



中业® 网校

www.zhongye.net

2020 年法律职业资格考试
《刑法》
真题分析

目录

考点一 刑法的解释.....	1
考点二 罪刑法定原则.....	7
考点三 刑法的空间效力.....	10
考点四 刑法的时间效力.....	11
考点五 犯罪的分类.....	14
考点六 构成要件要素的分类.....	15
考点七 主体.....	17
考点八 行为.....	20
考点九 行为对象与危害结果.....	28
考点十 刑法上的因果关系.....	30
考点十一 正当防卫.....	38
考点十二 紧急避险.....	41
考点十三 其他违法性阻却事由.....	44
考点十四 故意.....	45
考点十五 事实认识错误.....	48
考点十六 过失.....	52
考点十七 无罪过事件.....	53
考点十八 刑事责任能力.....	54
考点十九 违法性认识的可能性.....	58
考点二十 期待可能性.....	60
考点二十一 犯罪预备.....	61
考点二十二 犯罪未遂.....	62
考点二十三 犯罪中止.....	64
考点二十四 共同犯罪的立法宗旨.....	67
考点二十五 共同犯罪与犯罪构成.....	69
考点二十六 共同犯罪的成立条件（部分犯罪共同说）.....	70
考点二十七 共同犯罪的形式.....	72
考点二十八 共犯人的理论分类及其对法考的影响.....	75
考点二十九 共犯人的法定分类及其刑事责任.....	77
考点三十 共同犯罪与犯罪形态.....	80

考点三十一 想象竞合犯.....	85
考点三十二 结果加重犯.....	88
考点三十三 牵连犯.....	90
考点三十四 吸收犯.....	93
考点三十五 包容犯.....	95
考点三十六 转化犯.....	96
考点三十七 死刑.....	97
考点三十八 附加刑及其他.....	99
考点三十九 累犯.....	101
考点四十 自首.....	103
考点四十一 立功.....	105
考点四十二 数罪并罚.....	107
考点四十三 缓刑.....	109
考点四十四 减刑制度.....	111
考点四十五 假释制度.....	112
考点四十六 刑罚的消灭.....	118
考点四十七 财产犯罪概述.....	121
考点四十八 抢劫罪.....	123
考点四十九 盗窃罪.....	130
考点五十 侵占罪.....	134
考点五十一 诈骗罪.....	138
考点五十二 抢夺罪.....	148
考点五十三 职务侵占罪.....	149
考点五十四 敲诈勒索罪.....	151
考点五十五 故意毁坏财物罪.....	152
考点五十六 其他财产犯罪.....	154
考点五十七 故意杀人罪.....	155
考点五十八 过失致人死亡罪.....	157
考点五十九 组织出卖人体器官罪.....	158
考点六十 故意伤害罪.....	159
考点六十一 强奸罪.....	161
考点六十二 强制猥亵、侮辱罪.....	162

考点六十三 非法拘禁罪.....	164
考点六十四 绑架罪.....	166
考点六十五 拐卖妇女、儿童罪.....	167
考点六十六 收买被拐卖的妇女、儿童罪.....	169
考点六十七 诬告陷害罪.....	172
考点六十八 侮辱罪、诽谤罪.....	174
考点六十九 刑讯逼供罪、暴力取证罪、虐待被监管人罪.....	176
考点七十 侵犯婚姻自由类犯罪.....	177
考点七十一 遗弃罪.....	178
考点七十二 侵犯公民个人信息罪.....	180
考点七十三 贪污罪.....	182
考点七十四 挪用公款罪.....	186
考点七十五 受贿罪.....	190
考点七十六 行贿罪.....	194
考点七十七 其他贪污、贿赂犯罪.....	197
考点七十八 生产、销售伪劣商品罪.....	201
考点七十九 走私罪.....	204
考点八十 妨害对公司、企业的管理秩序罪.....	206
考点八十一 破坏金融管理秩序罪.....	207
考点八十二 金融诈骗罪.....	210
考点八十三 税收犯罪.....	214
考点八十四 侵犯知识产权罪.....	216
考点八十五 扰乱市场秩序罪.....	217
考点八十六 扰乱公共秩序罪.....	222
考点八十七 妨害司法罪.....	226
考点八十八 妨害国(边)境管理罪.....	233
考点八十九 妨害文物管理罪.....	234
考点九十 危害公共卫生罪.....	235
考点九十一 破坏环境资源保护罪.....	236
考点九十二 毒品犯罪.....	238
考点九十三 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪.....	242
考点九十四 制作、贩卖、传播淫秽物品罪.....	243
考点九十五 以危险方法危害公共安全的犯罪.....	245

考点九十六 破坏工具、设施类犯罪与恐怖活动类犯罪.....	249
考点九十七 枪支、弹药、爆炸物类犯罪.....	252
考点九十八 责任事故类犯罪.....	254
考点九十九 渎职罪.....	260
考点一百 其他犯罪.....	266

考点一 刑法的解释

一、常考知识点

1. 刑法解释的分类。
2. 扩大解释与类推解释的区别。
3. 体系解释。
4. 当然解释。
5. 解释结论的判断标准与界限。

二、真题印证

1. (2018/1/21) 关于刑法的解释，下列哪一说法是正确的？

- A. 将持有“大炮”解释成持有枪支，成立非法持有枪支罪，不违反罪刑法定原则
- B. 生产、销售假药罪中的“假药”是没有药效的药，所以有药效的药不是假药
- C. 将注册与他人商标“相似”的商标解释为刑法第 213 条假冒注册商标罪中所要求的“注册相同商标”，违反罪刑法定
- D. 将刑法第 111 条为境外窃取、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】D

【解析】

A 项中，将大炮解释为枪支形式上超出了枪支的字面含义，实质上超出了国民的预测可能性，应为类推解释，违反了罪刑法定原则。理论上一般认为，刑法第 150 条中的走私武器罪中的武器包括大炮，但刑法第 128 条中的非法持有枪支、弹药罪中的枪支并不包括大炮，这充分说明将大炮解释为枪支违背了立法者原意，应为类推解释。

B 项中，根据药品管理法第 48 条的规定，有下列情形之一的，为假药：（1）药品所含成分与国家药品标准规定的成分不符的；（2）以非药品冒充药品或者以他种药品冒充此种药品的。有下列情形之一的药品，按假药论处：第一，国务院药品监督管理部门规定禁止使用的；第二，依照药品管理法必须经过批准而未经批准生产、进口，或者依照药品管理法必须经过检验而未经检验即销售的；第三，变质的；第四，被污染的；第五，使用依照药品管理法必须取得批准文号而未取得批准文号的原料药生产的；第六，所标明的适应症或者功能主治超出规定范围的。据此，并非有药效的药就不是假药，B 项错误。

C 项中，假冒注册商标罪的成立要求行为人所假冒的商标必须与他人的注册商标相同。根据司法解释，所谓“相同的商标”，是指与被假冒的注册商标完全相同，或者与被假冒

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

的注册商标在视觉上基本无差别，足以对公众产生误导的商标。据此，将注册与他人商标“相似”的商标解释为刑法第 213 条假冒注册商标罪中所要求的“注册相同商标”，符合司法解释，没有超出国民的预测可能性，应为扩大解释。

D 项中，将刑法第 111 条为境外窃取、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”属于对字面含义的限制，属于缩小解释。

2. （2015/2/51）关于刑法解释，下列哪些选项是错误的？

A. 《刑法》规定“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的”构成强奸罪。按照文理解释，可将丈夫强行与妻子性交的行为解释为“强奸妇女”

B. 《刑法》对抢劫罪与强奸罪的手段行为均使用了“暴力、胁迫”的表述，且二罪的法定刑相同，故对二罪中的“暴力、胁迫”应作相同解释

C. 既然将为了自己饲养而抢劫他人宠物的行为认定为抢劫罪，那么，根据当然解释，对为了自己收养而抢劫他人婴儿的行为更应认定为抢劫罪，否则会导致罪刑不均衡

D. 对中止犯中的“自动有效地防止犯罪结果发生”，既可解释为自动采取措施使得犯罪结果未发生；也可解释为自动采取防止犯罪结果发生的有效措施，而不管犯罪结果是否发生

【答案】BCD

【解析】

关于 A 项。刑法理论一般将刑法解释方法分为文理解释和论理解释。文理解释，又称字面解释，是指根据刑法用语的文义及其通常使用的方式，从文理上对刑法条文所作的解释。论理解释，是指按照立法精神，对刑法条文所作的解释，依通说，论理解释可分为当然解释、扩大解释、缩小解释、目的解释，等等。刑法规定“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的”构成强奸罪。按照文理解释，即字面解释，可将妻子解释为这里的“妇女”，因此，可将丈夫强行与妻子性交的行为解释为“强奸妇女”。但是从论理解释的角度来看，强奸罪侵犯的法益是妇女的性的自主决定权，婚姻的缔结意味着与对方有同居的义务，故婚内强奸在司法实践中一般不会认定为强奸罪。但是，这已经不再属于文理解释的内容了，而是属于目的解释，即从强奸罪所保护的法益的角度，来对“婚内强奸”做出的解释。因此，A 项的表述正确，不当选。

关于 B 项。抢劫罪，是指以非法占有为目的，以暴力、胁迫或者其他方法，强行劫取公私财物的行为。强奸罪，是指以暴力、胁迫或者其他手段，强行与妇女发生性交的行为。抢劫罪的“暴力”，是指对被害人不法使用有形力，使其不能反抗的方法，如殴打、捆绑、伤害、禁闭等，包括致人死亡的暴力。抢劫罪的“胁迫”，是指以当场立即实施暴力相威

胁。强奸罪的“暴力”，是指犯罪分子直接对被害妇女采用殴打、捆绑、卡脖子、按倒等危害人身安全或者人身自由，使妇女不能抗拒的手段，但依据通说认为不包括致人死亡的暴力；强奸罪中的“胁迫”，既可以实施暴力相胁迫，如持刀胁迫；也可以非暴力进行胁迫，如揭发隐私。可见，抢劫罪的暴力、胁迫与强奸罪的暴力、胁迫含义并不相同。因此，B 项的表述错误，当选。

关于 C 项。当然解释，是指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。当然解释的本质是根据刑法精神，对刑法适用所作的“举轻以明重”或“举重以明轻”的逻辑解释。一方面，为了自己饲养而抢劫他人宠物的行为，由于具有非法占有的目的，当然成立抢劫罪。另一方面，既然为了自己收养而偷盗他人婴儿的行为，成立拐骗儿童罪，那么，根据“举轻以明重”的当然解释，为了自己收养而抢劫他人婴儿的行为，更应当认定为拐骗儿童罪。将抢劫儿童的行为认定为抢劫罪，实际上是将人降格评价为财物，是不合适的。因此，C 项的表述错误，当选。

关于 D 项。中止犯的成立要求具有有效性，即自动有效地防止犯罪结果发生。这里的有效性，必须是客观真正的有效性，即必须没有发生行为人原本所希望或者放任的、行为性质所决定的犯罪结果(侵害结果)。换言之，行为人虽然自动放弃犯罪，或者自动采取措施防止犯罪结果发生，但依然发生了行为人原本希望或者放任的、行为性质所决定的犯罪结果的，就不能认定为犯罪中止。因此，D 项的表述错误，当选。

综上，本题的正确答案是 BCD。

3. (2014/2/3) 关于刑法用语的解释，下列哪一选项是正确的？

A. 按照体系解释，刑法分则中的“买卖”一词，均指购买并卖出；单纯的购买或者出售，不属于“买卖”

B. 按照同类解释规则，对于刑法分则条文在列举具体要素后使用的“等”、“其他”用语，应按照所列举的内容、性质进行同类解释

C. 将明知是捏造的损害他人名誉的事实，在信息网络上散布的行为，认定为“捏造事实诽谤他人”，属于当然解释

D. 将盗窃骨灰的行为认定为盗窃“尸体”，属于扩大解释¹

【答案】B

【解析】

¹ 2015 年 8 月 29 日《刑法修正案(九)》第 34 条对刑法第 302 条做了修订，在犯罪对象上增加了“尸骨和骨灰”，增加了一种行为，即故意毁坏尸体。

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

体系解释是指根据刑法条文在整个刑法中的地位，联系相关法条的含义，阐明待解释概念的具体含义的解释方法。体系解释要求对同一概念的含义必须保持同一，如对刑法条文中所有的“枪支”都做出了同样的解释。不过，刑法用语的多样性、有限性，犯罪的复杂性，刑法规定的交叉性，刑法解释的目的性，合理划定处罚范围的必要性，都将会导致同一刑法用语可能产生不同的含义。现行刑法分则有多处条文规定了“买卖”一词。

“买卖”一词是由“买”和“卖”构成的合成词汇，单纯就文义而言包括“买进”“卖出”“买进+卖出”三种情形，不一定都是指“购买并卖出”。从保护法益、合理划定处罚范围处罚出发，“买卖”一词包括单纯购买的行为或者单纯出售的行为。如单纯购买枪支的行为，因危害公共安全，应按《刑法》第 125 条的非法买卖枪支罪处理；而出卖祖传的枪支的，同样因危害公共安全，即使没有“购买”枪支这一前行为，也应按《刑法》第 125 条的非法买卖枪支罪处罚。同样，买卖国家机关公文、证件、印章罪中的“买卖”，既包括购买并卖出国家机关公文、证件、印章的情形，也包括单纯地购买或者单纯地出售国家机关公文、证件、印章的情形。据此，A 选项错误。

对于刑法分则条文在列举具体要素后使用的“等”“其他”用语，应按照所列举的内容、性质进行解释，这是同类解释的基本要求。例如，对于《刑法》第 114 条中“其他”危险方法的范围，不能过度解释。对于《刑法》第 114 条“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全”中的“其他”危险方法，应理解为与放火、决水、爆炸、投放危险物质的社会危害性相当的且《刑法》第 114 条没有明确列举的危险方法。据此，B 选项正确。

当然解释是指依据事物的内在属性、形式逻辑或者规范保护的目，理所当然地由既定前提推理出来某一结论的解释方法。将明知是捏造的损害他人名誉的事实在信息网络上散布的行为解释为“捏造事实诽谤他人”，是根据二者具有相似性、本质上并无不同进行解释，而不是根据事物的内在属性、形式逻辑或者规范保护的目“理所当然”地进行解释，这一解释不符合当然解释的构造，因而不属于当然解释。据此，C 选项错误。

尸体经过火化，变成骨灰，二者在日常观点上已经属于不同的东西。将骨灰解释为尸体，已经超出了“尸体”的文义射程，超出了国民的预测可能性，故这一解释不是扩大解释，而是类推解释。所以，2002 年 9 月 18 日最高人民检察院研究室《关于盗窃骨灰行为如何处理问题的答复》明确指出：“‘骨灰’不属于刑法第 303 条规定的‘尸体’对于盗窃骨灰的行为不能以刑法第 302 条的规定追究刑事责任。”据此，D 选项错误。

需要提请考生注意的是，《刑法修正案(九)》已将刑法第 302 条修改为：“盗窃、侮辱、故意毁坏尸体、尸骨、骨灰的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制”，新增罪名盗窃、侮辱、故意破坏尸体、尸骨、骨灰罪，取消盗窃、侮辱尸体罪罪名。

4. (2013/2/3) 关于刑法解释, 下列哪一选项是错误的?

A. 学理解释中的类推解释结论, 纳入司法解释后不属于类推解释

B. 将大型拖拉机解释为《刑法》第 116 条破坏交通工具罪的“汽车”, 至少是扩大解释乃至是类推解释

C. 《刑法》分则有不少条文并列规定了“伪造”与“变造”, 但不排除在其他一些条文中将“变造”解释为“伪造”的一种表现形式

D. 《刑法》第 65 条规定, 不满 18 周岁的人不成立累犯; 《刑法》第 356 条规定, 因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪被判过刑, 又犯本节规定之罪的, 从重处罚。根据当然解释的原理, 对不满 18 周岁的人不适用《刑法》第 356 条

【答案】A

【解析】

刑法要实施必须要有解释, 而刑法的解释要符合罪刑法定原则, 罪刑法定原则禁止不利于被告人的类推解释。在刑法解释上, 不管是立法解释, 还是司法解释, 都不允许做出不利于被告人的类推解释, 因此, 学理解释中的类推解释的结论, 纳入司法解释之后仍然属于类推解释, 如果不利于被告人, 仍然违反罪刑法定原则。A 项错误。按照刑法学界通说, 将大型拖拉机解释为“汽车”, 是一种罪刑法定原则所允许的扩大解释, 而非类推解释, 选项强调如此解释是扩大, 乃至类推解释, 这一说法并非对通说扩大解释的否定, 不过是强调如此解释有类推之嫌, 因此, B 项正确。在我国刑法分则中, 如果有并列规定“变造”和“伪造”的, 伪造就不包括变造, 例如, 我国刑法第 170 条规定了伪造货币罪, 第 173 条又规定了变造货币罪, 这说明立法者是严格区分伪造和变造的, 那么, 使用变造的货币, 即不能认定为使用假币罪(即使用伪造的货币)。如果使用变造的货币骗取财物, 符合诈骗罪的构成要件, 可以考虑认定为诈骗罪, 如果不符合, 那只能认定为无罪。但如果伪造与变造没有并列规定的话, 就可以将变造解释为伪造的一种表现形式, 例如, 刑法第 196 条规定的信用卡诈骗罪中, 仅规定使用伪造的信用卡, 没有规定使用变造的信用卡, 此时, 就应将变造解释为伪造的一种表现形式。因此, C 项正确。《刑法修正案(八)》明确将未成年人犯罪排除在累犯的范围之外, 体现了对未成年人重在挽救、教育和保护。累犯有三个法律后果, 应当从重处罚, 不适用缓刑, 不适用假释; 而毒品犯罪的特别再犯法律后果只有一个, 即应当从重处罚。就此而言, 累犯的法律后果要重于毒品犯罪的特别再犯。刑法总则指导分则的解释, 根据当然解释的原理, 举重以明轻, 未成年人不构成累犯, 当然也不构成毒品犯罪的特别再犯。D 项正确。

5. (2011/2/51) ①对于同一刑法条文中的同一概念, 既可以进行文理解释也可以进行

论理解释

- ②一个解释者对于同一刑法条文的同一概念，不可能同时既作扩大解释又作缩小解释
- ③刑法中类推解释被禁止，扩大解释被允许，但扩大解释的结论也可能是错误的
- ④当然解释追求结论的合理性，但并不必然符合罪刑法定原则

关于上述4句话的判断，下列哪些选项是错误的？

- A. 第①句正确，第②③④句错误
- B. 第①②句正确，第③④句错误
- C. 第①③句正确，第②④句错误
- D. 第①③④句正确，第②句错误

【答案】ABCD

【解析】

第①句表述正确。文理解释与论理解释是从不同角度对刑法解释进行的划分，二者并不矛盾，对于同一刑法条文中的同一概念，既可以进行文理解释也可以进行论理解释。

第②句表述正确。扩大解释是指刑法条文字面的通常含义比刑法的真实含义窄，于是扩张字面含义，使其符合刑法的真实含义的解释。而缩小解释则是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的解释。扩大解释与缩小解释是两种不同方向的解释技巧，相互之间是完全矛盾的。因此，对于一个刑法条文，解释者不能同时既作扩大解释又作缩小解释。

第③句表述正确。罪刑法定原则不禁止扩解释只是就解释的方法本身而言的，但扩大解释的结论也可能超出国民的预测可能性，侵犯国民的自由。

第④句表述正确。当然解释是指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。进行当然解释时，不能仅以当然道理为依据，还必须符合刑法的文字含义。当当然解释超出刑法条文的字面含义时，就会与罪刑法定原则相抵触。

综上所述，第①②③④句表述正确，四个选项的判断都是错误的。

考点二 罪刑法定原则

一、常考知识点

1. 罪刑法定原则的思想渊源与基础;
2. 罪刑法定原则的基本内容。

二、真题印证

1. (2016/2/51) 关于罪刑法定原则与刑法解释, 下列哪些选项是正确的?

A. 对甲法条中的“暴力”作扩大解释时, 就不可能同时再作限制解释, 但这并不意味着对乙法条中的“暴力”也须作扩大解释

B. 《刑法》第 237 条规定的强制猥亵、侮辱罪中的“侮辱”, 与《刑法》第 246 条规定的侮辱罪中的“侮辱”, 客观内容相同、主观内容不同

C. 当然解释是使刑法条文之间保持协调的解释方法, 只要符合当然解释的原理, 其解释结论就不会违反罪刑法定原则

D. 对刑法分则条文的解释, 必须同时符合两个要求: 一是不能超出刑法用语可能具有的含义, 二是必须符合分则条文的目的

【答案】AD

【解析】扩大解释与限制解释是相互矛盾的两种解释技巧, 对同一刑法条文中的同一用语不可能既作扩大解释, 又作限制解释。但刑法用语具有相对性, 对甲法条中的“暴力”作扩大解释, 并不意味着对乙法条中的“暴力”也要作扩大解释。A 项是正确的。强制猥亵、侮辱罪中的侮辱行为与猥亵行为具有同一性, 包括侵犯性的决定权的一切行为; 而侮辱罪中的侮辱行为是指侵犯他人名誉的行为。不管在客观上, 还是在主观上, 两者都存在差别。B 项是错误的。

当然解释是使刑法条文之间保持协调的解释方法, 但这并不意味着只要符合当然解释的原理, 其解释结论就不会违反罪刑法定原则。所有的刑法解释都要从法条的文理开始, 而且不能超出刑法用语可能具有的含义, 否则即是违反罪刑法定原则的解释。当然解释的结论也可能会超出刑法条文的字面含义。C 项是错误的。解释者在解释刑法时, 除不能超出刑法条文的字面含义外, 还应注意, 不同的刑法分则条文有不同的法益保护目的, 任何解释结论都必须符合刑法的目的。当不同的解释方法得出多种结论或不能得出妥当结论时, 必须以目的解释来最终确定。D 项是正确的。

2. (2012/2/51) 下列哪些选项不违反罪刑法定原则?

A. 将明知是痴呆女而与之发生性关系导致被害人怀孕的情形, 认定为强奸“造成其

他严重后果”

B. 将卡拉 OK 厅未经著作权人许可大量播放其音像制品的行为，认定为侵犯著作权罪中的“发行”

C. 将重度醉酒后在高速公路超速驾驶机动车的行为，认定为以危险方法危害公共安全罪

D. 《刑法》规定了盗窃武装部队印章罪，未规定毁灭武装部队印章罪。为弥补处罚漏洞，将毁灭武装部队印章的行为认定为毁灭“国家机关”印章

【答案】ACD

【解析】

一般认为，痴呆女不能正确表达本人意愿，明知是痴呆女而与之发生性关系的行为违背妇女意志，成立强奸罪。强奸妇女致其怀孕的行为应如何处理，《刑法》第 236 条无明文规定，但从妇产医学来看，怀孕本身对妇女而言意味着危险，一些妇女(如有特殊遗传性的妇女、患有心脏病或者精神有问题等特殊疾病的妇女)怀孕之后，母亲或胎儿可能会面临较高的生命风险或突发孕产状况，如果没有妥善的处理或监控，可能发生危及母亲、胎儿生命安全的事件。在此意义上，强奸“致人怀孕”与“致人重伤、死亡”具有同等的危害。将强奸痴呆女使其怀孕的行为解释为强奸妇女“造成其他严重后果”，这一解释并未超出强奸“造成其他严重后果”的文义射程，符合同类解释规则，不违反罪刑法定原则。据此，A 选项正确。

《刑法》第 217 条侵犯著作权罪第 1 款第 1 项规定“未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品”，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，成立侵犯著作权罪。这里的“复制发行”包括复制、发行或者既复制又发行的行为。其中的“发行”，是指非法制作侵犯著作权的产品，通过出售、出租、出借、散发等方式提供复制作品的行为。“发行”要求侵权复制品有一定的载体，且意味着取得侵权复制品的人具有可以随时或者反复使用侵权复制品的可能性。卡拉 OK 厅未经著作权人许可大量播放其音像制品的行为，虽然侵权，但是客观上既不存在具有一定载体的侵权复制品，又没有使第三人在本人的空间内(而不是只能在卡拉 OK 厅)可以随时或者反复使用侵权复制品的可能性，故这一行为不属于“发行”的范畴。据此，B 选项错误。

危险驾驶罪与以危险方法危害公共安全罪的区别在于危害公共安全的危险程度不同，前者是种抽象的危险(危险程度较低的危险)，后者是一种具体的危险(危险程度极高的危险)。高速公路车辆多、速度快，行为人重度醉酒后在高速公路超速驾驶机动车的行为，随时可能发生交通事故，危害公共安全的危险程度极高，因此，应将这一行为认定为以危险方法危害公共安全罪。据此，C 选项正确。

《刑法》规定了盗窃武装部队印章罪，未规定毁灭武装部队印章罪，这似乎给人留有

“刑法不处罚毁灭武装部队印章”的印象，但是，即使不存在毁灭武装部队印章罪，仍然可以处罚毁灭武装部队印章的行为。《刑法》第 280 条第 1 款规定要处罚毁灭国家机关印章的行为，军事机关属于国家机关的组成部分，武装部队的印章属于“国家机关的印章”，故将毁灭武装部队印章的行为认定为毁灭“国家机关”印章，存在法律上的根据，不违反罪刑法定原则。据此，D 选项正确。综上，ACD 为本题正确选项。

3. （2012/2/3）关于罪刑法定原则有以下观点：

- ①罪刑法定只约束立法者，不约束司法者
- ②罪刑法定只约束法官，不约束侦查人员
- ③罪刑法定只禁止类推适用刑法，不禁止适用习惯法
- ④罪刑法定只禁止不利于被告人的事后法，不禁止有利于被告人的事后法

下列哪一选项是正确的？

- A. 第①句正确，第②③④句错误
- B. 第①②句正确，第③④句错误
- C. 第④句正确，第①②③句错误
- D. 第①③句正确，第②④句错误

【答案】C

【解析】关于①。罪刑法定原则不但约束立法者，而且约束司法者。因此，①的表述错误。

关于②。根据《刑法》第 94 条，所谓司法工作人员，是指有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。无论是法官，还是侦查人员，都是司法工作人员，都应受罪刑法定原则的约束。因此，②的表述错误。

关于③。在罪刑法定原则之下，刑法的渊源只能是立法机关制定的成文法。在当今社会，不管是根据民主主义还是根据预测可能性的原理，都必须排斥习惯法，这是因为习惯法难以起到限制司法权的作用。因此，③的表述错误。

关于④。禁止溯及既往（禁止事后法）原则源于法律的本质，是保障国民自由的要求。但是，禁止溯及既往，只是禁止不利于被告人的溯及既往，如果新法有利于被告人，则可以溯及既往适用新法。我国刑法第 12 条就规定了关于刑法溯及力的“从旧兼从轻”原则。因此，D 项正确。

综上，本题的四句话中，第④句正确，第①②③句错误，正确答案是 C。

考点三 刑法的空间效力

一、常考知识点

1. 基本原则：属地管辖原则为主兼采其他原则。
2. 对国内犯的适用原则：属地管辖。
3. 对外国犯的适用原则：（1）属人管辖；（2）保护管辖；（3）普遍管辖。
4. 对外国判决的消极承认。

二、真题印证

1. （2007/2/51）关于刑事管辖权，下列哪些选项是正确的？

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】ABD

【解析】

在共犯场合，共同犯罪行为有一部分发生在我国领域内或者共同犯罪结果有一部分发生在我国领域内，就认为是在我国领域内犯罪。A 项正确。B 项中，汽车并非拟制领土，不能适用属地管辖；行为人不是我国公民，不能适用属人管辖；被害人不是我国公民，不能适用保护管辖；故意杀人并非国际犯罪，不能适用普遍管辖。故结论只能是对汤姆的杀人行为不能适用中国刑法。B 项正确。根据普遍管辖原则行使管辖权时，定罪量刑的根据是国内刑法，而非国际条约。C 项错误。保护管辖的适用需满足双重犯罪原则，故 D 项中如果该行为在犯罪地国家不视为犯罪，则不适用保护管辖原则。D 项正确。

考点四 刑法的时间效力

一、常考知识点

1. “从旧兼从轻”原则的理解。
2. 司法解释的溯及力：司法解释与现行法之间不存在溯及力问题，但司法解释之间仍存在溯及力的关系。

二、真题印证

1. （2018/1/64）关于刑法及司法解释的时间效力，下列选项正确的是？
 - A. 甲在 2010 年受贿 500 万元，2016 年司法解释规定受贿罪数额特别巨大的标准为 300 万元，2017 年刑法解释规定受贿罪数额特别巨大的标准为 600 万元，甲在 2018 年被抓获，应适用新的司法解释，不能认定为受贿数额特别巨大
 - B. 2016 年司法解释规定了受贿罪的数额标准，乙于 2015 年到 2018 年连续受贿多次，乙的所有受贿行为均可以适用该司法解释
 - C. 1997 年刑法规定，生产、销售有毒、有害食品罪的为具体危险犯，只有造成具体的危险才能定罪。2011 年《刑法修正案（八）》将该罪规定为抽象危险犯，只要实施了生产、销售行为，就认为有抽象的危险，应以犯罪论处。丙于 2010 年实施了生产、销售有毒、有害食品的行为，但并没有造成具体危险状态，于 2015 年被抓获。甲的行为可以适用《刑法修正案（八）》，应以犯罪论处
 - D. 2000 年最高人民法院出台了针对某一问题的司法解释，该解释不能适用于其生效之前的犯罪行为

【答案】AB

【解析】

司法解释的本质在于发现法律。因此，司法解释与现行法之间不存在溯及力问题，但司法解释之间仍存在溯及力的关系。正因为如此，司法解释规定：司法解释自发布或者规定之日起施行，效力适用于法律的施行期间；对于司法解释实施前发生的行为，行为时没有相关司法解释，司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件，依照司法解释的规定办理；对于新的司法解释实施前发生的行为，行为时已有相关司法解释，依照行为时的司法解释办理，但适用新的司法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的，适用新的司法解释；对于在司法解释施行前已办结的案件，按照当时的法律和司法解释，认定事实和适用法律没有错误的，不再变动。

A 项中，甲的行为发生于司法解释实施前，属于行为时没有相关司法解释，司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件，对此应依照司法解释办理，如行为人行行为后最高司

法机关颁布了多个司法解释，应适用最新的那个司法解释办理，不属于受贿数额特别巨大的情形。A 项正确。

B 项中，司法解释是对刑法条文真实含义的阐明，与刑法效力同步。乙的行为发生于司法解释实施前，属于行为时没有相关司法解释，司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件，对此应依照司法解释办理，乙的所有行为均应适用该司法解释。B 项正确。

C 项中，根据从旧兼从轻原则，对丙应适用旧法，而非新法。C 项错误。

D 项中，根据前述司法解释的规定，司法解释自发布或者规定之日起施行，效力适用于法律的施行期间；对于司法解释实施前发生的行为，行为时没有相关司法解释，司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件，依照司法解释的规定办理，D 项错误。

2. （2017/2/1）关于刑事司法解释的时间效力，下列哪一选项是正确的？

A. 司法解释也是刑法的渊源，故其时间效力与《刑法》完全一样，适用从旧兼从轻原则

B. 行为时无相关司法解释，新司法解释实施时正在审理的案件，应当依新司法解释办理

C. 行为时有相关司法解释，新司法解释实施时正在审理的案件，仍须按旧司法解释办理

D. 依行为时司法解释已审结的案件，若适用新司法解释有利于被告人的，应依新司法解释改判

【答案】B

【解析】

刑法的渊源包括刑法典、单行刑法与附属刑法，司法解释不是刑法的渊源。据此，A 项错误。同时，依据 2001 年 12 月 7 日最高人民法院、最高人民检察院《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》，行为时没有相关司法解释，新司法解释实施后尚未处理或正在处理的案件，应当依照新司法解释办理。这肯定了司法解释仅在特定情况下才具有溯及力，因此，司法解释的时间效力与《刑法》的时间效力存在差异。据此，A 选项也是错误的。

根据上述规定，B 选项正确。行为时有相关司法解释，新司法解释实施时已在处理中的案件，原则上依照旧司法解释办理，但适用新司法解释有利于被告人的除外。C 项错误。

依行为时的司法解释已经办结的案件，若无错误，即便适用新的司法解释有利于被告人，也不再变动。这是因为《刑法》第 12 条第 2 款规定：“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。”依行为时司法解释已审结的案件，意味着案件是依照当时的法律已经作出了生效判决，因而自然继续有效。所以，即便适用新司法解释有利

于被告人的，也不能依据新司法解释改判。D 项错误。

3. (2013/2/4) 《刑法修正案(八)》于 2011 年 5 月 1 日起施行。根据《刑法》第 12 条关于时间效力的规定，下列哪一选项是错误的？

A. 2011 年 4 月 30 日前犯罪，犯罪后自首又有重大立功表现的，适用修正前的刑法条文，应当减轻或者免除处罚

B. 2011 年 4 月 30 日前拖欠劳动者报酬，2011 年 5 月 1 日后以转移财产方式拒不支付劳动者报酬的，适用修正后的刑法条文

C. 2011 年 4 月 30 日前组织出卖人体器官的，适用修正后的刑法条文

D. 2011 年 4 月 30 日前扒窃财物数额未达到较大标准的，不得以盗窃罪论处

【答案】C

【解析】

对于犯罪后自首又有重大立功表现的,1997 年刑法规定“应当减轻或者免除处罚”。这一规定被 2011 年 2 月 25 日全国人大常委会《刑法修正案(八)》第 9 条删除。显然,原先的规定对被告人有利。根据 2011 年 4 月 25 日最高人民法院《关于〈中华人民共和国刑法修正案(八)〉时间效力问题的解释》第 5 条的规定 2011 年 4 月 30 日以前犯罪,犯罪后自首又有重大立功表现的,适用修正前《刑法》第 68 条第 2 款的规定。A 项正确。

拒不支付劳动报酬罪为《刑法修正案(八)》新增设的罪名。2011 年 4 月 30 日前拖欠劳动者报酬,2011 年 5 月 1 日后以转移财产方式拒不支付劳动者报酬的,对于 2011 年 4 月 30 日之前的行为虽然不能适用《刑法修正案(八)》,但是,2011 年 5 月 1 日后以转移财产方式拒不支付劳动者报酬的,此时《刑法修正案(八)》已经开始施行,故对此行为可以适用《刑法修正案(八)》。B 项正确。

组织出卖人体器官罪为《刑法修正案(八)》新增设的罪名。根据 1997 年《刑法》,组织出卖人体器官,仅在不存在被害人承诺或者虽然得到承诺但摘取器官的行为严重危及出卖人的生命安全等情形下,才构成故意伤害等犯罪,否则就是无罪行为。根据从旧兼从轻原则,对于 2011 年 4 月 30 日以前组织出卖人体器官构成犯罪的行为,仍然应适用 1997 年《刑法》,不能适用修正后的刑法条文。C 项错误。

扒窃构成盗窃罪是《刑法修正案(八)》新增设的规定。根据 1997 年《刑法》,构成盗窃罪,要求“数额较大或者多次盗窃”。据此,2011 年 4 月 30 日以前扒窃,但财物价值未达到“数额较大”的,不构成盗窃罪。D 项正确。

考点五 犯罪的分类

一、常考知识点

1. 亲告罪的范围

二、真题印证

1. (2004/2/81)下列情形中，告诉才处理的有：

- 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

【答案】D

【解析】

根据我国刑法的规定，告诉才处理的案件共有五种：即刑法分则第 246 条第 1 款规定的公然侮辱罪、诽谤罪（但是严重危害社会秩序和国家利益的除外），第 257 条第 1 款规定的暴力干涉婚姻自由罪（被害人死亡的除外），第 260 条第 1 款规定的虐待罪（被害人重伤、死亡的除外）和第 270 条规定的侵占罪，其中侵占罪是严格意义上是亲告罪，其余四种具有例外情况，故 D 选项正确。

考点六 构成要件要素的分类

一、常考知识点

1. 客观的构成要件要素与主观的构成要件要素
2. 记述的构成要件要素与规范的构成要件要素
3. 积极的构成要件要素与消极的构成要件要素
4. 共同的构成要件要素与非共同的构成要件要素
5. 成文的构成要件要素与不成文的构成要件要素

二、真题印证

1. (2014/2/4) 关于构成要件要素，下列哪一选项是错误的？

- A. 传播淫秽物品罪中的“淫秽物品”是规范的构成要件要素、客观的构成要件要素
- B. 签订、履行合同失职被骗罪中的“签订、履行”是记述的构成要件要素、积极的构成要件要素
- C. “被害人基于认识错误处分财产”是诈骗罪中的客观的构成要件要素、不成文的构成要件要素
- D. “国家工作人员”是受贿罪的主体要素、规范的构成要件要素、主观的构成要件要素

【答案】D

【解析】

说明行为外部的、客观方面的要素，为客观的构成要件要素，如行为、结果、行为对象等。表明行为人内心的、主观方面的要素，为主观的构成要件要素，如故意、过失、目的等。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时，如果只需要法官的认识活动即可确定，这种构成要件要素便是记述的构成要件要素。如果需要法官规范的、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。某一物品是否具有淫秽性、是否属于淫秽物品，需要法官判断该物品是否属于具体描绘性行为或者露骨宣扬色情的物品，这一判断包括法官规范的、评价的价值判断。因此，“淫秽物品”是规范的构成要件要素，A项正确。

通常的构成要件要素，是积极地、正面地表明成立犯罪必须具备的要素，这种要素就是积极的构成要件要素。但例外地也存在否定犯罪性的构成要件要素，这便是消极的构成要件要素。签订、履行合同失职被骗罪中的“签订、履行”是记述的构成要件要素，积极的构成要件要素，B项正确。

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，但依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。如“以非法占有为目的”就是盗窃罪中不成文的主观构成要件要素。

成立诈骗罪，虽然刑法没有明文规定必须是“被害人基于认识错误处分财产”但是，被害人是否基于认识错误处分财产，在一些场合具有区分盗窃罪和诈骗罪的功能，因而是成立诈骗罪所必须具备的要素。据此，“被害人基于认识错误处分财产”是诈骗罪中的客观的构成要件要素、不成文的构成要件要素，C项正确。

“国家工作人员”是表明主体身份的要素。某人是否属于国家工作人员，需要法官判断其是否在履行公务，故“国家工作人员”是受贿罪的主体要素、规范的构成要件要素。

“国家工作人员”是说明行为外部的、客观方面的要素，其功能在于描述能够侵犯法益的主体要素，而不是表明行为人内心的、主观方面的要素。因此，“国家工作人员”是客观的构成要件要素，而不是主观的构成要件要素。据此，D项错误，为本题的正确选项。

2. (2012/2/51)《刑法》第246条规定：“以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”关于本条的理解，下列哪些选项是正确的？

- A. “以暴力或者其他方法”属于客观的构成要件要素
- B. “他人”属于记述的构成要件要素
- C. “侮辱、诽谤”属于规范的构成要件要素
- D. “三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利”属于相对确定的法定刑

【答案】ABCD

【解析】

说明行为外部的、客观方面的要素，为客观的构成要件要素，如行为、结果、行为对象等。表明行为人内心的、主观方面的要素，为主观的构成要件要素，如故意、过失、目的等。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时，如果只需要法官的认识活动即可确定，这种构成要件要素便是记述的构成要件要素。如果需要法官规范的、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。据此，《刑法》第246条规定所规定的“以暴力或者其他方法”属于客观的构成要件要素；“他人”属于记述的构成要件要素，故A、B选项正确。对“侮辱”“诽谤”的判断，必须由人的价值判断予以认定，故属于规范的构成要件要素，C正确。“三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利”的规定，既列举了多种刑种，在有期徒刑的刑期上也有法官酌情决定的较大幅度，因此，属于相对确定的法定刑，D项正确。

考点七 主体

一、常考知识点

1. 国家工作人员的认定。
2. 单位犯罪的特征。
3. 单位犯罪的处罚。

二、真题印证

1. (2018/1/30) 关于单位犯罪的说法，下列哪一选项是错误的？

A. 甲、乙为了实施走私而成立了单位，后该公司实施了走私犯罪。该公司的走私行为不能认定是单位犯罪

B. 某国有公司高管集体研究决定，将该单位的 50 万元在 5 个高管中平均分配。该行为不能认定为单位犯罪

C. 甲公司实施单位犯罪后，甲公司被乙公司兼并了。此时，既要追究甲公司原直接责任人的刑事责任，亦应追究甲公司的刑事责任

D. 甲实施拐卖儿童行为，借用其所在单位的车及司机帮忙运送被拐卖儿童，该单位参与拐卖儿童的行为构成单位犯罪

【答案】D

【解析】

根据司法解释，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，不得以单位犯罪论处，应认定为个人犯罪。据此，A 项错误。

单位犯罪在主观上表现为由单位的决策机构按单位决策程序决定，体现单位的整体意志。因此，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，直接以自然人犯罪定罪处罚而不以单位犯罪论。据此，B 项错误。

根据司法解释，涉嫌犯罪的单位已被合并到一个新单位的，对原犯罪单位及其直接负责的主管人员和其他直接责任人员应依法定罪量刑。人民法院审判时，对被告单位应列原犯罪单位名称，但注明已被并入新的单位，对被告单位所判处的罚金数额以其并入新的单位的财产及收益为限。据此，C 项错误。

拐卖儿童罪是纯正的自然人犯罪，单位不能成立，甲的行为亦不能代表该单位。D 项错误。

2. (2015/2/54) 关于单位犯罪，下列哪些选项是正确的？

A. 就同一犯罪而言，单位犯罪与自然人犯罪的既遂标准完全相同

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

B. 《刑法》第一百七十条未将单位规定为伪造货币罪的主体，故单位伪造货币的，相关自然人不构成犯罪

C. 经理赵某为维护公司利益，召集单位员工殴打法院执行工作人员，拒不执行生效判决的，成立单位犯罪

D. 公司被吊销营业执照后，发现其曾销售伪劣产品 20 万元。对此，应追究相关自然人销售伪劣产品罪的刑事责任

【答案】ACD（已修改）

【解析】

就同一犯罪而言，无论是自然人犯罪还是单位犯罪，除了主体存在差别之外，构成要件与保护法益均是相同的，因而既遂标准应当相同。一些考生认为，起码就司法解释而言，在部分犯罪中自然人犯罪与单位犯罪的追诉标准不同（单位犯罪的数额起点通常高于自然人犯罪的数额起点），因而不能说单位犯罪与自然人犯罪的既遂标准完全相同。从司法解释来看，自然人犯罪与单位犯罪在追诉的数额起点上有时存在差异，这是不容否定的事实，但是，这并不意味着二者犯罪既遂的标准不同。就同一犯罪而言，无论是采取构成要件齐备说，还是采取（构成要件齐备下的）法益毁灭说，或者采取其他学说判断犯罪是否既遂，自然人犯罪与单位犯罪所采取的犯罪既遂标准都是相同的。自然人犯罪与单位犯罪在数额起点上有时不同，仅是满足犯罪既遂标准的具体情形不同，即对同一犯罪，单位犯罪需要较高的数额标准才能认定齐备构成要件，而自然人犯罪时较低的数额即可认定齐备构成要件。由此可见，追诉标准上的差别并不意味着自然人犯罪与单位犯罪存在不同的既遂标准。如认定盗窃罪既遂与否时，必须根据财物的性质、形状、体积大小、行为人的窃取样态等进行具体判断一样，这并不意味着盗窃罪有不同的既遂标准。自然人犯罪与单位犯罪的既遂标准虽然相同，但在认定自然人犯罪与单位犯罪既遂与否时，同样必须根据犯罪的性质、犯罪的数额等进行具体的判断。据此，A 选项正确。

2014 年 4 月 24 日全国人大常委会《关于<中华人民共和国刑法>第三十条的解释》规定，公司、企业、事业单位、机关、团体等单位实施刑法规定的危害社会的行为，刑法分则和其他法律未规定追究单位刑事责任的，对组织、策划、实施该危害社会行为的人依法追究刑事责任。据此，《刑法》第 170 条未将单位规定为伪造货币罪的主体，故单位伪造货币的不能追究单位的刑事责任，但相关自然人应以伪造货币罪追究刑事责任。B 项错误。

在 1997 年刑法中，拒不执行判决、裁定罪的犯罪主体为自然人，不包括单位。但是，2015 年 8 月 29 日全国人大常委会《刑法修正案（九）》第 39 条对拒不执行判决、裁定罪增设了单位犯罪的处罚，所以 C 选项是正确的。

2002 年 7 月 9 日最高人民检察院《关于涉嫌犯罪单位被撤销、注销、吊销营业执照或者宣告破产的应如何进行追诉问题的批复》规定，涉嫌犯罪的单位被撤销、注销、吊销营业执照或者宣告破产的，应当根据刑法关于单位犯罪的相关规定，对实施犯罪行为的该单位直接负责的主观人员和其他直接责任人员追究刑事责任，对该单位不再追诉。据此，公司被吊销营业执照后，发现其曾销售伪劣产品 20 万元的，应当追究相关自然人销售伪劣产品罪，故 D 项正确。

考点八 行为

一、常考知识点

1. 危害行为的性质。
2. 不作为犯罪的成立条件。
3. 不作为犯罪的义务来源。
4. 不纯正不作为犯的成立。

二、真题印证

1. （2018/1/66）甲的邻居乙家中着火，甲便冲入乙家救火。因火势太大，甲无法将位于乙家中的婴儿丙（1岁）带出，甲便将丙从二楼窗户上扔出。后甲自己从大火中逃出，赶紧将被摔伤的丙送往医院，最终造成丙轻伤。关于甲的行为，下列哪些说法是正确的？

- A. 甲的行为属于紧急避险
- B. 甲的行为在客观上都不属于犯罪行为，不需要通过正当防卫、紧急避险等排除犯罪性事由将其从犯罪中排除出去，不属于紧急避险，不构成犯罪
- C. 甲的行为在客观上降低了丙的风险，不构成犯罪
- D. 甲的行为成立过失致人重伤罪

【答案】BC

【解析】

刑法中的危害行为必须是在客观上侵害或者威胁了法益的行为，故没有侵害和威胁法益的正当行为及降低法益侵害的行为，不是犯罪。据此，本题中甲的行为在客观上降低了丙的风险，不构成犯罪，自然也不需要通过正当防卫、紧急避险等事由排除其犯罪性。BC项正确。

2. （2018/1/65）丁某为精神病人，丁之妻郭某系丁某监护人。一日，二人到丁某父母家吃饭时，丁某和其父母争吵，拿起菜刀将其父母砍死（实际未死），郭某未制止，未呼救也未报警，而是关门一走了之，丁某父母流血休克而亡，郭某事后还洗了丁某的血衣。事后证明，丁某当时精神病发作没有责任能力。关于郭某，下列哪些说法是正确的？

- A. 妻子郭某构成不作为的故意杀人罪和帮助毁灭证据罪，应数罪并罚
- B. 妻子郭某构成不作为的故意杀人罪
- C. 如果认为即使送医仍会死亡，也不应认为与郭某不作为的故意杀人无因果关系
- D. 妻子构成帮助毁灭证据罪

【答案】BC

【解析】

监护人对被监护人的危害行为有监督义务，故作为监护人的郭某发现被监护人丁某在实施杀害他人的行为时有制止的义务，如其能制止不制止，造成被害人死亡的，成立不作为的故意杀人罪。此后，郭某清洗丁某血衣的行为实际上是对自己实施的不作为故意杀人罪的掩饰，不具备期待可能性，不成立帮助毁灭证据罪。B项说法正确，AD项说法错误。根据条件说，如郭某实施了自己的作为义务，被害人死亡结果就不会发生；故即使承认当时丁某的行为当即造成了被害人死亡的结果，不具备结果回避可能性，也不能就此否认郭某不作为的故意杀人罪与被害人死亡结果之间的因果关系。C项是正确的。

3. （2018/1/69）关于不作为犯罪，下列哪些说法是正确的？

A. 甲乙共同入户抢劫丙，进入被害人丙家，甲将丙捆绑后，二人共同实施了抢劫行为。之后，乙临时起意杀了丙，甲站在一观看没有制止。乙的杀人行为成立故意杀人罪，甲对此构成不作为的故意杀人罪

B. 母亲甲生一女，怕婆家嘲笑，甲让自己的亲妹妹乙把孩子遗弃至菜市场。妹妹在法律上不是抚养人，仍构成遗弃罪（不作为犯）

C. 失主甲空手追赶小偷乙，乙逃至河边，为摆脱甲的追赶而跳河，欲游到对岸。乙游至河心时因体力不支，向甲呼救。甲心想：“淹死也活该。”甲未对乙进行施救，乙溺亡。甲的行为构成不作为的故意杀人罪

D. 父亲甲过失将自己的孩子摔在地上，看孩子没有哭闹，就没有送往医院。三天后孩子死亡，经查明，死亡原因是脑部受到重创导致的，但查明受伤太严重，就算被摔当时送往医院也救不活。甲的行为不构成不作为的故意杀人罪

【答案】ABCD

【解析】

犯罪行为可以成为不作为犯罪的义务来源，据此，A项中，甲实施了先前行为，具有结果防止义务，故甲对乙的杀人行为没有制止的，成立不作为的故意杀人罪，属于不作为的共犯。A项正确。

没有作为义务的人可以成为不作为犯罪的帮助犯，据此，B项中，妹妹成立遗弃罪的帮助犯。B项正确。

先前行为不以行为具有违法性为前提。C项中，追赶小偷的行为本身并不违法，但当行为人发现自己的追赶行为给小偷制造了生命危险，则有作为义务，能够救助而故意不救助的，成立不作为的故意杀人罪。C项正确。

不作为犯罪成立的成立要求必须具备结果回避可能性，即只有当行为人履行作为义务可以避免结果发生时才成立不作为犯罪。D项中，父亲甲即使当时立即将孩子立即送往医

院，孩子也不可能被救治，故甲的行为不成立不作为的故意杀人罪。D项正确。

4. （2016/2/1）关于不作为犯罪，下列哪一选项是正确的？

A. “法无明文规定不为罪”的原则当然适用于不作为犯罪，不真正不作为犯的作为义务必须源于法律的明文规定

B. 在特殊情况下，不真正不作为犯的成立不需要行为人具有作为可能性

C. 不真正不作为犯属于行为犯，危害结果并非不真正不作为犯的构成要件要素

D. 危害公共安全罪、侵犯公民人身权利罪、侵犯财产罪中均存在不作为犯

【答案】D

【解析】

在行为方式上，作为与不作为虽然存在差别，但是无论是作为还是不作为，其构成犯罪必须符合刑法所规定的犯罪构成。这是“法无明文规定不为罪”的原则当然适用于不作为犯罪的本来含义。不真正不作为犯的犯罪构成是法定的，并不意味着不真正不作为犯的作为义务必须源于法律的明文规定。据此，A项错误。法律不强人所难，成立不作为，必须是以行为人具有作为可能性为前提。据此，B项错误。

学界虽然对行为犯、结果犯的理解存在分歧，但可以肯定的是，不真正不作为犯不都是行为犯。如以犯罪既遂是否需要结果发生来区分行为犯与结果犯，则故意杀人罪属于结果犯，行为人以不作为的方式触犯故意杀人罪时，该不真正不作为犯就属于结果犯。如果以结果是否属于构成要件要素来区分行为犯和结果犯，则玩忽职守罪属于结果犯，行为人以不作为的方式触犯玩忽职守罪时，该不真正不作为犯就属于结果犯，危害结果属于该不真正不作为犯的构成要件要素，据此，C项错误。

危害公共安全罪、侵犯公民人身权利罪和侵犯财产罪中均存在不作为犯。如在危害公共安全罪中，有不报、谎报安全事故罪以及不作为的放火罪、爆炸罪等不作为犯；在侵犯公民人身权利罪中，有遗弃罪、不作为的故意杀人罪等不作为犯；在侵害财产罪中，有拒不支付劳动者报酬的、不作为的诈骗罪等不作为犯。D项正确。

5. （2015/2/52）关于不作为犯罪，下列哪些选项是正确的？

A. 儿童在公共游泳池溺水时，其父甲、救生员乙均故意不救助。甲、乙均成立不作为犯罪

B. 在离婚诉讼期间，丈夫误认为自己无义务救助落水的妻子，致妻子溺水身亡的，成立过失的不作为犯罪

C. 甲在火灾之际，能救出母亲，但为救出女友而未救出母亲。如无排除犯罪的事由，甲构成不作为犯罪

D. 甲向乙的咖啡投毒，看到乙喝了几口后将咖啡递给了丙，因担心罪行败露，甲未阻止丙喝咖啡导致乙、丙均死亡。甲对乙是作为犯罪，对丙是不作为犯罪

【答案】ACD

【解析】

儿童在公共泳池溺水时，首先父亲具有法律上的救助义务，这一义务并不因为其他人（如救生员）负有救助义务而豁免。救生员乙对于公共游泳池内游泳的人负有保证其安全的义务，该义务同样不因其他人（如父亲）也负有救助义务而豁免。A 项正确。

在法律上行为人是否负有救助义务，这是客观的，与行为人对此是否存在认识无关。只要婚姻关系仍旧存在，即便是在离婚诉讼期间，丈夫在法律上也负有救助妻子的义务。在主观上，对于不救助落水的妻子将会产生何种后果，丈夫存在认识，却放任该结果的发生。丈夫误认为自己没有义务救助落水的妻子，属于违法性认识错误，即误以为自己不救离婚诉讼期间的妻子是不违法的。该违法性认识错误并非不可避免，因而不影响丈夫故意犯罪的成立，故对妻子的死亡，丈夫应该成立故意的不作为犯罪。B 项错误。

在 C 项中，对于甲未救母亲的行为，根据中国宪法和婚姻法的规定、现行刑法理论的通说，甲在法律上负有救助母亲的义务，而没有救助女友的法律义务。因此，甲能救出母亲却未救出母亲的行为具备不作为犯罪的客观要件。对于不救母亲将会出现的后果，甲存在认识却放任该结果的发生，具备不作为犯罪的主观要件。在没有排除犯罪事由的前提下，甲的不作为当然构成不作为犯罪。C 项正确。

在 D 项中需要将案件分为两个阶段，第一个阶段是甲向乙的咖啡投毒，乙喝下了有毒的咖啡；第二个阶段是乙将自己没有喝完的咖啡递给丙，丙喝下有毒的咖啡死亡。这意味着 D 项中的投毒与向被害人家中饭菜投毒，该投毒行为能够直接造成被害人及其家人的死亡，对任一被害人的死亡均成立作为方式的故意杀人罪；而 D 选项是针对特定的人投毒，一般只会毒死特定的人，所以不能直接认定甲具有直接故意，但是甲的先前行为导致了他有排除危险的义务，但是甲担心事情败露而未阻止，故成立不作为的故意杀人罪。D 项正确。

6. （2014/2/5）关于不作为犯罪的判断，下列哪一选项是错误的？

A. 小偷翻墙入院行窃，被护院的藏獒围攻。主人甲认为小偷活该，任凭藏獒撕咬，小偷被咬死。甲成立不作为犯罪

B. 乙杀丙，见丙痛苦不堪，心生悔意，欲将丙送医。路人甲劝阻乙救助丙，乙遂离开，丙死亡。甲成立不作为犯罪的教唆犯

C. 甲看见儿子乙（8 周岁）正掐住丙（3 周岁）的脖子，因忙于炒菜，便未理会。等

炒完菜，甲发现丙已窒息死亡。甲不成立不作为犯罪

D. 甲见有人掉入偏僻之地的深井，找来绳子救人，将绳子的一头扔至井底后，发现井下的是仇人乙，便放弃拉绳子，乙因无人救助死亡。甲不成立不作为犯罪

【答案】C

【解析】

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。成立不作为犯在客观上必须具备以下条件：（1）行为人有作为义务；（2）行为人能够履行特定义务；（3）行为人不履行特定义务，造成或者可能造成危害结果。

选项 A 说法正确。小偷翻墙入院行窃，主人有权进行正当防卫，包括利用宠物撕咬进行阻止。但是，正当防卫不得超过必要的限度，对仅仅是意图侵犯财产的盗窃犯，显然不能放任宠物将小偷咬死。甲作为藏獒的主人，能够制止藏獒的撕咬而不制止，导致小偷被咬死，成立不作为犯罪。

选项 B 说法正确。由于乙的先行行为，致使丙的生命安全处于危险状态，此时乙对丙负有救助义务，乙能够救助而不救助，导致丙死亡，成立不作为犯罪。因之前乙已实施积极的杀人行为，因而只须定一个故意杀人罪，无需数罪并罚。乙之所以放弃救助丙，是因为路人的甲劝阻，因而，就乙的不作为而言，甲与其构成共同犯罪，甲属教唆犯。

选项 C 说法错误。8 周岁的乙是无民事行为能力人，监护人甲对其具有法律上的监护义务，对其实施的危害行为具有阻止的义务。甲看见乙掐住丙的脖子，本应阻止乙的危害行为，但却未予理会，致使丙窒息而亡，因此成立不作为犯罪。

选项 D 说法正确。乙掉落深井，此时甲对乙并无法律上的救助义务，因此甲不成立不作为犯。甲既然原本就没有救助义务，则甲放弃拉绳子的行为如同甲根本没有放下绳子，同样不会产生救助义务。故此时甲不成立不作为犯罪，但如果甲在拉绳子过程中发现是仇人乙而放手致其高处坠落致死，则成立作为的故意杀人罪。

7. （2013/2/51）关于不作为犯罪，下列哪些选项是正确的？

A. 船工甲见乙落水，救其上船后发现其是仇人，又将其推到水中，致其溺亡。甲的行为成立不作为犯罪

B. 甲为县公安局长，妻子乙为县税务局副局长。乙在家收受贿赂时，甲知情却不予制止。甲的行为不属于不作为的帮助，不成立受贿罪共犯

C. 甲意外将 6 岁幼童撞入河中。甲欲施救，乙劝阻，甲便未救助，致幼童溺亡。因只有甲有救助义务，乙的行为不成立犯罪

D. 甲将弃婴乙抱回家中，抚养多日后感觉麻烦，便于夜间将乙放到菜市场门口，期待次日晨被人抱走抚养，但乙被冻死。甲成立不作为犯罪

【答案】BD

【解析】

不作为犯罪的成立，首先要有救助义务，其次有救助能力并且不救助和危害结果发生之间存在因果关系，最后不纯正的不作为犯的成立，要求不作为得与作为具有相同对待的可能性。

A 项中，船工杀人的行为不是不作为，而是将被害人推入水中的作为，成立作为的故意杀人罪。

B 项中，监护人对被监护人的不法行为有制止的义务，成年人之间一般不存在此义务。亦即，甲与妻子都是成年人，作为丈夫，甲没有阻止妻子受贿的法义务，只有伦理义务，成立不作为犯罪需要具备法义务，单纯不履行伦理义务不能成立不作为犯罪。

C 项中，甲的先行行为给幼童制造了危险，产生了救助义务。乙虽然没有救助义务，但是教唆他人不作为的，可以成立不作为犯罪的教唆犯。

D 项中，甲本对他人的弃婴没有救助义务，但自愿抱回的，就产生了对弱者的救助义务。甲对基于自愿接受产生了救助义务的婴儿再次予以抛弃的，成立不作为的犯罪。

8. (2013/2/7) 甲对正在实施一般伤害的乙进行正当防卫，致乙重伤(仍在防卫限度之内)。乙已无侵害能力，求甲将其送往医院，但甲不理睬而离去。乙因流血过多死亡。关于本案，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲的不救助行为独立构成不作为的故意杀人罪
- B. 甲的不救助行为独立构成不作为的过失致人死亡罪
- C. 甲的行为属于防卫过当
- D. 甲的行为仅成立正当防卫

【答案】C

【解析】

法考认为，正当防卫人对不法侵害者具有救助义务。如本题情形即是适例。如果防卫人的正当防卫造成了伤害结果，并具有死亡的紧迫危险，发生死亡结果就会过当，那么应当肯定正当防卫人具有救助义务。故意不救助，导致不法侵害人死亡的，成立防卫过当。D 项正确，C 项错误。需要注意的是：此种情况下，是防卫人先前的作为与后面的不作为共同导致了防卫过当结果的发生，即属于重叠的因果关系的情形。亦即，应认为先前的作为与此后的不作为各自对不法侵害人死亡结果的发生起了 50% 的作用，故认为甲的不救助行为独立构成不作为的故意杀人罪或者过失致人死亡罪的观点是错误的。准确的说法应是，甲先前的防卫行为与此后的不救助行为共同导致了不法侵害人死亡结果的发生。A、B 项是

错误的。

9. （2012/2/4）下列哪一选项构成不作为犯罪？

A. 甲到湖中游泳，见武某也在游泳。武某突然腿抽筋，向唯一在场的甲呼救。甲未予理睬，武某溺亡

B. 乙女拒绝周某求爱，周某说“如不答应，我就跳河自杀”。乙明知周某可能跳河，仍不同意。周某跳河后，乙未呼救，周某溺亡

C. 丙与贺某到水库游泳。丙为显示泳技，将不善游泳的贺某拉到深水区教其游泳。贺某忽然沉没，丙有点害怕，忙游上岸，贺某溺亡

D. 丁邀秦某到风景区漂流，在漂流筏转弯时，秦某的安全带突然松开致其摔落河中。丁未下河救人，秦某溺亡

【答案】C

【解析】

本题考查的是不作为犯罪义务的来源问题。根据法考的观点，不作为犯罪的义务来源，主要包括三个方面：（1）基于对危险源的支配产生的监督义务；（2）基于与法益的无助（脆弱）状态的特殊关系产生的保护义务；（3）基于对法益的危险发生领域的支配产生的阻止义务。

关于A项。法益处于无助或者脆弱状态的情形是可以经常看到的。在这种状态下，法益的保护依赖于可能保护法益的人。但只有当法规范、制度或体制、自愿接受使法益保护具体地依赖于特定的人时，该人才具有保证人地位，进而具有作为义务。本案中，武某的法益虽处于无助状态，但甲没有保证人地位，没有救助武某的法定义务。因此，A项不当选。

关于B项。在行为人的先前行为引起了法益侵害的危险时，行为人具有保证人地位。本案中，乙明知周某可能跳河，仍不同意，周某跳河后，乙未呼救，周某溺亡。乙没有救助周某的法定义务。理由在于，乙不答应周某求爱的行为，没有对周某的法益造成现实的危险，即没有先前行为。因此，B项不当选。

关于C项。在法益处于无助或者脆弱状态时，行为人自愿承担保护的义务，从而使法益的保护依赖于行为人时，行为人必须继续承担保护义务。本案中，丙为显示泳技，将不善游泳的贺某拉到深水区教其游泳，丙自愿承担了保护贺某生命法益的义务。因此，其事后的不救助，应认定为不作为犯罪。因此，C项当选。

关于D项。丁邀秦某到风景区漂流，在漂流筏转弯时，秦某的安全带突然松开致其摔落河中。丁未下河救人，秦某溺亡。本案中，丁既无保证人地位，也没有实施将秦某的法益置于危险境地的先前行为，更没有实施自愿接受的先行行为，不成立不作为犯罪。因此，

D 项不当选。

10. (2011/2/52) 关于不作为犯罪，下列哪些选项是正确的？

A. 宠物饲养人在宠物撕咬儿童时故意不制止，导致儿童被咬死的，成立不作为的故意杀人罪

B. 一般公民发现他人建筑物发生火灾故意不报警的，成立不作为的放火罪

C. 父母能制止而故意不制止未成年子女侵害行为的，可能成立不作为犯罪

D. 荒山狩猎人发现弃婴后不救助的，不成立不作为犯罪

【答案】ACD

【解析】

A 项中，动物的管理者有管理动物的义务，对于动物致害的过程有救助被害人的义务，有义务而不履行，导致他人死亡，成立不作为的故意杀人罪。因此，A 项正确。C 项，在未成年人不承担刑事责任的情况下，父母、监护人有监督、阻止未成年人侵害他人的义务。父母能制止而故意不制止未成年人实施侵害行为，可以成立不作为犯罪。C 项正确。D 项，如果没有被法律认可的法义务来源，单纯的道义义务不能成为不作为犯罪的义务来源。D 项中荒山狩猎人发现弃婴后不救助，狩猎人不是弃婴特定的救助义务人，没有刑法上的救助义务，不成立不作为犯罪。D 项正确。成立不纯正的不作为犯罪，要求不作为与作为之间要有等价性，即不作为对结果的作用与作为相当。一般公民发现他人建筑物发生火灾，有报警的义务，但却没有救火的法义务。一般公民故意不报警，不能起到与放火行为同样的作用，所以，不成立不作为的放火罪。因此，B 项是错误的。

考点九 行为对象与危害结果

一、常考知识点

1. 行为对象的意义。
2. 危害结果的分类。

二、真题印证

1. （2017/2/2）关于危害结果，下列哪一选项是正确的？
 - A. 危害结果是所有具体犯罪的构成要件要素
 - B. 抽象危险是具体犯罪构成要件的危害结果
 - C. 以杀死被害人的方法当场劫取财物的，构成抢劫罪的结果加重犯
 - D. 骗取他人财物致使被害人自杀身亡的，成立诈骗罪的结果加重犯

【答案】C

【解析】

关于危害结果的定义，理论上存在不同的观点。法考认为，危害结果是行为给刑法所保护的法益造成的现实侵害事实与危险状态。理论上，可将危害结果分为属于构成要件要素的结果与不属于构成要件要素的结果。其中，属于构成要件要素的结果是犯罪成立所必须具备的结果，而不属于构成要件要素的结果则不是犯罪成立所必须具备的结果。据此，A项是错误的。

以对法益的现实侵害作为处罚根据的犯罪属于侵害犯（实害犯），以对法益侵害的危险作为处罚根据的犯罪属于危险犯。在此基础上，危险犯还可以进一步分为具体的危险犯和抽象的危险犯。无论是抽象的危险犯中的危险，还是具体的危险犯中的危险，都只是行为对法益所造成的危险，并非是构成要件要素意义上的危害结果。B项是错误的。

抢劫致人死亡是抢劫罪的结果加重犯。理论上认为，这里的致人死亡既包括过失，也包括故意，杀人可以成为抢劫罪的手段行为。对此，司法解释也规定，为劫取财物而预谋故意杀人，或者在劫取财物过程中，为制服被害人的反抗而当场杀死被害人的，成立抢劫罪。C项是正确的。C项是正确的。

结果加重犯具有法定性，刑法并未将骗取他人财物致人自杀的行为规定为诈骗罪的结果加重犯。D项是错误的。

2. （2015/2/14）下列哪一犯罪属抽象危险犯？
 - A. 污染环境罪
 - B. 投放危险物质罪
 - C. 破坏电力设备罪
 - D. 生产、销售假药罪

【答案】D

【解析】

根据《刑法》第 338 条的规定，违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，只有“严重污染环境”的，才构成污染环境罪。既然构成污染环境罪要求出现“严重污染环境”这一结果，污染环境罪就不属于危险犯。

构成投放危险物质罪是具体危险犯，不是抽象危险犯，因为行为人所投放物质的毒害性、放射性、传染性程度如何、是否足以危害公共安全，需要法官根据案件事实进行具体判断。同理，破坏电力设备罪也是具体危险犯，因为行为人对电力设备的破坏情况是否足以危害公共安全，也需要法官根据案件事实进行具体判断。《刑法修正案(八)》对生产、销售假药罪作了重大修改，取消了“足以严重危害人体健康”的要求。这意味着构成生产、销售假药罪，不再需要法官在案件中具体判断药品是否具有足以严重危害人体健康的危险。刑法之所以禁止生产、销售假药行为，是因为根据社会一般生活经验，假药有害人体健康的危险。因此，生产、销售假药罪是抽象的危险犯。D 为本题正确选项。

考点十 刑法上的因果关系

一、常考知识点

1. 因果关系的概念。
2. 因果关系的判断标准。
3. 因果关系的中断。
4. 几种特殊的因果关系。

二、真题印证

1. （2017/2/52）关于因果关系，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲以杀人故意用铁棒将刘某打昏后，以为刘某已死亡，为隐藏尸体将刘某埋入雪沟，致其被冻死。甲的前行为与刘某的死亡有因果关系
- B. 乙夜间驾车撞倒李某后逃逸，李某被随后驶过的多辆汽车碾压，但不能查明是哪辆车造成李某死亡。乙的行为与李某的死亡有因果关系
- C. 丙将海洛因送给 13 周岁的王某吸食，造成王某吸毒过量身亡。丙的行为与王某的死亡有因果关系
- D. 丁以杀害故意开车撞向周某，周某为避免被撞跳入河中，不幸溺亡。丁的行为与周某的死亡有因果关系

【答案】ABCD

【解析】

A 项中，甲以杀人故意用铁棒将刘某打昏的行为本身即属于具有导致结果发生的高度危险，在刘某死亡后甲销尸灭迹的行为并不异常，不中断原来的因果关系。A 项正确。

B 项中，被告人实施危险行为后，通常乃至必然会介入第三者的行为导致结果发生的，应当肯定前行为与结果之间的因果关系。本题中乙的行为发生在夜间，被第三方车辆碾压的行为并不异常，故虽然不能查明被害人李某的死亡是由后来的哪辆车碾压所致，但依然应当将李某的死亡结果归属于被告人乙。B 项正确。

C 项中，王某系未成年人，不能完全了解吸食毒品行为的意义及后果，亦不能合理控制毒品的数量，故不能要求其对自己吸食毒品的行为自我答责。本案中，丙将海洛因送给未成年人王某吸食，属于制造了危险的行为，造成了王某死亡的结果，故丙与王某的死亡结果间具有因果关系。C 项正确。

D 项中，被告人实施的行为，导致被害人不得不或者几乎必然实施介入行为的，或者被害人实施的介入行为具有通常性的，即使该介入行为具有高度危险，也应当肯定被告人行为与结果之间的因果关系。本题中，周某跳河具有通常性，并不异常。故丁的行为与周某的死亡结果之间存在因果关系。D 项正确。

2. (2016/2/2) 关于因果关系的认定, 下列哪一选项是正确的?

