

历年考研专业课真题:2008 年考研法律硕士联考刑法真题答

案

一、单选题

1、C。【解析】很显然，是考察的属地管辖权制度。C 选项犯罪结果发生在中国境内，视为在中国领域内犯罪。

2、D。【解析】AB 错在“已经构成犯罪”，已经构成犯罪又不认为是犯罪，这是不可能的。所以不选 AB。C 错在，刑法第 13 条不能随便适用的，有严格的条件，不属于法官自由裁量权范围。

3、B。【解析】B 是犯罪对象的概念。

4、B。【解析】A 是过失致人死亡罪，可以以作为方式构成，所以不是纯正的。B 是遗弃罪，是纯正的不作为犯。C 初略判断是爆炸罪，是不纯正的。D 是失火罪，估计不少人判断错，是不纯正的，比如在加油站抽烟。

5、D。

6、B。【解析】B 显然是错误的，注意 D，单位犯罪是两罚制，而且对单位只能处以罚金。

7、A。【解析】间接故意是放任，过于自信的过失是轻信能够避免，所以选 A。但是用心理态度去区分间接故意和过于自信的果实常常是困难的。老妖这里告诉大家一个方法，如果给了案例题，其中犯罪嫌疑人采取了一些防止犯罪结果发生的措施 的，那一般认为是

过于自信的过失，而不是间接故意。比如在院子里私拉电网以防贼，如果装了控制电压的装置以免电死人的，那就是过于自信的过失，如果没有装，那就是间接故意。

8、B. 【解析】这种是传统刑法的观点和分类。从此题可以看出，法硕考试是按照传统刑法理论来出题的，其实也就是人大老师出题的多。而司法考试不考传统刑法的观点，所以以后这种法律认识错误考的会越来越少了，因为太简单了。

9、B. 【解析】紧急避险所造成的损害必须小于所避险的损害。但能否以牺牲一个人的生命的方法挽救其他更多人的生命呢？

10、D. 【解析】不一定的。犯罪形态如预备，未遂，既遂，中止，其中犯罪结果发生后成立的中止就可以说明 D 错误。

11、C. 【解析】ABD 都是预备，没有疑问。选 C 的理由是，传统刑法理论认为是投放毒药到杯子里就是着手。但这个观点只有法硕考试成立，司法考试却认为投毒行为是预备。也就是法硕考试更多的是考察传统的刑法理论，而司法考试更多的是考察德日新的刑法体系，这也是 2009 年司法考试大纲将传统的四要件构成改成该当性、违法性和有责性三阶层理论的原因。

2009 年法硕是否跟着修改的可能性有，但不大。这里谈一下对中国现行法律理论冲突的理解，帮助大家明白为什么会有这么大的改变。实际上，中华法系在清末的时候就解体了，这个大家在法制史里都学过。也就是说中华法系这个独特的法系已经死亡了，根儿早就断了。其实中华法系中的刑法一直是走在世界前列的，比如秦代以身高作为判定是否具有刑事责任能力的标准是当时比较科学的，因为没有出生证明，年龄没处查去，身高又跟年龄在成年前一般成正比。中国现有的法律是在清末修律的基础上搭建起来的，而那时候清末修律是抄的日本法律，而日本又是抄德国，所以现行中国法是脱胎于大陆法系。建国后因

政治原因，刑法理论抄了不少前苏联的刑法理论，这就是传统的刑法理论，也没处去抄德日的。大家看的指南和分析就是按这个传统的写的。而当代最流行也最发达的是德日刑法理论，这也是为什么现在一帮刑法学者嚷着要改成德日刑法的原因，这帮刑法老师大多数是北大的，而持传统观点的一般是人大老师的。但是像一些比较新的法律，比如反垄断法、诉讼证据制度，又深受美国的影响，这些其实是直接抄英美法系的。根据不同的刑法理论，很有可能得出不同的结果，比如本题，德日刑法理论就是无解的，而传统的就是选 C。所以咱们实际上还是归属于大陆法系的。那种社会主义法系的归属，本身就是有问题的。社会主义法系相对的是资本主义法系，是根据政治制度来划分的，而不是根据法系的特征来划分的。大陆学者在以后相当长时间内，还只能抄别人的，这是没有办法的。这也是考研外语最重要的原因，外语不好就只能抄台湾的了。

