

2012^年

国家司法考试辅导用书



第二卷

刑法·刑事诉讼法

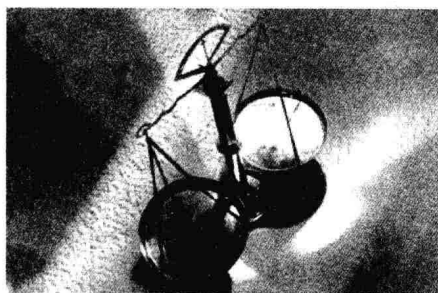
行政法与行政诉讼法

国家司法考试辅导用书编辑委员会



2012^年

国家司法考试辅导用书



第二卷

刑法·刑事诉讼法

行政法与行政诉讼法

国家司法考试辅导用书编辑委员会





2012 年国家司法考试辅导用书

第二卷各科编写人员

刑 法 ▶ 主 编

陈泽宪 张明楷

撰稿人

周光权、陈泽宪（第一至四章）

张明楷、李立众（第五至八章、第十四至三十九章）

周光权（第九至十三章）

刑事诉讼法 ▶ 主 编

陈卫东 宋英辉

撰稿人

宋英辉、郭云忠、何挺（第一至十章）

陈卫东（第十一、十二章、第二十至二十四章）

郝银钟（第十三、十七章）

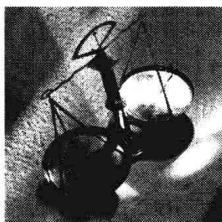
刘计划（第十四至十六章、第十八至二十章、第二十四章）

行政法与行政诉讼法 ▶ 主 编

马怀德

撰稿人

马怀德 杨伟东



目 录

刑 法

第一章 刑法概说	第一节 刑法的概念、性质、任务和机能 / 001
	第二节 刑法的基本原则 / 003
	第三节 刑法的适用范围 / 005
第二章 犯罪概说	第一节 犯罪的概念 / 009
	第二节 犯罪的分类 / 011
第三章 犯罪构成	第一节 犯罪构成概述 / 013
	第二节 犯罪客体 / 016
	第三节 犯罪客观要件★ / 019
	第四节 犯罪主体 / 025
	第五节 犯罪主观要件★ / 028
第四章 犯罪排除事由	第一节 犯罪排除事由概述 / 038
	第二节 正当防卫 / 039
	第三节 紧急避险 / 042
	第四节 其他犯罪排除事由 / 044
第五章 犯罪未完成形态	第一节 犯罪未完成形态概述 / 047
	第二节 犯罪预备 / 048
	第三节 犯罪未遂 / 050
	第四节 犯罪中止 / 052
第六章 共同犯罪	第一节 共同犯罪概述★ / 056
	第二节 共同犯罪的成立条件 / 057
	第三节 共同犯罪的形式 / 059

	第四节	共犯人的分类及其刑事责任 / 061
	第五节	共同犯罪的特殊问题 / 063
第七章 单位犯罪	第一节	单位犯罪概述 / 066
	第二节	单位犯罪的定罪 / 067
	第三节	单位犯罪的处罚 / 069
第八章 罪数形态	第一节	罪数的区分 / 071
	第二节	实质的一罪 / 072
	第三节	法定的一罪 / 074
	第四节	处断的一罪 / 075
第九章 刑罚概说	第一节	刑罚的概念和特征 ★ / 078
	第二节	刑罚的目的 ★ / 079
第十章 刑罚种类	第一节	主刑 ★ / 081
	第二节	附加刑 ★ / 084
第十一章 刑罚裁量	第一节	量刑概述 / 088
	第二节	量刑情节 ★ / 089
	第三节	量刑制度 ★ / 098
第十二章 刑罚执行	第一节	减刑制度 ★ / 103
	第二节	假释制度 ★ / 105
第十三章 刑罚消灭	第一节	刑罚消灭概述 / 108
	第二节	时效 ★ / 109
	第三节	赦免 / 111
第十四章 罪刑各论概说	第一节	刑法分则的体系 / 113
	第二节	刑法分则的条文结构 / 114
	第三节	刑法分则的法条竞合 / 117
第十五章 危害国家安全罪	第一节	重点罪名 / 121
	第二节	普通罪名 / 122
第十六章 危害公共安全罪	第一节	重点罪名 / 124
	第二节	普通罪名 / 130

