

# 2017年 法律硕士联考 重要法条释解

主编 / 朱力宇 孟 唯    参编人员 / 白文桥 郭志京 孟 唯

本书非法学与法学方向考生均适用

2017 年

# 法律硕士

## 联考重要法条释解

主 编 朱力宇 孟 唯

参编人员 白文桥 郭志京 孟 唯

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

2017 年法律硕士联考重要法条释解/朱力宇, 孟唯主编. —12 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2016. 4

ISBN 978-7-300-11223-7

I. ①2… II. ①朱…②孟… III. ①法律解释-中国-研究生-入学考试-自学参考资料 IV. ①D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 064550 号

2017 年法律硕士联考重要法条释解

主 编 朱力宇 孟 唯

参编人员 白文桥 郭志京 孟 唯

2017 Nian Falü Shuoshi Liankao Zhongyao Fatiao Shijie

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

电 话 010-62511242 (总编室)

010-82501766 (邮购部)

010-62515195 (发行公司)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.1kao.com.cn>(中国 1 考网)

经 销 新华书店

印 刷 北京市鑫霸印务有限公司

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

印 张 35.5

字 数 1 072 000

邮政编码 100080

010-62511770 (质管部)

010-62514148 (门市部)

010-62515275 (盗版举报)

版 次 2005 年 5 月第 1 版

2016 年 4 月第 12 版

印 次 2016 年 4 月第 1 次印刷

定 价 79.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

# 前言

综观十多年法律硕士全国联考,在专业课考试中,与法条相关的试题一直占很高的比例。因此,对法条的理解显得尤为重要。

从考试命题的角度来看,第一,由于指定教材的局限性、理论上对于某些问题的争论以及法条本身的明确性,直接考查法条内容便成为出题的首选。所以考生对于法条,特别是重要法条应当熟练掌握。第二,目前法学知识偏重于解释性法学,教材多是对法条的解释与说明,法条是“主人”,教材是“仆人”。因此,只有熟练掌握法条规定的基本精神,才能更好地掌握书本知识。第三,历年法硕联考中,直接和间接考法条的试题比例很高。如专业课试题中,除了法条分析题和案例分析题直接涉及法条,客观性试题中涉及法条的比例也很高。因此,学会熟练应用法条解决理论和实践问题,方能顺利通过法律硕士专业课的考试。

从学习和研究的角度来看,法条是对法学理论的一种浓缩和提炼,例如,2004年第四次《宪法修正案》第24条就是对人权理论的浓缩和提炼;《合同法》第49条就是对表见代理理论的升华。因此,掌握了法条的精要,就掌握了理论的精髓。

从知识点涵盖的范围上看,法条囊括了各种知识点。例如,当我们复习《合同法》第68条时,就会发现该条文囊括了如下诸多知识点:不安抗辩权中止履行的四种适用情形、不安抗辩权行使的主体(先履行方)、不安抗辩权行使的条件、无确切证据中止履行应当承担的法律后果(违约责任)等,而这些知识点恰恰是法律硕士联考的重点。

从学习方法上看,深刻理解和熟练掌握法条是学习法学的正确方法。例如,对于累犯概念的理解,考生首先应该了解刑法对累犯是如何规定的,然后再考虑有关累犯的其他知识点。不能想象,对刑法中有关累犯的规定一知半解的考生,会熟练掌握累犯的其他知识点。可见,舍本逐末、本末倒置的学习方法实不可取。

本书按照法律硕士联考考试大纲的要求和顺序,将法律硕士联考中的核心法条列举出来,先从正面进行解释分析,然后从反面找出相关易混淆、易出错的内容,并指出各种出题思路。同时,还依据核心法条,列举了历年真题范例,提供了相关试题练习。

本书除了对刑法学、民法学、宪法学的重要核心法条进行释解以外,还对中国法制史经典古文进行了分析释解,同时对综合课中法理学的论述题予以总结概括,将经典论述题进行分析释解,给出答题要点。这无疑有助于考生全面复习法律硕士联考专业课。

# 目 录

## 第一部分 刑法学

|                         |       |
|-------------------------|-------|
| 一、导论 .....              | (3)   |
| 二、犯罪概念与犯罪构成 .....       | (11)  |
| 三、正当防卫与紧急避险 .....       | (29)  |
| 四、故意犯罪的停止形态 .....       | (33)  |
| 五、共同犯罪形态 .....          | (40)  |
| 六、单位犯罪 .....            | (48)  |
| 七、刑罚的概念和种类 .....        | (50)  |
| 八、量刑 .....              | (60)  |
| 九、刑罚执行制度 .....          | (73)  |
| 十、刑罚消灭制度 .....          | (78)  |
| 十一、危害国家安全罪 .....        | (81)  |
| 十二、危害公共安全罪 .....        | (83)  |
| 十三、破坏社会主义市场经济秩序罪 .....  | (93)  |
| 十四、侵犯公民人身权利、民主权利罪 ..... | (114) |
| 十五、侵犯财产罪 .....          | (135) |
| 十六、妨害社会管理秩序罪 .....      | (150) |
| 十七、贪污贿赂犯罪 .....         | (161) |
| 十八、渎职罪 .....            | (169) |

