

2019^年

国家统一法律职业资格考试
辅导用书

第二卷

国家统一法律职业资格考试辅导用书编辑委员会



刑法·刑事诉讼法
行政法与行政诉讼法



2019^年

国家统一法律职业资格考试
辅导用书

第二卷

国家统一法律职业资格考试辅导用书编辑委员会

刑法·刑事诉讼法
行政法与行政诉讼法



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

国家统一法律职业资格考试辅导用书

第二卷

各科编写人员

刑 法

主 编

陈泽宪 张明楷

撰稿人

陈泽宪 (第一至四章)

张明楷 李立众 (第五至八章, 第十四至三十九章)

李立众 (第九至十三章)

刑事诉讼法

主 编

陈卫东 宋英辉

撰稿人

宋英辉 郭云忠 何 挺 (第一至十章)

宋英辉 何 挺 (第二十章)

陈卫东 (第十一、十二章, 第二十一至二十五章)

郝银钟 (第十三、十七章)

刘计划 (第十四至十六章, 第十八至十九章, 第二十五章)

行政法与行政诉讼法

主 编

马怀德

撰稿人

马怀德 杨伟东

目 录

刑 法

- 第一章 刑法概说 / 001
 - 第一节 刑法的概念、性质、任务和机能 / 001
 - 第二节 刑法的基本原则 / 003
 - 第三节 刑法的适用范围 / 006
- 第二章 犯罪概说 / 009
 - 第一节 犯罪的概念 / 009
 - 第二节 犯罪的分类 / 011
- 第三章 犯罪构成 / 013
 - 第一节 犯罪构成概述 / 013
 - 第二节 犯罪客体 / 016
 - 第三节 犯罪客观要件 / 019
 - 第四节 犯罪主体 / 025
 - 第五节 犯罪主观要件 / 028
- 第四章 犯罪排除事由 / 037
 - 第一节 犯罪排除事由概述 / 037
 - 第二节 正当防卫 / 038
 - 第三节 紧急避险 / 041
 - 第四节 其他犯罪排除事由 / 043
- 第五章 犯罪未完成形态 / 046
 - 第一节 犯罪未完成形态概述 / 046
 - 第二节 犯罪预备 / 047
 - 第三节 犯罪未遂 / 049
 - 第四节 犯罪中止 / 051
- 第六章 共同犯罪 / 055
 - 第一节 共同犯罪概述 / 055
 - 第二节 共同犯罪的成立条件 / 057
 - 第三节 共同犯罪的形式 / 058
 - 第四节 共犯人的分类及其刑事责任 / 060
 - 第五节 共同犯罪的特殊问题 / 062

第七章	单位犯罪 / 066
第一节	单位犯罪概述 / 066
第二节	单位犯罪的定罪 / 067
第三节	单位犯罪的处罚 / 069
第八章	罪数形态 / 071
第一节	罪数的区分 / 071
第二节	实质的一罪 / 073
第三节	法定的一罪 / 074
第四节	处断的一罪 / 075
第九章	刑罚概说 / 078
第一节	刑罚的概念 / 078
第二节	刑罚的目的 / 079
第十章	刑罚种类 / 081
第一节	主刑 / 081
第二节	附加刑 / 085
第三节	非刑罚处罚措施 / 087
第十一章	刑罚裁量 / 089
第一节	量刑概述 / 089
第二节	量刑情节 / 091
第三节	量刑制度 / 099
第十二章	刑罚执行 / 104
第一节	减刑制度 / 104
第二节	假释制度 / 106
第十三章	刑罚消灭 / 109
第一节	刑罚消灭概述 / 109
第二节	时效 / 110
第三节	赦免 / 112
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 / 119
第十五章	危害国家安全罪 / 122
第十六章	危害公共安全罪 / 124
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 / 134
第十八章	破坏社会主义市场经济秩序罪(2): 走私罪 / 139
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 / 143
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 / 146
第二十一章	破坏社会主义市场经济秩序罪(5): 金融诈骗罪 / 152
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 / 156
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 / 160

