

· 2012年版 ·



GUOJIA SIFA KAOSHI

国家司法考试 刑法要义

柏浪涛◎编著

依《刑法修正案(八)》修订



中国政法大学出版社



2012年版

依《刑法修正案(八)》修订

国家司法考试 刑法要义

柏浪涛◎编著



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

国家司法考试刑法要义: 2012年版 / 柏浪涛编著. —北京: 中国政法大学出版社, 2012. 1

ISBN 978-7-5620-4143-6

I. 国… II. 柏… III. 刑法-中国-法律工作者-资格考试-自学参考资料 IV. D924

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第008503号

书 名	国家司法考试刑法要义 (2012年版)
	GUOJIA SIFA KAOSHI XINGFA YAOWI 2012NIANBAN
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
	北京100088 信箱8034分箱 邮编100088 fada.sf@sohu.com
	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
	(010)58908433(编辑部) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
承 印	北京华正印刷有限公司
规 格	787mm×1092mm 1/16
印 张	15.25
字 数	320千字
版 本	2012年3月第1版 2012年3月第1次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-4143-6/D·4103
定 价	28.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

✧ 刑法是一张温和的脸 ✧

广大考生对刑法的印象是：分值很大，争议很多，面目狰狞。实际上，所有纠结均源于理论立场的选择失误。其实刑法是一张温和的脸。

自2006年始，司考刑法已经摒弃前苏联旧理论，而采用德日温和的新理论。遗憾的是，普通高校法学专业及司考辅导市场，大多仍沿用前苏联旧理论。所学非所考，这便是纠结之源。

例1，关于因果关系，旧理论仍在讲偶然因果关系说和必然因果关系说，实际上司考已采用新理论的条件说和相当说（参见2006年·卷二·2题）。

例2，关于法律认识错误，旧理论仍认为不影响定罪，实际上司考已采取新理论的违法性认识可能性理论（参见2008年·卷二·4题）。

例3，关于共同犯罪“共同”的标准，旧理论仍要求完全共同，实际上司考已采取新理论的部分共同说（参见2007年·卷四·第2题）。

例4，关于抢夺罪，旧理论仍要求“乘人不备”，实际上司考已按照新理论观点，取消了这一要件（参见2006年·卷二·60题）。不再举例了，我们都很善良，但因信息不对称而导致挫败，令人扼腕叹息。我们都很勤奋，但因投放方向错误而最终徒劳，让人不禁唏嘘。

本书的最大优势是，以司考的要求为标准，将温和的新理论进行通俗化、精炼化，不求面面俱到，只求一针见血，不求慢慢调理，只求刀下见菜！

身在龙年，林书豪的故事正好印证了易经卦辞中的境界：从潜龙勿用到见龙在田，从或跃在渊到飞龙在天。其实，每个人心中都盘踞着一条飞龙。聪慧的亲们，请借用司考这个挑战唤醒它。

这似乎很难做到。然而，当记者问科比成功的秘诀，科比反问道：“你见过洛杉矶每天清晨四点的样子吗？”记者说：“没见过。”科比说：“我见过。”

柏浪涛

2012年2月19日

目录

Contents

上篇 刑法总论	
第一章 刑法绪论	1
考点一 刑法的解释	1
考点二 刑法的基本原则	6
考点三 刑法的效力	10
第二章 犯罪构成	12
第三章 行为主体	15
考点一 自然人	15
考点二 单位犯罪	16
第四章 不作为犯	18
考点一 作为与不作为	18
考点二 不真正不作为犯的成立条件	19
第五章 因果关系	24
考点一 条件说	24
考点二 相当因果关系说	26
第六章 客观阻却事由	29
考点一 正当防卫	29
考点二 紧急避险	35
考点三 其他客观阻却事由	37
第七章 主观要件	39
考点一 罪过形式的区分	39
考点二 事实认识错误	45
第八章 主观阻却事由	51
考点一 责任年龄	51
考点二 责任能力	52
考点三 违法性认识错误（法律认识错误）	54
考点四 期待可能性	54
第九章 犯罪形态	56
考点一 犯罪预备	56
考点二 犯罪未遂	57
考点三 犯罪中止	60
考点四 犯罪既遂	63
第十章 共同犯罪	68
考点一 共同犯罪的成立条件	68
考点二 共同犯罪的理论分类	71
考点三 共同犯罪的法定分类	78
考点四 共同犯罪的特殊问题	79
第十一章 罪数	88
考点一 实质的一罪	88
考点二 法定的一罪	90
考点三 处断的一罪	90
考点四 数罪	91
第十二章 刑罚的体系	93
考点一 主刑	93
考点二 附加刑	96
第十三章 刑罚的裁量	101
考点一 量刑情节	101
考点二 累犯	102

