



三校名师 司法考试  
www.sanxiaomingshi.com

2010年 国家司法考试

# 三校名师讲义

2 | 刑法

北京三校名师学校 / 组编

阮齐林 / 编著

**点石成金，凝聚十八载名师课堂授业精华。**

作为三校名师司法考试培训授课专用教材，本书历经十八年的经典传承，千锤百炼，实至名归，带给您身临其境的名师授业风范与智者的深邃启迪。

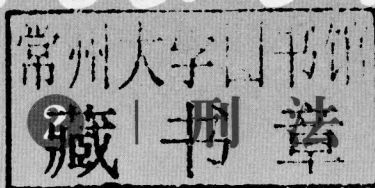
中国政法大学出版社



三校名师 司法考试  
www.sanxiaomingshi.com

# 2010年国家司法考试

# 三校名师讲义



北京三校名师学校 / 组编

阮齐林 / 编著



中国政法大学出版社

2010·北京

# 应考指引

## 一、刑法学试题分值

刑法学试题约 80 分。以 2009 年试卷为例,单选 20 题 20 分,多选和不定项选 19 题 38 分,案例分析题 22 分,共 80 分。

## 二、2009 年刑法学命题特点

(一)卷二选择题的难度适中。具体表现为:①考点集中在常见知识点和常见罪名上,考生不感到生疏;②题干和选项的信息量不大,减少了考生的阅读量和时间上的压力。

(二)考点(下列“(1)”,表示单选、1 分;“(2)”表示多选或不定项选、2 分)。

### 1. 卷二选择题(58 分)。

总则(17 分):刑法解释(1);刑事责任年龄(1);正当防卫(1);紧急避险(1);犯罪中止(1);故意杀人中止与未遂区别(2);~~共同犯罪~~共犯成立(1);教唆犯(1);帮助犯认定(2);没收财产刑(1);累犯(1);犯罪数额(1);~~自首~~如实供述(2);假释适用条件(1)。

分则(41 分):为境外窃取、~~刺探、收买、非法提供~~国家秘密、~~情报~~犯罪(1);侵犯著作权罪(1);保险诈骗罪未遂(1);交通肇事罪认定和时效中断(1);~~刑法修正案(七)~~《刑法修正案(七)》新增非法经营、逃税规定及洗钱罪、组织卖淫罪对象(2);销售有毒、有害食品罪及其故意认定(2);非法经营罪定罪(2);绑架加重犯及其处罚(1);~~赌博罪~~赌博罪认定及~~抢劫罪~~抢劫罪结果加重犯与数罪的区别(1);故意毁坏财物罪与抢劫罪的区别(1);麻醉方法抢劫罪(1);抢劫结果加重犯认定(2);盗窃罪与诈骗罪区别(2);职务侵占罪与盗窃罪区别(1);使用假币、信用卡犯罪认定(2);包庇罪(2);掩饰、隐瞒犯罪所得罪、帮助毁灭证据罪(2);贿赂罪认定(2);《刑法修正案(七)》新增利用影响力受贿罪(2);贪污、挪用金额认定(2);受贿罪与非罪认定(2);行贿共犯(2);敲诈勒索罪及牵连犯、吸收犯(2);单位行贿罪(1);徇私枉法罪(2)。

### 2. 卷四案例分析(22 分)。

(1)抢劫及其结果加重犯与故意杀人罪、盗窃罪数罪的区别。

(2)共犯的成立条件及其运用。成立共同犯罪必须具有共犯的故意和行为。教唆者与~~被教唆者~~教唆者缺乏共同犯罪的故意,教唆行为与犯罪行为缺乏关联性,不成立共犯。

(3)成立传授犯罪方法罪或掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪,必须“明知”他人犯罪或犯罪所得的事实。缺乏故意的,不成立犯罪。

(4)自首的认定:自动投案的时间前提。

(5)信用卡诈骗罪的认定。

## 三、2010 年刑法命题特点预测:返朴归真

通过对 2009 年刑法试题的分析,预计 2010 年的刑法试题将会更加注重刑法基本制度和常见罪名,回避学术争议问题和偏题怪题,“不折腾”。因此对考生的建议是:不论坊间关于考试动向有多少种传说,不变的真理是——只要能够掌握学说和制度的基本知识,就能确保考试过关。备战考试应当寄希望于经过常规的学习所掌握的知识

和技能,学说和制度的基本知识点是通过常规识记、理解就可以掌握的,并且仅此就足以应对考试。虽然不能排除考试中会出现生僻的知识点和疑难的个案,但并不影响大局。因为生僻的问题所占比例很小,不值得花费太多的精力;疑难的个案更是没有穷尽,没有时间也没有必要去掌握,而且,这也不是通过常规学习就能把握的。

