

法律版
FALUBAN



司法考试名师讲义

SIFA KAOSHI MINGSHI JIANGYI

2008全新版

刑法

法律考试中心/组编

阮齐林/著



司法考试名师讲义

刑 法

(2008 全新版)

法律考试中心 组编

阮齐林 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法:2008 全新版/阮齐林著. —北京:法律出版社,
2008. 1

(司法考试名师讲义)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8069 - 4

I. 刑… II. 阮… 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 197048 号

©法律出版社·中国

责任编辑/马丽娟

装帧设计/曹 铀 胡 欣

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京民族印刷厂

责任印制/沙 磊

开本/787×960 毫米 1/16

印张/22.75 字数/457 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 - 8069 - 4

定价(含光盘):48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

精华要点导引

司法考试科目很多,对于参加司法考试的考生而言,准确高效地复习备考,是成功的关键,而慎选一本好的教材更是十分必要。

为了节省考生的时间,经过广泛调研,充分借鉴司法考试高分通过者的经验,按照备考规律及应试要求,约请全国司法考试辅导领域名师,以课堂讲授为基础,对应试知识进一步系统归纳,整理整合,编写体例简洁清晰,彰显实用效果。本书主要内容如下:

一、导读。简介学科构架,指点复习方法与应试技巧。

二、内容提要及体系表。提示重要内容,明晰学科体系,对最新修正、修改和重要法律法规、司法解释的相关条文对比列表或加以说明,参照记忆。

三、重点讲解。

(一)在保持学科体系完整的前提下,突出考点;重点讲解、辨析考试要点及难点,略讲一般知识,不讲不具可考性的内容,繁简得当,重点突出。

(二)对2003~2007年司法考试第一卷至第三卷考查的知识点进行统计,罗列在各考点之下,一目了然。

四、实例演练。每一重要知识点均设例题及答案解析,解疑释惑,辨析法理,实现从理论知识到解题能力的迅捷转化。

每一位司法考试考生都渴望得到名师的口传心授,悉心点拨,在此意义上,把他们亲力亲为的倾心之作编辑出版,无疑是广大考生的福音。同时,这种集大成“一站式”教科书的出版,也是我们根据司法考试最新变化,及时满足考生备考需求,更好地服务考生一贯宗旨的最新奉献。

尽管尽心竭力,不足之处在所难免,敬祈批评指正。

选择法律版考试用书,选择成功!

目 录

第一编 刑法总论

导读	(1)
第一讲 刑法概述	(6)
一、刑法的基本原则	(7)
二、刑法的空间效力	(8)
三、刑法的时间效力	(13)
第二讲 犯罪和犯罪构成	(15)
一、犯罪概念和基本特征	(16)
二、犯罪构成及其一般要件和分类	(17)
三、犯罪主观方面	(18)
四、犯罪主体	(35)
五、犯罪客观要件	(44)
六、犯罪客体	(50)
第三讲 排除犯罪性行为	(51)
一、正当防卫	(52)
二、紧急避险	(55)
三、其他排除犯罪性的行为	(57)
第四讲 犯罪进度的特殊形态	(59)
一、概说	(60)
二、犯罪预备	(61)
三、犯罪未遂	(62)
四、犯罪中止	(65)
第五讲 共同犯罪	(68)
一、共犯概念和成立的条件	(69)
二、共同犯罪人的种类、责任和处罚	(75)
三、共同犯罪的形式	(80)
四、共同犯罪与犯罪的进度形态(预备、未遂、中止、既遂)	(81)
第六讲 犯罪的个数	(84)
一、数罪与确定罪的标准	(85)
二、在确认罪数或适用数罪并罚方面的特殊情况	(85)

三、刑法中规定的有关罪数和数罪并罚的特殊情况	(96)
第七讲 刑罚的目的和刑罚种类	(100)
一、刑罚的特点和目的	(101)
二、主刑	(101)
三、附加刑	(104)
第八讲 刑罚的具体运用	(109)
一、量刑情节	(110)
二、累犯	(113)
三、自首和立功	(114)
四、数罪并罚	(118)
五、缓刑	(122)
六、减刑、假释	(124)
七、追诉时效	(128)

