



全国法律硕士专业 学位研究生

入学联考考试分析

2008年版

● 教育部考试中心



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS

全国法律硕士专业学位 研究生入学联考考试分析 (2008年版)

教育部考试中心



高等教育出版社

图书在版编目(CIP)数据

全国法律硕士专业学位研究生入学联考考试分析:
2008年版/教育部考试中心. —北京:高等教育出版社,2007.7

ISBN 978-7-04-021306-5

I. 全… II. 教… 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(2007)第096908号

策划编辑 刘佳 责任编辑 刘柏才 封面设计 王凌波
版式设计 余杨 责任校对 张颖 责任印制 韩刚

出版发行 高等教育出版社

社 址 北京市西城区德外大街4号

邮政编码 100011

总 机 010-58581000

经 销 蓝色畅想图书发行有限公司

印 刷 北京中科印刷有限公司

开 本 787×1092 1/16

印 张 35

字 数 860 000

购书热线 010-58581118

免费咨询 800-810-0598

网 址 <http://www.hep.edu.cn>

<http://www.hep.com.cn>

网上订购 <http://www.landaco.com>

<http://www.landaco.com.cn>

畅想教育 <http://www.widedu.com>

版 次 2007年7月第1版

印 次 2007年7月第1次印刷

定 价 70.00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 21306-00

郑重声明

高等教育出版社依法对本书享有专有出版权。任何未经许可的复制、销售行为均违反《中华人民共和国著作权法》，其行为人将承担相应的民事责任和行政责任，构成犯罪的，将被依法追究刑事责任。为了维护市场秩序，保护读者的合法权益，避免读者误用盗版书造成不良后果，我社将配合行政执法部门和司法机关对违法犯罪的单位和个人给予严厉打击。社会各界人士如发现上述侵权行为，希望及时举报，本社将奖励举报有功人员。

反盗版举报电话：(010) 58581897/58581896/58581879

传真：(010) 82086060

E-mail：dd@hep.com.cn

通信地址：北京市西城区德外大街4号

高等教育出版社打击盗版办公室

邮编：100011

购书请拨打读者服务部电话：(010)58581115/58581116/58581117/58581118

特别提醒：“中国教育考试在线”<http://www.eduexam.com.cn>是高教版考试用书专用网站。网站本着真诚服务广大考生的宗旨，为考生提供了名师导航、试题宝库、在线考场、图书浏览等多项增值服务。高教版考试用书配有本网站的增值服务卡，该卡为高教版考试用书正版书的专用标识，广大读者可凭此卡上的卡号和密码登录网站获取增值信息，并以此辨别图书真伪。

目 录

第一部分 2008 年全国法律硕士联考大纲分析

上编 专业基础课	1	第三章 公民(自然人)	127
刑法学	1	第四章 法人与其他组织	139
第一章 导论	1	第五章 民事法律行为	146
第二章 犯罪概念	7	第六章 代理	156
第三章 犯罪构成	10	第七章 时效与期间	162
第四章 故意犯罪的停止形态	31	第八章 物权的一般原理	167
第五章 共同犯罪	38	第九章 所有权	173
第六章 一罪与数罪	45	第十章 共有	177
第七章 正当防卫和紧急避险	52	第十一章 业主的建筑物区分所有权	180
第八章 刑罚的概念和种类	56	第十二章 相邻关系	181
第九章 量刑	61	第十三章 用益物权	184
第十章 刑罚执行制度	73	第十四章 担保物权	189
第十一章 刑罚消灭制度	78	第十五章 占有	195
第十二章 刑法各论概述	82	第十六章 债权概述	195
第十三章 危害国家安全罪	85	第十七章 合同	203
第十四章 危害公共安全罪	87	第十八章 人身权	222
第十五章 破坏社会主义市场经济秩序罪	91	第十九章 知识产权	230
第十六章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	95	第二十章 婚姻家庭与继承	241
第十七章 侵犯财产罪	99	第二十一章 民事责任	262
第十八章 妨害社会管理秩序罪	102	下编 综合课	273
第十九章 贪污贿赂罪	105	法理学	273
第二十章 渎职罪	107	第一章 绪论	273
民法学	109	第二章 法的本质与特征	276
第一章 导论	109	第三章 法的起源与演进	280
第二章 民事法律关系	120	第四章 法的作用	284
		第五章 法律制定	289
		第六章 法律体系	295
		第七章 法律要素	299
		第八章 法律渊源与法律	

分类	303	第四章	公民的基本权利和 义务	385
第九章	法律实施	307	第五章	国家机构
第十章	法律解释与法律 推理	314	中国法制史 420
第十一章	法律关系	319	第一章	夏商西周春秋法律 制度
第十二章	法律责任与法律 制裁	326	第二章	战国秦汉三国两晋南 北朝法律制度
第十三章	法治	330	第三章	隋唐宋法律制度
第十四章	法与社会	336	第四章	元明清法律制度
中国宪法学	347	第五章	清末、中华民国法律 制度
第一章	宪法基本理论	347	第六章	革命根据地法律 制度
第二章	宪法的制定、实施和 保障	359		493
第三章	国家基本制度	367		