- 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 / 164
- 第二十五章 侵犯公民人身权利、民主权利罪 / 169
- 第二十六章 侵犯财产罪 / 193
- 第二十七章 妨害社会管理秩序罪(1):扰乱公共秩序罪 / 210
- 第二十八章 妨害社会管理秩序罪(2):妨害司法罪★ / 222
- 第二十九章 妨害社会管理秩序罪(3):妨害国(边)境管理罪 / 229
- 第三十章 妨害社会管理秩序罪(4):妨害文物管理罪 / 231
- 第三十一章 妨害社会管理秩序罪(5):危害公共卫生罪 / 233
- 第三十二章 妨害社会管理秩序罪(6):破坏环境资源保护罪 / 237
- 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 / 240
- 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 / 246
- 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 / 249
- 第三十六章 危害国防利益罪 / 251
- 第三十七章 贪污贿赂罪 / 253
- 第三十八章 渎职罪 / 264
- 第三十九章 军人违反职责罪 / 270

刑事诉讼法

- 第一章 刑事诉讼法概述 / 273
- 第一节 刑事诉讼法的概念 / 273
- 第二节 刑事诉讼法的制定目的与任务 / 276
- 第三节 刑事诉讼的基本理念 / 277
- 第四节 刑事诉讼的基本范畴 / 278
- 第二章 刑事诉讼法的基本原则 / 283
- 第一节 基本原则概述 / 283
- 第二节 侦查权、检察权、审判权由专门机关依法行使 / 284
- 第三节 严格遵守法律程序 / 284
- 第四节 人民法院、人民检察院依法独立行使职权 / 285
- 第五节 分工负责,互相配合,互相制约 / 286
- 第六节 人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督 / 286
- 第七节 各民族公民有权使用本民族语言文字进行诉讼 / 287
- 第八节 犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护 / 288
- 第九节 未经人民法院依法判决,对任何人都不得确定有罪 / 288
- 第十节 保障诉讼参与人的诉讼权利 / 289
- 第十一节 认罪认罚从宽 / 289
- 第十二节 具有法定情形不予追究刑事责任 / 290
- 第十三节 追究外国人刑事责任适用我国刑事诉讼法 / 291
- 第三章 刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人 / 293
- 第一节 刑事诉讼中的专门机关 / 293
- 第二节 诉讼参与人 / 297

第四章	管 辖	/ 307
第一节	立案管辖	/ 307
第二节	审判管辖	/ 310
第三节	特殊情况的管辖	/ 314
第五章	回 避	/ 316
第一节	回避的理由、种类与适用人员	/ 316
第二节	回避的程序	/ 318
第六章	辩护与代理	/ 320
第一节	辩护制度概述	/ 320
第二节	我国辩护制度的基本内容	/ 322
第三节	法律援助制度	/ 331
第四节	刑事代理	/ 331
第七章	刑事证据	/ 335
第一节	刑事证据的概念和基本属性	/ 335
第二节	刑事证据的种类	/ 338
第三节	刑事证据的分类	/ 348
第四节	刑事证据规则	/ 351
第五节	刑事诉讼证明	/ 357
第八章	强制措施	/ 362
第一节	强制措施概述	/ 362
第二节	拘 传	/ 364
第三节	取保候审	/ 365
第四节	监视居住	/ 368
第五节	拘 留	/ 370
第六节	逮 捕	/ 373
第九章	附带民事诉讼	/ 380
第一节	附带民事诉讼概述	/ 380
第二节	附带民事诉讼当事人	/ 381
第三节	附带民事诉讼的提起	/ 382
第四节	附带民事诉讼的审判	/ 384
第十章	期间、送达	/ 386
第一节	期 间	/ 386
第二节	送 达	/ 388
第十一章	立 案	/ 391
第一节	立案的概念	/ 391
第二节	立案的材料来源和条件	/ 392
第三节	立案程序和立案监督	/ 394
第十二章	侦 查	/ 399
第一节	概 述	/ 399
第二节	侦查行为	/ 402
第三节	侦查终结	/ 409

