

高教版
2016

全国硕士研究生招生考试

法律硕士（非法学）专业
学位联考考试分析

（2016年版）

教育部考试中心

高等教育出版社



2018
2018

全國碩士學位英語招生考試

法律碩士 (MPA) 考生
學位聯考考域分析
(2018 年版)

2018 年 12 月

法律碩士 (MPA)

學位聯考考域分析

(2018 年版)

IK

高教版
2016

全国硕士研究生招生考试

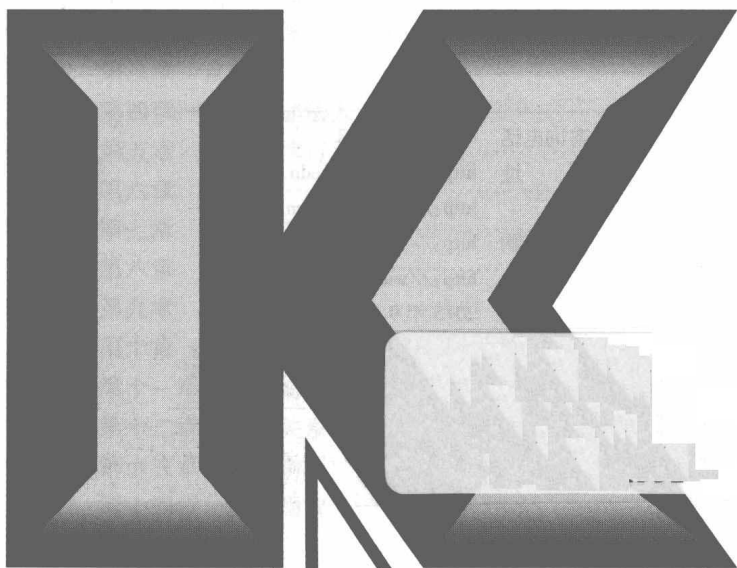
法律硕士（非法学）专业
学位联考考试分析
（2016年版）

QUANGUO SHUOSHI YANJIUSHENG ZHAOSHENG KAOSHI

FALÜ SHUOSHI (FEI FAXUE) ZHUANYE XUEWEI LIANKAO KAOSHI FENXI (2016 NIAN BAN)

教育部考试中心

高等教育出版社·北京



图书在版编目(CIP)数据

全国硕士研究生招生考试法律硕士(非法学)专业学位
联考考试分析:2016年版 / 教育部考试中心编. --
北京:高等教育出版社,2015.9
ISBN 978-7-04-043658-7

I.①全… II.①教… III.①法律-研究生-入学考
试-自学参考资料 IV.①D9

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第185571号

策划编辑 杨挺扬 责任编辑 刘佳 封面设计 王洋 版式设计 余杨 杜微言
责任校对 刘娟娟 责任印制 韩刚

出版发行	高等教育出版社	咨询电话	400-810-0598
社 址	北京市西城区德外大街4号	网 址	http://www.hep.edu.cn
邮政编码	100120		http://www.hep.com.cn
印 刷	保定市中华美凯印刷有限公司	网上订购	http://www.landraco.com
开 本	787mm×1092mm 1/16		http://www.landraco.com.cn
印 张	27.75	版 次	2015年9月第1版
字 数	860千字	印 次	2015年9月第1次印刷
购书热线	010-58581118	定 价	65.00元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换

版权所有 侵权必究

物料号 43658-00

目 录

第一部分 法律硕士(非法学)联考考试说明	1
第二部分 2016年全国法律硕士(非法学)联考大纲分析	3
刑法学	3
第一章 绪论	3
第二章 犯罪概念	8
第三章 犯罪构成	10
第四章 故意犯罪的停止形态	27
第五章 共同犯罪	32
第六章 一罪与数罪	37
第七章 正当防卫和紧急避险	43
第八章 刑罚的概念和种类	45
第九章 量刑	50
第十章 刑罚执行制度	60
第十一章 刑罚消灭制度	63
第十二章 刑法各论概述	66
第十三章 危害国家安全罪	69
第十四章 危害公共安全罪	69
第十五章 破坏社会主义市场经济秩序罪	73
第十六章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	77
第十七章 侵犯财产罪	81
第十八章 妨害社会管理秩序罪	84
第十九章 贪污贿赂罪	87
第二十章 渎职罪	89
民法学	91
第一章 绪论	91
第二章 民事法律关系	97
第三章 自然人	102
第四章 法人与非法人组织	109
第五章 民事法律行为	115
第六章 代理	121
第七章 诉讼时效与期间	125
第八章 物权的一般原理	128
第九章 所有权	132
第十章 共有	134
第十一章 建筑物区分所有权	135
第十二章 相邻关系	136
第十三章 用益物权	138
第十四章 担保物权	141

第十五章 占有	144
第十六章 债权概述	144
第十七章 合同	149
第十八章 人身权	163
第十九章 知识产权	169
第二十章 婚姻家庭与继承	179
第二十一章 侵权责任	196
法理学	207
第一章 绪论	207
第二章 法的本质与特征	209
第三章 法的起源与演进	211
第四章 法的作用与法的价值	215
第五章 法律制定	222
第六章 法律体系	226
第七章 法律要素	229
第八章 法律渊源与法律分类	232
第九章 法律实施	235
第十章 法律解释与法律推理	240
第十一章 法律关系	244
第十二章 法律责任与法律制裁	249
第十三章 法治	251
第十四章 法与社会	259
中国宪法学	267
第一章 宪法基本理论	267
第二章 宪法的变迁	277
第三章 国家基本制度	282
第四章 公民的基本权利和义务	298
第五章 国家机构	308
中国法制史	327
第一章 夏商西周春秋法律制度	327
第二章 战国秦汉三国两晋南北朝法律制度	334
第三章 隋唐宋法律制度	344
第四章 元明清法律制度	356
第五章 清末、中华民国法律制度	368
第六章 革命根据地法律制度	384
附录	392
2015 年全国硕士研究生招生考试法律硕士(非法学)专业学位联考试题分析	392

