

2017年版

研习历年试题就是做未来真正考题

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

始于二〇〇二 始于司考元年

张能宝团队倾力钜献 十五年畅销经典之作

与司法考试同步问世 助广大考生成功过关



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

2017年版

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

主 编	张能宝			
副主编	杨艳霞	张 玲	田域基	郭 玮
撰稿人	张能宝	杨艳霞	张 玲	田域基
	郭 玮	刘亚莉	李慧琦	倪 燕
	汪涵中	施金晶	黄 果	高 娜
	杨星星	姚 岚	孙 阳	高顺燊
	王光明	刘金坤	张劲晗	



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

目 录

第一部分 2012 ~ 2016 年分值分布、命题

基本规律与复习技巧 (1)

一、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

(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 (11)

(四) 备考提示 (11)

二、犯罪构成要件之一:犯罪客观要件

(一) 单项选择题 (12)

(二) 多项选择题 (19)

(三) 已考考点及已考法条归纳 (23)

(四) 备考提示 (23)

三、犯罪构成要件之二:犯罪主观要件

(一) 单项选择题 (23)

(二) 多项选择题 (28)

(三) 已考考点及已考法条归纳 (32)

(四) 备考提示 (33)

四、排除犯罪的事由

(一) 单项选择题 (33)

(二) 多项选择题 (35)

(三) 已考考点及已考法条归纳 (36)

(四) 备考提示 (36)

五、故意犯罪的未完成形态

(一) 单项选择题 (36)

(二) 多项选择题 (39)

(三) 已考考点及已考法条归纳 (42)

(四) 备考提示 (42)

六、共同犯罪

(一) 单项选择题 (42)

(二) 多项选择题 (45)

(三) 已考考点及已考法条归纳 (47)

(四) 备考提示 (47)

七、罪数的特别形态——一罪与数罪 (48)

(一) 单项选择题 (48)

(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、刑罚的体系 (53)

(一) 单项选择题 (53)

(二) 多项选择题 (54)

(三) 已考考点及已考法条归纳 (55)

(四) 备考提示 (55)

九、量刑 (55)

(一) 单项选择题 (55)

(二) 多项选择题 (57)

(三) 已考考点及已考法条归纳 (59)

(四) 备考提示 (59)

十、刑罚的执行与刑罚的消灭 (59)

(一) 单项选择题 (59)

(二) 多项选择题 (61)

(三) 已考考点及已考法条归纳 (63)

(四) 备考提示 (63)

十一、危害国家安全罪 (63)

(一) 单项选择题 (63)

(二) 已考考点及已考法条归纳 (64)

(三) 备考提示 (64)

十二、危害公共安全罪 (64)

(一) 单项选择题 (64)

(二) 多项选择题 (67)

(三) 不定项选择题 (69)

(四) 已考考点及已考法条归纳 (73)

(五) 备考提示 (73)

十三、破坏社会主义市场经济秩序罪 (73)

(一) 单项选择题 (73)

(二) 多项选择题 (76)

(三) 不定项选择题 (78)

(四) 已考考点及已考法条归纳 (81)

(五) 备考提示 (82)

十四、侵犯公民人身权利、民主权利罪 (82)

(一) 单项选择题 (82)

(二) 多项选择题 (86)

(三) 已考考点及已考法条归纳 (88)

(四) 备考提示·····	(89)
十五、侵犯财产罪·····	(89)
(一) 单项选择题·····	(89)
(二) 多项选择题·····	(94)
(三) 不定项选择题·····	(98)
(四) 已考考点及已考法条归纳·····	(99)
(五) 备考提示·····	(99)
十六、妨害社会管理秩序罪·····	(99)
(一) 单项选择题·····	(99)
(二) 多项选择题·····	(102)
(三) 不定项选择题·····	(105)
(四) 已考考点及已考法条归纳·····	(106)
(五) 备考提示·····	(106)
十七、贪污贿赂罪·····	(107)
(一) 单项选择题·····	(107)

