

飞跃版
FEIYUE

因为专业 所以卓越

2009 国家司法考试

教材一本通

5

刑法

罗翔/编著

荟集一线辅导名师，融**法理、法条、真题**三大司考备战元素于一体的**教材新革命**，突出重难点及高频考点，减轻复习压力，替代高额培训，提升司考备战**新境界**！

“基础知识、理论深度、重视真题、一点常识”，是司法考试刑法学科的必胜之道。

— 罗翔

飞跃版
FEIYUE

因为专业 所以卓越

2009 国家司法考试

教材一本通

5

刑法

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法/罗翔编著. —北京: 中国法制出版社, 2008. 10

(2009 国家司法考试教材一本通)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0846 - 2

I. 刑… II. 罗… 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 (2008) 第 163413 号

2009 国家司法考试教材一本通

刑法

XING FA

编著/罗翔

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/787×1092 毫米 16

版次/2008 年 12 月第 1 版

印张/19.75 字数/417 千

2008 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0846 - 2

定价: 42.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网 址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66065672

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

2009 第四版

出版说明

一线名师倾心力作 历经四年精心打磨
最大程度节省复习时间，提高复习效率

► 囊括一线辅导名师

本丛书的撰稿人不局限于某一法律院校或司考辅导学校，均为来自司法考试该学科领域的一线知名辅导专家。他们或多年主编司法考试辅导教材，或曾参与司法考试命题和阅卷；既善于发现总结司考命题新动向，又长于知识体系的梳理和重难点的比较分析。

► 熔法理、法条与真题于一炉

本丛书秉承将法理、法条、真题三大司考备战元素有机结合的思路，将其有机串联，使考生通过“教材一本通”的复习，全面掌握司法考试所要求的基础理论知识和法律法规，并能灵活运用、轻松解题。

最近一年真题水平自测 通过最近一年真题的自测摸底，了解司考对该知识点的考查角度和考查方式，并检视自己的水平与知识盲区，紧跟司考动向，以便有重点地分配复习时间和精力。

基本法理 注重知识体系完整性，突出司法考试重难点，大幅提升考生的复习效率、节省复习时间、降低记忆强度。

相关法条 帮助考生在理解知识点的基础上准确记忆必考法律规定。

历年真题精选 精选历年体现知识点命题思路和角度的经典真题，巩固、强化所复习的知识。

主观题解题指南 本教材特设专章对刑法卷四主观题的复习方法、答题思路与技巧进行详细讲解，并附模拟题，对2009年的考查倾向进行了充分预测。

为方便解答考生复习过程中的疑问，我们每一位老师都专门留下了答疑信箱，《刑法》的答疑信箱为：feiyue_luoxiang@126.com。同时，为帮助考生掌握最新内容，在2009年司考大纲公布后，本教材将对考试大纲新增内容进行免费电子增补，届时请考生登陆www.zgfzs.com下载。

《国家司法考试教材一本通》一切以考生备考的高效和便捷为出发点，我们衷心祝愿您成功
飞跃司考！

中国法制出版社

在基础上追求深度

刑法在司法考试中所占的比重比较大，每年大概是 80 分左右。从最近几年的司法考试来看，刑法学测试的基本特点和发展趋势已经非常明显，那就是“基础知识、理论深度、重视真题、一点常识”，这也是司法考试的必胜之道。

1. 基础知识

司法考试虽名列中国第一大考，但其绝对不是一个太难的考试，它所考查的都是本学科最重要的知识，是一个法科学生必须掌握的基础知识。如 2007 年刑法试卷考查的因果关系、正当防卫、认识错误、数罪并罚、交通肇事、金融诈骗、强奸、毒品犯罪、抢劫、绑架、诈骗、敲诈等财产犯罪的区别等。2008 年试题考查的罪刑法定、因果关系、认识错误、正当防卫、交通肇事、金融诈骗、毒品犯罪、贪污受贿、抢劫等财产刑犯罪，两年所考查的考点高度重合，均属刑法学最基础的知识。可以说，刑法试题的考查范围不偏不怪，恰到好处，它基本上覆盖了整个刑法学的最核心、最基础的知识。

