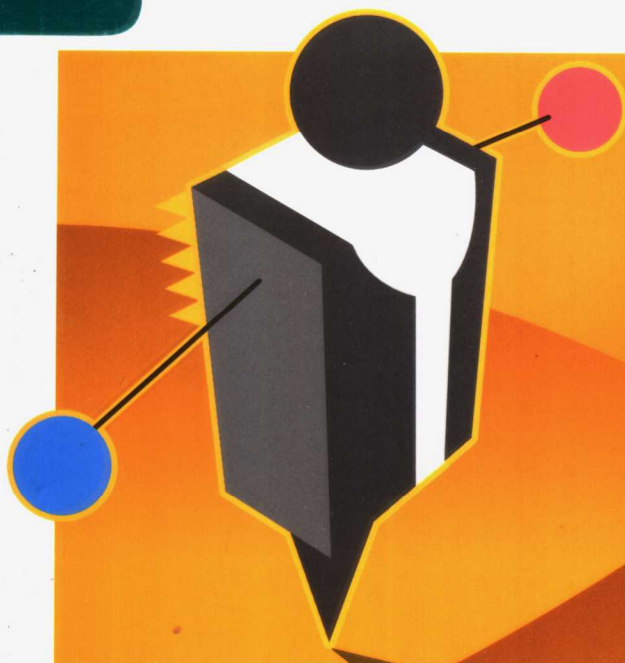




2007
New Edition
LIGENSE

司考真题多维讲解 刑法

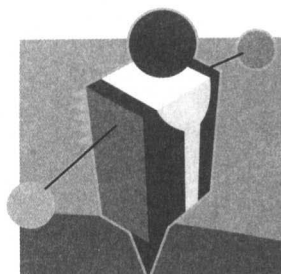
吴鹏 主编

8/
3

LIGENSE 来胜司考丛书



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



D926
94
:2007(3)
2007

LICENSE 来胜司考丛书

8/
3

司考真题多维讲解

刑法

主 编 吴鹏
副主编 尹飞 杜启新
本册撰稿人 杜启新

略谈真题价值与本书特色

欲过司考,需有“三宝”,法规、教材和真题。得此三宝者,方可知司考之形、神、意。通过对法律法规的学习,可以知道司法考试到底考什么,帮我们把握司考之形;对大纲和辅导用书的学习,能让我们明白司法考试为何这样考,助我们领会司考之神;而对历年真题的研读,则使我们了解司法考试到底怎样考,使我们领悟司考之意。以上三者,缺一不可。但有些朋友常常忽视真题的重要性,在征服了法规和教材后,便自认为已得矣,踌躇满志步入考场,终功败垂成,只能空自唏嘘:“司考之难,难于上青天!”殊不知,造成这种局面的根本原因乃是其对历年真题的重要性认识不足。

一、历年真题在考试中扮演着什么样的角色

1. 司考变革的晴雨表

司法考试是一个稳中有变的考试,“稳”的是各部门法中“重者恒重”的重点问题,变的是各部门法的创新发展与层出不穷的热点,通过对历年真题仔细研读,往往能令您感知命题方向的变化,把握应对未来的策略。如果您通读过近几年的司法考试试题,就不难发现,司法考试有着向理论深度逐步倾斜、综合性试题分值增加、部分考题案例来源于现实生活等确实存在却难以言表的变化。

2. 司考之海的导航塔

几乎所有从事司法考试辅导的人都在讲考试重点,但何为司法考试重点?列入司法考试范围的法律、法规共有 80 余部,司法解释文件达 120 多个,法条总计两万条之多,这些法律、法规在考试中的地位显然是不一样的。如何对各个部门法科学地分配复习时间?这恐怕只能依据历年真题来回答了。在一个部门法内部,哪些具体法律制度是最常考的,哪些是偶尔考及的,哪些是从未考过的?这些信息也只有通过对历年真题所考查知识点的分析得出。所谓司法考试的复习捷径,是在科学、详实地分析的基础上得到的。无疑,了解法律制度孰轻孰重,就等于有了司法考试复习的导航塔,它将指引您将最宝贵的时间与精力用在司法考试的重点内容上。更为重要的是,每届考

试试题所考查的知识点重复率达50%以上,在民法等领域,这一比例几乎达到了85%。换言之,司法考试基本上是在以不同的考题形式去重复测试早已考过的内容。如果考生能将历届试题所考查的知识点一一掌握,也就抓住了司法考试的重点,牢牢地扼住了司法考试之喉。

3. 称雄考场的试金石

律考改为司考已逾五届,考试命题趋于成熟,命题形式基本固定,命题范围趋于合理,考生要形成做题的感觉,摸索到正确的解题方法,其前提就是熟悉命题者的命题思路,而真题对命题思路的体现,绝非一般模拟题所能比拟。考生只有在分析真题,解答真题的过程中形成良好的意识和感觉,并将做题过程中获得的技巧、经验和教训主动运用到下一次做题中去,才能培养行之有效,最适应司考命题思路的解题方法。甚至,有了这种感觉和技巧,有的司考真题即便不会,也能“蒙”出来。

