

2014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12年最新增补、修订出版

明确复习重点

整合2009—2013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



司法考试历年试题及考点归类精解

刑 法

2014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	张子茹	池 骋	
	朱虹丽	王伟蕾	吕晓彤	叶清逸	
	王光明	刘金坤	张劲晗		



目 录

第一部分 2009—2013 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 … (3)

一、刑法的解释、基本原则与适用范围

…………… (3)

(一)单项选择题 …… (3)

(二)多项选择题 …… (8)

• (三)已考考点及已考法条归纳 …… (10)

(四)备考提示 …… (10)

二、犯罪构成 …… (10)

(一)单项选择题 …… (10)

(二)多项选择题 …… (18)

(三)已考考点及已考法条归纳 …… (26)

(四)备考提示 …… (26)

三、排除犯罪的事由 …… (26)

(一)单项选择题 …… (26)

(二)已考考点及已考法条归纳 …… (30)

(三)备考提示 …… (30)

四、故意犯罪的未完成形态 …… (30)

(一)单项选择题 …… (30)

(二)多项选择题 …… (33)

(三)已考考点及已考法条归纳 …… (35)

(四)备考提示 …… (35)

五、共同犯罪 …… (35)

(一)单项选择题 …… (35)

(二)多项选择题 …… (38)

(三)已考考点及已考法条归纳 …… (41)

(四)备考提示 …… (41)

六、罪数的特别形态——一罪与数罪 …… (41)

(一)单项选择题 …… (41)

(二)多项选择题 …… (43)

(三)已考考点及已考法条归纳 …… (46)

(四)备考提示 …… (46)

七、刑罚的体系 …… (46)

(一)单项选择题 …… (46)

(二)多项选择题 …… (47)

(三)已考考点及已考法条归纳 …… (49)

(四)备考提示 …… (49)

八、量刑 …… (49)

(一)单项选择题 …… (49)

(二)多项选择题 …… (51)

(三)已考考点及已考法条归纳 …… (53)

(四)备考提示 …… (53)

九、行刑 …… (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 …… (56)

(四)备考提示 …… (56)

十、危害国家安全罪 …… (56)

(一)单项选择题 …… (56)

(二)已考考点及已考法条归纳 …… (57)

(三)备考提示 …… (57)

十一、危害公共安全罪 …… (57)

(一)单项选择题 …… (57)

(二)多项选择题 …… (59)

(三)不定项选择题 …… (59)

(四)已考考点及已考法条归纳 …… (62)

(五)备考提示 …… (62)

十二、破坏社会主义市场经济秩序罪 …… (62)

(一)单项选择题 …… (62)

(二)多项选择题 …… (66)

(三)不定项选择题 …… (69)

(四)已考考点及已考法条归纳 …… (71)

(五)备考提示 …… (72)

十三、侵犯公民人身权利、民主权利罪 …… (72)

(一)单项选择题 …… (72)

(二)多项选择题 …… (75)

(三)不定项选择题 …… (77)

(四)已考考点及已考法条归纳 …… (79)

(五)备考提示 …… (79)

十四、侵犯财产罪 …… (79)

(一)单项选择题 …… (79)

(二)多项选择题 …… (82)

(三)不定项选择题 …… (87)

(四)已考考点及已考法条归纳 …… (89)

(五)备考提示 …… (89)

十五、妨害社会管理秩序罪	(89)	(五)备考提示	(101)
(一)单项选择题	(89)	十七、渎职罪	(101)
(二)多项选择题	(91)	(一)单项选择题	(101)
(三)已考考点及已考法条归纳	(94)	(二)多项选择题	(102)
(四)备考提示	(94)	(三)已考考点及已考法条归纳	(102)
十六、贪污贿赂罪	(94)	(四)备考提示	(102)
(一)单项选择题	(94)	第三部分 案例分析及论述题集中精解	(103)
(二)多项选择题	(97)	一、试题解析	(103)
(三)不定项选择题	(99)	二、已考考点及已考法条归纳	(112)
(四)已考考点及已考法条归纳	(101)	三、备考提示	(112)

第一部分 2009—2013 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
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
2009 年	20	30	8	22	0	80

