

来胜 LICENSE

司考一本通

2009

New Edition

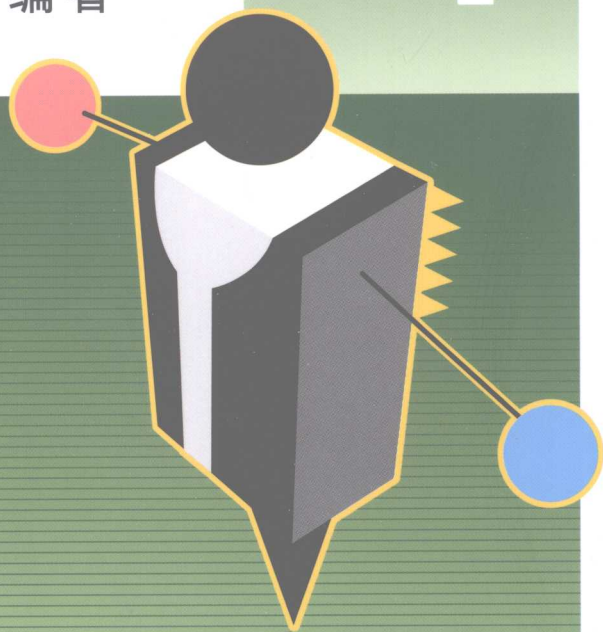
精品丛书

刑法

必 备 考 点 名 师 精 讲

阮齐林 姚贝 编著

4



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

8/
4

LICENSE 来胜司法考试丛书

司考一本通
刑法

编著
阮齐林
姚贝



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

编写说明

实行统一的国家司法考试,不仅是我国司法改革的一项重大举措,也是我国法学教育改革的突破口。从律考转变为司考后,使得更多适合条件的考生热衷于此,司法考试也逐渐形成了一个市场,辅导用书层出不穷。然而在众多的司考辅导用书当中,如何作出选择便成了备考考生一个头痛的问题。

司考该用何种辅导书?我们认为,要用“看一本就能通的”书。为了达成此目的,我们努力使本书具备了如下特色:

特色一 名师编著、套书完整

本书由来胜全方位法律人培训力邀各科司考名师亲自执笔,集结了老师们多年的司考辅导经验和智慧。本书共分八小册,涵盖了最新考纲的重要考点。

特色二 内容精炼、针对性强

本书强调内容的精炼和实战性。针对重要的考点,我们结合历年司考的规律,对其进行精讲,并针对实际考查情况和精讲内容,提供例题以提高实战能力。

特色三 体例安排科学合理

根据考纲的要求及体系,我们选出了各科的重要考点并对其从以下三个方面为考生提供帮助。

一、精讲。对当前考点进行精当、有效的讲解,以帮助读者掌握当前考点的纲要,具备解决问题的能力的基本能力。

二、例题。针对当前考点,并结合精讲内容,使考生得到及时、有效的练习,提高应试能力并在修正自己错误的过程中得到提高。

三、提示与预测。主要是针对一些应当特别注意的问题的提示,以及对2009年司考动向的预测。

业精于勤而荒于嬉,行成于思而毁于随。当您拥有了本书,您便得到了一片肥沃的黑土,若能加以勤耕,今日播下的种子,定能在那金秋结出胜利的果实!

编者

2009年5月

前言

一、第一是试题,第二是试题,第三还是试题!

应试是讲效率的,即所谓“通过是硬道理”。我的学生常问我,怎样才能高效高分通过司法考试呢?我的答案是:第一是试题,第二是试题,第三还是试题!因为只有通过历年司法考试的试题,才能了解司法考试的特点,才能发现自己距离通过考试还有多大差距,才能掌握司法考试的考点。舍此没有其他的途径。

历年试题该怎样编撰、解析才能发挥最大的效率呢?或者说,怎样研析历年试题效果最好呢?我认为,应做到试题的考法·考点与学科知识点的互动。一方面,通过试题了解测试的知识点(考点)和测试方式,加强对学科知识点的掌握,这样能有效避免读书备考的盲目性;另一方面,根据已掌握的学科知识点研习试题,真正弄清楚试题的考点和考法,这样才能避免就题论题的局限性。本书就是本着这样的思路编撰的,首先是把试题“分门别类”,即分别按照学科编纂试题,比如刑法学的试题集中到刑法学类中,其次是按照学科知识体系编排试题,这样在编写体例上形成试题与学科知识点之间的关联、对应关系。然后依次是知识点→考题→解析。通过这样的体例,帮助考生实现试题·考点·知识点的互动。

通常,具备大学本科法学教育基础的考生,通过这种方式足以应对司法考试。

二、对2009年度刑法学考试方向的预测

(一) 仍然是“高通过率”

