

2018 年攻“客”一百分刑法

徐光华

考点一：刑法解释

1. 刑法规定，与现役军人的配偶“同居”的，以破坏军婚罪论处。那么，将与现役军人的配偶“长期通奸”的行为解释为“同居”，进而认定为破坏军婚罪，属类推解释。

2. 将在虚拟的信息网络发布虚假事实，导致他人受到蛊惑，仅造成人心混乱而并未造成物理秩序的混乱的，对编造、发布虚假信息的人以寻衅滋事罪论处，属于类推适用。

3. 甲是依法配备公务用枪的人员，其枪支被他人抢劫后，没有及时报告，后该枪被他人用于实施违法犯罪活动。将枪支被抢的行为解释为丢失枪支，进而将该案认定为丢失枪支不报罪，属于扩大解释。

4. 刑法第 240 条规定，以出卖为目的，偷盗婴幼儿的，法定刑升格。实践中，行为人趁监护人、看护人不备，在大庭广众之下以提供玩具、食物、衣物为诱饵，或带其外出游玩等哄骗手段拐走婴幼儿的，也应认定为是“偷盗婴幼儿”，适用加重的法定刑，这属于扩大解释。

考点二：不作为犯

1. 在丈夫殴打小孩过程中，妻子甲害怕儿子的哭声被外人听到而将房门锁上，后丈夫将儿子活活打死。甲成立不作为犯。

2. 乙驾车将被害人撞成重伤后，把被害人抱上车然后开车往郊外方向赶，路上被害人死亡。乙成立不作为犯。

3. 纳税人丙对有的纳税项目不申报，同时为逃避纳税而毁坏了部分账簿。丙成立不作为犯。

4. 出租车司机丁见男乘客在汽车后排对被害人实施强奸行为，而应强奸犯的要求驾车继续前行的。丁成立不作为犯。

5. 丈夫发现妻子可能自杀而离家出走，后者自杀身亡的，丈夫的行为不成立不作为犯的故意杀人罪。理由：一个婚姻配偶应当保护另一方免受外部的危险，而不是自己对自己造成的危险。

6. 护工甲对残疾人乙的生活起居有照顾的义务，但是，在后者遭受抢劫时，就难以认为护工有保护义务，因为护工的有限报酬中显然不包括和犯罪作斗争的内容。

考点三：因果关系

1. A 驾车超速行驶造成 B 重伤，医生 C 手术失误，或者护士 D 打错针药导致 B 死亡的。交通管理法规的任务仅仅是禁止交通参与者因违反注意义务的行为本身造成死伤，不包括避免第三人（医生或者护士）造成的法益风险。故 A 的行为与死亡结果之间不存在刑法上的因果关系。

2. 医生甲由于未经慎重考虑就告诉女病人，他怀疑其患有癌症，因此致使该女病人患上了精神病。医生甲的行为与女病人患上精神病之间没有因果关系，甲的行为不是制造法益风险的行为，不能客观归责。

3. A 故意捏造 B 的近亲属死亡的消息并告知 B，如果他估计到这样做可能引起患有心脏病的受害人 B 死亡的，就可以认为 A 制造了在法律上具有重要意义的且被禁止的危险。

4. 甲、乙相约去“飙车”，甲车侧翻，甲由此死亡的，该死亡结果不能归责于乙。

5. A 违章驾车导致撞车，汽车的猛烈撞击声把路旁的行人 B 吓死，A 不需要对 B 的死亡结果承担责任。

6. 甲明知乙争强好胜，就唆使乙参加摔跤比赛。作为裁判的甲故意改变抽签顺序，导致乙和最强的对手丙比赛，乙被丙摔成重伤。甲不需要对该重伤结果承担责任。

考点四：排除犯罪性事由

1. A 完全合乎交通规则地驾驶汽车，不断逼近（他没有看见的）街上玩耍的小孩，随时可能发生碾压。B 见状，不得不在最后几秒钟用自己的汽车撞击 A 的汽车，以阻止碾压事故发生，这时 A 的行为完全符合规则，是法律所容许的风险，不符合构成要件，但是，B 没有必要容忍 A 的行为，因此为了救助小孩的生命，而撞坏 A 的汽车的行为不构成犯罪。如果认为 A 是无辜的第三人，B 的行为可以成立紧急避险。如果认为 A 的行为属于客观上的不法行为，B 的行为可以成立正当防卫。