- 第四节 补充侦查与补充调查★ / 411
- 第五节 对违法侦查行为的申诉、控告 / 412
- 第六节 侦查监督 / 413
- 第十三章 起 诉 / 415**
 - 第一节 起诉的概念和意义 / 415
 - 第二节 提起公诉的程序 / 417
 - 第三节 提起自诉的程序 / 428
- 第十四章 刑事审判概述 / 431**
 - 第一节 刑事审判的概念和任务 / 431
 - 第二节 刑事审判的模式 / 433
 - 第三节 刑事审判的原则 / 437
 - 第四节 审级制度 / 441
 - 第五节 审判组织 / 442
- 第十五章 第一审程序 / 448**
 - 第一节 第一审程序概述 / 448
 - 第二节 公诉案件第一审程序 / 448
 - 第三节 自诉案件第一审程序 / 462
 - 第四节 简易程序 / 464
 - 第五节 速裁程序★ / 466
 - 第六节 判决、裁定和决定 / 467
- 第十六章 第二审程序 / 475**
 - 第一节 第二审程序的概念 / 475
 - 第二节 第二审程序的提起 / 475
 - 第三节 第二审程序的审判 / 479
 - 第四节 查封、扣押、冻结财物及其处理 / 487
 - 第五节 在法定刑以下判处刑罚的核准程序 / 488
- 第十七章 死刑复核程序 / 490**
 - 第一节 死刑复核程序概述 / 490
 - 第二节 判处死刑立即执行案件的复核程序 / 491
 - 第三节 判处死刑缓期二年执行案件的复核程序 / 496
- 第十八章 审判监督程序 / 497**
 - 第一节 审判监督程序的概念和特点 / 497
 - 第二节 审判监督程序的提起 / 498
 - 第三节 依照审判监督程序对案件的重新审判 / 503
- 第十九章 执 行 / 507**
 - 第一节 执行概述 / 507
 - 第二节 各种判决、裁定的执行程序 / 508
 - 第三节 执行的变更程序 / 511
 - 第四节 对新罪和申诉的处理 / 516
 - 第五节 人民检察院对执行的监督 / 516

- 第二十章 未成年人刑事案件诉讼程序 / 520
 - 第一节 概 述 / 520
 - 第二节 未成年人刑事案件诉讼程序的方针与原则 / 522
 - 第三节 未成年人刑事案件诉讼制度与程序的具体规定 / 525
- 第二十一章 当事人和解的公诉案件诉讼程序 / 533
- 第二十二章 缺席审判程序★ / 537
 - 第一节 缺席审判程序的案件范围与送达 / 537
 - 第二节 缺席审判中的辩护权与上诉、抗诉 / 538
 - 第三节 被告人到案后的救济程序 / 539
- 第二十三章 犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序 / 540
 - 第一节 概 述 / 540
 - 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 / 541
- 第二十四章 依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗程序 / 545
- 第二十五章 涉外刑事诉讼程序与司法协助制度 / 548
 - 第一节 涉外刑事诉讼程序 / 548
 - 第二节 刑事司法协助 / 552

- 第一章 行政法概述 / 555
 - 第一节 行政法的基本概念 / 555
 - 第二节 行政法的法律渊源 / 557
 - 第三节 行政法的基本原则 / 559
- 第二章 行政组织与公务员 / 562
 - 第一节 行政组织法概述 / 562
 - 第二节 中央国家行政机关 / 563
 - 第三节 地方国家行政机关 / 565
 - 第四节 实施行政职能的非政府组织 / 567
 - 第五节 公务员★ / 568
- 第三章 抽象行政行为 / 575
 - 第一节 抽象行政行为概述 / 575
 - 第二节 行政法规 / 576
 - 第三节 规章和有普遍约束力的决定、命令 / 580
- 第四章 具体行政行为概述 / 587
 - 第一节 具体行政行为的概念 / 587
 - 第二节 具体行政行为的成立和效力 / 589
 - 第三节 具体行政行为的一般合法要件 / 592
- 第五章 行政许可 / 595
 - 第一节 行政许可概述 / 595
 - 第二节 行政许可的设定 / 596
 - 第三节 行政许可的实施机关 / 597
 - 第四节 行政许可的实施程序 / 597

