

全国统一司法考试卷四论述题分析与法学理论

一、历年司法考试真题归纳分析

- (一) 2003年-2007年全国统一司法考试卷四部分论述题
- (二) 考点分布情况
- (三) 分析与总结

二、法律人思维的培养

- (一) 理解法律
- (二) 法律职业与法律思维

三、法学理论水平的提高

- (一) 积累——阅读
- (二) 思考——练习
- (三) 歧途——“考前突击”与“无的放矢”

四、如何应对理论法学部分的试题

- (一) 审题
- (二) 检索
- (三) 安排
- (四) 要素
- (五) 其他注意事项
 - 1. 观点不明、模棱两可
 - 2. 论证不足、缺乏逻辑
 - 3. 字迹不清、段落不分
 - 4. 表达不准、不知所云

五、法学理论的背景材料

- (一) 典型法学命题或主题
- (二) 法律格言
- (三) 西方经典法律思想
 - 1. 自然法思想
 - 2. 功利主义法学
 - 3. 历史法学
 - 4. 分析法学
 - 5. 社会学法学

附：思考练习与自我检测

2008 年司法考试主观题刑法部分讲义

一、命题特点

知识点拼凑；考点突出；知识整体性；两种模式（综合式和一问一答式）。

二、案例分析题重要考点归纳

（一）故意犯罪形态（未遂、中止与因果关系）

1. 甲的过失行为造成了 B 重伤（已经成立犯罪），同时产生了生命危险。按照当时伤情，如果及时将被害人 B 送往医院，B 不至于死亡。但甲故意不救助因而导致 B 死亡。

2. 甲与乙是邻居，某日甲撬开乙的房门进入乙的房间。殴打乙之后向乙要钱。乙打开抽屉拿出一百元交到甲的手里，说：我这里只有这么多了。甲大怒，将一百元扔还给乙。甲见乙颇有姿色，就对乙提出了性要求，并强拉乙。乙说：刚才被你打的头晕，很不舒服，晚上我去你家吧。甲同意，遂返回家中。甲走后乙报案，甲在家中被抓获。

3. 丙潜入银行，打开保险柜后发现里面只有 300 元，丙于是拿走钱后逃离现场。

4. B 从欧洲旅游归来，送给多年好友 A 一块金表。A 生性多疑，在接受 B 赠送的金表后，因为该表和在国内销售的同款名表在外观上有极为细小的差别，A 便花言巧语欺骗第三人 C，将其以名表的价格（20000 元）卖给 C。事后鉴定，该表是货真价实的名表。

5. 王某大摆宴席贺儿子满月，同事纷纷前来捧场，觥筹交错至夜深方散，王某大醉，送同事小张出门。同事小张发现自己骑来的摩托车不见了，到处找也没找到。此时王某见旁边另有几辆摩托车，与小张商量后，回家拿来工具，两人一同将其中一辆摩托车锁撬开，小张将此车骑走。第二天，王某弟弟发现王某的摩托车丢失，遂向公安机关报案。经查，王某的摩托车正是被王某、小张前夜盗走。

（二）共同犯罪（共犯成立条件、部分犯罪共同说、部分实行全部责任、承继的共同正犯）

1. A 雇请甲、乙报复 B，甲得知 B 在某小店打牌。于是，甲与乙商量，由甲带三人从小店前面闯入，乙带三人堵小店后门，甲、乙等人分别携带枪支出发。甲先到达后，让小店的 C 站起来，C 说：“我与你们无冤无仇，为什么要杀人？”甲发现不是 B 就没有杀 C。甲刚离开后，C 觉得可怕，就从小店后门回家，走出小店 60 米，乙带的人到达。乙以为 C 是从后店逃走的 B，便近距离开枪，导致 C 死亡。

2. 个体医生黄某到某土产公司其姐姐的租住房玩耍，听其姐说土产公司临时车棚内有一辆摩托车已停放了四五天，一直没人骑走。他们一致推断此车是被人盗来存放于此的赃物。黄某万分兴奋，认为偷了赃车不犯法，这是天上掉下来的馅饼。黄某遂叫姐夫彭某买回作案工具，当晚 10 时许，二人将摩托车推到彭某租住房内，加上油由黄某骑回老家。

