刑法总论

第一章　刑法概述

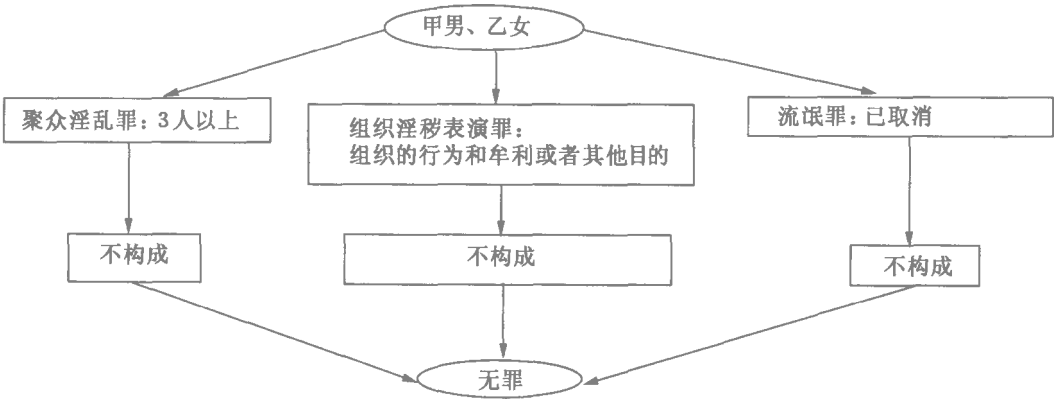
1. 罪刑法定原则的内涵是“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”。（《刑法》第 17 条、301 条、365 条）

【案例】甲男、乙女两青年，星期天在公园里公开发生性关系，结果导致周围的游客极大愤慨，纷纷要求有关司法机关予以严重惩罚。问：甲、乙的行为如何定性？（　）

A. 聚众淫乱罪　　B. 组织淫秽表演罪　　C. 流氓罪　　D 无罪

【参考答案】　D。

【思路与解析】本案解决的途径就是严格按照罪刑法定原则的要求，法律有明文将其规定为犯罪的，就定罪；法律如果无明文将其规定为犯罪的，则不能定罪。



根据《刑法》第 301 条的规定，聚众淫乱罪，是指聚集 3 人以上进行淫乱或者多次参加 3 人以上的淫乱活动的行为。本案不存在 3 人以上，所以不能成立聚众淫乱罪，即排除选项 A。

至于组织淫秽表演罪，根据《刑法》第 365 条的规定，是指组织进行淫秽性演出的行为。其主观方面一般具有牟利的目的，也有出于其他目的的，如招徕生意，促销产品或者满足特殊对象的要求而获得其他非法利益。但是本罪即使具有表演的嫌疑，也不是组织表演的行为，后者表现为策划表演，纠集、招募雇佣者，寻找、租用表演场地，招徕观众等行为。二人更不具备牟利或者其他目的，所以不构成组织淫秽表演罪，排除选项 B。

至于流氓罪在 1997 年刑法典中已经取消了，所以不在考虑范围之内。

最后只剩下正确选项 D。甲男、乙女的行为虽然社会危害比较严重，但是还限于道德的范围之内，现行《刑法》对此还没有将其规定为犯罪。

【应注意的问题】罪刑法定原则涉及到对罪与非罪的理解，在判断行为是否构成犯罪时，我们的出发点应该是法律，而不是道德的义愤。

2. 罪刑法定原则的“法”既包括总则也包括分则的知识。〔2000，卷二单选第 25 题；《刑法》第 17 条、232 条、239 条）

【案例】被告人 A（男，于 1985 年 8 月 13 日出生），于 2001 年 6 月 7 日，为“找点零用钱用”，将邻居王某一岁的儿子 B 偷出，然后打电话向王某勒索 8 万元，杀害了 B，后因恐惧向公

需要全本请访问 www.ertongbook.com

安机关自首。

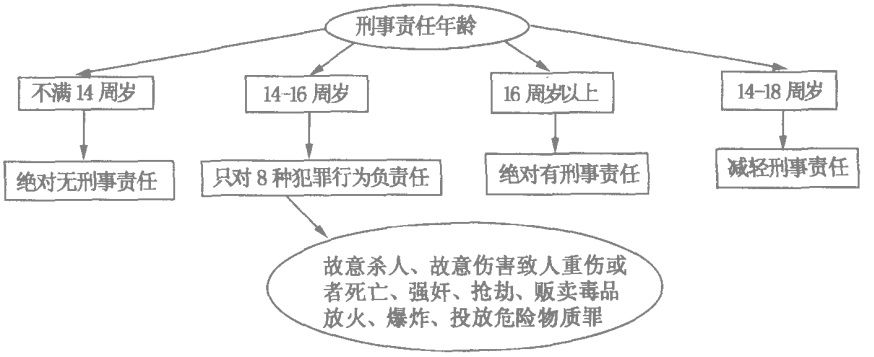
A. 被告人王某应当负刑事责任　　B. 被告人王某不应当负刑事责任

C. 被告人王某构成绑架罪　　D. 被告人王某构成故意杀人罪

【参考答案】 A、D。

【思路与解析】在阅读完案例后要弄清出题人的目的实际上是要考你对罪刑法定原则的把握。可以把本题选项转化成两个问题，一是被告人应不应当负刑事责任，二是如果应当负刑事责任，那又应当负何种刑事责任。只要我们紧紧抓住总则中“罪刑法定原则”的内涵，再结合分则对此罪与彼罪的规定，问题便迎刃而解了。

首先解决此问题需具备的一个背景知识就是刑法第 17 条关于刑事责任年龄的规定。根据刑法第 17 条的规定，我们可以做如下划分：



在本案中，王某已满 14 周岁，但不满 16 周岁，应该对 8 种犯罪行为负刑事责任。根据全国人大法工委的相关文件，这里是指八种行为，而不是指八种具体罪名，因此，14－16 周岁的人在绑架过程中杀人的，对绑架行为虽然根据《刑法》第 17 条第 2 款的规定不论处，但对杀人行为应负刑事责任。因此，王某的行为是不能论以绑架罪，但构成故意杀人罪。据此，正确答案应是 A、D。

【应注意的问题】(1) 解完此题，应该可以让我们体会到在解题过程中应该注意：罪刑法定原则中的“法”，既包括总则知识，也包括分则知识。解题中我们应该注意贯穿分则和总则的知识，不要一知半解。司法考试题目陷阱很多，一定要多长个心眼。

(2) 刑法第 17 条第 2 款中的八种行为，除绑架中杀人行为外，常见的还有 14－16 周岁的人在拐卖妇女过程中强奸妇女的情况，这种情况下，行为人仅对强奸行为负刑事责任。

