方圆众合教育
FANGYUAN ZHONGHE EDUCATION

2018年国家统一法律职业资格考试专题讲座系列

徐光华讲刑法

众合奉献
法考元年

徐光华 编著

人民日报出版社

需要全本请访问 www.ertongbook.com

2018年国家统一法律职业资格考试专题讲座系列

徐光华讲刑法

众合奉献 法考元年

徐光华 编著

图书在版编目（CIP）数据

徐光华讲刑法／徐光华编著．—北京：人民日报出版社，2017.10
ISBN 978-7-5115-5013-2

Ⅰ．①徐… Ⅱ．①徐… 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250149号

书　　名：徐光华讲刑法
作　　者：徐光华

出 版 人：董　伟
责任编辑：周海燕
封面设计：飞翔的企鹅

出版发行：人民日报出版社
社　　址：北京金台西路2号
邮政编码：100733
发行热线：（010）65369509　65369527　65369846　65363528
邮购热线：（010）65369530　65363527
编辑热线：（010）65369518
网　　址：www.peopledailypress.com
经　　销：新华书店
印　　刷：北京长阳汇文印刷厂

开　　本：787mm×1092mm　1/16
字　　数：673千字
印　　张：33.75
印　　次：2017年10月第1版　2017年10月第1次印刷

书　　号：ISBN 978-7-5115-5013-2
定　　价：106.00元

第十六版序

拥抱国家统一法律职业资格考试[①]

法律职业共同体成员，需要经由统一的入职资格考试而成为一个共同体。此乃一个法治国家不争的司法制度之基。幸运的是，在最近三十多年，我们在此道路上一直朝着正确的方向前进。

第一次国家律师资格考试始于1986年，其后每两年举行一次。邓公“南巡”讲话之后，考试主管部门决定在1992年之后每年举行一次。这一国家级考试制度的逐步规范化及其常年推行为我国早期建立统一的律师资格奠下制度之基，对保障律师队伍的整体较高法律素养居功甚伟。

但在同时期，法官、检察官的入职考试制度却迟迟未能同步建立。直到九十年代中期才有法、检两家各自组织的内部资格考试，这种自家考自家人的考试，在报名资格、命题组织、批卷以及通过率等环节的规范化、严肃性上都不足以与当时的国家律师资格考试相提并论，也客观上导致法、检两家队伍与律师队伍在整体法律素养上的难言优势甚至是劣势。这一局面与域外法治社会的情形恰形成对照。为此，从九十年代中后期开始，法律界有识之士疾呼建立统一司法考试制度，渐获体制内外的更多响应与回应。最终促成2001年10月最高人民法院、最高人民检察院、司法部联合颁布《国家司法考试实施办法（试行）》，规定除院长、检察长之外的所有新任法官、检察官以及律师必须参加统一的国家司法考试，取得法律职业资格证书。这是法官、检察官职业化启动的标志性工程。是年，三部门各自终止了初任法官资格、初任检察官资格、

① 为节省篇幅，本丛书的第十六版只列本版的序言。前15版的序言，题目分别是：《我们工作的全部意义》（2017年，第十五版）；《法律人的时代担当》（2016年，第十四版）；《我们为什么学习法律》（2015年，第十三版）；《常识及其获取的路径》（2014年，第十二版）；《期待国家统一司法考试的再完善》（2013年，第十一版）；《众合三年：为法治而努力》（2012年，第十版）；《众合为什么：我们的法学教育观（下）》（2011年，第九版）；《众合为什么：我们的法学教育观（上）》（2010，第八版）；《再认真一些》（2009，第七版）；《与读者的愉快聊天》（2008，第六版）；《做法律的传播者》（2007，第五版）；《激情传道法治信仰》（2006，第四版）；《投身法学》（2005，第三版）；《法学教育的责任》（2004，第二版）；《写一本好书》（2003，首版）。有兴趣的读者可以到众合教育官网www.zhongheedu.com的图书频道阅读，也可以联系作者的新浪微博索取：民法李建伟，http://weibo.com/u/1924585171。

律师资格考试，于2002年初成功举行了首次国家统一司法资格考试，“三考合一”落地有声，法官、检察官、律师及公证员等四类主要法律职业群体的统一入口制度设想获得实现。此举获得了法律界乃至全社会、全世界的一致好评，被普遍视为司法改革迈出了实质性、基础性的一步，也是取得的最大成果之一。[①]

在2002-2017年期间的将近16年间，[②] 这一举世瞩目、也被视为“中国第一考”的考试制度在组织、命题、报考、通过等多环节上都历经多次制度演变。总的情况看，可以从两方面来历说其制度演变的功过得失。