(二) 多项选择题·····	(109)
(三) 不定项选择题·····	(112)
(四) 已考考点及已考法条归纳·····	(115)
(五) 备考提示·····	(116)
十八、渎职罪·····	(116)
(一) 单项选择题·····	(116)
(二) 多项选择题·····	(116)
(三) 不定项选择题·····	(117)
(四) 已考考点及已考法条归纳·····	(119)
(五) 备考提示·····	(119)

第三部分 案例分析及论述题集中精解····· (120)

一、试题解析·····	(120)
二、已考考点及已考法条归纳·····	(128)
三、备考提示·····	(128)

第一部分 2012 ~ 2016 年分值分布、 命题基本规律与复习技巧

一、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	总计
2016 年	21	26	12	22	81
2015 年	21	26	12	23	82
2014 年	21	26	12	22	81
2013 年	21	26	12	22	81
2012 年	21	26	12	22	81

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”，每年的总分都占到了 81 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基本规律。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”是指虽然刑法的法条有 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，对这些经典考点都需要深入、仔细地掌握。

为了减少试题的重复度和提高难度，每年也会有一些新增考点。这些新增考点一般都会连续考几年。所以，请新考生在复习真题时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点。

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，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，而且难度提高。每年都有数道题目专门考查不同的学术观点，而且这一命题特点迄今未变。2016 年，考查不同学术观点的开放性题目显著增加。试卷四的案例分析题共有五个小问题，其中四个都问到了对同一行为有几种不同的观点。

刑法司考题目的共同特征是，考查的都是实践中不常见的非典型疑难案例，没有对刑法基础理论的深入掌握和良好的分析能力很难正确回答。可以预见，未来的题目将更加灵活，对考生刑法学理论素养的要求将更高。要想在刑法科目中获得好的成绩，考生必须强化对基础理论的学习。

(二)复习技巧

1. 复习前成竹于胸。

考生在开始复习刑法前，要对刑法的整体结构有一个清晰的了解，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。

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，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。第三章（指《刑法》分则的章，下同）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，诈骗罪，侵占罪，贪污罪年年必考。对这些“每个毛孔都滴着分数”的犯罪就要掌握得很深，很广，相关的学术观点和司法解释要全部掌握。危害国家安全罪虽然排在第一章，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。

考生一定要注意《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。

知识点不变，但题目年年在变。只有在复习时

认真思考,掌握每个知识点的本质才能以不变应万变。考生在做真题时应当树立“做一道题,会一类题”的目标。

为了帮助大家炼出“火眼金睛”,一眼就能看出考点,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,才算真正掌握了相关知识。

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,下次如何避免陷入这样的陷阱的。它的目的是引导考生形成正确的解题思路,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。

在此,我们想再次强调一下重视教材的问题。在司法考试复习中,考生们都不愿意看《司法考试辅导用书》(俗称“三大本”)。考生们认为其较为平铺直叙,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某一句话。所以,考生们一定要重视教材。编写“三大本”的专家很多就是未来的命题人,“三大本”里的观点就是司法考试的答题观点。另外,大家也可以把“三大本”和张能宝、杨艳霞主编的《司法考试专用讲义》结合起来看,后者重点更为突出一些。

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. 掌握学术上的不同观点。

前已述及,2016年,刑法考查学术争议的题目大幅度增加。未来,这一趋势仍将持续。考生要注意:对这些学术上有争议的问题,仅仅掌握通说或者仅仅掌握所谓的命题老师的观点都是不够的,必须全面掌握学术上的不同观点。

6. 精做真题。

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. 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,在法定刑以下判处刑罚

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刑罚。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、黑格尔

* 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

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,还要考虑行为人的身危险性的。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,公平正义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] 寻衅滋事罪

[解析] 涉医违法犯罪对医护人员的身体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,为什么甲的母亲的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。

