



国家司法考试应试训练系统工程（切题工程Ⅱ）

“法大司考”

2014年国家司法考试 本校生内部教材

（第一册）刑法

阮齐林 罗翔 / 编著



 中国政法大学出版社



国家司法考试应试训练系统工程（切题工程Ⅱ）

“法大司考”

2014年国家司法考试 本校生内部教材

（第一册）刑法

阮齐林 罗翔 / 编著



中国政法大学出版社

2014·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

“法大司考”2014 年国家司法考试本校生内部教材.第 1 册, 刑法 / 阮齐林, 罗翔编著. —北京:中国政法大学出版社, 2014.1
ISBN 978-7-5620-5179-4

I. ①法… II. ①阮… ②罗… III. ①刑法—中国—法律工作者—资格考试—自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 312751 号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908285(总编室) 58908433 (编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印刷厂
开 本 787mm×1092mm 1/16
印 张 19.25
字 数 556 千字
版 次 2014 年 1 月第 1 版
印 次 2014 年 1 月第 1 次印刷
定 价 36.00 元

前言

2001年,《中华人民共和国法官法》、《中华人民共和国检察官法》和《中华人民共和国律师法》修正案相继通过。其中规定,国家对初任法官、检察官和取得律师资格实行统一的司法考试制度。这标志着我国正式确立了统一的司法考试制度。这是我国司法改革的一项重大举措。它对提高我国司法队伍和律师队伍素质,确保司法公正,对全面推进依法治国,建设社会主义法治国家,具有重大而深远的意义。

中国政法大学作为教育部直属“211”全国重点大学,以拥有作为国家一级重点学科的法学学科见长。其法学师资队伍汇集了一大批国内外知名法学家。他们不仅是法学教育园地的出色耕耘者,也是国家立法和司法战线的积极参与者。他们积累了法学教育和法律实践的丰富经验,取得了大量有影响的科研成果。

国家统一司法考试实行以来,我校专家学者在参与司法考试的制度建设和题库建设中作出了许多贡献,同时在司法考试教育中付出了大量心血。在此期间,我校不仅有一批长期参加国家司法考试题库建设和考题命制的权威专家,也涌现了众多在国家司法考试培训中经验丰富和业绩突出的名师,形成了强大的司法考试研究阵容和师资团队。

2005年,我校成立了中国高校首家司法考试学院。该院本着教学、科研和培训一体化的宗旨,担任着为在校学生和社会考生提供司法考试培训的任务。司法考试学院成立后,选拔了一批在司法考试方面的权威专家或名师,精心编写了中国政法大学《司法考试全科辅导纲要》。在此基础上,根据司法考试的特点及广大备考人员的要求,修订为中国政法大学《本校生内部教材》和《法律法规汇编》,作为校内学生司法考试课程教学及对社会培训的专用教材。

司法考试学院组织编写的这套教材,紧扣司法考试大纲,体系完整,编排得当,重点突出,内容丰富,表述精准,文字简明。全书渗透着参编教师多年的教学经验,体现着对司法考试规律和应考学科知识的深刻理解与把握,同时适应备考人员的学习方式、学习习惯等特点,在编排格式上做了匠心独到的设计。

我相信,该套教材的出版,将会对广大备考人员学习、理解和掌握国家司法考试的知识内容和应试方法具有积极的引导与促进作用,对考生提高考场实战能力以及未来的从业能力给予有力的支持与帮助。

预祝各位备考人员在国家司法考试中取得满意的成绩。

中国政法大学校长助理 王卫国教授
2014年1月

修订说明

一、2014 年刑法考试特点预测

通过近几年刑法试题的分析,2014 年的刑法试题考查重点依然是刑法基本制度和常见罪名,将会回避学术争议问题和偏题怪题。因此建议:不论坊间关于考试动向有多少种传说,不变的真理是,只要能够掌握学说和制度的基本知识点,就能确保考试过关。备战考试应当寄希望于经过常规的学习能够掌握的知识和技能,仅此就足以通过考试。虽偶有生僻、疑难考题,无关大局,不值当花费精力。

二、刑法学重点

1. 总则概论、犯罪论部分:罪刑法定原则的内容;刑法解释方法;不作为;因果关系;故意(明知)的认定;事实认识错误(法定符合说);法律认识错误;相对刑事责任年龄;身份犯;预备;未遂;中止;共犯的成立;共犯责任(一部分行为全部责任);共犯人种类(主犯、从犯、胁从犯、教唆犯);共犯的处罚原则;犯罪中止;部分共犯人中止;想象竞合犯;牵连犯;吸收犯;事前事后不可罚行为;法条竞合犯。

2. 刑罚论:死刑;附加剥夺政治权利适用;财产刑适用;减轻处罚的适用;自首认定;立功认定;累犯认定;缓刑适用和撤销;数罪并罚原则;假释适用条件;减刑的限度;追诉时效的中断和延长。

