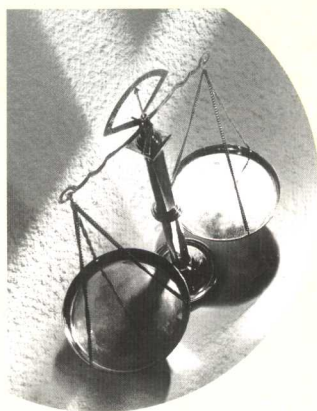


2006年 [修订版]

国家司法考试辅导用书

Guojia Sifa Kaoshi Fudao Yongshu

第二卷

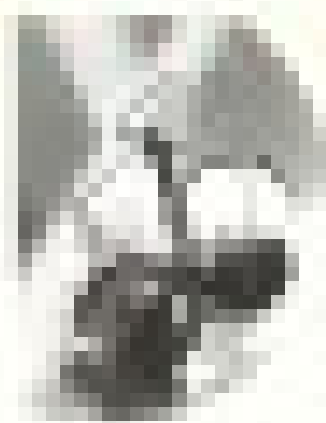


法律出版社

2006年 (150分)

国家司法考试辅导用书

Case Study, Case Analysis, Problem Solving



国家司法考试辅导用书



国家司法考试辅导用书

国家司法考试辅导用书

(2006 年修订版)

第二卷

法律出版社

目 录

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	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	10
第三章 犯罪构成	12
第一节 犯罪构成概述	12
第二节 犯罪客体	15
第三节 犯罪客观要件	18
第四节 犯罪主体	23
第五节 犯罪主观要件	26
第四章 排除犯罪的事由	35
第一节 排除犯罪的事由概述	35
第二节 正当防卫	35
第三节 紧急避险	39
第四节 其他排除犯罪的事由	40
第五章 犯罪的未完成形态	42
第一节 犯罪的未完成形态概述	42
第二节 犯罪预备	43
第三节 犯罪未遂	44
第四节 犯罪中止	46
第六章 共同犯罪	49
第一节 共同犯罪概述	49
第二节 共同犯罪的成立条件	50
第三节 共同犯罪的形式	52
第四节 共犯人的分类及其刑事责任	53
第五节 共同犯罪的特殊问题	55

第七章 单位犯罪	59
第一节 单位犯罪概述	59
第二节 单位犯罪的定罪	60
第三节 单位犯罪的处罚	62
第八章 罪数	64
第一节 罪数的区分	64
第二节 实质的一罪	65
第三节 法定的一罪	66
第四节 处断的一罪	67
第九章 刑罚概说	70
第一节 刑罚的概念	70
第二节 刑罚的目的	71
第十章 刑罚的体系	73
第一节 刑罚的体系概述	73
第二节 主刑	74
第三节 附加刑	77
第十一章 刑罚的裁量	80
第一节 量刑概述	80
第二节 量刑情节	81
第三节 量刑制度	88
第十二章 刑罚的执行	95
第一节 刑罚执行概述	95
第二节 减刑制度	96
第三节 假释制度	97
第十三章 刑罚的消灭	100
第一节 刑罚的消灭概述	100
第二节 时效	100
第三节 赦免	103
第十四章 罪刑各论概说	104
第一节 刑法分则的体系	104
第二节 刑法分则的条文结构	105
第三节 刑法分则的法条竞合	108
第十五章 危害国家安全罪	110
第一节 危害国家、颠覆政权的犯罪	110
第二节 叛变、叛逃的犯罪	112
第三节 间谍、资敌的犯罪	112
第十六章 危害公共安全罪	114
第一节 以危险方法危害公共安全的犯罪	114
第二节 破坏公用工具、设施危害公共安全的犯罪	116
第三节 实施恐怖、危险活动危害公共安全的犯罪	118