二、本书能带给您什么

1. 考点、法条、真题的完美结合

司法考试的难度在逐年增加,这是公认的趋势,回首司法考试历程,如何有效地复习一直是不断探讨的话题。其中,“考点说”、“法条说”和“真题说”各占有相当的比重,何谓“考点说”?就是将各部门法内容划分为一个个考题,依历年考查频率划分轻重,逐一复习、逐一突破;何谓“法条说”?就是依据解题时“以题找法”的思路反其道而行之,复习中“依法找题”,立足于法条复习,以不变应万变;何谓“真题说”?源于司法考题历年重复较多,有些完全相同,有些稍加变化,故精研真题便成欲过司考之不二法门。以上三种方式各有优劣,往往使得一些考生得配备好几类司考用书相互对应进行学习,很不方便。有鉴于此,本书将“考点”、“法条”和“真题”三者有机地联系起来,取长补短,合三为一。

2. 全方位多维讲解

一般的真题类丛书仅着眼于对真题的具体解析,使考生往往只能就题论题,知一而漏万,遇到题目稍有变化则手忙脚乱,无法应对。本书从知识点(具体问题,具体分析)、命题思路(知己知彼,料敌先机)、常见错误(前事不忘,后世之师)等多角度,从命题到解题对真题进行全过程深度的分析。侧重培养考生的灵活运用能力,使其善于进行知识的迁移。使之对知识点不仅知其然,并能知其所以然,知其“用”。通过对考生解题能力的培养,力求使考生达到无招胜有招的境界,最终笑傲考场。

三、本书编写体例

本书以“充分挖掘每道真题的价值,以实现对学生帮助的最大化”为目标,安排编写体例如下:

1. 每个部门法的开头都以“概述”的形式对该学科特点及学习方法进行总括性分析,使学生对该学科的独特之处和应对之策有宏观的把握,以做到因材施教,在开始复习训练之前就能胸有成竹。此外,以图表列明该学科在历年司法考试中的考点、分值和题型分布,以最直观的方式使学生对该科在司法考试中的地位和主要考查方式有个迅速的了解。

2. 每学科基本按照大纲体系编写。对于客观题,从2006年到2002年,按由近及远的顺序排列,同一年的题目内部则以单项、多项、不定项的顺序排列。对于案例(简析)题、分析题和论述题这些主观题型,则集中于“主观题讲解”部分。每一具体试题的讲解,从知识点、命题思路、法条(理)导读、答案、分析、常见错误六个方面展开,以实现讲解的精致化和专业化,真正使学生能从每个题目中汲取充分的信息,达到最大的利用效果。

3. “知识点”部分点明该试题所考查的基本知识点。使学生能迅速将该题抽象归类,在自己的知识体系中予以定位。

4. “命题思路”部分是本书的亮点之一。司法考试每道题都是命题者精心设置的,其背后隐藏着命题者的考查目的,体现着命题者通过该题所欲达到对学生复习的指引意义,然而这种思路有其规律性,会在历年的试题中通过不同的具体题目重复出现。“命题思路”针对此点,详细指出了该题的命题思路、命题特点和考查目的,使得学生能够更深入地通过一道题掌握一种命题方式,在此基础上把握应对之策。

5. “法条(理)导读”部分再次凸显了本书考生本位的思想,通过对每一道真题的解析,我们力图帮助学生不仅达到对制度理解的更大深度,同时达到对理论、法条理解的更大广度。一项制度、一个法条都是法律体系中的一个点,这个点是与相关法条理论纵横联系的,只有将其放在一个体系中方能有更准确的把握。本部分纵横捭阖,将与每一道真题考查知识点密切相关的其他司法考试可能重点考查的内容联系分析,目的在于帮助学生通过该部分初步形成法条和知识的小范围体系,实现从“有一知一”到“举一反三”的飞跃。

6. “答案”部分立足于大范围的资料,经过多次把关,确保精准性。同时照顾到学生做题自测的方便,本书改变以往将答案置于题目之下的格式,将答案做成脚注,置于

每页底部。

7.“分析”部分不仅仅停留在对具体真题的解析之中,鉴于目前司法考试对理论知识的青睐,本书在更广的视角内分析和该题考查内容相关的理论知识,使考生更加深入地理解一项制度的价值和立法目的所在,牢牢把握住解题的基础。

8.“常见错误”部分也是本书的主要创新之一。真题解析只着重于灌输和讲解是不够的,还应该立足于考生的角度,总结考生在做这些题目时的经验教训,以指导后来者,避免“悲剧”的重演。本部分在翔实资料分析的基础上,归纳了每道真题中命题者精心布置的每个陷阱,总结了多数考生因为这些陷阱而犯的错误,帮助考生“知其错,知其所以错”。以史为鉴,相信考生通过该部分的学习能够在今年答题时目光如炬,避开命题者的陷阱。

9. 在每一部分之后,本书编排了“重要警示”栏目,在历年真题解析的基础上,简洁明了地对将来该部分可能考及的内容进行展望,引导考生做到“通古测今”。

我们深知,没有任何一本辅导用书能够保证您一定能顺利地通过司考,但工欲善其事,必先利其器,好的辅导用书一定能帮您在前进的路上披荆斩棘,事半功倍。这一点,我们相信本书能够胜任!

