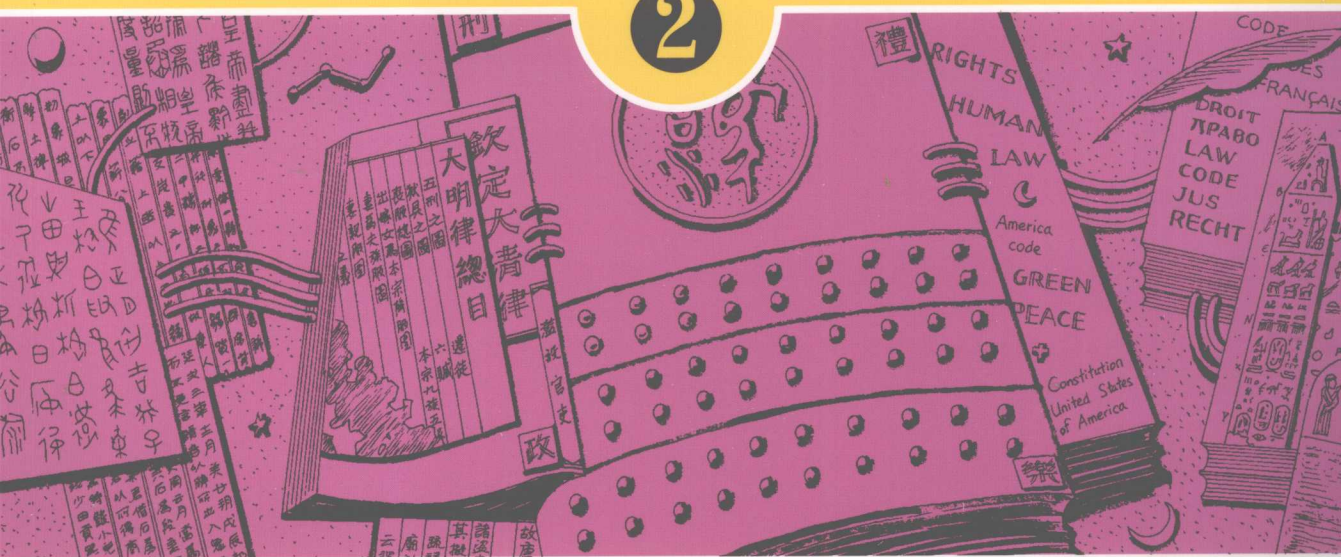


法律版

2009^年

重点·难点·疑点三点一测

2



刑法·刑事诉讼法·行政法与行政诉讼法

法律考试中心/组编

重点讲解 难点突破
疑点辨析 边学边练



重点·难点·疑点三点一测

[二]

法律考试中心/组编

编写人员(排名不分先后)

陈 敦 袁 彬 白慧林

郭志媛 沈 磊 孟 涛

胡超宏 王平原 李 茜

赵 璐 潘春娟 代秋影

丁 敏 宋艳慧 阴建峰

黄晓亮

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

重点·难点·疑点三点一测·2/法律考试中心组编.

北京:法律出版社,2008.11

ISBN 978-7-5036-9037-2

I. 重… II. 法… III. 法律工作者—资格考核—

中国—自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 184221 号

答案【五套题真】附

©法律出版社·中国

责任编辑/丁 敏

装帧设计/曹 铀 胡 欣

出版/法律出版社

编辑统筹/法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/17.5 字数/593 千

版本/2008 年 12 月第 1 版

印次/2008 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9037-2

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编写说明

大家都知道司法考试复习的三大要素:理论讲解、试题、法条,三者缺一不可。

理论讲解最有效的复习方式是围绕考点进行复习,本书以考点为核心,将考点分成重点、难点、疑点三个层次进行讲解。何为重点?是学科体系中重要的内容,能支撑起学科的主要框架。何为难点?不一定是重点,但肯定要花时间理解,不会很容易就记住,如刑法中计算刑期的先并后减和先减后并就属此类。何为疑点?主要有:(1)理论有分歧的部分。(2)法学理论与我们日常的道德、经验相悖的地方。从这三个层次来把握考点能帮助我们更好地复习。