第四节	违反枪支、弹药、爆炸物、危险物质管理规定危害公共安全的犯罪	120
第五节	造成重大事故危害公共安全的犯罪	123
第十七章	破坏社会主义市场经济秩序罪	126
第一节	生产、销售伪劣商品罪	126
第二节	走私罪	130
第三节	妨害对公司、企业的管理秩序罪	134
第四节	破坏金融管理秩序罪	138
第五节	金融诈骗罪	146
第六节	危害税收征管罪	149
第七节	侵犯知识产权罪	153
第八节	扰乱市场秩序罪	156
第十八章	侵犯公民人身权利、民主权利罪	159
第一节	侵犯生命、健康的犯罪	159
第二节	侵犯妇女、儿童身心健康的犯罪	161
第三节	侵犯人身自由的犯罪	162
第四节	侵犯名誉、人格的犯罪	166
第五节	侵犯民主权利的犯罪	167
第六节	妨害婚姻家庭权利的犯罪	168
第十九章	侵犯财产罪	170
第一节	暴力、胁迫型财产犯罪	170
第二节	窃取、骗取型财产犯罪	172
第三节	侵占、挪用型财产犯罪	173
第四节	毁坏、破坏型财产犯罪	174
第二十章	妨害社会管理秩序罪	175
第一节	扰乱公共秩序罪	175
第二节	妨害司法罪	183
第三节	妨害国(边)境管理罪	188
第四节	妨害文物管理罪	189
第五节	危害公共卫生罪	191
第六节	破坏环境资源保护罪	193
第七节	走私、贩卖、运输、制造毒品罪	196
第八节	组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	199
第九节	制作、贩卖、传播淫秽物品罪	200
第二十一章	危害国防利益罪	202
第一节	平时危害国防利益的犯罪	202
第二节	战时危害国防利益的犯罪	203
第二十二章	贪污贿赂罪	205
第一节	贪污犯罪	205
第二节	贿赂犯罪	208

刑事诉讼法

第二十三章 渎职罪	211
第一节 一般国家机关工作人员的渎职罪	211
第二节 司法工作人员的渎职罪	213
第三节 特定国家机关工作人员的渎职罪	215
第二十四章 军人违反职责罪	218
第一节 危害作战利益的犯罪	218
第二节 违反部队管理制度的犯罪	219
第三节 危害军事秘密的犯罪	219
第四节 危害部队物资保障的犯罪	220
第五节 侵犯部属、伤病军人、居民、俘虏利益的犯罪	220
第一章 刑事诉讼法概述	222
第一节 刑事诉讼法的概念	222
第二节 刑事诉讼法的制定目的与任务	223
第三节 刑事诉讼的基本理念	225
第四节 刑事诉讼的基本范畴	226
第二章 刑事诉讼法的基本原则	229
第一节 基本原则概述	229
第二节 侦查权、检察权、审判权由专门机关依法行使	230
第三节 严格遵守法律程序	230
第四节 人民法院、人民检察院依法独立行使职权	230
第五节 分工负责,互相配合,互相制约	231
第六节 人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督	231
第七节 各民族公民有权使用本民族语言文字进行诉讼	232
第八节 犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护	233
第九节 未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪	233
第十节 保障诉讼参与人的诉讼权利	234
第十一节 具有法定情形不予追究刑事责任	234
第十二节 追究外国人刑事责任适用我国刑事诉讼法	235
第十三节 刑事司法协助	235
第三章 刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人	236
第一节 刑事诉讼中的专门机关	236
第二节 诉讼参与人	241
第四章 管辖	252
第一节 立案管辖	252
第二节 审判管辖	255
第三节 管辖的变通	258
第五章 回避	261
第一节 回避的概念和适用人员	261
第二节 回避的理由与种类	262
第三节 回避的程序	264

第六章 辩护与代理	267
第一节 辩护人	267
第二节 辩护的种类	273
第三节 法律援助制度	274
第四节 刑事代理	275
第七章 刑事证据	280
第一节 刑事证据的概念和意义	280
第二节 刑事证据的种类	282
第三节 刑事证据的分类	296
第四节 刑事诉讼证明	298
第八章 强制措施	306
第一节 强制措施概述	306
第二节 拘传、取保候审、监视居住	309
第三节 拘留	314
第四节 逮捕	317
第九章 附带民事诉讼	324
第一节 附带民事诉讼概述	324
第二节 附带民事诉讼的成立条件	325
第三节 附带民事诉讼的提起和审判	327
第十章 期间、送达	331
第一节 期间	331
第二节 送达	336
第十一章 立案	338
第一节 立案的概念和意义	338
第二节 立案的材料来源和条件	339
第三节 立案程序和立案监督	341
第十二章 侦查	345
第一节 概述	345
第二节 侦查行为	348
第三节 侦查终结	354
第四节 人民检察院对直接受理案件的侦查	356
第五节 补充侦查	358
第六节 侦查监督	358
第十三章 起诉	361
第一节 起诉的概念和意义	361
第二节 提起公诉的程序	362
第三节 提起自诉的程序	371
第十四章 刑事审判概述	374
第一节 刑事审判的概念和任务	374
第二节 刑事审判的模式	376

