

wan guo 万国法源

北京万国学校
中国法制出版社

指定2012年国家司法考试辅导用书

2012 国家司法考试 历届真题 分类解读

1 刑法卷

北京万国学校 / 编著

★ 分类解读 明确复习重点 ★

万国一线明师权威解读，根据考点将真题科学归类，真正实现真题中掌握考点

★ 去粗取精 节省备考时间 ★

精选提炼2004年至2011年8年真题，并根据最新法律法规修订，旧题新解，保证真题解析的准确性，大幅节省备考时间

★ 深度挖掘 指示司考方向 ★

根据最新司考动态，归纳司考命题规律，辨析疑难，剖析考点，明晰答题思路，传授解题技巧



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

wan^{guo}万国法源

北京万国学校 指定2012年国家司法考试辅导用书
中国法制出版社

2012 国家司法考试 历届真题 分类解读

1 刑法卷

北京万国学校 / 编著

作者团队

刑法卷—韩友谊

民法卷—段波、郭德忠

理论法

诉讼法

国际法学·商经法卷—张雨泽、杨长庚

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

前言

《2012 国家司法考试历届真题分类解读》(5 卷本) 具有试题类型全面、体例层次清晰、答案解读权威、考点分析透彻等特点。

一、试题全面

本书收录 2004 年-2011 年 8 年的司法考试试题, 并根据司法考试命题趋势, 大胆摒弃了对复习没有价值的试题, 以全新的视角, 运用最新的法律法规和相关司法解释进行解读, 真正做到旧题新解。

此外, 我们为考生免费提供 2002 年、2003 年有参考价值的真题及解析, 考生可以登录万国官网 <http://book.wanguoschool.net> (“消息公告”栏中) 和中国法制出版社官网 <http://www.zgfzs.com> 免费下载。同时, 考生在复习司考的过程中, 可以随时登录万国官网获取更多的学习资料。

二、解读权威

万国集一线核心授课教师, 亲力打造本书, 书中每道题都经过各位老师反复推敲、查证, 以求试题答案的精准。

(一) 新法解旧题

根据最新的法律、法规和司法解释修订既往试题的答案和解析, 尤其是对受到《个人所得税法》、《行政强制法》、《婚姻法解释(三)》等最新法律法规以及司法解释影响的试题进行全面修订, 以保证真题解析的时效性、准确性。

(二) 团队合作保权威

为保证答案的权威性, 万国按照部门法分类成立本书编写组, 对试题进行讨论、分析, 以求试题答案的正确性、解析的权威性。对于有争议的答案, 由具有丰富经验的一线教师通过集体讨论、求同存异的方法力争为考生提供最为准确的答案。

三、分类科学

本书定位于对历年真题的分类解读、去粗取精, 对浩如烟海的真题进行梳理, 分析命题规律, 明确复习重点, 帮助考生理解记忆考点, 节省备考时间。

四、便于记忆

本书的亮点之一“一点通”, 通过对历年真题的总结、概括, 将相关主题的考查要点进行浓缩、提炼, 目的在于借助“一点通”汇集考试精华, 使考生可以把握考试相关知识点最核心的、最普遍适用的规律, 透过现象直达本质, 实现闻一知十、触类旁通的复习效果。

五、如何使用本书

本书在编排时，有意将知识点进行归类编排，从而使考生可以针对同一知识点进行不同角度的反复测试。同时，书中的解析就是“考点书”，考生在第一遍复习时可以全面做题，一题不漏地做；第二遍复习时可以仅仅做第一次做错的题；第三遍复习时可以仅记忆重要知识点的解析。我们力求做到“解析就是考点，考点即在解析中”。我们相信，考生使用本书次数越多，复习和备考效果就越好！

我们对于解析进行精细化处理，详尽解析典型试题，深度挖掘考点，增强了解析的针对性，语言上通俗易懂，给予考生透彻明朗的感觉，力求让考生在最有限的时间内最高效地复习。

回首司法考试的历史，不禁感慨万千。司法考试连同其前身律师考试发端于1986年，其后经历风风雨雨，到今天已经成功举办了22次。未来如何考试，依然是个未知数。唯一可以确定的是，2012年司法考试仍然继承过去的基本格局，因而真题的价值也就历久弥香，常读常新。作为付出无数心血的作者，我们欣然看到本书的生命在新的一年里延续和成长，欣慰于本书能继续为广大考生的圆梦之旅带去一点光和热，带去成功和喜悦！

全体作者

2011年11月

目 录

Contents

第一编 客观题及解析

一、刑法概论	1
(一) 刑事立法与解释	1
(二) 刑法的基本原则	3
(三) 刑法的适用范围	6
二、犯罪构成	8
(一) 概述	8
(二) 客观方面	9
(三) 犯罪主体	17
(四) 犯罪主观方面	23
(五) 认识错误	26
(六) 违法性认识错误	29
(七) 期待可能性	30
三、正当行为	31
四、犯罪的停止形态	35
五、共同犯罪	40
六、罪数	46
七、刑种制度	50
(一) 主刑	50
(二) 附加刑	52
八、刑罚裁量制度	54
(一) 量刑制度	54
(二) 累犯制度	56
(三) 自首制度	58
(四) 立功制度	59
(五) 数罪并罚	60
(六) 缓刑制度	62

