



上律·指南针教育
SURELY EDUCATION

(2014 “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)
(第六版)

上

XINGFA GONGLUE

柏浪涛◇著

上律·指南针司法考试命题研究中心 组编

最权威的司考刑法教材

- 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



 中国财政经济出版社

2014“命题方向”精品书系

国家司法考试攻略

刑法攻略(讲义卷)

(第六版)

柏浪涛 著

上律·指南针司法考试命题研究中心 组编



中国财政经济出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法攻略·讲义卷/柏浪涛著. —北京: 中国财政经济出版社, 2013. 11

(国家司法考试攻略·2014“命题方向”精品书系)

ISBN 978 - 7 - 5095 - 4966 - 7

I. ①刑… II. ①柏… 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 (2013) 第 281301 号

责任编辑: 雷 婷

中国财政经济出版社 出版

URL: <http://www.cfeph.cn>

E-mail: cfeph@cfeph.cn

(版权所有 翻印必究)

社址: 北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮政编码: 100142

营销中心电话: 88190406 北京财经书店电话: 64033436 84041336

北京顶佳世纪印刷有限公司印刷 各地新华书店经销

787×1092 毫米 16 开 43 印张 984 000 字

2013 年 12 月第 1 版 2013 年 12 月北京第 1 次印刷

定价: 88.00 元

ISBN 978 - 7 - 5095 - 4966 - 7/D · 0280

(图书出现印装问题, 本社负责调换)

本社质量投诉电话: 010 - 88190744

反盗版举报热线: 88190492 88190466

司考宣言之绝地反击

过了司考,又能如何?那天路过写字楼,看到那位年轻律师被当事人骂得跟狗一样,我真不知道,如此辛苦备考,即使过了,又能如何?

尼采说,生命就是一场骗局。看到室友又去上自习,这老兄哪来的动力?

动力是重要,但方向更重要。考过的学长说,司考的轨道已铺向德日温和的新理论。我之前没好好学刑法,却少了转换包袱,真是赶得早不如赶得巧。

我想要的听课体验要如西门吹雪,一剑封喉。为搞笑而搞笑,其实没必要,我不会睡着。最期盼的是提供正确、清晰、具有实战性的判断标准。

我一点一滴地积累,单调的日子也一天天过去。我付出了昂贵的时间成本,也搭上了重要的机会成本。这些,无以与人语,只能自己揉碎。我只知道,这一年,我已无路可退!

然天地不仁,视万物为刍狗。

命运,读书,为DNA打工,为社会认可,为生存厮杀,日甚一日……

我几乎透不过气来,我要在细雨中呐喊!我要绝地反击!!

云卷云舒,鸟儿已经飞过……

柏浪涛

2013年12月1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、修订问题

本以为 2013 版的体系已经较完备,本次修订幅度不会很大,未料随着修订工作的展开,修订的幅度超出原来估计,许多地方几乎重写。特别是在理论深度和广度上增加了许多,以便应对司考日益精深的考查力度。

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;(3)历年真题解析;(4)模拟训练题。力求一本在手,即可通关。

