

英华全国统一

司法考试辅导丛书

2005

刑法学 (第二版)

北京英华法律培训学校 组编

LAW



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

LAW 2005
英华全国统一司法考试辅导丛书
刑法学 (第二版)

北京英华法律培训学校 组编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

50547/e/

图书在版编目(CIP)数据

刑法学(第二版)/北京英华法律培训学校组编. —北京:北京大学出版社, 2005. 4
(英华全国统一司法考试辅导丛书)

ISBN 7-301-07007-1

I. 刑… II. 北… III. 刑法-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料
IV. D924

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 013673 号

书 名: 刑法学(第二版)

著作责任者: 北京英华法律培训学校 组编

责任编辑: 孙战营

标准书号: ISBN 7-301-07007-1/D·0845

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排版者: 北京高新特打字服务社 51736661

印刷者: 河北涿县鑫华书刊印刷厂

经 销 者: 新华书店

787 毫米×1092 毫米 16 开本 19 印张 481 千字

2005 年 4 月第 2 版 2005 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 30.00 元

本书如有质量问题, 请与教材供应部门联系。

版权所有 侵权必究

前 言

浩如烟海的法条如何记忆?纷繁复杂的法律事件怎样分析?灵活多样的题型如何把握?刁钻古怪的陷阱怎样避让?……这些问题是摆在所有参加司法考试的考生面前的一道道难坎。

为了帮助考生越过这一道道难坎,达到理想的彼岸,我们组织多位司法考试的专家,精心编写了这套丛书。丛书的作者均为国内某一法律领域的知名教授,具有丰富的司法考试经验,深谙司法考试的命题特点,熟悉司法考试的复习规律,掌握司法考试的应试技巧。经过近半年的耕耘,他们将自己的缜密、睿智以这套丛书为载体,今天终于同各位读者见面了。本丛书的问世必将以其权威性和新颖性给广大考生带来徐徐春风。

内容总览、重点透视、难点例题和例题解析,这四个视角独特的栏目,清楚地向各位读者显示了本书的特点。不求面面俱到,但求重点突出;不求机械记忆,但求融会贯通;不求空洞理论,但求务实准确。相信各位读者通过本书的学习,一定能够提高法律专业水平,掌握答题技巧,增强应试能力。总之一句话,本套丛书将为您在司法考试复习的跑道上装上腾飞的翅膀!

本丛书是英华法律培训学校的专用教材,也是广大考生的必读书目。我们衷心希望在您通过司法考试的成绩单中能够见到本套丛书的影子。

尽管我们竭尽心智,力求完美,但由于时间紧迫,缺点和错误在所难免,敬请读者批评指正。

最后,衷心地祝各位考生在司法考试中取得优异的成绩。

北京英华法律培训学校
2005年3月

目 录

司法考试刑法部分复习考试的基本要求	(1)
第一章 刑法概说	(5)
内容总览	(5)
重点透视	(5)
难点例题	(12)
例题解析	(13)
第二章 犯罪概说	(15)
内容总览	(15)
重点透视	(15)
难点例题	(18)
例题解析	(18)
第三章 犯罪构成	(21)
内容总览	(21)
重点透视	(21)
难点例题	(33)
例题解析	(35)
第四章 排除犯罪的事由	(39)
内容总览	(39)
重点透视	(39)
难点例题	(48)
例题解析	(49)
第五章 故意犯罪形态	(53)
内容总览	(53)
重点透视	(53)
难点例题	(61)
例题解析	(62)
第六章 共同犯罪	(66)
内容总览	(66)
重点透视	(66)
难点例题	(73)
例题解析	(76)

第七章 罪数形态	(79)
内容总览	(79)
重点透视	(79)
难点例题	(88)
例题解析	(88)
第八章 刑罚概说	(91)
内容总览	(91)
重点透视	(91)
难点例题	(92)
例题解析	(92)
第九章 刑罚概说	(94)
内容总览	(94)
重点透视	(94)
难点例题	(99)
例题解析	(100)
第十章 刑罚的裁量	(103)
内容总览	(103)
重点透视	(103)
难点例题	(111)
例题解析	(113)
第十一章 刑罚的执行	(116)
内容总览	(116)
重点透视	(116)
难点例题	(120)
例题解析	(121)
第十二章 刑罚的消灭	(123)
内容总览	(123)
重点透视	(123)
难点例题	(124)
例题解析	(125)
第十三章 罪刑各论概说	(126)
内容总览	(126)
重点透视	(126)
难点例题	(131)
例题解析	(132)
第十四章 危害国家安全罪	(134)
内容总览	(134)
重点透视	(134)
难点例题	(136)

