

2012^年

国家司法考试 一本通

刑法

刘东根/主编

备战司考 **5** 件宝 一个都不能少

- ① 核心考点提示
- ② 法条
- ③ 命题题眼
- ④ 历年真题
- ⑤ 强化模拟题



2012 年国家司法考试一本通

刑 法

主 编	刘东根		
副 主 编	史丹如	闫 超	
编写人员	刘东根	金 玲	叶晓川
	台运启	李 元	管 宇
	余 剑	尹正友	谢安平
	王雪莲	史丹如	周风燕
	周 涛	高 华	李为国
	裴 岩	姜孟亚	胡幼文
	胡朝新	王茂华	曲广娣
	何云保	黄国诚	张冬霞
	陈文静	赵 华	路 楠
	贾永生	任建国	李海燕
	刘宇萍	许永安	高李鹏
	叶建平	占先福	刘红龙
	朱李兵	左 鹏	赵国华
	赵 辉	闫 超	庄悦明

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

刑法/刘东根主编. —北京:法律出版社,
2011. 11

(2012 年国家司法考试一本通)

ISBN 978-7-5118-2755-5

I. ①刑… II. ①刘… III. ①刑法—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(2011)第 229810 号

©法律出版社·中国

责任编辑/宋杰鹏

装帧设计/曹 铀

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂

责任印制/沙 磊

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16

印张/21.5 字数/764 千

版本/2011 年 12 月第 1 版

印次/2011 年 12 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2755-5

定价:50.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版前言

司法考试属于职业资格考试,主要考查对法律知识掌握的广度和准确度,这个特点决定了其考试内容只能主要围绕必读法律法规来进行。司法考试每年都会有变化,但万变不离其宗,必读法律法规就是司法考试的“宗”。很多考生也意识到了这一点,但并没有掌握正确的以法条为中心的学习方法。很多情况下,法条看完了,但不知道要从哪几个方面理解法条的含义,不知道法条的考点何在,命题的题眼和角度何在,因此,慨叹单纯地复习法条效果不大。本书在对司法考试综合研究分析和总结众多成功者实践经验的基础上,为广大考生提供了一种以法条为中心的司法考试复习方法,相信能提供切实有效的帮助。

本书的最大特色是通过核心考点提示、法条、命题题眼、历年试题和强化模拟题五位一体,全面理解掌握司法考试的重点、难点和命题思路,真正做到“一本通”。

一、关于核心考点提示。本书精选若干重要考点、易混、易错考点,逐一梳理,简约记忆。

二、关于法条。本书既保证了主体法的完整性,又强调了重点法条。同时,根据指定的《司法考试法律法规汇编》,逐条穿插相关司法解释,将属于某一知识点的相关法条和司法解释都列在一起。以盗窃罪为例,在刑法典第264条后,以相关法条的形式列出刑法中以盗窃罪处理的第265条、第210条第1款、第253条第2款、第196条第3款。还将有关盗窃罪的司法解释和其他司法解释中有关盗窃罪内容的相应条文也列在盗窃罪的知识点下,这样,有关盗窃罪的法条和司法解释就非常全面,掌握起来非常方便,对考试用处很大。

为帮助考生更直观地掌握哪些是重点法条,哪些是法条中的重点词语,我们在书中分别用“□”和“~~~~~”标注重点法条和重点词语。

三、关于命题题眼。本书对各部门法各章的历年考点及其分值进行统计,并在此基础上对重要条款的考点、命题题眼进行分析。对某一重点法条所涉及的一个或多个考点进行分解并分析,指出法条的题眼,这样既可以从多个方面掌握该法条的内容,又可以掌握该法条的命题角度,真正提高应试水平。

四、关于历年试题。本书在逐条进行考点、命题题眼分析的同时,将涉及的历年试题及其答案一一展示。根据某一试题涉及的主要考点将其列到考点剖析中的某一相应考点之后,这样可以直观地反映出该知识点的重要程度和历年考试情况,更重要的是可以帮助考生通过试题来理解该知识点,掌握该知识点的题眼和可能的出题方法。这里顺便提一下历年试题的作用。正如托福考试真题对准备托福考试的重要性一样,司法考试历年试题对于复习、准备司法考试也十分重要。研究历年试题不仅能掌握司法考试的重点和发展趋势,还可帮助我们更深入地理解法条的内容。另外,试题的重复性在司法考试中客观存在,有些题是以前题目的完全再现,有些题只不过是将以前的试题稍加改造而已,这一点通过本书对历年试题的总结可以很清楚地看出来。

五、关于强化模拟题。参照司法考试的要求、特点,对重点法条的考点(尤其是尚未考过的考点)编写相应的强化模拟题,通过反复的有针对性的演练,达到加深对法条的理解和全面掌握的效果。

六、关于编写人员。本书的作者都为相应部门法专业的法学博士,并且都以高分通过了司法考试,具有较系统的成功经验和司法考试辅导经验。

七、关于实际效果。本套丛书从2004年开始,获得了广大考生的认可与信任。许多考生认为,核心考点提示、法条、命题题眼、历年试题与强化模拟题五位一体的编写模式符合司法考试的特点,贴近实战的要求,开辟了一条正确、有效的以法条为中心的复习和应试方法。从2004年到2011年的司法考试也验证了“一本通”编写模式和内容的成功。

另外,本丛书的出版时间较早,很多读者担心在本丛书出版后新增的法律法规和考点得不到体现,为了解决这个问题,我们一方面通过网站(www.skybt.com.cn)及时公布新增内容和变化的考点;另一方面,从

2007年开始,在每年的司法考试大纲和法律出版社的辅导用书出版后,我们会就最新的内容出版增补本,并归纳总结最重要的考点,编制若干经典练习题,形成《考前冲刺一本通》,以便为考生的后期复习提供帮助。

本丛书从2004年开始,至今已是连续九年出版,一直保持着良好的销量,已成为司法考试辅导用书中的常青树。这一方面表明广大考生对本丛书的厚爱;另一方面也表明本书的编写模式和内容真正符合司法考试的需要,经得起多次司法考试的检验,真可谓真金不怕火炼。

为配合本套丛书的使用,帮助广大考生更好地应对司法考试,交流学习经验,传递当年最新考试信息,我们特建立了司法考试一本通的网站,网址是:[www. skybt. com. cn](http://www.skybt.com.cn),欢迎大家登录、浏览。读者也可以发电子邮件至 LDG11@SOHU.COM。

祝愿各位顺利通过司法考试!

