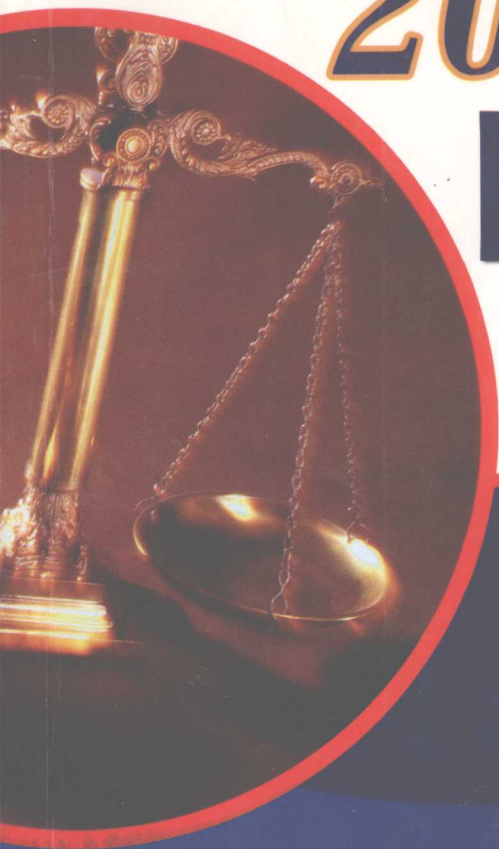


中国政法大学出版社国家司法考试辅导用书编写组 编写

2007年

国家司法考试 复习精要

第2册



中国政法大学出版社

2007 年国家司法考试复习精要

(第二册)

中国政法大学出版社

国家司法考试辅导用书编写组 编写

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

2007 年国家司法考试复习精要.第 2 册/中国政法大学出版社国家司法
考试辅导用书编写组编. —北京:中国政法大学出版社, 2007.2

ISBN 978-7-5620-3007-2

I. 2... II. 中... III. 法律工作者-资格考核-中国-自学参考资料
IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 013010 号

书 名 2007 年国家司法考试复习精要(第二册)
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 固安华明印刷厂
开 本 787×1092 1/16
印 张 20.25
字 数 545 千字
版 本 2007 年 2 月第 1 版 2007 年 2 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-3007-2/D·2967
定 价 27.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号
电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)
58908285(总编室) 58908334(邮购部)
通信地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
电子信箱 zfs620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

☆ ☆ ☆ ☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。
本社法律顾问 北京地平线律师事务所

编写说明

司法考试已成为我国竞争最为激烈的主要考试之一,如何安排复习成为困扰大多数考生的难题。合理的复习安排和科学的考试方法与考试成绩密切相关,而科学的复习不是试图掌握每一个知识点去获得满分,而是利用有限的复习资源(时间、精力等),按照考试几率的顺序,去尽可能多地掌握被考频度高、分值高的知识点。阅读有价值的辅导用书,是科学、合理复习的应有之意,以使考生达到事半功倍的效果。本书的宗旨正是在于深入了解考生的需求,秉持对考生认真负责的态度,使考生既能全面掌握考点,又能节省时间,记忆牢固,进行更加有效的复习。

本书的内容和特点如下:

1. 以大纲为线索,以教材为参考,全面覆盖考点,详略得当的阐述知识点。如果以指定教材为准,一个认真备考的人,试卷上90%以上的考点都能复习到。所以,本书以大纲为线索对考点进行整理和提炼,尽可能全面地覆盖所有考点,但在内容的阐述上又根据考试的需要有所取舍,帮助考生直击考点,只对考试需要掌握的知识点加以论述和分析。所采用的法理均为目前的通说,对个别异议也予以了标注,供考生了解。

2. 相关知识点下配以司考真题和解析,及时进行实战训练。司考真题的解析历来是司考复习的主要参考之一。本书收录了2002年至2006年共5届司考的真题,这样可以直观地反映出该知识点的重要程度和历年考试情况,使考生深刻体会司法考试的出题思路和命题范式,训练考生的实战能力和应试技巧。

3. 内容结构逻辑性强,层次清晰简练,并运用多种醒示手段,易于记忆,极具可读性。仅仅阅读教材来复习,在几百万字里面寻觅记忆区区几十万字的考点,确实是一条低效而费时的弯路。本书根据最佳记忆理论,采取提纲式逻辑结构,运用符号标示、附注提示等特色编写手段把句子和段落中蕴含的“题眼”专门加以强调提示,使内容层次清晰简练,文体形式活泼鲜明,去除平板乏味之感,增强了记忆的联系性和突出性。书中各种提示方式的含义:

(1)下划线:段中必须特别重视的句子。

(2)“注意”:对重要但易忽视的知识点予以单独强调。

(3)“特别提示”:对部分内容的总结性提示。

4. 针对不同部门法的特点,让作者充分发挥自己的学科优势,选择最有力的编写体例,利用图表、归纳和对比等方式凸显考点,深化记忆,提高复习效率。利用归纳和对比方式,对易混淆知识点进行比较,非常易于考生记忆和运用。

5. 书中所选用的法条均为目前的有效法条,对因法条修订而导致的不同结论亦进行了提示和说明,并对新修订的法规内容予以标注。

6. 为进一步方便读者学习,我们特提供作者的电子邮箱,可以直接与之交流沟通。

当然,由于篇幅所限,书中有些知识点未能详尽展开。但是瑕不掩瑜,本书无论是在早期复习阶段,还是考试冲刺阶段,考生均可适用,尤其是对那些复习时间实在有限的考生来说,使用本书更会起到事半功倍之效。本书的编写是编著者为广大考生提供有价值服务的一种努力,这种努力的效果如何,有待考生评判,但有一点考生们可以确信:编著者的努力是真诚的,也是扎实的。

编 者

2007年1月

目 录

刑 法

复习方法谈	(1)
第一章 刑法概说	(2)
第二章 犯罪概说	(13)
第三章 犯罪构成	(16)
第四章 排除犯罪的事由	(40)
第五章 故意犯罪形态	(48)
第六章 共同犯罪	(56)
第七章 罪 数	(66)
第八章 刑罚概说	(73)
第九章 刑罚的体系	(75)
第十章 刑罚的裁量	(83)
第十一章 刑罚的执行	(97)
第十二章 刑罚的消灭	(103)
第十三章 罪刑各论概说	(105)
第十四章 危害国家安全罪	(108)
第十五章 危害公共安全罪	(112)
第十六章 破坏社会主义市场经济秩序罪	(128)
第十七章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	(165)
第十八章 侵犯财产罪	(185)
第十九章 妨害社会管理秩序罪	(204)
第二十章 危害国防利益罪	(242)
第二十一章 贪污贿赂罪	(245)
第二十二章 渎 职 罪	(255)
第二十三章 军人违反职责罪	(263)

司法制度与法律职业道德

复习方法谈	(268)
第一章 司法制度和法律职业道德概述	(270)
第二章 审判制度	(273)
第三章 检察制度	(279)
第四章 律师制度	(284)
第五章 公证制度	(288)
第六章 法官职业道德和职业责任	(291)
第七章 检察官职业道德和职业责任	(296)
第八章 律师职业道德和职业责任	(298)
第九章 公证员职业道德和职业责任	(312)

刑法

复习方法谈*

刑法是一门重要的部门法,在司法考试中占有相当的分值,复习时要认真对待。

1. 要对刑法有一个概括的了解,掌握刑法的基本框架。应在详细学习之前就大体知道刑法包括哪些内容,认识哪些内容是刑法的重点,哪些内容考试容易涉及。

2. 学好刑法和学好其他一切学问一样,需要下功夫,应当通读教科书或者辅导书以及法条的规定,了解不同的观点及其理由,深入了解立法精神。在复习司法考试时,要注意掌握刑法理论的“通说”,这种“通说”往往是对刑法规定的最为基本的解释,而考试的题目大体上是依通说为依据的。在复习司法考试时,还要认真研习历年的司法考试试题,这是正确理解刑法理论,掌握刑法规定的有效途径,也是迅速抓住重点、节省宝贵时间的重要方法。

3. 要高度重视新近颁布的法律和司法解释的学习。司法考试的刑法试题中,很多是依据最新的法律规定和司法解释的内容设计的。所以,对于新近颁布的刑法以及司法解释中所涉及的罪名一定要特别重视,作为复习的要点之一。例如,2006年全国人大常委会颁布了刑法修正案(六),对其新增的犯罪和修正的犯罪就应作为重点对待。

4. 重点法条一定要注重细节规定。法律规定本身是相对严谨的,差一个词意思就大不相同,所以复习时要注意区别记忆和联系记忆。比如,刑法规定哪些情况“应当减轻或者免除处罚”,哪些情况是“可以减轻或者免除处罚”应注意区分;再如,哪些情况应数罪并罚,哪些情况只作为一罪处理,都要注意准确记忆。

5. 要合理分配时间。这是很多复习指导都重申的话题,复习时一定要依据相关内容在整个刑法体系的地位,同时结合自己的实际情况合理安排复习时间的分配。

* 作者联系方式:goodyu 525 @ sina. com

第一章 刑法概说

第一节 刑法的概念、性质和体系

一、刑法的概念、渊源和分类

(一) 刑法的概念

刑法是规定犯罪与刑罚的法律规范的总和。

(二) 刑法的渊源

刑法的渊源即刑法的表现(存在)形式。我国刑法的渊源有刑法典、单行刑法、附属刑法、刑法修正案。

1. 刑法典。刑法典是冠以“刑法”名称的法律。我国的刑法典即《中华人民共和国刑法》，它是在对1979年刑法典和有关单行刑法修订的基础上，于1997年10月1日开始生效的。

