

自由是上帝和神明的，限制自由的法律不是良法的法律。

自由是人最重要的，因此，自由是衡量法律善恶的唯一标准。

从自由的善度看，一切法律都是自由的法律。

自由是神明的，有难度的，这个难度应由法律来规定。

将法律分为

个法律

比例原则

功利原则

市民社会在历史上无限制销售食品，在被城市综合管理执法人员查处过程

是禁酒法，城市综合管理执法人员的行为属于违法行为，具有权威性

如果认为，城市综合管理机构执法，不仅违法，还是损害公平合理，其执

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，就有侵犯公民的权利

如果认为，守法是公民的义务，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

《道路交通法》属于正式的法律渊源

违法行为并非违反法律责任的唯一标准

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

2009

司法考试培训教材

万国学校授课精华

刑法

韩友谊 编著

知识要点 全部囊括
疑难问题 阐述透彻
易混淆点 辨析明白

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

如果认为，如果认为城市综合管理机构执法不公，可以采

wan guo 万国

2009

司法考试培训教材

万国学校授课精华

刑法

韩友谊 编著

知识要点 全部囊括
疑难问题 阐述透彻
易混淆点 辨析明白

知识产权出版社

内容提要

本书为司法考试培训名校万国名师讲义的提炼,每节下设[必读法条]、[基本知识点]、[疑难点]、[易混淆点]几部分。[必读法条]部分列举了该节涉及司考的重要法条,[基本知识点]部分对司考的知识要点进行了归纳,[疑难点]部分对司考的疑难内容进行了深入的阐述,[易混淆点]部分对易混淆的知识点进行了比较。

本书为参加司考人员的必备参考书。

责任编辑:彭小华

责任校对:董志英

特约编辑:孟卿

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

刑法/韩友谊编著. —北京:知识产权出版社, 2009. 3

(万国学校授课精华)

ISBN 978 - 7 - 80247 - 427 - 7

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 020554 号

万国学校授课精华

刑 法

XINGFA

韩友谊 编著

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010 - 82000893 82000860 转 8124

责编电话: 010 - 82000860 转 8115

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

版 次: 2009 年 4 月第一版

字 数: 417 千字

ISBN 978 - 7 - 80247 - 427 - 7/D · 769 (2452)

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010 - 82000893

责编邮箱: pengxiaohua@cnipr.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 17

印 次: 2009 年 4 月第一次印刷

定 价: 30.00 元

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

前言

司法资格考试内容的庞杂,法学理论观点的变化,辅导班课堂的紧张节奏,都让考生在面对考前的一大堆资料时多少有乱了手脚的感觉。资料的良好整理是提高学习成绩最重要的法门。但是我和大家都很清楚,懒惰是人的天性,即使我们认识到一些事项的重要性,也还想拖一拖。本书就是尝试着替各位做些刑法的资料整理工作,希望能够帮助各位学员在复习刑法时省下建立基本架构、整理资料的工夫。这是一本本人在北京万国学校讲课录音稿的基础上整理而成的《授课精华》。

以下内容,权且当做本书的导读:

(1) 刑法学虽然是比较悠久的学科,但是近年来刑法学的前辈们从日德引进最新的学说体系与司法资格考试方式,使得一向以前苏联学说架构为基础的国内刑法学界受到不小的冲击,对于司法资格考试的命题尤其如此,使很多学生无所适从。一些较早接触刑法的人会问为什么现在的说法与自己原先所学的体系不同,初学者更是不知道该选何种教材为好。早期国内刑法学界虽然也有一些论述精彩的刑法教科书,但是因为与新近的学说体系并不相同,所以单就准备考试而言,恐怕就不太合适了。若想了解目前实务界的看法或者早期学界体系,那些书自然还是有参考价值的。对于了解新的观点和体系而言,张明楷教授的《刑法学》(第三版)是最为成功的一本,也是本人着力推荐的优秀刑法教科书。该书是本人讲课的参考资料,也是本书的参考资料。

(2) 讲课,受时间、对话者、交流环境的限定,永远是一个挂一漏万的工作。所以作为上课讲义,无法做到面面俱到,很多地方会给人以一掠而过的感觉。不过讲课的最大优势在于考试重点突出,司法资格考试刑法部分95%以上的知识点都纳入其中,而与考试无关的理论和知识点都被抛弃,并且案例化特征明显。这本书的知识点与考试的考点比较贴近,基本避免抽象的论述,采用经典的案例来强化理解。

