

2009年法硕指导：刑法学精选试题解析十三法律硕士考试

PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/535/2021\\_2022\\_2009\\_E5\\_B9\\_B4\\_E6\\_B3\\_95\\_c80\\_535938.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/535/2021_2022_2009_E5_B9_B4_E6_B3_95_c80_535938.htm)

多项选择题 1. 我国刑法所明文规定的刑法基本原则有( )。 A. 罪刑法定原则 B. 以事实为根据，以法律为准绳原则 C. 刑法面前人人平等原则 D. 罪责刑相适应原则 【答案】ACD 【考点分析】本题考查的知识点是：法定的刑法基本原则。我国《刑法》第3条、第4条、第5条分别规定了罪刑法定原则、刑法适用平等原则、罪责刑相适应原则。所以，上述三种原则就是我国刑法规定的基本原则，故本题的正确答案为ACD。而以犯罪事实为根据，以刑事法律为准绳则只是量刑原则，不是贯穿于刑事立法和刑事司法全部的刑法基本原则，故选项B是错误的。

2. 成立不作为犯罪所要求的特定义务来源为( )。 A. 法律明文规定的义务 B. 职务上、业务上要求履行的义务 C. 道义上的义务 D. 行为人先行行为使法律所保护的某种利益处于危险状态时所引起的负有防止危结果发生的义务 【答案】ABD 【考点分析】

本题考查的知识点是：不作为犯罪的作为义务来源。行为人负有实施某种积极行为的特定义务是构成犯罪的不作为的前提。特定义务不能只是普通的道德上的义务。如果不存在这种特定义务，则根本不可能构成刑法的不作为。特定义务一般有三个来源：(1)法律明文规定的特定义务。并非法律规定的任何一种义务，都可以作为刑法中的不作为的根据。只有其他法律、法规所规定的义务且为刑法所承认，才是不作为的法律义务的根据。(2)职务上或业务上要求履行的义务。这一特定义务以行为人具有某种职务身份或从事某种业务并

且正在执行为前提，否则，不发生履行该类义务的问题。(3) 行为人的先行行为产生的义务。由于行为人先前实施的行为(简称先行行为)，使某种合法权益处于遭受严重损害的危害状态，该行为人产生采取积极行为阻止损害结果发生的义务，这就是由先行行为引起的作为义务。所以，本题的正确答案是ABD。

3. 下列情形中，不成立正当防卫的有( )。 A. 对精神病人的暴力侵害的反击 B. 假想防卫 C. 防卫挑拨 D. 事前防卫

【答案】BCD 【考点分析】本题考查的知识点是：不成立正当防卫的几种情况。我国刑法理论通说认为，正当防卫的条件是主观意图与客观行为的统一。具体而言，可以从防卫意图、防卫起因、防卫对象、防卫时间、防卫强度等五个方面对正当防卫合法条件予以界定。不能同时满足上述几个条件的，都不能成立正当防卫。假想防卫、防卫挑拨、事先防卫就是因为不符合正当防卫某一条件不能成立正当防卫的几种情况。假想防卫，是指事实上不存在不法侵害，行为人误认为存在不法侵害而对臆想中的侵害者进行的防卫。假想防卫具有三个基本特征：其一，行为人主观存在防卫意图，以为自己是对不法侵害人实行的正当防卫。这是假想防卫的前提条件。其二，假想防卫客观上损害了未实施不法侵害或未正在实施不法侵害的人的人身权利和其他权利，具有社会危害性。这是假想防卫的本质特征。其三，行为人防卫认识产生了错误，使正当防卫意图造成了危害社会的结果。这是假想防卫的表现形式。防卫挑拨又称挑拨防卫，指行为人出于侵害目的，以故意挑衅、引诱等方法促使对方进行不法侵害，尔后借口防卫加害对方的行为。从形式上看，这种“防卫”行为可能完全符合正当防卫的客观条件，但因不法

