华旭讲义

2017年
国家司法考试
方鹏的刑法

方鹏 ◎ 编著

讲义卷

中国政法大学出版社

需要全本请访问 www.ertongbook.com

2017年
国家司法考试
方鹏的刑法

方鹏 ◎ 编著

讲义卷

中国政法大学出版社
2017 · 北京

声　明　1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

2017年国家司法考试方鹏的刑法. 讲义卷/方鹏编著. —北京：中国政法大学出版社，2017.2
ISBN 978-7-5620-7338-3

Ⅰ.①2… Ⅱ.①方… Ⅲ.①刑法－中国－资格考试－自学参考资料 Ⅳ. ①D924

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第037298号

出 版 者　中国政法大学出版社
地　　址　北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址　北京100088信箱8034分箱　邮编100088
网　　址　http://www.cuplpress.com（网络实名：中国政法大学出版社）
电　　话　010-58908285(总编室)　58908433（编辑部）58908334(邮购部)
承　　印　北京鑫海金澳胶印有限公司
开　　本　787mm×1092mm　1/16
印　　张　38.75
字　　数　950千字
版　　次　2017年2月第1版
印　　次　2017年2月第1次印刷
定　　价　85.00元

前 言

一书在手，刑法学透

司考诸法，刑法至重。刑法科目是司法考试中分值最多、难度最大的学科。刑法试题一向以“细致入微”、“刁钻古怪”、“深奥玄妙”闻名于司考界。学好刑法、考好刑法，是司考通关的最关键、最重要一步。而要想学好刑法、考到高分，在“司考末年”一举通过司考，最为关键的是要选取最好、最准确的备考书籍。好书终生受用，坏书毁人一生。法律的关键在判断正误，司法的核心在于裁决对错。备考考生应擦亮眼睛，从鱼龙混杂的司考市场中挑选出最好的刑法教材。

一、我有好书在手，刑法高分不愁

本教材基于“一书在手，刑法学透”的理念编写，是当前最好的刑法司考辅导书。囊括了刑法必考的所有80个考点内容，内容包括刑法思维方法、理论知识，法条规定（内含最新法条、立法解释、司法解释），权威判例，典型事例和案例，经典真题及解析，拓展习题及解析，面面俱到，无一疏漏。司考已往和未来的考试真题的事例、判断标准、结论，均可在本教材中查找得到。只要把本教材读透、学透、参透，就能轻松通过司考刑法。

在观点和立场方面，本教材与官方立场一致，确保观点绝对正确。在刑法司法考试中，官方坚持的立场是温和的刑法新理论，本教材正是以此为立场，以确保考生百分之百做对答案。其一，坚持新理论（实际上是德日刑法理论），反对旧理论（前苏联刑法理论）。在犯罪构成理论上，坚持客观不法-主观责任、先客观后主观的阶层体系；在共同犯罪中，认为“不法是共同的，责任是分别的”。其二，强调温和的新理论即司法实践堪为实用的新观点，注重实用性，以法条规定、权威判例、司法部给定的司考真题答案为基础，反对毫无依据的瞎讲乱讲、自编自话的所谓偏激学说。

在深度和难度方面，本教材由浅入深，分三个阶层对考点知识进行精讲细解。刑法试题一向具有高超的难度，考生只有具备了“十时挑一”的高端水平，才能过关。本教材对每个考点知识进行讲解时，都将其知识构成由浅到深、由易到难也逐级分为三个阶层，第一阶层是基本知识，第二阶层是进阶知识，第三阶层司考重点难点知识。以帮助考生逐级提升能力水平，达到司考水准。在讲解具有一定难度的理论问题时，本教材采用“夹叙夹议”的方式，先讲观点，再举事例予以说明，力求把问题讲清楚、弄明白。对于以往真题，也是分别编排在各个细节性的知识之下。对于疑难问题，配以图示、表格、公式，以使考生更为容易地理解和运用。同时，为了应对近年来出现的“多观点题”题型，即在考查争

议观点时要求考生答出不同观点的题型，本教材特别设置“观点辨析”内容。在讲解到争议问题时，均采用先叙述通说，再提示性叙述少数观点，叙述不同观点，标明何为通说、何为少数观点，并相应配以事例。

