

2018

国家统一法律职业资格考试

# 徐光华讲真题

刑法



法考元年

徐光华 编



人民日报出版社

2018

国家统一法律职业资格考试

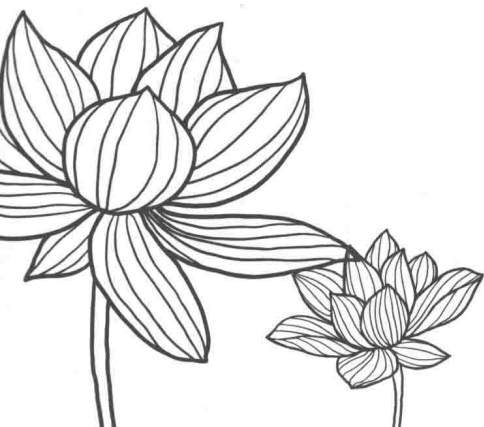
# 徐光华讲真题

## 刑法



法考元年

徐光华 编



人民日报出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

徐光华讲真题：刑法 / 徐光华编著. —北京：人民日报出版社，2017.12

ISBN 978-7-5115-5121-4

I. ①徐… II. ①徐… III. ①刑法—中国—资格考试—题解 IV. ①D924-44

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 295101 号

书 名：徐光华讲真题：刑法

作 者：徐光华

---

出 版 人：董 伟

责任编辑：周海燕

封面设计：飞翔的企鹅

---

出版发行：人民日报出版社

社 址：北京金台西路 2 号

邮政编码：100733

发行热线：(010) 65369509 65369527 65369846 65363528

邮购热线：(010) 65369530 65363527

编辑热线：(010) 65369518

网 址：[www.peopledaily.com](http://www.peopledaily.com)

经 销：新华书店

印 刷：北京国马印刷厂

---

开 本：787mm×1092mm 1/16

字 数：484 千字

印 张：18.75

印 次：2018 年 1 月第 1 版 2018 年 1 月第 1 次印刷

---

书 号：ISBN 978-7-5115-5121-4

定 价：68.00 元

## 前 言

《徐光华讲刑法真题 2018》与《徐光华讲刑法 2018》是姐妹篇，前者是真题解析，后者是教材，两书体例、风格保持一致，使读者读起来更加亲切与熟悉。请花五分钟时间大致翻阅一下本书的内容，决定你是否需要本书。该书包含了 2010 年至 2017 年共八年的每一道司法考试刑法部分的真题。2009 年及以前的司法考试真题，只要是重要的，《徐光华讲刑法 2018》一书在讲解具体知识点时，都会列明。我认为，如果你选择了《徐光华讲真题 2018》，就必须选择《徐光华讲刑法 2018》，反之亦然。否则，你对我讲授的知识认知、了解就可能存在一定的片面性。真题是考试的生命线，刑法真题更是如此。近年来刑法真题对知识点的考查的背后，对刑法理论的逐步推进、对审判实务的理解，都起了重要的作用。考试刑法中，历年真题的重复率，我认为基本上接近 70%。可以说，详细掌握了真题，就成功了一半。当然，能否真正掌握真题及其背后的知识点、原理，并不仅仅是将历年真题的答案做对即可。我就该书与真题学习的相关问题作如下说明，请读者一定认真、详细知晓：

第一，书中的每一句话都历经了我的心血，不存在任何抄袭他人的内容。部分市场上如有内容与我真题雷同的书，请告知我本人。2017 年我在众合教育出版了《真题五卷本》之《刑法》（2010—2016）篇，也是我用心撰写，确保每一个字都是自己思考过的结果。实际上，即便是我去年解析过的真题，今年我仍然会再次梳理一次，看看有无改进之处，绝不可能“坐享过去的成果”，更不可能抄袭他人的成果而“坐享其成”。这是基本的职业道德与修养。《徐光华讲刑法真题》（2010—2017）在我去年这本书的基础上，进行了详细的修改，对书中发现的错误进行了认真修订，加入了大量的最高司法机关的指导案例、相关的学术论文观点、我本人代理的案例及身边发生的真实案例，包括我所在的江西省的司法机关曾经咨询过我的案例，举例不再是虚拟的甲、乙、丙、丁，这是丰富大家的阅读而不是增加大家的负担！力争通过真题你就能够大致学好刑法。解析刑法真题这么多年，去年该书市场上脱销后又加印几次，旧书的市场占有率大，旧书中内容不免被他人效仿，错误的内容也依然可能会被效仿，还请读者认真辨别，稍有一个错误，也可能会给考生酿成大祸。请相信真正的作者本人才最懂自己解析的真题，知道哪些地方应该进行何种程度的修改，知道如何结合立法、理论的变化进行修改。未经我本人同意而效仿、抄袭我过去的真题解析，会误导考生。因为我已经去年的基础上进行了重要修改，包括观点的变化。防止盗版、抄袭的最有效的办法就是自身不断改进，从而使盗版者无法跟上进度。为了防止错误的抄袭、模仿，书中大量案例都是发生在我所在的江西省的案件，或者我亲自代理过的案件（如 2017 年全国有影响性的 e 租宝非法吸收公众存款案，我作为江西省分公司负责人李某的辩护人；又如 2014 年当年全国最大的精彩生活传销案，我作为被告人童某的辩护人），或者相关司法人员咨询过我的案件，文中也引用了我和我爱人指导的大量的研究生的姓名，他们也为本书的编校付出了努力，这样使读者更加确定是我本人的成果，

