

讲厚 义大

2016年司法考试

刘凤科讲刑法

之 理论卷

刘凤科 编著 | 厚大出品


厚大 司考
Jiefu Education



2016年国家司法考试

刘凤科讲刑法

之理论卷 刘凤科 编著 | 厚大出品

 中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

刘凤科讲刑法之理论卷 / 刘凤科编著；厚大组编.—北京：中国政法大学出版社，2015.12
ISBN 978-7-5620-6498-5

I. ①刘… II. ①刘… ②厚… III. ①刑法—法的理论—中国—法律工作者—资格考试—自学参考资料
IV. ①D924

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第280853号

出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908285(总编室) 58908433(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 三河市华润印刷有限公司
开 本 787mm×1092mm 1/16
印 张 31
字 数 690千字
版 次 2015年12月第1版
印 次 2015年12月第1次印刷
定 价 67元

目 录

总 则

第一章 刑法概说	1
第一节 刑法的概念、性质、任务和机能	1
第二节 刑法的基本原则	2
第三节 刑法的适用范围	12
第二章 犯罪概说	16
第一节 犯罪的概念	16
第二节 犯罪的分类	16
第三章 犯罪成立条件	18
第一节 概说	18
第二节 违法性构成要件（构成要件符合性）	22
第三节 违法性（客观）构成要件（违法性阻却事由）	49
第四节 责任要件（主观构成要件符合性）	60
第五节 责任要件（责任阻却事由）	81
第四章 犯罪的未完成形态	86
第一节 犯罪预备	87
第二节 犯罪未遂	88
第三节 犯罪中止	96
第五章 共同犯罪	104
第一节 共同犯罪的基本原理	104
第二节 共同正犯	109
第三节 间接正犯	111
第四节 狭义的共犯	114
第五节 承继的共犯	121

第六节 其他共犯类型	123
第七节 共犯人的分类及其处罚原则	128
第六章 罪数	132
第一节 罪数的区分	132
第二节 单纯的一罪	133
第三节 包括的一罪	135
第四节 科刑的一罪	138
第五节 数罪的认定	140
第七章 刑罚的体系	142
第一节 主刑	144
第二节 附加刑	149
第八章 刑罚的裁量	151
第一节 量刑概述	154
第二节 量刑情节	155
第三节 量刑制度	162
第九章 刑罚的执行	168
第一节 减刑	168
第二节 假释制度	169
第十章 刑罚的消灭	173
第一节 时效	173
第二节 赦免	175
附一 刑罚（刑期）计算问题的归纳	179
附二 刑法分则的注意规定与法律拟制	180
第一节 注意规定	180
第二节 法律拟制	182

分 则

第十一章 危害国家安全罪	181
第十二章 危害公共安全罪	188
第十三章 破坏社会主义市场经济秩序罪	211
第一节 生产、销售伪劣产品罪	211
第二节 走私罪	218
第三节 妨害对公司企业的管理秩序罪	224
第四节 破坏金融管理秩序罪	231
第五节 金融诈骗罪	247
第六节 危害税收征管罪	259
第七节 侵犯知识产权罪	265
第八节 扰乱市场秩序罪	270
第十四章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	278
第十五章 侵犯财产罪	319
第十六章 妨害社会管理秩序罪	369
第一节 扰乱公共秩序罪	369
第二节 妨害司法罪	386
第三节 妨害国(边)境管理罪	398
第四节 妨害文物管理罪	401
第五节 危害公共卫生罪	403
第六节 破坏环境资源保护罪	407
第七节 走私、贩卖、运输、制造毒品罪	410
第八节 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	417
第九节 制作、贩卖、传播淫秽物品罪	420
第十七章 贪污贿赂犯罪	423
第十八章 渎职罪	440
第十九章 危害国防利益罪	450
第二十章 军人违反职责罪	452
第二十一章 刑法案例与思考问题	454

第 1 章

刑法概说^①

- 了解：刑法的概念、性质、任务。
- 理解：刑法的机能、罪刑法定原则、罪刑相适应原则。
- 熟悉并能够运用：解释刑法的各种方法，刑法的适用范围。

第一节 刑法的概念、性质、任务和机能

一、刑法的概念

相关法条

第一条 [立法目的与根据] 为了惩罚犯罪，保护人民，根据宪法，结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况，制定本法。

知识要点

刑法是规定犯罪及其法律后果（主要是刑罚）的法律规范的总和。在我国，广义刑法包括刑法典（即狭义刑法，其中包含九个刑法修正案）、单行刑法（1998年12月29日《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》）、附属刑法（又叫行政刑法，当前我国不存在附属刑法）。