(3) 本书在犯罪理论上采纳了张明楷教授所主张的客观(违法)要件与主观(责任)要件的犯罪构成二要件说,以客观主义的立场解释刑法文本。

(4) 司法资格考试目前还是以法条型为主导的考试,同时如果从解释学的角度学习刑法,法条也是我们面对的核心。为了突出重点法条,保持阅读的完整性,而不必另翻法规书目,同时减少正文对法条原文的大量引用,本书在相应章节前面单独增加了相关知识点的重点法条和司法解释节选。

虽然是为司法资格考试服务,但本人从事的毕竟是传播法律知识的工作,而“法律的解释并非真理的判断,而是价值的判断,不能被事实证伪,也不能被实践检验”(张明楷),在讲课之时,在提笔之际,内心始终惶恐不安,不得不经常对自己的说法予以反思,甚至反驳。由于本人才疏学浅,这本书更多的是等待着贤达们对它的批评。

本书能够得以出版,要感谢万国学校法律研究中心的老师们的鼓励 and 讲课的认

可，尤其要感谢周晓杉老师提供的帮助，她的辛勤劳动和刑法智慧本身已经融入了本书。对他们的感谢，委实难以言表。

韩友谊
2009年1月24日

目 录

第一编 刑法的基础

第一章 刑法总论概要	(2)
第二章 刑法的渊源和解释	(3)
第一节 刑法的渊源	(3)
第二节 刑法的解释	(4)
第三章 刑法的基本原则	(9)
第一节 罪刑法定原则	(9)
第二节 平等适用刑法原则	(14)
第三节 罪刑相适应原则 (罪刑均衡)	(15)
第四章 刑法的适用范围	(17)
第一节 刑法的空间效力	(17)
第二节 刑法的溯及力	(21)

第二编 犯罪论

第五章 犯罪构成概述	(26)
第六章 客观构成要件	(29)
第一节 行为主体	(29)
第二节 行为与因果关系	(33)
第三节 违法性阻却事由	(41)
第七章 主观 (责任) 构成要件	(50)
第一节 主观罪过	(50)
第二节 事实认识错误	(55)
第三节 责任阻却事由	(59)
第八章 故意犯罪未完成形态	(66)
第一节 概述	(66)
第二节 犯罪预备	(67)
第三节 犯罪未遂	(68)
第四节 犯罪中止	(73)
第九章 共同犯罪	(79)
第一节 共同犯罪成立的条件	(79)
第二节 共犯形式	(84)
第三节 我国刑法规定的共犯人及其刑事责任	(86)
第四节 共同犯罪中的特殊问题	(91)

第十章 罪数	(94)
第一节 实质的一罪	(94)
第二节 拟制的一罪	(97)

第三编 刑罚论

第十一章 刑罚的体系	(104)
第一节 主刑	(104)
第二节 附加刑	(107)
第十二章 刑罚的裁量	(111)
第一节 量刑情节	(111)
第二节 累犯制度	(113)
第三节 自首与立功	(115)
第四节 数罪并罚制度	(119)
第五节 缓刑制度	(122)
第十三章 刑罚的执行	(125)
第一节 减刑	(125)
第二节 假释制度	(127)
第十四章 刑罚的消灭	(130)

第四编 罪刑各论

第十五章 罪刑各论概说	(134)
第一节 刑法分则的体系	(134)
第二节 刑法分则的条文构成	(134)
第十六章 危害国家安全罪	(137)
第十七章 危害公共安全罪	(139)
第一节 以危险方法危害公共安全的犯罪	(139)
第二节 实施恐怖、危险活动危害公共安全的犯罪	(141)
第三节 违反枪支、弹药、爆炸物、危险物资管理规定危害 公共安全的犯罪	(142)
第四节 造成重大事故危害公共安全的犯罪	(143)
第十八章 破坏社会主义市场经济秩序罪	(148)
第一节 生产、销售伪劣商品罪	(148)
第二节 走私罪	(150)
第三节 妨害对公司、企业的管理秩序罪	(152)
第四节 破坏金融管理秩序罪	(153)
第五节 金融诈骗罪	(158)
第六节 危害税收征管罪	(163)
第七节 侵犯知识产权罪	(165)

