

2010 年

国家司法考试

历年真题归类自测及详解

中国政法大学出版社司法考试研究中心 编著

刑法

2

2010年

国家司法考试

历年真题归类自测及详解

中国政法大学出版社司法考试研究中心 编著

刑法

2

学出版社

目录 CONTENTS

◎ 第一部分	刑法应试指导	(1)
	一、刑法分值分布规律	(1)
	二、备考提示	(1)
◎ 第二部分	客观题归类详解	(3)
	考点一 刑法概说、犯罪概说 (18 分)	(3)
	考点二 构成要件该当性 (17 分)	(8)
	考点三 违法性 (11 分)	(12)
	考点四 有责性 (20 分)	(16)
	考点五 犯罪的未完成形态 (32 分)	(20)
	考点六 共同犯罪 (40 分)	(27)
	考点七 单位犯罪 (6 分)	(35)
	考点八 罪数 (17 分)	(37)
	考点九 刑罚概说、刑罚的体系 (9 分)	(41)
	考点十 刑罚的裁量 (26 分)	(43)
	考点十一 刑罚的执行、刑罚的消灭 (31 分)	(49)
	考点十二 危害国家安全罪、公共安全罪 (17 分)	(54)
	考点十三 破坏社会主义市场经济秩序罪 (51 分)	(59)
	考点十四 侵犯公民人身权利、民主权利罪 (48 分)	(75)
	考点十五 侵犯财产罪 (96 分)	(86)
	考点十六 妨害社会管理秩序罪 (42 分)	(104)
	考点十七 贪污贿赂罪 (25 分)	(113)
	考点十八 渎职罪、军人违反职责罪 (8 分)	(119)
◎ 第三部分	主观题综合分析与解答	(122)
	一、2009 年主观题	(122)
	二、2008 年主观题	(123)
	三、2007 年主观题	(126)
	四、2006 年主观题	(126)
	五、2005 年主观题	(127)
	六、2004 年主观题	(129)
	七、2003 年主观题	(130)
	八、2002 年主观题	(131)

第一部分

刑法应试指导

一、刑法分值分布规律

年份	单项选择题	多项选择题	不定项选择题	案例分析题	论述题	总计
2009年	20	30	8	22	0	80
2008年	20	30	8	20	25	103
2007年	20	30	8	22	0	80
2006年	20	30	10	22	35	117
2005年	20	32	8	15	0	75
2004年	20	22	8	25	0	75
2003年	12	40	16	9	0	77
2002年	12	40	16	20	0	88

二、备考提示

(一) 传统命题重点的考查依然为重中之重

对刑法理论的重点考查已经逐渐成为了我国司法考试刑法命题的传统。在2009年之前,刑法总论中的犯罪论是刑法学的核心,也始终是司法考试的重点内容。在2007的试题中,考查这部分的试题达25分之多(刑法共计80分)。2006年考查的不作为犯、刑法因果关系理论、故意犯罪的认识错误、共同犯罪、犯罪形态、排除犯罪性的事由等都出现在了今年的试题中。其中突出了对刑法学中不纯正不作为犯、故意犯罪的认识错误、共同犯罪等三大难点的考查,特别是对共同犯罪的考查达11分之多。刑罚论中的自首与立功、数罪并罚在这两年也都重点进行了考查。刑法分论中盗窃罪、抢劫罪、诈骗罪、故意杀人罪、非法拘禁罪、受贿罪、挪用公款罪、敲诈勒索罪、贩卖毒品罪、使用假币罪等历年重点考查的内容在2007年的

试题中也有充分表现。例如,盗窃罪考查单项3题,多项3题,达9分;抢劫罪考查单项1题,多项2题、案例题,达11分。

2009年刑法试题与以往发生了一点变化,即总论问题减少,特别是犯罪论部分考查内容减少。其中,总则部分考了17分:刑法解释(1);刑事责任年龄(1);正当防卫(1);紧急避险(1);伤害犯罪中止(1);故意杀人中止与未遂区别(2);共犯成立(1);教唆犯(1);帮助犯认定(2);没收财产刑(1);累犯(1);犯罪数额计算(1);自首的“如实供述”(2);假释适用条件(1)。分则考了41分:为境外窃取国家秘密罪(1);侵犯著作权罪(1);保险诈骗罪未遂(1);交通肇事罪认定和时效中断(1);修正案七新增非法经营、偷税规定及洗钱罪、组织卖淫罪对象(2);销售有毒、有害食品罪及其故意认定(2);非法经营罪定罪(2);绑架加重犯及其处罚(1);赌博罪认定及抢劫罪结果加重犯与数罪的区别(1);故意毁坏财物罪与抢劫罪的区别(1);麻醉方法抢劫罪(1);抢劫结果加重犯认定(2);盗窃罪与诈骗罪区别(2);职务侵占罪与盗窃罪区别(1);使用假币、信用卡犯罪认定(2);包庇罪(2);掩饰、隐瞒犯罪所得罪、帮助毁灭证据罪(2);贿赂罪认定(2);修正案七新增斡旋受贿(2);贪污、挪用金额认定(2);受贿罪与非罪认定(2);行贿共犯(2);敲诈勒索罪及牵连犯、吸收犯(2);单位行贿罪(1);徇私枉法罪(2)。

总体上,试题呈现3个特点:①考点集中在常见知识点和常见罪名上,大家都不感到生疏;②题干和选项的信息量不大,减少了考生的阅读量和时间上的压力;③分则所占分值较高,且集中于常见罪名。

(二) 关注最新刑事立法

在历年司考中,许多考生都高度重视各部

门法的最新立法、司法解释等，这在刑法试卷中也同样重要。对于新近的司法解释、修正案，在当年的试题中都有体现。2009年2月28日新出台的《刑法修正案（七）》、《关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》在2009年试题中出现，如利用影响力受贿罪、组织、领导传销活动罪等。

（三）密切结合社会热点

与第二项相同，这也是今年刑法命题的一个新特点。在过去几年中，刑法命题者热衷于考查传统刑法问题，对社会热点关注不足。但在近年的命题中，对利用ATM机犯罪问题、利用计算机网络进行犯罪、投放虚假危险物质罪、编造、传播虚假恐怖信息罪、玩忽职守罪等社会热点问题进行了考查。这似乎也是一个信号：刑法命题者将会进行现实主义的转变。

