

2010 年 司 考 之 路 系 列

国家司法考试

刑法

新东方北斗星司法考试研究中心◎主编 | 罗翔◎编著

司考名师辅导经验总结 追踪司考改革新动向
精彩授课内容书面展示 引领应试复习高效化

考点结构·重点法条·理论解析·真题演练

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。

图书在版编目(CIP)数据

国家司法考试.刑法/新东方·北斗星司法考试研究中心主编;罗翔编著.

北京:电子工业出版社,2010.3

(2010年司考之路系列)

ISBN 978-7-121-10427-5

I. 国… II. ①新… ②罗… III. 刑法—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(2010)第029883号

策划编辑:周琰

责任编辑:周琰 特约编辑:石月 李红

印刷:北京东光印刷厂

装订:三河市皇庄路通装订厂

出版发行:电子工业出版社

北京市海淀区万寿路173信箱 邮编 100036

开本:787×1092 1/16 印张:21.75 字数:571千字

印次:2010年3月第1次印刷

定价:48.00元

凡所购买电子工业出版社图书有缺损问题,请向购买书店调换。若书店售缺,请与本社发行部联系,联系及邮购电话:(010) 88254888。

质量投诉请发邮件至 zltts@phei.com.cn, 盗版侵权举报请发邮件至 dbqq@phei.com.cn。

服务热线:(010) 88258888。

序



2009年司法考试已经尘埃落定，2010年备战司考的战鼓正在咚咚作响。李白诗云“蜀道难，难于上青天”，许多考生奋斗数载，有的甚至青丝变白发，也未能通过司法考试，足见司法考试之难。

司法考试难在哪里？为什么有的考生皓首穷经，不能破解其中之谜；而有的考生能一考中的，犹如囊中取物，从此平步青云？我们通过组织具有多年司法考试教学经验的老师进行研讨发现，关键在于考生能否精准掌握司法考试中的重点、难点和疑点问题。据不完全统计，司法考试涉及的法律条文共2万多条，涉及的学科涵盖法学14门核心课程。在浩瀚的法学知识海洋中，如果对重点把握不准，对难点无法破译，对疑点缺少研究，自然就像漂泊在大海上的孤舟，茫然不知所向，只能望洋兴叹。

为了落实依法治国的伟大方略，~~为了帮助考生~~准确地把握司法考试中的重点、难点和疑点，直面考试并顺利通过，~~我们总结了多年从事~~司法考试命题、辅导、大纲编写和教材编写的具有丰富经验的教师，精心撰写了《2010年司考之路系列》丛书。本丛书共10本，包括《国家司法考试·理论法学与论述题写作》、《国家司法考试·国际法》、《国家司法考试·商法·经济法》、《国家司法考试·宪法·行政法》、《国家司法考试·刑法》、《国家司法考试·刑事诉讼法》、《国家司法考试·民法》、《国家司法考试·民事诉讼法》、《国家司法考试·重点法条解读》和《国家司法考试·配套单元练习》。

本丛书具有以下特点：

1. 全部考点掌中宝

本丛书集司考名师辅导经验总结、司考改革新动向、精彩授课内容和高效率应试复习于一体，按照大纲的考试要求，列出考点及2010年预测考查的考点，其中八本教材以“重点法条+考点解析+真题演练”的结构编排，《国家司法考试·重点法条解读》以“重点法条+法条精解+真题示例”的结构编排，《国家司法考试·配套单元练习》以“答案+考点+解析”的结构编排。方便考生携带，帮助考生随时记忆司法考试重点内容，提高复习的命中率。

2. 考点解析很周到

本丛书在保持学科体系完整的前提下，对考点精华内容进行了概括和提炼，且及时反映大纲、教材的最新变化，使新增内容一览无余。辅导名师的补充讲解，深度挖掘、突出考点，重点讲解、辨析考试要点及难点，略讲一般知识，不讲不具可考性的内容，繁简得

当，重点突出，直击命题核心。使考生在很短的时间内就可读完，但需要反复阅读，以便记忆。

3. 习题演练不可少

通过“真题演练”，把握考查的重点。本丛书将知识点分门别类地放在不同的部门法中；而在每一部门法内部，又依考查内容的不同，将试题再作细分。每道试题前面标明了试题的出处，以便考生精确查找。需要说明的是，因篇幅所限，可从“重点法条”和“考点解析”中直接查找到答案的习题，这里没有展开解释。

