

2010^年

国家司法考试辅导用书

Guojia Sifa Kaoshi Fudao Yongshu

【修订版】

第二卷

国家司法考试辅导用书编辑委员会



国家司法考试辅导用书

2010 年修订版

第二卷

国家司法考试辅导用书编辑委员会

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

国家司法考试辅导用书:2010年修订版.第2卷/
《国家司法考试辅导用书》编辑委员会组织编写. —北京:
法律出版社,2010.4
ISBN 978-7-5118-0755-7

I. ①国… II. ①国… III. ①法律工作者—资格考核
—中国—自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第074751号

© 法律出版社·中国

责任编辑/宋杰鹏

装帧设计/曹 铀

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京外文印刷厂

编辑统筹/法律考试出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙 磊

开本/787×1092毫米 1/16
版本/2010年5月第1版

印张/44 字数/1102千
印次/2010年5月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn
网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779
咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782
重庆公司/023-65382816/2908
北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843
上海公司/021-62071010/1636
深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0755-7

定价(全3册):260.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目录

Contents

刑法

第一章 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	3
第三节 刑法的适用范围	5
第二章 犯罪概说	9
第一节 犯罪的概念	9
第二节 犯罪的分类	11
第三章 犯罪构成	13
第一节 犯罪构成概述	13
第二节 犯罪客体	16
第三节 犯罪客观要件	19
第四节 犯罪主体	25
第五节 犯罪主观要件	28
第四章 犯罪排除事由	37
第一节 犯罪排除事由概述	37
第二节 正当防卫	37
第三节 紧急避险	41
第四节 其他犯罪排除事由	43
第五章 犯罪未完成形态	45
第一节 犯罪未完成形态概述	45
第二节 犯罪预备	46
第三节 犯罪未遂	47
第四节 犯罪中止	50
第六章 共同犯罪	53
第一节 共同犯罪概述	53
第二节 共同犯罪的成立条件	54
第三节 共同犯罪的形式	56
第四节 共犯人的分类及其刑事责任	57

第五节 共同犯罪的特殊问题	60
第七章 单位犯罪	63
第一节 单位犯罪概述	63
第二节 单位犯罪的定罪	64
第三节 单位犯罪的处罚	66
第八章 罪数形态	68
第一节 罪数的区分	68
第二节 实质的一罪	69
第三节 法定的一罪	71
第四节 处断的一罪	71
第九章 刑罚概说	74
第一节 刑罚与刑罚权	74
第二节 刑罚的目的	75
第十章 刑罚种类	77
第一节 主刑	77
第二节 附加刑	80
第十一章 刑罚裁量	83
第一节 量刑概述	83
第二节 量刑情节	84
第三节 量刑制度	91
第十二章 刑罚执行	97
第一节 减刑制度	97
第二节 假释制度	99
第十三章 刑罚消灭	102
第一节 刑罚消灭概述	102
第二节 时效	103
第三节 赦免	105
第十四章 罪刑各论概说	106
第一节 刑法分则的体系	106
第二节 刑法分则的条文结构	107
第三节 刑法分则的法条竞合	110
第十五章 危害国家安全罪	113
第一节 重点罪名	113
第二节 普通罪名	114
第十六章 危害公共安全罪	115
第一节 重点罪名	115
第二节 普通罪名	120
第十七章 破坏社会主义市场经济秩序罪(1):生产、销售伪劣商品罪	123
第一节 重点罪名	123

第二节 普通罪名	125
第十八章 破坏社会主义市场经济秩序罪(2):走私罪	127
第一节 重点罪名	127
第二节 普通罪名	128
第十九章 破坏社会主义市场经济秩序罪(3):妨害对公司、企业的管理秩序罪	130
第一节 重点罪名	130
第二节 普通罪名	132
第二十章 破坏社会主义市场经济秩序罪(4):破坏金融管理秩序罪	133
第一节 重点罪名	133
第二节 普通罪名	137
第二十一章 破坏社会主义市场经济秩序罪(5):金融诈骗罪	139
第一节 重点罪名	139
第二节 普通罪名	142
第二十二章 破坏社会主义市场经济秩序罪(6):危害税收征管罪	143
第一节 重点罪名	143
第二节 普通罪名	145
第二十三章 破坏社会主义市场经济秩序罪(7):侵犯知识产权罪	147
第一节 重点罪名	147
第二节 普通罪名	149
第二十四章 破坏社会主义市场经济秩序罪(8):扰乱市场秩序罪	151
第一节 重点罪名	151
第二节 普通罪名	154
第二十五章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	155
第一节 重点罪名	155
第二节 普通罪名	173
第二十六章 侵犯财产罪	176
第一节 重点罪名	176
第二节 普通罪名	190
第二十七章 妨害社会管理秩序罪(1):扰乱公共秩序罪	191
第一节 重点罪名	191
第二节 普通罪名	195
第二十八章 妨害社会管理秩序罪(2):妨害司法罪	199
第一节 重点罪名	199
第二节 普通罪名	203
第二十九章 妨害社会管理秩序罪(3):妨害国(边)境管理罪	205
第一节 重点罪名	205
第二节 普通罪名	205
第三十章 妨害社会管理秩序罪(4):妨害文物管理罪	207
第一节 重点罪名	207

