

第五版



新起点2010年七书战司考系列之二:卷二



总策划:张合功

2010年国家司法考试 名师教案 卷二

刑法、刑事诉讼法、 行政法与行政诉讼法

杨艳霞 编著
谢安平
吴鹏



世界知识出版社

七书战司考

2



作者介绍:

杨艳霞，刑法学博士，副教授。从2002年开始进行司法考试刑法学的辅导工作，多年来一直担任法律出版社《司法考试历年试题及考点归类精解》的副主编。从2006年开始为新起点学校撰写辅导教材《名师教案——刑法篇》。在司考辅导中，强调从整体上把握刑法的结构，从根本上掌握考点。在授课中删繁就简，讲解到位，让考生轻松掌握考点。

谢安平，法学博士，博士后，副教授，研究生导师，全国著名司法考试辅导专家。

吴鹏，中国人民大学法学院行政法博士。从2001年开始从事律考、司考的辅导工作，主编多本司法考试辅导教材。授课条理清晰，幽默风趣，使学员在轻松氛围中掌握考试的重点和难点，获得事半功倍的效果。

D92-44

173

:2

2010 年

国家司法考试名师教案 卷二

杨艳霞 谢安平 吴 鹏 编著



图书在版编目 (CIP) 数据

2010 年国家司法考试名师教案. 2 / 杨艳霞等编著. —北京: 世界知识出版社, 2010
ISBN 978-7-5012-3751-7

I. ①2… II. ①杨… III. ①法律工作者-资格考核-中国-自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 010865 号

2010 年国家司法考试名师教案 卷二

编 著: 杨艳霞 谢安平 吴 鹏

责任编辑: 王瑞晴

责任出版: 赵 玥

封面设计: 田春艳

出版发行: 世界知识出版社

社 址: 北京市东城区干面胡同 51 号

邮 编: 100010

发行电话: (010) 85118127 (010) 65265928

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市全海印刷厂

开本印张: 787×1092 毫米 1/16 41½ 印张

版 次: 2010 年 1 月第一版

印 次: 2010 年 1 月第一次印刷

标准书号: ISBN 978-7-5012-3751-7

总 定 价: 300.00 元 (共三卷)

新起点备战国家司法考试 2010 年版“七书战司考”系列丛书

序 言

司考江湖传言：欲过司考，必备三宝！这个三宝，实际上是指：教材、真题、法条。

教材：由 3 本书构成。不是指大学传统的教科书，而是指专门为司法考试卷一、卷二、卷三考试的内容而编写的辅导教材。一般由多年从事司法考试辅导的老师，以自己的授课讲义为基础编写而成。

真题：1 本书。历年真题的汇总，包括详细解析。司法考试七年来最显著的一个特征就是“重者恒重！”，许多的知识点在重复考，认真研究、多遍习练历年真题是所有考生的必做功课。

法条：2 本书。涵盖司法考试大纲规定的所有法律所构成的“法律法规汇编”以及以这些法规汇编为基础所精选的“重点法条”。司法考试 80% 的考点是以法条为基础形成的，这也是充分体现司法考试务实性的一个表现。

有了“三宝”还不够，必不可少的是新起点独创的、短时间内提分效果最明显的“独门暗器”：论述题模板法答题技巧。

论述题模板法答题技巧：1 本书。经过简单的训练，神奇地将令人头痛的论述题变成了简单的填空题。

司考三宝：教材、真题和法条就像美军海军陆战队所配备的基本武器——长枪、短枪和匕首；而我们的“模板法”则是威力强大的两颗手雷，在关键时刻作用巨大。对于任何一个备战司考的学员来说，这四样东西是必需的标准配置，缺少任意一种，都会给备考活动带来不必要的困扰。

我们的“七书战司考”系列丛书正是按照教材、真题、法条以及论述题模板法答题技巧这四种标准配置，经过四年的摸索，科学组合而成的七本书。七书战司考，一本都不能少。

“七书战司考”系列丛书的作者与编辑团队非常强大。作者均是活跃在司考第一线的辅导名师，如：杨艳霞、席志国、侍东波、杨帆、李毅、司艳丽、吴鹏、谢安平、张合功等。编辑团队全是经过司法考试考场的洗礼，并且顺利通过了司法考试的法学硕士，如：周浩昊、金竟、李昊、汪艳琴、刘宗珍、李海燕、魏大众、万超、郝霞、孟思凡、陶丽博、蒋贵荣、范开花、张晓东、鲍函、刘文军、王晨、梁渲晶、郭丙丽、王志强等，他们从考生的角度对“七书战司考”系列的七本书进行“偏重实战”方面的编辑、整理，使得这套书使用起来更加方便、省力。下面对七本书及其作者做个大致介绍：

第一本书：卷一。内容为司法考试试卷一的考试内容，具体为：法理、宪法、法制史、三国法、经济法、司法制度与职业道德。

作者：杨帆、李毅、司艳丽

(1) 杨帆：毕业于中国政法大学，获博士学位。现在北京某高校法学院任教，2003 年开始从事司法考试教学工作，主讲法理、宪法、法制史。杨帆老师善于听取学员建议，积极改进授课内容，形成了干练、清晰的讲课风格，成为了最受学员欢迎的辅导名师，活跃在全国司法考试辅导领域。

(2) 李毅：毕业于北京大学，获博士学位。现任教于北京某著名高校，授课风格稳健、条理清晰，辅导效果显著，无论整理讲义还是编写教材，都格外认真、细致。这些特点使得李毅老师成为了三国法辅导三大名师之一，为整个司法考试辅导界所认可和接受。现和杨帆（女）一道承担新起点国际公法、国际私法、国际经济法的授课任务。

(3) 司艳丽：毕业于中国政法大学，获博士学位。现任职于最高人民法院，讲课风格清新明快，以女性特有的细致和亲和力，和张海峡老师一起承担了新起点商经、知识产权的授课任务，成为了学员枯燥备考历程的一道亮丽风景线。