一方面，国家统一司法考试的权威性获得了更高层次、更大范围的认可。标志性之一，这项考试对于全国范围内法学院的法学教育发挥了极其深刻的潜移默化的影响；标志性之二，全社会参加这项考试的总人数一直保持稳定的增长，“港澳台”地区申请参考的人数也一直保持稳定；标志性之三，多种经验性证据证明，全社会对于司法考试的认知度也在稳定的上升。虽然法律法规并不要求公职律师、企业法律顾问须过司法考试，但绝大多数企业尤其是大中型企业（特别是国企）在招聘以上岗位时，几乎都无例外的要求应聘者的法律职业资格证书，尤其是国家国资委主管的历经多年的企业法律顾问资格考试，干脆取消了事。与国资委的决定类似，公安部关于全国警察执法资格考试的相关管理办法也规定，凡通过司法考试者可以免考。所有这些，既可以视为国家统一司法资格考试的外溢效应，也可以当作司法考试权威性不断受到全社会更高层次的认可的结果。类似的这些成就还有很多，无需一一列举，总之都可以视作司法考试制度在过去16年间取得的令人骄傲的成就。

但另一方面，司法考试在某些方面的规则变更与政策执行，也出现了不少令人遗憾或者困惑之处。众所周知，国家统一司法考试的制度设计灵魂在于“统一性”，也即保障法律职业共同体的门槛一统，保持司法人员在法律知识、法律意识、法律思维乃至法律信仰上的同质性。此处的统一性，包括参考人员的考试资格（也即教育背景）统一、考试内容（科目）与方式统一、过关分数统一、考试结果（颁发的法律职业资格证书）统一等各个方面。据我观察，在2001年的《国家司法考试实施办法（试行）》当年以及随后的三年（2002、2003、2004年）的实施中，基本上维持了这种统一性。但在其后的10多年间，这项考试统一性的坚守似乎越来越困难，甚至遭受一步步的啃噬。对此，2013年出版的本书第十一版的序言在当年的背景下曾经做过一一列举与深刻剖析。今天再次温习这篇序言，不仅未显落伍，而是更加的深刻。举其要者：特殊地区的照顾分数一降再降，有些地方的过关标准低的令人诧异；报考者的条件降格的区域面积越来越大，大专法律学历报考者愈来愈多；受“双降”（降低报考条件、降低通过分数）照顾的所谓“特殊地区”范围越来越大；通过率一升再升；[③] 令人遗憾的“小司考”（即给西部等部分地区的现任法官、检察官开设带有明显照顾性质的“司考小灶”，

① 参见贺卫方：《北大法学教授贺卫方阐述统一司法考试的方法》，载《南方周末》2001年7月23日；贺卫方：《统一司法考试的意义》，载《西政青年》2004年总第45期；李建伟：《本科法学教育、司法考试与法律职业共同体：关系架构及其改革命题》，载《中国司法》2007年第9期。

② 首次国家统一司法考试在2002年2月底举行，末代司考在2017年9月第三个周末举行，可谓跨度恰好十五年半。

③ 多年来司法考试过关率到底几何，似乎一直是一个秘密，考试组织者未见公开公布。但从司法部部长张军同志2017年9月16日视察中国政法大学考点时的讲话可知，2002-2016年的15次司法考试已有88.8万人通过司法考试获得法律职业资格，按照这一期间年均不超过35万人的实际参考人数计算，司法考试过关率维持在一个比较高的数字。考虑到前几次司法考试过关率不足两位数的实际，可见后期的通过率可能会更高。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

据悉其通过率极高）。这些举措，站在中国特殊国情论的立场看，似乎应该获得更多的理解；但另一方面，也可以说削弱了司法人员职业化的入门标准，某种意义上伤害了国家统一司法考试的权威性，也是不争的事实。

要之，实施了16年的国家统一司法考试，整体上取得的成绩非常之大，这是首先予以肯定的。但是，与时俱进的重大改革也是势在必行的。2014年10月中国共产党十八届四中全会通过的《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》对建设法治社会的全局作出整体性部署，将依法治国确定为党领导人民治理国家的基本方式，提出要保证公正司法，提高司法公信力，为此的重大制度保障就是加强法治工作队伍建设，包括“加强立法队伍、行政执法队伍、司法队伍建设”，具体的举措包括：“推进法治专门队伍正规化、专业化、职业化，提高职业素养和专业水平”，“完善法律职业准入队伍，健全国家统一法律职业资格考试制度，建立法律职业从业人员统一职前培训制度”，还要“加强法律服务队伍建设”，具体包括：“构建社会律师、公职律师、公司律师等优势互补、结构合理的律师队伍”，“各级党政机关和人民团体普遍设立公职律师，企业可设立公司律师”，“发展公证员、基层法律服务工作者、人民调解员队伍”等。作为执政党的纲领性文件，《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》不仅为建立取代国家统一司法考试的国家统一法律职业资格考试制度确立了框架，指明了方向，也提出了配套制度举措。

