

2011年版

研习历年试题

就是做未来真正考题

统计表明：每年司考重复考查考点高达80%，解读历年试题是复习备考的最佳捷径

司法考试 历年试题及考点归类精解

刑法

法律考试中心/组编 张能宝/主编

最新权威版本

本书由法律社连续9年最新增补、修订出版

明确复习重点

整合2006—2010历年试题，归纳提炼，直击考点

节省备考时间

依据最新法规逐题详解，辨析疑难，指导解题技巧

揭示司考方向

全面解密连续5年考试命题规律 考本重点、考查方式

司法考试历年试题及考点归类精解

2011年版

刑 法

法律考试中心/组编

主 编	张能宝		
副主编	杨艳霞	张 玲	秦华伦
撰稿人	张能宝	杨艳霞	张 玲
	秦华伦	刘亚莉	李慧琦
	郭 玮	倪 燕	张北璇
	狄 嬛	张蔚昕	刘 刚
	张劲晗	王 薇	施金晶
	卫 欣	邓新娟	谢婵婷
	柳 萍	王光明	

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)

刑法:2011年版/张能宝主编;法律考试中心组
编. —北京:法律出版社,2010.10(2010.11重印)
(司法考试历年试题及考点归类精解)
ISBN 978-7-5118-1305-3

I. ①刑… II. ①张…②法… III. ①刑法—中国—
法律工作者—资格考核—解题 IV. ①D924-44

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第197230号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈睿

装帧设计/曹铀胡欣

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京外文印刷厂

编辑统筹/法律考试出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙磊

开本/787×1092毫米 1/16
版本/2010年11月第1版

印张/7.25 字数/224千
印次/2010年11月第2次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-1305-3

定价(全8册):128.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一部分 2006—2010 年司法考试分值分

布、命题基本规律与复习技巧 … (1)

一、司法考试分值分布 … (1)

二、命题基本规律与复习技巧 … (1)

第二部分 客观试题归类精解 … (3)

一、刑法的解释、基本原则与适用

范围 … (3)

(一)单项选择题 … (3)

(二)多项选择题 … (6)

(三)已考考点及已考法条归纳 … (8)

(四)备考提示 … (8)

二、犯罪构成 … (8)

(一)单项选择题 … (8)

(二)多项选择题 … (17)

(三)已考考点及已考法条归纳 … (25)

(四)备考提示 … (25)

三、排除犯罪的事由 … (25)

(一)单项选择题 … (25)

(二)不定项选择题 … (28)

(三)已考考点及已考法条归纳 … (29)

(四)备考提示 … (29)

四、故意犯罪的未完成形态 … (30)

(一)单项选择题 … (30)

(二)多项选择题 … (32)

(三)已考考点及已考法条归纳 … (34)

(四)备考提示 … (34)

五、共同犯罪 … (34)

(一)单项选择题 … (34)

(二)多项选择题 … (37)

(三)不定项选择题 … (39)

(四)已考考点及已考法条归纳 … (41)

(五)备考提示 … (41)

六、罪数的特别形态——一罪与数罪 … (42)

(一)单项选择题 … (42)

(二)多项选择题 … (45)

(三)已考考点及已考法条归纳 … (46)

(四)备考提示 … (46)

七、刑罚的体系 … (46)

(一)单项选择题 … (46)

(二)多项选择题 … (47)

(三)已考考点及已考法条归纳 … (48)

(四)备考提示 … (48)

八、量刑 … (48)

(一)单项选择题 … (48)

(二)多项选择题 … (50)

(三)已考考点及已考法条归纳 … (52)

(四)备考提示 … (52)

九、行刑 … (52)

(一)单项选择题 … (52)

(二)多项选择题 … (54)

(三)已考考点及已考法条归纳 … (55)

(四)备考提示 … (55)

十、危害国家安全罪 … (55)

(一)单项选择题 … (55)

(二)已考考点及已考法条归纳 … (56)

(三)备考提示 … (56)

十一、危害公共安全罪 … (56)

(一)单项选择题 … (56)

(二)多项选择题 … (58)

(三)已考考点及已考法条归纳 … (59)

(四)备考提示 … (59)

十二、破坏社会主义市场经济秩序罪 … (60)

(一)单项选择题 … (60)

(二)多项选择题 … (64)

(三)已考考点及已考法条归纳 … (67)

(四)备考提示 … (67)

十三、侵犯公民人身权利、民主权利罪 … (68)

(一)单项选择题 … (68)

(二)多项选择题 … (70)

(三)已考考点及已考法条归纳 … (72)

(四)备考提示 … (73)

十四、侵犯财产罪 … (73)

(一)单项选择题 … (73)

(二)多项选择题 … (79)

(三)不定项选择题 … (85)

(四)已考考点及已考法条归纳 … (86)

(五)备考提示 … (86)

十五、妨害社会管理秩序罪 … (86)

(一)单项选择题 … (86)

(二)多项选择题 … (88)

(三)已考考点及已考法条归纳.....	(92)	(一)单项选择题.....	(101)
(四)备考提示.....	(92)	(二)多项选择题.....	(101)
十六、贪污贿赂罪	(92)	(三)已考考点及已考法条归纳.....	(102)
(一)单项选择题.....	(92)	(四)备考提示.....	(102)
(二)多项选择题.....	(94)	第三部分 案例分析及论述题集中精解	(102)
(三)不定项选择题.....	(96)	一、试题解析	(102)
(四)已考考点及已考法条归纳.....	(100)	二、已考考点及已考法条归纳	(110)
(五)备考提示.....	(100)	三、备考提示	(111)
十七、渎职罪	(101)		

第一部分 2006—2010 年司法考试分值分布、 命题基本规律与复习技巧

一、司法考试分值分布

	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
2010 年	20	30	8	22	0	80
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

说明:2006 年试卷四刑法案例分析题的分值为 26 分,刑事诉讼法部分占了 4 分左右。2006 年的论述题,其中一个论述角度是民法的基本原则与刑法的基本原则的区别及理论基础。

二、命题基本规律与复习技巧

(一)命题基本规律

刑法一直是司法考试的“大户”,2006 年至今,客观题及案例分析题的总分都占到了 80 分左右。2006 年、2008 年,刑法还考到了论述题。如果加上论述题,刑法的分值就超过 100 分了。所以,考生一定要重视对刑法的复习。

要复习好刑法首先要了解刑法的命题规律。近几年的刑法命题呈现出两个特征:“重者恒重”和“加强理论考查”。所谓“重者恒重”是指虽然刑法法条有 452 条之多,司法解释也有近百个,但是反复考的就是常见的那些知识点。例如刑法总则部分的刑事责任年龄、刑事责任能力、因果关系、不作为犯罪、共犯理论、数罪并罚制度;分则部分的贷款诈骗罪、信用卡诈骗罪、强奸罪、盗窃罪、抢劫罪、侵占罪、贪污罪、行贿罪、受贿罪等,简直是百考不厌,而且考的非常细致。大家要注意:无论谁来命题,以经典考点为主要考查内容都是不会改变的,对这些传统考点要深入、仔细地掌握。

