

法律版

F A L U B A N

司法考试案例突破教程

SIFA KAOSHI ANLI TUPO JIAOCHENG

刑法

法律考试中心 / 组编

冉巨火 / 著



司法考试案例突破教程

刑 法

法律考试中心 组编

冉巨火 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法 / 法律考试中心组编. — 北京: 法律出版社, 2006. 3
(司法考试案例突破教程)
ISBN 7-5036-6168-2

I. 刑… II. 法… III. 刑法—中国—法律工作者—资格考核—
自学参考资料 IV. D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 012414 号

©法律出版社·中国

责任编辑 / 马丽娟

装帧设计 / 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 / 北京外文印刷厂

责任印制 / 沙 磊

开本 / 787×1092 毫米 1/16

印张 / 13.25 字数 / 341 千

版本 / 2006 年 3 月第 1 版

印次 / 2006 年 3 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 7-5036-6168-2 / D·5885 定价: 25.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

编写说明

三大实体法和三大诉讼法在司考中占据绝对的主体地位,总分值达到了70%至80%。如果能把握好这“六大巨头”,胜利将近在咫尺。这“六大巨头”在整个法律体系中位居基础与核心地位,因此试题难度不断攀升,成为司法考试的“爬坡区”。许多考生都有这样的感觉,复习多遍后,仍然不会做题,这主要是没有理解考点的关键内容。那么,如何突破司法考试的“爬坡区”呢?

其实,很多考生只是缺乏只言片语的点睛指导,正是那关键的点睛之语,可以让考生对考点豁然顿悟,突破自身的极限,帮助考生顺利通过“爬坡区”。

为此,我们特意组织了一批司法考试培训市场的后起之秀,他们活跃于北京各大司法考试培训学校,用他们所积累的培训经验,倾心打造本套丛书,以期对考生理解、记忆和应用法律有所益处,帮助考生顺利通过司法考试。

(一)本书体例

1. [基础理论]:选择重要考点,总结基础理论,突出需要重点记忆的知识点。其中的“易错点提示”,为考生指出了本考点易混淆、出错的知识点,让考生如临课堂,豁然开朗。

2. [突破案例]:练习是通过司法考试的必要途径,尤其是案例练习,突破了简单记忆的局限,培养考生用法条和理论解决实际问题的应用能力。本栏目摘选典型案例,着重于与考点相关、易混淆知识点,例如对于本考点所涉及的基础理论的特殊和例外规定,司法考试中考生很难注意到的思维死角,以及通过横向对比等方式体现的容易出错、混淆的知识点等等,加强考生对于相关知识的深度理解和应用能力,训练考生的答题思路。

3. [突破要诀]:针对司法考试培训中多数考生遇到的瓶颈问题,本栏目从容易混淆和出错处、如何记忆、如何区分等方面进行简要归纳和总结,加深考生对于重点、难点和疑点的记忆与理解。

(二)备战司法考试的建议

1. 注重案例练习的作用。准备司法考试,或者说学习任何东西,要解决的就是三个问题:理解、记忆和应用。理解是前提,记忆是关键,而应用是目的。法律不是用来看的也不是用来学的,而是用来用的。司法考试作为法律职业的资格考试,考查的主要对象并非是高深的法学理论,而是将法律规范运用到具体案例的能力。这在司法考试的试题中表现为:没有名词解释,没有简答,80%的题目都是小案例。因此,编者认为,司法考试成败的关键在于考生是否能够将自己所理解和记忆的法律知识运用到具体的语境中。

案例练习能将法律规范与法律规范、法律规范与具体事实(具体语境)联系起来,在这种穿梭联系的过程中,既可以培养自己的法律逻辑思维,又可以将分散的法律知识整合为一个整体,最终解决法律知识的应用问题。因此,在单纯记忆性考题减少、小型案例题逐渐增多的司法考试中,考生应当明确案例练习的重要性,在记忆、理解法条和基础理论的同时,在案例中灵活应用所学知识,走出复习多遍后仍然不会做题的困境。

2. 慎用“题海战术”。一些考生走入误区,以为题海战术就能万事大吉,于是不惜代价,购买了各种各样的参考书,期望通过全方位的练习,达到通过司法考试的目的,结果每本参考书都只能走马观花地翻阅,甚至不一定有时间翻阅,花费了大量时间和金钱,却收效甚微。