模仿将变得更加困难。

第二,《徐光华讲刑法真题 2018》一书对真题的解析注重从立法、理论、审判实务、关联真题的比较考查,力争使考生对真题有一个彻底、详细的了解。而不是孤立地仅知道做这道题目。这一点读者只要稍微翻阅本书就可以知晓。实际上,任何一个刑法学知识的学习,都不是孤立的,真题背后的理论、相关立法,以及该问题在审判实务中的做法,考生只有系统了解之后,才会建立起对该知识的兴趣,才会从被动学习变成主动探究式的学习。对 2010 年—2017 年的每一道刑法真题认真阐述的同时,对相类似的真题也进行了详细的说明,力争考生对知识的学习能够通过类似真题进行归纳。书中有大量的相关案例,包括我本人代理的部分案例,也有大量经过实证考察得出的研究结论,使你对知识的理解更接地气。

我对真题的解析路径,也希望成为大家学习刑法学知识的一种方法。读者对任何一个刑法学知识如果存在困惑,查阅相关理论(上中国知网查 [www.cnki.cn](http://www.cnki.cn) 找相关论文)、相关案例(中国裁判文书网)、立法与司法解释,这应是基本的方法。希望读者不仅仅是阅读此书,此书对问题解析的方法也亦能为读者所用。更希望以真题为主线,通过理论、立法、案例的解读,让读者在实践中学习刑法,而不是在虚幻中、纸面上学习刑法。学有余力的同学,待法律职业资格考试通过后,有志于进一步攻读研究生的,如果对我个人的学术研究成果感兴趣的,也可以上中国知网([www.cnki.cn](http://www.cnki.cn))查阅我本人的相关学术论文,我近年来的几篇文章,也推荐大家阅读参考,这些文章都是采用实证研究方法展开的,包括《“以刑制罪”视阈下财产罪保护法益的再认识》(中国法学,2016年第6期),《个案类型特征视阈下的刑事司法与民意——以 2005 年至 2014 年 130 个影响性刑事案件为例》(法律科学,2015 年第 5 期),《公众舆论与以危险方法危害公共安全罪的扩张适用》(法学家,2014 年第 4 期)。

第三,该书所有真题的参考答案均与司法部官方答案保持一致。我最为担心的问题是,市场上不少作者、读者可能误读了真题的官方答案。客观地讲,司法考试刑法命题老师,基本上都是顶级刑法学者,虽然我本人也是刑法学教授,但是与出题老师的刑法专业水平相比,还是有很大差距,随意篡改真题的答案我认为是很不妥当的。这一点,读过研究生、博士的同学应该很容易明白。因立法、司法解释变化,或者刑法理论的变化,也会在阐述官方原有答案的基础上,再次进行修订说明。所以,因时间的变化而导致答案的变化,读者不需要担忧,我已经全部为你提前考虑好了。我对去年的内容作了大范围的补充说明,使书中的内容更加充实。需要说明的是,对答案的取舍、观点的取舍,是考生非常担忧的问题。部分考生在学习时,经常看到同一个问题的不同观点,甚至不同书上讲的观点都不一样。为了消除大家的疑惑,书中对每道题目,为什么是这样的,为什么要采用这种观点,进行了详细的说明。你有的困惑,我应该都知道。也正是基于此,说一千、道一万,都不如你静下心来看看,体会书中的内容。也正是为了大家更好地详细掌握,《徐光华讲刑法真题 2018》一书的内容有些多,还请理解,一切都是为了读者。只有你读过才知道,我这样写对不对。看真题解析就像读小说与故事,再多也不要害怕。此书可以在复习《徐光华讲刑法 2018》每一章后,相对应地做一章的真题,也可以系统、完整学习过《徐光华讲刑法 2018》后再通读此书,基础较高的同学或者时间来不及的同学,甚至可以先看本书,不懂的问题再去《徐光华讲刑法 2018》。之所以可以这样灵活多样的学习方式,是因为本书不仅仅是一本单纯的真题解析,本书更是一本以真题解析为主线的刑法学教材,对知识点进行了最大可能的详细化解读。

平实的语言无法表达我心中丰富的情感,一切尽在内容中。《徐光华讲刑法 2018》《徐光华讲刑法真题 2018》《徐光华考前一本通 刑法》共三本,会陆续出版,均可以单本购买。淘宝、京东等网络销售以及各众合教育分校均有售。相关的配套课程亦可以在众合教育官网([www.zhongheedu.com](http://www.zhongheedu.com))免费观看,请大家关注我的新浪微博“徐光华 law”,重要问题微博均会告知。去年的《2017 刑法考前 143 题 徐光华》亦会在众合教育 VIP 班讲授,该课程去年押中原题的情况网上亦能随意查找到,《2018 考前 143 题 徐光华》讲义及课件亦会在微博上有通知。

该书的顺利出版,得益于众合教育谭一、靳少华老师等编辑团队,我和郭晓红老师指导的硕士研

\*-----  
究生古仁迎、杨霏菲、彭丁、胡风、李玉瀚、邓城家、王冉、谢俊娣、乌云其木格、万络开、罗婷、李丹等为此书的校对亦付出了很多精力，他们的工作具体内容是对书进行格式、错别字校对，补充了部分案例，他们的付出在书的正文中都进行了具体的列明，这也是尊重他们应有的劳动成果。他们都是非常优秀的研究生，大部分同学都是以400分以上的成绩通过法律职业资格考试的，感谢他们对此书的用心付出。我的二宝徐姝涵（铃铛，Judy Xu）伴随着本书的出版而出生，大宝徐婧涵（叮当，Cindy Xu）也一直在问及我的书，要帮我去卖我亲笔签名的书。感谢我妻子郭晓红用心的付出，她对宝宝的用心付出就是对我最大的支持。读者能从书中获益将是对所有付出者的最大回报。