（四）通说考查成为重点，极力避免争议

纵观今年的试题，争议问题很少。实际上，争议问题往往都是比较难处理的问题。这也是我们认为近年试题难度有所减小的原因之一。2009年度总则分值大幅下降、分则分值大幅上升，可能是因为回避三要件与四要件的体系分歧，不代表2010年考试的趋向。因此对于总则基本的知识点仍应当同样重视。

（五）研习历年试题

历年试题对应试的参考价值最大，是了解考试重点和特点不可或缺的途径。

1. 了解司法考试的特点，有针对性地选择复习资料、确定复习方法

（1）广泛复习，不寄希望于押题。40道选择题，每题四个选项，每个选项可能涉及一个知识点，这样计算下来，仅卷面实际考查的知识点就可能达到160个之多。因此复习时保证一定的知识面是必要的。面对琐碎的选择题，押题是不可取的。

（2）注意考查的角度。注意两个交叉点：①分则各罪与总则重点的交叉点；②分则各罪与常见罪的交叉点（区别点）。

刑法中每一个重要的制度或者每一个罪名，都包含很多的知识点，比如保险诈骗罪，最基本的就有4个构成要件的知识，另外还涉及数罪并罚、法条竞合、犯罪形态、共犯等共同性问题；另外，刑法的基本制度在具体罪名上可能有不同的特点，如诈骗罪、绑架罪既遂的特点就不同。因此，具体罪名与刑法基本制度

（如故意、刑事责任年龄、行为、结果、共犯、未遂、中止、正当防卫、数罪并罚等等）的交叉点往往容易成为考查的角度。

（3）处理好重要基本点（常考知识点）与知识面（非常考知识点）的关系。

在重要基本点上出题概率高，每年刑法试题中属于基本点的知识占一半以上（参见2004年刑法试题考点分析），必须扎实掌握。如总则方面：①刑事责任年龄尤其是相对刑事责任年龄的规定；②主观方面的故意、过失认定，尤其是间接故意与过于自信过失的认定，事实错误问题；③客观方面的行为的基本形式，尤其是不作为行为的特点，构成犯罪的的前提条件；④正当防卫和防卫过当的认定；⑤未完成罪，尤其是预备犯与未遂犯的界限，未遂犯与中止犯的界限，未遂犯与既遂犯的界限，以及未完成罪的责任问题；⑥共犯的认定和责任，尤其是一些貌似共犯但不认为是共犯的情况和主犯、从犯、教唆犯的种类和责任；⑦罪数形态，如对想象竞合犯、牵连犯、继续犯、吸收犯等的理解和运用；⑧累犯；⑨自首犯立功的认定与处理原则；⑩数罪并罚的原则和数罪并罚的三种情况；⑪缓刑、假释的适用与撤销；⑫死刑、罚金刑的适用等。分则方面如：侵犯财产类犯罪、侵犯人身权利类犯罪、贪污贿赂类犯罪等。

（4）善于对不同问题作不同程度地掌握。对于重点问题，应当深入、细致、全面掌握；对于表面上的问题，只需要浅浅地了解即可。对于一些法条和司法解释的特殊规定，则记住就可。即所谓“面面俱到、程度不同”。

2. 测一测自己还有什么不足，予以弥补

虽然每年试题的风格有所不同，但通过了解历年试题得出的总体印象，不会有太大的偏差。所以，全面、深入研习历年试题，甚至包括从1986年开始举办律师资格考试以来的历年试题，是掌握考试特点的有效途径。

3. 研习历年试题应讲究方法

（1）着重了解考查的知识点和考查的角度，不要太在意答案。因为时过境迁，立法、司法、理论会有较大变化，导致答案发生变化，这不奇怪。法律总是要适应社会生活的变化与时俱进的。只是不要被过时的结论所误导、也不要因为结论过时而丧失研习的兴趣。

（2）注意每年试题风格存在着波动。有时偏重于理论有时偏重于法条。

第二部分

客观题归类详解

(18分) 考点一 刑法概说、犯罪概说

历年真题

(一) 单项选择题

1. 关于刑法解释的说法, 下列哪一选项是正确的? (2009-2-1)
 - A. 将盗窃罪对象的“公私财物”解释为“他人的财物”, 属于缩小解释
 - B. 将《刑法》第一百七十一条出售假币罪中的“出售”解释为“购买和销售”, 属于当然解释
 - C. 对随身携带枪支等国家禁止个人携带的器械以外的其他器械进行抢夺的, 解释为以抢劫罪定罪, 属于扩张解释
 - D. 将信用卡诈骗罪中的“信用卡”解释为“具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡”, 属于类推解释
2. 根据《刑法》第一百一十一条的规定, 为境外的机构、组织、人员非法提供国家秘密或者情报的, 构成犯罪。司法解释将其中的“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”。这一解释属于下列何种解释? (2008延-2-1)
 - A. 补正解释
 - B. 当然解释
 - C. 反对解释
 - D. 缩小解释
3. 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? (2008-2-20)
 - 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
4. A国商人汤姆劫持B国民用航空器, 欲前往C国, 但C国拒绝其降落, 后无奈迫降中国。对汤姆的刑事责任问题的处理, 下列哪一选项是正确的? (2008延-2-23)
 - A. 依据保护管辖原则, 适用中国法律追究其刑事责任
 - B. 通过外交途径解决
 - C. 依照普遍管辖权原则, 适用中国法律追究其刑事责任
 - D. 依据属地管辖原则, 适用中国法律追究其刑事责任
5. 关于罪刑法定原则, 下列哪一选项是正确的? (2006-2-1)
 - 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
6. 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? (2005-2-1)

- 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

7. 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：(2005-2-2)

- 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”

8. 某外国商人甲在我国领域内犯重婚罪，对甲应如何处置？(2005-2-3)

- 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

9. 关于罪刑法定原则及其内容，下列哪一选项是正确的？(2004-2-16)

- 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

(二) 多项选择题

1. 关于刑事管辖权，下列哪些选项是正确的？(2007-2-51)

- 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

2. 下列关于罪刑相适应原则的说法哪些是正确的？(2005-2-51)