考点三	自首	103	考点一	侵犯生命、身体的犯罪	160
考点四	立功	105	考点二	侵犯性权利的犯罪	163
考点五	数罪并罚	106	考点三	侵犯人身自由的犯罪	166
第十四章	刑罚的执行和消灭	111	考点四	侵犯名誉、司法的犯罪	172
考点一	缓刑	111	考点五	侵犯婚姻家庭的犯罪	174
考点二	减刑	113	考点六	重要的普通罪名	175
考点三	假释	114	第二十章	财产犯罪	178
考点四	追诉时效	116	考点一	抢劫罪	179
考点五	赦免	116	考点二	抢夺罪	185
	下篇 刑法分论		考点三	盗窃罪	187
第十五章	分论概说	118	考点四	诈骗罪	194
考点一	罪状与罪名	118	考点五	敲诈勒索罪	198
考点二	注意规定与法律拟制	119	考点六	侵占罪	200
第十六章	危害国家安全罪	123	考点七	职务侵占罪	203
第十七章	危害公共安全罪	125	考点八	重要的普通罪名	204
考点一	危险方法型犯罪	125	第二十一章	妨害社会管理秩序罪	205
考点二	交通型犯罪	127	考点一	扰乱公共秩序罪	205
考点三	枪支犯罪	130	考点二	妨害司法罪	210
考点四	重要的普通罪名	130	考点三	妨害国(边)境管理罪	214
第十八章	破坏市场经济秩序罪	132	考点四	妨害文物管理罪	214
考点一	生产、销售伪劣商品罪	132	考点五	危害公共卫生罪	216
考点二	走私罪	135	考点六	破坏环境资源保护罪	217
考点三	妨害对公司、企业的管理 秩序罪	137	考点七	毒品犯罪	218
考点四	破坏金融管理秩序罪	138	考点八	卖淫类犯罪	220
考点五	金融诈骗罪	145	考点九	淫秽物品类犯罪	222
考点六	危害税收征管罪	151	第二十二章	贪污贿赂罪	223
考点七	侵犯知识产权罪	153	考点一	贪污罪	223
考点八	扰乱市场秩序罪	156	考点二	挪用公款罪	225
第十九章	侵犯人身权利、民主权 利罪	160	考点三	受贿罪	227
			考点四	行贿罪	230
			第二十三章	渎职罪	232
			第二十四章	军事犯罪	234

上编 刑法总论

第一章 刑法绪论

考点一 刑法的解释

考点详述

(一) 解释的效力

1. 立法解释：全国人大常委会所作的解释。

【注意一】刑法修正案属于立法，不属于立法解释，它是刑法典本身的内容。

【注意二】刑法典中的解释性规定不属于立法解释。例如，《刑法》第93条：“本法所称国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员”，这不属于立法解释，而是刑法典的内容。

2. 司法解释：由最高人民法院或最高人民检察院所作的解释。

3. 学理解释：学术机构或学者个人的解释。

【效力等级】立法解释 > 司法解释 > 学理解释

(二) 解释的态度

1. 就解释的灵活性而言，应坚持严格解释和灵活解释相结合。所谓严格解释，是指必须严格遵循罪刑法定原则来解释。所谓灵活解释，是指在遵循罪刑法定原则的前提下，可以根据社会发展需要灵活地阐明法律的含义。

2. 就解释的目标而言，应坚持客观解释，而非主观解释。所谓主观解释，是指解释的目标是探求立法原意或立法者主观意思。所谓客观解释，是指解释

的目标是探求法律的现时的客观含义。刑法条文一旦颁布，便脱离了立法者，具有了独立的生命。对刑法的解释，不应刻舟求剑，而应根据社会发展探求刑法条文当下的含义。

【注意】存疑有利于被告人的原则不是解释法律的原则，而是解决悬疑事实的原则。在事实不清、存在疑问时，应根据有利于被告人的原则认定事实。在解释法律含义时，不应该也不可能一味按照有利于被告人的原则来解释，否则理论研究就没有必要了。例如，甲杀死仇人乙后，发现乙的钱包，便拿走钱包。事实很清楚，但甲的取财行为符合盗窃罪的法律规定还是符合侵占罪的法律规定，存在疑问。对此，需要理论深入研究，而不能根据有利于被告人原则一味定侵占罪。

(三) 解释的理由

对一个条文用语解释出一个含义，必须给个理由，论证其合理性。解释理由无穷无尽，常见的有：

1. 文理解释。这是指根据文法、语法等来论证解释后的含义是否属于刑法用语可能具有的含义。简言之，需要考察该解释后的含义在文理上是否讲得通。例如，“收买”一词有两个含义：一是收购，二是用钱财或其他好处笼络人心。收买被拐卖妇女、儿童罪中的“收买”不可能是指用钱财笼络人心。《刑法》第