第一部分

法律硕士(非法学)联考考试说明

法律硕士(非法学)专业学位联考(以下简称为“法硕联考”)是全国硕士研究生招生考试的重要科目,其前身是法律硕士专业学位联考。2004年起,这项考试由教育部考试中心统一命题。2009年,国家开始面向法学本科专业学生招收法律硕士,并专门设立了法律硕士(法学)联考考试试题。原法律硕士专业学位联考据此更名为法律硕士(非法学)联考考试。

一、考试性质

为了进一步落实2010年《国家中长期教育改革和发展规划纲要(2010—2020年)》,实践国务院学位委员会公布的《硕士、博士专业学位研究生教育发展总体方案》,法律硕士(非法学)专业学位联考积极响应国家从培养学术型人才为主向培养应用型人才为主的战略转变要求,体现法律职业的专业性与应用性,提升法律硕士这一专业学位的社会竞争力。

法律硕士(非法学)专业学位联考的专业基础课与综合课是为高等院校和科研院所招收法律硕士(非法学)专业学位研究生而设置的具有选拔性质的全国联考科目,其目的是科学、公平、有效地测试考生是否具备继续攻读法律硕士专业学位所需要的基础知识和基本技能。评价标准是高等院校非法学专业本科毕业生所能达到的及格及及格以上水平,满足各高等院校和科研院所择优选拔的需要,确保专业学位硕士研究生的招生质量。

二、法律硕士(非法学)联考考试大纲基本内容简介

(一) 考试的学科范围

根据2016年法硕联考大纲,法硕联考包括专业基础课和综合课两套试题。专业基础课考试包括刑法学和民法学两部分,综合课考试包括法理学、中国宪法学和中国法制史三部分。

(二) 考查目标

专业基础课在考查刑法学和民法学基本知识、基本理论的同时,注重考查考生运用刑法学原理和民法学原理分析、解决问题的能力以及法律语言的表达能力。考生应能:

1. 准确地再认或再现刑法学和民法学的基本知识。
2. 正确理解和掌握刑法学和民法学的重要概念、特征、内容及其法律规定。
3. 运用刑法学和民法学原理解释和论证某些观点、明辨法理。
4. 结合社会生活或特定的法律现象,分析、评价有关案件、事件、找出运用法律知识解决实际问题的方法。
5. 准确、恰当地使用法律专业术语,论述有据,条理清晰,符合逻辑,文字表达通顺。

综合课主要考查相关学科的基本概念、基本知识和基本原理,从理论法学的角度测试考生是否具备法律硕士专业学位培养目标所要求的知识、能力和素养。在考查考生对基本概念和基本理论的理解及掌握的同时,侧重考查考生综合运用法学知识及原理分析、解决现实问题的能力以及法律语言的表达能力。考生应能:

1. 正确掌握和准确理解法理学、中国宪法学和中国法制史的基本概念、特征和基本原理。
2. 正确运用法理学、中国宪法学和中国法制史的基本知识和原理,对给定材料进行分析处理和正确评价。
3. 结合我国法治建设的实际,综合运用法理学、中国宪法学和中国法制史的基本知识和原理,对我国现实法律现象和法治问题进行综合分析,并提出切实可行的解决方案。
4. 准确、恰当地使用法学专业术语和运用法律思维进行表述,论述有据,条理清晰,符合逻辑,文字表

达通顺。

(三) 考试形式和试卷结构

专业基础课试卷满分为 150 分,考试时间为 180 分钟,答题方式为闭卷、笔试,刑法学与民法学内容各占 75 分。

单项选择题:该题型共 40 小题,分值比例约为 27%,属于客观性试题。

多项选择题:该题型共 10 小题,分值比例约为 13%,属于客观性试题。

简答题:该题型共 4 小题,分值比例约为 16%,属于主观性试题。

辨析题:该题型共 2 小题,分值比例约为 11%,属于主观性试题。

法条分析题:该题型共 2 小题,分值比例约为 13%,属于主观性试题。

案例分析题:该题型共 2 小题,分值比例约为 20%,属于主观性试题。

综合课试卷满分为 150 分,考试时间为 180 分钟,答题方式为闭卷、笔试,法理学内容约占 60 分,中国宪法学内容约占 50 分,中国法制史内容约占 40 分。

单项选择题:该题型共 45 小题,分值比例约为 30%,属于客观性试题。

多项选择题:该题型共 18 小题,分值比例约为 24%,属于客观性试题。

简答题:该题型共 3 小题,分值比例约为 16%,属于主观性试题。

分析题:该题型共 3 小题,分值比例约为 20%,属于主观性试题。

论述题:该题型共 1 小题,分值比例约为 10%,属于主观性试题。

刑 法 学

第一章 绪 论

第一节 刑法概述

一、刑法的概念

■ 刑法的定义

【分析】 刑法是规定犯罪及其法律后果的法律规范的总和。因为犯罪的主要法律后果是刑罚,所以,刑法又称犯罪法或刑罚法。在中国,刑法是由全国人民代表大会及其常务委员会代表人民的意志制定的、规定犯罪及其法律后果的法律。

■ 刑法的形式

【分析】 在中国,刑法有以下几种存在形式(或表现形式、形式渊源):

1. 刑法典,即全面、系统规定犯罪及其法律后果的内容的法典。在我国先后有两部“刑法典”: (1) 1979年制定的第一部刑法典,称“修订前刑法典”“1979年刑法典”。(2) 1997年对“1979年刑法典”修订后形成的刑法典,称“修订后刑法典”“1997年刑法典”,这部刑法典自1997年10月1日起生效施行之后,1979年制定的刑法典及其后颁行的20余个单行刑事法条例、决定等,除保留的行政处罚、行政措施部分外,不再适用。

2. 单行刑法,是规定某一类犯罪及其后果或者刑法某一事项的法律。在1997年刑法典之后,我国也曾颁行过一部单行刑法,即1998年12月颁布的全国人民代表大会常务委员会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》。

3. 附属刑法,是指在经济、行政等非专门刑事法中附带规定的一些关于犯罪与刑罚或追究刑事责任的条款。如在海关法、环境保护法、票据法中规定的有关追究刑事责任的条款。目前,我国的附属刑法一般只重申刑法典的内容,没有确立新的犯罪与法律后果的具体内容。

