

05年考友问答集锦（第一期）刑法部分 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/482/2021_2022_05_E5_B9_B4_E8_80_83_E5_8F_c36_482843.htm

问题：按照审判监督程序重新审判的案件，是否是适用审判时所采用的法律？刑法修正案与刑法之间可有效力冲突？对依审判监督程序重新审判的案件是否有影响？还有您说故意杀人罪是典型的即成犯，行为终了结果即产生，那么犯罪人有意杀害被害人并折磨他，割破被害人手指，等待被害人流血过多而亡，那么这种情形该怎么看呢？

答：1．今年万国出的“刑法46讲”的第13页，对于刑法的时间效力的问题讲的很清楚，你可以看一下。简单的说，再审的案件是针对的已经生效的判决、裁定。所以不适用新的规定（包括刑法修正案、补充规定等单行刑法，但不包括司法解释），适用的是当时的法律。2．刑法修正案出台以后，就依照修正案的规定，而不论过去的刑法内容是如何规定的。3．所谓即成犯，亦称即时犯，是指侵犯一定客体或者引发一定危害结果的危害行为，一经实施终了，即完全具备某种犯罪的构成要件，构成既遂的犯罪形态。换言之，即成犯的危害行为不具有时间持续性的特征，只要该危害行为实施终了或者危害行为实施终了并造成法定的危害结果，就具备某种犯罪的全部构成要件。即成犯基本分为两种类型：一类是只要实施了刑法分则规定的某种危害行为就构成既遂的犯罪。例如，诬告陷害罪、伪证罪等。此类犯罪并非不能引起不法状态(仅指犯罪行为终止之后，客体仍然继续遭受侵犯的状态，下同)或实际危害结果，而是不以产生一定的不法状态或实际危害结果为犯罪构成的要件。另一类是

不仅实施了犯罪构成客观要件的行为，而且必须引起法定的不法状态或实际危害结果，才构成既遂的犯罪。例如，故意伤害罪、盗窃罪等刑法分则所规定的多数犯罪，都是此类即成犯。此类即成犯的特点在于，犯罪行为与其可能造成的不法状态不可能同时处于继续状态之中，当犯罪行为业已完成并引起不法状态之后，危害行为不再继续，只是不法状态可能继续存在。注意：即成犯与继续犯的主要区别在于：第一，继续犯必须是在一定的时间内，犯罪行为及其所引起的不法状态同时处于持续状态的犯罪形态；而即成犯的构成，并不要求危害行为必须具有一定时间的持续性。第二，继续犯构成既遂之后，其危害行为及其所引起的不法状态仍可能在一定时间内同时处于持续状态之中；而即成犯达到犯罪既遂之后，其危害行为不再继续，只是危害行为可能引起的不法状态有可能继续存在。第三，继续犯构成既遂之后，其危害行为可能仍然尚未实施终了；而即成犯必须是危害行为实施终了在前，犯罪构成既遂在后，危害行为实施终了是犯罪构成既遂的必备前提。所以，你给出的案例应当是故意伤害致死，而不是故意杀人。故意杀人的手段是多种多样的，但都要求手段是为了故意致人死亡。其手段必须是足以致人死亡。而你给出的案例很难让人理解为故意杀人，把手指割破是不太可能致人死亡的。（相关阅读：2005年刑法精选试题（练习篇））问题：刑法46讲第81页中，2004年真题例4的选项答案D，在分析中，作者认为是犯罪中止，请具体解释。答：我国刑法第24条第1款规定“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。”根据这一规定，犯罪中止，是指在犯罪过程中，行为人自动放弃

犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生，因而未完成犯罪的一种犯罪停止形态。犯罪中止包括自动放弃犯罪的犯罪中止和自动有效的防止犯罪结果发生的犯罪中止两种。区别犯罪中止与犯罪未遂的根本标志是看罪犯是否自动放弃犯罪。犯罪未遂与犯罪中止虽同属故意犯罪过程中的停止形态，但犯罪未遂是指已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而没有完成犯罪的行为状态；犯罪中止是指在犯罪过程中，犯罪分子自动放弃犯罪或者自动有效的防止犯罪结果发生的行为状态。二者相区分的标志表现在：一是时间上，犯罪未遂只能发生于案犯已经着手实行具体犯罪的过程中，而犯罪中止既可以发生在犯罪预备阶段，也可以发生在着手实施犯罪的过程中。二是在未完成的原因上，犯罪未遂是由于罪犯意志以外的因素，被迫中断犯罪或客观不能既遂；而犯罪中止是罪犯自动停止犯罪或采取积极措施有效地防止犯罪结果的发生。是犯罪未遂还是犯罪中止，关键看中断犯罪是被迫还是自动停止。就本案而言，丁主观目的是绑架被害人李某某后出卖，在李某说了一句“我有性病，不会有人要”的话之后，丁某随停止了作案，从而导致犯罪后果未进一步发生。认定丁某的犯罪形态究竟是犯罪中止还是犯罪未遂，关键要看丁某是被迫中断犯罪还是自动停止犯罪。在丁某对李某已经着手实施绑架后，李某实际上是处在丁某的控制之下，李某的一句话，能不能算是意志以外的原因迫使丁某放弃继续作案？李某这句话，的确是丁某没有想到的，但这时丁某没有外力迫使他放弃犯罪，只要他还想继续绑架李某，他还是可以继续下去的。可能他觉得绑架一个有性病的人划不来，于是放弃了犯罪，这实际上是丁某在主观上放弃了犯罪

。而使犯罪结果未发生。从而可以看出丁某放弃犯罪，是由其主观意志所决定的，所以本案应认定为“犯罪中止”。（相关阅读：司法考试刑法分则笔记）问题：刑法第171条：金融机构工作人员购买假币、以假币换取货币罪的具体表现形式是什么？案1：若商业银行职员在客户取款时，将自己的假币付给取款的用户（用户不知情），而将银行真币放入自己的腰包，构成该罪，还是侵占罪或盗窃罪？案2：若商业银行职员在客户存款时，将自己的假币存入（用户不知情），而将银行真币放入自己的腰包，构成该罪，还是侵占罪或盗窃罪？案3：若商业银行职员在匡账时，用自己的假币换真币，又构成何罪？答：此罪的具体表现形式为：金融机构工作人员购买假币，或者利用职务上的便利以假币换取货币的行为。“利用职务上的便利”既包括利用为客户办理存、取款手续时的便利，也包括在匡帐时的便利，以及在工作中的其他职务上的便利。所以，您提出的三个案例，行为人均构成金融机构工作人员以假币换取货币罪。此外，需要指出的是，这里的“假币”既包括假人民币，也包括假外币；“货币”也是既包括人民币，也包括外币。问题：14--16周岁的人犯罪只有8种才承担刑事责任，但是有一些犯罪中有结果加重的情形，如：绑架后杀害人质，拐卖妇女又奸淫被拐卖的妇女的，如果行为人是14?16周岁的人，罪名只能是定绑架罪，贩卖人口罪，那不是就不用承担刑事责任了吗？还是可以比照两高对拐卖妇女儿童犯罪的解释，按数罪并罚？答：关于此问题，《全国人大常委会法工委关于已满14周岁不满16周岁的人承担刑事责任范围问题的答复意见》（法工委复字[2002]12号）指出：刑法第17条第2款规定的8种犯罪，是

指具体犯罪行为而不是指具体罪名。对于刑法17条规定的“犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡”，是指只要故意实施了杀人、伤害行为并且造成了致人重伤、死亡后果的，都应负刑事责任。而不是指只有犯故意杀人罪、故意伤害罪的，才负刑事责任。所以，对司法实践中出现的已满14周岁不满16周岁的人绑架人质后杀害被绑架人、拐卖妇女并奸淫被拐卖的妇女行为，依据刑法应以故意杀人罪、强奸罪追究其刑事责任。（相关阅读：刑法案例分析题的解答方法）

问题：刑法中所谓“国有公司、企业、事业单位指的是100%国家投资的吗？还是只要有国家的得是要国家控股？答：通说认为：“国有公司”指财产完全属于国家所有的公司和国家控股的股份有限公司；“国有企业”是指财产完全属于国家所有的从事生产经营活动的、不具备公司性质经济组织。

“国有事业单位”是指国家投资兴办的文化、教育、出版等事业单位。但是最高人民法院的《关于在国有资本控股、参股的股份有限公司从事管理工作的人员利用职务便利非法占有如何定罪的问题的批复》（属于广义的司法解释）中规定：“在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员，除受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派从事公务的以外，不属于国家工作人员。对其利用职务上的便利，将本单位的财务非法占为己有，数额较大的，应当依照刑法第271条的规定，以职务侵占罪处罚。”似乎间接地把国家控股的股份有限公司排除在“国有公司”之外了。这与通说存在冲突，两高出版社和法律出版社的教材均持上述通说观点，且均未注意到上述司法解释与通说的矛盾。这个问题有待进一步研究。如果题目直接考到上述《批复》所涉及人员及其行为的

