

2015年版

研习历年试题就是做未来真正考题

统计表明：

每年司考重复考查考点高达80%

解读历年试题是复习备考的最佳捷径

司法考试 历年试题及考点归类精解

刑法

法律考试中心/组编 张能宝/主编

最新权威版本

本书由法律社连续13年最新增补、修订出版

明确复习重点

整合2010-2014历年试题，归纳提炼，直击考点

节省备考时间

依据最新法规逐题详解，辨析疑难，指导解题技巧

揭示司考方向

全面解密连续5年考试命题规律、考查重点、考查方式



法律出版社

2015年版

2015年司法考试真题及考点归类精解

（刑法分则）

（刑法总则）

（刑事诉讼法）

司法考试

历年试题及考点归类精解

解 说

张明楷 著

刑法分则

2015年司法考试真题及考点归类精解

刑法总则

2015年司法考试真题及考点归类精解

刑事诉讼法

2015年司法考试真题及考点归类精解

民事诉讼法

2015年司法考试真题及考点归类精解



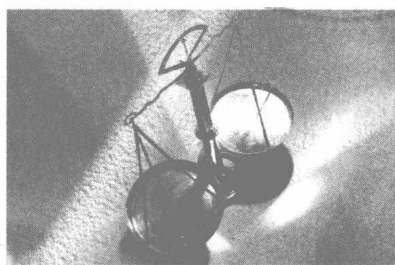
司法考试历年试题及考点归类精解

刑法

2015年版

法律考试中心 / 组编

主 编	张能宝			
副主编	杨艳霞	张 玲	田域基	
撰稿人	张能宝	杨艳霞	张 玲	田域基
	刘亚莉	李慧琦	郭 玮	倪 燕
	汪涵中	施金晶	李 咏	王 珍
	王莹莹	喻晓玮	赵流莲	张丽颖
	王光明	刘金坤	张劲晗	



目 录

第一部分 2010~2014 年司法考试分值分

布、命题基本规律与复习技巧 … (1)

一、司法考试分值分布 … (1)

二、命题基本规律与复习技巧 … (1)

(一)命题基本规律 … (1)

(二)复习技巧 … (1)

第二部分 客观试题归类精解 … (2)

一、刑法的解释、基本原则与适用范围

…………… (2)

(一)单项选择题 … (2)

(二)多项选择题 … (8)

(三)已考考点及已考法条归纳 … (12)

(四)备考提示 … (12)

二、犯罪构成 … (12)

(一)单项选择题 … (12)

(二)多项选择题 … (23)

(三)已考考点及已考法条归纳 … (30)

(四)备考提示 … (30)

三、排除犯罪的事由 … (30)

(一)单项选择题 … (30)

(二)多项选择题 … (34)

(三)已考考点及已考法条归纳 … (34)

(四)备考提示 … (34)

四、故意犯罪的未完成形态 … (35)

(一)单项选择题 … (35)

(二)多项选择题 … (37)

(三)已考考点及已考法条归纳 … (40)

(四)备考提示 … (40)

五、共同犯罪 … (40)

(一)单项选择题 … (40)

(二)多项选择题 … (43)

(三)已考考点及已考法条归纳 … (45)

(四)备考提示 … (45)

六、罪数的特别形态——一罪与数罪 … (46)

(一)单项选择题 … (46)

(二)多项选择题 … (48)

(三)已考考点及已考法条归纳 … (50)

(四)备考提示 … (50)

七、刑罚的体系 … (51)

(一)单项选择题 … (51)

(二)多项选择题 … (52)

(三)已考考点及已考法条归纳 … (53)

(四)备考提示 … (53)

八、量刑 … (53)

(一)单项选择题 … (53)

(二)多项选择题 … (55)

(三)已考考点及已考法条归纳 … (57)

(四)备考提示 … (57)

九、行刑 … (58)

(一)单项选择题 … (58)

(二)多项选择题 … (59)

(三)已考考点及已考法条归纳 … (60)

(四)备考提示 … (60)

十、危害国家安全罪 … (61)

(一)单项选择题 … (61)

(二)已考考点及已考法条归纳 … (61)

(三)备考提示 … (61)

十一、危害公共安全罪 … (61)

(一)单项选择题 … (61)

(二)多项选择题 … (64)

(三)不定项选择题 … (65)

(四)已考考点及已考法条归纳 … (67)

(五)备考提示 … (67)

十二、破坏社会主义市场经济秩序罪 … (68)

(一)单项选择题 … (68)

(二)多项选择题 … (71)

(三)不定项选择题 … (73)

(四)已考考点及已考法条归纳 … (76)

(五)备考提示 … (77)

十三、侵犯公民人身权利、民主权利罪 … (77)

(一)单项选择题 … (77)

(二)多项选择题 … (81)

(三)不定项选择题 … (83)

(四)已考考点及已考法条归纳 … (85)

(五)备考提示 … (85)

十四、侵犯财产罪 … (85)

(一)单项选择题 … (85)

(二)多项选择题 … (89)

(三)不定项选择题 … (93)

(四)已考考点及已考法条归纳 … (96)

(五) 备考提示·····	(96)	(四) 备考提示·····	(108)
十五、妨害社会管理秩序罪·····	(96)	十七、渎职罪·····	(108)
(一) 单项选择题·····	(96)	(一) 单项选择题·····	(108)
(二) 多项选择题·····	(99)	(二) 多项选择题·····	(109)
(三) 不定项选择题·····	(101)	(三) 已考考点及已考法条归纳·····	(110)
(四) 已考考点及已考法条归纳·····	(103)	(四) 备考提示·····	(110)
(五) 备考提示·····	(103)	第三部分 案例分析及论述题集中精解·····	(110)
十六、贪污贿赂罪·····	(103)	一、试题解析·····	(110)
(一) 单项选择题·····	(103)	二、已考考点及已考法条归纳·····	(119)
(二) 多项选择题·····	(106)	三、备考提示·····	(119)
(三) 已考考点及已考法条归纳·····	(108)		

第一部分 2010~2014 年司法考试分值分布、命题基本规律与复习技巧

一、司法考试分值分布

	单项选择题	多项选择题	不定项选择题	案例分析题	论述题	总计
2014 年	21	26	12	22	0	81
2013 年	21	26	12	22	0	81
2012 年	21	26	12	22	0	81
2011 年	20	26	12	22	0	80
2010 年	20	30	8	22	0	80

说明:2011 年、2012 年试卷二第 1、2 题在“社会主义法治理念”科目进行解析。

二、命题基本规律与复习技巧

(一)命题基本规律

刑法一直是司法考试的“大户”，每年的总分占到了 80 分左右，大家一定要加强重视。

近几年的刑法命题呈现出两个特征：“重者恒重”和“加强理论考查”。所谓“重者恒重”是指虽然《刑法》法条有 452 条之多，司法解释也有近百个，但是反复考的就是常见的那些知识点。无论谁命题，以经典考点为主要考查内容的方向都是不会变的。

同时，这些考点也具有常考常新的特点，即每年都会考一些以前没有考过的知识点。一旦开始这种考查，这种新的知识点一般都会连续考几年。所以，新考生在复习真题时可以特别注意一下我们在解析中专门强调的新增知识点和你觉得很新奇的知识。这些知识点一般下年还会再考。

从 2002 年开始，随着“兼顾应用能力和法学理论素养的均衡考查”成为命题方针，刑法考题的理论性也显著增强。特别是从 2010 年开始，理论性题目不仅数量增加，而且难度提高，每年都有数道题目专门考查不同的学术观点。可以预见，2015 年的题目将更加灵活，考查考生刑法学理论素养的题目还将增加。要在刑法科目中获得好的成绩，考生须强化对基础理论的学习。