第二编 罪刑各论

导读	(131)
第一讲 侵犯人身权利、民主权利的犯罪(分则第四章)	(134)
一、侵犯生命、健康的犯罪	(136)
二、侵犯妇女、儿童身心健康的犯罪	(143)
三、侵犯人身自由的犯罪	(148)
四、侵犯名誉、人格的犯罪	(160)
五、侵犯民主权利的犯罪	(162)
六、妨害婚姻家庭权利的犯罪	(164)
第二讲 侵犯财产罪(分则第五章)	(170)
一、抢劫罪	(171)
二、敲诈勒索罪	(178)
三、抢夺罪	(179)
四、聚众哄抢罪	(180)
五、盗窃罪	(181)
六、诈骗罪	(186)
七、故意毁坏财物罪	(195)
八、破坏生产经营罪	(195)
第三讲 贪污、侵占、挪用、贿赂等犯罪(分则第八章等)	(197)
一、贪污罪、职务侵占罪、侵占罪	(198)
二、挪用公款罪、挪用资金罪、挪用特定款物罪	(206)
三、贿赂犯罪	(212)
四、巨额财产来源不明罪	(221)

五、私分国有资产罪、私分罚没财物罪	(221)
第四讲 危害公共安全罪(分则第二章)	(223)
一、以危险方法危害公共安全的犯罪	(225)
二、破坏公用工具、设施危害公共安全的犯罪	(227)
三、实施恐怖、危险活动危害公共安全的犯罪	(228)
四、违反枪支、弹药、爆炸物、危险物质管理规定危害公共安全的犯罪	(230)
五、造成重大事故危害公共安全的犯罪	(233)
第五讲 破坏社会主义市场经济秩序罪(分则第三章)	(239)
一、生产、销售伪劣商品罪	(240)
二、走私罪	(243)
三、妨害对公司、企业的管理秩序罪	(247)
四、破坏金融管理秩序罪	(250)
五、金融诈骗罪	(258)
六、危害税收征管罪	(258)
七、侵犯知识产权罪	(261)
八、扰乱市场秩序罪	(265)
第六讲 渎职罪(分则第九章)	(269)
一、概说	(271)
二、渎职个罪	(271)
第七讲 妨害社会管理秩序罪(分则第六章)	(282)
一、扰乱公共秩序罪	(283)
二、妨害司法罪	(298)
三、妨害国(边)境管理罪	(310)
四、妨害文物管理罪	(312)
五、危害公共卫生罪	(315)
六、破坏环境资源保护罪	(319)
七、走私、贩卖、运输、制造毒品罪	(324)
八、组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	(328)
九、制作、贩卖、传播淫秽物品罪	(331)
第八讲 危害国家安全罪(分则第一章)	(334)
一、背叛国家罪	(335)
二、分裂国家罪;煽动分裂国家罪	(335)
三、武装叛乱、暴乱罪	(335)
四、叛逃罪	(335)
五、间谍罪	(335)
六、为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪	(336)
第九讲 危害国防利益罪(分则第七章)	(337)
一、概述	(338)

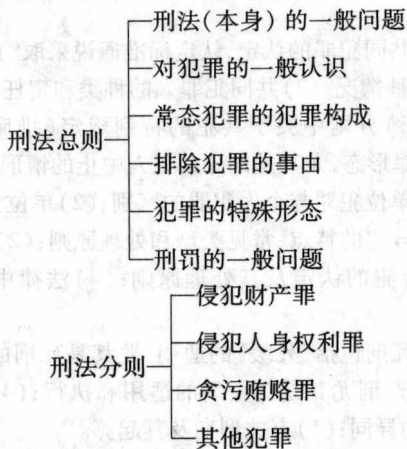
二、危害国防利益个罪	(338)
第十讲 军职罪(分则第十章)	(341)
一、概述	(342)
二、军职个罪	(343)
附录 1. 以刑法(受制于罪刑法定原则)为中心的刑法注释学说概要	(345)
附录 2. 案例分析、论述题解答要领	(349)

