

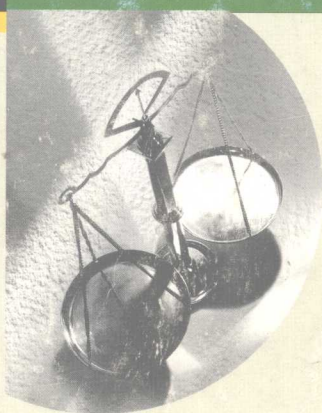
2

2005年 [修订版]

国家司法考试辅导用书

Guojia Sifa Kaoshi Fudao Yongshu

第二卷



法律出版社

国家司法考试辅导用书

(2005 年修订版)

第二卷

法律出版社

目 录

刑 法

第一章 刑法概说	1
第一节 刑法的概念、性质和体系	1
第二节 刑法的基本原则	3
第三节 刑法的适用范围	3
第二章 犯罪概说	7
第一节 犯罪的概念	7
第二节 犯罪的分类	8
第三章 犯罪构成	10
第一节 犯罪构成概述	10
第二节 犯罪客体	12
第三节 犯罪客观要件	14
第四节 犯罪主体	19
第五节 犯罪主观要件	23
第四章 排除犯罪的事由	32
第一节 排除犯罪的事由概述	32
第二节 正当防卫	32
第三节 紧急避险	35
第四节 其他排除犯罪的事由	37
第五章 故意犯罪形态	39
第一节 故意犯罪形态概述	39
第二节 犯罪预备	40
第三节 犯罪未遂	41
第四节 犯罪中止	43
第六章 共同犯罪	46
第一节 共同犯罪概述	46
第二节 共同犯罪的成立条件	46
第三节 共同犯罪的形式	48
第四节 共犯人的分类及其刑事责任	49
第五节 共同犯罪的特殊问题	52

第七章 罪数	55
第一节 罪数的区分	55
第二节 实质的一罪	56
第三节 法定的一罪	57
第四节 处断的一罪	58
第八章 刑罚概说	61
第一节 刑罚的概念	61
第二节 刑罚的目的	62
第九章 刑罚的体系	64
第一节 刑罚的体系概述	64
第二节 主刑	65
第三节 附加刑	68
第十章 刑罚的裁量	72
第一节 量刑概述	72
第二节 量刑情节	73
第三节 量刑制度	80
第十一章 刑罚的执行	87
第一节 刑罚执行概述	87
第二节 减刑制度	88
第三节 假释制度	89
第十二章 刑罚的消灭	92
第一节 刑罚的消灭概述	92
第二节 时效	92
第三节 赦免	95
第十三章 罪刑各论概说	96
第一节 刑法分则的体系	96
第二节 刑法分则的条文结构	97
第三节 刑法分则的法条竞合	100
第十四章 危害国家安全罪	102
第一节 危害国家、颠覆政权的犯罪	102
第二节 叛变、叛逃的犯罪	104
第三节 间谍、资敌的犯罪	104
第十五章 危害公共安全罪	106
第一节 以危险方法危害公共安全的犯罪	106
第二节 破坏公用工具、设施危害公共安全的犯罪	108
第三节 实施恐怖、危险活动危害公共安全的犯罪	110
第四节 违反枪支、弹药、爆炸物、危险物质管理规定危害公共安全的犯罪	111
第五节 造成重大事故危害公共安全的犯罪	113

第十六章 破坏社会主义市场经济秩序罪	117
第一节 生产、销售伪劣商品罪	117
第二节 走私罪	121
第三节 妨害对公司、企业的管理秩序罪	125
第四节 破坏金融管理秩序罪	129
第五节 金融诈骗罪	137
第六节 危害税收征管罪	140
第七节 侵犯知识产权罪	144
第八节 扰乱市场秩序罪	147
第十七章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	150
第一节 侵犯生命、健康的犯罪	150
第二节 侵犯妇女、儿童身心健康的犯罪	151
第三节 侵犯人身自由的犯罪	152
第四节 侵犯名誉、人格的犯罪	155
第五节 侵犯民主权利的犯罪	155
第六节 妨害婚姻家庭权利的犯罪	156
第十八章 侵犯财产罪	158
第一节 暴力、胁迫型财产犯罪	158
第二节 窃取、骗取型财产犯罪	159
第三节 侵占、挪用型财产犯罪	160
第四节 毁坏、破坏型财产犯罪	161
第十九章 妨害社会管理秩序罪	163
第一节 扰乱公共秩序罪	163
第二节 妨害司法罪	171
第三节 妨害国(边)境管理罪	176
第四节 妨害文物管理罪	177
第五节 危害公共卫生罪	179
第六节 破坏环境资源保护罪	181
第七节 走私、贩卖、运输、制造毒品罪	184
第八节 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	187
第九节 制作、贩卖、传播淫秽物品罪	188
第二十章 危害国防利益罪	190
第一节 平时危害国防利益的犯罪	190
第二节 战时危害国防利益的犯罪	191
第二十一章 贪污贿赂罪	193
第一节 贪污犯罪	193
第二节 贿赂犯罪	196
第二十二章 渎职罪	199
第一节 一般国家机关工作人员的渎职罪	199
第二节 司法工作人员的渎职罪	201

