

众合司考名师课堂

众合教育·编著

司考辅导“梦之队”

2010

国家司法考试

司考“三大本”

〈减负版〉

刑法

罗翔·编著

名师课堂



网络答疑



图书阅读



邮件咨询



特 赠 价值300元众合名师网络辅导课程

司考辅导“梦之队”倾力打造，与新大纲动态同步，强大的网络支持，您获得的不仅仅是一本书，而是全套后续服务！

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



众合司考名师课堂
众合教育·编著

2010
国家司法考试

司考“三大本”
〈减负版〉

刑法 名师课堂

罗翔·编著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法/罗翔编著. —北京: 中国法制出版社,
2010. 4

(众合司考名师课堂)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1879 - 9

I. ①刑… II. ①罗… III. ①刑法 - 中国 - 法律工作者 - 资格考核 - 自学参考资料 IV. ①D924

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 064674 号

策划编辑 张岩 (editorzhangyan@126.com)

封面设计 蒋怡

刑法
XINGFA

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787×960 毫米 16

版次/2010 年 4 月第 1 版

印张/23.5 字数/349 千

2010 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1879 - 9

定价: 48.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66010406

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

大道至简 选择众合

(总序)

本书编写的目的是“减负”。目前大多数司法考试的考生面临的信息和机会不是太少，而是太多，多到眼花缭乱，多到不堪重负。本系列书的问世不是给大家增加负担，而是最大程度把考生从庞杂繁琐的知识中解放出来。教育培训的终极理念是“三最”——**最短时间、最低成本、最大幅度**提升学员的“过关”能力。如何做到“三最”？就是靠处理好“深——浅”、“繁——简”的关系。“**删繁就简，深入浅出**”，这八个字说来简单，实则谈何容易，非功力深厚、精于司考者不能达至！这正是检验“明师”的试金石。唯有正视这一点，才对得起考生的托付，才是为学员创造价值，而不是浪费生命。还是反复重申的那句老话，请记住著名的“KISS”规则，“keep it simple and stupid”！

如何做到“删繁就简，深入浅出”？本系列书的构思就是一个勇敢的尝试，那就是做到“**考纲为纲，真题为本**”。

司考之道，如同打仗，以深根固本为第一要义。司法考试最根本的是什么？最权威的司法考试复习文本是每年颁布的考试大纲，最好的复习资料是历年真题。正如国家司法考试民法命题研究组组长王卫国教授所说的，大家平时做的习题，一是历年的真题，二是各培训学校编写的试题。真正的国家司法考试命题过程中，命题委员必须经过严密的思考和反复的琢磨，费尽周折，有时候往往一天才能编出几道题，但不少培训机构为求速度通常在很短时间里就能编出很多试题，这些试题质量参次不齐。如果大家平时把时间都花在做模拟上，到了真正考试时，就会发现模拟题与真题的难度差距非常大。不仅练习题如此，市面上的不少司考辅导用书也是速度之下的粗制滥造“攒”出来的，不仅不会给读者带来知识的启发和阅读的感受，反而可能使你误入歧途。其实，每年的大纲修订和历年真题至少白送给我们15% - 20%的分值，更重要的是一直在默默地为我们指引方向。然而，大多数考生都视而不见，事倍功半。**返璞归真，深根固本，才是你成功之路的起点。**

曾经有一段时间，社会上有这样的声音：即没学过法律的人能过司考，学了法律的人反而考不过。产生这种说法的原因，主要在于过去的命题主要是记忆型的，对那些没学过法律的人而言，只要死记硬背、狠下点功夫就能考过，而学了法律的人如果没有下功夫去背反而会考不过。但是随着对司法考试命题的慢慢摸索和步步改进，已经逐渐将测试考生的理解、掌握运用能力作为着力点。以致现在很多的试题都是将法律规则还原为生活现象，要求考生能将案例还原成法律规则。所以大家阅读司考辅导书或者做各种联系题时要注意：（1）应该知道案例中所说明的是什么问题，必须要识别出规则的定位点；（2）要知道这个问题所涉及的规则具体是哪一个。这就要求考生平时在复习时不能只记住法律条文的概念和表述，而是在读法条时联想到它所关系的是什么样的生活现象，提高自己理解、掌握和运用的能力。本系列书，坚持从这个认识为出发点，立足于对司考官方指定的权威教材进行大胆、有质量的缩减与减负，在内容选择以及体例编排上都做到了这一点。