2. 不法侵害人 A 基于伤害的意思，使唤 B 豢养的狼狗攻击 C，C 情急之下反击，将 B 的狗砸死。对 C 应当如何处理？

C 的行为属于正当防卫和紧急避险的竞合，因为 B 的财物是 A 实施不法侵害行为的手段，C 反击时砸死 B 的狗，实际上是针对 A 的不法侵害进行防卫，所以，成立正当防卫；同时，C 的行为对于没有实施不法侵害的 B 而言，造成了 B 的财产损害，属于 C 在遭受危险时让第三人承受损失，所以，对 B 而言，C 成立紧急避险。

3. 甲意图盗窃，砸坏了乙的汽车玻璃，却救出了被乙误锁在车内、濒于窒息的乙的 3 岁儿子。如果认为紧急避险需要主观上存在避险意思，甲的行为不成立紧急避险，应以故意毁坏财物罪论处；如果认为紧急避险不需要主观上的避险意思，甲的行为成立紧急避险。

考点五：犯罪未完成形态

1. 毒贩 A 向一直贩卖毒品的 B 购买毒品，但买成了头痛粉。A 的行为成立贩卖毒品罪的未遂。

C 向卖药品的 D 苦苦哀求，要买毒品然后贩卖，D 没有办法，给了 C 总共 20 包头痛粉。C 的行为无罪，C 向并不以贩卖毒品为业的 D 购买毒品的行为不具有危险性。

2. 甲准备开枪杀死乙，警察在 100 米外喊“住手”的，甲停止了开枪，成立犯罪未遂。

3. 在外地打工的 A 深夜实施抢劫行为，发现被害人 B 是自己的兄弟，就停止抢劫行为的，从客观的或者物理的角度看，A 仍然可以继续抢劫其兄弟 B 的财产，但从心理的角度看，A 不能继续实施抢劫行为，故属于犯罪未遂。

4. 甲为强奸乙而使用暴力，身体处于弱势的妇女乙对甲说“不用强来，我们先休息一下再说”。甲就停止了侵害，此后因有路人经过，乙随即呼救，甲逃跑。从规范的角度看，甲基于其先前的暴力侵害行为继续和乙发生性关系的态度并没有转变，没有出现与具体行为构成的动机不一样的“相反动机”，暂时停止侵害是为了在紧密连接的时间和地点再次实施犯罪，这是行为人精心盘算后的决断，谈不上自动停止犯罪。应成立犯罪未遂。

5. 甲出于杀害的故意用菜刀砍伤乙后，将乙送到了医院，即便其谎称自己不是凶手，也未告知被害人受伤部位，拒绝承担医疗费用的，甲客观上的中止行为是适当和足够的，因为基于对医生的信赖，能够将被害人送医，就意味着被害人有脱离死亡危险的高度可能性，由此可以认定甲属于中止。

考点六：共同犯罪

1. 甲、乙意图抢劫丙，经合谋让乙抱住丙，同时，由甲对丙进行暴力攻击，在重伤丙之后，甲将丙的财物拿走。在这种情形下，如果单纯地看乙的行为，似乎并非属于刑法第 263 条所规定的抢劫罪的实行行为。但就犯罪支配而言，乙的行为是抢劫罪的实行行为的一部分，而不能评价为帮助行为。

