

2005年司法考试试题分析（九）PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/169/2021\\_2022\\_2005\\_E5\\_B9\\_B4\\_E5\\_8F\\_B8\\_c36\\_169817.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/169/2021_2022_2005_E5_B9_B4_E5_8F_B8_c36_169817.htm)

47.关于盗窃罪的认定，下列结论哪些是正确的？（试卷二第二题第60题）

A．甲因饮酒过量醉卧街头。乙向围观群众声称甲系其好友，将甲扶于无人之处，掏走甲身上一千余元离去。乙的行为构成盗窃罪

B．甲与乙在火车上相识，下车后同到一饭馆就餐。乙殷勤劝酒，将甲灌醉，掏走甲身上一千余元离去。乙的行为构成盗窃罪

C．甲去一餐馆吃晚饭，时值该餐馆打烊，服务员已下班离去，只有老板乙在清账理财。在甲再三要求之下，乙无奈亲自下厨准备饭菜。甲趁机将厨房门反锁，致乙欲出不能，只能从递菜窗口眼看着甲打开柜台抽屉拿走一千余元离去。甲的行为构成盗窃罪

D．甲在街头出售报纸时发现乙与一摊主因买东西发生纠纷，其携带的箱子（内有贵重物品）放在身旁的地上，便提起该箱子悄悄溜走。乙发现后紧追不舍。为摆脱乙的追赶，甲将手中剩余的几张报纸卷成一团扔向乙，击中乙脸，乙受惊吓几乎滑倒。随之又追，终于抓住甲。甲的行为构成盗窃罪

[答案]AD [详解]本题考查了盗窃罪与抢劫罪、诈骗罪的区分及认定，难度比较大，要正确区分这几个罪，必须掌握每个犯罪最本质的特征。下面结合具体题目进行分析。盗窃罪是指以非法占有为目的，秘密窃取公私财物数额较大，或多次秘密窃取公私财物的行为。其本质特征是“秘密窃取”。所谓秘密窃取是指行为人采取自以为不为财物的所有人、保管人或经手人发觉的方法，暗中将财物取走。诈骗罪是指以非法占有为目的，以虚构事实、隐瞒真相

的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。其本质特征是“骗”，即行为人以虚构事实或隐瞒真相的欺骗方法，使财物所有人、管理人产生错误认识，从而“自愿的”交出财物。抢劫罪是行为人当场使用暴力、胁迫或者其他强制方法，强行将公私财物劫走的行为。其中“其他强制方法”一般是指犯罪分子用醉酒、药物麻醉等方法，使被害人不知反抗或者丧失反抗能力。如果行为人没有施加强制行为，而是利用了被害人因自身或其他原因处于不能、不知反抗的处境的，不能以抢劫罪论处。综上所述，选项A中，甲是自己饮酒过量，而非乙将其灌醉，不属于抢劫罪中的其他强制方法。乙获得1000余元采用了欺骗的方法，但是乙欺骗的是围观群众，而非财物所有人甲，也不符合诈骗罪的特征。实质上A项中的甲酒醉不省人事，对自己身上的1000余元被人拿走毫无察觉，因此乙的行为属于秘密窃取的行为，符合盗窃罪的特征。构成盗窃罪。选项B中，乙出于直接故意，用醉酒的方法使甲不知反抗，构成抢劫罪。选项C中，甲将厨房门反锁，使乙丧失了反抗能力，这种行为与选项B中的原理是一样的，都是用某种方式排除他人的反抗，构成抢劫罪。选项D是本题解答的一个难点。考查了转化型抢劫罪中“当场使用暴力或以暴力相威胁”中“暴力”的认定。即轻微暴力能否认定为转化的抢劫罪中的暴力？在转化抢劫的场合，行为人的暴力行为必须符合两个条件。一是程度比较高，能够足以压制被害人的反抗，所以程度极其轻微的暴力不能成为盗窃转化为抢劫的理由；二是暴力必须在行为人的意思支配下，没有实施暴力抗拒抓捕的明确意思，只是为了逃离现场而本能的实施有形力，不是转化抢劫罪中的暴力。D项中的甲仅是“