3. 侵犯人身权利罪:组织出卖人体器官罪;绑架罪;非法拘禁罪;拐卖妇女、儿童罪;拐骗儿童罪;刑讯逼供罪;暴力取证罪;故意伤害罪;强奸罪;强制猥亵、侮辱妇女罪;猥亵儿童罪。

4. 侵犯财产罪:抢劫罪;盗窃罪;诈骗罪;抢夺罪;侵占罪;故意毁坏财物罪。

5. 贪污贿赂渎职犯罪:贪污罪;职务侵占罪;挪用公款罪;挪用资金罪;受贿罪;行贿罪;国家工作人员受贿罪;对非国家工作人员行贿罪;利用影响力受贿罪;徇私枉法罪。

6. 经济犯罪:非法经营罪;信用卡诈骗罪;贷款诈骗罪;票据诈骗罪;金融凭证诈骗罪;洗钱罪;窝藏毒品、毒赃罪;生产销售假药罪;侵犯著作权罪;逃税罪。

7. 扰乱社会秩序罪:伪证罪;帮助毁灭伪造证据罪;窝藏罪;包庇罪;掩饰隐瞒犯罪所得罪;妨害公务罪;走私、运输、贩卖毒品罪;非法行医罪;医疗事故罪;传播淫秽物品罪;伪造国家机关公文、印章罪。

8. 其他罪名:危险驾驶罪;交通肇事罪;重大责任事故罪;过失致人死亡罪;投放危险物质罪;为境外组织、人员非法提供秘密、情报罪。

9. 重要概念:(盗窃罪等)财物;淫秽物品;卖淫;猥亵;伪造;变造;毁坏;同居。

三、近两年新出台司法解释,使得下列问题值得重视

1. 《办理商业贿赂刑事案件意见》等四个反腐败“意见”:贿赂罪如受贿罪;利用影响力受贿罪;贪污案件自首、立功的认定。

2. 《办理信用卡刑事案件解释》:信用卡诈骗罪(冒用他人信用卡,恶意透支非法占有目的认定);伪造金融票证罪(伪造信用卡行为);非法经营罪(利用 POS 机套现);妨害信用卡管理罪。

3. 《审理洗钱刑事案件解释》:洗钱罪(第 191 条洗钱行为方式);资助恐怖活动罪;掩饰隐瞒犯罪所得罪(明知是犯罪所得的认定);窝藏毒品、毒赃罪。

- 4.《关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释(一)》。
- 5.《关于处理自首和立功的意见》。
- 6.《关于审理非法集资刑事案件的解释》。
- 7.《关于办理网络赌博犯罪案件的意见》。
- 8.《醉酒驾车犯罪法律适用问题的意见》。
- 9.《在执行附加刑剥夺政治权利期间犯新罪应如何处理的批复》。

四、2013 年新增五个司法解释

1. 2013 年 3 月 8 日《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》。
2. 2013 年 9 月 30 日《最高人民法院、最高人民检察院关于办理抢夺刑事案件适用法律若干问题的解释》。
3. 2013 年 9 月 5 日《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》。
4. 2013 年 6 月 8 日《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》。
5. 2013 年 4 月 28 日《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》。

五、考试重点标示

书中“☆”表示该知识点考试的概率,其中,“☆☆☆”表示考查概率最高。

阮齐林 罗 翔
2014 年 1 月



目 录

第一编 刑法总则

第一章	刑法概说	(1)
第二章	犯罪概说	(13)
第三章	犯罪构成要件	(17)
第四章	排除犯罪的事由(阻却违法性事由)	(56)
第五章	犯罪的未完成形态	(67)
第六章	共同犯罪	(80)
第七章	单位犯罪	(105)
第八章	罪数与数罪并罚	(108)
第九章	刑罚的种类、体系和目的	(124)
第十章	刑罚的裁量(量刑)	(132)
第十一章	刑罚的执行和消灭	(147)

第二编 刑法分则

第一章	分则各正条解说的基础知识	(155)
第二章	侵犯人身的犯罪	(160)
第三章	侵犯财产罪	(181)
第四章	贪污贿赂罪	(215)
第五章	危害公共安全罪	(238)
第六章	破坏社会主义市场经济秩序罪	(250)
第七章	妨害社会管理秩序罪	(269)
第八章	危害国家安全罪、危害国防利益罪、渎职罪、 军职罪	(290)



刑法

第一编

刑法总则

第一章 刑法概说

重点 罪刑法定原则内容

刑法解释方法:缩小解释;扩张解释;类推解释;当然解释。

一、罪刑法定原则☆☆

刑法的基本原则共三个:①罪刑法定原则;②平等适用刑法原则;③罪刑相适应原则。其中罪刑法定原则最重要。

(一) 内容

1. 法律没有明文规定为犯罪的行为不得定罪处罚。其具体内容包括:

(1) 刑法应当是立法机关(人民代表大会及其常委会)制定的成文法律,行政机关制定的规章不得规定刑罚;习惯法不能作为刑法渊源。

(2) 禁止不利于行为人的事后法(重法不得有溯及力)。

(3) 禁止不利于被告人的类推解释,包括禁止司法类推和类推解释。

(4) 确定犯罪与刑罚必须明确,禁止绝对不确定刑。

(5) 禁止滥用刑罚,对不应当处罚的行为不能以犯罪处罚,禁止残酷的、有辱人格的刑罚。

因为《刑法》第12条对刑法的溯及力规定采取“从旧兼从轻”,所以,并非绝对禁止刑法有溯及力,只是禁止事后重法的溯及力。在“事后法”较轻的场合,根据“兼从轻”的规定,新法有溯及力。

例 (2010/2/1)“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?

