

# 三校名师讲义

国 | 家 | 司 | 法 | 考 | 试  
三校名师讲义

2012年版

## 刑 法

2

三校名师 组编

点石成金

凝聚二十载名师课堂授业精华

作为三校名师司法考试培训授课专用教材


本书历经二十年的经典传承

千锤百炼

实至名归

带给您身临其境的名师授业风范

与智者的深邃启迪

 中国政法大学出版社



国 | 家 | 司 | 法 | 考 | 试  
三校名师讲义

2012年版

# 刑 法

2

三校名师◎组编

刘凤科◎编著



中国政法大学出版社

2012·北京

## 图书在版编目 (CIP) 数据

国家司法考试三校名师讲义: 2012年版. 刑法 / 三校名师组编. —北京: 中国政法大学出版社, 2012. 2

ISBN 978-7-5620-4145-0

I. 国… II. 三… III. 刑法-中国-法律工作者-资格考试-自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第007739号

---

书 名	国家司法考试三校名师讲义 (2012 年版) ——刑法 GUOJIA SIFA KAOSHI SANXIAO MINGSHI JIANGYI 2012NIANBAN XINGFA
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号) 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 fada.sf@sohu.com <a href="http://www.cuplpress.com">http://www.cuplpress.com</a> (网络实名: 中国政法大学出版社) (010)58908433(编辑部) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)
承 印	北京鑫海金澳胶印有限公司
规 格	787mm×1092mm 1/16
印 张	27.75
字 数	675 千字
版 本	2012 年 3 月第 1 版 2012 年 3 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-4145-0/D·4105
定 价	48.00 元

---

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

### 编辑委员会

阮齐林	晓耕	焦洪昌	刘玫
李仁玉	杨秀清	钟秀勇	吴鹏
李毅	孙文恺	杨帆	张海峡
鄢梦萱	王利	刘凤科	张琮军
宋桂兰	张龙	房保国	卢少锋
王斌	叶晓川	方鹏	杨军
徐金桂	汪华亮	杨雄	王旭
刘文	蔡雅奇	李佳	

# 序 言

司法考试，是一种应试型的考试，考生学习的目标与教师授课的目标是一致的，就是无限接近并把握命题的思想与规律。为了实现这一目标，我们必须借助正确、有效的学习方法，合理运用各种复习材料。

就刑法的复习来说，可供利用的复习资料有三个，即历年真题、基础理论讲义与法条。充分、有效地利用上述三个材料，是我们复习好刑法的基本保证。

## 一、合理利用历年真题

很多考生在复习过程中不重视历年真题的研究，只是把历年真题作为检测自己复习效果的试金石，从而习惯性地吧真题放到每年考试之前的一个月内进行自我测验。这种对真题的利用极不充分，根本没有发挥出真题的价值。如果做真题只关注是否做对、是否记住了真题的答案，哪怕做了100次，也是没有效果的。

历年真题是集中体现命题思想和规律的材料，是考生复习当中最重要的材料之一；同时，历年真题也是检验讲义、辅导书的观点是否适合司法考试的标准。从考生开始准备复习参加司法考试，到最终走上考场，整个复习过程都要运用历年真题，所以真题的利用是循环进行的，任何阶段的复习过程中，都需要利用真题，在不同的复习阶段，考生研究真题的效果也不一样。

通过对真题的研究，考生应该尽量达到以下几个层次：

### （一）熟悉考题，把握命题考点

通过对真题的研究，熟悉命题中的常考点、必考点，熟悉命题的基本特点和模式，例如把握具体考点的命题方向、视角，熟悉哪些知识点可能相互结合命题。

### （二）做对真题，牢记正确答案

就刑法的真题而言，答案应以官方公布的为准，尤其是2006年之后的考题，官方公布的答案没有问题。不要轻易否定官方答案，如果对官方答案提出异议，其主要原因可能是自己的理论不能解释真题而已。

