

国家统一司法考试参考用书

2010年司法考试

重点、难点、疑点精解丛书

刑法学卷

(修订版)

附：2005—2009 年年司法考试分类真题解析

阮齐林 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

**2010 年司法考试
重点、难点、疑点精解丛书
刑 法 学 卷**
(修订版)

阮齐林 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

2010年司法考试重点、难点、疑点精解丛书·刑法学卷(修订版)/阮齐林编著. —北京:北京大学出版社,2010.4

ISBN 978-7-301-06191-6

I. 2… II. 阮… III. 刑法—法的理论—中国—法律工作者—资格考核—自学参考资料
IV. D92

中国版本图书馆CIP数据核字(2003)第012816号

书 名: 2010年司法考试重点、难点、疑点精解丛书·刑法学卷(修订版)

著作责任者: 阮齐林 编著

责任编辑: 陈 敦

标准书号: ISBN 978-7-301-06191-6/D·0719

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子信箱: wxy@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752817 出版部 62754962

印 刷 者: 河北滦县鑫华书刊印刷厂

经 销 者: 新华书店

787毫米×1092毫米 16开本 27.5印张 680千字

2003年3月第1版 2010年4月第9版 2010年4月第1次印刷

定 价: 55.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: (010)62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

修 订 说 明

本“精解”今年做了较大的修订,有以下变化:

一、突出考点,从刑法学中提炼出 100 个考点作重点讲解,形成刑法学考点“百讲”(100 讲),便于考生直接掌握重点。把一些基础知识、过渡性的解说置于章节或书的末尾,作为参考。

对于考点,还特意用“*”号数量表示出题的概率,“*”数量越多表示考题中出现概率越高,“***”为最高。

二、与考题、考点的互动性。一方面根据近年司法考试的动态,突出考点,把重要的考点提炼出来专门重点介绍,另一方面通过考题加强对知识点的把握。

三、鉴于现在的考生一般已受过法学本科教育,有相当的法学基础,过于罗嗦的解说尽可能删除,比 2009 年版要简明一些。

司考应试指南

一、刑法学试题分值

刑法学试题 80 分。以 2009 年试卷为例,单选 20 题 20 分,多选和不定项选 19 题 38 分,案例分析题 22 分,共 80 分。

二、2009 年刑法学命题特点

(一) 卷二选择题的难度适中。具体表现为:① 考点集中在常见知识点和常见罪名上,考生不感到生疏;② 题干和选项的信息量不大,减少了考生的阅读量和时间上的压力。

(二) 考点下列“(1)”,表示单选题、1 分;“(2)”表示多选、不定项选 2 分

1. 卷二选择题(58 分)

总则(17 分):刑法解释(1);刑事责任年龄(1);正当防卫(1);紧急避险(1);犯罪中止(1);故意杀人中止与未遂区别(2);共犯成立(1);教唆犯(1);帮助犯认定(2);没收财产刑(1);累犯(1);犯罪数额计算(1);自首的“如实供述”(2);假释适用条件(1);

分则(41 分):为境外窃取国家秘密罪(1);侵犯著作权罪(1);保险诈骗罪未遂(1);交通肇事罪认定和时效中断(1);修正案七新增非法经营、偷税规定及洗钱罪、组织卖淫罪对象(2);销售有毒、有害食品罪及其故意认定(2);非法经营罪定罪(2);绑架加重犯及其处罚(1);赌博罪认定及抢劫罪结果加重犯与数罪的区别(1);故意毁坏财物罪与抢劫罪的区别(1);麻醉方法抢劫罪(1);抢劫结果加重犯认定(2);盗窃罪与诈骗罪区别(2);职务侵占罪与盗窃罪区别(1);使用假币、信用卡犯罪认定(2);包庇罪(2);掩饰、隐瞒犯罪所得罪、帮助毁灭证据罪(2);贿赂罪认定(2);修正案七新增利用影响力受贿罪(2);贪污、挪用金额认定(2);受贿罪与非罪认定(2);行贿共犯(2);敲诈勒索罪及牵连犯、吸收犯(2);单位行贿罪(1);徇私枉法罪(2);

2. 卷四案例分析(22 分)主要考点:

(1) 抢劫及其结果加重犯与故意杀人罪、盗窃罪数罪的区别。

(2) 共犯的成立条件及其运用。成立共同犯罪必须具有共犯的故意和行为。教唆者与被教唆者缺乏共同犯罪的故意,教唆行为与犯罪行为缺乏关联性,不成立共犯。

(3) 成立传授犯罪方法罪或掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪,必须“明知”他人犯罪或犯罪所得的事实。缺乏故意的,不成立犯罪。

(4) 自首的认定。自动投案的时间前提。

(5) 信用卡诈骗罪的认定。

三、2010 年刑法命题特点预测:返璞归真

通过 2009 年刑法试题的分析,2010 年的刑法试题的特色是注重刑法基本制度和常见罪名,将会回避学术争议问题和偏题怪题,“不折腾”。因此对考生的建议:不论坊间关于考试动向有多少种传说,不变的真理是:只要能够掌握学说和制度的基本知识点,就能确保考试过关。备战考试应当寄希望于经过常规的学习能够掌握的知识和技能,学说和制度的基本知识点是通过常规学习就可以掌握的,并且仅此就足以通过考试。虽然不能排除考试中会出现生僻的知识点和疑难的个案,但这不影响大局。因为生僻的问题所占比例很小,不值当花费太多

的精力;疑难的个案没有穷尽,没有精力也没有必要去掌握;而且,这也不是通过常规学习就能把握的。

因为需要回避“三要件”论与“四要件”论的体系分歧,分则各罪的认定和司法解释的内容或许将占较大比重。

四、2010 年度将继续回避犯罪构成论体系的分歧

我国刑法学说在犯罪构成理论体系上有“四要件”论和“三要件”论之争。2009 年的“考试大纲”虽然采取了三要件论,但是为回避分歧,在考试中将不考察有关知识点。估计 2010 年度仍将采取这种回避政策。因此,考生大可不必顾虑两种犯罪论体系的差异及其影响。本书为了减少这方面的困扰,一方面采取考生熟悉的四要件论体系;另一方面把三要件论重要的概念、方法、思路作为附编,备考生查阅。

五、刑法学重点

1. 总则概论、犯罪论部分:刑法解释方法·不作为·因果关系·故意(明知)的认定·认识错误(法定符合说)·相对刑事责任年龄·身份·预备·未遂·中止·共犯的成立·共犯责任(一部行为全部责任)·共犯人种类(主犯从犯胁从犯教唆犯)·共犯的处罚原则·部分共犯人中止·想象竞合犯·牵连犯·事后不可罚行为·法条竞合犯

2. 刑罚论:死刑·附加剥夺政治权利适用·减轻处罚的适用·自首·立功·累犯·假释适用条件·缓刑适用和撤销·数罪并罚原则

3. 侵犯财产罪:抢劫罪·抢夺罪·盗窃罪·诈骗罪(合同诈骗罪·信用卡诈骗罪·贷款诈骗罪·票据诈骗罪·金融凭证诈骗罪)·侵占罪·故意毁坏财物罪

4. 贪污贿赂渎职犯罪:贪污罪·职务侵占罪·挪用公款罪·挪用资金罪·受贿罪·行贿罪·非国家工作人员受贿罪·对非国家工作人员行贿罪·利用影响力受贿罪·徇私枉法罪

5. 经济犯罪:非法经营罪·洗钱罪·窝藏毒品毒赃罪·生产销售假药罪·侵犯著作权罪·逃税罪

6. 侵犯人身权利罪:绑架罪·非法拘禁罪·拐卖妇女、儿童罪·拐骗儿童罪·刑讯逼供罪·暴力取证罪·故意伤害罪·强奸罪

7. 扰乱社会秩序罪:伪证罪·妨害作证罪·帮助毁灭伪造证据罪·窝藏罪·包庇罪·掩饰隐瞒犯罪所得罪·妨害公务罪·走私、运输、贩卖毒品罪·非法行医罪·医疗事故罪

8. 其他罪名:交通肇事罪·重大责任事故罪·过失致人死亡罪·投放危险物质罪·为境外组织、人员非法提供秘密、情报罪

六、新的刑事立法、司法解释对 2010 年试题的影响

新的立法和司法解释出台,往往会引起对相关问题的关注,形成考试的热点,在此提示如下(具体内容在本书有关章节中均有介绍):

1. 《刑法修正案(七)》和有关司法解释出台,使得下列罪名值得重视:

利用影响力受贿罪·逃税罪(取消偷税罪罪名)·组织、领导传销活动罪·组织未成年人进行违反治安管理活动罪·非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪·提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪·出售、非法提供公民个人信息罪·非法获取公民个人信息罪·走私国家禁止进出口的货物罪

2. 近两年新出台司法解释,使得下列问题值得重视

(1)《办理商业贿赂刑事案件意见》等 4 个反腐败“意见”:贿赂罪如受贿罪·利用影响力受贿

罪·贪贿案件自首·立功的认定

(2)《办理信用卡刑案解释》:信用卡诈骗罪(冒用他人信用卡,恶意透支非法占有目的认定)·伪造金融票证罪(伪造信用卡行为)·非法经营罪(利用POS机套现)·妨害信用卡管理罪

(3)《审理洗钱刑案解释》:洗钱罪(第191条洗钱行为方式)·资助恐怖活动罪·掩饰隐瞒犯罪所得罪(明知是犯罪所得的认定)·窝藏毒品、毒赃罪

(4)《办理毒品案意见》:走私、运输、贩卖毒品罪之“明知”毒品的认定。

(5)《办理假劣药刑案解释》:生产、销售假药罪(危险认定)

七、认真练习做题

首先是认真做历年真题。把近十年的真题认真做一遍,答题就能通过考试了。若觉得仍没有把握,可适当做点模拟题。

充分认识选择题的“麻痹性”和“杀伤力”。司法考试只需要答对60%就可以过关,即所谓“60分万岁”,为何仍然只有10%—20%的通过率?原因在于选择题具有“麻痹性”,即人人皆会打勾画圈,所以不惧选择题,并且总是在自以为正确的情况下作出选择,所以错了都不知道错在哪里,以至于考生的分数惨遭杀伤,即使“60分万岁”也过不了关。

对付选择题的要领是:(1)扎实的基本功,即掌握了考点、知识点;(2)认真做习题。形成考查知识点与试题练习二者的“互动”,是高分通过考试之道。只学不练的本本主义和就题论题的经验主义,都不是好办法。

八、“高分”通过的意义

过去,考生多是找好了工作之后考司法资格,过分数线就万事大吉,考高分纯属浪费。现在是拿着司法考试资格去找工作,法院、检察院等岗位一职难求,就连律师事务所也挑三拣四,说什么只要四百分以上的。有什么办法呢?唉!为了与时俱进就辛苦点吧。考取高分之道在哪里呢?其一,懂原理;其二,勤练习。做到二者互动方可免遭选择题的麻痹加屠杀。

目 录

第一编 刑法总则

第一章 刑法概说	(3)
一、罪刑法定原则的内容和价值 **	(3)
二、刑法的解释 **	(4)
三、刑法时间效力：从旧兼从轻原则 *	(10)
四、刑法空间效力：属地为主，属人、保护、普遍管辖为辅 *	(12)
§ 刑法概说部分仅需一般了解的知识	(17)
第二章 犯罪概说	(18)
五、犯罪本质与犯罪的认定 *	(18)
§ 犯罪概说部分仅需一般了解的知识	(21)
第三章 犯罪构成的一般要件(要素)	(23)
六、不作为行为 ***	(23)
七、刑法因果关系 **	(27)
八、犯罪故意的内容和认识错误 ***	(32)
九、间接故意认定 **	(41)
十、过失犯的认定和适用 **	(44)
十一、《刑法》第 17 条第 2 款相对刑事责任年龄 ***	(45)
十二、特殊主体(行为主体的特别要素·身份犯) **	(47)
§ 犯罪构成部分仅需一般了解的知识	(49)
第四章 排除犯罪的事由(阻却违法性事由)	(69)
十三、正当防卫与防卫过当 **	(69)
十四、紧急避险与正当防卫的区别 **	(77)
十五、被害人承诺 *	(78)
十六、自救行为 *	(80)
§ 排除犯罪性部分仅需一般了解的知识	(80)
第五章 犯罪的未完成形态	(83)
十七、未遂犯的认定和处罚 **	(83)
十八、能犯的未遂与不能犯的未遂 *	(85)
十九、常见罪未遂和既遂的认定 **	(87)
二十、预备犯的认定和处罚 *	(89)
二十一、中止犯的认定和处罚 ***	(92)
§ 未完成罪部分仅需一般了解的知识	(97)