大道至简。真正的知识和道理是极其简单的，简单到一两句话就能说明白，所谓“真传一句话，假传万卷书”。一门技术一门学问，弄得很深奥是因为没有看破实质，搞得很复杂是因为没有抓住关键。就如真正的高手在搏击时总是一招制敌，手到擒来，大战300回合那叫花拳绣腿一样，或者如真正的良医在诊疗时总是一针见血，药到病除，绝不会打着祖传秘方的幌子招摇撞骗一样，真正的明师在辅导时总是一击必杀，言必有中，装腔作势、故作神秘的往往是忽悠。

近来很多朋友都在问，什么是众合？为什么选择众合？解读之一是众合出版了一批质量信得过的司考辅导教材。此次，《众合司考名师课堂》秉承众合教育的司考图书品质，也做到了这一点。在这个选择多样以至于乱人眼的司考辅导市场里，有各式各样的学校和机构，众合至少是一家有梦想、有信仰、有良心的学校，众合教育的司考辅导书是由良心品质的内容组成的读物。

值得大家信任，希望读者喜欢。

李建伟 马特等谨识

2010年4月

目 录

第一章 刑法概说	(1)
第一节 刑法的概念、性质和体系	(1)
第二节 刑法的基本原则	(7)
第三节 刑法的适用范围	(11)
第二章 犯罪概说	(18)
第一节 犯罪的概念	(18)
第二节 犯罪分类	(20)
第三节 犯罪论体系	(21)
第三章 构成要件该当性	(24)
第一节 构成要件该当性概述	(24)
第二节 主 体	(26)
第三节 行为	(28)
第四节 对象和结果	(31)
第五节 因果关系	(32)
第四章 违法性	(40)
第一节 正当防卫	(40)
第二节 紧急避险	(47)
第三节 其他违法阻却事由	(49)
第五章 有责性	(52)
第一节 责任能力	(52)
第二节 故意责任	(56)
第三节 过失责任	(63)
第四节 犯罪目的和动机	(67)
第五节 责任阻却事由	(68)
第六章 犯罪的未完成形态	(70)
第一节 概 述	(70)
第二节 犯罪预备	(71)
第三节 犯罪未遂	(74)

第四节 犯罪中止	(78)
第七章 共同犯罪	(83)
第一节 共同犯罪的基本理论	(83)
第二节 共同犯罪的形式	(93)
第三节 共同犯罪人的分类及其刑事责任	(94)
第四节 共同犯罪的特殊问题	(99)
第八章 单位犯罪	(103)
第九章 罪 数	(107)
第一节 实质的一罪	(107)
第二节 法定的一罪	(112)
第三节 处断的一罪	(112)
第十章 刑罚的概说及其体系	(123)
第一节 刑罚的概说	(123)
第二节 主 刑	(123)
第三节 附加刑	(129)
第十一章 刑罚的裁量	(139)
第一节 量刑情节	(139)
第二节 量刑制度	(149)
第十二章 刑罚的执行	(158)
第十三章 刑罚的消灭	(166)
第十四章 罪刑各论概说	(168)
第十五章 危害国家安全罪	(171)
第十六章 危害公共安全罪	(173)
第一节 危险方法类犯罪	(173)
第二节 破坏公用设施类犯罪	(176)
第三节 恐怖活动犯罪	(177)
第四节 枪支类犯罪	(179)
第五节 事故类犯罪	(183)
第十七章 破坏社会主义市场经济秩序罪	(189)
第一节 生产、销售伪劣商品罪	(189)
第二节 走私罪	(192)
第三节 妨害公司、企业的管理秩序罪	(196)
第四节 破坏金融管理秩序罪	(200)
第五节 金融诈骗罪	(208)

