



2009<sup>年</sup>国家司法考试  
真题解读系列

5



(联想版) 国家司法考试

最高人民法院人民法院出版社司考研究中心 策划  
李仕春 主编

# 历年真题联想360°<sub>下</sub>

本书以核心考点和重要法条为纲，从真题切入，分析放大真题体现的考点，将关联的知识点归纳整理，对比该考点所有考过的真题，列明常考的知识点和易出题要点，使考生能根据历年的真题对该考点的重要性进行权衡把握，真正体现全方位“联想”的特点，适合备考各阶段特别是强化阶段的考生使用。

刑事法·行政法

人民法院出版社

人民法院出版社指定 2009 年司法考试强化教材

国家司法考试真题解读系列⑤

# 国家司法考试历年真题联想 360°(下)

## ——刑事法·行政法

人 民 法 院 出 版 社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

国家司法考试历年真题联想 360°——刑事法·行政法/李仕春主编. -北京:  
人民法院出版社, 2009. 2

(国家司法考试真题解读系列)

ISBN 978 - 7 - 80217 - 761 - 1

I. 国… II. 李… III. ①刑事诉讼法 - 中国 - 法律工作者 - 资格考核  
- 自学参考资料②行政法 - 中国 - 法律工作者 - 资格考核 - 自学参考资料  
IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 209430 号

## 国家司法考试历年真题联想 360°——刑事法·行政法

李仕春 主编

---

责任编辑 林志农 张承兵 孟 晋 丁文严

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550563 67550567 (责任编辑)  
67550516 (出版部) 67550558 (发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail [courtpress@sohu.com](mailto:courtpress@sohu.com)

印 刷 保定市恒艺印务公司

经 销 新华书店

---

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 1982 千字

印 张 62.625

版 次 2009 年 2 月第 1 版 2009 年 2 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 80217 - 761 - 1

定 价 116.00 元(全三册)

---

版权所有 侵权必究

# 目 录

## 刑 法

|      |                      |       |
|------|----------------------|-------|
| 第一章  | 刑法绪论 .....           | (1)   |
| 第二章  | 犯罪和犯罪构成 .....        | (6)   |
| 第三章  | 正当化事由 .....          | (15)  |
| 第四章  | 故意犯罪的停止形态 .....      | (22)  |
| 第五章  | 共同犯罪 .....           | (27)  |
| 第六章  | 罪数形态 .....           | (34)  |
| 第七章  | 刑罚的体系 .....          | (38)  |
| 第八章  | 刑罚的裁量 .....          | (45)  |
| 第九章  | 刑法的执行与消灭 .....       | (55)  |
| 第十章  | 危害国家安全罪 .....        | (57)  |
| 第十一章 | 危害公共安全罪 .....        | (59)  |
| 第十二章 | 破坏社会主义市场经济秩序罪 .....  | (68)  |
| 第十三章 | 侵犯公民人身权利、民主权利罪 ..... | (87)  |
| 第十四章 | 侵犯财产罪 .....          | (107) |
| 第十五章 | 妨害社会管理秩序罪 .....      | (125) |
| 第十六章 | 贪污贿赂犯罪 .....         | (140) |
| 第十七章 | 渎职罪 .....            | (147) |

## 刑事诉讼法

|      |                        |       |
|------|------------------------|-------|
| 第一章  | 刑事诉讼法概述 .....          | (152) |
| 第二章  | 刑事诉讼法的基本原则 .....       | (152) |
| 第三章  | 刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人 ..... | (154) |
| 第四章  | 管 辖 .....              | (159) |
| 第五章  | 回 避 .....              | (165) |
| 第六章  | 辩护与代理 .....            | (168) |
| 第七章  | 刑事证据 .....             | (174) |
| 第八章  | 强制措施 .....             | (181) |
| 第九章  | 刑事附带民事诉讼 .....         | (186) |
| 第十章  | 期间 .....               | (189) |
| 第十一章 | 立案 .....               | (191) |
| 第十二章 | 侦查 .....               | (194) |
| 第十三章 | 起诉 .....               | (204) |

|      |                       |       |
|------|-----------------------|-------|
| 第十四章 | 审判程序概述 .....          | (207) |
| 第十五章 | 一审审判程序 .....          | (210) |
| 第十六章 | 第二审程序 .....           | (226) |
| 第十七章 | 死刑复核程序 .....          | (233) |
| 第十八章 | 审判监督程序 .....          | (235) |
| 第十九章 | 执 行 .....             | (239) |
| 第二十章 | 涉外刑事诉讼程序与司法协助制度 ..... | (246) |

## 行政法部分

|       |                    |       |
|-------|--------------------|-------|
| 第一章   | 行政原则 .....         | (249) |
| 第二章   | 行政主体 .....         | (252) |
| 第三章   | 公务员法 .....         | (254) |
| 第四章   | 行政行为 .....         | (260) |
| 第五章   | 行政强制 .....         | (265) |
| 第六章   | 行政许可 .....         | (266) |
| 第七章   | 行政处罚 .....         | (270) |
| 第八章   | 政府采购 .....         | (279) |
| 第九章   | 行政应急 .....         | (281) |
| 第十章   | 信访制度 .....         | (284) |
| 第十一章  | 行政监察 .....         | (285) |
| 第十二章  | 行政复议 .....         | (287) |
| 第十三章  | 行政诉讼的概述 .....      | (297) |
| 第十四章  | 行政诉讼的当事人 .....     | (302) |
| 第十五章  | 行政诉讼的起诉与受理 .....   | (308) |
| 第十六章  | 行政诉讼证据规则 .....     | (312) |
| 第十七章  | 行政案件审理中的特殊制度 ..... | (318) |
| 第十八章  | 行政诉讼的裁判和执行 .....   | (320) |
| 第十九章  | 国家赔偿概述 .....       | (327) |
| 第二十章  | 行政赔偿 .....         | (330) |
| 第二十一章 | 司法赔偿 .....         | (335) |

# 刑法

## 第一章 刑法绪论

### 一、刑法的解释

 **【经典真题】**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年试卷二第20题）

- 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

**【答案】 B**



#### 真题联想

本题主要考查刑法解释的原则及种类。

1. 第①句考查了刑法解释必须遵循的原则。那么，刑法解释的原则有哪些？



**【讲解】**解释刑法必须遵循以下原则：

（1）必须遵循罪刑法定原则，即合法性原则、合宪性原则。要求刑法的解释必须严格谨慎，不能超出一般国民的预测可能性。

（2）必须遵循罪责刑相适应原则。刑法的解释要联系法定刑的轻重，使刑罚的轻重与罪行的社会危害性以及行为人的危险危险性相适应。

（3）必须遵循体系性与协调性原则，即要求使法律之间相互协调。体系性、协调性原则体现了公平正义的理念。

（4）必须遵循文理解释优先于论理解释的原则。文理解释有“黄金规则”之称。基于罪刑法定主义，法律条文应按照其字面的、文字的最惯用的意义来解释，这就是法律解释学上的“黄金