第二节 普通罪名	208
第三十一章 妨害社会管理秩序罪(5):危害公共卫生罪	209
第一节 重点罪名	209
第二节 普通罪名	212
第三十二章 妨害社会管理秩序罪(6):破坏环境资源保护罪	213
第一节 重点罪名	213
第二节 普通罪名	215
第三十三章 妨害社会管理秩序罪(7):走私、贩卖、运输、制造毒品罪	216
第一节 重点罪名	216
第二节 普通罪名	220
第三十四章 妨害社会管理秩序罪(8):组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	221
第一节 重点罪名	221
第二节 普通罪名	223
第三十五章 妨害社会管理秩序罪(9):制作、贩卖、传播淫秽物品罪	224
第一节 重点罪名	224
第二节 普通罪名	225
第三十六章 危害国防利益罪	226
第一节 重点罪名	226
第二节 普通罪名	227
第三十七章 贪污贿赂罪	228
第一节 重点罪名	228
第二节 普通罪名	235
第三十八章 渎职罪	237
第一节 重点罪名	237
第二节 普通罪名	241
第三十九章 军人违反职责罪	243
第一节 重点罪名	243
第二节 普通罪名	244

刑事诉讼法

第一章 刑事诉讼法概述	245
第一节 刑事诉讼法的概念	245
第二节 刑事诉讼法的制定目的与任务	247
第三节 刑事诉讼的基本理念	247
第四节 刑事诉讼的基本范畴	248
第二章 刑事诉讼法的基本原则	252
第一节 基本原则概述	252

第二节	侦查权、检察权、审判权由专门机关依法行使	252
第三节	严格遵守法律程序	253
第四节	人民法院、人民检察院依法独立行使职权	253
第五节	分工负责,互相配合,互相制约	254
第六节	人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督	254
第七节	各民族公民有权使用本民族语言文字进行诉讼	255
第八节	犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护	255
第九节	未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪	256
第十节	保障诉讼参与人的诉讼权利	256
第十一节	具有法定情形不予追究刑事责任	256
第十二节	追究外国人刑事责任适用我国刑事诉讼法	257
第三章	刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人	259
第一节	刑事诉讼中的专门机关	259
第二节	诉讼参与人	263
第四章	管辖	272
第一节	立案管辖	272
第二节	审判管辖	274
第三节	特殊情况的管辖	277
第五章	回避	279
第一节	回避的概念和适用人员	279
第二节	回避的理由与种类	279
第三节	回避的程序	281
第六章	辩护与代理	283
第一节	辩护人	283
第二节	辩护的种类	288
第三节	法律援助制度	290
第四节	刑事代理	290
第七章	刑事证据	294
第一节	刑事证据的概念和意义	294
第二节	刑事证据的种类	296
第三节	刑事证据的分类	303
第四节	刑事诉讼证明	306
第八章	强制措施	310
第一节	强制措施概述	310
第二节	拘传、取保候审、监视居住	312
第三节	拘留	318
第四节	逮捕	320
第九章	附带民事诉讼	327
第一节	附带民事诉讼概述	327