最为重要的是，本教材不仅讲解刑法知识，还传授刑法的思维方式、推理方法。授之与鱼，不如授之与渔。现行的刑法命题理念，更加侧重于考查考生的思维方法、分析能力、推理能力和理论基本功，这也是真题多是奇怪事例、剑走偏锋的原因。本教材在精细讲解知识的同时，以犯罪构成理论为骨架，教习先客观（不法）后主观（责任），客观、主观相统一的犯罪认定思维方式，对具体条文字词进行解释的刑法解释方法，比较案例异同进行类比适用的类比方法。以煅炼考生逻辑缜密思维，注重推理、独立聪慧的头脑。

二、在学习规划上：以80个考点为序，逐个突破

在应试复习时，考生需要有“考点意识”。司考刑法的内容由80个考点组成（详见后文考点列表）。应当在了解整体框架（犯罪构成理论模型）的基础上，按照80个考点顺序复习，逐个考点深入学习、各个突破。做到胸中有丘壑，考试自然定乾坤。当然，司考对每个考点都不是泛泛而考，而是考查得非常精细深入。即使是对法条字句、含义进行考查，也要求能够细致辨别概念内涵、外延，所包括的事项和范围，考查得相当精细。往往非常注重细节，细节决定成败。

当然，刑法考点也有“重者恒重”的特点，考点虽多，但重点考点基本固定。在刑法总论中，因果关系、责任要件（故意、过失、认识错误）、共同犯罪、罪数形态；刑法分论中的“三章加三节”罪名：第4章侵犯人身权利罪、第5章侵犯财产罪、第8章贪污贿赂罪、第3章第5节金融诈骗罪、第6章第2节妨害司法罪，以及第9章渎职罪中的滥用职权罪、徇私枉法罪，第2章危害公共安全罪中的涉枪犯罪、交通肇事罪、危险驾驶罪，都是重点必考点，也是分值分布最多的考点，同时也是难度较大的考点。例如，财产犯罪中诈骗罪与盗窃罪的区分（包括“三角诈骗”与盗窃罪间接正犯的区分）、侵占罪与盗窃罪的区分、受贿罪的共同犯罪及与利用影响力受贿罪的关系，是“亘古不变”的必考点。考生在复习时，应当对以上重点考点重点把握。

三、在目标设定上：设定高阶目标，逐级提升能力

司法考试是选拔法律职业精英的考试，低至十分之一的通过率显露出一个残酷的现实：只有学得最精、学得最好的高层次优异者才能通过，绝大部分考生会被无情淘汰。因此，要想司考过关，首先需要考生为自己设定较为高阶层的学习目标，具备最高端的水平。

司考刑法80个考点的知识构成，由浅到深、由易到难可逐级分为三个阶层，第一阶层是基本知识，第二阶层是进阶知识，第三阶层才是司考重点难点知识。以诈骗罪这个考点为例：

		一阶：基本知识	二阶：进阶知识	三阶：司考重点
客观不法	客体（法益）	财产权	他人效力更高的占有	所有权人诈骗问题
	客观要件	1. 行为：诈骗行为	五个环节，核心是骗取他人处分	1. 诈骗罪与盗窃罪的区分；2. 三角诈骗与盗窃罪间接正犯
		2. 行为对象：公私财物	他人占有财物的认定（7种事实占有，一种观念占有）	诈骗罪与侵占罪区分

需要全本请访问 www.ertongbook.com

续表

		一阶：基本知识	二阶：进阶知识	三阶：司考重点
		3.（既遂）结果：控制住财物	相当于民法中的“持有”（包括事实占有、法律占有、持有效力更高）小宗物品置于手中，大宗物品移出特定控制区域	既未遂的认定
		4. 因果关系	得财与实行行为无因果关系不是既遂	
主观责任	主体要件	1. 责任年龄：已满16周岁 2. 精神正常	14-16周岁先诈骗后暴力，不构成转化型抢劫	转化犯，隔时犯
	主观要件	1. 诈骗故意 2. 非法占有目的	1. 明知他人占有且处分 2. 排除他人占有意思，利用意思	具体认定有无非法占有目的

诈骗罪第一阶层的知识（基本知识）是其构成要件要素。客体（法益）：财产权；客观不法要件：（1）行为：诈骗行为；（2）行为对象：公私财物；（3）既遂结果：控制住财物；（4）因果关系。主体责任要件：（1）责任年龄：已满16周岁；（2）精神正常；（3）诈骗故意；（4）非法占有目的。知道了第一阶层的知识（基本知识），可以考过大学期末考试、自学考试、本科考试，但很难考过司法考试。