古人云：种瓜得瓜，种豆得豆。拥有和阅读本丛书，领悟司法考试的精髓，播下成功的种子，必能结出胜利的果实！

穷数位名师之功，本丛书的面世自然令编者激动，但囿于能力所限，瑕疵断不可免。如有需要改进之处，敬请广大考生指正和海涵。

新东方北斗星培训学校校长

胡俊军

2010年3月



前言



——司法考试的必胜之道

从事司法考试辅导已经有些年头，见到太多被司法考试搞得焦头烂额的考生，其中不乏多年徘徊于过关边缘的考生。每每看到考生捧着画得密密麻麻的大厚本法条，背诵着一些连我都不知道的规定、决定（司法解释），我就感到痛心疾首。司法考试是难，但远没有大家想像得那么难，它其实有一定的内在规律。掌握了规律，加上合理的复习安排，通过考试，应是顺理成章。

从最近几年的司法考试来看，司法考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，但它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 2006 年刑法试卷考查的：罪刑法定原则、主观心态、不作为犯、因果关系、单位犯罪、打击错误、转化犯中的共犯问题、自首与立功、缓刑与假释、交通肇事与故意杀人的区别、使用假币罪的认定、强奸罪的认定、抢劫及盗窃信用卡的处理、侵犯财产犯罪的区分、贩卖毒品罪、受贿罪的既未遂、挪用公款归个人使用的认定等。如 2009 年考查的正当防卫、紧急避险、共同犯罪、认识错误、交通肇事、贪污受贿、抢劫、盗窃、敲诈勒索、诈骗等财产犯罪的区分、信用卡诈骗等等，再如 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、抢劫等财产性犯罪，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。不求甚解地强记法条、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执业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之外，其他所有试题，均需在法条基础上对其蕴含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

勒索、抢劫、绑架等罪的区别，看似非常基础的知识，但可做的文章非常之多。比如2007年卷四的高某绑架索债案，这种通过绑架来抢劫的案件就是一个理论性非常强的问题，光看法条和背诵概念很容易掉进出题人设计的陷阱。其实如果掌握了抢劫与绑架的核心区别，知道绑架罪必须是向第三人索财，同时第三人必须基于被害人被绑架的恐惧而交付财物，那么这道试题也就迎刃而解。又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。不妨看看2006年卷四的论述题——“请比较‘民事活动，法律有规定的，依照法律；法律没有规定的，依照习惯；没有习惯的，依照法理。’与刑法中‘法无明文规定不为罪’原则的区别及理论基础。”如果不真正了解罪刑法定的理论背景、价值取向、甚至现代刑法的发展趋势，相信在此题上很难得到高分。在现代社会，刑法是一个封闭的体系，因为刑罚权是各种权力中最可怕的一种，它直接针对公民的财产、人身，甚至生命，因此对这种权力必须加以严格的限制，而这也恰恰是罪刑法定原则的使命所在，其精神就在于严格地限制有着天然扩张冲动的刑罚权，因此对行为人不利的习惯法、类推均应严格禁止。反之，民法则是一个不断开放的体系，“一切文明的基本演进过程，都是一个从身份到契约的社会”，在一个真正由平等主体所构建的契约社会，国家只应该做最低限度的干预，必须充分尊重当事人的意思自治，因此交易习惯、基本法理在民法中也就显得异常重要。

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“甲盗割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”，你就能立即意识到，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地停留在对真题答案的认识上，而一定要了解真题所涉及的相关知识与法律规定。如2006年卷二单选题第5题中的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。也许考生觉得这道题考得有点偏，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年刑法试题考查了对单位骗取贷款的处理，直接依据的也是上述纪要的观点（以合同诈骗罪的单位犯罪论处）。因此对于这个纪要，考生怎么能不高度重视呢？

4. 一点常识

按理说，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。比如有道试题考的是一个国家工作人员被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勾结，侵吞本公司财产，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，难道官小的就不会是主犯吗？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广度，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。

