

2017年  
国家司法考试



# 柏浪涛刑法笔记攻略

柏浪涛 审定  
上律指南针出品

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



柏浪涛、刑法笔记攻略

柏浪涛 审定  
上律指南针出品

图书在版编目 (CIP) 数据

2017 年国家司法考试刑法笔记攻略 / 柏浪涛著. —北京: 中国法制出版社, 2017. 6

ISBN 978-7-5093-8560-9

I. ①2… II. ①柏… 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 (2017) 第 104645 号

策划编辑: 李连宇 胡 斌

责任编辑: 黄丹丹

封面设计: 海阔天空

---

2017 年国家司法考试刑法笔记攻略

2017NIAN GUOJIA SIFA KAOSHI XINGFA BIJI GONGLUE

著者 / 柏浪涛

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市华润印刷有限公司

开本 / 787 毫米 × 1092 毫米 16

版次 / 2017 年 6 月第 1 版

印张 / 7 字数 / 141 千

2017 年 6 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8560-9

定价: 25.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 010-66033393

值班电话: 010-66026508

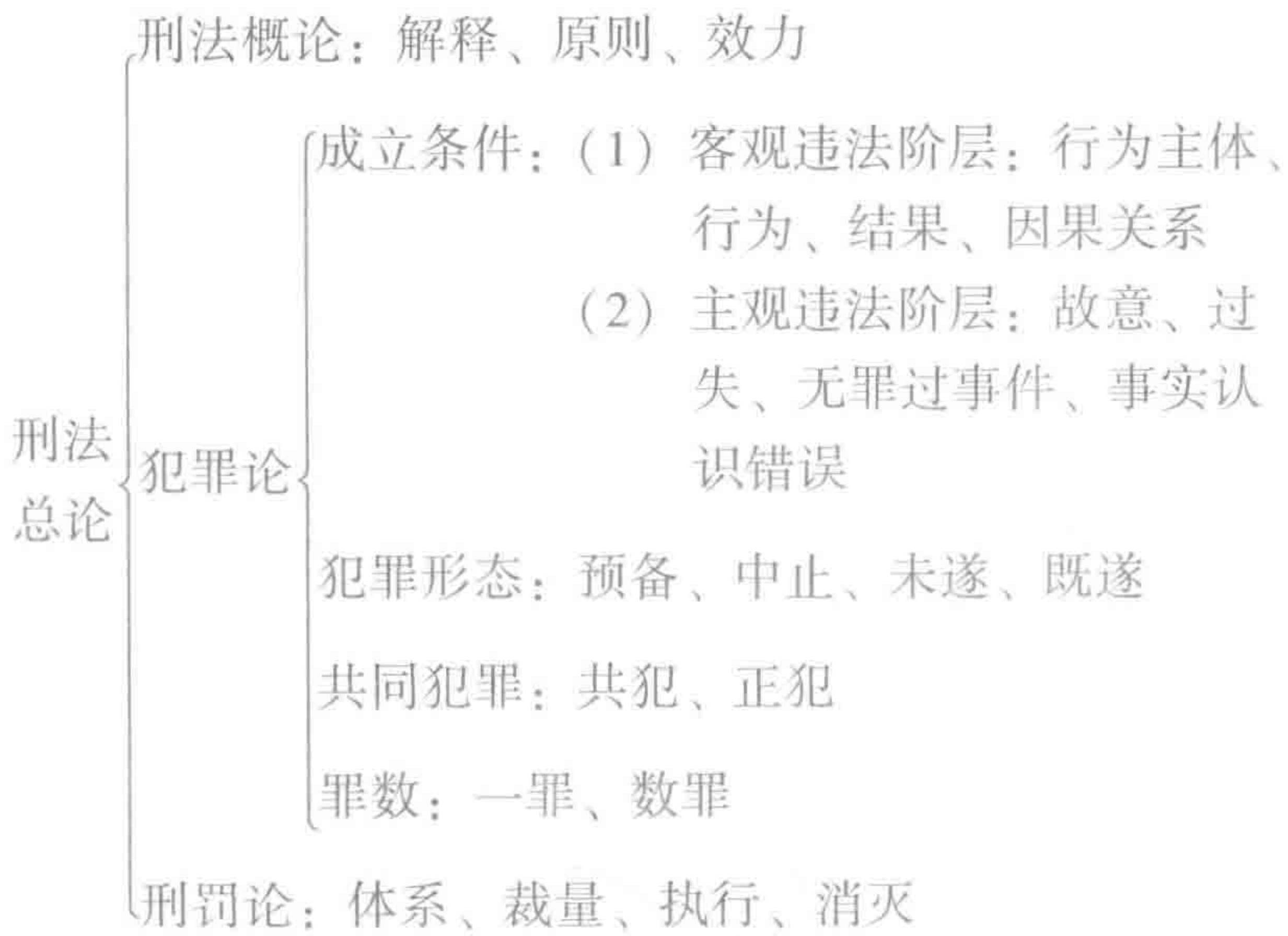
传真: 010-66031119

编辑部电话: 010-66010678

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

# 知识体系



# 目录

第一讲	刑法概论	/ 1
	一、刑法的解释 <sup>☆</sup>	/ 1