## 第二部分 民法学

|                  |       |
|------------------|-------|
| 一、民法概述 .....     | (175) |
| 二、公民 .....       | (177) |
| 三、法人和非法人组织 ..... | (191) |
| 四、民事法律行为 .....   | (197) |
| 五、代理 .....       | (206) |
| 六、诉讼时效 .....     | (214) |
| 七、物权总则 .....     | (220) |
| 八、所有权 .....      | (229) |
| 九、他物权和占有 .....   | (240) |
| 十、债权概述 .....     | (260) |
| 十一、合同 .....      | (264) |
| 十二、人身权 .....     | (312) |
| 十三、知识产权 .....    | (316) |
| 十四、婚姻家庭和继承 ..... | (338) |
| 十五、侵权责任 .....    | (358) |

## 第三部分 宪法学

|                                |       |
|--------------------------------|-------|
| 一、宪法的特征 .....                  | (395) |
| 二、宪法的基本原则 .....                | (399) |
| 三、中国的宪法解释和违宪审查制度 .....         | (403) |
| 四、中国国体与政体 .....                | (412) |
| 五、我国的经济制度与“三个文明”<br>建设 .....   | (414) |
| 六、我国的选举制度 .....                | (419) |
| 七、爱国统一战线和中国人民政治协商<br>会议 .....  | (428) |
| 八、行政区划制度 .....                 | (430) |
| 九、民族区域自治制度 .....               | (432) |
| 十、特别行政区制度 .....                | (435) |
| 十一、基层群众自治制度 .....              | (445) |
| 十二、公民与国籍 .....                 | (447) |
| 十三、平等权 .....                   | (450) |
| 十四、政治权利 .....                  | (452) |
| 十五、宗教信仰自由 .....                | (454) |
| 十六、人身自由 .....                  | (455) |
| 十七、社会经济文化权利 .....              | (457) |
| 十八、监督权 .....                   | (460) |
| 十九、公民的基本义务 .....               | (461) |
| 二十、外国人的权利保护 .....              | (463) |
| 二十一、中国国家机构的组织和活动<br>原则 .....   | (464) |
| 二十二、全国人民代表大会和全国人<br>大常委会 ..... | (465) |
| 二十三、国家主席 .....                 | (475) |
| 二十四、国务院 .....                  | (477) |
| 二十五、中央军委 .....                 | (480) |
| 二十六、人民法院和人民检察院 .....           | (481) |
| 二十七、国家领导人的任期 .....             | (485) |
| 二十八、地方国家机关 .....               | (486) |
| 附一 中国法制史经典古文释解 .....           | (491) |
| 附二 法理学经典论述题释解 .....            | (520) |

第

一

部

分

刑法学



## 一、导论



### 核心法条

**第3条** 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。



### 释解分析

1. 本条规定的是我国刑法的基本原则之一——罪刑法定原则。我国在制定1979年刑法时没有规定刑法的基本原则，1997年3月14日修订后的刑法在第3条明确规定了该原则。罪刑法定原则是刑法最基本、最显著的原则，是理解刑法基本特征的关键。

2. 内容：罪刑法定原则的经典表述为“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”，即要求罪和刑必须是法律明确规定的，而不仅仅是看行为有什么样的社会危害后果以及社会危害后果是否严重。关键要看该种行为构成犯罪有无法律的明文规定。其基本内容包括以下两个方面：(1) 法定化，即犯罪和刑罚必须事先由法律作出明确规定，不允许法官自由擅断。具体要求表现为：1) 禁止类推解释；2) 排斥习惯法，即实行成文法；3) 排斥绝对不定期刑，我国刑法确定的是相对确定法定刑主义；4) 禁止事后法即禁止重法溯及既往，我国刑法在时间效力上实行的是从旧兼从轻原则。(2) 明确化：1) 对于什么行为是犯罪以及犯罪所产生的具体法律后果，都必须作出实体性的规定。2) 刑法条文必须用清晰的文字表述确切的意思，不得含糊其辞或模棱两可。

3. 表现：该原则在刑事立法中具体表现为：(1) 《刑法》第13条明文规定了犯罪概念，为区分犯罪与非犯罪行为确立了总的标准；(2) 《刑法》第14条至第18条明文规定了犯罪构成的共同要件，为认定犯罪提供了一般的规格和标准；(3) 刑法分则条文对每一具体的犯罪构成要件作

了明确规定，为认定个罪提供了具体的法律依据；(4) 《刑法》第32条至第35条明确规定了刑罚的种类，即5种主刑、3种附加刑以及对犯罪的外国人单独适用的附加刑，为依法处刑提供了根据；(5) 明确规定了量刑的原则，包括《刑法》第61条规定的一般量刑原则以及具备各种法定情节的量刑原则，如自首、立功、累犯等；(6) 刑法分则条文明确规定了各种具体犯罪的法定刑，为对个罪的正确量刑提供了具体的法律标准。该原则在司法中的适用表现为：(1) 司法机关在办理个案时，必须以事实为根据，严格按照刑法明文规定的各种犯罪的罪状和法定刑，以刑法总则规定的原则为指导，准确认定犯罪，恰当判处刑罚，严格依照法条的规定定罪处罚；(2) 司法机关在忠于法律规定的原意和符合法律规范含义的范围内正确进行司法解释，指导具体的定罪量刑活动，不得任意修改、补充或变更立法内容，不得脱离法律条文的规定去创制新的法律规范，不得以司法解释代替刑事立法。

