

2013^年

众合名师 系统强化教案

刑法·司法制度和法律职业道德

众合教育/组编

袁登明 罗翔 刘校逢 邱振启/著



研读本书  聆听名师授课
使用本书  亲历名校培训



图书在版编目(CIP)数据

刑法·司法制度和法律职业道德/袁登明等著;众合教育组编. —北京:法律出版社,2013.5

(众合名师系统强化教案)

ISBN 978-7-5118-4853-6

I. ①刑… II. ①袁… ②众… III. ①刑法—中国—法律工作者—资格考试—自学参考资料②司法制度—中国—法律工作者—资格考试—自学参考资料③法律工作者—职业道德—中国—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076487号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 睿

装帧设计/曹 铀 汪 锋

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/法律考试出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙 磊

开本/787毫米×1092毫米 1/16
版本/2013年5月第1版

印张/11 字数/284千
印次/2013年5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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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 978-7-5118-4853-6

定价:35.00元

光盘号:ISBN 978-7-900793-19-5

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

基础理论	第一讲 刑法与刑法解释 / 1
	第二讲 刑法的基本原则 / 4
	第三讲 刑法的适用范围 / 6
犯罪论	第一讲 犯罪概说(犯罪的分类) / 10
	第二讲 犯罪构成 / 12
	第三讲 犯罪客体 / 14
	第四讲 犯罪客观方面 / 16
	第五讲 犯罪主体 / 20
	第六讲 犯罪主观方面 / 23
	第七讲 排除犯罪性事由 / 30
	第八讲 故意犯罪的停止形态 / 33
	第九讲 共同犯罪 / 37
	第十讲 单位犯罪 / 43
	第十一讲 罪数论 / 45
	第十二讲 刑罚的体系 / 49
	第十三讲 刑罚的裁量 / 56
	第十四讲 刑罚的执行 / 61
	第十五讲 刑罚消灭制度 / 63
刑法分则	第一讲 危害国家安全罪 / 65
	第二讲 危害公共安全罪 / 67
	第三讲 破坏社会主义市场经济秩序罪 / 72
	第四讲 侵犯人身权利、民主权利罪 / 83
	第五讲 侵犯财产罪 / 91
	第六讲 妨害社会管理秩序罪 / 106
	第七讲 危害国防利益罪 / 117
	第八讲 贪污贿赂罪 / 118
	第九讲 渎职罪 / 126

司法制度和法律职业道德	第一讲	司法制度和法律职业道德概述 / 129
	第二讲	审判制度 / 133
	第三讲	法官职业道德和职业责任 / 139
	第四讲	检察制度 / 143
	第五讲	检察官职业道德和职业责任 / 147
	第六讲	律师制度 / 151
	第七讲	律师职业道德和职业责任 / 156
	第八讲	公证制度 / 164
	第九讲	公证员职业道德和职业责任 / 168

第一讲

刑法与刑法解释

一、刑法的渊源(刑法的表现形式)

(一) 刑法典(含刑法修正案)

刑法修正案是对刑法典的修改、补充与完善,它就是刑法典本身。

(二) 单行刑法

单行刑法仅仅是规定刑法的某一个侧面,而不是像刑法典规定得比较系统,如1998年12月29日通过的《全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》(以下简称《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》)。

(三) 附属刑法

这个法律本身不属于刑法,只是附带地作了一下刑事责任的规定,如《产品质量法》是经济法的范畴,但是里面有关于犯罪与刑法的附带规定:生产伪劣产品如果构成犯罪的追究刑事责任。

(四) 变通规定

对于我国的少数民族地区,民族自治州人民代表大会可以在刑法典的基础上,变通规定在本地方适用。

注意:“法定量刑情节”之“法定”必须是上述4种刑法的表现形式所规定的内容。

二、刑法的性质与机能

(一) 刑法区别于其他法律的特征

1. 特定性。
2. 广泛性。
3. 严厉性。
4. 刑法具有补充性。
5. 刑法是其他法律的保障法。

注意:考生的入罪思维比较严重,即犯罪嫌疑人发生了违法事件之后第一反应是构成什么罪,但是很少考虑是否无罪,命题老师抓住了考生的这一个弱点,多次考查无罪的情形。

随堂练习

甲、乙上山去打猎,在一茅屋旁的草丛中,见有动静,以为是兔子,于是一起开枪,不料将在此玩耍的小孩打死。在小孩身上,只有一个弹孔,甲、乙所使用的枪支、弹药型号完全一样,无法区分到底是谁所为。对于甲、乙的行为,应当如何定性?