刘东根

2011年12月

目 录

中华人民共和国刑法	(1)
第一编 总则	(1)
第一章 刑法的任务、基本原则和适用范围	(1)
第二章 犯罪	(17)
第三章 刑罚	(80)
第四章 刑罚的具体运用	(89)
第五章 其他规定	(114)
第二编 分则	(118)
第一章 危害国家安全罪	(118)
第二章 危害公共安全罪	(120)
第三章 破坏社会主义市场经济秩序罪	(135)
第四章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	(187)
第五章 侵犯财产罪	(214)
第六章 妨害社会管理秩序罪	(265)
第七章 危害国防利益罪	(303)
第八章 贪污贿赂罪	(304)
第九章 渎职罪	(324)
第十章 军人违反职责罪	(332)
附 则	(334)
附件一	(334)
附件二	(334)
后记:关于刑法复习的几个方法	(335)

中华人民共和国刑法

(1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过)

1997年3月14日第八届全国人民代表大会第五次会议修订

1997年3月14日中华人民共和国主席令第83号公布

自1997年10月1日起施行)

第一编 总 则

第一章 刑法的任务、基本原则和适用范围

核心考点提示:我国《刑法》第6条属地管辖中的犯罪地应作广义的理解:行为与结果均发生在我国领域内的,适用我国刑法;仅行为或者仅结果发生在我国领域内的,也适用我国刑法;不仅如此,仅行为的一部分或仅结果的一部分发生在我国领域内的,也适用我国刑法。在未遂犯の場合,行为地与行为人所希望结果发生之地、可能发生结果之地,都是犯罪地;在共同犯罪场合,共同犯罪的行为或者共同犯罪的结果有一部分发生在本国领域内,就认为是在本国领域内犯罪。

本章历年考点具体分布情况如下表:

年份	总分值	考点及分值
2007	2	属地管辖、普遍管辖、保护管辖 2
2008	26	立法解释 1、罪刑法定原则 25
2009	1	刑法解释 1
2010	1	罪刑法定 1
2011	3	罪刑法定 1、刑法解释 2

第一条 【立法宗旨】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。

命题题眼

△了解 1. 刑法的概念和归类[参见张明楷:《刑法学》(第4版),法律出版社2011年版]

刑法是规定犯罪及其法律后果的法律规范的总和,是一门独立的法律,而不从属于民法、行政法等法律。刑法并不是对违反其他法律的行为直接给予刑事制裁,而是根据特定目的评价、判断对某种行为是否需要给予刑事制裁;刑法上的概念大多有其特

定含义,不一定受其他法律概念的制约。

刑法是宪法的子法,是根据宪法制定的,刑法不仅不能与宪法相抵触,而且应当与宪法协调一致,使宪法保护的重要法益在刑法上也得到保护。宪法不仅是制定刑法的法律根据,也是解释刑法的法律根据,刑法的解释应当以符合宪法为准则,不得作出违反宪法的解释。

在公法与私法的分类中,刑法属于公法。因为正是在刑法中,科处刑罚的国家以特别强烈的方式,实施着公权性质的行为。公法的特点决定了刑法在制定中立法权要受到限制,一般都只能由国家的最高立法机关行使;在适用中司法权受到限制。于是,罪刑法定原则成为刑法的生命。

在立法法、司法法与行政法的分类中,刑法属于司法法。司法法的指导原理是法的安定性,因此刑法具有安定性。刑法的安定性包括两种含义。一是刑法本身的安定性,这主要体现在:刑法是制定法,习惯法不能成为刑法渊源;刑法是明确的,国民因此具有预测可能性;作为适用刑法的事实,必须尽可能准确无误地予以确认;刑法是处理刑事案件的法律依据,对各种案件的处罚不受任何人恣意的左右;刑法是稳定的,不会轻易变更。二是通过刑法达成的安定性,即刑法的颁布与实施,不仅利于国民的自由行动,而且能够预防犯罪、保护法益,维护人们的生活秩序。

△了解 2. 刑法的渊源

刑法的渊源就是刑法的存在或者表现形式。我国刑法的渊源有四类,即刑法典、单行刑法、刑法修正案和附属刑法。

(1)刑法典就是指1997年的刑法典。

(2)刑法修正案指在刑法典生效后,国家最高立法机关在保持刑法典原有体系结构不变的基础上,以修正案的形式集中对刑法典的内容作出修改、补充的法律规范。我国的刑法典自1997年修订以来,到目前为止,全国人大常委会共制定了7个刑

法修正案。

(3) 单行刑法就是国家以决定、规定、补充规定、条例等名称颁布的,规定某一类犯罪及其后果或者刑法的某一项的法律。现行有效的单行刑法只有一个,即全国人大常委会于1998年12月通过的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》。

实际上,1997年刑法通过后,对于刑法的修改究竟采取何种形式,并没有成熟的意见。刚开始采用的是与以前相同的方法,即单行刑法的形式,后来改为刑法修正案的形式。所以,单行刑法只有一个,以后刑法的补充、修改都采用修正案的形式。

(4) 附属刑法是指附带规定于经济法、行政法、民法等非刑事法律中关于犯罪、刑罚的法律规范。在这些法律中,刑法规范不是法律的主体内容,因而称为附属刑法。如《专利法》第74条规定,从事专利管理工作的国家机关工作人员以及其他有关国家机关工作人员玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊,构成犯罪的,依法追究刑事责任。我国的附属刑法没有在刑法典之外另行创设具有实质意义的犯罪构成要件和法定刑,实际只是在形式上重申了刑法的相关规定,而没有对刑法典进行补充、修改和解释。

△△一般掌握 3. 刑法的特征

刑法的特征就是刑法区别于其他法律的特有属性。刑法的法律特征比较多,教材中讲了五个。我们只需要了解两个,即刑法的补充性和其他法律的保障法。为什么要讲这两个特征,主要是考虑到论述题出题的可能性。因为,这两个特征涉及刑法与其他部门法的关系、刑法万能、刑法有限性等问题的认识。

(1) 刑法的补充性。刑法的补充性就是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;只有当一般部门法还不足以抑制某种危害行为时,才能由刑法禁止。刑法的强制方法主要是刑罚,而“刑罚如两刃之剑,用之不得其当,则国家与个人两受其害”。故刑罚之界限应该是内缩的,而不是外张的,刑罚应该是国家为达其保护法益与维持法秩序任务时的最后手段。

(2) 刑法是其他法律的保障法。其他法律调整的社会关系和保护合法权益,在很多情况下都必须借助于刑法的调整和保护。刑法是其他部门法的保护法,没有刑法作后盾和保证,其他部门法往往难以得到彻底贯彻实施。因此,刑法在法律体系中处于一种特殊地位,刑法与其他部门法都是处于宪法之下的子法,但刑法与其他部门法又不是一种平行并列的关系,刑法保障宪法与其他部门法的实施,所

以刑法在法律体系中处于保障法的地位。

实际上,刑法的这两个特征是紧密相联的,即都表明刑法的适用具有最后手段性,应当有刑法谦抑的观念,刑法万能的观念是错误的。所以,当社会上出现某种侵犯法益的行为时,人们首先应当想到的不是刑事立法,而是应尽可能由其他非刑事法律规范调整,只有当其他法律都不能足以保护合法权益时,最后才应当由刑事法律规范调整。

任何确定刑罚处罚的标准,应当认为,具备下列条件才能作为犯罪论处:①法益的侵害性非常严重,而且绝大部分人不能容忍,并主张以刑法进行规制;②适用其他制裁方法不足以抑制这种行为,不足以保护法益;③运用刑法处罚这种行为,不会导致禁止对社会有利的行为,不会使国民的自由受到不合理的限制;④对这种行为能够在刑法上进行客观的认定和公平的处理;⑤运用刑法处罚这种行为能够获得预防或者抑制该行为的效果。

