

法律版

1. 法理学·法制史·宪法·司法制度和法律职业道德 焦洪昌 淳于闻/著
2. 刑法(附光盘) 阮齐林/著
3. 刑事诉讼法(附光盘) 刘玫 卫跃宁/著
4. 行政法与行政诉讼法(附光盘) 张树义/著
5. 民法(附光盘) 李仁玉/著
6. 民事诉讼法与仲裁制度(附光盘) 杨秀清/著
7. 商法·经济法·知识产权法(附光盘) 张海峡/著
8. 国际法·国际私法·国际经济法
杜新丽 朱子勤/著

司法考试名师讲义

刑法

2009全新版

法律考试中心/组编

阮齐林/著

牵手名师 成功司考



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法/阮齐林著. —北京:法律出版社,2008. 12

(2009 年司法考试名师讲义)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9096 - 9

I. 刑… II. 阮… III. 刑法—中国—法律工作者—资格
考核—自学参考资料 IV. D924

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 193260 号

©法律出版社·中国

责任编辑/杨大康

装帧设计/曹 铀

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/787×960 毫米 1/16

印张/21.75 字数/410 千

版本/2008 年 12 月第 1 版

印次/2008 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9096 - 9

定价:50.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

精华要点导引

司法考试科目很多,对于参加司法考试的考生而言,准确高效地复习备考,是成功的关键,而慎选一本好的教材更是十分必要。

为了节省考生的时间,经过广泛调研,充分借鉴司法考试高分通过者的经验,按照备考规律及应试要求,约请全国司法考试辅导领域名师,以课堂讲授为基础,对应试知识进一步系统归纳,整理整合,编写体例简洁清晰,彰显实用效果。

本书主要内容如下:

一、内容提要及体系表

提示重要内容,明晰学科体系,对最新修正、修改和重要法律法规、司法解释的相关条文对比列表或加以说明,参照记忆。

二、重点讲解

(一)在保持学科体系完整的前提下,突出考点;重点讲解、辨析考试要点及难点,略讲一般知识,不讲不具可考性的内容,繁简得当,重点突出。

(二)对最近6年司法考试考查的知识点进行统计,罗列在各考点之下,一目了然。

三、实例演练

每一重要知识点均设例题及答案解析,解疑释惑,辨析法理,实现从理论知识到解题能力的迅捷转化。

每一位司法考试考生都渴望得到名师的口传心授,悉心点拨,在此意义上,把他们亲力亲为的倾心之作编辑出版,无疑是广大考生的福音。同时,这种集大成“一站式”教科书的出版,也是我们根据司法考试的最新变化,及时满足考生备考需求,更好地服务考生一贯宗旨的最新奉献。

尽管尽心竭力,不足之处在所难免,敬祈批评指正。

选择法律版考试用书,选择成功!

目 录

第一编 刑法总论

导读	(1)
第一讲 刑法概述	(6)
一、刑法的基本原则	(7)
二、刑法的时间效力	(9)
三、罪刑相适应原则	(10)
四、刑法的空间效力	(11)
第二讲 犯罪和犯罪构成	(16)
一、犯罪概念和基本特征	(17)
二、犯罪构成及其一般要件和分类	(18)
三、犯罪客体	(19)
四、犯罪客观要件	(20)
五、犯罪主体	(27)
六、犯罪主观方面	(32)
第三讲 排除犯罪性事由	(43)
一、正当防卫	(44)
二、紧急避险	(46)
三、其他排除犯罪性的行为	(48)
第四讲 犯罪未完成形态	(50)
一、概说	(51)
二、犯罪预备	(52)
三、犯罪未遂	(53)
四、犯罪中止	(56)
第五讲 共同犯罪	(59)
一、共犯概念和成立的条件	(60)
二、共同犯罪人的种类、责任和处罚	(65)
三、共同犯罪的形式	(69)
四、共同犯罪与犯罪的进度形态(预备、未遂、中止、既遂)	(71)

第六讲 单位犯罪	(73)
第七讲 犯罪的个数	(76)
一、数罪与确定罪的标准	(77)
二、在确认罪数或适用数罪并罚方面的特殊情况	(77)
三、刑法中规定的有关罪数和数罪并罚的特殊情况	(87)
第八讲 刑罚的目的和刑罚种类	(92)
一、刑罚的特点和目的	(93)
二、主刑	(93)
三、附加刑	(97)
第九讲 刑罚的具体运用	(102)
一、量刑情节	(103)
二、累犯	(107)
三、自首和立功	(109)
四、数罪并罚	(113)
五、缓刑	(117)
六、减刑、假释	(120)
七、追诉时效	(124)

