



2017年国家司法考试

于越讲刑法

于 越 编著 | 上律指南针出品



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



上律指南针®
SURELY COMPASS



2017年国家司法考试

于越讲刑法

于 越 编著 | 上律指南针出品



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

上律指南针 2017 年国家司法考试直播课堂. 于越讲刑法 / 上律指南针司法考试命题研究中心组织编写. —北京: 法律出版社, 2017. 4

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0759 - 0

I. ①上… II. ①上… III. ①刑法—中国—资格考试—自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 061117 号

上律指南针 2017 年国家司法考试直播课堂.
于越讲刑法
SHANGLÜ ZHINANZHEN 2017NIAN GUOJIA
SIFA KAOSHI ZHIBO KETANG. YUYUE
JIANG XINGFA

上律指南针司法考试命题
研究中心 组织编写

责任编辑 刘旭 陈睿
责任校对 晁明慧 王贤文
装帧设计 汪奇峰 鲁娟

© 法律出版社·中国

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/三河市龙大印装有限公司

编辑统筹/法律考试·职业教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙磊

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16
版本/2017 年 4 月第 1 版

印张/27.5 字数/667 千
印次/2017 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0759 - 0

定价:52.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

刑法学知识是一片浩瀚的汪洋,刑法思维方法就是吸纳潮水的圣杯;
刑法学知识是一方绚烂的星空,刑法思维方法就是撬动星球的杠杆;
刑法学知识是一块厚重的坚冰,刑法思维方法就是破冰的锤杵;
刑法学知识是一扇高悬的大门,刑法思维方法就是开锁的金匙。
刑法的学习就是思维方法的训练!

近年来,在司考刑法的考题中,德日刑法理论的痕迹越来越显著,特别强调对刑法条文的精巧解释,特别强调严密的逻辑推理过程,特别强调用多种观点思考问题,体现了刑法是最精确的法律!考试的方向也早已发生了变化,过去是单纯考记忆、考结论,现在大多考理论、考思维,甚至有时涉及一些学术前沿问题,如2011年考到的偶然防卫是否成立正当防卫的问题。请即将参加2017年司考的同学,注意刑法考题的以下特点:

第一,常考特殊性问题。刑法考题中往往有意避开某一知识点下最常见、最普通的情况,反而着力考查那些容易被考生忽视的特殊问题。例如,2015年考到的婚内强奸是否构成强奸罪,男子在火堆里救出女朋友,没救出母亲,是否构成不作为犯罪;2016年考到的某人实施杀人行为时不满14周岁,被害人在医院死亡时已满14周岁,是否成立故意杀人罪,某人在破坏铁路轨道时,将螺栓砸飞,击中在玩耍的幼童,致其死亡,是否构成破坏交通设施罪的结果加重犯。

第二,常考关联性问题。刑法中的每一个考题都不只是考查一个知识点,往往会将相关的知识点联系起来考查,考生需要在复习时,注重挖掘点与点之间的关联性。如《刑法修正案(九)》中有关考试作弊的罪名有三项:组织考试作弊罪,非法出售、提供试题、答案罪,代替考试罪,考试时可能会将三者联系在一起。例如,甲利用乙出售给其的试题和答案,安排三名大学生丙、丁、戊在地方公务员考试中代替他人参加考试。甲成立组织考试作弊罪,乙成立非法出售试题、答案罪,丙、丁、戊则构成代替考试罪。

第三,常考争议性问题。刑法的魅力之一在于刑法研究中的学派之争,在许多问题上也总是存在诸多观点,很难说哪一种观点最合理,正是这些不同的立场、观点的争论,促使刑法学不断发展。而过去的刑法教学却忽视了这一点,通说观点几乎“一统天下”。为了启迪广大考生的思维,提高考生多维度思考问题的能力,司考刑法从2008年开始引入了“观点展示”这一新的题型。纵观2008年到2016年的真题,每年都会出现这种题型。例如,盗窃是否要求“秘密性”,是否承认死者对随身财物的占有,对于未达到法定年龄、无责任能力人的侵害行为,能否实施正当防卫,等等。以上争议性问题都考查过。

正是因为上述变化,导致许多考生做题时总感觉不适应,总觉得刑法题和自己的思维不在一个“频道”上,这道题是不是出错了?每年考试结束之后,在网上对官方答案提出异议的



同学很多。而本书力图为参加 2017 年司考的同学完整地呈现出应试必备的刑法学知识体系,囊括历年已经涉及的考点和未来可能涉及的考点,力求清晰地勾勒出刑法复习中的那条主线“总论—分论,犯罪—刑罚”。本书有以下特色:

传统重点 + 新颖考点。本书的每个章节之下除了详细讲授刑法考试中的传统重点,又引入了近年真题中出现的全部新颖考点,并在此基础上有所拓展,使得本书更有预测性、前瞻性。例如,被害人自陷风险的法理,对象错误与打击错误的区分,禁止的错误与反向禁止错误,涵摄的错误(甲醉酒误以为驾驶的拖拉机不属于“机动车”,有无醉酒驾驶机动车的故意),原因自由行为的法理(如乙知道自己可能会晕倒,进入商店后果然晕倒砸碎的财物,是否构成故意毁坏财物罪),等等。

精讲知识 + 做题技巧。本书力求用通俗易懂的语言,化繁为简,精细化的剖析每一板块的理论要点,对易错点、易混点进行特别提示,关联考点进行总结归纳;并在每个重点部分提示考试命题的形式,总结做题的技巧,彰显应试“技术流”的特色。

小案例点睛 + 大案例思维。未来的国家法律职业资格考试,案例分析的考查比例将大幅提升,刑法作为应用法学,分析案例更为重要。本书在每个条目之下,有机地罗列出笔者精心收集的诸多小案例,同学们可在阅读过程中,将目光不断地往返于考点与案例之间,以充分学懂考点、吃透案例。在每个章节之中,笔者精心命制了一些较为复杂的大案例,这些案例极具仿真性、预测性,有较高的参考价值,以培养考生分析案例的思维,方便同学们在学习之后立即投入实战,将学与练结合起来,真正提高应试得分能力。

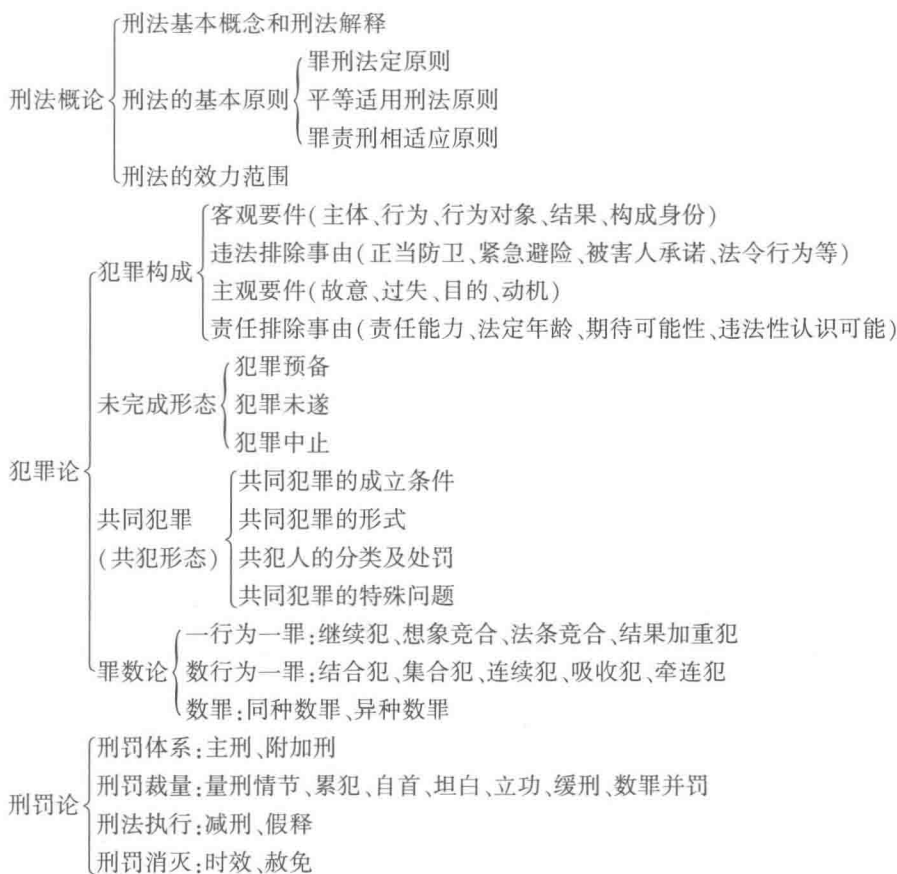
希望本书能够帮助所有即将参加 2017 年司考的同学破迷开悟,攻克“烧脑”刑法!