其实,“万变不离其宗”,无论历届司法考试的题型如何变化,其内容都根源于教材。因此,首先要

抓住教材,才能把握方向。习题的作用在于帮助考生发现自己的薄弱点,巩固自己的记忆,促进对知识的理解。因此,我们的建议是:在教材之外,抓住一本或者一套适合自己的参考书,读透每一个知识点,并在复习后期对真题进行分析和研究,把握出题思路和考点,对于应试有着不可忽视的作用。

3. 勿执著于争议问题。目前,市面上各种司法考试的辅导书可谓层出不穷,各类辅导班如雨后春笋,这为考生准备考试提供了有力的武器。不过,细心的考生会发现,不同图书对同一个试题的解答可能相异,不同辅导教师对个别考点的观点也可能不同,这给考生造成了很大的困惑,有部分考生因此不知道如何面对这样的问题。

对此,我们的建议是:一方面,有争议的考点往往不是司法考试的重点,千万不要执著于个别问题,而影响对整个考试的复习效率。另一方面,就考试本身而言,对于有争议的问题,要以司法部考试中心编审的大纲和最新教材为主,把大纲和教材读透、读薄,是考试制胜的法宝。

4. 权衡放弃的利弊。司法考试确实是一门“放弃”的艺术,考生在复习的时候,应当懂得“放弃”与“选择”,以最少的投入,获得最大的回报。但在实际操作中,放弃容易而艺术难!部分考生单纯地放弃一些小学科,往往导致最容易得到的分数没有得到,而想要得到的分数不一定得到,以致没能通过司法考试。

对此,我们的建议是:首先要明确“放弃”的方向,“放弃”并非是单纯的舍弃,而应当合理支配时间,抓住重点,突破难点。其次,当我们的放弃水平还达不到“艺术”之境界时,那么还是请记住那句话:基本的永远是重要的,最基本的永远是最重要的!

对明天最好的准备就是今天做到最好。衷心祝愿阅读本书的考生能够顺利通过司法考试!

编者

2006年3月

目 录

第一章 刑法概说	1
考点1 罪刑法定原则	1
考点2 平等适用刑法原则	2
考点3 罪刑相适应原则	2
考点4 刑法的空间效力	3
考点5 刑法的时间效力	4
第二章 犯罪概说	6
考点1 身份犯与非身份犯	6
考点2 亲告罪与非亲告罪	6
考点3 基本犯、加重犯与减轻犯	6
第三章 犯罪构成	8
第一节 犯罪构成概述	8
考点1 记述的构成要件要素与规范的构成要件要素	8
考点2 共同的构成要件要素与非共同的构成要件要素	8
第二节 犯罪客体	9
考点1 简单客体与复杂客体的辨认	9
考点2 犯罪客体与犯罪对象的关系	9
第三节 犯罪客观要件	9
考点1 危害行为	10
考点2 刑法上的因果关系	11
第四节 犯罪主体	12
考点1 刑事责任年龄	13
考点2 刑事责任能力	14
考点3 特殊身份	15
考点4 单位犯罪	15
第五节 犯罪主观要件	17
考点1 犯罪故意	17
考点2 犯罪过失	19
考点3 无罪过事件	20
考点4 犯罪的目的与动机	21
考点5 刑法上的认识错误	21

第四章 排除犯罪的事由	24
考点1 正当防卫	24
考点2 紧急避险	26
考点3 紧急避险与正当防卫的界限	28
第五章 犯罪的未完成形态	29
考点1 犯罪的未完成形态的概念	29
考点2 故意犯罪形态与故意犯罪阶段的关系	30
考点3 犯罪既遂	31
考点4 犯罪预备	32
考点5 犯罪中止	33
考点6 犯罪未遂	35
考点7 犯罪预备、中止、未遂之间的区别	37
第六章 共同犯罪	39
考点1 共同犯罪的成立条件	39
考点2 共同犯罪的形式	41
考点3 主犯及其刑事责任	43
考点4 从犯及其刑事责任	44
考点5 胁从犯及其刑事责任	44
考点6 教唆犯及其刑事责任	45
考点7 共同犯罪与犯罪形态	46
第七章 罪数	49
考点1 实质的一罪	49
考点2 处断的一罪	51
考点3 法定的一罪	53
第八章 刑罚概说	55
考点1 刑罚的概念和特点	55
考点2 刑罚的目的	55
第九章 刑罚的体系	56
考点1 我国刑罚的体系	56
考点2 管制	56
考点3 拘役	57
考点4 有期徒刑	57
考点5 无期徒刑	57
考点6 死刑	58
考点7 罚金	60
考点8 剥夺政治权利	61
考点9 没收财产	62

