

来胜 **LiCENSE** 两会修法最新版

司考一本通

2015

精品丛书

New Edition

4

刑法

阮齐林 邓定永 编著

两会修法新增考点

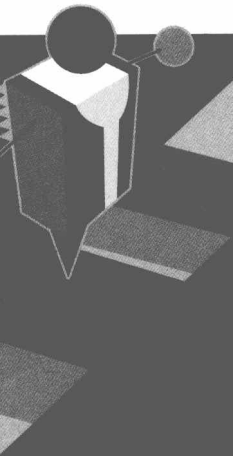
名师执笔精炼要点

考点+法条+真题全面结合

一本贯通冲刺突破



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



LICENSE

8/
4

司考一本通
刑法

编著
阮齐林
邓定永



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精华,具备解决问题的能力。

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2015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

2015年5月

目 录

总则	(1)
第一章 刑法概说	(1)
第二章 犯罪概说	(13)
第三章 犯罪构成	(14)
第四章 排除犯罪的事由	(33)
第五章 犯罪的未完成形态	(41)
第六章 共同犯罪	(49)
第七章 单位犯罪	(68)
第八章 罪数	(70)
第九章 刑罚的种类	(79)
第十章 刑罚的裁量	(90)
第十一章 刑罚的执行	(101)
第十二章 刑罚的消灭	(105)
分则	(108)
第一章 危害国家安全罪	(108)
第二章 危害公共安全罪	(110)
第三章 破坏社会主义市场经济秩序罪	(118)
第四章 侵犯人身权利、民主权利罪	(144)
第五章 侵犯财产罪	(160)
第六章 妨害社会管理秩序罪	(195)
第七章 危害国防利益罪	(220)
第八章 贪污贿赂罪	(221)
第九章 渎职罪	(238)
第十章 军人违反职责罪	(243)

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

第3条^①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(其中1—4点为“形式侧面”,5—7点为“实质侧面”):

(1) 成文法,反对习惯法。刑法涉及罪与罚,对法源的形式要求较高。故:① 通常要求是国家最高立法机关(民意机关:国外为议会,中国为全国人大及其常委会)制定的法律。;② 根据第90条规定: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。省级人大可根据《刑法》作出适应地方特殊情况的变通性规定,但即使是国家最高行政机关(国务院)也无此权限。

(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人事后法,不禁止有利于被告人的人事后法

下列哪一选项是正确的?(单选)

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

① 若无特备说明,本书中的“第×条”,特指《刑法》第×条。

〔释疑〕 罪刑法定原则既是司法原则也是立法原则,对立法者和司法者具有普遍约束力,第①、②句错。罪刑法定原则排斥习惯法,第③句错;允许适用有利于被告人的人事法(第12条从旧兼从轻),第④句正确。(答案:C)

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年真题,单选)

- 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

〔释疑〕 罪刑法定原则之“依法”要点:严格依照事前的、成文的、确定的(罪刑法定的四个方面)的法律定罪判刑。D项是正选。(答案:D)

三、提示与预测

罪刑法定原则是刑法最重要的原则(现代刑法的基石),其内涵丰富、考查灵活,2006年和2008年卷四针对此原则两次出论述题,2010—2013年连续出选择题,其重要性怎样估计都不为过。

考点 2 罪刑法定原则的思想基础

一、精讲

罪刑法定原则的思想基础:现代一般认为是民主和人权(自由)两项。最初则为心理强制说、三权分立学说(仅具有历史价值,现代刑法已不采纳)。

二、例题

1. 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:(2013年真题,单选)

- 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?