### （三）解剖真题，理解命题思路

研究真题，不要在意自己是否选对答案。做错了，多想想自己为什么做错，之所以犯这样的错误，原因究竟是为什么，以便下次针对同一问

题,再也不要犯相同的错误。当然,做对了,也不是就放任不管,而是要多想想,这个题的考点是什么,为什么会这样命题。换言之,无论对错,都必须知道为什么。

#### (四) 举一反三,掌握关联考点

我们复习历年真题,是为了应对当年的考试,如何在过去的考题与将要进行的考试之间架起一道沟通的桥梁,就是我们复习所要追求的目标。所以,在准确理解真题的考点之后,还要多想想,与该题考点直接、间接相关联的知识点还有什么。因为将来在针对同一考点进行命题的时候,为了避免考题重复,命题者会选择另外的视角或者换个说法、换个命题进行考核。

本讲义对历年真题的解析就是按照上述要求展开,在此略举一例加以说明:

甲、乙上山去打猎,在一茅屋旁的草丛中,见有动静,以为是兔子,于是一起开枪,不料将在此玩耍的小孩打死。在小孩身上,只有一个弹孔,甲、乙所使用的枪支、弹药型号完全一样,无法区分到底是谁所为。对于甲、乙的行为,应当如何定性?

(2008年延考试卷二第6题·D)

- A. 甲、乙分别构成过失致人死亡罪
- B. 甲、乙构成过失致人死亡罪的共同犯罪
- C. 甲、乙构成故意杀人罪的共同犯罪
- D. 甲、乙不构成犯罪

本题考点与思考路径如下:

第一,故意、过失与意外事件的区分。甲、乙两人没有认识到人的存在(“以为是兔子”),所以不成立故意杀人罪;甲、乙两人的行为发生在山上茅草屋旁边(“在一茅屋旁的草丛中”),行为人应该认识到有人的存在,所以不成立意外事件,而是过失行为。即本题中甲、乙两人的行为都是过失行为。

第二,过失犯罪的相关理论。过失实行行为只有导致实际的侵害结果才能成立犯罪(过失犯罪属于侵害犯),即必须证明其过失实行行为与实害结果之间存在因果关系。我国刑法中的共同犯罪就是指的共同故意犯罪,过失行为之间不可能成立共犯,所以对甲、乙两人的行为应该分别认定,相应地,也就不能适用共同犯罪中的“部分实行全部责任”原则。即本题需要论证究竟是甲还是乙的行为导致了被害人死亡的结果。

第三,存疑时有利于被告人的原则。本题中证据能够证明一人的行为导致被害人死亡,但是却不能证明究竟是甲还是乙的行为导致,那么,根据疑罪从无、疑罪从轻的原则,甲、乙两人的行为与死亡结果之间都没有因果关系。如果认定任何一人或者两人的行为与死亡结果之间存在因果关系,那么证据的证明力都达不到排除合理怀疑的程度,存在冤枉无辜的可能性。

因此,本题结论就是:甲、乙两人的过失行为与死亡结果之间在法律上不存在因果关系,不成立犯罪。ABC选项错误,D选项正确。

注意以下关联考点:

1. 如果甲、乙两人都射中了被害人心脏等致命部位,即两人的行为都能独立导致被害人死亡,则两人的行为与死亡结果之间都有因果关系(即二重的因果关系)。甲、乙

两人则分别成立过失致人死亡罪。

2. 如果甲、乙两人合作，共同过失行为（即一个过失行为）导致被害人死亡的，两人的行为与死亡结果之间存在因果关系，两人成立过失致人死亡罪，属于共同过失犯罪（注意：不是共同犯罪，也不需要认定为共同过失犯罪，按照各自的行为分别定罪处罚）。

