

2005年

法律硕士联考名师讲义系列丛书

法律硕士联考 名师讲义·基础专业课

刑法 梁根林
民法 姚欢庆

● 编著

● 紧扣大纲 ● 辅以案例
● 突破难点 ● 准确扣题

法律硕士联考名师讲义·基础专业课

刑法学：梁根林

民法学：姚欢庆

中国经济出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律硕士联考名师讲义·基础专业课/梁根林,姚欢庆编著.

——北京:中国经济出版社,2004.7

(法律硕士联考辅导)

ISBN 7-5017-6395-X

I. 法… II. ①梁…②姚… III. 法律—研究生—入学考试—自学参考资料 IV. D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 021633 号

出版发行:中国经济出版社(100037·北京市西城区百万庄北街3号)

网 址:WWW.economyph.com

责任编辑:王希(电话:010—68319110 13521584710)

责任印制:石星岳

封面设计:北京华子图文设计公司

经 销:各地新华书店

承 印:北京人民文学印刷厂

开 本:787mm×1092mm 1/16 印 张:20.25 字 数:477千字

版 次:2004年7月第1版 印 次:2004年7月第1次印刷

印 数:0—5,000册

书 号:ISBN 7-5017-6395-X/D-423 定 价:36.00元

版权所有 盗版必究 举报电话:68359418 68319282

服务热线:68344225 68353507 68341876 68341879 68353624

中国法律硕士专业学位研究生入学联考介绍

法律硕士专业学位(JM)是从美国、英国等西方国家的法律人才培养方式中引进而来的。为适应我国社会主义市场经济和依法治国对高层次应用型法律人才的需要,加快与国际法律教育接轨,1996年,经国务院学位委员会批准,中国人民大学、北京大学、中国政法大学等八所院校首批试点招收法律硕士研究生,招生规模逐年扩大,目前全国有39所高校招收法律硕士研究生,考生可以同时报考两所院校,在联考学校之间可以调剂。全国试办法律硕士专业学位的39所学校为:北京大学、中国人民大学、清华大学、对外经济贸易大学、中国政法大学、中国人民公安大学、中国社会科学院研究生院、南开大学、山西大学、辽宁大学、吉林大学、黑龙江大学、复旦大学、华东政法学院、上海交通大学、南京大学、苏州大学、南京师范大学、浙江大学、安徽大学、厦门大学、江西财经大学、山东大学、烟台大学、郑州大学、河南大学、武汉大学、中南财经政法大学、湘潭大学、湖南大学、中山大学、海南大学、西南政法大学、四川大学、西南财经大学、贵州大学、云南大学、西北政法学院、兰州大学。

法律硕士专业学位研究生教育的培养目标是按法学一级学科和法律职业的基本要求确定的,课程设置覆盖了法律二级学科的主要内容,与法学硕士学位研究生教育处在同一层次上,两者相比各有所侧重,前者主要培养应用型、复合型高级法律人才,后者则侧重于培养学术型、专业型高级法律人才。从长远来看,随着法律研究生教育的发展,教学、科研人才应主要通过法学博士生教育来培养,法学硕士将逐渐减少,最终与法律硕士并轨。法律硕士专业学位研究生教育将起到承上启下的作用,一方面为法律实务部门输送人才,另一方面也为法学博士生教育提供宽广的生源基础。

由于历史原因,我国法律人才专业口径过窄、人才规格单一,加上招生方法及培养模式均不适于高层次的复合型、应用型法律人才的培养,难以满足现代化建设特别是政法队伍建设的迫切需要。目前高质量的法律人才不足,尤其是社会急需的高层次的应用型、复合型法律人才更为缺乏,因此,法律硕士毕业生就业前景广阔。

