

2009_年

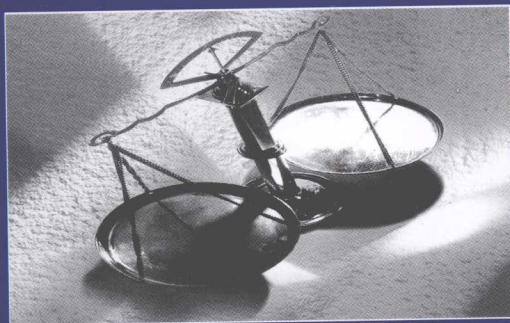
国家司法考试辅导用书

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

(2009 年修订版)

法律出版社

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:2009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,2009.4

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9449 - 3

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第051141号

© 法律出版社·中国

责任编辑/宋杰鹏等

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/北京中科印刷有限公司

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/2009年5月第1版

印张/44.75 字数/1121千
印次/2009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 - 5036 - 9449 - 3

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、性质和体系	1
第二节 刑法的基本原则	4
第三节 刑法的适用范围	6
第二章 犯罪概说	10
第一节 犯罪的概念	10
第二节 犯罪的分类	13
第三节 犯罪论体系	14
第三章 构成要件该当性	17
第一节 构成要件该当性概述	17
第二节 主体	19
第三节 行为	20
第四节 对象	23
第五节 结果	24
第六节 因果关系	25
第四章 违法性	29
第一节 违法性概述	29
第二节 正当防卫	31
第三节 紧急避险	35
第四节 其他违法阻却事由	36
第五章 有责性	39
第一节 有责性概述	39
第二节 责任能力	39
第三节 故意责任	41
第四节 过失责任	46
第五节 目的与动机	48
第六节 责任阻却事由	48

第六章 犯罪的未完成形态	52
第一节 犯罪的未完成形态概述	52
第二节 犯罪预备	53
第三节 犯罪未遂	54
第四节 犯罪中止	56
第七章 共同犯罪	59
第一节 共同犯罪概述	59
第二节 共同犯罪的成立条件	60
第三节 共同犯罪的形式	62
第四节 共犯人的分类及其刑事责任	63
第五节 共同犯罪的特殊问题	65
第八章 单位犯罪	69
第一节 单位犯罪概述	69
第二节 单位犯罪的定罪	70
第三节 单位犯罪的处罚	72
第九章 罪数	74
第一节 罪数的区分	74
第二节 实质的一罪	75
第三节 法定的一罪	76
第四节 处断的一罪	77
第十章 刑罚概说	80
第一节 刑罚的概念	80
第二节 刑罚的目的	81
第十一章 刑罚的体系	83
第一节 刑罚的体系概述	83
第二节 主刑	84
第三节 附加刑	87
第十二章 刑罚的裁量	91
第一节 量刑概述	91
第二节 量刑情节	92
第三节 量刑制度	101
第十三章 刑罚的执行	107
第一节 刑罚执行概述	107
第二节 减刑制度	108
第三节 假释制度	110
第十四章 刑罚的消灭	113
第一节 刑罚的消灭概述	113
第二节 时效	114
第三节 赦免	116

第十五章 罪刑各论概说	117
第一节 刑法分则的体系	117
第二节 刑法分则的条文结构	118
第三节 刑法分则的法条竞合	121
第十六章 危害国家安全罪	124
第一节 重点罪名	124
第二节 普通罪名	125
第十七章 危害公共安全罪	126
第一节 重点罪名	126
第二节 普通罪名	133
第十八章 破坏社会主义市场经济秩序罪(1):生产、销售伪劣商品罪	134
第一节 重点罪名	134
第二节 普通罪名	137
第十九章 破坏社会主义市场经济秩序罪(2):走私罪	138
第一节 重点罪名	138
第二节 普通罪名	141
第二十章 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	142
第一节 重点罪名	142
第二节 普通罪名	144
第二十一章 破坏社会主义市场经济秩序罪(4):破坏金融管理秩序罪	145
第一节 重点罪名	145
第二节 普通罪名	147
第二十二章 破坏社会主义市场经济秩序罪(5):金融诈骗罪	149
第一节 重点罪名	149
第二节 普通罪名	154
第二十三章 破坏社会主义市场经济秩序罪(6):危害税收征管罪	156
第一节 重点罪名	156
第二节 普通罪名	160
第二十四章 破坏社会主义市场经济秩序罪(7):侵犯知识产权罪	161
第一节 重点罪名	161
第二节 普通罪名	164
第二十五章 破坏社会主义市场经济秩序罪(8):扰乱市场秩序罪	165
第一节 重点罪名	165
第二节 普通罪名	170
第二十六章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	171
第一节 重点罪名	171
第二节 普通罪名	188
第二十七章 侵犯财产罪	189
第一节 重点罪名	189

