



三校名师 司法考试

2008年 国家司法考试

历年考题解读

刑法 ②

三校名师司法考试命题研究中心 / 组编

- 囊括六年司考试题 全 面
- 直击考点权威解读 精 确
- 分科归类综合点评 透 彻

中国检察出版社





三校名师 司法考试

D92/39
:2008(2)
2008

2008年 国家司法考试

历年考题解读

刑 法 ②

三校名师司法考试命题研究中心 / 组编



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

历年考题解读/三校名师司法考试命题研究中心组编. —北京:
中国检察出版社, 2007. 4

ISBN 978 - 7 - 80185 - 749 - 1

I. 历… II. 三… III. 法律工作者 - 资格考核 - 中国 - 解题
IV. D92 - 44

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 043206 号

历年考题解读

刑 法

三校名师司法考试命题研究中心/组编

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjcbs. com)

电子邮箱: zgjcbs@vip. sina. com

电 话: (010)68687781(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 787mm × 1092mm 16 开

印 张: 10 印张

字 数: 240 千字

版 次: 2008 年 4 月第二版 2008 年 4 月第二次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 749 - 1

总 定 价: 148.00 元 (全套共 8 册)

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

目 录



刑法命题综述	(1)
▶ 考核点一 刑法概说	(3)
▶ 考核点二 犯罪构成	(9)
▶ 考核点三 排除犯罪的事由	(22)
▶ 考核点四 犯罪的未完成形态	(26)
▶ 考核点五 共同犯罪	(31)
▶ 考核点六 罪数	(43)
▶ 考核点七 刑罚的体系	(48)
▶ 考核点八 刑罚的裁量	(53)
▶ 考核点九 刑罚的执行	(61)
▶ 考核点十 危害国家安全罪	(64)
▶ 考核点十一 危害公共安全罪	(65)
▶ 考核点十二 破坏社会主义市场经济秩序罪	(70)
▶ 考核点十三 侵犯公民人身权利、民主权利罪	(83)
▶ 考核点十四 侵犯财产罪	(93)
▶ 考核点十五 妨害社会管理秩序罪	(115)
▶ 考核点十六 贪污贿赂罪	(125)
▶ 考核点十七 渎职罪	(136)
▶ 考核点十八 军人违反职责罪	(138)
▶ 附 案例综合	(139)
参考答案速查	(150)

刑法命题综述



刑法一直是司法考试的绝对“大户”，其分值比例在各部门法中仅次于民法。2004年之前分值一直在55分左右；到了2004年，则高创纪录85分；2005年有所下降，但仍然占到了75分；2006年分值回升到了82分；2007年分值保持在80分；预测2008年司法考试刑法分值将保持这一态势。因此，考生对于刑法应给予足够重视。

从近几年的考题不难看出，刑法部分有三个命题特点：一是刑法部分的考题往往是对知识点进行综合考查，一道考题中常常既包含总论部分的知识，又包含分论部分的内容，总论与分论知识结合考查是刑法命题的一大特点；二是重点突出，一些常见的知识点反复出现，例如，总论部分的刑事责任年龄、正当防卫、共犯理论、罪数问题、自首和立功，分论部分的盗窃罪、诈骗罪及相关犯罪、抢劫罪、贪污罪，等等，基本上是年年都有题；三是越来越重视理论知识的考查，总论部分的考题有所增加，而且考题的难度也略有提高。

综合近几年的刑法考题，其重要的考点如下：

1. 刑法概说——罪刑法定原则及其派生的原则，属地原则的具体含义以及属地原则下的外交豁免，属人原则的具体规定。
2. 犯罪构成——犯罪主体方面刑事责任年龄问题，单位犯罪问题；犯罪主观方面的故意与过失，主观认识错误问题；犯罪客观方面中因果关系的问题。
3. 排除犯罪的事由——正当防卫、紧急避险的成立条件，特殊正当防卫的前提条件，其他常见的排除犯罪性事由。
4. 故意犯罪的停止形态——犯罪既遂的判断标准，未遂与中止的区别，未完成犯罪的处罚原则。
5. 共同犯罪——不成立共犯的特殊情形，间接正犯，共同犯罪的中止形态，共同犯罪人的刑事责任。
6. 罪数问题——一行为一罪中的继续犯、想象竞合犯、结果加重犯，数行为一罪中的连续犯、牵连犯、吸收犯。
7. 刑罚概说——附加刑的刑期计算、死刑和死缓的特殊规定。
8. 量刑——自首和立功的条件，累犯的概念，数罪并罚的具体运用。
9. 缓刑、减刑、假释、追诉时效——缓刑的撤销，不得缓刑、假释的情形，追诉时效的中断。
10. 危害国家安全罪——叛逃罪和间谍罪的犯罪构成及区别。
11. 危害公共安全罪——交通肇事罪，破坏交通设施罪，放火罪，非法出租、出借枪支罪，生产、销售有毒、有害食品罪，生产、作业责任事故罪。
12. 破坏社会主义市场经济秩序罪——走私罪，出售、运输、购买假币罪，偷税罪，信用卡诈骗罪，洗钱罪，骗取出口退税罪，虚开增值税专用发票罪（涉及本部分的司法解释比较多，要结合最新司法解释掌握各罪与他罪的区分，比如，信用卡诈骗罪与诈骗罪、盗窃罪的区分等）。