2. 理论深度

司法考试已经告别了那种填鸭式的法条中心主义。不求甚解的强记法条，司法解释，至少在刑法学上是要遭遇滑铁卢的。作为司法考试考查的第一大法，考生必须对刑法学的精神和理论有基本的了解，因为这是作为一个法律职业工作者所必须具备的基本素养。近几年的刑法学试题，除了少数几题可以从法条或相关司法解释中找到依据，其他所有试题，均需在法条基础上对其蕴涵的理论背景有深刻的把握，这也是我一直所强调的，在基础上追求深度。

比如财产犯罪，大家都知道每年的分值可能在 10 分左右，盗窃、侵占、诈骗、敲诈、抢劫、绑架等罪的区别，看似非常基础的知识，但这里可做的文章非常之多。比如每年关于盗窃与侵占的区别，这考查的就是对刑法中“占有”这个概念的理解，这是一个理论性非常强的问题，光看法条、背诵概念，很容易就掉进出题人设计的陷阱。

另外，再如对刑法基本原理的考查。2006 年、2008 年两年居然都出现了罪刑法定原则的论述题，显然是提醒考生在复习时，要注意对刑法精神的领会。

3. 重视真题

刑法学是一门相当成熟的学科，可考的知识点基本都在真题中出现，因此必须高度重视历年的真题，而这也是考试成功的一个捷径。如共同犯罪理论中的部分犯罪共同说，在最近几年几乎每年都会涉及。2006 年是故意杀人与故意伤害的部分犯罪共同（一人想伤害，另一人想杀人，二人在重合部分，故意伤害内成立共同犯罪），2007 年是绑架型抢劫与非法拘禁的部分犯罪共同，2008 年则是抢劫与抢夺的部分重合。又如 2006 年卷二单选题第 10 题“甲盗窃正在使用中的铁路专用电话线”应如何处理，也许会迷惑相当一批考生。但如果大家注意到 1994 年的一道单选题：“某农民偷割正在使用中的铁路专用电话线路”，应如何定性，你就立即意识到，铁路专用电话线不属于公用电信设备，而是交通设施，因此上题的正确答案当然是 C（盗窃罪与破坏交通设施罪中处罚较重的犯罪）。当然，重视真题绝不能简单的停留在对真题答案的认识，而一定要了解真题所涉及的相关知识与法律规定。如 2006 卷二单选题 5 中的 C 选项“单位的分支机构或者内设

机构，可以成为单位犯罪的主体”，这是否正确，似乎很难判断。因为此题的依据直接来源于2001年最高人民法院《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》，该纪要认为：以单位的分支机构或者内设机构、部门名义实施犯罪，可认定为单位犯罪。也许考生觉得这个文件考的有点偏，但不要忘记，2005年刑法在单位犯罪中至少有8分以上的分值；而且2006年司法考试大纲刑法总则部分唯一变化的部分就是将单位犯罪从2005年犯罪主体中的一节变为了独立的一章，因此体现了命题人对单位犯罪的青睐，考生应特别重视。更为重要的是，2005年刑法试题考查了单位骗取贷款的处理，也直接依据的是上述纪要的观点（以合同诈骗罪的单位犯罪论处）。因此对于这个文件，考生怎么能不高度重视呢？

