

# 2010年全国法律硕士专业学位研究生入学联考

## 大串讲

非法学

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



092000  
2178

# 2010 年全国法律硕士专业学位 研究生入学联考大串讲

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

· 北京 ·

## 图书在版编目(CIP)数据

2010 年全国法律硕士专业学位研究生入学联考大串讲/曾宪义,韩大元主编.8 版

北京:中国人民大学出版社,2009

ISBN 978-7-300-04422-4

I. 2...

II. ①曾...②韩...

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(2009)第 183093 号

## 2010 年全国法律硕士专业学位研究生入学联考大串讲

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.com.cn>(中国 1 考网)

经 销 新华书店

印 刷 北京鑫霸印务有限公司

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

版 次 2002 年 11 月第 1 版

2009 年 10 月第 8 版

印 张 30.5

印 次 2009 年 10 月第 1 次印刷

字 数 755 000

定 价 56.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

# 目 录

## 第一部分 刑法学

|      |                     |       |
|------|---------------------|-------|
| 第一讲  | 刑法概述                | (1)   |
| 第二讲  | 犯罪的成立条件(上)          | (11)  |
| 第三讲  | 犯罪的成立条件(下)          | (18)  |
| 第四讲  | 犯罪的形态之一(故意犯罪的停止形态)  | (30)  |
| 第五讲  | 犯罪的形态之二(共同犯罪)       | (36)  |
| 第六讲  | 犯罪的形态之三(一罪与数罪)      | (41)  |
| 第七讲  | 刑罚的概念、目的与体系         | (48)  |
| 第八讲  | 量 刑                 | (56)  |
| 第九讲  | 刑罚执行与消灭             | (66)  |
| 第十讲  | 刑法各论概述及危害国家安全和公共安全罪 | (71)  |
| 第十一讲 | 破坏社会主义市场经济秩序罪       | (82)  |
| 第十二讲 | 侵犯公民人身权利、民主权利罪      | (94)  |
| 第十三讲 | 侵犯财产罪               | (103) |
| 第十四讲 | 妨害社会管理秩序罪           | (111) |
| 第十五讲 | 贪污贿赂、渎职罪            | (122) |

## 第二部分 民法学

|     |         |       |
|-----|---------|-------|
| 第一讲 | 民法总论    | (131) |
| 第二讲 | 物 权     | (163) |
| 第三讲 | 债 权     | (190) |
| 第四讲 | 人身权     | (217) |
| 第五讲 | 知识产权    | (220) |
| 第六讲 | 婚姻家庭和继承 | (227) |
| 第七讲 | 侵权民事责任  | (239) |
| 第八讲 | 案例点评    | (244) |

### 第三部分 法理学

|     |                  |       |
|-----|------------------|-------|
| 第一讲 | 法学与法理学·····      | (254) |
| 第二讲 | 法律的历史、本质、作用····· | (259) |
| 第三讲 | 法的本体·····        | (272) |
| 第四讲 | 法律的运行·····       | (303) |
| 第五讲 | 法与社会、法治·····     | (318) |
| 第六讲 | 法理学基本范畴界分·····   | (342) |

### 第四部分 中国宪法学

|     |                 |       |
|-----|-----------------|-------|
| 第一讲 | 宪法的基本理论·····    | (352) |
| 第二讲 | 国家基本制度·····     | (368) |
| 第三讲 | 公民的基本权利和义务····· | (382) |
| 第四讲 | 国家机构·····       | (396) |

### 第五部分 中国法制史

|     |           |       |
|-----|-----------|-------|
| 第一讲 | 立 法·····  | (406) |
| 第二讲 | 宪政制度····· | (421) |
| 第三讲 | 行政立法····· | (427) |
| 第四讲 | 刑事立法····· | (431) |
| 第五讲 | 民事立法····· | (452) |
| 第六讲 | 经济立法····· | (462) |
| 第七讲 | 司法制度····· | (465) |

# 第一部分 刑法学

在复习刑法学的过程中应当注意以下几点：

首先，应当注意将阅读课本和阅读法条结合起来。这是由于：第一，我们目前所学的知识属于解释刑法学，书本是对法条的解释和说明，法条是“主人”，书本是“仆人”。第二，由于不存在指定教材，理论上对于某些问题会有一定的争论，但是刑法条文本身是明确的，为了避免不必要的争议，直接考查刑法条文的内容成为出题的首选。所以对刑法条文，尤其是刑法总则部分的条文应当熟练掌握。