第二节 普通罪名	211
第二十八章 妨害社会管理秩序罪(1):扰乱公共秩序罪	212
第一节 重点罪名	212
第二节 普通罪名	216
第二十九章 妨害社会管理秩序罪(2):妨害司法罪	218
第一节 重点罪名	218
第二节 普通罪名	221
第三十章 妨害社会管理秩序罪(3):妨害国(边)境管理罪	222
第一节 重点罪名	222
第二节 普通罪名	223
第三十一章 妨害社会管理秩序罪(4):妨害文物管理罪	225
第一节 重点罪名	225
第二节 普通罪名	226
第三十二章 妨害社会管理秩序罪(5):危害公共卫生罪	227
第一节 重点罪名	227
第二节 普通罪名	228
第三十三章 妨害社会管理秩序罪(6):破坏环境资源保护罪	229
第一节 重点罪名	229
第二节 普通罪名	231
第三十四章 妨害社会管理秩序罪(7):走私、贩卖、运输、制造毒品罪	232
第一节 重点罪名	232
第二节 普通罪名	235
第三十五章 妨害社会管理秩序罪(8):组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	236
第一节 重点罪名	236
第二节 普通罪名	238
第三十六章 妨害社会管理秩序罪(9):制作、贩卖、传播淫秽物品罪	239
第一节 重点罪名	239
第二节 普通罪名	240
第三十七章 危害国防利益罪	242
第一节 重点罪名	242
第二节 普通罪名	243
第三十八章 贪污贿赂罪	244
第一节 重点罪名	244
第二节 普通罪名	256
第三十九章 渎职罪	258
第一节 重点罪名	258
第二节 普通罪名	263
第四十章 军人违反职责罪	265
第一节 重点罪名	265

第二节 普通罪名	266
----------	-----

刑事诉讼法

第一章 刑事诉讼法概述	267
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	269
第三节 刑事诉讼的基本理念	269
第四节 刑事诉讼的基本范畴	270
第二章 刑事诉讼法的基本原则	274
第一节 基本原则概述	274
第二节 侦查权、检察权、审判权由专门机关依法行使	274
第三节 严格遵守法律程序	275
第四节 人民法院、人民检察院依法独立行使职权	275
第五节 分工负责,互相配合,互相制约	276
第六节 人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督	276
第七节 各民族公民有权使用本民族语言文字进行诉讼	277
第八节 犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护	277
第九节 未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪	277
第十节 保障诉讼参与人的诉讼权利	278
第十一节 具有法定情形不予追究刑事责任	278
第十二节 追究外国人刑事责任适用我国刑事诉讼法	279
第三章 刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人	280
第一节 刑事诉讼中的专门机关	280
第二节 诉讼参与人	284
第四章 管辖	292
第一节 立案管辖	292
第二节 审判管辖	294
第三节 特殊情况的管辖	297
第五章 回避	299
第一节 回避的概念和适用人员	299
第二节 回避的理由与种类	299
第三节 回避的程序	301
第六章 辩护与代理	303
第一节 辩护人	303
第二节 辩护的种类	308
第三节 法律援助制度	310
第四节 刑事代理	310

第七章 刑事证据	314
第一节 刑事证据的概念和意义	314
第二节 刑事证据的种类	316
第三节 刑事证据的分类	323
第四节 刑事诉讼证明	326
第八章 强制措施	330
第一节 强制措施概述	330
第二节 拘传、取保候审、监视居住	332
第三节 拘留	338
第四节 逮捕	340
第九章 附带民事诉讼	346
第一节 附带民事诉讼概述	346
第二节 附带民事诉讼当事人	347
第三节 附带民事诉讼的提起	348
第四节 附带民事诉讼的审判	350
第十章 期间、送达	353
第一节 期间	353
第二节 送达	357
第十一章 立案	359
第一节 立案的概念和意义	359
第二节 立案的材料来源和条件	360
第三节 立案程序和立案监督	362
第十二章 侦查	366
第一节 概述	366
第二节 侦查行为	369
第三节 侦查终结	375
第四节 人民检察院对直接受理案件的侦查	377
第五节 补充侦查	379
第六节 侦查监督	380
第十三章 起诉	382
第一节 起诉的概念和意义	382
第二节 提起公诉的程序	383
第三节 提起自诉的程序	392
第十四章 刑事审判概述	395
第一节 刑事审判的概念和任务	395
第二节 刑事审判的模式	397
第三节 刑事审判的原则	400
第四节 审级制度	404
第五节 审判组织	405

