

2008^年

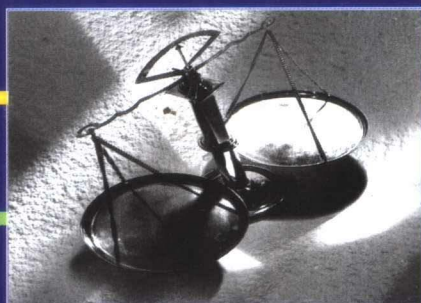
国家司法考试辅导用书

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

(2008 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:2008年修订版.第2卷/国家
司法考试中心/组编. —北京:法律出版社,2008.4
ISBN 978-7-5036-8343-5

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(2008)第041848号

© 法律出版社·中国

责任编辑/丁 敏	装帧设计/曹 铀
出版/法律出版社	编辑统筹/法律考试出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京中科印刷有限公司	责任印制/沙 磊
开本/787×1092毫米 1/16	印张/139.25 字数/3479千
版本/2008年4月第1版	印次/2008年4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	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	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	西安分公司/029-85388843
重庆公司/023-65382816/2908	上海公司/021-62071010/1636
北京分公司/010-62534456	深圳公司/0755-83072995
书号:ISBN 978-7-5036-8343-5	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	11
第三章 犯罪构成	14
第一节 犯罪构成概述	14
第二节 犯罪客体	17
第三节 犯罪客观要件	20
第四节 犯罪主体	27
第五节 犯罪主观要件	30
第四章 排除犯罪的事由	41
第一节 排除犯罪的事由概述	41
第二节 正当防卫	41
第三节 紧急避险	45
第四节 其他排除犯罪的事由	46
第五章 犯罪的未完成形态	49
第一节 犯罪的未完成形态概述	49
第二节 犯罪预备	50
第三节 犯罪未遂	51
第四节 犯罪中止	53
第六章 共同犯罪	56
第一节 共同犯罪概述	56
第二节 共同犯罪的成立条件	57
第三节 共同犯罪的形式	59
第四节 共犯人的分类及其刑事责任	60

第五节 共同犯罪的特殊问题	62
第七章 单位犯罪	66
第一节 单位犯罪概述	66
第二节 单位犯罪的定罪	67
第三节 单位犯罪的处罚	69
第八章 罪数	71
第一节 罪数的区分	71
第二节 实质的一罪	72
第三节 法定的一罪	73
第四节 处断的一罪	74
第九章 刑罚概说	77
第一节 刑罚的概念	77
第二节 刑罚的目的	78
第十章 刑罚的体系	80
第一节 刑罚的体系概述	80
第二节 主刑	81
第三节 附加刑	84
第十一章 刑罚的裁量	88
第一节 量刑概述	88
第二节 量刑情节	89
第三节 量刑制度	97
第十二章 刑罚的执行	104
第一节 刑罚执行概述	104
第二节 减刑制度	105
第三节 假释制度	107
第十三章 刑罚的消灭	110
第一节 刑罚的消灭概述	110
第二节 时效	111
第三节 赦免	113
第十四章 罪刑各论概说	114
第一节 刑法分则的体系	114
第二节 刑法分则的条文结构	115
第三节 刑法分则的法条竞合	118
第十五章 危害国家安全罪	121
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	123
第一节 重点罪名	123
第二节 普通罪名	129

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	131
第一节 重点罪名	131
第二节 普通罪名	134
第十八章 破坏社会主义市场经济秩序罪(2):走私罪	135
第一节 重点罪名	135
第二节 普通罪名	138
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	139
第一节 重点罪名	139
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(4):破坏金融管理秩序罪	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(5):金融诈骗罪	146
第一节 重点罪名	146
第二节 普通罪名	151
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	152
第一节 重点罪名	152
第二节 普通罪名	157
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	158
第一节 重点罪名	158
第二节 普通罪名	161
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	162
第一节 重点罪名	162
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	168
第一节 重点罪名	168
第二节 普通罪名	184
第二十六章 侵犯财产罪	186
第一节 重点罪名	186
第二节 普通罪名	208
第二十七章 妨害社会管理秩序罪(1):扰乱公共秩序罪	209
第一节 重点罪名	209
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	215
第一节 重点罪名	215
第二节 普通罪名	218
第二十九章 妨害社会管理秩序罪(3):妨害国(边)境管理罪	219
第一节 重点罪名	219
第二节 普通罪名	220

