



本系列丛书为2011年
重点推荐司考培训教材

2011

七书战司考系列丛书之2

国家司法考试 名师教案(卷二)

刑法、刑事诉讼法、行政 法与行政诉讼法

杨艳霞
徐金桂 编著
杨 雄

本书概要

本书结合司法考试大纲与历年试题，以司法考试的命题思路为导向，对司法考试的命题特点与应试技巧进行了简明的概括。本书体例完美，逻辑严谨，深入浅出，语言规范，是广大考生备考的得力助手。



法律出版社

2011

国家司法考试 名师教案(卷二)

主编 王利明 中国政法大学教授、博士生导师
副主编 王轶 中国政法大学教授、博士生导师

主审 王利明 中国政法大学教授、博士生导师

司法部
国家司法考试
指定教材

（卷二）

王利明 主编
王轶 副主编
王利明 主审

法律出版社

2011 年

国家司法考试名师教案 卷二

杨艳霞 徐金桂 杨 雄 编著

 世界知识出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

2011 年国家司法考试名师教案. 2 / 杨艳霞, 徐金桂,
杨雄编著. —北京: 世界知识出版社, 2011. 2

ISBN 978-7-5012-4023-4

I. ①2… II. ①杨… ②徐… ③杨… III. ①法律工
作者—资格考核—中国—自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 011124 号

2011 年国家司法考试名师教案 卷二

编 著: 杨艳霞 徐金桂 杨 雄

责任编辑: 王瑞晴

责任出版: 赵 玥

封面设计: 田春艳

出版发行: 世界知识出版社

社 址: 北京市东城区干面胡同 51 号

邮 编: 100010

发行电话: (010) 85118127 (010) 65265928

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市全海印刷厂

开本印张: 787×1092 毫米 1/16 42 印张

版 次: 2011 年 3 月第一版

印 次: 2011 年 3 月第一次印刷

标准书号: ISBN 978-7-5012-4023-4

总 定 价: 300.00 元 (共三卷)

序 言

司考江湖传言：欲过司考，必备三宝！这个三宝，实际上是指：**教材、真题、法条**。

教材：由 3 本书构成。不是指大学传统的教科书，而是指专门为司法考试卷一、卷二、卷三考试的内容而编写的辅导教材。一般由多年从事司法考试辅导的老师，以自己的授课讲义为基础编写而成。

真题：1 本书。历年真题的汇总，包括详细解析。司法考试九年来最显著的一个特征就是“重者恒重！”，许多的知识点在重复考，认真研究、多遍习练历年真题是所有考生的必做功课。

法条：2 本书。涵盖司法考试大纲规定的所有法律所构成的“法律法规汇编”以及以这些法规汇编为基础所精选的“重点法条”。司法考试 80% 的考点是以法条为基础形成的，这也是充分体现司法考试务实性的一个表现。

有了“三宝”还不够，必不可少的是新起点独创的、短时间内提分效果最明显的“独门暗器”：论述题模板法答题技巧。

论述题模板法答题技巧：1 本书。经过简单的训练，神奇地将令人头痛的论述题变成了简单的填空题。

司考三宝：教材、真题和法条就像美军海军陆战队所配备的基本武器——长枪、短枪和匕首；而我们的“模板法”则是威力强大的两颗手雷，在关键时刻作用巨大。对于任何一个备战司考的学员来说，这四样东西是必需的标准配置，缺少任意一种，都会给备考活动带来不必要的困扰。

我们的“七书战司考”系列丛书正是按照教材、真题、法条以及论述题模板法答题技巧这四种标准配置，经过五年的摸索，科学组合而成的七本书。七书战司考，一本都不能少。

“七书战司考”系列丛书的作者与编辑团队非常强大。作者均是活跃在司考第一线的辅导名师，如：杨艳霞、钟秀勇、侍东波、杨帆、李毅、司艳丽、徐金桂、杨雄、张合功等。编辑团队全是经过司法考试考场的洗礼，并且顺利通过了司法考试的法学硕士，如：周浩昊、金竞、李昊、汪艳琴、刘宗珍、李海燕、魏大众、万超、郝霞、孟思凡、蒋贵荣、范开花、张晓东、鲍茵、刘文军、王晨、梁渲晶、郭丙丽、王志强等，他们从考生的角度对“七书战司考”系列的七本书进行“偏重实战”方面的编辑、整理，使得这套书使用起来更加方便、省力。下面对七本书及其作者做个大致介绍：

第一本书：卷一。内容为司法考试试卷一的考试内容，具体为：法理、宪法、法制史、三国法、经济法、司法制度与职业道德。

作者：杨帆、李毅、司艳丽

(1) 杨帆：毕业于中国政法大学，获博士学位。现在北京某高校法学院任教，2003 年开始从事司法考试教学工作，主讲法理、宪法、法制史。杨帆老师善于听取学员建议，积极改进授课内容，形成了干练、清晰的讲课风格，成为了最受学员欢迎的辅导名师，活跃在全国司法考试辅导领域。

(2) 李毅：毕业于北京大学，获博士学位。现任教于北京某著名高校，授课风格稳健、条理清晰，辅导效果显著，无论整理讲义还是编写教材，都格外认真、细致。这些特点使得李毅老师成为了三国法辅导三大名师之一，为整个司法考试辅导界所认可和接受。现和杨帆（女）一道承担新起点国际公法、国际私法、国际经济法的授课任务。