	第三节 特定国家机关工作人员的渎职罪	203
	第二十三章 军人违反职责罪	206
	第一节 危害作战利益的犯罪	206
	第二节 违反部队管理制度的犯罪	207
	第三节 危害军事秘密的犯罪	207
	第四节 危害部队物资保障的犯罪	208
	第五节 侵犯部属、伤病军人、居民、俘虏利益的犯罪	208
刑事诉讼法	第一章 刑事诉讼法概述	210
	第一节 刑事诉讼法的概念	210
	第二节 刑事诉讼法的制定目的与任务	211
	第三节 刑事诉讼的基本理念	213
	第四节 刑事诉讼的基本范畴	214
	第二章 刑事诉讼法的基本原则	217
	第一节 基本原则概述	217
	第二节 侦查权、检察权、审判权由专门机关依法行使	218
	第三节 严格遵守法律程序	218
	第四节 人民法院、人民检察院依法独立行使职权	218
	第五节 分工负责,互相配合,互相制约	219
	第六节 人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督	219
	第七节 犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护	220
	第八节 未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪	220
	第九节 保障诉讼参与人的诉讼权利	221
	第十节 具有法定情形不予追究刑事责任	221
	第十一节 追究外国人刑事责任适用我国刑事诉讼法	222
	第十二节 刑事司法协助	222
	第三章 刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人	224
	第一节 刑事诉讼中的专门机关	224
	第二节 诉讼参与人	229
	第四章 管 辖	240
	第一节 立案管辖	240
	第二节 审判管辖	243
	第三节 管辖的变通	246
	第五章 回 避	249
	第一节 回避的概念和适用人员	249
	第二节 回避的理由与种类	250
	第三节 回避的程序	252
	第六章 辩护与代理	255
	第一节 辩护人	255
	第二节 辩护的种类	261
	第三节 法律援助制度	262

第四节 刑事代理	266
第七章 刑事证据	271
第一节 刑事证据的概念和意义	271
第二节 刑事证据的种类	273
第三节 刑事证据的分类	287
第四节 刑事诉讼证明	289
第八章 强制措施	296
第一节 强制措施概述	296
第二节 拘传、取保候审、监视居住	298
第三节 拘留	304
第四节 逮捕	307
第九章 附带民事诉讼	312
第一节 附带民事诉讼概述	312
第二节 附带民事诉讼的成立条件	313
第三节 附带民事诉讼的提起和审判	315
第十章 期间、送达	319
第一节 期 间	319
第二节 送 达	324
第十一章 立 案	326
第一节 立案的概念和意义	326
第二节 立案的材料来源和条件	327
第三节 立案程序和立案监督	329
第十二章 侦 查	333
第一节 概 述	333
第二节 侦查行为	336
第三节 侦查终结	342
第四节 人民检察院对直接受理案件的侦查	344
第五节 补充侦查	345
第六节 侦查监督	345
第十三章 起 诉	348
第一节 起诉的概念和意义	348
第二节 提起公诉的程序	349
第三节 提起自诉的程序	358
第十四章 刑事审判概述	361
第一节 刑事审判的概念和任务	361
第二节 刑事审判的模式	363
第三节 刑事审判的原则	367
第四节 审级制度	371
第五节 审判组织	371

