

飞跃版
因为专业 所以卓越

2013 国家司法考试

全攻略

刑法

用最精简的内容涵盖最大的分值
用最短的时间掌握最重要的知识

法条+关联规定+命题点分析+强化自测=顺利过关

- ★ 主体法与配套法条融会贯通
- ★ 深入阐释命题点
- ★ 典型习题 以练促记

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

2013 国家司法考试

全攻略

刑法

飞跃司考辅导中心 / 组编

参编人员

| | | |
|-----|-----|-----|
| 史海涛 | 杨晓玲 | 郝战红 |
| 柴立丹 | 张梅 | 孟庆亮 |
| 何珍 | 袁英 | 乔宇 |
| 毋爱斌 | 李涵 | 陈伟宏 |

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法/飞跃司考辅导中心组编. —北京:中国法制出版社, 2012. 11

(2013 国家司法考试全攻略)

ISBN 978-7-5093-4132-2

I. ①刑… II. ①飞… III. ①刑法—中国—法律工作者—资格考试—自学参考资料 IV. ①D924

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 245673 号

责任编辑 黄丹丹

封面设计 蒋怡

2013 国家司法考试全攻略——刑法

2013 GUOJIA SIFA KAOSHI QUANGONGLUE——XINGFA

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

印张/16.5 字数/500 千

版次/2012 年 11 月第 1 版

2012 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-4132-2

定价: 40.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66010678

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

掌握正确的司法考试复习方法

——《2013 国家司法考试全攻略》出版前言

尽管近年来司法考试命题有所改革，但是法条在司法考试中的重要地位是难以取代的。通过对历年司考试题的分析，我们发现除社会主义法治理念、法理学、法制史等纯理论学科和个别部门法外（主要体现在国际法），90%以上的试题都有直接的法条依据，但是命题又绝不会停留在简单的法条记忆层面，而是一种事实与法条的穿梭适用。因此，真正理解、参透法条并在做题时运用自如，是取得司法考试成功的关键。

本书即在对司法考试综合研究分析和总结众多过关者实际经验的基础上，为广大考生提供最实际有效的一种司法考试复习方法。

一、主体法与配套法条融会贯通

本书在保证司法法条完整性的基础上，将与主体法相关的司法解释、实施条例等拆解，以【关联规定】的形式融入主体法中，使二者紧密结合，不仅方便查阅，更有助于理解记忆。

二、深入分析、讲解知识点

本书首先以【导读】对各部门法的主要内容、司考侧重点等作了简要说明；再以【常考法条归类提示】归纳总结了2002年司法考试以来常考的重难条文；最后以【命题分析】深入、透彻地剖析难记难理解、易混易错知识点。从而使考生多角度地掌握法条，提高复习效率。

三、典型习题 以练促记

在重难点法条后，附有【强化自测】，通过典型习题的练习与讲解，帮助考生真正做到活学活用，全面提升考试能力。

四、对于理论科目，以知识点为线索，穿插【命题分析】、【真题演练】、【强化自测】等，帮助全面理解和掌握司法考试的重点、难点和命题思路。

同时，为配合考生掌握最新动态，2013年司法考试大纲公布后，请读者登陆 www.zgfs.com 免费下载我社提供的最新司法考试复习资料。

希望本书能帮助您把握住学习司法考试的正确方法，成功飞跃司法考试。如有疏漏不当之处，敬请读者批评、指正，以期改正、完善。

目 录

中华人民共和国刑法····· (1)

[以下文件收录于主法条对应的“关联规定”中]

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（1998年12月29日）

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（2009年8月27日）

全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》第二百二十八条、第三百四十二条、第四百一十条的解释（2009年8月27日）

全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》第二百九十四条第一款的解释（2002年4月28日）

全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》第三百一十三条的解释（2002年8月29日）

全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》第三百八十四条第一款的解释（2002年4月28日）

全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》第九章渎职罪主体适用问题的解释（2002年12月28日）

全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》有关文物的规定适用于具有科学价值的古脊椎动物化石、古人类化石的解释（2005年12月29日）

全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》有关出口退税、抵扣税款的其他发票规定的解释（2005年12月29日）

最高人民法院关于《中华人民共和国刑法修正案（八）》时间效力问题的解释（2011年4月25日）

最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释（1998年5月9日）

最高人民法院关于处理自首和立功若干具体问题的意见（2010年12月22日）

最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的解释（2012年1月17日）

最高人民法院关于适用财产刑若干问题的解释（2000年12月13日）

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子适用禁止令有关问题的规定（试行）（2011年4月28日）

最高人民法院关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释（2000年5月12日）

最高人民法院关于审理破坏公用电信设施刑事案件具体应用法律若干问题的解释（2004年12月30日）

最高人民法院关于审理黑社会性质组织犯罪的案件具体应用法律若干问题的解释（2000年12月5日）

最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释（2000年11月15日）

最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问

- 题的解释(2001年4月9日)
- 最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售假药、劣药刑事案件具体应用法律若干问题的解释(2009年5月13日)
- 最高人民法院于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释(2010年12月13日)
- 最高人民法院于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释(2009年11月4日)
- 最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释(2009年12月3日)
- 最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(2004年12月8日)
- 最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释(2011年1月10日)
- 最高人民法院于审理走私刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)(2006年11月14日)
- 最高人民法院于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释(2000年11月22日)
- 最高人民法院于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的解释(2005年6月8日)
- 最高人民法院于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释(1997年11月4日)
- 最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释(2011年3月1日)
- 最高人民法院于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释(2000年11月22日)
- 最高人民法院于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释(1998年4月29日)
- 最高人民法院于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释(2006年1月11日)
- 最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃油气、破坏油气设备等刑事案件具体应用法律若干问题的解释(2007年1月15日)
- 最高人民法院、最高人民检察院关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释(2005年5月11日)
- 最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的解释(2010年8月31日)
- 最高人民法院、最高人民检察院关于办理与盗窃、抢劫、诈骗、抢夺机动车相关刑事案件具体应用法律若干问题的解释(2007年5月9日)
- 最高人民法院、最高人民检察院关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的解释(2007年7月8日)
- 最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释(2004年9月3日)
- 最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)(2010年2月2日)
- 最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害矿山安全生产刑事案件具体应用法律若干问题的解释(2007年2月28日)
- 最高人民法院、最高人民检察院关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的解释(2009年3月20日)

附录 I：刑法分则单位犯罪罪名一览表 (254)

附录 II：法定量刑情节一览表 (257)

中华人民共和国刑法^①

(1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过 1997年3月14日第八届全国人民代表大会第五次会议修订 1997年3月14日中华人民共和国主席令第83号公布 自1997年10月1日起施行)