最后以青莲居士的《行路难》和大家共勉，其实无论是司法考试，还是人生中的诸多挑战，都像这首诗所写的，万事开头难，但只要坚持，就必定会有所收获。

金樽清酒斗十千，玉盘珍馐直万钱。

停杯投箸不能食，拔剑四顾心茫然。

欲渡黄河冰塞川，将登太行雪暗天。

闲来垂钓坐溪上，忽复乘舟梦日边。

行路难，行路难，多歧路，今安在。

长风破浪会有时，直挂云帆济沧海。

罗 翔

2010年3月修订



第一讲 刑法的基本知识

【本讲概要】 本讲考点很多，而且近年司法考试越来越强调对基础理论的掌握深度，考生一定要高度重视刑法的解释、罪刑法定原则、罪刑相当原则、刑法的空间和时间效力。

考点一 刑法的含义与解释

考点解析

(一) 刑法的含义

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：①规定何种行为属于犯罪；②规定犯罪的法律后果，这主要是刑罚。根据刑法的定义，当前刑法的表现形式是1+7+1，即1997年刑法典、全国人大常委会通过的7个修正案以及1个决定。这里需要重点提示的是，单行刑法只有一部，即1998年12月29日全国人大常委会颁布的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》，至于全国人大常委会颁布的《关于取缔邪教组织的决定》和《关于维护互联网安全的决定》，由于并未规定新的罪刑条款，因此并非单行刑法。

(二) 刑法的解释

1. 按照解释的效力分类，刑法解释可以分为立法解释、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。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就审判和检察工作如何具体应用法律作有效的解释。

(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上的约束力，但对刑事司法以及刑事立法有重要的参考作用。

2. 按照解释的方法，刑法解释可以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》^①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

^① 《刑法》是《中华人民共和国刑法》的简称。

的解释。主要的论理解释有以下几种：

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。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解释，但却允许扩张解释。无论是司法解释，还是立法解释，都不能作不利于行为人的类推解释。

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，没有超越公民的合理预期，而类推则是为了填补法律的漏洞，它将产生新的规则，也超越了公民的合理预期。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，这种解释就完全偏离了法本身所追求的公平和正义，使得法律成为“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）显然就不包括变造的货币。

④ 当然解释。这是指法律虽未明示，但根据逻辑和事物属性，可以自然推出的解释。比如“犯罪时不满18周岁的未成年人不得判处死刑”，那“审判时不满18周岁的人”自然也不能判处死刑。

真题演练

1. (2005-2-1)① 1997年3月刑法修订后，全国人民代表大会常务委员会颁布了几个单行刑法和几个刑法修正案？

- A. 一个单行刑法和四个修正案 B. 一个单行刑法和五个修正案
C. 两个单行刑法和四个修正案 D. 两个单行刑法和五个修正案

2. (2008-2-20)② 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

① B。按照当时的法律应该选B，但现在的体系是一个法典、一部单行刑法、七部修正案。

② B。立法解释与立法的程序是不相同的，同时，立法解释还可以溯及既往，因此立法解释不能类推，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。



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？

- A. 第①句正确，其他错误
- B. 第②句正确，其他错误
- C. 第③句正确，其他错误
- D. 第④句正确，其他错误

3. (2004-2-53)①《刑法》第171条第1款前段规定：“出售、购买伪造的货币或者明知是伪造的货币而运输，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金。”关于本条的理解，下列哪些说法是错误的？

- A. 运输假币罪要求行为人明知是假币，但出售、购买假币罪不要求行为人明知是假币
- B. 根据故意犯罪的刑法规定与刑法原理，出售、购买假币罪也以行为人明知是假币为前提
- C. 出售、购买、运输假币罪都是故意犯罪，但运输假币罪只能是直接故意，而出售、购买假币罪只能是间接故意
- D. “并处二万元以上二十万元以下罚金”是指可以并处罚金，而非应当并处罚金

4. (2006-2-20)②下列哪种说法是正确的？

- A. 将强制猥亵妇女罪中的“妇女”解释为包括男性在内的人，属于扩大解释
- B. 将故意杀人罪中的“人”解释为“精神正常的人”，属于应当禁止的类推解释
- C. 将伪造货币罪中的“伪造”解释为包括变造货币，属于法律允许的类推解释
- D. 将为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪中的“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”，属于缩小解释