为贯彻执行《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，中共中央办公厅、国务院办公厅在2015年年底印发《关于完善国家统一法律职业资格制度的意见》（以下简称《意见》）。《意见》明确规定建立健全国家统一法律职业资格考试制度，将现行司法考试制度调整为国家统一法律职业资格考试制度，同时改革法律职业资格考试内容，加强法律职业资格考试科学化、标准化、信息化建设。《意见》具体明确了法律职业的范围和取得法律职业资格的条件，一方面，在司法考试制度确定的法官、检察官、律师和公证员四类法律职业人员基础上，将部分涉及对公民、法人权利义务的保护和克减、具有准司法性质的法律从业人员纳入法律职业资格考试的范围，也就是扩大了需要法律职业资格的从业人员范围，另一方面，《意见》还分别从思想政治、专业学历条件和取得法律职业资格等三个方面明确了法律职业的准入条件，总体上看提升了未来有资格参加法律职业资格考试人员的法律专业学历条件。要之，通过“一扩一升”，法律职业资格考试不可仅仅被视为司法考试的升级版或者加强版，而是一个质的飞跃版。当然，至于与司法考试相比，哪些人员将被排斥在报考门外，哪些新法律职业需要持证上岗，还有待于十九大之后考试主管部门颁布的最新法规、政策来揭晓答案，让我们拭目以待。但无论细节如何，国家统一法律职业资格考试的时代已经来临了。

尚未拿到法律职业资格证书的法律学人，应该张开双臂，迎接这个新的时代。

我们期待，要珍惜来之不易的国家统一司法考试制度在促进法治专门队伍正规化、专业化、职业化上的重大贡献，坚定维护作为其正义灵魂的“统一性”，为此，未来的国家统一法律职业资格考试的制度设计成败要点包括：一是根本上杜绝小司考及所有类似“小灶”举措的再发生；二是既要统一本科层次的法学教育背景之报考资格，又要根据国情不可一蹴而就，应当尊重早前已经通过各种渠道取得法律学历文凭的基本期待权益，老人老办法，新人新办法；三是坚决统一过关分数，特殊地区的司法人

员队伍的稳定通过其他制度性安排获得解决与保障；如确有必要设置C证，建议严格限定于欠发达的少数民族自治区域的少数民族考生；四是科学设计通过率，保持合理的总通过人数的社会保有量；五是下狠力气改革考试内容，依法限定在合理的法律科目，逐步推进考试方式的变革，改变目前过于依赖选择题的单纯笔试局面，突出对法理素养与执业能力的考查比重，等等。

在迎接与拥抱法律职业资格考试的新时期，众合教育的诸位教授同仁该当何为？自古以来，法律无不围绕着利益的分配这一核心问题而展开。之所以要进行利益分配，乃是物质供给的紧张所致，是人类面临的资源、利益稀缺性所致，也即韩非子所说的“人民众而财富寡”。由于半个多世纪前人口政策的严重失误，物质和利益稀缺的事实在当代的中国最为凸显，法律之于利益的定分止争更显紧要。放眼世界，全人类的物质生活的发展背景也是人多物寡、供不应求，这决定了必须以法律的统一性、规范性、利导性来推进物质利益的分配和主体交往的合作。在此背景下，法治不彰，意味着人类物质生活和利益分配的必然失序。这正是法治秩序成为不同民族、国家共同追求的基本缘由，即使在国际社会，建立国家间、国际组织间、私人主体间跨国交往、跨国贸易交往之基本秩序，也必须以国际法、冲突法为基准。[①] 那么，法律职业资格考试与此话题何干？我想，我们走向富强、公正、民主与法治社会之路的不二路径方向，就是走向开放社会。开放社会的实质是允许人们建立各种的联系，使得社会从星状体走向网体。就是青年学人熊培云提出的，衡量人类社会进步有两个关键词：一是自由，二是合作。[②] 对此我很赞同。比如我所讲授的专业领域民法的精神，一言以蔽之，就是在讲社会中人与人之间基于独立个体之前提自由地进行财产权、人身权的合作与交换。作为辅导各路法律精英人才顺利通过法律职业资格考试的本丛书作者而言，就如张军部长所言的，为法治建设输送更多的的优秀人才，就会大益于这个时代的法治事业。法治社会能否成功建设，这是关涉到我民族伟大复兴事业能否成功的最艰巨的考验之一。希望我们透过参与法律职业资格考试的尺寸之努力，能够有益于、助力于这项伟大事业的实现。