△△一般掌握 4. 刑法的分类

(1) 广义和狭义。狭义刑法就是指刑法典本身。广义刑法除了刑法典还包括单行刑法和附属刑法。我们司法考试中要考的刑法是广义刑法。

(2) 普通刑法与特别刑法。普通刑法就是指刑法典。特殊刑法就是刑法典之外的单行刑法和附属刑法。这个分类的主要目的是解决法条竞合的问题。掌握两个原则:一个是特殊刑法和普通刑法适用的优先顺序,是特殊刑法优于普通刑法;另一个是当一个行为同时触犯两个特别刑法的条文时,则新法优于旧法。当然,由于我国目前的法条竞合问题主要表现为刑法典中普通条款与特别条款的适用问题,而基本不涉及特别刑法与普通刑法以及两个特别刑法的问题,所以,这个分类大家只需要了解即可。

△了解 5. 刑法体系

刑法体系是指刑法的组成和结构。广义的刑法体系就是指广义刑法由哪些刑法规范组成,各刑法规范之间的相互关系如何。狭义的刑法体系是指我国刑法典的组成和结构。我国现行刑法典由总则、分则和附则三部分组成。其中,总则、分则各为一编,在编之下,再根据刑法规范的性质、内容和体例需要有序地划分为章、节、条、款、项等各个层次。

总则、分则与附则。1810年的《法国刑法典》首创总则与分则分立的刑法体系。刑法总则是关于刑法的指导思想、目的、任务和适用范围,以及关于犯罪和刑罚一般原理原则的规范体系,这些规范是定罪量刑所必须遵守的共同的规则。分则是关于具体犯罪和具体法定刑的规范体系,是解决具体定罪量

刑的标准。总则与分则之间的关系是一般与特殊、抽象与具体的关系。总则不仅适用于分则,而且还适用于其他有关犯罪与刑罚规定的法律(但其他法律有特别规定的除外),分则是总则某些原理原则的具体体现。只有将总则与分则结合起来,才能正确地认定犯罪,适用刑罚。

我国刑法的第一编为总则,第二编为分则。总则共有五章,分别为刑法的任务、基本原则和适用范围;犯罪;刑罚;刑罚的具体运用;其他规定。分则共十章,规定了十类犯罪。

附则是关于刑法的生效时间等非实体性内容的规定。我国刑法的附则部分只有一个条文,规定了修订后的刑法典开始施行的时间和修订后的刑法典与此前单行刑法的关系。

△△△熟练运用 6. 刑法解释

刑法解释是指对刑法规范含义的阐明。刑法解释不能超出刑法用语可能具有的含义,否则便有违反罪刑法定原则之嫌。刑法解释也不能违背保护法益的目的(所以,后文要讲到,当不同的解释方法得出多种结论或者不能得出妥当结论时,就以目的解释来最终决定)。

按解释的效力,分为三类:

(1)立法解释:由最高立法机关所作的解释,具有与法律同等的效力。

(2)司法解释:最高人民法院和最高人民检察院所作的解释。

立法解释和司法解释都是有效解释。但无论是立法解释还是司法解释,由于都只是对法律的解释,所以,都不能采用类推的解释方法。

(3)学理解释:未经国家授权的机关、团体、社会组织、学术机构以及公民个人对刑法所作的解释。虽然没有法律效力,但对于刑事司法乃至立法都具有重要参考价值。

按解释的方法分为两大类,即文理解释和论理解释。文理解的根据主要是语词的含义、语法、标点及标题。文理解释是一种基本的但并非简单的解释方法。如果文理解的结论合理,则没有必要采取论理解释的方法。

论理解释是考试的重点,其主要考法是考查运用不同解释的方法对刑法条文中某些词语的解释结果,从而用来解决具体的案例。论理解释主要有以下几种:

(1)扩大解释。扩大解释是指根据立法原意,对刑法条文作超过其字面含义的解释,使其符合刑法的真正含义。例如:

①《刑法》第49条规定“审判的时候怀孕的妇女,不适用死刑”。这里的审判的时候是指从羁押到执行的整个诉讼过程,而不是仅指法院审理的阶段。

②《刑法》第116条规定,“汽车”包括作为交通工具使用的大型拖拉机。

③第341条(非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪)规定,“出售”包括“出卖和以营利为目的的加工利用行为”。

注意:扩大解释不能超出用语可能具有的含义,否则就是与罪刑法定原则相违背的类推解释。应否作出扩大解释,还必须考虑处罚的必要性。对于一个行为而言,其处罚的必要性越大,将其解释为犯罪的可能性就越大。

(2)限制解释。限制解释是指根据立法原意,对刑法条文作窄于其字面含义范围的解释。例如:

①故意杀人罪中的“人”应解释为除自己之外的其他自然人。

②第111条(为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪)规定,“情报”是“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”。

罪刑法定原则的保障人权思想,并非意味着在任何场合都尽可能作出限制解释。事实上,任意作出限制解释反而可能违反罪刑法定原则。例如,将《刑法》第232条中的故意杀人的人限制解释为精神正常的人或者年满1周岁以上的人,可谓是缩小解释,但严重违反罪刑法定主义的精神。在罪刑法定原则下,不能以限制司法权为借口,而只追求解释的结果如何有利于被告。

(3)当然解释。当然解释是指刑法规定虽未明示某一事项,但根据形式逻辑、规范目的及事物属性的当然道理,将该事项解释为包括在该规定的适用范围之内。

当然解释的解释方法,蕴涵了对同一性质行为,应当允许在出罪时举重以明轻、在入罪时举轻以明重的当然道理。

如《刑法》第329条规定了抢夺国有档案罪,但未规定抢劫国有档案罪。对于抢劫国有档案的,应以抢夺国有档案罪处理。因为,抢劫行为本身包含抢夺的内容,抢夺与抢劫之间存在逻辑上的递进关系。

如果不存在逻辑上的递进关系,而是具有逻辑上的类似关系,则不能根据举轻以明重而予以当然解释。如《刑法》第227条第2款规定了倒卖车票、船票罪,而没有规定倒卖飞机票罪。应当说,倒卖飞

机票的行为对法益的侵害性更为严重,似乎可以由“举轻以明重”的解释原理来说明其构成犯罪。但是,车票、船票的概念不能包含飞机票,所以,不能根据《刑法》第227条第2款的规定处罚倒卖飞机票的行为。因此,如果说根据当然解释的方法可以得出出罪时举重以明轻、在入罪时举轻以明重的结论的话,则是错误的。

(4)补正解释。补正解释是在刑法文字表述等发生错误时,统观刑法全文加以补正,以阐明刑法真实含义的解释方法。如《刑法》第63条规定,减轻处罚是在法定刑以下判处刑罚。根据《刑法》第99条的规定,刑法条文中的以上、以下、以内,都包括本数。如果认为这里的“以下”包括本数在内,则会使减轻处罚与从轻处罚产生交叉。所以,应认为这里的“以下”不包括本数在内,这属于刑法解释方法中的补正解释。

再如,《刑法》第124条(破坏广播电视设施、公用电信设施罪)第1款规定:破坏广播电视设施、公用电信设施,危害公共安全的,处3年以上7年以下有期徒刑;造成严重后果的,处7年以上有期徒刑。第2款规定:过失犯前款罪的,处3年以上7年以下有期徒刑;情节较轻的,处3年以下有期徒刑或者拘役。