诈骗罪第二阶层的知识（进阶知识）是对具体构成要件要素的细致解释。例如，解释其行为要素诈骗行为时，通常认为由五个环环相扣的环节组成：行为人实施欺骗行为（虚构事实、隐瞒真相）→被骗人产生（或继续维持）认识错误→被骗人基于错误认识处分财产→行为人或第三者取得财物→被害人遭受财物损失。其中最为核心的是被骗人是具有处分（转移占有）权限的人；被骗人有处分行为，要求被骗人有处分财物的意识（意识处分行为说）。即被骗人在交付财物时，主观上认识到自己将特定财物转移给行为人占有，需对于财物的性质、数量需要有认识。

由此，形成了诈骗罪第三阶层的知识（司考必考点和疑难考点）：（1）盗窃罪与诈骗罪的区分：有诈骗不一定是诈骗罪，被骗人有处分（转移占有行为）才是诈骗罪。①被骗人有无处分（转移占有）的行为；②被骗人（被害人）有无处分财物的意识。（2）三角诈骗与盗窃罪间接正犯的区分：看被骗人客观上有无处分（转移占有）权限。

学至第三阶层，才会知道司考真题考查什么，如何做题。例如以下真题，选项A、选项B、选项D考查盗窃罪与诈骗罪的区分，选项C考查三角诈骗与盗窃罪间接正犯的区分。

2016/2/17. 关于诈骗罪的认定，下列哪一选项是正确的（不考虑数额）？（　　）

A. 甲利用信息网络，诱骗他人点击虚假链接，通过预先植入的木马程序取得他人财物。即使他人不知点击链接会转移财产，甲也成立诈骗罪

B. 乙虚构可供交易的商品，欺骗他人点击付款链接，取得他人财物的，由于他人知道自己付款，故乙触犯诈骗罪

C. 丙将钱某门前停放的摩托车谎称是自己的，卖给孙某，让其骑走。丙就钱某的摩托车成立诈骗罪

D. 丁侵入银行计算机信息系统，将刘某存折中的5万元存款转入自己的账户。对丁应以诈骗罪论处

由此，在学习刑法时，应当以考点为序，对80个考点逐个学习、逐个突破。而在对每一个考点进行学习时，都要由浅到深学习三阶层知识结构。首先知晓第一阶层的知识（基本知识）即构成条件或构成要件要素；然后深入学习对具体构成条件或构成要件要素的细致解释；最后把握住第三阶层的知识，即司考必考点和疑难考点，并结合真题和练习题反复训练。学好刑法、学透刑法，达到理论知识扎实，实务运用炉火纯青程度。

很多备考考生经常问：学好刑法、通过司考的最简要途径是什么，我的回答是：把本教材读透、学透、参透即可。本教材是当前最好的刑法司考辅导书，我有好书在手，刑法高分不愁。对于没有法学基础知识的新入门者而言，本教材需读三遍：第一遍，基础准备，将书读厚，主要任务是读讲义，做真题。了解“刑法讲些什么”“考试考些什么”。第二遍，“择其精要”地精读，将书读薄，主要任务是习考点，练习题。按照80个考点的顺序，重点突破难点、疑点。第三遍，把书读成自己的，活学活用，查缺补漏。对于本教材中真题、事例、扩展习题，结合所学知识进行演练，弄懂原理，能够引申发挥。多做练习，将所学知识转化为做题、定案的能力。使自己的水平提升至分析思路清晰、能解决疑难案件的水平，距离司考通关也就不远了。

王国维讲读书有三重境界：第一重境界，昨夜西风凋碧树，独上高楼，望尽天涯路，说得是初读时自负满满。第二重境界，衣带渐宽终不悔，为伊消得人憔悴，再读时疑惑重重。第三重境界，众里寻她千百度，蓦然回首，那人却在灯火阑珊处，最后读至豁然开朗。法学以及刑法学水平由低到高也分为三层：第一层水平刚触及皮毛却飘然若仙，第二层水平遭遇疑难方知学艺不精，第三层水平理论通透实践精熟任何难题不在话下。只要参透本教材，达到第三层次的法学水平，答好2017年司考刑法科目、取得高分就易如反掌。

学在于勤，业在于精。希望这部以精细明确、浅入深出、文例并举见长的教材，能为各位法律学人学好刑法、顺利通过司法考试助上一臂之力。也希望本教材为诸位打开一扇步入法律殿堂的大门，开辟一条通往成功的锦绣之路。