12、B

13、A。【解析】此题不难，但复习没下功夫的肯定做错。A 要注意中止可以成立在预备和实行行为中。D 要注意，发生犯罪结果后，也可以成立犯罪中止。那是否可以说，既遂后也可以中止呢？这个是不行的，预备，未遂，既遂，中止这几个犯罪形态是不能互相转化的。

14、D。【解析】不是共犯，而是同时犯，也就是没有共同的犯罪故意，而同时实行犯罪的。A 错，因为没有共同的犯罪故意。B 所谓片面共犯，指对他人犯罪暗中相助的情况。因为受到暗中相助的实行犯不知情，所以不能与暗中相助者构成共犯。但是，对于暗中相助者可按照从犯处理。C 间接正犯也就是一个人利用另外一个人充当工具实行犯罪。B 和 C 都不符合。

15、A。【解析】盗窃罪是以“赃值”定罪，也就是赃物的价值定罪。

16、D . 【解析】直接考察概念，不难。

17、B . 【解析】非法拘禁是典型的继续犯。

18、D . 【解析】盗割使用中的电信设备室典型的想象竞合犯。对于 17、18 题最好的方法，是记住这两个典型的例子，然后 遇到其他案例，去套用就可以。用过老妖精精编版或加强版的人知道吸收犯、牵连犯和连续犯的例子，不难做对。

19、C .

20、B . 【解析】寻衅滋事致人重伤的或死亡的，定故意伤害或故意杀人罪。 二、多选题

21、ABC .

22、ABCD . 【解析】多选题的难度不是都大，1 题和 2 题是直接考察基本概念的，比较容易解答。

23、ABD . 【解析】该题是考察新型盗窃罪，ABD 都属于盗窃罪，C 是侵犯商业秘密罪。关于新型盗窃罪，分析中没有相关论述，《2009 老妖精加强版》中做了总结，如“新型盗窃罪”总结：（1）盗窃信用卡后使用的；（2）盗窃增值税专用发票或可用于骗取出口退税抵扣税款的发票的；（3）邮政工作人员私自开拆邮件而窃取财物的；等等。这种题是比较难的，而且分析或指南中没有相关论述，所以需要额外去看其他辅导书的。此外，这也是法硕考试“司考化”的明证。7 月初老妖精 在法硕论坛给大家上传了一些精选的录音，希望大家仔细听听，然后再看加强版，效果会更好。说白了，既然法硕考试范围已经扩大，我们为了得分，就不得不跟着扩大复习范围。

24、ACD . 【解析】B 非法行医罪，以前的老指南认为是特殊主体，现在的分析认为是一般主体。这里说明，判卷子是以分析为准的，所以我们复习是否最好直接看分析，以免受指南的影响。

25、ACD . 【解析】B 选项其实在 2005 年已经考过。(05-单-16)、境外走私人阿某向中国境内走私石油，偷逃关税 50 万元，王某得知后，向阿某收购了这批走私进境的石油。王某的行为构成(B)B、走私普通货物罪。《2009 老妖精加强版》中做了总结第 155 条第 1 项：直接向走私人非法收购国家禁止进口的物品的，或者直接向走私人非法收购走私进口的其他货物、物品的，数额较大的，以走私罪定罪，参见(05-单-16)，要求行为人主观上明知其收购的物品是走私人走私进口的。此题揭示 2 点，一是要好好看历年真题，二是要看法条，因为此题是考察的 155 条。另外，要注意构成走私罪共犯的情形，也就是 156 条。

三、简答题

26、酌定量刑情节是指人民法院从审判经验中总结出来的，在刑罚裁量过程中，灵活掌握、酌情适用的情节。酌定量刑情节 主要包括：犯罪动机；犯罪手段；犯罪时间、地点；犯罪侵害的对象；犯罪造成的损害结果；犯罪分子的一贯表现；犯罪后的态度。

【解析】该题有点偏，因为跟法定量刑情节来说，酌定量刑情节就是非重点。一般考非重点就是出的题比较偏。此外考场上 紧张，很容易将该题答成法定量刑情节。

27、(1)行贿罪侵害的是国家工作人员职务行为的廉洁性。(2)客观方面表现为给予国家工作人员以财物的行为。在经济往来 中，违反国家规定，给予国家工作人员以财物，数额较大的，或者违反国家规定，给予国家工作人员以各种名义的回扣、手 续费的，也以行贿

论。但是，因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不构成行贿罪。(3)