二零一七年十二月

## 目 录

## CONTENTS

## 刑法总则

专题一 刑法基础理论与刑法解释.....	003
专题二 刑法的基本原则.....	010
专题三 刑法适用效力.....	016
专题四 犯罪概说.....	019
专题五 客观不法要件.....	023
专题六 责任要件(一)——责任能力.....	036
专题七 责任要件(二)——罪过.....	043
专题八 排除犯罪性的事由(违法性、责任阻却事由).....	054
专题九 故意犯罪的停止形态.....	064
专题十 共同犯罪.....	073
专题十一 单位犯罪.....	089
专题十二 罪数论.....	091
专题十三 刑罚的体系.....	104
专题十四 刑罚的裁量.....	111
专题十五 刑罚的执行.....	122
专题十六 刑罚消灭制度.....	128

## 刑法分则

专题十七 刑法分则概说.....	131
专题十八 侵犯个人法益之犯罪:侵犯财产罪(上).....	132
专题十九 侵犯个人法益之犯罪:侵犯财产罪(中).....	149
专题二十 侵犯个人法益之犯罪:侵犯财产罪(下).....	165
专题二十一 侵犯个人法益之犯罪:侵犯公民人身权利、民主权利罪(上).....	167
专题二十二 侵犯个人法益之犯罪:侵犯公民人身权利、民主权利罪(中).....	173
专题二十三 侵犯个人法益之犯罪:侵犯公民人身权利、民主权利罪(下).....	178
专题二十四 侵犯社会法益之犯罪:危害公共安全罪.....	189
专题二十五 侵犯社会法益之犯罪:破坏社会主义市场经济秩序罪(上).....	201
专题二十六 侵犯社会法益之犯罪:破坏社会主义市场经济秩序罪(中).....	209

专题二十七 侵犯社会法益之犯罪：破坏社会主义市场经济秩序罪（下） .....	221
专题二十八 侵犯社会法益之犯罪：妨害社会管理秩序罪（上） .....	225
专题二十九 侵犯社会法益之犯罪：妨害社会管理秩序罪（中） .....	237
专题三十 侵犯社会法益之犯罪：妨害社会管理秩序罪（下） .....	238
专题三十一 侵犯国家法益之犯罪：贪污贿赂罪 .....	244
专题三十二 侵犯国家法益之犯罪：渎职罪 .....	262

## 主观题

一、2017年 .....	269
二、2016年 .....	271
三、2015年 .....	273
四、2014年 .....	275
五、2013年 .....	276
六、2012年 .....	278
七、2011年 .....	280
八、2010年 .....	284
附录 本书真题索引 .....	287

# 刑法客观题

2010~2017

OBJECTIVE



# 刑法总则

## 专题一 刑法基础理论与刑法解释

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？（2011-2-51，多）<sup>①</sup>

- 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

**解析** 刑法解释方法分为两大类：

（1）解释技巧（论理解释）：平义解释、宣言解释、扩大解释、缩小解释、反对解释、类推解释、比附、补正解释。——条文的适用方法。

（2）解释理由：文理解释、体系解释、当然解释、历史解释、比较解释、目的解释。——解释的参照事项。

“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，但采用哪一种解释技巧，取决于解释理由，而解释理由是可以多样的。例如，对《刑法》第275条（故意毁坏财物罪）的毁坏概念，不可能既作平义解释，又作扩大解释；也不可能既作平义解释，又作缩小解释；更不可能既作扩大解释，又作缩小解释，解释者采用哪一种解释技巧，是需要解释理由来支撑的”。<sup>①</sup>——解释技巧是结论的制造者，解释理由是结论的论证者。对一个用语作出一个解释，其支撑理由可以多种多样甚至越多越好，但是解释技巧只能选择一种。这就好比我问你今天上课是迟到、早到还是准时到，你总不可能回答既迟到，又早到，还准时到吧，你只能选择回答其中之一（比如迟到），但迟到

的理由你却可以解释有多个。

第①句话正确。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，但采用哪一种解释技巧，取决于解释理由，而解释理由是可以多样的。这样，在文理解释（解释理由）的支配下，可以选择具体的解释技巧，如扩大解释、缩小解释。而论理解释实际上是就解释技巧的问题，即对刑法条文的含义予以扩大或者缩小等。所以文理解释是解释理由，论理解释是解释技巧，对同一个刑法条文同时进行文理解释与论理解释是可以的。

第②句话正确。同一个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，解释技巧只能选择一种。“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，但采用哪一种解释技巧，取决于解释理由，而解释理由是可以多样的。例如，对《刑法》第275条的毁坏概念，不可能既作平义解释，又作扩大解释；也不可能既作平义解释，又作缩小解释；更不可能既作扩大解释，又作缩小解释”。但是，需要说明的，对于刑法中不同条文中的同一概念，可能作不同的解释。例如，故意杀人罪的对象“人”与共同犯罪中“二人”以上共同故意犯罪中的“人”并不完全一样，前者泛指一切人，包括小孩，而后者则是指具有一定的规范意识、能理解自己行为意义的“人”。

第③句话正确。罪刑法定原则的当然要求是禁止类推解释，扩大解释是被允许的。但各种解释方法本身无所谓对错的问题，最终解释结论能否被采纳还要看其是否符合刑法目的。例如，《刑法》第263条规定“在公共交通工具上抢劫”作为抢劫罪的一个加重处罚情节，鉴于该加重情节的法定刑过重，刑法理论与司法解释都主张对其进行缩小解释，小型出租车不属于公共交通工具，如果要对“公共交通工具”作扩大解释，则该解释结论就是错误的。虽然“扩大解释”这一解释