(二)复习技巧

1. 复习前成竹于胸。

在开始复习刑法前，要对刑法的整体结构有一个清晰了解，知道各个大的知识点在刑法体系中的位置。只有这样，复习时才会眼明心亮，事半功倍。

2. 复习中分清主次。

基于“重者恒重”的命题特点，复习刑法时一定要学会抓重点。总则部分条条都是重点，要逐条深

入掌握。分则复习则需要区分重点章和非重点章、重点罪和非重点罪。对不同的章和罪，采取不同的复习方法。危害国家安全罪虽然排在刑法第一章，但一向分值不多，看几个重点罪即可。第三章和第六章罪名极多，但除少量重点罪外，大量的罪名只要能够区分它们在客观方面的表现就可以了，说直接一点，不需要能够背诵罪名，只要能够分类“辨认”即可，因为非重点罪名一般仅以选择题的方式考查，罪名已经给出，会“认”即可。第九章也可照此复习。第七章和第十章是两个比较特殊的章，考得非常少，复习时间不够的话，可以不看。

第四章、第五章、第八章就不能这样了，这几章的罪名不多，但每个都很重要，经常考，而且考查得细致、深入。例如，故意杀人罪、拐卖妇女、儿童罪、抢劫罪、盗窃罪、诈骗罪、侵占罪、贪污罪等，年年必考。对这些“每个毛孔都滴着分数”的犯罪就要掌握得很深，很广，而且刑法理论和司法解释也都要掌握。

还有，大家一定要注意刑法和司法解释中的特别规定，这些内容通常都是考试重点。例如，《刑法》第 240、241 条对拐卖妇女、收买被拐卖妇女中强奸被拐卖、被收买妇女的是否数罪并罚进行了明文规定，司法考试几乎每年都会考到这个问题。

3. 复习时勤于思考、融会贯通。做一道题，会一类题。

虽然知识点不变，但题目年年在变。只有在复习时认真思考，掌握每个知识的本质才能以不变应万变。例如，大家都知道贪污是贪污国家公共财物，受贿是利用职务便利收取他人的财物。那么交警甲和无业人员乙勾结，让乙告知超载司机“只交罚款一半的钱，即可优先通行”，司机交钱后，乙将交钱司机的车号报给甲，由在高速路口执勤的甲放行。二人利用

此法共得 32 万元。应如何认定甲、乙收钱的行为(2014 年试卷二第 21 题)? 大量的考生认为甲、乙构成贪污罪,因为他们贪污了罚款。但是,甲、乙这种行为的实质是“送罚款数额一半的钱给我就可以不用罚款了”。所以,其本质是受贿而不是贪污。

很多题目看似不同,其实本质是相同的。例如,开枪射击穿着防弹背心的被害人是否成立故意杀人罪? 拿着硫酸瓶欲泼向被害人,但未能拧开盖子是否属于犯罪未遂? 为了致人死亡,花钱请人坐飞机是否构成故意杀人罪? 这三个问题看起来风马牛不相及,但本质是一样的:这些行为是否是刑法上的危害行为? 由于只有确实能够增加法益侵害危险的行为才是刑法上的危害行为,所以前两个行为都是刑法上的危害行为,最后一个行为则不是。

为了帮助大家炼出“火眼金睛”,我们在本书中特别加强了对基础理论的解析。大家在学习本书时,要掌握的不是一道具体的题的答案,而是这一类题的答案。我们之所以在解析中列出“考点”和“陷阱点拨”,就是要求大家“做一道题,会一类题”。只有这样,才算真正掌握了这道题。

“授之以鱼”不如“授之以渔”。2014 年,我们再

次加大了对“陷阱点拨”的阐述力度。“陷阱点拨”不是对答案的解析,而是专门分析考生为何会答错。它的目的是引导大家形成正确的思路,教会大家正确的分析方法。

4. 追本溯源,重视教材。

在此,我们想再次强调一下重视教材的问题。司法考试复习中,很多考生都不愿意看司法部组编的《司法考试辅导用书》(以下简称“三大本”),因为其内容量大且较为平铺直叙,大家不容易抓住重点。但是,很多司法考试的真题就来源于教材中的小例子,有时候甚至直接考查教材中的一句话。特别是,很多情况下“三大本”里的观点就是司法考试的观点。所以,大家还是要加强重视。

另外,考生们还要重视新增的立法和司法解释,这些也是每年的考试重点。

5. 精做真题。

我们在每年的解析中都发现,几乎每道题的考点以前都是考过数次的,都有对应的历年真题。所以,一定要重视历年真题。可以毫不夸张地说,“研习过去的真题,就是在做未来的考题”,这是我们所有辅导老师的肺腑之言。

第二部分 客观试题归类精解

一、刑法的解释、基本原则与适用范围

(一) 单项选择题

1. 关于公平正义理念与罪刑相适应原则的关系,下列哪一选项是错误的?(2014 年试卷二第 1 题)

A. 公平正义是人类社会的共同理想,罪刑相适应原则与公平正义相吻合

B. 公平正义与罪刑相适应原则都要求在法律实施中坚持以事实为根据、以法律为准绳

C. 根据案件特殊情况,为做到罪刑相适应,促进公平正义,可由最高法院授权下级法院,在法定刑以下判处有期徒刑

D. 公平正义的实现需要正确处理法理与情理的关系,罪刑相适应原则要求做到罪刑均衡与刑罚个别化,二者并不矛盾

[答案]* 1

[考点] 公平正义理念与罪刑相适应原则的关系

[解析] 罪刑相适应原则的基本含义是,刑罚的轻重应与犯罪的轻重相适应。《刑法》第 5 条明文规定了这一原则。

罪刑相适应原则要求罚当其罪,重罪重罚,轻罪轻罚。这样的刑罚显然是公平的、正义的。因此,这

一原则是公平正义在刑法中的具体体现。所以,选项 A 正确。

只有坚持以事实为根据、以法律为准绳才能在量刑时做到不枉不纵,罚当其罪,才能实现公平正义。所以,选项 B 也正确。

根据案件特殊情况,如果判处法定最低刑仍嫌过重的,我国《刑法》规定可以在法定最低刑以下判处有期徒刑。这种刑罚被称为减轻处罚。其法律依据为《刑法》第 63 条。这种特殊情况包括两类,法有明文规定的情况和法无明文规定的情况。对于法有明文规定的情况,审理案件的法院可以直接决定对罪犯减轻处罚。对于法无明文规定的情况,刑法没有直接授权下级法院进行判决,而是规定必须一案一报,由下级法院上报给最高人民法院,由最高人民法院来决定是否需要减轻处罚。选项 C 错误。

罪刑均衡原则又称为罪刑相适应原则,或称罪刑相当原则。它的理论基础主要是刑事古典学派所主张的报应主义。报应主义之代表人物康德、黑格

* 为强化对真题考点的思考,应广大考生要求,我们在每题后不再直接列明答案,相关答案请参见每页右下角注释,全书体例同。——编者注

尔认为刑罚是对犯罪的一种报应,因此刑罚的质和量完全以犯罪为转移,即犯罪对社会所造成的损害应当成为刑罚的尺度。在量刑时不必考虑行为人的个人情况(例如是初犯还是偶犯,犯罪动机如何等)。刑事近代学派则认为刑罚的主要目的是预防(预防主义),因此刑罚应当与再犯可能性(犯罪人的人身危险性)相适应,在量刑时主要考虑行为人的情况,而不是犯罪的情况。这就是刑罚个别化原则。这两种观点都失之偏颇。现代刑法理论认为刑罚兼具报应与预防功能。在量刑时,既要考虑行为的社会危害性,还要考虑行为人的再犯可能性。这样,就能既实现罪刑均衡,又能根据行为人的具体情况实现个案正义。显然,这就是既考虑法理,又考虑情理,在每个个案中实现公平正义。所以说,二者并不矛盾。我国《刑法》第5条规定:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”这也要求司法者在量刑时既要考虑罪行的轻重,还要考虑行为人的社会危害性的大小。选项D正确。

【陷阱点拨】 本题一些考生纠结于“吻合”这个词而答错了题目。他们认为“吻合”是完全相同,公平和罪刑相适应并非完全相同,因此不能用“吻合”。这显然是钻牛角尖了。选项A的意思仅仅是说公平正义是人类社会的共同理想,罪刑相适应原则也是体现了公平正义的,并没有说二者的内容完全相同。

【难度系数】 *

2. 甲怀疑医院救治不力致其母死亡,遂在医院设灵堂、烧纸钱,向医院讨说法。结合社会主义法治理念和刑法规定,下列哪一看法是错误的?(2014年试卷二第2题)