第十五章 第一审程序	411
第一节 第一审程序概述	411
第二节 公诉案件第一审程序	411
第三节 自诉案件第一审程序	423
第四节 简易程序	425
第五节 判决、裁定和决定	428
第十六章 第二审程序	436
第一节 第二审程序的概念	436
第二节 第二审程序的提起	436
第三节 第二审程序的审判	440
第四节 对扣押、冻结在案财物的处理	449
第五节 在法定刑以下判处刑罚的核准程序	449
第十七章 死刑复核程序	451
第一节 死刑复核程序概述	451
第二节 判处死刑立即执行案件的复核程序	452
第三节 判处死刑缓期二年执行案件的复核程序	456
第十八章 审判监督程序	458
第一节 审判监督程序的概念和特点	458
第二节 审判监督程序的提起	458
第三节 依照审判监督程序对案件的重新审判	463
第十九章 执行	467
第一节 执行概述	467
第二节 各种判决、裁定的执行程序	467
第三节 执行的变更程序	470
第四节 对新罪和申诉的处理	474
第五节 人民检察院对执行的监督	475
第二十章 未成年人刑事案件诉讼程序	478
第一节 概述	478
第二节 未成年人刑事案件诉讼程序的特有原则	480
第三节 未成年人刑事案件诉讼程序的特点	481
第二十一章 涉外刑事诉讼程序与司法协助制度	485
第一节 涉外刑事诉讼程序	485
第二节 刑事司法协助	489

行政法与行政诉讼法

第一章 行政法概述	491
第一节 行政法的基本概念	491

第二节 行政法的法律渊源	493
第三节 行政法的基本原则	494
第二章 行政组织与公务员	497
第一节 行政组织法概述	497
第二节 中央国家行政机关	498
第三节 地方国家行政机关	500
第四节 实施行政职能的非政府组织	501
第五节 公务员	503
第三章 抽象行政行为	509
第一节 抽象行政行为概述	509
第二节 行政法规	510
第三节 规章和有普遍约束力的决定、命令	513
第四章 具体行政行为概述	518
第一节 具体行政行为的概念	518
第二节 具体行政行为的成立和效力	520
第三节 具体行政行为的一般合法要件	523
第五章 行政许可	526
第一节 行政许可概述	526
第二节 行政许可的设定	526
第三节 行政许可的实施机关	527
第四节 行政许可的实施程序	527
第五节 行政许可的费用	528
第六节 监督检查	528
第六章 行政处罚	529
第一节 行政处罚概述	529
第二节 行政处罚的种类与设定	530
第三节 行政处罚的实施机关、管辖与适用	531
第四节 行政处罚的程序	533
第五节 治安管理处罚	535
第七章 行政强制	538
第一节 行政强制措施	538
第二节 行政强制执行	539
第八章 行政合同与行政给付	541
第一节 行政合同	541
第二节 行政给付	543
第九章 行政程序与政府信息公开	545
第一节 行政程序概述	545
第二节 行政程序的基本制度	546
第三节 政府信息公开制度	547

第十章 行政复议	550
第一节 行政复议概述	550
第二节 行政复议范围	551
第三节 行政复议参加人和行政复议机关	551
第四节 行政复议的申请与受理	554
第五节 行政复议的审理、决定和执行	556
第十一章 行政诉讼概述	563
第一节 行政诉讼的概念和特征	563
第二节 行政诉讼法	566
第三节 行政诉讼的基本原则	569
第十二章 行政诉讼的受案范围	575
第一节 概述	575
第二节 应予受理的案件	578
第三节 不予受理的案件	585
第十三章 行政诉讼的管辖	589
第一节 行政诉讼管辖概述	589
第二节 级别管辖	590
第三节 地域管辖	591
第四节 裁定管辖	593
第十四章 行政诉讼参加人	595
第一节 概述	595
第二节 行政诉讼的原告	596
第三节 行政诉讼的被告	599
第四节 行政诉讼的第三人	602
第五节 共同诉讼人	603
第六节 诉讼代理人	605
第十五章 行政诉讼程序	607
第一节 起诉与受理	607
第二节 行政诉讼的第一审程序	611
第三节 行政诉讼的第二审程序	613
第四节 行政诉讼审判监督程序	615
第十六章 行政诉讼的特殊制度与规则	617
第一节 行政诉讼证据	617
第二节 行政诉讼的法律适用	624
第三节 行政案件审理中的特殊制度	628
第四节 涉外行政诉讼	632
第十七章 行政案件的裁判与执行	634
第一节 行政诉讼的判决、裁定与决定	634
第二节 行政诉讼的执行与非诉行政案件的执行	639