13. 侵犯公民人身权利、民主权利罪——间接故意杀人的认定,故意伤害致人死亡与故意杀人的区分,故意杀人未遂和故意伤害的区分,绑架罪与非法拘禁罪的区分,非法拘禁罪的转化。

14. 侵犯财产罪——抢劫罪,盗窃罪,诈骗罪,侵占罪,职务侵占罪,挪用资金罪,敲诈勒索罪。

15. 妨害社会管理秩序罪——毒品类犯罪,妨碍司法罪和性犯罪。

16. 贪污贿赂罪——贪污罪,受贿罪和挪用公款罪的主体范围及客观方面行为的认定。

17. 渎职罪——滥用职权罪和玩忽职守罪。

另外,近几年出台的司法解释,尤其《刑法修正案(六)》的相关内容,都可能成为今后考试的热点。因此对生产、作业责任事故罪,强令违章冒险作业罪,不报、谎报安全事故罪,非国家工作人员受贿罪,背信损害上市公司利益罪,骗取贷款、票据承兑、金融票证罪,洗钱罪,操纵证券、期货市场罪,组织残疾人、儿童乞讨罪,开设赌场罪这些新罪名和新修正的罪名,应当予以足够的重视。

► 考核点一 刑法概说

【概说】

随着刑法理论考查的加强,刑法概说部分已经成为每年的必考内容,近几年都占到了2—3分的分值。其考查的知识点主要涉及三个方面:一是刑法的解释;二是刑法的基本原则;三是刑法的适用范围。考生应当重点掌握罪刑法定原则的含义、价值,罪刑相适应原则的含义和在刑罚制度中的具体体现,刑法的适用范围(属地、属人、保护、普通管辖)四种管辖原则的适用条件。

【考题】

1. 关于刑事管辖权,下列哪些选项是正确的?(2007年卷二多选第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

☞ 刑事管辖权

刑法的空间效力所解决的是一国刑法在什么地域,对什么人适用的问题。刑法对国内犯的基本适用原则是属地管辖原则,即一个国家对发生在本国领域内的犯罪人,不管行为人是谁,都适用本国刑法。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。”领域是

指我国国境以内的全部区域,包括领陆、领水和领空。作为属地管辖原则的补充原则是旗国主义,即持有本国国旗的船舶或航空器,不管其航行或停放在何处,对在船舶与航空器内的犯罪,都适用旗国的刑法。B项的杀人行为其施害人和被害人都不是我国公民,不能采用属人管辖原则。杀人行为发生在E国境内,不是在我国领域,虽然是在我国的长途汽车上,但不是船舶或航空器,所以对此也不能采用属地管辖原则。由于该行为也没有可以适用保护管辖和普通管辖的情形,因此对于B项的杀人行为不适用中国刑法。B项正确。

我国刑法对犯罪是否发生在本国领域采取的标准是,犯罪的行为或结果有一项发生在我国领域内的,就认为是在我国领域内犯罪。对于共同犯罪,只要共同犯罪的行为或结果有一部分发生在本国领域内,即认为是在本国领域内犯罪。A项甲教唆陈某到我国境内实施绑架行为,其与陈某构成共同犯罪。由于犯罪行为发生在我国境内,所以我国司法机关对甲的教唆犯罪有刑事管辖权。A项正确。

刑法第8条规定:“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。”本条即属于对国外犯的保护管辖原则。以保护管辖原则为根据适用我国刑法,必须具备三个条件:(1)所犯之罪必须侵犯我国国家或者公民的利益;

(2)所犯之罪按我国刑法规定的最低刑为3年以上有期徒刑;(3)所犯之罪按照犯罪地的法律也受处罚。D项外国人丁在我国境外对我国公民犯罪,其所犯之罪即使满足了前两个条件,但由于可能不满足适用第三个条件,所以可能不适用中国刑法。D项正确。

刑法第9条规定:“对于中华人民共和国缔结或者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。”此条即是关于普遍管辖原则的规定。适用普遍管辖原则时,定罪量刑的法律根据是国内刑法,而非国际条约,因为国际条约没有对罪行规定法定刑,而是要求缔约国或参加国将条约所列的罪行规定为国内刑法上的犯罪。所以C项错误。

故本题正确答案为A、B、D项。

2. 关于罪刑法定原则,下列哪一选项是正确的?(2006年卷二单选第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”不仅包括国家立法机关制定的法,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

☞ 罪刑法定原则

罪刑法定原则作为刑法的基本原则,它产生的思想渊源是三权分立学说与心理强制说。但该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。

罪刑法定中的“法”不能是习惯法,必须

是明文规定的成文法,而且必须是由人民群众选举产生的立法机关制定的法律。行政机关不是立法机关,所以它无权制定关于犯罪与刑罚的法律。故A、B项错误。

罪刑法定原则禁止事后法(禁止新法溯及既往),但如果对行为人有利,则允许事后法溯及既往,这是因为它的基础是民主主义与尊重人权主义。故C项正确。

罪刑法定原则并不要求所有的条文都必须详细描述犯罪的状况,它仅要求所有条文的规定都要明确。如果简单列举罪名就能使人民群众感到明确,那就不需要具体、详细的描述罪状。故D项错误。