规则”。文理解释具有优先性的特质，当其他解释的结论与文理解的结论不一致时，应以文理解释为准，否则该解释的结论可能超出国民的可预测性。对法条的解释首先应采用文理解释的方法，若文理解释不合理或者无法得出正确的结论，再适用包括扩大解释、限制解释、体系解释、目的解释等在内的论理解释。

规定“携带凶器盗窃的，以抢劫罪论处”违背了刑法解释的罪刑法定原则，因此是错误的。

2. 本题中第②句考查了刑法解释的罪刑法定原则以及刑法解释方法中的类推解释。那么，什么是类推解释？我国刑法对类推解释有怎样的态度？

 **【讲解】**立法解释是刑法解释方法的一种，进行立法解释也必须遵循立法的基本原则以及立法者的立法意图，不得违背罪刑法定原则进行立法解释，禁止类推解释是罪刑法定原则的内涵之一，因此，立法解释也不得进行类推解释。故本题中②是正确的。

类推解释，是指超出刑法条文普通文字的固有意义所作的解释。从形式上说，类推解释所得出的结论，超出了用语可能具有的含义，是在刑法文义的范围之外进行解释；从重点上说，类推解释着眼于刑法规范之外的事实，是对事实的比较；从与立法者意思的关系上说，类推解释，是在立法者的意思之外主张解释者自己所设定的原理；从论理方法上说，类推解释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；从实质上而言，类推解释超出了公民预测可能性的范围。

我国1997年《刑法》摒弃了类推解释，但是，应该注意：罪刑法定原则禁止不利于被告人的有罪类推，但允许有利于被告人的类推解释。罪刑法定原则禁止类推解释，但不禁止扩大解释。

3. 本题中第③句考查了立法解释与司法解释的效力问题。

 **【讲解】**根据解释效力的强弱，刑法解释可以分为立法解释、司法解释和学理解释。其中，立法解释是由立法机关所作的解释；司法解释是由国家司法机关所作的解释；学理解释是由



国家宣传机构、社会组织、教学科研单位或者专家学者从学理上对刑法规定的含义所作的解释。学理解释不具有法律效力,但正确的学理解释对于理解刑法规定的含义,对于司法机关正确执行刑法以及我国刑法理论的发展都具有积极作用。而立法解释和司法解释都具有法律效力,但二者的效力位阶不同,立法解释的效力高于司法解释的效力,当立法解释与司法解释相抵触时,立法解释优先于司法解释适用。只有当效力位阶相同时,才有新解释优于旧解释原则适用的余地。

4. 本题中第④句考查了刑法解释方法中的扩大解释。那么,扩大解释如何解释和适用?

**【讲解】**扩大解释,是指根据立法原意,对刑法条文作出超过字面意思的解释。扩大解释是超过被解释对象的字面含义或日常含义范围,如扩展、使用该字词的较为边缘的含义,但没有超出该词语的应有含义范围,或者说仍在该条文用语的可能具有的含义范围之内,因此也没有超出一般国民的预测可能性。扩大解释具有以下特点:

(1) 从形式上说,扩大解释所得出的结论,并未超出刑法用语可能具有的含义,而是在刑法文义的范围之内进行解释。

(2) 从重点上说,扩大解释着眼于刑法规范本身,仍然是对规范的逻辑解释。

(3) 从与立法者的意思的关系上说,扩大解释,是为了使立法者的意思明确化。

(4) 从论理方法上说,扩大解释是扩张性地界定刑法的某个概念,使应受处罚的行为包含在该概念中。

(5) 从实质上而言,扩大解释没有超出公民预测可能性的范围。

扩大解释是目前刑法解释的诸种方法中适用最多的一种,也是立法解释和司法解释常用的解释方法。而并非因为司法解释的效力低于立法解释,就不能采用扩大解释的方法。因此,本题中第④句是错误的。

5. 其他几种刑法解释的方法。

**【讲解】**关于刑法解释的知识,除了掌握上述刑法解释的原则及方法外,还应掌握以下内容:

(1) 文义解释,又称文理解释,是对法律规范文词字句进行字面解释。文义解释体现了严格解释刑法的要求。文义解释的功能是有限的,所以,如果文义解释产生多种可能存在的解释结论

时,应当继续采取论理解释中的若干解释方法,以便判断其中哪一种解释更为合理、妥当;另外,当文义解释的结论出现歧义、模糊、不确定或者解释结论不合理、不公正,令人难以接受或信服时,也需要再考虑其他的解释方法。

(2) 当然解释,是指刑法规定虽未明示某一事项,但依规范目的、事物属性和形式逻辑,将该事项当然包含在该规范适用范围之内的解释。

(3) 缩小解释,又称限制解释,是指刑法条文的字面含义比立法原意为广时,所作的比字面含义为窄的解释。当刑法条文所使用的文字过于宽泛,不足以表明刑法的真实含义,于是就有必要限制其含义。限制解释最为明显地体现了严格解释刑法的要求。

(4) 体系解释,是指根据被解释的刑法条文或用语在整个刑法规范中的地位,联系相关条文的含义,阐明其规范意旨的解释方法。体系解释的目的是避免断章取义,以便使刑法规范整体相协调。

(5) 历史解释,又称法意解释,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。法意解释是根据立法的变迁进行的论理解释。

(6) 目的解释,即按照社会的需要,确定法律规范的合理目的和宗旨,并以该目的为指导,确定法律规范的含义。

当不同的解释方法得出多种结论或者不能得出妥当的结论时,最终往往由目的解释决定取舍。

6. 刑法解释方法的相互协调机理。

**【讲解】**各种解释方法之间大致有位阶,对法条的解释首先应采用文义解释方法,不论何种解释方法,原则上不允许作出相反于法条语义的解释结论,如果运用文义解释的方法,得出的结论不合理或不能得出正确的结论,则继之以论理解释方法。做论理解释时,应先运用体系解释和法意解释以探求立法意旨,进而运用扩大解释或限制解释或当然解释以判明法律的意义内容,如仍不能澄清法律语义的意义,则进一步作目的解释以探求立法意旨,或者在依上述方法初步确定法律意义内容后,以目的解释进行核实。

## 二、刑法的基本原则

**【经典真题】**关于罪刑法定原则,下列哪一选项是正确的?(2006年试卷二第1题)

A. 罪刑法定原则的思想基础之一是民主主义,而习惯最能反映民意,所以,将习惯作为刑法的渊源并不违反罪刑法定原则

B. 罪刑法定原则中的“法”不仅包括立法机关制定的法,而且包括国家最高行政机关制定的法

C. 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

D. 刑法分则的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。这种立法体例违反罪刑法定原则

【答案】 C



### 真题联想

本题主要考查罪刑法定原则的内涵,选项 A、B、C 考查了罪刑法定原则的具体含义和要求。

1. 罪刑法定原则的内涵包括了哪些内容?