3. 如果甲、乙两人发现草丛中猎物旁边还有小孩，仍然开枪，结果导致小孩死亡的：

（1）在甲、乙两人存在共同故意的情形，无论谁导致了结果发生，无论能否查清谁的行为导致结果发生，根据“部分实行全部责任”原则，两人都成立故意杀人罪（既遂）共犯（间接故意）。

（2）在甲、乙没有共同故意的情形，如果查清由其中一人导致死亡结果发生的，分别认定为故意杀人既遂与未遂；如果两人行为竞合在一起导致死亡结果发生的（即二重的因果关系），两人都成立故意杀人罪（既遂）；如果无法证明是谁的行为导致结果发生，但能证明由一人的行为导致结果的，由于存在故意杀人罪的实行行为，两人成立故意杀人罪（未遂）。

4. 如果甲、乙的行为导致重伤结果，具体情形与结论参照上述原则。只是要注意，在同时故意伤害的情形下，如果导致一个轻伤，能证明由一人行为导致，但不能证明具体是谁导致，则甲、乙无罪（故意伤害轻伤的未遂不受处罚）。

## 二、法条利用：加重情节是出题点，与其他犯罪的关联点是直接命题点

（一）直接针对法条表述进行考核是最近几年命题的新趋势

例如，刑法第 60 条规定：“没收财产以前犯罪分子所负的正当债务，需要以没收的财产偿还的，经债权人请求，应当偿还。”

（2009 年试卷二第 9 题）关于没收财产，下列哪一选项是正确的？其中 D 选项为“丁为治病向李某借款五万元，一年后丁因犯罪被判处没收财产。无论李某是否提出请求，一旦法院发现该债务存在，就应当判决以没收的财产偿还”。根据刑法第 60 条规定，没收财产以前犯罪分子所负的正当债务，经债权人主动请求，人民法院应予偿还。如果债权人没有主动请求，人民法院没有义务主动提出以没收的财产偿还。所以 D 选项说法错误。

（2010 年卷二第 56 题）关于没收财产，下列哪些选项是错误的？其中 C 选项为“甲因走私罪被判处无期徒刑并处没收财产。此前所负赌债，经债权人请求应予偿还”。根据刑法第 60 条规定，经债权人请求应予偿还的债务，仅限于没收财产之前犯罪分子所负的正当债务，而赌债属于不正当债务，不属于应予偿还的范围。

（二）加重情形（结果加重犯或者情节加重犯）是现在的命题要点

加重情形本身在法条中可能又被认定为其他犯罪，所以是否成立加重情形，与罪数等问题联系在一起。

例如《刑法》第 328 条第 1 款规定：“盗掘具有历史、艺术、科学价值的古文化遗

址、古墓葬的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节较轻的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产：

（一）盗掘确定为全国重点文物保护单位和省级文物保护单位的古文化遗址、古墓葬的；

（二）盗掘古文化遗址、古墓葬集团的首要分子；

（三）多次盗掘古文化遗址、古墓葬的；

（四）盗掘古文化遗址、古墓葬，并盗窃珍贵文物或者造成珍贵文物严重破坏的。”

上述法条第（四）项加重情形就涉及盗窃罪、故意毁损文物罪、过失毁损文物罪与盗掘古墓葬罪的加重情形的区分问题。举例如下：

甲盗掘国家重点保护的古墓葬，窃取大量珍贵文物，并将部分文物偷偷运往境外出售牟利。司法机关发现后，甲为毁灭罪证将剩余珍贵文物损毁。关于本案，下列哪些选项是错误的？（2010年试卷二第63题·ABD）

- A. 运往境外出售与损毁文物，属于不可罚的事后行为，对甲应以盗掘古墓葬罪、盗窃罪论处
- B. 损毁文物是为自己毁灭证据的行为，不成立犯罪，对甲应以盗掘古墓葬罪、盗窃罪、走私文物罪论处
- C. 盗窃文物是盗掘古墓葬罪的法定刑升格条件，对甲应以盗掘古墓葬罪、走私文物罪、故意损毁文物罪论处
- D. 盗掘古墓葬罪的成立不以盗窃文物为前提，对甲应以盗掘古墓葬罪、盗窃罪、走私文物罪、故意损毁文物罪论处