从 2002 年开始,随着“兼顾应用能力和法学理论素养的均衡考查”成为命题方针,考题的理论性显著增加。2007 年考查因果关系的题目有 3 道,考查部分犯罪共同说的题目至少有 5 道(含试卷四的案例)。2008 年,这一趋势有增无减,还考查了很多以前甚少涉及的考点,如记述的构成要件要素与规范的构成要件要素的区别,违法性认识的可能性,犯罪结果的提前实现等。2009 年纯理论性的题目有所减少,但 2010 年理论性题目又有所增加,案例分析题考查了对事前的故意的认定的几种不同理论观点。这种考法以前从未考过。所以,2011 年,纯理论性题

目还是会占据重要地位,考生仍要重视对基础理论的学习。

我想特别强调一个问题:在复习时一定不要以偏、难、怪的知识点作为复习重点。在 2008 年以前(含 2008 年),刑法的题目相对而言难度较高,很多题目也比较古怪,但即使是这些古怪的题目,也都是有明确答案,并且刑法学者们的看法比较一致的题目。对于大家争议很大的问题,我们司法考试通常是不考的。命题老师在命题时会有意识地回避这些争议。2009、2010 年两年的命题更加显示出这个特点。这两年的题目相对而言简单了很多。大家从 2010 年考生在参考答案的异议专区所提的异议数目就能看出来,绝大多数题目是毫无争议的。所以,我们在复习时要把复习重心放在传统的考点上。请注意:传统的考点并不是简单的考点。它只是不偏、不怪,不是个别人的特别观点而已。例如部分犯罪共同说、事前的故意都是传统的考点,它们简单吗?很多考生因为不了解这一点,在复习时走了很多弯路。他们热衷于打探命题老师的特别观点,对无争议的、传统的观点则不屑一顾。结果,在考试时,他们发现自己下了大工夫的都没考,自己没太注意的都考了。

(二)复习技巧

1. 胸有成竹。

这不是指大家结束复习时要达到的效果,而是开始复习时就要达到的状态。不是要求大家开始复习时就对刑法的所有内容了然于胸,而是说在开始复习刑法前,要对刑法的整体结构有一个清晰的了解,能够把各个知识点归类到相应的大项中。这是一种减负的工作。例如我们要知道

《刑法》总则其实只有两部分内容:犯罪论与刑罚论,关于定罪的属于犯罪论,例如刑事责任年龄、共同犯罪的认定;关于量刑的属于刑罚论,例如自首制度,立功制度,数罪并罚制度等。分则有十章,是按犯罪侵犯的客体的严重程度从重到轻依次排列的,军人违反职责罪排在最后是因为其是特殊主体的犯罪。

在复习刑法时,很多人一直抱怨法条太多且杂乱无章,却很少注意到自己可能临上考场都不能流畅地按顺序背出分则的十章,不能肯定自首制度属于犯罪论还是刑罚论,不知道交通肇事罪属于哪一章犯罪。导致这种现象的原因是有些考生在复习中“走捷径”,不学习基本理论,只记忆法条。这样的结果是只见树木不见森林,学再多的法条,脑子里依然是一片混乱。

如果我们想了解北京市的道路分布情况,先了解北京的一环线到六环线(据说现在已经有七环了)各环线的大概位置,再开始了解各环之内的具体道路会让我们事半功倍。复习刑法也是这样。刑法虽然内容庞杂,但只有一部刑法典,法条之间有逻辑联系。如果我们在开始复习前抽半天时间把知识点大概归一下类,建立一个刑法的知识体系,就能有效消除复习时的茫然感。

2. 透彻掌握法理,以不变应万变。

考完试或做完真题,很多考生都有一个同样的疑问:这个考点我知道呀,怎么还是答错了?这是因为很多人掌握的只是考点的字面意思,没有掌握考点背后的法理,所以题目一变就不认识同样的考点了。相信绝大多数考生都掌握了部分犯罪共同说,但是很多人却把2007年试卷四第二题的问题答错了。大家都知道一起进行犯罪的两个人,哪怕实际所犯之罪不同,但只要有部分重合,在重合的范围内还是可以成立共犯的。甲采取非法拘禁丙后逼取钱财的方法进行抢劫,帮助其的乙以为甲只是在索债(甲向乙谎称非法拘禁丙是为了索债),二人显然有一个共同的犯罪行为——非法拘禁,大家为什么不认定呢?其原因就是没有透彻掌握法理。只有掌握法理,才能以不变应万变,提高效率、节约时间。为了使大家“知其所以然”,在理解中记忆,我们在解析时特别注意从法理的角度对试题进行分析。

大家要注意,在学习本书时,要掌握的不是一道具体的题的答案,而是这一类题的答案。我们之所以在解析中列出“考点”和“陷阱点拨”,就是要求大家“做一道题,会一类题”。只有这样,才算真正掌握了这道题。

今年,我们加大了对“陷阱点拨”的阐述力度。“陷阱点拨”不是对答案的解析,而是专门分析考生为何会答错的。它的目的是引导考生的思路,教会考生正确的分析方法。通过这样的方法来“授之以渔”,而不仅仅是“授之以鱼”。

3. 重点复习,注意特例。

根据命题特点,复习时不能面面俱到,一定要学会掌握重点。总则部分条条都是重点,其分值至少占到总分值的一半左右。总则难在法条的含义较深,不易理解,但一旦理解了就不用再死记硬背。总则是刑法的基础理论,指导着整个分则。对总则的条款的掌握必须达到融会贯通的程度。

对于分则:要区分重点章(指《刑法》分则的章)和非重点章、重点罪和非重点罪。对不同的章和罪,采取不同的复习方法。第三章和第六章罪名极多,但除少量重点罪外,大量的罪名只要能够区分它们在客观方面的表现就可以了,说直接一点,不需要能够背诵罪名,只要能够分类“辨认”即可,因为非重点罪名一般仅以选择题的方式考查,罪名已经给出,会“认”即可。第九章也可照此复习。第四章、第五章、第八章就不能这样复习,这几章的罪名不多,但每个都很重要,经常考,而且考查得细致、深入。例如故意杀人罪,拐卖妇女、儿童罪,抢劫罪,盗窃罪,侵占罪,强奸罪,诈骗罪,贪污罪可以说是“每个毛孔都滴着分数”,对这些罪就要掌握得很深,很广,相关司法解释要全部掌握。危害国家安全罪虽然排在第一,但一向分值不多,看几个重点罪即可。第七章和第十章是两个比较特殊的章,考得非常少,复习时间不够的话,可以不看。

4. 加强知识点的归纳、综合、比较。

这两年,考题的综合性越来越强,2009年、2010年尤为明显。我们在解析时,感觉对很多题目都不好按章归类。例如同一道题里,既考查共同犯罪,又考查不作为犯罪;既有持有、使用假币罪,又有故意伤害罪。

刑法的多选题有一个特点:很多答案直接来自法条或者司法解释。这样的多选题大概可以分为两类:一类是同一法条本身有数项、数款的;另一类是不同法条的关联规定。例如2010年试卷二第64题:关于利用互联网传播淫秽物品牟利的犯罪,可以由哪些主体构成?A. 网站建立者;B. 网站直接管理者;C. 电信业务经营者;D. 互联网信息服务提供者。本题主要考查最高人民法院、最高人民检察院《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制

