



法共体教育
www.fagongti.com



養正雲棠
http://yangzheng.yunduoetang.com

国家司法考试
高校法学实践课程用书

章
澎
编
著

刑法真题研习

开明出版社

中国图书馆分类号(CIP)数据

开明出版社、北京——章澎著、开明出版社

2017.3

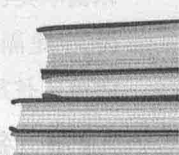
ISBN 978-7-213-17512-5

I. ①刑… II. ①章… III. ①刑法—教材 IV. ①D924-44

中国图书馆(CIP)数据(2017)第081044号

刑法真题研习

章澎 编著



开明出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法真题研习 / 章澎编著. -- 北京:开明出版社,
2017.3

ISBN 978 - 7 - 5131 - 3217 - 6

I. ①刑… II. ①章… III. ①刑法 - 中国 - 资格考试
- 习题集 IV. ①D924 - 44

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 081044 号

刑法真题研习

章澎 著

责任编辑:王 拓

书 名:刑法真题研习

出 版:开明出版社

(北京市海淀区西三环北路 25 号 邮编 100089)

经 销:全国新华书店

印 刷:北京合众伟业印刷有限公司

开 本:787mm × 1092mm 1/16

印 张:21

字 数:630 千字

版 次:2017 年 5 月 北京第 1 版

印 次:2017 年 5 月 北京第 1 次印刷

书 号:ISBN 978 - 7 - 5131 - 3217 - 6

定 价:45.00 元

印刷、装订质量问题,出版社负责调换货 联系电话:(010)88817647

总序 *zong xu*

众所周知,实践教学是法学教育的核心内容。培养学生“体系性法学思维”和“在个案中运用法条解决实际问题的能力”构成实践教学的基本目标。本套文库正是为此写作。

早在2005年,本人赴东吴大学进修英美法,其案例教学形式让我第一次真切感受到实践教学的魅力,并且因此有机会反思自身所受法学教育的弊端。回到大陆后,我就总想着把自己的学生培养成法律知识、职业伦理与社会知识三位一体的法律人。显然,这种知识结构与技能绝不可能通过被动学习方式获得,唯有提倡主动学习方式,特别是法学实践,才能帮助学生建构。出于这一目的,撰写一套具有浓郁实践色彩的法学实践课程教材逐步在脑海中形成轮廓。但是,就像很多“犯意”最终停留在“预备”,终未“着手”一样,2009年我因考取清华大学博士研究生,只能放弃这个小小梦想,转而专心于学术研究。

2015年,本人有幸参与北京物资学院法学实践课程的教学工作,并且承担了课程设计工作。在教学实践中,不少教师发现教育部统编教材或类似教材往往与国家司法考试、法律实务工作的实际需求有一定差距。为此,尚珂院长建议大家编写实践课程教材。这份有意无意的鼓励,虽然已事隔多年,仍然一下子唤醒了那个曾经不得不放弃的小小梦想。此外,在那段时间,我刚好有了司法考试补习班的教学经历,深感体制内办学与体制外办学的巨大差异。我越来越确信,法学实践课程实际上有着超乎想象的社会需求,能够帮助象牙塔之外的很多人学习法律,实现法律人的梦想。

在我看来,法学实践课程教材应满足六个要求:(1)以问题为导向,要将法律制度与具体需要解决的问题,同生活事实直接联系起来,避免形而上学的说教;(2)以向善的理性主义作为指导观念,法律实践并非单纯的经验总结,而是向法律理念的无限接近;(3)以技术构成作为核心,即法律制度意欲达成之目的必然甄选配套之技术构成,设定规则,明确后果;(4)以体系为架构,法律制度往往零散、庞杂或近似,必须以清晰的脉络建构起来,形成稳定自足又彼此互助的体系;(5)以时空为维度,在必要时,应从历史和比较解释的角度,展现法律规则的演进,方便读者进行法律拓展与预测;(6)以诉讼为验证平台,实体法律制度必须能够在诉讼中加以现实化,并且能够实现初衷。

在这一指导下,我自己撰写了刑法部分,并且本着宁缺毋滥的态度,逐步邀请有着类似想法的朋友参与民法、诉讼法、理论法等学科的写作,争取最终形成法科全文库,即正则书院的自有文库。但是,由于水平有限,我们的作品能在多大程度上实现上述要求,仍未可知。在此,也恳请各位读者不吝赐教,提出宝贵意见或建议。

