

第4版

法律硕士联考 重要法条释解

主 编 曾宪义 韩大元
执行主编 朱力宇 孟 唯



 中国人民大学出版社

D9/60C=2

2008

法律硕士联考 重要法条释解

主 编
执行主编
参编人员

曾宪义
朱力宇
白文桥
孟 唯

韩大元
孟 唯
郭志京



中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法律硕士联考重要法条释解/曾宪义, 韩大元主编. 4 版

北京: 中国人民大学出版社, 2008

ISBN 978-7-300-06434-5

I. 法…

II. ①曾…②韩…

III. 法律解释-中国-研究生-入学考试-自学参考资料

IV. D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 038748 号

法律硕士联考重要法条释解

主 编 曾宪义 韩大元

执行主编 朱力宇 孟 唯

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.lkao.net>(中国 1 考网)

经 销 新华书店

印 刷 河北秦皇岛昌黎文苑印刷有限公司

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

版 次 2005 年 5 月第 1 版

2008 年 4 月第 4 版

印 张 24.25

印 次 2008 年 4 月第 1 次印刷

字 数 734 000

定 价 38.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

前言

纵观近九年法律硕士全国联考，在业务课考试中，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业务课的考试。

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》中的第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，先从正面进行释解分析，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业务课。

编者

2008年3月

目 录

第一部分 刑法学

一、导论	(3)
二、犯罪概念与犯罪构成	(9)
三、正当防卫与紧急避险	(19)
四、故意犯罪的停止形态	(24)
五、共同犯罪形态	(29)
六、单位犯罪	(35)
七、刑罚的概念和种类	(36)
八、量刑	(45)
九、刑罚执行制度	(56)
十、刑罚消灭制度	(60)
十一、危害国家安全罪	(63)
十二、危害公共安全罪	(64)
十三、破坏社会主义市场经济秩序罪	(70)
十四、侵犯公民人身权利、民主权利罪	(80)
十五、侵犯财产罪	(88)
十六、妨害社会管理秩序罪	(94)
十七、贪污贿赂犯罪	(100)
十八、渎职罪	(104)

第二部分 民法学

一、民法概述	(109)
二、公民	(111)
三、法人和其他组织	(124)
四、民事法律行为	(128)
五、代理	(137)
六、诉讼时效	(144)
七、物权总则	(149)
八、所有权	(157)
九、他物权	(168)
十、债权概述	(187)
十一、合同	(191)
十二、人身权	(235)

十三、知识产权	(239)
十四、婚姻家庭和继承	(248)
十五、民事责任	(265)

第三部分 宪法学

一、宪法的特征	(277)
二、宪法的基本原则	(279)
三、中国违宪审查制度	(280)
四、中国国体与政体	(283)
五、我国的经济制度与“三个文明”建设	(286)
六、我国的选举制度	(290)
七、爱国统一战线和中国人民政治协商会议	(295)
八、行政区划制度	(297)
九、民族区域自治制度	(298)
十、特别行政区制度	(301)
十一、基层群众自治制度	(303)
十二、公民与国籍	(304)
十三、平等权	(307)
十四、政治权利和自由	(308)
十五、宗教信仰自由	(310)
十六、人身自由	(311)
十七、财产权	(313)
十八、社会经济文化权利	(314)
十九、外国人的权利保护	(317)
二十、中国国家机构的组织和活动原则	(318)
二十一、全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会	(319)
二十二、国务院	(324)
二十三、人民法院和人民检察院	(326)
二十四、国家领导人的任期	(329)
附一 中国法制史经典古文释解	(330)
附二 法理学经典论述题释解	(360)

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4日修订后的刑法在第3条、第4条、第5条明确规定了刑法的三大基本原则，即罪刑法定原则、刑法适用平等原则、罪责刑相适应原则。

2. 含义：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三个方面：（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）实定化，即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。（3）明确化，即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）在《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进行定罪处罚；（2）司法机关在忠于法律规定的愿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。



试题范例

1. (2006年真题) 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

2. (2007年真题) 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

3. 单项选择题

关于罪刑法定原则及其内容，下列哪一选项是正确的

- A. 罪刑法定原则禁止类推解释与扩大解释，但不禁止有利于被告人的类推解释

- B. 罪刑法定原则禁止司法机关进行类推解释,但不禁止立法机关进行类推解释
- C. 罪刑法定原则禁止适用不利于行为人的事后法,但不禁止适用有利于行为人的事后法
- D. 罪刑法定原则要求刑法规范的明确性,但不排斥规范的构成要件要素

