

华旭模拟题

2017年

国家司法考试

方鹏的刑法

方鹏 ◎ 编著

模拟卷



中国政法大学出版社

2017年

国家司法考试

方鹏的刑法

方鹏 ◎ 编著

模拟卷

法律令生活更美好!

方鹏



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

2017 年国家司法考试方鹏的刑法. 模拟卷/方鹏编著. —北京：中国政法大学出版社，2017. 5
ISBN 978-7-5620-7517-2

I. ①2… II. ①方… III. ①刑法—中国—资格考试—习题集 IV. ①D924

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 116704 号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285(总编室) 58908433(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	787mm×1092mm 1/16
印 张	9.5
字 数	240 千字
版 次	2017 年 5 月第 1 版
印 次	2017 年 5 月第 1 次印刷
定 价	23.00 元

司法考试的 80 个考点

章节名		80 个考点
刑法总论	刑法概说	(1) 刑法解释: 扩大解释与类推解释, 当然解释, 体系解释, 文理解释, (2) 罪刑法定原则; (3) 空间效力, 时间效力; (4) 犯罪构成理论 : 客观不法 - 主观责任, 先客观后主观, 客观主观统一; (5) 构成要件要素的分类
	客观不法	(6) 危害行为, 实行行为; (7) 不作为 ; (8) 因果关系
	主观责任	责任能力 (9) 刑事责任年龄; (10) 刑事责任能力 (精神病), 原因自由行为
		罪过 (11) 故意的认识要素; (12) 故意, 过失的认定; (13) 事实认识错误
	犯罪排除事由	(14) 正当防卫 , 紧急避险, 被害人承诺 ; (15) 违法性认识错误
	犯罪形态	(16) 犯罪既遂, 犯罪预备, 犯罪未遂, 犯罪中止 ; (17) 未遂与不能犯
	共同犯罪	(18) 共同犯罪 : 共同不法; 共同犯罪成立条件, 承继共犯, 间接正犯, 共犯从属说, 教唆行为, 欺诈教唆, 中立帮助, 共犯与身份, 部分中止, 共犯脱离, 共犯认识错误
	单位犯罪	(19) 单位犯罪
	罪数规则	(20) 想象竞合犯 , 结果加重犯, 牵连犯 , 吸收犯 , 事后不可罚 ; (21) 分则规定
	刑罚体系	(22) 禁止令, 社区矫正; (23) 死刑 ; (24) 剥夺政治权利, 没收财产 (正当债务返还), 犯罪物品处理, 职业禁止令
	刑罚裁量	(25) 累犯 ; (26) 自首 ; (27) 立功; (28) 数罪并罚
刑法分论	刑罚执行	(29) 缓刑, 减刑, 假释
	刑罚消灭	(30) 追诉时效
	分论概说	(31) 法条竞合: 四种法条竞合, 与想象竞合的区别
	第 2 章危害公共安全罪	(32) 公共安全的含义; (33) 放火罪, 投放危险物质罪, 以危险方法危害公共安全罪 ; (34) 破坏公用设施犯罪; (35) 涉枪犯罪 , 恐怖犯罪; (36) 交通肇事罪 , 危险驾驶罪; 重大责任事故罪
	第 3 章破坏社会主义市场经济秩序罪	(37) 生产销售伪劣产品罪 (药品、食品犯罪, 法条竞合择重); (38) 走私犯罪; (39) 非国家工作人员受贿罪, 为亲友非法牟利罪; (40) 假币犯罪 , 洗钱罪; (41) 集资诈骗罪, 贷款诈骗罪; 信用卡诈骗罪 ; 保险诈骗罪; (42) 逃税罪, 骗取出口退税罪; (43) 知识产权犯罪; (44) 非法经营罪, 强迫交易罪
	第 4 章侵犯公民人身权利、民主权利罪	(45) 故意杀人罪, 故意伤害罪; (46) 强奸罪, 猥亵犯罪; (47) 非法拘禁罪 ; (48) 绑架罪 ; (49) 拐卖妇女、儿童罪 ; (50) 诬告陷害罪; 诽谤罪, 侮辱罪; (51) 刑讯逼供罪, 暴力取证罪; (52) 遗弃罪, 虐待罪, 虐待被监护、看护人罪; (53) 人体器官类犯罪 ; (54) 重婚罪, 强迫劳动罪
	第 5 章侵犯财产罪	(55) 他人占有的财物 , 非法占有目的; (56) 抢劫罪 (转化型抢劫 , 携凶抢夺 , 加重犯), 抢夺罪; (57) 敲诈勒索罪; (58) 盗窃罪 (五种形式); (59) 诈骗罪 (与盗窃区分); (60) 侵占罪 (与盗窃区分); (61) 故意毁坏财物罪, 拒不支付劳动报酬罪
	第 6 章妨害社会管理秩序罪	(62) 妨害公务, 伪造证件犯罪 ; (63) 寻衅滋事罪, 聚众斗殴罪, 虚假信息犯罪; (64) 妨害司法犯罪 ; (65) 组织、运送他人偷越国 (边) 境犯罪; (66) 文物犯罪; (67) 非法行医罪 , 医疗事故罪; (68) 林木, 环境犯罪; ; (69) 毒品犯罪 (70) 组织卖淫罪, 强迫卖淫罪; (71) 淫秽物品犯罪
	第 8 章贪污贿赂罪	(72) 国家工作人员 ; (73) 贪污罪; (74) 挪用公款罪 ; (75) 受贿罪 , 利用影响力受贿罪, 行贿罪; (76) 私分国有资产罪, 巨额财产来源不明罪
	第 9 章渎职罪	(77) 本章法条竞合 , 与对象人共谋, 罪数; (78) 滥用职权罪, 玩忽职守罪; (79) 徇私枉法罪 , 司法工作人员犯罪; (80) 本章其他罪名