【讲解】 罪刑法定原则包括以下内容:

(1) 排斥习惯法:即习惯法不能成为刑法的渊源,刑法的渊源只能是由立法机关制定的成文法,法院不能依据习惯法对行为人定罪判刑,而只能以规定犯罪和刑罚的成文法作为定罪判刑的依据。(这是大陆法系国家的罪刑法定原则的含义之一,英美法系国家本身没有成文刑法)。

因此,将习惯作为刑法的渊源是违背罪刑法定原则的,本题 A 项是错误的。而罪刑法定原则中的“法”只能是由立法机关通过的成文法,而不包括国家最高行政机关制定的法,因此,本题的 B 项是错误的。

(2) 禁止类推:类推是对刑法没有明文规定的犯罪行为,比照分则中同它最相似的条文定罪判刑的制度,类推有悖于罪刑法定原则。

(3) 禁止事后法,但允许有利于被告人的溯及既往:即当新法重于旧法时,无溯及力;当新法轻于旧法时,则有溯及力。即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,因此,本题的 C 项是正确的。

(4) 禁止绝对不定期刑:绝对不定期刑,是指法律未明文规定确定的刑罚,由于这种情况违反罪刑法定原则而被禁止。

(5) 明确性原则:明确性原则要求立法者立法时用语必须明确易懂,避免含糊笼统。

2. 选项 D 考查了罪状与罪刑法定原则的关系。

【讲解】 简单罪状,是指条文仅简单地写出犯罪名称,而没有具体描述犯罪的基本构成特征。使用简单罪状,一般是因为立法者认为

这些犯罪的特征易于被人们理解和把握,无需在法律上做具体的描述。简单罪状并不违背罪刑法定原则,因此,本题 D 项是错误的。

3. 罪责刑相适应原则的内容。

【讲解】 除了罪刑法定原则外,罪责刑相适应原则也是刑法的基本原则问题中司法考试考查的重点内容之一,必须掌握。

《刑法》第 5 条规定:刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。其具体要求包括:(1) 刑罚既要与犯罪性质相适应,又要与犯罪情节、犯罪人的人身危险性相适应。对于任何人来说,无罪不罚,轻罪轻罚,重罪重罚,一罪一罚,数罪并罚,罚当其罪;(2) 在立法上,要确定合理的刑罚体系、刑罚制度与法定刑;(3) 在量刑方面,要实现刑与罪的均衡协调;(4) 在行刑方面,要合理地运用减刑、假释等制度。

## 三、刑法的适用效力



【经典真题】 关于刑事管辖权,下列哪些选项是正确的?(2007 年试卷二第 51 题)

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

【答案】 A、B、D



### 真题联想

本题主要考查了刑法的空间效力问题。

1. 选项 A 考查了刑法的空间效力中的属地管辖原则。那么,什么是刑法的空间效力?刑法的空间效力包括了哪些内容?属地管辖原则如何适用?

【讲解】 刑法的空间效力,是指刑法在什么地方,对于什么人有效。它解决的是国家的刑事管辖权问题。现在国际法中已形成了属地管



管辖原则、属人管辖原则、普遍管辖原则以及保护管辖原则等几个行使刑事管辖权的原则。

我国《刑法》第6条规定了属地管辖原则，即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。对于该原则应掌握以下几点：

(1) 此原则针对的对象是国内犯（无论国籍为何，只要是在我国领域内犯罪），而其他三个原则都是针对国外犯罪的。在刑法的空间效力体系中，属地管辖原则处于基础性的地位，其他三个管辖原则都是对属地原则的补充与拓展。

(2) 领域的含义，既包括领土、领水和领空，也包括我国领域的自然延伸——不论何地，只要悬挂我国国旗的航空器和船舶（租用的也包括），就属于在我国领域内。另外，如果是在国际列车上犯罪，按照双边协议协商解决。而对于使领馆问题，原则上不适用属地管辖原则。

(3) 属地管辖原则的“地”，既包括行为地，也包括结果地，而且采取择一主义，即二者只要具备其一即可，并且行为地不仅包括犯罪行为实行地，也包括犯罪行为预备地。共同犯罪（尤其是犯罪集团）部分行为人的犯罪行为在国内，对该共同犯罪都可适用我国刑法。在未遂犯の場合，行为地与行为人希望结果发生之地、可能发生结果之地，均为犯罪地。

本题A项中，陈某在我国境内实施犯罪行为，即其犯罪行为地在我国领域内，而甲教唆陈某实施犯罪行为，与陈某构成共同犯罪，因此对甲的教唆行为可以适用我国刑法。

(4) 属地管辖原则的运用具有例外，即法律有特别规定的情形不适用我国刑法。关于属地管辖原则的例外，应掌握一点：享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任，通过外交途径解决（《刑法》第11条）。

2. 选项B综合考查了刑法的空间效力中的属人管辖原则与属地管辖原则，属地管辖原则前面已有论述，那么，什么是属人管辖原则？属人管辖原则如何适用？

【讲解】我国《刑法》第7条规定了属人管辖原则，即中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法，但是按本法规定的最高刑为3年以下有期徒刑的，可以不予追究。中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法。

可见，我国刑法规定的属人管辖原则包括两个小知识点：

(1) 我国普通公民在我国领域外犯我国《刑法》规定之罪的，原则上都适用我国《刑法》，但是法定最高刑为3年以下有期徒刑的，可以不予追究。

(2) 我国国家工作人员和军人在我国领域外犯我国《刑法》规定之罪的，无论罪行轻重，一律适用我国《刑法》。

本题B选项中，汤姆不具有我国国籍，并且其犯罪行为的实施地与结果发生地均不在我国境内，因此对汤姆的犯罪行为不适用我国刑法。

3. 选项D考查了刑法的空间效力中的保护管辖原则，那么，什么是保护管辖原则？保护管辖原则如何适用？

【讲解】我国《刑法》第8条规定了保护管辖原则，即外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按本法规定的最低刑为3年以上有期徒刑的，可以适用本法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。

可见，保护管辖原则主要是为了保护本国国家和公民的利益。以保护管辖原则为根据适用我国《刑法》的，必须遵循以下条件：

(1) 行为人必须是外国人，包括无国籍人。否则就应当适用属人原则；

(2) 行为所侵犯的是我国国家或者公民的利益；

(3) 行为地必须在我国领域外。如果在我国领域内则应适用属地原则；

(4) 行为人的行为属重罪，即法定最低刑为3年以上有期徒刑；

(5) 双方的法律都认为是犯罪，即所犯之罪按照我国《刑法》和犯罪地的法律都应当受到刑罚处罚；

注意：以上五个条件必须同时具备，才能根据保护管辖原则适用我国《刑法》。并且是可以适用我国刑法，而不是必须适用我国刑法。

本题D项中，外国人丁在中国领域外对中国公民犯罪，即使按照中国刑法的规定，法定最低刑为3年以上有期徒刑的，如果犯罪地的法律不规定为犯罪的，也不适用我国刑法。因此，D项是正确的。