两天后，被害人店里的工人在送牛奶时发现了被盗的摩托车。当晚9时许，黄某骑着摩托车在街上玩耍时，被失主抓住并扭送到公安机关。本案中黄某不存在盗窃的故意，所以不构成盗窃罪。

3. 甲乙丙三人是某公司保安，共谋抢劫公司副总经理的钱。准备了犯罪用的工具，作案前丙感到害怕，退出了犯罪。甲乙遂共同作案，抢劫了副总经理的2万元钱和一张信用卡，并胁迫副总经理说出了密码。随后甲乙二人将副总经理杀害，沉尸江中。两天后，甲乙二人用该信用卡从自动取款机上先后取出35万元。

4. 朱某、鹿某事先预谋杀人后勒索钱财。2004年1月8日，朱某、鹿某将山东某技术学校大三班女学生陈某骗至某镇大沙河边，杀害后掩埋。后以陈女被绑架为由，向其家中索款5万元。1月9日，朱某找到姐姐张某，谎称其和鹿某绑架了一人，为便于要钱，要求用张某的身份证办理一张银行信用卡。张某便将本人的身份证交给了朱某。因银行要求本人亲自办理，张某又亲自去银行办理了信用卡。1月12日，朱某再次找到张某，让其在信用卡里存一部分钱，以免索要来的钱数额太大存入空白卡上引起怀疑。张某便将自己的6000元存入了此卡。1月17日，案发后三人被抓获。

(三) 罪数理论 (想象竞合犯、牵连犯与数罪并罚)

(四) 自首与立功 (重大立功)

甲犯盗窃罪，自首后，揭发了李某抢夺3万元的犯罪事实，并提供了李某可能隐匿的地点，协助司法机关顺利将李某追捕归案，对甲应当减轻或者免除处罚？

乙犯抢劫罪，自首后，揭发了王某保险诈骗12万元的犯罪事实，对乙应当从轻或者减轻处罚？

丙犯盗窃罪自首，揭发A诈骗他人财物19万元，经查证属实。对丙应当减轻或者免除处罚？

(五) 金融诈骗罪 (信用卡诈骗罪、票据诈骗罪、保险诈骗罪、金融凭证诈骗罪) 与合同诈骗罪

甲得知自己的朋友乙(一般公民)有大量存款，便产生占有意图。甲声称，自己有一笔绝对赚钱的生意，投资50万元后，3个月内可以赚100万元，但自己一时没有50万元，希望乙投资30万元，3个月后返还乙60万元。甲按上述内容起草了一份书面合同，双方在合同上签字后，乙交付30万元给甲。甲获得乙的30万元后逃匿。

(六) 侵犯公民人身权利、民主权利罪 (强奸罪、非法拘禁罪、绑架罪、拐卖妇女罪)

1. 一天深夜，刘某与妻子正在休息，赵某酒后闯入。刘某早就怀疑赵与其妻有不当关系而怀恨在心，遂手持翅头将张打倒在地。随后又用菜刀将赵的左脚和左手砍断。行凶

后，刘妻将刘某的叔叔刘三、刘四叫来，刘某躲藏。刘三、刘四来到现场，手持木棒等凶器守住屋门，要求前来抢救赵的亲属交出 5000 元才准进屋救人，赵的家属报警。一小时后，公安人员才将赵某送医院抢救，途中赵因失血过多而死亡。

2. 甲、乙、丙三人以勒索财物为目的将无证出租车司机李某绑架后，用刀砍李某的脖子，用尼龙绳捆绑李某双手和双脚，然后将李某活埋于农田的渣土中，并用石头压着李某的身体。李某被埋一夜后，于次日清晨被过路人救出。三名被告人不知道李某被解救，次日早晨仍向李某家打电话勒索财物。

(七) 侵犯财产罪（抢劫罪、盗窃罪、诈骗罪、敲诈勒索罪、侵占罪）

1. 甲在某银行实习。某日，甲在柜面办理客户储蓄业务时，从客户乙填好的取款单上记录下乙的借记卡卡号及余额，再从该银行电脑中查得该卡的客户号，并于次日上午至该银行在本市的另一分理处，冒用乙的身份在该银行存款单上填写客户号，办理了活期存折，然后通过电话银行将乙借记卡内的人民币 1.9 万元划入活期存折内，再到银行柜台提款占为己有。

