

法硕绿皮书

法学方向开考沿用至今



关注公众号，名师免费讲
最新试题精讲、大纲变化解读
每周三日练题、考前一套热卷
酌情随时发布更多免费资源

2020年

法律硕士(法学)联考 大纲要点解析及应试策略

法律硕士联考用书编写组 / 编写
白文桥 / 主编

重磅新书预告

(4—7月)



该书对考试大纲常规考点进行简明扼要的讲解，对较难考点进行深度讲解，着力解决现行教材讲解简略及不到位的问题。



该书以专题讲解形式，主攻重要知识点，讲解中配以案例或者试题分析，着力解决重点、难点及疑点问题。

 中国人民大学出版社

出版说明

2020 年法律硕士（法学）联考 大纲要点解析及应试策略

法律硕士联考用书编写组 编写
白文桥 主编

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

2020 年法律硕士 (法学) 联考大纲要点解析及应试策略/法律硕士联考用书编写组编写; 白文桥主编. —北京: 中国人民大学出版社, 2019. 3
ISBN 978-7-300-26793-7

I. ①2… II. ①法… ②白… 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 (2019) 第 040389 号

2020 年法律硕士 (法学) 联考大纲要点解析及应试策略

法律硕士联考用书编写组 编写

白文桥 主编

2020 Nian Fǎlǚ Shuoshì (Fǎxué) Liánkǎo Dàgāng Yàodiǎn Jiěxī jǐ Yìngshì Cèlüè

出版发行	中国人民大学出版社	邮政编码	100080
社 址	北京中关村大街 31 号		
电 话	010-62511242(总编室)	010-62511770(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.com.cn (中国 1 考网)		
经 销	新华书店	版 次	2019 年 3 月第 1 版
印 刷	涿州市星河印刷有限公司	印 次	2019 年 3 月第 1 次印刷
规 格	185 mm×260 mm 16 开本	定 价	99.80 元
印 张	46.25		
字 数	1 084 000		

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

出版说明

2009年,法律硕士开始面向法学本科招生。该专业自招生以来,参加考试的考生逐年增多。根据法律硕士(法学)专业学位联考考试大纲的要求,该专业考试的参考书目限于各高等院校的教材和专家学者的有关著述,但由于历年联考的参考答案和评分标准是统一的,因此各高等院校的教材和专家学者的有关著述并不能满足统一评分标准的要求,尽管中国人民大学出版社出版的全国法律硕士专业学位研究生入学联考考试指南和教育部考试中心的考试分析能够满足历年联考统一评分标准的要求,但由于法学方向特有的考查题型,如刑法学、民法学、宪法学考查论述题,考试指南和考试分析大多没有展开,或者仅仅是要点的表述,这给考生的复习增加了难度。对于刑法分则部分,考试分析也没有给出构成要件的专门阐述。从联考考查深度上看,如中国法制史分析题,虽然考查题型和非法学法学考查题型相同,但深度明显增加。因此,许多考生迫切希望能够出版专门针对法律硕士法学方向的考试大纲分析和复习资料。

应广大参加法律硕士(法学方向)研究生入学考试考生的要求,中国人民大学出版社特组织编写出版了《法律硕士(法学)联考大纲要点解析及应试策略》《法律硕士(法学)联考大纲配套练习》《法律硕士(法学)联考历年真题精解及考前5套题》《法律硕士(法学)重要主观题背诵》等参考书籍,供参加法律硕士(法学)专业学位考试的考生专用。

《法律硕士(法学)联考大纲要点解析及应试策略》和《法律硕士(法学)联考大纲配套练习》这两本书的关系可以概括为“主”与“辅”的关系。《法律硕士(法学)联考大纲要点解析及应试策略》对考试大纲中的要点和联考命题重点进行了详尽的归纳,《法律硕士(法学)联考大纲配套练习》则作为考试大纲的辅助练习材料,对考试大纲和考试指南每一章设置了配套练习和答案解析,借以更好地理解考试大纲和《法律硕士(法学)联考大纲要点解析及应试策略》中的主要内容。因此,考生将两书结合复习使用,效果更佳。

