题考查罪刑法定原则。罪刑法定原则的经典表述是，“法无明文规定不为罪”，“法无明文规定不处罚”。《刑法》第 3 条明文规定了罪刑法定原则：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处罚；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处罚。”

作为刑法的基本原则之一，罪刑法定原则不仅限制立法机关的制刑权，而

且也限制司法机关的入罪权、施刑权，即罪刑法定原则不仅约束立法者，而且也约束司法者。同时，根据《刑法》第94条的规定，刑法中的司法工作人员，是指有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。所以，在整个刑事诉讼过程中，无论是侦查人员、检察人员还是审判人员、监管人员，都要受到罪刑法定原则的约束。故，第①句和第②句错误。

罪刑法定原则要求在对刑法进行解释时，要进行严格解释，禁止类推解释，当然，更准确地说是禁止不利于行为人的类推解释；同时，罪刑法定原则要求规定犯罪和刑罚的法律必须是最高立法机关制定的成文法，不能是习惯法。故，第③句错误。

罪刑法定原则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，也就是我国《刑法》第12条规定的从旧兼从轻原则。故，第④句正确。

综上，以上四句中，只有第④句是正确的，前三句均是错误的。故，本题答案为C。

【答案】C

【考点拓展】罪刑法定原则是一个高频考点。对于罪刑法定原则，要重点理解罪刑法定原则的思想基础和具体要求。罪刑法定原则的思想基础是民主主义与尊重人权主义：民主主义要求，什么是犯罪，对犯罪如何处罚，必须由人民群众决定，具体表现为由人民群众选举产生的立法机关来决定；尊重人权主义要求，为了保障公民的自由，必须使得公民能够事先预测自己行为的性质与后果，故什么是犯罪，对犯罪如何处罚，必须在事前明文规定。

罪刑法定原则的具体要求是：（1）禁止溯及既往（事前的罪刑法定），是指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。这一要求也被称为禁止事后法。罪刑法定原则禁止不利于行为人的溯及既往，但允许有利于行为人的溯及既往。

（2）排斥习惯法（成文的罪刑法定）。根据预测可能性原理，罪刑规范应当具有明确性、稳定性。刑事司法应当以成文法为准，排斥习惯法。

（3）禁止类推解释（严格的罪刑法定）。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。刑罚是最严厉的制裁措施，因此，对刑法的适用应严格适用，而不能类推适用；对刑法的解释也应当严格解释，而不能类推解释。

（4）刑罚法规的适当，包含刑法明确性、禁止不确定刑和禁止处罚不当罚的行为三项内容（确定的罪刑法定）。刑法明确性，是指刑法条文应当清楚明

确，使人能够了解什么是犯罪行为，让人具有判断可能性。禁止不确定刑，是指刑罚应当规定得清晰确定。刑罚越不确定，越容易被滥用。禁止处罚不当罚的行为，是指由于刑罚是最严厉的制裁措施，刑罚的适用应保持补充性、谦抑性，适用范围应当合理适当。上述这些内容表明，刑罚法规应当明确、确定和适当。需要注意，刑法分则的罪状表述方式多种多样，部分条文对犯罪的状况不作具体描述，只是表述该罪的罪名的，也并不违反罪刑法定原则。

3. 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

【详解】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查。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。

【答案】ABD

4.《刑法》第246条规定:“以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”关于本条的理解,下列哪些选项是正确的?(2012-2-51,多)

A.“以暴力或者其他方法”属于客观的构成要件要素

B.“他人”属于记述的构成要件要素

C.“侮辱”、“诽谤”属于规范的构成要件要素

D.“三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利”属于相对确定的法定刑

【详解】犯罪构成由犯罪客体要件、犯罪客观要件、犯罪主体要件与犯罪主观要件有机统一而组成。同样。各个要件也是由不同要素所组成,组成要件的要素,就是犯罪构成要件要素。对构成要件要素可以进行不同分类。