因为需要回避“三要件”论与“四要件”论的体系分歧,分则各罪的认定和司法解释的内容或许将占较大比重。

#### 四、2010 年度将继续回避犯罪构成论体系的分歧

我国刑法学说在犯罪构成理论体系上有“四要件”论和“三要件”论之相争。2009 年的“考试大纲”虽然采取了“三要件”论,但是为回避分歧,在考试中并没有考查相关知识点。估计 2010 年度仍将采取这种回避政策。因此,考生大可不必顾虑两种犯罪论体系的差异及其影响。本书为了减少这方面的困扰,一方面采取考生熟悉的“四要件”论体系;另一方面把“三要件”论重要的概念、方法、思路作为附编,备考生查阅。

#### 五、刑法学重点

1. 总则概论、犯罪论部分:刑法解释方法·不作为·因果关系·故意(明知)的认定·认识错误(法定符合说)·相对刑事责任年龄·身份·预备·未遂·中止·共犯的成立·共犯责任(一部行为全部责任)·共犯人种类(主犯、从犯、胁从犯、教唆犯)·共犯的处罚原则·部分共犯中止·~~想象竞合犯~~·牵连犯·事后不可罚行为·法条竞合犯

2. 刑罚论:死刑·附加剥夺政治权利~~适用~~·~~减轻~~处罚的适用·自首·立功·累犯·假释适用条件·缓刑适用和撤销·~~数罪并罚原则~~

3. 侵犯财产罪:抢劫罪·抢夺罪·~~盗窃罪~~·~~诈骗罪~~(合同诈骗罪·信用卡诈骗罪·贷款诈骗罪·票据诈骗罪·~~金融凭证诈骗罪~~)·~~侵占罪~~·故意毁坏财物罪

4. 贪污贿赂渎职犯罪:贪污罪·职务侵占罪·挪用公款罪·挪用资金罪·受贿罪·行贿罪·非国家工作人员受贿罪·对非国家工作人员行贿罪·利用影响力受贿罪·徇私枉法罪

5. 经济犯罪:非法经营罪·洗钱罪·窝藏毒品、毒赃罪·生产、销售假药罪·侵犯著作权罪·逃税罪

6. 侵犯人身权利罪:绑架罪·非法拘禁罪·拐卖妇女、儿童罪·拐骗儿童罪·刑讯逼供罪·暴力取证罪·故意伤害罪·强奸罪

7. 扰乱社会秩序罪:伪证罪·妨害作证罪·帮助毁灭、伪造证据罪·窝藏罪·包庇罪·掩饰、隐瞒犯罪所得罪·妨害公务罪·走私、运输、贩卖毒品罪·非法行医罪·医疗事故罪

8. 其他罪名:交通肇事罪·重大责任事故罪·过失致人死亡罪·投放危险物质罪·为境外组织、人员非法提供秘密、情报罪

#### 六、新的刑事立法、司法解释对 2010 年试题的影响

新的立法和司法解释出台,往往会引起对相关问题的关注,形成考试的热点,在此提示如下(具体内容在本书有关章节中均有介绍):

1. 《刑法修正案(七)》和有关司法解释出台,使得下列罪名值得重视:

利用影响力受贿罪·逃税罪(取消偷税罪罪名)·组织、领导传销活动罪·组织未成年人进行违反治安管理活动罪·非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信

息系统罪·提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪·出售、非法提供公民个人信息罪·非法获取公民个人信息罪·走私国家禁止进出口的货物罪

2. 近两年新出台的司法解释,使得下列问题值得重视:

(1)《办理商业贿赂刑案意见》等四个反腐败“意见”:贿赂罪如受贿罪·利用影响力受贿罪·贪贿案件自首、立功的认定

(2)《办理信用卡刑案解释》:信用卡诈骗罪(冒用他人信用卡,恶意透支非法占有目的认定)·伪造金融票证罪(伪造信用卡行为)·非法经营罪(利用POS机套现)·妨害信用卡管理罪

(3)《审理洗钱刑案解释》:洗钱罪(第191条洗钱行为方式)·资助恐怖活动罪·掩饰、隐瞒犯罪所得罪(明知是犯罪所得的认定)·窝藏毒品、毒赃罪

(4)《办理毒品案意见》:走私、运输、贩卖毒品罪之“明知”毒品的认定

(5)《办理假劣药刑案解释》:生产、销售假药罪(危险认定)

### 七、认真练习做题

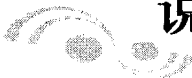
首先是认真做历年真题。把近十年的真题认真做一遍,基本就能通过考试了。若觉得仍没有把握,可适当做点模拟题。

充分认识选择题的“麻痹性”和“杀伤力”。司法考试只需要答对60%就可以过关,即所谓“60分万岁”,为何仍然只有10—20%的通过率?原因在于选择题具有“麻痹性”,即人人皆会打勾划圈,所以不惧选择题,并且总是在自以为正确的情况下作出选择,所以错了都不知道错在哪里,以至于考生的分数惨遭杀伤,即使“60分万岁”也过不了关。

对付选择题的要领是:(1)扎实的基本功,即掌握了考点、知识点;(2)认真做习题。形成考查知识点与试题练习二者的“互动”,是高分通过考试之道。只学不练的“本本主义”和就题论题的“经验主义”,都不是好办法。