3. 下列哪种说法是正确的?(2006年卷二单选第20题)

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

☞ 刑法的解释

本题借助刑法实际考查的是法理中的法律解释,只有明白各个法律概念的相关义项,才能作出准确判断。

A项,将强制猥亵妇女罪中的“妇女”解释为包括男性在内的人,违背立法原意,也不符合一般的语言习惯,无论如何解释,“妇女”也无法将男性包括在内,解释不能违背常识,属于无效的解释。

B项,故意杀人罪中的“人”指的是所有的有生命的人,既包括精神正常的人,也包括精神失常的人,而将故意杀人罪中的“人”解释为“精神正常的人”,属于缩小解释,而非类推解释,在此种情况下这种解释也是被禁止的。

C项,伪造和变造是两个不同的概念,伪造的社会危害性要大于变造的社会危害性。

将伪造解释成为包括变造,属于法律不允许的类推解释,刑法已有变造货币的罪名,不需要类推。刑法第173条规定:“变造货币,数额较大的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处1万元以上10万元以下罚金;数额巨大的,处3年以上10年以下有期徒刑,并处2万元以上20万元以下罚金。”

D项,一般意义上的“情报”包括一切有价值的信息技术资料,而为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪中的“情报”范围则要窄得多,将其解释为“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”,符合立法原意,属于缩小解释。

因此,本题正确答案为D。

4. 1997年3月刑法修订后,全国人民代表大会常务委员会颁布了几个单行刑法和几个刑法修正案?(2005年卷二单选第1题)

- A. 一个单行刑法和四个修正案
- B. 一个单行刑法和五个修正案
- C. 两个单行刑法和四个修正案
- D. 两个单行刑法和五个修正案

☞ 刑法的修订

单行刑法是针对某种犯罪或某几种犯罪及其刑罚单独制定的专项刑事法律。1997年后,全国人大常委会相继通过了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》(1998年12月29日)、《关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》(1999年10月30日)、《关于维护互联网安全的决定》(2000年12月28日)。这三个《决定》都是针对专门犯罪的,都有适用刑法追究相关犯罪的规定,但它们并不都是单行刑法。其原因在于:单行刑法必须是对刑法典进行了修改或补充的《决定》,即增加、删除、增加了罪名或法定刑。如果《决定》只是指出对哪些犯罪行为应适用刑法的哪些条款进行惩处,就不能算是单行刑法。根据这一标准,只有《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》增设了新罪名,改变了刑法中逃汇罪的犯罪主体,并提高了其法定刑;其他两个《决定》仅是指出对邪教犯罪活动应如何处理、对利用互联网进行的哪些犯罪应追

究刑事责任,并未修改刑法,因此1997年3月刑法修订后,仅颁布了一个单行刑法,B项正确。

需要说明的是:制定刑法修正案是比制定单行刑法更好的修改刑法的方式。从1999年12月25日全国人大常委会颁布《刑法修正案》(即第一个刑法修正案)开始,我国就没有再颁布过单行刑法了。

需要注意的是:《刑法修正案(六)》于2006年6月29日通过,因此我国已经有一个单行刑法和六个刑法修正案。

5. 我国刑法规定了_____法定原则,_____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”;刑法同时规定了_____相适应原则,即刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯_____和承担的_____相适应;死刑只适用于_____极其严重的犯罪分子。在这段话的空格中:(2005年卷二单选第2题)

- A. 2处填写“罪刑”,4处填写“罪行”
- B. 3处填写“罪刑”,3处填写“罪行”
- C. 4处填写“罪刑”,2处填写“罪行”
- D. 3处填写“罪刑”,2处填写“罪行”

☞ “罪刑”与“罪行”的区分

此题直接考查“罪刑”与“罪行”两个名词的正确使用。正确的表述应该是:我国刑法规定了罪刑法定原则,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”;刑法同时规定了罪刑相适应原则,即刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应;死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。因此,有3处填写“罪刑”,2处填写“罪行”,1处填写“刑事责任”。故本题正确答案为D项。

6. 某外国商人甲在我国领域内犯重婚罪,对甲应如何处置?(2005年卷二单选第3题)

- A. 适用我国刑法追究其刑事责任
- B. 通过外交途径解决
- C. 适用该外国刑法追究其刑事责任
- D. 直接驱逐出境

☞ 刑法的空间效力

本题考查的是刑法的空间效力。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。”外国商人甲是在我国领域内犯罪的，而且他不是外交人员，因此应当根据属地管辖原则，适用我国刑法追究其刑事责任。故A项正确，B项错误。

对于外国人犯罪的，应掌握以下要点：

(1)在我国领域内犯罪的，如果是外交人员，则通过外交途径解决，如果是普通人员，则直接适用我国刑法追究其刑事责任。注意外国驻华商社、公司的代表、员工不属于外交人员。(2)在我国领域外犯罪的，如果是针对我国国家或公民的犯罪，符合保护管辖条件的，我国有权进行管辖，而且适用我国刑法追究其刑事责任；如果是国际犯罪，当这样的人出现在我国境内，我国有义务管辖，如果起诉，也是依据我国刑法追究其刑事责任。因此，对于依据我国刑法追究刑事责任的外国人犯罪，不存在适用外国刑法的可能性。故C项错误。