(一) 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;表明行为人内心的、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。

(二) 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,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客观要件为“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，《刑法》第237条规定的强制猥亵、侮辱妇女罪的客观构成要件要素的“猥亵”、“侮辱”，则需要司法人员的规范评价和价值判断，是规范的构成要件要素。

（三）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。

（四）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，是指犯罪构成共同要件中为任何犯罪的成立所必须具备的要素。例如，行为是客观要件的要素，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，身份与目的只是部分犯罪的成立必须具备的要素。

（五）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，但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。

本题中，A项，“以暴力或者其他方法”属于客观的外在行为，故属于客观的构成要件要素，故，A正确。B项，行为对象是否属于“他人”，只需要法官的认识活动即可确定，无需进行价值判断，故属于记述的构成要件要素，故，B正确。C项，“侮辱”、“诽谤”需要司法人员的规范评价和价值判断，是规范的构成要件要素，故，C正确。

D项考查法定刑的种类。法定刑可以分为三类：绝对确定的法定刑、相对确定的法定刑、浮动法定刑。

绝对确定的法定刑，是指在条文中只规定单一的刑种与固定的刑度。例如，《刑法》第239条规定“绑架致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的，处死刑。”就属于绝对确定的法定刑。

相对确定的法定刑，是指在条文中规定一定的刑种与刑度，并明确规定最高刑与最低刑。我国刑法分则通常规定的是相对确定的法定刑，比如，《刑法》第118条规定：“破坏电力、燃气或者其他易燃易爆设备，危害公共安全，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。”

浮动法定刑，也称机动刑，是指法定刑的具体期限或具体数量并非确定，而是根据一定的标准升降不定，处于一种相对不确定的游移状态。如《刑法》第227条规定，对犯倒卖车票、船票罪的，并处或单处票证价额1倍以上5倍以下罚金。浮动法定刑具有以下特点：（1）只见之于罚金刑，这显然是因为罚金刑的数额可以根据刑法规定的某种事实标准予以确定的缘故。（2）只适用于经济犯罪、财产犯罪，对其他犯罪难以甚至不可能规定浮动法定刑。（3）刑罚（罚金）的具体幅度（数量）要根据案件的一定事实确定。这是浮动法定刑与相对确定法定刑的区别。在刑法规定相对确定的法定刑时，不管案件发生与否，人们可以事先得知刑罚的具体幅度；而刑法规定浮动法定刑时，只有查清了刑法规定的特定事实，才能得知刑罚的具体幅度。所以，浮动法定刑不同于相对确定的法定刑。

所以，D项中，“三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利”属于相对确定的法定刑。D正确。

【答案】ABCD

5. 下列哪一选项构成不作为犯罪？（2012-2-4，单）

A. 甲到湖中游泳，见武某也在游泳。武某突然腿抽筋，向唯一在场的甲呼救。甲未予理睬，武某溺亡

B. 乙女拒绝周某求爱，周某说“如不答应，我就跳河自杀”。乙明知周某可能跳河，仍不同意。周某跳河后，乙未呼救，周某溺亡

C. 丙与贺某到水库游泳。丙为显示泳技，将不善游泳的贺某拉到深水区教其游泳。贺某忽然沉没，丙有点害怕，忙游上岸，贺某溺亡

D. 丁邀秦某到风景区漂流，在漂流筏转弯时，秦某的安全带突然松开致其摔落河中。丁未下河救人，秦某溺亡

【详解】 本题考查不作为犯罪的成立条件。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。成立不作为犯在客观上必须具备以下条件：第一，行为人负有实施特定积极行为的具有法律性质的义务。注意，不包括道德义务。第二，行为人能够履行特定义务。第三，行为人不履行特定义务，造成或者可能造成危害结果。