目 录

上编 刑法总则

第一章	刑法概说	1
第二章	犯罪概说	9
第三章	客观不法要件	13
第四章	主观责任要件	19
第五章	犯罪阻却事由	27
第六章	单位犯罪	52
第七章	罪数规则	54
第八章	刑罚的体系	60
第九章	刑罚的裁量	65
第十章	刑罚的执行	72
第十一章	刑罚的消灭	76

下编 刑法分论

第一章	危害国家安全罪	79
第二章	危害公共安全罪	81
第三章	破坏社会主义市场经济秩序罪	91
第四章	侵犯公民人身权利、民主权利罪	102
第五章	侵犯财产罪	111
第六章	妨害社会管理秩序罪	127
第七章	贪污贿赂罪	138
第八章	渎职罪	145

上编 刑法总则

第一章 刑法概说

考点1 刑法解释

1. 关于刑法解释, 以下说法正确的有()^{〔1〕}

A. 将《刑法》第358条组织卖淫罪中的“卖淫”解释为以金钱交易为目的而出卖肉体, 包括同性、异性之间, 即包括男性与女性、男性与男性、女性与女性之间的性交易, 是类推解释

B. 将《刑法》第259条破坏军婚罪中“明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚”中的“同居”解释为长期通奸, 是扩大解释

C. 认为立法者制定拐卖妇女、儿童罪(《刑法》第240条)的目的是为了打击一切拐卖人口的行为、保护公民人身权利, 从而将甲谎称介绍好工作而将20多名男子拐卖到黑砖窑的行为, 认定为拐卖妇女、儿童罪, 是目的解释, 因此也是正确的解释

D. 根据1979年《刑法》将遗弃罪规定在破坏婚姻家庭罪中, 从而认为现行刑法规定的遗弃罪(《刑法》第261条)的对象只能是因婚姻家庭关系而被扶养的人, 而不能是其他被扶养的人, 这是历史解释; 但是, 认为现行刑法将该罪放在侵犯人身权利罪一章中, 这种变化决定了不履行所有法律扶养义务的行为都可构成本罪, 这也是历史解释。认为从现在法条规定层面上, 看不出遗弃罪的对象限定为家庭成员之间, 这是客观解释

【解析】A选项, 考查类推解释与扩大解释的区分。“卖淫”一词, 社会公众一般理解为女性向男性出卖肉体(一般文义); 将其解释为包括同性、异性之间的性交易, 没有突破“钱色交易”的性交易实质, 仍在该词的最大文义范围内, 可以包含到“卖淫”中去。不是类推解释, 是扩大解释。本选项说法错误。

B选项, 考查类推解释与扩大解释的区分。“同居”需以共同生活为目的、长期居住在一起, 同居男女之间具有一定权利义务关系。“通奸”是偶然为之, 并不长期居住在一起。二行为之间是并列关系, 不是包容关系, 是类推解释, 不是扩大解释。本选项说法错误。

C选项, 考查目的解释, 以及解释结果正确的标准。拐卖妇女、儿童罪的法益(保护目的)中包含了打击拐卖人口行为、保护公民人身权利的内容, 但是根据法条的具体规定, 其保护法益的准确内容是保护妇女、儿童的人身权利, 而不是保护所有“人口”。将“男子”解释到“妇女、儿童”, 是刑法禁止的类推解释。本选项说法错误。

〔1〕【答案】D

D 选项,考查历史解释、主观解释、客观解释。历史解释有两个方向,一是依照立法者原来的本意解释;另一是根据立法变动解释。在解释立场上,根据立法者立法时的本意解释,称为主观解释;根据刑法文本客观上可能具有含义(即当前社会公众的立场解释),是客观解释。本选项说法正确。

2. 关于刑法解释,以下说法正确的有()〔1〕

A. 将《刑法》第 258 条(重婚罪)“有配偶而重婚的,或者明知他人有配偶而与之结婚的”中的“重婚”“结婚”行为解释为包括事实婚姻,从而认定行为构成重婚罪,是刑法禁止的类推解释

B. 将故意打开他人家中的鸟笼,把他人豢养的名贵的观赏鸟放走的行为,解释为《刑法》第 275 条(故意毁坏财物罪)规定的故意“毁坏”财物,属于扩大解释

C. 《刑法》第 227 条第 2 款(倒卖车票、船票罪)规定倒卖车票、船票都构成犯罪,则按当然解释,倒卖飞机票行为的危害性更严重,也应构成犯罪;将飞机票解释到“车票、船票”之中属扩张解释,符合法律本意

D. 在对刑法中用语的含义进行文理解释时,虽要考虑该用词在日常生活中的含义,但文理解释不一定等同于日常含义。例如《刑法》第 262 条(拐骗儿童罪)中的“拐骗”可以包括为了自己收养而抢夺、抢劫、盗窃等

【解析】A 选项,考查类推解释与扩大解释的区分。刑法中的“重婚”行为是犯罪行为,并一定要求符合民法上婚姻的形式(登记婚)。事实婚姻行为,即以共同生活为目的、长期居住在一起、周围的群众也认为是夫妻的行为,具备婚姻的实质要求,可认为是“重婚”犯罪行为。没有超过用语的最大文义,是扩大解释而不是类推解释。本选项说法错误。

