



华旭教育
HUA XU JIAO YU

章 澎 著

刑法

根据刑法修正案（九）最新修订

国家司法考试 华旭名师课堂

2015年

真题篇

全面收录
回归正统
条分缕析



中国政法大学出版社

2015年

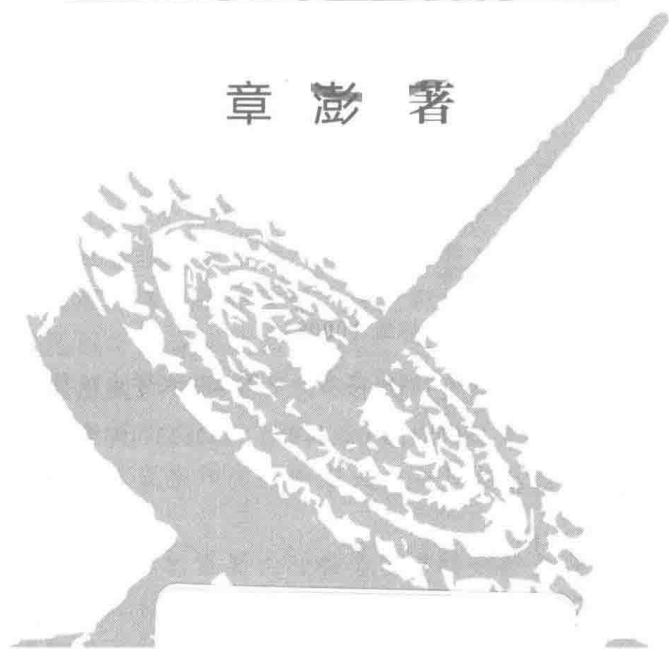
国家司法考试 华旭名师课堂

真题篇

刑法

根据刑法修正案(九)最新修订

章 澎 著



中国政法大学出版社

2015·北京

声 明

1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

2015 年国家司法考试华旭名师课堂. 真题篇. 刑法/章澎著. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 1
ISBN 978-7-5620-5856-4

I. ①2… II. ①章… III. ①刑法—中国—法律工作者—资格考试—习题集 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 016685 号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285 (总编室) 58908433 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	北京华正印刷有限公司
开 本	787mm×1092mm 1/16
印 张	30.25
字 数	735 千字
版 次	2015 年 1 月第 1 版
印 次	2015 年 1 月第 1 次印刷
定 价	55.00 元

前言

在我国，司法考试属于小众考试，但却备受瞩目。它不仅是法科学生真正意义上的毕业考，也吸引了众多的非法律人积极参与。在可预见的未来，司法考试的严苛程度可能会比现在时常被坊间描绘为“虐心”的难度更高。

在我看来，通过刑法司法考试的关键是“以简驭繁”和“回归正统”。“以简驭繁”，就是要苦练几个特定的“原论”式招式，融会贯通出一套具有“体系性”的组合拳，然后便能以不变应万变，笑傲江湖了。这个过程中，除了必不可少的记忆，更为重要的是领悟和会通。相对于比较偏重记忆的学科，刑法的难度显然在于后者。“回归正统”，就是要放弃或者升级改造某些孤芳自赏但深究之下却又不知所云的“中国特色刑法学理论”，以尊重法学史，尊重师承的姿态，回归大陆法系正统研习方法和内容。这种回归几乎在刑法的每个章节都有体现，比如不法与责任的两层次犯罪论体系 vs 犯罪构成四要件，法益侵害 vs 社会危害性理论，客观归责意义上的条件说与传统因果关系理论，实质的作为义务与形式的作为义务，故意犯与过失犯的二元结构 vs 一元的犯罪结构，竞合论 vs 罪数，存在重大差异的分则罪名新解析，体系化案例解析方法 vs 问题性案例解析方法，如此等等，数不胜数。我相信，这种回归不仅对诸君的司考成绩有着相当大的影响，更为重要的是，可以帮助大家进入真正的法学堂奥，领略刑法学的精确与微妙，使备考过程充满思维的乐趣。当然，这只是我的主观愿望，实际上我也很担心有读者会得到完全相反的阅读体验，所以，在前言部分有必要提醒大家根据自己的接受能力与喜好作出自主的决定。

应该说，简约但并不简单的知识点，永远是刑法备考的主题。这些知识点不仅大量集中在法条和真题中，而且以最具直感的形式呈现，非常具有针对性。因此，如果你想要做到“以简驭繁”，本书可能是一个不错的选择。