方　鹏

2017年2月

司法考试常考的80个重点考点

	章节名		80个重点考点
刑法总论	刑法概说		（1）刑法解释：扩大解释与类推解释，当然解释，体系解释，文理解释；（2）罪刑法定原则；（3）空间效力，时间效力；（4）犯罪构成理论：客观不法-主观责任，先客观后主观判断顺序；（5）构成要件要素的分类
	不法要件（客观要件）		（6）危害行为，实行行为；（7）不作为；（8）因果关系
	责任要件（主观要件）	责任能力	（9）刑事责任年龄；（10）刑事责任能力（精神病），原因自由行为
		责任形式	（11）故意的认识要素；（12）故意，过失的区分；（13）事实认识错误的处理
	犯罪排除事由		（14）正当防卫，紧急避险；被害人承诺（15）违法性认识错误
	犯罪的未完成形态		（16）犯罪预备，犯罪未遂，犯罪中止；（17）未遂与不能犯
	共同犯罪		（18）共同犯罪：共同犯罪的概念；共同犯罪的成立，承继共犯，间接正犯，共犯从属说，教唆犯，共犯与身份，部分中止，共犯脱离，共犯认识错误
	单位犯罪		（19）单位犯罪
	罪数形态		（20）想象竞合犯，结果加重犯，牵连犯，吸收犯，事后不可罚；（21）分则规定
	刑罚体系		（22）禁止令，社区矫正；（23）死刑；（24）剥夺政治权利，财产刑，职业禁止
	刑罚裁量		（25）累犯；（26）自首；（27）立功；（28）数罪并罚
	刑罚执行		（29）缓刑，减刑，假释
	刑罚消灭		（30）追诉时效
刑法分论	分论概说		（31）法条竞合
	第2章危害公共安全罪		（32）公共安全的含义；（33）放火罪，投放危险物质罪，以危险方法危害公共安全罪；（34）破坏公用设施犯罪；（35）涉枪犯罪；（36）交通肇事罪，危险驾驶罪；重大责任事故罪（补充：恐怖犯罪）
	第3章破坏社会主义市场经济秩序罪		（37）生产销售伪劣产品罪（生产销售假药罪，生产销售有毒、有害食品罪）；（38）走私犯罪；（39）非国家工作人员受贿罪，为亲友非法牟利罪；（40）假币犯罪，洗钱罪；（41）集资诈骗罪，贷款诈骗罪；信用卡诈骗罪，保险诈骗罪；（42）逃税罪，骗取出口退税罪；（43）知识产权犯罪；（44）非法经营罪，强迫交易罪
	第4章侵犯公民人身权利、民主权利罪		（45）故意杀人罪，故意伤害罪；（46）强奸罪，猥亵犯罪；（47）非法拘禁罪；（48）绑架罪；（49）拐卖妇女、儿童罪；（50）诬告陷害罪，诽谤罪，侮辱罪；（51）刑讯逼供罪，暴力取证罪；（52）遗弃罪，虐待罪，虐待被监护、看护人罪；（53）人体器官类犯罪；（54）重婚罪，强迫劳动罪

续表

	第 5 章侵犯财产罪	（55）他人占有的财物，非法占有目的；（56）抢劫罪（转化型抢劫，抢劫致人死亡），抢夺罪；（57）敲诈勒索罪；（58）盗窃罪（五种形式）；（59）诈骗罪（与盗窃区分）；（60）侵占罪（与盗窃区分）；（61）故意毁坏财物罪，拒不支付劳动报酬罪
刑法分论	第 6 章妨害社会管理秩序罪	（62）妨害公务，伪造证章犯罪；（63）寻衅滋事罪，聚众斗殴罪，虚假信息犯罪；（64）妨害司法犯罪；（65）组织、运送他人偷越国（边）境犯罪；（66）文物犯罪；（67）非法行医罪，医疗事故罪；（68）林木，环境犯罪；（69）毒品犯罪；（70）组织卖淫罪，强迫卖淫罪；（71）淫秽物品犯罪
	第 8 章贪污贿赂罪	（72）国家工作人员；（73）贪污罪；（74）挪用公款罪；（75）受贿罪，利用影响力受贿罪，行贿罪；（76）私分国有资产罪，巨额财产来源不明罪
	第 9 章渎职罪	（77）本章法条竞合，罪名认定，罪数；（78）滥用职权罪/玩忽职守罪；（79）徇私枉法罪，司法工作人员犯罪；（80）本章其它罪名