从2000年起,法律硕士专业学位研究生入学考试专业课实行全国联考(统一命题、统一阅卷),并只招收具有国民教育序列大学本科学历(或具有本科同等学力)的非法律专业毕业生。不得报考法律硕士专业学位的13个专业包括:法学、经济法、国际法、国际经济法、劳动改造法、商法、公证、法律事务、行政法、律师、涉外经济与法律、知识产权法、刑事法。加强对从事法律工作相关能力和发展潜力的考查,是联考的一个突出特点和基本思路。根据法律硕士专业学位培养的目标,联考更强调考生运用基本知识和原理的能力、运用法律语言的能力及进行逻辑分析、推理、论证的能力。

2003年起,法律硕士联考共考四门,政治理论(文科,使用全国统考试卷,100分)、外国语(使用全国统考试卷,100分)、专业基础课(含刑法学、民法学,150分)、综合课(含法理学、宪法学和中国法制史,150分)。

目 录

刑 法 学

第一章 刑法概说·····	(1)
第二章 犯罪概说·····	(9)
第三章 犯罪构成·····	(12)
第四章 故意犯罪形态·····	(28)
第五章 共同犯罪·····	(37)
第六章 罪数形态·····	(47)
第七章 正当防卫和紧急避险·····	(53)
第八章 刑罚的概念和目的·····	(64)
第九章 刑罚的体系和种类·····	(66)
第十章 刑罚的裁量·····	(73)
第十一章 刑罚的执行·····	(83)
第十二章 刑罚的消灭·····	(89)
第十三章 罪刑各论概说·····	(92)
第十四章 危害国家安全罪·····	(99)
第十五章 危害公共安全罪·····	(101)
第十六章 破坏社会主义市场经济秩序罪·····	(107)
第十七章 侵犯公民人身权利、民主权利罪·····	(117)
第十八章 侵犯财产罪·····	(129)
第十九章 妨害社会管理秩序罪·····	(138)
第二十章 贪污贿赂罪·····	(149)
第二十一章 渎职罪·····	(156)

民 法 学

第一章 导论·····	(165)
第二章 民事法律关系·····	(169)
第三章 公民(自然人)·····	(174)

第四章 法人制度·····	(184)
第五章 民事法律行为·····	(189)
第六章 代理·····	(202)
第七章 诉讼时效·····	(210)
第八章 物权概述·····	(216)
第九章 所有权·····	(221)
第十章 他物权·····	(228)
第十一章 共有·····	(237)
第十二章 相邻关系·····	(239)
第十三章 债权概述·····	(241)
第十四章 合同·····	(252)
第十五章 人身权·····	(276)
第十六章 知识产权·····	(279)
第十七章 继承·····	(290)
第十八章 婚姻·····	(299)
第十九章 民事责任·····	(307)

第一章 刑法概说

第一部分 内容总揽

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。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。

第二部分 重点透视

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。

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面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规范适用的补充性和保障性。第一次规范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,我国刑法的任务可以被概括为惩罚犯罪、保护法益,这是我国刑法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。

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含义所作的分析与说明。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。我国的刑事司法解释在制度与实践层面表现为“两高”就刑法适用发布的抽象性、规范性司法解释。

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。文义解释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。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,则应当超越文义解释,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含意的范围内,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意范围,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。论理解释的结果或为扩张解释,或为限制解释。

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。我国刑法第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,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。

罪刑法定原则的内容和要求,可以分别从形式的罪刑法定和实质的罪刑法定两个方面予以界定。一般认为,排除习惯法于刑法规范之外的法律主义、刑法不得溯及既往的禁止事后法主义、不得作不利于被告人的类推解释的类推禁止原则以及禁止绝对不定期刑原则是传统的罪刑法定主义的内容,这四个方面的要求构成罪刑法定原则的形式的侧面。而刑罚法规的明确性要求以及刑罚法规的内容适当、正当,则是罪刑法定在发展过程中生长出来的新的原则,被认为是罪刑法定主义的实质的侧面。该原则要求禁止制定不明确的刑罚法规(明确性原则),这是保障公民的预测可能性、国会立法原则的要求;禁止处罚不当罚的行为并且禁止制定残酷和非常的刑罚,是关于犯罪与刑罚的法律内容本身的正当性的问题。