司法考试讲究法条、真题和理论的三位一体，法条是脚手架，理论是图纸，而真题是砖瓦，三者共同建构备考过程。本书的任务是，针对那些已经粗略浏览过图纸的人，帮其搭建框架和砌入砖瓦，使蓝图得以现实化和精确化。在这一过程中，图纸模糊的地方会被及时发现，有时则需要修改图纸改弦易张。本书的这一优势是那种过分偏爱理论讲义，并喜欢进行个人化理解的备考资料所无法比拟的。另一方面，对于那些还没有来得及浏览图纸的初学者来说，本书也会以最直接和高效的方式，令其在最短的时间内了解刑法在司法考试中的特点。

在写作体例上，本书根据内容的重要性和备考要求将刑法典条文分级整理，并紧扣真题特点，精编相关司法解释加以补充。在相关法条和司法解释之后，便是历年真题的归类集成，方便读者及时查阅和巩固知识点。

在写作内容上，本书全面搜集历年司法考试（1997—2014），甚至包括之前律师考试的代表性题目，争取不漏一题（如有遗漏，还望读者及时反馈，以便再版时补充）。在解析部分，笔者不仅给出答案要点，必要时还尽量展开体系化检视，力求培养读者体系化思考的良好习惯，从而为考取高分打下扎实基础。

此外，不管刑法修正案九能否在2015年司法考试前通过，其所涉及的修改热点已经确定，并将成为2015年司法考试的命题点。因此，本书将修正案九（草案）涉及的修改内容全部吸纳，囊括了所有可能的命题热点。

对于一个有兴趣做学问的人来说，学术写作是从“。”到“？”的过程，而司法考试资料的写作却是从“？”到“。”的过程。因此，书中难免有自以为是的酸腐之论，诸位读者如能够理解和接受，并感觉确实有助于备考，我将十分感激和欣慰。本人文字水平有限，加之原创部分均亲手打字录入，难免错字、别字、语病较多，还望诸位读者多多指正，不吝赐教。

最后，德国谚语云，Das Leben ist zu mutig entschieden（生活就是去勇敢地决定），当你决定参加司法考试，就不要怕路途遥远，更不要可能迟到而停下来看表。请记住，司法考试就像每次人生选择一样，即便我们走错了路，也一定不要错过沿途的风景，所以，一直赶路就好。须知，Auf faule Leute kann man bauen, denn sie ändern sich nicht（只有慵懒才让人放心，因为永远不会发生变化）。我愿以十足的诚心和十二分的用力，预祝各位考生头脑壮壮，试试顺心，加油！

图书出版之后我将会在YY频道：95498331全面讲授本书，同时也承载了我的最大愿望，成就一本市场上最全面、正统、详实的刑法真题解析图书。我的新浪微博：@刑法章澎。在阅读和学习本书过程中的任何疑问，也请直接发私信交流。

章澎

2015年3月

于清华明理楼

参考资料

- [1] 张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版。
- [2] 张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社2007年版。
- [3] 张明楷:《刑法的私塾》,北京大学出版社2014年版。
- [4] 张明楷:《刑法分则的解释原理(上、下册)》,中国人民大学出版社2011年版。
- [5] 张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,清华大学出版社2006年版。
- [6] 张明楷:《刑法的私塾》,北京大学出版社2014年版。
- [7] 陈兴良、周光权:《刑法学的现代展开》,中国人民大学出版社2006年版。
- [8] 陈兴良:《刑法适用总论》,法律出版社1999年版。
- [9] 高铭暄:《刑法学原理》,中国人民大学出版社1993年版。
- [10] 王作富:《刑法学》,中国人民大学出版社2005年版。
- [11] 陈家林:《外国刑法通论》,中国人民公安大学出版社2009年版。
- [12] 黎宏:《日本刑法精义》,法律出版社2008年版。
- [13] 黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版。
- [14] 李立众:《犯罪未完成形态适用》,中国人民公安大学出版社2012年版。
- [15] [德] 汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·维根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版。
- [16] [德] 约翰内斯·韦塞尔斯:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版。
- [17] [德] 克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论(第1卷)》,王世洲译,法律出版社2005年版。
- [18] [德] 克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论(第2卷)》,王世洲译,法律出版社2013年版。
- [19] [日] 大谷实:《刑法讲义总论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版。
- [20] [日] 西田典之:《刑法总论》,弘文堂2006年版。
- [21] [日] 山口厚:《刑法总论》,有斐阁2007年版。
- [22] [日] 前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版会2006年版。
- [23] [日] 大冢仁:《刑法概说(总论)》,冯军译,中国人民大学出版社2003年版。
- [24] [韩] 金日秀、徐辅鹤:《韩国刑法总论》,郑军男译,武汉大学出版社2008年版。
- [25] [美] 乔治·P. 弗莱彻:《刑法的基本概念》,中国政法大学出版社2004年版。
- [26] 最高人民法院刑事审判庭编:《刑事审判参考(2008—2015)》,人民法院出版社2015年版。
- [27] 李立众:《刑法一本通(第十版)》,法律出版社2013年版。
- [28] 命题人近五年发表的重要论文。

