

GUOJIA
SIFA
KAOSHI

2012

飞跃版

因为专业 所以卓越

国家司法考试 教材精读三卷本

第二卷

太奇教育
北京律政司法培训学校
编 著

- ★ 教材去冗存精 ★
- ★ 名师妙笔点睛 ★
- ★ 复习事半功倍 ★



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

CHINA
SIFA
KAOSHI

2012

国家司法考试 教材精读三卷本

第二卷

太奇教育
北京律政司法培训学校

编 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

2012 国家司法考试教材精读三卷本. 第2卷/太奇教育北京律政司法培训学校编著. —北京: 中国法制出版社, 2012. 5

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3658 - 8

I. ①2… II. ①太… III. ①法律工作者 - 资格考试 - 中国 - 自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 061970 号

责任编辑 马颖 邱小芳 黄丹丹

封面设计 杨泽江

国家司法考试教材精读三卷本. 第2卷

GUOJIA SIFA KAOSHI JIAOCAI JINGDU SANJUANBEN. DI 2 JUAN

编著/太奇教育北京律政司法培训学校

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2012 年 5 月第 1 版

印张/ 24. 25 字数/ 545 千

2012 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3658 - 8

定价: 60.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网 址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66017726

编辑部电话: 66066820

邮购部电话: 66033288

目 录

刑 法	(1)
第一章 刑法与刑法解释	(1)
第二章 刑法的基本原则	(4)
第三章 刑法的适用范围	(6)
第四章 犯罪概说	(10)
第五章 犯罪构成	(11)
第六章 犯罪客体	(13)
第七章 犯罪客观要件	(13)
第八章 犯罪主体	(18)
第九章 犯罪主观要件	(20)
第十章 犯罪排除事由	(27)
第十一章 犯罪未完成形态	(31)
第十二章 共同犯罪	(35)
第十三章 单位犯罪	(43)
第十四章 罪数形态	(44)
第十五章 刑罚概说	(49)
第十六章 刑罚种类	(50)
第十七章 刑罚裁量	(54)
第十八章 刑罚执行	(62)
第十九章 刑罚消灭制度	(64)
第二十章 危害国家安全罪	(65)
第二十一章 危害公共安全罪	(66)
第二十二章 破坏社会主义市场经济秩序罪	(70)
第二十三章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	(86)
第二十四章 侵犯财产罪	(97)
第二十五章 妨害社会管理秩序罪	(111)
第二十六章 危害国防利益罪	(126)
第二十七章 贪污贿赂罪	(126)
第二十八章 渎职罪	(133)

刑事诉讼法	(136)
第一章 刑事诉讼法概述	(136)
第二章 刑事诉讼法的基本原则	(139)
第三章 刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人	(145)
第四章 管 辖	(155)
第五章 回 避	(161)
第六章 辩护与代理	(163)
第七章 刑事证据	(169)
第八章 强制措施	(179)
第九章 附带民事诉讼	(193)
第十章 期间、送达	(197)
第十一章 立 案	(202)
第十二章 侦 查	(205)
第十三章 起 诉	(214)
第十四章 刑事审判概述	(220)
第十五章 第一审程序	(226)
第十六章 第二审程序	(241)
第十七章 死刑复核程序	(250)
第十八章 审判监督程序	(253)
第十九章 执 行	(261)
第二十章 特别程序	(268)
行政法与行政诉讼法	(272)
第一章 行政法概述	(272)
第二章 行政组织与公务员	(274)
第三章 抽象行政行为	(282)
第四章 具体行政行为概述	(286)
第五章 行政许可	(289)
第六章 行政处罚	(297)
第七章 行政强制	(305)
第八章 行政合同与行政给付	(311)
第九章 行政程序与政府信息公开	(312)
第十章 行政复议	(316)
第十一章 行政诉讼概述	(325)
第十二章 行政诉讼的受案范围	(326)
第十三章 行政诉讼的管辖	(336)
第十四章 行政诉讼参加人	(340)

第十五章	行政诉讼程序	(349)
第十六章	行政诉讼的特殊制度与规则	(353)
第十七章	行政案件的裁判与执行	(363)
第十八章	国家赔偿概述	(371)
第十九章	行政赔偿	(373)
第二十章	司法赔偿	(377)
第二十一章	国家赔偿方式、计算标准和费用	(379)

