

司法考试历年试题及考点归类精解

2006 年版

刑 法

法律考试中心 组编

主 编	张能宝		
副主编	杨艳霞	张 玲	
撰稿人	刘亚莉	张 玲	张能宝
	李 磊	李慧琦	朱宣烨
	杨艳霞	孟森森	董春华

法律出版社

目 录

第一部分 1999—2005 年司法考试(律师资格考试)分值分布、命题基本规律

与复习技巧 (1)

一、司法考试(律师资格考试)分值分布 (1)

二、命题基本规律与复习技巧 (1)

第二部分 客观试题归类精解 (4)

一、刑法的解释、基本原则与适用范围 (4)

(一)单项选择题 (4)

(二)多项选择题 (7)

(三)不定项选择题 (10)

(四)已考考点及已考法条归纳 (12)

(五)备考提示 (12)

二、犯罪构成 (13)

(一)单项选择题 (13)

(二)多项选择题 (20)

(三)已考考点及已考法条归纳 (24)

(四)备考提示 (24)

三、正当防卫与紧急避险 (25)

(一)单项选择题 (25)

(二)多项选择题 (27)

(三)已考考点及已考法条归纳 (28)

(四)备考提示 (28)

四、故意犯罪的未完成形态 (29)

(一)单项选择题 (29)

(二)多项选择题 (33)

(三)已考考点及已考法条归纳 (35)

(四)备考提示 (35)

五、共同犯罪 (36)

(一)单项选择题 (36)

(二)多项选择题 (37)

(三)不定项选择题 (44)

(四)已考考点及已考法条归纳 (45)

(五)备考提示 (45)

六、罪数的特别形态——一罪与数罪	(45)
(一)单项选择题	(45)
(二)多项选择题	(46)
(三)已考考点及已考法条归纳	(50)
(四)备考提示	(50)
七、刑罚的体系	(50)
(一)单项选择题	(50)
(二)多项选择题	(51)
(三)已考考点及已考法条归纳	(53)
(四)备考提示	(53)
八、量刑	(54)
(一)单项选择题	(54)
(二)多项选择题	(57)
(三)不定项选择题	(61)
(四)已考考点及已考法条归纳	(63)
(五)备考提示	(63)
九、行刑	(63)
(一)多项选择题	(63)
(二)已考考点及已考法条归纳	(65)
(三)备考提示	(65)
十、危害国家安全罪	(65)
(一)单项选择题	(65)
(二)已考考点及已考法条归纳	(65)
(三)备考提示	(65)
十一、危害公共安全罪	(66)
(一)单项选择题	(66)
(二)多项选择题	(67)
(三)不定项选择题	(68)
(四)已考考点及已考法条归纳	(69)
(五)备考提示	(69)
十二、破坏社会主义市场经济秩序罪	(70)
(一)单项选择题	(70)
(二)多项选择题	(74)
(三)不定项选择题	(81)
(四)已考考点及已考法条归纳	(83)
(五)备考提示	(84)
十三、侵犯公民人身权利、民主权利罪	(84)
(一)单项选择题	(84)
(二)多项选择题	(87)

(三)不定项选择题·····	(90)
(四)已考考点及已考法条归纳·····	(92)
(五)备考提示·····	(92)
十四、侵犯财产罪·····	(92)
(一)单项选择题·····	(92)
(二)多项选择题·····	(98)
(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)
十五、妨害社会管理秩序罪·····	(107)
(一)单项选择题·····	(107)
(二)多项选择题·····	(111)
(三)不定项选择题·····	(114)
(四)已考考点及已考法条归纳·····	(120)
(五)备考提示·····	(120)
十六、贪污贿赂罪·····	(121)
(一)单项选择题·····	(121)
(二)多项选择题·····	(123)
(三)不定项选择题·····	(126)
(四)已考考点及已考法条归纳·····	(127)
(五)备考提示·····	(127)
十七、渎职罪·····	(128)
(一)单项选择题·····	(128)
(二)多项选择题·····	(128)
(三)已考考点及已考法条归纳·····	(130)
(四)备考提示·····	(130)
十八、危害国防利益罪·····	(131)
(一)单项选择题·····	(131)
(二)已考考点及已考法条归纳·····	(132)
(三)备考提示·····	(132)
十九、军人违反职责罪·····	(132)
(一)不定项选择题·····	(132)
(二)已考考点及已考法条归纳·····	(132)
(三)备考提示·····	(132)
第三部分 案例分析题集中精解·····	(133)
一、试题解析·····	(133)
二、已考考点及已考法条归纳·····	(144)
三、备考提示·····	(144)

第一部分 1999—2005 年司法考试(律师资格考试)
分值分布、命题基本规律与复习技巧

一、司法考试(律师资格考试)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
2005 年	20	32	8	15	75
2004 年	20	22	18	25	85
2003 年	12	20	8	9	49
2002 年	12	20	8	25	65
2000 年	11	11	6	22	50
1999 年	10	9	6	16	41

说明:2002 年案例分析题的分值包含了试卷四第 10 题司法文书写作中刑法部分的内容。

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”,前几年的分值一直在 55 分左右波动。2004 年,由于总分增加到 600 分,刑法部分的分值达到 85 分。2005 年有所下降,为 75 分,仍然是比较高的。从 2002 年到现在,刑法的题目难度逐年增大,对理论知识的考查越来越广泛、深入。

要复习好刑法首先要了解刑法的命题规律。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。例如刑法总则部分的刑事责任年龄、刑事责任能力、共犯理论、数罪并罚制度;分则部分的贷款诈骗罪、信用卡诈骗罪、强奸罪、盗窃罪、抢劫罪、侵占罪、贪污罪、行贿罪、受贿罪等,简直是“百考不厌”,而且考的非常细。