第六节	危害税收征管罪	(217)
第七节	侵犯知识产权罪	(221)
第八节	扰乱市场秩序罪	(225)
第十八章	侵犯公民人身权利、民主权利罪	(230)
第一节	侵犯生命和健康的犯罪	(230)
第二节	侵犯性自治权的犯罪	(234)
第三节	侵犯自由的犯罪	(238)
第四节	其他犯罪	(250)
第十九章	侵犯财产罪	(254)
第一节	暴力、胁迫型犯罪	(254)
第二节	窃取、骗取型犯罪	(269)
第三节	侵占、挪用型犯罪	(283)
第四节	毁坏类的犯罪	(292)
第二十章	妨碍社会管理秩序罪	(294)
第一节	扰乱公共秩序罪	(294)
第二节	妨害司法罪	(302)
第三节	妨害国(边)境管理罪	(311)
第四节	妨害文物管理罪	(312)
第五节	危害公共卫生罪	(314)
第六节	破坏环境资源事故类犯罪	(316)
第七节	毒品犯罪	(318)
第八节	组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	(324)
第九节	制作、贩卖、传播淫秽物品罪	(328)
第二十一章	危害国防利益罪	(331)
第二十二章	贪污、贿赂罪	(332)
第一节	贪污犯罪	(332)
第二节	贿赂犯罪	(345)
第二十三章	渎职罪	(359)
第二十四章	军人违反职责罪	(364)

第一章 刑法概说

第一节 刑法的概念、性质和体系

必读法条

《刑法》

第二条 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。

考点精华

一、刑法的概念

刑法是关于犯罪和刑罚法律规范的总称，任何法律要被称为刑法都必须符合两个基本要素：其一规定何种行为属于犯罪；其二规定犯罪的法律后果，这主要是指刑罚。

二、刑法的性质和机能

刑法具有区别于其他法律的特性：

(1) 刑法是规定犯罪及其法律后果的法律规范，而其他法律规定的都是一般违法行为及其法律后果。

(2) 一般部门法都只是调整和保护某一方面的社会关系，而刑法所调整和保护的社会关系相当广泛。

(3) 一般部门法对一般违法行为也适用强制方法，但其严厉程度轻于刑法所规定的刑罚。

(4) 刑法具有补充性，即只有当一般部门法不能充分保护某种社会关系时，才由刑法保护；只有当一般部门法不足以抑制某种危害行为时，才能适用刑法。

(5) 刑法是其他法律的保障法，即其他法律调整的社会关系和保护合法权益，也都借助于刑法的调整和保护。

根据《刑法》第2条的规定,刑法的任务是为了保护法益,犯罪侵害了国家法益、社会法益、个人法益,通过刑罚对犯罪进行制裁,就是为了保护法益。

刑法的机能与刑法的任务不同,它是指刑法现实与可能发挥的作用,包括显在的机能与潜在的机能。一般认为,刑法具有以下3种机能:(1)行为规制机能,刑法将一定的行为规定为犯罪并给予刑罚处罚,表明该行为是被法律禁止的、不被允许的(评价的机能);同时命令人们做出不实施这种犯罪行为的决定(决定的机能),据此防止犯罪的发生。(2)法益保护机能,指刑法具有保护法益不受犯罪侵害与威胁的机能。犯罪是侵害或威胁法益的行为,刑法禁止和惩罚犯罪,是为了保护法益,而且事实上也保护着法益。(3)人权保障机能(或自由保障机能),指刑法具有保障公民个人的人权不受国家刑罚权不当侵害的机能。根据罪刑法定原则,只要行为人的行为不构成刑法所规定的犯罪,他就不受刑罚处罚,这便限制了国家对刑罚权的发动;对犯罪人也只能根据刑法的规定给予处罚,不得超出刑法规定的范围科处刑罚,这便保障犯罪人免受不恰当的刑罚处罚。因此,刑法既是“善良人的大宪章”,又是“犯罪人的大宪章”。刑法必须在法益保护机能与人权保障机能之间进行平衡^①。

三、刑法的体系与解释

广义的刑法体系,是指刑法的各种渊源及其相互关系;狭义的刑法体系,是指刑法典的组成和结构。刑法典由两编组成,第1编为总则,第2编为分则,此外还有一条附则。

刑法的解释是对刑法含义的说明,它有两种分类:

第一种是按照解释的效力分类,可以分为立法解释、司法解释和学理解释。

(一) 立法解释

这是由最高立法机关针对某些问题专门作出的解释。1997年刑法颁布至今,全国人大常委会已经先后作出过9个立法解释。

(二) 司法解释

这是由最高司法机关所作出的解释,在我国只有最高人民法院和最高人民检察院可以就审判和检察工作如何具体应用法律作有效的解释。

(三) 学理解释

这是指未经国家授权的机关、团体或者个人从理论上或学术上对刑法所作的解释。学理解释不具有法律上的约束力,但对刑事司法以及刑事立法有重要的参考作用。

按照解释的方法,刑法解释可以分为文理解释和论理解释。

^① 张明楷:《刑法学》(第三版)。

（一）文理解释

文理解释，又称文义解释，它是对法律条文的字义，包括单词、概念、标点符号从文理上所作的解释。文理解释是一种首选的解释方法。

（二）论理解释

论理解释是按照立法精神，联系有关情况，对刑法条文从逻辑上所作的解释。主要的论理解释有以下几种：

1. 扩张解释

扩张解释是根据立法精神，结合社会的实质需要，对于刑法条文的含义作出超出字面含义的解释。

2. 缩小解释

与扩张解释相对，缩小解释是在字面含义之内进行缩小。比如将故意杀人罪中的人解释为本人以外的他人，就是一个明显的缩小解释。在形式层面上，由于缩小解释是在字面含义之内所作的解释，因此它完全符合罪刑法定的要求，但是如果解释不当，它却有可能与罪刑法定的实质层面发生冲突，比如将故意杀人罪中的人解释为精神正常的人，于是故意杀害精神病人就不构成犯罪，这种解释就完全偏离了法本身所要追求的公平和正义，使得法律成为了“恶法”，因此缩小解释必须坚持合理性原则。

3. 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。比如我国《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）显然就不包括变造的货币。

4. 当然解释

这是指法律虽未明示，但根据逻辑和事物属性，可以自然推出的解释。比如“犯罪时不满18周岁的未成年人不得判处死刑”，那“审判时不满18周岁的人”自然也不能判处死刑。

疑难解析

一、我国当前的刑法的体系（广义）

广义的刑法体系，是指刑法的各种渊源及其相互关系。当前我国刑法的表现形式是1+7+1，也即1997年刑法典、全国人大常委会通过的7个修正案以及1个单行刑法（即《全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外

汇犯罪的决定》)。这里需要重点提示的是,单行刑法只有1部,即1998年12月29日全国人大常委会颁布的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》,至于全国人大常委会颁布的《关于取缔邪教组织的决定》和《关于维护互联网安全的决定》,由于并未规定新的罪刑条款,因此并非单行刑法。

【典型例题】1997年3月刑法修订后,全国人民代表大会常务委员会颁布了几个单行刑法和几个刑法修正案?(2005-2-1)

- A. 一个单行刑法和四个修正案
- B. 一个单行刑法和五个修正案
- C. 两个单行刑法和四个修正案
- D. 两个单行刑法和五个修正案

【答案】B。

【解析】按照当时的法律应该选B,但现在的体系是一个法典、一部单行刑法、七部修正案。

二、扩张解释与类推解释的区别

最容易和扩张解释相混淆的就是类推解释。但是,两者的区别又是不能回避的,因为罪刑法定原则禁止不利于行为人的类推解释,但却允许扩张解释。无论是司法解释,还是立法解释,都不能作不利于行为人的类推解释(但扩张解释是允许的)。两者的区别表现在: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制;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,没有超越公民的合理预期,而类推则是为了填补法律的漏洞,它将产生新的规则,也超越了公民的合理预期。比如将强奸罪中犯罪对象“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。

【典型例题1】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)

- 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。

【解析】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。

【典型例题2】下列哪种说法是正确的？(2006-2-20)

- 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。

【解析】A属于类推，“妇女”从语言上理解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；C是类推，伪造货币和变造货币是刑法规定的两种犯罪行为，不能混同，这其实也是体系性解释得出的结论。

【典型例题3】关于刑法解释的说法，下列哪一选项是正确的？(2009-2-1)