A. 执法为民与服务大局的理念要求严厉打击涉医违法犯罪,对社会影响恶劣的涉医犯罪行为,要依法从严惩处

B. 甲属于起哄闹事,只有造成医院的秩序严重混乱的,才构成寻衅滋事罪

C. 如甲母的死亡确系医院救治不力所致,则不能轻易将甲的行为认定为寻衅滋事罪

D. 如以寻衅滋事罪判处甲有期徒刑3年、缓刑3年,为有效维护医疗秩序,法院可同时发布禁止令,禁止甲1年内出入医疗机构

【答案】 _____²

【考点】 社会主义法治理念、寻衅滋事罪

【解析】 涉医违法犯罪对医护人员的身心和精神造成极大的损害,严重伤害医疗事业的健康发展。执法为民与服务大局的理念要求严厉打击这种犯罪,对社会影响恶劣的涉医犯罪行为,要依法从严惩处。选项A正确。

选项B是刑法所规定的,不是只要起哄闹事就构成寻衅滋事罪。只有“造成公共场所秩序严重混乱的”才构成犯罪。所以选项B正确。

最高人民法院、最高人民检察院《关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条规定:“行为人为寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横等,无事生非,实施刑法第二百九十三条规定的行为的,应当认定为‘寻衅滋事’。行为人因日常生活中的偶发矛盾纠纷,借故生非,实施刑法第二百九十三条规定的行为的,应当认定为‘寻衅滋事’,但矛盾系由被害人故意引发或者被害人对矛盾激化负有主要责任的除外。行为人因婚恋、家庭、邻里、债务等纠纷,实施殴打、辱骂、恐吓他人或者损毁、占用他人财物等行为的,一般不认定为‘寻衅滋事’,但经有关部门批评制止或者处理处罚后,继续实施前列行为,破坏社会秩序的除外。”具体到本案,如甲母的死亡确系医院救治不力所致,那么甲向医院讨说法的行为就不是寻衅滋事行为。如果甲经有关部门批评制止后,仍然继续闹事,并严重影响医院医疗秩序的,才可以被认定为寻衅滋事罪。选项C是正确的。

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子适用禁止令有关问题的规定(试行)》第4条规定:“人民法院可以根据犯罪情况,禁止判处管制、宣告缓刑的犯罪分子在管制执行期间、缓刑考验期限内进入以下一类或者几类区域、场所:(一)禁止进入夜总会、酒吧、迪厅、网吧等娱乐场所;(二)未经执行机关批准,禁止进入举办大型群众性活动的场所;(三)禁止进入中小学校区、幼儿园园区及周边地区,确因本人就学、居住等原因,经执行机关批准的除外;(四)其他确有必要禁止进入的区域、场所。”注意,法院发布禁止令不能影响被告人的正常工作、生活。人随时都可能生病,需要去医院治疗。法院显然不能禁止被告人出入医疗机构。所以,选项D错误。

【陷阱点拨】 本题很多考生问:认定犯罪不是只看行为的吗,为什么甲的母亲死亡是否确系医院治疗所致会影响定罪呢?这些考生没有注意到:犯罪都是主客观相统一的行为。定罪时不能只看表面的行为,还要看行为背后的主观心态。本罪是“寻衅”滋事罪。所以只有无事生非、借故生非的才可能构成本罪。如果是正常(略有过激)的维权行为,那就不是“生非”行为,就不能认定为“寻衅”,当然也就不能认定为本罪了。

【难度系数】 **

3. 关于刑法用语的解释,下列哪一选项是正确的?(2014年试卷二第3题)

A. 按照体系解释,刑法分则中的“买卖”一词,均

指购买并卖出;单纯的购买或者出售,不属于“买卖”

B. 按照同类解释规则,对于刑法分则条文在列举具体要素后使用的“等”、“其他”用语,应按照所列举的内容、性质进行同类解释

C. 将明知是捏造的损害他人名誉的事实,在信息网络上散布的行为,认定为“捏造事实诽谤他人”,属于当然解释

D. 将盗窃骨灰的行为认定为盗窃“尸体”,属于扩大解释

[答案] _____³

[考点] 刑法的解释

[解析] 体系解释,是指根据刑法条文在整个刑法中的地位,联系相关法条的含义,阐明其规范意旨的解释方法。体系解释能够使刑法条文之间保持协调,使“相同”的犯罪得到相同的处理。要做好体系解释,需要特别注重以下几点:第一,体系解释并非仅要求解释结论在刑法范围内具有协调性,还要求解释结论具有合宪性。第二,必须以刑法总则规定为指导解释刑法分则。第三,遵守同类解释规则,对于刑法分则条文在列举具体要素之后使用的“等”、“其他”用语,要按照所列举的内容、性质进行解释。第四,必要时承认刑法用语的相对性。用语是为了达到一定的目的而在特定的语境下工作的,所以,使用该用语的目的不同、语境不同,用语的含义也就不同。第五,要以基本法条为中心作出解释,而不能以补充法条为中心作出解释。例如,不能因为刑法规定了强迫交易罪,就认为凡是有交易的行为都不成立抢劫罪。

在进行体系解释时要承认刑法用语的相对性。刑法用语中的“买卖”一词的含义在不同环境下可以不相同。例如,甲在路上捡了一把军用手枪,将其卖出的也成立非法买卖枪支罪,不能因为甲只有出售行为,没有购买行为就认为他不成立非法买卖枪支罪。选项 A 错误。

对于《刑法》分则条文在列举具体要素后使用的“等”、“其他”用语,应按照所列举的内容、性质进行同类解释,这样才能实现体系解释。例如,《刑法》第 114 条规定:“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全,尚未造成严重后果的,处三年以上十年以下有期徒刑。”这里的“其他危险方法”就必须被解释为和放火、决水、爆炸以及投放危险物质的社会危害性相当的行为。选项 B 正确。

当然解释是指法律并未规定这种行为,但根据“举轻以明重”的道理将其解释为犯罪(入罪),或者根据“举重以明轻”的道理将其解释为不是犯罪(出罪)。明知是捏造的损害他人名誉的事实而进行散

布,本身就是刑法所规定的诽谤行为。传统的散布方式是写信、贴大字报、口口相传等方式。随着信息网络的发达,出现了利用信息网络进行散布的方式。这时,将“散布”解释为包括利用信息网络进行散布就不是当然解释,而是扩大解释。这是随着犯罪手段的变化而对刑法做出的与时俱进的解释,但这样的解释并没有超出法条原本具有的含义。选项 C 错误。

不是只要扩大了法条的字面含义的解释就是扩大解释。只有扩大了法条的字面含义,且没有超出法条原本的真实含义的解释才是扩大解释。如果一个扩大的解释超出了法条的真实含义,那就是类推解释。尸体和骨灰是截然不同的。法律仅规定了“尸体”,没有规定“骨灰”,说明法律仅禁止侮辱尸体的行为。那么将盗窃骨灰的行为认定为盗窃“尸体”,就属于类推解释。选项 D 错误。

[陷阱点拨] (1)很多考生认为诽谤当然包括利用网络进行的诽谤,因此是当然解释。这是没有理解当然解释的本质。当然解释,是指在所面临的案件缺乏可以适用的法条时,通过参照各种事项,从既有的法条获得指导,对案件适用既有法条的一种解释。所以,只有法律对某个行为确实没有规定时才会适用当然解释。

(2)很多考生认为只要扩大了法条的字面含义的解释就是扩大解释。这是不对的。只有扩大了法条的字面含义,且没有超出法条原本的真实含义的解释才是扩大解释。如果一个扩大的解释超出了法条的真实含义,那就是类推解释。所以刑法允许扩大解释,禁止类推解释。

[难度系数] * * *

4. 甲给机场打电话谎称“3 架飞机上有炸弹”,机场立即紧急疏散乘客,对飞机进行地毯式安检,3 小时后才恢复正常航班秩序。关于本案,下列哪一选项是正确的?(2013 年试卷二第 1 题)