第三十章 妨害社会管理秩序罪(4):妨害文物管理罪	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(5):危害公共卫生罪	224
第一节 重点罪名	224
第二节 普通罪名	225
第三十二章 妨害社会管理秩序罪(6):破坏环境资源保护罪	226
第一节 重点罪名	226
第二节 普通罪名	228
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	229
第一节 重点罪名	229
第二节 普通罪名	232
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	233
第一节 重点罪名	233
第二节 普通罪名	235
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	236
第一节 重点罪名	236
第二节 普通罪名	237
第三十六章 危害国防利益罪	239
第一节 重点罪名	239
第二节 普通罪名	240
第三十七章 贪污贿赂罪	241
第一节 重点罪名	241
第二节 普通罪名	253
第三十八章 渎职罪	254
第一节 重点罪名	254
第二节 普通罪名	259
第三十九章 军人违反职责罪	261
第一节 重点罪名	261
第二节 普通罪名	262

刑事诉讼法

第一章 刑事诉讼法概述	263
第一节 刑事诉讼法的概念	263
第二节 刑事诉讼法的制定目的与任务	265
第三节 刑事诉讼的基本理念	265
第四节 刑事诉讼的基本范畴	266

第二章 刑事诉讼法的基本原则	270
第一节 基本原则概述	270
第二节 侦查权、检察权、审判权由专门机关依法行使	270
第三节 严格遵守法律程序	271
第四节 人民法院、人民检察院依法独立行使职权	271
第五节 分工负责,互相配合,互相制约	272
第六节 人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督	272
第七节 各民族公民有权使用本民族语言文字进行诉讼	273
第八节 犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护	273
第九节 未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪	273
第十节 保障诉讼参与人的诉讼权利	274
第十一节 具有法定情形不予追究刑事责任	274
第十二节 追究外国人刑事责任适用我国刑事诉讼法	275
第三章 刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人	276
第一节 刑事诉讼中的专门机关	276
第二节 诉讼参与人	280
第四章 管辖	288
第一节 立案管辖	288
第二节 审判管辖	290
第三节 特殊情况的管辖	293
第五章 回避	295
第一节 回避的概念和适用人员	295
第二节 回避的理由与种类	295
第三节 回避的程序	296
第六章 辩护与代理	299
第一节 辩护人	299
第二节 辩护的种类	304
第三节 法律援助制度	306
第四节 刑事代理	306
第七章 刑事证据	309
第一节 刑事证据的概念和意义	309
第二节 刑事证据的种类	311
第三节 刑事证据的分类	318
第四节 刑事诉讼证明	321
第八章 强制措施	325
第一节 强制措施概述	325
第二节 拘传、取保候审、监视居住	327
第三节 拘留	332
第四节 逮捕	335

第九章 附带民事诉讼	341
第一节 附带民事诉讼概述	341
第二节 附带民事诉讼当事人	342
第三节 附带民事诉讼的提起	343
第四节 附带民事诉讼的审判	345
第十章 期间、送达	348
第一节 期间	348
第二节 送达	352
第十一章 立案	354
第一节 立案的概念和意义	354
第二节 立案的材料来源和条件	355
第三节 立案程序和立案监督	357
第十二章 侦查	361
第一节 概述	361
第二节 侦查行为	364
第三节 侦查终结	370
第四节 人民检察院对直接受理案件的侦查	372
第五节 补充侦查	374
第六节 侦查监督	375
第十三章 起诉	377
第一节 起诉的概念和意义	377
第二节 提起公诉的程序	378
第三节 提起自诉的程序	387
第十四章 刑事审判概述	390
第一节 刑事审判的概念和任务	390
第二节 刑事审判的模式	392
第三节 刑事审判的原则	395
第四节 审级制度	399
第五节 审判组织	400
第十五章 第一审程序	406
第一节 第一审程序概述	406
第二节 公诉案件第一审程序	406
第三节 自诉案件第一审程序	418
第四节 简易程序	420
第五节 判决、裁定和决定	423
第十六章 第二审程序	431
第一节 第二审程序的概念	431
第二节 第二审程序的提起	431
第三节 第二审程序的审判	435

第四节	对扣押、冻结在案财物的处理	444
第五节	在法定刑以下判处刑罚的核准程序	444
第十七章	死刑复核程序	446
第一节	死刑复核程序概述	446
第二节	判处死刑立即执行案件的复核程序	447
第三节	判处死刑缓期二年执行案件的复核程序	451
第十八章	审判监督程序	453
第一节	审判监督程序的概念和特点	453
第二节	审判监督程序的提起	453
第三节	依照审判监督程序对案件的重新审判	458
第十九章	执行	462
第一节	执行概述	462
第二节	各种判决、裁定的执行程序	462
第三节	执行的变更程序	465
第四节	对新罪和申诉的处理	468
第五节	人民检察院对执行的监督	469
第二十章	未成年人刑事案件诉讼程序	472
第一节	概述	472
第二节	未成年人刑事案件诉讼程序的特有原则	474
第三节	未成年人刑事案件诉讼程序的特点	475
第二十一章	涉外刑事诉讼程序与司法协助制度	479
第一节	涉外刑事诉讼程序概述	479
第二节	涉外刑事诉讼的特有原则	481
第三节	刑事司法协助	483

