



上律·指南针教育
SURELY EDUCATION

(2015 “命题方向” 精品书系)

国家司法考试攻略

GUOJIASIFAKAOSHI GONGLUE

1

刑法攻略

(讲义卷)
(第七版)

上

XINGFA GONGLUE

柏浪涛◇著

上律·指南针司法考试命题研究中心 组编

司考刑法第一参考书

- 讲授最准确的命题立场：温和的新理论
- 提供四合一的通关服务：全面的参考书
- 总结最简练的答题标准：实用的得分法



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

2015“命题方向”精品书系

国家司法考试攻略

刑法攻略(讲义卷)

(第七版)

柏浪涛 著

上律·指南针司法考试命题研究中心 组编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

遥望九月

多年以后,看到书架上蒙灰的《刑法攻略》,你一定会想起那段曾为司考奋战的日子。那时的你,二十出头,自以为放荡不羁,却在有意无意间选择了法律。

随之,便掉进了司考的虐心之旅。

这是一部精心设计的机械装置。你挥汗如雨,努力塞进一大堆纸质资料,期望打印出来一纸证书,往往却事与愿违。大家都是这个流水线上的灰色客体。你已分不清,是为了生活而学习法律,还是为了学习法律而生活。

不过,想那些干嘛?还是低头看看眼前再说。刑法已经转轨为德日新理论,只好去找本《刑法攻略》来看。学长说,它体系清晰,简洁明了,贴近实战。我还没看,不知道。但面对堆积如山的资料,我的确需要化繁为简的力量。

虽然书不是很厚,但也需要毅力坚持。司考之战就是毅力之战。

而毅力是什么?就是抽掉矫情的自我,作为一部机器去运作!直至九月,过一段没有人性,只有机器理性的生活。我要做的,就是地毯式碾过一页一页讲义,踏过一章一章条文。

既然如此,恋爱、读书、考试,实难兼顾。干脆——

爱她,就送她《刑法攻略》。恨她,也送她《刑法攻略》。

不是一见钟情,就是万箭穿心!

遥望九月,司考,后会无期!

柏浪涛

2014年12月25日

使用说明

一、推荐教材

周光权著:《刑法总论》、《刑法各论》,中国人民大学出版社2011年版。

张明楷著:《刑法学》,法律出版社2011年版。

这两套教科书是大陆法系先进理论与中国司法实践相结合的经典之作,也是我国司法考试理论观点的权威依据。

二、新修订之处

司考刑法的趋势已经呈现两大特征:《总则》考得越来越难,《分则》考得越来越细。鉴于此,2015版对《总则》的理论性增加了深度,对《分则》的细致性扩展了宽度。但一切知识点的选择均以具有本年度的可考性为标准,而不能盲目地追求大而全、深而难,徒增考生负担。

2015版的《真题卷》增加了一个“学堂小案例”板块,其中的小案例具有一定难度和实战性,请务必重视。这些案例主要来自于张明楷、周光权等教授的教学案例,以及《刑事审判参考》、《人民法院报》等刊载的疑难案例。在此谨向几位恩师及相应作者深表谢忱。

三、“四合一”

本书囊括了司考必备的四项资料:(1)基础讲义;(2)重点法条及司法解释。为表述方便,文中的法规名称一般采用简称。(3)历年真题解析;(4)模拟训练题。力求一本在手,即可通关。