(3) 另需注意，八种行为中不包括决水行为、制造毒品行为等。

3. 属地原则与保护原则、普遍管辖原则的内涵不同。（《刑法》第 6 条）

【案例】一艘悬挂我国国旗的客轮停泊在英国某港口时，在轮船上的一美国乘客甲某遭遇到在岸上的英国公民乙某枪击身亡。下列哪种说法是正确的：

A. 对乙某根据属地原则，适用我国刑法

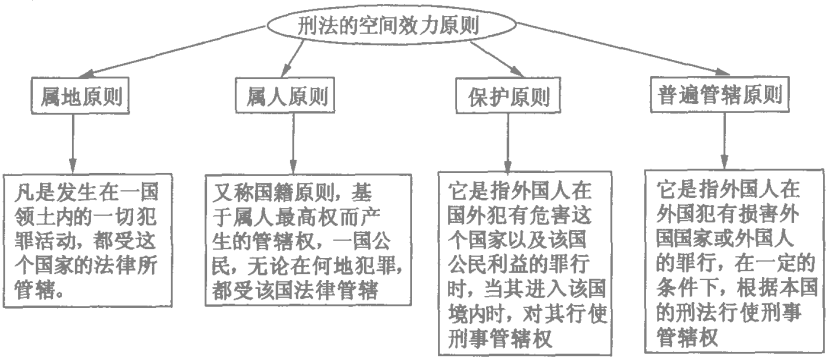
B. 对乙某根据保护原则，适用我国刑法

C. 对乙某根据普遍管辖原则，适用我国刑法

D. 对乙某谋杀案，我国没有管辖权

【参考答案】 A。

【思路与解析】根据题目，分别理清我国《刑法》空间效力各原则的含义，答案便轻松得出。



我国《刑法》第 6 条规定："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，都适用本法。凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，也适用本法。犯罪的行为或者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。"这便是我国《刑法》中规定的属地原则。根据该规定，可以判断 A 为正确答案。

再看 B 项，保护原则的涵义，它是指外国人在国外犯有危害这个国家以及该国公民利益的罪行时，当其进入该国境内时，对其行使刑事管辖权。在本案中，很显然，是美国公民受伤，既不是我国公民、也不是我国国家利益受损。所以 B 项不选。

C 项涉及的是普遍管辖原则，它是指外国人在外国犯有损害外国国家或外国人的罪行，在一定的条件下，根据本国的刑法行使刑事管辖权。应当指出的是，该案发生在悬挂我国国旗的客轮上，客轮亦属我国领土范围，所以该案并不属于发生在外国的罪行，所以不适用普遍管辖原则。

最后 D 项，与 A 项相排斥，我们已经得出 A 项是正确答案，故 D 错误。

【应注意的问题】对刑法空间效力的各项原则要熟悉，而且要搞清每个原则的适用对象和范围。常见考查的问题还有属人原则和保护原则的适用条件，应适当注意。

4. 我国《刑法》的溯及力原则是从旧兼从轻。（《刑法》第 12 条、384 条、《关于惩治贪污贿赂罪的补充规定》第 3 条）

【案例】冯某，原为某银行信用卡业务部工作人员。1995 年 8 月，冯某与人成立公司，由冯某出资 10 万元。冯某在缺乏经营所需资金的情况下，利用职务之便，违规擅自用信用卡透支资金进行经营活动。其中，1995 年 8 月到 12 月，冯用张某的 10 张信用卡共透支 100 余万元，方法是使用信用卡透支，又反复转卡盖章，至案发时，冯实际授权透支总额为 70 余万元，案发后，冯某实际退款 45 万元，尚有 25 万元未退还，某市人民检察院于 1997 年 9 月以冯犯挪用公款罪和贪污罪提起公诉，法院到 1997 年 10 月 7 日审结此案。

问：法院应该以何种罪名对被告人冯某定罪处刑？

【参考答案】法院应该以挪用公款罪对被告人定罪处刑。

【思路与解析】本题给出了众多的时间概念，而 1997 年正是新旧刑法的分界线，明确新刑法于 1997 年 10 月 1 日起施行，对解决本题有关键作用。结合我国刑法的溯及力原则即可得出正确答案。

前　　后

1997 年 8 月、1997 年 9 月 ← 新刑法施行（1997 年 10 月 1 日） → 1997 年 10 月 7 日

所谓溯及力，是指《刑法》生效后，对于未经判决或者判决尚未确定的行为是否适用的问题。综观现代各国刑事立法关于溯及力的规定，存在如下原则：从旧、从新、从旧兼从轻、从

新兼从轻，我国采取的是从旧兼从轻的原则。

本案中，被告人冯某行为的发生时间和检察机关的起诉时间均在 1997 年《刑法》施行以前，所以检察机关只能依照当时的有关刑事法律追究两被告人的刑事责任，按照两被告人行为时的法律，即全国人大常委会《关于惩治贪污贿赂罪的补充规定》（以下简称《补充规定》）第 3 条的规定：“挪用公款数额较大不退还的，以贪污罪论处。”本案被告人挪用公款案发后尚有 25 万元不退还，根据上述规定，检察机关指控两被告人犯有挪用公款罪和贪污罪是正确的。但是，当案件起诉到法院之后，审理期间，修订后的刑法已经生效，此时对两被告人的行为究竟是使用《补充规定》还是适用修订后的 1997 年刑法，就成为应当考虑的问题。

依照修订后的《刑法》第 12 条规定的从旧兼从轻原则，在适用法律上必须将新旧刑法对挪用公款罪的处刑轻重进行比较。《补充规定》第 3 条和修订后的《刑法》第 384 条都规定挪用公款“情节严重的，处 5 年以上有期徒刑”，但前者规定挪用公款数额较大不退还的，以贪污论处；而后者只规定“挪用公款数额巨大不退还的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑”，不再以贪污论处，两者相比较，前者的处刑显然重于后者。因此，法院应依照“从旧兼从轻”的原则，结合本案的实际情况，对两被告人的行为使用修订后的《刑法》第 384 条，以挪用公款罪对被告人定罪处刑。

【应注意的问题】(1) 要注重基本知识的牢固掌握，很多同学可能整天在高谈阔论刑法理论，却不知我国新《刑法》何时开始施行。

(2) 刑法的从旧兼从轻原则，不是一个空洞的概念，考察时一般要结合具体法条的规定。

(3) 另外注意，根据有关司法解释，1997 年 9 月 30 以前犯罪，1997 年 10 月 1 日以后仍在服刑的累犯以及因杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力性犯罪被判处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，适用修订前的刑法第 73 条的规定，即可以假释。

5. 从旧兼从轻原则的适用对象只包括《刑法》生效以前尚未审判的案件或者判决尚未确定的案件。(《刑法》第 12 条)

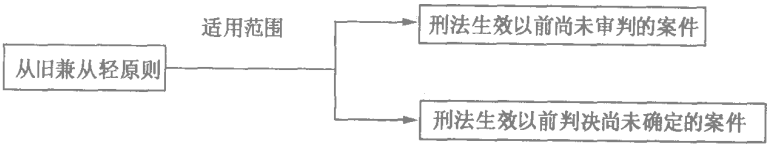
【案例】赵某因倒卖外汇于 1995 年 9 月被法院以投机倒把罪判处有期徒刑 5 年。修订后的刑法实施后，赵某提出申诉，理由是现行刑法无此罪名，要求改判无罪，问法院应当如何处理。