2. 单行刑法。单行刑法是立法机关以决定、规定、补充规定、条例等名称颁布的、规定某一类或者某一种犯罪及其刑罚或者刑法特殊事项的法律。现行有效的单行刑法是全国人大常委会于1998年12月通过的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》。^{〔1〕}

注意：一般认为，《全国人民代表大会常务委员会关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》(1999年10月30日)、《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》(2000年12月28日)没有对刑法进行修改和补充，即没有增加、删除、修改罪名和法定刑，而只具有某种重申性的意义，不属单行刑法。

3. 附属刑法。附属刑法是指规定于民法、经济法、行政法等非刑事法律当中的刑法规范。这类刑法规范附属于非刑事法律，故称之为附属刑法。

4. 刑法修正案。1997年刑法生效后，除《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》(单行刑法)外，我国对刑法的修改、补充都采用修正案的形式。刑法修正案也可以说是我国刑法的渊源，现行有效的修正案共有6个。

〔1〕 该决定的主要内容是：①增加了骗购外汇罪，并明确规定：明知用于骗购外汇而提供人民币资金的，以共犯论处。②扩大了逃汇罪(刑法第190条)的主体范围，由“国有公司企业或其他国有单位”修改为“公司、企业或者其他单位”，即取消了“国有”单位的限制。

注意:6个刑法修正案的主要内容。^[1]

特别提示:刑法修正案(六)的主要内容:

1. 增设了一些新罪名。^[2] 主要有:强令他人违章冒险作业罪(第1条),举办大型群众性活动肇事罪(第3条),不报、谎报安全事故罪(第4条),虚假破产罪(第6条),操纵上市公司罪(第9条),骗取金融机构信任罪(第10条),金融机构擅自运用客户资金、财产罪(第12条第1款),违规运用资金罪(第12条第2款),以暴力、胁迫手段组织残疾人、未成年人乞讨罪(第17条),枉法仲裁罪(第20条),开设赌场罪(第18条第2款)。

2. 修正了一些犯罪的构成要件。主要有:修正了重大责任事故罪的构成要件,取消了主体方面的

[1] 《刑法修正案》(1999年12月):

(1) 增设隐匿、销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪。

(2) 扩大国有公司、企业的工作人员失职罪和滥用职权罪的主体范围。

(3) 扩大或明确破坏金融秩序罪中的金融机构的范围,主要有:商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他金融机构。

《刑法修正案(二)》(2001年8月):

主要是将刑法第342条原非法占用“耕地”改为非法占用“农用地”,扩大了对象范围。

《刑法修正案(三)》(2001年12月):

(1) 在刑法第114条中加入“以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法”,这一修改,将原来的“投毒罪”改为“投放危险物质罪”,危险物质不仅包括毒害性还包括放射性、传染病病原体等物质。

(2) 修改刑法第125条。将原“非法买卖、运输核材料罪”改为“非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪”。危险物质包括毒害性、放射性、传染病病原体等物质。

(3) 修改刑法第127条。将原“盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物罪”修改为“盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪”;将“抢劫枪支、弹药、爆炸物罪”修改为“抢劫枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪”。

(4) 增加“资助恐怖活动罪”。

(5) 将“恐怖活动犯罪”的违法所得规定为刑法第191条“洗钱罪”的对象。

(6) 增加规定:投放虚假危险物质罪、编造、传播虚假恐怖信息罪。

《刑法修正案(四)》(2002年12月):

(1) 将生产、销售不符合标准的医疗器械、医用卫生材料的犯罪由结果犯改为危险犯。

(2) 修改了刑法关于以走私罪论处的两类犯罪的规定。原规定“在内海、领海运输、收购、贩卖国家禁止进出口物品的,或者运输、收购、贩卖国家限制进出口货物、物品,数额较大,没有合法证明的;逃避海关监管将境外固体废物运输进境的,以走私罪论处”修改为①地点上增加了“界河、界湖”;②对走私固体废物犯罪单独规定刑罚,进一步明确走私废物的对象包括“固体废物和液态、气态废物”。

(3) 增加了“雇用童工从事危重劳动罪。”并规定“犯雇用童工从事危重劳动罪,造成事故,又构成其他犯罪的,依照数罪并罚的规定处罚”。

(4) 修改刑法第344条(原盗伐滥伐珍贵树木罪)。①将该条保护的对象由“珍贵树木”扩大到“国家重点保护的其他植物”;②在犯罪手段方面,增加了非法收购、运输、加工、出售珍贵树木和国家重点保护的其他植物及其制品。