目 录

上编 刑法总则客观题

第一部分 刑法论	2
第一章 刑法的任务、基本原则和适用范围	2
专题一 社会主义法治理念	7
专题二 刑法解释与适用	10
第二部分 犯罪论	24
第一节 犯罪和刑事责任	24
专题三 犯罪论体系	24
专题四 认识错误	54
第二节 犯罪的预备、未遂和中止	81
第三节 共同犯罪	94
第四节 单位犯罪	119
第三部分 刑罚论	123
第一节 刑罚的种类	123
第二节 管 制	125
第三节 拘 役	126
第四节 有期徒刑、无期徒刑	127
第五节 死 刑	127
第六节 罚 金	132
第七节 剥夺政治权利	133
第八节 没收财产	135
第四章 刑罚的具体运用	137
第一节 量 刑	137
第二节 自首和立功	142
第三节 数罪并罚	150
第四节 缓 刑	153
第五节 减 刑	158
第六节 假 释	160
第七节 时 效	166
第五章 其他规定	167
专题五 竞合论	169

中编 刑法分则客观题

第一章 危害国家安全罪	180
第二章 危害公共安全罪	184
第三章 破坏社会主义市场经济秩序罪	204
第一节 生产、销售伪劣商品罪	204
第二节 走私罪	210
第三节 妨害对公司、企业的管理秩序罪	214
第四节 破坏金融管理秩序罪	218
第五节 金融诈骗罪	234
第六节 危害税收征管罪	242
第七节 侵犯知识产权罪	247
第八节 扰乱市场秩序罪	251
第四章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	259
第五章 侵犯财产罪	292
专题六 财产犯罪的应试技巧与体系解释	292
第六章 妨害社会管理秩序罪	347
第一节 扰乱公共秩序罪	347
第二节 妨害司法罪	364
第三节 妨害国（边）境管理罪	377
第四节 妨害文物管理罪	378
第五节 危害公共卫生罪	380
第六节 破坏环境资源保护罪	383
第七节 走私、贩卖、运输、制造毒品罪	387
第八节 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	396
第九节 制作、贩卖、传播淫秽物品罪	400
第七章 危害国防利益罪	403
第八章 贪污贿赂罪	405
第九章 渎职罪	430
第十章 军人违反职责罪	439

下编 案例分析（1997～2014）

专题七 案例分析技巧与检视体系	444
试卷四历年真题及答案	448

上编 刑法总则客观题

第一部分 刑法论

中华人民共和国刑法

第一编 总 则

第一章 刑法的任务、基本原则和适用范围

第一条 (C) [刑法的机能] 为了惩罚犯罪 [行为规制机能], 保护人民 [法益保护机能、人权保障机能], 根据宪法, 结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况, 制定本法。

【真题集成】

1. 1997 年 3 月刑法修订后, 全国人民代表大会常务委员会颁布了几个单行刑法和几个刑法修正案?^{〔1〕} (2005/2/1)

- A. 一个单行刑法和四个修正案
B. 一个单行刑法和五个修正案
C. 两个单行刑法和四个修正案
D. 两个单行刑法和五个修正案

【考点】刑法的制定、修正和单行刑法

【解析】1997 年刑法修订之后, 我国以修正案和单行刑法两种方式修正和补充刑法典。目前, 全国人大常委会已经通过了八个《刑法修正案》和一个单行刑法, 分别为: 1999 年 12 月 25 日《刑法修正案 (一)》, 2001 年 8 月 31 日《刑法修正案 (二)》, 2001 年 12 月 29 日《刑法修正案 (三)》, 2002 年 12 月 28 日《刑法修正案 (四)》, 2005 年 2 月 28 日《刑法修正案 (五)》, 2006 年 6 月 29 日《刑法修正案 (六)》, 2009 年 2 月 28 日《刑法修正案 (七)》, 2011 年 2 月 25 日《刑法修正案 (八)》(2011 年 5 月 1 日起施行)。仅制定单行刑法一个, 即 1998 年 12 月 29 日《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》。据此, 截至 2005 年 9 月司法考试之时, 全国人大常委会先后通过了一个单行刑法和五个刑法修正案。

