



人大司考丛书

wan guo 万国法源

国家司法考试四届真题 归类解析与自测 (刑事·行政法卷)

北京万国学校 组编

2009—2012



分类解析
全面掌握
与万国团队一道品味真题精髓

人大司考丛书

国家司法考试四届真题 归类解析与自测（刑事·行政法卷）

组 编 北京万国学校

撰稿人（以姓氏笔画为序）

卜开明 张进德 张雨泽 杨长庚
季 宏 段 波 郭德忠 韩友谊

中国人民大学出版社

· 北京 ·

本书导读

2012年第十次司法考试已经顺利结束,又有数万人成功地通过了司法考试。对于许多有志于献身法律事业并已投入2013年司法考试复习的考生而言,如何复习以应对司法考试并取得成功,是大家最关心的问题。作为从事司法考试辅导多年的教学工作者,我们愿意与大家一道破解“司考之谜”。

对司法考试进行全方位分析后,我们可以看到,它重在考查考生的法律实践能力,兼顾考生对法学理论和法条的掌握。因此,考生应当对历届真题进行分析和归纳,以便更好地应对2013年的司法考试。

一、历届真题在司法考试复习中的作用

我们在多年的司考培训教学中一直强调,应当重视司考历届真题,弄清楚其中的每一道试题,吃透其中每一道试题所考查的知识点和考查方法。那么,研读历届司法考试真题的作用体现在哪些方面呢?

1. 逐步适应司法考试的命题思路和规律,培养正确的解题方法和思维习惯。全国律师资格考试历经十余届,嬗变为国家司法考试后,又经十一届考试,逐渐形成了一些命题传统和规律,最突出地表现在四个方面:(1)考查范围基本一致;(2)各部门法的分值分布基本一致;(3)考查难度基本一致;(4)考查题型基本一致。本书的一大价值就是在平淡无奇的试题解析中,不仅提供解答试题的知识本身,而且有意识地揭示出试题本身所特有的规律和解题的关键思路,培养考生独立思考、分析问题、解决问题的良好意识,并在潜移默化中帮助考生养成行之有效的解题思维习惯。

2. 检测复习程度,发现知识空白点和错误认识,从而为查漏补缺提供一面镜子。司法考试历届真题所考查的知识点比较广泛,覆盖面广,无疑为考生及时发现复习漏洞提供了绝佳的素材,这是其他练习题不可替代的。而且,历届真题在难度安排上基本相同,研习真题可以为每位考生在考前检测自己的备考复习程度提供一面镜子,通过这面镜子,考生可及时调整复习方法,明白自己的应试实力,增强必胜信心。在复习中必须要以真题为主线、为核心、为依托,去串联起法条与教材的相关内容。本书的一大特色也就在于,在真题题解中,为考生指出命题重点、复习要点、重点法条、重点法学理论点,从而为考生复习教材和法条提供方向性的指引。

3. 提高司法考试应试能力。司法考试虽旨在测试考生对知识体系的把握和运用,但

知识本身与考试本身却存在明显的距离，考题本身有其自身的特点和规律，因而，应对任何一项考试的复习前提就是懂得这个特点与规律。近年来，考题越来越突出灵活运用法学知识的能力要求，故仅仅掌握了知识体系，并不等于能在考试中取得好成绩，应试能力的培养至关重要。因此，司法考试之难，难在命题规律没有摸清，考试能力有所欠缺。每年真题中，卷一、卷二、卷三中选择题这一客观化命题形式占了总分的75%，卷四主观题这一主观化命题形式占去另外的25%。选择题以“小分、多选题、并科、大卷面”为命题特征，重在测试知识掌握的准确性和完整性，以及考生的抗干扰能力，许多考生往往在“易混淆、易遗漏、易误解”的知识点上犯错误；主观题重在考查考生运用法律知识解决具体问题的实务能力，以及迅速捕捉关键信息的阅读能力和言简意赅的表达能力，而许多考生在这些能力的培养意识上是十分欠缺的。