第一编 刑法总论

导 读

一、重点

这是针对国家司法考试的特点而编纂的一本刑法学教程。从应对司法考试的角度,需要注意掌握刑法学哪些内容?基本且疑难的问题,永远是考试的重点。刑法学中基本且疑难问题主要有(重点图示):



(一)总则

1. 刑法基本原则中:(1)罪刑法定原则;(2)罪刑相适应原则。
2. 空间效力中:属地原则、属人原则、保护原则和普遍管辖原则的适用。
3. 时间效力中:从旧兼从轻原则。
4. 犯罪概念中:犯罪的三个基本特征(社会危害性、刑事违法性、应受刑法惩罚性)及其“但书”(“但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”)。
5. 犯罪主体要件中:(1)相对刑事责任年龄;(2)《审理未成年人案件的解释》中有关规定。
6. 犯罪主观要件中:(1)罪过责任原则;(2)间接故意的认定(其与直接故意、过于自信过失的区别);(3)过失与意外事件的区别;(4)特定故意内容的推定,如认定掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪、奸淫幼女罪、嫖宿幼女罪的故意;(5)事实认识错误与法律认识错误的认定与评价:对象错误、客体错误、打击错误……
7. 犯罪客观要件中:(1)不作为行为成立犯罪的要件和不作为犯的分类,尤其是不作为行为与作为行为的差异;(2)行为对象的含义,尤其是其与犯罪生成之物、用于犯罪之物的区别;(3)认定特殊(或偶然)因果关系的经验或习惯;(4)因果关系客观性及其与刑事

责任的关系。

8. 犯罪客体中:(1)犯罪客体与犯罪既遂、犯罪要件解释的关系;(2)同类客体对构建刑法典分则体系的意义。

9. 正当防卫中:(1)事后防卫与正当防卫、防卫过当的区别;(2)防卫过当的认定和处理原则;(3)特殊防卫的理解与适用。

10. 紧急避险中:(1)紧急避险与正当防卫在适用对象上的区别;(2)判断“过当”标准的差异。

11. 其他排除犯罪性事由中,正当性的一般标准:目的正当且没有超出合理限度。

12. 犯罪(进度)形态中:(1)既遂的概念、类型以及常见罪的既遂;(2)犯罪未遂、中止与既遂的界限;(3)未遂犯与预备犯的区别;(4)中止犯与预备犯、犯罪未遂的区别;(5)未完成罪的处理原则;(6)抢劫罪、盗窃罪、绑架罪、拐卖妇女儿童罪、故意杀人罪、放火罪、爆炸罪的既遂与着手。

13. 共同犯罪中:(1)共同犯罪的认定,认定标准通说采取“部分共同说”,另注意貌似共犯不构成共同犯罪的几种情况;(2)共同犯罪人的种类和责任(一部行为全部责任,与单独犯罪责任不同之处);(3)分则中关于共犯的特别规定(排斥适用总则中关于共犯规定);(4)共同犯罪中的犯罪形态,尤其是部分共犯中止的情形。

14. 单位犯罪中:(1)单位犯罪与个人犯罪的区别;(2)单位犯罪的处罚原则。

15. 罪数:(1)想象竞合犯的特点、常见类型和处理原则;(2)牵连犯的特点、常见类型与处理原则;(3)法条竞合犯的认定及其处理原则;(4)法律中规定的数罪并罚的特殊情况。

16. 刑罚种类中:(1)死刑包括“死缓”的适用,尤其是死刑的限制适用的规定;(2)剥夺政治权利的适用;(3)财产刑尤其是罚金刑的适用和执行;(4)管制、剥夺政治权利、缓刑考验、假释考验内容上的异同;(5)有关刑期及其起算。

17. 量刑情节中的15个法定情节的认定和处罚原则:(1)未成年人;(2)限制刑事责任能力人;(3)又聋又哑的人或盲人;(4)防卫过当;(5)避险过当;(6)未遂犯;(7)中止犯;(8)预备犯;(9)从犯;(10)胁从犯;(11)教唆未遂;(12)教唆未成年人;(13)累犯;(14)自首;(15)立功。