第十章 刑罚的裁量	63
考点1 量刑情节	63
考点2 累犯	63
考点3 自首	65
考点4 立功	67
考点5 从重、从轻、减轻与免除处罚制度	68
考点6 数罪并罚制度	69
考点7 缓刑制度	70
第十一章 刑罚的执行	73
考点1 减刑制度	73
考点2 假释制度	74
第十二章 刑罚的消灭	76
考点1 追诉时效	76
考点2 赦免	77
第十三章 罪刑各论概说	78
考点1 罪状	78
考点2 罪名	78
考点3 法定刑	78
考点4 刑法分则的法条竞合	79
第十四章 危害国家安全罪	80
考点1 叛变类危害国家安全犯罪	80
考点2 资敌类危害国家安全犯罪	80
考点3 间谍类危害国家安全犯罪	81
第十五章 危害公共安全罪	83
考点1 以危险方法危害公共安全的犯罪	83
考点2 破坏公用工具、设施危害公共安全的犯罪	84
考点3 实施恐怖、危险活动危害公共安全的犯罪	85
考点4 非法持有、私藏枪支弹药罪	85
考点5 非法出租出借枪支罪	86
考点6 交通肇事罪	87
考点7 重大责任事故罪	89
第十六章 破坏社会主义市场经济秩序罪	91
第一节 生产、销售伪劣商品罪	91
考点1 生产、销售伪劣产品罪	91
考点2 《刑法》第141至148条所列之罪	92
第二节 走私罪	93
第三节 妨害对公司企业的管理秩序罪	95

考点1 虚假出资类犯罪	95
考点2 提供虚假财会报告罪与妨碍清算罪	96
考点3 公司、企业人员受贿罪	96
考点4 非法经营同类营业罪与为亲友非法牟利罪	97
考点5 公司、企业人员渎职类犯罪	98
第四节 破坏金融管理秩序罪	98
考点1 伪造与变造货币的犯罪	98
考点2 出售、购买、运输假币罪	99
考点3 持有、使用假币罪	99
考点4 高利转贷罪	100
考点5 伪造、变造金融票证罪	100
考点6 伪造、变造国家有价证券罪	100
考点7 内幕交易、泄露内幕信息罪	100
考点8 违法向关系人发放贷款罪与违法发放贷款罪	101
考点9 用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪	101
考点10 逃汇罪	102
考点11 骗购外汇罪	103
考点12 洗钱罪	103
第五节 金融诈骗罪	104
考点1 集资诈骗罪	104
考点2 贷款诈骗罪	104
考点3 票据诈骗罪	105
考点4 金融凭证诈骗罪	106
考点5 信用证诈骗罪	106
考点6 信用卡类犯罪	106
考点7 有价证券诈骗罪	107
考点8 保险诈骗罪	108
第六节 危害税收征管罪	109
考点1 偷税罪与骗取出口退税罪	109
考点2 抗税罪	110
考点3 增值税发票相关犯罪	110
第七节 侵犯知识产权罪	111
考点1 侵犯商标权类犯罪	111
考点2 侵犯著作权类犯罪	112
考点3 侵犯商业秘密罪	112
第八节 扰乱市场秩序罪	113
考点1 损害商业信誉、商品声誉罪	113
考点2 合同诈骗罪	114
考点3 非法经营罪	114
考点4 强迫交易罪	115
第十七章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	116
考点1 故意杀人罪	116
考点2 过失致人死亡罪	118