当然解释是指依据事物的内在属性、形式逻辑或者规范保护的目的,理所当然地由既定前提推理出某一结论的解释方法。当然解释的基本构造是:A

行为是在 B 行为的基础上数量或者属性的进一步变化的产物。当刑法禁止 A 行为时,在数量或者属性上比 A 行为更重的 B 行为,当然在刑法的禁止之列。这就是入罪(认定为犯罪)解释时的“举轻以明重”。当刑法不处罚 A 行为时,在数量或者属性上比 A 行为更轻的 B 行为当然更不在刑法的处罚之列。这就是出罪(不认定为犯罪)解释时的“举重以明轻”。因此,在做入罪解释时,只有被解释的行为(B 行为)不仅满足法条规定的行为(A 行为)的全部要件,而且比它更严重时,才能进行当然解释。

诽谤罪的构成要件是“捏造事实诽谤他人,情节严重”。即行为人有两个行为:(1)捏造事实;(2)进行散布(诽谤)。“明知是捏造的损害他人名誉的事实,在信息网络上散布”的行为并不符合诽谤罪的基本要件。行为人只有一个行为——“在信息网络上散布捏造的事实”,没有另一个行为——“捏造事实”。因此,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”不属于当然解释。选项 C 错误。选项 C 这种解释方式是扩大解释(有些学者认为是类推解释)。

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。

需要说明的是,《刑法修正案(九)》第 34 条将《刑法》第 302 条修改为:“盗窃、侮辱、故意毁坏尸体、尸骨、骨灰的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”该罪罪名也相应修改为“盗窃、侮辱、故意毁坏尸体、尸骨、骨灰罪”。即在“尸体”之外新增了“尸骨、骨灰”。这也说明了“尸体”不能包括“尸骨”和“骨灰”。

[陷阱点拨] 本题难度较大。考生要注意:在进行入罪解释时,只有作为被解释对象的行为与原法条规定的行为之间具有“A + A1”的关系时,这种解释才是当然解释。例如,原法条规定了“非法出借枪支”,实践中出现了“非法赠与枪支”。“赠与枪支”就是法无明文规定,但是与“出借枪支”性质相同,且比“出借枪支”更严重的行为。这种行为是最严重的出借行为(永久出借)。此时,将“赠与枪支”解释为“出借枪支”,按照“非法出借枪支罪”定罪,就是当然解释。

[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条之一第1款的相关规定,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

[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”。“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。

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 2011 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 条之一的规定,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?

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] C⁸

[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人事法,不禁止有利于被告人的人事法”,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人事法,不禁止有利于被告人的人事法。综上,C项正确,当选。

[难度系数] *

(二) 多项选择题

1. 关于罪刑法定原则与刑法解释,下列哪些选项是正确的?(2016年试卷二第51题)

A. 对甲法条中的“暴力”作扩大解释时,就不可能同时再作限制解释,但这并不意味着对乙法条中的“暴力”也须作扩大解释

B. 《刑法》第237条规定的强制猥亵、侮辱罪中的“侮辱”,与《刑法》第246条规定的侮辱罪中的“侮辱”,客观内容相同、主观内容不同

C. 当然解释是使刑法条文之间保持协调的解释方法,只要符合当然解释的原理,其解释结论就不会违反罪刑法定原则

D. 对刑法分则条文的解释,必须同时符合两个要求:一是不能超出刑法用语可能具有的含义,二是必须符合分则条文的目的

[答案] AD¹

[考点] 罪刑法定原则、刑法解释

[解析] 本题考查罪刑法定原则对刑法解释的限制。

选项A:在同一次解释中,不可能对同一法条中的同一个词既做扩大解释又做限制解释。但是对甲法条中的一个词做扩大解释并不妨碍对乙法条中的相同词汇做限制解释。因为两个犯罪的犯罪构成不同,两个词面对的具体案例不同,可能在甲法条中只有扩大解释才能体现法条的真实含义,在乙法条中则反之。选项A正确。

选项B:在客观内容上,强制猥亵、侮辱罪中的“侮辱”是与猥亵行为相同的,侵害妇女性的决定权的行为,其侵犯的法益是他人的性的决定权。侮辱罪中的侮辱则是对他人予以轻蔑的价值判断的表示,所表示的内容通常与他人的能力、德行、身份、身体状况等相关。其侵犯的法益是他人的名誉。前罪中的侮辱通常会同时侵犯他人的名誉,但后罪中的侮辱则不一定同时侵犯妇女性的决定权。所以,二罪的客观内容不同。