(3) 司艳丽：毕业于中国政法大学，获博士学位。现任职于最高人民法院，讲课风格清新明快，以女性特有的细致和亲和力，和张海峡老师一起承担了新起点商经、知识产权的授课任务，成为了学员枯燥备考历程的一道亮丽风景线。

第二本书：卷二。内容为司法考试试卷二的考试内容，具体为：刑法、刑诉、行政法与行政诉讼法。

作者：杨艳霞、徐金桂、杨雄

(1)杨艳霞:毕业于中国政法大学,获博士学位。某高校法学院刑法教师。2003年开始在新起点司法考试讲台教授司法考试刑法习题课、考点精讲、法条串讲等核心课程,其对考生极其负责的态度,充分反映在了授课过程和图书的编辑过程。授课注重实用性、简洁性,教材编写也体现了重点突出、考点明确的特点,目前已经是司法考试辅导刑法学科的一线名师。和陈永生老师共同承担新起点刑法学的授课任务。

(2)徐金桂:对外经济贸易大学法学博士。司法考试辅导专家,主讲行政法。理论功底深厚,深谙考试规律。授课重点突出,思路清晰,针对性极强,擅长比较、总结行政法各部分相关理论知识点,强调将法理、法条与案例有机结合,帮助学员深刻领会行政法精神,切实掌握考试要诀,提高应试能力。激情澎湃感动司考课堂,真心奉献成就考生梦想。

(3)杨雄:北京大学诉讼法学博士,任教于北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院。自2004年至今已有7年的司法考试培训经验。理论功底扎实,深谙司法考试的命题规律,讲解重点突出,条理清晰。尤其善于总结诉讼法中的非典型现象,以表格式讲义为学员理清知识脉络,突破难点,指点迷津,赢得学员们的广泛赞誉。曾编著飞跃版《刑事诉讼法》一本通教材、《刑事诉讼法同步题解》、《三大诉讼法比较19讲》(修订版)等司考辅导用书。

第三本书:卷三。内容为司法考试试卷三的考试内容,具体为:民法、商法、民诉与仲裁。

作者:钟秀勇、司艳丽、侍东波

(1)钟秀勇:中国人民大学民商法学硕士,中国人民大学民商法学博士。具有多年司法考试辅导经验,主讲民法。善于把握考试重点,清楚解析考试难点。所授课程针对性强,不枯燥,自信为广大考生的好帮手。

(2)侍东波:毕业于中国政法大学,获博士学位。现任教于北京法官学院,2004年开始在新起点教授民诉,授课风格稳健、条理清晰。

第四本书:真题。策划:张合功。编著:新起点国家司法考试命题研究组

本书全称为《双排双练专题式历年真题详解》,内容为2006-2010年五年的真题及详细解析。本书分为三个部分:第一部分为五年的真题,按照考试顺序排列,题目后面不附答案,用于考生全面、完整进行真题训练;第二部分为专题式历年真题考点归类,每个知识点后面附有原真题,但没有答案和解析,便于考生自我检测;第三部分为五年真题的答案和解析,并按照年份排列,方便考生查阅。本书为目前市场上唯一一本双排双练真题详解,将极大地方便考生备考。

第五本书:重点法条组合。策划:张合功。编著:新起点国家司法考试命题研究组

内容为司法考试大纲规定的重点法条,囊括了市场上该类书的全部优点并自成体系,实用性极佳。

第六本书:法律法规。策划:张合功。编著:新起点国家司法考试命题研究组

本书以司法考试大纲的范围为依据,将司考所涉及的法律法规及司法解释全部收录其中,并且对其中的重点法条予以解读,本书编排科学合理,是考生复习备考、查阅研读必不可少的工具。

第七本书:论述题。作者:张合功。著名司法考试辅导专家,新起点学校校长,被学员称为“神奇的司考教父”。

《论述题模板法答题技巧训练》是新起点独创的、能够使学员用最少的投入而提分最快的一个卷四备考法门。该方法问世四年来,无数考生得益于该书而顺利过关,12小时的训练使得考生轻松提高分数20-50分,成为新起点备战司法考试的“独门暗器”。

上述七本书,是考生备战司法考试全功能系列丛书,是考生备战司法考试一本都不能少的丛书。同时,拥有这七本书也已经足以应付司法考试了。

新起点“七书战司考”系列丛书编写组
2011年1月

目 录

刑 法

第一讲 刑法概说	2
第二讲 犯罪论体系概述	13
第三讲 犯罪客体	20
第四讲 犯罪客观要件	22
第五讲 犯罪主体	32
第六讲 犯罪主观要件	41
第七讲 犯罪排除事由	52
第八讲 犯罪的未完成形态	63
第九讲 共同犯罪	73
第十讲 罪 数	90
第十一讲 刑罚的目的及体系	99
第十二讲 刑罚的裁量	110
第十三讲 刑罚的执行与消灭	127
第十四讲 罪刑各论概说	132
第十五讲 危害国家安全罪	137
第十六讲 危害公共安全罪	140
第十七讲 破坏社会主义市场经济秩序罪(上)	152
第十八讲 破坏社会主义市场经济秩序罪(下)	164
第十九讲 侵犯公民人身权利、民主权利罪	188
第二十讲 侵犯财产罪	205
第二十一讲 妨害社会管理秩序罪(上)	226
第二十二讲 妨害社会管理秩序罪(下)	240
第二十三讲 贪污贿赂罪	248
第二十四讲 渎职罪	262
第二十五讲 危害国防利益罪与军人违反职责罪	269
练习参考答案	270