(5) 修改刑法第345条(原非法收购盗伐、滥伐林木罪)。①取消了“在林区”;②取消了“以牟利为目的”的限制;③增加了非法“运输”盗伐、滥伐的林木行为。

(6) 增加规定了执行判决、裁定滥用职权罪和执行判决、裁定失职罪。

《刑法修正案(五)》(2005年2月):

增加“使用以虚假的身份证明骗领的信用卡的”为信用卡诈骗行为之一。

刑法第177条之一:“有下列情形之一,妨害信用卡管理的,处……

(一)明知是伪造的信用卡而持有、运输的,或者明知是伪造的空白信用卡而持有、运输,数量较大的;

(二)非法持有他人信用卡,数量较大的;

(三)使用虚假的身份证明骗领信用卡的;

(四)出售、购买、为他人提供伪造的信用卡或者以虚假的身份证明骗领的信用卡的。”

“窃取、收买或者非法提供他人信用卡信息资料的,依照前款规定处罚。”

“银行或者其他金融机构的工作人员利用职务上的便利,犯第二款罪的,从重处罚。”

[2] 这些罪名不是司法解释确定的罪名,为编者所加。

限制(第1条);修正了重大劳动安全事故罪的构成要件,取消了“经有关部门或者单位职工提出后,对事故隐患仍不采取措施”的规定(第2条);修正了对违法票据承兑、付款、保证罪的构成要件,取消了结果方面的规定(第15条);扩大了洗钱罪的上游犯罪的范围,将洗钱罪的上游犯罪的范围由原来的“毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪”扩大为“毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪”(第16条);修正了赌博罪的构成要件(第18条第1款),将原赌博罪中开设赌场的行为单独规定为开设赌场罪(第18条第2款);修正了窝藏、转移、收购、销售赃物罪的构成要件(第19条)。

3. 修正了一些犯罪的构成要件,罪名也相应修改。^{〔1〕}主要有:修正了提供虚假财会报告罪的构成要件,罪名也相应修改为提供虚假财会报告、不依法披露信息罪(第5条);扩大了公司企业人员受贿罪的主体范围和对公司企业人员行贿罪的行贿对象的范围,即将公司企业人员受贿罪主体和对公司企业人员行贿罪的行贿对象由原来的“公司、企业的工作人员”扩大为“公司、企业或者其他单位的工作人员”,罪名相应修改为公司、企业、单位人员受贿罪和对公司、企业、单位人员行贿罪(第7、8条)。修正了操纵证券、期货交易价格罪的构成要件,罪名也相应修改为操纵证券、期货市场罪(第11条);修正了用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪的构成要件,罪名也相应修改为吸收客户资金不入账罪(第14条)。

4. 对违法向关系人发放贷款罪和违法发放贷款罪进行了合并,取消了违法向关系人发放贷款罪,并将其作为违法发放贷款罪从重处罚的情节(第13条)。

(三) 刑法的分类

1. 狭义刑法与广义刑法。狭义刑法即刑法典。广义刑法是指包括刑法典、单行刑法、附属刑法、刑法修正案在内的所有关于犯罪与刑罚的法律规范的总称。

2. 普通刑法与特别刑法。普通刑法是指在一国范围内普遍适用的刑法规范的总称。特别刑法是指适用于特别的人、特别时间、特别地域或者特定事项的刑法。刑法典属于普通刑法,单行刑法、附属刑法属于特别刑法。刑法修正案也可归入特别刑法。

注意:当一个行为同时触犯普通刑法(刑法典)与特别刑法时,应当按照特别刑法优于普通刑法的原则,适用特别刑法。当一个行为同时触犯特别刑法的两个法律规范时,应当按照新法优于旧法的原则,适用新法。

二、刑法的性质和任务

(一) 刑法的性质

即刑法的阶级性。将什么行为规定为犯罪以及对其处以何等刑罚,体现了统治阶级的意志,这是刑法的阶级本质。我国刑法是由全国人民代表大会及其常务委员会代表中国人民的意志制定的,规定犯罪与刑罚的法律,它是人民意志的体现。

(二) 刑法的任务

根据《刑法》第2条,我国刑法的任务是惩罚犯罪,保护人民。

三、刑法的体系与解释

(一) 刑法的体系

刑法的体系是指刑法的组成和结构。刑法的体系有狭义与广义之分。

1. 狭义的刑法体系。狭义的刑法体系是指刑法典的体系。我国刑法由两编和附则组成:第一编为总则,共5章,依次为刑法的任务、基本原则和适用;犯罪;刑罚;刑罚的具体运用;其他规定。第二编为分则,共10章,依次为:危害国家安全罪;危害公共安全罪;破坏社会主义市场经济秩序罪;侵犯公民人