在主观内容上,强制猥亵、侮辱罪的主观故意是行为人明知自己的猥亵、侮辱行为侵犯了他人的性的自己决定权,但仍然强行实施该行为。侮辱罪的主观故意则是行为人明知自己的侮辱行为会造成败坏他人名誉的结果,并且希望或者放任这种结果的发生。所以二罪在主观内容上也是不同的。选项B错误。

选项C:当然解释是使刑法条文之间保持协调的解释方法。但是当然解释是根据事物之间的道理推断出来的。它经常存在合理不合法的情况。所以,即使符合当然解释的原理,其解释结论也可能违反罪刑法定原则。例如,《刑法》第227条规定了倒卖车票、船票罪,从道理上推断,倒卖飞机票比倒卖车票、船票更严重,也应当予以定罪处罚。可是将倒卖飞机票解释为本条的犯罪却是错误的,因为这种解释违反罪刑法定原则。选项C错误。

选项D:对刑法分则条文的解释,必须同时符合两个要求:一是不能超出刑法用语可能具有的含义,二是必须符合分则条文的目的。前者是罪刑法定原则的形式要求,后者是罪刑法定原则的实质要求。如果某个解释结论符合法条的字面意思,但不符合立法

目的,这个结论同样是错误的,不符合立法目的说明不符合法条的真实含义。例如《刑法》第205条规定了虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪,甲公司是上市公司,它为了虚增公司的业绩,使得财务报表较为好看,虚开了多份增值税专用发票,但是这些发票都是销项税发票(即售货发票),其结果是给国家多交了500万元的增值税。从字面上来看,甲公司确实虚开了增值税专用发票,但是,刑法规定本罪的目的是要打击利用增值税专用发票的抵扣功能逃税的行为,甲公司的行为非但没有逃税,而且给国家增加了税收。如果将甲公司这种虚开增值税专用发票的行为认定为虚开增值税专用发票罪就不符合本罪的立法目的。所以,这种解释就是错误的。甲公司虚开发票的行为不构成犯罪。其后来向公众提供虚假财务报告的行为可能触犯违规披露、不披露重要信息罪。因此,选项D是正确的。

[陷阱点拨] 考生要善于比较不同法条中相同词汇的不同含义。例如在不同法条中“暴力”、“伪造”、“变造”的含义等。

[难度系数] * * *

2. 关于刑法解释,下列哪些选项是错误的?
(2015年试卷二第51题)

A. 《刑法》规定“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的”构成强奸罪。按照文理解释,可将丈夫强行与妻子性交的行为解释为“强奸妇女”

B. 《刑法》对抢劫罪与强奸罪的手段行为均使用了“暴力、胁迫”的表述,且二罪的法定刑相同,故对二罪中的“暴力、胁迫”应作相同解释

C. 既然将为了自己饲养而抢劫他人宠物的行为认定为抢劫罪,那么,根据当然解释,对为了自己收养而抢劫他人婴儿的行为更应认定为抢劫罪,否则会导致罪刑不均衡

D. 对中止犯中的“自动有效地防止犯罪结果发生”,既可解释为自动采取措施使得犯罪结果未发生;也可解释为自动采取防止犯罪结果发生的有效措施,而不管犯罪结果是否发生

[答案] _____²

[考点] 刑法的解释

[解析] 《刑法》规定“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的”构成强奸罪。法条并未将“妇女”限定为“妻子以外的人”,那么,按照文理解释,可将丈夫强行与妻子性交的行为解释为“强奸妇女”。选项A正确。

抢劫罪中的暴力、胁迫是劫财所需要的,强奸罪中的暴力、胁迫是强迫发生性行为所需要的,二者的内容并不相同。例如,抢劫罪中的暴力可以包括为取

财而故意杀害被害人;强奸罪中的暴力则不能包括为强奸而故意杀害被害人,因为,强奸罪的犯罪对象只能是活着的人,与尸体发生性行为的行为成立侮辱尸体罪。因此,对二罪中的“暴力、胁迫”不能作相同解释。选项B错误。