目 录

前 言 …… 1

上 编 刑法总论 …… 1

第一章 刑法概说 …… 3

第一节 刑法的概念 …… 3

第二节 刑法解释 …… 4

第三节 刑法的基本原则 …… 14

第四节 刑法的适用范围 …… 20

第二章 犯罪构成理论（客观不法—主观责任） …… 30

第一节 犯罪构成和犯罪认定方法 …… 30

第二节 构成要件要素及其分类 …… 39

第三章 法益（犯罪客体） …… 43

第四章 客观不法要件（犯罪的客观要件） …… 46

第一节 危害行为 …… 46

第二节 行为对象 …… 60

第三节 危害结果 …… 61

第四节 因果关系 …… 62

第五节 其他客观不法要素 …… 74

第五章 主观责任要件（犯罪的主观要件） …… 76

第一节 刑事责任年龄、责任能力（责任的前提） …… 76

第二节 故意、过失（罪过形式） …… 87

第三节 事实认识错误 …… 104

第四节 目的、动机 …… 118

第六章 犯罪阻却事由（违法阻却事由，责任阻却事由） …… 121

第一节 违法阻却事由（正当化事由） …… 121

第二节 责任阻却事由 …… 139

第七章 犯罪的未完成形态 …… 142

第一节 犯罪既遂（犯罪的完成形态） …… 144

第二节 犯罪预备（着手前被迫停顿） …… 146
第三节 犯罪未遂（着手后被迫停顿） …… 147
第四节 犯罪中止（自动放弃） …… 152
第八章 共同犯罪 …… 160
第一节 共同犯罪的基本含义和概念 …… 161
第二节 共同犯罪的成立条件 …… 169
第三节 共同犯罪人的分工分类法：正犯与共犯 …… 175
第四节 共同犯罪人的作用分类法：主犯与从犯 …… 183
第五节 共同犯罪与身份 …… 187
第六节 共同犯罪与犯罪未完成形态 …… 189
第七节 共同犯罪中的认识错误 …… 195
第八节 共同犯罪与不作为 …… 197
第九章 单位犯罪 …… 201
第十章 罪数形态（总论理论+分则规定） …… 207
第一节 刑法总论中的罪数形态（理论） …… 208
第二节 刑法分则及解释规定的常考罪数情况归纳（法条） …… 222
第十一章 刑罚的体系 …… 227
第一节 主 刑 …… 227
第二节 附加刑 …… 235
第十二章 刑罚的裁量 …… 242
第一节 量刑概述 …… 242
第二节 量刑情节（累犯、自首、坦白、立功） …… 244
第三节 量刑制度 …… 254
第十三章 刑罚执行 …… 263
第十四章 刑罚消灭 …… 271
第一节 追诉时效 …… 271
第二节 赦 免 …… 275