A. 甲重伤王某致其昏迷。乞丐目睹一切, 在甲离开后取走王某财物。甲的行为与王某的财产损失有因果关系

B. 乙纠集他人持凶器砍杀李某, 将李某逼至江边, 李某无奈跳江被淹死。乙的行为与李某的死亡无因果关系

C. 丙酒后开车被查。交警指挥丙停车不当, 致石某的车撞上丙车, 石某身亡。丙的行为与石某死亡无因果关系

D. 丁敲诈勒索陈某。陈某给丁汇款时, 误将 3 万元汇到另一诈骗犯账户中。丁的行为与陈某的财产损失无因果关系

【答案】C

【解析】

甲重伤王某虽给乞丐拿走其财物创造了条件, 但这一行为并不具有导致财产损失的高度危险, 中间介入了乞丐取财的异常行为, 中断了原来的因果关系。A 项是错误的。乙纠集他人追砍李某, 导致李某介入了异常行为造成了结果, 但考虑到李某精神紧张等情形, 这一介入行为具有通常性, 并不中断原来的因果关系。B 项是错误的。丙虽然实施了危险行为, 但此后介入了有义务防止危险现实化的交警的行为。交警能够防止但没有防止危险, 致石某身亡。此时, 应将死亡结果于交警, 而不能归责于丙。C 项是正确的。如无丁的敲诈行为, 陈某不会错误付款, 根据条件说丁的行为与陈某的财产损失之间还是存在因果关系的, 只不过成立未遂而已。D 项是错误的。

3. (2015/2/53) 关于因果关系, 下列哪些选项是正确的?

A. 甲驾车经过十字路口右拐时, 被行人乙扔出的烟头击中面部, 导致车辆失控撞死丙。只要肯定甲的行为与丙的死亡之间有因果关系, 甲就应当承担交通肇事罪的刑事责任

B. 甲强奸乙后, 威胁不得报警, 否则杀害乙。乙报警后担心被甲杀害, 便自杀身亡。如无甲的威胁乙就不会自杀, 故甲的威胁行为与乙的死亡之间有因果关系

C. 甲夜晚驾车经过无照明路段时, 不小心撞倒丙后继续前行, 随后的乙未注意, 驾车从丙身上轧过。即使不能证明是甲直接轧死丙, 也必须肯定甲的行为与丙的死亡之间有因果关系

D. 甲、乙等人因琐事与丙发生争执, 进而在电梯口相互厮打, 电梯门受外力挤压变形开启, 致丙掉入电梯通道内摔死。虽然介入了电梯门非正常开启这一因素, 也应肯定甲、乙等人的行为与丙的死亡之间有因果关系

【答案】CD

【解析】

关于 A 项。因果关系只是为了判断事物之间的客观联系，是否需要承担刑事责任以及承担何种刑事责任，还须考察行为人的责任层面。概言之，有因果关系的，不一定有刑事责任。本案中，甲驾车经过十字路口右拐时，被乙扔出的烟头击中面部，导致车辆失控撞死丙，根据条件说，甲的行为与丙的死亡之间具有因果关系。尽管如此，但甲对丙的死亡可能根本无预见可能性，因而甲不具有责任，无需为丙的死亡承担交通肇事罪的刑事责任。因此，A 项的表述错误，不当选。

关于 B 项。乙系死于自杀行为，即出现了被害人行为这一介入因素。甲的强奸与威胁行为对乙的死亡不具有急迫的危险性，并不足以引起乙自杀，故而被害人的行为介入具有异常性，乙的死亡结果与甲不具有因果关系。因此，B 项的表述错误，不当选。

关于 C 项。被告人实施危险行为后，介入第三方的行为时判断因果关系时，应当认为行为人实施危险行为后，若通常或者必然会介入第三者的行为而导致结果发生的，应当肯定被告人的行为与结果之间具有因果关系。本案发生在夜晚，而且是在无照明路段，甲将丙撞倒后，被第三人车辆碾压实属正常。故乙随后的碾压行为并不能阻断甲的行为与丙死亡的因果关系。因此，C 项的表述正确，当选。

关于 D 项。甲、乙等人因琐事与丙发生争执，进而在电梯口相互厮打，电梯门受外力挤压变形开启，致丙掉入电梯通道内摔死。虽然介入了电梯门非正常开启这一因素，但考虑到当时的具体环境，该介入因素并不异常。故甲、乙等人的行为与丙的死亡之间具有因果关系。因此，D 项的表述正确。

4. （2015/2/1）关于因果关系，下列哪一选项是正确的？

A. 甲跳楼自杀，砸死行人乙。这属于低概率事件，甲的行为与乙的死亡之间无因果关系

B. 集资诈骗案中，如出资人有明显的贪利动机，就不能认定非法集资行为与资金被骗结果之间有因果关系

C. 甲驾车将乙撞死后逃逸，第三人丙拿走乙包中贵重财物。甲的肇事行为与乙的财产损失之间有因果关系

D. 司法解释规定，虽交通肇事重伤 3 人以上但负事故次要责任的，不构成交通肇事罪。这说明即使有条件关系，也不一定能将结果归责于行为

【答案】D

【解析】

选项 A 错误。从统计学的角度来看，行为人被跳楼自杀的人砸死在生活中确实属于“低概率事件”，但是，从刑法学的角度来看，甲跳楼自杀的行为相当于高空坠物，有致人死

伤的高度危险，属于危险行为，应当认定二者存在因果关系。

选项 B 错误。在集资诈骗案中，“诈骗方法”表现为行为人采取虚构集资用途，以虚假的证明文件和高回报率为诱饵，骗取集资款。出资人有无贪利动机并不是否认非法集资行为与资金被骗结果之间有因果关系的理由。诈骗行为具有导致他人财物被骗的高度危险性，在诈骗案中被害人或多或少存在贪利动机，这一介入因素并不异常，不中断原来的因果关系，应当认定非法集资行为与资金被骗结果之间有因果关系。

选项 C 错误。甲的肇事行为与乙的财产损失之间介入了第三人丙的独立行为，这一介入行为并不是交通肇事行为通常会导致的行为，介入因素很异常。因此，丙的盗窃行为与乙的财产损失之间有因果关系。

选项 D 正确。按照司法解释规定，因交通违章造成死亡 1 人或者重伤 3 人以上的，只有认定行为人承担全部或者主要责任时，方可构成交通肇事罪。因此，负次要责任的，对肇事行为不承担刑事责任。这说明之所以发生交通事故，是因为出现了被害人重大违规这一异常的介入因素，进而直接导致了危害结果，被害人应自我答责。

5. （2014/2/6）关于因果关系的判断，下列哪一选项是正确的？

A. 甲伤害乙后，警察赶到。在警察将乙送医途中，车辆出现故障，致乙长时间得不到救助而亡。甲的行为与乙的死亡具有因果关系

B. 甲违规将行人丙撞成轻伤，丙昏倒在路中央，甲驾车逃窜。1 分钟后，超速驾驶的乙发现丙时已来不及刹车，将丙轧死。甲的行为与丙的死亡没有因果关系

C. 甲以杀人故意向乙开枪，但由于不可预见的原因导致丙中弹身亡。甲的行为与丙的死亡没有因果关系

D. 甲向乙的茶水投毒，重病的乙喝了茶水后感觉更加难受，自杀身亡。甲的行为与乙的死亡没有因果关系

【答案】D

【解析】

甲伤害乙的行为虽然具有致乙死亡的危险，但是警察赶到后，正常情况下，乙被送往医院得到救治就不会死亡，是由于车辆出现故障，致乙长时间得不到救助而死亡。根据日常生活经验，车辆出现故障这一介入因素很异常，主要也是异常的介入因素导致死亡结果的发生，故应当认定甲的伤害行为与乙的死亡结果之间没有因果关系。A 项错误。

在 B 选项中，甲违规将行人丙撞成轻伤，丙昏倒在路中央，此时，甲基于其危险的先前行为，负有救助丙的义务。丙昏倒在有车辆往来的路中央，此时甲如果不履行救助义务，丙将面临被其他车辆撞击、碾压的危险，故甲的不作为行为具有致丙死亡的高度危险。在

为了梦想，我要学习！

For Dream, I'm Studying!

道路上车来车往，其中某一司机由于疏忽未注意路况而撞上或者碾压昏倒在路上的人，这一介入因素并不异常，并不异常的介入因素导致了丙的死亡。根据相当因果关系，应认定甲的不作为行为与丙的死亡存在因果关系。B 选项错误。

在 C 选项中，甲以杀人故意向乙开枪，但由于不可预见的原因导致丙中弹身亡。甲以杀人故意开枪，丙直接死于甲的开枪行为，二者之间的因果关系是无法否定的，至于子弹是直接击中丙，还是以异常的飞行轨迹（如打到墙上后反弹）击中丙，不影响因果关系的认定。C 选项错误。

在 D 选项中，甲向乙的茶水投毒，重病的乙喝了茶水后感觉更加难受，自杀身亡。甲向乙的茶水投毒的行为，具有致使乙死亡的高度危险；但是，中毒后感觉难受，一般人都会寻求医生帮助，而不会选择自杀，被害人选择自杀这一介入因素过于异常，是过于异常的介入因素导致了死亡结果的发生，同样认定甲的投毒行为与乙的死亡结果之间没有因果关系（甲仅承担故意杀人未遂的刑事责任）。D 选项正确。

6. （2013/2/52）关于因果关系的认定，下列哪些选项是正确的？

A. 甲、乙无意思联络，同时分别向丙开枪，均未击中要害，因两个伤口同时出血，丙失血过多死亡。甲、乙的行为与丙的死亡之间具有因果关系

B. 甲等多人深夜追杀乙，乙被迫跑到高速公路上时被汽车撞死。甲等多人的行为与乙的死亡之间具有因果关系

C. 甲将妇女乙强拉上车，在高速公路上欲猥亵乙，乙在挣扎中被甩出车外，后车躲闪不及将乙轧死。甲的行为与乙的死亡之间具有因果关系

D. 甲对乙的住宅放火，乙为救出婴儿冲入住宅被烧死。乙的死亡由其冒险行为造成，与甲的放火行为之间没有因果关系

【答案】ABC

【解析】

A 项，甲、乙无意思联络，同时分别向丙开枪，均未击中要害，因两个伤口同时出血，丙失血过多死亡。根据条件说，这属于重叠的因果关系，符合条件关系公式，应肯定存在因果关系。

B 项，甲等多人深夜追杀乙，乙被迫跑到高速公路上时被汽车撞死。甲等多人深夜追杀乙的行为本身蕴含着乙死亡的高度危险，对死亡结果的发生起了重大作用，乙被迫跑到高速公路本身并不异常，高速公路上车辆很多，乙被撞死并不罕见，综合判断后应肯定甲等多人的行为与乙的死亡之间具有因果关系。

C 项，甲将妇女乙强拉上车，在高速公路上欲猥亵乙，乙在挣扎中被甩出车外，后车躲闪不及将乙轧死。甲在高速公路上欲猥亵乙，这一行为虽然对死亡结果的发生所起的作

用较小，但这必然伴随被害人的挣扎这一介入因素；车内空间有限，乙在挣扎中被甩出车外这一介入因素并不异常，这一并不异常的介入因素导致了乙的死亡，综合判断甲的行为与乙的死亡之间具有因果关系。

D 项，甲对乙的住宅放火，乙为救出婴儿冲进住宅被烧死。本题中，火灾本身蕴含着致人死亡的危险，父母通常会冲进火海救孩子，介入因素并不异常，所以 D 项错误。

7. (2013/2/5) 甲女得知男友乙移情，怨恨中送其一双滚轴旱冰鞋，企盼其运动时摔伤。乙穿此鞋运动时，果真摔成重伤。关于本案的分析，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲的行为属于作为的危害行为
- B. 甲的行为与乙的重伤之间存在刑法上的因果关系
- C. 甲具有伤害乙的故意，但不构成故意伤害罪
- D. 甲的行为构成过失致人重伤罪

【答案】C

【解析】

因果关系中的行为必须是具有导致危害结果发生实在可能性的行为，即必须是危害行为。本案中，甲送鞋的行为并非类型性的法益侵害行为，不属于刑法上的危害行为，A 项错误；既然甲的行为不属于刑法中的危害行为，当然，也就不存在所谓的刑法上的因果关系，B 项错误。既然如此，甲的行为就不构成犯罪，D 项错误。判断行为是否构成犯罪一定要从客观到主观进行判断，甲尽管主观上有伤害的故意，但由于客观上所实施的并非伤害行为，因此，不构成故意伤害罪。C 项正确。

8. (2012/2/53) 因乙移情别恋，甲将硫酸倒入水杯带到学校欲报复乙。课间，甲、乙激烈争吵，甲欲以硫酸泼乙，但情急之下未能拧开杯盖，后甲因追乙离开教室。丙到教室，误将甲的水杯当作自己的杯子，拧开杯盖时硫酸淋洒一身，灼成重伤。关于本案，下列哪些选项是错误的？

- A. 甲未能拧开杯盖，其行为属于不可罚的不能犯
- B. 对丙的重伤，甲构成过失致人重伤罪
- C. 甲的行为和丙的重伤之间没有因果关系
- D. 甲对丙的重伤没有故意、过失，不需要承担刑事责任

【答案】ACD

【解析】

本案中，甲的行为属于未遂犯，而不是不能犯，甲的行为客观上具有发生法益侵害的

危险性，而不可罚的不能犯，是指客观上根本没有法益侵害危险性的行为。因此，A项是错误的；甲对丙的到来和误喝应该能够预见，但因疏忽大意而没有预见，最后导致丙误喝重伤，可以认定为过失致人重伤罪，B项正确。根据因果关系的判断采取条件说的理论，甲的行为与丙的误喝以及重伤之间是有因果关系的，但能否追究甲的刑事责任，还需要结合甲主观上是否有预见可能性来进行判断。因此，C项错误；甲虽然对丙的重伤没有故意，但有过失，但仍需要对丙的后果承担刑事责任，况且，因为甲对乙有故意，而且已经着手实施（拧的动作），只是未能拧开杯盖而未达到既遂，故甲对乙的行为可以认定为故意伤害罪（未遂），这就构成过失致人重伤罪与故意伤害罪（未遂）的想象竞合，择一重罪处罚，所以，说甲不需要承担刑事责任是错误的。

9. （2012/2/6）甲与素不相识的崔某发生口角，推了他肩部一下，踢了他屁股一脚。崔某忽觉胸部不适继而倒地，在医院就医时死亡。经鉴定，崔某因患冠状粥样硬化性心脏病，致急性心力衰竭死亡。关于本案，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲成立故意伤害罪，属于故意伤害致人死亡
- B. 甲的行为既不能认定为故意犯罪，也不能认定为意外事件
- C. 甲的行为与崔某死亡结果之间有因果关系，这是客观事实
- D. 甲主观上对崔某死亡具有预见可能性，成立过失致人死亡罪

【答案】C

【解析】

因果关系是危害行为与危害结果之间一种现实的引起与被引起的关系，至于行为人主观上是否认识到并不影响因果关系的存在。被害人的特异体质并不是因果关系发展过程中的介入因素，而是行为时就已经存在的特定条件。因此，本题中甲的行为与崔某的死亡结果之间仍然存在因果关系。必须指出的是，因果关系的存在只是行为人承担刑事责任的必要而非充要条件，行为人要对结果承担刑事责任还要看其主观上是否有故意或者过失。本题中，甲与乙素不相识，对乙的特异体质无法认识，客观上只是实施了一般的殴打行为，主观上亦无伤害的故意，故既不成立故意伤害致死，也不成立过失致人死亡罪，其行为属于意外事件。

10. （2011/2/3）关于因果关系，下列哪一选项是错误的？

- A. 甲将被害人衣服点燃，被害人跳河灭火而溺亡。甲行为与被害人死亡具有因果关系
- B. 乙在被害人住宅放火，被害人为救婴儿冲入宅内被烧死。乙行为与被害人死亡具有因果关系

C. 丙在高速路将被害人推下车，被害人被后面车辆轧死。丙行为与被害人死亡具有因果关系

D. 丁毁坏被害人面容，被害人感觉无法见人而自杀。丁行为与被害人死亡具有因果关系

【答案】D

【解析】

根据因果关系认定的条件说，当行为与结果之间存在着没有前者就没有后者的条件关系时，前者就是后者的原因。

选项 A 说法正确。若甲没有将被害人的衣服点燃，被害人就不会为灭火而跳入河中溺水身亡，被害人这一介入因素并不异常，不中断原来的因果关系。因此，甲的行为与被害人死亡之间具有因果关系。

选项 B 说法正确。倘若没有乙的放火行为，被害人就不会冒死冲入大火中，也就不会被烧死，这一被害人的介入因素并不异常，不中断原来的因果关系。因此，乙的行为与被害人的死亡之间具有因果关系。

选项 C 说法正确。丙在高速公路上将被害人推下车，才导致被害人被后面的车辆轧死，第三者的介入因素并不异常，不中断原来的因果关系。因此，丙的行为与被害人死亡之间存在因果关系。

选项 D 说法错误。虽然丁的行为给被害人的身体造成了伤害，但被害人的死亡是其自己的行为所致，并不是因为丁的伤害直接造成的，系异常的介入因素，中断原来的因果关系。

考点十一 正当防卫

一、常考知识点

1. 正当防卫的成立条件。
2. 防卫过当及其刑事责任。
3. 特殊正当防卫。

二、真题印证

1. (2014/2/52) 严重精神病患者乙正在对多名儿童实施重大暴力侵害，甲明知乙是严重精神病患者，仍使用暴力制止了乙的侵害行为，虽然造成乙重伤，但保护了多名儿童的生命。

观点：

- ①正当防卫针对的“不法侵害”不以侵害者具有责任能力为前提
- ②正当防卫针对的“不法侵害”以侵害者具有责任能力为前提
- ③正当防卫针对的“不法侵害”不以防卫人是否明知侵害者具有责任能力为前提
- ④正当防卫针对的“不法侵害”以防卫人明知侵害者具有责任能力为前提

结论：

- a. 甲成立正当防卫 b. 甲不成立正当防卫

就上述案情，观点与结论对应错误的是下列哪些选项？

- A. 观点①②与 a 结论对应；观点③④与 b 结论对应
B. 观点①③与 a 结论对应；观点②④与 b 结论对应
C. 观点②③与 a 结论对应；观点①④与 b 结论对应
D. 观点①④与 a 结论对应；观点②③与 b 结论对应

【答案】ACD

【解析】

关于正当防卫中“不法侵害”的理解，存在各种观点：客观的违法性论认为，是否属于不法侵害，与行为人的年龄、辨认控制能力无关，是一个纯客观的判断，只要客观上没有合法根据地侵害了法益，即属于不法侵害。主观的违法性论认为，只有对知晓规范含义且能按照规范行事的人而言，才存在违法性的问题，未达到法定年龄、没有辨认控制能力的人的侵害法益的行为，不属于不法侵害。从防卫人的认识出发，有人主张，仅在防卫人明知侵害者具有责任能力时，侵害者的侵害行为才属于不法侵害。相反的主张则是，不论防卫人是否明知侵害者具有责任能力，只要侵害者客观上没有合法根据地侵犯法益，即属于不法侵害。本题要求考生结合上述知识，围绕案例从既定前提出发，推理甲的行为是否成立正当防卫。

如果“不法侵害”不以侵害者具有责任能力为前提，则严重精神病患者对儿童的暴力侵害属于不法侵害，甲制止乙的行为成立正当防卫(①与 a 结论对应)。

如果“不法侵害”以侵害者具有责任能力为前提，则因乙为严重精神病患者，没有责任能力，其行为就不属于不法侵害，因而甲制止乙的行为就不成立正当防卫(②与 b 结论对应)。

如果正当防卫针对的“不法侵害”，不以防卫人是否明知侵害者具有责任能力为前提(言下之意是不法侵害是客观的，不论防卫人是否明知侵害者具有责任能力，只要无责任能力者在侵害法益，就属于不法侵害)，则本题中的甲虽然明知乙是严重精神病患者，但乙的行为属于不法侵害，故甲的行为成立正当防卫(③与 a 结论对应)。

如果正当防卫针对的“不法侵害”，以防卫人明知侵害者具有责任能力为前提(言下之意是防卫人明知侵害者没有责任能力时，无责任能力者的行为就不属于不法侵害)，则甲明知乙是严重精神病患者，没有责任能力，乙的行为不属于不法侵害，故甲制止乙的行为就不成立正当防卫(④与 b 结论对应)。只有 B 选项的对应关系是正确的，ACD 选项的对应关系都是错误的，为本题正确选项。

2. (2012/2/7) 关于正当防卫的论述，下列哪一选项是正确的？

A. 甲将罪犯顾某扭送派出所途中，在汽车后座上死死摁住激烈反抗的顾某头部，到派出所时发现其已窒息死亡。甲成立正当防卫

B. 乙发现齐某驾驶摩托车抢劫财物即驾车追赶，2 车并行时摩托车撞到护栏，弹回与乙车碰撞后侧翻，齐某死亡。乙不成立正当防卫

C. 丙发现邻居刘某（女）正在家中卖淫，即将刘家价值 6000 元的防盗门砸坏，阻止其卖淫。丙成立正当防卫

D. 丁开枪将正在偷越国（边）境的何某打成重伤。丁成立正当防卫

【答案】B

【解析】

A 项，一般人扭送现行犯是法律规定的作为公民权利(义务)的行为，属于法令行为，而非正当防卫。A 项错误。B 项不成立正当防卫，齐某死亡的损害结果是由于其自身驾驶不当造成的，与乙无关，因此乙并未实施正当防卫行为。C 项中，卖淫行为并不是暴力犯罪行为，并不具备攻击性，所以不能对卖淫行为实施正当防卫。D 项中，行为人成立防卫过当。

3. (2011/2/7) 乙基于强奸故意正在对妇女实施暴力，甲出于义愤对乙进行攻击，客

观上阻止了乙的强奸行为。

观点：

- ①正当防卫不需要有防卫认识
- ②正当防卫只需要防卫认识，即只要求防卫人认识到不法侵害正在进行
- ③正当防卫只需要防卫意志，即只要求防卫人具有保护合法权益的意图
- ④正当防卫既需要有防卫认识，也需要有防卫意志

结论：

- a. 甲成立正当防卫
- b. 甲不成立正当防卫

就上述案情，观点与结论对应正确的是哪一选项？

- A. 观点①观点②与 a 结论对应；观点③观点④与 b 结论对应
- B. 观点①观点③与 a 结论对应；观点②观点④与 b 结论对应
- C. 观点②观点③与 a 结论对应；观点①观点④与 b 结论对应
- D. 观点①观点④与 a 结论对应；观点②观点③与 b 结论对应

【答案】A

【解析】

本题解题关键是弄清出题人的真实意图（所问为何），不要受正当防卫既有定论观点（必须有防卫认识和防卫意志）的影响。题干交代案例中，甲认识到不法侵害正在发生（有防卫认识），出于义愤攻击乙（非为保护他人合法权益，无防卫意志），客观上制止了不法侵害（产生了正当防卫的效果），如果正当防卫没有防卫认识要求（观点①）或仅有防卫认识要求（观点②），则甲的行为均能成立正当防卫（结论 A）；一旦正当防卫有防卫意志的要求（观点③和观点④），则甲的行为便不成立正当防卫（结论 B）。

考点十二 紧急避险

一、常考知识点

1. 紧急避险的成立条件。
2. 紧急避险与正当防卫的异同。

二、真题印证

1. (2017/2/4) 关于正当防卫与紧急避险的比较, 下列哪一选项是正确的?

- A. 正当防卫中的不法“侵害”的范围, 与紧急避险中的“危险”相同
- B. 对正当防卫中不法侵害是否“正在进行”的认定, 与紧急避险中危险是否“正在发生”的认定相同
- C. 对正当防卫中防卫行为“必要限度”的认定, 与紧急避险中避险行为“必要限度”的认定相同
- D. 若正当防卫需具有防卫意图, 则紧急避险也须具有避险意图

【答案】D

【解析】

正当防卫中的不法侵害, 必须是指人的不法侵害。紧急避险中危险则不限于此, 既可以是人的危害行为, 也只可以是地震等自然力造成的危险, 甚至动物的袭击、人自身的疾病、饥饿等特殊情况也可以成为紧急避险中的危险。A 项是错误的。

正当防卫中不法侵害“正在进行”的要求比紧急避险中的危险“正在发生”要求要更为严格, 只有迫在眉睫方可实施。而在紧急避险的情况下, 如果危害并不会马上发生, 但有发生的可能性, 则紧急避险的危险的现实性依然是成立的。如乙即将出门去丙家杀害丙, 甲在别无他法的情况下, 将乙锁在门内。因乙的不法侵害尚未开始, 故甲的行为不成为正当防卫, 但可认定甲的行为成立紧急避险。B 项是错误的。

正当防卫为正对不正, 紧急避险则为正对正。这意味着紧急避险损害的是一合法的权益, 故其必要限度需严格把握。正因如此, 刑法条文规定, 正当防卫的限度要求为, 没有明显超过必要的限度, 造成重大损害; 而紧急避险的限度要求则为, 没有超过必要限度造成不应有的损害。就此来看, 正当防卫中防卫行为的“必要限度”, 比紧急避险中避险行为的“必要限度”, 要宽泛得多。C 项错误。

关于 D 项。关于正当防卫与紧急避险是否需要具备主观的正当化要素, 理论上存在争议。但可以肯定的是凡是主张正当防卫需要防卫意图的, 都会肯定紧急避险需要具有避险意图。反正, 主张正当防卫不需要防卫意图的, 均会否认紧急避险需要避险意图。如通说即认为, 正当防卫和紧急避险都需要具有主观的正当化要素。

为了梦想，我要学习！

For Dream, I'm Studying!

2. （2016/2/6）关于正当防卫与紧急避险，下列哪一项是正确的？

A. 为保护国家利益实施的防卫行为，只有当防卫人是国家工作人员时，才成立正当防卫

B. 为制止正在进行的不法侵害，使用第三者的财物反击不法侵害人，导致该财物被毁坏的，对不法侵害人不可能成立正当防卫

C. 为摆脱合法追捕而侵入他人住宅的，考虑到人性弱点，可认定为紧急避险

D. 为保护个人利益免受正在发生的危险，不得已也可通过损害公共利益的方法进行紧急避险

【答案】D

【解析】

根据刑法条文的规定，防卫人为了保护国家利益可以实施正当防卫行为，但并未将防卫人限定于国家工作人员。A项是错误的。正当防卫与紧急避险最大的区别在于：正当防卫是对不法侵害的防卫，即所谓的“正对不正”；而紧急避险是两个法益之间的冲突，即“正对正”。为制止正在进行的不法侵害，防卫人使用第三者的财物反击不法侵害人，即使导致该财物被毁坏的，此时，相对于不法侵害人而言，防卫人仍然属于“正对正”，同样可能成立正当防卫。B项是错误的。因紧急避险是“正对正”，如追捕行为合法，摆脱合法追捕的行为本身则为非法，非法行为不可以实施紧急避险。C项是错误的。

3. （2015/2/4）鱼塘边工厂仓库着火，甲用水泵从乙的鱼塘抽水救火，致鱼塘中价值2万元的鱼苗死亡。仓库中价值2万元的商品因灭火及时未被烧毁。甲承认仓库边还有其他几家鱼塘，为报复才从乙的鱼塘抽水。关于本案，下列哪一选项是正确的？

A. 甲出于报复动机损害乙的财产，缺乏避险意图

B. 甲从乙的鱼塘抽水，是不得已采取的避险行为

C. 甲未能保全更大的权益，不符合避险限度要件

D. 对2万元鱼苗的死亡，甲成立故意毁坏财物罪

【答案】B

【解析】

根据通说，避险意图是成立紧急避险的主观条件，指行为人实行紧急避险的目的在于使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险。甲认识到从鱼塘抽水的目的是救火，是为了避免仓库及其中的物品被烧毁，故应认定甲具有避险意图。即便甲有报复动机，也无法否定避险意图的存在。据此，A选项错误。

在当时的情况下，除了从鱼塘抽水之外，没有其他办法可以避免仓库被烧，故甲从乙的鱼塘抽水，是不得已采取的避险行为。亦即，无论从谁家鱼塘抽水，都不属于“不得已”

而抽水。B 选项正确。

甲的行为不但避免了仓库中价值 2 万元的财物被烧毁，而且还避免了人员伤亡与仓库被烧毁，属于保全了更大的权益，符合避险限度要件。因此，甲的行为成立紧急避险，故对 2 万元鱼苗的死亡，甲不成立故意毁坏财物罪。据此，C、D 选项都是错误的。B 为本题正确选项。

考点十三 其他违法性阻却事由

一、常考知识点

1. 法令行为。
2. 正当业务行为。
3. 被害人承诺。
4. 自损行为。
5. 自救行为。
6. 义务冲突。

二、真题印证

1. (2011/2/13)关于自伤，下列哪一选项是错误的？

- A. 军人在战时自伤身体、逃避军事义务的，成立战时自伤罪
- B. 帮助有责任能力成年人自伤的，不成立故意伤害罪
- C. 受益人唆使 60 周岁的被保险人自伤、骗取保险金的，成立故意伤害罪与保险诈骗罪
- D. 父母故意不救助自伤的 12 周岁儿子而致其死亡的，视具体情形成立故意杀人罪或者遗弃罪

【答案】C

【解析】

选项 A 说法正确。自损行为不得损害国家、社会、他人的法益，根据《刑法》第四百三十四条规定，战时自伤身体，逃避军事义务的，处三年以下有期徒刑；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。

选项 B 说法正确。自伤系自损，不具有违法性。另据共犯从属性说，实行犯不具有违法性，则帮助者也不具有违法性，故不构成犯罪。

选项 C 说法错误。60 周岁者自伤的行为系自损，不具有违法性；另据共犯从属性说，如实行犯不具有违法性，则教唆者亦不具有违法性。据此，C 选项中的受益人只能成立保险诈骗罪的教唆犯，对其只能认定为保险诈骗罪一罪，不得以保险诈骗罪与故意伤害罪并罚。

选项 D 说法正确。父母作为限制民事行为能力人的监护人，有义务去救助其未成年子女，倘若对其自伤行为放任不管，视具体情形可以成立不作为的故意杀人罪或遗弃罪。

考点十四 故意

一、常考知识点

1. 直接故意。
2. 间接故意。
3. 犯意改变。

二、真题印证

1. (2016/2/5) 吴某被甲、乙合法追捕。吴某的枪中只有一发子弹，认识到开枪既可能打死甲也可能打死乙。设定吴某对甲、乙均有杀人故意，下列哪一分析是正确的？

A. 如果吴某一枪没有打中甲和乙，子弹从甲与乙的中间穿过，则对甲、乙均成立故意杀人罪未遂

B. 如吴某一枪打中了甲，致甲死亡，则对甲成立故意杀人罪既遂，对乙成立故意杀人罪未遂，实行数罪并罚

C. 如吴某一枪同时打中甲和乙，致甲死亡、乙重伤，则对甲成立故意杀人罪既遂，对乙仅成立故意伤害罪

D. 如吴某一枪同时打中甲和乙，致甲、乙死亡，则对甲、乙均成立故意杀人罪既遂，实行数罪并罚

【答案】A

【解析】

本题考察内容为择一的故意。题干中“设定吴某对甲和乙均有杀人的故意”的表述，是为了避免甲在开枪时，其主观上只有一个杀人故意（一故意说），还是有两个杀人故意（数故意说）的争论，实际上将分析问题的立场限定为数故意说。据此，A选项正确，当一枪谁都没打中的时候，子弹从甲和乙中间穿过，在客观上具有了打死甲、乙的危险，主观上吴某对甲、乙均有杀人的故意，则成立故意杀人未遂，B、D错误。因为甲只有一个开枪的行为，无论一枪打死甲，还是一枪打中乙，还是一枪击中二人，致使甲、乙均死亡，都是想象竞合犯，不可能数罪并罚。吴某一枪打中甲、乙，致甲死亡，乙重伤，对乙的重伤即便是认定符合故意伤害的构成要件，也应肯定吴某的行为还符合故意杀人的构成要件，同时构成故意杀人未遂，所以C项中“对乙仅成立故意伤害罪”的表述错误。

2. (2012/2/5) 下列哪一行为构成故意犯罪？

- A. 他人欲跳楼自杀，围观者大喊“怎么还不跳”，他人跳楼而亡
- B. 司机急于回家，行驶时闯红灯，把马路上的行人撞死

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

- C. 误将熟睡的孪生妻妹当成妻子，与其发生性关系
- D. 作客的朋友在家中吸毒，主人装作没看见

【答案】D

【解析】

本题主要考察故意犯罪的判断。A项中，围观者并无杀人的故意，而仅仅具有看客的心里，况且，他人是有自我判断能力，他人要对自己跳楼的死亡后果进行自我答责，故A项不构成故意犯罪；B项是典型的交通肇事罪，是过失犯罪，虽然闯红灯是故意，但对他人死亡的后果则是过失；明知自己的行为违背被害妇女的意志，而与之发生性行为的是强奸。C项中，行为人误将熟睡的孪生妻妹当成妻子，与其发生性关系，不能认定为强奸罪；D项中，主人对朋友的吸毒行为持的是一种放任态度，已经构成容留他人吸毒罪。

3. （2011/2/5）关于故意的认识内容，下列哪一选项是错误的？

- A. 成立故意犯罪，不要求行为人认识到自己行为的违法性
- B. 成立贩卖淫秽物品牟利罪，要求行为人认识到物品的淫秽性
- C. 成立嫖宿幼女罪(本罪名已废除)，要求行为人认识到卖淫的是幼女

D. 成立为境外非法提供国家秘密罪，要求行为人认识到对方是境外的机构、组织或者个人，没有认识到而非法提供国家秘密的，不成立任何犯罪

【答案】D

【解析】

《刑法》第十四条第一款规定，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，因而构成犯罪的，是故意犯罪。犯罪故意包括认识因素和意志因素两个方面的内容。犯罪故意的认识因素是对犯罪构成客观事实特征的认识，包括对行为、对象、结果等的认识，但不包括违法性认识。A、B、C项的说法是正确的。

选项D说法错误。为境外非法提供国家秘密罪，要求行为人必须明知自己所掌握的是国家秘密或情报，而故意为境外机构、组织、个人非法提供，但倘若不知道对方为境外机构、组织、个人而提供的，可能成立故意或过失泄露国家秘密罪，而不是不成立任何犯罪。

4. (2011/2/6) 关于过失犯的论述，下列哪一选项是错误的？

- A. 只有实际发生危害结果时，才成立过失犯
- B. 认识到可能发生危害结果，但结果的发生违背行为人意志的，成立过失犯
- C. 过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。这里的“法律”不限于刑事法律
- D. 过失犯的刑事责任一般轻于与之对应的故意犯的刑事责任

【答案】C

【解析】

选项 A 说法正确。《刑法》第十五条第一款规定，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，是过失犯罪。因此，过失犯罪必须以犯罪结果的发生作为成立犯罪的条件，否则，仅有过失而没有危害结果的，不成立犯罪。

选项 B 说法正确。过失犯对结果的发生既不是希望的，也不是放任的，结果的发生一定是违背行为人意志的。

选项 C 说法错误。《刑法》第十五条第二款规定，过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。因刑事责任只有在刑法中才有规定，因此，这里的“法律”仅限于“刑事法律”，而不是泛指任何法律。

选项 D 说法正确。过失犯罪是因行为人的过失导致的，犯罪结果的发生不是行为人希望的结果，这与故意犯罪中行为人积极追求或放任不同。根据罪责刑相一致原则，法律对过失犯的处罚一般比与之对应的故意犯刑事责任较轻。

考点十五 事实认识错误

一、常考知识点

1. 具体事实认识错误。
2. 抽象事实认识错误。

二、真题印证

1. (2017/2/53) 甲、乙合谋杀害丙，计划由甲对丙实施砍杀，乙持枪埋伏于远方暗处，若丙逃跑则伺机射杀。案发时，丙不知道乙的存在。为防止甲的不法侵害，丙开枪射杀甲，子弹与甲擦肩而过，击中远处的乙，致乙死亡。关于本案，下列哪些选项是正确的？

- A. 丙的行为属于打击错误，依具体符合说，丙对乙的死亡结果没有故意
- B. 丙的行为属于对象错误，依法定符合说，丙对乙的死亡结果具有故意
- C. 不论采取何种学说，丙对乙都不能构成正当防卫
- D. 不论采用何种学说，丙对甲都不构成故意杀人罪未遂

【答案】AD

【解析】

本题中，丙为防止甲的不法侵害，向甲开枪射击，却致乙死亡。丙的行为应为客观行为偏差，系打击错误，而非对象错误。B项错误。

在打击错误的情况下，根据具体符合说，丙对乙的死亡结果没有故意，亦即，丙对甲成立故意杀人罪未遂，对乙成立过失致人死亡罪，想象竞合择一重。A项正确。

甲、乙是故意杀人罪的共犯，被害人丙对甲进行正当防卫，却偶然地击中了另一共犯人乙，客观上起到了正当防卫的效果，属于偶然防卫。根据防卫意思不要说的观点，丙的行为属于正当防卫，不成立犯罪。C项错误。

D项中，丙开枪射杀甲系因甲对丙的杀人行为而引起，故不管丙是否将甲打死，丙对甲的行为都属于正当防卫，而非故意杀人罪未遂。D项正确。

2. (2016/2/52) 甲、乙共同对丙实施严重伤害行为时，甲误打中乙致乙重伤，丙乘机逃走。关于本案，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲的行为属打击错误，按照具体符合说，成立故意伤害罪既遂
- B. 甲的行为属对象错误，按照法定符合说，成立故意伤害罪既遂
- C. 甲误打中乙属偶然防卫，但对丙成立故意伤害罪未遂
- D. 不管甲是打击错误、对象错误还是偶然防卫，乙都不可能成立故意伤害罪既遂

【答案】CD

【解析】

具体事实中的对象错误，是指行为人误把甲对象当作乙对象加以侵害，而甲对象与乙对象处于同一犯罪构成内，行为人的认识内容与客观事实仍属同一犯罪构成的情形。对象错误系主观认识错误。关于对象错误，具体符合说与法定符合说结论完全相同，都认为成立故意杀人既遂。打击错误也称行为偏差，是指由于行为本身的误差，导致行为人所欲攻击的对象与实际受害对象的不一致，但这种不一致没有超出同一犯罪构成。如甲举枪射击乙，但因没有瞄准而击中丙。打击错误系客观行为偏差。关于打击错误，具体符合说认为甲对乙承担故意杀人未遂的责任，对丙承担过失致人死亡的责任，但因只有一个行为，故二者属于想象竞合，从一重罪处罚即可。法定符合说则认为这种情况下成立故意杀人罪既遂。

本题中，甲主观上并没有产生认识错误，而是因行为偏差导致误打中乙，故应当属于打击错误。A、B项是错误的。偶然防卫，是指故意或者过失地侵害他人法益的行为，符合了正当防卫客观条件的情形。本题中，甲主观上并没有防卫意识，其行为客观上制止了乙的不法侵害，符合了正当防卫的客观条件，成立偶然防卫。但其行为相对于被害人丙而言，则属于故意伤害罪未遂。C项正确。

对于甲误伤乙的行为，如果属于对象错误，则甲成立故意伤害罪既遂；如果属于打击错误，采取法定符合说，甲亦成立故意伤害罪既遂；根据偶然防卫理论，采取极端的行为无价值理论，甲仍为故意伤害罪既遂。但这并不意味着作为共同犯罪人的乙也承担故意伤害罪既遂的刑事责任。故意伤害罪，是指故意非法伤害他人身体的行为，本题中，只有乙本人身体受伤，丙并未受伤。对于本人身体所受的伤害，乙并不能构成故意伤害罪，自然也不存在故意伤害罪既遂的说法。D项正确。

3. (2015/2/56) 甲在乙骑摩托车必经的偏僻路段精心设置路障，欲让乙摔死。丙得知甲的杀人计划后，诱骗仇人丁骑车经过该路段，丁果真摔死。关于本案，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲的行为和丁死亡之间有因果关系，甲有罪
- B. 甲的行为属对象错误，构成故意杀人罪既遂
- C. 丙对自己的行为无认识错误，构成故意杀人罪既遂
- D. 丙利用甲的行为造成丁死亡，可能成立间接正犯

【答案】ABCD

【解析】

对于A选项，第三人丙并未独立创设导致丁死亡的新危险，仅是利用了甲所创设的危险，客观上是甲所创设的危险导致了丁的死亡，故应当肯定甲的行为和丁的死亡之间有因

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

果关系。甲精心设计路障，无论谁骑摩托车经过此地都会摔死。虽然摔死的是丁而不是乙，但这对甲而言属于主观认识错误，不能否认客观的因果关系本身。A 项正确。

在 B 项中，甲认识到谁经过路障谁将会被摔死，或者说甲认识到路障所指向、所攻击是“碰到路障的人”，仅是对“碰到路障的人”是乙还是丁存在不正确的认识，因此，对实际摔死的丁，甲的认识错误属于对象错误，而不是打击错误。对于对象错误，无论是按照我国传统理论，还是按照法定符合说或者具体符合说，都认为行为人对实际发生的结果存在犯罪故意。因此，对丁的死亡，应认定甲构成故意杀人既遂。B 项正确。

在 C 项中，丙有意识地利用甲的杀人装置杀死了丁，丙对自己行为无认识错误，对丁的死亡构成故意杀人罪既遂。C 项正确。

在 D 项中，丙利用甲设置的装置杀害了丁，由于路障不是丙设置的，丙将甲作为犯罪工具予以利用，是有可能成立间接共犯的。故选项 D 的表述是正确的。

4. （2014/2/7）关于事实认识错误，下列哪一选项是正确的？

A. 甲本欲电话诈骗乙，但拨错了号码，对接听电话的丙实施了诈骗，骗取丙大量财物。甲的行为属于对象错误，成立诈骗既遂

B. 甲本欲枪杀乙，但由于未能瞄准，将乙身旁的丙杀死。无论根据什么学说，甲的行为都成立故意杀人既遂。

C. 事前的故意属于抽象的事实认识错误，按照法定符合说，应按犯罪既遂处理。

D. 甲将吴某的照片交给乙，让乙杀吴，但乙误将王某当成吴某予以杀害。乙是对象错误，按照教唆犯从属于实行犯的原理，甲也是对象错误。

【答案】A

【解析】

在具体的事实认识错误中，对于对象错误，无论是采取法定符合说还是具体符合说，最终结论并无不同；但是，对于打击错误，采取法定符合说还是具体符合说，案件的处理结论将会不同。因此，严格区分对象错误与方法错误，有其意义。一般认为，对象错误与打击错误的区分在于，对象错误属于主观认识错误，行为人对行为所指向的对象存在主观认识错误；而打击错误属于客观结果错误，行为人对行为所指向的对象不存在主观认识错误，错误的结果是由行为方法等客观因素造成的。

A 选项中，甲本欲电话诈骗乙，但拨错了号码，对接听电话的丙实施了诈骗，拨打电话仅系诈骗的预备行为，其在说谎话实施诈骗行为时，误将丙当成乙，系对象错误而非打击错误。

B 选项中，甲的行为是客观行为偏差，手的错误，即打击错误。根据法定符合说，甲的行为构成故意杀人既遂，但根据具体符合说，则需认定甲构成故意杀人罪未遂与过失致

人死亡罪的想象竞合犯，从一重罪论处。

C 选项中，事前的故意是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，故事前的故意属于具体认识错误中的因果关系认识错误。

D 选项中，共犯的从属性，包括实行从属性、要素从属性与罪名从属性。基于共犯从属性的原理，并不能推导出“教唆犯的认识错误从属于实行犯”的结论。乙误将王某当成吴某予以杀害，乙属于对象错误；甲不存在对象错误，其属于打击错误。

5. （2011/2/53）关于认识错误的判断，下列哪些选项是错误的？

A. 甲为使被害人溺死而将被害人推入井中，但井中没有水，被害人被摔死。这是方法错误，甲行为成立故意杀人既遂

B. 乙准备使被害人吃安眠药熟睡后将其勒死，但未待实施勒杀行为，被害人因吃了乙投放的安眠药死亡。这是构成要件提前实现，乙行为成立故意杀人既遂

C. 丙打算将含有毒药的巧克力寄给王某，但因写错地址而寄给了汪某，汪某吃后死亡。这既不是对象错误，也不是方法错误，丙的行为成立过失致人死亡罪

D. 丁误将生父当作仇人杀害。具体符合说与法定符合说都认为丁的行为成立故意杀人既遂

【答案】AC

【解析】

选项 A 说法错误。因果关系错误，是指侵害的对象没有错误，但造成侵害的因果关系的发生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。选项 A 中，甲为了杀死被害人而将被害人推入水中，结果井中无水，被害人被摔死。这属于因果关系错误，而不是方法错误。

选项 B 说法正确。构成要件的提前实现，是指实际上提前实现了行为人所预想的结果。选项 B 中的情况即是如此。

选项 C 说法错误。丙的行为属于具体事实错误中的对象错误，即行为人把甲对象当作乙对象加以侵害，而甲对象和乙对象体现相同的法益，行为人的认识内容与客观事实仍属同一犯罪构成的情况。对于对象认识错误而言，无论采用具体符合说还是法定符合说，结果都是一样的。因此，丙的行为应成立故意杀人的既遂。

选项 D 说法正确。丁的行为属于具体事实错误中的对象错误，对于对象错误而言，无论采用具体符合说还是法定符合说，结果都是一样的。因此，丁的行为成立故意杀人既遂。

考点十六 过失

一、常考知识点

1. 疏忽大意的过失。
2. 过于自信的过失。

二、真题印证

1. （2012/2/52）下列哪些案件不构成过失犯罪？

- A. 老师因学生不守课堂纪律，将其赶出教室，学生跳楼自杀
- B. 汽车修理工恶作剧，将高压气泵塞入同事肛门充气，致其肠道、内脏严重破损
- C. 路人见义勇为追赶小偷，小偷跳河游往对岸，路人见状离去，小偷突然抽筋溺毙
- D. 邻居看见6楼儿童马上要从阳台摔下，遂伸手去接，因未能接牢，儿童摔成重伤

【答案】ABCD

【解析】

本题主要考察过失犯罪的判断。A项中，老师对学生跳楼自杀没有预见可能性，学生要对自己的死亡后果负责，难以认定老师构成过失犯罪；B项中，修理工将高压气泵塞入同事肛门充气，其行为已经构成故意伤害罪；C项中，路人的行为是正当行为，小偷要对自己的死亡自我答责，路人不构成犯罪；D项中，行为人的行为属降低法益侵害的行为，尽管未能接牢，造成儿童摔成重伤，也不承担刑事责任。

考点十七 无罪过事件

一、常考知识点

1. 不可抗力。
2. 意外事件。

二、真题印证

1. (2013/2/53) 关于犯罪故意、过失与认识错误的认定, 下列哪些选项是错误的?

A. 甲、乙是马戏团演员, 甲表演飞刀精准, 从未出错。某日甲表演时, 乙突然移动身体位置, 飞刀掷进乙胸部致其死亡。甲的行为属于意外事件

B. 甲、乙在路边争执, 甲推乙一掌, 致其被路过车辆轧死。甲的行为构成故意伤害(致死)罪

C. 甲见楼下没人, 将家中一块木板扔下, 不料砸死躲在楼下玩耍的小孩乙。甲的行为属于意外事件

D. 甲本欲用斧子砍死乙, 事实上却拿了铁锤砸死乙。甲的错误属于方法错误, 根据法定符合说, 应认定为故意杀人既遂

【答案】BCD

【解析】

本题主要考查罪过与认识错误问题。A项中, 甲、乙均是专业人员, 由于乙的突然移动导致乙死亡, 从客观上看, 甲的行为是属于正当化事由的职业行为, 不具有违法性, 从主观上讲, 乙的突然移动是导致甲失手的重要理由, 已经超出甲预见范围, 属于意外事件。A项正确。B项中, 故意伤害罪的故意是致人轻伤以上的故意, 甲推乙一掌不能视为故意伤害行为, 但因为在路边争执, 具有一定的危险性, 甲应该能够预见到, 但因为疏忽大意而没有预见到刚好有车辆经过, 其行为构成过失致人死亡罪。B项错误。C项中, 甲的行为构成过失致人死亡罪, 在楼上不能乱扔东西, 这是连小孩都懂的常识, 甲往楼下看说明其预见到了自己行为的危害后果, 但因过于自信而砸死乙, 应当负刑事责任。D项中, 甲的行为不属于方法错误, 不管是斧子, 还是铁锤, 都具有杀伤性, 在刑法评价上不属于方法错误, 不需要适用法定符合说的理论, 甲应负故意杀人罪的刑事责任。

考点十八 刑事责任能力

一、常考知识点

1. 刑事责任年龄。
2. 刑事责任能力。

二、真题印证

1. (2018/1/22) 甲在家中吸毒后产生幻觉，快递员乙前来甲家中送快递，甲以为前来送快递的快递员乙要杀害自己，将乙打成重伤。关于甲的行为，下列哪一说法是正确的？

- A. 甲的行为构成故意伤害罪，不需要从轻或者减轻处罚
- B. 甲产生了幻觉，没有意志自由，缺乏辨认和控制自己行为的能力，不构成犯罪
- C. 甲产生了幻觉，但是其自己吸毒导致的，可以从轻或者减轻处罚
- D. 甲虽然有吸毒的故意，但没有伤害的故意，仅成立过失致人重伤罪

【答案】D

【解析】

因吸食毒品而产生精神障碍，理论上一般以原因上的自由行为理论去解释。甲在吸毒时，即实施原因行为时，具有责任能力，此后虽产生幻觉，即使当时已无责任能力，仍应承担刑事责任。据此，甲误以为快递员乙要杀害自己，将乙打成重伤，系假想防卫，成立过失致人重伤罪。D项是正确的。

2. (2017/2/3) 关于刑事责任能力的认定，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲先天双目失明，在大学读书期间因琐事致室友重伤。甲具有限定刑事责任能力
- B. 乙是聋哑人，长期组织数名聋哑人在公共场所扒窃。乙属于相对有刑事责任能力
- C. 丙服用安眠药陷入熟睡，致同床的婴儿被压迫窒息死亡。丙不具有刑事责任能力
- D. 丁大醉后步行回家，嫌他人小汽车挡路，将车砸坏，事后毫无记忆。丁具有完全刑事责任能力

【答案】D

【解析】

刑事责任能力，是指行为人辨认和控制自己行为的能力。理论上将其分为：(1)完全有刑事责任能力；(2)完全无刑事责任能力；(3)相对无刑事责任能力，即指已满十四周岁不满十六周岁的人，只对故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投放危险物质罪等八种行为承担刑事责任。在具有刑事责任能力的基础上，刑事责任能力也会因某种原因减弱，如刑法第18条第3款即规定：“尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的，应当负刑事责任，但是可以从轻或者减轻处

罚”。理论上多将之称为限定刑事责任能力。

A 项中，甲虽为盲人，但在大学读书表明其受到了良好的教育，其辨认控制能力与常人无异，应为具有完全刑事责任能力的人。A 项错误。

B 项中，乙虽是聋哑人，但这种生理缺陷并不影响其对盗窃行为具有辨认、控制能力，乙应为具有完全刑事责任能力的人。B 项错误。

C 项中，服用安眠药并未导致丙丧失责任能力。即便责任能力有所丧失、降低，根据原因自由行为理论，丙也应当对自己的行为承担刑事责任。C 项错误。

D 项中，根据刑法第 18 条第 4 款规定：“醉酒的人犯罪，应当负刑事责任。刑法理论上一般也认为，生理性醉酒的人具有完全责任能力，故对其实施的犯罪行为应当承担责任。D 项是正确的。

3. （2016/2/3）关于刑事责任能力，下列哪一选项是正确的？

A. 甲第一次吸毒产生幻觉，误以为伍某在追杀自己，用木棒将伍某打成重伤。甲的行为成立过失致人重伤罪

B. 乙以杀人故意刀砍陆某时突发精神病，继续猛砍致陆某死亡。不管采取何种学说，乙都成立故意杀人罪未遂

C. 丙因实施爆炸被抓，相关证据足以证明丙已满 15 周岁，但无法查明具体出生日期。不能追究丙的刑事责任

D. 丁在 14 周岁生日当晚故意砍杀张某，后心生悔意将其送往医院抢救，张某仍于次日死亡。应追究丁的刑事责任

【答案】A

【解析】

因吸食毒品而产生精神障碍，在精神障碍状态下实施法益侵害行为，应当如何处理，是一个世界各国都面临的问题。理论上，一般以原因上的自由行为理论去解释这一现象。据此，A 项中，甲在吸毒时，即实施原因行为时，具有责任能力，此后虽产生幻觉，即使当时已无责任能力，仍应承担刑事责任。据此，甲误以为伍某在追杀自己，用木棒将伍某打成重伤，系假想防卫，成立过失致人重伤罪。A 项是正确的。行为人在精神正常的情况下决定并着手实行犯罪，在实行过程中精神病发作丧失责任能力的，应当如何处理，理论上存在争议。一般认为，虽然实行行为尚未终了，行为人在实施后半部分行为时精神不正常，但只要开始实施行为时具有责任能力，并且对全部实行行为及其结果具有故意、过失，丧失责任能力后所实现的是同一构成要件，而且结果应当归属于行为人的行为，即使犯罪结果是在其丧失责任能力的情况下发生，行为人也应负既遂而非未遂的责任。B 选项是错

误的。C项中，虽不能查清丙的具体出生日期，但相关证据足以证明丙实施爆炸行为时已满15周岁，并不违反行为与责任同时存在的原则，故完全可以据此追究丙的刑事责任。C是错误的。D项中，犯罪是行为，辨认控制能力必须是行为时的辨认控制能力，虽然张某死亡结果发生时丁具有责任能力，但丁砍杀张某时不具有责任能力，故不应追究丁的刑事责任。D项是错误的。

4. （2015/2/2）关于责任年龄与责任能力，下列哪一选项是正确的？

A. 甲在不满14周岁时安放定时炸弹，炸弹于甲已满14周岁后爆炸，导致多人伤亡。甲对此不负刑事责任

B. 乙在精神正常时着手实行故意伤害犯罪，伤害过程中精神病突然发作，在丧失责任能力时抢走被害人财物。对乙应以抢劫罪论处

C. 丙将毒药投入丁的茶杯后精神病突然发作，丁在丙丧失责任能力时喝下毒药死亡。对丙应以故意杀人罪既遂论处

D. 戊为给自己杀人壮胆而喝酒，大醉后杀害他人。戊不承担故意杀人罪的刑事责任

【答案】C

【解析】

A项中，甲在不满14周岁时埋下的炸弹，虽在行为时还不到承担刑事责任的法定年龄，但是甲在发生结果时即爆炸时已满14周岁，对于严重的犯罪已具有一定的辨认能力，其有义务防止自己先前行为造成的结果，因此，甲应该承担不作为的爆炸罪的刑事责任，A错误。B项中，行为人在实施前行为时具有责任能力，然后丧失责任能力，在无责任能力阶段实施了另一性质的行为，则行为人仅对前行为承担未遂犯的责任，对后行为不承担责任，B错误。C项中，当事人在行为时具有责任能力，其结果与行为之间存在因果联系，即使是在行为人丧失责任能力时发生的危害结果，也应当负既遂的责任，C正确。D项中，生理性醉酒，即普通醉酒不是精神病，其引起的精神障碍属于非精神病性精神障碍。刑法理论一般认为，在生理性醉酒的情况下，还具有责任能力，故对其实施的罪行应承担刑事责任。即使责任有所减弱，但由于醉酒是行为人自己造成的，根据原因中自由行为的理论，也不得减轻或从轻处罚，D错误。

5. （2017/2/10）王某多次吸毒，某日下午在市区超市门口与同居女友沈某发生争吵。沈某欲离开，王某将其按倒在地，用菜刀砍死。后查明：王某案发时因吸毒出现精神病性障碍，导致辨认控制能力减弱。关于本案的刑罚裁量，下列哪一选项是错误的？

A. 王某是偶犯，可酌情从轻处罚

B. 王某刑事责任能力降低，可从轻处罚

C. 王某在公众场合持刀行凶，社会影响恶劣，可从重处罚

D. 王某与被害人存在特殊身份关系，可酌情从轻处罚

【答案】B

【解析】

根据刑法有无明文规定为标准，可将量刑情节分为法定情节与酌定情节。法定量刑情节是指刑法明文规定的，在量刑时应当予以考虑的情节，后者是指刑法并未明文规定，但根据刑法精神与有关刑事政策等理由，在量刑时需要酌情考虑的情节。前者如累犯、自首、立功等；后者如行初犯、偶犯、社会影响、行为人与被害人之间的关系，等等。

本题中，A项中的偶犯与C项中的在公众场合持刀行凶，都属于酌定量刑情节的范畴，表述正确。同时，根据最高法2010年2月8日的《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第22条的规定，对于因恋爱、婚姻、家庭、邻里纠纷等民间纠纷激化引发的犯罪，因劳动纠纷、管理失当等原因引发、犯罪动机不属于恶劣的犯罪，因被害方过错或者基于义愤引发的或者具有防卫因素的突发性犯罪，应酌情从宽处罚。D项的表述也是正确的。

需要注意的是，本题中王某系因吸毒出现精神病性精神障碍，其机理类同醉酒，根据原因上的自由行为理论，在吸毒前王某具有辨认控制能力，属于完全责任能力人，对其不可从处罚。B项错误。

考点十九 违法性认识的可能性

一、常考知识点

1. 违法性认识。
2. 违法性的错误。
3. 违法性错误与事实错误的区别。

二、真题印证

1. (2016/2/4) 农民甲醉酒在道路上驾驶拖拉机，其认为拖拉机不属于《刑法》第 133 条之一规定的机动车。关于本案的分析，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲未能正确评价自身的行为，存在事实认识错误
- B. 甲欠缺违法性认识的可能性，其行为不构成犯罪
- C. 甲对危险驾驶事实有认识，具有危险驾驶的故意
- D. 甲受认识水平所限，不能要求其对自身行为负责

【答案】C

【解析】

本案中，甲的错误属于违法性错误，而非事实错误。准确的说，是违法性错误中的涵摄的错误，即错误地解释构成要件要素，误认为自己的行为并不符合构成要件的情形。违法性错误只有在不可避免的情况下，才阻却责任。甲在当时情形下完全具有违法性认识的可能性，该违法性错误并非不可能避免，故不阻却责任，构成犯罪。A、B 两项是错误的。故意犯罪的成立不要求行为人认识到形式的违法性，即不要求行为人认识自己的行为被刑法所禁止，而只要行为人认识到自己行为的内容、社会意义与危害结果，并希望或者放任这种危害结果发生时，就表明行为人积极侵犯法益的态度，具有犯罪故意。D 项是错误的。

2. (2015/2/55) 关于故意与违法性的认识，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲误以为买卖黄金的行为构成非法经营罪，仍买卖黄金，但事实上该行为不违反《刑法》。甲有犯罪故意，成立犯罪未遂
- B. 甲误以为自己盗窃枪支的行为仅成立盗窃罪。甲对《刑法》规定存在认识错误，因而无盗窃枪支罪的犯罪故意，对甲的量刑不能重于盗窃罪
- C. 甲拘禁吸毒的陈某数日。甲认识到其行为剥夺了陈某的自由，但误以为《刑法》不禁止普通公民实施强制戒毒行为。甲有犯罪故意，应以非法拘禁罪追究刑事责任
- D. 甲知道自己的行为有害，但不知是否违反《刑法》，遂请教中学语文教师乙，被告知不违法后，甲实施了该行为。但事实上《刑法》禁止该行为。乙的回答不影响甲成立故意犯罪

【答案】CD

【解析】

行为是否成立犯罪，首先取决于该行为是否被刑法所禁止。如果某行为事实上不违反刑法，不为刑法所禁止，则该行为就是无罪行为，而不是犯罪未遂，行为人实施该行为的心态在刑法学上也不能称为犯罪故意。A 选项错误。

在 B 选项中，甲客观上盗窃了枪支，主观上明确认识到自己的行为性质是“盗窃”，认识到自己盗窃的对象是“枪支”，并希望或者放任枪支被盗结果的发生，应认定甲具有盗窃枪支罪的犯罪故意。甲的行为完全符合盗窃枪支罪的构成要件，构成盗窃枪支罪。甲仅是对自己所触犯的罪名存在不正确的认识错误(以为自己仅构成盗窃罪)，该错误并非违法性认识错误，不影响盗窃枪支罪的犯罪故意的成立，不影响对甲按照盗窃枪支罪定罪量刑。B 选项错误。

在 C 选项中，甲存在违法性的认识错误。对于违法性的认识错误，只要该认识错误并非不可避免，就不影响犯罪故意的认定。甲完全可以搞清楚刑法是否禁止普通公民以非法拘禁的方式实施强制戒毒行为，该错误并非不可避免，甲具有认识到该行为违法的可能性。因此，应认定甲有犯罪故意，应以非法拘禁罪追究甲的刑事责任。C 选项正确。

在 D 选项中，尽管甲有避免触犯刑法的意思，但是，其询问的对象并非权威机构，中学语文教师的回答不属于法律权威人士(如最高人民法院的资深法官)的回答。甲完全可以依据其他途径查清该行为是否为刑法所禁止；换言之，甲对违法性认识错误不是不可避免的，其具有违法性认识的可能性。因此，应认定甲存在犯罪故意，其行为构成故意犯罪。D 正确。

考点二十 期待可能性

一、常考知识点

期待可能性的地位。

二、真题印证

1. （2008/延考 2/5）关于期待可能性，下列哪一选项是错误的？

A. 行为人是否具有故意、过失，与是否具有期待可能性，是两个不同的问题。换言之，具有故意、过失的人，也可能没有期待可能性

B. 行为人犯罪后毁灭自己犯罪的证据的行为之所以不构成犯罪，是因为缺乏期待可能性

C. 在司法实践中，对于因遭受自然灾害外流谋生而重婚的，之所以不以重婚罪论处，是因为缺乏期待可能性

D. 身无分文的乞丐盗窃他人财物得以维持生存的，因为缺乏期待可能性，不应认定为盗窃罪

【答案】D

【解析】

法考认为，期待可能性是独立于故意和过失之外的责任阻却要素，或者说，期待可能性与故意、过失是不同层次的法律判断问题，行为人虽然具有故意或者过失（心理责任），但可能不存在着期待可能性的情况（规范责任），在这种情况下，也不能进行归责。因此，A项是正确的。行为人在犯罪之后毁灭自己的犯罪证据是人之常情，不具备期待可能性，B项是正确的。C项中，该行为人的重婚行为仍然是人之常情，刑法不能给予过多的苛责，缺乏期待可能性，因此是正确的。在D项中，乞丐身无分文，也不应去盗窃。如其仍然可以向当地政府的有关部门求助。亦即，仍然可以实施其他适法行为，否则，许多盗窃犯就可能就以此为借口，从而逃避刑罚的处罚。因此，该行为仍然具有期待可能性，成立犯罪。

考点二十一 犯罪预备

一、常考知识点

1. 犯罪预备的成立条件。
2. 犯罪预备与犯意表示、犯罪未遂的区别。

二、真题印证

1. (2015/2/5) 下列哪一行为成立犯罪未遂?

- A. 以贩卖为目的, 在网上订购毒品, 付款后尚未取得毒品即被查获
- B. 国家工作人员非法收受他人给予的现金支票后, 未到银行提取现金即被查获
- C. 为谋取不正当利益, 将价值 5 万元的财物送给国家工作人员, 但第二天被退回
- D. 发送诈骗短信, 受骗人上当后汇出 5 万元, 但因误操作汇到无关第三人的账户

【答案】D

【解析】

选项 A 错误。根据刑法通说观点, 只有实际实施贩卖行为, 才属于贩卖毒品罪的实行行为。据此, 出于犯罪目的而非法购买毒品的行为不是贩卖毒品罪的实行行为, 而是贩卖毒品罪的预备行为(当然, 可能同时触犯非法持有毒品罪), 因此 A 选项是预备形态而非未遂。

选项 B 错误。受贿罪的法益是职务行为的不可收买性, 国家工作人员非法收受他人给予的现金支票时, 职务行为的不可收买性已经被破坏。因此, 国家工作人员非法收受他人的财物, 取得并控制该财物的, 即成立受贿罪既遂, 并未实际取现的, 不影响犯罪既遂的成立。

选项 C 错误。行贿罪的既遂是送出贿赂。在本案中, 为谋取不正当利益, 将价值 5 万元的财物送给国家工作人员时, 犯罪即已既遂。即行为人已完成受贿行为, 受贿人事后退回财物的, 不影响行贿犯罪的既遂。

选项 D 正确。行为人实施诈骗行为, 但因意外原因未能取得财物, 不符合诈骗行为的构造, 应认定为犯罪未遂。

考点二十二 犯罪未遂

一、常考知识点

1. 犯罪未遂的成立条件。
2. 未遂犯与不能犯的区分。
3. 犯罪未遂与犯罪既遂的区别。

二、真题印证

1. (2016/2/53) 关于犯罪未遂的认定，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲以杀人故意将郝某推下过街天桥，见郝某十分痛苦，便拦下出租车将郝某送往医院。但郝某未受致命伤，即便不送医院也不会死亡。甲属于犯罪未遂
- B. 乙持刀拦路抢劫周某。周某说“把刀放下，我给你钱”。乙信以为真，收起刀子，伸手要钱。周某乘乙不备，一脚踢倒乙后逃跑。乙属于犯罪未遂
- C. 丙见商场橱窗展示有几枚金锭(30 万元/枚)，打开玻璃门拿起一枚就跑，其实是值 300 元的仿制品，真金锭仍在。丙属于犯罪未遂
- D. 丁资助林某从事危害国家安全的犯罪活动，但林某尚未实施相关犯罪活动即被抓获。丁属于资助危害国家安全犯罪活动罪未遂

【答案】BC

【解析】

能达目的而不欲者，中止；欲达目的而不能者，未遂。这里的“能”与“不能”，应以行为人自己的认识为标准进行判断，而不是根据客观事实进行判断。但在采取主观说不能得出妥当结论时，应考虑客观说的合理内容。据此，A 项中甲认为自己的行为本可既遂，自动放弃犯罪，且具备有效性，成立犯罪中止。A 项是错误的。B 项中，行为人属欲达目的而不能，成立未遂。B 项是正确的。C 项中，丙因意志以外的原因没有取得真金锭，属欲达目的而不能，成立未遂。C 项是正确的。资助危害国家安全犯罪活动罪从立法技术上来讲，系帮助行为的实行化，即本属危害国家安全犯罪活动罪的帮助行为，但立法者将这种帮助行为实行化，规定为一个单独的犯罪——资助危害国家安全罪。此时，不再适用共犯从属性的原理，故 D 项中，即使林某尚未实施相关犯罪活动即被抓获，丁因实施了资助行为，也成立本罪的既遂。

2. (2013/2/54) 关于故意犯罪形态的认定，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲绑架幼女乙后，向其父勒索财物。乙父佯装不管乙安危，甲只好将乙送回。甲虽未能成功勒索财物，但仍成立绑架罪既遂
- B. 甲抢夺乙价值 1 万元项链时，乙紧抓不放，甲只抢得半条项链。甲逃走 60 余米后，

觉得半条项链无用而扔掉。甲的行为未得逞，成立抢夺罪未遂

C. 乙欲盗汽车，向甲借得盗车钥匙。乙盗车时发现该钥匙不管用，遂用其他工具盗得汽车。乙属于盗窃罪既遂，甲属于盗窃罪未遂

D. 甲在珠宝柜台偷拿一枚钻戒后迅速逃离，慌乱中在商场内摔倒。保安扶起甲后发现其盗窃行为并将其控制。甲未能离开商场，属于盗窃罪未遂

【答案】AC

【解析】

故意犯罪的停止形态分为既遂、未遂、中止和预备。对各个犯罪的具体停止形态的认定首先取决于刑法分则对犯罪着手和既遂的成立要求。

A 项已经成功绑架幼女，幼女的人身自由被剥夺，生命、身体随时处于危险之中，因绑架罪的犯罪客体(保护法益)已经被侵犯(毁灭)故甲属于绑架罪既遂。索取财物属于主观的超过要素，该目的未实现不影响绑架既遂的认定，故不能据此断定甲属于绑架未遂。B 项甲已经抢得他人财物(价值 5000 元的半条项链)，侵犯了他人的财产法益，故构成抢夺罪既遂。至于行为人觉得半条项链无用而扔掉，这是行为人事后处理赃物的行为，不影响盗窃既未遂的判断。C 项中，因甲提供的钥匙不管用，乙未借助甲的帮助实现盗窃既遂，或者说甲的帮助对于乙盗窃既遂未能起作用，故甲属于盗窃未遂。D 项盗窃的钻石戒指属于体积较小的财物，只要已成功窃取，即可评价为被害人已经失去对财物的控制，行为人已经侵害被害人的财产法益，因而属于盗窃既遂。AC 项为正确答案。

考点二十三 犯罪中止

一、常考知识点

1. 犯罪中止的成立条件。
2. 犯罪中止与犯罪未遂的区别。

二、真题印证

1. （2018/1/28）甲以牟利为目的复制淫秽物品后，又将其销毁。关于甲的行为，下列哪一说法是正确的？

- A. 甲的行为成立复制淫秽物品牟利罪的既遂
- B. 甲的行为成立复制淫秽物品罪的中止
- C. 甲的行为不构成犯罪，因为甲没有牟利
- D. 甲的行为不构成犯罪，因为甲没有将该物品传播出去

【答案】A

【解析】

目的犯中，行为人的犯罪目的是否成立不影响既遂的成立。复制淫秽物品牟利罪是目的犯，甲以牟利为目的将淫秽物品复制出来后，即成立该罪的既遂。此后，再将其销毁，属于既遂之后的悔罪行为，不成立犯罪中止。

2. （2015/2/6）甲以杀人故意放毒蛇咬乙，后见乙痛苦不堪，心生悔意，便开车送乙前往医院。途中等红灯时，乙声称其实自己一直想死，突然跳车逃走，三小时后死亡。后查明，只要当时送医院就不会死亡。关于本案，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲不对乙的死亡负责，成立犯罪中止
- B. 甲未能有效防止死亡结果发生，成立犯罪既遂
- C. 死亡结果不能归责于甲的行为，甲成立犯罪未遂
- D. 甲未能阻止乙跳车逃走，应以不作为的故意杀人罪论处

【答案】A

【解析】

甲杀人后，心生悔意，开车送被害人前往医院，只要当时送到医院乙就不会死亡，这些情况表明甲的行为客观上属于故意杀人的中止行为，能否成立中止犯，取决于死亡结果的发生与甲的杀人行为之间是否存在因果关系。如果二者之间没有因果关系，就不能要求甲对死亡结果负责，甲就应当成立中止犯。

甲放毒蛇咬乙的行为具有致乙死亡的危险性，但是，题目交代“只要当时送到医院就不会死亡”，因此，甲的行为足以避免乙的死亡。乙声称想死，放弃救治，这一介入因素

过于异常(一般人都会积极配合治疗),主要是异常的介入因素(乙主动放弃治疗)导致了死亡结果的发生,根据因果关系中断理论,应当认定死亡结果与甲的杀人行为之间没有因果关系。既然甲开车将乙送医的行为足以避免乙的死亡,则应认定甲属于“自动有效地防止犯罪结果发生”,其行为成立犯罪中止。

根据客观归责理论中的被害人自我答责理论,对于精神状态正常的成年公民,刑法并不过问其纯粹的自杀行为,只要被害人自愿地选择死亡,那么,对死亡结果的发生就应由被害人自我负责,而不能要求其他人负责。虽然甲的行为也创设了乙死亡的危险,但是,这一危险是只要将乙送到医院就完全可以消灭的,被害人“自己一直想死”,突然跳车逃走,死亡结果属于其自杀行为所致,不应归责于甲,而应由乙自我负责。甲在能够杀死乙的前提下自动消除了犯罪既遂的危险,符合中止犯的立法精神,应当成立中止犯。

3. (2014/2/9) 甲架好枪支准备杀乙,见已患绝症的乙踉跄走来,顿觉可怜,认为已无杀害必要。甲收起枪支,但不小心触动扳机,乙中弹死亡。关于甲的行为定性,下列哪一选项是正确的?