各种试题中以历年真题的价值最高,试题最能检验出我们对考点的把握程度。我们在考点的讲解后配以历年试题和相关例题,帮助大家检验所学、加深理解。

各学科的法条内容庞杂,由于篇幅有限,本书没有专列必读法条,相关内容糅在对考点的讲解中。

本书在内容上力求做到理论讲解、法条、试题三大要素的统一,提供给考生需要的、应试的知识;形式上较多采用了表格,突出重点,让知识点一目了然,减少阅读量,帮助大家顺利通过司法考试。

书中不足之处欢迎大家批评指正,有关本书的任何问题请发送邮件至 lawpress@sina.com。祝大家司考成功!

编者

目 录

刑 法

专题一 刑法的体系、原则与适用范围	(1)
专题二 犯罪概说	(5)
专题三 犯罪构成	(6)
专题四 排除犯罪的事由	(11)
专题五 犯罪的未完成形态	(15)
专题六 共同犯罪	(18)
专题七 单位犯罪	(23)
专题八 罪数	(25)
专题九 刑罚目的	(29)
专题十 刑罚体系	(30)
专题十一 刑罚的裁量	(34)
专题十二 刑罚的执行	(40)
专题十三 刑罚的消灭	(43)
专题十四 刑法分论概述	(45)
专题十五 危害国家安全罪	(46)
专题十六 危害公共安全罪	(49)
专题十七 破坏社会主义市场经济秩序罪	(53)
专题十八 侵犯公民人身权利、民主权利罪	(64)
专题十九 侵犯财产罪	(76)
专题二十 妨害社会管理秩序罪	(83)
专题二十一 危害国防利益罪	(94)
专题二十二 贪污贿赂罪	(95)
专题二十三 渎职罪	(102)
专题二十四 军人违反职责罪	(104)

刑事诉讼法

专题一 刑事诉讼法的基本原则	(106)
专题二 刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人	(109)
专题三 管辖	(117)
专题四 回避	(121)
专题五 辩护与代理	(124)
专题六 刑事诉讼证据	(128)
专题七 强制措施	(134)
专题八 附带民事诉讼	(141)
专题九 期间与送达	(144)
专题十 立案	(148)
专题十一 侦查	(151)
专题十二 起诉	(160)
专题十三 刑事审判概述	(165)

专题十四	第一审程序	(168)
专题十五	第二审程序	(175)
专题十六	死刑复核程序	(180)
专题十七	审判监督程序	(182)
专题十八	执行	(186)
专题十九	未成年人刑事案件诉讼程序	(194)
专题二十	涉外刑事诉讼程序与司法协助制度	(196)

行政法与行政诉讼法

专题一	公务员法	(199)
专题二	立法法、行政法规以及规章的制定条例	(205)
专题三	行政处罚法与治安管理处罚法	(209)
专题四	行政许可法	(217)
专题五	行政复议法	(225)
专题六	行政诉讼受案范围、当事人、管辖、起诉与受理制度	(233)
专题七	行政诉讼的证据、审理、判决与执行制度	(243)
专题八	国家赔偿制度	(260)
专题九	政府信息公开制度	(267)

专题一 刑法的体系、原则与适用范围

一、重点精讲

(一) 刑法的体系与解释

1. 刑法的体系

刑法体系	刑法(参见狭义的刑法体系)		
	广义的刑法体系	单行刑法	国家以决定、规定、补充规定、条例等名称颁布的、规定某一类犯罪及其法律后果的法律
		附属刑法	新刑法颁布后,行政法、经济法等法律中的一些条款,只是形式上概括地重申刑法的相关内容,很难称得上附属刑法
	狭义的刑法体系	刑法	刑法由两编组成,第1编为总则,第2编为分则,此外还有一条附则;总则为一般规定,分则为具体规定;总则规定不仅适用于分则,而且适用于其他有刑罚规定的法律(但其他法律有特别规定的除外)。编下为章。总则共5章,分则共10章

【真题验证】 1997年3月刑法修订后,全国人民代表大会常务委员会颁布了几个单行刑法和几个刑法修正案?^①(2005年试卷二第1题)