定性，那还只能依照《批复》，而不能按照理论上的通说。

问题：甲与邻居乙发生争吵，乙朝甲右眼打了一拳即要退回房里，甲追上乙并朝其胸部打了一拳，乙倒地，因反射性心跳停止而死亡。甲的行为性质是：A．构成故意杀人罪 B．构成过失杀人罪 C．构成故意伤害致人死亡罪 D．不构成犯罪

答：此题涉及如何判定行为人注意能力的问题，理论上一般认为要结合行为人本人的实际情况来判定。如果行为人的实际能力较低，不能预见，就不能要求行为人预见，相反，一般人不能够预见的，就不能要求行为人预见，相反，一般人不能够预见的，行为人则可以预见，那么仍然要求行为人预见。甲朝乙的胸部打一拳，只是报复行为，还不能认为是刑法上的故意伤害意思，更不能说是具有把人杀死的意图。至于这一拳致使乙心跳停止而死亡，这是甲自己不能预见到的，所以甲主观上是没有杀害或者伤害乙的故意的。C项是一种结果加重犯。结果加重犯的成立要求基本犯罪的成立。本题中难以成立伤害罪，因为伤害罪本身是结果犯，乙仅仅出现了一种危害状态，心跳停止而死亡。并没有其他的受伤情形。基本结果是加重延续的前提和基础，基本结果不存在就不可能出现加重结果。（相关阅读：2005年司法考试刑法复习指要）

问题：某甲因邻居某丁曾经揭发他的犯罪行为，一直对某丁心存不满，决定寻找机会将某丁杀死，但考虑到自己出面行动不便，就找来某乙和某丙，商定自己拿出2万余元请他们将某丁杀死。于是，某乙和某丙携带凶器来到某丁所在的某市郊区。在将要下手实施杀害行为的时候，某丁苦苦哀求，并且拿出25000元给他们。某乙、某丙就答应了，带着钱走了。甲、乙、丙三人的行为性质应该如何认定。A

· 某甲构成故意杀人罪的未遂 B· 某乙和某丙构成故意杀人罪的中止 C· 某乙和某丙成立抢劫罪的既遂 D· 甲、乙、丙三人成立故意杀人罪共犯 答：在共同犯罪中，一部分人要想达到中止，其不仅仅要将自己具体实施的犯罪行为停止下来，而且还要劝阻、说服其他共同犯罪行为人放弃犯罪行为，即必然采取积极的手段或方式消除其行为对其他共犯人所带来或产生的积极影响，甚至有效地防止犯罪结果的发生。在单个人自愿停止犯罪，但对于他人不管不问，如果他人完成了犯罪，那么其也成立犯罪既遂。上述题目中，应该是AD正确。甲、乙、丙三人成立故意杀人罪共犯，因为未达到杀害丁的结果而构成故意杀人未遂。 问题：交通肇事罪在什么情况下构成结果加重犯？什么情况下构成并罚？什么情况形成转化犯？ 答：对于交通肇事罪一说，犯罪行为人的心理态度是犯罪事实过失，这种过失就是对重大过失本身的过失心理上，具体出现什么结果表明并不影响这种结果表明本身，反而表明了行为人对这样的结果的过失心理态度。根据刑法第133条的规定，交通肇事罪不存在结果加重犯。但是，在出现严重情节的情况下，刑法规定了较为重的刑罚，更准确地说，存在情节加重犯，这些情形包括了刑法第133条规定的两种情节：交通肇事后逃逸或者有其他恶劣情节：因逃逸致人死亡的。“因逃逸致人死亡的情形能否认为交通肇事罪的结果加重呢？在这里是不行的，因为逃逸行为和前述的交通肇事行为并不相同，逃逸行为只不过是交通肇事行为之后需要加重处罚行为人的一个情节，而且要逃逸导致了被害人的死亡。至于并罚的情形，交通肇事构成犯罪以后，又故意将受害人压死的或者压伤的，按交通肇事罪和故意杀人（或者故

意伤害)罪数罪并罚。至于所谓“转化犯”。也许指交通肇
事罪的司法解释第6条规定的情形,即《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6条规
定:行为人在交通肇事后为逃避法律追究,将被害人无法得
到求助而死亡或者严重残疾的,应当分别以故意杀人罪或者
故意伤害罪定罪处罚。 100Test 下载频道开通,各类考试题目
直接下载。详细请访问 www.100test.com