四、后期浓缩记忆

当复习至六、七月份时,复习重点会转向总结记忆。届时,争取整理出《刑法攻略》的浓缩版内容,用于考生减负记忆。

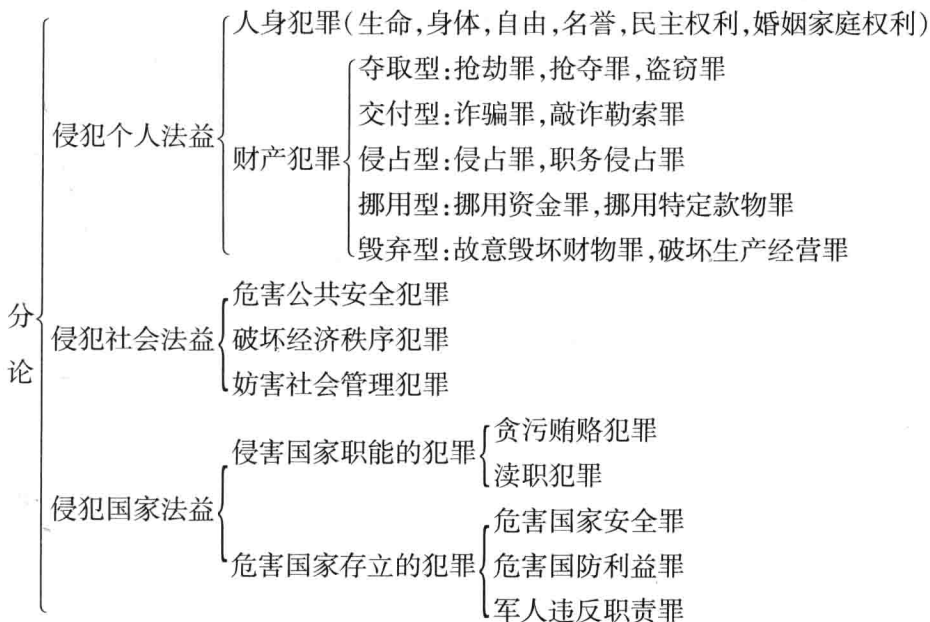
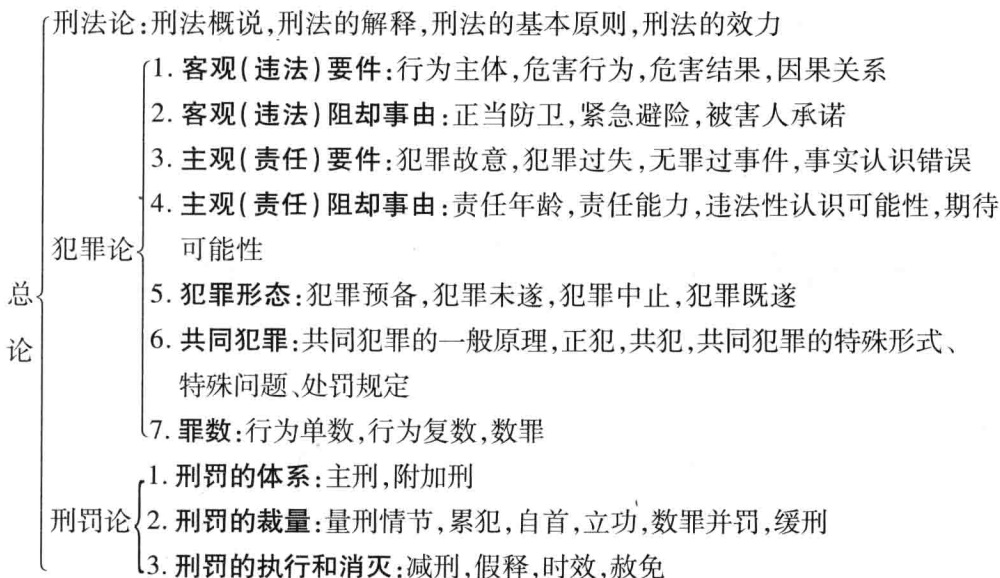
五、两卷搭配

希望读者,每看完《讲义卷》的一讲,就接着做《真题卷》本讲真题,趁热打铁,将知识转化为答题能力。学习刑法学如同学习数学,不仅要理解公式定理,还要会熟练准确地做应用题。

六、交流渠道

新浪微博:<http://weibo.com/bltxf>,微博名为“柏浪涛的刑法观”。

知识体系



参考文献

1. 周光权:《刑法总论》、《刑法各论》(第二版),中国人民大学出版社 2011 年版。
2. 张明楷:《刑法学》(第四版),法律出版社 2011 年版。
3. 张明楷:《刑法的私塾》,北京大学出版社 2014 年版。
4. 张明楷:《刑法分则的解释原理》(上、下册)(第二版),中国人民大学出版社 2011 年版。
5. 张明楷:《刑法疑案探究》,清华大学出版社 2012 年版。
6. 张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,清华大学出版社 2006 年版。
7. 陈兴良:《刑法总论精释》(第 2 版),人民法院出版社 2011 年版。
8. 陈兴良:《判例刑法学》,中国人民大学出版社 2012 年。
9. 黎宏:《刑法学》,法律出版社 2012 年版。
10. (日)西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社 2007 年版。
11. (日)山口厚:《刑法总论》(第 2 版),付立庆译,中国人民大学出版社 2011 年版。
12. (日)大谷实:《刑法总论讲义》(第 2 版),黎宏译,中国人民大学出版社 2008 年版。
13. (德)Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Nomos, 2013
14. (德)Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Aufl., C. F. Müller, 2013.
15. (德)Rudolf Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2012.
16. (德)Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, Verlag C. H. Beck, 2006.
17. (德)Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Walter de Gruyter, 1993.
18. 最高人民法院刑事审判庭编:《刑事审判参考》系列。
19. 张明楷、周光权教授近年发表的若干论文。



