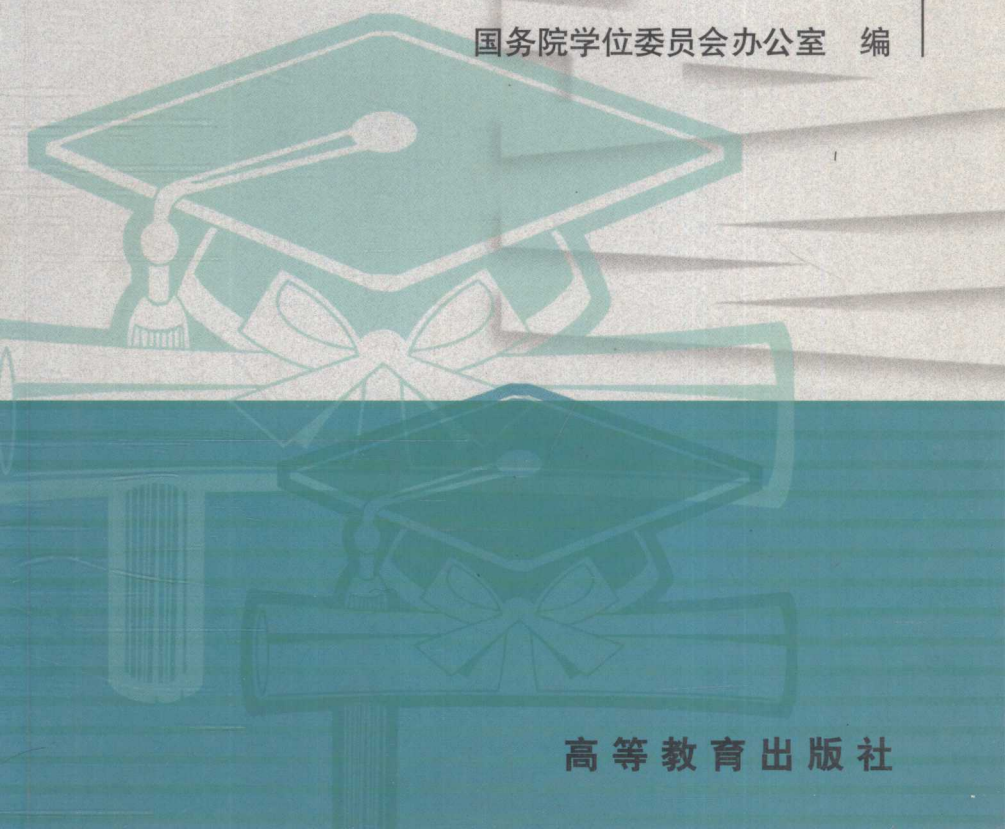


同等学力人员 申请硕士学位 法学学科综合水平 全国统一考试 大纲及指南

国务院学位委员会办公室 编



高等教育出版社

同等学力人员早请硕士学位 法学学科综合水平 全国统一考试大纲及指南

下 册

国务院学位委员会办公室 编

高等教育出版社

(京)112 号

图书在版编目(CIP)数据

同等学力人员申请硕士学位法学学科综合水平全国统一
考试大纲及指南/国务院学位委员会办公室编. —北京:
高等教育出版社, 1998. 12 (1999 重印)