### 八、“高分”通过的意义

过去,考生多是找好了工作之后考司法资格,过分数线就万事大吉,考高分纯属浪费。现在是拿着司法考试资格去找工作,法院、检察院等岗位一职难求,就连律师事务所也挑三拣四,说什么只要四百分以上的。有什么办法呢?唉!为了与时俱进就辛苦点吧。然而,考取高分之道在哪里呢?其一,懂原理;其二,勤练习。做到二者互动方可免遭选择题的麻痹加屠杀,加之主观题的突破,高分即可轻松得之。



## 说 明

本“讲义”是在司考辅导授课中形成的,可以说成是以书本或文字形式表现的课堂讲授。今年做了较大的修订,内容上有以下变化:

一、鉴于现在的考生一般已受过法学本科教育,有一定的法学基础,故将过于啰嗦的解说尽可能删除,比09版要简明一些。

二、突出考点,把重要的考点提炼出来专门重点介绍,而把一些基础知识、过渡性的解说置于章节或书的末尾,作为参考。

三、增强考题、考点的互动性。一方面根据近年司法考试的动态,突出考点,把重要的考点提炼出来专门重点讲解,另一方面通过考题加强对知识点的把握、理解。

# 目 录

## 第一编 刑法总则

### 第一章 刑法概说 / 1

### 第二章 犯罪概说 / 18

### 第三章 犯罪构成的一般要件(要素) / 23

#### 第一节 犯罪客观要件(要素) / 23

#### 第二节 犯罪的主观要件(责任意思) / 37

#### 第三节 犯罪主体的一般要件和特殊要件 / 61

### 第四章 排除犯罪的事由(阻却违法性事由) / 71

#### 第一节 概说 / 71

#### 第二节 正当防卫 / 71

#### 第三节 紧急避险 / 79

#### 第四节 学说和情理上的违法阻却事由 / 81

### 第五章 犯罪的未完成形态 / 86

#### 第一节 概 述 / 86

#### 第二节 犯罪未遂 / 88

#### 第三节 犯罪预备 / 95

#### 第四节 犯罪中止 / 99

### 第六章 共同犯罪 / 107

#### 第一节 共犯的成立和责任 / 107

#### 第二节 共同犯罪人的分类和处罚原则 / 117

#### 第三节 共犯的特殊问题 / 126

#### 第四节 共同犯罪的形式 / 136

### 第七章 单位犯罪 / 139

### 第八章 罪数与数罪并罚 / 143

#### 第一节 罪数 / 143

#### 第二节 数罪并罚制度 / 154

### 第九章 刑罚的种类、体系和目的 / 161

#### 第一节 主 刑 / 161

#### 第二节 附加刑 / 163

#### 第三节 刑罚的特点、目的 / 168

### 第十章 刑罚的裁量(量刑) / 170

#### 第一节 量刑情节 / 170

#### 第二节 累 犯 / 175

第三节 自首 / 177

第四节 立功 / 181

第五节 缓刑 / 184

## 第十一章 刑罚的执行 / 186

第一节 减刑 / 186

第二节 假释 / 187

## 第十二章 刑罚的消灭 / 191

第一节 追诉时效 / 191

第二节 赦免 / 193

## 第二编 刑法分则

### 第一章 侵犯人身的犯罪 / 195

第一节 重点罪名 / 195

第二节 普通罪名 / 221

### 第二章 侵犯财产罪 / 227

第一节 概说 / 227

第二节 重点罪名 / 228

第三节 金融诈骗罪(《刑法》分则第三章第五节) / 261

第四节 其他与诈骗罪存在法条竞合关系的犯罪 / 268

第五节 贪污·挪用·侵占的犯罪 / 269

### 第三章 贿赂罪 / 289

第一节 重点罪名 / 289

第二节 普通罪名 / 304

### 第四章 渎职罪 / 307

第一节 重点罪名 / 307

第二节 普通罪名 / 311

### 第五章 妨害司法罪 / 315

第一节 重点罪名 / 315

第二节 普通罪名 / 323

### 第六章 扰乱公共秩序罪 / 327

第一节 重点罪名 / 327

第二节 普通罪名 / 334

### 第七章 其他妨害社会管理秩序罪 / 342

第一节 妨害国(边)境管理罪 / 342

第二节 妨害文物管理罪 / 344

第三节 危害公共卫生罪 / 346

第四节 破坏环境资源保护罪 / 348

第五节 走私、贩卖、运输、制造毒品罪 / 350

第六节 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪 / 355

第七节 制作、贩卖、传播淫秽物品罪 / 358

### 第八章 破坏社会主义市场经济秩序罪 / 361

第一节 生产、销售伪劣商品罪 / 361

- 第二节 侵犯知识产权罪 / 365
- 第三节 扰乱市场秩序罪 / 368
- 第四节 危害税收征管罪 / 374
- 第五节 走私罪 / 377
- 第六节 妨害对公司、企业的管理秩序罪 / 381
- 第七节 破坏金融管理秩序罪 / 385
- 第九章 危害公共安全罪 / 397
  - 第一节 重点罪名 / 397
  - 第二节 普通罪名 / 407
- 第十章 危害国家安全罪 / 414
  - 第一节 重点罪名 / 414
  - 第二节 普通罪名 / 415
- 第十一章 危害国防利益罪和军职罪 / 417
  - 第一节 危害国防利益罪 / 417
  - 第二节 军人违反职责罪 / 418

