

西南政法大学 2001 年刑法学考研试题

一、多项选择题(每小题 2 分, 共 12 分)

1. 我国刑法对国外犯采用()管辖权。

- ①属地 ②属人
- ③保护 ④普遍
- ⑤折衷

[参考答案]②③④

2. 刑罚具有()功能。

- ①一般威慑、个别威慑
- ②限制、消除再犯
- ③教育感化
- ④法制教育
- ⑤安抚、补偿

[参考答案]①②③④⑤

3. 下列属于法定应当减轻或者免除处罚的情节是()。

- ①防卫过当
- ②从犯
- ③胁从犯
- ④有重大立功表现
- ⑤尚未完全丧失辨认或控制自己行为能力的精神病人

[参考答案]①②③

4. 下列犯罪只能由国家机关工作人员构成的是()。

- ①违法提供出口退税凭证罪
- ②非法搜查罪
- ③徇私枉法罪
- ④巨额财产来源不明罪
- ⑤非法低价出售国有土地使用权罪

[参考答案]③④

5. 下列犯罪中可以由单位构成的有()。

- ①倒卖车票、船票罪
- ②对公司、企业人员行贿罪
- ③贷款诈骗罪
- ④非法生产、买卖警用装备罪
- ⑤非法出售增值税专用发票罪

[参考答案]①②④⑤

6. 村民委员会等基层组织人员协助人民政府从事下列()工作的, 属于刑法第 93 条第 2 款规定的“其他依照法律从事公务的人员”。

- ①国有土地的经营和管理
- ②代征、代缴税款
- ③土地征用补偿费用的管理
- ④村办企业的经营和管理
- ⑤有关计划生育、户籍、征兵

[参考答案]①②③⑤

[参考资料]赵长青主编：《刑法学》，法律出版社 2000 年版；张明楷著《刑法学》（上、下），（“九五”规划法学教材），法律出版社 1997 年版；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》。

二、判断分析题(每小题 4 分，共 20 分)

1. 刑法上的不作为，是指行为人消极地不履行刑事法律规定的义务，以致发生了危害社会结果的行为。

[参考答案]错误。不作为是指行为人有能力履行其法律义务而不履行，以致发生危害社会的结果。其义务来源包括法律规定的义务、职务或业务上的义务、先前行为的义务等，而且法律规定的义务中的“法律”不仅指刑事法律，同时也包括民事法和行政法等规定义务。

2. 王某用枪射杀丁某，因枪法不准，将丁某附近的朱某击毙。王某的行为属于对象认识错误。

[参考答案]错误。对象认识错误是指行为人对行为对象的认识与实际不符。本案，行为人对行为对象的认识没有错误，只是由于客观行为错误而造成另一结果，这在刑法理论上称打击错误或行为误差，不是对象认识错误。

3. 黄某教唆孙某投毒杀人，孙某投毒后又临时改变主意，并采取措施有效地防止了危害结果发生。黄某和孙某的行为成立犯罪中止。

[参考答案]错误。教唆犯罪中，教唆者要成立犯罪中止，必须是教唆者自动停止教唆行为并且要使被教唆者也停止犯罪的实行，或者是教唆者有效地防止了危害结果的发生。据此，本案中，孙某的行为构成犯罪中止，但黄某的行为不成立犯罪中止。

4. 受委派承担监管职责的狱医，由于严重不负责任，致使在押人员脱逃，造成严重后果的，应当依照失职致使在押人员脱逃罪论处。

[参考答案]正确。狱医在正常情况下，不负责监管在押人员，没有监管义务。但当其受委派承担监管职责时，就负有监管义务。行为人由于严重不负责任，致使在押人员逃脱，造成严重后果的，应当构成犯罪。

5. 某国有公司原材料部经理张某，利用职务之便，挪用本公司 100 吨电解铜后予以变卖，将所得 200 余万元款项用于个人营利活动。对张某应当以挪用公款罪定罪处罚。

[参考答案]正确。挪用公款罪的行为对象在一般情况下是公款，但在特殊情况下公物也是可以成为犯罪对象的。在本案中，行为人虽然直接挪用的是公物，但行为人将公物变卖，其行为的本意在利用公物的交换价值，这种情况下，可以将公物作为挪用公款罪的对象。因此，对张某的行为应以挪用公款罪论处。

[参考资料]赵长青主编：《刑法学》，法律出版社 2000 年版；张明楷著《刑法学》（上、下），（“九五”规划法学教材），法律出版社 1997 年版。

三、简述题(每小题 7 分，共 35 分)