第二条 (A) [刑法的目的——保护法益] 中华人民共和国刑法的任务, 是用刑罚同一切犯罪行为作斗争, 以保卫国家安全, 保卫人民民主专政的政权和社会主义制度, 保护国有财产和劳动群众集体所有的财产 (国家法益), 保护公民私人所有的财产, 保护公民的人身权利、民主权利和其他权利 (个人法益), 维护社会秩序、经济秩序 (社会法益), 保障社会主义建设事业的顺利进行。

〔1〕【答案】B

【真题集成】

1. 下列情形中,告诉才处理的有:^{〔1〕}(2004/2/81)

- A. 捏造事实,诽谤国家领导人,严重危害社会秩序和国家利益
- B. 虐待家庭成员,致使被害人重伤
- C. 遗弃被抚养人,情节恶劣的
- D. 暴力干涉他人婚姻自由的

【考点】 亲告罪;社会法益;国家法益;个人法益

【解析】 亲告罪保护的法益是特殊的个人法益,由于起诉会对被害人产生新的负担、风险或侵害,不加区分地一律起诉反而对被害人更为不利。为此,法律规定由被害人参酌个人情况决定是否行使诉权。被害人决定行使诉权的,国家机关有责任给予帮助,必要时可转化为公诉。在涉及社会法益和国家法益时,由于对应的诉权并非个人所能处分,因此即便是亲告罪,也可由国家直接行使追诉权。我国刑法共规定了5种告诉才处理的犯罪:(1)刑法第246条规定侮辱、诽谤罪(严重危害社会秩序和国家利益的除外);(2)第257条规定暴力干涉婚姻自由罪(致被害人死亡的除外);(3)第260条规定虐待罪(致被害人重伤、死亡的除外);(4)第270条第3款规定侵占罪。值得注意的是,遗弃罪和重婚罪不是亲告罪。

第三条(A) [罪刑法定原则] 法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。

【真题集成】

1. 关于罪刑法定原则,下列哪一选项是正确的?^{〔2〕}(2006/2/1)

- A. 罪刑法定原则的思想基础之一是民主主义,而习惯最能反映民意,所以,将习惯作为刑法的渊源并不违反罪刑法定原则
- B. 罪刑法定原则中的“法”不仅包括国家立法机关制定的法,而且包括国家最高行政机关制定的法
- C. 罪刑法定原则禁止不利于行为人的溯及既往,但允许有利于行为人的溯及既往
- D. 刑法分则的部分条文对犯罪的状况不作具体描述,只是表述该罪的罪名。这种立法体例违反罪刑法定原则

【考点】 罪刑法定原则的具体要求

【解析】 A 错误,民主主义主张通过民主立法程序表达和集中民意,因而衍生出成文法主义。习惯显然不符合成文法的要求,因此不能将习惯作为刑法的渊源。从法理学上讲,习惯确实能够承载民意,但习惯本身具有不确定性,难以用成文形式表达,这导致习惯法的内容只有在个案的判决确定后才能被明确,因而属于典型的事后法。即便习惯法通过判例积淀形成了相当稳定的规则,这些规则在新的系争案件中也并非绝对有效。B 错误,行政机关制定的法只能作为刑事审判的参考,其未经民主立法程序不代表民意,因而不能作为刑法的渊源。C 正确,溯及既往意指事后法,从保障行为的可预测性角度,事后法原则上是被禁止的,但假如事后法并未带来不利后果,那么被告人的人权并未受到实质性的侵害,与人权主义并不冲突,故而被允许。D 错误,罪刑法定原则要求刑法规范必须具有明

〔1〕 **【答案】** D

〔2〕 **【答案】** C

确性,对于定式犯罪我们需要详细地描述罪状,于是产生了叙明罪状;但对于非定式犯罪,特别是简单罪状的犯罪,并不需要详细地描述罪状,以致于罪状与罪名高度统一。例如,故意杀人的,构成故意杀人罪。

2. “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?^[1] (2010/2/1)

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

【考点】罪刑法定原则的具体要求

【解析】(1)禁止溯及既往意指禁止事后法,对应的是事前的罪刑法定;(2)排斥习惯法意指成文法主义,对应的是成文的罪刑法定;(3)禁止类推解释是要求严格解释刑法规范,对应的是严格的罪刑法定;(4)刑罚规定的适当意指禁止不确定的刑罚,对应确定的罪刑法定。正确答案D。

3. 关于罪刑法定原则有以下观点:

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人事法,不禁止有利于被告人的人事法

下列哪一选项是正确的?^[2] (2012/2/3)

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

【考点】罪刑法定原则的具体要求

【解析】①②错误,因为罪刑法定原则是法治精神在刑法领域的具体体现,制刑权、求刑权、量刑权和行刑权均应受制于刑法。在此意义上,侦查权和立法权当然要遵循罪刑法定原则。③错误,罪刑法定原则禁止类推适用,是指禁止对成文刑法进行类推适用,不指涉习惯法。但习惯法原本就不属于刑法渊源,当然也不能类推适用。根据罪刑法定原则的成文法主义,刑法渊源有且仅有成文刑法。成文刑法是立法机关通过民主立法程序制定的具有文字表现形式的法律,具有明确性、稳定性和普遍性。习惯法则不能形诸于文字,缺乏明确性,具有变易性和地方性,内容极不确定,时间效力亦不明确。如果将习惯法纳入刑法,很容易造成法官的恣意裁判,违背了民主主义和人权主义的要求。例如,教师和父母具有惩戒权,这是某些地方习惯法所承认的正当化事由。但是,这种惩戒权容易被滥用,也不符合现代社会的一般观念,不应成为被告人开脱罪责的理由。④正确,守法者只能遵守行为时存在的法,而不可能遵守未来的法,要求守法者遵守事后法,实际上是要求公民遵守他们不可能认知的法,必然导致其无所适从,也严重影响现行法的安定性。为了保障行为的预测可能性,避免侵犯公民的行为自由,应当禁止事后法。但是,如果绝对禁止事后法,有可能妨碍改良苛政。依此,事后法如为苛政改良之后的轻法,那么仍然允许溯及

[1] 【答案】D

[2] 【答案】C

既往，即不禁止有利于被告人的人事后法。

【难点】有考生根据刑法第3条规定的语感，推测罪刑法定原则仅约束刑事审判权，对于刑事侦查权、逮捕权、公诉权以及立法权无法约束。这一理解是错误的，因为罪刑法定原则是法治精神在刑法领域的具体化，不仅制约量刑权（审判），还制约求刑权（追诉）、制刑权（立法）和行刑权（执行），即贯穿刑罚权运行的始终。在我国，罪刑法定原则对立法权的制约主要体现在如下方面：（1）禁止处罚不当罚的行为，即没有侵害法益的行为或者法益侵害性较小的琐碎之事，不能规定为犯罪。只有法益侵害性较大的行为才能以成文刑法的形式规定为犯罪。（2）禁止规定不确定的刑罚，即立法者不仅要在定罪上掌握合理尺度，还要在犯罪的法律后果——刑罚上有确定性。立法者不能以不确定的刑罚处罚犯罪，否则就会造成司法的恣意性。（3）禁止残酷、不均衡的刑罚，即立法者要根据社会平均价值观合理选择刑种和确定刑度，禁止规定残酷的刑罚，也禁止出现罪刑之间的比例关系失衡。（4）立法者解释刑法受制于刑法典的文本，不能超越成文法的文本进行恣意解释。