侵害由挑拨者故意诱发，挑拨者主观上不仅不具备正当的防卫意图，反而是出于侵害意图，因此其所谓的防卫实质上是有预谋的不法侵害行为。事前防卫，即在不法侵害尚处于预备阶段或犯意表示阶段，即采取某种损害权益的行为。在事前防卫的情况下，不法侵害行为对合法权益的在威胁未达现实状态，不法侵害人是否实施某种侵害还不确定，因而事前防卫实际上是一种“先下手为强”的非法侵害。如果事前防卫的社会危害性达到犯罪程度，应当追究刑事责任。一般认为，正当防卫的不法侵害中的违法不包括行为人主观方面及其责任能力的内容，只要行为人的行为对法律所保护的权益有现实的危害性，就属于不法侵害，防卫人就有权对其进行正当防卫。所以，精神病人的不法侵害，与有责任能力人的不法侵害并无本质区别，对之都可以进行正当防卫。综上所述，本题的正确答案是BCD。

4. 根据我国刑法理论，下列犯罪形态适用“从一重处断”原则( )。 A. 继续犯 B. 吸收犯 C. 牵连犯 D. 想象竞合犯

【答案】CD

【考点分析】本题考查的知识点是：罪数形态的处断原则。所谓“从一重处断”是指对具体罪数形态所触犯的数个罪名，按照其犯罪行为所触犯的数罪中最重的犯罪论处。所以，适用“从一重处断”原则的前提是犯罪行为触犯数个异种罪名。在罪数形态中，适用“从一重处断”原则的只有两种：想象竞合犯和牵连犯。在本题所给出的几种罪数形态中，继续犯、吸收犯只触犯一个罪名，所以不可能适用“从一重处断”原则，因此，本题的正确答案是CD。

【注意】根据我国刑法的立法现状，牵连犯的处断原则是：凡刑法分则条款对特定犯罪的牵连犯明确规定了相应处断原则的，无论其所规定的是何种处断原则

，均应严格依照刑法分则条款的规定，对特定犯罪的牵连犯适用相应的原则予以处断；除此之外，对于其他牵连犯即刑法分则条款未明确规定处断原则的牵连犯，应当适用从一重处断原则定罪处刑，不实行数罪并罚。

5. 强奸未遂与强制猥亵、侮辱妇女罪的区别是( )。 A. 主体不同 B. 客体不同 C. 犯罪客观方面不同 D. 目的不同

【答案】ABCD

【考点分析】本题考查的知识点是：强奸罪与强制猥亵、侮辱妇女罪的界限。强制猥亵、侮辱妇女罪和强奸罪都表现为对女性的身心健康的侵犯，在客观方面都表现为使用暴力、胁迫或者其他手段，但是强制猥亵、侮辱妇女罪和强奸罪具有如下的区别：(1)犯罪客体不同，强制猥亵、侮辱妇女罪的客体是妇女的人格尊严和性自由的权利，而强奸罪的客体是强奸罪的客体不仅是女性的性的不可侵犯的权利，还应当包括幼女的身心健康；(2)犯罪对象不完全相同，强制猥亵、侮辱妇女罪的犯罪对象只能是14周岁以上的女性，而强奸罪的犯罪对象不仅仅是14周岁以上的女性，还可以是14周岁以下的幼女；(3)犯罪客观方面不同。强制猥亵、侮辱妇女罪是对妇女实施性交以外的猥亵、侮辱行为，没有与妇女发生性交的行为，强奸罪则是对妇女实施性交行为，即使由于行为人的自身的原因而致性交行为未能完成，也应认定为强奸(未遂)罪；(4)犯罪主体不完全相同，强制猥亵、侮辱妇女罪的犯罪主体只能是年满16周岁的人，(通常是男性)，而强奸罪的主体是年满14周岁的人(也通常为男性)，(5)犯罪主观方面不同，强制猥亵、侮辱妇女罪的主观方面不是以奸淫为目的，而强奸罪的主观方面就是为了奸淫的目的。所以，本题的正确答案是ABCD。

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)