目录

第一讲 刑法论	(1)
一、刑法概说	(1)
二、刑法的解释	(2)
三、刑法的基本原则	(7)
四、刑法的效力	(10)
第二讲 犯罪构成	(14)
一、定罪体系:两阶层的犯罪构成体系	(14)
二、定罪立场:客观主义与主观主义	(17)
三、定罪方法:三段论推理	(18)
第三讲 行为主体	(22)
一、自然人	(22)
二、单位犯罪	(23)
第四讲 行 为	(26)
一、实行行为	(26)
二、不作为犯的概念	(28)
三、不真正不作为犯的成立条件	(30)
第五讲 行为对象和危害结果	(36)
一、行为对象	(36)
二、危害结果	(37)
第六讲 因果关系	(40)
一、条件说	(40)
二、相当因果关系说	(43)
第七讲 客观(违法)阻却事由	(48)
一、正当防卫	(48)
二、紧急避险	(57)
三、被害人承诺	(59)

四、其他阻却事由	(61)
第八讲 主观要件	(62)
一、犯罪故意	(62)
二、犯罪过失	(66)
三、无罪过事件	(68)
四、各种罪过形式的区分	(68)
五、事实认识错误	(72)
第九讲 主观(责任)阻却事由	(80)
一、刑事责任年龄	(80)
二、刑事责任能力	(82)
三、违法性认识错误(法律认识错误)	(83)
四、期待可能性	(84)
第十讲 犯罪形态	(86)
一、犯罪预备	(86)
二、犯罪未遂	(87)
三、犯罪中止	(92)
四、犯罪既遂	(96)
第十一讲 共同犯罪	(102)
一、共同犯罪的一般原理	(102)
二、正犯(实行犯)	(106)
三、狭义共犯(教唆犯和帮助犯)	(110)
四、共同犯罪的特殊形式	(118)
五、共同犯罪的特殊问题	(121)
六、共同犯罪的处罚规定	(127)
第十二讲 罪数	(130)
一、行为单数	(130)
二、行为复数	(132)
三、数罪	(135)
第十三讲 刑罚的体系	(137)
一、主刑	(137)
二、附加刑	(141)
第十四讲 刑罚的裁量	(145)
一、量刑情节	(145)
二、累犯	(147)
三、自首	(149)

四、立功	(153)
五、数罪并罚	(156)
六、缓刑	(160)
第十五讲 刑罚的执行和消灭	(164)
一、减刑	(164)
二、假释	(166)
三、刑罚的消灭	(170)
第十六讲 分论概说	(174)
一、罪状与罪名	(174)
二、注意规定与法律拟制	(175)
第十七讲 侵犯人身权利、民主权利罪	(180)
一、侵犯生命、身体的犯罪	(180)
二、侵犯性权利的犯罪	(185)
三、侵犯人身自由的犯罪	(190)
四、侵犯名誉、司法的犯罪	(199)
五、侵犯婚姻家庭的犯罪	(204)
六、普通罪名	(206)
第十八讲 财产犯罪	(211)
一、取得型财产犯罪的共性知识	(211)
二、抢劫罪	(214)
三、抢夺罪	(224)
四、盗窃罪	(227)
五、诈骗罪	(240)
六、敲诈勒索罪	(251)
七、侵占罪	(256)
八、职务侵占罪	(261)
九、故意毁坏财物罪	(262)
十、普通罪名	(262)
第十九讲 危害国家安全罪	(265)
一、重点罪名	(265)
二、普通罪名	(266)
第二十讲 危害公共安全罪	(268)
一、危险方法型犯罪	(268)
二、交通型犯罪	(272)
三、恐怖型犯罪	(279)