由于命题人的改变,2005 年的题目较前几年的题目在风格上有较大改变,呈现出总体难度有所降低,直接考查法条的题目增多,考查经

济犯罪的题目增多的特点。但从内容上看,依然体现了“重者恒重”的命题规律。较之以往,2005 年考题大幅度增加了对刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”的考查。在总共 40 道选择题中,第三章的考题占到 7 道,分值达到 11 分,第四卷 15 分的案例分析题也主要是考查金融诈骗罪,二者相加,几乎占到刑法总分值的 1/3。但在第三章之内,考查常见、重点犯罪的还是占到了一半以上。传统重点《刑法》分则第五章的考题仍有 6 题。所以,以重点罪为主要考查内容是不会改变的。对这些重点罪要深入、仔细地掌握。

还要提醒考生注意的是:由于《刑法》分则第三章的犯罪专业性很强,不易设题,以前出的题目很少,但近两年的考题一直在增加。大家要改变以前不重视第三章的犯罪的做法,对第三章的重点罪要认真掌握。

另外,从这几年对单位犯罪的考查来看,哪些由单位进行的犯罪不能定单位犯罪,即哪些犯罪没有单位犯罪越来越成为考试重点。考生必须掌握重点罪名是否有单位犯罪。这些重点

罪名包括贷款诈骗罪、信用卡诈骗罪、盗窃罪、抗税罪等。

由于受“罪刑法定”原则制约,以前的考题很少考没有直接法律依据的理论知识。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。2004年的试卷二第16题、85题、86题都体现了很强的理论性,2005年考查刑法概论,即《刑法》总则第一章“刑法的任务、基本原则和适用范围”的题目占到了5道。因此广大考生在掌握基础法律知识的同时还要对学术前沿的、权威的观点和司法实践中经典的案例有所了解。

在命题规律上,还有一点需要特别提及:刑法命题偏爱考查特例。这有两种情况:一种是考查法律规定中的特例,有些甚至是不合理的特别规定:例如14—16周岁少年的刑事责任;一行为两罪(骗取出口退税罪与偷税罪的竞合,《刑法》第204条第2款);强奸妇女而不定强奸罪(《刑法》第240条);另一种是现实生活中很少发生的特例,这些特例一般都是疑难案件。例如乘坐出租车的乘客强逼司机对假币进行找零(2002年试卷二第12题);用别人的摩托车紧急避险后竟然侵占人家的财产、毁掉摩托车(2002年试卷四第2题);某人要害死女友,女友竟然提前被泥石流吞没(2003年第41题);某人在抢劫中中止抢劫,却要强制猥亵受害人(2004年试卷四第6题);某人欲行强奸,强脱被害人衣服时才发现对方是男的(2005年试卷二第7题)等。前一种特例,考的是记忆力;后一种特例考的则是对法条的深刻理解。

(二)复习技巧

1. 胸有成竹:

这不是指大家结束复习时要达到的效果,而是开始复习时就要达到的状态。不是要求大家开始复习时就对刑法的所有内容了然于胸,而是说在开始复习刑法前,要对刑法的整体结构有一个清晰的了解,能够把各个知识点归到相应的大项中。这是一种减负的工作。例如我们要知道刑法总则其实只有两部分内容:犯罪

论与刑罚论,关于定罪的属于犯罪论,例如刑事责任年龄、故意犯罪的未完成形态;关于量刑的属于刑罚论,例如自首制度、立功制度、数罪并罚制度等。分则有十章,是按犯罪侵犯的客体的严重程度从重到轻依次排列的,军人违反职责罪排在最后是因为其是特殊主体的犯罪。

在复习刑法时,很多人一直抱怨法条太多且杂乱无章,却很少注意到自己可能临上考场都不能流畅地按顺序背出分则的十章,不能肯定自首制度属于犯罪论还是刑罚论,不知道交通肇事罪(或其他罪)属于哪一章犯罪。导致这种现象的部分原因是前些年的律师资格考试由于受“罪刑法定”原则和客观题居多的限制,直接考查法条的比较多,导致大家在复习和辅导中“走捷径”,不学习基本理论,只讲或只背一个一个的法条。这样的结果是只见树木不见森林,学再多的法条,脑子里依然是一片混乱。

如果我们想了解北京市的道路分布情况,先了解北京的一环线到六环线各环线的大概位置,再开始了解各环之内的具体道路会让我们事半功倍。复习刑法也是这样。刑法虽然内容庞杂,但只有一部刑法典,法条之间有逻辑联系。如果我们在开始复习前抽半天时间把知识点大概归一下类,建立一个刑法的知识体系,就能有效消除复习时的茫然感。

2. 掌握法理,以不变应万变:

考完试或做完真题,很多考生都有一个同样的疑问:这个考点我知道呀,怎么还是答错了?这是因为很多人掌握的只是法条的字面意思,不了解法条背后的法理,所以题目一变就不认识同样的考点了。2002年试卷四的第2题陈某强行骑走摩托车的行为是一个很合乎紧急避险要件的紧急避险行为,但很多会背《刑法》第21条的考生就是不知道这是紧急避险。因为他们没有真正理解紧急避险的实质就是损害小的合法利益,保护大的合法利益。在紧急避险中,一定有合法利益被人为损害,但因为这样做保护了大的合法利益,所以不构成犯罪。2003年试卷二第4题关于过失致人死亡与故意杀人的认定,相信没有考生不懂,但就是有很

多人答错,其原因还是没有掌握法条背后的法理。只有掌握法理,才能以不变应万变,提高效率、节约时间。为了使大家“知其所以然”,在理解中记忆,我们在解析时特别注意从法理的角度对试题进行分析。

3. 重点复习,注意特例:

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,其分值至少占到总分值的一半左右。总则难在法条的含义较深,不易理解,但一旦理解了就不用再死记硬背。总则是刑法的基础理论,指导着整个分则。对总则的条款的掌握必须达到融会贯通的程度。