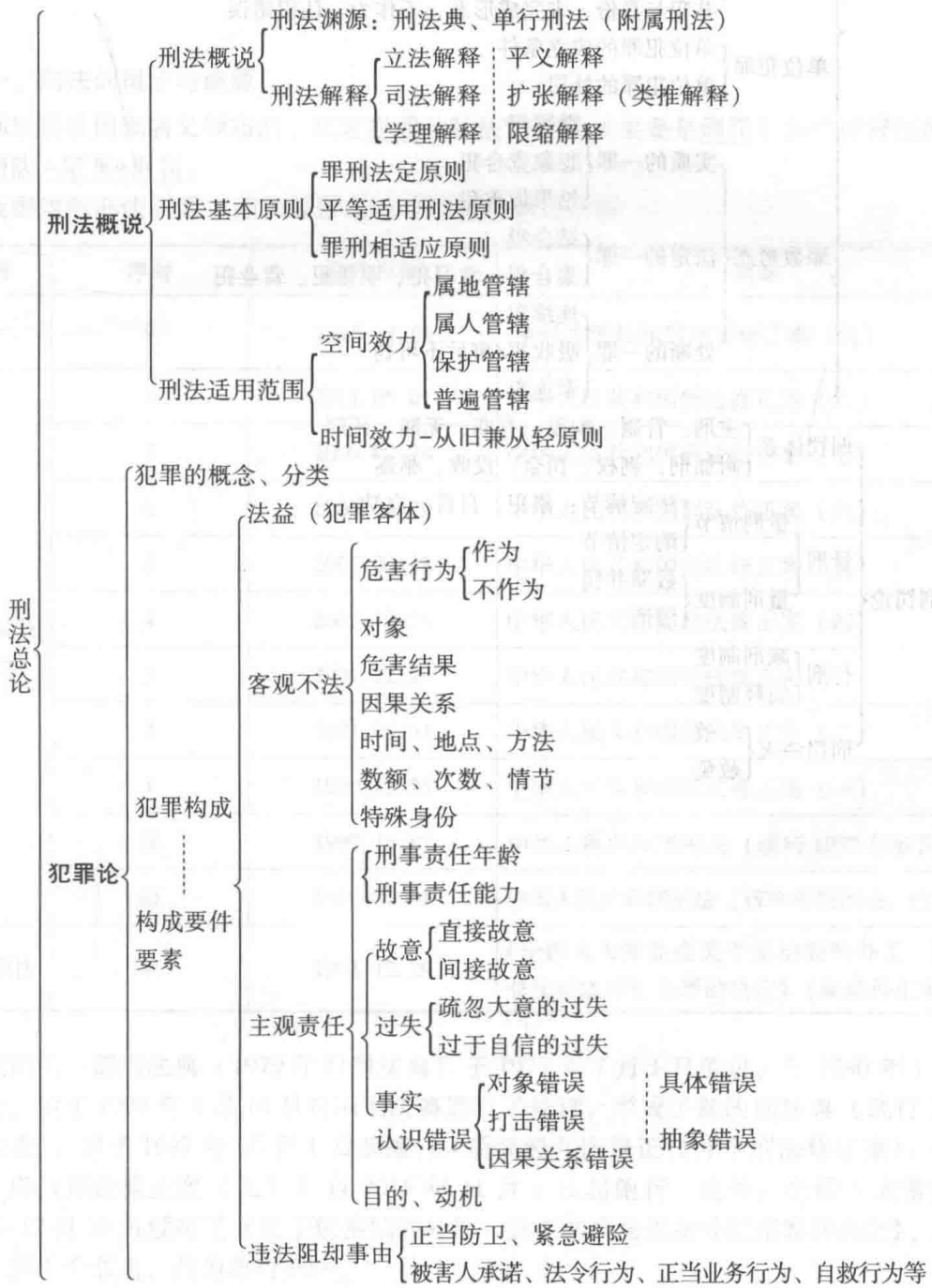
下 编 刑法分论 …… 276
第一章 危害国家安全罪 …… 287
第二章 危害公共安全罪 …… 294
第三章 破坏社会主义市场经济秩序罪 …… 325
第一节 生产、销售伪劣商品罪 …… 325
第二节 走私罪 …… 331
第三节 妨害对公司、企业的管理秩序罪 …… 336
第四节 破坏金融管理秩序罪 …… 340

需要全本请访问 www.ertongbook.com

第五节 金融诈骗罪 …… 349
第六节 危害税收征管罪 …… 366
第七节 侵犯知识产权罪 …… 370
第八节 扰乱市场秩序罪 …… 373
第四章 侵犯公民人身权利、民主权利罪 …… 381
第五章 侵犯财产罪 …… 431
第六章 妨害社会管理秩序罪 …… 480
第一节 扰乱公共秩序罪 …… 480
第二节 妨害司法罪 …… 499
第三节 妨害国（边）境管理罪 …… 514
第四节 妨害文物管理罪 …… 518
第五节 危害公共卫生罪 …… 521
第六节 破坏环境资源保护罪 …… 524
第七节 走私、贩卖、运输、制造毒品罪 …… 527
第八节 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪 …… 535
第九节 制作、贩卖、传播淫秽物品罪 …… 539
第七章 危害国防利益罪 …… 543
第八章 贪污贿赂罪 …… 545
第九章 渎职罪 …… 586
第十章 军人违反职责罪 …… 606