其次，应当注意刑法学的逻辑结构。刑法学的知识不是简单的任意堆砌，而是遵循一定的逻辑结构的。在复习过程不能简单重复记忆，而应当以刑法学的逻辑结构为基础，打破原有的知识体系，将相关的知识点串起来，进行归纳总结，这会显著提高复习的效率。

最后，应当注意抓住刑法学中最为重要的知识点，将书中没有多少价值的内容压缩删减，保留精华部分，并对重点部分重点掌握。只有这样才能提高复习的效率。例如，在刑法总论部分最为重要的是犯罪的成立条件和量刑制度，刑法分则部分最为重要的是侵犯人身权利犯罪和侵犯财产权利犯罪。

## 第一讲 刑法概述

本讲知识点在近年考试中的分布，见表 1—1—1。

表 1—1—1

| 知识点      | 2005 年 | 2006 年                 | 2007 年         | 2008 年          | 2009 年 |
|----------|--------|------------------------|----------------|-----------------|--------|
| 刑法的概念与特征 |        |                        |                |                 |        |
| 刑法的基本原则  |        | 从旧兼从轻原则是罪刑法定原则的要求（单选题） | 罪刑法定原则的要求（多选题） | 对罪刑法定原则的理解（辨析题） |        |

续前表

| 知识点      | 2005 年                                                         | 2006 年           | 2007 年                     | 2008 年                    | 2009 年                    |
|----------|----------------------------------------------------------------|------------------|----------------------------|---------------------------|---------------------------|
| 刑法的体系和解释 |                                                                |                  |                            | 全国人大常委会的解释是立法解释和有权解释(多选题) |                           |
| 刑法的效力范围  | ①我国刑法在时间效力上采用从旧兼从轻的原则(单选题)<br>②行为地与结果地有一项在我国境内的,我国刑法就有管辖权(多选题) | 普遍管辖原则的适用条件(单选题) | 在中国船舶、航空器内犯罪,适用属地管辖原则(单选题) |                           | 危害结果发生在中国领域的,视为在中国犯罪(单选题) |

这一讲的重点是刑法的基本原则和刑法的效力范围。刑法的基本原则可以以简答题的形式加以考查,例如,“简述罪刑法定原则的立法体现”,“简述罪责刑相一致原则的立法体现”。刑法的效力范围主要是以选择题的形式进行考查,记住刑法典相关条文的内容即可以应付考试。

### 一、刑法学的体系

刑法学的体系虽然不是考试大纲所要求的内容,但是对于进行最后冲刺的考生,尤其是想获得高分的考生来说,非常重要。在最后的复习阶段,进行拉锯式的反复复习是低效率的,会事倍功半。俗话说,“站得高才能看得远”,要获得高分就必须从更高的层次来审视要考的内容。了解刑法学的体系可以帮助我们做到这一点。掌握刑法学的体系,可以培养我们的大局观,做到纲举目张,事半功倍。

刑法学的体系虽然与下面要讲的刑法的体系有一定的联系,但是仍然有一定的区别。刑法学分为总论和各论。各论是按照刑法分则的分类来安排体系的,没有特别之处。刑法学的总论分为刑法论、犯罪论、刑罚论三大块。

刑法论就是本讲所要讲的内容,主要包括刑法的概念与特征、刑法的任务、刑法的基本原则、刑法的体系和解释、刑法的效力范围等有关刑法的基本范畴问题。

犯罪论主要讲三个问题:犯罪的概念,犯罪的成立条件,犯罪的形态。犯罪的成立条件包括犯罪成立的积极条件和消极条件。犯罪成立的积极条件是指成立犯罪所必需的条件即犯罪的构成。而犯罪成立的消极条件是指在何种情况下行为人的行为不成立犯罪,在考试大纲的范围里就是正当防卫和紧急避险。在犯罪的成立条件解决了是否成立犯罪的问题之后,再应当考察犯罪的形态。犯罪的形态包括犯罪的停止形态、共同犯罪、罪数形态三个方面。

