

· 2011年版 ·



# 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



2011年版

依《刑法修正案（八）》修订

# 国家司法考试 刑法要义



中国政法大学出版社

2011·北京

## 图书在版编目 (CIP) 数据

国家司法考试刑法要义: 2011年版 / 柏浪涛编著. —北京: 中国政法大学出版社, 2011. 4

ISBN 978-7-5620-3927-3

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(2011)第064395号

- 
- 书 名 国家司法考试刑法要义 GUOJIA SIFA KAOSHI XINGFA YAOSHI  
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 固安华明印刷厂
- 规 格 787×1092mm 1/16
- 印 张 16.75
- 字 数 370 千字
- 版 本 2011 年 5 月第 1 版 2011 年 5 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-3927-3/D·3887
- 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。

前言

Preface

## 告别纠结

——从温和的新理论开始

广大考生对刑法的印象是：分值很大，争议很多，纠结不已。实际上，所有纠结均源于理论立场的选择失误。

自2006年始，司考刑法已经摒弃前苏联旧理论，而采用德日新理论。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。学的与考的不一致，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2006/2/2）。

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2008/2/4）。

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2007/4/2）。

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2006/2/60）。

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，但因投入方向错误而最终徒劳，让人不禁唏嘘。

本书的第一目标是，带领大家，走出泥沼，走上新理论的轨道，像命题人那样去思考。

本书的第二目标是，实践通关公式：“学习本书 + 多做模拟题 = 考试通过”。现在这个社会，大家都很忙，而复习资料又过多。本书采取打包策略，将讲义教材、法条及司法解释、历年真题解析三项整合为一本书。作者敢于承诺，看完本书，再多做些高质量的模拟题，就等于考试通过。