第六章 共同犯罪	(101)
二十二、共同犯罪认定标准：“(犯罪)部分共同说”***	(101)
二十三、共犯的责任：“部分行为全部责任”或“按照全部罪行处罚”***	(105)
二十四、常见的不认为是共犯的情形***	(106)
二十五、共同犯罪人的种类和处罚原则***	(111)
二十六、部分共犯人中止***	(119)
二十七、共犯与认识错误***	(122)
二十八、共同犯罪与身份(参见特殊主体部分)*	(123)
二十九、因正条有特别规定而排斥共犯规定适用的情况*	(124)
§ 共同犯罪部分仅需一般了解的知识	(128)
第七章 单位犯罪	(130)
三十、单位犯罪与个人犯罪的区别：不以单位犯罪论处的4种情况**	(130)
§ 单位犯罪部分仅需一般了解的知识	(131)
第八章 罪数与数罪并罚	(134)
三十一、构成要件说	(134)
三十二、数罪并罚**	(134)
三十三、因为分则特别规定的缘故视为一罪不数罪并罚的情形***	(140)
三十四、想象竞合犯、牵连犯、吸收犯酌情不数罪并罚***	(143)
三十五、法条竞合犯是一罪不数罪并罚**	(147)
三十六、法律或者司法解释提示应当数罪并罚的情形*	(150)
第九章 刑罚的种类、体系和目的	(150)
三十七、管制刑的特点和执行*	(150)
三十八、死刑的适用**	(151)
三十九、罚金刑的适用和执行*	(152)
四十、剥夺政治权利刑的内容、适用及刑期*	(154)
§ 刑罚种类部分仅需一般了解的知识	(155)
第十章 刑罚的裁量(量刑)	(159)
四十一、总则中常见的法定量刑情节**	(159)
四十二、分则中重要的法定量刑情节	(160)
四十三、从重处罚、从轻处罚、减轻处罚的适用*	(161)
四十四、累犯的认定和处罚**	(162)
四十五、自首的认定和处理原则	(164)
四十六、立功的认定和处理原则	(168)
四十七、缓刑的适用条件和撤销事由	(171)
§ 刑罚的裁量部分仅需一般了解的知识	(172)
第十一章 刑罚的执行和消灭	(174)
四十八、减刑的条件和限度	(174)
四十九、假释的适用条件和撤销事由***	(175)
五十、追诉时效起算、中断、延长	(177)

§ 刑罚的执行和消灭部分仅需一般了解的知识·····	(180)
----------------------------	-------

第二编 刑法分则

第一章 危害国家安全罪 ·····	(185)
一、为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪 *	(185)
§ 本章国事罪中仅需一般了解的知识·····	(186)
第二章 危害公共安全罪 ·····	(187)
二、放火罪·爆炸罪·投放危险物质罪·以危险方法危害公共安全罪·····	(187)
三、破坏交通工具罪·破坏交通设施罪·····	(190)
四、交通肇事罪 *** ·····	(190)
五、重大责任事故罪·强令违章冒险作业罪 ** ·····	(194)
§ 本章危害公共安全罪中仅需一般了解的知识·····	(196)
第三章 破坏社会主义市场经济秩序罪 ·····	(202)
六、生产、销售伪劣产品罪 * ·····	(202)
七、生产、销售假药罪 * ·····	(204)
八、走私普通货物、物品罪 * ·····	(205)
九、走私文物罪·走私贵重金属罪·····	(207)
十、持有、使用假币罪 ** ·····	(207)
十一、洗钱罪 *** ·····	(210)
十二、信用卡诈骗罪及妨害信用卡管理罪 *** ·····	(212)
十三、票据诈骗罪·金融凭证诈骗罪 ** ·····	(216)
十四、贷款诈骗罪·骗取贷款、票据承兑、金融票证罪 * ·····	(218)
十五、保险诈骗罪 ** ·····	(220)
十六、逃税罪·骗取出口退税罪 * ·····	(221)
十七、侵犯著作权罪·销售侵权复制品罪 ** ·····	(224)
十八、非法经营罪 *** ·····	(225)
十九、合同诈骗罪 ** ·····	(227)
二十、组织、领导传销活动罪 ** ·····	(228)
§ 本章破坏社会主义市场经济秩序罪中仅需一般了解的知识·····	(229)
第四章 侵犯人身的犯罪 ·····	(245)
二十一、故意杀人罪·故意伤害罪·过失致人死亡罪 * ·····	(245)
二十二、非法拘禁罪·绑架罪·拐卖妇女儿童罪·拐骗儿童罪 *** ·····	(250)
二十三、刑讯逼供罪·暴力取证罪 * ·····	(259)
二十四、强奸罪 * ·····	(260)
二十五、组织未成年人进行违反治安管理活动罪 ** ·····	(263)
§ 本章侵犯人身权利罪中仅需一般了解的知识·····	(264)
第五章 侵犯财产罪 ·····	(275)
二十六、抢劫罪 *** ·····	(275)

