

2012国家司法考试法律法规 深度汇编

sifakaoshi

sifakaoshi

刑法·行政法

1

编著 刘东根 岳文松

必考法规，一览无余；重点法条，深度剖析
命题题眼，直指考点；相关法条，系统全面



 中国人民大学出版社

国家司法考试法律法规深度汇编①——刑法·行政法

策 划 海天国律司法考试教学团队

编 著 刘东根 岳文松



刑法 行政

- 在保证主体法条完整的同时，突出重点法条。
- 关于某一知识点的法条系统、全面。
- 共分五册出版，方便实用。

海天教育辅导名师编写 十年积淀汇聚成书 辅导由我·成功有你

中国人民大学出版社

·北京·

图书在版编目(CIP)数据

国家司法考试法律法规深度汇编. 1. 刑法·行政法 / 刘东根, 岳文松编著. —北京: 中国人民大学出版社, 2012.5

ISBN 978-7-300-15704-7

I. ①国… II. ①刘… ②岳… III. ①法律—汇编—中国—法律工作者—资格考试—自学参考资料 IV. ①D920.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 087138 号

国家司法考试法律法规深度汇编 ① —— 刑法·行政法

编著 刘东根 岳文松

Guojia Sifa Kaoshi Falü Fagui Shendu Huibian ① —— Xingfa · Xingzhengfa

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号 邮政编码 100080

电 话 010 - 62511242 (总编室) 010 - 62511398 (质管部)

010 - 82501766 (邮购部) 010 - 62514148 (门市部)

010 - 62515195 (发行公司) 010 - 62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.lkao.com.cn> (中国 1 考网)

经 销 新华书店

印 刷 北京绿谷春印刷有限公司

规 格 185mm×260mm 16 开本 版 次 2012 年 5 月第 1 版

印 张 21 印 次 2012 年 5 月第 1 次印刷

字 数 554 000 定 价 28.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

序 言

掌握必读法律法规是通过司法考试的重要环节,也是考生面临的难点之一。本套图书不是对必读法律法规的简单汇编,而是在对司法考试综合研究、分析并总结众多成功经验的基础上,对法条在内容和体例方面进行深度加工的结晶,既符合司法考试的实战需要,又能帮助考生快速、全面、深入地理解和掌握法条的内容。

本套图书特点主要体现在以下几个方面:

一、在保证主体法条完整的同时,突出重点法条

本套图书以必读法律法规为依据,法条完整、全面;同时,通过历年司法真题的标注和命题题眼的讲解,着力突出重点法条;不仅如此,更将重点法条按照其重要程度进行分类,由高至低依次标注为★★、★☆、★、☆、◇,使考生轻松记忆,一目了然。需要说明的是,鉴于国际法部分的法条对司法考试复习意义不大,为了减轻读者负担,本套图书对于少数几个国际公约(惯例、通则)的正文部分没有摘录,而是加大命题题眼的解析篇幅。这样对备考有益无害。

二、关于某一知识点的法条系统、全面

本套图书以主体法条为主线,将属于某一知识点的相关法条附录其后。以盗窃罪为例,在《刑法》第264条后,以相关法条的形式列出刑法中以盗窃罪处理的第265条、第196条第3款、第210条第1款、第253条第2款,还将有关盗窃罪的司法解释等列在盗窃罪的知识点下。这样,有关盗窃罪的规定就非常全面了,掌握起来也非常方便,符合司法考试对某一知识点考查日益综合、全面的特点。

三、深度分析、讲解法条的命题题眼

本套图书对重点法条所涉及的一个或者数个知识点进行解析,指出法条的主要考点,解析深度与司法考试对该知识点的考查深度相适应,使考生既可以从多个方面掌握法条的内容,又可以知晓该法条的命题角度,真正提高法条复习效果和应试水平。

四、对历年司法真题所考查法规作重点提示

为简明起见,本套图书没有罗列历年考试真题,只是在考题所考查的法规下或者“命题题眼”解析中把考题的考查年份和题号标出,来提醒考生该条法规的重要性。如“2005/3/31”表示2005年卷三第31题。每一道司法考试真题所涉及知识点的考查深度都比较深,如果没有详尽的解析,考生很难准确地把握知识点。再者,稍有难度的司法考试真题不是简单地考查某一个条文,而是对若干法条的综合性考查,考查法规范围比较广。基于以上原因,提醒广大考生对于本套图书所提示的真题,应参照权威专业的真题解析来复习,这样才能更好地掌握该知识点。

五、共分五册出版,方便实用

本套图书共分五册,第一册:刑法·行政法;第二册:民法;第三册:刑诉法·民诉法;第四册:商法·经济法;第五册:理论法·国际法。这样分册,既可以方便考生轻松携带,又便于翻页查阅。

另外,在2012年3月份,司法考试诉讼法部分将面临一次大的修改和调整,并会纳入到新的考试大纲中去,当年会对新法重点考查,分值比重也会较大。我们本着对广大考生负责的态度,以“不抢市场,要质量”的态度,把本套图书诉讼法部分的出版延期到3月份新法出台以后,望广大考生给予理解。

同时,为了便于读者们交流,特别设立“国家司法考试法律法规深度汇编交流专区”,详细网址为<http://sifa.bjhaitian.com/bbs/>,欢迎读者批评指正,进行学习交流。为了方便读者对本套图书提出宝贵建议,可直接发邮件至本套图书主编岳文松的电子邮箱:yuewensong@sina.com,我将以最快的速度予以关注。

由于时间仓促,本套图书的疏漏不足之处在所难免,恳请广大读者朋友批评指正。

最后祝广大考生2012年顺利过关!