18. 自首与立功:(1)自首与立功、坦白的区别;(2)立功与重大立功的区别;(3)关于自首立功的司法解释。

19. 数罪并罚中的限制加重原则的理解,尤其是刑罚执行期间犯新罪与发现漏罪并罚的差别。

20. 缓刑、假释的适用条件及撤销的事由。

21. 减刑、假释的限度。

22. 追诉时效的期间、起算、中断、延长。

(二)分则

1. 围绕抢劫罪的认定处罚:抢劫罪与盗窃罪、诈骗罪、敲诈勒索罪、抢夺罪、聚众哄抢罪、故意杀人罪、故意伤害罪、绑架罪的界限,尤其是转化的抢劫罪。重点内容在“审理抢劫案解释”、“审理抢夺案解释”和“审理抢劫、抢夺案意见”这三个司法解释之中。

2. 围绕诈骗罪的认定:(1)诈骗罪与其他特定诈骗罪如合同诈骗罪、金融诈骗罪(8个)、骗取出口退税罪、招摇撞骗罪的界限;(2)诈骗罪与盗窃罪、敲诈勒索罪、抢夺罪的界限;(3)诈骗罪与经济犯罪如生产、销售伪劣商品罪、非法经营罪、虚假广告罪等的界限;(4)诈骗罪与其他罪的牵连,如伪造公文用于诈骗。

3. 围绕盗窃罪的认定与处罚:盗窃罪与其他罪的竞合:(1)法条竞合,如盗窃枪支弹药、公文证件、国有档案等;(2)想象竞合,如在盗窃同时触犯其他罪(破坏电力设备等)。重点内容在审理盗窃案的司法解释之中。

4. 围绕侵占罪的认定与处罚:(1)侵占罪与职务侵占罪的区别;(2)侵占罪与盗窃罪、诈骗罪的区别;(3)职务侵占罪与贪污罪的区别;(4)职务侵占罪与挪用资金罪的区别。

5. 挪用资金罪与挪用公款罪的区别。

6. 围绕贪污贿赂罪认定:(1)贪污罪的认定处罚,尤其是贪污罪与职务侵占罪的区别在于主体不同,由此涉及对国家工作人员(刑法第93条人员范围的掌握);(2)贪污罪与盗窃罪、诈骗罪的区别;(3)贪污罪与受贿罪的区别;(4)挪用公款罪与贪污罪的区别;(5)挪用公款与挪用特定款物罪的区别;(6)受贿罪与非国家工作人员受贿罪的区别;(7)贪污罪与私分罚没财物罪的区别。重点内容在《审理经济犯罪案件纪要》之中。

7. 围绕故意毁坏财物罪的认定:(1)与破坏生产经营罪、投放危险物质罪、破坏电力设备罪等其他破坏性犯罪的界限;(2)与盗窃罪、诈骗罪等非法占有型犯罪的区别。

8. 故意杀人罪和故意伤害罪的认定:(1)与放火罪、投放危险物质罪、爆炸罪的区别:是否足以危害公共安全;(2)故意伤害罪与故意杀人罪的区别:故意内容不同;(3)故意伤害罪与过失致人死亡罪的区别:是否具有伤害行为;(4)其他犯罪中牵涉杀人、伤害的特殊问题,如绑架杀害人质、刑讯逼供、非法拘禁、虐待被监管人、强迫卖血、拐卖妇女儿童、非法行医、非法进行节育手术、放火、爆炸、投放危险物质、抢劫、抢夺、妨害公务、虐待、遗弃等致人伤残死亡,何种情形是结果加重犯,何种情形是“转化犯”,何种情形应当数罪并罚,何种情形按一罪处理。

9. 强奸罪的认定与处罚:(1)强奸的其他手段;(2)奸淫精神病妇女、幼女;(3)结果加重犯;(4)与强制猥亵侮辱妇女罪的区别。

10. 以非法拘禁为中心的侵犯自由犯罪:(1)涉及绑架罪、非法拘禁罪、拐卖妇女儿童罪、拐骗儿童罪的区别:目的不同;(2)强迫职工劳动罪、雇用童工从事危重劳动罪、收买被拐卖的妇女儿童罪。