我国1979年7月1日通过刑法典（1980年1月1日施行），1997年3月14日修订了刑法典（1997年10月1日施行），之后颁布了九个刑法修正案。1997年修订刑法的指导思想是：制定一部有中国特色的统一的比较完备的刑法典，保持刑法的连续性与稳定性，对原来笼统的规定尽量做出具体的规定。

二、刑法的性质

1. 规制内容的特定性：刑法只规范罪—刑关系。
2. 法益保护的广泛性：刑法保护法益涉及个人法益、国家法益和社会法益。
3. 制裁手段的严厉性：刑法和其他法律规定的法律后果不同，其严厉性决定了刑法对其他法律实施的保障性。

^① 为方便读者阅读本书，对本书的知识结构体例做如下说明：本书多级标题按照以下顺序进行，“章；节；一、；（一）；1.；（1）；①”。

三、刑法的任务

相关法条

第二条 [刑法的任务] 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。

知识要点

我国刑法的任务是打击犯罪与保护人民的统一，二者是手段与目的的关系。

四、刑法的机能

刑法的任务是刑法实际承担的职责，刑法的机能是刑法显示以及可能发挥的作用。我国刑法具有以下机能：

1. 规制机能：对于犯罪，刑法通过规定惩罚措施以明确国家对该犯罪的规范性评价，所以，刑法既是行为规范（具有评价机能与意思决定机能），也是裁判规范。
2. 法益保护机能：刑法的目的在于保护法益，犯罪的本质就是侵犯法益。
3. 权利保障机能：“刑法是善良人的大宪章，也是犯罪人的大宪章”（李斯特语）。

第二节 刑法的基本原则

一、罪刑法定原则

相关法条

第三条 [刑罚权的确定与罪刑法定原则] 法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处罚；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处罚。

知识要点

（一）思想基础

在现代法治国家中，国家权力与国民权利处于对立紧张关系，为了保障国民自由和人权，国家权力必须被装进“笼子”里；其中约束国家刑罚权的“笼子”就是罪刑法定原则。罪刑法定原则是现代刑法的精神和灵魂，其本质是通过限制国家刑罚权，更好地保障国民的自由和人权；同时，罪刑法定原则也是社会主义法治理论在刑法领域的集中体现，可谓法治精神与法治理论在刑法中的另一表述。

1. 基本含义：“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”。我国《刑法》第3条前半段主要是对国家刑罚权的确认，后半段才是对罪刑法定原则的规定。

2. 思想渊源：三权分立学说与心理强制说

(1) 三权分立学说体现了权力分立与制衡的思想：三权分立学说认为，国家权力分为立法权、司法权与行政权，三者相互分立，相互制衡，以保证权力得到监督。换言之，立法者负责制定法律，司法者负责适用法律，故刑法领域应当采取罪刑法定原则。

严格意义上的三权分立学说并未成为现代国家的政治实践，故无法以其充分解释和论证

罪刑法定原则；但权力分立与制衡的思想同样渗透到刑事立法、司法的实践之中。

(2) 心理强制说认为，人是趋利避害的动物，如果事先规定什么行为成立犯罪以及所受到的处罚，可以促使行为人权衡犯罪获得的好处与受到的处罚，哪个更有利于自己，从而作出行为选择，以更好地实现刑法一般预防犯罪的功能。

心理强制说主要受到两个方面的诘难：在哲理上，这种观点将人作为手段而非目的，即将处罚犯罪人仅仅作为预防他人犯罪的手段；在实证研究上，这种观点缺乏实证数据的支撑，因为大多数犯罪人犯罪并非基于利弊权衡，而是抱着逃避制裁的侥幸心理。

3. 思想基础：民主主义与尊重人权主义（预测可能性）

(1) 民主主义：诸如犯罪与刑罚这些关系到国民基本和重大事项的内容，必须由国民或者国民选举的代表（在我国，就是指全国人民代表大会及其常委会）以立法方式加以决定，即刑事立法必须体现国民的意志。

国民意志体现在法律之中，定罪量刑时以事实为根据、以法律为准绳就是对国民意志的最大的尊重。司法实践中不得以民意借口、以网民们的意见为定罪量刑的根据，否则，会以“民主”的名义侵犯人权！

(2) 尊重人权主义（国民预测可能性原则）：为了不限制国民的行为与创造欲望，事先规定犯罪与刑罚的内容，可以促使国民预测自己行为的法律效果，从而维护人权。无论在立法上、还是在司法实践中，都不允许以事后修改的法律去处罚先前没有认为是犯罪的行为；不利于行为人的类推解释或者类推适用刑法的做法更是被禁止！