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

答案:D。事前——成文——严格——确定。“刑罚法规的适当”①明确;②适正:③不得处罚不应当受处罚的行为;④禁止残酷刑罚。

(二) 价值基础

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,由人民(代表机构)制定,司法机关应当尊重立法,严格解释刑法,立法也不是漫无边界,它也要受到限制;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,把握自由的尺度,规范自己的行为。民主、自由是刑法制度追求的根本价值,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区分的根本标准。



例 (2011/2/1)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?

- 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

◆ 答案:D。依民意判决显然是对罪刑法定原则民主精神的误解。A 罪刑法定是刑法的法制原则。B 依民主价值基础,刑法是代表民意的立法机关制定的,要求司法机关严格执行,不得以类推方式扩大刑事处罚范围,体现立法对司法的制约,对民意的尊重。C 民主与自由是罪刑法定原则的两大核心价值。

例 (2012/2/3)关于罪刑法定原则有以下观点: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人事法,不禁止有利于被告人的人事法。

下列哪一选项是正确的?

- 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

◆ 答案:C。立法权也要受到限制,第①句话明显错误;司法权、立法权和行政权都要受到罪刑法定原则的约束,因此第②句也是错误的;罪刑法定原则要求制定法原则,禁止习惯法,第③句错误;罪刑法定原则禁止不利于行为人的事后法,但不禁止有利于行为人的事后法,也就是我国《刑法》第12条规定的从旧兼从轻原则。故,第④句正确。

综上,以上四句中,只有第④句是正确的,前三句均是错误的。

例 (2013/2/2)关于社会主义法治理念与罪刑法定原则的关系有以下观点:

- ①罪刑法定的思想基础是民主主义与尊重人权主义,具备社会主义法治理念的本质属性;
- ②罪刑法定既约束司法者,也约束立法者,符合依法治国理念的基本要求;
- ③罪刑法定的核心是限制国家机关权力,保障国民自由,与执法为民的理念相一致;
- ④罪刑法定是依法治国理念在刑法领域的具体表现。

关于上述观点的正误,下列哪一选项是正确的?

- A. 第①句正确,第②③④句错误
- B. 第①③句正确,第②④句错误
- C. 第①②③句正确,第④句错误
- D. 第①②③④句均正确

◆ 答案:D。罪刑法定原则的思想基础是民主主义与尊重人权主义。其精髓在于限制国家的权力,以保证公民的自由,既包括限制司法权,也包括限制立法权。罪刑法定是法治理念在刑法中的具体体现,故第①②③④句均正确,选D项。

(三)其他刑法原则

1. 适用刑法平等原则:《刑法》第4条。

2. 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。”

根据《量刑规范化指导意见》,量刑应与被告人犯罪的“社会危害性”和“人身危险性”相适应,在刑法规定的法定刑幅度内进行。社会危害性要素是指由犯罪的客观危害和犯罪人的主观恶性综合体现决定的因素;人身危险性要素是指反映犯罪人再次犯罪可能性的因素。简言之,处罚既对“事”也对“人”。

可以说,刑法每一项制度都体现了罪刑相适应的原则,如:对未成年人、限制刑事责任能力人、又聋又哑的人,从轻处罚;对犯罪中止、未遂、预备、从犯、胁从犯、教唆未遂、自首、立功、防卫



过当从轻处罚;对累犯、教唆未成年人犯从重处罚,都体现了罪刑相适应原则。

二、刑法的解释

(一) 根据解释理由的分类:文理解释·论理解释

1. 文理解释:指根据法条的字词、语法、符号来解释(法律含义)。

例:强奸妇女罪的“妇女”包括一切女性,既包括中国妇女也包括外国妇女,既包括成年妇女也包括幼女。这是根据“妇女”的词语意义做出的解释。

刑法,通过文字约定也应根据文字理解,所以,文理解释是任何解释的出发点(前提),且任何解释都不可超出文字可能涵盖的范围。即使司法、立法有权解释者也不能超过文字可能的含义解释法律。如果脱离条文的文理含义,会彻底背弃明确性要求和可预知性价值,成为类推解释,属于不当的解释。

例:甲利用乙(男,14岁)弱智,以给乙买好吃的东西为由将乙拐卖,得款1万元。乙已满14岁,按文义不是拐卖儿童罪之“儿童”。如果根据乙只有8岁儿童智商认为是“儿童”,则显然是脱离“儿童”一词的文义,是类推解释。

