

2013^年

国家司法考试

辅导用书精要解读

第二卷

北京万国学校/编著



- ★ **权威实用:** 紧扣2013年大纲、辅导用书, 反映最新司考变动
- ★ **一线名师:** 各学科一线名师授课精华, 个性化熟谙备考诀窍
- ★ **精要易读:** 去粗取精、详略清晰, 涵盖并突出当年重要考点

★ **司考三小本** ★ 超值附赠: 司法考试冲刺预测“万国密卷”一套(内部资料)



2013年

国家司法考试

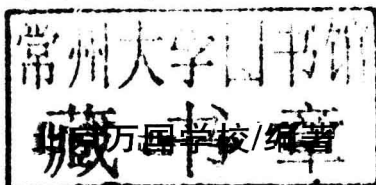
辅导用书精要解读

第二卷

刑法

刑事诉讼法

行政法与行政诉讼法



韩友谊 陈少文 季 宏/主编



目 录

刑法

第一章 刑法概说	1	第四章 处断的一罪	61
第一节 刑法的概念、性质、任务和机能	1	第九章 刑罚概说	64
第二节 刑法的基本原则	2	第十章 刑罚种类	64
第三节 刑法的适用范围	7	第一节 主刑	64
第二章 犯罪概说	11	第二节 附加刑	65
第一节 犯罪的概念	11	第十一章 刑罚裁量	67
第二节 犯罪的分类	11	第一节 量刑概述	67
第三章 犯罪构成	12	第二节 量刑情节	67
第一节 犯罪构成概述	12	第三节 量刑制度	73
第二节 犯罪客体	15	第十二章 刑罚执行	75
★第三节 犯罪客观要件	15	第一节 减刑制度	75
第四节 犯罪主体	21	第二节 假释制度	76
第五节 犯罪主观要件	24	第十三章 刑罚消灭	77
第四章 犯罪排除事由	32	第一节 刑罚消灭概述	77
第一节 犯罪排除事由概述	32	第二节 时效	77
第二节 正当防卫	32	第三节 赦免	78
第三节 紧急避险	36	第十四章 罪刑各论概说	79
第四节 其他犯罪排除事由	37	第一节 刑法分则的体系	79
第五章 犯罪未完成形态	39	第二节 刑法分则的条文结构	79
第一节 犯罪未完成形态概述	39	第三节 刑法分则的法条竞合	80
第二节 犯罪预备	39	第十五章 危害国家安全罪	81
第三节 犯罪未遂	40	第一节 重点罪名	81
第四节 犯罪中止	43	第二节 普通罪名	82
第六章 共同犯罪	46	第十六章 危害公共安全罪	82
第一节 共同犯罪概述	46	第一节 重点罪名	82
第二节 共同犯罪的成立条件	48	第二节 普通罪名	85
第三节 共同犯罪的形式	51	第十七章 破坏社会主义市场经济秩序罪	
第四节 共犯人的分类及其刑事责任	53	(1):生产、销售伪劣商品罪	86
第五节 共同犯罪的特殊问题	55	第一节 重点罪名	86
第七章 单位犯罪	57	第二节 普通罪名	87
第一节 单位犯罪概述	57	第十八章 破坏社会主义市场经济秩序罪	
第二节 单位犯罪的定罪	57	(2):走私罪	87
第三节 单位犯罪的处罚	58	第一节 重点罪名	87
第八章 罪数形态	58	第二节 普通罪名	89
第一节 罪数的区分	58	第十九章 破坏社会主义市场经济秩序罪	
第二节 实质的一罪	59	(3):妨害对公司、企业的管理秩	
第三节 法定的一罪	61	序罪	89
		第一节 重点罪名	89
		第二节 普通罪名	90

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	90	第三十一章 妨害社会管理秩序罪(5):危害 公共卫生罪	126
第一节 重点罪名	90	第一节 重点罪名	126
第二节 普通罪名	93	第二节 普通罪名	126
第二十一章 破坏社会主义市场经济秩序罪 (5):金融诈骗罪	93	第三十二章 妨害社会管理秩序罪(6):破坏 环境资源保护罪	127
第一节 重点罪名	93	第一节 重点罪名	127
第二节 普通罪名	95	第二节 普通罪名	127
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	95	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	128
第一节 重点罪名	95	第一节 重点罪名	128
第二节 普通罪名	96	第二节 普通罪名	129
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	96	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	129
第一节 重点罪名	96	第一节 重点罪名	129
第二节 普通罪名	97	第二节 普通罪名	130
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	97	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	130
第一节 重点罪名	97	第三十六章 危害国防利益罪	130
第二节 普通罪名	99	第三十七章 贪污贿赂罪	130
第二十五章 侵犯公民人身权利、民主权 利罪	99	第一节 重点罪名	130
第一节 重点罪名	99	第二节 普通罪名	135
第二节 普通罪名	109	第三十八章 渎职罪	135
第二十六章 侵犯财产罪	109	第一节 重点罪名	135
★第一节 重点罪名	109	第二节 普通罪名	136
第二节 普通罪名	119	第三十九章 军人违反职责罪	136
第二十七章 妨害社会管理秩序罪 (1):扰乱公共秩序罪	119		
第一节 重点罪名	119		
第二节 普通罪名	121		
第二十八章 妨害社会管理秩序罪(2):妨害 司法罪	122		
第一节 重点罪名	122		
第二节 普通罪名	124		
第二十九章 妨害社会管理秩序罪(3):妨害 国(边)境管理罪	124		
第一节 重点罪名	124		
第二节 普通罪名	125		
第三十章 妨害社会管理秩序罪(4):妨害 文物管理罪	125		
第一节 重点罪名	125		
第二节 普通罪名	125		

★ 刑事诉讼法	
第一章 刑事诉讼法概述	137
第一节 刑事诉讼法的概念	137
第二节 刑事诉讼法的制定目的与任务	137
第三节 刑事诉讼的基本理念	137
第四节 刑事诉讼的基本范畴	137
第二章 刑事诉讼法的基本原则	138
第一节 基本原则概述	138
第二节 侦查权、检察权、审判权由专门机关依 法行使	138
第三节 严格遵守法律程序	138
第四节 人民法院、人民检察院依法独立行使 职权	138
第五节 分工负责,互相配合,互相 制约	139
第六节 人民检察院依法对刑事诉讼实行法律	