其中，不作为犯罪的义务来源又是一个非常重要的考点，这种义务来源从形式上说，主要有：

(1) 法律、法规明文规定的义务。例如，我国婚姻法规定，父母对子女有抚养教育的义务，子女对父母有赡养扶助的义务。因此，拒不抚养、赡养的行为，可能构成不作为犯罪。

(2) 职务或者业务要求的义务。例如，国家机关工作人员有履行相应职责的义务，值勤的消防人员有消除火灾的义务，等等。

(3) 法律行为引起的义务。例如，合同行为、自愿接受行为等可能导致行为人为人负有实施一定积极行为的义务。

(4) 先前行为引起的义务。这是指由于行为人的某种行为使刑法所保护的合法权益处于危险状态时，行为人负有的排除危险或者防止危害结果发生的特定积极义务。例如，成年人带着儿童游泳时，就负有保护儿童生命安全的义务。关于先前行为引起的义务，需要特别强调的是，必须是由于行为人的行为使法益处于危险状态时，行为人才有作为义务，如果危险不是由行为人的行为造成的，则行为人没有排除危险或防止危害结果发生的作为义务。

A 项，武某在游泳时腿抽筋进而处于危险状态，不是由甲造成的，所以，甲没有法律上的救助义务，甲不构成不作为犯罪。

B 项，男女朋友之间，没有法律上的救助义务。在周某的追求被乙女拒绝后，其自己选择跳河，使自己的生命处于危险状态，乙女没有法律上的救助义务，乙女不构成不作为犯罪。

C 项，丙为显示泳技，将不善游泳的贺某拉到深水区教其游泳。丙的这个先前行为使贺某处于危险之中，当贺某溺水时，丙具有排除危险的义务，丙在能救助而不救助的情况下，导致贺某溺亡，构成不作为犯罪。

D 项，丁只是邀请秦某到风景区漂流，在漂流筏转弯时，秦某的安全带突然松开致其摔落河中，不是由丁造成的，所以，丁没有法律上的救助义务，丁不构成不作为犯罪。

【答案】C

【考点拓展】需要提醒大家的是，对于不作为犯罪的义务来源，除了要从形式角度加以把握外，还要从实质角度加以理解和掌握，具体体现在三个方面：

(1) 特定的人基于对危险源的支配所产生的监督管理义务（危险源包括危险物、他人的危险行为、自己的先前行为引起的法益侵害危险）。比如，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。

(2) 特定的人基于法规范、职务业务行为、自愿行为所产生的对处于无助（脆弱）状态的法益的保护义务（基本就是形式义务来源中的前三项）。

(3) 特定的人基于对法益的危险发生领域的支配产生的阻止义务。比如：出租车司机对车内乘客有安全保障义务。出租车司机对于男乘客强奸女乘客而不管不问的，成立强奸罪的帮助犯。因为此时危险发生在出租车司机支配的领域内，其有阻止的义务。

6. 甲患抑郁症欲自杀，但无自杀勇气。某晚，甲用事前准备的刀猛刺路人乙胸部，致乙当场死亡。随后，甲向司法机关自首，要求司法机关判处其死刑立即执行。对于甲责任能力的认定，下列哪一选项是正确的？（2011 - 2 - 4，单）

- A. 抑郁症属于严重精神病，甲没有责任能力，不承担故意杀人罪的责任
- B. 抑郁症不是严重精神病，但甲的想法表明其没有责任能力，不承担故意杀人罪的责任
- C. 甲虽患有抑郁症，但具有责任能力，应当承担故意杀人罪的责任
- D. 甲具有责任能力，但患有抑郁症，应当对其从轻或者减轻处罚

【详解】抑郁症根本不是精神病，在这个压力大的社会，有相当一部分人都有抑郁症。可以说，实施了犯罪的人，其精神、人格方面基本上都会有一定的障碍，但这并不是精神病。所以，有抑郁症的人实施犯罪行为当然应当承担刑事责任，并且也不能“享受”精神病人犯罪后的从宽待遇。