合抱之木,生于毫末;九层之台,起于垒土;千里之行,始于足下。朋友,从现在开始动手吧,我们相信,您一定能成功!

编者

2007年4月

目 录

第一部分	概述	1
第二部分	客观题讲解	7
	一、刑法概说	7
	二、犯罪构成	19
	三、排除犯罪的事由	42
	四、故意犯罪形态	48
	五、共同犯罪	60
	六、罪数	76
	七、刑罚的体系	83
	八、刑罚的裁量与执行	92
	九、危害国家安全罪	106
	十、危害公共安全罪	107
	十一、破坏社会主义市场经济秩序罪	114
	十二、侵犯公民人身权利、民主权利罪	130
	十三、侵犯财产罪	143
	十四、妨害社会管理秩序罪	168
	十五、贪污、贿赂罪	182
	十六、渎职罪	195
	十七、危害国防利益罪与军人违反职责罪	197
第三部分	主观题讲解	198

第一部分 概述

一、本科特点

刑法作为司法考试中重要的组成部分之一,每年都决定着很多考生成绩的好坏,而就分值来看,2002年、2003年本学科考分均在50分左右,而2004年为85分,2005年为75分,2006年约为85分,由此可见,刑法无疑是司法考试分值大户。从2002至2004年,刑法一直是司法考试各学科中理论性考查最深,难度最大的学科;虽然2005年的刑法试题考查的大都是基础知识,较其他年份容易了一点,但笔者在当年分析真题时就指出:2005年的刑法真题并不代表今后刑法出题的一般性规律,今后司考刑法试题的难度和理论深度会有所提高,大体上会恢复到2002年至2004年的难度和理论深度。^①2006年的刑法考题果然印证了笔者的推断。

◆ 我们通过分析历年的刑法试题,可以看出本学科有以下几个主要特点:

1. 重者恒重,不避重复。刑法所涉及的知识点有很多,相关的法条、立法解释、司法解释更是数不胜数,然而,司法考试对刑法部分的考查并不是面面俱到,而是在刑法理论和法律规定重要的地方,连续考查,年年都考同一个知识点,甚至同一年都多次考查同一个知识点。“恒重”的知识点有:共同犯罪问题,犯罪主观方面问题,刑法上的认识错误问题,正当防卫,犯罪未完成的形态,死刑,累犯,假释,生产销售伪劣产品罪,非法拘禁罪,绑架罪,拐卖妇女、儿童罪,抢劫罪,盗窃罪,贪污罪,挪用公款罪,受贿罪等知识点。考生在准备刑法部分时,要抓住重点,对考查过的真题及其所涉及的知识点,一定要深入分析、透彻理解,做到以后再碰到变换形式的同一知识点的试题时不失分。
2. 刑法各罪方面,传统的自然犯仍是考查重点,但新型的法定犯越来越受到出题者的青睐。例如,2005年的真题中几乎有一半的客观题考查了法定犯罪,而更甚者,刑法卷四案例部分出现了集中考查法定犯罪的案例,使很多考生措手不及——因为法定犯罪的罪名往往比较复杂,而且容易相互混淆,想完整、无误地

^① 参见2005年11月9号新浪网关于2005年司法考试真题解析的实录:<http://edu.sina.com.cn/exam/2005-11-09/223210924.html>.

记住这些罪名是相当困难的。但 2006 年的刑法试题又回归传统,分则的考查范围多半是传统的、常见多发的自然犯。

3. 在重点突出的前提下,考点略有分散。例如,2005 年考查了通常不那么引人注目的非法向外国人出售、赠送珍贵文物罪(《刑法》第 325 条)、私赠文物罪(327 条)、虚报注册资本罪和抽逃出资罪(第 158、159 条)。
4. 既重视基本原理,也喜欢考查法律的特殊规定。在客观试题中,出题者对于与刑法一般原理不完全相符的特殊规定特别感兴趣,一再考查。如果考生只是浮光掠影地看一下法条,想依靠刑法理论推断答案,恐怕得分的可能性就比较小了,如《刑法》第 149 条对生产、销售伪劣产品罪与该节其他犯罪竞合适用重法优于轻法,而一般法条竞合的处理原则都是特别法优于一般法,所以出题者对此进行了多次考查,如 2004 年卷二第 10 题,2005 年卷二第 66 题等。又如《刑法》第 204 条第 2 款的规定,2000 年卷二第 65 题,2002 年卷二第 5 题,2005 年卷二第 10 题都进行了考查。考生在复习中可以有意地进行总结,并结合真题进行记忆。
5. 法条与理论并重。虽然刑法中理论考查很重要,但有些章节却完全是对法条的考查,对于这些章节,考生可以只熟记法条和相关的司法解释即可,不需要深入展开。如刑罚部分,破坏社会主义市场经济秩序犯罪,妨害社会管理秩序犯罪等。