刑罚论中根据刑罚的运行过程分为四个问题,即刑罚的概念、目的、体系,刑罚的裁量制度,刑罚的执行制度,刑罚的消灭制度。

在头脑中先形成刑法学的体系,然后再分别添加相关的知识点,不但可以将有关的知识

记忆得更加牢靠，而且可以做到触类旁通，加深对相关知识的理解。

刑法学体系具体见图 1—1—1。

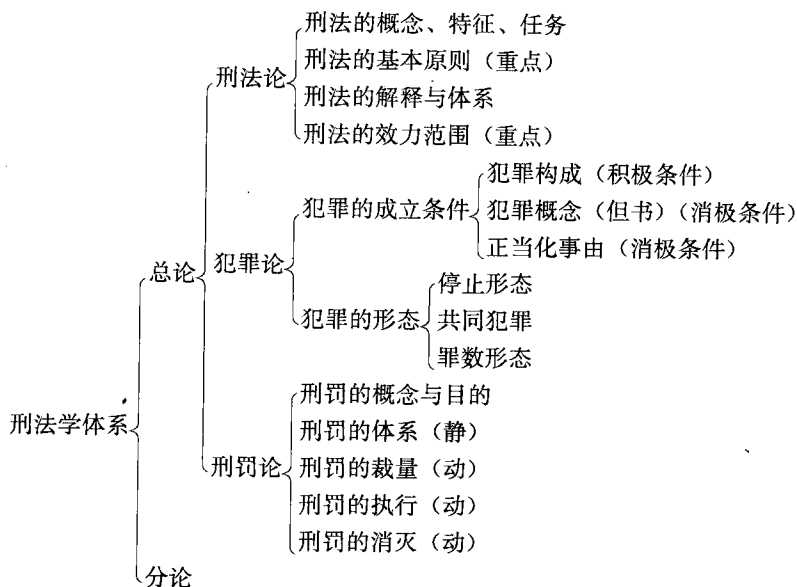


图 1—1—1

## 二、刑法的概念和特征

### （一）刑法的概念

刑法有实质定义和形式定义两种。实质定义是从马克思主义的立场出发，以阶级分析为着眼点而得出的结论：即掌握国家政权的统治阶级，为了维护其统治利益，以国家的名义规定什么行为是犯罪并应科以什么样的刑罚的法律规范的总和。而形式定义是从法学规范的角度给刑法下的定义，即规定犯罪、刑事责任与刑罚的法律规范的总和。

**例 1** 多选题：下列反映了罪刑法定原则要求的是

- A. 犯罪的形式概念
- B. 犯罪的实质概念
- C. 犯罪的本质特征即严重的社会危害性
- D. 犯罪的形式特征即刑事违法性

**答案：**AD

刑法有广义刑法与狭义刑法之分。《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）为狭义刑法，即中国的刑法典。广义刑法是指规定犯罪与刑罚的一切形式的法律规范，其中包括刑法典，同时还包括单行刑法和附属刑法的形式。

另外，需要说明的有：第一，刑法修正案是对刑法典内容的修改，刑法修正案生效之后，自然替代了刑法典中相关条款，因此刑法修正案就内化为刑法典的内容，所以刑法修正案是属于狭义刑法。第二，刑法的立法解释（这里的立法解释是狭义的立法解释，即立法机关在刑法典之外专门作出的解释，例如，全国人大常委会对《刑法》第 93 条所作出的立法解释）是对刑法规范的内容的阐释和说明，本身没有创设新的内容，是被解释条文的组成部分，所以立法解释属于狭义刑法还是广义刑法的关键在于被解释的对象属于狭义刑法还是非

狭义刑法。但是就目前情况而言，所有的立法解释都属于狭义刑法。

**例 2** 单选题：《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》属于

- A. 狭义刑法
- B. 单行刑法
- C. 附属刑法
- D. 刑法典

**答案：**B

**例 3** 多选题：下列属于狭义刑法的有

- A. 《刑法》
- B. 《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》
- C. 《刑法修正案（二）》
- D. 全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第二百九十四条第一款的解释》

**答案：**ACD

（二）刑法的属性与特征

这一部分的内容只要掌握以下两个题目即可。

**例 4** 单选题：刑法的本质属性是

- A. 社会性
- B. 惩罚性
- C. 阶级性
- D. 严厉性

**答案：**C

**提示：**从前述刑法的实质定义已反映出刑法的本质属性只能是刑法的阶级性。

**例 5** 多选题：刑法的特征有

- A. 刑法在保护的利益与调整的对象上其范围比其他法律部门广泛
- B. 刑法是唯一可以剥夺公民自由的法律
- C. 刑法是唯一可以剥夺公民财产的法律
- D. 刑法的强制力程度较其他法律的强制力程度严厉得多

**答案：**AD

**提示：**部分行政法律也可以剥夺公民的自由（例如行政拘留）和财产（例如罚款）。

### 三、刑法的目的和任务

我国刑法的目的是惩罚犯罪，保护人民。这两点是对立统一的关系。考查我国刑法的目的的形式只能是单项选择题。

考查刑法的任务的可能性较小，考查的形式只能是多项选择题。

**例 6** 多选题：我国刑法的任务是

- A. 保卫国家安全，保卫人民民主专政的政权和社会主义制度
- B. 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
- C. 保护公民的人身权利、民主权利和其他权利
- D. 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