例题解析·····	(137)
第十五章 危害公共安全罪 ·····	(139)
内容总览·····	(139)
重点透视·····	(139)
难点例题·····	(145)
例题解析·····	(147)
第十六章 破坏社会主义市场经济秩序罪 ·····	(152)
内容总览·····	(152)
重点透视·····	(152)
难点例题·····	(165)
例题解析·····	(169)
第十七章 侵犯公民人身权利、民主权利罪 ·····	(175)
内容总览·····	(175)
重点透视·····	(175)
难点例题·····	(185)
例题解析·····	(188)
第十八章 侵犯财产罪 ·····	(193)
内容总览·····	(193)
重点透视·····	(193)
难点例题·····	(204)
例题解析·····	(207)
第十九章 妨害社会管理秩序罪 ·····	(212)
内容总览·····	(212)
重点透视·····	(212)
难点例题·····	(229)
例题解析·····	(234)
第二十章 危害国防利益罪 ·····	(241)
内容总览·····	(241)
重点透视·····	(241)
难点例题·····	(243)
例题解析·····	(243)
第二十一章 贪污贿赂罪 ·····	(245)
内容总览·····	(245)
重点透视·····	(245)
难点例题·····	(256)
例题解析·····	(258)
第二十二章 渎职罪 ·····	(262)
内容总览·····	(262)
重点透视·····	(262)

难点例题.....	(270)
例题解析.....	(271)
第二十三章 军人违反职责罪.....	(275)
内容总览.....	(275)
重点透视.....	(275)
难点例题.....	(277)
例题解析.....	(277)
附录:2004 年全国统一司法考试刑法学试题及答案解析	(279)

司法考试刑法复习考试的基本要求

司法考试大纲对刑法部分的考试的基本要求是：系统掌握刑法的体系、结构和各知识点；准确把握刑法基本原则和各种制度的具体内容；正确理解犯罪的一般概念与犯罪构成的原理；全面理解排除犯罪的事由、各种犯罪形态的特征与成立条件；弄清各种刑罚的基本内容、适用对象以及在适用中应当注意的问题；熟练掌握各种具体犯罪尤其是常见罪、多发罪、严重罪、疑难罪的概念、构成要件以及相关犯罪之间的区别；熟悉刑法条文和有关的司法解释，了解刑法规定和司法解释的理论依据与实践依据；能够运用刑法规定与刑法理论正确、全面透彻地分析疑难案例。根据这一基本要求，结合近年司法考试的出题情况、出题特点和出题规律，首先着重分析一下应付刑法部分考试的基本策略。

2004 年刑法学的试题有 85 分，占到了司法考试的 14.2%，与 2003 年所占分值基本相当。其中，总则部分考点所占分值为 21 分，分则部分考点分值为 39 分，综合考查的考点即案例题分值为 25 分。总则部分考核范围既涉及基本刑法理论和原则问题，如罪刑法定原则的内涵、刑法解释的原则与方法、刑法的空间效力范围等，亦涉及刑法总则和总论中的基本制度与原理，如刑事责任年龄、间接故意与过于自信的界定、共同犯罪的认定、共同过失犯罪、故意犯罪停止形态、罪数形态、刑罚种类、量刑情节的理解与适用、死刑缓期执行的适用结局、刑罚裁量原则等，而尤以犯罪构成与犯罪三大形态为考核重点。分则部分考点所占分值既大且散，几乎覆盖了刑法分则除危害国家安全罪、危害国防利益罪以外的所有类罪，但考核难度总体不高，纯粹记忆性和简单理解适用性的试题比重较大，个别试题可能存在着理解判断上的困难和理论上的争议。综合考查的案例题分别考核了刑法总则中的共同犯罪、犯罪停止形态和罪数形态三大传统重点考点，同时考核了刑法分则中的盗窃罪、抢劫罪、强制猥亵妇女罪、销售赃物罪等传统罪名。但本题在理解判断上可能存在严重分歧，对于是否能够认定行为入构成抢劫罪的犯罪中止，考生和学者都存在不同意见。

司法考试迄今已经举办了三届，逐步形成了自己的出题特点和出题规律。如果说 2002 年司法考试刑法部分的难度相对较大、可争议和研究之处也较多，那么 2003 年度与 2004 年度的司法考试刑法部分的难度则比较适中，虽然仍然存在明显存在争议的试题，但在总体上给人以比较适中的感觉。总结三届司法考试刑法部分的命题情况，可以归纳出以下特点：