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	第一节	重点罪名/133
		第二节	普通罪名/135
第十八章	破坏社会主义市场经济秩序罪(2):走私罪	第一节	重点罪名/137
		第二节	普通罪名/139
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	第一节	重点罪名/140
		第二节	普通罪名/142
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	第一节	重点罪名/144
		第二节	普通罪名/148
第二十一章	破坏社会主义市场经济秩序罪(5):金融诈骗罪	第一节	重点罪名/151
		第二节	普通罪名/154
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	第一节	重点罪名/156
		第二节	普通罪名/158
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	第一节	重点罪名/160
		第二节	普通罪名/162
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	第一节	重点罪名/164
		第二节	普通罪名/167
第二十五章	侵犯公民人身权利、民主权利罪	第一节	重点罪名/169
		第二节	普通罪名/187
第二十六章	侵犯财产罪	第一节	重点罪名/191
		第二节	普通罪名/206
第二十七章	妨害社会管理秩序罪(1):扰乱公共秩序罪	第一节	重点罪名/208
		第二节	普通罪名/213
第二十八章	妨害社会管理秩序罪(2):妨害司法罪	第一节	重点罪名/217

	第二节 普通罪名 / 221
第二十九章 妨害社会管理秩序罪(3): 妨害国(边)境管理罪	第一节 重点罪名 / 223 第二节 普通罪名 / 224
第三十章 妨害社会管理秩序罪(4): 妨害文物管理罪	第一节 重点罪名 / 225 第二节 普通罪名 / 226
第三十一章 妨害社会管理秩序罪(5): 危害公共卫生罪	第一节 重点罪名 / 227 第二节 普通罪名 / 230
第三十二章 妨害社会管理秩序罪(6): 破坏环境资源保护罪	第一节 重点罪名 / 231 第二节 普通罪名 / 233
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	第一节 重点罪名 / 234 第二节 普通罪名 / 238
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	第一节 重点罪名 / 240 第二节 普通罪名 / 242
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	第一节 重点罪名 / 243 第二节 普通罪名 / 244
第三十六章 危害国防利益罪	第一节 重点罪名 / 245 第二节 普通罪名 / 246
第三十七章 贪污贿赂罪	第一节 重点罪名 / 247 第二节 普通罪名 / 255
第三十八章 渎职罪	第一节 重点罪名 / 257 第二节 普通罪名 / 261
第三十九章 军人违反职责罪	第一节 重点罪名 / 264 第二节 普通罪名 / 265

刑事诉讼法

第一章 刑事诉讼法概述	第一节 刑事诉讼法的概念 / 267
	第二节 刑事诉讼法的制定目的与任务 / 270
	第三节 刑事诉讼的基本理念 / 271
	第四节 刑事诉讼的基本范畴 / 272
第二章 刑事诉讼法的基本原则	第一节 基本原则概述 / 276
	第二节 侦查权、检察权、审判权由专门机关依法行使 / 277
	第三节 严格遵守法律程序 / 277
	第四节 人民法院、人民检察院依法独立行使职权 / 278
	第五节 分工负责,互相配合,互相制约 / 279
	第六节 人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督 / 279
	第七节 各民族公民有权使用本民族语言文字进行诉讼 / 280
	第八节 犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护 / 280
	第九节 未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪 / 281
	第十节 保障诉讼参与人的诉讼权利 / 281
	第十一节 具有法定情形不予追究刑事责任 / 282
	第十二节 追究外国人刑事责任适用我国刑事诉讼法 / 283
第三章 刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人	第一节 刑事诉讼中的专门机关 / 284
	第二节 诉讼参与人 / 288
第四章 管辖	第一节 立案管辖 / 297
	第二节 审判管辖 / 300
	第三节 特殊情况的管辖 / 303
第五章 回避	第一节 回避的理由、种类与适用人员 / 305
	第二节 回避的程序 / 307
第六章 辩护与代理	第一节 辩护制度概述 / 310
	第二节 我国辩护制度的基本内容★ / 311
	第三节 法律援助制度 / 317
	第四节 刑事代理★ / 317

第七章 刑事证据	第一节 刑事证据的概念和基本属性★/321
	第二节 刑事证据的种类★/324
	第三节 刑事证据的分类/333
	第四节 刑事证据规则★/336
	第五节 刑事诉讼证明/341
第八章 强制措施	第一节 强制措施概述/346
	第二节 拘传★/347
	第三节 取保候审★/348
	第四节 监视居住★/351
	第五节 拘留★/353
	第六节 逮捕★/356
第九章 附带民事诉讼	第一节 附带民事诉讼概述/361
	第二节 附带民事诉讼当事人/362
	第三节 附带民事诉讼的提起/363
	第四节 附带民事诉讼的审判★/365
第十章 期间、送达	第一节 期间/369
	第二节 送达/374
第十一章 立案	第一节 立案的概念/376
	第二节 立案的材料来源和条件/377
	第三节 立案程序和立案监督/379
第十二章 侦查	第一节 概述/384
	第二节 侦查行为★/387
	第三节 侦查终结/394
	第四节 人民检察院对直接受理案件的侦查/395
	第五节 补充侦查/397
	第六节 对违法侦查行为的申诉、控告★/399
	第七节 侦查监督/399
第十三章 起诉	第一节 起诉的概念和意义/402
	第二节 提起公诉的程序★/403
	第三节 提起自诉的程序/413
第十四章 刑事审判概述	第一节 刑事审判的概念和任务/416
	第二节 刑事审判的模式/418