罪刑法定主义是对罪刑擅断主义的否定,是以限制基于国家权力的刑罚权、保障公民人权免受国家权力侵害的自由主义为基调而设计的法治国家的刑法原则。罪刑法定是深受中世纪刑罚权无节制扩张和滥用之苦而作出的价值选择。罪刑法定使刑法制约的对象由作为刑罚惩罚的承受者的犯罪人转向了行使刑罚权的国家。因为,刑罚权是和平时一个国家最具有暴力性和工具性的国家权力。其特有的暴力性决定了国家刑罚权的行使,不仅关系到公民的名誉、财产和自由,甚至关系到公民的生命。其特有的工具性则决定了国家刑罚权往往为少数急功近利的执掌国家权力的统治者所特别钟爱,国家刑罚权往往存在本能的扩张欲望。人权的保障与刑罚权的限制始终是罪刑法定的精髓与本质所在。因而能不能有效地限制以国家刑罚权的行使为核心的国家公权力的运作,就成为罪刑法定关注的根本问题,进而成为在刑事法领域是否实现法治的基本标志。

我国刑法典在确立罪刑法定原则的同时,相应地废除了类推制度。此外,刑法总则设定犯罪构成的一般要件、规定犯罪存在形态及其刑事责任,刑法分则规定各种法定犯罪的构成要件及其法定刑,均体现了罪刑法定原则的要求。但是,罪刑法定原则的法定化并不意味着罪刑法定原则的真正实现,只有在解释和适用刑法的过程中具体贯彻罪刑法定原则,才能真正在刑法领域实现法治原则。这就要求司法机关在适用刑法处理案件时,必须严格依据刑法总则规定的一般原则和制度以及刑法分则明文规定的具体罪种的罪状和法定刑,准确认定犯罪,适当裁量刑罚,既不得在法外定罪,也不得在法外量刑。同时,司法机关必须忠实于刑法规定的原意,在刑法规定语词可能具有的含义范围内,严格解释刑法。

(二) 刑法面前人人平等原则

我国刑法第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。”刑法面前人人平等是法律面前人人平等这一法治国家宪法原则的具体体现。

刑法面前人人平等原则要求，任何公民不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限，在刑法面前一律平等，其合法权益一律平等地受到刑法保护，其犯罪行为一律依法予以平等地追究，在刑法面前，决不允许任何公民享有刑法规定以外的特权，也不得使任何公民受到刑法规定以外的刑事追究。平等地保护法益与平等地追究刑事责任(包括平等地定罪、平等地量刑与平等地行刑)，是刑法面前人人平等原则的基本要求。

但是，刑法面前人人平等的原则，既不否定因量刑情节的差异而导致相同性质的犯罪在裁量刑罚上的差异，也不反对根据刑罚个别化的要求裁量和执行符合犯罪人个人特点的刑罚。

(三) 责刑相适应原则

我国刑法第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。”这是我国刑法关于罪责刑相适应原则的规定。根据这一原则，刑罚的轻重应当与罪行的社会危害程度以及犯罪人所应当承担的刑事责任大小相适应，做到重罪重判，轻罪轻判，罪刑均衡，罚当其罪。

罪责刑相适应原则涉及到罪行、刑事责任和刑罚三个基本范畴之间的关系。罪行(符合犯罪构成的主客观事实情况)是行为人承担刑事责任的前提，也是决定行为人刑事责任轻重的决定性依据，但行为人的个人情况所决定的主观恶性(再犯可能性、人身危险性)也是影响刑事责任的重要因素。刑罚作为实现刑事责任的基本方式，应当受行为人所犯罪行及其所决定的刑事责任的轻重的制约，在主要考虑犯罪分子所犯罪行的轻重并据以决定刑罚轻重的同时，亦应适当考虑犯罪分子的个人情况对刑事责任和刑罚轻重的影响，从而使罪行、刑事责任和刑罚之间保持均衡和成比例的状态。