- A. 仅构成故意杀人罪(既遂)
- B. 仅构成过失致人死亡罪
- C. 构成故意杀人罪(中止)、过失致人死亡罪
- D. 构成故意杀人罪(未遂)、过失致人死亡罪

【答案】C

【解析】

根据“行为与责任同时”存在的原理,甲在实施导致乙死亡的行为时,已经放弃了杀人的故意,实施了不杀人的收起枪支行为,构成了中止犯;只是由于过失,导致乙死亡,甲构成故意杀人罪中止和过失致人死亡罪,数罪并罚。

4. (2012/2/54) 关于犯罪停止形态的论述,下列哪些选项是正确的?

- A. 甲(总经理)召开公司会议,商定逃税。甲指使财务人员黄某将1笔500万元的收入在申报时予以隐瞒,但后来黄某又向税务机关如实申报,缴纳应缴税款。单位属于犯罪未遂,黄某属于犯罪中止
- B. 乙抢夺邹某现金20万元,后发现全部是假币。乙构成抢夺罪既遂
- C. 丙以出卖为目的,偷盗婴儿后,惧怕承担刑事责任,又将婴儿送回原处。丙构成拐卖儿童罪既遂,不构成犯罪中止
- D. 丁对仇人胡某连开数枪均未打中,胡某受惊心脏病突发死亡。丁成立故意杀人罪

既遂

【答案】ABCD

【解析】

A 项，黄某向税务机关如实申报，缴纳应缴税款的，属于犯罪中止。根据《刑法》第 201 条的规定，纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或不申报，逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额 10%以上的，才构成逃税罪。如果纳税人仅仅采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，但事后很快采取了补救措施，没有逃避纳税义务的，应当成立该罪的中止。但是黄某的中止效力并不及于单位，单位由于意志外的原因而未得逞，因而成立犯罪未遂。A 正确。

B 项，乙抢夺邹某面额为 20 万元的假币，由于假币也是有价值的财物，故乙构成抢夺罪既遂。

C 项，丙以出卖为目的，偷盗婴儿得逞之时即构成犯罪既遂，之后，因惧怕承担刑事责任，又将婴儿送回原处的，属于拐卖儿童罪既遂后的悔罪行为，不构成犯罪中止。

D 项，丁对仇人胡某连开数枪虽均未打中，但开枪射杀属于危险程度极高的危害行为，被害人由此受到惊吓，心脏病发作死亡，是在一般的生活经验上可以预料的后果，而不是特别异常的结果，该死亡结果和杀害行为之间存在因果关系。既然行为人有杀人故意，实施了杀人行为，死亡结果又和他的行为之间具有因果关系，该结果就应该归责于行为人，因此，丁成立故意杀人罪既遂，D 项说法正确。

5. （2012/2/8）甲欲杀乙，将乙打倒在地，掐住脖子致乙深度昏迷。30 分钟后，甲发现乙未死，便举刀刺乙，第一刀刺中乙腹，第二刀扎在乙的皮带上，刺第三刀时刀柄折断。甲长叹“你命太大，整不死你，我服气了”，遂将乙送医，乙得以保命。经查，第一刀已致乙重伤。关于甲犯罪形态的认定，下列哪一选项是正确的？

- A. 故意杀人罪的未遂犯
- B. 故意杀人罪的中止犯
- C. 故意伤害罪的既遂犯
- D. 故意杀人罪的不能犯

【答案】A

【解析】

犯罪中止是能达目的而不欲，犯罪未遂是欲达目的而不能。根据题中表述，甲以杀人的故意实施侵害行为，故不能成立故意伤害罪的既遂或者未遂，这就排除了 C、D 选项。至于本案中甲是中止还是未遂，则要看其主观目的与客观事实，根据题中表述，甲多次杀乙未果，导致刀折断，长叹一声“你命太大，整不死你，我服气了”。应当认定为行为人认识到无法继续实施犯罪行为，故应当成立未遂。

考点二十四 共同犯罪的立法宗旨

一、常考知识点

1. 违法形态说。
2. 因果共犯论。

二、真题印证

1. (2012/2/9) 甲(15 周岁)求乙(16 周岁)为其抢夺作接应,乙同意。某夜,甲抢夺被害人的手提包(内有 1 万元现金),将包扔给乙,然后吸引被害人跑开。乙害怕坐牢,将包扔在草丛中,独自离去。关于本案,下列哪一选项是错误的?

- A. 甲不满 16 周岁,不构成抢夺罪 B. 甲与乙构成抢夺罪的共犯
C. 乙不构成抢夺罪的间接正犯 D. 乙成立抢夺罪的中止犯

【答案】D

【解析】

共犯是一种违法形态,故甲、乙二人在抢夺罪范围内成立共同犯罪(违法性层面的共犯);但由于甲只有 15 周岁,其对抢夺行为无须承担刑事责任。15 周岁的甲对抢夺行为具有理解能力,其并非是被甲支配和控制的对象,故乙不构成抢夺罪的间接正犯。故意犯罪的停止形态之间,是一种非此即彼的关系,一旦成立某种形态,就不能再转化为其他形态。据此,乙成立抢夺罪的犯罪既遂,而非犯罪中止。

2. (2015/2/7) 15 周岁的甲非法侵入某尖端科技研究所的计算机信息系统,18 周岁的乙对此知情,仍应甲的要求为其编写侵入程序。关于本案,下列哪一选项是错误的?

- A. 如认为责任年龄、责任能力不是共同犯罪的成立条件,则甲、乙成立共犯
B. 如认为甲、乙成立共犯,则乙成立非法侵入计算机信息系统罪的从犯
C. 不管甲、乙是否成立共犯,都不能认为乙成立非法侵入计算机信息系统罪的间接正犯
D. 由于甲不负刑事责任,对乙应按非法侵入计算机信息系统罪的片面共犯论处

【答案】D

【解析】

成立非法侵入计算机信息系统罪,要求行为主体年满 16 周岁。甲非法侵入某尖端科技研究所的计算机信息系统时,只有 15 周岁,无责任能力。如认为责任年龄、责任能力不是共同犯罪的成立条件,则甲非法侵入计算机信息系统,乙对此提供帮助,二人相互协作完成犯罪,故应认定甲、乙成立共同犯罪。据此, A 选项表述正确。

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

在甲、乙成立共同犯罪的前提下，由于乙的帮助行为在共同犯罪中仅起次要作用，因此，乙成立非法侵入计算机信息系统罪的从犯。B 选项表述正确。

如果甲、乙成立共同犯罪，则乙的行为属于帮助行为，而不是实行行为，故乙不成立间接正犯(间接正犯的行为是实行行为)。如果甲、乙不成立共同犯罪，即便要追究 18 周岁的乙的刑事责任，也不能认定乙成立非法侵入计算机信息系统罪的间接正犯，因为成立间接正犯，要求行为人对所利用的工具具有支配性，而在本案中，乙是应甲的要求为其编写侵入程序，甲是否入侵以及何时入侵尖端科技研究所的计算机信息系统，乙都不具有支配性，无法将本案评价为如同乙本人亲自非法侵入计算机信息系统一般，故乙不属于间接正犯。因此，不管甲、乙是否成立共犯，都不能认为乙成立非法侵入计算机信息系统罪的间接正犯。C 选项表述正确。

片面共犯是指参与同一犯罪的人中，一方认识到自己是在和他人共同犯罪，而另一方没有认识到有他人和自己共同犯罪。而在本题中，甲、乙存在入侵计算机信息系统的意思联络，不符合片面共犯的概念。D 选项的表述错误，为本题正确选项。

考点二十五 共同犯罪与犯罪构成

一、常考知识点

1. 部分犯罪共同说。

二、真题印证

1. (2014/2/16) 甲男(15 周岁)与乙女(16 周岁)因缺钱,共同绑架富商之子丙,成功索得 50 万元赎金。甲担心丙将来可能认出他们,提议杀丙,乙同意。乙给甲一根绳子,甲用绳子勒死丙。关于本案的分析,下列哪一选项是错误的?

- A. 甲、乙均触犯故意杀人罪,因而对故意杀人罪成立共同犯罪
- B. 甲、乙均触犯故意杀人罪,对甲以故意杀人罪论处,但对乙应以绑架罪论处
- C. 丙系死于甲之手,乙未杀害丙,故对乙虽以绑架罪定罪,但对乙不能适用“杀害被绑架人”的规定
- D. 对甲以故意杀人罪论处,对乙以绑架罪论处,与二人成立故意杀人罪的共同犯罪并不矛盾

【答案】C

【解析】

根据《刑法》第 17 条第 2 款的规定,15 周岁的甲不对绑架罪负责,仅对故意杀人罪负责,甲、乙在故意杀人罪的范围内成立共同犯罪。A 选项正确。虽然甲、乙成立故意杀人的共同犯罪,但不能据此否定乙构成绑架罪,因为乙的行为完全符合绑架罪的犯罪构成;按照部分犯罪共同说,对甲以故意杀人罪论处,对乙应以绑架罪论处, B 选项正确。对甲以故意杀人罪论处,对乙以绑架罪论处,与二人成立故意杀人罪的共同犯罪并不矛盾, D 选项正确。

“杀害被绑架人”不要求本人亲自杀害被绑架人,包括利用他人杀死被绑架人的情形。从外观上看,乙并未亲自杀害丙,丙系死于甲之手,但是,在剥夺丙的生命这一点上,乙与甲属于共同犯罪,因此,并未亲自杀人的乙也应对甲杀害丙的行为负责。乙属于在绑架犯罪过程中,(在共同故意杀人的限度内)利用其他共犯人杀害被绑架人,故对其应当适用“杀害被绑架人”的规定。据此, C 选项错误,为本题正确选项。

考点二十六 共同犯罪的成立条件（部分犯罪共同说）

一、常考知识点

1. 主体条件。
2. 主观方面的条件(片面共犯)。
3. 客观方面的条件。

二、真题印证

1. （2012/2/10）关于共同犯罪的论述，下列哪一选项是正确的？

A. 甲为劫财将陶某打成重伤，陶某拼死反抗。张某路过，帮甲掏出陶某随身财物。2人构成共犯，均须对陶某的重伤结果负责

B. 乙明知黄某非法种植毒品原植物，仍按黄某要求为其收取毒品原植物的种子。2人构成非法种植毒品原植物罪的共犯

C. 丙明知李某低价销售的汽车系盗窃所得，仍向李某购买该汽车。2人之间存在共犯关系

D. 丁系国家机关负责人，召集领导层开会，决定以单位名义将国有资产私分给全体职工。丁和职工之间存在共犯关系

【答案】B

【解析】

张某是在甲已经打伤陶某之后，帮助其取财，成立承继的共犯，只对加入共犯后的结果承担责任，对陶某的重伤结果不承担责任，故重伤结果只能由甲负责。B项是对扩大解释方法的运用。此外，根据2012年5月16日最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（三）》第7条第2款的规定，非法种植毒品原植物罪的“种植”，包括“收取种子”行为。因此，乙和黄某之间成立共同犯罪。C项丙构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪，其和李某之间事前无通谋关系，不能成立盗窃罪的共犯。私分国有资产罪是纯正的单位犯罪，但只处罚直接的主管人员和其他直接责任人员。没有参与决策的普通职工不构成本罪。D项中丁单独承担私分国有资产罪的刑事责任，其他取得公共财产和普通职工与丁没有共犯关系，不成立共犯。

2. （2017/2/54）甲知道乙计划前往丙家抢劫，为帮助乙取得财物，便暗中先赶到丙家，将丙打昏后离去(丙受轻伤)。乙来到丙家时，发现丙已昏迷，以为是丙疾病发作晕倒，遂从丙家取走价值5万元的财物。关于本案的分析，下列哪些选项是正确的？

A. 若承认片面共同正犯，甲对乙的行为负责，对甲应以抢劫罪论处，对乙以盗窃罪论处

B. 若承认片面共同正犯，根据部分实行全部责任原则，对甲、乙二人均应以抢劫罪论处

C. 若否定片面共同正犯，甲既构成故意伤害罪，又构成盗窃罪，应从一重罪论处

D. 若否定片面共同正犯，乙无须对甲的故意伤害行为负责，对乙应以盗窃罪论处

【答案】ACD

【解析】

片面的共犯，是指参与同一犯罪的人中，一方认识到自己是在和他人共同实施符合构成要件的违法行为，而另一方没有认识到自己是在和他人共同实施符合构成要件的违法行为。包括片面的共同正犯（片面实行犯）、片面的教唆犯和片面的帮助犯三种情形。是否承认片面共犯，以及在什么范围内承认片面共犯，理论上存在较大争议。对此问题，法考既承认片面的共同正犯，也承认片面的教唆犯和片面的帮助犯。

如承认片面共同正犯，因甲具有片面的实行犯意，则甲不仅要对自己的伤害行为负责，还要对共犯人乙的取财结果负责。据此，甲以非法占有为目的，对丙实施暴力致丙昏迷后，利用共犯人乙的行为取走财物，甲成立盗窃罪。但因乙对甲的行为并不知情，故其对抢劫罪不承担刑事责任。因其原计划实行抢劫，发现丙昏迷后实行了盗窃，根据实行吸收预备的原理，对乙应盗窃罪论处。A项正确。

承认片面共犯只是意味着对有片面犯意联络者的行为需认定为共犯，对不具有犯意联络的一方并无任何影响。如承认片面共同正犯，甲成立抢劫罪，需对自己的伤害行为及共犯人乙的取财结果承担刑事责任。但因乙对甲的伤害行为并不知情，故乙仅成立盗窃罪。B项错误。如否认片面共同正犯，也能得出相同的结论。D项正确。

即使否定片面共同正犯，甲亦有帮助乙盗窃的犯意，据此，此时甲虽不成立抢劫罪的片面正犯，但成立盗窃罪的片面帮助犯，这意味着甲需对自己的伤害行为独立承担责任，同时甲有片面帮助乙盗窃的犯意，该伤害行为同时成立盗窃罪的帮助犯，系想象竞合。故对甲需以故意伤害罪与盗窃罪择一重处罚。C项正确。

考点二十七 共同犯罪的形式

一、常考知识点

1. 必要的共同犯罪(对向犯)。
2. 事前无通谋的共同犯罪。

二、真题印证

1. (2007/2/53) 周某为抢劫财物在某昏暗场所将王某打昏。周某的朋友高某正好经过此地，高某得知真相后应周某的要求提供照明，使周某顺利地将王某钱包拿走。关于本案，下列哪些选项是正确的？

- A. 高某与周某构成抢劫罪的共同犯罪
- B. 周某构成抢劫罪，高某构成盗窃罪，属于共同犯罪
- C. 周某是共同犯罪中的主犯
- D. 高某是共同犯罪中的从犯

【答案】ACD

【解析】

高某在周某抢劫前并无意思联络，只是在周某将被害人打昏后加入取财行为，题目中明确交代高某得知真相后仍提供照明，成立承继的共犯。其中高某以抢劫的故意参与共同犯罪，故二人成立抢劫罪的共犯，根据其在共同犯罪中所起作用的大小，周某是主犯，高某是从犯。

2. (2012/2/55) 下列哪些选项中的双方行为人构成共同犯罪？

- A. 甲见卖淫秽影碟的小贩可怜，给小贩 1000 元，买下 200 张淫秽影碟
- B. 乙明知赵某已结婚，仍与其领取结婚证
- C. 丙送给国家工作人员 10 万元钱，托其将儿子录用为公务员
- D. 丁帮助组织卖淫的王某招募、运送卖淫女

【答案】BCD

【解析】

A 项，贩卖淫秽物品牟利的行为与购买淫秽物品的行为之间属于片面的对向犯，只处罚贩卖者，而不处罚购买者，故甲与小贩之间不构成共犯。

B 项，重婚罪属于对向犯，乙和赵某构成重婚罪的共犯。

C 项，行贿罪与受贿罪属于对向犯，丙为谋取不正当利益而向他人提供财物，构成行贿罪，国家工作人员构成受贿罪，属于两个主体罪名和法定刑都不同的共犯。

D 项，丁帮助组织卖淫的王某招募、运送卖淫女，构成协助组织卖淫罪，其原本属于

组织卖淫罪的帮助犯，在刑法分则将其拟制为正犯后(法律拟制)，其和组织卖淫者之间的共同犯罪关系仍然存在，只是对其不能再引用《刑法》总则第 27 条关于“对于从犯，应当从轻减轻或者免除处罚”的规定，从而可以认为协助组织卖淫者和组织卖淫者成立共同正犯(如果没有该法律拟制规定，组织卖淫者和协助组织者之间是正犯和帮助犯的关系)。有考生可能认为，既然刑法分则已经将协助组织卖淫的行为拟制为正犯，设立了独立罪名，就不应认为其与组织卖淫者之间存在共犯关系。其实，这种拟制只是处断做法上的特别规定，并不能改变协助者与组织者事实上的共犯关系。

3. (2014/2/10) 关于共同犯罪的论述，下列哪一选项是正确的？

- A. 无责任能力者与有责任能力者共同实施危害行为的，有责任能力者均为间接正犯
- B. 持不同犯罪故意的人共同实施危害行为的，不可能成立共同犯罪
- C. 在片面的对向犯中，双方都成立共同犯罪
- D. 共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪，但不能据此否认片面的共犯

【答案】D

【解析】

成立共同犯罪，要求“二人以上”。成立共同犯罪并不意味着所有的共犯人都要承担刑事责任，至于哪些人应承担刑事责任取决于各个共犯人是否满足相应的犯罪主体、主观要件。一般认为，达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的人，支配没有达到刑事责任年龄、不具有刑事责任能力的人实施犯罪行为的，不构成共同犯罪，利用者成立间接正犯。但是，如果被利用者在事实上具有一定的辨认控制能力，利用者并没有支配被利用者时，二者能够成立共同犯罪。这样，在无责任能力者为不满 18 周岁的人时，对有责任能力者可以适用《刑法》第 29 条“教唆不满 18 周岁的人犯罪的，应当从重处罚”的规定。A 选项将有责任能力者与无责任能力者共同实施危害行为的一律认定为间接正犯，这是错误的。

成立共同犯罪，要求共犯人具有共同故意，但不要求共犯人的故意的内容完全相同。如果共犯人持不同的故意共同实施了某种行为，则只就他们所实施的性质相同的部分(或重合部分)成立共同犯罪(部分犯罪共同说)。B 选项错误。

“共同故意”是否要求共犯人进行双方联络、交流，达成犯罪合意，取决于是否承认片面共犯问题。

片面共犯是指参与同一犯罪的人中，一方认识到自己是在和他人共同犯罪，而另一方没有认识到有他人和自己共同犯罪。例如，甲明知乙正在追杀丙，由于其与丙有仇，便暗中设置障碍物将丙绊倒，从而使乙顺利地杀害丙。对此如何处理，中外刑法理论上都存在较大争议。有人否认片面共犯的概念，因为甲、乙之间不存在双向的交流，没有共同犯罪

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

故意；有人肯定片面共犯的概念，因为就甲单方而言，其与乙在追求丙的死亡这一点上是相同的，存在共同故意。我国刑法理论大多肯定片面帮助犯。

D 选项认为，共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪，但不能据此否认片面的共犯，这是正确的。

成立共同犯罪，还要求存在共同行为，即共犯人经过意思联络，相互协作，形成一个有机整体，共同指向法益侵害结果。当共犯人的行为表现为二人以上相互对向的行为时，就是对向犯。对向犯分三种情况：一是双方的罪名与法定刑相同，如重婚罪；二是双方的罪名与法定刑都不同，如贿赂罪中的行贿罪与受贿罪；三是只处罚一方的行为(片面的对向犯)，如贩卖淫秽物品牟利罪，只处罚贩卖者，不处罚购买者。在第三种情况下，不能根据刑法总则的规定将购买者作为教唆犯、帮助犯处罚，否则会违背立法意图。C 选项认为，在片面的对向犯中，双方都成立共同犯罪，这是错误的。综上，D 选项为本题正确选项。

考点二十八 共犯人的理论分类及其对法考的影响

一、常考知识点

1. 间接正犯。
2. 共犯从属性说。

二、真题印证

1. (2017/2/7) 甲欲杀丙，假意与乙商议去丙家“盗窃”，由乙在室外望风，乙照办。甲进入丙家将丙杀害，出来后骗乙说未窃得财物。乙信以为真，悻然离去。关于本案的分析，下列哪一选项是正确的？

A. 甲欺骗乙望风，构成间接正犯。间接正犯不影响对共同犯罪的认定，甲、乙构成故意杀人罪的共犯

B. 乙企图帮助甲实施盗窃行为，却因意志以外的原因未能得逞，故对乙应以盗窃罪的帮助犯未遂论处

C. 对甲应以故意杀人罪论处，对乙以非法侵入住宅罪论处。两人虽然罪名不同，但仍然构成共同犯罪

D. 乙客观上构成故意杀人罪的帮助犯，但因其仅有盗窃故意，故应在盗窃罪法定刑的范围内对其量刑

【答案】C

【解析】

依照部分犯罪共同说，如果二人以上持不同故意共同实施了不同的犯罪，当这些犯罪之间具有重合的性质时，那么，各行为人在重合的部分内成立共同犯罪。故首先可以肯定的是，甲乙二人都有非法侵入住宅的行为，在非法侵入住宅罪的范围内存在重合，故甲乙二人就非法侵入住宅罪成立共同犯罪。C项是正确的。

A项中，甲具有杀丙的故意，却欺骗乙为其“盗窃”望风，甲利用了不知情的乙去杀人，支配了乙的行为，成立故意杀人罪的间接正犯。诚然，间接正犯的成立并不意味着共同犯罪的否定，就本题而言，甲虽然成立故意杀人罪的间接正犯，但二人就非法侵入住宅罪仍然成立共同犯罪。但因甲乙二人之间并无共同的杀人行为，亦无共同的杀人故意，故甲乙二人就故意杀人罪并不成立共同犯罪。A项错误。

B项中，乙虽然具有帮助甲盗窃罪的主观故意，但实行犯甲并未实施盗窃行为，而是实施了故意杀人行为。根据共犯从属性说，客观上并不存在盗窃行为，乙自然也不成立盗窃罪的帮助犯。B项错误

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

D 项中，乙客观上构成故意杀人罪的帮助犯，但其主观上并无杀人的故意，自然不成立故意杀人罪，所谓因其仅有盗窃故意，故应在盗窃罪法定刑的范围内对其量刑的说法当然也不成立。

考点二十九 共犯人的法定分类及其刑事责任

一、常考知识点

1. 主犯及其刑事责任。
2. 从犯及其刑事责任(帮助行为的实行化)。
3. 胁从犯及其刑事责任。
4. 教唆犯及其刑事责任(教唆行为的实行化)。

二、真题印证

1. (2018/1/27) 关于黑社会性质的组织犯罪, 下列哪一说法是正确的?

- A. 甲是某有组织犯罪的首要分子, 该组织成立两年后甲中途离开, 后该组织未被认定为黑社会性质组织。甲不需要对其离开后该组织实施的犯罪行为负责
- B. 对黑社会性质组织的首要分子的处罚一定比其他成员的处罚要重
- C. 对黑社会性质组织的首要分子的处罚一定比实行者要重
- D. 是否具有保护伞不是认定黑社会性质组织的必备条件

【答案】D

【解析】

根据刑法第 26 条第 3 款的规定, 对组织、领导犯罪集团的首要分子, 按照集团所犯的全部罪行处罚。甲作为首要分子, 虽离开该组织两年, 但并未消除其影响力, 故仍应对其离开后该组织实施的犯罪行为负责, 至于该组织是否被认定为黑社会性质组织并不影响其刑事责任的承担。

根据刑法第 26 条第 3 款的规定, 对组织、领导犯罪集团的首要分子, 按照集团所犯的全部罪行处罚。但这并不意味着对黑社会性质组织的首要分子的处罚一定比其他成员, 包括实行犯的处罚要重。BC 是错误的。

根据刑法第 294 条第 5 款的规定, 黑社会性质的组织应当同时具备以下特征: ①组织结构: 形成比较稳定的犯罪组织, 人数较多, 有明确的组织者、领导者, 骨干成员基本固定; ②经济实力: 有组织地通过违法犯罪活动或者其他手段获取经济利益, 具有一定的经济实力, 以支持该组织的活动; ③行为方式: 以暴力、威胁或者其他手段, 有组织地多次进行违法犯罪活动, 为非作恶, 欺压、残害群众; ④影响程度: 通过实施违法犯罪活动, 或者利用国家工作人员的包庇或者纵容, 称霸一方, 在一定区域或者行业内, 形成非法控制或者重大影响, 严重破坏经济、社会生活秩序。“保护伞”并非必要特征。据此, D 项是正确的。

为了梦想，我要学习！

For Dream, I'm Studying!

2. (2013/2/9)《刑法》第29条第1款规定：“教唆他人犯罪的，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。教唆不满十八周岁的人犯罪的，应当从重处罚。”对于本规定的理解，下列哪一选项是错误的？

A. 无论是被教唆人接受教唆实施了犯罪，还是二人以上共同故意教唆他人犯罪，都能适用该款前段的规定

B. 该款规定意味着教唆犯也可能是从犯

C. 唆使不满14周岁的人犯罪因而属于间接正犯的情形时，也应适用该款后段的规定

D. 该款中的“犯罪”并无限定，既包括一般犯罪，也包括特殊身份的犯罪，既包括故意犯罪，也包括过失犯罪

【答案】D

【解析】

就文理解释而言，“教唆他人犯罪”既包括一人教唆他人产生犯意进而去实施犯罪的情形，也包括数人共同教唆他人故意犯罪的情形。在一人教唆他人去故意犯罪的情形下，如果被教唆人接受教唆实施了犯罪，则教唆犯与被教唆犯构成共同犯罪，对教唆犯应当按其共同犯起的作用处罚。在数人共教唆他人犯罪时，如甲、乙都教唆丙去杀害仇人，此时数名教唆犯之间构成共同犯罪，对于各个教唆犯，同样应当按照其在共同犯罪中所起的作用处罚。A项正确。教唆犯未必在共同犯罪中都起主要作用，完全可能存在起次要作用的教唆犯，因此对教唆犯“应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚”，意味着教唆犯也可能是从犯。B项正确。

关于如何理解“教唆不满18周岁的人犯罪的应当从重处罚”的规定，学界存在不同的看法。观点认为，既然是教唆他人“犯罪”，他人就必须具备犯罪主体要件，因此，“教唆不满18周岁的犯罪”是指“教唆已满14周岁不满18周岁的人犯罪”。按照这一观点，教唆14周岁以下的人犯罪不属于“教唆不满18周岁的人犯罪”，对其不能适用《刑法》第29条第1款“从重处罚”的规定。但是，这种观点会导致处罚的不均衡。教唆不满14周岁的人犯罪，危害重于教唆已满14周岁不满18周岁的人犯罪，因为前者使分辨是非能力更弱的人更早地踏入犯罪道路。对于教唆已满14周岁不满18周岁的人犯罪的人(危害相对较轻者)能够法定地“从重处罚”，而对教唆不满14周岁的人犯罪的人(危害相对较重者)反而不能法定地“从重处罚”并不合适。从文理解释而言，教唆不满18周岁的人犯罪包含教唆不满14周岁的人犯罪在内。即便教唆不满14周岁的人犯罪构成间接正犯，间接正犯与教唆犯也不是对立的概念(主张二者对立的观点认为，成立间接正犯就不再成立教唆犯，或者成立教唆犯就不再成立间接正犯，但教唆犯与间接正犯是依据不同标准作出的分类，二者并不存在对立之处)。因此，唆使不满14周岁的人犯罪因而属于间接正犯的情形时，也应适用《刑法》第29条第1款后段的规定，C项正确。

虽然在理论上存在肯定过失共同犯罪以及故意犯与过失犯成立共同犯罪的余地，但是就解释论而言，我国的共同犯罪只能是故意犯罪。说明教唆犯也只能是教唆他人故意犯罪。

3. （2013/2/55）关于共同犯罪，下列哪些选项是正确的？

A. 乙因妻丙外遇而决意杀之。甲对此不知晓，出于其他原因怂恿乙杀丙。后乙杀害丙。甲不构成故意杀人罪的教唆犯

B. 乙基于敲诈勒索的故意恐吓丙，在丙交付财物时，知情的甲中途加入帮乙取得财物。甲构成敲诈勒索罪的共犯

C. 乙、丙在五金店门前互殴，店员甲旁观。乙边打边掏钱向甲买一羊角锤。甲递锤时对乙说“你打伤人可与我无关”。乙用该锤将丙打成重伤。卖羊角锤是甲的正常经营行为，甲不构成故意伤害罪的共犯

D. 甲极力劝说丈夫乙（国家工作人员）接受丙的贿赂，乙坚决反对，甲自作主张接受该笔贿赂。甲构成受贿罪的间接正犯

【答案】AB

【解析】

教唆犯是指以授意、怂恿、劝说、利诱或者其他方法故意唆使他人犯罪的人。教唆行为的实质是引起他人的犯罪故意。A项中，乙已有杀人故意，甲的行为属于强化犯意，而不是使乙产生杀人故意，故甲不构成教唆犯，而是构成帮助犯。A项正确。

承继的共犯是指在前行为人已经实施了一部分实行行为之后，后行为人以共同实行的意思参与实行犯罪的情形。B项即属于此。乙基于敲诈勒索的故意恐吓丙，在丙交付财物时，知情的甲中途加入帮乙取得财物，因取财行为是敲诈勒索罪的实行行为的有机组成部分，甲、乙属于共同实施敲诈勒索行为，故构成敲诈勒索罪的共犯。B项正确。

甲明知乙、丙正在五金店门前互殴，其所提供的羊角锤对丙被打成重伤起了相当的作用，故对于甲出卖羊角锤的行为，应认定为故意伤害罪的帮助犯。C项错误。

间接正犯是指利用他人实行犯罪的情形。构成间接正犯，意味着间接正犯必须对被利用者所造成的法益侵害结果承担责任。能否认定行为人构成间接正犯，关键是能否认定行为人支配了事实，支配了犯罪构成的实现。甲极力劝说丈夫乙接受丙的贿赂，乙坚决反对，在本质上甲属于教唆未遂。甲虽自作主张接受该笔贿赂，但其无法支配乙利用职务行为为他人谋利益，故不属于间接正犯。D项错误。

考点三十 共同犯罪与犯罪形态

一、常考知识点

1. 共同犯罪既遂形态的判断。
2. 实行犯自动中止，其他共犯人犯罪形态的判断。
3. 共犯的脱离。

二、真题印证

1. (2018/1/29) 甲、乙、丙三人合谋放火制造事故后越狱，最后只有丙越狱成功。下列哪一说法是错误的？

- A. 甲、乙、丙三人的行为均构成脱逃罪既遂
- B. 丙的行为构成脱逃罪的既遂，甲、乙的行为构成脱逃罪的未遂
- C. 甲、乙的帮助、鼓励，对丙的脱逃成功起了作用，即便甲、乙没有脱逃成功，甲、乙的行为亦构成脱逃罪的既遂
- D. 认定甲、乙构成脱逃罪既遂与甲、乙未越狱成功并不矛盾，因为丙的越狱成功与甲乙二人的行为之间有因果关系

【答案】B

【解析】

因果共犯论，甲乙二人脱逃虽未成功，但甲乙二人作为共同正犯与丙的既遂结果至少存在心理上的因果关系，据此，甲乙二人脱逃虽未成功，但仍成立脱逃罪既遂。B项是错误的。

2. (2018/1/67) 甲、乙、丙、丁四人预谋杀戊，甲、乙用铁棒打，丙徒手，丁拿着刀在一边助威呐喊。最后造成戊死亡，尸检报告表明，只有一处头部致命伤，且是遭利器所致。无法证明是甲、乙二人谁的行为导致了被害人死亡，但肯定不是丙、丁的行为所致。下列说法正确的是？

- A. 丙、丁的行为没有导致被害人死亡，故二者的行为成立故意杀人罪未遂
- B. 甲、乙的行为导致了被害人死亡，但无法查清是谁的行为导致了被害人死亡结果，故甲、乙二人的行为成立故意杀人罪未遂
- C. 甲、乙、丙、丁四人的行为均成立故意杀人罪既遂，因为四人系故意杀人罪的共同犯罪
- D. 认定四人成立故意杀人罪既遂与存疑有利于被告的原则并不矛盾

【答案】CD

【解析】

实行犯既遂，其他共犯人的行为是否成立既遂，取决于其他共犯人的行为与既遂结果之间是否存在因果关系。在共同正犯的情况下，即使只有一人的行为造成了既遂结果，但因其他正犯的在场行为本身就与既遂结果之间存在心理上的因果性，故没有造成既遂结果的其他参与者也成立既遂；在查不清哪一个参与人导致既遂结果的的情况下，因所有在场的正犯都与既遂结果间至少存在心理上的因果关系，故所有的正犯都需要认定为犯罪既遂，此即所谓的部分实行，全部责任，这与存疑时有利于被告的原则并不矛盾。据此，CD项正确。

3. （2018/1/93）甲、乙共谋盗窃丙的银行卡，乙偷窥到丙的密码，甲盗窃了丙的卡。甲去 ATM 取钱，乙帮忙望风掩护，显示余额有 7 万，甲取了出了 2 万，但骗乙说卡里只有 1 万，并分了 5000 元给乙。后甲又自己取了 5 万。下列说法正确的是：

- A. 甲成立盗窃罪，金额是 7 万
- B. 乙成立盗窃罪，金额 2 万
- C. 乙成立盗窃罪，金额是 1 万
- D. 甲对乙成立诈骗罪

【答案】AB

【解析】

刑法第 196 条第 3 款规定，盗窃信用卡并使用的，依照本法第 264 条的规定定罪处罚，即认定为盗窃罪。本案中，甲乙共谋盗窃信用卡并使用，均成立盗窃罪。根据因果共犯论的观点，乙为甲望风，二人一共取出了 2 万元，二人的行为均与此结果之间有因果关系，故二人均需对此 2 万元承担刑事责任。此后，甲单独取出了 5 万元，但乙并没有加入进来，根据因果共犯论的观点，乙的行为与此 5 万元之间没有任何关系，故无需对此 5 万元承担刑事责任。据此，甲前后两次盗窃，盗窃金额为 7 万元；乙只参与了一次盗窃，盗窃金额为 2 万元。甲欺骗乙的行为并不能否认二人共同盗窃 2 万元的犯罪事实，甲对乙不成立诈骗罪。

4. （2016/2/7）甲、乙、丙共同故意伤害丁，丁死亡。经查明，甲、乙都使用铁棒，丙未使用任何凶器；尸体上除一处致命伤外，再无其他伤害；可以肯定致命伤不是丙造成的，但不能确定是甲造成还是乙造成的。关于本案，下列哪一选项是正确的？

- A. 因致命伤不是丙造成的，尸体上也没有其他伤害，故丙不成立故意伤害罪
- B. 对甲与乙虽能认定为故意伤害罪，但不能认定为故意伤害（致死）罪
- C. 甲、乙成立故意伤害（致死）罪，丙成立故意伤害罪但不属于伤害致死

D. 认定甲、乙、丙均成立故意伤害（致死）罪，与存疑时有利于被告的原则并不矛盾

【答案】D

【解析】

甲乙丙三人属于共同正犯，共同正犯的归责原则是：部分实行承担全部责任，甲、乙、丙均对丁死亡结果起作用，均成立故意伤害（致死）罪，均应对丁死亡结果承担故意伤害罪结果加重犯罪责。至于拿棒子还是没有拿棒子，拿棒子打中还是没有打中，是共犯人甲乙丙中哪个人致死不能确定，都不影响三人均成立故意伤害罪（致人死亡）。这与存疑时有利于被告的原则并不矛盾。D 正确，与 D 对立的 ABC 错。

5. （2014/2/54）下列哪些选项中的甲属于犯罪未遂？

- A. 甲让行贿人乙以乙的名义办理银行卡，存入 50 万元，乙将银行卡及密码交给甲。甲用该卡时，忘记密码，不好意思再问乙。后乙得知甲被免职，将该卡挂失取回 50 万元
- B. 甲、乙共谋傍晚杀丙，甲向乙讲解了杀害丙的具体方法。傍晚乙如约到达现场，但甲却未去。乙按照甲的方法杀死丙
- C. 乙欲盗窃汽车，让甲将用于盗窃汽车的钥匙放在乙的信箱。甲同意，但错将钥匙放入丙的信箱，后乙用其他方法将车盗走
- D. 甲、乙共同杀害丙，以为丙已死，甲随即离开现场。一个小时后，乙在清理现场时发现丙未死，持刀杀死丙

【答案】CD

【解析】

受贿罪保护的法益是职务的不可收买性。只要国家工作人员非法收受他人财物，即会动摇公众对国家工作人员职务行为公正性的信赖，使公众认为钱权是可以交易的、国家工作人员的职务是可以收买的。因此，国家工作人员非法收受他人财物时，即可认为受贿罪所保护的法益已经受到了毁灭性的侵犯，国家工作人员构成受贿罪既遂。在 A 项中，乙将存有 59 万元的银行卡及密码交给甲，虽然银行卡的名义人是乙，但甲已经取得银行卡与密码，事实上已经能够实际支配、控制 50 万元，属于已经收受他人财物受贿罪的保护法益已被毁灭，故甲构成受贿既遂。至于甲事后忘记密码、无法用卡，属于干扰项，不影响受贿既遂的认定。

成立共犯的脱离，首先要求脱离者有脱离共同犯罪的意思，其次要求脱离行为必须为未脱离者知晓，最后要求脱离者必须切断与未脱离者的相互补充、相互利用关系。甲向乙讲解了杀害丙的具体方法，其未能消除乙对杀人具体方法的利用。因此，甲不符合共犯脱离的要件，未能脱离共同犯罪，应承担故意杀人既遂的刑事责任。故 B 项不属于未遂。

在共同犯罪中，一人既遂时，所有共犯人皆既遂，是以所有共犯人都与犯罪结果的发生存在因果关系为前提的。如果某一共犯人的行为与犯罪结果没有因果关系，则不能将其评价为犯罪既遂。在 C 选项中，甲错将钥匙放入丙的信箱，乙用其他方法将车盗走，没使用甲提供的钥匙，盗窃既遂结果与甲的行为缺乏因果关系，故甲属于盗窃未遂。

在共同犯罪完成之后，应当认定共犯人相互补充、相互利用的关系已经结束，共犯关系解消。此后，某一共犯人或者部分共犯人再产生新的犯意并基于此犯意实施犯罪的，未参与该项罪行的其他共犯人，对此不负刑事责任。甲、乙共同杀害丙，以为丙已死，甲随即离开现场。对此，应认定甲、乙故意杀人的共犯关系已经解消。一个小时后，乙在清理现场时发现丙未死，持刀杀死丙，这属于乙个人另起犯意实施新的犯罪，甲对此不承担刑事责任。由于甲离开现场时，未能将丙杀死，甲构成故意杀人未遂。综上，C、D 选项中甲的行为属于犯罪未遂，CD 选项为正确选项。

6. (2011/2/55)关于共同犯罪的判断，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲教唆赵某入户抢劫，但赵某接受教唆后实施拦路抢劫。甲是抢劫罪的共犯
- B. 乙为吴某入户盗窃望风，但吴某入户后实施抢劫行为。乙是盗窃罪的共犯
- C. 丙以为钱某要杀害他人为其提供了杀人凶器，但钱某仅欲伤害他人而使用了丙提供的凶器。丙对钱某造成的伤害结果不承担责任
- D. 丁知道孙某想偷车，便将盗车钥匙给孙某，后又在孙某盗车前要回钥匙，但孙某用其它方法盗窃了轿车。丁对孙某的盗车结果不承担责任

【答案】ABD

【解析】

选项 A 正确。《刑法》第二十九条规定，教唆他人犯罪的，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。教唆不满十八周岁的人犯罪的，应当从重处罚。如果被教唆的人没有犯被教唆的罪，对于教唆犯，可以从轻或者减轻处罚。甲教唆赵某入户抢劫，赵某接受教唆后实施的是拦路抢劫，无论是在什么地方采用何种方式实施抢劫行为的，都成立抢劫罪，抢劫的地点及方式对该罪的构成不产生影响。因此，甲仍然成立抢劫罪的共犯。

选项 B 正确。乙只是为吴某入户盗窃放风，但吴某入户后实施的行为已经超出了乙所认知的范围，属于超出共同犯罪内容的行为，系实行过限。因此，乙和吴某只在盗窃的范围内成立共同犯罪，吴某抢劫行为的刑事责任由吴某自己承担。

选项 C 错误。丙以为钱某要实施杀人行为，为钱某提供了杀人凶器，但钱某仅实施了故意伤害行为。因此，丙与钱某在故意伤害的范围内成立共同犯罪，而不是丙不承担刑事责任。

选项 D 正确。因为丁系共犯脱离，其行为与孙某的盗车结果之间并无因果关系。因此，丁对孙某的盗车结果不承担刑事责任。

7. （2017/2/6）甲欲前往张某家中盗窃。乙送甲一把擅自配制的张家房门钥匙，并告甲说，张家装有防盗设备，若钥匙打不开就必须放弃盗窃，不可入室。甲用钥匙开张家房门，无法打开，本欲依乙告诫离去，但又不甘心，思量后破窗进入张家窃走数额巨大的财物。关于本案的分析，下列哪一选项是正确的？

- A. 乙提供钥匙的行为对甲成功实施盗窃起到了促进作用，构成盗窃罪既遂的帮助犯
- B. 乙提供的钥匙虽未起作用，但对甲实施了心理上的帮助，构成盗窃罪既遂的帮助犯
- C. 乙欲帮助甲实施盗窃行为，因意志以外的原因未能得逞，构成盗窃罪的帮助犯未遂
- D. 乙的帮助行为的影响仅延续至甲着手开门盗窃时，故乙成立盗窃罪未遂的帮助犯

【答案】D

【解析】

共犯处罚的原因在于共犯行为与正犯行为及结果之间存在物理的，或者心理的因果关系，故如果共犯行为与正犯的既遂结果之间缺乏因果性，则不得要求共犯对正犯的既遂结果承担刑事责任。

本题中，乙虽为甲提供了盗窃所需的钥匙，但所提供的钥匙与甲的盗窃结果之间并不存在因果关系，甲最终盗窃张某家数额巨大财物系“破窗进入”的结果。且乙在甲盗窃之前已经明确告诉甲“若钥匙打不开就必须放弃盗窃，不可入室”。故盗窃既遂结果系甲的后一行为单独造成，与乙提供钥匙的行为之间既无心理的因果性，亦无物理的因果性。故本题中，甲、乙二人的共同盗窃行为未遂状态，乙的帮助行为仅延续至甲着手开门盗窃时，乙成立盗窃未遂的帮助犯。故乙仅承担盗窃未遂的刑事责任。

帮助犯的未遂，是指帮助犯虽然实施了帮助行为，但实行犯并未着手实行犯罪，或者实行了与帮助行为无关的其他犯罪。此时，因正犯并未着手，根据共犯的从属性，此时帮助犯实际上并不成立。未遂的帮助犯，是指帮助犯对正犯的实行行为进行了帮助，帮助犯着手之后止于未遂的情形。本题中，甲的盗窃行为已经着手，故乙成立盗窃罪未遂的帮助犯，而非帮助犯的未遂。C 项错误。

考点三十一 想象竞合犯

一、常考知识点

1. 想象竞合犯的特征。
2. 想象竞合犯与法条竞合犯的关系。

二、真题印证

1. (2016/2/11) 关于法条关系, 下列哪一选项是正确的(不考虑数额)?

A. 即使认为盗窃与诈骗是对立关系, 一行为针对同一具体对象(同一具体结果) 也完全可能同时触犯盗窃罪与诈骗罪

B. 即使认为故意杀人与故意伤害是对立关系, 故意杀人罪与故意伤害罪也存在法条竞合关系

C. 如认为法条竞合仅限于侵害一犯罪客体的情形, 冒充警察骗取数额巨大的财物时, 就会形成招摇撞骗罪与诈骗罪的法条竞合

D. 即便认为贪污罪和挪用公款罪是对立关系, 若行为人使用公款赌博, 在不能查明其是否具有归还公款的意思时, 也能认定构成挪用公款罪

【答案】D

【解析】

如果认为两个条文之间具有对立关系, 条文之间就不会出现交叉或者重叠现象, 因而不可能出现一行为既触犯此法条又触犯彼法条的现象。因此, 如果认为盗窃与诈骗是对立关系, 一行为针对同一具体对象(同一具体结果), 就不可能同时触犯盗窃罪与诈骗罪。基于同样的道理, 如果认为故意杀人与故意伤害存在相互排斥的对立关系, 一行为就不可能同时触犯故意杀人罪与故意伤害罪的条文, 无法出现法条竞合现象。据此, A、B 选项均错误。

如果认为法条竞合仅限于侵害一犯罪客体的情形, 则冒充警察骗取财物的行为, 因侵犯了国家机关的威信与公私财产所有权两个不同的犯罪客体, 一行为同时触犯招摇撞骗罪与诈骗罪就不属于法条竞合, 而是想象竞合。C 选项错误。

按照存疑时有利于被告的原则, 行为人使用公款赌博, 在不能查明其是否具有归还公款的意思时, 应认定行为人没有非法占有目的(从而不构成贪污罪); 因该行为符合挪用公款罪的犯罪构成, 故能够追究行为人挪用公款罪的刑事责任。可见, 即便认为贪污罪与挪用公款罪存在对立关系, 也能肯定挪用公款罪的成立。D 选项正确。

2. (2015/2/3) 警察带着警犬(价值 3 万元) 追捕逃犯甲。甲枪中只有一发子弹, 认

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

识到开枪既可能只打死警察（希望打死警察），也可能只打死警犬，但一枪同时打中二者，导致警察受伤、警犬死亡。关于甲的行为定性，下列哪一选项是错误的？

- A. 如认为甲只有一个故意，成立故意杀人罪未遂
- B. 如认为甲有数个故意，成立故意杀人罪未遂与故意毁坏财物罪，数罪并罚
- C. 如甲仅打中警犬，应以故意杀人罪未遂论处
- D. 如甲未打中任何目标，应以故意杀人罪未遂论处

【答案】B

【解析】

甲的开枪行为具有致人死亡与打死警犬(毁坏财物)的客观危险，行为人对此存在相应的主观认识，但由于客观上只存在个开枪行为，应当认定这一情形属于想象竞合犯。对于想象竞合犯，应按行为所触犯的罪名中的一个重罪论处，不能数罪并罚。如果认为甲只有一个故意，按照从一重罪处断的要求，当然应当认定甲具有重罪故意(具有杀人故意)，由于警察并未死亡，故甲成立故意杀人罪未遂。A 选项正确。在甲仅打中警犬或者未打中任何目标时，同样成立故意毁坏财物罪(未打中任何目标构成故意毁坏财物罪未遂)与故意杀人罪未遂的想象竞合犯，对此均应以故意杀人罪未遂论处。据此，C、D 选项正确。即便能够认定甲具有数个故意，对想象竞合犯也不应数罪并罚，B 选项错误，为本题正确选项。

3. （2013/2/56）关于想象竞合犯的认定，下列哪些选项是错误的？

A. 甲向乙购买危险物质，商定 4000 元成交。甲先后将 2000 元现金和 4 克海洛因（折抵现金 2000 元）交乙后收货。甲的行为成立非法买卖危险物质罪与贩卖毒品罪的想象竞合犯，从一重罪论处

B. 甲女、乙男分手后，甲向乙索要青春补偿费未果，将其骗至别墅，让人看住乙。甲给乙母打电话，声称如不给 30 万元就准备收尸。甲成立非法拘禁罪和绑架罪的想象竞合犯，应以绑架罪论处

C. 甲为劫财在乙的茶水中投放 2 小时后起作用的麻醉药，随后离开乙家。2 小时后甲回来，见乙不在（乙喝下该茶水后因事外出），便取走乙 2 万元现金。甲的行为成立抢劫罪与盗窃罪的想象竞合犯

D. 国家工作人员甲收受境外组织的 3 万美元后，将国家秘密非法提供给该组织。甲的行为成立受贿罪与为境外非法提供国家秘密罪的想象竞合犯

【答案】ABCD

【解析】

本题主要考查想象竞合犯的认定。A 项中，甲实施的是两个行为，而非一个行为，一个是非法买卖危险物质罪，另外一个是将海洛因折抵现金的行为，属于贩卖毒品行为，

应该数罪并罚，A 项错误；B 项中，由于绑架罪与非法拘禁罪是法条竞合犯，绑架罪必然包含了非法拘禁行为，因此，甲的行为仅仅触犯了绑架罪一罪，不存在想象竞合的问题。B 项错误；C 项中，甲实施了两个行为，前行为构成了抢劫罪的预备行为，后面的行为又构成了盗窃罪既遂，二者应该实行数罪并罚。C 项错误；D 项中，甲实施了两个行为，构成了两个罪，应数罪并罚。D 项错误。

考点三十二 结果加重犯

一、常考知识点

1. 结果加重犯的特征。

二、真题印证

1. (2015/2/8) 关于结果加重犯，下列哪一选项是正确的？

A. 故意杀人包含了故意伤害，故意杀人罪实际上是故意伤害罪的结果加重犯

B. 强奸罪、强制猥亵罪的犯罪客体相同，强奸、强制猥亵行为致妇女重伤的，均成立结果加重犯

C. 甲将乙拘禁在宾馆 20 楼，声称只要乙还债就放人。乙无力还债，深夜跳楼身亡。甲的行为不成立非法拘禁罪的结果加重犯

D. 甲以胁迫手段抢劫乙时，发现仇人丙路过，于是立即杀害丙。甲在抢劫过程中杀害他人，因抢劫致人死亡包括故意致人死亡，故甲成立抢劫致人死亡的结果加重犯

【答案】C

【解析】

本题考查结果加重犯的刑法理论。结果加重犯，是指法律规定的一个犯罪行为（基本犯），由于发生了严重结果而加重法定刑的犯罪类型。对于结果加重犯，其特征包括：（1）实施基本犯罪行为，但造成了犯罪成立条件之外的加重结果；（2）基本犯罪行为与加重结果之间具有直接必然的因果关系；（3）行为人对基本犯罪具有故意或过失，对加重结果则至少有过失；（4）刑法就发生加重结果加重了法定刑。

关于 A 项。故意杀人与故意伤害并非对立的关系，而是包含的关系。确切地说，杀人行为包含伤害行为，杀人故意包含了伤害故意。但是，不能据此就简单地认为，故意杀人罪就是故意伤害罪的结果加重犯。因此，正确的说法应该是：故意伤害致人重伤、故意伤害致人死亡是故意伤害罪的结果加重犯。因此，A 项的表述错误，不当选。

关于 B 项。刑法没有规定强制猥亵致人重伤应该如何处刑，或者说刑法未对强制猥亵行为致人重伤的情形加重处罚，因此强制猥亵致被害人重伤的不是结果加重犯。因此，B 项的表述错误，不当选。

关于 C 项。根据《刑法》第 237 条规定，非法拘禁罪的结果加重犯，是非法拘禁致人重伤、死亡。此条应当理解为非法拘禁行为本身致被害人重伤、死亡，即重伤、死亡结果与非法拘禁行为之间必须具有直接必然的因果关系时，才能成立非法拘禁罪的结果加重犯。因被害人自身原因造成伤残、死亡结果的，因缺乏直接的因果关系要件，不得认定为结果加重犯。本案中，乙因无力还债而于半夜跳楼身亡，该死亡结果并不是甲的非法拘禁行为直接造成的，故而甲的行为不成立非法拘禁罪的结果加重犯。因此，C 项的表述正确，当

选。

关于 D 项。根据《刑法》第 262 条规定，抢劫致人死亡是抢劫罪的结果加重犯。这里的“致人死亡”，包括过失和故意。抢劫罪的手段行为与强取财物的目的行为，无论哪一个行为导致死亡的，都可认定为抢劫致人死亡。本案中，甲在抢劫乙的过程中发现仇人丙路过，将丙杀死的行为，并非抢劫基本行为致人死亡，而是另起犯意的故意杀人行为，并非抢劫致人死亡的结果加重犯。因此，D 项的表述错误，不当选。

考点三十三 牵连犯

一、常考知识点

1. 牵连关系的判断。
2. 数罪并罚的特殊牵连情形。

二、真题印证

1. （2013/2/10）关于罪数判断，下列哪一选项是正确的？

- A. 冒充警察招摇撞骗，骗取他人财物的，适用特别法条以招摇撞骗罪论处
- B. 冒充警察实施抢劫，同时构成抢劫罪与招摇撞骗罪，属于想象竞合犯，从一重罪论处
- C. 冒充军人进行诈骗，同时构成诈骗罪与冒充军人招摇撞骗罪的，从一重罪论处
- D. 冒充军人劫持航空器的，成立冒充军人招摇撞骗罪与劫持航空器罪，实行数罪并罚

【答案】C

【解析】

本题主要考查各类罪数形态的认定和法律适用。A项中，招摇撞骗罪与诈骗罪侵犯的法益不同。招摇撞骗罪侵犯的法益是国家机关的公共信赖，诈骗罪侵犯的法益是财产。冒充国家机关工作人员骗取数额较大财产的行为，明显侵害了两个犯罪的保护法益，应当认定为想象竞合犯，而非法条竞合犯，A项错误。B项中，冒充警察实施抢劫，属于刑法第263条所规定的“冒充军警人员实施抢劫”的加重构成情形，属于情节加重犯；亦即，行为人冒充警察是为了压制被害人的反抗，而非诈骗，与招摇撞骗罪之间没有关系，不构成想象竞合犯，B项错误。C项中，由于诈骗罪与刑法第372条规定的冒充军人招摇撞骗罪分属不同的章节，保护的主要法益不同，前者是保护财产权利，后者是保护国防利益，因此，二者之间构成了想象竞合犯，应从一重罪处罚，C项正确。D项中，行为人冒充军人的目的不为了劫持航空器，不成立冒充军人招摇撞骗罪，不可能实行数罪并罚，D项错误。

2. （2016/2/54）关于罪数，下列哪些选项是正确的（不考虑数额或情节）？

- A. 甲使用变造的货币购买商品，触犯使用假币罪与诈骗罪，构成想象竞合犯
- B. 乙走私毒品，又走私假币构成犯罪的，以走私毒品罪和走私假币罪实行数罪并罚
- C. 丙先后三次侵入军人家中盗窃军人制服，后身穿军人制服招摇撞骗。对丙应按牵连犯从一重罪处罚
- D. 丁明知黄某在网上开设赌场，仍为其提供互联网接入服务。丁触犯开设赌场罪与帮助信息网络犯罪活动罪，构成想象竞合犯

【答案】BD

【解析】

使用假币罪中的假币，仅含伪造的假币，不含变造的假币。甲使用数额较大的变造的货币购买商品，不能构成使用假币罪。A 项错误。

2008 年 12 月 1 日最高人民法院《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会议纪要》规定：“走私毒品，又走私其他物品构成犯罪的，以走私毒品罪和其所犯的其他走私罪分别定罪，依法数罪并罚。”根据这一司法解释，走私毒品，又走私假币构成犯罪的，应以走私毒品罪和走私假币罪实行数罪并罚。B 选项正确。

在 C 选项中，丙先后三次盗窃军人制服，而后身穿军人制服招摇撞骗，盗窃军人制服的行为与冒充军人招摇撞骗的行为之间虽然存在一定联系，但是，冒充军人招摇撞骗通常并不需要采取盗窃军人制服的方式进行，手段行为与目的行为之间的牵连关系欠缺通常性，应否定牵连犯的成立，对此应当数罪并罚。据此，C 选项错误。

帮助信息网络犯罪活动罪是指自然人或者单位明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等帮助，情节严重的行为。丁明知黄某在网上开设赌场，仍为其提供互联网接入服务。丁的这一行为同时触犯开设赌场罪与帮助信息网络犯罪活动罪，构成想象竞合犯。D 选项正确。

3. (2010/2/19) 甲承租乙的房屋后，伪造身份证与房产证交与中介公司，中介公司不知有假，为其售房给不知情的丙，甲获款 300 万元。关于本案，下列哪一选项是错误的？

- A. 甲的行为触犯了伪造居民身份证罪与伪造国家机关证件罪，同时是诈骗罪的教唆犯
- B. 甲是诈骗罪、伪造居民身份证罪与伪造国家机关证件罪的正犯
- C. 伪造居民身份证罪、伪造国家机关证件罪与诈骗罪之间具有牵连关系
- D. 由于存在牵连关系，对甲的行为应以诈骗罪从重处罚

【答案】A

【解析】

本题中，甲伪造身份证与房产证的行为已经构成伪造公民身份证件罪和伪造国家机关证件罪。因为中介公司不知有假，因此该公司与甲不成立共犯关系，因此甲也不成立教唆犯，A 错误。

正犯包括直接正犯和间接正犯。本题中，甲亲自实施了伪造身份证与房产证的行为，并利用不知情的中介公司实施了诈骗行为，成立诈骗罪的间接正犯，故 B 正确。

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

牵连犯，是指以实施某一犯罪为目的，其方法行为或结果行为又触犯其他罪名的犯罪形态。本题中，甲伪造身份证与房产证，其目的是为了伪造自己是房主的假象，从而实施诈骗行为，因此伪造行为和诈骗行为之间存在牵连关系，对甲应该择一重罪处罚，故 C 正确，D 正确。

考点三十四 吸收犯

一、常考知识点

1. 吸收犯关系的判断(行为人盗窃枪支后又私藏的; 伪造货币后又出售或运输的)。
2. 不可罚的事后行为。

二、真题印证

1. (2010/2/5) 下列哪些情形属于吸收犯?
 - A. 制造枪支、弹药后又持有、私藏所制造的枪支、弹药的
 - B. 盗窃他人汽车后, 谎称所盗汽车为自己的汽车出卖他人的
 - C. 套取金融机构信贷资金后又高利转贷他人的
 - D. 制造毒品后又持有该毒品的

【答案】AD

【解析】

本题考查处断一罪中的吸收犯。吸收犯是指事实上存在数个不同的行为, 其中一行为吸收其他行为, 仅成立吸收行为一个罪名的犯罪。其中, 前行为可能是后行为发展的所经阶段, 后行为可能事前行为发展的当然结果。A 选项, 非法制造枪支、弹药后持有、私藏的, 形成吸收关系, 属于吸收犯, 仅以非法制造枪支、弹药罪论处。A 当选。B 选项中, 盗窃汽车后再隐瞒真相出卖汽车就不再是掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪, 而是诈骗罪。应以盗窃罪与诈骗罪并罚。C 选项套取金融机构信贷资金高利转贷他人是《刑法》第 175 条高利转贷罪的实行行为, 只评价为一个行为, 不成立吸收犯。如果行为人不是以转贷牟利为目的, 则不成立犯罪。D 选项, 实施制造毒品行为会伴随着持有毒品, 因此持有行为被制造行为吸收, 成立吸收犯。D 选项当选。

2. (2015/2/9) 甲窃得一包冰毒后交乙代为销售, 乙销售后得款 3 万元与甲平分。关于本案, 下列哪一选项是错误的?

- A. 甲的行为触犯盗窃罪与贩卖毒品罪
- B. 甲贩卖毒品的行为侵害了新的法益, 应与盗窃罪实行并罚
- C. 乙的行为触犯贩卖毒品罪、非法持有毒品罪、转移毒品罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪
- D. 对乙应以贩卖毒品罪一罪论处

【答案】C

【解析】

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

甲窃得一包冰毒后交乙代为销售，甲前后的行为分别符合盗窃罪与贩卖毒品罪的构成要件，触犯盗窃罪与贩卖毒品罪。

甲盗窃毒品的行为侵犯的是他人的财产法益(此时的“毒品”应评价财物)，甲将毒品卖出的行为侵犯了国家对毒品的管制秩序，由于事后行为侵犯了新的法益，因而具有可罚性，而不是不可罚的，故应以贩卖毒品罪与前面的盗窃罪数罪并罚。乙帮甲销售毒品，甲、乙二人成立贩卖毒品罪的共同犯罪，因此，乙的行为性质属于贩卖毒品，故不成立掩饰、隐瞒犯罪所得罪与转移毒品罪。据此，C选项错误。

即便认定乙的行为触犯非法持有毒品罪，由于乙只存在一个行为，对乙也应以贩卖毒品罪一罪论处。

考点三十五 包容犯

一、常考知识点

1. 绑架杀伤拘禁，强拐诱迫别慌。抢劫伤害杀人，组织运送毒黄。

二、真题印证

1. （2006/2/7）对下列哪一情形应当实行数罪并罚？

- A. 在走私普通货物、物品过程中，以暴力、威胁方法抗拒缉私的
- B. 在走私毒品过程中，以暴力方法抗拒检查，情节严重的
- C. 在组织他人偷越国（边）境过程中，以暴力方法抗拒检查的
- D. 在运送他人偷越国（边）境过程中，以暴力方法抗拒检查的

【答案】A

【解析】

根据《刑法》第 157 条第 2 款规定，以暴力、威胁方法抗拒缉私的，以走私罪和刑法第 277 条规定的阻碍国家机关工作人员依法执行职务罪，依照数罪并罚的规定处罚。所以 A 项情形应当数罪并罚。

第 347 条第 2 款规定，走私、贩卖、运输、制造毒品，有下列情形之一的，处 15 年有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处没收财产：……（四）以暴力抗拒检查、拘留、逮捕，情节严重的；……。可知以暴力抗拒检查、拘留、逮捕，情节严重的，应当以走私、贩卖、运输、制造毒品罪一罪定罪处罚，所以 B 项不入选。

第 318 条规定，组织他人偷越国（边）境的，处 2 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处 7 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产：……（五）以暴力、威胁方法抗拒检查的；……。所以 C 中的暴力情节是组织他人偷越国边境罪的加重情节，仍是一罪，不入选。

第 321 条第 2 款规定，在运送他人偷越国（边）境中造成被运送人重伤、死亡，或者以暴力、威胁方法抗拒检查的，处 7 年以上有期徒刑，并处罚金。所以，D 项中的暴力也同样是加重情节，应定一罪，不选。故本题正确答案为 A。

考点三十六 转化犯

一、常考知识点

1. 常见的转化犯。

二、真题印证

1. （2010/2/58）下列哪些情形不能数罪并罚？

- A. 投保人甲，为了骗取保险金杀害被保险人
- B. 十五周岁的甲，盗窃时拒捕杀死被害人
- C. 司法工作人员甲，刑讯逼供致被害人死亡
- D. 运送他人偷越边境的甲，遇到检查将被运送人推进大海溺死

【答案】BC

【解析】

A 选项，《刑法》第 198 条规定：“有下列情形之一，进行保险诈骗活动，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处一万元以上十万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处二万元以上二十万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑，并处二万元以上二十万元以下罚金或者没收财产：（四）投保人、被保险人故意造成财产损失的保险事故，骗取保险金的；（五）投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病，骗取保险金的。有前款第四项、第五项所列行为，同时构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。”因此 A 选项情形需要数罪并罚，不当选。

B 选项，依照《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》第 10 条规定：“已满十四周岁不满十六周岁的人盗窃、诈骗、抢夺他人财物，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，当场使用暴力，故意伤害致人重伤或者死亡，或者故意杀人的，应当分别以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。”因此甲应认定为故意杀人罪一罪，不能数罪并罚，B 选项应选。

C 选项，《刑法》第 247 条规定：“司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供或者使用暴力逼取证人证言的，处三年以下有期徒刑或者拘役。致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪从重处罚。”因此 C 选项情形应以故意杀人罪一罪处罚，不能数罪并罚，C 选项应选。

D 选项，《刑法》第 321 条第 3 款规定：“犯前两款罪，对被运送人有杀害、伤害、强奸、拐卖等犯罪行为，或者对检查人员有杀害、伤害等犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。”因此，在运送他人偷越国（边）境过程中杀害他人的，应当数罪并罚，D 选项不当选。本题应选 BC。

考点三十七 死刑

一、常考知识点

1. 死刑适用对象、程序的限制。
2. 死缓的三种法律后果。

二、真题印证

1. (2012/2/11) 《刑法》第 49 条规定：_____ 的时候不满 18 周岁的人和 _____ 的时候怀孕的妇女，不适用死刑。_____ 的时候已满 75 周岁的人，不适用死刑，但 _____ 的除外。下列哪一选项与题干空格内容相匹配？

- A. 犯罪——审判——犯罪——故意犯罪致人死亡
- B. 审判——审判——犯罪——故意犯罪致人死亡
- C. 审判——审判——审判——以特别残忍手段致人死亡
- D. 犯罪——审判——审判——以特别残忍手段致人死亡

【答案】D

【解析】

本题主要考察《刑法修正案（八）》对限制死刑适用对象的修改，根据修正后刑法第 49 条的规定即可得出正确答案。

2. (2010/2/9) 甲女因抢劫杀人被逮捕，羁押期间不慎摔伤流产。一月后，甲被提起公诉。对甲的处理，下列哪一选项是正确的？

- A. 应当视为“审判时怀孕的妇女”，不适用死刑
- B. 应当视为“审判时怀孕的妇女”，可适用死刑缓期二年执行
- C. 不应当视为“审判时怀孕的妇女”，因甲并非被强制流产
- D. 不应当视为“审判时怀孕的妇女”，因甲并非在审判时摔伤流产

【答案】A

【解析】

本罪考查不适用死刑的对象。根据《刑法》第 49 条规定，犯罪的时候不满十八周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑。“审判的时候”不应仅从字面上理解为法院审理案件的过程中，而应扩大解释到从犯罪嫌疑人、被告人被采取羁押措施开始一直到判决确定时止(整个诉讼过程)。“怀孕”是指一种自然状态，只要犯了罪的妇女在羁押期间怀孕，或者在羁押期间怀过孕，不论怀孕是否违反国家计划生育政策，不论是否分娩，不论是否流产，也不论是否是出于非法目的、是否通过不正当手段达到怀孕状态，一律不得适

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

用死刑。如果在羁押期间做人工流产的，仍应视为“审判的时候怀孕的妇女”。此外，根据有关司法解释，怀孕妇女因涉嫌犯罪在羁押期间自然流产后，又因同一事实被起诉、交付审判的，仍应当视为“审判的时候怀孕的妇女”，依法不适用死刑。因此本题中，甲女在羁押期间不慎摔伤流产，应当视为“审判时怀孕的妇女”，CD 选项错误。此外，“不适用死刑”是指既不能判处死刑立即执行，也不能判处死刑缓期二年执行。因此 B 选项错误。甲女不得适用死刑，A 选项正确。

考点三十八 附加刑及其他

一、常考知识点

1. 罚金刑。
2. 剥夺政治权利。
3. 没收财产刑。
4. 职业禁止。

二、真题印证

1. (2016/2/9) 关于职业禁止，下列哪一选项是正确的？

- A. 利用职务上的便利实施犯罪的，不一定都属于“利用职业便利”实施犯罪
- B. 行为人违反职业禁止的决定，情节严重的，应以拒不执行判决、裁定罪定罪处罚
- C. 判处有期徒刑并附加剥夺政治权利，同时决定职业禁止的，在有期徒刑与剥夺政治权利均执行完毕后，才能执行职业禁止
- D. 职业禁止的期限均为 3 年至 5 年

【答案】B

【解析】

利用职务上的便利实施犯罪的，一定都属于“利用职业便利”实施犯罪，A 项是错误的。根据刑法第 37 条之一第 1 款的规定，职业禁止自刑罚执行完毕之日或者假释之日起起算，这就意味着在犯罪分子被假释，即有期徒刑还没有执行完毕的情况下，职业禁止也可开始执行。C 项是错误的。另据刑法第 37 条之一第 3 款规定，“其他法律、行政法规对其从事相关职业另有禁止或者限制性规定的，从其规定”。D 项是错误的。

2. (2016/2/8) 《刑法》第 64 条前段规定：“犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔”。关于该规定的适用，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲以赌博为业，但手气欠佳输掉 200 万元。输掉的 200 万元属于赌资，应责令甲全额退赔
- B. 乙挪用公款炒股获利 500 万元用于购买房产（案发时贬值为 300 万元），应责令乙退赔 500 万元
- C. 丙向国家工作人员李某行贿 100 万元。除向李某追缴 100 万元外，还应责令丙退赔 100 万元
- D. 丁与王某共同窃取他人财物 30 万元。因二人均应对 30 万元负责，故应向二人各追缴 30 万元

为了梦想，我要学习！
For Dream, I' m Studying!