4. 运用：在考试中不但以直接的形式出现，更多的是间接性考查，要求考生在学习刑法分则各具体罪名时有以下观念：(1) 刑法分则分别详细规定了各具体犯罪的构成要件及其法定刑，因此是否构成犯罪要看刑法分则各具体条文之规定；(2) 明确刑法总则中犯罪的概念、罪数等基本问题首先是一个分则问题，掌握的要领是熟悉各具体罪之规定；(3) 虽然某种行为的危害程度可能很大，但是根据刑法分则找不到具体条文所规定的犯罪构成与其相对应，则只能按无罪处理。



### 易混易错

1. 罪刑法定禁止类推解释和溯及既往，但是不禁止有利于被告人的类推解释和溯及既往（轻法溯及既往）。

2. 罪刑法定原则中的“法”仅指全国人大及其常委会制定的法律。

## 试题范例

### 1. (2015 年真题) 单项选择题

针对吸毒后在道路上驾驶汽车的现象, 有人认为, 虽然刑法未规定吸毒驾驶构成犯罪, 但是吸毒驾驶和醉酒驾驶具有相同的社会危害性, 故而应以危险驾驶罪论处。这种观点属于 ( )。

- A. 扩大解释 B. 文理解释  
C. 类推解释 D. 当然解释

答案: C

### 2. (2016 年真题) 单项选择题

“过失犯罪, 法律有规定的才负刑事责任。”刑法的这一规定体现的原则是 ( )。

- A. 罪刑法定  
B. 主客观相统一  
C. 罪责刑相适应  
D. 刑法适用平等

答案: A

### 3. (2016 年真题) 单项选择题

下列行为可以构成犯罪的是 ( )。

- A. 参加传销组织  
B. 多次敲诈勒索他人财物  
C. 雇用童工清理客房  
D. 拐卖 15 周岁的男孩

答案: B

### 4. 多项选择题

下列选项中, 符合罪刑法定原则的有 ( )。

- A. 犯罪与刑罚必须由立法明确规定  
B. 禁止重法效力溯及既往  
C. 禁止采用习惯法  
D. 禁止对犯罪人判处不定期刑

答案: ABCD

### 5. 单项选择题

下列做法中不违背罪刑法定原则要求的是 ( )。

- A. 重法效力溯及既往  
B. 法律规定不确定的刑罚  
C. 适用行为后的轻法  
D. 适用类推解释

答案: C

### 6. 单项选择题

关于罪刑法定原则, 下列哪一选项是正确的?

( )

- 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, 因此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

答案: C

### 7. 单项选择题

甲男与乙女于某日中午公开在某公园内发生性关系, 引起游客的极大愤慨, 造成恶劣的社会影响。对甲、乙的行为应如何认定? ( )

- A. 聚众淫乱罪  
B. 组织淫秽表演罪  
C. 寻衅滋事罪  
D. 无罪

答案: D

### 8. 辨析题

请对“没有被法院实际判处刑罚的, 就不认为是犯罪”进行辨析。

答案: (1) 这种说法是错误的。

(2) 刑法理论认为犯罪具有三个特征, 即严重的社会危害性、刑事违法性和应当受到刑罚惩罚性。其中严重的社会危害性是犯罪的本质特征, 而刑事违法性和应当受到刑罚惩罚性是犯罪本质特征的体现形式。

(3) 应当受到刑罚惩罚性是指行为人在应然意义上应当受到刑罚惩罚, 而与行为人实际上是否受到刑罚惩罚无关。即使被法院判处免除刑罚, 行为人的行为仍然是犯罪行为。

(4) 刑事责任的实现方式既有定罪判刑型, 也有定罪免刑型。被人民法院宣告有罪但是免除刑罚处罚的, 同样是承担刑事责任的具体方式, 说明其行为仍然是犯罪行为。

## 核心法条

**第 5 条** 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。

## 释解分析

1. 本条规定的是罪责刑相适应原则。该原则的基本含义是: 罪行大小与刑事责任的大小、刑罚轻重应当相称, 重罪重判, 轻罪轻判, 罪刑相

称,罚当其罪。罪行、刑事责任与刑罚是刑法中的三个基本范畴,三者的关系为:罪行→刑事责任→刑罚,即犯罪人的罪行(包括主客观方面)是其承担刑事责任的前提,刑罚则是行为人负刑事责任的法律后果,罪行的轻重直接影响刑事责任的大小,刑事责任的大小则又决定着刑罚的轻重。

2. 基本要求:罪责刑相适应原则,要求刑法给予的处罚不仅与犯罪行为的危害程度相适应,而且与行为人的刑事责任相适应,即结合行为人的主观恶性和人身危险性,把握罪行和罪犯各个方面的因素,确定刑事责任的程度,适用轻重相称的刑罚。罪责刑相适应原则内涵着主客观相统一的原则。

3. 罪责刑相适应原则的表现:刑法充分体现了这个原则:(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,体现了对重罪适用重刑,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”,体现了在裁量刑罚时,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:1)对累犯从重处罚、不得假释、不得缓刑;2)对未成年人、又聋又哑的人、限制刑事责任能力人、自首和立功的人从宽处理;3)对中止犯处罚明显宽大于未遂犯、预备犯;4)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。