第二部分 2007 年全国法律硕士联考试题分析

2007 年全国法律硕士联考专业基

础课试题分析 503

2007 年全国法律硕士联考综合课

试题分析 527

第一部分 2008 年全国法律硕士联考大纲分析

上编 专业基础课

刑法学

第一章 导论

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。

■ 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。在我国先后有两个“刑法典”: (1) 1979 年制定的第一部刑法典,或称“修订前刑法典”、“79 刑法典”。(2) 在 1997 年对 1979 年刑法典进行修订后形成的刑法典,或称“修订后刑法典”、“97 刑法典”,这部刑法典自 1997 年 10 月 1 日起生效施行之后,原 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,属于特别刑法的一种,是规定某一类犯罪及其后果或者刑法某一事项的法律,在 1979 年刑法典之后,我国颁行了 20 余个单行刑法,如《关于禁毒的决定》、《关于惩治偷税、抗税犯罪的补充规定》、《关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》等。在 1997 年刑法典之后,也曾颁行过单行刑法,即《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,这是指在经济、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、环保法中规定的有关追究刑事责任的条款。我国目前的负数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。狭义刑法特指刑法典,例如,在中国说到“《刑法》第13条”,则通常指称《中华人民共和国刑法》(刑法典)之第13条。广义刑法则包含上述一切形式的刑法。

从本质上讲,刑法是统治者以法律形式、主要采用刑罚方法禁止、惩罚那些危害统治秩序的行为。在中国,刑法是由全国人民代表大会及其常务委员会代表中国人民的意志制定的、规定犯罪及其法律后果的法律。我国刑法的本质,体现在《刑法》第2条规定的刑法的任务之中。

■ 刑法的特征

【分析】 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):

1. 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。违反其他法律严重的行为(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。

2. 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任务和实现的方法。

3. 刑法的强制力程度较其他法律的强制力程度严厉得多。刑法的特点集中体现在其违法行为的法律后果上。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。这种法律后果的严厉性是其他法律如民法、行政法所不能比拟的。正因为刑法的法律后果的严重性,决定了刑法需要遵循明确性和谦抑性原则,如罪刑法定原则,适用刑罚的前提(构成要件)具体化、明确化,限制刑罚的适用,刑法仅保留作保护社会的“最后手段”。

二、刑法的目的和任务

【分析】 《刑法》第1条规定:“为了惩罚犯罪,保护人民……制定本法”。据此,我国刑法的目的包括两方面:一是惩罚犯罪;二是保护人民。与刑法的目的相对应,我国刑法的任务也包含两方面内容:(1) 惩罚、预防犯罪,即用刑罚同一切犯罪行为作斗争。(2) 保护人民、社会和国家,即: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。

三、刑法的体系和解释

■ 刑法的体系

【分析】 1. 刑法典体系。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:(1)刑法的任务、基本原则和适用范围;(2)犯罪;(3)刑罚;(4)刑罚的具体运用;(5)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,共同组成了一个刑法规范的体系。

2. 刑法条文结构。刑法以“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫财物的,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。即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)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,对犯罪法律要件及其法律后果(刑罚)均要求严密、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)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。法律条文是抽象和静止的,而社会生活却是多样和多变的,为了正确理解、适用法律,往往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. 刑法的立法解释,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。通常有以下几种:一是全国人大常委会以决议形式对刑法条文涵义的解释。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条、第342条、第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)。二是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。三是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. 刑法的司法解释,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,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. 刑法的学理解释,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”。而学理解释没有法律上的约束力,依靠“以理服人”,所以又称“无权解释”。

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。

四、刑法与刑法学的意义

【分析】刑法学,在狭义上就是针对现行有效的刑法(刑事立法)进行解释形成的一门学问。在广义上,是关于犯罪与犯罪法律后果的学问。在罪刑法定原则约束下,研究犯罪与刑罚通常需要依托本国现行有效的刑法;广大的法律职业群体为了生计,需要掌握本国现行有效的刑法;其他人为了应对现实生活中的各种问题,有时也需要了解本国现行有效的刑法知识。所以,考试大纲所称的刑法学实际是狭义刑法学,其内容和体系是依托我国刑法展开的。这样,对我国刑法的介绍和解释构成了刑法学的基本内容。就该刑法学的研究对象和基本内容的角度而言,也可称之为“中国刑法学”。

广义的刑法学原本就自有一套关于犯罪与刑罚的概念、价值的学问,可独立于一国的刑事立法而存在。人们往往需要借助这门学问起草刑法、解释刑法、传授刑法。刑法学说的概念、价值也自然而然地渗透到刑法中。所以有人说:刑法(立法)是刑法学说的结晶。刑法学(说)与刑法解释难以确切界分。