根据《刑法》第328条第1款规定，行为人在盗掘古文化遗址、古墓葬的过程中，造成古文化遗址、古墓葬中的珍贵文物等毁坏的，成立盗掘古文化遗址、古墓葬罪的加重情形。但在盗掘古文化遗址、古墓葬后，故意毁坏古文化遗址、古墓葬中的珍贵文物或者名胜古迹的，则应实行数罪并罚。行为人盗掘古文化遗址、古墓葬后，将其中的文物非法据为己有的（盗窃珍贵文物的），仍以盗掘古文化遗址、古墓葬罪论处，不再认定为盗窃罪。

### 三、刑法理论：新旧理论在司法考试中的妥协

刑法理论上存在不同的犯罪构成理论，因为犯罪构成要素基本一致，但各要素之间的组合方式不一样，即体系化不一样，这导致认识思路和判断顺序存在差别。这主要属于方法之争，绝大多数的结论仍然一致。但是方法之间在科学性、合理性、效率性、便捷性上存在区别。司法考试命题不会针对不同犯罪论本身进行考核。

#### （一）掌握不同学说

有的考点，需要考生掌握不同的学说，掌握不同学说得出的不同结论。

例如，具体的事实认识错误中的对象错误、打击错误，存在具体符合说与法定符合说的分歧，要求考生理解两种不同学说及其结论。



再如，因果关系错误中的事前故意的情形，理论上有不同的观点。试举一例：

赵某杀害钱某，以为钱某已死亡，便将钱某“尸体”缚重扔入河中。经鉴定，钱某系溺水死亡。

赵某致钱某死亡的事实，在刑法理论上称为什么？刑法理论对这种情况有哪几种处理意见？你认为应当如何处理？为什么？（2010年卷四刑法案例分析题）

本案属于典型的事前故意的情形。

刑法理论上对这种情况有四种处理意见，其中第四种观点合理。

观点一，行为人的第一行为成立故意杀人未遂，第二行为成立过失致人死亡罪；其中有人认为成立想象竞合犯，有人主张成立数罪。但这种观点存在疑问：因为行为人以杀人的故意杀害了所要杀害的人，却成立杀人未遂，违反了社会的一般观念。

观点二，如果在实施第二行为之际，对于死亡持未必的故意（或间接故意），则整体上成立一个故意杀人既遂；如果在实施第二行为之际，相信死亡结果已经发生，则成立故意杀人未遂与过失致人死亡罪。但这种观点也存在疑问：因为行为的客观事实完全相同，只因行为人是否误信结果发生，来决定是否将行为分割为两个行为，缺乏理由。

观点三，将两个行为视为一个行为，将支配行为的故意视为概括的故意，只成立一个故意杀人既遂。但这种观点同样存在疑问：这一学说有歪曲事实的嫌疑。

观点四，将前后两个行为视为一体，视为对因果关系的认识错误处理，只要因果关系的发展过程是在相当的因果关系之内，就成立一个故意杀人既遂。在这种场合，第一行为与死亡结果之间的因果关系并未中断，即仍应肯定第一行为与结果之间的因果关系，而且现实所发生的结果与行为人意欲实现的结果完全一致，故应以故意犯罪既遂论处。

## （二）新旧理论的取舍

### 1. 传统理论中不可能考到的学说。

如果传统理论中的某种学说，在学界受到了主流观点的强烈批判，对该观点现在不可能进行命题。例如，如果某一行为在客观上绝对不可能侵犯法益，传统理论可能认为成立未遂，但该观点受到主流学术理论的批判，该观点现在就不可能出现在命题中了（当前观点认为不成立犯罪）。