A. 撤消原判，改判无罪　　B. 释放并给予国家赔偿

C. 驳回申诉，维持原判　　D. 考虑赵某已服刑 2 年，改判有期徒刑 2 年并释放。

【参考答案】 C。

【思路与解析】题干中明显涉及新旧刑法对该案的适用。关键是新刑法对该案是否适用，那么新刑法的效力原则是什么？从旧兼从轻。但是考虑到从旧兼从轻原则的具体内涵，我们就会知道不能把这当作一个机械的原则。



从旧兼从轻原则是指就是指刑法对它生效以前未经审判或者判决尚未确定的行为原则上不生效，但是新《刑法》中处刑较轻的，则适用新《刑法》。粗心的解题者可能根据这一原则轻易得出本题答案为 A 或者 B。但是却不知从旧兼从轻原则只适用于《刑法》生效以前尚未审判或者判决尚未确定的行为，如果了解这一点，便可以准确的得出该案是不适用这一原则的，答案也就自然明确，为 C。正如《刑法》第 12 条第 2 款规定的：“本法施行以前，依照当时的法

律已经作出的生效判决，继续有效。”

【应注意的问题】从旧兼从轻原则不是适用于一切案件，对于判决已经确定的案件，除非有证据证明确实发生错误，不能根据从旧兼从轻原则提出申诉。

第二章　犯罪与犯罪构成

6. 情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪（《刑法》第 13 条）

【案例】某日万某经过一商场门口，看到人行道上停有一辆崭新的自行车，与自己不久前丢失的那辆非常像，于是上前辨认，后确认不是自己的。当要离开时发现这辆自行车没有上锁，心想自己刚丢了一辆差不多的，于是就趁无人注意，把该车骑回家。这辆自行车价值 260 元。万某的行为该如何认定？（　）

A. 情节轻微，免于刑事处罚

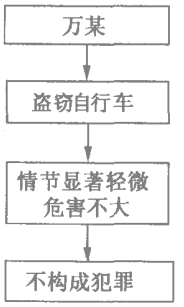
B. 情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪

C. 构成治安管理处罚条例中的偷窃行为，应当给予治安处罚

D. 构成盗窃罪，可以单处罚金

【参考答案】　BC

【思路与解析】



根据我国《刑法》第 13 条但书的规定，行为情节显著轻微、危害不大的，不认为是犯罪。这里的不认为是犯罪也是指刑法认为不构成犯罪。社会危害性是犯罪的本质特征，也是区分罪与非罪的重要标准。但是并非一切有社会危害性的行为都是犯罪行为，只是社会危害性达到一定的程度，才可能被认为是犯罪。所谓“情节显著轻微”，是指行为人所实施的行为产生的社会危害性很小，其主观恶性较小，行为的方式、手段等不是很恶劣。“危害不大”，是指危害后果不大，其危害程度尚未达到法定危害结果的标准。

本案中，万某实施了盗窃行为，但是由于其所盗窃的数额只有 260 元，尚未达到盗窃罪要求数额较大的标准，属于情节显著轻微，危害不大，应当不作为犯罪处理。但是其行为又是违法的，还是具有一定的社会危害性，因此，应当给予治安处罚。

【应注意的问题】注意与免于刑事处罚的区别。《刑法》第 37 条规定，“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚。”前者不构成犯罪，而后者构成犯罪。

7. 已满 14 周岁不满 16 周岁的人仅对法律有规定的特定犯罪负刑事责任（1998，卷二，多

需要全本请访问 www.ertongbook.com

选，59；2000，卷四，案例，8；2002，卷二，多选，41；2002，卷二，单，23；2004，卷二，单选，6、任选，86；《刑法》第17条。）

【案例】路某（15岁）先后唆使张某（15岁）盗窃他人财物价值1万余元；唆使李某（19岁）绑架他人勒索财物计2000余元；唆使王某（15岁）抢劫他人财物计1500元。路某的行为构成何罪？（　　）

A. 盗窃罪　　B. 抢劫罪

C. 绑架罪　　D. 抢劫罪、绑架罪

【参考答案】B

【思路与解析】

年龄	分类	刑事责任	处罚原则
未满14周岁	无刑事责任年龄	完全不负刑事责任	
已满14周岁 未满16周岁	限制刑事责任年龄	仅对故意杀人、故意伤害致人重伤或死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投放危险物质罪负刑事责任	1. 应当从轻或者减轻处罚； 2. 已不满16周岁不予刑事处罚的，责令他的家长或者监护人加以管教；在必要的时候，也可以由政府收容教养；
已满16周岁	完全刑事责任年龄	对全部犯罪都承担刑事责任	

路某15岁，属于限制刑事责任年龄人，根据《刑法》第17条第二段的规定，已满14周岁未满16周岁的未成年人仅对故意杀人、故意伤害致人重伤或死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投放危险物质罪负刑事责任。盗窃罪、绑架罪都不属于已满14周岁未满16周岁的未成年人的刑事责任范围内的犯罪，因此，路某教唆他人实施盗窃和绑架的行为不构成犯罪，其只对教唆王某实施抢劫的行为成立抢劫罪的教唆犯，按照抢劫罪定罪处罚。

【应注意的问题】(1) 全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会《关于已满14周岁不满16周岁的人承担刑事责任范围问题的答复意见》（2002年7月24日法工委复字［2002］12号）规定：刑法第17条第2款规定的8种犯罪，是指具体犯罪行为而不是具体罪名。对于《刑法》第17条中规定的“犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡”，是指只要故意实施了杀人、伤害行为并且造成了致人重伤、死亡后果的，都应负刑事责任。而不是指只有犯故意杀人罪、故意伤害罪的，才负刑事责任，绑架撕票的，不负刑事责任。对司法实践中出现的已满14周岁不满16周岁的人绑架人质后杀害被绑架人、拐卖妇女、儿童而故意造成被拐卖妇女、儿童重伤或死亡的行为，依据《刑法》是应当追究其刑事责任的。

(2) 根据最高人民法院、最高人民检察院关于执行《中华人民共和国刑法》确定罪名的补充规定（2002年3月15日法释［2002］7号）的规定：投毒罪已改为投放危险物质罪，相对刑事责任年龄的人实施投放毒害性、放射性、传染病病原体等危险物质的行为，应负刑事责任。

(3) 对毒品犯罪，相对负刑事责任年龄的人只对贩卖毒品行为负刑事责任。对制造、运输毒品等行为不负刑事责任。

(4) 周岁的计算是从生日后的第1天开始计算，生日当天不计算在内。

8. 间歇性的精神病人在精神正常时犯罪的，应负刑事责任（《刑法》第18条）。

【案例】于某患有间歇性精神病。某日，于某与邻居发生口角，用菜刀将邻居砍成重伤。在公安人员对其进行讯问时，于某忽然精神病发作。以下说法哪些是不正确的？（　　）

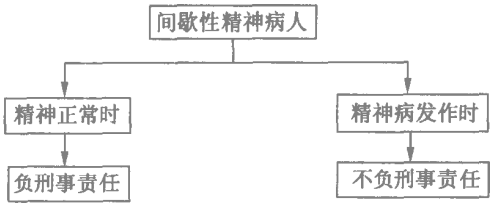
A. 于某应当负刑事责任

B. 于某应当负刑事责任，但应当从轻处罚

C. 于某应当负刑事责任，但可以从轻处罚

D. 于某不负刑事责任

【参考答案】 BCD



【思路与解析】

本题考察的是精神病人的刑事责任能力问题。根据我国刑法的规定，精神病人分为三类：(1) 完全丧失辨认或者控制能力的精神病人，不负刑事责任；(2) 间歇性的精神病人，在精神正常的时候犯罪，应当负刑事责任；(3) 尚未完全丧失辨认或者控制能力的精神病人，应当负刑事责任，但是可以从轻或者减轻处罚。