- 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

【答案】C。

【解析】本题较难，而且有较大争议，适合采取排除法应对。

缩小解释是在是在字面含义之内进行缩小，盗窃的对象是他人占有的财物。如果将他人的财物理解为既包括他人占有的财物，又包括他人所有的财物，这倒可以看成是一种扩张解释；当然解释是按照逻辑自然可以推导出来的解释，在逻辑上出售与购买是对应关系，无法自然得出购买属于出售的结论，故B错；扩张解释是根据立法精神，结合社会的实质需要，对于刑法条文的意义作出超出字面含义的解释，

刑法规定携带凶器以抢劫论处，C选项的含义表面上超出了“凶器”一词的字面含义，但没有超过“凶器”所涵摄的最大范围，也没有超越普通公众的合理预期，故属于扩张解释。故此选项最佳；D选项只能通过逆推法来处理，其内容是全国人大常委会所作的立法解释，而立法解释本身是不能类推的。

三、体系性解释

在最近几年的试题中，体系性解释屡有考查。其含义为：对于一个条文的解释结论必须能够得到其他条文的印证；遇到不明确的规定时，应当通过明确的规定来阐释不明确的部分；不能使刑法条文之间产生矛盾与冲突。因此，这提醒考生在理解法条时，应将该条文置于整个刑法体系之中，联系其他条文进行理解。

【典型例题1】《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，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金。”关于本条的理解，下列哪些说法是错误的？（2004-2-53）

- 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. “并处二万元以上二十万元以下罚金”是指可以并处罚金，而非应当并处罚金

【答案】ACD。

【解析】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。按照《刑法》第15条第2款的规定，过失犯罪法律有规定的才处理，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法益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，似乎只有运输假币时，才需要“明知是伪造的货币”，而出售、购买假币时，则不需要明知是伪造的货币。但如果这么理解，就明显违背了体系解释的要求。《刑法》第171条之所以这样表述，是因为在运输假币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，那么显然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。

第二节 刑法的基本原则

必读法条

《刑法》

★★★第三条 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。

★★第五条 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。

考点精华

罪刑法定原则、罪刑相当原则和刑法面前人人平等原则是刑法的三大基本原则。其中最重要的是罪刑法定原则。

一、罪刑法定原则

（一）含义

根据《刑法》第3条的规定，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，即有罪必罚；其二是罪刑法定的消极方面，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，这在司法考试中曾经出现过。

（二）理论依据

罪刑法定原则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，三权要保持分立与制衡。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之于世，使公民形成合理预期，了解犯罪的后果，抑制民众犯罪的冲动，法律应当尽量明确，同时法律不应该溯及既往。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。

（三）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，它包括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，其实主要是指罪刑法定形式侧面的内容，它包括：

（1）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的法律，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发布的判例也只具有参考作用，而没有绝对的约束力。

（2）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。

（3）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，因为立法与解释的程序是不同的。

（4）禁止绝对的不定期刑与绝对的不定刑。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、假释的决定机关是中级以上人民法院，刑罚的执行机关只具有建议权，而无决定权，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刑。不定刑是法律本身对刑罚的规定不确定。它也包括相对的不定刑和绝对的不定刑，前者是我们所说的相对（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的要求。

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要是善法。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。所以，罪刑法定既是司法原则，又是立法原则。一般说来，罪刑法定原则的实质侧面包括如下内容：

（1）明确性原则。刑法关于犯罪和刑罚的规定应当尽量明确，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。

（2）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作犯罪处理；处罚程度必须适应现阶段一般人的价值观念。

（3）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。

二、罪刑相适应原则

罪刑相适应原则，即重罪重刑，轻罪轻刑，无罪不刑。它在立法和司法中的运用需从两个角度分析：其一是客观相当，即在法益，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1人的刑罚、犯罪既遂一般重于犯罪未遂的刑罚、盗窃10000元一般要重于盗窃1000元的刑罚；其二是主观相当，即在客观构成，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。因此，在立法中，罪刑相适应原则要求刑事立法制定合理的刑罚体系；在量刑时，刑罚应与犯罪性质、犯罪情节和罪犯的人身危险性相适应；在行刑中应当合理地运用减刑、假释等制度。