### 2. 新旧理论都认可的理论，考试角度特殊。

如牵连犯中牵连关系的认定，按照传统理论的观点，既要求客观上存在牵连关系，还要求主观上也具有牵连关系，否则不成立牵连犯。例如，一年前甲为了狩猎盗窃枪支，一年后为了抢劫银行使用该枪支的，不成立牵连犯；但是，如果乙为了杀人而盗窃枪支，进而杀人的，则成立牵连犯。

而司法考试采取了不同的观点，即成立牵连关系，不仅要求在客观上、主观上能认定牵连关系，而且这种关系在社会生活中还必须具有通常性：从经验法则上判断，具有牵连关系的两个行为具有极高的并发性，即主张类型性的牵连关系，否则不成立牵连犯。例如，非法侵入住宅杀人的，成立牵连犯；但非法盗窃枪支后杀人的，不认定为牵连犯（虽然枪支经常用于杀人，但盗窃枪支并不是杀人的通常手段行为）。再如，伪造

武装部队公文、证件、印章冒充军人招摇撞骗的，可以认定为牵连犯；但盗窃军车后冒充军人招摇撞骗的，不应认定为牵连犯。

### 3. 可能考核的新理论。

对于近年出现的一些刑法新理论，如果在学界被广泛的认同，也会进入司法考试的命题范围。毕竟随着社会生活的发展，需要对法律做出符合社会的理解。社会在前进，理论也在进步。例如，部分犯罪共同说的原理替代传统的完全犯罪共同说理论，就是刑法理论发展的体现。

为了从以上几个方面体现对复习材料的充分应用，本书的编排融合了历年真题、法条和刑法原理，对上述材料的内容做了精心的安排，尽力凸显出每种复习材料的价值，以便更好地展示司法考试的命题规律和特点，有助于广大考生迅速、有效、准确把握命题思想，真正在司法考试复习中做到事半功倍。

至于为广大考生熟知并为众多考生期待的“综合提高阶段高仿真练习题”，本书不再收录。本着对广大考生更负责任的考虑，以及为了准确反映当年的命题模式，“高仿真练习题”将在每年六月下旬以独立的讲义出现，因为只有通过对当年考试大纲、考点的长时间教学和研究，才能真正把握命题的方向、视角和趋势，才能真正让“练习题”成为“仿真练习题”，让“仿真练习题”成为有价值的“高仿真练习题”，甚至“变成”当年考试的真题。

总之，为应对司法考试而进行的复习，并非一个机械的记忆或者“背书”的过程，需要考生在学习知识的过程中不断思考，在思考过程中学会新知识。“学而不思则罔，思而不学则殆”，这是司考成功的最好注解，也是法律职业的必备素养。

# 目 录

## 总 则

<b>第一章</b>	刑法概说 .....	( 1 )
	第一节 刑法的概念、性质、任务和机能 / 1	
	第二节 刑法的基本原则 / 2	
	第三节 刑法的适用范围 / 13	
<b>第二章</b>	犯罪概说 .....	( 18 )
	第一节 犯罪的概念 / 18	
	第二节 犯罪的分类 / 19	
<b>第三章</b>	犯罪成立条件 .....	( 20 )
	第一节 概说 / 20	
	第二节 违法性构成要件 (构成要件符合性) / 24	
	第三节 违法性 (客观) 构成要件 (违法性阻却事由) / 52	
	第四节 责任要件 (主观构成要件符合性) / 67	
	第五节 责任要件 (有责性阻却事由) / 94	
<b>第四章</b>	犯罪的未完成形态 .....	( 100 )
	第一节 犯罪预备 / 101	
	第二节 犯罪未遂 / 103	
	第三节 犯罪中止 / 112	
<b>第五章</b>	共同犯罪 .....	( 118 )
	第一节 共同犯罪概述 / 119	
	第二节 共同犯罪的成立条件 / 122	
	第三节 共同犯罪的形式 / 128	
	第四节 共犯人的分类及其处罚原则 / 133	
	第五节 共同犯罪的特殊问题 / 147	