4. 某民法典第一条规定：“民事活动，法律有规定的，依照法律；法律没有规定的，依照习惯；没有习惯的，依照法理。”（2006/4/6）（35分）

请：（1）比较该条规定与刑法中“法无明文规定不为罪”原则的区别及理论基础；

（2）从法的渊源的角度分析该条规定的涵义及效力根据；

（3）从法律解释与法律推理的角度分析该条规定在法律适用上的价值与条件。

答题要求：

（1）在上述3个问题中任选其一作答，或者自行选择其他角度作答；

（2）在分析、比较、评价的基础上，提出观点并运用法学知识阐述理由；

（3）观点明确，论证充分，逻辑严谨，文字通顺；

（4）不少于600字。

【解析】（1）首先，在合法权益需要确认或认可时，民法作为私法，能够创设和确认权利，扩展公民权利的范围，并为权利之间可能存在的冲突确定顺位。为此目的，在法律有规定时，当然依据法律规定。但法律没有规定时，民法可以能动地创设新的权利。而创设的根据就在于习惯、政策和法理。总之，所有有利于拓展公民权利的规范和生活事实均可成为民法的渊源。就此而言，民法的理论基础是社会自治，法官可以超越立法权能动地促进民权的发展。与此不同，刑法是公法，旨在限制国家刑罚权，其理论基础是民主主义和人权主义。凡是在刑法上找不到根据的刑罚均是被禁止的，即法无明文规定，不能认为有罪。如果刑法如民法一样允许习惯、政策、法理成为法律渊源，法官可以超越立法权能动造法，势必造成国家刑罚权的扩张，而这种扩张不符合民主主义和人权主义的基本旨趣。此外，刑法只是保障法，它作为“第二次规范”保障包括民法在内的部门法实现，其本身并不能创设新的权利，而只能保障已经存在的权益得以实现。据此，刑法也不可以能动地根据习惯、政策或法理对法律没有明文规定予以禁止的行为实施刑罚。（2）其次，在合法权益被侵犯时，民法是权利恢复法，旨在使被侵害的权利恢复到初始状态或至少得到相应的赔偿。一旦权利得以恢复，民法便不再发挥积极的介入作用。为此目的，法官不得以法律没有规定为由拒绝受理案件，如果法律没有规定，那么就依照习惯、政策或法理等，使权利得以恢复。与此不同，刑法是行为秩序法，它通过禁止行为建立社会生活的基本秩序，至于权利是否被恢复则在所不问。换言之，即便权利已经被恢复了，民法不能再介入，刑法仍然能够积极介入或者不得不介入。刑法这种介入带有明显的公权力色彩，容易侵犯人

权,也有可能违背民意。为了使刑罚权的行使合乎理性,具有正当化根据,立法者根据民意制定刑法,要求司法者能且只能依据刑法明文规定建立行为秩序,排斥习惯、政策和法理等既无民意基础又难以以成文形式表达的法律渊源。唯有如此,刑罚权才能够消除自身侵犯人权的危险。(3)最后,在规范和引导公民追求自己的利益时,民法作为行为规范,能够通过明文规定、政策、习惯或法理等开放式法律渊源,帮助公民实施积极的“私法自治或者意思自治”,并最终借助肯定性法律后果,确认公民获得其追求的权益或实现其目的。在此意义上,民法首先和主要是行为规范,而非制约法官权力的裁判规范。与此不同,刑法的法律后果是否定性的刑罚。通过刑罚的威吓,刑法不可能积极地引导公民追求权益,而只能从消极角度规制公民行为,使其免受刑罚之害。在此意义上,刑法与其说是行为规范,不如说是制约法官权力的裁判规范,即刑法首先和主要是防止法官恣意司法的法律。为此目的,刑法的渊源是封闭性的,不允许在成文刑法之外,为刑罚权的发动留下法外空间。唯有如此,国家刑罚权才能最大程度上避免被滥用,从而实现保障人权的目的。

5. 关于罪刑法定原则的论述题:(2008/4/7)(25分)

案例一:2005年9月15日,B市的家庭主妇张某在家中利用计算机ADSL拨号上网,以E话通的方式,使用视频与多人共同进行“裸聊”被公安机关查获。对于本案,B市S区检察院以聚众淫乱罪向S区法院提起公诉,后又撤回起诉。

案例二:从2006年11月到2007年5月,Z省L县的无业女子方某在网上从事有偿“裸聊”,“裸聊”对象遍及全国22个省、自治区、直辖市,在电脑上查获的聊天记录就有300多人,网上银行汇款记录1000余次,获利2.4万元。对于本案,Z省L县检察院以传播淫秽物品牟利罪起诉,L县法院以传播淫秽物品牟利罪判处方某有期徒刑6个月,缓刑1年,并处罚金5000元。

关于上述两个网上“裸聊”案,在司法机关处理过程中,对于张某和方某的行为如何定罪存在以下三种意见:第一种意见认为应定传播淫秽物品罪(张某)或者传播淫秽物品牟利罪(方某);第二种意见认为应定聚众淫乱罪;第三种意见认为“裸聊”不构成犯罪。

问题1:

以上述两个网上“裸聊”案为例,从法理学的角度阐述法律对个人自由干预的正当性及其限度。

问题2:

根据罪刑法定原则,评述上述两个网上“裸聊”案的处理结果。

答题要求:

- (1) 在综合分析基础上,提出观点并运用法学知识阐述理由;
- (2) 观点明确,论证充分,逻辑严谨,文字通顺;
- (3) 不少于500字,不必重复案情。

《刑法》参考条文:第3条、第363条第1款,第364条第1款、第301条第1款、第367条。

【解析】考生应针对两个裸聊案件的处理结论是否属于类推解释进行具体分析。关键点是:(1)网上聚集是否属于聚众?(2)裸聊是否属于淫乱?(3)非牟利目的的裸聊是否满足刑法分则有关条文的规定?(4)牟利目的的裸聊视频是否属于淫秽物品?(5)网上的传播是否属于传播?(6)司法机关的处理意见是否将定罪根据限定在法律规定范围内?本题是开放性题目,考生只要自圆其说即可。例如,现实物理空间的聚众与网上聚集虽然有近

