

法律版|<<<<

2008司法考试精神和体系

刑法50专题

张能宝 = 主编

知识体系构建
历年真题思考
考查方向提示
考点及其实例
重点法条归纳

潜心研读 20 天 提高效率百分百



2018年国家司法考试刑事诉讼法分卷

刑法50专题

2018年5月出版

张明楷 主编
张明楷 主编
张明楷 主编
张明楷 主编
张明楷 主编

2018年5月出版 2018年5月出版



D92/35
:2008(1)
2008

2008 司法考试精神和体系

刑法 50 专题

主 编 张能宝
副主编 杨艳霞 张 玲 秦华伦
刘亚莉 张劲晗 李 磊
韩景慧

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

刑法 50 专题/张能宝主编. —北京:法律出版社,2008.1
(2008 司法考试精神和体系)
ISBN 978 - 7 - 5036 - 8101 - 1

I. 刑… II. 张… 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(2007)第 205964 号

©法律出版社·中国

责任编辑/杨大康

装帧设计/曹 铀 胡 欣

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/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/20.75 字数/659 千

版本/2008 年 1 月第 1 版

印次/2008 年 1 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

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8101 - 1

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

提高阶段,我们应当做什么

——代前言

每年到司法考试复习的提高阶段,很多考生都会产生这样的困惑:一是越学越多,二是越学越乱,三是越学越不会。究其原因,一是不会提炼重点考点,胡子眉毛一把抓,结果越学越多;二是不会对考点进行联系对比区分,孤立僵化零散,结果越学越乱;三是不会对考点进行深入分解辨析,不能由表及里掌握知识本质,结果越学越不会。为此,我们编写了《2008 司法考试精神和体系》这套书,通过揭示考点、分解考点、突破考点、训练考点,加强联系对比区分,推进大家提高阶段的复习迈上一个更高台阶,实现高分突破。

一、本书主要特点

1. 从精神和体系入手,促进考点融会贯通。

本书分为《民法 62 专题》、《刑法 50 专题》、《诉讼法 48 专题》、《商经法、国际法学 51 专题》、《行政法、理论法学、司法制度 58 专题》等五个部分,每一部分从精神和体系入手,首先,总结分析部门法精神,揭示部门法知识的基本特性,展现部门法考点知识的内在精神与实质,帮助大家在学习前就深刻把握部门法整体的知识本质和学习要领。其次,构建部门法知识体系,构建每一专题的知识体系,让一个一个考点串起来形成考点知识的面,让一个一个考点知识面串起来形成考点知识的立方体,展现部门法考点知识外在发展脉络,彼此紧密相连,相互融会贯通,提高大家对考点的举一反三、综合分析能力。

2. 揭示考点、分解考点、突破考点。

本书不是停留在事无巨细全面讲解的层面,其宗旨是打造一套高效的提高强化用书,核心是以近 5 年的司法考试考查特点为中心,对考点进行精炼提纯深化。首先是突出考点,明确无误地告诉大家,部门法中最重点的知识是什么,让考点昭然若揭;其次是分解考点,尤其对考点知识的本质内涵予以深刻点明,对难点予以分解透析,做到直击考点精髓、难点不再难;最后是突破考点,根据司法考试考查方向和考查模式,加强考点间的联系对比和区分,让大家对考点不仅知其然还要知其所以然。

3. 历年真题和典型案例助阵,全方位推进考点训练。

首先,每一专题的讲解均由一道近 5 年的历年真题引领,以考试为中心,检验大家对专题考点的掌握程度,启发大家对专题考点的深层思考;其次,在每一专题的讲解中,围绕考点,设计连环案例,环环相扣、步步追问,加强考点理解,深入考点训练;第三,每一专题案例的最后再安排一道近 5 年的历年真题,凸显考试特点,再次对考点进行实战强化和总结。

4. 归纳重点法条,强化考点的多层次理解与记忆。

在每一专题的最后,特别设计了一个重点法条归纳,挑拣出部门法的重点法条,与前面的考点讲解训练互相印证,理论和实践结合,考点知识和法律规定结合,再次加强考点理解记忆,促进全面提高。

二、本书的编写体例

1. 以专题为单位,突出考点。

部门法按照专题进行编写,专题的设计以考试大纲和历年真题的考点归类为基本依据,只有被反复考查的知识才安排专题进行讲解,近 5 年没有考查过的内容一般不设计专题。

2. 五步递进讲解,强化考点。

每个专题的讲解分成五步进行。

第一步,【知识体系构建】每专题的第一项内容是考点知识体系构建,让大家在学一个专题前,就能从总体上把握本专题考点知识的基本框架和基本发展脉络。做到不盲目,不混乱。

第二步,【历年真题思考】每专题的第二项内容是一道近 5 年的历年真题,这道真题包含本专题一

个以上的核心考点,让大家在开始考点的正式学习前,就加强对专题考点的思考,以考点为中心,以考试为中心。

第三步,【考查方向提示】这是每专题的第三项内容,目的是让大家在系统深入学习前,对该专题的考查方向和考查模式有一个明确把握,有的放矢,包含:(1)最近5年考查过的考点;(2)未来极可能考查的考点。

第四步,【考点及其实例】这是每专题的第四项内容。(1)考点,以近5年的司考真题为蓝本,提炼部门法考点,精炼重点,舍弃非重点,突出考点,分解考点,突破难点;(2)实例。实例是为考点服务的,考点是主,实例为辅。实例围绕专题的考点进行,按照前后内容结合、总则分则结合、实体程序结合的原则编写,构成一个训练考点内容的综合整体。每专题实例的最后安排一道近5年的真题,以真题总结考试,以真题印证考试。