1. 重视考核考生对刑法条文和法律解释文件的掌握情况。尤其注重考核刑法条文和立法、司法解释对犯罪构成要素、一罪与数罪认定、从一重罪处罚与数罪并罚的特别规定。考核这些内容时，不仅考核常见多发的重点罪名的特别规定，而且经常涉及到我们平时很少关注的非重点罪名的立法和司法特别规定。这就使得考核的内容往往很具体，甚至给人以非常琐碎的感觉。如果平时复习时只注意研究常见多发罪名，往往就会吃亏。在我看来，这也许是司法考试的主办者控制考试通过率的一个杀手锏。在如此庞杂的考试内容面前，要求大家对法律条文和司法解释的方法面面、事无巨细全部掌握，客观上是不可能的。我在回答和解析往年司法考试和律师资格考试真题时，同样感到难以应付，很多情况下需要反复查阅法条和司法解释，才能最终形成判断。

2. 重视考核考生对基本刑法理论的掌握和运用能力。司法考试命题明显地改变了过去律师资格过于注重司法实务、相对轻视刑法理论的倾向,总体理论含量大大提高,在整体格局上似乎呈现出两极化的倾向:部分试题非常实务化,直接考核法条和司法解释的具体规定及其运用,而另外一部分试题则直接考核刑法理论的运用,而且可能考核的还是许多人比较陌生、甚至刑法学界还存在争议的理论问题,如罪刑法定原则对刑法解释论的要求、刑法适用解释的方法与技巧、抽象的事实认识错误、共同犯罪认定上的部分犯罪共同说、部分实行全部责任原则、共同犯罪的犯罪中止问题、间接正犯和片面共犯的共犯性、共同犯罪中的身份问题、侵占罪中“非法占为己有”与“拒不退还”的关系等。这就需要考生在熟悉法条和司法解释的具体规定的基础上,进一步学习掌握相关的刑法法理。在刑法学研究本身还不够成熟、许多刑法理论问题还没有形成共识的情况下,建议大家特别注意关注考试大纲和指定教材的编写者特别是近年参加司法考试试题拼题的学者如张明楷教授个人的学术观点(可以参阅张明楷著:《刑法学》,法律出版社2003年第2版),而不是简单地迷信一般教材上所谓的刑法学界通说。

3. 重视考核运用刑法理论和刑法规定解决实际问题的能力。近两年司法考试的选择題和案例分析已经不存在功能上的区分,而只存在考核方式上的差异。绝大多数选择题就是案例分析题,而且呈现出分值小、覆盖面广、难度大、逻辑性要求高等鲜明特点,其中许多选择题更直接考核刑法理论研究和司法实践中的前沿问题。如2002年卷二单选第6题关于预先设置防卫装置致使小偷受伤的定性,就是一个兼具理论性、实务性和前沿性的话题。我国刑法理论界对此也未能予以足够充分的研究并形成有充分说服力的共识。对诸如此类的试题的回答,要求考生具有相当的理论功底和实务素养。

4. 重视考核考生的逻辑思维能力。这首先表现在许多选择题往往反向设问,对通常习惯于正向思维的考很容易形成干扰,以致经常出现会答而失分的现象。其次,则表现在设计试题时往往掺入多个变量,考核考生的逻辑思辨与条理分析能力。如2002卷二不定项选择第84题、第86题。回答这类问题,可能主要不是考核刑法理论和司法实务能力,而是看考生逻辑思维能力。司法考试不断出现这样的试题也适当的,毕竟法律是讲究逻辑推理的。再次,司法考试对逻辑思维能力的考核不仅体现在我们通常理解的形式逻辑思维,而且也包括我们往往所忽视的辩证逻辑思维。刑法中的许多问题的判断并非直接或者简单基于形式逻辑推理,而且往往也受制于常情常理和生活经验等辩证逻辑。例如,犯罪故意与犯罪过失的判断、正当防卫限度条件的掌握、刑法条文和司法解释无特别规定情况下对实质数罪是按一罪论处还是按数罪并罚的选择,不仅需要法理支撑和形式逻辑支持,而且需要考生运用所习得的生活经验、根据常情常理进行实质判断。

既然司法考试已经告别了过去以死记硬背法条规定为重点的时代,进入了不仅注重考核法条和司法解释,而且注重考核对法条背后的法理的理解与综合运用能力的新的阶段。应对这一趋势,我们在复习刑法部分的内容时,就应当特别注意以下基本要求:

一、对法条及相关立法与司法解释做到了如指掌,必要的死记硬背仍然是我们正确理解与运用的基础和前提。要求掌握刑法典、刑法修正案、立法解释、司法解释包括最高检察院的司法解释的具体规定,注意立法解释与司法解释的区别,注意司法解释的最新变动。