刑事诉讼法

第一讲 刑事诉讼法概述	278
第二讲 刑事诉讼的基本原则	281
第三讲 刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人	287
第四讲 管 辖	296
第五讲 回 避	308



第六讲 辩护与代理	314
第七讲 证 据	324
第八讲 强制措施	344
第九讲 附带民事诉讼	361
第十讲 期间、送达	365
第十一讲 立 案	369
第十二讲 侦 查	372
第十三讲 起 诉	388
第十四讲 审判概述	399
第十五讲 第一审程序	409
第十六讲 第二审程序	435
第十七讲 死刑复核程序	446
第十八讲 审判监督程序	451
第十九讲 执 行	461
第二十讲 未成年人案件的诉讼程序	472
第二十一讲 涉外刑事诉讼程序与司法协助制度	476

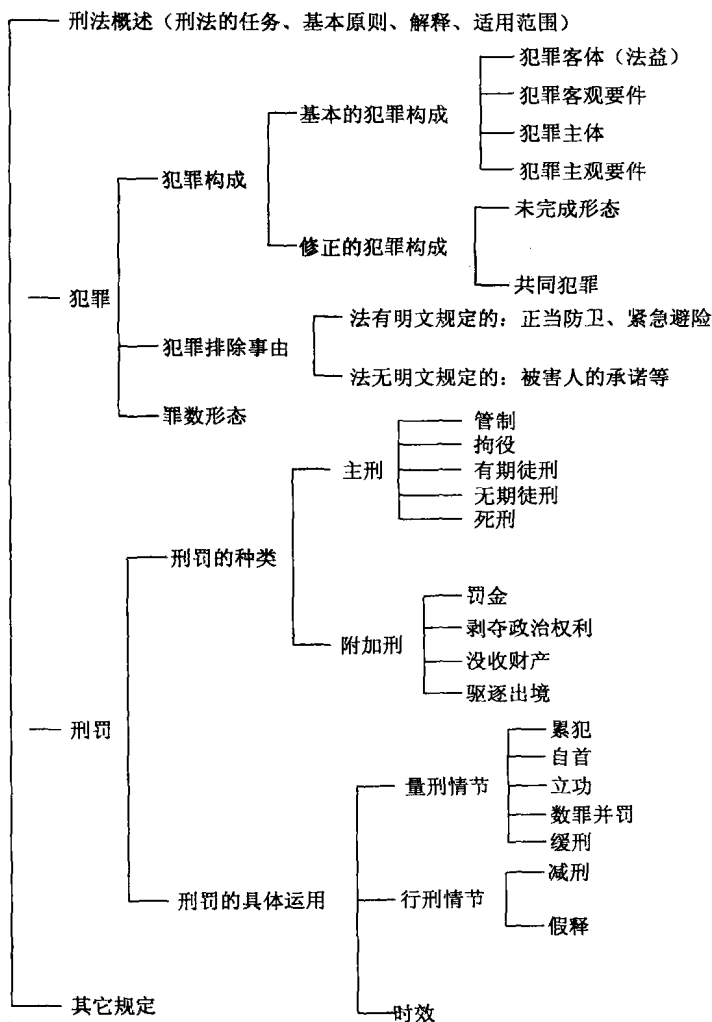
行政法

第一讲 行政法概述	482
第二讲 行政组织与公务员	488
第三讲 抽象行政行为	508
第四讲 具体行政行为概述	518
第五讲 行政许可	527
第六讲 行政处罚	539
第七讲 行政强制	554
第八讲 行政合同与行政给付	557
第九讲 行政程序与政府信息公开	560
第十讲 行政复议	566
第十一讲 行政诉讼概述	587
第十二讲 行政诉讼受案范围	590
第十三讲 行政诉讼管辖	599
第十四讲 行政诉讼参加人	607
第十五讲 行政诉讼程序	619
第十六讲 行政诉讼的特殊制度与规则	629
第十七讲 行政案件的 裁判与执行	647
第十八讲 国家赔偿概述	660
第十九讲 行政赔偿	665
第二十讲 司法赔偿	676
第二十一讲 国家赔偿方式、标准和费用	689

刑法

第一讲 刑法概说

刑法总则知识体系结构图



* 按照本丛书体例,本来是每个知识点都要标注“★”、“★★”、“★★★”标志。但本套书“刑法篇”所列的,已经全部是重要的考点了,不重要的,已经被舍去了。所以,本篇只在最重要的、出题率高的知识点上标注了“★★★”。这丝毫不表示其他知识点不重要。(作者注)