11. 过失致人死亡罪认定,与其他过失致人死亡罪的法条竞合。

12. 危害国家安全类犯罪中:为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪与故意泄露国家秘密罪的界限。

13. 危害公共安全类犯罪中:(1)放火罪、爆炸罪、投放危险物质罪;(2)破坏交通工具罪、破坏交通设施罪、破坏电力设备罪、破坏广播电视设施、公用电信设施罪;(3)涉及枪支弹药的犯罪;(4)重大责任事故等罪与生活过失的界限;(5)交通肇事罪及其结果加重犯:逃逸致人死亡。

14. 经济犯罪中:(1)金融诈骗罪的法律规定;(2)假币犯罪;(3)非法经营罪的表现形式;(4)强迫交易罪与抢劫罪、敲诈勒索罪的界限;(5)合同诈骗罪认定。

15. 妨害社会管理秩序类犯罪中:(1)妨害公务罪与其他罪的界限,如与拒不执行判决、裁定罪,聚众阻碍解救被拐卖的妇女儿童罪、抗税罪的界限;(2)窝藏包庇罪、掩饰、隐瞒犯罪所得和犯罪所得收益罪与共犯的区别;(3)聚众斗殴、寻衅滋事与伤害罪的区别;(4)伪证罪与帮助毁灭、伪造证据罪、妨害作证罪、诬告陷害罪、诽谤罪、徇私枉法罪的界限。

16. 渎职犯罪中,主要是与滥用职权罪;玩忽职守罪;徇私枉法罪;民事、行政枉法裁判罪;执行判决、裁定失职罪;执行人员滥用职权罪的区别。

17. 上列常见、基本的犯罪中涉及罪数、共犯、法条竞合的问题。

二、熟读或者熟悉重要的刑法条文和重要的司法解释

需要熟读或熟悉法条的理由是:第一,刑法条文是刑法学最基本的内容,因为刑法典是刑法理论和司法经验甚至是人类刑法文明的结晶。可以说一部刑法典本身就是一本刑法学说的精要。第二,刑法条文是解决案件的依据,许多考题是围绕着某一条文的理解和适用设计的,所以,熟悉条文是正确解题的前提和基础。第三,有时,考题直接来自于法律条文的规定,尤其是一些特殊的例外的规定,如关于数罪并罚、共犯方面的例外规定。第四,刑法学书籍尤其是教材,从体系到内容上往往也是围绕条文展开的,了解条文,也能一下子抓住各章节的核心。

需要熟悉司法解释的理由是,司法考试是一种偏重实务的考试,而司法解释就是解决实务中普遍而疑难问题的,所以,往往成为考试的重点。

基于这点考虑,本书特意将法条列出,并围绕法条做重点讲解,并尽可能周全地列出司法解释。希望读者时时注意把法条和讲解联系起来阅读。

三、看一看、做一做历年试题

历年试题对应试的参考价值极大,是了解考试重点和特点最重要的、不可或缺的途径。看一看、做一做历年试题,一方面了解考试的特点,指导复习;另一方面测一测还有什么不足,予以弥补。

当然,每年试题的风格也是有些差别的。例如,前几年的刑法试题,法律条文占很大的比例,这是因为刑法、刑事诉讼法刚刚修订公布,有些新规定,大家还觉得新鲜、陌生,同时也没有适用的案例,所以就出现了较多的纯法条试题。以致有人认为,背法条最管用。这显然具有一定的片面性,容易产生误导。以后的试题中,纯法条试题就渐渐少了。司法考试当然就是考法条,但是纯考法条记忆的试题恐怕就占不了那样大的比例了。总体而言,司法考试将会越来越难,越来越注重对法条原理的理解和综合运用能力。