导 读

刑法是规定犯罪与刑罚的基本法律,包括总则和分则两部分。刑法总则部分的重点内容主要有:(1)刑法的各种解释方法、刑法的基本原则、刑法的适用范围;(2)犯罪主体、行为、对象、结果与因果关系;(3)犯罪故意与过失、刑事责任年龄、刑事责任能力;(4)正当防卫、紧急避险以及其他排除犯罪事由;(5)犯罪预备、未遂和中止;(6)共同犯罪的认定及刑事责任;(7)单位犯罪认定及处罚原则;(8)刑罚的种类、死刑的适用;(9)量刑的法定情节、累犯、自首与立功的成立条件、缓刑的适用、数罪并罚的方法;(10)减刑、假释的具体运用。刑法总则101条,虽然只有刑法条文总数的1/4不到,但是由于其每个条文都有可考性,而且又贯穿、指导整个刑法分则始终,所以其分值将近占到刑法试题总分值的一半,考生应特别重视。

刑法分则部分包括10大类犯罪,条文数量很多,内容庞杂,但重点内容比较显著,有些重点章节和罪名不仅每年都考查,而且同一年试题中也多处考查。分则部分重点内容主要有:(1)危害公共安全罪;(2)破坏社会主义市场经济秩序罪;(3)侵犯公民人身权利、民主权利罪;(4)侵犯财产罪;(5)妨害社会管理秩序罪;(6)贪污贿赂罪;(7)渎职罪。

刑法在司法考试中的地位自不待言,这可以从历年刑法分值表现出来,2004年至今刑法分值都在80分左右徘徊。并且随着刑法在司法考试中的重要性越来越大,司法考试对刑法的考查也越来越灵活,题目难度也逐年增大,对理论知识的考查也越来越深入,也更加注重法条的交叉运用。这一切都对考生理论水平提出了较高要求,如司考这两年对因果关系、事实认识错误的各种处理意见的考查都体现了这一要求,因此考生要重视基础理论的学习。而这最后都要反映到对刑法法条的掌握上,因此复习刑法必须注重法条之间的逻辑联系,掌握相关的司法解释,在头脑中有一个整体清晰的知识框架,惟其如此才能应对司考的要求。

^① 根据1998年12月29日第九届全国人民代表大会常务委员会第六次会议通过的《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》、1999年12月25日第九届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案》、2001年8月31日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案(二)》、2001年12月29日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案(三)》、2002年12月28日第九届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案(四)》、2005年2月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案(五)》、2006年6月29日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案(六)》、2009年2月28日第十一届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案(七)》、2009年8月27日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十次会议通过的《全国人民代表大会常务委员会关于修改部分法律的决定》、2011年2月25日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案(八)》修订。

第一编 总 则

导 读

本章作为刑法典第一章，规定了刑法的任务、适用范围等基本内容。就司法考试而言，本章的考试重点突出，集中于刑法解释、刑法的三大基本原则和刑法的空间效力、时间效力。由于刑法典中没有与刑法的基本理论相对应的法条，我们将相关内容放在与其最为关联的第三条罪刑法定原则的命题分析里加以讲解。

第一章 刑法的任务、基本原则和适用范围

常考法条归类提示

| 考查次数 | 已考法条 | 所涉考点 |
|------|-----------|----------|
| 5 | 《刑法》第3条 | 罪刑法定原则 |
| 4 | 《刑法》第6~9条 | 刑法的空间效力 |
| 2 | 《刑法》第5条 | 罪责刑相适应原则 |
| 1 | 《刑法》第12条 | 刑法的时间效力 |

第一条 【立法宗旨】为了惩罚犯罪，保护人民，根据宪法，结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况，制定本法。

命题分析

1. 刑法的分类（了解）

(1) 狭义刑法与广义刑法。狭义的刑法是指我国1997年10月1日起施行的刑法典；广义的刑法包括刑法典、单行刑法和附属刑法等。单行刑法是国家以决定、规定、补充规定、条例等名称颁布的，规定某一类犯罪及其后果的某一事项的法律，如全国人大常委会于1998年12月29日颁布的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》。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尚不存在刑法典之外另行创设具有实质意义的犯罪构成要件和法定刑的情况。此外，民族自治地方的省级人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和刑法典的基本原则制定的变通或补充规定，也属于广义刑法的内容。

(2) 普通刑法与特殊刑法。这个分类的主要意义是解决法条竞合的问题，即当一个行为同时触犯普通刑法条文和特殊刑法条文时，特殊刑法优于普通刑法。刑法典是通常意义的普通刑法。这里的“特殊”可以从两个角度理解：一是对某种犯罪及其后果的特别规定，例如单行刑法和附属刑法；二是相关规定的适用地域和人群具有特殊性，例

如民族自治地方的变通或补充规定，香港特别行政区、澳门特别行政区“刑法”。

2. 刑法的渊源（了解）

刑法的渊源指的是刑法的表现形式。我国刑法的渊源有四类：

(1) 刑法典（1997年）。

(2) 刑法修正案。指在刑法典生效后，国家最高立法机关在保持刑法典原有体系结构不变的基础上以修正案的形式集中对刑法典的内容作出修改、补充的法律规范。我国的刑法典自1997年施行以来，到目前为止，全国人大常委会共制定了8个刑法修正案。刑法修正案是对既有刑法的修正，与既有刑法具有同等效力，二者不一致的地方适用“新法优于旧法”的原则。

(3) 单行刑法和附属刑法。

(4) 自治区、省人民代表大会根据民族自治地方民族的政治、经济、文化的特点和刑法典的基本原则制定的变通或补充规定。由于此类规定经过了全国人民代表大会常务委员会批准，因此并不和“刑法须由最高立法机关制定”的要求相矛盾。当然，这种规定只适用于特定的民族自治地方，没有普遍效力。

3. 刑法的特质和机能（了解）

刑法作为一个独立的部门法，主要有以下三方面特质：

(1) 调整和保护社会关系的广泛性和不完整性。刑法调整和保护社会关系的不完整性是刑法谦抑性的要求，在司法实践中通过对罪刑法定原则的遵守而加以实现。

(2) **最后手段性**，或称补充性。刑法的该项属性是由刑罚制裁的特性决定的。在所有制裁方式中，刑罚制裁通常以剥夺行为人人身自由甚至生命为内容，最具有严厉性，因此只有当一般部门法不足以抑制某种危害行为时，才能适用刑法。

(3) **保障性**，刑法是其他部门法的保障法。从某种意义上讲，刑法的后盾是国家机器，其他部门法的后盾是刑法。其他部门法律通常要依靠刑法的威慑力得以施行，刑法是包括宪法在内的其他部门法律的保护法。