【答案】B

【解析】

甲在赌场输掉 200 万元，没有违法所得，故不应追缴或者责令退赔。A 选项错误。乙挪用公款炒股获利 500 万元，由于 500 万元已经用于购买房产，作为违法所得的 500 万元本身已经不复存在时，对该违法所得不能追缴，只能责令其退赔，退赔数额为违法所得的 500 万元。B 选项正确。追缴或退赔的数额以违法所得为限，只能向李某追缴 100 万元受贿款。行贿人丙没有违法所得，故不能责令丙退赔 100 万元。C 选项错误。丁与王某共同盗窃犯罪，违法所得为 30 万元，虽然丁与王某均对 30 万元承担刑事责任，但向两人追缴的总额只能以违法所得数额为限。向二人各追缴 30 万元，意味着追缴数额超过了违法所得数额，这是不对的。D 选项错误。

考点三十九 累犯

一、常考知识点

1. 一般累犯的构成条件。
2. 特殊累犯的构成条件。
3. 累犯的法律后果。

二、真题印证

1. (2010/2/8) 关于累犯，下列哪一判断是正确的？

- A. 甲因抢劫罪被判处有期徒刑十年，并被附加剥夺政治权利三年。甲在附加刑执行完毕之日起五年之内又犯罪。甲成立累犯
- B. 甲犯抢夺罪于 2005 年 3 月假释出狱，考验期为剩余的二年刑期。甲从假释考验期满之日起五年内再故意犯重罪。甲成立累犯
- C. 甲犯危害国家安全罪五年徒刑期满，六年后又犯杀人罪。甲成立累犯
- D. 对累犯可以从重处罚

【答案】B

【解析】

根据《刑法》第 65 条规定，已满 18 周岁被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子，刑罚执行完毕或者赦免以后，在五年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的，是累犯。成立一般累犯，必须具备以下几个条件：1. 主观条件--前后罪都必须是故意犯罪。如果前后两罪或者其中一罪是过失犯罪，就不成立累犯。2. 刑度条件--前罪被判处有期徒刑以上刑罚，后罪应当判处有期徒刑以上刑罚。因此，如果前罪被判处的是拘役、管制或者单处附加刑，无论后罪多么严重，也不成立累犯；反之，前罪被判处有期徒刑以上刑罚，后罪应当判处拘役、管制或单处附加刑的，也不成立累犯。3. 时间条件--后罪必须发生在前罪所判处的刑罚执行完毕或者赦免以后的 5 年之内。这里刑罚执行完毕是指主刑执行完毕，附加刑是否执行完毕不影响累犯的成立。4. 年龄条件—行为主体实施前罪与后罪时，都必须已满 18 周岁。

A 选项中，甲在附加刑执行完毕之日起五年之内又犯罪，如果此时甲的有期徒刑执行完毕已经超过 5 年，则甲不成立累犯。因此 A 选项错误，不当选。

对于被假释的犯罪人，其上述 5 年的期限，应从假释期满之日起计算，而非从假释之日起计算。B 选项中，甲从假释考验期满之日起五年内再故意犯重罪，满足累犯的时间条件，因此甲成立累犯，B 选项正确，当选。

根据《刑法》第 66 条的规定，成立特殊累犯必须具备以下几个条件：1. 前后罪都必

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

须是危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪的犯罪分子。如果前后两罪或者其中的一罪不是这三类罪之一，不成立特殊累犯。2. 必须是在前罪刑罚执行完毕或者赦免以后再犯罪。至于前罪所判处的刑罚种类，后罪应当判处何种刑罚，以及前后罪的相隔时间，都不影响特殊累犯的成立。C 选项，后罪为故意杀人罪，并非这三类犯罪，因此不成立特殊累犯。此外，因时间超过 5 年，因此也不构成一般累犯，因此 C 选项错误，不当选。

根据《刑法》第 65 条第 1 款的规定，对累犯应当从重处罚，而非“可以”从重处罚。因此 D 选项错误，不当选。本题应选 B。

考点四十 自首

一、常考知识点

1. 一般自首的构成条件。
2. 特别自首的成立条件。
3. 自首与坦白的区别。

二、真题印证

1. (2017/2/9) 关于自首，下列哪一选项是正确的？

A. 甲绑架他人作为人质并与警察对峙，经警察劝说放弃了犯罪。甲是在“犯罪过程中”而不是“犯罪以后”自动投案，不符合自首条件

B. 乙交通肇事后留在现场救助伤员，并报告交管部门发生了事故。交警到达现场询问时，乙否认了自己的行为。乙不成立自首

C. 丙故意杀人后如实交代的自己的客观罪行，司法机关根据其交代认定其主观罪过为故意，丙辩称其为过失。丙不成立自首

D. 丁犯罪后，仅因形迹可疑而被盘问、教育，便交代了自己所犯罪行，但拒不交代真实身份。丁不属于如实供述，不成立自首

【答案】B

【解析】

本题主要考查自首的成立条件。对刑法条文中“犯罪后自动投案”应做规范意义上的理解，是指根据刑法规定可以认定行为人实施的危害行为构成犯罪后，而非事实意义上的犯罪行为结束后，故 A 项错误；B 项中的乙虽然有自动投案的行为，但没有如实供述自己的罪行，不能认定为自首。B 项正确。C 项中的丙属于对自己罪行性质的辩解，不影响自首的成立。C 错误。D 项中的丁，根据 2010 年 12 月 22 日，最高法院《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》的规定，犯罪嫌疑人供述的身份等情况与真实情况虽有差别，但不影响定罪量刑的，应认定为如实供述自己的罪行，但如果自动投案后隐瞒自己的真实身份等情况，影响对其定罪量刑的，不能认定为如实供述罪的罪行。故 D 选项正确。

2. (2015/2/11) 下列哪一选项成立自首？

A. 甲挪用公款后主动向单位领导承认了全部犯罪事实，并请求单位领导不要将自己移送司法机关

B. 乙涉嫌贪污被检察院讯问时，如实供述将该笔公款分给了国有单位职工，辩称其行为不是贪污

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

C. 丙参与共同盗窃后，主动投案并供述其参与盗窃的具体情况。后查明，系因分赃太少、得知举报有奖才投案

D. 丁因纠纷致程某轻伤后，报警说自己伤人了。报警后见程某举拳冲过来，丁以暴力致其死亡，并逃离现场

【答案】C

【解析】

本题主要考查自首的成立条件，刑法第 67 条第 1 款规定：“犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。”据此自首要满足两个条件：犯罪后自动投案和如实供述自己的罪行。自动投案，是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉，或者虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动、直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案；对于犯罪嫌疑人在向其所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人员投案的应当视为自动投案。如实供述自己的罪行，即主动交代自己的主要犯罪事实。A 选项中甲向单位领导承认犯罪事实构成自动投案，但“请求单位领导不要将自己移送司法机关”表明其不愿将自己置于司法机关控制之下如实供述自己的罪行，因此不成立自首。B 选项中乙已被检察院讯问，不存在自动投案的情形，属于被动归案之后如实供述本人罪行，成立坦白。C 选项丙自动投案并如实供述自己的罪行，符合自首的成立要件，其投案动机不影响归案行为的自动性。D 选项中丁在实施轻伤行为后“报警说自己伤人了”，但其后实施暴力致人死亡的行为并逃离现场，没有将自己置于司法机关控制之下，做进一步交待，故不成立自首。

考点四十一 立功

一、常考知识点

1. 立功的表现。
2. 一般立功与重大立功的区别。

二、真题印证

1. (2018/1/68) 甲交通肇事后，其父协助公安机关抓获甲。下列说法正确的是？

- A. 甲的行为不成立自首，因为甲并没有自动投案
- B. 甲父协助公安机关抓获甲，可以认定为代甲自首，故甲的行为成立自首
- C. 甲的父亲协助公安机关抓获甲，可以认定为立功，但该立功也是为了甲，故可认定为甲成立立功

D. 甲的行为虽然不能成立自首，但对于甲父协助公安机关抓获甲的行为，在对甲量刑时可以酌情从轻处罚

【答案】AD

【解析】

一般自首，是指犯罪分子犯罪以后自动投案，如实供述自己罪行的情形。本案中，甲并没有自动投案，故不成立自首。犯罪分子家属协助司法机关抓获犯罪分子的情况下，犯罪分子本人同样不具备自动性的要求，不成立自首。所谓立功，是指犯罪分子犯罪后有检举揭发他人的犯罪行为，查证属实的，或者提供重要线索，得以侦破其他案件等有益于社会表现的行为。甲的父亲并未犯罪，故不成立功。虽然甲父的行为既不成立自首，也不成立立功，但是其协助公安机关抓捕甲的行为，可作为酌定量刑情节在对甲量刑时予以考虑。

2. (2012/2/57) 下列哪些选项不构成立功？

- A. 甲是唯一知晓同案犯裴某手机号的人，其主动供述裴某手机号，侦查机关据此采用技术侦查手段将裴某抓获
- B. 乙因购买境外人士赵某的海洛因被抓获后，按司法机关要求向赵某发短信“报平安”，并表示还要购买毒品，赵某因此未离境，等待乙时被抓获
- C. 丙被抓获后，通过律师转告其父想办法协助司法机关抓捕同案犯，丙父最终找到同案犯藏匿地点，协助侦查机关将其抓获
- D. 丁被抓获后，向侦查机关提供同案犯的体貌特征，同案犯由此被抓获

【答案】ACD

【解析】

本题主要考察立功的司法认定问题。1998年4月17日最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第5条规定：根据刑法第68条第1款的规定，犯罪分子到案后有检举、揭发他人犯罪行为，包括共同犯罪案件中的犯罪分子揭发同案犯共同犯罪以外的其他犯罪，经查证属实；提供侦破其他案件的重要线索，经查证属实；阻止他人犯罪活动；协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）；具有其他有利于国家和社会的突出表现的，应当认定为有立功表现。2010年12月22日最高人民法院《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》第5条第2款又规定：犯罪分子提供同案犯姓名、住址、体貌特征等基本情况，或者提供犯罪前、犯罪中掌握、使用的同案犯联络方式、藏匿地址，司法机关据此抓捕同案犯的，不能认定为协助司法机关抓捕同案犯。可见，甲的行为不构成立功；根据上述意见第5条规定：犯罪分子具有下列行为之一，使司法机关抓获其他犯罪嫌疑人的，属于《解释》第5条规定的“协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人”：1. 按照司法机关的安排，以打电话、发信息等方式将其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）约至指定地点的；2. 按照司法机关的安排，当场指认、辨认其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）的；3. 带领侦查人员抓获其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）的；4. 提供司法机关尚未掌握的其他案件犯罪嫌疑人的联络方式、藏匿地址的，等等。可见，乙的行为是立功；根据上述司法解释，是丙父协助，而非丙协助，丙不构成立功。根据上述意见，丁也不构成立功。

3. （2014/2/12）甲（民营企业销售经理）因合同诈骗罪被捕。在侦查期间，甲主动供述曾向国家工作人员乙行贿9万元，司法机关遂对乙进行追诉。后查明，甲的行为属于单位行贿，行贿数额尚未达到单位行贿罪的定罪标准。甲的主动供述构成下列哪一量刑情节？

- A. 坦白 B. 立功 C. 自首 D. 准自首

【答案】B

【解析】

本题主要考查立功的成立条件。尽管行贿数额没有达到单位行贿罪的标准，但收受贿赂的乙成立受贿罪。根据刑法第68条的规定，甲的行为属于“提供重要线索，从而得以侦破其他案件等立功表现”，故B项正确。

考点四十二 数罪并罚

一、常考知识点

1. 数罪并罚的一般规定。
2. 漏罪的并罚。
3. 新罪的并罚。

二、真题印证

1. (2012/2/5) 甲因走私武器被判处 15 年有期徒刑，剥夺政治权利 5 年；因组织他人偷越国境被判处 14 年有期徒刑，并处没收财产 5 万元，剥夺政治权利 3 年；因骗取出口退税被判处 10 年有期徒刑，并处罚金 20 万元。关于数罪并罚，下列哪一选项符合《刑法》规定？

- A. 决定判处甲有期徒刑 35 年，没收财产 25 万元，剥夺政治权利 8 年
- B. 决定判处甲有期徒刑 20 年，罚金 25 万元，剥夺政治权利 8 年
- C. 决定判处甲有期徒刑 25 年，没收财产 5 万元，罚金 20 万元，剥夺政治权利 6 年
- D. 决定判处甲有期徒刑 23 年，没收财产 5 万元，罚金 20 万元，剥夺政治权利 8 年

【答案】D

【解析】

本题主要考察《刑法修正案（八）》对数罪并罚最高期限和附加刑执行规定的修改。甲的刑期总和 35 年以上的，可以最高不能超过 25 年，但不能判处 25 年，因此，AC 均错误。根据刑法第 69 条第 2 款的规定（《刑法修正案（八）》第 10 条修订），数罪中有判处附加刑的，附加刑仍须执行，其中附加刑种类相同的，合并执行，种类不同的，分别执行。罚金刑与没收财产属于不同种类的附加刑，必须分别执行，因此，B 是错误的。

2. (2016/2/55) 判决宣告以前一人犯数罪，数罪中有判处（1）和（2）的，执行（3）；数罪中所判处的（4），仍须执行。将下列哪些选项内容填入以上相应括号内是正确的？

- A. （1）死刑（2）有期徒刑（3）死刑（4）罚金
- B. （1）无期徒刑（2）拘役（3）无期徒刑（4）没收财产
- C. （1）有期徒刑（2）拘役（3）有期徒刑（4）附加刑
- D. （1）拘役（2）管制（3）拘役（4）剥夺政治权利

【答案】ABC

【解析】

本题主要考查熟读刑法第 69 条数罪并罚的规定，尤其是《刑法修正案（九）》第 2 条

对数罪中有判处有期徒刑和拘役，或者拘役和管制并罚的理解。A 判处（1）死刑、（2）有期徒刑，执行（3）死刑，（4）罚金附加刑仍须执行；B. 判处（1）无期徒刑、（2）拘役的，执行（3）无期徒刑，（4）没收财产附加刑仍须执行；C. 判处（1）有期徒刑、（2）拘役，执行（3）有期徒刑，（4）附加刑仍须执行。D 错。判处（1）拘役、（2）管制的，并科或分别执行原则，（3）拘役执行完毕，还要执行管制。拘役不能吸收管制刑。

3. （2017/2/55）关于数罪并罚，下列哪些选项是正确的？

A. 甲犯某罪被判处有期徒刑 2 年，犯另一罪被判处拘役 6 个月。对甲只需执行有期徒刑

B. 乙犯某罪被判处有期徒刑 2 年，犯另一罪被判处管制 1 年。对乙应在有期徒刑执行完毕后，继续执行管制

C. 丙犯某罪被判处有期徒刑 6 年，执行 4 年后发现应被判处拘役的漏罪。数罪并罚后，对丙只需再执行尚未执行的 2 年有期徒刑

D. 丁犯某罪被判处有期徒刑 6 年，执行 4 年后被假释，在假释考验期内犯应被判处 1 年管制的新罪。对丁再执行 2 年有期徒刑后，执行 1 年管制

【答案】ABCD

【解析】

根据刑法第 69 条第 2 款的规定，数罪中有判处有期徒刑和拘役的，执行有期徒刑。亦即，有期徒刑与拘役的并罚采取的是吸收原则。故 A 项正确，当选。根据刑法第 69 条 2 款的规定，数罪中有判处有期徒刑和管制，或者拘役和管制的，有期徒刑、拘役执行完毕后，管制仍须执行。亦即，有期徒刑与管制、拘役与管制的并罚采取的是并科原则。B 项正确。根据刑法第 70 条的规定，判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，发现被判刑的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当对新发现的罪作出判决，把前后两个判决所判处的刑罚，依照本法第 69 条的规定，决定执行的刑罚。已经执行的刑期，应当计算在新判决决定的刑期以内。亦即，在发现漏罪的情况下，应适用“先并后减”原则进行并罚。C 项所述情形即是如此，对此，首先，应将 6 年有期徒刑和拘役进行并罚，并罚的结果是只执行 6 年有期徒刑。其次，再减去已经实际实行了的 4 年刑期。故对丙只需再执行尚未执行的 2 年有期徒刑即可。C 项正确。

根据刑法第 83 条第 1 款的规定，有期徒刑的假释考验期限，为没有执行完毕的刑期，故 D 项中，丁某的假释考验期为 2 年。另根据刑法第 86 条第 1 款的规定，被假释的犯罪分子，在假释考验期限内犯新罪，应当撤销假释，依照本法第 71 条的规定实行数罪并罚，即按照“先减后并”的原则实行数罪并罚。即将减剩下的 2 年与 1 年管制并罚。根据前述刑法第 69 条 2 款的规定，对丁某应先执行 2 年有期徒刑，再执行 1 年管制。D 项正确。

考点四十三 缓刑

一、常考知识点

1. 缓刑的适用的条件。
2. 缓刑的考验期。
3. 缓刑的法律后果。

二、真题印证

1. (2017/2/56) 关于缓刑的适用, 下列哪些选项是错误的?

A. 甲犯抢劫罪, 所适用的是“三年以上十年以下有期徒刑”的法定刑, 缓刑只适用于被判处拘役或者 3 年以下有期徒刑的罪犯, 故对甲不得判处缓刑

B. 乙犯故意伤害罪与代替考试罪, 分别被判处 6 个月拘役与 1 年管制。由于管制不适用缓刑, 对乙所判处的拘役也不得适用缓刑

C. 丙犯为境外非法提供情报罪, 被单处剥夺政治权利, 执行完毕后又犯帮助恐怖活动罪, 被判处拘役 6 个月。对丙不得宣告缓刑

D. 丁 17 周岁时犯抢劫罪被判处有期徒刑 5 年, 刑满释放后的第 4 年又犯盗窃罪, 应当判处有期徒刑 2 年。对丁不得适用缓刑

【答案】ABD

【解析】

根据刑法第 72 条的规定缓刑的适用的条件为: (1) 对象条件: 原判刑期为拘役或者 3 年以下有期徒刑的罪犯; (2) 实质性条件: ①犯罪情节较轻; ②有悔罪表现; ③没有再犯罪的危险; ④宣告缓刑对所居住的社区没有重大影响; (3) 限制性条件: 犯罪分子不得是累犯和犯罪集团的首要分子。

如上所述, 缓刑的适用对象是被判处拘役、3 年以下有期徒刑的犯罪分子。这里的“3 年以下有期徒刑”包括了 3 年有期徒刑本身。根据刑法第 99 条的规定, 刑法所称的以上、以下包括本数。据此, 如甲被判处 3 年有期徒刑时, 如果符合缓刑的其他条件也可适用缓刑。A 项错误。

根据刑法第 69 条 2 款的规定, 数罪中有判处有期徒刑和管制, 或者拘役和管制的, 有期徒刑、拘役执行完毕后, 管制仍须执行。据此, 乙的拘役部分如果符合缓刑的适用条件, 对其是可以宣告缓刑的。B 项错误。

根据刑法第 66 条的规定, 危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪的犯罪分子, 在刑罚执行完毕或者赦免以后, 在任何时候再犯上述任一类罪的, 都以累犯论处。据此, 丙为特殊累犯。前述已及, 对于累犯和犯罪集团的首要分子, 不适用缓刑。

C 项正确。

根据刑法第 65 条的规定，犯罪的时候不满 18 周岁的人不成立累犯，据此，丁不成立累犯。如丁符合缓刑的适用条件自然可以适用。D 项错误。

2. （2015/2/59）关于缓刑的适用，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲犯重婚罪和虐待罪，数罪并罚后也可能适用缓刑
- B. 乙犯遗弃罪被判处管制 1 年，即使犯罪情节轻微，也不能宣告缓刑
- C. 丙犯绑架罪但有立功情节，即使该罪的法定最低刑为 5 年有期徒刑，也可能适用缓刑
- D. 丁 17 岁时因犯放火罪被判处有期徒刑 5 年，23 岁时又犯伪证罪，仍有可能适用缓刑

【答案】ABCD

【解析】

本题主要考察缓刑的适用问题。根据《刑法》第 72 条的规定，缓刑只适用于被判处拘役或者 3 年以下有期徒刑的犯罪分子。1998 年 9 月 17 日，最高人民检察院法律政策研究室致山东省人民检察院研究室《关于对数罪并罚决定执行刑期为 3 年以下有期徒刑的犯罪分子能否适用缓刑问题的复函》（[1998]高检研发第 16 号）的规定：根据刑法第 72 条的规定，可以适用缓刑的对象是被判处拘役、3 年以下有期徒刑的犯罪分子；条件是根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现，适用缓刑确实不致再危害社会。对于判决宣告以前犯数罪的犯罪分子，只要判决执行的刑罚为拘役、3 年以下有期徒刑，且符合根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现，适用缓刑确实不致再危害社会的案件，依法可以适用缓刑。可以看出，不管被告人所犯的是一罪，还是数罪，只要法院判决执行的刑罚为拘役、3 年以下有期徒刑，并且符合刑法第 72 条关于缓刑的条件规定，就可以依法适用缓刑。故 A 项正确。同理，关于 B 项，对被判处管制的，不能适用缓刑，因为管制没有剥夺犯罪人的人身自由，对其适用缓刑没有实际意义。故 B 项正确。关于 C 项。前文所谓的“被判处拘役或者 3 年以下有期徒刑”，是就宣告刑而言，而不是指法定刑。即使法定最低刑高于 3 年有期徒刑，但因具有减轻处罚情节而判处 3 年以下有期徒刑的，也可能适用缓刑。故 C 项正确。关于 D 项。根据《刑法》第 74 条的规定，“对于累犯和犯罪集团的首要分子，不适用缓刑。”结合《刑法》第 65 条关于一般累犯的定义，“被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子，刑罚执行完毕或者赦免以后，在 5 年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的，是累犯，应当从重处罚，但是过失犯罪和不满 18 周岁的人犯罪的除外。”本案中的丁第一次犯罪时不满 18 周岁，不成立一般累犯，因此可以对其适用缓刑。故 D 项正确。

考点四十四 减刑制度

一、常考知识点

1. 减刑的条件。
2. 减刑的限度。
3. 减刑的程序。

二、真题印证

1. (2010/2/10) 关于减刑，下列哪一选项是正确的？
- A. 减刑只适用于被判处拘役、有期徒刑、无期徒刑和死缓的犯罪分子
 - B. 对一名服刑犯人的减刑不得超过三次，否则有损原判决的权威性
 - C. 被判处无期徒刑的罪犯减刑后，实际执行时间可能超过 15 年
 - D. 对被判处无期徒刑、死缓的罪犯的减刑，需要报请高级法院核准

【答案】C

【解析】

减刑，是指对于被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪人，在刑罚执行期间，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，或者有立功表现的，适当减轻原判刑罚的制度。可见，被判处管制的犯罪分子也可以适用减刑，而死缓减为无期或者有期徒刑的，不属于这里的减刑。因此 A 选项错误。根据最高人民法院《关于办理减刑、假释案件具体适用法律若干问题的规定》可知，减刑不仅有法定的限度，而且应有一定的幅度，包括从何时起可以减刑、一次可以减刑多少、间隔多长时间可以再次减刑的问题。总的原则应是，既有利于鼓励犯罪人积极改造，又要维护法律与判决的严肃性。但是对于减刑的次数则没有限制，因此 B 选项说法错误。根据前述司法解释第 7 条的规定，无期徒刑罪犯在刑罚执行期间，确有悔改表现，或者有立功表现的，服刑 2 年以后，可以减刑。第 8 条规定，无期徒刑罪犯经过一次或几次减刑后，其实际执行的刑期不能少于 13 年，起始时间应当自无期徒刑判决确定之日起计算。因此，被判处无期徒刑的罪犯减刑后可能实际执行的时间可能超过 15 年，因此 C 选项正确，当选。根据《刑法》第 79 条的规定：对于犯罪分子的减刑，由执行机关向中级以上人民法院提出减刑建议书。人民法院应当组成合议庭进行审理，对确有悔改或者立功事实的，裁定予以减刑，而非核准减刑。据此，D 选项中“对被判处无期徒刑、死缓的罪犯的减刑，需要报请高级法院核准”的说法错误。

考点四十五 假释制度

一、常考知识点

1. 假释的条件。
2. 假释的程序。
3. 假释的考验期。
4. 假释的法律后果。

二、真题印证

1. (2017/2/11) 在符合“执行期间，认真遵守监规，接受教育改造”的前提下，关于减刑、假释的分析，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲因爆炸罪被判处有期徒刑 12 年，已服刑 10 年，确有悔改表现，无再犯危险。对甲可以假释
- B. 乙因行贿罪被判处有期徒刑 9 年，已服刑 5 年，确有悔改表现，无再犯危险。对乙可优先适用假释
- C. 丙犯贪污罪被判处无期徒刑，拒不交代贪污款去向，一直未退赃。丙已服刑 20 年，确有悔改表现，无再犯危险。对丙可假释
- D. 丁因盗窃罪被判处有期徒刑 5 年，已服刑 3 年，一直未退赃。丁虽在服刑中有重大技术革新，成绩突出，对其也不得减刑

【答案】B

【解析】根据刑法第 81 条第 2 款的规定，对累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，不得假释。A 项中，甲系因爆炸罪被判处 10 年以上的犯罪分子，不得假释。A 项错误。

根据刑法第 78 条第 1 款的规定，犯罪分子在刑罚执行期间，认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现或者有立功表现之一即可减刑。据此，对乙可以适用减刑。根据刑法第 81 条第 1 款的规定，被判处有期徒刑的犯罪分子，执行原判刑期 1/2 以上，被判处无期徒刑的犯罪分子，实际执行 13 年以上，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，没有再犯罪的危险的，可以假释。据此，对乙可以适用假释。根据 2016 年 11 月 14 日最高法《关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》第 26 条第 2 款的规定，罪犯既符合法定减刑条件，又符合法定假释条件的，可以优先适用假释。据此，乙既符合减刑的条件，也符合假释的条件，可对其优先适用假释。B 项正确。

根据 2016 年 11 月 14 日最高法《关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》第 3 条第 2 款的规定，对职务犯罪、破坏金融管理秩序和金融诈骗犯罪、组织（领导、参加、

包庇、纵容）黑社会性质组织犯罪等罪犯，不积极退赃、协助追缴赃款赃物、赔偿损失，或者服刑期间利用个人影响力和社会关系等不正当手段意图获得减刑、假释的，不认定其“确有悔改表现”，从而不得减刑、假释。C 项错误。

根据 2016 年 11 月 14 日最高法《关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》第 7 条的规定，对符合减刑条件的职务犯罪罪犯，破坏金融管理秩序和金融诈骗犯罪罪犯……确有履行能力而不履行或者不全部履行生效裁判中财产性判项的罪犯，被判处 10 年以下有期徒刑的，执行 2 年以上方可减刑。据此，对于并非不可减刑。D 项错误。

2. （2015/2/12）关于假释的撤销，下列哪一选项是错误的？

A. 被假释的犯罪分子，在假释考验期内犯新罪的，应撤销假释，按照先减后并的方法实行并罚

B. 被假释的犯罪分子，在假释考验期内严重违反假释监督管理规定，即使假释考验期满后才发现，也应撤销假释

C. 在假释考验期内，发现被假释的犯罪分子在判决宣告前还有同种罪未判决的，应撤销假释

D. 在假释考验期满后，发现被假释的犯罪分子在判决宣告前有他罪未判决的，应撤销假释，数罪并罚

【答案】D

【解析】

本题主要考查假释考验期内以及考验期满后发漏罪与犯新罪的处理。假释是附条件的提前释放，如果被假释的犯罪人在考验期内没有遵守法定条件，或者出现了不符合条件的事实，就应当撤销假释。根据刑法第 86 条规定，假释的撤销有以下三种情况：（1）被假释的犯罪分子，在假释考验期限内犯新罪，应当撤销假释，依照《刑法》第 71 条的规定（先减后并）实行数罪并罚。A 选项正确。（2）在假释考验期限内，发现被假释的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当撤销假释，依照《刑法》第 71 条（先并后减）的规定实行数罪并罚。因此，C 选项正确。如果在假释考验期限满后，才发现被假释的犯罪人在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，不能撤销假释，只能对新发现的犯罪另行侦查、起诉、审判，不得与前罪的刑罚并罚。D 选项错误。（3）被假释的犯罪分子，在假释考验期内，有违反法律、行政法规或者国务院有关部门关于假释的监督管理规定的行为，尚未构成新的犯罪的，应当依照法定程序撤销假释，收监执行未执行完毕的刑罚。B 选项正确。

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

3. （2015/2/10）关于累犯，下列哪一选项是正确的？

A. 对累犯和犯罪集团的积极参加者，不适用缓刑

B. 对累犯，如假释后对所居住的社区无不良影响的，法院可决定假释

C. 对被判处无期徒刑的累犯，根据犯罪情节等情况，法院可同时决定对其限制减刑

D. 犯恐怖活动犯罪被判处有期徒刑 4 年，刑罚执行完毕后的第 12 年又犯黑社会性质的组织犯罪的，成立累犯

【答案】D

【解析】

根据刑法第 81 条第 2 款的规定，对于累犯与犯罪集团的首要分子不适用缓刑。犯罪集团的首要分子，是组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的犯罪分子，与“犯罪集团的积极参加者”并非同一概念，对于犯罪集团的积极参加者，刑法并未禁止适用缓刑。A 选项错误。

刑法第 81 条规定假释的适用条件：“对于累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，不得假释。”假释，是对于判处有期徒刑、无期徒刑的部分犯罪人，认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，没有再犯罪的危险，经过一定刑罚之后，附条件的予以提前释放的制度。累犯的再犯危险性大，适用假释难以预防其再次犯罪，故而累犯不能适用假释。B 选项错误。

刑法第 50 条规定：“对被判处死刑缓期执行的累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处死刑缓期执行的犯罪分子，人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定对其限制减刑”据此，对被判处无期徒刑的累犯，人民法院不得对其限制减刑。C 选项错误。

刑法第 66 条规定：“危害国家安全、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪的犯罪分子，在刑罚执行完毕或者赦免以后，在任何时候再犯上述任一类罪的，都以累犯论处。”D 选项正确。

4. （2014/2/55）关于刑罚的具体运用，下列哪些选项是错误的？

A. 甲 1998 年因间谍罪被判处有期徒刑 4 年。2010 年，甲因参加恐怖组织罪被判处有期徒刑 8 年。甲构成累犯

B. 乙因倒卖文物罪被判处有期徒刑 1 年，罚金 5,000 元；因假冒专利罪被判处有期徒刑 2 年，罚金 5,000 元。对乙数罪并罚，决定执行有期徒刑 2 年 6 个月，罚金 1 万元。此时，即使乙符合缓刑的其他条件，也不可对乙适用缓刑

C. 丙因无钱在网吧玩游戏而抢劫，被判处有期徒刑 1 年缓刑 1 年，并处罚金 2,000 元，同时禁止丙在 12 个月内进入网吧。若在考验期限内，丙仍常进网吧，情节严重，则应对丙

撤销缓刑

D. 丁系特殊领域专家，因贪污罪被判处有期徒刑 8 年。丁遵守监规，接受教育改造，有悔改表现，无再犯危险。1 年后，因国家科研需要，经最高法院核准，可假释丁

【答案】AB

【解析】前罪为危害国家安全罪，后罪为参加恐怖组织罪，因而构成特别累犯的规定是由 2011 年《刑法修正案(八)》增设的，不可溯及既往。甲参加恐怖组织的行为发生在《刑法修正案(八)》之前，故不能适用《刑法修正案(八)》的规定将甲认定为累犯。据此，A 选项错误。

数罪并罚后，如果符合缓刑的条件，对犯罪分子可以宣告缓刑。1998 年 9 月 17 日最高人民法院法律政策研究室《关于对数罪并罚决定执行刑期为三年以下有期徒刑的犯罪分子能否适用缓刑问题的复函》规定：“对于判决宣告以前犯数罪的犯罪分子，只要判决执行的刑罚为拘役、三年以下有期徒刑，且符合根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现，适用缓刑确实不致再危害社会的案件，依法可以适用缓刑。”据此，B 选项错误。

《刑法》第 77 条第 2 款规定：“被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，违反法律、行政法规或者国务院有关部门关于缓刑的监督管理规定，或者违反人民法院判决中的禁止令，情节严重的，应当撤销缓刑，执行原判刑罚。”丙在缓刑的同时被禁止在 12 个月内进入网吧，若在考验期限内，丙仍常进网吧，情节严重，应对丙撤销缓刑。据此，C 选项正确。

《刑法》第 81 条第 1 款规定：“被判处有期徒刑的犯罪分子，执行原判刑期二分之一以上，被判处无期徒刑的犯罪分子，实际执行十三年以上，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，没有再犯罪的危险的，可以假释。如果有特殊情况，经最高人民法院核准，可以不受上述执行刑期的限制。”丁系特殊领域专家，如果有特殊情况(国家科研需要)，经最高法院核准，即使未达到假释的刑期限度，也可假释丁。据此，D 选项正确。综上，AB 选项为本题正确选项。

5. (2014/2/11) 甲因在学校饭堂投毒被判处 8 年有期徒刑。服刑期间，甲认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现。关于甲的假释，下列哪一说法是正确的？

- A. 可否假释，由检察机关决定
- B. 可否假释，由执行机关决定
- C. 服刑 4 年以上才可假释
- D. 不得假释

【答案】C

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

【解析】根据《刑法》第 79 条、第 82 条的规定，对于犯罪分子的减刑、假释，由执行机关向中级以上人民法院提出减刑建议书；人民法院应当组成合议庭进行审理，对确有悔改或者立功事实的，裁定予以减刑。据此，A 选项关于可否假释由检察机关决定、B 选项可否假释由执行机关决定，都是错误的。《刑法》第 81 条第 1 款规定：“被判处有期徒刑的犯罪分子，执行原判刑期二分之一以上，被判处无期徒刑的犯罪分子，实际执行十三年以上，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，没有再犯罪的危险的，可以假释。如果有特殊情况，经最高人民法院核准，可以不受上述执行刑期的限制。”据此，甲被判处 8 年有期徒刑，服刑 4 年以上才可被假释。C 选项正确。《刑法》第 81 条第 2 款规定：“对累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处十年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，不得假释。”甲的行为属于投放危险物质，但未被判处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑，故对甲可以假释。据此，D 选项错误。综上，C 选项为本题正确选项。

6. (2013/2/11) 被宣告_____的犯罪分子，在_____考验期内犯新罪或者发现判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当撤销_____，对新犯的罪或者新发现的罪作出判决，把前罪和后罪所判处的刑罚，依照《刑法》第 69 条的规定，决定执行的刑罚。

关于三个空格的填充内容，下列哪一选项是正确的？

- A. 均应填“假释”
- B. 均应填“缓刑”
- C. 既可均填“假释”，也可均填“缓刑”
- D. 既不能均填“假释”，也不能均填“缓刑”

【答案】B

【解析】被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，无论是犯新罪还是发现判决宣告以前还有其他罪没有判决的，数罪并罚的方法都是相同的，都是按照《刑法》第 69 条“判决宣告前一人犯数罪”进行数罪并罚。对此，《刑法》第 77 条第 1 款明确规定：“被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内犯新罪或者发现判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当撤销缓刑，对新犯的罪或者新发现的罪作出判决，把前罪和后罪所判处的刑罚，依照本法第六十九条的规定，决定执行的刑罚。”被假释的犯罪分子，在假释考验期限内犯新罪，则是按照《刑法》第 71 条“判决宣告后刑罚执行完毕前又犯新罪”进行数罪并罚(先减后并)；在假释考验期限内，发现被假释的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，按照“判决宣告后刑罚执行完毕前发现漏罪”进行数罪并罚(先并后减，《刑法》第 70 条)。无论是考验期限内犯新罪或者发现判决宣告以前还有其他罪没有判决，都采取相同的数罪并罚的方法，这只能是缓刑的情形，不可能是假释的情形。据此，B 项为正确答案。

7. (2013/2/57)关于减刑、假释的适用，下列哪些选项是错误的？

- A. 对所有未被判处死刑的犯罪分子，如认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，或者有立功表现的，均可减刑
- B. 无期徒刑减为有期徒刑的刑期，从裁定被执行之日起计算
- C. 被宣告缓刑的犯罪分子，不符合“认真遵守监规，接受教育改造”的减刑要件，不能减刑
- D. 在假释考验期限内犯新罪，假释考验期满后才发现的，不得撤销假释

【答案】ABCD

【解析】

未被判处死刑的犯罪分子，既包括判处了主刑（无期徒刑、有期徒刑、管制、拘役）的犯罪分子（含同时判处附加刑的情形在内），也包括未被判处主刑，仅仅单处罚金或者单处剥夺政治权利的情形。“认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现的，或者有立功表现”是减刑的必要条件。对于单处罚金的犯罪分子，罚金要么一次性缴纳，要么被分期缴纳，谈不上犯罪分子“遵守监规，接受教育改造”的问题。因此，对于单处罚金的犯罪分子，不能减刑。据此，A 项错误。

根据《刑法》第 80 条的规定，无期徒刑减为有期徒刑的刑期，从裁定减刑之日起计算。据此，B 项错误。

被宣告缓刑的犯罪分子，具有被减刑的可能。虽然 2012 年 1 月 17 日最高人民法院《关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》第 13 条规定，“判处拘役或者三年以下有期徒刑并宣告缓刑的罪犯，一般不适用减刑”，但这一规定并未绝对剥夺缓刑犯被减刑的权利。这是因为，重刑犯(如无期徒刑犯、10 年以上有期徒刑犯)都有被减刑的权利，则轻刑犯(缓刑犯)就更有被减刑的权利。认真遵守监规既包括认真遵守监狱的规定，也包括认真遵守各项监督管理规定。C 项认为被宣告缓刑的犯罪分子，根本不符合“认真遵守监规”的要件，据此得出不能减刑的结论，这是错误的根据《刑法》第 86 条的规定，“被假释的犯罪分子，在假释考验期限内犯新罪，应当撤销假释”。据此，D 项错误。

考点四十六 刑罚的消灭

一、常考知识点

1. 追诉时效期限设置的档次性：5 年、10 年、15 年、20 年。
2. 追诉时效的起算：从“犯罪之日”或者“行为终了之日”起计算。
3. 追诉时效的延长（不受追诉时效限制的情形）。
4. 追诉时效的中断（重新起算）。

二、真题印证

1. （2016/2/10）关于追诉时效，下列哪一选项是正确的？

A. 《刑法》规定，法定最高刑为不满 5 年有期徒刑的，经过 5 年不再追诉。危险驾驶罪的法定刑为拘役，不能适用该规定计算危险驾驶罪的追诉时效

B. 在共同犯罪中，对主犯与从犯适用不同的法定刑时，应分别计算各自的追诉时效，不得按照主犯适用的法定刑计算从犯的追诉期限

C. 追诉时效实际上属于刑事诉讼的内容，刑事诉讼采取从新原则，故对刑法所规定的追诉时效，不适用从旧兼从轻原则

D. 刘某故意杀人后逃往国外 18 年，在国外因伪造私人印章（在我国不构成犯罪）被通缉时潜回国内。4 年后，其杀人案件被公安机关发现。因追诉时效中断，应追诉刘某故意杀人的罪行

【答案】B

【解析】

法定最高刑不满 5 年有期徒刑的，经过 5 年不再追诉。这里的不满 5 年有期徒刑包括类似于危险驾驶罪这样的法定最高刑为拘役的情形。A 项是错误的。共同犯罪并非适用统一的追诉时效标准，而是按各共犯人应当适用的法定刑幅度，分别计算追诉时效。B 项是正确的。追诉时效是刑法规定的，对犯罪人进行刑事追诉的有效期限，同样适用从旧兼从轻原则。C 项是错误的。所谓追诉时效中断，是指在追诉期限内又犯罪，前罪追诉时效从犯后罪之日期重新起算的情形。因伪造私人印章的行为在我国不构成犯罪，故不会发生追诉时效中断的情形，经过 20 年后对前面的故意杀人行为自然不能再追诉。

2. （2015/2/60）关于追诉时效，下列哪些选项是正确的？

A. 甲犯劫持航空器罪，即便经过 30 年，也可能被追诉

B. 乙于 2013 年 1 月 10 日挪用公款 5 万元用于结婚，2013 年 7 月 10 日归还。对乙的追诉期限应从 2013 年 1 月 10 日起计算

C. 丙于 2000 年故意轻伤李某，直到 2008 年李某才报案，但公安机关未立案。2014

年，丙因他事被抓。不能追诉丙故意伤害的刑事责任

D. 丁与王某共同实施合同诈骗犯罪。在合同诈骗罪的追诉期届满前，王某单独实施抢夺罪。对丁合同诈骗罪的追诉时效，应从王某犯抢夺罪之日起计算

【答案】AC

【解析】

根据《刑法》第 87 条第(4)项的规定，犯罪经过 20 年后认为还必须追诉的，报最高人民检察院核准。因此，甲犯劫持航空器罪，即便经过 30 年，只要报最高人民检察院且得到核准的，仍可以追诉甲劫持航空器犯罪的刑事责任。A 选项正确。

挪用公款罪的追诉时效应从挪用公款犯罪成立之日起开始计算。2013 年 1 月 10 日，乙挪用公款 5 万元，该公款未用于非法活动与营利活动，故此时尚不构成挪用公款罪；只有超过 3 个月未还时，乙的挪用行为才构成挪用公款罪。在 2013 年 1 月 10 日，乙挪用 5 万元公款的行为既然尚未成立挪用公款罪，自然不应从该日开始计算挪用公款罪的追诉期限。B 选项错误。

《刑法》第 88 条第 2 款规定：“被害人在追诉期限内提出控告，人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案的，不受追诉期限的限制。”丙于 2000 年故意轻伤李某，故意轻伤的法定最高刑为 3 年有期徒刑，因此，对该伤害罪行的追诉期限为 5 年，李某应当在 2005 年之前提出控告，才属于在追诉期限内提出控告，丙的伤害罪行才不受追诉期限的限制。但直到 2008 年李某才报案，已不属于“在追诉期限内提出控告”。因此，对丙的伤害罪行，不应适用《刑法》第 88 条第 2 款，而应认定追诉期限已经届满。C 选项认为不能追诉丙故意伤害的刑事责任，这是正确的。

对于共同犯罪，追诉期限不具有连带性，应独立计算各个共犯人的追诉期限。在合同诈骗罪的追诉期届满前，王某单独实施抢夺罪，此时仅对王某适用“在追诉期限以内又犯罪的，前罪追诉的期限从犯后罪之日起计算”的规定，对丁不能适用该规定。据此，D 选项错误。

3. (2014/2/56) 1999 年 11 月，甲(17 周岁)因邻里纠纷，将邻居杀害后逃往外地。2004 年 7 月，甲诈骗他人 5000 元现金。2014 年 8 月，甲因扒窃 3000 元现金，被公安机关抓获。在讯问阶段，甲主动供述了杀人、诈骗罪行。关于本案的分析，下列哪些选项是错误的？

- A. 前罪的追诉期限从犯后罪之日起计算，甲所犯三罪均在追诉期限内
- B. 对甲所犯的故意杀人罪、诈骗罪与盗窃罪应分别定罪量刑后，实行数罪并罚
- C. 甲如实供述了公安机关尚未掌握的罪行，成立自首，故对盗窃罪可从轻或者减轻

为了梦想，我要学习！
For Dream, I' m Studying!

处罚

D. 甲审判时已满 18 周岁，虽可适用死刑，但鉴于其有自首表现，不应判处死刑

【答案】 ABCD

【解析】

诈骗他人 5000 元现金，法定最高刑为 3 年。根据《刑法》第 87 条的规定，法定最高刑为不满 5 年有期徒刑的，经过 5 年，不再追诉。到 2014 年，诈骗罪已经超过追诉时效故已不能追究甲诈骗罪的刑事责任。据此，AB 选项都是错误的。自首的法律效果，仅及于自首之罪。甲并未自首本人的盗窃罪行，故对盗窃罪可因自首而从轻或者减轻处罚的表述是错误的。据此，C 项错误。甲杀人时不满 18 周岁，根据《刑法》第 49 条的规定，对于犯罪的时候不满 18 周岁的人不适用死刑。据此，D 选项错误。ABCD 为本题正确选项。

考点四十七 财产犯罪概述

一、常考知识点

1. 财产犯罪的法益。
2. 非法占有目的的认定。

二、真题印证

1. (2014/2/8) 甲深夜盗窃 5 万元财物，在离现场 1 公里的偏僻路段遇到乙。乙见甲形迹可疑，紧拽住甲，要甲给 5,000 元才能走，否则就报警。甲见无法脱身，顺手一拳打中乙左眼，致其眼部受到轻伤，甲乘机离去。关于甲伤害乙的行为定性，下列哪一选项是正确的？

- A. 构成转化型抢劫罪
- B. 构成故意伤害罪
- C. 属于正当防卫，不构成犯罪
- D. 系过失致人轻伤，不构成犯罪

【答案】C

【解析】

《刑法》第 269 条规定：“犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。”成立转化型抢劫，必须“当场”使用暴力或者以暴力相威胁。“当场”是指行为人实施盗窃、诈骗、抢夺行为的现场以及被人追捕的整个过程与现场。本题中，甲已经盗窃完毕离开现场，顺手一拳打中乙左眼是在距离盗窃现场 1 公里的地方，乙既不是财物被盗的受害人，也不是试图抓捕甲的人员(而是试图敲诈勒索甲的人员)，因此，甲不属于当场使用暴力，不符合转化型抢劫罪的“当场”要件，不能构成转化型抢劫罪。据此，A 选项错误。甲的行为符合正当防卫的限度要件。甲面临来自乙的正在进行的不法侵害，为了反击这一不法侵害，甲顺手一拳的行为属于防卫行为，这拳致乙眼部受到轻伤，未明显超过必要限度造成重大损害，故甲的行为成立正当防卫。B 选项认为甲的行为构成故意伤害罪，这是错误的。

D 选项中，甲一拳打中乙左眼，致其眼部受到轻伤的心态为故意，不是过失致人轻伤。据此，D 选项错误。C 选项为本题正确选项。

2. (2011/2/61) 下列哪些选项的行为人具有非法占有目的？

- A. 男性基于癖好入户窃取女士内衣

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

- B. 为了燃柴取暖而窃取他人木质家具
- C. 骗取他人钢材后作为废品卖给废品回收公司
- D. 杀人后为避免公安机关识别被害人身份，将被害人钱包等物丢弃

【答案】ABC

【解析】

排除意思，是指排除权利人对财物的支配占有，将财物转移为自己占有。利用意思，是指遵从财物的用途，对其进行利用的目的。排除意思的机能是，将不值得刑罚处罚的盗用行为排除在犯罪之外。利用意思的机能是，将盗窃罪、诈骗罪等取得型财产犯罪与故意毁坏财物罪相区分。故意毁坏财物罪的行为人对财物没有利用意思，只有毁坏的意思。在理解利用意思时，应注意以下几点：(1)利用意思不限于遵从财物的经济用途进行利用、处分的意思。例如，男性基于癖好窃取女士内衣的，虽然不是基于遵从内衣的经济用途而进行利用，但仍具有利用意思，仍具有非法占有目的，构成盗窃罪。(2)利用意思不限于遵从财物的本来用途或正常用途进行利用的意思。例如，为了燃柴取暖而窃取他人家具的，具有利用意思，也具有非法占有目的，构成盗窃罪。又如，骗取他人钢材后作为废品卖给废品回收公司，具有利用意思，也具有非法占有目的，构成诈骗罪。因此，ABC 项应当入选。D 项，杀人者丢弃死者钱包，是为了不让警方加以利用，而不是自己对钱包本身进行利用，不具有对钱包的利用意思。杀人者对钱包只有毁弃的意思，不具有非法占有目的。

考点四十八 抢劫罪

一、常考知识点

1. 抢劫罪的构成要件。
2. 事后抢劫。
3. 携带凶器抢夺。
4. 抢劫罪的 8 种加重情节。
5. 抢劫罪的罪数。

二、真题印证

1. (2018/1/23) 在公交车上，歹徒甲看中乘客乙价值 5000 元的手包，在公交车到站准备开门时，夺过手包就跑下车，乘客乙追着不放，好心的乘客丙也帮忙下车追赶甲。跑出 200 米后，甲拿起边的水果摊旁边的水果刀威胁丙：“再过来我就不客气了！”丙毫不示弱，拼死夺回手包。关于甲的行为，下列哪一说法是正确的？

- A. 甲的行为构成刑法第 269 条规定的转化型抢劫罪，不适用“在公共交通工具上抢劫”这一加重情节
- B. 甲的行为仅构成抢夺罪
- C. 甲的行为构成抢夺罪，因为后续的暴力行为并没有造成被害人轻伤以上，不能转化成抢劫
- D. 甲的行为仅构成抢夺罪，属于在“公共交通工具上抢劫”

【答案】A

【解析】

根据刑法第 269 条的规定，犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，转化成抢劫罪，据此，本题中甲的抢夺行为应转化成抢劫罪，B、D 项是错误的。但因甲的威胁行为系发生在车下，而非车上，故甲的行为不属于“在公共交通工具上抢劫”，A 项正确，C 项错误。

2. (2018/1/33) 犯盗窃、诈骗、抢夺罪，事后使用暴力的，转化成刑法第 269 条规定的抢劫罪。对此，下列哪一说法是正确的？

- A. 转化型抢劫罪的着手，应以前行为“盗窃、诈骗、抢夺罪”的着手为准
- B. 成立刑法第 269 条的转化型抢劫罪，要求前行为“盗窃、诈骗、抢夺罪”必须达到数额较大的标准
- C. 成立刑法第 269 条的转化型抢劫，要求前行为必须是盗窃、诈骗、抢夺罪，行为

人实施诸如盗窃类型的犯罪如盗伐林木罪，不能转化为抢劫罪

D. 如果没有刑法第 269 条的规定，盗窃后使用暴力抗拒抓捕的，不成立抢劫罪

【答案】D

【解析】

根据刑法理论的通说，转化型抢劫罪的着手，应以行为人出于窝藏赃物等特定目的对抓捕者等实施暴力或者以暴力相威胁时为着手。据此，A 项是错误的。

根据司法解释，转化型抢劫罪的成立并不要求行为人前面实施的盗窃等犯罪必须完全达到数额较大的构罪标准。对此，《两抢意见》第 5 条规定，行为人实施盗窃、诈骗、抢夺行为，未达到“数额较大”，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证当场使用暴力或者以暴力相威胁，情节较轻、危害不大的，一般不以犯罪论处；但具有以下严重情节的，可依照刑法第 269 条的规定，以抢劫罪定罪处罚：（1）盗窃、诈骗、抢夺接近“数额较大”标准的；（2）入户或在公共交通工具上盗窃、诈骗、抢夺后在户外或交通工具外实施上述行为的；（3）使用暴力致人轻微伤以上后果的；（4）使用凶器或以凶器相威胁的；（5）具有其他严重情节的。据此，B 项错误。

依照刑法理论的通说，转化型抢劫罪中的“盗窃、诈骗、抢夺罪”仅限刑法第 264 条、第 266 条、第 267 条规定的盗窃、诈骗、抢夺罪，但刑法分则所规定的特殊的盗窃、诈骗、抢夺行为，能够评价为盗窃、诈骗、抢夺罪的，同样可以成为事后抢劫的前提行为。如甲盗伐林木，被发现后抗拒抓捕，将抓捕人员打成重伤的，成立事后抢劫。理由在于盗伐林木的行为完全符合盗窃罪的犯罪构成，可以将其评价为盗窃罪，进而认定为事后抢劫。但如甲前往出入境机构骗取出境证件，被发现后为抗拒抓捕将抓捕者打成重伤。因价值微薄，骗取出境证件的行为并不能被评价为诈骗罪，故甲的行为不成立事后抢劫。据此，C 项错误。

刑法第 269 条的规定系拟制规定，如果没有刑法第 269 条的规定，盗窃后使用暴力抗拒抓捕的，是不成立抢劫罪的。据此，D 项正确。

3. （2017/2/60）关于抢劫罪的认定，下列哪些选项是正确的？

A. 甲欲进王某家盗窃，正撬门时，路人李某经过。甲误以为李某是王某，会阻止自己盗窃，将李某打昏，再从王某家窃走财物。甲不构成抢劫既遂

B. 乙潜入周某家盗窃，正欲离开时，周某回家，进屋将乙堵在卧室内。乙掏出凶器对周某进行恐吓，迫使周某让其携带财物离开。乙构成入户抢劫

C. 丙窃取刘某汽车时被发现，驾刘某的汽车逃跑，刘某乘出租车追赶。途遇路人陈某过马路，丙也未减速，将陈某撞成重伤。丙构成抢劫致人重伤

D. 丁抢夺张某财物后逃跑，为阻止张某追赶，出于杀害故意向张某开枪射击。子弹

未击中张某，但击中路人汪某，致其死亡。丁构成抢劫致人死亡

【答案】ABD

【解析】

抢劫罪的成立要求暴力等压制被害人反抗的行为与取财结果之间必须存在因果关系。

A项中，李某系路人，并非财物的所有人或者看护人，甲即使不将李某打昏，亦不妨碍甲取得财物。这说明甲的暴力行为与其取财结果之间并不存在刑法上的因果关系，故甲不成立抢劫罪既遂。一般认为因甲的盗窃行为并不着手，故甲亦不转化成抢劫罪，此种情况下，对甲应以盗窃罪与故意伤害罪并罚。A项正确。

根据2016年1月6日最高法《关于审理抢劫刑事案件适用法律若干问题的指导意见》第2条的规定，以侵害户内人员的人身、财产为目的，入户后实施抢劫，包括入户实施盗窃、诈骗等犯罪而转化为抢劫的，应当认定为“入户抢劫”。据此，乙盗窃被发现后当场对被害人以实施胁迫威胁，成立事后抢劫，而且成立入户抢劫。B项正确。

事后抢劫的成立要求行为人的暴力或者威胁行为必须针对抓捕者或者阻止其窝藏赃物、毁灭罪证的人。C项中，陈某既非抓捕者，亦非阻止其窝藏赃物、毁灭罪证的人，故对丙不能认定为事后抢劫，自然也不能成立抢劫致人重伤。C项错误。

D项中，丁的行为系打击错误，如采取法定符合说，丁对汪某的死亡具有故意，如采取具体符合说同，丁对汪某的死亡为过失。但抢劫致人死亡的责任形式既可以是故意，也可以是过失。故不管采取哪种观点，丁都成立抢劫致人死亡。D项正确。

4. (2015/2/17) 李某乘正在遛狗的老妇人王某不备，抢下王某装有4000元现金的手包就跑。王某让名贵的宠物狗追咬李某。李某见状在距王某50米处转身将狗踢死后逃离。王某眼见一切，因激愤致心脏病发作而亡。关于本案，下列哪一选项是正确的？

- A. 李某将狗踢死，属事后抢劫中的暴力行为
- B. 李某将狗踢死，属对王某以暴力相威胁
- C. 李某的行为满足事后抢劫的当场性要件
- D. 对李某的行为应整体上评价为抢劫罪

【答案】C

【解析】

本题主要考查抢夺罪转化成抢劫罪的基本条件。本案中，李某主要有两个行为，前一个行为是抢夺行为，且已经构成抢夺罪，后面因踢死狗而导致王某心脏病发作的行为。A项中，李某踢死狗的行为并不是针对被害人的人身，并能认定为事后抢劫中的暴力行为；B项中，李某将狗踢死的行为首先是为了自我防卫，以摆脱狗的追咬，而不是要向王某威

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

胁；C项中，李某的抢夺行为虽然已经既遂，但追赶行为继续进行，应视为现场的延伸，具备当场性。是但由于本身不是对追捕的人实施暴力行为或者以暴力相威胁行为，故难以整体上评价为抢劫罪。李某的行为只构成抢夺罪。故C项正确，D项错误。

5.（2012/2/59）甲、乙等人佯装乘客登上长途车。甲用枪控制司机，令司机将车开到偏僻路段；乙等人用刀控制乘客，命乘客交出随身财物。一乘客反抗，被乙捅成重伤。财物到手下车时，甲打死司机。关于本案，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲等人劫持汽车，构成劫持汽车罪
- B. 甲等人构成抢劫罪，属于在公共交通工具上抢劫
- C. 乙重伤乘客，无需以故意伤害罪另行追究刑事责任
- D. 甲开枪打死司机，需以故意杀人罪另行追究刑事责任

【答案】ABCD

【解析】

A项，甲乙等人劫持汽车并劫财的行为，同时构成劫持汽车罪和抢劫罪，属于想象竞合犯，从一重罪论处。结合本案有抢劫罪加重情形（在公共交通工具上抢劫、抢劫致人重伤），抢劫罪法定刑重（劫持汽车罪最高刑为无期徒刑，抢劫罪加重犯最高刑死刑），最终以抢劫罪论处。B项，依据A项解析，本项正确。C项，在抢劫过程中为压制被害人反抗而伤害或杀害被害人的不数罪并罚，属于加重情形，升格法定刑。D项，抢劫行为完成，甲开枪打死司机为杀人灭口，依据司法解释规定，另行构成故意杀人罪。至少对甲要以抢劫罪与故意杀人罪数罪并罚。

6.（2014/2/86-88）郑某等人多次预谋通过爆炸抢劫银行运钞车。为方便跟踪运钞车，郑某等人于2012年4月6日杀害一车主，将其面包车开走（事实一）。后郑某等人制作了爆炸装置，并多次开面包车跟踪某银行运钞车，了解运钞车到某储蓄所收款的情况。郑某等人摸清运钞车情况后，于同年6月8日将面包车推下山崖（事实二）。同年6月11日，郑某等人将放有爆炸装置的自行车停于储蓄所门前。当运钞车停在该所门前押款人员下车提押款时（当时附近没有行人），郑某遥控引爆爆炸装置，致2人死亡4人重伤（均为运钞人员），运钞车中的230万元人民币被劫走（事实三）。

(1)关于事实一（假定具有非法占有目的），下列选项正确的是：

- A. 抢劫致人死亡包括以非法占有为目的故意杀害他人后立即劫取财物的情形
- B. 如认为抢劫致人死亡仅限于过失致人死亡，则对事实一只能认定为故意杀人罪与盗窃罪（如否认死者占有，则成立侵占罪），实行并罚
- C. 事实一同时触犯故意杀人罪与抢劫罪

D. 事实一虽是为抢劫运钞车服务的，但依然成立独立的犯罪，应适用“抢劫致人死亡”的规定

【答案】ABCD

【解析】

本题主要考查抢劫罪、故意杀人罪以及抢劫致人死亡之间的关系。根据刑法和司法解释规定，抢劫罪中的暴力行为包括故意杀人，如果故意杀人导致死亡的，仍然认定为抢劫致人死亡；如果不考虑司法解释，将抢劫致人死亡解释为仅限于过失致人死亡，则本案事实一就要数罪并罚；事实一同时触犯故意杀人罪与抢劫罪的说法是正确的，只不过，根据刑法和司法解释的规定，最后只以抢劫罪一罪处断；事实一既是后面抢劫罪的预备行为，同时，本身也是抢劫罪的实行行为，可以独立成立抢劫致人死亡。

(2)关于事实二的判断，下列选项正确的是：

- A. 非法占有目的包括排除意思与利用意思
- B. 对抢劫罪中的非法占有目的应与盗窃罪中的非法占有目的作相同理解
- C. 郑某等人在利用面包车后毁坏面包车的行为，不影响非法占有目的的认定
- D. 郑某等人事后毁坏面包车的行为属于不可罚的事后行为

【答案】ABCD

【解析】

对于取得型财产犯罪，要求行为人具有非法占有目的，该目的是犯罪故意之外的主观超过要素。非法占有目的包括排除意思和利用意思；因为同为取得型财产犯罪，抢劫罪和盗窃罪中的非法占有目的具有相同的含义。故 AB 正确。郑某等人在利用面包车时，取得和利用意思都具备，非法占有目的的认定，系犯罪既遂之后销赃的行为，属于不可罚的事后行为，故 CD 选项正确。

(3)关于事实三的判断，下列选项正确的是：

- A. 虽然当时附近没有行人，郑某等人的行为仍触犯爆炸罪
- B. 触犯爆炸罪与故意杀人罪的行为只有一个，属于想象竞合
- C. 爆炸行为亦可成为抢劫罪的手段行为
- D. 对事实三应适用“抢劫致人重伤、死亡”的规定

【答案】ABCD

【解析】危害公共安全罪的实质在于行为可能导致不特定或者多数人的死伤在本题中，被告人的行为导致 6 人死伤，虽然这些人都是银行职员，是特定的人，但也属于导致“多数人”死伤的情形；同时，由于行为发生在储蓄所门前这一公共场所，被告人的行为有造

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

成不特定的第三人死伤的具体危险性，即便行为实施当时附近没有行人，没有造成银行职员之外的其他人死伤，郑某等人的行为也具有公共危险性，故其行为触犯爆炸罪，A选项正确。被告人仅实施了一个爆炸行为，同时触犯爆炸罪和故意杀人罪，成立想象竞合犯，B选项正确。被告人的爆炸行为是抢劫罪的手段行为，C选项正确。被告人具有非法占有目的，为抢劫他人财物而故意致人死伤，符合抢劫致人重伤、死亡的规定，D项正确。

7. (2016/2/16)贾某在路边将马某打倒在地，劫取其财物。离开时贾某为报复马某之前的反抗，往其胸口轻踢了一脚，不料造成马某心脏骤停死亡。设定贾某对马某的死亡具有过失，下列哪一分析是正确的？

- A. 贾某踢马某一脚，是抢劫行为的延续，构成抢劫致人死亡
- B. 贾某踢马某一脚，成立事后抢劫，构成抢劫致人死亡
- C. 贾某构成抢劫罪的基本犯，应与过失致人死亡罪数罪并罚
- D. 贾某构成抢劫罪的基本犯与故意伤害（致死）罪的想象竞合犯

【答案】C

【解析】

抢劫致人死亡，是指抢劫的基本行为致人死亡，亦即，手段行为与强取财物的行为之一致人死亡的才属于抢劫致人死亡。本题中，贾某离开时踢马某一脚的行为并非抢劫的基本行为，系另起犯意，不成立抢劫致死，而应数罪并罚。考虑到贾某踢马某一脚的行为系报复马某之前的反抗，不存在致人轻伤以上的故意，成立过失致人死亡罪，而非故意伤害致死。最终对贾某应以抢劫罪的基本犯与过失致人死亡罪并罚。

8. (2013/2/8)甲深夜进入小超市，持枪胁迫正在椅子上睡觉的店员乙交出现金，乙说“钱在收款机里，只有购买商品才能打开收款机”。甲掏出100元钱给乙说“给你，随便买什么”。乙打开收款机，交出所有现金，甲一把抓跑。事实上，乙给甲的现金只有88元，甲“亏了”12元。关于本案，下列哪一说法是正确的？

- A. 甲进入的虽是小超市，但乙已在椅子上睡觉，甲属于入户抢劫
- B. 只要持枪抢劫，即使分文未取，也构成抢劫既遂
- C. 对于持枪抢劫，不需要区分既遂与未遂，直接依照分则条文规定的法定量刑刑即可
- D. 甲虽“亏了”12元，未能获利，但不属于因意志以外的原因未得逞，构成抢劫罪既遂

【答案】D

【解析】

根据2005年6月8日最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问

题的意见》，“人户抢劫”中的“户”在这里是指住所，其特征表现为供他人家庭生活与外界相对隔离两个方面，前者为功能特征，后者为场所特征。超市是开放型空间，未与外界相对隔离，故即使乙在椅子上睡觉，超市也不属于刑法上的“户”的范畴，因而甲不构成入户抢劫。

2005年6月，最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》指出，“刑法第二百六十三条规定的八种处罚情节中除‘抢劫致人重伤、死亡的’这一结果加重情节之外，其余七种处罚情节同样存在既遂、未遂问题，其中属抢劫未遂的，应当根据刑法关于加重情节的法定刑规定，结合未遂犯的处理原则量刑”。因此，持枪抢劫时，需要区分既未遂问题。据此，C项错误。

抢劫罪是侵犯财产与人身法益的犯罪，只有在财产或者人身法益被实际侵犯(毁灭)时，才能构成抢劫既遂。抢劫罪的情节加重犯，不能改变抢劫罪既未遂的区分标准。虽然持枪抢劫，但分文未得，且对被害人人身也未造成伤害的，构成抢劫未遂。据此，B项错误。

我们国家的财产犯罪全部都是对个别财产的犯罪。从表面上看，甲支付了100元，实得88元，亏了12元，但这种加减式的数学计算是错误的，因为计算抢劫所得时，不应扣除抢劫犯的抢劫成本。D为正确答案。

考点四十九 盗窃罪

一、常考知识点

1. 以盗窃罪论处的几种特殊情形。
2. 盗窃罪的主体。
3. 盗窃罪的构成要件：(1)普通盗窃；(2)特殊盗窃。
4. 盗窃罪的对象：必须是他人占有（控制）的财物。
5. 盗窃罪的责任要素。
6. 盗窃罪的既遂标准。

二、真题印证

1. （2018/1/24）乙骑摩托车搭着甲过山路，路面崎岖泥泞，乙便推着摩托车前行。这时甲提出帮忙把车骑过去，乙同意，并且紧跟其后，双眼一直注视甲。不料甲过了山路骑着摩托车扬长而去。甲的行为构成何罪？

- A. 诈骗罪
- B. 侵占罪
- C. 抢劫罪
- D. 盗窃罪或抢夺罪择一定性

【答案】D

【解析】

诈骗罪的成立要求被害人必须基于认识错误将财产处分给行为人。本题中，乙一直跟在甲身后，双眼一直注视着乙。从社会观念上来看，该车仍归乙占有。并不存在乙基于认识错误将摩托车处分于甲的事实，故甲不成立诈骗罪。A项错误。侵占罪是变自己占有为非法所有，因摩托车案发时归乙占有，甲并未占有该车，故甲不成立侵占罪。B项错误。抢劫罪要求行为人必须实施对人暴力，甲并未对乙实施暴力行为，故不成立抢劫罪。C项错误。关于本案，事实上存在两种观点：一种观点以为，盗窃与抢夺的区分关键在于行为人是秘密还是公开取得财物。本案中，甲系违背乙的意志，公然取得财物，据此，甲的行为成立公然的抢夺罪；另一种观点则认为，盗窃与抢夺的区分在于行为人是否实施对物暴力。本案中，甲违背乙的意志，采用平和的手段取得财物，应认定为公开窃取型的盗窃罪。据此，D项是正确的。

2. （2013/2/60）甲潜入他人房间欲盗窃，忽见床上坐起一老妪，哀求其不要拿她的东西。甲不理睬而继续翻找，拿走一条银项链（价值400元）。关于本案的分析，下列哪些

选项是正确的？

- A. 甲并未采取足以压制老妪反抗的方法取得财物，不构成抢劫罪
- B. 如认为区分盗窃罪与抢夺罪的关键在于是秘密取得财物还是公然取得财物，则甲的行为属于抢夺行为；如甲作案时携带了凶器，则对甲应以抢劫罪论处
- C. 如采取 B 选项的观点，因甲作案时未携带凶器，也未秘密窃取财物，又不符合抢夺罪“数额较大”的要件，无法以侵犯财产罪追究甲的刑事责任
- D. 如认为盗窃行为并不限于秘密窃取，则甲的行为属于入户盗窃，可按盗窃罪追究甲的刑事责任