第二本书：卷二。内容为司法考试试卷二的考试内容，具体为：刑法、刑诉、行政法与行政诉讼法。

作者：杨艳霞、汪海燕、吴鹏

(1)杨艳霞:毕业于中国政法大学,获博士学位。某高校法学院刑法教师。2003年开始在新起点司法考试讲台教授司法考试刑法习题课、考点精讲、法条串讲等核心课程,其对考生极其负责的态度,充分反映在了授课过程和图书的编辑过程。授课注重实用性、简洁性,教材编写也体现了重点突出、考点明确的特点,目前已经是司法考试辅导刑法学科的一线名师。和陈永生老师共同承担新起点刑法学的授课任务。

(2)汪海燕:博士,中国政法大学教授。2003年开始在新起点教授刑诉,是和新起点司法考试一起走过来的一线名师,刑诉四大名师之首。两天的刑诉课程竟能覆盖95%的考点,讲课风格干练、条理性极佳,使得学员听课变成了一种享受。目前和杨立新老师共同承担新起点刑诉法的授课任务。

(3)吴鹏:毕业于中国人民大学,获博士学位,并留校任教。2003年开始在新起点教授行政法与行政诉讼法,首先提出“最有效”备考司法考试的理念,善于清晰梳理纷乱的行政法备考脉络,授课风格深受学员喜爱。目前和王锐老师一道承担新起点行政法与行政诉讼法的授课任务。

第三本书:卷三。内容为司法考试试卷三的考生内容,具体为:民法、商法、民诉与仲裁。

作者:席志国、司艳丽、侍东波

(1)席志国:毕业于中国政法大学,获博士学位。现任教于北京某著名高校,2004年开始在新起点教授民法、商经等司法考试重点内容,授课风格大气磅礴,条理明快、清晰,是目前司法考试辅导民法一线明星授课老师。现和姚欢庆老师一道承担新起点民法授课任务。

(2)侍东波:毕业于中国政法大学,获博士学位。现任教于北京法官学院,2004年开始在新起点教授民诉,授课风格稳健、条理清晰,和常英老师一道承担新起点民诉的授课任务。

第四本书:真题。策划:张合功。编著:新起点国家司法考试命题研究组

本书全称为《双排双练图表式历年真题详解》,内容为2004—2008年五年的真题及详细解析。

本书分为三个部分:第一部分为五年的真题,按照考试顺序排列,题目后面不附答案,用于考生全面、完整进行真题训练;第二部分为图表式历年真题考点归类,每个知识点后面附有原真题,但没有答案和解析,便于考生自我检测;第三部分为五年真题的答案和解析,并按照年份排列,方便考生查阅。本书为目前市场上唯一一本双排双练真题详解,将极大地方便考生备考。

第五本书:重点法条组合。策划:张合功。编著:新起点国家司法考试命题研究组

内容为司法考试大纲规定的重点法条,囊括了市场上该类书的全部优点并自成体系,实用性极佳。

第六本书:法律法规。策划:张合功。编著:新起点国家司法考试命题研究组

本书以司法考试大纲的范围为依据,将司考所涉及的法律法规及司法解释全部收录其中,并且对其中的重点法条予以解读,本书编排科学合理,是考生复习备考、查阅研读必不可少的工具。

第七本书:论述题。作者:张合功。著名司法考试辅导专家,新起点学校校长,被学员称为“神奇的司考教父”。

《论述题模板法答题技巧》是新起点独创的、能够使学员用最少的时间投入而提分最快的一个卷四备考法门。该方法问世三年来,无数考生得益于该书而顺利过关,12小时的训练使得考生轻松提高分数20—50分,成为新起点备战司法考试的“独门暗器”。

上述七本书,是考生备战司法考试全功能系列丛书,是考生备战司法考试一本都不能少的丛书。同时,拥有这七本书也已经足以应付司法考试了。

新起点“七书战司考”系列丛书编写组
2009年12月

目 录

刑 法

第一讲	刑法概说	2
第二讲	犯罪论体系概述	13
第三讲	构成要件该当性	20
第四讲	违法性	31
第五讲	有责性	43
第六讲	犯罪的未完成形态	64
第七讲	共同犯罪	74
第八讲	罪数	91
第九讲	刑罚的目的及体系	100
第十讲	刑罚的裁量	111
第十一讲	刑罚的执行与消灭	128
第十二讲	罪刑各论概说	133
第十三讲	危害国家安全罪	138
第十四讲	危害公共安全罪	141
第十五讲	破坏社会主义市场经济秩序罪(上)	153
第十六讲	破坏社会主义市场经济秩序罪(下)	166
第十七讲	侵犯公民人身权利、民主权利罪	190
第十八讲	侵犯财产罪	205
第十九讲	妨害社会管理秩序罪(上)	226
第二十讲	妨害社会管理秩序罪(下)	240
第二十一讲	贪污贿赂罪	247
第二十二讲	渎 职 罪	261
练习参考答案		268

刑事诉讼法

第一讲	刑事诉讼法概述	276
第二讲	刑事诉讼的基本原则	279
第三讲	刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人	285
第四讲	管辖	294
第五讲	回避	307
第六讲	辩护与代理	313
第七讲	证据	325
第八讲	强制措施	342
第九讲	附带民事诉讼	361
第十讲	期间、送达	365
第十一讲	立案	369
第十二讲	侦查	373

第十三讲	起诉	391
第十四讲	审判概述	404
第十五讲	第一审程序	414
第十六讲	第二审程序	443
第十七讲	死刑复核程序	458
第十八讲	审判监督程序	464
第十九讲	执行	475
第二十讲	未成年人案件的诉讼程序	488
第二十一讲	涉外刑事诉讼程序与司法协助制度	492