国家近两年在司法考试方面实行的“高通过率”政策,估计今年不会改变。因为决定采取这项政策的根据没有变,其一是需要缓解大学毕业生的就业压力,允许应届毕业生参加司法考试就说明了这一点。其二是需要解决西部司法机关人手紧缺的问题。采取“高通过率”政策,意味着考试的难度、阅卷判分宽松程度大体与去年、前年的相当,不会有明显的变化。

(二) 刑法学案例题考点

这种预测其实也是建立在历年试题分析基础上的。通过历年案例题大体可发现以下考点,这些考点同时也是卷二选择题的必考点。依照其考察的频度和概率依次排列如下:

1. 共同犯罪的成立·责任·共犯人分类·处罚原则·部分共犯人中止。
2. 想象竞合犯·牵连犯·常见加重犯,如绑架致人质死亡、抢劫、强奸、拐卖、非法拘禁中致人死亡等。
3. 犯罪预备·未遂·中止·部分共犯人中止。
4. 正当防卫·防卫过当。
5. 相对刑事责任年龄。
6. 自首·立功·累犯·缓刑假释的撤销与处理·数罪并罚原则。
7. 抢劫罪·抢夺罪·绑架罪·敲诈勒索罪的区分。

8. 非法拘禁罪·绑架罪·拐卖妇女儿童罪加重犯(致人死伤的情形)·拐骗儿童罪·强迫职工劳动罪·非法雇用童工从事危重劳动罪。

9. 贪污罪·职务侵占罪·挪用公款罪·挪用资金罪·受贿罪·非国家工作人员受贿罪·行贿罪·对非国家工作人员行贿罪。

10. 诈骗罪·合同诈骗罪·贷款诈骗罪·金融凭证诈骗罪·信用卡诈骗罪。

11. 盗窃罪·掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪·窝藏包庇罪·徇私枉法罪·玩忽职守罪·交通肇事罪、生产作业责任事故罪。

(三) 其他重要考点和测试角度

1. 刑法总则:罪刑法定原则与刑法的解释·刑法解释方法的基础知识·构成要件要素分类基本知识·属地原则的适用·不作为·(偶然)因果关系·事实错误(法定符合说)·违法性认识错误·期待可能性·间接故意的认定·剥夺政治权利刑·死缓·数罪并罚原则·禁止假释的对象。

2. 分则:非法经营罪·生产、销售伪劣产品罪·生产、销售假药罪·强迫交易罪·提供虚假证明文件罪·偷税罪·假冒注册商标罪·侵犯著作权罪·销售侵权复制品罪·骗取贷款罪·违法发放贷款罪·妨害信用卡管理罪·洗钱罪·投放危险物质罪·以危险方法危害公共安全罪·非法出租、出借枪支罪·聚众斗殴罪·窝藏、包庇罪·掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪·医疗事故罪·非法行医罪·走私、贩卖、运输、制造毒品罪·非法持有毒品罪·引诱、容留、介绍卖淫罪·滥用职权罪·玩忽职守罪·徇私枉法罪。

三、刑法修订和大纲修订对 2009 年考试的影响

(一) 刑法修订的影响

2009 年初通过的《刑法修正案(七)》对刑法作了多处修正,但对刑法学出题的影响几乎可以忽略不计。其道理是:《刑法修正案(七)》中规定了新罪的,在新罪名的司法解释出台之前不可能考,因为罪名不统一,没办法出题。因此其中只有不涉及罪名变化的内容有出题的可能性。这部分内容如下:

1. 绑架罪(第 238 条)增加规定了:“情节较轻的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金”。修订的内容仅仅是降低了绑架罪的法定最低刑,由原来的 10 年降低为 5 年。

2. 掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪(第 312 条),增加单位犯罪主体。

3. 非法侵入计算机信息系统罪(第 285 条),增加规定两种犯罪行为:(1) 侵入“国家事务、国防建设、尖端科学技术领域”之外计算机信息系统,并窃取数据、信息或非法控制的;(2) 提供专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具,或者明知他人实施侵入、非法控制计算机信息系统的违法犯罪行为而为其提供程序、工具的。

从考试的角度讲,因为上述新增规定,为他人提供程序、工具侵入、非法控制计算机信息系统的,是正犯行为不是帮助行为。

4. 非法经营罪(第 225 条)增加“非法从事资金支付结算业务的”为非法经营行为之一。

5. 偷税罪(第 201 条)经刑法修正案修正为:“纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报,逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额百分之十以上的,处……”

有第一款行为,经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的,不予追究刑事责任;但是,五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予两

次以上行政处罚的除外。

(1) 细微的修正有两处:其一,对偷税行为的规定更为概括、简明,即:纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报。其二,1万元以上改为“数额较大”,便于灵活掌握。

(2) 重大的修改有一处,即对“初犯”在满足一定条件的情况下不予追究刑事责任。“初犯不追究刑事责任”的条件见上述第201条第2款。这一修订体现了宽严相济的刑事政策,且有溯及既往的效力,在考试中应予以注意。