2. 甲为了抢劫普通财物，而对 X 实施暴力，在强取财物时，发现 X 的提包内不仅有财物而且有枪支，便使用强力仅夺取了枪支。

3. 甲单独入室盗窃被发现后逃离现场（盗窃已既遂）。在甲逃离过程中，知道真相的乙为了使甲逃避抓捕，与甲共同当场对他人实施暴力。

4. 甲单独入室盗窃被发现后逃离现场（盗窃已既遂），在甲逃离过程中，知道真相的乙为了使甲逃避抓捕，而对抓捕者实施暴力。但甲对此并不知情。

5. 甲基于报复心理杀害了被害人张某，张某死亡后，甲产生非法占有财物的意图，进而取走张某身上钱包以及其他财物。

5. 张某将堆在院子里的煤炭卖给李某，约定次日早上 8 点李某开货车前来拉走煤炭。甲知道此事后，装成李某雇请的工人于次日 8 点开车前来搬运煤炭（李某有事耽搁），张某看到甲搬运煤炭，以为是李某雇请的工人，于是默认甲搬走煤炭。

6. 何某经营小商店。刘某以无偿帮助何某卖电话卡为名，从何某处拿走面值 100 元的 17908IP 卡 100 张。刘某将卡拿回家后，用刀片将卡上的密码条割开，记下密码后将封条恢复原状。刘某将其中 80 张 17908IP 卡内的话费 8000 元转入其正在使用的 IP 卡内，然后将该 80 张 17908IP 卡退回给何某，声称只卖了 20 张卡（将 20 张卡的销售款交给何某，该 20 张卡的密码封条刮割痕迹明显，未拿去退还）。何某将刘某退回的卡陆续售出，买卡人发现所购 IP 卡为空额后赵何某退货。何某报案后，公安机关将刘某抓获。

7. 宋某因欠外债，经常被债主催要，遂想利用其岳父、岳母疼爱外孙的心理，假称自己的儿子被人绑架，从他们手中骗取“赎金”。2003 年 1 月 3 日，宋某的姐姐按照宋某的要求，将宋某的儿子带到保定，宋某随后告诉自己的岳父、岳母说：“儿子被人绑架了，绑匪索要 8 万元现金赎人。但我只筹得 4 万元，无法筹集余款，你们能不能筹集 4 万元？”

其岳父、岳母听后非常着急，便四处筹钱。这时，有人提出报警，宋某的岳母怕外孙出事而不同意。宋某怕出意外，忙掏出事先已定好闹铃的手机，假装与绑匪通话，并对岳母说绑匪又在催钱。宋某的岳母救外孙心切，马上筹集4万元钱交给宋某。宋某得款后，将儿子接回并将4万元据为己有。

8. 丁从长途公共汽车上下车时，顺手将钱某一个新铝锅（价值12元）拿走；回家一看大吃一惊，原来铝锅中有6万元现金。丁吓得浑身发抖，于是带着铝锅与6万元现金到乡政府找到公安局特派员孙某，请孙某通过公安局寻找被害人。孙某却说：“你怎么这么傻呢？这样吧，你我各分3万，咱们谁也不将此事说出去就行了。”丁同意了，并按孙某所说处理。

（八）帮助毁灭、伪造证据罪，窝藏、包庇罪，掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪。

甲教唆王某实施盗窃行为，王某盗窃财物后，甲又窝藏王某所盗窃的财物的，甲只成立盗窃罪，而不成立赃物犯罪。

（九）贪污罪（职务侵占罪），受贿罪，挪用公款罪

1. 在甲单位征用土地的过程中，土地管理局的工作人员乙与被征用土地的农民丙相勾结，由丙多报土地上的庄稼数，乙加盖土地管理局的印章予以证实，进而从甲单位多领补偿款2万元。