四、枪支犯罪	(280)
五、普通罪名	(282)
第二十一讲 破坏社会主义市场经济秩序罪	(286)
一、生产、销售伪劣商品罪	(286)
二、走私罪	(292)
三、妨害对公司、企业的管理秩序罪	(297)
四、破坏金融管理秩序罪	(302)
五、金融诈骗罪	(314)
六、危害税收征管罪	(327)
七、侵犯知识产权罪	(332)
八、扰乱市场秩序罪	(335)
第二十二讲 妨害社会管理秩序罪	(342)
一、扰乱公共秩序罪	(342)
二、妨害司法罪	(357)
三、妨害国(边)境管理罪	(367)
四、妨害文物管理罪	(370)
五、危害公共卫生罪	(372)
六、破坏环境资源保护罪	(374)
七、走私、贩卖、运输、制造毒品罪	(377)
八、组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	(382)
九、制作、贩卖、传播淫秽物品罪	(386)
第二十三讲 贪污贿赂罪	(389)
一、贪污罪	(389)
二、挪用公款罪	(393)
三、受贿罪	(397)
四、行贿罪	(403)
五、普通罪名	(405)
第二十四讲 渎职罪	(409)
一、重点罪名	(409)
二、普通罪名	(412)
第二十五讲 军事犯罪	(415)
一、危害国防利益罪	(415)
二、军人违反职责罪	(416)

第一讲 刑法论

特别提示

一、刑法总论体系

刑法论:刑法的解释、基本原则、适用效力

犯罪论 { 犯罪的成立问题:犯罪构成要件(客观阶层→主观阶层)
犯罪的时间发展问题:犯罪形态(预备→中止→未遂→既遂)
犯罪的角色参与问题:共同犯罪(正犯→共犯)
犯罪的数量竞合问题:罪数(一罪→数罪)

刑罚论:体系→裁量→执行→消灭

分值分布:大致上,刑法每年考查90分,是司考分值第二大户,总论与分论各占一半分值。

总论中,刑法论占10%,犯罪论占70%,刑罚论占20%。

二、刑法论

本讲的考试重点:刑法的解释和罪刑法定原则。

一、刑法概说

刑法=犯罪+刑罚。刑法学是一门技术活,主要任务是如何定罪,如何量刑。

(一)刑法的机能

1. 法益保护机能。这是指刑法通过惩治犯罪来保护法益。法益,是指通过刑法来保护的国民的生活利益。例如,刑法设立故意杀人罪保护的法益是人的生命,设立盗窃罪保护的法益是人的财产。每一个罪名的背后都有一个需要保护的法益。

2. 人权保障机能。这是指刑法在打击犯罪的同时,也应保障人权,严格依据刑法来定罪处罚。刑法不仅是“善良人的大宪章”,也是“犯罪人的大宪章”。过去,我们往往只强调刑法的任务是打击犯罪。实际上,若将刑法的任务仅限于此,那么没有刑法,打击犯罪时更爽。因为没有约束,想怎么打击就怎么打击。因此,制定刑法,就是为了强调,在打击犯罪时不能偏废人权保障。

保护法益 ←— 刑法 —→ 保障人权

【提示】法益保护与人权保障之间存在紧张关系。刑法学的主要任务就是如何平衡二者的紧张关系。例如,《肖申克救赎》中因冤枉被下狱的男主角,越狱后如果被抓了回来,要不

要判他脱逃罪?

3. 规制机能。这是指刑法既是行为规范,又是裁判规范;既规制人们的行为,又规制法官的裁判活动。

(二) 刑法的渊源(表现形式)^①

1. 刑法典。新中国第一部刑法典是 1979 年颁布的(想一想,建国后三十年间竟没有刑法典)。现行刑法是 1997 年颁布的。

注意:刑法典包括刑法修正案,刑法修正案就是对刑法典做的小修小补。^②

2. 单行刑法。这是指国家在刑法典之外单独针对某一类犯罪规定的刑法规范。至今单行刑法只有一个:1998 年 12 月全国人大常委会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》。以后再没出单行刑法的原因是,对需要增设的犯罪,都以刑法修正案的方式来解决。