4. 社会主义法治理论在刑法中集中体现于罪刑法定原则：社会主义法治理念的内容包括依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导等，都能在罪刑法定原则的思想基础、内容以及实践当中得到体现。限制国家刑罚权，更好的保障国民自由或人权

(1) 依法治国的理念包含着人民民主、法制完备、树立宪法法律权威、权力制约等内容，这些内容在刑法中集中体现于罪刑法定原则：罪刑法定原则的思想基础之一是民主主义，罪刑法定原则要求犯罪与刑罚由成文实体法律加以规定，刑法必须体现和遵循宪法原则，刑法由立法机关制定并由司法机关适用。所以，罪刑法定是依法治国在刑法中的集中体现。

(2) 依法治国的关键在于依法规范约束公权力，防止其滥用和扩张，保障人民利益。刑法具有法益保护机能与权利保障机能，但二者之间处于对立统一状态。为了更好地实现刑法机能，就必须坚持罪刑法定原则：法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚。这就要求国家权力分立并相互制衡，故罪刑法定原则充分体现了权力制约思想。

(3) 依法治国的政治基础是人民民主，即国家的一切权力属于人民。依法治国中的“法”是体现人民意志和利益的“法”，这在刑法中体现为：人民通过选举代表组成人民代表大会，并由全国人民代表大会及其常委会依法制定刑法，以决定何为犯罪并如何处罚。换言之，只有最高立法机关制定的成文实体法律才能成为刑法的渊源，其他规范性文件都不能成为刑法的渊源，这是人民民主的当然要求。所以人民民主是刑法的思想基础。

(4) 社会主义法治的本质要求是执法为民：执法为民的根本出发点是以人为本，执法为民的基本要求是保障人权，执法为民的客观需要是文明执法。可见，执法为民不意味着违背法律去迁就民意，相反，根据刑法作出判决恰恰是最大程度尊重了国民意志（毕竟刑法是国民意志的体现），体现了执法为民的要求。换言之，国民意志体现在法律中，而非体现在网民对具体案件的看法中。

约束所有与国家刑罚权相关的。

↑ 在个案中体现

(二) 罪刑法定原则的基本内容

制刑权、求刑权、量刑权与执行权属于国家刑罚权的内容，应当受到罪刑法定原则的限制和约束；故罪刑法定原则的内容贯穿刑事立法、司法和执行过程，即罪刑法定原则不仅约束立法者，同样约束司法者和执行者。

1. 成文的罪刑法定：排斥习惯法等 刑法典、9个修正案，1个单行法

此即法律主义的立场。刑法渊源只能是最高立法机关依法制定的刑事实体法律规范，这是民主主义的当然要求（国民意志的体现），其他规范性文件不能创设刑法罚则，例如行政法规与规章、习惯或者习惯法、判例都不能成为刑法的渊源，但可能成为理解构成要件要素的材料；国际条约与国际公约等也不能成为刑法的渊源，因为在刑事领域，实体法上判决的依据只能是本国的刑事实体法律规范（而且国际条约与国际公约不存在法定刑）。

刑法的这一特征有别于民事法律。在世界范围内，民事法律的渊源表现多样，不仅包括法律，还包括学理、判例或者习惯，外国的民事法律或者国际条约或者公约都可能成为民事案件判决的依据。

2. 事前的罪刑法定：禁止溯及既往

为了限制国家刑罚权、更好地保障国民自由和人权，不得以事后制定的法律去处罚行为时没有被认定为犯罪的行为，即禁止溯及既往；但刑法只禁止不利于行为人的溯及既往，允许有利于行为人的溯及既往，我国刑法溯及力采取从旧兼从轻原则就体现了这一要求。下列做法违反禁止溯及既往的原则：^①

- (1) 对行为时并未禁止的行为科处刑罚；
- (2) 对行为时虽有法律禁止但并未以刑罚禁止（未规定法定刑）的行为科处刑罚；
- (3) 事后减少犯罪构成要件而增加犯罪可能性；
- (4) 事后提高法定刑；
- (5) 改变刑事证据规则，事后允许以较少或较简单的证据作为定罪根据。

3. 严格的罪刑法定：合理解释刑法，禁止类推解释和类推适用刑法

严格的罪刑法定要求合理地解释刑法，禁止任何不合理、不公平的解释刑法，因为刑法是正义的文字表述，解释者必须本着善意并怀着公平、正义之心去解释刑法。

对刑法没有明文规定为犯罪的行为适用类似规定而定罪处罚的做法，属于类推解释或者类推适用刑法，属于司法恣意的做法，不被允许。但为了更好地限制国家刑罚权、保护国民权利，刑法理论允许有利于行为人的类推解释。例如，《刑法》第389条第3款规定的“因被勒索给予国家工作人员以财物，没有谋取不正当利益的，不是行贿”，可以类推适用于第164条规定的对非国家工作人员行贿罪。