说明:2011 年、2012 年试卷第二 1、2 题在“社会主义法治理念”部分进行解析。

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”,2009 年至今,客观题及案例分析题的总分都占到了 80 分左右。考生一定要重视对刑法的复习。

要复习好刑法首先要了解刑法的命题规律。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。例如刑法总则部分的刑事责任年龄、刑事责任能力、因果关系、不作为犯罪、共犯理论、数罪并罚制度;分则部分的信用卡诈骗罪、故意杀人罪、故意伤害罪、强奸罪、盗窃罪、抢劫罪、抢夺罪、诈骗罪、侵占罪、贪污罪、行贿罪、受贿罪等,简直是百考不厌,而且考的非常细致。大家要注意:无论谁来命题,以经典考点为主要考查内容都是不会改变的,对这些传统考点要深入、仔细地掌握。

不过,每年都会有几道以前没有考过的题目。例如 2013 年第 7 题考查的防卫过当问题。该题目认为:即使正当防卫行为不过当,但如果被防卫者具有紧迫的生命危险,一旦发生这个结果,防卫行为就过当了。那么,防卫者此时就有救助义务,如果他明知存在这种危险而不救助,他是可以构成防卫过当的。这个观点和以前的观点有很大的不同,但其实并未偏离正当防卫和不作为犯罪的基础理论。这种题目是命题人专门用来拉开考生之间的差距并显示整套试卷的水平。由于这种题目事先很难预测,所以也难以进行有针对性的复习。但这些题目仍然是基础理论的运用,所以考生只能把基础理论掌握的深刻、再深刻,然后运用基础理论来分析这种题目。

从 2002 年开始,随着“兼顾应用能力和法理学

论素养的均衡考查”成为命题方针,考题的理论性显著增加。从 2010 年开始,刑法的理论性题目不仅数量增加,而且难度加强。刑法连续四年在案例分析部分考查了不同的学术观点。可以预见,2014 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。

这不是指大家结束复习时要达到的效果,而是开始复习时就要达到的状态。不是要求大家开始复习时就对刑法的所有内容了然于胸,而是说在开始复习刑法前,要对刑法的整体结构有一个清晰的了解,能够把各个知识点归类到相应的大项中。这是一种减负的工作。例如我们要知道刑法总则其实只有两部分内容:犯罪论与刑罚论,关于定罪属于犯罪论,例如刑事责任年龄、共同犯罪的认定;关于量刑属于刑罚论,例如自首制度、立功制度、数罪并罚制度等。分则有十章,是按犯罪的严重程度从重到轻依次排列的,军人违反职责罪排在最后是因为其是特殊主体的犯罪。

刑法虽然内容庞杂,但只有一部刑法典,法条之间有逻辑联系。如果我们在开始复习前抽半天时间把知识点大概归一下类,建立一个刑法的知识体系,就能有效消除复习时的茫然感。这如同我们要熟悉北京市的道路情况,应当先把握北京的一环线到六环线各环线的大概位置、再了解各环之内的具体道路状况一样,会让我们更加事半功倍。

2. 复习中分清主次。

根据命题特点,复习时不能面面俱到,一定要学会掌握重点。总则部分条条都是重点,其分值至少

占到总分值的一半左右。总则难在法条的含义较深,不易理解,但一旦理解了就不用再死记硬背。总则是刑法的基础理论,指导着整个分则。对总则的条款的掌握必须达到融会贯通的程度。

对于分则,要区分重点章(指《刑法》分则的章)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。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“辨认”即可。第九章也可照此复习。第四章、第五章、第八章就不能这样复习,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、侵占罪、强奸罪、诈骗罪、贪污罪等,可以说是“每个毛孔都滴着分数”,对这些罪就要掌握得很深,很广,相关司法解释要全部掌握。危害国家安全罪虽然排在第一,但一向分值不多,看几个重点罪即可。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。