3. 附属刑法。这是指附带规定在经济法、行政法等非刑事法律中的罪刑规范。有些国家的法律有此做法,例如德国、日本将许多交通领域的犯罪规定在道路交通安全法里。在我国,除了上述单行刑法,只有刑法典有权规定犯罪和刑罚,因此我国目前没有附属刑法。

二、刑法的解释

刑法学主要是对刑法条文的解释学。解释条文,是刑法学的基本功。因此,刑法的解释历来是司法考试的重点。

(一) 解释的效力

1. 立法解释:全国人大常委会所作的解释。

【注意 1】刑法修正案属于立法,不属于立法解释,它是刑法典本身的内容。

【注意 2】刑法典中的解释性规定不属于立法解释。例如,刑法第 93 条规定,“本法所称国家工作人员,是指国家机关中从事公务的人员”,这不属于立法解释,而是刑法典的内容。

2. 司法解释:由最高人民法院或最高人民检察院所作的解释。

3. 学理解释:学术机构或学者个人的解释。

【效力等级】立法解释 > 司法解释

(二) 解释的态度

就解释的态度而言,有主观解释与客观解释之分。前者是指解释的目标是探求立法原意或立法者主观意思。后者是指解释的目标是探求法律的现时的客观含义。刑法条文一旦颁布,便脱离了立法者,具有了独立的生命。对刑法的解释,不应刻舟求剑,而应根据社会发展探求刑法条文当下的含义。例如,“财物”一词,随着社会发展,应当包括立法者当时无法

^① 这里的刑法渊源是狭义的,是就有权规定犯罪和刑罚的法律规范而言的,不包括立法解释、司法解释。广义的刑法渊源包括立法解释、司法解释。

^② 提示:请对《刑法修正案(九)》的颁布时间保持关注。

预见到的虚拟货币等。

【注意】司考的官方立场是坚持客观解释。

(三) 解释的技巧

对一个条文术语的含义,需要通过解释技巧得出解释结论。常见的解释技巧有:

1. 平义解释

这是指按照该用语最平白的字面含义来解释,即所谓的看山是山,看水是水。

2. 扩大解释(又称扩张解释)

这是指对用语解释后的含义大于字面含义,但该含义仍处在该用语可能的含义范围内。

例1,将自动取款机解释为“金融机构”,就是对“金融机构”的扩大解释。

例2,丢失枪支不报罪是指警察丢失了枪支竟然不汇报,造成严重后果。如果警察被抢劫了枪支、被骗去了枪支,也不汇报,造成严重后果,显然也应定丢失枪支不报罪。这就要求该罪中的“丢失”不能仅仅理解为“遗失”,而应扩大解释为“非自愿而失去对枪支的占有”。

【注意】扩大解释这种方法本身是被允许的,但是其解释后的结论并不一定具有可适用性。例如,将网络上的虚拟财产解释为“财物”,没有超出“财物”可能的含义范围,属于扩大解释。但是,将这种扩大解释的结论适用到具体的财产犯罪中(如抢劫罪、盗窃罪、诈骗罪等),是否合理,则需要具体分析。

3. 缩小解释(又称限制解释)

这是指对用语解释后的含义小于字面含义。例如,丢失枪支不报罪的成立要求造成严重后果。该严重后果是指枪支被不法分子捡到用来实施违法犯罪活动,由此导致的严重后果。如果不法分子捡到枪支后,在阳台把玩时,由于过失,导致枪支掉落砸死了行人。这种后果不应视为该罪的严重后果。这就要求对该罪的严重后果进行缩小解释,仅限于捡拾者将枪支当作凶器,故意用于违法犯罪而导致的严重后果。上述阳台案中的枪支只起到一个花盆的作用。

4. 反对解释(又称反义解释)

这是指根据用语的正面表述,推导出其反面含义。例如,十四周岁及以上的人要对故意杀人罪负责。据此,小于十四周岁的人便不需对故意杀人罪负责。

5. 补正解释

这是指刑法条文用语表述有明显错误,只有通过修正、补正来阐明其真实含义。例如,刑法第63条第1款规定:“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。”这里的“以下”应当不包括本数;如果判本数,就不属于减轻处罚,而属于从轻处罚。但是刑法第99条规定:“本法所称以上、以下、以内,包括本数。”因此对刑法第63条的“以下”应进行补正解释,认为刑法第63条的“以下”是用语错误,应解释为“低于法定最低刑判处刑罚”。