## **附编 刑法分则概述和三要件论**

- 第一章 刑法分则概说 / 420
- 第二章 犯罪构成“三要件”论 / 433

# 第一编 刑法总则

## 第一章 刑法概说

**【考点提示】**罪刑法定原则的内容·扩张解释、缩小解释、类推解释的理解·从旧兼从轻原则·属地原则

### 一、罪刑法定原则\*\*

刑法明文规定的基本原则共3个：①罪刑法定原则；②平等适用刑法原则；③罪刑相适应原则。其中罪刑法定原则最重要。

#### (一)内容

1. 法律没有明文规定为犯罪的行为不得定罪处罚。其具体内容包括：①刑法应当是立法机关(人民代表大会及其常委会)制定的成文法律，行政机关制定的规章不得规定刑罚；习惯法不能作为刑法渊源。②禁止不利于行为人的事后法(重法不得有溯及力)。③禁止不利于被告人的类推解释，包括禁止司法类推和类推解释。④禁止绝对不确定刑。⑤确定的犯罪与刑罚必须明确。⑥禁止滥用刑罚，对不应当处罚的行为不能以犯罪处罚。⑦禁止残酷的刑罚。因为《刑法》第12条对刑法的溯及力规定采取“从旧兼从轻”，所以，并非绝对禁止刑法有溯及力，只是禁止事后重法的溯及力。在“事后法”较轻的场合，根据“兼从轻”的规定，新法有溯及力。

#### ※【题例】

关于罪刑法定原则及其内容，下列哪一选项是正确的？(C·2004/二/16)

- 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

**解析：**A 错在“禁止扩大解释”。B 立法机关有权创制法律，但对已有法律也不能做类推解释。如若创制罪刑就应当采取修正案等立法形式。D 虽然刑法中难免偶尔使用规范要素，如“淫乱”、“淫秽”、“猥亵”，但对罪刑法定原则的明确性有不利影响。

#### (二)价值基础

- 1. 宗旨：维护法制、保障人权，防止国家滥用刑罚权。
- 2. 核心：①确认犯罪和刑罚必须具有明确性；②确认犯罪与刑罚应当符合合理性，即立法中不应采用残酷的、非人道的刑罚方法。
- 3. 价值基础：公民“自律和预知”的价值基础。①公民自律，即公民通过民意机构(如全国人民代表大会)以法律形式确立犯罪与刑罚，刑法是公民自我约束的产物。

②可预知(犯罪与刑罚),即通过事先公布刑法,使公民预先就知道什么行为是犯罪、该受何种处罚,从而规范自己的行为。

### ※【题例】

关于罪刑法定原则的正确说法是:(CD)

- A. 罪刑法定原则是刑事司法原则,不是立法原则
- B. 犯罪与刑罚只能由法律规定,因此排除犯罪性事由只能由刑法明文规定
- C. 罪刑法定原则的基本价值理念是保障公民权利与自由
- D. 不违反行政法、民商法的行为当然也不违反刑法

**解析:**①罪刑法定原则既是司法原则也是立法原则,A错。②“肯定”罪与罚必须法定,但排除罪与罚则未必,存在“超法规”的排除犯罪性事由如被害人同意、义务冲突等。③此价值基础决定罪刑法定的必要性。④法的统一性。刑事违法是重度违法,违反轻度法(行政、民商),未必违反刑事法;不违反轻度法的,自然没有刑事违法性。

### (三)其他刑法原则

1. 适用刑法平等原则。《刑法》第4条。

2. 罪刑相适应原则:《刑法》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。”刑罚的轻重与①犯罪事实(罪行轻重)+②犯罪人危险性(刑事责任)相适应。刑罚对事(犯罪事实)还是对人(犯罪人)?第5条规定罪刑相适应原则要求:刑罚轻重与“罪行”和“责任”相适应,表明“既对事又对人”。“罪行”(事)主要指犯罪的危害性(包括危害结果、情节和主观恶意);“责任”(人)主要指犯罪人再次犯罪的人身危险性。“对事”,要求同罪(事)同罚,体现公平(报应);“对人”,注重对罪犯教育改造,体现预防犯罪目的。可以说,刑法每一项制度都体现了罪刑相适应的原则,如:对未成年人、限制刑事责任能力人、又聋又哑的人,从轻处罚;对犯罪中止、未遂、预备、从犯、胁从犯、教唆未遂、自首、立功、防卫过当从轻处罚;对累犯、教唆未成年人犯从重处罚,都体现了罪刑相适应原则。

### ※【题例】

1. 关于罪刑相适应原则下列哪些说法是正确的?(ABC)

- A. 刑罚的轻重与罪行和刑事责任相适应
- B. 罪行指客观行为和主观恶意结合产生的危害性
- C. 刑事责任主要指犯罪人再次犯罪的人身危险性
- D. 罪刑相适应仅仅是指刑罚的轻重与罪行相适应