于 越

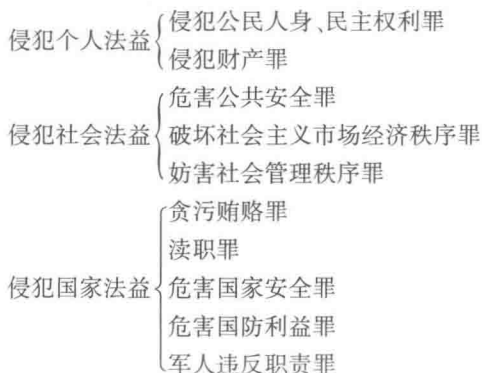
二零一七年三月三日写于津滨

刑法学知识体系

总 论



分 论



目 录

刑法学知识体系	(1)
第一章 刑法概论	(1)
第一节 刑法基本概念	(1)
第二节 刑法的基本原则	(3)
第三节 刑法解释	(7)
第四节 刑法的效力范围	(14)
第二章 犯罪构成	(18)
第三章 客观要件	(24)
第一节 危害行为	(24)
第二节 不作为犯罪	(29)
第三节 行为对象	(39)
第四节 危害结果	(40)
第五节 因果关系与客观归责	(43)
第六节 行为主体	(51)
第四章 违法排除事由	(55)
第一节 违法排除事由概述	(55)
第二节 正当防卫	(55)
第三节 紧急避险	(66)
第四节 被害人承诺	(69)
第五节 其他违法排除事由	(72)
第五章 主观要件	(75)
第一节 故意、过失	(75)
第二节 目的与动机	(85)
第三节 事实认识错误	(88)
第六章 责任排除事由	(99)
第一节 刑事法定年龄	(99)
第二节 刑事责任能力	(101)
第三节 期待可能性	(103)
第四节 违法性认识的可能性	(104)



第七章 犯罪的未完成形态	(107)
第一节 犯罪未完成形态概述.....	(107)
第二节 犯罪预备.....	(109)
第三节 犯罪未遂.....	(111)
第四节 犯罪中止.....	(117)
第八章 共同犯罪	(124)
第一节 共同犯罪概述.....	(124)
第二节 不成立共同犯罪的情形.....	(128)
第三节 共同犯罪的形式.....	(130)
第四节 共犯人的分类及处罚.....	(135)
第五节 间接正犯.....	(137)
第六节 教唆犯.....	(142)
第七节 帮助犯.....	(146)
第八节 共犯的特殊问题(一):共犯的脱离与中止.....	(150)
第九节 共犯的特殊问题(二):共犯与身份.....	(152)
第十节 共犯的特殊问题(三):共犯与不作为.....	(155)
第十一节 共犯的特殊问题(四):共犯与错误.....	(155)
第九章 罪数	(158)
第一节 罪数概述.....	(158)
第二节 实质的一罪.....	(159)
第三节 法定的一罪.....	(163)
第四节 处断的一罪.....	(164)
第五节 其他罪数形态.....	(166)
第十章 刑罚论	(170)
第一节 刑罚体系.....	(170)
第二节 刑罚的裁量.....	(179)
第三节 量刑制度.....	(186)
第四节 刑罚的执行.....	(191)
第五节 刑罚的消灭.....	(194)
第十一章 刑法各论概述	(197)
第一节 罪状、罪名、法定刑.....	(197)
第二节 刑法分则的注意规定和法律拟制.....	(199)
第十二章 侵犯财产罪	(201)
第一节 取得型财产犯罪.....	(201)
第二节 侵占、毁坏型财产犯罪.....	(242)
第三节 挪用、拒付型财产犯罪.....	(247)
第十三章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	(248)
第一节 侵犯生命、健康的犯罪.....	(248)