**答案：**ABCD

**提示：**只要记住《刑法》第 2 条的规定即可。

### 四、刑法的体系和解释

（一）刑法的体系

刑法的体系就是刑法的组成和结构,我国的刑法体系由总则、分则和附则三个部分组成。其结构体系为编、章、节、条、款、项。

## (二) 刑法的解释

刑法的解释是对刑法含义加以阐述说明。

依解释的效力的不同,可分为立法解释、司法解释和学理解释(见图 1—1—2)。立法解释是立法机关对刑法条文及其含义所作的解释,在我国由全国人大常委会作出解释;司法解释是司法机关所作的解释,在我国由最高人民法院和最高人民检察院作出解释;学理解释是指未经授权的个人、组织和机构等所作出的解释。其中立法解释又包括在刑法条文中的解释、起草说明或修订说明以及刑法颁布生效以后发生歧义时所作出的解释。

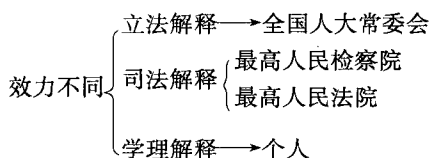


图 1—1—2

依解释的方法的不同,可分为文义解释、论理解释(见图 1—1—3)。前者指对条文的文字字义的解释,既不扩大范围也不缩小范围;后者是着眼于立法的宗旨、原意所作的解释,包括扩张解释和限制解释。扩张解释指超过字面含义的本来范围所作的解释;限制解释指限于字面意思所作的解释。

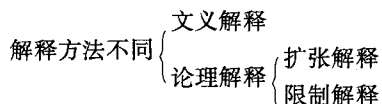


图 1—1—3

立法解释与司法解释虽然都是有权解释,但是立法解释的效力等同于刑事立法,其效力高于司法解释。司法解释不能与刑法相冲突,也不能与立法解释相冲突。如果发生了冲突,司法解释就失去效力。

**例 7 多选题:**下列机关有权作出司法解释的有

- |              |             |
|--------------|-------------|
| A. 最高人民检察院   | B. 最高人民法院   |
| C. 北京市高级人民法院 | D. 北京市人民检察院 |
| E. 公安部       | F. 国家安全部    |
| G. 司法部       | H. 国务院      |
| I. 审理案件的法官个人 |             |

**答案:** AB

**提示:**我国司法解释的主体采用一级二元制,只有最高人民法院和最高人民检察院才可以作出司法解释,其他一切机关、个人都不能作出司法解释。

## 五、刑法的基本原则

这是本章的重点。刑法的基本原则是指刑法所特有的,贯穿于刑事立法和刑事司法之中的基本准则,它是指导一个国家适用刑法的基本准则和纲领。我国《刑法》第 3、4、5 条明确规定了刑法的基本原则。

**例 8 多选题：**我国刑法法定的基本原则有

- A. 罪刑法定原则
- B. 主客观相统一原则
- C. 惩罚与宽大相统一原则
- D. 诚实信用原则
- E. 罪责刑相一致原则
- F. 一事不再罚原则
- G. 适用刑法人人平等原则

**答案：**AEG

**提示：**我国刑法明确规定的基本原则只有罪刑法定原则、适用刑法人人平等原则和罪责刑相一致原则。其中罪刑法定原则是刑法的帝王条款，具有最高的效力，任何原则、规范都不得与之冲突。而罪责刑相一致原则是最具有刑法特点的基本原则。

#### （一）罪刑法定原则

罪刑法定原则是刑法中最重要的原则，它是指“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”。它要求刑法应当法定化、实定化和明确化。其中法定化是指犯罪和刑罚必须事先由法律作出明确的规定，其具体要求表现为：（1）原则上不允许进行类推，但是有利于被告人的类推可以适用。（2）对刑法条文作扩张解释不得超过刑法条文的字面含义。（3）原则上习惯法、社会道德、一般社会规范不得成为刑法的渊源。（4）在刑法的溯及力上以从旧原则为主兼采从轻原则。（5）在刑罚种类上，必须对可以适用的刑罚作出明确的规定，并且禁止规定不定期刑。实定化是指对于什么行为是犯罪和犯罪所产生的具体法律后果，都必须作出实体的规定。明确化是指刑法条文必须文字清晰，意思确切，不得含糊其辞或者模棱两可。例如，《刑法》第 20 条第 3 款中的“行凶”是一般的社会生活用语，内涵和外延较为模糊，杀人是行凶，伤害是行凶，那么打别人一巴掌是否是行凶呢？所以《刑法》第 20 条第 3 款的规定在一定程度上是并不符合罪刑法定原则的要求。