以上应试能力的培养，是一个潜移默化的过程，是一个通过作答一定量的练习题不断形成的过程。作答近几年的真题，是培养这种能力的一条捷径。

4. 理出司法考试复习的重点内容。我们所说的司法考试重点内容是多层次的，包括：在列入司法考试范围的约150余部法律法规中，哪些是最重要的，哪些是较为次要的，哪些是可以忽略不计的；而在某一部法律法规中，哪些具体法律制度是每年必考的，哪些是经常考及的，哪些是偶尔考及的，哪些是从未考及的。这些信息也是通过分析历届真题所考查的知识点而得出的。无疑，了解了考试范围内的各个知识点孰重孰轻，就等于找到了司法考试复习的导航灯，它将指引你将最宝贵的时间与精力用在司法考试重点内容上，而不至于犯方向性的错误。

据统计，近年来司法考试每年试题所涉及的知识点在以前的考试中有80%都已出现过，而在个别法律部门，如商事法学、经济法学、行政法学、宪法学等部门法学，这一比例更高。换句话说，以不同的形式去重复测试早已考过或数次考过的知识点，这是今后司法考试的一个规律。如果考生能将往年真题所涉及的知识点一一掌握，就是抓住了司法考试的重点，也就牢牢地扼住了司法考试之喉。

二、本书的体例结构说明

本书的写作目标，不仅仅在于告诉考生试题的答案为何、法理何在，而是重在告诉考生，在复习中一定要根据一部法律法规在司法考试中所占的分值比重来决定投入复习的时间与精力的多少。这正是司法考试复习的最高策略，也是司法考试应试的一个基本技巧。

就全书结构而言，我们依据司法考试试卷结构要求，按照部门法进行划分，每一部门法之下又分为以下两个部分。

第一部分是“明师指南”^①。包括两个基本点：一是“各部门法司考分值与规律”，对近四年考试中该部门法的分值分布规律与题型配置情况进行分析。二是“复习方法指导”，主要告诉考生该部门法考查的重点内容及复习技巧，这是对长期司法考试辅导的经验

^① 明师指南：谓之“明”，而非“名”，因万国一线教师凭借多年的司法考试辅导经验，对司法考试规律把握得“明明白白”、对具体问题分析得“明晰准确”，对司法考试重点把握得“明确到位”。故称谓为“明师”。

总结。

第二部分是“考题归类解析”。包括客观题和主观题。在客观题部分中，我们没有像在其他书中那样按单项选择题、多项选择题、不定项选择题的类别分类，而是按各部门法的知识体系以近四年真题所考查的知识点为识别标准，将考查同一知识点的所有选择题放在一起。这形成本书的最大特色。这样做的优势在于：一是让考生一眼即能看出一个部门法的重点章节、重点内容之所在；二是有利于考生对照法条，总结考查某一章节、某一法律制度的试题规律；三是使考生对命题的重复性及尚未考查的知识点一目了然，做到心中有数，知己知彼。在主观题部分，因为该题型所考查的是知识点的包容性、综合性，所以很难像选择题那样分类，故我们按试题的年份编排，这也有利于考生了解该部门法的案例分析题的年际出题规律。该部分不是每个部门法都有。

特别说明：由于法条更新，历届真题的答案与解析也需要随之更新。在本书，我们按照最新法条对历届真题进行解析，并提供根据新法得出的答案。真题也存在瑕疵，也存在学说观点争议。对于真题，本书原则上尊重司法部公布的答案，根据该答案提供解析。但对于某些确实存在可商榷之处的答案，本书将通过脚注的方式展现我们的观点。

三、本书的使用方法建议

关于本书的使用方法，我们建议考生：首先，在准备复习前将之当做测试题，以便定位自己当时的水平层面，请考生先不要去对照答案。其次，考生可将之当做单元练习题，当您系统复习完一个部门法后，可拿出本书相应部门法的试题做一做，以测试自己的复习程度。请务必注意，在您作答本书的试题时，要坚持自己独立思考、分析，然后得出答案，最后再去对照答案，而不应该自觉或不自觉地先看答案，否则，真题作为练习题的功用会大打折扣。此外，在对照答案时，对于自己作答正确的，也要参考一下解析，看一看解题思路和依据是否正确；对于做错的题目，则要对照题解好好总结一下症结之所在。