ISBN 7-04-007391-9

I. 同… II. 国… III. 法学-研究生-水平考试: 统一考
试-考试大纲 IV. D920

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 39600 号

出版发行 高等教育出版社

社 址 北京市东城区沙滩后街55号 **邮政编码** 100009

电 话 010-64054588 **传 真** 010-64014048

网 址 <http://www.hep.edu.cn>

经 销 新华书店北京发行所

排 版 高等教育出版社照排中心

印 刷 北京民族印刷厂

开 本 850×1168 1/32 **版 次** 1999年3月第1版

印 张 52.25 **印 次** 1999年4月第2次印刷

字 数 1 350 000 **定 价** 83.00 元

凡购买高等教育出版社图书, 如有缺页、倒页、脱页等

质量问题, 请在所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

责任编辑	张杰	李鸣	吴勇	胡卫红	王卫权
封面设计	于文燕				
版式设计	周顺银				
责任校对	王效珍	姜国平			
责任印制	陈伟光				

第四编 刑法

第一章 刑法概述

第一节 刑法的概念和分类

一、刑法的概念

刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律。具体而言,刑法是掌握政权的阶级即统治阶级,为了本阶级政治上的统治和经济上的利益,根据自己的意志,规定哪些行为是犯罪和应负刑事责任,并给犯罪人以何种刑罚处罚的法律。

二、刑法的分类

根据刑法规定范围的大小,可以将刑法分为广义刑法与狭义刑法。广义刑法是指一切规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律规范的总和,它包括刑法典、单行刑法以及非刑事法律中的附属刑法规范(又称附属刑法)。狭义刑法仅指把规定犯罪与刑罚的一般原则和各种具体犯罪与刑罚的法律规范加以条理化和系统化的刑法典。

根据刑法适用范围的大小,可以将刑法分为普通刑法与特别刑法。普通刑法是指效力及于一国领域内任何地区 and 个人的刑法规范。特别刑法有两层含义:一是作为普通刑法的对称,指国家为了适应某种特殊需要而颁布的效力仅及于特定人、特定时间、特定条件的刑法规范,又称为实质意义上的特别刑法;二是作为现行刑

法的对称,指国家为了弥补现行刑法典的不足而颁布的一切刑法规范,又称为形式意义上的特别刑法。

根据法规的独立性和附属性,可以将刑法分为单一刑法与附属刑法。单一刑法是指某一法规的内容全部是刑法规范或者基本上是刑法规范,具体包括刑法典和单行刑法。单行刑法是为补充、修改刑法典而由最高立法机关颁布的刑法规范。单行刑法的内容基本上是刑法规范,但也不排除在一些单行刑法中包含某些非刑法的内容。例如全国人大常委会 1991 年《关于严禁卖淫嫖娼的决定》,既包括对组织、强迫、引诱、容留、介绍他人卖淫等犯罪行为的刑罚处罚的内容,又包括对卖淫、嫖娼等违法行为的行政处罚的内容。附属刑法是指非刑事法律中有关犯罪及其刑罚的规定。在非刑事法律中,刑法规范不是主体部分,具有附属性。

第二节 刑法的创制和修订

一、刑法的创制

我国刑法的创制,经历了一个长期而曲折的过程。虽然早在建国之初即根据现实的需要先后制定了一系列单行刑法,并同时开始刑法典的起草工作,但是由于各种因素的干扰和影响,我国第一部刑法典的创制历经 30 年,凡 38 稿,直至 1979 年 7 月 1 日才在五届全国人大二次会议上通过,并于同年 7 月 6 日正式公布,1980 年 1 月 1 日起施行。

二、刑法的修订

1979 年刑法典公布施行以后,为适应国家改革开放中的新情况新问题和惩治防范犯罪的实际需要,国家立法机关又不断对刑法典进行修改和补充,使之逐步完善。对刑法典的修改和补充,主要采用单行刑法和附属刑法的方式来实现。1981 年至 1996 年

间,全国人大常委会共通过了《中华人民共和国刑法惩治军人违反职责罪暂行条例》等 24 部单行刑法,还在 130 多个非刑事法律中设置了附属刑法规范。

刑法全面修订工作自 1982 年决定研究修改刑法开始,至 1997 年 3 月公布修订后的《中华人民共和国刑法》(以下简称现行刑法或现行刑法典),历经 15 年,大体经历了酝酿准备、初步修改、重点修改、全面系统修改和审议通过五个阶段。1997 年 3 月 14 日,八届全国人大五次会议通过了《中华人民共和国刑法(修订草案)》。至此,一部崭新的、统一的、比较完备的、具有重大改革和多方面显著进展的中华人民共和国刑法典正式诞生。