应广大法学方向考生的要求,本书再版时,对书中相关内容进行了扩充、修改,在论述上做到详略得当:对于重点和难点问题,包括考试中考查深度明显高于非法学方向的内容,如中国法制史分析题,本书在考试指南和考试分析的基础上予以拓展性的重点阐述;对于考试中可能以论述题形式考查的内容,但考试指南和考试分析并没有展开论述的,本书在考试指南和考试分析所述要点的基础上予以展开;对于考试中考查频度低或者不予考查的内容,本书采取略述或者省略的方式处理。

编者

目 录

第一部分 刑法学

第一章 绪论	3
第二章 犯罪概念	12
第三章 犯罪构成	14
第四章 正当化事由	33
第五章 故意犯罪的停止形态	37
第六章 共同犯罪	44
第七章 罪数形态	52
第八章 刑事责任	62
第九章 刑罚概述	66
第十章 量刑	74
第十一章 刑罚执行制度	88
第十二章 刑法消灭制度	93
第十三章 刑法各论概述	95
第十四章 危害国家安全罪	97
第十五章 危害公共安全罪	100
第十六章 破坏社会主义市场经济秩序罪	112
第十七章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	136
第十八章 侵犯财产罪	152
第十九章 妨害社会管理秩序罪	166
第二十章 贪污贿赂罪	188
第二十一章 渎职罪	200

第二部分 民法学

第一章 绪论	209
--------------	-----

第二章	民事法律关系	214
第三章	自然人	222
第四章	法人	231
第五章	非法人组织	242
第六章	民事法律行为	246
第七章	代理	261
第八章	诉讼时效与期间	267
第九章	人身权	272
第十章	物权法概述	279
第十一章	所有权	288
第十二章	用益物权	298
第十三章	担保物权	303
第十四章	占有	314
第十五章	知识产权	315
第十六章	债权概述	332
第十七章	合同法总论	342
第十八章	合同法分论	369
第十九章	婚姻家庭法	382
第二十章	继承法	396
第二十一章	侵权责任法	403

第三部分 法理学

第一章	绪论	427
第二章	法的特征与本质	435
第三章	法的起源与演进	438
第四章	法的作用与法的价值	446
第五章	法的渊源、效力与分类	457
第六章	法律要素与法律体系	465
第七章	立法	477
第八章	法律实施	485
第九章	法律职业与法律方法	500
第十章	法律关系	512
第十一章	法律责任与法律制裁	517
第十二章	法治	522
第十三章	法与社会	535



第四部分 中国宪法学

第一章	宪法基本理论	555
第二章	宪法的变迁	573
第三章	国家基本制度	584
第四章	公民的基本权利和义务	613
第五章	国家机构	624

第五部分 中国法制史

第一章	夏商西周春秋战国法律制度	655
第二章	秦汉三国两晋南北朝法律制度	663
第三章	隋唐宋法律制度	676
第四章	元明清法律制度	699
第五章	清末民初法律制度	711
第六章	南京国民政府及革命根据地法律制度	722





第一章 绪 论

● 大纲应试策略

本章包括刑法概述、刑法的基本原则、刑法的效力范围等内容。在要点解析中，刑法的形式、刑法的解释、罪刑法定原则、刑法的空间效力和时间效力属于核心考点。本章考查方式主要是选择题和简答题。在选择题的考查方式中，属地原则考查的频率较高；在简答题的考查方式中，以罪刑法定原则的基本内容与体现为重点。本章一般不以案例分析题的形式考查。

● 大纲要点解析

一、刑法概述

(一) 刑法的概念

(1) 定义。刑法是规定犯罪及其法律后果的法律规范的总和。

(2) 形式(表现形式、形式渊源)。刑法的形式包括刑法典(含刑法修正案)、单行刑法和附属刑法：①刑法典是全面、系统规定犯罪及其法律后果的内容的法典。刑法典包括刑法修正案。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。现行单行刑法只有全国人大常委会颁布的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》一部。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。但基于罪刑法定原则，在行政法规、规章中有关追究刑事责任的条款不属于附属刑法的范畴，在非刑事法律中没有设置真正罪刑规范的(如只表述为“构成犯罪的，依照刑法追究刑事责任”)，也不属于附属刑法的范畴。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。