第五步,【重点法条归纳】以重点法条带动考点,考点知识与重点法条相互印证。

本书的作者已研究或辅导司法考试多年,都是来自最高人民法院、最高人民检察院、亿则司法研究中心、中国政法大学、北京大学、中国人民大学的法学学者,均以高分通过国家司法考试。扎实的理论功底与丰富的实战经验相结合,是本书作者的最大特色。本书是在各位作者的潜心研究与通力合作下完成的,全书最后由主编统编定稿。在使用本书过程中如有疑问,请登录亿则司法考试网司考释疑版块咨询 www.chinayize.com。

由于我国举办司法考试时间较短,再加上编写仓促,不足之处望各位专家与考生不吝指正。

张能宝
2008年2月

目录

刑法的精神	1
刑法的体系	2

总则篇

第一部分 刑法的原则与适用范围

专题 1 刑法基本知识	3
专题 2 刑法的基本原则	7
专题 3 刑法的适用范围	11

第二部分 犯 罪 论

专题 4 犯罪构成概述与犯罪客体	16
专题 5 犯罪主体(一)——自然人犯罪主体与 特殊主体	22
专题 6 犯罪主体(二)——单位犯罪主体	28
专题 7 犯罪主观方面(一)——犯罪故意、过失、意外 事件、目的和动机	32
专题 8 犯罪主观方面(二)——刑法上的 认识错误	37
专题 9 犯罪客观方面(一)——危害行为和 危害结果	41
专题 10 犯罪客观方面(二)——因果关系和特定的 时间、地点、方法	46
专题 11 正当行为(一)——正当防卫和 紧急避险	50
专题 12 正当行为(二)——其他正当行为	57
专题 13 故意犯罪的停止形态(一)——犯罪的 既遂与预备	61
专题 14 故意犯罪的停止形态(二)——犯罪的未遂 与中止	66

专题 15 共同犯罪(一)——共同犯罪的成立 及分类	73
专题 16 共同犯罪(二)——共同犯罪人的种类 及其刑事责任	81
专题 17 共同犯罪(三)——共同犯罪的 停止形态	85
专题 18 罪数	88

第三部分 刑 罚 论

专题 19 刑罚的体系和种类	98
专题 20 刑罚的裁量	114
专题 21 累犯	120
专题 22 自首与立功	123
专题 23 数罪并罚制度	129
专题 24 缓刑制度与诉讼时效	135
专题 25 刑罚执行制度	140

分则篇

第一部分 危害公共安全罪

专题 26 违反枪支、弹药、爆炸物、危险物质管理规定 危害公共安全罪	147
专题 27 交通肇事罪与重大责任事故类犯罪	151
专题 28 其他危害公共安全类犯罪	157

第二部分 破坏社会主义市场经济秩序罪

专题 29 生产、销售伪劣产品罪	164
专题 30 妨害对公司、企业的管理秩序罪	169
专题 31 破坏金融管理秩序罪	178
专题 32 金融诈骗罪	183

专题 33 其他破坏社会主义市场经济秩序类犯罪	190
-------------------------------	-----

第三部分 侵犯公民人身权利、民主权利罪

专题 34 侵犯生命、健康权利的犯罪	207
专题 35 侵犯妇女、儿童合法权利的犯罪	213
专题 36 非法拘禁罪与绑架罪的辨析	220
专题 37 其他侵犯公民人身权利、民主权利类犯罪	223

第四部分 侵犯财产罪

专题 38 暴力、胁迫型财产犯罪(一) ——抢劫罪与抢夺罪的辨析	230
专题 39 暴力、胁迫型财产犯罪(二) ——敲诈勒索罪	238
专题 40 窃取、骗取型财产犯罪(一) ——盗窃罪	241
专题 41 窃取、骗取型财产犯罪(二)	

——诈骗罪	246
-------------	-----

专题 42 侵占、挪用型财产犯罪	249
------------------------	-----

第五部分 妨害社会管理秩序罪

专题 43 妨害司法类犯罪	253
专题 44 涉及毒品类犯罪	261
专题 45 涉及卖淫与淫秽物品类犯罪	266
专题 46 其他妨害社会管理秩序类犯罪	272

第六部分 贪污贿赂罪

专题 47 贪污罪	289
专题 48 挪用公款罪	295
专题 49 贿赂犯罪以及其他贪污贿赂类犯罪	302

第七部分 渎 职 罪

专题 50 渎职罪	312
-----------------	-----

刑法的精神

刑法是关于犯罪、刑事责任与刑罚的法律,其基本内容就是规定怎样的行为是犯罪及应予以怎样的刑罚。现代刑法既是保护社会的法律,又是保障人权的法律,其既具有法益保护的机能,又具有保障自由的机能。这一点,鲜明地体现在刑法的基本原则——罪刑法定原则上。罪刑法定原则要求:法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑;法律明文规定为犯罪行为的,必须依法定罪处刑;犯罪与刑罚都要由法律预先明确规定。罪刑法定原则使刑法成为国家与公民之间的契约,公民应当在法律的界限内活动,国家也不得逾越法律的界限对无罪的公民进行非法追究和对有罪的公民滥施刑罚。