二、全面理解与掌握刑法规定与司法解释背后的法理即刑法原理。

三、注重综合理解与判断能力的提高,能够运用法理全面正确理解法条之间的相互联系、各个知识点之间的相互联系,特别是要正确把握刑法总则与分则规定之间的关系。

四、注重运用能力的提高。希望大家多研究和分析案例,掌握案例分析的要求、思路与方法。

五、正确处理面、点与角的关系。

面:司法考试命题涉及的知识面很广,往往一道一分的试题涉及多个知识点,许多试题往往又非我们通常所认为的重点,所以,必须改变押题心理,踏踏实实地全面复习。

点:强调全面并不意味着不加区别、不分重点地平均分配精力,还是要讲究点面结合,毕竟重点、难点、疑点、热点还是司法考试考核内容的主体。例如,间接故意与过于自信的界定作为犯罪构成论的重点问题,在三届司法考试中都不曾被命题者遗漏。共同犯罪的犯罪停止形态特别是犯罪中止的认定,同样亦成为每年必考的重点问题。复习考试时必须紧紧抓住这些重点,不能因为往年考过了,就想当然地认为今年不会再考。除了传统的考核重点外,更要特别注意把握刑法规定与司法解释中区别于典型原理、原则与制度的非典型的规定。

角:角即复习考试切入的角度,主要应当从关系与界线两个角度切入。

从关系论的角度切入主要包括以下几个方面:

(1) 从总论的点与分论的点的相互关系切入。如刑法第13条的但书规定对刑法分则犯罪构成的制约。如果机械的理解刑法分则规定的犯罪构成,不注意但书的制约,不了解我国犯罪的立法定性加定量的独特模式,就可能混淆罪与非罪的界限。再比如罪数形态与数罪并罚问题,如果仅仅抽象地死记硬背诸如想像竞合犯、牵连犯、继续犯、连续犯、转化犯、吸收犯、结果加重犯的概念与认定条件,可能不会有多大实际意义。但是,如果结合刑法分则与司法解释的特别规定,掌握这些罪数形态的认定和处罚原则,对应付考试就具有很强的针对性。

(2) 从共犯关系的角度切入,如煽动型犯罪与教唆犯罪的关系、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪与相关犯罪的关系、盗窃、诈骗等侵犯财产的犯罪与窝藏包庇、赃物犯罪的关系、洗钱罪与上游犯罪的关系、组织卖淫罪与协助组织卖淫罪的关系、教唆犯与传授犯罪方法罪的关系、共同犯罪的犯罪未遂、中止认定等。

(3) 从犯罪停止形态关系切入,应当特别关注诸如盗窃、诈骗、抢劫、强奸、杀人、绑架等传统犯罪的预备、未遂、中止与既遂等形态的界定。

(4) 从法条竞合关系切入。刑法分则中的许多罪名都存在着法条竞合关系。掌握了法条竞合关系以及适用法条的原则,也就掌握了区分此罪与彼罪的界限的钥匙。

从界限论的角度切入,则主要是指对相似和相关犯罪的界限应当予以特别关注,但没有必要机械地死记硬背此罪与彼罪的犯罪构成要件,甚至也没有必要简单罗列两罪方方面面的区别,而只需要掌握此罪与彼罪区分的关键点。如抢劫罪与敲诈勒索罪的区分是个很复杂的理论和实践问题,但只要把握住一点,即凡是当场实施暴力或以暴力相威胁并当场取得财物的,就一定是抢劫,否则就可能是敲诈勒索。

六、注意研究往年司法考试包括律师资格考试试题。经过包括十多年的律师资格考试和两年的司法考试,刑法部分命题时回旋的空间已经不大,因此,近年司法考试多次出现了完全重复考核以前律师资格考试内容的情况。2003年的案例分析题(分值占9分)甚至考核的是与2000年律师资格考试完全相同的一道案例。选择题也多次出现与往年试题完全一致的情况。有些试题虽然在形式上与往年试题不尽相同,但考点完全相同,而且系多年重复考核,如间接故意与过于自信的界定与适用、共同犯罪的犯罪中止的认定等,在近几年的律师资格考试和统一司法考试包括2004年的司法考试中反复出现,这应当引起大家的特别注意。研究往年