九、刑罚执行制度	63
(一) 减刑制度	63
(二) 假释制度	64
十、时效制度	66
十一、危害国家安全罪	67
十二、危害公共安全罪	67
十三、破坏社会主义市场经济秩序罪	71
(一) 生产、销售伪劣商品罪	71
(二) 走私罪	73
(三) 妨害对公司、企业的管理秩序罪	74
(四) 破坏金融管理秩序罪	74
(五) 金融诈骗罪	78
(六) 危害税收征管罪	80
(七) 侵犯知识产权罪	81
(八) 扰乱市场秩序罪	82
十四、侵犯公民人身权利、民主权利罪	84
(一) 侵犯生命、健康的犯罪	84
(二) 侵犯人身自由的犯罪	87
(三) 侵犯名誉、人格、通信自由的犯罪	93
十五、侵犯财产罪	94
(一) 抢劫、抢夺罪	94
(二) 敲诈勒索罪	97
(三) 盗窃罪	100
(四) 诈骗罪	108
(五) 侵占、挪用、毁坏型犯罪	112
十六、妨害社会管理秩序罪	114
(一) 扰乱公共秩序罪	114
(二) 妨害司法罪	116
(三) 妨害文物管理罪	119
(四) 危害公共卫生罪	120
(五) 走私、贩卖、运输、制造毒品罪	120
(六) 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	121
(七) 制作、贩卖、传播淫秽物品罪	122
十七、贪污贿赂罪	123
十八、渎职罪	132
十九、军人违反职责罪	134
二十、其他	135

第二编 主观题及解析

一、2011 年	137
二、2010 年	137
三、2009 年	139
四、2008 年	140
五、2008 年四川延考试题	143
六、2007 年	144
七、2006 年	145
八、2005 年	146
九、2004 年	147

第一编 客观题及解析

一、刑法概论

(一) 刑事立法与解释



一点通

刑法的解释是指对刑法条文的真实含义的说明。对刑法的解释过程，应该是透过文字寻找正义的过程，既不能脱离文字，也不能背弃正义。

刑法解释方法分为两大类：文理解释和论理解释。

文理解释，就是用条文用语的通常意义来阐释刑法意义的解释方法。文理解的根据主要是语词的含义、语法、标点等。

论理解释，就是参酌刑法产生的原因、理由、沿革以及其他相关事项，按照立法精神，发现刑法真实含义的解释方法。论理解释是对文理解的补充。

1. 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年卷二51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

【答案】 ABCD

【解析】 文理解和论理解释是对法条进行解释的参照事项，又称解释理由。扩大解释、缩小解释、当然解释是对条文进行解释的技巧。对一个刑法条文或者一个刑法用语的解释，只能采用一种解释技巧。采用何种解释技巧，取决于

解释的参照事项，而解释的参照事项是可以并用的。所以第①②句是正确的。

类推解释作为解释技巧被罪刑法定原则所禁止，扩大解释则被允许，但是不合理的扩大解释也违背罪刑法定原则。所以第③句话是正确的。

当然解释，是指在所面临的案件缺乏可以适用的法条时，通过参照各种事项，从既有的法条获得指针，对案件适用法条的一种解释。在适用当然解释时，也要求案件事实符合刑法规定的构成要件，即当然解释的结论，必须为刑法用语所包含，否则也会违背罪刑法定原则。所以第④句正确。

由于①②③④句话的内容都是正确的，所以ABCD项的判断都是错误的。

2. 关于《刑法》分则条文的理解，下列哪些选项是错误的？(2011年卷二58题，多选)

- A. 即使没有《刑法》第二百六十九条的规定，对于犯盗窃罪，为毁灭罪证而当场使用暴力的行为，也要认定为抢劫罪
- B. 即使没有《刑法》第二百六十七条第二款的规定，对于携带凶器抢夺的行为也应认定为抢劫罪
- C. 即使没有《刑法》第一百九十六条第三款的规定，对于盗窃信用卡并在ATM取款的行为，也能认定为盗窃罪
- D. 即使没有《刑法》第一百九十八条第四款的规定，对于保险事故的鉴定人故意提供虚假的证明文件为他人实施保险诈骗提供条件的，也应当认定为保险诈骗罪的共犯

【答案】 AB

【解析】 法律拟制，是指明知不同，而基于法律的规定，故意等同视之，是法律中的特别规定。《刑法》第269条和第267条第2款属于典型的法律拟制。如果没有法律的特别规定，对于犯盗窃罪，为毁灭罪证而当场使用暴力的行为，要认定为盗窃罪与故意伤害罪（可能的），实行数罪并罚；对于携带凶器抢夺的行为，也只能认定