第十五章 第一审程序	378
第一节 第一审程序概述	378
第二节 公诉案件第一审程序	378
第三节 自诉案件第一审程序	389
第四节 简易程序	391
第五节 判决、裁定和决定	394
第十六章 第二审程序	402
第一节 第二审程序的概念	402
第二节 第二审程序的提起	403
第三节 第二审程序的审判	406
第四节 对扣押、冻结在案财物的处理	413
第五节 在法定刑以下判处刑罚的核准程序	414
第十七章 死刑复核程序	415
第一节 死刑复核程序的概念和意义	415
第二节 判处死刑立即执行案件的复核程序	416
第三节 判处死刑缓期二年执行案件的复核程序	420
第十八章 审判监督程序	422
第一节 审判监督程序的概念和特点	422
第二节 审判监督程序的提起	422
第三节 依照审判监督程序对案件的重新审判	427
第十九章 执 行	431
第一节 执行概述	431
第二节 各种判决、裁定的执行程序	431
第三节 执行的变更程序	434
第四节 对新罪和申诉的处理	437
第五节 人民检察院对执行的监督	438
第二十章 未成年人刑事案件诉讼程序	441
第一节 概 述	441
第二节 未成年人刑事案件诉讼程序的特有原则	443
第三节 未成年人刑事案件诉讼程序的特点	444
第二十一章 涉外刑事诉讼程序与司法协助制度	447
第一节 涉外刑事诉讼程序概述	447
第二节 涉外刑事诉讼的特有原则	449
第三节 刑事司法协助	451
第一章 行政法概述	453
第一节 行政法的基本概念	453
第二节 行政法的法律渊源	455
第三节 行政法的基本原则	457
第二章 行政组织与国家公务员	459
第一节 行政组织法概述	459

第二节	中央国家行政机关	460
第三节	地方国家行政机关	461
第四节	实施行政职能的非政府组织	463
第五节	国家公务员	464
第六节	行政监察	467
第三章	抽象行政行为	469
第一节	抽象行政行为概述	469
第二节	国务院行政法规	470
第三节	规章和有普遍约束力的决定、命令	473
第四章	具体行政行为概述	478
第一节	具体行政行为的概念	478
第二节	具体行政行为的成立和效力	480
第三节	具体行政行为的一般合法要件	483
第四节	具体行政行为的类型	484
第五章	行政许可	486
第一节	行政许可概述	486
第二节	行政许可的设定	486
第三节	行政许可的实施机关	487
第四节	行政许可的实施程序	487
第五节	行政许可的费用	488
第六节	监督检查	488
第六章	行政强制执行	489
第一节	行政强制执行的 concept 和原则	489
第二节	行政强制执行的种类	489
第三节	行政强制执行的程序	490
第七章	行政处罚	491
第一节	行政处罚的概念和原则	491
第二节	行政处罚的种类与设定	492
第三节	行政处罚的实施机关、管辖与适用	493
第四节	行政处罚的程序	495
第八章	行政合同	498
第一节	行政合同概述	498
第二节	行政合同的基本制度	499
第九章	政府采购	501
第一节	政府采购概述	501
第二节	政府采购当事人	501
第三节	政府采购方式和程序	501
第四节	政府采购合同	502
第五节	质疑、投诉和监督检查	502

第十章 行政程序	503
第一节 行政程序概述	503
第二节 行政程序的基本制度	503
第十一章 行政应急	506
第一节 行政应急概述	506
第二节 行政应急措施	506
第三节 行政应急类型	507
第十二章 行政复议	508
第一节 行政复议的概念和原则	508
第二节 行政复议范围	509
第三节 行政复议参加人和行政复议机关	509
第四节 行政复议的申请与受理	511
第五节 行政复议的审理、决定和执行	513
第十三章 行政诉讼概述	517
第一节 行政诉讼的概念和特征	517
第二节 行政诉讼法	519
第三节 行政诉讼的基本原则	523
第十四章 行政诉讼的受案范围	529
第一节 概 述	529
第二节 应予受理的案件	532
第三节 不予受理的案件	539
第十五章 行政诉讼的管辖	543
第一节 行政诉讼管辖概述	543
第二节 级别管辖	544
第三节 地域管辖	545
第四节 裁定管辖	547
第十六章 行政诉讼参加人	549
第一节 概 述	549
第二节 行政诉讼的原告	550
第三节 行政诉讼的被告	553
第四节 行政诉讼的第三人	556
第五节 共同诉讼人	557
第六节 诉讼代理人	559
第十七章 行政诉讼程序	561
第一节 起诉与受理	561
第二节 行政诉讼的第一审程序	565
第三节 行政诉讼的第二审程序	567
第四节 行政诉讼审判监督程序	569
第十八章 行政诉讼的特殊制度与规则	571
第一节 行政诉讼证据	571