104 条第 2 款规定：“策动、胁迫、勾引、收买国家机关工作人员、武装部队人员、人民警察、民兵进行武装叛乱或者武装暴乱的，依照前款的规定从重处罚。”其中的“收买”不可能是指收购。

2. 体系解释。这是指根据体系逻辑来论证解释后的含义能否在刑法体系中协调合理。例如，从文义上看，“伪造”可以包含“变造”，但是我国刑法在伪造货币罪之外规定了变造货币罪，那么伪造货币罪中的“伪造”就不能包含“变造”。

3. 当然解释。这是指根据形式逻辑来论证解释后的含义是否符合当然道理。在论证出罪时举重以明轻（重的行为都无罪，轻的行为更应无罪），在论证入罪时举轻以明重（轻的行为都是犯罪，重的行为更应是犯罪）。可以看出，当然解释其实也是体系解释的一种。例如，司法解释规定：一年内三次盗窃，构成盗窃罪。那么，一年内四次盗窃的，当然构成盗窃罪。这就是当然解释的结论。

【注意】当然解释追求结论的逻辑合理性，但该结论并不必然符合罪刑法定原则。在根据举轻以明重（轻的行为都是犯罪，重的行为更应是犯罪）入罪时，也要求案件事实符合刑法规定的构成要件，遵守罪刑法定原则，不能简单地以案件事实的社会危害性严重为由以犯罪论处。例如，早前社会上出现过倒卖飞机票的行为。应当说，倒卖飞机票的行为比倒卖车票、船票的危害性更严重，根据当然解释更应入罪。但是，我国刑法只规定了倒卖车票、船票罪，就不能将飞机票解释为“车票、船票”进而以倒卖车票、船票罪论处。

4. 历史解释。这是指根据历史的、发展的眼光从历史沿革的角度为解释的结论提供合理性。这不同于探求立法原

意的主观解释。例如，1979 年旧刑法第 183 条将遗弃罪规定在妨害婚姻家庭罪一章中，其中行为主体也即“扶养义务人”仅限于婚姻家庭成员之间。而 1997 年新刑法第 261 条将遗弃罪规定在侵犯公民人身权利、民主权利罪一章，那么，“扶养义务人”就不限于婚姻家庭成员之间，儿童福利院的院长也可成为遗弃罪的主体。

（四）解释的技巧

即使根据解释的理由认为某个解释的结论具有合理性，但是首先需要根据某种解释技巧得出该解释结论。常见的解释技巧有：

1. 平义解释。这是指按照该用语最平白的字面含义来解释含义，所谓的看山是山，看水是水。

2. 扩大解释（又称扩张解释）。这是指对用语解释后的含义大于字面含义，但该含义仍处在该用语可能的含义范围内。例如，将自动取款机解释为“金融机构”，就是对“金融机构”的扩大解释。

【注意】扩大解释这种方法本身是被允许的，但是其解释后的结论并不一定具有可适用性。例如，将网络上的虚拟财产解释为“财物”，没有超出“财物”可能的含义范围，属于扩大解释。但是，这种扩大解释的结论适用到具体的财产犯罪中（如抢劫罪、盗窃罪、诈骗罪等），是否合理，则需要具体分析。

3. 缩小解释（又称限制解释）。这是指对用语解释后的含义小于字面含义。例如，根据司法解释，盗伐林木罪中的“林木”不包括他人房前屋后、自留地种植的零星树木。

4. 反对解释（又称反义解释）。这是指根据用语的正面表述，推导出其反面含义。例如，十四周岁及以上的人要

对故意杀人罪负责。据此，小于十四周岁的人便不需对故意杀人罪负责。

5. 补正解释。这是指刑法条文用语表述有明显错误，只有通过修正、补正来阐明其真实含义。例如，《刑法》第63条第1款规定：“犯罪分子具有本法规定的减轻处罚情节的，应当在法定刑以下判处刑罚。”这里的“以下”应当不包括本数。如果判本数，就属于从轻处罚。但是第99条规定：“本法所称以上、以下、以内，包括本数。”因此对第63条的“以下”应进行补正解释，认为第63条的“以下”用语错误，应解释为“低于法定最低刑判处刑罚”。

6. 类推解释。这是指将不符合法律规定的情形解释为符合法律规定的情形。例如，将强奸罪中的“妇女”解释为包括男子，就属于类推解释。

(1) 性质。类推解释违反罪刑法定原则，是被禁止的解释方法，但不禁止有利于被告人的类推解释。

【注意】禁止类推解释，既针对司法机关，也针对立法机关，换言之，立法机关（例如，全国人大常委会）也不能进行类推解释。例如，《刑法》第267条第2款规定：“携带凶器抢夺的，以抢劫罪论处。”全国人大常委会不能对该款作出如下立法解释：携带凶器盗窃的，也以抢劫罪论处。因为将盗窃解释为抢夺，属于类推解释。当然，全国人大常委会可以通过立法的方式（如颁布刑法修正案）规定：携带凶器盗窃的，以抢劫罪论处。