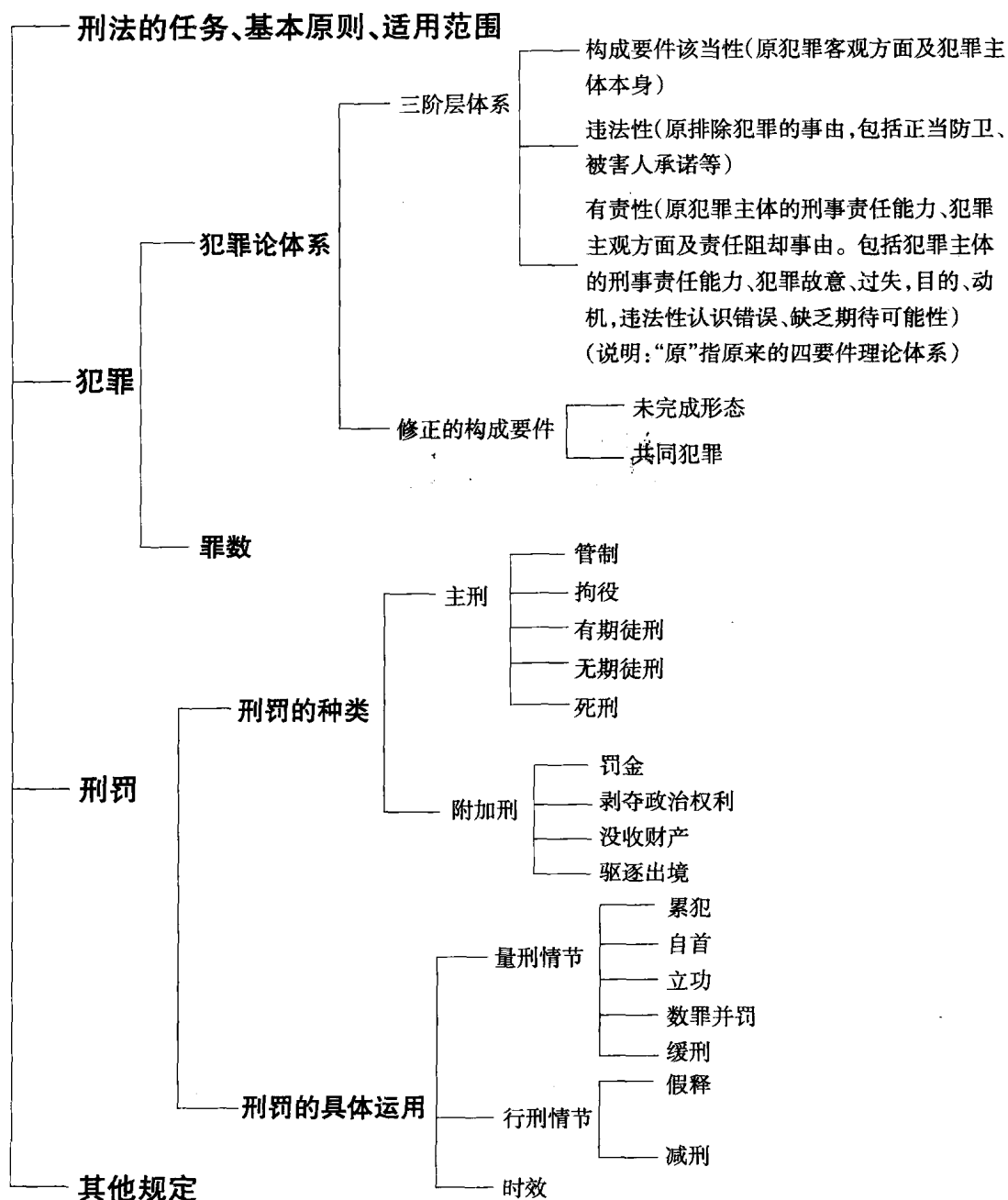
行政法与行政诉讼法

第一讲	行政法概述	498
第二讲	行政组织与公务员	502
第三讲	抽象行政行为	513
第四讲	具体行政行为概述	520
第五讲	行政许可	527
第六讲	行政处罚	537
第七讲	行政强制制	555
第八讲	行政合同与行政给付	558
第九讲	行政程序与政府信息公开	560
第十讲	行政复议	563
第十一讲	行政诉讼概述	578
第十二讲	行政诉讼的受案范围	581
第十三讲	行政诉讼管辖	590
第十四讲	行政诉讼参加人	595
第十五讲	行政诉讼程序	606
第十六讲	行政诉讼的特殊制度与规则	614
第十七讲	行政案件的裁判与执行	627
第十八讲	国家赔偿概述	636
第十九讲	行政赔偿	640
第二十讲	司法赔偿	646
第二十一讲	国家赔偿方式、标准和费用	652

刑法

第一讲 刑法概说

刑法总则知识体系结构图



* 按照本丛书体例,本来是每个知识点都要标注“★”、“★★”、“★★★”标志。但本套书“刑法篇”所列的,已经是全部重要的考点了,不重要的,已经被舍去了。所以,本篇只在最重要的、出题率高的知识点上标注了“★★★”。这丝毫不表示其他知识点不重要。(作者注)

本讲是关于刑法的基础知识的,包括刑法的概念、性质、体系,基本原则,适用范围三部分。其对应法条是《刑法》总则第一章“刑法的任务、基本原则和适用范围”。

这部分内容看似不重要,实则很重要。要掌握刑法学,首先要掌握刑法的基本体系,它可以帮助我们建立对刑法的整体认识,有效消除学习时的茫然感。刑法的基本原则体现了刑法的精神,更是必须掌握的。掌握刑法的适用范围是正确适用刑法的前提,同样很重要。

从应对司法考试的角度讲,这部分内容也极重要。2006、2007、2009 年都有相关题目,2008 年更是将罪刑法定原则出成了论述题,地位日趋提高。

一、刑法的概念、性质、体系及其解释

(一)刑法的概念与分类

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。刑法学则是以刑法为研究对象的一门社会科学。刑法的基本内容包括两部分:定罪与量刑。刑法的知识基本上都可以归入犯罪论或者刑罚论。犯罪论的知识是用于定罪的,刑罚论的知识是用于量刑的。掌握这一点非常重要。很多考生在头脑中没有明确区分定罪与量刑,因此在分析案例时也无法从定罪和量刑两方面进行分类分析和回答。

一定要区分定罪和量刑!