第二节	行政诉讼的法律适用	578
第三节	行政案件审理中的特殊制度	582
第四节	涉外行政诉讼	586
第十九章	行政案件的裁判与执行	588
第一节	行政诉讼的判决、裁定与决定	588
第二节	行政诉讼的执行与非诉行政案件的执行	593
第二十章	国家赔偿概述	598
第一节	国家赔偿责任	598
第二节	国家赔偿法	599
第三节	国家赔偿责任的构成要件	600
第二十一章	行政赔偿	608
第一节	行政赔偿概述	608
第二节	行政赔偿范围	612
第三节	行政赔偿请求人和赔偿义务机关	615
第四节	行政赔偿程序	618
第二十二章	司法赔偿	623
第一节	司法赔偿概述	623
第二节	司法赔偿范围	624
第三节	司法赔偿请求人和赔偿义务机关	635
第四节	司法赔偿程序	637
第二十三章	国家赔偿方式、标准和费用	648
第一节	国家赔偿的方式	648
第二节	国家赔偿的计算标准	651
第三节	国家赔偿费用	653

刑法

第一章 刑法概说

第一节 刑法的概念、性质和体系

一、刑法的概念与分类

一般来说,刑法是以国家名义颁布的,规定犯罪及其法律后果(主要是刑罚)的法律规范的总和。

“刑法”一词有广义与狭义之分。在我国,狭义的刑法是指刑法典,即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(现行刑法典为1997年3月14日通过并颁布的《中华人民共和国刑法》)。广义的刑法,包括刑法典、单行刑法与附属刑法。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后果或者刑法的某一事项的法律,如全国人民代表大会常务委员会于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》。附属刑法,是指附带规定于经济法、行政法等非刑事法律中的罪刑规范;不过,我国目前的附属刑法一般只是重申刑法典的内容,没有特别内容。此外,民族自治地方的省级人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和刑法典的基本原则制定的变通或补充规定,也属于广义刑法的内容,但这种规定只在特定地域适用,没有普遍效力。

刑法典通常被称为普通刑法,单行刑法与附属刑法是特别刑法。当一个行为同时触犯普通刑法条文与特别刑法条文时,应适用特别刑法优于普通刑法的原则;当一个行为同时触犯两个特别刑法的条文时,则应适用新法优于旧

法的原则。

二、刑法的性质与任务

刑法具有区别于其他法律的特有属性,这主要表现在:(1)刑法是规定犯罪及其法律后果的法律规范,而其他法律规定的都是一般违法行为及其法律后果。(2)一般部门法都只是调整和保护某一方面的社会关系,而刑法所调整和保护的社会关系相当广泛。(3)一般部门法对一般违法行为也适用强制方法,但其严厉程度轻于刑法所规定的刑罚。(4)刑法具有补充性,即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止某种危害行为时,才能适用刑法。(5)刑法是其他法律的保障法,即其他法律调整的社会关系和保护的合法权益,也都借助于刑法的调整和保护。

根据《中华人民共和国刑法》第2条的规定,刑法的任务有以下四个方面:一是保卫国家安全、人民民主专政政权和社会主义制度;二是保护社会主义经济基础;三是保护公民的人身权利、民主权利和其他权利;四是维护良好的社会秩序。上述刑法的任务可概括为保护合法权益,保护的主要方法是禁止和惩罚侵犯合法权益的犯罪行为。惩罚与保护密切联系:不使用惩罚手段抑制犯罪行为,就不可能保护合法权益;为了保护合法权益,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的、全面的。明确性表现在,它清楚地告诉人们,刑法的任务是保护各种合法权益;全面性表现在,它全面保护各种重要的合法权益,刑法任务的全面性,是由刑法调整和保护范围的

广泛性决定的。

三、刑法的制定与修改

1979年7月1日,全国人民代表大会第二次会议通过了新中国第一部刑法典,该法典自1980年1月1日起施行。此后,立法机关先后颁布了20多个单行刑法,非刑事法律中也有许多罪刑规范。经过17年的实践,总的来看,1979年制定的刑法所规定的任务和基本原则是正确的,许多具体规定也是可行的;但也存在一些问题,不能适应市场经济条件下保护合法权益、惩罚犯罪行为的需要。1997年3月在第八届全国人民代表大会第五次会议上对旧的刑法典进行了修订,形成了新的刑法典。这次修订刑法的指导思想主要有以下几点:(1)要制定一部有中国特色的、统一的、比较完备的刑法典。基于这一考虑,所有单行刑法均纳入新刑法;附属刑法的一些规定也改为刑法的具体条款;对一些新类型的犯罪也做了规定。(2)注意保持刑法的连续性与稳定性。对刑法的原有规定,原则上没有什么问题的,尽量不做修改。(3)对原来比较笼统的规定,尽量作出具体规定。制定新刑法典,是进一步完善我国刑事法律制度和司法制度的重大步骤,对于进一步实行依法治国,具有重要意义。