刑 法

第一章 刑法与刑法解释

第一节 刑法的概念与渊源

一、刑法的概念

从一般意义上讲，刑法是规定犯罪与刑罚的法律规范的总和。

二、刑法的渊源

刑法的渊源是什么，这个问题就同法的渊源是什么是相似的。即刑法的表现形式是什么，刑法是以什么形式表现出来的。

1. 刑法典。系统性地规定犯罪与刑罚的法律，即狭义的刑法。在我国是指1997年全国人大出台的刑法，包括刑法修正案。——这是我们接触最多的刑法表现形式之一。

【考点提示】目前我国共有八个刑法修正案。刑法修正案是对刑法典内容的修改、补充、完善，即对立法的一种修改，所以，刑法修正案也是刑法典的内容之一。

2. 单行刑法。刑法典之外，独立地规定犯罪与刑罚的法律。这类单行刑法的特点在于，它所规定的内容仅仅涉及某一个方面，而不像刑法典一样，系统地规定犯罪与刑罚。

目前我国的单行刑法只有全国人大常委会1998年12月29日颁布的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》。（创设骗购外汇罪；将逃汇罪的主体由国有单位扩大到所有中国的单位；将非法买卖外汇定为非法经营罪。）

3. 附属刑法。某部法律的整体性质不是刑法，但是也附带了极少量的犯罪与刑罚的规定。即附带规定于经济法、行政法等非刑事法律中的一些追究刑事责任的条款。

【陷阱点拨】单行刑法与附属刑法的区别在于，前者是专门规定犯罪与刑罚的规范，后者是在其他法律规范中附带指明罪刑的规范。我国并没有严格意义上的附属刑法，因为我国的附属刑法实际上是对刑法典内容的重申，即单独地依靠附属刑法并不能对行为人定罪量刑。我国其他部门法中的“构成犯罪，应当依法追究刑事责任”这句话纯属多余，因为即使没有这一规定，根据刑法的规定仍然需要定罪处罚。

4. 变通规定。民族自治地方的省级人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和刑法典的基本原则制定的、涉及犯罪与刑罚的变通或补充规定，也属于广义刑法的内容。但这种规定只在该特定区域适用。实践中，没有刑法的变通规定。

第二节 刑法的任务

我国刑法第2条规定：中华人民共和国刑法的任务，是用刑罚同一切犯罪行为作斗争，以保卫国家安全，保卫人民民主专政的政权和社会主义制度，保护国有财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业的顺利进行。根据这一规定，我国刑法的任务是打击犯罪与保护人民。刑法的任务在一般的考试中不会涉及，了解即可。

第三节 刑法的性质与机能

一、刑法的性质

刑法作为重要的部门法，具有以下性质：

1. 特定性：刑法只规范罪刑关系，其涉及的内容与对象都较为特殊。
2. 广泛性：刑法的目的是保护法益，需要用刑法保护的法益十分广泛，从总体上看包括个人法益、国家法益、社会法益三大类，每一类法益之下，又可以分为数十种具体罪名，它们都与具体法益有关。可以说，其他法律保护的法益，刑法都保护。
3. 严厉性：在犯罪发生时，惩罚这种行为的措施是刑罚，是强制力最强的手段。

二、刑法的机能

刑法的机能实际上就是指刑法的作用，具体是指刑法在客观上可能发挥的作用和主观上人们希望和追求刑法发挥的作用。

1. 行为规制机能。指刑法具有使对犯罪行为的规范评价得以明确的机能。国民得以自由活动的前提条件，是确立公正且透明的行为规范。在此规范的范围內，人们的自由活动将被保障，一旦违反规范侵害他人利益，则将被追究责任。

2. 法益保护机能。指刑法具有保护法益不受犯罪侵害与威胁的机能。法益指有益于个人及其自由发展的，以及有益于为了这个目标而建设的制度本身功能的一种现实或者目标设定。

当侵害的法益发生变化时，罪名也随之发生变化。并且，应当根据法益保护的特点来认识刑法中的犯罪，例如，诬告陷害罪，刑法将其规定在侵犯公民人身权利、民主权利罪一章中，那么其保护的法益就是公民个人的权利。因此，被害人同意的诬告行为，即使侵犯了司法机关的正常活动，也不认为构成诬告陷害罪。