考点3 故意伤害罪	119
考点4 过失致人重伤罪	120
考点5 强奸罪	120
考点6 强制猥亵、侮辱妇女罪与猥亵儿童罪	121
考点7 非法拘禁罪	121
考点8 绑架罪	122
考点9 拐卖妇女、儿童罪与拐骗儿童罪	124
考点10 收买被拐卖的妇女、儿童罪	125
考点11 聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪	126
考点12 诬告陷害罪与报复陷害罪	126
考点13 强迫职工劳动罪与雇用童工从事危重劳动罪	127
考点14 非法搜查罪与非法侵入住宅罪	127
考点15 刑讯逼供罪与暴力取证罪	127
考点16 侮辱罪与诽谤罪	129
考点17 侵犯通信自由罪与私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪	129
考点18 破坏选举罪	130
考点19 暴力干涉婚姻自由罪	130
考点20 重婚罪与破坏军婚罪	131
考点21 虐待罪与遗弃罪	131
第十八章 侵犯财产罪	133
考点1 抢劫罪	133
考点2 盗窃罪	137
考点3 诈骗罪	140
考点4 抢夺罪	141
考点5 侵占罪	142
考点6 挪用资金罪、挪用特定款物罪与职务侵占罪	143
考点7 敲诈勒索罪	144
考点8 故意毁坏财物罪与破坏生产经营罪	145
第十九章 妨害社会管理秩序罪	146
第一节 扰乱公共秩序罪	146
考点1 妨害公务罪	146
考点2 煽动暴力抗拒法律实施罪	147
考点3 招摇撞骗罪	147
考点4 伪造、变造居民身份证罪	147
考点5 涉密类犯罪	148
考点6 计算机类犯罪	148
考点7 聚众扰乱社会秩序罪和聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪	148
考点8 投放虚假危险物质罪与编造、故意传播虚假恐怖信息罪	149
考点9 聚众斗殴罪	149
考点10 寻衅滋事罪	149
考点11 黑社会性质组织类犯罪	150
考点12 传授犯罪方法罪	151

考点 13 聚众淫乱罪	151
第二节 妨害司法罪	151
考点 1 妨害作证相关犯罪	151
考点 2 打击报复证人罪与扰乱法庭秩序罪	152
考点 3 窝藏、包庇罪	153
考点 4 窝藏、转移、收购、销售赃物罪	154
考点 5 拒不执行判决、裁定罪	154
考点 6 非法处置查封、扣押、冻结的财产罪	155
考点 7 脱逃罪和越狱、劫狱相关犯罪	155
第三节 妨害国(边)境管理罪	156
考点 1 组织他人偷越国(边)境罪	156
考点 2 骗取出境证件罪	156
考点 3 运送他人偷越国(边)境罪	157
第四节 妨害文物管理罪	157
考点 1 故意损毁文物罪	157
考点 2 非法向外国人出售、赠送珍贵文物罪	158
考点 3 倒卖文物罪	158
第五节 危害公共卫生罪	158
考点 1 妨害传染病防治罪与传染病菌种、毒种扩散罪	158
考点 2 非法组织卖血罪与强迫卖血罪	159
考点 3 非法采集、供应血液、制作、供应血液制品罪与采集供应血液事故罪	159
考点 4 医疗事故罪	160
考点 5 非法行医罪	160
考点 6 非法进行节育手术罪	160
第六节 破坏环境资源保护罪	161
考点 1 重大环境污染事故罪、非法处置进口的固体废物罪与擅自进口固体废物罪	161
考点 2 非法占用农用地罪	162
考点 3 盗伐林木罪与非法收购、运输盗伐、滥伐林木罪	162
第七节 走私、贩卖、运输毒品罪	163
考点 1 走私、贩卖、运输、制造毒品罪	163
考点 2 非法持有毒品罪	163
考点 3 包庇毒品犯罪分子罪与窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪	164
考点 4 非法种植毒品原植物罪	164
考点 5 引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪与强迫吸毒罪	164
考点 6 容留他人吸毒罪	165
考点 7 非法提供麻醉药品、精神药品罪	165
第八节 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	165
考点 1 组织卖淫罪、协助组织卖淫罪、强迫卖淫罪与引诱、容留、介绍卖淫罪	165
考点 2 引诱幼女卖淫罪与嫖宿幼女罪	166
考点 3 传播性病罪	167
第九节 制作、贩卖、传播淫秽物品罪	167
考点 1 制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪与传播淫秽物品罪	167
考点 2 为他人提供书号出版淫秽书刊罪	168
考点 3 组织播放淫秽音像制品罪	168