<sup>①</sup> 张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第39页。

方法本身并不违反罪刑法定原则，但对《刑法》第263条的“公共交通工具”就不宜进行扩大解释。

第④句正确。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，对案件适用既有法条的一种解释。当然解释有两种样态，就某种行为是否被允许而言，采取的是举重以明轻的判断；就某种行为是否被禁止而言，采取的是举轻以明重的判断。换言之，刑法规定的某个罪名（犯罪构成要件），现实生活中发生的具体案件有的可能是与刑法的规定完全一致，还有的比刑法所规定的危害性要远远大于（有过之而无不及），这种案件“当然”应被认定为犯罪，这就是当然解释。但是，当然解释仅强调现有案件的社会危害性“当然”（远远）大于刑法所规定的罪名，仅仅是进行了社会危害性的比较，就认定为构成犯罪。但行为构成犯罪不仅仅是看社会危害性比刑法已有罪名的要大，还得符合罪刑法定原则（刑法的规定）。由于刑法实行罪刑法定原则，不得直接采取当然解释认定行为构成犯罪。换言之，在适用举轻以明重的解释原理进行当然解释时，也要求案件事实符合刑法规定的犯罪构成，而不能简单地以案件事实严重为由以犯罪论处。亦即，当然解释的结论，也必须能为刑法用语所包含。所以，在刑法解释中，当然解释只能成为一种解释理由（但这一理由可以包容在体系解释中）。<sup>①</sup> 例如，播放淫秽录像的行为，根据《刑法》第364条第2款的规定，成立组织播放淫秽音像制品罪，根据当然解释，二人在公园公开发生性行为的危害性更大，更应入罪，但由于刑法对此没有明文规定，我们不能将该行为当然入罪。这一问题，曾经出现在2000年的律师资格考试中。又比如，抢劫一条小狗（属于财物）的构成抢劫罪，那么，抢劫一个小婴儿的，从社会危害性上看，“当然”构成抢劫罪，但《刑法》第263条明文规定抢劫罪的对象是财产，将抢劫小婴儿的行为认定为抢劫罪就是违反罪刑法定原则的当然解释。故本题答案为ABCD。

2. 关于刑法解释，下列哪一选项是错误的？

（2013-2-3，单）1

- 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
- ① 张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第40页。

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

解析 A项错误。各种解释方法及其得出的解释结论，并不会因为其被司法解释所采纳，就改变了其解释本身的属性。例如，将拐卖妇女罪中的妇女解释为包括男人在内，属于类推解释。即使最高人民法院的司法解释也作了此规定，但这仍然是类推解释。“他妈的”就是一句脏话，徐光华说这句话是脏话，李曰龙说这句话依然是脏话。不能因为李曰龙同志是众合教育的CEO，就认为他说的是“优美”的话。同样一个月亮，你能说外国的比中国圆吗？解释主体（立法解释、司法解释、学理解释）与解释方法（扩大解释、缩小解释、类推解释等）是两个不同层面的问题。当然，需要指出的是，实践中，最高人民法院一般不会将如此荒谬的解释（类推解释）纳入司法解释，最高人民法院实际上也是严格贯彻罪刑法定。

B项正确。将“汽车”解释为“大型拖拉机”，显然已经超出了我们对“汽车”通常理解的最核心的含义，从这一意义上来看，这至少应该是一个扩大解释。至于该解释是否完全脱离了“汽车”含义的最大范围，这个确实有一定的模糊之处，实际上，扩大解释和类推解释的区分本身就是一个很模糊的界限。有的学者认为这一解释是扩大解释，如黎宏教授指出，“如果破坏的对象是用作交通运输手段的大型拖拉机，足以危害公共安全的，应以破坏交通工具罪论处”。<sup>②</sup> 张明楷教授指出，将大型拖拉机解释为汽车，将破坏大型拖拉机进而危害公共安全的行为认定为破坏交通工具罪，不会损害国民的预测可能性，更没有将不值得处罚的行为以犯罪论处，不属于违反罪刑法定原则的类推解释。<sup>③</sup> 也有学者认为这是类推解释。但无论如何，将“汽车”解释为包括“大

② 黎宏：《刑法学》，法律出版社2011年版，第444页。

③ 张明楷：《罪刑法定与刑法解释》北京大学出版社2009年版，第178页。

型拖拉机”在内，至少是一个扩大解释，甚至有可能是类推解释。扩大解释和类推解释的界限并不是绝对的泾渭分明的，某种解释是类推解释还是扩大解释，有时是不好确定的，甚至是存在争议的，它并不是单纯的用语含义问题。换言之，某种解释是否被罪刑法定原则所禁止，要通过权衡刑法条文的目的、行为的处罚必要性、国民的预测可能性、刑法条文的协调性、解释结论与用语核心含义的距离等诸多方面得出结论。在许多情况下，甚至不是用语的问题，而是如何考量法条目的与行为性质，如何平衡法益保护机能与人权保障机能的问题。<sup>①</sup> 回到本选项中，将“汽车”解释为包括“大型拖拉机”在内，扩张了“汽车”的含义是必然的，但这种扩张是否过度了（达到了类推解释），则存在不同的理解，故该选项也没有下一个结论究竟是扩大解释还是类推解释，但至少是扩大解释，甚至有可能是类推解释。这样灵活的说法，当然没有问题。