二、学习方法

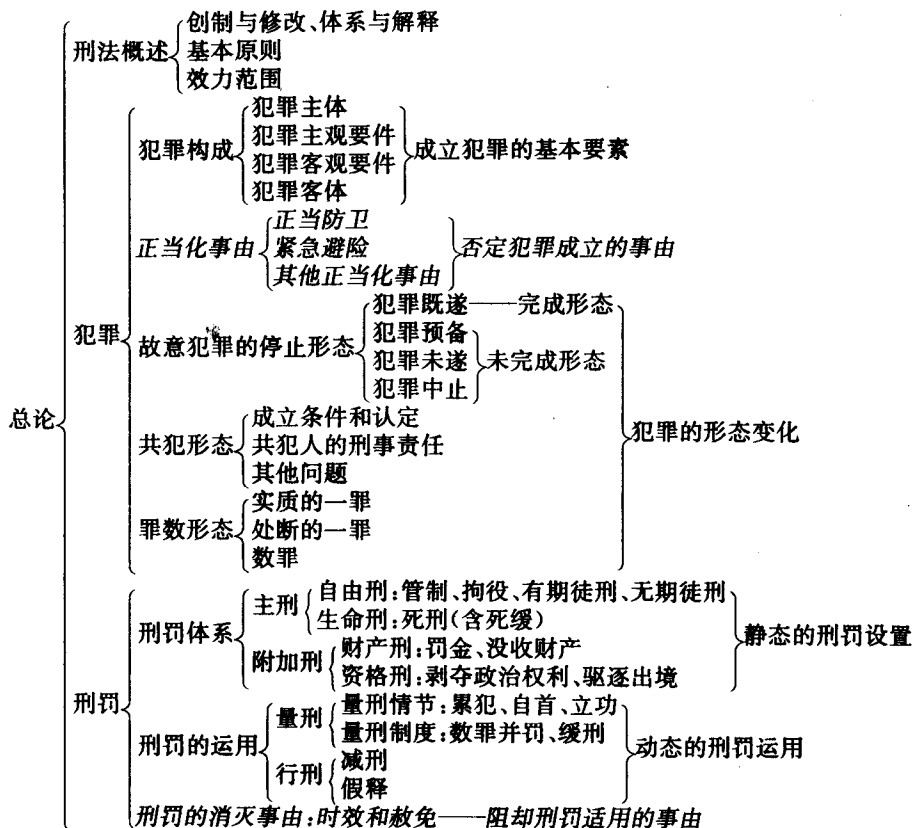
在明确了司法考试中刑法试题的上述特征后,我们在备考中就可以进行有的放矢的复习了。这里,根据本人的教学经验和广大学员的反馈情况,笔者谈几点意见,供大家参考。

1. 建构体系

刑法的内容比较庞杂,但如果深入分析,还是能发现其内在的逻辑结构和阐述脉络的。掌握了这些结构和脉络,有助于考生朋友在宏观层面高屋建瓴地把握刑法,在微观层面庖丁解牛地解析刑法,做到胸中自有丘壑,既见树木又见森林。因此,对刑法的整体以及总则内容,可以用知识体系图的方式来进行理解,也可以在充分理解的基础上自己动手绘制知识体系图。

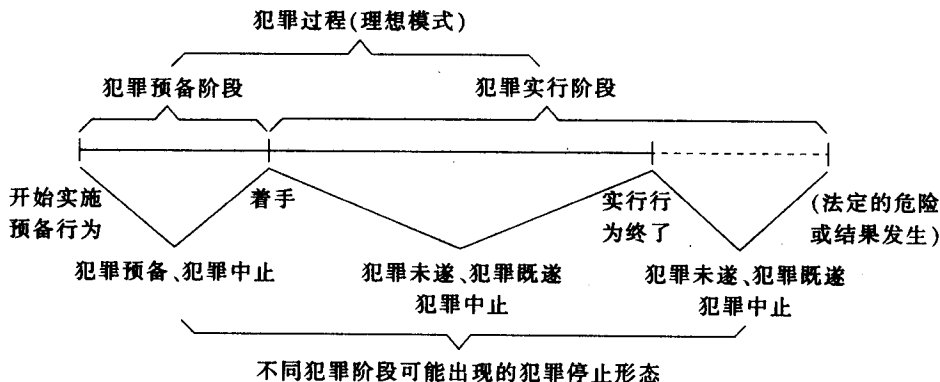
知识体系图可以在两个环节使用:首先是在前两遍复习中使用,即把书从厚读薄;其次是在进入复习“高原期”时,对照体系图努力回忆、复原出“知识树”上每个枝节的具体内容,即把书从薄读厚。所谓“高原期”,是指“一翻书就会、一合书就忘、一做题就晕”这种状态。例如,可以将刑法总论的内容概括为以下示意图^①。

^① 参见拙著:《国家司法考试名家专题刑法、行政法学卷一刑法》,中国人民公安大学出版社 2006 年 4 月版,第 2 页。



(注：用斜体字表示该事由是例外情况，是对前面范畴的否定和阻却，比如正当化事由否定犯罪的成立，刑罚的消灭事由阻却刑罚的适用。)