为抢夺罪。因此 AB 两项说法错误。

《刑法》第 196 条第 3 款规定，盗窃信用卡并使用的，按照盗窃罪处理。此规定有法律拟制的成分，如盗窃信用卡后在银行柜台使用，存在信用卡诈骗的行为，却仍然按照盗窃罪处理。但是也有本来属于盗窃罪的内容，如盗窃信用卡在 ATM 机上使用，因为没有信用卡诈骗活动，不成立信用卡诈骗罪，本来就是盗窃罪。所以 C 项说法正确。

《刑法》第 198 条第 4 款的规定属于注意规定。注意规定是指对于刑法中本来就有的规定，进行重复性的说明，以提示法官注意。严格的说，注意规定就是刑法中的废话，即使没有注意规定，也应当按照行为本来性质认定。保险事故的鉴定人故意提供虚假的证明文件为他人实施保险诈骗提供条件的，本来就是保险诈骗罪的帮助犯，即使没有第 198 条的说明，也应当根据共同犯罪的原则认定为保险诈骗罪的共犯。因此 D 项说法正确。

3. 关于刑法解释的说法，下列哪一选项是正确的？（2009 年卷二 1 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》第一百七十一条出售假币罪中的“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

【答案】 C

【解析】 文理解释就是对法律用文字的通常含义进行解释。一般国民口中所说、耳中所听的“偷东西”、“盗窃财物”，必然指的是偷“别人的东西”、“盗窃别人的财物”。这就如《刑法》第 232 条规定“故意杀人的”，通常含义必然是“故意杀别人的”，不会包含自杀。所以此处将盗窃罪对象的“公私财物”解释为“他人的财物”，就是文理解释，而不是缩小解释。因此 A 错误。

“出售”的本意仅包含销售。“购买”是“销

售”的对行行为，与“出售”一词并没有相同的内容。将“出售”解释为包括“购买”在内，超出了“出售”语词的可能具有的含义，属于类推解释。因此 B 错误。

“凶器”指的是在性质上可以用来杀伤他人的器物，如管制刀具。即国家禁止个人携带的器械。在生活中存在着虽然在性质上不是用来杀伤他人，而是用来从事日常生产生活的，但是却可以用来杀伤他人的器具，如菜刀、螺丝刀等日用品。当行为人携带此等物品抢夺时，对被害人形成的威胁与管制刀具没有本质差异，所以也应该认定为刑法上的“凶器”。这是对“凶器”语词的扩大解释。因此 C 正确。

信用卡本指由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能的电子支付卡。立法解释认为具有上述部分功能的电子支付卡，即借记卡作为犯罪对象与信用卡作为犯罪对象所造成的财产损失和金融风险是没有本质区别的，因此将信用卡的范围扩大到包含借记卡。这并没有违背国民对信用卡的正确理解，没有超出国民的预测，所以不是类推解释，而是扩大解释。因此 D 错误。

4. 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 年卷二 20 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

【答案】 B

【解析】 立法解释是立法机关对法律施行过程中发生歧义的规定所作的解释，并不是立法，不得在法律文本之外去规定新的内容；规定“携带凶器盗窃的，以抢劫罪论处”，不再是对法律文

本的解释,而是立法,不应是立法解释的内容。所以①的说法错误。立法解释也是解释,必须遵循罪刑法定原则,不得类推;所以②的说法是正确的。由于中国的立法机关并不是与司法机关平行的,而是司法机关的上级机关,因而当两机关所作解释发生冲突时,应适用立法解释优于司法解释原则,而不是新解释优于旧解释原则;因而③的说法是错误的。扩大解释是论理解释的一种方法,即扩张刑法的字面含义,使其符合刑法的真实含义,是对用语通常含义的扩张,不能超出用语可能具有的含义。扩大解释本身不是类推,不违反罪刑法定原则,立法机关和司法机关都可以使用扩大解释的方法对法条进行阐释。所以④的说法是错误的。

5. 下列哪种说法是正确的?(2006年卷二20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

【答案】 D

【解析】 A选项,扩大解释虽然是对固有词义的扩展,但也必须是不能超出国民对词语含义的预测可能性的。将“妇女”解释为包括男性,显然是超出了一般人对“妇女”含义的理解的,不是扩大解释,而是违背罪刑法定原则的类推解释。B选项,类推是对词义的不当扩展,对词义限制解释不属于类推解释的范畴。所以将故意杀人罪中的“人”解释为“精神正常的人”,不属于类推解释,而是违背法益保护目的的缩小解释。C选项,“伪造”中包含变造,是一般国家刑法立法的通行做法。但在我国刑法中,有伪造货币罪和变造货币罪的区别,所以不可以将伪造货币罪中的“伪造”解释为包括变造。在其他国家的刑法中,伪造包含变造也不被认为是“法律允许的类推解释”(指有利于被告人的类推解