第二节 侵犯性权利的犯罪·····	(257)
第三节 侵犯人身自由的犯罪·····	(263)
第四节 侵犯名誉、司法的犯罪·····	(276)
第五节 其他罪名·····	(280)
第十四章 危害公共安全罪·····	(286)
第一节 以危险方法危害公共安全的犯罪·····	(287)
第二节 违反安全管理规定危害公共安全的犯罪·····	(291)
第三节 破坏公用工具、设施的犯罪·····	(297)
第四节 关于恐怖、危险活动的犯罪·····	(300)
第五节 违反枪支、弹药管理规定的犯罪·····	(303)
第十五章 破坏社会主义市场经济秩序罪·····	(307)
第一节 生产、销售伪劣商品罪·····	(307)
第二节 走私罪·····	(311)
第三节 妨害对公司、企业的管理秩序罪·····	(315)
第四节 破坏金融管理秩序罪·····	(319)
第五节 金融诈骗罪·····	(327)
第六节 危害税收征管罪·····	(335)
第七节 侵犯知识产权罪·····	(337)
第八节 扰乱市场秩序罪·····	(339)
第十六章 妨害社会管理秩序罪·····	(345)
第一节 扰乱公共秩序罪·····	(345)
第二节 妨害司法罪·····	(361)
第三节 妨害国(边)境管理罪·····	(369)
第四节 妨害文物管理罪·····	(372)
第五节 危害公共卫生罪·····	(373)
第六节 破坏环境资源保护罪·····	(376)
第七节 走私、贩卖、运输、制造毒品罪·····	(378)
第八节 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪·····	(385)
第九节 制作、贩卖、传播淫秽物品罪·····	(388)
第十七章 贪污贿赂犯罪·····	(391)
第一节 贪污犯罪·····	(391)
第二节 贿赂犯罪·····	(401)
第十八章 渎职罪·····	(415)
第一节 普通渎职罪与特定机关工作人员渎职罪·····	(415)
第二节 司法工作人员渎职罪·····	(418)
第十九章 危害国家安全罪·····	(422)
第二十章 危害国防利益罪·····	(425)
第二十一章 军人违反职责罪·····	(427)

第一章 刑法概论

本章学习特别提示

1. 罪刑法定原则的考查方式通常有两种,其一就该原则的基本内容命制考题,其二将该原则与社会典型案件相结合命制考题。
2. 罪责刑相适应原则考查的频率低于罪刑法定原则,考生需注意该原则与刑罚个别化原则之间,不是对立、相互排斥的关系,而是相互融合、补充的关系。
3. 刑法解释方法是考生必须掌握的内容,考试中常结合分则重点罪名中的关键词和构成要素来考查各种解释方法及运用。
4. 注意刑法空间效力中的4种管辖权和刑法溯及力中的“从旧兼从轻”原则的适用。

第一节 刑法基本概念

一、刑法

(一) 基本概念

刑法是规定犯罪及其法律后果的法律。而犯罪的法律后果主要是刑罚,所以刑法的核心是规定罪与刑之间的关系。

(二) 刑法的渊源

1. 刑法典:即系统规定犯罪及其法律后果的法律。

我国刑法制定于1979年7月1日,修订于1997年3月14日。刑法典分为总则、分则两编。

《刑法修正案》是对刑法典的修改,属于刑法典的内容,至今共有九个。

2. 单行刑法:国家在刑法典之外单独针对某一类犯罪或某一事项而规定的刑法规范。

目前有效的单行刑法只有一个,即全国人大常委会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》。

3. 附属刑法:附带规定在民法、经济法、行政法等非刑事法律中的犯罪和刑罚规范。

附属刑法又叫行政刑法,我国目前没有真正意义上的附属刑法,因为目前所有的附属刑法只是重申了刑法典的内容,没有确立新的罪刑规范。

(三) 刑法的机能

1. 行为规制机能。

指对人的行为进行规制或者约束的机能。刑法对犯罪规定刑罚,向国民显示该行为是



法律所禁止,要求国民不要实施类似行为,从而避免犯罪。

例:《刑法修正案(八)》将“醉驾”规定为犯罪后,根据相关统计,公安机关查获的醉酒驾驶机动车案件数量大幅下降,这一变化便反映了刑法的规制机能。

2. 法益保护机能。

指刑法通过惩罚侵害法益的犯罪行为,来发挥保护国家、社会和个人法益的作用;

3. 人权保障机能。

指按照刑法的规定惩罚犯罪人,不能对未犯罪的人动用刑罚,也不能对犯罪人施以不恰当的刑罚,保障善良人不受国家刑罚权的非法侵害,保障犯罪人不受突破刑法规定之外的处罚。

例:大学生甲明知是国家二级保护动物的“小鸟”,捕猎数只通过网络出售,由于违反《刑法》,甲被法院定罪后判处10年有期徒刑,如果不对甲定罪判刑,则不能充分保护国家的野生动物资源法益,但仅因为捕猎几只“小鸟”就要承担如此严重的后果,甲的人权是否有被侵犯的嫌疑?可见法益保护机能与人权保障机能之间存在着矛盾关系。