第八节 扰乱市场秩序罪	(167)
第十九章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	(170)
第一节 侵害生命、健康的犯罪	(170)
第二节 侵犯妇女、儿童身心健康的犯罪	(175)
第三节 侵害人身自由的犯罪	(181)
第四节 其他侵犯人身权的犯罪	(187)
第二十章 侵犯财产罪	(190)
第一节 暴力、胁迫型犯罪	(192)
第二节 窃取、骗取型财产犯罪	(204)
第三节 侵占型、毁坏型财产犯罪	(212)
第二十一章 妨害社会管理秩序罪	(215)
第一节 扰乱公共秩序罪	(215)
第二节 妨害司法罪	(219)
第三节 妨害国(边)境管理罪	(222)
第四节 妨害文物管理罪	(224)
第五节 危害公共卫生罪	(225)
第六节 破坏环境资源保护罪	(227)
第七节 走私、贩卖、运输、制造毒品罪	(228)
第八节 组织卖淫、强迫卖淫罪	(230)
第二十二章 贪污贿赂罪	(232)
第一节 贪污犯罪	(232)
第二节 贿赂犯罪	(235)
第二十三章 渎职罪	(238)
第二十四章 军人违反职责犯罪	(242)
附一 历年司法考试刑法经典真题及解析	(244)
附二 刑法案例解题技巧及题目	(250)
附三 刑法论述题解题技巧及题目	(260)

第一编

刑法的基础

第一章 刑法总论概要

基本知识点

刑法总论的知识点如图 1-1 所示。

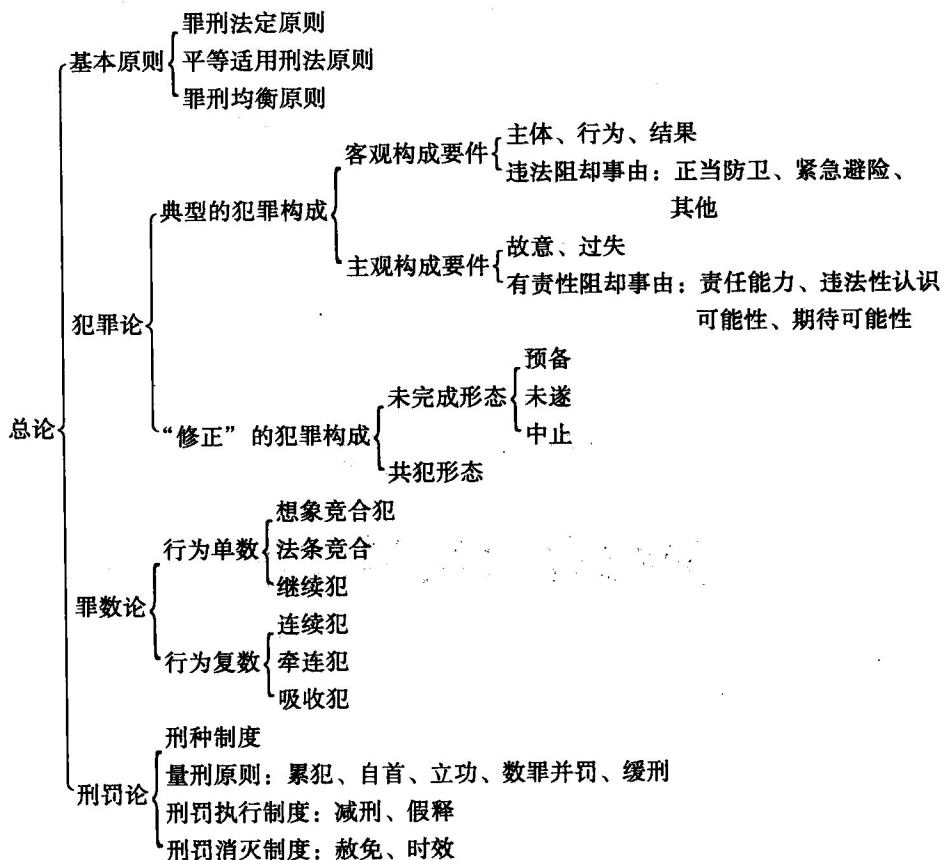


图 1-1 刑法总论知识点示意图

第二章 刑法的渊源和解释

第一节 刑法的渊源

基本知识

刑法是规定什么是犯罪，以及与犯罪相对应的刑罚的种类和量的法规，也称刑罚法规。在刑罚法规中，最为重要的是以“刑法”命名的法律规范，全面、系统地规定了有关刑罚法规的基本事项，所以也称刑法典。目前我国的刑法体系是由刑法典、一个刑事单行法和六个刑法修正案构成的。