4. 一点常识

按理来说，这个问题没有什么可谈的，但是在刑法学试题中，经常有考生是因为常识问题失分。这里所说的常识也就是按照一般人的意思去理解试题，而不要钻牛角尖。司法考试只是一种标准化的测试，任何试题在语言行文上都不可能绝对完美，因此只要按照语言通常的习惯理解即可，而不要附加条件，考虑一般人不会考虑的问题。比如每年关于因果关系的考查，完全就可以按照常理做题。再如2005年有道试题考的是一个国家工作人员委派到非国有企业从事会计工作，和该企业主管财务的副总一起勾结，侵吞本公司财务，问应如何定性？明眼人一看就知道考点是共犯与身份，尤其是双方都是特殊身份犯应该如何处理。按照司法解释，采取主犯决定说。如果国家工作人员是主犯，那么全案的性质就是贪污罪，如果非国家工作人员是主犯，那么全案的性质就是职务侵占罪。问题在于谁是主犯呢？一般说来，官大的就是主犯，这也是多数人的认识，因此此题的正确答案是定职务侵占罪。当然，有考生会问，难道官小的难道不会是主犯吗？或者两人都是主犯，不行吗？当然不能否定这种可能，但是在考试中，显然没有必要这么分析，只需按照一般人的理解习惯理解试题即可。

总之，考生在复习的时候一定要秉持“基础知识、理论深度、重视真题、一点常识”这十六字箴言，在基础知识上追求适当的理论深度，同时通过真题来探究基础知识的范围和深度，加上适当的考试技巧和一点点运气，我相信，通过司法考试并非难事。

罗翔

目 录

第一章 刑法概说

第一节 刑法的基本知识	1
重 点 刑法的解释	
第二节 刑法的基本原则	3
重 点 罪刑法定原则	
罪刑相适应原则	
第三节 刑法的适用范围	6
重 点 刑法的空间效力	
刑法的时间效力	

第二章 犯罪概念和分类	13
-------------------	----

第三章 犯罪构成

第一节 犯罪构成概述	15
难 点 基本的犯罪构成与修正的犯罪构成	
第二节 犯罪客体	18
第三节 犯罪客观要件	19
难 点 危害行为	
刑法上的因果关系	
第四节 犯罪主体	27
重 点 刑事责任年龄	
刑事责任能力	
单位犯罪	
第五节 犯罪主观要件	33
难 点 犯罪故意	
犯罪过失	
无罪过事件	
认识错误	

第四章 排除犯罪的事由

第一节 正当防卫	43
难点 防卫过当	
特殊防卫	
第二节 紧急避险	46
对比记忆 紧急避险与正当防卫的异同	
第三节 其他排除犯罪事由	48

第五章 故意犯罪形态

第一节 概述	52
第二节 犯罪预备	53
第三节 犯罪未遂	54
第四节 犯罪中止	56

第六章 共同犯罪

第一节 共同犯罪概说	62
第二节 共同犯罪的形式	67
第三节 共同犯罪的分类	68
重点 主犯	
从犯	
胁从犯	
教唆犯	
第四节 共同犯罪的复杂问题	69

第七章 罪数

第一节 罪数理论	75
重点 实质的一罪	
法定的一罪	
处断的一罪	
第二节 法律和司法解释的特别规定	81

第八章 刑罚体系

第一节 刑罚概说	88
第二节 主刑	88
第三节 附加刑	90

第四节	非刑罚处罚方法	93
第九章	刑罚的裁量	
第一节	量刑情节	100
第二节	累犯、自首和立功	102
第三节	量刑制度	105
重 点	数罪并罚 缓刑	
第十章	刑罚的执行和消灭	
第一节	减刑和假释	115
第二节	时效	116
第三节	其他规定	117
第十一章	分则概述	121
第十二章	危害国家安全罪	123
重 点	非实行行为的实行化	
第十三章	危害公共安全罪	125
对比记忆	危险方法类犯罪与故意杀人、故意伤害等罪的区别	
重 点	破坏公用设施类犯罪与盗窃等罪的想象竞合情况 非法出租、出借枪支罪 交通肇事罪	
第十四章	破坏社会主义市场经济秩序罪	
第一节	生产、销售伪劣商品罪	139
第二节	走私罪	143
第三节	妨害对公司、企业的管理秩序罪	146
重 点	非国家工作人员受贿罪	
第四节	破坏金融管理秩序罪	150
重 点	持有、使用假币罪 洗钱罪	
第五节	金融诈骗罪	160
重 点	贷款诈骗罪 信用卡诈骗罪	

