

根据2009年
大纲修订

中国政法大学
国家司法



法 考试

[下册]

重点法条及实例解析

刑法 刑事诉讼法 宪法 行政法与行政诉讼法

罗翔 汪海燕 焦洪昌 张锋/编著

根据2009年
大纲修订

中国政法大学
国家司法



法考试

[下册]

重点法条及实例解析

刑法 刑事诉讼法 宪法 行政法与行政诉讼法

罗翔 汪海燕 焦洪昌 张锋/编著



中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

2009年中国政法大学国家司法考试重点法条及实例解析 (上下册) / 中国政法大学司法考试学院组编. —北京: 中国政法大学出版社, 2009. 5

ISBN 978-7-5620-3388-2

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 (2009) 第081965号

书 名	2009年中国政法大学国家司法考试重点法条及实例解析 (上下册)
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 邮政编码 100088 zf5620@263.net http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
承 印	北京华正印刷有限公司
规 格	787×1092 1/16
印 张	76
字 数	1830 千字
版 本	2009 年 6 月第 1 版 2009 年 6 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-3388-2/D·3348
定 价	138.00 元 (上下册)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。
本社法律顾问 北京地平线律师事务所

目 录

刑法

刑法学考试的基本特点	(1)
总 则	(7)
第一章 刑法概说	(7)
第二章 犯罪	(15)
第三章 刑罚	(60)
第四章 其他规定	(89)
分 则	(90)
第一章 危害国家安全罪	(90)
第二章 危害公共安全罪	(92)
第三章 破坏社会主义市场经济秩序罪	(99)
第四章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	(124)
第五章 侵犯财产罪	(139)
第六章 妨害社会管理秩序罪	(163)
第七章 危害国防利益罪	(188)
第八章 贪污贿赂罪	(188)
第九章 渎职罪	(205)
第十章 军人违反职责罪	(208)

刑事诉讼法

第一编 总则	(210)
第一章 任务和基本原则	(210)
第二章 管辖	(217)
第三章 回避	(226)
第四章 辩护与代理	(230)
第五章 证据	(238)
第六章 强制措施	(244)
第七章 附带民事诉讼	(260)
第八章 期间 送达	(263)
第二编 立案、侦查和提起公诉	(265)
第一章 立案	(265)
第二章 侦查	(267)
第三章 提起公诉、第一审程序	(281)
第四章 第二审程序	(312)



宪法

第五章 死刑复核程序	(325)
第六章 审判监督程序	(332)
第三编 执行	(339)

一、总纲	(353)
二、公民的基本权利和义务	(359)
三、国家机构	(366)
四、宪法的实施保障	(391)
五、全国人民代表大会和地方各级人民代表大会 选举法	(397)
六、香港（澳门）特别行政区基本法	(402)
七、中华人民共和国集会游行示威法	(409)
八、中华人民共和国各级人民代表大会常务委 员会 监督法	(413)
九、中华人民共和国村民委员会组织法	(420)
十、中华人民共和国城市居民委员会组织法	(422)
附录：历次修宪条文对照表	(423)

行政法与行政 诉讼法

公务员法	(430)
立法法	(438)
行政许可法	(442)
行政处罚法	(457)
治安管理处罚法	(465)
行政复议法	(470)
行政诉讼法	(483)
国家赔偿法	(521)



刑法

刑法学考试的基本特点

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经之道。

(一) 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,它所考察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2007年刑法试卷考察的因果关系、正当防卫、认识错误、数罪并罚、交通肇事、金融诈骗、强奸、毒品犯罪、抢劫、绑架、诈骗、敲诈等财产犯罪的区别等。2008年试题考察的罪刑法定、因果关系、认识错误、正当防卫、交通肇事、金融诈骗、毒品犯罪、贪污受贿、抢劫等财产刑犯罪,两年所考察的考点高度重合,均属刑法学最基础的知识。可以说,刑法试题的考察范围不偏不怪,恰到好处,它基本上覆盖了整个刑法学的最核心、最基础的知识。

(二) 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。不求甚解地强记法条、司法解释,至少在刑法学上是要遭遇滑铁卢的。作为司法考试考察的第一大法,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,这考察的就是对刑法中“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察。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。