第二十章 危害国防利益罪	169
考点1 阻碍军人执行职务罪	169
考点2 破坏武器装备、军事设施、军事通信罪	169
考点3 冒充军人招摇撞骗罪	169
考点4 雇用逃离部队军人罪	170
考点5 接送不合格兵员罪	170
第二十一章 贪污贿赂罪	171
考点1 贪污罪	171
考点2 挪用公款罪	173
考点3 受贿罪	175
考点4 行贿罪	176
考点5 对单位行贿罪与单位行贿罪、单位受贿罪	177
考点6 介绍贿赂罪	178
考点7 巨额财产来源不明罪与隐瞒境外存款罪	178
考点8 私分国有资产罪与私分罚没财物罪	178
第二十二章 渎职罪	180
考点1 滥用职权罪	180
考点2 玩忽职守罪	182
考点3 故意泄露国家秘密罪	182
考点4 徇私枉法罪	184
考点5 民事、行政枉法裁判罪	186
考点6 执行判决、裁定失职罪与执行判决、裁定滥用职权罪	187
考点7 私放在押人员罪与失职致使在押人员脱逃罪	187
考点8 徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪	188
考点9 徇私舞弊不移交刑事案件罪	188
考点10 环境监管失职罪	188
考点11 传染病防治失职罪	189
考点12 放纵走私罪	189
考点13 不解救与阻碍解救被拐卖、绑架的妇女、儿童罪	189
考点14 帮助犯罪分子逃避处罚罪	189
第二十三章 军人违反职责罪	191
考点1 战时缓刑	191
考点2 军人违反职责罪的适用对象	191
考点3 战时的界定	191
考点4 战时自伤罪	192
考点5 阻碍执行军事职务罪	192
考点6 为境外窃取、刺探、收买、非法提供军事秘密罪	192
考点7 故意泄露军事秘密罪与过失泄露军事秘密罪	193
考点8 武器装备肇事罪	193
考点9 盗窃、抢夺武器装备、军用物资罪	193
考点10 虐待部属罪	193

第一章 刑法概说

1. 一般来说,刑法是以国家名义颁布的,规定犯罪及其法律后果(主要是刑罚)的法律规范的总和。刑法的任务是惩罚犯罪、保护人民。“刑法”一词有广义与狭义之分。在我国狭义的刑法是指刑法典,现行刑法典为1997年3月14日通过并颁布的《中华人民共和国刑法》。广义的刑法,包括刑法典、单行刑法与附属刑法,截止到目前,1997年3月刑法修订后,全国人民代表大会常务委员会共颁布了一个单行刑法和五个修正案,此外还颁布了多个立法解释。

2. 刑法的体系是指刑法的组成和结构。广义的刑法体系是指刑法的各种渊源及其相互关系;狭义的刑法体系是指刑法典的组成和结构。刑法典由总则、分则和附则三个部分组成。刑法解释是指对刑法规定意义的说明。刑法解释按其效力可分为立法解释、司法解释与学理解释;按解释方法又可分为文理解释与论理解释。

3. 刑法的基本原则是指刑法本身所具有的,贯穿刑法始终,必须得到普遍遵循的具有全局性、根本性的准则。我国刑法明文规定了三个基本原则:罪刑法定原则、适用刑法人人平等原则、罪刑相适应原则。

4. 刑法的适用范围,也称刑法的效力,讨论的是刑法在什么空间、时间内具有效力的问题,亦即刑法在什么地方、对什么人和在什么时间内具有效力,包括刑法的空间效力和时间效力。

考点 1 罪刑法定原则

【基础理论】

罪刑法定原则的经典表述是“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”。罪刑法定原则产生的思想渊源是三权分立学说与心理强制说,其思想基础是民主主义与尊重人权主义。

罪刑法定原则的具体要求可以概括为以下三个方面:

1. 罪刑法定化:

(1)规定犯罪及其法律后果的法律必须由国家立法机关制定;

(2)规定犯罪及其法律后果的法律必须是成文法,排斥习惯法;

(3)禁止不利于行为人的事后法(禁止重法溯及既往);

(4)禁止不利于行为人的类推解释;

(5)不允许法官的擅断。

2. 罪刑合理化:

(1)只将值得科处刑罚的行为规定为犯罪,禁止将轻微危害行为当作犯罪处理;

(2)处罚程度必须适应现阶段一般人的价值观念,禁止不均衡的、残虐的刑罚。

3. 罪刑明确化:

(1)对犯罪构成的规定必须明确;

(2)对法律后果的规定必须明确,禁止绝对的不定刑与绝对的不定期刑。

易错点提示:罪刑法定原则虽然禁止不利于被告人的类推解释,但并不禁止扩大解释。

【突破案例】

1. 13岁的甲拦路抢得被害人王某手机一部(价值3000元),并将其强奸,为掩盖自己的罪行,甲又将被害人王某残忍地杀害。问甲的行为如何定性?

- A. 抢劫罪 B. 强奸罪
C. 故意杀人罪 D. 无罪

【答案】D

【解析】甲的行为危害程度虽然比较严重,但根据刑法的规定14岁以下的人实施上述行为的不负刑事责任,根据罪刑法定原则,甲的行为不构成犯罪。

2. 关于罪刑法定原则及其内容,下列说法哪些是正确的?