本讲是关于刑法的基础知识的,包括刑法的概念、性质、体系、基本原则、适用范围三部分。其对应法条是《刑法》总则第一章“刑法的任务、基本原则和适用范围”。

这部分内容看似不重要,实则很重要。要掌握刑法学,首先要掌握刑法的基本体系,它可以帮助我们建立对刑法的整体认识,有效消除学习时的茫然感。刑法的基本原则体现了刑法的精神,更是必须掌握的。掌握刑法的适用范围是正确适用刑法的前提,同样很重要。

从应对司法考试的角度讲,这部分内容也极重要。2006、2007、2009、2010 年都有相关题目,2008 年更是将罪刑法定原则出成了论述题。

一、刑法的概念、性质、体系及其解释

(一)刑法的概念与分类

刑法是以国家名义颁布的,规定犯罪及其法律后果(主要是刑罚)的法律规范的总和。刑法学则是以刑法为研究对象的一门社会科学。刑法的基本内容包括两部分:定罪与量刑。刑法的知识基本上都可以归入犯罪论或者刑罚论。犯罪论的知识是用于定罪的,刑罚论的知识是用于量刑的。掌握这一点非常重要。很多考生在头脑中没有明确区分定罪与量刑,因此在分析案例时也无法从定罪和量刑两方面进行分类分析和回答。

一定要区分定罪和量刑!

刑法可以分为刑法典、单行刑法、附属刑法。刑法典就是全国人大颁布的《中华人民共和国刑法》。单行刑法是国家以决定、规定、补充规定等名义发布的规定某一类犯罪及其后果或者刑法的某一事项的法律。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一般只是重申刑法典的内容,如“构成犯罪的,依法追究刑事责任”,并无刑法之外的特别规定。

(二)刑法的修改

我国在 1997 年修订了刑法后,又在 1998 年 12 月 29 日,由全国人大常委会颁布了《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,全国人大常委会颁布了《中华人民共和国刑法修正案》(以下简称“刑法修正案”),并于同日起施行。从那时至今,我国都是采用《刑法修正案》的方式对刑法进行修改。这是一种更科学的修改方式。至今,我国共颁布了七个刑法修正案。



【注意】

刑法修正案(七)已于 2009 年 2 月 28 日由第十一届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过,同日公布,自公布之日起施行。所以,大家应对刑法修正案(七)给予足够重视,仔细阅读。

【问题】是否只要采用了“决定”等名称,并由全国人大常委会颁布,就叫单行刑法?

单行刑法必须对刑法典进行了修改或补充,即增加、删除、修改了罪名或法定刑,否则就不是单行刑法。

(三)刑法的结构★★★

1.从形式上划分

刑法从形式上可以分为总则、分则和附则三个部分。概括地说,刑法总则是关于犯罪、刑事责任和刑罚的一般原理原则的规范体系,这些规范是认定犯罪、确定责任和适用刑罚所必须遵守的共同的规则。刑法分则是关于具体犯罪和具体法定刑的规范体系,这些规范是解决具体定罪量刑问题的标准。刑法总则与刑法分则的关系是一般与特殊、抽象与具体的关系。总则指导分则,分则是总则所确定的原理原则的具体体现,二者相辅相成。



【注意】

对于任何一个行为的认定,都必须综合考虑刑法总则和分则的相关规定,才能正确地定罪和量刑。

例如对于有自首情节的杀人犯,在量刑时就不能仅考虑刑法分则第 232 条的规定,还要同时考虑刑法总则第 67 条关于自首的量刑规定。对于 15 周岁的少年绑架人质,并没有杀害人质的,也不能仅根据分则第 239 条的规定定罪,而必须首先考虑总则第 17 条的规定,再决定能否定罪。

2. 从内容上划分

刑法有两大任务:定罪与量刑。相应地,刑法就包括两大部分内容:犯罪与刑罚。总则部分第二章是关于犯罪的规定,第三章、第四章是关于刑罚的规定;分则部分对每一个犯罪的规定都包括定罪与量刑两部分。因此,掌握刑法,首先要掌握定罪与量刑的概念,明白哪些规定是关于定罪的,哪些规定是关于量刑的。这样才能真正掌握刑法的知识体系,在学习时才能事半功倍。

(四)刑法的知识体系★★★

关于这部分内容,参见我们在本书开始给出的知识体系图。大家需要掌握的是各知识点之间的关系。整个犯罪论的知识点之间关系如下:犯罪论分为构成犯罪的和不构成犯罪的,其中不构成犯罪的就是正当防卫等正当行为;构成犯罪的又可以分为基本的犯罪构成和修正的犯罪构成。基本的犯罪构成就是一个人实施了一个行为,触犯了一个罪名,并且犯罪既遂的情况,它包括犯罪构成的四大要件。修正的犯罪构成包括犯罪没有完成的和数人共同犯罪的,即犯罪未完成形态与共同犯罪的内容。一罪与数罪则是对定罪中一些特殊情况的处理。

整个刑罚论可以分为刑罚的体系与刑罚的运用两大部分。刑罚的体系就是关于各刑种的规定,可以分为主刑与附加刑两大部分。刑罚的运用包括量刑情节与行刑情节两大部分。量刑情节包括自首、立功、累犯、数罪并罚、缓刑;行刑情节包括减刑、假释、追诉时效。