### 易混易错

1. 注意罪责刑相适应原则与罪刑法定原则的关系。在刑事司法过程中,不能为了追求罪责刑相一致而违背罪刑法定原则。罪刑法定原则是刑法中的“帝王条款”,必须在罪刑法定原则允许的范围内追求罪责刑相适应。

2. 罪责刑相适应原则贯穿于我国刑事立法和司法的全过程,对该原则不仅要知其然,而且要知其所以然。如刑法对犯罪预备、未遂、中止三种未完成形态规定了不同的处罚原则,对未成年人犯罪的从宽处罚、对累犯从重处罚、对自首和立功的鼓励原则等就体现了罪责刑相适应原则的要求。

### 试题范例

#### 1. (2014年真题)单项选择题

下列选项中,体现罪责刑相适应原则的是( )。

- A. 刑法关于空间效力范围的规定
- B. 刑法关于怀孕的妇女不适用死刑的规定
- C. 刑法关于享有外交特权的外国人刑事责任的规定
- D. 刑法关于放火罪与失火罪构成要件及法定刑的不同规定

答案:D

#### 2. (2015年真题)单项选择题

原铁道部部长刘某因受贿罪、滥用职权罪被追究刑事责任。有人认为,在对刘某量刑时“应考虑他在中国高铁建设的贡献”。这种说法违背了我国刑法中的( )。

- A. 罪刑法定原则
- B. 刑法适用平等原则
- C. 罪责刑相适应原则
- D. 主客观相统一原则

答案:C

#### 3. 多项选择题

下列哪些情形体现罪责刑相适应原则?( )

- A. 对不满18周岁的人犯罪,应当从轻或减轻处罚
- B. 对中止犯处罚宽大于未遂犯、预备犯
- C. 对自首、立功的人从宽处罚
- D. 对累犯从重处罚

答案:ABCD

#### 4. 多项选择题

下列关于罪责刑相适应原则的说法,哪些是正确的?( )

- A. 罪责刑相适应原则要求刑法不溯及既往
- B. 罪责刑相适应原则要求刑事立法制定合理的刑罚体系
- C. 罪责刑相适应原则要求刑罚与犯罪性质、犯罪情节和罪犯的人身危险性相适应
- D. 罪责刑相适应原则要求在行刑中合理地运用减刑、假释等制度

答案:BCD



### 核心法条

**第6条** 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。

凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的,也适用本法。

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。

## 相关法条

**第10条** 凡在中华人民共和国领域外犯罪,依照本法应当负刑事责任的,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。

**第11条** 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。

**第90条** 民族自治地方不能全部适用本法规定的,可以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、文化的特点和本法规定的基本原则,制定变通或者补充的规定,报请全国人民代表大会常务委员会批准施行。

## 释解分析

1. 本条(指核心法条。下同)规定的是我国刑法效力适用的属地管辖原则,其与《刑法》第10条、第11条共同构成了属地管辖原则的内容。属地管辖原则针对的对象是国内犯(即无论国籍为何,只要是在我国领域内犯罪),在刑法的空间效力体系中,属地管辖原则处于基础性地位,《刑法》第7条至第9条所规定的三个管辖原则是对其的补充与拓展。

2. 注意“领域”的含义:既包括领土、领水、领空,也包括我国领域的自然延伸——我国的航空器和船舶,不论是民用或军用,也不论是航行或停泊在公海或外国领域内。但不包括国际列车,也不包括我国驻外使领馆。对于此二者,应分别按双边协议和国际法规定解决。

3. 属地管辖原则的“地”,既包括行为地,也包括结果地,而且采取“择一主义”,即二者只要具备其一即可。“行为地”不仅包括犯罪行为实行地,也包括犯罪行为预备地;共同犯罪部分行为人的犯罪行为在国内,对该共同犯罪都可适用我

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、可能发生之地,均为犯罪地。

4. 对“法律有特别规定”的理解:(1)《刑法》第11条规定: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。(2)《刑法》第90条规定:民族自治地方不能全部适用本法规定的,可以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、文化的特点和本法规定的基本原则,制定变通或者补充的规定,报请全国人民代表大会常务委员会批准施行。(3)关于港、澳、台地区,根据两个基本法的规定,适应“一国两制”的要求,我国刑法不在香港、澳门地区适用。

5. 我国刑法在域外的适用。刑法的空间效力主要是对域内的适用问题,我国刑法在域外的适用主要由《刑法》第10条规定:凡在中华人民共和国领域外犯罪,依照本法应当负刑事责任的,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。

6. “本法”是指广义刑法,而非狭义刑法。狭义刑法,即中国的刑法典;广义刑法除了包括刑法典外,还包括单行刑法和附属刑法的形式。刑法修正案属于刑法典的组成部分,与刑法典具有同等的法律效力。1997年3月刑法修订后,全国人大常委会共颁布了1个单行刑法和9个刑法修正案,即1998年12月29日公布的《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》;1999年12月25日公布的《中华人民共和国刑法修正案》、2001年8月31日公布的《中华人民共和国刑法修正案(二)》、2001年12月29日公布的《中华人民共和国刑法修正案(三)》、2002年12月28日公布的《中华人民共和国刑法修正案(四)》、2005年2月28日公布的《中华人民共和国刑法修正案(五)》、2006年6月29日公布的《中华人民共和国刑法修正案(六)》、2009年2月28日公布的《中华人民共和国刑法修正案(七)》、2011年2月25日公布的《中华人民共和国刑法修正案(八)》、2015年8月29日公布的《中华人民共和国刑法修正案(九)》。