2. 论理解释,相对于文理解释,根据刑法的体系、历史、目的、比较等解释(法律含义)。按照解释理由(依据)的差异,又可细分为:①体系解释;②历史解释;③目的解释;④比较解释等。

(二) 解释“技巧”(倾向)分类

根据解释“技巧”,刑法解释可以分为:平义解释、缩小解释、扩张解释、类推(比附)解释、当然解释、反对解释、补正解释、宣言解释。

1. 平义解释,按照法条“字面”惯常(平白)用法解释。不过对于刑法中的专业术语,则要按照专业领域惯常理解解释。

相对于“平义”,解释有所扩张或缩小的,是扩张解释、缩小解释。

2. 缩小解释,以文理解释得出的条文含义为基准,得出较小(较窄)含义的,是缩小解释,也称限缩解释;得出较大(较广)含义的,是扩大解释,也称扩张解释。

例 (2008延考/2/1)为境外的人员非法提供国家秘密或者情报的,构成犯罪。司法解释将其中的“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”。这一解释属于下列何种解释?

- A. 补正解释 B. 当然解释 C. 反对解释 D. 缩小解释

◆ 答案:D。缩小解释。给该条之“情报”加上“关系国家安全和利益”、“未公开”的等限制,缩小了其范围,所以是缩小解释。

3. 扩大解释,相对于条文的字面含义而言,其真实的含义应该大一点。

《刑法》第116条规定,破坏交通工具罪的对象是“火车、汽车、电车、船只、航空器”,解释该条的“汽车”包括大型拖拉机,对该条“汽车”的含义有所扩大,属于扩大解释。因为对“汽车”平义理解不包括拖拉机。

例 下列属于不违反罪刑法定原则的扩大解释是?

- A. 诈骗、盗窃罪对象的“财物”包含财产性利益
B. “毁坏”不必要求造成财物物理性的毁损、灭失,使他人财物不能利用,也是毁损
C. “卖淫”包括向异性和同性提供性服务
D. 强制猥亵妇女罪之“猥亵”包括性交

◆ 答案:ABC。D强制猥亵妇女罪之“猥亵”不包括性交。认为包括性交是不合理扩大。强制与妇女性交,是强奸,超出猥亵范围。但猥亵儿童罪之“猥亵”含性交,如女教师与男童性交,可成立猥亵儿童罪。

4. 类推解释,指把刑法条文字面含义扩大解释到包含“相类似”的事物。无论对字面含义作



扩大或缩小的解释,仍然能与字面含义保持同一性质,没有脱离字面含义。而类推解释则过分超出了字面含义,仅具有“类似性”而不具有“同一性”。类推解释是一种错误的、不可接受的解释方法。

例 (2004/2/16)关于罪刑法定原则及其内容,下列哪一选项是正确的?

- 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。A 错在“禁止扩大解释”。B 项,立法机关有权创制法律,但对已有法律也不能做类推解释。如若创制罪刑应当采取修正案等立法形式。

类推解释的显著特征是:过分背离条文的“字面”意义,表现为:①超出了词语可能具有的含义;②提升了概念的位阶。

例如,把强制猥亵妇女罪对象之“妇女”,解释为包括“男人”。其一,提升了“妇女”一词的位阶,使其等同于上位概念“人”;其二,显然超出“妇女”一词可能具有的含义,这是类推解释。

再如,破坏军婚罪包括:与现役军人配偶结婚或同居(第 259 条)。重婚罪包括:与有配偶人结婚或重婚(第 258 条)。把重婚罪的行为解释为包括同居,属于类推解释。

类推解释的实质特征是,超出了公民“预测可能”的范围,欲加之罪而脱离法律规范,根据某行为与法律上某种犯罪在事实、危害方面的相似性定罪判刑。而扩张解释则没有超出法条词语可能具有的含义,不改变概念的位阶,不超出公民可预测的范围,是允许的。

例 《刑法》第 302 条之盗窃、侮辱尸体罪之“尸体”正确说法是?

- A. 甲从坟墓中盗掘“尸骨”制成人体骨骼标本出售,属于盗窃“尸体”
- B. 乙明知甲盗窃的尸骨,为其存放保管,该尸骨属于“犯罪所得”
- C. 丙盗窃他人“骨灰”,是盗窃“尸体”
- D. 盗窃“骨灰”也是窃取财物,不排除成立盗窃罪

◆ 答案:ABD。提示:骨灰与尸体相差甚远,C 项属于类推解释。D 项“财物”包含仅有“主观”价值的东西。

例 丙非法制作 IC 电话卡出售,数额较大,是否属于伪造信用卡,成立伪造金融票证罪?

◆ 答案:刑法中的“信用卡”,指金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金功能的电子支付卡。电话 IC 卡,不是金融机构发行的,也不具有上述支付结算功能,所以不是信用卡。

丙不成立伪造金融票证罪。另《刑法》第 227 条规定有伪造有价票证罪,电话 IC 卡属于有价票证,对其可根据伪造有价票证罪追究刑事责任。

例 (2006/2/20)将伪造货币罪中的“伪造”解释为包括变造货币,属于法律允许的类推解释?