释),而属于正常的扩大解释。D选项,“情报”的范围包含一切信息在内,将其限制为“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”,当然属于缩小解释。

(二) 刑法的基本原则



一点通

罪刑法定原则的基本含义是:犯罪和刑罚,必须基于国民的意思,事先予以规定。罪刑法定原则既是司法机关适用刑法必须遵循的原则,也是立法机关制定刑法必须遵循的原则。罪刑法定原则体现了对民主和人权的尊重与保护。

罪刑法定原则有形式的侧面和实质的侧面两方面具体内容:

1. 形式的侧面

(1) 法律主义(成文法主义);(2) 禁止溯及既往;(3) 禁止有罪(不利于被告人的)类推;(4) 禁止绝对不定(期)刑。

2. 实质的侧面

(1) 明确性;(2) 禁止处罚不当罚的行为;(3) 禁止不均衡的、残虐的刑罚。

1. 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年卷二1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

【答案】 D

【解析】 A选项,依法治国的内容是依据已经确定的法律处理国家内部的矛盾和冲突,不得超出法律的范围行使权力。罪刑法定是指依据已经确定的法律来认定和惩罚犯罪,不得超出刑法的规定定罪和量刑。罪刑法定本身就是依法治国在刑法领域的体现。

B选项,依法治国的本质是用法律制约权力,

任何权力的行使都必须有法律事先的规定。罪刑法定原则要求司法者严格遵循立法者已经制定的刑法来定罪量刑,不得随意解释法律,更不得随意改变法律的规定。这恰是对司法权力的制约。罪刑法定的实质侧面,又要求立法者必须明确地、正当地规定犯罪和刑罚,不得制定模糊的法律,不得惩罚不值得或者不应该惩罚的事项,不得制定残虐的、不均衡的刑罚。这恰是对立法权力的制约。

C 选项,法律应当体现人民的意志,保证立法是维护人民利益的“善法”而不是戕害人民利益的“恶法”。依法治国应当依照“善法”治国,对这一目标的实现依赖于立法的民主而非专断。罪刑法定原则的思想基础之一是民主主义,在我国就体现为人民民主,即立法的内容要体现民意,维护国民的正当价值和利益。

D 选项,真正的法律是执法者手中的法律。立法无论如何精妙,没有被执行的法律也不能算法律。执法为民应该是执法者依据现在国民对法律的诉求而对法律作出合乎当代价值的解释与适用。但是解释和适用的文本必须是已经确定的法律,否则就是违背依法治国的基本要求,就是权力滥用。网民一则不是全体人民,并不一定代表大多数人的意见;二则网民容易为舆论所诱导,并不能作出专业的判断。民主并不是暴民政治,民主也要讲理,也要在事先规定好的法律范围内处理社会矛盾。所以定罪量刑必须是在刑法规定的范围内,作出合乎社会要求和价值的结论,而不是不顾法律的规定,迎合网民的口味。因此 D 项错误。

【总结】对于有社会主义法治理念的帽子的刑法题,各位不需要看社会主义法治理念的内容是否合理,只需看案件是否符合刑法的规定。符合刑法规定的,就是符合社会主义法治理念的。

2. 某孤儿院为谋取单位福利,分两次将 38 名孤儿交给国外从事孤儿收养的中介组织,共收取 30 余万美元的“中介费”、“劳务费”。关于本案,下列哪一选项符合依法治国的要求?(2011 年卷二 2 题,单选)

- A. 因《刑法》未将此行为规定为犯罪,便不能由于本案社会影响重大,就以刑事案件查处
- B. 本案可追究孤儿院及其主管人员、直接

责任人的刑事责任,以利于促进政治效果与社会效果的统一

- C. 报请全国人大常委会核准后,本案可作为单位拐卖儿童犯罪处理,以利于进一步发挥法律维护社会稳定的作用
- D. 可追究主管人员与其他直接责任人的刑事责任,以利于促进法律效果、政治效果与社会效果的统一

【答案】 D

【解析】 孤儿院为牟取利益,将儿童以“中介费”、“劳务费”的名义出卖给其他人的,虽然单位不能成立拐卖儿童罪,但是策划、实施这一行为的具体负责人成立拐卖儿童罪。注意单位犯罪的根基仍然是自然人犯罪,以单位名义实施的犯罪行为,首先是自然人实施的犯罪,只是由于刑法的特别规定才按照单位犯罪处理。所以以单位名义实施的犯罪行为,如果刑法没有特别地将其规定为单位犯罪,则按照相应的自然人犯罪处理。