A. 为维护社会稳定,无论甲的行为是否严重扰乱社会秩序,都应追究甲的刑事责任

B. 为防范危害航空安全行为的发生,保护人民群众,应以危害公共安全相关犯罪判处甲死刑

C. 从事实和法律出发,甲的行为符合编造、故意传播虚假恐怖信息罪的犯罪构成,应追究其刑事责任

D. 对于散布虚假信息,危及航空安全,造成国内国际重大影响的案件,可突破司法程序规定,以高效办案取信社会

[答案] _____⁴

[考点] 罪刑法定原则,编造、故意传播虚假恐怖信息罪

[解析] 罪刑法定原则有四个要求:(1)禁止溯

及既往。但是,允许有利于被告人的溯及既往。(2)排斥习惯法。(3)禁止类推解释。但是,允许有利于被告人的类推解释。(4)刑罚法规的适当。包括:①刑法应当具有明确性;②禁止处罚不当罚的行为。前3项属于形式的罪刑法定的内容;第4项则属于实质的罪刑法定的内容。要实现罪刑法定原则就必须严格遵守刑法的规定,不得以任何理由突破刑法对犯罪的构成要件的明文规定。

甲给机场打电话谎称“3架飞机上有炸弹”,这种行为是编造、故意传播虚假恐怖信息的行为。根据《刑法》第291条之1的规定,只有编造爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息,或者明知是编造的恐怖信息而故意传播,“严重扰乱社会秩序的”才构成本罪。即使为了维护社会稳定,也不能违反罪刑法定原则,不能突破法律的明确规定,所以选项A是错误的。

甲编造的是虚假恐怖信息,这种行为对公共安全并无现实危害,不构成危害公共安全类犯罪。所以,即使为了防范危害航空安全行为的发生,保护人民群众,也不能违反罪刑法定原则,以危害公共安全相关犯罪判处甲死刑。故,选项B也错误。

选项C是正确的。甲的行为完全符合该罪的犯罪构成。

无论查处多么严重的案件,都必须遵守法律的规定。法律规定既包括对实体法的规定,也包括对程序法的规定。因此,选项D说“可以突破司法程序规定”是错误的。

综上,本题的正确答案是C。

[难度系数] *

5. 关于社会主义法治理念与罪刑法定原则的关系有以下观点:

①罪刑法定的思想基础是民主主义与尊重人权主义,具备社会主义法治理念的本质属性

②罪刑法定既约束司法者,也约束立法者,符合依法治国理念的基本要求

③罪刑法定的核心是限制国家机关权力,保障国民自由,与执法为民的理念相一致

④罪刑法定是依法治国理念在刑法领域的具体表现

关于上述观点的正误,下列哪一选项是正确的?(2013年试卷二第2题)

- A. 第①句正确,第②③④句错误
- B. 第①③句正确,第②④句错误
- C. 第①②③句正确,第④句错误
- D. 第①②③④句均正确

[答案] _____⁵

[考点] 罪刑法定原则、社会主义法治理念

[解析] 罪刑法定的思想基础是民主主义与尊重人权主义。社会主义法治理念的本质属性,是坚持党的领导、人民当家作主和依法治国的统一。二者在坚持人民民主、保障人权上是一致的。所以,罪刑法定的思想基础具备社会主义法治理念的本质属性。故,观点①正确。

罪刑法定原则首先要求立法者制定出明确、清晰,且处罚范围适当、罪刑均衡的“良法”。因为,如果法律本身是“恶法”,那么执行得越严格,其社会效果就越差。例如,第二次世界大战时期希特勒要求杀死所有的犹太人,那么司法者对这种法律执行得越好,离罪刑法定原则想要实现的“保障国民自由”就越远。“良法”是实现罪刑法定原则的前提和基础。所以,罪刑法定原则也约束立法者。而依法治国要求所有人都要依法办事。故,观点②也是正确的。

依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导是社会主义法治理念的主要内容。执法为民要求人民能够当家作主,要求国家只能在法律允许的范围内活动。罪刑法定的核心是限制国家机关权力,保障国民自由,这与执法为民的理念是相一致的。观点③也正确。

依法治国理念在不同的部门法中有不同的表现,在刑法中具体表现为罪刑法定原则。故,观点④也正确。

综上,本题的正确答案为D。

[陷阱点拨] 考生注意罪刑法定原则既有对司法的要求,也有对立法的要求即可。有考生认为“立法者哪怕立个口袋罪也不违反罪刑法定原则”,这种看法是错误的。这种不明确的立法是无法实现罪刑法定的。所以,立法者也必须受本原则的束缚,他们制定的法律必须是“良法”。

[难度系数] *

6. 关于刑法解释,下列哪一选项是错误的?(2013年试卷二第3题)

A. 学理解释中的类推解释结论,纳入司法解释后不属于类推解释

B. 将大型拖拉机解释为《刑法》第116条破坏交通工具罪的“汽车”,至少是扩大解释乃至是类推解释

C. 《刑法》分则有不少条文并列规定了“伪造”与“变造”,但不排除在其他一些条文中将“变造”解释为“伪造”的一种表现形式

D. 《刑法》第65条规定,不满18周岁的人不成立累犯;《刑法》第356条规定,因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪被判过刑,又犯本节规定之罪的,从重处罚。根据当然解释的原理,对不满18周岁的人不适用《刑法》第356条

[答案] 6

[考点] 刑法的解释

[解析] 刑法中的类推解释是指通过对法律进行类比推理解释的方法将刑法法条中没有包含的事项解释为包含在该法条中。由于这种解释违反了罪刑法定原则,所以刑法禁止类推解释。例如,刑法仅规定了拐卖妇女、儿童罪,而根据我国相关司法解释的规定,儿童是指不满14周岁的男女儿童。如果认为拐卖刚满14周岁的男孩的危害性和拐卖不满14周岁的男孩的危害性是一样的,因此拐卖妇女、儿童罪中的儿童包含14周岁以上的男孩,这就是类推解释。

一个解释结论是类推解释还是扩大解释并不是由解释者的身份决定的,而是由法条决定的。如果一个解释结论是类推解释,那么它即使被纳入了司法解释,也仍然属于类推解释。如果认为选项A是正确的,那就意味着司法解释的制作者可以随便进行类推解释了。故A项错误,当选。

《刑法》第116条(破坏交通工具罪)规定:“破坏火车、汽车、电车、船只、航空器,足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险,尚未造成严重后果的……”从法条来看,应该是只包括汽车,不包括拖拉机的。根据《农业机械运行安全技术条件》(GB 16151.1~2008)的规定,拖拉机是用于牵引、推动、携带/驱动配套机具进行作业的自走式动力机械。有履带拖拉机、手扶、方向盘式等。要驾驶拖拉机,驾驶者必须拥有农机驾驶证G或者H或者K。公安驾照(即A、B、C类驾照)不能驾驶拖拉机。因此,从机动车的分类来说,汽车是不包括拖拉机的。

但是,在我国某些偏僻的农村地区,有些大型拖拉机也用于交通运输。而刑法规定本罪的目的是要禁止危害公共安全的破坏交通工具的行为,本罪保护的法益是公共安全。因此,刑法理论上一般认为,如果破坏明知是用于交通运输的大型拖拉机,因此可能危害公共安全的,也属于“破坏交通工具”。但是,如果某辆大型拖拉机是用于耕种或者其他农业用途,破坏这种拖拉机不会危害公共安全的,则破坏这种大型拖拉机不属于“破坏交通工具”。因此,“汽车”能否包括“大型拖拉机”不能一概而论。如果破坏了这种拖拉机就危害了公共安全的,那么就认为“汽车”包括这种拖拉机,这种解释就是扩大解释。如果破坏了某种拖拉机,但并不危害公共安全,此时“汽车”就不包括这种拖拉机。这时,如果认为“汽车”包括这种拖拉机就是类推解释了。所以,选项B是正确的。