3. 权利保障机能。保障公民个人权利不受不当侵害的机能。

【考点提示】刑法的机能就是保护法益，不仅仅是保护受犯罪行为侵害的法益，而且也保护被告人的利益。（即通过罪刑法定原则来限制国家权力）

第四节 刑法解释

刑法为什么需要解释？——刑法条文规定与现实生活中的具体案件不可能一一对号入座，尤其是对刑法条文的规定不同的人有不同的理解。这就需要刑法解释将刑法明确化。

应把握的总原则：刑法解释是对刑法条文含义的说明，因此，任何解释都不能超出刑法用语可

能具有的含义，即不能超出“文义射程”，否则便违反了罪刑法定原则。（2004年~2009年每年必考）

一、刑法解释的效力分类

同法的效力等级一样，刑法解释的效力分类，主要是对刑法解释进行效力等级上的划分。无论是何种解释，均不能超出刑法用语可能具有的含义。

1. **立法解释**。刑法施行过程中，立法机关（全国人大常委会）对发生歧义的规定所作的解释。

2. **司法解释**。最高人民法院、最高人民检察院就审判和检察工作中如何具体应用法律的问题进行的解释。

3. **学理解释**。

【陷阱点拨】（1）尤其注意，立法解释不同于立法，立法是一种创造性的活动，可以从无到有、从有到无，但立法解释是一种解释，当然不能进行类推解释；（2）刑法解释，无论是立法解释、司法解释还是学理解释，都是对法律条文含义的说明，而不是一种创造性的规定。因此，立法解释、司法解释的幅度应该是一样的，即只能是刑法条文含义，不能突破刑法条文进行创造性的解释。

二、刑法解释方法

1. **文理解释**。根据刑法用语的文义及其通常使用方式阐述刑法意义的解释方法。严格遵循刑法条文的字面含义，是刑法解释的常态。

因为文理解释是按照“语言最惯常用法”进行解释，通常也称为普通解释。同时它也是根据条文的语言文字“字面”（形式意义）作出的形式解释，也称文义解释（或称形式解释）。

文理解释作为刑法解释的基本方法，意味着：第一，没有特别的理由，应当首先采取文理解释的方法；第二，即使有特别的理由，也不能脱离条文的文理含义。例如：对“周岁”的理解、对故意杀人罪中“人”的理解。

2. **论理解释**。参酌刑法产生的缘由、理由、沿革及其他相关事项，按照立法精神，阐明刑法真实含义的解释方法。（适用前提——文理解释难以得出有效的结论）

【难点提示】为什么需要论理解释？——文理解释难以得出正确的结论。如“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪”，其中“人”就不能使用文理解释。又例如，刑法中有许多条文使用了“暴力”，但不同的条文中的暴力是不同的，妨害公务罪中的“暴力”是致人轻伤、抢劫罪中的“暴力”是可以包括致人伤害、死亡，这样解释的目的是为了实现罪刑相适应。

（1）**扩大解释**。因为社会生活的变迁，现实生活中的一些情况严格按照条文的字面含义难以纳入刑法的调整范围，因而将刑法条文的含义适度扩大化。

例如：将《刑法》第341条中的“出售”解释为“包括出卖和以营利为目的的加工利用的行为”。注意：扩大解释是允许的，类推解释是禁止的，除非是有利于被告人的类推解释。

（2）**缩小解释**。将刑法条文的含义解释为小于字面含义。

例如：将《刑法》第111条（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”。又如，将共同犯罪中“二人以上共同故意犯罪”中的“人”解释为“具有相应的刑事责任能力的人”。

（3）**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。

例如：公园里面禁止攀折花木，但把花木砍倒，当然是禁止的。

【考点提示】当然解释与扩大解释的区别在于：当然解释也是扩大了刑法条文的含义，但扩大解释的对象在逻辑及事理上更具有递进性。

(4) **反对解释**。根据刑法规定的正面表述推导其反面的含义。刑法第 50 条规定，死缓犯在缓期执行期间没有故意犯罪的，“二年期满后，减为无期徒刑”的反对解释是，“没有满 2 年，不得减为无期徒刑”。

(5) **补正解释**。在刑法文字发生错误时，通过解释补充刑法的错误。

例如：《刑法》第 63 条关于在法定刑以下判处刑罚中“以下”的理解。一般认为，刑法中的“以上”、“以下”均是包括本数在内的。但《刑法》第 63 条规定：“犯罪分子具有本法规定的减轻处罚情节的，应当在法定刑以下判处刑罚。……犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，但是根据案件的特殊情况，经最高人民法院核准，也可以在法定刑以下判处刑罚。”假设张三犯 A 罪，根据刑法的规定，应处“三年以上七年以下有期徒刑”。如果要对张三减轻处罚，其所判处的刑法应该在 3 年之下，且不包括 3 年。因此，《刑法》第 63 条第 1 款所指的“法定刑以下”是不包括本数在内的。同样，如果张三不具有本法规定的减轻处罚情节，对张三判处 3 年有期徒刑，是不用报最高人民法院核准的，如果要判处 3 年以下有期徒刑（不含 3 年的），才应报最高人民法院核准。因此，《刑法》第 63 条第 2 款中的“以下”也是不包括本数的。