【答案】ABCD

【解析】

甲发现老妪后，不顾老妪哀求继续翻找财物，这无法评价为甲采取了暴力、胁迫等强制手段。既然甲并未采取足以压制老妪反抗的方法取得财物，就不能构成抢劫罪。A 项正确。

如果说区分二者的关键是秘密取得财物还是公然取得财物，秘密取得财物的属于盗窃行为，公然取得财物的构成抢夺行为。从这一前提出发，甲是当着老妪的面取走财物，其行为属于抢夺行为。如甲作案时携带了凶器，则属于携带凶器抢夺，根据《刑法》第 267 条第 2 款的规定应按抢劫罪定罪处罚。B 项的推理正确。

构成抢夺罪，不仅要求存在抢夺行为，而且要求抢得“数额较大”的财物。如采取 B 选项的观点，因甲作案时未携带凶器，也未秘密窃取财物，又不符合抢夺罪“数额较大”的要件，故无法以侵犯财产罪追究甲的刑事责任。C 项的推理正确。

如果认为，“盗窃”是指以平和的手段(不会危及人身安全的手段)取得财物，不限于“秘密窃取”。据此，甲的行为属于入户盗窃，可按盗窃罪追究甲的刑事责任。

3. (2013/2/6)2010 年某日，甲到乙家，发现乙家徒四壁。见桌上一块玉坠，断定是不值钱的仿制品，甲便顺手拿走。后甲对丙谎称玉坠乃秦代文物，值 5 万元，丙以 3 万元买下。经鉴定乃清代玉坠，市值 5000 元。关于本案的分析，下列哪一选项是错误的？

- A. 甲断定玉坠为不值钱的仿制品具有一定根据，对“数额较大”没有认识，缺乏盗窃犯罪故意，不构成盗窃罪
- B. 甲将所盗玉坠卖给丙，具有可罚性，不属于不可罚的事后行为
- C. 不应追究甲盗窃玉坠的刑事责任，但应追究甲诈骗丙的刑事责任
- D. 甲诈骗丙的诈骗数额为 5 万元，其中 3 万元既遂，2 万元未遂

【答案】D

【解析】

“入户盗窃”构成盗窃罪是2011年《刑法修正案(八)》新增设的规定。

本题提示的案发时间为2010年，据此处理本案只能适用1997年刑法关于盗窃罪的规定，即入户盗窃只有在盗窃“数额较大”或者“多次盗窃”时，才构成盗窃罪。换言之，在本题中，甲具有入户盗窃的故意不等于甲有盗窃犯罪故意。亦即，彼时盗窃罪的故意仅指盗窃数额较大以上财物的故意，而非小偷小摸的故意。甲误以为所盗玉坠是不值钱的仿制品，对“数额较大”缺乏认识时，能否肯定其具有盗窃犯罪故意，理论上存在争议，但一般持否定意见，理由如下：第一，就形式而论，数额(数量)表面上是对“量”的规定，其实是对犯罪结果的规定。结果属于客观构成要件要素，若对此无认识，就不能说行为人对客观构成要件存在认识。换言之，行为人欠缺成立犯罪故意所必须的认识因素，因而其心理活动不属于犯罪故意。据此，构成盗窃犯罪故意，对“数额较大”必须有认识。第二，实质而论，小偷小摸的意思与犯盗窃罪故意，具有本质的不同，前者并无触犯刑法的意思，后者具有触犯刑法的意思。如果行为人没有窃取数额较大财物的意思，这就表明，行为人试图避免触犯刑法，是在努力遵守刑法。对于一个努力避免触犯刑法的人，认定其存在犯罪故意，这并不合适。只有当行为人对数额可能较大存在认识时，这种心态才值得动用刑罚来谴责，才可以作为犯罪故意来对待。在实务中，对所盗财物小偷可能都会辩解“以为不值钱”，但这一辩解并非都能成立，仅在存在一定根据的前提下，才能表明小偷对财物的价值确实欠缺认识。在本案中，虽然甲窃得的玉坠价值5000元，但乙家徒四壁，甲断定玉坠是不值钱的仿制品具有一定根据，由此可表明甲确实未能认识到玉坠的价值“数额较大”。因此，此时应认定甲不存在盗窃犯罪故意(只有小偷小摸的意思)，故甲欠缺盗窃罪的主观要件，不构成盗窃罪。据此，A项正确。

不可罚的事后行为是指在状态犯的场合，利用该犯罪行为的结果的行为，如果孤立地看，符合其他犯罪的犯罪构成，具有可罚性，但由于被综合评价在该状态犯中，故没有必要另认定为其他犯罪。

不可罚的事后行为之所以不另成立其他犯罪，主要是因为事后行为没有侵犯新的法益，也可能是事后行为缺乏期待可能性。甲之前盗窃玉坠的行为不构成盗窃罪，对于甲事后处理赃物的行为无法包含在盗窃罪的评价之中，故甲的行为不属于不可罚的事后行为。甲将所盗玉坠卖给丙时，采取了诈骗的方法，使丙产生认识错误，进而交付3万元财物，甲的行为侵犯了丙的财产(新的财产法益)，符合诈骗罪的犯罪构成，应该以诈骗罪处罚。据此，B、C项正确。

当行为人主观上并未明确追求特定诈骗数额出于骗多少是多少的心态时，应以行为人实际骗得的数额作为诈骗既遂数额，对于未骗得的数额不应认定为诈骗未遂的数额。D项错误，为本题正确答案。

4. (2011/2/16)关于盗窃罪的理解，下列哪一选项是正确的？

- A. 扒窃成立盗窃罪的，以携带凶器为前提
- B. 扒窃仅限于窃取他人衣服口袋内体积较小的财物
- C. 扒窃时无论窃取数额大小，即使窃得一张白纸，也成立盗窃罪既遂
- D. 入户盗窃成立盗窃罪的，既不要求数额较大，也不要求多次盗窃

【答案】D

【解析】

选项 A 错误。扒窃并不要求以携带凶器为前提。

选项 B 错误。扒窃的对象没有对体积的要求。

选项 C 错误。扒窃不以数额大小为判定标准，但单纯盗窃一张白纸的行为不值得动用刑罚加以惩罚，不成立盗窃罪。

选项 D 正确。刑法条文对入户盗窃并没有规定盗窃数额和次数的限制。

考点五十 侵占罪

一、常考知识点

1. 对代为保管的理解。
2. 对遗忘物与埋藏物的理解。
3. 侵占罪与盗窃罪的区分。

二、真题印证

1. (2018/1/96) 甲拿着包坐在公园长椅上，乙默默坐他旁边。甲离开时忘记将自己的包拿走，乙见甲离开，迅速将包拿走。甲走出十米突然想起了自己的包，返回原处未看见包与乙。下列说法正确的是？

- A. 乙的行为构成盗窃罪
- B. 甲虽然离开，但该包仍然归甲占有
- C. 乙的行为构成侵占罪
- D. 甲忘记将该包拿走，该包就是无人占有的财产

【答案】AB

【解析】

盗窃罪是变他人占有为自己所有，而侵占罪是变自己占有为自己所有。因此，区分盗窃罪与侵占罪的关键，在于判断作为犯罪对象的财物是否脱离占有以及由谁占有。

从客观上来说，占有是指事实上的支配。不仅包括物理支配范围内的支配，而且包括社会观念上可以推知财物的支配人的状态。

刑法理论认为，明显属于他人支配、管理的财物，即使他人短暂遗忘或者短暂离开，但只要财物处于他人支配力所能涉及的范围，也应认定他人占有。

本案中，案发场所虽为公共场所，但甲并未走远，从社会观念上来看，该包仍归甲占有，故乙将之拿走的，成立盗窃罪，而非侵占罪。AB项正确；CD项错误。

2. (2014/2/18) 乙(16周岁)进城打工，用人单位要求乙提供银行卡号以便发放工资。乙忘带身份证，借用老乡甲的身份证以甲的名义办理了银行卡。乙将银行卡号提供给用人单位后，请甲保管银行卡。数月后，甲持该卡到银行柜台办理密码挂失，取出1万余元现金，拒不退还。甲的行为构成下列哪一犯罪？

- A. 信用卡诈骗罪
- B. 诈骗罪
- C. 盗窃罪(间接正犯)
- D. 侵占罪

【答案】D

【解析】

银行卡是以甲的名义办理的，甲是银行卡的合法持卡人。至于甲办理银行卡的起因是什么，是主动还是被动办理银行卡，以及银行卡的实际用途是什么(如借给他人存工资)，对于甲是银行卡的合法持卡人本身都没有影响。甲在银行使用的是本人的银行卡，不属于《刑法》第 196 条的“冒用他人信用卡”，不构成信用卡诈骗罪。据此，A 选项错误。

甲是银行卡的合法持卡人，其使用的是本人的银行卡，对银行而言并不存在欺诈行为，甲的行为不符合诈骗罪的构造，不成立诈骗罪。银行卡持卡人即使将其银行卡借给他人使用，其仍旧为银行卡持卡人，银行卡的使用人并不因为其实际使用银行卡而变成银行卡持卡人。

即使银行卡实际为乙使用(是乙的工资卡)，也应认定甲是银行卡的持有人，甲对银行不存在欺诈行为。据此，B 选项错误。

乙将工资存在甲的银行卡中，且银行卡实际上也在甲的手中，甲因不知道密码，便将银行卡到银行柜台办理密码挂失，取出银行卡中乙的工资 1 万余元现金，拒不退还，这一行为构成盗窃还是侵占，需要在理清甲与乙之间的法律关系以及甲与银行之间的法律关系后，才能得出正确的答案。

甲与乙之间存在代为保管财物的关系。乙将甲的银行卡卡号提供给用人单位后，请甲保管银行卡，对此应理解为乙请甲代为保管自己的工资。乙只有 16 周岁，请老乡甲代为保管工资，这不违背常理。甲与乙之间存在甲代为保管乙的财物的关系，甲却将代为保管的财物非法占为己有，其行为成立侵占罪。

3. (2012/2/18) 不计数额，下列哪一选项构成侵占罪？

- A. 甲是个体干洗店老板，洗衣时发现衣袋内有钱，将钱藏匿
- B. 乙受公司委托外出收取货款，隐匿收取的部分货款
- C. 丙下飞机时发现乘客钱包掉在座位底下，捡起钱包离去
- D. 丁是宾馆前台服务员，客人将礼品存于前台让朋友自取。丁见久无人取，私吞礼品

【答案】A

【解析】

A 项，衣袋内的钱应解释为遗忘物，即非基于主人本意脱离占有，但主人并未放弃所有权之物，甲将之据为己有的，按照《刑法》第 270 条的规定，构成侵占罪。

B 项，乙将自己占有但公司所有的财物隐匿，成立职务侵占罪。

C 项，航空器相对封闭，旅客人数有限，空乘人员对航空器的控制、监视力度大，因此航空器和载客数量大、人员流动性大、开放性较强的火车公共汽车都有差异。C 项，丙

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

发现其他乘客的钱包掉在座位底下，如果失主还在飞机上，该财物由失主占有；如果失主已经下飞机，该财物由空乘人员占有，因此，丙是将他人占有的财物变为自己占有，构成盗窃罪。D项，客人将礼品存于前台让朋友自取，该财物是主人特别声明或者故意放置在特定场所的财物。根据一般的社会观念，在其他客人来领取财物之前，该财物由放置者占有，丁的行为构成盗窃罪。

4. (2017/2/18) 下列哪一行为成立侵占罪？

A. 张某欲向县长钱某行贿，委托甲代为将5万元贿赂款转交钱某。甲假意答应，拿到钱后据为己有

B. 乙将自己的房屋出售给赵某，虽收取房款却未进行所有权的转移登记，后又将房屋出售给李某

C. 丙发现洪灾灾区的居民已经全部转移，遂进入居民房屋，取走居民来不及带走的贵重财物

D. 丁用分期付款购买汽车，约定车款付清前汽车由丁使用，所有权归卖方。丁在车款付清前将车另售给他人

【答案】D

【解析】

在A选项中，甲貌似将代为保管的5万元贿赂款据为己有，但是，甲一开始就没有转交贿赂款的意思，其却假装同意将5万元贿赂款转交给钱某，以致于张某陷入了认识错误，将5万元给了甲，该行为构成诈骗罪。甲不是在取得了5万元后才产生的非法占有的目的，而是以非法占有为目的，隐瞒真相，骗取张某财物，故不构成侵占罪。

在B项中，乙将自己的房屋出售给赵某，但房屋的所有权尚未进行转移登记，因此，在法律上乙仍是房屋的合法所有人，房屋不属于代为保管的他人财物，故乙其后又将房屋出售给李某的行为就不构成侵占罪。

在C选项中，洪灾灾区的居民虽然已经转移，但根据日常社会观念，灾区房屋内的居民来不及带走的贵重财物仍然属于居民占有，不属于遗忘物或者是埋藏物，丙取走这些财物的行为应该成立盗窃罪，不构成侵占罪。

在D选项中，丁分期付款购买汽车，约定车款付清前汽车由丁使用，所有权归卖方。因此，即便丁在实际使用汽车，由于其并无所有权，故汽车对丁而言属于代为保管的他人财物。丁在车款付清前将车另售他人，属于非法占有为目的，对代为保管的他人财物由占有变为所有，其行为成立侵占罪。

5. (2014/2/60)甲的下列哪些行为属于盗窃（不考虑数额）？

A. 某大学的学生进食堂吃饭时习惯于用手机、钱包等物占座后，再去购买饭菜。甲将学生乙用于占座的钱包拿走

B. 乙进入面馆，将手机放在大厅 6 号桌的空位上，表示占座，然后到靠近窗户的地方看看有没有更合适的座位。在 7 号桌吃面的甲将手机拿走

C. 乙将手提箱忘在出租车的后备箱。后甲搭乘该出租车时，将自己的手提箱也放进后备箱，并在下车时将乙的手提箱一并拿走

D. 乙全家外出打工，委托邻居甲照看房屋。有人来村里购树，甲将乙家山头上的树谎称为自家的树，卖给购树人，得款 3 万元

【答案】 ABCD

【解析】

盗窃罪的对象必须是他人所占有的财物，对于自己占有的他人财物不可能成立盗窃罪。从客观上说，占有是指事实上的支配，不仅包括物理支配范围内的支配，而且包括社会观念上可以推知财物的支配人的状态。在公共空间经常发生用财物来占座的现象，如学生进食堂吃饭时习惯于用手机、钱包等物占座，或者顾客在饭馆、大排档先用财物占座然后再去点菜等。之所以出现这种现象，是因为被害人觉得财物能够处于自己的支配、控制之下，用财物占座是安全的。依据社会观念，应当认为在这些场合，被害人仍然占有这些用于占座的财物，因而他人用平和的手段取走这些财物的，成立盗窃罪，而不是侵占罪。据此，AB 项均构成盗窃罪。

即使原占有者丧失了占有，但当该财物转移为建筑物的管理者或者第三者占有时，也应认定该财物属于为他人占有的财物。例如，旅客遗忘在旅馆房间的财物，被旅馆管理者占有，而非遗忘物。乙将手提箱忘在出租车的后备箱，后备箱属于封闭空间，此时应认定遗忘在后备箱内的他人手提箱，由原主的占有转移为归出租车司机占有。因此，C 选项中后面的乘客乘机取走该手提箱的，成立盗窃罪，而不是侵占罪。

在 D 选项中，乙全家外出打工，委托邻居甲照看房屋。此时，乙山头上的树不为甲占有，甲利用不知情的购树人盗窃了乙的财物，构成盗窃罪。

考点五十一 诈骗罪

一、常考知识点

1. 诈骗罪的基本构造。
2. 以诈骗罪论处的几种特殊情形。
3. 三角诈骗。
4. 诈骗罪和盗窃罪的区分。
5. 诈骗罪与侵占罪的区分

二、真题印证

1. (2018/1/31) 某法院将扣押的车辆放在停车场，甲对该停车场场的保管员乙谎称自己是法院的人，受法院的委托过来把车开走。保管员信以为真，并收取了甲的保管费后，让甲把汽车开走。下列哪一说法是错误的？

- A. 甲的行为构成诈骗罪，保管员乙对该车辆有处分权
- B. 甲的行为构成盗窃罪，保管员乙对该车辆没有处分权
- C. 如果甲是该车辆的所有权人，甲通过欺骗方式骗回自己所有的汽车的，若坚持财产罪保护的法益为财产所有权，甲的行为不成立诈骗罪
- D. 如果甲是该车辆的所有权人，甲通过欺骗方式骗回自己所有汽车的，若坚持财产罪保护的法益为财产占有权，甲的行为成立诈骗罪

【答案】B

【解析】

首先，从事实上来判断，乙作为保管员对该车辆是有处分权的，B项表述错误，A项表述正确。在此基础上，如果坚持财产罪的法益是占有权，尽管甲是所有人，但当时车辆由法院合法占有，甲的行为成立乙为被骗人，法院为被害人的三角诈骗；但如坚持财产罪的法益是所有权，则甲作为所有权人，将车辆骗回的行为没有侵犯任何人的所有权，甲的行为不成立犯罪。CD项表述正确。

2. (2018/1/70) 甲用乙的淘宝账号从网上买了一部手机，甲用自己的银行卡付了款，留下了自己的手机号码。手机卖家丙核实信息时，按照淘宝账号信息打电话给乙，乙欺骗丙说手机是他买的，并告知丙更改收货地址，最终卖家丙将手机发货给乙。下列说法正确的是？

- A. 若承诺卖家丙对货物有处分权，乙欺骗丙的行为成立诈骗罪
- B. 若否认卖家丙对货物有处分权，丙只是被乙利用的工具，乙的行为成立盗窃罪的

间接正犯

C. 如果坚持 B 选项的观点，乙成立盗窃罪的间接正犯，盗窃罪的对象是甲对卖家丙的债权，即发货权

D. 如认为卖家丙受骗了，但因卖家的做法并没有违反法律规定，实际遭受财产损失的人仍然是甲，则该案是一种较为特殊的“三角诈骗”，成立诈骗罪

【答案】ABCD

【解析】

本题是偷换二维码案的镜像版。诈骗罪与盗窃罪区分的关键在于被害人是否基于认识错误处分财产。如是，则为诈骗；如否，则为盗窃。据此，三角诈骗与盗窃罪间接正犯区别的关键在于被骗人是否具有处分财产的权限与地位。如有，则为三角诈骗；如无，则为盗窃罪的间接正犯。

首先，必须明确的是：本题中，卖家虽然发了货，但其拿到了货款，不存在财产损失，故其不是本案中的受害人；本案中的受害人应为付款人甲。如认为卖家丙对货物有处分权，则乙欺骗了丙，拿到了本应寄给甲的手机，致甲受到了财产损失。其中，行为人是乙，被骗人是丙，真正的受害人为甲，被骗取的财物为甲对丙的债权（发货权）。据此，乙成立三角诈骗。但与普通三角诈骗不同的是：在普通三角诈骗中，被骗人处分的财产是被害人占有的财产，但在本案中，被骗人处分的财产（债权，即发货权）还未归被害人占有，但依交易规则，这一财产（债权，即发货权）未来应当转归被害人占有，故其属于特殊的三角诈骗。AD 两项是正确的。

但如否认卖家丙对货物有处分权，则乙利用了不知情的丙，将甲对丙的债权（发货权）据为己有，据此，乙成立盗窃罪的间接正犯。BC 两项也是正确的。

3. （2017/2/17）郑某冒充银行客服发送短信，称张某手机银行即将失效，需重新验证。张某信以为真，按短信提示输入银行卡号、密码等信息后，又将收到的编号为 135423 的“验证码”输入手机页面。后张某发现，其实是将 135423 元汇入了郑某账户。关于本案的分析，下列哪一选项是正确的？

- A. 郑某将张某作为工具加以利用，实现转移张某财产的目的，应以盗窃罪论处
- B. 郑某虚构事实，对张某实施欺骗并导致张某处分财产，应以诈骗罪论处
- C. 郑某骗取张某的银行卡号、密码等个人信息，应以侵犯公民个人信息罪论处
- D. 郑某利用电信网络，为实施诈骗而发布信息，应以非法利用信息网络罪论处

【答案】A

【解析】

张某在输入所谓的“验证码”时并没有财产的处分意思，故郑某的行为不构成诈骗罪。据此，B 项错误。

郑某的行为实际上属于吸引被害人的注意力，趁被害人不注意，利用被害人的疏忽，窃取被害人的财物，故其行为成立盗窃罪，A 正确。

郑某只非法获取张某 1 条个人信息，难以认定为情节严重，对此不能以侵犯公民个人信息罪论处。即便肯定其行为构成侵犯公民个人信息罪，依据从一重罪处断原则，盗窃罪的法定刑更重，对此也应该以盗窃罪论处，而非侵犯公民个人信息罪，故 C 错误。

《刑法》第 287 条之一第 1 条第 3 项规定，为实施诈骗等违法犯罪活动，利用信息网络发布信息的，构成非法利用信息网络罪。《刑法》第 287 条之一第 3 款还规定，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。因盗窃罪的法定刑重于非法利用信息网络罪的法定刑，故对郑某应以盗窃罪论处。

4. （2016/2/59）下列哪些行为构成盗窃罪（不考虑数额）？

A. 酒店服务员甲在帮客人拎包时，将包中的手机放入自己的口袋据为己有

B. 客人在小饭馆吃饭时，将手机放在收银台边上充电，请服务员乙帮忙照看。乙假意答应，却将手机据为己有

C. 旅客将行李放在托运柜台旁，到相距 20 余米的另一柜台问事时，机场清洁工丙将该行李拿走据为己有

D. 顾客购物时将车钥匙遗忘在收银台，收银员问是谁的，丁谎称是自己的，然后持该钥匙将顾客的车开走

【答案】ABCD

【解析】

一般来说，他人手提、肩背的财物处于他人的直接支配下，属于他人占有的财物。但是，如果手提、肩背只是表现为对他人的占有的辅助，则并没有占有该财物。据此，A 项中甲只是占有的辅助者，其将客人包中手机拿走的行为成立盗窃罪。在特定场所，所有人、占有人在场的，原则上应认定为所有人、占有人占有，而不是由场所的管理者占有。据此，B 项中手机仍归客人占有，乙将之据为己有的，成立盗窃罪。虽然表面上处于他人支配领域之外，但存在可以推知由他人事实上支配的状态时，也属于他人占有的财物。据此，C 项中旅客并未丧失对自己行李的占有，丙将该行李拿走据为己有的，成立盗窃罪。诈骗罪的成立要求行为人取得的财产与被害人处分的财产必须得具有同一性，据此，D 项中收银员充其量只是对钥匙有处分权，对顾客的汽车并没有处分权，丁将汽车开走的行为成立盗窃罪而非诈骗罪。

5. (2016/2/17) 关于诈骗罪的认定, 下列哪一选项是正确的 (不考虑数额)?

A. 甲利用信息网络, 诱骗他人点击虚假链接, 通过预先植入的木马程序取得他人财物。即使他人不知点击链接会转移财产, 甲也成立诈骗罪

B. 乙虚构可供交易的商品, 欺骗他人点击付款链接, 取得他人财物的, 由于他人知道自己付款, 故乙触犯诈骗罪

C. 丙将钱某门前停放的摩托车谎称是自己的, 卖给孙某, 让其骑走。丙就钱某的摩托车成立诈骗罪

D. 丁侵入银行计算机信息系统, 将刘某存折中的 5 万元存款转入自己的账户。对丁应以诈骗罪论处

【答案】B

【解析】

诈骗罪的成立要求行为人必须得具有处分意识, A 项中, 被害人并无处分意识, 故甲成立盗窃罪而非诈骗罪。C 项中, 钱某亦无处分意识, 故丙系利用不知情的孙某盗窃他人财物, 成立盗窃罪而非诈骗罪。如认为孙某存在财产损失, 丙对孙某可能成立诈骗罪。D 项中, 丁侵入计算机系统, 取得他人债权, 但债权人亦无处分意识, 故丁成立盗窃罪而非诈骗罪。

6. (2015/2/63) 下列哪些行为触犯诈骗罪 (不考虑数额)?

A. 甲对李某家的保姆说: “李某现在使用的手提电脑是我的, 你还给我吧。”保姆信以为真, 将电脑交给甲

B. 甲对持有外币的乙说: “你手上拿的是假币, 得扔掉, 否则要坐牢。”乙将外币扔掉, 甲乘机将外币捡走

C. 甲为灾民募捐, 一般人捐款几百元。富商经过募捐地点时, 甲称: “不少人都捐一、二万元, 您多捐点吧。”富商信以为真, 捐款 2 万元

D. 乙窃取摩托车, 准备骑走。甲觉其可疑, 装成摩托车主人的样子说: “你想把我的车骑走啊?”乙弃车逃走, 甲将摩托车据为己有

【答案】ABD

【解析】

本题主要考查 (三角) 诈骗罪与 (间接正犯) 盗窃罪之间的区别。A 项中, 主要要看保姆对于电脑是否具有处分权, 如果有, 就构成诈骗罪, 如果没有, 则构成盗窃罪。手提电脑作为一般的日常生活用品, 价值又不是很高, 保姆本身是有交付处分的权限的, 甲构成 (三角) 诈骗罪; 行为人实施欺骗行为, 使他人放弃财物, 行为人拾取该财物的, 也宜

为了梦想，我要学习！

For Dream, I'm Studying!

认定为诈骗罪。B项中，甲实施了欺骗行为，导致乙认识错误而抛弃外币，这与甲乘机将外币捡走之间有因果关系，甲的行为构成诈骗罪；C项中，甲有实施了欺骗行为，富商虽然被骗，但其最终捐款2万元主要还是基于一种动机认识错误，这种动机认识错误并不影响其承诺捐款的法律效力，难以认定其基于被骗而产生错误认识，进而处分财产，导致财产损失，甲不构成诈骗罪。D项中，甲的行为属于“黑吃黑”，其行为结构与B项中的甲基本一样，符合诈骗罪的构造，构成诈骗罪。

7. (2015/2/19) 菜贩刘某将蔬菜装入袋中，放在居民小区路旁长条桌上，写明“每袋20元，请将钱放在铁盒内”。然后，刘某去3公里外的市场卖菜。小区理发店的店员经常好奇地出来看看是否有人偷菜。甲数次公开拿走蔬菜时假装往铁盒里放钱。关于甲的行为定性（不考虑数额），下列哪一选项是正确的？

- A. 甲乘人不备，公然拿走刘某所有的蔬菜，构成抢夺罪
- B. 蔬菜为经常出来查看的店员占有，甲构成盗窃罪
- C. 甲假装放钱而实际未放钱，属诈骗行为，构成诈骗罪
- D. 刘某虽距现场3公里，但仍占有蔬菜，甲构成盗窃罪

【答案】D

【解析】

甲属于采取不为刘某所知的方法秘密窃取了刘某的蔬菜，或者说甲采取不会危及人身安全的平和的手段取得了刘某的蔬菜，在不考虑数额的前提下，该行为构成盗窃罪。甲并未以对财物实施暴力的手段取得蔬菜，故其行为不构成抢夺罪。甲的行为也不属于使刘某产生认识错误，进而基于认识错误交付蔬菜，故其行为不构成诈骗罪。D项说法正确。

8. (2015/2/18) 乙全家外出数月，邻居甲主动帮乙照看房屋。某日，甲谎称乙家门口的一对石狮为自家所有，将石狮卖给外地人，得款1万元据为己有。关于甲的行为定性，下列哪一选项是错误的？

- A. 甲同时触犯侵占罪与诈骗罪
- B. 如认为购买者无财产损失，则甲仅触犯盗窃罪
- C. 如认为购买者有财产损失，则甲同时触犯盗窃罪与诈骗罪
- D. 不管购买者是否存在财产损失，甲都触犯盗窃罪

【答案】A

【解析】

邻居甲虽然主动帮乙照看房屋，但石狮不属于甲代为保管的财物，在社会观念上石狮仍为屋主乙所占有，故甲将石狮卖出的行为不构成侵占罪。A选项错误。甲属于采取不为乙所知的方法秘密窃取了乙的石狮，或者说甲采取不会危及人身安全的平和手段、利用不

知情的外地人窃取了石狮，故甲的行为构成盗窃罪。如认为购买者没有财产损失(因为其已经得到了石狮)，甲的行为就不符合诈骗罪“被害人遭受财产损失”的构造，从而不构成诈骗罪，只能以盗窃罪追究甲的刑事责任。如认为购买者有财产损失(因为乙可能要求甲返还石狮)，甲属于欺骗购买者，使其基于认识错误交付财物，从而给购买者造成了财产损失，故甲的行为对购买者而言成立诈骗罪，同时对乙而言成立盗窃罪。可见，不管购买者是否存在财产损失，甲都触犯盗窃罪。B、C 选项正确。综上，A 为本题正确选项。

9. (2013/2/61) 关于诈骗罪的理解和认定，下列哪些选项是错误的？

A. 甲曾借给好友乙 1 万元。乙还款时未要回借条。一年后，甲故意拿借条要乙还款。乙明知但碍于情面，又给甲 1 万元。甲虽获得 1 万元，但不能认定为诈骗既遂

B. 甲发现乙出国后其房屋无人居住，便伪造房产证，将该房租给丙住了一年，收取租金 2 万元。甲的行为构成诈骗罪

C. 甲请客(餐费 1 万元)后，发现未带钱，便向餐厅经理谎称送走客人后再付款。经理信以为真，甲趁机逃走。不管怎样理解处分意识，对甲的行为都应以诈骗罪论处

D. 乙花 2 万元向甲购买假币，后发现是一堆白纸。由于购买假币的行为是违法的，乙不是诈骗罪的受害人，甲不成立诈骗罪

【答案】BCD

【解析】

本题主要考查诈骗罪的行为模式。A 项中，乙并非被骗而进行处分，而是碍于情面而给钱，甲构成诈骗罪未遂，而非既遂。A 项错误；B 项中，甲将乙的房屋擅自出租给丙，并未获得乙的同意，乙也不知情，不存在陷入错误而处分的行为，甲对于乙并存在诈骗，但如果将盗窃罪侵犯的法益包括财产性利益(租金)，那么，甲对乙就构成盗窃罪既遂(这里并不是对乙房子的盗窃，因为甲伪造房产证并没有造成乙房子所有权的转移，如果是通过伪造乙的资料和信息，欺骗房产登记机关，将乙的房子转移登记在甲名下，那么，甲则构成三角诈骗的诈骗罪，房产登记机关是被害人，乙是被害人)。甲对丙虽然存在虚构事实的欺骗，丙交付了租金，相应的，也住了乙的房子，并无财产损失，不成立诈骗罪。因此，不管如何，甲都不构成诈骗罪，B 项错误；C 项主要考查对诈骗罪中处分的意思表示的理解。在诈骗罪中，通说观点认为，受骗者要有处分财产的意思表示，即处分意识。而只有当被害人认识到了相应有体物的存在时，才能认定被害人对之具有处分意思，否则，无法认定其进行了财产处分。

诈骗罪的成立要求受骗者认识到自己将某种财产转移给行为人或者第三人占有，但不要求对财产的数量、价格等具有完全的认识。按照这种观点，在本案中，由于被害人并没

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

有因此免除行为人的债务，即没有处分行为，该行为难以认定为诈骗罪当然，如果甲欺骗经理说，我和你们老板是朋友，我会和他算的，经理信以为真而当面免除了甲直接支付餐费的义务，那么，甲构成诈骗罪。因此，C项是错误的。D项中，尽管乙是购买假币，但甲以白纸充当货币来诈骗乙2万元，乙也是受害者，甲构成诈骗罪。

10. (2013/2/17)乙驾车带甲去海边游玩。到达后，乙欲游泳。甲骗乙说：“我在车里休息，把车钥匙给我。”趁乙游泳，甲将该车开往外地卖给他人。甲构成何罪？

- A. 侵占罪
- B. 盗窃罪
- C. 诈骗罪
- D. 盗窃罪与诈骗罪的竞合

【答案】B

【解析】

甲虽然在乙的车内休息，且甲已经取得了车钥匙，但在社会一般观念看来，甲属于占有辅助者，汽车仍为乙占有，故甲将乙的汽车开往外地卖给他人的行为，不可能构成侵占罪。甲欺骗乙说：“我在车里休息，把车钥匙给我。”甲虽然欺骗了乙，但是这一欺骗行为不是为了让乙处分汽车，所以甲的这一欺骗行为不符合诈骗罪的构成。甲的行为符合盗窃罪的犯罪构成，至于卖掉汽车的行为属于事后销赃行为，不另行处罚。

11. (2011/2/86、87)甲将一只壶的壶底落款“民國叁年”磨去，放在自己的古玩店里出卖。某日，钱某看到这只壶，误以为是明代文物。甲见钱某询问，谎称此壶确为明代古董，钱某信以为真，按明代文物交款买走。又一日，顾客李某看上一幅标价很高的赝品，以为名家亲笔，但又心存怀疑。甲遂拿出虚假证据，证明该画为名家亲笔。李某以高价买走赝品。

(1)关于甲对钱某是否成立诈骗罪，下列选项错误的是：

- A. 甲的行为完全符合诈骗罪的犯罪构成，成立诈骗罪
- B. 钱某自己有过错，甲不成立诈骗罪
- C. 钱某已误以为是明代古董，甲没有诈骗钱某
- D. 古玩投资有风险，古玩买卖无诈骗，甲不成立诈骗罪

【答案】BCD

【解析】

诈骗罪是指以非法占有为目的，使用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。本案中，钱某因为甲的虚假表述产生误解，进而以高价买走壶，钱某的

受骗交付财物与甲的隐瞒真相之间存在因果关系，故甲的行为成立诈骗罪。

(2)关于甲对李某是否成立诈骗罪，下列选项正确的是：

- A. 甲的行为完全符合诈骗罪的犯罪构成，成立诈骗罪
- B. 标价高不是诈骗行为，虚假证据证明该画为名家亲笔则是诈骗行为
- C. 李某已有认识错误，甲强化其认识错误的行为不是诈骗行为
- D. 甲拿出虚假证据的行为与结果之间没有因果关系，甲仅成立诈骗未遂

【答案】AB

【解析】

诈骗罪客观上表现为使用欺骗方法骗取数额较大的公私财物。即行为人实施了欺骗行为，欺骗行为使对方产生或继续维持错误认识，被害人基于错误认识而错误的处分了财产，行为人因此而获得财产，使得被害人财产受到损害。

选项 A 正确。甲作为古玩店的老板，其对该画是否为赝品是明知的，在顾客李某询问时，故意提供虚假证据，证明该画系名家亲笔，导致李某信以为真后高价买走。因此，甲的行为应认定为诈骗。

选项 B 正确。标价高不意味着诈骗，因为不存在虚构事实且导致对方交付财物的可能，而且，购买人并不一定要以标价购买该画。但当李某询问时，甲故意提供虚假证明证实该画为名家所作时，就有了欺骗李某的故意，而且，甲也是以非法获得财物为目的而实施的，故虚假证据证明该画为名家亲笔则是诈骗行为。

选项 C 错误。李某有错误认识，但还没有达到要交付财物的目的，正是因为甲的虚假证明才导致了李某维持其错误认识进而高价购买的结果。

选项 D 错误。二者之间是存在因果关系的，若没有甲的虚假证据证明，则李某就不可能高价购买该画了。

12. (2017/2/5) 甲冒充房主王某与乙签订商品房买卖合同，约定将王某的住房以 220 万元卖给乙，乙首付 100 万元给甲，待过户后再支付剩余的 120 万元。办理过户手续时，房管局工作人员识破甲的骗局并报警。根据司法解释，关于甲的刑事责任的认定，下列哪一选项是正确的？

- A. 以合同诈骗罪 220 万元未遂论处，酌情从重处罚
- B. 以合同诈骗罪 100 万元既遂论处，合同诈骗 120 万元作为未遂情节加以考虑
- C. 以合同诈骗罪 120 万元未遂论处，合同诈骗 100 万元既遂的情节不再单独处罚
- D. 以合同诈骗罪 100 万元既遂与合同诈骗罪 120 万元未遂并罚

【答案】B

【解析】

根据 2011 年 3 月 1 日两高《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 6 条的规定：诈骗既有既遂，又有未遂，分别达到不同量刑幅度的，依照处罚较重的规定定罪处罚；达到同一量刑幅度的，以诈骗罪既遂处罚。

据此，B 项是正确的。

13. (2017/2/86-88) 某小区五楼刘某家的抽油烟机发生故障，王某与李某上门检测后，决定拆下搬回维修站修理。刘某同意。王某与李某搬运抽油烟机至四楼时，王某发现其中藏有一包金饰，遂暗自将之塞入衣兜。（事实一）

王某与李某将抽油烟机搬走后，刘某想起自己此前曾将金饰藏于其中，追赶前来，见王某神情可疑，便要其返还金饰。王某为洗清嫌疑，乘乱将金饰转交李某，李某心领神会，接过金饰藏于裤兜中。刘某确定王某身上没有金饰后，转身再找李某索要。李某突然一拳击倒刘某，致其倒地重伤。李某与王某随即逃走。（事实二）

后王某建议李某将金饰出售，得款二人平分，李某同意。李某明知金饰价值 1 万元，却向亲戚郭某谎称金饰为朋友委托其出售的限量版，售价 5 万元。郭某信以为真，花 5 万元买下金饰。拿到钱后，李某心生贪念，对王某称金饰仅卖得 1 万元，分给王某 5000 元。（事实三）

(1)关于事实一的分析，下列选项正确的是：（2017/2/86）

- A. 王某从抽油烟机中窃走金饰，破除刘某对金饰的占有，构成盗窃罪
- B. 王某未经李某同意，窃取李某与其共同占有的金饰，应构成盗窃罪
- C. 刘某客观上已将抽油烟机及机内金饰交给王某代为保管，王某取走金饰的行为构成侵占罪
- D. 刘某将金饰遗忘在抽油烟机内，王某将其据为己有，是非法侵占他人遗忘物，构成侵占罪

【答案】A

【解析】

盗窃罪是变他人占有为自己所有，而侵占罪是变自己占有为自己所有。因此，区分盗窃罪与侵占罪的关键，在于判断作为犯罪对象的财物是否脱离占有以及由谁占有。从客观上来说，占有是指事实上的支配。不仅包括物理支配范围内的支配，而且包括社会观念上可以推知财物的支配人的状态。

从社会观念来看，抽油烟机属于大件物品，当其被搬至 4 楼时其中的金饰依然由主人刘某占有，亦非由王某与李某共同占有，故王某窃走金饰的行为破除了刘某对金饰的占有，

成立盗窃罪。A 项正确，其它选项错误。

(2)关于事实二的分析，下列选项正确的是：（2017/2/87）

- A. 李某接过金饰，协助王某拒不返还他人财物，构成侵占罪的帮助犯
- B. 李某帮助王某转移犯罪所得的金饰，构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪
- C. 李某为窝藏赃物将刘某打伤，属事后抢劫，构成抢劫(致人重伤)罪
- D. 王某利用李某打伤刘某的行为顺利逃走，也属事后抢劫，构成抢劫罪

【答案】B

【解析】

李某知道金饰为王某盗窃所得之后，却依然将王某盗窃所得的金饰藏于裤兜中，成立掩饰、隐瞒犯罪所得罪，而非盗窃罪。B 项正确，A 项错误。既然李某不成立盗窃罪，不具备事后抢劫成立的前提条件，自然也不成立抢劫罪。C、D 项错误。

(3)关于事实三的分析，下列选项正确的是：（2017/2/88）

- A. 李某对郭某进行欺骗，导致郭某以高价购买赃物，构成诈骗罪
- B. 李某明知金饰是犯罪所得而出售，构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪
- C. 李某欺骗王某放弃对剩余 2 万元销赃款的返还请求，构成诈骗罪
- D. 李某虽将金饰卖得 5 万元，但王某所犯财产犯罪的数额为 1 万元

【答案】AD

【解析】

李某接过王某所盗金饰加以掩藏的行为，成立掩饰、隐瞒犯罪所得罪，之后虚构事实，骗取被害人高某以高价购买了该金饰，成立诈骗罪。A 项正确，B 项错误。李某并未给王某造成损失，不成立以王某为对象的诈骗罪。C 项错误。对王某盗窃数额的认定，应以所盗金饰的客观价值为准，而非以李某销赃数额为准，王某的盗窃数额应为 1 万元。D 项错误。

考点五十二 抢夺罪

一、常考知识点

1. 抢夺罪的特点。
2. 抢夺罪与抢劫罪的区分。
3. 抢夺罪与公开窃取行为的区分。

二、真题印证

1. （2016/2/18）乙女在路上被铁丝绊倒，受伤不能动，手中钱包(内有现金 5000 元)摔出七八米外。路过的甲捡起钱包时，乙大喊“我的钱包不要拿”，甲说“你不要喊，我拿给你”，乙信以为真没有再喊。甲捡起钱包后立即逃走。关于本案，下列哪一选项是正确的?(二/18)

- A. 甲以其他方法抢劫他人财物，成立抢劫罪
- B. 甲以欺骗方法使乙信以为真，成立诈骗罪
- C. 甲将乙的遗忘物据为己有，成立侵占罪
- D. 只能在盗窃罪或者抢夺罪中，择一定性甲的行为

【答案】D

【解析】

抢劫罪的成立要求行为人必须采取足以压制他人反抗的手段取得财物，本题中甲并未针对乙实施足以压制其反抗的行为，不成立抢劫罪。诈骗罪的成立要求被害人必须基于认识错误处分财产，乙并无处分意识，不成立诈骗罪。因乙一直在现场盯着自己的钱包，自始至终并未放弃占有意思，故该钱包为占有物而非遗忘物，故甲不能可能成立侵占罪。事实上，如承认公开窃取成立盗窃罪，则甲成立盗窃罪；如认为抢夺与盗窃的区分在于行为是否具有公然性，则甲成立抢夺罪。由是看来，只能在盗窃罪或者抢夺罪中，择一定性甲的行为。据此，D 项是正确的。

考点五十三 职务侵占罪

一、常考知识点

1. 职务侵占罪的行为特征。
2. 职务侵占罪的主体。

二、真题印证

1. (2018/1/70) 某快递公司快递员甲在分拣包裹的过程中, 把不属于自己负责的传送带上的包裹, 放入自己的快递车内, 然后在离开公司送货途中, 拆开包裹, 据为己有。下列说法正确的是?

- A. 甲没有利用职务上的便利, 其行为构成盗窃罪
- B. 认定甲没有利用职务上的便利的理由在于, 甲取走该包裹时, 该包裹并不处于其经手、管理过程中
- C. 甲利用了职务上的便利, 其行为构成职务侵占罪
- D. 认定甲利用了职务上的便利的理由在于, 甲系该单位的员工, 且其工作就是收取快递包裹

【答案】AB

【解析】

盗窃罪与利用职务便利盗窃单位财物的职务侵占罪的区别在于行为人是否利用了其职务上的便利, 如是, 则行为人成立职务侵占罪; 如否, 则行为人成立盗窃罪。

本案中, 甲取走该包裹时, 该包裹并不处于其经手、管理过程中, 甲没有职务上的便利。同时, 甲分拣包裹时, 全程处于公司监控之一上, 包裹应归公司占有, 而非由甲占有。据此, 甲采取平和手段, 但并未利用职务便利, 将单位财物转归自己占有, 成立盗窃罪, 而非职务侵占罪。AB 正确, CD 错误。

2. (2018/1/72) 甲销售公司的司机徐某负责把货物运送到乙公司之后, 乙公司就将货款当面交付甲公司的司机带回交给甲公司的老板。后来, 徐某从甲公司辞职, 甲公司遂聘请孙某为新的司机。但甲公司老板对新司机孙某不太放心, 就对孙某说: “你把货物运到乙公司之后, 就不要带货款回来了, 我让乙公司直接把货款汇到咱们公司的账户来。” 但甲公司的老板忘了和乙公司的老板说明这一情况。孙某将货物运到乙公司后, 就主动和乙公司的老板说: “我们老板让我把货款带回去。” 由于以前一直是这样操作的, 乙公司老板信以为真, 将 8 万元货款交给了孙某, 孙某拿到这 8 万元之后逃跑。后案发。关于孙某的行为, 下列说法正确的是?

为了梦想，我要学习！

For Dream, I'm Studying!

A. 孙某的行为构成诈骗罪，其骗取的财物并不在本单位的保管之下，不成立职务侵占罪

B. 孙某的行为成立诈骗罪，其并没有利用职务上的便利，不成立职务侵占罪

C. 孙某的行为成立职务侵占罪，其最终是损害了单位的利益

D. 孙某的行为成立职务侵占罪，其利用了职务上的便利

【答案】CD

【解析】

在孙某就职之前，甲公司与乙公司事实上已经达成默契，甲公司司机有权从乙公司处收取本应归甲公司所有的货款，司机的行为为职务行为。司机更换之后，甲公司没有及时通知乙公司，致新司机将公司应收货款骗走。孙某的行为应定性为利用职务便利，骗取公司财物，成立职务侵占罪。CD 是正确选项。

3. （2014/2/17）公司保安甲在休假期內，以“第二天晚上要去医院看望病人”为由，欺骗保安乙，成功和乙换岗。当晚，甲将其看管的公司仓库內价值 5 万元的财物运走变卖。甲的行为构成下列哪一犯罪？

A. 盗窃罪 B. 诈骗罪 C. 职务侵占罪 D. 侵占罪

【答案】C

【解析】

本题主要考查盗窃罪、诈骗罪与职务侵占罪之间的关系。本题中，甲前面的欺骗行为仅仅是为后面的犯罪创造了条件，属于预备行为，甲属于公司保安，负责看管公司仓库中的财物，其利用看管的职务便利，将公司的财物占为己有，构成了职务侵占罪。

考点五十四 敲诈勒索罪

一、常考知识点

1. 敲诈勒索罪既遂的基本构造。
2. 敲诈勒索罪与抢劫罪的区分。
3. 敲诈勒索罪与绑架罪的区分。
4. 敲诈勒索罪与诈骗罪的区分。

二、真题印证

1. (2014/2/19) 乙购物后, 将购物小票随手扔在超市门口。甲捡到小票, 立即拦住乙说: “你怎么把我购买的东西拿走?” 乙莫名其妙, 甲便向乙出示小票, 两人发生争执。适逢交警丙路过, 乙请丙判断是非, 丙让乙将商品还给甲, 有口难辩的乙只好照办。关于本案的分析(不考虑数额), 下列哪一选项是错误的?

- A. 如认为交警丙没有处分权限, 则甲的行为不成立诈骗罪
- B. 如认为盗窃必须表现为秘密窃取, 则甲的行为不成立盗窃罪
- C. 如认为抢夺必须表现为乘人不备公然夺取, 则甲的行为不成立抢夺罪
- D. 甲虽未实施恐吓行为, 但如乙心生恐惧而交出商品的, 甲的行为构成敲诈勒索罪

【答案】D

【解析】

构成诈骗罪, 要求行为人以非法占有为目的实施欺诈行为, 从而使他人产生或者继续维持错误认识, 具有财产处分权限的人基于错误认识处分财产, 行为人取得财产, 被害人遭受财产损失。如认为交警丙没有处分权限, 则甲的行为就不符合诈骗罪的构造, 不成立诈骗罪。据此, A 选项正确。甲是通过请人评判是非的方式公开取得乙的财物, 如认为盗窃必须表现为秘密窃取, 甲的行为就不成立盗窃罪。据此, B 选项正确。甲不属于乘人不备公然夺取乙的财物, 如认为抢夺必须表现为乘人不备公然夺取, 甲的行为就不成立抢夺罪。据此, C 选项正确。敲诈勒索罪的基本结构是: 行为人以非法占有为目的对他人实行威胁→对方产生恐惧心理→对方基于恐惧心理处分财产→行为人或第三者取得财产→被害人遭受财产损失。构成敲诈勒索罪, 行为人必须实施胁迫行为。在本题中, 甲并未实施恐吓行为, 故即使乙心生恐惧而交出商品, 甲也不构成敲诈勒索罪。据此, D 选项错误, 为本题正确选项。

考点五十五 故意毁坏财物罪

一、常考知识点

1. 毁坏的含义。
2. 故意毁坏财物的法条竞合犯。

二、真题印证

1. (2005/2/13) 甲在某证券交易大厅偷窥获得在该营业部开户的乙的资金账号及交易密码后，通过电话委托等方式在乙的资金账号上高吃低抛某一支股票，同时通过自己在证券交易部的资金账号低吃高抛同一支股票，造成乙损失 30 万元，甲从中获利 20 万元。对甲应当如何处理？

- A. 属于法无明文规定的情形，不以犯罪论处 B. 以盗窃罪论处
C. 以故意毁坏财物罪论处 D. 以操纵证券市场罪论处

【答案】B

【解析】

盗窃罪的客观方面表现为排除他人对财物的占有（打破占有），建立一种新的支配关系的过程（转移占有）。本题中，甲采取一系列的行为让乙丧失对股票利益的支配，同时通过证券交易获得同支股票利益，这是窃取而非毁坏行为。操纵证券市场罪是行为人利用自己资源操纵证券市场，情节严重的行为。它与盗窃罪的区别在于行为人依靠操纵证券市场来实现犯罪目的，扰乱证券市场的秩序，损害其他股民的利益。本题并非如此。

2. (2015/2/86) 甲送给国有收费站站长吴某 3 万元，与其约定：甲在高速公路另开出口帮货车司机逃费，吴某想办法让人对此不予查处，所得由二人分成。后甲组织数十人，锯断高速公路一侧隔离栏、填平隔离沟（恢复原状需 3 万元），形成一条出口。

关于甲锯断高速公路隔离栏的定性，下列分析正确的是：

- A. 任意损毁公私财物，情节严重，应以寻衅滋事罪论处
B. 聚众锯断高速公路隔离栏，成立聚众扰乱交通秩序罪
C. 锯断隔离栏的行为，即使得到吴某的同意，也构成故意毁坏财物罪
D. 锯断隔离栏属破坏交通设施，在危及交通安全时，还触犯破坏交通设施罪

【答案】CD

【解析】

关于 A 项。寻衅滋事罪是刑法分则第六章第一节“扰乱公共秩序罪”的罪名，其侵犯的法益是公共秩序或社会秩序。从本案的案情来看，甲锯断高速公路隔离栏的目的是为了侵吞本应由国有收费站收取的过路费，并未扰乱社会公共秩序。因此，A 项的表述错误，

不当选。

关于 B 项。同寻衅滋事罪一样，聚众扰乱交通 秩序罪也是刑法分则第六章第一节“扰乱公共秩序罪”的罪名，其侵犯的法益是公共交通秩序。从本案的案情来看，甲锯断高速公路隔离栏的目的是为了侵吞本应由国有收费站收取的过路费，并未扰乱公共交通秩序。因此，B 项的表述同样错误，不当选。

关于 C 项。吴某虽为国有收费站的站长，但其无权同意甲的擅自锯断隔离栏的行为，该锯断隔离栏的行为侵犯的是国家法益，而非仅仅是吴某的个人法益。因此，C 项的表述正确，当选。

关于 D 项。破坏交通设施罪，是指故意破坏轨道、桥梁、隧道、公路、机场、航道、灯塔、标志或者进行破坏活动，足以使火车、汽车、电车、船只、航空器 发生倾覆、毁坏危险的行为。本案中甲锯断隔离栏属于破坏交通设施的行为，在危及交通安全时，有导致汽车发生倾覆、毁坏的危险，触犯了破坏交通设施罪。因此，D 项的表述正确，当选。

考点五十六 其他财产犯罪

一、常考知识点

1. 挪用资金罪。
2. 挪用特定款物罪。
3. 拒不支付劳动报酬罪。

二、真题印证

1. （2008/2/92）国有公司财务人员甲于 2007 年 6 月挪用单位救灾款 100 万元，供自己购买股票，后股价大跌，甲无力归还该款项。2008 年 1 月，甲挪用单位办公经费 70 万元为自己购买商品。两周后，甲采取销毁账目的手段，使挪用的办公经费 70 万元中的 50 万元难以在单位财务账上反映出来。甲一直未归还上述所有款项。关于甲的行为定性，下列选项正确的是：

- A. 甲挪用救灾款的行为，不构成挪用特定款物罪
- B. 甲挪用办公经费的行为构成挪用公款罪，挪用数额为 70 万元
- C. 甲挪用办公经费后销毁账目且未归还的行为构成贪污罪，贪污数额为 50 万元
- D. 对于甲应当以挪用公款罪、贪污罪实行并罚

【答案】ACD

【解析】

本题主要考查挪用公款罪与挪用特定款物罪之间的区别。根据刑法第 273 条的规定，挪用特定款物罪是单位犯罪，是单位集体决策将有特定用途的抢险救灾物资等改变用途，挪作他用，但仍是用于公共用途，即公对公，例如，将用于救灾的钱用作单位盖大楼，而且只处罚直接责任人员，甲的行为不构成挪用特定款物罪，因此，A 项是正确的。根据《刑法》第 384 条第 2 款的规定，挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的，从重处罚，因此，挪用公款罪的行为手段是“归个人使用”，在本案中，甲的行为构成了挪用公款罪，其挪用办公经费的行为认定为挪用公款罪的数额应是 70 万元减去 50 万元，即 20 万元，因此，B 项是错误的。甲在挪用公款后，使用销毁账目等手段使挪用的公款在财务账上难以反映的，主观上已经产生了非法占有的目的，其行为构成贪污罪，因此，C 项正确。对甲应以挪用公款罪与贪污罪实行数罪并罚，其中，挪用公款罪的数额是 120 万元，贪污罪的数额是 50 万元。

考点五十七 故意杀人罪

一、常考知识点

1. 安乐死。
2. 自杀相关行为的定性。
3. 故意杀人罪的拟制规定。

二、真题印证

1. (2014/2/15)关于故意杀人罪、故意伤害罪的判断，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲的父亲乙身患绝症，痛苦不堪。甲根据乙的请求，给乙注射过量镇定剂致乙死亡。乙的同意是真实的，对甲的行为不应以故意杀人罪论处
- B. 甲因口角，捅乙数刀，乙死亡。如甲不顾乙的死伤，则应按实际造成的死亡结果认定甲构成故意杀人罪，因为死亡与伤害结果都在甲的犯意之内
- C. 甲谎称乙的女儿丙需要移植肾脏，让乙捐肾给丙。乙同意，但甲将乙的肾脏摘出后移植给丁。因乙同意捐献肾脏，甲的行为不成立故意伤害罪
- D. 甲征得乙（17周岁）的同意，将乙的左肾摘出，移植给乙崇拜的歌星。乙的同意有效，甲的行为不成立故意伤害罪

【答案】B

【解析】

经被害人承诺的行为只有符合承诺的所有要件时，才排除犯罪的成立。承诺者虽然对被侵害的个人法益具有处分权限，但存在一定限度般认为，关于生命的承诺是无效的，因此，即使被害人发自内心地同意杀死自己，得到这一承诺而杀人的行为仍然成立故意杀人罪。所以，对于得到被害人承诺的安乐死，我国刑法理论仍然认为应以故意杀人罪论处。A选项属于得到被害人承诺而对被害人实施安乐死的行为，应构成故意杀人罪。据此，A选项错误。

B选项考查故意杀人罪、故意伤害罪的具体区分。行为人不顾被害人的死伤，捅被害人数刀，致使被害人死亡的，应按实际造成的死亡结果认定甲具有杀人故意(因为无论是死亡结果还是伤害结果都在甲的主观犯意之内)，构成故意杀人罪。据此，B项正确。

C选项考查基于错误而作出的承诺是否有效。承诺必须出于被害人的真实意志，戏言性的承诺基于强制或者威压做出的承诺，不排除犯罪的成立。基于错误而作出的承诺，如果仅仅是关于承诺动机的错误，应认为该承诺具有效力，排除犯罪的成立，但是，如果因为受骗而对所放弃的法益的种类、范围或者危险性发生了错误认识(所谓法益关系的错误)，其所做出的承诺则无效。在C选项中，甲故意编造紧急状态的谎言，使被害人危险性发

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

生了错误认识(以为自己的女儿急需肾脏移植，处于危险之中，从而被迫同意捐献自己的肾脏以救女儿)，其承诺无效，甲的行为构成故意伤害罪。据此，C 选项错误。

D 选项考查承诺的主体资格。承诺者必须对所承诺的事项的意义、范围具有理解能力。不满 18 周岁的人的身体仍处于发育之中，摘取其器官有损其健康。因此，2007 年 3 月国务院《人体器官移植条例》第 9 条规定“任何组织或个人不得摘取未满 18 周岁公民的活体器官用于移植。”根据《刑法》第 234 条之一的规定，摘取不满 18 周岁的人的器官的，依照故意伤害罪、故意杀人罪的规定定罪处罚。因此，应当认为即便不满 18 周岁的人真诚的同意摘取其器官，其也不具备承诺能力，同意无效，故甲构成故意伤害罪。据此，D 选项错误。

考点五十八 过失致人死亡罪

一、常考知识点

1. 法条竞合犯的处理。

二、真题印证

1. (2008 延考/2/54) 下列哪些情形不能认定为过失致人死亡罪?

A. 甲在运输放射性物质过程中发生事故, 造成 4 人死亡

B. 乙在工地塌方之后, 仍然强令 6 名工人进入隧道抢救价值 2000 万元的机械, 6 名工人由此遇难

C. 丙遭受不法侵害, 情急之下失手将不法侵害人打死, 法院认为丙防卫过当, 应当负刑事责任

D. 聚众斗殴致人死亡

【答案】ABD

【解析】

本题主要考查普通过失致人死亡罪与其他特殊(包括业务上)的过失致人死亡行为的区别与认定。甲是在运输放射性物品的过程发生了事故, 根据《刑法》第 136 条的规定, 其行为成立危险物品肇事罪。乙在工地塌方后, 还强令工人违章冒险作业, 根据《刑法》第 134 条第 2 款的规定, 其行为成立强令违章冒险作业罪。在 C 项中, 丙的行为是防卫过当, 但防卫过当不是罪名, 需要根据行为性质和主观罪过形态来认定, 根据选项提供的信息来看, 丙是失手将不法侵害人打死, 应该认定为过失致人死亡罪, 因此, C 项不能入选。根据《刑法》第 292 条第 2 款的规定, 聚众斗殴, 致人重伤、死亡的, 分别构成故意伤害罪和故意杀人罪, 此规定是一条拟制性规定, 不要求行为人主观上对重伤或者死亡有故意, 因此, D 选项构成故意杀人罪。

考点五十九 组织出卖人体器官罪

一、常考知识点

1. 组织出卖人体器官罪的行为对象。
2. 组织出卖人体器官罪的行为方式。
3. 组织出卖人体器官罪的责任要素。

二、真题印证

1. （2011/2/14）关于故意伤害罪与组织出卖人体器官罪，下列哪一选项是正确的？
- A. 非法经营尸体器官买卖的，成立组织出卖人体器官罪
- B. 医生明知是未成年人，虽征得其同意而摘取其器官的，成立故意伤害罪
- C. 组织他人出卖人体器官并不从中牟利的，不成立组织出卖人体器官罪
- D. 组织者出卖一个肾脏获 15 万元，欺骗提供者说只卖了 5 万元的，应认定为故意伤害罪

【答案】B

【解析】

组织出卖人体器官罪的对象是活体器官，不包括尸体器官。因此，A 项错误。对于摘取身体器官，未成年人不具有对于所有承诺事项的理解能力，其同意无效，根据刑法第 234 条之一第 2 款的规定，医生的行为成立故意伤害罪。因此，B 项正确。组织出卖人体器官罪不是目的犯，成立本罪不要求组织者主观上以获取利益为目的。只要行为人实施了组织出卖行为，即使不是以营利为目的，或者最终没有营利，也成立本罪。故 C 项错误。组织者对于摘取器官事项取得了提供者的同意，获得了被害人承诺摘取器官出卖的行为，成立组织出卖人体器官罪，而不成立故意伤害罪。在器官价格上的欺骗是对器官提供者财产性利益的侵犯，并不影响摘取器官行为的认定。故 D 项错误。

考点六十 故意伤害罪

一、常考知识点

1. 故意伤害罪的对象。
2. 故意伤害罪的行为。
3. 故意伤害罪的责任要素。
4. 故意伤害罪的结果加重犯。
5. 故意伤害罪的拟制规定。
6. 故意伤害与故意杀人罪的关系。

二、真题印证

1. (2015/2/16) 甲以伤害故意砍乙两刀，随即心生杀意又砍两刀，但四刀中只有一刀砍中乙并致其死亡，且无法查明由前后四刀中的哪一刀造成死亡。关于本案，下列哪一选项是正确的？

- A. 不管是哪一刀造成致命伤，都应认定为一个故意杀人罪既遂
- B. 不管是哪一刀造成致命伤，只能分别认定为故意伤害罪既遂与故意杀人罪未遂
- C. 根据日常生活经验，应推定是后两刀中的一刀造成致命伤，故应认定为故意伤害罪未遂与故意杀人罪既遂
- D. 根据存疑时有利于被告人的原则，虽可分别认定为故意伤害罪未遂与故意杀人罪未遂，但杀人与伤害不是对立关系，故可按故意伤害（致死）罪处理本案

【答案】D

【解析】

仅在行为人有杀人故意，且系杀人行为造成死亡结果时，才能认定行为人构成故意杀人既遂。如果出于伤害故意的前两刀造成致命伤，出于杀人故意的后两刀不是致命伤时，因为后两刀不足以杀死被害人，死亡结果是故意杀人行为造成的，而是前面的故意伤害行为造成的，则对后两刀的行为就只能以故意杀人未遂论处。选项 A 认为“不管是哪一刀造成致命伤，都应认定为一个故意杀人罪既遂”，这是错误的。

如果是心生杀意后又砍两刀的行为造成了致命伤，对此应当按照故意杀人罪既遂处理。B 选项认为“不管是哪一刀造成致命伤，只能分别认定为故意伤害罪既遂与故意杀人罪未遂”，这是错误的。

哪一刀造成了致命伤，对定罪量刑具有重要影响，涉及行为人的实际利益。因此，应尽可能地通过鉴定制度来查明到底是哪一刀造成了致命伤，不可以简单推定哪一刀造成了致命伤。“根据日常生活经验，应推定是后两刀中的一刀造成致命伤”，这推定过于随意，

缺乏科学根据。因此，选项 C 错误。

如果无法查清哪一刀造成了致命伤，根据存疑时有利于被告人的原则，不能认定前两刀造成伤害致死的结果，故对前两刀甲成立故意伤害罪未遂同理，不能认定后两刀造成死亡结果，故对后两刀甲只能成立故意杀人罪未遂。不过，将这一案件认定为犯罪未遂，显然不合情理。故意杀人罪是在故意伤害的基础上进一步断绝他人的生命，杀人与伤害不是对立关系，可将后面的杀人故意降格评价为伤害故意，由此可认定本案系行为人在伤害故意之下砍了被害人四刀，造成了死亡结果。这样对本案即可按故意伤害(致死)罪处理。D 为本题正确选项。

2. (2012/2/16) 下列哪一行为不应以故意伤害罪论处？

- A. 监狱监管人员甲吊打被监管人，致其骨折
- B. 非法拘禁被害人，大力反扭被害人胳膊，致其胳膊折断
- C. 经本人同意，摘取 17 周岁少年的肾脏 1 只，支付少年 5 万元补偿费
- D. 黑社会成员因违反帮规，在其同意之下，被截断 1 截小指头

【答案】D

【解析】

根据《刑法》第 248 条的规定，A 项行为人在虐待被监管人员的过程中，使用暴力致人伤残、死亡的，构成故意伤害或者故意杀人罪。监狱监管人员吊打被监管人，致其骨折的，应以故意伤害罪论处。B 项在非法拘禁后，大力反扭被害人胳膊的行为，应当评价为是拘禁行为之外的行为，故对行为人应当以故意伤害罪论处。根据《刑法》第 234 条之一第 2 款的规定，摘取不满 18 周岁的人的器官，即使经过其同意，也构成故意伤害罪或者故意杀人罪，C 项行为人成立故意伤害罪。截掉一节小指头对被害人的损害较小，能够被承诺，故 D 项中行为人不构成犯罪。

考点六十一 强奸罪

一、常考知识点

1. 强奸罪的法益：妇女的性的自己决定权。
2. 强奸罪的主体。
3. 强奸罪的行为。
4. 强奸罪的对象。
5. 强奸罪的责任要素。
6. 强奸罪的加重情节。

二、真题印证

1. (2015/2/62) 甲与乙(女) 2012 年开始同居, 生有一子丙。甲、乙虽未办理结婚登记, 但以夫妻名义自居, 周围群众公认二人是夫妻。对甲的行为, 下列哪些分析是正确的?