- 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

3. 下列哪些犯罪行为应实行属地管辖原则？(2005-2-56)

- 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

4. 下列关于中国刑法适用范围的说法哪些是错误的？(2004-2-56)

- 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期外出旅游，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

(三) 不定项选择题

下列情形中，告诉才处理的有：(2004-2

- A. 捏造事实, 诽谤国家领导人, 严重危害社会秩序和国家利益
- B. 虐待家庭成员, 致使被害人重伤
- C. 遗弃被抚养人, 情节恶劣的
- D. 暴力干涉他人婚姻自由的

逐项解析

(一) 单项选择题详解

1. **答案及详解** C 本题考核刑法解释方法。刑法解释方法分为两大类, 即文理解释与论理解释。论理解释主要有以下几种: 扩大解释、缩小解释、当然解释、反对解释和补正解释。所谓的补正解释是指在刑法文字不符合刑法目的时, 统观刑法全文予以补正, 以阐明刑法真实含义的解释方法。当然解释, 即刑法规定虽未明示某一事项, 但依形式逻辑、规范目的及事物属性的当然道理, 将该事项解释为包括在该规定的适用范围之内。反对解释是指根据刑法条文的正面表述, 推导其反面含义的解释方法。缩小解释, 即刑法条文的字面通常含义比刑法的真实含义广, 于是限制字面含义, 使其符合刑法的真实含义。A 项中, 将盗窃罪对象的“公私财物”解释为“他人的财物”, 属于缩小解释。B 项中, 将《刑法》第 171 条出售假币罪中的“出售”解释为“购买和销售”, 属于当然解释。C 项中, 对随身携带枪支等国家禁止个人携带的器械以外的其他器械进行抢夺的, 解释为以抢劫罪定罪, 属于扩张解释。D 项中, 将信用卡诈骗罪中的“信用卡”解释为“具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡”, 属于类推解释。

2. **答案及详解** D 本题考核刑法解释方法。详细讲解见上题。常理认为“情报”是有价值的信息, 司法解释为“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”, 就是缩小情报的字面含义, 属于缩小解释。答案 D 是正确的。

3. **答案及详解** B 本题考核立法解释与司法解释的关系及刑法解释的基本法理。严格意义上的立法解释是在刑法施行过程中, 立法机关对发生歧义的规定所作的解释。立法解释的效力高于司法解释的效力, 如挪用公款罪中“归个人使用”立法解释与司法解释的关系。同

一机关做出的司法解释, 新解释优于旧解释。关于刑法解释, 无论是以何种方式, 都不能违反罪刑法定原则。因此, ②句正确, 其余均错误。本题的正确答案是 B 项。

4. **答案及详解** D 本题考核属地管辖。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。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。本题中, 劫持航空器的犯罪结果发生在中华人民共和国领域内, 依照属地管辖原则, 适用中国法律追究其刑事责任。C 项的迷惑性在于劫持航空器是国际罪行, 可能会联想起对于国际罪行的普遍管辖权。注意: 如果该罪行与我国法律没有任何连接点, 即飞机没有降落在中国, 而是汤姆在犯罪后潜逃到中国, 这时才是普遍管辖问题。故 D 项正确。

5. **答案及详解** C 本题考核罪刑法定原则。罪刑法定原则要求以制定法为依据, 排斥习惯法, 故 A 项错误。根据《立法法》第 8 条第 (四) 项, 关于犯罪和刑罚的事项只能制定法律, 故 B 项错误。罪刑法定禁止溯及既往是保障国民自由的要求, 因此, 对非犯罪化, 弱化惩罚或有利于行为人的法律则允许有溯及既往的效力, 故 C 项正确。罪刑法定要求法律条文清楚明确。但明确是相对的, 在一般人都能够理解的情况下, 从立法技术角度考虑没有具体描述必要。故 D 项错误。

6. **答案及详解** B 刑法常识考查。单行刑法是指国家以决定、规定、补充规定、条例等名称颁布的、规定某一类犯罪及其刑事责任或者刑法的某一事项的法律。目前只有全国人大常委会 1998 年 12 月 29 日颁布的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》一个单行刑法。此后, 基于立法技术的进步, 刑法典的调整均是以修正案的形式出现。截止 2009 年, 共有 7 个修正案, 分别颁布于 1999 年 12 月 25 日、2001 年 8 月 31 日、2001 年 12 月 29 日、2002 年 12 月 28 日、2005 年 2 月 28 日、2006 年 6 月 29 日和 2009 年 2 月 28 日。当年答案是 B。

7. **答案及详解** D 依次填充的词语是: 罪刑、罪刑、罪刑、罪行、刑事责任、罪行。

8. **答案及详解** A 本题考核刑法的空间适用范围。《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。外国商人在我国犯重婚罪，当然适用我国刑法。注意：若是使领馆工作人员，则根据刑法第11条通过外交途径解决，属于第6条法律有特别规定的情形。

9. 答案及详解 C 本题深刻考察罪刑法定原则的内涵。关于罪刑法定原则内涵全面解释详见【考点总结】2。规范的构成要件要素是指构成要件中需要法官根据特定社会的某种公认价值判断标准进行评价的要素，如猥亵、淫秽等用语，与记述的构成要件要素是一对概念。罪刑法定原则明确性要求尽量少用规范的构成要件要素，从这种意义上说，“不排除”是不正确的。各项比较而言，选C项。

参考答案速查 1. C 2. D 3. B 4. D
5. C 6. B 7. D 8. A 9. C

(二) 多项选择题详解

1. 答案及详解 ABD 本题考核刑法的空间适用范围。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。犯罪行为包括预备行为、实行行为、共同犯罪的部分行为，犯罪结果包括实际发生的结果、可能发生的结果（预备、未遂的场合）、共同犯罪的部分结果。A项中甲的教唆行为尽管在国外，但是可能发生的实行行为、犯罪结果是在中国境内，所以有管辖权。凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，视为在我国领域内，但是不包括国际列车或者长途汽车，所以B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。故C项情形要适用中国刑法，C错误。注意：刑法是公法，涉及国家主权，不存在适用他国刑法问题。《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。D项的表述是“也可能不适用中国刑法”，如果丁对中国公民的犯罪行为在犯罪地是不受处罚的，那么就不适用中国刑法，所以D正确。综上，本题的正确选项是ABD。