我国刑法总则关于犯罪构成、故意犯罪的停止形态、共同犯罪人的刑事责任、刑罚体系以及各种法定从轻、从重、减轻、免除刑罚的情节、刑罚裁量和刑罚执行制度的一般性规定、刑罚分则关于各种法定犯罪法定刑的具体规定，均体现了罪责刑相适应原则。贯彻罪责刑相适应原则的关键在于司法实践中应当正确理解和落实这些刑法规定。

五、刑法的效力范围

(一) 刑法的空间效力

刑法的空间效力，解决刑法在什么地域对哪些人予以管辖和适用的问题，其实质是刑事管辖权的确定。刑法的空间效力主要涉及对国内犯和国外犯的效力问题。各国刑法确定的管辖原则主要有适用于国内犯的属地原则、适用于国外犯的属人原则、保护原则和普遍管辖原则。

我国刑法第6条至第11条的规定表明，我国刑法对国内犯采取属地原则，这是确定刑法空间效力的基本原则。同时，我国刑法对国外犯则分别采取属人原则、保护原则和普遍管辖原则，从而适当地界定了我国刑法的空间效力范围。

我国刑法对于国内犯的适用以属地管辖原则为基本原则。刑法第6条规定：“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。”理解这一规定的关键在于:一是对犯罪地如何理解,二是对“法律有特别规定”如何理解。关于前者应当注意,犯罪的行为或结果有一项发生在我国领域内即视为在我国领域内犯罪。关于“法律有特别规定”的理解,在严格意义上只是指不适用中国刑法的特别规定,即刑法第 11 条关于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的规定;但在广义上一般也包括不适用中国大陆刑法的特别规定和不适用本法个别条文的特别规定,前者指香港、澳门特别行政区根据基本法所确定的“一国两制”原则对中国大陆刑法的排斥适用。后者主要是指刑法第 90 条关于民族自治地方的自治区或者省人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和刑法基本原则而制定的变通或者补充刑法的规定;此外,在法理上也包括国家立法机关制定的特别刑法与本法分则的规定出现法条竞合时根据“特别法优于普通法”的原则而对本法个别条文的排斥适用。

刑法第 7 条规定了属人管辖原则,中国公民在中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。中国国家工作人员和军人在中国领域外犯本法规定之罪的,适用本法。这种属人管辖原则的限制在于,我国刑法只对中国公民在我国领域外实施比较严重的犯罪予以管辖。

刑法第 8 条规定了保护管辖原则,外国人在中国领域外对中国国家或者公民犯罪,而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。这种保护管辖原则的限制在于,我国刑法只对外国人实施的严重侵犯我国国家或公民利益并且按照犯罪地的法律亦应当处罚的犯罪予以管辖。

刑法第 9 条规定了普遍管辖原则,对于中国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行,中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。这种普遍管辖原则的限制在于,我国刑法只对我国缔结或加入的国际条约所规定的国际犯罪,在我国承诺承担条约义务的范围内根据我国刑法的规定予以管辖。

(二)刑法的溯及力

刑法的溯及力,又称刑法的溯及效力,是指刑法生效以后,对于其生效以前未经审判或者判决尚未生效的行为是否适用的问题。如果适用,即有溯及力;如果不适用,则没有溯及力。

理解刑法的时间效力的关键在于刑法的溯及力。各国刑法对于刑法的溯及力的规定有所谓从旧原则、从新原则、从轻原则、从旧兼从轻原则和从新兼从轻原则之分。

我国刑法第 12 条采取从旧兼从轻的原则。根据第 12 条的规定,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。但是,对于中华人民共和国成立以后本法施行以前(1949 年 10 月 1 日——1997 年 9 月 30 日)实施的未经法院裁判或者裁判未生效的行为,则应当区别不同情况予以分别处理:

(1)如果行为当时的法律不认为是犯罪的,适用当时的法律。即本法不具有溯及力。

(2)如果行为当时的法律追究刑事责任,但是如果本法不认为是犯罪的,适用本法。即在有利于行为人的情况下,本法具有溯及既往的效力。

(3)如果行为当时的法律和本法都认为是犯罪,并且根据本法第四章第八节关于追溯时效的规定应当追诉的,按照行为当时的法律追究刑事责任,即本法不具有溯及既往的效力。但是,如果本法的处刑较轻的,则适用本法,本法具有溯及既往的效力。

关于刑法的溯及力,请注意了解最高法院《关于适用刑法第十二条几个问题的解释》和《关

于适用刑法时间效力规定若干问题的解释》以及两高《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》的具体规定。

第三部分 重点例题及参考答案

一、单项选择题

1. 我国刑法对溯及力之规定所体现的原则是()。

- A. 从旧原则 B. 从新原则 C. 从旧兼从轻原则 D. 从新兼从轻原则

【答案】 C。本题考察我国刑法的时间效力,参见《刑法》第12条。

2. 《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇的决定》属于()。

- A. 狭义刑法 B. 单行刑法 C. 附属刑法 D. 刑法典

【答案】 B。所谓单行刑法是对某种或某几种犯罪及其刑罚单独制定刑事法律。《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇的决定》就是人大常委会对外汇犯罪所制定的单行刑法。

二、多项选择题

1. 我国刑法规定的基本原则包括()。

- A. 罪刑法定原则 B. 刑法面前人人平等原则
C. 以事实为根据,以法律为准绳原则 D. 罪责刑相适应原则

【答案】 ABD。参见《刑法》第3条(罪刑法定)、第4条(刑法面前人人平等)、第5条(罪责刑相适应)。

2. 有权对刑法作出司法解释的机关包括()。

- A. 公安部 B. 最高人民检察院
C. 最高人民法院 D. 全国人民代表大会及其常务委员会

【答案】 BC。公安部是行政机关,无权作出司法解释,全国人大及其常委会是国家最高权力机关,只能做立法解释,不能作出司法解释。

3. 我国刑法在空间效力上所采用的原则,包含了以下()内容。

- A. 属地原则 B. 属人原则
C. 保护原则 D. 普遍原则

【答案】 ABCD。参见《刑法》第6、7、8、9条。

4. 下列情形中,属于在中华人民共和国领域内犯罪的有()。

- A. 犯罪行为地在中华人民共和国领域内
B. 犯罪结果地在中国领域内
C. 在中华人民共和国的船舶或者航空器内犯罪
D. 犯罪行为地和结果地在中华人民共和国领域内

【答案】 ABCD。本题考察刑法的空间效力。参见《刑法》第6条。

三、简答题

我国刑法关于溯及力的规定如何?

【答题要点】 刑法的溯及力,指刑法生效后,对于其生效以前未经审判的或者判决尚未确立的行为是否适用的问题。如果适用,即有溯及力,如果不适用,则没有溯及力。

我国《刑法》第12条的规定体现了从旧兼从轻原则。根据该规定,对于1949年10月1日中华人民共和国成立后到1997年10月1日刑法生效前这段时间内所发生的行为应按以下情况处理:(1)刑法施行前按当时法律已经作出的有效判决,继续有效;(2)刑法施行前的行为按当时的法律不认为是犯罪而刑法认为是犯罪的,适用当时的法律,刑法没有溯及力;(3)刑法施行前的行为按当时的法律认为是犯罪而刑法不认为是犯罪的,且未经审判或裁判未生效的并未超过追诉时效,适用刑法;(4)刑法施行前的行为按当时的法律和刑法都认为是犯罪,并且未超过刑法的追诉时效,原则上适用当时的法律,即刑法没有溯及力;但是刑法规定的处刑较轻时,则适用刑法。