监督	139	第十章 期间、送达	178
第七节 各民族公民有权使用本民族语言文字进行诉讼	139	第十一章 立案	180
第八节 犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护	139	第一节 立案的概念	180
第九节 未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪	139	第二节 立案的材料来源和条件	180
第十节 保障诉讼参与人的诉讼权利	139	第三节 立案程序和立案监督	181
第十一节 具有法定情形不予追究刑事责任	139	第十二章 侦查	182
第十二节 追究外国人刑事责任适用我国刑事诉讼法	140	第一节 概述	182
第三章 刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人	140	第二节 侦查行为	182
第四章 管辖	140	第三节 侦查终结	188
第一节 立案管辖	140	第四节 人民检察院对直接受理案件的侦查	189
第二节 审判管辖	143	第五节 补充侦查	189
第三节 特殊情况的管辖	145	第六节 对违法侦查行为的申诉、控告	190
第五章 回避	145	第七节 侦查监督	190
第一节 回避的理由、种类与适用人员	145	第十三章 起诉	191
第二节 回避的程序	146	第一节 起诉的概念和意义	191
第六章 辩护与代理	147	第二节 提起公诉的程序	191
第一节 辩护制度概述	147	第三节 提起自诉的程序	196
第二节 我国辩护制度的基本内容	147	第十四章 刑事审判概述	196
第三节 法律援助制度	150	第一节 刑事审判的概念和任务	196
第四节 刑事代理	150	第二节 刑事审判的模式	196
第七章 刑事证据	151	第三节 刑事审判的原则	197
第一节 刑事证据的概念和基本属性	151	第四节 审级制度	198
第二节 刑事证据的种类	152	第五节 审判组织	199
第三节 刑事证据的分类	156	第十五章 第一审程序	202
第四节 刑事证据规则	157	第一节 第一审程序概述	202
第五节 刑事诉讼证明	160	第二节 公诉案件第一审程序	202
第八章 强制措施	161	第三节 自诉案件第一审程序	210
第一节 强制措施概述	161	第四节 简易程序	212
第二节 拘传	163	第五节 判决、裁定和决定	213
第三节 取保候审	164	第十六章 第二审程序	214
第四节 监视居住	166	第一节 第二审程序的概念	214
第五节 拘留	167	第二节 第二审程序的提起	214
第六节 逮捕	170	第三节 第二审程序的审判	216
第九章 附带民事诉讼	174	第四节 查封、扣押、冻结财物及其处理	219
第一节 附带民事诉讼概述	174	第五节 在法定刑以下判处刑罚的核准程序	220
第二节 附带民事诉讼当事人	175	第十七章 死刑复核程序	220
第三节 附带民事诉讼的提起	176	第一节 死刑复核程序概述	220
第四节 附带民事诉讼的审判	176	第二节 判处死刑立即执行案件的复核程序	220
		第三节 判处死刑缓期二年执行案件的复核程序	222

第十八章 审判监督程序	223	第二节 行政法规	254
第一节 审判监督程序的概念和特点	223	第三节 规章和有普遍约束力的决定、命令	256
第二节 审判监督程序的提起	223	第四章 具体行政行为概述	259
第三节 依照审判监督程序对案件的重新审判	225	第一节 具体行政行为的概念	259
第十九章 执行	227	第二节 具体行政行为的成立和效力	260
第一节 执行概述	227	第三节 具体行政行为的一般合法要件	262
第二节 各种判决、裁定的执行程序	228	第五章 行政许可	263
第三节 执行的变更程序	230	第一节 行政许可概述	263
第四节 对新罪和申诉的处理	233	第二节 行政许可的设定	263
第五节 人民检察院对执行的监督	233	第三节 行政许可的实施机关	264
第二十章 未成年人刑事案件诉讼程序	234	第四节 行政许可的实施程序	264
第一节 概述	234	第五节 行政许可的费用	266
第二节 未成年人刑事案件诉讼程序的特有原则	234	第六节 监督检查	266
第三节 未成年人刑事案件诉讼程序的特点	234	第七节 行政许可诉讼	267
第二十一章 当事人和解的公诉案件诉讼程序	236	第六章 行政处罚	268
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	237	第一节 行政处罚概述	268
第一节 概述	237	第二节 行政处罚的种类与设定	268
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	237	第三节 行政处罚的实施机关、管辖与适用	269
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	237	第四节 行政处罚的程序	270
第二十四章 涉外刑事诉讼程序与司法协助制度	238	第五节 治安管理处罚	271
第一节 涉外刑事诉讼程序	238	第七章 行政强制	273
第二节 刑事司法协助	240	第一节 行政强制概述	273
行政法与行政诉讼法		第二节 行政强制的种类和设定	273
第一章 行政法概述	241	第三节 行政强制措施实施程序	274
第一节 行政法的基本概念	241	第四节 行政机关强制执行程序	275
第二节 行政法的法律渊源	242	第五节 申请法院强制执行	277
第三节 行政法的基本原则	243	第八章 行政合同与行政给付	277
第二章 行政组织与公务员	245	第九章 行政程序与政府信息公开	277
第一节 行政组织法概述	245	第一节 行政程序概述	277
第二节 中央国家行政机关	246	第二节 行政程序的基本制度	277
第三节 地方国家行政机关	248	第三节 政府信息公开制度	277
第四节 实施行政职能的非政府组织	249	第十章 行政复议	279
第五节 公务员	250	第一节 行政复议概述	279
第三章 抽象行政行为	254	第二节 行政复议范围	279
第一节 抽象行政行为概述	254	第三节 行政复议参加人和行政复议机关	280
		第四节 行政复议的申请与受理	282
		第五节 行政复议的审理、决定和执行	283
		第十一章 行政诉讼概述	287
		第一节 行政诉讼的概念和特征	287
		第二节 行政诉讼法	288

第三节	行政诉讼的基本原则	288	第四节	涉外行政诉讼	320
第十二章	行政诉讼的受案范围	289	第十七章	行政案件的裁判与执行	320
第一节	概述	289	第一节	行政诉讼的判决、裁定与决定	320
第二节	应予受理的案件	290	第二节	行政诉讼的执行与非诉行政案件	
第三节	不予受理的案件	290	的执行	323	
第十三章	行政诉讼的管辖	293	第十八章	国家赔偿概述	325
第一节	行政诉讼管辖概述	293	第一节	国家赔偿	325
第二节	级别管辖	293	第二节	国家赔偿法	326
第三节	地域管辖	294	第三节	国家赔偿的构成要件	327
第四节	裁定管辖	295	第十九章	行政赔偿	329
第十四章	行政诉讼参加人	296	第一节	行政赔偿概述	329
第一节	概述	296	第二节	行政赔偿范围	329
第二节	行政诉讼的原告	297	第三节	行政赔偿请求人和赔偿义务	
第三节	行政诉讼的被告	298	机关	330	
第四节	行政诉讼的第三人	300	第四节	行政赔偿程序	331
第五节	共同诉讼人	301	第二十章	司法赔偿	334
第六节	诉讼代理人	302	第一节	司法赔偿概述	334
第十五章	行政诉讼程序	302	第二节	司法赔偿范围	334
第一节	起诉与受理	302	★第三节	司法赔偿请求人和赔偿义务	
第二节	行政诉讼的第一审程序	306	机关	337	
第三节	行政诉讼的第二审程序	306	第四节	司法赔偿程序	338
第四节	行政诉讼审判监督程序	307	第二十一章	国家赔偿方式、标准和费用	342
第十六章	行政诉讼的特殊制度与规则	307	第一节	国家赔偿的方式	342
第一节	行政诉讼证据	307	第二节	国家赔偿的计算标准	342
第二节	行政诉讼的法律适用	314	第三节	国家赔偿费用	344
第三节	行政案件审理中的特殊制度	316	凡例	346	