(二) 大纲修订的影响

去年(2008年)的考试大纲中刑法学分则有较大变化,即把大量的罪名从考试范围中删除,并且划分出重点罪名和普通罪名。这一举措显然是为了缩小考查的知识点、方便考生抓重点。看来,从高通过率的大政策到大纲修订,趋势是尽量减少考生的负担,因此,预计今年(2009年)刑法学考试大纲也不会增加新的知识点,即不会增加考生的负担。

今年刑法学大纲可能对总则的“犯罪构成论”的结构有所调整。以往,犯罪构成要件为四个(①客体·②客观·③主体·④主观“四要件”说),今年的新大纲可能要按照犯罪是“客观违法·主观有责”经典结构,简明地分为两大要件,即:(1)客观违法要件;(2)主观有责要件。其中,客观违法要件除包含行为·结果·因果关系·对象等客观要素外,多了一个客观“违法”本质的内容,这“违法本质”大体相当于四要件说中“客体”的内容。主观有责要件,除包含故意·过失·意外事件·期待可能性·认识错误等主观要件内容之外,多了一个刑事责任前提(即刑事责任年龄·能力)和排除责任的事由(即精神病人等身心障碍者)。这其实是四要件说中“主体”的内容。四要件说中的客体·主体不见了,其实它们的内容被分别并入了客观和主观要件中了。考试的知识点没有增加也没有变化,只是理论结构有点变化。这变化或许更简明合理,便于掌握。考生只要稍作调整就可以顺利接轨。就应试而言,对这种体系变化或许带来个别概念及概念间关系的变化,考生不必深究。因为“新体系”需要给考生一个逐渐适应的过程,也需要给同行一个逐渐认可的过程,不会考这些问题。

这种犯罪构成论结构调整表明考试会反映学说动向,如在犯罪构成论体系方面开始重视分则各正条的构成要件(罪状)及其注释的概念、方法,例:

关于构成要件要素的分类,下列哪些选项是正确的?(2008年真题,多选)(答案:ACD)

A. 贩卖淫秽物品牟利罪中的“贩卖”是记述的构成要件要素,“淫秽物品”是规范的构成要件要素

B. 贩卖毒品罪中的“贩卖”是记述的构成要件要素,“毒品”是规范的构成要件要素

C. 强制猥亵妇女罪中的“妇女”是记述的构成要件要素,“猥亵”是规范的构成要件要素

D. 抢劫罪的客观构成要件要素是成文的构成要件要素,“非法占有目的”是不成文的构成要件要素

此题中就涉及分则正条中构成要件要素分类的知识。还如2008年四川地震灾区延考试题多选第51题,考到《刑法》第389条(行贿罪)之构成要件要素分类,涉及客观的构成要件要素、规范的构成要件要素、积极的构成要件要素、消极的构成要件要素等刑法注释的概念。该题还考到《刑法》第263条(抢劫罪)的构成要件。涉及“成文的构成要件要素”、“不成文的构成要件要素”等概念。有的考生对这些概念比较生疏,需要根据考试大纲的要求掌握,不要以为大学本科没学过的概念就一定不会考。类似如期待可能性、违法性认识错误、法定符合说等。

目 录

总则	(1)
第一章 刑法概说	(1)
第二章 犯罪概说	(9)
第三章 犯罪构成	(10)
第四章 排除犯罪的事由	(31)
第五章 犯罪的未完成形态	(36)
第六章 共同犯罪	(44)
第七章 单位犯罪	(60)
第八章 罪数	(62)
第九章 刑罚的种类	(70)
第十章 刑罚的裁量	(77)
第十一章 刑罚的执行	(87)
第十二章 刑罚的消灭	(89)
分则	(93)
第一章 危害国家安全罪	(93)
第二章 危害公共安全罪	(95)
第三章 破坏社会主义市场经济秩序罪	(102)
第四章 侵犯人身权利、民主权利罪	(124)
第五章 侵犯财产罪	(140)
第六章 妨害社会管理秩序罪	(169)
第七章 危害国防利益罪	(190)
第八章 贪污贿赂罪	(191)
第九章 渎职罪	(202)
第十章 军人违反职责罪	(206)

总 则

第一章 刑法概说

考点 1 罪刑法定原则基本内容的理解

一、精讲

《刑法》第3条规定: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。其基本内容是:

(1) 成文法,反对习惯法。① 通常要求是国家最高立法机关(民意机关;国外为议会,中国为全国人民代表大会及其常务委员会)制定的法律,作为追究刑事责任的法律根据,排斥习惯法;② 根据《刑法》第90条:民族自治地方不能全部适用本法规定的,可以由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则,制定变通或者补充的规定,报请全国人民代表大会常务委员会批准施行。省、自治区、直辖市的人民代表大会可以根据《刑法》作出适应地方的变通性规定,但不包括国家最高行政机关。刑法涉及罪与罚,对法源的形式要求较高。