再如，可将犯罪过程、犯罪阶段与犯罪停止形态的关系概括为以下结构图^①：



^① 参见拙著：《国家司法考试名家专题刑法、行政法学卷一刑法》，中国人民公安大学出版社 2006 年 4 月版，第 83 页。

2. 掌握原理

五届司法考试的刑法试题,尤其是前三届和2006年的刑法试题显示,对于像民法、刑法这样的部门法,复习时只靠背法条是不行的,而是要理论与法条并重,要具备扎实的理论基础。刑法中需要重点掌握的基本原理有:总论中的刑法基本原则、犯罪构成理论及其四个方面的共同要件、故意犯罪的停止形态、共同犯罪、罪数、排除犯罪的事由以及刑法分则的解释方法。

3. 抓住重点

刑法学的内容非常繁杂,但是从司法考试的角度来看,并非等量齐观,而是轻重不同的。从历届司法考试来看,考试重点一般集中在下列知识点:

(1)总则部分:

- ①犯罪主观方面(含刑法上的认识错误);
- ②犯罪主体(刑事责任年龄,刑事责任能力,特殊身份,单位犯罪);
- ③正当防卫、紧急避险的成立条件及不符该条件行为的处理;
- ④故意犯罪的停止形态;
- ⑤共同犯罪(共同犯罪的成立条件以及不构成共犯的具体情形,共同犯罪人的分类及其刑事责任);

⑥罪数问题(在掌握原理的同时,更重要的是记住刑法分则中关于罪数的特殊规定);

⑦刑罚的种类(尤其是主刑中的死刑,附加刑中的剥夺政治权利)、刑期;

⑧量刑情节中的累犯和自首,量刑制度中的缓刑和数罪并罚;

⑨减刑与假释。

(2)分则部分:刑法分则部分条文多、罪名繁,系统性不如总则强,因此容易给人无从下手之感。但是,从历年考试题来看重点还是比较突出的。复习时无需对每个罪都平均用力,只要紧紧抓住重点罪名搞深搞透,就能起到事半功倍的效果。

①重点章节为第三章破坏社会主义市场经济秩序罪的第一、二、四、五、六、七节,第四章侵犯公民人身、民主权利罪中的侵犯人身的犯罪,第五章危害公共安全罪,第六章妨害社会管理秩序罪的第一、二、七、八节,第八章贪污贿赂罪。

②重点罪名。重点掌握三类罪,即常见多发罪、相近易混罪、修正案及司法解释改动较大的罪。具体而言,笔者将大纲中的罪名分为三类,即一级罪名、二级罪名、一般罪名,其中重点要掌握前两类罪名。

一级罪名:为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪,放火罪,投放危险物质罪,交通肇事罪,组织、领导、参加恐怖活动组织罪,非法制造、买卖、运输、储存枪支、弹药、爆炸物罪,生产、销售伪劣产品罪,走私普通货物、物品罪,伪造货币罪,持有、运输、出售、购买、提供伪造的信用卡罪,非法持有、骗领信用卡罪,洗钱罪,信用卡诈骗罪,保险诈骗罪,偷税罪,合同诈骗罪,故意杀人罪,故意伤害罪,强奸罪,非法拘禁罪,绑架罪,拐卖妇女儿童罪,抢劫罪,盗窃罪,诈骗罪,抢夺罪,敲诈勒索罪,侵占罪,妨害公务罪,伪证罪,窝藏、包庇罪,窝藏、转移、收购、销售赃物罪,非法行医罪,走私、贩卖、