	二、刑法的基本原则	/ 3
	三、刑法的效力	/ 4
第二讲	犯罪构成	/ 6
	一、定罪体系：两阶层的犯罪构成体系	/ 6
	二、定罪方法：三段论推理	/ 6
第三讲	行为主体	/ 7
	一、自然人	/ 7
	二、单位犯罪	/ 8
第四讲	行 为	/ 9
	一、危害行为 <sup>☆</sup>	/ 9
	二、不作为犯	/ 10
第五讲	行为对象和危害结果	/ 12
	一、行为对象	/ 12
	二、危害结果	/ 12
第六讲	因果关系	/ 14
	一、条件说（两个要素的案件：行为→结果）	/ 14
	二、相当因果关系说（三个要素的案件：行为→介入因素→ 结果）	/ 15
第七讲	客观（违法）阻却事由	/ 16
	一、正当防卫	/ 16
	二、紧急避险	/ 18
	三、被害人承诺	/ 19
第八讲	主观要件	/ 20
	一、犯罪故意	/ 20



二、犯罪过失	/ 21
三、无罪过事件	/ 22
四、各种罪过形式的区分	/ 23
五、事实认识错误（故意认定中的特殊问题）☆	/ 24
第九讲 主观（责任）阻却事由	/ 26
责任年龄☆	/ 26
第十讲 犯罪形态	/ 28
第十一讲 共同犯罪	/ 31
一、两人以上共同故意犯罪	/ 31
二、共同犯罪的分类	/ 32
三、共犯行为正犯化	/ 34
第十二讲 罪数	/ 37
第十三讲 刑罚的体系	/ 38
第十四讲 刑罚的裁量	/ 40
第十五讲 刑罚的执行和消灭	/ 42
第十六讲 分论概说	/ 43
第十七讲 侵犯人身权利、民主权利罪	/ 44
一、侵犯生命、身体的犯罪	/ 44
二、侵犯性权利的犯罪	/ 45
三、侵犯人身自由的犯罪	/ 48
四、侵犯名誉、司法的犯罪	/ 51
五、侵犯婚姻家庭的犯罪	/ 51
第十八讲 财产犯罪	/ 52
一、取得型财产犯罪的共性知识	/ 52
二、盗窃罪	/ 53
三、侵占罪	/ 55
四、抢劫罪	/ 55
五、抢夺罪	/ 58
六、诈骗罪	/ 59
七、敲诈勒索罪	/ 60
八、职务侵占罪	/ 61
第十九讲 危害公共安全罪	/ 62
一、危害公共安全的含义	/ 62
二、以危险方法危害公共安全罪	/ 62