B 选项,考查类推解释与扩大解释的区分。“毁坏”一词,按效用毁损说,最大含义是“使财物功能减损”。使丧失使用可能性的行为,没有超过此词的最大含义,是扩大解释而不是类推解释。本选项说法正确。

C 选项,考查当然解释、类推解释。入罪则举轻以明重,确属当然解释。但“飞机票”与“车票、船票”是并列关系,类别不同,是刑法禁止的类推解释,解释结论错误。本选项说法错误。

D 选项,考查文理解释。文理解释是按用语的语义、语法等进行解释。文理解释确实要考虑该用词日常生活含义、以一般人的理解为基础出发,但不等同于日常含义。“拐骗”的文义是脱离家庭或者监护人。本选项说法正确。

3. 关于当然解释以及解释结论,以下说法正确的有()〔2〕

A. 在日常生活中人们习惯于将“拐骗”解释为欺骗,但在发生行为人以自己收养为目的而使用暴力夺取儿童的案件时,可以认为既然使用非暴力手段拐走儿童成立犯罪(拐骗儿童罪),使用暴力手段夺走儿童的行为更应当成立犯罪,这是当然解释所提供的理由;从而,《刑法》第 262 条中的“拐骗”可以解释为包括暴力、胁迫等强制方法使儿童脱离监护人,这是扩大解释的结论

B. 因为购买行为的法益侵害程度要轻于出卖行为,如果刑法规定只处罚出卖行为,则就不能处罚对应的购买行为;例如,刑法只处罚贩卖毒品、淫秽物品,销售侵权复制品、

〔1〕【答案】BD

〔2〕【答案】ABC

间谍专用器材和窃听窃照专用器材的行为,即不能将单纯购买毒品、淫秽物品、侵权复制品、间谍专用器材和窃听窃照专用器材的行为,认定为犯罪

C. 既然刑事被告人本人对自己的罪行作虚假供述或者亲手毁灭自己的犯罪证据的,不成立伪证罪、帮助毁灭证据罪;那么,举重以明轻,当刑事被告人以通常说情的方法教唆他人为自己作伪证或者毁灭证据时,就更不应当受处罚

D. 既然《刑法》第133条之一第1款第2项规定在道路上“醉酒驾驶机动车的”构成危险驾驶罪;那么,举轻以明重,醉酒驾驶飞机的,比醉酒驾驶机动车性质更为严重,也理应认定构成危险驾驶罪

【解析】A选项,属举轻以明重以入罪的当然解释;并且在解释结论是否属于类推解释的判断上,待解释的抢劫、抢夺行为,在被解释的字词“拐”的最大文义范围(脱离监护人之内),不属类推,故解释结论正确。本选项说法正确。

D选项,也属举轻以明重以入罪的当然解释;在解释结论是否属于类推解释的判断上,“机动车”的最大文义不能包括飞机,故而系类推解释,刑法禁止不利于被告人的类推解释,解释结论错误(当然此行为如果性质极其恶劣有可能涉嫌以危险方法危害公共安全罪)。本选项说法错误。

B选项, C选项,属举重以明轻的当然解释,虽也系类推解释,但刑法不禁止有利于被告人的类推解释,可以出罪。C选项,实行行为对教唆行为要重,出罪则举重以明轻,属当然解释。并且属于有利于行为人的类推解释,解释结论正确。刑事被告人本人对自己的罪行作虚假供述或者亲手毁灭自己的犯罪证据的,不成立伪证罪、帮助毁灭证据罪的原理,是因为具有责任阻却事由欠缺期待可能性。两选项说法均正确。

4. 有关刑法解释,有以下说法:①将《刑法》第341条(非法收购、运输、出售珍贵濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪)中“出售”,解释为“包括出卖和以营利为目的的加工利用行为”,是类推解释。②行为人甲杀害被害人乙后,为了伪造遭抢劫的假象,故意将乙的手机、黄金戒指置于公共场所使其被人拿走。将甲的该行为解释为毁坏财物,属于扩大解释。③对一个刑法条文或者一个刑法用语的解释,只能采用平义解释、扩大解释、缩小解释等解释技巧中的一种;但解释理由是可以多种多样,可以是文理解释、体系解释、历史解释、比较解释、目的解释等中的一种或多种。④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。例如,不能因为吸毒驾驶机动车的比醉酒驾驶机动车性质更为严重,就认定也构成危险驾驶罪。⑤文理解释和目的解释具有决定性,所有的刑法解释,都要从法条的文理开始,而且不能超出刑法用语可能具有的含义。在对一个法条可以做出两种以上的解释结论时,只能采纳符合法条目的的解释结论。⑥体系解释意味着对刑法的解释不仅要避免刑法规范的矛盾,而且也要避免价值判断的矛盾,但并不意味着对所有法条中的相同用词都要进行相同的解释。例如,《刑法》第237条(强制猥亵、侮辱罪)中的“侮辱”,与第246条(侮辱罪)中的“侮辱”,以及第302条(盗窃、侮辱、故意毁坏尸体、尸骨、骨灰罪)中的“侮辱”,含义就不相同。则以上说法正确的有()^[1]