C项正确。在部分犯罪中，刑法明确区分了伪造与变造，例如，在货币犯罪中，刑法规定了伪造货币罪（第170条）与变造货币罪（第173条），《刑法》第320条规定了提供伪造、变造的出入境证件罪。从这一意义上看，伪造与变造之间是一种排斥关系，变造不属于伪造的表现形式之一，二者属于各自独立的表现形式。但是，从语义上来看，变造确实属于伪造的一种，伪造就是“造假”，而变造是“造假”的类型之一。有的类型的犯罪，刑法仅规定了“伪造”一种类型的犯罪，在此情形下，就可以将“变造”行为也解释为“伪造”行为的一种。从用语可能具有的含义来讲，伪造和变造的含义是不相同的。但基于伪造与变造在“无权制作”这一点上并无本质区别，因而将变造解释为伪造，应当说是可以的。<sup>②</sup> 例如，《刑法》第196条信用卡诈骗罪中，只有使用伪造的信用卡的行为，没有使用变造的信用卡的行为，如果行为人使用所谓“变造”的信用卡（如磁条内的信息被变更的信用卡）的，应认定为使用伪造的信用卡。此时的所谓“变造”就可以解释为是“伪造”的一种形式，因为伪造可以包括变造。将变造解释为伪造，并没有超出公民对于法条含义的预测可能性，并没有违反罪刑法定原则。又如，《刑法》第206条规定了伪造、出售伪造的增值

税专用发票罪，而没有规定变造增值税专用发票罪，故可以将该条所规定的“伪造”解释为包括“变造”在内。

D项正确。当然解释是法条的适用方法，但在刑法中，当然解释应当作为一种解释理由。举重以明轻，是就出罪、处罚轻而言；举轻以明重，是就入罪、处罚重而言。当然解释的依据是事物的本质与法条的旨趣。《刑法》关于累犯的规定，其中之一是“不满18周岁的人犯罪除外”，不管是犯后罪未满足18周岁还是犯前罪未满足18周岁，其行为均不构成累犯，不成为法定的从重处罚的情节。概言之，如果前次犯罪未满足18周岁，对于后次犯罪，就不得以行为人特殊预防的必要性大为由而从重处罚。不满18周岁的人既然不构成累犯，那么，就意味着，不满18周岁的人，前后犯罪无论是任何犯罪，都不宜以累犯论处，不应从重处罚。例如，甲15周岁实施了故意杀人行为，刑罚执行完毕后又实施了故意杀害10人的行为，根据刑法的规定，不构成累犯，不需要从重处罚。那么，根据“举重以明轻”的当然解释原理，至少可以得出以下结论：对于不满18周岁的人实施毒品犯罪的，不得适用《刑法》第356条从重处罚。《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。这是关于毒品犯罪再犯从重处罚的规定。既然不满18周岁的人犯罪不可能成立累犯，前后犯罪是故意杀人罪都不需要认定为累犯进而从重处罚，那么前后犯罪属于毒品犯罪的再犯的，当然不宜从重处罚，即不适用《刑法》第356条的规定。故本题答案为A。

3. 关于刑法用语的解释，下列哪一选项是正确的？（2014-2-3，单）1

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

<sup>①</sup> 张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社，2011年版，第63页。

<sup>②</sup> 黎宏：《刑法学》，法律出版社2012年版，第25页。

**解析** A项错误，体系解释是指，根据刑法条文在整个刑法中的地位，联系相关法条的含义，阐明其含义。例如，对于奸淫幼女的行为成立强奸罪的，是否要求行为人主观上具有故意，必须结合刑法总则关于犯罪故意的规定来理解（刑法总则要求，“犯罪故意”要求行为人对犯罪对象明知，而强奸罪之奸淫幼女情节，当然要求行为人明知对象系幼女），即总则指导分则，共成一体系。用通俗的话来讲，体系解释要保持整部刑法解释的整齐性，同时，体系解释也要求对具体条文、概念，联系上下文进行解释，不要孤立解释。需要注意的是，体系解释并不要求对于刑法中的同一用语作相同解释。例如，抢劫罪中的“暴力”包括故意致人死亡，妨害公务罪中的“暴力”不包括故意致人死亡，因为妨害公务的法定刑太低，暴力就不宜解释为包括故意致人死亡的严重暴力，妨害公务如果致人死亡的，应认定为妨害公务罪。又如，“猥亵”概念具有相对性：构成强制猥亵罪如针对妇女的，只能是性交以外的行为，因为与女性强行性交的，构成刑法上的强奸罪；但针对男童构成的猥亵儿童罪，“猥亵”幼男的行为则包括性交行为，因为，成年女性如果以非性交的方式侵犯男童的（如抚摸男童的生殖器），都构成猥亵儿童罪，那么强行与男童发生性关系的，更宜以犯罪论处，但由于刑法中的强奸罪（第236条）规定的对象不包括男性，故就此而言，应该将该猥亵儿童罪的“猥亵”行为解释为包括“性交”在内。这样解释也并不违反罪刑法定原则，因为强行性交也属于“下流的”、“猥亵的”行为类型。刑法中的“买卖”型犯罪，一般认为，虽然是指“购买并卖出”，但没有必要对所有的“买卖”型犯罪均作完全相同的解释。因为有的类型犯罪，“买”或“卖”均值得处罚，单纯的购买或者出售，应属于“买卖”。如非法买卖枪支、弹药罪等。类似的道理，刑法中的“贩卖”型犯罪，如贩卖毒品罪，也不宜将“贩卖”解释为“买进后再卖出”，单纯的“出卖”也应该解释为“贩卖”。如果行为人捡到一包毒品，然后卖给他人，当然要定贩卖毒品罪。

B项正确。《刑法》第114条规定了以危险方法危害公共安全罪，与放火、爆炸、决水、投放危险物质罪规定在同一条文中。该条规定，“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安