从该条的逻辑关系上看,过失破坏广播电视、公用电信设施尚未造成严重后果的,也成立犯罪。显然,对这种行为只有造成严重结果的才成立犯罪。因此,应当认为,该条第2款规定的“过失犯前款罪”有瑕疵,应补正解释为“过失犯前款中造成严重后果的犯罪”。

补正解释并不意味着对刑法没有明文规定的“犯罪”采取各种方法补充解释为犯罪,否则就违反了罪刑法定原则。如由于现行刑法明文将各种猥亵罪的对象限制为妇女、儿童,对强制猥亵男子的行为不可能认定为强制猥亵罪。尽管人们可以认为这是刑法缺陷,但不能进行所谓的补正解释,不能认为刑法第237条中的“妇女”一词包含了男子。

(5)体系解释。体系解释是指根据刑法条文在整个刑法中的地位,联系相关法条的含义,阐明其规范含义的解释方法。体系解释的目的在于避免断章取义,以便刑法整体协调。体系解释有以下几点需要特别注意:

①同类规则。当刑法分则条文在列举了具有确定的构成要件要素之后,后面使用“等”、“其他”等概念时,对于“等”、“其他”必须作出与所列举的要素性质相同的解释。如《刑法》第237条第1款规定:“以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵妇女或者

侮辱妇女的,处五年以下有期徒刑或者拘役。”根据同类规则,这里的其他方法仅限于与其前面列举的暴力、胁迫性质相同、作用相当的强制方法。

②刑法用语的相对性。同一个刑法用语,可能具有不同的含义。如《刑法》第236条强奸罪中的胁迫与第263条抢劫罪中的胁迫含义不同。第263条抢劫罪中的暴力与第277条中的暴力的含义也不同。再如,就有关枪支、弹药的犯罪而言,刑法分则分别规定了非法储存与非法持有枪支、弹药罪;但就货币犯罪与毒品犯罪而言,刑法分则只规定了持有假币罪与非法持有毒品罪,而没有规定储存假币罪与非法储存毒品罪。显然,为了实现处罚的合理性,必须对持有概念作不同解释,即非法持有枪支、弹药罪中的持有不包括储存行为。而非法持有假币罪与非法持有毒品罪中的持有,则包含储存行为。再如,刑法分则共有四种犯罪包括贩卖行为,即走私罪,拐卖妇女、儿童罪,贩卖毒品罪和贩卖淫秽物品罪。

首先,根据目前通用的解释,贩卖是指买进后再卖出以获取利益的行为。但在事实上,我国刑法分则中的“贩卖”一词只能被解释为出卖或者出售、销售,而不能要求买进后再卖出(当然,这种行为符合贩卖的条件)。其次,对分则条文中所使用的“贩卖”一词,必须根据不同条文的表述及描述的犯罪类型进行解释。对有的分则条文所使用的“贩卖”一词,只能解释为出卖或者出售,而不可能按通常含义解释为买进再卖出。如《刑法》第240条规定了拐卖妇女、儿童罪,而其第2款规定“拐卖妇女、儿童是指以出卖为目的,有拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为之一的”。显然,这里的“贩卖”只能解释为出卖。有的分则条文所使用的“贩卖”一词,则必须解释为既包括转手倒卖,也包括单纯出卖。如《刑法》第347条第1款规定:“走私、贩卖、运输、制造毒品,无论数量多少,都应当追究刑事责任,予以刑事处罚。”这里的贩卖既包括买进毒品后再卖出的行为,也包括单纯出卖毒品的行为。例如,行为人在接受他人赠与的毒品后出卖的,拾捡毒品后又出卖的,将父辈、祖辈遗留下来的毒品予以出卖的,都只能认定为贩卖毒品罪。

刑法分则共有四个条文使用了“窝藏”一词,但含义也不同。

同一条文中的同一个词也可能存在不同含义。如《刑法》第240条规定了拐卖妇女、儿童罪的罪状与法定刑。当条文将妇女与儿童并列时,一般认为妇女是指已满14周岁的女性。可是该条第1款第3项只是规定对“奸淫被拐卖的妇女的”适用提高的法

定罪。很显然,这里的妇女应包括幼女。

(6)历史解释。历史解释是根据制定刑法时的历史背景以及刑法发展的源流,阐明刑法条文真实含义的解释方法。对于历史解释,应注意对同一个罪名,旧刑法的解释未必适用于新刑法。如《刑法》第253条的私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪,已由旧刑法中的渎职罪调整到新刑法中的侵犯公民人身权利、民主权利罪,解释者应当把握这种调整的理由并作出新的解释,而不能照搬渎职罪解释本罪的构成要件。也就是说,在新刑法中,成立本罪不要求行为人为人必须利用职务上的便利。

(7)目的解释。目的解释即根据刑法规范的目的,阐明刑法条文真实含义的解释方法。

任何解释结论都必须符合刑法的目的。当不同的解释方法得出多种结论或者不能得出妥当的结论时,就以目的解释来最终决定。刑法分则规定具体犯罪与刑罚的条文,都有其特定的法益保护目的,在确定具体犯罪的构成要件时,必须以其保护法益为指导。如《刑法》第243条诬告陷害罪的保护法益是公民的人身权利,因此,自我诬告(有意虚假告发自己犯罪)的行为由于没有侵犯其他公民的人身权利而不成立本罪。应当注意的是,除条文有特别规定外,对各个条文目的的理解不应超出该条文所在章的目的范围。

注意:不能将“有利于被告”作为解决刑法解释争议的最高标准。有人认为,罪刑法定原则的核心在于保障人权,所以人权保障应当成为刑法的首要甚至全部价值。对于许多有疑难争议的刑法规范理解问题,很多人基于所谓“人权保障”的观念,主张当存在两种以上的解释时,应选择有利于被告的解释。其实,人权保障是刑法的价值之一,但它绝不是刑法价值的全部。人权保障作为刑法的价值,只能是刑法通过惩罚犯罪而体现出来的价值。罪刑法定只是禁止类推解释,因为类推解释违背了预测可能性原理,而不是禁止对被告人不利的解释。对被告人不利的扩大解释,只要解释的结果没有超出刑法用语可能具有的含义,没有超出国民对该用语的可预测性,就应当是合法、合理的,没有违背罪刑法定原则。实际上,处罚的必要性越大,作出扩大解释的可能性就越大;处罚的必要性越大,扩大解释的扩大程度便越宽。所以,将组织卖淫罪中的人解释为包括男人和女人没有违反预测可能性原理,符合罪刑法定原则,也符合社会形势的变化对卖淫一词含义的影响。这与存疑时有利于被告的原则并不相违背。

刑法要同时实现法益保护与自由保障两个机

能。因此,判断解释结论是否合理,要看是否在法益保护与自由保障之间求得平衡,而不可能在任何场合都作出有利于被告的解释。

2006 年试卷二第20题: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。这题的考点主要是法律解释方法。

扩大解释不能超出词语的应有含义,妇女不可以扩大解释为包括男性。因此,A项错误。

B项,故意杀人罪中的“人”合乎逻辑地包含“精神正常的人”,同时也包括“精神失常的人”,这都是当然解释,而非类推解释。

伪造与变造是两个不同的概念,将伪造解释为包括变造,属于类推解释。因此,C项错误。

D项,“情报”外延较宽泛,而将其限于“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”,是一种缩小解释。因此,D项正确。

2008 年试卷二第20题: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。立法解释仍然是对刑法的概念、用语、条文等进行解释,故同样必须遵守罪刑法定原则,因此不能采取类推解释的方法。故①错误,②正确。与类推解释不同,扩大解释是对用语通常含义的扩张,不能超出用语可能具有的含义。一般认为,罪刑法定原则禁止类推解释,但并不禁止扩大解释。故④错误。因此B正确,ACD错误。

2009 年试卷二第1题:关于刑法解释的说法,下列

哪一选项是正确的?