本书提供的是一种快餐式通关服务，力求用最少的篇幅涵盖新理论视野中的基本考点，只求开门见山、刀下见菜，专为复习时间有限、目标仅为通过的同仁量身定做。

时间就像一把杀猪刀，犀利而无情。愿大家在九月刀光过后，收获遍地菊花。

柏浪涛

2011年5月

## 复习指引

### 一、推荐教材

周光权著：《刑法总论》、《刑法各论》（中国人民大学出版社 2011 年版，也即第 2 版）和张明楷著：《刑法学》（法律出版社 2011 年版，也即第 4 版）。

这两套教科书是大陆法系先进理论与中国司法实践相结合的经典之作，也是我国司法考试理论观点的权威依据。这两套教科书近期即将上市，敬请关注。

本书完全秉承并受益于这两套教科书的理念精神，在此向两位恩师深表谢忱。

### 二、理论立场

虽然本书奉行新理论，但新理论内部有温和与彻底之分。司法考试从旧理论转型到新理论，采取渐进道路，目前的命题立场是温和的新理论。所以，本书的立场是温和的新理论。

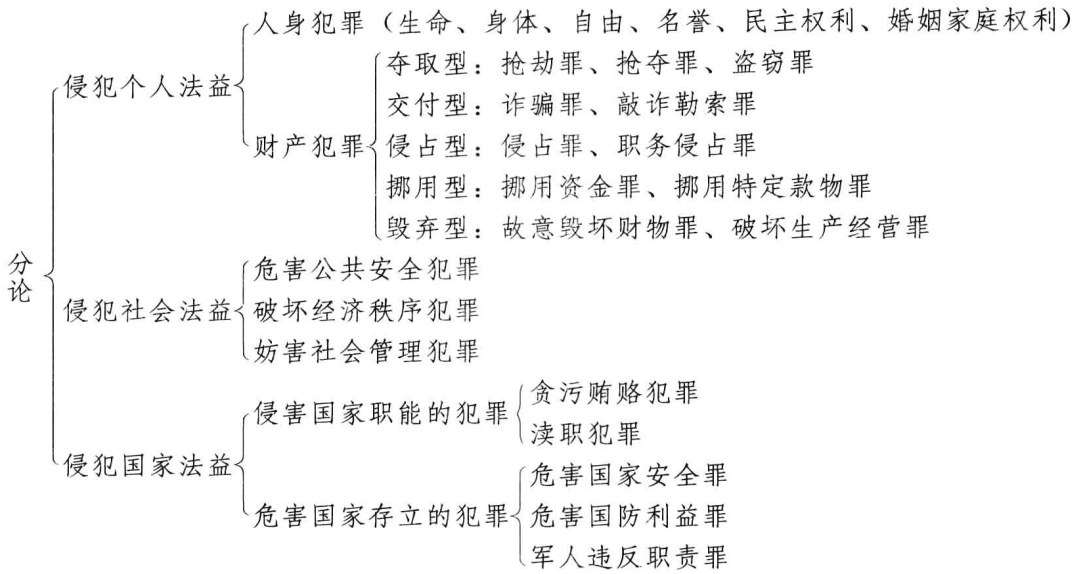
### 三、法条和真题

1. 法条引用。对于刑法典条文，原文引用。对于司法解释，对其中重要条文，原文引用，对繁琐规定，总结要点。至于司法解释的文件名，有的过于冗长，与考试无关，不作交代。

2. 真题引用。对于历年真题，全部引用并解析。由于不定项选择题、案例分析题、论述题涉及考点具有综合性，集中放在书的最后。

### 四、知识体系

- 刑法绪论：刑法的解释，刑法的基本原则，刑法的效力
- 总论 { 犯罪论
  - 1. 客观要件：行为主体，危害行为，因果关系
  - 2. 客观阻却事由：正当防卫，紧急避险，被害人承诺等
  - 3. 主观要件：犯罪故意，犯罪过失，无罪过事件，事实认识错误
  - 4. 主观阻却事由：责任年龄，责任能力，违法性认识可能性，期待可能性
  - 5. 犯罪形态：犯罪预备，犯罪未遂，犯罪中止
  - 6. 共同犯罪：成立条件（共同行为、共同故意），理论分类（正犯、共犯），法定分类（主犯、从犯、胁从犯），特殊问题（共犯与身份、共犯与认识错误、共犯与犯罪形态）
  - 7. 罪数：实质一罪，法定一罪，处断一罪，数罪
- 刑罚论 {
  - 1. 刑罚的体系：主刑，附加刑
  - 2. 刑罚的裁量：量刑情节，累犯，自首，立功，数罪并罚
  - 3. 刑罚的执行和消灭：缓刑，减刑，假释，时效，赦免



## Contents

## 目录

## 前言 告别纠结

——从温和的新理论开始 / I

## 复习指引 / II

## 上编 刑法总论

<b>第一章 刑法绪论</b>	/1	考点三 违法性认识错误	/46
考点一 刑法的解释	/1	<b>第九章 犯罪未完成形态</b>	/50
考点二 刑法的基本原则	/4	考点一 犯罪预备	/50
考点三 刑法的效力	/6	考点二 犯罪未遂	/50
<b>第二章 犯罪构成</b>	/9	考点三 犯罪中止	/54
<b>第三章 行为主体</b>	/13	<b>第十章 共同犯罪</b>	/62
考点一 自然人	/13	考点一 共同犯罪的成立条件	/62
考点二 单位犯罪	/14	考点二 共同犯罪的理论分类	/65
<b>第四章 不作为犯</b>	/16	考点三 共同犯罪的法定分类	/70
考点一 作为与不作为的关系	/16	考点四 共同犯罪的特殊问题	/71
考点二 不作为犯的成立条件	/17	<b>第十一章 罪数</b>	/81
<b>第五章 因果关系</b>	/21	考点一 实质的一罪	/82
考点一 条件说	/21	考点二 法定的一罪	/83
考点二 相当说	/22	考点三 处断的一罪	/84
<b>第六章 客观阻却事由</b>	/27	考点四 数罪	/85
考点一 正当防卫	/27	<b>第十二章 刑罚的体系</b>	/88
考点二 紧急避险	/32	考点一 主刑	/88
考点三 其他客观阻却事由	/33	考点二 附加刑	/91
<b>第七章 主观要件</b>	/35	<b>第十三章 刑罚的裁量</b>	/96
考点一 罪过形式的区分	/35	考点一 量刑情节	/96
考点二 事实认识错误	/40	考点二 累犯	/96
<b>第八章 主观阻却事由</b>	/45	考点三 自首	/97
考点一 责任年龄	/45	考点四 立功	/100
考点二 责任能力	/46	考点五 数罪并罚	/101