- A. 甲长期虐待乙的, 构成虐待罪
- B. 甲伤害丙(致丙轻伤) 时, 乙不阻止的, 乙构成不作为的故意伤害罪
- C. 甲如与丁(女) 领取结婚证后, 不再与乙同居, 也不抚养丙的, 可能构成遗弃罪
- D. 甲如与丁领取结婚证后, 不再与乙同居, 某日采用暴力强行与乙性交的, 构成强奸罪

【答案】ABCD

【解析】

甲、乙虽未在民政部门进行结婚登记, 但二人以夫妻名义自居, 周围群众公认二人是夫妻, 应当认定甲、乙形成事实婚姻关系, 属于存在婚姻关系, 故甲、乙属于家庭成员。因此, 甲长期虐待乙的, 构成虐待罪。A 选项正确。

乙都是丙的母亲。在儿子丙遭受伤害时, 乙作为母亲在法律上负有保护子女安全的义务, 但乙未履行义务, 不阻止甲的伤害行为, 致使丙被轻伤, 乙构成不作为的故意伤害罪。B 选项正确。

甲如与丁女领取结婚证后, 不再与乙同居, 也不抚养丙的, 因为丙尚未成年, 没有独立生活能力。甲作为父亲对于没有独立生活能力的子女, 负有扶养义务而拒绝扶养, 起码对丙构成遗弃罪。C 选项正确。

甲如与丁女领取结婚证后, 不再与乙同居, 可以认为甲、乙之间的婚姻合意不复存在, 因而事实婚姻关系已不复存在。此时, 甲采用暴力强行了与乙性交的, 属于强奸普通妇女, 甲应当构成强奸罪。D 选项正确。

考点六十二 强制猥亵、侮辱罪

一、常考知识点

1. 强制猥亵、侮辱罪的行为方式、对象。
2. 强制猥亵、侮辱罪的责任要素。
3. 强制猥亵、侮辱罪的加重情形。

二、真题印证

1. (2013/2/59)关于侵犯人身权利罪，下列哪些选项是错误的？

A. 医生甲征得乙(15 周岁)同意，将其肾脏摘出后移植给乙的叔叔丙。甲的行为不成立故意伤害罪

B. 丈夫甲拒绝扶养因吸毒而缺乏生活能力的妻子乙，致乙死亡。因吸毒行为违法，乙的死亡只能由其本人负责，甲的行为不成立遗弃罪

C. 乙盗窃甲价值 4000 余元财物，甲向派出所报案被拒后，向县公安局告发乙抢劫价值 4000 余元财物。公安局立案后查明了乙的盗窃事实。对甲的行为不应以诬告陷害罪论处

D. 成年妇女甲与 13 周岁男孩乙性交，因性交不属于猥亵行为，甲的行为不成立猥亵儿童罪

【答案】ABD

【解析】

《刑法》第 234 条之规定，摘取不满 18 周岁的人的器官，依照故意伤害罪、故意杀人罪的规定定罪处罚。A 项中，乙只有 15 周岁，医生甲属于摘取未成年人的人体器官，构成故意伤害罪。A 项错误。

遗弃罪是指对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有扶养义务而拒绝扶养，情节恶劣的行为。至于被害人因何原因丧失独立生活的能力，在所不问。B 项中，妻子乙属于缺乏独立生活能力的人，甲有义务抚养却拒绝扶养缺乏独立生活能力的妻子乙，致乙死亡，甲的行为成立遗弃罪。至于乙吸毒致使其失去独立生活能力，这不能成为甲无罪的理由。B 项错误。

诬告陷害罪是指故意捏造犯罪事实，向国家机关或有关单位告发，意图使他人受刑事追究，情节严重的行为。乙盗窃甲价值 4000 余元财物，甲向派出所报案被拒后，向县公安局告发乙抢劫价值 4000 余元财物。从外观上看，甲捏造了乙犯有抢劫罪的犯罪事实，但是，其一，乙原本就是盗窃犯，甲的行为不会侵犯乙的人身权利，也不会严重扰乱公安机关的侦查活动，既然甲的行为没有侵犯诬告陷害罪的犯罪客体(保护法益)，则甲的行为就不构成诬告陷害罪；其二，甲之所以捏造乙抢劫价值 4000 余元财物的事实，是为了让公安机关立案，以便追究乙盗窃罪的刑事责任，而不是意图无端使乙受刑事追究，在此意义上，甲

的行为也不符合诬告陷害罪的主观要件，故不构成诬告陷害罪。C 项正确。

现行刑法将与幼女性交的行为独立规定为强奸罪，而未将与幼男性交的行为规定为独立的犯罪。这一立法现状使猥亵儿童罪中的“猥亵”一词因猥亵的对象不同而有不同的含义：当猥亵的对象为女童时，猥亵是指性交行为之外的其他能够满足性欲的行为；当猥亵的对象为男童时，猥亵是指包括性交行为在内的一切能够满足性欲的行为。只有这样解释才不会造成处罚上的漏洞。据此，成年妇女甲与 13 周岁男孩乙性交的，成立猥亵儿童罪。D 项错误。

考点六十三 非法拘禁罪

一、常考知识点

故意非法拘禁他人或者以其他方法剥夺他人人身自由的行为。

1. 非法拘禁罪的法益。
2. 非法拘禁罪的行为方式。
3. 非法拘禁罪的结果加重犯。
4. 非法拘禁罪的拟制规定。
5. 非法拘禁罪的情节加重犯。

二、真题印证

1. （2014/2/59）甲为要回 30 万元赌债，将乙扣押，但 2 天后乙仍无还款意思。甲等 5 人将乙押到一处山崖上，对乙说：“3 天内让你家人送钱来，如今天不答应，就摔死你。”乙勉强说只有能力还 5 万元。甲刚说完“一分都不能少”，乙便跳崖。众人慌忙下山找乙，发现乙已坠亡。关于甲的行为定性，下列哪些选项是错误的？

- A. 属于绑架致使被绑架人死亡
- B. 属于抢劫致人死亡
- C. 属于不作为的故意杀人
- D. 成立非法拘禁，但不属于非法拘禁致人死亡

【答案】ABC

【解析】

本题中，甲并未将乙作为谈判筹码向乙的家人索要财物，也没有通过压制乙反抗的方式直接从乙身上取得财物。根据《刑法》第 238 条第 3 款以及 2000 年 7 月 13 日最高人民法院《关于对为索取法律不予保护的债务非法拘禁他人行为如何定罪问题的解释》，甲为索取债务拘禁扣押他人，构成非法拘禁罪，既不成立绑架罪，也不成立抢劫罪，据此，AB 项错误。

乙虽然面临死亡胁迫，但该死亡胁迫并非现实的、即刻的死亡胁迫，因为只要口头答应 3 天内让家人送钱，就不会马上面临死亡危险。在此前提下，乙没有选择答应，而是自己跳崖坠亡，如果按照自我答责理论，乙的行为属于自杀行为，不应要求甲对此承担刑事责任，则认为甲属于不作为的故意杀人的 C 选项判断就是错误的。即便认为甲有救助乙的作为义务，但是，甲并非不履行作为义务，甲见乙跳崖后慌忙下山找乙，发现乙已坠亡，此时甲已经没有履行作为义务的必要与可能性，因而不认为甲的行为成立不作为犯罪。据此，C 项错误。

甲刚说完“一分都不能少”时，并不意味着乙马上就会被甲摔死。甲的本意是恐吓乙迫使其让家人送钱，该行为所蕴含的致人死亡的危险较低；跳崖是乙本人的选择，在尚未面临现实的、即刻的死亡胁迫时乙选择跳崖，这一介入因素过于异常，是过于异常的介入因素导致了死亡结果的发生。根据相当因果关系理论，应当认为乙的死亡与甲的非法拘禁行为之间没有因果关系。因此，甲不属于非法拘禁致人死亡。据此，D选项正确。综上，ABC为本题正确选项。

考点六十四 绑架罪

一、常考知识点

1. 绑架罪的法益。
2. 绑架罪的行为方式。
3. 绑架罪的责任要素。
4. 绑架罪的既遂标准。
5. 绑架罪的加重处罚事由。
6. 绑架罪与抢劫罪的关系。

二、真题印证

1. (2016/2/15) 甲为勒索财物，打算绑架富商之子吴某（5岁）。甲欺骗乙、丙说：“富商欠我100万元不还，你们帮我扣押其子，成功后给你们每人10万元。”乙、丙将吴某扣押，但甲无法联系上富商，未能进行勒索。三天后，甲让乙、丙将吴某释放。吴某一人在回家路上溺水身亡。关于本案，下列哪一项是正确的？

- A. 甲、乙、丙构成绑架罪的共同犯罪，但对乙、丙只能适用非法拘禁罪的法定刑
- B. 甲未能实施勒索行为，属绑架未遂；甲主动让乙、丙放人，属绑架中止
- C. 吴某的死亡结果应归责于甲的行为，甲成立绑架致人死亡的结果加重犯
- D. 不管甲是绑架未遂、绑架中止还是绑架既遂，乙、丙均成立犯罪既遂

【答案】D

【解析】

所谓绑架罪，是指利用被绑架人的近亲属或者其他人对被绑架人安危的忧虑，以勒索财物或者满足其他不法要求为目的，使用暴力、胁迫或者麻醉方法劫持或者以实力控制他人的行为。绑架罪的法益是人身自由，故只要以实力控制了被害人，不论其勒索财物的目的是否成立，都成立绑架罪既遂。本题中，甲的绑架行为显然已经既遂。所谓非法拘禁罪，是指故意非法拘禁他人或者以其他方法剥夺他人人身自由的行为。为了索取债务而非法扣押、拘禁他人的，成立非法拘禁而非绑架罪。据此，因乙、丙二人并无非法占有的目的，故乙、丙二人成立非法拘禁而非绑架罪。依据部分犯罪共同说，甲、乙、丙三人在非法拘禁罪的范围内成立共同犯罪，但甲的罪名为绑架罪，乙、丙的罪名为非法拘禁罪。非法拘禁罪侵犯的法益是人的活动的自由，只要使他人一定时间内失去身体自由，即成立本罪的既遂。据此，甲成立绑架罪既遂，乙、丙二人成立非法拘禁罪既遂。结果加重犯具有法定性，刑法修正案（九）并没有规定绑架罪具有结果加重情形，且吴某的死亡亦非绑架行为所致。由是来看，无论如何甲都不可能成立绑架罪的结果加重犯。

考点六十五 拐卖妇女、儿童罪

一、常考知识点

1. 拐卖妇女、儿童罪的法益。
2. 拐卖妇女、儿童罪的对象。
3. 拐卖妇女、儿童罪的责任要素。
4. 拐卖妇女、儿童罪的包容犯。
5. 拐卖妇女、儿童罪的结果加重犯。

二、真题印证

1. (2010/2/61) 甲欲绑架女大学生乙卖往外地，乙强烈反抗，甲将乙打成重伤，并多次对乙实施强制猥亵行为。甲尚未将乙卖出便被公安人员抓获。关于甲行为的定性和处罚，下列哪些判断是错误的？

- A. 构成绑架罪、故意伤害罪与强制猥亵罪，实行并罚
- B. 构成拐卖妇女罪、故意伤害罪、强制猥亵罪，实行并罚
- C. 构成拐卖妇女罪、强制猥亵罪，实行并罚
- D. 构成拐卖妇女罪、强制猥亵罪，实行并罚，但由于尚未出卖，对拐卖妇女罪应适用未遂犯的规定

【答案】ABD

【解析】

甲以出卖为目的绑架妇女，成立拐卖妇女罪而非绑架罪。A 项错误。拐卖造成被拐卖的妇女重伤是本罪的法定刑升格条件。理论上认为包括两种情形：一是在拐卖过程中，因拐卖行为本身过失造成妇女重伤；二是在拐卖过程中，为了实现拐卖目的故意造成妇女重伤。本题即是适例。但如果行为人不是出于拐卖的目的，而是出于泄愤、报复等其他目的，故意将妇女打成重伤的，应以本罪与故意伤害罪并罚。B 项错误。拐卖妇女过程中奸淫被拐卖妇女的，是本罪的法定刑升格条件，但拐卖妇女过程中，强制猥亵、侮辱妇女的，应数罪并罚。C 项正确。通说认为，拐卖妇女罪是行为犯，以实力控制被害妇女时即为既遂。D 项错误。

2. (2012/2/17)关于侵犯人身权利罪的论述，下列哪一选项是错误的？

- A. 强行与卖淫幼女发生性关系，事后给幼女 500 元的，构成强奸罪
- B. 使用暴力强迫单位职工以外的其他人员在采石场劳动的，构成强迫劳动罪
- C. 雇用 16 周岁未成年人从事高空、井下作业的，构成雇用童工从事危重劳动罪

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

D. 收留流浪儿童后，因儿童不听话将其出卖的，构成拐卖儿童罪

【答案】C

【解析】

关于 A 项。根据 2013 年 10 月 24 日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关《于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》第 20 条的规定，知道或者应当知道幼女被他人强迫卖淫而仍与其发生性关系的，应以强奸罪论处。因此，A 项正确。

关于 B 项。强迫劳动罪，是指以暴力、威胁或者限制人身自由的方法强迫他人劳动，或者明知他人以暴力、威胁或者限制人身自由的方法强迫他人劳动，而为其招募、运送人员或者有其他协助强迫他人劳动行为的行为。本罪的对象没有限制，只要是“他人”即可。因此，B 项正确。

关于 C 项。雇用童工从事危重劳动罪，是指违反劳动管理法规，雇用不满 16 周岁的未成年人从事超强度体力劳动，或者从事高空、井下作业，或者在爆炸性、易燃性、放射性、毒害性等危险环境下从事劳动，情节严重的行为。本罪的对象只能是不满 16 周岁的童工，“不满 16 周岁”，不包括 16 周岁本身。因此，C 项错误。

关于 D 项。收留流浪儿童本身并不是违法行为，但日后因儿童不听话而将其出卖，则具有出卖儿童的故意，应认定为拐卖儿童罪。因此，D 项正确。

考点六十六 收买被拐卖的妇女、儿童罪

一、常考知识点

1. 收买被拐卖的妇女、儿童罪的行为。
2. 收买被拐卖的妇女、儿童罪的责任要素。
3. 收买被拐卖的妇女、儿童罪数罪并罚的刑法规定。
4. 收买被拐卖的妇女、儿童罪的转化犯。
5. 收买被拐卖的妇女儿童罪与拐卖妇女、儿童罪教唆犯的区分。

二、真题印证

1. (2011/2/88—91)案情：甲花4万元收买被拐卖妇女周某做智障儿子的妻子，周某不从，伺机逃走。甲为避免人财两空，以3万元将周某出卖。（事实一）

乙收买周某，欲与周某成为夫妻，周某不从，乙多次暴力强行与周某发生性关系。（事实二）

不久，周某谎称怀孕要去医院检查，乙信以为真，周某乘机逃走向公安机关报案。警察丙带人先后抓获了甲、乙。讯问中，乙仅承认收买周某，拒不承认强行与周某发生性关系。丙恼羞成怒，当场将乙的一只胳膊打成重伤。乙大声呻吟，丙以为其佯装受伤不予理睬。（事实三）

深夜，丙上厕所，让门卫丁（临时工）帮忙看管乙。乙发现丁是老乡，请求丁放人。丁说：“行，但你以后如被抓住，一定要说是自己逃走的。”乙答应后逃走，丁未阻拦。（事实四）

（1）关于事实一的定性，下列选项正确的是：

- A. 甲行为应以收买被拐卖的妇女罪与拐卖妇女罪实行并罚
- B. 甲虽然实施了收买与拐卖二个行为，但由于二个行为具有牵连关系，对甲仅以拐卖妇女罪论处
- C. 甲虽然实施了收买与拐卖二个行为，但根据《刑法》的特别规定，对甲仅以拐卖妇女罪论处
- D. 由于收买与拐卖行为侵犯的客体相同，而且拐卖妇女罪的法定刑较重，对甲行为仅以拐卖妇女罪论处，也能做到罪刑相适应

【答案】CD

【解析】

根据刑法第241条第5款的规定，收买被拐卖的妇女、儿童又出卖的，依照拐卖妇女、儿童罪定罪处罚。这里收买和出卖的目的不同，不存在手段与目的的牵连关系，不是牵连

犯，而是典型的数罪，本来应该数罪并罚，但是基于刑法的特别规定，只认定为拐卖妇女罪一罪。因此，AB 错误，C 正确。收买被拐卖妇女罪与拐卖妇女罪是一种典型的对向犯，其侵犯的法益都是妇女的人身自由与人格尊严，但是，基于刑事政策的考虑，前者的法定刑明显轻于后者的法定刑，只认定为后者也符合罪刑均衡原则。因此，D 项正确。

(2) 关于事实二的定性，下列选项错误的是：

- A. 乙行为成立收买被拐卖的妇女罪与强奸罪，应当实行并罚
- B. 乙行为仅成立收买被拐卖的妇女罪，因乙将周某当作妻子，故周某不能成为乙的强奸对象
- C. 乙行为仅成立收买被拐卖的妇女罪，因乙将周某当作妻子，故缺乏强奸罪的故意
- D. 乙行为仅成立强奸罪，因乙收买周某就是为了使周某成为妻子，故收买行为是强奸罪的预备行为

【答案】BCD

【解析】

根据刑法第 241 条第 2 款的规定，收买被拐卖的妇女，强行与其发生性关系的，依照刑法第 236 条的规定（强奸罪）定罪处罚。收买女子作为“妻子”，事实上不是妻子（没有法定登记手续，即使登记了，除非是自愿的，否则，也是无效婚姻）不能认定为婚内强奸，进而认为不构成强奸罪。行为人明知自己与对方并没有法律认可的婚姻关系，而违背女子意志强行发生性关系的，成立强奸罪。同时，根据该条第 4 款的规定，收买被拐卖的妇女、儿童，并有第二款、第三款规定的犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。因此，乙收买该女子已经成立了收买被拐卖的妇女罪，同时，又触犯了强奸罪，应该数罪并罚。

(3) 关于事实三的定性，下列选项正确的是：

- A. 丙行为是刑讯逼供的结果加重犯
- B. 对丙行为应以故意伤害罪从重处罚
- C. 对丙行为应以刑讯逼供罪与过失致人重伤罪实行并罚
- D. 对丙行为应以刑讯逼供罪和故意伤害罪实行并罚

【答案】B

【解析】

根据刑法第 247 条的规定，刑讯逼供致人伤残、死亡的，按照故意伤害罪、故意杀人罪定罪从重处罚，这是一条典型的法律拟制规定。警察丙刑讯逼供导致乙重伤的，认定为故意伤害罪一罪，从重处罚，无需在进行数罪并罚。丙的行为不构成刑讯逼供罪的结果加重犯。

（4）关于事实四，下列选项错误的是：

- A. 乙构成脱逃罪，丁不构成犯罪
- B. 乙构成脱逃罪，丁构成私放在押人员罪
- C. 乙离开讯问室征得了丁的同意，不构成脱逃罪，丁构成私放在押人员罪
- D. 乙与丁均不构成犯罪

【答案】ABCD

【解析】

乙作为被关押的犯罪嫌疑人，脱离监管的，成立脱逃罪。丁作为门卫（临时工），不是依法从事监管工作的司法工作人员，不具备私放在押人员罪的主体身份，不构成私放在押人员罪，同时，他没有权力做出这种承诺，其承诺行为无效，帮助乙脱逃的行为应该按照脱逃罪的共犯处理。

考点六十七 诬告陷害罪

一、常考知识点

1. 诬告陷害罪的法益。
2. 诬告陷害罪的行为对象。
3. 诬告陷害罪的行为方式。
4. 诬告陷害罪的责任要素。

二、真题印证

1. (2007/2/13) 下列哪种情形构成诬告陷害罪？

- A. 甲为了得到提拔，便捏造同事曹某包养情人并匿名举报，使曹某失去晋升机会
- B. 乙捏造“文某明知王某是实施恐怖活动的人而向其提供资金”的事实，并向公安部门举报
- C. 丙捏造同事贾某受贿 10 万元的事实，并写成 500 份传单在县城的大街小巷张贴
- D. 丁匿名举报单位领导王某贪污救灾款 50 万元。事后查明，王某只贪污了救灾款 5000 元

【答案】B

【解析】

诬告陷害罪，是指故意向公安、司法机关或有关国家机关告发捏造的犯罪事实，意图使他人受刑事追究，情节严重的行为。本罪的成立要求行为人主观上必须有“意图使他人受刑事追究”的目的，包养情人不是犯罪，不会让曹某受到刑事追究。选项 A 错误。诬告陷害罪的成立要求行为人必须向有关国家机关告发捏造的犯罪事实，丙只是散布，而没有向有关国家机关告发，故丙成立诽谤罪，而非诬告陷害罪。C 项错误。丁属于检举失实的情形，不成立诬告陷害罪。

2. (2017/2/16) 关于诬告陷害罪的认定，下列哪一选项是正确的(不考虑情节)？

- A. 意图使他人受刑事追究，向司法机关诬告他人介绍卖淫的，不仅触犯诬告陷害罪，而且触犯侮辱罪
- B. 法官明知被告人系被诬告，仍判决被告人有罪的，法官不仅触犯徇私枉法罪，而且触犯诬告陷害罪
- C. 诬告陷害罪虽是侵犯公民人身权利的犯罪，但诬告企业犯逃税罪的，也能追究其诬告陷害罪的刑事责任
- D. 15 周岁的人不对盗窃负刑事责任，故诬告 15 周岁的人犯盗窃罪的，不能追究行为人诬告陷害罪的刑事责任

【答案】C

【解析】

诬告陷害罪，是指故意向公安、司法机关或者有关国家机关告发捏造的犯罪事实，意图使他人受刑事追究，情节严重的行为。

侮辱罪，是指使用暴力或者其他方法，公然败坏他人名誉，情节严重的行为。诽谤罪，是指故意散布捏造的事实，足以败坏他人名誉，情节严重的行为。侮辱罪与诽谤罪的区别在于行为人是否以捏造的较为具体的事实损害他人名誉。没有捏造较为具体的事实的，如骂他人为狐狸精的，是侮辱。捏造较为具体事实的，如捏造他人介绍卖淫的，是诽谤。A项中，行为人向司法机关诬告他人介绍卖淫的，不仅触犯诬告陷害罪，还触犯诽谤罪，而非侮辱罪。A项错误。

徇私枉法罪，是指司法工作人员徇私枉法、徇情枉法，对明知是无罪的人而使他受追诉，对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉，或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的行为。诬告陷害罪的行为表现为向有关国家机关告发捏造的犯罪事实，意图使他人受刑事追究。B项中，法官明知被告人系被诬告，仍判决被告人有罪，触犯了徇私枉法罪，但并未触犯诬告陷害罪。B项错误。

诬告陷害罪的对象是自然人。形式上诬告单位犯罪，但所捏造的事实导致可能对自然人进行刑事追诉的，也成立本罪。C项正确。

诬告没有达到法定年龄或者没有责任能力的人犯罪的，仍然构成诬告陷害罪。虽然司法机关查明真相后不会对这些入科处刑罚，但将他们作为侦查的对象，使他们卷入刑事诉讼，就侵犯了人身权利。D项错误。

考点六十八 侮辱罪、诽谤罪

一、常考知识点

1. 侮辱罪与诽谤罪的区别。
2. 诽谤罪与诬告陷害罪的关系。
3. 侮辱罪与强制猥亵、侮辱罪的关系。
4. 亲告罪的规定。

二、真题印证

1. (2013/2/16) 关于侮辱罪与诽谤罪的论述，下列哪一选项是正确的？

- A. 为寻求刺激在车站扒光妇女衣服，引起他人围观的，触犯强制猥亵、侮辱妇女罪（强制猥亵、侮辱罪），未触犯侮辱罪
- B. 为报复妇女，在大街上边打妇女边骂“狐狸精”，情节严重的，应以侮辱罪论处，不以诽谤罪论处
- C. 捏造他人强奸妇女的犯罪事实，向公安局和媒体告发，意图使他人受刑事追究，情节严重的，触犯诬告陷害罪，未触犯诽谤罪
- D. 侮辱罪、诽谤罪属于亲告罪，未经当事人告诉，一律不得追究被告人的刑事责任

【答案】B

【解析】

强制猥亵、侮辱妇女罪与侮辱罪不是对立的关系，公然强制猥亵、侮辱妇女，败坏妇女名誉的，既构成强制猥亵、侮辱妇女罪，又构成侮辱罪，对此应按想象竞合犯加以处理。为寻求性的刺激在公共场所扒光妇女衣服，属于以流氓动机强制猥亵、侮辱妇女，构成强制猥亵、侮辱妇女罪。因为这一行为引起他人围观，客观上败坏了被害妇女的名誉，故同时构成侮辱罪。A项认为行为人未触犯侮辱罪，这是错误的。需要提请考生注意的是，根据《刑法修正案(九)》第10条的规定，强制猥亵的犯罪对象不再限于女性，强制猥亵侮辱妇女罪修正为强制猥亵、侮辱罪。

在口头侮辱他人时，如辱骂他人“狗杂种”，这侮辱行为多少存在“捏造”的成分。此时，捏造的事实是否相对具体，是区分侮辱与诽谤的具体界限所在。捏造的事实相对具体的，构成诽谤；捏造的事实较为抽象，构成侮辱。骂妇女是“狐狸精”，这事实较为抽象，属于侮辱行为。故为报复妇女，在大街上边打妇女边骂“狐狸精”，情节严重的，应以侮辱罪论处，不以诽谤罪论处。据此，B项正确。

诽谤罪与诬告陷害罪都存在捏造事实的行为，且在诽谤罪中，完全可能捏造他人犯罪的事实，此寸区分诽谤罪与诬告陷害罪的界限在于行为人是单纯追求败坏他人的名誉，还是意图使他人受刑事追究。这一主观意图可以通过行为人如何散布所捏造的事实来加以确

定。捏造他人强奸妇女的犯罪事实，向公安局和媒体告发，败坏了他人的名誉构成诽谤罪；行为人将该事实向公安局告发，表明行为人意图使他人受到刑事追究，情节严重的，同时构成诬告陷害罪，应当按照想象竞合犯处理。据此，C 项错误。

一般的侮辱、诽谤犯罪属于亲告罪，即只有当事人告诉才处理，但是侮辱、诽谤行为严重危害社会秩序和国家利益的，则属于公诉罪。据此，D 项错误。

考点六十九 刑讯逼供罪、暴力取证罪、虐待被监管人罪

一、常考知识点

1. 三罪的构成要件。
2. 三罪的主要区别。
3. 法律拟制规定。

二、真题印证

1. (2012/2/60) 关于刑讯逼供罪的认定，下列哪些选项是错误的？

A. 甲系机关保卫处长，采用多日不让小偷睡觉的方式，迫其承认偷盗事实。甲构成刑讯逼供罪

B. 乙系教师，受聘为法院人民陪审员，因庭审时被告人刘某气焰嚣张，乙气愤不过，一拳致其轻伤。乙不构成刑讯逼供罪

C. 丙系检察官，为逼取口供殴打犯罪嫌疑人郭某，致其重伤。对丙应以刑讯逼供罪论处

D. 丁系警察，讯问时佯装要实施酷刑，犯罪嫌疑人因害怕承认犯罪事实。丁构成刑讯逼供罪

【答案】ACD

【解析】

刑讯逼供罪，是指司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人使用肉刑或者变相肉刑，逼取口供的行为。本罪的犯罪对象是犯罪嫌疑人、被告人，但应作扩大解释。只要是公安、司法机关采取刑事追诉手段的人，如被举报人、被控告人等，都包括在内。至于这些人最终是否真正构成犯罪，在所不问。本罪的主体为司法工作人员。根据《刑法》第 247 条的规定，犯本罪，致人伤残或死亡的，应认定为故意伤害罪或故意杀人罪，且应从重处罚。

关于 A 项。甲是机关保卫处长，并非司法工作人员，其采取多日不让小偷睡觉的方式迫使其承认偷盗事实，不成立刑讯逼供罪，而应成立非法拘禁罪，而且应当从重处罚。因此，A 项错误。关于 B 项。乙虽是教师，但其受聘为法院的人民陪审员，具有司法工作人员身份。在庭审时乙殴打被告人刘某，并非刑讯逼供而是故意伤害的行为。因此，B 项正确。关于 C 项。丙系检察官，为逼取口供殴打犯罪嫌疑人郭某，致其重伤。此时，不应再认定为刑讯逼供罪，而应认定为故意伤害罪，且应从重处罚。因此，C 项错误。关于 D 项。丁是警察，属司法工作人员，但其并未实施任何刑讯逼供的行为，不构成刑讯逼供罪，应作无罪处理。因此，D 项错误。

考点七十 侵犯婚姻自由类犯罪

一、常考知识点

1. 暴力干涉婚姻自由罪。
2. 重婚罪。

二、真题印证

1. (2002/2/81)A 为某国家机关工作人员，A 在有配偶(B 女，生活在外地)的情况下，长期与 C 女共同生活，并生有一子(周围群众均认为 A 与 c 为夫妻关系)。关于 A 与 c 女共同生活的行为，下列哪些说法是错误的？

- A. 法律不承认事实婚姻，所以，A 不成立重婚罪
- B. 事实婚姻是无效的，所以，A 不成立重婚罪
- C. A 与 C 女属于同居而非事实婚姻，所以，A 不成立重婚罪
- D. 重婚罪侵犯的是配偶权，如果 B 女同意，则 A 不成立重婚罪

【答案】ABCD

【解析】

《刑法》第 258 条规定，有配偶而重婚的，或者明知他人有配偶而与之结婚的，成立重婚罪，处 2 年以下有期徒刑或者拘役。法考认为，事实婚姻是公开以夫妻关系长期共同生活在一起，这种非法关系的存在事实上破坏了合法是婚姻关系，因此对事实重婚也要认定重婚罪定罪处罚。本案中，A 在有配偶的情况下，长期与 C 女共同生活，并生有一子，且周围群众均认为 A 与 C 夫妻关系，这显然已经构成了事实重婚，应认定构成重婚罪。

考点七十一 遗弃罪

一、常考知识点

1. 遗弃罪的作为义务来源。
2. 遗弃罪与不作为故意杀人罪的区别。

二、真题印证

1. （2017/2/15）关于侵犯公民人身权利的犯罪，下列哪一选项是正确的？

A. 甲对家庭成员负有扶养义务而拒绝扶养，故意造成家庭成员死亡。甲不构成遗弃罪，成立不作为的故意杀人罪

B. 乙闯入银行营业厅挟持客户王某，以杀害王某相要挟，迫使银行职员交给自己 20 万元。乙不构成抢劫罪，仅成立绑架罪

C. 丙为报复周某，花 5000 元路费将周某 12 岁的孩子带至外地，以 2000 元的价格卖给他人。丙虽无获利目的，也构成拐卖儿童罪

D. 丁明知工厂主熊某强迫工人劳动，仍招募苏某等人前往熊某工厂做工。丁未亲自强迫苏某等人劳动，不构成强迫劳动罪

【答案】C

【解析】

遗弃罪与故意杀人罪并非对立关系。A 项中，甲对家庭成员负有扶养义务而拒绝扶养，故意造成家庭成员死亡，其行为构成遗弃罪与故意杀人罪的想象竞合犯。A 项错误。

绑架罪与抢劫罪并非对立关系。绑架罪也有可能当场取得被害人财物，进而与抢劫罪形成竞合关系。B 项中，乙闯入银行营业厅挟持客户王某，以杀害王某相要挟，迫使银行职员交给自己 20 万元的行为既触犯绑架罪，又触犯抢劫罪，系想象竞合。B 项错误。

拐卖儿童罪，是指以出卖为目的，拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转儿童的行为。本罪的成立不要求以营利为目的。故 C 项中，丙虽无获利目的，但依然成立拐卖儿童罪。C 项正确。

根据刑法第 244 条第 2 款的规定，明知他人以暴力、威胁或者限制人身自由的方法强迫他人劳动，而为其招募、运送人员或者以其他方式协助强迫劳动的，依照强迫劳动罪的规定定罪处罚。D 项错误。

2. （2016/2/58）关于侵犯公民人身权利罪的认定，下列哪些选项是正确的？

A. 甲征得 17 周岁的夏某同意，摘其一个肾脏后卖给他人，所获 3 万元全部交给夏某。甲的行为构成故意伤害罪

B. 乙将自己 1 岁的女儿出卖，获利 6 万元用于赌博。对乙出卖女儿的行为，应以遗

弃罪追究刑事责任

C. 丙为索债将吴某绑于地下室。吴某挣脱后，驾车离开途中发生交通事故死亡。丙的行为不属于非法拘禁致人死亡

D. 丁和朋友为寻求刺激，在大街上追逐、拦截两位女生。丁的行为构成强制侮辱罪

【答案】AC

【解析】

组织出卖人体器官罪成立的前提是征得被害人同意，夏某只有 17 岁，其不具有承诺能力，依据刑法第 234 条之一第 2 款的规定，摘取不满 18 周岁的人的器官的，依照故意伤害罪定罪处罚。A 项是正确的。出卖自己亲生子女的，成立拐卖儿童罪，而非遗弃罪。B 项是错误的。为了索取债务，非法扣押、拘禁他人的，成立非法拘禁罪，对此当无疑义。但非法拘禁致人死亡作为结果加重犯，要求拘禁的基本行为与死亡结果间必须存在因果关系，吴某系自己驾车离开途中发生交通事故而死，并非拘禁的基本行为致死，故不成立非法拘禁致人死亡。C 项是正确的。强制侮辱罪侵犯的法益是性的决定权，丁和朋友只是寻求刺激，在大街上追逐、拦截他人，没有侵犯对方的性的决定权，故二人成立寻衅滋事罪，而非强制侮辱罪。D 项是错误的。

考点七十二 侵犯公民个人信息罪

一、常考知识点

1. 侵犯公民个人信息罪的构成要件。

二、真题印证

1. （2018/1/25）甲为 A 公司股东，乙为 A 公司总经理，二人原本为男女朋友，后因故分手。甲怀恨在心，经自己研究发现，A 公司生产的保健品毫无保健作用。甲抛售股票后紧接着在网上公布该研究结果，并写明乙是 A 公司总经理。该报告导致 A 公司股价狂跌。关于甲的行为，下列哪一说法是正确的？

甲构成破坏生产经营罪

甲构成侵犯公民个人信息罪

甲构成内幕交易罪

不构成犯罪

【答案】D

【解析】

出于泄愤报复或者其他个人目的，毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏生产经营的，成立破坏生产经营罪。甲的行为是有益于社会的行为，显然不符合本罪的构成要件。A 项是错误的。

侵犯公民个人信息罪，是指违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重，以及窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的行为。乙在 A 公司任职的信息，本就是公开信息，故甲将乙在 A 公司任职的情形在网上予以公布的，不成立本罪。B 项是错误的。

内幕交易罪是指，证券、期货交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券、期货交易内幕信息的人员，在涉及证券的发行，证券、期货交易或者其他对证券、期货价格有重大影响的信息尚未公开前，买入或者卖出该证券，或者从事与该内幕信息有关的期货交易，或者明示、暗示他人从事上述交易活动，情节严重的行为。甲是通过自己研究获得 A 公司保健品没有保健作用的，既不是内幕信息知情人员，也不是通过非法手段获得的内幕信息，故甲的行为不符合本罪的构成要件。C 项是错误的。

2. （2017/2/59）下列哪些行为构成侵犯公民个人信息罪（不考虑情节）？

A. 甲长期用高倍望远镜偷窥邻居的日常生活

B. 乙将单位数据库中病人的姓名、血型、DNA 等资料，卖给某生物制药公司

C. 丙将捡到的几本通讯簿在网上卖给他人，通讯簿被他人用于电信诈骗犯罪

D. 丁将收藏的多封 50 年代的信封(上有收件人姓名、单位或住址等信息)高价转让他人

【答案】BC

【解析】

侵犯公民个人信息罪，是指违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，或者将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者提供他人，以及窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息，情节严重的行为。

本罪行为对象为公民个人信息，包括公民的姓名、年龄、有效证件号码、婚姻状况等一切能够识别公民个人身份或者涉及公民个人隐私的信息、数据资料。公民的生理状态、遗传特征、经济状况、个人具体行踪等信息同样属这里的公民个人信息。

A 项中，甲仅是偷窥，并不存在侵犯本罪所规定的公民个人信息的行为。A 项错误。

B 项中，病人的姓名、血型、DNA 等资料等，属于本罪所规定的公民个人信息。B 项正确。

C 项中，通讯簿上的个人信息，属于本罪所规定的公民个人信息。C 项正确。

D 项中，命题人刻意强调这些信封是 50 年前的，意在提醒因年代久远，这些信息可能已经发生变更，提供这些信息的行为很难危及相关人员的人身、财产安全，不符合侵犯公民个人信息罪的法益保护目的，故不成立非法侵犯公民个人信息罪。D 项错误。

考点七十三 贪污罪

一、常考知识点

1. 贪污罪的主体。
2. 贪污罪的行为。
3. 贪污罪与职务侵占罪的区别。

二、真题印证

1. (2018/1/94) 村民甲为了多获土地补偿款，找到负责核定土地面积的国家机关工作人员乙，让其核定面积时多写面积，并且送了十万元感谢费给乙。乙答应照办，甲因此多获了四十万的土地补偿款。下列说法正确的是？

- A. 甲、乙二人成立贪污罪的共犯，贪污的金额为 40 万元
- B. 甲送给乙十万元构成行贿罪
- C. 乙收受甲提供的十万元，构成受贿罪
- D. 甲送给乙行贿的十万元，不应从其非法所得的 40 万元补偿款中扣除

【答案】BCD

【解析】

贪污罪的成立要求行为人必须利用其职务上主管、管理、经营、经手财物的方便与便利条件，本案中，乙只有负责丈量土地面积的权利，而无主管、管理、经营、经手财物的方便与便利条件，故甲乙二人成立诈骗罪的共同犯罪，而非贪污罪的共同犯罪。A 项错误。

为了谋取不正当利益，给予国家人员以财物的，成立行贿罪。本案中，甲为多分征地补偿款，而给国家机关工作人员乙行贿，符合行贿罪的构成要件。B 项正确。

国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，成立受贿罪。本案中，国家机关工作人员乙，非法收受甲的财物，为甲谋取不正当利益，符合受贿罪的构成要件。C 项正确。

本案中，乙的行贿行为与甲乙二人的共同诈骗行为系两个不同的犯罪行为，犯罪金额应彼此分开计量。故甲给乙行贿的金额为 10 万元，且不应从其非法所得的 40 万元中扣除。D 项正确。

2. (2017/2/21) 国有甲公司领导王某与私企乙公司签订采购合同，以 10 万元的价格向乙公司采购一批设备。后王某发现，丙公司销售的相同设备仅为 6 万元。王某虽有权取消合同，但却与乙公司老总刘某商议，由王某花 6 万元从丙公司购置设备交给乙公司，再由乙公司以 10 万元的价格卖给甲公司。经王某签字批准，甲公司将 10 万元货款支付给乙公司后，刘某再将 10 万元返给王某。刘某为方便以后参与甲公司采购业务，完全照办。关

于本案的分析，下列哪一选项是正确的？

- A. 王某利用职务上的便利套取公款，构成贪污罪，贪污数额为 10 万元
- B. 王某利用与乙公司签订合同的机会谋取私利，应以职务侵占罪论处
- C. 刘某为谋取不正当利益，事后将货款交给王某，刘某行为构成贪污罪
- D. 刘某协助王某骗取公款，但因其并非国家工作人员，故构成诈骗罪

【答案】C

【解析】

虽然王某批准甲公司支付 10 万元货款，但其中 6 万元属于甲公司原本就应当支付的货款，故王某贪污数额为 4 万元。A 选项错误。

《刑法》第 271 条职务侵占罪第 2 款规定：“国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有前款行为的，依照本法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。”据此，作为国有公司的王某，有权取消与乙公司合同，但其却利用该合同套取货款，对其应以贪污罪论处，而不是以职务侵占罪论处。B 选项错误。

刘某配合王某完成贪污的犯罪计划，构成贪污罪的帮助犯。C 选项正确。

在整件事情中，王某并未陷入认识错误，刘某也没有实施欺骗行为，故刘某不构成诈骗罪。刘某协助王某骗取公款，对其应以贪污罪的共犯论处。D 选项错误。

3. （2013/2/20）国有 A 公司总经理甲发现 A 公司将从 B 公司购进的货物转手卖给某公司时，A 公司即可赚取 300 万元。甲便让其妻乙注册成立 C 公司，并利用其特殊身份，让 B 公司与 A 公司解除合同后，再将货物卖给 C 公司。C 公司由此获得 300 万元利润。关于甲的行为定性，下列哪一选项是正确的？

- A. 贪污罪
- B. 为亲友非法牟利罪
- C. 诈骗罪
- D. 非法经营同类营业罪

【答案】A

【解析】

贪污罪是指国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。这里的公共财物既包括财产本身，也包括财产性利益。在本题中，A 公司已与 B 公司订立了合同，A 公司将从 B 公司购进的货物转手卖给某公司时，A 公司即可赚取 300 万元，这里的 300 万元利润属于归国有 A 公司所有的、具有确定性的财产性利益（C 公司获得 300 万元利润，足以表明 300 万元利润对 A 公司而言是确定的），属于公共财物的范畴。甲为国有 A 公司总经理，属于国家工作人员，其利用职务上的便利，非法

为了梦想，我要学习！

For Dream, I'm Studying!

解除合同使得国有 A 公司丧失 300 万元财产性利益，其将这 300 万元非法占有己有，其行为构成贪污罪。

为亲友非法牟利罪是指国有公司、企业、事业单位的工作人员，利用职务便利，将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营，或者以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品，或者向自己的亲友经营管理的单位采购不合格商品，使国家利益遭受重大损失的行为。甲“将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营”，其行为触犯为亲友非法牟利罪与贪污罪的想象竞合，以贪污罪论处，故 B 项错误。

非法经营同类营业罪是指国有公司、企业的董事、经理利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的行为。在本题中，甲让其妻乙注册成立 C 公司，并让 B 公司与 A 公司再将货物卖给 C 公司，属于非法经营同类营业罪与贪污罪的想象竞合，故以贪污罪论处。

本案中甲未实施任何诈骗行为，故不成立诈骗罪。

4. (2011/2/63)关于贪污罪的认定，下列哪些选项是正确的？

A. 国有公司中从事公务的甲，利用职务便利将本单位收受的回扣据为己有，数额较大。甲行为构成贪污罪

B. 土地管理部门的工作人员乙，为农民多报青苗数，使其从房地产开发商处多领取 20 万元补偿款，自己分得 10 万元。乙行为构成贪污罪

C. 村民委员会主任丙，在协助政府管理土地征用补偿费时，利用职务便利将其中数额较大款项据为己有。丙行为构成贪污罪

D. 国有保险公司工作人员丁，利用职务便利编造未发生的保险事故进行虚假理赔，将骗取的 5 万元保险金据为己有。丁行为构成贪污罪

【答案】ACD

【解析】

贪污罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。

选项 A 正确。《刑法》第九十三条第二款规定，国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。据此可知，在国有公司中从事公务的甲也以国家工作人员论。第九十一条规定，本法所称公共财产，是指下列财产：（一）国有财产；（二）劳动群众集体所有的财产；（三）用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产。在国家机关、国有公司、企业、

集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产，以公共财产论。据此可知，国有公司的财产属于公共财物，国有公司收受的回扣依然属于公共财物。甲利用职务便利，将公共财物（国有公司收受的回扣）据为己有，且数额较大，成立贪污罪。

选项 B 错误。贪污罪中的职务便利是指国家工作人员对公共财物享有的支配权、决定权，或者对具体支配财物的人员处于领导、指示、支配地位，进而利用了职务上的便利的，才能认定为贪污罪。乙虽骗取了补偿款，但其对补偿款并不存在支配、决定的权利，故乙不成立贪污罪，而成立诈骗罪。

选项 C 正确。全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》规定，村民委员会等村基层组织人员协助人民政府从事土地征用补偿费用的管理工作时，属于刑法第九十三条第二款规定的“其他依照法律从事公务的人员”。村民委员会等村基层组织人员从事前款规定的公务，利用职务上的便利，非法占有公共财物、挪用公款、索取他人财物或者非法收受他人财物，构成犯罪的，适用刑法第三百八十二条和第三百八十三条贪污罪、第三百八十四条挪用公款罪、第三百八十五条和第三百八十六条受贿罪的规定。

选项 D 正确。《刑法》第一百八十三条规定，保险公司的工作人员利用职务上的便利，故意编造未曾发生的保险事故进行虚假理赔，骗取保险金归自己所有的，依照本法第二百七十一条的规定定罪处罚。国有保险公司工作人员和国有保险公司委派到非国有保险公司从事公务的人员有前款行为的，依照本法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。

考点七十四 挪用公款罪

一、常考知识点

1. 挪用公款罪的对象。
2. 挪用公款罪的行为。
3. 挪用公款又索取、收受贿赂的处理。
4. 挪用公款罪的共犯。
5. 挪用公款罪的转化犯。

二、真题印证

1. (2016/2/89-91)甲是A公司（国有房地产公司）领导，因私人事务欠蔡某600万元。蔡某让甲还钱，甲提议以A公司在售的商品房偿还债务，蔡某同意。甲遂将公司一套价值600万元的商品房过户给蔡某，并在公司财务账目上记下自己欠公司600万元。三个月后，甲将账作平，至案发时亦未归还欠款。（事实一）

A公司有工程项目招标。为让和自己关系好的私营公司老板程某中标，甲刻意安排另外两家公司与程某一起参与竞标。甲让这两家公司和程某分别制作工程预算和标书，但各方约定，若这两家公司中标，就将工程转包给程某。程某最终在A公司预算范围内以最优报价中标。为感谢甲，程某花5000元购买仿制古董赠与甲。甲以为是价值20万元的真品，欣然接受。（事实二）

甲曾因公务为A公司垫付各种费用5万元，但由于票据超期，无法报销。为挽回损失，甲指使知情的程某虚构与A公司的劳务合同并虚开发票。甲在合同上加盖公司公章后，找公司财务套取“劳务费”5万元。（事实三）

(1)关于事实一的分析，下列选项正确的是：

- A. 甲将商品房过户给蔡某的行为构成贪污罪
- B. 甲将商品房过户给蔡某的行为构成挪用公款罪
- C. 甲虚假平账，不再归还600万元，构成贪污罪
- D. 甲侵占公司600万元，应与挪用公款罪数罪并罚

【答案】C

【解析】

挪用公款应是使单位现实控制的公款脱离单位的控制。事实一中，该公司只是现实控制了住房，而没有现实控制600万元公款，故甲不成立挪用公款罪。事实上，将甲的行为认定为国有公司人员滥用职权罪更为合适。B、D项是错误的。甲将商品房过户给蔡某时其主观上并无非法占有的目的，故不成立贪污罪。A项是错误的。甲虚假平账，证明其主观上产生了非法占有的目的，成立贪污罪。C项是正确的。

(2)关于事实二的分析，下列选项正确的是：

- A. 程某虽与其他公司串通参与投标，但不构成串通投标罪
- B. 甲安排程某与他人串通投标，构成串通投标罪的教唆犯
- C. 程某以行贿的意思向甲赠送仿制古董，构成行贿罪既遂
- D. 甲以受贿的意思收下图某的仿制古董，构成受贿罪既遂

【答案】A

【解析】

串通投标罪，是指投标人串通投标报价，损害招标人或者其他投标人的利益，情节严重，或者投标人与招标人串通投标，损害国家、集体、公民合法权益的行为。程某与其他公司虽然约定如后两家中标需将工程转包给程某，但并未串通投标报价，故不成立串通投标罪。A项是正确的。如程某不成立串通投标罪，则甲自然不构成串通投标罪的教唆犯。B项是错误的。为了谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的行为，成立行贿罪。依照司法解释，行贿数额在3万元以上的，方可成立本罪。事实二中，程某为了感谢甲，花5000元购买仿制古董赠与甲的行为并不能认定为行贿罪。C项是错误的。另据司法解释，受贿罪的构罪数额为3万元。甲以受贿的故意收下图某的古董，但该古董价值仅5000元，故甲成立受贿罪未遂而非既遂。D项是错误的。

(3)关于事实三的分析，下列选项错误的是：

- A. 甲以非法手段骗取国有公司的财产，构成诈骗罪
- B. 甲具有非法占有公共财物的目的，构成贪污罪
- C. 程某协助甲对公司财务人员进行欺骗，构成诈骗罪与贪污罪的想象竞合犯
- D. 程某并非国家工作人员，但帮助国家工作人员贪污，构成贪污罪的帮助犯

【答案】ABCD

【解析】

甲客观上虽然骗取了公司5万元的财物，但其却系因公务为公司垫付了5万元，主观上并无非法占有的目的，故既不构成贪污罪，也不构成诈骗罪。程某对甲这一事项知情，知道甲没有非法占有的目的，既然如此，程某帮助甲的这一行为自然也不构成任何犯罪。

2. (2014/2/62，数额有改编)根据《刑法》与司法解释的规定，国家工作人员挪用公款进行营利活动、数额达到5万元或者挪用公款进行非法活动、数额达到3万元的，以挪用公款罪论处。国家工作人员甲利用职务便利挪用公款6万元，将4万元用于购买股票，2万元用于赌博，在1个月内归还6万元。关于本案的分析，下列哪些选项是错误的？

为了梦想，我要学习！

For Dream, I'm Studying!

A. 对挪用公款的行为，应按用途区分行为的性质与罪数；甲实施了两个挪用行为，对两个行为不能综合评价，甲的行为不成立挪用公款罪

B. 甲虽只实施了一个挪用公款行为，但由于既未达到挪用公款进行营利活动的数额要求，也未达到挪用公款进行非法活动的数额要求，故不构成挪用公款罪

C. 国家工作人员购买股票属于非法活动，故应认定甲属于挪用公款 6 万元进行非法活动，甲的行为成立挪用公款罪

D. 可将赌博行为评价为营利活动，认定甲属于挪用公款 6 万元进行营利活动，故甲的行为成立挪用公款罪

【答案】ABC

【解析】

A 选项认为，对挪用公款的行为，应按用途区分行为的性质与罪数，甲实施了两个挪用行为，对两个行为不能综合评价，这是错误的。理论上认为，如行为人多次挪用公款，分别用于非法活动、营利活动与其他活动，但用于某项活动的公款数额未达到该项的定罪标准，或者分别来看，用于各项用途的公款数额都没有达到各项的定罪标准，但挪用公款的总数额达到某项定罪标准。对此，应根据法益保护目的与法定的构成要件，妥当归纳案件事实，正确判断构成要件符合性。B 选项认为，甲虽只实施了一个挪用公款行为，但由于既未达到挪用公款进行营利活动的数额要求，也未达到挪用公款进行非法活动的数额要求，故不构成挪用公款罪，也是错误的。这是因为，可以将炒股的 4 万元与赌博的 2 万元相加，评价为挪用公款 6 万元进行营利活动，从而可以挪用公款“数额较大、进行营利活动”为由追究行为人挪用公款罪的刑事责任。C 选项认为，国家工作人员购买股票属于非法活动，故应认定甲属于挪用公款 4 万元进行非法活动，是错误的。这是因为，挪用公款确实是违法的，但将所挪用的公款用于炒股则是正常的投资活动，不能将 4 万元的行为评价为挪用公款进行非法活动。D 选项认为，可将赌博行为评价为营利活动，认定甲属于挪用公款 6 万元进行营利活动，故甲成立挪用公款罪，这是正确的。

3. （2012/2/20）甲恳求国有公司财务主管乙，从单位挪用 10 万元供他炒股，并将一块名表送给乙。乙做假账将 10 万元交与甲，甲表示尽快归还。20 日后，乙用个人财产归还单位 10 万元。关于本案，下列哪一选项是错误的？

A. 甲、乙勾结私自动用公款，构成挪用公款罪的共犯

B. 乙虽 20 日后主动归还 10 万元，甲、乙仍属于挪用公款罪既遂

C. 乙非法收受名表，构成受贿罪

D. 对乙不能以挪用公款罪与受贿罪进行数罪并罚

【答案】D

【解析】

本题主要考查挪用公款罪的认定。根据 1998 年最高人民法院关于挪用公款罪的司法解释，使用人与挪用人共谋，指使或参与策划取得挪用款的，成立挪用公款罪的共犯。甲教唆乙挪用公款，成立共犯。A 项正确。依据司法解释，乙明知甲挪用公款用于营利活动，入罪时无需受三个月不归还的限制，甲乙属于挪用公款罪既遂。B 项正确。依据司法解释，因收受贿赂而挪用公款的或挪用公款进行非法活动的，均须数罪并罚。C 项正确，D 项错误。

4. （2010/2/20）下列哪一情形不属于“挪用公款归个人使用”？

- A. 国家工作人员甲，将公款借给其弟炒股
- B. 国家机关工作人员甲，以个人名义将公款借给原工作过的国有企业使用
- C. 某县工商局长甲，以单位名义将公款借给某公司使用
- D. 某国有公司总经理甲，擅自决定以本公司名义将公款借给某国有事业单位使用，以安排其子在该单位就业

【答案】C

【解析】

挪用公款罪的客观方面表现为利用职务之便，挪用公款进行非法活动，或者挪用公款数额较大、进行营利活动，或者挪用公款数额较大、超过三个月不还。根据《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第三百八十四条第一款的解释》，有下列情形之一的，属于挪用公款“归个人使用”：“（一）将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的；（二）以个人名义将公款供其他单位使用的；（三）个人决定以单位名义将公款供其他单位使用，谋取个人利益的。”“其他单位”既包含国有单位，也包含私营单位。因此 ABD 选项情形均属于“挪用公款归个人使用”，不当选。C 选项某县工商局长甲，以单位名义将公款借给某公司使用，不属于“挪用公款归个人使用”的情形，因此 C 选项当选。

考点七十五 受贿罪

一、常考知识点

1. 受贿罪的法益。
2. 受贿罪的行为方式：索贿、受贿、商业受贿、斡旋受贿、事后受贿、变相受贿。
3. 受贿罪的既遂标准。
4. 国家工作人员收受他人财物后，又滥用职权的处理。

二、真题印证

1. （2017/2/62）关于受贿罪，下列哪些选项是正确的？

- A. 国家工作人员明知其近亲属利用自己的职务行为受贿的，构成受贿罪
- B. 国家工作人员虚假承诺利用职务之便为他人谋利，收取他人财物的，构成受贿罪
- C. 国家机关工作人员实施渎职犯罪并收受贿赂，同时构成渎职罪和受贿罪的，除《刑法》有特别规定外，以渎职罪和受贿罪数罪并罚
- D. 国家工作人员明知他人有请托事项而收受其财物，视为具备“为他人谋取利益”的构成要件，是否已实际为他人谋取利益，不影响受贿的认定

【答案】ABCD

【解析】

根据 2016 年 4 月 18 日两高《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第 16 条第 2 款的规定，特定关系人索取、收受他人财物，国家工作人员知道后未退还或者上交的，应当认定国家工作人员具有受贿故意。A 项正确。

在被动收受贿赂的情况下，要求行为人只有为他人谋取利益的，才能成立受贿罪。理论上认为，受贿罪的法益是职务行为的不可收买性，行为人虚假承诺为他人谋取利益的行为，同样侵犯了职务行为的不可收买性，成立受贿罪。B 项正确。

根据 2016 年 4 月 18 日两高《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第 17 条的规定，国家工作人员利用职务上的便利，收受他人财物，为他人谋取利益，同时构成受贿罪和刑法分则第三章第三节、第九章规定的渎职犯罪的，除刑法另有规定外，以受贿罪和渎职犯罪数罪并罚。C 项正确。

根据 2016 年 4 月 18 日两高《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第 13 条的规定，国家工作人员明知他人有具体请托事项而收受其财物的，应当认定为“为他人谋取利益”，成立受贿罪；而不管行为人是否已经实际为他人谋取到了利益。D 项正确。

2. （2016/2/62）关于贿赂犯罪的认定，下列哪些选项是正确的？

A. 甲是公立高校普通任课教师，在学校委派其招生时，利用职务便利收受考生家长 10 万元。甲成立受贿罪

B. 乙是国有医院副院长，收受医药代表 10 万元，承诺为病人开处方时多开相关药品。乙成立非国家工作人员受贿罪

C. 丙是村委会主任，在村集体企业招投标过程中，利用职务收受他人财物 10 万元，为其谋利。丙成立非国家工作人员受贿罪

D. 丁为国有公司临时工，与本公司办理采购业务的副总经理相勾结，收受 10 万元回扣归二人所有。丁构成受贿罪

【答案】ABCD

【解析】

甲虽是公立高校普通任课教师，但当其受学校委派从事招生时，根据刑法第 93 条的规定应以国家工作人员论，故其利用职务便利收受考生家长 10 万元的行为成立受贿罪。A 项是正确的。

根据 2008 年 11 月 20 日两高《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》第 4 条的规定：“医疗机构中的国家工作人员，在药品、医疗器械、医用卫生材料等医药产品采购活动中，利用职务上的便利，索取销售方财物，或者非法收受销售方财物，为销售方谋取利益，构成犯罪的，依照刑法第 385 条的规定，以受贿罪定罪处罚。医疗机构中的非国家工作人员，有前款行为，数额较大的，依照刑法第 163 条的规定，以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。医疗机构中的医务人员，利用开处方的职务便利，以各种名义非法收受药品、医疗器械、医用卫生材料等医药产品销售方财物，为医药产品销售方谋取利益，数额较大的，依照刑法第 163 条的规定，以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。乙是国有医院的副院长，属于国有事业单位中从事公务的人员。虽然其收受了医药代表 10 万元，但其承诺自己在为病人开处方时多开相关药品，此时，其并未利用自己的国有医院副院长身份，只是利用了自己作为一名普通医生的身份。因此，成立非国家工作人员受贿罪。本选项如果改为“乙是国有医院副院长，收受医药代表 10 万元，承诺命令（指使、暗示）本医院的其他医生在为病人开处方时多开相关药品”，则乙成立受贿罪。

B 项是错误的。丙虽是村委会主任，但其在村集体企业招投标过程中的行为并不属于协助政府从事行政管理工作，故只能成立非国家工作人员受贿罪。C 项是正确的。丁虽为国有公司临时工，但其收受回扣的行为系与本公司办理采购业务的副总经理勾结实施，二人成立受贿罪的共同犯罪。D 项是正确的。

3. （2016/2/21）国家工作人员甲听到有人敲门，开门后有人扔进一个包就跑。甲发现

包内有 20 万元现金，推测是有求于自己职务行为的乙送的。甲打电话问乙时被告知“不要问是谁送的，收下就是了”（事实上是乙安排丙送的），并重复了前几天的请托事项。甲虽不能确定是乙送的，但还是允诺为乙谋取利益。关于本案，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲没有主动索取、收受财物，不构成受贿罪
- B. 甲没有受贿的直接故意，间接故意不可能构成受贿罪，故甲不构成受贿罪
- C. 甲允诺为乙谋取利益与收受 20 万元现金之间无因果关系，故不构成受贿罪
- D. 即使认为甲不构成受贿罪，乙与丙也构成行贿罪

【答案】D

【解析】

非法收受他人财物的，必须同时具备“为他人谋取利益”的条件，才能成立受贿罪。根据两高《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第 13 条的规定，明知他人有具体请托事项的，应当认定为“为他人谋取利益”，据此，甲成立受贿罪。A、B、C 项是错误的。退一步讲，即使认为甲不构成受贿罪，乙、丙为了谋取不正当利益而向国家工作人员行贿的，也构成行贿罪。D 项是正确的。

4. （2015/2/87-88）甲送给国有收费站站长吴某 3 万元，与其约定：甲在高速公路另开出口帮货车司机逃费，吴某想办法让人对此不予查处，所得由二人分成。后甲组织数十人，锯断高速公路一侧隔离栏、填平隔离沟（恢复原状需 3 万元），形成一条出口。路过的很多货车司机知道经过收费站要收 300 元，而给甲 100 元即可绕过收费站继续前行。甲以此方式共得款 30 万元，但骗吴某仅得 20 万元，并按此数额分成。

（1）关于甲非法获利的定性，下列分析正确的是：

- A. 擅自经营收费站收费业务，数额巨大，构成非法经营罪
- B. 即使收钱时冒充国有收费站工作人员，也不构成招摇撞骗罪
- C. 未使收费站工作人员基于认识错误免收司机过路费，不构成诈骗罪
- D. 骗吴某仅得 20 万元的行为，构成隐瞒犯罪所得罪

【答案】BC

【解析】

甲在高速公路上私开出口，帮助别人逃费并从中获利，虽然也可以说是一种非法经营行为，但是，既难以认定甲的行为具体违反了哪一国家规定，又难以认定该行为属于“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”。2011 年 4 月 8 日最高人民法院《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》指出：“各级人民法院审理非法经营犯罪案件，要依法严格把握刑法第二百二十五条第(四)的适用范围。对被告人的行为是否属于刑法第二百二十五条第(四)规定的‘其它严重扰乱市场秩序的非法经营行为’，有关司法解

释未作明确规定的，应当作为法律适用问题，逐级向最高人民法院请示。”根据目前现有的司法解释，难以认定甲的行为属于“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，故不能认定甲擅自经营收费业务的行为构成非法经营罪。A 选项错误。即使甲收钱时冒充国有收费站工作人员，也不构成招摇撞骗罪，一方面，国有收费站工作人员不属于“国家机关工作人员”，甲不符合招摇撞骗罪的主体要件。另一方面，甲也没有“招摇撞骗”，其收取费用后也让路过的货车司机成功逃费，故甲不构成招摇撞骗罪。B 选项正确。

甲擅自在高速公路上私开出口，让路过的货车司机通过此出口成功逃费，使收费站未能收取本可正常收取的费用，因而遭受财产损失，但是，甲既未实施欺诈行为，其行为也未使收费站工作人员基于错误认识免收司机的过路费，故甲的行为不构成诈骗罪。C 选项正确。30 万元系甲和吴某共同犯罪所得，不是“他人”犯罪的所得，故甲骗吴某仅得 20 万元，外形上似乎属于隐瞒犯罪所得，但并不构成隐瞒犯罪所得罪，因为甲隐瞒的不是“他人”的犯罪所得，隐瞒自己犯罪所得的不构成本罪。D 项错误。

(2) 围绕吴某的行为，下列论述正确的是：

- A. 利用职务上的便利侵吞本应由收费站收取的费用，成立贪污罪
- B. 贪污数额为 30 万元
- C. 收取甲 3 万元，利用职务便利为甲谋利益，成立受贿罪
- D. 贪污罪与受贿罪成立牵连犯，应从一重罪处断

【答案】ABC

【解析】

选项 AB 正确。贪污罪，是指行为人是利用职务之便实施的，并且非法获取的是本单位的财产。本案中，如果不是存在吴某和甲的行为，那么这些司机只有到国有收费站交费后才能离开高速公路。因此，这笔钱虽然尚未交给国有收费站，但是国有收费站必然能够获得的财产，是国有收费站确定的债权。所以，国家工作人员吴某与甲勾结，侵吞本应由收费站收取的费用，二人均成立贪污罪。因吴某与甲构成共同犯罪，均应对总的犯罪金额承担刑事责任，因此，贪污罪的犯罪金额为 30 万元。

选项 C 正确。受贿罪是指国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。本案中，国有收费站站长吴某收受贿赂，为他人谋取非法利益，构成受贿罪。选项 D 错误。受贿后为请托人谋取利益，构成其他犯罪的，应当数罪并罚。因此，对吴某应以贪污罪与受贿罪并罚。

考点七十六 行贿罪

一、常考知识点

1. 行贿罪的犯罪目的。
2. 行贿人谋取不正当利益的行为构成犯罪的，应当与行贿犯罪实行数罪并罚。

二、真题印证

1. (2017/2/89-91)某地政府为村民发放扶贫补贴，由各村村委会主任审核本村申请材料并分发补贴款。某村村委会主任王某、会计刘某以及村民陈某合谋伪造申请材料，企图每人套取 5 万元补贴款。王某任期届满，周某继任村委会主任后，政府才将补贴款拨到村委会。周某在分发补贴款时，发现了王某、刘某和陈某的企图，便只发给三人各 3 万元，将剩余 6 万元据为己有。三人心知肚明，但不敢声张。（事实一）

后周某又想私自非法获取土地征收款，欲找县国土局局长张某帮忙，遂送给县工商局局长李某 10 万元，托其找张某说情。李某与张某不熟，送 5 万元给县财政局局长胡某，让胡某找张某。胡某找到张某后，张某碍于情面，违心答应，但并未付诸行动。（事实二）

周某为感谢胡某，从村委会账户取款 20 万元购买玉器，并指使会计刘某将账做平。周某将玉器送给胡某时，被胡某拒绝。周某只好将玉器退还商家，将退款 20 万元返还至村委会账户，并让刘某再次平账。（事实三）

(1)关于事实一的分析，下列选项正确的是：

- A. 王某拿到补贴款时已经离任，不能认定其构成贪污罪
- B. 刘某参与伪造申请材料，构成贪污罪，贪污数额为 3 万元
- C. 陈某虽为普通村民，但参与他人贪污行为，构成贪污罪
- D. 周某擅自侵吞补贴款，构成贪污罪，贪污数额为 6 万元

【答案】C

【解析】

贪污罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。

身份是指行为时的身份。根据有关立法解释的规定，村委会主任王某在协助上级政府发放扶贫补贴款时，具有国家工作人员身份，成立贪污罪。至于王某何时拿到补贴款，拿到补贴款时是否已经离任，不影响贪污罪的成立。A 项错误。

根据共同犯罪的原理，村委会会计刘某以及村民陈某与村主任王某合谋伪造申请材料，骗取扶贫补贴款，成立贪污罪的共犯，贪污数额均应是 15 万元，而非 3 万元。B 项错误，C 项正确。

此后上任的村委会主任周某明知王某等人不符合扶贫补贴的条件，仍利用职务便利发

放补贴，致使 15 万元的公共财物遭受损失，其行为同样构成贪污罪，贪污数额亦为 15 万元。D 项错误。

(2)关于事实二的分析，下列选项正确的是：

- A. 周某为达非法目的，向国家工作人员行贿，构成行贿罪
- B. 李某请托胡某帮忙，并送给胡某 5 万元，构成行贿罪
- C. 李某未利用自身职务行为为周某谋利，但构成受贿罪既遂
- D. 胡某收受李某财物进行斡旋，但未成功，构成受贿罪未遂

【答案】ABC

【解析】

为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的，成立行贿罪。周某为了私自非法获取土地征收款，向县工商局局长李某行贿 10 万元，构成行贿罪。李某为了完成周某的请托事项，而向县财政局长行贿，同样成立行贿罪。A、B 两项正确。

根据刑法第 388 条的规定，国家工作人员利用本人职权和地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员的职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取或者收受请托人财物的，成立斡旋受贿型的受贿罪。李某虽未利用自身的职务便利为周某谋利，但其委托财政局长胡某找国土局局长张某帮忙，并收受周某 10 万元的行为，成斡旋受贿型的受贿罪，且为既遂。C 项正确。

财政局长胡某收受李某 5 万元，找国土局长张某帮忙，同样系斡旋受贿的受贿罪。在斡旋受贿的场合，只要行为人斡旋受贿，并接受了行贿人的贿赂物即为既遂，至于被其斡旋的国家工作人员是否真为请托人谋取了正当利益在所不问。故胡某虽然斡旋失败，但由于胡某已经实际收受了李某的 5 万元，依然构成受贿罪既遂。D 项错误。

(3)关于事实三的分析，下列选项正确的是：

- A. 周某挪用村委会 20 万元购买玉器行贿，属挪用公款进行非法活动，构成挪用公款罪
- B. 周某使用村委会 20 万元购买玉器，属贪污行为，但后又将 20 万元还回，构成犯罪中止
- C. 刘某第一次帮周某将账面做平，属于帮周某成功实施犯罪行为，与周某构成共同犯罪
- D. 刘某第二次帮周某将账面做平，属于作假证明掩护周某的犯罪行为，构成包庇罪

【答案】C

【解析】

周某作为村委会主任并非国家工作人员，故周某从村委会账户取款 20 万元购买玉器行贿，属于挪用资金进行非法活动，此后指使会计将帐做平，说明其主观上有非法占有的目的，构成职务侵占罪，而非挪用公款罪。A 项错误。

前述已及，周某以非法占有为目的从村委会账户取款 20 万元购买玉器，成立职务侵占罪。即使其后来又 20 万元还会，依然属于犯罪既遂，而非犯罪中止。B 项错误。

会计刘某第一次帮周某将账面做平，属于周某职务侵占罪的共犯。C 项正确。

刘某第二次帮周某将账面做平，属于毁灭周某职务侵占 20 万元的证据，而非向司法机关作假证明包庇周某的犯罪行为，故刘某成立帮助毁灭证据罪，而非包庇罪。D 项错误。

2. （2011/2/19）大学生甲为获得公务员面试高分，送给面试官乙（某机关领导）2 瓶高档白酒，乙拒绝。次日，甲再次到乙家，偷偷将一块价值 5 万元的金币放在茶几上离开。乙不知情。保姆以为乙知道此事，将金币放入乙的柜子。对于本案，下列哪一选项是错误的？

- A. 甲的行为成立行贿罪
- B. 乙的行为不构成受贿罪
- C. 认定甲构成行贿罪与乙不构成受贿罪不矛盾
- D. 保姆的行为成立利用影响力受贿罪

【答案】D

【解析】

本题主要考查行贿罪、受贿罪以及利用影响力受贿罪之间的区别与关系。在本案中，甲具有行贿的主观意图和客观行为，构成行贿罪，但由于乙不知情，没有受贿的故意，不成立受贿罪。虽然刑法理论一般认为行贿罪与受贿罪是对向犯，但是由于各自有自己的构成要件，成立行贿罪，并不意味着就对方就一定成立受贿罪。反过来，国家工作人员成立了受贿罪，也不意味着对方就一定成立行贿罪，如行贿人是为了谋取正当利益而向国家工作人员行贿，或者国家工作人员自己主动索贿的。因此，ABC 的说法正确。保姆没有通过国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，因此不成立利用影响力受贿罪。

考点七十七 其他贪污、贿赂犯罪

一、常考知识点

1. 单位受贿罪。
2. 利用影响力受贿罪。
3. 对有影响力的人行贿罪。
4. 介绍贿赂罪。
5. 巨额财产来源不明罪。
6. 私分国有资产罪。

二、真题印证

1. (2018/1/95) 张某为谋取不正当利益, 给李某(国家机关工作人员)的妻子钱某 10 万元, 后李某知道后, 让妻子退还给张某, 钱某假装同意, 后并未将 10 万元退还给张某, 并将 10 万元用于家庭生活。下列说法正确的是?

- A. 李某的行为不构成犯罪
- B. 李某的行为构成受贿罪
- C. 钱某的行为构成受贿罪的共犯
- D. 钱某的行为构成利用影响力受贿罪

【答案】A

【解析】

受贿罪的本质在于权钱交易, 本案中, 李某显然不存在以自己的权利交换利益的行为与想法, 故李某的行为不构成犯罪; 钱某当然也不成立受贿罪的共同犯罪。A 项正确; BC 项错误。

所谓利用影响力受贿罪, 是指国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人, 通过该国家工作人员职务上的行为, 或者利用该国家工作人员职权或者地位形成的便利条件, 通过其他国家工作人员职务上的行为, 为请托人谋取不正当利益, 索取请托人财物或者收受请托人财物, 数额较大或者有其他较重情节的, 以及离职的国家工作人员或者其近亲属以及其他与其关系密切的人, 利用该离职的国家工作人员原职权或者地位形成的便利条件实施上述行为的行为。

理论上认为, 利用影响力受贿罪的法益是国家工作人员职务行为的不可收买性, 据此, 如果关系人索取或者收受了请托人的财物, 但并没有要求国家工作人员为请托人谋取不正当利益; 或者虽然要求国家工作人员为请托人谋取不正当利益, 但国家工作人员并未承诺的, 此时不存在权钱交易的本质, 不成立利用影响力受贿罪, 而是涉嫌成立财产类犯罪。

为了梦想，我要学习！
For Dream, I' m Studying!

据此，D 项是错误的。

2. (2012/2/63) 国家工作人员甲与民办小学教师乙是夫妻。甲、乙支出明显超过合法收入，差额达 300 万元。甲、乙拒绝说明财产来源。一审中，甲交代 300 万元系受贿所得，经查证属实。关于本案，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲构成受贿罪
B. 甲不构成巨额财产来源不明罪
C. 乙不构成巨额财产来源不明罪
D. 乙构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪

【答案】ABC

【解析】

巨额财产来源不明罪，是指国家工作人员的财产、支出明显超过合法收入，差额巨大，不能说明来源的行为。

关于 A 项和 B 项。行为人拥有巨额财产，本人说明了其合法来源的，不能认定为巨额财产来源不明罪。如果说明了其非法来源，并查证属实的，应按其行为性质认定违法犯罪，不再认定为巨额财产来源不明罪。本案中，甲在一审中交代 300 万元系受贿所得，经查证属实，构成受贿罪，而非巨额财产来源不明罪。因此，A 项和 B 项都正确，当选。

关于 C 项。巨额财产来源不明罪的行为主体只能是国家工作人员，本案中的乙是民办小学教师，不具有国家工作人员身份，不可能成立本罪。因此，C 项正确，当选。

关于 D 项。乙作为国家工作人员甲的妻子，没有实施任何掩饰、隐瞒犯罪所得的行为，其拒绝说明丈夫财产来源的行为，不构成任何犯罪。因此，D 项错误，不当选。

3. (2013/2/63) 关于受贿相关犯罪的认定, 下列哪些选项是正确的?