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》第一百七十一条出售假币罪中的“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。B 错误,将出售解释为包括购买,显然已经超出了“出售”一词所能包括的含义,应当是类推解释。在我们的日常用语中,“出售”与“购买”是相互独立的两种概念。再者,我国《刑法》第 171 条除了规定出售假币罪之外,还规定了购买假币罪。

C 正确,扩大解释实际上是将刑法用语的含义扩大到其核心含义之外的边缘部分,但解释结论不会令我们大吃一惊。一般我们认为的凶器主要是“国家禁止个人携带的器械”,除此以外的器械,也可以通过扩张解释为凶器。这是一个不利于被告的解释,并且是最高人民法院的司法解释,我们不宜认定为是类推解释,而应该认定为扩张解释。当然,C 选项也有一定的争议,因为从凶器一词的本来含义出发,确实可以包括“国家禁止个人携带的器械”与“国家并不禁止个人携带的器械”,C 选项的解释在一定程度上也可以说是文理解释。

此题争议很大。一般认为 A 选项应该也是正确的,从语义上解释,“公私财物”既包括“本人的财物”,也包括“他人的财物”。将“公私财物”解释为“他人的财物”,显然是一个缩小解释。本选项并没有要求我们判断这种解释结论是否正确,而是问我们这种解释是否是缩小解释。司法部答案说 A 错,大概是因为就“盗窃罪对象”的实体内容而言解释不当,盗窃对象的特征之一是“他人占有的财物”,“他人的财物”的解释,去除了“他人占有”的限制是扩大了盗窃的对象,去除“他人占有之本人所有物”,则不适当地缩小了盗窃对象。究竟是考查“盗窃对象”的理解,还是考查“缩小解释”的理解?令人困惑。

对于 D,其对信用卡实体内容的解释与立法解释明显不符。立法解释对信用卡最重要的限定是“金融机构发行”的……电子支付卡。而 D 项把“金融机构发行”的限制给去掉了,几乎包含所有的“电子支付卡”,显然属于类推解释。D 项无论在内容还是形式上看都是地道的类推解释。但司法部公布的答案认为 D 错误。

2011 年试卷二第 51 题:①对于同一刑法条文中的

同一概念,既可以进行文理解释也可以进行论理解释

②一个解释者对于同一刑法条文的同一概念,不可能同时既作扩大解释又作缩小解释

③刑法中类推解释被禁止,扩大解释被允许,但扩大解释的结论也可能是错误的

④当然解释追求结论的合理性,但并不必然符合罪刑法定原则

关于上述 4 句话的判断,下列哪些选项是错误的?

A. 第①句正确,第②③④句错误

B. 第①②句正确,第③④句错误

C. 第①③句正确,第②④句错误

D. 第①③④句正确,第②句错误

答案:ABCD。

强化模拟题

1. 下述案件说法正确的是()。

A. 既然实行“法无明文不为罪”的罪刑法定主义,就意味着总有部分法益侵害行为不可能受到刑罚的处罚

B.《刑法》第 241 条第 2 款规定:“收买被拐卖的妇女,强行与其发生性关系的,”定强奸。这里的“发生性关系”包括“性交之外的猥亵行为”

C.《刑法》第 29 条第 2 款的“被教唆的人没有犯被教唆的罪”中的“犯”是指“犯罪既遂”,该种解释违反了罪刑法定原则

D.《刑法》第 124 条第 1 款规定,破坏广播电视设施、公用电信设施,危害公共安全的,处 3 年以上 7 年以下有期徒刑;造成严重后果的,处 7 年以上有期徒刑。第 2 款规定,过失犯前款罪的,处 3 年以上 7 年以下有期徒刑;情节较轻的,处 3 年以下有期徒刑或者拘役。该条规定的“过失前款罪的”只包括已经造成严重后果的情况

答案:AD。B 错误,因为刑法区分了强奸和强制猥亵、侮辱妇女罪。C 错误。当限制处罚范围的做法意味着限制国家的权力时,往往意味着保障行为人的自由,这是罪刑法定的真义。D 正确,如果刑法的文字表述有错误,在修改前应当阐明真义,进行补正解释。将该款进行补正解释的实质理由在于:(1)根据《刑法》总则第 15 条的规定,过失行为只有造成严重后果的才成立犯罪;(2)如果不进行补正解释,意味着过失行为尚未造成严重后果的法定刑与故意实施该行为的法定刑相同,这显然是不合适的。

2. 下列关于刑法解释,说法不正确的是()。

A. 无论是立法解释还是司法解释,都不能采用类推的解释方法

B. 当然解释的解释方法,应当允许在出罪时举重以明轻、在入罪时举轻以明重

C.《刑法》第237条第1款规定“以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵妇女或者侮辱妇女的,处五年以下有期徒刑或者拘役。”这里的其他方法仅限于与其前面列举的暴力、胁迫性质相同、作用相当的强制方法

D.非法持有枪支、弹药罪和持有假币罪中的“持有”在客观方面的表现形式相同

答案:BD。

3. 论述题:以非法鉴别胎儿性别是否应当犯罪化的事件或者袭警罪设立的争议为例,运用刑法及相关法学理论分析。

考核要点:刑法与其他法律的关系、刑法的功能、刑罚的效果。

答题要点:(1)刑法的两个特征:刑法的补充性和其他法律的保障法,由此得出刑法的谦抑性(包括刑法的补充性和经济性)的观念。

(2)现有的法律(包括刑法)能否有效地制裁这种行为,是否需要犯罪化。

(3)将这种行为犯罪化能否有效地预防和抑制这种行为。

(4)任何确定刑罚处罚的标准,应当认为,具备下列条件才能作为犯罪论处:

①法益的侵害性非常严重,而且绝大部分人不能容忍,并主张以刑法进行规制;

②适用其他制裁方法不足以抑制这种行为,不足以保护法益;

③运用刑法处罚这种行为,不会导致禁止对社会有利的行为,不会使国民的自由受到不合理的限制;

④对这种行为能够在刑法上进行客观的认定和公平的处理;

⑤运用刑法处罚这种行为能够获得预防或者抑制该行为的效果。

(5)名言:“刑罚如两刃之剑,用之不得其当,则国家与个人两受其害。”

4. 国外有学者认为,刑法是规定第二次规范的法律。刑法是对第一次规范(如民法规范、行政法规范)所保护的法益进行强有力的第二次保护,是对不服从第一次规范的行为规定科处刑罚的第二次规范。第一次规范是为了保护社会生活上的一定利益而规定的一定禁止与命令的法律规范,立法机关认为以第一次规范的力量难以完成保护社会生活利益的任务时,以补充第一次规范的目的所设立的规范便是第二次规范。第二次规范便具有补充第一次规范的性质。试谈谈对这段话的理解。