第二节 附带民事诉讼当事人	328
第三节 附带民事诉讼的提起	329
第四节 附带民事诉讼的审判	331
第十章 期间、送达	334
第一节 期间	334
第二节 送达	338
第十一章 立案	340
第一节 立案的概念和意义	340
第二节 立案的材料来源和条件	341
第三节 立案程序和立案监督	343
第十二章 侦查	347
第一节 概述	347
第二节 侦查行为	350
第三节 侦查终结	356
第四节 人民检察院对直接受理案件的侦查	358
第五节 补充侦查	360
第六节 侦查监督	361
第十三章 起诉	363
第一节 起诉的概念和意义	363
第二节 提起公诉的程序	364
第三节 提起自诉的程序	373
第十四章 刑事审判概述	376
第一节 刑事审判的概念和任务	376
第二节 刑事审判的模式	378
第三节 刑事审判的原则	381
第四节 审级制度	385
第五节 审判组织	386
第十五章 第一审程序	393
第一节 第一审程序概述	393
第二节 公诉案件第一审程序	393
第三节 自诉案件第一审程序	405
第四节 简易程序	407
第五节 判决、裁定和决定	410
第十六章 第二审程序	418
第一节 第二审程序的概念	418
第二节 第二审程序的提起	418
第三节 第二审程序的审判	422
第四节 对扣押、冻结在案财物的处理	431
第五节 在法定刑以下判处刑罚的核准程序	432

第十七章 死刑复核程序	433
第一节 死刑复核程序概述	433
第二节 判处死刑立即执行案件的复核程序	434
第三节 判处死刑缓期二年执行案件的复核程序	438
第十八章 审判监督程序	440
第一节 审判监督程序的概念和特点	440
第二节 审判监督程序的提起	440
第三节 依照审判监督程序对案件的重新审判	445
第十九章 执行	449
第一节 执行概述	449
第二节 各种判决、裁定的执行程序	449
第三节 执行的变更程序	453
第四节 对新罪和申诉的处理	457
第五节 人民检察院对执行的监督	457
第二十章 未成年人刑事案件诉讼程序	460
第一节 概述	460
第二节 未成年人刑事案件诉讼程序的特有原则	462
第三节 未成年人刑事案件诉讼程序的特点	463
第二十一章 涉外刑事诉讼程序与司法协助制度	467
第一节 涉外刑事诉讼程序	467
第二节 刑事司法协助	471

行政法与行政诉讼法

第一章 行政法概述	473
第一节 行政法的基本概念	473
第二节 行政法的法律渊源	475
第三节 行政法的基本原则	476
第二章 行政组织与公务员	479
第一节 行政组织法概述	479
第二节 中央国家行政机关	480
第三节 地方国家行政机关	482
第四节 实施行政职能的非政府组织	484
第五节 公务员	485
第三章 抽象行政行为	491
第一节 抽象行政行为概述	491
第二节 行政法规	492
第三节 规章和有普遍约束力的决定、命令	495

第四章 具体行政行为概述	500
第一节 具体行政行为的概念	500
第二节 具体行政行为的成立和效力	502
第三节 具体行政行为的一般合法要件	505
第五章 行政许可	508
第一节 行政许可概述	508
第二节 行政许可的设定	508
第三节 行政许可的实施机关	509
第四节 行政许可的实施程序	509
第五节 行政许可的费用	510
第六节 监督检查	510
第七节 行政许可诉讼	510
第六章 行政处罚	514
第一节 行政处罚概述	514
第二节 行政处罚的种类与设定	515
第三节 行政处罚的实施机关、管辖与适用	516
第四节 行政处罚的程序	518
第五节 治安管理处罚	520
第七章 行政强制	523
第一节 行政强制措施	523
第二节 行政强制执行	524
第八章 行政合同与行政给付	526
第一节 行政合同	526
第二节 行政给付	528
第九章 行政程序与政府信息公开	530
第一节 行政程序概述	530
第二节 行政程序的基本制度	531
第三节 政府信息公开制度	532
第十章 行政复议	535
第一节 行政复议概述	535
第二节 行政复议范围	536
第三节 行政复议参加人和行政复议机关	536
第四节 行政复议的申请与受理	539
第五节 行政复议的审理、决定和执行	541
第十一章 行政诉讼概述	548
第一节 行政诉讼的概念和特征	548
第二节 行政诉讼法	551
第三节 行政诉讼的基本原则	554