岳文松

2012年1月

目 录

Contents

刑 法

中华人民共和国刑法	1
第一编 总 则	1
第一章 刑法的任务、基本原则和适用范围	1
第二章 犯 罪	5
第三章 刑 罚	25
第四章 刑罚的具体运用	32
第五章 其他规定	50
第二编 分 则	52
第一章 危害国家安全罪	52
第二章 危害公共安全罪	54
第三章 破坏社会主义市场经济秩序罪	63
第四章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	104
第五章 侵犯财产罪	117
第六章 妨害社会管理秩序罪	141
第七章 危害国防利益罪	168
第八章 贪污贿赂罪	169
第九章 渎职罪	180
第十章 军人违反职责罪	184

行 政 法

中华人民共和国公务员法	188
第一章 总 则	188
第二章 公务员的条件、义务与权利	188
第三章 职务与级别	189
第四章 录 用	189
第五章 考 核	190
第六章 职务任免	190
第七章 职务升降	191
第八章 奖 励	191
第九章 惩 戒	191

第十章 培 训	192
第十一章 交流与回避	193
第十二章 工资福利保险	193
第十三章 辞职辞退	194
第十四章 退 休	195
第十五章 申诉控告	195
第十六章 职位聘任	195
第十七章 法律责任	196
第十八章 附 则	196
行政机关公务员处分条例	197
第一章 总 则	197
第二章 处分的种类和适用	197
第三章 违法违纪行为及其适用的处分	198
第四章 处分的权限	200
第五章 处分的程序	200
第六章 不服处分的申诉	202
第七章 附 则	202
国务院行政机构设置和编制管理条例	203
第一章 总 则	203
第二章 机构设置管理	203
第三章 编制管理	204
第四章 监督检查	205
第五章 附 则	205
地方各级人民政府机构设置和编制管理条例	205
第一章 总 则	205
第二章 机构设置管理	206
第三章 编制管理	206
第四章 监督检查	206
第五章 法律责任	207
第六章 附 则	207
中华人民共和国立法法	207
第一章 总 则	208
第二章 法 律	208
第三章 行政法规	212
第四章 地方性法规、自治条例和单行条例、规章	213
第五章 适用与备案	215
第六章 附 则	217
行政法规制定程序条例	217
第一章 总 则	217
第二章 立 项	218

第三章 起 草	218
第四章 审 查	219
第五章 决定与公布	219
第六章 行政法规解释	220
第七章 附 则	220
规章制定程序条例	220
第一章 总 则	220
第二章 立 项	221
第三章 起 草	221
第四章 审 查	222
第五章 决定和公布	222
第六章 解释与备案	223
第七章 附 则	223
中华人民共和国行政强制法	224
第一章 总 则	224
第二章 行政强制的种类和设定	224
第三章 行政强制措施实施程序	225
第四章 行政机关强制执行程序	227
第五章 申请人民法院强制执行	229
第六章 法律责任	230
第七章 附 则	230
中华人民共和国行政许可法	231
第一章 总 则	231
第二章 行政许可的设定	232
第三章 行政许可的实施机关	233
第四章 行政许可的实施程序	234
第五章 行政许可的费用	237
第六章 监督检查	237
第七章 法律责任	238
第八章 附 则	239
中华人民共和国行政处罚法	240
第一章 总 则	240
第二章 行政处罚的种类和设定	241
第三章 行政处罚的实施机关	242
第四章 行政处罚的管辖和适用	242
第五章 行政处罚的决定	244
第六章 行政处罚的执行	246
第七章 法律责任	247
第八章 附 则	248
中华人民共和国治安管理处罚法	248

第一章 总 则	248
第二章 处罚的种类和适用	249
第三章 违反治安管理的行为和处罚	250
第四章 处罚程序	255
第五章 执法监督	259
第六章 附 则	259
中华人民共和国行政复议法	259
第一章 总 则	260
第二章 行政复议范围	261
第三章 行政复议申请	262
第四章 行政复议受理	266
第五章 行政复议决定	267
第六章 法律责任	271
第七章 附 则	272
中华人民共和国政府信息公开条例	273
第一章 总 则	273
第二章 公开的范围	273
第三章 公开的方式和程序	274
第四章 监督和保障	276
第五章 附 则	276
中华人民共和国行政诉讼法	277
第一章 总 则	277
第二章 受案范围	278
第三章 管 辖	281
第四章 诉讼参加人	283
第五章 证 据	287
第六章 起诉和受理	297
第七章 审理和判决	299
第八章 执 行	311
第九章 侵权赔偿责任	313
第十章 涉外行政诉讼	313
第十一章 附 则	314
中华人民共和国国家赔偿法	314
第一章 总 则	314
第二章 行政赔偿	315
第三章 刑事赔偿	319
第四章 赔偿方式和计算标准	325
第五章 其他规定	327
第六章 附 则	327



刑法

中华人民共和国刑法

第一编 总 则

第一章 刑法的任务、基本原则和适用范围

本章主要论述刑法的基本原则和适用范围,其中刑法基本原则中的罪刑法定原则、罪(责)刑相适应原则和刑法的空间效力、时间效力有许多考点。虽然历年分数不多,但仍应注意。

第一条【立法宗旨】为了惩罚犯罪,保护人民,根据宪法,结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况,制定本法。

第二条【本法任务】中华人民共和国刑法的任务,是用刑罚同一切犯罪行为作斗争,以保卫国家安全,保卫人民民主专政的政权和社会主义制度,保护国有财产和劳动群众集体所有的财产,保护公民私人所有的财产,保护公民的人身权利、民主权利和其他权利,维护社会秩序、经济秩序,保障社会主义建设事业的顺利进行。

★★第三条【罪刑法定】法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处罚;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处罚。