如果《刑法》条文并列规定了“伪造”与“变造”,本条的行为方式当然包括“伪造”与“变造”。但是,在其他一些条文中,《刑法》仅规定了“伪造”,没有

规定“变造”,此时,如果在某种情况下,“变造”与“伪造”在实质上是相同的,也没有超出人民的预测可能性,则可以将“变造”解释为“伪造”的一种表现形式。例如,对信用卡的变造就可以被解释为伪造。法律上的变造是指通过挖补、粘贴、更改、移位、重印、揭层等手段对犯罪对象进行加工处理,但无论如何其基本的载体是真实的,这是变造与伪造的根本区别。所以,信用证、货币、文件等都既可以被伪造,也可以被变造。但是,信用卡是无法通过挖补、粘贴、揭层等手段进行变造的。变造信用卡只能通过技术手段更改磁条的信息。这种变造的实质是伪造。因为信用卡的载体只是一个塑料卡片,这张卡片本身毫无价值。信用卡上唯一有价值的就是磁条信息。即使没有信用卡,只要有有效的信息,照样可以在网络上使用信用卡。因此,一旦磁条信息被更改,这张信用卡就完全是假的了,就是伪造的了。所以,此时就可以把这种看似变造的行为解释为伪造。故,选项C是正确的。

但是,如果刑法分则明文规定了伪造和变造行为,并规定为不同的犯罪,则这二者彼此是不包容的。例如刑法分别规定了伪造货币罪和变造货币罪,并规定了不同的法定刑。此时就不能认为“伪造”货币包括“变造”货币。这是因为由于货币的特殊性,变造货币的危害性大大小于伪造货币的危害性,所以二者是不同的犯罪。

由于累犯的特殊预防必要性大于毒品犯罪的再犯,根据举重以明轻的解释原理(当然解释),既然不满18周岁的人再次犯罪的不构成累犯(特殊累犯除外),不满18周岁的人实施毒品犯罪的,也不得适用《刑法》第356条从重处罚。故,选项D是正确的。

[陷阱点拨] 本题考生的异议主要集中在选项AD上。

对于选项A,有些考生认为如果学理解释被纳入司法解释,那么就不可能是类推解释了,因为我国刑法禁止类推解释。然而,我国刑法禁止类推解释并不意味着司法解释就不包含类推解释。司法解释也是人制定的,不可避免地会含有不当解释。所以如果一个解释结论是类推解释,那么它即使被纳入了司法解释,也仍然属于类推解释,司法解释的发布机关应当尽快修改这样的司法解释。

对于选项D,考生的异议主要集中在累犯和毒品犯罪再犯之间是否存在“举重以明轻”的关系。命题者认为累犯的特殊预防必要性大于再犯,因此不构成累犯的,当然不构成毒品犯罪再犯。但是,很多考生和刑法学教师认为刑法将累犯限定为在5年之内再次犯罪的,而毒品犯罪再犯则无时间限制,从这个规定来看,应当认为立法者认为毒品犯罪再犯的特殊预防性大于累

犯。因此,不能认为累犯重于毒品犯罪再犯,当然也就不能按照举重以明轻的原理进行当然解释。

对于选项 D,我们赞成公布答案。虽然刑法对毒品犯罪再犯没有时间限制,但是从二者的法定后果来看,累犯的法定后果包括“应当从重、不得被判处缓刑、不得被假释,被判死缓的,可以被限制减刑”四项,而毒品犯罪再犯则只有一项法定后果:“从重处罚”。所以,从法律后果来讲,累犯确实比毒品犯罪再犯要严重,其特殊预防的必要性也确实大于毒品犯罪再犯。那么,既然不满 18 周岁的人不构成较重的累犯,当然更不应该构成较轻的毒品犯罪再犯。

[难度系数] ***

7.《刑法修正案(八)》于 2011 年 5 月 1 日起施行。根据《刑法》第 12 条关于时间效力的规定,下列哪一选项是错误的?(2013 年试卷二第 4 题)

A. 2011 年 4 月 30 日前犯罪,犯罪后自首又有重大立功表现的,适用修正前的刑法条文,应当减轻或者免除处罚

B. 2011 年 4 月 30 日前拖欠劳动者报酬,2011 年 5 月 1 日后以转移财产方式拒不支付劳动者报酬的,适用修正后的刑法条文

C. 2011 年 4 月 30 日前组织出卖人体器官的,适用修正后的刑法条文

D. 2011 年 4 月 30 日前扒窃财物数额未达到较大标准的,不得以盗窃罪论处

[答案] 7

[考点] 《刑法》的时间效力

[解析] 为了既实现罪刑法定,又保障公民的权利,我国在《刑法》的时间效力上实行从旧兼从轻原则。即通常情况下按照旧法定罪处罚,但在新法更轻时,按照新法定罪处罚。

根据《刑法修正案(八)》修正前的《刑法》规定,犯罪后自首又有重大立功表现的,应当减轻或者免除处罚。由于这个规定可能导致罪刑不均衡,《刑法修正案(八)》删除了本规定。在 2013 年 5 月 1 日后,犯罪后自首又有重大立功表现的,是“可以”减轻或者免除处罚(《刑法》第 67、68 条)。那么,根据从旧兼从轻原则,显然旧法更轻。故,选项 A 是正确的。

“从旧兼从轻”原则仅适用于在新法生效前就已经实施的犯罪行为。根据《刑法》第 276 条之 1 的规定,拖欠劳动者报酬并不一定构成犯罪。只有以转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者的劳动报酬或者有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬,数额较大,经政府有关部门责令支付仍不支付的才构成犯罪。本案中的经营者虽然是在 2011 年 4 月 30 日前拖欠劳动者报酬的,但其拒绝支付行为则发生在 5

月 1 日后。这说明其犯罪行为发生在 5 月 1 日后。此时,无论新法是重还是轻,都要适用新法。所以,选项 B 是正确的。

组织出卖人体器官罪是《刑法修正案(八)》新增的犯罪,此前的《刑法》并未规定这种行为。因此,对于新法生效前的行为,如果旧法不认为是犯罪的,当然应该适用旧法。

《刑法修正案(八)》修正前的《刑法》规定,只有数额较大或者多次盗窃的才构成盗窃罪。但《刑法修正案(八)》规定对于扒窃的,不要求盗窃数额和次数,只要扒窃即构成盗窃罪。由于旧法更轻,因此应当适用旧法。故,选项 D 是正确的。

[陷阱点拨] 本题考查“从旧兼从轻”原则。考生要注意:

(1)本原则只用于犯罪行为发生在新法生效前,审判发生在新法生效后的。如果犯罪行为发生在新法生效后,则无论新法是重还是轻,都要适用新法。

(2)有考生认为选项 A 中,如果自首和重大立功发生在 5 月 1 日后,就应当适用新法。这种看法是错误的。适用新法还是旧法是由犯罪的时间决定的,而不是由自首或者立功的时间决定的。因为对犯罪只能适用“犯罪前即颁布的法律”。因此,即使自首和重大立功发生在 5 月 1 日后,对行为人的量刑还是要适用他犯罪前的刑法规定。当然,如果新法较轻的,则适用新法的规定。

(3)有考生认为本题中选项 D 也是错误的。因为 2011 年 4 月 30 日前扒窃财物数额虽未达到较大标准,但如果多次扒窃的,也构成盗窃罪。这个看法是正确的。D 选项确实不严密。本选项提示我们:对于不严密的题目,要看其主要内容,不要钻牛角尖。

[难度系数] **

8. 关于罪刑法定原则有以下观点:(2012 年试卷二第 3 题)

①罪刑法定只约束立法者,不约束司法者

②罪刑法定只约束法官,不约束侦查人员

③罪刑法定只禁止类推适用刑法,不禁止适用习惯法

④罪刑法定只禁止不利于被告人的事后法,不禁止有利于被告人的事后法

下列哪一选项是正确的?