A. ①②③④⑤⑥

B. ②③④

C. ②③④⑤⑥

D. ①②④⑥

【解析】①是扩大解释，“出售”（卖）的最大文义可以包容为卖为目的的加工利用。该句说法错误。②将“毁坏”解释为使物主人不能利用（功用丧失说），是扩大解释。该句说法正确。这两句考查类推解释与扩大解释的区分。③④⑤考查刑法解释的规则，参见方鹏著《华旭黑皮刑法讲义“刑法解释的规则”》内容。⑥考查体系解释。体系解释是依照前后文进行解释，要求前后文逻辑一致，但不要求相同用语在不同地方进行相同解释。刑法中很多用语在不同地方往往含义不同。该句说法正确。

考点2 罪刑法定原则

1. 关于罪刑法定原则，以下说法不正确的有()〔1〕

- A. 罪刑法定原则要求依照刑法条文严格解释刑法，因此不能有任何的扩张和限缩
- B. 刘某走私黄金12公斤入境偷逃关税数额较大，由于我国《刑法》第151条第2款规定的走私贵重金属罪要求走私出境，并且第153条规定的走私普通货物、物品罪要求走私对象是除贵重金属等物品“以外的货物、物品”，因此认定刘某构成走私普通货物、物品罪，违反罪刑法定原则
- C. 因为法不溯及既往，故对于新的立法解释、司法解释实施前发生的行为，行为时没有相关立法解释、司法解释，如立法解释、司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件，则不能依照新颁布的立法解释、司法解释的规定办理
- D. 司法实践认定犯罪时，入罪（认定行为人有罪）要求遵守罪刑法定原则，出罪（认定行为人无罪）也要求遵守罪刑法定原则，亦即，如果行为该当构成要件又不具刑法明文规定的法定违法阻却事由和法定责任阻却事由，就绝对不能出罪

【解析】A选项，前半句说法正确。后半句说法错误，严格解释刑法的含义，并非是机械地解释刑法、只能进行平义解释。完全可以扩张、限缩解释。

B选项，《刑法》第153条规定的走私普通货物、物品罪要求走私对象是除贵重金属等物品“以外的货物、物品”，其中“以外的货物、物品”指依照海关法自由进口或出口的物品。贵重金属在出口时是限制出口物品，在进口时是自由进口物品。故进口黄金时属“以外的货物、物品”；如偷逃关税数额较大，可构成走私普通货物、物品罪。

C选项，法不溯及既往中的“法”指刑法（刑法典和单行刑法），不包括立法解释、司法解释。立法解释、司法解释的效力依附于刑法，见《最高人民法院、最高人民检察院关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》：“对于司法解释实施前发生的行为，行为时没有相关司法解释，司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件，依照司法解释的规定办理。”

D选项，罪刑法定原则是对入罪（认定行为人有罪）的限制。出罪无需遵守罪刑法定原则，对于特殊具体案件，如果存在刑法没有明文规定的超法规违法阻却和责任阻却的事由，可以出罪。

2. 关于罪刑法定原则，有以下观点：

- ①罪刑法定原则只是对司法者的限制，对于立法者，在立法时不受该条规范的限制。
- ②根据《刑法》第3条前半句的规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑”，只要行为符合刑法规定的犯罪构成，就一律应以犯罪论处，而绝对不能不认定为犯

〔1〕【答案】ABCD

罪,这也是罪刑法定原则的必然内容。

③保障人权是罪刑法定原则的理论基础之一,故而,应当禁止一切不利于被告人的解释,扩大解释如果不利于被告人,也应当予以禁止。例如,将签发与预留签名、密码不符的支票骗取钱财的行为,解释为《刑法》第194条第1款(票据诈骗罪)签发与预留“印鉴”不符的支票骗取钱财,是不利于被告人的扩大解释,应当禁止。

④罪刑法定原则要求严格适用刑法,例如,因为我国刑法没有明文规定溺婴罪,故而不能将父母实施的溺婴行为,认定为犯罪。

⑤《刑法》第385条所规定的受贿罪,并没有将收受、索取贿赂限制为给自己。所以,对于国家工作人员甲要求请托人乙向第三者丙提供贿赂的行为,认定为受贿罪,这并不违反罪刑法定原则。

⑥有利于被告人是罪刑法定原则的应有之义,在遇到法律疑问时,应当坚持有利于被告人作为解释原则。例如,甲为泄私愤,侵入他人的股票委托交易账户并篡改密码,在他人账户内高价买进后低价卖出,造成他人财产损失的行为,因为将其认定为“毁坏”“财物”存疑,故不能认定甲成立故意毁坏财物罪。

⑦犯罪的本质是社会危害性,只要社会危害性严重,即使没有刑法规定,也可定罪处罚。例如,教唆他人自伤身体的,比教唆他人吸食注射毒品的更为严重,具有更大的社会危害性,也理应认定为犯罪。

则关于以上观点()〔1〕

A. 观点①②③④⑤⑥⑦均正确

B. 观点②③⑤⑥正确;①④⑦错误

C. 观点②⑤正确;①③④⑥⑦错误

D. 观点⑤正确;①②③④⑥⑦错误

【解析】①罪刑法定原则适用于立法、司法、执法整个过程。②罪刑法定原则只是对“入罪”即认定有罪的限制,“出罪”即宣告被告人无罪不一定要求有法律明文规定,符合犯罪构成要件仍可以特殊原因而出罪。③⑥存疑有利于被告人原则只适用于事实存疑,法律解释存疑时不适用该原则。④严格适用刑法并不意味着不能对刑法进行解释。⑤刑法没有规定受贿罪必须收受、索取贿赂限制为给自己,此适用情况当然不违反刑法规定。⑦罪刑法定原则基本含义是法有明文规定才能定罪,而不是社会危害性严重就定罪。