A 项因为对《刑法》规定理解有误,《刑法》已经将此种行为规定为犯罪,所以是错误的。

B 项因为追究了单位(孤儿院)的刑事责任,违反了刑法关于拐卖儿童罪主体范围的规定,所以错误。

C 项属于事后立法,即违背了罪刑法定原则。立法者即使在危害行为发生后针对性立法,也不得溯及既往。

D 项说法符合,根据《刑法》的规定,可以对孤儿院的主管人员和其他直接责任人员认定为拐卖儿童罪。这样的处理既符合刑法的要求,也符合人民对司法机关的期望和要求,更保护了儿童的合法受监护的权益。

3. “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 年卷二 1 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

【答案】 D

【解析】 罪刑法定原则是刑法的基本原则，它不单是抽象的理念，更有具体的要求：

罪刑法定原则要求禁止刑法溯及既往，即犯罪和刑罚必须在行为前预先规定，刑法不得对其公布、施行前的行为进行追溯适用。这就是“事前”的罪刑法定，即在行为前刑法有相关的犯罪和惩罚的规定。

罪刑法定原则要求成文法主义，即犯罪和刑罚必须由立法者通过特定程序以文字的形式记载下来，刑事司法应该以成文法为准，而不能适用习惯法。此所谓“成文”的罪刑法定，即罪和刑是成文法的内容。

罪刑法定原则要求合理解释刑法，禁止类推解释。类推解释是指对于法律没有明文规定的行为，适用有类似规定的其他条文予以处罚。类推解释实际上是对事先在法律上没有规定要处罚的行为进行处罚，属于司法恣意地对国民的行动自由进行压制，不符合保障人权的罪刑法定原则的要求。这就是“严格”的罪刑法定，即对刑法的解释要严格限制在法条文义的范围內。

罪刑法定原则要求刑罚法规的适当。刑罚法规的适当，又称“刑罚的适正性”，是罪刑法定原则实质方面的要求，即要求《刑法》具有明确性、禁止处罚不当罚的行为、禁止不确定刑。由于其内容包含了《刑法》明确性和禁止不确定刑，所以被称为“确定”的罪刑法定。

4. 关于罪刑法定原则，下列哪一选项是正确的？（2006年卷二1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

【答案】 C

【解析】 A选项，民主主义是现代罪刑法定原则的思想基础，指的是法律由人民选举出来

的立法者通过立法程序制定，法律代表民意。习惯虽然代表了部分民意，但不是通过立法程序被确定为成文的法律，所以不符合罪刑法定原则“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”的要求。B选项，规定犯罪与刑罚的法律必须是民意通过程序的体现，只能是立法者立法活动的结果，行政机关没有立法权，自然也不能制定刑法。C选项，溯及既往的法律破坏了人们对法律的预测可能性，使得法律丧失了行为规范的机能，所以现代刑法禁止溯及既往。但是对于有利于行为人的新法，基于人权保障的原则，刑法采取了“从旧兼从轻”的原则，是可以溯及既往的。D选项，按照刑法分则条文对于罪状的描述方式，罪状可分为简单罪状、叙明罪状、引证罪状和空白罪状，除叙明罪状以外，其他都是不具体的描述。虽然罪刑法定原则要求立法的明确性，但法律的明确性可以通过立法规定和对法律的解释共同实现。只要简洁的立法不妨碍合理的解释，而合理的解释又可以完成罪状明晰的任务，就认为不违反罪刑法定原则。

5. 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年卷二2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”

【答案】 D

【解析】 将此题作为填空题来做，不要提前看选项。依次填充的词语是：罪刑、罪刑、罪刑、罪行、刑事责任、罪行。参见《刑法》第3条、第5条和第48条。

6. 下列关于罪刑相适应原则的说法哪些是正确的？（2005年卷二51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运用减刑、假释等制度

【答案】 BCD

【解析】 罪刑相适应原则首先要求刑罚的设定必须轻重有序、适当，各个法条之间对犯罪量刑要统一平衡，不能罪重的量刑比罪轻的轻，也不能罪轻的量刑比罪重的重。因此 B 选项说法正确。罪刑相适应原则要求刑罚与罪质相适应。不同的罪质标志着行为侵害、威胁法益的程度不同。这种不同正是表明各种犯罪具有不同的危害程度、从而决定刑事责任大小的根本所在。罪刑相适应原则要求刑罚与犯罪情节相适应，在罪质相同的犯罪中，犯罪情节不同，其社会危害性就不同，量刑当然必须注意刑罚与犯罪情节相适应。刑罚的轻重还要与犯罪人的人身危险性相适应。人身危险性体现着行为人对社会的潜在危险程度，现代刑罚追求遏制犯罪、预防犯罪的目标，把人身危险性作为决定刑罚轻重的标准之一，符合刑罚目的的要求。所以 C 选项说法正确。罪刑相适应原则在行刑中体现为重视人身危险性的消长变化，具体的制度运作就是合理运用减刑、假释等规定。因此 D 选项说法正确。A 选项中的“刑法不溯及既往”是罪刑法定原则的派生原则，而非罪刑相适应原则的内容，因此 A 选项错误。