A. 一个单行刑法和四个修正案

B. 一个单行刑法和五个修正案

C. 两个单行刑法和四个修正案

D. 两个单行刑法和五个修正案

2. 刑法解释

刑法解释	按解释的效力	立法解释	由立法机关所作的解释,具有与法律同等的效力。立法解释包括三种情况:一是在刑法或相关法律中所作的解释性规定;二是在“法律的起草说明”中所作的解释;三是在刑法施行过程中立法机关所作的专门解释	目前我国有刑法立法解释9个
		司法解释	最高人民法院和最高人民检察院就审判和检察工作中如何具体应用法律的问题所作的解释,具有普遍适用的效力	目前我国有刑法司法解释300多个
		学理解释	由未经国家授权的机关、团体、社会组织、学术机构以及公民个人对刑法所作的解释,它们没有法律拘束力,但对于刑事司法乃至立法活动具有重要参考价值	学理解释无法律效力

刑法解释	按解释的方法	文理解释	根据刑法条文的通常含义所作的解释 例子:《刑法》第96条规定:“本法所称违反国家规定,是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。”	文理解释是刑法的最基本的解释方法,如果文理解释就可以使刑法规定清晰,就没有必要再进行论理解释
		论理解释	根据立法精神和法理对刑法条文所作的解释。论理解释主要包括扩大解释、缩小解释、当然解释、反对解释、比较解释、目的解释等	任何解释都必须遵循罪刑法定原则,在罪刑法定的范围内进行严格解释,不利于被告人的类推解释是被严格禁止的

【真题验证】 ①立法解释是由立法机关作出的解释,既然立法机关在制定法律时可以规定“携带凶器抢夺的”以抢劫罪论处,那么,立法解释也可以规定“携带凶器盗窃的,以抢劫罪论处”。②当然,立法解释毕竟是解释,所以,立法解释不得进行类推解释。③司法解释也具有法律效力,当司法解释与立法解释相抵触时,应适用新解释优于旧解释的原则。④不过,司法解释的效力低于立法解释的效力,所以,立法解释可以进行扩大

解释,司法解释不得进行扩大解释。关于上述四句话正误的判断,下列哪一选项是正确的?^②(2008年试卷二第20题)

- A. 第①句正确,其他错误
B. 第②句正确,其他错误
C. 第③句正确,其他错误
D. 第④句正确,其他错误

(二)刑法的基本原则

	基本含义	主要内容
罪刑法定原则	什么是犯罪,有哪些犯罪,各种犯罪的构成要件是什么,有哪些刑罚,各种刑罚如何适用,各种犯罪的具体量刑幅度如何等,均由刑法加以明确规定。对于刑法没有明确规定为犯罪的行为,不得定罪处罚。其经典表述就是,“法无明文规定不为罪”,“法无明文规定不处罚”	(1)禁止类推。不得进行不利于被告人的类推解释和类推适用。(2)禁止事后法,或称禁止溯及既往。刑法原则上没有溯及力,但新法不认为是犯罪或者处罚较轻的,则具有溯及既往的效力。(3)禁止习惯法。规定犯罪及其法律后果的法律必须是立法机关制定的成文的法律,行政法规不得规定刑罚,习惯法不得作为刑法的渊源,判例也不应作为刑法的渊源。(4)禁止绝对不定期刑。罪刑法定原则要求严格地依照法律定罪处罚,立法者、司法者不能适用绝对不定期刑。(5)明确性原则。对犯罪及其法律后果的规定必须明确:对犯罪构成的规定必须明确;对法律后果的规定必须明确。(6)刑法的处罚范围与处罚程度必须具有合理性:只能将值得科处刑罚的行为规定为犯罪,禁止将轻微危害行为当做犯罪处理。(7)禁止不均衡的、残虐的刑罚
平等适用刑法原则	刑法规范根据其内容应当得到适用的所有场合,都予以平等适用	对任何人犯罪,不论犯罪人的家庭出身、社会地位、职业性质、财产状况、政治面貌如何,都应当追究刑事责任,一律平等地适用刑法,不允许任何人有超越法律的特权
罪刑相适应原则	刑罚的轻重应与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应	罪刑相适应原则的具体要求是:犯多重的罪,就应承担多重的刑事责任,重罪重罚,轻罪轻罚,罪刑相称;在分析罪重罪轻和刑事责任大小时,不仅要看犯罪的客观危害性,而且要结合考虑行为人的主观恶性和人身危险性,把握罪行和犯罪各方面因素综合体现的社会危害性程度,从而确定其刑事责任程度,适用相应轻重的刑罚