考核要点:刑法的特征;刑法的法律地位。

答题要点:(1)这段话体现了刑法的两个特征:刑法的补充性和其他法律的保障法。

(2)不能据此认为刑法是从属于民法、行政法等法

律,不能否认刑法是一门独立的法律。因为:

①刑法规制的对象具有特定性。刑法规制的对象是犯罪行为,这已经超出了其他法律的规制范围。

②刑法并不是对违反其他法律的行为直接给予刑事制裁,而是根据特定目的评价、判断对某种行为是否需要给予刑事制裁。

③刑法上的概念大多有其特定含义,不一定受其他法律概念的制约。

④刑法自古以来就作为独立的法律发挥着自己的机能。

第二条 【本法任务】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。

命题题眼

△了解 1. 刑法的任务

刑法的任务是保护法益(法益就是法所保护的利益,实际上是我国刑法理论上所讲的客体。我国刑法理论通说将犯罪客体界定为社会关系,但社会关系并不能概括所有的刑法所保护的利益,所以,用法益来概括就比用社会关系表述更为合适),保护的方法是禁止和惩罚侵犯法益的犯罪行为。惩罚与保护密切联系:不惩罚犯罪就不可能保护法益;为了保护法益就必须有效地惩罚各种犯罪;惩罚是手段,保护是目的。

我国刑法的任务是明确、全面的。明确性表现在:它明确规定刑法的任务是保护各种法益;全面性表现在:它全面保护各种重要的法益,但不意味着一切纠纷、矛盾都由刑法处理;刑法任务的全面性要求既保护一般公民的法益,又保障犯罪人的法益。

△了解 2. 刑法的目的

《刑法》第2条关于刑法任务的规定,同时也是刑法目的的规定,因此,刑法目的也是保护法益。刑法目的有三个层次:

第一个层次是刑法的整体目的,即保护法益。

第二个层次是刑法分则各章规定的目的,它是由分则的章名和有关规定体现的。刑法分则各章的目的贯穿在该章的全部刑法条文中,对分则各章具体条文的解释与适用必须体现该章的目的。如刑法分则第四章是为了保护公民的各种人身权利和民主权利,所以本章各条文的保护法益都必须在各种人身权利和民主权利中予以确定。例如,强制猥亵、侮

辱妇女罪,属于侵犯人身权利的犯罪,本罪的保护法益应是妇女的性的自己决定权,而不是社会管理秩序。

第三个层次是各个条文的目的。

强化模拟题

论述题:刑法既是“善良人的大宪章”,又是“犯罪人的大宪章”,对此如何理解?

答题思路:从刑法任务的全面性、刑法机能、罪刑法定三个方面进行论述。刑法是善良人的大宪章容易理解,所以论述的重点是刑法为什么也是“犯罪人的大宪章”。

答题要点:(1)涉及对刑法任务全面性的理解。刑法任务的全面性要求既保护一般公民的法益,又保障犯罪人的法益。

(2)涉及对刑法机能的理解。刑法机能是指刑法现实与可能发挥的作用。刑法具有法益保护机能和自由保障机能。法益保护机能是指刑法具有保护法益不受犯罪侵害与威胁的机能。自由保障机能是指刑法具有保障公民个人自由不受国家刑罚权不当侵害的机能。

(3)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,这就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,这就保障了犯罪人免受不恰当的刑罚处罚。

第三条 【罪刑法定】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。

命题题眼

刑法的基本原则不仅是制定刑法的原则,也是解释刑法、适用刑法的原则。我国刑法规定了罪刑法定、刑法面前人人平等、罪责刑相适应三个基本原则。罪责自负、主客观相统一、惩罚与教育相结合,这些都属于理论上的基本原则。

△△一般掌握 1. 刑法基本原则的考查方式

对刑法三个基本原则的考查有这几种形式:一是考查原则的具体运用,即通过一个案例或者一种法律制度、法律现象,要求指出应适用哪个基本原则,如2000年单选第25题即是对罪刑法定原则的法无明文规定不处罚含义的运用,再如累犯从重处罚体现了哪个基本原则。这样的题目属于对基本原则、基本含义的考查,一般不会很难。二是基本原则具体内容的延伸考查,如2004年试卷二单选第16题。这样的题目有一定的深度,要求对基本原则的含义有真正的理解。三是运用基本原则来解决刑事

立法和司法中的某些问题和现象,如2003年江苏南京市发生的组织男性卖淫案的处理与罪刑法定原则的关系。应该说,由于罪责刑相适应原则和刑法面前人人平等原则的内容相对比较简单和易懂,第二、三种考查形式一般不会出现,而罪刑法定原则以第二、三种形式考查则很有可能,2008年就是如此。

2008年试卷四第七题:

提示:本题为选答题,请选择其中一问作答。答题时务必在答题纸对应位置上标明“问题1”或“问题2”。两问均作答的,仅对书写在前的答案评阅给分。

材料:

案例一:2005年9月15日,B市的家庭主妇张某在家中利用计算机ADSL拨号上网,以E话通的方式,使用视频与多人共同进行“裸聊”被公安机关查获。对于本案,B市S区检察院以聚众淫乱罪向S区法院提起公诉,后又撤回起诉。

案例二:从2006年11月到2007年5月,Z省L县的无业女子方某在网上从事有偿“裸聊”,“裸聊”对象遍及全国22个省、自治区、直辖市,在电脑上查获的聊天记录就有300多人,网上银行汇款记录1000余次,获利2.4万元。对于本案,Z省L县检察院以传播淫秽物品牟利罪起诉,L县人民法院以传播淫秽物品牟利罪判处方某有期徒刑6个月,缓刑1年,并处罚金5000元。

关于上述两个网上“裸聊”案,在司法机关处理过程中,对于张某和方某的行为如何定罪存在以下三种意见:第一种意见认为应定传播淫秽物品罪(张某)或者传播淫秽物品牟利罪(方某);第二种意见认为应定聚众淫乱罪;第三种意见认为“裸聊”不构成犯罪。

问题1:

以上述两个网上“裸聊”案为例,从法理学的角度阐述法律对个人自由干预的正当性及其限度。

问题2:

根据罪刑法定原则,评述上述两个网上“裸聊”案的处理结果。

答题要求:

1. 在综合分析基础上,提出观点并运用法学知识阐述理由;

2. 观点明确,论证充分,逻辑严谨,文字通顺;

3. 不少于500字,不必重复案情。

△△一般掌握 2. 罪刑法定原则的思想基础

罪刑法定原则产生的思想渊源是三权分立学说与心理强制说,但该原则的思想基础是民主主义和尊重人权主义。民主主义要求,什么是犯罪、对犯罪如何处罚,都必须由人民群众来决定,具体表现为由人民群众选举产生的立法机关来决定。民主主义当然形成罪刑法定原则中的法律主义(成文法主义);