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。

考完试或备考时做完真题,很多考生都有一个同样的疑问:这个考点我知道呀,怎么还是答错了?这是因为很多人在复习时疏于思考,只掌握了考点的字面意思和常见案例,没有掌握考点背后的法理,所以题目一变就不认识同样的考点了。例如,考生都知道:如果在盗窃中被失主发现,为了逃跑或者为了继续取财而对失主使用暴力的,转化为抢劫罪,但很多考生还是答错了2013年试卷四的刑法案例分析题。该题说:甲携匕首到余家盗窃,物色一段时间后,未发现可盗财物。此时,熟睡中的余某偶然大动作翻身,且口中念念有词。甲怕被余某认出,用匕首刺死余某,仓皇逃离。很多考生认为余某构成抢劫罪。然而,司法部公布的参考答案认为余某构成盗窃罪和故意杀人罪,应当数罪并罚。因为甲杀害余某并非为了顺利逃走或者为了继续取财。如果考生能够认识到转化的抢劫罪的本质特征,认识到甲这种行为的本质和盗窃后又害怕失主醒来后报案而杀害失主是一样的,这道题就不会回答错误了。

2014年,像这样的非典型案例肯定还会增加。

考生在复习时一定要勤于思考,透彻掌握法条背后的法理,达到透过现象看本质的程度,才能保证在考场上“火眼金睛”,一眼辨认出本题的知识点。

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题目的答案,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。

今年,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的。它的目的是引导考生的思路,教会考生正确的分析方法。通过这样的方法来“授之以渔”,而不仅仅是“授之以鱼”。

4. 追本溯源,重视教材。

今年,我们想特别强调一下重视教材的问题。在司考复习中,考生们有些不愿意看司法部编的《司法考试辅导用书》(以下简称“三大本”),因为其较为平铺直叙,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(详见真题解析)。有时候甚至直接考查教材中的一句话。例如,2011年试卷二第53题选项D考查了教材中的一句话:“但现在的具体符合说论者也都认为,这种对象错误并不重要,因而不影响故意犯罪既遂的成立。所以,就这种对象错误而言,具体符合说与法定符合说的结论完全相同”。所以,大家一定要重视教材,因为编写“三大本”的专家就是未来的命题人。“三大本”里的观点就是司法考试的观点。

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. 融会贯通。

这两年,考题的综合性越来越强,最近三年尤为明显。我们在解析时,感觉对很多题目都不好按章归类。例如同一道题里,既考查共同犯罪,又考查不作为犯罪;既有持有、使用假币罪,又有故意伤害罪。要对付这一类题目,考生要加强对不同知识点的融会贯通。

要做到对不同知识点的融会贯通,考生必须建立自己的理论体系。很多题目看似不同,其本质是一样的。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?拿着硫酸瓶欲泼被害人,但拧不开盖子算不算犯罪未遂?为了致人死亡,花钱请人坐飞机是否算是故意杀人罪?这三个行为看起来风马牛不相及,其实本质是一样的:这些行为是否是刑法上的危害行为?如果承认刑法上的危害行为必须是能够真实导致危害结果发生的行为,那么这三

个行为都不是刑法上的危害行为,也都不构成犯罪。如果考生没有建立自己关于犯罪成立要件的正确犯罪论体系,将难以解答这些形形色色的题目。只有建立了自己的理论体系,才能“以不变应万变”,才能运用很少的基本理论解决很多的现实案例。帮助大家建立理论体系,我们在解析中特别加强了对基础理论的解析。

刑法的多选题有一个特点:很多答案直接来自法条或者司法解释。这样的多选题大概可以分为两类:一类是同一法条本身有数项、数款的;另一类是不同法条的关联规定。为了对付这类题目,我们在试题解析中加强了对知识点的归纳、总结,特别对关联知识点进行了提示。对于牵连犯如何并罚,也进行了专门总结,在解析中收入了我们总结的“罪数特别立法例总结”。该总结对常见的、法有明文规定的

牵连犯都进行了仔细的归纳。

6. 注意新增考点。

每年,都会有几个新增的考点。这些新增考点可以分为两类:(1)由于法条的变化而产生的新增考点;(2)由于理论观点的细微变化而产生的新增考点。第二类是较难掌握的。考生要结合对真题的解析来掌握这类考点。

7. 精做真题。

从我们归纳的已考考点可以看出,常考的内容总是那么多,考查方式也差不多。因此精做历年真题是极为有用的。我们在每年的解析中都发现,几乎每道题都是考过数次的,都有对应的历年真题。所以,一定要重视历年真题。“研习过去的真题,就是在做未来的考题”是毫不夸张的一句话,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. 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] * 1