A. 第①句正确,第②③④句错误

B. 第①②句正确,第③④句错误

C. 第④句正确,第①②③句错误

D. 第①③句正确,第②④句错误

[答案] 8

[考点] 罪刑法定原则

【解析】“①罪刑法定只约束立法者,不约束司法者”,这句话是错误的。实质的罪刑法定要求立法者必须将刑法制定得清楚、明确、合理(即刑法应当是良法)。形式的罪刑法定要求司法者只能按照刑法的规定来司法,不能任意突破刑法的规定。所以,罪刑法定原则既约束立法者,也约束司法者。

“②罪刑法定只约束法官,不约束侦查人员”,这句话也是错误的。罪刑法定原则的适用必须贯穿在整个刑事诉讼过程中。侦查人员在侦查过程中也必须坚持“罪刑法定”。例如,对于不满足犯罪构成要件的案件不能立案侦查,对刑法要进行严格解释等。同理,检察人员也要严格遵守罪刑法定原则。

“③罪刑法定只禁止类推适用刑法,不禁止适用习惯法”,这句话也是错误的。如果刑法可以是习惯法,罪和刑就不能预先“法定”,国民也无法预测自己行为的后果,这会导致国民行动萎缩的结果,妨害国民的行动自由。所以,刑法必须是成文的,只有这样才能实现罪刑法定。

“④罪刑法定只禁止不利于被告人的事后法,不禁止有利于被告人的事后法”,这句话是正确的。由于罪刑法定原则的思想基础是民主主义与尊重人权主义,所以,为了尊重人权,罪刑法定只禁止不利于被告人的事后法,不禁止有利于被告人的事后法。综上,C项正确,当选。

【难度系数】 *

9. “罪刑法定原则的要求是:(1)禁止溯及既往(____的罪刑法定);(2)排斥习惯法(____的罪刑法定);(3)禁止类推解释(____的罪刑法定);(4)刑罚法规的适当(____的罪刑法定)。”下列哪一选项与题干空格内容相匹配?(2010年试卷二第1题)

- A. 事前——成文——确定——严格
- B. 事前——确定——成文——严格
- C. 事前——严格——成文——确定
- D. 事前——成文——严格——确定

【答案】 ⁹

【考点】 罪刑法定原则

【解析】 第1项,刑法禁止溯及既往,这显然是事前的罪刑法定。它是指《刑法》只能适用于它颁布以后的行为,不得溯及适用于它颁布以前的行为。第3项,禁止类推解释,这是严格的罪刑法定。它就是我们常讲的,对刑法要进行严格解释,不得进行类推解释。所以,大家知道禁止类推解释,就应该知道要严格解释。

本题有些含糊的是第2项和第4项。第2项本来不含糊,排斥习惯法就是成文的罪刑法定。即刑

法必须是成文的。但是,成文的也可以说是确定的。而第4项“刑罚法规的适当”和“确定的罪刑法定”在字面上看起来就不一致。“适当”重在强调妥当,如刑罚要适中,不得残虐等。“确定”重在强调“明确”,即法条的含义必须是明确的,不能是含糊的。那么,“偷一只鸡,处死刑”很明确、确定吧?但刑罚不适当。所以,从纯粹字面来看,考生很难认定刑罚法规的适当就是确定的罪刑法定。

第4项其实是关于罪刑法定原则的实质侧面的内容的。这里的“适当”包含两个方面的内容:罪与刑的明确性(如法律文字要明确;不得有绝对不定期刑等)和刑罚的适当性(如刑罚不得残虐等)。

【难度系数】 * * *

(二) 多项选择题

1. 下列哪些选项不违反罪刑法定原则?(2014年试卷二第51题)

- A. 将明知是痴呆女而与之发生性关系导致被害人怀孕的情形,认定为强奸“造成其他严重后果”
- B. 将卡拉OK厅未经著作权人许可大量播放其音像制品的行为,认定为侵犯著作权罪中的“发行”
- C. 将重度醉酒后在高速公路超速驾驶机动车的行为,认定为以危险方法危害公共安全罪
- D. 《刑法》规定了盗窃武装部队印章罪,未规定毁灭武装部队印章罪。为弥补处罚漏洞,将毁灭武装部队印章的行为认定为毁灭“国家机关”印章

【答案】 ¹

【考点】 刑法的解释

【解析】 由于痴呆女怀孕的后果极为严重,会对女性和胎儿(孩子)都造成极大的损害,因此,明知是痴呆女而与之发生性关系导致被害人怀孕的情形确实属于“造成其他严重后果”。所以,这样解释并不违反罪刑法定原则。选项A正确。

我国《著作权法》第10条明文规定了16项著作权,包括发表权、署名权、修改权、保护作品完整权、复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权等。但我国《刑法》第217条仅规定了以下4种行为可以成立侵犯著作权罪。(1)未经著作权人许可,复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的;(2)出版他人享有专有出版权的图书的;(3)未经录音录像制作者许可,复制发行其制作的录音录像的;(4)制作、出售假冒他人署名的美术作品的。即《刑法》仅处罚未经著作权人和录音录像制作者许可复制发行他人的作品或者录音录像的行为。

在卡拉OK厅未经著作权人许可大量播放其音像制品的行为,是通过放映机、幻灯机等技术设备公开再现美术、摄影、电影和以类似摄制电影的方法创

作的作品等的行为。这属于《著作权法》第10条第(10)项规定的“放映权”。即这种行为侵犯的是“放映权”,而不是“复制发行”权。故,这种行为仅构成民事侵权行为,不构成犯罪。

这里要强调的是:对于侵犯著作权罪中的“发行”要进行限制解释。“发行”应当仅包括批量销售或者大规模销售的行为。在卡拉OK厅未经著作权人许可大量播放其音像制品的行为并非销售行为。选项B错误。

重度醉酒后仍然开车,并且在高速公路超速驾驶,这一行为说明行为人对危害公共安全持放任态度,具有危害公共安全的间接故意。虽然这种行为同时触犯危险驾驶罪,但由于以危险方法危害公共安全罪的法定刑重于危险驾驶罪,因此,应当将这种行为认定为以危险方法危害公共安全罪。选项C正确。

法律依据:《刑法》第114条:“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全,尚未造成严重后果的,处三年以上十年以下有期徒刑。”

第115条:“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。过失犯前款罪的,处三年以上七年以下有期徒刑;情节较轻的,处三年以下有期徒刑或者拘役。”

第133条:“违反交通运输管理法规,因而发生重大事故,致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的,处三年以下有期徒刑或者拘役;交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的,处三年以上七年以下有期徒刑;因逃逸致人死亡的,处七年以上有期徒刑。”

第133条之1:“在道路上驾驶机动车追逐竞驶,情节恶劣的,或者在道路上醉酒驾驶机动车的,处拘役,并处罚金。有前款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”。

选项D:《刑法》规定了盗窃武装部队印章罪,未规定毁灭武装部队印章罪。但是盗窃武装部队印章具有可罚性。武装部队也是国家机关。故,为弥补处罚漏洞,应当将毁灭武装部队印章的行为认定为毁灭“国家机关”印章,并以毁灭国家机关印章罪定罪处罚。

[陷阱点拨] 很多考生认为选项C是错误的。考生认为如果这样认定,将使危险驾驶罪被架空;而且,即使醉驾且超速行驶,行为人对致人伤亡通常也是过失的,因此不能将这一行为认定为以危险方法

危害公共安全罪。这一看法并不正确。

危险驾驶罪(《刑法》第133条之1)规定:“犯本罪,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”

(1)实施危险驾驶行为,且危险驾驶行为不具有与放火、爆炸等相当的具体的公共危险,或者虽然具有具体的公共危险,但行为人对该危险不具有故意,是由于过失而造成他人伤亡或者重大财产损失结果的,如果本行为构成交通肇事罪的,应当以交通肇事罪论处。此时行为人并不同时触犯以危险方法危害公共安全罪。

(2)如果行为具有具体的公共危险,行为人对该危险也具有故意,但过失造成他人伤亡或者重大财产损失结果的,此时同时触犯交通肇事罪和以危险方法危害公共安全罪,应当按照重罪论处,即以以危险方法危害公共安全罪论处(请参见前文法条规定的量刑标准)。

(3)危险驾驶行为具有与放火、爆炸等相当的具体的公共危险,行为人对该具体的公共危险具有故意的,应当认定为以危险方法危害公共安全罪。例如,在高速公路上逆向追逐竞驶或者醉酒高速驾驶,但没有造成严重后果的,应当适用《刑法》第114条,认定为以危险方法危害公共安全罪。当然,对以危险方法危害公共安全罪的认定必须采取严格的限制态度。