司法机关不能随意解释刑法,尤其不能类推解释;为保护人民的利益,要求禁止处罚不当罚的行为;正义与公平是人民的当然要求,罪刑相适应、禁止残酷的刑罚便也成为罪刑法定原则的要求。

尊重人权主义要求,为了保障公民的自由,必须使得公民能够事先预测自己行为的性质与后果,所以什么是犯罪、对犯罪如何处罚,都必须在事前明文规定。由此产生罪刑法定原则中的法律主义、禁止刑法溯及既往、禁止类推、刑法应当明确、刑法的处罚范围必须合理的要求。

△△△ 熟练运用 3. 罪刑法定原则的基本内容

罪刑法定原则简单地说,就是法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚。可能会考对刑法没有规定的某一行为如何处理,这实际上要求对刑法分则的罪名比较熟悉,这样才能发现该行为在刑法中是否已规定为犯罪。如拐卖、猥亵14周岁以上男性的行为是否构成犯罪,必须要至少熟悉拐卖妇女、儿童罪,猥亵儿童罪等罪的犯罪构成,否则无法判断该种行为是否构成犯罪。

罪刑法定原则从早期的绝对罪刑法定原则发展到现在的相对罪刑法定原则。绝对罪刑法定原则是一种严格、不容变通的原则,它要求犯罪和刑罚的法律规定必须是绝对确定的,法官没有任何自由裁量的权力。其基本内容是:①绝对禁止适用类推和扩大解释;②绝对禁止适用习惯法;③绝对禁止刑法溯及既往;④绝对禁止法外刑和不定刑期。

相对的罪刑法定原则的基本内容是:①在定罪根据上,允许有条件地适用类推和严格限制的扩大解释;②在溯及力上,允许采用从旧兼从轻的原则;③允许采用相对的不定期刑。

现在所讲的罪刑法定原则是相对的罪刑法定原则。

相对的罪刑法定原则的具体要求分为形式的侧面和实质的侧面。形式的侧面是对罪刑法定原则的传统理解,主要目的是限制司法权,认为只要法院严格执行议会制定的法律,人民的自由就有了保障,这正是形式法治的观点。形式侧面仍显重要,其思想基础是尊重人权主义。

(1)形式的侧面包括:

①法律主义:规定犯罪与刑罚的法律必须是成文的法律,只能是立法机关制定的法律。行政规章不能制定刑法,习惯法和判例都不能作为刑法的渊源。

这里要重点讲两个问题:

一是空白罪状与罪刑法定的关系。我国刑法分

则中存在大量的空白罪状(违反……法规)。空白罪状是指刑法分则条文只规定了某种犯罪行为,但是具体的犯罪构成条件要参照其他法律、法规的规定才能确定。如第128条规定“违反枪支管理规定,非法持有、私藏枪支、弹药的”,需要参照枪支管理的有关规定才能确定是否构成犯罪,这就是空白罪状。空白罪状一般以行政法规作为补充规范,导致行政法规成为认定行政犯罪时必须参照的法规。但空白罪状的存在并不违反罪刑法定中行政法规不能制定刑法的派生原则,因为,在空白罪状中,行政法规并不是直接作为定罪的依据,而是经过了刑法的规定与评价。

另外,空白罪状没有违反罪刑法定原则中罪之法定的要求。因为,空白罪状并非对具体犯罪的构成特征未作规定,只是未加直接规定,而是参照其他法律、法规来确定,这是一种间接规定,从这个意义上说,空白罪状不等于罪状空白,因而并不违反罪刑法定原则关于罪之法定的要求。

二是习惯法不能成为刑法的渊源,但是民族自治区可以进行变通或者补充规定,单行条例可以成为刑法的渊源,但是已经上升到立法的高度,因为经过全国人大常委会的核准了。虽然习惯法不能成为刑法的渊源,但它仍然是人们在解释犯罪构成要件和判断违法性、有责性时,必须考虑的因素。另外,当存在有利于行为人的习惯法,行为人以习惯法为根据实施行为时,可能以行为人缺乏违法性认识的可能性为由,排除犯罪的成立。

②禁止事后法:禁止重法(即不利于被告人的法)溯及既往,如果新法有利于被告人,则可以溯及既往适用新法。

③禁止类推解释:形式侧面要求禁止对刑法作出任何类推解释。但是,如果同时从形式法治与实质法治出发,禁止类推解释只是禁止不利于行为人的类推解释。之所以允许有利于被告人的类推解释,是因为刑法中存在一些有利于被告人的规定,而这些规定因为文字表述及立法疏漏的缘故,按照其文字含义适用时会造成不公平现象。所以,允许有利于被告人的类推解释,正是为了克服形式法治的缺陷,实现刑法的正义。

注意:无论是立法解释还是司法解释,都属于对法律的解释,因此,都不能实行类推解释。

罪刑法定原则不禁止扩大解释,但扩大解释与类推解释如何区别是一个难题。从形式上说,扩大解释所得出的结论,没有超出刑法用语可能具有的含义,而类推解释所得出的结论超出了刑法用语可

能具有的含义。从着重点上说,扩大解释着眼于刑法规范本身,仍然是对规范的逻辑解释,类推解释着眼于刑法规范之外的事实,是对事实的比较。从论证方法上说,扩大解释是扩张性划定刑法的某个概念,类推解释则是认识到某行为不是刑法处罚的对象,而以该行为与刑法规定的相似行为具有同等的恶害性为由,将其作为处罚对象。从实质上说,扩大解释的结论在公民预测可能性之内,类推解释则超出了公民预测可能性的范围。

④禁止绝对不定期刑。

(2)实质的侧面包括:(实质侧面主要限制立法权,反对恶法亦法,是实质法治的表现,寻求刑法的实质合理性)

①明确性。规定犯罪的法律条文必须明确。明确性只是一种相对的要求,不排除规范的构成要件要素。

另外,这里还涉及对罪刑法定原则中法的明文规定的理解。法的明文规定包括两种情况:一是显形规定;二是隐形规定。显形规定是指字面上的直观规定,而隐形规定是指内容上的包容规定,二者都是法的明文规定。

②禁止处罚不当罚的行为。刑法要体现最后手段性、补充性,要注意刑罚的双刃效果。也不能认为刑法的处罚范围越窄越好,不能盲目照搬西方国家的“非犯罪化”。

③禁止不均衡、残虐的刑罚。这并不意味着应该或者可以超越时代实行轻刑化。

2006 年试卷二第1题: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。简单罪状的采用是因为这些犯罪的特征为众人所知,无需具体描述,所以,简单罪状并不违背罪刑法定原则中明确性的要求,因而没有违反罪刑法定原则,D项不正确。

2010 年试卷二第1题:“罪刑法定原则的要求是()。(1)禁止溯及既往(____的罪刑法定);(2)排斥习惯法(____的罪刑法定);(3)禁止类推解释

(____的罪刑法定);(4)刑罚法规的适当(____的罪刑法定)。”下列哪一选项与题干空格内容相匹配?