三、交通型犯罪	/ 63
四、恐怖型犯罪	/ 66
五、枪支犯罪	/ 66
第二十讲 破坏社会主义市场经济秩序罪	/ 68
一、生产、销售伪劣商品罪	/ 68
二、走私罪	/ 69
三、妨害对公司、企业的管理秩序罪	/ 70
四、破坏金融管理秩序罪	/ 70
五、金融诈骗罪	/ 71
六、危害税收征管罪	/ 75
七、侵犯知识产权罪	/ 75
八、扰乱市场秩序罪	/ 75
第二十一讲 妨害社会管理秩序罪	/ 78
一、扰乱公共秩序罪	/ 78
二、妨害司法罪	/ 82
三、妨害国（边）境管理罪	/ 86
四、妨害文物管理罪	/ 86
五、危害公共卫生罪	/ 86
六、破坏环境资源保护罪	/ 87
七、走私、贩卖、运输、制造毒品罪	/ 88
八、组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	/ 89
第二十二讲 贪污贿赂罪	/ 91
一、贪污罪	/ 91
二、挪用公款罪	/ 92
三、受贿罪	/ 94
四、行贿罪	/ 95
五、巨额财产来源不明罪	/ 96
第二十三讲 渎职罪	/ 97
第二十四讲 危害国家安全罪	/ 98

## 第一讲 刑法概论

### 一、刑法的解释☆

#### 1. 有权解释。

有权解释 (正式解释)	立法解释	立法机关 (通常为全国人大常委会)	立法解释效力高于司法解释
	司法解释	司法机关 (最高法、最高检)	
学理解释 (非正式解释)	/	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	没有法律效力

#### 2. 解释的理由。

文理解释	根据用语含义、语法等解释	“收买”一词有两个含义：一是收购；二是用钱财或其他好处笼络人心。收买被拐卖妇女、儿童罪中的“收买”不可能是指用钱财笼络人心	文理
目的解释	根据条文目的解释	侵犯“通信”自由罪：不包括公文	论理
当然解释	将“属”解释到“种”中 (种属逻辑)	故意杀“人”罪：男子	
	出罪举重以明轻 (轻重逻辑)	“抢劫”近亲属不为罪：抢夺近亲属	
	入罪举轻以明重 (轻重逻辑)	“抢夺”国有档案罪：抢劫国有档案	
体系解释	根据体系逻辑来论证解释后的含义在刑法体系中是否协调合理	从文义上看，“伪造”可包含“变造”，但是我国刑法在伪造货币罪之外又规定了变造货币罪，那么伪造货币罪中的“伪造”就不能包含“变造”	
比较解释	对比国外刑法	对比中、日的侵占罪	
历史解释	法条的历史沿革	寻衅滋事罪，旧法为流氓罪	





注意一：体系解释并不意味着同一用语在不同条文中需要保持同一含义，相反，基于体系的协调合理要求，同一用语在不同条文中可以保持不同含义。例如，强奸罪的第1、2项法定刑升格条件与第3项法定刑升格条件中的“妇女”的含义范围就不同。

注意二：当然解释所比较的两个行为应属于性质相同、程度不同的两个行为，如果性质不同，不能进行当然解释的推理，其追求结论的逻辑合理性，但该结论并不必然符合罪刑法定原则，在入罪时，要求案件事实符合法律的构成要件，遵守罪刑法定原则，不能单纯地以案件的社会危害性严重为由以犯罪论处。

### 3. 解释的技巧。

平义解释	对用语解释后的含义等于字面的含义	盗窃公私财物：他人的财物	文理
扩大解释☆	对用语解释后的含义大于字面的含义	审判时怀孕的妇女：羁押	论理
缩小解释	对用语解释后的含义小于字面的含义	为境外非法提供情报：国家事项	
反对解释	反面含义	14周岁及以上的人要对故意杀人罪负责。据此，小于14周岁的人便不需对故意杀人罪负责	
补正解释	补正刑法表述文字的错误	把《刑法》第191条洗钱罪规定中的“没收”解释为没收或者返还被害人，属于补正解释	
类推解释	将不符合法律规定的情形解释为符合法律规定的情形	将强奸罪中的“妇女”解释为包括男子	

注意三：扩大解释这种方法本身是被允许的，但是其解释后的结论不一定具有可适用性。类推解释违反罪刑法定原则，是被禁止的解释方法，但不禁止有利于被告人的类推解释。(1) 禁止类推解释既针对司法机关，也针对立法机关，换言之，立法机关（例如全国人大常委会）也不能进行类推解释。一个类推解释的结论即使被写进司法解释或立法解释也不能因此否定其类推解释的性质。(2) 正确认识“不禁止有利于被告人的类推解释”。之所以不禁止，是为了公平地保障人权。（注意这是例外不是原则）