5. (2009-2-1)③关于刑法解释的说法，下列哪一选项是正确的？

- A. 将盗窃罪对象的“公私财物”解释为“他人的财物”，属于缩小解释

① ACD。本题考查的是对《刑法》第171条的理解以及体系解释。《刑法》第14条、15条分别规定了犯罪故意和犯罪过失，因此任何犯罪不是故意就是过失。按照《刑法》第15条第2款的规定，过失犯罪法律有规定的才处理，而《刑法》171条规定的出售、购买、运输假币罪并没有规定过失犯罪，故属于故意犯罪，既然是故意犯罪，那么行为人就必须对犯罪客观方面的构成事实存在明知，并且希望或者放任危害结果的发生。这是体系解释的当然要求。因此，即使刑法分则没有明文规定“明知”要素，对于犯罪构成的客观要素，故意犯罪的行为人主观上也必须存在明知。单从《刑法》第171条的表述来看，似乎只有运输假币时，才需要“明知是伪造的货币”，而出售、购买假币时，则不需要明知是伪造的货币。但如果这么理解，就明显违背了体系解释的要求。《刑法》第171条之所以这样表述，是因为在运输假币时不明知是假币的可能性较大，所以为了提醒司法工作人员注意，才特别写明“明知”。而出售、购买假币时一般不会出现不知假币的现象。但是，在跨币种的交易中，的确有不知假币的现象，比如甲用1000元假美元换取乙8000元人民币。如果不能证明乙明知是假币，那么显然他的行为也不构成购买假币罪。故A选项的内容是错误的，B选项的内容是正确的，即应当选择A。既然出售、购买、运输假币罪是故意犯罪，一般来说，只要没有特别规定，就应认为包括直接故意犯罪与间接故意犯罪。C选项的内容是错误的。刑法分则的法定刑中的“处”与“并处”，都是指应当处、应当并处，而非可以处、可以并处。D选项的内容是错误的。本题为选非题，故答案为ACD。

② D。A属于类推，“妇女”从语言上理解无论如何也不可能包括男性；B属于限制解释，但这种限制解释也不符合罪刑法定的实质性方面；C是类推，伪造货币和变造货币是刑法规定的两种犯罪行为，不能混同，这其实是体系解释得出的结论。

③ C。本题较难，而且有较大争议，适合采取排除法应对。缩小解释是在字面含义之内进行缩小，盗窃的对象是他人占有的财物。如果将他人的财物理解为既包括他人占有的财物，又包括他人所有的财物，这倒可以看成是一种扩张解释。故A错。当然解释是按照逻辑自然可以推导出来的解释，在逻辑上出售与购买是对应关系，无法自然得出购买属于出售的结论，故B错。扩张解释是根据立法精神，结合社会的实质需要，对于刑法条文的意义作出超出字面含义的解释，刑法规定携带凶器以抢劫论处，C选项的含义表面上超出了“凶器”一词的字面含义，但没有超过“凶器”所涵括的最大范围，也没有超越普通公众的合理预期，故属于扩张解释。故此选项最佳。D选项只能通过逆推法来处理，其内容是全国人大常委会所作的立法解释，而立法解释本身是不能类推的。

B. 将《刑法》第171条出售假币罪中的“出售”解释为“购买和销售”，属于当然解释

C. 对随身携带枪支等国家禁止个人携带的器械以外的其他器械进行抢夺的，解释为以抢劫罪定罪，属于扩张解释

D. 将信用卡诈骗罪中的“信用卡”解释为“具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡”，属于类推解释

考点二

罪刑法定原则

重点法条

★★★^①第三条 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。

考点解析

罪刑法定原则、罪刑相当原则和刑法面前人人平等原则是刑法的三大基本原则。其中最重要的是罪刑法定原则，这是司法考试的绝对重点。对于这个考点，要注意如下问题：

（一）含义

根据《刑法》第3条的规定，我国刑法的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原则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的概念，这在司法考试曾经出现过。

（二）理论依据

罪刑法定原则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，三权要保持分立与制衡。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之于世，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。

（三）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

^① ★的个数表示法条的重要程度。





的轨道之下，它包括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，行政规章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，虽然行政规章不能直接规定犯罪和刑罚，但它可以对犯罪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第2款条规定：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，在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，因为立法与解释的程序是不同的。

(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。比如法官对行为人判处盗窃罪，判处有期徒刑3~10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于行政机关，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。不定刑是法律本身对刑罚的规定不确定。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“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要是善法。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, 不可能做到绝对的明确。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。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“贩卖”和“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, 罪刑相当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类的尊严, 也属禁止之列。

真题演练

1. (2004-2-16)^① 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

2. (2006-2-1)^② 关于罪刑法定原则, 下列哪一选项是正确的?