	第三节	刑事审判的原则 / 421
	第四节	审级制度 / 426
	第五节	审判组织 / 427
第十五章 第一审程序	第一节	第一审程序概述 / 433
	第二节	公诉案件第一审程序 ★ / 433
	第三节	自诉案件第一审程序 / 447
	第四节	简易程序 ★ / 449
	第五节	判决、裁定和决定 / 451
第十六章 第二审程序	第一节	第二审程序的概念 / 460
	第二节	第二审程序的提起 / 460
	第三节	第二审程序的审判 / 464
	第四节	对查封、扣押、冻结在案财物的处理 ★ / 472
	第五节	在法定刑以下判处刑罚的核准程序 / 473
第十七章 死刑复核程序	第一节	死刑复核程序概述 / 474
	第二节	判处死刑立即执行案件的复核程序 ★ / 475
	第三节	判处死刑缓期二年执行案件的复核程序 / 479
第十八章 审判监督程序	第一节	审判监督程序的概念和特点 / 481
	第二节	审判监督程序的提起 / 482
	第三节	依照审判监督程序对案件的重新审判 / 487
第十九章 执行	第一节	执行概述 / 491
	第二节	各种判决、裁定的执行程序 ★ / 492
	第三节	执行的变更程序 / 495
	第四节	对新罪和申诉的处理 / 500
	第五节	人民检察院对执行的监督 / 500
第二十章 未成年人刑事案件诉讼程序	第一节	概述 / 504
	第二节	未成年人刑事案件诉讼程序的特有原则 / 506
	第三节	未成年人刑事案件诉讼程序的特点 ★ / 507
第二十一章 当事人和解的公诉案件诉讼程序 ★		当事人和解的公诉案件诉讼程序 / 512
第二十二章 犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序 ★	第一节	概述 / 515
	第二节	犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序 / 516

第二十三章 依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗程序★	依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗程序/519
第二十四章 涉外刑事诉讼程序与司法协助制度	第一节 涉外刑事诉讼程序/522 第二节 刑事司法协助/526

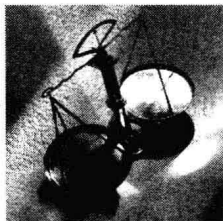
行政法与行政诉讼法

第一章 行政法概述	第一节 行政法的基本概念/529 第二节 行政法的法律渊源/531 第三节 行政法的基本原则/532
第二章 行政组织与公务员	第一节 行政组织法概述/536 第二节 中央国家行政机关/537 第三节 地方国家行政机关/539 第四节 实施行政职能的非政府组织/541 第五节 公务员/542
第三章 抽象行政行为	第一节 抽象行政行为概述/549 第二节 行政法规/550 第三节 规章和有普遍约束力的决定、命令/553
第四章 具体行政行为概述	第一节 具体行政行为的概念/558 第二节 具体行政行为的成立和效力/560 第三节 具体行政行为的一般合法要件/563
第五章 行政许可	第一节 行政许可概述/566 第二节 行政许可的设定/566 第三节 行政许可的实施机关/568 第四节 行政许可的实施程序/568 第五节 行政许可的费用/568 第六节 监督检查/568 第七节 行政许可诉讼/569
第六章 行政处罚	第一节 行政处罚概述/572 第二节 行政处罚的种类与设定/574 第三节 行政处罚的实施机关、管辖与适用/575 第四节 行政处罚的程序/576 第五节 治安管理处罚/578

第七章 行政强制	第一节 行政强制概述★/581
	第二节 行政强制的种类和设定★/584
	第三节 行政强制措施实施程序★/585
	第四节 行政机关强制执行程序★/587
	第五节 申请法院强制执行★/589
第八章 行政合同与行政给付	第一节 行政合同/591
	第二节 行政给付/594
第九章 行政程序与政府信息公开	第一节 行政程序概述/595
	第二节 行政程序的基本制度/596
	第三节 政府信息公开制度★/597
第十章 行政复议	第一节 行政复议概述/603
	第二节 行政复议范围/604
	第三节 行政复议参加人和行政复议机关/605
	第四节 行政复议的申请与受理/607
	第五节 行政复议的审理、决定和执行/610
第十一章 行政诉讼概述	第一节 行政诉讼的概念和特征/616
	第二节 行政诉讼法/619
	第三节 行政诉讼的基本原则/622
第十二章 行政诉讼的受案范围	第一节 概述/628
	第二节 应予受理的案件/631
	第三节 不予受理的案件/638
第十三章 行政诉讼的管辖	第一节 行政诉讼管辖概述/643
	第二节 级别管辖/644
	第三节 地域管辖/646
	第四节 裁定管辖/648
第十四章 行政诉讼参加人	第一节 概述/650
	第二节 行政诉讼的原告/651
	第三节 行政诉讼的被告/655
	第四节 行政诉讼的第三人/657
	第五节 共同诉讼人/659
	第六节 诉讼代理人/660