【真题验证】 关于罪刑法定原则,下列哪一选项是正确的?^③(2006年试卷二第1题)

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,所以,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

(三)刑法的适用范围

刑法的空间效力	对国内犯的适用原则	属地管辖原则	一个国家对发生在本国领域内的犯罪,不管行为人是谁,都适用本国刑法。《刑法》第6条第1款就是对属地管辖原则的规定,即“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”
	对外国犯的适用原则	属人管辖原则	本国公民在国外犯罪的,也适用本国刑法 我国国家工作人员和军人在我国领域外犯我国刑法规定之罪的,适用我国刑法;我国公民在我国领域外犯我国刑法规定之罪的,原则上适用我国刑法,但是按照我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
		保护管辖原则	不论是本国还是外国人,其在外国的犯罪行为,只要侵犯了本国国家利益或者本国公民的利益,就适用本国刑法 外国人在我国领域外对我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
		普遍管辖原则	凡是国际公约或者条约所规定的侵犯各国共同利益的犯罪,不管犯罪人的国籍与犯罪地的属性,缔约国或参加国发现犯罪人在其领域之内时便可行使刑事管辖权
		对外国刑事判决的承认	凡在我国领域外犯罪,依照我国刑法的规定应当负刑事责任的,虽然经过外国审判,仍然可以依照我国刑法进行追究,但是在外国已经受过刑罚处罚的,可以免除或者减轻处罚
刑法的时间效力	刑法的生效时间	从我国的刑事立法实践来看,刑法的生效时间分为两种情况:(1)自公布之日起生效。如《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第9条规定:本决定自公布之日起施行。(2)公布后间隔一段时间才生效。如现行刑法于1997年3月14日通过并于同年10月1日起施行	
	刑法的失效时间	刑法的失效时间,主要有两种情形:(1)由立法机关明文宣布原有法律效力终止或者废止。如现行刑法明文规定废止15个单行刑法。(2)新法的施行使原有法律自然失效	
	刑法的溯及力	刑法的溯及力,是指新刑法生效后,是否适用于它生效前未经审判或判决未确定的行为。如果适用,就具有溯及力;如果不适用,就不具有溯及力。我国1997年刑法采取了从旧兼从轻的原则,即新法原则上不溯及既往,但新法不认为是犯罪或处罚较轻的,则应适用新法	

【真题验证】 下列关于中国刑法适用范围的说法哪些是错误的?^④(2004年试卷二第56题)

A. 甲国公民汤姆教唆乙国公民约翰进入中国境内发展黑社会组织。即使约翰果真进入中国境内实施犯罪行为,也不能适用中国刑法对仅仅实施教唆行为的汤姆追究刑事责任

B. 中国公民赵某从甲国贩卖毒品到乙国后回到中国。由于赵某的犯罪行为地不在中国境内,行为也没有危害中国的国家或者国民的利益,所以,不能适用中国刑法

C. A国公民丙在中国留学期间利用暑期外出旅游,途中为勒索财物,将B国在中国的留学生丁某从东北某市绑架到C国,中国刑法可以依据保护管辖原则对丙追究刑事责任

D. 中国公民在中华人民共和国领域外实施的犯罪

行为,按照刑法规定的最高刑为3年以下有期徒刑的,也可以适用中国刑法追究刑事责任

二、难点突破

1. 在我国驶往国外的国际列车上或者我国飞往国外的国际航班上实施犯罪的,应当如何适用法律

应区分两种不同的情况:一是在我国船舶或者航空器内犯罪的,适用我国刑法。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。”由此可见,船舶或者航空器采取船舶或者航空器的国籍国主义,犯罪行为即便发生在我国领域外,但如果发生该犯罪的船舶或者航空器具有我国国籍,则我国也有刑事管辖权。如果该船舶或者航空器是外国的,则适用外国法律。当然,如果该外国航空器进入了我国领域,则我国可根据属地管辖原则适用我国刑法,相关国际条约有规定的,适用国际条约。