注意四：类推解释与扩大解释的区分标准。☆

(1) 扩大解释得出的结论，没有超出国民的预测可能性；类推解释得出的结论，明显超出国民的预测可能性。

(2) 扩大解释得出的结论，在用语可能的含义范围内（词语文义的“射程”之内）；类推解释得出的结论，在用语可能的含义范围外（词语文义的“射程”之外）。

(3) 扩大解释是对规范的逻辑解释；类推解释是对类似事实的类比。

## 二、刑法的基本原则

### 1. 罪刑法定原则。☆

基本含义	法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚	
思想基础	民主主义+自由主义	
基本内容	(1) 成文的罪刑法定：坚持法律主义，禁止习惯法	
	(2) 事前的罪刑法定：禁止溯及既往（或禁止事后立法），以防违背预测可能性原理。例外是，如果事后的法律对被告人有利，也可以适用	
	(3) 严格的罪刑法定：禁止类推。例外，刑法不禁止有利于被告人的类推；两者不矛盾，统一于保障人权	
	(4) 确定的罪刑法定	①明确性要求（注意：考过）
②禁止绝对不定刑及绝对不定期刑（注意：考过）		
③禁止处罚不当罚的行为		
④禁止不均衡、残虐的刑罚		

### 2. 罪责刑相适应原则（罪刑均衡原则）。

《刑法》第5条规定：“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。”



### 三、刑法的效力

#### 1. 空间效力。

国内犯	属地管辖原则	地（领域）	领陆、领水、领空	法律有特别规定的除外
			船舶、航空器、使领馆	
国外犯	属人管辖原则	人（公民）	民：最高刑3年以下，可不追究	最高刑3年以下，可不追究
			官、军：均追究	/
	保护管辖原则	我国利益（国家、公民）：最低刑，3年以上	犯罪地不受处罚除外	
	普遍管辖原则	国际公约中的犯罪——立即逮捕，或起诉或引渡	/	

注意五：（1）不论何地只要悬挂我国国旗（旗国主义）的航空器与船舶（租用的也在内），就属于我国领域内；我国驻外使领馆内犯罪的，我国也有管辖权。（2）国际列车、国际长途车不属于我国领域。

注意六：共同犯罪上的实行行为、教唆行为和帮助行为以及犯罪形态上的预备和实行行为，只要有一项行为或者一个结果发生在国内，就认为是在我国领域内犯罪。要特别注意未遂犯的情况下，行为地和行为人希望结果发生地、可能发生结果之地，都是犯罪地。

注意七：属地原则的例外：（1）享有外交特权和豁免权的外国人在中国境内犯罪；（2）我国港、澳、台地区适用本地区刑法（除战争状态和紧急状态之外）；（3）民族自治区省级人大根据本民族特点，针对刑法部分条文的变通和补充规定。

## 2. 时间效力。



注意八：我国刑法关于时间效力的原则是：从旧兼从轻。即原则上禁止溯及既往，例外的不禁止有利于被告人的溯及既往。首先，要考虑的是适用旧法即行为当时的法律规定；其次，当新旧法规定不同时，适用新法的基本条件是其处刑较轻或不认为是犯罪，即轻法可以溯及既往。处刑轻重的比较应当以法定刑轻重为依据；最后，刑法溯及力适用的对象只能是未决犯（即未决的案件），对于已决犯则不适用（《刑法》第12条第2款之规定）。



## 第二讲 犯罪构成

犯罪构成体系，是复习刑法总论的知识框架，相当于电脑的操作系统。

### 一、定罪体系：两阶层的犯罪构成体系

两阶层体系	主观（责任）阶层	主观要件——主观（责任）阻却事由
	客观（违法）阶层	客观要件——客观（违法）阻却事由

注意一：判断一个行为是否构成犯罪，两步走：第一步，在客观上，该行为有没有制造一个法益侵害事实；第二步，价值评价，刑法是否可以否定评价此行为，如果可以即构成犯罪。

注意二：犯罪行为中“犯罪”这个概念，有两种，一种是既符合客观要件又符合主观要件，最终能谴责的一种犯罪概念，还有一种就是符合客观要件不符合主观要件的被视为“暂时”的犯罪。“犯罪概念阶层化”这个考点，经常结合正当防卫、共同犯罪予以考查，2016年就考过，2017年很有可能再考。