第十五章 行政诉讼程序	第一节 起诉与受理 / 663
	第二节 行政诉讼的第一审程序 / 667
	第三节 行政诉讼的第二审程序 / 670
	第四节 行政诉讼审判监督程序 / 671
第十六章 行政诉讼的特殊制度与规则	第一节 行政诉讼证据 / 674
	第二节 行政诉讼的法律适用 / 682
	第三节 行政案件审理中的特殊制度 / 687
	第四节 涉外行政诉讼 / 691
第十七章 行政案件的裁判与执行	第一节 行政诉讼的判决、裁定与决定 / 693
	第二节 行政诉讼的执行与非诉行政案件的执行 / 699
第十八章 国家赔偿概述	第一节 国家赔偿 / 704
	第二节 国家赔偿法 / 706
	第三节 国家赔偿的构成要件 / 708
第十九章 行政赔偿	第一节 行政赔偿概述 / 716
	第二节 行政赔偿范围 / 720
	第三节 行政赔偿请求人和赔偿义务机关 / 723
	第四节 行政赔偿程序 / 726
第二十章 司法赔偿	第一节 司法赔偿概述 / 731
	第二节 司法赔偿范围 / 732
	第三节 司法赔偿请求人和赔偿义务机关 / 742
	第四节 司法赔偿程序 / 745
第二十一章 国家赔偿方式、标准和费用	第一节 国家赔偿的方式 / 754
	第二节 国家赔偿的计算标准 / 757
	第三节 国家赔偿费用 / 760

说明：“★”为新增或调整较大部分内容。



刑法

第一章 刑法概述

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。

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八个《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

根据刑法第2条的规定,我国刑法的任务是:(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任;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,刑法是对其法外科刑权力的禁止。

(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,主要是因为我们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)禁止溯及既往(事前的罪刑法定),是指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。这一要求也被称为禁止事后法。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。(2)排斥习惯法(成文的罪刑法定)。根据预测可能性原理,罪刑规范应当具有明确性、稳定性。刑事司法应当以成文法为准,排斥习惯法。(3)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。刑罚是最严厉的制裁措施,因此,对刑法的适用应严格适用,而不能类推适用;对刑法的解释也应当严格解释,而不能类推解释。(4)刑罚法规的适当,包含刑法明确性、禁止不确定刑和禁止处罚不当罚的行为三项内容(确定的罪刑法定)。刑法明确性,是指刑法条文应当清楚明确,使人能够了解什么是犯罪行为,让人具有判断可能性。禁止不确定刑,是指刑罚应当规定得清晰确定。刑罚越不确定,越容易被滥用。禁止处罚不当罚的行为,是指由于刑罚是最严厉的制裁措施,刑罚的适用应保持补充性、谦抑性,适用范围应当合理适当。上述这些内容表明,刑罚法规应当明确、确定和适当。需要注意,刑法分则的罪状表述方式多种多样,部分条文对犯罪的状况不作具体描述,只是表述该罪的罪名的,也并不违反罪刑法定原则。

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。文理解释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。如果文理解释的结论合理,则没有必要采取论理解释的方法;如果文理解释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,《刑法修正案(八)》第48条规定,为组织卖淫的人招募、运送人员或者有其他协助组织卖淫行为的,应当定罪处罚。为组织卖淫的人招募、运送人员是协助组织卖淫行为,将比招募、运送人员的行为性质更为恶劣的行为(例如,为组织卖淫的人充当打手)认定为“其他”协助组织卖淫行为,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有的含义,即在刑法文义的“射程”之内进行解释;而类推解释所得出的结论,超出了用语可能具有的含义,即在刑法文义的“射程”之外进行解释。“可能具有的含义”,是指依一般语言用法,或者立法者标准的语言用法,该用语还能够指称的意义。(2)从概念的相互关系说,扩大解释时没有提升概念的阶位;而类推解释是将所要解释的概念提升到更上位的概念作出的解释。(3)从着重点上说,扩大解释着眼于刑法规范本身,仍然是对规范的逻辑解释;类推解释着眼于刑法规范之外的事实,是对事实的比较。(4)从论理方法上说,扩大解释是扩张性地划