第二编 罪刑各论

导读	(127)
第一讲 侵犯人身权利、民主权利的犯罪(分则第四章)	(129)
一、侵犯生命、健康的犯罪	(131)
二、侵犯妇女、儿童身心健康的犯罪	(137)
三、侵犯人身自由的犯罪	(143)
四、侵犯名誉、人格的犯罪	(156)
五、侵犯民主权利的犯罪	(159)
六、妨害婚姻家庭权利的犯罪	(160)
第二讲 侵犯财产罪(分则第五章)	(166)
一、抢劫罪	(167)
二、敲诈勒索罪	(175)
三、抢夺罪	(176)
四、盗窃罪	(178)
五、诈骗罪	(183)
六、侵占罪	(193)
七、故意毁坏财物罪	(195)
第三讲 贪污、职务侵占、挪用、贿赂等犯罪(分则第八章等)	(197)

一、贪污罪、职务侵占罪	(198)
二、挪用公款罪、挪用资金罪、挪用特定款物罪	(205)
三、贿赂犯罪	(210)
四、巨额财产来源不明罪	(218)
第四讲 危害公共安全罪(分则第二章)	(219)
一、以危险方法危害公共安全的犯罪	(221)
二、破坏公用工具、设施危害公共安全的犯罪	(223)
三、实施恐怖、危险活动危害公共安全的犯罪	(224)
四、违反枪支、弹药、爆炸物、危险物质管理规定危害公共安全的犯罪	(226)
五、造成重大事故危害公共安全的犯罪	(228)
第五讲 破坏社会主义市场经济秩序罪(分则第三章)	(234)
一、生产、销售伪劣商品罪	(235)
二、走私罪	(239)
三、妨害对公司、企业的管理秩序罪	(242)
四、破坏金融管理秩序罪	(245)
五、金融诈骗罪	(253)
六、危害税收征管罪	(253)
七、侵犯知识产权罪	(255)
八、扰乱市场秩序罪	(259)
第六讲 妨害社会管理秩序罪(分则第六章)	(263)
一、扰乱公共秩序罪	(264)
二、妨害司法罪	(277)
三、妨害国(边)境管理罪	(287)
四、妨害文物管理罪	(289)
五、危害公共卫生罪	(291)
六、破坏环境资源保护罪	(293)
七、走私、贩卖、运输、制造毒品罪	(296)
八、组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	(300)
九、制作、贩卖、传播淫秽物品罪	(303)
第七讲 渎职罪(分则第九章)	(306)
一、概说	(307)
二、渎职个罪	(307)
第八讲 危害国家安全罪(分则第一章)	(316)
一、资助危害国家安全犯罪活动罪	(317)
二、叛逃罪	(317)
三、间谍罪	(317)
四、为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪	(317)

第九讲 危害国防利益罪(分则第七章)	(319)
(一、概述	(320)
(二、危害国防利益个罪	(320)
第十讲 军职罪(分则第十章)	(323)
(一、概述	(324)
(二、军职个罪	(324)
附录 1. 以刑法(受制于罪刑法定原则)为中心的刑法注释学说概要	(326)
附录 2. 案例分析、论述题解答要领	(330)
(331)	
(332)	
(333)	
(334)	
(335)	
(336)	
(337)	
(338)	
(339)	
(340)	
(341)	
(342)	
(343)	
(344)	
(345)	
(346)	
(347)	
(348)	
(349)	
(350)	
(351)	
(352)	
(353)	
(354)	
(355)	
(356)	
(357)	
(358)	
(359)	
(360)	
(361)	
(362)	
(363)	
(364)	
(365)	
(366)	
(367)	
(368)	
(369)	
(370)	
(371)	
(372)	
(373)	
(374)	
(375)	
(376)	
(377)	
(378)	
(379)	
(380)	
(381)	
(382)	
(383)	
(384)	
(385)	
(386)	
(387)	
(388)	
(389)	
(390)	
(391)	
(392)	
(393)	
(394)	
(395)	
(396)	
(397)	
(398)	
(399)	
(400)	

第一编 刑法总论

导 读

一、重点

这是针对国家司法考试的特点而编纂的教程。从应试的角度,基本且疑难的永远是重点(重点图示):



