

司法考试生死之战 - 刑法篇3 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/481/2021_2022__E5_8F_B8_E6_B3_95_E8_80_83_E8_c36_481960.htm 三、排除社会危害性事由（一）正当防卫（2003.卷二.单.12）

张某的次子乙，平时经常因琐事滋事生非，无端打骂张某。一日，乙与其妻发生争吵，张某过来劝说。乙转而辱骂张某并将其踢倒在地，并掏出身上的水果刀欲刺张某，张某起身逃跑，乙随后紧追。张某的长子甲见状，随手从门口拿起扁担朝乙的颈部打了一下，将乙打昏在地上。张某顺手拿起地上的石头转身回来朝乙的头部猛砸数下，致乙死亡。对本案中张某、甲的行为应当如何定性？

A. 张某的行为构成故意杀人罪，甲的行为属于正当防卫
B. 张某的行为构成故意杀人罪，甲的行为属于防卫过当
C. 张某的行为属于防卫过当，构成故意杀人罪，甲的行为属于正当防卫
D. 张某和甲的行为均构成故意杀人罪

参考答案：A

本题考点：正当防卫、防卫过当、防卫不适时

正解思路：这道题的重点在于对正当防卫的认定。正当防卫成立有五个必备条件：起因、时间、对象、主观、限度。违背这五个条件会相应地产生后果，防卫人可能因此而承担刑事责任。为便于记忆，可以列表如下：结合本题来看，乙拿刀欲刺张某，这是一种正在进行的不法侵害，甲为了保护张某不受伤害用扁担将乙打昏，这种行为完全符合正当防卫的规定，应认定为正当防卫。而张某在乙已经被打昏，不法侵害业已结束之后，又用石头砸乙，并致乙死亡，这种行为不符合正当防卫的时间条件要求，属于防卫不适时中的事后防卫，而非防卫过当。防卫过当只是在限度条件上不符合正当防

卫的规定而已。（2004.卷二.单.20）根据刑法第20条前两款的规定，____行为不负刑事责任；但____必须符合一定条件，否则就会造成新的不法侵害。误认为存在不法侵害，进行“防卫”的，属于____；不法侵害已经结束后，进行“防卫”的，属于____。防卫行为明显超过必要限度造成重大损害的，属于____；关于____的罪过形式，刑法理论上存在争议，但可以肯定的是，____不是独立罪名，应根据其符合的犯罪构成确定罪名，对于____，应当酌情减轻或者免除处罚。在这段话的空格中：A.2处填写“正当防卫”，5处填写“防卫过当”，1处填写“假想防卫” B.2处填写“正当防卫”，4处填写“防卫过当”，1处填写“假想防卫” C.3处填写“正当防卫”，5处填写“防卫过当” D.3处填写“正当防卫”，4处填写“防卫过当”，1处填写“假想防卫”

参考答案：B

本题考点：正当防卫、防卫过当、假想防卫、防卫不适时

正解思路：这是一道典型的测试正当防卫及相关规定的题目，对于这个问题的解决，完全可以运用上一题所列表格的内容。由此可以发现，本题当中的前两空应填入“正当防卫”，第三个空应填入“假想防卫”，第四个空填入“事后防卫”，第五至第八个空填入“防卫过当”，故此，本题的正确答案应为B。关于正当防卫的问题，几乎在每年考试的刑法试题中都要出现，考生应当引起注意。