刑法

第一章 刑法概说

提炼总结

刑法概说 { 刑法的概念、性质、任务和机能
刑法的基本原则
刑法的适用范围

第一节 刑法的概念、性质、任务和机能 (性质、任务的内容略)

考点详述

一、刑法的概念

刑法是以国家名义规定什么是犯罪,以及与犯罪相对应的刑罚的种类和量的法规,也称刑罚法规。刑法通过惩罚一个人的特定行为,使大家不会做这些行为,用意在于避免这一行为造成利益侵害。在刑罚法规中,最为重要的是以“刑法”命名的法律规范,它全面、系统地规定了有关刑罚法规的基本事项,所以也称刑法典。目前,我国的刑法体系是由刑法典、一个刑事单行法和八个刑法修正案构成。

刑法典是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。之所以称为“典”(典有“源泉”的意思),一是因为该部法律比较全面、系统地规定了犯罪和刑罚的内容;二是因为其他刑事法律(刑事条文)都适用刑法典关于总则的规定。后者尤其重要。

我国1979年颁布、经过1997年修订的《中华人民共和国刑法》是我国的刑法典。此部《刑法》在篇章的安排上分为总则编和分则编。其中《刑法》第102条以下属于分则的规定,是专门针对个别的犯罪类型所做的犯罪以及刑罚的规定。第1条至第101条则属于总则的规定,是对所有的犯罪类型的犯罪构成以及刑罚的共同规定。

在1997年新的刑法典颁布后,为应对新的严重危害社会的行为,弥补刑法典的不足,全国人大常委会分别在1999年12月25日、2001年8月31日、2001年12月29日、2002年12月28日、2005年2月28日、2006年6月29日、2009年2月28日、2011年2月25日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,也有构成要件的修改、量刑制度和法定刑的调整。

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法律后果或者刑法某一事项的法律,是对刑法典的补充。目前,我国生效的单行刑法只有一部,即全国人大常委会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,指在其他性质的法律中如民法、经济法、行政法等法律中附带规定犯罪和刑罚的条文。与国外的附属刑法不同,我国的所谓“附属刑法”都没有直接规定犯罪的构成要件和法定刑。在1979年至1997年间的附属刑法条文,被1997年《刑法》所吸收,本身已经丧失了效力。目前如在《银行法》或者是《公司法》等里面的罚则中会出现“有下列行为之一,构成犯罪的应当承担刑事责任”之类的文字,只是概况地对《刑法》条文进行重述,而没有对《刑法》进行补充,没有独立的实际意义,不是真正意义上的附属刑法。所以在我国刑法体系中,没有真正意义上的附属刑法。

二、刑法的机能

刑法的机能是刑法现实以及可能发挥的作用。作为社会统治的有效手段,刑法具有以下现实的机能:规制机能、法益保护机能、权利保障机能。

(一) 规制机能

是指通过对一定的犯罪,在刑法中规定相应的惩罚措施,来明确国家对该犯罪的规范性评价(法律态度)。学者们认为,这里的规范性评价既是对行为人的行为规范,也是对法官的裁判规范。作为行为规

范,刑法将一定的行为规定为犯罪,从而指出其应当受到的法律的谴责(评价机能),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。作为裁判规范,法官的定罪量刑活动都必须以刑法的明确规范为指导,禁止法外刑。

(二) 法益保护机能

刑法之所以能够得到人们的支持,从而在社会中发挥作用,就必须保护人们公认的、对于社会存续有意义的(值得法律保护的)利益。刑法保护的法益包括个体法益(生命、自由、财产)和超个体法益(国家法益和社会法益)。刑法的保护法益机能表明,犯罪的本质是侵犯刑法所保护的法益,因而刑法的最终目的是定位于保护法益。(与法益保护机能所表现出的刑法目的不同,规范机能论者认为刑法的目的不是保护法益,而是确证规范,即通过惩罚犯罪来确证遵守法律是值得的、正确的。)

(三) 权利保障机能

从历史上看,刑法既可以用来保护良民,也有可能被滥用以伤害他人。为了使公民个人的权利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。罪刑法定原则就是这样的人权保障条款:任何个人,只要没有犯罪行为,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都有明确的构罪和量刑规定,使司法人员不能在刑法之外寻求处罚的依据和标准,刑法成为“犯罪人的大宪章”。

第二节 刑法的基本原则

☞ 考点详述

一、罪刑法定原则(《刑法》第3条)

罪刑法定原则的基本含义:犯罪和刑罚,必须基于国民的意思,事先予以规定。对其经典表述是:“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚。”因此,不管行为人的行为在现实上造成多么重大的损害,也不管刑罚手段的使用有多么的迫切,如果不是《刑法》将该特定的行为规定为犯罪类型,那么这一行为就不可能构成犯罪,也不可以加以处罚。罪刑法定原则是现代刑法的生命。它既是司法机关适用刑法必须遵循的原则,也是立法机关制定刑法必须遵循的原则。罪刑法定原则既有沿革意义的思想渊源,更有现实意义的思想基础;既有形式的侧面,又有实质的侧面。

1801年德国著名刑法学家费尔巴哈在《巴伐利亚刑法典草案》中第一次提出了罪刑法定原则,首倡法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚。在1810年的《法国刑法典》中明确规定了这一原则,使罪刑法定由政治理想变成了刑法中的实体性规定。此时罪刑法定原则的目的是严格地限制法官的自由裁量权。通过二百多年的发展,罪刑法定原则有了新的内容,不再单纯地限制法官自由裁量权,还限制立法权。使二百多年前提出的这个原则,在今天仍然焕发着它的生命力。

(一) 罪刑法定原则的思想基础

罪刑法定原则严格意义上的思想渊源是三权分立学说和心理强制说。现代认为这一原则的思想基础是民主主义和尊重人权主义。

罪刑法定原则的现代思想基础之一是民主主义,由人民选举产生的代表组成立法机关来制定刑法,即刑法体现人民的意志。刑法一经制定,便由司法机关适用,司法机关适用刑法的过程,也是实现人民意志的过程。由于刑法是人民意志的体现,司法机关也不能随意解释刑法。司法机关的任务是忠实地执行法律,而不是评价或者篡改法律。这反映了形式法治的要求。这个思想基础也决定了罪刑法定原则的实质侧面。因为刑法的内容是由人民决定的,故立法机关不得制定违反人民意志的法律。最容易违反人民意志的,就是法律规定不明确和制定摧残人民的“恶法”。

尊重人权主义要求,法律必须使国民产生安定感,能够事先预测自己行为的性质与后果,即国民对法律有预测可能性。这就要求事先有成文法的规定,反对刑法溯及既往,并且法律规定必须是明确的,而不是含混的。由于刑法总是通过限制自由的手段来保护自由,所以刑法的处罚范围和处罚方式必须是合理的。

(二) 罪刑法定原则的基本内容(2012-2-3、2010-2-1)