〔1〕 这些罪名不是司法解释确定的罪名,为编者所加。

身权利、民主权利罪;侵犯财产罪;妨害社会管理秩序罪;危害国防利益罪;贪污贿赂罪;渎职罪;军人违反职责罪;最后为附则。

注意:从刑法的体系上看,附则具有和总则、分则同等的地位。

刑法总则和分则的关系。二者是一般与特殊、抽象与具体的关系。总则规定的是犯罪与刑罚的通用性规则;分则规定的是各种具体犯罪的罪状与法定刑,总则指导分则的适用,除非刑法分则有特别规定,刑法总则的规定适用于刑法分则。

2. 广义的刑法体系。广义的刑法体系是以刑法典为核心的由刑法典、单行刑法和附属刑法所组成的刑法规范体系。单行刑法和附属刑法的大多数内容属于对刑法分则内容的补充和修改,这些补充和修改属于分则的范围,与刑法总则形成特殊与一般、具体与抽象的关系,它们的适用要以刑法总则为指导,即刑法总则既适用于刑法分则,也适用于单行刑法和附属刑法中有关具体犯罪与刑罚的特殊规定。

(二) 刑法的解释

刑法的解释是对刑法规范含义的阐明。根据不同的标准,可对刑法的解释进行不同的分类:

根据解释的效力可分为立法解释、司法解释和学理解释。

1. 立法解释。就是由立法机关对刑法所作的解释。在我国,全国人民代表大会及其常务委员会对刑法条文的解释属于立法解释。又有以下3种情况:

(1) 刑法中的解释性规定。例如《刑法》第94条对“司法工作人员”的解释,第91条至99条对于“公共财产”、“公民私人所有的财产”、“国家工作人员”、“重伤”、“违反国家规定”、“首要分子”等等所作的解释均属于此。

(2) 立法机关制定刑法时在“法律的起草说明”中所作的解释。例如,1997年3月6日王汉斌在第八届全国人民代表大会第五次会议上关于《中华人民共和国刑法(修订草案)》的说明。

(3) 刑法施行过程中立法机关的专门解释。这种解释通常由全国人大常委会以决议形式作出。^[1]

2. 司法解释。是指最高司法机关对具体应用刑法所作的解释。在我国,只有最高人民法院和最高人民检察院有权进行司法解释。

注意:立法解释和司法解释涉及到的问题往往成为考试的重要内容,因此,对司法解释涉及到的罪名或者条文应予高度重视。

3. 学理解释。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。

在上述3种解释中,立法解释和司法解释具有法律效力,因而被称为有权解释;学理解释不具有法律效力,因而被称为无权解释,但其对刑法司法甚至是刑事立法都具有重要的参考价值。

根据解释的方法,刑法解释又可分为文理解释和论理解释。

1. 文理解释。文理解释是根据刑法所有文字的文义及其通常使用的方式使其含义明确的解释方法。如《刑法》第96条、第99条对“违反国家规定”、“以上、以下、以内”的解释,都属于文理解释。这是一种最基本的刑法解释方法。

2. 论理解释。论理解释是对法律条文的涵义按照立法精神,根据法理所作的解释。例如,《关于中

[1] 目前,此类解释主要有:关于刑法第93条第2款(国家工作人员)的解释(2000.04);关于刑法第228条、第342条、第410条(占用农用地)的解释(2001.8);关于刑法第384条第1款(挪用公款归个人使用)的解释(2002.04);关于刑法第294条第1款(黑社会性质组织)的解释(2002.04);关于刑法第313条(拒不执行判决裁定)的解释(2002.08);关于刑法第9章渎职罪主体适用问题的解释(2002.12);关于刑法有关信用卡规定的解释(2004.12);关于刑法有关出口退税、抵扣税款的其他发票规定的解释(2005.12);关于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(2005.12)。

另外,还有全国人大常委会法制工作委员会关于对“隐匿、销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告构成犯罪的主体范围”问题的答复意见;关于已满14周岁不满16周岁的人承担刑事责任范围问题的答复意见(2002.7)。

华人民共和国刑法(修订草案)的说明》中对《刑法》第294条所作的解释即为论理解释。论理解释的结果可能是扩大刑法条文的字面含义(扩大解释),也可能是缩小刑法条文的字面含义(限制解释)。一般认为,论理解释必须严格遵守罪刑法定原则,而不能任意进行解释。