答案:C

4. 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

5. 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



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。犯罪、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. 罪责刑相适应原则,要求刑法给予的处罚不仅要和犯罪行为的危害程度相适应,而且还要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,适用轻重相适的刑罚。罪责刑相适应原则内涵着主客观相统一的原则。



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. 单项选择题

我国刑法规定了_____法定原则,_____法定原则的经典表述是“法无明文规定不为罪”、“法无明文规定不处罚”;刑法同时规定了_____相适应原则,即刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯_____和承担的_____相适应;死刑只适用于_____极其严重的犯罪分子。在这段话的空格中

- A. 2处填写“罪刑”,4处填写“罪行”
- B. 3处填写“罪刑”,3处填写“罪行”
- C. 4处填写“罪刑”,2处填写“罪行”
- D. 3处填写“罪刑”,2处填写“罪行”

答案:D

2. 多项选择题

下列关于罪刑相适应原则的说法哪些是正确的

- A. 罪刑相适应原则要求刑法不溯及既往

- B. 罪刑相适应原则要求刑事立法制定合理的刑罚体系
- C. 罪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

《刑法》第10、11、90条（略）



释解分析

1. 本条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，属地原则处于基础性地位，《刑法》第7至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。

3. 属地原则的“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；在未遂犯の場合，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6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）》。



试题范例

1. (2004年真题) 单项选择题

当我国客轮停靠在美国纽约港时，德国人甲在轮船上窃取了我国公民乙价值4 000元人民币的财物。对于本案确立我国刑法效力的依据是

- A. 属人管辖 B. 保护管辖
C. 普遍管辖 D. 属地管辖

答案: D

2. (2005年真题) 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: ACD

3. (2007年真题) 单项选择题

我国刑法规定:凡在中国船舶或者航空器内犯罪的,适用中国刑法。其确定刑法效力范围的根据是

- A. 属地原则
- B. 属人原则
- C. 保护原则
- D. 普遍管辖原则

答案: A

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

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

本条规定的是刑法效力适用的属人原则,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:即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款规定的是“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

下列关于我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的国家或国民的利益,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,我国刑法才有管辖权
- 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

本条规定的是刑法的保护管辖原则，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三年以上有期徒刑；（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），虽经外国审判仍可依法适用我国刑法（《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和保护管辖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”。



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（法定最低刑是三年以上有期徒刑的）

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

本条规定的是刑法的普遍管辖原则，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。普遍管辖原则只有在在属地管辖、属人管辖、保护管辖原则都不能适用的情形下方能适用。



试题范例

（2006年真题）单项选择题

如果某犯罪案件不是发生在中国领域，且该案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,对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,即呈现连续状态的(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。



试题范例

(2005年真题)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

1. 本条是关于犯罪概念的规定。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。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只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。刑事违法性不仅是指违反刑法的规定，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，而且也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。(3) 犯罪是应受刑罚惩罚的行为，即应受刑罚惩罚性。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；在司法层面上，应受刑罚惩罚性则是用来进一步说明刑事违法性的。

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. 犯罪概念与犯罪构成。犯罪概念与犯罪构成是本质与现象的关系，犯罪概念解决的是“什么是犯罪”的问题；而犯罪构成则是解决“犯罪的成立必须具备哪些条件”的问题。我国刑法中的犯罪构成，是指我国刑法规定的某种行为构成犯罪所必须具备的主观要件和客观要件的总和。具体内容包括三个方面：(1) 犯罪构成所要求的主观要件和客观要件，都必须是我国刑法所规定的，这是罪刑法定原则的基本要求和具体体现；(2) 犯罪构成是我国刑法所规定的主观要件和客观要件的总和，这是我国刑法主客观相统一原则的要求；(3) 犯罪构成主观要件和客观要件说明