第三节 刑法的体系和解释

一、刑法的体系

刑法的体系,是指刑法的组成和结构。修订后的我国刑法典分为总则、分则和附则三个部分。其中总则、分则各为一编,在每编之下,根据法律规范的性质和内容有次序地划分为章、节、条、款、项等层次。第一编总则分设五章,即刑法的任务、基本原则和适用范围;犯罪;刑罚;刑罚的具体运用;其他规定。第二编分则分设十章,即危害国家安全罪;危害公共安全罪;破坏社会主义市场经济秩序罪;侵犯公民人身权利、民主权利罪;侵犯财产罪;妨害社会管理秩序罪;危害国防利益罪;贪污贿赂罪;渎职罪;军人违反职责罪。刑法总则除第 1 章和第 5 章外,其余三章下均设若干节;刑法分则大多数章下不设节,但由于第 3 章破坏社会主义市场经济秩序罪和第 6 章妨害社会管理秩序罪两章涉及具体犯罪众多、内容庞杂,因而这两章下均又分设了若干节。刑法除总则编和分则编外,第三部分为附则,具体规定修订后刑法典开始施行的日期及其与以往单行刑法的关系。

二、刑法的解释

刑法的解释,是指对刑法规范含义的阐明。刑法规范需要解释的原因在于:其一,刑法条文具有一定的抽象性,而现实生活却是千姿百态的,为了使抽象的法条适用于具体的案件,就需要对刑法规范进行解释。其二,刑法条文具有一定的稳定性,而现实生活则具有多变性,为了使司法活动能够跟上客观情况的变化,可以在条文内容许可的情况下,对某些条文赋予新的含义。

刑法的解释,可以从不同方面进行分类,主要有以下两种分类。

按解释的效力可以分为立法解释、司法解释与学理解释。立法解释是由立法机关对刑法的含义所作的解释。具体而言是指全国人大及其常委会对刑法规范本身需要明确界限,或者为解决最高人民法院和最高人民检察院所作出的有关刑事司法解释的原则性分歧而进行的解释。刑法的立法解释包括以下三种情况:(1)在刑法中用条文对有关刑法术语所作的解释。(2)由国家立法机关在法律的起草说明或者修订说明中所作的解释。(3)刑法在施行中如发生歧义,由全国人大常委会进行解释。司法解释是由司法机关对刑法的含义所作的解释。有权进行司法解释的是最高人民法院和最高人民检察院。前者主要对于在审判过程中如何具体适用法律、法令的问题进行解释;后者主要对于检察院检察工作中具体适用法律、法令的问题进行解释。二者的解释如果有原则性的分歧,则应报请全国人民代表大会常务委员会解释或决定。学理解释是由国家宣传机构、社会组织、教学科研单位或者专家学者从学理上对刑法含义所作的解释。如刑法教科书、专著、论文、案例分析中对刑法规范的含义所作的解释。立法解释和司法解释属于有权解释,有法律约束力。学理解释在法律上没有约束力,属无权解释。

按解释的方法可以分为文理解释与论理解释。文理解释是对

法律条文的字义,包括单词、概念、术语,从文理上所作的解释。论理解释,就是按照立法精神,联系有关情况,从逻辑上所作的解释。论理解释又分为扩张解释和限制解释。前者是指根据立法原意,对刑法条文作超过字面意思的解释;后者是指根据立法原意,对刑法条文作狭于字面意思的解释。

第四节 刑法的根据和任务

一、制定刑法的目的和根据

现行刑法第1条对制定刑法的目的和根据作了明确规定:“为了惩罚犯罪,保护人民,根据宪法,结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况,制定本法。”根据这一条的规定,制定刑法的目的,在于惩罚犯罪,保护人民,这是由我国刑法的性质所决定的,与刑法的任务一致。