第六章	罪数 .....	(151)
第一节	罪数的区分 / 151	
第二节	实质的一罪 / 152	
第三节	法定的一罪 / 156	
第四节	处断的一罪 / 157	
第五节	数罪的认定 / 162	
第七章	刑罚的体系 .....	(165)
第一节	主刑 / 166	
第二节	附加刑 / 171	
第八章	刑罚的裁量 .....	(177)
第一节	量刑概述 / 177	
第二节	量刑情节 / 178	
第三节	量刑制度 / 186	
第九章	刑罚的执行 .....	(194)
第一节	减刑 / 194	
第二节	假释制度 / 195	
第十章	刑罚的消灭 .....	(199)
第一节	时效 / 199	
第二节	赦免 / 201	
附	刑罚(刑期)计算问题的归纳 .....	(202)

## 分 则

第十一章	危害国家安全罪 .....	(204)
第十二章	危害公共安全罪 .....	(206)
第十三章	破坏社会主义市场经济秩序罪 .....	(220)
第一节	生产、销售伪劣产品罪 / 220	
第二节	走私罪 / 226	
第三节	妨害对公司企业的管理秩序罪 / 231	
第四节	破坏金融管理秩序罪 / 235	
第五节	金融诈骗罪 / 245	

	第六节 危害税收征管罪 / 256	
	第七节 侵犯知识产权罪 / 261	
	第八节 扰乱市场秩序罪 / 265	
第十四章	侵犯公民人身权利、民主权利罪 .....	(271)
第十五章	侵犯财产罪 .....	(308)
第十六章	妨害社会管理秩序罪 .....	(355)
	第一节 扰乱公共秩序罪 / 355	
	第二节 妨害司法罪 / 363	
	第三节 妨害国(边)境管理罪 / 371	
	第四节 妨害文物管理罪 / 374	
	第五节 危害公共卫生罪 / 377	
	第六节 破坏环境资源保护罪 / 380	
	第七节 走私、贩卖、运输、制造毒品罪 / 382	
	第八节 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪 / 388	
	第九节 制作、贩卖、传播淫秽物品罪 / 391	
第十七章	贪污贿赂犯罪 .....	(393)
第十八章	渎职罪 .....	(410)
第十九章	危害国防利益罪 .....	(417)
第二十章	军人违反职责罪 .....	(418)
附	刑法分则的注意规定与法律拟制 .....	(419)
	第一节 注意规定 / 419	
	第二节 法律拟制 / 421	

## 第一章 刑法概说

复  
习  
提  
要

了解：刑法的概念、性质、任务。

理解：刑法的机能、罪刑法定原则、罪刑相适应原则。

熟悉并能够运用：解释刑法的各种方法，刑法的适用范围。

### 第一节 刑法的概念、性质、任务和机能

#### 一、刑法的概念

##### 1. 刑法概念。

刑法是规定犯罪及其法律后果（主要是刑罚）的法律规范的总和。

立法史：1979.7.1通过，1980.1.1施行；1997年3月修订刑法典。修订的指导思想：制定一部有中国特色的统一的比较完备的刑法典；保持刑法的连续性与稳定性；对原来笼统的规定尽量做出具体的规定。

##### 2. 广义的刑法与狭义的刑法。

广义刑法包括刑法典（包括8个刑法修正案）、单行刑法（1998年12月29日《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》）、附属刑法（又叫行政刑法，当前我国不存在附属刑法）。狭义刑法就是指的刑法典。