- A. 罪刑法定原则的思想基础之一是民主主义, 而习惯最能反映民意, 所以, 将习惯作为刑法的渊源并不违反罪刑法定原则
- B. 罪刑法定原则中的“法”不仅包括国家立法机关制定的法, 而且包括国家最高行政机关制定的法
- C. 罪刑法定原则禁止不利于行为人的溯及既往, 但允许有利于行为人的溯及既往
- D. 刑法分则的部分条文对犯罪的状况不作具体描述, 只是表述该罪的罪名。这种立法体例违反罪刑法定原则

^① C (D)。A 选项是错误的, 罪刑法定原则禁止不利于行为人的类推解释, 但并不禁止扩大解释; B 选项也是错误的, 无论是立法机关还是司法机关都不允许进行类推解释; C 选项是正确的, 我国采取从旧兼从轻原则, 有利于行为人的事后法具有溯及力; 根据通说, D 选项也是正确的。此题的正确答案是 CD, 本考题存在问题。但考虑到该题为单选题, C 选项绝对正确, 而 D 选项略存争议, 故最优选项为 C。

^② C。刑法的渊源排斥习惯法, 定罪处罚必须依照已颁发的成文法典。故 A 项错误; 根据罪刑法定的制定法原则, 只有国家最高立法机关才能制定刑法, 故 B 是错误的; D 选项所说的“刑法分则的部分条文对犯罪的状况不作具体描述, 只是表述该罪的罪名”, 这其实是简单罪状, 如故意杀人罪、伪造货币罪都采取了这种罪状模式, 它并不违反罪刑法定原则。故本题的答案为 C。

重点法条

★★第五条 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。

考点解析

罪刑相适应原则，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，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 10 000 元一般要重于盗窃 1 000 元的刑罚；其二是主观相当，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。

真题演练

(2005-2-51)^① 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

考点四

刑法的空间效力

重点法条

★★★第六条 凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用本法。

凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，也适用本法。

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。

★★第七条 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。

^① BCD。A 选项是罪刑法定的内容，与罪刑相适应原则没有任何联系；建立合理的刑罚体系即重罪重刑，轻罪轻刑，无罪不刑，它是罪刑相适应原则的当然内容，B 选项正确；CD 选项也符合罪刑相适应原则中所说的主观相当或客观相当。



中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法。

★★第八条 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。

★★第九条 对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用本法。

★★第十条 凡在中华人民共和国领域外犯罪，依照本法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。

★★第十一条 享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任，通过外交途径解决。

考点解析

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，虽然经过外国审判的，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。

1. 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；其二是遍在地原则。这在司法考试中常有出现。

(1) 旗国主义：中国的船舶和航空器属于中国领域，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的人民法院管辖。

(2) 遍在地原则：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、未完成行为），结果包括实际结果以及未遂犯的“可能发生结果之地”，只要其中任何一项在中国境内发生，就属于在中国境内犯罪，从而可以依据属地原则进行管辖。需要注意的是，如果部分共犯人的行为发生在中国境内，那么对于所有的共犯人都可以认定在中国境内犯罪。

(3) 例外：属地管辖存在例外，因此不能武断地说只要是在中国领域内发生的犯罪，都适用我国刑法。例外包括四点：①享有外交特权和豁免权的外国人，其刑事责任通过外交途径解决；②香港、澳门特别行政区，只在两种情况下适用本法，分别是战争状态或紧急状态；③刑事特别法另有规定的，依照特别规定；④民族自治地方，可以对本法作变通或补充规定。需要注意的是，③④所针对的是狭义刑法（1997年刑法典），而对广义刑法（即包含刑事特别法、自治地方特别法）而言，则不属于例外的情形。

2. 属人管辖原则

属人管辖原则所针对的是中国人在中国领域外的犯罪。由于它可能会与其他国家的属地管辖相冲突，所以对它有所限制，即相对重罪管辖。对于普通公民，原则上适用我国刑法，但如果不是重罪，即法定最高刑在“3年以下”的，可以不予追究。这里需要注意