二、犯罪

(一)基本概念

犯罪是依法应受刑罚处罚的危害社会的行为。

(二)基本特征

1. 本质特征:严重的社会危害性;
2. 形式特征:依法应受刑罚惩罚性。
3. 原理解说:

(1)首先,中国法律制裁违法行为有两个层次的处罚:第一是“治安处罚法”规定的行政处罚;第二是刑法规定的刑罚处罚。这种法律制裁体系决定了中国的犯罪必须具有“严重的社会危害性”,不严重的违法行为,由行政处罚即可。

例:小偷小摸,是违法的,但还不构成犯罪,给予行政拘留、罚款即可,如果盗窃1万块钱,成立盗窃罪,应判处“三年以下有期徒刑、拘役或者管制”的刑罚。

(2)其次,并不是任何危害社会的行为都要受刑罚处罚,只有“依照法律应当受刑罚处罚”时,才是犯罪。如果某种严重危害社会行为没有被刑法规定为犯罪,就不应受到刑罚处罚。

例:吸毒后驾驶机动车比醉酒驾驶机动车的行为更危险,但《刑法》仅规定“醉驾”构成危险驾驶罪,没有规定“毒驾”是犯罪,故仅“毒驾”未造成事故的,无罪。

三、法益

(一)基本概念

刑法上的法益是指由刑法所保护的、客观上可能受到侵害或者威胁的人的生活利益。

(二)基本内容

法益包括个人的生命、身体、自由、名誉、财产等利益,和建立在个人利益基础之上的国家利益与社会利益。

【注意】法益实际上是我国传统刑法理论上所说的犯罪客体。

(三) 原理解说

犯罪之所以有社会危害性,根本的原因在于犯罪行为侵犯或威胁了法益。如果一个行为不侵犯任何法益,就无社会危害性,不构成犯罪。

1. 在立法上,《刑法》只能将给他人法益造成了重大侵害或者危险的行为规定为犯罪,不能将单纯违反伦理的行为规定为犯罪。

例:强奸妇女的行为,侵害了妇女的性决定权,故应规定为犯罪。但兽奸、近亲属乱伦的行为没有侵害他人法益,虽然会受到伦理上的谴责,但不应在立法上规定为犯罪。

2. 在立法上,在发现严重侵犯法益或者侵犯重大法益的行为没有被刑法规定为犯罪时,立法机关应及时修改刑法,将这种行为规定为犯罪,来保护法益。

例:因为妇女强奸、猥亵男性的案件时有发生,为保护男性的性决定权这一法益,《刑法修正案(九)》修改强制猥亵、侮辱妇女罪的规定,改罪名为“强制猥亵、侮辱罪”,将以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵男子的行为规定为犯罪。

3. 在司法审判中,没有侵犯某种犯罪法益的行为,即使外形上符合《刑法》分则条文的规定,也应解释为不符合分则条文的规定,不构成该种犯罪。

例:甲未经有关部门批准砍伐干枯的松木,以便种植活树苗,因为滥伐林木罪的法益是森林资源,而甲的行为没有破坏森林资源,不成立滥伐林木罪。



案例思维

甲制作木马病毒传播到乙的电脑中,严重影响乙计算机系统的运行,从而将乙的网上的10万个游戏币盗走。

问题:甲是否构成破坏计算机信息系统罪?是否构成盗窃罪?

分析:表面上,甲故意传播计算机病毒破坏性程序,影响计算机系统正常运行,似乎符合破坏计算机信息系统罪的犯罪构成,但从法益上看,因为计算机犯罪的法益是社会公共秩序,而甲只是窃取了乙个人的网上虚拟财产,造成了财产法益的损害,没有扰乱社会公共秩序,所以甲只应定盗窃罪。

四、刑罚

(一) 基本概念

刑罚,是国家为了防止犯罪行为对法益的侵犯,由法院根据刑事立法,对犯罪人适用的建立在剥夺性痛苦基础上的最严厉的强制措施。

(二) 刑罚种类

主刑五种:管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑;附加刑四种:罚金、剥夺政治权利、没收财产、驱逐出境。