精神病人有无刑事责任能力的确定有两个标准 (1) 医学标准，又称生物学标准。行为人是基于精神病理的作用而实施特定的危害社会行为的精神病人。(2) 心理学标准，又称法医学标准。是指患精神病的行为人由于精神病病理的作用，丧失了辨认能力或者控制能力，使之不能正确了解自己行为危害社会的性质及其危害结果，或者不能根据自己的意志自由地选择实施或不实施危害行为。只要其中任何一个标准不具备，都不是完全无刑事责任能力人。对于间歇性精神病人来说，其精神病处于间歇期时，是有认识能力和控制能力的，所以对此期间的行为是应当负刑事责任的。

本案中，于某在实施伤害行为时的精神状态是正常的，对自己的行为具有辨认能力和控制能力。其精神病发作时，伤害行为已经实施完毕，其伤害他人的行为并不是由精神病病理引起的。因此于某对其伤害行为是应负刑事责任的，所以选项 BCD 不正确。

【应注意的问题】精神病的确定需要经过法定程序鉴定确认，以行为时的精神状态为准。

9. 醉酒的人犯罪，应当负刑事责任（《刑法》第 18 条）

【案例】某甲某日晚在饭店喝得酩酊大醉，回家途中行至桥洞下，看见一乞丐在睡觉，觉得十分碍眼，便对该乞丐拳打脚踢，并用砖头砸中其后脑致其当场死亡。某甲的行为应如何认定？（ ）

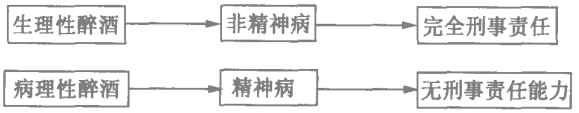
A. 某甲是在无意识状态下杀人的，不构成犯罪

B. 应当负刑事责任，但是应当从轻或者减轻处罚

C. 某甲的行为构成故意杀人罪，应当负刑事责任

D. 某甲醉酒后杀人，应当从重处罚

【参考答案】 C



【思路与解析】

生理性醉酒是属于非精神病症精神障碍，不属于精神病。醉酒人也不是无责任能力的人，其醉后不能控制自己行为的状态不是由于精神病病理造成的，所以行为人必须对自己的危害行为负刑事责任。本案中，某甲属于生理性醉酒，应对其故意杀人的行为完全刑事责任。

【应注意的问题】病理性醉酒属于精神病，如果行为人饮酒后由于精神病病理致使其丧失

辨认能力或者控制能力，应视为无责任能力的人，不负刑事责任。但是，如果行为人明知自己有病理性醉酒的情况，为了实施犯罪行为而自陷于该状况中，这种情况下，行为人是事先有意识地使自己陷于无责任能力状态，以达到其犯罪的目的，是有意识的犯罪，应当追究其刑事责任。

10. 又聋又哑的人犯罪，可以从轻、减轻或者免除处罚（刑法第 16 条）

【案例】被告人王某、翟某均系又聋又哑人，因经常遭受同村村民聋哑人刘某的殴打欺负而心怀不满，共同预谋杀死刘某以求报复。 1997 年 1 月 1 日凌晨 1 时许，两被告人以游玩为名，将刘某骗至火车站附近铁桥时，将刘某摔倒在地，翟某就地取石块猛击刘某的头部。刘某被击昏后，王某又用事先准备好的剃须刀狠割刘的颈部及手腕，将刘杀死。王、翟二人的行为应如何认定，如何处罚？

【参考答案】王某、翟某主观上具有杀死刘某以泄私愤的故意；客观上有杀害刘某的行为；客体上侵犯了他人的生命权。主体上，王某和翟某虽为又聋又哑的人，但是聋哑人不是无刑事责任能力人，应当负刑事责任。王、翟二人的行为已构成故意杀人罪，且系共同犯罪。根据刑法规定，对于又聋又哑的人或者盲人犯罪，可以从轻、减轻或者免除处罚。由于二人均为又聋又哑人，又经常受到被害人的殴打欺负，所以量刑时应当予以考虑。

【思路与解析】本题实际十分简单，主要是要求考生记住又聋又哑的人或者盲人犯罪的处罚原则。我国刑法第 17 条规定：“又聋又哑的人或者盲人犯罪，可以从轻、减轻或者免除处罚。”根据这一规定，其一，又聋又哑的人或者盲人犯罪，应当负刑事责任。因为虽然其生理有严重缺陷，但并未丧失辨认或者控制自己行为的能力，不同于无刑事责任能力人。其二，对又聋又哑的人或者盲人犯罪，是“可以”从轻、减轻或者免除处罚。而不是“应当”从轻、减轻或者免除处罚。

【应注意的问题】盲人是指双目失明的人，聋哑人是指又聋又哑的人。

11. 公司设立后，以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处。

【案例】安某原是天利公司的职员。天利公司于 1999 年 6 月开发了“天丽鸟软件”。2000 年 4 月，安某从天利公司辞职，与他人合伙注册成立了泓瀚公司，经营范围是软件开发。 2000 年上半年，被告人安某从天利公司技术员严某处取得了非法拷贝的天利公司开发的某《天丽鸟自来水智能系统》软件（以下简称“天丽鸟软件”），并让原天利公司程序员肖某将软件源代码稍作修改并更名为《泓瀚自来水智能调度、信息发布、热线服务系统》（以下简称“泓瀚软件”）。嗣后，安某即以泓瀚公司的名义，将“泓瀚软件”销售给青岛市自来水公司和大同市自来水公司，获利 16 万元。泓瀚公司的来往账目显示，泓瀚公司并未经营过其他业务。以下说法正确的是（　　）

A. 泓瀚公司构成侵犯著作权罪　　B. 安某系泓瀚公司的主要负责人，应当予以处罚

C. 安某是个人犯罪　　D. 安某构成侵犯著作权罪

【参考答案】 CD

【思路与解析】依照最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》（以下简称法释〔1999〕14 号文）第 2 条的规定，“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，不以单位犯罪论处”。泓瀚公司虽依法设立，但成立后并未经营过其他业务，所开展的业务主要是将他人的软件改换名字和标识，复制、销售侵权软件产品。安某的公司设立后的主要活动就是从事侵权软件的复制和销售，因此，本案应当以个人犯罪定案，安某构成个人犯罪，应当以侵犯著作权罪定罪处罚。

【应注意的问题】 (1) 根据上述司法解释，不具有法人资格的独资、私营等公司、企业、事业单位，或者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，都不以单位犯罪论处；