(2) 禁止适用类推,严格解释法律。

(3) 禁止重法有溯及既往的效力。

(4) 禁止绝对不确定刑。

(5) 规定犯罪及处罚必须明确。

(6) 禁止处罚不当罚的行为。

(7) 禁止不均衡、残酷的刑罚。

二、例题

1. 关于罪刑法定原则,下列哪一选项是正确的?(2006年真题,单选)

- 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

〔释疑〕(1) C项正确,根据从旧兼从轻原则可简单推断此命题正确。

(2) A、B两项是关于罪刑法定原则对法律形式的要求。

(3) D项表述的是简单罪状,刑法中存在大量的简单罪状,这一事实本身表明立法采取简

单罪状的形式与罪刑法定原则不矛盾。(答案:C)

2. 甲男与乙女于某日中午公开在某公园内发生性关系,引起游客的极大愤慨,造成恶劣的社会影响。对甲、乙的行为应如何认定?(2000年真题,单选)

- A. 聚众淫乱罪
B. 组织淫秽表演罪
C. 寻衅滋事罪
D. 无罪

〔释疑〕(1)公然在公园发生性关系,查遍刑法未见有公然性交罪的规定,故属于法无明文规定为犯罪的行为,不认为犯罪。

(2)该行为明显不具有B、C的特征,也不符合聚众淫乱罪的特征,因为聚众淫乱罪的“聚众”至少需要3人以上,2人是不能构成该罪的。排除其他选项,自然得出D项无罪的结论。

本题不从罪刑法定的角度解答,使用简单的排除法也可得出结论。对于本题,考生了解罪刑法定原则有这种考法就足够了,也就是说在考卷上如果涉及“无罪”的选项出现,考生不要忽视这种可能性,练习的目的就达到了。(答案:D)

三、提示与预测

罪刑法定原则内涵丰富、考查灵活,2008年和2006年卷四就罪刑法定原则两次出论述题,足见其重要性。除了对罪刑法定原则基本内容及原理有比较到位的理解外,对于罪刑法定原则的思想基础和理论渊源要有所了解。思想基础(价值基础):民主和人权。理论渊源:(1)政治来源:三权分立。(2)刑法学说上的来源:心理强制说。

考点 2 构成要件要素的分类

一、精讲

根据构成要件要素是否包含价值内容(或是否要求作价值判断确定)被分为:“记述的”(或“描述的”)构成要件要素和“规范的”构成要件要素两种。

(1)记述的构成要件要素,是指对法律实际存在的各种人、事、物所作的“事实性”描述,该要素不包含价值内容(规范内容)的要素或(法官)不需要作价值判断即可认定,如杀人罪中的“人”,盗窃、抢劫、诈骗、抢夺、贪污、职务侵占罪中的“财物”,奸淫幼女罪中的“幼女”、贩卖毒品罪中的“毒品”等客观的、无须价值判断的就可以确定其含义的“事实性”要素。

(2)规范的构成要件要素,是指刑法规定的那些需要进行“价值”判断才能明确其含义的要素,如放火罪中的“公共安全”、传播淫秽物品罪、传播淫秽物品牟利罪中的“淫秽”物品,强制猥亵、侮辱妇女罪的“侮辱”、“猥亵”,聚众淫乱罪中的“淫乱”等与评价有关的概念。

二、例题

1. 关于构成要件要素的分类,下列哪些选项是正确的?(2008年真题,多选)〔资料〕

A. 贩卖淫秽物品牟利罪中的“贩卖”是记述的构成要件要素,“淫秽物品”是规范的构成要件要素

- B. 贩卖毒品罪中的“贩卖”是记述的构成要件要素,“毒品”是规范的构成要件要素
 C. 强制猥亵妇女罪中的“妇女”是记述的构成要件要素,“猥亵”是规范的构成要件要素
 D. 抢劫罪的客观构成要件要素是成文的构成要件要素,“非法占有目的”是不成文的构成要件要素

[释疑] 《刑法》第263条(抢劫罪):“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的,处……”其中,对客观要素作出了明文规定(描述),但是对“非法占有目的”没有作明文规定(描述)。虽然法条中对“非法占有目的”没有明文描述,但通说抢劫罪应当以“非法占有目的”为要件。所以D的说法正确。(答案:ACD)

2. 《刑法》第389条第1款规定:“为谋取不正当利益,给予国家工作人员以财物的,是行贿罪。”同条第3款规定:“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,不是行贿。”关于上述规定,下列哪些选项是正确的?(2008年延考真题,多选)

- A. “为谋取不正当利益”是客观的构成要件要素
 B. “不正当利益”是规范的构成要件要素
 C. “给予国家工作人员以财物”是客观的构成要件要素、积极的构成要件要素
 D. 第三款规定的内容,属于消极的构成要件要素

[释疑] “为谋取不正当利益”是主观的构成要件要素、规范的构成要件要素。积极的构成要件要素指构成要件中从正面规定肯定犯罪的要素;消极的构成要件要素,指构成要件中从反面规定排除、否定犯罪的要素。(答案:BCD)