值得注意的是,今年的大纲正式采用了大陆法系的犯罪论体系(犯罪是该当构成要件、违法、有责的行为),这标志着对理论知识的考察进入一个新的高度。

(三) 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年是绑架型抢劫罪非法拘禁的部分犯罪共同,2008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，因此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 年刑法试题考察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？

（四）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察，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，官小的难道不会主犯吗？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”这十六字真言，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。

那里。

近五年刑法学考点汇总

章 节	2006 年	2007 年	2006 年	2005 年	2004 年
第一章 刑法总论	刑法总论	刑法总论	刑法总论	刑法总论	刑法总论
第一节 刑法概述	刑法概述	刑法概述	刑法概述	刑法概述	刑法概述
一、刑法的概念和特征	刑法的概念和特征	刑法的概念和特征	刑法的概念和特征	刑法的概念和特征	刑法的概念和特征
二、刑法的任务	刑法的任务	刑法的任务	刑法的任务	刑法的任务	刑法的任务
三、刑法的效力范围	刑法的效力范围	刑法的效力范围	刑法的效力范围	刑法的效力范围	刑法的效力范围
四、刑法的适用范围	刑法的适用范围	刑法的适用范围	刑法的适用范围	刑法的适用范围	刑法的适用范围
五、刑法的溯及力	刑法的溯及力	刑法的溯及力	刑法的溯及力	刑法的溯及力	刑法的溯及力
六、刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则
七、刑法的立法解释	刑法的立法解释	刑法的立法解释	刑法的立法解释	刑法的立法解释	刑法的立法解释
八、刑法的司法解释	刑法的司法解释	刑法的司法解释	刑法的司法解释	刑法的司法解释	刑法的司法解释
九、刑法的学理解释	刑法的学理解释	刑法的学理解释	刑法的学理解释	刑法的学理解释	刑法的学理解释
十、刑法的适用程序	刑法的适用程序	刑法的适用程序	刑法的适用程序	刑法的适用程序	刑法的适用程序
十一、刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则
十二、刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则
十三、刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则
十四、刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则
十五、刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则
十六、刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则
十七、刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则
十八、刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则
十九、刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则
二十、刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则	刑法的适用原则



章 节	2008 年	2007 年	2006 年	2005 年	2004 年
犯罪概说					告诉才处理的案件种类 (2 分)
犯罪构成	故意的认识内容 (2 分)、危害结果 (1 分)、认识错误 (3 分)、构成要件的分类 (2 分)、刑法中的因果关系 (2 分)、刑事责任 (2 分)	刑法因果关系 (1 分)、认识错误 (3 分)、不作为犯罪认定 (4 分)	相对刑事责任年龄 (2 分)、不作为犯罪认定 (1 分)、犯罪的主观心态 (1 分)、刑法因果关系 (1 分)、打击错误 (2 分)	意外事件 (2 分)	不作为犯罪的主观心态 (1 分)、犯罪的主观心态 (1 分)
违法阻却事由	被害人承诺 (1 分)、正当防卫 (2 分)	正当防卫 (1 分)	违法阻却事由判断 (1 分)	特殊正当防卫 (2 分)	正当防卫 (1 分)
犯罪的未完成形态	卷四案例题涉及既遂未遂的区分	犯罪既遂 (2 分)	犯罪既遂 (2 分)、犯罪未遂 (1 分)	犯罪未遂 (1 分)、犯罪中止 (2 分)	犯罪既遂 (1 分)、犯罪中止 (1 分)、认为错误 (2 分), 另外, 试卷四案例分析 (25 分) 中也涉及犯罪未完成形态的认定。
共同犯罪	共同犯罪的分类 (4 分)、部分犯罪共同说 (2 分)、共同犯罪与犯罪形态 (1 分)	共犯的实行化 (1 分)、事中共犯 (2 分)、教唆犯 (2 分)、部分犯罪共同说 (4 分)	交通肇事罪的共同犯罪认定 (1 分)、共同犯罪与犯罪形态 (4 分)、部分犯罪共同说 (2 分)	首要分子的认定 (1 分)、共同犯罪与身份 (1 分)	共同犯罪的认定 (2 分)、共同犯罪人的认定 (1 分)、共同犯罪与犯罪形态 (2 分)、试卷四案例分析 (25 分) 中也涉及共同犯罪的认定。



