

飞跃版

因为专业 所以卓越

2011

国家司法考试 教材一本通 刑法

罗翔 \ 编著

荟集一线辅导名师，融**法理、法条、真题**三大司考
备战元素于一体的**教材新革命**，突出重难点及高频考点。
减轻复习压力，替代高额培训，提升司考备战**新境界**！

“基础知识、理论深度、重视真题、一点常识”，是司法考试刑法学科的
必胜之道。

— 罗翔

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

2011 国家司法考试

教材一本通

刑法

罗翔 \ 编著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法/罗翔编著. —北京: 中国法制出版社,
2010. 10

(2011 国家司法考试教材一本通)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2248 - 2

I. ①刑… II. ①罗… III. ①刑法 - 中国 - 法律工作者 - 资格考核 - 自学参考资料 IV. ①D924

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 195418 号

策划编辑 马颖

责任编辑 林晓路

封面设计 周黎明

2011 国家司法考试教材一本通

刑 法

XING FA

编著/罗翔

经销/新华书店

印刷/煤炭工业出版社印刷厂

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2010 年 11 月第 1 版

印张/20 25 字数/422 千

2010 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2248 - 2

定价: 43.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网 址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66010678

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

2011 第六版

抓主线 熟重点 考过关

——《2011 国家司法考试教材一本通》出版前言

司法考试是一种资格考试，考 360 分和考 600 分的结果是一样的，成功与否，实质的衡量标准只有一个——“过关”。复习司法考试的方法有很多，主线只有三条——法理、法条、真题，对此，无论是通过还是未通过司法考试的考生，都有切身体会——不通法理、不熟法条、不练真题，司考通关，难！

要做到这三条，也绝非易事。“通法理”，司法考试传统教材浩如烟海，看完一遍都难，更不要说读懂读通。“熟法条”，司法考试考纲范围内的法规超过 250 件，字数超过 200 万，看过就忘也在情理之中。“练真题”，从 2002 年算起九届司法考试真题超过 2000 道，做不完也是很自然的事情。所以，司法考试过关的经验只有一个——抓住三大主线，熟悉考试重点，该记的反复背，该舍弃的大胆舍弃，把精力用在刀刃上，才能成功！

什么才是刀刃？如何准确抓住主线，找到重点？——让本书来告诉你

- ★ **一线名师**——写作本书的老师多年从事司考辅导，只有他才能帮你准确筛选重点法理、梳理重点法条、讲解经典真题。
- ★ **真题自测**——在复习之前，做一做 2010 年的真题，这是自我检测对本课内容掌握到什么程度的最好方法，找一找对本课的感觉，自由决定复习力度。
- ★ **法理全析**——摒除司考传统教材冗长的叙述，让你集中精力复习真正的考点，常考的加黑让你记住。
- ★ **重点法条**——删除根本不会考的法条，仅保留常考的、可考性强的法条。同样是复习过一遍法条的，你对法条记忆的准确率一定比别人高。
- ★ **真题精选**——复习完一课后，做一做课后的真题精选，这些真题已经反复甄选过，重复的一概没要，经典的一题不漏，正好检测一下复习的效果，补弱固强。

复习之余，来我们的博客吧，和本书的老师、考友们一起讨论 2011 年的重点！敬请登陆我们的博客：“司法考试九星连珠”，<http://blog.sina.com.cn/bjb2bjb2>。

中国法制出版社

在基础上追求深度

刑法在司法考试中所占的比重比较大，每年大概是80分左右。从最近几年的司法考试来看，刑法学测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，但其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2010年试题考查的刑法解释、正当防卫、共同犯罪、假释减刑、抢劫等财产刑犯罪，历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中最核心、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。不求甚解的强记法条、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职业工作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，其他所有试题，均需在法条基础上对其蕴涵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、抢劫、绑架等罪的区别，看似非常基础的知识，但这里可做的文章非常之多。比如每年关于盗窃与侵占的区别，这考查的就是对刑法中“占有”这个概念的理解，这是一个理论性非常强的问题，光看法条、背诵概念，很容易就掉进出题人设计的陷阱。