第二节 刑法的基本原则

名为“基本原则”,这些原则一定是贯穿于刑法的始终,在刑事立法、刑事司法、刑事执行



的全过程中都必须以这些原则作指导,不能认为基本原则只约束立法者、不约束司法者。我国刑法明文规定了三个基本原则。

一、罪刑法定原则

《刑法》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。

(一)经典表述

法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚。

(二)基本内容

1. 法律主义(成文的罪刑法定)。

只有立法机关(全国人大及其常委会)制定的成文法律才有权规定犯罪和刑罚,刑事司法审判应以成文法律为准。

【注意】行政法规、行政规章、国际公约和条约、习惯、判例都不得作为刑法渊源、不得作为定罪量刑的根据。

2. 禁止溯及既往(事前的罪刑法定)。

又称禁止事后法,今天生效的法律仅对今后的行为有效力,只能用实施行为当时已经出台的、生效的法律来追究该行为,不能用行为之后才出台、生效的法律来追诉该行为,禁止适用事后制定的法律追究之前的行为。

【注意】只禁止不利于被告人(溯及既往)的事后法,不禁止有利于被告人(溯及既往)的事后法。在法律有变更时,如果新法有利于被告人,新法可以溯及既往,但仅适用于判决尚未作出的案件。

例:《刑法修正案(九)》第44条、第45条规定,犯贪污、受贿罪,在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃,避免、减少损害结果的发生,数额较大的,可以从轻、减轻或者免除处罚;数额巨大或者特别巨大的,可以从轻处罚。该规定对被告人有利,可以溯及既往,适用于《刑法修正案(九)》实施之前的行为。

3. 禁止类推解释(严格的罪刑法定)。

刑罚是法律中最严厉的制裁措施,故适用刑法要慎重,因此对刑法应严格适用,而不能类推适用;对刑法的解释也应严格按照法条文字含义进行解释,而不能突破法条文字含义的范围作出类推解释。

(1)类推解释,指刑法没有将某种行为规定为犯罪,但因为该行为有危害性、行为人有身危险性,就将该行为比照刑法分则的相似条文处罚。

例1:将与现役军人的配偶“长期通奸”的行为解释为破坏军婚罪中的“同居”是类推解释。

例2:将盗窃“骨灰”的行为解释为盗窃“尸体”是类推解释。^①

(2)但是,有利于被告人的合理的类推可以适用,以下是有利类推的实例:

例:《刑法》第390条第2款规定:“行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的,可以从轻或者减轻处罚。”单位行贿罪中,却没有这样的规定,该规定可类推适用于单位行贿罪中。

【小结】类推解释实际上是对法律没有规定的行为进行了处罚,侵犯了人权,是禁止的解释方法。

^① 《刑法修正案(九)》将盗窃、侮辱尸体罪修改为盗窃、侮辱、故意毁坏尸体、尸骨、骨灰罪,在本罪的行为对象中加入了尸骨、骨灰,骨灰成为与尸体并列的行为对象。



案例思维

甲酗酒经常深更半夜频繁向附近居民家中打电话骚扰。

问题:甲的行为是否构成非法侵入住宅罪?为什么?

分析:非法侵入住宅罪是指非法强行闯入他人住宅,或者经要求退出仍拒绝退出,影响他人正常生活和居住安宁的行为。深更半夜频繁向他人家中打电话骚扰显然不是侵入住宅。如果认为甲构成非法侵入住宅罪,属于类推解释。

4. 处罚的明确性(明确的罪刑法定)。

(1) 犯罪构成规定的明确性。

规定犯罪构成的法律条文必须清楚明确,使人能清楚知道什么是犯罪行为,让人有判断可能性,以保障法律没有明文规定的行为不会受到刑罚处罚。

【注意】明确不等于“详细”,明确与否与刑法条文使用的字数的多少无关,与分则条文中罪状的规定模式无关。

例:《刑法》第232条规定:“故意杀人的,处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑……”,其中“故意杀人的”是犯罪构成的表述,并不违反明确性,如果非要一一列举各种杀人方法,反而会影响刑法条文的生命力。^①

(2) 刑罚规定的明确性(禁止不确定刑)。

不确定刑包含绝对不定刑、绝对不定期刑,出现这两种情况表明刑法中规定的刑罚不明确。因为人们无法根据这样的规定准确预测自己行为的法律后果,法官也被赋予了过大的自由裁量权。

①绝对不定刑指法条只规定“犯……罪,判处刑罚”,不规定刑种;