当然解释是指依据事物的内在属性、形式逻辑或者规范保护的目的,理所当然地由既定前提推理出某一结论的解释方法。当然解释的基本构造是:A行为是在B行为的基础上数量或者属性的进一步变化的产物。解释者不能因为A行为的社会危害性比B行为更严重就进行当然解释。对于法无明文规定的行为进行入罪解释(通过解释将其认定为犯罪)时,只有B行为不仅符合A行为的全部要素,而且比A行为多了更严重的要素时才能进行当然解释。即A行为与B行为的性质必须是相同的。例如《刑法》规定了“持枪抢劫的”属于加重处罚的情节。那么“持炮抢劫的”(假如可能的话)也应当被加重处罚。这样的解释就是当然解释。

抢劫罪是使用暴力、胁迫方法劫夺财产的犯罪,使用暴力抢走婴儿的行为是侵犯儿童的人身自由和监护人的监护权的犯罪,它并不是在暴力、胁迫方法劫夺财产的基础上数量或者属性的进一步变化的产物。因此,不能将使用暴力抢走婴儿的行为认定为抢劫罪,这种解释方法也不是当然解释。选项C错误。

对中止犯中的“自动有效地防止犯罪结果发生”,既可解释为自动采取措施使得犯罪结果未发生;也可解释为自动采取防止犯罪结果发生的有效措施。这两句话都是正确的。但是,如果采取的防止犯罪结果发生的措施未能防止犯罪结果发生,则不能成立犯罪中止。只有有效防止了犯罪既遂结果发生的行为才能够成立犯罪中止。选项D错误。

[陷阱点拨] 文理解释是根据法条的字面含义来解释刑法。很多考生认为因为不存在婚内强奸,因此选项A错误。但是,选项A说的是根据文理解释,能够进行这样的解释,并没有说这种解释结论是正确的。所以,选项A的说法并无错误。

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。但对体系解释也不能绝对化。要做好体系解释,需要特别注意以下几点: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。

不能认为只要比A行为严重的B行为都能适用当然解释。只有B行为不仅满足了A行为的全部要素,而且还具有比其更严重的要素时,才能按照“举轻以明重”的原理将B行为解释为A行为。这是入罪解释。在进行出罪解释时,则须遵循“举重以明轻”的原理进行解释。

要成立犯罪中止,必须“有效阻止犯罪既遂结果发生”。这就是犯罪中止的“有效性”。

[难度系数] * * *

3. 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] 3

[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。”

《刑法》第133条之一:“在道路上驾驶机动车,有下列情形之一的,处拘役,并处罚金:(一)追逐竞驶,情节恶劣的;(二)醉酒驾驶机动车的;(三)从事校车业务或者旅客运输,严重超过额定乘员载客,或者严重超过规定时速行驶的;(四)违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品,危及公共安全的。机动车所有人、管理人对前款第三项、第四项行为负有直接责任的,依照前款的规定处罚。有前两款行为,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 条之一第 3 款)规定:“有前两款行为,同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”

(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] * * *

(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
*	《刑法》的时间效力	《刑法》第 12 条
* * * * *	主客观相一致	《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。必须准确掌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。

二、犯罪构成要件之一:犯罪客观要件

(一)单项选择题

1. 关于不作为犯罪,下列哪一选项是正确的?(2016年试卷二第1题)

A. “法无明文规定不为罪”的原则当然适用于不作为犯罪,不真正不作为犯的作为义务必须源于法律的明文规定

B. 在特殊情况下,不真正不作为犯的成立不需要行为人具有作为可能性

C. 不真正不作为犯属于行为犯,危害结果并非不真正不作为犯的构成要件要素

D. 危害公共安全罪、侵犯公民人身权利罪、侵犯财产罪中均存在不作为犯

[答案]_____1

[考点] 不作为犯罪

[解析] 不作为犯罪分为真正(纯正)不作为犯罪和不真正(不纯正)不作为犯罪。真正不作为犯,是指构成要件规定只能以不作为方式实施的犯罪。如遗弃罪,拒绝提供间谍犯罪、恐怖主义犯罪、极端主义犯罪证据罪等。真正不作为犯是违反命令规范的典型情形,其处罚依据是刑法分则的明确规定。