2. 甲利用不知情的开锁匠乙开了丙家的门，然后雇搬家公司将丙的财物运到指定地点的，利用者甲具有明显处于优势的支配意思，构成盗窃罪的间接正犯。

3. 没有国家工作人员身份的妻子 A 指使担任国有公司财务经理职务的丈夫 B 做假账，非法占有公共财物的，A 只能构成贪污罪的教唆犯，不能构成间接正犯。

4. A、B 共同绑架 C，B 在事后看管 C 时，将 C 捆绑太紧，导致其窒息死亡。B 属于绑架致使被害人死亡，A 在与 B 实施法定刑起点为 10 年的绑架罪时，对于他人可能在绑架过程中杀害被害人或者过失导致被害人死亡客观上有所预见，所以，A 需要对 C 的死亡结果负责任。

5. A 为了考验 C 的胆量，教唆 B 用枪杀害 C，但 A 在 B 着手实行之前，将 B 枪里的子弹全部卸掉。如果坚持共犯从属性说，既然 B 的行为没有法益侵害的可能性，A 的行为就不应该以犯罪论处。

6. A 教唆 B 用枪杀害 C，但将 B 枪里的子弹卸掉，如果按照 B 的计划，一旦子弹无法射中 C，就用枪托砸 C 的脑袋，C 仍然有受到侵害的高度危险性，A 应当成立教唆犯。

7. 即将辞职离开公司的甲在审查购货合同时，发现对合同设置很多陷阱的乙明显具有诈骗的意图。但对公司心怀不满的甲并未声张，乙顺利诈骗甲所在公司财物 50 万元。甲的行为使得乙的诈骗变得更容易，甲以片面的意思对乙的诈骗提供了帮助，可以成立合同诈骗罪的片面帮助犯。

8. 邮递员明知明信片上写有敲诈勒索的内容，但还是送给受害人的，虽然对于敲诈勒索行为，邮递员发挥了不可或缺的作用，但是，并不成立敲诈勒索罪的共犯。因为这种帮助是其正常的业务行为，通常就不定罪处罚。

考点七：自首与立功

1. 行为人甲交通肇事后无论是否逃逸，在公安机关侦查阶段主动投案，交代罪行的，就应成立自首。

2. 甲、乙共同教训其共同的仇人丙，甲有伤害的故意，乙有杀人的故意。将被害人丙殴打致死，甲因为故意伤害罪被抓获之后，检举揭发了乙的杀人行为。甲的行为不成立立功。

3. 李虎、李善东等故意伤害他人后，李虎故意隐瞒自己参与共同犯罪的事实而以“证人”身份按照司法机关安排指认同案犯李善东实施了伤害行为，李虎的行为不成立立功

4. 被告人曹显深犯罪后自动投案，后委托家属动员同案人前往司法机关投案的，对曹显深的行为不能认定为立功

5. 甲、乙二人前往被害人丙家中盗窃，事前并未约定盗窃被发现后对被害人使用暴力。在盗窃过程中，被害人丙发现了甲、乙二人的盗窃行为，甲持铁棒将被害人丙打死，明显超出了甲、乙二人原计划的盗窃的范围。后乙前往司法机关主动投案，如实交代了共同盗窃的事实，同时亦交代了甲杀人的事实。乙的行为仅成立自首，不成立立功。

考点八：财产犯罪

1. 商场送货人员将顾客订购的家电放在顾客家门口，然后离去。无关的第三人取走该财物的，成立盗窃罪。

2. 甲盗用他人的高档汽车兜风 3 小时，然后送回原处的。由于没有非法占有目的，不成立盗窃罪。

3. 甲为坐牢而抢劫，于某晚持刀对准超市店主，要其交钱。被害人慌乱中拿一把小剪刀和甲对峙。在发现甲并未进一步进攻之后，店主要甲“赶快滚”。但甲执意要店主报警。10 分钟后，店主见甲仍然不离开，没有办法只得报警。甲在原地等候警察到来，后被抓获。对甲应当否定其非法占有目的，不成立抢劫罪，可能成立寻衅滋事罪。