四、两卷搭配

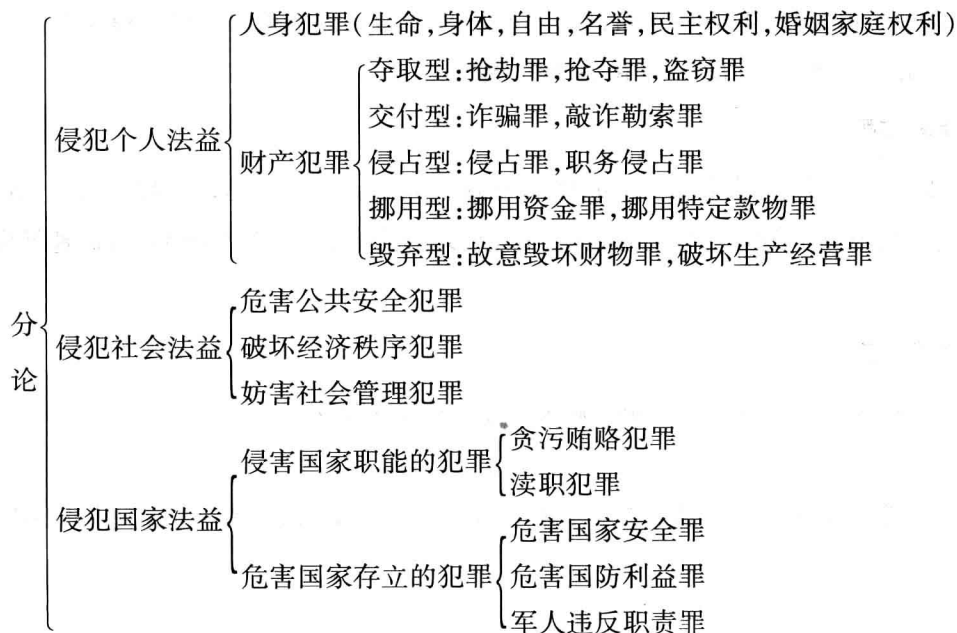
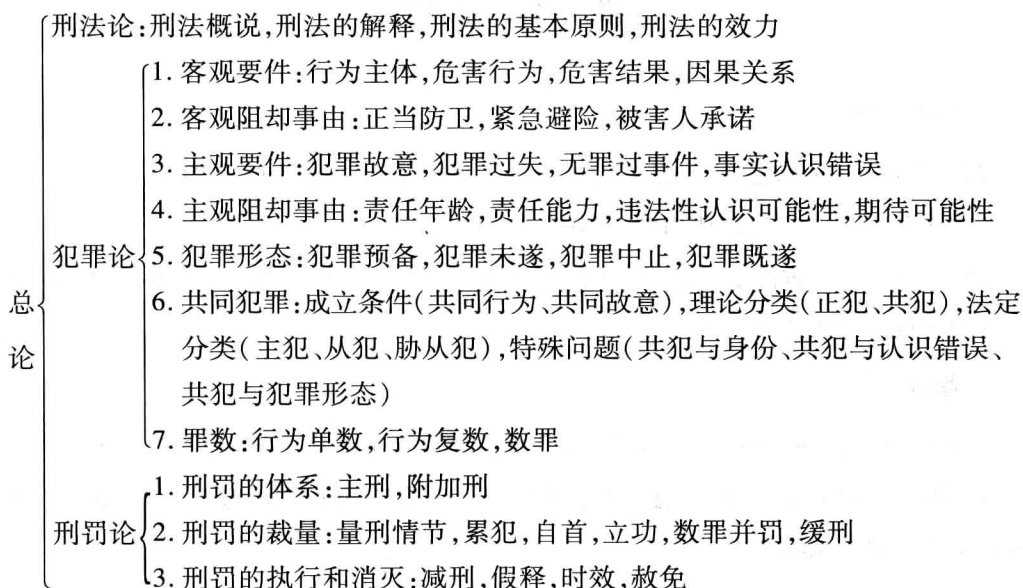
希望读者,每看完《讲义卷》的一讲,就接着做《真题卷》本讲真题,趁热打铁,将知识转化为答题能力。学习刑法学如同学习数学,不仅要理解公式定理,还要会熟练准确地做应用题。

五、交流渠道

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

注:为表述方便,文中的法规名称一般采用简称。法条款的序号采用了阿拉伯数字形式。

知识体系





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	(6)
四、刑法的效力	(9)
第二讲 犯罪构成	(13)
一、定罪体系:两层次的犯罪构成体系	(13)
二、定罪立场:客观主义与主观主义	(16)
三、定罪方法:三段论推理	(17)
第三讲 行为主体	(21)
一、自然人	(21)
二、单位犯罪	(22)
第四讲 行为	(24)
一、实行行为	(24)
二、不作为犯的概念	(26)
三、不真正不作为犯的成立条件	(29)
第五讲 行为对象和危害结果	(34)
一、行为对象	(34)
二、危害结果	(35)
第六讲 因果关系	(38)
一、条件说	(38)
二、相当因果关系说	(41)
第七讲 客观阻却事由	(46)
一、正当防卫	(46)
二、紧急避险	(55)
三、被害人承诺	(57)
四、其他阻却事由	(58)
第八讲 主观要件	(60)