#### 二、刑法的性质

##### 1. 规制内容的特定性：只规范罪——刑关系。

##### 2. 法益保护的广泛性：保护法益涉及个人法益、国家法益和社会法益。

3. 制裁手段的严厉性：刑法和其他法律规定的法律后果不同，其严厉性决定了刑法对其他法律实施的保障性。

#### 三、刑法的任务

##### >>>> 相关法条

**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。

##### 知识要点

我国刑法的任务是打击犯罪与保护人民的统一，二者是手段与目的的关系。

## 四、刑法的机能

刑法的任务是刑法实际承担的职责，刑法的机能是刑法显示以及可能发挥的作用。

1. 规制机能。对于犯罪，刑法通过规定惩罚措施以明确国家对该犯罪的规范性评价，所以，刑法既是行为规范（具有评价机能与意思决定机能），也是裁判规范。
2. 法益保护机能。刑法的目的在于保护法益，犯罪的本质就是侵犯法益。
3. 权利保障机能。刑法是善良人的大宪章，也是犯罪人的大宪章（李斯特语）。

## 第二节 刑法的基本原则

### 考点与命题模式

1. 罪刑法定原则的思想基础与基本内容：选择题常见的考法是“关于罪刑法定原则的说法，正确（错误）的是”。由于刑法必须体现社会主义法治理念，所以题干今后将更多的替换为“关于法治理念（法治），说法正确（错误）的是”。无论哪种表述，其实都是考核罪刑法定原则。

2. 解释法律的方法和技巧：以选择题的方式判断某一解释结论运用了什么解释方法，或者考核关于刑法解释的一些基础观念。

3. 刑法论述题：其切入点一定是关于罪刑法定原则。常见考法是题目给出1~2段材料，然后要求考生加以评析。这种题目无论给的是什么材料，只要是要求运用刑法理论作答，一定是考核罪刑法定原则的相关内容。对于这种考题，考生必须答出罪刑法定原则的基本含义、思想基础和内容，再结合材料涉及的具体问题或者罪名，对罪刑法定原则的某一具体知识点详加剖析。

4. 罪刑相适应原则的具体内容：这一内容属于记忆性的，考生多加留意即可。

5. 存疑时有利于行为人的原则：题干或者选项设计为案例，运用该原则判断是否成立犯罪。这一要点既可能从刑法的角度考核，也可能从刑事诉讼法学的角度考核。至于考核的题型，可能是选择题，也可能是案例分析题。

本节考点考试题目理论性较强，往往结合其他知识点加以命题，需要考生加强基本理论的学习。

### 做题技巧

1. 在判断有关说法是否违反罪刑法定原则的时候，牢记：凡是违背法治原则的说法，一定违反罪刑法定原则。

2. 区分某一解释结论是扩大解释还是类推解释，一般可以认为：如果是司法解释或者立法解释的结论，或者是刑法理论界的通说立场，在考试中就不可能是不利于行为人的类推解释。

## 一、罪刑法定原则★★★★★

### >>>> 相关法条

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。

## 知识要点

## (一) 思想基础

罪刑法定原则是法治精神与社会主义法治理念在刑法领域的集中体现，可谓法治精神与法治理念在刑法中的另一表述。

1. 基本含义：法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚。
2. 思想渊源：三权分立学说与心理强制说。
3. 思想基础：民主主义与尊重人权主义（预测可能性）。

(1) 民主主义：诸如犯罪与刑罚这些关系到国民基本和重大事项的内容，必须由国民或者国民选举的代表（在我国，就是指全国人民代表大会及其常委会）以立法方式加以决定，即要求体现国民的意志。

(2) 尊重人权主义（国民预测可能性原则）：为了不限制国民的行为与创造欲望，事先规定犯罪与刑罚的内容，可以促使国民预测自己行为的法律效果，从而维护人权。

## ●【经典考题】

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？<sup>①</sup>

- 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

## [破题要领]

本题主要考核社会主义法治理念在刑法中的体现。

依法治国的理念包含着人民民主、法制完备、树立宪法法律权威、权力制约等内容，这些内容在刑法中集中体现于罪刑法定原则：罪刑法定原则的思想基础之一是民主主义，罪刑法定原则要求犯罪与刑罚由成文实体法律加以规定，刑法必须体现和遵循宪法原则，刑法由立法机关制定并由司法机关适用。所以，罪刑法定是依法治国在刑法中的集中体现。A选项说法正确。