2. 答案及详解 BCD 本题考核罪刑相适应原则。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”。作为刑法基本原则，罪刑相适应原则要求在刑事立法、刑事审判与刑罚执行阶段，都必须坚持罪刑相适应原则。因此，BCD正确。A选项中的“刑法不溯及既往”是罪刑法定原则的派生原则。

3. 答案及详解 AC 本题考核属地管辖原则。凡在中国领域内犯罪的，除特别规定外，都适用我国刑法。中国领域内包括领土、领空、领海，还包括悬挂中国国旗的航空器和船舶。因此，AC正确。B项是在外国船舶、公海上，D项发生在外国，都不适用属地管辖。注意：有考生看到B、D项便认为这种情况适用我国刑法。这种判断没错，根据属人管辖原则，适用我国刑法，但题干设问的是属地管辖的情况。

4. 答案及详解 ABC 本题综合考察刑法的空间适用范围。A项中，汤姆和约翰是共同犯罪，实行行为发生在中国。同时，入境发展黑社会性质组织罪法定刑在3年以上，有可能适用中国刑法，A错。B项赵某是中国公民，适用中国刑法。C项适用中国刑法的根据是属地管辖，犯罪行为发生在中国。D正确，《刑法》第7条规定的是“可以不予追究”。“可以”从语义上分析有两种可能：可以或不可以。

参考答案速查 1. ABD 2. BCD 3. AC
4. ABC

(三) 不定项选择题详解

答案及详解 D 本题考核犯罪分类中的亲告罪。亲告罪是告诉才处理的犯罪，必须有刑法的明文规定，共有四种：第246条第1款公然侮辱、诽谤罪（严重危害社会秩序和国家利益的除外），第257条第1款暴力干涉婚姻自由罪（被害人死亡的除外），第260条第1款虐待罪（被害人重伤、死亡的除外）和第270条规定的侵占罪。所以本题应选D项。注意：遗弃罪是非亲告罪。只有侵占罪是完全亲告罪，其他亲告罪都有例外。

参考答案速查 D

相关链接

(一) 备考要求

关于刑法概说的基本要求是：了解“刑法的概念、机能、目的以及刑法的体系与结构”，理解“刑法的性质及其与其他法律的关系，刑法的基本原则”，熟悉并能够运用“解释刑法的

各种方法，刑法的适用范围”。

关于犯罪概说的基本要求是：了解“犯罪的理论分类”，理解“刑法关于犯罪概念的规定以及犯罪的本质特征与法律特征之间的关系，犯罪论体系的概念与特征”，熟悉并能够运用“犯罪的法定分类，犯罪的基本特征”。

（二）核心法条链接

第六条 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。

第七条 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三年以下有期徒刑的，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。

第八条 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三年以上有期徒刑的，可以适用本法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。

第九条 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。

第十条 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。

第十一条 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。

第十二条 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作出的生效判决，继续有效。

考点总结

1. 【刑法解释】依效力分为正式解释和非正式解释。正式解释常指立法解释与司法解释；非正式解释如专家学者律师对法条的解读。依解释方法分为文理解释和论理解释。文理解释是根据刑法用语的文义解释刑法。论理解释是参酌历史沿革、立法背景，按照立法精神，阐明刑法真实含义的解释方法。考试重点在于论理解释中各种具体方法：扩大解释、缩小解释、当然解释、反对解释、补正解释、体系解释、历史解释、比较解释。关于目的解释，在张明楷《刑法学》中并没有单独作为一种论理解释方法，认为任何解释都或多或少包含了目的解释，当不同的解释方法得出多重结论或不能得出妥当结论时，就以目的解释来最终决定。

2. 【罪刑法定原则】**刑法第3条规定**：法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。罪刑法定原则源于1215年英国《大宪章》，思想基础主要是民主主义与尊重人权主义。罪刑法定原则具体内容分为“形式的侧面”与“实质的侧面”。

（1）形式的侧面包括法律主义、禁止事后法、禁止类推解释、禁止不定期刑。①法律主义要求犯罪与刑罚只能由法律规定，行政法规、规章不得规定；习惯法、判例法不是刑法的渊源。②禁止事后法亦禁止溯及既往，既是立法原则，也是司法原则，现在发展为禁止重法溯及既往，即从旧兼从轻原则。③禁止类推解释但不禁止扩张解释，两者区别在于解释结论用语符合用语的发展趋势，则不是类推解释。④禁止绝对不定期刑，但允许相对确定的法定刑。

（2）实质的侧面包括两方面的内容：①刑罚法规的明确性原则。要求罪状和刑罚描述尽量明确，少用规范性构成要件要素。明确性是相对的，允许立法技术在语言上的处理。②刑罚法规的内容正当性原则。正当性又包含两方面要求：第一，禁止处罚不当罚的行为；第二，禁止不均衡、残暴的刑罚。

（3）【刑法的空间适用范围】属于常考点，解决的是我国刑法在什么地域、对什么人适用的问题。①对于国内犯罪，原则是属地管辖，即只要在中国领域内，都适用中国刑法。领域

包括领陆、领海、领空，延伸到悬挂国旗的船舶、航空器、使馆。例外是国内的享有外交特权、豁免权的人，通过外交途径解决。②对于国外犯罪：第一，中国公民在国外的犯罪，若是国家工作人员或军人适用中国刑法，其他人若是最高刑3年以下的可以不予追究；第二，外国人对中国国家或公民犯罪的，根据我国刑法最低刑在3年以上的，可以适用中国刑法，若犯罪地不认为是犯罪的除外；第三，对于一些国际犯罪，在承担条约义务范围内行使刑事管辖权，如针对海盗罪、灭绝种族罪、劫持航空器罪、贩卖奴隶罪等。