的试题,不仅可以掌握命题的思路、考核的知识点以及解答问题的思路和方法,也许还能够收到意想不到的效果。何乐而不为呢?!考虑到这一点,本书难点例题和例题解析基本上是围绕着往年的司法考试和律师资格考试而展开的,一方面给大家提供比较完整的历年考试试题分类信息,另一方面则给大家提供比较清晰的解题思路和相对可靠的参考答案。

当然,由于试题本身的可争议性、学术共识的阙如以及解题角度的不同,本书有些参考答案可能与考试主办方公布的参考答案并不完全一致。据我所知,命题者在命题时本身就已经考虑到有些答案的可选择性。如2002年卷四紧急避险案例题,避险人陈某将摩托车尾部工具箱的锁撬开,将其中的现金3000元和一张未到期的定期存单(面额2万元)非法占为己有的定性,标准答案应为盗窃罪。但是,如果考生答侵占罪并说明理由的,阅卷时也同样给分。2004年的案例分析题在能否认定行为人构成抢劫罪的犯罪中止问题上同样存在严重分歧,虽然参考答案为抢劫罪的犯罪中止,但如果回答行为人构成抢劫罪的犯罪既遂并说明理由的,在评分时也会酌情给分。所以,如果答题时遇到实在难以把握和选择的难题时,千万不能放弃,务必作出一种选择和判断,案例分析题作出判断后则应当进一步据理分析,说明自己的理由。

第一章 刑法概说

内容总览

刑法是规定犯罪及其法律后果的法律规范的总和。依据不同的标准,对刑法可以进行不同的分类。刑法具有不同于其他法律的特殊法律属性,其基本任务在于惩罚犯罪,保护法益,同时也具有限制国家刑罚权、保障犯罪嫌疑人、被告人和罪犯人权的自由保障机能。刑法解释是对刑法文本及其语词的规范含义的阐释与说明。刑法解释论在解释目标上应当采取以形式解释和主观解释为基础的折中解释论,正式的刑法解释依解释主体可以分为立法解释和司法解释,依解释形式可以分为抽象解释和具体解释。刑法解释应当以文义解释为基本解释方法,以论理解释为补充适用的解释方法。论理解释的结果可能为扩张刑法文本语词通常字面含义的扩张解释,也可能是收缩刑法文本语词通常字面含义的限制解释。扩张解释并不违反罪刑法定原则,但罪刑法定原则绝对禁止不利于被告人的类推解释。刑法基本原则是贯穿刑法的制定和适用全过程、具有普遍指导意义的立法和司法活动准则。我国刑法明文规定了罪刑法定、刑法面前人人平等和罪责刑相适应三大基本原则。其中,罪刑法定是我国刑法的根本原则,是刑法领域的法治原则。刑法的效力范围,解决刑法在什么地域、什么时间对哪些人予以管辖和适用的问题。其实质是刑事管辖权和新旧法律的关系问题。刑法的空间效力主要涉及对国内犯和国外犯的效力问题。我国刑法对国内犯采取属地管辖原则,对于国外犯采取有限属人原则、保护原则和普遍管辖原则。在刑法溯及既往的效力问题上,我国刑法采取从旧兼从轻的原则。

重点透视

本章内容虽然在多数情况下不会直接反映在司法考试试题中,但作为基础观念性的问题,自然会在具体考试内容中以某种方式予以体现,因而,仍然值得重视。值得注意的是,2004年司法考试直接考核了本章中的罪刑法定原则的要求、刑法解释的原则与方法以及刑法的空间效力范围等问题。说明本章考点的重要性值得我们期待。

一、刑法的概念和分类

刑法系规定犯罪及其法律后果的法律规范体系。

刑法是制定法,注重法的安定性;刑法是公法,它规定作为刑罚权主体的国家与犯罪主体之个人间的关系;刑法是强行法,它以国家刑罚权这一和平时期最具有暴力性和强制性的公权力的行使为基础;刑法是刑罚法,它主要以刑罚这一特殊的制裁手段调整犯罪行为;刑法是保障法,它是补充和保障其他法律适用的法律;刑法是司法法,它是法院适用的法律。刑法是实定法或实证法,是基于国家立法作用或者社会习惯等经验事实而制定,且其本身具有经验事实性格。

刑法的分类:

1. 依涵盖范畴为准,刑法得分为狭义刑法与广义刑法。狭义刑法单指刑法典,广义刑法则泛指一切以犯罪及其法律后果为规范内容的刑事实体法,包括刑法典、单行刑法以及附属地规定在其他法律法规中的设有刑罚效果的法律条款,即附属刑法规范。

2. 依立法体例为准,刑法得分为主刑法与辅刑法。前者指规定犯罪及其法律后果的核心刑法,即刑法典;后者指刑法典以外的单行刑法以及分散地规定在其他法律法规中的附属刑法。

