

韩友谊 - 刑法学总论讲义 (01) PDF转换可能丢失图片或格式, 建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/237/2021_2022__E9_9F_A9_E5_8F_8B_E8_B0_8A_EF_c80_237382.htm 2007年刑法授课提纲

韩友谊 刑法学总论讲义 第一章、刑法概说 一、概述 (一)

刑法的概念和分类 刑法典、单行刑法、修正案、附属刑法。

(二) 刑法之机能 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。国民得以自由活动的前提条件，是确立公正且透明的行为规范，使其成为人们的行为规范。在此规范的范围內，人们的自由活动将被保障，同时

，当违反规范侵害他人利益时，将被追究责任。 2、保护法益机能：法益：有益于个人及其自由发展的，以及有益于为了这个目标而建设的制度本身功能的一种现实或者目标设定。是对立法的限制。 3、自由保障机能：保障公民个人自由不受国家刑罚权不当侵害的机能。 (三) 刑法的解释 任何解释都必须符合刑法的目的。 文理解释 论理解释 1、扩大解释：341条：“出售”包括“出卖和以营利为目的的加工利用行为”。116条：“汽车”包括作为交通工具使用的大型拖拉机。 2、缩小解释：111条：“情报”：“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”。 3、体系解释 4、补正解释 (63条) 5、历史解释 6、比较解释 7、目的解释 立法中的解释：第91条至99条。 例：下列哪种说法是正确的？(2006年卷二第20题，单选) 【答案】D A．将强制猥亵妇女罪中的“妇女”解释为包括男性在内的人，属于扩大解释 B．将故意杀人罪中的“人”解释为“精神正常的人”，属于应当禁止的类推解释 C．将伪造货币罪中的“伪造”解释为包括变

造货币，属于法律允许的类推解释 D．将为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪中的"情报"解释为"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"，属于缩小解释

二、刑法基本原则

刑法基本原则（第3、4、5条）

不仅对刑事司法而且对刑事立法也具有指导和制约意义。

（一）罪刑法定原则：

- 1、思想基础：民主主义、国民具有预测可能性（尊重人权）
- 2、主要要求（派生原则）形式的侧面：
 - （1）法律主义（成文法主义）
 - （2）禁止事后法：禁止重法（即不利于被告人的）溯及既往
 - （3）禁止有罪类推
 - （4）禁止绝对不定期刑实质的侧面：
 - （5）明确性：对犯罪及其法律后果的规定必须明确。
 - （6）禁止处罚不当罚的行为
 - （7）禁止不均衡的、残虐的刑罚

（二）平等适用刑法原则 平等保护。平等适用刑法是保障公民自由，实现法治的要求，是人们实现价值追求的要求：得到尊重的欲望。

（三）罪刑相适应原则（罪刑均衡）以客观行为的侵害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。罪刑均衡原则要求刑罚设定的合理体系。

（四）其他基本原则

- 1、主客观一致原则：客观上有危害行为，主观上有罪过，主客观内容具有一致性。
- 2、罪责自负原则：只能由犯罪者本人承担刑事责任。

例1：关于罪刑法定原则，下列哪一选项是正确的？(2006年卷二第1题，单选) 【答案】C

A．罪刑法定原则的思想基础之一是民主主义，而习惯最能反映民意，所以，将习惯作为刑法的渊源并不违反罪刑法定原则

B．罪刑法定原则中的"法"不仅包括国家立法机关制定的法，而且包括国家最高行政机关制定的法

C．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 D．刑法分则的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。这种立法体例违反罪刑法定原则 例2：罪刑法定原则的内容是“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”，因此，只要法律有明文规定，不管该规定的内容如何，都不违反罪刑法定原则。请对此判断进行评析。 参考答案：罪刑法定原则的基本含义是：犯罪和刑罚，必须基于国民的意思，事先予以规定。罪刑法定原则是刑法的生命。它既是司法机关适用刑法必须遵循的原则，也是立法机关制定刑法必须遵循的原则。罪刑法定原则既有沿革意义的思想渊源，更有现实意义的思想基础，既有形式的侧面，又有实质的侧面。 一、认为罪刑法定原则就是对法律对犯罪和刑罚有明文规定，而不论内容如何的观点，表达了罪刑法定原则的形式的侧面，表达了对法官遵循法律的基本要求。有其合理性。罪刑法定原则的现代思想基础之一是民主主义，由人民选举产生的代表组成立法机关来制定刑法，即刑法体现人民的意志。刑法一经制定，便由司法机关适用，司法机关适用刑法的过程，也是实现人民意志的过程。如果不是这样，对什么行为是犯罪，对犯罪如何处罚，完全由司法机关自行决定，就违背了民主主义原则。当然违背了罪刑法定原则形式侧面的法律主义。由于刑法是人民意志的体现，司法机关也不能随意解释刑法。司法机关的任务是忠实的执行法律，而不是评价或者篡改法律。这反映了形式法治的要求。 二、但是不关心刑法规定内容的观点本身违反罪刑法定原则的实质性要求，具有不合理的方面。不关心刑法内容的观点，会导致在罪刑法定原则之下容忍两种不合理的情况：一是法律本身规定不明

确，用语含混；二是制定具有干涉性和残酷性的刑法，即“恶法亦法”的情况。罪刑法定的现代思想基础是民主主义与尊重人权主义。这两个思想基础也决定了罪刑法定原则的实质侧面。因为刑法的内容是由人民决定的，故立法机关不得制定违反人民意志的法律。最容易违反人民意志的，就是法律规定不明确和制定摧残人民的“恶法”。所以罪刑法定原则的实质侧面包括两个方面：一是刑法规定的明确性；二是刑法法规内容的适正性。