第三节	刑事审判的原则	379
第四节	审级制度	384
第五节	审判组织	384
第十五章	第一审程序	391
第一节	第一审程序概述	391
第二节	公诉案件第一审程序	391
第三节	自诉案件第一审程序	402
第四节	简易程序	404
第五节	判决、裁定和决定	407
第十六章	第二审程序	415
第一节	第二审程序的概念	415
第二节	第二审程序的提起	415
第三节	第二审程序的审判	419
第四节	对扣押、冻结在案财物的处理	426
第五节	在法定刑以下判处刑罚的核准程序	427
第十七章	死刑复核程序	428
第一节	死刑复核程序的概念和意义	428
第二节	判处死刑立即执行案件的复核程序	429
第三节	判处死刑缓期二年执行案件的复核程序	433
第十八章	审判监督程序	435
第一节	审判监督程序的概念和特点	435
第二节	审判监督程序的提起	435
第三节	依照审判监督程序对案件的重新审判	440
第十九章	执行	444
第一节	执行概述	444
第二节	各种判决、裁定的执行程序	444
第三节	执行的变更程序	447
第四节	对新罪和申诉的处理	450
第五节	人民检察院对执行的监督	451
第二十章	未成年人刑事案件诉讼程序	454
第一节	概述	454
第二节	未成年人刑事案件诉讼程序的特有原则	456
第三节	未成年人刑事案件诉讼程序的特点	457
第二十一章	涉外刑事诉讼程序与司法协助制度	460
第一节	涉外刑事诉讼程序概述	460
第二节	涉外刑事诉讼的特有原则	461
第三节	刑事司法协助	464
第一章	行政法概述	466
第一节	行政法的基本概念	466
第二节	行政法的法律渊源	469

第三节 行政法的基本原则	471
第二章 行政组织与公务员	473
第一节 行政组织法概述	473
第二节 中央国家行政机关	474
第三节 地方国家行政机关	475
第四节 实施行政职能的非政府组织	477
第五节 公务员	478
第三章 抽象行政行为	483
第一节 抽象行政行为概述	483
第二节 国务院行政法规	484
第三节 规章和有普遍约束力的决定、命令	487
第四章 具体行政行为概述	492
第一节 具体行政行为的概念	492
第二节 具体行政行为的成立和效力	494
第三节 具体行政行为的一般合法要件	497
第四节 具体行政行为的若干类型	498
第五章 行政许可	501
第一节 行政许可概述	501
第二节 行政许可的设定	501
第三节 行政许可的实施机关	502
第四节 行政许可的实施程序	502
第五节 行政许可的费用	503
第六节 监督检查	503
第六章 行政处罚	504
第一节 行政处罚的概念和原则	504
第二节 行政处罚的种类与设定	505
第三节 行政处罚的实施机关、管辖与适用	506
第四节 行政处罚的程序	508
第五节 治安管理处罚	510
第七章 行政强制	513
第一节 行政强制措施	513
第二节 行政强制执行	514
第八章 行政合同	516
第一节 行政合同概述	516
第二节 行政合同的基本制度	517
第九章 政府采购	519
第一节 政府采购概述	519
第二节 政府采购当事人	519
第三节 政府采购方式和程序	519
第四节 政府采购合同	520