(6) **体系解释**。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，必须结合刑法总则的规定来理解，即总则指导分则，共成一体。

【**陷阱点拨**】注意一个问题，体系解释并不要求对于刑法中的同一用语作相同解释。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。猥亵概念具有相对性：强制猥亵妇女与猥亵幼女的行为，只能是性交以外的行为；但猥亵幼男的行为则包括性交行为，即已满 16 周岁的妇女与幼男发生性交的，构成猥亵儿童罪。又比如，故意杀人罪中的“人”与共同犯罪中的“人”，前者是犯罪的客体，后者是犯罪的主体，要求具有刑事责任能力。

(7) **历史解释**。根据历史背景及刑法发展的源流，阐明刑法条文真实含义的解释方法。

(8) **比较解释**。将刑法的相关规定或外国立法与判例作为参考资料，来阐明含义。例如，国外刑法理论中“机器不能成为被骗的对象”，一般认为，将信用卡拿到取款机上取钱的，不定信用卡诈骗罪，但最高人民检察院的司法解释认为，拾取他人信用卡并使用的，定信用卡诈骗罪。

【**陷阱点拨**】不同的论理解释方法可能得出的结果并不相同，但最终起决定作用的还是目的解释。这些解释方法之间本身并无对错的问题，比如说，缩小解释，如果是将共同犯罪中的“人”解释为具有刑事责任能力的人，则这种解释是合理的，但如果将故意杀人罪中的“人”解释为“具有刑事责任能力的人”，则不当当地缩小了范围。

(9) **目的解释**。根据刑法规范的目的，阐明刑法条文的真实含义的方法。例如，持枪抢劫，是否包括持假枪抢劫，可能立法原意并不是十分明确，这时候就要结合刑法保护法益的目的来解释。一般认为，刑法规定对持枪抢劫行为从重处罚的理由在于，这种行为可能会对被害人的法益造成更进一步的威胁，而持假枪抢劫事实上并不会造成真枪那么重的威胁，因此，不宜认为持枪抢劫包括持假枪抢劫。

第二章 刑法的基本原则

一、罪刑法定原则

《刑法》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

该条文即为罪刑法定原则的根据。

（一）罪刑法定原则的理念

1. 宗旨：维护法制、保障个人权利，防止国家公共权力机构滥用刑罚权侵害个人权利。

2. 思想基础

（1）民主主义。民主主义要求国家的重大事务应由国民自己决定，各种法律应由国民自己制定，刑法涉及生杀予夺，更应当由公民自己决定。立法机关制定的刑法代表了国民的意志，当然犯罪与刑罚的认定应当严格依照刑法的规定。

（2）尊重人权主义。为了保障人权，不致阻碍国民的自由行动，不致使国民产生不安感，就必须使国民对自己的行为具有预测可能性，即犯罪与刑罚必须通过刑法加以明确规定。

（3）三权分立学说。以立法权应制约司法权、防止司法罪刑擅断为根据，证明罪刑法定原则的必要性和正确性，其中还包含有权利制衡的政治理念、保障个人免受罪刑擅断之害的政治诉求。

（4）心理强制说。费尔巴哈提出，通过刑法条文对犯罪、刑罚的明确规定会使人们对犯罪行为从内心感到害怕。

即：对人民而言：刑法应给予更多的民主、自由；对国家而言：刑法应当限制国家权力。

（二）内容

1. 形式的侧面——刑事古典学派

对国家司法权的制约，限制法官的权力。

（1）法律主义：定罪量刑只能以立法机关制定的成文刑法为标准，刑法以外的任何法律不能规定犯罪与刑罚。因为只有以立法者制定的法律为依据，才最能体现民主的要求，立法者是人民选举出的代表组成的。

排斥习惯法——习惯法不能成为刑法的渊源，但可以成为刑法解释时的依据（例如，猥亵的含义如何界定）。另外，当存在有利于人们的习惯法时，行为人以习惯法为根据实施犯罪行为时，可能以行为人缺乏违法性认识的可能性为由，阻却犯罪的成立。

