

2002年国家司法考试题系列分析(18) 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_2002_E5_B9_B4_E5_9B_BD_c36_482209.htm 3 8

3 8 . 甲将头痛粉冒充海洛因欺骗乙，让乙出卖“海洛因”，然后二人均分所得款项。乙出卖后获利4000元，但在未来得及分赃时，被公安机关查获。关于本案，下列哪些说法是正确的？ A . 甲与乙构成贩卖毒品罪的共犯 B . 甲的行为构成诈骗罪 C . 甲属于间接正犯 D . 甲的行为属于犯罪未遂

解析：本题考查有关贩卖毒品罪与诈骗罪的犯罪构成以及二者的界限、共同犯罪的构成、犯罪未遂、间接正犯等知识。贩卖毒品罪（刑法第三百四十七条）是指违反国家毒品管制法规贩卖毒品的行为。构成本罪在主观上是出于故意，即明知是毒品而仍然进行贩卖，如果不知是毒品，而是在被他人蒙骗的情况下实施的不构成本罪。本罪侵犯的客体是国家对毒品的管理制度和公民的生命、健康；犯罪对象是毒品；犯罪主体自然人和单位均可构成。诈骗罪（刑法第二百六十六条）是指以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的欺骗方法，骗取数额较大的公私财物的行为。本罪侵害的客体是公私财物的所有权；主观方面表现为行为人用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取公私财物的行为；主观方面是出于故意，即行为人在主观上以非法占有为目的，是行为人有意地采用欺骗的手段，将公私财物非法占为己有。这里应该加以区别的是贩卖毒品罪与诈骗罪的界限。对于贩卖假毒品的案件，究竟是按贩卖毒品罪定罪还是按诈骗罪定罪，应区别对待。如果行为人故意以假充真或者明知是假毒品而贩卖获利的，纯属诈骗钱财的行

为，应以诈骗罪论处；如果行为人完全不知是假毒品，以为是真毒品贩卖获利，虽然出卖的是假毒品，但行为人主观上有贩毒的故意，应定为贩卖毒品罪（未遂）；对于掺假毒品的犯罪案件，如果行为人是将精制毒品稀释后贩卖，或者土法加工毒品，应当以贩卖毒品罪定罪。间接正犯是指将他人作为工具予以利用，从而实现犯罪的情况。如利用没有达到法定年龄或没有辨认控制能力人的身体活动进行犯罪、利用失去意志自由的人的身体活动进行犯罪、利用他人的过失行为或无罪行为进行犯罪、利用他人的合法行为进行犯罪等等。本题中选项C的出现有些超纲，并且间接正犯的成立范围、体系地位等在理论上尚无定论，不应当出现在考题中。如果是将甲的行为理解为其真实意图是贩卖毒品，那么选项C的说法可以认为是正确的。但如果将甲的行为理解为只是诈骗乙的钱财而不是贩卖毒品，则该选项的说法错误。依笔者答题思路，本题应从甲的主观意图是诈骗乙的钱财考虑，选项C应为正确说法。本题中甲将头痛粉冒充海洛因欺骗乙，让乙出卖“海洛因”，是纯属诈骗乙钱财的行为，故甲的行为构成的是诈骗罪而不是贩卖毒品罪，故选项B为正确说法。又由于其诈骗钱财的行为已经实施完毕，行为符合诈骗罪的全部构成要件，是诈骗既遂，故选项D说法错误。乙将头痛粉当作真海洛因出卖获利，其主观上有贩毒的故意，但出卖的是假毒品，故其行为构成的是贩卖毒品罪（未遂）。由此，甲、乙二人所构成的犯罪不属同一罪名，不能构成贩卖毒品罪的共犯。故选项A的说法错误。答案：BC 39 . 下列关于数罪并罚的做法与说法，哪些是错误的？A . 甲犯A、B罪，分别被判处有期徒刑14年和7年，法院决定合并

执行18年；甲执行8年后，又犯C罪，被判处有期徒刑5年。对此，法院应在14年以上20年以下有期徒刑的范围内决定合并执行的刑期，然后，减去已经执行的8年刑期。

B．乙犯A、B罪，分别被判处有期徒刑14年和7年，法院决定合并执行20年；在执行2年后，法院发现乙在判决宣告以前还有没有判决的C罪，并就C罪判处有期徒刑5年。这样，乙实际执行的有期徒刑必然超过20年。