新的刑法典颁布后,出现了大量危害严重的骗购外汇、逃汇与非法买卖外汇的行为,于是全国人大常委会颁布了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》,对新刑法做了补充规定。此后,立法机关多次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,也有构成要件和法定刑的调整。

四、刑法的体系与解释

广义的刑法体系,是指刑法的各种渊源及其相互关系;狭义的刑法体系,是指刑法典的组成和结构。刑法典由两编组成,第1编为总则,第2编为分则,此外还有一条附则;总则为一般规定,分则为具体规定;总则规定不仅适用于分则,而且适用于其他有刑罚规定的法律(但其他法律有特别规定的除外)。编下为章。总则共5章,分则共10章。

刑法解释是指对刑法规定意义的说明。刑法解释有助于人们正确理解刑法规定的含义与精神;有利于刑法的统一正确实施;有利于克服刑法的某些缺陷;有利于刑法的发展和完善。刑法的解释对象是刑法规定,刑法又是以文字作出规定的,因此,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。刑法以保护合法权益为目的,所以,刑法解释不能违背保护合法权益的目的。

刑法解释按其效力分为三种:(1)立法解释,即由立法机关所作的解释,具有与法律同等的效力。通常认为立法解释包括三种情况:一是在刑法或相关法律中所作的解释性规定;二是在“法律的起草说明”中所作的解释;三是在刑法施行过程中对发生歧义的规定所作的解释。严格意义上的立法解释是指第三种解释,这种立法解释不能采取类推解释方法。(2)司法解释,即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的问题所作的解释,具有普遍适用的效力。司法解释必须遵守解释原理,不得进行类推解释。(3)学理解释,即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,它们虽然没有法律效力,但对于刑事司法乃至立法活动具有重要参考价值。

刑法解释方法分为两大类:即文理解释与论理解释。文理解释是指根据刑法用语的文义及通常使用方式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,则没有必要采用论理解释的方法;如果文理解的结论不合理或产生多种结论,则必须进行论理解释。论理解释是指参酌刑法产生的原因、理由、沿革及其他相关事项,按照立法精神,阐明刑法真实含义的解释方法。论理解释主要包括扩大解释、缩小解释、当然解释、反对解释、补正解释、体系解释、历史解释、比较解释、目的论解释等方法。任何解释方法所得出的结论,都不能违反罪刑法定原则。不利于被告人的类推解释在

方法上就与罪刑法定原则相抵触,故属禁止之列。采取其他解释方法时,其解释结论也必须符合罪刑法定主义,符合刑法目的。

第二节 刑法的基本原则

刑法本身所具有的,贯穿于刑法始终,必须得到普遍遵循的具有全局性、根本性的准则,就是刑法的基本原则。我国刑法明文规定了三个基本原则。

一、罪刑法定原则

罪刑法定原则的经典表述是,“法无明文规定不为罪”,“法无明文规定不处罚”。刑法第3条明文规定了罪刑法定原则。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则是民主主义与尊重人权主义:民主主义要求,什么是犯罪,对犯罪如何处罚,必须由人民群众决定,具体表现为由人民群众选举产生的立法机关来决定;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,故什么是犯罪,对犯罪如何处罚,必须在事前明文规定。

罪刑法定原则的具体要求如下:(1)规定犯罪及其法律后果的法律必须是立法机关制定的成文的法律,行政规章不得规定刑罚,习惯法不得作为刑法的渊源,判例也不应作为刑法的渊源。(2)禁止不利于行为人的事后法(禁止溯及既往)。(3)禁止不利于行为人的类推解释。(4)禁止绝对的不定刑与绝对的不定期刑。(5)刑法的处罚范围与处罚程度必须具有合理性:只能将值得科处刑罚的行为规定为犯罪,禁止将轻微危害行为当做犯罪处理;处罚程度必须适应现阶段一般人的价值观念。(6)对犯罪及其法律后果的规定必须明确:对犯罪构成的规定必须明确;对法律后果的规定必须明确。(7)禁止不均衡的、残虐的刑罚。