[考点] 一罪刑法定原则,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] *

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

*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

单选 1. C

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] 2

[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] *

3. 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] 3

[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。

选项D: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】 * * *

4.《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】 4

【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。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] **

5. 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] _____⁵

[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] **

6. “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] 6

[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] ***

7. 关于刑法解释的说法,下列哪一选项是正确的?(2009年试卷二第1题)

- A. 将盗窃罪对象的“公私财物”解释为“他人的财物”,属于缩小解释
- B. 将《刑法》第一百七十一条出售假币罪中的“出售”解释为“购买和销售”,属于当然解释
- C. 对随身携带枪支等国家禁止个人携带的器械以外的其他器械进行抢夺的,解释为以抢劫罪定罪,属于扩张解释
- D. 将信用卡诈骗罪中的“信用卡”解释为“具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡”,属于类推解释

[答案] 7

[考点] 刑法解释

[解析] 选项A属于当然解释。如果仅从字面来看,将“公私财物”解释为“他人的财物”确实属于缩

小解释,因为盗窃罪的犯罪对象除了他人所有的财物外,还包括自己所有、但在他人合法占有下的本人财物。但是,这种在他人合法占有下的本人财物在刑法上被视为“他人的财物”。所以,从法律上来讲,盗窃罪的对象不可能包括“自己的财物”。这一观点也被立法所认同。《刑法》第91条规定:“本法所称公共财产,是指下列财产:(一)国有财产;(二)劳动群众集体所有的财产;(三)用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产。在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产,以公共财产论。”所以,这一解释属于当然解释,即人当然不可能盗窃自己的财物。

选项B属于类推解释。在《刑法》明确规定了出售、购买、运输假币罪的情况下,“出售”就只能是“出售”,因为“购买”另有规定。这种解释方法就属于类推解释,因为超出了公民的预测可能性。当然解释是从事物的本然之理而当然推出来的解释。例如,如果法条规定禁止与司机谈话,那当然禁止殴打司机。本题的解释显然不是这种情况。

选项C是正确的。这句话是对“携带凶器抢夺的”中“凶器”的解释。凶器通常只包括枪支、管制刀具等性质上的凶器,将其解释为还包括砖头、啤酒瓶等用法上的凶器就是一种扩张解释。之所以认为其是扩张解释,而不是类推解释,是因为人们认为这种解释是合理的,能够接受的。

选项D是错误的。这是扩张解释。本解释是全国人大常委会的一个立法解释。由于实践中发生了大量利用借记卡,即储蓄卡进行诈骗的行为,而公众认为对此也应该按照信用卡诈骗罪定罪。全国人大常委会因此作出了这个解释。这个解释是合理的,因此是扩张解释。

[陷阱点拨] 很多考生认为选项A是错误的。这是由于考生不了解“自己所有、但被他人合法占有的财物”在刑法上被视为“他人的财物”所致。考生还需掌握:在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产,以公共财产论。国家工作人员利用职务之便贪污这样的私人财产的,应当认定为贪污罪。

另外,很多考生认为选项D不严密。因为立法解释的原文是:“信用卡是指由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡”,题目漏掉了最关键的限制性要件:“由商业银行或者其他金融机构发行的”,如果是这样,商场发的储值卡、学校发的储值卡都可以算信用卡了,因为它们都有消费支付功能。这显然是类推解释。我们认为这

一异议也确有道理。希望以后的题目可以更加严密。

[难度系数] * * *

(二) 多项选择题

1. 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] _____¹

[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

本题的原因是没有看到第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句、第4句都是正确的。

综上,本题答案为ABCD。

[难度系数] * * *

2. 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] _____²

[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,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,如果遇到拾到(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
*	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. 甲女得知男友乙移情,怨恨中送其一双滚轴旱冰鞋,企盼其运动时摔伤。乙穿此鞋运动时,果真摔成重伤。关于本案的分析,下列哪一选项是正确的?(2013年试卷二第5题)

- A. 甲的行为属于作为的危害行为
- B. 甲的行为与乙的重伤之间存在刑法上的因果关系
- C. 甲具有伤害乙的故意,但不构成故意伤害罪
- D. 甲的行为构成过失致人重伤罪