最后需要说明的是,(1)本文库并非单纯的纸质出版物,为了方便读者,增进交流,我们建设了一个叫作“养正云朵课堂”的网络教学平台(<http://yangzheng.yunduoketang.com>),开设同步视频互动课程;同时,本文库与天津法共体教育科技有限公司联合推出,该公司也会提供配套的在线教育服务(<http://www.fagongti.com>)。(2)本文库主要服务于国家司法考试、司法实践工作以及在校法科学子的法学实践课程。

章 澎^①

2017年3月6日

^① 作者简介:章澎(笔名),本名张鹏,山东泰安人,清华大学刑法学博士,师从张明楷教授。坚持结果无价论,主张实质的刑法解释论,注重从实务角度研究实践疑难问题。先后在核心期刊发表论文二十多篇,出版著作5本,主持教育部课题1个,省部级课题3个;参与国家级课题1个。最高人民法院诉讼服务中心首批特聘专家咨询员,北京京师律师事务所律师特聘专家。

序言 *xu yan*

历年真题在司法考试备考中的意义表现为以下三方面：(1)催促考生取得实质进步：真题不是检验学习效果的手段，相反，真题是司法考试应试的“着手”，听课和阅读教材仅仅是“预备”。这是司法考试区别于其他法律类考试的重要特点。如果一味执着于甄选司考名师及其教材，甚至津津乐道于教师间差异与趣闻，那么，司考通过的可能性很可能会下降，因为无论你的“预备行为”多么充分，但始终未达于“着手”，通过的可能性仍然非常低。所以，考生一定要重视真题，不要因为做真题备受挫折而抗拒真题。事实上，每一次挫折，都是你真正开始掌握真题对应知识点的起点。(2)辅助甄选优秀师资：不少教师根据真题撰写自己的教案，这样做一方面会让学生产生听课课后做真题“所向披靡、势不可挡”的错觉，容易获得考生追捧；另一方面，这一现象也说明真题确实能够帮助考生在短时间内熟悉司法考试的套路。因此，早做真题，多做真题，对于甄别教师的授课水平，特别是教师在以往真题基础上拓展预测未来真题的能力，具有相当大的辅助作用。一般而言，缺乏拓展能力，而仅仅重复以往真题的解析，并不是最佳的授课水准。(3)锻炼考生临场应试能力：司法考试临场应试极具挑战性，怎样在有限时间内调动大脑储存的知识尽量多转化分数，是每一位考生必须面对的难题。司法考试难，并非难在哪一个知识点难以理解或记忆，而是难在海量知识点在时间和精力有限的情况下难以同时掌握。只有通过做真题，不断模拟临场考试的高度紧张状态，才能让自己适应考试氛围，并在此基础上，对考点知识有类似于“肌肉记忆”的瞬时反应能力。

在认识到真题的重要性之后，接下来就要了解真题的正确使用方式：(1)真题要做3~5遍，每做一遍，中间要有一定的时间间隔，以形成答案记忆模糊化，从而使真题发挥更大的效益；(2)做真题要以题带点，以点带面，通过一个真题，拓展到相关知识点，使自己的知识体系更为全面和系统，举一反三；(3)做真题要按照真实考试时间“读秒”（通常2~3分钟一个题目），要让自己有一种压迫感，并且学会适应这种心理状态；(4)无论是做对还是做错，都要分析自己对在何处或错在何处，切不可，知道答案后，看看简单解析，就万事大吉。要有意识地站在命题人角度，分析题目的陷阱和答题技巧。

有不少考生对命题规律或者预测有特别的热情。就刑法而言，命题的重点几乎是恒定的，命题人也从不回避重点（关于命题重点详见下表统计），即便如此，他想要的淘汰率仍然不会降低，而考生也绝不会因为了解命题规律而讨到便宜。为什么呢？因为刑法考查的重点是刑法的思维，刑法思维的几个重要节点是稳定而至为明显的，比如，在犯罪论部分，重点一定是犯罪检视体系的基本要素和逻辑架构；刑法论的重点一定是罪刑法定原则与刑法解释，分则的重点一定是人身、财产犯罪和贪污贿赂犯罪，可是，刑法思维不是记忆习得，而是通过大量的案例练习才能获取。很多时候，刑法思维是不断运用静态知识所提升出来的一种动态思维能力。显然，这种思维过程需要考生有“体系化”的刑法知识，要明白知识点之间的内在关联，善于从此知识过渡到彼知识，力争融会贯通。应该说，这一点是其他学