作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》的规定。根据该规定:(1)以牟利为目的,网站建立者、直接负责的管理者明知他人制作、复制、出版、贩卖、传播的是淫秽电子信息,允许或者放任他人自己所有、管理的网站或者网页上发布的,以传播淫秽物品牟利罪定罪处罚;(2)电信业务经营者、互联网信息服务提供者明知是淫秽网站,为其提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通讯传输通道、代收服务,并收取服务费的,以传播淫秽物品牟利罪定罪处罚。这个司法解释很长、很复杂,但其核心就是这些人也能构成传播淫秽物品牟利罪。对这种知识点,在复习时就应当有意识地进行比较记忆。

为了对付这类题目,我们在试题解析中加强了对知识点的归纳、总结,特别对关联知识点进行了提示。对于牵连犯如何并罚,也进行了专门总结,在解析中收入了我们总结的《牵连犯立法例总结》。该总结对常见的、法有明文规定的牵连犯都进行了仔细的归纳。

5. 案例分析不急不躁、回答完整。

在2007年以前,刑法的案例分析题都是分析题(这是大纲里的正式名称,区别于简答题)。这种题有一个独特之处:问题只有一句话:“请分析各行为人的刑事责任,”这就增加了答题难度。2007年、2008年刑法竟然破天荒地出了简答题(一问一答的题目),这样就显著降低了题目难度。遗憾的是,2009年又变成了分析题。不过,2010年又变成简答题了。但大家仍然应该掌握刑法分析题的答法。

对这种分析题,最重要的答题原则是不急不躁:逐句分析每个行为人的每个行为,首先看其是否构成犯罪,如果构成犯罪,再找出其定罪和量刑的各种事实,从法律的角度予以分析。

在回答时,一定记住要回答定罪和量刑两方面的事实。许多考生在答题时只重定罪,不重量刑。这显然是错误的,因为在案例分析题中,有时量刑部分的分值能占到一半左右。

考试时,很多考生一看见案例分析题里有自己不会定罪的行为就发慌,开始乱答,甚至放弃整道题。这种做法也是错误的。在案例分析题中,行为人一般都有数行为,都构成数罪,其量刑情节和量刑制度一般也不止一个。如果我们会有一个知识点就答一个知识点,我们不就得到这1分了吗?

6. 加强对《司法考试600分考点大串讲》(法律出版社出版,2011版)刑法部分的学习。

以考点为中心,揭示考点、分解考点、训练考点,加强考点的整体归纳、深度比较综合串联,突破考点中的难点疑点,进行刑法考点内容的系统强化与提高。

7. 多做真题。

从我们归纳的已考考点可以看出,常考的内容总是那么多,考查方式也差不多,因此精做历年真题是极为有用的。我们在每年的解析中都发现,几乎每道题都是考过数次的,都有对应的历年真题。所以,一定要重视历年真题。“研习过去的真题,就是在做未来的考题”是毫不夸张的一句话,是我们所有辅导老师的肺腑之言。

第二部分 客观试题归类精解

一、刑法的解释、基本原则与适用范围

(一)单项选择题

1. “罪刑法定原则的要求是:(1)禁止溯及既往(____的罪刑法定);(2)排斥习惯法(____的罪刑法定);(3)禁止类推解释(____的罪刑法定);(4)刑罚法规的适当(____的罪刑法定)。”下列哪一选项与题干空格内容相匹配?(2010年试卷二第1题)

- A. 事前——成文——确定——严格
- B. 事前——确定——成文——严格
- C. 事前——严格——成文——确定
- D. 事前——成文——严格——确定

[答案]* _____¹

[考点] 罪刑法定原则

[解析] 第1项,刑法禁止溯及既往,这显然是事前的罪刑法定。它是指《刑法》只能适用于它颁布以后的行为,不得溯及适用于它颁布以前的行为。第3项,禁止类推解释,这是严格的罪刑法定。它就是我们要常讲的,对刑法要进行严格解释,不得进行类推解释。所以,大家知道禁止类推解释,就应该知道要严格解释。

* 为强化对真题考点的思考,应广大考生要求,我们在每题后不再直接列明答案,相关答案请参见每页右下角注释,全书体例同。——编者注

本题有些含糊的是第2项和第4项。第2项本来不含糊,排斥习惯法就是成文的罪刑法定。即刑法必须是成文的。但是,成文的也可以说是确定的。而第4项“刑罚法规的适当”和“确定的罪刑法定”在字面上看起来就不一致。“适当”重在强调妥当,例如刑罚要适中,不得残虐等。“确定”重在强调“明确”,即法条的含义必须是明确的,不能是含糊的。那么,“偷一只鸡,处死刑”很明确、确定吧?但刑罚不适当。所以,从纯粹字面来看,考生很难认定刑罚法规的适当就是确定的罪刑法定。

第4项其实是关于罪刑法定原则的实质侧面的内容的。这里的“适当”包含两个方面的内容:罪与刑的明确性(如法律文字要明确;不得有绝对不定期刑等)和刑罚的适当性(如刑罚不得残虐等)。

[陷阱点拨] 本题虽然有些难,但是选出正确答案并不困难。因为禁止类推解释显然是严格的罪刑法定,而符合这一条件的只有选项D。

[难度系数] * * *

2. 关于刑法解释的说法,下列哪一选项是正确的?(2009年试卷二第1题)

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

[答案] _____²

[考点] 刑法解释

[解析] 选项A:如果仅从字面含义来看,将“公私财物”解释为“他人的财物”确实属于缩小解释。但如果从盗窃罪的实体内容而言,盗窃罪的对象必须是“他人占有的财物”。那么,将“公私财物”解释为“他人的财物”又可以说是扩张解释,因为他人的财物包括三种:(1)自己占有的他人财物;(2)他人占有的自己财物;(3)他人占有的他人财物。自己占有的他人财物是不可能成为盗窃罪的犯罪对象的。因此,选项A不是缩小解释。

有些老师和考生认为这是当然解释。因为盗窃罪的对象当然是别人的财物,自己的财物不可能

成为盗窃罪的犯罪对象。这一观点有些问题,因为他人占有之本人所有物是可以成为盗窃罪的对象的。

选项B属于类推解释。在《刑法》明确规定了出售、购买、运输假币罪的情况下,“出售”就只能是“出售”,因为“购买”另有规定。这种解释方法就属于类推解释,因为超出了公民的预测可能性。当然解释是从事物的本然之理而当然推出来的解释。例如如果法条规定禁止与司机谈话,那当然禁止殴打司机。本题的解释显然不是这种情况。

选项C是正确的。这句话是对“携带凶器抢夺的”中“凶器”的解释。凶器通常只包括枪支、管制刀具等性质上的凶器,将其解释为还包括砖头、啤酒瓶等用法上的凶器就是一种扩张解释。之所以认为其是扩张解释,而不是类推解释,是因为人们认为这种解释是合理的,能够接受的。