- 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

〔释疑〕 罪刑法定原则的内容与价值基础。需要对罪刑法定原则的两个侧面(形式侧面与实质侧面)的内容及其两大价值基础(民主与自由)有深入理解。至于题中的“社会主义法治理念”,则属于命题者的应景之举,具备基本的政治常识即可作出正确判断。(答案:D)

2. 关于社会主义法治理念与罪刑法定的表述,下列哪一理解是不准确的?(2011年真题,单选)

- A. 依法治国是社会主义法治的核心内容,罪刑法定是依法治国在刑法领域的集中体现
B. 权力制约是依法治国的关键环节,罪刑法定充分体现了权力制约
C. 人民民主是依法治国的政治基础,罪刑法定同样以此为思想基础

D. 执法为民是社会主义法治的本质要求,网民对根据《刑法》规定作出的判决持异议时,应当根据民意判决

【释疑】 A项,罪刑法定是刑法的法制原则。B项,依民主价值基础,刑法是代表民意的立法机关制定的,要求司法机关严格执行,不得以类推方式扩大刑事处罚范围,体现立法对司法的制约,对民意的尊重。C项,民主与自由是罪刑法定原则的两大核心价值。D项,执法为民是社会主义法治的本质要求,但不能以民意判决代替法律判决,网民的异议或舆论可以对判决起到监督作用,但不能影响判决,更不能简单地根据民意判决。D项是对罪刑法定原则民主精神的误解。(答案:D)

三、提示与预测

因近年考纲增加考查“社会主义法治理念”,与这一内容最密切相关的就是罪刑法定原则,故试题往往将二者相结合,但考查重点仍然是罪刑法定原则,“法治理念”的考查更多属于应景之举,考生具备一般的政治常识和判断力即可做出正确选择。

考点 3 构成要件要素的概念、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)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(注意:这种区分具有相对性)。

(1) 记述的构成要件要素,是指对实际存在的各种人、事、物所作的“事实性”描述,该要素不包含价值(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”,嫖宿幼女罪中的“幼女”,贩卖毒品罪中的“毒品”等客观的、无须价值判断就可确定其含义的“事实性”要素。因而,裁判者的不同价值观对判断结论基本无影响(放之四海而皆准)。

(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、侮辱妇女罪中的“侮辱”、“猥亵”,聚众淫乱罪中的“淫乱”等与评价(是非善恶·对错)有关的概念。因而,裁判者基于不同价值观就可能得出不同的判断结论(仁者见仁智者见智)。

二、例题

1. 关于构成要件要素,下列哪一选项是错误的?(2014年真题,单选)

- A. 传播淫秽物品罪中的“淫秽物品”是规范的构成要件要素、客观的构成要件要素
- B. 签订、履行合同失职被骗罪中的“签订、履行”是记述的构成要件要素、积极的构成要件要素
- C. “被害人基于认识错误处分财产”是诈骗罪中的客观的构成要件要素、不成文的构成要件要素
- D. “国家工作人员”是受贿罪的主体要素、规范的构成要件要素、主观的构成要件要素

【释疑】 构成要件要素的分类知识:① 客观要素·主观要素,② 记述要素·规范要素,

③ 积极要素·消极要素,④ 成文要素·不成文要素。ABC 符合构成要件要素分类的概念。D“国家工作人员”是(客观要素中的)的主体要素,也是规范要素,不是“主观要素”,D 错在“主观要素”上。(答案:D)

2. 《刑法》第 246 条第 1 款规定:“以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”关于本条的理解,下列哪些选项是正确的?(2012 年真题,多选)

- A. “以暴力或者其他方法”属于客观的构成要件要素
- B. “他人”属于记述的构成要件要素
- C. “侮辱”、“诽谤”属于规范的构成要件要素
- D. “三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利”属于相对确定的法定刑

[释疑] 构成要件要素分类:① 客观要素和主观要素。② 记述要素和规范要素。“他人”是描述事实性内容的要素;“侮辱”、“诽谤”是规定规范内容的要素。中国刑法采取相对确定的法定刑模式(刑种、刑度都可选择),但也有极少数条文采取绝对确定的法定刑模式。(答案:ABCD)

3. 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)

- 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] 第 263 条(抢劫罪)规定:“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”未作明文规定(描述)。虽然法条中对“非法占有目的”未明文描述,但通说认为,抢劫罪应当以“非法占有目的”为要件。故 D 项说法正确。(答案:ACD)