- 第五节 行政许可的费用 / 597
- 第六节 监督检查 / 598
- 第七节 行政许可诉讼 / 598
- 第六章 行政处罚 / 601
 - 第一节 行政处罚概述 / 601
 - 第二节 行政处罚的种类与设定 / 603
 - 第三节 行政处罚的实施机关、管辖与适用 / 604
 - 第四节 行政处罚的程序 / 605
 - 第五节 治安管理处罚 / 607
- 第七章 行政强制 / 610
 - 第一节 行政强制概述 / 610
 - 第二节 行政强制的种类和设定 / 613
 - 第三节 行政强制措施实施程序 / 615
 - 第四节 行政机关强制执行程序 / 616
 - 第五节 申请法院强制执行 / 618
- 第八章 行政合同与行政给付 / 620
 - 第一节 行政合同 / 620
 - 第二节 行政给付 / 623
- 第九章 行政程序与政府信息公开★ / 624
 - 第一节 行政程序概述 / 624
 - 第二节 行政程序的基本制度 / 625
 - 第三节 政府信息公开制度 / 626
- 第十章 行政复议 / 635
 - 第一节 行政复议概述 / 635
 - 第二节 行政复议范围 / 636
 - 第三节 行政复议参加人和行政复议机关 / 637
 - 第四节 行政复议的申请与受理 / 639
 - 第五节 行政复议的审理、决定和执行 / 642
- 第十一章 行政诉讼概述 / 648
 - 第一节 行政诉讼的概念和特征 / 648
 - 第二节 行政诉讼法 / 651
 - 第三节 行政诉讼的基本原则 / 654
- 第十二章 行政诉讼的受案范围 / 661
 - 第一节 概 述 / 661
 - 第二节 应予受理的案件 / 664
 - 第三节 不予受理的案件 / 671
- 第十三章 行政诉讼的管辖 / 676
 - 第一节 行政诉讼管辖概述 / 676
 - 第二节 级别管辖 / 677
 - 第三节 地域管辖 / 678
 - 第四节 裁定管辖 / 680

第十四章	行政诉讼参加人 / 682
第一节	概 述 / 682
第二节	行政诉讼的原告 / 684
第三节	行政诉讼的被告 / 687
第四节	行政诉讼的第三人 / 690
第五节	共同诉讼人 / 692
第六节	诉讼代理人 / 694
第十五章	行政诉讼程序 / 696
第一节	起诉与受理 / 696
第二节	行政诉讼的第一审程序 / 701
第三节	行政诉讼的第二审程序 / 704
第四节	行政诉讼审判监督程序 / 705
第十六章	行政诉讼的特殊制度与规则 / 709
第一节	行政诉讼证据 / 709
第二节	行政诉讼的法律适用 / 717
第三节	行政案件审理中的特殊制度 / 723
第四节	涉外行政诉讼 / 730
第十七章	行政案件的裁判与执行 / 732
第一节	行政诉讼的判决、裁定与决定 / 732
第二节	行政诉讼的执行与非诉行政案件的执行 / 739
第十八章	国家赔偿概述 / 743
第一节	国家赔偿 / 743
第二节	国家赔偿法 / 745
第三节	国家赔偿的构成要件 / 747
第十九章	行政赔偿 / 755
第一节	行政赔偿概述 / 755
第二节	行政赔偿范围 / 759
第三节	行政赔偿请求人和赔偿义务机关 / 762
第四节	行政赔偿程序 / 765
第二十章	司法赔偿 / 770
第一节	司法赔偿概述 / 770
第二节	司法赔偿范围 / 772
第三节	司法赔偿请求人和赔偿义务机关 / 783
第四节	司法赔偿程序 / 786
第二十一章	国家赔偿方式、标准和费用 / 796
第一节	国家赔偿的方式 / 796
第二节	国家赔偿的计算标准 / 799
第三节	国家赔偿费用 / 803

刑 法

第一章 刑法概说

【本章主要内容提示】

本章要理解和掌握罪刑法定原则。

刑法是规定犯罪和刑罚的法律,其包括刑法典、单行刑法和刑法修正案。刑法是最为严厉的法律,是调整社会关系的最后手段,具有严厉性。在刑法的三大原则中,罪刑法定原则的意义最为重大。罪刑法定原则的具体要求是:禁止溯及既往(事前的罪刑法定)、排斥习惯法(成文的罪刑法定)、禁止类推适用(严格的罪刑法定)、刑罚法规的适当(确定的罪刑法定)。在刑事司法中贯彻罪刑法定原则,最为关键的问题是对刑法解释方法的运用要合理,要能够区分类推适用与扩大解释,绝对禁止不利于被告人的类推适用。