的是犯罪成立所要求的基本事实特征,而非一般的事实描述,更非案件全部事实与情节不加选择的堆砌。

3. 犯罪构成要件的分类。(1) 根据犯罪构成形态方面的特点,可以将犯罪构成分为基本的犯罪构成与修正的犯罪构成。基本的犯罪构成,是指符合刑法条文关于某种犯罪的完成形态规定的犯罪构成。我国刑法分则条文规定的各种具体犯罪,都是以犯罪既遂为完成形态而规定的。修正的犯罪构成,是指以基本的犯罪构成为标准,根据故意犯罪在行为发展阶段可能出现的预备、中止、未遂等不同的表现形态,以及在共同犯罪中具体共同犯罪人的不同情况下,对基本犯罪构成中个别要件的具体要求作相应的修改或者变更后形成的犯罪构成。其主要指预备犯、中止犯、未遂犯等故意犯罪过程中几种未完成形态的犯罪构成和共同犯罪中主犯、从犯、胁从犯和教唆犯等共同犯罪人的犯罪构成。(2) 根据犯罪行为的社会危害程度方面的特点可以将犯罪构成分为标准的犯罪构成与派生的犯罪构成。标准的犯罪构成,又称独立的犯罪构成,是指符合刑法分则条文对具有标准的社会危害程度行为所规定的犯罪构成要件,是犯罪构成的基本形式。派生的犯罪构成,是指在标准犯罪构成的基础上,根据刑法分则条文在标准犯罪构成个别方面的特别规定而形成的犯罪构成,包括加重的犯罪构成和减轻的犯罪构成两种。前者又称严重危害的犯罪构成,是指犯罪行为符合刑法分则在犯罪主体、犯罪情节或危害结果方面的特别规定,由于行为的社会危害性因此增大,法律相应地规定了加重或从重处罚的犯罪构成;后者又称危害较轻的犯罪构成,是指由于犯罪情节较轻,行为的社会危害性因而较小,法律相应地规定减轻刑罚的犯罪构成。

4. 犯罪构成的共同要件。我国刑法规定的犯罪都必须具备犯罪客体、犯罪的客观方面、犯罪主体和犯罪的主观方面这四个共同要件。这里重点掌握与本条紧密相关的犯罪客体与犯罪的客观方面。

(1) 犯罪客体。犯罪客体是指我国刑法所保护的,而为犯罪行为所侵害的社会主义社会关系。根据犯罪所侵害的社会关系范围的不同,犯罪客体可以分为一般客体、同类客体和直接客体。①一般客体,又称共同客体,是指一切犯罪所共同侵害的客体。在我国,犯罪的一般客体就是刑法所保护的作为整体的社会主义社会关系。②同类客体,是指某一类犯罪所共同侵犯的客体。我国

刑法分则就是根据犯罪侵犯的同类客体,将犯罪归纳为十类,建立了刑法分则体系。③直接客体,是指某一具体犯罪直接侵害的客体。根据犯罪所直接侵犯的具体社会关系的个数,其可以分为简单客体和复杂客体。前者又称单一客体,是指一种犯罪直接侵害的客体中只包含了一种具体的社会关系;后者是指一种犯罪直接侵害的客体包括了两种以上的具体社会关系。

犯罪客体与犯罪对象的关系。①犯罪客体是我国刑法所保护的,而为犯罪行为所侵害的社会主义社会关系。犯罪对象是危害社会行为所直接作用的物或者人。其中,物是具体社会关系的物质表现;人是社会关系的主体。②犯罪客体与犯罪对象的联系主要表现在:犯罪对象是社会关系存在的前提和条件,是犯罪客体的物质载体或者主体承担者;犯罪对象在不同的场合会表现为不同的犯罪客体,不同的犯罪对象在一定场合也可能表现为相同的犯罪客体。③犯罪客体与犯罪对象的区别主要表现在:犯罪客体是任何犯罪构成的必备要件,能够决定犯罪的性质,而犯罪对象则不一定具有这种法律属性;任何犯罪都要使一定的犯罪客体受到侵害,而犯罪对象则不一定受到损害。