刑法有广义和狭义之分。广义刑法包含上述一切形式的刑法,狭义刑法特指刑法典。刑法典也被称为普通刑法,单行刑法和附属刑法被合称为特别刑法。当犯罪行为同时触犯普通刑法与特别刑法条文时,应适用特别刑法优于普通刑法的原则;当犯罪行为同时触犯两个特别刑法条文时,应适用新法优于旧法的原则。

■ 刑法的特征

【分析】 刑法的特征是指刑法同其他法律如民法、行政法相比的特点,所以也称刑法的法律性质(特性)。刑法具有以下一些特征:

1. 调整范围的广泛性。刑法在保护的利益与调整的对象上,比较广泛。从《刑法》第2条规定的任务和第13条规定的犯罪定义中就可看出,刑法保护一切对我们社会生活至关重要的利益,从国家安全、公共安全、经济秩序到公民个人的人身权利、财产权利,而其他法律如民法、经济法、行政法可能仅涉及社会生活的某一方面或某一层面的利益与关系。严重违反其他法律的行为(严重危害社会的行为),就有可能进入刑法的调整范围,刑法为其他法律提供了强有力的支持和保障。

2. 调整对象的专门性。刑法的任务以及实现任务的方法不同于其他法律部门。刑法主要规定犯罪,以及运用刑罚的方法同犯罪作斗争、追究犯罪人的刑事责任,而其他法律则各有自己的任务和实现的方法。

3. 刑罚制裁的严厉性。刑法的强制力度较其他法律的强制力度严厉得多。刑法的特点集中体现在其对犯罪行为法律后果上,这种法律后果的严厉性比其他法律如民法、行政法所不能比拟的。违反刑法的后果是刑罚制裁,刑罚制裁的方法包括剥夺生命、自由、财产、资格等重要的权益。

4. 刑法发动的补充性和保障性。正因为刑罚制裁的严厉性,决定了刑法需要遵循明确性和谦抑性原则、罪刑法定原则,要求适用刑罚的前提(构成要件)具体化、明确化,尽量限制刑罚的适用。作为保护社会的“最后手段”,只有当其他部门法不能充分保护某种社会关系时,才由刑法调整。所以,刑法是其他法律的保障法。

二、刑法的任务和机能

【分析】我国刑法的任务包含两方面内容:(1) 惩罚任务,即用刑罚同一切犯罪行为作斗争。(2) 保护人民、社会和国家,也就是:① 保卫国家安全,保卫人民民主专政的政权和社会主义制度;② 保护国有财产和劳动群众集体所有的财产,保护公民私人所有的财产;③ 保护公民的人身权利、民主权利和其他权利;④ 维护社会秩序、经济秩序,保障社会主义建设事业的顺利进行。

刑法的机能,是指刑法能产生的积极作用。一般来说,刑法具有三种机能:(1) 规制机能,即维持社会秩序的机能;(2) 保护机能,即保护国家、社会和个人法益的机能;(3) 保障机能,即保障公民不受国家刑罚权的非法侵害并保障犯罪人不受刑法规定之外的刑罚处罚的功能。

三、刑法的体系和解释

■ 刑法的体系

【分析】1. 刑法的体系。刑法的体系指刑法的组成和结构。我国现行刑法采用大陆法系的法典模式,刑法(刑法典、狭义刑法)分为“总则”和“分则”两编,此外还有一条附则。总则分5章,各章的内容依次为:刑法的任务、基本原则和适用范围,犯罪,刑罚,刑罚的具体运用,其他规定。分则共10章,分别规定了各种犯罪的罪状和法定刑。总则规定的是犯罪与刑罚的通用性规则,分则规定的是各种具体犯罪的罪状和法定刑。总则与分则的关系是一般与特殊、抽象与具体的关系,二者密切联系、相辅相成,共同组成了刑法规范的体系。

2. 刑法条文结构。刑法的总则与分则的条文结构存在着明显的差别。刑法总则的条文主要是对相关刑事法律规则的规定,主要内容是有关刑法的基本原则、适用范围、犯罪构成的一般要件、刑罚的种类、各种具体刑事法律制度及其适用条件的一般性规定。在分则条文中,刑法以“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金……”(第263条)这样的方式规定了犯罪与刑罚的关系。在前半部分作为罪状表述了一定的法律要件(构成要件、犯罪构成);在后半部分规定了(具备前半部分法律要件所应承担的)法定刑(法律后果)。这样,刑法以犯罪为前提条件,以刑罚为其主要法律后果,如法理学中所说的满足法律规定的“假定前提”就产生其后的“法律后果”道理相同。不过,鉴于刑法的法律后果非同寻常的严厉性,故对犯罪法律要件及其法律后果(刑罚)均要进行严密、细致的规定。以至于刑法典分则使用了数百多个条文来确定每一种具体“罪与刑”关系。其对适用刑罚法律后果的法律前提(或要件)规定的具体、细密程度,是其他法律所不能比拟的。

■ 刑法的解释

【分析】刑法的解释,是指对刑法条文含义的阐明。社会生活是多样和多变的,而法律条文是抽象和多义的,为了正确理解、适用法律,需要对法律的含义进行阐释。

根据解释的效力,刑法解释可划分为立法解释、司法解释和学理解释。

1. 立法解释,即刑法的立法机关对刑法条文的解释。在我国,全国人民代表大会及其常务委员会对刑法条文的解释属于立法解释。立法解释通常有以下几种:(1) 全国人大常委会以决议形式对刑法条文含义的解释。如,关于《刑法》第九章渎职罪主体适用问题的解释(2002年12月);关于《刑法》第313条的解释(2002年8月);关于《刑法》第384条第1款的解释(2002年4月);关于《刑法》第228、342、410条(占用农用地)的解释;关于《刑法》第93条第2款(国家工作人员)的解释(2000年4月);关于《刑法》第294条第1

款的解释(2002年4月);关于《刑法》有关信用卡规定的解释(2004年12月)。(2)在刑法中对有关术语的专条解释。如刑法总则第5章中第91条至第99条关于“公共财产”“公民私人所有的财产”“国家工作人员”“重伤”“违反国家规定”“首要分子”“告诉才处理”“以上、以下、以内”的解释。(3)在刑法的起草说明或修订说明中所作的解释。如1997年3月6日全国人大常委会副委员长王汉斌所作的《关于〈中华人民共和国刑法〉(修订草案)的说明》。