让本丛书的作者与读者，共同展开怀抱，一起迎接国家统一法律职业资格时代的到来，拥抱即将在2018年隆重登场的首次法律职业资格考试！

这一切的启端，从愉快的阅读本丛书开始。

是为序言。



2017年10月8日，初稿

10月18日，定稿

① 谢晖：《法律文化，沟通物质文化和精神文化的桥梁》，载《人民法院报》2011年12月16日，《法律文化周刊》第92期。

② 熊培云：《自由在高处》，新星出版社2011年版，第261页。

前言

一、如何选择国家法律职业资格考试刑法的合理、正确观点：历年真题及官方答案

近年来，刑法理论观点争鸣，各家观点林立。尤其是随着近年来留德留日的学者增多，介绍了域外的诸多理论，诸多刑法学界的通说理论也面临着挑战。例如，犯罪构成究竟是应该采用传统的四要件理论，还是采用德、日刑法学的阶层性的犯罪构成理论。刑法分则中的诸多问题也呈现出观点争鸣的现象，例如，公开以和平方式取走他人财物的行为，究竟是以盗窃罪还是以抢夺罪论处，存在争议。并且，诸多理论观点与立法、司法解释相冲突，如理论上有一种观点认为，信用卡犯罪应区分对机器、对人使用，对机器使用的成立盗窃罪、对人使用的成立信用卡诈骗罪。但这种观点与立法、司法解释的规定直接冲突，国家法律职业资格考试绝对不可能采纳与现行立法、法律解释相冲突的观点。[①] 面对理论上的观点冲突，理论与立法、司法之间的冲突，参加考试的考生更是不知如何是好。对于考生而言，究竟应如何选择不同的观点并进行深入学习，是应对国家法律职业资格考试的关键。作为一名刑法学教师，在我眼中，参加国家法律职业资格考试的考生对刑法知识的了解，更像是处于启蒙阶段的幼儿园小朋友，对于问题的辨别能力非常有限。例如，有的学生告诉我，误将尸体当作仇人杀害，根据犯罪构成四要件理论，案件应认定为是犯罪未遂，而根据犯罪构成的三阶层理论，这个案件就是无罪。对于刑法知识稍有常识的人都应该知道，无论是认为该案有罪还是无罪，与采用何种犯罪构成本身没有任何关系。退一步讲，明知是尸体而实施侮辱行为的，都应成立侮辱尸体罪，而不是无罪，误将尸体当作活人杀害，怎么可能无罪。误将尸体当仇人杀害，究竟应以无罪还是以犯罪未遂论处，实际上是刑法理论上客观主义与主观主义、行为无价值与结果无价值之争，与犯罪构成理论没有关系，即便是采取阶层性犯罪构成理论的德国、日本，认为该案成立故意杀人罪未遂仍是主流观点。但是，误将尸体当作仇人杀害的案件，认定为犯罪未遂或无罪与犯罪构成采

① 近十五年以来的关于信用卡犯罪的所有国家法律职业资格考试真题，官方答案从未区分对机器、对人使用，进而成立不同的犯罪。参见：2017年卷二14、2015年卷二57、2015年卷四案例分析、2013年卷二15、2010卷二14、2003年卷二85—88。本书信用卡诈骗部分，无一遗漏地收录了历年全部的相关真题及官方答案。

用三阶层或四要件有密切关系的观点居然令不少考生盲从。[①]

更让我不可思议的是，居然不少考生有这样一种观点：原来刑法学界的通说观点是“旧理论”，而与之不同的便是“新理论”，旧理论是错误的，新理论才是正确的。实际上，理论观点很难说得上有新旧之分，任何一种观点的存在，哪怕是所谓的“新理论”、“新观点”，很多也是早就存在的。只能说，通说的观点是刑法学界多数学者早就已经达成了共识的观点，大家早就知道了，从这一意义上看，通说的观点才应该是“旧理论”，而绝不能将“通说的观点”等同于“旧理论”、又将“旧理论”等同于“过时的理论”，进而偷换概念大肆批判。但现在的问题是，通说的观点被个别人扣上“旧理论”的观点，进而认为是“抱残守旧”。考生们需要注意的是，一种观点，之所以能够形成通说的观点，诸多学者支持的背后更多地还是这种观点符合中国司法实践。一种观点能否成为通说的观点，与一国的司法传统、社会现状、司法实践、国民观念等密切相关，全盘否认通说的观点，将其批判为旧理论，甚至认为这种观点是“抱残守旧”，我认为这种理解是不尊重特定的法律文化、不尊重现状。[②] 再新的理论，如果不符合中国实践，难以得到公众、审判实践的认同，也不能被我国所采纳。法律是一种地方性知识，如果所谓的“新”理论就可以成为“正确”的代名词，那我们又为何不全盘移植法治发达国家的新立法、新理论呢？举例说明，我国刑法学界的通说观点认为，盗窃罪是秘密窃取，以公开方式取走他人财物的应该成立抢夺罪。另一种观点认为，盗窃罪既可以是秘密的，也可以是公开的，只要是以平和的方式取走被害人的财物，无论是公开还是秘密的，都成立盗窃罪。在国家法律职业资格考试领域，不少考生认为，前一种观点（通说的观点）是旧理论，而后一种观点是新理论，并且，不少考生还坚持认为“旧理论”荒谬，新理论才是正确的。其实，所谓的新理论也并不新，我国早在上世纪八十年代就已经有不少学者认为，盗窃罪可以是公开进行的。[③] 德、日刑法一直以来都认为盗窃罪既可以是秘密，也可以是公开，这是因为德、日刑法中没有抢夺罪，但中国刑法有抢夺罪的规定，再将盗窃解释为包括公开的行为就未必一定合适。同时，“明抢暗偷”几千年来都被国民所接受，至少在国民观念中，抢夺是公开的、盗窃是秘密的。截至 2017 年 10 月 8 日，笔者查阅了中国裁判文书网、北大法宝中的相关案例，未能发现一起公开取走被害人财物被认定为盗窃罪的判决。2014 年的《刑事审判参考》中，最高人民法院仍然继续强调盗窃罪必须坚持秘密窃取。[④] 最高人民法院之所以坚持通说观点，在相当程度上是因为这种观点具有符合国民观念的正当性基础，在实务中也具有可操作性。[⑤] 实际上，对于争议观点，国家法律职