罪刑法定原则是刑法的基本原则，它贯穿刑法的始终，具有最高的法律效力，其在我国刑事立法中的具体表现为：（1）《刑法》第 13 条明文规定了犯罪定义，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种具体的犯罪的构成要件作了明确规定，为认定各种具体的罪提供了具体的法律依据。（4）在《刑法》第 32 条至第 35 条中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，为依照法律处刑提供了根据。（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、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，为对具体犯罪的正确量刑提供了具体的法律标准。

罪刑法定原则要求犯罪必须具有刑事违法性，行为虽然具有严重的社会危害性，但是不具有刑事违法性也不能认定为犯罪。例如，甲（男）与乙（女）白天在公园里公然进行性交，虽然具有一定的社会危害性，但是我国刑法没有将这种行为规定为犯罪，所以不能认定为犯罪。但是不能对罪刑法定原则作过分庸俗的理解。例如，有观点认为由于刑法没有将单位规定为盗窃罪的犯罪主体，那么根据罪刑法定原则单位组织实施的盗窃行为就不能认定为犯罪。这是一种误解，单位的确不能构成盗窃罪，但是单位中的自然人却是可以按照盗窃罪定罪处罚。再如，根据《刑法》第 17 条第 2 款的规定，年满 14 周岁而不满 16 周岁的人实施绑架行为的，不构成绑架罪。有观点据此认为，年满 14 周岁而不满 16 周岁的人实施绑架行为后杀害被绑架人的，也不构成犯罪。这同样是对罪刑法定原则的误解。年满 14 周岁而

不满 16 周岁的人实施绑架行为又杀害被绑架人，不构成绑架罪，但是完全符合故意杀人罪的构成要件，应当按照故意杀人罪定罪处罚。

考试的时候，有两种出题思路：（1）以简答题的形式考查罪刑法定原则在刑事立法中的表现形式；（2）以辨析题的形式考查罪刑法定原则，例如 2008 年辨析题“因为刑法分则没有规定见危不救罪，所以见危不救不构成犯罪”事实上就考查了对罪刑法定原则的理解。关于罪刑法定原则，还要注意以辨析题的形式考查其与刑法溯及力以及扩张解释的关系。

**例 9 多选题：**下列反映了罪刑法定原则的有

- A. 禁止以道德为依据判处刑罚
- B. 禁止以习惯为依据判处刑罚
- C. 禁止适用类推
- D. 禁止法外用刑和不定期刑
- E. 刑法溯及力采用从旧原则
- F. 犯罪的基本特征包括刑事违法性

**答案：**ABCDEF

### （二）适用刑法人人平等原则

无论个人的地位高低，财产多少，只要触犯刑法，都应平等适用刑法；任何公民的合法权益都应平等地受到保护，任何侵害公民合法权益的行为都应受到制裁。具体来说有三个方面的特点：第一是定罪平等，对任何人犯罪都使用相同的定罪标准，不能因人而异。第二是量刑平等，在犯罪性质相同的情况下，如果具备相同的犯罪情节，应该使用相同的量刑标准。第三是行刑平等，在执行刑法时，按照监狱法和有关法律的规定，不容许有特殊的受刑人，在执行减刑、假释等刑罚制度上，不容许有特权人物存在。

另外，需要注意的是：第一，这里是适用刑法上的平等，而不是立法上的平等。该原则不保证立法上的平等。第二，应当将适用刑法人人平等原则与刑罚个别化问题区别开来。尽管罪行相同，但是对于未成年人从宽处罚，而对累犯从重处罚，并不违背适用刑法人人平等原则。

### （三）罪责刑相适应原则

又称罪刑相适应原则，也称罪刑相当原则，它包括三个因素即犯罪行为、刑事责任、刑罚，是指罪行轻重与刑事责任的大小，以及与刑罚的轻重应当相称，重罪重判，轻罪轻判，罪刑相当。现行《刑法》第 5 条明确规定了罪责刑相适应的原则，即犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任应相适应，这一规定表明了刑罚与犯罪人的罪行及犯罪人应负刑事责任的关系，也就是说犯罪人的罪行是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，刑事责任的大小决定着刑罚的轻重。这也说明我们国家的整个刑法体系是按照罪责刑相适应的原则来建立的，先有犯罪，然后才确定责任，最后再确定刑罚。