四、适当看一些案例、做一些练习

对于初学者,由经验丰富的教师编写的供法学院校学生使用的教学案例集或案例教程,比较合适。对于程度较高者,也可以看一看有关出题老师或权威学者编写的教材,这对于正确把握疑难、争议点很有帮助;或者看一看法院编写的案例集,如《刑事审判参考》一类的刊物,这对于弥补司法经验不足的缺陷具有重要的作用。此外,就是适当做一点练习。看案例的主要作用在于帮助积累一点经验;做练习的主要作用在于提高熟练程度。

司法考试的特点是题多量大,3小时的时间需要做100道题,相当于在平均不到2分钟的时间内办理一个有一定难度的案件。应付这样的考试,仅仅是弄懂了一般原理、规

定,指望临场应变、细心推敲是没有胜算的。因为时间和精力都是有限的,临场反复推敲,势必消耗时间和精力,以至于感到时间紧迫、顾此失彼,影响其他考题的正确解答,甚至不能做全部考题。许多考生,自我感觉良好,就是成绩不好,重要的原因之一就是“懂得”但不熟练,因为提到什么问题都懂,所以自我感觉良好,如果给他半个小时,从容做上一题,也不至于出错。但是,如果让他在紧张的气氛下用3个小时做100道题,形势就会发生根本的变化,平日会做的也做错了。成绩自然是好不了。所以,再次提醒考生,考试时3小时做100道题与平日30分钟做一道题是两码事,没有熟练程度,是难以取得好成绩的。那么,如何提高熟练程度呢?就靠平时多看多做多练。想想高考,就知道做题对应试有多重要。

本书特意专设实例演练的内容,一方面通过实例解释法条适用和基本原理的理解;另一方面也希望通过实例演练增强读者解决事理的能力。

五、复习应试的技巧

1. 广泛复习,准确掌握要点。切记可“押点”(重要知识点或重要法条)不可“押题”。重点总是不变的,也就是一句老话,基本的永远是重要的,也就是重点。比如罪刑法定原则、相对责任年龄、间接故意、认识错误(法定符合说)、不作为、防卫过当、事后防卫、预备与未遂区分、未遂与中止区分、共犯认定标准(部分共同说)、共犯人种类和责任、想象竞合、法条竞合、牵连犯等。刑罚论中的累犯、自首、立功、缓刑、假释、数罪并罚等。分论中的非法拘禁、绑架、拐卖妇女儿童、抢劫、盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索、侵占、职务侵占、挪用资金、挪用公款、贪污、受贿等罪名。而考题尤其是具体事例型考题,是不可能相同的。况且一题一、二分,即使偶然押上几题,也不能根本解决问题。类似的例子,稍微变化一下条件,结论可能完全不同。所以背答案、押题,钻研疑难案例,是不明智的。

2. 不同的内容,需要掌握的程度是不同的,有的需要深入细致地掌握,有的只需要浅浅的了解。如同所有的考试一样,刑法学测试有“点”和“面”的问题。所谓“点”,即重点、基本点。属于点的知识,是历年必考的;对“点”的知识,着重测试掌握的深度和综合运用能力。与此相应,考生对点的知识应当有深入细致的掌握。所谓“面”,是指知识面。对面的知识,着重测试考生掌握知识范围的广度,问题虽然较偏但很简单。与此相应,考生除掌握重点以外,也应当对刑法学有较为广泛的了解。属于面的知识,哪些考哪些不考,则具有很大的偶然性,全凭概率了。所谓“一分耕耘,一分收获”,这话只是在能分清轻重主次的前提下才是正确的。

第一讲 刑法概述

内容提要

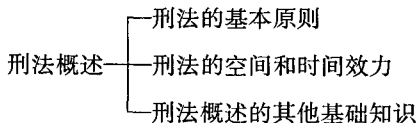
这部分主要内容是:

1. 基本原则,其中主要是从理论层面掌握。(1)罪刑法定原则含义、价值;(2)罪刑相适应原则含义和在刑法制度中的具体体现。刑法原则不适合出选择题,即使出了选择题,也可以从其他角度解答,所以只要有一个大概了解。