(2) 对单位犯罪，另需注意，以单位的分支机构或内设机构、部门的名义实施犯罪，违法所得归分支机构或内设机构、部门所有的，应认定为单位犯罪。

12. 间接故意是放任危害结果的发生（2002，卷二，多选，50；2003，卷二，单选，1；《刑法》第 14 条。）

【案例】养花专业户李某为了防止偷花，在花房周围私拉电网。一日晚，白某偷花不慎触电，经送医院抢救，不治身亡。李某对这种结果的主观心态是什么？（　　）

A. 直接故意　　B. 间接故意

C. 过与自信的过失　　D. 疏忽大意的过失

【参考答案】 B

【思路与解析】

间接故意{认识因素：明知；意志因素：放任}　　过于自信的过失{认识因素：有预见；意志因素：轻信可以避免}

犯罪故意分直接故意和间接故意，明知自己的行为会发生危害社会的结果，百放任这种结果发生的，是间接故意。犯罪过失分为疏忽大意的过失和过于自信的过失，已经预见自己的行为可能发生危害社会的结果，但轻信能够避免的，是过于自信的过失。间接故意和过于自信的过失，关键区别在危害结果的发生是否违背了行为人的意志。

本案中，李某私拉电网是为了防止小偷偷花，由此可以看出，李某对小偷可能会出没于花房的事实是明知的，同时对电网可以对人造成的损害是明知的，但是对于这种危害他却采取了放任的态度，所以说李某主观上是间接故意。为什么不是过于自信的过失呢？过于自信的过失虽然也是对危害结果有认识的，但是主观上并不希望该危害结果发生，只是轻信能够避免而已。有常识的人都知道电网是很危险的，人一旦接触多会造成死亡的结果。如果轻信电网不会电死人是不大能说得过去的。所以，李某主观上应当是间接故意而不是过于自信的过失。

【应注意的问题】间接故意与过于自信的过失的区别具体表现为以下几点：①认识程度有所不同。间接故意的认识程度较高。②对危害结果所持的态度不同。间接故意对危害结果的发生持放任的态度，即危害结果发生与否都不在乎；过于自信的过失则对危害结果的发生持否定的态度，危害结果的发生是违背行为人的意愿的。 ③过于自信的过失往往会为避免危害结果的发生采取积极避免的措施。但是在间接故意犯罪中，对危害结果持放任态度的行为人由于危害结果并不违背其意愿，所以也不会采取防范措施。如果本案中，李某为了防止人被电网击中死亡，而设置了警示标语，并安装了特殊的装置，会在击中人时自动断电，只会惊吓小偷而不会致其死亡，结果发生了小偷被电死的结果，李某在主观上是过于自信的过失。再比如行为人设置电网的地点人迹罕至，是为了防止野兽出没而私设的电网，并且只有在晚上才通电，结果电死了人。行为人虽然预见到电网会引起人身伤亡，所以只在晚上人活动较少的时候通电，但还是轻信偏远地区人烟稀少，不会发生电死人的状况。这种情况下，其主观罪过应视过于自信的过失。做这类题时要仔细分析案例给出的信息，不可对涉及电网的题一概判定为间接故意。

13. 过失形式的罪过中，行为人对危害结果持否定的态度（2004，卷二，单选，12；《刑法》第 15 条。）

【案例】朱某因婚外恋产生杀害妻子李某之念。某日晨，朱在给李某炸油饼时投放了可以致死的“毒鼠强”。朱某为防止其 6 岁的儿子吃饼中毒，将其子送到幼儿园，并嘱咐其子等他来

接。不料李某当日提前下班后将其子接回，并与其子一起吃油饼。朱某得知后，赶忙回到家中，其妻、子已中毒身亡。关于本案，下列哪一说法是正确的？（ ）

A. 朱某对其妻、子的死亡具有直接故意

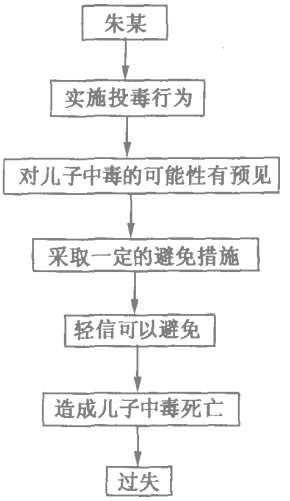
B. 朱某对其子的死亡具有间接故意

C. 朱某对其子的死亡具有过失

D. 朱某对其子的死亡属于意外事件

【参考答案】 C

【思路与解析】



朱某由于婚外恋产生杀妻的想法，并实施投毒的行为积极追求李某死亡的结果，对李某的死亡主观上是直接故意。

对于其子的死亡结果，从朱某的行为来看，他是排斥的，并且采取一定的手段来防止该结果的发生，所以朱某主观上不具有间接故意。朱某将儿子送到幼儿园并嘱咐等他来接，并轻信儿子不会提前回到家，但是由于李某提前将儿子接回家，并给儿子吃了有毒的油饼，造成其子的死亡。朱某显然对自己的投毒行为可能造成儿子死亡的结果是有预见的，因此采取了一定的措施（嘱咐儿子等自己亲自来接）阻止儿子在他接之前回家，并轻信其有效，但对一个 6 岁的孩子来说，他可能会记得父亲的嘱咐，不会随便跟陌生人走，但却不可能拒绝母亲接其回家。朱某显然没有预料到李某提前下班的情形，他所采取的措施也不足以避免危害结果的发生。在主观上是过于自信的过失。意外事件造成的危害结果是由于不能抗拒或者不能预见的原因引起的，朱某对其子的死亡显然是有预见的，因此，不属于意外事件。所以选项 C 正确。

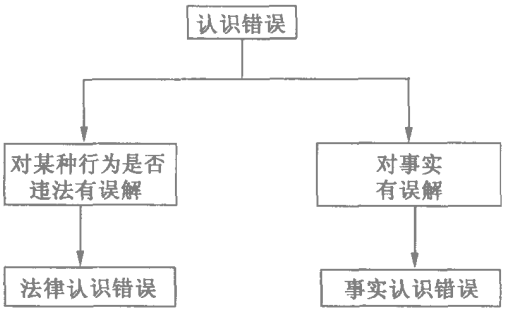
【应注意的问题】过于自信的过失与间接故意对危害结果都有预见，但是过于自信的过失往往会为避免该结果的发生采取一定的措施，而间接故意则没有。如果朱某回家后看到妻子和儿子在吃有毒的油饼，为了追求杀死妻子的目的，而放任儿子死亡的结果，那么朱某对于儿子的死亡属于间接故意。

14. 误认违法行为合法的，不影响犯罪成立（2002，卷二，单选，4）

【案例】甲男明知乙女只有 13 周岁，误以为法律并不禁止征得幼女同意后的性交行为，于是在征得乙女的同意后与乙女发生了性交。甲的行为属于下列何种情形？（ ）

A. 幻觉犯，不构成奸淫幼女罪

B. 法律认识错误，构成奸淫幼女罪
C. 对象认识错误，构成奸淫幼女罪
D. 客体认识错误，不构成奸淫幼女罪
【参考答案】 B
【思路与解析】



本题考察的是法律认识错误的认定和评价。法律认识错误是指行为人对自己的行为是否违法有误解，大多数情况下，行为人是误将违法行为误认为合法行为。将有罪误认为无罪不影响定罪。