2. 国有公司的出纳甲，没有使用自己所保管的保险柜钥匙与密码，而是在半夜利用铁丝、螺丝刀等作案工具打开保险柜后取走现金3万元。

3. 国家工作人员丙出差后报销差旅费时，利用出差时购买的有关单据，多报出差费骗取了公款12000元。

三、案例分析题

1. 2003年11月19日下午，陈某因曾揭发他人违法行为，被两名加害人报复砍伤。陈某逃跑的过程中，两个加害人仍不罢休，持刀追赶陈。途中，陈某多次拦出租车欲逃，均遭出租车拒载。当两名加害人即将追上时，时逢一中年妇女姚某骑摩托车（价值9000元）缓慢行驶，陈某当即哀求姚某将自己带走，但也遭拒绝。眼见两加害人已经逼近，情急之下，陈某一手抓住摩托车，一手将姚某推下摩托车（姚某倒地，但未受伤害），骑车逃走。陈某骑车至安全地方（距原地2公里）停歇一会后，才想起摩托车如何处理。陈某将摩托车尾部的工具箱撬开，发现内有现金14000元和一张未到期的定期存单（面额2万元）。陈顿生贪欲，将14000元现金和存单据为己有，并将摩托车推至山下摔坏。几日后，陈某使用伪造的身份证在到期之前将存款中的2万元取出，此后外逃。

问题：陈某上述各行为属于何种性质？应如何处罚？请说明理由。

(紧急避险、侵占罪、故意毁坏财物犯罪、诈骗罪。)

2. 被告人肖某,男,30岁。某日,肖某从窗户潜入刘某的新婚房内,撬开房内的屉锁、柜锁及箱锁等,企图窃取财物,刘某的母亲王氏(81岁),听见其子房内有响声,于是用钥匙打开房门,见肖某正在翻箱倒柜,王氏因考虑到自己年迈体弱,家舍无邻,又担心身体遭害。所以,她既未喊人捉贼,也没有采取其他措施对肖某的行为加以制止,只是在一旁央求肖某“别拿走我儿子的东西”。正在行窃的肖某对王氏的突然出现,起初感到有些恐慌,但当他意识到王氏家舍无邻、年迈体弱后,便对王氏的央求毫不理睬,旁若无人地继续翻箱倒柜,最后拿走了现金5000元。肖某拿走钱款后,王氏即锁上房门,到公安机关报案。

问题:关于被告人肖某的行为性质,主要有三种观点:有人认为肖某的行为构成抢劫罪,有人认为构成抢夺罪,还有人认为无罪。你的观点是什么,请说明理由。

3. 2006年5月5日12时许,谢军、赵强在某市将军小学附近,见小学生小周(12岁)腰间带着钥匙,便尾随小周到其家庭住处,在楼下守候,伺机作案。13时许,小周从家里出来,行至一建筑工地时,赵强即上前用胳膊猛勒住小周的头部,致小周昏迷。谢军则将小周腰间的钥匙抢走。谢军、赵强随即到小周家,用抢来的钥匙打开房门,盗走彩电、电脑等物,价值2万余元。同年10月16日下午,谢军遇到赵强,闲聊中赵强提出去:“搞”一辆摩托车,谢军表示同意。后赵强去寻找目标。当晚8时许,赵强假意雇肖红驾驶两轮摩托车到加油站载上谢军一同来到市郊大桥附近,以等人为由让肖红停车等候。赵强趁肖红下车未拔出钥匙之际,将摩托车开走,肖红欲追赶,谢军则以赵强用其车去找人、等会儿还回来等理由稳住肖红。后谢军又以去找赵强为由,叫肖红在原地等候,自己趁机逃跑。肖红报案,公安机关将谢军、赵强抓获。赵强对犯罪事实供认不讳,并主动向公安机关交待了本案所述的上一一起犯罪事实。而谢军在犯罪的主要情节上避重就轻。

问题:请分析本案中谢军和赵强的刑事责任。

(谢军、赵强的行为构成抢劫罪、盗窃罪,数罪并罚;其中,赵强具有自首表现,可以从轻或减轻处罚。)

4. 肖某为了骗取保险金,花1万元买来一辆二手名牌轿车,通过在某国有保险公司担任业务员的好友杨某经办,向该保险公司谎报轿车价值为20万元,投保车辆盗抢、毁损险之后,肖某找赵某(男,15岁),给赵某5000元报酬,请赵某将停在肖某自家平房前的轿车烧毁。赵某问为什么,肖某说那是邻居的车,要烧掉报复邻居。赵某说没问题,10天以内解决。赵某拿钱后带上同学吴某(男,15岁)一起吃喝、上网吧。吴某问赵某哪来的许多钱,赵某告以实情,并请吴某帮忙,吴某答应,并搞来一大瓶汽油放在赵某家,准备点火用。