4. 《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 年缓考真题,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 3 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 4 罪刑法定原则与刑法解释

一、精讲

刑法解释若不遵循一定的准则,则罪刑法定原则就是一句空话。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,故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. 下列哪些选项不违反罪刑法定原则?(2014年真题,多选)

- 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

【释疑】对刑法条文的解释、适用是否违反罪刑法定原则,判断的标准是“是否明显超出法律用语可能具有的含义”,即“解释结论是否与一般人的理解存在重大偏离”A、C、D项的解释、适用不违反罪刑法定原则。B项“播放”认定为侵犯著作权罪中的“发行”,超出词语含义,是类推解释。(答案:ACD)

2. 关于刑法用语的解释,下列哪一选项是正确的?(2014年真题,单选)

- 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

【释疑】B项表述的“同类解释规则”正确。A项错,根据体系解释,对刑法条文中“买卖”可解释为单纯购买或者单纯出售行为,如非法买卖枪支罪之“买卖”有“出售”或“购买”行为之一就成立。C项错,用当然解释“入罪”的逻辑是:举轻行为X都应入罪以明较重行为Y更应当入罪。“捏造事实诽谤”Y不是比“散布”X轻,因此不是根据当然解释说明“散布”可定罪。C项是目的解释,诽谤罪侵害的法益是他人的名誉。单纯散布捏造的事实足以损害他人的名誉,因此无需本人捏造为必要。相反捏造而不散布的行为却不足以损害他人的名誉。D项错,将“骨灰”解释为“尸体”属于类推解释。另有司法批复明确指出盗窃骨灰的,不能认定为盗窃尸体罪。(答案:B)

3. 关于刑法解释,下列哪一选项是错误的?(2013年真题,单选)

- 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

[释疑] 司法解释和立法解释也应当遵循罪刑法定原则,禁止(不利被告人)类推解释。B项错,扩张解释。C项对,例如“第227条规定:伪造或者倒卖伪造的车票、船票、邮票或者其他有价票证”之“伪造”含“变造”。D项对。(答案:B)

4. 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年真题,多选)

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

[释疑] ①解释可以采取多种理由,多多益善,理由充足。②扩大与缩小(或限制)的“解释技巧”在同一点上不能并用,或者说“在同一条文对同一行为的适用上”不能既扩大又缩小。③采取何种方法、取向释法,不能保证结论当然正确。④追求结论的合理性,是当然解释的特点,“但并不必然符合罪刑法定原则”。正确,道理同③采取何种理由、技巧释法,不保证结论当然正确(即符合罪刑法原则)。(答案:ABCD,第①②③④句都正确)

5. 关于刑法解释的说法,下列哪一选项是正确的?(2009年真题,单选)

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171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

[释疑] (1) A项,盗窃罪的对象是“他人占有的财物”,解释成“他人的财物”不妥。

(2) B项,出售本身不应该包含购买,将出售解释为销售和购买属于扩大解释。因为第171条将假币的“出售”和“购买”行为并列,称为出售、购买假币罪,意味着该条中的出售不能包括“购买”,故确切地说应是类推解释。

(3) C项,如果将“凶器”的文义理解为“国家禁止个人携带的器械”,还包含“其他器械”的解释是扩张解释。

(4) 立法解释对信用卡最重要的限定是“金融机构发行”的……电子支付卡。D项却把“金融机构发行”的限制去掉了,几乎包含所有的“电子支付卡”,该项存在瑕疵。(答案:C)

6. 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,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,故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,故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,故立法解释也不得进行类推解释(无论何种解释,都不可类推)。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项对自然A项错。只要符合罪刑法定原则,不论立法机关还是司法机关都可作扩张解释。(答案:B)

考点 5 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. 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年真题,单选)

- 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

【释疑】追求公正合理不得违反刑法规定。第63条规定,对没有法定减轻情节的罪犯“在法定刑以下判处刑罚”即减轻处罚,应逐级报最高法核准。C项违反此规定。第5条罪刑相适应原则的价值根基是公平正义(A对),公平正义与情理法理公平报应刑罚个别预防目的一致(D项对),通过以事实为根据以法律为准绳实现(B对)。(答案:C)