选项D是错误的。这是扩张解释。本解释是全国人大常委会的一个立法解释。由于实践中发生了大量利用借记卡,即储蓄卡进行诈骗的行为,而公众认为对此也应该按照信用卡诈骗罪定罪。全国人大常委会因此作出了这个解释。这个解释是合理的,因此是扩张解释。

[陷阱点拨] 本题是考生争议非常大的题目。对于选项A,考生普遍认为从字面含义来看,将“公私财物”解释为“他人的财物”属于缩小解释,因为公私财物包括自己的和他人的财物。我们认为这一异议有一定道理。判断一个解释是缩小解释还是扩张解释的标准应该是法条的字面含义而不是法条本来应该有的(真实的)含义。法条的真实含义是解释的根据而不是判断标准。例如,因为盗窃自己占有的他人财物不可能构成盗窃罪,所以盗窃罪的犯罪对象“公私财物”不应该包含“自己占有的他人财物”(这就是法条的真实含义),那么我们就解释说:“盗窃罪中的‘公私财物’不包含‘自己占有的他人财物’”。由于这个解释缩小了法条的字面含义,我们就说这是缩小解释。

另外,很多考生认为选项D不严密。因为立法解释的原文是:“信用卡是指由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、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”,题目漏掉了最关键的限制性要件:“由商业银行或者其他金融机构发行的”,如果是这样,商场发的储值卡、学校发的储值卡都可以算信用卡了,因为他们都有消费支付功能。这显然是类推解释。我们认为这一异议也确有道理。希望以后的题目可以更加严密。

[难度系数] * * *

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] _____³

[考点] 法律的解释

[解析] 第①句和第②句的考点是立法机关能否作类推解释。立法机关的解释也是解释,因此其在解释法律时也要遵守罪刑法定原则,按照法律的含义进行解释,不能作类推解释。

第③句的考点是立法解释与司法解释的效力。立法解释的效力高于司法解释的效力,因此二者冲突时,不是适用新解释优于旧解释的原则,而是适用立法解释优于司法解释的原则。

第④句的考点是司法机关是否有权作扩大解释。罪刑法定原则禁止类推解释(不过不禁止有利于被告人的类推解释),但并不禁止扩大解释。因此,立法解释和司法解释都可以进行扩大解释。

[难度系数] * *

4. 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

[答案] _____⁴

[考点] 罪刑法定原则

[解析] 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则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,为了保证公民的自由,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。所以,选项AB都是错误的。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。我国《立法法》第9条对此也有明确规定。该条规定,本法第8条规定的事项尚未制定法律的,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定,授权国务院可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规,但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。

选项C是正确的。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。

选项D是错误的。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、详细地描述罪状。例如对盗窃罪、故意杀人罪,我国刑法都没有详细描述罪状,但由于其犯罪特征是众所周知的,因此群众并未感到立法不明确,此时就不需要具体描述罪状。

《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。

[难度系数] * *

5. 下列哪种说法是正确的?(2006年试卷二第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

[答案] _____⁵

〔考点〕 刑法的解释

〔解析〕 要正确回答本题,首先要了解何为扩大解释,何为类推解释。所谓扩大解释是指扩张刑法的字面含义,使其符合刑法的真实含义的解释;类推解释则是在需要判断的具体事实与法律规定的构成要件基本相似时,将后者的法律效果适用于前者。易言之,类推解释是在法无明文规定时进行的解释,其立足点是事实之间的相似性,而不是法律条文的含义。类推解释与扩大解释的根本区别在于解释结论是否超出国民的预测可能性。由于国民都认为抢劫运钞车是最严重的抢劫金融机构的行为,所以将抢劫金融机构解释为包括抢劫运钞车就属于扩大解释,因为它没有超出公民的预测可能性。由于“妇女”不可能包括男性,因此A项就属于类推解释,因为它超出了公民的预测可能性。

选项B中,将故意杀人罪中的“人”解释为“精神正常的人”,是应当禁止的,因为它违背法律的真实含义。但它不是类推解释,而是缩小解释。类推解释是一种扩张法条含义的解释,而不是缩小法条含义的解释。所以选项B也错误。

选项C错误,不属于法律允许的类推解释。首先,将变造货币包括在伪造货币中,是不利于被告人的类推解释,是法律禁止的。其次,我国《刑法》规定了伪造货币罪和变造货币罪,而且规定了不同的法定刑,变造货币罪的法定刑轻得多。这是由于货币的特殊性,变造货币相当困难,所能变造的数额也比较小,因此伪造货币和变造货币在刑法上是完全不同的,二者的社会危害性相差很大。大家要掌握:即使没有变造货币罪,如果刑法仅规定了伪造货币罪,也不能将“伪造”类推解释为包括“变造”,因为这是对行为人不利解释。

D项属于缩小解释,而且是法律允许的缩小解释。因为该罪是危害国家安全的犯罪,如果将所有的国家情报,包括各行各业的、公开的和尚未公开的都认定为本罪的犯罪对象,是违背立法本意的,也会导致处罚范围不适当地扩大。这一解释是最高人民法院在《关于审理为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报案件具体应用法律若干问题的解释》中作出的。选项D正确。

〔难度系数〕 * * *

(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,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〕 _____¹

〔考点〕 刑法的空间效力

〔解析〕 本题将刑法的空间效力几乎全考到了。选项A和B是关于属地原则的。关于属地原则,大家要掌握两个知识点:(1)何为我国的“地”——我国的领陆、领水、领空;我国的航空器和船舶(无论在哪里);(2)确定犯罪地的标准——行为或结果有一项发生在我国。在未遂犯的场合,行为地与行为人希望结果发生之地、可能发生结果之地,都是犯罪地,在共同犯罪的场合,共同犯罪行为或者结果有一部分发生在中国领域内,就认为是在中国领域内犯罪。

选项A是共同犯罪,中国是犯罪结果发生地,因此中国有权适用属地管辖原则进行管辖。选项D中,行为人和被害人都是外国人,犯罪也不是国际犯罪,中国要想管辖,只能适用属地原则。可是汽车不是航空器和船舶,因此在外国的中国汽车不能算是中国领域,在这里发生的犯罪,我国没有管辖权,只能由汽车当时所在地的国家,或者由被害人或者行为人所在国家管辖。

选项C是关于普遍管辖的。很多人只注意了国际犯罪可以进行普遍管辖,没有注意过定罪量刑的依据。《刑法》第9条对此其实是有规定的——适用本法。这是因为国际条约并没有规定具体犯罪的法定刑,它只是要求缔约国或者参加国将国际条约所列的罪行规定为国内刑法上的犯罪。因此,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刑法。

选项D是关于保护管辖的。由于保护管辖是对发生在外国的外国人犯罪进行管辖,因此成立条件非常严格。它要求:(1)外国人;(2)在中国境外;(3)对中国国家或公民犯罪;(4)依据犯罪地法律和我国法律均构成犯罪;(5)法定最低刑为3年以上有期徒刑。对照这个要求,选项D是正确的。它缺了一个要件——依据犯罪地法律和我国法律均构成犯罪。