(一) 总则

1. 罪刑法定原则与刑法的解释(适用)。
2. 空间效力:根据犯罪地在域内还是域外两分的体系:以属地原则为主,属人、保护和普遍管辖原则为辅的体系。
3. 时间效力中:(1)刑法:从旧兼从轻原则;(2)刑法解释:解释效力依附于刑法。
4. 犯罪概念中:犯罪的三个基本特征(社会危害性、刑事违法性、应受刑法惩罚性)及其“但书”(“但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”)。
5. 犯罪客体中:(1)犯罪客体与犯罪既遂、犯罪要件解释的关系;(2)同类客体对构建刑法典分则体系的意义。
6. 犯罪客观要件中:(1)不作为行为成立犯罪的要件和不作为犯的分类,尤其是不作为行为与作为行为的差异;(2)行为对象的含义,尤其是其与犯罪生成之物、用于犯罪之物的区别;(3)认定特殊(或偶然)因果关系的经验或习惯;(4)因果关系客观性及其与刑事责任的关系。

7. 犯罪主体要件中:(1)相对刑事责任年龄;(2)《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《审理未成年人案件的解释》)中有

关规定。

8. 犯罪主观要件中:(1)罪过责任原则;(2)故意的内容及其推定,如认定掩饰、隐瞒犯罪所得罪、嫖宿幼女罪的故意;(3)间接故意与过于自信过失的区别;(4)事实认识错误与法律认识错误的认定与评价;对象错误、打击错误、因果关系错误……

9. 正当防卫中:(1)事后防卫与正当防卫、防卫过当的区别;(2)防卫过当的认定和处理原则;(3)特殊防卫的理解与适用。

10. 紧急避险中:(1)紧急避险与正当防卫在适用对象上的区别;(2)判断“过当”标准的差异。

11. 其他排除犯罪性事由中,被害人同意(承诺),自救行为等正当性的一般标准:目的正当且没有超出合理限度。

12. 犯罪的未完成形态中:(1)既遂的概念、类型以及常见罪的既遂;(2)犯罪未遂、中止与既遂的界限;(3)未遂犯与预备犯的区别;(4)中止犯与预备犯、犯罪未遂的区别;(5)未完成罪的处理原则;(6)抢劫罪、盗窃罪、绑架罪、拐卖妇女儿童罪、故意杀人罪、放火罪、爆炸罪的既遂与着手。

13. 共同犯罪中:(1)共同犯罪的认定,认定标准通说采取“部分共同说”,另注意貌似共犯不构成共同犯罪的几种情况;(2)共同犯罪人的种类和责任(一部行为全部责任,与单独犯罪责任不同之处);(3)分则中关于共犯的特别规定(排斥适用总则中关于共犯规定);(4)共同犯罪中的犯罪形态,尤其是部分共犯中止的情形。

14. 单位犯罪中:(1)单位犯罪与个人犯罪的区别;(2)单位犯罪的处罚原则。

15. 罪数:(1)想象竞合犯的特点、常见类型和处理原则;(2)牵连犯的特点、常见类型与处理原则;(3)法条竞合犯的认定及其处理原则;(4)法律中规定的数罪并罚的特殊情况。

16. 刑罚种类中:(1)死刑包括“死缓”的适用,尤其是死刑的限制适用的规定;(2)剥夺政治权利的适用;(3)管制、拘役、有期徒刑和财产刑的执行;(4)管制、剥夺政治权利、缓刑考验、假释考验内容上的异同;(5)有关刑期及其起算。

17. 量刑情节中的15个法定情节的认定和处罚原则:(1)未成年人;(2)限制刑事责任能力人;(3)又聋又哑的人或盲人;(4)防卫过当;(5)避险过当;(6)未遂犯;(7)中止犯;(8)预备犯;(9)从犯;(10)胁从犯;(11)教唆未遂;(12)教唆未成年人;(13)累犯;(14)自首;(15)立功。

18. 自首与立功:(1)自首与立功、坦白的区别;(2)立功与重大立功的区别;(3)关于自首立功的司法解释。

19. 数罪并罚中的限制加重原则的理解,尤其是刑罚执行期间犯新罪与发现漏罪并罚的差别。

20. 缓刑、假释的适用条件及撤销的事由。

21. 减刑、假释的限度。

22. 追诉时效的期间、起算、中断、延长。

(二)分则

1. 围绕抢劫罪的认定处罚:抢劫罪与盗窃罪、诈骗罪、敲诈勒索罪、抢夺罪、聚众哄抢罪、故意杀人罪、故意伤害罪、绑架罪的界限,尤其是转化的抢劫罪。重点内容在《最高人民法院关于审理抢劫案件具体适用法律若干问题的解释》(以下简称《审理抢劫案解释》)、《最高人民法院关于审理抢夺刑事案件具体适用法律若干问题的解释》(以下简称《审理抢夺案解释》)和《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》(以下简称《审理抢劫、抢夺案意见》)这三个司法解释之中。