（2）禁止溯及既往——刑法不能适用于其生效之前的行为。已变通：从旧兼从轻，即禁止不利于行为人的事后法。本质是防止不教而诛，仅适用于未决犯。

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。

（3）禁止类推解释——已变通，有利于被告人的类推解释可以适用，即禁止不利于被告人的类推解释。

【难点提示】扩大解释与类推解释如何区分？一般认为判断标准是某一解释结论是否超出了国民预测的可能性，是否会令人大吃一惊。扩大解释（无论是有利于被告人的，还是不利于被告人的）是允许的。例如，将信用卡诈骗罪中的信用卡解释为包括借记卡，是一个不利于被告人的解释，这也是允许的。

（4）禁止绝对不定期刑。法定刑可以采用相对确定的刑罚，宣告刑必须绝对确定。

2. 实质的侧面——刑事人类学派

主要是控制立法机关的权力。即大家遵守的法律应该是良法。

原来司法考试仅考形式层面的要求，现在已经涉及实质层面的要求，例如，几个人裸聊的行为由于其社会危害性较少，就不宜作为犯罪处理。

（1）明确性——明确性只是一种相对的要求，要求刑法明确到无需解释的程度只是一种幻

^① 楷体部分为法条内容，下同。

想。因此，刑法的明确性要求实际上是由刑法和刑法解释共同实现的。

(2) 禁止处罚不当罚的行为——刑法的处罚范围不能太大，刑法是规制公民行为的最后手段，只有在迫不得已的情况下才使用，能通过道德、其他法律解决的问题，不要适用刑法。

(3) 禁止不均衡的、残虐的刑罚。

【考点提示】形式侧面与实质侧面的关系：形式侧面主旨在于限制司法权，体现的是形式法治的观点；实质侧面主旨在于限制立法权，反对恶法亦法，是实质法治的体现。

二、罪刑相适应原则

《刑法》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。

早期刑事古典学派，强调刑罚与犯罪行为本身的危害性相适应。刑事人类学派出现后，认为犯罪的原因是多方面的，如遗传的因素、环境的因素等，因此，不仅强调刑罚与客观的危害性相适应，而且强调与主观恶性（行为人的人身危险性）要相适应。

（一）含义

刑罚的轻重应当与客观的罪行、主观的责任相适应。

1. 主观的责任：年龄、责任能力、罪过形式、累犯、犯罪中止、悔罪表现等。——涉及刑法预防犯罪的目的如何实现。

2. 客观的责任：犯罪在客观上所造成的危害。

（二）内容

1. 刑罚与罪质相适应。

2. 刑罚与犯罪情节相适应。——量刑情节：如激愤杀人、被害人有过错的杀人行为、防卫过当杀人。体现的是报应主义，即与“行为”相适应。

3. 刑罚与犯罪人的人身危险性相适应。体现的是预防主义，与“行为人”相适应。例如，累犯、犯罪中止、立功、自首等，都表明了行为人人身危险性的差异，因此要在量刑上予以区别对待。

（三）贯彻

1. 立法——制定合理的刑罚体系，合理规定各种具体犯罪的法定刑。

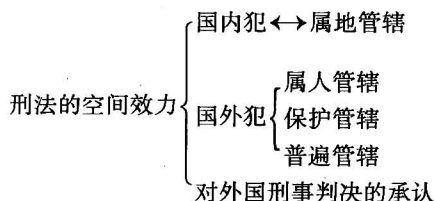
2. 量刑——结合客观罪行和主观责任，合理地量定刑罚。量刑时应当兼顾行为与行为人。

3. 行刑——根据犯罪人的人身危险程度的消长变化，兼及罪质和犯罪情节，进行减刑、假释等。

三、平等适用刑法原则（基本上不会考）

第三章 刑法的适用范围

一、刑法的空间效力



（一）属地管辖——针对的是国内犯

凡是在我国领域内犯罪，除有特别规定之外，一律适用我国刑法。

1. 如何理解“在我国领域内犯罪”？——沾边就管，或者称遍在地说。犯罪地（犯罪的行为

或者结果)在我国领域内包括如下情形:

- (1) 只要犯罪行为或者结果有一项发生在我国领域内即可。
- (2) 未遂犯场合:行为地与行为人希望结果发生之地、可能发生结果之地。
- (3) 共同犯罪场合:犯罪行为有一部分发生在我国内、共同犯罪结果有一部分发生在我国内,我国对整个案件有管辖权。
- (4) 网络犯罪场合:在网络犯罪的情况下,虽然犯罪人在外国实施的行为,但是结果可能会发生在全世界,出现犯罪结果的国家都有管辖权。
- (5) 预备犯罪场合:预备行为、实行行为发生在我国领域内,都认为犯罪行为发生在我国领域内,我国刑法有管辖权。

2. 我国领域的范围包括哪些?