① 刑法学界当今的主流观点认为，这类案件成立故意杀人罪未遂，考试亦持此观点。例如，行为人为尽早结束赡养义务，对准被赡养人射击，但在此之前被害人已经死亡的，原则上可以成立杀人未遂。参见周光权：《刑法各论》，中国人民大学出版社 2016 年版，第 11 页。又如，实践中，常常将行为人出于杀人的故意，误把刚死不久的尸体当作活人加以杀害的行为，认定为故意杀人罪的未遂犯。参见黎宏：《刑法学》，法律出版社 2012 年版，第 636 页。刑法理论上，认为该行为无罪的观点，几乎没有学者支持。国家法律职业资格考试官方答案亦认为成立犯罪未遂，2003 年卷二 4. 甲正要出山洞，发现稻草动了一下，以为乙没死，于是拾起一块石头猛砸乙的头部，之后用一块磨盘压在乙的身上后离去。案发后，经法医鉴定，甲在用石头砸乙之前，乙已经死亡。甲的行为构成故意杀人罪（未遂）。

② 徐光华：《刑法文化解释研究》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 2 页。

③ 赵永林：《我国刑法盗窃罪的理论与实践》，群众出版社 1989 年版，第 24 页。

④ 《李培峰抢劫、抢夺案——“加霸王油”的行为如何定性》，最高人民法院刑事审判庭主办：《刑事审判参考》（总第 92 集），法律出版社 2014 年版，第 82 页。另，2016 年《中国法院 2016 年度案例》中，以试驾之名，在工作人员监视下公然将车开走的行为，也被认定为抢夺罪。参见广西壮族自治区贺州市中级人民法院刑事判决书，（2014）贺刑终字第 64 号。

⑤ 徐光华：《“公开盗窃说”质疑》，载《法商研究》2015 年第 3 期。

业资格考试绝对不可能仅考一种所谓的“新观点”而抛弃通说的观点，以盗窃罪是仅限于秘密还是包括公开为例，2013年国家法律职业资格考试真题考查了两种观点（见2013年卷二60）。[①] 在刑法学中，不存在“非黑即白”的现象，对某些极端或者疑难案件的处理，观点很难说有对错，存在的只可能是谁比谁合理、谁比谁在当下更说得通的问题。[②] 部分初学刑法的国家法律职业资格考试考生，刚接触某种观点便自认为掌握了“真理”，对其他观点与学说甚至是通说的观点不屑一顾，这种盲目骄傲、自大、不可一世的心态，是值得深刻反思的。如果真要批判某一种观点，我想就国家法律职业资格考试而言，历年真题及官方答案是检验这种观点适合国家法律职业资格考试与否的唯一标准。所以，有疑惑的同学可以拿出历年真题及答案进行检验，包括对我本人讲授的所有知识点！部分刚入门学习刑法的考生，经常盲目地赞成某一种观点或断然否认另一种实际合理的观点，但又没有客观标准，这种盲从的心态值得反醒。如果真对刑法理论有更进一步兴趣的话，中国知网（中国期刊网 http：//www.cnki.net/）中收录的刑法学术论文，涵盖了法学类所有重要期刊近三十多年来的所有学术论文，这几乎是我们了解深度刑法理论的唯一渠道。

二、法律是地方性知识：结合我国实际领悟刑法精神

“法律是一种地方性知识”，深入研究部门法中的具体知识之后，才能更好地理解与领悟这句话。例如，理论上有观点认为，盗窃罪的保护法益是占有权，基于此，盗窃自己所有但被公务机关合法占有（扣押）的财产的，由于侵犯了占有权，成立盗窃罪。例如，甲自己的汽车因为违章驾驶，被交管部门扣押，需要交“罚款”才能领回，但甲并不想缴纳罚款，第二天从交管部门偷回自己所有但被扣押的车辆。如果对盗窃罪的保护法益持占有说，由于行为人侵犯了公务机关对汽车的“占有权”，则案件应该成立盗窃罪。但我国刑法学通说观点认为，盗窃罪的保护法益应坚持所有权说，盗窃自己所有而被他人合法占有的财物，只要没有事后再去索赔，由于仅侵犯了占有人的占有，而没有侵犯所有权，不成立盗窃罪（当然可能成立非法处置被扣押的财产罪）。[③] 究竟哪种观点更符合中国司法实践呢？难道所谓的占有说这一“新理论”就真的能够被司法实践所采纳？首先需要明白的问题是，偷自己所有的车辆与偷他人的车辆，社会危害性明显不同，这无论是持何种观点的学者应该都承认的。但是，在中国，如果将偷自己的汽车的行为认定为盗窃罪，而车辆价值动辄数额特别巨大，根据《刑法》第264条的规定，盗窃数额特别巨大的，行为人可能面临“十年以上至无期徒刑”的刑罚，这显然过重。而在日本，承认财产罪的保护法益为占有，进而认定这种行为为盗窃罪并不存在障碍，因为日本刑法并不会对盗窃罪根据数额的不同规定不同的刑罚，行为人究竟被判处多少刑罚，法官的自由裁量权很大，对于偷自己的汽车的行为，日本司