制定刑法的根据,包括法律根据和实践根据。宪法作为国家的根本大法,是我国刑法制定的法律根据。我国刑法以我国宪法为其立法根据,就必须在自己的领域内具体贯彻宪法的规定。刑法的规定及其解释不能与宪法相抵触,否则便没有法律效力。刑法的有关具体规定,都是以宪法为基本依据,并且通过惩治有关的犯罪行为,保障宪法有关内容的实施。我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况,是我国刑法制定的实践根据。调查研究,实事求是,一切从实际出发,是我国刑事立法的根本指导原则。按照这一原则,我们制定刑法,既不能凭主观想象,也不能照抄照搬前人或者外国现成的东西,而应当系统地进行调查研究,认真地总结我国长期同犯罪作斗争的经验,立足于我国的实际情况。

二、刑法的任务

刑法的任务,通常认为包括两个方面:

1. 惩罚犯罪与保护人民的统一

惩罚犯罪与保护人民是手段与目的的关系。惩罚犯罪是指采用刑罚即刑事制裁的方法,同一切犯罪行为作斗争。惩罚犯罪的目的是为了**保护人民**。根据我国刑法的规定,保护人民主要是指保护国家的根本政治制度和公民的合法权益。具体而言,表现在以下几个方面:(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。严厉惩罚直接危害我国人民民主专政的政权和社会主义制度的危害国家安全犯罪行为,是我国刑法的首要任务。(2)保护社会主义的经济基础。我国社会主义的经济基础包括社会主义的公共财产所有权和社会主义的市场经济秩序两个方面的内容,它们都直接关系到我国政权和制度的巩固以及社会生活的正常与繁荣,因而保护社会主义的经济基础是我国刑法的重要任务。(3)保护公民的人身权利、民主权利、财产权利和其他权利。保护人民的合法权益是我们社会主义国家的根本任务,也是我国刑法任务的重要内容之一。(4)保护社会秩序、经济秩序。刑法是维护社会秩序和经济秩序的重要法律武器。

2. 保障机能与保护机能的统一

刑法的保障机能,首先是指刑法为无罪的人不受刑事法律追究提供法律保障。刑法以罪刑法定为基本原则,而无罪不罚是罪刑法定的必然要求。从无罪不罚的角度出发,任何人,只要未实施犯罪,便不应受刑罚处罚。同时,刑法的保障机能还指保障犯罪人不受法外刑惩处。按照罪刑法定的要求,任何犯罪人,都只能依法受到刑罚处罚,不得对其实施法外刑。刑法的保护机能,是指刑法通过制裁侵害一定社会关系的犯罪行为,而达到使社会关系不再受犯罪侵害的目的,即保护社会的作用。刑法的保障机能与保护机能是辩证统一的,两者不可偏废。

思考题

1. 如何理解刑法的分类?

2. 怎样理解我国刑法的任务？
3. 怎样理解我国刑法的制定根据？
4. 刑法的解释有哪些种类？

第二章 刑法的基本原则

刑法的基本原则,是指贯穿于全部刑法规范,指导和制约刑法适用活动的具有全局性和根本性意义的准则。刑法典第3条至第5条明确规定了我国刑法的三项基本原则。

第一节 罪刑法定原则

一、罪刑法定原则的含义和要求

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。”这是立法上对罪刑法定原则的确立。罪刑法定原则的基本涵义是“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚。”

罪刑法定原则的基本要求是:(1)法定化,即犯罪与刑罚必须事先由法律作出明文规定,不允许法官自由擅断。(2)实定化,即对于什么行为是犯罪和犯罪所产生的具体法律后果,都必须作出实体性的法律规定。(3)明确化,即刑法条文必须文字清晰,意思确切,不容含糊其词或模棱两可。罪刑法定原则还派生出以下几个原则:(1)禁止有罪类推;(2)禁止适用习惯法;(3)禁止刑法效力溯及既往(但有利于被告的除外);(4)禁止绝对不定刑期。

二、罪刑法定原则的立法体现

从立法上看,罪刑法定原则在现行刑法中体现在两个方面:(1)犯罪的法定化。具体表现为:其一,明确规定了犯罪的概念;其二,明确规定了犯罪构成的共同要件,认为一切犯罪的成立都必须符合犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面四个要件;其三,明确规定了各种具体犯罪的构成要件,为司法机关正确定罪