考点 3 罪刑法定原则与刑法解释

一、精讲

在对刑法进行实质解释时,要注重符合保护个人权利的目的。允许合理的扩张解释和缩小解释,但不允许类推解释。罪刑法定原则的价值取向在于保护个人权利免受国家滥用刑罚权的侵害,所以在刑法用语语义难以确定时,采取对被告人(个人)有利的解释;禁止适用行为后(事后)重法,但不排斥事后轻法;禁止习惯法,但未必排斥有利于被告人的习惯法。

二、例题

1. 关于罪刑法定原则及其内容,下列哪一选项是正确的?(2004年真题,单选)
 A. 罪刑法定原则禁止类推解释与扩大解释,但不禁止有利于被告人的类推解释
 B. 罪刑法定原则禁止司法机关进行类推解释,但不禁止立法机关进行类推解释
 C. 罪刑法定原则禁止适用不利于行为人的事后法,但不禁止适用有利于行为人的事后法
 D. 罪刑法定原则要求刑法规范的明确性,但不排斥规范的构成要件要素

[释疑] (1) 我国在刑法溯及力上采取“从旧兼从轻原则”,C项正确。

(2) A项的问题出在“扩大解释”上,罪刑法定并不禁止司法上合理的扩大解释。

(3) B项是法律解释基本知识,罪刑法定原则并不仅仅约束司法机关,立法机关也同样要受其约束。

(4) 罪刑法定原则要求刑法规范的“明确性”,自然排斥缺乏明确性的规范性构成要件要素。注意罪刑法定原则明确性要求与规范性要素的关系。因为记述性的构成要件要素是通过

法律词语对事物的描述、表述,比较明确,较少引起歧义。为了使刑法规定明确,立法时应尽量使用“记述性的”规定(构成要件)同时,意味着刑法对构成要件(要素)的规定大多采取的是记述方式,也意味着刑法的基本是记述性构成要件要素。与此相对,规范性的构成要素中的“规范内容”需要根据当时的社会情势、风俗习惯、民众的心理以及判断者(司法人员)的价值观念(或文化)进行认定,具有一定的易变性和模糊性。所以,为了追求刑法的明确性,立法时应尽量避免使用包含规范性要素的构成要件。但是,有时还不免需要使用规范性要素。这对刑法的明确性有一定的影响。所以罪刑法定原则要求刑法规范的“明确性”,自然排斥缺乏明确性的规范性构成要件要素。刑法中存在规范性构成要件要素的事实,并不意味着它与罪刑法定原则是协调的。相反,知道它与罪刑法定原则的冲突,立法时应尽量避免使用,司法时应慎重解释。(答案:C)

2. 下列哪种说法是正确的?(2006年真题,单选)

- A. 将强制猥亵妇女罪中的“妇女”解释为包括男性在内的人,属于扩大解释
- B. 将故意杀人罪中的“人”解释为“精神正常的人”,属于应当禁止的类推解释
- C. 将伪造货币罪中的“伪造”解释为包括变造货币,属于法律允许的类推解释
- D. 将为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪中的“情报”解释为“关系国家安全和利益、尚未公开或者依照有关规定不应公开的事项”,属于缩小解释

[释疑] (1) D项中的解释缩小了或进一步限定了“情报”的范围,属于缩小解释,正确。

(2) B项错,因为故意杀人罪中的“人”当然包含“精神正常的人”,以及各种各样的人。这种解释没有超出“人”的范围,而是缩小了“人”的范围,属于缩小解释或限制解释,不是类推解释。

(3) C项错在“法律允许”上。另根据《刑法》除规定伪造货币罪之外还另外单独规定了变造货币罪,说明这种场合的“伪造”与“变造”不可等同,可推断出C错误。

(4) A项错,将强制猥亵妇女罪中的“妇女”解释为包括“男人”,属于类推解释而不是扩大解释。(答案:D)

3. ① 立法解释是由立法机关作出的解释,既然立法机关在制定法律时可以规定“携带凶器抢夺的”以抢劫罪论处,那么,立法解释也可以规定“携带凶器盗窃的,以抢劫罪论处”。② 当然,立法解释毕竟是解释,所以,立法解释不得进行类推解释。③ 司法解释也具有法律效力,当司法解释与立法解释相抵触时,应适用新解释优于旧解释的原则。④ 不过,司法解释的效力低于立法解释的效力,所以,立法解释可以进行扩大解释,司法解释不得进行扩大解释。关于上述四句话正误的判断,下列哪一选项是正确的?(2008年真题,单选)