◆ 答案:错,正确说法是:属于类推解释,且不利于被告人不是法律允许的。

因为《刑法》第 173 条专门规定有变造货币罪,对第 171 条之伪造货币与变造货币在法律上就属于性质不同的行为。变造货币轻于伪造货币。

例 (2006/2/20)将故意杀人罪中的“人”解释为“精神正常的人”,属于应当禁止的类推解释。

◆ 答案:错,属于缩小解释,且属于不适当的缩小解释。因为,故意杀人罪对象的人包括一切有生命的自然人,也包括精神病人。这种对法条(构成要件)无端添加限制要素的做法,是解



释中常犯的错误。

例 (多选)关于罪刑法定原则和刑法解释正确的说法是?

- A. 依据行为当时有效的法律定罪处罚是“可预见原则”的当然要求
- B. 允许扩张解释但禁止通过类推解释刑法追究刑事责任,不过立法解释的效力与法律相同,所以,立法解释可以作出类推解释的结论
- C. 将侵犯通信自由罪中的“信件”解释为包括电子邮件,属于扩张解释
- D. 刑法第329条规定了抢夺、窃取国有档案罪,对于抢劫国有档案的行为当然可以认定为抢夺国有档案罪

◆ 答案:ACD。提示:B,立法解释也不能做类推解释,因为违反公民可预测性。法是国家(含立法机关)与人民的约定,不能做类推解释。如果需要创制罪和罚,应当用“修正案”(立法方式)。D是当然解释,所谓“举轻明重”。对国有档案抢夺(轻)可罚,那么抢劫(重)当然可罚。应在抢劫罪和抢夺国有档案罪中择一重罪处罚。

5. 当然解释,根据逻辑、道理当然可推断出的(法律适用范围、含义)解释结论。

例如,根据司法解释:非法行医被卫生行政部门行政处罚两次以后,再次非法行医的,是“情节严重”。那么,被行政处罚三次以后,再次非法行医的,是否属于“情节严重”?

“举轻(两次算严重)明重(三次)”,当然算严重!这是“当然解释”。从文理解释的角度,“两次以上”,含两次及超过两次的次数,也能得出同样结论。

再如,实施防卫对不法侵害人造成适度损害的,属于正当防卫,那么,实施正当防卫没有“对不法侵害人造成损害的”是不是正当防卫呢?

“举重”——造成损害都成立正当防卫,“明轻”——没有造成损害的当然是正当防卫,这属于当然解释。

当然解释并不一定都符合罪刑法定原则,比如我国刑法有劫持汽车、船只罪,但无劫持火车罪。劫持火车的社会危害性明显大于劫持汽车,将劫持火车的行为解释为劫持汽车可算是一种当然解释,但这种当然解释并不符合罪刑法定原则。

例 (多选)下列是“当然解释”的选项是?

- A. 使用暴力抢劫国有档案的,也可构成抢夺国有档案罪
- B. 使用欺骗的方法拐骗儿童的可成立拐骗儿童罪,使用暴力抢取的也可以成立拐骗儿童罪
- C. 真军警冒充军警人员抢劫的,也属于冒充军警人员抢劫
- D. 无照销售假冒他人注册商标的香烟的,其香烟是冒牌假货的不影响构成非法经营

◆ 答案:ABCD。

6. 反对解释,根据法律条文的正面表述,推导其反面含义的解释。

例如,《刑法》第50条规定,死缓犯没有故意犯罪的,2年期满后,应当“减为无期徒刑”。

没到2年期满,是否应当减为无期徒刑?不应当!这是“反对解释”。

7. 补正解释,在法律条文发生冲突、错误时,统观法律全文加以补正,以阐明法律真实含义的解释方法。

例如,《刑法》第99条规定:“本法所称以上、以下、以内,包括本数”,根据这条规定,犯抢劫罪(第263条)“处3年以上10年以下有期徒刑……”,包含判处3年(本数)和10年(本数)。

再如,《刑法》第63条规定:减轻处罚的,应当在“法定刑以下”判处刑罚,其中的“以下”则解释为“不包括本数”,比如对普通抢劫犯“减轻处罚”,应当是判处不满3年,如果判处3年(抢劫普通犯法定最低刑本数),不符合“减轻处罚”。这就是“补正解释”。对第63条“以下”的解释不同于第99条普遍解释。“以下”一个词两种解释,实属不得已。因为第63条(减轻处罚)的“以下”如果也理解为“包含本数”,会导致减轻与从轻的界限不明。



因为补正解释含有对法律“疏漏”作补正、补充的意味,所以必须慎用,一定要符合立法目的,符合《刑法》的整体规定。

(三) 刑法解释的位序、理由、技巧

1. 文理解释是所有解释的出发点且不可过分脱离文义。
2. 对同一条款可以根据多种“理由”作一种含义解释,但不可以采取多种“技巧”作出一种含义解释。
3. 类推比附技巧不利被告的,禁止。
4. 解释符合罪刑法定原则,在于其正当(合目的),而不取决于有利被告。

例 (2011/2/51) 下列哪些选项是正确的?