	保险诈骗罪	
第六节	危害税收征管罪	168
第七节	侵犯知识产权罪	173
第八节	扰乱市场秩序罪	176
第十五章	侵犯公民人身权利、民主权利罪	180
	重 点 故意杀人罪	
	强奸罪	
	非法拘禁罪	
	绑架罪	
	拐卖妇女、儿童罪	
	拐骗儿童罪	
第十六章	侵犯财产罪	199
	重 点 抢劫罪	
	敲诈勒索罪	
	盗窃罪	
	诈骗罪	
	侵占罪	
第十七章	妨害社会管理秩序罪	
第一节	扰乱公共秩序罪	230
	重 点 妨害公务罪	
	计算机犯罪	
	寻衅滋事罪	
第二节	妨害司法罪	239
第三节	妨害国（边）境管理罪	246
第四节	妨害文物管理秩序罪	248
第五节	危害公共卫生罪	250
第六节	破坏环境资源保护罪	253
第七节	毒品犯罪	257
	重 点 非法持有毒品罪	
第八节	组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	262
	重 点 强迫卖淫罪	
第九节	制作、贩卖、传播淫秽物品罪	266
第十八章	危害国防利益罪	268

第十九章 贪污贿赂罪（重点掌握）	270
重 点 贪污罪	
挪用公款罪	
受贿罪	
第二十章 渎职罪	287
重 点 玩忽职守罪	
徇私枉法罪	
第二十一章 军人违反职责罪	294
附章 主观题高分突破指南	298

第一章 刑法概说

本章 2004 - 2008 考点分值分布

章节	2008 年	2007 年	2006 年	2005 年	2004 年
刑法概说	刑法的解释 (1 分)、罪刑法定原则 (35 分)	刑法的空间效力 (2 分)	罪刑法定原则 (36 分)、刑法的解释 (1 分)	刑法体系 (1 分) 罪刑法定原则 (2 分) 罪刑相适应原则 (1 分) 刑法的空间效力 (2 分)	罪刑法定原则 (1 分)、刑法的空间效力 (1 分)

注：本分值统计可能存在交叉，一是由于与总则部分结合考查的情况比较多，二是由于分则部分往往采用综合考查方式，一道题可能考查多个罪，也可能考查不同罪的区别和联系。另外，罪数问题因为主要涉及分则问题，所以没有专门统计的。以下各章分值统计表与此相同。

第一节 刑法的基本知识

最近一年真题水平自测^①

①立法解释是由立法机关作出的解释，既然立法机关在制定法律时可以规定“携带凶器抢夺的”以抢劫罪论处，那么，立法解释也可以规定“携带凶器盗窃的，以抢劫罪论处”。②当然，立法解释毕竟是解释，所以，立法解释不得进行类推解释。③司法解释也具有法律效力，当司法解释与立法解释相抵触时，应适用新解释优于旧解释的原则。④不过，司法解释的效力低于立法解释的效力，所以，立法解释可以进行扩大解释，司法解释不得进行扩大解释。关于上述四句话正误的判断，下列哪一选项是正确的？(2008/2/20，单选)

- A. 第①句正确，其他错误
- B. 第②句正确，其他错误

① [最近一年真题答案及解析] B (刑法的解释)。立法解释是对刑法的概念、用语、条文等进行解释，同样必须遵守罪刑法定原则，同时，立法解释与立法的程序是不相同的，立法解释还可以溯及既往，因此不能采取类推解释的方法，故第一句话错误，第二句话正确；从解释的效力来看，立法解释要高于司法解释，故第三句话是错误的；罪刑法定原则禁止类推解释，但不禁止扩张解释，无论是立法解释，还是司法解释，都可以进行扩张解释，故第四句话是错误的。