似点但仍然存在重大差别。前者的互动性、组织性和功能明显强于后者，能够形成现实的组织力量；但后者只是在网络空间模仿现实物理空间聚众的一种虚拟化有组织行为，形成的力量明显缺乏现实具体性。在此意义上，网上聚集与现实生活中的聚众不具有类比性，刑法所谓的聚众是指现实生活中的聚众，将网上聚集也解释为聚众，便超越了聚众一词可能具有的含义范围，属于类推解释，违反了罪刑法定原则。

专题一 社会主义法治理念

社会主义法治理念是指依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导五个方面。

1. 依法治国是社会主义法治的核心，强调治国应当依“法”，而非其他社会规范或者“政治实权人物的个人意志”。在刑法领域，这一精神具体细化为罪刑法定原则的形式侧面。

2. 执法为民是社会主义法治的本质要求。此处的“执法”是指广义上的法治实践活动，包括刑事司法活动。执法为民包括以人为本、保障人权与文明执法三方面内容。在刑法领域，以人为本不仅强调了刑法以保护人民合法权益为出发点与归宿点，从而为刑法的法益保护机能和法益保护目提供理论支撑，也凸显了法益都应该能够还原为人民利益，超越人民利益的特殊集团利益或过于抽象和观念化的利益不应上升为法益。例如，宗教信仰的价值观、无法还原为人民利益的纯粹秩序性规定、部门利益、地方利益、集团利益等均不能称之为法益。保障人权和文明执法这两个方面与人权主义合辙，强调刑法应具有自由保障机能，旨在约束司法机关的司法活动（包括司法活动和准司法活动，比如侦查活动），这也为罪刑法定原则提供了理论支撑。

3. 公平正义的核心内涵包括平等精神、合法合理、正当程序、及时高效四方面。具体到刑法领域，平等精神要求定罪量刑应反对特权，禁止采取歧视性的双重裁判标准。合法合理要求定罪量刑既要合乎法理，又要兼顾情理，要做到利益均衡。罪刑法定原则的实质侧面与此呼应，反对残酷、不均衡的刑罚，反对处罚不当罚的行为，罪刑相适应原则也正是这一精神的体现。在法定要素面前，司法人员必须严格遵守，恪守法理；在酌定要素面前，司法人员要讲求情理，不可恣意司法。正当程序要求罪刑规范能且只能通过民主议事程序制定或修改，不允许以“权”代“议”。刑法规定的程序性规则，比如减刑、假释、个案减轻处罚等程序，也必须按照罪刑法定原则的精神严格遵守，不能追求某种实体性目的，而违反程序性规定。及时高效主要与诉讼法有关，此处不再赘述。

4. 服务大局是社会主义法治的重要使命，它要求我们必须准确把握促进特色社会主义各项建设的大局，并围绕这个大局展开具体工作。在刑法领域，服务大局具体体现为打击犯罪，保障社会存在与发展的基本条件（保障民生），为各项建设提供制度保障。这不仅与刑法的行为规制机能、法益保护机能和自由保障机能均相呼应，也与刑法作为保障法的地位相呼应。

5. 党的领导是社会主义法治的根本保证。在刑法领域，这一原则要求我们正确处理刑事法治与党的领导之间的关系。在我国，刑法是党领导人民，依据宪法规定的民主程序，从大局出发、从公平正义出发、从人民利益出发制定的，它既是党的领导、党的意志的集中体现，更是人民意志的高度稳定、高度概括的凝结。依此，刑法是党的领导与人民民主

的产物，是党的意志与人民意志的合二为一，它必然是司法机关定罪量刑的唯一根据。因此，依法办案，就是在贯彻人民意志，就是在坚持党的领导，应坚决反对个人意志假借“党的领导”之名重蹈“人治”的覆辙。

注意，社会主义法治理念只有与罪刑法定原则、罪刑相适应原则结合起来学习和掌握，才能够在面对具体问题时综合运用这些理念和原则进行分析。

【真题集成】

1. 关于社会主义法治理念与罪刑法定的表述，下列哪一理解是不准确的？^{〔1〕}（2011/2/1）

- A. 依法治国是社会主义法治的核心内容，罪刑法定是依法治国在刑法领域的集中体现
- B. 权力制约是依法治国的关键环节，罪刑法定充分体现了权力制约
- C. 人民民主是依法治国的政治基础，罪刑法定同样以此为思想基础
- D. 执法为民是社会主义法治的本质要求，网民对根据《刑法》规定作出的判决持异议时，应当根据民意判决