(17分) 考点二 构成要件该当性

■ 历年真题

(一) 单项选择题

1. 关于危害结果的相关说法，下列哪一选项是错误的？(2008-2-1)
 - A. 甲男(25岁)明知孙某(女)只有13岁而追求她，在征得孙某同意后，与其发生性行为。甲的行为没有造成危害后果
 - B. 警察乙丢失枪支后未及时报告，清洁工王某捡拾该枪支后立即上交。乙的行为没有造成严重后果
 - C. 丙诱骗5岁的孤儿离开福利院后，将其作为养子，使之过上了丰衣足食的生活。丙的行为造成了危害后果
 - D. 丁恶意透支3万元，但经发卡银行催收后立即归还。丁的行为没有造成危害后果
2. ①特殊身份是指行为人在身份上的特殊资格，以及其他与一定的犯罪行为有关的、行为人在社会关系上的特殊地位或者状态。②由于特殊身份必须与一定的犯罪行为有关，所以，性别、国籍等不可能成为特殊身份，首要分子则属于特殊身份。③挪用公款罪是真正身份犯，只有国家工作人员可以构成挪用公款罪，但非国家工作人员可以成为挪用公款罪的共犯。④根据《刑法》第三百零七条的规定，司法工作人员犯帮助毁灭、伪造证据罪的，从重处罚。这种情形称为不真正身份犯。关于上段话正误的判断，下列哪一选项是正确的？(2008延-2-3)
 - A. 第①句错误，其他正确
 - B. 第②句错误，其他正确
 - C. 第③句错误，其他正确
 - D. 第④句错误，其他正确
3. 关于刑法上因果关系的判断，下列哪一选项是正确的？(2007-2-1)
 - 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
4. 关于因果关系，下列哪一选项是错误的？(2006-2-2)
 - 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有无罪过而定
 - 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
5. 下列与不作为犯罪相关的表述，哪一选项是

正确的?(2006-2-4)

- 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,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

(二) 多项选择题

- 1. 关于构成要件要素的分类,下列哪些选项是正确的?(2008-2-51)
 - A. 贩卖淫秽物品牟利罪中的“贩卖”是记述的构成要件要素,“淫秽物品”是规范的构成要件要素
 - B. 贩卖毒品罪中的“贩卖”是记述的构成要件要素,“毒品”是规范的构成要件要素
 - C. 强制猥亵妇女罪中的“妇女”是记述的构成要件要素,“猥亵”是规范的构成要件要素
 - D. 抢劫罪的客观构成要件要素是成文的构成要件要素,“非法占有目的”是不成文的构成要件要素
- 2. 关于因果关系,下列哪些选项是错误的?(2008-2-52)
 - 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. 丙与同伙经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

3. 下列哪些选项成立不作为犯罪?(2008延-2-52)

- A. 过路人甲看见某公寓发生火灾而不报警,导致公寓全部被烧毁
 - B. 成年人乙带邻居小孩出去游玩,小孩溺水,乙发现后能够救助而不及及时抢救,致使小孩被淹死
 - C. 丙重男轻女,认为女儿不能延续香火,将年仅1岁的女儿抱到火车站,放在长椅上后匆匆离开。因为天冷,等警察发现女孩将其送到医院时,女孩已经死亡
 - D. 司机丁意外撞倒负完全责任的行人刘某后,没有立即将刘某送往医院,刘某死亡。事后查明,即使司机丁将刘某送往医院,也不可能挽救刘某的生命
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?(2007-2-54)
- 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
5. 关于不作为犯,下列哪些选项是正确的?(2007-2-59)
- 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
6. 下列关于刑法上因果关系的说法哪些是正确的?(2003-2-41)
- A. 甲欲杀害其女友,某日故意破坏其汽车的刹车装置。女友如驾车外出,15分钟后遇一陡坡,必定会坠下山崖死亡。但是,女友将汽车开出5分钟后,即遇山洪暴发,泥石流将其冲下山摔死。死亡结果的发生和甲的杀害行为之间,没有因果关系
- B. 乙欲杀其仇人苏某,在山崖边对其砍了7刀,被害人重伤昏迷。乙以为苏某已经死亡,遂离去。但苏某自己醒来后,刚迈了两步即跌下山崖摔死。苏某的死亡和乙的危害行为之间存在因果关系
- C. 丙追杀情敌赵某,赵狂奔逃命。赵的仇人赫某早就想杀赵,偶然见赵慌不择路,在丙尚未赶到时,即向其开枪射击,致赵死亡。赵的死亡和丙的追杀之间没有因果关系
- D. 丁持上膛的手枪闯入其前妻钟某住所,意图杀死钟某。在两人厮打时,钟某自己不小心触发扳机遭枪击死亡。钟的死亡和丁的杀人行为之间存在因果关系,即使丁对因果关系存在认识错误,也构成故意杀人罪既遂

逐项解析

(一) 单项选择题详解

1. 答案及详解 A 本题考核对危害结果的理解。危害结果是危害行为对法益所造成的现实侵害事实与现实危险状态,具有因果性、侵害性与危险性、现实性、多样性。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》规定,行为人明知是不满14周岁的幼女而与其发生性关系,不论幼女是否自愿,均应依照刑法第236条第2款的规定,以强奸罪定罪处罚,所以A错误,当选。B项丢失枪支不报罪侵害的法益是公共安全,警察乙虽没有及时报

告,但是清洁工捡到枪支后立即上交,没有造成重大人身伤亡后果,B项正确,不当选。拐骗儿童罪是拐骗不满14周岁的未成年人,脱离家庭或者监护人的行为。丙尽管使孤儿过上丰衣足食的生活,但侵犯了福利院的法定监护权,造成严重后果,故C正确,不应当选。信用卡诈骗罪中的恶意透支必须是以非法占有为目的,超过规定限额或者规定期限透支,并且经发卡银行催收后仍不归还的行为。根据生活常识也可判断丁某并没有造成严重后果,所以D正确,不应选。

2. 答案及详解 B 本题考核特殊身份。特殊身份是构成要件要求自然人具备的对定罪、量刑产生影响的资格。身份是犯罪前已具有的资格,不同于犯罪中的地位。地位是在犯罪中取得的。因此,第①、③、④句正确,第②句错误。性别、国籍是犯罪前已具有的资格,首要分子是犯罪中取得的地位。身份分为定罪身份与量刑身份,前者如只有国家工作人员才可以单独构成贪污贿赂罪,后者如国家工作人员犯伪证罪等从重处罚。