1. 溯及既往的禁止(事前的罪刑法定)。即禁止重法(即不利于被告人的法律)溯及既往。

在一个相对静态的社会,生活习惯和道德准则对人们的日常行为具有很大的指引作用,法律也往往是在反映已经存在的行为规则。在这种时代,即使要求国民必须遵守行为时还没有制定的法律,也并不会严重损害国民的预测可能性。但是在充满变革的时代,人们对于未来的生活很难有准确的预测,要求国民遵守还不存在的法律几乎是不可能的事情,如果根据行为后才出现的法律处罚当时的行为,立法活动就变成了对国民的“伤害活动”,而不是规范国民行为的的活动。例如,法国大革命以后,革命者夺取了政权,制定了新的法律,如果这些新的法律还可以惩罚在革命前的行为,立法就变成了报复。也正是由于法国大革命的结果,导致有必要确立法律特别是刑法不溯及既往的原则。

总体上看,法不溯及既往是避免事后突袭性的恶化行为人的地位,使人民对于其行为之结果有预见可能性,而能确保其行为的自由。所以禁止事后法仅仅禁止不利于被告人的法律溯及既往,如果新法有利于被告人,则可以溯及既往适用新法。

但是程序法的变更并不受禁止溯及既往原则的限制。因为程序法的规定,本来就不是直接规定对于行为人刑罚的法律,不是对于人们的行为所作的价值判断规范。刑法不溯及既往,实质上是要保护行为人对于法律所确认的行为价值判断的信赖。而程序法的规定,是在实现实体法上价值判断规范的手段,其本身并不是对于行为的价值判断规定。

2. 排斥习惯法(成文的罪刑法定)。凡是刑法,必须是被立法者通过立法的方式所表现的。这个法律只有立法机关有权制定,在中国指的是全国人大及其常委会。国务院(最高国家行政机关)、最高人民法院和最高人民检察院(最高司法机关)是没有权力确定犯罪和刑罚的。不过最高行政机关和最高司法机关有权对法律进行解释。

例1:《刑法》第133条规定,构成交通肇事罪必须“违反交通运输管理法规”,而交通运输管理法规在绝大多数的情况下是一个行政法规。

例2:毒品的范围,也取决于行政法规。毒品的数量随着毒品犯罪分子科技的进步每天都在变化,人们日常熟悉的毒品就那几种,鸦片、海洛因、甲基苯丙胺、大麻、可卡因,但实际上在云南到目前发现的毒品已经达到246种。再如,枪支的定义在《中华人民共和国枪支管理法》出台之前也是公安部的《枪支管理规定》的内容。

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,需要判断的具体事实与法律规定的构成要件基本相似时,将后者的法律效果适用于前者。形式侧面的禁止类推解释,是禁止一切类推解释,但是同时从形式法治和实质法治的出发,则对禁止类推解释原则要进行适当的补充,即允许有利于被告人的类推(无罪类推)。之所以允许有利于被告人的类推,是因为刑法中存在一些有利于被告人的规定,但由于文字表述的缘故,按照字面意思适用会造成不公平现象。无罪类推虽然极其罕见,却是存在的。

例3:最高人民法院将“审判时怀孕的妇女”不得适用死刑这一规定进行了解释,“审判时”包含“羁押时”,“怀孕的妇女”包括“流产的妇女”。完全可以把它认定为是有利于被告人的类推解释。但是中国学界为了避免争议,认为最高人民法院只是做扩大解释,不做类推解释,所以把它称为扩大解释。

【注意】类推解释与扩大解释的区别:

类推解释是**承认概念与事例不同,但基于危害性相当,而将事例纳入概念范围。**

类推解释往往将需要判断的具体事实与法律规定的构成要件基本相似时,将后者的法律效果适用于前者。类推解释导致刑法的规定适用于相似的情况,而任何行为都可能和刑法规定的行为相似。正如“狗象猴子,猴子象猩猩,猩猩象人”,如果适用类推解释,则人和狗也是相似的。

在罪刑法定原则之下,解释刑法只能在立法文字可能具有的含义内进行解释,如果可以类推解释,则意味着成文刑法丧失了意义。

扩大解释指当刑法条文的字面通常含义比刑法的真实含义窄,于是**扩大概念的范围**,从而将具体的事例纳入法条的处理范围。扩大解释受到条文用语的严格限制,“不得超过口语的范围”(罗克辛)。

不具体分析某种行为是否符合刑法规定的构成要件,而是仅从整体上考察该行为的危害程度,是缺乏罪刑法定主义观念的类推思维表现。扩大解释与类推的区别是:扩大解释着眼于刑法规范本身,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。

类推解释从方法上就是被禁止的,对于扩大解释等其他解释方法,则只能从其解释理由与结论上判断是否违反罪刑法定原则。由于刑法中存在有利于被告人的规定,但是这些规定按照其文字含义适用时会造成不公平现象,所以允许有利于被告人的类推解释。

4. 刑罚法规的适当(确定的罪刑法定)。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。

明确性是指法律语言的表达使人能够确切地了解违法行为和惩罚的内容,准确地确定犯罪行为与非犯罪行为的范围。明确性是立法与解释共同完成的。有时立法并不是非常完整的,因为立法并不是需要对每个事情都完整的叙述,只是用一般的刑法理论也能够解释清楚的,就认为这样的立法是明确的。

例4:简单罪状的明确性。《刑法》第232条的故意杀人罪,它的说法很简单,用了五个字,“故意杀人的”,不能说这个法条是不明确的。

例5:不成文构成要件要素的明确性。盗窃多次财物数额较大,或者多次盗窃的,构成盗窃罪。但这样的规定少了一个要件——以非法占有为目的。一般人根据刑法理论会给它补上去。

禁止处罚不当罚的行为,就是指刑法只能将具有处罚根据或者值得科处刑罚的行为规定为犯罪,从而限制立法权。对于国民行使宪法权利的行为,不能仅因违反程序规定便以犯罪论处。对于没有具体受害人的不法行为或者自己是受害人的行为,不能轻易定罪。有些行为表面上看起来符合犯罪,但实际上被一个社会所认同的,则不能按照犯罪来处理。例如,安乐死可以分为消极安乐死和积极安乐死,直接安乐死和间接安乐死,只有直接安乐死才会有犯罪的问题,其他都不能按照犯罪来处理。对于极其稀罕的行为,即使侵害法益较为严重,也没有必要规定为犯罪。

绝对不确定的刑罚规定,赋予法官以无限制的自由裁量权,完全违背罪刑法定原则。所以现代各国的刑法都规定了相对确定的法定刑,法官必须以相对确定刑作为裁量依据,作出具体的裁量,即必须宣告具体的刑罚,而不能宣告不定期性。

(三) 罪刑法定原则下对刑法的解释(2009-2-51,58,2008-2-20)

刑法的解释是指对刑法条文的真实含义的说明。任何一种文字表达,都会因为文字本身的局限性和语境的改变而出现歧义或者意义含混的状况,对其进行符合生活、符合现实的解释就成为维持文字生命力的必由之路。刑法由文字组成,必然存在对文字进行符合生活的解释的问题。刑法的目的是保护法益,对刑法文字进行的解释也不能违背保护法益的目的。对刑法稳定性的追求,又要求对刑法的解释不能脱离立法用语本身可能具有的含义范围。对刑法的解释构成,应该是透过文字寻找正义的过程,既不能脱离文字,也不能背弃正义。