四、故意犯罪的形态（2000.卷二.多.63）下列有关犯罪预备的说法哪些是正确的？

A. 犯罪预备既可以是为自己实行犯罪而预备，也可以是为了他人实行犯罪而预备

B. 实施预备行为后由于行为人意志以外的原因而未着手实行的，属于犯罪预备

C. 犯罪预备阶段的行为既可能成立犯罪中止，也可能成立

犯罪预备 D. 对于预备阶段的中止犯，除了适用中止犯的规定减免刑罚之外，还应同时适用预备犯的减免规定 参考答案：ABC 本题考点：犯罪预备的认定 正解思路：选项 A 所叙述的是单独犯罪和共同犯罪两种情况下的犯罪预备，所以这句话并无错误。选项 B 实际是一个关于犯罪预备的定义，这也没有错误。选项 C 则是将犯罪预备阶段与犯罪预备、犯罪中止进行了一个区分，犯罪预备、犯罪中止是指故意犯罪的形态，而犯罪预备阶段是与犯罪实行阶段相对的概念，它们是关于犯罪的进程的表述，在犯罪预备阶段既能出现犯罪预备也能出现犯罪中止，而犯罪实行阶段则既能出现犯罪未遂也能出现犯罪中止，所以，预备犯与未遂犯的区别在于“犯罪是否着手”，即是否跨越了实行的界限，而犯罪中止的发生时间并未限定在预备阶段还是实行阶段。选项 D 的错误在于未理解预备、未遂、中止、既遂犯间的排斥、吸收关系。对于一个犯罪行为，只能按照其最终的进程认定形态，即进展到预备阶段因为客观原因而停止了，是犯罪预备；开始着手实行犯罪了，因为意志以外的原因停止了，是犯罪未遂；如果犯罪实施終了，具备了某个罪名的全部构成要件，则是犯罪既遂，而行为人为此实施的犯罪预备行为，作为既遂行为中不可缺少的部分，是为既遂行为吸收了预备行为。如果在犯罪过程中因为主动放弃实施，或者有效地制止犯罪结果的发生，则认定为中止犯，排斥再适用预备犯、未遂犯的认定及处理。（2004. 卷二. 单. 2）

药店营业员李某与王某有仇。某日王某之妻到药店买药为王某治病，李某将一包砒霜混在药中交给王妻。后李某后悔，于第二天到王家欲取回砒霜，而王某谎称已服完。李某见王某没有什么异常，就没有将真相

告诉王某。几天后，王某因服用李某提供的砒霜而死亡。李某的行为属于：A. 犯罪中止 B. 犯罪既遂 C. 犯罪未遂 D. 犯罪预备

参考答案：B

本题考点：犯罪形态的界定

正解思路：本题的关键在于正确理解犯罪形态的规定。选项D是很容易排除在外的，因为李某想杀死王某，而且也将毒药交给了前来为王某买药的王妻，这已经是着手实行犯罪，进入到了犯罪实行阶段，所以不属于犯罪预备。这道题很难断定的就是前面的三个选项。李某后来去王某家取药了，这是否说明他的主观上已经没有要杀死王某的故意，这是不是犯罪中止呢？我们仔细体会犯罪中止的定义就可以发现，犯罪中止是在犯罪过程中自动彻底地放弃犯罪或者有效地防止犯罪结果发生。而李某后来产生悔意到王某家想取回砒霜，这本来是一种主动防止犯罪结果发生的行为，如果此时李某确实取回了药，使王某免于死，那么李某的行为就可以算作是主动有效地防止犯罪结果的发生，属于犯罪中止。但实际上，李某并没有有效地制止王某被毒死的结果，所以这就不能算作是犯罪中止，选项A也是错误的。而犯罪未遂，这种提法的错误在于：没有认识到，李某拿了砒霜给王某吃的行为直接导致了王某死亡结果的发生。所以选项C亦可排除在外。而确定这道题是犯罪既遂的理由是：王某因为服用李某给的砒霜而死亡，这里面李某给毒药的行为和王某的死亡有直接因果关系，而且也确实造成了王某死亡的后果，从客观上完全符合故意杀人罪的构成要件。主观上，李某看似有悔意，而且也去王某家打算拿回砒霜，但是他听到王某的谎称将药吃了之后，觉得王某没有什么异常，他明知药里面有砒霜，而且砒霜服用后会造造成死亡后果，但他仍没有告知王某这药里放有砒