(2) 犯罪的客观方面,亦称犯罪客观要件,是指刑法规定的构成犯罪在客观活动方面所必须具备的条件。其中最重要的是危害行为、危害结果和刑法因果关系。

刑法中的危害行为,是指表现人的犯罪心理态度,为刑法所禁止的危害社会的行为。其有多种多样表现形式,按违反法律规范的不同可以分为作为与不作为这两大类。所谓作为,是指行为人用积极的动作来实施的危害社会的行为;所谓不作为,是指行为人有义务且能够实施某种行为,消极地不去履行这种义务,因而造成严重的危害后果的行为。不作为是人的一种消极行为,刑法上的不作为,必须具备以下条件:①行为人负有实施某种行为的特定义务,这是构成不作为危害行为的前提。刑法中的特定义务,不是一般的道德义务,而是行为人在特定的社会关系领域内,基于特定的事实和条件而产生的法律上的义务。这种义务来源有:法律明文规定的义务;职务或业务上要求履行的义务;由行为人已经实施的行为所产生的责任,这主要是指行为人由于自己的行为,而使法律所保护的某种利益处于危险状态时,负有防止危害结果发生的义务。②行为人有能力履行这种义务。③行为人不履行特定义务而

引起危害社会的结果。不作为犯罪在刑法理论上又分为纯正不作为犯和不纯正不作为犯：前者是指根据刑法规定只能由行为人以不作为形式来实施的犯罪，如遗弃罪；后者是指根据刑法规定行为人以不作为形式实施的通常以作为形式实施的犯罪，如母亲故意不给婴儿喂奶使其饿死而构成的故意杀人罪。

危害结果，是指危害社会的行为对我国刑法所保护的社会关系所造成的损害。危害结果是每一个犯罪构成都必须具备的条件，缺少这个条件，犯罪不能成立。刑法因果关系，是指人的危害社会的行为与危害结果之间存在的引起与被引起的关系，其具有客观性、相对性、必然性和复杂性的特点。犯罪的时间、地点和方法是犯罪客观方面的选择要件。



易混易错

1. 本条中“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”，是指该行为根本不构成犯罪，而不是说该行为已构成犯罪，只是不按犯罪处理而已。

2. 注意区别犯罪客体与犯罪对象的不同，有的犯罪没有犯罪对象，如脱逃罪、偷越国（边）境罪。

3. 危害行为分为作为与不作为，作为即违反禁止性规范，是“不应为而为之”；而不作为是违反命令性规范，“应为而不为之”。不作为犯罪又分为纯正的不作为犯和不纯正的不作为犯，应掌握两者的区别以及典型罪名。



试题范例

1. (2004年真题) 单项选择题

在下列犯罪构成的一般要件中，提示犯罪实质特征的要件是

- A. 犯罪客体
- B. 犯罪客观方面
- C. 犯罪主体
- D. 犯罪主观方面

答案：A

2. (2004年真题) 单项选择题

甲离婚后嫌才3个月的女儿乙累赘，某日将乙一个人留在家中，自己锁门外。甲5天后回家，乙已经死在摇篮里。法院判决甲构成故意杀人罪，甲属于

- A. 纯正的不作为犯

B. 不纯正的不作为犯

C. 纯正的作为犯

D. 结果加重犯

答案：B

3. (2004年真题) 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：略

4. (2005年真题) 单项选择题

下列哪一种情形，尚不能认为是犯罪行为

- A. 甲打电话邀约其朋友李某一起去实施抢劫
- B. 乙向其朋友赵某表示要杀掉仇人陈某
- C. 丙为了盗窃张某家财产，毒死了张某家的看家犬
- D. 丁为方便对刘某实施抢劫，对刘某的活动规律进行跟踪调查

答案：B

5. (2005年真题) 单项选择题

我国刑法分则对犯罪分类的主要根据是

- A. 犯罪的一般客体
- B. 犯罪的同类客体
- C. 犯罪的直接客体
- D. 犯罪的对象

答案：B

6. (2005年真题) 单项选择题

甲男(15岁)与乙女(13岁)在同一所中学上学，二人在参加校文体活动时相识并成为好友，关系日渐密切。某日二人在公园发生性关系时被发现。据甲交代，二人还曾在自己家中发生过一次性关系。甲、乙均表示是双方自愿。乙的家长要求追究甲的刑事责任。经调查二人确属自愿且未造成其他严重后果。甲的行为

- A. 构成奸淫幼女罪
- B. 构成强奸罪
- C. 情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪
- D. 构成猥亵儿童罪