一、刑法典

如果一部法律名字叫《刑法》，那就是刑法典。用规范的说法是：刑法典是国家以刑法名称颁布的，系统规定犯罪及其法律后果的法律。英美法系如美国（路易斯安那州除外）没有刑法典是因为虽然有很多的刑法，但没有一部法律名字叫《刑法》。我国1979年颁布、经过1997年修订的《中华人民共和国刑法》，可谓我国的刑法典。刑法修正案是直接对刑法典内容的修改，也属于刑法典的内容。

二、单行刑法

单行刑法是国家以决定、规定、补充规定、条例等名称颁布的，规定某一类犯罪及其法律后果或者刑法某一事项的法律。是对刑法典的补充。目前我国生效的单行刑法只有一部，即全国人大常委会1998年12月29日颁布的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》。为了更好地应对1997年的金融风暴，弥补1997年刑法的不足，针对当时的金融风暴的特征强化了我国的外汇管理制度。该《决定》规定了三种行为：骗购外汇的行为——骗购外汇罪；逃汇行为——逃汇罪（《刑法》第190条的逃汇罪的主体是国有公司、企事业单位，但是在单行刑法里面将“国有”去掉了，意味着构成中国刑法里的逃汇罪，主体可以是所有的单位，自然人仍然不可以构成此罪）；非法买卖外汇——非法经营罪。非法“卖”外汇当然是非法经营行为，为了卖的目的而“买”的，体现了经营外汇的特征，也构成非法经营罪。例如张某想出国去留学，于是在黑市兑换美元，没有经营外汇的特征，不能构成非法经营罪。

三、附属刑法

附属刑法，是指在其他性质的法律中如民法、经济法、行政法等法律中附带规定犯罪和刑罚的条文。与国外的附属刑法不同，我国的所谓“附属刑法”都没有直接规定犯罪的构成要件和法定刑。在1979年至1997年间的附属刑法条文，被1997年《刑法》所吸收，本身已经丧失了效力。目前如在《银行法》或者是《公司法》等里面的罚则中会出现“有下列行为之一，构成犯罪的应当承担刑事责任”之类的文字，只是概况地对

《刑法》条文进行重述，而没有对《刑法》进行补充，没有独立的实际意义，不是真正意义上的附属刑法。

疑难点

刑法修正案与刑法典的关系

在1997年新的刑法典颁布后，为应对新的严重危害社会的行为，弥补刑法典的不足，全国人大常委会分别在1999年12月25日、2001年8月31日、2001年12月29日、2002年12月28日、2005年2月28日、2006年6月29日以修正案的方式对刑法典进行了修改，其中既有新类型犯罪的增加，也有构成要件的修改和法定刑的调整。刑法修正案到底属于刑法典的组成部分还是特殊的单行刑法，学界并没有明确的态度。但是在判决书中援引修正案条文时，是将修正案的内容理解为刑法典中增加的条文，在相关的条文后采取第××条之一、之二的编号方式。即表述为“根据《刑法》第××条之一，判决如下……”，而不是表述为“根据全国人大常委会《刑法修正案》第×条，判决如下……”。这种援引不同于对单行刑法的援引（即“根据《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第×条的规定”），因此可以将目前的刑法修正案理解为刑法典的一部分，而非独立于刑法典的单行刑法。

第二节 刑法的解释

基本知识点

刑法的解释是指对刑法条文的真实含义的说明。任何一种文字表达，都会因为文字本身的局限和语境的改变而出现歧义或者意义含混的状况，对其进行符合生活、符合现实的解释就成为维系文字生命力的必由之路。刑法由文字组成，必然存在对文字进行符合生活的解释的问题。刑法的目的是为了保护法益，对刑法文字进行的解释不能违背保护法益的目的。既有对刑法稳定性的追求，又要求对刑法的解释不能脱离立法用语本身可能具有的含义范围。对刑法的解释构成，既不能脱离文字，也不能背弃正义。

一、刑法的解释效力

刑法的解释按其效力分为三种：立法解释、司法解释、学理解释。前两种称正式解释，即由被授权的国家机关在其授权范围内所作的解释，具有法律效力。学理解释又称非正式解释，是由未经国家授权的国家机关、团体、个人对刑法所作的解释，不具有法律效力，但是对于刑事司法活动和立法活动都具有重要参考价值。