- 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. 罪刑法定原则禁止不利于行为人的事后法,但不禁止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

[解析]现代罪刑法定原则禁止不利于被告人的类推解释,但不禁止扩大解释。扩大解释又称扩张解释,是指如果刑法条文字面的含义比它真实的含义要窄,那么扩张字面含义,使之符合刑法真实含义的解释方法,如最高人民法院将“抢劫正在使用中的运钞车,视为抢劫金融机构”的解释就是扩大解释。选项B显然是错误的。罪刑法定原则不仅仅是约束司法机关的原则,立法机关也要受其约束。犯罪构成要件要素是指组成犯罪构成要件的要素。它包括两种:记述的构成要件要素和规范的构成要件要素。规范的构成要件要素是指在解释构成要件要素和认定构成要件要素的事实时,需要法官的规范的、评价的价值判断才能认定的要素。反之,如果只需要法官的认识活动即可确定,那么这种构成要件要素便是记述的构成要件要素。例如“14周岁”就属于记述的构成要件要素,“情节严重”、“猥亵”等则属于规范的构成要件要素。罪刑法定原则并不排斥规范的构成要件要素,故选项D也是错误的。

[突破要诀]扩大解释与类推解释的区分: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。

考点 2 平等适用刑法原则

【基础理论】

平等适用刑法原则,也即适用刑法人人平等原则,是指刑法规范在根据其内容应当得到适用的所有场合,都必须严格予以适用。适用刑法人人平等原则是宪法中法律面前人人平等原则在刑法中的具体体现。

【突破案例】

以下情形中体现了适用刑法人人平等思想的是:

A. 对累犯从重处罚

B. 对自首、立功从轻处罚

C. 对于未遂犯,可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚

D. 对不满18周岁的人犯罪,应当从轻或者减轻处罚

[答案]ABCD

[解析]累犯人身危险性较大,故对其要从重处罚,A项并不违反适用刑法人人平等原则。自首犯与立功犯的人身危险性较小,故对其要从轻处罚,B项也不违反适用刑法人人平等原则。未遂犯的社会危害性明显要小于既遂犯,故刑法对未遂犯的处罚要轻于既遂犯,C项也是正确的,并不违反适用刑法人人平等原则。未成年人由其生理和心理特点所决定,既有易受影响、引诱走上犯罪道路的一面,又有可塑性大,易接受教育和改造的一面,因此刑法规定对不满18周岁的人犯罪,应当从轻或者减轻处罚,这同样是不违反罪刑法定原则的。D项也是正确的。

[突破要诀]适用刑法人人平等原则并不意味着必要差别的不存在(如刑罚个别化问题),问题在于导致差异的原因是否合理合法。上述四选项中,从重、从轻处罚差别的存在都有其合理的原因,因而是正确的。

考点 3 罪刑相适应原则

【基础理论】

罪刑相适应原则的基本含义是刑罚的轻重应与犯罪的轻重相适应。最经典的表述为:重罪重罚,轻罪轻罚,罪刑相称,罚当其罪。

罪刑相适应原则的具体要求是: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,作为刑罚的尺度。亦即,在对犯罪人判处刑罚时,不仅要考虑犯罪行为的社会危害性,还应结合考虑行为人的主观恶性和人身危险性,综合确定其刑事责任的程度,适用相应轻重的刑罚。

【突破案例】

下列哪项表述是正确的?

A. 罪刑法定原则是我国刑法规定的一项重要的基本原则

B. 罪刑法定原则是我国刑法规定的一项重要的基本原则

C. 我国刑法规定了罪刑相适应原则

D. 我国刑法规定了罪行相适应原则

[答案]BC

[解析]罪刑法定原则和罪刑相适应原则都是我国刑法的重要原则,考生应当熟练掌握其相应内容。需要注意的是“罪刑”不同于“罪行”,后者仅指犯罪行为。

近些年来,司法考试已愈来愈加强此类细节方面的考察,如2005年单选第2题。对此,考生应认真复习,加强自己的基本功训练,而不能走马观花,导致做题时模棱两可。

[突破要诀]罪刑法定原则与罪刑相适应原则中“罪刑”强调的是犯罪与刑罚两方面的意义,而“罪行”一词仅指犯罪行为。

考点 4 刑法的空间效力

【基础理论】

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。刑法在空间的适用范围可从以下五个方面掌握:

1. 属地管辖原则(对中国领域内犯罪的效力)。刑法对国内犯的基本适用原则是属地管辖原则。《刑法》第6条第1款规定:“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。”这里的领域是指我国国境以内的全部区域,包括领陆、领水、领空。所谓“法律有特别规定的以外”,主要包括四种情况,但有实质意义的仅指《刑法》第11条所规定的情况:“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。”

作为属地管辖原则的补充,我国《刑法》第6条第2款规定:“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。”

易错点提示:如果在国际列车上犯罪,根据最高人民法院《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条规定,应按照我国与相关国家签定的有关管辖协定确定管辖。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铁路运输法院管辖。

在犯罪发生地的认定上,《刑法》第6条第3款规定:“犯罪的行为或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。”

易错点提示:这里的行为不仅包括预备行为也包括实行行为;共同犯罪部分行为人的犯罪行为为发生在国内,对该共同犯罪都可适用我国刑

法;在未遂犯的场所,行为地与行为人希望结果发生地、可能发生结果之地,均为犯罪行为发生地。

2. 属人管辖原则(对我国公民在中国领域外犯罪的效力)。《刑法》第7条规定:“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。”

3. 保护管辖原则(对外国人在中国领域外犯罪的效力)。《刑法》第8条规定:“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。”

4. 普遍管辖原则(对国际犯罪的效力)。《刑法》第9条规定:“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。”

5. 保留再行审判的权力。《刑法》第10条规定:“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。”

【突破案例】

1. 某国驻华使馆参赞甲策划、参与了我国国内某犯罪集团的绑架活动,对甲的刑事责任问题应如何解决?

- A. 适用我国刑法追究其刑事责任
- B. 通过外交途径解决
- C. 适用其本国刑法追究其刑事责任
- D. 直接驱逐出境

[答案]B

[解析]甲系外交人员,根据《刑法》第11条的规定,此类人员的刑事责任应通过外交途径解决。

[突破要诀]根据有关国际条约的规定,享有外交特权和外交豁免权的人主要有:

- (1) 外国国家元首和政府高级官员;
- (2) 外交代表、外交职员、参加国际会议、执行特定外交任务或者参加典礼活动的外国代表;
- (3) 与外交官员一起居住的外交官配偶及其

未成年子女。

2. 下列有关中国刑法适用范围的说法正确的是:

A. 中国公民甲在中华人民共和国领域外实施了按照我国刑法规定最高刑为3年以下有期徒刑的犯罪,对甲可以适用中国刑法追究其刑事责任

B. 中国公民甲在中华人民共和国领域外实施了按照我国刑法规定最高刑为3年以下有期徒刑的犯罪,对甲可以不追究刑事责任

C. 乙系日本公民,某日乘坐我国一艘客轮外出游玩。当船行驶至公海上时,乙将船上另一名日本公民丙杀死,因乙丙均系日本公民且发生在公海上,故不能适用我国刑法对其追究刑事责任

D. 乙系日本公民,某日乘坐我国一艘客轮外出游玩。当船行驶至公海上时,乙将船上另一名日本公民丙杀死,因其结果发生在我国船舶上,故对乙可以适用我国刑法追究其刑事责任

[答案] ABD

[解析] 根据《刑法》第7条第1款的规定,中国公民在中华人民共和国领域外实施的犯罪行为,按照刑法规定的最高刑为3年以下有期徒刑的,可以不予追究刑事责任,由此可知B选项是正确的。“可以不予追究”即意味着“也可以追究”,故A选项也是正确的。选项C中,乙的杀人行为虽发生在公海上,但其结果发生在我国轮船上,在我国船舶上发生的行为应视为发生在我国领域内,根据属地原则对乙可以适用我国刑法追究其刑事责任,故C选项是错误的,D选项是正确的。

[突破要诀] 凡在中国领域内发生的犯罪行为,除法律有特别规定的外,适用我国刑法。犯罪行为或犯罪结果有一项发生在我国境内即认为是发生在我国领域内的犯罪行为。凡我国公民犯罪,我国刑法对其肯定有适用效力。外国人在我国领域外对我们国家或我国公民实施的犯罪行为如欲适用我国刑法追究责任,要求该外国人所犯之罪必须是按照我国刑法规定最低刑为3年以上有期徒刑的罪,而且必须是按照犯罪地的法律也受处罚的方可。