C．丙犯A、B罪，分别被法院判处14年和11年，法院决定合并执行20年；在执行2年后，丙又犯C罪，法院就C罪判处有期徒刑5年。由于数罪并罚时有期徒刑不得超过20年，故丙实际上不可能执行C罪的刑罚。

D．丁在判决宣告以前犯有A、B、C、D四罪，但法院只判决A罪8年有期徒刑、B罪12年有期徒刑，决定合并执行18年有期徒刑；执行5年后发现C罪与D罪，法院判处C罪5年有期徒刑、D罪7年有期徒刑。此次并罚的“数刑中的最高刑期”应是18年，而不是12年。

解析：本题考查刑法总则规定的关于数罪并罚的知识。数罪并罚是指人民法院对一人所犯数罪分别定罪量刑以后，依照法定的原则决定应当执行的刑罚的制度。简而言之，数罪并罚就是对一人所犯数罪的合并处罚制度。根据刑法第六十九条、第七十条和第七十一条的规定，适用数罪并罚的情况有以下三种：

判决宣告以前一人犯数罪并罚。判决宣告以前一人犯数罪，并且数罪均已被发现，在数罪为异种数罪的前提之下，若对数罪所判处的刑罚均为死刑，则执行死刑；均为无期徒刑则执行无期徒刑；均为有期徒刑或者均为拘役、或者均为管制，则根据限制加重原则合并处罚；若对数罪所判处的刑种不同，原则上采用吸收原则予以并

罚，其中，最重刑为死刑的，应执行死刑；最重刑为无期徒刑的，应执行无期徒刑；数刑为不同种的有期徒刑时，将其折算成同种刑种后，按限制加重原则的方法决定应执行的刑罚。当所犯数罪为同种数罪时，原则上应以一罪从重处罚，但法律并没有禁止对同种数罪并罚，因此，当某种犯罪的法定刑过轻以至于在法定量刑幅度内从重仍不能体现罪行相适应原则的要求时，就应适用数罪并罚的方法。对上述处罚，有附加刑的，附加刑仍须执行。

判决宣告以后，刑罚执行完毕以前发现漏罪的并罚。这种数罪并罚的特点是：所犯数罪发生在判决宣告以前；原判决只对其中的部分犯罪作了判决，而另一部分犯罪没有判决，即存在漏罪；不论漏罪与原判决的罪是否为性质相同的犯罪，均应实行数罪并罚；将新发现的漏罪定罪量刑，与原判决的刑罚实行并罚；已经执行的刑期计算在新判决决定的刑期以内。这种计算方法称为“先并后减”。

判决宣告以后，刑罚执行完毕以前又犯新罪的处罚。这种数罪并罚的特点是：犯罪分子在原判决宣告以后，刑罚执行完毕以前又犯新罪；不论新罪与原判决的罪的性质是否相同，均应并罚；将新罪定罪量刑；将新罪所判决的刑罚与前罪没有执行完的刑罚，实行数罪并罚；已经执行的刑期不得计算在新判决决定的刑期在内。这种方法称为“先减后并”。

本题中选项 A 考查判决宣告以后，刑罚执行完毕以前又犯新罪的处罚。甲犯 A、B 罪被决定合并执行 18 年。执行 8 年后又犯 C 罪，被判处有期徒刑 5 年。对此，法院应适用的数罪并罚方法应是先减后并，因此法院适用先并后减的方法是错误的。选项 B 考查判决宣告以后，刑罚执行完毕以前发现漏罪的并罚。乙犯 A、B 罪，法院决定合并

执行 20 年，在执行 2 年后，发现漏判 C 罪，应适用先并后减的方法，已经执行的 2 年刑期计算在新判决决定的刑期以内，这样乙实际执行的有期徒刑幅度仍然是在 20 年之内。故选项 B 说法错误。选项 C 考查判决宣告以后，刑罚执行完毕以前又犯新罪的处罚。丙犯 A、B 罪，法院决定合并执行 20 年；在执行 2 年后，丙又犯 C 罪，法院就 C 罪判处有期徒刑 5 年。由于适用先减后并的方法计算刑期，实际上仍对 C 执行了刑罚。故选项 C 说法错误。选项 D 考查判决宣告以后，刑罚执行完毕以前发现漏罪的并罚。按照先并后减的方法，丁犯 A 罪被判处 8 年有期徒刑，犯 B 罪被判处 12 年有期徒刑，决定合并执行 18 年有期徒刑。犯 C 罪被判处 5 年有期徒刑，犯 D 罪被判处 7 年有期徒刑，故此次并罚的“数刑中的最高刑期”应是 18 年。答案：A B C 40 . 甲为获利于某日晚向乙家的羊圈内（共有 29 只羊）投放毒药，待羊中毒后将羊运走，并将羊肉出售给他人。甲的行为构成哪些犯罪？ A . 盗窃罪 B . 投毒罪 C . 故意毁坏财物罪 D . 生产、销售有毒、有害食品罪 解析：本题考查盗窃罪、投毒罪、故意毁坏财物罪以及生产、销售有毒、有害食品罪相互区别的知识。盗窃罪（刑法第二百六十四条）是指以非法占有为目的，秘密窃取公私财物数额较大的或者多次盗窃的行为。投毒罪（刑法第一百一十五条）是指故意投放毒物，足以危害公共安全的行为。本罪的主要特征是在主观方面只能是故意，即故意投放毒物危害公共安全；客观方面表现为行为人实施了投放毒物危害公共安全的行为。故意毁坏财物罪（刑法第二百七十五条）是指故意毁坏公私财物，数额较大或者有其他严重情节的行为。其构成要件是：犯罪主体为一