刑法可以分为刑法典、单行刑法、附属刑法。刑法典就是全国人大颁布的《中华人民共和国刑法》。单行刑法是国家以决定、规定、补充规定等名义发布的规定某一类犯罪及其后果或者刑法的某一事项的法律。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。我国目前的附属刑法一般只是重申刑法典的内容,如“构成犯罪的,依法追究刑事责任”,并无刑法之外的特别规定。

(二)刑法的修改

我国在 1997 年修订了刑法后,又在 1998 年 12 月 29 日,由全国人大常委会颁布了《关于惩治

骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》。1999 年 12 月 25 日,全国人大常委会颁布了《中华人民共和国刑法修正案》(以下简称“刑法修正案”),并于同日起施行。从那时至今,我国都是采用《刑法修正案》的方式对刑法进行修改。这是一种更科学的修改方式。至今,我国共颁布了七个刑法修正案。



【注意】

刑法修正案(七)已于 2009 年 2 月 28 日由第十一届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过,同日公布,自公布之日起施行。所以,大家应对刑法修正案(七)给予足够重视,仔细阅读。

【问题】是否只要采用了“决定”等名称,并由全国人大常委会颁布,就叫单行刑法?

单行刑法必须对刑法典进行了修改或补充,即增加、删除、修改了罪名或法定刑,否则就不是单行刑法。

(三)刑法的结构★★★

1. 从形式上划分

刑法从形式上可以分为总则、分则和附则三个部分。概括地说,刑法总则是关于犯罪、刑事责任和刑罚的一般原理原则的规范体系,这些规范是认定犯罪、确定责任和适用刑罚所必须遵守的共同的规则。刑法分则是关于具体犯罪和具体法定刑的规范体系,这些规范是解决具体定罪量刑问题的标准。刑法总则与刑法分则的关系是一般与特殊、抽象与具体的关系。总则指导分则,分则是总则所确定的原理原则的具体体现,二者相辅相成。



【注意】

对于任何一个行为的认定,都必须综合考虑刑法总则和分则的相关规定,才能正确地定罪和量刑。

例如对于有自首情节的杀人犯,在量刑时就不能仅考虑刑法分则第 232 条的规定,还要同时考虑刑法总则第 67 条关于自首的量刑规定。对于 15 周岁的少年仅绑架人质,并没有杀害人质的,也不能仅根据分则第 239 条的规定定罪,而必须首先考虑总则第 17 条的规定,再决定能否定罪。

2. 从内容上划分

刑法有两大任务:定罪与量刑。相应地,刑法就包括两大部分内容:犯罪与刑罚。总则部分第二章是关于犯罪的规定,第三章、第四章是关于刑罚的规定;分则部分对每一个犯罪的规定都包括定罪与量刑两部分。因此,掌握刑法,首先要掌握定罪与量刑的概念,明白哪些规定是关于定罪的,哪些规定是关于量刑的。这样才能真正掌握刑法的知识体系,在学习时才能事半功倍。

(四) 刑法的知识体系★★★

关于这部分内容,参见我们在本书开始给出的知识体系图。大家需要掌握的是各知识点之间的关系。整个犯罪论的知识点之间关系如下:犯罪论分为构成犯罪的和不构成犯罪的,其中不构成犯罪的就是正当防卫等正当行为;构成犯罪的又可以分为基本的犯罪构成和修正的犯罪构成。基本的犯罪构成就是一个人实施了一个行为,触犯了一个罪名,并且犯罪既遂的情况,它包括犯罪构成的四大要件。修正的犯罪构成包括犯罪没有完成的和数人共同犯罪的,即犯罪未完成形态与共同犯罪的内容。一罪与数罪则是对定罪中一些特殊情况的处理。

整个刑罚论可以分为刑罚的体系与刑罚的运用两大部分。刑罚的体系就是关于各刑种的规定,可以分为主刑与附加刑两大部分。刑罚的运用包括量刑情节与行刑情节两大部分。量刑情节包括自首、立功、累犯、数罪并罚、缓刑;行刑情节包括减刑、假释、追诉时效。

经过这样的分析,我们就把头脑中杂乱的犯罪论和刑罚论变成了井井有条的体系化的知识。

(五) 刑法的解释★★★

按照法律效力,可以将刑法的解释分为三大类:立法解释、司法解释、学理解释。需要注意的是学理解释虽然没有法律上的约束力,但它对于刑事司法

乃至刑事立法都有重要的参考价值。

按照解释方法,可以将刑法解释分为两大类:文理解释和论理解释。文理解释是指根据刑法用语的文义以及通常使用方式阐释刑法意义的解释方法。论理解释是指参酌刑法产生的原因、理由、沿革及其他相关事项,按照立法精神,阐明刑法真实含义的解释方法。论理解释通常是超出刑法字面含义的,否则就是文理解了。因此,要严格限制论理解释。只有文理解释无法得出结论或者得出的结论明显不合理,甚至荒谬时,才能适用论理解释。



关于法律解释,以下说法正确的是:

- A. 只有全国人民代表大会才有权作立法解释
- B. 只有最高人民法院才有权作司法解释
- C. 学理解释没有法律效力,因此也没有价值
- D. 将“抢劫金融机构”缩小解释为“仅指抢劫金融机构的资金”是一种论理解释

【解析】根据《立法法》,具有法律解释权的是全国人大常委会。刑法现有的立法解释也都是全国人大常委会颁布的。我国的最高人民检察院也属于司法机关,它也可以制作司法解释。因此,最高人民法院和最高人民检察院(合称为“两高”)都有权作出司法解释。学理解释虽然没有法律上的约束力,但它对于刑事司法乃至刑事立法都有重要参考价值,尤其是学者对法律的解释,往往会推动法律的进步。故选项 A、B、C 都是错误的。选项 D 是正确的,因为如果按照字面解释,“抢劫金融机构”的办公用品也属于“抢劫金融机构”,最低也要被判处 10 年以上有期徒刑,这显然不是立法本意。所以根据立法本意将其限制解释为“仅指抢劫金融机构的资金”就是一种论理解释。