本案中，甲男认为只要征得幼女同意，与之发生性交的行为就是合法的。事实上，法律规定不论是否征得幼女的同意，与之发生性行为都是违法的。甲男将违法行为误认为合法行为，将有罪误认为无罪，属于法律认识错误。对于法律认识错误的处理原则是：法律认识错误原则上不阻止追究刑事责任，即不得以不知法律为辩解理由。所以选择 B。

幻觉犯是指行为人误认为自己实施的是刑法所禁止的犯罪行为，其实该行为并非刑法禁止的犯罪行为。幻觉犯属于法律认识错误。不能因为行为人误认为是犯罪而认定有罪。

【应注意的问题】(1) 本题是 2002 年司法考试卷二单选第 4 题，按照当时的法律规定，本题选择 B 是正确的，不过最高人民法院、最高人民检察院在关于执行《中华人民共和国刑法》确定罪名的补充解释规定（2002 年 3 月 15 日法释［2002］7 号）中，取消奸淫幼女罪罪名，对奸淫幼女的，以强奸罪论，从重处罚。

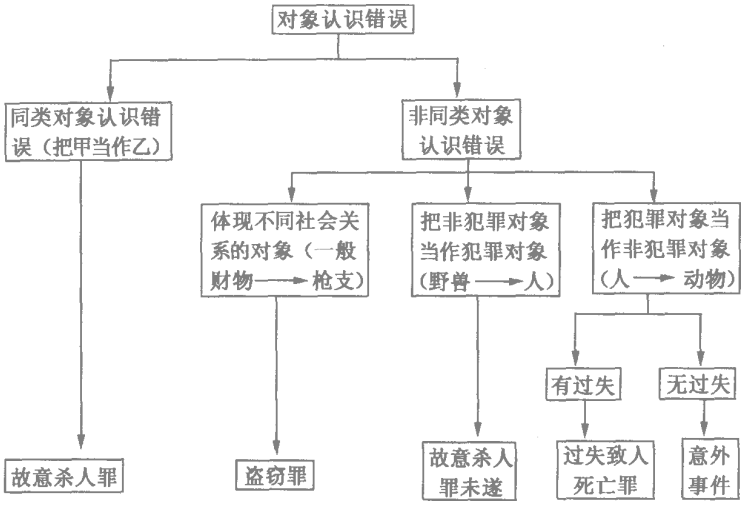
(2）根据 2003 年 1 月 8 日最高人民法院《关于行为人不明知是不满 14 周岁的幼女双方自愿发生性关系是否构成强奸罪问题的批复》，行为人确实不知对方是不满 14 周岁的幼女，双方自愿发生性关系，未造成严重后果，情节显著轻微的，不认是犯罪。

15. 同类对象认识错误应按同一性质的行为定罪（2002，卷二，多选，31；2003，卷二，单选，4。）

【案例】甲欲开枪杀乙，射击的结果却是将乙身边的丙当作乙杀死， 同时导致乙重伤，对于甲的行为以下说法正确的有（ ）

A. 对甲是故意杀人罪未遂，对乙是过失致人死亡罪，数罪并罚
B. 按故意杀人罪一罪处罚
C. 成立故意杀人罪未遂和过失致人重伤罪
D. 成立故意杀人罪未遂和故意杀人罪，数罪并罚
【参考答案】 B
【思路与解析】

需要全本请访问 www.ertongbook.com



对象认识错误是指行为人对自己行为对象的认识与实际情况不符合。行为人侵犯的对象与误认为的对象在性质上是同一类的，属于同类对象认识错误；行为人侵犯的对象与误认为的对象在性质不是同一类的，属于非同类对象认识错误。同类对象的错误，在主观上不影响故意的性质，客观上不影响客体的性质，因而对犯罪构成的整体并无影响，所以应当按同一性质的行为定罪。对于非同类对象错误，只能按行为人主观内容确定是否构成犯罪以及罪名。

本案中，甲欲杀乙，但却把丙当作乙杀死，因为乙丙都是人，所以属于同类对象认识错误。甲持有的是杀人的故意，也实施了杀害乙的行为，只是由于同类对象认识错误，造成结果与预想不符的状况。同类对象认识错误不影响犯罪的成立和罪名的认定，所以甲杀死丙的行为构成故意杀人罪。甲的一个行为产生一死一伤的后果，属于想象竞合犯，按照择一重罪处罚的原则，对甲只需定故意杀人罪一罪。

【应注意的问题】对于对象认识错误，我们要注意区分同类对象认识错误和非同类对象认识错误。对于同类对象认识错误，正如我们在思路与解析里所说的一样，并不影响行为人行为的性质，因此对于罪名不产生影响，杀了乙构成故意杀人罪，杀了丙也构成故意杀人罪。但是对于非同类对象认识的错误，情况就相对要复杂一些。因为对象性质的不同，直接导致客体的不同，从而也引起对行为性质认定的变化。例如甲意图杀乙，但却把牛当作了乙，开枪打死了牛，对于甲的行为，应当认定为故意杀人罪未遂。因为甲具有杀人的故意和行为，由于认识错误这一意志以外的原因导致杀人目的未能得逞，所以认定为故意杀人罪未遂。相反，如果甲只是想打猎，可是发生了认识错误，误把乙当作猎物打死，这还是非同类对象的认识错误。这种情况下，甲是不具有杀人的故意的，因此，不能让其承担故意的罪责。如果甲对乙的死亡具有过失，承担过失责任，以过失致人死亡罪论处；没有过失的，属于意外事件，不负刑事责任。再例如，甲想盗窃一般财物，但是误将枪支当作一般财物盗窃，对于这种认识错误，应当在主客观统一的范围内认定犯罪，因此对甲只能认定为普通盗窃罪，而不能认定为盗窃枪支罪。非同类对象认识错误常见的还有：把碱面当作海洛因贩卖、把珍稀野生动物误认为普通动物猎杀等等。

16. 对体现不同社会关系的对象认识错误，应在主客观统一的范围内认定犯罪（2004，卷二，任选，88）

【案例】甲乘坐长途公共汽车时，误以为司机座位后的提包为身边的乙所有（实为司机所

有）；乙中途下车后，甲误以为乙忘了拿走提包。为了非法占有该提包内的财物（内有司机为他人代购的 13 部手机，价值 2.6 万元），甲提前下车，并将提包拿走。司机到站后发现自己的手提包丢失，便报案。公安人员发现甲有重大嫌疑，便询问甲，但甲拒不承认，也不交出提包。关于本案，下列说法正确的是：