3. 有关罪刑均衡原则,说法正确的是()〔2〕

A. 罪刑均衡原则的含义是刑罚与已然之罪(包括客观违法性和主观责任)、未然之罪(人身危险性)相适应

B. 罪刑均衡原则并不排斥刑罚个别化原则

C. 在刑罚执行阶段,根据悔罪表现缩短刑期、附条件释放,符合罪刑均衡原则

D. 罪刑均衡原则要求防卫重刑主义,将量刑和定罪置于同等重要的地位

【解析】上述四项均为罪刑均衡原则的内容。

考点3 刑法的效力

1. A国公民甲在B国境内劫持我国军用航空器,试图进入C国,但在强行驾机飞越公海时,油料耗尽,飞机只得迫降在海面上,被我国海军抓获。关于本案的管辖及法律适用,

〔1〕【答案】D

〔2〕【答案】ABCD

说法正确的是()〔1〕

- A. 适用《刑法》第6条第2款属地管辖 B. 适用《刑法》第8条保护管辖
C. 适用《刑法》第9条普遍管辖 D. 不能适用我国刑法进行管辖

【解析】A选项,《刑法》第6条第2款规定“凡在中华人民共和国船舶或者空器内犯罪的,也适用本法”,此为拟制的属地管辖,可适用。

B选项,《刑法》第8条保护管辖适用于外国人在中国领域外对中国国家或者公民犯罪,本案是在中国领域内(我国航空器内)。

C选项,不适用《刑法》第9条普遍管辖。一则,我国参加的是惩治劫持民用航空器的国际公约,不包括国家航空器;二则,普遍管辖也适用于中国领域外的犯罪,本案是在中国领域内(我国航空器内)。

2. 关于刑法空间效力,以下说法正确的有()〔2〕

A. 当开往A国的我国铁路客车行驶于B国境内时,A国公民甲与C国公民乙因争抢靠窗口的座位而发生斗殴,甲愤怒之下用刀将乙捅死。则对甲的犯罪行为不能适用我国刑法

B. 我国公民乙在A国开设赌场,主要吸引我国公民赌博,由于该行为在A国不构成犯罪,如果依我国刑法也只能处3年以下有期徒刑。则对乙的行为不能适用我国刑法

C. A国人丙在B国境内对外出旅游的我国公民张某实施抢劫,则我国对丙的犯罪行为行使刑事管辖权根据的是保护管辖

D. A国人丁在我国境内购买毒药后到B国境内毒杀B国人李某,由于犯罪行为未发生在我国境内,对丁的行为不能适用我国刑法

【解析】A选项,系“火车”,不属《刑法》第6条第2款规定“航空器、船舶”。

B选项,《刑法》第7条规定的是“可以不予追究”,反义解释,也可以追究。另见《最高人民法院、最高人民检察院关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第3条。

C选项,受害人是我国公民,系外国人在中国领域外对中国国家或者公民犯罪,适用《刑法》第8条保护管辖。

D选项,犯罪预备行为地为我国,尽管实行行为发生在国外,属于《刑法》第6条第2款规定的“犯罪的行为或者结果有一项”发生在中国,可以适用属地管辖。

3. 关于我国刑法的空间效力,以下说法正确的有()〔3〕

A. 某省公安厅厅长于某去加拿大探亲期间,在加拿大肆意诽谤他人,情节严重,按照我国刑法应当处3年以下有期徒刑,应当适用我国刑法

B. 中国公民冯某去日本留学期间,故意毁坏他人财物,按照我国刑法应处3年以下有期徒刑,可以适用我国刑法追究

C. 美国人汤姆在日本杀害了一名中国人,已被日本法院判处有期徒刑10年,刑满释放后旅游来到中国,我国仍然可以追究

D. 中国公民张三在泰缅边境贩卖毒品,发达后放弃中国国籍归化为越南人,回中国省亲,可以适用我国刑法对其贩毒行为进行追究

〔1〕【答案】A

〔2〕【答案】AC

〔3〕【答案】ABCD

【解析】A选项，国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯我国刑法规定之罪的，“应当适用我国刑法”。

B选项，普通公民在国外犯罪，按我国刑法规定的最高刑为3年以下有期徒刑的，“可以不予追究”，当然也可以追究。

C选项，《刑法》第8条，美国人在我国域外犯罪，由于针对中国公民，因此我国有保护管辖权；《刑法》第10条，我国有管辖权的案件，无论中国人犯罪还是外国人犯罪，虽经审判，“仍然可以追究”。

D选项，对于贩卖毒品罪至少可以普遍管辖。但对于本选项，实际适用的是属人管辖，《刑法》第7条属人管辖规定的“中国公民”，无论是行为时还是审判时是中国公民均可。

4. 关于刑法时间效力，以下说法正确的有()〔1〕

A. 甲在取消“嫖宿幼女罪”罪名的《刑法修正案（九）》生效之前实施了嫖宿幼女的行为，但在此修正案生效之后审判，对其行为应从旧法认定为嫖宿幼女罪，而不按修正之后认定为强奸罪

B. 乙在修正“强制猥亵、侮辱罪”并将犯罪对象由“妇女”修正为“他人”的《刑法修正案（九）》生效之前实施了强制猥亵男子的行为，但在此修正案生效之后审判，对其行为应从旧法不能认定为犯罪

C. 丙在将“出售、非法提供公民个人信息罪”罪名修正为“侵犯公民个人信息罪”的《刑法修正案（九）》生效之前实施了出售公民个人信息的行为，但在此修正案生效之后审判，对其行为应认定为侵犯公民个人信息罪

D. 丁在《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害文物管理等刑事案件适用法律若干问题的解释》（其中将《刑法》第326条规定的“倒卖”解释为“出售或者为出售而收购、运输、储存”）生效之前，实施了单方面出售文物（没有“先买后卖”）的行为，但在此司法解释生效之后审判，对其行为仍应认定为犯罪