第十二章	行政诉讼的受案范围	560
第一节	概述	560
第二节	应予受理的案件	563
第三节	不予受理的案件	570
第十三章	行政诉讼的管辖	574
第一节	行政诉讼管辖概述	574
第二节	级别管辖	575
第三节	地域管辖	576
第四节	裁定管辖	578
第十四章	行政诉讼参加人	580
第一节	概述	580
第二节	行政诉讼的原告	581
第三节	行政诉讼的被告	584
第四节	行政诉讼的第三人	587
第五节	共同诉讼人	588
第六节	诉讼代理人	590
第十五章	行政诉讼程序	592
第一节	起诉与受理	592
第二节	行政诉讼的第一审程序	596
第三节	行政诉讼的第二审程序	599
第四节	行政诉讼审判监督程序	600
第十六章	行政诉讼的特殊制度与规则	602
第一节	行政诉讼证据	602
第二节	行政诉讼的法律适用	609
第三节	行政案件审理中的特殊制度	615
第四节	涉外行政诉讼	619
第十七章	行政案件的裁判与执行	621
第一节	行政诉讼的判决、裁定与决定	621
第二节	行政诉讼的执行与非诉行政案件的执行	626
第十八章	国家赔偿概述	632
第一节	国家赔偿责任	632
第二节	国家赔偿法	633
第三节	国家赔偿责任的构成要件	635
第十九章	行政赔偿	642
第一节	行政赔偿概述	642
第二节	行政赔偿范围	646
第三节	行政赔偿请求人和赔偿义务机关	649
第四节	行政赔偿程序	652

第二十章 司法赔偿	657
第一节 司法赔偿概述	657
第二节 司法赔偿范围	658
第三节 司法赔偿请求人和赔偿义务机关	669
第四节 司法赔偿程序	671
第二十一章 国家赔偿方式、标准和费用	683
第一节 国家赔偿的方式	683
第二节 国家赔偿的计算标准	686
第三节 国家赔偿费用	688

刑法

第一章 刑法概说

● 基本要求:

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

刑法是以国家名义规定何种行为是犯罪和应给犯罪人以何种刑罚处罚,以有效对付犯罪和积极预防犯罪的法律。

刑法有广义和狭义之分。广义的刑法,是指以国家名义颁布的、规定犯罪与刑罚的一切法律规范的总称,包括刑法典、单行刑法以及附属刑法。其中,所谓单行刑法,是指为补充、修改刑法典,由国家立法机关颁行的、在形式上独立于刑法典而在内容上又是专门规定犯罪与刑罚的一切规范性文件。所谓附属刑法,是指国家立法机关在制定经济、行政等非刑事法律时,附带制定的、体现国家对一定范围内的特定社会关系加以特别调整的、关于犯罪与刑罚的行为规范的总称。由于附属刑法是为了达到行政取缔的目的而借用刑罚这种手段确立的,所以又被称为行政刑法。在附属刑法中,刑罚规范不是主体部分,而具有附属性。至于狭义的刑法,则是指国家立法机关制定的、将规定犯罪与刑罚的一般原则和各种具体犯罪与刑罚的法律规范加以条理化和系统化的刑法典。

我国在1979年制定了刑法典。刑法制定的根据是宪法的精神和司法实践经验。1979

年刑法的特点是罪名较少、刑罚较为轻缓。1981年以后,随着社会转型的加快,犯罪现象日趋猖獗,为适应惩罚犯罪的需要,国家逐步制定单行刑法。截止到1997年3月,我国先后又通过了二十余个单行刑法,并在一百余部行政法规中规定有罪刑条款。这些刑法规范的颁布,对于稳定社会秩序、惩罚犯罪,是极其必要的。但是,单行刑法、附属刑法规范过多,过于分散,难免有相互矛盾之处,既使得司法适用上难度很大,也可能使法制的统一性受到影响。所以,我国在1997年对旧刑法进行了修订。刑法修订的基本思路是:制定有特色、统一和完备的刑法典;保持刑法的连续性和稳定性,可改可不改的,尽量不改;尽量使新刑法明确与具体。

修订后的刑法共有452条,在犯罪与刑罚的立法规定上都有重大改动。但是,最为引人注目的变化主要表现在:一方面,适应依法治国、建设社会主义法治国家的需要,规定了罪刑法定、罪刑相适应、刑法面前人人平等的刑法基本原则,废除了1979年刑法中的类推制度,并在罪——刑关系设置的多个方面体现了保障人权的思想;另一方面,在刑法分则中,大量增设新罪名,严密法网。刑法分则共分十章,对四百余个罪名作了规定,为准确认定犯罪提供了标准。

自1997年修订刑法之后,迄今为止,全国

人大常委会又先后制定了七个刑法修正案和一个单行刑法(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》)。

二、刑法的性质

刑法作为重要的部门法,具有以下法律性质:

(一) 特定性

刑法只规范犯罪——刑关系,其涉及的内容与对象都较为特殊。刑法规范并不像其他法律规范一样仅仅保护社会伦理的、道德的、宗教的秩序,而对个人参与社会生活、从事社会活动所必不可少的生活利益都予以保护,即通过对违反规范的行为以国家的名义作出规范的、明确的否定性评价,以达到维护法益的目的。