提示考试技巧:原则理念方面考题,正确的东西其精神往往是相通的,只要具备基本的政治判断能力,这类题都可以轻松搞定。罪刑相适应原则·以事实为根据以法律为准绳·正确处理情理与法理·罪刑均衡与刑罚个别化,这些都是正确的东西。

2. 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适用减刑、假释等制度

【释疑】B、C、D项属于罪刑相适应原则方面的问题,正解。A项属于罪刑法定原则的要求,故排除。(答案:BCD)

考点6 社会主义法治理念与刑法基本原则

一、精讲

我国刑法作为社会主义法律体系的重要组成部分,是保护人民、惩罚犯罪的有力武器,其三大基本原则集中体现了社会主义法治理念。

1. 罪刑法定原则。依法治国是社会主义法治的核心内容,也是罪刑法定原则的题中应有之义。执法为民是社会主义法治的本质要求,罪刑法定原则是执法为民在司法实践中的具体体现。

2. 适用刑法平等原则。适用刑法平等原则是法律面前人人平等的宪法原则在刑法中的具体表现,是依法治国的重要原则,是社会主义法治追求公平正义价值的集中体现。

3. 罪刑相适应原则。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。”罪责刑相适应原则要求做到罚当其罪、罪刑相称,正确处理全局利益与局部利益的关系;在分析罪重罪轻和刑事责任大小时,不仅要看犯罪的客观社会危害性,还应结合行为人的主观恶性和人身危险性,把握罪行和罪犯各方面因素综合体现出来的社会危害程度,从而确定刑事责任的大小,适用相应的刑罚。

根据量刑规范化指导意见,量刑应与被告人犯罪的“社会危害性”和“人身危险性”相适应,在刑法规定的法定刑幅度内进行。社会危害性要素是指由犯罪的客观危害性和犯罪人的主观恶性综合体现决定的因素;人身危险性要素是指反映犯罪人再次犯罪可能性的因素。简言之,处罚既对“事”也对“人”。

可以说,刑法每一项制度都体现了罪刑相适应的原则,如:对未成年人、限制刑事责任能力人、又聋又哑的人犯罪,从轻处罚;对犯罪中止、未遂、预备、从犯、胁从犯、教唆未遂、自首、立功、防卫过当从轻处罚;对累犯、教唆未成年人犯从重处罚,都体现了罪刑相适应原则。

二、例题

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年真题,单选)

- 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

〔释疑〕 追求公正合理不得违反刑法规定。第63条规定,对无法定减轻情节的罪犯“在法定刑以下判处刑罚”即减轻处罚,应逐级报最高法核准。C项违反此规定。第5条罪刑相适应原则的价值根基是公平正义(A项对),公平正义与情理法理公平报应刑罚个别预防目的一致(D对),通过以事实为根据以法律为准绳实现(B项对)。(答案:C)

提示考试技巧:原则理念方面考题,正确的东西其精神往往是相通的,只要具备基本的政治判断能力,这类题都可以轻松搞定。罪刑相适应原则·以事实为根据以法律为准绳·正确处理情理与法理·罪刑均衡与刑罚个别化,这些都是正确的东西。

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年真题,单选)

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

【释疑】 禁止令内容错误。禁止甲去该医院闹事或接触有关医务人员即可,不必禁止其出入所有医疗机构,连去医院看病也禁止,既无必要也不合理。其他各项都是适用刑法寻衅滋事规定处理“医闹”案件的正确观念。有关司法解释要求严惩医闹的违法犯罪行为,A项对。寻衅滋事“情节恶劣”才构成犯罪,B项对。医院方面存在过错,病患方面吵闹事出有因的,“不能轻易”定罪。根据“办理寻衅滋事案意见(2013)”,寻衅滋事一般是无事生非、借故生非,“有事生非”的,只有在经处理后仍无理纠缠的才考虑定性寻衅滋事。故“不能轻易”定罪符合有关司法解释,C项对。(答案:D)