不真正不作为犯,是指刑法分则原本以作为形式规定的犯罪,行为人以不作为的方式实施的情形,如故意杀人罪、爆炸罪都是以作为犯为原型设计的罪名,但是,行为人以不作为的方式实施时构成不作为犯。例如,母亲故意不给新生婴儿喂奶,将其饿死。不真正不作为犯不是由法律直接规定的,法律直接规定的仅是作为犯罪。它是在刑法上运用价值判断和规范判断的方法,将以消极的不作为方式造成法益侵害的情形,规范地评价为和积极的作为犯的构成要件等价值的行为。

所以,真正的不作为犯的作为义务来源于法律的明文规定,不真正的不作为犯的作为义务则不是来源于法律的明文规定。真正的不作为犯罪多为抽象危险犯(行为犯),不以发生实害结果为必要。不真正不作为犯则通常都是结果犯,如果没有造成危害结果,通常不会构成犯罪。所以,选项A、C是错误的。

选项B是错误的。“法不强人所难”是责任主义刑法的基本要求。要成立不作为犯罪,行为人必须具有作为的可能性,对此没有例外。

选项D是正确的。只要具有法定作为义务的人都可能构成不作为犯罪。所以,每个犯罪都可能具有不作为犯罪。

[陷阱点拨] 考生对本题的异议主要集中在选项A上。大家认为所有的犯罪都应该符合罪刑法定原则,因此不真正不作为犯的作为义务必须源于法律的明文规定。这是混淆了犯罪构成和义务来源。每个犯罪的犯罪构成都应该是法律明文规定的,但是作为义务的来源不一定是法律明文规定的。

[难度系数] * * *

2. 关于因果关系的认定,下列哪一选项是正确的?(2016年试卷二第2题)

A. 甲重伤王某致其昏迷。乞丐目睹一切,在甲离开后取走王某财物。甲的行为与王某的财产损失有因果关系

B. 乙纠集他人持凶器砍杀李某,将李某逼至江边,李某无奈跳江被淹死。乙的行为与李某的死亡无因果关系

C. 丙酒后开车被查。交警指挥丙停车不当,致石某的车撞上丙车,石某身亡。丙的行为与石某死亡无因果关系

D. 丁敲诈勒索陈某。陈某给丁汇款时,误将3万元汇到另一诈骗犯账户中。丁的行为与陈某的财产损失无因果关系

[答案]_____2

[考点] 因果关系

[解析] 刑法上的因果关系理论是确定将危害结果归属于哪个行为的理论。认定因果关系,意味着将结果归属于某个实行行为。实行行为本身是具有造成法益侵害结果危险的行为,所以,因果关系的发展过程,实际上是危险的现实化过程。如果某个行为和结果的发生虽然有关联(自然的因果关系),但结果不是这个行为的危险的现实化,那么仍然应当否定二者之间的因果关系(刑法上的因果关系)。在进行因果关系的认定时,仅仅确定行为与结果之间具有关联还不够,还必须证明危害结果是这个实行行为的危险的现实化。我们把前者叫做事实判断,把后者叫做规范判断。只有证明危害结果是实行行为的危险的现实化,我们才能认定二者之间具有刑法上的因果关系。

例如,(1)甲给乙投毒,乙因中毒而死亡。甲的投毒与乙的死亡之间具有条件关系(事实判断),乙的死亡是甲的投毒行为的危险的现实化(规范判断),因此二者之间具有刑法上的因果关系。(2)甲给乙投毒,在毒性尚未发作时,乙因为被投毒而觉得