刑法的机能，即刑法的功能，是指刑法所应有的功效和作用。关于刑法的机能，学界尚有不同的观点，但其最核心的、能突出体现刑法特色的机能有以下两点：

第一，**法益保护机能**：指刑法具有保护法益不受犯罪侵害与威胁的机能。

第二，**人权保障机能**：指刑法具有保障公民个人的人权不受国家刑罚权不当侵害的机能。这里的公民，既包括普通公民，也包括犯罪人。

第二条 【本法任务】中华人民共和国刑法的任务，是用刑罚同一切犯罪行为作斗争，以保卫国家安全，保卫人民民主专政的政权和社会主义制度，保护国有财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业的顺利进行。

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。

命题分析

《刑法》第3~5条规定了刑法的基本原则，即罪刑法定原则、刑法面前人人平等原则、罪责刑相适应原则。刑法的基本原则是指贯穿于全部刑法规范，指导从刑事立法到刑事司法全过程的，体现我国刑事法治基本精神的准则。

刑法的基本原则区别于局部性原则，如对未成年人犯罪从宽处罚原则。此类原则仅适用于刑事司法中的部分情况。

刑法的基本原则区别于理论上的基本原则，如罪责自负、惩罚与教育相结合、主客观相统一等原则。此类原则对于刑事立法和司法也具有全局性的意义，但并未为刑法规范明确确认。

1. 罪刑法定原则概述（了解）

《刑法》第3条规定了罪刑法定原则。罪刑法定原则的经典表述为“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”。其思想基础是**民主主义**与**尊重人权主义**。民主主义要求人民拥有规定犯罪与刑罚的权利；尊重人权主义则要求公民能够事先预测自己行为的性质与后果，即犯罪与刑罚须在事前明文规定。

为了适应社会实践的需要，罪刑法定原则经过修正，

即有了相对的罪刑法定原则。**相对的罪刑法定原则的基本内容是**：(1) **允许有条件地适用类推和严格限制的扩大解释**；(2) **允许有利于被告的溯及既往**；(3) **允许有条件地适用习惯法**；(4) **允许相对的不定期刑**。

2. 罪刑法定原则的具体要求（重点）

目前世界各国普遍采用相对的罪刑法定原则。相对的罪刑法定原则的具体要求有以下几点：

(1) 规定犯罪与刑罚的法律必须是由立法机关制定的成文法律。在我国，全国人大及其常务委员会以外的机关无权对犯罪与刑罚作出规定，判例、习惯法、行政法规、规章及其他规范性文件均不能作为刑法的渊源。

(2) 禁止重法溯及既往。我国在刑法的溯及力问题上采用从旧兼从轻原则。

(3) 禁止绝对的不定期刑与不定期刑。我国刑法分则大多数罪名的刑罚均设置了量刑区间。

(4) 禁止不利于行为人的类推解释。

(5) 刑法的处罚范围和程度具有合理性，此合理性的判断标准为现阶段一般人的价值观念。

(6) 对犯罪及刑罚的规定必须明确。

(7) 禁止不均衡的、残酷的刑罚。

上述罪刑法定原则的具体要求体现了两个层面的内容，即罪刑法定原则的形式侧面和实质侧面。上述具体要求的(1)~(4)是**形式侧面的要求**，体现了形式法治的观点，旨在规制司法权；(5)~(7)是**实质法治的要求**，旨在规制立法权。

3. 理解罪刑法定原则应注意的误区（重点）

(1) **掌握扩大解释与类推解释的区别**：①从文义来看，扩大解释所得出的结论没有超出刑法用语可能的含义范围，而类推解释则超出了用语的可能含义。前者是从用语的通用含义到边缘含义，后者则是从一个用语推及另一个用语。②从功能来看，扩大解释是对既定刑法用语含义的阐释，不创设法律；类推解释是对既定刑法规范的补充，有创设法律的意味。③从效果来看，扩大解释不超出公民的预测可能性，类推解释则超出了公民的预测可能性。④我国刑法允许符合法治精神的扩大解释，禁止类推解释。

(2) **掌握罪刑法定原则的“明确规定”与“明文规定”的区别**：“明确规定”是指人们根据刑法条文的规定能够明确判断犯罪与否及相对应的刑罚，要求规定是确定而非模糊的；“明文规定”则是指刑法白纸黑字将犯罪与刑罚书面固定下来。由于绝对明确的刑法只是一种理想状态，刑法典中存在对某种犯罪有明文规定却并不明确的情况；同时由于空白罪状、引证罪状、简单罪状等存在，刑法典中也存在对某种犯罪的构成要件没有明文规定却十分明确的情况。

(3) **掌握罪刑法定原则的形式合理性与实质合理性的关系**：绝对的罪刑法定原则向相对的罪刑法定原则的发展过程较好地说明了该原则的形式合理性与实质合理性的关系。任何原则都服务于特定的价值，同时自身又不总能最为完善地表达该种价值。罪刑法定原则作为保障人权的核心价值观下的一项原则，不应当得到机械地遵守，而应该得

到全面深入的理解。例如，仅从形式合理性的角度，法不溯及既往的原则须得到严格遵守，但从其实质合理性的角度，新法比之旧法往往更具有合理性，如果新法处罚较轻，其既有利于保障被告的权益，也不违背刑法的可预测性，此种情况下的溯及既往应为刑法所允许。

(4) 掌握罪刑法定原则与“有利于被告”的关系：在相对的罪刑法定原则的具体要求中，允许有利于行为人的事后法，允许有利于行为人的类推解释，由此容易造成误解，即认为罪刑法定原则是一项“有利于被告”的原则。实质上，罪刑法定原则中“有利于被告”情形的适用是受到严格的条件限制的。无论是“有利于被告的类推解释”，还是“有利于被告的事后法”，均是伴随着人类社会的发展和进步进行的。前者是对既有法律不合理之处的改良，后者是将罪犯纳入社会发展和进步的成果的受益对象，体现了人权保障的思想，具有实质的合理性。

例题 1：关于罪刑法定原则及其内容，下列哪一选项是正确的？（ ）（2004 年试卷二第 16 题）

- 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 罪刑法定原则不排除扩大解释，故选项 A 错误。立法解释若进行类推解释将侵犯刑法的可预测性，故选项 B 错误。相对的罪刑法定原则允许有利于行为人的事后法，我国关于刑法的溯及力也采用从旧兼从轻的判断原则，故选项 C 正确。