① 另外，2015年卷二19题中，行为人在被害人不知情（但其他人知情）的情况下，将被害人的财物取走，成立盗窃罪。本案中，行为人的取财行为，对被害人本人而言，仍然是“秘密窃取”，成立盗窃罪。2016年卷二18题中，甲当着被害妇女的面，拿走了其钱包，答案仍坚持了两种观点：“只能在盗窃罪或者抢夺罪中，择一定性甲的行为”。

② 周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2016年版，第1页。

③ 司法部官方答案亦坚持所有权说，非法取回自己所有而被他人合法占有的财物，只有后续实施了索赔，侵犯了他人的财产所有权的，才成立盗窃罪。参见2003年卷二10.李某花5000元购得摩托车一辆，半年后，其友王某提出借用摩托车，李同意。王某借用数周不还，李某碍于情面，一直未讨还。某晚，李某乘王某家无人，将摩托车推回。次日，王某将摩托车丢失之事告诉李某，并提出用4000元予以赔偿。李某故意隐瞒真情，称：“你要赔就赔吧。”王某于是给付李某摩托车款4000元。李某的行为成立盗窃罪。

法实践中完全可以认定为盗窃罪，同时适用轻刑，实现罪刑均衡。在美国，这类案件也会被认定为盗窃罪，但盗窃金额被认定为“应缴纳罚款”的数额，因为行为人偷回汽车的目的就是不想缴纳罚款。而在中国，一旦认定了盗窃罪，根本无适用轻刑的可能，除非报最高人民法院核准在法定刑以下量刑。因为立法已经明确规定盗窃数额特别巨大的，处十年以上有期徒刑至无期徒刑，偷自己所有的汽车被判如此重刑，有悖罪刑均衡。所以，我国审判实践中转而适用其他轻罪名（妨害公务罪、非法处置被扣押的财产罪）以实现罪刑均衡，这种“实践理性”比单纯的理论思辨、诡辩更有意义。最高人民法院发布的指导性案例、通说的观点也多坚持盗窃罪的保护法益为所有权，而非占有权。[①] 当然，不可否认占有说有其积极意义，但至少在中国现行的立法现状之下，是很难贯彻的。虽然占有说逐渐成为有力学说，并对所有权说进行了批判，主张该类案件应以财产罪论处。但审判实践似乎并不认可，财产罪的保护法益如果坚持占有说，易扩大处罚范围且导致量刑畸重，审判实践中对仅侵犯占有的案件，排斥财产罪的适用，转而适用轻罪（非财产罪）以实现罪刑均衡。审判实践在“以刑制罪”理念下优先考虑适当的刑罚再选择罪名的现象具有一定的典型性。从这一意义上，读者需要注意的是，域外的先进立法、制度、理论，绝对不可能照搬照抄地引入中国，因为“法律是地方性知识”！[②] 中国、美国、日本现行的做法都具有“实践理性”，较好地实现了罪刑均衡，更能得到公众的认同，不能忽略“实践理性”而孤立地进行理论思辨。

三、本书的特点：尊重官方答案、注重原理阐述

近年来，刑法理论的观点争鸣对国家法律职业资格考试产生了重大的影响，从国家法律职业资格考试近几年的命题可以清晰地看到这一问题。但是，命题者采取了十分谨慎的态度，对于刑法理论上有争议的问题，毫无例外地都坚持了通说观点，对于争议较大的问题，命题者也是考查多种观点，而不可能仅是一种观点，更不可能弃通说观点于不顾而推行少数观点。为了更好地让考生吃下定心丸，我对本书倾注了很多精力，对当前重要的问题，进行了较为详细的阐述。具体而言，本书有如下特点：

第一，本书的信息量大，覆盖了国家法律职业资格考试刑法学科的所有知识点，并且，每个知识点对应的重要历年真题及解析（至2017年真题）都已经附上，所有的观点也都是以司法部的官方答案为标准，对于刑法修改、理论观点重大变化而导致的答案变化也进行了详细说明。