[答案] _____¹

[考点] 危害行为的认定

[解析] 根据刑法客观主义的要求,只有真正能够制造或者升高法益侵害的风险的行为才是刑法中的“危害行为”。如果某行为没有制造或者升高法益侵害的风险,那么它就不是刑法上的危害行为。此时,即使行为人具有犯罪的主观故意,但由于没有犯罪的客观行为,因此并不构成犯罪。例如,开枪杀人显然能够增加他人死亡的风险,这就是危害行为。但送人果冻,他人因此被噎死的就不是危害行为。

甲送给乙一双滚轴旱冰鞋。这种行为本身并不会增加乙受伤的风险,不属于刑法上的危害行为。因此,选项A错误。刑法上的因果关系是指危害行为与危害结果之间的因果关系。由于甲的行为并非危害行为,因此二者之间也不具有刑法上的因果关系。故,选项B错误。甲确实具有伤害乙的故意,但由于没有客观危害行为,因此不构成故意伤害罪。故,选项C正确。构成过失致人重伤罪的前提也是具有刑法上的过失行为。甲并无过失行为,因此选项D是错误的。

综上,本题的正确答案是C。

[难度系数] **

2. 2010年某日,甲到乙家,发现乙家徒四壁。见桌上一块玉坠,断定是不值钱的仿制品,甲便顺手拿走。后甲对丙谎称玉坠乃秦代文物,值5万元,丙以3万元买下。经鉴定乃清代玉坠,市值5000元。关于本案的分析,下列哪一选项是错误的?(2013年试卷二第6题)

A. 甲断定玉坠为不值钱的仿制品具有一定根据,对“数额较大”没有认识,缺乏盗窃犯罪故意,不构成盗窃罪

B. 甲将所盗玉坠卖给丙,具有可罚性,不属于不可罚的事后行为

C. 不应追究甲盗窃玉坠的刑事责任,但应追究甲诈骗丙的刑事责任

D. 甲诈骗丙的诈骗数额为5万元,其中3万元既遂,2万元未遂

[答案] _____²

[考点] 犯罪故意的认定、事后行为、诈骗罪

[解析] 本案发生在2010年。根据当时的《刑法》,只有盗窃“数额较大”财物或者“多次”盗窃的,才构成犯罪。甲看到乙家徒四壁,因此认为该玉坠只是仿制品。这是在当时情况下的合理认识。因此,由于其对“数额较大”没有认识,缺乏盗窃犯罪故意,不构成盗窃罪。选项A是正确的。

事后行为是指在状态犯的场合,利用该犯罪行为的结果的行为。例如:杀人后抛尸、盗窃后销赃。事后行为是否另行成立其他犯罪(即是否可罚),取决于事后行为有无侵犯新的法益或者是否缺乏期待可能性。不可罚的事后行为是指没有侵犯新的法益或者缺乏期待可能性的事后行为。由于可以被综合评价在该状态犯中,故没有必要另认定为其他犯罪。例如,杀人后抛尸的行为被认为没有期待可能性,因此不可罚。销赃行为是否可罚取决于该销赃行为是否侵犯了新的法益。本案中,甲将自己认为是仿制品的玉坠对丙谎称为秦代文物,试图诈骗丙。故,甲以诈骗故意实施了诈骗行为,所以甲构成诈骗罪。这个诈骗罪是针对丙的诈骗。由于侵犯了新的法益,因此不属于不可罚的事后行为,应当单独构成诈骗罪。故,选项B正确。选项C是选项A、B的当然推论,故也是正确的。

本案中甲只有一个诈骗行为,不可能既构成既遂又构成未遂。甲已经获得了3万元,故构成诈骗罪既遂,诈骗金额为3万元。D项错误,当选。

[陷阱点拨] 这道题难在选项A。命题人认为:由于乙家徒四壁,所以甲认为乙家桌上的玉坠是

仿制品是合理的认识。考生则认为未必如此(事实也证明未必如此)。命题人是想提示大家:对于以盗窃数额作为构成要件的盗窃犯罪,行为人对于自己所盗窃财物的价值应当有所认识。如果通常情况下认识不到,那么就不认为行为人具有盗窃犯罪的故意。注意是“通常情况下”。例如,甲盗窃收废品的乙的破棉絮,他认为最多价值50元钱,但没有想到乙将自己几年来的积蓄5万元都缝在破棉絮里。此时,就不能认为甲有盗窃“数额巨大”财物的故意。