答案：C

7. (2005年真题) 单项选择题

甲因为重男轻女，将妻子刚生下才3天的女婴包裹好放在医院门口，躲在一边观察。见有群众围观、议论，便放心离开。第二天一早，甲又到医院门口察看，见女婴还在，但女婴却因晚间气温过低被冻死。法官据此判决甲构成遗弃罪。甲的行为属于

- A. 纯正的作为犯
- B. 不纯正的作为犯

- C. 纯正的不作为犯
D. 不纯正的不作为犯

答案: C

8. (2006 年真题) 单项选择题

甲于夜晚在一条封闭的高速公路上驾车正常行驶时, 乙突然翻越护栏横穿公路, 甲刹车不及将乙撞死。交警认定甲的行为不构成交通肇事罪。下列说法中, 不当作为交警认定依据的是

- A. 甲的行为与乙的死亡结果之间没有刑法上的因果
B. 甲的行为不违反交通法律法规, 缺乏构成交通肇事罪的客观条件
C. 本案属于意外事件
D. 甲对乙的死亡结果没有罪过

答案: A

9. (2006 年真题) 单项选择题

甲唆使乙在某学校食堂的面粉中投放“毒鼠强”一包, 造成数十人中毒死亡的结果。法院认定甲构成投放危险物质罪。甲的行为具备

- A. 标准的犯罪构成
B. 复杂的犯罪构成
C. 基本的犯罪构成
D. 修正的犯罪构成

答案: D

10. (2007 年真题) 单项选择题

犯罪同类客体最显著的作用是

- A. 区分此罪与彼罪的根据
B. 构建刑法分则体系的根据
C. 确立具体犯罪构成的根据
D. 区分故意犯罪与过失犯罪的根据

答案: B

11. (2007 年真题) 单项选择题

甲对某危害结果没有阻止其发生的义务, 如果该危害结果发生, 甲的不作为行为

- A. 不可能构成犯罪
B. 可能构成纯正的不作为犯
C. 可能构成不纯正的不作为犯
D. 可能构成手段不能犯

答案: A

12. (2008 年真题) 单项选择题

故意杀人罪(未遂)的犯罪构成属于

- A. 基本的犯罪构成
B. 修正的犯罪构成
C. 派生的犯罪构成
D. 减轻的犯罪构成

答案: B

13. (2008 年真题) 单项选择题

下列情形中, 属于犯意表示的是

- A. 甲为非法制造枪支而购买钢管
B. 乙对朋友发誓说要杀死仇人张某
C. 丙发电子邮件邀约朋友参与盗窃
D. 丁向他人发送敲诈财物的短信息

答案: B

14. (2008 年真题) 单项选择题

成立犯罪不可缺少的要素是

- A. 犯罪行为
B. 犯罪结果
C. 犯罪目的
D. 犯罪动机

答案: A

15. (2008 年真题) 单项选择题

下列犯罪行为中, 属于不作为行为方式的是

- A. 甲因高兴将 3 岁儿子抛接但因失手致其死亡
B. 乙分娩婴儿后为掩盖未婚先孕真相将婴儿扔出窗外致婴儿死亡
C. 丙分娩女婴后不愿抚养, 遂以 2 万元价格将其卖给他人
D. 丁分娩婴儿后将婴儿弃置于火车站致其冻成重伤

答案: D

16. 多项选择题

关于犯罪客体, 下列说法错误的有

- A. 犯罪客体决定着犯罪的性质
B. 犯罪客体同犯罪对象都是犯罪构成的必备要件
C. 针对同一对象的犯罪行为, 所侵犯的犯罪客体也是相同的
D. 每一种犯罪行为, 只能侵犯某一种犯罪客体

答案: BCD

17. 多项选择题

下列关于刑法因果关系的说法哪些是正确的

- A. 甲欲杀害其女友, 某日故意破坏其汽车的刹车装置。女友如驾车外出, 10 分钟后遇一陡坡, 必定会坠下山崖死亡。但是, 女友将汽车开出 5 分钟后, 即遇山洪暴发, 泥石流将其冲下山摔死。死亡结果的发生和甲的杀害行为之间没有因果关系
B. 乙欲杀其仇人苏某, 在山崖边对其砍了 5 刀, 苏某重伤昏迷。乙以为苏某已经死亡, 遂离去。但苏某自己醒来后, 刚迈了两步即跌下山崖摔死。苏某的死亡和乙的危害行为之间不存在因果关系