命题题眼

本条规定了罪刑法定原则。罪刑法定原则是刑法3个基本原则中最重要的原则,要理解其实质含义。罪刑法定原则的具体内容分为形式的侧面和实质的侧面。形式的侧面包括:法律主义(规定犯罪与刑罚的法律必须是成文的法律,只能是立法机关制定的法律)、禁止重法溯及既往、禁止类推解释、禁止绝对不定期刑。实质的侧面包括:明确性、禁止处罚不当罚的行为及禁止不均衡、残虐的刑罚。(2004/2/16; 2006/2/1;

2008/4/7; 2010/2/1; 2011/2/1)

对刑法3个基本原则的考查有以下几种形式:(1)考查原则的具体运用,即要求通过一个案例或者一个法律制度、法律现象,指出其应适用哪个基本原则。如2000年试卷二单选第25题即是对罪刑法定原则的法无明文规定不处罚含义的运用,再如累犯从重处罚体现了哪个基本原则,等等。这样的题目属于对基本原则基本含义的考查,一般不会很难。(2)基本原则具体内容的延伸考查。如2004年试卷二单选第16题,这样的题目有一定的深度,要求对基本原则的含义有真正的理解。(3)运用基本原则来解决刑事立法和司法中的某些问题和现象。如2003年江苏省南京市发生的组织男性卖淫案的处理与罪刑法定原则的关系。应该说,由于罪责刑相适应原则和刑法面前人人平等原则的内容相对比较简单和易懂,第二、三种考查形式一般不会出现,而罪刑法定原则以第二、三种形式考查则很有可能,2008年司法考试试卷四论述题正是以此方式考查的。

目前,司法实践中对于如何贯彻罪刑法定原则存在一些误区,主要有:

(1)误将“明文规定”等同于“明确规定”,对于法有明文规定但规定不明确的犯罪行为没有依法定罪处罚。明确性乃罪刑法定原则的基本内容之一。但刑法的绝对明确性只能是一种理想追求,不得以“法无明确规定”为理由对那些刑法有明文规定而仅缺乏明确性的犯罪行为



为不予以定罪处罚。

(2) 认为罪刑法定仅仅强调形式合理,因而仅仅从表面、形式上理解罪刑规范。罪刑法定原则强调法律的形式,以形式合理性为基础,其无疑是首先追求形式上的公正和合理。但是,法律的终极价值应当是实质的合理。这就要求在贯彻罪刑法定原则时不能机械地仅仅从形式上去理解和适用刑法的罪刑规范,而应在形式合理性的范围内尽量从实质上去理解罪刑规范,以寻求实质的合理。

(3) 以罪刑法定原则的价值替代刑法的价值,将“有利于被告”作为解决刑法解释争议的最高标准。有人认为,罪刑法定原则的核心在于保障人权,所以人权保障应当成为刑法的首要甚至全部价值。对于许多有疑难争议的刑法规范理解问题,很多人基于所谓“人权保障”的观念,主张当存在两种以上的解释时,应选择有利于被告的解释。其实,人权保障是刑法的价值之一,但它绝不是刑法价值的全部。人权保障作为刑法的价值,只能是刑法通过惩罚犯罪而体现出来的价值。罪刑法定只是禁止类推解释,因为类推解释违背了预测可能性原理,而不是禁止对被告人不利的解释。对被告人不利的扩张解释,只要解释的结果没有超出刑法用语可能具有的含义,没有超出国民对该用语的可预测性,就应当是合法、合理的,没有违背罪刑法定。实际上,处罚的必要性越大,作出扩张解释的可能性就越大;处罚的必要性越大,扩张解释的扩张程度便越宽。所以,将组织卖淫罪中的人解释为包括男人和女人没有违反预测可能性原理,符合罪刑法定原则,也符合社会形势的变化对“卖淫”一词含义的影响。这与存疑时有利于被告的原则并不相违背。在法律存在两种可能的解释时,并不是存疑,法律依据有明文规定。另外,存疑主要是指事实存疑。

第四条【法律面前人人平等】 对任何人犯罪,在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。

◇第五条【罪责刑相适应】 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。

◆◆◆ 命题题眼

罪责刑相适应也有人将其表述为罪刑相适应。

罪责刑相适应原则的基本内容是重罪重罚轻刑,轻罪轻罚,罪责刑相称,罚当其罪。也就是刑罚的轻重,首先,要与犯罪行为的性质和社会危害性的严重程度相适应;其次,要与犯罪人所应承担的刑事责任相适应。(2005/2/2、51)

★★第六条【属地管辖权】 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。

★第七条【属人管辖权】 中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的,适用本法,但是按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的,可以不予追究。

中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的,适用本法。

★第八条【保护管辖权】 外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪,而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的,可以适用本法,但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。

☆第九条【普遍管辖权】 对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行,中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的,适用本法。

◇第十条【对外国刑事判决的消极承认】 凡在中华人民共和国领域外犯罪,依照本法应当负刑事责任的,虽然经过外国审判,仍然可以依照本法追究,但是在外国已经受过刑罚处罚的,可以免除或者减轻处罚。

☆第十一条【外交代表刑事管辖豁免】 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。

◆◆◆ 命题题眼

第6条至第11条是刑法空间效力的规定。刑法的空间效力所解决的是一国刑法在什么地域、对什么人适用的问题。空间效力主要解决某一个犯罪行为是否适用我国刑法,即我国能否行

使刑事管辖权。刑法空间效力涉及对国内犯（发生在本国领域内的犯罪）与国外犯（发生在本国领域外的犯罪）的效力。空间效力的主要考查方式：结合一个小案例，要求指出能否适用我国刑法或者根据哪个原则，核心的问题是四个原则的具体适用条件及相互关系。