二、平等适用刑法原则

平等适用刑法,也即刑法面前人人平等,是指刑法规范在根据其内容应当得到适用的所有场合,都予以严格适用。刑法第4条明文规定

了该原则。平等适用刑法,是维护合法权益的要求,是市场经济的要求,是预防犯罪的要求,是实现价值追求的要求,是作为规范的刑法本身的要求,是法治的要求。

平等适用刑法的具体要求是:对刑法所保护的合法权益予以平等的保护;对于实施犯罪的任何人,都必须严格依照法律认定犯罪;对于任何犯罪人,都必须根据其犯罪事实与法律规定量刑;对于被判处刑罚的任何人,都必须严格按照法律的规定执行刑罚。

三、罪刑相适应原则

罪刑相适应的基本含义是,刑罚的轻重应与犯罪的轻重相适应。刑法第5条明文规定了这一原则。罪刑相适应,是适应人们朴素的公平意识的一种法律思想,是罪与刑的基本关系决定的,是预防犯罪的需要。

罪刑相适应原则的具体要求是:以客观行为的侵犯性与主观意识的罪过性相结合的犯罪社会危害程度,以及犯罪主体再次犯罪的危险程度,作为刑罚的尺度;换言之,刑罚既要与犯罪性质相适应,又要与犯罪情节相适应,还要与犯罪人的人身危险性相适应。在立法上实现罪刑相适应原则,要求注重对各种犯罪的社会危害程度的宏观预测和遏制手段的总体设计,确定合理的刑罚体系、刑罚制度与法定刑;在量刑方面实现罪刑相适应原则,要求将量刑与定罪置于同等重要地位,强化量刑公正的执法观念,实现刑与罪的均衡协调;在行刑方面实现罪刑法定原则,要求注重犯罪人的人身危险程度的消长变化情况,合理地运用减刑、假释等制度。

第三节 刑法的适用范围

刑法的适用范围,也称刑法的效力,讨论的是刑法在什么空间、时间内具有适用效力的问题。

一、刑法的空间效力

(一)刑法的空间效力的概念

刑法的空间效力所解决的是一国刑法在什么地域、对什么人适用的问题。从各国刑法及

国际条约的规定来看,一国刑法不仅能适用于本国领域内,而且在一定条件下也能适用于本国领域外,但刑法在国外的适用受到国际法的制约。制约刑法在空间上的适用范围的国际法原则,就是国家自己保护与国际协同。当行为与本国具有场所的、人的、物的关系,侵犯了本国国家或其公民的利益时,就有适用本国刑法的权力。另一方面,防止犯罪和保障犯罪人的权利,是现代国际社会所共同关心的问题,是各国在刑事司法活动中相互协力所追求的目标。

刑法在空间的适用范围,涉及对国内犯(发生在本国领域内的犯罪)与国外犯(发生在本国领域外的犯罪)的效力。

(二)对国内犯的适用原则

刑法对国内犯的基本适用原则是属地管辖原则,即一个国家对发生在本国领域内的犯罪人,不管行为是谁,都适用本国刑法。刑法第6条第1款是对属地管辖原则的规定,即“凡在中华人民共和国领域内犯罪的,除法律有特别规定的以外,都适用本法”。

“领域”是指我国国境以内的全部区域,包括领陆(国境线以内的陆地以及陆地以下的底土)、领水(内水、领海及其领水的水床及底土)和领空(领陆、领水之上的空气空间)。

“法律有特别规定”包括以下几类情况:(1)不适用中国刑法(广义刑法)的情况。即享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任问题,通过外交途径解决,不适用我国刑法。(2)不适用中华人民共和国刑法典及其他具有普遍效力的刑事法律的情况。即香港、澳门与台湾地区适用其本地刑法,而不适用中华人民共和国刑法典及其他具有普遍效力的刑事法律;但由于香港、澳门与台湾地区的刑法属于我国的区域性刑法,故不能认为这些地区不适用“中国刑法”。(3)不适用刑法典的情况。即刑法典颁布后国家立法机关制定了特别刑法,出现法条竞合的情况时,根据特别法优于普通法的原则,不适用刑法典,而适用特别刑法。(4)不适用刑法典的部分条文的情况。即民族自治地区不能全部适用刑法典,而由自治区或者省的人民代表大会根据当