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根本准则。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,依照法律定罪处罚;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处罚”。它的基本内容是:(1)法定化,即犯罪和刑罚必须事先由法律明文规定。这法律,指全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律、法令。这法律通常是行为当时有效的法律,根据“从旧兼从轻”原则,行为之后的法律只有在较轻的场合才能适用。(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。此外,罪刑法定原则还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(参见刑法形式与结构)。(2)在刑事司法上,废除了刑事司法类推制度,要求司法机关严格遵守解释和适用刑法,依法定罪处罚。

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:(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: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

【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。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:

■ 对中国领域内犯罪的效力

【分析】 根据《刑法》第6条的规定:(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;

(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,被称为属地原则。

■ 对中国领域外犯罪的效力

【分析】 1. 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,被称为属人原则。

2. 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,被称为安全原则(对国家而言)或保护原则(对本国公民而言)。

3. 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、亦未侵犯中国国家和公民、该犯罪人不具有中国国籍,我国司法机关有权管辖该案件。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、犯罪人国籍限制的规范,被称为普遍管辖原则或世界原则。自国内法的角度,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的,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、失效时间以及刑法对其生效前的行为的效力。

■ 刑法生效的时间

【分析】 刑法生效的时间通常有两种方式:(1) 公布之后经过一段时间才生效,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,单行刑事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》和现有的六个刑法修正案均是自公布之日起施行(生效)。

■ 刑法失效的时间

【分析】 刑法失效的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(典)第452条第2款规定,列于附件一的全国人大常委会制定的《中华人民共和国刑法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,指刑法对于生效以前的行为是否适用。对此问题,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。

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。

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。在前苏联还保留类推制度的刑法中,也曾有过对犯罪从实质层面的定义,如1919年苏俄刑法指导原则第6条规定:“犯罪是危害某种社会关系制度的作为或不作为……”现行俄罗斯刑法采取罪刑法定原则,则给犯罪下了一个形式与实质结合的定义:“本法定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,对犯罪还提出一些其他定义。例如,根据唯物史观,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的结果,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。

■ 不同的定义反映出不同的犯罪项

【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《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,数额较大或者多次盗窃的”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,犯罪是一种危害社会的行为。法律之所以要规定某种行为是犯罪,予以刑

罚处罚,归根到底是因为它侵害了社会或者个人的利益、破坏了法律秩序。例如,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、破坏社会生活秩序的现象。对这类现象,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。这是犯罪的本质,是犯罪的法律意义的根源。

二、我国刑法中的犯罪定义

【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,在《刑法》第13条中仍然对犯罪给出了定义:“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,所以是形式与实质相统一的犯罪定义。

《刑法》第13条规定的犯罪定义的意义。这一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,即“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”。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。通过“但书”避免司法刻板的例子如,少男与幼女恋爱中偶尔发生性行为,情节显著轻微的,不认为是犯罪;已满14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,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:其一是治安管理处罚条例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,违反这些规定属于“违法行为”;其二才是刑法,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,从而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,均有“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”、“偷逃应缴税额”、“非法经营额”、“违法所得”等数量限制。与外国刑法中的犯罪相比,中国刑法中的犯罪入罪门槛较高。

第二节 犯罪的基本特征

根据《刑法》第13条犯罪的定义,可以分析出我国刑法上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,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:不论人的思想观念、主观素质是如何的邪恶,只要它没有外化为行为,就不能被认为是犯罪。不要把人的道德、宗教信仰、思想观念当作犯罪。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,而必须是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:危害的国家安全、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,就是因为它侵犯个人、社会的利益,破坏公共秩序,妨害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。因为某些行为破坏社会生存、发展所必要的秩序,所以国家或者说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。对这种有危害的行为,我们称之为犯罪。

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。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的人不实际适用刑罚。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,但其行为也被认为构成犯罪。

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) 年满 14 周岁、有辨认和控制自己行为能力的自然人；(2) 有抢劫的故意；(3) 使用暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物；(4) 侵犯了财产的所有权和人身权。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。例如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”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，就成立抢劫罪并应当适用这条规定的法定刑处罚。

■ 犯罪构成与犯罪的联系和区别

【分析】 犯罪概念是犯罪构成的基础，犯罪构成是犯罪概念的具体化。犯罪概念回答什么是犯罪以及犯罪具有哪些基本属性。犯罪构成则进一步回答犯罪成立需要具备哪些法定的条件以及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 实行了杀害李某的行为，具备了故意杀人罪的客观要件；③ 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年龄是 27 岁、精神正常，具备承担刑事责任的主体要件。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某一个要件，则不能成立故意杀人罪。假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。对数罪通常还有合并处罚。

(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,有利于贯彻法制原则,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,也是按照四要件的体系分别论述具体犯罪的特殊构成要件。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】 刑法中规定了几百种犯罪,如抢劫罪、杀人罪、盗窃罪等,它们的犯罪构成各不相同。但是,一般而言任何一种犯罪都必须具备4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的场合,必须认定:(1) 侵害了刑法所保护的社会关系或利益(犯罪客体);(2) 在客观上实施了法律所禁止的危害行为(客观方面);(3) 行为人达到了法定责任年龄、具有责任能力;(4) 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”。这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