- A. 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
- B. 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
- C. 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
- D. 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

◆ 答案:ABCD。A 解释可以采取多种理由,多多益善理由充足。B 扩大与缩小(或限制)的“解释技巧”在同一点上不能并用,或者说“在同一条文对同一行为的适用上”不能既扩大又缩小。C 采取何种方法、取向解释法,并不能保证结论正确。D 追求结论的合理性,是当然解释的特点,“但并不必然符合罪刑法定原则”。

例 根据罪刑法定原则,下列哪一解释是错误的?

- A. 行政规章不能制定犯罪和刑罚
- B. 甲拐卖 15 岁智障男孩乙,因乙智力低于 14 岁儿童,所以应当以拐卖儿童罪论处
- C. 凡是为他人骗取出境证件的,都构成骗取出境证件罪
- D. 未经许可经营香烟情节严重的,可成立非法经营罪。据此,未经许可经营假冒伪劣香烟情节严重的,也可成立非法经营罪。这是反对解释

◆ 答案:BCD。罪与罚只能人代会创制,A 对。B 是类推适用。C 如果不具有“为组织他人偷越国边境而骗取”要件的,不构成犯罪。D 举轻(不伪劣都有罪)明重(伪劣更有罪),是当然解释。

例 (2013/2/3) 关于刑法解释,下列哪一选项是错误的?

- 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 周岁的人不成立累犯;《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

◆ 答案:A。A 项,罪刑法定原则禁止类推,司法解释也不得类推。A 项错误。

B 项,汽车和大型拖拉机有很多共同点,比如都属于机动车,都依靠发动机提供动力等等。所以,将大型拖拉机解释为破坏交通工具罪中的“汽车”,一般认为属于扩大解释。此外,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。所以在某些特定情况下,将大型拖拉机解释为“汽车”,认定为破坏交通工具罪,也有类推解释之嫌。故,B 项说法正确。

C 项,《刑法》分则有不少条文并列规定了“伪造”与“变造”,但在有些条文中,却只规定了



“伪造”行为,没有规定“变造”行为。比如《刑法》第196条信用卡诈骗罪中,只有使用伪造的行为,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),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。C项正确。

D项,第356条规定,根据该规定,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。这是关于毒品再犯的规定,法律虽然没有规定不满18周岁的人不适用第356条的规定。但与再犯相比,累犯的特殊预防必要性更大。既然不满18周岁的人犯罪不可能成立累犯,那么,当然也不得适用再犯从重处罚的规定。否则,会导致刑法条文之间的自相矛盾。根据举重以明轻之当然解释原则,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。

综上,本题答案为A。

三、刑法时间效力:从旧兼从轻原则☆

(一) 时间效力的缘起

行为人在实施涉嫌犯罪的行为之后,可能遇到刑法发生变动的情形。如甲在1996年8月杀害了乙,直到1998年8月才被抓获归案、被公诉到法院。其间《刑法》发生了修订变化,1979年颁行的《刑法》经修订后于1997年10月1日生效。甲杀害乙时(行为时),有效的法律是1979年的《刑法》(行为时法);审判甲杀害乙案件时,有效的法律是修订后的1997年《刑法》(行为后法、审判时法)。这样便产生了一个问题:对甲适用哪个《刑法》?

对此,《刑法》第12条规定了适用的原则,即从旧兼从轻:对该行为,“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。”规定有三个要点:

1. 适用“行为当时的法律”,即适用“行为时法”。因为审判时已有新法生效,从这个角度看,行为时法是“旧法”,适用行为当时的法律即所谓“从旧”法的规定。如果当时的法律对该行为不认为是犯罪的,就不认为是犯罪;认为是犯罪的,就适用当时的法律定罪处罚。

2. 如果行为后审判时的法律(新法)对行为人有利的(不认为是犯罪或处罚较旧法轻),适用新法,即所谓“兼从轻”。这意味着,行为后法在对被告人有利时,适用于生效前发生的行为,有溯及力。

3. 新法的溯及力仅限于“未决案”,不能适用于依照旧法判处的“已决案”。新法生效前依照当时的法律已经作出的生效判决,继续有效。

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,不包括再审的案件。对再审的案件,必须完全适用行为时的法律,也就是旧法或行为时法。因为“再审”是对已决案的再审,不能因为事后法律变动适用新法“翻案”。