### 二、定罪方法：三段论推理

解释大前提，解释大前提的方法有前述的解释技巧、理由等。解释的对象是刑法条文规定的构成要件要素。认定小前提主要是刑事诉讼法及其证据法的任务。刑法所要处理的是确实无法查明的情形。对于确实无法查明的情形，基于保障人权，应适用存疑时有利于被告人的原则。

注意三：此处的“疑”指的是小前提案件事实的认定有疑问，而不是大前提法律的规定有疑问。常考存疑的情形，一般来说，它放在两个平台上去考，一个是放在因果关系，一个是共同犯罪。

甲、乙两个人，互不知情，同时朝丙开枪，丙身上只有一颗子弹，则甲、乙都不算，各定各的，故意杀人罪未遂。存疑的案件，遇到无法查明的案件，把它放到一个共犯的平台上去考，做题的方法顺序如下：第一步，判断是否构成共同犯罪，如果不构成，那么就可以启动存疑时有利于被告人的原则。第二步，两人构成共同犯罪，就不能启动存疑时有利于被告人了，要启动共同犯罪的一个原则，即部分实行全部责任，那这无法查明，就无需查明。

## 第三讲 行为主体

### 一、自然人

#### 1. 身份。

注意一：(1) 定罪身份必须在开始犯罪时就具有，如果是在犯罪过程中形成的身份，则不属于定罪身份。(2) 定罪身份只是针对实行犯所要求的。不具有定罪身份的人，可以作为共犯（帮助犯、教唆犯），与具有定罪身份者构成共同犯罪。

#### 常考的身份犯

	定罪身份	量刑身份
国家机关工作人员	报复陷害罪（第 254 条）	诬告陷害罪（第 243 条）
	/	非法拘禁罪（238 条）
司法工作人员	/	非法搜查罪、非法侵入住宅罪（第 245 条）
	/	妨害作证罪和帮助毁灭、伪造证据罪（第 307 条）

注意二：(1) 打击报复证人罪（第 308 条）不是身份犯，不要求行为人有身份；(2) 窝藏、包庇罪（第 310 条）没有规定量刑身份。

#### 2. “国家工作人员”的认定。

注意三：有三类人，第一个是国家工作人员，第二个是国家机关工作人员，第三个是司法工作人员，你觉得哪个范围最大。第一个>第二个>第三个。不是根据正式编制来判断，而是根据它的功能效用去判断。这个功效，法条规定，很明确六个字，依法从事公务。判断公务的标准：第一，事务具有公共性。第二，事务具有行政职责性。



## 二、单位犯罪

主体资格	法人，合伙企业不行	单位的分支机构或内设机构以自己的名义犯罪并且违法所得归该机构，则可以成为单位犯罪的主体
		外国公司、企业、事业单位在我国领域内犯罪，适用我国单位犯罪的规定
主观要件	整体意志	由单位决策机构形成
		单位主要领导出于为单位谋取利益的意图，根据其职权作出决策
分类	1. 纯正的单位犯罪，只能由单位构成，而不能由自然人构成的犯罪	
	2. 不纯正的单位犯罪既可由单位构成，也可由自然人构成的犯罪	
处罚	1. 双罚制，对单位本身只能判处罚金，不能判处没收财产	
	2. 例外单罚只处罚直接责任人员，不处罚单位	
	3. 单位被撤销或变更	(1) 吊销营业执照、宣告破产的，直接追究直接责任人的刑事责任，对该单位不再追究
(2) 合并的，仍追究原犯罪单位。法院审判时，对被告单位应列原犯罪单位名称，但注明已被并入新的单位，对被告单位所判处的罚金数额以其并入新的单位的财产及收益为限		

注意四：缺乏单位整体意志的情形：（1）盗用、冒用单位名义实施犯罪，为个人谋取非法利益，违法所得归个人所有。（2）单位内部成员未经单位决策机构同意、认可而实施犯罪，为单位或个人谋取非法利益。（3）单位内部成员实施与其职务活动无关的犯罪行为。