另外，再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。

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、2009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的停留在对真题答案的认识，而一定要了解真题所涉及的相关知识与法律规定。如2006卷二单选题5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。也许考生觉得这个文件考的有点偏，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，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年刑法试题考查了单位骗取贷款的处理，也直接依据的是上述纪要的观点（以合同诈骗罪的单位犯罪论处）。因此对于这个文件，考生怎么能不高度重视呢？

4. 一点常识

按理来说，这个问题没有什么可谈的，但是在刑法学试题中，经常有考生是因为常识问题失分。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。比如每年关于因果关系的考查，完全就可以按照常理做题。再如2005年有道试题考的是一个国家工作人员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一起勾结，侵吞本公司财务，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深度，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。

罗翔

目 录

第一课 刑法概说	1
第1讲 刑法的基本知识	2
☆重 点 刑法的解释	
第2讲 刑法的基本原则	4
☆重 点 罪刑法定原则	
罪刑相适应原则	
第3讲 刑法的适用范围	6
☆重 点 刑法的空间效力	
刑法的时间效力	
 第二课 犯罪概说	 13
 第三课 犯罪构成	 15
第1讲 犯罪构成概述	16
第2讲 犯罪客体	17
第3讲 犯罪客观要件	19
☆重 点 不作为	
因果关系	
第4讲 责任能力	24
☆重 点 刑事责任年龄	
刑事责任能力	
第5讲 犯罪主观要件	26
☆重 点 犯罪故意	
犯罪过失	
☆难 点 认识错误	
第6讲 责任阻却事由	32
 第四课 犯罪排除事由	 40
第1讲 正当防卫	41
☆难 点 防卫过当	

特殊防卫

第2讲	紧急避险	44
第3讲	其他排除犯罪事由	45
	☆难点 被害人承诺	
第五课	故意犯罪形态	49
第1讲	概述	50
第2讲	犯罪预备	50
第3讲	犯罪未遂	52
第4讲	犯罪中止	53
第六课	共同犯罪	57
第1讲	共同犯罪概说	58
第2讲	共同犯罪的形式	62
第3讲	共同犯罪的分类	63
	☆重点 主犯	
	从犯	
	胁从犯	
	教唆犯	
第4讲	共同犯罪的复杂问题	66
第七课	单位犯罪	71
第八课	罪数	75
第1讲	罪数理论	76
	☆重点 实质的一罪	
	法定的一罪	
	处断的一罪	
第2讲	法律和司法解释的特别规定	82
第九课	刑罚体系	87
第1讲	刑罚概说	88
第2讲	主刑	88
第3讲	附加刑	91
第4讲	非刑罚处罚方法	94
第十课	刑罚的裁量	100
第1讲	量刑情节	101

第2讲	累犯、自首和立功	103
第3讲	量刑制度	107
☆重点	数罪并罚 缓刑	
第十一课	刑罚的执行和消灭	118
第1讲	减刑和假释	119
第2讲	时效	121
第十二课	分则概述	125
第十三课	危害国家安全罪	127
☆重点	非实行行为的实行化	
第十四课	危害公共安全罪	129
☆对比记忆	危险方法类犯罪与故意杀人、故意伤害等罪的区别	
☆重点	破坏公用设施类犯罪与盗窃等罪的想象竞合情况 非法出租、出借枪支罪 交通肇事罪	
第十五课	破坏社会主义市场经济秩序罪	142
第1讲	生产、销售伪劣商品罪	144
第2讲	走私罪	148
第3讲	妨害对公司、企业的管理秩序罪	151
☆重点	非国家工作人员受贿罪	
第4讲	破坏金融管理秩序罪	155
☆重点	持有、使用假币罪 洗钱罪	
第5讲	金融诈骗罪	162
☆重点	贷款诈骗罪 信用卡诈骗罪 保险诈骗罪	
第6讲	危害税收征管罪	167
第7讲	侵犯知识产权罪	171
第8讲	扰乱市场秩序罪	175
第十六课	侵犯公民人身权利、民主权利罪	185
☆重点	故意杀人罪 强奸罪 非法拘禁罪	