- A. 第①句正确,其他错误
- B. 第②句正确,其他错误
- C. 第③句正确,其他错误
- D. 第④句正确,其他错误

[释疑] 立法解释毕竟是一种“刑法解释”,立法机关也应遵循罪刑法定原则,所以立法解释也不得进行类推解释。因为立法解释可随附于被解释法条适用于出台前的行为,若创制罪刑的新内容,可能违反公民可预知原则。如果需要创制新罪刑,则应采取“修正案”的立法形式。B对自然A错。只要符合罪刑法定原则的,不论立法机关还是司法机关都可作扩张解释。(答案:B)

4. 根据《刑法》第111条的规定,为境外的机构、组织、人员非法提供国家秘密或者情报的,构成犯罪。司法解释将其中的“情报”解释为“关系国家安全和利益、尚未公开或者依照有

关规定不应公开的事项”。这一解释属于下列何种解释?(2008年延考真题,单选)

- A. 补正解释 B. 当然解释
C. 反对解释 D. 缩小解释

[释疑] 因为“情报”含义宽泛,有公开和不公开的,重要和不重要的等,给该条之“情报”加上“关系国家安全和利益”、“未公开”的等限制,缩小了其范围,所以是缩小解释。(答案:D)

考点 4 罪刑相适应原则与罪刑法定原则在内容(或要求)上的差别

一、精讲

罪刑相适应原则,即《刑法》第5条:“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。”罪刑法定原则解决“处理的性质问题”,即何种行为是犯罪、适用何种刑罚必须有法律规定。而罪刑相适应原则解决“处理的轻重问题”,即处罚的程度或合理性问题。

二、例题

1. 下列关于罪刑相适应原则的说法哪些是正确的?(2005年真题,多选)

- A. 罪刑相适应原则要求刑法不溯及既往
B. 罪刑相适应原则要求刑事立法制定合理的刑罚体系
C. 罪刑相适应原则要求刑罚与犯罪性质、犯罪情节和犯罪的人身危险性相适应
D. 罪刑相适应原则要求在行刑中合理地运用减刑、假释等制度

[释疑] BCD属于罪刑相适应原则方面的问题,正解。A属于罪刑法定原则的要求,故排除。

有的国家刑法中没有单独规定罪刑相适应原则,因此合理处罚的要求即罪刑相适应原则的内容,实际被包含在罪刑法定原则之中。这种体制下的罪刑法定原则是“广义的”。本试题中把罪刑相适应原则与罪刑法定原则“并列提出”,认为涉及“处罚轻重”的内容属于罪刑相适应原则的范围,不属于罪刑法定原则的范围,是正确的。因为在这种场合,罪刑法定原则只能取“狭义”。但是,如果试题单说罪刑法定原则不提罪刑相适应原则时,可能是在广义上使用罪刑法定原则,其内容包含:国家只能规定必要而合理的刑罚,不得规定过分的或残酷的刑罚。(答案:BCD)

2. 我国刑法规定了_____法定原则,_____法定原则的经典表述是,“法无明文规定不为罪”、“法无明文规定不处罚”;刑法同时规定了_____相适应原则,即刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯_____和承担的_____相适应;死刑只适用于_____极其严重的犯罪分子。在这段话的空格中:(2005年真题,单选)

- A. 2处填写“罪刑”,4处填写“罪行” B. 3处填写“罪刑”,3处填写“罪行”
C. 4处填写“罪刑”,2处填写“罪行” D. 3处填写“罪刑”,2处填写“罪行”

[释疑] 罪刑法定原则和罪刑相适应原则的称呼和表述。

这是一道极其简单的知识题。有考生答错,主要是对题义发生误解。题中的“2、3、4”究竟是作序数词还是基数词使用?从答案来看,是当基数词使用,即有“几个”空格填写“罪刑”、

有几个空格填写“罪行”,是以选择题的方式填空。如果误解为序数词,即“第N”空格填写“罪行”或“罪行”,则D和A均可。单选题只有一个正选,照此推断,应当排除“序数说”,采纳“基数说”。(答案:D)

考点 5 属地原则的适用

一、精讲

《刑法》第6条第1款:凡在中华人民共和国领域内犯罪的,除法律有特别规定的以外,都适用本法。

其要点是:

- (1) 行为或结果有一项发生在中国领域的,认为是在中国领域的犯罪。
- (2) 在共同犯罪的场合,共同犯罪之一人或共同犯罪行为之一部分发生在中国的,认为是在中国领域的犯罪。
- (3) 预备、实行行为之一部分或一环发生在中国的,认为是在中国领域的犯罪。
- (4) 在中国船舶或者航空器上犯罪的,认为是在中国领域的犯罪。如果在国际列车上犯罪,参照最高人民法院《刑诉解释》第10条规定处理:即按照我国与相关国家签订的有关管辖协定确定管辖。
- (5) 外国驻华使领馆内发生的犯罪,应当认为是域内犯罪。

二、例题

1. 某外国商人甲在我国领域内犯重婚罪,对甲应如何处置?(2005年真题,单选)