4. 选项C考查了刑法的空间效力中的普遍管辖原则，那么，什么是普遍管辖原则？普遍管辖原则如何适用？

【讲解】我国《刑法》第9条规定了普遍管辖原则，即对于中华人民共和国缔结或参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用本法。

普遍管辖原则针对的对象是国际犯罪，如毒品犯罪、劫持航空器罪、恐怖主义犯罪、战争罪、灭绝种族罪等。并且这些犯罪只有在前三个管辖原则都不能适用的情形下，才有普遍管辖原则适用的余地。

普遍管辖原则以保护各国的共同利益为目的，认为凡是国际公约或者条约所规定的侵犯各国共同利益的罪行，不管行为人的国籍及犯罪地为何，缔约国或者参加国发现犯罪人在其领域之内时便可以行使刑事管辖权，适用其本国刑法。即中国法院适用普遍管辖原则行使管辖权时，定罪量刑的依据是中国刑法。因此，本题的C项是错误的。

5. 除了上述刑事管辖原则外，关于刑事管辖权问题，在司法考试中还应掌握我国对外国刑事判决的承认问题。

【讲解】关于对外国刑事判决的承认问题，我国《刑法》第10条规定：凡在中华人民共和国领域外犯罪，依照本法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。

可见，我国对于外国确定的刑事判决采取的是基于强调国家主权原则基础上的消极承认主义，这考虑到了原则性与灵活性的相统一：原则是不承认外国刑事判决的效力，而我国仍有管辖权（基于国家主权原则），灵活性是考虑其行为已经受到处罚而可以免除或减轻处罚（基于人道主义）。

#### 6. 刑法的时间效力及刑法的溯及力。

【讲解】刑法的时间效力也是司法考试考查的重点内容，特别是刑法时间效力中的刑法的溯及力问题。

刑法的时间效力，主要解决的是刑法在何时生效、在何时失效以及对其生效以前的行为有无追溯效力，其中最主要的是刑法的溯及力问题。

刑法的溯及力，即刑法的溯及既往的效力，是指刑法生效后，对其生效前未经审判或者判决尚未确定的行为是否适用的问题。如果适用，就是有溯及力；如果不适用，就是没有溯及力。

根据罪刑法定原则，对行为人定罪判刑只能以行为时有法律的明文规定为限，行为人也只能根据行为时的有效法律预见其行为后果，对行为之后才实施的法律，原则上不能对该行为有效。但如果法律发生变更，考虑到有利于被告人的原则，故产生了刑法时间效力的从旧兼从轻原则。

我国《刑法》第12条规定：中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。本法施行以前，依照当时的法律已经做出的生效判决，继续有效。

可见我国现行《刑法》关于溯及力的问题采取了从旧兼从轻的原则。具体如下：

（1）首先要考虑适用旧法，即行为时的法律规定（从旧）。

（2）当新旧刑法规定不同时，适用新法的基本条件是其处刑较轻或不认为是犯罪。这表明，从旧兼从轻原则实际上体现了有利于被告人的准则。

（3）刑法溯及力适用的对象只能是未决犯，即未决的案件，包括对一审裁判的上诉和抗诉案件。

（4）如果犯罪行为由新法生效前持续到新法生效后，即呈现继续状态的（继续犯），或者犯罪行为由新法生效前连续到新法生效后，即呈现连续状态的（连续犯），对于这两类跨法犯，新旧法都认为是犯罪的，适用新法。即使新法处罚较重，也要适用新法，但在量刑上可以酌定从轻处罚。

（5）如果当时的法律不认为是犯罪，但行为继续或连续到新法生效以后，且新法认为该行为是犯罪的，则对新法生效之后的该部分行为依法追究刑事责任。

因此，从刑法适用的时间效力的角度看，我国刑法中的罪刑法定主义是相对意义上的罪刑法定主义。因为绝对意义的罪刑法定是否定刑法的溯及既往的效力的，而我国刑法原则上没有溯及力，但当新法不认为是犯罪或者处罚较轻时，新法就具有溯及既往的效力。这一问题也是罪刑法定主义历史发展的一个否定之否定的过程。



## 第二章 犯罪和犯罪构成

### 一、犯罪客观方面之不作为问题

 **【经典真题】** 下列与不作为犯罪相关的表述，哪一选项是正确的？（2006 年试卷二第 4 题）

A. 甲警察接到报案：有歹徒正在杀害其妻。甲立即前往现场，但只是站在现场观看，没有采取任何措施。此时，县卫生局副局长刘某路过现场，也未救助被害妇女。结果，歹徒杀害了其妻。甲和刘某都是国家机关工作人员，都没有履行救助义务，均应成立渎职罪

B. 甲非常讨厌其侄子乙（6 岁）。某日，甲携乙外出时，张三驾车撞伤了乙并迅速逃逸。乙躺在血泊中。甲心想，反正事故不是自己造成的，于是离开了现场。乙因得不到救助而死亡。由于张三负有救助义务，所以甲不构成不作为犯罪

C. 甲下班回家后，发现自家门前放着一包来历不明、类似面粉的东西。甲第二天上班时拿到实验室化验，发现是海洛因，于是立即倒入厕所马桶冲入下水道。甲虽然没有将毒品上交公安部门，但不构成非法持有毒品罪

D. 《消防法》规定，任何人发现火灾都必须立即报警。过路人甲发现火灾后没有及时报警，导致火灾蔓延。甲的行为成立不作为的放火罪

**【答案】 C**



**真题联想**

本题主要考查了不作为行为构成犯罪的条件。

1. 那么，什么情形下不作为行为才构成犯罪？

 **【讲解】** 一般情况下，不作为的行为方式不存在构成犯罪的問題。但不作为方式在同时具备以下条件时则存在构成犯罪的問題：

（1）行为人负有实施某种作为的特定法律义务，这是构成不作为犯罪的前提条件。没有特定法律义务，也就没有不作为的行为方式。

根据我国刑法学基本理论，不作为犯罪的作为义务的来源主要有以下几个方面：

①法律、法规所明文规定的积极作为义务：如我国《婚姻法》中所规定的夫妻之间的扶养义务、父母子女之间的抚养教育、赡养扶助义务，道路交通安全法规定的肇事司机救助受伤者的义务

等等。

②职务上、业务上所要求的积极作为义务：如医务人员有救死扶伤的义务，司法人员有依法追究罪犯刑事责任的义务，消防队员有扑灭火灾的义务等等。

本题 A 项中，甲作为警察负有制止犯罪的职务上的特定法律义务，因此甲的行为构成不作为的渎职犯罪，而刘某虽然作为国家机关工作人员有制止犯罪的义务，但是该义务并非是其职务产生的特定法律义务，对刘某没有履行该义务只能给予行政或纪律处分，而不构成犯罪。

③法律行为所引起的积极作为义务：如将弃婴抱回家的人对该弃婴负有扶养的义务，对自己管理下的建筑物或动物，对自己监护下的精神病人，在有发生侵害法益的危险时，管理人或监护人员有防止其发生的义务。