驱逐出境作为附加刑，是一种刑罚，是不能在未经审判的情形下直接适用的。故D项错误。

7. 下列关于罪刑相适应原则的说法哪些是正确的？(2005年卷二多选第51题)

- A. 罪刑相适应原则要求刑法不溯及既往
- B. 罪刑相适应原则要求刑事立法制定合理的刑罚体系
- C. 罪刑相适应原则要求刑罚与犯罪性质、犯罪情节和罪犯的人身危险性相适应
- D. 罪刑相适应原则要求在行刑中合理地运用减刑、假释等制度

☞ 罪刑相适应原则

罪刑相适应原则要求：以客观行为的侵犯性与主观意识的罪过性结合而成的犯罪社会

危害程度和犯罪主体再次犯罪的危险程度，作为刑罚的尺度。换言之，刑罚既要与犯罪性质相适应，又要与犯罪情节相适应，还要与犯罪人的人身危险性相适应。故C项正确。

在立法上实现罪刑相适应原则，要求注重对各种犯罪的社会危害程度的宏观预测和遏制手段的总体设计，确定合理的刑罚体系、刑罚制度与法定刑。故B项正确。

在量刑方面实现罪刑相适应原则，要求将量刑与定罪置于同等重要地位，强化量刑公正的执法观念，实现刑与罪的均衡协调；在行刑方面实现罪刑相适应原则，要求注重犯罪人的人身危险程度的消长变化情况，合理地运用减刑、假释等制度。故D项正确。

刑法不溯及既往是罪刑法定原则的要求，不是罪刑相适应原则的要求。因此A项错误。

8. 下列哪些犯罪行为应实行属地管辖原则？(2005年卷二多选第56题)

- A. 外国人乘坐外国民航飞机进入中国领空后实施犯罪行为
- B. 中国人乘坐外国船舶，当船舶行驶于公海上时实施犯罪行为
- C. 外国人乘坐中国民航飞机进入法国领空后实施犯罪行为
- D. 中国国家工作人员在外国实施我国刑法规定的犯罪行为

☞ 属地管辖原则的适用

刑法第6条第1款、第2款分别规定：“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。”第1款是对属地管辖原则的规定，第2款是对属地管辖原则的补充规定。“领域”包括领陆、领水和领空。因此，A项中的犯罪发生在我国领空内，属于在我国领域内犯罪，A项正确。

C项中的犯罪是发生在我国航空器内，依照属地管辖原则的补充原则，也适用我国刑法，C项正确。

刑法第7条规定：“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。”B项是中国人在国外犯罪,应当适用属人管辖原则。故B项错误。

D项是中国人在国外犯罪,应当适用属人管辖原则。故D项错误。

故本题答案为A、C项。

9. 关于罪刑法定原则及其内容,下列哪一选项是正确的?(2004年卷二单选第16题)

A. 罪刑法定原则禁止类推解释与扩大解释,但不禁止有利于被告人的类推解释

B. 罪刑法定原则禁止司法机关进行类推解释,但不禁止立法机关进行类推解释

C. 罪刑法定原则禁止适用不利于行为人的事后法,但不禁止适用有利于行为人的事后法

D. 罪刑法定原则要求刑法规范的明确性,但不排斥规范的构成要件要素

☞ 罪刑法定原则

按照刑法理论的通说,罪刑法定原则有以下要求:(1)事先以成文的实体法律形式规定犯罪及其法律后果;(2)刑法必须由国家立法机关制定;(3)刑法必须是成文法;(4)禁止不利于行为人的事后法;(5)不得类推解释或类推适用;(6)刑法的规定必须明确;(7)禁止绝对不定期刑和绝对不定期刑。现代罪刑法定原则禁止类推解释(有利于被告的类推解释例外),但不禁止扩大解释。所以A项是错误的。

不仅禁止司法机关类推解释,也禁止立法机关类推解释,因为法律解释和立法是两个不同的概念,解释只能在立法的约束下进行,并且其机关、程序也没有立法那么严格,所以B项也是错误的。

我国对刑法的溯及力采取的是从旧兼从轻原则,事后法只有在有利于被告的情况下才能适用,所以C项符合罪刑法定原则的要求。

罪刑法定原则要求刑法规范的明确性,而规范的构成要件要素远不如记述的构成要件要素明确,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,如果只需要法官的认识活动即可确定,这种构成要件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。所以,单从罪刑法定原则的要求出发,不应该适用规范的构成要件要素,D项错误。

本题正确答案为C项。

10. 下列关于中国刑法适用范围的说法哪些是错误的?(2004年卷二多选第56题)

A. 甲国公民汤姆教唆乙国公民约翰进入中国境内发展黑社会组织。即使约翰果真进入中国境内实施犯罪行为,也不能适用中国刑法,对仅仅实施教唆行为的汤姆追究刑事责任

B. 中国公民赵某从甲国贩卖毒品到乙国后回到中国。由于赵某的犯罪行为地不在中国境内,行为也没有危害中国的国家或者国民的利益,所以,不能适用中国刑法

C. A国公民丙在中国留学期间利用暑假外出旅游,途中为勒索财物,将B国在中国的留学生丁某从东北某市绑架到C国,中国刑法可以依据保护管辖原则对丙追究刑事责任

D. 中国公民在中华人民共和国领域外实施的犯罪行为,按照刑法规定的最高刑为3年以下有期徒刑的,也可以适用中国刑法追究刑事责任

☞ 刑法的适用范围

本题主要掌握四种管辖原则的适用条件。(1)属地管辖原则: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,都适用中国刑法。(2)共同犯罪的,只要部分共犯人的行为发生在中华人民共和国领域内,就认定共同犯罪发生在中华人民共和国领域内,因此对整个共同犯罪都适用中国刑法。(3)保护管辖原则: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,而按刑法规定的最低刑为3年以上有期徒刑的,可以适用中国刑法,按照犯罪地