作为命题成果之集合，本书中的试题考生可以反复练习，以便揣摩试题的题型套路及解题技巧。

四、修订说明

国家司法考试举行了十一年，已经形成它特有的出题模式和考试规律。为了帮助考生认识这些，解决在学习中的大的方向性问题，真正能够在实际复习中给予指导，我们特意选编了最能体现司法考试特点的最近四年真题进行了精辟解析，这些题目足以让考生锻炼提高。鉴于论述题并没有标准答案可言，故本书对其未作收录。对此，考生可以参阅不同学校组编的有关论述题方面的专门书籍。

本次修订分工如下：

韩友谊	刑法
季 宏	法治理念、法理学、法制史、宪法学行政法与行政诉讼法学
卜开明	刑事诉讼法学 司法制度与法律职业道德
张进德	民事诉讼法与仲裁法学
段 波	民法（除知识产权法）学
张雨泽	国际法学 国际经济法 国际私法
杨长庚	商法 经济法
郭德忠	知识产权法

写作出版是我们给自己培训实践施加的一种压力，我们希望本书的成果和努力能够得到考生充分的批评和指正，这是我们在今后的培训、写作中不断提高水准的动力。

让我们假设，这本书与广大考生之间是一种这样的关系：

一个人向另一个人发出的邀请！

季 宏

2013年2月于北京万国学校

目 录

刑法学

第一部分	明师指南	3
第二部分	2009—2012 年司考考题归类解析	5

刑事诉讼法

第一部分	明师指南	105
第二部分	2009—2012 年司考考题归类解析	106

行政法与行政诉讼法

第一部分	明师指南	189
第二部分	2009—2012 年司考考题归类解析	190

国家司法考试四届真题归类解析与自测 (刑事·行政法卷)

Guojia Sifa Kaoshi Sijie Zhenti Guilei Jixi yu Zice (Xingshi · Xingzhengfajuan)

刑法学

第一部分

明师指南

一、刑法部分的司考分值与命题规律

1. 司考分值

分 值 年份	题型	单选	多选	不定项	案例	论述	合计
2009		20	30	8	22	0	80
2010		20	30	8	22	0	80
2011		20	26	12	22	0	80
2012		21	26	12	22	0	81

2. 命题规律

(1) 重者恒重。

在历年的司法考试中，总则中所涉及的重要知识点有：①罪刑法定与刑法的解释；②不作为犯与因果关系；③罪过与认识错误；④正当防卫；⑤未遂与中止；⑥共犯的成立；⑦罪数；⑧死刑；⑨累犯、立功、自首；⑩假释。共同犯罪和自首是总则的主要得分点，刑法的解释和因果关系则是总则中的难点。

在分则的考查中，重点罪名有：交通肇事罪，生产、销售伪劣产品罪，伪造货币罪，使用假币罪，信用卡诈骗罪，侵犯著作权罪，非法经营罪，故意伤害罪，绑架罪，非法拘禁罪，拐卖妇女、儿童罪，抢劫罪，敲诈勒索罪，盗窃罪，诈骗罪，侵占罪，帮助毁灭、伪造证据罪，走私、贩卖、运输、制造毒品罪，贪污罪，挪用公款罪，受贿罪，徇私枉法罪。每年分则考题中最多涉及罪名不超过 45 个（已包括干扰项。实际需要掌握的不超过 30 个罪名）。

(2) 强调新法、新司法解释。

对考试当年出现的刑法修正案以及新的司法解释，在考试时一般会以简单的记忆题出现，题目简单明了。

(3) 考试中逐渐推行新理论、新观点

我国刑法理论正面临着变革，而理论变革首先自然是总则理论的变革。如 2009 年司法考试教材中抛弃犯罪构成四要件，引进大陆法系的三阶层犯罪论体系。这种变化不是对

原有知识的升级改造，而是直接的舍弃旧知识，引进新理论。由于我国目前的刑法理论中是在前苏联的刑法观点占据主导的情况下，掺杂了中国古代的刑法观点，共产党人革命实践中产生的刑法观点（如我国独创的管制刑、死缓制度等），20世纪80年代以来本土学者的刑法观点，以及英美法系、大陆法系的个别观点。前苏联刑法观基本上视刑法为政治的工具。在这种视野下，刑法学本身并不能成为一门专业的学问，刑法理论和实践也缺乏树立“法律至上”的法治精神。采取大陆法系现代的刑法观成为了中国刑法学界和司法界面临的必然选择。面临这样一个变革的时代，既是考生的幸运，能够亲历这一变革，也是考生的不幸，在回答问题有时会无所适从。新的理论所带来的考点变化已经在逐渐显现，并且将进一步增强。