此外,还应注意扩大解释与类推解释的区分。扩大解释和类推解释都是超出法律条文字面含义的解释,如何区分扩大解释和类推解释一直都是刑事司法实践和理论研究中的难题。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。因此扩大解释不违反罪刑法定原则,是可以被接受的;类推解释则是违反罪刑法定原则的,是被禁止的。例如,将“金融机构”解释为包括运钞车,虽然扩大了法律条文的字面含义,但因为没有超出公民的预测可能性,因此仍属于扩大解释,可以被接受。反之,如果将“国家工作人员”解

释为包括村集体的干部,就超出了公民的预测可能性,属于类推解释了。但是,这些人在协助国家行政机关履行行政管理职能时,例如协助政府征税、协助政府管理集体所有的土地等时,由于他们是在履行行政管理的职责,因此又能够被作为国家工作人员对待(参见全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第 93 条第 2 款的解释》)。

【答案】D



【例 2】

根据《刑法》第一百一十一条的规定,为境外的机构、组织、人员非法提供国家秘密或者情报的,构成犯罪。司法解释将其中的“情报”解释为“关系国家安全和利益、尚未公开或者依照有关规定不应公开的事项”。这一解释属于下列何种解释:

- A. 补正解释 B. 当然解释
- C. 反对解释 D. 缩小解释

【解析】本题考查刑法解释。刑法解释分为:文理解释与论理解释。论理解释主要有:扩大解释、缩小解释、当然解释、反对解释和补正解释。补正解释是指在刑法文字发生错误时,统观刑法全文加以补正,以阐明刑法真实含义的解释方法。例如《刑法》第 63 条中的“以下”不包括本数,是补正解释。当然解释是指刑法规定虽未明示某一事项,但依形式逻辑、规范目的及事物属性的当然道理,将该事项解释为包括在该规定的适用范围之内。例如《刑法》第 201 条规定“被税务机关给予二次以上行政处罚的除外”,可以认为因偷税被给予三次、四次行政处罚的也应该除外,是当然解释。反对解释是指依据刑法条文的正面表述,推导其反面含义的解释方法。《刑法》第 50 条规定,判处死缓在缓期执行期间没有故意犯罪的,二年期满后,减为无期徒刑。据此,缓期执行期间没有满二年的不得减为无期徒刑,是反对解释。缩小解释,即刑法条文的字面通常含义比刑法的真实含义广,于是限制字面含义,使其符合刑法的真实含义。例如《刑法》第 111 条规定的“情报”限定为“关系国家安全和利益、尚未公开或者依照有关规定不应公开的事项”,是缩小解释。

【答案】D

二、刑法的基本原则

刑法的基本原则是指刑法本身所具有的,贯穿

于刑法始终的,具有全局性、根本性的准则。刑法基本原则具有指导和制约全部刑事立法和刑事司法的意义。它是刑法精神的体现,必须得到普遍遵循。违反基本原则的定罪、量刑都是错误的。要掌握刑法,首先要掌握刑法的基本原则。

刑法的基本原则有三个:罪刑法定原则、适用刑法人人平等原则、罪刑相适应原则。近年的司法考试加强了对基本原则的考查,开始考一些较为深入的理论问题,对这一趋势应当予以重视。

需要指出的是:“主客观相统一原则”也是一个很重要的刑法原则。它要求我们在对一个行为进行评价时,既不能只看主观要素,也不能只看客观要素,而应当把二者结合起来。在定罪上,尤需强调这一原则。我们经常说的“反对客观归罪”、“反对主观归罪”都是这一原则的体现。虽然它没有被明文规定在刑法中,不属于法定的基本原则,但大家一定要掌握这一原则。

(一) 罪刑法定原则

【问题】

- (1) 罪刑法定是否只要求罪的法定?
- (2) 罪刑法定原则是否允许扩张解释?
- (3) 罪刑法定原则是否禁止一切类推解释? 是否禁止一切法律溯及既往?

高频考点!

1. 罪刑法定原则的含义及要求★★★

罪刑法定原则是刑法最重要的原则,其经典表述是“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”。

罪刑法定原则的含义是:什么是犯罪,有哪些犯罪,各种犯罪的构成条件是什么,有哪些刑种,各个刑种如何适用以及各种具体罪的具体量刑幅度如何等,均由刑法预先予以规定——即罪的法定和刑的法定。对于刑法没有明文规定为犯罪的行为,不得定罪处罚。对于刑法明文规定为犯罪的行为,必须依照刑法定罪处罚,不得法外开恩或法外施刑。

确立罪刑法定原则具有重大的意义,它不仅有利于维护社会秩序,也有利于保障人权。

西方学者提出,罪刑法定主义有四个派生原则,也就是四个要求。这就是:排斥习惯法;排斥绝对不定期刑;禁止有罪类推;禁止重法溯及既往。有的学

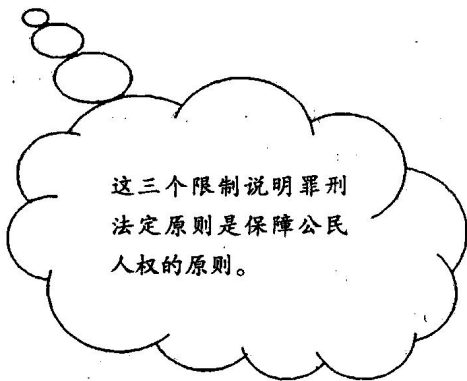
者还进一步提出明确性原则、严格解释原则、实体的正当程序原则等。我国学者对这些原则一般也予以肯定。



【注意】

请注意对派生原则的限制：

- (1) 不是彻底禁止不定期刑，而是禁止绝对的不定期刑；
- (2) 不是禁止一切类推，而是禁止有罪类推；
- (3) 不是禁止一切法律溯及既往，而是禁止重法溯及既往。