科所没有的,或者,至少其他学科没有刑法那么突出。就此而言,尽管刑法命题有重点,但是刑法思维没有重点,一通百通,有一不通,难言掌握。考生在备考时,固然要根据考点分布合理分配自己的时间精力,但是,也千万不要误以为有些知识点是不需要掌握的,把刑法思维所要求的知识体系性抛之脑后。

最后,预祝各位考试顺利!

2010 ~ 2016 历年真题考点分布

年份	刑法论	犯罪检视体系	犯罪形态	共同犯罪	罪数	刑罚论	人身权利犯罪	财产权利犯罪	国家安全犯罪	公共安全犯罪	经济秩序犯罪	管理秩序犯罪	贪污贿赂犯罪	渎职犯罪	军职犯罪	汇总
2010	1	16	3	3	7	5	5	9	0	0	2	4	3	0	0	58
2011	5	18	0	2	7	5	3	7	0	0	2	6	3	1	1	60
2012	3	10	3	4	1	6	4	7	1	3	8	3	5	1	0	59
2013	4	14	0	7	3	3	3	9	0	3	5	4	4	0	0	59
2014	4	10	5	1	4	4	3	11	0	3	3	6	3	2	0	59
2015	2	13	2	1	3	7	5	5	0	2	7	5	7	0	0	59
2016	2	14	3	2	2	3	5	9	0	3	5	6	5	2	0	61
权重 (%)	5	22	4	5	8	8	7	14	0	4	8	7	7	1	0	

说明:上述图表根据司法部公布的历年真题解析所列举的考点进行统计(卷二和卷四均有明确的考点列举)。最终所得到的权重比例只是静态的数据分析,从学习过程看,刑法论和犯罪论的考点与后续分则考点存在内在的联系,不能机械割裂,因此,从动态角度,除了刑罚论相对独立之外,其他各章节都是彼此呼应的关系,分值上无法做到精确计算。

章 澎

2017 年 3 月 5 日

于北京图书馆



目 录

第一编 刑法论

第一章 刑法基本原则	(1)
第二章 刑法解释	(6)
第三章 刑法论其他问题	(14)
第一节 刑法空间效力	(14)
第二节 刑法时间效力	(16)

第二编 犯罪论

第一章 构成要件要素	(18)
第二章 主体(身份)	(20)
第三章 行为	(21)
第一节 作为	(21)
第二节 不作为	(21)
第四章 危害结果(实害结果与危险结果)	(27)
第五章 因果关系	(28)
第六章 违法性	(40)
第一节 正当防卫	(40)
第二节 紧急避险	(47)
第三节 被害人承诺	(49)
第七章 故意	(51)
第八章 认识错误	(55)
第九章 过失	(66)
第十章 刑事责任能力	(68)
第十一章 其他责任要素	(72)
第十二章 犯罪形态	(73)
第一节 犯罪未遂	(73)
第二节 犯罪中止	(78)

第十三章 共同犯罪 (83)

第一节 共犯的成立条件 (83)

第二节 共同的行为意思 (85)

第三节 实行过限 (87)

第四节 共犯的罪名 (88)

第五节 身份与共犯 (88)

第六节 对向犯 (89)

第七节 共谋行为 (90)

第八节 共同犯罪中的结果归责 (91)

第九节 狭义共犯的正犯化 (94)

第十节 间接正犯 (95)

第十一节 教唆犯 (96)

第十二节 帮助犯 (98)

第十三节 承继共同犯罪 (98)

第十四节 片面的共犯 (99)

第十五节 共犯脱离(共犯与犯罪中止) (100)

第十六节 共同犯罪与错误论 (101)

第十七节 共同过失犯罪 (103)

第十八节 主犯、从犯与首要分子 (105)

第十四章 单位犯罪 (106)

第十五章 罪数论 (109)

第一节 一罪 (109)

第二节 数罪 (111)

第三编 刑罚论

第一章 死刑 (118)