【解析】A选项、C选项，如构成要件和刑罚无变化，则应按审判时新修订的罪名进行认定。

B选项，为增加的新条款的新规定（增加了犯罪对象——男子），行为时的刑法不认为构成犯罪，则应从旧法不认定为犯罪。

D选项，立法解释、司法解释的效力依附于刑法，与被解释的法条相同。见《最高人民法院、最高人民检察院关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》：“对于司法解释实施前发生的行为，行为时没有相关司法解释，司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件，依照司法解释的规定办理。”

5. 关于《刑法修正案（九）》修正内容的时间效力，以下说法不正确的有()〔2〕

A. 幼儿园老师甲自2015年1月1日起开始虐待其看护的小朋友A某，直至2016年6月1日案发时才停手，则对甲进行审判，不能依照修正之后的刑法条文认定甲构成虐待被监护、看护人罪，而应认定其无罪

B. 乙在《刑法修正案（九）》生效之前强奸B女（一般情节）后强迫其卖淫，在《刑法修正案（九）》生效之后对甲进行审判，则应当适用修正之前的刑法条文，可以判处乙

〔1〕【答案】BCD

〔2〕【答案】ABC



死刑

C. 丙在《刑法修正案（九）》生效之前实施集资诈骗犯罪数额特别巨大，一审以集资诈骗罪判处死刑，丙不服提起上诉，在《刑法修正案（九）》生效之后对丙进行二审，则二审应当适用修正之前的刑法条文，维持死刑判决

D. 丁于2010~2014年间受贿数额特别巨大，罪行极其严重，法院于2015年11月2日进行审判，认为根据修正前刑法判处死刑缓期执行不能体现罪刑相适应原则，遂根据修正之后的《刑法》第383条第4款判处死刑缓期执行同时决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后，终身监禁，不得减刑、假释，法院的判决正确

【解析】A选项，《刑法修正案（九）》生效之前，虐待被监护、看护人的行为不构成犯罪。但本案的行为由《刑法修正案（九）》生效之前继续至《刑法修正案（九）》生效之后，继续犯是以行为终了时认定“行为时”。故应当以行为时的刑法即《刑法修正案（九）》认定行为人构成犯罪。

B选项，《刑法修正案（九）》生效之前，强奸妇女后强迫卖淫构成强迫卖淫罪一罪，最高刑为死刑，生效之后构成强迫卖淫罪、强奸罪（一般情节）两罪，最高刑是无期。“新法”（审判时法）是轻法，应依新法认定乙构成强迫卖淫罪、强奸罪两罪，数罪并罚。

C选项，《刑法修正案（九）》生效之前，集资诈骗罪最高刑为死刑，生效之后最高刑为无期；因二审时属“审判时”，故应依新法不能判处死刑。

D选项，根据《最高人民法院关于〈中华人民共和国刑法修正案（九）〉时间效力问题的解释》第8条，对于2015年10月31日以前实施贪污、受贿行为，罪行极其严重，根据修正前刑法判处死刑缓期执行不能体现罪刑相适应原则，而根据修正后刑法判处死刑缓期执行同时决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后，终身监禁，不得减刑、假释可以罚当其罪的，适用修正后《刑法》第383条第4款的规定。根据修正前刑法判处死刑缓期执行足以罚当其罪的，不适用修正后《刑法》第383条第4款的规定。故而，法院的判决正确。

第二章 犯罪概说

考点4 犯罪构成理论（客观不法—主观责任）

1. 关于犯罪认定以及犯罪认定的推理过程，以下说法正确的有（ ）〔1〕

A. 甲因与乙争夺领导职位，故意捏造乙贪污的事实向监察委员会举报，出乎甲的意料，乙竟然真的贪污、举报的事实居然属实，则甲具有诬告陷害的故意，构成诬告陷害罪未遂

B. 13 周岁的张三贩卖毒品得钱 100 万，告知李四真实来源让其帮助开设账户存在银行，后张三死亡。尽管不能追究张三的刑事责任，但李四仍可构成洗钱罪

C. 《刑法》第 64 条规定，“犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔”；其中的“犯罪分子”是指客观上实施了犯罪行为的人。10 周岁的李某盗窃得到 10 万，也应当予以追缴或者责令退赔

D. 紧急避险不是不法行为，故而不能对紧急避险主张正当防卫；但避险过当是不法行为，故而理论上对于紧迫性的避险过当可以主张正当防卫

【解析】A 选项，犯罪判断先客观后主观，如客观上没有实施危害行为，即使主观上有故意，也不能构成犯罪。本案在客观乙真的贪污、甲举报的事实属实，不构成诬告陷害罪既遂。并且，也没有诬告陷害的可能，不认为实施“诬告陷害”行为，不是未遂，而是不能犯。