3. 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年真题,单选)

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

【释疑】 A项第291条规定之一编造、传播虚假恐怖信息罪以“严重扰乱社会秩序的”为要件,否则仅为治安违法行为。治安处罚法第25条规定:“(一)散布谣言,谎报险情、疫情、警情或以其他方式故意扰乱公共秩序的,”处五日以上十日以下拘留。B项错。无真实公共危险,仅成立C项第291条之罪或治安违法行为。D项违反罪刑法定原则。(答案:C)

4. 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?(2013/二/2)

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

【释疑】 罪刑法定原则内容、价值基础。四个观点都符合官方说法。(答案:D)

5. 关于社会主义法治理念与罪刑法定的表述,下列哪一理解是不准确的?(2011年真题,单选)

- A. 依法治国是社会主义法治的核心内容,罪刑法定是依法治国在刑法领域的集中体现
- B. 权力制约是依法治国的关键环节,罪刑法定充分体现了权力制约
- C. 人民民主是依法治国的政治基础,罪刑法定同样以此为思想基础
- D. 执法为民是社会主义法治的本质要求,网民对根据《刑法》规定作出的判决持异议时,应根据民意判决

[释疑] A、B、C项都符合官方说法,D项的前半句正确,但后半句认为判决应符合网民意见的说法明显不对。(答案:D)

考点 7 属地原则的适用

一、精讲

第6条规定: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。凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的,也适用本法。犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的,就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。

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,参照最高法《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

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),中国领域包括领土、领海和领空。依属地原则确定中国刑法的效力。

(2) C项正确,在中国的航空器内犯罪视为域内犯罪。

(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 8 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中国刑法适用(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的适用。

(1) 属人原则:第7条规定: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罪行较轻,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:第8条规定: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、应受刑罚处罚的行为。

(3) 普遍管辖原则:第9条规定: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,故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

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项共同犯罪之一部分或一环节发生在中国,认为是在中国领域犯罪。

(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国际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。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。因为保护原则的适用以“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)

三、提示与预测

刑法的空间效力考查灵活,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,请考生予以注意。

考点 9 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)对该行为无溯及既往的效力。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,故属于新规定,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。

二、例题

1. 《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年真题,单选)

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

【释疑】 A 项对,修正前规定“应当减轻或者免除处罚”,对罪犯有利。B 项对犯罪行为发生于 2011 年 5 月 1 日生效后。C 项错误,第 225 条(行为时)比第 234 条之一(行为后法)法定刑轻,适用行为时法。D 项对,对于“扒窃”,行为时法也以数额较大为要件不认为犯罪。(答案:C)

2. 2009 年 1 月,甲(1993 年 4 月生)因抢劫罪被判处有期徒刑 1 年。2011 年 3 月 20 日,甲以特别残忍手段故意杀人后逃跑,6 月被抓获。关于本案,下列哪一选项是正确的?(2011 年真题,单选)

- A. 根据从旧兼从轻原则,本案不适用《刑法修正案(八)》
- B. 对甲故意杀人的行为,应当从轻或者减轻处罚
- C. 甲在审判时已满 18 周岁,可以适用死刑
- D. 甲构成累犯,应当从重处罚

【释疑】 B 项,第 17 条第 3 款规定:已满十四周岁不满十八周岁的人犯罪,应当从轻或者减轻处罚。C 项,第 49 条规定:“犯罪的时候不满十八周岁的人和审判的时候怀孕的妇女,不适用死刑。”D 项,根据《修八》的新规定,未成年人不成立累犯。A 项,对于未成年人来说,在累犯问题上,《修八》的新规定比过去轻了,故根据从旧兼从轻原则,本案适用《修八》,A 项错误。(答案:B)

第二章 犯罪概说

考点

第 13 条犯罪的概念及“但书”的适用

一、精讲

第 13 条规定:“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?回答是侵害社会关系(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

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 年真题,单选)

- 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