1. 犯罪中止的概念及其特征。

[参考答案]根据刑法规定，“在犯罪过程中，自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的，是犯罪中止。”因此作为故意犯罪形态的犯罪中止，是指行为人已经开始实施犯罪，而又中止了犯罪所呈现的形态。犯罪中止存在两种情况：一是未实行终了的中止，即在实行行为还没有实行终了的犯罪过程中自动放弃犯罪；二是实行终了的中止，即在实行行为实行终了的犯罪过程中自动有效地防止犯罪结果发生。

虽然犯罪中止可以分为两种情况，但它们又具有相同的特征，故综合起来论述两种犯罪中止的特征。

(一)中止的时间性。中止必须发生在“犯罪过程中”，即在犯罪行为开始实施之后、犯罪呈现结局之前均可中止。中止的时间性，是由中止的有效性决定的，即为了有效地放弃犯罪或者有效地防止犯罪结果发生，决定了中止必须发生在犯罪过程中。

(二)中止的启动性。成立犯罪中止，要求行为人“自动”放弃犯罪或者“自动”有效地防止犯罪结果发生。这是犯罪中止与犯罪预备、犯罪未遂在主观上的区分标志。对于中止的自动性应理解为，行为人认识到客观上可能继续实施犯罪或者可能既遂，但自愿放弃原来的犯罪意图。

(三)中止的客观性。中止不只是一种内心状态的转变，还要求客观上有中止行为。中止行为分为两种情况：行为未实行终了、只要不继续实施就不会发生犯罪结果的情况下，中止行为表现为放弃继续实施犯罪行为；行为实行终了、不采取有效措施就会发生犯罪结果的情况下，中止行为表现为采取积极措施有效地防止犯罪结果发生。

(四)中止的有效性。不管是哪一种中止，都必须是没有发生行为人原本所追求的、行为性质所决定的犯罪结果。行为人虽然自动放弃犯罪，或者自动采取措施防止结果发生，但如果发生了行为人原本所追求的、行为性质所决定的犯罪结果，就不成立犯罪中止。

犯罪中止的上述四个特征，使其分别与犯罪预备、犯罪未遂、犯罪既遂相区别。同时具备上述四个特征的，才成立犯罪中止。

[参考资料]. 赵长青主编：《刑法学》，法律出版社 2000 年版；张明楷著《刑法学》(上、下)，(“九五”规划法学教材)，法律出版社 1997 年版。

2. 我国刑法对数罪并罚的规定。

[参考答案 1] 数罪并罚，是指人民法院对一人犯数罪分别定罪量刑，并根据法定原则与方法，决定应当执行的刑罚。

我国刑法第 69 条规定：“判决宣告以前一人犯数罪的，除判处死刑和无期徒刑的以外，应当在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上，酌情决定执行的刑期，但是管制最高不能超过三年，拘役最高不能超过一年，有期徒刑最高不能超过二十年。”“如果数罪中有判处附加刑的，附加刑仍须执行。”据此，我国刑法对数罪并罚采取的是混合原则。(1)对判处死刑和无期徒刑的，采取吸收原则。(2)对于判处有期徒刑、拘役和管制的，采取限制加重原则中的加重综合型主义。“限制”表现为两个方面：一是受总和刑期的限制，二是受数罪并罚法定最高刑的限制。(3)数罪中有判处附加刑的，附加刑仍须执行。即对判处附加刑的，采取附加刑与主刑并科的原则。

根据刑法第 69 条、第 70 条与第 71 条的规定，适用数罪并罚有三种情况：(1)判决宣告以前一人犯数罪的并罚。判决宣告以前一人犯数罪，并且数罪均已被发现时，根据刑法第 69 条规定的上述数罪并罚原则予以并罚。(2)刑罚执行完毕以前发现漏罪的并罚。刑法第 70 条规定：“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，依照本法第六十九条的规定，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。”这种方法称为“先并后减”。(3)刑罚执行完毕以前又犯新罪的并罚。刑法第 71 条规定：“判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，被判刑的犯罪分子又犯罪的，应当对新犯的罪作出判决，把前罪没有执行的刑罚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。”这种方法称为“先减后并”。

[参考资料]赵长青主编：《刑法学》，法律出版社 2000 年版；张明楷著《刑法学》(上、下)，(“九五”规划法学教材)，法律出版社 1997 年版。

3. 集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪的异同。

[参考答案]集资诈骗罪是指以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大的行为。非法吸收存款罪，是指非法吸收公众存款或者非法变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的行为。

集资诈骗罪与非法吸收存款罪的相同点表现为：(1)犯罪主体范围相同。两者都可以由自然人主体和单位主体构成；(2)客观方面都表现为非法集资行为；(3)主观上都具有犯罪故