刑法中的管辖与刑事诉讼法中的管辖的关系：刑法中的管辖解决的是某一个案件能否由中国法院行使管辖权，是国家司法主权的一部分。刑事诉讼法中的管辖解决的是某一个案件由我国法院中的哪个地方的哪一级法院管辖，其前提是该案件在刑法上属于我国管辖。主要考点有：

（1）属地管辖原则（第6条）。（2004/2/56；2005/2/3、56）主要命题题眼有以下几点：

①中国领域包括领陆、领水和领空。

②中国船舶或者航空器（实行旗国主义）属于拟制领土（不管其航行或者停泊于何处），但要注意不包括国际列车在内，其具体管辖规定参见刑事诉讼法司法解释的有关规定（《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第10条：在国际列车上的犯罪，应当根据双边协定来处理）。

③犯罪地的理解是重点和难点。我国刑法对属地管辖原则中的犯罪地采取了遍在说的观点。犯罪地应作广义的理解：a. 行为地、结果地只要有一项发生在我国境内，就认为犯罪地是我国境内；b. 对行为地也应作广义的理解，即犯罪行为包括实行行为和预备行为；c. 对结果地也作广义的理解，在未遂犯的场合，行为人希望结果发生地、可能发生结果地都是犯罪结果地；d. 在共同犯罪的场合，共同犯罪行为有一部分发生在我国领域内或者共同犯罪结果有一部分发生在我国领域内，就认为是在我国领域内犯罪。

④在外国驻中国大使馆内发生犯罪的，视为在中国领域内发生的犯罪。

⑤属地管辖原则之运用有一个具有实质性的例外。即第11条的规定（对有外交特权或外交豁免权的外国人在我国领域内犯罪的，通过外交途径解决而不适用我国刑法）。

（2）属人管辖原则（第7条）。中国公民尤其是国家工作人员和军人在国外犯罪适用中国刑法的

条件应重点掌握。应注意国家工作人员、军人与一般公民在国外犯罪适用中国刑法的条件不同。前者是完全的属人管辖，后者是有限的属人管辖。

（3）保护管辖原则（第8条）。掌握保护管辖的具体适用条件。保护管辖的适用是有严格条件限制的，即应当同时遵循以下三个条件：①在犯罪人、犯罪地上都与我国无关，但犯罪侵犯的是中国国家或者公民的利益。②行为人的行为是重罪。③双重犯罪原则。

（4）普遍管辖原则（第9条）。针对的对象是国际犯罪，而且是在前面三个管辖原则都不能适用的情形下才有普遍管辖原则适用的余地，对于国际犯罪应根据国际法知识来确认。适用普遍管辖原则的国际犯罪主要有毒品犯罪、劫持航空器犯罪、灭绝种族罪、海盗罪等。

注意：根据普遍管辖原则行使刑事管辖权时，定罪量刑的法律依据是国内刑法，而不是国际条约。（2007/2/56）

（5）对外国刑事判决的承认（第10条）。我国对外国刑事判决采取的是消极承认原则，不承认外国刑事判决对我国具有“一事不再理”的效力。注意是可以适用中国刑法、可以免除或者减轻处罚。

（6）享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任（第11条）。享有外交特权和豁免权的外国人的范围是考核重点，应结合国际法的有关知识来掌握。

（7）四个原则之间的关系。这四个基本原则的适用实际上是有先后顺序的，也就是对一个具体案件，究竟应适用哪个原则，先看犯罪地点，如果在中国，就直接适用属地管辖原则，后面的三个原则不用考虑；如果不在中国，则看犯罪人是否是中国人，如果是，则考虑是否可以适用属人管辖原则，如果可以适用，后面的两个原则就不用再考虑。如果犯罪地、犯罪人都与中国无关，则考虑犯罪侵犯的法益是否与中国国家或者公民有关，如果有关，则考虑是否可以适用保护管辖原则。只有在犯罪地、犯罪人、犯罪侵犯的法益都与我国无关时，才可以考虑是否适用普遍管辖原则。也就是如果劫持航空器犯罪等国际犯罪发生在中国领域，则直接适用属地管辖原则，而不是适用普遍管辖原则。



总结起来就是：首先属地，属地不行属人，属人不行保护。这三个都不行，才有最后一个普遍管辖的余地。

(8) 注意一个问题：刑事管辖权的案件往往都涉及两个以上的国家根据不同的管辖原则对同一案件都有管辖权。如张莱在中国深圳某地购买绳索、匕首等作案工具，利用这些工具在泰国绑架某富商一案中，泰国根据其本国刑法中的属地管辖原则，对本案肯定也有管辖权。对这样的题目，不少人认为，案件的最终处理结果不一定是适用我国刑法，因此，无法作答。事实上，这些案件的最终处理还要涉及国际司法协助等问题。考生对这些题目不要考虑其实际处理中的复杂情况，而是要领会出题人的意图，即考查我国刑法中空间效力的有关规定，根据刑法条文和通说的理论观点作答即可。

★第十二条【溯及力】 中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，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，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，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。

本法施行以前，依照当时的法律已经作出的生效判决，继续有效。

→ 相关规定

《最高人民法院、最高人民检察院关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》

为正确适用司法解释办理案件，现对适用刑事司法解释时间效力问题提出如下意见：

一、司法解释是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，自发布或者规定之日起施行，效力适用于法律的施行期间。

二、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。

三、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，但适用新的司法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的，适用新的司法解释。

四、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。

→ 命题题眼

(1) 刑法时间效力的主要考点是刑法的溯及力问题。从本质上说，根据罪刑法定原则，定罪判刑应以行为时的法律的明文规定为限，行为人只能根据行为之时的有效法律预见其行为后果，行为之后才实施的法律原则上不能对该行为有效，但如果法律发生变更，考虑到有利于被告人的原则，故产生刑法时间效力的“从旧兼从轻”规则：