(06年试卷2第20题)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

【答案及解析】D。选项A中,“妇女”这一用语的含义中,无论是谁都不会认为包含着男性,因此,这一解释完全超出了“妇女”可能具有的含义,因而属于类推解释,而不是扩大解释。所以A项说法错误。选项B中,将故意杀人罪中“人”解释为“精神正常的人”明显缩小了“人”的范围,属于缩小解释,而不是类推解释,因为缩小解释一般都不是类推解释。当然,这一解释本身是错误的,杀害精神正常的人固然构成故意杀人罪,杀害精神不正常的人同样构成故意杀人罪。故B项说法错误。选项C中,伪造货币罪中的“伪造”的含义是制造假货币,其特征是“从无到有”,即原本没有假货币,而行为人通过各种方式制造出来。而“变造”则是在“有”的基础上,对真货币进行加工,使其数量、面额增加。如果将“伪造”行为解释为包括“变造”,就使伪造的含义比原来的意义要宽,超出了“伪造”可能具有的含义,为类推解释。而且,这种解释对被告人明显不利,因为这种解释使得变造货币的被告人面临着以伪造货币罪追究刑事责任的危险。因此,这种类推解释为应予禁止的类推解释。况且,我国刑法专门规定了变造货币罪,如果将“伪造货币”解释为包括“变造货币”在内,就混淆了此罪与彼罪的界限,使变造货币罪形同虚设。故C项的说法错误。选项D为缩小解释的典型例证。综上所述,本题的正确答案为D。

第二节 刑法的基本原则

刑法的基本原则是制定和适用刑法过程中必须严格遵循的刑法所固有的、全局性的准则。我国刑法的基本原则有3个:罪刑法定原则、平等适用刑法原则、罪刑相适应原则。从刑法规定的角度看,除了上述3个原则之外的原则,都不能称为刑法的基本原则,如惩办与宽大相结合的原则、罪责自负的原则,等等。

一、罪刑法定原则

1. 含义。“无法律则无刑罚,无犯罪则无刑罚,无法律规定的刑罚则无犯罪”,或者说:“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”(德国刑法学家费尔巴哈)是罪刑法定原则含义的经典表述。但根据我国刑法,罪刑法定原则的含义为: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。和传统的罪刑法定原则相比,多了“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑”。

(2000年试卷2第25题)甲男与乙女于某日中午公开在某公园内发生性关系,引起游客的极大愤慨,造成恶劣的社会影响。对甲、乙的行为应如何认定?

- A. 聚众淫乱罪 B. 组织淫秽表演罪
- C. 寻衅滋事罪 D. 无罪

【答案及解析】D。罪刑法定原则要求,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。本题中甲男与乙女的行为属于道德调整的范围,我国刑法并没有把它规定为犯罪,按照罪刑法定原则的要求应以无罪处理。另外,本题也可按照排除法作出判断。甲男与乙女的行为不符合聚众淫乱罪、组织淫秽表演罪、寻衅滋事罪的构成要件,因此正确答案只能为 D。

2. 派生原则。罪刑法定原则有以下派生原则:

(1) 禁止习惯法。刑法应为立法机关制定的成文法,习惯不能成为刑法的存在形式。

(2) 禁止类推和类推解释。类推是与罪刑法定原则背道而驰的,为罪刑法定原则所排斥;对于类推解释,也应予以禁止,但是,在一些特殊情况下,对于有利于被告人的类推解释是允许的。

(3) 禁止事后法。刑法原则上没有溯及力,但是如果事后法的适用对被告人有利,则不禁止事后法,因此,这里禁止事后法,实际上是仅仅禁止对被告人不利的事后法。对此,我国刑法第 12 条在刑法溯及力的问题上作出了明确规定。

(4) 禁止绝对不确定刑。

(5) 明确性原则。刑法关于犯罪、刑罚及其相互关系的规定应当清楚明确,而不能模糊不清。

3. 理论基础。从思想渊源上看,罪刑法定原则是以三权分立的政治理论、自然法的思想和心理强制学说为其基础。但目前,西方国家多用民主、人权理论,预测可能性理论来阐释罪刑法定原则的理论基础。

民主、人权理论。根据这一理论,对于国家的重大事务应由人民自行决定,由人民自己制定法律。刑法关系到人的生命、自由、财产和名誉,属于特别重大的事项,因而应由人民自己决定犯罪的范围(什么行为构成犯罪)和刑罚的种类(对犯罪处以何等刑罚),而体现人民这一意志的,只能是人民的代议机构所制定的刑法,除此之外,任何机构都不能制定刑法,基于此,刑法只能是成文的。而刑法一经制定,便由司法机关适用,使人民的意志通过刑法的适用得以表现。这就要求,司法机关必须严格按照刑法的要求适用刑法,不能随意解释法律,尤其不能进行类推解释,任意扩大其范围,否则,人民的权利就面临着被侵害的危险。

预测可能性理论。通过事先颁布的法律,使人民预先知道什么行为是犯罪、该受何等处罚,这样,人民就可以据此规范自己的行为。如果没有预先制定的法律,人们就会陷入某种不安状态,感到无所适从,因而,必须对犯罪和刑罚事先确定。而事后的法律不会使人们对自己的行为进行预测,因而必须禁止事后法,禁止刑法溯及既往。另外,如果在具有成文法的前提下进行类推解释,人民也不能预测自己的行为是否会被类推解释为犯罪,人民的自由就有被侵害的危险,因而必须禁止类推解释(但可以进行有利于被告人的类推解释)。而且,刑法必须是明确的,如果刑法模棱两可,含糊不清,人民同样不能预测自己的行为,因而刑法必须具有明确性。