2. 下列关于罪刑相适应原则的说法哪些是正确的?(BCD·2005/二/51)

- 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

**解析:**本题C项涉及对罪刑相适应原则的理解。

3. 下列哪种情形体现出刑罚的轻重与刑事责任相适应方面的内容?(ABCD)

- A. 对累犯从重处罚
- B. 对自首、立功的从宽处罚
- C. 对中止犯处罚宽大于未遂犯、预备犯

D. 对不满 18 岁的人犯罪,应当从轻或者减轻处罚

## 二、刑法的解释 \* \*

### (一)文理解释·论理解释

根据解释的方法,刑法解释分为两大类:文理解释和论理解释。

1. 文理解释:指根据语法、字义的惯常用法来解释条文的方法。

文理解释,也称“文义解释”,是解释刑法的基本方法,刑法条文的意义通过语言文字确定和表达,可是争议往往也因语法、字义的不同理解而缘起,所以在解释法条时,实际上暗含着一个约定的基准(前提),即语言文字的惯常用法。刑法条文是根据最惯常的语法规则和字面含义起草、通过的,人民群众也是根据普通的语法、字义来理解的,因此,没有特别的理由,对刑法条文也应当根据惯常的语法和字义进行解释,即用文理解释的方法。以此为前提,用文理解释得出的条文含义(的结论),被称为“普通解释”。文理解释既然是按照“最惯常”语言文字规则进行解释,那么其方法和内容也属于普普通通的解释(普通解释)。因为文理解释根据“语法、字义”解释条文,注重法条字面(形式)意义,所以也被称为“形式解释”。

可见,文理解释与普通解释、形式解释意思相近,属于那种根据条文语法、字面最惯常(或最普通)意义的解释方法,只是说话的角度略有不同。文理解的对称是论理解释;普通解释的对称是缩小解释、扩大解释、“类推解释”;形式解释的对称是实质解释、目的解释。

强奸妇女罪的“妇女”包括一切女性,既包括中国妇女也包括外国妇女,既包括成年妇女也包括幼女。这是文理解释,同时也属于按照“语言最惯常用法”进行解释,得出条文内容(按照条文的文理不扩大不缩小)的普通解释,同时也是根据条文的语言文字“字面”(形式意义)作出的形式解释。

文理解释与罪刑法定原则。罪刑法定原则的价值基础之一是(公民对自己行为是否犯法的)可预知性。满足这个要求的平台,就是法条中语言文字的普通用法,立法者以惯常的语言文字表达刑法,司法者、守法者以惯常的语言文字理解刑法,以这个默认的平台实现罪刑法定原则的明确性要求、可预知性价值。所以,文理解释被确立为刑法解释的基本方法,是制度的选择。

文理解释作为刑法解释的基本方法,意味着:①“没有特别的理由”,应当首先采取文理解释的方法,接受这种普通解释、形式解释的结论。但是“若有特别的理由”,在使用文理解释的方法行不通时,比如明显不符合刑法的目的时,与其他条文存在明显冲突时,就需要在文理(惯常的语法和字义)根据之外寻求其他的解释依据,这些从文理根据之外寻求解释根据的解释方法被统称为“论理解释”。②即使是“有特别的理由”,也不能脱离条文的文理含义。如果脱离条文的文理含义,会彻底背弃明确性要求和可预知性价值,成为类推解释,属于不当的解释。

2. 论理解释:在文理解释之外寻求解释依据的解释方法的统称,如参酌立法背景、沿革、目的、社会需要等因素(依据)阐明刑法真实含义的解释方法。对论理解释,按照使用方法(依据)的差异,又可细分为:①当然解释;②反对解释;③补正解释;④体系解释;⑤历史解释;⑥比较解释;⑦扩大解释;⑧缩小解释等。这些解释方法本身与罪刑法定原则没有冲突。但是违反解释法律的规则、超越社会常理、任意解释法律是违反罪刑法定原则的。

(1)当然解释,例如根据司法解释:非法行医被卫生行政部门行政处罚两次以后,再次非法行医的,是“情节严重”。那么,被行政处罚3次以后,再次非法行医的,是否属于“情节严重”?当然属于!这是“当然解释”,即根据逻辑、道理当然可推断出的法律(该“情节严重”)适用范围、含义。从文理解释的角度,“2次以上”,含2次及超过2次的次数,也能得出同样结论。

(2)当然解释,例如《刑法》第20条:“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害,而采取的制止不法侵害的行为,对不法侵害人造成损害的,属于正当防卫,不负刑事责任”。如果实施正当防卫没有“对不法侵害人造成损害的”是不是正当防卫呢?当然也是,这属于当然解释。

(3)反对解释,例如《刑法》第50条规定,死缓犯没有故意犯罪的,“2年期满后,减为无期徒刑”。“死缓”执行期间没有满2年的能不能减为无期徒刑?不能!这是所谓“反对解释”,即根据法律条文的正面表述(2年期满后,减为无期徒刑),推导其反面含义(没有2年期满,不得减为无期徒刑)的解释。