二十七、抢夺罪 **	(287)
二十八、敲诈勒索罪 **	(289)
二十九、盗窃罪 ***	(292)
三十、诈骗罪 ***	(299)
三十一、侵占罪 ***	(306)
三十二、故意毁坏财物罪 **	(312)
第六章 妨害社会管理秩序罪	(313)
三十三、妨害公务罪 *	(313)
三十四、伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪 *	(315)
三十五、危害计算机信息系统的犯罪	(316)
三十六、伪证罪·帮助毁灭、伪造证据罪·妨害作证罪 *	(318)
三十七、窝藏、包庇罪 **	(321)
三十八、掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪 ***	(324)
三十九、非法行医罪·医疗事故罪 **	(326)
四十、走私、贩卖、运输、制造毒品罪 ***	(328)
四十一、非法持有毒品罪·窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪 **	(330)
四十二、组织卖淫罪·强迫卖淫罪·协助组织卖淫罪 *	(332)
四十三、制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪 *	(333)
§ 本章妨害社会管理秩序罪中仅需一般了解的知识	(333)
第七章 贪污贿赂罪	(353)
四十四、贪污罪·职务侵占罪 ***	(354)
四十五、挪用公款罪·挪用资金罪·挪用特定款物罪 ***	(360)
四十六、受贿罪·利用影响力受贿罪·非国家工作人员受贿罪 ***	(364)
四十七、行贿罪·对非国家工作人员行贿罪 **	(376)
§ 本章妨害社会管理秩序罪中仅需一般了解的知识	(379)
第八章 渎职罪等	(381)
四十八、滥用职权罪·玩忽职守罪 *	(381)
四十九、徇私枉法罪 **	(383)
五十、帮助犯罪分子逃避处罚罪 *	(384)
§ 危害国防利益罪·渎职罪·军职罪中仅需一般了解的知识	(385)

第三编 附编：刑法分则概述和三要件论

第一章 刑法分则概说	(393)
一、正条与正犯	(393)
二、正条·构成要件·构成要件要素 *	(394)
三、正条的扩张(修正)教唆犯·帮助犯·预备犯·未遂犯·中止犯	(397)
四、正条(构成要件·正犯)的类型	(399)
五、注意规定·拟制规定	(403)

第二章 犯罪构成“三要件”论.....	(405)
一、三要件论	(405)
二、三要件论与四要件论内容相近之处	(406)

第四编 案例综合题、分析论述题的考点和提示

第一部分 案例综合题及其考点提示.....	(409)
第二部分 案例分析论述题考点归纳和模拟练习.....	(419)

(注：“*”号表示该知识点出题的概率，“*”数越多，概率越高。)

第一编

刑法总则

第一章 刑法概说

【考点提示】罪刑法定原则的内容·扩张解释、缩小解释、类推解释理解·从旧兼从轻原则·属地原则

一、罪刑法定原则的内容和价值**

刑法明文规定的基本原则共3个：①罪刑法定原则；②平等适用刑法原则；③罪刑相适应原则。其中罪刑法定原则最重要。

(一) 内容

法律没有明文规定为犯罪的行为不得定罪处罚。其具体内容包括：①刑法应当是立法机关(人民代表大会及其常委会)制定的成文法律，行政机关制定的规章不得规定刑罚；习惯法不能作为刑法渊源。②禁止不利于行为人的事后法(重法不得有溯及力)。③禁止不利于被告人的类推解释，包括禁止司法类推和类推解释。④禁止绝对不确定刑。⑤确定犯罪与刑罚必须明确。⑥禁止滥用刑罚，对不当处罚的行为不能以犯罪处罚。⑦禁止残酷的刑罚。因为《刑法》第12条对刑法的溯及力规定采取“从旧兼从轻”，所以，并非绝对禁止刑法有溯及力，只是禁止事后重法的溯及力。在“事后法”较轻的场合，根据“兼从轻”的规定，新法有溯及力。