第一节 刑法的概念、性质、任务和机能

一、刑法的概念

刑法是以国家名义规定何种行为是犯罪和应给犯罪人以何种刑罚处罚,以有效对付犯罪和积极预防犯罪的法律。

我国在1979年制定了刑法典。刑法制定的根据是宪法的精神和司法实践经验。1979年刑法的特点是罪名较少、刑罚较为轻缓。1981年以后,随着社会转型的加快,犯罪现象日趋猖獗,为适应惩罚犯罪的需要,国家逐步制定单行刑法。截至1997年3月,我国先后又通过了二十余个单行刑法,并在一百余部行政法规中规定有罪责条款。这些刑法规范的颁布,对于稳定社会秩序、惩罚犯罪,是极其必要的。但是,单行刑法、附属刑法规范过多,过于分散,难免有相互矛盾之处,使司法适用上难度很大,也可能使法制的统一性受到影响。所以,我国在1997年对刑法进行了修订。刑法修订的基本思路是:制定有特色、统一和完备的刑法典;保持刑法的连续性和稳定性,可改可不改的,尽量不改;尽量使新刑法明确与具体。

修订后的刑法共有452条,在犯罪与刑罚的立法规定上都有重大改动。但是,最为引人注目的变化主要表现在:一方面,适应依法治国、建设社会主

义法治国家的需要,规定了罪刑法定、罪刑相适应、刑法面前人人平等的刑法基本原则,废除了1979年刑法中的类推制度,并在罪刑关系设置的多个方面体现了保障人权的思想;另一方面,在刑法分则中,大量增设新罪名,严密法网。刑法分则共分十章,对四百余个罪名作了规定,为准确认定犯罪提供了标准。

自1997年修订刑法之后,迄今为止,全国人大常委会又先后制定了十个《刑法修正案》和一个单行刑法(1998年12月29日《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》)。

二、刑法的性质

刑法作为重要的部门法,具有以下法律性质:

(一) 特定性

刑法只规范罪刑关系,其涉及的内容与对象都较为特殊。刑法规范并不像其他法律规范一样仅仅保护社会伦理的、道德的、宗教的秩序,而对个人参与社会生活、从事社会活动所必不可少的重要权益都予以保护,即通过对违反规范的行为以国家的名义作出规范的、明确的否定性评价,以达到保护法益的目的。

(二) 广泛性

刑法的目的是保护法益。需要用刑法加以保护的法益十分广泛,从总体上看包括个人法益、国家法益、社会法益三大类,每一类法益之下,又可以分为数十种具体法益,而各种具体罪名都与侵犯具体法益有关。可以说,其他法律保护的法益,刑法都保护。

(三) 严厉性

在犯罪发生时,惩罚这种行为的措施是刑罚,这是强制力最强的手段。刑法与民法、行政法等其他法律部门的区别表现在:对犯罪这类违法行为,根据法律所可能承担的法律后果不同;而不在于它所调整的社会关系的不同。民法调整平等主体之间的利益关系,行政法对于为实现公共福利所采取的国家行动进行规范,从表面上看,它们与刑法在调整对象上不同,但是,在民事关系、行政关系被严重侵犯时,刑法的出面有时就是难免的。从这个意义上看,刑

法具有保障性,即保障其他法律的实施,例如,刑法通过规定妨害公务罪,来保障公务执行的措施和效率;通过规定走私罪,来保障海关法的施行等。

三、刑法的任务

根据《刑法》第2条的规定,我国刑法的任务是:(1)保卫人民民主专政的政权和社会主义制度。严厉打击直接危害我国人民民主专政的政权和社会主义制度的危害国家安全等犯罪行为,这是我国刑法的首要任务。(2)保护公共财产和公民私人所有的财产。国有财产和劳动群众集体所有的财产,是社会主义的物质基础,是我国进行现代化建设的物质保证。它们直接关系到我国政权和制度的巩固以及社会生活的正常和繁荣,因而保护公共财产是我国刑法的重要任务。公民私人所有的财产,是公民生产、工作、生活必不可少的物质条件。保护公民私人所有的财产,贯彻了宪法的相关原则。(3)保护公民的人身权利、民主权利和其他权利。保护人民的合法权益是我们社会主义国家的根本任务,也是我国刑法任务的重要内容之一。(4)维护社会秩序和经济秩序。良好的社会秩序和经济秩序,是社会主义建设事业顺利进行的保障,同公民的切身利益密切相关,因此,维护社会秩序和经济秩序是刑法的一项重要任务。