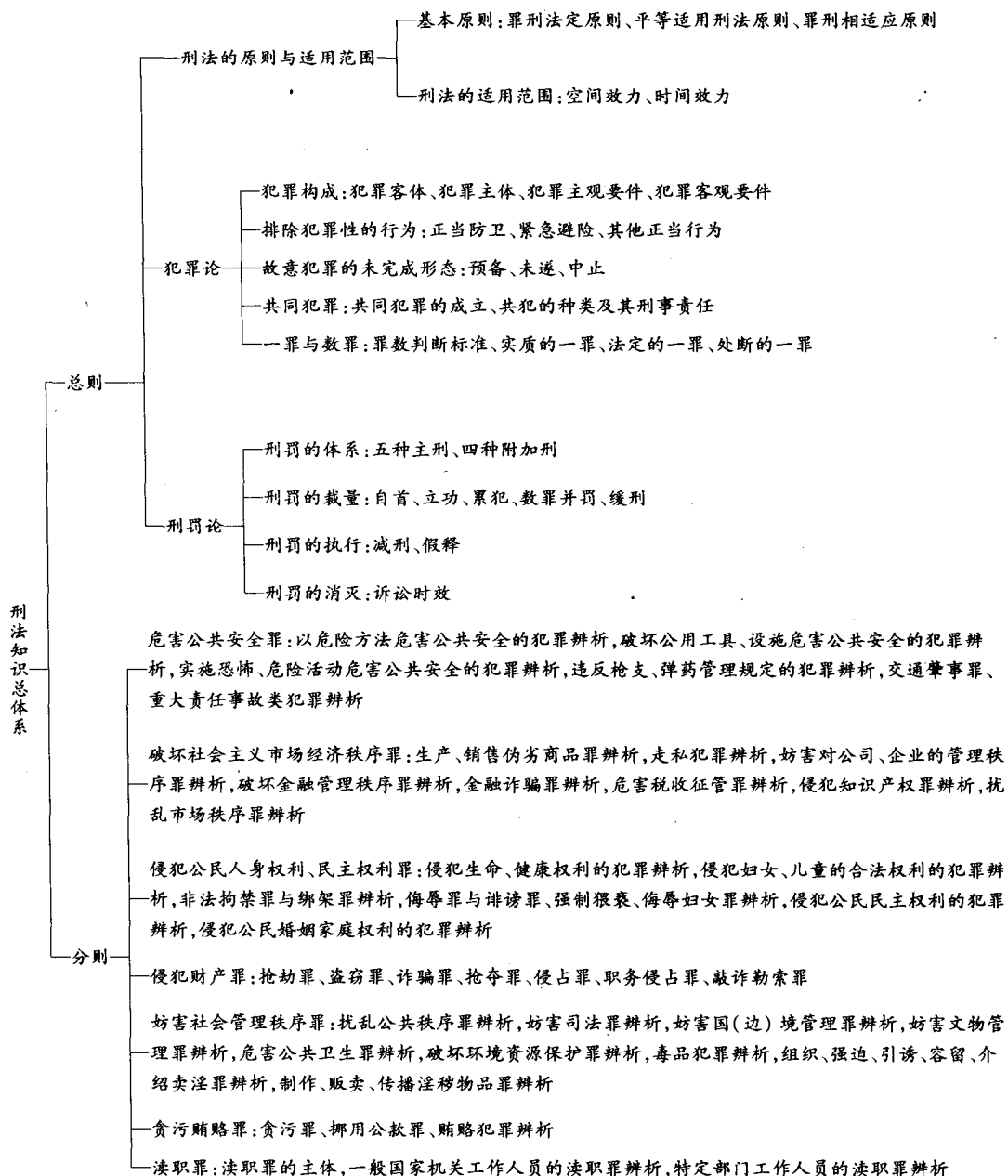
刑法的体系就围绕罪刑法定原则而展开:只有罪与刑都法定,刑法才能既通过惩罚犯罪保护社会,又通过对国家刑罚权的限制保障人权,包括犯罪人的合法权益。刑法的内容因此分为两大部分:犯罪论与刑罚论。犯罪论规定犯罪的构成要件,包括犯罪成立的积极要件与消极要件。积极要件就是犯罪构成的四个要件:犯罪客体、犯罪主体、犯罪主观要件、犯罪客观要件。消极要件就是正当行为,包括正当防卫、紧急避险、法令行为、业务行为、被害人的承诺、推定的被害人的承诺等。犯罪的典型形态是一个犯罪主体实施一个犯罪行为,侵犯一个犯罪客体,构成一罪,犯罪既遂。犯罪还存在非典型形态,这就是未完成形态、共同犯罪形态和数罪形态。所以这三部分内容也是犯罪论的重要组成部分。要掌握犯罪论,最重要的是要把握“主客观相一致原则”。无论是对犯罪是否成立的认定、共同犯罪的认定还是犯罪未完成形态的认定都离不开这个原则。

根据刑罚的运行过程可以将刑罚论分为四个部分:刑罚的概念、目的、体系,刑罚的裁量制度,刑罚的执行制度,刑罚的消灭制度。现代刑法认为刑罚虽然直接体现为惩罚犯罪,但其最终目的是改造犯罪人、预防犯罪。因此,我国刑法确立了“罪刑相适应”的量刑原则。它要求刑罚既要与犯罪人的罪行相适应,又要与犯罪人应承担的刑事责任相适应,在量刑时必须兼顾行为的社会危害性与行为人的身危险性。未成年人从轻处罚的制度、自首制度、立功制度、减刑制度等都是这一量刑原则的反映。