1. 依据解释效力的分类。刑法解释按其效力分为三种:立法解释、司法解释、学理解释。前两种称为正式的解释,即由被授权的国家机关在其授权范围内所作的解释,具有法律效力。学理解释又称非正式解释,是未经国家授权的国家机关、团体、个人对刑法所作的解释,不具有法律效力,但是对于刑事司法活动和立法活动都具有重要参考价值。

立法解释,是由立法机关所作的解释。通说认为包含三种情况:(1)刑法或者相关法律中所作的解释性规定,如《刑法》第91条对公共财产的解释。但实际上这种解释性规定本身就是立法,没有任何必要再将其评价为立法解释。将此类规定看作“立法解释”实质上是对立法在效力等级上的一种降低。同时提升了立法解释的地位,导致解释等同于立法。这种归类还会导致立法与立法解释没有界限,立法文字将无法实现对立法解释的限制。(2)在“法律起草说明”中所作的解释。由于立法机关表决通过的是刑法条文,而不是“起草说明”,这种“说明”参与到立法过程中,但本身却没有经过法律化的程序,也没有经过制定法律解释的程序,应该属于学理解释的范畴。(3)在刑法实行过程中,对发生歧义的规定所作的解释。如2004年12月29日全国人大常委会对信用卡规定的解释。只有这种解释才是严格意义上的立法解释。

司法解释,是指国家司法机关所作的解释。在我国具有普遍效力的司法解释,只能由最高人民法院

和最高人民法院就审判和检察工作中如何具体应用法律进行解释。目前司法解释的表达形式与刑法文本相同,本身存在需要再解释的问题。中国亟待出现判例形式的司法解释。目前最高人民法院制作的《中国刑事审判指导案例》,只是以全国各地法院的典型判决作为类似案件刑事审判的指导性文件,并不是由最高人民法院开庭审判的案件,判决书也不是由最高人民法院制作,难以承担判例式司法解释的任务。

2. 依据解释理由的分类。刑法理论一般将刑法解释方法分为文理解释和论理解释。文理解释,就是用条文用语的通常意义来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、标点等。论理解释,就是以法条在整个法律中的地位以及法条与其他法条之间的关系,对法条作出符合刑法目的的阐释的解释方法。但是此种分类并不能让学习者准确地掌握和应用刑法解释的方法。

日本刑法学界有一种分法是按照“解释的参照事项”与“条文的适用方法”来划分刑法的解释方法的。平义解释、宣言解释、扩大解释、缩小解释、反对解释、类推解释、比附、补正解释等属于条文的适用方法,又称解释技巧。文理解释、体系解释、历史解释、目的解释等属于解释的参照事项,又称解释理由。对一个刑法条文而言,只能采用一种解释技巧,如使用了扩大解释,在同一个词上就不能使用缩小解释。采用哪一种解释技巧,取决于解释理由,但是解释的理由针对同一个词可以出现多种。如对一个词的解释,可以既符合文字的要求(文理解释),也符合刑法的目的(目的解释)。

在多种解释理由并存并且存在矛盾的时候,文理解和目的解释具有决定性的作用。即文理解释的决定性在于:任何解释都不能超越文字可能具有的含义。目的解释的决定性在于:在对一个条文可以做出两种以上的解释结论时,只能采纳符合法条目的的解释结论。

(1)文理解释。就是用条文用语的通常意义来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、标点等。文理解释是基本的法学解释方法,但并不意味着是简单的解释方法。

例6:将盗窃罪对象的“公私财物”解释为“他人的财物”。就是人们对盗窃罪对象的通常理解,就是文理解释。

例7:《刑法》第358条第1款第4项规定:“强奸后迫使卖淫的”条文含义一般包括女子被男子强奸后迫使卖淫的情况,根据文字的本来含义,也包括男子被女子强奸后迫使卖淫的情况,这也属于文理解释。

例8:《刑法》第241条第2款规定:“收买被拐卖的妇女,强行与其发生性关系的,依照本法第二百三十六条的规定定罪处罚。”人们在生活中对“发生性关系”自然理解为性交,将“性关系”解释为性交就是文理解释。

(2)体系解释。即根据法条在整部刑法中的地位,联系相关法条之间的含义进行的解释。体系解释是进行深层次交流和深层次学习的必备工具,它是刑法解释中最重要的一种解释。体系解释的目的是避免断章取义。任何一种解释都是解决矛盾的解释,体系解释能够使法条之间的冲突得到协调。

例9:抢劫罪中规定,抢劫金融机构的,处10年以上有期徒刑、无期徒刑、死刑。在银行柜台里面抢保险柜中的钱是抢劫金融机构,那么在银行大厅里柜台外面抢劫储户的,是否成立抢劫金融机构?如张三取钱,刚把钱取出来就被李四给抢走了。解决这个问题,先要看一下《刑法》第264条盗窃罪中的“金融机构”是如何理解的。如张三在银行排队,看到前面一个储户拿着钱准备存钱,他悄悄地把它偷走了。我们所有的人都会认为,小贼在营业大厅里面把别人的钱偷走,只能是普通盗窃,而不是盗窃金融机构。那就意味着所谓盗窃金融机构,指的是盗窃金融机构承担财产损失风险的资金和有价值证券。同理在营业大厅里面发生的对储户的抢劫也只能定为普通抢劫。这里借用国际经济法的一个术语“FOB”,即越过船舷风险转移。在这里是“越过柜台风险转移”,一旦在柜台以外就不再属于银行承担风险的范围了。

刑法分则的罪名也考虑了体系性解释的要求。但是也有四个例外:第一个例外是枪支犯罪。枪支犯罪被规定在刑法分则第二章“危害公共安全罪”中。实际上枪支犯罪在很多的情况下,并不能够危害公共安全。例如,非法持有枪支罪,根据司法解释,非法持有军用步枪、火药枪一支,气体步枪两支的,就构成此罪既遂。但是没有子弹实际上也无法具体地危害公共安全。但是将此类罪排列在危害公共安全罪中,危害公共安全罪中的故意犯罪的法定刑大多有死刑,会导致枪支犯罪里面的法定刑里面也有死刑。

法条和法条之间是有攀比的,就像同桌和同桌之间有攀比是一样的。第二个例外是重婚罪,规定在刑法分则第四章“侵犯公民人身权利和民主权利罪”中。很显然一个人娶两个老婆或者一个女子嫁两个丈夫,没有侵犯民主权利。如果认为重婚罪侵犯的客体是个人所拥有的配偶权,则配偶权比起生命、性自主权、行动自由、重大健康,是一个相对不重要的人身权,是完全可以被权利人放弃的,最典型的放弃配偶权的方式是离婚。如果认为重婚罪侵犯的配偶权的话,会导致在权利人放弃配偶权的情况下重婚无罪。如某男子娶了姐妹两个做老婆,姐妹俩还很高兴。此男子的配偶已经放弃了配偶权,愿意和别人分享丈夫。但是这种行为难以被国民认同,刑法仍然按照重婚罪来处理。这就意味着,行为人所侵犯的是超越私权利的一夫一妻制度,而不仅是配偶权。第三个例外是刑法分则第六章“妨害社会管理秩序罪”的第二节“妨害司法罪”,妨害司法的犯罪与社会秩序没有直接的关系。最后一个例外是故意泄露国家秘密罪和过失泄露国家秘密罪,规定在刑法分则第九章“渎职罪”中,实际上任何一个年满16周岁的非精神病人都可以构成这两种罪,并不需要有法定的职务。