考点 5 刑法的时间效力

【基础理论】

刑法的时间效力所解决的问题是刑法从何时

时起至何时止具有适用效力,其内容主要包括三个方面:生效时间(现行刑法自1997年10月1日起生效)、失效时间与溯及既往的效力(溯及力)。

所谓刑法的溯及力,是指刑法生效后,对于其生效以前未经审判或者判决尚未确定的行为是否适用。如果适用,就是有溯及力;如果不适用,就是没溯及力。

我国《刑法》第12条规定:“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。”

理论界将《刑法》第12条的内容概括为从旧兼从轻原则,亦即,新刑法原则上不具有溯及力,但新刑法不认为是犯罪或者处刑较轻的,按照新刑法处理。由于适用事后轻法,对被告人是有利的,与罪刑法定原则保障个人权利的宗旨一致,所以,从旧兼从轻原则与罪刑法定原则并不矛盾。

根据最高人民法院的司法解释,《刑法》第12条规定的“处刑较轻”是指刑法对某种犯罪规定的刑罚,即法定刑比修订前刑法轻。法定刑较轻是指法定最高刑较轻;如果法定最高刑相同,则指法定最低刑较轻。如果刑法规定的某一犯罪只有一个法定刑幅度,法定最高刑或者最低刑是指该法定刑幅度的最高刑或者最低刑;如果刑法规定的某一犯罪有两个以上的法定刑幅度,法定最高刑或者最低刑是指具体犯罪行为应当适用的法定刑幅度的最高刑或者最低刑。

根据《刑法》第12条的精神以及有关司法解释,以下几点值得注意:

1. 对跨越修订后刑法实行日期的继续犯罪、连续犯罪以及其他同种数罪具体应用刑法的问题:

(1) 对于始于1997年9月30日以前,继续到1997年10月1日以后终了的继续犯罪,应当适用修订后刑法一并追诉。

(2) 对于始于1997年9月30日以前,连续到1997年10月1日以后的连续犯罪,或者在1997年10月1日前后分别实施的同种类数罪,其中罪名、构成要件、情节以及法定刑均没有变化的,应

当适用修订后刑法,一并进行追诉,但是,修订后刑法比原刑法所规定的构成要件和情节较为严格,或者法定刑较重的,在提起公诉时应当提出酌情从轻处理的意见。

2. 关于适用刑事司法解释的效力问题:

(1) 司法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。

(2) 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。

(3) 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。

(4) 对于在司法解释施行前已经办结的案件,按照当时的法律和司法解释,认定事实和适用法律都没有错误的,不再变动。

易错点提示:《刑法》第12条适用的对象仅限于1997年10月1日以前未做出生效判决的案件。

【突破案例】

某甲1996年5月1日因犯绑架罪被判处有期徒刑11年,至2005年12月仍在狱中服刑,对某甲能否适用假释?

- A. 适用新刑法,可以假释
- B. 适用旧刑法,不得假释
- C. 根据新刑法规定,不得假释
- D. 适用旧刑法,符合规定的可以假释

[答案]D

[解析]对这一问题的判断应当遵循从旧兼从轻原则,根据最高人民法院《关于适用刑法时间效力若干问题的解释》,对甲应当适用旧刑法,符合规定的可以假释。

[突破要诀](1) 对于行为人1997年9月30日以前实施的犯罪行为,现行刑法没有溯及力的情况:

①《刑法》第88条关于时效延长的规定。根据修订前刑法的规定,在采取强制措施后罪犯逃避侦查审判的,才发生时效延长的效果,仅出现第88条的事由,不发生时效延长的效果。

②《刑法》第63条“酌情减轻”的规定。仍然适用修订前的《刑法》第59条第2款的规定,由各级法院审判委员会自主适用酌情减轻。

③《刑法》第81条第2款对“累犯以及因杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力性犯罪被判处10年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子”不得假释的规定。对上述两类罪犯仍然适用修订前《刑法》第73条的规定,可以假释。

(2) 对于行为人1997年9月30日以前实施的犯罪行为,现行刑法有溯及力的情况:

①前罪判处的刑罚已经执行完毕或者赦免,在1997年10月1日以后又犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的,适用《刑法》第65条的规定(5年以内的标准),符合条件的,构成累犯。

②特殊自首、立功、撤销缓刑、(不受执行期限)“提前假释”、撤销假释等规定,新旧刑法不尽相同,但现行刑法鉴于有利于被告,具有溯及力。