经过这样的分析,我们就把头脑中杂乱的犯罪论和刑罚论变成了井井有条的体系化的知识。

(五)刑法的解释★★★

按照法律效力,可以将刑法的解释分为三大类:立法解释、司法解释、学理解释。需要注意的是学理解释虽然没有法律上的约束力,但它对于刑事司法

乃至刑事立法都有重要的参考价值。

按照解释方法,可以将刑法解释分为两大类:文理解释和论理解释。文理解释是指根据刑法用语的文义以及通常使用方式阐释刑法意义的解释方法。论理解释是指参酌刑法产生的原因、理由、沿革及其他相关事项,按照立法精神,阐明刑法真实含义的解释方法。论理解释通常是超出刑法字面含义的,否则就是文理解了。因此,要严格限制论理解释。只有文理解释无法得出结论或者得出的结论明显不合理,甚至荒谬时,才能适用论理解释。



【例 1】

关于法律解释,以下说法正确的是:

- A. 只有全国人民代表大会才有权作立法解释
- B. 只有最高人民法院才有权作司法解释
- C. 学理解释没有法律效力,因此也没有价值
- D. 将“抢劫金融机构”缩小解释为“仅指抢劫金融机构的资金”是一种论理解释

【解析】根据《立法法》,具有法律解释权的是全国人大常委会。刑法现有的立法解释也都是全国人大常委会颁布的。我国的最高人民检察院也属于司法机关,它也可以制作司法解释。因此,最高人民法院和最高人民检察院(合称为“两高”)都有权作出司法解释。学理解释虽然没有法律上的约束力,但它对于刑事司法乃至刑事立法都有重要参考价值,尤其是学者对法律的解释,往往会推动法律的进步。故选项 A、B、C 都是错误的。选项 D 是正确的,因为如果按照字面解释,抢劫金融机构的办公用品也属于“抢劫金融机构”,最低也要被判处 10 年以上有期徒刑,这显然不是立法本意。所以根据立法本意将其限制解释为“仅指抢劫金融机构的资金”就是一种论理解释。

此外,还应注意扩大解释与类推解释的区分。扩大解释和类推解释都是超出法律条文字面含义的解释,如何区分扩大解释和类推解释一直都是刑事司法实践和理论研究中的难题。通说认为,扩大解释就是不超过公民预测可能性、体现法律真实含义的解释,类推解释则是超出公民预测可能性的解释。因此扩大解释不违反罪刑法定原则,是可以被接受的;类推解释则是违反罪刑法定原则的,是被禁止的。例如,将“金融机构”解释为包括运钞车,虽然扩大了法律条文的字面含义,但因为没有超出公民的预测可能性,因此仍属于扩大解释,可以被接受。反之,如果将“国家工作人员”解

释为包括村集体的干部,就超出了公民的预测可能性,属于类推解释了。但是,这些人在协助国家行政机关履行行政管理职能时,例如协助政府征税、协助政府管理集体所有的土地等时,由于他们是在履行行政管理的职责,因此又能够被作为国家工作人员对待(参见全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第 93 条第 2 款的解释》)。

【答案】D



【例 2】

根据《刑法》第一百一十一条的规定,为境外的机构、组织、人员非法提供国家秘密或者情报的,构成犯罪。司法解释将其中的“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”。这一解释属于下列何种解释:

- A. 补正解释
- B. 当然解释
- C. 反对解释
- D. 缩小解释

【解析】本题考查刑法解释。刑法解释分为:文理解释与论理解释。论理解释主要有:扩大解释、缩小解释、当然解释、反对解释和补正解释。补正解释是指在刑法文字发生错误时,统观刑法全文加以补正,以阐明刑法真实含义的解释方法。例如《刑法》第 63 条中的“以下”不包括本数,是补正解释。当然解释是指刑法规定虽未明示某一事项,但依形式逻辑、规范目的及事物属性的当然道理,将该事项解释为包括在该规定的适用范围之内。例如《刑法》原第 201 条规定“被税务机关给予二次行政处罚的除外”,可以认为因偷税被给予三次、四次行政处罚的也应该除外,这就是当然解释。反对解释是指依据刑法条文的正面表述,推导其反面含义的解释方法。《刑法》第 50 条规定,判处死缓在缓期执行期间没有故意犯罪的,二年期满后,减为无期徒刑。据此,缓期执行期间没有满二年的不得减为无期徒刑,这就是反对解释。缩小解释,即刑法条文的面通常含义比刑法的真实含义广,于是限制字面含义,使其符合刑法的真实含义。例如《刑法》第 111 条规定的“情报”限定为“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”,是缩小解释。

【答案】D

二、刑法的基本原则

刑法的基本原则是指刑法本身所具有的,贯穿

于刑法始终的,具有全局性、根本性的准则。刑法基本原则具有指导和制约全部刑事立法和刑事司法的意义。它是刑法精神的体现,必须得到普遍遵循。违反基本原则的定罪、量刑都是错误的。要掌握刑法,首先要掌握刑法的基本原则。

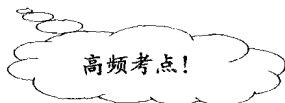
刑法的基本原则有三个:罪刑法定原则、适用刑法人人平等原则、罪刑相适应原则。近年的司法考试加强了对基本原则的考查,开始考一些较为深入的理论问题,对这一趋势应当予以重视。

需要指出的是:“主客观相统一原则”也是一个很重要的刑法原则。它要求我们在对一个行为进行评价时,既不能只看主观要素,也不能只看客观要素,而应当把二者结合起来。在定罪上,尤需强调这一原则。我们经常说的“反对客观归罪”、“反对主观归罪”都是这一原则的体现。虽然它没有被明文规定在刑法中,不属于法定的基本原则,但大家一定要掌握这一原则。

(一) 罪刑法定原则

【问题】

- (1) 罪刑法定是否只要求罪的法定?
- (2) 罪刑法定原则是否允许扩张解释?
- (3) 罪刑法定原则是否禁止一切类推解释? 是否禁止一切法律溯及既往?