四、刑法的机能

刑法的机能与任务不同:任务是刑法实际承担的职责;机能是刑法现实以及可能发挥的作用。在违反社会秩序,破坏合法权益的行为发生,破坏共同生活秩序的行为人出现之后,必须要使用刑法手段对之加以抑止。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、法益保护机能和权利保障机能。

(一) 规制机能

刑法的规制机能,是指对于一定的犯罪,在刑法中规定施加一定的惩罚措施,以此来明确国家对该犯罪的规范性评价。这里的规范性评价意味着刑法既是行为规范,也是裁判规范。

刑法作为行为规范的机能是:刑法将一定

的行为确定为犯罪,并规定科处一定刑罚,从而指出其应当受到法的无价值判断(评价机能),这样通过刑法的命令,就可以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。

刑法作为裁判规范的机能是:在司法活动中,没有犯罪行为,没有刑法规定,就不能确定刑罚处罚,定罪和量刑都必须以刑法的明确规范为指导。所以,对司法官员而言,刑法既是定罪量刑的依据,也是对其法外定罪科刑的禁止。

(二) 法益保护机能

刑法要在社会中发挥作用,就必须保护人们公认的、对于社会存续有意义的法律上的利益,由此来保卫社会,维护现存的生活秩序,这就是刑法的保护机能。

就今天的世界范围内来看,国家的存续和发展(国家法益)、社会生活的安宁与和谐(社会法益)、人的生命、健康、自由、财产(个人法益),是各国刑法都必须给予保护的。唯其如此,才能在整体上维持社会秩序。要实现刑法的社会秩序维持机能,刑罚就必须将特殊预防

和一般预防结合起来考虑。刑法的保护机能表明,由于犯罪的本质是侵犯刑法所保护的法益,刑法的最终目的就应当定位于保护法益。

(三) 权利保障机能

刑罚是一柄“双刃剑”,用之不当,会两败俱伤。换言之,刑法这种国家权力如果使用不当,既可能无法达到惩罚犯罪的功效;也可能会侵害无辜公民个人的人身权利、民主权利和财产权利。所以,为了使公民个人的权利免受国家权力的无端侵害,必须用法律对个人进行保障。刑法的人权保障机能能够得到实现,主要是因为利用刑法确定了这样一条原则:任何个人,如果没有犯罪行为,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的构成要件、法定刑幅度都作了明确规定,这就使对犯罪者的处罚也有了便于司法人员把握的标准,超越法律规定对个人进行处罚是不被允许的。在这个意义上,刑法又是“犯罪人的大宪章”。

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分权学说与心理强制说。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。因此,罪刑法定的“法”,在我国指全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律,而非其他法规。尊重人权主义要求,为了保障公民的自由,必须使公

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是:(1)禁止溯及既往(事前的罪刑法定)。这是指犯罪及其惩罚必须在行为前预先规定,刑法不得对在其公布、施行前的行为进行追溯适用。因此,罪刑法定原则的本质,是行为时法原则,即罪刑法定的“法”,只能是行为时就已明确确立的法。这一要求也被称为禁止事后法。罪刑法定原则禁止不利于行为人的溯及既往,但允许有利于行为人的溯及既往。(2)排斥习惯法(成文的罪刑法定)。根据预测可能性原理,罪刑规范应当具有明确性、稳定性。刑事司法应当以成文法为准,排斥习惯法。(3)禁止类推适用(严格的罪刑法定)。类推适用,是指对于法律没有明文规定的行为,适用有类似规定的其他条文予以处罚。