<b>第十四章 刑罚的执行和消灭</b>	/106	考点三 假释	/109
考点一 缓刑	/106	考点四 追诉时效	/111
考点二 减刑	/108	考点五 赦免	/112

## 下编 刑法分论

<b>第十五章 分论概说</b>	/116	考点三 盗窃罪	/186
考点一 罪状与罪名	/116	考点四 诈骗罪	/193
考点二 注意规定与法律拟制	/117	考点五 敲诈勒索罪	/198
<b>第十六章 危害国家安全罪</b>	/121	考点六 侵占罪	/201
<b>第十七章 危害公共安全罪</b>	/123	考点七 职务侵占罪	/204
考点一 危险方法型犯罪	/123	考点八 重要的普通罪名	/205
考点二 交通型犯罪	/125	<b>第二十一章 妨害社会管理秩序罪</b>	/206
考点三 枪支犯罪	/128	考点一 扰乱公共秩序罪	/206
考点四 重要的普通罪名	/128	考点二 妨害司法罪	/211
<b>第十八章 破坏市场经济秩序罪</b>	/131	考点三 妨害国(边)境管理罪	/216
考点一 生产、销售伪劣商品罪	/131	考点四 妨害文物管理罪	/216
考点二 走私罪	/133	考点五 危害公共卫生罪	/218
考点三 妨害对公司、企业的管理 秩序罪	/134	考点六 破坏环境资源保护罪	/219
考点四 破坏金融管理秩序罪	/136	考点七 毒品犯罪	/219
考点五 金融诈骗罪	/142	考点八 卖淫类犯罪	/222
考点六 危害税收征管罪	/148	考点九 淫秽物品类犯罪	/224
考点七 侵犯知识产权罪	/150	<b>第二十二章 贪污贿赂罪</b>	/225
考点八 扰乱市场秩序罪	/153	考点一 贪污罪	/225
<b>第十九章 侵犯人身权利、民主权利罪</b>	/158	考点二 挪用公款罪	/227
考点一 侵犯生命、身体的犯罪	/158	考点三 受贿罪	/229
考点二 侵犯性权利的犯罪	/161	考点四 行贿罪	/235
考点三 侵犯人身自由的犯罪	/163	<b>第二十三章 渎职罪</b>	/237
考点四 侵犯名誉、司法的犯罪	/171	<b>第二十四章 军事犯罪</b>	/240
考点五 侵犯婚姻家庭的家庭的犯罪	/172	<b>历年卷二不定项选择题</b>	/241
考点六 重要的普通罪名	/173	<b>历年卷四案例分析题</b>	/248
<b>第二十章 财产犯罪</b>	/176	<b>历年卷四论述题</b>	/256
考点一 抢劫罪	/177	<b>附录</b>	/259
考点二 抢夺罪	/184		