般自然人主体；主观方面只能由故意构成，可以有直接故意和间接故意两种表现形式，具体内容为行为人明知自己的行为会发生公私财物毁损的结果，希望或者放任这种结果发生；客观方面为各种非法毁坏公私财物、数额较大或者有其他严重情节的行为；侵犯的直接客体在一般情况下是公私财物的所有权，犯罪对象是一切不属于行为人个人所有的公私财物。生产、销售有毒、有害食品罪（刑法第一百四十四条）是指在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的行为。本罪的构成要件是：犯罪主体是一般主体，包括自然人和单位；主观方面是故意，即行为人明知是有毒、有害的非食品原料而掺入生产、销售的食品中，或者明知是掺有有毒、有害的非食品原料的食品而予以销售；客观方面表现为在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料以及销售掺有有毒、有害的非食品原料的食品的行为；犯罪客体是复杂客体，既侵犯了国家对食品市场经济秩序的管理，又危及到不特定多数人的身体健康和生命安全。本题中甲为获利向乙家的羊圈内投放毒药，待羊中毒后将羊运走，其行为的目的是秘密窃取数额较大的财物，即29只羊，故甲的行为首先构成的是盗窃罪。甲投放毒品的行为后果并没有危害公共安全，故甲的行为不构成投毒罪，故应排除选项B。从甲的犯罪目的分析是为了非法占有29只羊，故意毁坏公私财物罪并不要求有非法占有的目的，故甲的行为不构成故意毁坏公私财物罪，由此选项C应予排除。甲将有毒的羊肉出售给他人，在主观是明知有毒的羊肉而予以出售，该行为符合生产、销售有毒、有害食品罪的构成要件，构成该罪。答案：A

D 4 1 . 对下列哪些情形应当追究刑事责任？ A . 1 5 周岁的甲在聚众斗殴中致人死亡 B . 1 5 周岁的乙非法拘禁他人并使用暴力致人伤残 C . 1 5 周岁的丙贩卖海洛因 8 0 0 0 克 D . 1 5 周岁的丁使用暴力奸淫幼女 解析：本题考查刑法总则规定的关于刑事责任年龄的知识。刑事责任年龄是指刑法所规定的，行为人实施刑法所禁止的犯罪行为所必须达到的年龄。我国刑法对刑事责任年龄作了如下规定： 不满 1 4 周岁的人，一律不负刑事责任，即不满 1 4 周岁的人所实施的任何行为，都不构成犯罪，刑法理论称之为绝对无刑事责任时期或完全无刑事责任时期。 已满 1 4 周岁不满 1 6 周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应负刑事责任。此即相对负刑事责任时期。 已满 1 6 周岁的人犯罪，应当负刑事责任，即已满 1 6 周岁的人对一切犯罪承担刑事责任，此即完全负刑事责任时期。 已满 1 4 周岁不满 1 8 周岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚，此即减轻刑事责任时期。 本题中的四个选项都是考查相对负刑事责任时期。 1 5 周岁的甲在聚众斗殴中致人死亡； 1 5 周岁的乙非法拘禁他人并使用暴力致人伤残是故意伤害致人重伤； 1 5 周岁的丙贩卖海洛因 8 0 0 0 克是贩卖毒品罪； 1 5 周岁的丁使用暴力奸淫幼女是强奸罪。这四个选项都属于相对负刑事责任时期所规定的犯罪，均应对各自的行为负刑事责任。 答案： A B C D 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