意；(4)两者都侵犯了国家的金融秩序。

但两者之间存在很大区别：(1)犯罪目的不同。前者以非法占有为目的；后者一般以营利为目的，不具有非法占有的目的，并且一般具有返还的意图。这是两者最关键的区别(2)行为方式与对象不同。前者表现为使用诈骗手段，非法集资，非法集资的对象可能是社会公众，也可能是特定群众或特定的少数人；后者则没有使用诈骗手段，吸收存款的对象是社会公众。(3)犯罪客体不同。前者是复杂客体，即国家金融管理秩序和公私财产所有权；后者是一般单一客体，即国家金融管理秩序。

[参考资料]赵长青主编：《刑法学》，法律出版社 2000 年版；张明楷著《刑法学》(上、下)，(“九五”规划法学教材)，法律出版社 1997 年版。

4. 抢劫罪与敲诈勒索罪的区别。

[参考答案]抢劫罪，是指以不法所有为目的，以暴力、胁迫或者其他方法，强行劫取公私财物的行为。敲诈勒索罪，是指以不法所有为目的，对他人实行威胁，索取数额较大的公私财物的行为。

敲诈勒索罪与抢劫罪二者都是以不法所有为目的，都可以使用威胁方法，其区别表现在第一，抢劫罪只能是以暴力侵害相威胁；而敲诈勒索罪的威胁方法基本没有限制。第二，抢劫罪只能是当场进行威胁，不可能通过第三者进行威胁；敲诈勒索罪既可以当场威胁，也可以通过第三者进行威胁。第三，抢劫罪的威胁内容是，如果不满足行为人的要求，威胁内容就当场实现；敲诈勒索罪的威胁内容是，如果不满足行为人的要求，威胁内容在将来的某个时间实现。第四，抢劫罪是当场取得财物，不是事后取得财物；敲诈勒索罪既可以当场取得财物，也可以事后取得财物。

[参考资料]赵长青主编：《刑法学》，法律出版社 2000 年版；张明楷著《刑法学》(上、下)，(“九五”规划法学教材)，法律出版社 1997 年版。

5. 重大责任事故罪与玩忽职守罪的异同。

[参考答案]重大责任事故罪，是指工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的职工，由于不服管理、违反规章制度，或者强令工人违章冒险作业，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为。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。

重大责任事故罪与玩忽职守罪的相同之处主要表现在以下方面：(1)两者在主观方面都是过失，即行为人应当预见自己的行为可能发生严重后果，造成重大损失，而没有预见，或已经预见而轻信能够避免的心态。(2)两者在犯罪构成上对后果的要求相同，即都是以发生重大损失为构成犯罪的必要要件。

两者的区别主要表现为：(1)犯罪主体不同。前者必须是工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的职工；后者的主体为国家机关工作人员。(2)发生场合不同。前者必须发生在生产、作业活动中，并同有关职工、从业人员的生产、作业活动有直接联系；而后者必须发生在国家机关的公务活动中。这是两者比较关键的区别。(3)犯罪客体不同。前者主要侵犯的是公共安全，即不特定多数人的生命与财产安全利益，而后者侵犯的是国家机关的正常活动及职能。

[参考资料]赵长青主编：《刑法学》，法律出版社 2000 年版；张明楷著《刑法学》(上、下)，(“九五”规划法学教材)，法律出版社 1997 年版。

四、论述题(18分)

试论主观罪过中的意识和意志。

[参考答案]

(一)罪过属于心理态度的范畴，具有心理学的内容：它由认识因素与意志因素构成，认识因素与意志因素直接反映行为人的情感态度。认识因素即行为人的意识，意志因素也可称

为行为人的意志。罪过又是一个法学概念，具有刑法学的意义：它是犯罪主体对自己实施的危害行为及其危害结果所持的心理态度。主观罪过包括犯罪故意和犯罪过失。认识因素与意志因素是区分两种罪过形式的标准。故意与过失这两种罪过形式的界限，是同时按照两个标准来区分的：一是行为人对自己的危害行为造成危害结果有无认识以及认识程度如何，即认识因素；二是行为人对危害结果的态度如何，即意志因素。

(二)犯罪故意，则是指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的心理态度。犯罪故意由两个因素构成：一是认识因素，即明知自己的行为会发生危害社会的结果；二是意志因素，即希望或者放任危害结果的发生。二者的有机统一才是犯罪故意。“有机统一”有两个意思：一是任何犯罪的故意都必须同时存在认识因素与意志因素；二是认识因素与意志因素之间具有内在联系，突出地表现在行为人所认识到的结果与所希望或者放任发生的结果必须是同一的，而且意志因素是以认识因素为前提的。如果发生认识错误，就可能影响故意的成立。