1. 罪刑法定原则的含义及要求★★★

罪刑法定原则是刑法最重要的原则,其经典表述是“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”。

罪刑法定原则的含义是:什么是犯罪,有哪些犯罪,各种犯罪的构成条件是什么,有哪些刑种,各个刑种如何适用以及各种具体罪的具体量刑幅度如何等,均由刑法预先予以规定——即罪的法定和刑的法定。对于刑法没有明文规定为犯罪的行为,不得定罪处罚。对于刑法明文规定为犯罪的行为,必须依照刑法定罪处罚,不得法外开恩或法外施刑。

确立罪刑法定原则具有重大的意义,它不仅有利于维护社会秩序,也有利于保障人权。

西方学者提出,罪刑法定主义有四个派生原则,也就是四个要求。这就是:排斥习惯法;排斥绝对不定期刑;禁止有罪类推;禁止重法溯及既往。有的学

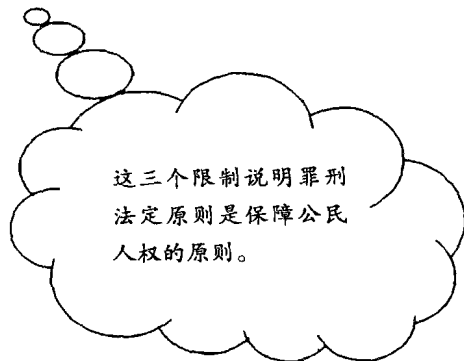
者还进一步提出明确性原则、严格解释原则、实体的正当程序原则等。我国学者对这些原则一般也予以肯定。



【注意】

请注意对派生原则的限制：

- (1) 不是彻底禁止不定期刑，而是禁止绝对的不定期刑；
- (2) 不是禁止一切类推，而是禁止有罪类推；
- (3) 不是禁止一切法律溯及既往，而是禁止重法溯及既往。



这三个限制说明罪刑法定原则的思想基础是民主与自由，其主要作用是保障人权。

2. 今年新增考点

2010 年的司法考试中，在罪刑法定原则部分出现了几个新名词。我们给大家解释一下。



【例 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)。”下列哪一选项与题干空格内容相匹配？(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

【解析】本题考查罪刑法定原则的具体内容。第 1 项，刑法禁止溯及既往，这显然是事前的罪刑法定。它是指刑法只能适用于它颁布以后的行为，不得溯及适用于它颁布以前的行为。第 3 项，禁止类推解释，这是严格的罪刑法定。它就是我们常讲的，对刑

法要进行严格解释，不得进行类推解释。所以，大家知道禁止类推解释，就应该知道要严格解释。

本题有些含糊的是第 2 项和第 4 项。第 2 项本来不含糊，排斥习惯法就是成文的罪刑法定。即，刑法必须是成文的。但是，成文的也可以说是确定的。而第 4 项“刑罚法规的适当”和“确定的罪刑法定”在字面上看起来就不一致。“适当”重在强调妥当，例如刑罚要适中，不得残虐等。“确定”重在强调“明确”，即法条的含义必须是明确的，不能是含糊的。那么，“偷一只鸡，处死刑”很明确、确定吧？但刑罚不适当。所以，从纯粹字面来看，考生很难认定刑罚法规的适当就是确定的罪刑法定。

第 4 项其实是关于罪刑法定原则的实质侧面的内容的。根据日本刑法的通说，这里的“适当”包含两个方面的内容：罪与刑的明确性（如法律文字要明确；不得有绝对不定期刑等）和刑罚的适当性（如刑罚不得残虐等）。

【答案】D



【注意】

这道题中提到的内容大家要掌握。尤其要注意“适当的罪刑法定”包含“内容确定的罪刑法定”和“刑罚适当的罪刑法定”两个内容。这是刑法理论的通说。

3. 罪刑法定原则在我国刑法中的确立

我国 1979 年刑法没有规定罪刑法定原则，相反却在其第 79 条规定了有罪类推制度。1997 年 3 月修订的刑法，从完善我国刑事法治、保障人权的需要出发，明文规定了罪刑法定原则，并废除了类推制度。这在我国刑法发展史上具有重要意义。

修订的《刑法》第 3 条规定：“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。”这一原则的价值内涵和内在要求，在整部法典中得到了较为全面、系统的体现。

关于罪刑法定原则的具体要求，我们来看一道题目：



【例 4】

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,但仅要求定罪的明确性,量刑不必明确,可由法官进行自由裁量。

【解析】本题理论性较强,涉及很多理论术语。本题主要考查了现代的罪刑法定原则的要求。罪刑法定原则从产生至今,内容发生了很大变化。包括:①产生了明确性原则;②允许有利于被告的类推解释;③允许有利于被告的溯及既往;④允许宣告刑的相对不定期。