刑法的基本原则是本讲的重点之一，是考试必考的内容，一定要熟练掌握。对本节的内容应当重点从三个原则的定义、要求、立法体现、司法体现等几个方面来掌握。

## 六、刑法的效力范围

刑法的效力范围也是本章学习的重点。刑法的效力范围，即刑法在什么时间、什么空间、对什么人适用，分为空间效力和时间效力两部分。

## （一）刑法的空间效力

### 1. 世界各国的规定

在刑法的空间效力问题上，各国采用了不同原则，归纳起来有以下四种：

- （1）属地原则。
- （2）属人原则。
- （3）保护原则。
- （4）普遍原则。

我国刑法采取折中的原则，以属地原则为主，兼采属人原则、保护原则和普遍原则。但是这四个原则是有一定的适用顺序的。首先适用属地原则，如果属地原则不能适用，再适用属人原则。若属人原则还不能适用，则考虑保护原则。若保护原则不能适用，则最后考虑普遍原则。图 1—1—4 即为对上述处理原则的图形表述。

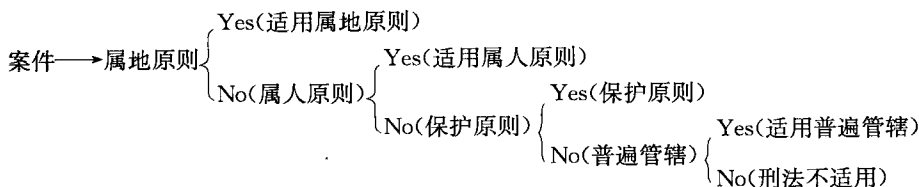


图 1—1—4

### 2. 我国刑法关于属地原则的规定

我国《刑法》第 6、10、11 条对我国刑法的地域效力作了明确的规定。《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。”这个条文有以下几个方面需要解释：

（1）中华人民共和国领域的含义。中华人民共和国领域是指我国国境以内的全部区域，它包括了领陆、领水、领空。除此以外船舶、航空器不论是民用的还是军用的，也不论是航行或停泊在公海或者外国领域内的，也视为中华人民共和国的领域。

（2）对“法律有特别规定”的理解。“法律有特别规定”主要有以下几个方面的情况：一是《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。二是《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。”也就是说民族自治地方可以制定变通或者补充的规定。三是关于港、澳地区，根据“一国两制”的方针，我国的刑法不在香港、澳门地区适用。

（3）在中华人民共和国领域内犯罪的认定。按照《刑法》第 6 条的规定，犯罪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。

（4）我国刑法在领域外的适用问题。《刑法》第 10 条有明确规定，就是：“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。”

（5）对“本法”的理解。“本法”既指狭义刑法即刑法典，又指广义刑法。

### 3. 我国刑法对属人原则的规定

中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯刑事罪行的，适用我国刑法，但是所犯罪行按我国刑法规定最高刑为3年以下有期徒刑的，可以不予追究。注意：这里仅仅是可以不追究，而不是应当不追究。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罪的，适用我国刑法。注意：这里是“国家工作人员”，而不是“国家机关工作人员”。

### 4. 我国刑法对保护原则的规定

外国人在我国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，其所犯罪行按我国刑法规定最低刑为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。注意：我国刑法对保护原则的规定采用双重限制的模式，并且是“可以”适用我国刑法，而不是必须适用我国刑法。

### 5. 我国刑法对普遍管辖的规定

我国《刑法》第9条对普遍管辖作了明确的规定：“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。”适用普遍管辖的规定应当以有相应的国际条约为前提。重点掌握劫持航空器犯罪。

## （二）刑法的时间效力

刑法的时间效力是指刑法在什么时间生效、失效以及对刑法生效以前的行为是否具有溯及力的问题。重点应当掌握刑法的溯及力的问题。

我们国家采用的是从旧兼从轻的原则。《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。根据这一规定，1949年10月1日中华人民共和国成立以后至1997年10月1日新刑法施行之前，这段时间内所发生的行为应按以下的情况处理：