(4)补正解释,例如《刑法》第99条规定:“本法所称以上、以下、以内,包括本数”,根据这条规定,犯抢劫罪(第263条)“处3年以上10年以下有期徒刑……”,包含判处3年(本数)和10年(本数)。但是,《刑法》第63条规定减轻处罚的,应当在“法定刑以下”判处刑罚,其中的“以下”则应当被解释为“不包括本数”,比如对普通抢劫犯“减轻处罚”,应当是判处不满3年有期徒刑,如果判处3年有期徒刑(抢劫普通犯法定最低刑本数),不符合“减轻处罚”。这就是所谓“补正解释”,即在法律条文发生冲突、错误时,统观法律全文加以补正,以阐明法律真实含义的解释方法。因为《刑法》第63条(减轻处罚)的在“法定刑以下”判处刑罚,如果也理解为“包含本数”,则与从轻处罚界限不明。因为补正解释含有对法律“疏漏”作补正、补充的意味,所以必须慎用,一定要“符合立法目的,符合《刑法》的整体规定”。

## (二)缩小解释·扩大解释·类推解释\*\*

1. 缩小解释,以文理解释得出的条文含义为基准,如果得出较小(较窄)含义的,是缩小解释,也称限缩解释;得出较大(较广)含义的,是扩大解释,也称扩张解释。

### ※【题例】

根据《刑法》第111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?(D·2008延/二/1)

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

**解析:**缩小解释。因为“情报”含义宽泛,有公开和不公开的,重要和不重要的等等,给该条之“情报”加上“关系国家安全和利益”、“未公开”的等限制,缩小了其范围,所以是缩小解释。

2. 扩大解释,相对于条文的字面含义而言,其真实的含义应该大一点。

根据《刑法》第116条规定,破坏交通工具罪的对象是“火车、汽车、电车、船只、航空器”,解释该条中规定的“汽车”也包括大型的拖拉机,就对该条“汽车”的字面含义有所扩大,属于扩大解释。在日常生活中,“汽车”和“拖拉机”是两个不同的词汇,指称的

对象也有所区别。在中学语文考试中,如果把汽车和拖拉机视为同义词恐怕要算错。把“汽车”解释为包含“拖拉机”显然不合汽车字义惯常包含的范围,作出这样的解释,就不是文理解释。如果拘泥于字义,就不能作出这样的解释。但是,过分拘泥于字义会妨害正确地理解、适用法律,所以需要借助其他的方法。大型机动拖拉机被用于交通运输时,其外观、性能、危险性与汽车没有差别,把它包含在汽车范围内,没有严重背离汽车的语义,也符合《刑法》第116条的立法精神,因为该条规制的对象是关系到交通运输安全的大型交通工具。相对于按照字义惯常含义的文理解释,这是结合立法目的、社会需求的论理解释;相对于按照字义惯常含义的普通解释,这属于扩张解释;相对于按照字义惯常含义的形式解释,这属于实质解释。

3. 类推解释,指把刑法条文字面含义扩大解释到包含“相类似”的事物。无论对字面含义作扩大或缩小的解释,仍然能与字面含义保持同一性质,没有脱离字面含义。而类推解释则过分超出了字面含义,仅具有“类似性”而不具有“同一性”。类推解释是一种错误的、或者不可接受的解释方法。

例1:《刑法》第237条规定:强制猥亵、侮辱妇女罪的对象是“妇女”,如果根据男人与妇女都属于“人类”的类似性,解释为包括“男人”就属于类推解释,将该条适用于对男人的性侵犯就是类推适用,不符合罪刑法定原则。

例2:(2006/二/20C项)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。错,正确说法是,属于类推解释,且不利被告人不是法律允许的。因为刑法单独规定有变造货币罪,对伪造货币与变造货币在法律上就区分为两种性质不同的行为,且变造货币的行为性质轻于伪造货币。

例3:(2006/二/20A项)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。错,应是类推解释。

例4:(2006/二/20B项)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。错,属于缩小解释,且属于不适当的缩小解释。因为,故意杀人罪中的人包括一切有生命的自然人,也包括精神病人。

### ※【题例】

下列哪种说法是正确的?(ABCD)

- A. 将组织他人卖淫罪的“他人”解释为包括女人和男人在内的人,属于文理解释
- 、B. 将故意杀人罪中的“人”解释为“除本人之外的人”,是缩小解释
- C. 将引诱幼女卖淫罪中的“幼女”解释为包括幼男在内的人,是不利被告人的类推解释
- D. 将“出售”珍稀濒危野生动物的“出售”,解释为包括出卖和以营利为目的的加工利用行为,属于扩张解释

### (三)刑法解释的其他知识

1. 根据解释的效力,刑法解释可划分为:①立法解释,②司法解释,③学理解释。

2. 解释方法与解释结论的正确性。此种解释方法与彼种解释方法之间,只是在解释法条时说理(解释)的依据、角度不同而已,没有优劣之分,也不能说明解释结论正确与否。只能说,解释法律应当符合刑法目的(人民的意志)、符合罪刑法定原则、合乎逻辑和解释规则,不能过分脱离法条的“字面”意义。同理,即使是立法解释、司法解释,也应当遵守罪刑法定原则。如果超出了法条应有的含义,对立法者而言,就应当修订