C. 第③句正确, 其他错误

D. 第④句正确, 其他错误

重点知识

刑法的解释

一、刑法的定义

刑法是关于犯罪和刑罚法律规范的总称, 任何法律要被称为刑法都必须符合两个基本要素: 其一规定何种行为属于犯罪; 其二规定犯罪的法律后果, 这主要是刑罚。根据刑法的定义, 当前我国刑法的表现形式是1+6+1, 也即1997年刑法典、全国人大常委会通过的6个修正案以及1个决定(即《全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》)。

二、刑法的解释

刑法的解释有两种分类:

(一) 按照解释的效力分类, 可以分为立法解释、司法解释和学理解释。

1. 立法解释

这是由最高立法机关所作出的解释, 一般认为有三种情况属于立法解释: 在刑法或相关法律中所作出的解释性规定, 如《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》; 在“法律的起草说明”中所作的解释; 在刑法实施过程中, 立法机关针对某些问题专门作出的解释。1997年刑法颁布至今, 全国人大常委会已经先后作出过9个立法解释。

2. 司法解释

这是由最高司法机关所作出的解释, 在我国只有最高人民法院和最高人民检察院可以就审判和检察工作如何具体应用法律作有效的解释。根据2007年3月9日《最高人民法院关于司法解释工作的规定》, 最高人民法院司法解释的形式分为“解释”、“规定”、“批复”和“决定”四种。2006年5月10日《最高人民检察院司法解释工作规定》, 最高人民检察院的司法解释文件采用“解释”、“规定”、“规则”、“意见”、“批复”等形式。

3. 学理解释

这是指未经国家授权的机关、团体或者个人从理论上或学术上对刑法所作的解释。学理解释不具有法律的约束力, 但对刑事立法以及刑事司法有重要的参考作用。

(二) 按照解释的方法, 将刑法解释分为文理解释和论理解释。

1. 文理解释

文理解释, 又称文义解释, 它是对法律条文的字义, 包括单词、概念、标点符号从文理上所作的解释。文理解释是一种首选的解释方法。刑法第99条的规定: “本法所称以上、以下、以内, 包括本数”, 就是一种典型的文理解释。

2. 论理解释

论理解释是按照立法精神, 联系有关情况, 对刑法条文从逻辑上所作的解释。主要的论理解释有如下一些:

(1) 扩张解释

扩张解释是根据立法精神, 结合社会的实质需要, 对于刑法条文的含义作出超出字面含义的解释。最容易和扩张解释相混淆的就是类推适用了, 但是, 两者的区别又是不能回避的, 因为罪刑法定原则禁止不利于行为人的类推适用, 但却允许扩张解释。

一般认为, 尽管扩张解释与类推解释之间很难划出一个泾渭分明的“楚河汉界”, 但两者还是有很大

大区别的。扩张解释是将刑法规范可能蕴含的最大含义揭示出来，是在一定限度内的解释极限化；类推解释是将刑法规范本身没有包含的内容解释进去，是解释的过限化。此外，扩张解释是为了正确适用法律，它并不产生新的法规，而类推则是为了填补法律的漏洞，它将产生新的规则。比如将强奸罪中犯罪对象“妇女”解释为男性，这就是一种典型的类推，因为它已经超越语言的极限。

(2) 缩小解释

与扩张解释相对，缩小解释是在字面含义之内进行缩小。比如将故意杀人罪中的人解释为本人以外的他人，就是一个明显的缩小解释。在形式层面上，由于缩小解释是在字面含义之内所作的解释，因此它完全符合罪刑法定的要求，但是如果解释不当，它却有可能与罪刑法定的实质侧面发生冲突，比如将故意杀人罪中的人解释为精神正常的人，于是故意杀害精神病人就不构成犯罪了，这种解释就完全偏离了法本身所要追求的公平和正义，使得法律成为了“恶法”，因此缩小解释必须坚持合理性原则。