- A. 甲、乙分别构成过失致人死亡罪
B. 甲、乙构成过失致人死亡罪的共同犯罪
C. 甲、乙构成故意杀人罪的共同犯罪
D. 甲、乙不构成犯罪

【答案】* _____ ①

(二) 刑法的机能

1. 行为规制机能,即什么可以做什么不可以做。

2. 保护法益机能,刑法规定了 400 多种犯罪,毫无疑问是为了保护这 400 多种利益。但是许多考生有这样的误区,刑法仅仅是打击犯罪惩治罪犯。其实不然,刑法还有一个重要的目的即保护罪犯不受法律之外的追究。即我们国家不能超过刑法之外定罪量刑。

3. 自由保障机能(人权保障机能)。

三、刑法解释

(一) 刑法解释的效力(依据效力进行的划分)

1. 立法解释。

立法解释,即由立法机关所作的解释,具有与法律同等的效力。根据我国有关法律规定,有权作出刑法立法解释的只能是最高权力机关即全国人民代表大会及其常务委员会。

注意:(1)无论何种解释,其权力均是说明性的,可以进行扩大解释,不得进行类推解释。(2)全国人大在立法时,其权力是创造性的,这个基础,是构建一座大厦时的地基部分;但在立法解释的时候,其权力是说明性的,是在立法的基础上做一些修剪。

随堂练习

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】* _____ ②

2. 司法解释。

司法解释,即最高人民法院和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所作的解释,具有普遍适用的效力。这是目前刑法解释的主要类型。

3. 学理解释。

学理解释,即未经国家授权的机关、团体、社会组织、学术机构以及公民个人对刑法所作的解释。学理解释在法律上没有约束力,但正确的学理解释对于刑事司法乃至立法活动具有重要参考价值。

(二) 刑法解释方法

1. 刑法解释方法分为两大类。

(1)解释技巧(即论理解释):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。解释技巧也是条文的适用方法。对于解释技巧了解即可。

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

注意: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 175 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。解释者采用哪一种解释技巧,是需要解释理由来支撑的。例如,在公共汽车上抢劫,最高人民法院对“公共汽车”的解释就属于缩小解释,不包括小型的出租车和单位内部接送员工的班车等。

2. 几个重要的解释技巧与解释理由。

(1)扩大解释。

* 为方便读者自测,随堂练习的答案统一放于当页脚注处。——编者注

① D ② B

扩大解释,形象地说,就如同吹气球,如果在原来的基础上注入气体让它变大一点就是扩大解释,如果把气球吹爆了就是类推解释。一般来说,如果这个解释扩大之后被公众予以接受就是扩大解释,如刑法中原来有个罪名叫开设赌场罪,原来开设赌场罪就是找个场所召集大家来赌博,可是随着互联网的发展,开设赌场也包括在互联网上通过设立投注站的形式聚众赌博的犯罪行为。再如刑法中的拐卖妇女罪,这里的妇女就不能解释为包括男人在内,这是公众所不能接受的。

注意:扩大解释与类推解释的区分,看是否会让人感觉吃惊。但一般认为,官方作出的解释,无法确定其是扩大解释还是类推解释的时候,一般认为是扩大解释。

随堂练习

关于刑法解释的说法,下列哪一选项是正确的?