(4)危险驾驶行为具有与放火、爆炸等相当的具体的公共危险,且造成人身伤亡等严重后果(如在高速公路上逆向追逐竞驶或者醉酒高速驾驶造成他人死亡),行为人对该具体的公共危险或者人身伤亡等严重后果具有故意的,应当适用《刑法》第115条第1款,按照以危险方法危害公共安全罪定罪量刑[参见张明楷《刑法学》(第四版)第633~639页]。

上面这段话很长,简单概括一下:只要能够证明危险驾驶行为具有与放火、爆炸等相当的具体的公共危险,且行为人对该具体的公共危险具有故意的,行为人就同时触犯危险驾驶罪和以危险方法危害公共安全罪。因为后罪是重罪,因此应当认定为后罪。如果没有致人伤亡的或者行为人对致人伤亡的结果是过失的,按照《刑法》第114条(3年以上10年以下有期徒刑)量刑。如果行为人对致人伤亡的结果是故意的,按照《刑法》第115条(10年以上有期徒刑直至死刑)量刑。

考生应当注意:危险驾驶罪是故意犯罪,本罪专门惩罚明知自己的驾驶行为是危险的,但仍然驾驶的行为。行为人对危害公共安全具有故意和对致人伤亡结果具有过失并不矛盾。所以,即使行为人对致人伤亡是过失的,他仍然触犯以危险方法危害公

共安全罪。

[难度系数] * * *

2. ①对于同一刑法条文中的同一概念,既可以进行文理解释也可以进行论理解释

②一个解释者对于同一刑法条文的同一概念,不可能同时既作扩大解释又作缩小解释

③刑法中类推解释被禁止,扩大解释被允许,但扩大解释的结论也可能是错误的

④当然解释追求结论的合理性,但并不必然符合罪刑法定原则

关于上述4句话的判断,下列哪些选项是错误的?(2011年试卷二第51题)

- A. 第①句正确,第②③④句错误
- B. 第①②句正确,第③④句错误
- C. 第①③句正确,第②④句错误
- D. 第①③④句正确,第②句错误

[答案] 2

[考点] 刑法的解释

[解析] 刑法是成文的、(一段时间内)不变的,生活事实却是多姿多彩,千变万化的。成文刑法的真实含义不只是隐藏在法条文字当中,而且同样隐藏在具体的生活事实中。解释者必须根据生活事实的不断变化来解释刑法。例如,刑法规定,携带凶器抢夺的构成抢劫罪。如果有人携带了一把真枪进行抢夺,解释者只需要进行文理解释即可:凶器应该是能够杀伤人的器物,枪能杀伤人,所以携带枪支抢夺是抢劫。但是,生活中除了携带枪支、匕首抢夺的,还有携带砖头、石头抢夺的,这些算不算“凶器”呢?此时就需要进行论理解释。经过使用论理解释中的扩大解释,认为凶器不仅包括通常意义上的性质上的凶器,如刀子、匕首、枪支,还包括用法上的凶器,如石头、砖头。那么,为了抢夺不成时使用而随身携带砖头就属于“携带凶器”,这样抢夺的就属于抢劫。如果有人精于使用弹弓,他随身携带威力很大的弹弓抢夺,并且怀有在抢夺不成时使用弹弓进行抢劫的想法,那么即使携带弹弓抢夺也属于“携带凶器抢夺”。所以,由于生活事实千变万化,对于同一刑法条文中的同一概念,既可以进行文理解释也可以进行论理解释。第1句是正确的。

第2句:“一个解释者对于同一刑法条文的同一概念,不可能同时既作扩大解释又作缩小解释”也是正确的。本句话的关键在于“同时”。对于同一刑法条文的同一概念,确实既可以作扩大解释,也可以作缩小解释。但是,不能同时这么做。很多考生答错本题的原因是没看到第2句的“同时”两个字。这提醒大家:审题要仔细。

第3句和第4句是一样的:符合罪刑法定原则要求的解释方法不一定能得出符合罪刑法定原则要求的解释结论。我们说扩大解释方法是允许的,那么所有的扩大解释结论都是对的吗?显然不是。只有不超出公民预测可能性的扩大解释才是正确的。例如,如果把“携带凶器抢夺”扩大解释为“包括开车抢夺”,即将“凶器”解释为汽车,因为汽车也可以撞死人。这种方法是扩大解释,但结论并不正确。

同理,当然解释的结论也不是一定正确。当然解释是对法律没有明文规定的事项,根据事物本然之理进行的解释。例如,如果刑法仅仅规定了故意伤害罪,没有规定故意杀人罪,那么仍然应该处罚故意杀人行为,但是只能按故意伤害罪定罪处罚(这个解释是正确的)。由于当然解释针对的是法无明文规定的事项,所以更容易违反罪刑法定原则。故,第3、4句都是正确的。

综上,本题答案为ABCD。

[难度系数] * * *

3. 关于《刑法》分则条文的理解,下列哪些选项是错误的?(2011年试卷二第58题)

A. 即使没有《刑法》第二百六十九条的规定,对于犯盗窃罪,为毁灭罪证而当场使用暴力的行为,也要认定为抢劫罪

B. 即使没有《刑法》第二百六十七条第二款的规定,对于携带凶器抢夺的行为也应认定为抢劫罪

C. 即使没有《刑法》第一百九十六条第三款的规定,对于盗窃信用卡并在ATM取款的行为,也能认定为盗窃罪

D. 即使没有《刑法》第一百九十八条第四款的规定,对于保险事故的鉴定人故意提供虚假的证明文件为他人实施保险诈骗提供条件的,也应当认定为保险诈骗罪的共犯

[答案] 3

[考点] 注意规定与法律拟制

[解析] 注意规定与法律拟制是刑法中两种不同的规定,对学习刑法分则很重要。考生要学会辨认和区分。

(1)注意规定。注意规定是在刑法已作相关规定的前提下,提示司法人员注意,以免司法人员忽略的规定。也就是A本来等于B,但法律出于提示的目的,在某一条中再次强调A等于B。注意规定有两个基本特征:

①注意规定的内容没有改变相关规定的内容,只是对相关规定内容的重申;即使不设置这个注意规定,也存在相应的法律适用根据(按基本规定处理)。如《刑法》第156条规定,“与走私罪犯通谋,为其提供

贷款、资金、账号、发票、证明,或者为其提供运输、保管、邮寄或者其他方便的,以走私罪的共犯论处”。第198条第4款规定,“保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人故意提供虚假的证明文件,为他人诈骗提供条件的,以保险诈骗的共犯论处”(即选项D)。这些行为完全符合刑法总则所规定的共同犯罪的成立条件,即使没有上述法条的规定,对其也应按照共同犯罪论处。同理,对于刑法没有设立注意规定,但符合共同犯罪成立条件的行为,也应认定为共同犯罪。例如,《刑法》第312条规定了掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪,但没有就事前通谋的情形设立注意规定,但是,根据刑法总则关于共同犯罪的规定,事前通谋,事后窝藏、转移、收购、销售赃物的,也应按事前所通谋的、实行犯所犯之罪的共同犯罪处理。

②注意规定只具有提示性,其表述的内容与基本规定的内容完全相同,因此不会导致将原本不符合相关基本规定的行为也按基本规定论处。

(2)法律拟制。法律拟制是法律将原本不符合某种规定的行为拟制为也按该规定处理。

法律拟制的特点是导致将原本不符合某种规定的行为也按该规定处理。即本来A不等于B,但法律在某一条中规定A等于B。《刑法》第269条规定:“犯盗窃、诈骗、抢夺罪,为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的,依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。”上述规定就是法律拟制(即选项A)。如果没有第269条的规定,对上述行为不能以抢劫罪论处,只能对前一阶段的行为分别认定为盗窃罪、诈骗罪和抢夺罪,对后一阶段的行为根据性质与情节认定为故意杀人罪、故意伤害罪,或者仅视为前罪的量刑情节。《刑法》第267条第2款规定的“携带凶器抢夺的,依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚”也属于法律拟制(即选项B)。

法律拟制仅适用于刑法所特别规定的情形,不具有普遍意义。对于类似情形,如果没有法律拟制规定,就不得比照拟制规定处理。例如,刑法没有明文规定携带凶器盗窃的以抢劫罪论处,因此,不能将携带凶器抢夺以抢劫罪论处的规定,类推适用于携带凶器盗窃的情形。