〔陷阱点拨〕 本题的选项BCD都有难度。选

项 B 考查了长途汽车的认定。很多人认为它和航空器、船舶一样,无论在哪里,都算是我国领域。这是没有坚持罪刑法定原则。法条既然只说了“航空器、船舶”,没有使用“等”字,就说明不包括其他交通工具。因此,这种观点是没有道理的。选项 C 不难,但很多人没有注意。选项 D 考大家的细心程度和记忆的准确程度。所以,通过本题我们得出的结论仍然是:很多所谓的陷阱其实不是陷阱,只是我们记忆得不够准确、全面而已。

【难度系数】 * * *

2. 下列哪些说法是错误的?(2006 年试卷二第 60 题)

A. 甲将乙价值 2 万元的戒指扔入海中,由于戒指本身没有被毁坏,甲的行为不构成故意毁坏财物罪

B. 甲见乙迎面走来,担心自己的手提包被乙夺走,便紧抓手提包。乙见甲紧抓手提包,猜想包中有贵重物品,在与甲擦肩而过时,当面用力夺走甲的手提包。由于乙并非乘人不备而夺取财物,所以不构成抢夺罪

C. 甲将一张作废的 IC 卡插入银行的自动取款机试探,碰巧自动取款机显示能够取出现金,于是甲取出 5000 元。甲将 IC 卡冒充借记卡的欺骗行为在本案中起到了主要作用,因而构成诈骗罪

D. 甲系汽车检修厂职工,发现自己将要检修的一辆公交车为仇人乙驾驶,便在检修时破坏了刹车装置,然后交付使用。乙驾驶该车时,因刹车失灵,导致与其他车辆相撞,造成三人死亡,一人重伤。由于甲不是对正在使用中的交通工具实施破坏手段,所以不构成破坏交通工具罪

【答案】 2

【考点】 法律解释、诈骗罪的认定

【解析】 选项 A 考查了面对不同事实时,解释者如何根据事物的本质对法律进行不同的解释。张明楷教授在《正义规范事实》一文中专门谈到此问题,但该文专业性太强(有兴趣的考生可以参阅该文)。他在《从生活事实中发现法》一文中再次谈到此问题。我们摘引如下:

《刑法》第 275 条规定,故意毁坏公私财物,数额较大或者有其他严重情节的,处 3 年以下有期徒刑、拘役或者罚金。客观构成要件的内容之一是“毁坏”公私财物。问题在于如何认识“毁坏”的含义。当法官面临的案情是,甲将他人的电视机从楼上摔至楼下,导致电视机不仅物理上毁损,而且丧失其本来用途时,他可能将“毁坏”解释为:“通过对财物的全部或者一部分进行物质性破坏、毁损,以致全部或者部分不能遵从该财物的本来用途进行使用。”进而得出

甲的行为符合毁坏要件的结论。但是,当法官面临的案情是,乙故意将他人价值 1 万元的戒指扔入大海中时,上述“毁坏”的定义会导致乙的行为无罪。于是,当法官认为他人戒指值得刑法保护,乙的行为值得科处刑罚时,必然重新解释“毁坏”。法官可能将“毁坏”解释为:“对财物行使有形力,毁损财物或者损害财物的价值、效用的行为”,并且将乙的行为抽象为:对他人财物(戒指)行使有形力,导致他人丧失财物(显然不能将乙的行为抽象为“使他人戒指转移于大海中”),从而使乙的行为符合毁坏要件。可是,当法官面临的案情是,丙故意将他人的鱼池的闸门打开,导致他人价值万余元的鱼游入大河时,上述两种“毁坏”定义都将导致丙的行为无罪。当法官认为他人的鱼值得刑法保护,丙的行为值得科处刑罚时,必然再次重新解释“毁坏”。法官可能将“毁坏”解释为:“导致财物的效用减少或者丧失的一切行为”,并且将丙的行为抽象为:使他人丧失了财物的效用(显然不能将丙的行为抽象为“使鱼游入大河”),从而使乙的行为符合毁坏要件。法官之所以反复定义“毁坏”,是因为面临着不同的生活事实;之所以并不简单地以第一个定义否认乙、丙行为的可罚性,是因为法官认识到他人的戒指与鱼值得刑法保护。

这段话告诉我们:在解释刑法时,应当根据不同的生活中的事实,依据事物的本质,不断对法律作出不同的(但符合事物本质的)解释,以求得最合理的解释。具体到故意毁坏财物罪,凡是导致财物的效用减少或者丧失的一切行为都属于“毁坏”。因此,将他人价值 2 万元的戒指扔入大海中,故意将他人的鱼放入大海都构成故意毁坏财物罪。A 项错误。

选项 B 考查的是对“抢夺”的理解。虽然乙抢夺时,甲已经有所防范,但仍然因“来不及”抗拒,而被乙夺走提包。因此,乙采取的仍然是“强夺”的方式,而不是秘密窃取(盗窃),或恐吓、胁迫甲,迫使甲“自愿”交出提包的方式(抢劫)。由于乙采取的是公然强夺方式,因此仍然构成抢夺罪。选项 B 错误。

选项 C 这种行为构成盗窃。

选项 D 考查的是对“正在使用中的交通工具”的理解。按字面意思,正在使用中的交通工具是指正在运行中的交通工具。但是,大量的破坏交通工具行为发生在交通工具停运时,因为此时才可以进行破坏。正在运行中的交通工具由于有一定速度,很难被破坏,而且容易被发现,因此行为人通常都是在交通工具停运时破坏交通工具,待其运行时发生危害结果。由于交通工具的这种特性,刑法理论指出:正在使用中的交通工具不仅包括正在运行中的交通

工具,还包括已经交付使用,随时可以运行的交通工具或者在运行间隙,暂时停止运行的交通工具。这一理解无疑是正确的。本题中,甲破坏了交通工具的刹车后将其交付运行,就等于破坏了正在使用的交通工具,所以选项 D 也是错误的。

大家注意破坏交通工具罪是可以判处死刑的重罪,它包容了为杀人而故意破坏交通工具的行为,所以甲的行为仅定破坏交通工具罪一罪即可。

[难度系数] * * *

(三)已考考点及已考法条归纳

考查次数	已考考点	已考法条
* * * *	刑法的解释	
* *	罪刑法定原则	《刑法》第 3 条
* *	罪刑相适应原则	《刑法》第 5 条
* * *	刑法的适用范围	《刑法》第 6—9 条
*	刑法的溯及力	《刑法》第 12 条

(四)备考提示

本部分理论性较强,随着对理论考查的加强,本部分题目逐年增多,难度也逐渐增加。其考点有三个方面:刑法的解释、基本原则与适用范围。在刑法的解释中,要注意刑法解释的原则:严格解释,既不是无原则地有利于被告,也不是无原则地有利于国家。刑法解释要寻找法条通过文字表达出来的客观含义,而不是立法者立法当时的意图,因为这具有不确定性,也使公民无法预测自己的行为(因为他无法知道立法者立法当时的意图)。对刑法可以进行扩张解释,但不能超过法条可能具有的含义,也不能违反罪刑法定原则。