对于分则:要区分重点章(指《刑法》分则的章)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、侵占罪、强奸罪、诈骗罪、贪污罪可以说是“每个毛孔都滴着分数”,对这些罪就要掌握得很深,很广,相关司法解释要全部掌握。危害国家安全罪虽然排在第一,但一向分值不多,要抓住各罪最重要的特征进行复习。第七章和第十章是两个比较特殊的章,大家掌握这两章最主要的知识点就可以了,例如危害国防利益的犯罪是非军人危害国防利益;军人违反职责罪则是军人的犯罪,怎样的人是军人、战时缓刑制度和普通缓刑制度有何区别等。

4. 加强知识点的归纳、综合、比较:

多项选择题和不定项选择题一直让大家头疼,不知如何应付。仔细研究可以发现,刑法的多选题有一个特点:很多答案直接来自法条。这样的多选题大概可以分为两类:一类是同一

法条本身有数项、数款的,如2004年试卷二第52题:“下列关于侵犯商业秘密罪的说法哪些是正确的? A. 窃取权利人的商业秘密,给其造成重大损失的,构成侵犯商业秘密罪; B. 捡拾权利人的商业秘密资料而擅自披露,给其造成重大损失的,构成侵犯商业秘密罪; C. 明知对方窃取他人的商业秘密而购买和使用,给权利人造成重大损失的,构成侵犯商业秘密罪; D. 使用采取利诱手段获取权利人的商业秘密,给权利人造成重大损失的,构成侵犯商业秘密罪。”本题考查的知识点全部规定在《刑法》第219条中。另一类是不同法条的关联规定,如1999年试卷二第67题:“下列哪些情形不实行数罪并罚? A. 在运送他人偷越(国)边境过程中以暴力、威胁方法抗拒检查的; B. 在走私过程中以暴力、威胁方法抗拒缉私的; C. 司法工作人员因收受贿赂而枉法裁判的; D. 同一行为人既向国家工作人员行贿,又向国家机关行贿的。”本题考查的知识点分别规定在《刑法》第157条、318条、389条、391条、399条。如果善于总结和归纳,我们在复习时就可以把这些可能的多选题准备出来。

根据这些特点,我们在试题解析中给出了关联知识点的提示。

5. 案例分析不急不躁:

刑法的案例分析题有一个独特之处:问题一般只有一句话:“请分析各行为人的刑事责任,”这就增加了答题难度。对这种问法,最重要的答题原则是不急不躁:一句话一句话地分析每个行为人的每个行为,首先看其是否构成犯罪,如果构成犯罪,再找出其定罪和量刑的各种事实,从法律的角度予以分析。2005年的案例分析题中,丁某的每个行为在定性上都不困难,但能将罪名答完整的考生很少,大部分考生都漏掉了几个罪名,其原因就在于没有坚持一句一句分析,而是大概看一下后就按自己的印象进行定罪了。

在回答时,一定记住要回答定罪和量刑两方面的事实。许多考生在答题时只重定罪,不重量刑。这显然是错误的,因为在案例分析题

中,有时量刑部分的分值能占到一半左右。

实践中,很多考生一看见案例分析题里有自己不会定罪的行为就发慌,开始乱答,甚至放弃整道题。这种做法也是错误的。在案例分析题中,行为人一般都有数行为,都构成数罪,其量刑情节和量刑制度一般也不止一个。如果我

们会一个知识点就答一个知识点,我们不就得到这一分了吗?

6. 多做真题:

从我们归纳的已考考点可以看出,常考的内容总是那么多,考查方式也差不多,因此精做历年真题是极为有用的。

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. 1997年3月刑法修订后,全国人民代表大会常务委员会颁布了几个单行刑法和几个刑法修正案?(2005年试卷二第1题)

- A. 一个单行刑法和四个修正案
- B. 一个单行刑法和五个修正案
- C. 两个单行刑法和四个修正案
- D. 两个单行刑法和五个修正案

[答案] B

[考点] 刑法的修订

[解析] 这道题考查考生对刑法修订情况的掌握程度。刑法从1997年修订以来,又相继颁布了五个刑法修正案和一个单行刑法。第五个刑法修正案是2005年2月28日颁布的,个别考生可能没有注意到。这个修正案主要是修改了信用卡犯罪。

本题有疑问的地方是1997年后到底颁布了几个单行刑法?这道题的难度就体现在对“单行刑法”概念的理解上。

单行刑法是针对某种犯罪或某几种犯罪和刑罚单独制定的专项刑事法律。1997年后,全国人大常委会相继通过了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》(1998年12月29日),《全国人民代表大会常务委员会关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》

(1999年10月30日),《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》(2000年12月28日)。这三个《决定》都是针对专门犯罪的,都有适用刑法追究相关犯罪的规定,但它们并不都是单行刑法。其原因在于:单行刑法必须是对刑法典进行了修改或补充的《决定》,即增加、删除、修改了罪名或法定刑的。如果《决定》只是指出对哪些犯罪行为应适用刑法的哪些条款进行惩处,就不能算是单行刑法。根据这一标准,只有《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》增设了新罪名,改变了《刑法》中逃汇罪的犯罪主体,并提高了其法定刑;其他两个《决定》仅是指出对邪教犯罪活动应如何处理、对利用互联网进行的哪些犯罪应追究刑事责任,并未修改刑法,因此1997年3月刑法修订后,全国人民代表大会常务委员会仅颁布了一个单行刑法,选项B正确。

需要说明的是:制定《刑法修正案》是比制定单行刑法更好的修改刑法的方式。从1999年12月25日全国人大常委会颁布《刑法修正案》(即第一个刑法修正案)开始,我国就没有再颁布过单行刑法了。