刑法的构成要件要素分为记述的构成要件要素和规范构成要件要素。记述的构成要件要素不会因为解释者或司法者的差异而影响其理解适用，如《刑法》就“妇女”、“杀人”的规定；而规范的构成要件要素则受到解释者或司法者的价值观念等差异的影响，如《刑法》就“虐待”、“侮辱”的规定。规范的构成要件要素的存在与罪刑法定原则的明确性要求相矛盾。尽管刑法规定不可避免地使用规范的构成要件要素，这仍不能说明罪刑法定原则不排除规范的构成要件要素，故选项 D 错误。

例题 2：关于罪刑法定原则，下列哪一选项是正确的？（ ）（2006 年试卷二第 1 题）

- 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

答案：C 本题 A、B、C 选项考查罪刑法定原则的具体要求。对照前文讲解内容即可得出正确答案。D 选项考查的是简单罪状的情况。刑法中的简单罪状虽然未对犯罪作具体描述，但是人们可以依据一般经验和生活常识明确理解相关罪名的内容，因此并不丧失明确性，不违反罪刑法定原则。

例题 3：“罪刑法定原则的要求是：（1）禁止溯及既往（____的罪刑法定）；（2）排斥习惯法（____的罪刑法定）；（3）禁止类推解释（____的罪刑法定）；（4）刑罚法规的适当（____的罪刑法定）。”下列哪一选项与题于空格内容相匹配？（2010 年试卷二第 1 题）

- A. 事前——成文——确定——严格
- B. 事前——确定——成文——严格
- C. 事前——严格——成文——确定
- D. 事前——成文——严格——确定

答案：D 禁止溯及既往，是指犯罪及刑罚必须在行为前预先规定，刑法不得对在公布、施行前的行为进行追溯适用，因此也称为“事前的罪刑法定”。排斥习惯法，是指犯罪与刑罚必须由立法者通过特定程序以文字的形式记载下来，刑事司法应该以成文法为准，因此也称为“成文的罪刑法定”。类推解释，是指对于法律没有明文规定的行为，适用有最相类似规定的法律条文予以处罚。禁止类推解释，即要求对条文的解释应当严格限制在其可能的含义的范围内，因此也被称为“严格的罪刑法定”。刑罚法规的适当包括刑法明确性、禁止处罚不当罚的行为、禁止不确定刑三方面的内容，因此也被称为“确定的罪刑法定”。综上，选项 D 是正确的。

4. 刑法的解释（重点）

刑法解释是指对刑法规范含义的说明。

(1) 刑法解释须注意的问题

① 原则层面：以罪刑法定原则等刑法基本原则为指导，不能超出刑法用语可能具有的含义，不能损害刑法的可预测性，不能违背保护法益的目的和损害法的公正性。由此出发，类推解释是不被允许的。

② 技术层面：刑法解释也应注意保持法律法规之间的相互协调与体系完整。

③ 操作层面：文理解释优先于论理解释。

(2) 刑法解释的效力

① 立法解释，即全国人民代表大会及其常务委员会在刑法施行过程中对刑法规定所作的解释。刑法典中的解释性规定及法律的起草说明都不是立法解释。立法解释具有与法律同等的效力。从罪刑法定原则出发，立法解释须在法律规定的范围内进行，类推解释的方法在立法解释中是不被允许的。

② 司法解释，即最高人民法院和最高人民检察院就审判和检察工作中如何具体应用法律问题所作的解释。这类解释往往针对具体的案件和情况作出，主要服务于司法实践。司法解释具有普遍适用的法律效力。司法解释必须遵守解释原

理,类推解释的方法在司法解释中也是不被允许的。

③学理解释,即未经国家授权的机关、团体、社会组织、学术机构以及公民个人对刑法所作的解释。学理解释不具备法律效力,但是对刑事立法和司法活动具有重要的参考价值。

(3) 刑法解释方法

刑法解释方法可以分为文理解释和论理解释两类。

文理解释是指根据刑法用语的文义及其通常使用方法阐释刑法意义的解释方法。基于罪刑法定原则,法律条文应按照其字面的、文字的最惯用的意义来解释。因此在刑法解释方法的效力序列里,文理解释优于论理解释。如果文理解的结论合理,则没有必要采用其他解释方法。如果文理解的结论不合理或者并非唯一,则须进行论理解释。

论理解释是指参照刑法的产生背景、历史沿革等相关因素,按照立法精神和立法目的阐明刑法真实含义的解释方法。论理解释可分为以下几种:

①扩大解释。亦即扩张解释,是指超过被解释对象的字面含义或日常含义范围,但没有超过该词语的应有含义范围的解释。如《刑法》第116条规定中,“汽车”包含作为交通工具使用的大型拖拉机即属于扩大解释。扩大解释是对用语通常含义的扩张,有“打擦边球”的意味,不能超出用语可能具有的含义,否则便成了刑法所禁止的类推解释。

②缩小解释。亦即限制解释,是指刑法条文的字面含义比立法原意要广时所作的比字面含义较窄的解释,例如将故意杀人罪中的“人”解释为除行为人以外的其他自然人。缩小解释有利于缩小刑法打击面,保障人权。但是其开展仍应在罪刑法定原则的指导下进行,不可一味地追求“有利于被告”,否则将使刑法惩治犯罪的功能大打折扣。

③当然解释。是指刑法规范虽然没有明示某一事项,但是根据形式逻辑和为社会所普遍接受的自然道理,将该事项解释为包括在该规定的使用范围之内的解释。典型的例子如上文中对故意杀人罪中“人”的解释,也属于当然解释。

④补正解释。补正解释亦即有效地弥补法律的不足和欠缺的解释方法。例如刑法中的“减轻”、“从轻”本应是相互排斥的概念,根据《刑法》第63条的规定,减轻处罚是在法定刑以下判处刑罚;而《刑法》第99条又规定了刑法条文中的以上、以下、以内都包括本数,由此,“减轻”和“从轻”则存在着交叉矛盾。在这种情况下将第63条的“以下”解释为不包括本数则属于补正解释。值得注意的是,补正解释作为刑法所允许的论理解释的一种,仍须在罪刑法定原则的指导下进行。如果违反了罪刑法定原则,即使是补足法律缺陷目的进行的解释,也不为法律所允许。

⑤体系解释。亦即语境解释、系统解释,是指根据刑法条文在整个刑法中的地位,联系相关法条的规定阐明其含义的解释方法。体系解释的目的是避免断章取义,以便

刑法的整体协调。例如刑法分则关于奸淫幼女的规定并未明确规定以明知是不满14周岁的幼女为本罪的主观要件。但根据刑法总则有关故意犯罪的概念规定,则应当得出肯定的结论。