4. 确定的罪刑法定：刑罚法规的适当性 符合公平、正义

① 明确性：刑法的规定必须清楚、明了，不得有歧义，不得含糊不清。法律规范。

①明确性既是刑事立法必须贯彻的原则，也是刑法解释学必须贯彻的原则；明确性原则不仅是立法原则，而且是司法原则。

②刑事立法与刑法理论，共同实现刑法的明确性，使刑法的裁判规范得以明确，从而为刑事司法起到重要作用。

① 参见张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社2011年版，第57页。

③明确性的实现与分则条文中罪状（简单罪状、叙明罪状、空白罪状和引证罪状）的规定模式无关，与刑法条文字数的多少无关，与罪名是否准确或者科学无关，更不能因为某种理论学说或者解释结论不当地理解了刑法规定，就认为刑法欠缺明确性，即不能混淆法律和对法律的理解。

④司法解释与指导性案例都要遵循明确性原则：司法解释不得导致司法人员对其内容朝着相反的方向理解，不得导致司法人员难以或者不能确定其基本含义，不得导致司法人员无法确定其用语的涵摄范围；指导性案例的裁判要点与裁判理由必须一致并且明确。

⑤起诉书与判决书也要遵循明确性原则：起诉书必须做到指控事实明确与适用法条明确；判决书必须实现事实描述的明确性、适用法条的明确性与裁判说理的明确性。^①

⑥罪的法定：禁止处罚不当罚的行为，以防止“恶法亦法”的出现。

①作为补充法、保障法地位的现代刑法，不能干涉国民私生活的所有领域，要正确合理地区分伦理、道德与法律规制的领域。

②对于没有侵犯国家、社会或者他人利益的行为，或者轻微侵犯他人法益的行为，或者实践中极为罕见的法益侵犯行为，无论立法还是司法，都不允许将其作为犯罪行为加以处罚。

例如，男女恋人之间为解相思之渴而在网络聊天工具上裸聊的，夫妻在睡觉之前偶尔观摩黄片的，都不能作为犯罪行为定罪处罚。

⑦刑的法定：禁止残酷的、不均衡的刑罚；禁止绝对不定（期）刑。

①“没有犯罪就没有刑罚”。犯罪是刑罚适用的前提，刑罚是犯罪的法律效果。因此，无论是刑事立法，还是刑事司法或者执行，都不允许在没有犯罪的情况给予刑罚处罚。劳动教养制度就是在没有犯罪并且在没有经过审判的情况下，较长时间剥夺国民人身自由的制度，属于变相予以刑罚处罚，这是国家刑罚权滥用的表现，违背罪刑法定原则。

②“没有刑罚就没有犯罪”。只有刑事立法为某一违法行为规定了法定刑，该行为才属于刑法禁止的犯罪行为；否则，该行为不是犯罪行为。因为罪刑法定原则是为了限制国家刑罚权，为了最大限度约束法官，限制其自由裁量权，不允许立法时不设定相应的刑罚种类和刑期，而将刑种和刑期完全交由法官决定，所以，刑法禁止绝对不定刑。

③刑的法定基本采取相对确定的法定刑。一方面，绝对确定的法定刑不可取；采取绝对确定的法定刑虽然可以限制法官的自由裁量权，但无视具体案件的特殊性，在个案判决中虽然保证了一般正义，却牺牲了个别正义。另一方面，现代刑法主要采取相对确定的法定刑：明确规定了刑种和刑期（刑期长短适当，不宜过宽，不宜过窄），既可以限制法官自由裁量权，保证一般正义的实现；也可以适应不同案件的特殊性，保证个别正义的实现。

（三）刑法的解释

1. 刑法解释的分类

按照刑法解释主体的不同，刑法解释可以分为立法解释、司法解释与学理解释。

（1）立法解释是由全国人民代表大会常务委员会在“需要明确法律含义”的情形下对法律所作的解释。立法解释一般包括刑法或相关法律中的解释性规定、在“法律的起草说明”中的解释和在刑法施行过程中对发生歧义的规定所作的解释。严格意义上的立法解释仅限于第三种。