刑法(制定修正案)而不应用法律解释的形式创制刑法;对司法机关而言,就是越权立法。

3. 刑法解释与罪刑法定原则。任何一种解释方法自身并非当然正确或错误,关键看是否符合罪刑法定原则。那么,如何判断是否符合罪刑法定原则呢?根本点是:“民主和自由”。“民主”尊重多数人意志,因此正确的解释至少应是能为人民广泛理解、接受的解释。“自由”意味着法律不禁止的都是人民自由的空间,人民按照既有的法律预测可自由行动的范围,解释法律必须尊重这种“预测可能性”,刑法解释(适用)超越公民预测可能性的,不符合罪刑法定原则。

4. 刑法解释与被告人。任何解释方法自身并非当然对被告人有利或不利,关键看其解释的内容、得出的结论。例如,《刑法》第67条第2款(特殊自首):“被采取强制措施犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯,如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的,以自首论。”对此第2款规定中的“本人其他罪行”,“司法解释”解释为:“不同种罪行”。显然缩小了“其他罪行”的范围,因为其他罪行按理既包括其他同种罪行也包括不同种罪行,但该司法解释将同种罪行排除在外,属于缩小解释。这缩小解释缩小了特殊自首成立的范围,显然对被告人是不利的。可见,对一个刑法用语,作扩大解释还是缩小解释,本身不能表明对被告人是有利还是不利,关键看解释的结论。如果结论扩大了定罪范围或加重了处罚,该扩大解释对被告不利;如果扩大了无罪的范围或罪轻的范围,则对被告人有利。

5. 文理解释与论理解释的关系。法条既然是“文字”写成的,也就应按照语法、字义解读,所以文理解释是基本的,论理解释是辅助、补充性的。因为即使采取论理解释,也要以条文“字面”为基础,例如,对伪造货币罪之“货币”的解释,通常理解为正常流通使用的钱,包括中国货币和外国货币,也包括我国台港澳地区流通的货币。无论采取何种方法也不能把它解释为包括“冥币”或者“银元”、“铜钱”等退出流通的古代钱币,更不能把它解释为包括信用卡、桌子、椅子等财物。这种完全脱离法条“字面”的解释与信口开河没有区别。拐卖妇女儿童罪之对象是“妇女、儿童”,据此不包括“成年男子”(反对解释)。背离“妇女、儿童”的字面意义,解释为包括“拐卖成年男人”,纵然有一万条理由也是错误的。抢劫罪的对象是“财物”,这财物可包括他人合法占有的财物,也可包括他人非法占有的财物,甚至毒品、淫秽物品等违禁品,但是纵然有一万条理由,也不能把它适用于“抢劫儿童”的行为。因为“财物”在字面上无论如何是不能包括“人”的。不能认为人比财物更宝贵更值得保护,抢财应以抢劫罪论处,抢人更应该以抢劫罪论处,这种解释就没有边际了。抢人不应当以抢劫罪论处,不是说不能以犯罪论处,根据情况可按照绑架、拐卖妇女儿童、拐骗儿童等罪名论处,这些罪的行为对象是人。

6. 类推解释显著特征是:过分背离条文的“字面”意义,表现为:①超出了词语可能具有的含义;②提升了概念的位序。比如把强制猥亵妇女罪对象之“妇女”,解释为包括“男人”,其一,提升了“妇女”一词的位阶,使其等同于上位概念“人”;其二,显然超出“妇女”一词可能具有的含义,这是类推解释。类推解释的实质特征是,超出了公民预测可能性的范围,欲加之罪而脱离法律规范,根据某行为与法律上某种犯罪在事实、危害方面的相似性定罪判刑。而扩张解释则没有超出法条词语可能具有的含义、不改变概念的位阶,不超出公民可预测的范围,是允许的。

例1:《刑法》第302条:“盗窃、侮辱尸体的,处……”甲从坟墓中盗窃他人“尸骨”制成人体骨骼标本出售牟利,该“尸骨”是否属于“尸体”?通说认为属于尸体,可以成立盗窃尸体罪。乙明知甲盗窃的尸骨,为其存放保管,该尸骨是否属于“犯罪所得”?应该属于犯罪所得,乙成立掩饰、隐瞒犯罪所得罪。丙盗窃他人“骨灰”,该骨灰是否属于“尸体”?显然不能解释为尸体,因此不成立盗窃尸体罪。但是,骨灰可以解释为财物,因此,不排除可以成立盗窃罪(这涉及到“财物”的“有经济价值”特征的理解)。