A. 由于甲误认为提包为遗忘物，所以，甲的认识错误属于事实认识错误

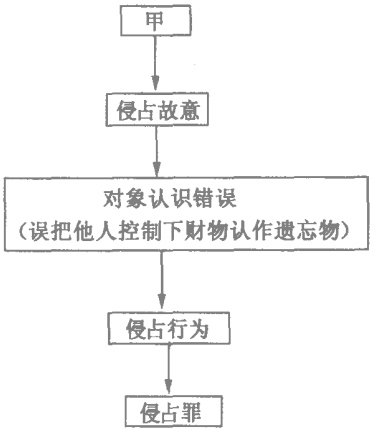
B. 由于甲误认为提包为遗忘物，因而没有盗窃他人财物的故意，根据主客观相统一的原则，甲的行为成立侵占罪

C. 由于提包实际上属于司机的财物，所以，甲的行为成立盗窃罪

D. 由于提包实际上属于司机的财物，而甲又没有盗窃的故意，所以，甲的行为不成立盗窃罪；又由于甲具有侵占遗忘物的故意，但提包事实上不属于遗忘物，所以，甲的行为也不成立侵占罪

【参考答案】 AB

【思路与解析】



对于事实认识错误，我们在前一案例中已作了分析。

本案中，甲将他人控制下的财物当作遗忘物，属于对体现不同社会关系的对象的认识发生错误。甲以实施非法侵占的故意实施了非法侵占的行为，根据主客观统一的原则，甲的行为应当构成侵占罪。所以选项 A、B 是正确的。

【应注意的问题】对体现不同社会关系的对象的认识发生错误是非同类对象的认识错误，行为人发生混淆的两种对象都是犯罪对象，这一点与将犯罪对象误认为非犯罪对象、将非犯罪对象误认为犯罪对象有所不同。

17. 打击错误不影响罪名的成立

【案例】甲某看见仇人乙某在林间行走，遂举枪射击。不料枪法不准，将正巧经过的路人丙某打死。甲某的行为（　　）

A. 构成故意杀人罪

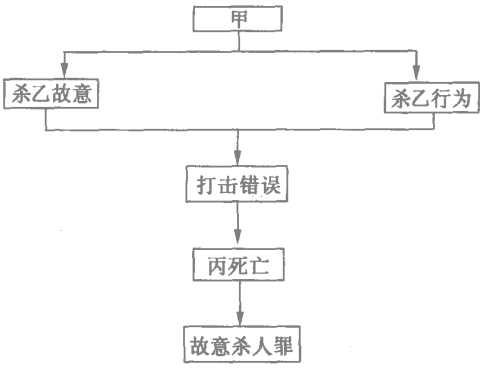
B. 对乙某构成故意杀人罪，对丙某构成过失致人死亡罪，数罪并罚

C. 构成过失致人死亡罪

D. 对乙某构成故意杀人罪，对丙某构成过失致人死亡罪，以过失致人死亡罪处罚

【参考答案】 A

【思路与解析】



打击错误，又叫行为误差，对象打击错误。这种错误不是产生于辨认的错误，而是产生于行为人行为本身的误差。由于行为人有一个杀人的故意和行为，实际产生致一人死亡的结果，完全符合故意杀人罪的要件，所以是犯罪既遂。由于行为人只实施了一个行为，所以不能定数罪。

【应注意的问题】打击错误与行为人主观认识错误无关，纯属客观行为的失误或误差，像本案中甲实施杀人行为时并没有发生辨认的错误，而是由于枪法不准这一行为的误差导致他人死亡的结果，因此，打击错误与同类对象错误是不同的，前者是客观行为的错误，后者是主观认识的错误。

18. 因果关系认识错误不影响对犯罪结果承担故意责任

【案例】陈某企图投毒杀害李某，但因为使用的毒药没有到致死量，所以仅导致李某昏迷。陈某误以为李某已经死亡，将李某的“尸体”扔入河中，致使李某淹死。陈某的行为构成（　　）

A. 故意杀人罪未遂

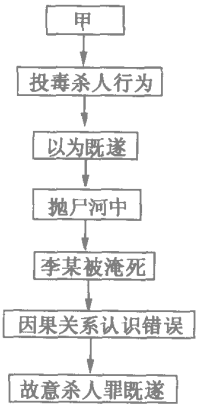
B. 故意杀人罪既遂

C. 故意杀人罪（未遂）和过失致人死亡罪，数罪并罚

D. 过失致人死亡罪和帮助毁灭证据罪，属于想象竞合犯，从一种罪处罚

【参考答案】　B

【思路与解析】



对于故意犯罪，行为人对因果关系的认识是必要的，但只要求其认识基本部分，即只要其

认识到自己实施的行为会发生危害结果就够了，而不要求其对因果关系发展的具体样态有明确认识，因此，行为人对因果关系发展的具体样态的认识错误，通常不影响犯罪的成立。陈某先实施的投毒杀人的行为未产生李某死亡的结果，但陈某误以为自己的此行为造成了危害结果，而实际结果的发生是由陈某“抛尸”行为所致。陈某属于对因果关系的认识错误。陈某对于自己的行为会发生致李某死亡的结果具有认识，虽然对因果关系的认识发生错误，但不影响其故意杀人罪（既遂）的成立。

【应注意的问题】对因果关系的认识错误存在多种情况。例如：没有发生结果，自以为发生了结果，构成犯罪未遂。发生了某种结果，行为人自以为没有发生，成立犯罪既遂。发生了结果，行为人也认识到了，但对导致结果的原因有误解，这种情况不影响定罪，也不影响犯罪既遂的成立。

19. 不作为犯要求以负有特定的义务为前提

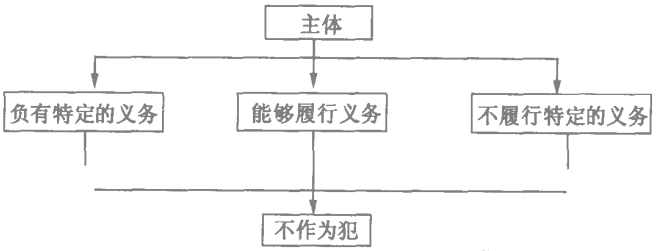
【案例】章某，任海关工作人员。2004 年 3 月，在其检查入关货物时遇到小学同学钱某。章某发现钱某报关的货物与实际入关的货物不符，存在走私问题。钱某要求其通融一下，章某没说什么，让钱某的货物顺利入关。经查钱某的走私行为给国家造成 100 万元的损失。对于章某的行为，以下说法有哪些是正确的？（ ）

A. 构成走私罪共犯　　B. 构成放纵走私罪

C. 是不作为犯　　D. 是特殊主体的犯罪

【参考答案】 BCD

【思路与解析】



危害行为可以划分成作为与不作为。简单的讲，作为就是不当为而为，即行为人积极的实施被刑法所禁止的行为；不作为就是当为而不为，即行为人消极的不履行法律义务而危害社会的行为。不作为并不是行为人不实施任何行为，只是不实施法律所要求或期待的行为。构成不作为犯的一般要件包括：(1) 行为人负有某种特定的义务；(2) 行为人能够履行该义务；(3) 行为人没有履行特定的义务造成或可能造成危害结果。

本案中，章某身为海关工作人员，负有查处走私、维护国家利益的职责，但在其执行公务活动中，利用职权，以权谋私，对走私行活动放任不管，给国家造成严重的损失。章某的行为已经符合《刑法》第 411 条放纵走私罪的规定，构成放纵走私罪。章某负有查处走私的特定义务，但在发现走私活动时却放任之，有违特定义务的要求，是一种不作为。同时，放纵走私罪要求犯罪主体是海关工作人员，属于特殊主体的犯罪。所以选项 BCD 正确。