## 试题范例

1. (2009年真题)单项选择题

下列犯罪中,应当认为在中国领域内犯罪的是( )。

- A. 甲乘坐外国轮船从中国港口出发, 当行至公海时实施犯罪
- B. 乙乘坐外国轮船前往中国, 在公海上失手致中国公民落水而亡
- C. 丙乘坐外国轮船前往中国, 在公海上与同行的旅客斗殴, 致其重伤, 该旅客被送入中国医院后经抢救无效死亡
- D. 丁在其本国境内打猎, 致正在该国旅游的中国公民死亡

答案: C

#### 2. (2010 年真题) 单项选择题

A 国公民甲在我国境内抢劫 A 国公民乙后逃回 A 国, 被 A 国法院判处 3 年监禁。甲刑满后来我国, 我国法院对甲的上述抢劫行为行使管辖权, 是基于 ( )。

- A. 属人管辖原则
- B. 属地管辖原则
- C. 保护管辖原则
- D. 普遍管辖原则

答案: B

#### 3. (2011 年真题) 单项选择题

A 国驻华金融机构工作人员甲策划、参与了由中国向 A 国走私文物的犯罪活动。对甲应当 ( )。

- A. 直接驱逐出境
- B. 通过外交途径解决其刑事责任
- C. 适用我国法律追究其刑事责任
- D. 适用 A 国法律追究其刑事责任

答案: C

#### 4. 单项选择题

某外国商人甲在我国领域内犯重婚罪, 对甲应如何处置? ( )

- A. 适用我国刑法追究其刑事责任
- B. 通过外交途径解决
- C. 适用该外国刑法追究其刑事责任
- D. 直接驱逐出境

答案: A

#### 5. 多项选择题

下列哪些犯罪行为应实行属地管辖原则? ( )

- A. 外国人乘坐外国民航飞机进入中国领空后实施犯罪行为
- B. 中国人乘坐外国船舶, 当船舶行驶于公海上时实施犯罪行为
- C. 外国人乘坐中国民航飞机进入法国领空后实施犯罪行为
- D. 中国国家工作人员在外国实施我国刑法规

定的犯罪行为

答案: AC

#### 6. 多项选择题

根据我国刑法规定, 对下列哪些情形适用属地管辖原则? ( )

- A. 外国人甲在中国境外打猎, 因疏忽大意击中中国境内的外国公民斯某, 致其重伤
- B. 外国人乙乘坐外国航空器, 当该航空器进入中国领空时在该航空器上实施犯罪
- C. 中国人丙乘坐中国民用航空器, 当该航空器进入外国领空时在该航空器上实施犯罪
- D. 中国人丁在中国境内打猎, 因过于自信的过失造成中国境外外国公民布某重伤

答案: ABCD



### 核心法条

**第 7 条** 中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的, 适用本法, 但是按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的, 可以不予追究。

中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的, 适用本法。



### 释解分析

本条规定的是我国刑法效力适用的属人管辖原则, 适用于本国公民在国外犯罪的情形 (国人域外犯)。掌握本条应注意:

1. 凡属于中国公民, 不论其在国外何地, 基于国家主权原则, 其犯罪行为都应适用我国刑法。
2. 明确“一般”与“一律”的问题: 普通公民在国外犯罪的, 一般适用我国刑法追究刑事责任, 但犯轻罪的 (法定最高刑为 3 年以下), 可以不予追究; 凡国家工作人员和军人在域外犯罪的, 一律适用我国刑法。



### 易混易错

1. 本条第 1 款规定的“最高刑为三年以下有期徒刑”, 是指法定最高刑, 而非宣告刑, 也非法定最低刑, 注意不要和《刑法》第 8 条“最低刑为三年以上有期徒刑”的规定相混淆。

2. 本条第 1 款规定的是“可以不予追究”, 而

非“应当不予追究”。类似“可以”和“应当”的不同表述，在刑法总则中多有体现，应注意两者的区别。



### 试题范例

#### 多项选择题

下列关于中国刑法适用范围的说法，哪些是错误的？（ ）

- A. 中国公民胡某从甲国贩卖毒品到乙国后回到中国，由于胡某的犯罪行为不在中国境内，行为也没有危害中国国家或公民的利益，所以不能适用中国刑法
- B. 中国公民在境外犯罪，只有当地法律也认为是犯罪，中国刑法才有管辖权
- C. 中国军人李某在域外实施了法定刑为3年以下有期徒刑的侮辱罪，不适用中国刑法
- D. 中国公民在域外实施的犯罪行为，按照中国刑法规定最高刑为3年以下有期徒刑的，可以适用中国刑法追究刑事责任

答案：ABC



### 核心法条

**第8条** 外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的，可以适用本法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。