此间，肖某担心轿车离自己家太近，烧车会烧到自家和邻居的房屋，就打电话告诉赵某放弃烧车，并让赵某将5000元钱退回。赵某已将钱花去大半，无法偿还，听后十分着急，一边答应停止行动，过几天退钱，一边通知吴某就在当晚行动。吴某答应，约定当晚在烧车地点汇合。晚上，赵某带上汽油瓶到烧车地点，吴某因害怕未去。赵某久等吴某未果，遂决定单独行动。赵某将汽油泼到车上，点火烧车，然后躲在一边察看动静。赵某见火越烧越大，十分害怕，急忙打电话报火警，并急叫附近四邻灭火。由于赵某报警、喊人救火及时，仅烧毁轿车、烤糊了临近该轿车的几间房屋的门窗和屋檐，未造成其他后果。

事后，肖某向保险公司索赔，保险公司派杨某核定险损事故。杨某明知肖某虚报保险标的价值、恶意制造了这起保险事故，但考虑是朋友关系，还是给其出具了保险事故评估证明，致使保险公司全额赔付肖某20万元保险金。

案发后，杨某在审讯期间主动交代：在3个月前曾利用职务上便利虚构一起车险事故，从本公司骗领到5万元赔款，据为己有。

问题：根据有关刑法规定及刑法原理，对本案进行全面分析。

（肖某构成保险诈骗罪；他为了骗取保险金，唆使赵某放火烧车，构成放火罪共犯。杨某构成保险诈骗罪共犯、贪污罪。赵某、吴某的行为构成放火罪既遂；不满18周岁，应从轻或者减轻处罚；吴某在共同犯罪中起辅助作用，是放火罪的从犯，应当从轻、减轻或者免除处罚。杨某主动交代不同种罪行（贪污），成立自首，可以从轻或者减轻处罚。）

5. 石某来京打工期间，结识了同是外来人员的龙某、高某与王某，四人多次以“碰瓷”的手段在街头敲诈他人财物。2007年12月24日，高、王、龙再次预谋到前门百万商行前以此手段进行敲诈，由于石某与龙闹矛盾，没有参与预谋。高、王、龙三人来到商行前，将凌某作为敲诈对象，由龙某拿一块手表故意冲撞凌某，然后借口让凌某赔偿。凌拒绝赔偿，三人遂对凌某进行殴打，凌被迫交出100元。高等三人仍不罢休，将凌某推倒在地，高强行夺下凌的手包，凌大声呼喊，龙、王见状匆忙逃走，高持手包欲逃时，被凌抱住腿，高便踢了凌某腹部一脚，并将手包扔在路旁，竭力挣开凌某的手想要逃跑。与此同时，石某恰巧正在现场附近吃东西，其目睹了高等人作案的全过程，当其看到高将手包扔在路旁时，趁凌某与高扭打之机将手包捡起来。当看见高某被凌某抱住，就上前踢了凌某腹部一脚，然后转身跑了。到了偏僻处，石某将手包中12100余元中的12000元藏起来，当高等三人追上索要手包时，石将内装100余元、一块新手表、一个手机以及两根金条等物品的手包交与高等人。事后被害人凌某脾脏破裂而死，但查不清楚究竟是高某还是石某造成。

后来石某等四人找朋友开了一张手机购买发票，然后在二手手机市场将该手机卖给李某（2400元）；三天后，石某等四人将手表和金条处理给了龙某的老乡钱某（15000元）。

（1）龙某、高某与王某夺取凌某手包的行为构成何罪？

（2）石某将手包拿走的行为如何处理？

- (3) 对于被害人凌某死亡的结果，应当如何处理？
- (4) 石某将手包中的 12000 元藏起来行为如何处理？
- (5) 石某等出售手机的行为如何处理？
- (6) 石某等出售手表、金条的行为如何处理？
- (7) 张某购买手机的行为和钱某收购手表、金条的行为如何处理？

6. A 雇请 B 和 C 将自己的女朋友 D 的腿打成骨折，当场交给 B、C 4000 元，约定事成后再给 6000 元。B、C 找到 D 后对 D 说：“你的男朋友雇请我们伤害你，但我们不想这样做；你最好不要外出，不要与 A 见面，并且声称自己受伤了。”然后，B、C 对 A 说：“我们已经将 D 打伤，但被公安机关发现。你除了按原来的约定给 6000 元外，还必须再多给 5000，否则，我们向公安机关告发你。”A 信以为真，除按原来约定给了 B、C 6000 元以外，付给了 B、C 5000 元。