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，按有利于被告人的原则处理。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。注意新旧刑法相同时，适用旧刑法。

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。再审是对生效的判决认为确有错误而适用的审判监督程序，是已决案件。因此，只能适用行为当时或者原来审判时的法律。

(2) 掌握司法解释、立法解释和刑法修正案的时间效力问题。

司法解释的溯及力与刑法的溯及力有不同之处。司法解释是对刑法的解释，这意味着刑法条文的真实含义原本如此。所以，司法解释在一般情况下，对其实施前的行为有溯及力，这与刑法有很大不同。司法解释适用的从旧兼从轻原则只有存在新旧两个司法解释的情形下才适用。

立法解释是对刑法的解释，这意味着刑法条文的真实含义原本如此。既然刑法条文的含义原本如此，那么，对现行有效解释之前的行为，只要是在现行刑法施行之后实施的，原本就得按有效解释适用刑法。因此，立法解释是有溯及力的，这与刑法的从旧兼从轻的原则不同。

刑法修正案属于对刑法的修改或者补充，属于创制新的犯罪与刑罚的规范，所以，其时间效力也是从旧兼从轻（此时，1997年刑法是旧法，刑法修正案是新法）。



第二章 犯 罪

本章是关于犯罪总论的规定，是刑法常考、易考的章。主要考点有：犯罪故意、过失、犯罪主体、正当防卫、紧急避险、犯罪预备、未遂和中止、共同犯罪。可以说本章几乎每个法条都可能是考试重点，并且理论性强，应注意掌握。

第一节 犯罪和刑事责任

☆第十三条【犯罪概念】一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。

◆◆◆ 命题题眼

(1) 犯罪的三个特征。

①社会危害性。一个行为是否构成犯罪，首先取决于其是否具有社会危害性。这也表明犯罪的本质特征是应受刑罚处罚程度的社会危害性。社会危害性是侵害性与威胁性的统一；社会危害性是质与量的统一；社会危害性的内部结构是主客观的统一；社会危害性是相对稳定性与变易性的统一；社会危害性是客观性与可知性的统一。

②刑事违法性。刑事违法性事实上是指行为符合罪刑规范所指的假定条件（即指罪状部分），行为的刑事违法性与行为符合刑法规定的犯罪构成是统一的。违反刑法并不只是违反刑法分则，凡是违反广义刑法的禁止性规范的行为，都具有刑事违法性。刑事违法性也是主客观相统一的。刑事违法性与社会危害性的关系：二者具有统一性，严重的社会危害性是刑事违法性的前提或者基础，刑事违法性是严重的社会危害性的法律表现。社会危害性是立法时规定犯罪的一个标准，刑事违法性是司法机关认定犯罪时的标准。从司法实践上看，社会危害性只是认定犯罪后得出来的逻辑结论，而不是认定犯罪时的标准。所以，社会危害性是本质上、从

立法角度而言的，刑事违法性是法律上、从司法角度而言的。

③应受刑罚处罚性是犯罪的三个特征之一，这表明：

第一，只有当该行为应当受到刑罚处罚时，才能成立犯罪。因此，从立法角度而言，即使刑法明文禁止某种行为，但只要刑法没有对其规定刑罚后果，该行为就不是犯罪。这表明，刑法所规定的行为并不一直都是犯罪，只有同时规定了行为与刑罚后果的，才是犯罪。如果一个行为不应受刑罚处罚，也就意味着它不是犯罪。例如，《全国人民代表大会常务委员会关于禁毒的决定》明文规定禁止吸食、注射毒品，但由于没有对吸食、注射毒品的行为规定刑罚后果，所以，吸食、注射毒品的行为就不是犯罪。再如，当刑法分则条文仅对聚众犯罪的首要分子规定了刑罚后果，而没有对其他参加者规定刑罚后果时，表明其他参加者的行为不成立犯罪。如《刑法》第291条规定：“聚众扰乱车站、码头、民用航空站、商场、公园、影剧院、展览会、运动场或者其他公共场所秩序，聚众堵塞交通或者破坏交通秩序，抗拒、阻碍国家治安管理工作人员依法执行职务，情节严重的，对首要分子，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。”本罪只有首要分子才构成犯罪。

第二，应受刑罚处罚与是否实际受到刑罚处罚是两回事。犯罪不一定都实际受到刑罚的处罚。这里注意两个词的区别：免除刑罚处罚与不予刑罚处罚。前者的前提是行为已经构成犯罪，后者的前提是行为不构成犯罪。

注意：不能直接根据犯罪的基本特征来认定犯罪，而应当根据具体犯罪的犯罪构成来认定犯罪。

(2) 但书的理解。

《刑法》第13条的但书对前段表示了相反的关系，不能认为与该条的前段存在矛盾关系。但书的含义是行为由于情节显著轻微危害不大而没有达到犯罪的程度，不构成犯罪，而不是构成犯罪但不负刑事责任。但书是从反面说明了什么不是犯罪，但是但书不是宣告无罪的具体标



准,不能直接但书宣告无罪,行为不符合犯罪构成才是无罪的标准。

对犯罪构成不能作形式的理解,从而使犯罪构成包含了不值得科处刑罚的行为,而必须从实质上理解刑法所规定的具体的犯罪构成,即只能将值得科处刑罚的危害行为解释为符合犯罪构成的行为。例如,不能将私拆一封并无重要内容的信件、因而并未造成严重后果的行为,解释为符合《刑法》第253条私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪的犯罪构成的行为,进而直接根据《刑法》第13条的但书宣告无罪,而应将其解释为不属于第253条规定的犯罪构成的行为,以行为不符合犯罪构成为由宣告无罪。