(3) 分类。①广义刑法与狭义刑法。广义刑法是指关于犯罪及其法律后果的法律规范的总和，广义刑法包括刑法典、单行刑法与附属刑法。狭义刑法专指刑法典。②普通刑法与特别刑法。普通刑法是指具有普遍适用的性质与效力的刑法，刑法典便是普通刑法。特别刑法是仅适用于特别人、特别地域或特别事项的刑法，包括单行刑法和附属刑法。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。

(4) 特征。①调整范围的广泛性。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。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，而其他法律各有自己的任务和实现的方法。③刑罚制裁的严厉性。刑罚制裁方法包括剥夺生命、自由、财产、资格等重要的权益，刑法这些制裁的强制力度是其他法律无法比拟的。④刑法发动的补充性和保障性。刑法仅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。刑法是其他法律的保障法。

（二）刑法的任务和机能

（1）任务。刑法的任务是刑法目的的具体化。《刑法》第2条既体现了我国刑法的目的，也规定了刑法的任务。刑法的任务包括：1）惩罚任务。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。具体而言：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。

（2）机能。刑法的机能是指刑法能产生的积极作用。刑法具有如下机能：①规制机能。规制机能是对人的行为进行规制或者约束的机能。其方式是将一定的行为当作犯罪，对其规定刑罚，向国民显示该行为为法律所不容许；或者要求国民不要实施特定的犯罪行为。其具体内容为，刑法将一定的行为规定为犯罪并给予刑罚处罚，表明该行为是被法律禁止的、不被允许的（评价的机能）；同时命令人们作出不实施这种犯罪行为的决定（决定的机能），据此防止犯罪结果的发生。②保护机能。保护国家、社会和个人法益的机能。犯罪是侵害或威胁法益的行为，刑法禁止和惩罚犯罪，是为了保护法益并且能够保护法益。③保障机能。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。根据罪刑法定原则，只要行为人的行为不构成刑法所规定的犯罪，他就不受刑罚处罚，这便限制了国家对刑罚权的发动；对犯罪人也只能根据刑法的规定给予处罚，不得超出刑法规定的范围判处刑罚，这便保障了犯罪人免受不恰当的刑罚处罚。刑法的上述3项机能应当是统一的，刑法的规制机能的目的是为了保护法益和进行人权保障，刑法必须禁止侵犯法益的犯罪行为，禁止的方法是将侵犯法益的行为类型化，并规定相应的法定刑，同时通过限制刑罚适用的刑法规制，以实现人权保障机能。刑法必须在法益保护机能和人权保障机能之间进行协调，根据适用刑法时的客观背景与具体情况，在充分权衡利弊的基础上，使法益保护机能和人权保障机能得到充分发挥，并在符合罪刑法定原则的前提下，充分发挥和尽量实现刑法的保护机能。

（三）刑法的体系和解释

1. 刑法的体系

（1）刑法的体系。刑法的体系是指刑法的组成和结构。我国现行刑法分为总则和分则两编，另外还有附则1条，因此，我国现行的刑法体系是由总则、分则和附则三部分构成的。总则是关于刑法的任务、基本原则和适用范围、犯罪、刑罚，刑罚的具体运用以及其他规定等的一般规定。分则是关于各种犯罪的罪状及其法定刑的具体规定。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。刑法条文由总则条文和分则条文构成。总则条文主要是对相关刑事法律规则的规定,以及各种具体刑事法律制度及其适用条件的一般性规定。分则条文一般由罪状的构成要件和法定刑两部分构成,即每一条文前半句阐述罪状的构成要件或犯罪构成,后半部分阐述法定刑或法律后果。