[难度系数] *

2. 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年试卷二第2题)

- 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

[考点] 罪刑与罪行的区别

[解析] 本题考查的是刑法中罪刑与罪行的区别。

本题的考法和去年正当防卫那道题相同——填空题。这种题有一个简易答法,就是先填空,再做题。该题应这样填空:“我国刑法规定了罪刑法定原则,罪刑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’;刑法同时规定了罪刑相适应原则,即刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应;死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。”

在刑法学习中,一定要区分“罪刑”和“罪行”。“罪刑”是指犯罪和刑罚,“罪行”仅指一个人所犯之罪。罪刑法定原则和罪刑相适应原则都是“罪与刑”法定或相适应,因此不能写成“罪行”。有人认为“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯____和承担的____相适应”应当分别填“罪行”和“刑罚”,这是错误的。这句话是《刑法》第5条的原话,应当是“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”。

本题中,其他答案的空格数都有6个,只有选项D的空格数是5个,所以很多考生首先排除了选项D,但恰恰选项D是对的。很多考生认为本题给人一种误导,即所给答案让人感觉只要填罪行和罪刑就可以了。这种说法有一定道理,但没有选对的考生的主要问题是对法条不熟悉,而且都填罪行或罪刑是不可能的。因为如果把“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”中的“刑事责任”换成“罪行”或“罪刑”,从语义上都讲不通。

《刑法》第3条规定:“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。”

《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。”

[难度系数] *

3. 某外国商人甲在我国领域内犯重婚罪,对甲应如何处置?(2005年试卷二第3题)

- 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

[考点] 刑法的空间效力

[解析] 本题考查刑法的空间效力,相对比较简单。

《刑法》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。”外国商人甲是在我国领域内犯罪的,而且他不是外交人员,因此应当根据属地管辖原则,适用我国刑法追究其刑事责任。

对于外国人犯罪的,要掌握以下两点:(1)在我国领域内犯罪的,如果是外交人员,则通过外交途径解决;如果是普通人员,则直接适用我国刑法追究其刑事责任。注意外国驻华商社、公司的代表、员工不属于外交人员。(2)在我国领域外犯罪的,如果是针对我国国家、公民的犯罪,符合保护管辖条件的,我国有权进行管辖,而且是适用我国刑法追究其刑事责任;如果是国际犯罪,当这样的人出现在我国境内,我国有义务管辖,如果起诉,也是依据我国刑法追究其刑事责任。因此,对于依据我国刑法追究刑事责任的外国人犯罪,不存在适用外国刑法的可能性。驱逐出境作为附加刑,是一种刑罚,是不能在未经审判的情况下直接适用的。因此选项BCD都是错误的。

[难度系数] *

4. 关于罪刑法定原则及其内容,下列哪一选项是正确的?(2004年试卷二第16题)

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

[考点] 罪刑法定原则的内容

[解析] 本题理论性较强,涉及很多理论术语。

本题主要考查了罪刑法定原则内容的变迁。罪刑法定原则从产生之初至今,内容发生了很大变化。将罪刑法定原则的内容划分为传统内容和现代内容是目前通说的观点。按照该通说,罪刑法定原则在产生之初,在大陆法系国家有以下涵义:①刑法应以制定法为依据,排斥习惯法;②刑法不得类推解释或类推适用;③刑法不得溯及既往;④刑法不得有不定期刑。

随着时代的发展和社会基本价值观的变迁,罪刑法定原则的基本内容产生了很大变化。从产生之初的僵化的、绝对的罪刑法定变成了相对的、灵活的罪刑法定。这些变化表现在罪刑法定原则的各个方面,具体包括:①产生了明确性原则;②允许有利于被告的类推解释;③允许有利于被告的溯及既往;④允许宣告刑的相对不定期。很多学者认为发生这种变化的原因是现代的罪刑法定原则的思想基础是民主主义与尊重人权主义,或者说是民主与自由。因此,允许有利于被告的类推解释刑法和允许有利于被告的溯及既往。

选项A前半句话错误。现代罪刑法定原则禁止类推解释(有利于被告的类推解释例外),但不禁止扩大解释。扩大解释又称扩张解释,是指如果刑法条文字面的含义比它真实的

含义要窄,那么扩张字面含义,使之符合刑法真实含义的解释方法,例如最高人民法院将“抢劫金融机构”解释为“抢劫正在使用中的运钞车,视为抢劫金融机构”就是扩大解释,因为法律的真实含义显然是抢劫银行的资金应当加重处罚,因此抢劫银行正在使用的运钞车视为“抢劫金融机构”,抢劫银行的办公用品,例如电脑,则不属于抢劫金融机构。

如何区分扩大解释和类推解释一直都是刑事司法实践和理论研究中的难题。通说认为,扩大解释就是不超过公民预测可能性、体现法律真实含义的解释,类推解释则是超出公民预测可能性的解释。

选项B显然是错误的。罪刑法定原则并不仅仅是约束司法机关的原则,立法机关也要受其约束。

选项C是正确的,它是现代罪刑法定原则的一个内容。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,这就是我们刑法在溯及力问题上的“从旧兼从轻原则。”

选项D错误。刑法规范的明确性是指规定犯罪的法律条文必须清楚明确,使人能确切了解违法行为的内容,准确地规定犯罪行为与非犯罪行为的范围,以保障该规范没有明文规定的行为不会成为该规范适用的对象。明确性原则是罪刑法定原则新增的派生原则,被认为属于罪刑法定原则实质侧面的内容。犯罪构成要件要素是指组成犯罪构成要件的要素。它包括两种:记述的构成要件要素和规范的构成要件要素。在解释构成要件要素和认定是否存在符合构成要件要素的事实时,如果只需要法官的认识活动即可确定,这种构成要件要素便是记述的构成要件要素;如果需要法官的规范的、评价的价值判断才能认定,这种构成要件要素便是规范的构成要件要素。例如“十四周岁”就属于记述的构成要件要素,“情节严重”、“猥亵”等则属于规范的构成要件要素。