- (1) 领陆、领水、领空。
 - (2) 我国船舶或者航空器内(即使在其他国家领域内,也认为在中国领域内)。
- 【考点提示】**(1) 必须结合我国刑法的规定来理解, 适用我国刑法并不排斥适用他国刑法。例如,外国航空器在我国上空,发生了犯罪行为,根据我国刑法的规定,属于在我国领域内犯罪,当然,根据外国刑法的规定,也可能认为是在其领域内犯罪,这就涉及管辖权的冲突问题,但无论如何,我们这里讨论的是我国刑法的效力,我国刑法对此当然具有管辖权;(2) 在国际列车上的犯罪,按照我国与相关国家签订的有关管辖协定。(要掌握,在国际列车上犯罪不要认为是在我国领域内犯罪)。其他的交通工具刑法没有规定,如果其他交通工具不在我国领域内,在该交通工具内犯罪不能根据属地管辖原则适用我国刑法;(3) 我国驻外使、领馆。根据我国承认的《维也纳外交关系公约》的规定,各国驻外大使馆、领事馆不受驻在国的司法管辖而受本国的司法管辖。这些地方亦视同我国领域,在其内发生的任何犯罪都适用我国刑法。刑法领域内,多数学者倾向于用“领土延伸说”解决这类问题。

3. 特别规定(即使在我国领域内犯罪,也不适用我国的刑法)

- (1) 享有外交特权和豁免权的外国人

此种情形下需通过外交途径解决。注意该类人员范围:

外国的国家元首、政府首脑、外交部长。
外国驻本国的外交代表、大使、公使、代办和同级别的人和具有外交官衔的使馆工作人员(一、二、三等秘书,随员,陆海空武官,商务,文化,新闻参赞或专员)以及他们的家属(配偶、未成年之子、未婚之女)等。
执行职务的外交使差。
根据我国同其他国家订立的条约、协定享受若干特权和豁免权的商务代表。
经我国外交部核定享受若干特权和豁免的下列人员:途经或临时留在我国境内的各国驻第三国的外交官;各国派来中国参加会议的代表;各国政府来中国的高级官员;按照联合国宪章规定和国际公约享受特权和豁免的其他人员。
总领事、领事、副领事、领事代理人、名誉领事和其他领馆人员。

上述享有外交特权和豁免权的外国人触犯我国刑法的行为,并非不构成犯罪,而是犯了罪不交付我国法院审判,他们的刑事责任通过外交途径解决。一般有下列几种方式:①要求派遣国召回;②建议派遣国依法处理;③对罪行严重的,由我国政府宣布其为“不受欢迎的人”,限期出境。这

是国际上保证国与国之间正常交往通行的做法和必需的保障，是根据国家间互惠原则作出的规定。

(2) 民族自治地方的变通或者补充规定

需要经过民族自治地方的人大确认，但实践中这种情况根本没有。

(3) 香港、澳门特别行政区、台湾地区的规定

当然，不能认为这些地区不适用“中国刑法”，只是不适用1997年刑法。

(二) 属人管辖

我国公民在我国领域外犯罪的，适用我国刑法。

中国人在国外，国家有保护他的义务，当然，他也有遵守国家法律的义务。

注意几个特别规定：

1. 中国公民在中国领域外犯本法规定之罪的，适用本法，但按照本法规定最高刑为3年以下有期徒刑的，可以不追究。“3年”是指量刑幅度中的最高刑。

2. 国家工作人员和军人在域外犯罪的，一律适用我国刑法。

3. 上述犯罪，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。

4. 甲原本为外国人，在外国犯罪后取得我国国籍，发现其以前曾在外国犯罪，仍可适用我国刑法处理。——即《刑法》第7条中的“中华人民共和国公民”可以解释为“裁判时的中华人民共和国公民”。