二、刑法复习方法指导

学习刑法，要掌握两个基本的分析根据和四个学习阶段。

基于刑法是用文字来限制国家打击的范围和打击的方式，是国家和公民在涉及公民重大利益时讲道理的平台，对于犯罪的认定和处罚不可脱离对法益的考量以及对主客观相一致原则的坚持。对任何行为进行刑法上的分析，首先是对行为法益侵害性的分析。对任何行为是否成立犯罪以及成立何种犯罪的认定，就是对行为人客观行为和主观罪过在内容上是否具有一致性的判断。坚持了以法益为核心，以主客观相一致为原则，也就掌握了刑法的核心。这就是学习刑法的两个基本分析根据。

学习司法资格考试的内容，达到融会贯通、运用自如的地步，需要经过四个艰苦的学习阶段：

1. 听

指听教师的授课内容。要在课堂上保持精力四射的状态，满足当堂接受的要求。为此，要做好预习功课并有良好的睡眠。

2. 说

指在课后能够随时随地地利用零碎时间琢磨上课所学知识，并达到能够向其他人自如地讲解知识的地步。所谓“说”指的是能够表达清楚。一个人能够将一件事情说清楚的，首先要将一件事情想清楚。“说”是为了逼使考生“想”。

3. 写

指大量练习司考题目。包括历届真题、高质量的模拟仿真题、专项知识练习题。出题者是通过题目向考生发问，与考生对话。正确解题的前提不仅需要考生懂得知识，还要求考生熟悉考官的发问方式。

4. 读

指的是每天早晨的朗读记忆。由于司法考试目前对记忆力的要求还是很高，而人在听的时候只能记住10%的内容，“读”时却能够记住30%的内容，所以不断地读法条、读各科重点是提高记忆量的最重要也是最简单的手段。

完成这四项内容，司法资格考试将不再依赖于运气，我们将把考试的效果牢牢掌握在自己手里。

第二部分

2009—2012 年司考考题 归类解析

客观题及解析

一、刑事立法与解释

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？^①（2011 年试卷二 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

考点 刑法解释参照事项和解释技巧。

解析 文理解释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①、②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。所以第④句正确。

由于①、②、③、④句话的内容都是正确的，所以 A、B、C、D 项的判断都是错误的。

2. 关于刑法解释的说法，下列哪一选项是正确的？^②（2009 年卷二第 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

① 【答案】ABCD

② 【答案】C

- 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

考点 缩小解释与文理解释的区别、当然解释、扩大解释和类推解释的区别。

解析 A 选项：缩小解释，又称限缩解释，即限制字面含义，使其符合刑法的真实含义。当然解释指刑法规定虽未明示某一事项，但依形式逻辑、规范目的及事物属性的当然道理，将该事项解释为包括在该规定的适用范围之内。就字面意思进行直接的理解，从字面探求法律所使用文字语言的正确意义的，是文理解释；文字表面没有明示，但是对文字的间接理解能够得出的结论，就是当然解释的结论。“盗窃公私财物”本身没有明示犯罪对象为“他人的公私财物”，但是依据盗窃罪的当然道理，盗窃的对象只能是“他人的”（他人所有或者占有的）财物，由于没有限制“公私财物”的字面含义，只是揭示其法条未明示的应有之意，所以是当然解释。

B 选项：“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。

C 选项：“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。

D 选项：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于信用卡的正确理解，超出国民的预测，所以不是类推解释，而是扩大解释。

二、刑法的基本原则

1. 关于罪刑法定原则有以下观点：^①（2012 年试卷二 3 题，单选）

- 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？

① 【答案】C

- 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

考点 罪刑法定原则。

解析 《刑法》第3条规定的罪刑法定原则, 其基本含义是: 犯罪和刑罚, 必须基于国民的意思, 事先予以规定。因此, 不管行为人的行为在现实上造成多么重大的损害, 也不管刑罚手段的使用有多么的迫切, 如果不是《刑法》将该特定的行为规定为犯罪类型, 那么这一行为就不可能构成犯罪, 也不可以加以处罚。罪刑法定原则是现代刑法的生命, 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。事实上, 罪刑法定原则主要约束的就是司法者, 使其对案件的处理完全限制在法条的范围内, 这样才能实现法治, 实现法律对人权的保障。司法者包括具有侦查、检察、审判职责的国家工作人员, 所以①②句的说法是错误的。