全，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。”那么，对“以危险方法危害公共安全罪”中的“其他危险方法”就应该进行同类解释，即“其他危险方法”仅限于与放火、决水、爆炸、投放危险物质相当的方法，而不是泛指任何具有危害公共安全性质的方法。根据同类解释规则，它必须与前面所列举的行为相当。对刑法中的“等”、“其他”用语，应该进行同类解释。如果超出同类解释规则，将会使解释结论无边界，变成类推解释。如果对以危险方法危害公共安全罪的“其他危险方法”不进行同类解释，一旦脱离具体的法律条文，“危险方法”就很可能被理解为“具有社会危害性的方法”，而这种一般性的理解由于缺乏特定规范语境的限定，使得原本就需要进行解释的概念变得更加模糊不清。对兜底条款进行同类解释是刑法文本逻辑规则的要求，“其他危险方法”应与“放火、爆炸、决水、投放危险物质”的危险性相当，这类危险的实质在于，会危及到不特定或者多数人的生命、健康财产安全，并且这种“不特定”具有向多数扩张的可能性。

C项错误。“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”，属于文义解释，通过字面含义就能得出，不是当然解释。当然解释要求欲解释的事项较之刑法的规定更具有“递进性”。因为在网络上捏造他人名誉的事实，本来就属于“捏造事实诽谤他人”，成立诽谤罪，这种情形下的诽谤，并不会比现实中诽谤他人的危害性更具有递进性。

D项错误，将盗窃骨灰的行为解释为盗窃“尸体”，属于类推解释。孕妇腹中的死亡胎儿，即使具有人的形体，也不是尸体；骨灰不是尸体。<sup>①</sup>《关于盗窃骨灰行为如何处理问题的答复》指出：“‘骨灰’不属于《刑法》第302条（侮辱尸体罪）规定的‘尸体’。对于盗窃骨灰的行为不能以《刑法》第302条的规定追究刑事责任。”故本题答案为B。

4. 下列哪些选项不违反罪刑法定原则？

(2014-2-51, 多) II

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”

<sup>①</sup> 张明楷：《刑法学》，法律出版社2011年版，第948页。

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

② 解析 A 项正确。痴呆女没有正确的意志表达能力, 因此, 与痴呆女发生性关系的, 构成强奸罪。《关于当前办理强奸案件中具体应用法律的若干问题的解答》规定, 明知妇女是精神病患者或者痴呆者(程度严重的)而与其发生性行为的, 不管犯罪分子采用什么手段, 都应以强奸罪论处。致使被害人怀孕的, 可以认定为强奸“造成其他严重后果”。

注意本案的对象是“痴呆女”。但是, 强奸普通妇女造成被害妇女怀孕的, 一般不认为是强奸罪的加重犯“造成其他严重后果”。笔者在中国审判法律应用支持系统中查到了 2012 年以来强奸致被害人怀孕的案件共计 9 件。从这些案件的判决来看, 除其中一件多次强奸数名“未成年少女”并致一名被害人怀孕案件的管辖法院综合认定强奸致被害人怀孕的危害结果为严重外, 其余 8 个案件的管辖法院一致认为, 强奸致被害人怀孕情形不属于强奸罪的结果加重情节。理由在于: 不论是强奸还是通奸, 只要是男子在没有采取避孕措施情况下与妇女发生了性关系, 就可能致女方怀孕, 这是生理常识, 可以说是每个强奸案件都有可能发生的附随后果。

B 项错误。《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》第 12 条规定, 关于《刑法》第 217 条(侵犯著作权罪)规定的“发行”的认定及相关问题。<sup>①</sup>“发行”, 包括总发行、批发、零售、通过信息网络传播以及出租、展销等活动。非法出版、复制、发行他人作品, 侵犯著作权构成犯罪的, 按照侵犯著作权罪定罪处罚, 不认定为非法经营罪等其他犯罪。根据这一规定, 不宜

将发行解释太过宽泛, 如果将发行解释为播放, 那几乎只要是“使用”盗版音像制品的行为都应该认定为是侵犯著作权罪, 这显然是不合适的。

“发行”要求侵权复制品有一定的载体, 且意味着取得侵权复制品的人具有可以随时或者反复使用侵权复制品的可能性。“发行”的本质特征是传播作品, 出租作品当然也是传播作品的一种方式。<sup>②</sup>此外, 《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》第 2 条规定, 侵权产品的持有人通过广告、征订等方式推销侵权产品的, 属于“发行”。

C 项正确。以危险方法危害公共安全罪是重罪、口袋罪, 适用时应非常慎重。以危险方法危害公共安全罪与危险驾驶罪均是危害公共安全类犯罪, 且均为故意犯罪。但前者是重罪、后者是轻罪, 前者的法定刑明显重于后者。因此, 以危险方法危害公共安全罪中的“危险”较为危险驾驶罪中的“危险”应更严重。一般认为, 行为人仅仅实施了醉酒驾驶、追逐竞驶等轻度危险行为的, 成立危险驾驶罪。而本案中, 行为人具有“重度醉酒”、“高速公路”、“超速”三个危险因素的叠加, 属于“重度”危险行为, 应成立以危险方法危害公共安全罪。<sup>③</sup>