四、辨析题

我国刑法有关空间效力的规定,采取的是以属地原则为主,兼采属人原则、保护原则和普遍原则的刑事管辖权体制。

【答题要点】 该命题正确。

《刑法》第6条第1款规定:“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。”这体现的是属地原则。

《刑法》第7条规定:“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,……”这体现的是属人原则。

《刑法》第8条第2款规定:“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3年以上有期徒刑的,可以适用本法,……”这体现的是保护原则。

《刑法》第9条规定:“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。”这体现的是普遍原则。

五、案例分析题

我国公民某甲,系我国远洋货轮上的船员,1996年2月10日,该船停泊在A国港口,某甲因小事将同船船员某乙打成重伤,抢救无效死亡。A国法院认定为伤害致死罪,判处有期徒刑四年。某甲在A国监狱服刑三年后被遣送回国,到中国后被逮捕、起诉。某地人民法院以故意伤害罪判处某甲有期徒刑六年。问:

(1)我国是否对此案有管辖权?

(2)我国是否承认外国刑事判决的法律效力?依据是什么?

(3)对此案,我国应当如何处理?

【答案要点】 (1)我国对本案有管辖权。按照属地原则,在我国领域内发生的犯罪,无论犯罪人是我国公民还是外国人,除法律有特别规定的以外,一律适用我国刑法。而我国的船舶、航空器亦视为我国的领域。另据《刑法》的属人原则,我国公民在国外犯罪,原则上也适用我国刑法。

(2)我国原则上不承认外国刑事判决的法律效力。根据《刑法》第10条的规定,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。

(3)根据《刑法》第10条规定:“在外国已经受过刑罚处罚的,可以免除或者减轻处罚。”因为某甲已在A国服刑,我国可以减轻处罚。

第二章 犯罪概说

第一部分 内容总揽

犯罪是触犯刑法规定的应受刑罚处罚的严重危害社会的行为。犯罪具有严重的社会危害性、刑事违法性和应受刑罚惩罚性三个必备特征。我国刑法第13条的但书规定表明,我国刑法规定的犯罪定义采取立法既定性又定量的模式。出于不同的目的、根据不同的标准可以对犯罪进行不同的分类。

第二部分 重点透视

犯罪概念是对犯罪行为的内在、外在特征的高度概括。中国刑法第13条采取形式与实质相结合的犯罪定义。这一定义既揭示了犯罪的危害社会本质与法律特征,又将犯罪与一般违法行为区别开来,是对形形色色的犯罪现象所作的科学概括,也是我们认定犯罪、划分罪与非罪的界限的基本依据。根据这一定义,犯罪具有下列基本特征:

1. 犯罪是严重危害社会的行为,具有严重的社会危害性

社会危害性,是指犯罪行为危害某一社会形态中某种社会关系及其表现出来的利益形式的属性。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用刑罚加以制裁。因此,具有一定严重程度的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。

2. 犯罪是触犯刑律的行为,即具有刑事违法性

只有触犯刑律的严重危害社会的行为,才是现代刑法意义上的犯罪。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。

刑事违法性既是犯罪的基本法律特征,也是划分犯罪行为与一般违法行为的基本界限。认定一个行为是否构成犯罪,如果只讲社会危害性而不讲刑事违法性,就会导致罪刑擅断主义。但是,如果只讲刑事违法性而不讲社会危害性,也会掩盖犯罪的社会政治本质,陷入法律形式主义。但是,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

刑法第13条明确地将“应受刑罚惩罚”这一特征写进了犯罪定义,表明应受刑法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。

行为应当不应当受刑罚惩罚与需要不需要进行刑事惩罚是两个范畴的问题。应当不应当受刑事惩罚解决行为是否构成犯罪的问题。而需要不需要进行刑事惩罚则是在行为构成犯罪、应当受刑事惩罚的前提下,对具体案件的具体行为人是否实际给予刑事惩罚的问题。如果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,认为不需要给予刑罚惩罚的,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缺一不可的基本特征。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。