由于规范的构成要件要素是需要法官的规范的、评价的价值判断才能认定的要素,所以有

一种观点认为规范的构成要件要素都是不明确的。那么,不明确的规范的构成要件要素是否和罪刑法定原则的明确性要求相冲突?这种观点认为二者不冲突,即虽然罪刑法定原则要求刑法规范的明确性,但并不排斥不明确的规范的构成要件要素。这种观点是错误的。规范的构成要件要素并不是不明确的,恰恰相反,都是明确的。如果一个规范的构成要件要素是不明确的,它同样不符合罪刑法定原则的要求,应该被废除。因此,罪刑法定原则仍然排斥不明确的规范的构成要件要素,选项 D 是错误的。

目前的教材很少提及明确性原则和规范的构成要件要素与记述的构成要件要素的区分,相对来说,这是一个比较艰深、生涩的理论问题。对此问题,我国刑法学界研究的人很少,也很难说有什么通说。以此题目来考查考生,似乎有些难。

这道题再次提醒我们:对刑法的理论问题决不能掉以轻心。

《刑法》第 3 条规定:“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。”

《刑法》第 12 条规定:“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为,如果当时的法律不认为是犯罪的,适用当时的法律;如果当时的法律认为是犯罪的,依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的,按照当时的法律追究刑事责任,但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的,适用本法。”

[难度系数] * * *

5. 甲男与乙女于某日中午公开在某公园内发生性关系,引起游客的极大愤慨,造成恶劣的社会影响。对甲、乙的行为应如何认定?(2000 年试卷二第 25 题)

- A. 聚众淫乱罪 B. 组织淫秽表演罪
C. 寻衅滋事罪 D. 无罪

[答案] D

[考点] 犯罪的概念、罪刑法定原则

[解析] 本题可以从以下三个角度来考虑。

首先,注意犯罪的概念。一个行为要构成犯罪必须:(1)具有社会危害性;(2)具有刑事违法性;(3)应受刑罚处罚性。缺少任何一个要件都不构成犯罪。

考生还要注意我国的犯罪概念对量的规定。《刑法》第 13 条规定:“一切危害国家主权、领土完整和安全,分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度,破坏社会秩序和经济秩序,侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产,侵犯公民私人所有的财产,侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利,以及其他危害社会的行为,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。这个但书明确表示在我国不是一切危害社会的行为都是犯罪,只有社会危害性达到一定程度的行为才是犯罪。甲男和乙女的行为虽然具有社会危害性,但是还没有达到犯罪的程度,刑法也没有规定它应受刑罚处罚,因此不构成犯罪。”

其次,本题也可以从罪刑法定原则的角度来判断。罪刑法定原则要求: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。本题中甲男与乙女的行为属于道德调整的范围,我国法律并没有把它规定为犯罪,按照罪刑法定原则的要求应按无罪处理。

再次,我们还可以运用排除法来选出 D。选项 A 要求聚众;选项 B 要求组织淫秽表演,选项 C 要求寻衅滋事,他们的行为显然均不符合这几个罪的犯罪构成。

我们详细剖析本题是想让考生明白掌握一道题应该达到什么程度。必须了解法条背后的法理,明白法律为何要这样规定。只有掌握了法理才能以不变应万变。不管以后的题目如何变,其知识点总是一样的。如果大家对罪刑法定原则能掌握到这个程度,真正理解它,那么我们就做这一道题就等于做几十道题。

[难度系数] *

(二)多项选择题

1. 下列关于罪刑相适应原则的说法哪些

是正确的?(2005年试卷二第51题)

- 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

[考点] 罪刑相适应原则

[解析] 本题考查了罪刑相适应原则的内涵及其实现。罪刑相适应原则是我国刑法中一项非常重要的基本原则。它的法条原文是:“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。”其基本含义是:刑罚的轻重,不仅应当与犯罪分子所犯罪行相适应,而且应当与其承担的刑事责任相适应。我国刑法中的罪刑相适应原则包含了刑事古典学派主张的罪刑相适应原则和刑事近代学派主张的刑罚个别化原则。刑罚的轻重与罪行相适应,体现的是报应观念,要求刑罚的轻重与犯罪行为的法益侵害性相适应,也就是重罪重判,轻罪轻判。刑罚的轻重与刑事责任相适应,体现的是预防观念,要求刑罚的轻重与犯罪人的人身危险性相适应(这就是刑事近代学派主张的刑罚个别化原则),因为人身危险性体现犯罪人的再犯可能性。因此,我国刑法关于罪刑相适应原则的规定,反映了报应与预防相统一的刑法观念。当然,这种统一并非平分秋色,而是有所侧重的。这就是以报应为主,以预防为辅。刑罚首先要与罪行相一致,在此范围内才能根据人身危险性进行轻重调节。

由于我国的罪刑相适应原则兼容了传统的罪刑相当原则和刑罚个别化原则,因此它要求法官在定罪量刑时综合考虑罪行和罪犯的各方面因素,在确定刑罚时兼顾行为人的身危险性。所以选项C是正确的。