3. 答案及详解 B 本题考核刑法上的因果关系。刑法上的因果关系是实行行为和危害结果之间的关系。司法考试以条件说来判断,但考生常常仍然搞不清楚到底此行为与彼结果是否具有刑法上因果关系。做题技巧是:第一步,是否存在“没有甲行为就不会出现乙结果”;若存在,第二步,这种联系是否符合生活经验,没有其他因素介入。满足这两点,即具有刑法上的因果关系。A项是暴力——逃跑——钱掉——取财,取财是因为被害人疏忽。B项是受伤——医疗失误——死亡,死亡结果和暴力没有直接关系,故B正确。C项是丙聊天——未放栅栏——火车通过——黄某死亡,可以看出黄某是火车轧死的,C不正确。D项中丁杀害行为——李某受伤——交通事故——李某死亡,可以看出李某死亡原因是交通事故,故不正确。

4. 答案及详解 D 本题考核刑法上的因果关系。相关理论如上题中解析。A项甲伤害乙——火灾——乙被烧死,伤害与死亡之间的联系被火灾切断。B项中杀人后抛尸是整个杀人行为,不应分裂看待。整个行为都是在一个杀人故意下实施的,甲的杀人行为与被害人的死亡之间有因果关系。C项中甲猛推——心脏病发作——乙死亡,心脏病不是外

界介入因素,是被害人身体特质,甲的行为客观导致乙的死亡。注意:有考生总是认为,存在因果关系就意味着要承担刑事责任,这种观点是不正确的。因果关系是客观构成要件要素,是否承担刑事责任还要看主观罪过。故C不当选。D项中甲投毒+乙投毒 $\geq$ 丙死亡,甲的行为与乙的行为均与丙的死亡存在因果关系。故D当选。

5. 答案及详解 C 本题考核不作为。成立不作为犯罪必须具备三要件:第一,行为人具有特定义务。义务来源包括:①法律明文规定的义务;②职务或业务上要求的义务;③法律地位或者法律行为引起的义务;④先行行为造成的。第二,能够履行。第三,没有履行。A项中警察甲有阻止犯罪的义务,不作为构成渎职罪,但是县卫生局副局长刘某对阻止犯罪行为并不具有法律或职务上的义务,不成立渎职罪。同理,D项中路人也不构成不作为犯罪。B项中甲携6岁的侄子乙外出,是先行行为引起的救助义务,在乙遇险时能够救助而不救助,构成不作为犯罪。C项持有是一种状态,甲虽然没有上缴公安机关,但已销毁,不具有持有状态。故ABD三项表述均有误。

参考答案速查 1. A 2. B 3. B 4. D

5. C

(二) 多项选择题详解

1. 答案及详解 ACD 本题考核构成要件要素的分类。构成要件要素通常分为记述的构成要件要素与规范的构成要件要素;成文的构成要件要素与不成文的构成要件要素。第一种分类标准依据是否需要法官进行规范的、价值的判断,需要这种判断才能认定的是规范的构成要件要素,反之是记述的构成要件要素。因此,“贩卖”、“毒品”、“妇女”不需要价值判断,是记述的构成要件要素;“淫秽物品”、“猥亵”则需要法官价值判断,是规范的构成要件要素。故A和C正确,B错误。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。刑法条文关于抢劫罪的犯罪构成并没有明文规定“非法占有的目的”,所以D正确。

2. 答案及详解 BCD 本题考核刑法上的因果关系。相关理论如单选第3题(2007-2-1)中解析。有考生对A项异议较大,理解本项关键是理解“条件说”:甲喘司机引起司机还击,导致车失控撞死程某,是甲的行为引起这起事故,因此可以说甲的行为与程某死亡存在因果关系,A项说法正确,不选。这类事故在实践中比较常见,根据常识也可以判断。注意:刑法,以及任何法律,都是对实践的诠释、规范,偏离普通人认识会破坏公民的公平正义感。B项出题方式重复,血友病也好,心脏病也好,都是被害人身体特质,外力引起的内病发作死亡,在因果关系上都是由于外力引起的,当然存在因果关系。类似考题本考点单项题第4题C项。故,B项说法错误,应选。在C项共同犯罪情况下,需要把握一个原则:共同犯罪行为对共同犯罪结果负责,因果关系是整体对整体的因果关系。丙与同伙实施的是共同犯罪行为,共同引起犯罪结果,因此,丙的行为与王某的死亡之间是存在因果关系的,C项说法错误,应选。D项中医生仅是一般的过失,不能中断故意犯罪的因果关系,这一点在侵权法中也是同样的道理。因此,D项说法错误,应选。

3. 答案及详解 BC 本题考核不作为犯罪。理论详解见本章单选5(2006-2-4)。A项中路人没有特定义务,在我国没有见危不救罪。B项中成年人乙带小孩去游泳,因先行行为而负有保护该小孩生命安全的特定义务,在能够救助而不及及时救助时,成立不作为犯。C项中丙有抚养子女的义务,且有能力履行却不履行,成立不作为犯。本项构成的遗弃罪实际就是不作为犯。D项中,如果先行行为为犯罪行为的,并且刑法对这种行为引起的加重结果有明文规定的,不另定不作为犯罪;如果刑法没有规定的,仍以不作为犯罪评价。本项中的司机丁属于交通肇事逃逸致人死亡的情形,刑法以结果加重犯的形式进行了评价,不得再以不作为犯罪另行评价。

4. 答案及详解 AD 本题考核因果关系认识错误及其对既未遂的影响。因果关系认识错误是指行为人误认为第一个行为造成了危害结果的发生,但实际上危害结果是他的第二个行为造成的。所以A正确。打击错误是指行为所指对象与实际结果不一致的情形。本案中刘某基于杀害潘某的故意对潘某本人

实行打击行为，所以刘某并不存在打击错误，故 B 错误。在认识错误问题上，通说以法定符合说为标准。刘某有杀害潘某的故意，实行了杀害潘某的行为，造成潘某的死亡，构成故意杀人既遂。故 D 正确 C 错误。