④先行行为引起的积极作为义务：先行行为导致刑法保护的某种权益处于危险状态，行为人负有采取有效措施排除危险或者防止结果发生的特定义务。即先行行为导致了他人权益处于某种危险状态，行为人就负有防止、排除和避免危险发生的积极义务。不排除、不避免，没有防止危险结果发生，就应当负刑事责任。如行为他人使他人跌入水中，就有救助他人使他人不被溺死的义务。

需要特别注意的是，根据不作为犯罪的作为义务的特征及其来源，仅仅是道义的义务不能成为不作为犯罪的义务来源。

本题 B 项中，肇事司机张三虽然有积极救助的义务，但甲因其先行行为也存在救助的义务，且二人的救助义务并不相互排斥。因此，甲的行为仍然构成不作为犯罪。

本题 D 项中过路人甲作为普通公民，发现火灾的报警义务只是一般道义上的义务，至少不属于刑法意义上的积极作为义务，因此甲的行为不构成不作为的犯罪。

（2）行为人有能力履行特定法律义务，这是不作为成立的重要条件。如果行为人不具有履行特定法律义务的可能性，也不可能成立不作为犯罪。

（3）行为人没有履行作为的特定法律义务，这是不作为成立的关键条件。因行为人没有履行该积极义务，从而导致某种危害结果的发生，即不作为与某种危害结果之间存在着刑法意义上的因果关系。

以上是不作为行为构成犯罪的要件，这三个条件必须同时具备，缺少任何一个条件，都

不能成立不作为犯罪。

## 二、犯罪客观方面之刑法上的因果关系

 **【经典真题】** 关于因果关系，下列哪些选项是错误的？（2008年试卷二第52题）

A. 甲乘坐公交车时和司机章某发生争吵，狠狠踹了章某后背一脚。章某返身打甲时，公交车失控，冲向自行车道，撞死了骑车人程某。甲的行为与程某的死亡之间存在因果关系

B. 乙以杀人故意瞄准李某的头部开枪，但打中了李某的胸部（未打中心脏）。由于李某是血友病患者，最后流血不止而死亡。乙的行为与李某的死亡之间没有因果关系

C. 丙与同伙预谋后同时向王某开枪，同伙射击的子弹打中王某的心脏，致王某死亡。由于丙射击的子弹没有打中王某，故丙的行为与王某的死亡之间没有因果关系

D. 丁以杀人故意对赵某实施暴力，导致赵某遭受濒临死亡的重伤。赵某在医院接受治疗时，医生存在一定过失，未能挽救赵某的生命。丁的行为与赵某的死亡之间没有因果关系

**【答案】** B、C、D



### 真题联想

刑法上的因果关系问题十分复杂，掌握难度较大，其重点在于因果关系的认定问题，而本题主要考查的就是刑法上的因果关系的认定。

1. 选项A、B、D考查了“条件说”因果关系以及介入因素对于刑法上因果关系的认定的影响，那么，如何采用“条件说”认定刑法上的因果关系？介入因素如何影响刑法上的因果关系的认定？

 **【讲解】** 目前，我国大多学者赞同采取“条件说”来判断刑法上的因果关系。“条件说”认为，当危害行为与危害结果之间存在没有前者就没有后者的关系（条件关系）时，前者就是后者的原因。在某种意义上，偶然因果关系就相当于因果关系中的“条件说”（奉行没有前者就没有后者的判断思路）。如果以此为判断方法，那么就可以使得行为与后果之间是否存在刑法上的因果关系的问题大大简化。

选项A中，没有甲的行为就不可能出现程某死亡的结果，根据“条件说”，二者之间存在刑法上的因果关系。因此，A项是正确的，不应入选。

但必须明确：仅仅存在这种因果关系并不一定就必然存在刑事责任，此种因果关系仅仅是承

担刑事责任的客观基础（条件），承担刑事责任还要求行为人对行为后果具有主观上的罪过。也就是说，因果关系是承担刑事责任的必要条件而非充分条件。

采取“条件说”判断因果关系，在复杂问题简化的同时，也不可避免地提出因果关系中断论，以防止因果关系认定的扩大化。因果关系中断的原因在于某个先行行为（条件）在发生作用的过程中，因其他因素的介入，打破了预定的因果链。于是，在一个危害行为的发展过程中又介入其他因素而导致发生某种结果的场合，如何确定先前的危害行为和最后的危害结果之间的因果关系就是一个比较复杂的问题。总体而言，介入因素包括三类情形：自然事件、他人行为以及被害人自身行为。

一般而言，在介入因素的情况下，先前行为与危害结果之间的因果关系是否被中断或切断而导致不存在刑法意义上的因果关系，主要考虑介入因素的性质以及同先行行为之间的关系，即介入因素的出现是异常的还是正常的，介入因素是独立于还是从属于先行行为。如果介入因素的出现是异常的、介入因素本身独立于先行行为，则先前行为与危害结果之间的因果关系被切断而导致不存在刑法意义上的因果关系，反之，则先行行为同危害结果之间的因果关系未被切断而存在刑法意义上的因果关系。

选项B从条件说的角度看，乙的行为与李某的死亡结果之间存在因果关系，但出现的介入因素是被害人自身的特殊体质，对此，判断乙是否承担刑事责任、承担何种刑事责任的关键在于乙对此特殊体质是否已经有所认识或应当认识。但是，无论乙是否应该承担刑事责任都不影响其行为与李某死亡的结果之间的因果关系的存在。因此，B项是错误的，应入选。

D项中，丁的故意杀人行为已经导致赵某遭受濒临死亡的重伤，医生的过失行为这一介入因素的出现并不足以切断丁的故意杀人行为与赵某死亡之间的因果关系，丁先前的故意杀害行为与赵某的死亡结果之间存在刑法意义上的因果关系。因此，D项是错误的，应入选。

2. 选项C考查了共同犯罪中因果关系的认定问题。那么，在共同犯罪中如何认定共同行为人的行为与危害结果之间的因果关系？

 **【讲解】** 在共同犯罪中，各个行为人具有共同的犯罪故意，实施共同的犯罪行为。虽然，



各个犯罪人可能会有不同的分工,但犯罪结果是由各行为人的行为共同造成的,各行为人都应对结果负责。

C项中,丙与其同伙预谋向王某开枪,二人是共同犯罪,不论王某的死亡是由谁开枪造成的,二人的行为与王某的死亡结果之间都具有因果关系。因此,C项错误,应入选。

### 三、犯罪主体之自然人的刑事责任能力问题

 **[经典真题]** 《刑法》规定,在拐卖妇女、儿童过程中奸淫被拐卖的妇女的,仅定拐卖妇女、儿童罪。15周岁的甲在拐卖幼女的过程中,强行奸淫幼女。对此,下列哪些选项是错误的?(2008年试卷二第53题)

A.《刑法》第17条第2款没有规定15周岁的人对拐卖妇女、儿童罪负刑事责任,所以,甲不负刑事责任

B.拐卖妇女、儿童罪包含了强奸罪,15周岁的人应对强奸罪承担刑事责任,所以,对甲应认定为拐卖妇女、儿童罪

C.15周岁的人犯强奸罪的应当负刑事责任,所以,对甲应认定为强奸罪

D.拐卖妇女、儿童罪重于强奸罪,既然15周岁的人应对强奸罪承担刑事责任,就应对拐卖妇女、儿童罪承担刑事责任,所以,对甲应以拐卖妇女、儿童罪与强奸罪实行并罚

**[答案]** A、B、D



### 真题联想

本题主要考查了自然人的刑事责任年龄问题。

1.关于刑事责任年龄问题应首先掌握以下基本知识点:

 **[讲解]** 刑事责任年龄,是指对违法行为负刑事责任的年龄范围。根据我国《刑法》的规定,刑事责任年龄可以分为三个时期:(1)完全无刑事责任时期,即不满14周岁的自然人,对其实施的任何行为都不负刑事责任;(2)相对负刑事责任时期,是指14周岁以上不满16周岁的自然人,仅对刑法明确规定的8种严重故意犯罪行为负刑事责任;(3)完全负刑事责任时期,是指16周岁以上的自然人(包括已满16周岁),对其任何触犯刑法的行为都要负刑事责任。

关于刑事责任年龄中年龄的计算应注意以下三点:

(1)根据最高人民法院《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》,周岁应当以实足年龄为准,按照公历年、月、日计算,自过生日的第二天起才为已满14周岁或16周岁,即生日的当天不计算在内。如14岁生日当天仍属于不满14周岁的完全无刑事责任时期。

(2)要明确:刑事责任年龄计算的基准是以行为时为准,而非犯罪结果出现时,或犯罪被发现时,或犯罪人被追究刑事责任时的年龄。

(3)这里所规定的年龄界限是绝对的,应该严格执行,即使只差一天未达到法定年龄,也不得追究其刑事责任。

2.本题重点考查了已满14周岁不满16周岁的未成年人承担刑事责任的范围问题,那么,已满14周岁不满16周岁的未成年人应对哪些行为负刑事责任?

 **[讲解]** 已满14周岁不满16周岁的未成年人,处于相对负刑事责任时期,仅对刑法明确规定的八种严重故意犯罪行为负刑事责任。

我国《刑法》第17条第2款规定:已满14周岁不满16周岁的人,犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的,应当负刑事责任。

全国人大常委会法制工作委员会在给最高人民检察院“关于已满14周岁不满16周岁的人承担刑事责任范围问题”的答复中指出:《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。

由此可知,已满14周岁不满16周岁的未成年人是对故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒这八种行为负责,而不是对这八种罪名负责。而且仅对这八种行为的故意状态负刑事责任,过失为上述八种行为的一律不负刑事责任。

根据有关法律规定,需要注意:

(1)根据司法解释,已满14周岁不满16周岁的人实施《刑法》第17条第2款规定以外的行为,同时触犯了《刑法》第17条第2款规定的,

应当依照《刑法》第17条第2款的规定确定罪名,定罪处罚。据此,已满14周岁不满16周岁的未成年人实施绑架行为并杀害人质的,应以故意杀人罪追究刑事责任。已满14周岁不满16周岁的未成年人拐卖妇女、儿童后故意造成被拐卖妇女、儿童重伤或死亡的,应分别以故意伤害罪或故意杀人罪追究刑事责任。已满14周岁不满16周岁的未成年人拐卖妇女、幼女过程中又强奸被害人的,以及故意决水、故意破坏交通工具、交通设施等,造成他人死亡的,应对强奸罪、故意杀人罪等负刑事责任。因此,本题中选项C是正确的, A、B、D项是错误的。

(2)《刑法》第17条第2款规定的强奸罪包括两种情形,即强奸妇女与奸淫幼女。根据相关的司法解释,已满14周岁不满16周岁的人,与幼女发生性关系构成犯罪的,以强奸罪定罪处罚;但对于与幼女发生性关系,情节轻微,尚未造成严重后果的,不认为是犯罪。

(3)毒品犯罪中,已满14周岁不满16周岁的人仅对贩卖毒品的行为负刑事责任,而对《刑法》第347条中规定的、基本性质相同、危害程度相当的走私、制造、运输毒品的行为不负刑事责任,行为人即使实施了这些行为,也不应当追究其刑事责任。

(4)在以危险方法危害公共安全的犯罪行为中,已满14周岁不满16周岁的人,仅对放火、爆炸、投放危险物质这三种常见的、多发的犯罪行为负刑事责任。而且,已满14周岁不满16周岁的人,故意实施放火、爆炸、投放危险物质的行为,即使尚未致使他人重伤、死亡或者公私财产遭受重大损失的,也应当负刑事责任。

(5)《刑法》第17条第2款规定的故意杀人与故意伤害致人重伤或死亡,包括《刑法》分则所规定的以故意杀人罪、故意伤害罪(达到重伤程度)论处的情形。如已满14周岁不满16周岁的人非法拘禁他人的,并不构成犯罪,但若在非法拘禁过程中,使用暴力致被害人重伤或死亡的,就应以故意杀人罪、故意伤害罪追究其刑事责任。

(6)已满14周岁不满16周岁的人仅对法定的几种故意犯罪负刑事责任,而对任何过失犯罪无论危害后果如何都不负刑事责任。

(7)对于已满14周岁不满18周岁的人犯罪,适用刑罚时应当遵循两个原则:一是应当从轻或减轻处罚;二是不能适用死刑,包括既不能判处死刑立即执行,也不能判处死刑缓期2年执行。

3. 处于不同年龄阶段的自然人的刑事责任问题是司法考试的重点内容,常结合分则的具体犯

罪进行考查。关于刑事责任年龄尚需考生重点关注的是关于跨法定年龄阶段的犯罪问题。

**[讲解]** (1)行为人在已满14周岁不满16周岁期间,实施了《刑法》第17条第2款规定的几种特定的犯罪,并且在未满14周岁时也实施过相同行为,对此不能一并追究刑事责任,而只能追究已满14周岁后实施的特定犯罪的刑事责任。

(2)行为人在已满16周岁后实施了某种犯罪,并且在已满14周岁不满16周岁期间也实施过相同的行为,是否应一并追究刑事责任,应当具体分析。如果已满14周岁不满16周岁期间所实施的是《刑法》第17条第2款规定的八种行为中的一种或几种,则应一并追究刑事责任;如果不包括在这八种行为之中,则只能追究已满16周岁后所实施的犯罪行为的刑事责任。