(3)历史解释。根据制定刑法的历史背景以及刑法发展的源流,阐明刑法条文真实含义的解释方法。

例10:《刑法》第237条规定的强制猥亵、侮辱妇女罪里“猥亵”和“侮辱”之间的区别:有人认为同性之间可称“侮辱”,异性之间可用“猥亵”。通过历史解释会发现其实很简单,我国在1979年的刑法中规定了流氓罪,其中规定了三种行为模式:第一,聚众斗殴;第二,寻衅滋事;第三,公然侮辱妇女。在1997年的刑法中将流氓罪分解成三个罪:聚众斗殴构成聚众斗殴罪,寻衅滋事构成寻衅滋事罪,公然侮辱妇女属于强制猥亵妇女罪。但是当立法者认为司法者不一定很清楚猥亵的确切含义,可能会出现认为强制猥亵妇女是犯罪而强制侮辱妇女就不构成犯罪的理解。于是在猥亵的后面加了两个字——“侮辱”,用来强化说明“猥亵”。于是此处的“侮辱”就等于“猥亵”,没有区别。

(4)比较解释。即将刑法的相关规定或者外国的立法、判例作为参考资料,借以阐明刑法真实含义的解释方法。比较解释可以帮助我们更好地借鉴别人的成就,精确地理解本部刑法。中国刑法受日本刑法的影响是很深的。日本的刑法本身也代表了大陆法系的一种发展方向。

例11:对组织卖淫罪中的“卖淫”的解释,利用其他刑法会有很好的理解。在南京鼓楼区,一李姓男子组织男子向男同性恋卖淫,李某是否构成组织卖淫罪?争论的核心在于同性卖淫,算不算组织卖淫罪中的“卖淫”。公安部的解释是:以营利为目的,出卖肉体的行为。根据这个解释,无论是同性卖淫还是异性卖淫,无论是无性人卖淫还是两性人卖淫,只要是人就可以了,不包含动物在内。但是即使有了公安部的解释还是有模糊的地方,主要是对“出卖肉体”的理解,给10元钱可以摸摸手算“卖淫”吗?澳门刑法中对“卖淫”的解释就非常有利于对案件的界定,它认为,卖淫是以营利为目的,出卖肉体,足以满足他人性欲,或者对于满足他人的性欲具有相当重要性的行为。如果达不到这个程度,则只能叫做普通的色情行为,而不得认为是卖淫。这里就把刑法的“卖淫”和生活中的“色情”区分开来了。

(5)目的解释。是指根据刑法规范的目的,阐明刑法条文真实含义的解释方法。进行目的解释,意味着发掘文字背后的事实目的。当时代发生变化之后,法条文字虽然依旧,但是法条文字背后的目的可能发生改变。这种新的目的是法律条文真实含义的创造者。

3. 依据解释技巧的分类。

(1)平义解释。针对法律用语中的日常用语而言,即按照该用语最平白的字义进行解释。对专门的法律术语是不能进行平义解释的。单纯对法条用语进行平义解释就是合理的时候,就意味着该法条不需要解释。

(2)宣言解释。解释者通过体系解释、历史解释等,主体性地确定不明确的法律用语的含义。简单地说,就是给一个词下定义,如“盗窃指的是以非法占有为目的,以和平的方式违背被害人意志破坏他人对财物的持有,并建立新的持有的行为。”宣言解释是以文理解释为前提的。

(3)扩大解释。即刑法条文的字面通常含义比刑法的真实含义窄,于是将字面意思扩大,使其符合刑法的真实含义。

刑法中的有些情况又须进行扩张解释,如故意毁坏财物罪。最典型的毁坏财物,是将物品毁损,如把

粉笔掰断。但故意毁坏财物罪真正的含义是保护主人对财物效能的利用。财物之所以对人们有用是因为财物具有使用价值,一旦行为是破坏物的使用价值,即使物本身没有从物理上被破坏,也可以按照故意毁坏财物罪来处理。

(4)缩小解释。又叫限缩解释,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。缩小解释在刑法中大量存在,它比扩大解释更加常见。

例12:最典型的限制解释是《刑法》第111条规定的为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密情报罪。“情报”本身的范围广,它的同义词是信息。如今天北京要下雨,就是一条情报。在定罪时要把“情报”限制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。

(5)补正解释。即在刑法文字发生错误时,统观刑法全文加以补正,以阐明刑法的真实含义的解释方法。就如张三造了一口锅,造好锅以后发现这个锅有一个裂痕。张三只有两个办法:第一,把这个锅打烂了重造一口锅。第二,请一个好的锅匠给它补一补。在刑法上,如果发现《刑法》中有一个地方写错了,违背了立法者的原意,则用解释将其改正过来,就是补正解释。

例13:认为《刑法》第63条中的“以下”不包含本数,就是补正解释。《刑法》第99条,“本法所称以上、以下、以内都包含本数在内”。《刑法》第63条规定,“减轻处罚指的是在法定刑幅度以下执行”。这个“以下”是不可以包含本数的,一旦包含本数就会导致从轻和减轻没有区别。而对犯罪人获得从轻还是减轻的待遇却是有明确的区别性要求的。

二、平等适用刑法原则(《刑法》第4条)

平等适用刑法,意味着刑法在应当得到适用的所有场合,都予以严格适用。平等适用刑法是保障公民自由,实现法治的要求。国民的自由以其能够准确预测自己行为的性质和后果为前提。纸面上的法律需要实践中司法的确证。事先颁布的刑法只是用文字对原则所作的不完善的表达,法院的判决中对这些原则的遵循更甚于用文字的表达;国民对活生生的判决的解读,比单纯对成文刑法的解读更具有有效性;法律经过司法机关的确证后,才会使国民更确信法律,从而具有实质的预测可能性。平等适用刑法保护法益的要求。核心意思是相同的法益应该受到相同的保护,相同的行为受到相同的对待。不平等适用刑法,就意味着一部分法益得不到刑法的保护。

三、罪刑相适应原则(《刑法》第5条)

罪刑均衡要求立法和司法以行为人客观行为的侵害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。

罪刑均衡原则,要求设立合理的刑罚体系。首先要注意什么是合理的刑罚体系。既然重罪是要受重判的,轻罪是要轻判的,罪是由轻到重阶梯式排列的,那么刑也必须是由轻到重呈阶梯分布的。中国的刑罚体系符合由轻到重的无缝衔接。最轻的主刑是管制,是限制自由刑;紧接着是比较轻的剥夺自由刑,1个月以上6个月以下的拘役。拘役的6个月上限正好与有期徒刑的6个月下限相衔接。有期徒刑的15年的上限正好与无期徒刑相衔接,无期徒刑和死刑相衔接。

😊 本节归纳总结:.....