第五节 质疑、投诉和监督检查	520
第十章 行政程序	521
第一节 行政程序概述	521
第二节 行政程序的基本制度	521
第十一章 行政应急	524
第一节 行政应急概述	524
第二节 行政应急措施	525
第十二章 对行政的监督和权利救济概述	526
第一节 对行政的监督与权利救济的概念和种类	526
第二节 行政监察	527
第十三章 行政复议	529
第一节 行政复议的概念和原则	529
第二节 行政复议范围	530
第三节 行政复议参加人和行政复议机关	530
第四节 行政复议的申请与受理	532
第五节 行政复议的审理、决定和执行	534
第十四章 行政诉讼概述	538
第一节 行政诉讼的概念和特征	538
第二节 行政诉讼法	540
第三节 行政诉讼的基本原则	544
第十五章 行政诉讼的受案范围	550
第一节 概述	550
第二节 应予受理的案件	553
第三节 不予受理的案件	560
第十六章 行政诉讼的管辖	564
第一节 行政诉讼管辖概述	564
第二节 级别管辖	565
第三节 地域管辖	566
第四节 裁定管辖	568
第十七章 行政诉讼参加人	570
第一节 概述	570
第二节 行政诉讼的原告	571
第三节 行政诉讼的被告	574
第四节 行政诉讼的第三人	577
第五节 共同诉讼人	578
第六节 诉讼代理人	580
第十八章 行政诉讼程序	582
第一节 起诉与受理	582
第二节 行政诉讼的第一审程序	586
第三节 行政诉讼的第二审程序	588

第四节 行政诉讼审判监督程序	590
第十九章 行政诉讼的特殊制度与规则	592
第一节 行政诉讼证据	592
第二节 行政诉讼的法律适用	599
第三节 行政案件审理中的特殊制度	603
第四节 涉外行政诉讼	607
第二十章 行政案件的裁判与执行	609
第一节 行政诉讼的判决、裁定与决定	609
第二节 行政诉讼的执行与非诉行政案件的执行	614
第二十一章 国家赔偿概述	619
第一节 国家赔偿责任	619
第二节 国家赔偿法	620
第三节 国家赔偿责任的构成要件	621
第二十二章 行政赔偿	629
第一节 行政赔偿概述	629
第二节 行政赔偿范围	633
第三节 行政赔偿请求人和赔偿义务机关	636
第四节 行政赔偿程序	639
第二十三章 司法赔偿	644
第一节 司法赔偿概述	644
第二节 司法赔偿范围	645
第三节 司法赔偿请求人和赔偿义务机关	656
第四节 司法赔偿程序	658
第二十四章 国家赔偿方式、标准和费用	669
第一节 国家赔偿的方式	669
第二节 国家赔偿的计算标准	672
第三节 国家赔偿费用	674

刑法

第一章 刑法概说

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、刑法的性质与任务

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。

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。(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。(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。(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。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,行政法规不得规定刑罚,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刑。(5)刑法的处罚范围与处罚程度必须具有合理性:只能将值得科处刑罚的行为规定为犯罪,禁止将轻微危害行为当作犯罪处理;处罚程度必须适应现阶段一般人的价值观念。(6)对犯罪及其法律后果的规定必须明确:对犯罪构成的规定必须明确;对法律后果的规定必须明确。(7)禁止不均衡的、残虐的刑罚。

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。从形式上说,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,即在刑法文字含义的“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,即在刑法文字含义的“射程”之外进行解释。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。从论理方法上说,扩大解释是扩张性地划定刑法的某个概念,使应受处罚的行为包含在该概念中;类推解释则是认识到某行为不是刑法处罚的对象,而以该行为与刑法规定的相似行为具有同等的恶害性为由,将其作为处罚对象。从实质上而言,扩大解释的结论在公民预测可能性之内;类推解释则超出了公民预测可能性的范围。

二、平等适用刑法原则

平等适用刑法,也即刑法面前人人平等,是指刑法规范在根据其内容应当得到适用的所有场合,都予以严格适用。刑法第4条明文规定了该原则。平等适用刑法,是维护合法权益的要求,是市场经济的要求,是预防犯罪的要求,是实现价值追求的要求,是作为规范的刑法本身的要求,是法治的要求。

平等适用刑法的具体要求是:对刑法所保护的合法权益予以平等的保护;对于实施犯罪的任何人,都必须严格依照法律认定犯罪;对于任何犯罪人,都必须根据其犯罪事实与法律规定量刑;对于被判处刑罚的任何人,都必须严格按照法律的规定执行刑罚。