二是在我国开往国外的国际列车上犯罪,有管辖协定的,按照管辖协定确定管辖。没有协定的,适用最初停靠地或目的地管辖原则。即如果该国际列车的最初停靠地或者目的地是我国境内,则即便该国际列车的国籍不是我国,我国也可以行使刑事管辖权。对此,最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第10条规定:“在国际列车上的犯罪,按照我国与相关国家签订的有关管辖协定确定管辖。没有协定的,由犯罪发生后该列车最初停靠的中国车站所在地或者目的地的铁路运输法院管辖。”

【真题验证】 下列哪些犯罪行为应实行属地管辖原则?^⑤ (2005年试卷二第56题)

- 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

2. 从旧兼从轻原则中的法律,是否包括“中间法”

所谓“中间法”是指从时间序列上处于犯罪行为发生时和犯罪行为审判时中间的法律。如《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》从存在的时间上,就是存在于1979年刑法和1997年刑法之间的法律,它在1997年刑法生效时被废止了。如果有一个行为发生在1979年刑法实施之后、《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》生效之前,但审判时间是在1997年刑法生效之后,这样犯罪行为就经历了三部法律:1979年刑法、《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》和1997年刑法。但该犯罪的发生时法是1979年刑法,审判时法是1997年刑法,《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》则属于中间法。

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。”一般认为,这里的“当时的法律”指的是行为时法,1997年刑法则是审判犯罪时法。这样,“中间法”在我国刑法中是不被承认的。如果行为人的行为同时经历了行为时法、中间法和审判时法,则对行为人只依据我国《刑法》第12条规定的从旧兼从轻原则,决定到底是适用行为时法还是适用审判时法。

3. 同一问题的不同刑法司法解释之间的效力如何

应区分两种不同的情况:一是以前没有司法解释的,适用新出台的司法解释。即刑法中的某个问题,在

新的司法解释出台之前,以前一直都没有司法解释,对此应直接适用新的司法解释,即便新的司法解释比以前实践中的做法规定得更为严厉也是如此。2001年9月18日最高人民法院、最高人民检察院《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》第2条规定:“对于司法解释实施前发生的行为,行为时没有相关司法解释,司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件,依照司法解释的规定办理。”

二是新的司法解释出台之前,最高人民检察院或最高人民法院已经就该问题作了司法解释,对此应对两个司法解释依据从旧兼从轻的原则进行处理。即原则上新的司法解释对以前司法解释实施期间发生的行为没有溯及力,但是如果新的司法解释不认为是犯罪或者处刑较轻的,则适用新的司法解释。2001年9月18日最高人民法院、最高人民检察院《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》第3条规定:“对于新的司法解释实施前发生的行为,行为时已有相关司法解释,依照行为时的司法解释办理,但适用新的司法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的,适用新的司法解释。”

三、疑点辨析

1. 仅有犯罪预备行为发生在我国领域内,是否适用我国刑法

可以适用我国刑法。我国《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。”而在直接故意犯罪中,犯罪的行为不仅包括实行行为,还包括了犯罪的预备行为、结果行为。因此,如果仅有犯罪预备行为发生在我国领域内,也可以适用我国刑法。

2. 我国公民在境外犯本法之罪,法定最高刑为3年以下有期徒刑的,是否一律不予追究?或者外国人在我国领域外对我国国家或公民犯罪,按本法规定的最低刑为3年以上有期徒刑的,是否一律予以追究

不是一律,而是可以。根据我国《刑法》第7条的规定,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。同时,我国《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。”因此,对我国公民在我国领域外犯刑法规定之罪的,即便法定最高刑为3年以下有期徒刑的,我国也可以依法予以追究。而对于外国人在我国领域外对我国国家或者公民犯罪的,即便其触犯法律的法定最低刑是3年以上有期徒刑,也不是一律适用我国刑法,而是可以,并且依据《刑法》第8条的规定,按照犯罪地的法律不受处罚的,更是不能适用我国刑法。