的法律不受处罚的除外。(4)中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯刑法规定之罪的,适用中国刑法。但是,按中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。

就本题而言,A项中,乙国公民约翰进入中国境内发展黑社会组织,属于在中华人民共和国领域内犯罪,应当适用中国刑法。汤姆教唆约翰进入中国境内犯罪,约翰实施了其教唆的罪,二人构成共同犯罪。由于犯罪行为发生在中国,可以根据属地管辖原则,对汤姆适用中国刑法追究刑事责任。故A项错误。

B项中的中国公民赵某从甲国贩卖毒品到乙国后回到中国,属于中华人民共和国公民

在中华人民共和国领域外犯刑法规定之罪,当然能适用中国刑法。故B项是错误的。

C项中,外国人在中国绑架第三国的公民,并没有危害到中国国家或公民的利益,所以不能适用保护管辖原则。但依据属地管辖原则,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,都适用中国刑法。可见适用中国刑法是依据属地管辖原则的,故C项也是错误的。

依据上述第(4)种条件,对于D项的情形,可以不予追究,但也可以适用中国刑法追究刑事责任。故D项正确。

本题的正确答案为A、B、C项。

【点评】

刑法概说部分从命题方式来看,主要有两个特点:一是常常结合具体案例综合考查刑法理论知识;二是突出考查重点法条,主要考查的法条有刑法第3条(罪刑法定原则)、第5条(罪刑相适应原则)、第6条(属地管辖权)、第7条(属人管辖权)、第8条(保护管辖权)、第9条(普遍管辖)、第12条(从旧兼从轻)。

2006年卷二第1题、2004年卷二第16题均考查了罪刑法定原则。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”。该原则产生的思想渊源是三权分立学说与心理强制说。但该原则的思想基础却是民主主义与尊重人权主义。罪刑法定原则的具体内容主要有:(1)规定犯罪及其法律后果的法律必须是立法机关制定的成文的法律,行政法规不得规定刑罚,习惯法不得作为刑法的渊源,判例也不应作为刑法的渊源;(2)禁止不利于行为人的事后法(禁止溯及既往);(3)禁止不利于行为人的类推解释;(4)禁止绝对的不定期刑与绝对的不定期刑;(5)刑法的处罚范围与处罚程度必须具有合理性;(6)对犯罪及其法律后果的规定必须明确;对犯罪构成的规定必须明确,对法律后果的规定必须明确;(7)禁止不均衡的、残酷的刑罚。

2006年卷二第20题考查了刑法的解释。刑法的解释要注意类推解释与扩大解释的区别。从形式上说,扩大解释所得出的结论,没有超出刑法用语可能具有的含义,即在刑法文字含义的“射程”之内进行解释;而类推解释所得出的结论,超出了用语可能具有的含义,即在刑法文字的“射程”之外进行解释。从着重点上说,扩大解释着眼于刑法规范本身,仍然是对规范的逻辑解释;类推解释着眼于刑法规范之外的事实,是对事实的比较。从理论方法上说,扩大解释是扩张性地划定刑法某个概念;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。从实质上而言,扩大解释的结论在公民预测可能性之内;类推解释则超出了公民预测可能性的范围。

2007年卷二第51题,2005年卷二第3、56题和2004年卷二第56题均考查了刑法的适用范围的空间效力。刑法的适用范围主要应注意刑法的空间效力。空间效力的四原则(属地管辖、属人管辖、保护管辖、普遍管辖)往往通过具体案例的形式进行

命题。考生应注意属地管辖以犯罪地为标准,行为人的国籍不论;属人管辖以国籍为标准,只适用于我国公民在外国犯罪;保护管辖以被侵害的法益为标准,只适用于外国人在外国对我国国家和公民犯罪;普遍管辖适用于我国在国际公约、条约中承诺予以管辖的国际犯罪。

总体而言,刑法概说部分的理论性很强,考生应当在理解的基础上注意具体知识点的掌握。此外还应注意的是刑法立法的一些基本常识,例如,刑法修正案的数量等。

► 考核点二 犯罪构成

【概说】

犯罪构成理论是刑法的基础理论,也是历年司法考试刑法部分的重中之重。每年大约有8—10分的考题直接考犯罪构成,还有不少考题间接考查了本部分的知识。本部分的内容很多,司法考试涉及的知识点主要有:犯罪概念、犯罪分类、犯罪客体、犯罪主体、犯罪主观方面、犯罪客观方面、结果加重犯、认识错误和因果关系。考生应当重点掌握的考点有:犯罪主体刑事责任年龄、单位犯罪、犯罪主观方面的故意与过失、主观认识错误和犯罪客观方面中的因果关系等问题。