(2) 类推解释与扩大解释的区分标准（非常重要）。第一，扩大解释得出的结论，没有超出国民的预测可能性。类推解释得出的结论，明显超出国民的预

测可能性。第二，扩大解释得出的结论，在用语可能的含义范围内（词语文义的“射程”之内），类推解释得出的结论，在用语可能的含义范围外（词语文义的“射程”之外）。第三，扩大解释没有提升概念的位阶，类推解释提升了概念的位阶。第四，扩大解释是对规范的逻辑解释，类推解释是对类似事实的比较。

【总结】易考情形：^[1]

(1) 将“金融机构”解释为包含使用中的运钞车、自动取款机，属于扩大解释。

(2) 将遗弃罪中的“负有扶养义务”的人，解释为既包括家庭成员，也包括负有扶养义务的其他人，属于扩大解释。

(3) 将抢劫罪中的“财物”解释为包含财产性利益，属于扩大解释。

(4) 将“携带凶器抢夺，以抢劫罪论处”中的“凶器”解释为包含用法上的凶器（例如棍棒、砖块、菜刀），属于扩大解释。

(5) 将信用卡诈骗罪中的“信用卡”解释为包含借记卡，属于扩大解释。

(6) 将走私弹药罪中的“弹药”解释为包含弹壳，属于扩大解释。

(7) 将组织卖淫罪中的“卖淫”解释为包含男性向不特定女性提供性服务，属于扩大解释。

(8) 将破坏通信自由罪中的“信件”解释为包含电子邮件，属于扩大解释。

(9) 将破坏交通罪中的“汽车”解释为包含大型拖拉机，是扩大解释。将劫持汽车罪中的“汽车”解释为包含火车、地铁，属于类推解释。如果劫持火

[1] 张明楷：《罪刑法定原则与刑法解释》，北京大学出版社2010年版；张明楷：《刑法分则的解释原理》（上下册）（第二版），中国人民大学出版社2011年版。

车、地铁，可定破坏交通工具罪。

(10) 将重婚罪中的“结婚”解释为包含事实婚姻，属于扩大解释。将破坏军婚罪中的“同居”解释为包含通奸，属于类推解释。

(11) 将侮辱尸体罪中的“尸体”解释为包含骨灰，属于类推解释。

(五) 解释理由与解释技巧的关系

1. 二者区分：对一个用语做出一个解释含义，其支撑理由可以多种多样、甚至越多越好，但是其解释技巧却只能选择一种。换言之，解释理由之间可以并存，但解释技巧之间是对立关系。例如，将组织卖淫罪中的“卖淫”解释为包括男性向不特定女性提供性服务。这种解释结论是合理的，为此可以提供多种理由（如文理解释、体系解释、历史解释等），但是这种解释在技巧上属于扩大解释，不可能属于缩小解释。也即，对一个用语进行解释，不可能既进行扩大解释，又进行缩小解释。

2. 二者关系：解释理由和解释技巧之间不是对立关系，而是相辅相成关系。根据某一种解释技巧对某个刑法用语进行解释，然后根据多种解释理由来论证其合理性。

【注意】传统理论所谓的“论理解释”是一个笼统概念，既包含解释的理由（如当然解释、体系解释等），也包含解释的技巧（如扩大解释、缩小解释）。而文理解释主要是一种解释的理由。由于解释之间理由可以并存，解释理由与解释技巧也是相辅相成关系，因此文理解释与论理解释不是对立关系。对一个刑法用语，既可以做文理解释，也可以做论理解释。

精选真题

1. 关于刑法解释的说法，下列哪一选项

是正确的？（2009年·卷二·1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 扩张解释、缩小解释、类推解释、当然解释

解析 A项，盗窃罪的对象不可能包括自己的财物，只能是他人的财物，包括公私财物。所以这是一种平义解释，没有扩大，也没缩小。由于我国是社会主义国家，通常用“公私财物”来表达“他人的财物”，换了一种说法而已。B项，刑法规定有购买假币罪，所以出售不包括购买。C项，这里的凶器原本是指国家禁止的管制刀具等性质上的凶器，将用法上的凶器如菜刀等解释进来，属于扩张解释。D项，根据立法解释的规定，将借记卡解释为信用卡，是一种扩大解释，而非类推解释。提示：2009年卷一第51题的答案认为，将信用卡解释为包含借记卡属于文理解释。这种看法与刑法学不矛盾。在刑法学看来，在解释技巧上这是一种扩大解释，在解释理由上看这是一种文理解释。正确答案是C项。