6. 类推解释

这是指将不符合法律规定的情形解释为符合法律规定的情形。例如,将强奸罪中的“妇女”解释为包括男子,就属于类推解释。



(1)性质。类推解释违反罪刑法定原则,是被禁止的解释方法,但不禁止有利于被告人的类推解释。

【注意1】禁止类推解释,既针对司法机关,也针对立法机关,换言之,立法机关(例如,全国人大常委会)也不能进行类推解释。例如,刑法第267条第2款规定:“携带凶器抢夺的,以抢劫罪论处。”全国人大常委会不能对该款作出如下立法解释:携带凶器盗窃的,也以抢劫罪论处。因为将盗窃解释为抢夺,属于类推解释。当然,全国人大常委会可以通过立法的方式(如颁布刑法修正案)规定:携带凶器盗窃的,以抢劫罪论处。

由此可见,一个类推解释的结论,即使被写进司法解释或立法解释,也不能因此否定其类推解释的性质。若最高人民法院、最高人民检察院或全国人大常委会果真如此做,也只能将其错误结论视为一种特殊规定。

【注意2】正确认识“不禁止有利于被告人的类推解释”。之所以不禁止,是为了公平地保障人权。例如,刑法第389条(行贿罪)第3款规定:“因被勒索给予国家工作人员以财物,没有获得不正当利益的,不是行贿。”该规定显然有利于被告人。但是刑法在第164条(对非国家工作人员行贿罪)中没有类似规定。基于公平地保障人权,后者也应有此规定。因此,可以对第389条第3款中的“国家工作人员”类推解释为包括非国家工作人员。这种类推解释有利于被告人,应被允许。

但是注意,“不禁止有利于被告人的类推解释”是例外,不是原则,所以不能作为解释的大方向。有些法官为了给被告人脱罪,将强奸解释为寻衅滋事甚至解释为无罪,认为这样做虽然是类推解释,但因为有利于被告人,所以是允许的。这种看法显然是错误的。

(2)类推解释与扩大解释的区分标准(非常重要)

第一,扩大解释得出的结论,没有超出国民的预测可能性;类推解释得出的结论,明显超出国民的预测可能性。第二,扩大解释得出的结论,在用语可能的含义范围内(词语文义的“射程”之内);类推解释得出的结论,在用语可能的含义范围外(词语文义的“射程”之外)。第三,扩大解释没有提升概念的位阶;类推解释提升了概念的位阶。第四,扩大解释是对规范的逻辑解释;类推解释是对类似事实的类比。

【总结】易考情形:^①

(1)将“金融机构”解释为包含使用中的运钞车、自动取款机,属于扩大解释。

(2)将遗弃罪中的“负有扶养义务”的人,解释为既包括家庭成员,也包括负有扶养义务的其他人,属于扩大解释。

(3)将抢劫罪中的“财物”解释为包含财产性利益,属于扩大解释。

(4)将“携带凶器抢夺,以抢劫罪论处”中的“凶器”解释为包含用法上的凶器(例如棍棒、砖块、菜刀),属于扩大解释。

^① 张明楷:《罪刑法定原则与刑法解释》,北京大学出版社2010年版。张明楷:《刑法分则的解释原理》(上、下册)(第二版),中国人民大学出版社2011年版。

(5)将信用卡诈骗罪中的“信用卡”解释为包含借记卡,属于扩大解释。

(6)将走私弹药罪中的“弹药”解释为包含弹壳,属于扩大解释。

(7)将组织卖淫罪中的“卖淫”解释为包含男性向不特定女性提供性服务,属于扩大解释。

(8)将破坏通信自由罪中的“信件”解释为包含电子邮件,属于扩大解释。

(9)将破坏交通工具罪中的“汽车”解释为包含大型拖拉机,属于扩大解释;将劫持汽车罪中的“汽车”解释为包含火车、地铁,属于类推解释。如果劫持火车、地铁,可定破坏交通工具罪。

(10)将重婚罪中的“结婚”解释为包含事实婚姻,属于扩大解释;将破坏军婚罪中的“同居”解释为包含通奸,属于类推解释。

(11)将侮辱尸体罪中的“尸体”解释为包含骨灰,属于类推解释。

(四)解释的理由

在通过解释技巧对一个条文术语得出一个结论后,必须提供理由,论证解释的合理性。解释理由无穷无尽,常见的有:

1. 文理解释

这是指根据文法、语法等来论证解释后的含义是否属于刑法用语可能具有的含义。简而言之,需要考查该解释后的含义在文理上是否讲得通。例如,“收买”一词有两个含义:一是收购;二是用钱财或其他好处笼络人心。收买被拐卖妇女、儿童罪中的“收买”不可能是指用钱财笼络人心。刑法第104条第2款规定:“策动、胁迫、勾引、收买国家机关工作人员、武装部队人员、人民警察、民兵进行武装叛乱或者武装暴乱的,依照前款的规定从重处罚。”其中的“收买”也不可能是指收购。

2. 体系解释

这是指根据体系逻辑来论证解释后的含义在刑法体系中是否协调合理。例如,从文义上看,“伪造”可以包含“变造”,但是我国刑法在伪造货币罪之外又规定了变造货币罪,那么伪造货币罪中的“伪造”就不能包含“变造”。

【注意1】“同一用语的含义相对化”。体系解释,并不意味着同一用语在不同条文中需要保持同一含义。相反,基于体系的协调合理要求,同一用语在不同条文中可以保持不同含义。

例1,强奸罪的第一、二项法定刑升格条件均有“妇女”和“幼女”,而第三项法定刑升格条件“在公共场所当众强奸妇女”,其中遗漏了“幼女”,为了保护幼女,其中的“妇女”应当包括“幼女”。如此,强奸罪的第一、二项法定刑升格条件与第三项法定刑升格条件中的“妇女”的含义范围就不同。

例2,“侮辱”一词在“侮辱罪”和“强制猥亵、侮辱妇女罪”中的含义就有所不同。前者指侵犯人的名誉,后者仅限于侵犯妇女的性羞耻心。

【注意2】“不同用语的含义同一化”。刑法中几个不同的用语也可以保持同一个含义。例如,“恐吓”、“胁迫”、“威胁”、“敲诈”的含义均是以恶害相通告,使对方产生恐惧心理。(恐惧心理的程度,在抢劫罪里要求达到完全剥夺意志自由,被害人没得选,但在敲诈勒索罪、强奸罪里只需要达到部分剥夺意志自由、使意志自由有瑕疵即可。就此而言,抢劫罪与

敲诈勒索罪、强奸罪中的“胁迫”在程度上又有所不同。)

3. 当然解释

这是指根据形式逻辑来论证解释后的含义是否符合当然道理,在论证出罪时“举重以明轻”(重的行为都无罪,轻的行为更应无罪),在论证入罪时“举轻以明重”(轻的行为都是犯罪,重的行为更应是犯罪)。可以看出,当然解释其实也是体系解释的一种。例如,新司法解释规定,两年内三次盗窃,属于多次盗窃,构成盗窃罪。那么,两年内四次盗窃的,当然构成盗窃罪。这就是当然解释的结论。

【注意】当然解释追求结论的逻辑合理性,但该结论并不必然符合罪刑法定原则。在根据“举轻以明重”(轻的行为都是犯罪,重的行为更应是犯罪)入罪时,也要求案件事实符合刑法规定的构成要件,遵守罪刑法定原则,不能简单地以案件事实的社会危害性严重为由以犯罪论处。例如,早前社会上出现过倒卖飞机票的行为。应当说,倒卖飞机票的行为比倒卖车票、船票的危害性更严重,根据当然解释更应入罪。但是,我国刑法只规定了倒卖车票、船票罪,就不能将飞机票解释为“车票、船票”,进而以倒卖车票、船票罪论处。

4. 历史解释

这是指根据历史的、发展的眼光从历史沿革的角度为解释的结论提供合理性,这不同于探求立法原意的主观解释。例如,1979年旧刑法第183条将遗弃罪规定在妨害婚姻家庭罪一章中,其中行为主体也即“扶养义务人”仅限于婚姻家庭成员之间。而1997年刑法第261条将遗弃罪规定在侵犯公民人身权利、民主权利罪一章,那么,“扶养义务人”就不限于婚姻家庭成员之间,儿童福利院的院长也可成为遗弃罪的主体。