三、罪刑相适应原则

罪刑相适应的基本含义是,刑罚的轻重应与犯罪的轻重相适应。刑法第5条明文规定了这一原则。罪刑相适应,是适应人们朴素的公平意识的一种法律思想,是罪与刑的基本关系决定的,是预防犯罪的需要。

罪刑相适应原则的具体要求是:以客观行

为的侵犯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;换言之,刑罚既要与犯罪性质相适应,又要与犯罪情节相适应,还要与犯罪人的人身危险性相适应。在立法上实现罪刑相适应原则,要求注重对各种犯罪的社会危害程度的宏观预测和遏制手段的总体设计,确定合理的刑罚体系、刑罚制度与法定刑;在量刑方面实现罪刑相适应原则,要求将量刑与定罪置于同等重要地位,强化量刑公正的执法观念,实现刑与罪的均衡协调;在行刑方面实现罪刑法定原则,要求注重犯罪人的人身危险程度的消长变化情况,合理地运用减刑、假释等制度。

第三节 刑法的适用范围

刑法的适用范围,也称刑法的效力,讨论的是刑法在什么空间、时间内具有适用效力的问题。

一、刑法的空间效力

(一)刑法的空间效力的概念

刑法的空间效力所解决的是一国刑法在什么地域、对什么人适用的问题。从各国刑法及国际条约的规定来看,一国刑法不仅能适用于本国领域内,而且在一定条件下也能适用于本国领域外,但刑法在国外的适用受到国际法的制约。制约刑法在空间上的适用范围的国际法原则,就是国家自己保护与国际协同。当行为与本国具有场所的、人的、物的关系,侵犯了本国国家或其公民的利益时,就有适用本国刑法的权力。防止犯罪和保障犯罪人的权利,是现代国际社会所共同关心的问题,是各国在刑事司法活动中相互协力所追求的目标。

刑法在空间的适用范围,涉及对国内犯(发生在本国领域内的犯罪)与国外犯(发生在本国领域外的犯罪)的效力。

(二)对国内犯的适用原则

刑法对国内犯的基本适用原则是属地管辖原则,即一个国家对发生在本国领域内的犯罪人,不管行为人是谁,都适用本国刑法。刑法第

6条第1款是对属地管辖原则的规定,即“凡在中华人民共和国领域内犯罪的,除法律有特别规定的以外,都适用本法”。

“领域”是指我国国境以内的全部区域,包括领陆(国境线以内的陆地以及陆地以下的底土)、领水(内水、领海及其领水的水床及底土)和领空(领陆、领水之上的空气空间)。

“法律有特别规定”包括以下几类情况:(1)不适用中国刑法(广义刑法)的情况,即享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任问题,通过外交途径解决,不适用我国刑法。(2)不适用中华人民共和国刑法典及其他具有普遍效力的刑事法律的情况,即香港、澳门与台湾地区适用其本地刑法,而不适用中华人民共和国刑法典及其他具有普遍效力的刑事法律;但由于香港、澳门与台湾地区的“刑法”属于我国的区域性刑法,故不能认为这些地区不适用“中国刑法”。(3)不适用刑法典的情况,即刑法典颁布后国家立法机关制定了特别刑法,出现法条竞合的情况时,根据特别法优于普通法的原则,不适用刑法典,而适用特别刑法。(4)不适用刑法典的部分条文的情况,即民族自治地区不能全部适用刑法典,而由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和刑法规定的基本原则,制定了变通或者补充的规定时,行为符合该变通或者补充规定的,适用该变通或补充规定,而不适用刑法典条文。

作为属地管辖原则的补充原则是旗国主义,即挂有本国国旗的船舶或者航空器,不管其航行或停放在何处,对在船舶与航空器内的犯罪,都适用旗国的刑法。因此,凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的,也适用中国刑法(刑法第6条第2款)。

犯罪行为具有多种因素,采取属地管辖原则与旗国主义,要求以一定的具体标准确定犯罪是否发生在本国领域、本国船舶或航空器内(犯罪地的确定)。我国刑法采取的标准是,犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的,就认为是在中华人民共和国领域内犯罪(刑法第6条第3款);基于同样的道理,