(三) 保护管辖

1. 外国人在中华人民共和国领域外对中国国民或者国家犯罪。所犯之罪必须侵犯了我国国家或者公民的合法权益。

2. 按我国刑法规定法定最低刑为3年以上有期徒刑。

3. 双重犯罪：所犯之罪按照犯罪地的法律也该受处罚。

符合上述条件，“可以”适用我国刑法。

(四) 普遍管辖原则

对于我国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，我国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权。行为与中国没有任何关系，主要是为了保护世界的利益。

1. 行使普遍管辖原则的限制

(1) 针对的应当是国际条约所规定的罪行；——国际性犯罪，即国际条约所规定的犯罪，如毒品犯罪、劫持航空器罪。

(2) 我国是相关条约的缔约国或者参加国；

(3) 我国刑法将该行为规定为犯罪；

(4) 原则上要求罪犯出现在我国领域内。

2. 处理方式 { 或引渡
或起诉——适用国内刑法（国际法中没有具体的罪刑规范）^①

3. 常见的国际犯罪：海盗罪、恐怖主义犯罪、劫持民用航空器罪、战争罪、灭绝种族罪、毒品犯罪。

^① 国际公约或条约的内容必须被转化为国内刑法的规定，但可能罪名不同。即国际公约或者国际条约的内容不能成为法院判案的依据（有别于民事案件）。国际条约通常只解决程序性的问题，如成员国之间如何相互提供司法协助，没有具体的定罪量刑的规定。

【陷阱点拨】索马里海盗劫持中国船只，我国刑法是否有管辖权，基于何种管辖原则？——属地管辖。

(五) 对外国刑事判决的承认

凡在中华人民共和国领域外犯罪，依照本法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。——对国外的刑事判决，我国原则上是不承认的。

二、刑法的时间效力

(一) 刑法的适用时间

刑法从何时起至何时止具有适用效力。

(二) 生效时间

1. 公布之日。
2. 公布之后经过一段时间。

(三) 失效时间

1. 立法机关明文宣布某项法律失效。
2. 新法生效同时意味着旧法失效。

(四) 刑法的溯及力

1. 概念。刑法生效后，对它生效前未经审判或判决未确定的行为是否具有追溯力。
2. 从旧兼从轻原则。

针对1997年以前实施的犯罪行为，1997年刑法是否具有溯及力问题。处理方式：

- (1) 行为时的法律不认为是犯罪，现行刑法认为是犯罪，适用行为时法。
- (2) 行为时法律认为是犯罪，现行刑法不认为是犯罪，适用现行刑法。
- (3) 行为时与现行刑法均认为是犯罪，且应追诉的，二者规定一致，若行为时法规定较轻，适用行为时法；若现行法规定较轻，适用现行法。

【陷阱点拨】(1) 该规定的适用对象是：未决犯。按行为时法，行为已经构成犯罪并经审判，即使现行刑法认为不构成犯罪，也不能改判——维护法院判决的权威性，因为法院当时并没有判错；(2) 按照审判监督程序重新审判的案件，适用行为时的法律。

(五) 法律解释的效力



1. 法律解释是对现行刑法的解释，因此其效力适用于刑法生效的全部期间。“正式解释并不是刑法本身，既然是对刑法的解释（而且排除了类推解释），那么，对现行正式解释之前的行为，只要是在现行刑法施行后实施的，就得按正式解释适用刑法”。^①

2. 具体情形的处理：

(1) 行为时没有正式解释，审理时有正式解释的，适用正式解释。

(2) 旧的正式解释认为某行为不构成犯罪，新的正式解释认为该行为构成犯罪，行为人在旧解释出台后新解释出台前实施该行为的，适用旧的解释。——可以认为是旧的解释误导行为人实

^① 张明楷：《刑法学》，法律出版社2007年版，第73页。

施该行为，行为人缺乏违法性认识的可能性。

(3) 旧的正式解释认为某种行为构成犯罪，新的正式解释认为该行为不构成犯罪，行为人在旧解释出台后新解释出台前实施该行为的，适用新的解释。——可以认为旧的解释是错的，新的解释是对的，该行为本身就不成立犯罪。