- 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
- 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

【答案】_____①

(2) 缩小解释(限制解释、限缩解释)。

缩小解释,是指在刑法条文的字面含义比立法原意广时所作的比字面含义较窄的解释。

例:以上题A选项为例,这里的“公私财物”解释为他人的财物并不属于解释,只是在概念“财物”的前面加了一个限定语,属于目的性限缩。

(3) 当然解释。

当然解释强调这样一个理念,法律解释能够使得一般人都能理解和接受,如“公园里禁止攀折花枝”,如果把树砍掉自然也是禁止的范畴。当然解释比法律原来的事项更具有递进性,但是,当然解释的结论也不能违反罪刑法法定原则。入罪必须以刑法的规定为准,而不能“想当然”。

(4) 历史解释。

历史解释就是依据立法原意,对立法进行解释。例如,2002年江苏省南京市有人组织了一些男性,专门从事男性与男性之间的卖淫活动,后组织者被司法机关抓获,在法庭上,组织者的辩护律师说:根据历史解释的方法,组织卖淫罪是指组织女性给男性卖淫,不包括组织男性给男性卖淫。法院承认这样的解释是正确的,但是出于司法案件结果对社会产生的影响,没有支持辩护律师不构成组织卖淫罪的辩护。这个案件给我们的启示是:各种刑法解释方法本身无所谓对错,但解释结论是否能被司法实践所采纳,起决定性作用的是看解释结论是否符合刑法目的,刑法解释也并非一定要有利于被告。

随堂练习

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法定原则。

关于上述4句话的判断,下列哪些选项是错误的?

- A. 第①句正确,第②③④句错误
- B. 第①②句正确,第③④句错误
- C. 第①③句正确,第②④句错误
- D. 第①③④句正确,第②句错误

【答案】_____②

第二讲

刑法的基本原则

一、罪刑法定原则

(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(人民的事情,由人民说了算)。注意:习惯、民意不能成为裁判的依据。

习惯、民意是不确定的,到底代表了多少人的意志是没有办法测算的,以两者来确定犯罪显然是不妥当的。

(2) 尊重人权主义。

(3) 三权分立学说。

(4) 心理强制说。

(二) 内容

1. 形式的侧面——刑事古典学派。

形式的侧面要求体制上是合法的,即恶法亦法,目的是限制司法权。法官在定罪量刑的时候只能依据法律规定作出判决。

随堂练习

判断以下说法是否正确:丙盗窃珍贵文物情节严重,即便其没有可供执行的财产,亦应当判处没收财产。

【答案】_____ ①

【解析】盗窃罪属于财产犯罪,盗窃珍贵文物自然也需要没收财产,即使没有财产也需要判处没收财产。

(1) 法律主义。排斥习惯法——“成文”的罪刑法定,罪刑法定必须以白纸黑字的形式出现。其中“法”必须是全国人大制定的,并且,涉及犯罪、刑罚的内容必须由刑法规定。

随堂练习

判断以下说法是否正确:过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任。这里的“法律”不限于刑事法律。

【答案】_____ ②

【解析】这里的“法律”限于刑法。

(2) 禁止溯及既往——“事前”的罪刑法定。

变通为:从旧兼从轻,仅适用于未决犯。

刑法原则上不能溯及既往,只能根据行为之际的法律判定该行为的法律性质,行为之后即事后法无法预见,禁止适用。但是,对行为人有利的事后法则是可以追溯既往的,因其符合罪刑法定限制国家刑罚权的精神。

(3) 禁止类推解释——“严格”的罪刑法定。

变通为:有利于被告的类推可以适用。禁止不利于行为人的类推解释(即禁止有罪类推),类推解释违背了立法和司法的权力分立原则,是罪刑法定原则所禁止的。但现代意义上的罪刑法定从保障人权、限制刑罚权的精神出发,并非禁止所有的类推解释,是禁止不利于被告人的类推解释,即禁止有罪类推。

(4) 禁止绝对不定期刑。

2. 实质的侧面——限制立法权。

法官在判决的时候必须以法律为标准,因此立法者制定出来的法律本身必须是科学的、合理的,目的是限制司法权。

内容:(1)明确性。这里的明确是一种相对性的要求,因为受立法技术的限制,刑法的条文不可能做到完全的明确。

(2)禁止处罚不当罚的行为,确定的罪刑法定。

(3)禁止不均衡的、残虐的刑罚。

二、罪刑相适应原则

(一) 内容

刑罚既要与犯罪行为性质相适应,又要与损害程度、犯罪情节相适应,还要与犯罪人的人身危险性、主观恶性相适应。也就是说,以客观行为的侵犯性与主观意识的罪过性相结合的犯罪社会危害程度,以及犯罪主体再次犯罪的危险程度即人身危险性,作为刑罚适用的尺度。因此,在某种意义上可以说,罪责刑相适应原则也就内含了主客观相统一的原则。例如,我国刑法关于未成年犯罪、中止与未遂以及累犯等处罚制度的规定,均体现了罪责刑相适应的基本原则。