评价及预测 这些考点在今天仍是重点。需要提醒的是，刑法学已经形成自

己特色的解释学，与其他部门法的解释学在概念上不尽相同。

2. ①对于同一刑法条文中的同一概念，既可以进行文理解释也可以进行论理解释

②一个解释者对于同一刑法条文的同一概念，不可能同时既作扩大解释又作缩小解释

③刑法中类推解释被禁止，扩大解释被允许，但扩大解释的结论也可能是错误的

④当然解释追求结论的合理性，但并不必然符合罪刑法定原则

关于上述4句话的判断，下列哪些选项是错误的？（2011年·卷二·51题）

- A. 第①句正确，第②③④句错误
- B. 第①②句正确，第③④句错误
- C. 第①③句正确，第②④句错误
- D. 第①③④句正确，第②句错误

考点 解释技巧、解释理由

解析 文理解释主要是指一种解释理由，论理解释包括解释理由和解释技巧。文理解释和论理解释不是对立排斥关系。对一个刑法用语，可以通过论理解释中的扩大解释得出某个结论，同时又可以根椐文理解释来论证，考察该结论是否属于这个用语的可能含义，如果属于，那么就文理上为该结论提供了一种合理性的理由。例如，破坏通信自由罪中的“信件”是否包括电子邮件？如果认为“信件”包括电子邮件，那就是对“信件”的扩大解释。同时，从“信件”这个用语的发展来看，信件原本是指书面邮件，但是随着网络的发达，信件的含义中包含了电子邮件。因此，这种扩大解释的结论符合“信件”可能的含义，属于合理的解释结论。所以，题中第

①句的说法是正确的。

对刑法用语的某个解释结论可以提供多种解释理由予以论证，例如从文理解释、体系解释或目的解释等各角度去论证其合理性。但是，对一个刑法用语进行解释时，只能采用一个解释技巧，不能同时并用多种解释技巧。例如，对故意毁坏财物罪中的“毁坏”不可能既作扩大解释，又作缩小解释。扩大解释、缩小解释都属于解释技巧，不能并用。因此，题中第②句说法正确。

罪刑法定原则不禁止扩大解释，是就扩大解释的方法而言的，但这并不意味着扩大解释的结论都符合罪刑法定原则。题中第③句的说法是妥当的。

当然解释中蕴含在出罪时举重以明轻、在入罪时举轻以明重的当然道理。当然解释其实是根据体系解释的需要所做的一种目的性推论。由于刑法坚持罪刑法定原则，不得直接采取当然解释认定行为构成犯罪。换言之，在适用举轻以明重的解释原理进行当然解释时，也要求案件事实符合刑法条文规定的构成要件，而不能简单地以案件事实危害性严重为由以犯罪论处。当然解释的结论只有在刑法用语的可能含义之内，没有超出国民的预测可能性，才能成为可以适用的结论。因此，题中第④句的说法是正确的。

综合起来，题中第①②③④句均正确。基于此，ABCD四个选项的判断全部错误。答案是ABCD。

评价及预测 传统解释学将解释分为文理解释和论理解释，并认为二者是对立关系。而本考点颠覆了这一看法，对解释学进行了新的界定，推动了刑法解释学的深入发展。这种新发展值得关注，日后还有予以考查的可能性。

考点二 刑法的基本原则

罪 刑 法 定	{	2 个思想基础：民主主义，自由主义	
		{	成文的罪刑法定：法律主义，禁止习惯法
			事前的罪刑法定：禁止溯及既往（或禁止事后法）
			严格的罪刑法定：禁止类推解释
确定的罪刑法定：明确性要求，禁止绝对不定刑及绝对不定期刑，禁止处罚不当罚的行为，禁止不均衡、残虐的刑罚			

刑法的基本原则有三：罪刑法定原则、罪刑相适应原则、平等适用刑法原则。复习重点在于前两个原则。最重要的是罪刑法定原则，这是刑法的铁则，是司考的一级重点。

一、罪刑法定原则

第3条^[1]：“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。”
含义：法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚。