(2004年试卷二单选16)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，但不排斥规范的构成要件要素

答案：C。A错在“禁止扩大解释”。B立法机关有权创制法律，但对已有法律也不能做类推解释。如若创制罪刑就应当采取修正案等立法形式。D虽然刑法中难免偶尔使用规范要素，如“淫乱”、“淫秽”、“猥亵”，但对罪刑法定原则的明确性有不利影响。

(二) 价值基础

1. 宗旨：维护法制、保障人权，防止国家滥用刑罚权。

2. 核心：①确认犯罪和刑罚必须具有明确性；②确认犯罪与刑罚应当符合合理性，即立法中不应采用残酷的、非人道的刑罚方法。

3. 价值基础：公民“自律和预知”的价值基础。①公民自律，即公民通过民意机构(如全国人民代表大会)以法律形式确立犯罪与刑罚，刑法是公民自我约束的产物。②可预知(犯罪与刑罚)，即通过事先公布刑法，使公民预先就知道什么行为是犯罪、该受何种处罚，从而规范自己的行为。

关于罪刑法定原则的正确说法是(多选)：

- A. 罪刑法定原则是刑事司法原则，不是立法原则
- B. 犯罪与刑罚只能由法律规定，因此排除犯罪性事由只能由刑法明文规定
- C. 罪刑法定原则的基本价值理念是保障公民权利与自由
- D. 不违反行政法、民商法的行为当然也不违反刑法

答案：CD。①罪刑法定原则既是司法原则也是立法原则，A错。②“肯定”罪与罚必须法

定,但排除罪与罚则未必,存在“超法规”的排除犯罪性事由如被害人同意、义务冲突等。③此价值基础决定罪刑法定的必要性。④法的统一性。刑事违法是重度违法,违反轻度法(行政、民商),未必违反刑事法;不违反轻度法的,自然没有刑事违法性。

(三) 其他刑法原则

1. 适用刑法平等原则。《刑法》第4条。

2. 罪刑相适应原则:《刑法》第5条:“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。”刑罚的轻重与①犯罪事实(罪行轻重)+②犯罪人危险性(刑事责任)相适应。刑罚对事(犯罪事实)还是对人(犯罪人)?第5条规定罪刑相适应原则要求:刑罚轻重与“罪行”和“责任”相适应,表明“既对事又对人”。“罪行”(事)主要指犯罪的危害性(包括危害结果、情节和主观恶意);“责任”(人)主要指犯罪人再次犯罪的人身危险性。“对事”,要求同罪(事)同罚,体现公平(报应);“对人”,注重对罪犯教育改造,体现预防犯罪目的。可以说,刑法每一项制度都体现了罪刑相适应的原则,如:对未成年人、限制刑事责任能力人、又聋又哑的人,从轻处罚;对犯罪中止、未遂、预备、从犯、胁从犯、教唆未遂、自首、立功、防卫过当从轻处罚;对累犯、教唆未成年人犯从重处罚,都体现了罪刑相适应原则。

关于罪刑相适应原则下列哪些说法是正确的?

- A. 刑罚的轻重与罪行和刑事责任相适应
- B. 罪行指客观行为和主观恶意结合产生的危害性
- C. 刑事责任主要指犯罪人再次犯罪的人身危险性
- D. 罪刑相适应仅仅是指刑罚的轻重与罪行相适应

答案:ABC。

(2005年试卷二多选51)下列关于罪刑相适应原则的说法哪些是正确的?

- A. 罪刑相适应原则要求刑法不溯及既往
- B. 罪刑相适应原则要求刑事立法制定合理的刑罚体系
- C. 罪刑相适应原则要求刑罚与犯罪性质、犯罪情节和罪犯的人身危险性相适应
- D. 罪刑相适应原则要求在行刑中合理地运用减刑、假释等制度

答案:BCD。本题C项涉及对罪刑相适应原则的理解。

下列哪种情形体现出刑罚的轻重与刑事责任相适应方面的内容:

- A. 对累犯从重处罚
- B. 对自首、立功的从宽处罚
- C. 对中止犯处罚宽大于未遂犯、预备犯
- D. 对不满18岁的人犯罪,应当从轻或者减轻处罚

答案:ABCD。

二、刑法的解释**

(一) 文理解释·论理解释

根据解释的方法,刑法解释分为两大类:文理解释和论理解释。

1. 文理解释:指根据语法、字义的惯常用法来解释条文的方法。

强奸妇女罪的“妇女”包括一切女性,既包括中国妇女也包括外国妇女,既包括成年妇女也包括幼女。

文理解释,也称“文义解释”,是解释刑法的基本方法,刑法条文的意义通过语言文字确定

和表达,可是争议往往也因语法、字义的不同理解而缘起,所以在解释法条时,实际上暗含着一个约定的基准(前提),即语言文字的惯常用法。刑法条文是根据最惯常的语法规则和字面含义起草、通过的,人民群众也是根据普通的语法、字义来理解的,因此,没有特别的理由,对刑法条文也应当根据惯常的语法和字义进行解释,即用文理解释的方法。以此为前提,用文理解释得出的条文含义(的结论),被称为“普通解释”。文理解释既然是按照“最惯常”语言文字规则进行解释,那么其方法和内容也属于普普通通的解释(普通解释)。因为文理解释根据“语法、字义”解释条文,注重法条字面(形式)意义,所以也被称为“形式解释”。

可见,文理解释与普通解释、形式解释意思相近,属于那种根据条文语法、字面最惯常(或最普通)意义的解释方法,只是说话的角度略有不同。文理解的对称是论理解释;普通解释的对称是缩小解释、扩大解释、“类推解释”;形式解释的对称是实质解释、目的解释。

强奸妇女罪的“妇女”包括一切女性,既包括中国妇女也包括外国妇女,既包括成年妇女也包括幼女。这是文理解释,同时也属于按照“语言最惯常用法”进行解释,得出条文内容(按照条文的文理不扩大不缩小)的普通解释,同时也是根据条文的语言文字“字面”(形式意义)作出的形式解释。

文理解释与罪刑法定原则。罪刑法定原则的价值基础之一是(公民对自己行为是否犯法的)可预知性。满足这个要求的平台,就是法条中语言文字的普通用法,立法者以惯常的语言文字表达刑法,司法者、守法者以惯常的语言文字理解刑法,以这个默认的平台实现罪刑法定原则的明确性要求、可预知性价值。所以,文理解释被确立为刑法解释的基本方法,是制度的选择。

文理解释作为刑法解释的基本方法,意味着:①“没有特别的理由”,应当首先采取文理解释的方法,接受这种普通解释、形式解释的结论。但是“若有特别的理由”,在使用文理解释的方法行不通时,比如明显不符合刑法的目的时,与其他条文存在明显冲突时,就需要在文理(惯常的语法和字义)根据之外寻求其他的解释依据,这些从文理根据之外寻求解释根据的解释方法被统称为“论理解释”。②即使是“有特别的理由”,也不能脱离条文的文理含义。如果脱离条文的文理含义,会彻底背弃明确性要求和可预知性价值,成为类推解释,属于不当的解释。

2. 论理解释:在文理解释之外寻求解释依据的解释方法的统称,如参酌立法背景、沿革、目的、社会需要等因素(依据)阐明刑法真实含义的解释方法。对论理解释,按照使用方法(依据)的差异,又可细分为:①当然解释;②反对解释;③补正解释;④体系解释;⑤历史解释;⑥比较解释;⑦扩大解释;⑧缩小解释等。这些解释方法本身与罪刑法定原则没有冲突。但是违反解释法律的规则、超越社会常理任意解释法律是违反罪刑法定原则的。

当然解释,例如根据司法解释:非法行医被卫生行政部门行政处罚两次以后,再次非法行医的,是“情节严重”。那么,被行政处罚3次以后,再次非法行医的,是否属于“情节严重”?当然属于!这是“当然解释”,即根据逻辑、道理当然可推断出的法律(该“情节严重”)适用范围、含义。从文理解释的角度,“2次以上”,含2次及超过2次的次数,也能得出同样结论。

当然解释,例如《刑法》第20条:“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害,而采取的制止不法侵害的行为,对不法侵害人造成损害的,属于正当防卫,不负刑事责任”。如果实施正当防卫没有“对不法侵害人造成损害的”是不是正当防卫呢?当然也是,这属于当然解释。