^① 参见张明楷：“明确性原则在刑事司法中的贯彻”，载《吉林大学社会科学学报》，2015年7月（第55卷第4期）。

④ 注意刑法中的解释性规定与立法解释：

①前者属于刑法条文本身的内容，故可以作出拟制性规定；后者是对刑法条文的解释，不能作出拟制性规定，否则属于类推解释。

②前者一般属于刑法中的特殊规定，不能“推而广之”；后者是遵循罪刑法定原则所作的解释规定，可以“推而广之”，适用于所有相同的情形。

③前者属于刑法本身的内容，其适用必须遵循刑法关于溯及力的规定；后者是对刑法条文的解释，不存在溯及力问题。^①

(2) 司法解释是由最高司法机关即最高人民法院、最高人民检察院对“法律具体应用问题”所作的解释。

(3) 学理解释是指由未经国家授权的机关、团体、社会组织、学术机构或者国民个人对刑法所作的解释。

对于立法解释、司法解释，在理解时应当注意以下几点内容：

第一，立法解释与司法解释属于正式的刑法解释，具有法律效力；而学理解释属于非正式的解释，没有法律效力，但对刑事司法乃至刑事立法具有重要的参考价值。

第二，立法解释的效力高于司法解释，其效力等同于法律，但不是法律本身。所以，立法解释不是法律的渊源，但刑法修正案属于刑法典的组成部分，属于刑法的渊源。

第三，立法机关制定法律时，可以作出拟制性规定，但不得违反罪刑法定原则；立法机关解释法律时，不能进行拟制性解释，因其解释对象是法律本身，否则会混淆立法活动与解释活动。

第四，具体解释方法与根据解释主体所做的分类属于不同的问题，一种解释方法不会因为解释主体的不同而改变。例如，某个解释结论属于扩大解释，无论在学理解释中还是在司法解释、立法解释中，都属于扩大解释。

2. 刑法解释的目标与态度

(1) 法的解释是寻找法律真义的活动，法律的含义存在于哪里，这就是解释目标的问题。刑法解释的目标存在主观解释论（解释刑法追求立法原意或者立法本意）与客观解释论（刑法解释探求刑法规范的客观意思）的对立。在我国，刑法解释应采取客观解释论，但不能超出语言文字可能具有的含义，必须以法益保护为目的，必须符合宪法。^②

① 立法解释不存在溯及力问题，否则会出现没有立法解释与司法解释就不适用刑法和以错误地适用刑法为代价来肯定以往的解释错误的不可思议的现象。当然，在立法解释变更的情况下，只能以行为人缺乏违法性认识的可能性为根据予以救济。详细内容，参见张明楷：“立法解释的疑问——以刑法立法解释为中心”，载《清华法学》2007年第1期。另请参见张明楷：《刑法学》第四版，法律出版社2011年版，第83页。

② 主观解释存在以下缺陷：立法原意不明确；没有获得立法原意的途径；多数情况缺乏立法原意；即使存在立法原意，也只是制定时的“原意”；即使存在立法原意，也可能存在缺陷；以立法原意为准，会导致人治；解释学的原则是，“作品一旦产生，作者已经死去”。参见张明楷：“刑法解释理念”，载《国家检察官学院学报》2008年12月。

(2) 在客观解释论的基础上, 如何对待法律条文的语言文字, 存在严格解释与灵活解释的态度。

①严格解释是指严格遵循语言文字可能具有的含义解释刑法, 而灵活解释是指参考社会政治、经济、文化价值观念等解释刑法。

②严格解释与灵活解释的态度并非对立关系, 刑法解释的态度应该坚持严格解释与灵活解释的统一。对刑法的严格解释, 意味着必须坚持罪刑法定原则; 对刑法的灵活解释, 当然也要求符合罪刑法定原则。

③坚持严格解释, 并不意味着解释刑法必须坚持有利于被告人的原则。存疑时有利于被告人的原则仅仅针对案件证据和事实的判定, 不适用于刑法的解释, 即解释法律不能按照有利于行为人的角度解释。该原则在刑事诉讼法上又被称为疑罪从无、疑罪从轻原则, 即证据存在疑问的时候(不能达到排除合理怀疑程度), 案件事实应该作出有利于行为人的判断。证据学上“孤证不能定案”也表明了这一原则。

例 ①不能将贩卖毒品罪中的“贩卖”解释成只能是买来再卖, 从而认为捡拾毒品再出卖的行为不成立贩卖毒品罪。

②甲声称自己猥亵乙, 或者乙声称甲猥亵自己, 但没有其他证据的, 不能认定甲成立犯罪。

③甲的行为致使乙死亡, 但无法证明甲是杀人故意还是伤害故意的, 甲只能负故意伤害罪的刑事责任。

④甲、乙无共谋同时向丙开枪, 但查不清是谁射击的子弹击毙了丙, 则甲、乙的行为与丙的死亡结果之间都没有因果关系。

⑤甲交通肇事后逃逸, 后来发现被害人死亡, 但无法证明是甲当场撞死被害人后逃跑, 还是甲逃逸使得被害人得不到及时救助而死亡的, 虽然不能认定为逃逸致人死亡, 但至少要认定为交通肇事致人死亡。