②绝对不定期刑指法条只规定“犯……罪,判处有期徒刑”,不规定刑期长短。

【注意】绝对确定的法定刑、相对确定的法定刑并不违反罪刑法定主义。

5. 处罚的适正性(适正的罪刑法定)。

(1) 禁止处罚不当罚的行为。

立法机关只能将值得科处刑罚的行为规定为犯罪,某些行为用民法、行政法或道德来调整即可,不应适用刑法,刑法的适用应保持补充性、谦抑性。

例:随地大小便、乱扔垃圾、奢侈浪费、不正当性关系、合同违约、一般侵权等不能规定为犯罪予以刑罚处罚。

(2) 禁止不均衡、残虐的刑罚。

犯罪与适用的刑罚应当均衡,防止轻罪重判;同时应禁止不人道的酷刑,应彻底废除肉刑、逐渐废除死刑,轻刑化是历史发展的必然趋势。

(三) 罪刑法定的适用

1. 罪刑法定原则,只是限制有罪判断的原则,而不是限制无罪判断的原则。

当认定某种行为构成犯罪时,必须有刑法明文规定,当认定某种行为不构成犯罪时,并不需要刑法明文规定。

① 明确性是由立法者的立法和解释者的解释共同协作来实现,完全明晰无误的刑法条文根本不存在。



例：李四取得张三的同意后毁坏张三的汽车，虽然《刑法》没有明文规定被害人承诺这一违法排除事由，但因张三的承诺有效，李四仍然无罪，不构成故意毁坏财物罪。因此，在出现《刑法》没有明文规定的违法排除事由时，虽没有法律规定却能使得行为人为无罪。

2. 罪刑法定与三段论推理。

在依照刑法的明文规定对犯罪人定罪时，也是一个三段论推理过程。注意三段论的应用是：大前提（法律规定的犯罪构成），小前提（案件事实），结论（构成何罪），这一顺序不能颠倒，不能将案件事实作为大前提，将法律规定作为小前提。

例1：甲溺死婴儿，不能说由于《刑法》没有规定溺婴罪，故甲无罪，应该认为《刑法》规定了故意杀人罪，甲溺死婴儿符合该罪的犯罪构成，故甲构成故意杀人罪。

例2：甲杀害其父，不能认为日本《刑法》规定了杀害尊亲属罪，中国《刑法》没有规定该罪，甲无罪，应认为甲成立故意杀人罪。

例3：国企领导乙利用职务便利以报销假发票的方式非法占有公共财物，不能说中国《刑法》没有规定用假发票报销是犯罪，就说乙无罪，是一般经济问题。应该认为《刑法》规定了贪污罪，乙的行为完全符合该罪的构成，乙成立贪污罪。

例4：工厂集体研究后盗窃了另一工厂的电力，不能说这是单位盗窃，但《刑法》没有规定单位是盗窃罪的主体，只能宣告无罪，应认为工厂中有关个人的行为符合《刑法》盗窃罪的规定，应对个人定盗窃罪。



3. 罪刑法定与择一认定。

择一认定，是指虽然不能确定被告人实施了某一犯罪行为，但能够确定被告人肯定实施了另一处罚较轻的犯罪行为时，可以认定另一犯罪的成立，这样做不违反罪刑法定原则。

例1：警察从李四家里搜出一台电脑，发现是王五被盗的电脑，李四说这台电脑是他自己买的，警方调查后发现李四在撒谎，无证据能够证明李四为何持有这台电脑，对李四的行为如何定性？此时案件事实存疑，不能确定李四是否盗窃了电脑，但李四明知是赃物有窝藏行为，起码可认定为掩饰、隐瞒犯罪所得罪。

例2：甲被违章车辆撞死，现场留下了肇事车辆的油漆，也有人记住了肇事车辆的车牌号，警察找到了该车，但该车被车主乙涂上了其他颜色的油漆，乙还擦掉了车上的血迹，修补了车上的痕迹。虽然可以确定该车为肇事车辆，但乙拒不承认自己驾驶了该车，也拒不说明谁驾驶了该车。显然，如果乙没有触犯交通肇事罪，就触犯了帮助毁灭证据罪。可择一认定，应认定乙的行为构成帮助毁灭证据罪。