5. 答案及详解 ABCD (司法部答案为 AC) 本题考核不作为为犯。理论详解见本章单选 5 (2006-2-4)。司法部公布答案为 AC，但争议很大，我们认为，根据刑法界通常观点，BD 也是正确的。不作为是负有特定义务的人应为而不为的犯罪行为，AC 正确比较好理解。本题容易糊涂的是，作为与不作为怎么区分？为什么原答案会认为 BD 不是不作为。注意：作为与不作为区别的窍门在于，刑法设定本罪意在谴责什么？谴责这个罪中的作为行为还是不作为行为，即逃税罪中是谴责采取的各种逃税手段行为还是不履行依法纳税的义务，侵占罪是谴责非法据为己有还是拒不退还？逃税罪中，关键的是没有履行纳税义务；侵占罪中，原本是合法占有的，之所以滑向犯罪，是因为拒不退还。既然谴责的重点是行为人没有履行相应义务，那就应是不作为为犯罪。故，本题 ABCD 都应是正确的。

6. 答案及详解 ABCD 本题考核因果关系，详解见本章单项选择题 3 (2007-2-1)。A 项中，没有破坏刹车装置，女友就不会死亡吗？仍然会，因此没有因果关系，A 正确。B 项中，没有乙的砍杀，苏某就不会死亡么？是。那么，苏某在悬崖边苏醒后坠崖死亡意外么？不意外。因此，有因果关系，B 正确。C 项中，没有丙的追杀，赵某会死亡么？仍然会被仇人射杀，因此与丙没有因果关系。D 项中，没有丁的行为，钟某会死亡么？不会，因此两者之间有因果关系。尽管犯罪人对因果关系存在错误认识，但不影响犯罪构成。

参考答案速查 1. ACD 2. BCD 3. BC
4. AD 5. ABCD 6. ABCD

相关链接

备考要求

本章的基本要求：了解构成要件该当性的概念、特征与分类；理解主体、行为、对象、结果与因果关系的概念与特征；熟悉并能够运用特殊主体的认定，作为与不作为的构成特征，因果关系的认定。

1. 【刑法中的因果关系】指行为与结果之间的引起关系，张明楷教授主张条件说，即没有前者就没有后者。这种认定比较宽泛，如何避免打击面过大呢？常见的两点限制：一、因果关系的中断，如自然事件、他人行为中断了行为的发展流程；二、刑事责任。很多考生认为，某种结果的出现虽然是行为引起的，但很意外，如果认为有因果关系，对于行为人来说有失公平。刑法理论已经解决了这个问题，即因果关系和责任的区分。因果关系是客观联系，反映一种事实；承担刑事责任，不仅要求具有因果联系，还需具备主观罪过。如好友很久没见面，亲昵的捶一拳结果把对方捶死，原来对方有先天性心脏病。这种情况是有因果联系的，但因为主观没有罪过，不应承担刑事责任。张明楷教授教材中还有一个没有考过的因果关系例子：A 想杀死 C，便在 C 准备进行穿越沙漠长途旅行的前夜，把 C 水壶里的水换成无色无味的毒药。B 也想杀死 C，于同一夜晚早些时候在 C 水壶底部扎一小洞。C 在沙漠旅行中脱水而死。结论：B 的行为与 C 的死亡之间具有因果关系；A 的行为与 C 的死亡没有因果关系。

2. 【不作为】行为分为作为和不作为。不作为是负有特定义务、能够履行而不履行的行为。近些年命题常考判断某种行为是否属于不作为犯。作为与不作为区别的窍门在于，刑法设定本罪意在谴责什么？对于纯正不作为犯，刑法条文可能详细描述了犯罪人的行为表现，如逃税罪中的描述，回归核心，本罪惩罚的是不交税款的这种不作为，至于行为的具体表现如何，不是关键。对于不纯正作为犯，关键在于把握行为人与被害人之间的关系，确定是否存在不作为义务。

(11 分) 考点三 违法性

历年真题

(一) 单项选择题

- 关于正当防卫，下列哪一选项是错误的？(2009-2-3)
 - 制服不法侵害人后，又对其实施加害行为，成立故意犯罪
 - 抢劫犯使用暴力取得财物后，对抢劫犯立

- 即进行追击的，由于不法侵害尚未结束，属于合法行为
- C. 动物被饲主唆使侵害他人的，其侵害属于不法侵害；但动物对人的自发侵害，不是不法侵害
- D. 基于过失而实施的侵害行为，不是不法侵害
2. 甲遭乙追杀，情急之下夺过丙的摩托车骑上就跑，丙被摔骨折。乙开车继续追杀，甲为逃命飞身跳下疾驶的摩托车奔入树林，丙一万元的摩托车被毁。关于甲行为的说法，下列哪一选项是正确的？（2009-2-4）
- A. 属于正当防卫
- B. 属于紧急避险
- C. 构成抢夺罪
- D. 构成故意伤害罪、故意毁坏财物罪
3. 关于被害人承诺，下列哪一选项是正确的？（2008-2-5）
- A. 儿童赵某生活在贫困家庭，甲征得赵某父母的同意，将赵某卖至富贵人家。甲的行为得到了赵某父母的有效承诺，并有利于儿童的成长，故不构成拐卖儿童罪
- B. 在钱某家发生火灾之际，乙独自闯入钱某的住宅搬出贵重物品。由于乙的行为事后并未得到钱某的认可，故应当成立非法侵入住宅罪
- C. 孙某为戒掉网瘾，让其妻子丙将其反锁在没有电脑的房间一星期。孙某对放弃自己人身自由的承诺是无效的，丙的行为依然成立非法拘禁罪
- D. 李某同意丁砍掉自己的一个小手指，而丁却砍掉了李某的大拇指。丁的行为成立故意伤害罪
4. 陈某抢劫出租车司机甲，用匕首刺甲一刀，强行抢走财物后下车逃跑。甲发动汽车追赶，在陈某往前跑了40米处将其撞成重伤并夺回财物。关于甲的行为性质，下列哪一选项是正确的？（2007-2-2）
- A. 法令行为
- B. 紧急避险
- C. 正当防卫
- D. 自救行为
5. 下列哪种说法是错误的？（2006-2-16）
- A. 甲取得患有绝症的病人乙的同意而将其杀死，甲仍然构成故意杀人罪
- B. 甲以出卖为目的收买生活贫困的妇女乙后，经乙同意将其卖给一个富裕人家为妻，甲仍然构成拐卖妇女罪
- C. 甲征得不满14周岁的幼女乙同意而与之发生性行为，甲仍然构成强奸罪
- D. 甲在收买被拐卖的妇女乙后，按照乙的意愿没有阻碍其返回原居住地，对甲仍然应当追究收买被拐卖妇女罪的刑事责任
6. 关于排除犯罪的事由，下列哪一选项是正确的？（2006-2-18）
- A. 对于严重危及人身安全的暴力犯罪以外的不法侵害进行防卫，造成不法侵害人死亡的，均属防卫过当
- B. 由于武装叛乱、暴乱罪属于危害国家安全罪，而非危害人身安全犯罪，所以，对于武装叛乱、暴乱犯罪不可能实行特殊正当防卫
- C. 放火毁损自己所有的财物但危害公共安全的，不属于排除犯罪的事由
- D. 律师在法庭上为了维护被告人的合法权益，不得已泄露他人隐私的，属于紧急避险
7. 根据刑法第20条前两款的规定，_____行为不负刑事责任；但_____必须符合一定条件，否则就会造成新的不法侵害。误认为存在不法侵害，进行“防卫”的，属于_____；不法侵害已经结束后，进行“防卫”的，属于_____；防卫行为明显超过必要限度造成重大损害的，属于_____；关于_____的罪过形式，刑法理论上存在争议，但可以肯定的是，_____不是独立罪名，应根据其符合的犯罪构成确定罪名，对于_____，应当酌情减轻或者免除处罚。在这段话的空格中：（2004-2-20）
- A. 2处填写“正当防卫”，5处填写“防卫过当”，1处填写“假想防卫”
- B. 2处填写“正当防卫”，4处填写“防卫过当”，1处填写“假想防卫”
- C. 3处填写“正当防卫”，5处填写“防卫过当”
- D. 3处填写“正当防卫”，4处填写“防卫过当”，1处填写“假想防卫”
8. 甲外出时在自己的住宅内安放了防卫装置。某日晚，乙撬门侵入甲的住宅后，被防卫装置击为轻伤。甲的行为是什么性质？（2002-