不可罚的事后行为是一个具有较强理论性的概念。事后行为是否可罚,要具体问题具体分析。如果事后行为没有侵犯新的法益或者缺乏期待可能性就不可罚,反之则可罚。

[难度系数] ***

3. 甲对正在实施一般伤害的乙进行正当防卫,致乙重伤(仍在防卫限度之内)。乙已无侵害能力,求甲将其送往医院,但甲不理睬而离去。乙因流血过多死亡。关于本案,下列哪一选项是正确的?(2013年试卷二第7题)

A. 甲的不救助行为独立构成不作为的故意杀人罪

B. 甲的不救助行为独立构成不作为的过失致人死亡罪

C. 甲的行为属于防卫过当

D. 甲的行为仅成立正当防卫

[答案] _____³

[考点] 不作为犯中的先前行为、正当防卫

[解析] 本题貌似考查正当防卫,实则考查不作为犯罪的义务来源。

张明楷教授在其2011年发表的论文“不作为犯中的先前行为”指出:“具有违法阻却事由(或正当化事由)的行为能否成为产生作为义务的先前行为……需要分清不同情形处理:其一,如果正当防卫造成被害人死亡也不过当时,正当防卫人并无救助义务。其二,如果正当防卫致人伤害,并未过当,而且该伤害不可能导致死亡,亦即没有过当的危险,正当防卫人也没有救助义务。其三,如果正当防卫造成了伤害(该伤害本身不过当),具有死亡的紧迫危险,发生死亡结果就会过当,那么,应当肯定正当防卫人具有救助义务。”该文进而指出:就正当防卫而言,在防卫人造成不法侵害人重伤,不法侵害已经停止,而防卫人却既不报警也不将不法侵害人送往医院抢救,导致流血过多而死亡时,应当承认先前的作为与后来的不作为共同导致了防卫过当。

根据前述分析,甲的不救助行为不能独立构成不作为的故意杀人罪,故选项A错误。同理,甲的不

救助行为也不能独立构成不作为的过失致人死亡罪。选项 B 错误,甲前面的不过当的防卫行为和后来的不作为共同导致了防卫过当。选项 D 错误,选项 C 正确,当选。

【陷阱点拨】 本题是考生异议非常多的题目。很多考生无法接受不过当的正当防卫者具有救助义务的观点。

可以这样理解本题:先前行为具备下列条件时,才能成为作为义务的发生根据:第一,对刑法所保护的具体法益造成了危险;第二,危险明显增大,如果不采取积极措施,危险就会立即现实化为实害;第三,行为人对危险向实害发生的原因具有支配力。故,不作为、具备违法阻却事由的行为、过失犯罪行为与故意犯罪行为,均可能成为产生作为义务的先前行为。

本题的观点并非通说。我国台湾地区的林东茂教授就认为在正当防卫不过当时,防卫者并无救助义务(参见林东茂:《刑法综览》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 122 页)。不过,如果防卫者明知自己的不过当的防卫行为会导致过当的结果,仍然不采取措施防止过当结果发生的,认定防卫者成立防卫过当也未为不可。

【难度系数】 * * *

4. 下列哪一选项构成不作为犯罪?(2012 年试卷二第 4 题)

A. 甲到湖中游泳,见武某也在游泳。武某突然腿抽筋,向唯一在场的甲呼救。甲未予理睬,武某溺亡

B. 乙女拒绝周某求爱,周某说“如不答应,我就跳河自杀”。乙明知周某可能跳河,仍不同意。周某跳河后,乙未呼救,周某溺亡

C. 丙与贺某到水库游泳。丙为显示泳技,将不善游泳的贺某拉到深水区教其游泳。贺某忽然沉没,丙有点害怕,忙游上岸,贺某溺亡

D. 丁邀秦某到风景区漂流,在漂流筏转弯时,秦某的安全带突然松开致其摔落河中。丁未下河救人,秦某溺亡

【答案】 _____⁴

【考点】 不作为犯罪

【解析】 成立不作为犯罪应当具备三个要件:(1)行为人负有实施特定积极行为的具有法律性质的义务(行为人具有保证人地位);(2)行为人具有作为可能性;(3)作为行为具有结果回避可能性(即如果作为就能避免危害结果的发生)。