难受,出门透气,被仇人丙看见,被其持枪当场打死。乙虽然是因为被投毒而感觉难受才出门透气的(事实判断),但是乙的死亡不是甲的投毒行为的危险的现实化(规范判断),二者之间就不具有刑法上的因果关系。

行为与结果之间的因果关系可以大致分为两类:有介入因素的和无介入因素的。前述案例(1)就是无介入因素的。在这种情况下,实行行为合法则(或者符合客观规律必然)地造成了结果时,结果就是实行行为的危险的现实化,应当直接肯定因果关系,将结果归属于实行行为。

前述案例(2)就是有介入因素的。在这种情况下,难以根据合法则的因果关系直接进行判断。我们可以先运用条件关系的公式,判断二者之间是否具有条件关系(事实判断),再进一步判断结果是不是实行行为的危险的现实化(规范判断)。

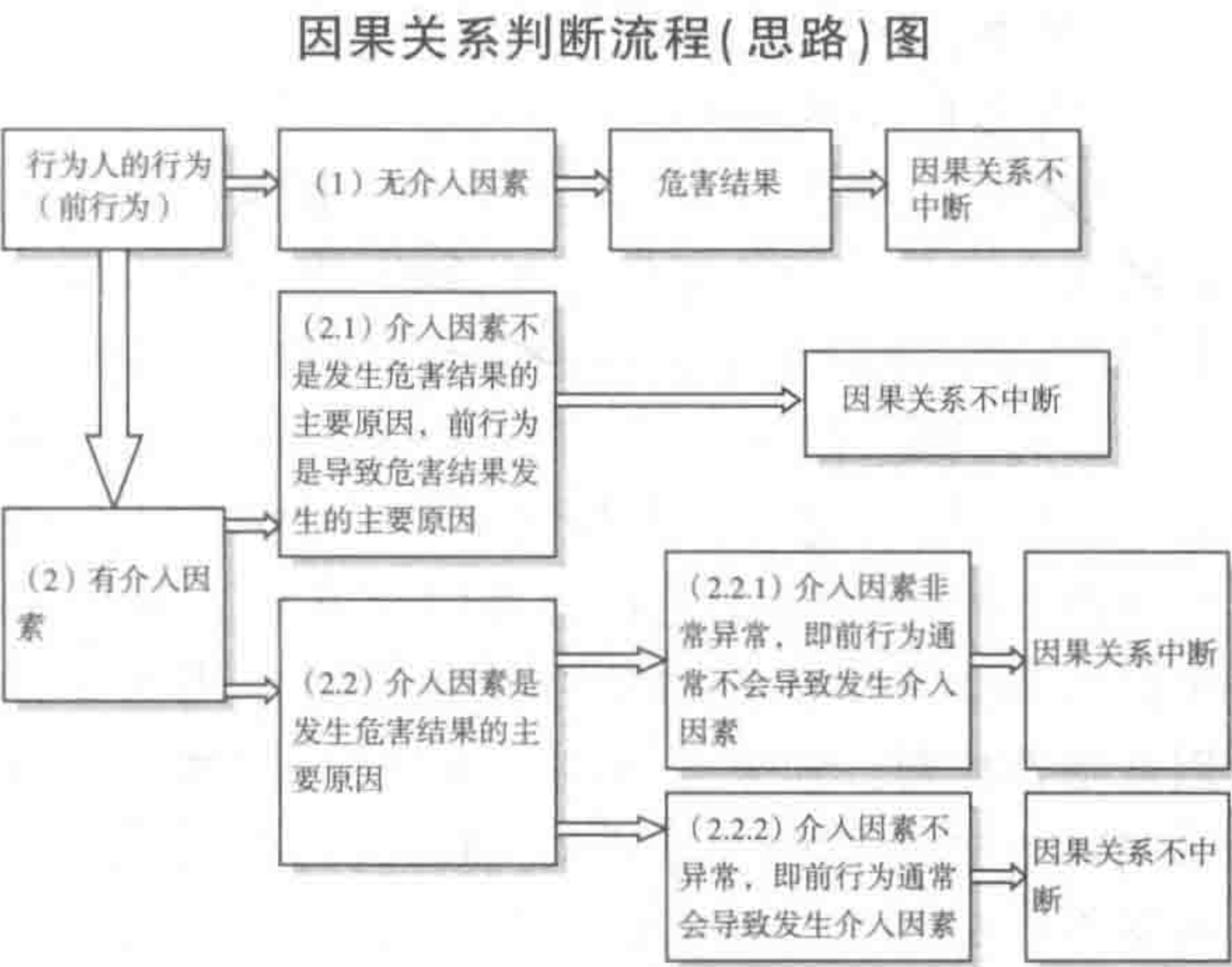
条件关系的公式是,没有前者的行为就没有后者的结果时,前者就是后者的条件。如果不具有条件关系,就可以直接否定因果关系。