(4) 如果新旧解释完全一致，适用新的解释。

【难点提示】记住“从旧兼从轻”的处理原则，无需死记硬背。

第四章 犯罪概说

一、犯罪的特征

1. 严重的社会危害性。
2. 刑事违法性——实际上印证了罪刑法定原则。
3. 应受刑罚处罚性。

二、犯罪的分类

(一) 理论分类

1. 重罪与轻罪。以法定刑为标准作的划分。我国刑法没有这种划分，张明楷教授也认为，可以考虑将法定刑最低为3年以上有期徒刑的犯罪称为重罪。

2. 自然犯与法定犯

(1) 自然犯：在侵害或者威胁法益的同时明显违反伦理道德的传统型犯罪。如故意杀人罪。

(2) 法定犯：侵害或者威胁法益但没有明显违反伦理道德的现代型犯罪，主要是违反了统治秩序。如非法出租、出借枪支罪、非法吸收公众存款罪、擅自设立金融机构罪。

3. 隔隙犯与非隔隙犯

(1) 隔隙犯：在实行行为与犯罪结果之间存在时间的、场所的间隔的犯罪。可分为隔时犯与隔地犯两种。

(2) 非隔隙犯：实行行为与犯罪结果之间没有时间、场所间隔的犯罪。

这种划分有一定的意义，例如，对于隔隙犯，在犯罪行为完成后、犯罪结果出现之前可以成立犯罪中止。

4. 即成犯、状态犯、继续犯

(1) 即成犯。一旦发生法益侵害结果，犯罪便同时终了；犯罪一旦终了，法益便同时消灭的犯罪。——故意杀人罪

(2) 状态犯。犯罪行为终了后，危害结果继续存在。——盗窃罪

(3) 继续犯。犯罪行为和危害结果同时持续地存在。——非法拘禁罪

(二) 法定分类

1. 危害国家安全罪与普通刑事罪

2. 自然人犯罪与单位犯罪

注意：我国刑法中的许多犯罪既可由自然人实施，也可以由单位实施，当这些犯罪由单位实施时，便是单位犯罪。

3. 身份犯与非身份犯

(1) 身份犯：以特殊身份作为客观构成要件要素的犯罪。——真正身份犯，贪污罪；不真正

身份犯，非法拘禁罪。

(2) 非身份犯：不以特殊身份作为客观构成要件要素的犯罪。——故意杀人罪

【考点提示】不真正身份犯，是指刑法将特殊身份作为刑罚加重或者减轻事由的犯罪。——国家机关工作人员实施诬告陷害罪、非法拘禁罪从重处罚。

4. 亲告罪与非亲告罪

(1) 亲告罪，即告诉才处理的犯罪。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。

①侮辱罪（第246条，严重危害社会秩序和国家利益的除外）；

②诽谤罪（第246条，严重危害社会秩序和国家利益的除外）；

③暴力干涉婚姻自由罪（第257条，致被害人死亡的除外）；

④虐待罪（第260条，致被害人重伤、死亡的除外）；

⑤侵占罪（第270条）。

【陷阱点拨】亲告罪不等同于自诉案件。^①

(2) 非亲告罪。不允许当事人私下和解。

刑法规定亲告罪的原因：这种犯罪比较轻微；这种犯罪往往发生在亲属、邻居、同事之间；这种犯罪涉及被害人的名誉，任意提起诉讼可能损害被害人的名誉。

5. 基本犯、加重犯与减轻犯

(1) 基本犯：刑法分则条文规定的不具有法定加重或者减轻情节的犯罪。——故意杀人罪的一般规定。

(2) 加重犯：刑法分则条文以基本犯为基准规定了加重情节与较重法定刑的犯罪。可分为结果加重犯与情节加重犯。注意：结果加重犯、情节加重犯必须以刑法的规定为准。——故意伤害罪（致人重伤、死亡）、抢劫罪的八种加重情节。

(3) 减轻犯：刑法分则条文以基本犯为基准规定了减轻情节与较轻法定刑的犯罪。——故意杀人罪、绑架罪中规定了，“情节较轻的，……”。

第五章 犯罪构成

一、犯罪构成概述

是刑法规定的，决定某一行为的社会危害性及其程度，而为该行为成立犯罪所必须具备的一切客观要件与主观要件的有机整体。其特征有三个：

1. 犯罪构成是一系列主客观要件的有机整体；
2. 犯罪构成具有法定性；

① 根据1998年9月8日最高院《刑法解释》第1条规定，人民法院直接受理的自诉案件包括：（一）告诉才处理的案件；（二）人民检察院没有提起公诉，被害人有证据证明的轻微刑事案件，被害人直接向人民法院起诉的，人民法院应当依法受理。对于其中证据不足、可由公安机关受理的，或者认为对被告人可能判处3年有期徒刑以上刑罚的，应当移送公安机关立案侦查。（三）被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院已经作出不予追究的书面决定的案件。