对刑法的基本原则应该予以充分重视。即使不考基本原则,也必须掌握、领会基本原则的精神,否则无法真正掌握刑法。要注意“主客观相一致”是一个极为重要的原则,但没有列入基本原则中。定罪必须坚持主客观相一致原则。

刑法的适用范围相对比较简单,大家要读透法条,知道每一种管辖原则最主要的标准: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,还要根据犯罪地法律也构成犯罪,且根据我国刑法,该罪的法定最低刑为 3 年以上有期徒刑。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。

所以,根据我国法律的规定,这四种管辖权彼此是不冲突的。如果外国人在我国犯罪,只能根据属

地管辖原则管辖,因为他不符合保护管辖的条件——在外国犯罪。

二、犯罪构成

(一)单项选择题

1. 看守所值班武警甲擅离职守,在押的犯罪嫌疑人乙趁机逃走,但刚跑到监狱外的树林即被抓回。关于本案,下列哪一选项是正确的?(2010 年试卷二第 2 题)

- A. 甲主观上是过失,乙是故意
- B. 甲、乙是事前无通谋的共犯
- C. 甲构成私放在押人员罪
- D. 乙不构成脱逃罪

[答案] _____¹

[考点] 主观方面、共同犯罪

[解析] 犯罪的主观方面包括故意和过失。故意是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。过失是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。故意和过失的认定标准不是行为人对行为的态度,而是行为人对危害结果的态度。所以,虽然甲擅离职守是故意的,但其对危害结果则是反对的,因此其主观上是过失。乙的行为是直接故意,这是常识,无须解释。故,选项 A 正确。

要构成共同犯罪,甲乙二人必须具有犯同一罪的故意。甲乙显然没有共同故意,因此不构成共同犯罪。故,选项 B 错误。

既然甲是过失,他就不构成私放在押人员罪。因此选项 C 错误。由于甲是武警,要按照军人进行定罪处罚,因此他构成《刑法》第 425 条的擅离军事职守罪。乙当然构成脱逃罪,选项 D 错误。

[难度系数] *

2. 关于刑法上的因果关系,下列哪一判断是正确的?(2010 年试卷二第 3 题)

- A. 甲开枪射击乙,乙迅速躲闪,子弹击中乙身后的丙。甲的行为与丙的死亡之间不具有因果关系
- B. 甲追赶小偷乙,乙慌忙中撞上疾驶汽车身亡。甲的行为与乙的死亡之间具有因果关系
- C. 甲、乙没有意思联络,碰巧同时向丙开枪,且均打中了丙的心脏。甲、乙的行为与丙的死亡之间不具有因果关系
- D. 甲以杀人故意向乙的食物中投放了足以致死的毒药,但在该毒药起作用前,丙开枪杀死了乙。甲的行为与乙的死亡之间不具有因果关系

[答案] _____²

【考点】 因果关系

【解析】 选项 A: 甲这种行为叫做打击错误。无论甲主观上是否想杀死丙, 丙都是被他杀死的。所以, 甲的行为与丙的死亡之间具有因果关系。对于这种打击错误的处理方法是只要没有超出同一犯罪构成的, 罪名和主观方面都不变, 甲仍然构成故意杀人罪既遂。

选项 B: 如果从纯客观的角度看, 甲的行为与乙的死亡之间具有因果关系。但是, 刑法理论认为这种情况构成因果关系的中断, 因为乙是自己逃跑时撞上汽车的。这里的关键问题是甲追赶的乙是小偷, 乙完全可以停下来, 他撞车的行为并不是迫不得已的。事实上, 在这种案件中, 通常是小偷自己主动逃跑, 被害人为了追回财物而追击小偷。此时, 小偷跑不跑, 怎么跑都是由小偷自己决定的。所以, 刑法理论认为在这种情况下, 乙撞汽车的行为是他自己选择的行为(其实是逃跑的行为是他自己选择的行为), 甲的追击行为与之没有因果关系。

选项 C: 这种因果关系叫择一的竞合。甲乙同时向丙开枪, 都打中丙的心脏。虽然没有其中一个人的行为, 丙也会死亡, 但是两人的行为确实都对丙的死亡起了作用, 所以二人的行为都和丙的死亡具有因果关系。在这种存在多个条件的情形下, 要注意: 如果除去一个条件结果仍会发生, 但是除去所有条件之后, 结果将不发生, 则所有行为同结果之间都具有因果关系。甲乙均构成故意杀人既遂。

选项 D: 这种情况叫因果关系的中断。虽然甲以杀人故意向乙的食物中投放了足以致死的毒药, 但在该毒药起作用前, 丙开枪杀死了乙。因此, 导致乙死亡的直接原因是丙的开枪行为。甲的投毒行为对乙的死亡并没有发生作用。

【陷阱点拨】 因果关系是刑法上非常复杂的问题。我们在下面几题还有详述。这里仅讲一下本题的内容。选项 A 说明了因果关系的客观性。客观上是否具有因果关系和行为人主观上能否预见没有关系。即使行为人没有预见, 只要客观上确实存在因果关系, 就认为二者之间具有因果关系。

选项 B 和一般的介入因素不完全相同。如果甲持枪追杀乙, 乙慌不择路逃跑, 撞上汽车身亡, 则二者之间就有因果关系, 因为乙的逃跑是迫不得已的。

对于选项 C 而言, 重点是掌握在这种择一的竞合中, 双方的行为都对死亡结果发挥了作用, 所以二人的行为都和死亡结果有因果关系。

选项 D 就是最常考查的因果关系的中断。最简单的就是这种中断: 前行为对结果的发生完全没有起作用。在这种情况下, 由于投毒和死亡之间的因

果关系被开枪切断, 所以, 甲的投毒行为和乙的死亡就没有因果关系了。

我们总结一下: 因果关系问题虽然很复杂, 但是可以这样简单理解: 某行为对危害结果的发生是否起了主要的或者至少是相等的作用? 如果完全没有起作用或者仅起了非常微小的作用, 则该行为与危害结果之间就没有因果关系。

【难度系数】 * * *

3. 甲(十五周岁)的下列哪一行为成立犯罪?(2010 年试卷二第 4 题)

- A. 春节期间放鞭炮, 导致邻居失火, 造成十多万元财产损失
- B. 骗取他人数额巨大财物, 为抗拒抓捕, 当场使用暴力将他人打成重伤
- C. 受意图骗取保险金的张某指使, 将张某的汽车推到悬崖下毁坏
- D. 因偷拿苹果遭摊主喝骂, 遂掏出水果刀将其刺成轻伤

【答案】 _____³

【考点】 未成年人的刑事责任

【解析】 已满 14 周岁不满 16 周岁的未成年人仅对 8 种犯罪负责。选项 A 是失火行为; 选项 C 是故意毁坏财物, 选项 D 是故意伤害致人轻伤, 都不属于 8 种犯罪之列。