2. 刑法空间和时间效力,主要是熟悉法律条文。在空间效力中:(1)犯罪地认定(包含船舶、飞机上的犯罪)是基础性问题。(2)普遍管辖原则适用和或引渡或起诉原则、保留再次审判权则属于较为疑难的问题。(3)从旧兼从轻原则的适用:①新旧刑法规定相同时适用行为时法(旧法);②对“跨法”继续犯、连续犯的适用;③司法解释的时间效力:(与被解释法条时间效力)“同步说”。

3. 犯罪的法律一般定义及推导出的犯罪基本特征。其中:(1)犯罪的3个基本特征是基础性问题;(2)第13条“但书”的运用属于比较疑难的问题。

【体系表】



一、刑法的基本原则

(一) 罪刑法定原则

[考查频率] ☆☆☆ (2006 年, 单选; 2005 年, 单选; 2004 年, 单选)

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. 罪刑法定原则基本内容(派生原则)

- (1) 应采取成文法形式, 排斥习惯法;
- (2) 应严格解释、适用, 禁止适用类推;
- (3) 应当依据行为时法, 禁止事后重法(不利于被告的刑法没有溯及力), 但可适用事后轻法;
- (4) 禁止绝对不定期刑;
- (5) 规定犯罪及处罚必须明确, 这是罪刑法定原则的核心要求;
- (6) 禁止过分的、残酷的刑罚。

2. 罪刑法定原则个案中的运用

罪刑法定的基本意思是“法无明文规定不为罪不处罚”。什么情况是法无明文规定不为罪不处罚? 这涉及运用问题。例如 2000 年单选题: 一对男女在公园公开性交, 引起公愤, 这是聚众淫乱、寻衅滋事、组织淫秽表演, 还是无罪? 这实际上是考查罪刑法定原则的运用。把刑法典查一遍, 发现里面没有规定“公然性交罪”。根据罪刑法定原则, 不为罪不处罚。但是, 运用罪刑法定原则判断有罪无罪实际上是比较复杂的办法, 或者说“舍近求远”的办法。还有一个简单的办法, 就是“排除法”: 对这种公然性交行为, 既不能说是寻衅滋事罪, 又不能说是聚众淫乱罪(因为聚众淫乱至少要 3 人以上)、侮辱罪、强奸罪……根据具体罪的犯罪构成, 有罪的选项都不正确, 将它们一一排除, 最后得出结论是无罪。换句话说, 对罪刑法定原则的运用, 我们都知道一个简单的道理: “说有容易, 说无难。”运用罪刑法定原则是一个非常难的问题, 难就难在“说无”。这需要非常熟悉法律。好在考试中往往有四个选项, 限定了判断的范围, 这样完全可以不用“舍近求远”的方法, 可以走近道。这个近道就是“运用排除法”来解决。有罪的选项不构成, 那就是无罪。无罪的理由是什么, 当然从两个方面都可以说: 一个是它不具备那些罪的犯罪构成, 所以无罪; 另一个当然可以从更高的层次说, 因为这种行为法律没有明文规定为犯罪, 所以不是犯罪不处罚。

实例演练

对罪刑法定原则含义不准确的说法是:

- A. 刑法应以制定法为依据成文法, 排斥习惯法
- B. 刑法不得作不利被告的类推解释或类推适用
- C. 刑法不得溯及既往

D. 刑法不得有绝对不定期刑

【答案及解题思路】 C。因为我国刑法对时间效力采取从旧兼从轻原则,所以准确的说法是,我国刑法有条件允许刑法具有溯及力,即在事后法较轻(有利被告)的情况下,应当适用事后法。换言之,仅仅禁止事后重法(不利被告的法律)的溯及力。

此外,如果有:A. 明确性;B. 禁止过于残酷不合理的刑罚;C. 价值基础是民主、可预知(预测)的原理等选项,一般也是正确的。

(二)罪刑相适应原则

【考查频率】 ☆☆(2005年,单选;2005年,多选)

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。

1. 内容:

(1)刑罚的轻重与客观的犯罪行为及其危害结果相适应,就是按照犯罪行为对社会造成的现实的危害性大小决定刑罚轻重;