2. 司法解释,即我国最高司法机关对刑法条文进行的解释。在我国,最高人民法院对于法院在审判工作中具体应用刑法问题所作的解释、最高人民检察院对于检察院在检察工作中具体应用刑法问题所作的解释,都属于司法解释。司法解释在刑法具体应用中发挥着极其重要的作用,集中反映了刑法的实际运作情况,应当高度重视。

3. 学理解释,是指有权对刑法进行立法解释和司法解释的机构之外的机关、团体和个人对刑法条文含义的阐释。立法解释、司法解释有法律上的约束力,属于“有权解释”。学理解释没有法律上的约束力,所以又称“无权解释”,靠“以理服人”。

根据解释的方法,刑法解释可分为文理解释和论理解释。文理解释是根据条文的字面含义进行的说明。论理解释是根据立法的精神与目的对条文进行说明。一般认为,论理解释包括目的解释、扩大解释、缩小解释、当然解释、比较解释和历史解释等。

第二节 刑法的基本原则

刑法的基本原则,是指刑法明文规定的、在全部刑事立法和司法活动中应当遵循的准则。刑法规定的基本原则有三个,即罪刑法定原则、刑法适用平等原则和罪责刑相适应原则。

一、罪刑法定原则的基本内容与体现

【分析】《刑法》第3条规定了罪刑法定原则:“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。”它的基本内容是:(1)法定化,即犯罪和刑罚必须先由法律明文规定。这里的法律,指全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律、法令,通常是行为当时有效的法律;对于已废止的法律,根据“从旧兼从轻”原则,犯罪行为发生之后生效的法律,对其生效前发生的犯罪行为,只有在其处罚轻于犯罪行为发生时生效的法律的场合才能适用于该行为。(2)明确化,即对于什么行为是犯罪以及犯罪所产生的法律后果,都必须作出具体的规定,并用文字表述清楚。根据法定化和明确化的要求,禁止采用习惯法、类推解释、行为后的重法(对被告不利的法律)、不明确的罪状、不确定的刑罚等。(3)合理化,即罪刑法定原则要求合理确定犯罪的范围和惩罚的程度,防止滥施刑罚,禁止采用过分的、残酷的刑罚。

罪刑法定原则主要体现在:(1)在刑事立法方面,刑法总则规定了犯罪的一般定义、共同构成要件、刑罚的种类、刑罚运用的具体制度等;刑法分则明确规定了各种具体犯罪的构成要件及其法定刑,为正确定罪量刑提供明确、完备的法律标准。(2)在刑事司法上,废除了刑事司法类推制度,要求司法机关严格解释和适用刑法,依法定罪处刑。

二、刑法适用平等原则的基本内容与体现

【分析】《刑法》第4条规定:“对任何人犯罪,在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。”它意味着对所有的人,不论其社会地位高低、民族、种族、性别、职业、宗教信仰、财产状况如何,在定罪量刑以及行刑的标准上都平等地依照刑法规定处理,不允许有任何歧视或者优待。

三、罪责刑相适应原则的基本内容与体现

【分析】罪责刑相适应原则也称罪刑等价主义或者罪刑相均衡原则。《刑法》第5条规定:“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”据此,刑法规定的罪责刑相适应原则有两方面内容:(1)刑罚的轻重与客观的犯罪行为及其危害结果相适应,就是按照犯罪行为对社会造成的实际危害程度决定刑罚轻重。(2)刑罚的轻重与犯罪人主观恶性的深浅、再次犯罪危险性的大小相适应。

刑法充分体现了这个原则,具体表现在:(1)刑法分则对每一个罪都根据其犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度规定了相应的法定刑,对重罪适用重刑,对轻罪适用轻刑。(2)刑法总则中规定量刑原则:“对于犯罪分子决定刑罚的时候,应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度,依照本

法的有关规定判处。”在裁量刑罚时,应尽量使刑罚与具体犯罪行为的社会危害性相适应,罚当其罪。(3)刑法总则还规定:对累犯从重处罚、不得假释、不得缓刑;对未成年、又聋又哑的人、限制刑事责任能力人、自首、立功的人从宽处理;对中止犯处罚明显宽大于未遂犯、预备犯;对过失犯处罚明显宽大于故意犯等,体现了刑罚与犯罪人主观恶性、人身危险性相适应。

第三节 刑法的效力范围

一、刑法的效力范围的概念和种类

【分析】刑法的效力范围又称刑法的适用范围,是指刑法在空间、时间方面的适用范围。分为刑法的空间效力和时间效力。

二、刑法的空间效力

■ 刑法的空间效力的概念

【分析】刑法的空间效力,是指刑法对地和对人的效力,也就是解决刑法适用于什么地域和适用于哪些人的问题。

■ 确立刑法空间效力范围的学理根据:属地原则、属人原则、保护原则、普遍管辖原则

【分析】属地原则的基本含义是:一个国家的刑法只管发生在本国领域内的犯罪。属人原则的基本含义是:一个国家的刑法只管本国公民实施的犯罪。保护原则的基本含义是:一个国家的刑法只管侵害本国利益的犯罪。普遍管辖原则的基本含义是:一个国家的刑法对侵犯人类共同利益的国际犯罪都要行使管辖权。

■ 我国刑法关于空间效力的规定

【分析】在确立刑法空间效力方面,我国刑法采取以属地原则为基础、其他原则为补充的综合性原则。

■ 刑法在中国领域内的效力

【分析】《刑法》第6条规定:(1)凡在中国领域内犯罪的,除法律有特别规定的以外,都适用中国刑法;所谓“除法律有特别规定的以外”,主要是指《刑法》第11条所规定的“享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任,通过外交途径解决”,香港、澳门特别行政区发生的犯罪由当地的司法机构适用当地的刑法。(2)凡在中国船舶或者飞机内犯罪的,也适用中国刑法。该规定是属地原则的补充性原则,也称旗国主义。(3)犯罪行为或者结果有一项发生在中国领域内的,就认为是在中国领域内犯罪。这种以犯罪发生的地域为根据来确立刑法适用(效力)范围的规范,体现了属地原则。