这三个限制说明罪刑法定原则的思想基础是民主与自由，其主要作用是保障人权。

2. 罪刑法定原则在我国刑法中的确立

我国 1979 年刑法没有规定罪刑法定原则，相反却在其第 79 条规定了有罪类推制度。1997 年 3 月修订的刑法，从完善我国刑事法治、保障人权的需要出发，明文规定了罪刑法定原则，并废除了类推制度。这在我国刑法发展史上具有重要意义。

修订的《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。”这一原则的价值内涵和内在要求，在整部法典中得到了较为全面、系统的体现。

关于罪刑法定原则的具体要求，我们来看一道题目：



【例 3】

关于罪刑法定原则及其内容，下列哪一选项是正确的？

- 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. 罪刑法定原则禁止适用不利于行为人的事后法，但不禁止适用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，但仅要求定罪明确性，量刑不必明确，可由法官进行自由裁量。

【解析】本题理论性较强，涉及很多理论术语。本题主要考查了现代的罪刑法定原则的要求。罪刑法定原则从产生至今，内容发生了很大变化。包括：①产生了明确性原则；②允许有利于被告的类推解释；③允许有利于被告的溯及既往；④允许宣告刑的相对不定期。

选项 A 前半句话是错误的。现代罪刑法定原则禁止类推解释（有利于被告的类推解释例外），但不禁止扩大解释。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。

选项 B 显然是错误的。罪刑法定原则并不仅仅是约束司法机关的原则，立法机关也要受其约束。

选项 C 是正确的，这就是刑法在溯及力问题上的“从旧兼从轻原则”。

选项 D 是错误的。罪刑法定原则不仅要求定罪明确性，也要求量刑明确性。法官的自由裁量权也必须在法律明确规定的范围内行使。

【答案】C

(二) 平等适用刑法原则

《刑法》第 4 条规定：“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。”法律面前人人平等是我国宪法确立的社会主义法治的基本原则。它是指适用法律平等，而不是指立法平等。

平等适用刑法体现在刑事司法的各个方面。它要求平等地保护所有人的合法权益，平等地追究所有犯罪的人的刑事责任。它包括定罪平等、量刑平等和行刑平等。



【例 4】

清华大学学生刘某某伤熊案件发生后，社会各界议论纷纷，很多人认为应该从重处罚刘某某。但是，2002 年 4 月 30 日，北京市西城区人民法院

判决被告人刘某某犯故意毁坏财物罪，免于刑事处罚。

(1) 请问法院这样判决是否违反平等适用刑法原则？是否说明刘某某拥有法外特权？

【解析】法院这样判决没有违反平等适用刑法原则。法院判决刘某某定罪免刑的理由是其真诚悔罪，平时表现也较好，因此人身危险性、再犯可能性都比较小，所以判决其定罪免刑。法院不是因为刘某某是清华大学的学生而网开一面的。因此这一判绝不是基于某人的身份、地位而给予他的特权或歧视，并不违反平等适用刑法原则。

【答案】法院这样判决不违反平等适用刑法原则，不能说明刘某某拥有法外特权。

(2) 假设有很多人认为刘某某年轻而有才华，如果坐牢就太可惜了，因此请求法院对其违法轻判，请问法院能否这样做？为什么？

【解析】法院不能这样做。这样做既违反罪刑法定原则，也违反平等适用刑法原则。罪刑相适应原则虽然强调在量刑时要考虑被告的人身危险性，但量刑首先应遵守罪刑法定原则的要求。如果因为一个人有才华就可以轻判，那就无法平等适用刑法了，会带来社会的不公正。

【答案】法院不能这样做

(三) 罪刑相适应原则

【问题】

(1) 罪刑相适应原则是否只要求刑罚与罪行轻重相适应？

(2) 罪刑相适应原则是否只是量刑的原则？

1. 罪刑相适应原则的含义★★★

指刑罚的轻重应与犯罪的轻重相适应。它是关于量刑的基本原则，但又不仅仅适用于量刑。

罪刑相适应原则是我国刑法中一项非常重要的基本原则。它的法条原文是：“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。”其基本含义是：刑罚的轻重，不仅应当与犯罪分子所犯罪行相适应，而且应当与其承担的刑事责任相适应。

我国刑法中的罪刑相适应原则包含了刑事古典学派主张的罪刑相适应原则和刑事近代学派主张的刑罚个别化原则。刑罚的轻重与罪行相适应，体现的是报应观念，要求刑罚的轻重与犯罪行为的法益侵害性相适应，也就是重罪重判，轻罪轻判。刑

罚的轻重与刑事责任相适应，体现的是预防观念，要求刑罚的轻重与犯罪人的人身危险性相适应。这就是刑事近代学派主张的刑罚个别化原则。该原则认为量刑的标准不是罪犯所犯之罪的轻重，而是罪犯人身危险性的大小，因为人身危险性的大小体现罪犯的再犯可能性的大小。因此量刑时要具体根据每个人的人身危险性大小来裁量——刑罚个别化。因此，我国刑法关于罪刑相适应原则的规定，反映了报应与预防相统一的刑法观念。当然，这种统一并非平分秋色，而是有所侧重的。这就是以报应为主，以预防为辅。刑罚首先要与罪行相一致，在此范围内才能根据人身危险性进行轻重调节。

2. 罪刑相适应原则的具体要求★★★

罪刑相适应原则不是“同罪同罚”。它要求在量刑时除了考虑犯罪行为本身的轻重外，还要考虑行为人的身危险性，即再次犯罪的可能性（再犯可能性）。具体来说，它要求：

(1) 在量刑时要实现“三个相适应”，兼顾“行为”和“行为人”。

要以客观行为的侵犯性与主观意识的罪过性相结合的社会危害程度，以及犯罪主体再次犯罪的危险程度，作为刑罚的尺度。换言之，刑罚既要与犯罪性质相适应，又要与犯罪情节相适应，还要与犯罪人的人身危险性相适应。