### 释解分析

本条规定的是我国刑法效力适用的保护管辖原则，是针对外国人在国外犯罪的情形（外国人域外犯）。保护管辖原则的适用有严格的条件限制，应同时满足以下条件：（1）行为主体必须是外国人，包括无国籍的人，否则适用《刑法》第7条规定的属人管辖原则；（2）行为地必须是在我国领域外，否则适用《刑法》第6条规定的属地管辖原则；（3）行为针对的对象必须是“中华人民共和国国家或者公民”，即侵犯的是我国国家或公民的合法权益；（4）行为性质比较严重，其判断标准是该犯罪行为的最低法定刑为3年以上有期徒刑；（5）行为符合“双重评价”，即行为地的法律与我国刑法将该行为规定或评价为犯罪，否则不适用该原则。



### 易混易错

1. 凡域外犯罪（不论国籍），虽经外国审判仍可适用我国刑法（《刑法》第10条），但已经受过处罚的可以免除处罚或者减轻处罚。这对于上述属人管辖原则和保护管辖原则的理解具有很强的现实意义。因为这两种原则适用的前提是行为人在域外犯罪，行为地的司法机关完全有可能对其行为已经进行了司法审判甚至已经因此而执行了刑罚，此时行为人若进入我国境内，我国司法机关对该犯罪行为仍有处理追究的权力。

2. 适用本条要求犯罪行为必须是重罪，即“最低刑为三年以上有期徒刑”的犯罪，注意是“最低刑”，而非“最高刑”；本条规定“可以”适用本法，而非“应当”。

3. 对属人管辖原则与保护管辖原则中所包含的“3年”的理解。依据属人管辖原则，中国公民在中国领域外犯罪，适用我国刑法，但如果是普通中国公民（非国家工作人员、军人），按我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（当然也可以追究）。这说明，即使是普通中国公民在领域外犯罪，所犯罪的法定最高刑为超过3年有期徒刑也不是我国刑法行使管辖权的条件。依据保护管辖原则，外国人对中华人民共和国国家或者公民犯罪，必须满足两个条件：（1）法定最低刑为3年以上有期徒刑的犯罪。（2）按犯罪地的法律也受处罚。因此，所犯罪的法定最高刑为超过3年有期徒刑是我国刑法行使管辖权的条件。



### 试题范例

#### 多项选择题

适用保护管辖原则必须同时符合以下条件（ ）。

- A. 侵犯的是我国国家或公民的利益
- B. 外国人在域外犯罪
- C. 行为必须为重罪（法定最低刑为3年以上有期徒刑的）
- D. 双方的法律都认为是犯罪

答案：ABCD



### 核心法条

**第9条** 对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国

在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用本法。



### 释解分析

本条规定的是我国刑法效力适用的普遍管辖原则，其针对的是国际犯罪，如毒品犯罪、劫持民用航空器罪、恐怖主义犯罪、战争罪等。这种依据国际法确定国内法对有关国际犯罪的刑法适用范围，掌握时应注意：（1）普遍管辖原则只有在属地管辖原则、属人管辖原则、保护管辖原则都不能适用的情形下方能适用。（2）根据该原则所确立的管辖不受犯罪发生地、犯罪受害人、犯罪人国籍的限制。



### 试题范例

#### 1. (2014 年真题) 多项选择题

对于下列毒品犯罪，我国可按照普遍管辖原则行使刑事管辖权的有（ ）。

- A. 无国籍人在外国生产毒品，后来到我国旅游，被我国司法机关抓获
- B. 他国公民从第三国购买毒品回本国贩卖，被本国通缉，后被我国司法机关抓获
- C. 我国公民在外国乘坐外国客机将毒品带往第三国贩卖，被他国司法机关抓获
- D. 他国公民携带贩卖的毒品乘坐他国飞机在我国机场换乘时，被我国司法机关抓获

答案：AB

#### 2. 单项选择题

如果某犯罪案件不是发生在中国领域，且该犯罪人不是中国公民，被害人也不是中国国家或者中国公民，但中国对此案仍能行使刑事管辖权的，是基于（ ）。

- A. 属地管辖原则
- B. 普遍管辖原则
- C. 保护管辖原则
- D. 属人管辖原则

答案：B



### 核心法条

**第 12 条** 中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯

罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。

本法施行以前，依照当时的法律已经作出的生效判决，继续有效。



### 释解分析

本条是关于刑法时间效力的规定。刑法的效力范围分为空间效力和时间效力两个方面，《刑法》第 6 条至第 11 条是关于刑法空间效力的规定。刑法的时间效力主要解决刑法在何时生效（生效时间）、在何时失效（失效时间）以及对其生效前行为有无追溯效力（溯及力）的问题，其中最主要的是刑法的溯及力问题。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际的有效法律预见其行为后果，行为之后才实施的法律原则上不能对该行为生效，但如果法律发生变更，考虑到有利于被告人的原则，故产生了刑法时间效力的“从旧兼从轻”原则。具体包括：（1）首先要考虑的是适用旧法，即行为时的法律（从旧）。（2）当新旧刑法规定不同时，适用新法的基本条件是其处罚较轻或不认为是犯罪，这体现了“有利于被告人”的原则，因此，如果新旧两法对某一行为的定性处罚不一致，就看谁对被告人有利，处罚轻重的比较应以法定刑轻重为依据。（3）刑法溯及力适用的对象只能是未决犯，即未决的案件，包括对一审裁判的上诉和抗诉案件。对于已决犯（已决案件）则不适用。（4）如果犯罪行为由新法生效前持续到新法生效后，即呈现连续状态（连续犯），对于这类跨法犯，新旧法都认为是犯罪的，适用新法。即使新法处罚较重，也要适用新法，但在量刑上可以酌定从轻处罚。（5）如果当时的法律不认为是犯罪，但行为继续或连续到新法生效以后，且新法认为该行为是犯罪的，则对新法生效后的该部分行为依法追究刑事责任。