（1）新刑法生效以前按当时的法律已经作出的有效判决，继续有效。

（2）新刑法施行前的行为，按当时的法律不认为是犯罪的，而新刑法认为是犯罪的，适用当时的法律。

（3）新刑法施行前的行为，按当时的法律认为是犯罪，而新刑法不认为是犯罪的，而且没有经过审判，或者判决还没有确定并且没有超过追诉时效的，这种情况下适用新刑法。

（4）新刑法施行前的行为按当时的法律认为是犯罪的，并且没有超过新刑法规定的追诉时效，原则上适用当时的法律，但是新刑法规定的处刑较轻的，适用新刑法。

图1—1—5即是对上述处理原则的图形表述。

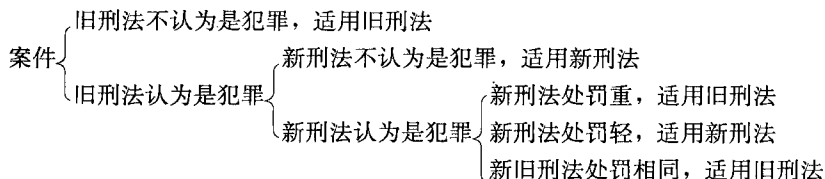


图 1—1—5

应当注意结合刑罚部分的内容对刑法的溯及力问题加深理解。（1）溯及力和追诉时效：

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在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,是否追究行为人的刑事责任,适用修订前的《刑法》第77条的规定。(2)溯及力与酌定减轻处罚情节: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》第59条第2款的规定。(3)溯及力与累犯: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》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》第65条的规定。(4)溯及力与特别自首:1997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,如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的,适用《刑法》第67条第2款的规定。(5)溯及力与立功:1997年9月30日以前犯罪的犯罪分子,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》第68条的规定。(6)溯及力与缓刑:1997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间又犯新罪、被发现漏罪或者违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关缓刑的监督管理规定,情节严重的,适用《刑法》第77条的规定,撤销缓刑。(7)溯及力与假释分为三种情况:第一,1997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限制假释的,适用《刑法》第81条第1款的规定,报经最高人民法院核准;第二,1997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》第73条的规定,可以假释;第三,1997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公安部门有关假释的监督管理规定的,适用《刑法》第86条的规定,撤销假释。(8)溯及力与再审程序:按照审判监督程序重新审判的案件,适用行为时的法律。

除此之外,还应当注意罪数形态问题与刑法的溯及力问题的交叉。很显然,在罪数形态中与溯及力有关联的是连续犯和继续犯。这个问题比较复杂。根据现有的司法解释,连续犯和继续犯的溯及力问题在一定程度上突破了“从旧兼从轻”原则,形成了刑法溯及力的例外情形,所以需要特别注意。就考试而言,主要考查在新刑法和旧新法都认为是犯罪的情况下,如果犯罪行为连续状态或者持续状态跨过1997年10月1日的,应当如何处理?(1)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,应当适用新刑法一并进行追诉。换言之,对于继续犯而言一律适用从新原则,而不是“从旧兼从轻”原则。(2)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,如果新旧刑法的规定完全一致的,应当适用新刑法;如果新旧刑法规定不一致的,也应当适用新刑法,但是新刑法比旧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,在量刑时应当酌情从轻。因此,对于连续犯而言也是一律适用从新原则(只不过在量刑时适当予以考虑),完全不同于“从旧兼从轻”。

## 第二讲 犯罪的成立条件（上）

本讲知识点在近年考试中的分布情况见表 1—2—1。

表 1—2—1

| 知识点      | 2005 年                                            | 2006 年                    | 2007 年                 | 2008 年                 | 2009 年                                                           |
|----------|---------------------------------------------------|---------------------------|------------------------|------------------------|------------------------------------------------------------------|
| 犯罪的概念和特征 |                                                   |                           |                        |                        | 《刑法》第 13 条但书目的是为了限制犯罪成立的范围（单选题）                                  |
| 犯罪构成     |                                                   | 教唆犯的犯罪构成属于修正的犯罪构成的范畴（单选题） |                        |                        | 时间不是抢劫罪的构成要件（单选题）                                                |
| 犯罪客体     | 刑法分则的分类依据是犯罪的同类客体（单选题）                            |                           | 同类客体是构建刑法分则的基础（单选题）    | 违反命令性规范的行为是不作为（单选题）    | ①犯罪客体是社会关系，而不是具体的人或者物（单选题）<br>②犯罪客体按照范围大小可以分为一般客体、同类客体和直接客体（多选题） |
| 犯罪的客观方面  | ①只能由不作为的方式构成的犯罪是纯正的不作为犯罪（单选题）<br>②犯意表示不是犯罪行为（单选题） | 客观性是因果关系的特点（单选题）          | 没有特定的作为义务则不可能构成犯罪（单选题） | 犯罪行为是犯罪构成中不可缺少的要件（单选题） | ①遗弃罪是纯正的不作为犯罪（单选题）<br>②危害结果是结果犯犯罪既遂的必要要件，但不是行为犯、危险犯既遂的必备要件（多选题）  |