第十八章 国家赔偿概述	645
第一节 国家赔偿责任	645
第二节 国家赔偿法	646
第三节 国家赔偿责任的构成要件	648
第十九章 行政赔偿	655
第一节 行政赔偿概述	655
第二节 行政赔偿范围	659
第三节 行政赔偿请求人和赔偿义务机关	662
第四节 行政赔偿程序	665
第二十章 司法赔偿	670
第一节 司法赔偿概述	670
第二节 司法赔偿范围	671
第三节 司法赔偿请求人和赔偿义务机关	682
第四节 司法赔偿程序	684
第二十一章 国家赔偿方式、标准和费用	695
第一节 国家赔偿的方式	695
第二节 国家赔偿的计算标准	698
第三节 国家赔偿费用	700

刑法

第一章 刑法概说

● 基本要求:

了解:刑法的概念、机能、目的以及刑法的体系与结构。

理解:刑法的性质及其与其他法律的关系,刑法的基本原则。

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。

1979年7月1日,第五届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法益(关于法益概念,参见第二章第一节和第四章第一节)、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作了规定。(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,尽量不作修改。(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于1998年12月29日颁布了《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》,对新刑法作了补充规定。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,也有构成要件的修改和法定刑的调整。通过修正案(截至2009年2月底共有七个刑法修正案)在刑法典中增加条文时,在相关的条文后采取第××条之一、之二的编号方式。

“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《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,如上述《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,严格地说,我国目前并不存在真正意义上的附属刑法,因为经济法、

行政法等法律中并不存在具体的罪刑规范。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、刑法的性质与机能

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,而刑法所保护的法益相当广泛。(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法益时,才由刑法保护;只有当一般部门法还不足以抑制某种法益侵害行为时,才能适用刑法。(5)刑法是其他法律的保障法,即其他法律保护的法益,也都借助于刑法的保护。

根据刑法第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。可以将上述刑法的任务概括为保护法益;保护的主要方法是禁止和惩罚侵犯法益的犯罪行为。惩罚与保护密切联系:不使用惩罚手段抑制犯罪行为,就不可能保护法益;为了保护法益,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法益;全面性表现在,它全面保护各种重要的法益,刑法任务的全面性,是由刑法保护范围的广

泛性决定的。

刑法的任务与刑法的机能具有区别。刑法的机能是指刑法现实与可能发挥的作用,包括显在的机能与潜在的机能。一般认为,刑法具有以下三种机能:(1)行为规制机能,指刑法具有使对犯罪行为的规范评价得以明确的机能。其具体内容为,刑法将一定的行为规定为犯罪并给予刑罚处罚,表明该行为是被法律禁止的、不被允许的(评价的机能);同时命令人们做出不实施这种犯罪行为的决定(决定的机能),据此防止犯罪的发生。(2)法益保护机能,指刑法具有保护法益不受犯罪侵害与威胁的机能。犯罪是侵害或威胁法益的行为,刑法禁止和惩罚犯罪,是为了保护法益,而且事实上也保护着法益。(3)人权保障机能(或自由保障机能),指刑法具有保障公民个人的人权不受国家刑罚权不当侵害的机能。根据罪刑法定原则,只要行为人的行为不构成刑法所规定的犯罪,他就不受刑罚处罚,这便限制了国家对刑罚权的发动;对犯罪人也只能根据刑法的规定给予处罚,不得超出刑法规定的范围科处刑罚,这便保障犯罪人免受不恰当的刑罚处罚。因此,刑法既是“善良人的大宪章”,又是“犯罪人的大宪章”。不过,如何认识和处理法益保护机能与人权保障机能之间的关系,是刑法理论长期探索和争论的问题。因为法益保护机能主要依靠刑罚的宣示与适用来实现;人权保障机能则主要依赖限制刑罚的适用而实现。换言之,刑罚的适用,与保护法益成正比,与人权保障成反比。如何既最大限度地保护法益,又最大限度地保障自由,就成为难题。结局是,刑法必须在法益保护机能与人权保障机能之间进行调和。但这种调和没有明确的标准,只能根据适用刑法时的客观背景与具体情况,在充分权衡利弊的基础上,使两个机能得到充分发挥。