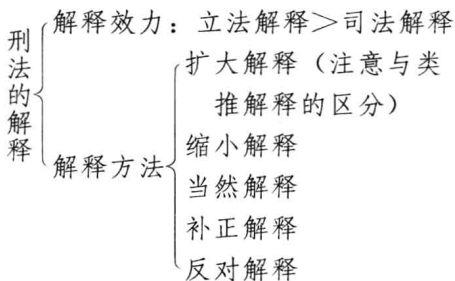


# 上编 刑法总论

## 第一章 刑法绪论

### 考点一 刑法的解释

#### 整理总结



#### 考点详述

#### 一、刑法解释的效力

1. 立法解释：由立法机关也即全国人大及其常委会所作的解释。

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。

**【考点】**效力等级上，立法解释 > 司法解释。

**【陷阱】**下述说法是否正确：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。<sup>〔1〕</sup>

#### 二、刑法解释的方法

##### （一）扩大解释

又称扩张解释。解释后的含义 > 条文字面的含义。

1. 扩大解释是合理的解释方法，不违反罪刑法定原则，也不能违反罪刑法定原则，否则就不是扩大解释了。

**【陷阱】**下述说法是否正确：立法解释可以进行扩大解释，司法解释不得进行扩大解释。<sup>〔2〕</sup>

2. 扩大解释与类推解释的区分（非常重要）。

（1）性质上，扩大解释不违反罪刑法定原则，类推解释违反罪刑法定原则。

（2）结论上，扩大解释的结论没有明显超出国民预测可能性，能够为一般人所接受；类推解释的结论明显超出国民预测可能性，难以为一般人所接受。

##### 3. 易考情形总结：<sup>〔3〕</sup>

（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。

〔1〕 答案：该说法错误。

〔2〕 答案：该说法错误。立法解释和司法解释均可以进行扩大解释。

〔3〕 该总结来自张明楷：《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》，中国人民大学出版社2004年版。

(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。

(7) 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。如果劫持火车、地铁,可定破坏交通工具罪。

(8) 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。

(9) 将侮辱尸体罪中的“尸体”解释为包含骨灰,属于类推解释。

## (二) 缩小解释

解释后的含义<条文字面的含义。

1. 缩小解释是合理的解释方法,不违反罪刑法定原则,也不能违反罪刑法定原则,否则就不是缩小解释了。

2. 如果对刑法条文的解释含义就是字面原本的含义,没有扩大,也没有缩小,这种解释就是平义解释或原义解释。

### 3. 易考情形总结:

(1) 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。因为情报有许多种,对该罪名中的情报应当缩小解释。

(2) 将故意杀人罪中的“人”解释为“精神正常的人”或“年满14周岁的人”,不属于缩小解释。因为这种解释结论违反了罪刑法定原则。

## (三) 当然解释

根据形式逻辑和立法目的推导出来的当然结论。

**例** 生产、销售伪劣产品,销售金额5万元,就构成生产、销售伪劣产品罪。那么,销售金额达到10万,当然也构成该罪。这是当然解释的结论。

## (四) 补正解释

刑法条文表述有明显错误,只有通过补正来阐明其真实含义。

**例** 《刑法》第63条规定: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。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”。

## (五) 反对解释

根据刑法条文的正面表述,推导出其反面含义,也称为反义解释。

**例** 有意诬告陷害他人构成诬告陷害罪。那么,检举失实就不构成诬告陷害罪。这就是反对解释的结论。

## 历年真题

1. 下列哪种说法是正确的?(2006/2/20)<sup>[1]</sup>

[1] 答案:D。A项属于类推解释。B项不是在类推解释,而是在错误地、不当地缩小含义。C项,由于刑法规定有变造货币罪,所以这里的“伪造”不能包含“变造”。如果认为包含,就属于类推解释。类推解释是法律禁止的解释方法。D项,情报有好多种,比如涉及经济、政治、文化、社会的情报。由于本罪属于危害国家安全犯罪,所以这里的“情报”只能缩小解释为涉及国家安全的情报。

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

2. 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当然,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不过,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?(2008/2/20)<sup>[1]</sup>

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

3. 关于刑法解释的说法,下列哪一选项是正确的?(2009/2/1)<sup>[2]</sup>

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

### 历年预测

通过考查记录可以发现,刑法的解释是恒重考点,务必掌握,不能投机。重点在于扩大解释与类推解释的区分。2010年没有考查该考点,2011年值得关注。

[1] 答案: B。第①句错误,立法解释也不能进行类推解释。第③句错误,由于立法解释的效力大于司法解释,当司法解释与立法解释相抵触时,应适用立法解释。第④句错误,立法解释、司法解释都可以进行扩大解释。

[2] 答案: C。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。B项,刑法规定有购买假币罪,所以出售假币罪中的“出售”不能包括购买。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,根据司法解释规定,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。这是法理学上的不当看法。在刑法学看来,这个解释属于论理解释中的扩大解释。