第二章 罚金 (121)

第三章 剥夺政治权利 (122)

第四章 没收财产 (123)

第五章 非刑罚处罚措施 (124)

第六章 量刑 (125)

第七章 累犯 (126)

第八章 自首与立功 (129)

第一节 自首 (129)

第二节 立功 (132)

第九章 缓刑 (134)

第十章 减刑 (137)

第十一章 假释 (138)

第十二章 追诉时效	(141)
第十三章 数罪并罚	(143)

第四编 罪刑各论

第一章 危害国家安全罪	(146)
第二章 危害公共安全罪	(147)
第一节 危险方法侵害公共安全犯罪	(147)
第二节 破坏型危害公共安全犯罪	(149)
第三节 恐怖犯罪	(150)
第四节 枪支犯罪	(150)
第五节 交通犯罪	(152)
第六节 生产安全事故犯罪	(157)
第三章 破坏社会主义市场经济秩序罪	(159)
第一节 生产、销售伪劣商品罪	(159)
第二节 走私罪	(163)
第三节 妨害对公司、企业的管理秩序罪	(164)
第四节 破坏金融管理秩序罪	(165)
第五节 金融诈骗罪	(174)
第六节 危害税收征管罪	(181)
第七节 侵犯知识产权罪	(183)
第八节 扰乱市场秩序罪	(185)
第四章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	(187)
第五章 侵犯财产罪	(208)
第一节 抢劫罪	(208)
第二节 盗窃罪	(215)
第三节 诈骗罪	(230)
第四节 抢夺罪	(240)
第五节 侵占罪	(243)
第六节 职务侵占罪	(247)
第七节 敲诈勒索罪	(249)
第八节 故意毁坏财物罪	(252)
第九节 拒不支付劳动报酬罪	(254)
第六章 妨害社会管理秩序罪	(254)
第一节 扰乱公共秩序罪	(254)
第二节 妨害司法罪	(261)
第三节 妨害国(边)境管理罪	(269)
第四节 妨害文物管理罪	(269)
第五节 危害公共卫生罪	(270)
第六节 破坏环境资源保护罪	(271)

第七节 走私、贩卖、运输、制造毒品罪	(272)
第八节 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	(277)
第九节 制作、贩卖、传播淫秽物品罪	(278)
第七章 贪污贿赂罪	(279)
第一节 贪污罪	(279)
第二节 受贿犯罪	(288)
第三节 行贿犯罪	(294)
第八章 渎职罪	(298)
第九章 军人违反职责罪	(304)

第五编 试卷四历年案例分析

第一章 案例分析技巧与检视体系	(305)
第一节 案例分析的技巧	(305)
第二节 犯罪的检讨体系	(306)
第三节 犯罪检视体系的例示	(307)
第二章 试卷四历年真题及答案	(309)



第一编 刑法论

第一章 刑法基本原则

1. 关于罪刑法定原则,下列哪一选项是正确的?(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

答案()①



【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,这些规则在新的争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,但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确性,对于在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?(2010-2-1)

- A. 事前——成文——确定——严格

①参考答案 C

- 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()①

【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)刑罚法规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?(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

答案()②

【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,那么仍然允许溯及既往,即不禁止有利于被告人的事后法。

【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念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. 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。(2005-2-2)

- 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”

 答案()①

 【考点】罪刑法定原则和罪刑相适应原则的条文要点

 【解析】1. 罪刑;2. 罪刑;3. 罪刑;4. 罪行;5. 刑事责任;6. 罪行。D 正确。

5. 下列关于罪刑相适应原则的说法哪些是正确的?(2005-2-51)

- 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、犯罪情节和罪犯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

 答案()②

 【考点】罪刑相适应原则的具体要求

 【解析】A 错误,刑法不溯及既往源于人权主义,是罪刑法定原则的具体要求,并非源自比例原则,与罪刑相适应原则无关。B 正确,在立法层面,罪刑相适应原则要求立法者针对不法程度不同的行为给予轻重不同的刑种和刑度,同时还需建构个别化用刑的量刑制度,这些构成了合理的刑罚体系。C 正确,在司法层面,法官需要根据并合主义(刑罚正当化的根据既在于报应刑,也在于预防刑)具体裁量刑罚。犯罪性质和犯罪情节表明行为的不法程度,根据报应刑要求,刑罚应与之适用;人身危险性表明预防必要性,根据预防刑,刑法应与之适用。D 正确,在行刑层面,刑罚应根据人身危险性的变化作出相应调整,从而实现刑罚的个别化,这是罪刑相适应原则的贯彻和落实。减刑、假释正是为此建立的制度,只有对其加以合理运用,才能实现罪刑相适应原则。