但是,二者之间具有条件关系时,并非都具有刑法上的因果关系[如前述案例(2)]。学者们提出了“因果关系中断理论”来解决存在介入因素时因果关系的判断。“因果关系中断”理论的实质是将某些偶然的、非类型化的因果关系从因果关系中排除出去,不再认为这些行为与结果之间具有刑法上的因果关系。

因果关系中断理论是指在因果关系的发展进程中,如果由于介入的第三者的行为、被害人的行为或者某种自然事实,导致了结果发生,那么前行为与结果之间的因果关系便中断。介入因素成为原因。但是,不是只要有介入因素就成立因果关系的中断,只有结果能够被归属于介入因素时,才成立因果关系的中断。在行为人的行为介入了第三者或被害人的行为而导致结果发生的场合,要判断某种结果是否行为人的行为所造成时,应当综合考察:(1)行为人的行为导致结果发生的可能性的的大小;(2)介入情况的异常性大小;(3)介入情况对结果发生作用的大小。这三个因素在判断是否中断时非常重要。

如果由介入因素独立、直接地导致了危害结果的发生,那么当然发生因果关系的中断。如果介入因素虽然没有独立导致危害结果发生,但它是危害结果发生的主要原因,此时因果关系仍然中断。同理,如果介入因素对危害结果的发生也起了一定作用,但作用较小,前行为与结果的因果关系就不中断。但是,如果介入因素是前行为通常会导致的行为——介入因素不异常,那么即使主要由介入因素

造成了危害结果的发生,因果关系也不中断。
因果关系的判断思路可以用下图表示:



选项 A 中,乞丐的行为属于异常的介入因素。因此甲的行为与王某的财产损失没有因果关系。选项 A 错误。

选项 B 中,如果李某不跳江,他会被当场杀死。所以李某的行为是不异常的行为。因此乙的行为与李某的死亡有因果关系。选项 B 错误。

选项 C 中,造成事故发生的原因是交警的不当指挥行为。这是异常的行为。所以,丙的行为与石某死亡无因果关系。选项 C 正确。

选项 D 中,在被敲诈勒索时,写错账户是很容易发生的。所以,陈某的行为不是异常的行为。丁的行为与陈某的财产损失有因果关系。选项 D 错误。

[陷阱点拨] 对于有介入因素时的因果关系判断,最重要的是判断介入因素是否异常。如果介入因素不异常,那么前行为与结果之间的因果关系不中断。

还需要注意的是:D 项中,丁的行为虽然与陈某的敲诈行为具有因果关系,但由于丁并没有获得财产,所以丁的敲诈勒索仍然处于未遂状态。

[难度系数] * * *

3. 关于因果关系,下列哪一选项是正确的?(2015 年试卷二第 1 题)

- A. 甲跳楼自杀,砸死行人乙。这属于低概率事件,甲的行为与乙的死亡之间无因果关系
- B. 集资诈骗案中,如出资人有明显的贪利动机,就不能认定非法集资行为与资金被骗结果之间有因果关系
- C. 甲驾车将乙撞死后逃逸,第三人丙拿走乙包中贵重财物。甲的肇事行为与乙的财产损失之间有因果关系
- D. 司法解释规定,虽交通肇事重伤 3 人以上但