(3)有些刑法规定既包括注意规定,也包括拟制规定。

例如,《刑法》第289条规定:“聚众‘打砸抢’,致人伤残、死亡的,依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪处罚。毁坏或者抢走公私财物的,除判令退赔外,对首要分子,依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。”首先,对于在聚众打砸抢过程中抢走公私财物的行为,依照抢劫罪定罪处罚,

是注意规定。因为该行为原本完全符合抢劫罪的构成要件。其次,在聚众打砸抢过程中毁坏公私财物的行为,依照抢劫罪论处,属于法律拟制。因为毁坏行为原本不符合抢劫罪的构成要件,但第289条赋予其抢劫罪的法律后果。最后,对于聚众打砸抢,致人伤残、死亡的,也应理解为法律拟制。即聚众打砸抢致人伤残死亡的,即使没有伤害或者杀人的故意,也应认定为故意伤害罪与故意杀人罪[参见张明楷:《刑法学》(第4版),第587~589页]。

根据前述理论,选项A、B是错误的,选项D是正确的。

选项C比较特殊。它属于同一法条既包括注意规定,也包括拟制规定的情况。《刑法》第196条第1款第3项规定,冒用他人信用卡的,成立信用卡诈骗罪。第3款规定,盗窃信用卡并使用的,依照盗窃罪的规定定罪处罚。由于信用卡并不是钱财本身,所以单纯盗窃信用卡的行为并不会给被害人造成损失。真正会给被害人造成损失的行为是盗窃信用卡后冒用的行为。这种冒用行为可以分为两种:

(1)盗窃信用卡后在ATM机上使用的:虽然该行为也是冒用他人信用卡,但由于机器不能被诈骗,所以该行为完全符合盗窃罪的规定。此时,本规定是注意规定。即没有本条的规定,盗窃信用卡在ATM机上使用的行为也成立盗窃罪。

(2)盗窃信用卡后对自然人使用的,如在商场刷卡购物,该条款则属于法律拟制。因为后面的使用行为实为冒用他人信用卡(诈骗商场营业员),按照《刑法》第196条第1款的规定,应该成立信用卡诈骗罪。但是由于法律的特殊规定,本行为被规定为盗窃罪。因此此时又是法律拟制。

故,选项C说“即使没有《刑法》第一百九十六条第三款的规定,对于盗窃信用卡并在ATM取款的行为,也能认定为盗窃罪”是正确的,因为这是注意规定。

[陷阱点拨] 本题中选项C的观点来自张明楷教授,他认为机器不能被诈骗。所以,“盗窃他人信用卡并在机器上使用的”当然构成盗窃罪,因此本规定是注意规定。而盗窃他人信用卡后,通过在银行柜台取钱、在商场刷卡购物等对人使用行为冒用他人信用卡的,本该成立信用卡诈骗罪,但由于法律的特别规定成立了盗窃罪,所以属于法律拟制。

注意,对于“拾得他人信用卡并在ATM机上使用的行为”如何定罪,最高人民检察院《关于拾得他人信用卡并在自动柜员机(ATM机)上使用的行为如何定性问题的批复》规定:拾得他人信用卡并在自动柜员机(ATM机)上使用的行为,属于《刑法》第

196 条第 1 款第 3 项规定的“冒用他人信用卡”的情形,构成犯罪的,以信用卡诈骗罪追究刑事责任。所以,最高检认为“机器可以被诈骗”。考试时,如果遇到捡到(注意不是盗窃)他人信用卡,并在自动柜员机(ATM 机)上使用的行为,应当认定为信用卡诈骗罪,而不是盗窃罪。

[难度系数] * * *

(三)已考考点及已考法条归纳

考查次数	已考考点	已考法条
* * * *	刑法的解释	《刑法》无直接对应法条
* * * *	罪刑法定原则	《刑法》第 3 条
*	罪刑相适应原则	《刑法》第 5 条
*	注意规定与法律拟制	《刑法》无直接对应法条
*	《刑法》的时间效力	《刑法》第 12 条
*	社会主义法治理念在刑法中的实践运用	《刑法》无直接对应法条

(四)备考提示

本部分理论性较强,随着对理论考查的加强,本部分题目逐年增多,难度也逐渐增加。其考点有三个方面:刑法的解释、基本原则与适用范围。在刑法的解释中,要注意刑法解释的原则:严格解释,既不是无原则地有利于被告,也不是无原则地有利于国家。刑法解释要寻找法条通过文字表达出来的客观含义,而不是立法者立法当时的意图,因为这具有不确定性,也使公民无法预测自己的行为(因为他无法知道立法者立法当时的意图)。对刑法可以进行扩张解释,但不能超过法条可能具有的含义,也不能违反罪刑法定原则。

对刑法的基本原则应该予以充分重视。即使不考虑基本原则,也必须掌握、领会基本原则的精神,否则无法真正掌握刑法。要注意“主客观相一致”是一个极为重要的原则,但没有列入基本原则中。定罪必须坚持主客观相一致原则。必须准确把握罪刑法定原则的具体要求。

刑法的适用范围相对比较简单,大家要读透法条。对于空间效力,要掌握每一种管辖原则最主要的标准:属地管辖以犯罪地为标准,行为人的国籍不论;属人管辖以国籍为标准,只适用于我国公民在外国犯罪;保护管辖以被侵害的法益为标准,只适用于外国人在外国对我国国家和公民犯罪,还要根据犯罪地法律也构成犯罪,且根据我国刑法,该罪的法定最低刑为 3 年以上有期徒刑。普遍管辖适用于我国在国际公约、条约中承诺予以管辖的国际犯罪。所以,根据我国法律的规定,这四种管辖权彼此是不冲突的。如果外国人在我国犯罪,只能根据属地管辖原则管辖,

因为他不符合保护管辖的条件——在外国犯罪。

对于时间效力,要掌握“从旧兼从轻原则”。本原则仅适用于在新法生效前已完成犯罪,在新法生效后才审判的案件。

刑法中的“注意规定”与“法律拟制”是刑法分则学习中一个非常重要的知识点。由于将其归入分则的具体类罪中会降低其重要性,我们将它作为“刑法的基本理论”归入第一章,并进行了充分解析。请考生予以重视。

从 2011 年开始,刑法部分还新增了一个考点“社会主义法治理念在刑事司法中的具体运用”。相关题目我们放在“社会主义法治理念”部分进行集中解析,也请考生对此予以重视。

二、犯罪构成

(一)单项选择题

1. 关于构成要件要素,下列哪一选项是错误的?
(2014 年试卷二第 4 题)

A. 传播淫秽物品罪中的“淫秽物品”是规范的构成要件要素、客观的构成要件要素

B. 签订、履行合同失职被骗罪中的“签订、履行”是记述的构成要件要素、积极的构成要件要素

C. “被害人基于认识错误处分财产”是诈骗罪中的客观的构成要件要素、不成文的构成要件要素

D. “国家工作人员”是受贿罪的主体要素、规范的构成要件要素、主观的构成要件要素

[答案] 1

[考点] 构成要件要素

[解析] 按照不同的标准,可以对构成要件要素进行不同的分类。

(1)客观的构成要件要素与主观的构成要件要素。说明行为外部的、客观面的要素即为客观的构成要件要素,如行为主体、特殊身份、行为、结果等;表明行为人内心的、主观面的要素即为主观的构成要件要素,如故意、过失、目的等。

(2)记述的构成要件要素与规范的构成要件要素。规范的构成要件要素的本质,是只有通过精神的理解才能获得其内容的要素,而记述的构成要件要素,则是只要通过感觉的认识就可以获得其内容的要素。简单说,从法官的立场来看,对于与构成要件要素相对应的客观事实,只需要进行事实判断、知觉的、认识的活动即可确定的要素,是记述的构成要件要素。与此相对,为了确定构成要件要素,需要法官的评价的要素,或者说需要法官的规范的评价活动、需要法官的补充的价值判断的要素,就是规范的构成要件要素。规范的构成要件要素,是需要填充