依法治国的关键在于依法制权规范约束公权力，防止其滥用和扩张，保障人民利益。刑法具有法益保护机能与权利保障机能，但二者之间处于对立统一状态。为了更好地实现刑法机能，就必须坚持罪刑法定原则：法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚。从而使得立法权与司法权分离，相互制约相互协调。所以罪刑法定充分体现了权力制约思想。B选项说法正确。

依法治国的政治基础是人民民主，即国家的一切权力属于人民。依法治国中的“法”是体现人民意志和利益的“法”，这在刑法中体现为：人民通过选举代表组成人民代表大会，并由全国人民代表大会及其常委会依法制定刑法，以决定何为犯罪并如何处罚。换言之，只有最高立法机关制定的成文实体法律才能成为刑法的渊源，其他规范性文件都不能成为刑法的渊源，这是人民民主的当然要求。所以人民民主是刑法的思想基础。C选项说法正确。

<sup>①</sup> D（2011年试卷二第1题）



社会主义法治的本质要求是执法为民；执法为民的根本出发点是以人为本、执法为民的基本要求是保障人权、执法为民的客观需要是文明执法。可见，执法为民不意味着违背法律去迁就民意，相反，根据刑法作出判决恰恰是最大程度尊重了国民意志（毕竟刑法是国民意志的体现），体现了执法为民的要求。D选项说法错误。

**注 意**

社会主义法治理念在刑法中集中体现于罪刑法定原则，所有法治理念的内容（依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导）都能在罪刑法定原则的思想基础、内容以及实现当中得到体现。

## （二）罪刑法定原则的基本内容

### 1. 成文的罪刑法定：排斥习惯法等。

即法律主义的立场：刑法渊源只能是最高立法机关依法制定的刑事成文实体法律规范，这是民主主义的当然要求（国民意志的体现）。其他法律性文件不能创设刑法罚则，例如行政法规与规章、习惯或者习惯法、判例都不能成为刑法的渊源，但可能成为理解构成要件要素的材料；国际条约与国际公约等也不能成为刑法的渊源，因为在刑事领域，实体法上判决的依据只能是本国的刑事实体法律规范（而且国际条约与国际公约不存在法定刑）。

**特别提示**

刑法的这一特征有别于民事法律。民事法律的渊源表现多样，不仅包括法律，还包括学理、判例或者习惯，外国的民事法律或者国际条约或者公约都可能成为民事案件判决的依据。

### 2. 事前的罪刑法定：溯及既往的禁止。

该原则仅限于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（溯及力问题中从旧兼从轻原则表达了这一思想）。

下列做法违反禁止事后法的原则：

- （1）对行为时并未禁止的行为科处刑罚；
- （2）对行为时虽有法律禁止但并未以刑罚禁止（未规定法定刑）的行为科处刑罚；
- （3）事后减少犯罪构成要件而增加犯罪可能性；
- （4）事后提高法定刑；
- （5）改变刑事证据规则，事后允许以较少或较简单的证据作为定罪根据。

### 3. 严格的罪刑法定：合理解释刑法，禁止类推解释。

类推解释是指对于法律没有明文规定的行为，适用类似规定定罪处罚。这是一种司法恣意的做法，不被允许。但刑法理论允许有利于行为人的类推解释，例如“因被勒索给予国家工作人员财物，没有谋取不正当利益的，不是行贿”的类推适用于对非国家工作人员行贿罪。

### 4. 确定的罪刑法定：刑罚法规的适当。

- （1）明确性：刑法的规定必须清楚、明了，不得有歧义，不得含糊不清。

刑法的明确性具有相对性，即借助刑事立法与刑法理论的合力共同实现，即二者结合在一起，使法律规定明确的，刑法条文就具有明确性；只有当法律规定和理论都不能