■ 刑法在中国领域外的效力

【分析】1. 刑法对中国公民在中国领域外犯罪的效力。中国公民在中国领域外犯罪,适用中国刑法。但是,按照中国刑法规定的最高刑为3年以下有期徒刑的,可以不予追究。中华人民共和国国家工作人员和军人在中国领域外犯中国刑法规定之罪的,适用中国刑法。这种依据犯罪人的国籍来确定刑法适用范围(效力)的规范,体现了属人原则。

2. 刑法对外国人在中国领域外犯罪的效力。外国人在中国领域外对中国国家或者公民犯罪,而按我国刑法规定的最低刑为3年以上有期徒刑的,可以适用我国刑法;但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。这种规定,体现了保护原则。

这种依据犯罪侵害到本国国家或者公民的利益确定刑法适用(效力)范围的规范,体现了安全原则(对国家而言)或保护原则(对本国公民而言)。

3. 刑法对国际犯罪的效力。对于中国缔结或参加的国际条约所规定的罪行,中国在承担条约义务的范围内行使刑事管辖权。即使该罪行不是发生在中国领域,未侵犯中国国家和公民,犯罪人不具有中国国籍,我国司法机关也有权管辖该案件。要么适用中国刑法定罪处罚,要么按照我国参加、缔结的国际条约实行引渡(或起诉或引渡)。

这种依据国际法确定国内法对有关国际犯罪的刑法适用(效力)范围,且不受犯罪发生地、犯罪受害人、犯罪人国籍限制,体现了普遍管辖原则或世界原则。

普遍管辖原则具有补充性。从国内法的角度,普遍管辖原则相对于传统的属地、属人、保护管辖原则而

言仅具有补充作用。如果按照传统的属地、属人、保护管辖原则中的任意原则能确立刑法的效力,则不需适用普遍管辖原则。

三、刑法的时间效力

刑法的时间效力,是指刑法的生效时间、失效时间以及刑法的溯及力,即对其生效前的行为的效力。

■ 刑法的生效时间

【分析】 刑法的生效时间通常有两种方式:(1)公布之后一段时间生效,如1997年3月14日修订的刑法(典)通过并公布后,自1997年10月1日起施行(生效)。(2)自公布之日起生效。单行刑法和刑法修正案一般采取这种方式,如《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》。

■ 刑法的失效时间

【分析】 刑法的失效时间通常也有两种方式:(1)由国家立法机关明确宣布某些法律自何日起失效,例如《刑法》第452条第2款规定,列于该法附件一的全国人大常委会制定的《惩治军人违反职责罪暂行条例》等15件单行刑法,自1997年10月1日起予以废止。(2)自然失效,即新法施行后取代了有关旧法,或者由于原来特殊的立法条件已经消失,旧法自行废止。

■ 刑法的溯及力

【分析】 刑法的溯及力问题,指刑法对于生效以前的行为是否适用的问题。对于刑法的溯及力问题,曾经有过以下四种制度(或学说):(1)从旧原则。只能依据行为当时有效的法律定罪处罚,刑法不具有溯及既往(生效前行为)的效力。(2)从旧兼从轻原则。只能依据行为当时有效的法律定罪处罚,但新法不认为犯罪或处罚较轻的除外。新法(行为后生效)中的“轻法”有溯及既往的效力。(3)从新原则。刑法适用于生效前未经审判或者判决尚未确定的行为,有溯及既往的效力。(4)从新兼从轻原则。新法一般具有溯及既往的效力,但是旧法(行为时法)不认为犯罪或处罚较轻的仍适用旧法。

■ 我国《刑法》第12条关于刑法溯及力的规定

【分析】 我国《刑法》第12条对刑法溯及力采取从旧兼从轻原则。即对于现行刑法生效以前的未经审判或者判决尚未确定的行为,适用行为当时有效的法律。但是按照现行有效的法律不认为犯罪或处罚较轻的,适用现行有效的法律。依据行为当时有效法律已经作出的生效判决,继续有效。所谓“处刑较轻”,是指刑法对某种犯罪规定的刑罚即法定刑比修订前刑法轻。一般而言,法定刑较轻是指法定最高刑较轻;如果法定最高刑相同,则指法定最低刑较轻。如果刑法规定的某一犯罪只有一个法定刑幅度,法定最高刑或者最低刑是指该法定刑幅度的最高刑或者最低刑;如果刑法规定的某一犯罪有两个以上的法定刑幅度,法定最高刑或者最低刑是指具体犯罪行为应当适用的法定刑幅度的最高刑或者最低刑。

对刑法溯及力采取从旧兼从轻原则是罪刑法定原则派生的要求之一,具有普遍的效力。

值得注意的是,最高人民法院《关于〈中华人民共和国刑法修正案(八)〉时间效力问题的解释》就正确适用《刑法修正案(八)》规定:(1)对于2011年4月30日以前犯罪,依法应当判处管制或者宣告缓刑的,人民法院根据犯罪情况,认为确有必要同时禁止犯罪分子在管制期间或者缓刑考验期内从事特定活动,进入特定区域、场所,接触特定人的,适用修正后《刑法》第38条第2款或者第72条第2款的规定。犯罪分子在管制期间或者缓刑考验期内,违反人民法院判决中的禁止令的,适用修正后《刑法》第38条第4款或者第77条第2款的规定。(2)2011年4月30日以前犯罪,判处死刑缓期执行的,适用修正前《刑法》第50条的规定。被告人具有累犯情节,或者所犯之罪是故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪,罪行极其严重,根据修正前《刑法》判处死刑缓期执行不能体现罪刑相适应原则,而根据修正后《刑法》判处死刑缓期执行同时决定限制减刑可以罚当其罪的,适用修正后《刑法》第50条第2款的规定。(3)被判处有期徒刑以上刑罚,刑罚执行完毕或者赦免以后,在2011年4月30日以前再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的,是否构成累犯,适用修正前《刑法》第65条的规定;但是,前罪实施时不满18周岁的,是否构成累犯,适用修正后《刑法》第65条的规定。曾犯危害国家安全犯罪,刑罚执行完毕或者赦免以后,在2011年4月30日以前再犯危害国家安全犯罪的,是否构成累犯,适用修正前《刑法》第66条的规定。曾被判处有期徒刑以上刑罚,或者曾犯危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪,在2011年5月1日以后再犯罪的,是否构成累犯,适用修正后《刑法》第65、66条的规定。(4)2011年