2. 刑法的解释

刑法的解释是指对刑法条文含义的阐明。

(1) 根据解释的效力,刑法解释可以分为立法解释、司法解释和学理解释。其中,立法解释和司法解释属于有权解释,学理解释属于无权解释。1) 立法解释。在我国,全国人大常委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《全国人大常委会关于〈刑法〉第九章渎职罪主体适用问题的解释》。②在刑法典中对有关术语的专条解释。如刑法总则第五章中第91~99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”“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,以及刑法颁布生效以后发生歧义时所作出的解释。2) 司法解释。司法解释是最高司法机关(“两高”)对刑法条文进行的解释。3) 学理解释。学理解释是有权解释之外的机关、团体和个人对刑法条文含义的解释,该解释没有法律约束力。

(2) 根据解释的方法,刑法解释可以分为文理解释(文义解释)和论理解释。1) 文理解释。文理解释是根据条文的字面含义进行的说明,该解释是既不扩大也不缩小范围的解释。典型的如对刑法规范上的应当、可以,亲告罪中的近亲属的解释等。2) 论理解释。论理解释是根据立法的精神与目的对条文进行的说明。论理解释包括扩大解释、缩小解释(限制解释)、当然解释、目的解释、比较解释和历史解释等。①扩大解释。扩大解释是根据立法原意,对刑法条文作超出字面意义的解释。如《刑法》第116条交通工具中对“汽车”的解释,应当将大型拖拉机归入到“汽车”范围;如将“飞机”扩大解释为“航空器”,等等。扩大解释不能超出该词语的应有含义范围,如将“妇女”解释为当然包括“男子”,就不是扩大解释。此外,扩大解释不同于类推解释。类推解释是指,需要判断的具体事实与法律规定的构成要件基本相似时,将后者的法律效果适用于前者的解释方法。例如,将“毒驾”也纳入危险驾驶罪的客观表现,就属于类推解释。我国刑法废除了类推制度,实行罪刑法定,因此,罪刑法定原则禁止不利于被告人的有罪类推解释,但允许有利于被告人的类推解释。②缩小解释。缩小解释是根据立法原意,对刑法条文作窄于字面意义的解释。如对《刑法》第20条第3款对“行凶”的解释。缩小解释体现了严格解释刑法条文的要求。③当然解释。当然解释是指刑法规定虽未明示某一事项,但依据规范目的、事物属性和形式逻辑,将该事项当然包含在该规范适用范围之内的解释。例如对《刑法》第50条第1款死缓2年的解释:死缓期间“如果故意犯罪,情节恶劣的,报请最高人民法院核准后执行死刑”。对此的当然解释为:适用死刑程序无须等到2年期满,只要报请最高人民法院核准后就可以执行死刑。“判处死刑缓期执行的,在死刑缓期执行期间,如果没有故意犯罪,2年期满以后,减为无期徒刑。”对此的当然解释是:没有满2年的,不得减为无期徒刑。当然解释是一种“不言自明,理所当然”的解释,常用于入罪解释。

当然解释有两种情形，就某种行为是否被允许而言，采取的是举重以明轻的判断；就某种行为是否被禁止而言，采取的是举轻以明重的判断。但是，由于实行罪刑法定原则，不得直接采取当然解释认定行为构成犯罪。换言之，在适用举轻以明重的解释原理进行当然解释时，也要求案件事实符合刑法规定的犯罪构成。例如，《刑法》第329条规定的“抢夺、盗窃国有档案罪”，抢劫国有档案的行为如何处理？从规范意义上说，抢劫行为已经在完全符合抢夺要件的前提下超出了抢夺的要求，因此，对该行为可以直接适用第329条规定的“抢夺国有档案罪”，此为“举轻以明重”。④目的解释。目的解释是指根据刑法规范的目的，阐明刑法条文含义的解释方法。进行目的解释，要考虑条文背后的真实目的，考虑最终实现何种目的，进而做出符合该目的的合理解释。目的解释必须遵循罪刑法定原则。⑤比较解释。比较解释即将刑法的相关规定或外国立法与判例作为参考资料，借以阐明刑法规定的真实含义的解释方法。⑥历史解释。历史解释是指以制定刑法时的历史背景以及刑法发展的源流，阐明刑法条文真实含义的解释方法。