一、犯罪故意	(60)
二、犯罪过失	(63)
三、无罪过事件	(64)
四、各种罪过形式的区分	(65)
五、事实认识错误	(68)
第九讲 主观阻却事由	(76)
一、刑事责任年龄	(76)
二、刑事责任能力	(78)
三、违法性认识错误(法律认识错误)	(79)
四、期待可能性	(80)
第十讲 犯罪形态	(82)
一、犯罪预备	(82)
二、犯罪未遂	(83)
三、犯罪中止	(88)
四、犯罪既遂	(92)
第十一讲 共同犯罪	(98)
一、共同犯罪的成立条件	(98)
二、共同犯罪的理论分类	(102)
三、共同犯罪的法定分类	(115)
四、共同犯罪的特殊问题	(117)
第十二讲 罪数	(125)
一、行为单数	(125)
二、行为复数	(127)
三、数罪	(130)
第十三讲 刑罚的体系	(132)
一、主刑	(132)
二、附加刑	(136)
第十四讲 刑罚的裁量	(140)
一、量刑情节	(140)
二、累犯	(142)
三、自首	(144)
四、立功	(148)
五、数罪并罚	(151)

六、缓刑	(155)
第十五讲 刑罚的执行和消灭	(159)
一、减刑	(159)
二、假释	(161)
三、刑罚的消灭	(165)
第十六讲 分论概说	(168)
一、罪状与罪名	(168)
二、注意规定与法律拟制	(169)
第十七讲 侵犯人身权利、民主权利罪	(174)
一、侵犯生命、身体的犯罪	(174)
二、侵犯性权利的犯罪	(179)
三、侵犯人身自由的犯罪	(184)
四、侵犯名誉、司法的犯罪	(193)
五、侵犯婚姻家庭的家庭的犯罪	(198)
六、普通罪名	(200)
第十八讲 财产犯罪	(205)
一、抢劫罪	(207)
二、抢夺罪	(217)
三、盗窃罪	(219)
四、诈骗罪	(231)
五、敲诈勒索罪	(241)
六、侵占罪	(245)
七、职务侵占罪	(250)
八、故意毁坏财物罪	(251)
九、普通罪名	(252)
第十九讲 危害国家安全罪	(254)
一、重点罪名	(254)
二、普通罪名	(255)
第二十讲 危害公共安全罪	(257)
一、危险方法型犯罪	(257)
二、交通型犯罪	(260)
三、恐怖型犯罪	(265)
四、枪支犯罪	(266)



五、普通罪名	(267)
第二十一讲 破坏社会主义市场经济秩序罪	(270)
一、生产、销售伪劣商品罪	(270)
二、走私罪	(274)
三、妨害对公司、企业的管理秩序罪	(277)
四、破坏金融管理秩序罪	(280)
五、金融诈骗罪	(289)
六、危害税收征管罪	(300)
七、侵犯知识产权罪	(303)
八、扰乱市场秩序罪	(306)
第二十二讲 妨害社会管理秩序罪	(312)
一、扰乱公共秩序罪	(312)
二、妨害司法罪	(325)
三、妨害国(边)境管理罪	(333)
四、妨害文物管理罪	(336)
五、危害公共卫生罪	(338)
六、破坏环境资源保护罪	(340)
七、走私、贩卖、运输、制造毒品罪	(342)
八、组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	(347)
九、制作、贩卖、传播淫秽物品罪	(350)
第二十三讲 贪污贿赂罪	(352)
一、贪污罪	(352)
二、挪用公款罪	(356)
三、受贿罪	(359)
四、行贿罪	(364)
五、普通罪名	(366)
第二十四讲 渎职罪	(370)
一、重点罪名	(370)
二、普通罪名	(373)
第二十五讲 军事犯罪	(376)
一、危害国防利益罪	(376)
二、军人违反职责罪	(377)



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(客观层次→主观层次)
犯罪的时展问题:犯罪形态(预备→中止→未遂→既遂)
犯罪的空间分布问题: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。刑法是规定犯罪与刑罚的法律规范的总称。刑法学的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。

2. 人权保障机能。这是指根据罪刑法定原则,对犯罪人只能根据刑法规定来处罚,从而保障其合法权利。刑法不仅是“善良人的大宪章”,也是“犯罪人的大宪章”。

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。

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?