4. 债权人为促使债务人及早履行义务，而将其财物搬走，并当场出具清单的，行为人没有永久排除他人占有的意思，并非以财物的所有人自居，自不应成立盗窃罪、抢劫罪。

5. 甲盗窃后逃跑，在离现场 200 米之处，偶然遇到警察质问而对警察使用暴力的，不成立事后抢劫，因为此时的暴力与先前的盗窃事实没有关联性。

6. 被告人郭建良为劫取财物先殴打被害人，继而捆绑被害人的手腕、脚腕和双腿，而后将被害人放置于二楼卧室的床上，并再次捆绑被害人的手脚。被害人为了避免自己及家人的人身、财产遭受不法侵害而爬至二楼窗户呼救，因被告人在楼下翻找财物又不敢大声呼喊，且由于双手、双脚均被捆绑只能把头伸出窗外小声呼救，从而导致坠楼身亡。根据本案的具体情况，被害人所实施的呼救行为属于通常情况下一般人都会实施的行为，或者说是案发当时被害人不得不实施的行为，该介入行为并非异常，不能中断抢劫行为与被害人死亡之间的因果关系。郭建安的行为应认定为抢劫致人死亡。

7. 甲进入被害人孟某家盗窃，盗窃后被孟某发现被追赶。在逃跑的过程中，甲的好友乙看到甲被孟某追赶（并不知道甲是盗窃了孟某的财物），为了阻止孟某的追赶，乙对孟某使用了暴力，甲得以顺利逃走，甲的行为仍然成立转化型抢劫

8. 甲持刀追赶被害人乙，欲抢劫乙的财物。乙在逃跑的过程中，撞上路上的电线杆而身亡。甲的行为成立抢劫致人死亡。

甲抢劫被害人乙的财物后离开现场，被害人乙追赶甲。在追赶的过程中，乙被路上的石头绊倒，摔成重伤。甲的行为不成立抢劫致人死亡。

9. 被害人甲坐出租车回家，下车拿行李时，手机无意中从口袋中滑落，司机乙从反光镜中看见甲的手机掉在汽车上，但并未声张。甲取下行李后关上车门，刚往前走了 1 米，突然想起手机可能忘记在车上了，转身回去找，发现司机乙快速驾车驶离现场。乙的行为不构成侵占罪。

考点九：侵犯人身法益的犯罪

1. 在交通繁忙的地段实施诈骗并取得财物，但被害人立即发现被骗事实，在追赶行为人时，撞上来往汽车死亡的。行为人的行为不成立诈骗罪的结果加重犯。

2. 甲将足球运动员乙的下肢砍伤，乙在接受治疗过程中想到自己今后再也不能上场踢球而服毒自杀的，不能认为甲构成故意伤害致死的结果加重犯。

3. 地方官员甲政绩显著但一直未得到上级重视，便故意唆使乙编造材料告发自己贪污、受贿，乙依计行事，后检察机关来调查发现甲没有犯罪事实，反而发现其很清廉，甲由此受到提拔重用。乙的行为不成立诬告陷害罪

考点十：贪污贿赂罪

1. A 国有公司工作人员甲经单位同意，以明显高于市场的价格向自己的亲友乙经营管理的单位采购商品，但事前约定货款中的一部分必须返还给 A 公司作小金库收入的，如果甲将返还款非法占为己有，仍然成立贪污罪。

2. 甲对国家工作人员乙并无具体请托事项，但利用各种机会在连续 5 年的时间里，多次给予乙共计 50 万元的钱款，进行所谓的“感情投资”。后来，甲为高速公路工程投标一事请托乙，乙为甲谋取不正当利益后，甲向乙行贿 100 万元。乙的受贿金额为 150 万元。

3. 南水北调工程永久用地补偿费系因新郑市城关乡沟张村集体土地被国家征用而支付的补偿费用，该款进入新郑市城关乡“三资”委托代理服务中心账户后即为该中心代为管理的村组财产，赵玉生、张书安在分配该财产过程中，私自将本组扣发的集体财产以张书安的名义套取后私分，其行为符合职务侵占罪的构成要件。

考点十一：其他问题

1. 被告将涉案信用卡透支款项用于生产经营，因经营不善、市场风险等客观原因造成透支款项无法偿还，主观上不具有“非法占有目的”，其行为不构成信用卡诈骗犯罪