选项A是错误的,这是罪刑法定原则的要求。

选项B是正确的。没有合理的刑罚体系,

刑罚将无法足量刑的需求。因为犯罪和犯罪人都是各不相同的,如果我们没有从管制直至死刑,包括四种附加刑的合理的刑罚体系,将无法根据不同罪犯的情况实现“罪刑相适应”。

根据参考答案,选项D也是正确的。很多考生对此表示不理解,认为罪刑相适应原则只能是量刑原则,不能是行刑原则。选项D的说法有它的道理。我国的罪刑相适应原则包容了刑罚个别化原则,刑罚个别化原则要求不仅量刑时要根据犯罪人的情况个别化量刑,而且行刑时也要根据犯罪人的情况不断改变刑罚执行情况。一旦犯罪人人身危险性消失,即予释放。在此过程中,要合理地运用减刑、假释等制度,使刑罚发挥最大的功用。因此,我国的罪刑相适应原则除了要求在量刑时要考虑行为人的身危险性外,还要求在行刑中合理地运用减刑、假释等制度,即在行刑中也要体现罪刑相适应原则。

[难度系数] * * *

2. 下列哪些犯罪行为应实行属地管辖原则?(2005年试卷二第56题)

- 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

[考点] 属地管辖原则的适用

[解析] 本题考查了刑法的适用范围中属地管辖原则的适用。属地管辖原则规定在我国《刑法》第6条中。对该原则,要掌握以下几点:(1)我国的领域包括领陆、领水、领空和我国的航空器和船舶,不管它们在哪里。(2)外国人在我国犯罪的,一律适用属地管辖原则。(3)中国人在外国犯罪的,一律适用属人管辖原则。据此,选项A是外国人在我国领空内犯罪,应当适用属地管辖原则;选项B是中国人在外国犯

罪,应当适用属人管辖原则;选项 C 是外国人在我国航空器内犯罪,仍然属于在我国领域内犯罪,应当适用属地管辖原则;选项 D 是中国人在外国犯罪,应当适用属人管辖原则。因此选项 AC 正确。

《刑法》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。”

《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三年以下有期徒刑的,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。”

[难度系数] * *

3. 下列关于中国刑法适用范围的说法哪些是错误的?(2004 年试卷二第 56 题)

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

[考点] 刑法的适用范围

[解析] 本题考查刑法的适用范围,相对比较简单。但每个选择项都不是照搬法条而加

了其他知识点在里面,所以要完全答对并不容易。

要答对本题,主要要掌握两个知识点:一个是四种管辖原则的适用条件,一个是教唆犯的定罪理论。要注意根据我国刑法的规定,属地管辖、属人管辖、保护管辖、普遍管辖之间并不冲突。例如,对于中国人在中国境内犯罪的,就不能既适用属地管辖原则,又适用属人管辖原则,而只能适用属地管辖原则。因为我国的属人管辖原则只适用于中国人在中国境外犯罪。

选项 A 的错误在于:根据我国刑法,教唆者和被教唆者构成共同犯罪,因此汤姆也构成入境发展黑社会组织罪,该罪的法定最低刑为三年以上有期徒刑。因此根据保护原则,可以适用我国刑法。

选项 B 的错误在于:根据《刑法》第 7 条的规定,我国刑法适用于在外国犯罪的中国公民。因此,我国可以对在外国犯罪的赵某适用我国刑法。

选项 C 的错误在于:丙虽然是外国公民,但其犯罪地在我国。在这种情况下,我国应当根据《刑法》第 6 条关于属地管辖的规定直接追究丙的刑事责任,而无需也不能适用保护管辖原则。根据我国刑法,保护管辖原则只能适用于外国人在外国对我国公民犯罪。

选项 D 是正确的。根据《刑法》第 7 条的规定,中国公民在我国领域外实施犯罪行为的,适用该法。但是按该法规定的最高刑为 3 年以下有期徒刑的,可以不予追究。“可以不予追究”的意思就是可以追究,也可以不追究,因此选项 D 是正确的。

《刑法》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。”

《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三年以

下有有期徒刑的,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。”

《刑法》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者公民犯罪,而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的,可以适用本法,但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。”

[难度系数] *

(三)不定项选择题

1. 下列情形中,告诉才处理的有:(2004年试卷二第81题)

A. 捏造事实,诽谤国家领导人,严重危害社会秩序和国家利益

B. 虐待家庭成员,致使被害人重伤

C. 遗弃被抚养人,情节恶劣的

D. 暴力干涉他人婚姻自由的

[答案] D

[考点] 亲告罪

[解析] 本题考的是对法条记忆的准确性。

亲告罪是指告诉才处理的犯罪。刑法第98条规定:本法所称告诉才处理,是指被害人告诉才处理。如果被害人因受强制、威吓无法告诉的,人民检察院和被害人的近亲属也可以告诉。

亲告罪可以分为绝对亲告罪和相对亲告罪。绝对亲告罪是指在任何情况下都只能自诉的犯罪,相对亲告罪是指一般情况下必须自诉,在特殊情况下可以转成公诉的犯罪。绝对亲告罪只有一个,就是侵占罪。相对亲告罪有四个:侮辱罪、诽谤罪、虐待罪、暴力干涉婚姻自由罪。

选项A和B:法律明确规定犯这两种罪的,如果情节严重或致被害人重伤、死亡的,就不再是亲告罪。

选项C:根据《刑法》第261条的规定,遗弃罪不是亲告罪。这一点,我们强调过很多次,很多人总是忘记。大家可以想如果小孩被遗弃了,他如何自诉?