(3) 刑法中危害行为的特征。(2006/2/13)

①有体性:人的身体动静。排除思想犯,但是发表言论的行为可能是危害行为。

②有意性:行为人的意志或意识支配下的身体动静。梦游症的行为,说梦话的行为,身体的本能反应这些都不是刑法中的危害行为。

③危害性:价值评价——对社会具有重大危害。因此:

第一,因为迷信犯的行为不具备侵害法益的任何客观危险性,不是刑法意义上的行为。

第二,即使某种行为具有侵害法益的危险性,但这种危险程度极低,刑法也不可能将其规定为犯罪,这种行为也不可能成为实行行为。

(4) 不作为犯。(2006/2/4; 2011/2/52)

成立不作为犯,在客观上必须具备以下条件:

①负有实施特定积极行为的具有法律性质的义务。义务的来源包括:

a. 法律明文规定义务,如家庭成员之间相互抚养的义务、当事人履行生效的法院裁判的义务。在纯正不作为中,作为义务都是由法律明文规定的。这里的法律规定,是指由其他法律规定而经刑法予以认可,如果只有其他法律规定而未经刑法认可,则不能成为不作为之作为义务。

b. 职务或业务上要求的义务,如值班医生、执勤消防队员有救人和救火的义务。

c. 法律行为引起的义务,如合同行为。例如,自愿被人雇用作为小孩的保姆,就有看护好

小孩,防止其遭受意外伤害的义务。

d. 先前行为引起的义务,即先前行为导致刑法保护的社会关系处于危险状态,行为人负有采取有效措施排除危险或防止结果发生的特定义务。先前行为可以是正当行为,也可以是违法行为。

不作为的义务来源中的先前行为是否包括犯罪行为,是值得研究的问题。一般认为不包括。常见的就是伤害后不予以抢救,后来导致被害人死亡的案件。如甲在一偏僻处,故意将乙刺成重伤,乙流血不止,甲见状没有救助而是扬长而去,甲的行为不构成故意杀人罪。这类案件一般认为只成立故意伤害罪。主要的理由包括:第一,从合理性的角度出发,故意伤害行为人的目的就在于将被害人伤害,伤害者在伤害后还去抢救,这在实践中是极为罕见,也是不合常理的;第二,如果说故意伤害后行为人不抢救,而放任被害人死亡的行为应认定为故意杀人罪,这意味着相当数量的故意伤害罪要转化为故意杀人罪;第三,故意伤害当场致人死亡的,定故意伤害罪,而如果故意伤害当场未致人死亡,反可以定故意杀人罪,不合情理。虽然两罪的法定最高刑都为死刑,但在罪质上故意杀人罪毕竟比故意伤害罪要重。

e. 重大道德义务不能作为犯罪的义务来源。

②有能力履行该特定义务。

③没有履行该义务,造成或者可能造成危害结果。

对于不作为犯的认定要注意两点:

①行为符合不作为犯罪的一般客观条件,并不等于该种行为就成立犯罪,不能以不作为的成立条件取代犯罪构成要件。只有当某种不作为符合具体的犯罪构成时才成立犯罪。

②作为犯、不作为犯与故意犯、过失犯没有直接对应的关系。

(5) 刑法上因果关系的判断。(2004/2/41; 2006/2/2; 2008/2/52; 2010/2/3; 2011/2/3)

不管是何种学说,实际上要解决的都是一些复杂、奇异事件的因果关系,考试中考查的也正是这一点。我们可以将这些奇异的因果关系情形记住,这可能比掌握那些复杂的理论更有效,因此,可以说目前仍然没有一种理论能完全解决刑



法上的因果关系。这些奇异的因果关系主要包括两大类：一是几类特殊的因果关系；二是介入因素与因果关系中断的问题。实际上，在判断有无因果关系时，常识和朴素的公正观念作为标准往往比其他标准更可行。

①几类特殊的因果关系：假定的因果关系、择一的因果关系和重叠的因果关系。

a. 假定的因果关系：虽然某个行为导致结果发生，但即使没有该行为，由于其他情况也会产生同样结果。如甲因中毒即将死亡，此时，甲的仇人乙将甲杀死，没有乙的杀害行为，甲同样会马上死亡。但乙的行为与甲的死亡之间仍然存在因果关系。

b. 择一的因果关系：两个以上的行为分别都能导致结果的发生，但在行为人没有意思联络的情况下，竞合在一起导致了结果的发生。在这种情况下，一般认为存在刑法上的因果关系。如张某与李某没有意思联络，都准备杀郭某，并同时向郭某开枪，且都打中了郭某心脏，张某、李某二人的行为与郭某死亡之间都有因果关系。

c. 重叠的因果关系：两个以上的独立的行为，单独都不能导致结果的发生，但合并在一起导致了结果的发生。这种情况也认为存在刑法上的因果关系。如高某与朱某二人没有意思联络，分别向古某的食物中投放了致死量 50% 的毒药，古某吃后因中毒死亡，高某、朱某二人的行为与古某死亡之间都具有刑法上的因果关系。

②介入因素与因果关系的中断，这是更为复杂和重要的内容。

介入因素包括三类情形：自然事件、第三人行为以及被害人自身行为。主要考虑介入因素的性质以及同先前行为之间的关系，即介入因素本身的出现是异常还是正常的（是一种概率大小的判断）、介入因素是独立还是从属于先前行为。如果介入因素的出现是异常的、介入因素本身独立于先前行为，则先前行为与危害结果之间的因果关系被中断而不存在刑法意义上的因果关系；反之，则先前行为同危害结果的因果关系并未中断，而仍存在刑法意义上的因果关系。一般情况下，如果它是异常的，肯定是独立的；如果是正常的，肯定是从属先前行为的，二者是一致的。