核心考点为罪刑法定原则;掌握刑法解释理论的基本内容;掌握类推解释与扩大解释的区别。

第三节 刑法的适用范围

☞ 考点详述

一、刑法的空间效力

刑法的空间适用范围即空间效力要解决的是刑罚在什么地域、对什么人适用的问题。根据我国刑法的规定,管辖原则分为属地管辖、属人管辖、保护管辖和普遍管辖,其中属地管辖和属人管辖是两个基本原则,其他原则是对这两个原则的补充和发展。

(一)对国内犯的适用原则:属地管辖(《刑法》第6条)

在我国领域内犯罪的,除法律有特别的规定的以外,都适用本部刑法。

第一,“领域”的含义,既包括领土也包括领水与领空,还包括我国领域的延伸——不论何地,只要悬

挂我国国旗的航空器与船舶,都属于我国刑事管辖的“领域”。但是悬挂着中华人民共和国国旗的列车,中华人民共和国刑法就不享有属地管辖权。船只和航空器存在管辖真空的问题。中国一架飞机要飞到美国去,在飞跃太平洋的时候是在公海上空,不属于任何一个国家的领空,所以这个时候,旗国法原则就变得非常重要。虽然我国刑法没有像有些国家(如日本)那样,在法律中规定我国驻外使领馆的刑事管辖权,但是根据国际上的通行做法,发生在我国驻外使领馆的犯罪也视为在我国刑事管辖的“领域”内。注意,有某种管辖权并不意味着就是国际法上的“领土上的主权”。

第二,属地原则之“地”既包括行为地也包括结果地,而且二者只要具备其一即可(遍在说)。要特别注意在未遂犯的情况下,行为地和行为人希望结果发生地或者可能发生结果之地,都是犯罪地。在共犯场合,共同犯罪行为有一部分发生在本国领域或者共同犯罪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。

例1:张三在广西的一个农村对着越南的一个居民开了一枪,行为发生在中国,结果出现在越南,中华人民共和国刑法仍然享有属地管辖的权利。

例2:李四从越南开枪向中国的广西农村射击,死亡的结果出现在中国的广西,中华人民共和国刑法也享有属地管辖的权利。

这种属地管辖的原则是一个国家主权原则的体现,对于传统的国家而言,主权原则都有一种无限扩张的冲动:能管就管。所以对于未遂犯,即结果可能发生或者希望发生在中国的案件,中国刑法也有属地管辖权。

例3:在日本的甲知道乙要去中国旅游,遂在东京机场交付乙带毒的饼干,希望在路途中乙用饼干充饥,毒死在中国。但是乙没有食用毒饼干,而是遗失了毒饼干。对于这个故意杀人罪未遂而言,行为地发生在日本的东京,但结果的可能发生地在中国。对于这样一个故意杀人罪未遂的案件,中华人民共和国刑法享有属地管辖权。

网络犯罪的管辖地具有独特性。网络犯罪的行为可以在本国,结果却可能发生在全世界,如传播淫秽物品。对网络犯罪适用属地管辖原则,最棘手的就是如何看待此种犯罪的“结果地”。如果对“结果发生地”不加限制,则会出现大量的依《刑法》应该管辖,但现实上难以管辖的情况。目前对此还没有成熟的立法可供借鉴。

第三,属地原则之运用有一个具有实质性的例外,即《刑法》第11条规定:对有外交特权或外交豁免权的外国人在我国领域内犯罪的,通过外交途径解决。千万别再理解为“不适用我国刑法”。有可能适用也可能不适用,要看外交途径解决的结果来定。通过外交途径解决的结果可能是适用我国的刑法,也可能是不适用我国的刑法。

还需注意:(1)不适用刑法典及其他具有普遍效力的刑事法律的情况:港、澳、台地区。(2)不适用刑法典的情况:特别刑法的规定。(3)不适用刑法典部分条文的情况:民族自治地区制定变通或者补充规定时。

(二)对国外犯的适用原则

1. 属人原则(《刑法》第7条)。这里的“人”即本国公民,是针对我国公民在国外犯罪的情形:凡是中华人民共和国国家工作人员和军人的,一律适用我国刑法,其他普通公民,一般适用我国刑法(即原则上都适用我国刑法,但犯轻罪的——法定最高刑为三年以下,可以不予追究。即有限制的属人管辖原则)。只要是中华人民共和国的公民,无论走到哪里,都必须模范地遵守中华人民共和国刑法。

例4:在中国聚众赌博,开设赌场,或者以赌博为业的,是可以构成赌博罪的,但是在美国的拉斯维加斯却是合法的。但是一个中国人到拉斯维加斯,实施《刑法》第303条的行为,回国以后,严格来说,就可以追究他赌博罪的刑事责任。因为中国的刑法视美国刑法为一个事件,而不把它当作一个法律来看待。

刑法跟民法是不一样,民法并不代表严格的主权,而刑法则代表主权。到拉斯维加斯去赌博是可以构成赌博罪的,但到香港和澳门去赌博就不构成犯罪,因为香港刑法和澳门刑法是中国刑法不可分割的一个部分,特殊法是要优于一般法的。

例5:在泰国,一个13岁的女孩卖淫是合法的。一个男子与一个13岁的女孩发生卖淫嫖娼的关系,

并不认为是犯罪。但是一个中国男子到泰国,和一个不满14岁的女孩子发生卖淫嫖娼关系,回来就应当追究嫖宿幼女罪的刑事责任。

例6:一个中国人到阿拉伯世界,有些国家一个男子是可以娶四个老婆的,于是高高兴兴地娶了三房夫人,回国就应该按照重婚罪追究责任。

当然完全适用属人管辖原则是很难的,也会造成我国公民在外国生活的混乱,因为他也有遵守当地法律的义务,而当地法律很可能和我国法律是相冲突的,所以也有理论认为对我国的属人管辖原则应进一步进行限制(如考虑适用“双重犯罪”标准)。

2. 保护原则(《刑法》第8条)。是针对外国人在国外犯罪的情形,它的适用是有严格条件限制的,即应当同时遵循三个条件:(1)侵犯的是我国国家或公民的利益;(2)行为人的行为是重罪;(3)双重犯罪原则。这可称为“有限制的保护管辖原则”。

重罪,根据刑法的明文规定,指的是要判处的刑罚法定最低刑在三年以上。例如,强奸罪,“处三年以上十年以下有期徒刑”;抢劫罪,“处三年以上十年以下有期徒刑”;绑架罪,“处十年以上有期徒刑、无期徒刑”,法定最低刑都在三年以上。再如,盗窃罪数额巨大的,“处三年以上十年以下有期徒刑”,法定最低刑也在三年以上。对这样的犯罪是要追究责任的。但是盗窃罪数额较大,而不是巨大,是“处三年以下有期徒刑、拘役、管制,单处或并处罚金”,则不再追究刑事责任。再如,故意伤害罪,如果是重伤,“处三年以上十年以下有期徒刑”,是要追究刑事责任的,但是轻伤是“处三年以下有期徒刑或者拘役或者管制”,就不再追究了。双重犯罪原则指行为人的行为根据中华人民共和国刑法是犯罪,根据行为地的法律也是犯罪,满足了行为地和我国两部刑法成立犯罪的要求,但不需要罪名相同。