立法解释，是由立法机关所作的解释。通说认为包含三种情况：（1）刑法或者相关法律中所作的解释性规定，如《刑法》第91条对公共财产的解释。但实际上这种解释性规定本身就是立法，没有必要再将其评价为立法解释。这实质上是对立法在效力等级上的一种降低，并同时提升了立法解释的地位，导致解释等同于立法。这种归类还会导致立法与立法解释没有界限，立法文字将无法实现对立法解释的限制。（2）在“法律起草说明”中所作的解释。由于立法机关表决通过的是刑法条文，而不是“起草说明”，这种

“说明”参与到立法过程中，但本身却没有经过法律化的程序，也没有经过制定法律解释的程序，应该属于学理解释的范畴。(3) 在刑法实行过程中，对发生歧义的规定所作的解释。如2004年12月29日全国人大常委会对信用卡规定的解释。只有这种解释才是严格意义上的解释。

司法解释，是指国家司法机关所作的解释。在我国具有普遍效力的司法解释，只能由最高人民法院和最高人民检察院就审判和检察工作中如何具体应用法律进行解释。目前司法解释的表达形式与刑法文本相同，本身存在需要再解释的问题，中国亟待以判例形式出现的司法解释。

二、刑法解释的方法

刑法解释方法分为两大类：文理解释和论理解释。

(一) 文理解释

就是用条文用语的通常意义来阐释刑法意义的解释方法。文理解的根据主要是语词的含义、语法、标点等。文理解释是基本的法学解释方法，但并不意味着是简单的解释方法。

(二) 论理解释

就是以法条在整个法律中的地位以及法条与其他法条之间的关系，对法条作出符合刑法目的阐释的解释方法。在刑法中，如果文理解的结论合理，就不需要进行论理解释。这就意味着，论理解释是对文理解的补充。

当文理解的结论不合理或者出现歧义的时候，也就是违背刑法目的的时候，就必须进行论理解释。例如，走私武器罪的犯罪组成之器物是“武器”，仅按照文理解释方法对“武器”进行解释，就会出现不合理的结果。如关羽的青龙刀，在汉语辞典里面属于“武器”，但是在现代走私青龙刀是不可能按照走私武器罪来处理的，而是按照走私文物罪处理。又如，用砖头来击打人，在击打过程中是武器，但走私砖头也不可能构成走私武器罪。要合理地解决这个问题，就有必要对“武器”采取论理解释的方法进行解释，解释为现代的军火，而不包括古代的兵器和其他可以用来杀伤他人的器物。再如，在刑法中规定了“爆炸物”，如非法携带危险物品危及公共安全罪中的危险物品里面就包含了爆炸物。对“爆炸物”就不能进行文理解释，而必须进行论理解释。因为用汉语辞典对爆炸物进行解释，气球是爆炸物，塑料袋也是爆炸物，但是和公共安全无关。要对“爆炸物”进行限制解释，能够危及不特定多数人的生命、健康和重大财产权的有爆炸特征的物才能叫做“爆炸物”，如手榴弹、炸药等等。有些情况又必须进行扩张解释，例如故意毁坏财物罪。最典型的毁坏财物，是将物品毁损，如把粉笔掰断。但是故意毁坏财物罪真正的含义是保护主人对财物效能的利用。财物之所以对人们有用是因为财物具有使用价值，一旦行为是破坏物的使用价值，即使物本身没有从物理上被破坏，也可以按照故意毁坏财物罪来处理。如张三拿过李四的金戒指扔到大海里，虽然金戒指本身并没有被毁坏，它在大海里面静静地躺着，等待着下一个主人。张三也构成故意毁坏财物罪。

论理解释主要有以下几种：

(1) 扩大解释，即刑法条文的字面通常含义比刑法的真实含义窄，于是将字面意思扩大，使其符合刑法的真实含义。例如，《刑法》第341条出售珍稀动物制品罪的“出售”本来只包含出卖，但是在解释时却包含了一种行为：以盈利为目的的加工利用行为。

这种行为是出售行为的预备行为，但是刑法把这个预备行为当做实行行为来对待，就将“出售”这种实行行为的范围进行了扩张。又如《刑法》第160条规定的破坏交通工具罪，本指破坏火车、汽车、电车、船只、航空器这五种交通工具，不包含拖拉机，但是为了对同等的法益进行同等的保护，在刑法理论上将汽车扩大解释为包括作为交通工具使用的大型拖拉机。因为在农村，使用作为交通工具的主要不是汽车而是大型拖拉机，它所代表的利益与城市人乘坐汽车所体现的利益是一样的，同样的法益必须给予同样的保护。