4. 与刑事责任年龄相关联的行为人的刑事责任能力问题也必须掌握。

**[讲解]** 以人的年龄、精神状态等因素影响刑事责任能力有无和实际状况为标准,可以将刑事责任能力分为三类:完全无刑事责任能力、限制刑事责任能力、完全刑事责任能力。其中限制刑事责任能力是考查重点。限制刑事责任能力者主要包括以下几类:

(1)已满14周岁不满18周岁的人犯罪的,应当从轻或减轻处罚,并且不适用死刑(即不适用死刑立即执行,也不适用死刑缓期2年执行)。

(2)尚未完全丧失辨认或控制自己行为能力的精神病人犯罪的,可以从轻或减轻处罚。

(3)又聋又哑的人或盲人犯罪的,可以从轻、减轻或免除处罚。

#### 四、犯罪主体之单位犯罪问题

**[经典真题]** 关于单位犯罪的主体,下列哪一选项是错误的?(2006年试卷二第5题)

A. 不具有法人资格的私营企业,也可以成为单位犯罪的主体

B. 刑法分则规定的只能由单位构成的犯罪,不可能由自然人单独实施

C. 单位的分支机构或者内设机构,可以成为单位犯罪的主体

D. 为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位,或者公司、企业、事业单位设立后,以实施犯罪为主要活动的,不能成为单位犯

罪的主体

【答案】 A



真题联想

本题从主体以及成立条件方面考查了单位犯罪。

1. 选项 A、C 考查了单位犯罪的主体问题,那么,什么样的主体才能构成单位犯罪?

【讲解】单位犯罪是相对于自然人犯罪而言的一个范畴,其与自然人犯罪的最明显的区别在于犯罪主体不同。

我国《刑法》第 30 条规定:公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为,法律规定为单位犯罪的,应当负刑事责任。

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》第 1 条规定:《刑法》第 30 条规定的“公司、企业、事业单位”,既包括国有、集体所有的公司、企业、事业单位,也包括依法设立的合资经营、合作经营企业和具有法人资格的独资、私营等公司、企业、事业单位。

根据上述法律规定,需要注意的是:

(1) 独资、私营企业要成为单位犯罪的主体,必须具有法人资格,即不具有法人资格的独资、私营企业实施的犯罪行为,不构成单位犯罪,只能以自然人犯罪论处。而除了独资、私营企业外,即使不具有法人资格,只要是一个合格的单位,就可以作为单位犯罪的主体。

A 项中,不具有法人资格的私营企业不能成为单位犯罪的主体,只能作为自然人犯罪论处,因此 A 项是错误的,应入选。

(2) 单位的分支机构或内设机构、部门也可以成为单位犯罪的主体。《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》(2001 年 9 月)中规定:以单位的分支机构或者内设机构、部门的名义实施犯罪,违法所得亦归分支机构或者内设机构、部门所有的,应认定为单位犯罪。不能因为单位的分支机构或者内设机构、部门没有可供执行罚金的财产,就不将其认定为单位犯罪,而按照个人犯罪处理。所以,单位的分支机构或内设机构、部门也可以成为单位犯罪的主体。因此,本题 C 项是正确的,不应入选。

2. 选项 D 考查了《刑法》特别规定的不以单位犯罪论处的情形。

【讲解】根据相关的法律规定,以下几种情形不作为单位犯罪论处而直接以自然人犯

罪论处:

(1) 为了进行违法犯罪活动而设立公司、企业、事业单位的。在这种情况下,如果设立公司、企业的目的是实施违法犯罪活动,则按照自然人犯罪而不是单位犯罪论处。

(2) 公司、企业、事业单位设立后,主要进行违法犯罪活动的,也按照自然人犯罪处理。在此情形下,虽然这个公司、企业的成立表面上是合法的,但它成立后,主要进行违法犯罪活动,则这种情况也按照个人犯罪处理,而不以单位犯罪论处。

(3) 盗用单位的名义,违法所得归个人所有或者个人私分的,也按照个人犯罪处理。

由上可以看出,本题 D 项是正确的,不应入选。

3. 选项 B 考查了单位犯罪的成立条件,那么,成立单位犯罪应具备哪些条件?

【讲解】根据我国《刑法》第 30 条以及最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》的规定,一个犯罪行为,要成立单位犯罪,必须具备以下条件:

(1) 单位犯罪中的“单位”具有合格性和广泛性。所谓合格性,即看这个单位本身的资格,是不是一个合法的、合格的单位。根据相关的司法解释,如果是为了实施违法犯罪行为而设立一个公司、企业,然后利用这个公司、企业实施违法犯罪活动的,则不以单位犯罪论处,而直接以个人犯罪论处。所谓广泛性,是指公司、企业、事业单位、机关、团体都可能成为单位犯罪的主体。

(2) 单位犯罪行为具有法定性。只有法律明文规定单位可以成为犯罪主体的犯罪,才存在单位犯罪以及单位承担刑事责任的问题,并非一切犯罪都可以由单位构成。因此,在学习《刑法》分则时,一定要注意可以由单位构成的犯罪。因为司法考试中往往会将总则中有关单位犯罪的规定与分则中具体的罪名结合起来进行考查。按照我国《刑法》的规定,只能由单位构成的犯罪主要有:单位受贿罪、单位行贿罪、私分国有资产罪、私分罚没财物罪、工程重大责任事故罪、消防责任事故罪、强迫职工劳动罪等。

《刑法》分则规定的犯罪,有的既可以由单位构成,也可以由自然人构成,但对于《刑法》没有明文规定单位可以成为犯罪主体的犯罪,只能由自然人构成,单位不能构成,而对于《刑法》

分则明文规定的只能由单位构成的犯罪,则不可能由自然人构成,如上述的单位受贿罪。因此,本题的B项是正确的,不应入选。

(3) 单位犯罪的主体,必须是依法建立和合法存在的单位。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。

(4) 单位犯罪必须是单位有意识、有目的的活动。

(5) 单位犯罪必须是以单位名义实施的,并且作为单位犯罪的行为与其经营管理活动具有关联性。具体而言,单位犯罪实施的行为和单位的经营范围、业务活动有一定的关联性,并以单位的名义实施。

(6) 单位犯罪主观上体现了单位的意志和单位的整体利益。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,依照《刑法》有关自然人犯罪的规定定罪处罚,不构成单位犯罪。

(7) 单位犯罪是通过自然人实施的,单位犯罪的实施者是作为单位整体构成要素的单位的代表人、主管人员、直接责任人员和其他单位成员。

4. 对于单位犯罪,除了其成立条件和主体外,尚需考生重点关注的是其处罚原则问题。

**[讲解]** 对单位犯罪的处罚,世界各国刑事立法和刑法理论上主要有两种原则:(1) 双罚制,即单位犯罪的,对单位和单位的直接责任人员(代表人、主管人员及其他有关单位成员)均予以刑罚处罚;(2) 单罚制,即单位犯罪的,只对单位予以刑罚处罚而对直接责任人员不予处罚,或者只对直接责任人员予以刑罚处罚而不处罚单位。

我国《刑法》第31条规定:单位犯罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。本法分则和其他法律另有规定的,依照规定。这是我国《刑法》关于对单位犯罪处罚原则的规定。

根据这一规定,可以看出我国《刑法》对单位犯罪一般采取双罚制的原则,即既对单位判处罚金,又要对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。但是《刑法》分则和其他法律明确规定实行单罚制的,则只对单位判处罚金,或者只对单位直接负责的主管人员判处刑罚。这是因为,单位犯罪的情况具有复杂性,其社会危害程度差别很大,一律采取双罚制,并不能全面