提供了具体的法律依据;其四,废除了类推制度。(2)刑罚的法定化。具体表现为:其一,明确规定刑罚的种类;其二,明确规定量刑的原则,即对犯罪人裁量刑罚,必须以犯罪事实为依据,以刑法为准绳,不允许滥用刑罚;其三,明确规定各种具体犯罪的法定刑,为司法机关正确量刑提供具体的法定标准。

第二节 刑法面前人人平等原则

一、刑法面前人人平等原则的含义

刑法面前人人平等原则,是宪法中法律面前人人平等原则在刑法中的具体贯彻和体现。其具体含义为:任何人犯罪,都应当受到法律的追究;同样情节的犯罪人,在定罪处罚时应当平等;任何人受到犯罪侵害,都应当依法受到保护,而且被害人同样的权益应当受到刑法同样的保护。⁴任何人不得享有超越法律规定的特权,不得因为犯罪人或者被害人的特殊身分、地位,或不同出身、民族、宗教信仰等而对犯罪和犯罪人予以不同的刑罚适用。

二、刑法面前人人平等原则的辩证性

刑法面前人人平等原则,在形式上并不是绝对的平等,对于某些具有特定身分的人,由于这种身分对于其行为的社会危害性及其程度存在的影响,因而会对某些人在罪与非罪的界定以及量刑的轻重上区别对待。例如,不满14周岁的未成年人实施一般危害行为不负刑事责任,对于国家机关工作人员犯诬告陷害罪从重处罚,等等。这种立法规定是以形式上的不平等体现实质上的平等,是平等的应有之义。

第三节 罪责刑相适应原则

一、罪责刑相适应原则的含义

罪责刑相适应原则的基本含义是：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。对于这一原则应当从立法和司法两方面进行正确理解。从刑事立法上讲，刑法对各种犯罪的处罚原则规定，对刑罚裁量、刑罚执行制度以及对各种犯罪法定刑的设置，不仅要考虑犯罪的社会客观危害性，而且要考虑行为人的主观恶性和人身危险性。从刑事司法上讲，法官对犯罪分子裁量刑罚，不仅要看犯罪行为及其所造成的危害结果，而且也要看整个犯罪事实包括罪行和罪犯各方面因素综合体现的社会危害性程度，讲求刑罚个别化。

二、罪责刑相适应原则的立法体现

现行刑法全面贯彻和体现了罪责刑相适应原则：首先，罪责刑相适应原则是确立刑法分则中每一具体犯罪的法定刑的准则：罪重，法定刑也重；罪轻，法定刑也轻。其次，罪责刑相适应原则也是确定刑法总则中某些规范的依据，诸如预备犯、未遂犯、中止犯的处罚原则，各种共同犯罪人的处罚原则，累犯、自首、立功、数罪并罚制度，缓刑、减刑、假释等制度，都体现了罪责刑相适应原则的要求。再次，刑法设立的主刑附加刑结合、轻重有序、上下衔接、可以灵活运用的刑罚体系，各类具体犯罪可以分割、能够伸缩、幅度较大的法定刑，为罪责刑相适应原则的司法适用奠定了基础。

思考题

1. 罪刑法定原则的基本要求是什么？
2. 刑法面前人人平等原则的含义与基本要求是什么？
3. 怎样理解罪责刑相适应原则的含义与基本要求？

第三章 刑法的效力范围

刑法的效力范围,亦称刑法的适用范围。是指刑法在什么时间、什么空间及对什么人具有效力。这从时间和空间的结合上,界定了刑法的适用范围与对象。它不仅涉及国家主权,而且涉及国际关系、民族关系以及新旧法律的关系,是任何国家刑法在具体适用之前都必须解决的原则问题。