如果被害人死亡的结果是由被告人与被害人的行为结合在一起造成的，在这种情况下，如果被害人的行为是被迫或者不能自己支配的，一般认为有因果关系。即在通常情况下，被害人作出此种行为的概率比较大。如果被害人只是受了轻伤，行为有相当的自主性；或者虽然被害人受了重伤，但其已被其他人所支配，如在医院接受治疗，并由其他人的过错行为导致死亡，一般认为在这些情况下，被告人的行为与被害人死亡的结果之间不存在因果关系。例如：甲在楼上持刀追杀乙，乙为躲避甲的追杀而跳楼摔死，甲的行为与乙死亡的结果之间具有刑法上的因果关系。

★★第十四条【故意犯罪】 明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。

故意犯罪，应当负刑事责任。

→ 命题题眼

犯罪故意是重要的考查点，一定要与犯罪过失一起熟练掌握。主要考点有：

(1) 应当将犯罪故意与一般生活意义上的故意相区别。犯罪故意具有特定内容，具体表现为对自己实施的危害行为及其后果的认识与希望或者放任态度。一般生活意义上的故意只是表明行为人有意识地实施某种行为，但不具有上述犯罪故意的内容。（2004/2/15）

(2) 罪过与犯罪行为同时性原理，即罪过是指行为时的罪过，而不是行为前或者行为后的心理。行为人的精神状态也应当以行为时的状态为准。

(3) 故意的认识因素是明知自己的行为会发生危害社会的结果。具体来讲：第一，行为人明知自己行为的内容与危害性质；第二，行为人明知自己的行为会发生某种危害结果，对危害结果的认识不要求很具体，只要求认识到危害结果的基本性质；第三，某些犯罪的故意还要求行为人认识到刑法规定的特定事实，如特定的时间、地点、对象等；第四，对于规范的构成要件要素，行为人也必须具有认识。（2008/2/2；2011/2/5）

(4) 直接故意和间接故意的区别：在认识因素上，直接故意是明知必然发生危害结果或者可能发生危害结果，间接故意只能是明知可能发



生危害结果；在意志因素上，直接故意是希望，间接故意是放任。特定结果的发生与否，对这两种故意支配下的行为的定罪有不同影响，对于直接故意，法定的结果是否发生是其既遂的标志；对于间接故意，则是成立何种犯罪或者是否构成犯罪的标志。

间接故意通常发生于三种情形。记住这三种情形有助于判断是否为间接故意：①行为人为追求某一个犯罪目的而放任另一个危害结果的发生。对此，有学者将其称为“豁出去”的间接故意。例如，某甲为杀害妻子，明知儿子喜欢用其妻的杯子喝水，为达到杀妻的目的，仍在其妻茶杯中投毒，结果其6岁男孩饮后死亡。甲对于自己儿子死亡结果的发生，便属间接故意。②行为人为追求一个非犯罪的目的而放任某种危害结果的发生。对于这种间接故意，有学者将其称为“无所谓”的间接故意。例如，某甲打猎时发现猎物附近有一割草的小孩，明知开枪射击猎物有可能击中小孩，但仍开枪，结果打死小孩。甲对于小孩死亡结果的发生，亦属间接故意。③激情冲动下的突发性犯罪，往往是临时起意，不计后果，放任严重结果的发生。这种间接故意，又有学者称为“不计后果”的间接故意。(2002/2/50；2003/2/1；2010/2/92)

(5) 刑法总则中的明知和分则某些法条中的明知的关系。刑法总则对故意犯罪规定了明知，刑法分则某些条文对犯罪规定了“明知”的特定内容。这两种明知既有区别又有联系。刑法总则中的明知是故意的一般构成要素；刑法分则中的明知是故意的特定构成要素。只有具备分则中的明知，才能产生总则中的明知。但分则中的明知不等于总则中的明知，只是总则中的明知的前提。如掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪以行为人明知是犯罪所得及其产生的收益为成立条件，行为人只有在明知是犯罪所得及其产生的收益后，才能明知自己行为的危害性。

另外，刑法分则关于明知的规定，大多属于注意规定，即提醒司法工作人员注意的情况。即使分则没有明知的规定，也应根据总则关于故意的规定，确定必须明知的事实。在刑法分则就某一罪的构成要件规定有明知时，该罪在主观方面也可以是间接故意。因为，明知包括明确知道和

明知可能是，在明知可能是的情况下，就存在放任危害结果发生的情形，从而成立间接故意。

(6) 区分犯意转化与另起犯意。犯意转化存在两种情形：一是行为人以犯意实施犯罪的预备行为，却以彼犯意实施犯罪的实行行为，如在预备阶段是抢劫犯意，但在进入现场后，发现无人，就实施了盗窃行为。此种情况下的犯意转化一般应以实行行为吸收预备行为，按实行行为一罪论处，也可能根据重行为吸收轻行为的原则认定为一罪。二是在实行犯罪的过程中犯意改变，导致此罪与彼罪的转化。例如在故意伤害他人的过程中改变犯意，意图杀死他人，对此按较重的犯意处理，即此案以故意杀人罪论处。另起犯意是前一罪已经既遂、未遂或者中止后，行为人又另起犯意实施另一犯罪行为，因而成立数罪。二者的主要区别是：①犯意转化按一罪处理，另起犯意按数罪处理；②行为在继续过程中，才有犯意转化问题，如果行为由于某种原因終了，则只能是另起犯意；③同一被害对象既有犯意转化问题，也存在另起犯意的问题，如果针对不同对象，则只能是另起犯意。