【考题】

1. 关于刑法中的因果关系的判断,下列哪一选项是正确的?(2007年卷二单选题第1题)

A. 甲为抢劫而殴打章某,章某逃跑,甲随后追赶。章某在逃跑时钱包不慎从身上掉下,甲拾得钱包后离开。甲的暴力行为和取得财物之间存在因果关系

B. 乙基于杀害的意思用刀砍程某,见程某受伤后十分痛苦,便将其送到医院,但医生的治疗存在重大失误,导致程某死亡。乙的行为和程某的死亡之间没有因果关系

C. 丙经过铁路道口时,遇见正在值班的熟人项某,便与其聊天,导致项某未及时放下栏杆,火车通过时将黄某轧死。丙的行为与黄某的死亡之间存在因果关系

D. 丁为杀害李某而打其头部,使其受致命伤,2小时之后必死无疑。在李某哀求下,丁开车送其去医院。20分钟后,高某驾驶卡车超速行驶,撞向丁的汽车致李某当场死亡。丁的行为和李某的死亡之间存在因果关系

☞ 刑法中的因果关系

我国刑法理论一般认为,刑法上的因果关系,是危害行为与危害结果之间的一种引起与被引起的关系。关于因果关系,首先要掌握以下几点:(1)因果关系具有客观性。因果关系是事物之间的一种引起与被引起的关系,这种关系本身是客观的,不依任何人的主观意志为转移,因果关系的有无,只能根据事物之间的客观联系进行判断;(2)有无因果关系与行为人应否负刑事责任是两个概念。有因果关系只是行为人应负刑事责任的必要条件而不是充分条件,行为人对危害结果应否负刑事责任,除了危害行为和损害结果之间要存在客观因果关系外,主体还必须具有主体资格(责任年龄、责任能力)、主观要件(有故意或过失);(3)介入他人或者被害人行为或客观事实造成危害结果的,如果行为人的前行为为发生后一危害结果提供了条件,一般即可认为有因果关系。

A项中,甲为抢劫而殴打章某,章某逃跑,甲随后追赶。章某在逃跑时钱包不慎从

身上掉下,甲拾得钱包后离开。甲的抢劫行为与取得章某财物的行为不存在因果关系。要构成抢劫罪,不仅是行为人实施暴力手段,并实施取财行为,要求取得财物,而且手段行为和取财行为之间要有因果联系。甲的暴力行为与所取得的财物这一结果之间是不存在因果关系的,因此A项错误。

B项中,医生的治疗存在重大失误,导致程某死亡,属于因果关系的中断,乙的行为和程某的死亡之间没有因果关系。故B项正确。

C项中,丙与项某聊天的行为与黄某的死亡之间不存在因果关系,故C项错误。

D项中,属于因果关系的中断,丁的行为和李某的死亡之间不存在因果关系,故D项错误。

2. 甲为杀害仇人林某在偏僻处埋伏,见一黑影过来,以为是林某,便开枪射击。黑影倒地后,甲发现死者竟然是自己的父亲。事后查明,甲的子弹并未击中父亲,其父亲患有严重心脏病,因听到枪声后过度惊吓死亡。关于甲的行为,下列哪一选项是正确的?(2007年卷二单选第5题)

- A. 甲构成故意杀人罪既遂
- B. 甲构成故意杀人罪未遂
- C. 甲构成过失致人死亡罪
- D. 甲对林某构成故意杀人罪未遂,对自己的父亲构成过失致人死亡,应择一重罪处罚

☞ 刑法上的事实认识错误

事实认识错误,是指行为人的主观认识与和自己的行为有关的事实情况不一致。事实认识错误又分为两种:一种是具体的认识错误,就是行为人的主观认识和客观事实不一致,但没有超出同一个犯罪构成的范围,即行为人只是在某个犯罪构成的范围内发生了对事实的认识错误,因而也称为同一犯罪构成内的错误。具体的事实错误主要包括对象错误、打击错误与因果关系错误。另一种是抽象的事实认识错误,是指行为人认识的事实与现实所发生的事实,分别属于不同的

犯罪构成,或者说,行为人所认识的事实与所发生的事实跨越了不同的犯罪构成,因而也被称为不同犯罪构成间的错误。抽象的事实认识错误只有对象错误与打击错误。

本题中,实际上考查的是具体的事实认识错误,虽然说行为人甲主观上认错了人,想杀林某,结果向自己的父亲开了一枪,但是不管是林某,还是他的父亲,都是人,都属于刑法第232条故意杀人罪构成要件的客体,都在一个犯罪构成的范围以内,所以属于具体的事实认识错误,具体的事实认识错误原则上不影响定罪。因此符合故意杀人罪构成条件,构成故意杀人罪既遂。A项正确。

3. 张某和赵某长期一起赌博。某日两人在工地发生争执,张某推了赵某一把,赵某倒地后后脑勺正好碰到石头上,导致颅脑损伤,经抢救无效死亡。关于张某的行为,下列哪一选项是正确的?(2007年卷二单选第14题)