第一节 刑法的空间效力

一、刑法空间效力概述

刑法的空间效力,就是指刑法对地和对人的效力。这实际上要解决的是刑事管辖权的范围问题。目前主要存在以下几种原则:(1)属地原则,即以地域为标准,凡是在本国领域内犯罪,无论是本国人还是外国人,都适用本国刑法;反之,在本国领域外犯罪,都不适用本国刑法。(2)属人原则,即以犯罪人的国籍为标准,凡是本国人犯罪,不论是在本国领域内还是在本国领域外,都适用本国刑法。(3)保护原则,即以保护本国利益为标准,凡侵害本国国家或者公民利益的,不论犯罪人是本国人还是外国人,也不论犯罪地在本国领域内还是在本国领域外,都适用本国刑法。(4)普遍原则,即以保护各国的共同利益为标准,凡发生国际条约所规定的侵害各国共同利益的犯罪,不论犯罪人是本国人还是外国人,也不论犯罪地在本国领域内还是在本国领域外,都适用本国刑法。

上述各种原则孤立起来看,都有它的正确性,也有其局限性。因而不能只取其一,而排斥其他。现代世界各国刑法均以属地原则为主,兼采其他原则。我国刑法也是如此。

二、我国刑法的属地管辖权

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。”这是我国刑法关于刑法空间效力的基本原则。这里所说的我国“领域”，是指我国国境以内的全部区域，具体包括领陆、领水和领空。同时，根据国际条约和惯例，以下两部分属于我国领土的延伸，适用我国刑法：(1)我国的船舶或者航空器。我国刑法第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。”这里所说的船舶、航空器，既可以是民用的，也可以是军用的；既可以是航行途中，也可以是处于停泊状态的；既可以是航行或停泊于我国领域内，也可以是航行或停泊于外国领域内或公海及公海上空。(2)我国驻外使领馆内。根据我国承认的1961年《维也纳外交关系公约》的规定，各国驻外大使馆、领事馆不受驻在国的司法管辖而受本国的司法管辖。我国驻外使领馆亦视同我国领域内，在其内发生的任何犯罪都适用我国刑法。

所谓“法律有特别规定”，主要是指：(1)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。(2)刑法第90条关于“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”的规定。(3)现行刑法典施行后由国家立法机关制定的特别刑法的规定。现行刑法典施行后，国家立法机关仍有可能根据实际需要制定单行刑法和附属刑法规范。如果这些特别刑法与现行刑法典的规定发生法竞合，应按“特别法优于普通法”的原则处理。(4)香港特别行政区和澳门特别行政区基本法作出的例外规定。香港特别行政区和澳门特别行政区成立后，该两地均基本保留原有法律不变，而不适用全国性的刑法典。

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。”该款针对隔离犯的特殊情况对属地管辖的具体标准作了明确规定。

三、我国刑法的属人管辖权

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。”

根据上述规定，我国公民在我国领域外犯罪的，无论按照当地法律是否认为是犯罪，亦无论罪行是轻是重，以及是何种罪行，也不论其所犯罪行侵犯的是何国或何国公民的利益，原则上都适用我国刑法。只是按照我国刑法的规定，该中国公民所犯之罪的法定最高刑为3年以下有期徒刑的，才可以不予追究。所谓“可以不予追究”，不是绝对不追究，而是可以不追究，也可以追究，即保留追究的可能性。此外，如果是我国的国家工作人员或者军人在域外犯罪，则一律适用中国刑法追究其刑事责任。这主要是考虑到这两类人员的域外犯罪对国家的危害严重，应从严要求。

对于我国刑法在域外的属人管辖权，刑法第10条又有进一步规定，即在我国领域外犯罪，依照刑法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照我国刑法处理。这表明了我国法律的独立性及国家主权的不受干预性，外国的审理与判决对我国没有约束力。但是，从实际情况及国际合作角度出发，为了使被告人免受过重的双重处罚，该条又进一步规定在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。这就既维护了我国的国家主权，又从人道主义出发对被告人的具体情况做了实事求是的考虑，体现了原则性与灵活性的统一。