4月30日以前犯罪,虽不具有自首情节,但是如实供述自己罪行的,适用修正后《刑法》第67条第3款的规定。(5)2011年4月30日以前犯罪,犯罪后自首又有重大立功表现的,适用修正前《刑法》第68条第2款的规定。(6)2011年4月30日以前一人犯数罪,应当数罪并罚的,适用修正前《刑法》第69条的规定;2011年4月30日前后一人犯数罪,其中一罪发生在2011年5月1日以后的,适用修正后《刑法》第69条的规定。(7)2011年4月30日以前犯罪,被判处无期徒刑的罪犯,减刑以后或者假释前实际执行的刑期,适用修正前《刑法》第78条第2款、第81条第1款的规定。(8)2011年4月30日以前犯罪,因具有累犯情节或者系故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪并被判处10年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子,2011年5月1日以后仍在服刑的,能否假释,适用修正前《刑法》第81条第2款的规定;2011年4月30日以前犯罪,因其他暴力性犯罪被判处10年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子,2011年5月1日以后仍在服刑的,能否假释,适用修正后的《刑法》第81条第2、3款的规定。

第二章 犯罪概念

第一节 犯罪的定义

一、犯罪的定义概述

■ 犯罪的定义

【分析】受罪刑法定原则的约束,外国刑法或学说大多对犯罪采取法律形式层面的定义,认为犯罪是刑法规定以刑罚禁止或惩罚的行为,或犯罪就是刑法规定为犯罪的行为。现行俄罗斯刑法采取罪刑法定原则,给犯罪下了一个形式与实质结合的定义,“本法典以刑罚相威胁所禁止的有罪过地实施的危害社会的行为,被认为是犯罪”(俄罗斯联邦刑法典第14条)。

由于人们的立场、观点不同,或者由于人们把握犯罪的角度不同,犯罪还有一些其他定义。例如,唯物史观认为犯罪是一个历史范畴即阶级社会的产物,是危害统治阶级利益,由掌握政权的统治阶级以国家意志的形式规定应受刑罚处罚的行为。有的刑法学者从犯罪构成的角度,认为犯罪是符合构成要件、违法且有责的行为。有的刑法学者认为犯罪是反社会的行为。刑事古典学派重视犯罪行为危害结果,认为犯罪是造成侵害性结果或危险的行为;而刑事社会学派重视犯罪人及其危险性格,认为犯罪是犯罪人反社会性格的表现等。

■ 不同的定义反映出不同的犯罪观

【分析】从法律意义上讲,犯罪是刑法明文规定的应受刑罚惩罚的行为。例如我国《刑法》第232条规定的“故意杀人”行为,第264条规定的“盗窃公私财物,数额较大的,或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的”行为,等等。在罪刑法定制度之下,严格讲只有这种法律(形式)上的犯罪。

从实质意义上讲,犯罪是一种严重危害社会的行为。法律之所以要规定某种行为是犯罪,在外国刑法理论上有不同观点,有的认为是因为它违反了基本的社会伦理规范(伦理规范违反说),有的认为是因为它侵害了国家、社会或者个人的法益(法益侵害说),有的认为是因为它既违反了社会伦理规范又侵害了特定的法益(二元说)。这是犯罪的本质,是犯罪的法律意义的根源。在司法实践中,采取不同的犯罪本质观得出的结论是不一样的。在社会生活中,总会发生杀人、伤害、强奸、抢劫、盗窃、诈骗、抢夺之类侵犯他人权益、违反基本伦理规范的现象。如果不采取严厉的制裁方法予以禁止,社会生活就无法继续。

二、我国刑法中的犯罪定义

■ 《刑法》第13条规定的犯罪定义

【分析】尽管在刑法分则各条中已经规定了盗窃、抢劫等各种具体犯罪的定义(罪状或构成要件),但是,《刑法》仍在第13条中对犯罪给出了定义:“一切危害国家主权、领土完整和安全,分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度,破坏社会秩序和经济秩序,侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产,侵犯公民私人所有的财产,侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利,以及其他危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪,但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”这个定义是对刑法中规定的各种具体犯罪(如故意杀人罪、盗窃罪、抢劫罪等)共同特征的高度概括。

我国《刑法》第13条规定犯罪是危害社会、依法应受刑罚处罚的行为,兼顾犯罪的实质特征和形式特

征,是形式与实质相统一的犯罪定义。

■ “但书”的意义

【分析】《刑法》第13条规定的犯罪定义既含定性要求又含定量要求,对于合理认定犯罪及处罚犯罪具有重要的意义。该犯罪定义不仅从性质上明确了犯罪具有危害性和违法性,而且还设置了定量要求,即“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”,被称为犯罪定义的“但书”。该“但书”表明认定犯罪不仅仅需要正确“定性”,还需要合理确定危害的“程度”或“量”。“但书”的基本理念是通过犯罪的实质特征提出定量的要求,赋予司法机关酌情排除犯罪的权力,避免过分拘泥于法律形式而作出刻板教条的判决,例如,已满14周岁不满16周岁的人强拿硬要少量财物,符合抢劫特征,但是情节显著轻微,危害不大的,不认为是犯罪等。

“但书”是区分“违法行为”与“犯罪行为”的宏观标准。“但书”也是适应我国法律结构需要产生的。我国对危害行为的惩罚体制由两个层次的法律构成:第一层次是治安管理处罚法和劳动教养条例以及工商、海关、税务等行政、经济法规中的处罚规定,违反这些规定的属于“违法行为”;第二层次才是刑法,违反刑法的属于“犯罪”。