(7) 某些司法解释中明文规定的推定故意的情形。推定就是根据客观事实推导行为人的心理状态。对某些特殊犯罪的故意的认定，推定方式得到肯定。如对掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪，非法收购盗伐、滥伐的林木罪，包庇罪，嫖宿幼女罪，走私罪等的认定中，都存在推定故意的情形。特别是《最高人民法院关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》和《最高人民法院、最高人民检察院、海关总署关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》中对非法收购盗伐、滥伐的林木罪和走私罪的故意的推定的具体情形。

(8) 事实认识错误。(2002/2/32；2004/2/41；2006/2/52；2007/2/5、54；2008/2/3、54；2010/2/51、54；2010/4/2；2011/2/53)

故意是认识因素与意志因素的统一，因此，对客观事实的认识错误就可能影响故意。认识错误是指行为人的认识与实际情况不一致。对事实的认识错误分为具体的事实认识错误与抽象的事实认识错误。

①具体的事实认识错误，是指行为人认识的



事实与实际发生的事实虽然不一致，但没有超出同一犯罪构成的范围，即行为人只是在某个犯罪构成的范围内发生了对事实的认识错误，因而也被称为同一犯罪构成内的错误。具体的事实认识错误主要包括对象错误、打击错误与因果关系的错误。对于具体的事实认识错误，存在具体的符合说与法定的符合说的争论。前者认为，行为人所认识的事实与实际发生的事实具体地相一致时，才成立故意的既遂犯；后者认为，行为人所认识的事实与实际发生的事实，只要在犯罪构成范围内是一致的，就成立故意的既遂犯。我国的刑法理论采取法定符合说。

a. 具体的事实认识错误中的对象错误，是指行为人误把甲对象当做乙对象加以侵害，而甲对象与乙对象体现相同的法益，行为人的认识内容与客观事实仍属同一犯罪构成的情况。例如，行为人本欲杀甲，黑夜里误将乙当做甲进行杀害。根据法定符合说，刑法规定故意杀人罪是为了保护人的生命，而不只是保护特定的甲或者特定的乙的生命。因此，只要行为人主观上想杀人，而客观上又杀了人，那么就符合故意杀人罪的构成要件，成立故意杀人罪的既遂。本来，根据具体符合说，由于行为人本欲杀甲，而客观上却杀害了乙，二者没有具体地相符合，行为人对甲应成立故意杀人未遂，对乙应成立过失致人死亡。但现在的具体符合说论者也都认为，这种对象错误并不重要，因而不影响故意犯罪既遂的成立。所以，就这种对象错误而言，具体符合说与法定符合说的结论完全相同。

b. 打击错误也称方法错误，是指由于行为本身的差误，导致行为人所欲攻击的对象与实际受害的对象不一致，但这种不一致仍然没有超出同一犯罪构成。例如，行为人举枪射击甲，但因没有瞄准而击中了乙，导致乙死亡。

关于打击错误，具体符合说认为，由于客观事实与行为人的主观认识没有形成具体的符合，所以，在上例中，行为人对甲承担杀人未遂的责任，对乙则承担过失致人死亡的责任；由于只有一个行为，故二者属于想象竞合犯，从一重罪论处。但是，由于具体的符合说存在诸多缺陷，刑法理论采取法定符合说，即在上述情况下，行为人主观上具有杀人的故意，客观上的杀人行为

也导致他人死亡，二者在刑法规定的故意杀人罪的犯罪构成内容完全一致的，因而成立故意杀人既遂。问题是，行为人本欲杀甲，但因为行为差误，同时导致甲与乙死亡的，应如何处理？根据法定符合说中的数故意说，行为人对甲与乙都成立故意杀人既遂。当然，采取数故意说并不意味着成立数个故意杀人罪，因为只有一个行为，所以应按想象竞合犯以一罪论处。

c. 因果关系的错误，是指侵害的对象没有错误，但造成侵害的因果关系的发展过程与行为人所预想的发展过程不一致，以及侵害结果推后或者提前发生的情况。因果关系的错误主要有三种情况：狭义的因果关系的错误、事前故意与构成要件的提前实现。

狭义的因果关系的错误，是指结果的发生不是按照行为人对因果关系的发展所预见的进程来实现的情况。例如，甲以杀人的故意用刀刺杀乙，使乙受伤，但乙为血友病患者，因流血过多而死亡。再如，甲为了使乙溺死而将乙推入井中，但井中没有水，乙摔死在井中。又如，甲以杀人故意向乙开枪射击，乙为了避免子弹打中自己而后退，结果坠入悬崖而死亡。要解决因果关系的认识错误问题，关键是要明确故意的成立所要求的对因果关系的认识，是一种什么程度的认识。只要行为人对因果关系的基本部分有认识即可，而不要求对因果关系发展的具体样态有明确认识。所以，行为人对因果关系发展的具体样态的认识错误，不影响故意犯罪既遂的成立。换言之，指向同一结果的因果关系发展过程的错误，在犯罪构成的评价上并不重要，因为既然行为人具有实现同一结果的故意，现实所发生的结果与行为人所实施的行为也具有因果关系，就必须肯定行为人对现实所产生的结果具有故意，因而成立故意犯罪既遂。

事前故意，是指行为人误认为第一个行为已经造成结果，出于其他目的实施第二个行为，实际上是第二个行为才导致预期的结果的情况。例如，甲以杀人故意对乙实施暴力（第一行为），造成乙休克后，甲以为乙已经死亡，为了隐匿罪迹，将乙扔至水中（第二行为），实际上乙是溺死于水中。刑法理论上对这种情况有多种处理意见：第一种观点认为，行为人的第一行为成立故