2. 围绕诈骗罪的认定:(1)诈骗罪与其他特定诈骗罪如合同诈骗罪、金融诈骗罪(8个)、骗取出口退税罪、招摇撞骗罪的界限;(2)诈骗罪与盗窃罪、敲诈勒索罪、抢夺罪的界限;(3)诈骗罪与经济犯罪如生产、销售伪劣商品罪、非法经营罪、虚假广告罪等的界限;(4)诈骗罪与其他罪的牵连,如伪造公文用于诈骗。

3. 围绕盗窃罪的认定与处罚:盗窃罪与其他罪的竞合:(1)法条竞合,如盗窃枪支弹药、公文证件、国有档案等;(2)想象竞合,如在盗窃同时触犯其他罪(破坏电力设备等)。重点内容在审理盗窃案的司法解释之中。

4. 围绕侵占罪的认定与处罚:(1)侵占罪与职务侵占罪的区别;(2)侵占罪与盗窃罪、诈骗罪的区别;(3)职务侵占罪与贪污罪的区别;(4)职务侵占罪与挪用资金罪的区别。

5. 围绕贪污贿赂罪认定:(1)贪污罪的认定处罚,尤其是贪污罪与职务侵占罪的区别在于主体不同,由此涉及对国家工作人员(刑法第93条人员范围的掌握);(2)贪污罪与盗窃罪、诈骗罪的区别;(3)贪污罪与受贿罪的区别;(4)挪用公款罪与贪污罪的区别;(5)挪用公款与挪用特定款物罪的区别;(6)受贿罪与非国家工作人员受贿罪的区别;(7)贪污罪与私分罚没财物罪的区别。重点内容在《审理经济犯罪案件纪要》之中。

6. 围绕故意毁坏财物罪的认定:(1)与投放危险物质罪、破坏电力设备罪等其他破坏性犯罪的界限;(2)与盗窃罪、诈骗罪等非法占有型犯罪的区别。

7. 故意杀人罪和故意伤害罪的认定:(1)与放火罪、投放危险物质罪、爆炸罪的区别:是否足以危害公共安全;(2)故意伤害罪与故意杀人罪的区别:故意内容不同;(3)故意伤害罪与过失致人死亡罪的区别:是否具有伤害行为;(4)其他犯罪中牵涉杀人、伤害的特殊问题,如绑架杀害人质、刑讯逼供、非法拘禁、虐待被监管人、强迫卖血、拐卖妇女儿童、非法行医、非法进行节育手术、放火、爆炸、投放危险物质、抢劫、抢夺、妨害公务、虐待、遗弃等致人伤残死亡,何种情形是结果加重犯,何种情形是“转化犯”,何种情形应当数罪并罚,何种情形按一罪处理。

8. 强奸罪的认定与处罚:(1)强奸的其他手段;(2)奸淫精神病妇女、幼女;(3)结果加重犯;(4)与强制猥亵侮辱妇女罪的区别;(5)强奸作为其他罪的加重情节。

9. 以非法拘禁为中心的侵犯自由犯罪:(1)涉及绑架罪、非法拘禁罪、拐卖妇女儿童罪、拐骗儿童罪的区别:目的不同;(2)强迫职工劳动罪、雇用童工从事危重劳动罪、收买被拐卖的妇女儿童罪。

10. 过失致人死亡罪认定,与其他过失致人死亡罪的法条竞合。

11. 危害国家安全类犯罪中:为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪与故意泄露国家秘密罪的界限。

12. 危害公共安全类犯罪中:(1)放火罪、爆炸罪、投放危险物质罪;(2)破坏交通工具罪、破坏交通设施罪、破坏电力设备罪;(3)涉及枪支弹药的犯罪;(4)重大责任事故等罪与失火罪等生活过失的界限;(5)交通肇事罪及其结果加重犯;逃逸致人死亡。