刑法总则对犯罪、刑事责任和刑罚作出一般性规定,刑法分则对各类、各种犯罪的刑事责任和刑罚作出具体规定。我国刑法分则以犯罪的同类客体为标准将犯罪分为十大类,即刑法分则的十章。分则的第三章和第六章章下分节,可以明显看出这些章规定的犯罪存在次一层次的同类客体。其他章虽然没有明确分节,但其实也是按次一层次的同类客体排列的。例如第二章“危害公共安全罪”就可以分为以危险方法危害公共安全的犯罪,破坏公用工具、设施危害公共安全的犯罪,实施恐怖、危险活动危害公共安全的犯罪,违反枪支、弹药管理规定的犯罪和重大责任事故类犯罪。掌握这些次一层次的同类客体,就掌握了这一类犯罪的主要特征。例如刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”的第四节是“破坏金融管理秩序罪”,第五节是“金融诈骗罪”,那么第四节的犯罪都不具有非法占有目的,第五节的犯罪都具有非法占有目的。掌握了这一特征,我们就很容易掌握贷款诈骗罪与高利转贷罪的区别、集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪的区别。

与民法、经济法相比,刑法虽然较系统,但却是入门易提高难,易学难通。所以很多考生才会出现明知什么是未遂既遂、什么是故意过失,但在实际答题时却会一错再错。俗话说“站得高才能看得远”,只有从刑法的精神和体系这个更高的层次来掌握刑法,才能获得事半功倍的效果。在开始学习前对刑法的体系就“胸有成竹”,再在学习中逐渐添加相关的知识点,不但可以将知识点记忆得更准确,而且可以做到触类旁通。只有掌握了刑法的精神与体系,才能化繁为简、透过现象看到本质,从而学习得更轻松,掌握得更透彻!

刑法的体系



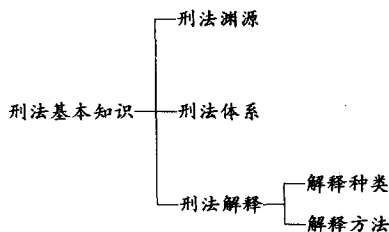
总则篇

第一部分 刑法的原则与适用范围

专题 1

刑法基本知识

知识体系构建



历年真题思考

下列哪种说法是正确的？(2006年试卷二第20题)①

- A. 将强制猥亵妇女罪中的“妇女”解释为包括男性在内的人,属于扩大解释
- B. 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
- C. 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
- D. 将为境外窃取、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”,属于缩小解释

考查方向提示

刑法的考查趋势之一就是理论知识的增加,所以学好刑法的基本知识就是在奠定刑法体系的坚实基础。该部分近5年来主要考查的考点是:

1. 刑法修正案的主要内容,尤其是第六次修正案的内容应重点掌握,如2005年试卷二第1题等。
2. 刑法解释方法与种类,如司法考试2006年试卷二第20题、2006年试卷二第60题、2004年试卷二第86题等。

考点及其实例

有不少考生对于司法考试刑法学看什么资料感到迷惘。最大的困扰是书上的内容或是法条都知道

① 答案:D。本题的考点是刑法解释的种类和方法。将强制猥亵妇女罪中的“妇女”解释为包括男性在内的人,不属于扩大解释,应属于类推解释。将故意杀人罪中的“人”解释为“精神正常的人”显然缩小了此处“人”的外延,属于缩小解释。我国现行刑法明文禁止类推解释,另外变造货币是独立罪名,无须类推解释。D项将情报解释为“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”,缩小了“情报”的范围,属于缩小解释。

了,但是因为考试时大多是大大小小的案例题,所以明明是感觉自己已经掌握的内容还是会屡屡做错。因此就需要在建立知识体系的基础上明确相关考点的理论知识与法条规定,结合典型案例予以理解,而不能机械记忆。本专题就是介绍刑法学的基本知识,先打好这一体系大厦的基石。

一、刑法的渊源

通常广义刑法的范围包括刑法典、单行刑法和附属刑法。刑法修正案属于刑法典的内容。1997 年新刑法生效后共颁行了一个单行刑法和六个刑法修正案。

一个单行刑法是《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》(第九届全国人大常委会第六次会议 1998 年 12 月 29 日通过),其主要内容是对刑法第 190 条的修改,增加了骗购外汇罪。

六个刑法修正案的主要内容分别是:

1. 刑法修正案(一)(1999 年 12 月 25 日)增加了隐匿销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪,国有公司、企业、事业单位人员失职滥用职权罪,国有公司、企业、事业单位人员失职罪。取消了徇私舞弊造成破产亏损罪。

2. 刑法修正案(二)(2001 年 8 月 31 日)将非法占用耕地罪变为非法占用农用地罪。

3. 刑法修正案(三)(2001 年 12 月 29 日)增加了资助恐怖活动罪,投放虚假危险物质罪,编造、故意传播虚假恐怖信息罪。将投毒罪改为投放危险物质罪。增加了恐怖犯罪活动为洗钱罪的上游犯罪。