绑架罪
拐卖妇女、儿童罪

第十七课 侵犯财产罪 203

☆重 点 抢劫罪
敲诈勒索罪
盗窃罪
诈骗罪
侵占罪

第十八课 妨害社会管理秩序罪 237

第1讲 扰乱公共秩序罪 239

☆重 点 妨害公务罪
计算机犯罪
寻衅滋事罪

第2讲 妨害司法罪 249

第3讲 妨害国（边）境管理罪 254

第4讲 妨害文物管理秩序罪 256

第5讲 危害公共卫生罪 258

第6讲 破坏环境资源保护罪 260

第7讲 毒品犯罪 265

☆重 点 非法持有毒品罪

第8讲 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪 270

☆重 点 强迫卖淫罪

第9讲 制作、贩卖、传播淫秽物品罪 272

第十九课 贪污贿赂罪 281

☆重 点 贪污罪
挪用公款罪
受贿罪

第二十课 渎职罪 302

☆重 点 玩忽职守罪
徇私枉法罪

附章 主观题高分突破指南 310

第一课 刑法概说

本课 2006 - 2010 考点分值分布^①

课程	2010	2009	2008	2007	2006
刑法概说	罪刑法定原则 (1 分)	刑法的解释 (1 分)	刑法的解释 (1 分)、罪刑法定 原则 (35 分)	刑法的空间效 力 (2 分)	罪刑法定原则 (36 分)、刑法的 解释 (1 分)



2010 年真题自测

“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？[2010/2/1, 单选]

- 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

【考点】罪刑法定原则

【解析】禁止溯及既往，是指犯罪及刑罚必须在行为前预先规定，刑法不得对在其公布、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。

^① 注：本分值统计可能存在交叉，一是由于与总则部分结合考查的情况比较多，二是由于分则部分往往采用综合考查方式，一道题可能考查多个罪，也可能考查不同罪的区别和联系。另外，罪数问题因为主要涉及分则问题，所以没有专门统计。以下各章分值统计表与此相同。



重点知识

刑法的解释 罪刑法定原则 空间效力的适用原则 从旧兼从轻原则 溯及力和既判力

第 1 讲 刑法的基本知识

一、刑法的概念和性质

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：其一规定何种行为属于犯罪；其二规定犯罪的法律后果，这主要是刑罚。根据刑法的定义，当前我国刑法的表现形式包括 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（即《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》）。

刑法具有区别于其他法律的特性：

- (1) 刑法是规定犯罪及其法律后果的法律规范，而其他法律规定的都是一般违法行为及其法律后果。
- (2) 一般部门法都只是调整和保护某一方面的社会关系，而刑法所调整和保护的社会关系相当广泛。
- (3) 一般部门法对一般违法行为也适用强制方法，但其严厉程度通常轻于刑法所规定的刑罚。
- (4) 刑法具有补充性，即只有当一般部门法不能充分保护某种社会关系时，才由刑法保护；只有当一般部门法还不足以抑制某种危害行为时，才适用刑法。
- (5) 刑法是其他法律的保障法，即其他法律调整的社会关系和保护的合法权益，也都借助于刑法的调整和保护。

二、刑法的目的和机能

我国《刑法》第 2 条规定：“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。”