(五) 解释技巧与解释理由的关系

1. 二者区别:解释技巧是结论制造者,解释理由是结论论证者。对一个用语作出一个解释,其支撑理由可以多种多样甚至越多越好,但是其解释技巧却只能选择一种。换言之,解释理由之间是并存关系,但解释技巧之间是排斥关系。例如,将组织卖淫罪中的“卖淫”解释为包括男性向不特定女性提供性服务。这种解释结论是合理的,为此可以提供多种理由(如文理解释、体系解释、历史解释等),但是这种解释在技巧上属于扩大解释,不可能属于缩小解释。即对一个用语进行解释,不可能既进行扩大解释,又进行缩小解释。

2. 二者关系:解释技巧和解释理由之间不是对立排斥关系,而是相辅相成关系。前者负责制造结论,后者负责论证结论。

【注意1】文理解释与论理解释的关系。传统理论所谓的“论理解释”是一个笼统概念,既包含解释的理由(如当然解释、体系解释等),也包含解释的技巧(如扩大解释、缩小解释)。而文理解释主要是一种解释的理由。由于解释理由之间可以并存,解释理由与解释技巧也是相辅相成关系,因此文理解释与论理解释不是对立关系。对一个刑法用语,既可以作文理解释,也可以作论理解释。^①

① 提示:这一点与传统法理学的认识有所不同。

【注意2】解释技巧、理由与结论可采纳性的关系。一种解释技巧(如扩大解释)即使是被允许的技巧,但其得出的结论在具体案件中是否具有可采纳性,仍需具体判断。一种解释理由(如当然解释)即使是被认可的理由,但其支持的结论在具体案件中是否具有可采纳性,仍需要具体判断。

【典型真题】关于刑法用语的解释,下列哪一选项是正确的?(2014年·卷二·3题)①

- A. 按照体系解释,刑法分则中的“买卖”一词,均指购买并卖出;单纯的购买或者出售,不属于“买卖”
- B. 按照同类解释规则,对于刑法分则条文在列举具体要素后使用的“等”、“其他”用语,应按照所列举的内容、性质进行同类解释
- C. 将明知是捏造的损害他人名誉的事实,在信息网络上散布的行为,认定为“捏造事实诽谤他人”,属于当然解释
- D. 将盗窃骨灰的行为认定为盗窃“尸体”,属于扩大解释

三、刑法的基本原则

刑法的基本原则有三:罪刑法定原则、罪刑相适应原则、平等适用刑法原则。复习重点在于前两个原则。其中,最重要的是罪刑法定原则,这是刑法的铁则,是司法考试的一级重点。

(一)罪刑法定原则

第3条②:“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。”

罪刑法定原则的含义是:法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚。

【注意】上述第3条第一句话并不是关于罪刑法定原则的规定,其旨意是防止司法人员将有罪行为作无罪处理,是在强调法益保护机能。第二句话才是关于罪刑法定原则的规定,是在强调人权保障机能。在保护法益与保障人权这个天平上,罪刑法定原则是用来保障人权,而非保护法益。③

1. 思想基础

第一,民主主义,意指只有民主产生的立法机关才有权规定犯罪与刑罚。

① A项,单纯的出售也是“买卖”,例如贩卖自己制作的淫秽物品,也构成贩卖淫秽物品牟利罪。B项说法正确,例如,抢劫罪的行为是“暴力、胁迫或其他方法”。这里的“其他方法”应解释为完全剥夺他人意志自由的方法,在本质上与暴力、胁迫相同。C项,当然解释是指在出罪时,举重以明轻,在入罪时,举轻以明重。也即有轻重比较。C项无轻重比较问题,所以不存在当然解释的问题。D项是类推解释。本题答案:B。

② 若无特别提示,本书所列“第几条”,均是指刑法的条文。对于司法解释的条文,本书会特别提示。

③ 初次接触法律的人看到“法无明文规定不为罪”这句话,可能会认为这句话天经地义,能有什么深意,为何成为刑法的铁则?然而,想一想社会上经常出现这种局面:某个人干了件坏事,其危害性令人难以容忍,舆论一致认为应定罪,但翻开刑法典,立法者当初没有预料到这种行为,没有将其规定为犯罪,那该怎么办?罪刑法定原则所要坚持的就是,为了保障人权,需要顶住舆论压力,作无罪处理,事后赶紧立法,增设罪名。