例7:一个中国人到泰国,与世界上任何一个不满14周岁的女子发生卖淫嫖娼关系,回国以后都要定嫖宿幼女罪。

例8:如果一个日本人到泰国,与一个13岁的中国女孩发生卖淫嫖娼关系,他侵犯的是中国人的利益,此时根据中国的刑法已经构成嫖宿幼女罪,但是却不能根据我国刑法追究此日本人的刑事责任。因为根据行为地的法律,他的行为不是犯罪。

3. 普遍管辖原则(《刑法》第9条)。为保护世界各国共同的利益,认为凡是国际条约所规定的侵犯各国共同利益的犯罪,无论犯罪人的国籍与犯罪地的属性,缔约国或参加国发现犯罪在其领域内时便行使刑事管辖权。针对的对象是国际犯罪,而且是在前面三个管辖原则都不能适用的情形下才有普遍管辖原则适用的余地,对于国际犯罪应根据国际法知识来确认。

普遍管辖原则适用的犯罪行为和中国其实是没有任何关系的,但中国基于承担国际条约的义务而进行刑事管辖。虽然管辖的依据是国际条约,但是对犯罪人适用的实体法根据仍然是国内刑法,而不是国际条约。因为国际条约并没有对罪行规定法定刑,而是要求缔约国或者参加国将国际条约所列的罪行规定为国内刑法上的犯罪。

(三)对外国判决的承认(《刑法》第10条)

我国所采取的四种管辖原则,而其他国家也大多同时采取了这些管辖原则,就会出现若干国家对同一犯罪具有刑事管辖权的现象。

例9:一艘悬挂着中国国旗的商船,停泊在纽约港,船上一个泰国人杀死了一个日本人。此案件的刑事管辖权就会涉及四个国家。首先,纽约港属于美利坚合众国的领土,美国警察当然有属地管辖权,所以美国的警察可以把此人抓到美国的法院去审判。根据美国纽约州法律认定为一级谋杀罪,假设被判处有期徒刑自由刑十年。十年期满后,此人又到了中国,由于他的犯罪地在悬挂中国国旗的商船上,所以中华人民共和国刑法也是享有属地管辖权的,中国的刑法将美国刑法当作一个事实,而不当作一个法律,根据《中华人民共和国刑法》第232条,再给他定故意杀人罪,假设判处有期徒刑十年。他从中国的监狱里面服刑十年以后出来又去了日本,日本说在20年前你杀的是我们日本人,假如没有超过追诉时效,根据保护原则,可以根据日本的刑法定杀人罪再判处有期徒刑十年。结果此人在监狱里面服刑30年以后终于回到了泰国,而根据属人管辖的原则,无论走到哪里犯的罪,如果没有过追诉时效泰国刑法都要处罚。在这里不存在管辖权的冲突,而是管辖权的重叠。对“一事不再理”的原则并没有强行遵从的要求。

在实际操作中,我国刑法对外国判决采取了消极承认的态度,《刑法》第10条规定,虽然经过外国审判,仍然可以依照本法追究。即外国的刑事判决不制约本国行使审判权。外国裁判是基于外国的司法权而做出,与本国主权不相容,在法律上只能将外国裁判当作一种事实状态,而不能认为具有法律效力。但是外国已经受过刑罚处罚的,可以免除或者减轻处罚。即对于外国刑事判决和刑罚执行的事实,给予考虑,避免对被告人的过分不公平。既坚持主权独立的原则,又兼顾了刑罚的目的。

二、刑法的时间效力

(一)刑法时间效力的概念

刑法时间效力指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、溯及既往的效力(溯及力)。

(二)刑法的溯及力(《刑法》第12条)

刑法时间适用范围,也称刑法的时间效力,主要解决的是刑法在何时生效、在何时失效以及对其生效前的行为有无追溯效力。其中最重要的是刑法的溯及力问题。

1. 刑法(包括修正案)的溯及力。刑法的溯及力所要解决的问题是,刑法生效后,对它生效前未经审判或者判决未确定的行为是否具有追溯适用效力。根据罪刑法定原则,定罪判刑应以行为时有法律的明文规定为限。行为人只能根据行为时的有效法律预见其行为后果。行为之后才实施的法律原则上不能对该行为有效,但如果法律发生变更时,又考虑到有利于被告人的原则,故产生刑法时间效力的“从旧兼从轻”规则。即首先考虑行为时法律;当行为时法律和审判时法律不一致时,选择最有利于被告人的法律。

首先,要考虑的是适用旧法即行为当时的法律规定。

其次,当新旧法规定不同时,适用新法的基本条件是其处罚较轻或不认为是犯罪,即轻法可以溯及既往。处罚轻重的比较应当以法定刑轻重为依据。

【疑难辨析】法定刑轻重如何鉴别?

- (1) 首先比较法定最高刑,法定最高刑高的是重法条。
- (2) 法定最高刑相同的,比较法定最低刑,法定最低刑高的为重法条。
- (3) 一个法条(罪)有数个法定刑幅度的,在案件该当的幅度内比较刑罚的轻重。

再次,刑法溯及力适用的对象只能是未决犯(即未决的案件),对于已决犯则不适用。按照审判监督程序审理的案件,适用原判决中依据的法律。

最后,有关犯罪人的追诉时效、立功、自首、累犯、缓刑、假释等刑罚适用,也适用从旧兼从轻的处理原则(例外:禁止令和死缓限制减刑适用从新原则)。

2. 跨法连续犯、跨法继续犯、跨法累犯、跨法数罪并罚的法律适用。行为跨越新旧两部法律,但需要从整体上解决最终的刑事责任时,一律按照新法处理。

例如,曾被判处有期徒刑以上刑罚,或者曾犯危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪,在2011年5月1日以后再犯罪的,是否构成累犯,适用修正后刑法的规定。

例10:甲于1998年犯组织、领导黑社会性质组织罪,2008年刑满释放。于2011年5月又犯恐怖活动犯罪。

由于甲的新罪发生在2011年5月1日以后,《刑法修正案八》生效,所以对甲应该适用《刑法修正案八》关于特别累犯的规定,甲成立特别累犯。

例11:周某于2009年犯盗窃罪、2010年犯抢劫罪、2011年5月4日犯强奸罪,法院分别判处周某盗窃罪15年有期徒刑、抢劫罪15年有期徒刑、强奸罪15年有期徒刑。

由于周某的最后一个行为发生在2011年5月1日以后,《刑法修正案八》生效,所以对周某应该适用《刑法修正案八》关于数罪并罚上限的规定,即数罪总和刑期在35年以上的,数罪并罚不超过25年,此时对周某数罪并罚不得超过有期徒刑25年。

3. 司法解释的溯及力。司法解释实施前发生的行为,行为实施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。如果存在新旧司法解释冲突的,依照从旧