4. 价值。罪刑法定原则的价值主要在于限制国家刑罚权的适用,防止国家滥用刑罚权侵犯人权,确保刑法成为善良公民的大宪章,成为犯罪人的大宪章。

(06 年试卷 2 第 1 题)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

【答案及解析】C。选项 A 中,虽然民主理论是罪刑法定原则的理论基础,而习惯在一定程度上可

以反映民意,但是却不能成为刑法的渊源,因为根据预测可能性理论,人民无法根据简单、缺乏明显表达的习惯法来对自己的行为性质和后果进行预测,因而习惯法为罪刑法定原则所排斥,选项A的说法错误。根据民主、人权理论,设立犯罪与刑罚这样重大事项的法律只能是人民的代议机构(立法机关)制定的刑法,其他机关无权制定刑法(除非得到立法机关的授权)。就我国的情况而言,根据我国宪法和立法法的规定,行政机关制定的行政法规中不能设立刑罚,我国立法机关也没有委托任何机关制定刑法规范,因此,B项的说法错误。选项C的说法正确,罪刑法定原则排斥事后法,禁止法的溯及既往,其目的在于使公民的自由免受侵害,但是并不排斥对被告人有利的事后法,因为这可以将刑罚的适用范围降低到最低限度,扩大公民的自由。对于选项D,可预知理论要求人民可以根据刑法预知自己行为的法律性质和后果,如果刑法模糊不清,模棱两可,人民就无法预测自己的行为,因此,刑法应该具有明确性,但是,刑法的明确性原则并不排斥已经对广为人知的事项做简单规定,这些规定即使没有在刑法中做详细表述,人们也会据此对自己的行为作出判断,因此这些简单表述并不违反可预知原理的要求,不违反罪刑法定原则。简单罪状的情况就是如此。本题的正确答案为C。

二、平等适用刑法原则

《刑法》第4条:“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。”依据这一原则:

所有的人在法律面前平等,受法律的平等保护,无所歧视,任何人都不能因为种族、肤色、性别、年龄、语言、宗教、政治或者其他见解、国籍或社会出身、财产、出生或者其他身份等任何理由受到歧视。任何人犯罪,都应当受到刑事追究,任何人都不被允许有超越法律的特权,任何人也不得受到歧视。

三、罪刑相适应原则

(一)罪刑相适应原则的含义

《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。”根据罪刑相适应原则,犯罪分子所受到的刑罚惩罚应当与犯罪的事实、性质、情节、社会危害性的大小以及其所应当承担的刑事责任相适应,重罪重判,轻罪轻判。

罪刑相适应原则强调:刑罚的轻重应当与客观的罪行和主观的责任相适应。客观的罪行是犯罪的客观事实及对社会的危害。而主观的责任则主要指犯罪人本身的情况,在一些情况下,也包括犯罪人犯罪后的表现。在刑法中,影响责任的主要有以下几项因素:

年龄。在客观犯罪事实相当的情况下,对未成年人的惩罚可能要轻于成年人。

责任能力。在客观事实相当的情况下,对精神不健全的人的惩罚可能要轻于精神健全的人,对盲人和又聋又哑的人处罚也相对较轻。

累犯。对累犯的惩罚重于非累犯。

罪过形态。一般情况下,对主观上出于故意的犯罪人的惩罚重于主观上出于过失的犯罪人。

犯罪中止。相对于犯罪未遂和犯罪预备,对中止犯的处罚相对较轻。

犯罪后的表现。犯罪后有自首、立功、坦白的犯罪人所受到的惩罚相对较轻。

上述因素往往能够体现出犯罪人的人身危险性。

(05年试卷2第51题)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

【答案及解析】BCD。A项是罪刑法定原则的要求,不是罪刑相适应原则的要求。罪刑相适应原则是我国刑法的基本原则,它是刑法制定和适用过程都必须严格遵循的原则,贯穿于刑法的始终,这就要

求在制定刑法和执行刑法的过程都必须遵循该原则。①在刑事立法(刑罚创设)中,如果对一个较轻的罪行规定较重的刑罚,或者对一个较重的罪行规定较轻的刑罚,都违反了罪刑相适应原则,这就要求制定一个合理的刑罚体系。②在刑罚执行中,应根据犯罪人的表现对刑罚做出适当调整,这就要求对确有悔改表现的人,就要相应地合理运用减刑、假释等制度,以使刑罚适应于犯罪人的这一表现。因此,B项和D项是正确的,而C项则是罪刑相适应原则最为明显的表现,正确。