将手中剩余的几张报纸卷成一团扔向乙”，暴力程度极其轻微，其行为不能认定为使用暴力，因此不构成抢劫罪，仍为盗窃罪。该考点在2003年的试卷二第35题选项C中曾考过。即：“丙深夜入室盗窃，被主人李某发现后追赶。当丙跨上李某家院墙，正准备往外跳时，李某抓住丙的脚，试图拉住他。但丙顺势踹了李某一脚，然后逃离现场。丙构成抢劫罪。”该题中丙“顺势踹了李某一脚”的行为不能认定为使用暴力，故仍构成盗窃罪。

48.2000年8月21日，甲因犯诈骗罪被人民法院判处有期徒刑3年，缓刑5年。2005年6月20日，甲又犯盗窃罪。对于甲的量刑，下列表述哪些是正确的？(试卷二第二题第64题)

A．甲具有法定从重处罚情节 B．甲不构成累犯  
C．对甲的盗窃罪不能适用缓刑 D．对甲应当数罪并罚

[答案]BD [详解]我国刑法第七十七条第一款规定：“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。”本案甲在缓刑考验期限内又犯盗窃罪，根据上述规定，对甲的量刑，应当撤销缓刑，依照刑法第六十九条的规定，适用数罪并罚的原则。因此D项表述正确。根据我国刑法第六十五条第一款规定，一般累犯是指被判处有期徒刑以上刑罚并在刑罚执行完毕或者赦免以后，在五年内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的犯罪分子。对于累犯，应当从重处罚。它有三个构成要件：一、前、后罪是故意犯罪；二、前罪被判处有期徒刑以上刑罚，后罪应当被判处有期徒刑以上刑罚；三、后罪发生在前罪刑罚执行完毕或者赦免以后五年内。甲因犯诈骗罪即

前罪被判处缓刑，其在缓刑考验期限内又犯新罪即盗窃罪，应当视为其前罪被判处的刑罚尚未执行完毕，对照累犯的构成要件第三项，甲的行为不构成累犯。对照本案，B项的表述正确。对于缓刑的适用，刑法第七十二条第一款规定：“对于被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，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，可以宣告缓刑。”刑法第七十四条规定了对于累犯不适用缓刑。本案甲犯新罪即盗窃罪，根据刑法第二百六十四条规定，盗窃罪法定刑起点是3年以下有期徒刑、拘役或者管制。结合缓刑的适用条件，对甲在缓刑考验期限内犯盗窃罪，法律并没有禁止不可以适用缓刑。C项对甲的盗窃罪不能适用缓刑的表述是错误的。A项的表述也是错误的，本案甲不具有法定从重处罚情节，如教唆不满18周岁的未成年人犯罪、累犯等法定从重处罚情节。所以A项不能选。综上所述，本题的正确答案是BD选项。本试题考点灵活性较强，所涉及的法条也较多，须从正反两方面来思考，正确掌握。2005年试卷二第二题第55题也涉及累犯的考点。2004年试卷二第一题第13题也考查了累犯、缓刑期满后的法律效果的考点，可参阅。题目的内容如下：下列哪一种情形不成立累犯？A．张某犯故意伤害罪被判处有期徒刑3年，缓刑3年，缓刑期满后的第3年又犯盗窃罪，被判处有期徒刑10年 B．李某犯强奸罪被判处有期徒刑5年，刑满释放后的第4年，又犯妨害公务罪，被判处有期徒刑6个月 C．王某犯抢夺罪被判处有期徒刑4年，执行3年后被假释，于假释期满后的第5年又犯故意杀人罪被判处无期徒刑 D．田某犯叛逃罪被判处管制2年，管制期满后20年又犯为境外刺探国家秘密罪，被判处拘役6个月。（

钟宗元) 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](http://www.100test.com)