章 节	2008 年	2007 年	2006 年	2005 年	2004 年
刑罚与刑罚种类	刑罚的执行机关 (6 分)	死刑制度 (1 分)	各刑种的刑期起算 (2 分)	罚金与民事赔偿的关系 (1 分)、剥夺政治权利的执行 (2 分)	附加刑 (1 分)、死缓制度 (1 分)
刑罚裁量	缓刑 (1 分)、数罪并罚的认定 (2 分)	数罪并罚的认定 (1 分)、累犯的认定 (2 分)、自首的认定 (4 分)	从重处罚的认定 (2 分)、自首与立功的认定 (3 分)、数罪并罚的认定 (1 分)、缓刑 (1 分)	从重处罚的认定 (2 分)、自首的认定 (1 分)、累犯的认定 (2 分)、量刑制度 (2 分)	累犯的认定 (1 分)、量刑的运用 (2 分)
刑罚执行	假释的内容 (2 分)	假释的内容 (2 分)	假释的内容 (1 分)		假释的撤销 (2 分)
刑罚消灭					
危害国家安全罪			武装叛乱、暴乱罪 (1 分)、为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪 (1 分)		
危害公共安全罪	交通肇事罪 (2 分)、失火罪 (1 分)	交通肇事罪 (1 分)、以危险方法危害公共安全罪 (2 分)、非法持有枪支、弹药罪 (2 分)	放火罪 (1 分)、破坏交通工具罪 (2 分)、破坏交通设施罪 (1 分)、交通肇事罪 (1 分)	重大责任事故罪 (1 分)	放火罪 (1 分)、交通肇事罪 (1 分)



章 节	2008 年	2007 年	2006 年	2005 年	2004 年
破坏社会主义市场经济秩序罪	高利转贷罪 (1 分)、信用卡诈骗罪 (2 分)、提供虚假证明文件罪 (2 分)、金融凭证诈骗罪 (1 分)、违法发放贷款罪 (2 分)、虚开增值税专用发票罪与骗取出口退税罪的罪数问题 (2 分)	走私罪 (1 分)、损害商品声誉罪、虚假广告罪、侵犯商业秘密罪、非法经营罪 (1 分)、贷款诈骗罪 (1 分)、洗钱罪 (2 分)	伪造货币罪 (1 分)、变造货币罪 (1 分)、使用假币罪 (1 分)、信用卡诈骗罪 (2 分)	生产、销售伪劣产品罪 (4 分)、虚报注册资本罪 (1 分)、抽逃出资罪 (1 分)、非法经营同类营业罪 (2 分)、国有公司、企业、事业单位工作人员失职罪 (2 分)、伪造金融凭证罪 (2 分)、洗钱罪 (2 分)、贷款诈骗罪 (4 分)、金融凭证诈骗罪 (4 分)、串通投标罪 (1 分)、抗税罪 (2 分)、非法经营罪 (2 分)、侵犯商业秘密罪 (2 分)、合同诈骗罪 (2 分)	生产、销售伪劣商品罪 (2 分)、走私罪 (2 分)、非法吸收公众存款罪 (1 分)、高利转贷罪 (1 分)、出售、运输假币罪、保险诈骗罪 (1 分)、侵犯商业秘密罪 (1 分)、虚假广告罪 (2 分)、串通投标罪 (2 分)、非法经营罪 (2 分)、非法转让土地使用权罪 (1 分)、提供虚假证明文件罪 (1 分)
侵犯公民人身权利、民主权利罪	故意杀人罪 (3 分)、拐卖妇女罪 (1 分)、非法拘禁罪与强迫职工劳动罪 (2 分)、遗弃罪 (1 分)	拐卖妇女、儿童罪 (3 分)、强奸罪 (1 分)、诬告陷害罪 (1 分)、过失致人死亡罪 (1 分)、拐骗儿童罪 (2 分)、非法拘禁罪 (2 分)	故意杀人罪 (7 分)、过失致人死亡罪 (2 分)、强奸罪 (4 分)、强制猥亵妇女罪 (2 分)、非法拘禁罪 (3 分)、绑架罪 (2 分)、拐卖妇女、儿童罪 (5 分)、收买被拐卖的妇女罪 (1 分)	故意杀人罪 (4 分)、强奸罪 (4 分)、绑架罪 (1 分)、拐卖儿童罪 (2 分)	故意杀人罪 (5 分)、强奸罪 (3 分)、非法拘禁罪 (1 分)、绑架罪 (3 分)、拐卖儿童罪 (2 分)、强制猥亵妇女罪 (4 分)、诽谤罪 (2 分)、虐待罪 (2 分)、暴力干涉婚姻自由罪 (2 分)、遗弃罪 (2 分)