(二) 贯彻

罪责刑相适应原则之要求是贯穿刑事司法全过程的:

1. 在立法方面,要求注重在对各种犯罪的社会危害程度的宏观预测及遏制手段的总体设计,确定合理的刑罚体系、刑罚制度与法定刑配置;

2. 在量刑方面,要求将量刑与定罪置于同等重要地位,强化量刑公正的执法观念,实现刑与罪的均衡协调;

3. 在行刑方面,实现罪刑法定原则,要求注重犯罪人的人身危险程度的消长变化情况,合理地运用减刑、假释等制度。

罪刑相适应原则与刑罚个别原则之间的关系:罪刑相适应原则就是一个框架,即规定在什么样的刑法范围内执行刑法,规定刑法执行的幅度,要就个案的特性来确定具体适用的刑法。

注意:“罪刑”指犯罪、刑罚;“罪行”指犯罪行为。

随堂练习

下列关于罪刑相适应原则的说法哪些是正确的?

- A. 罪刑相适应原则要求刑法不溯及既往
- B. 罪刑相适应原则要求刑事立法制定合理的刑罚体系
- C. 罪刑相适应原则要求刑罚与犯罪性质、犯罪情节和罪犯的人身危险性相适应
- D. 罪刑相适应原则要求在行刑中合理地运用减刑、假释等制度

【答案】_____①

三、平等适用刑法原则

平等适用刑法的具体要求体现在定罪、量刑和行刑三个方面:对刑法所保护的所有合法权益予以平等地保护,对于实施犯罪的任何人,都必须严格依照法律认定犯罪;对于任何犯罪人,都必须根据其犯罪事实与法律规定量刑;对于被判处刑罚的任何人,都必须严格按照法律的规定执行刑罚。

① BCD

第三讲

刑法的适用范围

一、空间效力

例：一架美国的飞机在中国上空飞行，在飞机上一名日本人杀死了一名泰国人，刚好被一名地面拿望远镜观察天空的中国人看到，飞机没有在中国停留，直接飞到了柬埔寨。中国法院有无管辖权？我国刑法有管辖权，别国有无我们不予考虑。

1. 考生只需要知道我国刑法是否有管辖权，其他国家对同一案件的管辖权并不排斥中国刑法的规定。

2. 各种管辖原则先适用前面的，再适用后面的，一个犯罪只有一种管辖原则。即以属地管辖、属人管辖、保护管辖、普遍管辖的顺序依次进行适用，用了前者就不能适用后面的。例如，某老师在讲课过程中，因为与某一学生发生口角，杀死了这一学生。直接适用属地管辖即可。

(一) 属地管辖

1. 我国领域的范围。

(1) 领陆、领水、领空。

(2) 旗国主义(移动的领土)：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)。外国航空器、船舶进入我国领域，也认为是我国领域内。

2. 如何理解“犯罪地”在我国领域内？——沾边就管，极度扩张。

具体而言，犯罪行为与犯罪结果均发生在我国领域内的，当然适用我国刑法；仅犯罪行为或者犯罪结果发生在我国领域内的，也适用我国刑法，如在我国境内邮寄装有炸药的包裹，在境外发生爆炸的。不仅如此，仅犯罪行为的一部分或犯罪结果的一部分发生我国领域内的，也适用我国刑法，如共同犯罪的情形下，部分共犯人的行为或者结果发生在本国领域内，也认为是在本国领域内犯罪。基于同理，犯罪的行为或者结果有一项发生在我国船舶或者航空器内的，就认为是在我国领域内犯罪。

3. 特别规定(即使在我国领域内犯罪，也不适用我国刑法)。

享有外交特权和豁免权的人主要是官员。享有外交特权和豁免权的外国人员不受我国刑事管辖，并不意味着他们在我国领域内实施犯罪行为而我们不能坐视不管，对此应通过外交途径加以解决，如要求派遣国召回、宣布其为不受欢迎的人、限期离境等。