(二) 广泛性

刑法的目的是保护法益。需要用刑法加以保护的法益十分广泛,从总体上看包括个人法益、国家法益、社会法益三大类,每一类法益之下,又可以分为数十种具体罪名,它们都与具体的法益有关。可以说,其他法律保护的法益,刑法都保护。

(三) 严厉性

在犯罪发生时,惩罚这种行为的措施是刑罚,这是强制力最强的手段。刑法与民法、行政法等其他法律部门的区别表现在:对犯罪这类违法行为,根据法律所可能承担的法律后果不同;而不在于它所调整的社会关系的不同。民法调整平等主体之间的利益关系,行政法对于为实现公共福利所采取的国家行动进行规范,表面上看,它们与刑法在调整对象上不同,但是,在民事关系、行政关系被严重侵犯时,刑法的出面有时就是难免的。从这个意义上看,刑罚具有保障性,即保障其他法律的实施,如刑法通过规定妨害公务罪,来保障公务执行的可能性和效率;通过规定走私罪,来保障海关法的施行等。

三、刑法的任务

我国刑法第2条规定: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。根据这一规定,我国刑法的任务是打击犯罪与保护人民的统一。

打击犯罪与保护人民是手段与目的的关系。打击犯罪是指采用刑罚即刑事制裁的方法,同一切危害国家安全的和其他的刑事犯罪行为作斗争。打击犯罪的目的是保护人民,根据我国刑法的规定,保护人民主要是指保护国家的根本政治制度和公民的合法权益。具体地说,表现在以下几个方面:(1)保卫人民民主专政的政权和社会主义制度。严厉打击直接危害我国人民民主专政的政权和社会主义制度的危害国家安全等犯罪行为,这是我国刑法的首要任务。(2)保护公共财产和公民私人所有的合法财产。国有财产和劳动群众集体所有的财产,是社会主义的物质基础,是我国进行现代化建设的物质保证。它们直接关系到我国政权和制度的巩固以及社会生活的正常和繁荣,因而保护公共财产是我国刑法的重要任务。公民私人所有的合法财产,是公民生产、工作、生活必不可少的物质条件。保护公民私人所有的财产,贯彻了宪法的相关原则。(3)保护公民的人身权利、民主权利和其他权利。保护人民的合法权益是我们社会主义国家的根本任务,也是我国刑法任务的重要内容之一。(4)维护社会秩序和经济秩序。良好的社会秩序和经济秩序,是社会主义建设事业顺利进行的保障,同人民的切身利益密切相关,因此,维护社会秩序和经济秩序是刑法的一项重要任务。

四、刑法的机能

刑法的机能与任务不同:任务是刑法实际承担的职责;机能是刑法现实以及可能发挥的作用。在人类社会存续期间,要完全消灭犯罪基本上是不可能的,所以,在违反社会秩序,破坏合法权益的行为发生,破坏共同生活秩序的行为人出现之后,必须要使用刑法手段对之加以抑止。作为社会统制的有效手段,刑法具有

以下现实的机能: 规制机能、法益保护机能和权利保障机能。

(一) 规制机能

刑法的规制机能, 是指对于一定的犯罪, 在刑法中规定施加一定的惩罚措施, 以此来明确国家对该犯罪的规范性评价。这里的规范性评价意味着刑法既是行为规范, 也是裁判规范。

刑法作为行为规范的机能是: 刑法将一定的行为确定为犯罪, 并规定科处一定刑罚, 从而指出其应当受到法的无价值判断(评价机能), 这样通过刑法的命令, 就可以使普通人形成不实施类似行为的意思决定(意思决定机能), 从而避免犯罪。

刑法作为裁判规范的机能是: 在司法活动中, 没有犯罪行为, 没有刑法规定, 就不能确定刑罚处罚, 定罪和量刑都必须以刑法的明确规范为指导。所以, 对司法官员而言, 刑法是对其法外刑权力的禁止。

(二) 法益保护机能

刑法要在社会中发挥作用, 就必须保护人们公认的、对于社会存续有意义的法律上的利益, 由此来保卫社会, 保持现存的生活秩序, 这就是刑法的保护机能。

就今天的世界范围内来看, 国家的存续和发展(国家法益)、社会生活的静谧与和谐(社会法益)、个人的生命、健康、自由、财产(个人法益), 是各国刑法都必须给予保护的。唯其如此, 才能在整体上维持社会秩序。要实现刑法的社会秩序维持机能, 刑罚就必须将特殊预防和一般预防结合起来考虑。刑法的保护机能表明, 由于犯罪的本质是侵犯刑法所保护的法益, 刑法的最终目的就应当定位于保护法益。