⑥历史解释。亦即法意解释、沿革解释,是指根据制定刑法时的历史背景以及立法过程的变迁阐明刑法条文的真实含义的解释方法。历史解释并非一味追求立法原意,而是参考历史资料得出符合当前情况的结论。

⑦目的解释。目的解释是指根据刑法规范的目的阐明刑法条文的真实含义的解释方法。前面我们提到了多种解释方法,但是如果依据此各种解释方法依然不能得出合理结论或唯一结论时,就以目的解释来最终决定。目的解释的前提是正确确定刑法规范的目的。实践中,刑法规范的目的往往又是隐晦的,立法机关、司法机关和公民可能有不同的理解。因此,对刑法条文目的的把握将直接影响解释的合理性及社会效果,通常又需要我们通过刑法规范的立法背景和历史沿革等事项来确定刑法规范的目的。

综上所述,除了扩大解释、缩小解释、类推解释存在相互排斥的情况外,其他解释方法并非逻辑上的反对概念,往往存在相互交叉的情况。采用缩小解释方法的同时可能采用当然解释,目的解释方法的运用可能又要以体系解释或历史解释为前提。这些解释方法相辅相成,协调发挥作用。

例题1:下列哪种说法是正确的?() (2006年试卷二第20题)

- 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

答案: D 该题的考点是法律解释方法。A项中将“妇女”解释为包括男性在内的人,超出了“妇女”一词的最大边界,而扩大解释通常仅偏离原词的通常意义,仍应在原词的最大边界范围内进行,因此该选项表述错误。B项中“人”既包括“精神正常的人”,也包括“精神不正常的人”,将“人”解释为“精神正常的人”是在原词范围内进行的且缩小了原词的范围,属于缩小解释或称限制解释。缩小解释和类推解释的概念相斥,此选项表述错误。C项中因“伪造”和“变造”是刑法上截然不同的两个概念,将“伪造货币”解释为包括“变造货币”属于类推解释,类推解释为法律所禁止,此选项表述错误。D选项中的“情报”外延过宽,从刑法的谦抑性的角度将其解释为“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”,属于缩小解释且符合刑法精神。

例题2:2001年全国人大常委会作出解释:刑法第

410 条规定的“非法批准征用、占用土地”，是指非法批准征用、占用耕地、林地等农用地以及其他土地。^{*}对该法律解释，下列哪一种理解是错误的？（ ）（2005 年试卷一第 7 题）

- A. 该解释属于立法解释
- B. 该解释的效力与所解释的刑法条文的效力相同
- C. 该解释与司法解释的效力相同
- D. 该解释的效力具有普遍性

答案：C 立法解释是指国家立法机关对法律规范所作的解释，司法解释是国家司法机关在法律适用过程中对具体应用法律规范的有关问题所进行的解释，效力低于立法解释。立法解释、司法解释都是正式解释，具有与法律条文同等的效力，具有普遍适用性。

例题 3：关于刑法解释的说法，下列哪一选项是正确的？（ ）（2009 年试卷二第 1 题）

- 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
- B. 将《刑法》第一百七十一条出售假币罪中的“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

答案：C 将“公私财物”解释为“他人的财物”，而将自己的财物等排除在外，是因为自己的财物应当无法盗窃，故属于当然解释。将“出售”解释为“购买和销售”属于扩大解释。将“携带凶器抢夺的行为”解释为以抢劫罪定罪，并未超过“抢劫”可能具有的最大含义，属于扩大解释而非类推解释。D 项中的刑法解释并未超出“信用卡”可能具有的语义范围，故属于扩大解释。

强化自测

练 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

2.《医疗事故处理条例》第 55 条规定：“医疗机构发生医疗事故的，由卫生行政部门根据医疗事故等级和情节，给予警告；情节严重的，责令限期停业整顿直至由原发证部门吊销执业许可证，对负有责任的医务人员依照刑法关于医疗事故罪的规定，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，依法给予行政处分或者纪律处分。”《刑法》第 335 条规定：“医务人员由于严重不负责任，造成就诊人死亡或者严重损害就诊人身体健康的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”请结合上述两个法律条文阐述对刑法的特征和法律地位的理解。

3.关于罪刑法定原则与刑法解释的关系，下列哪一项表述是正确的？（ ）

- A. 罪刑法定原则主要是为了限制司法机关滥用权力，以保障人权，因此，并不排斥立法机关的类推解释
- B. 罪刑法定原则禁止类推解释，因此，被处以治安拘留的违法人员，在拘留期间，主动、如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，不能认定为自首
- C. 由于罪刑法定原则包含了有利于被告人的思想，因此，将《刑法》第 232 条故意杀人罪中的“人”限制解释为精神正常的人，并不违反罪刑法定原则
- D. 罪刑法定原则要求刑法必须明确，但是，刑法的明确可以由立法和解释共同实现

4.关于罪刑法定原则，以下说法正确的是：（ ）

- A. 罪刑法定原则要求定罪量刑必须以行为时的法律为准，绝对不能以审判时的法律为准
- B. 如果旧法认为是犯罪，新法不认为是犯罪，或虽然都认为是犯罪，但新法处罚更轻，此时允许适用新法审理旧案
- C. 罪刑法定原则不允许对刑法进行类推解释，但允许进行扩大解释

D. 针对实践中拐卖 14 周岁以上男少年无法可依的情况，有人建议将拐卖妇女、儿童罪的犯罪对象扩大解释为包括 14 周岁以上的男性，这是一种类推解释，是违反罪刑法定原则的

研 1.B. 该题的考点是立法解释与司法解释的区别、类推解释和扩大解释的区别。

立法解释与司法解释：立法解释是由立法机关所作的解释，具有与法律同等的效力，因此其效力高于司法解释。故③错误。由于所有法律解释都不能违背罪刑法定原则的基本精神，因此所有法律解释中都不能采用类推的方法，故①错误，②正确。与类推解释不同，扩大解释是对用语通常意义的扩张，不超出用语可能具有的含义，罪刑法定原则禁止类推解释，但并不禁止不违背法的可预测性的扩大解释，立法解释和司法解释均可采用扩大解释的方法。

^{*} 2009 年 8 月 27 日全国人大常委会对刑法第 410 条及相关立法解释进行了修订，将原文中的“征用”修改为“征收、征用”。此处保留当年真题原貌，未作改动。