运输、制造毒品罪,非法持有毒品罪,组织卖淫罪,贪污罪,受贿罪,挪用公款罪,玩忽职守罪,滥用职权罪,徇私枉法罪。

二级罪名:叛逃罪,间谍罪,爆炸罪,破坏交通工具罪,破坏交通设施罪,资助恐怖活动罪,劫持航空器罪,盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物罪,抢劫枪支、弹药、爆炸物罪,非法持有、私藏枪支、弹药、爆炸物罪,非法出租、出借枪支罪,重大责任事故罪,生产、销售假药罪,生产、销售有毒、有害食品罪,生产、销售不符合卫生标准的医用器材罪,走私武器、弹药罪,走私废物罪,提供虚假财会报告罪,公司、企业人员受贿罪,签订、履行合同失职被骗罪,出售、购买、运输假币罪,持有、使用假币罪,非法吸收公众存款罪,内幕交易、泄露内幕信息罪,用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪,骗购外汇罪,集资诈骗罪,贷款诈骗罪,抗税罪,骗取出口退税罪,虚开增值税专用发票等发票犯罪,假冒注册商标罪,侵犯著作权罪,侵犯商业秘密罪,非法经营罪,过失致人死亡罪,收买被拐卖的妇女儿童罪,诬告陷害罪,雇用童工从事危重劳动罪,刑讯逼供罪,暴力取证罪,侮辱罪,诽谤罪,报复陷害罪,重婚罪,虐待罪,遗弃罪,职务侵占罪,挪用资金罪,挪用特定款物罪,故意毁坏财物罪,煽动暴力抗拒法律实施罪,招摇撞骗罪,伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪,伪造、变造居民身份证罪,非法生产、买卖警用装备罪,非法获取国家秘密罪,破坏计算机信息系统罪,聚众扰乱社会秩序罪,聚众斗殴罪,寻衅滋事罪,组织、领导、参加黑社会性质组织罪,组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信破坏法律实施罪,组织、利用会道门、邪教组织、利用迷信致人死亡罪,辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据罪、妨害作证罪,妨害作证罪,拒不执行判决、裁定罪,脱逃罪,组织他人偷越国边境罪,运送他人偷越国边境罪,盗掘古文化遗址、古墓葬罪,医疗事故罪,盗伐林木罪,非法收购、运输盗伐、滥伐的林木罪,包庇毒品犯罪分子罪,窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪,非法提供麻醉药品、精神药品罪,强迫卖淫罪,传播性病罪,嫖宿幼女罪,制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪,传播淫秽物品罪,巨额财产来源不明罪,行贿罪,介绍贿赂罪,故意泄露国家秘密罪,国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪,民事、行政枉法裁判罪,执行判决、裁定滥用职权罪,执行判决、裁定失职罪,私放在押人员罪,徇私舞弊不移交刑事案件罪,帮助犯罪分子逃避处罚罪。

上述两类罪名共计 80 多个,数目仅占近几年司法考试大纲所列 330 个罪名的 1/4 左右,但上述罪名要占到刑法分则所考分值的 80% 左右。因此,在复习刑法分则时,首先要精耕细作好这两块“高产田”。

另外,在复习分则时,还要注意以下四个问题:①对于常见、多发罪名,尤其是笔者所列的“一级罪名”(具体范围已见上文),既要掌握刑法条文的规定,还要熟练掌握相关司法解释;既要掌握构成特征,还要掌握罪与非罪、此罪与彼罪的区分、既遂的标准等。②对于二级罪名,一般地说要重点掌握其犯罪构成特征和罪与非罪、此罪与彼罪的区分。③对于一般罪名,首先要熟悉这些罪名所对应的法条,其次要注意该罪在犯罪构成上的特别之处,比如特殊主体、特定的目的、特别的行为表现方式、特殊的危害结果、特殊的犯罪对象等,这些特别之处往往是考点所在。④在复习具体犯罪时,要自觉地、有意识地将刑法总论的一般原理,例如犯罪构成理论、故意犯罪的停止形态理

论、共同犯罪理论、罪数形态理论等,运用于对具体犯罪的理解和分析。

4. 结合案例

大家在复习中一定要重视案例的作用,并且学会巧用案例。争取做到:对于每个重要的总论知识点和重点罪名,心中都有一个典型案例或者有一道考题与之配套。

5. 熟悉法条

司法考试是一种实践性很强的资格考试,因此现行的法律法规是其考查的重要内容。面对成千上万条法规,怎么把握呢?对于刑法总则的法条,要结合刑法原理在理解的基础上加以掌握;对于分则法条,尤其是有关的立法修订和司法解释,重点理解和熟记其中有关罪与非罪(犯罪起点)、此罪与彼罪、共同犯罪、一罪与数罪的规定。

6. 归纳比较

对于比较零碎,没有原理性和系统性的知识点,例如不同自由刑的刑期及其起算点、牵连犯的特殊处罚情形、结果加重犯的情形、告诉才处理的罪名、数额犯的犯罪起点等,大家在复习时要自觉的加以分类归纳比较,利用顺口溜或者表格等形象生动的方式将其牢记。例如,可将五种主刑的性质、适用对象、行刑处遇和期限予以归纳比较,加以集中记忆^①:

刑 种 项 目	管制	拘役	有期徒刑	无期徒刑	死刑立即执行	死缓
刑罚性质	限制人身自由	短期剥夺人身自由	长期剥夺人身自由	终身剥夺人身自由	剥夺生命	暂缓杀头以观后效
适用对象	罪行和主观恶性较轻的罪犯	罪行不重但需要关押的罪犯	跨度较大,适用于轻、重犯罪	罪行严重需要永久关押但不够死刑	罪行极其严重的罪犯	罪该处死,但无须立即执行
行刑处遇	不予关押但有5项限制,劳动的同工同酬	关押,每月可回家一两天,劳动的酌量给酬	关押,强制劳改	关押,强制劳改	先关押,死刑令签发后枪决或注射执行	关押,强制劳改,以观后效
期限	3月以上2年以下,并罚最高3年	1月以上6月以下,并罚最高1年	6月以上15年以下,并罚最高20年	终身	接到死刑令后7日内执行	死缓执行期间为2年