二、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。刑法明文规定的基本原则有罪刑法定原则、刑法适用平等原则和罪责刑相适应原则。尽管较为权威性的观点还认为，除了刑法明文规定的三个基本原则外，法益保护原则和责任主义原则也应成为刑法的基本原则，但刑法对此未作出规定。

1. 罪刑法定原则的基本内容与体现

(1) 基本内容。《刑法》第3条规定，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。据此，罪刑法定原则的基本内容有：①犯罪与刑罚法定化，即犯罪与刑罚必须事先由法律明文规定。犯罪的法定化体现在：明确规定了犯罪的概念、犯罪构成的共同要件和各种具体犯罪的构成要件；刑罚的法定化体现在：明确规定了刑罚的种类和量刑原则以及各种具体犯罪的法定刑种与刑度。②犯罪及法律后果明确化。犯罪及法律后果明确化体现在，对于什么行为是犯罪以及犯罪所产生的法律后果，都必须作出具体规定，并用文字表述清楚。③犯罪范围的界定和惩罚程度合理化。合理化体现在，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。

(2) 主要体现。①在刑事立法上，刑法总则规定了犯罪的一般定义、共同构成要件、刑罚种类、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。②在刑事司法上，废除了类推制度，要求司法机关严格解释和适用刑法，依法定罪量刑。

(3) 具体要求。①禁止类推解释。②排斥习惯法，实行成文法。③排斥绝对不定期刑，我国刑法实行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，禁止法外用刑。罪刑法定原则在时间效力上体现为从旧兼从轻原则。⑤罪刑规范必须清楚明确，排斥含混模糊的规范。⑥禁止处罚不当行为，禁止不均衡、残酷的刑罚。⑦罪刑法定原则在犯罪特征中体现为刑事违法性。

2. 刑法适用平等原则的基本内容与体现

(1) 基本内容。根据《刑法》第4条规定，刑法适用平等原则的基本内容是：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特权。

(2) 主要体现。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。

3. 罪责刑相适应原则的基本内容与体现

(1) 基本内容。根据《刑法》第5条规定，罪责刑相适应原则的基本内容是：罪责刑相适应原则是指刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。据此，罪责刑相适应原则的基本内容是：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。

(2) 主要体现。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刑法总则中规定了量刑原则，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刑法总则规定的对累犯的从重处罚、不得假释、不得缓刑；对未成年人、又聋又哑的人、限制刑事责任能力人、自首、立功的人从宽处罚；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罪，体现了刑罚与犯罪人主观恶性、人身危险性相适应。

三、刑法的效力范围

(一) 刑法效力范围的概念和种类

①概念。刑法的效力范围是指刑法在什么地方、对什么人和在什么时间内具有效力。

②种类。包括刑法的空间效力和刑法的时间效力。

(二) 刑法的空间效力

1. 刑法空间效力的概念

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。

2. 确立刑法空间效力范围的学理依据

确立刑法空间效力的学理依据包括属地、属人、保护和普遍管辖四原则。属地原则即一个国家的刑法只管发生在本国领域内的犯罪，属人原则即一个国家的刑法只管本国公民实施的犯罪，保护原则即一个国家的刑法只管侵害本国利益的犯罪，普遍管辖原则即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。在上述四原则中，属地管辖原则针对的是国内犯，其他原则针对的是国外犯。我国刑法在空间效力上采取以属地原则为基础，以属人、保护和普遍管辖原则为补充的综合性原则。在适用顺序上，属地原则优先适用，不能适用属地原则的，适用属人原则，不能适用属人原则的，适用保护原则，不能适用保护原则的，适用普遍管辖原则。

3. 我国刑法关于空间效力的规定

(1) 刑法在中国领域内的效力。我国刑法在中国领域内的效力的基本适用原则是属地管辖原则。①属地管辖原则的规定。《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。这是对属地管辖原则的规定。上述