随堂练习

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】_____①

(二) 属人管辖

属人管辖原则,显然,这里的“人”仅指本国公民,属人管辖解决的是本国公民在领域外犯罪能否适用本国刑法的问题。② 属人管辖的基本内容是,我国公民在领域外犯罪的,无论按照当地法律是否认为是犯罪,亦无论罪行是轻是重,以及是何种罪行,也不论其所犯罪行侵犯的是何国或何国公民的利益等,原则上都适用我国刑法。对于属人管辖注意以下四个方面:

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。

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. 《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

保护管辖原则,是针对外国人在国外犯罪的情形(外国人域外犯)。保护管辖原则的基本含义是,外国人在本国领域外实施犯罪行为的,只要侵犯了本国国家利益或者本国公民的权益,就适用本国刑法。其实质意义在于保护本国国家利益与公民的权益,故称为保护原则。本原则的适用是有严格条件限制的,即应当同时遵循三个条件:

1. 所犯之罪必须侵犯了我国国家或者公民的法益(犯我)。

2. 按我国刑法规定法定最低刑为3年以上有期徒刑(重罪)。

3. 双重犯罪:所犯之罪按照犯罪地的法律也该受处罚。

注意:符合上述条件,“可以”适用我国刑法。之所以说“可以”适用,是因为我国法院很少能管

得到。

(四) 普遍管辖原则

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,如毒品罪、劫持民用航空器罪、恐怖主义犯罪、战争罪、灭绝种族罪等。

(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。对于所有的国际犯罪,中国刑法都有相应的规定,有人对此提出反驳,譬如外国的海盗罪中国就没有,事实上我国是有的;只是称呼上不同,海盗罪在我国就可以定为抢劫罪。

(4) 原则上要求罪犯出现在我国领域内。

2. 处理方式:或起诉(适用中国法律)、或引渡。

例:索马里海盗在索马里抢劫了中国的船只,中国基于属地管辖适用刑法,船只属于移动领土。赖昌星被引渡回国之后,适用中国刑法也是适用属地管辖,因为犯罪地在中国。

(五) 对外国刑事判决的承认:在外国受过处罚,可以减轻或免除处罚

随堂练习

关于刑事管辖权,下列哪些选项是正确的?

A. 甲在国外教唆陈某到中国境内实施绑架行为,中国司法机关对甲的教唆犯罪有刑事管辖权

B. 隶属于中国某边境城市旅游公司的长途汽车在从中国进入E国境内之后,因争抢座位,F国的汤姆一怒之下杀死了G国的杰瑞。对汤姆的杀人行为不适用中国刑法

C. 中国法院适用普遍管辖原则对劫持航空器的丙行使管辖权时,定罪量刑的依据是中国缔结或者参加的国际条约

D. 外国人丁在中国领域外对中国公民犯罪的,即使按照中国刑法的规定,该罪的最低刑为3年以上有期徒刑,也可能不适用中国刑法

【答案】_____③

① AC ② 当然,在其他国领域内犯罪,该国也有地域管辖权。③ ABD

二、时间效力

刑法的时间效力问题,归根结底是解决新旧刑法(包括单行刑法)如何选择适用的问题。从司法实践来看,这一选择又不仅仅是《刑法》第12条所规定的有罪无罪和处罚轻重的问题,还包括其他一些问题,如是否构成累犯、能否认定为自首或立功、能否适用缓刑、能否适用假释或撤销假释、是否受追诉时效的限制等,甚至还包括新旧刑事司法解释的适用问题,尤其是在《中华人民共和国刑法修正案(八)》(以下简称《刑法修正案(八)》)适用过程中这些问题尤为常见,都需要在从旧兼从轻原则的指导下予以明确。《刑法修正案(八)》出台后不久,最高人民法院制定了《关于〈中华人民共和国刑法修正案(八)〉时间效力问题的解释》,以《刑法》第12条规定的“从旧兼从轻”原则为基本依据,分别对禁止令规定、死缓限制减刑规定、累犯认定、坦白从宽、自首又有重大立功表现、数罪并罚、无期徒刑罪犯实际执行刑期、不得假释的对象范围等法律适用问题作出了明确规定。对此,根据最高人民法院《关于适用刑法时间效力规定若干问题的解释》、最高人民法院与最高人民检察院联合发布的《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》、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》等相关规定,以下几点需要注意:

第一,根据修正后《刑法》第38条、第72条的规定,对依法应当判处管制或者宣告缓刑的犯罪分子,可以根据犯罪情况,同时禁止犯罪分子在执行期间从事特定活动,进入特定区域、场所,接触特定的人。对于禁止令能否适用于《刑法修正案(八)》生效之前犯罪的被告人,相关司法解释规定,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,认为确有必要同时宣告禁止令的,应当适用修正后《刑法》的相关规定,即可以宣告并适用禁止令。

第二,对于2011年4月30日以前犯罪,判处死刑缓期执行的,原则上适用修正前《刑法》第50条的规定,即不适用死缓限制减刑制度。但是,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

修正前刑法适用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》适用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》第50条第2款的规定,即可以决定适用死缓限制减刑。

第三,被判处有期徒刑以上刑罚,刑罚执行完毕或者赦免以后,在2011年4月30日以前再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的,是否构成累犯,适用修正前《刑法》第65条的规定;但是,前罪实施时不满18周岁的,是否构成累犯,适用修正后《刑法》第65条的规定。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。

第四,如果犯罪行为由新法生效前持续到新法生效后的,即呈现继续状态的,对于这类跨法犯,应适用行为终了时的法即新法。

第五,如果犯罪行为由新法生效前持续到新法生效后的,即呈现连续状态的,对于这类跨法犯,如果新旧《刑法》都认为是犯罪的,适用新《刑法》,即使新法处罚较重,也适用行为终了时的新法,但在量刑上可以酌定从轻处罚。如果当时的法律不认为是犯罪,现行刑法认为是犯罪,而行为连续或继续到现行《刑法》生效后的,对现行《刑法》生效后的行为适用现行《刑法》追究刑事责任。

第六,《刑法》第12条关于刑法时间效力的规定同样适用于刑法修正案、补充规定等单行刑法。但对于刑事司法解释原则上不适用该条规定的“从旧兼从轻”规则,根据相关司法解释的规定,司法解释作为最高人民法院对审判工作中具体应用法律问题和最高人民检察院对检察工作中具体应用法律问题所作的具有法律效力的解释,应自发布或者规定之日起施行,效力适用于法律的施行期间。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。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,但适用新的法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的,适用新的司法解释。最后,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。可见司法解释时间效力原则上

“追溯”至其所解释的具体法律规定,即使是对司法解释出台之前的行为,只要所解释的对象——具体法律规定或条文有法律效力,该司法解释也同样具有参照效力。但对该司法解释出台之前,行为当时已有相关司法解释的,此时对新旧司法解释,可以参照“从旧兼从轻”原则。

第一讲 犯罪概说(犯罪的分类)

一、理论分类

(一)自然犯与法定犯

这是以犯罪行为是否违反社会伦理为标准所进行的分类。

自然犯亦称刑事犯,法定犯亦即行政犯。一般而言,自然犯是明显违反伦理道德的传统型犯罪,如故意杀人、强奸、放火、爆炸等犯罪;法定犯是没有明显违反伦理道德而是直接违反经济行政法规的现代型犯罪,较为典型的是破坏市场经济秩序的犯罪,国家基于管理的需要将其定为法定犯,如假冒注册商标犯罪。正因为如此,自然犯的社会危害性比较稳定,而法定犯的社会危害性易变。当然,由于伦理道德规范的内容不断变化,自然犯与法定犯的区分也具有相对性。由于法定犯均以一定的经济行政法规为前提,认定这类犯罪,需要熟悉相关法规,而这些法规背后都体现为相应的专业知识,因而认定这类犯罪难度较大,而认定自然犯一般不存在这方面的问题。这也是自然犯与法定犯存在的意义。

注意:单位犯罪必须有法律的明确规定才能构成。自然犯都不是单位犯罪。

例1:某单位领导组织员工集体去偷电,构成盗窃,能否追究单位的刑事责任?不能,盗窃是自然犯,不能由单位构成。

例2:某儿童福利院为了谋求单位的福利,将收养的儿童卖给了人贩子,这个福利院不构成拐卖儿童罪,因为拐卖儿童是自然犯,只能追究主要负责人的责任。

(二)即成犯(故意杀人罪)、状态犯(盗窃罪)、继续犯(非法拘禁罪、拐卖妇女罪)