“但书”的刑事政策意义在于:可以缩小犯罪或刑事处罚的范围,避免给一些轻微的危害行为(或违法行为)打上犯罪的标记,有利于行为人改过自新;还可以合理配置司法资源,集中力量惩罚严重的违法行为——犯罪。

与《刑法》第13条犯罪定义的定量要求相呼应,分则条文对有些犯罪特意规定了程度方面的限制要件,如盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索、故意毁坏财物罪等,在通常情况下有“数额较大”的限制;侮辱、诽谤罪等,有“情节严重”的限制;寻衅滋事、遗弃、虐待罪等有“情节恶劣”的限制;在经济犯罪中,往往有“销售额”“逃避缴纳税款数额”“非法经营额”“违法所得”等数量的限制。与外国刑法中的犯罪相比,中国刑法中的犯罪构成门槛较高。

第二节 犯罪的基本特征

根据《刑法》第13条对犯罪的定义,可以分析出我国刑法规定的犯罪具有以下三个基本特征。

一、犯罪是严重危害社会的行为,具有严重的社会危害性

【分析】首先,犯罪必须是人的具体行为。因为人只有通过行为才能对外界如社会、他人发生影响,也只有通过行为才能对社会、他人造成损害;而法律也只有通过对行为的刻画、描述,才能确定什么是犯罪。这意味着:即使人的思想观念、主观素质再邪恶,只要它没有外化为行为,也不是犯罪。不能把人的道德、宗教信仰、思想观念作为犯罪。可以说,一切犯罪在道德上都是邪恶的,但是并非一切道德上邪恶的东西都是犯罪。

其次,犯罪不是一般意义上的行为,而是必须具有严重社会危害性的行为。所谓严重社会危害性,是指对我国刑法所保护的重要利益的侵害,《刑法》第13条较为全面地揭示出犯罪的社会危害性的各种表现:危害国家安全、社会主义政治、经济制度、社会秩序、公民的人身权利、民主权利、公私财产权利等。行为不具有社会危害性,就不能认为是犯罪。某种行为即使具有一定的社会危害性,“但是情节显著轻微危害不大的”,也不认为是犯罪。

严重的社会危害性是犯罪的实质特征。国家之所以要禁止、惩罚犯罪行为,就是因为它违反了社会基本伦理规范,侵犯了国家、社会和个人的法益,破坏了公共秩序,妨害了社会生活的正常运行。例如,故意杀人罪侵害他人的生命、盗窃罪侵犯他人的财产、放火罪危害公共安全。而在社会生活中,尊重他人的生命、财产,是社会得以存在、发展的基本价值准则,也是建立国家这样的公共机构所要维持的基本秩序。对于某些破坏社会生存、发展所必要秩序的行为,国家或组成社会的成员必须以法律的名义对该行为加以禁止、惩罚。这种有严重社会危害性的行为,被刑法规定为犯罪。

二、犯罪是触犯刑律的行为,具有刑事违法性

【分析】这是在罪刑法定原则制约下,犯罪不可或缺的基本特征。具有严重社会危害性的行为只有同时被刑法明文规定为犯罪时,才是犯罪。社会危害性是犯罪的本质特征,因为某种行为之所以被刑法用刑罚所禁止,就在于它具有社会危害性。而具有刑事违法性作为犯罪的基本特征,则是社会主义法制原则

的必然要求。二者密切联系,不可分割。

三、犯罪是应受刑罚惩罚的行为,具有应受刑罚惩罚性

【分析】某种危害社会的行为同时又触犯刑法,就应承担受刑罚处罚的法律后果。因此,应受刑罚惩罚是犯罪的基本特征之一,但是法院可依法裁量对犯罪人不实际适用刑罚。例如,刑法规定,对于犯罪中止没有造成损害结果的,应当免除处罚;对于犯罪情节轻微的,可以免于刑事处罚等。在这种场合,行为人虽然没有被法院实际判处刑罚,但其行为构成犯罪。

第三章 犯罪构成

第一节 犯罪构成概述

一、犯罪构成的概念

■ 犯罪构成的概念及其内容

【分析】犯罪构成指刑法规定的成立犯罪必须具备的主观要件和客观要件的总和。

1. 犯罪构成是成立犯罪的必备要件。例如,抢劫罪的犯罪构成就是由以下要件组成的:(1) 侵犯了财产的所有权和被害人的人身权。(2) 使用暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物。(3) 主体为年满 14 周岁、有辨认和控制自己行为能力的自然人。(4) 有抢劫的故意和非法占有他人财物的目的。这四个条件紧密结合为一体,就形成了抢劫罪的犯罪构成。在这个要件集合体(也即犯罪构成)中,四个条件互相联系、互相作用,共同确立了法律上的一种“犯罪”,即抢劫罪。在现实生活中,如果某人及其所实施的行为完全符合上述四个条件,就是具备了抢劫罪的犯罪构成,也就是构成了抢劫罪。

2. 犯罪构成的诸要件是由刑法规定的。上述抢劫罪犯罪构成要件之一的“年满 14 周岁、有辨认和控制自己行为能力”就是由《刑法》第 17 条和第 18 条规定的;使用“暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物”就是由《刑法》分则第 263 条规定的,等等。正因为组成犯罪构成的诸要件是由刑法规定的,所以说犯罪构成是认定犯罪的法律标准或规格。

3. 具备犯罪构成要件是适用刑罚法律后果的前提。例如,某行为具备上述抢劫罪的犯罪构成要件,就成立抢劫罪并应当适用这条规定的法定刑罚。

■ 犯罪构成与犯罪概念的联系和区别

【分析】犯罪是犯罪构成的基础,犯罪构成是犯罪的具体化。犯罪回答什么是犯罪以及犯罪具有哪些基本属性等问题。犯罪构成则进一步回答了犯罪成立需要具备哪些法定的条件并通过犯罪构成主客观要件具体确立什么样的行为是犯罪。

■ 犯罪构成的意义

【分析】犯罪构成理论对我国刑事立法、刑事司法及刑法理论发展具有重要的意义。

1. 犯罪构成作为法律规定的确立犯罪的要件,它是定罪量刑的法律准绳。具体而言:

(1) 成立犯罪的标准。在司法实践中,某人的行为事实只有完全具备犯罪构成,才能成立犯罪,依法追究刑事责任。例如,张某因为李某与自己的妻子通奸,而持刀将李某砍死一案。经调查:① 张某在主观上有杀害李某的故意,具备故意杀人罪的主观要件;② 张某实行了杀害李某的行为,具备了故意杀人罪的客观要件;③ 张某侵害了他人的生命,具备了故意杀人罪的客体要件;④ 张某实行杀人行为时 27 岁、精神正常,具备承担刑事责任的主体要件。故张某的行为事实完全具备法律规定的故意杀人罪的全部要件,即具备故意杀人罪的犯罪构成,因而必须承担相应的刑事责任。反之,如果张某的行为事实缺乏故意杀人罪的任何一个要件,都不能成立故意杀人罪。如经调查发现张某在行为时处于精神错乱状态,完全丧失了辨认和控制自己行为的能力,张某就不构成犯罪,不负刑事责任。

(2) 成立一罪还是数罪的标准。行为人的行为具备一个犯罪构成的,成立一罪;具备数个犯罪构成的,成立数罪。对数罪通常合并处罚。

(3) 区别此种犯罪与彼种犯罪的标准。每一种犯罪都有其特有的构成要件,不同的犯罪,其犯罪构成是不同的。

(4) 通过确定是否犯罪、一罪与数罪、此罪与彼罪、罪轻与罪重,为正确量刑提供根据。

2. 强调依据犯罪构成定罪量刑,有利于贯彻法治原则,保护公民的合法权益,准确地惩罚犯罪。

3. 在刑法理论中,犯罪构成是刑法理论的核心和刑法理论体系的基础。犯罪构成作为研究法定的犯罪成立要件的理论,它把刑法总则和分则规定的犯罪成立的要件加以归纳、抽象,使其系统化、条理化,形成了犯罪论的理论体系。在这个理论体系中,犯罪论的基本问题都是围绕着犯罪构成展开的,并且是按照犯罪构成四个要件的框架,分门别类论述的;在刑法分则中,也是按照犯罪构成四个要件的体系分别论述具体犯罪的特殊构成要件的。因此,理解、掌握犯罪构成理论的内容和体系,是学好刑法学的关键之一。

二、犯罪构成的共同要件

【分析】我国刑法中规定了几百种犯罪,如抢劫罪、杀人罪、盗窃罪等,它们的犯罪构成虽然各不相同,但是,一般而言,任何一种犯罪都必须具备四个方面的构成要件:(1) 犯罪客体。(2) 犯罪客观方面。(3) 犯罪主体。(4) 犯罪主观方面。由于这四个方面的要件概括了各种具体犯罪构成要件的共性,所以称其为犯罪构成的一般要件。也就是说,在需要认定现实生活中发生的某行为事实是犯罪时,必须认定:(1) 行为侵害了刑法所保护的社会关系或利益(犯罪客体)。(2) 行为在客观上实施了法律所禁止的危害行为(客观方面)。(3) 行为人达到了法定刑事责任年龄、具有刑事责任能力(主体)。(4) 行为人在主观上有故意或者过失(主观方面)。

三、犯罪构成的分类

■ 基本的犯罪构成和修正的犯罪构成

【分析】1. 基本的犯罪构成,指刑法分则条文就某一犯罪的基本形态所规定的犯罪构成。例如《刑法》第232条规定:“故意杀人的,处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑;情节较轻的,处三年以上十年以下有期徒刑。”该条规定了故意杀人罪的基本构成,包括故意实行杀人行为和造成死亡结果。

2. 修正的犯罪构成,指以基本的犯罪构成为基础并对之进行补充、扩展所形成的犯罪构成。修正的构成通常包括故意犯罪的未完成形态如犯罪预备、未遂和中止等形态,以及共同犯罪形态,如帮助犯、教唆犯等。立法上如《刑法》第232条规定了故意杀人罪的基本构成(实行故意杀人行为且造成死亡结果),但没有单独规定故意杀人的犯罪预备(尚未实行)、犯罪未遂(未造成死亡结果)、犯罪中止(没有造成死亡结果)、杀人的帮助、教唆行为。在总则中对这些行为一并规定,适用第232条定罪处罚。由此形成第232条故意杀人罪基本的犯罪构成之修正的犯罪构成。

■ 标准的犯罪构成和派生的犯罪构成

【分析】1. 标准的犯罪构成,又称普通的犯罪构成,指刑法条文对具有通常社会危害程度的行为所规定的犯罪构成。因为刑法通常以此为基准设置处罚,所以也作为处罚的基准形态。

2. 派生的犯罪构成,指以标准的犯罪构成为基础,因为具有较轻或较重的法益侵害程度而从标准的犯罪构成中派生出来的犯罪构成。后者相对于标准犯罪构成的处罚基准形态而言属于处罚减轻或加重的形态,包括减轻的犯罪构成与加重的犯罪构成。例如《刑法》第232条规定:“故意杀人的,处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑;情节较轻的,处三年以上十年以下有期徒刑。”其中,适用“处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑”的法律后果的构成要件(故意杀人且致人死亡、侵害了生命法益),属于故意杀人罪的标准犯罪构成。而故意杀人“情节较轻的”,是适用“三年以上十年以下有期徒刑”较轻法律后果的构成要件,属于故意杀人罪的派生的犯罪构成(减轻的犯罪构成)。又如《刑法》第233条规定:“过失致人死亡的,处三年以上七年以下有期徒刑;情节较轻的,处三年以下有期徒刑。”其中,过失致人死亡属于标准的犯罪构成,而过失致人死亡情节较轻的属于减轻的犯罪构成。再如《刑法修正案(七)》修正后的《刑法》第239条第1款规定:“以勒索财物为目的绑架他人的,或者绑架他人作为人质的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产;情节较轻的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金。”第2款规定:“犯前款罪,致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的,处死刑,并处没收财产。”其中,第1款前半段表述是绑架罪的标准犯罪构成,后半段即“情节较轻的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金”,第2款“致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的,处死刑,并处没收财产”,则属于绑架罪派生的犯罪构成(前者为减轻的犯罪构成,后者为加重的犯罪构成)。