所谓保证人即负有防止危害结果发生的特别义务的人。只有这样的人才可能成立不作为犯罪。从形式上,保证人可以分为四类:(1)由于法律的规定

而具有作为义务的人;(2)由于职务上或者业务上的要求而具有作为义务的人;(3)由于自己的先前行为而具有作为义务的人;(4)由于法律行为而具有作为义务的人。

从实质上,这四类保证人可以分为两类:(1)创设了危险的人;(2)没有创设危险,但具有保护、救助法益的法律义务的人。例如:甲将 6 岁的侄子乙带出去玩要。由于疏于照顾,乙被丙开车撞倒。看到乙倒在血泊中,甲想:“反正丙有救助义务,我就不用管了。”由于甲离去、丙逃逸,乙死亡。本案中,甲、丙都具有保证人地位。丙是创设危险的人,甲由于带侄子出来玩而具有了法定的保护、救助法益的任务。

保证人的实质作为义务可以细分为三种义务:(1)基于对危险源的支配产生的监督义务,包括:①对危险物的管理义务。②对他人危险行为的监督义务。一般来说,每个人对自己的危险行为承担责任。但是,如果这个人不能承担刑事责任,而行为人基于法律规定、职业或者法律行为对其负有监管、监护义务时,要求行为人对其危险行为予以阻止。③对自己的先前行为引起的法益侵害危险的防止义务。(2)基于与法益的无助(脆弱)状态的特殊关系产生的保护义务。当某项法益处于被侵害的危险境地时,基于法规范或制度使保护法益具体地依赖于特定人时,该特定人具有保护法益的作为义务。例如,儿童溺水时,每个经过的路人并不负有救助义务,不在现场的他的父母却负有救助义务。①基于法规范产生的保护义务。②基于制度或者体制产生的保护义务。当具体的制度、体制将法益保护义务托付给了特定行为人时,行为人负有保护义务。例如,游泳教练员对游泳学习者具有保护义务。③基于自愿(合同与自愿接受等)而产生的保护义务。例如,将他人遗弃的女婴抱回家之后,就必须继续尽抚养义务。(3)基于对法益的危险发生领域的支配产生的阻止义务。法益的危险发生在行为人支配的领域时,行为人具有实质的法义务。不过,只有在该领域的支配者可以排除危险时(具有排他性),才能要求该领域的支配者履行义务。包括:①对自己支配的建筑物、汽车等场所内的危险的阻止义务。②对发生在自己身体上的危险行为的阻止义务。

根据上述论述,选项 A 不构成不作为犯罪。因为武某突然腿抽筋时,甲虽然是唯一在场的人,但他并不是创设危险的人,也不是法定的负有救助武某的责任的人。

选项 B 也不构成不作为犯罪。乙拒绝周某求爱的行为并不是创设了周某死亡的危险的行为。

选项 D 也不构成不作为犯罪。丁邀请秦某到风

景区漂流,对秦某的安全负有法定救助义务的是风景区管理者,而不是丁。秦某的安全带突然松开也不是丁的行为所致,丁并未创设秦某死亡的危险,所以丁不构成不作为犯罪。

选项C则构成不作为犯罪。丙与贺某到水库游泳。丙为显示泳技,将不善游泳的贺某拉到深水区教其游泳。此时,丙就因为创设了可能导致贺某死亡的风险而成为那个特定的对贺某死亡负有法定救助义务——切断危险源的人。

故,只有C项为正确答案。

[陷阱点拨] 本题中,很多考生认为选项A应该构成不作为犯罪,因为甲是唯一在场的人。甲虽然是唯一在场的人,但他不是创设危险的人。这种情况下,只有这个地方不是湖面,而是甲家的鱼塘,且甲对这个地方具有排他的支配时,甲才具有救助义务。