(2) 缩小解释，又叫限缩解释，即刑法条文的字面通常含义比刑法的真实含义广，于是限制字面含义，使其符合刑法的真实含义。例如，《刑法》第25条规定，“二人以上共同故意犯罪”，这个“人”并不是所有的人，两个不满14周岁的小孩就不能构成共同犯罪。这个“人”指的是年满14周岁以上的非精神病人，即能够独立承担刑事责任的人。此处就是对“人”这个概念进行了限制解释。最典型的限制解释是《刑法》第111条规定的为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密情报罪，“情报”本身的范围广，它的同义词是信息。如今天北京要下雨，就是一条情报。在定罪时要把“情报”限制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。缩小解释在刑法中大量存在，它比扩大解释更加常见。

(3) 体系解释，即根据法条在整部刑法中的地位，联系相关法条之间的含义进行的解释。体系解释是进行深层次交流和深层次学习的必备工具，它是刑法解释中最重要的一种解释。体系解释的目的是为了避免断章取义。任何一种解释都是解决矛盾的解释，体系解释能够使法条之间的冲突得到协调。例如在刑法抢劫罪中规定，抢劫金融机构的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑、死刑。在银行柜台里面抢保险柜中的钱是抢劫金融机构，那么在银行大厅里柜台外面抢劫储户的，是否成立抢劫金融机构？如张三取钱，刚把钱取出来就被李四把钱给抢走了。要想解决这个问题，先要看一下《刑法》第264条盗窃罪中的“金融机构”是如何理解的。如张三在银行排队，看到前面一个储户拿着钱准备存钱，他偷偷地把它偷走了，所有的人这时都会认为，在营业大厅里面把别人的钱偷走，只能是普通盗窃，而不是盗窃金融机构。那就意味着所谓盗窃金融机构，指的是盗窃金融机构承担财产损失风险的资金和有价值证券。同理在营业大厅里面发生的对储户的抢劫也只能定为普通抢劫。这里借用国际经济法的一个术语“FOB”，即越过船舷风险转移。在这里是“越过柜台风险转移”，一旦在柜台以外就不再属于银行承担风险的范围了。再如生产、销售伪劣产品罪，类罪名是破坏社会主义经济秩序罪，在解释时就必须考虑到行为所侵犯的此类客体。例如一个批发市场里面的东西很便宜，卖鞋的人知道自己卖的是假鞋，买鞋的人也知道自己是买的假鞋。虽然消费者自愿接受这种有瑕疵的商品，但是销售者仍然侵犯了经济秩序，应按照生产、销售伪劣产品罪追究。又如生产、销售有毒、有害食品罪和投放危险物质罪的区别。在吃的东西里面放毒，把人毒死了，到底是投放危险物质罪还是生产销售有毒有害食品罪，这就要看侵犯的客体。张三为了报复，将“毒鼠强”药放到街边准备出售的粥桶里，或者放到水井里，危害了公共安全，只能定投放危险物质罪，而不能定生产、销售有毒、有害食品罪。生产、销售有毒、有害食品罪是当一种投毒的行为本身能够破坏社会经济秩序的时候才可以被认定，此罪的首要客体不是人的生命权和健康权而是市场经济秩序。如某市有一种有名的小吃，有一年突然发现作为商品的小吃中包含有毒有害物质，在这种情况下，这种小吃不仅可能出

现致人身体损害的后果，而且意味着消费者对作为商品的小吃会丧失购买的兴趣或者丧失了购买的胆量。作为商品的小吃就可能从市场上被淘汰，就意味着生产它的工厂要破产，工人要失业，一个行业、一个品牌就要从地球上消失了（联想“三鹿奶粉”事件）。