## 考点二 刑法的基本原则

### 整理总结

罪刑法定	{	2个思想基础：民主主义，自由主义	
		4项基本内容	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，禁止绝对不定期刑及绝对不定期刑，禁止处罚不当罚的行为，禁止不均衡、残虐的刑罚	

### 考点详述

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

《刑法》第3条<sup>[1]</sup>：“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。

（2）禁止习惯法。虽然习惯法体现民意，符合民主主义，但因为不成文，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。

**【注意一】**罪刑法定原则禁止类推解释，但不禁止扩大解释。

**【注意二】**罪刑法定原则不禁止有利于被告人的类推解释。

**【注意三】**禁止类推解释，既针对司法机关，也针对立法机关。换言之，两高（最高人民法院、最高人民检察院）制定司法解释时，不能采用类推解释的方法；全国人大制定立法解释时也不能采用类推解

[1] 说明：如果无特别提示，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。

释的方法。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。全国人大不能对此做出以下立法解释:携带凶器盗窃的,也以抢劫罪论处。因为这样的解释属于类推解释。当然,全国人大可以通过立法例如刑法修正案的方式,增设条文:携带凶器盗窃的,以抢劫罪论处。

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。

(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。

## 二、罪刑相适应原则(罪刑均衡原则)

第5条 刑罚的轻重,应当与犯罪行为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、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。<sup>〔1〕</sup>

### 历年真题

1. 关于罪刑法定原则及其内容,下列哪一选项是正确的?(2004/2/16)<sup>〔2〕</sup>

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

2. 下列关于罪刑相适应原则的说法哪些是正确的?(2005/2/51)<sup>〔3〕</sup>

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

〔1〕 张明楷:《刑法学》(第3版),法律出版社2007年版,第61页。

〔2〕 答案:C。“规范的构成要件要素”这一概念含义参见本书第二章“五、构成要件要素”。由于规范的构成要件要素带有主观性、不明确,所以根据罪刑法定原则,对其态度上应当排斥,但事实上无法杜绝排除。

〔3〕 答案:BCD。A项,刑法不溯及既往是罪刑法定原则的要求。

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

3. 关于罪刑法定原则, 下列哪一选项是正确的? (2006/2/1)<sup>[1]</sup>

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

4. 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)<sup>[2]</sup>

- 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

### ◆ 今年预测

罪刑法定原则是五星级考点, 是刑法少有的能用论述题考查的考点 (2006/4/6、2008/4/7, 详细解析见本书最后一章), 必须在理解的基础上掌握。罪刑相适应原则自 2005 年考查后至今再未考查, 2011 年

值得关注。

## 考点三 刑法的效力

### 整理总结

空间效力	}	国内犯罪: 属地原则 (行为地、结果地)
		国外犯罪: <ul style="list-style-type: none"> <li>属人原则 (中国人犯罪)</li> <li>保护原则 (外国人犯罪)</li> <li>普遍原则 (国际犯罪)</li> </ul>

### 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

[1] 答案: C、D 项, 简单罪状不违反罪刑法定原则。

[2] 答案: D。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。

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。

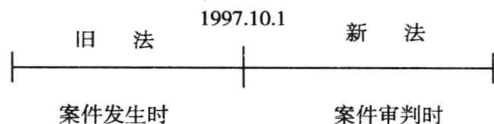
**【注意】**具体适用法律时，适用我国刑法，而非已缔结或参加的国际公约。

## 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。

## 历年真题

1. 下列关于中国刑法适用范围的说法哪些是错误的?(2004/2/56)<sup>[1]</sup>

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的利益,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管辖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

2. 某外国商人甲在我国领域内犯重婚罪,对甲应如何处置?(2005/2/3)<sup>[2]</sup>

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

3. 下列哪些犯罪行为应实行属地管辖

原则?(2005/2/56)<sup>[3]</sup>

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

4. 关于刑事管辖权,下列哪些选项是正确的?(2007/2/51)<sup>[4]</sup>

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

### 历年预测

刑法的效力中,空间效力比时间效力更重要。空间效力中,属地原则最重要。2007年后至今未考,需要注意。

[1] 答案:ABC。A项,因为实行行为在国内,即使教唆行为在国外,教唆行为也应适用我国刑法。B项,一方面,赵某是中国人,在国外犯罪,根据属人管辖,我国刑法可以管辖。另一方面,贩卖毒品是危害人类的国际犯罪,根据普遍管辖,我国刑法也可以管辖。这是管辖权的竞合。C项,可以适用中国刑法,但依据的是属地管辖,而非保护管辖。D项,根据属人管辖,我国普通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。对国家工作人员和军人,则一律追究。