选项D:根据《刑法》第257条的规定,只有

犯暴力干涉婚姻自由罪,致使被害人死亡的,才不是亲告罪,因此,选项D正确。

请大家把相关的亲告罪和它们成为非亲告罪(公诉)的条件列出来,比较记忆。

《刑法》第246条规定:“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。前款罪,告诉的才处理,但是严重危害社会秩序和国家利益的除外。”

《刑法》第257条规定:“以暴力干涉他人婚姻自由的,处二年以下有期徒刑或者拘役。犯前款罪,致使被害人死亡的,处二年以上七年以下有期徒刑。第一款罪,告诉的才处理。”

《刑法》第260条规定:“虐待家庭成员,情节恶劣的,处二年以下有期徒刑、拘役或者管制。犯前款罪,致使被害人重伤、死亡的,处二年以上七年以下有期徒刑。第一款罪,告诉的才处理。”

《刑法》第261条规定:“对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人,负有扶养义务而拒绝扶养,情节恶劣的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。”

[难度系数] *

2. 下列说法不正确的是:(2004年试卷二第86题)

A. 刑法第266条规定的诈骗罪的法定最高刑为无期徒刑,而第198条规定保险诈骗罪的法定最高刑为15年有期徒刑。为了保持刑法的协调和实现罪刑相适应原则,对保险诈骗数额特别巨大的,应以诈骗罪论处

B. 根据刑法第358条的规定,“强奸后迫使卖淫的”成立强迫卖淫罪,不实行数罪并罚。已满14周岁不满16周岁的人,伙同他人强奸妇女后迫使卖淫的,不负刑事责任;因为刑法第17条没有规定已满14周岁不满16周岁的人应对强迫卖淫罪承担刑事责任

C. 刑法第382条明文规定一般公民与国家工作人员勾结伙同贪污的,以共犯论处,所以,一般公民可以与国家工作人员构成贪污罪的共犯;刑法第385条对于受贿罪没有类似规

定,所以,一般公民不可能与国家工作人员构成受贿罪的共犯

D. 刑法第 399 条第 4 款规定,“司法工作人员收受贿赂”有徇私枉法等行为的,依照处罚较重的规定定罪处罚。但是,司法工作人员索取贿赂并有徇私枉法等行为的,则应实行数罪并罚

[答案] ABCD

[考点] 刑法的解释、法条竞合的处理、未成年人的刑事责任等

[解析] 本题理论性比较强,这四个问题都与刑法的解释有关。

选项 A 主要是考查特别法与普通法的关系。1997 年刑法新增加了很多特殊的诈骗罪,例如保险诈骗罪、贷款诈骗罪、招摇撞骗罪等。《刑法》第 266 条明确规定:“本法另有规定的,依照规定。”因此,凡是刑法有特殊规定的诈骗行为,都只能认定为该罪,否则就违反了罪刑法定原则。所以,尽管保险诈骗罪确实存在和诈骗罪的法定最高刑不协调的问题,但是,在法律有明确规定的情况下,只能依照罪刑法定原则,将保险诈骗的行为认定为保险诈骗罪,而不能认定为普通诈骗罪。刑法需要进行体系解释,即要通过解释使刑法相关规定尽可能协调,但是,这种体系解释必须遵守罪刑法定原则的要求。

选项 B 相对比较简单,考查对《刑法》第 17 条的解释。关于未成年人的刑事责任,2002 年 7 月 24 日全国人大常委会法制工作委员会在给最高人民检察院“关于已满十四周岁不满十六周岁的人承担刑事责任范围问题”的答复中指出:“刑法第十七条第二款规定的八种犯罪,是指具体犯罪行为而不是具体罪名。对于刑法第十七条中规定的‘犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡’,是指只要故意实施了杀人、伤害行为并且造成了致人重伤、死亡后果的,都应负刑事责任……”因此,已满 14 周岁不满 16 周岁的人,伙同他人强奸妇女后迫使卖淫的,应当对其强奸行为承担刑事责任。

选项 C 的考点是法条对共犯的成立条件

没有明确规定的,如何认定?该知识点可以推而广之,那就是对于具体罪中没有规定共犯的成立要件的,是否该罪就不能成立共犯?我国刑法在有些罪的规定中专门列举了哪些行为可以构成共犯,例如《刑法》第 198 条规定:“保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人故意提供虚假的证明文件,为他人诈骗提供条件的,以保险诈骗的共犯论处。”《刑法》第 382 条规定:“……与前两款所列人员勾结,伙同贪污的,以共犯论处。”对于大部分犯罪,刑法并没有明示共犯的构成要件,那么,这些犯罪是否就没有共犯了?显然不是。对于这些犯罪共犯的认定,应当根据《刑法》第 25 条关于共犯的成立条件来认定,即只要符合“二人以上共同故意犯罪”的条件,就应该认定为共犯。

这里涉及刑法中的注意规定与拟制规定(法律拟制)。注意规定是在刑法已作相关规定的前提下,提示司法人员注意、以免司法人员忽略的规定。注意规定的设置,并不改变相关规定的内容,只是对相关规定内容的重申;即使不设置注意规定,也存在相应的法律适用根据(按相关规定处理)。拟制规定则不同,其特点是将原本不符合某种规定的行为也按照该规定处理,即 A 行为原本并不属于 B 犯罪,但刑法仍然规定将 A 行为认定为 B 罪,适用 B 罪的法律效果。例如,《刑法》第 269 条所规定的准抢劫,原本并不符合抢劫罪的特征,如果没有《刑法》第 269 条的规定,对所谓准抢劫行为只能认定为盗窃、诈骗、抢夺罪与故意伤害等罪,但刑法仍然规定对该行为以抢劫罪论处。

《刑法》分则中,小部分犯罪明示了共犯的构成要件,这些都是注意规定。绝大部分犯罪没有明示共犯的构成要件,但只要符合《刑法》第 25 条的规定,它们一样可以成立共犯。

如果没有特定身份的人与有特定身份的人共同犯罪,无身份者可以构成特殊主体的共犯,例如内外(非国家工作人员)勾结贪污的,非国家工作人员也构成贪污罪,以共犯论。妇女帮助男人强奸的,可以构成强奸罪(共犯)。这是共犯理论的基本常识,请大家掌握。