3. 刑法解释的理由

解释理由是指刑法解释凭借的条件、材料或者途径。语言文字是法律的载体, 故文理解释是最基本的解释理由, 其他解释理由(即论理解释)都必须以文理解释为前提。如果文理解释的结论具有唯一性, 或者文理解释的结论公平、合理, 就不允许通过论理解释推翻文理解释的结论; 如果文理解释结论具有多重性, 则需要论理解释确定法律的含义。故各种解释理由之间并非相互排斥, 而应彼此配合, 以探求合理的解释结论。

(1) 文理解释: 按照刑法条文用语可能具有的含义对刑法的解释, 同时参考语法、标点符号、用语顺序等产生或者决定的含义。文理解释的说服力是有限的, 需要考虑其他解释理由。

(2) 目的解释: 根据刑法规范的目的阐明刑法规范的含义。无论什么解释方法, 其解释结论必须符合罪刑法定主义, 符合刑法的目的。

(3) 历史解释: 依据制定刑法时的历史背景以及刑罚发展的源流, 阐明刑法条文的含义。历史解释并不等于追求立法原意, 即并非主观解释论。

(4) 比较解释: 借鉴外国立法与判例以阐明刑法规范的含义。但要善于辨析中外刑法的异同。

⑤体系解释: 根据刑法条文在整个刑法中的地位, 联系相关法条的含义, 阐明其规范含义。

对于刑法解释的理由，在理解时要注意以下内容：

①使体系相协调是最好的解释方法，故同一词语在不同语境可能具有不同含义；同样，理解词语的含义要保证上下文的一致性。

例 ① “伪造”一词，在“伪造”、“变造”作了区分的犯罪中，“伪造”不能包含“变造”；但在有的犯罪中，“伪造”包含“变造”（例如第196条中“使用伪造的信用卡的”中的“伪造”）。①

② “犯罪”一词，在有的条文中指具有违法性、有责性的行为（第13条），在有的条文中指具有违法性的行为（第20条第3款）。

③ “暴力”、“胁迫”等词，刑法中多个犯罪要求使用“暴力”、“胁迫”手段，但不同犯罪的暴力、胁迫的内容和程度存在差别。

④ “使用”、“用”，需要根据上下文确定是否包含对人使用和对机器使用，例如信用卡诈骗罪中“使用”、“用”的含义，要根据诈骗罪的基本结构理解（即只能对人使用）。

⑤ “出售”、“出卖”、“销售”、“贩卖”、“倒卖”、“买卖”等语词，虽然含义接近，但在不同的上下文中，可能存在不同的含义。

②当然解释：入罪时举轻以明重、出罪时举重以明轻。即就某种行为是否被禁止而言，采取的是举轻以明重的判断；就某种行为是否被允许而言，采取的是举重以明轻的判断。一方面，当然解释是体系解释的表现或者要求，以通过类比的方法得出相应结论（同类解释规则）。另一方面，当然解释不等于扩张解释，前者既是解释技巧也是解释理由，后者仅是解释技巧。①

例 如果将拐骗儿童罪中的“拐骗”理解成欺骗，那么，将使用暴力夺取儿童的案件解释为犯罪时，当然解释与扩张解释的思路不同：当然解释认为，既然使用非暴力手段拐走儿童成立犯罪，使用暴力手段夺走儿童更应该成立犯罪；扩张解释认为，应将“拐骗”扩张解释为暴力、胁迫等强制方法。

首先，在适用举轻以明重原则时，要求案件事实符合刑法规范，不能单纯以案件事实严重为由定罪处罚，即只有当该解释结论能为刑法用语所包含，才能最终采纳这一解释结论。换言之，当然解释的结论虽然具有合理性，但有可能违反罪刑法定原则。

a. 如果行为不符合犯罪构成要件，而仅以严重为由进行定罪处罚，则属于类推适用刑法，是不利于行为人的类推解释，不符合罪刑法定原则的要求。

b. 刑法中“等”、“以及其他”之类的概括规定的理解，需要运用当然解释来确定其含义和范围（同类解释规则），但必须与刑法明文列举的内容具有等价性；但是，如果刑法采取完全列举的方式规定犯罪行为表现，则不允许以当然解释之名随意扩大成立犯罪的范围，否则有类推解释的嫌疑（如信用卡诈骗罪的行为方式的规定）。

例1为组织卖淫的人招募、运送人员是协助组织卖淫的行为，将比招募、运送人员的行为性质更为恶劣的行为（如为组织卖淫的人充当打手）认定为“其他”协助组织卖淫的行为，遵从了同类解释的规则，属于当然解释。