- A. 适用我国刑法追究其刑事责任 B. 通过外交途径解决
C. 适用该外国刑法追究其刑事责任 D. 直接驱逐出境

[释疑] 在中国领域内犯罪的,都适用中国刑法,但“法律有特别规定的”除外,“法律有特别规定的”主要指《刑法》第11条:“享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任,通过外交途径解决。”和我国台港澳地区的犯罪适用本地地区的法律。本题中外国商人甲是在我国领域内犯罪,而且他不属于第11条规定的例外情形,应依据属地原则,适用我国刑法追究其刑事责任。(答案:A)

2. 下列哪些犯罪行为应实行属地管辖原则?(2005年真题,多选)

- A. 外国人乘坐外国民航飞机进入中国领空后实施犯罪行为
B. 中国人乘坐外国船舶,当船舶行驶于公海上时实施犯罪行为
C. 外国人乘坐中国民航飞机进入法国领空后实施犯罪行为
D. 中国国家工作人员在外国实施我国刑法规定的犯罪行为

[释疑] (1) A项正确,因为犯罪发生在中国领域(领空),可依据《刑法》第6条属地原则确立中国刑法的适用效力。

(2) C项正确,因为在中国的航空器内犯罪,可依据第6条属地原则确立中国刑法的适用效力。

(3) B项和D项,均不属于在中国领域内犯罪,故不能依据第6条属地原则确立中国刑法的适用效力,但可依据属人原则确立中国刑法的适用效力。(答案:AC)

考点 6 属地、属人、保护、普遍管辖原则的综合考查**一、精讲**

确立刑法对案件空间适用效力的思路:①“域内、域外两分”,域内发生的犯罪(国内犯),优先依据属地原则确立刑法适用(属地优先),我国以属地原则为基础,以其他原则为补充。但享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任和港澳特区发生的犯罪除外。②若是“域外”犯罪(国外犯),依次根据属人、保护、普遍管辖等原则确定刑法适用。

(1) 属人原则:《刑法》第7条:中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的,适用本法,但是按本法规定的最高刑为3年以下有期徒刑的,可以不予追究。中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的,适用本法。其要点是:① 罪刑较轻,法定最高刑在3年以下。② 可以不予追究,不是绝对不追究。③ 中国国家工作人员和军人不适用这个例外。

(2) 保护原则:《刑法》第8条:外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪,而按本法规定的最低刑为3年以上有期徒刑的,可以适用本法,但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。其要点是:① 侵犯中国国家或公民的利益。② 罪行严重,法定最低刑为3年以上。常见的法定最低刑为3年以上有期徒刑的罪行有:盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索、故意毁坏财物数额巨大的,故意伤害致人重伤、死亡的,故意杀人、抢劫、强奸、绑架等。

③ 双方可罚原则,即该行为必须是中国刑法和犯罪地国家刑法中都认为是犯罪、应受刑罚处罚的。

(3) 普遍管辖原则:《刑法》第9条:对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行,中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的,适用本法。其要点是:① 适用对象:国际犯罪。② 处理原则:立即逮捕,或引渡、或起诉。

对案件的刑法适用效力与司法管辖权。我国司法机关只适用中国刑法起诉、审判刑事案件,所以中国刑法的适用效力与司法当局确立管辖权二者存在必然联系。

二、例题

1. 关于刑事管辖权,下列哪些选项是正确的?(2007年真题,多选)

A. 甲在国外教唆陈某到中国境内实施绑架行为,中国司法机关对甲的教唆犯罪有刑事管辖权

B. 隶属于中国某边境城市旅游公司的长途汽车在从中国进入E国境内之后,因争抢座位,F国的汤姆一怒之下杀死了G国的杰瑞。对汤姆的杀人行为不适用中国刑法

C. 中国法院适用普遍管辖原则对劫持航空器的丙行使管辖权时,定罪量刑的依据是中国缔结或者参加的国际条约

D. 外国人丁在中国领域外对中国公民犯罪的,即使按照中国刑法的规定,该罪的最低刑为3年以上有期徒刑,也可能不适用中国刑法

[释疑] (1) A项之共同犯罪是一部分或一环节发生在中国认为是在中国领域的犯罪。

(2) B项不属于中国领域的犯罪,且犯罪人与被害人均不属于中国公民,属地、属人、保护原则均不适用,且杀人罪不属于中国参加的公约中规定的罪行,也不能按照中国承诺的条约义务行使管辖权。注意汽车不具有飞机、船舶的拟制领土的地位。

(3) C项错在“定罪量刑的依据是……国际条约”。正确说法是中国司法当局根据中国刑法依据条约有权确立案件的刑事管辖权。并且应当适用“中国刑法”规定定罪量刑,而不是依据国际条约定罪量刑。《刑法》第9条确立了中国刑法(实体法)对案件的适用效力。

(4) D项正确。因为保护原则适用以“犯罪地国法律也认为犯罪”为要件(“双方可罚”),若犯罪地国法律不认为是犯罪的,“也可能不适用中国刑法。”(答案:ABD)