4. 刑法修正案(四)(2002 年 12 月 28 日)第 152 条第 2 款走私废物罪(取消刑法原第 155 条第 3 项走私固体废物罪罪名);第 244 条之一增加雇用童工从事危重劳动罪;第 344 条非法采伐、毁坏国家重点保护植物罪,非法收购、运输、加工、出售国家重点保护植物、国家重点保护植物制品罪(取消非法采伐、毁坏珍贵树木罪罪名);第 345 条第 3 款非法收购、运输盗伐、滥伐的林木罪(取消非法收购盗伐、滥伐的林木罪罪名);第 399 条第 3 款增加执行判决、裁定失职罪,执行判决、裁定滥用职权罪。

5. 刑法修正案(五)(2005 年 2 月 8 日)主要涉及第 177 条之一第 1 款增加妨害信用卡管理罪,第 369 条第 2 款过失损坏武器装备、军事设施、军事通信罪。对信用卡诈骗罪进行了补充规定。

6. 刑法修正案(六)(2006 年 6 月 29 日)根据《最高人民法院、最高人民检察院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定(三)》(自 2007 年 11 月 6 日起施行)规定本修正案主要涉及的罪名是:

- (1)第 134 条第 2 款(《刑法修正案(六)》第 1 条第 2 款)强令违章冒险作业罪;
- (2)第 135 条之一(《刑法修正案(六)》第 3 条)大型群众性活动重大安全事故罪;
- (3)第 139 条之一(《刑法修正案(六)》第 4 条)不报、谎报安全事故罪;
- (4)第 161 条(《刑法修正案(六)》第 5 条)违规披露、不披露重要信息罪(取消提供虚假财会报告罪罪名);
- (5)第 162 条之二(《刑法修正案(六)》第 6 条)虚假破产罪;
- (6)第 163 条(《刑法修正案(六)》第 7 条)非国家工作人员受贿罪(取消公司、企业人员受贿罪罪名);
- (7)第 164 条(《刑法修正案(六)》第 8 条)对非国家工作人员行贿罪(取消对公司、企业人员行贿罪罪名);
- (8)第 169 条之一(《刑法修正案(六)》第 9 条)背信损害上市公司利益罪;
- (9)第 175 条之一(《刑法修正案(六)》第 10 条)骗取贷款、票据承兑、金融票证罪;
- (10)第 182 条(《刑法修正案(六)》第 11 条)操纵证券、期货市场罪(取消操纵证券、期货交易价格罪罪名);
- (11)第 185 条之一第 1 款(《刑法修正案(六)》第 12 条第 1 款)背信运用受托财产罪;
- (12)第 185 条之一第 2 款(《刑法修正案(六)》第 12 条第 2 款)违法运用资金罪;
- (13)第 186 条(《刑法修正案(六)》第 13 条)违法发放贷款罪(取消违法向关系人发放贷款罪罪名);
- (14)第 187 条(《刑法修正案(六)》第 14 条)吸收客户资金不入账罪(取消用帐外客户资金非法拆

借、发放贷款罪罪名);

(15)第188条(《刑法修正案(六)》第15条)违规出具金融票证罪(取消非法出具金融票证罪名);

(16)第262条之一(《刑法修正案(六)》第17条)组织残疾人、儿童乞讨罪;

(17)第303条第2款(《刑法修正案(六)》第18条第2款)开设赌场罪;

(18)第312条(《刑法修正案(六)》第19条)掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪(取消窝藏、转移、收购、销售赃物罪名);

(19)第399条之一(《刑法修正案(六)》第20条)枉法仲裁罪。

二、刑法的体系

刑法总则与分则在考试中比重大体相当,有很多试题是总则考点与分则考点的结合。这就涉及我们如何把握总则与分则之间的关系。总的来说,总则是一般原理与共同规则,而分则是具体犯罪与刑罚的规范;总则指导分则,分则是总则原理原则的具体体现。总则的内容是通过分则各条规定的具体罪和刑实现的,因此分则各条是刑法最基本的内容。

学习总则要注意理论知识的指导,应以教材为主,理解刑法条文的规定、典型司法判例涉及的刑法原理、原则,做到既知其然又知其所以然。例如,刑法关于不满18周岁的人犯罪、盲聋哑人从宽处理的规定,故意罪处罚重于过失罪,中止犯比未遂犯要宽大处理以及立功、自首的宽大处理等规定,体现刑罚轻重与刑事责任相适应的原则。刑法规定无刑事责任能力人不受处罚,无罪过事件不处罚等,体现的是主客观统一原则。而累犯从重、缓刑、减刑、假释则体现了刑罚的目的是重在预防犯罪,而不是单纯的惩罚。

对分则的学习要更加仔细研读法条,一方面要注重具体罪名之间的综合、对比、分析,另一方面要与总论相关知识结合。例如刑法修正案将生产销售医疗器械罪从实害犯改为危险犯,就是因为其侵害的是复杂客体:一方面侵害了社会主义市场经济秩序,另一方面也危害了公共安全。

同时考生要对总则与分则同等重视,不仅应注意总则的学习,而且不可忽视分则。因为总则是对分则通用内容和未尽内容的规定,在同一事项上,在分则未作规定的情况下,才有适用总则的余地;在分则已有规定的情况下,则排斥总则的适用。例如:

1. 共犯行为的实行行为化,既有教唆行为实行化也有帮助行为实行化。如协助组织他人卖淫在分则部分明确规定了协助组织卖淫罪,就不能根据共犯原理定其为组织卖淫罪的共犯。如刑法第104条第2款规定:“策动”军警人员叛乱的,依照前款规定从重处罚。这意味着,这种情形直接按照该条规定处罚,不需要适用总则关于教唆犯的规定。