### 易混易错

1. 我国刑法溯及力采用的是从旧兼从轻原则，从旧是原则，从轻是例外。原则上都适用旧法，只有在新法处罚较轻的情况下，才考虑适用新法。

这是罪刑法定原则的要求。

2. 注意刑法的溯及力和追诉时效的区别：前者解决的是根据新法还是旧法来追究行为人的刑事责任，而后者解决的是是否应当追究行为人的刑事责任。

3. 普遍管辖原则中我国刑法与国际条约的适用关系：依据普遍管辖原则，我国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，我国在承担条约义务的范围内行使刑事管辖权，要么适用我国刑法定罪处刑；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）。但无论如何定罪量刑的依据不可能是我国参加、缔结的国际条约，因为我国参加、缔结的国际条约仅仅表明我国司法机关对此案有管辖权，且国际条约并无具体刑法裁量的规定。



## 试题范例

### 单项选择题

甲于 1997 年 8 月实施了故意杀人行为，于 2004 年 7 月被抓获归案。在 1979 年刑法和 1997 年刑法中故意杀人罪的定罪处刑标准、法定刑完全相同。对本案（ ）。

- A. 应适用 1997 年刑法
- B. 应适用 1979 年刑法
- C. 由审理本案的法院的审判委员会决定适用 1979 年刑法还是 1997 年刑法
- D. 报请最高人民法院裁定适用 1979 年刑法还是 1997 年刑法

答案：B

## 二、犯罪概念与犯罪构成



### 核心法条

**第13条** 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。



### 释解分析

本条是关于犯罪概念的规定。由于《刑法》第13条包含着丰富的内容，要正确理解该条，必须从犯罪的三大基本特征入手，同时应准确理解该条“但书”的规定，该“但书”是在刑法罪刑法定原则下灵活适用法律的基本依据，在刑法中具有重要地位。还要从量化方面更准确地理解犯罪，就必须掌握犯罪的基本构成，故在释解第13条时也对犯罪构成的基本理论作出概括。

1. 犯罪是具有社会危害性且应当受刑罚处罚的刑事违法行为。犯罪具有三个基本特征：(1) 犯罪是具有严重的社会危害性的行为，即社会危害性是犯罪的本质特征。它揭示了国家将某种行为规定为犯罪的原因，阐明了犯罪与社会的关系，揭示了犯罪的社会政治本质。因为刑法之所以将某一行为规定为犯罪，其内在的驱动力就在于该行为具有社会危害性。如果一个行为不具有社会危害性，国家就不能将它规定为犯罪而加以惩罚。行为虽然具有社会危害性，但是情节显著轻微没有达到一定的严重程度的，国家也没有必要规定为犯罪而用刑罚加以制裁。理解犯罪的社会危害性特征时应注意：1) 犯罪的社会危害性不是抽象的，而是具体的，表现为刑法分则规定的对国家安全的危害、对公共安全的危害、对社会经济秩序的危害、对公民人身权利和民主权

利的危害、对财产的危害、对社会秩序的危害、对国家国防利益和军事利益的危害、对国家公务活动秩序和公务活动廉洁性的危害等。2) 犯罪的社会危害性具有多种表现形式。有的表现为实际的危害结果，有的表现为发生严重危害后果的现实危险，有的表现为物质性的危害结果，有的表现为精神性的危害。3) 犯罪的社会危害性不仅是指行为对社会造成的客观危害，还包括行为人的主观恶性，是行为的客观危害和行为人的主观恶性的统一。4) 影响犯罪的社会危害性及其程度的因素或变量很多，主要有：行为侵犯的客体；行为的手段、方法以及时间、地点；行为造成的危害结果；行为人的个人情况；行为人的主观心理状态。(2) 犯罪是触犯刑律的行为，即刑事违法性是犯罪的基本法律特征。刑事违法性不仅指违反刑法的规定，还包括违反国家立法机关颁布的单行刑事法律的规定和行政、经济法律中规定的刑事责任条款；不仅指违反刑法分则性规范的规定，而且包括违反刑法总则性规范的规定。刑事违法性是划分犯罪行为与一般违法行为的基本界限，体现了刑法的限制和保障机能。刑事违法性也是划分犯罪行为与一般违法行为的基本界限。如果一个行为没有违反刑法的规定，不符合刑法规定的犯罪构成，即使具有严重的社会危害性，也不可能构成犯罪。在罪刑法定原则支配下，刑事违法性是犯罪的基本法律特征。其与社会危害性的关系表现为：一方面，行为的社会危害性是刑事违法性的基础。一个行为如果不具有社会危害性就不应当被刑法规定为犯罪，已经被规定为犯罪的行为如果丧失了社会危害性，则应当及时地进行非犯罪化处理。另一方面，刑事违法性是社会危害性在刑法上的体现。一个具有严重的社会危害性的行为，必然会产生犯罪化的内在要求，而或早或晚地被国家立法机关规定在刑法中。一个行为一旦符合刑法规定的犯罪构成，一般也就表明其具有严重的社会危害性。刑事违法性作为犯罪的基本法律特征，体现了刑法的限制和保障机能。只有当一个行为既具有严重的社会危害性，同时也违反刑法规范，符合刑法规定的犯罪构成，