3. 依法典形式为准,刑法得分为形式刑法与实质刑法,前者指从外形即显示其为规定犯罪及其法律后果的法规。后者则是不具刑法的形式亦无刑法的名称而其内容为规定犯罪及其法律后果的法规。

4. 依所规定的犯罪为准,刑法得分为刑事刑法与行政刑法。前者以刑事犯或者自然犯为处罚对象,后者以法定犯或者行政犯为处罚对象。

5. 依适用范围为准,刑法得分为普通刑法与特别刑法,前者不问何人均可适用,后者适用于特定身份之人、规定特定内容的事项或者限定于特定地域范围适用。特别刑法具有优先于普通刑法而适用的特别效力。

6. 依处罚对象为准,刑法得分为行为刑法与行为人刑法,前者以犯罪行为的实施为处罚的依据,追究的是行为责任,其准则是“无行为则无刑罚”。后者以行为人的危险性为处罚对象,追究的是行为人责任,其准则是“纵无行为也可处罚”。行为刑法与责任刑法是法治国家刑法的基本原则。

7. 以刑法的机能为准,刑法得分为威权刑法和自由刑法。前者以保护国家的权威与统治秩序为基本诉求,后者以限制国家刑罚权的发动、保障公民的法自由为基本机能。

二、刑法的性质与任务

除了通常所称的体现统治集团意志、维护政治统治的这一共同的政治属性以外,刑法尚具有区别于其他法律的特有的法律属性:

1. 刑法规范具有很强的伦理性,道德伦理规范不仅可能成为刑法规范的渊源,而且往往成为刑法规范的灵魂,构成刑法规范的道德力量。

2. 刑法规范的法益保护体系具有广泛性。与其他法律规范不同,刑法规范不只保护某一领域、某一方面的法益,而具有相对广泛的法益保护体系,不仅其他法律保护的法益最终均得进入刑法保护的视域,而且道德伦理秩序亦可成为刑法维护的社会法益。

3. 刑法规范具有不完整性,这种不完整性包括规范内容的不完整性和规范功能的不完整性。规范内容的不完整性,是指刑法规范具有片断性或者残缺不全的特征,刑法的法益保护体系只能局限于特定的依据“当罚性”范畴选定的重点。规范功能的不完整性,则是指刑法的法益保护功能具有相对性,刑法不可能担当全部的法益保护使命。

4. 刑法规范具有补充性。刑法是对不服从第一次规范如民法规范、行政法规规范所保护的利益进行强有力的第二次保护的规范,具有补充和保障第一次法规范适用的补充性和保障性。第一次法能够有效而充分地保护法益的,则无刑法干预的必要,由此并决定刑法规范的干预应当具有最后手段性。

5. 刑法规范具有特殊的强制性和严厉性。刑法规范通过对犯罪行为追究刑事责任、适用刑罚的方式实现其法益保护功能,刑事责任是国家对行为人最严厉的否定评价和责难谴责,刑

罚作为实现刑事责任的基本方式是最具有痛苦性和强制性的制裁手段。

刑法的任务是刑法的制定与适用应当承担的使命,与刑法应当并且可能发挥的积极作用即刑法的机能同其含义。根据我国刑法第2条的规定,我国刑法的任务是可以被概括为惩罚犯罪、保护法益,这是我国刑法的固有的机能和基本的任务。但是,根据我国刑法第3条确认的罪刑法定原则,我国刑法同时又具有规范和限制国家刑罚权的行使,保障犯罪嫌疑人、被告人、罪犯以及全体公民的人权的自由保障机能。罪刑法定制约下的现代法治国家刑法,不仅应当因其法益保护机能的发挥而成为“善良国民的大宪章”,而且应当因其自由保障机能的发挥而成为“犯罪人的大宪章”。现代刑法的核心问题就在于,如何协调和平衡法益保护机能与自由保障机能,最优化地实现刑法的任务。

三、刑法解释

刑法解释是对刑法文本及其语词含义的阐释与说明。刑法解释是我国当前刑法理论研究和司法实践中的一个热点、难点和焦点问题。关于刑法解释,应当特别注意把握的问题是:

(一) 刑法解释的对象

刑法解释的对象是刑法文本。特定的日常生活用语或者专业法律术语构成刑法文本赖以存在的原子,而体例编排、语法关系和逻辑结构则是这些特定语词的存在方式,刑法文本涵义因而具有体例、语法与逻辑制约性,这一特性既为刑法文本的体系解释法的运用提供了逻辑可能性,另一方面又对刑法文本的体例、语法与逻辑本身提出了独立的解释要求。亦即,虽然刑法解释主要是就刑法文本中产生疑义、歧义、出现漏洞、不足、需要明确其含义或者填补法律漏洞的特定语词本身进行阐释性或创制性解释,但也不排除在特定情况下将解释的焦点从特定语词本身转移至刑法文本的编排体例、语法关系与逻辑结构,通过对刑法文本的编排体例、语法关系与逻辑结构的分析,发现真正的立法意旨。

作为刑法解释对象的刑法文本,较之于民法文本,具有完全不同的调整对象和调整范围,在法律体系中相对于民法文本居于“第二次法”的法律地位,具有完全不同于民法文本的公法和强制法的属性,遵循与民法文本完全不同旨趣的罪刑法定原则。这些特性决定了刑法解释的目标定位、方法选择和解释规则的特殊性。

(二) 刑法解释的目标

刑法解释论在解释目标上一直存在着形式解释论与实质解释论、主观解释论与客观解释论之争以及调和这种争论的折中解释论。比较而言,折中解释论是通说。按照折中解释论,刑法解释特别是刑事司法解释应当尊重和忠实于立法者通过刑法文本表达的立法当时的标准原意,使刑法适用解释的结果满足形式合理性的最低限度的要求。另一方面,在确保罪刑法定所保障的法律后果的可预测性、公民的法自由与法安全的前提下,也不排斥在必要与个别情况下,基于实质合理性的考虑,而对刑法文本及其语词含义进行实质解释或客观解释。这种必要与个别的情况主要是指:

一是在根据立法当时的标准原意进行平义解释所得出的解释结论显然荒谬的情况下,可以超越平义解释及其界定的刑法文本语词的通常字面含义范围(往往也是立法者在立法当时的标准原意),而根据刑法文本及其语词现在应有的客观意思进行扩张其通常适用范围的解释,但是不能超越文本及其语词可能具有的最大含义范围。这种扩张解释的结论,可能产生有利于被告人的结果,也可能产生不利于被告人的后果。例如,对组织、引诱、容留男性,为男同

性恋者提供同性性交易的行为,应当扩张解释为组织、引诱、容留他人卖淫。2004年司法考试专门考核了这一考点。

二是在公民的行为形式上触犯刑法的明文规定,而缺乏实质的可罚性和违法性的情况下,应当例外地超越立法者的立法原意,而根据实质合理性的要求,结合刑法目的论解释,挖掘刑法文本现在客观上应有的合理的意思,甚至允许进行必要的类推解释,对形式上符合犯罪构成而缺乏实质的可罚性和违法性的行为,进行超法规的阻却违法性或阻却罪责的正当化解释。

(三) 刑法解释的主体与形式

正式的刑法解释,按解释主体,得分为立法解释与司法解释,按解释形式,得分为抽象解释与具体解释。

立法解释是立法者对刑法文本涵义的阐释和说明,司法解释则是司法者在适用刑法过程中对相关刑法文本涵义的阐释与说明。

抽象解释,亦称规范解释,是脱离具体案件的刑法适用而对刑法文本涵义的一般解释活动,其目的是通过对刑法文本涵义的权威性解释,形成具有普遍约束力的一般解释结论。具体解释,又称适用解释,则是在适用刑法裁判具体案件过程中,结合个案事实对刑法文本的含义所做的分析与说明。立法解释采取抽象解释、规范解释的形式,司法解释一般采取以刑事判例为载体的具体解释或适用解释形式。而我国的刑事司法解释在制度与实践层面却表现为“两高”就刑法适用发布的抽象性、规范性司法解释。

我国全国人大常委会作为立法机关对刑法文本的权威性立法解释,有助于统一对刑法文本的理解。我国“两高”就刑法适用发布的抽象性司法解释,对于正确适用刑法,亦具有重大实践价值,相关立法解释文和司法解释文已经成为近年司法考试的重点考核内容。立法解释和司法解释的数量很多,覆盖范围很广,内容相当具体甚至有些琐碎,但确实非常重要,直接关系到案件的罪与非罪、此罪与彼罪、一罪与数罪以及处罚原则的界定,必须成为我们复习准备司法考试的重点。建议有上网条件的考生登陆中国法院网网站,下载全部应考立法和司法解释(网址为 <http://www.chinacourt.org>),并予以认真研究。本书相关章节也会尽可能提醒大家关注相关立法和司法解释内容。