13. 经济犯罪中:(1)金融诈骗罪的法律规定;(2)假币犯罪;(3)非法经营罪的行为类型;(4)强迫交易罪与抢劫罪、敲诈勒索罪的界限;(5)合同诈骗罪认定。

14. 妨害社会管理秩序类犯罪中:(1)妨害公务罪与其他罪的界限,如与拒不执行判决、裁定罪、抗税罪的界限;(2)窝藏、包庇罪,掩饰、隐瞒犯罪所得和犯罪所得收益罪共犯的区别;(3)掩饰、隐瞒犯罪所得和犯罪所得收益罪与洗钱罪、窝藏毒品毒赃罪的区别;(4)聚众斗殴、寻衅滋事与伤害罪的区别;(5)伪证罪与帮助毁灭、伪造证据罪、妨害作证罪、诬告陷害罪、诽谤罪、徇私枉法罪的界限。

15. 渎职犯罪中,主要是与滥用职权罪;玩忽职守罪;徇私枉法罪;执行判决、裁定失职罪;执行人员滥用职权罪的区别。

16. 上列常见、基本的犯罪中涉及罪数、共犯、法条竞合的问题。

二、熟读或者熟悉重要的刑法条文和重要的司法解释

需要熟读或熟悉法条的理由是:第一,刑法条文是刑法学最基本的内容,因为刑法典是刑法理论和司法经验甚至是人类刑法文明的结晶。可以说一部刑法典本身就是一本刑法学说的精要。第二,刑法条文是解决案件的依据,许多考题是围绕着某一条文的理解和适用设计的,所以,熟悉条文是正确解题的前提和基础。第三,有时,考题直接来自于法律条文的规定,尤其是一些特殊的例外的规定,如关于数罪并罚、共犯方面的例外规定。第四,刑法学书籍尤其是教材,从体系到内容上往往也是围绕条文展开的,了解条文,也能一下子抓住各章节的核心。

需要熟悉司法解释的理由是,司法考试是一种偏重实务的考试,而司法解释就是解决实务中普遍而疑难问题的,所以,往往成为考试的重点。

基于这点考虑,本书特意将法条列出,并围绕法条做重点讲解,并尽可能周全地列出司法解释。希望读者时时注意把法条和讲解联系起来阅读。

三、看一看、做一做历年试题

历年试题对应试的参考价值极大,是了解考试重点和特点最重要的、不可或缺的途径。看一看、做一做历年试题,一方面了解考试的特点,指导复习;另一方面测一测还有什么不足,予以弥补。

当然,每年试题的风格也是有些差别的。例如,前几年的刑法试题,法律条文占很大的比例,这是因为刑法、刑事诉讼法刚刚修订公布,有些新规定,大家还觉得新鲜、陌生,同时也没有适用的案例,所以就出现了较多的纯法条试题。以致有人认为,背法条最管用。这显然具有一定的片面性,容易产生误导。以后的试题中,纯法条试题就渐渐少了。司法考试当然就是考法条,但是纯考法条记忆的试题恐怕就占不了那样大的比例了。总体而言,司法考试将会越来越难,越来越注重对法条原理的理解和综合运用能力。

四、适当看一些案例、做一些练习

对于初学者,由经验丰富的教师编写的供法学院校学生使用的教学案例集或案例

教程,比较合适。对于程度较高者,也可以看一看有关出题老师或权威学者编写的教材,这对于正确把握疑难、争议点很有帮助;或者看一看法院编写的案例集,如《刑事审判参考》一类的刊物,这对于弥补司法经验不足的缺陷具有重要的作用。此外,就是适当做一点练习。看案例的主要作用在于帮助积累一点经验;做练习的主要作用在于提高熟练程度。

司法考试的特点是题多量大,3小时的时间需要做100道题,相当于在平均不到2分钟的时间内办理一个有一定难度的案件。应付这样的考试,仅仅是弄懂了一般原理、规定,指望临场应变、细心推敲是没有胜算的。因为时间和精力都是有限的,临场反复推敲,势必消耗时间和精力,以致感到时间紧迫、顾此失彼,影响其他考题的正确解答,甚至不能做完全部考题。许多考生,自我感觉良好,就是成绩不好,重要的原因之一就是“懂得”但不熟练,因为提到什么问题都懂,所以自我感觉良好,如果给他半个小时,从容做上一题,也不致出错。但是,如果让他在紧张的气氛下用3个小时做100道题,形势就会发生根本的变化,平日会做的也做错了。成绩自然是好不了。所以,再次提醒考生,考试时3小时做100道题与平日30分钟做一道题是两码事,没有熟练程度,是难以取得好成绩的。那么,如何提高熟练程度呢?就靠平时多看多做多练。想想高考,就知道做题对应试有多重要。