B 选项，上游“犯罪事实”（不法事实）存在，就可追究下游洗钱罪的责任。说法正确。

C 选项，刑法总则中规定的“犯罪”，通常是指“客观不法”（即实施了犯罪危害行为）的含义。

D 选项，说法正确，正当防卫的起因条件是“不法侵害”。紧急避险指的是完全符合避险条件、阻却违法的情况；避险过当不能阻却违法性，虽有些情形危急行为人迫不得已可因欠缺期待可能性而阻却责任，但仍认为避险过当是不法行为。

2. 关于犯罪认定以及犯罪认定的推理过程，以下说法不正确的有（ ）〔2〕

A. 甲杀人后逃跑，因身上有血迹，甲被便衣警察程某盘查。程某上前拽住甲的衣领，试图将其带走。甲怀疑遇上劫匪，与程某扭打。甲的朋友乙开黑车经过此地，见状停车，和甲一起殴打程某。程某边退边说：“你们不要乱来，我是警察。”甲对乙说：“别听他的，假警察该打。”乙听信而将程某打倒摔成轻伤。则乙构成妨害公务罪

B. 孙某敲诈勒索赵某，让其将一幅名画（价值 800 万元）交给自己。赵某将一幅赝品（价值 8000 元）交给孙某。孙某误以为是真品，以 600 万元的价格卖给李某。李某发现自己购买了赝品，向公安机关告发孙某。则孙某对李某可构成诈骗罪

〔1〕【答案】BCD

〔2〕【答案】ABCD

C. 国有公司A公司的国家工作人员甲、乙与社会人员丙勾结,欲图将A公司的公款26万元汇至丙的账户贪为己有。甲、乙还未将公款汇出时,丙便提前将自己账户上的26万元现金汇至乙的个人账户,乙随即让事后知情的妻子丁去银行取出26万元现金。则丁构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪

D. 陈某与赵某没有债权债务关系,却勾结高某,对高某谎称赵某欠自己10万元货款未还,请高某协助索要;高某遂以谈生意为名把赵某诱骗到稻香楼宾馆某房间,将赵某扣押,高某对赵某拳打脚踢,强迫赵某拿钱。则高某构成抢劫罪

【解析】A选项,甲、乙的行为系假想防卫。假想防卫视情况成立过失犯罪或意外事件。在本案中,甲、乙在程某明确告知是警察的情况下,仍然对被害人使用暴力,主观上有过失。但是,过失行为只有在造成重伤结果的情况下,才构成犯罪。甲、乙仅造成轻伤结果,因此,对于事实二,甲、乙均无罪。乙也不构成妨害公务罪,因其主观上误认为程某是假警察,没有妨害公务罪的故意。

B选项,孙某出卖赝品的行为不构成诈骗罪,尽管客观上出卖的是赝品,但孙某以为出卖的是名画,主观上不具有诈骗故意。

C选项,丁将26万元取出的行为,不构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪,因为该26万元客观上不是贪污犯罪所得,也不是其他犯罪所得。丁也不成立贪污罪的共犯,因为丁取出26万元时该26万元不是贪污犯罪所得。

D选项,高某构成非法拘禁罪。高某客观上实施有拘禁(绑架)行为,但主观上并无勒索目的,而误以为是索要债务。根据《刑法》第238条第3款的规定,为索取债务非法扣押、拘禁他人的,构成非法拘禁罪。

3. 关于犯罪认定以及罪名认定,以下说法正确的有() [1]

A. 甲误将淫秽光盘当作普通光盘走私入境。虽不构成走私淫秽物品罪,但如按照普通光盘计算,其偷逃应缴税额较大时,应认定为走私普通货物、物品罪

B. 甲以为是劣药而销售,但实际上销售了假药,且对人体健康造成严重危害。法院以销售劣药罪定罪处罚

C. 甲明知香肠不符合安全标准,足以造成严重食源性疾患,但误以为没有毒害而销售,事实上香肠中掺有有毒的非食品原料。对甲应以销售不符合安全标准的食品罪论处

D. 甲误认为路边的拖杆箱为其他行人遗忘的,顺手将其拿走,实际上拖杆箱的主人在旁边的公厕里上厕所。甲构成盗窃罪

【解析】A选项,行为人客观上实施了走私淫秽物品的行为,主观上未认识到对象为淫秽光盘,没有走私淫秽物品的故意,不构成走私淫秽物品罪。但淫秽物品与普通货物、物品是特别与一般的关系,行为人主观上有走私普通货物、物品的故意,如果偷逃应缴税额较大的,主客观统一可重合于走私普通货物、物品罪。本选项说法正确。

B选项,客观上实施了销售假药行为,主观上具有销售劣药罪的故意;主客观统一,销售假药行为可包容销售劣药行为,统一为销售劣药罪;该罪系结果犯,本案情形造成严重危害,可构成该罪。本选项说法正确。

C选项,客观上销售了有毒食品,主观上具有销售不符合安全标准食品的故意,客观不法主观责任统一于销售不符合安全标准的食品罪。本选项说法正确。

[1] 【答案】ABC

D 选项, 客观上实施了盗窃行为, 主观上没有盗窃他人财物的故意, 不构成盗窃罪; 主观上具有侵占罪故意, 根据主客观相统一的原则, 甲的行为成立侵占罪。本选项说法错误。