上 编 刑法总论

刑法总论的知识体系



- 犯罪未完成形态
  - 犯罪预备
  - 犯罪未遂
  - 犯罪中止
- 共同犯罪
  - 共同犯罪的概念
  - 共同犯罪的成立条件
  - 共犯人
    - 正犯：直接、间接正犯
    - 共犯
      - 帮助犯
      - 教唆犯
    - （共犯从属性）
    - 主犯
    - 从犯（胁从犯）
    - 教唆犯
  - 共犯与身份、未完成形态、不作为、认识错误
- 单位犯罪
  - 单位犯罪的成立条件
  - 单位犯罪的处罚
- 罪数形态
  - 实质的一罪
    - 继续犯
    - 想象竞合犯
    - 结果加重犯
  - 法定的一罪
    - 结合犯
    - 集合犯：常习犯、职业犯、营业犯
  - 处断的一罪
    - 连续犯
    - 吸收犯/事后不可罚
    - 牵连犯

刑罚论

- 刑罚体系
  - 主刑：管制、拘役、有期、无期、死刑
  - 附加刑：剥权、罚金、没收、驱逐
- 量刑
  - 量刑情节
    - 法定情节：累犯、自首、立功
    - 酌定情节
  - 量刑制度
    - 数罪并罚
    - 缓刑
- 行刑
  - 减刑制度
  - 假释制度
- 刑罚消灭
  - 时效
  - 赦免

第一章 刑法概说

第一节 刑法的概念

一、刑法的概念与渊源

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。即：刑法=犯罪+刑罚。

我国当前刑法渊源（即来源形式）：刑法典+单行刑法

渊源	序号	施行日期	名称
	9	2015. 11. 01	中华人民共和国刑法修正案（九）
刑法典及修正案	8	2011. 05. 01	中华人民共和国刑法修正案（八）
	7	2009. 02. 28	中华人民共和国刑法修正案（七）
	6	2006. 06. 29	中华人民共和国刑法修正案（六）
	5	2005. 02. 28	中华人民共和国刑法修正案（五）
	4	2002. 12. 28	中华人民共和国刑法修正案（四）
	3	2001. 12. 29	中华人民共和国刑法修正案（三）
	2	2001. 08. 31	中华人民共和国刑法修正案（二）
	1	1999. 12. 25	中华人民共和国刑法修正案（一）
	新	1997. 10. 01	中华人民共和国刑法（现行1997年新刑法）
	旧	1980. 01. 01	中华人民共和国刑法（1979年旧刑法，已失效）
单行刑法	单	1998. 12. 29	《全国人大常委会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》（骗购外汇罪）

我国第一部刑法典（1979年旧刑法典）于1979年7月1日通过，于1980年1月1日起施行。后于1997年3月14日对旧刑法典进行了修订，形成了新的刑法典（现行1997年新刑法典），并于1997年10月1日起施行。后又经九次修正（九个刑法修正案）。最近一次修正即《刑法修正案（九）》自2015年11月1日起施行。此外，全国人大常委会于1998年12月29日颁布了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》，新设骗购外汇罪1个罪名，此为单行刑法。

二、刑法的分类

“刑法”：（1）狭义的刑法，指刑法典；（2）广义的刑法，包括刑法典、单行刑法与附属刑法。附属刑法，是指附带规定于经济法、行政法等非刑事法律中的罪刑规范；我国当前经济法、行政法等非刑事法律中的相关规定，一般只是重申刑法典的内容，没有规定特别的罪刑内容，不存在严格意义上的附属刑法。当前，我国刑法指称的就是刑法典（《中华人民共和国刑法》）和单行刑法（现仅有全国人大常委会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》1部）。

★第二节 刑法解释

【案例1：李宁组织男性向男性卖淫案】2003年1月至8月，南京“正麒”演艺吧业主李宁为营利，采取张贴广告、登报的方式招聘男青年做“公关人员”，并制定了《公关人员管理制度》。《管理制度》规定：“公关人员”台费每次80元，包间费每人50元（由客人付），包房过夜费每人100元；最低出场费每人200元，等等，对“公关先生”进行管理。并在其经营的“金麒麟”“廊桥”及“正麒”酒吧内将多名“公关先生”多次介绍给男性顾客，由男性顾客将“公关人员”带至南京市“新富城”大酒店等处从事同性卖淫活动。

【问题】刑法第358条规定：“组织他人卖淫”的，构成组织卖淫罪。将男性解释到“他人”中、将男性向男性提供有偿性服务解释到“卖淫”中，属于何种刑法解释方法？李宁是否构成组织卖淫罪？