【答案】C

7. 甲与乙因情生仇。一日黄昏，甲持锄头路过乙家院子，见甲妻正在院内与一男子说话，以为是乙举锄就打，对方重伤倒地后遂发现是乙哥哥。甲心想，打伤乙哥哥也算解恨。关于甲的行为，下列哪些选项是错误的？（2010 - 2 - 54，多）

- A. 甲的行为属于对象错误，成立过失致人重伤罪
- B. 甲的行为属于方法错误，成立故意伤害罪
- C. 根据法定符合说，甲对乙成立故意伤害（未遂）罪，对乙哥哥成立过失致人重伤罪
- D. 甲的行为不存在任何认识错误，理所当然成立故意伤害罪

【详解】关于对象错误问题，理论上有两种处理方案：（1）具体符合说：要求细节一致，即要求具体地区分这个人、那个人，要具体地符合你的主观心态。本来，具体符合说认为，由于被杀的人与想杀的人并不是具体地一致，甲应当成立故意杀人罪未遂与过失致人死亡罪，但现在具体符合说也都认为，这种对象错误并不重要，因而不影响故意犯罪既遂的成立。（2）法定符合说（抛开具体的细节，只看刑法的规定）：行为人所认识的事实与实际发生的事实，只要在

犯罪构成范围内是一致的，就成立故意的既遂犯。该一致指的是法条一致，与法条规定的词一致，而不是细节一致。如故意杀人罪中，只要杀的是“人”就成立故意杀人罪既遂。即只要在“人”、“财物”这些关键词上一致即可。甲想伤害乙，因为认错人而伤害了丙，但乙、丙均是故意杀人罪所要保护的对象——“人”，这属于具体的事实错误中的对象错误。通说的观点认为，对于这种认识错误的处理方案是采取法定符合说，实质都是“错了等于没错”，因为法律上并不区分乙、丙，而是对他们的生命予以同等的保护，故甲的行为成立故意伤害罪（致人死亡）。据此，A、B、C、D项均错误。本题答案为A、B、C、D。

【答案】 ABCD

8. 甲意图勒死乙，将乙勒昏后，误以为乙已经死亡。为毁灭证据，又用利刃将所谓的“尸体”分尸。事实上，乙并非死于甲的勒杀行为，而是死于甲的分尸行为。关于本案，下列哪一选项是正确的？（2008延-2-4，单）

- A. 甲的行为构成故意杀人（未遂）罪和过失致人死亡罪
- B. 甲的行为构成故意杀人（未遂）罪、过失致人死亡罪和侮辱尸体罪
- C. 甲的行为构成故意杀人（既遂）罪和侮辱尸体罪
- D. 甲的行为构成故意杀人（既遂）罪

【详解】 本题考查的是因果关系认识错误的问题。因果关系的错误，是指侵害的对象没有错误，但造成侵害结果的因果关系的发展过程与行为人所预想的发展过程不一致，以及侵害结果推后或者提前发生的情况。由于因果关系的错误并不阻却故意的成立，故问题的实质成为客观的因果关系的认定问题。在司法考试中，应当判定第一行为与结果之间的因果关系，当现实所发生的结果与行为人意欲实现的结果完全一致时，应以故意犯罪既遂论处。

在本题中，甲的第一个行为“勒”虽然没有直接造成死亡结果，但是他的第二个行为“分尸”属于第一个行为的附属行为，这种毁灭证据的行为也是一般人能够预料的行为，所以第二个行为并没有隔断第一个行为与最终死亡结果的因果关系，第一个行为仍然是最终死亡结果的原因，因此成立故意杀人罪的既遂。

【答案】 D

9. 甲举枪射击乙，但因没有瞄准而击中丙，致丙死亡。关于本案，下列哪些选项是正确的？（2006-2-52，多）

- A. 甲的行为属于打击错误
- B. 甲的行为属于同一犯罪构成内的事实认识错误