(2) 在立法方面、司法（量刑）方面、执法（行刑）方面都要体现罪刑相适应原则。

① 在立法方面，我们已经确立了科学严密的刑罚体系、区别对待的处罚原则、轻重不同的量刑幅度。

② 在司法方面，要求重视量刑活动，纠正重刑主义，实现地区之间的量刑平衡。

③ 在执法（行刑）方面，要求在行刑中合理地运用减刑、假释等制度，根据犯罪人身危险性的消长不断改变刑罚的执行方式，即在行刑中也要体现罪刑相适应原则。



【例 5】

我国刑法规定了 _____ 法定原则，_____ 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”；刑法同时规定了 _____ 相适应原则，即刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯 _____ 和承担的 _____ 相适应；死刑只适用于 _____ 极其严重的犯罪分子。在这段话的空格中：

A. 2 处填写“罪刑”，4 处填写“罪行”

B. 3 处填写“罪刑”, 3 处填写“罪行”

C. 4 处填写“罪刑”, 2 处填写“罪行”

D. 3 处填写“罪刑”, 2 处填写“罪行”

【解析】在刑法学习中,一定要区分“罪刑”和“罪行”。“罪刑”是指犯罪和刑罚,“罪行”仅指一个人所犯之罪。罪刑法定原则和罪刑相适应原则都是“罪与刑”法定或相适应,因此不能写成“罪行”。

这种填空题有一个简单答法,就是先填空,再做题。该题应这样填空:“我国刑法规定了罪刑法定原则,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’;刑法同时规定了罪刑相适应原则,即刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应;死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。”

【答案】D

三、刑法的适用范围

刑法的适用范围也称为刑法的效力范围,包括刑法在空间上的效力和在时间上的效力。

(一)刑法的空间效力

【问题】

(1)区分国内犯和国外犯的标准是什么?

(2)根据我国刑法,对同一个案件,有无可能同时根据两种原则进行管辖?

1. 概念

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。要掌握刑法的管辖原则,需要先了解两个概念:国内犯和国外犯。发生在本国领域内的犯罪称为国内犯,我国对国内犯的适用原则是属地管辖原则。发生在本国领域外的犯罪称为国外犯,我国对国外犯根据三种不同情况确定了三种不同的适用原则,即属人管辖原则、保护管辖原则和普遍管辖原则。考查重点是那些看起来能同时根据几种管辖原则进行管辖的案件的管辖。根据我国刑法的规定,一个案件只能根据一种管辖原则进行管辖。

2. 管辖原则

我国刑法以属地管辖原则为主,兼采属人管辖原则和保护管辖原则,并有保留地采用普遍管辖原则。

3. 分述★★★

表 1-1 管辖原则比较

名称	适用对象	难点突破
属地管辖原则	(1)在中国境内犯罪 (2)任何人 注意:享有外交特权和豁免权的人除外、港澳台地区除外	(1)犯罪的行为或结果有一项发生在我国境内,就视为在我国境内; (2)飞机、船舶无论在哪里,均视为在我国境内
属人管辖原则	(1)在中国境外犯罪 (2)中国人	必须是中国人在中国境外犯罪
保护管辖原则	(1)在中国境外犯罪 (2)外国人 (3)对中国国家或公民犯罪	还必须(1)依据犯罪地法律和我国法律均构成犯罪;(2)法定最低刑为三年以上有期徒刑
普遍管辖原则	(1)国际罪行 (2)我国签署的国际条约承诺承担管辖义务	既是权利,又是义务

从此表可以清晰看出,各管辖原则之间并不冲突。

(1)属地管辖原则:(《刑法》第 6 条)

◆适用条件:在我国领域内犯罪的。这是关于空间效力的基本规定。只要在我国领域内犯罪,无论其国籍如何,均受我国刑法的管辖;

◆“领域”包括我国的领陆、领水、领空,我国的航空器和船舶;

◆犯罪的行为或结果有一项发生在我国领域内就属于在我国领域内犯罪;

◆在国际列车上犯罪的,按我国与相关国家签订的管辖协定管辖。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的铁路运输法院管辖。所以,并不是都由我国法院管辖。

(2)属人管辖原则:(《刑法》第 7 条)

◆适用条件:我国公民在国外犯罪的;

◆我国国家工作人员和军人在国外犯罪的,无论罪行轻重,一律适用本法;

◆一般公民在国外犯罪的,适用本法,但按刑法规定法定最高刑为三年以下有期徒刑的,可以不予追究。

(3) 保护管辖原则: (《刑法》第 8 条)

◆ **适用条件:**外国人在外国对我国国家和人民犯罪的;

◆ **必须在犯罪地也属于犯罪;**

◆ **必须属于按我国刑法规定法定最低刑为三年以上有期徒刑的犯罪。**

(4) 普遍管辖原则: (《刑法》第 9 条)

◆ **适用条件:**国际条约所规定的国际犯罪,如贩毒罪、劫持民用航空器罪、实施恐怖活动等罪;

◆ **既是权力,也是义务。只要这样的犯罪嫌疑人出现在我国领域内,我国就应当对其行使刑事管辖权;**

◆ **其结果是或起诉或引渡。如果在我国起诉,适用我国刑事诉讼法和刑法。**

**【注意】**

根据我国刑法的规定,各个管辖原则之间并不冲突。对于同一个案件,只能根据同一个原则进行管辖。例如对在我国领域内犯罪的外国人,就只能适用属地管辖原则进行管辖,因为只有对在我国领域内犯罪的外国人才可以适用保护管辖原则或普遍管辖原则进行管辖。

**【例 6】**

下列哪些犯罪行为应实行属地管辖原则?