刑法分则的罪名排列考虑了体系性解释的要求。但是也有四个例外：第一个例外是枪支犯罪。枪支犯罪被规定在刑法分则第二章《危害公共安全罪》中。实际上枪支犯罪在很多的情况下，并不能够危害公共安全。例如非法持有枪支罪，根据司法解释，非法持有军用步枪、火药枪一支，气体步枪两支的，就构成此罪既遂。但是没有子弹实际上也无法具体地危害公共安全。但是将此类罪排列在危害公共安全罪中，危害公共安全罪中的故意犯罪的法定刑大多有死刑，会导致枪支犯罪里面的法定刑里面也有死刑。法条和法条之间是有攀比的，就像同桌和同桌之间有攀比是一样的。第二个例外是重婚罪，规定在刑法分则第四章《侵犯公民人身权利和民主权利罪》中。很显然一个人娶两个老婆或者一个女子嫁两个丈夫，没有侵犯民主权利。如果认为重婚罪侵犯的客体是一个人所拥有的配偶权，则配偶权比起生命、性自主权、行动自由、重大健康，是一个相对不重要的人身权，是完全可以被放弃的，最典型的放弃配偶权的方式是离婚。这会导致在放弃配偶权的情况下重婚无罪的结论，如一个男子娶了姐妹两个做老婆，姐妹俩还很高兴。此男子的配偶已经放弃了配偶权，愿意和别人分享。但是这一点难以被国民所认同，刑法仍然按照重婚罪来处理。这就意味着，行为人侵犯的是一夫一妻制度，而不是配偶权。第三个例外是刑法分则第六章《妨害社会管理秩序罪》的第二节《妨害司法罪》，妨害司法的犯罪与社会秩序没有直接的关系。第四个例外是故意泄露国家秘密罪和过失泄露国家秘密罪，规定在刑法分则第九章《渎职罪》中，实际上任何一个年满16周岁的非精神病人都可以构成这两种罪，并不需要有职务。

（4）补正解释，即在刑法文字发生错误时，统观刑法全文加以补正，以阐明刑法的真实含义的解释方法。假如张三造了一口锅，造好锅以后发现这个锅有一个裂痕。张三只有两个办法：要么把这个锅打烂了重造一口锅，要么请一个好的锅匠给它补一补。在刑法上，如果发现《刑法》中有一个地方写错了，违背了立法者的原意，则用解释将其改正过来，就是补正解释。例如认为《刑法》第63条中的“以下”不包含本数，就是补正解释。《刑法》第99条规定：“本法所称以上、以下、以内都包含本数在内。”《刑法》第63条规定：“减轻处罚指的是在法定刑幅度以下执行。”这个“以下”是不可以包含本数的，一旦包含本数就会导致与从轻和减轻没有区别。而对犯罪人获得从轻还是减轻的待遇却是有明确的区别性要求的。

（5）历史解释，根据制定刑法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。例如《刑法》第237条规定的强制猥亵、侮辱妇女罪里“猥亵”和“侮辱”之间的区别：有人认为同性之间可称“侮辱”，异性之间可用“猥亵”。通过历史解释会发现其实很简单，我国在1979年的刑法中规定了流氓罪，其中规定了三种行为模式：第一，聚众斗殴；第二，寻衅滋事；第三，公然侮辱妇女。在1997年的刑法中将流氓罪分解成三个罪：聚众斗殴构成聚众斗殴罪，寻衅滋事构成寻衅滋事罪，公然侮辱妇女属于强制猥亵妇女罪。但是当立法者认为司法者不一定很清楚猥亵的确切含义，可能会出现认为强制猥亵妇女是犯罪而强制侮辱妇女就不构成犯罪的理解。于是在猥亵的后面加了两个字——“侮辱”，用来强化说明“猥亵”。于是此处的“侮辱”就等于“猥

袭”，没有区别。

(6) 比较解释，即将刑法的相关规定或者外国的立法、判例作为参考资料，借以阐明刑法真实含义的解释方法。比较解释可以帮助我们更好地借鉴别人的成就，精确地理解本部刑法。中国刑法受日本刑法的影响很深。日本的刑法本身也代表了大陆法系的一种发展方向。例如 2003 年的一道司法考试题：甲买了一辆摩托车，对摩托车有所有权，借给了自己的朋友乙骑一个星期，乙有了使用权。后来甲后悔了，又偷偷地把自己的摩托车从朋友那里偷了回来。第二天乙发现摩托车丢了，就赔了甲一笔钱。问甲构成盗窃罪还是诈骗罪。从此可以很显然地看出，甲实施了两个行为，第一个是窃，第二个是骗。根据日本的刑法则构成盗窃罪，日本刑法规定，本法所称他人财物，既包含他人所有之物，也包含虽为本人所有，但归他人合法占有或使用之物。但是如果用现在的我国台湾地区“刑法”来认定，这个行为是典型的诈骗罪。当年司法部给的答案是盗窃罪，很明显采纳了日本刑法的思路。再如对组织卖淫罪中的“卖淫”的解释，利用其他刑法会有很好的理解。在南京鼓楼区，一李姓男子组织同性卖淫，李某是否构成组织卖淫罪？争论的核心在于同性卖淫，算不算组织卖淫罪中的“卖淫”。公安部的解释是：以营利为目的，出卖肉体的行为。根据这个解释，无论是同性卖淫还是异性卖淫还是无性人卖淫还是两性人卖淫无所谓，只要是人就可以了，不包含动物在内。但是即使有了公安部的解释还是有模糊的地方，主要是对“出卖肉体”的理解，给 10 块钱可以摸摸手算“卖淫”吗？澳门刑法中对“卖淫”的解释就非常有利于对案件的界定，它认为：卖淫是以营利为目的，出卖肉体，足以满足他人性欲，或者对于满足他人的性欲具有相当重要性的行为。如果达不到这个程度，则只能叫做普通的色情行为，而不得认为是卖淫。这里就把刑法的“卖淫”和生活中的“色情”区别开来了。