从这个条文可以看出，刑法的目的是为了保护法益，犯罪侵害了国家法益、社会法益、个人法益，通过刑罚对犯罪进行制裁，就是为了保护法益。

一般认为，刑法的机能可以表述为两个方面：

其一，保护机能，即保护法益的机能。刑法规定了犯罪与刑罚，对侵犯法益的犯罪行为进行禁止。

其二，保障机能，即保障人权的机能。刑法必须保障公民的人权不受刑罚权的不当侵害，因此刑罚权的行使必须遵循刑法的规定，受到罪刑法定原则和责任主义的限制。

三、刑法的解释

刑法的解释有两种分类：

（一）按照解释的效力分类，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以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的约束力，但对刑事立法以及刑事司法有重要的参考作用。

(二) 按照解释的方法，将刑法解释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、标点符号等从文理上所作的解释。文理解释是首选的解释方法。

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的解释。主要的论理解释有如下一些：

(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解释，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，却允许扩张解释。

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；而类推解释则将产生新的规则，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，则故意杀害精神病人就不构成犯罪了，这种解释就完全偏离了法本身所要追求的公平和正义，使得法律成为了“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）显然也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。

第2讲 刑法的基本原则

一、罪刑法定原则

罪刑法定是法治国家最重要的原则，是司法考试的绝对重点。对于这个考点，要注意如下问题：

1. 含义

《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。”据此，在中国刑法中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，指的就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概念，这在司法考试中也曾经出现过（2005年试卷）。

2. 理论依据

罪刑法定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，三权要保持分立与平衡。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诸于世，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。这些考生了解即可。

3. 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的轨道之下，它有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，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，行政法规、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，虽然行政法规规章不能直接规定犯罪和刑罚，但它可以对构成要件的某些方面进行填补。如《刑法》第341条第2款规定：“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，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。刑法不能溯及既往，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溯及既往，这符合罪刑法定原则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，因为解释与立法的程序是不同的。

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，但是人却是有区别的，因此每个罪犯所需要的矫正是无法事先确定的。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。比如法官对行为人处盗窃罪，判处有期徒刑3到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。减刑、假释的决定机关必须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。不定刑是指法律本身对刑罚的规定是不确定的。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，而后者如中国古代刑法中的“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应是“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作犯罪处理；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”，罪刑相适应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的尊严，也属禁止之列。

二、罪刑相适应原则

《刑法》第5条规定：“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。”这就是罪刑相适应原则，也即重罪重刑，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1万元一般要重于盗窃1000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。

三、刑法面前人人平等原则

刑法面前人人平等也是中国刑法的一个基本原则，对此原则只须掌握我国刑法所说的平等是司法平等，而不包括立法平等。该原则在刑事司法活动中体现为定罪、量刑、行刑上一律平等。

第 3 讲 刑法的适用范围

一、刑法的空间效力

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时，即便经过外国审判的，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。

（一）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；其二是遍在地主义。这在司法考试中也常有出现。

1. 旗国主义

中国的船舶和航空器属中国领域，凡在我国船舶或者航空器内犯罪的，均适用我国刑法。根据相关司法解释，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的，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. 遍在地主义

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，那么对所有共犯人都可认定在中国境内犯罪，这在司法考试中考查了多次。

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——只在战争状态或紧急状态下适用本法；
- （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了。

（二）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。重罪管辖有两个例外：其一，刑法的表述是“可以不予追究”，那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。其二，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。基于这些例外，所以叫做“相对”重罪管辖。

（三）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的情形。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，我国刑法则也没有管辖权。

（四）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。

二、刑法的时间效力

刑法的时间效力即刑法在何时生效、在何时失效以及对其生效前的行为有无追溯效力。其中最主要的是刑法的溯及力问题。我国现行《刑法》从1997年10月1日生效，对它生效以前的行为采从旧兼从轻原则。所谓“从旧”，也就是原则上对刑法生效以前的行为依照当时的法律定罪处罚，新法没有溯及力，因此，当新旧刑法对某种行为处刑完全相同时，对于旧法时代发生的案件，只能适用旧刑法的