^① 参见拙著:《国家司法考试名家专题刑法、行政法学卷一刑法》,中国人民公安大学出版社2006年4月版,第135页。

续表

刑 种 项 目	管制	拘役	有期徒刑	无期徒刑	死刑立 即执行	死缓
期限计算	从判决执 行之日起 计算,先期 羁押的一 日折抵刑 期两日	从判决执 行之日起 计算,先期 羁押的一 日折抵刑 期一日	从判决执 行之日起 计算,先期 羁押的一 日折抵刑 期一日			2年死缓执行期间 从判决确定之日起 计算;死缓减为有 期徒刑的,有期徒 刑的刑期,从2年 期满之日起计算
执行机关	公安机关 执行,群众 监督	公安机关就 近在看守 所、拘役所 或监狱执行	监狱	监狱	原审法院	缓刑执行期间,由 监狱关押

7. 科学做题

(1)一定要做题,否则眼高手低;(2)做典型题,尤其要重视历年司法考试真题的价值;(3)注重做题质量,不盲目追求数量。做题不在多,而在精,做一套或一道题后,要认真对照答案刨根问底:错是错在哪,为什么?——是知识点根本不会,还是没看清题目要求、一时大意,还是只知其一,不知其二。对是对在哪?——是瞎猫碰个死老鼠,还是严丝合缝地掌握了。换言之,做两三道题就解决一个知识点,做一道题就积累一次经验,一道题不弄个水落石出就不要再做别的题目,一定不能似是而非,囫圇吞枣。天道酬勤,春花秋实,大家今朝付出的汗水滴滴,定能换来明日金秋的硕果累累!

第二部分 客观题讲解

一、刑法概说

考点统计

考 点	2006 年	2005 年	2004 年	2003 年	2002 年
罪刑法定原则	单 1	单 1、多 1	单 1		
刑法的解释	单 1				
刑法的概念与分类		单 1			
罪刑相适应原则		单 1			
刑法的空间效力		单 1、多 1	多 1		

司考真题

1. 关于罪刑法定原则,下列哪一选项是正确的?(2006年卷二第1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

【知识点】 罪刑法定原则

【命题思路】 这个知识点已经考过,2004年卷二第16题跟本题的考查方式十分相似。只要考查这个知识点,大体的内容万变不离其宗。大家只要准确理解罪刑法定原则的精神和推论(要求),即可稳坐钓鱼船,以不变应万变。

【法理导读】 在内容方面,早期的绝对罪刑法定逐渐演化为现代的相对罪刑法定,这是受到了另外一个国际刑事司法准则的影响,那就是“有利于被告”原则。相对罪刑法定的主要变化有两个:其一,由禁止一切类推,演化为禁止不利类推(即禁止有罪类推和罪重类推)而允许有利类推(即允许无罪类推和罪轻类推)。其二,由禁止一切刑法溯及既往,演化为禁止重法溯及既往(即禁止不利于行为人的溯及既往)而允许轻法溯及既往(即允许有利于行为人的溯及既往)。

按照三权分立学说和民主主义的要求,只有由人民选举出来的代表所组成的国家立法机构制定的法律才能规定犯罪与刑罚,而行政机关制定的法不能规定犯罪与刑罚。根据大陆法系中法律主义的传统,在民法领域,习惯可以作为法律的补充,但是在刑法领域,习惯不能作为刑法的渊源。

【答案】 C

【分析】 本题就习惯能否作为刑法渊源、罪刑法定原则中的“法”是否包括国家最高行政机关制定的法、刑法能否溯及既往以及简单罪状是否违反罪刑法定原则四个问题,考查考生对罪刑法定原则的理解。

首先,罪刑法定原则的推论之一就是法律主义。法律主义,是指规定犯罪与刑罚的法律必须是成文的法律,法官只能根据成文法律定罪量刑。其具体要求包括:规定犯罪与刑罚的法律只能是国家立法机关制定的法律,故行政机关制定的法规、规章不能规定犯罪与刑罚;习惯(法)和判例不得作为刑法的渊源。由此可知,选项A、B的表述错误,不选。

其次,选项D所讲的“对犯罪的状况不作具体描述,只是表述该罪的罪名”,指的是简单罪状。一般认为,刑法分则条文对基本罪状的描述方式,可以分为四种情况,即简单罪状、叙明罪状、引证罪状和空白罪状。其中,简单罪状仅表述

犯罪名称,而没有具体描述犯罪特征。例如,《刑法》第232条中的“故意杀人的”,第267条中的“抢夺公私财物”等。之所以采取简单罪状的方式,往往是因为这些犯罪的特征众所周知,无须加以详细描述,否则会显得烦琐冗赘。可见,简单罪状自有其存在的合理性,并不违反罪刑法定原则,因此选项D表述错误,不选。

最后,罪刑法定原则的要求之一是禁止重法溯及既往,即禁止不利于行为人的溯及既往、禁止适用不利于行为人的事后法,但允许轻法溯及既往,即允许有利于行为人的溯及既往,或曰允许适用有利于行为人的事后法。据此,选项C的表述正确,当选。提示:对于单选题,如果您对其中一个选项拿得很准,完全可以采取“一见钟情法”,即直接选择你记得千真万确、板上钉钉的那个选项;如果您没有一个拿得准,则可以采取排除法,即先把明显错误的选项排除,剩下的最后一个,毫无疑问就是正确答案。