故④错误。

2. (1)《医疗事故处理条例》和《刑法》均对医疗机构及医务人员的职务行为进行了规范,体现了刑法调整社会关系的广泛性特征。

(2)《医疗事故处理条例》规定“情节严重的……依法追究刑事责任”,《刑法》则对此种情况下行为人应承担的刑事责任作出了具体规定,体现了刑法的补充性特征。

(3)《医疗事故处理条例》和《刑法》均规定只有情节严重的才承担刑事责任,这既体现了刑法调整社会关系的不完整性,又体现了刑法的最后手段性。

(4)由于医疗人员的过失可能对患者造成极大的伤害,因此相关部门对医疗人员的从业要求作出了具体的规定。但仅凭医疗人员的自律以及《医疗事故处理条例》等规定的内部行政措施并不足以保障此类规范得到实施,其必须借助刑法的调整和保护。这体现了刑法的保障性。

(5)此外,《医疗事故处理条例》规定了“情节严重”应承担刑事责任,《刑法》则将“情节严重”具体化为“医务人员由于严重不负责任,造成就诊人死亡或者严重损害就诊人身体健康”,可以由此该谈刑法的谦抑性进而驳斥“刑法万能”的论调。

3.D.罪刑法定原则不但禁止司法的类推解释,也禁止立法的类推解释。所以,A选项错误。

由于罪刑法定原则包含了有利于被告人的思想,因此,当类推解释有利于被告人,同时不会与刑法的法益保护机能相冲突时,允许类推解释。所以,B选项错误。但是,根据刑法法规内容的适当原则,罪刑法定原则禁止一切不合理的解释,所以,C选项错误。

罪刑法定原则的形式侧面是:法律主义、禁止事后法(禁止溯及既往)、禁止类推解释、禁止绝对不定期刑;实质侧面是:明确性原则与刑法法规内容的适当原则(禁止处罚不当罚的行为与禁止不均衡的、残虐的刑罚)。但是,罪刑法定原则并不是说要求刑法本身达到绝对明确,事实上,由于文字本身及其他原因,决定了必须对刑法作出解释,因此,刑法的明确可以由立法和解释共同实现,D选项正确。

4.BCD.罪刑法定原则不禁止有利于被告人的溯及既往,故A选项错误,B选项正确。虽然学理上相对的罪刑法定原则不禁止有利于被告人的类推,但我国刑法并未对此明确规定,因此根据我国刑法的精神,允许扩大解释而排斥类推解释。故C、D选项正确。

第四条 【适用刑法人人平等】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。

命题分析

本条文规定了适用刑法人人平等的原则(理解)。

理解该项原则需要把握以下几点:

1.该原则是宪法中法律面前人人平等原则在刑法中的具体体现。

2.该原则是指刑法适用上的平等,而非非法立法上的平等。但这仅表明该原则不涵盖立法上的平等的内容,而并不表示立法上的平等不应得到贯彻。

3.对平等的含义应辩证地理解,其旨在实现公平、公正,并不意味着不能存在必要的差别,也不排斥特殊情况的刑罚个别化。

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。

命题分析

本条文规定了罪责刑相适应原则(理解)。

罪责刑相适应原则又称罪刑均衡原则、罪刑相称原则。该原则的内涵的经典表述为:重罪重罚、轻罪轻罚、罪刑相称、罚当其罪。

罪责刑相适应原则要求刑法给予的处罚要和犯罪性质、犯罪情节、犯罪人的人身危险性等相适应,这就要求刑罚的确定是一个综合考量的结果。

罪责刑相适应原则作为一项基本原则,贯穿刑事立法、量刑和行刑始终。在立法阶段,其要求立法者对各种犯罪的危害程度进行宏观预测,确立合理的刑罚体系、刑罚制度与法定刑。在量刑阶段,要求司法者将量刑放在和定罪同等重要的位置,综合考虑行为人所犯罪行的危害性、其在犯罪过程及其后表现出来的主观恶性等因素。我国刑法对犯罪中止、犯罪未遂、防卫过当等情况的从轻、减轻或免除处罚的规定即体现了这一原则。在行刑阶段,其要求执法者注重犯罪人的人身危险性变化情况,合理运用减刑、假释等制度。

第六条 【属地管辖权】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 【属人管辖权】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。

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 【保护管辖权】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 【普遍管辖权】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 【对外国刑事判决的消极承认】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 【外交代表刑事管辖豁免】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。

命题分析

刑法的效力主要解决刑法在什么地方对什么人和在什么时间内具有效力的问题，包括刑法的空间效力和时间效力。《刑法》第6~11条对刑法的空间效力作出了具体的规定。

刑法的空间效力，是刑法对地域和对人的效力，就是要解决刑事管辖权的问题，是一国主权的体现。我国刑法对空间效力的规定整体上是维护我国司法主权的角度展开的，这也是理解以下几项原则的基本出发点。

1. 属地管辖原则（重点）

我国《刑法》第6条规定了刑法的属地管辖原则。此原则针对的是国内犯，在刑法的空间效力体系中处于基础地位。理解该项原则须注意以下几个概念的含义：

(1) “中华人民共和国领域”：本条中的中国领域包括领陆、领水、领空、中国船舶和航空器（租用的也包括在内），不包括国际列车（依据双边协议协商解决），通常也不包括我国驻外国使领馆。

(2) 属地原则的“地”：包括犯罪的行为地和结果地，只要具备其中一项即可。①对行为地做扩大理解，包括犯罪行为为预备地、实行地。②对结果地做扩大理解，在未遂犯的情形下，行为地与行为人希望结果发生之地、可能发生之地均为犯罪地。③共同犯罪中部分行为人的犯罪行为或犯罪结果在国内发生即可适用我国刑法。④在外国驻中国大使馆内发生的犯罪，可适用我国刑法。⑤犯罪完成之后的转移赃物、窝藏罪证等行为不能视为行为地或结果地。

(3) “法律特别规定”，即属地原则的除外条款。①不

适用中国刑法：根据第11条规定，有外交特权和外交豁免权的外国人在我国领域内犯罪的通过外交途径解决。②不适用刑法典及其他具有普遍效力的刑事法律*：我国香港、澳门特别行政区只在战争状态和紧急状态适用刑法典及我国其他具有普遍效力的刑事法律。③不适用刑法典：我国民族自治地方不能全部适用本法规定的，可以由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则，制定变通或者补充规定，报请全国人民代表大会常务委员会批准施行。④不适用刑法典：刑法实施后，新制定的特别刑法、附属刑法作出了特别规定的情形。