- A. 构成故意杀人罪
- B. 构成过失致人死亡罪
- C. 构成故意伤害罪
- D. 属于意外事件

☞ 过失致人死亡罪、意外事件、疏忽大意的过失认定

犯罪主观要件,是指行为人对自己实施的危害社会行为及行为所造成的危害社会结果所持的心态。认定一个人构成犯罪,不仅要证实他在客观上实施危害行为,还必须证实他在主观上具有罪过。过失致人死亡罪,是指由于过失而导致他人死亡的行为。意外事件,是指行为虽然在客观上造成了损害结果,但不是出于故意或过失,而是由于不能预见的原因引起的,不是犯罪。疏忽大意的过失,是指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,以致发生这种结果的心理态度。在认定疏忽大意的过失时,应当从分析行为入手,根据行为本身的危险程度、行为的客观环境以及行为人的智能水平,判断行为人在当时的情况能不能预见结果的发生,而不能站在事后的立场进行判断,不能因为结果严重就断定行为入能够预见,应当预见;也不能因为行为人所实

施的是不道德行为或一般违法行为,就认定行为人能够预见危害结果的发生。

本题中,张某在工地上推赵某引起赵某死亡的后果是一种疏忽大意的过失,张某在工地上情况应当预见自己的行为可能导致赵某死亡的结果发生。应当预见而没有预见的,则构成过失致人死亡罪,故 B 项正确。

4. 刘某基于杀害潘某的意思将潘某勒昏,误以为其已死亡,为毁灭证据而将潘某扔下悬崖。事后查明,潘某不是被勒死而是从悬崖坠落致死。关于本案,下列哪些选项是正确的?(2007 年卷二多选第 54 题)

A. 刘某在本案中存在因果关系的认识错误

B. 刘某在本案中存在打击错误

C. 刘某构成故意杀人罪未遂与过失致人死亡罪

D. 刘某构成故意杀人罪既遂

☞ 刑法中的因果关系、刑法中的认识错误

因果关系的错误,是指侵害的对象没有错误,但造成侵害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。因果关系的错误主要有三种情况:即狭义的因果关系的错误、事前故意与犯罪构成的提前实现。狭义的因果关系的错误,是指结果的发生不是按照行为人对因果关系的发展所预见的进程来实现的情况。事前的故意,是指行为人误认为第一个行为已经造成结果,出于其他目的实施第二个行为,实际上是第二个行为才导致预期的结果的情况。犯罪构成的提前实现,实际上是指提前实现了行为人所预想的结果。

本案中,从刘某杀害潘某的整个情形来看,刘某的行为符合因果关系错误的事前的故意,所以刘某在本案中存在因果关系的认识错误,而非打击错误,故 A 项正确, B 项错误。在这种场合,第一行为与死亡结果之间的因果关系未中断,即仍应肯定第一行为与结果之间的因果关系,而且现实所发生的结果与行为人意欲实现的结果完全一致,故应以故意杀人罪既遂论处,因此 C 项错误, D 项正确。

5. 关于不作为犯,下列哪些选项是正确

的?(2007 年卷二多选第 59 题)

A. 刑法规定,依法配备公务用枪的人员丢失枪支不及时报告,造成严重后果的构成犯罪。该罪以不报告为成立条件,属于不作为犯罪

B. 偷税罪是一种不履行纳税义务的行为,只能由不作为构成

C. 遗弃罪是一种不履行扶养义务的行为,属于不作为犯罪

D. 刑法规定,将代为保管的他人财物非法占为己有,数额较大,拒不退还的,构成犯罪。该罪以拒不退还为成立条件,属于不作为犯罪

☞ 不作为犯的构成要件

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。成立不作为犯罪必须具备以下客观要件:(1)行为人负有实施特定积极行为的法律性质的义务。这种义务的来源主要有:法定的义务;职务或者业务要求的义务;法律行为引起的义务;先前行为引起的义务。(2)行为人能够履行特定的义务。(3)行为人不履行特定义务,造成或者可能造成危害结果。

我国刑法中规定的犯罪,只有少数几种犯罪如遗弃罪,不移交刑事案件罪,不解救被拐卖、绑架的妇女儿童罪等,只能以不作为的形式构成,故 C 项正确。

丢失枪支不报罪,是指依法配备公务用枪的人员,丢失枪支不及时报告造成严重后果的行为。不及时报告是一种不作为。依据《中华人民共和国枪支管理法》,行为人丢失枪支后有立即报告的义务,但行为人没有履行这种义务,构成不作为犯罪,故 A 项正确。

刑法第 201 条对偷税罪规定的偷税手段,除在账簿上不列收入是不作为外,其余手段都属于作为。我国刑法理论认为,偷税罪既可由作为构成,也可由不作为构成。故 B 项错误。

刑法第 270 条规定的侵占罪,虽然设立了拒不退还的条件,但该罪的实行行为是侵占,这是一种作为。至于拒不退还只是该罪的罪量要素。因此,侵占罪是作为犯不是

不作为犯,故D项错误。

6. 关于因果关系,下列哪一选项是错误的?(2006年卷二单选第2题)