第二，深刻掌握知识背后的原理是了解该学科知识的重要方法。本书对具体知识点的阐述，从立法、理论、真题、审判实践多维视角进行了解读。之所以要这样做，我的最大想法是，拥有这本书，你可以实现国家法律职业资格考试领域的刑法学知识全覆盖，不仅知道结论，而且知道结论得出的理由。虽然对于国家法律职业资格考试而言，不少知识点考生只需要知道结论，但如果知道结论得出的原理，可以使你更加坚定地坚信该结论。当然，从应试的角度看，尤其是复习时间较短的考生，可以仅看具体的知识点，对于知识点背后的理由及所列举的案例，书中的注释，简单了解即可，甚至可以不看。

① 徐光华、郭晓红：《我国财产犯罪的保护法益应坚持所有权说——以非法取回自己所有而为他人占有的财产类案例的“同案异判”为例》，载《政治与法律》2013年第3期。

② 徐光华：《“以刑制罪”视阈下财产罪保护法益的再认识——以“非法取回本人所有而被他人合法占有的财物”判决为例》，载《中国法学》2016年第6期。本文中，笔者对审判实践中大量的相关案例进行了实证考察，得出结论：我国审判实践中对财产犯罪的保护法益原则上采取了所有权说。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

第三，覆盖了最新的立法及法律解释，综合了最新的案例，尤其是最高司法机关发布的案例。本书对知识点涉及的立法、法律解释进行了全面的梳理，只要是与考试可能有关的内容，全面进行了归纳。同时，对于最新的法律解释、立法修改及其背后的理论依据也进行了全面的阐述，注重新旧立法、法律解释之间的对比和差异。《刑法修正案（九）》及正在审议的《刑法修正案（十）》、最新司法解释的全部内容，也分别在本书的各部分有体现。[①] 对于最高司法机关发布的相关案例，案例本身及背后反映的精神都在本书中有体现，力争知识点与审判实践中的个案有机结合。

第四，部分理论上争议较大的问题，注重不同观点的全面阐述，并强调通说观点及国家法律职业资格考试应采取的观点。国家法律职业资格考试刑法学科近年来已经非常注重观点的争鸣，近年来的真题中，对于偶然防卫是否成立犯罪、取走死者身上的财物如何定性、公开取走他人财物的行为能否认定为盗窃罪、基于不法原因给付的财产能否成为侵占罪的对象、因果关系错误中的事前的故意、不同犯罪之间究竟是对立还是可能存在竞合，这类问题国家法律职业资格考试已经不限于考查一种观点，而是需要考生知道不同的观点。基于此，本书对于刑法理论上的重大争议问题，都详细地列明了不同的观点的存在，使考生能够更全面地掌握问题，更好地应对考试。

第五，归纳了考生的常见困惑并进行了详细的解释。教与学是需要互动的，教师除了要把自己懂的知识以恰当地方式传授给学生，同时也应该了解学生在学习中所面临的问题，“教”与“学”应不断往返。笔者从自身的授课经验出发，对于考生困惑较大的问题，包括一些错误的理解进行了一一回应，告诉了考生考试应该怎么应对，并列举了详细的理由。

国家法律职业资格考试的刑法，仅仅是刑法学知识的入门，在广博的刑法学知识领域，国家法律职业资格考试的刑法充其量只算是“皮毛”。在通过国家法律职业资格考试之后，也希望读者能够在刑法领域有更好的成绩，不断往返于理论与实践。应对本书，配套免费视频课程将会在2018年1月初全部录制完毕，并在众合教育的官网上传。同时，我个人的《历年刑法真题详解（2010—2017年）》也将会在2017年底之前正式出版，《考前一本通　刑法　徐光华》作为本书的配套背诵版，也将在2018年法律职业资格考试前一个半月左右正式出版。为了减轻考生负担，本人也会在2018年5月推出刑法总则、分则讲义及相关课件，配套讲义的内容是本书的简约版，共计150页左右。大家可以关注我的微博，新浪微博“徐光华law”，下载相关资料。



2017年11月

① 《刑法修正案（十）》对刑法第299条侮辱国旗国徽罪作了修改，一是增加国歌作为犯罪对象，二是将公众场所修改为“公共场所”。原刑法第299条（侮辱国旗、国徽罪）规定：“在公众场合故意以焚烧、毁损、涂划、玷污、践踏等方式侮辱中华人民共和国国旗、国徽的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”为了惩治侮辱国歌的犯罪行为，切实维护国歌奏唱、使用的严肃性和国家尊严，在刑法第二百九十九条中增加一款作为第二款，将该条修改为：“在公共场合，故意以焚烧、毁损、涂划、玷污、践踏等方式侮辱中华人民共和国国旗、国徽的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。在公共场合，故意篡改中华人民共和国国歌歌词、曲谱，以歪曲、贬损方式奏唱国歌，或者以其他方式侮辱国歌，情节严重的，依照前款的规定处罚。”