（一）明确性原则 要求刑法法规的内容不能含混，必须具体、明确。如果构成要件的内容不明确，人们无法根据法律对自己的行为后果进行预测，就和罪刑没有法律规定无任何区别。含混的刑法规定必然导致司法机关扩大处罚范围，违背人民意志。

（二）内容适正性原则 要求刑法的处罚必须是适当和公正的，只能将具有合理处罚根据的行为作为处罚对象，而且必须规定与犯罪的轻重相均衡的刑罚。包含了两个要求：一是禁止处罚不当罚的行为；二是禁止残虐的、不均衡的刑罚。这样才能防止立法者过度侵害国民的自由，过度侵害犯罪人的自由，促使其建立实现公正、平等的刑罚体系。内容适正性原则反对恶法亦法。总之，实质侧面是为了使罪刑法定成为尊重个人自由、实现社会公平、不仅限制司法权而且限制立法权的原则，是为了实现实质的法治。

三、结论 认为罪刑法定原则就是对法律对犯罪和刑罚有明文规定，而不论内容如何的观点，本身是片面的，仅反映了罪刑法定原则形式方面的要求，却背离了实质方面的要求。对罪刑法定原则的理解，必须建立在此原则的现代思想基础上，进行全面的解释，使其既符合形式法治的要求，又符合实质法治的要求。

三、刑法适用范围（一）刑

法的空间效力 刑法的空间适用范围即空间效力要解决的是刑罚在什么样的空间范围内有适用的效力。刑法的空间效力 国内犯：属地管辖（例外和补充）犯罪行为地 结果地：包括结果的可能发生地和希望发生地 属人管辖 国外犯：保护管辖：双重犯罪原则 普遍管辖

1、对国内犯的适用原则 属地管辖原则（第6条）第一，“领域”的含义，既包括领土、也包括领水与领空，关键的是还包括我国领域的自然延伸即不论何地只要悬挂我国国旗的航空器与船舶，就属于我国领域内；发生在我国驻外使领馆的犯罪也视为在我国的“领域”。第二、属地原则之“地”既包括行为地也包括结果地，而且二者只要具备其一即可（遍在说）；要特别注意未遂犯的情况下，行为地和行为人希望结果发生地、可能发生结果之地，都是犯罪地。在共犯场合，共同犯罪行为有一部分发生在本国领域或者共同犯罪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；第三、属地原则之运用有一个具有实质性的例外，即第11条的规定：对有外交特权或外交豁免权的外国人在我国领域内犯罪的通过外交途径解决。

2、对国外犯的适用原则 属人原则（第7条）这里的“人”即本国公民，是针对我国公民在国外犯罪的情形：凡是中华人民共和国国家工作人员和军人的，一律适用我国刑法，其他普通公民，一般适用我国刑法（即原则上都适用我国刑法，但犯轻罪的法定最高刑为三年以下，可以不予追究）。（即有限制的属人管辖原则。）保护原则（第8条）是针对外国人在国外犯罪的情形，它的适用是有严格条件限制的，即应当同时遵循三个条件： 侵犯的是我国国家或公民的利益， 行为人的行为是重罪， 双重犯罪原则。（有限制的保护

管辖原则。) 普遍管辖原则(第9条): 针对的对象是国际犯罪, 而且前面三个管辖原则都不能适用的情形下才有普遍原则适用的余地, 对于国际犯罪应根据国际法知识来确认; 解决的方式是: 或起诉或引渡。

3、对外国判决的承认 消极承认: 第10条: “虽然经过外国审判, 仍然可以依照本法追究; 但是在外国已经受过刑罚处罚的, 可以免除或者减轻处罚。” 外国裁判是基于外国的司法权而做出, 与本国主权不相容, 在法律上只能将外国裁判当作一种事实状态, 而不能认为具有法律效力。坚持主权独立的原则, 兼顾刑罚的目的。

(二) 刑法的时间效力 刑法时间效力主要解决的是刑法在何时生效、在何时失效以及对其生效前的行为有无追溯效力。最主要的是刑法的溯及力问题。

1、刑法(包括修正案)的溯及力 从本质上说, 根据罪刑法定原则, 定罪判刑应以行为时有法律的明文规定为限, 行为人只能根据行为之时的有效法律预见其行为后果, 对行为之后才实施的法律原则上不能对该行为有效, 但如果法律发生变更时, 又考虑到有利于被告人的原则, 故产生刑法时间效力的“从旧兼从轻”规则: 首先, 要考虑的是适用旧法即行为当时的法律规定; 其次, 当新旧法规定不同时, 适用新法的基本条件是其处刑较轻或不认为是犯罪, 即轻法可以溯及既往。处刑轻重的比较应当以法定刑轻重为依据; (264条, 274条) 其三, 刑法溯及力适用的对象只能是未决犯(即未决的案件), 对于已决犯则不适用。

跨法继续犯、连续犯。如果旧刑法不认为是犯罪, 则只处罚新刑法生效以后的行为。如果新旧法都认为是犯罪, 只是构成要件、罪名、情节、法定刑发生变化的, 追诉时适用新刑法。

2、司法解释的溯及力 司法解释实施前发

生的行为，行为实施时没有相关司法解释，司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件，依照司法解释的规定办理。如果存在新旧司法解释的，依照从旧兼从轻处理。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com