(3) 体系解释

体系解释是将刑法条文置于整个刑法之中，联系其他法条进行解释，避免断章取义，以使刑法中的各个条文互相协调。比如我国刑法第170条规定了伪造货币罪，而刑法第173条规定了变造货币罪，立法者将伪造货币与变造货币视为两种不同的行为，因此刑法171条所规定的“运输伪造的货币”（运输假币罪）显然也就不包括变造的货币。

第二节 刑法的基本原则



重点知识

罪刑法定原则

一、罪刑法定原则

罪刑法定是法治国家最重要的原则，是司法考试的绝对重点。对于这个考点，要注意如下问题：

1. 含义

刑法第3条规定：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。据此，在中国刑法中罪刑法定原则包括两个方面的含义：其一是罪刑法定的积极方面，即有罪必罚；其二是罪刑法定的消极方面，即无罪不罚。我们常说的法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚，其实指的就是罪刑法定的消极方面。当然，学界对罪刑法定的积极方面一直持批评态度，因为这种规定明显违背了罪刑法定限制国家刑罚权的精神。事实上，大部分规定罪刑法定原则的国家都只有消极方面，而无积极方面。但是我国刑法既然有这种规定，考生就必须注意。考试考的是应用刑法，而非批判刑法。另外，提醒大家注意的是，千万不要将“罪刑法定”原则写成“罪行法定”原则，“罪刑”与“罪行”是刑法中的两个不同概念，这在司法考试中也曾经出现过（2005年试卷）。

2. 理论依据

罪刑法定的理论依据有三个来源：其一是三权分立学说；其二是心理强制说；其三是自然法思想。根据三权分立学说，国家的权力应该分为立法权、司法权和行政权，三权要保持分立与平衡。因此，司法机关不能制定刑法，只能适用刑法，不能超越刑法作类推解释。根据心理强制说，人皆有趋利避害的本能，因此法律应当事先公诸于世，使公民形成合理预期，告诉公民犯罪的后果，抑制民众犯罪

的冲动，法律不应过于含糊，应当尽量明确，同时法律不应该追溯既往。根据自然法思想，刑法本身应该是善法，不得制定不合理的刑法，不得规定残酷不人道的刑罚。这些考生了解即可。

3. 具体要求

罪刑法定原则的精神在于限制国家的刑罚权，使得这种最可怕的国家权力限制在法治的轨道之下，它有实质侧面与形式侧面两方面的内容，多数考生往往只注意形式侧面的内容，而忽视实质侧面的内容。

(1) 形式侧面

人们通常所说的法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚，其实主要说的就是罪刑法定形式侧面的内容，它包括：

①**制定法原则**：规定犯罪及其法律后果的法律必须是立法机关制定的成文的法律，行政法规和习惯法不得作为刑法的渊源。同时，我国不承认判例法，判例不应作为刑法的渊源，即使是最高人民法院作出的判例也只具有参考作用，而没有绝对的约束力。

需要注意的是，虽然行政法规不能直接规定犯罪和刑罚，但它可以对构成要件的某些方面进行填补，空白罪状是符合罪刑法定原则的。如刑法第341条第2款规定：“违反狩猎法规，在禁猎区、禁猎期或者使用禁用的工具、方法进行狩猎，破坏野生动物资源，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。”显然，认定狩猎行为是否构成非法狩猎罪，必须要借助相关行政机关制定的狩猎法规。这种空白罪状在中国刑法中大量存在，通说认为这是符合罪刑法定原则的。

②**禁止不利于行为人的事后法**。刑法不能追溯既往，否则就会侵犯公民的合理预期。但是对行为人有利的事后法可以追溯既往，这符合罪刑法定原则限制国家刑罚权的精神。

③**禁止不利于行为人的类推解释**。类推解释违背了立法和司法的权力分立原则，是罪刑法定原则所禁止的。但是从限制刑罚权的精神出发，对行为人有利的类推解释则是允许的。因此，我们可以笼统地说罪刑法定原则禁止类推解释，但不能说罪刑法定原则绝对禁止类推解释，这点提醒大家注意。另外，立法解释也不能类推，因为解释与立法的程序是不同的。