(二) 时间效力与罪刑法定原则

罪刑法定原则不仅要求“依法”定罪判刑,而且要求“依行为时法”定罪判刑,有两点重要理由:①确保公民“预测可能性”,公民只能根据行为时的法律,认知自己的行为是否犯法,如果根据事后法治罪是不教而诛,使公民不可预测行为的后果,生活在恐惧之中;②担忧国家滥用权力或者民众冲动,对行为时不认为是犯罪的行为,通过事后的立法定罪。据此,罪刑法定原则禁止适用不利行为人的事后法,即禁止重法溯及既往。但是,鉴于适用对行为人有利的行为时法,与罪刑法定原则保障人权的宗旨一致,故允许事后轻法有溯及力。

(三) 刑法修正案

刑法修正案对刑法典有关条款的实体内容(犯罪构成或处罚)进行了改动,所以属于新规



定,同样遵从从旧兼从轻原则。

下列三种制度值得注意:

(1) 死缓的限制减刑

《刑法修正案(八)》对死刑有重大修改,比如死缓后有重大立功,不再减为15~20年有期徒刑,而是直接减为25年有期徒刑,这显然对行为人不利,不得溯及既往。

比较特殊的是死缓的限制减刑制度(对被判处死刑缓期执行的累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处死刑缓期执行的犯罪分子,人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定对其限制减刑。根据修改后的《刑法》第78条的规定,如果人民法院决定限制减刑的死刑缓期执行的犯罪分子,缓期执行期满后依法减为无期徒刑的,不能少于25年,缓期执行期满后依法减为25年有期徒刑的,不能少于20年)。从表面上看,限制减刑制度对行为人不利,但考虑到此制度的本质是为了限制死刑,在很多时候,它其实对行为人有利,可以起到“刀下留人”,免死不杀的作用。因此司法解释^{〔1〕}规定:被告人具有累犯情节,或者所犯之罪是故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪,罪行极其严重,根据修正前刑法判处死刑缓期执行不能体现罪刑相适应原则,而根据修正后刑法判处死刑缓期执行同时决定限制减刑可以罚当其罪的,适用修正后刑法的规定。

(2) 累犯

累犯有一般累犯和特别累犯两种,《刑法修正案(八)》对此都有修改。对于一般累犯,《修正案(八)》规定,不满18周岁的人不成立一般累犯,这种修改对行为人有利,因此可以溯及既往。

对于特别累犯,原刑法规定,前后罪都必须是危害国家安全罪,才成立累犯,但《修正案(八)》将恐怖活动犯罪和黑社会性质的组织犯罪也增加进去。这种修改对行为人不利。但司法解释规定:曾犯危害国家安全犯罪,刑罚执行完毕或者赦免以后,在2011年4月30日以前再犯危害国家安全犯罪的,是否构成累犯,适用修正前《刑法》第66条的规定。曾被判处有期徒刑以上刑罚,或者曾犯危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪,在2011年5月1日以后再犯罪的,是否构成累犯,适用修正后《刑法》第65条、第66条的规定。根据这个规定,如果前后两罪都发生在《修正案(八)》生效前,自然适用原刑法的规定,但只要有一个罪发生在《修正案(八)》生效之后,则适用《修正案(八)》的规定。

(3) 社区矫正

《修正案(八)》对于缓刑、管制、假释等制度规定了社区矫正。一般说来,社区矫正对行为人是有益的,因此可以溯及既往。比如司法解释就对社区矫正的禁止令做出了规定,认为《修正案(八)》中的禁止令条款可以溯及既往,“对于2011年4月30日以前犯罪,依法应当判处管制或者宣告缓刑的,人民法院根据犯罪情况,认为确有必要同时禁止犯罪分子在管制期间或者缓刑考验期内从事特定活动,进入特定区域、场所,接触特定人的,适用修正后《刑法》第38条第2款或者第72条第2款的规定。犯罪分子在管制期间或者缓刑考验期内,违反人民法院判决中的禁止令的,适用修正后《刑法》第38条第4款或者第77条第2款的规定。”

例 (2011/2/9)2009年1月,甲(1993年4月生)因抢劫罪被判处有期徒刑1年。2011年3月20日,甲以特别残忍手段故意杀人后逃跑,6月被抓获。关于本案,下列哪一选项是正确的?

- A. 根据从旧兼从轻原则,本案不适用《刑法修正案(八)》
- B. 对甲故意杀人的行为,应当从轻或者减轻处罚
- C. 甲在审判时已满18周岁,可以适用死刑
- D. 甲构成累犯,应当从重处罚

〔1〕《最高人民法院关于〈中华人民共和国刑法修正案(八)〉时间效力问题的解释》。



◆ **答案:**B。甲犯罪时不满18周岁,应当从轻减轻,B正确。不适用死刑,且根据从旧兼从轻原则适用《刑法修正案(八)》,不成立累犯,ACD错。

■ **例** 甲在2011年4月向乙贩卖300克海洛因被当场抓获,交易失败。2011年5月被判处“死缓”,正确说法是:

- A. 甲贩卖毒品罪未遂
- B. 甲死缓的2年执行期限从判决确定之日起计算
- C. 甲被减为无期徒刑后实际执行的刑期不少于10年
- D. 甲被减为无期徒刑后实际执行的刑期不少于13年

◆ **答案:**BC。《修正案(八)》时间效力(从旧兼从轻)。

■ **例** 《刑法修正案(八)》于2011年5月1日起施行。根据《刑法》第12条关于时间效力的规定,下列哪一选项是错误的?