A. 甲故意伤害乙并致其重伤,乙被送到医院救治。当晚,医院发生火灾,乙被烧死。甲的伤害行为与乙的死亡之间不存在因果关系

B. 甲以杀人故意对乙实施暴力,造成乙重伤休克。甲以为乙已经死亡,为隐匿罪迹,将乙扔入湖中,导致乙溺水而亡。甲的杀人行为与乙的死亡之间存在因果关系

C. 甲因琐事与乙发生争执,向乙的胸部猛推一把,导致乙心脏病发作,救治无效而死亡。甲的行为与乙的死亡之间存在因果关系,是否承担刑事责任则应视甲主观上是否有罪过而定

D. 甲与乙都对丙有仇,甲见乙向丙的食物中投放了5毫克毒物,且知道5毫克毒物不能致丙死亡,遂在乙不知情的情况下又添加了5毫克毒物,丙吃下食物后死亡。甲投放的5毫克毒物本身不足以致丙死亡,故甲的投毒行为与丙的死亡之间不存在因果关系

☞ 因果关系的认定

因果关系是指行为与结果之间决定与被决定、引起与被引起的关系。在刑法中,将某一结果归咎于某一条件的时候,往往需要查明其行为与结果之间是否存在刑法上的因果关系。因此,因果关系在犯罪构成中具有重要意义,尤其是在结果犯的场所,无因果关系则无刑事责任。当然,因果关系并不像行为与结果那样是犯罪构成的一个要件。因为行为与结果是一种事实特征,而因果关系是两者之间一种性质上的联系。因此,不应将因果关系与行为、结果相并列作为构成要件。当然,这丝毫不能否定因果关系在犯罪构成中的地位。因果关系是行为与结果之间的一种客观联系,这种联系具有事实性质。但是,刑法中的因果关系不仅是一个事实问题,更为重要的是一个法律问题。在这种情况下,对于刑法中的因果关系,应当从事实和法律两个方面加以考查。本题考查的主要是事实

因果关系。

A项,乙被送往医院救治,医院失火,导致乙死亡,使甲的行为与乙死亡之间的因果关系中断;B项,甲隐藏尸体的行为导致乙死亡,甲的行为与乙死亡之间有直接的因果关系;C项,本来甲的行为不足以导致乙死亡,但因为偶然遇到了其他因素,乙为心脏病,致乙死亡,基于因果关系的相对性,甲的行为与乙的死亡之间有偶然的因果联系;D项,甲明知其行为会导致丙的死亡,基于因果关系的重叠性,其投毒行为与丙的死亡之间存在因果关系。

所以本题正确答案是D项。

7. 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年卷二单选第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

☞ 犯罪的主观方面

本题首先要区分故意和过失,然后再细分故意和过失的种类。故意与过失是以一般人为标准来判断其主观上是否“明知”。通常而言,在疾驶时突然刹车的行为会导致刚上车而在车门口的人站立不稳而摔下车去造成重伤,行为人不可能没有预见到该种危害结果,所以本题中甲主观上不属于过失而属于故意。间接故意是指行为人明知自己的行为会产生危害社会的结果并放任该结果的发生,而直接故意则是希望这种结果发生。

本题中,甲在疾驶时突然急刹车,明知自己的行为会产生致乙死亡的结果,其目的是“摆脱乙”而不是想致乙死亡,故其属于“放任”而非“希望”,为间接故意。故正确答案是B项。

8. 下列与不作为犯罪相关的表述,哪一

选项是正确的?(2006年卷二单选第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,张三酒后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

☞ 不作为犯

不作为,是指行为人在能够履行自己应负义务的情况下不履行该义务。不作为构成犯罪必须具备三个条件:(1)行为人负有实施特定积极行为的、具有法律性质的义务;(2)行为人能够履行该特定义务;(3)行为人没有履行该特定义务。其中“具有法律性质的义务”,包括法律明文规定的义务、职务或业务要求的义务、法律行为引起的义务和先行行为引起的义务等。

A项,甲是警察,有制止犯罪的特定法律义务,这是其职务所产生的,甲未履行这种义务,构成渎职犯罪。而刘某是县卫生局副局长,作为国家机关工作人员虽也有义务制止犯罪,但这一义务并非是从其职务产生的特定法律义务,因而刘某未履行这种义务只应受到违纪处分,不构成渎职犯罪,所以A项错误。

B项,甲携未成年人乙外出,便有义务保证乙的安全,虽然事故不是甲造成的,但是其携乙外出的先行为,故甲对乙负有救助的法律义务,其不履行这种义务导致乙死亡的严重后果,甲的不作为构成犯罪,所以B项错误。

D项,《消防法》的该条规定属于针对不特定多数人的倡导性规定,不属于强制性规定,故过路人并不负有报警的法律义务,其不作为不构成犯罪,所以D项错误。

C项,由于刑法规定持有型犯罪的目的是禁止人们持有违禁物,而不是命令人们将违禁物上交,因此行为人在正当获得违禁物后,没有将违禁物上交,而是直接将其毁弃的,不构成非法持有违禁物的犯罪。这种处理方法也符合立法本意,因为立法者的目的是禁止违禁物继续流转、危害社会,因此将其毁弃已足以达到此目的。本题中,甲将毒品冲入下水道的行为不构成非法持有毒品罪。所以C项正确。所以本题的正确答案为C项。

9. 关于单位犯罪的主体,下列哪一选项是错误的?(2006年卷二单选第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

☞ 单位犯罪的主体

依据刑法第30条之规定,单位犯罪,一般是指公司、企业、事业单位、机关、团体为本单位或本单位全体成员谋取非法利益,由单位的决策机构按照单位的决策程序决定,以单位名义并由单位内部人员具体实施的犯罪行为。《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