行政法与行政诉讼法

第一章	行政法概述	485
第一节	行政法的基本概念	485
第二节	行政法的法律渊源	487
第三节	行政法的基本原则	488
第二章	行政组织与公务员	491
第一节	行政组织法概述	491
第二节	中央国家行政机关	492
第三节	地方国家行政机关	494
第四节	实施行政职能的非政府组织	495
第五节	公务员	497
第三章	抽象行政行为	503
第一节	抽象行政行为概述	503

第二节 国务院行政法规·····	504
第三节 规章和有普遍约束力的决定、命令·····	507
第四章 具体行政行为概述 ·····	512
第一节 具体行政行为的概念·····	512
第二节 具体行政行为的成立和效力·····	514
第三节 具体行政行为的一般合法要件·····	517
第五章 行政许可 ·····	520
第一节 行政许可概述·····	520
第二节 行政许可的设定·····	520
第三节 行政许可的实施机关·····	521
第四节 行政许可的实施程序·····	521
第五节 行政许可的费用·····	522
第六节 监督检查·····	522
第六章 行政处罚 ·····	523
第一节 行政处罚概述·····	523
第二节 行政处罚的种类与设定·····	524
第三节 行政处罚的实施机关、管辖与适用·····	525
第四节 行政处罚的程序·····	527
第五节 治安管理处罚·····	529
第七章 行政强制 ·····	532
第一节 行政强制措施·····	532
第二节 行政强制执行·····	533
第八章 行政合同与行政给付 ·····	535
第一节 行政合同·····	535
第二节 行政给付·····	537
第九章 行政程序与政府信息公开 ·····	539
第一节 行政程序概述·····	539
第二节 行政程序的基本制度·····	539
第三节 政府信息公开制度·····	540
第十章 行政复议 ·····	544
第一节 行政复议概述·····	544
第二节 行政复议范围·····	545
第三节 行政复议参加人和行政复议机关·····	545
第四节 行政复议的申请与受理·····	548
第五节 行政复议的审理、决定和执行·····	550
第十一章 行政诉讼概述 ·····	557
第一节 行政诉讼的概念和特征·····	557
第二节 行政诉讼法·····	560
第三节 行政诉讼的基本原则·····	563

第十二章 行政诉讼的受案范围	569
第一节 概述	569
第二节 应予受理的案件	572
第三节 不予受理的案件	579
第十三章 行政诉讼的管辖	583
第一节 行政诉讼管辖概述	583
第二节 级别管辖	584
第三节 地域管辖	585
第四节 裁定管辖	587
第十四章 行政诉讼参加人	589
第一节 概述	589
第二节 行政诉讼的原告	590
第三节 行政诉讼的被告	593
第四节 行政诉讼的第三人	596
第五节 共同诉讼人	597
第六节 诉讼代理人	599
第十五章 行政诉讼程序	601
第一节 起诉与受理	601
第二节 行政诉讼的第一审程序	605
第三节 行政诉讼的第二审程序	607
第四节 行政诉讼审判监督程序	609
第十六章 行政诉讼的特殊制度与规则	611
第一节 行政诉讼证据	611
第二节 行政诉讼的法律适用	618
第三节 行政案件审理中的特殊制度	622
第四节 涉外行政诉讼	626
第十七章 行政案件的裁判与执行	628
第一节 行政诉讼的判决、裁定与决定	628
第二节 行政诉讼的执行与非诉行政案件的执行	633
第十八章 国家赔偿概述	639
第一节 国家赔偿责任	639
第二节 国家赔偿法	640
第三节 国家赔偿责任的构成要件	642
第十九章 行政赔偿	649
第一节 行政赔偿概述	649
第二节 行政赔偿范围	653
第三节 行政赔偿请求人和赔偿义务机关	656
第四节 行政赔偿程序	659

第二十章 司法赔偿	664
第一节 司法赔偿概述	664
第二节 司法赔偿范围	665
第三节 司法赔偿请求人和赔偿义务机关	676
第四节 司法赔偿程序	678
第二十一章 国家赔偿方式、标准和费用	689
第一节 国家赔偿的方式	689
第二节 国家赔偿的计算标准	692
第三节 国家赔偿费用	694

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,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2007年年底共有六个刑法修正案)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,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制某种危害行为时,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。

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,是为了并保护着法益。(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,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,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。(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。(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