地民族的政治、经济、文化的特点和刑法规定的基本原则,制定了变通或者补充的规定时,行为符合该变通或者补充规定的,适用该变通或补充规定,而不适用刑法典条文。

作为属地管辖原则的补充原则是旗国主义,即挂有本国国旗的船舶或者航空器,不管其航行或停放在何处,对在船舶与航空器内的犯罪,都适用旗国的刑法。因此,凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的,也适用中国刑法(刑法第6条第2款)。

犯罪行为具有多种因素,采取属地管辖原则与旗国主义,要求以一定的具体标准确定犯罪是否发生在本国领域、本国船舶或航空器内(犯罪地的确定)。我国刑法采取的标准是,犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的,就认为是在中华人民共和国领域内犯罪(刑法第6条第3款);基于同样的道理,犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国船舶或者航空器的,就认为是在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪。据此,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。在未遂犯的场合,行为地与行为人希望结果发生之地、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。

(三)对国外犯的适用原则

国外犯有三种情况:一是中国公民在国外实施的犯罪;二是外国人在国外实施的危害中国国家或者中国公民权益的犯罪;三是外国人在国外实施的危害各国共同利益的犯罪。我国刑法针对这几种情况,分别采取了不同的原则。

1. 属人管辖原则。这里的属人管辖原则,是指积极的属人管辖原则,即本国公民在国外犯罪的,也适用本国刑法。根据刑法第7条的规定,中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯我国刑法规定之罪

的,适用我国刑法;中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯我国刑法规定之罪的,原则上适用我国刑法,但是按照我国刑法规定的最高刑为3年以下有期徒刑的,可以不予追究。

2. 保护管辖原则。保护管辖原则的基本含义是,不论本国人还是外国人,其在国外的犯罪行为,只要侵犯了本国国家利益或者本国公民的权益,就适用本国刑法。其实质意义在于,保护本国国家利益与本国公民的权益。因侵犯本国国家利益而适用本国刑法的,称为国家保护原则;因侵犯本国公民权益而适用本国刑法的,称为国民保护原则(消极的属人管辖原则)。根据我国刑法第8条的规定,以保护管辖原则为根据适用我国刑法的,必须具备以下三个条件:(1)所犯之罪必须侵犯了中华人民共和国国家或者公民的利益;(2)所犯之罪按我国刑法规定的最低刑为3年以上有期徒刑;(3)所犯之罪按照犯罪地的法律也受处罚。

3. 普遍管辖原则。普遍管辖原则以保护各国的共同利益为标准,认为凡是国际公约或者条约所规定的侵犯各国共同利益的犯罪,不管犯罪人的国籍与犯罪地的属性,缔约国或参加国发现犯罪人在其领域之内时便行使刑事管辖权。根据国际公约及各国刑法的规定,适用普遍管辖原则受到一定限制:(1)适用该原则的犯罪必须是危害人类社会共同利益的犯罪;(2)管辖国应是有关公约的缔约国或参加国;(3)管辖国的国内刑法也规定该行为是犯罪;(4)犯罪人出现在管辖国的领域内。根据刑法第9条的规定,对于我国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行,我国在所承担条约义务的范围内行使管辖权的,适用我国刑法。因此,根据普遍管辖原则行使刑事管辖权时,定罪量刑的法律根据是国内刑法,而非国际条约,因为国际条约没有对罪行规定法定刑,而是要求缔约国或参加国将条约所列的罪行规定为国内刑法上的犯罪。

(四)对外国刑事判决的承认

不难发现,如果各国都同时采取上述管辖原则,必然产生刑事管辖的冲突:几个国家对同一犯罪具有管辖权。于是产生了如下问题:本

国具有刑事管辖权的行为,受到外国确定的有罪判决或无罪判决时,本国是否承认这一判决?

我国刑法第10条采取了消极承认的做法,即外国确定的刑事判决不制约本国刑罚权的实现。具体而言,不管外国确定的是有罪判决还是无罪判决,对同一行为本国可行使审判权,但对外国判决及刑罚执行的事实给予考虑。换言之,凡在中华人民共和国领域外犯罪,依照我国刑法的规定应当负刑事责任的,虽然经过外国审判,仍然可以依照我国刑法进行追究,但是在外国已经受过刑罚处罚的,可以免除或者减轻处罚。

二、刑法的时间效力

(一)刑法的时间效力的概念

刑法的时间效力所解决的问题是,刑法何时起至何时止具有适用效力,其内容主要包括三个方面:生效时间、失效时间与溯及既往的效力(溯及力)。根据罪刑法定原则的要求,定罪量刑应以行为时有法律的明文规定为限,因此,对于行为时不受处罚的行为,不能适用事后刑法定罪量刑;在刑法变更时,对行为时受处罚的行为,不能适用比行为时更重的刑法;对行为时虽被禁止但法律没有规定法定刑的行为,事后不能判处刑罚。