- A. 甲知道城建局长张某吸毒，以提供海洛因为条件请其关照工程招标，张某同意。甲中标后，送给张某 50 克海洛因。张某构成受贿罪
- B. 乙系人社局副局长，乙父让乙将不符合社保条件的几名亲戚纳入社保范围后，收受亲戚送来的 3 万元。乙父构成利用影响力受贿罪
- C. 国企退休厂长王某（正处级）利用其影响，让现任厂长帮忙，在本厂推销保险产品后，王某收受保险公司 3 万元。王某不构成受贿罪
- D. 法院院长告知某企业经理赵某“如给法院捐赠 500 万元办公经费，你们那个案件可以胜诉”。该企业胜诉后，给法院单位账户打入 500 万元。应认定法院构成单位受贿罪

【答案】 ABCD

【解析】

A 项，受贿罪中的财物一般表现为现金、礼品等财物，但也包含毒品等违禁品在内，因为毒品同样可以达到收买国家工作人员职务行为的效果。城建局长张某利用职务上的便

利，使张某工程招标，事后收受张某毒品 50 克，符合受贿罪的犯罪构成，构成受贿罪。

B 项，乙父对乙具有因亲情而产生的制约关系。乙父通过乙职务上的行为，使不符合社保条件的几名亲戚纳入社保范围后，收受亲戚 3 万元财物，符合利用影响力受贿罪的犯罪构成，构成利用影响力受贿罪。

C 项，离职的国家工作人员或者其他与其关系密切的人，利用该离职的国家工作人员原职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物，数额较大或者有其他较重情节的，构成利用影响力受贿罪。王某为国企退休厂长，不属于国家工作人员的范畴，其行为不构成受贿罪，其行为符合利用影响力受贿罪的犯罪构成，构成利用影响力受贿罪。

D 项，单位受贿罪是指国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体，索取、非法收受他人财物，为他人谋取利益，情节严重的行为。法院属于国家机关，其为了非法获得办公经费，帮助正在诉讼中的企业获得胜诉，事后获得 500 万元办公经费。法院的行为(由法院院长的行为代表)符合单位受贿罪的犯罪构成，构成单位受贿罪。

4. (2013/2/21) 乙的孙子丙因涉嫌抢劫被刑拘。乙托甲设法使丙脱罪，并承诺事成后付其 10 万元。甲与公安局副局长丁早年认识，但多年未见面。甲托丁对丙作无罪处理，丁不同意，甲便以揭发隐私要挟，丁被迫按甲的要求处理案件。后甲收到乙 10 万元现金。关于本案，下列哪一选项是错误的？

A. 对于“关系密切”应根据利用影响力受贿罪的实质进行解释，不能仅从形式上限定为亲朋好友

B. 根据 A 选项的观点，“关系密切”包括具有制约关系的情形，甲构成利用影响力受贿罪

C. 丁构成徇私枉法罪，甲构成徇私枉法罪的教唆犯

D. 甲的行为同时触犯利用影响力受贿罪与徇私枉法罪，应从一重罪论处

【答案】D

【解析】

利用影响力受贿罪的主体是国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人以及离职的国家工作人员或者其他与其关系密切的人。这里的“关系密切的人”，一般是指与国家工作人员或者离职的国家工作人员具有共同利益关系的人，其中的利益关系不仅包括物质利益，而且包括其他方面的利益，如情人关系、密切的上下级关系(如秘书、司机等)、密切的姻亲或血亲关系。没有必要将关系密切限定解释为事实上非常熟悉、关系紧密，因为客观上能够通过国家工作人员职务上的行为为请托人谋取不

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

正当利益的人，基本上都是与国家工作人员有密切关系的人。所以，应根据利用影响力受贿罪的实质即存在一定的制约关系来解释“关系密切的人”。甲与公安局副局长丁早年认识，知道丁的隐私，通过揭发隐私要挟，客观上能够迫使丁来谋取不正当利益，从利用影响力受贿罪的实质出发，应认定甲是与丁“关系密切的人”。甲的行为符合利用影响力受贿罪的犯罪构成，构成利用影响力受贿罪。据此，A、B 项正确。

丁身为公安局副局长，明知丙涉嫌抢劫构成犯罪，竟然故意包庇丙不使他受追诉，其行为符合徇私枉法罪的犯罪构成，构成徇私枉法罪。甲明知丙因涉嫌抢劫被刑拘，唆使公安局副局长丁徇私枉法对丙作无罪处理，结果丙果真被按无罪处理，甲构成徇私枉法罪的教唆犯。据此，C 项正确。

对于徇私枉法罪，《刑法》第 399 条第 4 款规定：“司法工作人员收受贿赂，有前款行为的，同时又构成本法第 385 条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”本条规定是针对司法工作人员而言的，甲不属于司法工作人员，故对甲不能适用该款规定。甲的行为同时触犯利用影响力受贿罪与徇私枉法罪，应当数罪并罚。据此，D 项错误，为本题正确答案。

考点七十八 生产、销售伪劣商品罪

一、常考知识点

1. 生产、销售伪劣产品罪。
2. 生产销售假药罪。
3. 生产销售劣药罪。
4. 生产、销售有毒、有害食品罪。
5. 生产销售不符合安全标准的食品罪。

二、真题印证

1. (2016/2/57) 关于生产、销售伪劣商品罪，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲既生产、销售劣药，对人体健康造成了严重危害，同时又生产、销售假药的，应实行数罪并罚
- B. 乙为了提高猪肉的瘦肉率，在饲料中添加“瘦肉精”。由于生猪本身不是食品，故乙不构成生产有毒、有害食品罪
- C. 丙销售不符合安全标准的饼干，足以造成严重食物中毒事故，但销售金额仅有 500 元，对丙应以销售不符合安全标准的食品罪论处
- D. 丁明知香肠不符合安全标准，足以造成严重食源性疾患，但误以为没有毒害而销售，事实上香肠中掺有有毒的非食品原料。对丁应以销售不符合安全标准的食品罪论处

【答案】ACD

【解析】

甲生产、销售劣药，对人体健康造成了严重损害，构成生产、销售劣药罪；甲还生产、销售假药，又构成生产、销售假药罪。甲先后存在两个行为，故对此应当数罪并罚，A 项正确。2013 年 5 月 2 日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第 9 条第 2 款规定，在食用农产品的养殖过程中，使用禁用农药、兽药等禁用物质或者其他有毒、有害物质的，构成生产有毒、有害食品罪。2002 年 8 月 16 日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法生产、销售、使用禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 3 条规定：使用盐酸克仑特罗等禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品或者含有该类药品的饲料养殖供人食用的动物的，依照刑法第 144 条的规定，以生产、销售有毒、有害食品罪追究刑事责任。据此，乙为提高猪肉的瘦肉率，在饲料中添加“瘦肉精”的，构成生产有毒、有害食品罪。据此，B 选项错误。

丙销售不符合安全标准的饼干，足以造成食物中毒事故，构成销售不符合安全标准的

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

食品罪。成立销售不符合安全标准的食品罪，没有销售金额的要求。销售不符合安全标准的食品，如果销售金额达到 5 万元以上的，该行为还同时触犯生产、销售伪劣产品罪。但在 C 选项中，销售金额仅有 500 元，故对丙的行为只能以销售不符合安全标准的食品罪论处。C 选项正确。

丁虽然认识到销售的香肠不符合安全标准，但并未认识到其所销售的香肠中掺有毒的非食品原料，主观上缺乏销售有毒、有害食品犯罪故意，故其不构成销售有毒、有害食品的犯罪。在客观上，丁销售了有毒、有害食品，有毒、有害食品也属于不符合安全标准的食品；在主观上，丁明知香肠不符合标准，足以造成严重的食源性疾患；丁的行为符合销售不符合安全标准的食品罪的犯罪构成。

2. （2014/2/58）关于生产、销售伪劣商品罪，下列哪些判决是正确的？

A. 甲销售假药，销售金额达 500 万元，如按销售假药罪处理会导致处罚较轻，法院以销售伪劣产品罪定罪处罚

B. 甲明知病死猪肉有害，仍将大量收购的病死猪肉，冒充合格猪肉在市场上销售。法院以销售有毒、有害食品罪定罪处罚

C. 甲明知贮存的苹果上使用了禁用农药，仍将苹果批发给零售商。法院以销售有毒、有害食品罪定罪处罚

D. 甲以为是劣药而销售，但实际上销售了假药，且对人体健康造成严重危害。法院以销售劣药罪定罪处罚

【答案】ACD

【解析】

生产、销售伪劣产品罪与生产、销售特定伪劣产品的犯罪存在法条竞合关系。在出现法条竞合时，《刑法》第 149 条第 2 款明文规定：“生产、销售本节第一百四十一条至第一百四十八条所列产品，构成各该条规定的犯罪，同时又构成本节第一百四十条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”据此，应按重法优于轻法原则，而不是按照特别法优于普通法原则处理生产、销售伪劣商品罪的法条竞合问题。甲销售的假药，销售金额达 500 万元，这行为既触犯销售假药罪，又触犯销售伪劣产品罪；因按销售假药罪处理会导致处罚较轻，法院适用重法条以销售伪劣产品罪定罪处罚，符合《刑法》第 149 条第 2 款的规定。据此，A 选项正确。

根据《刑法》第 144 条的规定，构成生产、销售有毒、有害食品罪，要求行为人在生产、销售的食物中“掺入”有毒、有害的非食品原料的，或者销售明知“掺有”有毒、有害的非食品原料的食物。病死猪肉本身有害，但这种有害性是原发性，不是行为人“掺入”有毒、有害的非食品原料造成的。因此明知病死猪肉有害，仍将大量收购的病死猪肉

冒充合格猪肉在市场上销售的行为，不符合生产、销售有毒、有害食品罪的犯罪构成，对此只能按生产、销售不符合安全标准的食品罪来处罚(处罚轻于生产、销售伪劣产品罪时，则按生产、销售伪劣产品罪处罚行为人)。据此，B 选项错误。

甲明知贮存的苹果上使用了禁用农药，仍将苹果批发给零售商，属于销售明知“掺有”有毒、有害的非食品原料的食品，成立生产、销售有毒、有害食品罪。据此，C 选项正确。

生产、销售假药罪和生产、销售劣药罪属于不同的犯罪。甲以为是劣药而销售，但实际上销售假药的，属于抽象的事实认识错误(行为人所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)。对于抽象的事实认识错误，应当在主观故意与客观事实相一致的范围内认定犯罪；如果两个犯罪存在同质性，则在重合的限度内成立轻罪的既遂犯。生产、销售假药罪和生产、销售劣药罪具有同质性，在劣药的范围内存在重合，故应按较轻的犯罪即生产、销售劣药罪处罚。据此，D 选项正确。综上，ACD 为本题正确选项。

考点七十九 走私罪

一、常考知识点

1. 走私武器、弹药罪。
2. 走私淫秽物品罪。
3. 走私普通货物、物品罪。
4. 单向走私与双向走私。
5. 变相走私。
6. 间接走私。
7. “以暴力、威胁方法抗拒缉私”与“武装掩护走私”的处理。

二、真题印证

1. (2015/2/61) 下列哪些行为（不考虑数量），应以走私普通货物、物品罪论处？
- A. 将白银从境外走私进入中国境内
 - B. 走私国家禁止进出口的旧机动车
 - C. 走私淫秽物品，有传播目的但无牟利目的
 - D. 走私无法组装并使用（不属于废物）的弹头、弹壳

【答案】AD

【解析】

根据《刑法》第 151 条第 2 款的规定，走私国家禁止出口的黄金、白银和其他贵重金属的，构成走私贵重金属罪。这意味着将黄金、白银和其他贵重金属走私进境而不是出境的，不构成走私贵重金属罪，但这并不意味着该行为无罪；此时，可将黄金、白银等贵重金属评价为“普通货物、物品”，对此以走私普通货物、物品罪论处。

根据《刑法》第 151 条第 3 款的规定，走私珍稀植物及其制品等国家禁止进出口的其他货物、物品的，构成走私国家禁止进出口的货物、物品罪。据此，走私国家禁止进出口的旧机动车的，应以走私国家禁止进出口的货物罪论处，而不能以走私普通货物、物品罪论处。

根据《刑法》第 152 条第 1 款的规定，以牟利或者传播为目的，走私淫秽物品的，构成走私淫秽物品罪。据此，走私淫秽物品，有传播目的但无牟利目的的，应以走私淫秽物品罪论处。

根据《刑法》第 151 条第 1 款的规定，走私武器、弹药的，构成走私武器、弹药罪。如果走私的是无法组装并使用的弹头、弹壳，由于弹头、弹壳无法发挥其作为武器的性能，故不属于走私武器、弹药罪的犯罪对象。2014 年 8 月 12 日最高人民法院最高人民检察院《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》第 4 条规定，走私报废或者无法组装

并使用的各种弹药的弹头、弹壳，构成犯罪的，依照刑法第 153 条的规定，以走私普通货物、物品罪定罪处罚；属于废物的，依照刑法第 152 条第 2 款的规定，以走私废物罪定罪处罚。据此，走私无法组装并使用(不属于废物)的弹头、弹壳，应以走私普通货物、物品罪论处。

2. (2011/2/11) 关于走私犯罪，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲误将淫秽光盘当作普通光盘走私入境。虽不构成走私淫秽物品罪，但如按照普通光盘计算，其偷逃应缴税额较大时，应认定为走私普通货物、物品罪
- B. 乙走私大量弹头、弹壳。由于弹头、弹壳不等于弹药，故乙不成立走私弹药罪
- C. 丙走私枪支入境后非法出卖。此情形属于吸收犯，按重罪吸收轻罪的原则论处
- D. 丁走私武器时以暴力抗拒缉私。此情形属于牵连犯，从一重罪论处

【答案】A

【解析】

选项 A 正确。走私淫秽物品罪要求行为人必须明知其走私的是淫秽物品，否则，不成立该罪。甲误将淫秽光盘当作普通光盘走私，其不具有走私淫秽物品的目的，系认识错误，故当其逃税数额较大时，成立走私普通货物、物品罪，而不成立走私淫秽物品罪。

选项 B 错误。《最高人民法院关于审理走私刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》第二条第一款规定，走私各种弹药的弹头、弹壳，构成犯罪的，依照刑法第一百五十一条第一款规定，以走私弹药罪定罪处罚。

选项 C 错误。走私不是贩卖的必经过程，贩卖不是走私的必然结果，因此，二者之间没有吸收关系。

选项 D 错误。《刑法》第一百五十七条第二款规定，对以暴力、胁迫方法抗拒缉私的，以走私罪和本法第二百七十七条规定的阻碍国家机关工作人员依法执行职务罪，依照数罪并罚的规定处罚。

考点八十 妨害对公司、企业的管理秩序罪

一、常考知识点

1. 非国家工作人员受贿罪。
2. 对非国家工作人员行贿罪。
3. 非法经营同类营业罪。
4. 为亲友非法牟利罪。
5. 徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪。

二、真题印证

1. (2013/2/13) 甲向乙借款 50 万元注册成立 A 公司，乙与甲约定在 A 公司取得营业执照的第二天，乙的 B 公司向 A 公司借款 50 万元。A 公司取得营业执照后，由甲经手将 A 公司 50 万元借给 B 公司。关于甲的行为性质，下列哪一选项是正确的？

- A. 虚报注册资本罪 B. 虚假出资罪 C. 抽逃出资罪 D. 无罪

【答案】D

【解析】

本题主要考查虚报注册资本罪、虚假出资罪、抽逃出资罪的认定问题。本题中，虽然 A 公司取得营业执照后，立即由甲经手将 A 公司 50 万元借给 B 公司，但这是两家公司之间的借款，甲公司的注册资本仍然存在，不存在股东抽逃出资的问题。其借款也是由成立之后的 A 公司出借给 B 公司，与甲乙两个自然人之间的债权债务是无关的，因此，甲的行为不构成犯罪。

考点八十一 破坏金融管理秩序罪

一、常考知识点

1. 伪造货币罪。
2. 变造货币罪。
3. 持有、使用假币罪。
4. 出售、购买、运输假币罪。
5. 洗钱罪。
6. 违法发放贷款罪。
7. 骗取贷款罪。

二、真题印证

1. (2015/2/15) 下列哪一行为不成立使用假币罪（不考虑数额）？

- A. 用假币缴纳罚款
- B. 用假币兑换外币
- C. 在朋友结婚时，将假币塞进红包送给朋友
- D. 与网友见面时，显示假币以证明经济实力

【答案】D

【解析】

本题主要考查对使用假币罪的构成要件的理解。使用假币罪侵犯了真实货币的公共信用，因此使用假币的一个主要特点就是让假币进入货币的流通领域，一旦可以让假币进入真实货币的流通领域，就可以认定构成使用假币罪。显然，ABC 三个选项的行为都让假币进入了真实货币的流通领域，侵犯了货币的公共信用，构成了使用假币罪。D 项中，由于行为人仅仅是将假币进行显示，以证明其具有经济实力，由于没有交付假币，尚未导致假币进入流通领域，因此，不构成使用假币罪。

2. (2013/2/14) 关于货币犯罪，下列哪一选项是错误的？

- A. 伪造货币罪中的“货币”，包括在国内流通的人民币、在国内可兑换的境外货币，以及正在流通的境外货币
- B. 根据《刑法》规定，伪造货币并出售或者运输伪造的货币的，依照伪造货币罪从重处罚。据此，行为人伪造美元，并运输他人伪造的欧元的，应按伪造货币罪从重处罚
- C. 将低额美元的纸币加工成高额英镑的纸币的，属于伪造货币
- D. 对人民币真币加工处理，使 100 元面额变为 50 元面额的，属于变造货币

【答案】B

【解析】

伪造货币罪中的“货币”包括可在国内市场流通的人民币、可在国内市场流通或者兑换的境外货币和正在流通的境外货币。A 项正确。

只有在同一宗假币犯罪中，伪造货币并出售或者运输伪造的货币的，才能根据《刑法》第 171 条第 3 款的规定按伪造货币罪定罪从重处罚。B 项行为人在不同宗货币犯罪中分别实施了伪造行为与运输行为，这两个行为不存在内在的关联，属于两个不同的犯罪行为，因此，对此应当数罪并罚。B 项错误。

美元与英镑属于不同主权国家发行的货币，将美元纸币加工成英镑，属于以其他材料(美元纸币)伪造英镑。C 项正确。

变造货币虽然一般表现为将货币的面值由低面值改变为高面值，但也不排除将高面值改为低面值的情形，如将 100 元人民币真币改成 50 元的人民币(这种所谓的“错版”人民币可在收藏市场卖出高价)。将人民币的比值由 100 元改为 50 元，属于改变真币的价值或者形态，所以属于变造行为。D 项正确。

虚报注册资本罪是指申请公司登记使用虚假证明文件或者采取其他欺诈手段虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门，取得公司登记，虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。申请公司登记时，注册资本的来源没有限定，不要求必须是自有资金，即使是借款也可以成为注册资本，因此，甲向乙借款 50 万元注册成立 A 公司，不构成虚报注册资本罪。虚假出资罪是指公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。本题中甲的出资是真实的，不存在虚假出资的情形，故不构成虚假出资罪。

3. (2011/2/59) 关于货币犯罪的认定，下列哪些选项是正确的？

- A. 以使用为目的，大量印制停止流通的第三版人民币的，不成立伪造货币罪
- B. 伪造正在流通但在我国尚无法兑换的境外货币的，成立伪造货币罪
- C. 将白纸冒充假币卖给他人的，构成诈骗罪，不成立出售假币罪
- D. 将一半真币与一半假币拼接，制造大量半真半假面额 100 元纸币的，成立变造货币罪

【答案】ABC

【解析】

选项 A 正确。《最高人民法院于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释》(简称《关于审理伪造货币等案件的解释》，下同)第七条第一款规定，本解释所称“货币”是指可在国内市场流通或者兑换的人民币和境外货币。据此可知，伪造货币罪要求行

为人伪造的是正在流通的货币，如果伪造已经停止通用的古钱、废钞，则不成立本罪。另外，《最高人民法院关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释(二)》(简称《关于审理伪造货币等案件的解释(二)》，下同)第五条规定，以使用为目的，伪造停止流通的货币，或者使用伪造的停止流通的货币的，依照刑法第二百六十六条的规定，以诈骗罪定罪处罚。据此可知，以使用为目的，大量伪造停止流通的第三版人民币的，成立诈骗罪定罪，不成立伪造货币罪。

选项 B 正确。《关于审理伪造货币等案件的解释(二)》第三条第一款规定，以正在流通的境外货币为对象的假币犯罪，依照刑法第一百七十条至第一百七十三条的规定定罪处罚。据此可知，伪造货币包括伪造正在流通的中国货币、外国货币及中国香港、澳门、台湾地区的货币，包括硬币和纸币。虽然行为人伪造的境外货币在我国尚无法兑换，但仍成立伪造货币罪。

选项 C 正确。出售假币罪是指明知是伪造的货币而出售的行为。即行为人出售的假币应该是伪造的货币。而行为人将白纸冒充假币与他人进行交易的行为，是一种欺骗行为，应成立诈骗罪而不是出售假币罪。

选项 D 错误。变造货币罪是指非法对真币进行各种方式的加工，改变真币的价值或者形态，数额较大的行为。变造是对真币的加工行为，故变造的货币与变造前的货币具有同一性如果加工的程度导致其与真币丧失同一性，则属于伪造货币。将一半真币与一半假币进行拼接，制造大量半真半假面额 100 元纸币的行为，成立伪造货币罪，而非变造货币罪。

考点八十二 金融诈骗罪

一、常考知识点

1. 所有的金融诈骗罪均需以非法占有为目的。
2. 信用卡诈骗罪、贷款诈骗罪、有价证券诈骗罪的主体只能是自然人。
3. 集资诈骗罪。
4. 贷款诈骗罪。
5. 票据诈骗罪。
6. 金融凭证诈骗罪。
7. 信用卡诈骗罪。
8. 保险诈骗罪。

二、真题印证

1. (2017/2/58)关于信用卡诈骗罪，下列哪些选项是错误的？

A. 以非法占有目的，用虚假身份证明骗领信用卡后又使用该卡的，应以妨害信用卡管理罪与信用卡诈骗罪并罚

B. 根据司法解释，在自动柜员机(ATM机)上擅自使用他人信用卡的，属于冒用他人信用卡的行为，构成信用卡诈骗罪

C. 透支时具有归还意思，透支后经发卡银行两次催收，超过3个月仍不归还的，属于恶意透支，成立信用卡诈骗罪

D. 《刑法》规定，盗窃信用卡并使用的，以盗窃罪论处。与此相应，拾得信用卡并使用的，就应以侵占罪论处

【答案】ACD

【解析】

根据刑法第177条之一的规定，使用虚假的身份证明骗领信用卡的，成立妨害信用卡管理罪。行为人以非法占有为目的，以虚假的身份证明骗领信用卡后又使用该卡的，其使用行为又触犯了信用卡诈骗罪，与前面的妨害信用卡管理罪成立牵连犯，从一重论处，最终应认定为信用卡诈骗罪。A项错误。

根据最高检2008年4月18日《关于拾得他人信用卡并在自动柜员机(ATM机)上使用的行为如何定性问题的批复》的规定，“拾得他人信用卡并在自动柜员机(ATM机)上使用的行为，属于刑法第196条第1款第3项规定的‘冒用他人信用卡’的情形，构成犯罪，以信用卡诈骗罪追究刑事责任”。B项正确。

根据行为与责任同时存在的原理，如欲成立信用卡诈骗罪，要求非法占有目的必须存在于透支时。反之，透支时没有非法占有目的，透支后由于客观原因不能归还的，不能认

定为信用卡诈骗罪。C 项错误。

刑法第 196 条第 3 款规定，盗窃信用卡并使用的，依照盗窃罪定罪处罚。本条是法律的明文规定。这里的使用既包括对自然人使用，也包括对机器使用。盗窃他人信用卡并从自动取款机中取款的情形当然成立盗窃罪，就此种情形而言，刑法第 196 条第 3 款的规定为注意规定。盗窃他人信用卡后对自然人使用的，如在银行柜台或者特约商户使用，就使用信用卡而言，应属于冒用他人信用卡型的信用卡诈骗罪。但刑法第 196 条第 3 款明确规定成立盗窃罪。就此种情形而言，该规定明显属于拟制规定。由本条规定并不能推导出拾得他人信用卡并使用的，成立侵占罪的逻辑结论。D 项错误。

2. (2016/2/14) 甲急需 20 万元从事养殖，向农村信用社贷款时被信用社主任乙告知，一个身份证只能贷款 5 万元，再借几个身份证可多贷。甲用自己的名义贷款 5 万元，另借用 4 个身份证贷款 20 万元，但由于经营不善，不能归还本息。关于本案，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲构成贷款诈骗罪，乙不构成犯罪
- B. 甲构成骗取贷款罪，乙不构成犯罪
- C. 甲构成骗取贷款罪，乙构成违法发放贷款罪
- D. 甲不构成骗取贷款罪，乙构成违法发放贷款罪

【答案】D

【解析】

贷款诈骗罪与骗取贷款罪的区别在于行为人是否具有非法占有的目的，本题中甲并非以非法占有为目的骗取贷款，故不成立贷款诈骗罪。骗取贷款罪，是指自然人或者单位以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款，给银行或者其他金融机构造成重大损失或者其他严重情节的行为。成立本罪要求欺骗手段必须是针对金融机构工作人员实施的，因此，如果金融机构的工作人员知道真相，甚至唆使行为人提供虚假材料，进而使行为人取得贷款的，因并无被骗人，不成立本罪。反之，应认定该金融机构的工作人员成立违法发放贷款罪。

3. (2015/2/57) 甲和女友乙在网吧上网时，捡到一张背后写有密码的银行卡。甲持卡去 ATM 机取款，前两次取出 5000 元。在准备再次取款时，乙走过来说：“注意，别出事”，甲答：“马上就好。”甲又分两次取出 6000 元，并将该 6000 元递给乙。乙接过钱后站了一会儿说：“我走了，小心点。”甲接着又取出 7000 元。关于本案，下列哪些选项是正确的？

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

- A. 甲拾得他人银行卡并在 ATM 机上使用，根据司法解释，成立信用卡诈骗罪
- B. 对甲前两次取出 5000 元的行为，乙不负刑事责任
- C. 乙接过甲取出的 6000 元，构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪
- D. 乙虽未持银行卡取款，也构成犯罪，犯罪数额是 1.3 万元

【答案】ABD

【解析】

本题主要考查信用卡诈骗罪的共同犯罪以及数额认定问题。根据立法解释，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银行卡，在刑法上属于信用卡。因此，本题属于甲在网吧捡到他人的信用卡，并在 ATM 使用该卡取款。2008 年 4 月 18 日最高人民检察院《关于拾得他人信用卡并在自动柜员机(ATM 机)上使用的行为如何定性问题的批复》规定，拾得他人信用卡并在自动柜员机(ATM)上使用的行为，属于刑法第 196 条第 1 款第 3 项规定的“冒用他人信用卡”的情形，构成犯罪的，以信用卡诈骗罪追究刑事责任。据此，A 项是正确的；本案中，由于乙之前对甲使用自己捡到他人信用卡取钱之事不了解，无故意，无责任，而无犯罪，故 B 项正确；在乙知道甲实施盗窃并提醒甲注意，别出事之后，乙强化了甲继续犯罪的决心，已经成了甲信用卡诈骗罪的共犯，而非构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪，故 C 项错误；D 项中，乙而后两次提醒行为表明其仍在维持、强化甲继续犯罪的决心，继续参与了甲信用卡诈骗罪的共同犯罪，其犯罪数额是最后两次的 1.3 万元。

4. (2013/2/15)甲、乙为朋友。乙出国前，将自己的借记卡(背面写有密码)交甲保管。后甲持卡购物，将卡中 1.3 万元用完。乙回国后发现卡里没钱，便问甲是否用过此卡，甲否认。关于甲的行为性质，下列哪一选项是正确的？

- A. 侵占罪
- B. 信用卡诈骗罪
- C. 诈骗罪
- D. 盗窃罪

【答案】B

【解析】

A 项中，占有借记卡，并不意味着行为人现实占有借记卡中的存款，所以 A 项错误。

首先，借记卡属于信用卡的范围，其次，客观上甲实施了信用卡诈骗行为。乙仅让甲保管借记卡，并未同意甲使用借记卡中的金钱。甲冒充持卡人乙在商场消费，使得具有财产处分权限的人产生了认识错误，进而处分乙的财产，使乙遭受财产损失。这一“冒用他人信用卡”行为属于信用卡诈骗行为(三角诈骗)。最后，甲主观上具有非法占有的目的。乙回国后发现卡里无钱，问甲是否用过此卡，甲对此予以否认，这充分表明甲具有非法占有的意思。因此，甲的行为符合信用卡诈骗罪的犯罪构成，成立信用卡诈骗罪。B 项正确。

甲不构成诈骗罪。诈骗罪与信用卡诈骗罪存在法条竞合关系，对于这种法条竞合的处理，《刑法》第 266 条诈骗罪明文规定“本法另有规定的，依照规定”，因此，对甲冒用他人信用卡的行为，应定性为信用卡诈骗罪。C 项错误。

甲不构成盗窃罪。本题中，甲使他人产生认识错误进而交付财物的方式取得财物，故不构成盗窃罪。D 项错误。

5. (2009/2/15) 甲将自己的汽车藏匿，以汽车被盗为由向保险公司索赔。保险公司认为该案存有疑点，随即报警。在掌握充分证据后，侦查机关安排保险公司向甲“理赔”。甲到保险公司二楼财务室领取 20 万元赔偿金后，刚走到一楼即被守候的多名侦查人员抓获。关于甲的行为，下列哪一选项是正确的？

- A. 保险诈骗罪未遂
- B. 保险诈骗罪既遂
- C. 保险诈骗罪预备
- D. 合同诈骗罪

【答案】A

【解析】

本题主要考察保险诈骗罪的犯罪停止形态的认定。保险诈骗罪是诈骗罪的特别法条。成立诈骗型犯罪，要求行为人隐瞒真相、虚构事实，使受骗人陷入错误认识，并基于这种错误认识而处分财物。亦即，只有当行为人取得财产的结果与其欺骗行为之间存在因果关系时，行为人方成立诈骗罪既遂。本题中，甲获得保险理赔不是因为保险公司被欺骗，陷入错误认识而处分财物的结果，而是基于帮助侦查机关侦破案件的需要，所以，甲获得财物与保险诈骗之间并没有因果关系，不能认定为保险诈骗罪既遂，而是属于保险诈骗罪未遂。

考点八十三 税收犯罪

一、常考知识点

1. 逃税罪。
2. 骗取出口退税罪。
3. 虚开增值税专用发票罪。
4. 抗税罪。
5. 逃避追缴欠税罪。

二、真题印证

1. (2017/2/13) 甲系外贸公司总经理，在公司会议上拍板：为物尽其用，将公司以来料加工方式申报进口的原材料剩料在境内销售。该行为未经海关许可，应缴税款 90 万元，公司亦未补缴。关于本案，下列哪一选项是正确的？

A. 虽未经海关许可，但外贸公司擅自销售原材料剩料的行为发生在我国境内，不属于走私行为

B. 外贸公司的销售行为有利于物尽其用，从利益衡量出发，应认定存在超法规的犯罪排除事由

C. 外贸公司采取隐瞒手段不进行纳税申报，逃避缴纳税款数额较大且占应纳税额的 10% 以上，构成逃税罪

D. 如海关下达补缴通知后，外贸公司补缴应纳税款，缴纳滞纳金，接受行政处罚，则不再追究外贸公司的刑事责任

【答案】C

【解析】

刑法第 154 条第 1 款第 1 项规定，未经海关许可并且未补缴应缴税额，擅自将批准进口的来料加工、来件装配、补偿贸易的原材料、零件、制成品、设备等保税货物，在境内销售牟利的，系变相走私行为，成立走私普通货物、物品罪。A 项错误。

外贸公司的行为确实有利于物尽其用，但其行为并未促使更为重要的法益，不属于 法规的犯罪排除事由。B 项错误。

刑法第 201 条第 1 款规定，纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额 10% 以上的，成立逃税罪。C 项正确。

根据刑法第 201 条第 4 款的规定，纳税人逃避缴纳税款，经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任。但这仅仅意味着对外贸公司的逃税行为不予追究刑事责任，并不意味着不能追究该公司走私普通货物、物品罪的刑事责任。D 项错误。

2. (2012/2/61) ①纳税人逃税，经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，一律不予追究刑事责任

②纳税人逃避追缴欠税，经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，应减轻或者免除处罚

③纳税人以暴力方法拒不缴纳税款，后主动补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任

④扣缴义务人逃税，经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任

关于上述观点的正误判断，下列哪些选项是错误的？

- A. 第①句正确，第②③④句错误 B. 第①②句正确，第③④句错误
C. 第①③句正确，第②④句错误 D. 第①②③句正确，第④句错误

【答案】ABCD

【解析】

本题主要考查逃税罪的处罚阻却事由的认定。刑法第 201 条第 1 款规定：“纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额百分之十以上的，……；数额巨大并且占应纳税额百分之三十以上的，……”第 4 款规定：“有第一款行为，经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任；但是，五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。”第 1 句，本项表述情形属于逃税罪处罚阻却事由，但根据刑法第 201 条第 4 款后半段的规定有除外情形，选项使用“一律”字样表述阻却处罚事由错误。第 2 句，本项情形是不追究刑事责任（不以犯罪论处），而非应减轻或免除刑罚（定罪量刑从轻）。第 3 句，处罚阻却事由只适用第 1 款采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款的客观行为方式，不包括抗税行为方式。第 4 句，处罚阻却事由只适用于第 1 款中的纳税人，不包括扣缴义务人。

考点八十四 侵犯知识产权罪

一、常考知识点

1. 假冒注册商标罪。
2. 侵犯著作权罪。
3. 侵犯商业秘密罪。

二、真题印证

1. （2009/2/14）赵某多次临摹某著名国画大师的一幅名画，然后署上该国画大师姓名并加盖伪造印鉴，谎称真迹售得收入六万元。对赵某的行为如何定罪处罚？

- A. 按诈骗罪和侵犯著作权罪，数罪并罚 B. 按侵犯著作权罪处罚
C. 按生产、销售伪劣产品罪处罚 D. 按非法经营罪处罚

【答案】B

【解析】

本题主要考查侵犯著作权罪的成立要件。《刑法》第 217 条第 4 项规定了，以营利为目的，制作、出售假冒他人署名的美术作品，违法所得数额较大的，构成侵犯著作权罪。

考点八十五 扰乱市场秩序罪

一、常考知识点

1. 合同诈骗罪。
2. 强迫交易罪。
3. 非法经营罪。
4. 串通投标罪。

二、真题印证

1. (2017/2/14) 关于诈骗犯罪的论述, 下列哪一选项是正确的 (不考虑数额)?

A. 与银行工作人员相勾结, 使用伪造的银行存单, 骗取银行巨额存款的, 只能构成票据诈骗罪, 不构成金融凭证诈骗罪

B. 单位以非法占有为目的骗取银行贷款的, 不能以贷款诈骗罪追究单位的刑事责任, 但可以该罪追究策划人员的刑事责任

C. 购买意外伤害保险, 制造自己意外受重伤的假象, 骗取保险公司巨额保险金的, 仅构成保险诈骗罪, 不构成合同诈骗罪

D. 签订合同时并无非法占有目的, 履行合同过程中才产生非法占有目的, 后收到被害人货款逃匿的, 不构成合同诈骗罪

【答案】B

【解析】

银行存单属于金融凭证, 与银行工作人员相勾结, 使用伪造的银行存单, 骗取银行巨额存款的, 只能构成金融凭证诈骗罪, 而不构成票据诈骗罪。A 选项错误。

2014 年 4 月 24 日全国人民代表大会常务委员会《关于〈中华人民共和国刑法〉第三十条的解释》规定: 公司、企业、事业单位、机关、团体等单位实施刑法规定的危害社会的行为 刑法分则和其他法律未规定的危害社会的行为, 对组织、策划、实施该行为的人依法追究刑事责任。在 B 选项中, 甲公司以非法占有的为目的, 虚构项目骗取银行贷款的, 由于刑法没有明文规定应当追究单位贷款诈骗罪的刑事责任, 因此, 自然不能以贷款诈骗罪追究单位的刑事责任, 但是能够以贷款诈骗罪追究组织、策划、实施贷款诈骗行为的自然人的刑事责任。B 选项正确。

购买不同保险公司的意外伤害保险, 只能以订立保险合同的方式进行; 行为人制造自己受到意外伤害的假象, 骗取保险公司保险金的, 不仅构成保险诈骗罪, 而且构成合同诈骗罪, 系保险诈骗罪与合同诈骗罪的法条竞合。C 选项错误。

根据《刑法》第 224 条的规定, 以非法占有为目的的, 在签订、履行合同的过程中,

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

骗取对方当事人财物，数额较大的，构成合同诈骗罪。由此可见，在订立合同之后，在履行合同过程中，骗去对方当事人财物的，同样构成合同诈骗罪。D 选项错误。

2. (2014/2/14) 关于破坏社会主义市场经济秩序罪的认定，下列哪一选项是错误的？

A. 采用运输方式将大量假币运到国外的，应以走私假币罪定罪量刑

B. 以暴力、胁迫手段强迫他人借贷，情节严重的，触犯强迫交易罪

C. 未经批准，擅自发行、销售彩票的，应以非法经营罪定罪处罚

D. 为项目筹集资金，向亲戚宣称有高息理财产品，以委托理财方式吸收 10 名亲戚 300 万元资金的，构成非法吸收公众存款罪

【答案】D

【解析】

采用运输方式将大量假币运到国外的，属于运输假币罪与走私假币罪的想象竞合犯，应从一重罪论处，应以走私假币罪定罪量刑。A 选项正确。

2014 年 4 月 17 日最高人民检察院《关于强迫借贷行为适用法律问题的批复》规定：“以暴力、胁迫手段强迫他人借贷，属于刑法第二百二十六条第二项规定的‘强迫他人提供或者接受服务’，情节严重的，以强迫交易罪追究刑事责任。”据此，B 选项正确。

2005 年 5 月 11 日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 6 条规定：“未经国家批准擅自发行、销售彩票，构成犯罪的，依照刑法第二百二十五条第四项的规定，以非法经营罪定罪处罚。”据此，C 选项正确。

2010 年 12 月 13 日最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 1 条第 2 款规定：“未向社会公开宣传，在亲友或者单位内部针对特定对象吸收资金的，不属于非法吸收或者变相吸收公众存款。”为项目筹集资金，行为人仅向亲戚宣称有高息理财产品从而非法集资的不属于非法吸收公众存款，故 D 选项的行为不构成非法吸收公众存款罪。D 选项为本题正确选项。

3. (2012/2/86-89) 甲在国外旅游，见有人兜售高仿真人民币，用 1 万元换取 10 万元假币，将假币夹在书中寄回国内。（事实一）

赵氏调味品公司欲设加盟店，销售具有注册商标的赵氏调味品，派员工赵某物色合作者。甲知道自己不符加盟条件，仍找到赵某送其 2 万元真币和 10 万元假币，请其帮忙加盟事宜。赵某与甲签订开设加盟店的合作协议。（事实二）

甲加盟后，明知伪劣的“一滴香”调味品含有非法添加剂，但因该产品畅销，便在“一滴香”上贴上赵氏调味品的注册商标私自出卖，前后共卖出 5 万多元“一滴香”。（事实三）

张某到加盟店欲批发 1 万元调味品，见甲态度不好表示不买了。甲对张某拳打脚踢，并说“涨价 2000 元，不付款休想走”。张某无奈付款 1.2 万元买下调味品。（事实四）

(1)关于事实一的分析，下列选项正确的是：

- A. 用 1 万元真币换取 10 万元假币，构成购买假币罪
- B. 扣除甲的成本 1 万元，甲购买假币的数额为 9 万元
- C. 在境外购买人民币假币，危害我国货币管理制度，应适用保护管辖原则审理本案
- D. 将假币寄回国内，属于走私假币，构成走私假币罪

【答案】AD

【解析】

关于 A 项。购买假币罪，是指明知是伪造的货币而购买，数额较大的行为。本案中，甲名义上用真币换取假币，其实质是购买假币，本案中，成立购买假币罪。其犯罪数额应是 10 万元，而非 9 万元。因此，A 项正确，B 项错误。

关于 C 项。甲虽在境外购买假币，但也危害了我国的货币管理制度，对其应适用属人管辖原则审理案件，而非适用保护管辖原则。因为，保护管辖原则的适用条件是外国人在外国针对中国人犯罪。因此，C 项错误。

关于 D 项。甲在境外购买假币之后将假币寄回国内，属于走私假币的行为，应另行成立走私假币罪，且与之前的购买假币罪实行数罪并罚。因此，D 项正确。

(2)关于事实二的定性，下列选项正确的是：

- A. 甲将 2 万元真币送给赵某，构成行贿罪
- B. 甲将 10 万假币冒充真币送给赵某，不构成诈骗罪
- C. 赵某收受甲的财物，构成非国家工作人员受贿罪
- D. 赵某被甲欺骗而订立合同，构成签订合同失职被骗罪

【答案】BC

【解析】

行贿罪，是指为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的行为。本案中，甲为谋取不正当利益，给非国家工作人员赵某送 2 万元的行为，应认定为对非国家工作人员行贿罪，而非行贿罪。因此，A 项错误。

关于 B 项。甲送给赵某 10 万元假币的行为，应认定为对非国家工作人员行贿罪，而非诈骗罪。因此，B 项正确。

关于 C 项。赵某是非国家工作人员，其收受甲财物的行为构成非国家工作人员受贿罪。本罪是指公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为。因此，C项正确。

关于D项。签订合同失职被骗罪，是指国有公司、企业、事业单位的直接负责的主管人员，在履行合同过程中，因严重不负责任被诈骗，致使国家利益遭受重大损失的行为。本罪的主体只能是国有公司、企业、事业单位的直接负责的主管人员，而本案中的赵某并不具有这样的身份。因此，D项错误。

(3)关于事实三的定性，下列选项正确的是：

- A. 在“一滴香”上擅自贴上赵氏调味品注册商标，构成假冒注册商标罪
- B. 因“一滴香”含有害人体的添加剂，甲构成销售有毒、有害食品罪
- C. 卖出5万多元“一滴香”，甲触犯销售伪劣产品罪
- D. 对假冒注册商标行为与出售“一滴香”行为，应数罪并罚

【答案】ABC

【解析】

关于A项。假冒注册商标罪，是指未经注册商标所有人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的行为。本罪在客观方面具有以下特征：（1）行为人使用与他人注册商标相同的商标，未经注册商标所有人许可；（2）行为人必须在同一种商品上使用与他人注册商标相同的商标。一方面，行为人使用商标的商品与注册商标的商品必须属于同一种商品。名称相同的商品以及名称不同但指同一事物的商品，可以认定为“同一种商品”。另一方面，行为人所使用的商标与他人的注册商标相同。因此，A项正确。

关于B项。甲明知伪劣的“一滴香”调味品含有害非法添加剂，仍然在“一滴香”上贴上赵氏调味品的注册商标私自出卖，其行为构成销售有毒、有害食品罪。因此，B项正确。

关于C项。甲销售伪劣产品5万多元，符合刑法第140条的规定，触犯了销售伪劣产品罪。C项的表述本身是正确的。

关于D项。实施假冒注册商标犯罪，又销售该假冒注册商标的商品，构成犯罪的，应当以假冒注册商标罪定罪处罚。如果实施假冒注册商标犯罪，又销售明知是他人的假冒注册商标的商品，构成犯罪的，则应当实行数罪并罚。本案中，假冒注册商标行为与出售“一滴香”行为所指向的是同一种商品，只认定为假冒注册商标罪一罪。因此，D项错误。

(4)关于事实四甲的定性，下列选项正确的是：

- A. 应以抢劫罪论处
- B. 应以寻衅滋事罪论处
- C. 应以敲诈勒索罪论处

D. 应以强迫交易罪论处

【答案】D

【解析】

强迫交易罪，是指自然人或者单位，以暴力、威胁手段强买强卖商品、强迫他人提供服务或者接受服务、强迫他人参与或者退出投标、拍卖、强迫他人转让或者收购公司、企业的股份、债券或者其他资产、强迫他人参与或者退出特定的经营活动，情节严重的行为。强迫交易虽然可以表现为强迫他人以不公平价格买卖商品、提供或者接受服务，但这里的“不公平价格”原则上应略高于正常价格，或者与合理价钱、费用相差不大。如果行为人以非法占有为目的，以买卖、交易、服务为幌子采用暴力、胁迫手段迫使他人交出与合理价钱、费用相差悬殊的钱物，则以抢劫罪定罪处刑。本案中，张某无奈付款 1.2 万元买下调味品，与原要价 1 万元相差不大，暴力程度也没有达到足以压制他人反抗的程度，应认定为强迫交易罪，而非抢劫罪。

4. （2009/2/57）下列哪些行为构成非法经营罪？

- A. 甲违反国家规定，擅自经营国际电信业务，扰乱电信市场秩序，情节严重
- B. 乙非法组织传销活动，扰乱市场秩序，情节严重
- C. 丙买卖国家机关颁发的野生动物进出口许可证
- D. 丁复制、发行盗版的《国家计算机考试大纲》

【答案】AC

【解析】

本题主要考查非法经营罪的行为要件。根据最高人民法院《关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》第 1 条的规定，违反国家规定，擅自经营国际电信业务的，扰乱电信市场秩序，情节严重的，构成非法经营罪，故 A 选项是正确的；根据《刑法修正案（七）》第 7 条（刑法第 224 条之一）的规定，非法组织传销活动的，构成组织传销罪，故 B 选项是错误的；根据刑法第 225 条第 2 项规定，买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的，成立非法经营罪，因此，买卖野生动物进出口许可证的，构成非法经营罪，故 C 选项是正确的；根据《刑法》第 217 条的规定，未经许可复制、发行他人作品的，构成侵犯著作权罪，故 D 选项是错误的。

考点八十六 扰乱公共秩序罪

一、常考知识点

1. 妨害公务罪。
2. 招摇撞骗罪。
3. 妨害公文、证件、印章类犯罪：(1)伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪；(2)盗窃、抢夺、毁灭国家机关公文、证件、印章罪；(3)伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪(不限于国有)；(4)伪造、变造身份证件罪。
4. 聚众斗殴罪。
5. 寻衅滋事罪。
6. 黑社会性质组织罪：组织、领导、参加黑社会性质组织罪，入境发展黑社会组织罪，包庇、纵容黑社会性质组织罪，又利用黑社会（性质）组织实施其他犯罪的应当数罪并罚。
7. 赌博罪。
8. 开设赌场罪。
9. 考试类犯罪：（1）组织考试作弊罪；（2）非法出售、提供试题、答案罪；（3）代替考试罪。
10. 计算机、信息网络犯罪：(1)非法侵入计算机信息系统罪；(2)非法获取计算机信息系统罪；(3)破坏计算机信息系统罪；（4）非法利用信息网络罪；（5）帮助信息网络犯罪活动罪。

二、真题印证

1. （2016/2/60）2016年4月，甲利用乙提供的作弊器材，安排大学生丙在地方公务员考试中代替自己参加考试。但丙考试成绩不佳，甲未能进入复试。关于本案，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲组织他人考试作弊，应以组织考试作弊罪论处
- B. 乙为他人考试作弊提供作弊器材，应按组织考试作弊罪论处
- C. 丙考试成绩虽不佳，仍构成代替考试罪
- D. 甲让丙代替自己参加考试，构成代替考试罪

【答案】CD

【解析】

组织考试作弊罪中的“组织”，有人数上的要求，即只有让3人以上进行考试作弊的，才属于“组织”考试作弊。甲让丙代替自己参加考试，仅安排1人作弊，不构成组织考试作弊罪。A选项错误。乙的行为属于在代替考试罪中为他人考试作弊提供作弊器材，不能按组织考试作弊罪定罪处罚。B选项错误。根据《刑法》第284条之一第4款的规定，代

替他人或者让他人代替自己参加法律规定的国家考试的，成立代替考试罪。甲属于让他人代替自己参加考试，成立代替考试罪。丙属于代替他人考试，成立代替考试罪 CD 选项正确。

2. (2016/2/19) 下列哪一行为应以妨害公务罪论处？

A. 甲与傅某相互斗殴，警察处理完毕后让各自回家。傅某当即离开，甲认为警察的处理不公平，朝警察小腿踢一脚后逃走

B. 乙夜间入户盗窃时，发现户主戴某是警察，窃得财物后正要离开时被戴某发现。为摆脱抓捕，乙对戴某使用暴力致其轻微伤

C. 丙为使其弟逃跑，将前来实施行政拘留的警察打倒在地，其弟顺利逃走

D. 丁在组织他人偷越国（边）境的过程中，以暴力方法抗拒警察检查

【答案】C

【解析】

以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务是妨害公务罪的基本行为。本罪的成立要求必须是在国家机关工作人员执行职务行为时实施阻碍行为，A 项中，因警察职务行为已经执行完毕，甲不可能成立妨害公务罪。A 项是错误的。B 项中，乙亦非在戴某执行职务期间实施阻碍行为，成立事后抢劫而非妨害公务罪。B 项是错误的。D 项中，根据刑法第 318 条的规定，组织他人偷越国（边）境，以暴力、威胁方法抗拒检查的，加重处罚，无需以组织他人偷越国（边）境罪与妨害公务罪并罚。D 项是错误的。

3. (2015/2/58) 甲在公园游玩时遇见仇人胡某，顿生杀死胡某的念头，便欺骗随行的朋友乙、丙说：“我们追逐胡某，让他出洋相。”三人捡起木棒追逐胡某，致公园秩序严重混乱。将胡某追到公园后门偏僻处后，乙、丙因故离开。随后甲追上胡某，用木棒重击其头部，致其死亡。关于本案，下列哪些选项是正确的？

A. 甲触犯故意杀人罪与寻衅滋事罪

B. 乙、丙的追逐行为是否构成寻衅滋事罪，与该行为能否产生救助胡某的义务是不同的问题

C. 乙、丙的追逐行为使胡某处于孤立无援的境地，但无法预见甲会杀害胡某，不成立过失致人死亡罪

D. 乙、丙属寻衅滋事致人死亡，应从重处罚

【答案】ABC

【解析】

为了梦想，我要学习！

For Dream, I'm Studying!

就甲基于杀人故意将胡某追赶到偏僻处杀人而言，甲触犯故意杀人罪；就甲在公园和乙、丙一起持木棒追逐胡某，致公园秩序严重混乱而言，属于“在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱”，对此甲在主观上也存在认识，符合寻衅滋事罪的构成要件。因此，甲的行为同时触犯故意杀人罪与寻衅滋事罪。A 项正确。

乙、丙的追逐行为是否构成寻衅滋事罪，涉及的是追逐行为是否符合寻衅滋事罪的构成要件问题，解决的是对乙、丙的行为导致公园秩序严重混乱应如何评价的问题。乙、丙二人和甲将胡某追到公园后门偏僻处，致使胡某被甲杀害的危险剧增，此时讨论乙、丙是否负有避免胡某被甲杀死的义务的问题，涉及的是乙、丙是否另行成立不作为犯的问题，解决的是乙、丙对胡某的死亡应否负责的问题。因此，乙、丙的追逐行为是否构成寻衅滋事罪与该行为能否产生救助胡某的义务是不同的问题。乙、丙只有寻衅滋事的故意，没有杀人的故意在将胡某追到公园后门偏僻处，但尚未追上胡某时，乙、丙因故离开，此时应认定寻衅滋事共同犯罪已经结束，对于此后甲基于杀意的行为不负刑事责任。甲说“我们追逐胡某，让他出洋相。”据此，离开现场的乙、丙难以预见其追逐行为实际上具有致胡某于死地的危险，二人对胡某的死亡不存在过失故不成立过失致人死亡罪。故 BC 项正确。

胡某是在乙、丙离开之后被甲基于杀人故意用木棒打死的，胡某的死亡与乙、丙的寻衅滋事行为之间没有因果关系，因此，乙、丙不属于寻衅滋事致人死亡，故 D 项错误。

4. (2014/2/20)首要分子甲通过手机指令所有参与者“和对方打斗时，下手重一点”。在聚众斗殴过程中，被害人被谁的行为重伤致死这一关键事实已无法查明。关于本案的分析，下列哪一选项是正确的？

- A. 对甲应以故意杀人罪定罪量刑
- B. 甲是教唆犯，未参与打斗，应认定为从犯
- C. 所有在现场斗殴者都构成故意杀人罪
- D. 对积极参加者按故意杀人罪定罪，对其他参加者按聚众斗殴罪定罪

【答案】A

【解析】

《刑法》第 292 条第 2 款规定：“聚众斗殴，致人重伤、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪处罚。”本题涉及该款的具体适用问题，即在聚众斗殴过程中，无法查清斗殴致人死亡的结果是由谁的斗殴行为造成时，是对所有的斗殴者都认定为故意杀人罪，还是仅对首要分子认定为故意杀人罪。鉴于聚众斗殴的特殊性，根据责任主义原则，只应对直接造成死亡的斗殴者和首要分子认定为故意杀人罪，对其他参与者不宜认定为故意杀人罪；在不能查明是谁造成死亡结果的情形下，也不宜将所有的斗殴者均认定为故意杀人罪，仅应对首要分子以故意杀人罪论处。如果不作这些限制，则在一

人死亡的情况下，斗殴双方的所有参加者都要成立故意杀人罪，这有悖于刑法的谦抑性。据此，A 选项认为对甲应以故意杀人罪定罪量刑，这是正确的。C 项认为所有在现场斗殴者都构成故意杀人罪，D 选项认为对积极参加者按故意杀人罪定罪，这些都是错误的。本题已经提示甲为“首要分子”，因此，即使甲未参与打斗，也是在共同犯罪中起主要作用的人员，属于主犯，而不是从犯。据此，B 项错误。根据《刑法》第 292 条的规定，聚众斗殴罪只处罚首要分子和其他积极参加者，故 D 项错误。

5. (2013/2/62)甲、乙两村因水源发生纠纷。甲村 20 名村民手持铁锹等农具，在两村交界处强行修建引水设施。乙村 18 名村民随即赶到，手持木棍、铁锹等与甲村村民互相谩骂、互扔石块，甲村 3 人被砸成重伤。因警察及时疏导，两村村民才逐渐散去。关于本案，下列哪些选项是正确的？

- A. 村民为争水源而斗殴，符合聚众斗殴罪的主观要件
- B. 不分一般参加斗殴还是积极参加斗殴，甲、乙两村村民均触犯聚众斗殴罪
- C. 因警察及时疏导，两村未发生持械斗殴，属于聚众斗殴未遂
- D. 对扔石块将甲村 3 人砸成重伤的乙村村民，应以故意伤害罪论处

【答案】AD

【解析】

村民为争水源而斗殴时，能够认识到打斗行为会扰乱社会公共秩序，并不具备正当性，因而符合聚众斗殴罪的主观要件。A 项正确。聚众斗殴罪的主体仅限于首要分子和其他积极参加者，并非所有参与斗殴的人均构成聚众斗殴罪。所以，B 项的论述是错误的。聚众斗殴不限于身体接触式的斗殴，只要所使用的有形力能够作用于对方的身体，即属于斗殴。两村村民已经互扔石块，甲村 3 人被砸成重伤，这表明已经实行聚众斗殴行为，故属于聚众斗殴犯罪既遂。C 项认为，本题属于聚众斗殴未遂，这是错误的。根据《刑法》第 292 条第 2 款的规定，聚众斗殴，致人重伤、死亡的，应按照故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。因此，对扔石块将甲村 3 人砸成重伤的乙村村民，应以故意伤害罪定罪处罚。

考点八十七 妨害司法罪

一、常考知识点

1. 伪证罪。
2. 妨害作证罪。
3. 帮助毁灭、伪造证据罪。
4. 窝藏、包庇罪。
5. 掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪。
6. 拒不执行判决、裁定罪。
7. 非法处置查封、扣押、冻结的财产罪。
8. 破坏监管秩序罪。
9. 脱逃罪。

二、真题印证

1. (2017/2/19)《刑法》第310条第1款规定了窝藏、包庇罪，第2款规定：“犯前款罪，事前通谋的，以共同犯罪论处。”《刑法》第312条规定了掩饰、隐瞒犯罪所得罪，但没有规定“事前通谋的，以共同犯罪论处。”关于上述规定，下列哪一说法是正确的？

A. 若事前通谋之罪的法定刑低于窝藏、包庇罪的法定刑，即使事前通谋的，也应以窝藏、包庇罪论处

B. 即使《刑法》第310条没有第2款的规定，对于事前通谋事后窝藏、包庇的，也应以共同犯罪论处

C. 因缺乏明文规定，事前通谋事后掩饰、隐瞒犯罪所得的，不能以共同犯罪论处

D. 事前通谋事后掩饰、隐瞒犯罪所得的，属于想象竞合，应从一重罪处罚

【答案】B

【解析】

窝藏、包庇罪与掩饰隐瞒犯罪所得罪都是事后帮助行为，故事前通谋的，应以事前所犯之罪的共同犯罪论处，而不管该共犯行为与事后帮助行为孰轻孰重。A、D项表述错误。

刑法第310条第2款规定：“犯前款罪，事前通谋的，以共同犯罪论处”。理论上认为这一规定属于注意规定。注意规定的设置并未改变基本规定的内容，只是对基本规定内容的重申。事实上，即使没有该注意规定，依照刑法理论也应如此论处。亦即，即使没有刑法第310条第2款的规定，对事前通谋事后窝藏、包庇的行为，也应以共同犯罪论处。

B项正确。

刑法第312条掩饰、隐瞒犯罪所得罪虽然没有明文规定“事前通谋的，以共同犯罪论处”，但从共同犯罪的原理出发，也应认定为事前所通谋的犯罪的共犯。C项错误。

2. (2016/2/86-88)甲将私家车借给无驾照的乙使用。乙夜间驾车与其叔丙出行，途中遇刘某过马路，不慎将其撞成重伤，车辆亦受损。丙下车查看情况，对乙谎称自己留下打电话叫救护车，让乙赶紧将车开走。乙离去后，丙将刘某藏匿在草丛中离开。刘某因错过抢救时机身亡。（事实一）

为逃避刑事责任，乙找到有驾照的丁，让丁去公安机关“自首”，谎称案发当晚是丁驾车。丁照办。公安机关找甲取证时，甲想到若说是乙造成事故，自己作为被保险人就无法从保险公司获得车损赔偿，便谎称当晚将车借给了丁。（事实二）

后甲找到在私营保险公司当定损员的朋友陈某，告知其真相，请求其帮忙向保险公司申请赔偿。陈某遂向保险公司报告说是丁驾车造成事故，并隐瞒其他不利于甲的事实。甲顺利获得7万元保险赔偿。（事实三）

(1)关于事实一的分析，下列选项正确的是：

- A. 乙交通肇事后逃逸致刘某死亡，构成交通肇事逃逸致人死亡
- B. 乙交通肇事且致使刘某死亡，构成交通肇事罪与过失致人死亡罪，数罪并罚
- C. 丙与乙都应对刘某的死亡负责，构成交通肇事罪的共同正犯
- D. 丙将刘某藏匿致使其错过抢救时机身亡，构成故意杀人罪

【答案】D

【解析】

交通肇事逃逸致人死亡的成立要求逃逸行为与死亡结果之间必须存在因果关系，刘某是因丙将其藏匿在草丛中错过抢救时机而死，与乙的逃逸行为之间并没有因果关系。A项是错误的。丙在肇事后有救助义务，但其不仅不救助刘某反而将其藏匿在草丛中错过抢救时机而死，成立故意杀人罪。亦即，刘某的死亡结果并非乙交通肇事逃逸所致。B、C项是错误的，D项是正确的。

(2)关于事实二的分析，下列选项错误的是：

- A. 伪证罪与包庇罪是相互排斥的关系，甲不可能既构成伪证罪又构成包庇罪
- B. 甲的主观目的在于骗取保险金，没有妨害司法的故意，不构成妨害司法罪
- C. 乙唆使丁代替自己承担交通肇事的责任，就此构成教唆犯
- D. 丁的“自首”行为干扰了司法机关的正常活动，触犯包庇罪

【答案】ABC

【解析】

一般而言，在刑事诉讼中，证人等作虚假陈述，意图隐匿罪证的，成立伪证罪；在刑事诉讼之外作假证明包庇犯罪人的，成立包庇罪。但这并不排除一个行为同时触犯伪证罪

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

与包庇罪的的情形，对此，理论上一般主张可作为狭义的包括一罪处理。A 项是错误的。甲主观目的虽在于骗取保险金，明知其行为会妨害司法，仍然实施这一行为，并非没有妨害司法的故意。B 项是错误的。所谓包庇罪，是指明知是犯罪的人而作假证明予以包庇的行为。在司法机关追捕的过程中，行为人为了使犯罪人逃匿，自己冒充犯罪人向司法机关投案或者实施其他使司法机关误认为自己是犯罪人的行为，以包庇罪论处。D 项是正确的。乙虽唆使丁代替自己承担交通肇事罪的刑事责任，但作为交通肇事罪的本犯，其行为不具有期待可能性，不成立包庇罪的教唆犯。C 项是错误的。

(3)关于事实三的分析，下列选项正确的是：

- A. 甲对发生的保险事故编造虚假原因，骗取保险金，触犯保险诈骗罪
- B. 甲既触犯保险诈骗罪，又触犯诈骗罪，由于两罪性质不同，应数罪并罚
- C. 陈某未将保险金据为己有，因欠缺非法占有目的不构成职务侵占罪
- D. 陈某与甲密切配合，骗取保险金，两人构成保险诈骗罪的共犯

【答案】AD

【解析】

甲以非法占有为目的，对发生的保险事故编造虚假原因，骗取保险金，触犯保险诈骗罪。A 项是正确的。甲的行为既触犯保险诈骗罪，又触犯诈骗罪，但因保险诈骗罪与诈骗罪系法条竞合关系，应择一认定为诈骗罪。B 项是错误的。根据刑法第 198 条第 3 款的规定，保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人故意提供虚假的证明文件，为他人诈骗提供条件的，以保险诈骗的共犯论处。D 项是正确的，C 项是错误的。陈某虽未将保险金据为己有，但职务侵占罪中的非法占有目的包括以使第三人非法占有为目的，故陈某同时构成职务侵占罪的实行犯。亦即，陈某既是保险诈骗罪的帮助犯（从犯），也是职务侵占罪的实行犯（主犯），系想象竞合，择一重，最终成立保险诈骗罪。所以，C 项的表述本身是错误的。

3. （2016/2/20）甲杀丙后潜逃。为干扰侦查，甲打电话让乙将一把未留有指纹的斧头粘上丙的鲜血放到现场。乙照办后报案称，自己看到“凶手”杀害了丙，并描述了与甲相貌特征完全不同的“凶手”情况，导致公安机关长期未将甲列为嫌疑人。关于本案，下列哪一选项是错误的？

- A. 乙将未留有指纹的斧头放到现场，成立帮助伪造证据罪
- B. 对乙伪造证据的行为，甲不负刑事责任
- C. 乙捏造事实诬告陷害他人，成立诬告陷害罪
- D. 乙向公安机关虚假描述“凶手”的相貌特征，成立包庇罪

【答案】C

【解析】

根据《刑法》第307条的规定，帮助伪造证据罪是指帮助当事人伪造证据，情节严重的行为。乙将斧头放到现场，斧头上没有指纹(属于伪造有利于被告人的证据)，导致公安机关长期未将甲列为嫌疑人，乙的行为属于帮助当事人伪造证据，情节严重，成立帮助伪造证据罪。A选项正确。只有帮助他人伪造证据的，才构成帮助伪造证据罪；犯罪分子唆使他人伪造有利于自己的证据的，不构成帮助伪造证据罪。故甲唆使乙将一把未留有指纹的斧头放到现场，属于犯罪分子唆使他人伪造有利于自己的证据，不构成帮助伪造证据罪的教唆犯。B选项正确。乙捏造事实诬告陷害“凶手”杀害了丙，但这一“凶手”其实并不存在，乙的行为不会侵犯一个具体的、真实的人的人身权利，故乙的行为不成立诬告陷害罪。C选项错误。乙谎称自己看到“凶手”杀害了丙，所描述的“凶手”相貌特征与甲相貌特征完全不同，该行为属于作假证明包庇犯罪分子，触犯包庇罪。D选项正确。

4. (2015/2/20) 甲杀人后将凶器忘在现场，打电话告诉乙真相，请乙帮助扔掉凶器。乙随即把凶器藏在自家地窖里。数月后，甲生活无着落准备投案自首时，乙向甲汇款2万元，使其继续在外生活。关于本案，下列哪一选项是正确的？

- A. 乙藏匿凶器的行为不属毁灭证据，不成立帮助毁灭证据罪
- B. 乙向甲汇款2万元不属帮助甲逃匿，不成立窝藏罪
- C. 乙的行为既不成立帮助毁灭证据罪，也不成立窝藏罪
- D. 甲虽唆使乙毁灭证据，但不能认定为帮助毁灭证据罪的教唆犯

【答案】D

【解析】

帮助毁灭证据罪是指帮助诉讼活动的当事人毁灭证据，情节严重的行为。毁灭证据，并不限于从物理上使证据消失，包括妨碍证据显现、使证据的价值减少、消失的一切行为。乙将甲的杀人凶器藏在自家地窖里，妨碍证据显现，属于“毁灭”证据，故乙成立帮助毁灭证据罪。窝藏罪，是指明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物，帮助其逃匿的行为。甲生活无着落准备投案自首时，乙向甲汇款2万元，使其继续在外生活，不利于司法机关抓捕甲，故属于帮助甲逃匿，成立窝藏罪。据此，A、B、C选项都是错误的。

犯罪人犯罪后毁灭犯罪证据，这可谓是一种本能，法律无法期待犯罪人不去毁灭自己的犯罪证据。因此，帮助毁灭证据罪中帮助毁灭的对象仅为“他人”的犯罪证据，而不含犯罪人本人的犯罪证据。甲虽唆使乙扔掉凶器，但该凶器是甲本人的杀人工具。换言之，乙帮助毁灭的证据是犯罪人本人的犯罪证据，而不是他人的犯罪证据，故乙的行为不构成

帮助毁灭证据罪，自然不成立教唆犯。D 为本题正确选项。

5. （2014/2/61）甲的下列哪些行为成立帮助毁灭证据罪（不考虑情节）？

A. 甲、乙共同盗窃了丙的财物。为防止公安人员提取指纹，甲在丙报案前擦掉了两人留在现场的指纹

B. 甲、乙是好友。乙的重大贪污罪行被丙发现。甲是丙的上司，为防止丙作证，将丙派往境外工作

C. 甲得知乙放火致人死亡后未清理现场痕迹，便劝说乙回到现场毁灭证据

D. 甲经过犯罪嫌疑人乙的同意，毁灭了对乙有利的无罪证据

【答案】CD

【解析】

A 选项考查行为人既毁灭自己的犯罪证据又同时毁灭其他共犯人的证据时，是否属于帮助当事人毁灭证据。甲、乙共同盗窃了丙的财物，为防止公安人员提取指纹，甲在丙报案前擦掉了两人留在现场的指纹。对于甲擦掉本人留在现场的指纹不能以帮助毁灭证据罪论处。在毁灭证据时，既毁灭犯罪人本人的证据，也毁灭其他共犯人的证据，属于不具备期待可能性的行为。据此，甲擦掉共犯人乙留在现场的指纹，不属于帮助当事人毁灭证据，不构成帮助毁灭证据罪。

B 选项考查帮助毁灭证据罪中“毁灭”的含义。甲、乙是好友，乙的重大贪污罪行被丙发现，甲是丙的上司，为防止丙作证，便将丙派往境外工作。这行为确实对调查取证带来不便，但是，这一行为本身并未改变丙知晓乙犯有重大贪污罪行的事实，而且目前国际交通便利，即使将丙派往境外工作丙事实上也能不太困难地回国作证。甲的行为并未使丙的证人证言的证据价值减少、消失，故其将丙派往境外工作的行为不属于“毁灭”证据的行为，不成立帮助毁灭证据罪。

C 选项考查唆使当事人毁灭证据的行为是否成立帮助毁灭证据罪。甲得知乙放火致人死亡后未清理现场痕迹，便劝说乙回到现场毁灭证据，表面上看是乙本人回到现场毁灭证据，甲并未毁灭证据，但是，帮助毁灭证据罪中的“帮助”属于实行行为，是指所有使当事人的证据毁灭的行为，包括行为人唆使当事人毁灭证据的行为。因此，甲的行为属于帮助当事人毁灭证据，成立帮助毁灭证据罪。

D 选项考查毁灭对当事人有利的无罪证据是否成立帮助毁灭证据罪。无论是能够证明有罪的事实还是能够证明无罪的事实，都属于有利于查明案件真相的证据。所以，帮助毁灭证据罪中的“证据”，包括对当事人有利的证据。甲经过犯罪嫌疑人乙的同意，毁灭对乙有利的无罪证据，有碍司法机关的活动，成立帮助毁灭证据罪。有考生主张 D 选项存在当事人的承诺，因而甲的行为无罪。然而，帮助毁灭证据罪的保护法益是社会法益，不是

个人法益，当事人无权处分该法益，因而其承诺无效。

6. (2012/2/19) 甲路过偏僻路段，看到其友乙强奸丙的犯罪事实。甲的下列哪一行为构成包庇罪？

- A. 用手机向乙通报公安机关抓捕乙的消息
- B. 对侦查人员的询问沉默不语
- C. 对侦查人员声称乙、丙系恋人，因乙另有新欢遭丙报案诬陷
- D. 经法院通知，无正当理由，拒绝出庭作证

【答案】C

【解析】

包庇罪，是指明知是犯罪的人而作假证明予以包庇的行为。本罪的法益是犯罪侦查、刑事审判、刑罚执行等刑事司法活动的正常秩序。包庇，是指向公安、司法机关提供虚假证明掩盖犯罪的人。

关于 A 项。用手机向乙通报公安机关抓捕乙的消息，应认定为窝藏罪而非包庇罪。窝藏罪，是指明知是犯罪的人而为其提供隐藏住处、财物，帮助其逃匿的行为。窝藏行为的特点是妨害公安、司法机关发现犯罪的人，或者说使公安、司法机关不能或者难以发现犯罪的人，因此，除提供隐藏住所、财物外，向犯罪的人通报侦查或者追捕的动静，也属于窝藏行为。因此，A 项不当选。

关于 B 项。包庇罪是以作假证明的积极方式帮助犯罪分子，甲作为乙强奸案的证人，有作证的义务，但其仅是拒绝作证，不成立包庇罪。事实上，该行为并没有被《刑法》规定为犯罪，应作无罪处理。因此，B 项不当选。

关于 C 项。窝藏罪仅仅是将犯罪的人“藏起来”，而包庇罪最主要的特征在于向司法机关作假证明。本案中，甲对侦查人员声称乙、丙系恋人，因乙另有新欢遭丙报案诬陷，属向司法机关作假证明的行为，成立包庇罪。因此，C 项当选。

关于 D 项。甲作为乙强奸案的证人，具有作证的义务，但其拒绝出庭作证的行为，由于没有被《刑法》规定为犯罪，应作无罪处理。因此，D 项不当选。

综上，本题的正确答案是 C。

7. (2011/2/17) 下列哪一选项的行为应以掩饰、隐瞒犯罪所得罪论处？

- A. 甲用受贿所得 1,000 万元购买了一处别墅
- B. 乙明知是他人用于抢劫的汽车而更改车身颜色
- C. 丙与抢劫犯事前通谋后代为销售抢劫财物

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

D. 丁明知是他人盗窃的汽车而为其提供伪造的机动车来历凭证

【答案】D

【解析】

掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪是指明知是犯罪所得及其产生的收益，而予以窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒的行为。

选项 A 错误。受贿后使用受贿所得的行为属于不具备期待可能性的行为，仅以受贿罪论处即可。

选项 B 错误。乙明知是他人用于抢劫的汽车而更改车身颜色，因汽车系犯罪工具并非犯罪所得，故乙不成立掩饰、隐瞒犯罪所得罪。

选项 C 错误。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理与盗窃、抢劫、诈骗、抢夺机动车相关刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第四条规定，实施本解释第一条、第二条、第三条第一款或者第三款规定的行为，事前与盗窃、抢劫、诈骗、抢夺机动车的犯罪分子通谋的，以盗窃罪、抢劫罪、诈骗罪、抢夺罪的共犯论处。因此，丙的行为应成立抢劫罪的共犯。

选项 D 正确。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理与盗窃、抢劫、诈骗、抢夺机动车相关刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条第（六）项规定，明知是盗窃、抢劫、诈骗、抢夺的机动车，而为其提供或者出售伪造、变造的机动车来历凭证、整车合格证、号牌以及有关机动车的其他证明和凭证的，以掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪定罪。

考点八十八 妨害国(边)境管理罪

一、常考知识点

1. 组织他人偷越国(边)境罪。
2. 运送他人偷越国(边)境罪。
3. 偷越国(边)境罪。

二、真题印证

参见包容犯部分

考点八十九 妨害文物管理罪

一、常考知识点

1. 倒卖文物罪。
2. 盗掘古文化遗址、古墓葬。
3. 故意损毁文物罪。

二、真题印证

1. (2010/2/63) 甲盗掘国家重点保护的古墓葬，窃取大量珍贵文物，并将部分文物偷偷运往境外出售牟利。司法机关发现后，甲为毁灭罪证将剩余珍贵文物损毁。关于本案，下列哪些选项是错误的？

- A. 运往境外出售与损毁文物，属于不可罚的事后行为，对甲应以盗掘古墓葬罪、盗窃罪论处
- B. 损毁文物是为自己毁灭证据的行为，不成立犯罪，对甲应以盗掘古墓葬罪、盗窃罪、走私文物罪论处
- C. 盗窃文物是盗掘古墓葬罪的法定刑升格条件，对甲应以盗掘古墓葬罪、走私文物罪、故意损毁文物罪论处
- D. 盗掘古墓葬罪的成立不以盗窃文物为前提，对甲应以盗掘古墓葬罪、盗窃罪、走私文物罪、故意损毁文物罪论处

【答案】ABD

【解析】

本题目考查妨害文物管理罪中的盗掘古文化遗址、古墓葬罪。根据刑法条文的规定，盗掘古墓葬后将其中文物据为己有的，只成立盗掘古墓葬罪一罪，不另外成立盗窃罪。运往境外出售和损毁文物行为又侵犯了新的法益，不是不可罚的事后行为，据此，对甲应以盗掘古墓葬罪、走私文物罪、故意损毁文物罪论处。C项正确，A、B、D项错误。

考点九十 危害公共卫生罪

一、常考知识点

1. 医疗事故罪。
2. 非法行医罪。

二、真题印证

1. (2013/2/18) 医生甲退休后，擅自为人看病 2 年多。某日，甲为乙治疗，需注射青霉素。乙自述以前曾注射过青霉素，甲便未做皮试就给乙注射青霉素，乙因青霉素过敏而死亡。关于本案，下列哪一选项是正确的？

- A. 以非法行医罪的结果加重犯论处 B. 以非法行医罪的基本犯论处
C. 以过失致人死亡罪论处 D. 以医疗事故罪论处

【答案】A

【解析】

根据有关行政法规的规定，医生执业资格是指具有执业医师资格，并经卫生行政部门注册取得执业证书的人。本题中，医生甲退休后，其虽具有执业医师资格，但并未办理变更注册手续，擅自为人看病两年多，其仍然属于“未取得医生执业资格的人”，甲非法行医，未做皮试就给乙注射青霉素，乙因青霉素过敏而死亡，成立非法行医罪的结果加重犯。

在致人死亡的情况下，非法行医罪与过失致人死亡罪存在法条竞合关系。甲的行为虽然同时触犯非法行医罪与过失致人死亡罪，但是《刑法》第 233 条过失致人死亡罪明文规定“本法另有规定的，依照规定”，因此，对甲应以非法行医罪追究刑事责任。C 项错误。医疗事故罪的主体“医务人员”是指合法从事医疗活动的人员，甲不是合法从事医疗活动的人员，故其行为不构成医疗事故罪。D 项错误。

考点九十一 破坏环境资源保护罪

一、常考知识点

1. 非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪。
2. 盗伐林木罪。
3. 滥伐林木罪。

二、真题印证

1. (2017/2/20) 关于盗伐林木罪，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲盗伐本村村民张某院落外面的零星树木，如果盗伐数量较大，构成盗伐林木罪
- B. 乙在林区盗伐珍贵林木，数量较大，如同时触犯其他法条构成其他犯罪，应数罪并罚
- C. 丙将邻县国有林区的珍贵树木移植到自己承包的林地精心养护使之成活的，不属于盗伐林木
- D. 丁在林区偷扒数量不多的具有药用价值的树皮，致使数量较大的林木枯死的，构成盗伐林木罪

【答案】D

【解析】

盗伐林木罪，是指以非法占有为目的，盗伐森林或者其他林木，数量较大的行为。盗伐林木罪保护的法益是森林资源，故其对象是森林或者其他林木，将国家、集体或者他人所有并且已经伐倒的树木窃为己有的，以及偷砍他人房前屋后、自留地种植的零星树木数额较大或者多次偷砍的行为，没有侵犯环境资源，应认定为盗窃罪。A项错误。

非法采伐珍贵树木的行为，如果同时触犯盗伐林木罪的，属于想象竞合犯，应择一重罪处罚。据此，B项中乙的行为应认定为非法采伐国家重点保护植物罪与盗伐林木罪的想象竞合犯，而非数罪并罚。B项错误。

除侵犯环境资源外，盗伐林木罪还具有侵犯财产法益的属性。丙将国有林区的珍贵树木移植到自己承包林地的行为，不仅侵犯了财产法益，同样有损环境资源，故即使其“精心养护使之成活”，依然成立盗伐林木罪。C项错误。

根据最高法的司法解释，非法实施采种、采脂、挖笋、掘根、剥树皮等行为，牟取经济利益数额较大的，依照刑法第246条的规定，以盗窃罪定罪处罚。同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。本案中，丁在林区偷扒数量不多的具有药用价值的树皮，致使数量较大的林木枯死，不成立盗窃罪，但破坏了环境资源，应认定为盗伐林木罪。D项正确。

2. (2013/2/19) 甲公司竖立的广告牌被路边树枝遮挡, 甲公司在未取得采伐许可的情况下, 将遮挡广告牌的部分树枝砍掉, 所砍树枝共计 6 立方米。关于本案, 下列哪一说法是正确的?