犯罪主体为一般自然人主体。(4)主观方面表现为故意，并且具有谋取不正当利益的目的。

【解析】该题不偏不难，只要记住行贿罪的概念，到考场上分开四要件来写就可以。

四、辨析题

28、(1)这种说法是正确的。(2)任何犯罪都是在一定的犯罪心理态度支配下实施的，任何犯罪的成立都必须主观要件与客观要件的统一。如果缺乏罪过即犯罪的故意或者过失，行为人的行为就不能构成犯罪。(3)我国刑法规定，犯罪必须是由行为人故意或者过失实施的。如果行为在客观上虽然造成了损害结果，但不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者能预见的原因所引起的，不是犯罪。

【解析】该题是 09 年刑法卷里争议最激烈的一道题。一方面是因为从 2000 联考以来，辨析题就没考察过完全正确的说法，一般都是说法不完全正确，然后让说出不正确的地方。2009 年打破了常规，考了一个完全正确的论断。考场上容易思维定势，认为此说法不完全正确。另一方面，“无罪过就无犯罪”分析中没有明确的一摸一样的说法，只说没有故意或过失的罪过就不构成犯罪。而实际上考察的《刑法》第 16 条规定的情况：“行为在客观上虽然造成了损害结果，但不是出于行为人的故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不认为是犯罪。”此外，传统刑法论认为故意和过是要件里的主观要件，但新的德日刑法理论，就是司法考试大纲 09 年采纳的三阶层理论，将故意和过失放在有责性里了，构成要素就是四个，行为、对象、结果和身份。故意和过失不属于这里面任何一个。所以如果按新的理论，如何论述该题还需要大家思考。

五、法条分析题

29、(1)本条所规定的犯罪罪名是假冒注册商标罪。其罪状描述类型为叙明罪状。(2)本条中与他人注册商标“相同的商标”，是指与被假冒的注册商标完全相同或者与被假冒的注册商标在视觉上无差别、足以对公众产生误导的商标。(3)以假冒注册 商标的方法生产、销售伪劣产品的行为，具有手段行为与目的行为之间的牵连关系，如果两个行为分别构成犯罪，应依照处 罚较重的规定定罪处罚。如果只有一个行为构成犯罪，而另一个行为不构成犯罪，则依照构成犯罪的行为定罪处罚。

【解析】该题评价就一个字“偏”。09 刚考完时候，老妖在论坛里说 09 考试普遍偏、难，却还有人说 09 年不偏。这里拿事实说话，假冒注册商标罪是刑法分则里最不起眼的 一个罪名。从 2000 年到 2008 年，只有 05 年一个多选题的选择项里见过该罪名。09 年 做为一道 10 分的主观题来考察，不可谓不偏。有人说把整个分析背下来，这题就不偏了。我想问一句，这 多考试的人里，有几个是把整个分析背下来了？光看分析，不看英语，不 复习政治了？

六、案例题

30、(1)甲乙构成故意杀人罪（预备）。甲请巫婆行为不构成犯罪。“擦枪走火”甲构 成过失致人死亡罪。

(2)甲是故意杀人罪和过失致人死亡罪的数罪并罚。乙以故意杀人的预备犯处罚。丁不 构成犯罪。甲还适用总则里的自首法 定量刑情节。

【解析】该题难，很多人在论坛讨论时给的答案都与上面的正确答案有差别。比如有人 认为甲是专门受过训练的，所以擦枪 走火构成间接故意杀人罪。其实间接故意杀人和过失 致人死亡很难区分，要不是题目中说明了擦枪时候他老婆事先是外出的，

定间接故意更为合适。此外，有人会漏答丁是否构成犯罪和甲的自首行为。要记住自首已经连续考了好几年了。另外要说明一点，以上答案都是刑法学的观点，比如甲乙构成故意杀人罪的预备犯，要处罚的。但根据德日刑法理论，也就是司法考试

要确立的新刑法理论，这种是不处罚的，因为根本不构成犯罪，乙就是去买老鼠药的行为。个人认为不构成犯罪比较符合，

假如处罚甲乙故意杀人，那就是主观归罪了，乙就是去买个老鼠药，非要定个故意杀人罪的预备，实在牵强。此外，根据德日刑法理论，甲也只构成间接故意杀人罪，因为其没有采取防护措施，比如退掉子弹。我说的意思是，传统刑法理论已经受到了严重的挑战，理论本身有些也经不住推敲。搞笑的是，同一种情况，一会认为是故意杀人，一会认为是无罪。只能说，神仙打架，凡人遭殃。