2. 罪数,牵连犯的情况较为典型,刑法总论的牵连犯处罚原则是“从一重处”,而分则具体条文则规定各不相同。根据罪刑法定原则,必须按照分则规定定罪处刑。如走私而妨碍执行公务的,明确规定为数罪并罚;走私毒品而妨碍执行公务的,从一重处。

3. 累犯,分则第356条规定因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪被判过刑,又犯本章规定之罪的,从重处罚。此时不用具备一般累犯前后罪都是故意犯罪、均为有期徒刑以上刑罚、后罪发生在前罪执行完毕或赦免以后5年内的规定,直接适用该分则条文对行为人从重处罚。

4. 再如被追诉前主动交待向国家工作人员行贿行为的,可以减轻或免除处罚,就不再适用总则中关于自首的规定。

【例】下列帮助、教唆行为中,能独立构成犯罪,不按共犯处理的有哪些?(2003年试卷二第37题)

- A. 协助他人实施组织卖淫犯罪
- B. 煽动他人颠覆国家政权
- C. 有查禁犯罪活动职责的国家机关工作人员,向犯罪分子通风报信、提供便利,帮助犯罪分子逃避处罚
- D. 帮助当事人毁灭、伪造证据,情节严重

答案:ABCD。本题的考点是共犯的例外规定。主要考查的是一个非常重要的知识点:共犯行为实行行为化。根据刑法基本理论,构成共同犯罪的,在共同犯罪的范围内应当定同样的罪名,适用同一法条定罪量刑。但是我国

刑法分则将一些教唆犯、帮助犯分离出来,单独定罪,为它们规定了独立的犯罪和法定刑。要注意的是:在这种情况下,各行为人不构成共同犯罪。

三、刑法的解释

刑法解释是对刑法规范意义的说明。根据效力可以分为正式解释和非正式解释,这里主要涉及正式解释。正式解释分为立法解释和司法解释。根据全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》规定,立法解释的主体是全国人大常委会,如其先后对刑法第93条、第228条、第294条、第313条、第384条第1款、第410条作出的解释。司法解释的主体是最高人民法院与最高人民检察院,如最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》。大家在看法条时,要将刑法解释与刑法条文对照看,重要的地方在条文上进行标注。

刑法解释的方法有文理解释和论理解释。论理解释又包括:扩大解释、缩小解释、当然解释、体系解释、历史解释等方法。对刑法条文进行解释时,既可以采用某一种解释,也可能同时采取某几种解释方法,对不同条文可能采取不同的解释方法,但解释必须符合罪刑法定原则,解释结论必须符合刑法目的。

【例】 下列哪些说法是错误的?(2006年试卷二第60题)

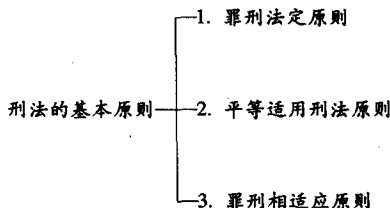
- A. 甲将乙价值2万元的戒指扔入海中,由于戒指本身没有被毁坏,甲的行为不构成故意毁坏财物罪
- B. 甲见乙迎面走来,担心自己的手提包被乙夺走,便紧抓手提包。乙见甲紧抓手提包,猜想包中有贵重物品,在与甲擦肩而过时,当面用力夺走甲的手提包。由于乙并非乘人不备而夺取财物,所以不构成抢夺罪
- C. 甲将一张作废的IC卡插入银行的自动取款机试探,碰巧自动取款机显示能够取出现金,于是甲取出5000元。甲将IC卡冒充借记卡的欺骗行为在本案中起到了主要作用,因而构成诈骗罪
- D. 甲系汽车检修厂职工,发现自己将要检修的一辆公交车为仇人乙驾驶,便在检修时破坏了刹车装置,然后交付使用。乙驾驶该车时,因刹车失灵,导致与其他车辆相撞,造成三人死亡,一人重伤。由于甲不是对正在使用中的交通工具实施破坏手段,所以不构成破坏交通工具罪

答案:ABCD。本题就涉及刑法的解释问题。C项,根据《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉有关信用卡规定的解释》的规定,刑法规定的“信用卡”,是指由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡。本选项中用作废的IC卡提取现金,符合《刑法》第196条第1款第2项的构成要件,是典型的信用卡诈骗罪,而不是诈骗罪。

专题 2

刑法的基本原则

知识体系构建



历年真题思考

关于罪刑法定原则,下列哪一选项是正确的?(2006年试卷二第1题)①

- A. 罪刑法定原则的思想基础之一是民主主义,而习惯最能反映民意,所以,将习惯作为刑法的渊源并不违反罪刑法定原则
- B. 罪刑法定原则中的“法”不仅包括国家立法机关制定的法,而且包括国家最高行政机关制定的法
- C. 罪刑法定原则禁止不利于行为人的溯及既往,但允许有利于行为人的溯及既往
- D. 刑法分则的部分条文对犯罪的状况不作具体描述,只是表述该罪的罪名。这种立法体例违反罪刑法定原则

考查方向提示

刑法的基本原则是刑法精神的体现。要掌握刑法,必须先掌握刑法的基本原则。近年司法考试增大了理论强度,所以掌握刑法基本原则的精神实质就显得尤为重要。本部分近5年考查的重点是:

1. 罪刑法定原则的内容,尤其是相对罪刑法定原则的含义以及与其他两个基本原则的关系,如2006年试卷二第1题、2005年试卷二第2题、2004年试卷二第16题等。
2. 罪刑相适应原则的内容,如2005年试卷二第51题等。
3. 适用刑法人人平等原则的内容。

考点及其实例

基本原则具有刚性的约束作用,违反基本原则的定罪、量刑都是错误的。

刑法的基本原则有三个:罪刑法定原则、适用刑法人人平等原则、罪刑相适应原则。

需要注意的是,“主客观相统一原则”也是一个很重要的刑法原则。它要求我们在对一个行为进行评价时,既不能只看主观要素,也不能只看客观要素,而应当把二者结合起来。在定罪上,尤需强调这一原则。我们经常说的“反对客观归罪”、“反对主观归罪”,都是这一原则的体现。虽然它没有被明文规

① 答案:C。本题的考点是罪刑法定原则的内容。罪刑法定原则的思想基础是民主主义和尊重人权主义,因此罪刑法定原则要求刑法应以制定法为依据,排斥习惯法。根据《立法法》第8条,关于犯罪和刑罚的事项只能制定法律。刑法只禁止犯罪化,强化惩罚或对行为人不利法律追溯既往,对非犯罪化,弱化惩罚或有利于行为人的法律则允许有溯及既往的效力。刑法分则中部分条文没有具体描述犯罪的特征,只是表述该罪的罪名,之所以采取这种简单罪状的方式,往往是因为这些犯罪的特征为众人所知,无须具体描述,所以并不违反罪刑法定原则。因此,C项正确。

定在刑法中,不属于法定的基本原则,但大家一定要掌握这一原则。

一、罪刑法定原则

罪刑法定原则是刑法最重要的原则,其经典表述是“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”。它要求犯罪与刑罚都要事先由法律明确规定。对本原则的掌握,首先要掌握法律没有明文规定为犯罪的行为,无论社会危害性多么严重,都不得定罪处罚。如在公共场合公开发生性关系,引起群众的愤慨,虽然造成恶劣的社会影响,但是由于刑法没有明文规定这种行为为犯罪,因此不能对行为人定罪处罚。罪刑法定原则的具体要求是:犯罪与刑法只能由立法机关制定;禁止习惯法;禁止绝对不定期刑;禁止有罪类推;禁止重法溯及既往;刑法的处罚范围与处罚程度必须具有合理性;对犯罪及其法律后果的规定必须明确,即对犯罪构成的规定和对法律后果的规定都必须明确;禁止不均衡的、残虐的刑罚。

需要注意的是:不是彻底禁止不定期刑,而是禁止绝对的不定期刑;不是禁止一切类推,而是禁止有罪类推;不是禁止一切法律溯及既往,而是禁止重法溯及既往。这三个限制说明罪刑法定原则的思想基础是民主与自由。罪刑法定原则是保障公民人权的原則。

【例1】清华大学电机系四年级学生刘某某,年仅21岁,当时已通过研究生考试。为了验证“笨狗熊”的说法能否成立,在2002年1月29日和2月23日,他先后两次把掺有火碱、硫酸的饮料,倒在了北京动物园饲养的狗熊身上和嘴里,造成3只黑熊、1只马来熊和1只棕熊受到不同程度的严重伤害。上述3种动物被《濒危野生动植物种国际贸易公约》列为国际一级保护动物。

①刘某某伤熊案发生后,各界对该案的定性争议很大。当事件刚刚发生时,几乎所有的人都认为刘某某的行为构成“非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪”。这种看法是否正确?为什么?

答案:这种看法不对。因为刘的行为既不属于猎捕,也不属于杀害,动物园的熊虽然是国际一级保护动物,但不是野生动物。根据罪刑法定原则,刘不构成此罪。

②那么,从刑法的规定来看,刘的行为和非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物行为最相类似,能否把“猎捕、杀害”扩大解释为包括“伤害”,把“野生动物”扩大解释为包括“圈养动物”?

答案:不能。这样的解释超出了人们的预测可能性,属于类推解释。法律禁止有罪类推,这样解释是违反罪刑法定原则的。

③于是就有学者提出对刘某某的行为应当以“故意毁坏财物罪”论处,因为熊是动物园的财物。有人则表示反对,认为财物只能是无生命的物体。《北京娱乐信报》则报道说,某法学教师认为将刘某某按照“破坏生产经营罪”处理比较合适。在一片“喊打”声中,也有少数人表示了不同意见。某法学教授认为,“刑法上的伤害、虐待都是针对人的,而非动物。按照罪刑法定原则,这里确实存在法律空白”。请问,对于刘某某的行为,法律是否有空白?能否以故意毁坏财物罪定罪?

答案:刘某某的行为实质是虐待动物、伤害动物,从这一点来看,法律确实存在空白,即我国刑法没有规定虐待动物罪和伤害动物罪。但是,刘某某的虐待、伤害行为同时损害了熊的身体健康。熊作为动物园的财产,其健康受损给动物园造成了财产损失。因此,对刘某某可以以“故意毁坏财物罪”追究刑事责任。

2002年4月30日,北京市西城区人民法院判决被告人刘某某犯故意毁坏财物罪,免于刑事处罚。

这样的定罪其实是有些尴尬的。刘案之所以引起人们的巨大关注,就是因为他残忍地伤害了有生命的动物,但最终却以“故意毁坏财物罪”定罪,说明我国刑法在动物保护的立法上确实存在缺陷。但在法律有缺陷时,不能为了获得实质的公正而类推解释法律,只能在法律的框架之内定罪处罚。依据现行法律,只有以故意毁坏财物罪定罪才符合罪刑法定原则。