即成犯是行为一结束,法益被侵害的状态马上结束,如故意杀人罪,杀人动作结束后,就构成此罪。状态犯是指犯罪行为结束后,法律要保护的法益被侵害的状态一直在持续。换言之就是损失是可以挽回的,典型的如盗窃罪。继续犯是指犯罪行为与该行为引起的不法状态在一定时间内处于继续状态的犯罪,继续犯典型的就是限制人身自由的犯罪。

二、法定分类

(一)国事犯罪与普通犯罪

这是以侵犯的客体性质为标准的分类。危害国家安全犯罪亦即理论上的国事犯罪,普通犯罪是指除危害国家安全犯罪以外的犯罪。我国刑法分则第一章规定的犯罪属于国事犯罪,第二章至第十章规定的犯罪属于普通犯罪。当然,分则规定的“军人违反职责罪”相对而言又属于普通犯罪中的一类特殊犯罪。

(二) 亲告罪与非亲告罪

亲告罪是指刑法明文规定需要被害人告诉才处理的犯罪。根据《刑法》第98条的规定,所谓告诉才处理,是指被害人告诉才处理,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。告诉才处理的犯罪,由刑法明文规定;刑法没有明文规定为告诉才处理的犯罪,均属于非亲告罪。亲告罪也是刑事诉讼法中的自诉案件的主要形式之一。我国《刑法》规定的亲告罪有:侮辱罪、诽谤罪(第246条),暴力干涉婚姻自由罪(第257条),虐待罪(第260条),侵占罪(第270条)。

亲告罪一般具有这样的基本特征:犯罪比较轻微;犯罪往往发生在亲属、邻居、同事之间,被害人一般只要求被告人停止侵害即可;而且有的犯罪还涉及被害人的名誉,任意提起诉讼可能损害被害人的名誉等。所以,对这些刑事案件,司法机关的处理有必要尊重被害人的意见,采取不告不理的原则,不必主动追究。亲告罪以外的犯罪都属于非亲告罪,在刑法分则中占绝大多数。

(三) 基本犯、加重犯与减轻犯

这是以犯罪的社会危害程度及其所对应法定刑幅度的变化为标准进行的分类。基本犯是指刑法分则规定的不具有法定加重或者减轻情

节的犯罪,如《刑法》第234条第1款规定:“故意伤害他人身体的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。”本条款规定的就是故意伤害罪的基本犯。

加重犯是指刑法分则规定的在基本犯的基础上具有加重情节或加重结果而加重刑罚的犯罪,包括结果加重犯与情节加重犯,如《刑法》第234条第2款规定:“犯前款罪,致人重伤的,处三年以上十年以下有期徒刑;致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的,处十年以上有期徒刑……”本条款规定的就是故意伤害罪的加重犯,并且既有结果加重犯也有情节加重犯(即“以特别残忍手段”)。

减轻犯是指刑法分则规定的在基本犯的基础上具有减轻情节并减轻刑罚的犯罪,如《刑法》第232条规定:“故意杀人的,处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑;情节较轻的,处三年以上十年以下有期徒刑。”本条后半段所规定的就是故意杀人罪的减轻犯。