罪刑法定要求合理解释刑法, 禁止类推解释, 又称为“严格的罪刑法定”。类推解释是指, 需要判断的具体事实与法律规定的构成要件基本相似时, 基于危害性相当而将后者的法律效果适用于前者。类推是对法条文字范围的突破, 使得法官不再受法律条文的严格限制, 从而违背罪刑法定原则。同时基于习惯法本身没有文字的严格表述, 罪刑法定原则也排斥习惯法, 凡是刑法, 必须是被立法者通过立法的方式所表现的。又称“成文的罪刑法定”。所以③的说法也是错误的。

要求国民遵循尚未生效的法律, 是对行动自由的侵犯。如果根据行为后才出现的法律处罚当时的行为, 立法活动就变成了对国民的“伤害活动”, 而不是规范国民行为的活动。刑法不是确立道德的工具, 而是保护自由的工具。所以罪刑法定原则禁止刑法溯及既往, 又称“事前的罪刑法定”。总体上看, 法不溯及既往是避免事后突袭性的恶化行为人的地位, 使人民对于其行为之结果有预见可能性, 而能确保其行为的自由。所以禁止事后法仅仅禁止不利于被告人的法律溯及既往, 如果新法有利于被告人, 则可以溯及既往适用新法。这一点也得到了《刑法》第12条第1款的确认, “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。”所以④句正确。

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?^① (2011年试卷二1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

① 【答案】D

考点 罪刑法定原则的思想基础。

解析 A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，不得超过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，并且符合法律的内在追求。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。罪刑法定的实质要求，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。所以定罪量刑的依据必须是在刑罚规定的范围内，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。

3. 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？^①（2011年试卷二2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

考点 罪刑法定原则的具体应用。

^① 【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《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权益。

4. “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？^①（2010年试卷二1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

考点 罪刑法定原则的要求。

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：

罪刑法定要求禁止刑法溯及既往，即犯罪和惩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诉适用。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

① 【答案】D

定刑。由于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。

三、构成要件该当性概述

《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。”关于本条的理解，下列哪些选项是正确的？^①（2012年试卷二51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

考点 规范的构成要件要素。

解析

一、构成要件要素

是指组成犯罪构成要件的要素。例如行为、结果是组成不法要件的要素。按照不同的标准可以分为：

（1）客观的构成要件要素和主观的构成要件要素

客观的构成要件要素，是指涉及行为外在显现形态的要素。包括行为主体、行为对象、实行行为本身、行为结果、因果关系。

主观的构成要件要素，是指涉及行为人主观心理状态的内在要素。包括故意和过失，以及作为特别犯罪成立要件要素的犯罪目的和犯罪动机。

（2）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，以日常生活单纯描述，不待法官进行价值判断补充即可明确的构成要件要素。大多数构成要件要素皆属此类。

规范的构成要件要素，是指必须借由法官在个案中以价值判断补充评价，才有办法确定其内涵的不法构成要件要素。包括：1) 需要借助其他法律规范的评价而补充内涵的：如“国家工作人员”、“司法工作人员”、“公私财物”、“依法”。2) 需要以文化规范的评价作为补充：如“淫秽物品”、“猥亵”、“泄愤报复”、“住宅”、“不正当利益”。3) 需要具体量化评价作为补充的：如“数额较大”、“严重残疾”、“情节严重”、“危险”。

具体到本题：《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。”其中的“以暴力或者其他方法”是对犯罪客观行为方式的描述，属于客观的构成要件要素（A项正确）。犯罪对象“他人”即指行为人之外的其他人，以日常生活描述即可使得具有通常判断能力的一般人能够明了了法律的表述，属于记述的构成要件要素（B项正确）。“侮辱”，是指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、德性、身份、身体状况有关。“诽谤”，指散布捏造的事实，足以败坏他人名誉。到底什么样的言辞动作属于“侮辱”，最终决定于一个国家或者民族的价值观，所以法官必须结合当地文

^① 【答案】ABCD