2-6)

- A. 故意伤害罪
- B. 正当防卫
- C. 防卫不适时
- D. 民事侵权行为, 不构成犯罪

(二) 多项选择题

刑法第20条第3款规定:“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪,采取防卫行为,造成不法侵害人伤亡的,不属于防卫过当,不负刑事责任。”关于刑法对特殊正当防卫的规定,下列哪些理解是错误的?(2005-2-59)

- A. 对于正在进行杀人等严重危及人身安全的暴力犯罪,采取防卫行为,没有造成不法侵害人伤亡的,不能称为正当防卫
- B. “其他严重危及人身安全的暴力犯罪”的表述,不仅说明其前面列举的抢劫、强奸、绑架必须达到严重危及人身安全的程度,而且说明只要列举之外的暴力犯罪达到严重危及人身安全的程度,也应适用特殊正当防卫的规定
- C. 由于特殊正当防卫针对的是严重危及人身安全的暴力犯罪,而这种犯罪一旦着手实行便会造成严重后果,所以,应当允许防卫时间适当提前,即严重危及人身安全的暴力犯罪处于预备阶段时,也应允许进行特殊正当防卫
- D. 由于针对严重危及人身安全的暴力犯罪进行防卫时可以杀死不法侵害人,所以,在严重危及人身安全的暴力犯罪结束后,当场杀死不法侵害人的,也属于特殊正当防卫

(三) 不定项选择题

甲手持匕首寻找抢劫目标时,突遇精神病人丙持刀袭击。丙追赶甲至一死胡同,甲迫于无奈,与丙搏斗,将其打成重伤。此后,甲继续寻找目标,见到丁后便实施暴力,用匕首将其刺成重伤,使之丧失反抗能力,此时甲的朋友乙驾车正好经过此地,见状后下车和甲一起取走丁的财物(约2万元),然后逃跑,丁因伤势过重不治身亡。请回答93-94题。

(1) 关于甲将精神病人丙打成重伤的行为,下列选项正确的是:(2008-2-93)

- A. 甲的行为属于正当防卫,因为对精神病人的不法侵害也可以进行正当防卫

- B. 甲的行为属于紧急避险,因为“不法”必须是主客观相统一的行为,而精神病人没有责任能力,其客观侵害行为不属于“不法”侵害,故只能进行紧急避险
- C. 甲的行为属于自救行为,因为甲当时只能依靠自己的力量救济自己的法益
- D. 甲的行为既不是正当防卫,也不是紧急避险,因为甲当时正在进行不法侵害,精神病人丙的行为客观上阻止了甲的不法行为,甲不得针对丙再进行正当防卫与紧急避险

(2) 关于乙与甲一起取走丁的财物的行为,下列选项正确的是:(2008-2-94)

- A. 乙与甲成立抢劫罪的共同犯罪
- B. 甲的行为构成抢劫罪,乙的行为属于抢夺罪,两者在抢夺罪这一重合犯罪之内成立共同犯罪,即成立抢夺罪的共同犯罪
- C. 乙既不对丁的重伤承担刑事责任,也不对丁的死亡承担刑事责任
- D. 乙不对丁的死亡承担刑事责任,但应对丁的重伤承担刑事责任

逐题解析

(一) 单项选择题详解

1. 答案及详解 D 本题考核对正当防卫的理解。成立正当防卫必须具备以下条件:①必须存在现实的不法侵害行为(客观的不法,不考虑侵害人是否有责任能力);②不法侵害必须正在进行(不法侵害已经实施完毕,属于事后防卫,是故意犯罪,如A项),抢劫是一个犯罪过程,财物被抢后立即追击,不法侵害尚未结束,可以正当防卫;③行为人具有防卫意图;④必须针对不法侵害人本人;⑤必须没有明显超过必要限度造成重大损害。根据这5项条件,A是故意伤害行为,B是正当防卫,C说法正确,D说法错误,不法侵害是客观判断,不论侵害人主观是故意还是过失,即使是无、限制行为能力人,在不得已情况下也可以对其正当防卫。故D正确。

2. 答案及详解 B 本题考核对紧急避险的理解。成立紧急避险必须具备以下条件:①必须发生了现实危险;②危险必须是正在发生的;③必须是出于不得已损害另一方利益;④必须有避险意识;⑤必须没有超过必要限度造成不应有的损害。甲遭乙追杀情况下,是正在发生