选项 B 构成故意伤害致人重伤, 属于 8 种犯罪, 因此当选。注意根据最高人民法院《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》, 选项 B 不构成抢劫罪。对于已满 14 周岁不满 16 周岁的未成年人实施盗窃、抢夺、诈骗后, 为了抗拒抓捕、毁灭罪证等打伤(致人重伤)、打死被害人或其他抓捕人员的, 按故意伤害罪、故意杀人罪定罪。如果致人轻伤, 则不构成犯罪。但 16 周岁以上的人有此行为的, 仍然按转化的抢劫罪处理。

《刑法》第 17 条: 已满 16 周岁的人犯罪, 应当负刑事责任。

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。

已满 14 周岁不满 18 周岁的人犯罪, 应当从轻或者减轻处罚。

因不满 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。

【难度系数】 * *

4. 关于犯罪主体, 下列哪一选项是正确的?(2009 年试卷二第 2 题)

A. 甲(女,43岁)吸毒后强制猥亵、侮辱孙某(智障女,19岁),因强制猥亵、侮辱妇女罪的主体只能是男性,故甲无罪

B. 乙(15岁)携带自制火药枪夺取妇女张某的挎包,因乙未使用该火药枪,故应当构成抢夺罪

C. 丙(15岁)在帮助李某扣押被害人王某索取债务时致王某死亡,丙不应当负刑事责任

D. 丁是司法工作人员,也可构成放纵走私罪

[答案]_____4

[考点] 未成年人的刑事责任、特殊主体

[解析] 选项A的说法是对强制猥亵、侮辱妇女罪的主体的不正确理解。该罪的主体既可以包括男性,也可以包括女性。选项B是多次强调过的,携带凶器抢夺是法律特别规定的一种抢劫行为,不是转化型抢劫。因此,已满14周岁,不满16周岁的人携带凶器抢夺的,无论是否使用该凶器,都构成抢劫罪,都要追究刑事责任。

选项C中,丙在帮助李某扣押被害人王某索取债务时致王某死亡,这是一种过失致人死亡。15岁的人对此是不负刑事责任的。

选项D中,放纵走私罪是特殊主体,必须是海关工作人员才可构成此罪。参见《刑法》第411条:海关工作人员徇私舞弊,放纵走私,情节严重的,处5年以下有期徒刑或者拘役;情节特别严重的,处5年以上有期徒刑。

[陷阱点拨] 本题考生的异议集中在选项CD上。选项C中,很多考生认为这是故意杀人罪,因此应当追究刑事责任。请大家注意:如果题目中仅使用“致人死亡”,而该罪本身并不包含杀害、伤害等行为的话,这种致人死亡一般就是指“过失致人死亡”。例如在绑架、非法拘禁、拐卖妇女中“致人死亡”,都是“过失致人死亡”。如果题目使用“使用暴力致人死亡”、或者“杀害被害人”或者该罪本身就是暴力犯罪,例如杀害被绑架人或者抢劫致人死亡、聚众斗殴致人死亡,这种“致人死亡”就是故意杀人行为。

关于选项D,很多考生认为在共犯的情况下,即使丁只是司法工作人员,也可以构成放纵走私罪。严格说来,考生的这种说法并无不妥。因为作为共犯,任何人都可以构成特殊身份犯罪,例如如果丁教唆别人放纵走私,则可能构成放纵走私罪。但是,在本题这种情况下,题目的意思显然是说丁作为司法工作人员,能否利用自己的特殊身份构成放纵走私罪,这显然是不能的。再次提醒考生,对于题目,要从通常的角度来理解,不要钻牛角尖。

[难度系数] * *

5. 关于犯罪数额的计算,下列哪一选项是正确

的?(2009年试卷二第11题)

A. 甲15周岁时携带凶器抢夺他人财物价值3万元;17周岁时抢劫他人财物价值2万元。甲的犯罪数额是5万元

B. 乙收受贿赂15万元,将其中3万元作为单位招待费使用。乙的犯罪数额是12万元

C. 丙第一次诈骗6万元,第二次诈骗12万元,但用其中6万元补偿第一次诈骗行为被害人的全部损失。丙的犯罪数额是6万元

D. 丁盗窃他人价值6,000元的手机,在销赃时夸大手机功能将其以1万元卖出。丁除成立盗窃罪外,还成立诈骗罪,诈骗数额是1万元

[答案]_____5

[考点] 犯罪数额的计算

[解析] 选项A中,携带凶器抢夺就是抢劫,因此15岁的人也要负刑事责任,所以总的犯罪数额是5万元。选项B中,收受贿赂后赃款的去向不影响受贿数额的认定。即使将这笔钱捐给希望小学,受贿数额还是15万元。

选项C中,丙的犯罪数额应为18万元。诈骗行为结束后,犯罪就既遂了。即使丙用第二次诈骗得来的6万元补偿第一次诈骗行为被害人的全部损失,其诈骗数额仍然是18万元。只能说,造成的损失是12万元。注意:从题目来看,本题中丙诈骗的两个被害人不是同一被害人。

选项D中,盗窃后销赃的行为仍然被评价在盗窃罪里面,不另成立诈骗罪。不过,根据最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第5条第7款的规定,此时盗窃罪的数额按销赃数额计算,即为1万元。但是,只定一个盗窃罪。

[难度系数] * *

6. 关于危害结果的相关说法,下列哪一选项是错误的?(2008年试卷二第1题)

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

[答案]_____6

[考点] 危害后果

【解析】 一个行为是否有刑法上的危害后果，不是由当事人决定的，而是由法律决定的，是法律根据需要保护的法益决定的。

选项 A 中，甲男明知孙某只有 13 岁，仍然与其发生性行为，这种行为造成了危害后果。强奸罪的危害后果不是有无给女性造成身体上的伤害，而是有无侵犯女性性的决定权。因为幼女身心发育不成熟，缺乏辨别是非的能力，不理解性行为的后果与意义，也没有抗拒能力。因此，法律规定：不论行为人采用什么手段，也不问幼女是否愿意，只要与幼女发生性交，就侵害了其性的决定权，就对幼女造成了伤害，因此甲的这种行为是有危害后果的，选项 A 是错误的。

选项 B 中，丢失枪支不报罪的严重后果一般表现为枪支落入不法分子之手后，不法分子利用行为人丢失的枪支实施犯罪行为造成严重后果的情况，丢失枪支本身不是本罪所说的“严重后果”。

选项 C 中，丙的行为虽然使幼儿过上了丰衣足食的生活，但其诱骗幼儿脱离孤儿院的行为既侵犯了孤儿院对幼儿的监护权，也侵犯了幼儿的人身自由，因此仍然构成拐骗儿童罪。拐卖儿童罪、拐骗儿童罪保护的法益并不是幼儿的物质生活，而是幼儿与家庭、与监护人的关系和幼儿的人身自由。因此，不能以有没有让幼儿过上比原来更好的物质生活作为认定是否构成拐骗儿童、拐卖儿童罪的标准。

选项 D 中，丁虽然有恶意透支行为，但其经发卡银行催收后立即归还，并未给银行造成实际损失，因此可以认为没有造成危害后果。这样认定的理由是：《刑法》第 196 条规定：“前款所称恶意透支，是指持卡人以非法占有为目的，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。”根据本规定，只有经银行催收仍不归还的恶意透支才符合本罪的构成要件，才算有危害结果。