选项 D 考查的是对《刑法》第 399 条的解释。第 399 条原来的规定是：“司法工作人员贪赃枉法，有前两款行为的，同时又构成本法第三百八十五条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”在进行修改时，《刑法修正案（四）》把本款改为第 4 款，将“贪赃枉法”改成“收受贿赂。”这样一改，似乎较为明确了，却和受贿罪的规定不协调了。受贿罪规定收受或索取贿赂都是受贿，但本款却不包括“索取贿赂”。张明楷教授在其教材中认为，此处的收受贿赂“似应包括索取贿赂”，因为索取贿赂和收受贿赂性质相同，不应因为行为方式不同而产生罪数的区别（参见张明楷著《刑法学》第 952 页）。本题的公布答案也是认为此处的“收受贿赂”包括“索取贿赂”，因此索取贿赂构成受贿罪，同时构成徇私枉法罪的，也应从一重罪处理。

《刑法》第 382 条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的，是贪污罪。受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有财物的，以贪污论。与前两款所列人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处。”

《刑法》第 399 条规定：“司法工作人员徇私枉法、徇情枉法，对明知是无罪的人而使他受追诉、对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉，或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑。在民事、行政审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑。在执行判决、裁定活动中，严重不负责任或者滥用职权，不依法采取诉讼保全措施、不履行法定执行职责，或者违法采取诉讼保全措施、强制执行措施，致使当事人或者其他人的利益遭受重大损失的，处五年以下有期徒刑或者拘役；致使当事人或者其他人的利益遭受特

别重大损失的，处五年以上十年以下有期徒刑。司法工作人员收受贿赂，有前三款行为的，同时又构成本法第三百八十五条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”

[难度系数] * * *

(四)已考考点及已考法条归纳

*	刑法的解释	无对应法条
* *	罪刑法定原则	《刑法》第 3 条
*	罪刑相适应原则	《刑法》第 5 条
*	刑法的溯及力	《刑法》第 12 条
*	刑法的适用范围	《刑法》第 6—9 条
*	亲告罪的范围	《刑法》第 246、257、260、261 条等

(五)备考提示

本部分理论性较强，历年考得不多。不过，随着对理论考查的加强，本部分题目有逐年增多的趋势，其难度也逐渐增加。其考点就是三方面：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“主客观相统一”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统一原则。

刑法的适用范围相对比较简单，大家要读透法条，知道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三年以上有期徒刑。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。

二、犯罪构成

(一)单项选择题

1. 下列有关单位犯罪的说法哪一项是错误的?(2005年试卷二第4题)

A. 信用卡诈骗罪的主体可以是单位,但贷款诈骗罪的主体只能是自然人

B. 行政机关可以成为单位犯罪的主体

C. 不具备法人资格的私营企业不能成为单位犯罪的主体

D. 经企业领导集体研究决定并实施的盗窃电力的行为,可以成立单位犯罪,但不对单位判处罚金,只处罚作出该决定的单位领导和直接实施盗窃行为的责任人员

[答案] D

[考点] 单位犯罪

[解析] D是司法部公布的答案,但我们认为本题的正确答案应为AD。

本题考查的是单位犯罪的主体,知识点并不难。《刑法》第30条规定:“公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为,法律规定为单位犯罪的,应当负刑事责任。”因此凡是法律没有规定为单位犯罪的就不能构成单位犯罪,信用卡诈骗罪、贷款诈骗罪、盗窃罪都没有规定“单位构成前款罪的”,因此均不能成立单位犯罪。这是多次强调过的知识点。

选项A:“信用卡诈骗罪的主体可以是单位,但贷款诈骗罪的主体只能是自然人”,这里的“主体”是指犯罪主体。本选项是说信用卡诈骗罪的犯罪主体可以是单位,而不是说单位可以进行信用卡诈骗罪(但可以不按单位犯罪处理),因此是错误的,因为《刑法》明确规定信用卡诈骗罪的犯罪主体只能是自然人,《刑法修正

案(五)》也并未修改该罪犯罪主体。

选项B:行政机关可以成为单位犯罪的主体是没有疑问的(参见前引《刑法》第30条)。

选项C:不具备法人资格的私营企业不能成为单位犯罪的主体也是正确的。最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体适用法律有关问题的解释》(1999年6月18日最高人民法院审判委员会第1069次会议通过)法释[1999]14号》第1条规定:“刑法第三十条规定的‘公司、企业、事业单位’,既包括国有、集体所有的公司、企业、事业单位,也包括依法设立的合资经营、合作经营企业和具有法人资格的独资、私营等公司、企业、事业单位。”因此,不具备法人资格的私营企业不能成为单位犯罪的主体。

本题容易选错的是选项D。最高人民检察院关于单位盗窃有个批复,该批复(《最高人民检察院关于单位有关人员组织实施盗窃行为如何适用法律问题的批复》高检发释字[2002]5号)指出:“单位有关人员为谋取单位利益组织实施盗窃行为,情节严重的,应当依照刑法第二百六十四条的规定以盗窃罪追究直接责任人员的刑事责任。”即不能追究单位的盗窃罪,只能以个人犯罪追究直接责任人员的刑事责任。很多考生看到“只处罚作出该决定的单位领导和直接实施盗窃行为的责任人员”就误以为题目说的是不构成单位犯罪,因此认为D是正确的。这是审题不仔细,因为选项D明确说了:“可以成立单位犯罪。”

从这道题及2005年其他题来看,对于一些重点犯罪,考生恐怕要专门记一下其犯罪主体是否包含单位。

[难度系数] * *

2. 卡车司机甲在行车途中,被一吉普车超过,甲顿生不快,便加速超过该车。不一会儿,该车又超过了甲,甲又加速超过该车。当该车再一次试图超车行至甲车左侧时,甲对坐在副座的乙说,“我要吓他一下,看他还敢超我。”随即将方向盘向左边一打,吉普车为躲避碰撞而翻下路基,司机重伤,另有一人死亡。甲驾车逃离。甲的行为构成:(2004年试卷二第3题)