(二) 刑法的渊源(表现形式)^①

1. 刑法典。注意:刑法典包括刑法修正案,至今刑法修正案共有八个。

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》。

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。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。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。

【注意1】司考的官方立场是坚持客观解释。

【注意2】同一用语在不同条文中不需要保持同一个含义。例如,“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。

(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。

^① 这是就有权规定犯罪和刑罚的法律规范而言的,不包括司法解释。

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。例如,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。

【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,根据司法解释,盗伐林木罪中的“林木”不包括他人房前屋后、自留地种植的零星树木。

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”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。

(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

^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。

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”。

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,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

【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】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?(2011年·卷二·51题)^②

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

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^③：“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犯罪行为作无罪处理，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。

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 提示：这一点与传统法理学的认识有所不同。

② 答案：题中第①②③④句均正确。基于此，A、B、C、D项的判断全部错误。本题答案为A、B、C、D项。

③ 说明：如果无特别提示，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。

第二,自由主义,也称为尊重人权主义,意指法律应当具有预测可能性,使国民知晓什么是犯罪,什么不是犯罪,以保障个人的行动自由。这种思想也称为国民预测可能性原理。

2. 基本内容

(1) 成文的罪刑法定

① 法律主义。这是指只有立法机关制定的法律才有权规定犯罪和刑罚,行政机关制定的法规等无权规定犯罪和刑罚,即罪刑法定中的“法”不包括行政法规等。

② 禁止习惯法。虽然习惯法体现民意,符合民主主义,但因为缺乏明确性,违反了预测可能性原理,所以应当被禁止。

(2) 事前的罪刑法定

这是指禁止溯及既往(或禁止事后法)。刑法如果溯及既往,便违反了预测可能性原理。

【注意】刑法不禁止有利于被告人的溯及既往。

(3) 严格的罪刑法定

这是指禁止类推解释。类推解释因为既违反了民主主义,又违反了预测可能性原理,所以应当被禁止。

(4) 确定的罪刑法定

这是指罪刑规范应当明确、适当。

① 明确性要求

【注意】简单罪状不违反明确性要求。简单罪状,是指仅规定了罪名,没有具体描述犯罪特征。例如,刑法第232条只规定“故意杀人的”,没有详细规定故意杀人罪的定义。之所以没有详细描述,是因为没有必要,一般人都知道什么是故意杀人。

② 禁止绝对不定刑及绝对不定期刑

绝对不定刑,是指刑法条文只规定“犯……罪,判处刑罚”,不规定刑罚的种类;绝对不定期刑,是指刑法条文只规定“犯……罪,判处有期徒刑”,不规定具体刑期。因为绝对不定刑和绝对不定期刑都违反了预测可能性原理,应当被禁止。因此,没有犯罪就没有刑罚。反过来,没有明确的刑罚就没有犯罪。

③ 禁止处罚不当罚的行为

这是刑法谦抑性、补充性的要求。由于刑罚是最严厉的制裁措施,只有在其他法律已经无济于事、无法规制的情况下,才可以适用刑法,刑法的启动应当保持谦卑姿态。刑法是其他法律的补充法、保障法。

【注意】民法(及行政法)与刑法的关系。

二者不是对立排斥、非此即彼的关系,而是低位阶与高位阶的关系。也即,不是A与-A的关系,而是A与A+B的关系。不能因为一个行为符合民法上的要件,就以此认定该行为不构成犯罪。

例如,甲将乙打成轻微伤,只是民法上的侵权行为;打成轻伤或重伤,既是民法上的侵权行为,又是刑法上的故意伤害行为,此时定故意伤害罪,然后附带民事诉讼。这是因为高位