考点说明

本考点之下需要掌握的知识点主要有：（1）刑法解释方法的分类和判断；（2）扩大解释与类推解释的区分；（3）当然解释的运用；（4）体系解释；（5）刑法解释的规则。

知识点讲解

刑法解释是对刑法规定的真实意义的解说和说明。刑法规范（刑法典和单行刑法）是以字句文字书写，对于刑法规范条文的字句的含义需要进行解释，刑法解释即是对刑法规定的真实意义的解说和说明。事实上，司法实务中的刑法适用就是将案件事实与刑法规范相对应，看是否可以对应得上；在对应的过程中，往往需要对刑法规范进行解释，看是否能够包摄案情事实。例如，行为人盗砍树枝非法据为己有，问是否构成盗伐林木罪？就需要对《刑法》第345条第1款（盗伐林木罪）法条中的“林木”一词进行解释，看是否可包括“树枝”。刑法适用的关键就是结合案情对刑法条文进行解释。司法考试的核心内容就是以案件认定为形式，考查刑法条文和字句的解释。

一、有权解释（立法解释、司法解释）与学理解释

有权解释（正式解释）	立法解释	立法机关（通常是全国人大常委会）	立法解释效力高于司法解释
	司法解释	司法机关（最高人民法院、最高人民检察院）	

续表

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

按解释效力区分，法律解释可分为有权解释（立法解释、司法解释）与学理解释。

1. 有权解释（也称正式解释），指有权机关作出的解释，包括：（1）立法解释，即由立法机关（通常是全国人大常委会）所作的解释；（2）司法解释，即由最高司法机关（最高人民法院和最高人民检察院）就审判和检察工作中如何具体应用法律的问题所作的解释。立法解释、司法解释对于司法实务中的案件具有普遍适用的强制效力。

2. 学理解释（也称非正式解释），指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对刑法所作的解释。学理解释没有强制效力，对于法律适用具有参考价值。

就解释效力层级而言：（1）立法解释的效力高于司法解释。对于同一条文的解释，立法解释与司法解释有冲突时，适用立法解释。（2）同级司法解释效力相同。最高人民法院（或最高人民检察院）先后颁布的新旧解释存在冲突，新解释废除旧解释的，适用新解释；旧解释未被废除的，适用从旧兼从轻原则。最高人民法院颁布的解释与最高人民检察院颁布的解释冲突的，效力相同；可提请全国人大常委会解决冲突。（3）无论是立法解释还是司法解释，都必须遵循一般的刑法解释规则，例如，禁止（不利于被告人的）类推解释。

二、刑法解释方法（解释理由［解释依据］+解释技巧［解释结论大小］）

<table>
<tr><td rowspan="8">解释理由</td><td>文理解释</td><td colspan="2">根据用语含义、语法等解释</td><td>盗伐“林木”罪：长在一片土地上的许多树木（词典）</td><td>文理</td></tr>
<tr><td>目的解释</td><td colspan="2">根据条文目的解释</td><td>侵犯“通信”自由罪：不包括公文</td><td rowspan="7">论理</td></tr>
<tr><td>体系解释</td><td colspan="2">根据前后文解释。同类解释规则；但并不一定要求相同词语相同含义</td><td>放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以“其他危险方法”</td></tr>
<tr><td rowspan="3">当然解释</td><td colspan="2">将“属”的解释到“种”中去（种属逻辑）</td><td>故意杀“人”罪：男子</td></tr>
<tr><td colspan="2">出罪举重以明轻（轻重逻辑）</td><td>“抢劫”近亲属不为罪：抢夺近亲属</td></tr>
<tr><td colspan="2">入罪举轻以明重（轻重逻辑）</td><td>“抢夺”国有档案罪：抢劫国有档案</td></tr>
<tr><td rowspan="2">类推解释</td><td rowspan="2">解释结论超出用语可能的文义、公民预测可能性</td><td>禁止不利于被告人</td><td>拐卖“妇女”罪：拐卖男子</td></tr>
<tr><td>允许有利于被告人</td><td>因被勒索给予非国家工作人员以财物，没有获得不正当利益（行贿罪的出罪条款）：对非国家工作人员行贿</td></tr>
<tr><td>比较解释</td><td colspan="2">对比国外刑法解释我国刑法</td><td>中国刑法侵占罪：日本刑法侵占罪</td></tr>
<tr><td>历史解释</td><td colspan="2">按法条的历史沿革解释</td><td>现寻衅滋事罪：旧刑法流氓罪（流氓动机）</td></tr>
</table>

需要全本请访问 www.ertongbook.com