6. 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?(2014-2-1)

- 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

①参考答案 D ②参考答案 BCD

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】社会主义法治理念与罪刑相适应原则

【解析】根据罪刑相适应原则,无论哪一级人民法院,都需要根据社会危害性与人身危险性进行量刑,而法官对人身危险性与社会危害性的裁量必须严格遵循量刑的法定原则与规则,这是罪刑法定原则的基本要求。法官在斟酌超法规事由时,不能仅仅根据公平正义理念直接量刑,而必须遵守现行法律规定。选项C实际上主张下级人民法院可以仅仅根据最高人民法院的授权直接援引公平正义理念减轻处罚,这便违反减轻处罚的法定规则。应该说,刑法规定可以减轻处罚的,下级人民法院无须授权即可减轻处罚;刑法未规定可以减轻处罚的,只能逐级上报由最高人民法院酌定。最高人民法院授权下级人民法院擅自减轻处罚,显然违反了民主主义的要求,与罪刑法定原则的成文法主义冲突,也容易造成下级人民法院对人身危险性和社会危害性的恣意评价,有可能导致不均衡的量刑结果。这一危险恰恰与促进公平正义相矛盾。可见,即便为了促进公平正义,追求实质上的罪刑相适应,也不能违反罪刑法定原则的形式侧面。说到底,罪刑相适应原则原本只是罪刑法定原则的实质侧面,无论如何也不允许以“实质的侧面”之名否定罪刑法定原则的“形式的侧面”,进而危及整个罪刑法定原则的有效性。比如,我们在刑法解释时,不能仅仅根据法益保护目的就采用类推解释,刑法解释无论如何也不能突破用语的可能含义。所以答案是选项C,公平正义、罪刑相适应原则是指导刑事司法活动的基本精神与基本原则,而司法活动必须以事实为根据,以法律为准绳,否则公平正义就失去了事实基础,罪刑法定原则也形同虚设。换言之,两者属于罪刑法定原则的实质侧面,如果不讲求事实根据,随意以某种抽象观念代替成文法律,那么司法审判活动就会变得不可预测,严重侵犯了民主主义和人权主义的要求,反而从根本上违反了罪刑法定原则的基本精神。

7. 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含义及效力根据;

(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】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

①参考答案C

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。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。最后,在规范和引导公民追求自己利益时,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。

8. 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。

问题:根据罪刑法定原则,评述上述两个网上“裸聊”案的处理结果。

《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)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,形成的力量明确缺乏现实具体性。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。

第二章 刑法解释

1. 关于罪刑法定原则及其内容,下列哪一选项是正确的?(2004-2-16)

- 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

答案()①

【考点】罪刑法定原则与类推解释

【解析】A 错误,根据民主主义和人权主义的要求,罪刑法定原则不禁止扩大解释,因为扩大解释仍然在用语的含义范围以内,但禁止不利于被告人的类推解释,因为类推解释超过了用语可能具有的含义范围。B 错误,根据立法学,立法机关不可能针对个案进行类推解释,其所做的“类推解释”具有一般性和规范性,属于立法范畴,而非类推解释。C 正确,即罪刑法定原则不禁止有利于被告人的溯及既往,有利于被告人的溯及既往尽管损害了行为的预测可能性,但并不侵犯人权。这是罪刑法定原则实质的侧面。D 错误,根据民主主义和人权主义,为了准确表达民意和保障行为的可预测性,表述刑法规范的用语应尽量明确,但由于语言的局限性和立法技术的要求立法者不可能做到绝对明确。所以,明确性是在实然世界里追求的一种应然性。描述性要素比规范性要素要明确,因此建构构成要件应该优先选用描述性要素,但是一旦描述性要素缺位时,也只能选用规范性要素。简言之,罪刑法定原则原则上排斥规范的构成要件要素。

2. 下列哪种说法是正确的?(2006-2-20)

- 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

①参考答案 C