还有考生认为选项D中,丁邀请秦某到风景区漂流,二人就形成了危险共同体,因此丁应该构成不作为犯罪。请注意:这种危险共同体的形成是非常严格的,只有那种高度危险,而且没有其他人对危险负责的情况下(如共同攀登冰山)才可能形成。本题中,漂流的风险是由风景区管理者承担的。这样的题目以前也考过。一道题是甲乙一起喝酒,后来甲不送乙回家,导致乙被冻死;一道题是丙丁一起喝酒,后来丙送丁回家,在高速路上,丁大闹不止,丙不得不把丁放在路边,后来丁被路过的车撞死。这两道题,都没有认定甲、丙构成不作为犯罪。所以,在认定危险共同体时要极为慎重。

[难度系数] * * *

5. 下列哪一行为构成故意犯罪?(2012年试卷二第5题)

- A. 他人欲跳楼自杀,围观者大喊“怎么还不跳”,他人跳楼而亡
- B. 司机急于回家,行驶时闯红灯,把马路上的行人撞死
- C. 误将熟睡的李某妻妹当成妻子,与其发生性关系
- D. 作客的朋友在家中吸毒,主人装作没看见

[答案] _____⁵

[考点] 犯罪故意、认识错误

[解析] 要构成故意犯罪,行为人在主观上必须具有犯该罪的特别故意。

选项A中,他人欲跳楼自杀,围观者大喊“怎么还不跳”,他人跳楼而亡。这种情况下,围观者即使有让他人跳楼的故意,这也不是杀人的故意。因为跳楼是他人的自主行为,而不是围观者逼迫下的行为。如果围观者亲自上楼将他人推下楼,则围观者

构成故意杀人罪。

选项B中,司机急于回家,行驶时闯红灯,把马路上的行人撞死。这是交通肇事罪,是过失犯罪。因为虽然司机闯红灯是故意的,但他并不想撞死人。闯红灯通常也不会撞死人,所以这是过失犯罪。

选项C中,行为人误将熟睡的李某妻妹当成妻子,与其发生性关系。行为人此时对犯罪对象发生了认识错误。由于和妻子发生性行为不构成强奸罪,所以这个认识错误是影响犯罪成立与否的认识错误。这个认识错误阻却了甲成立强奸罪所必须具备的犯罪故意。因此,甲不构成犯罪,属于意外事件。

选项D中,作客的朋友在家中吸毒,主人装作没看见。由于我国法律规定了容留他人吸毒罪,因此主人构成容留他人吸毒罪。本罪是故意犯罪。

综上,只有选项D当选。

[陷阱点拨] 考生对本题的异议较多。

关于选项A,很多考生认为围观者的大喊有促使他人跳楼的作用,因此构成故意杀人罪。这显然是错误的。是否跳楼是由跳楼者自己决定的,他人的行为最多是促使自杀。如果没有欺骗、胁迫等行为,促使自杀并不构成犯罪。

关于选项B,考生要明白对行为的故意和对结果的故意是不同的。在很多过失犯罪中,行为人对行为都是故意的,但对结果则是反对的。而我国《刑法》规定的故意是:“明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果发生,因而构成犯罪的,是故意犯罪。”即这种故意是对结果的故意。所以,选项B这种情况都是过失犯罪。

关于选项C,很多考生认为“不可能”。一个人怎么可能在发生性行为时,把行为对象弄错呢?这里要提醒大家:要相信题目。题目既然说了“误将”,那就是“失误”。你不能自以为是,认为行为人是“装糊涂”。

关于选项D,很多考生不知道我国有这个罪。他们认为吸毒都不是犯罪,容留吸毒怎么能是犯罪呢?我国的法律规定恰恰如此。吸毒不是犯罪,但是帮助吸毒的都是犯罪。例如贩卖、运输、制造毒品,容留他人吸毒,引诱他人吸毒,强迫他人吸毒等都是犯罪。

[难度系数] * * *

6. 甲与素不相识的崔某发生口角,推了他肩部一下,踢了他屁股一脚。崔某忽觉胸部不适继而倒地,在医院就医时死亡。经鉴定,崔某因患冠状粥样硬化性心脏病,致急性心力衰竭死亡。关于本案,下列哪一选项是正确的?(2012年试卷二第6题)

- A. 甲成立故意伤害罪,属于故意伤害致人死亡
- B. 甲的行为既不能认定为故意犯罪,也不能认