- A. 2011年4月30日前犯罪,犯罪后自首又有重大立功表现的,适用修正前的刑法条文,应当减轻或者免除处罚
- B. 2011年4月30日前拖欠劳动者报酬,2011年5月1日后以转移财产方式拒不支付劳动者报酬的,适用修正后的刑法条文
- C. 2011年4月30日前组织出卖人体器官的,适用修正后的刑法条文
- D. 2011年4月30日前扒窃财物数额未达到较大标准的,不得以盗窃罪论处

◆ **答案:**C。A项,对于“自首并有重大立功的”,按照修正前的刑法,在量刑时“应当减轻或免除处罚”,而《刑法修正案(八)》删除了此规定,可见,修正前的刑法对行为人更为有利,所以,对于2011年4月30日前犯罪,犯罪后自首又有重大立功的,适用修正前的刑法条文。A项正确。

B项,继续犯或连续犯跨越新旧法,一律适用新法,故应适用修正后的刑法条文。B项正确。

C项,组织出卖人体器官的行为在《刑法修正案(八)》生效之前,没有明确的刑法条文予以规定,在《刑法修正案(八)》中,才将此行为规定为组织出卖人体器官罪,可见,修正前的刑法条文对行为人是有益的,修正后的刑法条文对行为人不利,对于2011年4月30日之前组织出卖人体器官的,应适用修正前的刑法条文,而不应适用修正后的刑法条文。C项错。

D项,在《刑法修正案(八)》生效之前,刑法第264条规定的盗窃罪中,并没有单独规定“扒窃”这种行为方式,修正后的刑法对行为人不利,对于2011年4月30日之前的扒窃行为,是否构成盗窃罪,应适用修正前的刑法条文,如果未达到数额较大,则不能认定为盗窃罪。D项正确。

综上,本题答案为C项。

(四) 司法解释

司法解释对行为的效力随附于被解释的法条。司法解释自发布或者规定之日起施行,其效力适用于法律的施行期间,即司法解释与“被解释的法律”在时间效力上是一致的。

例如,医生甲通过开大处方推销有关保健药品,多次非法收受医药代表乙丙丁等人送的药品销售回扣费总计24万余元。检方指控甲构成非国家工作人员受贿罪,甲的辩护人指出:甲只是利用医生“开处方的工作便利”,没有利用“职务上便利”,不构成犯罪。就在该案审理期间,“两高”新司法解释出台,医生开大处方吃回扣以非国家工作人员受贿罪论处。一审法院据此认定,甲的行为构成非国家工作人员受贿罪。法院对司法解释的适用是否正确?正确。

立法解释。对立法解释的时间效力可参照司法解释的掌握。

四、刑法的空间适用范围☆

(一) 属地原则及其对“域内犯罪”优先适用的地位☆☆

1. 属地原则。根据犯罪发生在中国领域内确立刑法的适用效力。《刑法》第6条:“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。”

例 (2005/2/3) 某外国商人甲在我国领域内犯重婚罪,对甲应如何处置?

- 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。本重婚案发生在中国领域,故以属地原则确定效力。

2. “域内犯”的认定。

(1) 行为或结果有一项发生在中国的,认为在中国领域犯罪。

(2) 在中国的船舶、飞机上发生的犯罪也适用属地原则。火车不具有船舶、飞机的法律地位,可视同汽车、自行车。

(3) 行为发生在外国,希望、放任的结果在中国的,即使该结果事实上没有发生,也认为是域内犯罪。

(4) 若犯罪为一个过程的,其行为之一部分发生在中国的,认为是域内犯罪。

(5) 若是共同犯罪,其共犯行为之一部分(教唆、帮助、实行、组织)发生在中国的,均认为在中国犯罪。

(6) 中国领域包括:①领陆;②领海;③领空。

例 (2004/2/56) 下列关于中国刑法适用范围的说法哪些是错误的?

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。

例 (2005/2/56) 下列哪些犯罪行为应实行属地管辖原则?

- 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。中国领域包括:领土、领水、领空。A在中国领空犯罪。

3. 属地原则对域内犯罪优先适用的地位。我国采取以属地原则为基础,以属人、保护(安全)、普遍管辖原则为补充的确定刑法效力范围的制度。这意味着,确定我国刑法的空间效力首先考虑该犯罪是发生在中国领域“之内”还是“之外”。如果是中国领域之内的,依据属地原则确立我国刑法的效力;如果之外的,不能适用属地原则,再考虑适用属人、保护、普遍管辖原则确立我国刑法的效力。

例 关于刑法效力范围的正确说法是:

- A. 中国人W在美国杀害中国人L,适用保护原则确定我国刑法对该案件的效力
- B. 外国人W在美国杀害中国人L,适用保护原则确定我国刑法对该案件的效力