二、罪责刑相适应原则（罪刑均衡原则）

《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。

(一) 基本含义

犯多大的罪,就应承担多大的刑事责任,做到重罪重罚、轻罪轻罚,罚当其罪、罪刑相称。

(二) 具体要求

1. 刑罚与犯罪性质相适应。

立法上应根据不同犯罪的性质的轻重,设置轻重有别的法定刑,建立一套合理的刑罚体系,实现立法环节的罪刑相适应。

2. 刑罚与犯罪情节相适应。

司法中量刑时要侧重考虑犯罪情节,做到重罪重判、轻罪轻判,实现司法环节的罪刑相适应。

3. 刑罚与犯罪人的人身危险性相适应。

刑罚执行过程中根据犯罪人的人身危险性的消长情况,合理地对其减刑、假释,这样做实际也缩短了对执行的刑罚,实现了刑事执行中的罪刑相适应。

【注意】罪刑相适应原则与刑罚个别化原则并不矛盾,二者有机统一,后者是指刑罚裁量时应根据犯罪人的人身危险性大小,在法定刑幅度内或以法定刑为基础确定适当的刑罚。

三、平等适用刑法原则(刑法面前人人平等原则)

《刑法》第4条 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。

(一) 基本含义

任何人犯罪,都应受到法律的追究,任何人不得享有超越法律规定的特权;任何人受到犯罪侵害,都应依法追究犯罪、保护被害人的权益,被害人同样的权益,应受到刑法同样的保护。

(二) 基本内容

1. 对任何实施了犯罪行为的人,平等地认定犯罪(定罪上的平等)。

2. 对任何犯罪人,平等地裁量刑罚(量刑上的平等)。

3. 对任何被判处刑罚的人,平等地执行刑罚(执行上的平等)。

【注意】“平等”并不代表完全“相同”,因为每个犯罪人的犯罪行为、情节、人身危险性等各不相同。因此,平等适用刑法原则与刑罚个别化原则并不矛盾,即平等适用刑法并不否定因犯罪人或被害人特定的个人情况,而在立法上、司法上允许定罪量刑有所区别。

第三节 刑法解释

刑法学主要指刑法解释学,刑法的解释方法及其运用是考生必须掌握的内容。在刑事司法中贯彻罪刑法定原则,最重要的是对刑法的解释要合理。

一、立法解释、司法解释与学理解释

(一) 立法解释

1. 含义:在刑法施行中,立法机关(通常是全国人大常委会)对发生歧义的刑法规定所作



的解释。^①

例：《全国人大常委会关于刑法第二百六十六条的解释》：以欺诈、伪造证明材料或者其他手段骗取养老、医疗、工伤、失业、生育等社会保险金或者其他社会保障待遇的，属于刑法第二百六十六条规定的诈骗公私财物的行为。

2. 要点。

(1) 全国人大在制定、修改法律时，和立法解释时权限不同。制定、修改法律时可以创设新的规则，但解释法律时必须根据现行法律规定去解释，不能随意创设新的规则。

例：全国人大修改《刑法》时，有权在《刑法》中规定“堕胎罪”，但在立法解释中，无权规定“堕胎罪”。

(2) 立法解释、司法解释的权力均是说明性的，可以进行扩大解释，不得进行类推解释。

(3) 不能认为理论上的类推解释如果被纳入进立法解释、司法解释中就变成扩大解释，仍然是类推解释。

(二) 司法解释

1. 含义：由最高司法机关（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。

2. 要点。

(1) 司法解释的形式一般为解释、意见等，对各省高院的请示的答复不应视为司法解释。

(2) “两高”的司法解释如果有原则性的分歧，报请全国人大常委会解释或决定。

(3) 效力位阶：立法解释 > 司法解释（二者均有普遍约束力、法律效力）。

(三) 学理解释

1. 含义：由未经国家授权的机关、团体、社会组织、学术机构或公民个人对刑法所做的解释。

2. 要点：学理解释虽无法律效力，但对立法、司法活动具有重要参考价值。

二、解释方法

刑法解释方法分为两大类，即文理解释与论理解释。

(一) 文理解释（文义解释）

1. 含义：按照刑法条文用语可能具有的含义和通常使用方式（语境、语法、标点）来解释刑法的含义。

【注意】文义解释处于解释的起点位置，确定了刑法解释的大致边界，超出语义可能范围的解释便是类推解释，便违反了罪刑法定原则。

例 1：“为了”一词在日常用法中有 3 个意思：一是“出于……目的”的意思，二是“由于”的意思，三是“给”的意思。《刑法》第 20 条第 1 款规定：“**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。”该条款中的“为了”一般的理解是“出于……目的”的意思，但有的学者认为是“由于”的意思。

^① 传统理论认为立法解释包括：(1) 刑法或相关法律中的解释性规定；(2) 在“法律的起草说明”中的解释；(3) 立法机关在刑法施行过程中对发生歧义的规定所作的解释。但有的观点认为立法解释仅限于上述第三种。