注意五：共同犯罪问题：（1）单位犯罪是单位本身的犯罪，不是各个成员的共同犯罪，也不是单位与成员的共同犯罪。（2）对单位犯罪双罚时，在处罚直接责任人时，数个直接责任人之间可以构成共同犯罪，但该共同犯罪是处在单位犯罪的框架下的，是为了明确各个直接责任人的责任大小。（3）单位与单位之间可以构成共同犯罪，单位与自然人之间也可以构成共同犯罪。

注意六：单位实施该犯罪与自然人实施该犯罪，在成立标准、既遂标准上，二者应保持相同。

[提示] 纯正的自然人犯罪，是指只能由自然人构成，而不能由单位构成的犯罪。例如，行贿罪、受贿罪。

## || 第四讲 行为 ||

### 一、危害行为☆

特征	1. 有体性，思想无罪	
	2. 有意性，行为基于人的意志而实施的。排除梦游	
	3. 有害性，就是说要对法益侵害，那这个法益的范围就有讲究。我们国家，没有通奸罪，那么我们就认为通奸侵犯的权利，不是我们刑法值得保护的法益	
判断	对法益创设了法律不允许的危险	1. 危害行为 vs 生活行为：主要看行为对法益有没有创设法律不允许的危险
		2. 降低危险的行为不是危害行为
		3. 被害人自陷风险的行为。如果被害人主观上对危险有认识能力，客观上有控制能力，则被害人对结果承担责任；如果行为人对危险有认识能力，行为人对危险有控制能力，则行为人对结果负责
危害行为形式	作为：以积极的身体活动，违反了禁止性的罪刑规范 不作为：以消极的身体动作，违反法律、法规义务性规范和命令性规范（不做）	

注意一：即使行为人虽然主观上有犯意，但客观行为对法益没有创设实质危险，不属于危害行为，即使偶然发生危害结果，也不能因此将其行为认定为危害行为。比如，想害死人家劝人家跑步，希望人家被车撞死。劝人家坐飞机希望飞机出事而把他摔死，结果飞机出事了，真摔死了。这些劝说行为都不属于危害行为。





## 二、不作为犯

1. 作为是指违反刑法禁止性规定的行为，而不作为是指违反刑法义务性规定的行为。不作为犯可以分为：真正不作为犯和不真正不作为犯。

不作为犯	真正不作为犯的认定	第一步：找核心行为
		第二步：其是否有一作为义务，有而不履行便构成犯罪
	不真正不作为犯认定	(1) 负有作为义务（应为）
		(2) 有能力履行该特定义务（能为）
(3) 不履行该义务，造成或可能造成危害结果（而不为）		
		(4) 量上要求：与相应作为犯具有等价性（具有等价性）

注意二：不履行作为义务的方式多种多样，既可以是积极主动，也可以是消极静止。例如遗弃罪，立法者规定了抚养义务，只要不履行抚养义务，就构成遗弃罪。但不履行抚养义务的方式多种多样。再比如，逃税罪，设定的是纳税义务，不履行纳税义务就是不作为，因此逃税罪是真正的不作为犯。

注意三：在判断是作为还是不作为时，应优先判断是不是作为，如果不是，再判断是不是不作为。例1，妻子病重，丈夫竟撤除救助装置、供氧设备，导致妻子死亡。丈夫属于作为杀人。例2，妻子在家殴打小孩，丈夫甲害怕孩子哭声被外人听到，关上房门，妻子将孩子殴打致死。甲构成不作为的帮助犯。

### 2. 作为义务的来源。

#### (1) 危险源。

①对危险物（包括危险动物、危险物品、危险设施等）的管理义务。

②对他人危险行为的监督义务。比如，父母对自己小孩的危险行为，幼儿园阿姨对小朋友的危险恶作剧，军官对士兵的危险行为。成年兄妹之间，夫妻之间没有监管关系。

③先行行为产生的作为义务。☆

#### (2) 特定关系。

基于特定关系，某项法益的保护依赖于行为人，当该法益处于危险境地时，行为人负有保护义务。

①基于法律规范产生的保护义务。

注意四：夫妻之间的救助义务。第一，妻子非自愿陷于险境，丈夫有救助义务。例如，妻子身患重病、遇见歹徒等。第二，妻子自己决定陷于险境。例如，妻子自残或自杀。对此，丈夫有无救助义务？以前有定论，也即丈夫有救助义务。目前变成观点展示：观点一，有救助义务。观点二，没有救助义务，