章 节	2008 年	2007 年	2006 年	2005 年	2004 年
侵犯财产罪	抢劫罪 (3 分)、 抢夺罪 (1 分)、 盗窃罪 (2 分)、 侵占罪 (2 分)、 职务侵占罪 (2 分)	盗窃罪 (7 分)、 抢劫罪 (4 分)、 诈骗罪 (3 分)、 侵占罪 (1 分)、 敲诈勒索罪 (4 分)	抢劫罪 (10 分)、抢 夺罪 (3 分)、敲诈勒 索罪 (1 分)、盗窃罪 (7 分)、诈骗罪 (5 分)、故意毁坏财物罪 (2 分)	抢劫罪 (6 分)、 敲诈勒索罪 (1 分)、盗窃罪 (6 分)、诈骗罪 (2 分)、职务侵占 罪 (1 分)	抢 劫 罪 (6 分)、盗窃罪 (6 分)、诈骗 罪 (5 分)、侵 占罪 (2 分)
妨害社会 管理 秩序罪	拒不执行判决、 裁定罪 (1 分)、 贩卖毒品罪 (2 分)	协助组织卖淫罪 (1 分)、提供伪 造、变造的出入 境证件罪 (1 分)、计算机犯 罪 (1 分)、伪造 国家机关公文罪 (1 分)、辩护人 妨害作证罪 (2 分)	妨害公务罪 (2 分)、 包庇黑社会性质组织 罪 (2 分)、刑讯逼供 罪 (2 分)、帮助毁灭 伪造证据罪 (2 分)、 包庇罪 (2 分)、销售 赃物罪 (2 分)、脱逃 罪 (2 分)、组织他人 偷越国 (边) 境罪 (3 分)、运送他人偷 越国 (边) 境罪 (1 分)、倒卖文物罪 (1 分)、走私毒品罪 (1 分)、贩卖毒品罪 (4 分)、非法持有毒品 罪 (1 分)、包庇毒品 犯罪分子罪 (2 分)、 强迫卖淫罪 (1 分)、 组织卖淫罪 (2 分)	破坏计算机信息 系统罪 (2 分)、 伪造企业印章罪 (1 分)、暴力取 证罪 (2 分)、非 法向外国人赠送 珍贵文物罪 (2 分)、医疗事故 罪 (1 分)、非法 行医罪 (1 分)、 非法进行节育手 术罪 (1 分)、包 庇毒品犯罪分子 罪 (1 分)、窝 藏、转移、隐瞒 毒品、毒赃罪 (1 分)	伪 证 罪 (1 分)、打击报 复证人罪 (2 分)、扰乱法 庭秩序罪 (2 分)、销售赃 物罪 (2 分)、 脱 逃 罪 (2 分)、强迫卖 淫罪、故意毁 坏文物罪 (1 分)、引 诱、 容留、介绍卖 淫罪 (2 分)、 引诱幼女卖淫 罪 (2 分)、嫖 宿幼女罪 (3 分)、出版淫 秽污物品牟利 罪 (2 分)、为 他人提供书号 出版淫秽书刊 罪 (2 分)
贪污 贿赂罪	挪用公款罪与挪 用特定款物罪的 区别 (2 分)、贪 污罪 (2), 另外 卷四案例题 (20 分) 也涉及受贿 罪、贪污罪与私 分国有资产罪的 区分。	受贿罪 (2 分)、 挪 用 公 款 (2 分)、贪污罪 (2 分)	挪用公款罪 (4 分)、 受贿罪 (1 分)	贪污罪 (3 分)、 行贿罪 (7 分)	贪 污 罪 (2 分)、受贿罪 (6 分)、介绍 贿 赂 罪 (2 分)、挪用公 款罪 (2 分)