本书特意专设实例演练的内容,一方面通过实例解释法条适用和基本原理的理解;另一方面也希望通过实例演练增强读者解决事理的能力。

五、复习应试的技巧

1. 广泛复习,准确掌握要点。切记可“押点”(重要知识点或重要法条)不可“押题”。重点总是不变的,也就是一句老话,基本的永远是重要的,也就是重点。比如罪刑法定原则与刑法解释、相对责任年龄、间接故意、认识错误(具体符合说、法定符合说)、不作为、防卫过当、事后防卫、预备与未遂区分、未遂与中止区分、共犯认定标准(部分共同说)、共犯人种类和责任、想象竞合、法条竞合、牵连犯等。刑罚论中的累犯、自首、立功、缓刑、假释、数罪并罚等。分论中的非法拘禁、绑架、拐卖妇女儿童、抢劫、盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索、侵占、职务侵占、挪用资金、挪用公款、贪污、受贿等罪名。而考题尤其是具体事例型考题,是不可能相同的。况且一题一二分,即使偶然押上几题,也不能根本解决问题。类似的例子,稍微变化一下条件,结论可能完全不同。所以背答案、押题,钻研疑难案例,是不明智的。

2. 不同的内容,需要掌握的程度是不同的,有的需要深入细致地掌握,有的只需要浅浅地了解。如同所有的考试一样,刑法学测试有“点”和“面”的问题。所谓“点”,即重点、基本点。属于点的知识,是历年必考的;对“点”的知识,着重测试掌握的深度和综合运用能力。与此相应,考生对点的知识应当有深入细致的掌握。所谓“面”,是指知识面。对面的知识,着重测试考生掌握知识范围的广度,问题虽然较偏但很简单。与此相应,考生除掌握重点以外,也应当对刑法学有较为广泛的了解。属于面的知识,哪些考哪些不考,则具有很大的偶然性,全凭概率了。所谓“一分耕耘,一分收获”,这话只是在能分清轻重主次的前提下才是正确的。

第一讲 刑法概述

内容提要

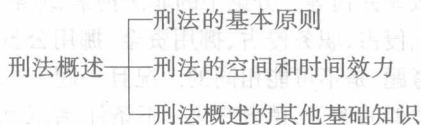
这部分主要内容是:

1. 基本原则,其中主要是从理论层面掌握。(1)罪刑法定原则含义、价值基础;(2)刑法解释与罪刑法定原则;(3)罪刑相适应原则含义和在刑法制度中的具体体现。

2. 刑法效力范围,主要是熟悉法律条文。在空间效力中:(1)区分域内犯罪和域外犯罪,是应用以属地原则为主其他原则为辅的空间效力体系的关键。(2)犯罪地认定(包含船舶、飞机上的犯罪)是区分域内犯罪和域外犯罪的关键。(3)普遍管辖原则适用和或引渡或起诉原则、保留再次审判权则属于较为疑难的问题。(4)刑法从旧兼从轻原则的适用:①新旧刑法规定相同时适用行为时法(旧法);②对“跨法”继续犯、连续犯的适用。(5)司法解释和立法解释的时间效力:(依附于被解释法条时间效力)“同步说”。

3. 犯罪的法律一般定义及推导出的犯罪基本特征。其中:(1)犯罪的3个基本特征是基础性问题;(2)第13条“但书”产生的犯罪危害程度的酌量因素。

【体系表】



一、刑法的基本原则

罪刑法定原则

〔考查频率〕 ☆☆☆☆☆ (2008 年, 单选、分析论述; 2006 年, 单选、分析论述; 2005 年, 单选; 2004 年, 单选)

第 3 条 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。

1. 罪刑法定原则基本内容(派生原则)。

(1) 成文法, 排斥习惯法。

(2) 严格解释、适用刑法, 禁止适用类推。

(3) 依据行为时刑法定罪判刑, 禁止事后重法(不利于被告的刑法没有溯及力), 但可适用事后轻法。

(4) 禁止绝对不定期刑。

(5) 刑法规范必须明确, 即规定的犯罪及法律效果应当是明确的。这是罪刑法定原则的核心要求。

(6) 罪刑相适应, 即刑法只能规定必要而合理的刑罚, 其中包括: ①确立的犯罪范围合理, 只能把需要或值得惩罚的行为及具有严重危害性的行为规定为犯罪; ②确立处罚的轻重应当合理, 符合公民普遍的公平感; ③禁止过分的、残酷的刑罚。这同时也是罪刑相适应原则的要求。在没有把罪刑相适应原则单独规定为原则的刑法中, 其罪刑法定原则包含有罪刑相适应的内容。