【考点】社会主义法治理念与罪刑法定原则

【解析】A 正确，罪刑法定原则是法治精神在刑法领域的缩影，它既有形式法治的一面，又有实质法治的一面，是对法治原则的全面落实。B 正确，因为罪刑法定原则使得司法权不能恣意定罪，必须引经据典，寻找明确的法律依据，当然是一种权力制约的手段。C 正确，民主主义是罪刑法定原则的思想基础，由此衍生了成文法主义、禁止残酷的刑罚、禁止不均衡的刑罚等内容。D 不正确，网民的意见能从侧面反映一定的民意，但其本身不是民意，它仅代表了网民群体的意见，而且也不是根据民主程序产生。网民意见对立法和司法仅具有参考价值，不能作为定罪量刑的根据。缺乏程序意识的民主，是违背民主精神的，容易导致“多数人的暴政”，是文革大民主或民粹主义的翻版。

【难点】网民意见或部分群众的意见，能够在一定程度上反映特定历史背景下的社会通常观念，这一点对刑法适用是有积极作用的。事实上，刑法学在许多领域为社会通常观念留出了吸纳的空间或渠道，比如开放的构成要件、自动性、因果关系、客观注意义务、期待可能性、死刑等等，都需要在必要时考虑社会通常观念。但是，这种积极作用不能被夸大，特别是不能将未经民主程序得来的群众意见冠以民意的称谓，然后借助民主主义的幌子，干预刑法的适用。所以，未经民主程序的群众意见可以在刑法理论的框架下合理吸收，但不能脱离刑法理论直接援引该意见进行审判。只有这样才能做到社会主义法治理念之公平正义精神所要求的合法合理，即在刑法框架下根据刑法原理吸收借鉴合理的意见或通常观念。

2. 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？^{〔2〕}（2013/2/2）

〔1〕【答案】D

〔2〕【答案】D

- 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

【考点】社会主义法治理念与罪刑法定原则

【解析】①正确,罪刑法定原则最早的思想基础是三权分立和心理强制说,但前者不符合宪法实践,后者不符合犯罪学实证检验。罪刑法定原则在当今社会的思想基础是人权主义和民主主义。前者从保障公民行为可预测性角度论证罪刑法定原则的合理性,后者从分权制衡与政治民主化角度论证罪刑法定原则的必然性。两者实质上与人民当家作主具有内在的一致性。人民当家作主是社会主义法治理念的本质属性,罪刑法定原则完全符合人民当家作主的要求,体现了社会主义法治理念的本质属性。②正确,依法治国要求权力受到法律的制约,在刑法领域这一要求表现为将制刑权(立法)、求刑权(追诉权)、量刑权(裁判权)和行刑权(执行权)均纳入刑法规制的范围内。在此意义上,罪刑法定原则并非针对司法者,还涉及立法者。③正确,罪刑法定原则以民主主义作为思想基础,而民主主义的核心是制约国家权力,防止国家权力侵犯人民的行为自由。因此,罪刑法定原则与社会主义法治理念中的执法为民观念相呼应,能够保障公民在宪法上的基本自由权。④正确,从根本上说,依法治国的思想基础与罪刑法定原则具有高度的统一性,因此前者的各项要求在后者中均有体现和落实。

3. 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?^{〔1〕}(2014/2/2)

- 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

【考点】社会主义法治理念

【解析】执法为民与服务大局与刑法机能对应,刑法在行为具有严重社会危害性(法益侵犯性),同时其他调整手段乏力,应受刑罚惩罚时(谦抑性),才有可能启动刑罚权,最终是否启动还要看刑法有无规定。A涉医犯罪行为造成“恶劣社会影响”的,当然需要依法严惩。B也强调了严重社会危害性和应受刑罚惩罚性,正确。C指出被害人存在过错,甲的责任程度较低,因此应受刑罚惩罚性降低,不能轻易入罪,正确。D涉及禁止令问题,医疗机构并非法律明示的区域场所,其是否属于“其他确有必要禁止进入的区域场所”,取决于医疗机构是否与前述场所具有相当性。医疗牵涉公民的基本人身权利和社会经济权利,即及时获得医疗上物质帮助的权利以及生命健康权。根据立法法规定,这一惩罚措施必须由立法机关按照法定程序以基本法的形式予以规定,人民法院无权采取这一禁止方式。

〔1〕【答案】D