4. 关于犯罪成立的判断, 以下说法错误的有()〔1〕

A. 甲希望乙死于航空事故, 就极力劝说乙乘坐飞机; 果然乙乘坐的飞机出现航空事故, 乙在空难中死亡; 则甲的劝说行为是杀人行为, 其构成故意杀人罪既遂

B. 甲欲图杀害丙, 将想法告诉乙, 乙听说后让甲不要太极端, 将丙打残就行; 甲接受乙的建议将丙打成重伤。则乙构成故意伤害罪的教唆犯

C. 甲因生活到了走投无路的地步, 想进监狱, 便用外衣把报纸包起来, 做成炸药包的形状带到某银行储蓄所, 把东西放在银行柜台上, 递给储蓄员一张储蓄凭条, 上面写着: “打劫, 我手里是 1.5 公斤矿场高爆炸药, 给我 10 万元现金”, 警察赶来后甲马上投案, 要求进监狱, 则甲构成抢劫罪

D. 甲以虚假身份证明到某服装公司应聘驾驶员, 上班后在某次出车途中, 临时起意将车开回占为己有, 后私自出卖获利 10 万元, 则甲构成诈骗罪

【解析】A 选项, 考查危害行为的判断, 飞机掉下来的概率极小, 不能认为劝人坐飞机的行为是危害行为; 尽管主观上有故意, 也不认为构成犯罪。

B 选项, 考查危害行为的判断, 甲原有杀人故意, 乙的劝说行为使其改变为伤害故意, 因杀人故意本身就包容伤害故意, 乙没有创设新风险, 反而降低了风险, 不是危害行为(教唆行为), 不构成教唆犯。

C 选项, 考查客观不法与主观责任相统一(主客观相统一), 客观上实施了抢劫行为, 但主观上无抢劫故意, 构成投放虚假的危险物质罪。

D 选项, 考查行为与责任同时性原则, 行为人实施客观诈骗行为时主观上没在非法占有目的, 骗得的是工作机会而不是财物, 不构成诈骗罪; 主观上具有非法占有目的时, 客观上财物因利用工作便利职务侵占行为获取, 而未实施诈骗行为, 主客观统一构成职务侵占罪。

考点 5 构成要件要素的分类

1. 《刑法》第 243 条(诬告陷害罪)第 1 至 3 款规定: “捏造事实诬告陷害他人, 意图使他人受刑事追究, 情节严重的, 处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制; 造成严重后果的, 处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。”“国家机关工作人员犯前款罪的, 从重处罚。”“不是有意诬陷, 而是错告, 或者检举失实的, 不适用前两款的规定。”对于此法条, 以下说法正确的有()〔2〕

A. 第 1 款“捏造事实”“诬告陷害”系客观的构成要件要素、规范的构成要件要素, “他人”系记述的构成要件要素

B. 第 1 款“意图使他人受刑事追究”系主观的构成要件要素、记述的构成要件要素, “情节严重”系规范的构成要件要素

C. 第 2 款“国家机关工作人员”系客观的构成要件要素、规范的构成要件要素

D. 第 3 款“不是有意诬陷, 而是错告, 或者检举失实的, 不适用前两款的规定”, 系

〔1〕【答案】ABCD

〔2〕【答案】BC

客观的构成要件要素、消极构成要件要素

【解析】(1)“捏造事实”“诬告陷害”“他人”“国家机关工作人员”系客观的构成要件要素；“意图使他人受刑事追究”系主观的构成要件要素。

(2)“捏造事实”“诬告陷害”“他人”“意图使他人受刑事追究”系记述的构成要件要素；“情节严重”“国家机关工作人员”系规范的构成要件要素。

(3)第3款“不是有意诬陷，而是错告，或者检举失实的，不适用前两款的规定”，是对故意要素（积极要素）的反义解释，不是消极构成要件要素。

2. 关于构成要件要素的分类，说法正确的有()〔1〕

A. 依法从事公务中的“依法”、滥伐林木中的“滥伐”、以危险方法危害公共安全中的“危险方法”、恶劣影响中的“恶劣”、“特别残忍”均为规范的构成要件要素；毒品、幼女均为记述的构成要件要素

B. 非法占有目的在贷款诈骗罪（《刑法》第193条）中是成文的构成要件要素，但在诈骗罪（《刑法》第266条）是不成文的构成要件要素

C. 《刑法》第401条（徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪）规定“司法工作人员徇私舞弊，对不符合减刑、假释、暂予监外执行条件的罪犯，予以减刑、假释或者暂予监外执行的，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑”。其中的“徇私”是主观的构成要件要素，“舞弊”是客观的构成要件要素

D. 《刑法》第306条（辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪）第2款规定“辩护人、诉讼代理人提供、出示、引用的证人证言或者其他证据失实，不是有意伪造的，不属于伪造证据”，属于消极构成要件要素

【解析】A选项，“依法”需依法律判断，“滥伐”是社会意义概念，“危险方法”是经验事实判断，“恶劣”“残忍”价值相关概念，均为规范要素。毒品、幼女，大众判断一致，为记述要素。

B选项，贷款诈骗罪（《刑法》第193条）明文规定了“非法占有目的”，是成文要素；而诈骗罪（《刑法》第266条）没有明文规定，是不成文要素。

C选项，“徇私”是主观动机要素，是主观要素；“舞弊”一词是对该客观具体渎职行为的归纳和概括，是客观要素。

D选项，“不是有意”说明行为是过失，此项是对积极要素“故意”的提示（即反面解释：不具备故意要素的不构成本罪），不属于消极要素。

〔1〕【答案】ABC