7. 甲的女友 A 经常上网与人聊天而且与网友见面，甲为此非常恼怒。于是甲雇请（约定 1 万元作为报酬，先预付了 4000 元）乙、丙打断 A 的大腿。乙、丙前往 A 的居住地，以为 B 是 A，于是动手打人。在 B 进行反抗中，乙、丙害怕事情败露，于是打死了 B。事后乙、丙找到甲，要求支付 6000 元，另外还要支付 5000 元。

8. 盗窃犯甲盗窃摩托车，找不到买主，打算扔掉，于是将自行车仍在一个角落，但仍然上了锁。乙知道甲盗窃的情况，但并不知道甲扔掉了自行车。于是偷走了该车。

9. 甲某在广州购买了面额共计 500 万元的假币，带回河北。在河北以 3 折价格卖给乙 80 万元，到商场购物用去 10 万元的假币，与他人按照外汇牌价兑换得 2 万美元。后来甲发现自己买回的假币中间夹有相当一部分白纸，没有任何图案，于是甲便在该白纸外面裹了一些假币，找到丙谎称是 30 万假币，以 2 折的价格卖给丙。丙买回后才发现假币中间大都是白纸，根本无法冒用，方知上当。丙后来还是想方设法将该笔假币转卖给了丁，丁不知有诈。公安人员在甲继续出售假币时将甲抓获，根据甲的交代并在甲带领下，公安机关将伪造货币的戊抓获归案。在戊的住处公安人员搜查出了面值共计 2000 万元戊还没有来得及出售的假币。审问中戊主动交待了另 8 起出售假币的犯罪事实，另外还主动交待了曾经在 3 年前盗窃手提电脑两部的事实、在 6 年前诈骗 2000 元的事实。试分析本案。

（甲某触犯了购买、运输、出售假币罪，使用假币罪，诈骗罪，不构成以假币换取真币罪。对甲应当以购买、运输、出售假币罪定罪和诈骗罪定罪处罚，使用假币罪被吸收；由于存在重大立功，对甲可以减轻或免除处罚。丙构成购买假币罪、构成诈骗罪。戊犯有伪造假币罪、盗窃罪和诈骗罪，戊主动交代多起出售假币的事实，属于坦白，对该罪行可以酌情从轻、减轻处罚。戊主动交待过去诈骗和盗窃的事实，属于自首，应当从轻或减轻

处罚。戊的诈骗行为没过追诉时效，应当追诉。)

1 0. 甲为了杀害妻子乙，便在乙的饮食中投放了毒药。乙吃后呕吐不止、十分痛苦。甲见状后顿生怜悯之心，立即将乙抱在私家车的副驾驶位上。甲在开车将乙送往医院抢救的途中，由于车速过决，加之心情紧张，车的右侧撞在路边的水泥杆上，乙被当场撞死。

1 1. 甲为了谋取不正当利益，意欲向国家工作人员乙行贿。甲将 30 万送至乙家时，乙不在家，甲便将钱交给乙的妻子 A，并说明了真相。乙回家后，A 将收钱事实告知乙，乙大怒，痛骂 A 不该收钱，并责令其次日将钱退回。A 答应退钱，但事实上，A 次日以自己名义将 30 万元存入银行。

1 2. 甲是国家工作人员，收到了乙单位行贿的一支转帐支票（20 万元），该转帐支票只能按事先签定的假合同，到丙单位提取现金。甲收到转帐支票后交给 A，并将真相告诉 A，由 A 从丙单位提取现金。A 将 10 万元据为己有，剩下 10 万交给甲，甲也没有向 A 索回 10 万元。

1 3. 周某（女）得知不能生育的姐姐想抱养一男孩，便答应由自己负责。某月 25 日晚下班时，周来到某人民医院，以其表妹要生小孩为由，事先住进了 128 房间。26 日晚，同病房一孕妇产一男婴。27 日深夜，周趁病房的人熟睡之机，将男婴抱走，后又回到病房贼喊捉贼。周后被公安抓获，婴儿未见异常。