7. 关于罪刑法定原则及其内容，下列哪一选项是正确的？（2004 年卷二 16 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

【答案】 C

【解析】 罪刑法定并不禁止和排斥扩大解释，允许对被告人有利的类推解释，所以 A 选项的说法不正确。刑法立法之后禁止任何机关以任何方式对刑法进行不利于被告人的类推解释，所以 B 选项的说法错误。C 选项，实际上就是“从旧兼从轻”原则的表述，正确。D 选项中，规范

的构成要件要素是指司法活动中需要法官进行规范的、评价的价值判断才能够认定的犯罪构成要件要素。法官价值观的差异必然影响对法的适用，往往因为理解不同而形成不同的判决结果。罪刑法定中明确性原则要求刑法规范明确，这样就与规范的构成要件要素形成一定的矛盾。罪刑法定原则排斥规范的构成要件要素，但是刑法中不可避免地存在大量的诸如“情节严重”、“情节恶劣”、“猥亵”等依赖于法官解释的规范的构成要件要素，成为罪刑法定原则适用的例外。

（三）刑法的适用范围



一点通

1. 属地管辖：

（1）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，都适用中国刑法。

（2）凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，也适用中国刑法。

（3）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。

2. 保护管辖：

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，而按中国刑法规定的最低刑为 3 年以上有期徒刑的，可以适用中国刑法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。

1. 关于刑事管辖权，下列哪些选项是正确的？（2007 年卷二 51 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

【答案】 ABD

【解析】 A选项,根据属地管辖原则,对于共同犯罪,只要部分犯罪人的部分犯罪行为发生在中国,就认为是在中国领域内犯罪,中国司法机关就有全案管辖权。甲教唆陈某到中国实施绑架,符合这一原则,中国司法机关有刑事管辖权。B选项,发生在他国境内,犯罪人与受害人均非我国公民的普通刑事案件,中国司法机关不享有刑事管辖权。虽然乘坐中国的汽车,但与航空器、船舶不同,地面交通工具的“国籍”不影响管辖权。所以中国司法机关对汤姆的杀人行为没有管辖权。C选项,根据普遍管辖原则,中国在承担国际义务的范围内对国际条约规定的犯罪实施管辖。丙劫持航空器属于普遍管辖的范围。但是国际条约中并没有具体罪刑规定,对丙定罪量刑的依据是中国刑法。D选项,根据保护管辖原则,对发生在国外的外国人侵害中国人或者中国国家利益的犯罪行为,按照中国刑法的规定,该罪的最低刑为3年以上有期徒刑的,可以适用中国刑法。“可以”的用词意味着也可以不适用中国刑法。

2. 某外国商人甲在我国领域内犯重婚罪,对甲应如何处置?(2005年卷二3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

【答案】 A

【解析】 根据《刑法》第6条规定的属地管辖原则,任何人(享有外交特权和豁免权的除外)在我国领域内犯罪都适用我国刑法。题中外国商人在我国犯重婚罪,当然适用我国刑法。驱逐出境是附加刑,须在主刑执行完毕后执行。所以D选项错误。

3. 下列哪些犯罪行为应实行属地管辖原则?(2005年卷二56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

【答案】 AC

【解析】 根据《刑法》第6条规定的属地管辖原则,凡在中国领域内犯罪的,除法律有特别规定外,都适用我国刑法。这里的中国领域包括我国的领陆(D选项中的“外国”不符合)、领空(A选项符合)、领海(B选项中的“公海”不符合),还包括悬挂我国国旗的航空器(C选项符合)和船舶。

4. 下列关于中国刑法适用范围的说法哪些是错误的?(2004年卷二56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

【答案】 ABC

【解析】 A选项,根据《刑法》第6条的规定,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。犯罪行为不仅仅是指犯罪的实行行为,也不仅仅是指犯罪的既遂状态,还包括共同犯罪中的任何行为以及故意犯罪行为的任何阶段及其状态。因此,约翰教唆他人进入中国境内发展黑社会组织的行为,也相应地成立犯罪。被教唆人到中国实施该犯罪行为的,教唆行为的结果发生在中国,可以适用中国刑法对汤姆追究刑事责任。B选项,《刑法》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。中国公民赵某在国外贩卖毒品,按照中国刑法的规定,成立贩卖毒品罪,应适用中国刑法追究刑事责任。C 选项, A 国公民丙实施的绑架行为发生在中国境内,根据《刑法》第 6 条的规定,属于在中华人民共和国国内犯罪的情形,中国刑法对其具有效力。这是属地管辖原则的体现,不能按照保护管辖原则来处理。D 选项,《刑法》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。“可以不予追究”表明在某些情况下也可以追究行为人的刑事责任。