2. 属人管辖与保护管辖（重点）

《刑法》第7条规定了属人管辖原则，第8条规定了保护管辖原则。这两条规定可以进行对比理解记忆：

(1) 两种情形均涉及我国公民。属人管辖原则中，我国公民是犯罪人；保护管辖原则中，我国公民（国家）是受害人。

(2) 两种情形均发生在我国领域外，均属于国外犯。

(3) 属人管辖原则的管辖权效力高于保护原则。属人管辖原则以管辖为原则，仅对普通公民在我国领域外犯较轻罪，即“按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的”作出了让步，即“可以”不予追究；保护管辖以不管辖为原则，仅对较重罪，即“按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的”规定了“可以”适用本法，且如果依据犯罪地的法律不受处罚的，亦不适用本法。

3. 普遍管辖原则（重点）

《刑法》第9条规定了普遍管辖原则，即我国可以依据国际条约的规定对特定罪行行使刑事管辖权。理解该原则须把握几点：

(1) 特定罪行和我国公民无关，亦不发生在我国领域内，我国刑事管辖权的依据为国际条约。

(2) 适用该原则的犯罪通常是危害人类社会共同利益的犯罪，如恐怖犯罪等。

(3) 管辖国应是有关公约的缔约国或参加国。

(4) 管辖国的国内刑法也规定该行为是犯罪。

(5) 犯罪人出现在管辖国的领域内。

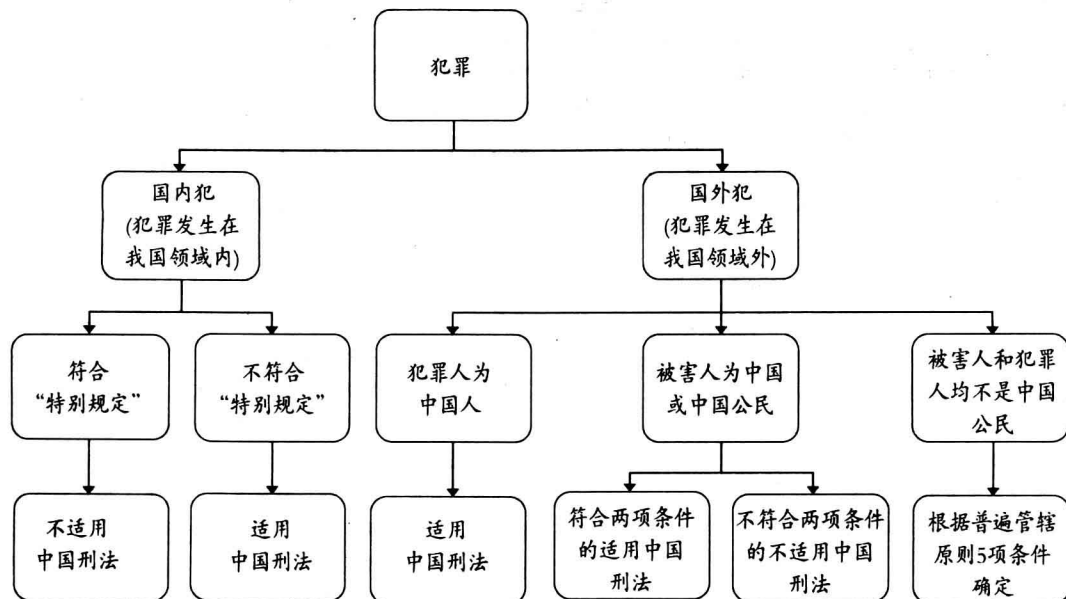
4. 对外国刑事判决的消极承认（了解）

根据《刑法》第10条的规定，外国的审判判决对我国并不具有约束力，我国保留了此种情况下的刑事管辖权，是我国司法主权的体现。

5. 刑事管辖权的确立方法（重点）

在刑事管辖权上，我国规定了上述四项原则，判断我国对一项犯罪是否有管辖权，通常依据属地管辖——属人管辖——保护管辖——普遍管辖的顺序进行，详细如下图所示。

* 香港、澳门特别行政区属于我国的一部分，其法律也属于我国法律的范畴。



值得注意的是，由于属人管辖原则和保护管辖原则涉及对法定最高刑和最低刑的判断，因此考生在复习分则时宜对相关罪名的量刑幅度有一个大致的了解。

例题 1: 下列关于中国刑法适用范围的说法哪些是错误的？（ ）(2004 年试卷二第 56 题)

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

答案: ABC 根据属地管辖，结果的一部分发生在中国领域内，就认为是在我国领域内犯罪。因此 A 项错误。根据属人管辖，中国公民在中国领域外犯罪的，适用中国刑法。因此 B 项错误。保护管辖仅针对被害人是中国公民的情况，因此 C 项错误。属人管辖原则就刑事管辖权的规定是刚性的，但不必然排除对“最高刑为 3 年以下有期徒刑的”犯罪的追究，因此 D 选项正确。

例题 2: 某外国商人甲在我国领域内犯重婚罪，对甲应如何处置？（ ）(2005 年试卷二第 3 题)

- 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

答案: A 根据我国刑事管辖权的确立原则判断。该犯罪属于国内犯，行为人并不符合特别规定的情形，因此应当适用我国刑法追究其刑事责任。

例题 3: 下列哪些犯罪行为应实行属地管辖原则？（ ）(2005 年试卷二第 56 题)

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

答案: AC A 是在中国领空内，C 是在中国的拟制领土内。BD 两项我国也具有刑事管辖权，但是其依据不是属地管辖原则而是依据属人管辖原则。

例题 4: 关于刑事管辖权，下列哪些选项是正确的？（ ）(2007 年试卷二第 51 题)

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两行使管辖权时，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

答案: ABD 本题A项和例1的A项考点相同但表述不同,故A选项正确;国际列车不属于我国的拟制领土,故B选项正确;中国法院适用普遍管辖原则行使管辖权时,定罪量刑的依据应为中国刑法,故C选项错误;适用保护管辖原则除须满足犯罪的最低刑为3年以上有期徒刑的规定,还须满足按照犯罪地法律也受处罚的规定,否则也可能不适用中国刑法,故D选项正确。

强化自测

练 1. 汤姆系英国公民,因为多次组织从哥伦比亚向美国贩卖毒品,被美国有关当局通缉。后美国方面查明汤姆在中国旅游,请求中国警方将其逮捕。经查汤姆从未向中国贩卖毒品,也未在中国贩卖过毒品。我国依法可以对汤姆采取什么措施?()

- A. 对张某实行逮捕
- B. 立即驱逐出境
- C. 由我国司法机关审判
- D. 应美国请求引渡

2. 我国《刑法》第6条规定:“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。”这里的“特别规定”包括()

- A. 我国港澳特别行政区法律作出的特别规定
- B. 刑法实施后,新制定的特别刑法、附属刑法所作的特别规定
- C. 自治州人大针对刑法所作的补充规定
- D. 自治区人大针对刑法所作的变通规定