专题二 犯罪概说

一、重点精讲

(一) 犯罪的概念和特征

名 称		内 容
犯罪的概念		具有社会危害性、刑事违法性和应受刑罚处罚性的行为
犯罪的特征	社会危害性	犯罪的本质特征,是指行为对刑法所保护社会关系的侵害
	刑事违法性	犯罪的法律特征,是指行为违反刑法规范,也就是说行为符合了刑法规定的犯罪构成
	应受刑罚处罚性	犯罪的后果特征,是指行为应当受到刑法的制裁,即刑罚的处罚

(二) 犯罪的分类

	分类标准	名 称		概 念	举 例
理论分类	犯罪法定刑的轻重	重罪		法定最低刑为3年以上有期徒刑的犯罪为重罪	强奸罪
		轻罪		其他犯罪为轻罪	重婚罪
	违反规范的性质	自然犯		明显违反伦理道德的传统型犯罪	故意杀人罪
		法定犯		基于公共管理的目的为适应社会情势的需要而规定的犯罪	重大环境污染事故罪
	行为与结果、时间、地点的关系	隔隙犯	隔时犯	实行行为与犯罪结果之间存在时间间隔的犯罪	(涉及刑法的时间效力)
			隔地犯	实行行为与犯罪结果之间存在场所间隔的犯罪	(涉及刑法的空间效力)
非隔隙犯		实行行为与犯罪结果之间没有时间、场合间隔的犯罪			
法定分类	侵犯的法益	国事犯		危害国家安全的犯罪	间谍罪
		普通犯		除危害国家安全犯罪以外的犯罪	放火罪
	犯罪主体身份的意义	身份犯	真正身份犯	以特殊身份作为犯罪构成之主体要件的犯罪	刑讯逼供罪
			不真正身份犯	特殊身份不影响定罪但作为加重、减轻刑罚处罚事由的犯罪	未成年人犯罪
		非身份犯		身份犯以外的犯罪	绑架罪
	是否属于亲告	亲告罪		告诉才处理的犯罪	侵占罪
		非亲告罪		刑法没有明文规定为告诉才处理的犯罪	职务侵占罪
	是否规定减轻或加重处罚的情节	基本犯		刑法分则条文规定的不具有法定加重或者减轻情节的犯罪	遗弃罪
		结果加重犯		实施基本犯罪因发生严重结果刑法加重法定刑的犯罪	致死伤的虐待罪
		情节加重犯		实施基本犯罪因具有其他严重情节而加重了法定刑的犯罪	二人以上轮奸的强奸罪
减轻犯		刑法分则规定在基本犯的基础上具有减轻情节并减轻处罚的犯罪	情节较轻的故意杀人罪		

【真题验证】 下列情形中,告诉才处理的有:®
(2004 年试卷二第 81 题)

- A. 捏造事实,诽谤国家领导人,严重危害社会秩序和国家利益
- B. 虐待家庭成员,致使被害人重伤
- C. 遗弃被抚养人,情节恶劣的
- D. 暴力干涉他人婚姻自由的

二、难点突破

犯罪的特征之间有何关系,对于犯罪认定有何意义?
社会危害性、刑事违法性和应受刑罚处罚性是犯罪的三个基本特征。三个特征,是辩证统一,不可分割的。三个特征中,社会危害性是犯罪的本质特征,是犯罪的社会政治内容;刑事违法性是犯罪的法律特征,应受刑罚处罚性是犯罪的法律后果,两者都以社会危害性特征为基础。同时,一个行为如果只具有社会危害性,而不具有刑事违法性和应受刑罚处罚性,也就不构成犯罪。因此,这三个特征共同构成犯罪概念的总体,是任何犯罪都不可缺少的。