D 项正确。《刑法》第 280 条规定了“盗窃、抢夺、毁灭国家机关公文、证件、印章罪”, 而第 375 条规定了“盗窃、抢夺武装部队公文、证件、印章罪”。对于“毁灭”武装部队公文、证件、印章的行为没有作特别规定, 但根据《刑法》第 280 条的规定, 毁灭普通国家机关公文、证件、印章的行为都构成犯罪, 而毁灭武装部队公文、证件、印章的行为更具有可罚性。故对毁灭武装部队公文、证件、印章的行为, 根据当然解释, 应适用《刑法》第 280 条, 认定为毁灭国家机关公文、证件、印章罪。<sup>④</sup>实际上, 武装部队的公文、证件、印章也属于国家机关公文、证件、印章, 这一解释并不违反罪刑法定原则, 因为武装部队也属于国家机关之一。相反, 如果仅从字面意义上看, 认为刑法没有规定毁灭武装部队印章罪, 就认为该行为无罪, 这样会导致刑法适用的不公

① 《刑法》第 217 条(侵犯著作权罪)规定, 以营利为目的, 有下列侵犯著作权情形之一, 违法所得数额较大或者有其他严重情节的, 处三年以下有期徒刑或者拘役, 并处或者单处罚金; 违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的, 处三年以上七年以下有期徒刑, 并处罚金:

(一) 未经著作权人许可, 复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的;

(二) 出版他人享有专有出版权的图书的;

(三) 未经录音录像制作者许可, 复制发行其制作的录音录像的;

(四) 制作、出售假冒他人署名的美术作品的。

② 张明楷:《刑法的私塾》, 北京大学出版社 2014 年版, 第 310 页。

③ 徐光华:《公众舆论与以危险方法危害公共安全罪的扩张适用》, 载《法学家》2014 年第 5 期。

④ 张明楷:《刑法学》, 法律出版社 2011 年版, 第 1040 页。

平。所以，应当将“武装部队印章”解释为“国家机关印章”，这样的解释也不违反罪刑法定原则。故本题答案为ACD。

5. 关于刑法解释，下列哪些选项是错误的？

(2015-2-51, 多) 1

A. 《刑法》规定“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的”构成强奸罪。按照文理解释，可将丈夫强行与妻子性交的行为解释为“强奸妇女”

B. 《刑法》对抢劫罪与强奸罪的手段行为均使用了“暴力、胁迫”的表述，且二罪的法定刑相同，故对二罪中的“暴力、胁迫”应作相同解释

C. 既然将为了自己饲养而抢劫他人宠物的行为认定为抢劫罪，那么，根据当然解释，对为了自己收养而抢劫他人婴儿的行为更应认定为抢劫罪，否则会导致罪刑不均衡

D. 对中止犯中的“自动有效地防止犯罪结果发生”，既可解释为自动采取措施使得犯罪结果未发生；也可解释为自动采取防止犯罪结果发生的有效措施，而不管犯罪结果是否发生

**解析** A项正确。根据文理解释，强奸罪保护的法益是妇女性的自己决定权，丈夫强行与妻子性交的依然可以解释为强奸妇女。《刑法》第236条并未将“妇女”限制为“除妻子之外的女人”，因此，从文理解释看，强奸自己的妻子的，也可以认定为《刑法》第236条的“强奸妇女”。当然，对于强奸罪的对象“妇女”，是仅依照文理解释，还是应该考虑其他解释如目的解释等，则是存在争议的问题。中国审判实践中通常认为，不能仅仅根据文理解释来解释强奸罪的对象“妇女”，丈夫强奸妻子的行为一般不宜以强奸罪论处，应对强奸罪的对象“妇女”进行缩小解释。除非是基于特殊情况，如夫妻之间已经处于离婚诉讼期间或者因感情不合长期分居，丈夫强奸妻子的，有部分被认定为强奸罪的。只有在婚姻关系处于非正常存续期间，婚内强奸才构成强奸罪。例如，离婚诉讼期间、婚姻关系已经进入法定的解除程序等。并且，这些作有罪判决的案件均是发生在比较发达的城市，如上海、北京等，造成了被害人轻伤甚至重伤结果的案件。

在考试之外，不少学生问我：婚内强奸是否构成强奸罪？可以参考我的论文，现附上该论文的摘要：我国立法对婚内强奸问题并无专门规定，婚内强奸问题更是一个刑法解释问题，在刑法解释领域如何处理婚内强奸问题，应结合我国的本

土文化进行。在女权主义高涨的背景下，对婚内强奸作出有罪判决的案件越来越多，而且这一趋势还在进一步扩大化。婚内强奸无罪化显然是不适宜的。从婚内强奸的理论与实践可以看出，婚内强奸问题与其说是一个刑法规定问题，不如说是一个刑法解释问题。这一问题清晰地反映出了当今社会刑法文化的变迁，女性权利意识的变迁。对于婚内强奸问题，必须结合我国现实的社会文化背景进行解释。在我国当前社会文化背景下，对于婚内强奸问题应该采取一个较为缓和的态度。<sup>①</sup>

B项错误。抢劫罪所要求的“暴力、胁迫”必须达到足以抑制被害人反抗的程度，进而取得被害人的财物，而强奸罪中的“暴力、胁迫”则没有这么严格的要求。抢劫罪、强奸罪的保护法益并不相同，前者主要是保护财产权，后者则是女性的性权利，显然后者更为重要，因此，对于强奸罪所要求的暴力，程度应较之抢劫罪更轻。即抢劫罪的“暴力、胁迫”是“重度”暴力、胁迫，强奸罪的“暴力、胁迫”是“轻度”暴力、胁迫。如果像抢劫罪中的“胁迫”那样解释强奸罪中的胁迫，要求强奸罪的胁迫必须达到严重的程度，那么，许多以轻微胁迫手段（如以揭发隐私相要挟）违反妇女意志而实施的强奸行为，就不可能成立强奸罪，这会导致值得科处刑罚的行为置于刑法规制之外，因而不利于保护妇女的性权利。反之，如果像强奸罪中的胁迫那样解释抢劫罪中的胁迫，认为只要实施“轻度”胁迫就构成抢劫罪的话，则必然导致敲诈勒索（敲诈勒索罪较之抢劫罪更低，要求的胁迫程度也更弱）与抢劫行为受到相同的处罚，造成轻重不同的行为得到相同的处理，违反公平正义理念。