讲 1. ACD。本题考查的知识点是普遍管辖原则。普遍管辖原则涉及的对象是国际犯罪,比较常见的有海盗、劫持民航、毒品犯罪和恐怖犯罪等。我国领土上一旦发现此类犯罪分子,可以对其依法采取逮捕强制措施,或者引渡或者起诉。故选ACD。

2. ABD。参考上文对“法律特别规定”的界定。

第十二条 【刑法溯及力】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。

命题分析

本条规定了刑法的时间效力(重点)。

1. 刑法时间效力的主要命题点是刑法的溯及力问题。我国刑法中的溯及力采取的是从旧兼从轻原则。刑法溯及力适用的对象只能是未决犯,对于已决犯则不适用。新旧刑法规定不同时,适用新法的条件是新法处刑较轻或者不

认为是犯罪,处刑轻重的标准是法定刑的轻重。

2. 关于《刑法》第12条,还应注意:(1)本条规定的“处刑较轻”,是指刑法对某种犯罪规定的刑罚即法定刑比修订前的刑法轻。法定刑较轻是指法定最高刑较轻;如果法定最高刑相同,则指法定最低刑较轻。(2)如果刑法规定的某一犯罪只有一个法定刑幅度,法定最高刑或者最低刑是指该法定刑幅度的最高刑或者最低刑;如果刑法规定的某一犯罪有两个以上的法定刑幅度,法定最高刑或者最低刑是指具体犯罪行为应当适用的法定刑幅度的最高刑或者最低刑。(3)1997年10月1日以后审理1997年9月30日以前发生的刑事案件,如果刑法规定的定罪处刑标准、法定刑与修订前刑法相同的,应当适用修订前的刑法。

3. 掌握司法解释和立法解释的时间效力问题。司法解释和立法解释是对刑法的解释,这意味着刑法条文的真实含义原本如此。因此在一般情况下,对其实施前的行为有溯及力,这与刑法有很大不同。司法解释和立法解释只存在新旧两个解释的情形下才适用从旧兼从轻原则。根据最高人民法院、最高人民检察院联合作出的《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》的规定,具体应注意:(1)司法解释自发布或者规定之日起施行,效力适用于法律的施行期间。(2)司法解释实施前发生的行为,行为时没有相关司法解释,司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件,依照司法解释的规定办理。(3)对于新的司法解释实施前发生的行为,行为时已有相关司法解释,依照行为时的司法解释办理;但适用新的司法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的,适用新的司法解释。(4)在司法解释施行前已办结的案件,按照当时的法律和司法解释,认定事实和适用法律没有错误的,不再变动。

例題:李某因倒卖外汇于1995年9月被法院以投机倒把罪判处有期徒刑5年。修改后的刑法实施以后,李某提出申诉,理由是现行刑法无此罪名,要求改判无罪。法院应当如何处理?() (1997年试卷二第21题)

- A. 撤销原判,改判无罪
- B. 释放并给予国家赔偿
- C. 驳回申诉,维持原判
- D. 考虑到李某已服刑2年,改判为有期徒刑2年并予释放

答案: C 刑法溯及力适用的对象只能是未决犯,对于已决犯则不适用。这里的未决犯和已决犯的认定以生效判决为标准。李某的判决属于生效判决,不适用从旧兼从轻原则。

强化自测

练 下列关于司法解释和立法解释的溯及力问题的说法正确的是:()

- A. 2000年颁布的某项刑事立法解释对某种犯罪进行了刑罚偏重的扩大解释,根据刑法溯及力从旧兼从轻的原则,其对于1999年发生的某项未决犯罪不具有溯及力
- B. 1999年李某触犯A罪,根据当时的司法解释,其可

能被判处的最高刑期为7年；根据2000年发布的新的司法解释，其可能被判处的最高刑期为5年。李某2001年接受审判，法官应适用2000年的司法解释对李某量刑

C. 1999年李某触犯A罪，2000年被判处了有期徒刑5年。此后若出现量刑较轻的司法解释的，应当依法改判

D. 1999年李某触犯A罪，当时没有相关的司法解释。2000年李某接受审判时出台了相关的司法解释。该司法解释不适用于李某

④ B. 本题的考点是司法解释和立法解释的溯及力问题。由于司法解释和立法解释是对刑法的解释，其所得出的结论被认为包含在刑法原有条文含义之中，因此在法律和司法解释之间通常不适用从旧兼从轻原则，故A、D选项错误。但是从法的可预测性的角度，出现新旧两个司法解释时，适用从旧兼从轻原则，故B选项正确。司法解释之间的溯及力原则仍只适用于未决犯，故C选项错误。

第二章 犯 罪

导 读

本章主要规定了犯罪的有关内容。由于司法考试越来越注重刑法的理论考查，因此考生在复习时除须准确掌握相关重点法条外，还须对犯罪构成要件的要素、不作为犯、刑法上的因果关系、刑法上的认识错误、排除犯罪事由等刑法理论内容给予充分重视。本书将相关内容穿插在法条的讲解之中，请考生根据有关重点的提示循序渐进，认真学习相关内容。

常考法条归类提示

| 考查次数 | 已考法条 | 所涉考点 |
|------|-------------|--------------|
| 25 | 《刑法》第25~29条 | 共同犯罪 |
| 13 | 《刑法》第14~16条 | 犯罪故意、过失与意外事件 |
| 9 | 《刑法》第24条 | 犯罪中止 |
| 8 | 《刑法》第22、23条 | 犯罪预备、犯罪未遂 |
| 7 | 《刑法》第20条 | 正当防卫 |
| 5 | 《刑法》第30、31条 | 单位犯罪 |
| 3 | 《刑法》第17~18条 | 刑事责任能力 |
| 1 | 《刑法》第21条 | 紧急避险 |

第一节 犯罪和刑事责任

第十三条 【犯罪概念】一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。

命题分析

1. 犯罪的概念（了解）

（1）文理解释

《刑法》第13条对犯罪的概念作出了界定。根据其文字表述以及刑法理论界的通说，犯罪是具有社会危害性、刑事违法性且应受刑罚处罚的行为。因此，犯罪有三个特征：

① **社会危害性**。社会危害性，是指行为对刑法所保护的社会关系的侵犯性，即《刑法》第13条所列举的对国家利益、公共利益以及公民合法权益（法益）的侵犯性。一个行为是否构成犯罪，首先取决于其是否具有社会危害性。

② **刑事违法性**。刑事违法性，即犯罪行为是违反刑法的行为，是刑法所禁止的行为。刑法通过规定罪刑来禁止犯罪行为。犯罪的该项属性是由罪刑法定原则所决定的，