- A. 外国人乘坐外国民航飞机进入中国领空后实施犯罪行为
- B. 中国人乘坐外国船舶,当船舶行驶于公海上时实施犯罪行为
- C. 外国人乘坐中国民航飞机进入法国领空后实施犯罪行为
- D. 中国国家工作人员在外国实施我国刑法规定的犯罪行为

【解析】本题考查了刑法的适用范围中属地管辖原则的适用。对该原则,要掌握以下几点:(1)我国的领域包括领陆、领水、领空和我国的航空器和船舶,不管它们在哪里;(2)外国人在我国犯罪的,一律适用属地

管辖原则;(3)中国人在外国犯罪的,一律适用属人管辖原则。据此,选项 A 是外国人在我国领空内犯罪,应当适用属地管辖原则;选项 B 是中国人在外国犯罪,应当适用属人管辖原则;选项 C 是外国人在我国航空器内犯罪,仍然属于在我国领域内犯罪,应当适用属地管辖原则;选项 D 是中国人在外国犯罪,应当适用属人管辖原则。因此选项 A、C 正确。

【答案】AC**【例 7】**

1985 年 12 月 19 日,23 岁的前苏联人阿利穆拉多夫·沙米利·哈吉·奥格雷与机长阿布拉米扬·维·谢等机组人员,在俄罗斯境内驾驶 47845 号安—24 型民航客机,执行民航局 101/435 航班任务。飞机飞行 20 分钟后,奥格雷趁领航员上厕所之机,以机舱发生机械故障为由,将机械师骗出驾驶舱,随即锁上驾驶舱门,扭动自动驾驶仪,持刀威逼驾驶飞机的机长阿布拉米扬·维·谢向中国方向飞行,机长被迫改变航向。当日 14 时 30 分,该机降落在我国黑龙江省甘南县长吉岗乡农田里。俄罗斯方面向我国有关机关提出引渡奥格雷的要求。问:如果此案发生在新刑法实施以后,我国是否有权管辖此案?其法律根据是什么?对俄罗斯方面的引渡请求,我国应如何处理?

【解析】因为该机降落在我国,即犯罪的结果地在我国,所以根据刑法第 6 条关于属地管辖的规定,我国有权管辖此案。对于俄罗斯方面的引渡请求,我国有权决定是否引渡。但如果不引渡,则我国必须依据我国刑法追究奥格雷的刑事责任。

1979 年刑法第 3 条关于属地管辖的规定与 1997 年刑法第 6 条的规定相同。当时,我国没有将奥格雷引渡给俄罗斯,而是由我国的哈尔滨市中级人民法院对奥格雷进行了审判,并判处其有期徒刑 8 年。奥格雷没有上诉。

【答案】我国有权管辖此案。

**【例 8】**

关于刑事管辖权,下列哪些选项是正确的?

- 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,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

【解析】本题将刑法的管辖原则几乎全考到了,并且每个选项都有以前没考过的内容,因此应重视本题。

选项 A 和选项 B 是关于属地原则的。关于属地原则,大家要掌握两个知识点:(1)何为我国的“地”——我国的领陆、领水、领空;我国的航空器和船舶(无论在哪里);(2)确定犯罪地的标准——行为或结果有一项发生在我国。在未遂犯的场合,行为地与行为人希望结果发生之地、可能发生结果之地,都是犯罪地,在共同犯罪的场合,共同犯罪行为或者结果有一部分发生在中国领域内,就认为是在中国领域内犯罪。

选项 A 是共同犯罪,中国是犯罪结果发生地,因此中国有权适用属地管辖原则进行管辖。

选项 B 中,行为人和被害人都是外国人,犯罪也不是国际犯罪,中国要想管辖,只能适用属地原则。可是汽车不是航空器和船舶,因此在外国的中国汽车不能算是中国领域。在这里发生的犯罪,我国没有管辖权,只能由汽车当时所在地的国家,或者由被害人或者行为人所在国家管辖。

选项 C 是关于普遍管辖的。很多人只注意了国际犯罪可以进行普遍管辖,没有注意过定罪量刑的依据。《刑法》第 9 条对此其实是有规定的——适用本法。这是因为国际条约并没有规定具体犯罪的法定刑,它只是要求缔约国或者参加国将国际条约所列的罪行规定为国内刑法上的犯罪。因此,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刑法。

选项 D 是关于保护管辖的。由于保护管辖是对发生在外国的外国人犯罪进行管辖,因此成立条件非常严格。它要求:(1)外国人;(2)在中国境外;(3)对中国国家或公民犯罪;(4)依据犯罪地法律和我国法律均构成犯罪;(5)法定最低刑为三年以上有期徒刑。对照这个要求,可以看到选项 D 是正确的。本案缺了一个要件——依据犯罪地法律和我国法律均构成犯罪。

【答案】ABD



【注意】

很多人认为汽车和航空器、船舶一样,无论在哪里,都算是我国领域。这是没有坚持罪刑法定原则。法条既然只规定了“航空器、船舶”,没有使用“等”字,就说明不包括其他交通工具。因此,这种观点是没有道理的。另外,要特别注意保护管辖的要件,必须具备所有要件,我国才能管辖。



【例 9】

下列关于中国刑法适用范围的说法哪些是错误的:

A. 甲国公民汤姆教唆乙国公民约翰进入中国境内发展黑社会组织。即使约翰果真进入中国境内实施犯罪行为,也不能适用中国刑法对仅仅实施教唆行为的汤姆追究刑事责任。

B. 中国公民赵某从甲国贩卖毒品到乙国后回到中国。由于赵某的犯罪行为地不在中国境内,行为也没有危害中国的国家或者国民的利益,所以,不能适用中国刑法

C. A 国公民丙在中国留学期间利用暑期外出旅游,途中为勒索财物,将 B 国在中国的留学生丁某从东北某市绑架到 C 国,中国刑法可以依据保护管辖原则对丙追究刑事责任

D. 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,也可以适用中国刑法追究刑事责任

【解析】A 错,《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。根据《刑法》第 294 条的规定,境外的黑社会组织的人员到中华人民共和国境内发展组织成员的,处三年以上十年以下有期徒刑。可以得知,应该适用刑法追究责任。B 错,《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。赵某属于中国公民在境外犯罪,我国拥有管辖权力。C 错,本题犯罪行为发生在中国境内,不属于普遍管辖,属于属地管辖。D 对,依《刑法》第 7 条规定,“可以不予追究”,则指也可以予以追究。

【答案】ABC