因此,犯罪可以被简约地定义为“触犯刑法规定的应当受到刑罚惩罚的严重危害社会的行为”。

特别注意,刑法第13条的规定表明,我国刑法规定的立法采取既定性又定量的模式。刑法第13条“但书”规定:“但是情节显著轻微、危害不大的不认为是犯罪”,这便将虽然具有刑事违法性但情节显著轻微危害不大的行为排除在犯罪之外。在理解这一“但书”规定时,应当注意一个符合刑法规定的行为只有同时具备“情节显著轻微”和“危害不大”两个条件时,才能“不认为是犯罪”,亦即不构成犯罪。

刑法第13条的但书规定对于刑法分则具体犯罪构成的理解与适用具有指导和约束意义,刑法分则条文大多根据但书规定设置了犯罪构成的定量标准,但是也有一些条文没有具体设置犯罪构成定量标准,在此情况下仍然应当根据但书规定具体斟酌考量具体犯罪构成的定量标准。如果综合案件全部情况,认为情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。

第三部分 重点例题及参考答案

一、单项选择题

1. 犯罪的本质特征是()。

- A. 犯罪是应受刑罚惩罚的行为,具有应受刑罚惩罚性
- B. 犯罪是触犯刑律的行为,具有刑事违法性
- C. 犯罪是严重危害社会的行为,具有严重的社会危害性
- D. 犯罪是触犯法律的行为,具有违法性

【答案】 C。根据《刑法》第13条的描述,我国刑法将某一类行为规定为犯罪的根本原因就是它的严重的社会危害性,这是刑事违法性和应受刑罚惩罚性的基础。

2. 根据刑法第 13 条的规定, 犯罪是指危害社会的、依法应当受到刑罚处罚的行为, 但是情节显著轻微危害不大的()。

- A. 不认为是犯罪
- B. 也应当以犯罪论处
- C. 可以认定是犯罪也可以不认为是犯罪
- D. 认为是犯罪, 但可以免除处罚

【答案】 A。本题考察犯罪的定义。参见《刑法》第 13 条的但书规定。

二、多项选择题

影响犯罪的社会危害性及其程度的因素有()。

- A. 行为侵犯的客体
- B. 行为手段和方式
- C. 行为人的个人情况
- D. 行为人的心理态度

【答案】 ABCD。影响犯罪的社会危害性及其程度的因素, 主要从两方面进行考察: 一是客观方面, 即 A 项中的犯罪客体, C 项的行为人的个人情况; 二是从主观方面进行考察, 即 D 项中的行为人的心理态度。B 项中的行为手段和方式同时反映主观与客观方面, 往往可以通过犯罪的行为手段与方式可以反射出行为人的主观恶性。

三、简答题

犯罪的基本特征。

【答题要点】 (1) 犯罪是严重危害社会的行为, 具有严重的社会危害性, 这是犯罪的本质特征, 反映了犯罪与社会的关系。(2) 犯罪是触犯刑律的行为, 即具有刑事违法性, 这是犯罪的法律特征, 揭示了犯罪与刑法的关系。这是罪刑法定原则的体现。(3) 犯罪是应受刑罚惩罚的行为, 即具有应受刑罚惩罚性, 这是犯罪的法律后果, 反映了犯罪与刑罚的关系。

犯罪的这三个基本特征紧密联系, 不可分割。严重的社会危害性是后两个特征的基础, 缺乏这一基础, 刑事违法性和应受刑罚处罚性便不存在。但如果没有刑事违法性, 严重的社会危害性就失去了准绳, 司法机关就难以认定罪与非罪的界限。而如果没有应受刑事处罚性的特征, 前两个特征就失去了最后的归宿, 难以显示犯罪行为与其他社会行为在法律后果方面的区别。