是，刑法的表述是“可以不予追究”，其言外之意当然也包括“可以追究”，因此叫做相对重罪管辖，这个考点在司法考试中曾经出现过。另外，对于军人和国家工作人员，由于他们身份特殊，法律规定他们在境外的犯罪一律适用我国刑法。

3. 保护管辖原则

保护管辖原则针对的是外国人或无国籍人在外国对中国或中国人犯罪。如果在境内犯罪，则直接依据属地原则处理。这种管辖原则更易和其他国家的管辖权相冲突，因此对保护管辖必须进行更严格的限制。这种限制体现在两个方面：

(1) 绝对重罪管辖。只有当法定最低刑在“3年以上”的，才可以适用。如果法定最低刑不足3年，则不能适用，这与属人主义的相对重罪管辖有所不同。

(2) 双重犯罪管辖。必须是我国和犯罪地法律都认为构成犯罪，如果按照犯罪地的法律不受处罚，我国刑法就没有管辖权。

4. 普遍管辖原则

普遍管辖原则针对的是外国人或无国籍人在外国实施的并非针对中国或中国人的国际犯罪。普遍管辖原则只是一种最后的补充原则，在可以适用其他管辖原则的情况下，是不允许适用这个最后原则的。因此，在中国境内发生的国际犯罪，应依据属地管辖原则处理，中国人在境外实施的国际犯罪，也只能依据属人管辖原则处理。另外，普遍管辖原则所涉及的犯罪必须是我国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行（国际犯罪），对于这些罪行，我国只在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权。在司法考试中，要注意常见的国际犯罪：①劫持民用航空器罪（如果劫持军用航空器，则不属于国际犯罪，对此罪行是否有管辖权，要看它是否符合属地原则、属人原则或保护原则）；②毒品犯罪；③海盗罪（公海上对船只实施的抢劫、杀人等暴力犯罪行为）；④酷刑罪；⑤恐怖主义的犯罪（如绑架外交官、暗杀政治家、爆炸、投放危险物质等犯罪行为）；⑥贩奴罪（如贩卖妇女、儿童）；⑦战争罪行（如反人类罪行、种族屠杀罪）。国际犯罪只有转化为国内法所规定的犯罪，才可适用，如酷刑罪是国际犯罪，但在定罪量刑时，只能依据我国刑法所规定的刑讯逼供罪，而不能直接援引国际条约。

依据普遍管辖原则，对国际犯罪人的处理方法是“或引渡或起诉”的规则。任何一个缔约国对于在本国逮捕的国际犯罪人，要么引渡给有关请求国，要么自行起诉、审判，而不能放任不管。

真题演练

1. (2004-2-56)① 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

① ABC。外国公民约翰进入中国境内发展黑社会组织，属于在中华人民共和国领域内犯罪，应当适用中国刑法。由于甲与乙构成共同犯罪，而就共同犯罪而言，只要部分共犯人的行为发生在中华人民共和国领域内，就认定共同犯罪发生在中华人民共和国领域内，因而对整个共同犯罪都适用中国刑法，A选项是错误的。B选项也是错误的，对于赵某可依据属人管辖原则适用我国《刑法》。C选项也是错误的，对丙追究刑事责任的依据是属地管辖原则，而非保护管辖原则。D选项说的是相对重罪管辖，考点解析中已说明，不赘述。

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

2. (2005-2-3)① 某外国商人甲在我国领域内犯重婚罪,对甲应如何处置?

A. 适用我国刑法追究其刑事责任 B. 通过外交途径解决

C. 适用该外国刑法追究其刑事责任 D. 直接驱逐出境

3. (2005-2-56)② 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

4. (2007-2-51)③ 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,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

考点五

刑法的时间效力

重点法条

★★第十二条 中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为,如果当时的法律不认为是犯罪的,适用当时的法律;如果当时的法律认为是犯罪的,依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的,按照当时的法律追究刑事责任,但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的,适用本法。

本法施行以前,依照当时的法律已经作出的生效判决,继续有效。

① A. 属地原则的应用。

② AC。A 选项中的行为发生在我国领空,依据属地原则,我国有管辖权。BD 之行为我国也有管辖权,但其依据为属人主义,而非属地主义。

③ ABD。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。B 项,外国人在国外对外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双重犯罪管辖,必须是我国和犯罪地法律都认为构成犯罪。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。