【难度系数】 **

7. 关于故意的认识内容，下列哪一选项是正确的？（2008 年试卷二第 2 题）

A. 甲明知自己的财物处于国家机关管理之中，但不知此时的个人财物应以公共财产论而窃回。甲缺乏成立盗窃罪所必须的对客观事实的认识，故不成立盗窃罪

B. 乙以非法占有财物的目的窃取军人的手提包时，明知手提包内可能有枪支仍然窃取，该手提包中果然有一支手枪。乙没有非法占有枪支的目的，故不成立盗窃枪支罪

C. 成立猥亵儿童罪，要求行为人知道被害人是或者可能是不满 14 周岁的儿童

D. 成立贩卖毒品罪，不仅要求行为人认识到自己贩卖的是毒品，而且要求行为人认识到所贩卖的毒品种类

【答案】 7

【考点】 不同犯罪的故意内容

【解析】 构成故意犯罪，要求行为人对符合构成要件的客观事实具有认识与容忍态度。即行为人认识到自己在实施符合构成要件的犯罪行为，仍然愿意这么实施（容忍）的态度。由于不同犯罪的构成要件不同，因此其对故意内容的要求也不同。

选项 A 中，只要行为人认识到了作为评价基础的事实，就应当认定行为人认识到了规范的构成要件要素。行为人认识到了自己的财产处于国家机关管理、使用、运输中，就应认定行为人认识到了该财产属于公共财产。那么盗窃公共财产是犯罪，这就是行为人能够认识到的，因此仍构成盗窃罪。

选项 B 中，乙虽然没有非法占有枪支的目的，但其明知手提包内可能有枪支仍然窃取，此时乙就具有了盗窃枪支的间接故意，因此构成盗窃枪支罪。

选项 C 中，本罪名为“猥亵儿童罪”，其犯罪对象是特定的。因此，本罪的故意要求行为人认识到特定的犯罪对象——儿童。选项 C 是正确的。

选项 D 中，成立贩卖毒品罪，不要求行为人认识到所贩卖的毒品的种类，仅要求行为人认识到自己贩卖的是毒品。因为我国并未对贩卖不同毒品规定不同罪名，因此对毒品种类的认识不是本罪主观方面的内容。

【难度系数】 ***

8. 甲想杀害身材高大的乙，打算先用安眠药使乙昏迷，然后勒乙的脖子，致其窒息死亡。由于甲投放的安眠药较多，乙吞服安眠药后死亡。对此，下列哪一选项是正确的？（2008 年试卷二第 3 题）

A. 甲的预备行为导致了乙死亡，仅成立故意杀人预备

B. 甲虽已着手实行杀人行为，但所预定的实行行为（勒乙的脖子）并未实施完毕，故只能认定为未实行终了的未遂

C. 甲已着手实行杀人行为，应认定为故意杀人既遂

D. 甲的行为是故意杀人预备与过失致人死亡罪的想象竞合犯，应从一重罪论处

【答案】 8

【考点】 对因果关系的认识错误

【解析】 甲这种情况叫做结果的提前发生，是指提前实现了行为人所预想的结果。要认定这种行为是否成立故意犯罪既遂，关键在于行为人在实施

第一行为时,是否已经着手实行(是否存在具体危险),如果能得出肯定结论,则应认定为故意犯罪既遂;如果得出否定结论,则否认故意犯罪既遂。本案中,甲给乙投放较多安眠药的行为,已经具有致乙死亡的具体危险,因此应当认定行为人已经着手实行犯罪,故应认定为故意杀人既遂。

如果第一行为不是着手行为,则只能成立故意杀人的预备。例如妻子给丈夫准备了有毒咖啡,打算等丈夫回家后给丈夫喝。在丈夫回家之前,妻子去超市购物。但在妻子回家之前,丈夫提前回家喝了有毒咖啡而死亡。由于妻子还没有着手实行杀人行为(其准备有毒咖啡的行为并不会给丈夫的生命造成具体的危险),只能认定为故意杀人预备与过失致人死亡的竞合(参见张明楷《刑法学》(第三版)第228页)。

[难度系数] * * *

9. 甲在从事生产经营的过程中,不知道某种行为是否违法,于是以书面形式向法院咨询,法院正式书面答复该行为合法。于是,甲实施该行为,但该行为实际上违反刑法。关于本案,下列哪一选项是正确的?(2008年试卷二第4题)

A. 由于违法性认识不是故意的认识内容,所以,甲仍然构成故意犯罪

B. 甲没有违法性认识的可能性,所以不成立犯罪

C. 甲虽然不成立故意犯罪,但成立过失犯罪

D. 甲既可能成立故意犯罪,也可能成立过失犯罪

[答案] _____⁹

[考点] 违法性认识的可能性

[解析] 违法性认识的可能性,是指行为人在实施符合构成要件的行为时,能够认识到自己的行为是违法的。违法性的错误是指没有事实错误,但不知道其行为在法律上是不被允许的或者错误地以为其行为被法律所允许的情形。这是对行为的法律性质发生的认识错误。

传统观点认为,违法性的错误不影响定罪量刑,因为公民应当知道法律。但这种观点并不正确,因为在有些情况下,公民确实无法知道法律。此时,惩罚公民就显得不正义。因此,现在的观点认为,应当区分不同的违法性的错误,允许某些情况下的违法性错误不构成犯罪。根据这种观点,违法性的错误分为两种:(1)可以回避的违法性的错误,在此情形下,行为人具有违法性认识的可能性,因此具有责任,其行为应当受到法的非难,即构成犯罪。(2)不可回避的违法性的错误,在此情形下,行为人没有违

法性认识的可能性,因此不具有责任,其行为不应当受到法的非难,即不构成犯罪。

违法性认识的可能性,是独立于故意、过失之外的故意犯与过失犯共同的主观要素——要构成犯罪,仅有罪过是不够的,还必须具有违法性认识的可能性。

为什么行为人没有违法性认识的可能性时,即使客观上实施了违法行为,也不具有责任,不应当受到法的非难呢?这是因为刑事责任的本质是行为人能够选择善的行为,却选择了恶的行为,其在道义上是有错的,是应该被谴责的。而在没有违法性认识的可能性的情况下,行为人不可能认识到其行为违法,因此不具有刑法上的责任。

本案中,甲由于不清楚自己行为的违法性,因此以书面形式向法院咨询,法院正式书面答复该行为合法。在这种情况下,甲显然不可能具有违法性认识的可能性,甲是在确认了该行为合法后才实施该行为的,因此不构成犯罪。

[陷阱点拨] 本题不难。但该考点为2008年新增考点,在备考中,首先请考生掌握上面的基本理论,其次要特别注意哪些情况属于“存在违法性错误的回避可能性”,哪些情况属于“不存在违法性错误的回避可能性”。

说明:2010年的《司法考试大纲》删除了本考点。

[难度系数] * * *

10. 关于刑法上因果关系的判断,下列哪一选项是正确的?(2007年试卷二第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

[答案] _____¹⁰

[考点] 因果关系的认定