例2按照《刑法》第225条的规定，未经允许经营合格香烟的行为成立非法经营罪，那么，未经允许经营伪劣香烟的当然更应成立非法经营罪（伪劣香烟也属于香烟）。

① 参见张明楷：“刑法学中的当然解释”，载《现代法学》2012年第4期。

例3 将《刑法》第241条之一规定的雇用童工从事危重劳动罪中的“雇用”解释为“雇”、“用”，就当然包含了不出钱而单纯使他人自己劳动的情形（至少是扩大解释甚至是类推解释）。

例4 如果将醉酒驾驶飞机飞行的行为解释为危险驾驶罪，就属于当然解释（是否平义解释、抑或扩张解释甚至类推解释，属于解释技巧的问题）。

其次，适用举重以明轻时，由于刑法并不禁止有利于被告人的类推解释，故得出有利于被告人的解释结论时，不需要当然解释的结论为刑法用语所包含。

例1 《刑法》第65条第1款规定，不满18周岁的人不成立累犯。据此，按照当然解释，对不满18周岁的人也不能适用毒品犯罪中的特别再犯制度（第356条）；同理，18周岁之前的过失犯罪、一般违法行为与其他不良表现，不得作为从重处罚的情节；18周岁之前没有犯罪的被告人，即使18周岁之后表现不良，也不得从重处罚。

例2 《刑法》第389条第3款规定，因被勒索而给予国家工作人员以财物，未获取不正当利益的，不成立行贿罪。据此，根据当然解释，《刑法》第164条规定的对非国家工作人员行贿的，如果因被勒索而给予公司、企业或者其他单位工作人员以财物，未获取不正当利益的，也不成立对非国家工作人员行贿罪。这既是当然解释的结论，也是有利于行为人的类推解释或者允许的类推解释。

最后，当然解释与类推解释都是以刑法没有明文规定为前提所作的解释，但前者既能得出某种解释结论，还能提供充分的解释理由；后者本身不能提供充分的理由；当然解释的结论可能符合罪刑法定原则（不属于类推解释或者属于有利于行为人的类推解释），但也可能违反罪刑法定原则（属于不利于行为人的类推解释）。

分则相关规定的部分归纳：

1. 《刑法》第124条第2款规定的“过失犯前款罪”仅指过失犯前款后段造成严重后果的犯罪，适用了当然解释的理由（缩小解释方法）。
2. 某种燃放鞭炮的行为不成立爆炸罪，当然也不成立以危险方法危害公共安全罪。
3. 故意伤害轻伤未遂不成立犯罪，那么，故意轻伤的预备当然不成立犯罪。
4. 刑事被告人不能作为伪证罪、帮助毁灭证据罪的正犯而成立犯罪，那么，当其教唆他人自己作伪证或者毁灭证据时，当然更不成立犯罪。
5. 《刑法》第329条第1款规定抢夺、窃取国有档案罪，但抢劫国有档案的行为，可以当然解释为成立抢夺国有档案罪。
6. 抢劫财物后为抗拒抓捕使用暴力，将被害人打成重伤的，当然符合《刑法》第269条规定的转化型抢劫（前抢劫行为中部分行为符合盗窃罪构成要件）。
7. 根据教唆他人吸食、注射毒品的规定，而不能当然得出以下结论：教唆他人自伤身体，应以故意伤害罪论处。

4. 刑法解释的技巧（方法）

确定法律条文中语言文字的含义，需要运用解释方法或者技巧。

✓ 平义解释：针对法律中的日常用语，按照该用语最平白的字义进行的解释（但对法律术语不能进行平义解释）。刑法中大多数的解释结论是按照平义解释得出的，例如“持枪

抢劫”中的枪仅指真枪，不包括假枪、仿真枪，就是平义解释的结论。

(2) 扩大解释（扩张解释）：刑法条文的解释含义大于条文字面的含义。常见的扩大解释有：

- ①将携带凶器抢夺中的“凶器”解释为包括用法上的凶器；
- ②将抢劫金融机构中的“金融机构”解释为包括运钞车和自动取款机；
- ③将信用卡诈骗罪中的“信用卡”解释为包括借记卡等；
- ④将遗弃罪中的“负有扶养义务的人”解释为包括家庭成员以外的其他人；
- ⑤将特殊自首中的“被采取强制措施的”解释为包括被行政拘留的行为人；
- ⑥将走私武器、弹药罪中的“弹药”解释为包括可以组装并使用的弹头、弹壳；
- ⑦将出售珍贵、濒危野生动物制品罪中的“出售”解释为包括以营利为目的的加工利用行为。