（一）思想基础

1. 民主主义，意指只有民主产生的立法机关才有权规定犯罪与刑罚。

2. 自由主义，也称为尊重人权主义，意指法律应当具有预测可能性，使国民知晓什么是犯罪，什么不是犯罪，以保障个人的行动自由。这种思想也称为国民预测可能性原理。

（二）基本内容

1. 成文的罪刑法定。

（1）法律主义。这是指只有立法机关制定的法律才有权规定犯罪和刑罚，行政机关制定的法规等无权规定犯罪和刑罚，也即罪刑法定中的“法”不包括行政法规等。

（2）禁止习惯法。虽然习惯法体现

民意，符合民主主义，但因为缺乏明确性，违反了预测可能性原理，所以应当被禁止。

2. 事前的罪刑法定。这是指禁止溯及既往（或禁止事后法），意指刑法生效后，不适用于它生效前的未决案件。刑法如果溯及既往，便违反了预测可能性原理。

【注意】刑法不禁止有利于被告人的溯及既往。

3. 严格的罪刑法定。这是指禁止类推解释。类推解释因为既违反了民主主义，又违反了预测可能性原理，所以应当被禁止。

4. 确定的罪刑法定。这是指罪刑规范应当明确、适当。

（1）明确性要求。

【注意】简单罪状不违反明确性要求。简单罪状，是指仅规定了罪名，没有具体描述犯罪特征。例如，《刑法》第232条只规定“故意杀人的”，没有详细规定故意杀人罪的定义。之所以没有详细描述，是因为没有必要，一般人都知道什么是故意杀人。

（2）禁止绝对不定刑及绝对不定期刑。绝对不定刑，是指刑法条文只规定“犯……罪，判处刑罚”，不规定刑罚的

[1] 说明：若无特别提示，本书所列“第几条”，均是指刑法典的条文。对于司法解释的条文，本书会特别提示。

种类。绝对不定期刑，是指刑法条文只规定“犯……罪，判处有期徒刑”，不规定具体刑期。因为绝对不定期刑和绝对不定期刑都违反了预测可能性原理，应当被禁止。因此，没有犯罪就没有刑罚，反过来，没有明确的刑罚就没有犯罪。

(3) 禁止处罚不当罚的行为。这是刑法谦抑性、补充性的要求。由于刑罚是最严厉的制裁措施，只有在其他法律已经无济于事、无法规制的情况下，才可以适用刑法，刑法的启动应当保持谦卑姿态。刑法是其他法律的补充法、保障法。

(4) 禁止不均衡、残虐的刑罚。禁止不均衡的刑罚，是指刑罚应与罪行相适应，重罪重判，轻罪轻判。这表明广义的罪刑法定原则可以包含罪刑相适应原则。禁止残虐的刑罚是人道主义的要求。

(三) 具体实现

如何避免罪刑法定原则成为口号，就要求定罪时遵循规范的判断方法。定罪活动基本上是个三段论的推理过程。大前提是法律规定（构成要件），小前提是案件事实，结论是有罪无罪。但是，实务中经常出现的错误是，颠倒大前提与小前提，将案件事实作为大前提，将法律规定的构成要件作为小前提。例如，某个单位组织盗窃电力。实务中有人如此推理：这是单位盗窃（大前提），刑法没有规定单位可以成为盗窃罪主体（小前提），所以该案件应做无罪处理。

正确的推理应是：刑法规定了自然人构成盗窃罪（大前提），某单位组织盗窃电力，其中必然存在自然人盗窃电力的行为（小前提），因此该单位的有关自然人（单位的直接责任人员）符合盗窃罪的构成要件，构成盗窃罪。有人可能认为，单位的直接责任人员不具有非法

占有目的，因而不构成盗窃罪。实际上，盗窃罪的非法占有目的不仅仅限于为本人占有，还包括为其他第三人占有。例如，甲为了让乙非法占有，盗窃丙的财物，然后送给乙。甲仍构成盗窃罪。

二、罪刑相适应原则（罪刑均衡原则）

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。”

1. 刑罚的尺度 = 客观危害性 + 主观罪过性 + 人身危险性。

2. 具体操作：刑罚应与犯罪性质、犯罪情节和人身危险性相适应。

3. 程序表现：

(1) 制刑上，侧重考虑犯罪性质，制定协调合理的刑罚体系。

(2) 量刑上，侧重考虑犯罪情节，做到重罪重判、轻罪轻判。

(3) 行刑上，侧重考虑人身危险性，合理运用减刑、假释。

精选真题

1. 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）。下列哪一选项与题干空格内容相匹配？（2010年·卷二·1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

罪刑法定原则的基本内容

该题要求对罪刑法定原则的基本内容能够高度概括。刑罚法规的适当，

包含刑法明确性、禁止不确定刑和禁止处罚不当罚的行为三项内容。刑法明确性,是指刑法条文应当清楚明确,使人能够了解什么是犯罪行为,让人具有判断可能性。禁止不确定刑,是指刑罚应当规定得清晰确定。刑罚越不确定,越容易被滥用。禁止处罚不当罚的行为,是指由于刑罚是最严厉的制裁措施,刑罚的适用应保持补充性、谦抑性,适用范围应当合理适当。上述这些内容表明,刑罚法规应当明确、确定和适当。这种要求可谓是确定的罪刑法定。