规定中的“领域”，包括领陆、领水和领空。上述规定中的“法律有特别规定”，是指：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香港、澳门特别行政区发生的犯罪由当地的司法机关适用当地的刑法。③《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。④国家立法机关制定的特别刑法的特别规定，根据特别法优于普通法的原则，不适用刑法典，而适用特别刑法。2) 属地管辖原则的补充——旗国主义。《刑法》第6条第2款规定，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。3) 属地管辖原则中犯罪地的确定。我国刑法对犯罪地的确定采取遍在说。《刑法》第6条第3款规定，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。据此，行为与结果均发生在我国领域内的，适用我国刑法；仅行为或结果发生在我国领域内的，或仅一部分行为或一部分结果发生在我国领域内的，即所谓隔地犯也适用我国刑法。在未遂犯场合，行为地与行为人希望、放任结果发生之地、可能发生结果之地，都是犯罪地；在共同犯罪场合，共同犯罪行为有一部分发生在我国领域内或者共同犯罪结果有一部分发生在我国领域内，就认为是我国领域内犯罪。

(2) 刑法在中国领域外的效力。1) 属人管辖原则。《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，但是按本法规定的最高刑为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华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法。上述规定依据犯罪人的国籍来确定刑法适用范围的规范，体现了属人管辖原则。我国刑法规定属人管辖原则的根据是维护我国国家及公民的利益。2) 保护管辖原则。《刑法》第8条规定，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，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公民的利益确定刑法适用范围的规范，体现了国家保护原则（安全原则）和国民保护原则。3) 普遍管辖原则。《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。根据该规定，即使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）。这种依据国际法确定国内法有关国际犯罪的刑法适用范围，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，如果按照属地、属人、保护管辖原则能够确定刑法的效力，则不适用普遍管辖原则。适用普遍管辖原则必须具备如下条件：(1) 适用对象是危害世界各国共同利益的国际犯罪。具体的国际犯罪主要有：侵略罪，战争罪，反人道罪，灭绝种族罪，种族歧视、种族隔离罪，伪造货币罪，买卖奴隶罪，买卖妇女、儿童罪，劫持人质罪，危害民用航空安全罪，酷刑罪，海盗罪，国际贩运毒品罪，国际贩运淫秽出版物罪，贿赂外国官员罪，资助恐怖主义行为罪，非法使用武器罪，非法医学实验罪，盗窃核材料罪等。(2) 适用的根据是我国缔结或者参加的国际条约。适用普遍管辖原



则必须以我国缔结或参加的国际条约为前提。(3) 适用的前提是我国刑法已经将我国缔结或者参加的国际条约的有关规定转化为国内刑法的规定。换言之,我国刑法对于我国缔结或参加的国际条约所规定的罪行也有规定。(4) 适用的时间是在我国境内发现被指称的罪犯之时。换言之,原则上应要求罪犯出现在我国领域内,以避免有关国家之间发生刑事管辖权的冲突。(5) 适用的限度是我国所承担条约义务的范围,但我国声明对有关国际条约的部分内容持保留意见的除外。

(三) 刑法的时间效力

1. 刑法时间效力的概念

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。

2. 刑法的生效时间

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。②自公布之日起生效。

3. 刑法的失效时间

刑法的失效时间通常有两种方式:①由国家立法机关明确宣布某些法律自何日起失效。②自然失效,即新法取代旧法,旧法自然失效。

4. 刑法的溯及力

(1) 刑法溯及力的含义。刑法的溯及力是指刑法对于生效以前的行为是否适用的问题,如果具有适用效力,则是有溯及力;否则就是没有溯及力。

(2) 关于刑法溯及力的学说。关于刑法的溯及力,主要有如下4种学说:①从旧原则。从旧原则即只能依据行为当时有效的法律(行为时法律主义)定罪处罚,新法不具有溯及既往(生效前行为)的效力。②从旧兼从轻原则。从旧兼从轻原则即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。从新原则即新法适用于生效前未经审判或者判决尚未确定的行为(也可以称之为“裁判时法主义”,即适用裁判时的法律),有溯及既往的效力。④从新兼从轻原则。从新兼从轻原则即新法一般具有溯及既往的效力,但是旧法(行为时法律)不认为犯罪或处罚较轻的仍适用旧法。