2. 价值基础: “民治、民知”。所谓民治, 指刑法是公民自我约束(自律)的产物, 必须由人民(代表机构)制定、反映民意; 所谓民知, 指刑法应当预先公布让全体人民周知, 以便人民能预测自己行为的后果, 规范自己的行为。民治, 也称“自律原则”, 即刑法是公民自我约束的产物, 并非外力强加, 把刑法的正当性奠定在民主基石上; 民知, 也称可预知原则, 是刑法解释不可逾越的底线, 是合理扩张解释与类推解释界分的根本标准。

3. 罪刑法定原则与刑法解释。

司法适用刑法, 就是对刑法的解释。因此, 用罪刑法定原则统御刑法的适用, 就是统御刑法的解释。

(1) 解释的概念和分类。

根据解释的效力, 刑法解释可划分为: ①立法解释; ②司法解释; ③学理解释。

根据解释的方法: 刑法解释可划分为: ①文理解释; ②论理解释。文理解释, 指根据刑法用语文义及通常使用方式阐释刑法意义的解释方法, 也可称为普通解释。如组织他人卖淫罪的“他人”包括男人和女人; 强奸罪对象的“妇女”包括中国的和外国的妇女。论理解释, 指参酌立法背景、沿革、目的、社会需要等因素阐明刑法真实含义的解释方法。对论理解释按照解释的方法和的尺度, 主要有: 缩小解释、扩大解释等。

缩小解释:指限缩字面含义,符合刑法真实含义解释。如把刑法第111条之罪的“情报”解释为关系国家安全和利益,尚未公开或依照有关规定不应公开的事项。

扩大解释:指限扩张字面含义,符合刑法真实含义的解释,如把第341条之罪的“野生动物”解释为包括人工圈养的。

(2) 类推解释。

类推解释,是指违背刑法的目的和公民可预知性、逾越法条用语含义、将法条的内容不当地扩大到“相类似”的行为,例如,《刑法》第237条规定强制猥亵、侮辱妇女罪的对象是“妇女”,如果根据男人与妇女在都属于“人类”的类似性,解释为包括“男人”就属于类推解释,将该条适用于对男人的性侵犯就是类推适用,不符合罪刑法定原则。

相对于“文理解释”或普通解释,通过论理解释在内容上有所扩张或缩小是允许的。某种解释方法或尺度,比如扩张解释或缩小解释,并非当然地对被告人有利或不利,并非当然地正确或错误,关键看是否符合刑法的目的、是否符合罪刑法定原则。但是类推解释本身逾越了法律用语的含义,是不允许的。

扩大解释与类推解释的界分:根据刑法的目的进行合理的扩张解释是允许的,类推解释则是不允许的,但二者的界分却是永恒的话题。一般而言,扩张解释,从解释的内容看,仅仅是法条用语的概念扩张,没有超出用语的可能含义、没有逾越概念位阶、符合规范的逻辑;从解释的实质标准衡量,符合刑法的目的、没有超出公民可预测范围。例如将组织他人卖淫的“卖淫”解释为既包括异性间也包括同性间的卖淫行为,属于合理的扩张解释。

解释刑法必须结合刑法的目的,不能就概念论概念,比如,把盗窃国家机关证件罪之“证件”解释为必须是真实的证件,属于文理解释或普通解释。如果解释为包含伪造的证件就属于类推解释,所以盗窃伪造的证件不成立盗窃国家机关印章罪。但是,将买卖国家机关证件罪之“证件”解释为既包括真实的也包括伪造的,属于合理扩张解释。因为大量发生的是买卖伪造国家机关证件的现象,且产生与买卖真实证件相同的危害,所以,买卖伪造的国家机关证件可以成立犯罪。

实例演练

1. 关于罪刑法定原则正确说法是:

- A. 罪刑法定原则是刑事司法的原则不是立法原则
- B. 犯罪与刑罚只能由法律规定,因此排除犯罪性事由只能由刑法明文规定
- C. 符合“可预知原则”是扩张解释与类推解释区别的根本标准
- D. 不违反行政法、民商法的行为当然也不违反刑法

【答案及解题思路】CD。(1)罪刑法定也是立法原则,A错。(2)“肯定”罪与罚必须法定,但排除罪与罚则未必,如被害人同意、义务冲突等“超法规”的排除犯罪性事由。(3)此价值基础决定罪刑法定的必要性、禁止不利被告人的事后法但允许有利的事后法。(4)法规范的统一性,违反刑法是高度不法,不具有低度违法性,自然不具有高度不法。

2. 下列哪种说法是正确的?