我国刑法根据故意的认识因素与意志因素的内容，将故意分为直接故意与间接故意。直接故意，是指明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望这种结果发生的心理态度。直接故意是认识因素与意志因素的统一。1. 认识因素是明知自己的行为会发生危害社会的结果。不能认为直接故意的认识内容就是认识到结果发生，而应认为认识内容包括明知自己行为的性质、对象、结果与意义。一般情况下，不要求行为人认识到自己行为的违法性。2. 意志因素是希望危害结果的发生。“希望”是指行为人积极追求危害结果发生；发生危害结果是行为人实施危害行为直接追求的目的，除此之外，没有其他任何意图。

间接故意，是指明知自己的行为可能发生危害社会的结果，并且放任这种结果发生的心理态度。间接故意也是认识因素与意志因素的统一。1. 认识因素是明知自己的行为可能发生危害社会的结果。2. 意志因素是放任危害结果发生。“放任”是对危害结果的一种听之任之的态度。即行为人为了追求一定的目的而实施一定行为时，行为人既不是希望危害结果发生，也不是希望危害结果不发生，结果发生与否，都不违背行为人意志。

(三)犯罪过失，则是指应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果的心理态度。我国刑法根据行为人是否已经预见危害结果，将过失分为疏忽大意的过失与过于自信的过失。疏忽大意的过失，是指应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，以致发生这种结果的心理态度。

疏忽大意的过失是一种无认识的过失，即行为人没有预见自己的行为可能发生危害社会的结果；没有预见的原因并非行为人不能预见，而是在应当预见的前提下由于疏忽大意才没有预见。应当预见但由于疏忽大意而没有预见，就是疏忽大意过失的认识因素。疏忽大意过失的意志因素是反对危害结果发生或希望危害结果不发生，至少可以说是既不希望也不放任危害结果发生。不过，疏忽大意过失的意志因素属于消极因素，没有证据表明行为人希望或放任危害结果发生，就可以确定为疏忽大意的过失。

过于自信的过失，是指已经预见自己的行为可能发生危害社会的结果，但轻信能够避免，以致发生这种结果的心理态度。过于自信的过失是有认识的过失。行为人已经预见自己的行为可能发生危害社会的结果，同时又轻信能够避免危害结果，这就是过于自信过失的认识因素。轻信能够避免又表明行为人既不希望也不放任危害结果的发生，这便是过于自信过失的意志因素。这种意志因素也是不需要司法机关积极证明的因素。

[参考资料]赵长青主编：《刑法学》，法律出版社2000年版；张明楷著《刑法学》（上、下），（“九五”规划法学教材），法律出版社1997年版。

五、案例分析题(15分)

甲，男，18岁，四川省某县农民。

乙，男，15岁，四川省某县农民。

丙，男，40岁，重庆市渝中区无业人员。

来渝打工的甲、乙经他人联系，欲从丙处购买50克海洛因带回家乡倒卖。事前约定价格为每克180元，但在约定地点交易时，丙称进价涨了，低于200元不卖，甲、乙则坚持按约定的价格交易，双方争执不下。甲、乙见交易不成便逼近丙，甲将丙的左手抓住，乙动手在丙身上搜海洛因。此时，丙用右手拔出随身携带的匕首，朝着甲的胸部连刺两刀即逃跑。甲被刺后因流血过多，抢救无效死亡。两日后丙被抓获。

问：本案中甲、乙、丙的行为的性质该如何认定？

[参考答案]1. 甲、乙的行为构成贩卖毒品罪(未遂)和抢劫罪(未遂)的共犯。两人共同基于购买海洛因回家乡倒卖营利的目的贩卖毒品，并且与丙进入交易阶段，为已经着手。但由于两人意志以外的因素即丙称进价涨价而坚持不卖，致使行为没有完成，因此，构成贩卖毒品罪(未遂)的共犯。

在甲、乙贩卖毒品的交易行为未得逞的情况下，两人共同对丙进行强行搜身，利用了两个人的力量优势，应视为运用暴力手段，因此，甲、乙的行为构成抢劫罪(未遂)的共犯。

2. 丙的行为构成贩卖毒品罪和(间接)故意杀人罪。丙贩卖毒品的行为构成贩卖毒品罪无疑。丙对甲、乙二人的抢劫行为的反击是否正当防卫不无问题。笔者认为，正当防卫必须具有防卫目的的正当性，在本案中，丙的反击行为是为了保护自己贩卖的毒品，是一种非法利益，对抢劫非法利益的行为进行的防卫不构成正当防卫。另外，丙用匕首对着甲的胸部这样的身体关键部位连刺两刀，明知会造成甲的死亡，并且放任其行为后果的发生，因此，其主观心态应是间接故意。综上，丙的行为构成贩卖毒品罪和(间接)故意杀人罪。

[参考资料]1 赵长青主编：《刑法学》，法律出版社2000年版；张明楷著《刑法学》(上、下)，(“九五”规划法学教材)，法律出版社1997年版。