⑧司法解释将“在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱”（《刑法》第293条第1款第（四）项）中的“公共场所”解释为包含“信息网络”、“公共场所秩序”解释为“公共秩序”，至少是扩大解释甚至类推解释。^①

注意扩大解释与类推解释的界限：以是否违背国民预测可能性（即是否超出文字的可能含义范围）为区分标准。如果解释结论超出了词语可能具有的含义，无法为词语所涵摄，则国民对此不具有预测的可能，这属于类推解释；如果解释结论没有超出词语可能具有的含义，即使比其基本含义范围更大，仍然为词语所涵摄，还处于国民预测范围之内，这属于扩大解释。例如，把重婚罪中的“结婚”解释为包括同居或者通奸，就超出了结婚一词可能具有的含义，属于类推解释。当然，扩大解释与类推解释没有固定不变的界限，二者的区分具有相对性。实际上，可以这样认为：违反罪刑法定原则的扩大解释，实际上就是类推解释。

(3) 缩小解释（限制解释）：刑法条文的解释含义小于条文字面的含义。常见的缩小解释有：

- 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”解释为仅指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将犯罪预备规定中“为了犯罪”中的“犯罪”解释为实行犯罪，属于缩小解释。
- ③将不解救被拐卖、绑架的妇女、儿童罪中的“绑架”解释为以出卖为目的的绑架，属于缩小解释。

(4) 反对解释：根据刑法条文的正面表述，推导出其反面含义。法条确定的条件是法律效果的全部条件并是必要条件，才能适用这种解释方法。

①“判处死刑缓期执行的，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，2年期满以后，减为无期徒刑”，那么，未满2年的，不得减为无期徒刑。

②法条规定“告诉的才处理”，那么，没有告诉的，不得处理。

① 按照张明楷教授的观点，司法解释的上述结论属于类推解释。根据同类解释规则，刑法分则条文使用的“公共场所”只能是公众身体可以进入的场所。例如，《刑法》第236条第3款第（三）项“在公共场所当众强奸妇女”；第237条第2款“聚众或者在公共场所当众犯前款罪（强制猥亵、侮辱罪）的，处5年以上有期徒刑”；第292条第1款第（三）项“在公共场所或者交通要道聚众斗殴，造成公共场所严重混乱”；以及第130条、第291条的规定。参见张明楷：“简评近年来的刑事司法解释”，载《清华法学》2014年第1期。

③“收买被拐卖的妇女、儿童，对被买儿童没有虐待行为，不阻碍对其进行解救的，可以从轻处罚；按照被买妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地的，可以从轻或者减轻处罚”，那么，收买被拐卖的妇女、儿童，阻碍对其解救或者阻碍其返回原居住地的，不得从宽处罚。

④ 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。补正解释的核心在于“正”，而非“补”。

①《刑法》第99条规定“本法所称以上、以下、以内，包括本数”，但第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”，后者中的“以下”就不能包括本数。

②把《刑法》第191条洗钱罪规定中的“没收”解释为没收或者返还被害人，属于补正解释。

关于刑法的解释技巧或者方法，要注意以下几点：

(1) 平义解释是最基本的解释方法，只有当平义解释得不出合理结论时，才会使用其他方法。

(2) 刑法解释的目的在于探求合理的解释结论，解释方法只是我们探求合理结论的途径。因此，按照允许的解釋方法得出的解释结论不一定正确，有可能违反罪刑法定原则。

(3) 对刑法条文中的每个用语的解释，只能采取一种解释技巧或方法（反对解释可以和其他方法并存），例如对一个条文中的某一术语，不能既采取扩大解释，又采取缩小解释。

(4) 类推解释是刑法禁止的解释方法。但时，为了更好地保障国民的自由和人权，只禁止不利于行为人的类推解释，而允许有利于行为人的类推解释。

二、平等适用刑法原则

☐ 相关法条

第四条 [平等适用刑法原则]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。

☐ 知识要点

1. 平等适用刑法原则，即刑法面前人人平等的原则，意味着刑法规范在根据其内容应当得到适用的所有场合，都予以严格适用。

2. 基本内容：平等地保护法益；平等地认定犯罪；平等地裁量刑罚；平等地执行刑罚。

三、罪刑相适应原则

☐ 相关法条

第五条 [罪刑相适应]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。

☐ 知识要点

1. 基本内容：刑罚与罪质、犯罪情节、犯罪人的人身危险性相适应。罪刑相适应是刑罚正义和刑罚个别化的有机统一，二者之间不是对立、相互排斥的关系，而是相互融合、相互补充的关系，它们是对犯罪人决定刑罚的两个切入点。相对于刑罚正义，刑罚个别化应当