(二)刑法的生效时间与失效时间

从我国的刑事立法实践来看,刑法的生效时间分为两种情况:(1)自公布之日起生效。如《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第9条规定:本决定自公布之日起施行。(2)公布后间隔一段时间才生效。如现行刑法典于1997年3月14日通过并于同年10月1日起施行。相比之下,后一种情形更有利于公民预测自己行为的性质与结果。

刑法的失效时间,主要有两种情形:(1)由立法机关明文宣布原有法律效力终止或者废止。如现行刑法明文规定废止15个单行刑法。(2)新法的施行使原有法律自然失效。

(三)刑法的溯及力

刑法的溯及力,是指刑法生效后,对它生效前未经审判、判决未确定或未裁定的行为是否

具有追溯适用效力,如果具有适用效力,则是有溯及力,否则就是没有溯及力。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。

我国刑法第12条关于溯及力的规定采取了从旧兼从轻的原则。在1949年10月1日至1997年9月30日这段期间所发生的行为,如果未经法院审判或判决未确定,应按不同情况分别处理:(1)行为时的法律不认为是犯罪,而现行刑法认为是犯罪的,适用行为时的法律,即不追究刑事责任,现行刑法没有溯及力。(2)行为时的法律认为是犯罪,而现行刑法不认为是犯罪的,适用现行刑法,即不追究刑事责任,现行刑法具有溯及力。(3)行为时的法律与现行刑法都认为是犯罪,并且按照现行刑法总则第4章第8节的规定应当追诉的,按照行为时的法律追究刑事责任,即现行刑法没有溯及力,但是,如果现行刑法的处刑比行为时的法律处刑轻,则应当适用现行刑法,即刑法具有溯及力。(4)现行刑法施行前,依照当时的法律已经作出的生效判决,继续有效。

根据刑法第12条的精神以及有关司法解释,以下几点值得注意:(1)对于行为人1997年9月30日以前实施的犯罪行为,在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者在人民法院受理案件以后,行为人逃避侦查或者审判,超过追诉期限或者被害人在追诉期限内提出控告,人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案,超过追诉期限的,是否追究刑事责任,适用1979年刑法(即行为时法,以下简称旧刑法)第77条的规定。(2)对于酌定减轻处罚、累犯的认定、自首的认定、立功的认定、缓刑的撤销、假释的适用与撤销等问题,应坚持从旧兼从轻的原则即有利于行为人的原则进行处理。例如,1997年9月30日以前犯罪,不具有法定减轻处罚情节,但是根据案件的具体情况需要在法定刑以下判处刑罚的,适用旧刑法第59条第2款的规定。(3)对于旧刑法没有明文规定的犯罪,根据旧刑法需要类推处理而没有处理的,不管现行刑法是否规定为犯罪,都不得以类推方式定罪量刑。(4)如果当时的法律不认为是犯罪,现行刑法认为是犯罪,而行为连续或继续到1997年10月1日以后的,对1997年10月1日以后的行为适用现行刑法追究刑事责任。

此外,根据最高人民法院、最高人民检察院2001年12月7日《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》,司法解释自发布或者规定之日起施行,效力适用于法律的施行期间;对于司法解释实施前发生的行为,行为时没有相关司法解释,司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件,依照司法解释的规定办理;对于新的司法解释实施前发生的行为,行为时已有相关司法解释,依照行为时的司法解释办理,但适用新的司法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的,适用新的司法解释;对于在司法解释施行前已办结的案件,按照当时的法律和司法解释,认定事实和适用法律没有错误的,不再变动。不过,立法解释与司法解释是否存在独立的溯及力的问题,在理论上还存在争议。

此外,根据最高人民法院、最高人民检察院2001年12月7日《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》,司法解释自发布或者规定之日起施行,效力适用于法律的施行期间;对于司法解释实施前发生的行为,行为时没有相关司法解释,司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件,依照司法解释的规定办理;对于新的司法解释实施前发生的行为,行为时已有相关司法解释,依照行为时的司法解释办理,但适用新的司法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的,适用新的司法解释;对于在司法解释施行前已办结的案件,按照当时的法律和司法解释,认定事实和适用法律没有错误的,不再变动。不过,立法解释与司法解释是否存在独立的溯及力的问题,在理论上还存在争议。