需要指出的是,有些考生可能会选A项,认为禁止类推解释属于确定的罪刑法定,刑罚法规的适当属于严格的罪刑法定。这种看法不够准确。类推解释实际上属于恣意解释,而罪刑法定原则要求的是严格解释,所以称为严格的罪刑法定。“确定”一词无法准确表达这一含义。刑罚法规的适当,要求刑罚法规具有明确性、确定性和适当性,概括而言就是确定性,所以称为确定的罪刑法定。“严格”一词无法周延地涵盖这些特征。正确答案是D项。

评价及预测 该题直接来自于周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2007年版,第55~58页的章节标题,及其所著三大本教材相应部分。周光权教授的《刑法总论》、《刑法各论》在2011年出了第二版,其中许多观点和案例值得关注。

2. 关于社会主义法治理念与罪刑法定的表述,下列哪一理解是不准确的?(2011年·卷二·1题)

- A. 依法治国是社会主义法治的核心内容,罪刑法定是依法治国在刑法领域的集中体现
- B. 权力制约是依法治国的关键环节,

罪刑法定充分体现了权力制约

- C. 人民民主是依法治国的政治基础,罪刑法定同样以此为思想基础
- D. 执法为民是社会主义法治的本质要求,网民对根据《刑法》规定作出的判决持异议时,应当根据民意判决

考点 社会主义法治理念与罪刑法定的内在联系

解析 依法治国,一方面要求树立和维护法律权威,这是实施依法治国方略的迫切需要;另一方面要求严格依法办事,这是依法治国的基本要求。这些理念贯彻到刑法领域,便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。而这种要求正是罪刑法定原则的基本内容。因此,罪刑法定原则是依法治国在刑法领域的集中体现。A项说法正确。

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”。这种表述意味着对刑事立法权、司法权的限制。具体而言,罪刑法定原则要求立法机关在规范犯罪时必须保持明确性和谦抑性,要求司法机关在行使入罪权、施刑权时必须以法律明文规定为依据。因此,罪刑法定充分体现了权力制约。B项说法正确。

罪刑法定原则的思想基础之一是民主主义。民主主义要求,什么是犯罪,对犯罪该如何处罚,必须由人民群众决定,具体表现为由人民群众选举产生的立法机关来决定。这正是人民民主的要求。所以,C项说法正确。

审判机关在审理案件时,判决依据应是《刑法》规定,还是网民民意?对该问题的回答要求对执法为民做正确理

解。执法为民的基本内涵是以人为本、保障人权及文明执法。以人为本，是指以最广大人民群众的根本利益为本。保障人权，要求国家机关牢固树立宪法观念和法治观念，严格遵守法律，切实尊重和保障人权。文明执法，要求执法手段必须遵守法律规定。一方面，网民民意只是一部分群体的一部分意见，并不能代表最广大人民群众的根本利益。另一方面，网民民意不具有明确性和稳定性，不符合成文的罪刑法定和确定的罪刑法定的要求，无法成为判决依据。因此，刑事判决的依据应当是《刑法》规定，这是罪刑法定原则的基本要求，也是社会主义法治理念的应有之义。所以，D项说法不准确。本题答案是D项。

评价及预测 社会主义法治理念被要求贯彻考查于各部门法中。在刑法中，能够与社会主义法治理念相联系的主要是罪刑法定原则。因此，二者的关系就值得注意。这种考查角度在相当长一时期内仍是主旋律。

3. 某孤儿院为谋取单位福利，分两次将38名孤儿交给国外从事孤儿收养的中介组织，共收取30余万美元的“中介费”、“劳务费”。关于本案，下列哪一选项符合依法治国的要求？（2011年·卷二·1题）
- A. 因《刑法》未将此行为规定为犯罪，便不能由于本案社会影响重大，就以刑事案件查处
- B. 本案可追究孤儿院及其主管人员、直接责任人的刑事责任，以利于促进政治效果与社会效果的统一
- C. 报请全国人大常委会核准后，本案可作为单位拐卖儿童犯罪处理，以利于进一步发挥法律维护社会稳定的作用

- D. 可追究主管人员与其他直接责任人的刑事责任，以利于促进法律效果、政治效果与社会效果的统一

考点 罪刑法定的具体实现

解析 定罪的方法需要遵守罪刑法定。定罪过程基本上三段论的推理过程。大前提是法定的犯罪构成，小前提是具体的案件事实，结论是有罪无罪。如果将案件事实作为大前提，而将法定的犯罪构成作为小前提，那就会导致“想入罪便入罪，想出罪便出罪”，违反罪刑法定原则。例如，在发生了单位盗窃他人财物的案件时，判断者如果不想将该行为定罪，便会如此判断：该案件是单位盗窃行为，刑法没有规定单位可以成为盗窃罪的主体，所以对该案件只能宣告无罪。这种推论便违反了罪刑法定原则。正确的推论是：刑法规定自然人盗窃他人财物构成盗窃罪，在单位盗窃他人财物时，必然存在有关自然人的盗窃行为，因此对有关自然人应以盗窃罪论处。