(3) 我国《刑法》第12条关于溯及力的规定。1) 我国《刑法》第12条关于溯及力的规定。我国《刑法》第12条对刑法溯及力采取从旧兼从轻原则,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。我国《刑法》第12条规定:“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。”据此,从1949年10月1日至1997年9月30日这段时间发生的行为,如果未经法院审判或判决未确定,应按不同情况分别处理:①对现行刑法生效以前的未经审判或者审判尚未确定的行为,适用行为当时有效的法律。②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。③依据行为当时有效法律已经作出的生效判决,继续有效。值得一提的是,根据1997年12月31日最高人民法院作出的《关于适用刑法第十二条几个问题的解



释》第1条和第2条的规定,《刑法》第12条规定中规定的“处刑较轻”,是指法定刑较轻,而不是法院判处的宣告刑较轻。更进一步说,法定刑较轻指的是法定最高刑较轻;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。④现行刑法施行以前,依照当时的法律已经作出的生效判决,继续有效。2)与刑法时间效力及溯及力有关的若干问题的法律适用,还应注意以下问题:①对于行为人1997年9月30日以前实施的犯罪行为,在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者人民法院受理案件以后,行为人逃避侦查或者审判,超过追诉期限或者被害人在追诉期限内提出控告,人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案,超过追诉期限的,是否追究刑事责任,适用修订前的刑法典第77条规定。②犯罪分子1997年9月30日以前犯罪,不具有法定减轻处罚情节,但是根据案件的具体情况需要在法定刑以下判处刑罚的,适用修订前的刑法典第59条第2款的规定。③前罪判处的刑罚已经执行完毕或者赦免,在1997年9月30日以前又犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪,是否构成累犯,适用修订前的刑法典第61条的规定;1997年10月1日以后又犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的,是否构成累犯,适用刑法典第65条规定。④1997年9月30日以前被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人或者1997年9月30日以前犯罪,1997年10月1日以后仍在服刑的罪犯,如是供述司法机关尚未掌握本人的其他罪行的,适用刑法典第67条第2款的规定。⑤1997年9月30日以前的犯罪分子,有揭发他人犯罪行为,或者提供重要线索,从而得以侦破其他案件等立功表现的,适用刑法典第68条的规定。⑥1997年9月30日以前犯罪被宣告缓刑的犯罪分子,在1997年10月1日以后的缓刑考验期内又犯新罪、被发现漏罪或者违反法律、行政法规或者国务院有关部门有关缓刑的监督管理规定,情节严重的,适用刑法典第77条的规定,撤销缓刑。⑦1997年9月30日以前犯罪,1997年10月1日以后仍在服刑的犯罪分子,因特殊情况,需要不受执行刑期限制假释的,适用刑法典第81条第1款的规定,报请最高人民法院核准。⑧1997年9月30日以前犯罪,1997年10月1日以后仍在服刑的累犯以及因杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力性犯罪被判处10年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子,适用修订前的刑法典第73条的规定,可以假释。⑨1997年9月30日以前被假释的犯罪分子,在1997年10月1日以后的假释考验期内,又犯新罪、被发现漏罪或者违反法律、行政法规或者国务院有关部门有关假释的监督管理规定的,适用刑法典第86条的规定,撤销假释。⑩按照审判监督程序重新审判的案件,适用行为时的法律。⑪对于开始于1997年9月30日以前,继续到1997年10月1日以后终了的继续犯罪,应当适用修订刑法一并进行追诉。对于开始于1997年9月30日以前,连续到1997年10月1日以后的连续犯罪,或者在1997年10月1日前后分别实施同种类数罪,其中罪名、构成要件、情节以及法定刑均没有变化的,应当适用修订刑法,一并进行追诉;罪名、构成要件、情节以及法定刑已经变化的,也应当适用修订刑法,一并进行追诉,但是修订刑法比原刑法所规定的构成要件和情节较为严格,或者法定刑较重的,在提起公诉时应当提出酌情从轻处理意见。⑫关于刑事司法解释的时间效力问题,按照从旧兼从轻原则处理,亦即,对于新的司法解释实施