(三) 权利保障机能

刑罚是一柄“双刃剑”, 用之不当, 会两败俱伤。换言之, 刑法这种国家权力如果使用不当, 既可能无法达到惩罚犯罪的功效; 也可能会侵害无辜公民个人的生命、身体、自由和财产权利。所以, 为了使公民个人的人权免受国家权力的无端侵害, 必须要利用法律对个人进行保

障。刑法的人权保障机能能够得到实现, 主要是因为利用刑罚法规确定了这样一条原则: 任何个人, 如果没有犯罪行为, 就不会受到刑罚的任意打击。由此, 一方面, 可以实现对普通人权利的保障, 使刑法成为“善良人的大宪章”; 另一方面, 由于刑法对每一种犯罪的构成要件、法定刑幅度都作了明确规定, 这就使得对已然犯罪者的处罚也有了便于司法人员把握的标准, 超越法律规定对个人进行处罚就是不被允许的。在这个意义上, 刑法又是“犯罪人的大宪章”。

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是: (1) 溯及既往的禁止(事前的罪刑法定)。犯罪及其惩罚必须在行为前预先规定, 刑法不得对在其公布、施行前的行为进行追溯适用。(2) 排斥习惯法(成文的罪刑法定)。犯罪与刑罚必须由立法者通过特定程序以文字的形式记载下来, 刑事司法应该以成文法为准, 而不能适用习惯法。(3) 合理解释刑法, 禁止类推解释(严格的罪刑法定)。类推解释, 是指对于法律没有明文规定的行为, 适用有类似规定的其他条文予以处罚。类推解释实际上是对事先在法律上没有规

定要处罚的行为进行处罚,属于司法恣意地对国民的行动自由进行压制,所以不被允许。(4) 刑罚法规的适当(确定的罪刑法定)。刑罚法规的适当包括刑法明确性、禁止处罚不当罚的行为、禁止不确定刑三方面的内容。

在刑事司法中贯彻罪刑法定原则,最为关键的问题是对刑法的解释要合理。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。

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的方法。(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其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,则没有必要采取论理解释的方法;如果文理解的结论不合理或者产生多种结论,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。论理解释方法有很多,这里介绍以下几种:(1)扩大解释,即刑法

条文字面的通常含义比刑法的真实含义窄,于是扩张字面含义,使其符合刑法的真实含义。例如,将刑法第341条中的“出售”,解释为“包括出卖和以营利为目的的加工利用行为”,属于扩大解释。扩大解释是对用语通常含义的扩张,不能超出用语可能具有的含义;如果完全超出用语可能具有的含义,则是违反罪刑法定原则的类推解释。应否作出扩大解释,还必须考虑处罚的必要性;对于一个行为而言,其处罚的必要性越大,将其解释为犯罪的可能性就越大,但如果行为离刑法用语核心含义的距离越远,则解释为犯罪的可能性就越小。所以,进行扩大解释时,不能仅考虑处罚的必要性。(2)缩小解释,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,将刑法第111条规定的“情报”限定为“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”,就是缩小解释。(3)当然解释,即刑法规定虽未明示某一事项,但依形式逻辑、规范目的及事物属性的当然道理,将该事项解释为包括在该规定的适用范围之内。例如,刑法第201条规定,“因偷税被税务机关给予二次行政处罚又偷税的”,构成偷税罪,认为因偷税被给予三次、四次行政处罚又偷税的构成偷税罪,则是当然解释。进行当然解释时,不能仅以当然道理为根据,还必须符合刑法的文字含义。(4)反对解释,即根据刑法条文的正面表述,推导其反面含义的解释方法。例如,刑法第50条前段规定,判处死缓在缓期执行期间没有故意犯罪的,“二年期满后,减为无期徒刑”。据此,缓期执行期间没有满2年的不得减为无期徒刑,此即反对解释。反对解释只有在以下两种情况下才能采用:一是法条所确定的条件为法律效果的全部条件;二是法律规定所确定的条件为法律效果的必要条件。

这里特别要说明的是类推解释与扩大解释的区别。一般认为,罪刑法定原则并不禁止扩大解释,但如何厘定扩大解释与类推解释的界限,则是一个难题。(1)从用语含义上说,扩大解释所得出的结论,没有超出刑法用语可能具