(2)刑罚的轻重与犯罪人主观恶性的深浅、再次犯罪危险性的大小相适应。罪刑相适应原则,也称罪责刑相适应原则或者罪刑均衡原则。

2. 罪刑相适应原则在刑法中的体现:

(1)从分则各条的法定刑看:对每一个具体罪都根据其犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度规定了相应的法定刑,体现了对重罪适用重刑,对轻罪适用轻刑。

(2)从总则规定的量刑原则看:“对于犯罪分子决定刑罚的时候,应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度,依照本法的有关规定判处。”体现了在裁量刑罚时,应尽量使刑罚与具体犯罪行为的社会危害性相适应,罚当其罪。

(3)从总则规定具体制度看:对累犯从重处罚、不得假释;对未成年人、又聋又哑的人、限制责任人、自首立功的人从宽处理等,体现了刑罚与犯罪人主观恶性、人身危险性相适应。

实例演练

关于罪刑相适应原则,下列哪些说法是正确的?

- A. 刑罚的轻重与罪行和刑事责任相适应
- B. 罪行指客观行为的侵害性
- C. 刑事责任指主观意识的罪过性
- D. 罪刑相适应仅仅是指刑罚的轻重与客观罪行相适应

【答案】 ABC

二、刑法的空间效力

刑法的空间效力,是指刑法对地和对人的效力,也就是解决刑法适用于什么地域和适用于哪些人的问题。

(一)属地原则(对中国领域内犯罪的效力)

[考查频率] ☆☆☆☆(2007年,多选;2005年,单选和多项;2004年,多选)

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。

由于上述规定是以犯罪发生的地域为根据来确立我国刑法效力范围的,所以被称为属地原则。

1. 所谓“除法律有特别规定的以外”,主要是指:

(1)刑法第11条所规定的“享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任,通过外交途径解决”;

(2)香港、澳门特别行政区发生的犯罪由当地的司法机构适用当地的刑法;

(3)相对狭义刑法即1997年10月1日生效的刑法典而言,民族自治地区有特别规定或单行法有特别规定的,那么就排除刑法典的适用(特别法效力优于一般法)。

2. 犯罪发生地的认定:

(1)犯罪行为或者结果有一项发生在中国领域的,认为在中国领域的犯罪。

(2)在犯罪未遂场合,犯罪结果的期望发生地为中国的,认为在中国领域的犯罪。

(3)在共同犯罪场合,共同犯罪人之一人或共同犯罪行为之一部分发生在中国的,认为在中国领域的犯罪。

(4)犯罪为一个过程的,预备、实行行为之一部分或一环发生在中国的,认为在中国领域的犯罪。

(5)在中国的船舶或者飞机上犯罪的,认为在中国领域的犯罪。

(6)在国际列车上发生的犯罪,根据最高人民法院《刑诉解释》第10条:

①按照我国与相关国家签订的有关管辖协定确定管辖。

②没有协定的,由犯罪发生后该列车最初停靠的中国车站所在地或者目的地的铁路运输法院管辖。

但是该解释并没有明确国际列车是否具有船舶、飞机同样的法律地位。

(7)汽车不具有船舶、飞机的法律地位,因此,如果在汽车上发生犯罪的,犯罪行为发生时汽车所在地或经过地国均为犯罪的发生国。

(8)在中国领域内的外国使领馆内发生的犯罪,应当认为是在中国领域内发生的犯罪。例如,甲潜入美国驻华使馆内盗窃财物后逃到使馆外面,被我国司法机关抓获,不言而喻,应当依据属地原则确立刑法效力,由中国法院依据中国刑法审判。另外,在美国使馆内抓获甲,如果美国使馆方面主动交由我国司法机关处理的,我国也是依据属地原则确立对该案的管辖权。

使馆馆舍和外交官员受国际法保护,在驻在国享有司法豁免权,这只是意味着:

①未经使领馆首长的同意,我国司法当局不能进入该使领馆调查案件;

②享有外交特权和豁免权的外交官员,享有司法豁免权。

其实,这样的人无论是在使领馆内还是在使领馆外犯罪,均享有豁免权。但不能排除