易混淆点

一、立法解释是否可以使用（有罪）类推解释的方法

（有罪）类推解释由于是对事实进行比较，而不是在立法文字范围内进行解释，违反罪刑法定原则而被禁止采用。即使立法机关在进行立法解释时，由于是对已经存在的立法文字进行阐释，同样不可以使用类推解释的方法。“立法”与“立法解释”毕竟是不同的活动，前者是超文本的，后者是局限在文本内的。

二、适用刑法的解释方法的解释是否就一定合理

解释的方法无穷无尽，类推解释从方法上就是被禁止的，对于其他方法，从方法上并不禁止，但是要从其具体的解释理由和解释结论上判断是否违反罪刑法定原则。符合刑法解释方法的解释也可能产生违背刑法本意的结论。例如将故意杀人罪中的“人”解释为精神正常的人，在解释方法上属于缩小解释，但是解释的结论却导致精神病人的生命权不受刑法保护，明显违背刑法保护生命法益的目的，所以是违背罪刑法定原则的。对罪刑法定原则的遵守，就意味着既不可以随意扩张打击范围，也不可以任意缩小保护范围。

第三章 刑法的基本原则

第一节 罪刑法定原则

【必读法条】

《中华人民共和国刑法》

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。

基本知识点

罪刑法定原则的基本含义是：犯罪和刑罚，必须基于国民的意思，事先予以规定。罪刑法定原则是刑法的生命。它既是司法机关适用刑法必须遵循的原则，也是立法机关制定刑法必须遵循的原则。罪刑法定原则既有沿革意义的思想渊源，更有现实意义的思想基础；既有形式的侧面，又有实质的侧面。

1801年德国著名的刑法学家费尔巴哈在《巴伐利亚刑法典草案》里第一次提出了罪刑法定原则，首倡法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚。在1810年的《法国刑法典》中明确规定了这一原则，使得罪刑法定由政治理想变成了刑法中的实体性规定。此时罪刑法定原则的目的是严格地限制法官的自由裁量权。通过二百多年的发展，罪刑法定原则有了新的内容，不再单纯是限制法官自由裁量权，还限制立法权，使得二百多年前提出的这个原则，在今天仍然焕发着它的生命力。

一、罪刑法定原则的思想基础

罪刑法定原则严格意义上的思想渊源是三权分立学说和心理强制说。现代认为这一原则的思想基础是民主主义和尊重人权主义。

罪刑法定原则的现代思想基础之一是民主主义，由人民选举产生的代表组成立法机关来制定刑法，即刑法体现人民的意志。刑法一经制定，便由司法机关适用，司法机关适用刑法的过程，也是实现人民意志的过程。如果不这样，对什么行为是犯罪，对犯罪如何处罚，完全由司法机关自行决定，就违背了民主主义原则。当然违背了罪刑法定原则形式侧面的法律主义要求。由于刑法是人民意志的体现，司法机关也不能随意解释刑法。司法机关的任务是忠实地执行法律，而不是评价或者篡改法律。这反映了形式法治的要求。这个思想基础也决定了罪刑法定原则的实质侧面。因为刑法的内容是由人民决定的，故立法机关不得制定违反人民意志的法律。最容易违反人民意志的，就是法律规定不明确和制定摧残人民的“恶法”。

尊重人权主义要求，法律必须使国民产生安定感，能够事先预测自己行为的性质与后果，即对法律国民有预测可能性。这就要求事先有成文法的规定，反对刑法溯及既往，