(四) 刑法解释的方法

刑法解释应当以文义解释为基本和首选的解释方法,以论理解释方法为补充适用的解释方法。

由刑法文本特性、罪刑法定原则与刑法解释目标所决定,刑法解释必须是严格解释,文义解释(亦称平义解释、语义解释、文理解释)应当成为解释刑法文本的基本的和首选的方法。平义解释法严格拘泥于刑法文本本身的文字规定,旨在阐释与说明刑法文本语词的通常字面含义,使刑法规定进一步明确化、具体化。

但是,由刑法文本及其语词固有的类型化特征、空缺结构以及流变性所决定,平义解释方法并非在所有的情况下都能够逻辑自足地解释刑法文本,甚至可能无法发现刑法文本的真实含义。因此,在文义解释无法真切地把握法律文本的真实和客观含义时,就应当超越文义解释,进行论理解释。

运用论理解释方法解释特定刑法术语的语词含义时,应当在语词的通常字面含义之外而又不超越语词可能具有的的含义的范围内,进行符合立法意图的阐述与说明。刑法文本语词可能具有的含义范围,包括文字的自然意义、各文字间的相关意义以及贯穿全部文字之整条意

义,这既是刑法解释的最大边界,也是论理解释与罪刑法定所禁止的类推解释的根本界限。

论理解释的基本方法包括体系解释、历史解释与目的解释三种:

体系解释是在刑法文本范围内运用系统化的解释方法,把对刑法特定语词的解释,与它所在的上下文联系、法律概念的逻辑结构和一般法律原则等协调起来,在保持刑法体系的一贯性和语言文字含义的一致性的基础上,确定刑法特定语词的真实与客观的意思。通常所称的反对解释、补正解释、当然解释、类比推断等,都是常用的体系解释方法。

历史解释则是通过研究刑法文本赖以形成的立法史材料,了解刑法起草过程以及制定当时的立法背景以及政策考虑,从而发现和重构立法者于制定法律时所作的价值判断、立法目的以及通过文本意图表达的真实意思。

目的解释超越刑法文本与立法史材料,力求根据对法律文本的公共政策分析、立法目的、法的一般原则的价值判断以及法律适用效果的社会学考察,对刑法文本的语词含义进行符合立法目的的阐释。自20世纪以来,目的解释方法逐渐超越传统的文义解释、体系解释和历史解释而成为最受青睐的解释方法。

目的论的解释强调合目的地、与时俱进地发展刑法文本语词的含义,探究刑法文本及特定语词的终极含义,保持刑法的可适用性与刑法适用的合目的性,但是,目的解释是一种相对自由的刑法解释。为了确保刑法解释结论的可预测性,目的解释论必须遵守两个基本的限制,一是必须遵守论理解释的基本限制,不得超出刑法文本及其语词含义可能具有的最大含义范围;二是应当受到作为更高位阶的母法的宪法文本的制约,目的解释的结论不得违反宪法的规定及其精神。

运用体系解释、历史解释与目的解释等论理解释方法解释刑法文本的结果,或者可能延伸刑法文本语词的通常字面含义范围,或者可能收缩刑法文本语词的通常字面含义范围,前者为扩张解释,后者为限制解释。罪刑法定及其制约下的刑法严格解释原则并不严格禁止不利于被告人的扩张解释,但绝对禁止实质上构成法官造法的不利于被告人的类推解释。

四、刑法的基本原则

刑法基本原则是贯穿刑法的制定和适用全过程、具有普遍指导意义的立法和司法活动准则。《中华人民共和国刑法》(以下简称“刑法”)第3—5条明文规定了罪刑法定、刑法面前人人平等和罪责刑相适应三大基本原则,但这并不意味着我国刑法基本原则仅限于这三大基本原则。事实上,诸如主客观相统一原则、罪责自负原则、惩办与宽大相结合原则、惩罚与教育改造相结合以及人道主义原则等,均贯穿在我国刑法的制定和适用全过程,均得成为我国刑法的基本原则。但是,本节应当重点把握的刑法基本原则则是我国刑法明文规定的三大基本原则,特别是作为我国刑法领域的根本法治原则的罪刑法定原则。

(一) 罪刑法定原则

我国刑法第3条明确规定:“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。”这一规定标志着我国刑法典确立了罪刑法定原则。

罪刑法定原则,正如其格言“Nullum crimen, nulla poena sine lege”(法无明文规定不为罪亦不处罚)所要求,是指什么行为构成犯罪和对犯罪行为处以何种刑罚,必须预先由法律明文加以规定。对于法无明文事先规定的行为,即不得作为犯罪处罚。在处罚犯罪时,也不得用法律预先规定的刑罚以外的刑罚处罚。