【应注意的问题】最高人民法院、最高人民检察院、海关总署《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》（2002 年 7 月 8 日法［2002］139 号通知印发）第 16 条：关于放纵走私罪的认定问题，“依照刑法第 411 条的规定，负有特定监管义务的海关工作人员徇私舞弊，利用职权，放任、纵容走私犯罪行为，情节严重的，构成放纵走私罪。放纵走私行为，一般是消极的不作为。如果海关工作人员与走私分子通谋，在放纵走私过程中以积极的行为配合走私分

子逃避海关监管或者在放纵走私之后分得赃款的，应以共同走私犯罪追究刑事责任。海关工作人员收受贿赂又放纵走私的，应以受贿罪和放纵走私罪数罪并罚。”

20. 意外事件引起了损害结果，不构成犯罪（刑法第 16 条）

【案例】张某驾驶汽车以正常速度沿驶过一架桥，行至桥中央时，桥梁突然断裂，汽车遂俯冲入江中。车上其余三人均死亡，张某得救。张某的行为是（　）

A. 意外事件　　B. 避险过当

C. 紧急避险　　D. 交通肇事罪

【参考答案】 A

【思路与解析】根据《刑法》第 16 条的规定，行为在客观上虽然造成了损害结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因引起的，不是犯罪。本条规定了意外事件和不可抗力两种无罪过事件。由于不能预见的原因引起的，是意外事件；由于不能抗拒的原因引起，的是不可抗力。“不能预见的原因”是指行为人没有预见，并且根据当时的客观情况和行为人的主观认识能力，也不可能预见的原因。所谓不可抗拒，是指行为人虽然认识到自己的行为会发生损害结果，但由于当时主客观条件的限制，不可能排除或防止结果的发生。

本案中，张某的驾车行为虽然客观上造成了车上乘坐者死亡的后果，但是张某对该死亡结果既无故意也无过失，该损害结果是由于桥梁突然断裂所引起的，该事件是张某所不能预料到的，属于意外事件，张某对该结果不承担责任。

【应注意的问题】意外事件与疏忽大意的过失的区别。二者都是对危害结果没有预见，其区别主要在于，在意外事件中，行为人对危害结果的发生没有预见，而且根据当时的实际情况他也不可能预见；而疏忽大意的过失则是行为人在当时的情况下完全可以预见，但是由于疏忽大意没有预见。在这两种情况下，行为人的主观责任是完全不同的，前者不是犯罪，而后者构成过失犯罪。

第三章　排除犯罪性行为

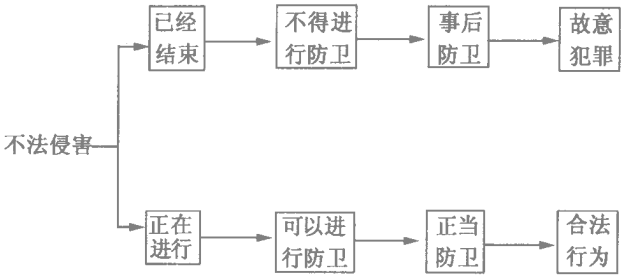
21. 事后防卫不构成正当防卫（1999，卷二，单选，24；2002，卷二，单选，6；《刑法》第 20 条。）

【案例】宋某持三角刀抢劫赵某财物，赵某夺下宋某的三角刀，并将宋某推倒在水泥地上，宋某头部着地，当场昏迷。赵某随后用三角刀将宋某杀死。关于赵某的行为，是否构成正当防卫？如不构成，请说明理由。

【参考答案】《刑法》第 20 条规定：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。”正当防卫的成立必须满足不法侵害正在发生的时间条件，即防卫具有紧迫性。对于已经结束不法侵害行为的不法侵害人不得实施防卫，否则属于故意犯罪。

本案中，宋某持三角刀抢劫赵某的财物，赵某的生命和财产都处于危险之中，所以赵某夺下三角刀，推倒宋某的行为属于正当防卫。但是当宋某摔倒后昏迷的情况下，已经丧失了侵犯的能力，其危险性已经消失，侵害行为已经结束，这种情况下，赵某仍用三角刀将宋某刺死的行为构成故意杀人罪。

【思路与解析】



根据《刑法》第 20 条的规定，构成正当防卫须具备以下条件：（1）主观条件。正当防卫必须是为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害；（2）时间条件。正当防卫必须是在不法侵害正在进行时实施，即正当利益面临着紧迫的危险，不法侵害尚未发生或者已经结束都不成立正当防卫；（3）起因条件。正当防卫必须因不法侵害而起。对于合法行为，如对执行逮捕，无权进行防卫；（4）对象条件。正当防卫必须针对不法侵害人实施，而不能针对第三者实施；（5）限度条件。正当防卫不能超过必要的限度造成重大损害，即采取防卫的手段、方式、程度应当以制止不法侵害行为大致相适应。缺少任何一个条件都不能构成正当防卫。

为什么赵某后面的行为不属于防卫过当呢？其实防卫过当除了其行为明显超过了必要的限度造成重大损害这一点外，其他都与正当防卫的条件一样，所以防卫过当也要求不法侵害正在发生，一旦这种紧迫性不存在，正当防卫就失去成立的条件。而赵某用刀刺宋某时，不法侵害已经不存在，显然不符合防卫过当的条件。

【应注意的问题】

（1）事前防卫与事后防卫一样，都是不符合正当防卫必须针对正在发生的不法侵害的时间条件，所以不成立正当防卫。

（2）不法侵害结束的时间是指合法权益不再处于紧迫、现实的危险之中。例如，不法侵害人自动放弃了不法侵害、不法侵害人已被制服、不法侵害人丧失了侵害能力、不法侵害人已经逃离了现场、不法侵害已经造成了危害结果并且不可能继续造成更严重的危害后果。但是，在财产性犯罪的场合，行为虽然已经既遂，但在现场还来得及挽回损失的，应当认为不法侵害尚未结束，可以进行正当防卫。例如。抢劫犯使用暴力劫得财物，抢劫罪已经既遂，但在当场对抢劫犯予以暴力反击夺回财物的，应认为是正当防卫。

22. 假想防卫不构成正当防卫

【案例】陈某在路上看到自己的女朋友被一个流氓拦住调戏，上前制止，反被流氓殴打，被迫还击。此时未着警服的警察李某途经此地，看到该情况，在未表明身份的情况下，抓住陈某的手。陈某以为李某是流氓一伙的，挣脱后，随手拿起靠在巷子里的竹竿向李某挥去，脚下一滑，结果扎中李某腹部，造成李某重伤。关于陈某的行为，下列哪些选项是不正确的（　　）

A. 属于正当防卫　　B. 属于假想防卫，过失致人重伤罪

C. 属于假想防卫，应当认定为意外事件　　D. 不负刑事责任

【参考答案】 AB

【思路与解析】

需要全本请访问 www.ertongbook.com