具有刑事违法性,才能被认定为犯罪。(3)犯罪是应受刑罚惩罚的行为,即具有应受刑罚惩罚性。如果说严重的社会危害性是从犯罪与社会的关系角度说明犯罪的社会特征,刑事违法性是从犯罪与刑法的关系角度说明犯罪的法律特征,那么应受刑罚惩罚性则是从犯罪与刑罚的关系方面说明犯罪的另一个重要特征。在立法层面,应受刑罚惩罚性是用来进一步说明严重的社会危害性的;在司法层面,应受刑罚惩罚性则是用来进一步说明刑事违法性的。应受刑罚惩罚性是我国刑法规定的犯罪的一个基本特征。一个行为如果不具有应受刑罚惩罚性,则不能认定为犯罪。实施了违反刑法的犯罪行为则应当负刑事责任,承担受国家刑罚处罚的法律后果。犯罪是刑罚的前提,刑罚是犯罪的法律后果。

在理解应受刑罚惩罚性时应当注意两点:

一是其与刑事违法性的关系。一般情况下,有刑事违法性就有应受刑罚惩罚性,二者是统一的,但又由于有第13条“但书”的规定,有刑事违法性可能因为“情节显著轻微危害不大”而不具有应受刑罚惩罚性,从而不认为是犯罪,典型的是2006年《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6、7条规定:已满14周岁不满16周岁的人偶尔与幼女发生性行为,情节轻微、未造成严重后果的以及已满14周岁不满16周岁的人使用轻微暴力或者威胁,强行索要其他未成年人随身携带的生活、学习用品或者钱财数量不大,且未造成被害人轻微伤以上或者不敢正常到校学习、生活等危害后果的,不认为是犯罪。已满16周岁不满18周岁的人具有上述规定情形的,一般也不认为是犯罪。从刑事违法性上看,未成年人的上述两行为完全已经构成了强奸罪和抢劫罪,而已满14周岁不满16周岁的人对这两种行为均需负刑事责任,但正是考虑了《刑法》第13条“但书”的规定,才使得其虽然满足刑事违法性,但不具有应受刑罚惩罚性,因而不认为是犯罪。

二是其与实受刑罚惩罚的关系。应当不应当受刑罚惩罚解决行为是否构成犯罪的问题,只有应受刑罚惩罚的行为才能构成犯罪,不应受刑罚惩罚的行为则不能认定为犯罪。而需要不需要受刑罚惩罚则是在行为构成犯罪、应当受刑罚惩罚的前提下,对具体案件的具体行为人是否实际受刑罚惩罚的问题。在应受刑罚惩罚(犯罪问题)与实受刑罚惩罚(量刑问题)之间之所以出现不一致的情况,正是量刑情节(在此是广义上讲,

不仅包括刑法总则中的情节也包括刑法分则中的情节,总则中的情节不仅包括典型的自首、立功、累犯等,也包括特殊主体、犯罪的未完成形态、共同犯罪中的从犯等)起作用的结果,在某些情况下,可能会减轻或免除处罚。例如,根据案件的具体情况,如情节轻微,行为人是未成年人,犯罪后具有自首、立功表现,认为不需要受刑罚惩罚的,则可以免于处罚。免于处罚不是对行为构成犯罪应当受刑罚惩罚的否定,而是以行为构成犯罪应当受刑罚惩罚为前提,否则也就谈不上免于处罚。

严重的社会危害性、刑事违法性和应受刑罚惩罚性是犯罪的基本特征,缺一不可。其中,严重的社会危害性是犯罪的本质特征,反映了犯罪与社会的关系,说明了国家将一定行为规定为犯罪并以刑罚惩罚的理由,揭示了犯罪的社会政治内容。刑事违法性是犯罪的法律特征,揭示了犯罪与刑法的关系,反映了罪刑法定原则的基本要求,表明了犯罪的法定性。应受刑罚惩罚性反映了犯罪与刑罚的关系,揭示了犯罪的法律后果。严重的社会危害性决定刑事违法性和应受刑罚惩罚性,而刑事违法性和应受刑罚惩罚性则反过来说明和体现严重的社会危害性。犯罪的定义应当是:“刑法规定应当受到刑罚惩罚的严重危害社会的行为。”

2.《刑法》第13条的意义。《刑法》第13条的犯罪定义既含定性要求又含定量要求,对于合理认定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:“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”。这被称作犯罪定义的“但书”。“但书”的意义具体体现在:

(1)“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”。

(2)“但书”是区分“违法行为”与“犯罪行为”的宏观标准,适应了我国法律的结构。我国对危害行为的惩罚体制由两个层次的法律构成:其一是《治安管理处罚法》以及工商、海关、税务等行政、经济法规中的处罚规定,违反这些规定属于“违法行为”;其二才是刑法,违反刑法的属于“犯罪”。

(3)“但书”的刑事政策意义在于:1)“但书”通过对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。2)可以缩小