霜的真相，他就放任了王某服用砒霜而死亡的后果发生。所以他的主观上还是有杀人故意。举一反三：关于犯罪形态的界定，是历年考试的重点，考生应当着重掌握：1. 犯罪形态决非刑法总则当中的孤立概念，对于犯罪形态的认定应当结合分则罪名考虑。这在历年的考试当中也有所体现。比如2002年卷二第43题，考查的就是对盗窃罪的既遂与未遂的认定。考生应当熟练地掌握分则罪名当中对于犯罪构成要件的规定，来理解总则中关于犯罪形态的规定。2. 区别犯罪预备与犯罪未遂的关键点在于犯罪人是否开始着手实行犯罪，是否开始实施刑法分则条文规定的具体犯罪行为。比如有无进入犯罪现场、有无接触到犯罪对象等等。3. 犯罪中止同犯罪未遂从后果上有时看是相似的，比如都没有危害结果发生，或者法定的危害行为并没有实行完毕等等。但是，两者之间的区别也很明显，犯罪中止是犯罪人主观上主动要放弃犯罪或者有效防止犯罪结果的发生，而犯罪未遂是由于行为人意志以外的原因导致的。4. 一般都认为犯罪未遂就是犯罪行为未实施完毕，但实际上犯罪未遂也有行为实施完毕而未遂的，比如，犯罪人误把白糖当成砒霜，误将尸体当成活人等等，这些都会导致实行终了的未遂。相应地，未实施终了的未遂就是行为未实施完毕的未遂。要理解这些概念的具体含义。所以，最准确的区别未遂与既遂的方法还是看犯罪是否具备了所有法律规定的构成要件。五、共同犯罪（2000. 卷二. 多.70）下列哪些情形成立共同犯罪？A. 甲与乙共谋共同杀丙，但届时乙因为生病而没有前往犯罪地点，由甲一人杀死丙 B. 甲在境外购买了毒品，乙在境外购买了大量淫秽物品，然后，二人共谋共雇一条走私船回到内地，后被海关查获 C.

甲发现某商店失火后，便立即叫乙：“现在是趁火打劫的好时机，我们一起去吧。”乙便和甲一起跑到失火地点，窃取了商品后各自回到自己家中 D. 医生甲故意将药量加大 10 倍，护士乙发现后请医生改正，医生说：“那个家伙（指患者）太坏了，他死了由我负责”。乙没有吭声，便按甲开的处方给患者用药，导致患者死亡 参考答案：ACD 本题考点：共同犯罪的构成 正解思路：共同犯罪就是二人以上共同故意犯罪。它有三个要件：一、共同的犯罪主体，即行为人必须是达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人；二、有共同的犯罪行为，各个行为人可能分工不同，行为方式不同，但是行为是指向共同的目标的，且与犯罪结果有因果关系；三、有共同的犯罪的故意，各共同犯罪人不仅要认识到自己在故意实施犯罪，而且认识到有其他人和自己在一起共同实施犯罪，同时各共同犯罪人还要明知共同犯罪行为会造成危害后果，但仍希望或者放任后果的发生。选项 A 当中甲与乙共谋杀丙，最后丙也被甲杀死了，这里有两人共谋，主体上、主观故意上都已经成立，虽然最后杀丙的行为是由甲一人完成的，在共同犯罪中各行为人的分工可以不同，这并不影响共同犯罪的成立。所以选项 A 是共同犯罪。选项 B 当中双方在犯罪对象上并不统一，所共谋的只是用同一条船回内地而已，所以在行为和故意上并没有一致，不属于共同犯罪。选项 C 是个很明显的共同犯罪，甲与乙是临地起意的共同犯罪。选项 D 当中甲与乙也是有共同故意的，只不过一个是直接故意一个是间接故意而已。但是此题亦有不严谨之处，比如各项当中的甲与乙并没有在刑事责任年龄和刑事责任能力上的说明，但是考虑到是多项选择题，所以还是姑且认为

两者都是有刑事责任能力的吧。 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