- A. 盗伐林木包括砍伐树枝, 甲公司的行为成立盗伐林木罪
- B. 盗伐林木罪是行为犯, 不以破坏林木资源为要件, 甲公司的行为成立盗伐林木罪
- C. 甲公司不以非法占有为目的, 只成立滥伐林木罪
- D. 不能以盗伐林木罪判处甲公司罚金

【答案】D

【解析】

盗伐林木包括砍伐树枝, 但是, 仅此不足以得出甲公司构成盗伐林木罪的结论。因甲公司不以非法占有为目的砍伐树枝, 故甲公司不构成盗伐林木罪, 不能以盗伐林木罪判处甲公司罚金。据此, A 项错误, D 项正确。盗伐林木罪要求“数量较大”的情形, 如果将“数量较大”理解为犯罪结果, 则盗伐林木罪就不是行为犯。再者, 盗伐林木罪属于破坏环境资源保护的犯罪, 即便是行为犯, 也应该以破坏树木资源为要件。据此, B 项错误。甲公司也不构成滥伐林木罪, 因为砍伐 6 立方米的林木很难说是“滥伐”林木, 且 6 立方米也未达到滥伐林木“数量加大”的标准, 故 C 项错误。

考点九十二 毒品犯罪

一、常考知识点

1. 走私、贩卖、运输、制造毒品罪。
2. 非法持有毒品罪。
3. 非法、生产、买卖、运输制毒物品罪。
4. 引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪。
5. 强迫他人吸毒罪。
6. 容留他人吸毒罪。

二、真题印证

1. （2017/2/61）关于毒品犯罪，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲容留未成年人吸食、注射毒品，构成容留他人吸毒罪
- B. 乙随身携带藏有毒品的行李入关，被现场查获，构成走私毒品既遂
- C. 丙乘广州至北京的火车运输毒品，快到武汉时被查获，构成运输毒品罪既遂
- D. 丁以牟利为目的容留刘某吸食毒品并向其出卖毒品，构成容留他人吸毒罪和贩卖毒品罪，应当数罪并罚

【答案】ABCD

【解析】

容留他人吸毒罪中的他人，既包括成年人，也包括未成年人。A 项正确。

走私毒品以毒品进入我国边境为既遂。B 项正确。

运输毒品罪以使毒品离开原处或者转移了存放地为既遂标准，而非要求非要到达目的地才为既遂。C 项正确。

根据 2016 年 4 月 6 日最高法《关于审理毒品犯罪案件适用法律若干问题的解释》第 12 条第 2 款的规定，向他人贩卖毒品后又容留其吸食、注射毒品，或者容留他人吸食、注射毒品并向其贩卖毒品，符合容留他人吸毒罪的定罪条件的，应以贩卖毒品罪和容留他人吸毒罪实行数罪并罚。D 项正确。

2. （2016/2/61）关于毒品犯罪，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲无牟利目的，为江某代购仅用于吸食的毒品，达到非法持有毒品罪的数量标准。对甲应以非法持有毒品定罪
- B. 乙为蒋某代购仅用于吸食的毒品，在交通费等必要开销之外收取了若干“劳务费”。对乙应以贩卖毒品罪论处
- C. 丙与曾某互不知情，受雇于同一雇主，各自运输海洛因 500 克。丙将海洛因从一

地运往另一地后，按雇主吩咐交给曾某，曾某再运往第三地。丙应对运输 1000 克海洛因负责

D. 丁盗窃他人 200 克毒品后，将该毒品出卖。对丁应以盗窃罪和贩卖毒品罪实行数罪并罚

【答案】ABD

【解析】

2008 年 12 月 1 日最高人民法院《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》规定：“有证据证明行为人不以牟利为目的，为他人代购仅用于吸食毒品，毒品数量超过刑法第 348 条规定的最低数量标准的，对托购者、代购者应以非法持有毒品罪定罪。”据此 A 选项正确。

2015 年 5 月 18 日最高人民法院《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要》规定：“行为人为他人代购仅用于吸食的毒品，在交通、食宿等必要开销之外收取介绍费、劳务费应视为从中牟利，属于变相加价贩卖毒品，以贩卖毒品罪定罪处罚。”据此，B 选项中的乙为蒋某代购用于吸食的毒品，在交通费等必要开销之外收取了若干“劳务费”。对此应以贩卖毒品罪论处。B 选项正确。

2015 年 5 月 18 日最高人民法院《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要》规定：“受雇于同一雇主同行运输毒品，但受雇者之间没有共同犯罪故意，或者虽然明知他人受雇运输毒品，但各自的运输行为相对独立……不应认定为共同犯罪。”据此 C 选项中的丙与曾某虽受雇于同一雇主，但互不知情，各自运输海洛因的，不成立运输毒品罪的共同犯罪，丙仅对其运输的 500 克海洛因负责。C 选项错误。

盗窃他人毒品后加以出卖的，出卖毒品属于盗窃犯事后处理赃物的行为，因该行为侵犯新的法益，不属于不可罚的事后行为，对此应以盗窃罪和贩卖毒品罪数罪并罚。

3. (2014/2/89-91)案情：甲在强制戒毒所戒毒时，无法抗拒毒瘾，设法逃出戒毒所。甲径直走到毒贩陈某家，以赊账方式买了少量毒品过瘾。后甲逃往乡下，告知朋友乙详情，请乙收留。乙让甲住下（事实一）。

甲对陈某的毒品动起了歪脑筋，探知陈某将毒品藏在厨房灶膛内。某夜，甲先用毒包子毒死陈某的 2 条看门狗（价值 6000 元），然后翻进陈某院墙，从厨房灶膛拿走陈某 50 克纯冰毒（事实二）。

甲拿出 40 克冰毒，让乙将 40 克冰毒和 80 克其他物质混合，冒充 120 克纯冰毒卖出（事实三）。

（1）关于事实一，下列选项正确的是：

为了梦想，我要学习！

For Dream, I'm Studying!

- A. 甲是依法被关押的人员，其逃出戒毒所的行为构成脱逃罪
- B. 甲购买少量毒品是为了自吸，购买毒品的行为不构成犯罪
- C. 陈某出卖毒品给甲，虽未收款，仍属于贩卖毒品既遂
- D. 乙收留甲的行为构成窝藏罪

【答案】BC

【解析】

依法被关押的罪犯、犯罪嫌疑人、被告人脱逃的，才有可能构成脱逃罪。强制戒毒不是刑罚措施，甲不是依法被关押的罪犯，其逃出戒毒所的行为不构成脱逃罪，A选项错误。同理，窝藏罪作为妨害司法的犯罪，其前提是明知他人是犯罪的人，而为其提供隐匿的场所，帮助其逃匿以妨害司法追诉，故乙收留并未涉嫌犯罪的甲的行为不构成窝藏罪，D选项错误。购买毒品，其最终目的是少数自吸，多数出售，从而实现“以贩养吸”的，构成贩卖毒品罪；为个人吸食毒品而购买大量毒品的，可能构成非法持有毒品罪。但甲购买少量毒品是为了自吸，该行为不构成犯罪。B选项正确。贩卖毒品只需要交易达成，行为人将毒品提供给他人，就会发生妨害社会管理秩序的后果，出卖者是否收取款项，对于犯罪既遂没有影响，故陈某出卖毒品给甲，虽未收款，仍属于贩卖毒品既遂，C选项正确。

（2）关于事实二的判断，下列选项正确的是：

- A. 甲翻墙入院从厨房取走毒品的行为，属于入户盗窃
- B. 甲进入陈某厨房的行为触犯非法侵入住宅罪
- C. 甲毒死陈某看门狗的行为是盗窃预备与故意毁坏财物罪的想象竞合
- D. 对甲盗窃 50 克冰毒的行为，应以盗窃罪论处，根据盗窃情节轻重量刑

【答案】ABCD

【解析】

甲翻墙进入被害人日常生活的场所取走毒品，系入户盗窃；入户盗窃行为，属于未经许可非法侵入住宅罪，同时触犯非法侵入住宅罪；甲毒死陈某看门狗的行为，是使他人的财物从物理上消失的行为，成立故意毁坏财物罪，与盗窃罪之间具有想象竞合的关系；甲盗窃 50 克冰毒，属于盗窃违禁品，应以盗窃罪论处，根据盗窃情节轻重量刑，故 ABCD 均正确。

（3）关于事实三的判断，下列选项正确的是：

- A. 甲让乙卖出冰毒应定性为甲事后处理所盗赃物，对此不应追究甲的刑事责任
- B. 乙将 40 克冰毒掺杂、冒充 120 克纯冰毒卖出的行为，符合诈骗罪的构成要件
- C. 甲、乙既成立诈骗罪的共犯，又成立贩卖毒品罪的共犯

D. 乙在冰毒中掺杂使假，不构成制造毒品罪

【答案】BCD

【解析】

犯罪以后处分赃物的行为，通常是不可罚的行为。但是，如果处分赃物的行为造成新的法益侵害的，对该行为就应该定罪处罚，否则难以全面地保护法益。甲盗窃毒品后，又让乙卖出毒品的，该贩卖毒品行为会侵害社会管理秩序，因此，不属于事后处理所盗赃物的行为，A选项错误。乙将40克冰毒掺杂并冒充120克纯冰毒卖出的行为，属于虚增交易标的物价值，使被害人由此多付出对价，被害人遭受财产损失和乙的欺骗行为之间具有因果关系，该行为符合诈骗罪的构成要件，B选项正确。甲、乙既成立诈骗罪的共犯，又成立贩卖毒品罪的共犯，两罪之间有想象竞合关系，C选项正确。乙在冰毒中掺杂使假，只是使毒品纯度有所改变，但不是“无中生有”的制造毒品行为，不构成制造毒品罪，D选项正确。

4. (2011/2/18)关于非法持有毒品罪，下列哪一选项是正确的？

- A. 非法持有毒品的，无论数量多少都应当追究刑事责任
- B. 持有毒品不限于本人持有，包括通过他人持有
- C. 持有毒品者而非所有者时，必须知道谁是所有者
- D. 因贩卖而持有毒品的，应当实行数罪并罚

【答案】B

【解析】

选项A错误。非法持有毒品罪是指明知是毒品而非法持有且数量较大的行为。根据我国的法律规定，非法持有鸦片200克以上、海洛因或甲基苯丙胺10克以上或者其他毒品数量较大的，才能成立非法持有毒品罪。

选项B正确。持有并不要求直接持有，即介入第三者时，也不影响持有的成立。第三者为直接持有时，行为人为间接持有。

选项C错误。持有毒品者并非所有者时，不必知道所有者为谁，只要持有者知道自己持有的是毒品即可成立犯罪，是否知道所有者并不影响本罪的成立。

选项D错误。因贩卖而持有毒品的，以贩卖毒品罪定罪处罚，持有是贩卖的当然结果或必经阶段，因而属于吸收犯。

考点九十三 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪

一、常考知识点

1. 组织卖淫罪。
2. 强迫卖淫罪。
3. 协助组织卖淫罪。
4. 引诱、容留、介绍卖淫罪。
5. 引诱幼女卖淫罪。
6. 传播性病罪。

二、真题印证

(无)

考点九十四 制作、贩卖、传播淫秽物品罪

一、常考知识点

1. 制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪。
2. 传播淫秽物品罪。

二、真题印证

1. (2017/2/51) 根据有关司法解释, 关于利用互联网实施的犯罪行为, 下列哪些说法是正确的?

- A. 在网络上建立赌博网站的, 属于开设赌场
- B. 通过网络传播淫秽视频的, 属于传播淫秽物品
- C. 在网络上传播电子盗版书的, 属于复制发行他人文字作品
- D. 盗用他人网络账号、密码上网, 造成他人电信资费损失的, 属于盗窃他人财物

【答案】ABCD

【解析】

根据 2005 年 5 月 11 日两高《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 2 条的规定, 在计算要网络上建立赌博网站, 或者为赌博网站担任代理, 接受投注的, 成立开设赌场罪。A 项正确。

根据两高 2010 年 2 月 2 日《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)》等司法解释的规定, 利用互联网传播淫秽电子信息的, 以传播淫秽物品罪定罪处罚。B 项正确。

根据两高一部 2011 年 1 月 10 日《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》第 26 条的规定, 通过信息网络向公众传播他人文字作品的, 属于复制发行他人文字作品。C 项正确。

关于 D 项。根据最高法 2000 年 5 月 12 日《关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释》第 8 条的规定, 盗用他人公共信息网络上账号、秘密上网, 造成他人电信资费损失数额较大的, 以盗窃罪定罪处罚。D 项正确。

2. (2004/2/60) 雷某为购买正式书号用于出版淫秽录像带, 找某音像出版社负责人任某帮忙。雷向任谎称自己想制作商业宣传片, 需要一个书号, 并提出付给出版社 1 万元“书号费”。任某同意, 但要求雷给自己 2 万元好处费, 雷某声称盈利后会考虑。任某随后指示有关部门立即办理。雷某拿到该书号出版了淫秽录像带, 发行数量极大、影响极坏。雷牟利后给任某 2 万元好处费, 任某收下。关于本案, 下列哪些说法是错误的?

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

- A. 雷某与任某的行为构成为他人提供书号出版淫秽书刊罪的共犯
- B. 雷某的行为构成传播淫秽物品罪，任某的行为构成为他人提供书号出版淫秽书刊罪
- C. 雷某的行为构成出版淫秽物品牟利罪，任某的行为构成出版淫秽物品牟利罪的共犯
- D. 雷某与任某的行为构成非法经营罪的共犯

【答案】ABCD

【解析】

本案中，雷某以牟利为目的，出版了淫秽录像带，并且发行数量极大。，构成出版淫秽物品牟利罪；对雷某的行为，任某在主观上具有过失，成立为他人提供书号出版淫秽书刊罪，雷某与任某没有共同故意，不成立共犯。A选项说法错误。

雷某的行为虽然客观上也传播了淫秽物品，但并不构成传播淫秽物品罪，因为传播淫秽物品罪的主观方面必须不以牟利为目的，而雷某很明显是为了牟利而出版的。B选项说法错误。

由于任某受到蒙蔽，没有认识到雷某出版的是淫秽物品，所以，即使其客观行为帮助雷某出版了淫秽物品，但也不成立出版淫秽物品牟利罪的共犯。C选项说法错误。

非法经营罪是一个口袋罪，根据相关司法解释认定具体表现，但如果构成其他犯罪，而且罪刑相适应，则不成立非法经营罪。本案中，雷某构成出版淫秽物品牟利罪，任某构成为他人提供书号出版淫秽书刊罪，所以不成立非法经营罪。D选项说法错误。

考点九十五 以危险方法危害公共安全的犯罪

一、常考知识点

1. 放火罪。
2. 爆炸罪。
3. 投放危险物质罪。
4. 以危险方法危害公共安全罪。
5. 危险驾驶罪。

二、真题印证

1. (2018/1/32) 甲卖迷药，明知乙将使用迷药进行犯罪活动，仍然教乙迷药的使用方法等知识，乙用迷药迷倒丙后拿走了财物。后乙多次使用该迷药实施犯罪行为。关于甲行为的定性，下列哪一说法是错误的？

- A. 甲的行为成立以危险方法危害公共安全罪，因为该行为会导致乙实施不特定的犯罪
- B. 甲的行为不成立以危险方法危害公共安全罪，因为出售迷药的行为不会危害公共安全
- C. 乙的行为成立抢劫罪
- D. 甲的行为成立抢劫罪的帮助犯，亦触犯了传授犯罪方法罪，属于想象竞合

【答案】A

【解析】

依照通说，危害公共安全罪的法益是不特定多数人生命、身体、公共财产的安全。甲的行为没有危害到不特定多数人的生命、身体、公共财产的安全，故不成立以危险方法危害公共安全罪。A 项错误，B 项正确。乙以非法占有为目的，用迷药迷倒丙拿走其财物的行为，成立抢劫罪。C 项正确。传授犯罪方法罪，是指故意使用各种手段将犯罪方法传授给他人的行为。甲明知乙要实施抢劫犯罪行为，还向乙传授迷药的使用方法，成立传授犯罪方法罪与抢劫罪帮助犯想象竞合。CD 项正确。

2. (2017/2/57) 下列哪些行为构成投放危险物质罪？

- A. 甲故意非法开启实验室装有放射性物质的容器，致使多名实验人员遭受辐射
- B. 乙投放毒害性、放射性、传染病病原体之外的其他有害物质，危害公共安全
- C. 丙欲制造社会恐慌气氛，将食品干燥剂粉末冒充炭疽杆菌，大量邮寄给他人

为了梦想，我要学习！

For Dream, I'm Studying!

D. 丁在食品中违法添加易使人形成瘾癖的罂粟壳粉末，食品在市场上极为畅销

【答案】AB

【解析】

投放危险物质罪，是指故意投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质，危害公共安全的行为。所谓公共安全，是指关系到不特定或者多数人的生命、健康、公私财产的安全。A项中，甲在实验室非法开启装有放射性物质的容器致使多名人员遭受辐射，危害到了公共安全，成立投放危险物质罪。A项正确。

投放危险物质罪中的危险物质，包括但不限于毒害性、放射性、传染病病原体这三种物质。B项正确。

根据刑法第291条之一的规定，投放虚假的爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等物质，严重扰乱社会秩序的，成立投放虚假危险物质罪。据此，丙成立投放虚假危险物质罪，而非投放危险物质罪，C项错误。

根据公安部1993年7月24日《关于坚决制止、查处在食品中掺用罂粟壳违法犯罪行为的通知》的规定，对将罂粟壳掺入食品以招揽顾客、吸引回头客、扩大生意的行为属于欺骗他人吸食毒品的犯罪行为。应以欺骗他人吸毒罪处理。D项错误。

3. （2016/2/12）甲对拆迁不满，在高速公路中间车道用树枝点燃一个焰高约20厘米的火堆，将其分成两堆后离开。火堆很快被通行的车辆轧灭。关于本案，下列哪一选项是正确的？

A. 甲的行为成立放火罪

B. 甲的行为成立以危险方法危害公共安全罪

C. 如认为甲的行为不成立放火罪，那么其行为也不可能成立以危险方法危害公共安全罪

D. 行为危害公共安全，但不构成放火、决水、爆炸等犯罪的，应以以危险方法危害公共安全罪论处

【答案】C

【解析】

首先可以肯定的是，因甲的行为并未危及到公共安全，故不可能成立放火罪。A项是错误的。以危险方法危害公共安全罪，是指故意使用放火、决水、爆炸、投放危险物质以外的危险方法危害公共安全的行为。本罪是具体的危险犯，是一个兜底条款。其他危险方法仅限与放火、决水、爆炸、投放危险物质相当的方法。采用放火、决水、爆炸、投放危险的行为方式，却又不能构成放火罪、决水罪、爆炸罪、投放危险物质罪的行为不可能成立本罪。据此，本题中行为人仅引起可燃物燃烧但没有危及公共安全的行为本身即不可能

构成放火罪，当然也不可能成立以危险方法危害公共安全罪。C项是正确的，B项是错误的。D项忽视了“方法的相当性”要求，认为只要行为危害公共安全，但不构成放火、决水、爆炸等犯罪的，就应以以危险方法危害公共安全罪论处，是错误的。

4. (2015/2/13) 下列哪一行为应以危险驾驶罪论处？

- A. 醉酒驾驶机动车，误将红灯看成绿灯，撞死2名行人
- B. 吸毒后驾驶机动车，未造成人员伤亡，但危及交通安全
- C. 在驾驶汽车前吃了大量荔枝，被交警以呼气式酒精检测仪测试到酒精含量达到醉酒程度
- D. 将汽车误停在大型商场地下固定卸货车位，后在醉酒时将汽车从地下三层开到地下一层的停车位

【答案】D

【解析】

醉酒驾驶机动车，误将红灯看成绿灯，撞死2名行人，同时触犯危险驾驶罪与交通肇事罪，根据《刑法》第133条之一的规定，应以交通肇事罪论处。现行刑法并未将吸毒后驾驶机动车的行为规定为危险驾驶罪，因此，吸毒后驾驶机动车，未造成人员伤亡，但危及交通安全的，无法以危险驾驶罪追究刑事责任。荔枝含糖量高，在微生物的作用下糖分发酵、分解，从而产生酒精。在驾驶汽车前吃了大量荔枝，以呼气式酒精检测仪测试，有可能显示酒精含量达到醉酒程度。但是，危险驾驶罪是故意犯罪，一般人都不知道大量吃荔枝能在血液中产生酒精成分，应认定行为人并无危险驾驶的犯罪故意，故对此不能以危险驾驶罪论处。

根据《道路交通安全法》第119条的规定，“道路”是指公路、城市道路和虽在单位管辖范围但允许社会机动车通行的地方，包括广场、公共停车场等用于公众通行的场所。选项D的场景为“大型商场”的地下停车场，属于《道路交通安全法》所规定的“道路”。将汽车停在大型商场地下停车位，因为停错位置，在醉酒状态下将汽车从地下三层开到地下一层的停车位，这属于在道路上醉酒驾驶机动车，应以危险驾驶罪论处。D为本题正确选项。

5. (2012/2/15) 下列哪一行为成立以危险方法危害公共安全罪？

- A. 甲驾车在公路转弯处高速行驶，撞翻相向行驶车辆，致2人死亡
- B. 乙驾驶越野车在道路上横冲直撞，撞翻数辆他人所驾汽车，致2人死亡
- C. 丙醉酒后驾车，刚开出10米就撞死2人

为了梦想，我要学习！

For Dream, I' m Studying!

D. 丁在繁华路段飙车，2 名老妇受到惊吓致心脏病发作死亡

【答案】B

【解析】

以危险方法危害公共安全罪，是指故意使用放火、决水、爆炸、投放危险物质以外的危险方法危害公共安全的行为。本罪是故意犯罪。

关于 A 项。甲驾车在公路转弯处高速行驶，撞翻相向行驶车辆，致 2 人死亡，甲对危害结果的发生的罪过形式是过失，应认定为交通肇事罪。因此，A 项不当选。

关于 B 项。乙驾驶越野车在道路上横冲直撞，撞翻数辆他人所驾汽车，致 2 人死亡，乙对危害结果的发生的罪过形式是间接故意，应认定为以危险方法危害公共安全罪。因此，B 项当选。

关于 C 项。丙醉酒后驾车，触犯了危险驾驶罪。其刚开出 10 米就撞死 2 人，又触犯了交通肇事罪。丙只实施了一个行为，同时触犯了两个罪名，应认定为想象竞合犯，最终只成立交通肇事罪一罪。因此，C 项不当选。

关于 D 项。丁在繁华路段飙车，触犯了危险驾驶罪。危险驾驶罪禁止飙车的目的是为了以防行为人在道路上追逐竞驶对公共安全造成危险，2 名老妇受到惊吓致心脏病发作死亡的结果不在危险驾驶罪的规范保护目的之内，不能归责于丁，丁的行为依然成立危险驾驶罪。因此，D 项不当选。

考点九十六 破坏工具、设施类犯罪与恐怖活动类犯罪

一、常考知识点

1. 破坏工具、设施类犯罪：(1)破坏交通工具罪；(2)破坏交通设施罪；(3)破坏电力设备罪；(4)破坏易燃、易爆设备罪。

2. 恐怖活动类犯罪：(1)组织、领导、参加恐怖组织罪；(2)帮助恐怖活动罪；(3)准备实施恐怖活动罪。

3. 劫持类犯罪：(1)劫持航空器罪；(2)劫持船只、汽车罪。

二、真题印证

1. (2018/1/26) 甲在高速公路休息站开店经营汽车补胎业务，故意在靠近经营点附近的高速公路上撒钉子，长达数百米。甲的行为造成很多途经此路段的汽车爆胎，足以导致车辆发生倾覆、毁坏危险。为此，招致很多车主抱怨。司机问甲为什么会有这么多的钉子在路上，甲笑而不答，只是按照正常的市场价格收费补胎。甲的行为构成何罪？

- A. 故意毁坏财物罪
- B. 破坏交通工具罪
- C. 破坏交通设施罪
- D. 诈骗罪

【答案】C

【解析】

破坏交通设施罪是指，故意破坏轨道、桥梁、隧道、公路、机场、航道、灯塔、标志或者进行其他破坏活动，足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险的行为。在交通设施上添附某一物品，足以使交通工具发生倾覆、毁坏危险的，同样成立本罪。甲的行为完全符合本罪的成立条件，应当认定为破坏交通设施罪。C项是正确的。如果将甲的行为认定为故意毁坏财物罪，实际上是忽视了甲的行为危害公共安全的事实，并不合适。退一步讲，即使认定甲的行为为破坏交通设施罪与故意毁坏财物罪的想象竞合，择一重的结果，亦应认定为破坏交通设施罪。甲破坏的是交通工具，而非交通设施罪，B项是错误的。甲按市场价收取补胎费的行为，显然不成立诈骗罪。D项是错误的。

2. (2016/2/56) 乙成立恐怖组织并开展培训活动，甲为其提供资助。受培训的丙、丁为实施恐怖活动准备凶器。因案件被及时侦破，乙、丙、丁未能实施恐怖活动。关于本案，下列哪些选项是正确的？

为了梦想，我要学习！

For Dream, I'm Studying!

- A. 甲构成帮助恐怖活动罪，不再适用《刑法》总则关于从犯的规定
- B. 乙构成组织、领导恐怖组织罪
- C. 丙、丁构成准备实施恐怖活动罪
- D. 对丙、丁定罪量刑时，不再适用《刑法》总则关于预备犯的规定

【答案】ABCD

【解析】

关于 A 项。帮助恐怖活动罪是帮助犯的正犯化。换言之，本罪的成立不以恐怖活动组织或者人员实施具体的恐怖活动犯罪为前提。因此，资助行为以及招募、运送行为本身就是正犯行为，不再适用《刑法》总则关于从犯的从宽处罚规定。因此，A 项正确。

关于 B 项。从题干的表述“乙成立恐怖组织并开展培训活动”来看，乙构成组织、领导恐怖组织罪。虽然乙最终未能实施恐怖活动，但依然构成组织、领导恐怖组织罪的既遂。因此，B 项正确。

关于 C 项和 D 项。从题干的表述“丙、丁为实施恐怖活动准备凶器”来看，丙、丁成立准备实施恐怖活动罪。该罪属于预备行为的实行行为化（预备犯的既遂化）。因此，行为人完成了本罪行为的，即构成本罪既遂，不再适用《刑法》总则关于预备犯的规定。因此，C 项和 D 项均正确。

3. （2016/2/13）陈某欲制造火车出轨事故，破坏轨道时将螺栓砸飞，击中在附近玩耍的幼童，致其死亡。陈某的行为被及时发现，未造成火车倾覆、毁坏事故。关于陈某的行为性质，下列哪一选项是正确的？

- A. 构成破坏交通设施罪的结果加重犯
- B. 构成破坏交通设施罪的基本犯与故意杀人罪的想象竞合犯
- C. 构成破坏交通设施罪的基本犯与过失致人死亡罪的想象竞合犯
- D. 构成破坏交通设施罪的结果加重犯与过失致人死亡罪的想象竞合犯

【答案】C

【解析】

刑法第 117 条规定，“破坏轨道、桥梁、隧道、公路、机场、航道、灯塔、标志或者进行其他破坏活动，足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险，尚未造成严重后果的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑。”本条为破坏交通设施罪的基本犯。刑法第 119 条规定，“破坏交通工具、交通设施、电力设备、燃气设备、易燃易爆设备，造成严重后果的，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。”本条为破坏交通设施罪的结果加重犯。本题中，因陈某破坏交通设施的行为并未造成严重结果，故只成立破坏交通设施罪的基本犯，而非结果加重犯。陈某在破坏轨道时，将螺栓砸飞，击中附件玩耍儿童，致

其死亡的行为成立过失致人死亡罪。因其只有一个行为，属于一行为触犯数罪名的形态，故成立想象竞合犯。C 项是正确的。

考点九十七 枪支、弹药、爆炸物类犯罪

一、常考知识点

1. 盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪。
2. 非法持有、私藏枪支、弹药罪。
3. 非法出租、出借枪支罪。
4. 丢失枪支不报罪。

二、真题印证

1. (2014/2/57) 关于危害公共安全罪的论述，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲持有大量毒害性物质，乙持有大量放射性物质，甲用部分毒害性物质与乙交换了部分放射性物质。甲、乙的行为属于非法买卖危险物质
- B. 吸毒者甲用毒害性物质与贩毒者乙交换毒品。甲、乙的行为属于非法买卖危险物质，乙的行为另触犯贩卖毒品罪
- C. 依法配备公务用枪的甲，将枪赠与他人。甲的行为构成非法出借枪支罪
- D. 甲父去世前告诉甲“咱家院墙内埋着 5 支枪”，甲说“知道了”，但此后甲什么也没做。甲的行为构成非法持有枪支罪

【答案】ABCD

【解析】

《刑法》第 125 条第 2 款中的非法买卖危险物质罪不仅处罚卖出危险物质的行为，而且处罚买进危险物质的行为。非法买卖危险物质，是指行为人非法地有偿取得或者有偿转让危险物质的行为。至于“有偿”的形式不限，用一种危险物质去交换另一种危险物质，同样属于有偿取得危险物质，成立非法买卖危险物质罪。据此，A 选项正确。一方用毒害性物质换取另一方的毒品，无论是出让毒害性物质的一方还是取得毒害性物质的一方，都属于有偿取得或者有偿转让危险物质，双方均构成非法买卖危险物质罪。对于有偿转让毒品的一方，其行为还具有贩卖毒品的属性，另行触犯贩卖毒品罪。据此，B 选项正确。根据《刑法》第 128 条第 2 款的规定，依法配备公务用枪的人员，非法出租、出借枪支的，构成非法出租、出借枪支罪。非法将公务用枪赠与他人的，属于无期限地将枪支非法提供给他人使用，在此意义上，赠与枪支并不缺少出借枪支的内容，故能够解释为属于非法出借枪支。据此，C 选项正确。根据《刑法》第 128 条第 1 款的规定，非法持有枪支的，成立非法持有枪支罪。这里的持有是指行为人实际占有或控制枪支，至于形成占有或控制枪支的成因不限，既可能是以作为的方式(如非法制造枪支后)实际占有或控制枪支，也可能是以不作为的方式(如明知他人将枪支藏在自己的信箱里，却置之不理)实际占有或控制枪支。甲明知院墙内埋有 5 支枪，却不采取任何措施消灭其对枪支的非法占有状态，属于以

不作为的方式实际占有或控制枪支，具有危害公共安全的抽象危险，成立非法持有枪支罪。
D 选项正确。

2. (2012/2/58) 警察甲为讨好妻弟乙，将公务用枪私自送乙把玩，丙乘乙在人前炫耀枪支时，偷取枪支送交派出所，揭发乙持枪的犯罪事实。关于本案，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲私自出借枪支，构成非法出借枪支罪
- B. 乙非法持有枪支，构成非法持有枪支罪
- C. 丙构成盗窃枪支罪
- D. 丙揭发乙持枪的犯罪事实，构成刑法上的立功

【答案】 AB

【解析】

根据《刑法》第 128 条第 2 款的规定，依法配备公务用枪的人员，非法出租、出借枪支的，即构成犯罪。A 项正确。乙没有法律依据而非法持有枪支，也构成犯罪，B 项正确。丙因检举、控告乙非法持有枪支的犯罪事实而偷拿枪支的行为，不具有非法占有目的，不构成盗窃枪支罪。丙的行为不构成犯罪，就谈不上对其送交枪支到派出所的行为是否为立功行为，故 C、D 项错误。

考点九十八 责任事故类犯罪

一、常考知识点

1. 交通肇事罪。
2. 重大责任事故罪。
3. 不报、谎报安全事故罪。

二、真题印证

1. (2017/2/12) 关于危害公共安全罪的认定，下列哪一选项是正确的？

A. 猎户甲合法持有猎枪，猎枪被盗后没有及时报告，造成严重后果。甲构成丢失枪支不报罪

B. 乙故意破坏旅游景点的缆车的关键设备，致数名游客从空中摔下。乙构成破坏交通设施罪

C. 丙吸毒后驾车将行人撞成重伤(负主要责任)，但毫无觉察，驾车离去。丙构成交通肇事罪

D. 丁被空姐告知“不得打开安全门”，仍拧开安全门，致飞机不能正点起飞。丁构成破坏交通工具罪

【答案】C

【解析】

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。本罪的主体只能是依法配备公务用枪的人员。A项中，甲并非依法配备公务用枪的人员，不能构成丢失枪支不报罪。A项错误。

景区的缆车应为交通工具而非交通设施，乙的行为成立破坏交通工具罪，而非破坏交通设施罪。B项错误。

根据最高法2000年11月10日《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条第2款的规定，交通肇事致1人以上重伤，负事故全部或者主要责任，并具有下列情形之一的，应当以交通肇事罪定罪处罚：（1）酒后、吸食毒品后驾驶机动车辆的；（2）无驾驶资格驾驶机动车辆的；（3）明知是安全装置不全或者安全机件失灵的机动车辆而驾驶的；（4）明知是无牌证或者已报废的机动车辆而驾驶的；（5）严重超载驾驶的；（6）为逃避法律追究逃离事故现场的。据此，C项正确。

破坏交通工具罪，是指故意破坏火车、汽车、电车、船只、航空器，足以使其发生倾覆、毁坏危险的行为。D项中，丁拧开安全门，虽然导致飞机不能正常起飞，但并未造成飞机倾覆、毁坏的危险，不能成立破坏交通工具罪。D项错误。

2. (2014/2/13) 乙(15 周岁)在乡村公路驾驶机动车时过失将吴某撞成重伤。乙正要下车救人,坐在车上的甲(乙父)说:“别下车!前面来了许多村民,下车会有麻烦。”乙便驾车逃走,吴某因流血过多而亡。关于本案,下列哪一选项是正确的?

- A. 因乙不成立交通肇事罪,甲也不成立交通肇事罪
- B. 对甲应按交通肇事罪的间接正犯论处
- C. 根据司法实践,对甲应以交通肇事罪论处
- D. 根据刑法规定,甲、乙均不成立犯罪

【答案】C

【解析】

2000 年 11 月 10 日最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 5 条第 2 款规定:“交通肇事后,单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸,致使被害人因得不到救助而死亡的,以交通肇事罪的共犯论处。”据此,甲、乙二人成立交通肇事罪的共犯(共犯是一种违法形态,此处的共犯是从违法层面而言的),但因乙没有达到 16 周岁,不成立交通肇事罪(有责层面的犯罪),最终只有甲一人成立交通肇事罪。A 项错误, C 项正确, D 项错误。

乙已经 15 周岁,具有一定的辨认、控制能力,乘车人甲(乙父)指使肇事人乙逃逸时不能认定甲支配了乙的行为,因此,甲不能构成间接正犯。据此, B 选项错误。

3. (2013/2/12) 甲在建筑工地开翻斗车。某夜,甲开车时未注意路况,当场将工友乙撞死、丙撞伤。甲背丙去医院,想到会坐牢,遂将丙弃至路沟后逃跑。丙不得救治而亡。关于本案,下列哪一选项是错误的?

- A. 甲违反交通运输管理法规,因而发生重大事故,致人死伤,触犯交通肇事罪
- B. 甲在作业中违反安全管理规定,发生重大伤亡事故,触犯重大责任事故罪
- C. 甲不构成交通肇事罪与重大责任事故罪的想象竞合犯
- D. 甲为逃避法律责任,将丙带离事故现场后遗弃,致丙不得救治而亡,还触犯故意杀人罪

【答案】A

【解析】

2000 年 11 月最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 8 条规定,在实行公共交通管理的范围内发生重大交通事故的,依照刑法第 133 条交通肇事罪和本解释的有关规定办理;在公共交通管理的范围外,驾驶机动车辆或者使用其他交通工具致人伤亡或者致使公共财产或者他人财产遭受重大损失,构成犯罪的,分别

为了梦想，我要学习！

For Dream, I'm Studying!

依照刑法第 134 条重大责任事故罪、第 135 条重大劳动安全事故罪、第 233 条过失致人死亡罪等规定定罪处罚。本案案发地点为建筑工地，不属于“公共交通管理的范围内”。甲在建筑工地开翻斗车时未注意路况，当场将工友乙撞死、丙撞伤，不能构成交通肇事罪，而是构成重大责任事故罪。据此，A 项表述错误，B 项表述正确。甲不构成交通肇事罪，因此 C 项认为甲不构成交通肇事罪与重大责任事故罪的想象竞合犯，是正确的。甲背丙去医院的途中，将丙弃至路沟，断绝了丙被别人发现从而获救的机会，这一行为积极创设了丙死亡的危险，属于断绝他人生命的杀人行为，主观上甲认识到丙可能死亡，具有杀人的故意，因此，甲遗弃丙的行为构成故意杀人罪，D 项表述正确。A 项为本题正确答案。

4. （2013/2/86-91）甲于某晚 9 时驾驶货车在县城主干道超车时，逆行进入对向车道，撞上乙驾驶的小轿车，乙被卡在车内无法动弹，乙车内黄某当场死亡、胡某受重伤。后查明，乙无驾驶资格，事发时略有超速，且未采取有效制动措施。（事实一）

甲驾车逃逸。急救人员 5 分钟后赶到现场，胡某因伤势过重被送医院后死亡。（事实二）

交警对乙车进行切割，试图将乙救出。此时，醉酒后的丙（血液中的酒精含量为 152mg/100ml）与丁各自驾驶摩托车“飙车”经过此路段。（事实三）

丙发现乙车时紧急刹车，摩托车侧翻，猛烈撞向乙车左前门一侧，丙受重伤。20 分钟后，交警将乙抬出车时，发现其已死亡。现无法查明乙被丙撞击前是否已死亡，也无法查明乙被丙撞击前所受创伤是否为致命伤。（事实四）

丁离开现场后，找到无业人员王某，要其假冒飙车者去公安机关投案。（事实五）

王某虽无替丁顶罪的意思，但仍要丁给其 5 万元酬劳，否则不答应丁的要求，丁只好付钱。王某第二天用该款购买 100 克海洛因藏在家中，用于自己吸食。5 天后，丁被司法机关抓获。（事实六）

（1）关于事实一的分析，下列选项错误的是：

- A. 甲违章驾驶，致黄某死亡、胡某重伤，构成交通肇事罪
- B. 甲构成以危险方法危害公共安全罪和交通肇事罪的想象竞合犯
- C. 甲对乙车内人员的死伤，具有概括故意
- D. 乙违反交通运输管理法规，致同车人黄某当场死亡、胡某重伤，构成交通肇事罪

【答案】BCD

【解析】

甲驾驶机动车逆向行驶，导致他人死伤，属于违反交通运输法规造成危害后果的情形，构成交通肇事罪，A 项说法正确。交通肇事罪是在交通运输过程中危害公共安全的行为，属于过失犯、结果犯，而以危险方法危害公共安全罪则属于“方法”特别危险的犯罪，其

与交通肇事罪在构成要件上并不相同；甲没有希望或者放任他人死亡的故意，故 BC 项错误。由于甲的违章逆行行驶行为高度危险，在乙无驾驶资格，事发时超速，且未采取有效制动措施的行为和本案的最终死亡伤害结果之间，介入了对结果有重大影响力的甲的违章驾驶行为，因此，死伤结果应当由甲负责，即便乙的行为与结果之间有条件关系，在规范评价上，也不应该认为乙的行为制造了法益危险并使该结果得以实现，故 D 项错误。

(2) 关于事实二的分析，下列选项正确的是：

- A. 胡某的死亡应归责于甲的肇事行为
- B. 胡某的死亡应归责于甲的逃逸行为
- C. 对甲应适用交通肇事“因逃逸致人死亡”的法定刑
- D. 甲交通肇事后逃逸，如数日后向警方投案如实供述罪行的，成立自首

【答案】AD

【解析】

在甲逃逸之前，其违章行为已经使胡某身受重伤，在其逃逸之后，急救人员在 5 分钟内即赶到现场，胡某最终死亡的结果不是因为甲的不救助行为，而是因为甲先前的交通肇事行为使其伤势过重而引发死亡后果，因此，胡某的死亡不能归责于逃逸行为，当然不能适用交通肇事“因逃逸致人死亡”的法定刑，故 A 项正确，BC 项错误。交通肇事后逃逸，数日后向警方投案并如实供述罪行的，根据有关司法解释规定，属于犯罪后自动投案的情形，符合自首条件，D 项正确。

(3) 关于事实三的定性，下列选项正确的是：

- A. 丙、丁均触犯危险驾驶罪，属于共同犯罪
- B. 丙构成以危险方法危害公共安全罪，丁构成危险驾驶罪
- C. 丙、丁虽构成共同犯罪，但对丙结合事实四应按交通肇事罪定罪处罚，对丁应按危险驾驶罪定罪处罚
- D. 丙、丁未能完成预定的飙车行为，但仍成立犯罪既遂

【答案】AD

【解析】

追逐竞驶情节恶劣的，构成危险驾驶罪。在本案中，被告人醉酒后驾驶机动车追逐竞驶，无论是在理论上还是在实务上，都属于情节恶劣的情形。在追逐竞驶构成危险驾驶罪的场合，行为人主观上是故意，可以成立共同犯罪。危险驾驶罪是抽象危险犯，行为即便没有造成实害，没有完成预定的飙车行为，也成立犯罪既遂，故 AD 项正确。丙醉酒后驾驶机动车与他人追逐竞驶，且在追逐竞驶过程中撞击他人车辆，其行为明显属于追逐竞驶

情节恶劣的情形，只需要在危险驾驶罪的构成要件内加以评价即可，与交通肇事罪、以危险方法危害公共安全罪的构成要件不符，故 BC 项错误。

（4）关于事实四乙死亡的因果关系的判断，下列选项错误的是：

- A. 甲的行为与乙死亡之间，存在因果关系
- B. 丙的行为与乙死亡之间，存在因果关系
- C. 处置现场的警察的行为与乙死亡之间，存在因果关系
- D. 乙自身的过失行为与本人死亡之间，存在因果关系

【答案】ABCD

【解析】

由于无法查明乙被丙撞击前是否已经死亡，就应当根据“存疑时有利于被告”的原则，认定乙被丙撞击前存在已经死亡的高度可能性，而不能认定丙的行为与乙的死亡之间存在因果关系；由于无法查明乙被丙撞击前所受创伤是否致命，就应当根据“存疑时有利于被告”的原则，认定乙在被丙撞击前还存在活着的可能性，而不能认定甲的行为与乙的死亡结果之间存在因果关系，因此，AB 错误。交警对现场的处置，属于合法行使职务的行为，且该行为与死亡结果之间介入了丙醉酒后飙车的重大过错行为，因此，不能要求交警对乙的死亡结果负责。由于前面的分析已经明确：甲应该对先前发生的交通肇事后果负责，乙的过失行为与该交通肇事结果之间没有因果关系，因此，不能认为乙自身的过失行为与本人的死亡结果之间存在因果关系，故 CD 错误。

（5）关于事实五的定性，下列选项错误的是：

- A. 丁指使王某作伪证，构成妨害作证罪的教唆犯
- B. 丁构成包庇罪的教唆犯
- C. 丁的教唆行为属于教唆未遂，应以未遂犯追究刑事责任
- D. 对丁的妨害作证行为与包庇行为应从一重罪处罚

【答案】ABCD

【解析】

丁作为危险驾驶罪的犯罪人（本犯），其指使他人作伪证以包庇自己的行为，属于犯罪人为逃避刑事责任而通常会实施的行为，而法律不强人所难，按照期待可能性的法理，不能追究其妨害司法罪的刑事责任，故 ABD 项错误。根据共犯从属性说，教唆未遂应当理解为教唆犯实施教唆行为，且他人接受教唆后开始着手实行，但是没有达到既遂的情形。在本案中，丁的教唆行为完全没有被王某所接受，丁不构成教唆未遂，C 项错误。

(6) 关于事实六的定性，下列选项错误的是：

- A. 王某乘人之危索要财物，构成敲诈勒索罪
- B. 丁基于不法原因给付 5 万元，故王某不构成诈骗罪
- C. 王某购买毒品的数量大，为对方贩卖毒品起到了帮助作用，构成贩卖毒品罪的共犯
- D. 王某将毒品藏在家中的行为，不构成窝藏毒品罪

【答案】ABC

【解析】

在丁为逃避刑事责任要王某顶罪，并对给付财物不拒斥的场合，不能认为其被恐吓，且替人顶罪时获得报酬虽然违法，但在很多人看来是一场“交易”，王某向丁索要财物符合“交易习惯”，A 项错误。在没有欺骗行为就不会使对方丧失对财产占有的场合，即便被害人是基于不法原因给付财物，行为人也构成诈骗罪，B 项错误。在对向犯中，存在立法上只处罚一方的规定，贩卖毒品罪即仅处罚贩卖者，不处罚购买者，尤其不处罚为自己吸食而购买毒品的人，C 项错误。王某为自己吸食而将毒品藏在自己家中，其行为对社会秩序管理秩序的危害极其有限，不是刑法的处罚对象，不构成窝藏毒品罪，D 项正确。

考点九十九 渎职罪

一、常考知识点

1. 滥用职权罪。
2. 玩忽职守罪。
3. 故意泄露国家秘密罪。
4. 徇私枉法罪。
5. 私放在押人员罪。

二、真题印证

1. (2017/2/63) 关于渎职罪，下列哪些选项是正确的？

- A. 省渔政总队验船师郑某，明知有 8 艘渔船存在套用船号等问题，按规定应注销，却为船主办理船检证书，船主领取国家柴油补贴 640 万元。郑某构成滥用职权罪
- B. 刑警曾某办理冯某抢劫案，明知冯某被取保候审后未定期到派出所报到，曾某也未依法传唤冯某或将案件移送起诉或变更强制措施。期间，冯某再次犯罪。曾某构成徇私枉法罪
- C. 律师于某担任被告人马某的辩护人，从法院复印马某贪污案的案卷材料，允许马某亲属朱某查阅。朱某随后游说证人，使数名证人向于某出具了虚假证明材料。于某构成故意泄露国家秘密罪
- D. 公安局协警闫某，在协助抓捕行动中，向领导黑社会性质组织的李某通风报信，导致李某等主要犯罪分子潜逃。闫某构成帮助犯罪分子逃避处罚罪

【答案】AD

【解析】

滥用职权罪，是指国家机关工作人员滥用职权，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。A 项中，郑某滥用职权给公共财产、国家和人民利益造成重大损失，成立滥用职权罪。A 项正确。

徇私枉法罪，是指司法工作人员徇私枉法、徇情枉法，对明知是无罪的人而使他受追诉，对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉，或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的行为。本罪的责任形式为故意。B 项中，曾某在明知冯某被取保候审后未定期到派出所报到的情况下，未依法传唤冯某或将案件移送起诉或变更强制措施，导致冯某在此期间再次实施犯罪，其主观为过失，成立玩忽职守罪，而非徇私枉法罪。B 项错误。

故意泄露国家秘密罪，是指国家机关工作人员或者其他有关人员，违反保守国家秘密法的规定，故意泄露国家秘密，情节严重的行为。C 项中，律师于某复印的被告人马某贪

污案的案卷材料并非国家秘密，不成立故意泄露国家秘密罪。C项错误。

帮助犯罪分子逃避处罚罪，是指有查禁犯罪活动职责的国家机关工作人员，向犯罪分子通风报信、提供便利，帮助犯罪分子逃避处罚的行为。D项中，公安局协警闫某，向领导黑社会性质组织的李某通风报信，导致李某等主要犯罪分子潜逃，符合帮助犯罪分子逃避处罚罪的犯罪构成，应认定为帮助犯罪分子逃避处罚罪。D项正确。

2. （2016/2/63）关于渎职犯罪，下列哪些选项是正确的？

A. 县财政局副局长秦某工作时擅离办公室，其他办公室人员操作电炉不当，触电身亡并引发大火将办公楼烧毁。秦某触犯玩忽职守罪

B. 县卫计局执法监督大队队长武某，未能发现何某在足疗店内非法开诊所行医，该诊所开张三天即造成一患者死亡。武某触犯玩忽职守罪

C. 负责建房审批工作的干部柳某，徇情为拆迁范围内违规修建的房屋补办了建设许可证，房主凭此获得补偿款 90 万元。柳某触犯滥用职权罪

D. 县长郑某擅自允许未经环境评估的水电工程开工，导致该县水域内濒危野生鱼类全部灭绝。郑某触犯滥用职权罪

【答案】CD

【解析】

渎职罪是指就国家机关工作人员的职务行为，存在渎职行为。敦促办公室员工正确使用电炉，超出了县财政副局长的职务范围。秦某工作时擅离办公室确实不当，但不能因此就认定秦某存在渎职行为。秦某不构成玩忽职守罪。A选项错误。何某的诊所设在足疗店内，刚开张三天，要求武某发现并制止何某的非法行医行为，是不现实的，不能认定武某严重不负责任，不履行监管职责。武某不构成玩忽职守罪。B选项错误。负责本市建房审批工作的干部，滥用职权办理建设许可证，致使房主凭此获得补偿款 90 万元，使国家和人民利益遭受重大损失，其行为符合滥用职权罪的犯罪构成，构成滥用职权罪。虽然也可以考虑柳某的行为触犯贪污罪，但是，柳某成立贪污罪并不意味着柳某的行为未触犯滥用职权罪。C选项正确。县长郑某擅自允许未经环境评估的水电工程开工，导致该县水域内濒危野生鱼类全部灭绝，该行为符合滥用职权罪的犯罪构成，构成滥用职权罪。D选项正确。

3. （2015/2/89-91）案情：朱某系某县民政局副局长，率县福利企业年检小组到同学黄某任厂长的电气厂年检时，明知该厂的材料有虚假、残疾员工未达法定人数，但朱某以该材料为准，使其顺利通过年检。为此，电气厂享受了不应享受的退税优惠政策，获取退税 300 万元。黄某动用关系，帮朱某升任民政局局长。检察院在调查朱某时发现，朱某有

为了梦想，我要学习！

For Dream, I'm Studying!

100 万元财产明显超过合法收入，但其拒绝说明来源。在审查起诉阶段，朱某交代 100 万元系在澳门赌场所赢，经查证属实。请回答下列问题。

(1) 关于朱某帮助电气厂通过年检的行为，下列说法正确的是：

- A. 其行为与国家损失 300 万元税收之间，存在因果关系
- B. 属滥用职权，构成滥用职权罪
- C. 属徇私舞弊，使国家税收遭受损失，同时构成徇私舞弊不征、少征税款罪
- D. 事后虽获得了利益（升任局长），但不构成受贿罪

【答案】ABD

【解析】

(1) 滥用职权罪是指国家机关工作人员滥用职权，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。朱某在对电气厂年检时，明知该厂的材料有虚假、残疾员工未达法定人数，按照职责就不应让电气厂通过年检，但其却利用职权让电气厂通过年检，属于典型的滥用职权行为。该行为使电气厂享受了不应享受的退税优惠政策，获取退税 300 万元，使国家税收遭受重大损失。可见，朱某滥用职权的行为与国家损失 300 万元税收之间，存在因果关系。A 选项正确。

朱某的行为符合滥用职权罪的构成要件，成立滥用职权罪。朱某对其滥用职权的行为及该行为可能产生的后果存在明知，主观心态为故意，故不构成玩忽职守罪。B 选项正确。

徇私舞弊不征、少征税款罪是指税务机关的工作人员徇私舞弊，不征或者少征应征税款，致使国家税收遭受重大损失的行为。朱某虽然徇私舞弊，但不是税务机关的工作人员，不符合徇私舞弊不征、少征税款罪的犯罪主体要件，故其行为不构成徇私舞弊不征、少征税款罪。C 项错误。

成立受贿罪，要求行为人索取或者收受的对象是“财物”，朱某事后虽然获得了利益（转为正局长），但这一利益无法评价为“财物”，故不构成受贿罪。D 项正确。

(2) 关于朱某 100 万元财产的来源，下列分析正确的是：

- A. 其财产、支出明显超过合法收入，这是巨额财产来源不明罪的实行行为
- B. 在审查起诉阶段已说明 100 万元的来源，故不能以巨额财产来源不明罪提起公诉
- C. 在澳门赌博，数额特别巨大，构成赌博罪
- D. 作为国家工作人员，在澳门赌博，应依属人管辖原则追究其赌博的刑事责任

【答案】B

【解析】

巨额财产来源不明罪表现为财产、支出明显超过合法收入，差额巨大，在有关机关责令行为人说明其来源时，行为人不能说明来源。财产、支出明显超过合法收入并不是本罪

的实行行为，只是本罪的前提条件(行为状况)。据此，A 选项错误。

只要行为人在审查起诉阶段已说明巨额财产的来源，即不满足“不能说明来源”的要件，不再成立巨额财产来源不明罪。B 选项正确。

赌博罪是指以营利为目的聚众赌博、以赌博为业的行为。朱某虽然存在赌博行为，但是，本题中朱某的行为不满足“聚众赌博”或者“以赌博为业”的要件，故不构成赌博罪。C 选项错误。

既然朱某的行为不构成赌博罪，自然无需启动刑事诉讼程序来追究其刑事责任，因而也就谈不上依据属人管辖原则追究朱某刑事责任的问题。据此，D 选项错误。

(3) 关于黄某使电气厂获取 300 万元退税的定性，下列分析错误的是：

- A. 具有逃税性质，触犯逃税罪
- B. 具有诈骗属性，触犯诈骗罪
- C. 成立逃税罪与提供虚假证明文件罪，应数罪并罚
- D. 属单位犯罪，应对电气厂判处罚金，并对黄某判处相应的刑罚

【答案】ACD

【解析】

逃税罪是指纳税人扣缴义务人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额 10%以上的行为。黄某使电气厂获取 300 万元属于骗取退税 300 万元，不属于“逃避缴纳税款”故不构成逃税罪。A 选项错误。

黄某采取弄虚作假的手段使电气厂通过福利企业年检，骗取了退税优惠资格，获取退税 300 万元，符合诈骗罪的构成要件，触犯诈骗罪。B 选项正确。

提供虚假证明文件罪是指承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务等职责的中介组织或者中介组织的人员，故意提供虚假证明文件，情节严重的行为。虽然朱某存在向年检小组提供虚假证明文件的行为，但其并不符合提供虚假证明文件罪的主体要件，故不构成提供虚假证明文件罪。C 选项错误。

本案属于单位实施了诈骗行为，但根据刑法规定，单位不对《刑法》第 266 条的诈骗行为负刑事责任，故本案不能以单位犯罪论处。D 选项错误。

4. (2014/2/63) 丙实施抢劫犯罪后，分管公安工作的副县长甲滥用职权，让侦办此案的警察乙想办法使丙无罪。乙明知丙有罪，但为徇私情，采取毁灭证据的手段使丙未受追诉。关于本案的分析，下列哪些选项是正确的？

- A. 因甲是国家机关工作人员，故甲是滥用职权罪的实行犯

为了梦想，我要学习！

For Dream, I'm Studying!

B. 因甲居于领导地位，故甲是徇私枉法罪的间接正犯

C. 因甲实施了两个实行行为，故应实行数罪并罚

D. 乙的行为同时触犯徇私枉法罪与帮助毁灭证据罪、滥用职权罪，但因只有一个行为，应以徇私枉法罪论处

【答案】AD

【解析】

分管公安工作的副县长甲指示承办案件的警察乙想办法使丙无罪，属于滥用职权，致使犯有抢劫罪的丙未受刑事追究，甲构成滥用职权罪，是滥用职权罪的实行犯。徇私枉法罪要求主体具有司法工作人员的身份，甲是分管公安工作的副县长，不具有司法工作人员身份，故不能构成徇私枉法罪的间接正犯，因为间接正犯也属于正犯，只有具有司法工作人员身份的人才能构成徇私枉法罪的间接正犯。甲只实施了一个滥用职权的行为，不存在滥用职权罪的实行犯与徇私枉法罪的间接正犯这两个行为(后一行为不存在)，因此，不能对甲数罪并罚。承办案件的警察乙的行为同时触犯徇私枉法罪与帮助毁灭证据罪、滥用职权罪，但因只有一个行为，应以其中处罚最重的犯罪即徇私枉法罪论处。AD 为本题正确选项。

5. (2012/2/21)下列哪一行为应以玩忽职守罪论处？

A. 法官执行判决时严重不负责任，因未履行法定执行职责，致当事人利益遭受重大损失

B. 检察官讯问犯罪嫌疑人甲，甲要求上厕所，因检察官违规打开械具后未跟随，致甲在厕所翻窗逃跑

C. 值班警察与女友电话聊天时接到杀人报警，又闲聊 10 分钟后才赶往现场，因延迟出警，致被害人被杀、歹徒逃走

D. 市政府基建负责人因听信朋友介绍，未经审查便与对方签订建楼合同，致被骗 300 万元

【答案】C

【解析】

玩忽职守罪，是指国家机关工作人员玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。玩忽职守的行为，即严重不负责任，不履行职或者不正确履行职责的行为。不履行，是指行为人应当履行且有条件、有能力履行职责，但违背职责没有履行，包括擅离职守的行为；不正确履行，是指在履行职责的过程中，违反职责规定，马虎草率、粗心大意。本罪是结果犯，即只有致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，才成立本罪。

关于 A 项。法官执行判决时严重不负责任，因未履行法定执行职责，致当事人利益遭受重大损失，构成执行判决、裁定失职罪。本罪是指司法工作人员在执行判决、裁定活动中，严重不负责任，不依法采取诉讼保全措施、不履行法定执行职责，致使当事人或者其他人的利益遭受重大损失的行为。本罪为过失犯罪，行为既可能表现为作为，也可能表现为不作为。行为使当事人或者其他人的利益遭受重大损失的，才成立本罪。因此，A 项不当选。

关于 B 项。检察官讯问犯罪嫌疑人甲，甲要求上厕所，因检察官违规打开械具后未跟随，致甲在厕所翻窗逃跑，构成失职致使在押人员脱逃罪。本罪是指司法工作人员由于严重不负责任，致使在押的犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯脱逃，情节严重的行为。因此，B 项不当选。

关于 C 项。值班警察与女友电话聊天时接到杀人报警，又闲聊 10 分钟后才赶往现场，因延迟出警，致被害人被杀、歹徒逃走，构成玩忽职守罪。因此，C 项当选。

关于 D 项。市政府基建负责人因听信朋友介绍，未经审查便与对方签订建楼合同，致被骗 300 万元，构成国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪。本罪是指国家机关工作人员在签订、履行合同过程中，因严重不负责任被诈骗，致使国家利益遭受重大损失的行为。因此，D 项不当选。

考点一百 其他犯罪

一、常考考点

1. 危害国家安全罪：(1)叛逃罪；(2)间谍罪；(3)为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪；(4)资助危害国家安全犯罪活动罪。

2. 危害国防利益罪：(1)阻碍军人执行职务罪；(2)冒充军人招摇撞骗罪；(3)盗窃、抢夺武装部队公文、证件、印章罪。

3. 军人违反职责罪：(1)为境外窃取、刺探、收买、非法提供军事秘密罪；(2)战时自伤罪。

二、真题印证

1. (2012/2/14)甲系海关工作人员，被派往某国考察。甲担心自己放纵走私被查处，拒不归国。为获得庇护，甲向某国难民署提供我国从未对外公布且影响我国经济安全的海关数据。关于本案，下列哪一选项是错误的？

A. 甲构成叛逃罪

B. 甲构成为境外非法提供国家秘密、情报罪

C. 对甲不应数罪并罚

D. 即使《刑法》分则对叛逃罪未规定剥夺政治权利，也应对甲附加剥夺1年以上5年以下政治权利

【答案】C

【解析】

关于A项。叛逃罪，是指国家机关工作人员在履行公务期间，擅离岗位，叛逃境外或者在境外叛逃的行为，以及掌握国家秘密的国家工作人员，叛逃境外或者在境外叛逃的行为。本案中的甲是国家机关工作人员，其在履行公务期间叛逃境外，成立叛逃罪。因此，A项正确。

关于B项。为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪，是指为境外的机构、组织或者个人窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报的行为。本罪在主观方面上只能是故意，即明知是国家秘密或者情报，而故意为境外机构、组织、个人窃取、刺探、收买或者非法提供。本案中的甲向某国难民署提供我国从未对外公布且影响我国经济安全的海关数据，其行为构成为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪。因此，B项正确。

关于C项。甲先后实施了叛逃和为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报两个行为，侵犯了两个法益，对其应实行数罪并罚。因此，C项错误。

关于D项。根据《刑法》第56条的规定，对于危害国家安全的犯罪分子应当附加剥

夺政治权利。根据《刑法》第 55 条的规定，剥夺政治权利的期限，一般为 1 年以上 5 年以下。由于在总则中规定对危害国家安全犯罪分子应当附加剥夺政治权利，因此，即使分则对叛逃罪未规定剥夺政治权利，也应对犯罪分子附加剥夺政治权利，而且刑期是 1 年以上 5 年以下。因此，D 项正确。