在我国刑法分则中,以基本犯为样本,以加重犯和减轻犯为补充。

注意:对于基本犯、加重犯与减轻犯的划分,在做案例分析题的时候要特别注意。

第二讲

犯罪构成

一、犯罪构成的分类

(一)基本的构成要件与修正的构成要件

基本的构成要件就是一个标准的犯罪构成,一个犯罪行为完整地实施完毕。修正的构成要件就是这个犯罪没有完全地实施,如未遂犯和中止犯。

(二)关闭的构成要件与开放的构成要件

关闭的构成要件就是刑法条文把罪犯构成的四个要件说得清清楚楚,开放的构成要件是指有的内容需要自己去判断,如有人成立不作为犯,他的作为义务具体在哪里,需要主观判断。

(三)单一的构成要件与复杂的构成要件

单一的构成要件,犯罪主体、行为、对象等都比较单一;复杂的构成要件,如伪证罪的主体就相对复杂,包括证人、鉴定人、记录人、翻译人员等。

二、构成要件的要素

(一)客观的构成要件要素与主观的构成要件要素

客观要素如犯罪主体的年龄、犯罪行为、行为对象、因果关系、结果等。主观要素如故意、过失、目的等。

(二)记述的构成要件要素与规范的构成要件要素

根据构成要件要素的解释与认定是否需要司法工作人员的价值判断而将构成要件要素分为记述的构成要件要素与规范的构成要件要素。一般来说,罪刑法定要求刑法规范在形式上具有明确性、内容上具备合理性,明确性天然地要求记述的构成要件要素而尽量减少甚至拒绝规范的构成要件要素。但是,出于立法技术等原因,刑法典中犯罪构成要件的规定不可能都是记述的构成要件要素,现在不少刑法学者认为规范的构成要件要素的存在是难以避免的,即罪刑法定原则所要求的明确性是相对的,不可能完全排斥规范性构成要件要素。

1. 记述(明确)的构成要件要素。对于记述的构成要件要素,不会因为解释者或司法工作者的价值观差异而影响对其理解与适用。日常生活对该用语有明确的界限,如“人”、“妇女”、“毒品”。

2. 规范(不明确)的构成要件要素。规范的构成要件要素则相反,解释者与司法工作者的价值观及认知程度的差异必然影响对其理解与适用,规范的构成要件要素 = 客观事实 + 价值判断。它大部分是由专业术语构成,大致可分为三类:

(1)法律的评价要素。例如,国家工作人员、司法工作人员、公私财物、他人占有的财物。

(2)经验法则的评价要素。例如,入户抢劫中的“户”。

(3)价值的评价要素。例如,猥亵、淫秽物品等。

成立故意犯罪,要求行为人对记述的、规范的构成要件要素都有认识。记述的构成要件要素属于日常生活用语,一般人的认识不存在障碍,所以,只要求行为人认识到这个词(如人、妇女、毒品)就能明白其行为的社会意义。规范的构成要件要素属于专业术语,普通民众可能无法精准地理解专业术语本身,甚至连“猥亵”、“淫秽”这两个词都不会写,但只要他能够了解这两个词的基本内容就可以,例如,知道自己实施的行为是在占妇女的便宜,知道自己卖的光盘是下流的等。

(三)积极的构成要件要素与消极的构成要件要素

积极的要素就是一般的要素,是入罪的构成要件要素,刑法分则中所规定的具体犯罪的构成要件要素绝大多数都属于积极的构成要件要素;而消极的要素指的是犯罪的阻却要素,在刑法中比较少见,是出罪的构成要件要素,最典型的是《刑法》第389条第3款:在索贿的情况下,如果行贿人没有获得不正当利益的,则不构成犯罪。

(四)共同的构成要件要素与非共同的构成要件要素

(五)成文的构成要件要素与不成文的构成要件要素

注意:两者区分的关键在于是否存在刑法的明文规定。绝大多数构成要件要素都是成文的构

成要件要素。不成文的构成要件要素,是指刑法条文表面上没有明文规定,但根据刑法条文之间的相互关系、刑法条文对相关要素的描述所确定的,成立犯罪所必须具备的要素。例如,不作为犯中的作为义务就是典型的不成文的构成要件要素。再如,盗窃罪和诈骗罪中的“非法占有为目的”,虽然在法律中并未明确规定成立两罪要具备此目的,但如果把它视为必备要素,就无法将其和其他犯罪行为区分开来。

随堂练习

关于构成要件要素的分类,下列哪些选项是正确的?

A. 贩卖淫秽物品牟利罪中的“贩卖”是记述的构成要件要素,“淫秽物品”是规范的构成要件要素

B. 贩卖毒品罪中的“贩卖”是记述的构成要件要素,“毒品”是规范的构成要件要素

C. 强制猥亵妇女罪中的“妇女”是记述的构成要件要素,“猥亵”是规范的构成要件要素

D. 抢劫罪的客观构成要件要素是成文的构成要件要素,“非法占有目的”是不成文的构成要件要素

【答案】_____①

① ACD