章节	2008 年	2007 年	2006 年	2005 年	2004 年
渎职罪		玩忽职守罪 (1 分)	滥用职权罪 (2 分)		徇私枉法罪 (2 分)、徇私舞弊不移交刑事案件罪 (2 分)
军人违反职责罪					战时自伤罪 (2 分)

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。

总 则

第一章 刑法概说

● 重点法条

第 3 条 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。

◎ 法条释义

罪刑法定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。根据刑法第 3 条规定，我国刑法的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，也即有罪必罚；其二是罪刑法定的消极方面，也即无罪不罚。我们常说的法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚，其实指的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原则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的概念，这在司法考试中也

曾经出现过。

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。

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，其实主要说的就是罪刑法定形式侧面的内容，它包括：

第一，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法律，行政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,空白罪状是符合罪刑法定原则的。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3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。

第二,禁止不利于行为人的事后法。刑法不能追溯既往,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追溯既往,这符合罪刑法定限制国家刑罚权的精神。

第三,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,因为解释和立法程序是不同的。

另外,罪刑法定原则禁止不利于行为人的类推适用,但却允许扩张解释。一般认为,尽管扩张解释与类推解释之间很难划出一个泾渭分明的“楚河汉界”,但两者还是有很大区别的。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,而类推则是为了填补法律的漏洞,它将产生新的规则。比如将强奸罪中

犯罪对象的妇女解释为男性,这就是一种典型的类推,因为它已经超越语言的极限。

第四,禁止绝对的不定期刑与绝对的不定期刑。不定期刑制度的出发点在于:罪犯是可以被矫正的,但是人是有区别的,因此每个罪犯所需要的矫正时间是无法事先确定的。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。同时,减刑、假释的决定机关必须是中级人民法院,刑罚的执行机关只具有建议权,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期刑。不定期刑是法律本身对刑罚的规定是不确定的。它也包括相对的不定期刑和绝对的不定期刑,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“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。一般说来,罪刑法定原则的实质侧面包括如下内容:

第一,明确性原则。刑法关于犯罪和刑罚的规定应当尽量的明确,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素,它是与描述性的构成要素相对的概念。两者区别的关键在于是否有价值判断。描述性的构成要素没有价值判断,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。而规范性构成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,规范性的构成要素并不违背罪刑法定原则。

第二,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做犯罪处理;处罚程度必须适应现阶段一般人的价值观念。

第三,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,罪刑相当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类的尊严,也属禁止之列。

实例解析

1. (2006-2-1) 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 C。根据罪刑法定的制定法原则,只有国家最高立法机关才能制定刑法,故 AB

都是错误的;D选项所说的“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”,这其实是简单罪状,如故意杀人罪、伪造货币罪都采取了这种罪状模式,它并不违反罪刑法定原则。故本题的答案为C。

2. (2004-2-16) 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,但不排斥规范的构成要件要素

答案 C(D)。A选项是错误的,罪刑法定原则禁止不利于行为人的类推解释,但并不禁止扩大解释;B选项也是错误的,无论是立法机关还是司法机关都不允许进行类推解释;C选项是正确的,我国采取从旧兼从轻原则,有利于行为人的事后法具有溯及力;根据通说,D选项也是正确的。此题的正确答案是CD,本考题存在问题。但考虑到该题为单选题,C选项绝对正确,而D选项略存争议,故最优选项为C。

3. (2006-2-20) 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 D。A属于类推,妇女在语言上