【例2】关于罪刑法定原则及其内容,下列哪一选项是正确的?(2004年试卷二第16题)

- 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。本题的考点是罪刑法定原则的内容。主要考查方向是罪刑法定原则内容的变迁。罪刑法定原则从产生至今,内容发生了很大变化。包括:(1)产生了明确性原则;(2)允许有利于被告的类推解释;(3)允许有利于被告的溯及既往;(4)允许宣告刑的相对不定期。

选项A前半句话是错误的。现代罪刑法定原则禁止类推解释(有利于被告的类推解释例外),但不禁止扩大解

释。如何区分扩大解释和类推解释一直都是刑事司法实践和理论研究中的难题。通说认为,扩大解释就是不超过公民预测可能性、体现法律真实含义的解释,类推解释则是超出公民预测可能性的解释。选项B显然是错误的。罪刑法定原则并不仅仅是约束司法机关的原则,立法机关也要受其约束。选项C是正确的,这就是刑法在溯及力问题上的“从旧兼从轻原则”。刑法规范的明确性是指规定犯罪的法律条文必须清楚明确,使人能准确地了解罪与非罪、此罪与彼罪的界限。规范的构成要件要素是指需要法官规范的、评价的价值判断才能认定的要素。罪刑法定原则要求规范的构成要件要素都是明确的。所以刑法规范的明确性和规范的构成要件要素之间并不是对立的关系,选项D错误。

二、平等适用刑法原则

“法律面前人人平等”是我国宪法确立的社会主义法治的基本原则。它是指适用法律平等,而不是指立法平等。

平等适用刑法包括:平等地保护所有人的合法权益;平等地追究所有犯罪人的刑事责任;任何公民都不得有超越法律的特权,也不得受到任何歧视。平等适用刑法体现在刑事司法的各个方面,它包括定罪平等、量刑平等和行刑平等。但要注意“平等”并非“相等”,平等适用刑法原则并不否定因犯罪人或被害人特定的个人情况而在立法上、司法上允许定罪量刑有其符合刑法公正性的区别。如奸淫幼女的要按照强奸罪从重处罚,对累犯应当从重处罚,对于未成年人犯罪应从宽处罚,对于犯罪时不满18周岁的人以及审判时怀孕的妇女不得判处死刑等都不违反该原则。同时上述分析也可以反映出刑法的三大基本原则不是相互孤立的,而是相互配合的,如上述分析与罪责刑相适应原则和罪刑法定原则都有密切的关系。

【例】如某纺织集团董事长甲因与其妻发生争吵怒而杀妻并碎尸抛尸,法院判处死刑。死刑复核过程中,200多名该省各界知名人士上书最高人民法院,称此人的发明填补了国家多项空白,具有极大的经济价值和社会价值。如不判其死刑他还能有更多的发明、创造出更多的价值。对甲是否可以因此而不判处死刑?

答案:不能。甲杀人碎尸抛尸毁证,符合判处死刑的前提下,法院不能因为甲具有较高的社会地位、能创造价值而对其不判处死刑。因为不能基于某人的身份、地位、才华而给予他特权或歧视,否则将违反平等适用刑法原则,会带来社会的不公正。

三、罪刑相适应原则

罪刑相适应原则也被称为罪责刑相适应原则,其基本含义是刑罚的轻重应与犯罪的轻重相适应。罪刑相适应,是适应人们朴素的公平意识的一种法律思想,是罪与刑的基本关系决定的,是预防犯罪的需要。应当注意的是罪刑相适应不是同罪同罚。同样是杀人罪,被判处三年有期徒刑和死刑立即执行都可能是公正的。

我国刑法中的罪刑相适应原则包含了刑事古典学派主张的罪刑相适应原则和刑事近代学派主张的刑罚个别化原则。刑罚的轻重与罪行相适应,体现的是报应观念,要求刑罚的轻重与犯罪行为的法益侵害性相适应,也就是重罪重判,轻罪轻判。刑罚的轻重与刑事责任相适应,体现的是预防观念,要求刑罚的轻重与犯罪人的人身危险性相适应(这就是刑事近代学派主张的刑罚个别化原则),因为人身危险性体现犯罪人的再犯可能性。因此,我国刑法关于罪刑相适应原则的规定,反映了报应与预防相统一的刑法观念。

1. 在立法时,罪刑相适应原则要求我们的刑法具有轻重不一、宽严相济的刑罚体系。因为只有这样的刑罚体系才能满足惩罚和教育(预防)犯了不同严重程度的犯罪和具有不同人身危险性的罪犯的需要。

2. 在量刑时,罪刑相适应原则要求以客观行为的侵犯性与主观意识的罪过性相结合的社会危害程度,以及犯罪主体再次犯罪的危险程度,作为刑罚的尺度;换言之,刑罚既要与犯罪性质相适应,又要与犯罪情节相适应,还要与犯罪人的人身危险性相适应。这是因为:刑罚的目的是预防犯罪,包括预防犯罪人再犯和预防其他不稳定分子犯罪。如果犯罪人人身危险性较小,说明其再犯可能性较小,对他适用较轻的刑罚,就能达到刑罚的目的,因此应该对他适用较轻的刑罚。

3. 在执行过程中,每个犯罪人的服刑表现不尽相同,反映了他们的人身危险性消除情况的不同。