二、犯罪构成

(一) 概述



一点通

依照刑法理论,构成要件要素可分为记述的构成要件要素和规范的构成要件要素。记述的构成要件要素指只需要进行事实判断、知觉的、认识的活动即可确定的要素。规范的构成要件要素是需要法官进一步就具体的事实关系进行价值判断和评价才能确定的要素。规范的构成要件要素包括(麦茨格标准):

1. 法律的评价要素:如“国家工作人员”、“司法工作人员”、“公私财物”、“依法”。
2. 一般文化的、社会的评价要素:如“淫秽物品”、“猥亵”、“泄愤报复”、“住宅”、“不正当利益”。
3. 量的评价要素:如“数额较大”、“严重残疾”、“情节严重”。

1. 关于构成要件要素的分类,下列哪些选项是正确的?(2008 年卷二 51 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

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

【答案】 ACD

【解析】 记述的构成要件要素,是指只需要法官的认识活动即可确定的要素。对记述构成要件要素虽有解释的必要;但在解释上没有争议,并不需要法官的价值评价。如对“贩卖”、“妇女”、“毒品”等用语的理解。规范的构成要件要素,指需要法官规范的、评价的价值判断才能认定的要素。法官的这种评价可能基于法官的自由裁量,也可能基于道德、礼仪、交易习惯等法以外的规范。如“淫秽”、“猥亵”等与道德有关的用语。因此, A 选项与 C 选项是正确的, B 选项是错误的。

成文的构成要件要素,指刑法明文规定的要素。不成文的构成要件要素,是指刑法条文表面上没有明文规定,但根据刑法条文间的相互关系、刑法条文对相关要素的描述所确定的,成立犯罪所必须具备的要素。《刑法》第 263 条规定的抢劫罪,对客观要素——“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物”的规定,是法条的明文规定,属于成文的构成要件要素。但是在法条中没有规定抢劫罪的主观目的。由于抢劫罪是破坏他人对财物的占有,意图建立新的占有关系的犯罪,因而此罪要求行为人以非法占有他人财物为目的,但是此目的在法条中没有出现,属于不成文的构成要件要素。因此, D 选项正确。

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 年四川延考试题卷二 51 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

【答案】 BCD

【解析】 A 选项，客观的构成要件要素是指说明行为外部的、客观方面的要素，如行为、结果、主体身份等。主观的构成要件要素指表明行为人内心的、主观面的要素，如故意、过失等。“为谋取不正当利益”是表明行为人主观目的的要素，说明行为人的内心而不是外部行为，所以是主观构成要件要素而不是客观构成要件要素。所以 A 选项说法错误。B 选项，只需要进行事实判断、知觉的、认识的活动即可确定的要素，是记述的构成要件要素。需要法官进行补充的价值判断的要素，是规范的构成要件要素。刑法中的“不正当利益”需要法官根据一般文化的、社会的评价进行判断，属于规范的构成要件要素。所以 B 选项说法正确。表明成立犯罪必须具备的要素，是积极的构成要件要素；否定犯罪性的构成要件要素，是消极的构成要件要素。“给予国家工作人员以财物”是成立行贿罪的客观行为，因而是客观构成要件要素、积极的构成要件要素，所以 C 选项说法正确。“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”是对成立行贿罪的否定，所以是消极的构成要件要素，D 选项说法正确。

(二) 客观方面



一点通

1. 不作为犯的成立条件

基于保证人地位的作为义务，是成立不作为犯罪的核心要素。负有防止结果发生的特别义务的人，是“保证人”。

(1) 作为义务的发生根据

1) 基于对危险源的支配产生的监督义务

危险源本身就是导致结果发生的原因，行为人处于控制危险的地位，因而支配了结果发生的原因。包括：对危险物的管理义务，如饲养动物的人负有防止动物致人伤亡的义务。对他人危险行为的监督义务，如父母对未成年子女的危险行为予以监督、阻止的义务。对自己先前行为引起的法益侵害危险的防止义务。先行行为可以是合法行为，但是正当防卫行为并不成为作为义务的来源，其他的正当行为仍然可以引起保护义务，如紧急避险；也可以是不法行为，包括犯罪，但是在刑法就某种故意犯罪行为规定了结果加重犯时，由于可以将加重

结果评价在相应的结果加重犯中，不需要单独认定不作为犯。

2) 基于与法益的无助状态的特殊关系而产生的保护义务

当法规范、制度或者自愿接受使得对脆弱的法益保护具体地依赖于特定的人时，该人具有保证人的地位。包括：法律明文规定的保护义务。如家庭成员之间相互抚养的义务、当事人履行生效的法院裁判的义务。此处的“法律”是广义的，但由于宪法所规定的义务具有抽象性，故难以直接成为具体不作为犯罪的义务根据。职务、业务要求的义务，如值班医生、执勤消防队员等。自愿接受行为引起的义务。如登山队（合法的危险共同体）在登山时队员之间约定相互救助的情况，或者将弃婴领回家中的情况。