(二) 罪刑相适应原则的立法与司法体现

罪刑相适应原则在刑事立法和司法上都有体现。刑罚的轻重与罪行相适应的主要体现有:犯罪结果的大小、轻重影响刑罚的轻重,如预备犯、未遂犯比照既遂犯从轻、减轻处罚,犯罪的次数、金额的多少影响刑罚的轻重,等等。刑罚的轻重与责任相适应的主要体现有:对未成年犯、限制刑事责任能力人、又聋又哑的人和盲人、自首和立功的人的从宽处理,对中止犯的从宽处理,对累犯的从重处罚等等。

(05年试卷2第2题)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”

【答案及解析】在刑法中,罪行与罪刑是两个不同的概念,对其差异应当明确。罪刑包含着犯罪与刑罚两个方面,而罪行则指犯罪人的犯罪行为。6个空中,前3个均为“罪刑”、第4、6空均为“罪行”、第5个空应为“刑事责任”,由此可见,D项正确。要做对本题,首先要求对法条非常熟悉,同时还要求对其含义正确理解。

第三节 刑法的适用范围

刑法的适用范围是指刑法在时间上和空间上的效力范围,即刑法在什么地方、对什么人和在什么时间内具有法律效力,具体包括空间效力和时间效力两方面。

一、刑法的空间效力

刑法的空间效力,是指刑法在什么地方、对于什么人有效。关于刑法的空间效力,各国立法例有不同的原则。我国刑法采用以属地原则为主,以属人原则、保护原则和世界性原则为补充的原则。

(一) 属地原则在我国刑法中的体现

《刑法》第6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。”

《刑法》第11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。”

据此:

1. 在一般情况下,无论是中国人还是外国人,只要是在我国领域内犯罪,都适用我国刑法处理。
2. 如果在我国领域内犯罪的外国人享有外交特权和豁免权,则通过外交途径解决。这是属地原则的一个例外。

享有外交特权和豁免权的外国人一般包括:外国的国家元首、政府首脑、外交部长、领事代表等等。

外交途径一般包括:要求派遣国召回或者建议派遣国依法处理;宣布其为不受欢迎人员或者不能接受。

(05年试卷2第3题)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

【答案及解析】A。根据《刑法》第6条、第11条的规定,本题中的某外国人甲在我国领域内犯罪,而且不是享有外交特权和豁免权的人,根据属地原则,对其应直接适用我国刑法。

3. 我国领域的认定。我国领域包括领陆、领空、领水和底土。

注意:

(1)我国的船舶和航空器视为我国领域(拟制领土),因此,凡在我国船舶和航空器内犯罪的,视为在我国领域内犯罪,不论该船舶或者航空器停泊、航行在何处,按照属地原则,都适用我国刑法。

(2)火车不具有和船舶、航空器相同的法律地位。这主要涉及发生于行驶在我国领域外的火车上的犯罪能否适用我国刑法的问题。例如张某在行驶于俄罗斯境内的我国火车上将王某杀害,对此,不能按照属地原则适用我国刑法,但不排除按照其他原则适用我国刑法,例如属人原则。

(3)对发生在外国驻我国使领馆内的犯罪,一般认为,对此类犯罪可以按照我国刑法进行处理。

(4)对发生在港澳台的犯罪,一般不根据属地原则适用我国大陆刑法。这是属地原则的另一个例外。

4. 犯罪地的认定。犯罪的行为或者结果有一项发生在我国领域内就认为在我国领域内犯罪。这里的行,既可以是实行行为,也可以是预备行为、教唆行为和组织行为;既可以是一部,也可以是全部;既可以是作为,也可以是不作为。这里的结果,既可以是一部,也可以是全部;既可以是无形结果,也可以是有形结果;既可以是实际发生的结果,也可以是犯罪分子预期发生的结果。

(05年试卷2第56题)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

【答案及解析】AC。我国的领域包括领陆、领水、领空以及我国的航空器与船舶(不论它们在哪里);外国人在我国领域犯罪的,适用属地管辖原则,除非其享有外交特权与豁免权;中国人在外国犯罪的,适用属人管辖原则。据此,选项A是外国人在我国领空犯罪,应适用属地管辖原则;选项B是中国人在我国领域外犯罪,应适用属人管辖原则;选项C是外国人在我国航空器内犯罪,仍属于在我国领域内犯罪,应适用属地管辖原则;选项D是中国人在外国犯罪,应适用属人管辖原则。AC为正确答案。

(二)属人原则在我国刑法中的体现

1. 《刑法》第7条第1款:“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3年以下有期徒刑的,可以不予追究。”

据此:

(1)原则上,我国公民在我国领域外犯罪的,要按照我国刑法进行处理。

(2)如果所犯罪行较轻,也可以不予追究。这里的罪行较轻是指犯罪人所犯罪行按照我国刑法最高刑为3年以下有期徒刑的犯罪,比较常见的有:盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索、故意毁坏公私财物数额