例2:《刑法》第177条:“有下列情形之一,伪造、变造金融票证的,处……(四)伪造信用卡的。”丙非法制作IC电话卡出售,数额较大,是否属于伪造信用卡、成立伪造金融票证罪?根据立法解释:刑法中的“信用卡”,指金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金功能的电子支付卡。电话IC卡,不是金融机构发行的,也不具有上述支付结算功能,所以不是信用卡。丙不成立伪造金融票证罪。另《刑法》第227条规定有伪造有价票证罪,电话IC卡属于有价票证,对其可根据伪造有价票证罪追究刑事责任。

7. 有关类推解释的说法。因为类推解释背离了法条应有含义,从其方法自身,或者从其解释的形式面而言,是不符合罪刑法定原则的,是错误的,是应当禁止的。不过,考虑到刑法中有利被告的内容未必都通过文字明确表达出来,有时根据公平正义要求,可以作出有利被告的类推解释。因为,对个人而言只要法律不禁止都是允许的(自由),法律禁止的事项(对被告不利的)都有明文作出穷尽规定的;但是法律允许的(对被告有利的)不可能都有明文穷尽规定。如果根据公平正义的理念,作出类推解释属于刑法应有的有利被告的内容,这是允许的。因此,就实质面而言禁止一切类推解释的说法不妥。有利被告的类推解释如果阐释出刑法中应有的有利被告的内容、符合刑法精神,是不禁止的。

8. 历史解释:指根据刑法的创制动因、制定背景、发展源流等因素的解释方法。

9. 体系解释:指根据条文在整个刑法中的地位、联系相关条文含义的解释方法。也称系统解释、逻辑解释,这种解释方法注重刑法整体协调,避免断章取义。

### ※【题例】

关于刑法解释的说法,下列哪一选项是正确的?(C·2009/二/1)

- 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

解析:盗窃对象应是“他人占有的财物”。第171条将购买和销售行为并列,表明该条的出售不包含购买。D漏掉信用卡的“金融机构发行”的特征,稍存疑问。

10. 罪刑法定原则与刑法解释的价值取向。刑法授权国家或公共权力机关对个人行使刑罚权,同时也存在国家滥用刑罚权侵犯个人权利的风险。确立罪刑法定原则的主要目的就是防范这种风险,因此在刑法解释上注重保护个人的权利,这体现在:①要求定罪处罚的依据具有较高的法律形式(成文法),排斥习惯法。②要求尊重刑法

用语字面的普通含义进行解释(首选形式解释、语义解释),贯彻“可预知”原则。③在对刑法进行实质解释时,要注重符合保护个人权利的目的。罪刑法定原则允许合理的扩张解释,但不允许类推解释。因为罪刑法定原则保护个人权利免受国家滥用刑罚权侵害的价值取向,所以在刑法用语语义难以确定时,采取对被告人(个人)有利的解释;禁止事后重法,但不排斥事后轻法;禁止习惯法,但未必排斥有利被告人的习惯法;禁止类推解释,但未必排斥有利被告人的类推解释。

### ※【题例】

1. 关于罪刑法定原则,下列哪一选项是正确的?(C·2006/二/1)

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

2. 某民法典第一条规定:“民事活动,法律有规定的,依照法律;法律没有规定的,依照习惯;没有习惯的,依照法理。”(2006/四/6)

请:比较该条规定与刑法中“法无明文规定不为罪”原则的区别及理论基础。

**解析:**(1)该条规定与罪刑法定原则存在明显差异。按罪刑法定原则,定罪处罚必须以刑法成文法为依据,排斥适用习惯法,当然也排斥适用法理。这表明,刑法上对于定罪科刑具有较为严格法律形式(渊源)的要求,相反,民法上对民事活动中的纠纷,则对法律形式(渊源)要求不高,可适用的法律(形式)渊源较为广泛。

(2)产生这种差异的根源主要在于民法与刑法的价值基础以及相关理论差异,这在法理上也可以归因于私法与公法的差异及其理论基础不同。

公法规制公民个人与社会、国家的关系,如果缺乏有效的制约,公民个人会遭到滥用刑罚权的侵害。因此,①重视“安全”是刑法的首要价值,为了有效保护弱势的个人免遭强大的社会或国家滥施刑罚权的侵害,采取罪刑法定原则约束刑罚权。②犯罪的社会危害性较高,范围较窄,法律可以做到尽可能全面明确规定犯罪的类型。不像民事活动那样广泛不易穷尽。而私法规制公民个人之间的关系,其价值基础是“平等的正义”,这意味着:①尊重当事人的意志,即所谓“私法自治”原则。②禁止拒绝裁判。③法律漏洞难免。要使法律(制定法)适应变化的生活尤其是无所不在的民事活动,不得不许可法官根据习惯和法理裁决案件。

11. 是否属于法无明文规定需要对分则各罪规定进行的正确理解。

### ※【题例】

甲在某证券交易大厅偷窥获得在该营业部开户的乙的资金账号及交易密码后,通过电话委托等方式在乙的资金账号上高吃低抛某一支股票,同时通过自己在证券交易部的资金账号低吃高抛同一支股票,造成乙损失30万元,甲从中获利20万元。对甲应当如何处理?(B·2005/二/13)

A. 属于法无明文规定的情形,不以犯罪论处