④**禁止绝对的不定期刑与绝对的不定刑**。不定期刑制度的出发点在于：罪犯是可以被矫正的，但是人却是有区别的，因此每个罪犯所需要的矫正时间是无法事先确定的。不定期刑可以分为绝对的不定期刑和相对的不定期刑。前者是法官定罪，刑罚的长短完全由刑罚执行机关（行政机关）决定；而后者法官不仅定罪，还要确定刑罚的幅度。比如法官对行为人处盗窃罪，判处有期徒刑3到10年，刑罚执行机关根据罪犯的服刑状况在这个刑罚幅度内确定最终的刑期。绝对的不定期刑将刑罚的决定权完全交予行政机关，违背了权力分立原则，也使得服刑人员无法预知自己的刑期，因此是罪刑法定原则所禁止的。但是相对的不定期刑则是在坚持罪刑法定原则的基础上吸收了不定期刑的合理之处，因此是符合罪刑法定原则的。在我国的司法实践中，其实也存在相对的不定期刑，如假释、减刑制度。同时，减刑、假释的决定机关必须是中级以上人民法院，刑罚的执行机关只具有建议权而无决定权，这都是相对不定期刑思想的体现。

与不定期刑相关的一个概念是不定刑。不定刑是指法律本身对刑罚的规定是不确定的。它也包括相对的不定刑和绝对的不定刑，前者在中国刑法中比比皆是，也就是我们所说的相对（不）确定的法定刑，而后者如中国古代刑法中的“伤人及盗者抵罪”，只规定犯罪，而不规定刑罚，这完全违背了罪刑法定原则所要求的刑之法定。

(2) 实质侧面

罪刑法定原则的实质侧面，其实就是要求刑法本身应是善法。否则，单纯符合罪刑法定形式侧面要求的刑法也可能成为压迫民众的工具，而无法对国家的刑罚权进行限制。所以罪刑法定既是司法原则又是立法原则。一般说来，罪刑法定原则的实质侧面包括如下内容：

①**明确性原则**。刑法关于犯罪和刑罚的规定应当尽量明确，否则就无法实现法律的指引功能，让公民形成对未来的合理预期。当然，刑法的明确性是相对的，不可能做到绝对明确。这里要提醒大

家注意规范性的构成要件要素，它是与描述性的构成要件要素相对的概念，两者区别的关键在于是否存在价值判断（详情参见本丛中《法理学·法制史·宪法·法律职业道德》的相关论述）。描述性的构成要件要素没有价值判断，只是纯粹对事物的描述，比如故意杀人罪中的人，拐卖妇女罪中的妇女，又如贩卖毒品罪中的毒品。而规范性构成要件要素则存在价值判断，如传播淫秽物品罪中的淫秽物品，判断一本书是否属于淫秽物品，这就涉及价值判断，不同的人有不同的见解。通说认为，规范的构成要件要素并不违背罪刑法定原则。

②**刑法的合理性原则**。刑法的处罚范围与处罚程度必须具有合理性，只能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做犯罪处理；处罚程度必须适应现阶段一般人的价值观念。

③**禁止不均衡的、残虐的刑罚**。刑罚的设计应当符合重罪重刑，轻罪轻刑，无罪不刑这个基本的公平原则，否则就是恶法，罪刑相适应原则本身就是罪刑法定原则的合理延伸。同时，酷刑由于完全无视人的尊严，也属禁止之列。