2. 下列关于中国刑法适用范围的说法哪些是错误的?(2004年真题,多选)

A. 甲国公民汤姆教唆乙国公民约翰进入中国境内发展黑社会组织。即使约翰果真进入中国境内实施犯罪行为,也不能适用中国刑法对仅仅实施教唆行为的汤姆追究刑事责任

B. 中国公民赵某从甲国贩卖毒品到乙国后回到中国。由于赵某的犯罪行为地不在中国境内,行为也没有危害中国的国家或者国民的利益,所以,不能适用中国刑法

C. A国公民丙在中国留学期间利用暑期外出旅游,途中为勒索财物,将B国在中国的留学生丁某从东北某市绑架到C国,中国刑法可以依据保护管辖原则对丙追究刑事责任

D. 中国公民在中华人民共和国领域外实施的犯罪行为,按照刑法规定的最高刑为3年以下有期徒刑的,也可以适用中国刑法追究刑事责任

【释疑】 刑法的空间效力。

(1) A项,在共同犯罪的场合,共犯行为之一部分发生在中国的认为是在中国领域犯罪,中国刑法对该案适用,自然包括适用于该案所有共同犯罪人包括教唆犯、帮助犯。

(2) B项,中国公民在国外犯罪,可依据属人原则,适用中国刑法。

(3) C项,外国人在中国对外国人犯罪,依据属地原则确立我国刑法效力,而非保护管辖原则。

(4) D项,《刑法》第7条:“中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的,适用本法,但是按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的,可以不予追究。”当然,也可以适用中国刑法追究。(答案:ABC)

三、提示与预测

从近几年考题的整体情况看,刑法的空间效力越来越重视对综合知识掌控能力的考查,一个题目中往往涉及多个知识点,这种趋势将在2009年及以后持续走高,请考生注意。

考点 7 刑法的时间效力

一、精讲

(1) 修订后的刑法典于1997年10月1日生效。

(2) 行为时法与行为后法。行为时有效的法律简称“旧法”,行为后生效的法律简称“新法”或“事后法”、“审判时法”。

(3) 刑法溯及力原则:从旧兼从轻。要点:①从旧,即对某行为应当依据该行为时有效的法律定罪判刑,该行为发生后才生效的法律(新法)对该行为没有溯及既往的效力。②兼从轻适用新法,如果行为后生效的法律对被告人有利的(不认为犯罪或处罚较轻),应当适用“新法”。但仅限于“未决案”,包括未经审判和判决尚未确定的案件;不包括已决案,即判决已经确定的案件。③如果新旧刑法的规定完全相同,适用旧法。④对一人犯有数罪的,应按照各

罪的发生时间根据从旧兼从轻原则分别确定刑法的适用。⑤ 犯罪行为由旧法时连续或继续到新法生效时,只要新旧刑法都认为是犯罪的,适用新法。

(4) 刑法修正案。因为刑法修正案对刑法典有关条款的实体内容(犯罪构成或处罚)进行了改动,所以属于新规定,同样遵从从旧兼从轻原则。

(5) 司法解释。司法解释的时间效力与刑法不同,其要点是:自发布或者规定之日起施行,其效力适用于法律的施行期间,即司法解释与被解释的法律在时间效力范围上是一致的。但对同一案件存在两个或以上司法解释的情况下,采取从旧兼从轻原则选择适用其中一个司法解释。对“已决案”不适用事后的司法解释。

(6) 对立法解释的时间效力可参照司法解释的。

二、例题

李某因倒卖外汇于1995年9月被法院以投机倒把罪判处有期徒刑5年。修改后的刑法实施以后,李某提出申诉,理由是现行刑法无此罪名,要求改判无罪。法院应当如何处理?(1997年真题,单选)

- A. 撤销原判,改判无罪
- B. 释放并给予国家赔偿
- C. 驳回申诉,维持原判
- D. 考虑到李某已服刑2年,改判为有期徒刑2年并予释放

[释疑] 略。(答案:C)

第二章 犯罪概说

考点

《刑法》第13条犯罪的概念及“但书”的适用

一、精讲

《刑法》第13条:“一切……危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪,但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”其要点是:

- (1) 犯罪的本质特征是社会危害性。
- (2) 社会危害性与客体的关系,如追问犯罪危害什么?则是侵害社会关系(即客体)。
- (3) 社会危害性与危害结果的关系:危害结果是危害性的具体体现。
- (4) 犯罪的中心要素是行为。
- (5) “但书”表明犯罪有“程度”或“量”的问题。

二、例题

下列哪些情形可认为情节显著轻微、危害不大,不认为是犯罪?

- A. 甲(少男,已满14周岁不满16周岁)与幼女乙恋爱中偶尔发生性行为
- B. 甲偶尔拿强硬要低年级学生少量财物
- C. 甲盗窃财物数额不够较大,使用暴力威胁情节轻微