【常见错误】 陷阱①——禁止溯及既往,是罪刑法定的派生原则或者要求之一,但现代的罪刑法定主义只是禁止不利于行为人的溯及既往,对于有利于行为人的溯及既往则是允许的。如果对此不加区分,就容易出错。

陷阱②——受到选项A的误导,将习惯法和民主主义混为一谈。

陷阱③——将简单罪状和罪刑法定原则对立起来。其实,只要符合法治精神并且能把问题说清楚,法律条文越简练越好,简单罪状也是符合罪刑法定原则的。

2. 下列哪种说法是正确的?(2006年卷二第20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

【知识点】 刑法的解释

【命题思路】 对于艰涩的理论,通过比较容易混淆的具体例子来加以考查。

【法理导读】 A选项涉及到扩大解释与类推解释的区别,下面展开论述。

类推解释,或称类推适用,系指对于法未明文规定之事项,比附援引与其性质类似之规定,而为适用。换言之,就是对于刑法没有明文规定为犯罪的行为,比照刑法中最相类似的罪刑规范定罪处罚之。如前所述,这种做法显然违反了罪刑法定原则,也不符合法治精神。而扩大解释,是指超出法律用语的字面意思、但未超出法律用语的可能含义对刑法进行的解释。两者的关键区别,就是看解释内容是否超出了刑法用语的可能含义范围。

例如,30岁的甲以找工作为名,将15岁的乙骗上黑车后捆绑四肢、蒙上眼睛,然后以1000元卖给某砖瓦厂做工人,砖瓦厂收买后强迫乙劳动。能否对甲以

拐卖妇女、儿童罪论处? 答案是不能! 根据司法解释, “妇女”是指 14 周岁以上的的女性, 而“儿童”是指不满 14 周岁的男性女性。因此, 乙既不属于“妇女”, 也不属于“儿童”, 故不能对甲以拐卖妇女儿童罪论处。如果定为该罪, 则属于有罪类推, 违反了罪刑法定原则。当然, 甲并非可以逍遥法外, 其可能构成非法拘禁罪或者强迫职工劳动罪(共犯)。

再如, 2003 年 1 月至 8 月, 被告人李某为了营利, 先后与他人预谋, 招聘男青年做“公关人员”, 并制定了《公关人员管理制度》。李某指使他人对公关先生进行管理, 并在其经营的“金麒麟”等酒吧内将 12 名“公关先生”多次介绍给男性顾客, 由男性顾客将“公关人员”带至酒店等处从事同性卖淫活动, 李某抽取卖淫费用共约 1 万元。对甲能否以组织卖淫罪论处?

答案是可以。李某的辩护人提出, 刑法及相关司法解释对同性之间的性交易是否构成卖淫未作明文规定, 而根据有关辞典的解释, 卖淫是指“妇女出卖肉体”的行为。因此, 组织男性从事同性卖淫活动的, 不属于组织“卖淫”, 依照罪刑法定原则, 李某的行为不构成犯罪。而法院认为, 卖淫就其常态而言, 虽是指女性以营利为目的与不特定男性从事性交易的行为; 但随着社会和立法的变迁, 对男性以营利为目的与不特定的男性或女性从事性交易的行为, 也应认定为卖淫。对卖淫作如上界定, 并不违背罪刑法定原则。因此, 对李某可以以组织卖淫罪论处。

李某案实际上就是一个法律解释问题。在罪刑法定原则下, 刑法解释有一定限度, 即不能超过刑法条文用语的可能含义, 否则就成了类推。将“卖淫”解释为包括男性出卖肉体, 并未超出“卖淫”一词的可能含义之范围。另一方面, 在法律解释标准方面, 历来有主观解释论与客观解释论之争。在理解“卖淫”含义时, 应当采取客观解释论, 即根据客观情势的变化对法律进行符合当时社会现实的解释。

【答案】 D

【分析】 A 项: 将妇女解释为包括男性, 不是扩大解释而是类推解释。因此, A 项的表述错误, 不选。

B 项: 故意杀人罪中的“人”既包含“精神正常的人”, 同时也包括“精神失常的人”, 而将故意杀人罪中的“人”解释为仅仅是指“精神正常的人”, 这属于不合理的限制解释, 而非类推解释。因此, B 项的表述错误, 不选。

C 项: 伪造与变造是两个不同的概念, 将伪造解释为包括变造, 属于法律不允许的类推解释。因此, C 项的表述也是错误的, 不选。

D 项: “情报”的外延较为宽泛, 而将其解释为仅限于“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”, 应当是一种缩小解释(限制解释)。因此, D 项的表述正确, 当选。

【常见错误】 陷阱①——故意将类推解释和扩大解释加以混淆。

陷阱②——虽然从概念上知道什么叫扩大解释, 但有时理论和具体实例对不上号。例如对于 D 选项而言, 如果对“情报”一词的日常含义不了解, 不仔细斟酌, 很难准确判断该选项所描述的就是缩小解释。