根据2010年3月15日最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于依法惩治拐卖妇女、儿童犯罪的意见》，医疗机构、社会福利机构等单位的工作人员以非法获利为目的，将所诊疗、护理、抚养的儿童贩卖给他人的，以拐卖儿童罪论处。本题中，孤儿院的行为表面上是“送养”行为，但收取高额“中介费”、“劳务费”，足以表明属于以非法获利为目的的贩卖行为。《刑法》第240条规定，拐卖儿童罪的主体是自然人，因此孤儿院作为单位不构成拐卖儿童罪，但是其主管人员、直接责任人构成拐卖儿童罪。

关于A项，《刑法》虽然未规定单位可以成为拐卖儿童罪的主体，但是规定

了自然人可以成为拐卖儿童罪的主体。孤儿院拐卖儿童案件中必然存在有关自然人拐卖儿童的行为。所以，A项说法不准确。关于B项，由于《刑法》未规定单位可以成为拐卖儿童罪的主体，所以不能追究孤儿院的刑事责任。B项说法错误。C项的做法缺乏法律依据，违反了罪刑法定原则。立法机关也应当遵守罪刑法定原则，也即立法机关不能类推适用或类推解释。当然，立法机关可以通过立法的方式规定单位可以成为拐卖儿童罪的主体。正确答案是D项。

考点三 刑法的效力

考点详述

一、刑法的空间效力

1. 在中国境内犯罪：属地管辖原则。

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。

(1) “领域”包括领土、领水、领空。

【注意一】悬挂我国国旗的航空器与船舶，不论停放何处，也属于我国领域。这是旗国主义的体现。

【注意二】国际列车不属于我国领域。发生在国际列车上的犯罪，按照我国与相关国家的管辖协定确定管辖。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。

(2) 属地原则之“地”，既包括行为地，也包括结果地，二者只要具备其一即可。

【注意一】犯罪行为，从犯罪形态上

分，包括预备行为和实行行为；从共同犯罪上分，包括实行行为、教唆行为和帮助行为。①所有这些行为只要发生在国内，就适用我国刑法；②只要其中一项行为在国内，其他相关行为即使在国外，也应适用我国刑法。

【注意二】犯罪结果，从犯罪形态上分，包括既遂结果（即实害结果）和未遂结果（即危险结果）。从共同犯罪上分，包括整体结果和部分人的结果。这些结果只要有一个发生在我国境内，我国就可管辖。

2. 在中国境外犯罪：

(1) 属人原则（第7条）：针对我国公民在境外犯罪。

第7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3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。

第一，我国公民在国外犯本法规定的犯罪，原则上适用本法，犯轻罪的（即最高刑在3年以下），可以不予追究。这意味着也可以追究。

第二，国家工作人员和军人，一律追究。

(2) 保护原则（第8条）：针对外国人在境外犯罪。

第8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3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。

适用我国刑法的条件：①对我国国家或公民犯罪；②行为触犯的是重罪（最低刑在3年以上）；③双重犯罪原则（犯罪地的法律也认为是犯罪）。

(3) 普遍管辖原则(第9条): 针对国际犯罪。

第9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。

适用我国刑法的条件: ①必须是危害人类共同利益的犯罪; ②我国缔结或参加了公约; ③我国刑法将这种行为也规定为犯罪。

【注意】具体适用法律时, 适用我国刑法, 而非已缔结或参加的国际公约。

3. 对外国判决的消极承认。

第10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。

二、刑法的时间效力

刑法的溯及力, 也即溯及既往的效力, 是指刑法生效后, 对它生效前的未决案件能否适用的问题。我国的原则是: 从旧兼从轻。也即: 原则上适用旧法(行为时的法律), 但适用新法有利于被告人的话, 适用新法。

【注意】刑法溯及力适用的对象只能是未决犯(未判决的案件), 对于已决犯(已判决案件)则不存在是否溯及既往的问题。

精选真题

关于刑事管辖权, 下列哪些选项是正确

的?(2007年·卷二·51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 属地管辖、属人管辖、保护管辖、普遍管辖

解析 A项, 实行行为在国内, 教唆行为在国外, 也适用属地管辖。B项, 长途汽车不属于属地, 发生地在外国, 行为人和被害人都是外国人, 所以我国不用管辖。C项, 普遍管辖, 适用的法律是我国刑法。D项, 保护管辖要求双重犯罪原则(犯罪地的法律也认为是犯罪)。因为如果在犯罪地不被认为是犯罪, 就不适用中国刑法。正确答案是ABD。