二、罪刑相适应原则

刑法第5条规定：“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。”这就是罪刑相适应原则，也即重罪重刑，轻罪轻刑，无罪不刑。对此原则一定要注意它在立法和司法中的运用。这只需从两个角度分析：其一是客观相当，也即在客观方面，刑罚与犯罪行为的社会危害性相适应，社会危害性越大，刑罚也应越重，因此犯罪结果越重，犯罪数额越多，其刑罚也应越重，如故意杀死两人一般重于故意杀死一人的刑罚、犯罪既遂一般重于犯罪未遂的刑罚、盗窃1万元一般要重于盗窃1000元的刑罚；其二是主观相当，也即在主观方面，刑罚与犯罪人的人身危险性相适应，人身危险性越大的罪犯，其刑罚也应越重，如直接故意一般重于间接故意的刑罚，因为前者的人身危险性要更大些，又如对未成年人犯罪应当从宽，因为他们的人身危险性较之成年人也要相对更小些。刑法中的自首、立功、假释、减刑、缓刑等制度都是罪刑相适应原则的体现。只要符合主观相当或客观相当的任何一种，都可以说是罪刑相适应原则的体现。

三、刑法面前人人平等原则

刑法面前人人平等也是中国刑法的一个基本原则，对此原则只须掌握我国刑法所说的平等是司法平等，而不包括立法平等。该原则在刑事司法活动中体现为定罪、量刑、行刑上一律平等。



相关法条

☞ 《中华人民共和国刑法》

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

★ 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。

第三节 刑法的适用范围

一、刑法的空间效力

最近一年真题水平自测^①

关于刑事管辖权，下列哪些选项是正确的？（2007/2/51，多选）

- A. 甲在国外教唆陈某到中国境内实施绑架行为，中国司法机关对甲的教唆犯罪有刑事管辖权
- B. 隶属于中国某边境城市旅游公司的长途汽车在从中国进入E国境内之后，因争抢座位，F国的汤姆一怒之下杀死了G国的杰瑞。对汤姆的杀人行为不适用中国刑法
- C. 中国法院适用普遍管辖原则对劫持航空器的丙行使管辖权时，定罪量刑的依据是中国缔结或者参加的国际条约
- D. 外国人丁在中国领域外对中国公民犯罪的，即使按照中国刑法的规定，该罪的最低刑为3年以上有期徒刑，也可能不适用中国刑法

重点知识

● 空间效力的适用原则

我国在空间效力上以属地原则为主，兼采属人原则和保护原则，并有保留地采用普遍管辖原则。另外，在空间效力问题上，要坚持司法主权原则，当我国与别国对同一犯罪都具有管辖权，即便经过外国审判的，我国仍然可以追究，但在外国已受到刑罚处罚的，可以免除或减轻处罚。

（一）属地管辖原则

属地管辖原则有两个派生内容：其一是旗国主义；其二是遍在地主义。这在司法考试中也常有出现。

1. 旗国主义

中国的船舶和航空器属中国领域，凡在我国船舶或者航空器内犯罪的，均适用我国刑法。根据相关司法解释，在我国船舶内犯罪的，由犯罪发生后该船舶最初停泊的中国口岸所在地的人民法院管辖；在我国航空器内犯罪，由犯罪发生后该航空器在中国最初降落地地的人民法院管辖。

2. 遍在地主义

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。对于这里所说的行为或结果都应作扩大理解，行为包括实行行为和非实行行为（共犯行为、未

① [最近一年真题答案及解析] ABD（刑法的适用范围）。甲在国外教唆陈某到中国境内实施绑架行为，属于绑架罪的共犯，根据属地原则的遍在地原则，应视为犯罪行为发生在中国境内，我国有刑事管辖权，A正确。外国人在国外对中国人实施的犯罪行为，不符合刑法管辖的属人原则和保护原则，也不属于发生在中国的“船舶或者航空器”上，不适用属地管辖，因此对汤姆的杀人行为不适用中国刑法，B项正确。国际条约必须转化为国内法适用，C选项错误。保护管辖原则采取的是绝对重罪管辖，外国人在中国领域外对中国公民犯罪的，即使按照中国刑法的规定，该罪的最低刑为3年以上有期徒刑的，也可能不适用中国刑法，D选项正确。