A. 事前——成文——确定——严格

B. 事前——确定——成文——严格

C. 事前——严格——成文——确定

D. 事前——成文——严格——确定

答案:D。罪刑法定原则的具体要求为:(1)溯及既往的禁止,即事前的罪刑法定。犯罪及其刑罚必须在行为前预先规定,刑法不得在对其公布、施行前的行为进行追溯适用。(2)排斥习惯法,即成文的罪刑法定。犯罪与刑罚必须由立法者通过特定程序以文字的形式记载下来,刑事司法应以成文法为准,而不能适用习惯法。(3)合理解释刑法,禁止类推,即严格的罪刑法定。类推解释是对事先在法律上没有规定要予以处罚的行为进行处罚,属于司法恣意对国民的行为进行压制,这是不允许的。(4)刑罚法规的适当,即确定的罪刑法定。同时,刑罚法规的适当还包括刑法的明确性、禁止处罚不当处罚的行为、禁止不确定刑三方面内容。

2011 年试卷二第1题:关于社会主义法治理念与罪刑法定的表述,下列哪一理解是不准确的?

A. 依法治国是社会主义法治的核心内容,罪刑法定是依法治国在刑法领域的集中体现

B. 权力制约是依法治国的关键环节,罪刑法定充分体现了权力制约

C. 人民民主是依法治国的政治基础,罪刑法定同样以此为思想基础

D. 执法为民是社会主义法治的本质要求,网民对根据《刑法》规定作出的判决持异议时,应当根据民意判决

答案:D。民意不能作为判决的依据,D明显错误。

△△一般掌握 4. 认识误区

目前,司法实践中对于如何贯彻罪刑法定原则存在一些误区,主要有:

(1)误将“明文规定”等同于“明确规定”,对于法有明文规定但规定不明确的犯罪行为没有依法定罪处罚。明确性乃罪刑法定原则的基本内容之一,但刑法的绝对明确性只能是一种理想追求,不得以“法无明确规定”为理由对那些刑法有明文规定而仅缺乏明确性的犯罪行为不予以定罪处罚。

(2)认为罪刑法定仅仅强调形式合理,因而仅仅从表面、形式上理解罪刑规范。罪刑法定原则强调法律的形式,以形式合理性为基础,其无疑是首先追求形式上的公正和合理。但是,法律的终极价值应当是实质的合理。这就要求在贯彻罪刑法定原则时不能机械地、仅仅从形式上去理解和适用刑法的罪

刑规范,而应在形式合理性的范围内尽量从实质上去理解罪刑规范,以寻求实质的合理。

(3)以罪刑法定原则的价值替代刑法的价值,将“有利于被告”作为解决刑法解释争议的最高标准。有人认为,罪刑法定原则的核心在于保障人权,所以人权保障应当成为刑法的首要甚至全部价值。对于许多有疑难争议的刑法规范理解问题,很多人基于所谓“人权保障”的观念,主张当存在两种以上的解释时,应选择有利于被告的解释。其实,人权保障是刑法的价值之一,但它绝不是刑法价值的全部。人权保障作为刑法的价值,只能是刑法通过惩罚犯罪而体现出来的价值。罪刑法定只是禁止类推解释,因为类推解释违背了预测可能性原理,而不是禁止对被告人不利的解释。对被告人不利的扩大解释,只要解释的结果没有超出刑法用语可能具有的含义,没有超出国民对该用语的可预测性,就应当是合法、合理的,没有违背罪刑法定。实际上,处罚的必要性越大,作出扩大解释的可能性就越大;处罚的必要性越大,扩大解释的扩张程度便越宽。所以,将组织卖淫罪中的人解释为包括男人和女人没有违反预测可能性原理,符合罪刑法定原则,也符合社会形势的变化对卖淫一词含义的影响。

强化模拟题

1. 下列说法正确的是()。

A. 罪刑法定原则的保障人权思想,意味着在任何场合都作出有利于被告的解释

B. 空白罪状一般以行政法规作为补充规范,导致行政法规成为认定行政犯罪时必须参照的法规,因此,空白罪状违反了罪刑法定原则

C. 虽然习惯法不能成为刑法的渊源,但其仍然是人们在理解构成要件和判断违法性时必须考虑的因素

D. 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

答案:C。空白罪状的存在并不违反罪刑法定中行政法规不能制定刑法的派生原则,因为,在空白罪状中,行政法规并不是直接作为定罪的依据,而是经过了刑法的规定与评价。

2. 关于罪刑法定原则,以下说法错误的是()。

A. 罪刑法定原则要求定罪量刑必须以行为时的法律为准,绝对不能以审判时的法律为准

B. 如果旧法认为是犯罪,新法不认为是犯罪,或虽然都认为是犯罪,但新法比旧法规定的刑罚更轻,此时审理旧案允许适用事后法(新法),这并不违反罪刑法定原则

C. 罪刑法定原则不允许进行对被告人不利的类推解释,但允许进行对被告人不利的扩大解释

D. 针对实践中拐卖14周岁以上的男少年无法可依的情况,有人建议将拐卖妇女、儿童罪的犯罪对象扩大解释为包括14周岁以上的男性,因为拐卖14周岁以上的男性和拐卖14周岁以下的男性并无本质差异。这是一种类推解释,是违反罪刑法定原则的

答案:A。罪刑法定原则要求通常情况下,应当以行为时的法律作为裁判依据,但如果新法量刑更轻时,则应当适用新法,因而选项A是错误的。

选项B是正确的,不当选。

罪刑法定原则不允许进行对被告人不利的类推解释,但允许进行对被告人不利的扩大解释,因而选项C是正确的,不当选。

选项D是正确的,因为这种解释属于类推解释,它超出了法条可能具有的含义,因而不应当选。

3. 论述题:2003年1月至8月,被告人李宁为营利,先后与他人预谋,采取张贴广告、登报的方式招聘男青年做“公关人员”,并制定了《公关人员管理制度》。李宁指使他人对公关先生进行管理,并在其经营的“金麒麟”、“廊桥”及“正麒”酒吧内将多名“公关先生”多次介绍给男性顾客,由男性顾客将“公关人员”带至南京市“新富城”大酒店等处从事同性卖淫活动。关于本案,辩护人提出,刑法及相关司法解释对同性之间的性交易是否构成卖淫未作明文规定,而根据有关辞典的解释,卖淫是指“妇女出卖肉体”的行为。因此,组织男性从事同性卖淫活动的,不属于组织“卖淫”,依照罪刑法定原则,李宁的行为不构成犯罪。而法院认为,卖淫就其常态而言,虽是指女性以营利为目的与不特定男性从事性交易的行为;但随着立法的变迁,对男性以营利为目的与不特定女性从事性交易的行为,也应认定为卖淫。对卖淫作如上界定,并不违背罪刑法定原则。

问题:试结合本案,谈谈对罪刑法定原则的理解。

答题要点:

(1)明确性乃罪刑法定原则的基本内容之一。但刑法的绝对明确性只能是一种理想追求,不得以“法无明确规定”为理由对那些刑法明文规定而仅缺乏明确性的犯罪行为不予以定罪处罚。

(2)正确地解释刑法规定,使刑法解释起到阐明立法精神、补救立法不足的功效。

(3)在贯彻罪刑法定原则时不能机械地、仅仅从形式上去理解和适用刑法的罪刑规范,而应在形式合理性的范围内尽量从实质上去理解罪刑规范,以寻求实质的合理。

(4)法律是社会的产物,法律解释必须符合实际的社会生活。法律只有在适应社会需要的情况下才能保