三、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的真实意义的说明。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,不能损害国民的预测可能性,否则便有违反罪刑法定原则之嫌。刑法以保护法益为目的,所以,刑法解释不能违背保护法益的目的。

刑法解释按其效力分为三种:(1)立法解释,即立法机关在刑法施行过程中对发生歧义的规定所作的解释,具有与法律同等的效力。现行刑法颁布后,全国人大常委会先后对刑法第93条、第228条、第294条、第313条、第342条、第384条第1款、第410条中的有关规定、渎职罪的主体以及信用卡、发票、文物等概念等作出过立法解释。刑法典中的解释性规定,不是立法解释,而是刑法典的组成部分;有关“法律的起草说明”也不能称为解释。立法解释必须坚持罪刑法定原则,不能采取类推解释的方法。例如,立法机关不得作出“刑法第237条所规定的‘妇女’包括男性在内”的解释(可以通过修正案等方式将刑法第237条中的“妇女”改为“他人”)。(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。论理解释主要有以下几种:(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,根据刑法第225条的规定,未经许可经营合格香烟,情节严重的,成立非法经营罪。既然如此,未经许可经营伪劣香烟,情节严重的,当然也能成立非法经营罪(当然,可能同时触犯其他罪名)。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。(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,以阐明刑法真实含义的解释方法。例如,认为刑法第63条中的“以下”不包括本数,则是补正解释。补正解释必须符合立法目的,符合刑法的整体规定。在刑法解释中,补正解释并不意味着将刑法没有明文规定的犯罪解释为犯罪。这是罪刑法定原则所决定的。(6)体系解释,即根据刑法条文在整个刑法中的地位,联系相关法条的含义,阐明其规范意旨的解释方法。体系解释的目的在于避免断章取义,以便刑法整体协调。对于一个条文的解释结论必须能够得到其他条文的印证;遇到不明确的规定时,应当通过明确的规定来阐释不明确的部分;不能使刑法条文之间产生矛盾与冲突。体系解释并不意味着对刑法中的任何用语都必须作出完全一致的解释,更并不意味着刑法用语必须与其他法律用语的含义相吻合。由于语言的特点等原因,刑法中的许多用语具有相对性,即同一用语在不同条款甚至在同一条款中可能具有不同含义。肯定刑法用语的相对性是为了实现刑法的协调与正义,所以,对用语作相对解释,实质上也是体系解释。(7)历史解释,即根据制定刑法时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。历史解释并不意味着只是探讨立法原意,而是要根据历史参考资料得出符合时代的结论。历史解释也不意味着必须永远按照过去的观念解释现行刑法或对旧刑法的解释必须仍然适用于新刑法,而是应注重刑法变更的历史原因,考察制定刑法时与解释刑法时的不同社会需求。(8)比较解释,即将刑法的相关规定或外国立法与判例作为参考资料,借以阐明刑法规定真实含义的解释方法。在进行比较解释时,不可忽视中外刑法在实质、内容、体例上的差异,不能只看文字上的表述与犯罪的名称,而应注重规定某种犯罪的

条文在刑法体系中的地位,从而了解相同用语在不同国家的刑法中所具有的不同含义。

任何解释结论都必须符合刑法的目的。换言之,不管刑法条文使用了何种表述,都不能脱离刑法目的进行解释。所谓目的解释,就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。任何解释都或多或少包含了目的解释;当不同的解释方法得出多种结论或不能得出妥当结论时,就以目的解释来最终决定;刑法分则中规定具体犯罪与刑罚的条文,都有其特定的目的;在确定具体犯罪的构成要件时,必须以其目的为指导。目的解释的前提是正确确定刑法规范的目的。就刑法而言,难以确定的是分则具体条文的目的。例如,规定盗窃罪的第264条的目的,是保护财产的所有权,还是保护财物的占有?规定受贿罪的第385条的目的,是保护职务行为的公正性,还是职务行为的不可收买性?对此,又需要根据宪法原则和刑法理念与现实,采取多种解释方式来确定。

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

刑法本身所特有的,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