犯罪的成立条件是犯罪论中的重中之重，既可以出选择题考查对基本知识点的掌握程度，也可以出简答题和辨析题考查对知识的运用、理解能力。以下几个题目请考生注意：“简述犯罪的特征”，“请对刑事违法性是犯罪的本质特征进行辨析”，“简述犯罪对象与犯罪客体的关系”，“简述不作为构成犯罪的条件”。

### 一、犯罪的概念与特征

根据《刑法》第 13 条的规定，犯罪是具有严重社会危害性并且具有应当受刑罚处罚的刑事违法性的行为。犯罪具有以下三个方面的特征：

（1）犯罪是具有严重的社会危害性的行为。需要掌握以下几点：首先，不具有社会危害性的行为不但立法上不能将之规定为犯罪，例如，刑法不能将见义勇为的行为规定为犯罪，

而且司法上也不能认定为犯罪,如司法机关不能将正当防卫行为认定为犯罪行为。其次,犯罪具有严重的社会危害性。犯罪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。所以,《刑法》第13条但书规定,情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。最后,具有一定严重程度的社会危害性是犯罪的本质特征,阐明了犯罪与社会的关系,揭示了犯罪的社会政治本质。需要注意的是,犯罪的这一特征主要是从立法的层面上说明犯罪的特征,即立法者将某一行为规定为犯罪就是因为其具有严重的社会危害性。

(2) 犯罪是具有刑事违法性的行为。需要掌握以下几点:首先,如果说严重的社会危害性是犯罪的本质特征,揭示了犯罪与社会的关系,那么犯罪的刑事违法性则是犯罪的法律特征,揭示了犯罪与刑法的关系。犯罪必须具有刑事违法性,这是罪刑法定原则在犯罪概念中的具体体现。如果某一行为具有严重的社会危害性,但是刑法没有将之规定为犯罪,就不具有刑事违法性,那么就不能认定为犯罪。例如,我国《刑法》第121条规定了劫持航空器罪,第122条规定了劫持船只、汽车罪,就是没有规定劫持列车罪。行为人即使劫持了列车,社会影响也比较大,也不能认定为犯罪。其次,认定一个行为是否具有刑事违法性,不但要考虑刑法分则的规定,而且还要考虑到刑法总则的规定。例如,我国刑法没有规定见危不救罪,但是并不是所有的见危不救的都不构成犯罪,父母对未成年子女见死不救的,根据不作为犯罪的有关规定可构成故意杀人罪。最后,刑事违法性这一特征主要是从司法的角度来说明犯罪的特征,即司法工作人员最终认定行为人的行为是犯罪行为,就是按照犯罪构成判断行为人的行为具有刑事违法性。

(3) 犯罪是具有应受刑罚惩罚性的行为。需要掌握以下几点:首先,如果说严重的社会危害性是从犯罪与社会的关系说明犯罪的社会特征,刑事违法性是从犯罪与法律的关系说明犯罪的法律特征,那么应当受刑罚惩罚性则是从犯罪与刑罚的关系说明犯罪的另外一个重要特征。其次,应受刑罚惩罚性主要起到限制刑罚权的作用。一方面在立法层面上,只有在立法者认为该种危害行为依靠一般的法律制裁手段已经不起作用而必须依靠刑罚作为后盾时,才能规定为犯罪。另一方面在司法层面上,应当受刑罚惩罚性是用来进一步限制刑事违法性的。我国刑法中规定的犯罪行为,往往有程度的要求。例如,盗窃罪要求数额较大;非法经营罪要求情节严重;即使是抢劫罪犯罪构成上没有数额和情节的限制,仍然受《刑法》第13条但书的限制。所以,在一些情况下行为虽然表面上符合犯罪构成,但是从预防犯罪的角度出发,没有必要动用刑罚进行处罚的,那么也就不能从实质上认定行为是符合犯罪构成的,同样也不能认为行为具有刑事违法性。例如,甲15周岁,是某中学在校初中生,在放学途中,打了其同学乙一巴掌,并从乙身上抢走两元钱。这样的行为不具有应当受刑罚惩罚性,自然也就不具有刑事违法性。

综上所述,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中罪刑法定的基本要求,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。