刑法学结构图

- 总论
  - 基础知识论
    - 刑法概说
      - 刑法的概念、性质、任务和机能、刑法解释
      - 刑法的基本原则
      - 刑法的适用范围：空间效力、时间效力
    - 犯罪概说
      - 犯罪的概念
      - 犯罪的分类
  - 犯罪论（论犯罪）
    - 犯罪论体系（犯罪构成）
      - 客观违法（不法）：行为主体、行为、行为对象结果、因果关系
      - 责任：责任年龄、能力、故意过失、犯罪目的、动机
    - 违法性阻却事由：正当防卫、紧急避险、被害人承诺等
    - 责任阻却事由：违法性认识的可能性、期待可能性
    - 特殊的犯罪构成
      - 犯罪的未完成形态：犯罪预备、未遂、中止
      - 共同犯罪
      - 单位犯罪
    - 罪数论
      - 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
      - 处断的一罪：连续犯、吸收犯、牵连犯
  - 刑罚论
    - 刑罚概说
      - 刑罚的概念
      - 刑罚的目的
    - 刑罚的体系（静态）
      - 主刑：管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑
      - 附加刑：罚金、没收财产、剥夺政治权利、驱逐出境
    - 刑罚的运用（动态）
      - 量刑：累犯、自首、立功、数罪并罚、缓刑
      - 行刑：减刑、假释
    - 刑罚的消灭：时效、赦免

刑法分论

侵犯个人法益的犯罪	侵犯财产罪（非常重要）
	侵犯公民人身权利、民主权利罪（重要）
侵犯社会法益的犯罪	危害公共安全罪（较重要）
	破坏社会主义市场经济秩序罪（较重要）
	妨害社会管理秩序罪（较重要）
侵犯国家法益的犯罪	贪污贿赂罪（重要）
	渎职罪（一般）
	危害国家安全罪（了解）
	危害国防利益罪（了解）
	军人违反职责罪（了解）

目录

刑法总则

专题一　刑法基础理论与刑法解释……003
专题二　刑法的基本原则……016
专题三　刑法适用效力……022
专题四　犯罪概说……028
专题五　客观不法要件……034
专题六　责任要件（一）——责任能力……050
专题七　责任要件（二）——罪过……058
专题八　排除犯罪性的事由（违法性阻却事由）……078
专题九　故意犯罪的停止形态……093
专题十　共同犯罪……108
专题十一　单位犯罪……135
专题十二　罪数论……140
专题十三　刑罚的体系……154
专题十四　刑罚的裁量……168
专题十五　刑罚的执行……197
专题十六　刑罚消灭制度……204

刑法分则

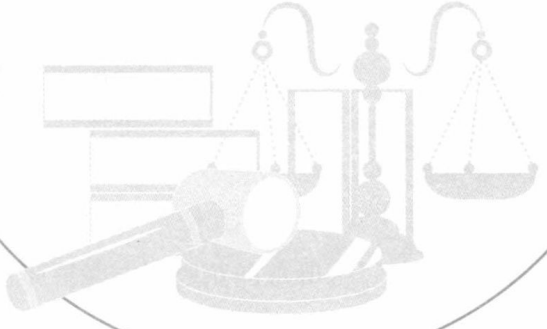
专题十七　刑法分则概说……211
专题十八　侵犯个人法益之犯罪：侵犯财产罪（上）……217
专题十九　侵犯个人法益之犯罪：侵犯财产罪（中）……247
专题二十　侵犯个人法益之犯罪：侵犯财产罪（下）……271

专题二十一　侵犯个人法益之犯罪：侵犯公民人身权利、民主权利罪（上）……281
专题二十二　侵犯个人法益之犯罪：侵犯公民人身权利、民主权利罪（中）……291
专题二十三　侵犯个人法益之犯罪：侵犯公民人身权利、民主权利罪（下）……301
专题二十四　侵犯社会法益之犯罪：危害公共安全罪……322
专题二十五　侵犯社会法益之犯罪：破坏社会主义市场经济秩序罪（上）……342
专题二十六　侵犯社会法益之犯罪：破坏社会主义市场经济秩序罪（中）……357
专题二十七　侵犯社会法益之犯罪：破坏社会主义市场经济秩序罪（下）……388
专题二十八　侵犯社会法益之犯罪：妨害社会管理秩序罪（上）……400
专题二十九　侵犯社会法益之犯罪：妨害社会管理秩序罪（中）……433
专题三十　侵犯社会法益之犯罪：妨害社会管理秩序罪（下）……445
专题三十一　侵犯国家法益之犯罪：贪污贿赂罪……458
专题三十二　侵犯国家法益之犯罪：渎职罪……487
专题三十三　侵犯国家法益之犯罪：危害国家安全罪……496
专题三十四　侵犯国家法益之犯罪：危害国防利益罪……500
专题三十五　侵犯国家法益之犯罪：军人违反职责罪……501

其他重要问题

专题三十六　行为无价值与结果无价值对立
及其对国家法律职业资格考试的启示……505
专题三十七　犯罪之间的界限与竞合……511
专题三十八　国家法律职业资格考试刑法为何考两种观点真题？
——涉两种观点历年真题的梳理……515

刑法总则



需要全本请访问 www.ertongbook.com