准确地体现罪责刑相适应原则,也不能对单位犯罪起到足够的警戒作用。在我国的《刑法》分则中,有少数几种单位犯罪,采取的是单罚制。如《刑法》第244条规定的强迫职工劳动罪,就只处罚用人单位的直接责任人员;《刑法》第161条规定的提供虚假财会报告罪和第162条规定的妨害清算罪,也不处罚作为犯罪主体的公司、企业,而只处罚其直接责任人员。

另外,需要注意,对于犯罪的单位适用刑罚时,只能适用一个刑罚种类——罚金。

### 五、犯罪主观方面之罪过形式及其相互辨析

**[经典真题]** 甲贩运假烟,驾车路过某检查站时,被工商执法部门拦住检查。检查人员乙正登车检查时,甲突然发动汽车夺路而逃。乙抓住汽车车门的把手不放,甲为摆脱乙,在疾驶时突然急刹车,导致乙头部着地身亡。甲对乙死亡的心理态度属于下列哪一选项?(2006年试卷二第3题)

- A. 直接故意                      B. 间接故意  
C. 过于自信的过失            D. 疏忽大意的过失

**[答案]** B



**真题联想**

本题考查了犯罪主观方面中的犯罪故意(包括直接故意与间接故意)与犯罪过失(包括过于自信的过失与疏忽大意的过失)的认定问题。

1. 什么是犯罪故意、犯罪过失?二者又如何区分?

**[讲解]** 犯罪主观方面,是指犯罪主体对自己的行为及其危害社会的结果所抱的心理态度。它包括罪过(即犯罪的故意或犯罪的过失)以及犯罪的目的和动机这几个因素。其中,行为人的罪过,即其犯罪的故意或过失,是一切犯罪构成都必须具备的主观要件;犯罪的目的只是某些犯罪构成必备的主观要件,所以也称之为选择性主观要件;犯罪动机不是犯罪构成必备的主观要件,它一般不影响定罪,只影响量刑。

#### (1) 犯罪故意:

所谓犯罪故意,是指明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果发生的一种主观心理态度。犯罪故意由两个因素构成:一是认识因素,即明知自己的行为会发生危害社会的结果;二是意志因素,即希望或者放任这种结果发生。二者的有机统一才是犯罪故意。

一方面,任何犯罪的故意都必须同时存在认识因素和意志因素;另一方面,认识因素与意志因素之间具有内在的联系,主要表现在,行为人所认识到的结果与所希望或放任的结果必须是同一的,而且意志因素以认识因素为前提。

2008年试卷二第2题就考查了犯罪故意的认识因素的内容。成立故意犯罪要求主体对符合具体犯罪构成的客观要件有认识,但其对这些因素的认识只能是一般的或大致的认识,不苛求其对只有具有专门知识才能认识的事物有确切的认识,只要求行为人对自己行为的社会危害性有认识。如成立贩卖毒品罪,只需认识到自己贩卖的是毒品即可,不要求行为人对其贩卖的毒品种类有确切的认识。

根据认识因素与意志因素的不同,可以把犯罪故意分为直接故意与间接故意。直接故意,指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望这种结果发生的心理态度;间接故意,是指行为人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。如本题中甲为摆脱乙,明知在疾驶时突然急刹车,可能会造成乙死亡的结果,而仍采取这种行为,放任危害结果的发生,因此其对于乙死亡的心理态度属于间接故意。

直接故意与间接故意的区别在于:①在认识因素上:直接故意是行为人明知自己的行为会(包括必然和可能两种情况)发生危害社会的结果,间接故意是行为人明知自己的行为可能发生危害社会的结果;②在意志因素上:直接故意是行为人希望这种危害结果发生,并积极追求危害结果的发生,而间接故意是行为人放任危害结果的发生,对危害结果的发生持的是一种放任的态度,既不积极追求也不积极避免,结果发生与否,都不违背行为人的意志。

此外,特定危害结果的发生与否,对这两种故意及其支配下的危害行为的定罪的意义是不同的:对于直接故意而言,危害结果发生与否不影响定罪,它是在那些以结果为既遂要件的犯罪里区分既遂与未遂的标志;而对间接故意而言,特定结果的发生与否则是是否构成犯罪或成立何种犯罪的标志。

#### (2) 犯罪过失:

犯罪过失,是指行为人应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果,因为疏忽大意而没有预见,或者已经预见而轻信能够避免,以致发生这种结果的一种主观心理态度。按照犯罪过失心理态

度的不同,刑法理论上把犯罪的过失区分为过于自信的过失与疏忽大意的过失。过于自信的过失,是指行为人预见到自己的行为可能发生危害社会的结果,但轻信能够避免,以致发生这种结果的心理态度。疏忽大意的过失,是指行为人应当预见到自己的行为可能发生危害社会的结果,由于疏忽大意而没有预见,以致发生这种结果的心理态度。

要构成疏忽大意的过失,行为人必须同时具备预见义务和预见能力,也就是说只有在行为人对危害结果应当预见并且能够预见而没有预见到,从而导致危害结果发生的情况下,才应承担责任。而过于自信的过失,是指行为人已经预见到自己的行为可能发生危害社会的结果,但轻信能够避免,以致发生这种结果的心理态度。

区分这二者的关键在认识因素上,即对危害结果的发生,疏忽大意的过失根本没有预见到,而过于自信的过失已经预见到只是轻信能够避免。

由上述内容可以看出,本题中,从案情分析,甲对乙的死亡并非希望其发生,不可能是直接故意;甲在明知乙抓住汽车车门把手不放的情形下,为摆脱乙而在疾驶时突然急刹车,其对乙的死亡不可能没有认识到,故此排除疏忽大意的过失。要判断甲对乙的死亡到底是间接故意还是过于自信的过失,关键在于甲对乙的死亡结果是放任其发生还是轻信可以避免。若是轻信可以避免,则甲应有具体的避免措施,而从本案案情看,甲并未采取避免措施,甲对乙的死亡的罪过应该是间接故意。因此,本题的正确选项为B。

2. 本题也考查了间接故意与过于自信的过失的区别,二者的区别也一直是司法考试考查的重点,在此予以阐述。

 [讲解] 间接故意与过于自信的过失这两种心理状态既有共同之处而又有本质的区别。

(1) 二者的共同点在于:在认识因素上,行为人都认识到自己的行为可能发生危害社会的结果;在意志因素上,行为人都希望危害结果的发生。

(2) 二者的主要区别在于:

①间接故意与过于自信的过失这两种罪过形式在认识因素上虽然很相似但也有所不同:行为人对于自己的行为实际上发生危害结果的主观估计有所不同:过于自信的过失的行为人主观上认为由于自己的能力、技术、经验或者某些外界条件等,实施行为时,危害结果发生的可能性不会转化为现实性,即对可能转化为现实的客观事实