- A. 将组织他人卖淫罪的“他人”解释为包括女人和男人在内的人,属于普通解释
- B. 将故意杀人罪对象的“人”解释为“除本人之外的人”,是缩小解释
- C. 将引诱幼女卖淫罪中的“幼女”解释为包括幼男在内的人,是不利被告人的类推解释
- D. 将“出售”珍稀濒危野生动物的“出售”,解释为包括出卖和以营利为目的的加工利用行为,属于扩张解释

【答案及解题思路】 ABCD。刑法解释的概念。

二、刑法的时间效力

第12条 ……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,……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。

本法施行以前,依照当时的法律已经作出的生效判决,继续有效。

刑法的时间效力包括三项内容:(1)刑法生效时间:现行刑法典自1997年10月1日起生效。(2)刑法失效时间。(3)刑法的溯及力。

(一)从旧兼从轻原则的理解及其与罪刑法定原则内容的协调

从旧兼从轻中的“旧”,指行为时有效的法律,相对于旧法而言,“新法”,指行为后才生效的法律。从旧兼从轻,指应当依据行为时法(旧法)定罪判刑,但行为后法(新法)不认为犯罪或处罚较轻的,即较旧法对被告人有利的,适用(事后)轻法。若新、旧刑法规定相同的,适用行为时法(旧法)。

(二)“兼从轻”的适用范围

【特别注意】 适用行为后较轻新法的范围仅限于“未决案”。

所谓未决案,是指未经审判或是判决尚未确定的案件,其中包括正处在上诉期的案件,不包括再审案件。因为再审的案件属于已决的案件,所以应该适用行为时的法律。

被告人的犯罪行为继续或连续到新法生效后的,只需要新旧刑法均认为是犯罪,适用新法;但是新法处罚较重的,可酌情从轻处罚。

(三)刑法修正案和立法解释的时间效力

“刑法修正案”属于刑法(立法),其时间效力同样适用从旧兼从轻原则。“立法解释”与修正案不同,属于立法机关对刑法的“解释”。关于“立法解释”的时间效力存在争议。从法理上讲,立法“解释”是对被解释刑法条文规定固有含义的阐释,并非创制新的内容,所以其时间效力依附于被解释条文。对此可参考“两高”对“司法解释时间效力”的解释。

(四)“两高”《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》(2001年12月)

1. 司法解释自发布或者规定之日起施行,效力适用于法律的施行期间。

2. 对于司法解释实施前发生的行为,行为时没有相关司法解释,司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件,依照司法解释的规定办理。

3. 对于新的司法解释实施前发生的行为,行为时已有相关司法解释,依照行为时的司法解释办理,但适用新的司法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的,适用新的司法解释。

4. 对于在司法解释施行前已办结的案件,按照当时的法律和司法解释,认定事实和适用法律没有错误的,不再变动。

根据上述司法解释,司法解释的时间效力依附于被解释的刑法条文(同步说),在同时存在数个司法解释的情况下,按照从旧兼从轻原则适用司法解释。

实例演练

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?

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

【答案及解题思路】 B。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,所以立法解释也不得进行类推解释。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对自然A错。只要符合罪刑法定原则的,不论立法还是司法都可作扩张解释。

三、罪刑相适应原则

【考查频率】 ☆☆(2005年,单选;2005年,多选)

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。

1. 内容:

(1)刑罚的轻重与客观的犯罪行为及其危害结果相适应,就是按照犯罪行为对社会造成的现实的危害性大小决定刑罚轻重;

(2)刑罚的轻重与犯罪人主观恶性的深浅、再次犯罪危险性的大小相适应。罪刑相适应原则,也称罪责刑相适应原则或者罪刑均衡原则。

2. 罪刑相适应原则在刑法中的体现:

(1)从分则各条的法定刑看:对每一个具体罪都根据其犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度规定了相应的法定刑,体现了对重罪适用重刑,对轻罪适用轻刑。