C项错误。从处罚的必要性来看，既然抢劫小狗的行为都被认定为犯罪（抢劫罪），那么，危害性更大的抢劫儿童的行为更应该以犯罪论处，这似乎是当然解释所要求的结论。但当然解释的结论如果违反罪刑法定原则，也不能被采纳。如果把抢劫儿童的行为认定为抢劫罪，是不符合罪刑法定原则的当然解释。抢劫罪是侵犯财产权利的犯罪，“儿童”并不属于财产，因此，抢“儿童”的行为不能认定为抢劫罪。抢劫儿童的行为可以考虑认定为拐骗儿童罪、非法拘禁罪等。

D项错误。中止犯中的“自动有效地防止犯

<sup>①</sup> 参见徐光华：《刑法文化解释视阈下的婚内强奸》，载《刑法论丛》2012年第3期。

罪结果发生”是指自动采取措施使得犯罪结果(既遂结果)未发生,该选项后段“也可解释为自动采取防止犯罪结果发生的有效措施,而不管犯罪结果是否发生”,意即只要采取的措施本身是有效的,即便实际上无效,造成了结果(既遂结果)也成立犯罪中止,这种理解是错误的。因为中止犯强调“有效性”,是从“效果”(结果)上而言的,只有既遂结果被阻止了,才能成立犯罪中止。如果中止行为本身并没有有效地防止犯罪结果(既遂结果)发生的,仍然不成立中止犯。

当然,需要说明的是,如果在实施中止行为的过程中,出现介入因素独立(100%)地导致了危害结果(既遂结果)的出现,则由介入因素对既遂结果承担责任,前行为依然可以成立犯罪中止。如果介入因素并不独立(100%)导致出现危害结果,则说明前行为与既遂结果之间存在因果关系,那么前行为应成立犯罪既遂。故本题答案为BCD。

6. 关于罪刑法定原则与刑法解释,下列哪些选项是正确的?(2016-2-51,多)II

A. 对甲法条中的“暴力”作扩大解释时,就不可能同时再作限制解释,但这并不意味着对乙法条中的“暴力”也须作扩大解释

B. 《刑法》第237条规定的强制猥亵、侮辱罪中的“侮辱”,与《刑法》第246条规定的侮辱罪中的“侮辱”,客观内容相同、主观内容不同

C. 当然解释是使刑法条文之间保持协调的解释方法,只要符合当然解释的原理,其解释结论就不会违反罪刑法定原则

D. 对刑法分则条文的解释,必须同时符合两个要求:一是不能超出刑法用语可能具有的含义,二是必须符合分则条文的目的

**解析** A项正确。对同一法条中的同一概念(如“暴力”)不可能既作扩大解释,又作缩小(限制)解释。扩大解释、限制解释都属于解释技巧,对同一个条文中的同一概念,解释技巧只能选择一种,但选择何种解释技巧背后的理由(解释理由)则可以是多样的。就此而言,对甲法条中的“暴力”不能同时进行扩大解释与限制解释。但对于同一概念(如“暴力”),在不同条文中的含义则可能不完全相同,刑法用语具有相对性。故此法条中的“暴力”与彼法条中的“暴力”并不完全相同,对此法条中的“暴力”进行扩大解释,对彼法条中的“暴力”进行限制解释,也是可以的。

这就好比在生活中,同样一句话,在不同的场合下的表达,其含义并不必然相同,要结合上下文、特定的情境去解读。

B项错误。《刑法》第237条强制猥亵、侮辱罪中的“猥亵”、“侮辱”,是指针对他人实施的,具有“性”的意义,侵害他人的性的决定权的行为。而《刑法》第246条侮辱罪中的“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、身体状况等相关。侮辱罪中的“侮辱”比强制猥亵、侮辱罪中的“侮辱”的范围应该更加广泛。此外,侮辱罪的对象既可以是男性,也可以是女性,但强制猥亵、侮辱罪中的侮辱,其对象仅限于女性。《刑法》第237条(强制猥亵、侮辱罪)规定:“以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵他人或者侮辱妇女的,……”。该选项其实也告诉我们,对于刑法用语的含义,同一用语在不同的刑法条文中的,其含义并不一定完全相同,考生应养成独立判断、思考的习惯。

C项错误。当然解释,是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。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,对案件适用既有法条的一种解释。当然解释有两种样态,就某种行为是否被允许而言,采取的是举重以明轻的判断;就某种行为是否被禁止而言,采取的是举轻以明重的判断。但是,由于刑法实行罪刑法定原则,不得直接采取当然解释认定行为构成犯罪。换言之,在适用举轻以明重的解释原理进行当然解释时,也要求案件事实符合刑法规定的犯罪构成,而不能简单地以案件事实严重为由以犯罪论处。亦即,当然解释的结论,也必须能为刑法用语所包含。例如,播放淫秽录像的行为,根据《刑法》第364条第2款的规定,成立组织播放淫秽音像制品罪,根据当然解释,二人在公园公开发生性行为的危害性更大,更应入罪,但由于刑法对此没有明文规定,我们不能将该行为当然入罪,否则就会违反罪刑法定原则。换言之,当然解释仅仅是比较了案件的社会危害性较刑法已有的规定更严重,更(当然)应该构成犯罪,但并没有结合刑法的规定本身(刑法用语的含义)来看案件,因此,很可能会与罪刑法定原则相悖离。