3) 基于对法益的危险发生领域的支配产生的阻止义务

法益的危险发生在行为人支配的领域时，行为人具有实质的法义务。包括：对自己支配的建筑物、汽车等场所内的危险的阻止义务。对发生在自己身体上的危险行为的阻止义务。

4) 先行行为（危险前行为）引起的义务

行为人的某种行为导致刑法保护的法益处于危险状态时，行为人负有的排除危险或防止结果发生的特定积极义务。

除上述义务来源外，行为人偶然遇到了自发的或者他人造成的法益危险状态时，除非行为人处于保护被害人的法律地位，一般不产生作为义务。单纯的道义义务不能成为作为义务的发生根据。

(2) 作为可能性

负有作为义务的人具有履行该特定义务的可能性。

(3) 结果回避可能性

不作为造成或者可能造成危害结果。不作为与最终结果的出现是有因果关系的。

(4) 不作为与作为具有等价性，符合犯罪构成的要求

行为符合不作为的一般客观条件，并不直接成立犯罪。只有能够将因不作为而导致结果与因作为而导致结果“同视”时（看作是一

样), 某种不作为才成立犯罪。如发现火警不报告, 不能认定为放火罪。

2. 因果关系

(1) 因果关系判断标准: 行为产生的危险被现实化, 行为就是结果的原因。

行为制造或者升高了不被容许的危险, 并且危险在具体的事件历程中被现实化, 出现了行为所违背的规范所要排斥的结果。

(2) 具体应用

1) 多因一果: 行为对结果参与性地直接起作用, 有因果关系。

2) 原因的原因

第一个原因制造的是不被社会所容忍的风险, 则行为对结果间接的起作用, “原因的原因也是原因”。

但是如果第一个原因制造的是可以被社会容忍的风险, 则“原因的原因不是原因”。

3) 介入因素

如果介入因素引起结果的相关性程度低, 并不妨碍行为的危险性向结果的现实化转化, 即介入因素只是减损了危险现实化为结果的行为效果, 则不能阻断行为和结果之间的因果关系。

如果介入因素作为独立的原因直接导致结果出现的, 则结果的出现不是先前行为人所制造的风险的实现, 因果关系被阻断。

1. 关于因果关系, 下列哪一选项是错误的? (2011 年卷二 3 题, 单选)

- A. 甲将被害人衣服点燃, 被害人跳河灭火而溺亡。甲行为与被害人死亡具有因果关系
- B. 乙在被害人住宅放火, 被害人为救婴儿冲入宅内被烧死。乙行为与被害人死亡具有因果关系
- C. 丙在高速路将被害人推下车, 被害人被后面车辆轧死。丙行为与被害人死亡具有因果关系
- D. 丁毁坏被害人面容, 被害人感觉无法见人而自杀。丁行为与被害人死亡具有因果关系

【答案】 D

【解析】 因果关系的判断标准是, 行为产生的危险被现实化, 行为就是结果的原因。当行为与结果之间介入其他因素时, 如果介入因素与最终结果之间的相关性程度高, 则可以隔断前行为与最终结果之间的因果关系; 如果介入因素与最终结果之间的相关性程度低, 则仍然是原行为引发了结果, 介入因素不隔断因果关系。

在被害人行为作为介入因素的情况下, 如果犯罪人实施的行为导致被害人不得不或者几乎必然实施介入行为的, 或者被害人实施的介入因素具有通常性的, 即使该介入行为具有高度危险, 也不隔断犯罪人行为与结果之间的因果关系。A 项与 B 项的内容就属于此种情形。如果被害人介入了对结果起决定作用的异常行为, 则不能将结果归责于犯罪人的行为。D 项属于该种情形, 毁容并不通常引起自杀。在介入第三者行为的情况下, 如果被告人实施危险行为后, 通常乃至必然会介入第三者的行为, 导致结果发生的, 应当肯定被告人的行为与结果之间的因果关系。C 项属于此种情形。^①

2. 关于不作为犯罪, 下列哪些选项是正确的? (2011 年卷二 52 题, 多选)

- A. 宠物饲养人在宠物撕咬儿童时故意不制止, 导致儿童被咬死的, 成立不作为的故意杀人罪
- B. 一般公民发现他人建筑物发生火灾故意不报警的, 成立不作为的放火罪
- C. 父母能制止而故意不制止未成年子女侵害行为的, 可能成立不作为犯罪
- D. 荒山狩猎人发现弃婴后不救助的, 不成立不作为犯罪

【答案】 ACD

【解析】 成立不作为犯罪, 要求行为人处于阻止危险的保证人地位, 即首先具备作为义务。传统刑法理论界采取形式的义务来源四分说, 现在采取实质的法义务来源学说。

依据实质的法义务来源, 基于对危险源的支配, 行为人产生的监督义务可以是不作为犯的义务来源。危险源本身就是导致结果发生的原因,

^① 题目中的案例与定性理由见张明楷著: 《刑法学》, 法律出版社 2011 年版, 第 185~187 页。