选项 A 前半句话是错误的。现代罪刑法定原则禁止类推解释(有利于被告的类推解释例外),但不禁止扩大解释。通说认为,扩大解释就是不超过公民预测可能性、体现法律真实含义的解释,类推解释则是超出公民预测可能性的解释。

选项 B 显然是错误的。罪刑法定原则并不仅仅是约束司法机关的原则,立法机关也要受其约束。

选项 C 是正确的,这就是刑法在溯及力问题上的“从旧兼从轻原则”。

选项 D 是错误的。罪刑法定原则不仅要求定罪的明确性,也要求量刑的明确性。法官的自由裁量权也必须在法律明确规定的范围内行使。

【答案】C

(二)平等适用刑法原则

《刑法》第 4 条规定:“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。”法律面前人人平等是我国宪法确立的社会主义法治的基本原则。它是指适用法律平等,而不是指立法平等。

平等适用刑法体现在刑事司法的各个方面。它要求平等地保护所有人的合法权益,平等地追究所有犯罪的人的刑事责任。它包括定罪平等、量刑平等和行刑平等。



【例 5】

清华大学学生刘某某伤熊案件发生后,社会各界议论纷纷,很多人认为应该从重处罚刘某某。但是,2002 年 4 月 30 日,北京市西城区人民法院判决被告人刘某某故意毁坏财物罪,免于刑事处罚。

(1)请问法院这样判决是否违反平等适用刑法

原则?是否说明刘某某拥有法外特权?

【解析】法院这样判决没有违反平等适用刑法原则。法院判决刘某某定罪免刑的理由是其真诚悔罪,平时表现也较好,因此人身危险性、再犯可能性都较小,所以判决其定罪免刑。法院不是因为刘某某是清华大学的学生而网开一面的。因此这一判绝不是基于某人的身份、地位而给予他的特权或歧视,并不违反平等适用刑法原则。

【答案】法院这样判决不违反平等适用刑法原则,不能说明刘某某拥有法外特权。

(2)假设有很多人认为刘某某年轻而有才华,如果坐牢就太可惜了,因此请求法院对其违法轻判,请问法院能否这样做?为什么?

【解析】法院不能这样做。这样做既违反罪刑法定原则,也违反平等适用刑法原则。罪刑相适应原则虽然强调在量刑时要考虑被告的人身危险性,但量刑首先应遵守罪刑法定原则的要求。如果因为一个人有才华就可以轻判,那就无法平等适用刑法了,会带来社会的不公正。

【答案】法院不能这样做

(三)罪刑相适应原则

【问题】

(1)罪刑相适应原则是否只要求刑罚与罪行轻重相适应?

(2)罪刑相适应原则是否只是量刑的原则?

1. 罪刑相适应原则的含义★★★

指刑罚的轻重应与犯罪的轻重相适应。它是关于量刑的基本原则,但又不仅仅适用于量刑。

罪刑相适应原则是我国刑法中一项非常重要的基本原则。它的法条原文是:“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。”其基本含义是:刑罚的轻重,不仅应当与犯罪分子所犯罪行相适应,而且应当与其承担的刑事责任相适应。

我国刑法中的罪刑相适应原则包含了刑事古典学派主张的罪刑相适应原则和刑事近代学派主张的刑罚个别化原则。刑罚的轻重与罪行相适应,体现的是报应观念,要求刑罚的轻重与犯罪行为的法益侵害性相适应,也就是重罪重判,轻罪轻判。刑罚的轻重与刑事责任相适应,体现的是预防观念,要求刑罚的轻重与犯罪人的人身危险性相适应。这就是刑事近代学派主张的刑罚个别化原则。该原则

认为量刑的标准不是罪犯所犯之罪的轻重,而是罪犯人身危险性的大小,因为人身危险性的大小体现罪犯的再犯可能性的大小。因此量刑时要具体根据每个人的人身危险性大小来裁量——刑罚个别化。因此,我国刑法关于罪刑相适应原则的规定,反映了报应与预防相统一的刑法观念。当然,这种统一并非平分秋色,而是有所侧重的。这就是以报应为主,以预防为辅。刑罚首先要与罪行相一致,在此范围内才能根据人身危险性进行轻重调节。

2. 罪刑相适应原则的具体要求★★★

罪刑相适应原则不是“同罪同罚”。它要求在量刑时除了考虑犯罪行为本身的轻重外,还要考虑行为人的危险性,即再次犯罪的可能性(再犯可能性)。具体来说,它要求:

(1)在量刑时要实现“三个相适应”,兼顾“行为”和“行为人”。

要以客观行为的侵犯性与主观意识的罪过性相结合的社会危害程度,以及犯罪主体再次犯罪的危险程度,作为刑罚的尺度。换言之,刑罚既要与犯罪性质相适应,又要与犯罪情节相适应,还要与犯罪人的危险性相适应。