[2] 答案:A。

[3] 答案:AC。

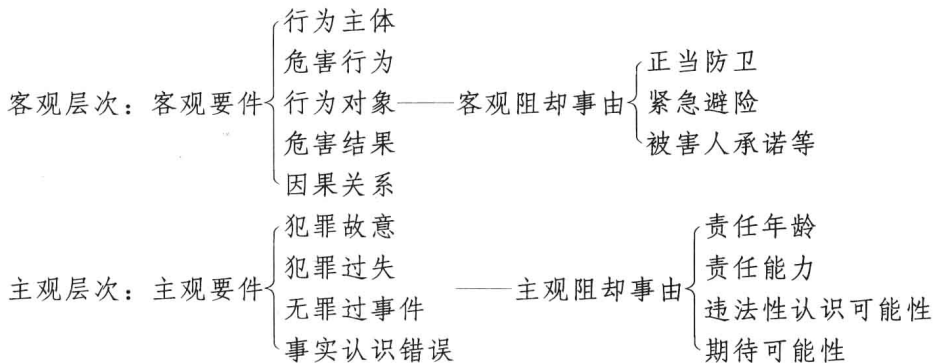
[4] 答案:ABD。A项,实行行为在国内,教唆行为在国外,也适用属地管辖。B项,长途汽车不属于属地,发生地在外国,行为人和被害人都是外国人,所以我国不用管辖。C项,普遍管辖,适用的法律是我国刑法。D项,保护管辖要求双重犯罪原则(犯罪地的法律也认为是犯罪)。因为如果在犯罪地不被认为是犯罪,就不适用中国刑法。



## 第二章 犯罪构成

### 整理总结

两层次的犯罪构成体系：



### 考点详述

#### 一、正确看待犯罪构成体系

我国刑法旧理论采用前苏联的犯罪构成体系，即四要件体系：犯罪主体—主观方面—犯罪客体—客观方面。这是一种平面式的体系。我国刑法彻底的新理论采用德日三阶层体系：构成要件符合性—违法性—有责性。我国刑法温和的新理论采取两阶层体系：客观要件—客观阻却事由—主观要件—主观阻却事由。<sup>〔1〕</sup> 由于两阶层体系既与四要件体系相类似，又与三阶层体系差异不大，所以成为各方均能接受的方案。两点说明：

1. 正确看待四要件体系。虽然考试大纲和“三大本”教材采用四要件体系，但这并不是真正的命题立场，而是中国式妥协的结果，仅具有形式意义，而不具有实质意义。真正的命题立场只有通过真题来考察，因为考出来才是硬道理！仔细解读真题，便会发现，2006年至今，命题立场

一直是温和的新理论。例如，对四要件体系中非常重要的“犯罪客体”概念，从2002年至今一分未考。而“违法性认识可能性”、“期待可能性”等四要件体系没有的概念，2008年已经考查过。

如此错位，实属无奈。我国改革开放后，法学理论逐步“去苏俄化”，实现知识的现代转型。例如，民法学习德日，商法学习英美，各部门法已经基本完成知识转型，唯独刑法依旧抱守苏俄。为此，历年司考真题贯彻一个主线：学习世界先进理论成果，实现刑法知识的现代转型。然而，改革总是会遇到既有阻力，只能妥协性前进。妥协体现在形式层面，前进却融入真题之中。

2. 正确看待犯罪构成体系在考试中的作用。犯罪构成体系只是判断犯罪是否成立的理论标准和思维过程，不会成为考试的直接考查对象。即使在解答第四卷的案

〔1〕 张明楷：《刑法学》（第3版），法律出版社2007年版，第98页。周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2007年版，第107页。