类推适用实际上是对事先在法律上没有明文规定要处罚的行为比照其他规定进行处罚,属于司法恣意地对国民的行动自由进行压制。刑罚是最严厉的制裁措施,因此,凡是处理结果对被告人不利的类推适用,都在禁止之列。但是,有利于被告人的类推被允许。(4)刑罚法规的适当,包含刑法明确性、禁止不确定刑和禁止处罚不当罚的行为三项内容(确定的罪刑法定)。刑法明确性,是指刑法条文应当清楚明确,使人能够了解什么是犯罪行为,让人具有判断可能性。禁止不确定刑,是指刑罚应当规定得清晰确定。刑罚越不确定,越容易被滥用。禁止处罚不当罚的行为,是指刑罚的适用应保持补充性、谦抑性,适用范围应当遵循比例原则,合理适当。上述这些内容表明,刑罚法规应当明确、确定和适当。需要注意,刑法分则的罪状表述方式多种多样,部分条文对犯罪的状况不作具体描述,只是表述该罪的罪名的,并不违反罪刑法定原则。

在刑事司法中贯彻罪刑法定原则,最为关键的问题是对刑法的解释要合理。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适用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。

刑法解释,从效力上来看,分为以下三种:(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适用的方法。(2)司法解释,即最高人民法院和最高人民检察院经国家立法机关制定的法律授权,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,不得进行类推适用。(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,从方法上看,常用的主要包括以下四种:(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适用。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,《刑法修正案(八)》第48条规定,为组织卖淫的人招募、运送人员或者有其他协助组织卖淫行为的,应当定罪处罚。为组织卖淫的人招募、运送人员是协助组织卖淫行为,将比招募、运送人员的行为性质更为恶劣的行为(如为组织卖淫的人充当打手)认定为“其他”协助组织卖淫行为,则是当然解释。再如,最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》规定:行为人仅以其所输赌资或所赢赌债为抢劫对象,一般不以抢劫罪定罪处罚。据此,行为人以所欠合法债务为抢劫对象的,不能以抢劫罪定罪处罚,因为抢劫非法财产(如赌资、赌债)的行为都不按抢劫罪定罪处罚,则为实现债权而抢劫合法财产这一危害更轻的行为就更不能按抢劫罪定罪处罚,这是理所当然的。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。

这里特别要说明的是类推适用与扩大解释的区别。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适用的界限,则是一个难题。(1)从用语含义上说,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,即在刑法文义的“射程”之内进行解释;而类推适用所得出的结论,超出了用语可能具有的含义,即在刑法文义的“射程”之外进行解释。“可能具有的含义”,是指依一般语言用法,或者立法者标准的语言用法,该用语能够指称的意义。(2)从概念的相互关系说,扩大解释时没有提升概念的阶位;而类推适用是将所要解释的概念提升到更上位的概念作出的解释。(3)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;类推适用着眼于刑法规范之外的事实,是对事实的比较。(4)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;类推适用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。(5)从实质上而言,扩大解释的结论在公民预测可能性之内;类推适用则超出了公民预测可能性的范围。

罪刑法定原则禁止类推适用,要求合理地、客观地、准确地解释刑法。掌握罪刑法定原则,关键点之一是要正确理解刑法解释方法。例如,将盗窃罪对象的“公私财物”解释为“他人的财物”,属于当然解释,而不属于缩小解释;在《刑法》第171条同时规定出售假币罪、购买假币罪的场合,出售假币罪中的“出售”就只能

解释为“销售”,而不能解释为“购买和销售”,对购买假币的“对向性”行为,应当以购买假币罪定罪处罚;将不能透支的借记卡解释为信用卡诈骗罪中的“信用卡”,是扩张解释,并不属于类推适用。

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,是实现刑法价值的要求,是刑法规范的要求,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及其刑事责任的大小相适应。《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,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,强化量刑公正的司法观念,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,是指刑法在什么空间、时间内具有适用效力。

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,就是国家自我保护与国际协同。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,即我国香港、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;但由于我国香港特别行政区、澳门特别行政区与我国台湾地区的“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,犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国船舶或者航空器内的,就认为是在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪。据此,行为与结果均发生在我国领域内的,适用我国刑法;仅行为或者仅结果发生在我国领域内的,也适用我国刑法;不仅如此,仅行为的一部分或仅结果的一部分发生在我国领域内的,也适用我国刑法。在未遂犯的场所,行为地与行为人希望结果发生之地、可能发生结果之地,都是犯罪地;在共同犯罪场合,共同犯罪的行为或者共同犯罪的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。