(2)在立法方面、司法(量刑)方面、执法(行刑)方面都要体现罪刑相适应原则。

①在立法方面,我们已经确立了科学严密的刑罚体系、区别对待的处罚原则、轻重不同的量刑幅度。

②在司法方面,要求重视量刑活动,纠正重刑主义,实现地区之间的量刑平衡。

③在执法(行刑)方面,要求在行刑中合理地运用减刑、假释等制度,根据罪犯人身危险性的消长不断改变刑罚的执行方式,即在行刑中也要体现罪刑相适应原则。



【例 6】

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”

【解析】在刑法学习中,一定要区分“罪刑”和“罪行”。“罪刑”是指犯罪和刑罚,“罪行”仅指一个人所犯之罪。罪刑法定原则和罪刑相适应原则都是“罪与刑”法定或相适应,因此不能写成“罪行”。

这种填空题有一个简单答法,就是先填空,再做题。该题应这样填空:“我国刑法规定了罪刑法定原则,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’;刑法同时规定了罪刑相适应原则,即刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应;死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。”

【答案】D

三、刑法的适用范围

刑法的适用范围也称为刑法的效力范围,包括刑法在空间上的效力和在时间上的效力。

(一)刑法的空间效力

【问题】

(1)区分国内犯和国外犯的标准是什么?

(2)根据我国刑法,对同一个案件,有无可能同时根据两种原则进行管辖?

1. 概念

刑法的空间效力所解决的是一国刑法在什么地域、对什么人适用的问题。要掌握刑法的管辖原则,需要先了解两个概念:国内犯和国外犯。发生在本国领域内的犯罪称为国内犯,我国对国内犯的适用原则是属地管辖原则。发生在本国领域外的犯罪称为国外犯,我国对国外犯根据三种不同情况确定了三种不同的适用原则,即属人管辖原则、保护管辖原则和普遍管辖原则。考查重点是那些看起来能同时根据几种管辖原则进行管辖的案件的管辖。根据我国刑法的规定,一个案件只能根据一种管辖原则进行管辖。

2. 管辖原则

我国刑法以属地管辖原则为主,兼采属人管辖原则和保护管辖原则,并有保留地采用普遍管辖原则。

3. 分述★★★

表 1-1 管辖原则比较

名称	适用对象	难点突破
属地管辖原则	(1) 在中国境内犯罪 (2) 任何人 注意: 享有外交特权和豁免权的人除外; 港澳台地区除外	(1) 犯罪的行为或结果有一项发生在我国境内, 就视为在我国境内; (2) 飞机、船舶无论在哪里, 均视为在我国境内
属人管辖原则	(1) 在中国境外犯罪 (2) 中国人	必须是中国人在中国境外犯罪
保护管辖原则	(1) 在中国境外犯罪 (2) 外国人 (3) 对中国国家或公民犯罪	还必须(1) 依据犯罪地法律和我国法律均构成犯罪; (2) 法定最低刑为三年以上有期徒刑
普遍管辖原则	(1) 国际罪行 (2) 我国签署的国际条约承诺承担管辖义务	既是权力, 又是义务

从此表可以清晰看出, 各管辖原则之间并不冲突。

(1) 属地管辖原则: (《刑法》第 6 条)

◆ 适用条件: 在我国领域内犯罪的。这是关于空间效力的基本规定。只要在我国领域内犯罪, 无论其国籍如何, 均受我国刑法的管辖;

◆ “领域”包括我国的领陆、领水、领空, 我国的航空器和船舶;

◆ 犯罪的行为或结果有一项发生在我国领域内就属于在我国领域内犯罪;

◆ 在国际列车上犯罪的, 按我国与相关国家签订的管辖协定管辖。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。所以, 并不是都由我国法院管辖。

(2) 属人管辖原则: (《刑法》第 7 条)

◆ 适用条件: 我国公民在国外犯罪的;

◆ 我国国家工作人员和军人在国外犯罪的, 无论罪行轻重, 一律适用本法;

◆ 一般公民在国外犯罪的, 适用本法, 但按刑法规定法定最高刑为三年以下有期徒刑的, 可以不予追究。

(3) 保护管辖原则: (《刑法》第 8 条)

◆ 适用条件: 外国人在外国对我国国家和人民犯罪的;

◆ 必须在犯罪地也属于犯罪;

◆ 必须属于按我国刑法规定法定最低刑为三年以上有期徒刑的犯罪。

(4) 普遍管辖原则: (《刑法》第 9 条)

◆ 适用条件: 国际条约所规定的国际犯罪, 如贩毒罪、劫持民用航空器罪、实施恐怖活动罪等;

◆ 既是权力, 也是义务。只要这样的犯罪嫌疑人出现在我国领域内, 我国就应当对其行使刑事管辖权;

◆ 其结果是或起诉或引渡。如果在我国起诉, 适用我国刑事诉讼法和刑法。



【注意】

根据我国刑法的规定, 各个管辖原则之间并不冲突。对于同一个案件, 只能根据同一个原则进行管辖。例如对在我国领域内犯罪的外国人, 就只能适用属地管辖原则进行管辖, 因为只有对在国外犯罪的外国人才可以适用保护管辖原则或普遍管辖原则进行管辖。



【例 7】

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

【解析】本题考查了刑法的适用范围中属地管辖原则的适用。对该原则, 要掌握以下几点: (1) 我国的领域包括领陆、领水、领空和我国的航空器和船舶, 不管它们在哪里; (2) 外国人在我国犯罪的, 一律适用属地管