无论如何也不可能包括男性；B 属于限制解释，但这种限制解释也不符合罪刑法定的实质性方面，如果将故意杀人罪中的“人”解释为“精神正常的人”，这其实使得刑法成为了“恶法”；C 是类推，伪造货币和变造货币是刑法规定的两种犯罪，不能混同。这里还需要注意的是体系解释。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。如刑法第 170 条规定了伪造货币罪，而刑法第 173 条规定了变造货币罪，立法者显然是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）就不能包括变造的货币。

4. (2004-2-53) 刑法第 171 条第 1 款前段规定：“出售、购买伪造的货币或者明知是伪造的货币而运输，数额较大的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金。”关于本条的理解，下列哪些说法是错误的？

A. 运输假币罪要求行为人明知是假币，但出售、购买假币罪不要求行为人明知是假币

B. 根据故意犯罪的刑法规定与刑法原理，出售、购买假币罪也以行为人明知是假币为前提

C. 出售、购买、运输假币罪都是故意犯罪，但运输假币罪只能是直接故意，而出售、购买假币罪只能是间接故意

D. “并处 2 万元以上 20 万元以下罚金”是指可以并处罚金，而非应当并处罚金

答案 ACD。本题考查的是对刑法第 171 条的理解以及体系解释。刑法第 14 条、15 条分别规定了犯罪故意和犯罪过失，因此任何犯罪不是故意就是过失，而按照刑法第 15 条第 2 款的规定，过失犯罪法律另有规定的才处理，而刑法 171 条规定的出售、购买、运输假币罪并没有规定过失犯罪，故属于故意犯罪，既然是故意犯罪，那么行为人就必

须对犯罪客观方面的构成事实存在明知，并且希望或者放任危害结果的发生。这是体系解释的当然要求。因此，即使刑法分则没有明文规定“明知”要素，对于犯罪构成的客观要素，故意犯罪的行为人主观上也必须存在明知。单从《刑法》第 171 条的表述来看，运输假币时，需要“明知是伪造的货币”，出售、购买假币时，似乎不需要明知是伪造的货币。这种理解显然违背了体系解释的要求。《刑法》第 171 条之所以这样规定，是因为在运输时不明知是假币的可能性较大，所以为了提醒司法工作人员注意，才特别写明“明知”。而出售、购买假币时一般不会出现不知假币的现象。但是，在跨币种的交易中，的确有不知假币的现象，比如甲用 1000 元假美元换取乙 8000 元人民币。如果不能证明乙明知是假币，那么他的行为也不构成购买假币罪。故 A 选项的内容是错误的，B 选项的内容是正确的，即应当选择 A。既然出售、购买、运输假币罪是故意犯罪，一般来说，只要没有特别规定，就应认为包括直接故意犯罪与间接故意犯罪。C 选项的内容是错误的。刑法分则的法定刑中的“处”与“并处”，都是指应当处、应当并处，而非可以处、可以并处。D 选项的内容是错误的。本题为选非题，故答案为 ACD。

5. (2008-2-20) 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？

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

答案 B。立法解释与立法的程序是不相同的, 同时, 立法解释还可以溯及既往, 因此立法解释不能类推, 故第一句话错误, 第二句话正确; 从解释的效力来看, 立法解释要高于司法解释, 故第三句话是错误的; 罪刑法定原则禁止类推解释, 但不禁止扩张解释, 无论是立法解释, 还是司法解释, 都可以进行扩张解释, 故第四句话是错误的。

重点法条

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。

法条释义

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, 也即在客观方面, 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1千元的刑罚; 其二是主观相当, 也即在主观方面, 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。

实例解析

1. (2005-2-51) 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 BCD。A选项是罪刑法定的内容, 与罪刑相适应原则没有任何联系; 建立合理的刑罚体系也即重罪重刑, 轻罪轻刑, 无罪不刑, 它是罪刑相适应原则的当然内容, B选项正确; CD选项也符合罪刑相适应原则中所说的主观相当或客观相当。

重点法条

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。

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。

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。

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。

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。

✪法条释义

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，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；其二是遍在地原则。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，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。

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——只在两种情况下适用本法，分别是战争状态或紧急状态；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。这里需要注意的是，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。另外，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。

（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。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，我国刑法也就没有管辖权。

（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，