三、疑点辨析

是否所有的犯罪都要受到刑罚的处罚? 没有受到

刑罚处罚的行为,是否都不属于犯罪?
危害社会的行为,不仅应当达到触犯刑事法律的严重程度,而且必须是应当给以刑罚处罚的,才能认定为犯罪。犯罪是适用刑罚的前提,刑罚是犯罪的法律后果,二者不可分离,因此,应受刑罚处罚性也是犯罪的一个基本特征,所有的犯罪,都必须具有应受刑罚处罚性这一特征。

但是,刑法规定了构成犯罪而免除刑罚处罚的情形,司法实践中也存在认定某种行为构成犯罪而不判处刑罚的情况。“应受刑罚处罚”并不意味着所有犯罪行为都在客观上受到了实际处罚。某些行为已经构成犯罪,应受刑罚处罚,但考虑到行为人的具体情况,如行为人有立功表现或者有自首情节而免于刑罚处罚,这种情况不是说行为不应处罚,只能说它不需处罚,不需处罚并不否定其犯罪性。因此,有些犯罪即便没有实际受到刑罚处罚,也不影响其成立犯罪。但免除刑罚处罚,也是以应受刑罚处罚为前提的;如果不应受刑罚处罚,则不成立犯罪,也不能适用“免于刑事处罚”。

专题三 犯罪构成

一、重点精讲

(一) 犯罪构成的分类

标准	分 类		概 念	举 例
是否需要特别的修正	基本的犯罪构成		刑法分则条文就单独的既遂犯所规定的犯罪构成	《刑法》第 232 条故意杀人罪
	修正的犯罪构成		刑法总则性条文以基本的犯罪构成为基础加以修正而成的犯罪构成	犯罪未遂、犯罪中止等
某构成要件是否单一	单一的犯罪构成		刑法规定的各个要件均属单一的犯罪构成	强奸罪
	复杂的犯罪构成	选择的犯罪构成	刑法规定的各个要件之间在内容上存在可供选择关系的犯罪构成	拐卖妇女、儿童罪
		复合的犯罪构成	刑法规定的各个要件之间在内容上互有重叠的犯罪构成	抢劫罪
刑法对构成要件规定的详明程度	完结的犯罪构成(封闭的犯罪构成)		刑法完整地规定了所有要件的犯罪构成	职务侵占罪
	待补充的犯罪构成(开放的犯罪构成)		刑法只规定了部分要件,其他要件需要司法机关适用时进行补充的犯罪构成	《刑法》第 225 条非法经营罪

(二) 犯罪构成要件的分类

标准	分 类	概 念	举 例
主观面还是客观面	客观的构成要件	说明行为外部的、客观方面的要件即为客观的构成要件	行为、结果、行为对象
	主观的构成要件	表明行为人内心的、主观方面的要件即为主观的构成要件	故意、过失、目的
认识的依据	记述的构成要件	不需要法官进行价值判断,只需根据对事实的认识就能够确定的构成要件	杀人罪中的“人”
	规范的构成要件	仅根据对事实的认识还不能确定,需要法官进行价值判断的构成要件	强制猥亵、侮辱妇女罪中的“猥亵”
对于所有犯罪的意义	一般的构成要件	每一犯罪构成都必须具有的要件	犯罪行为、犯罪客体、犯罪主体、罪过
	特殊的构成要件	只是一部分犯罪构成所必须具有的要件	犯罪对象、犯罪结果等

【真题验证】 关于构成要件要素的分类,下列哪些选项是正确的?^⑦(2008年试卷二第51题)

A. 贩卖淫秽物品牟利罪中的“贩卖”是记述的构成要件要素,“淫秽物品”是规范的构成要件要素

B. 贩卖毒品罪中的“贩卖”是记述的构成要件要素,

“毒品”是规范的构成要件要素

C. 强制猥亵妇女罪中的“妇女”是记述的构成要件要素,“猥亵”是规范的构成要件要素

D. 抢劫罪的客观构成要件要素是成文的构成要件要素,“非法占有目的”是不成文的构成要件要素

(三) 犯罪构成要件

一般要素	行为	作为	作为,是指行为人以积极的身体活动实施刑法所禁止的危害行为。作为直接违反了禁止性的罪刑规范	
		不作为	不作为,是指行为人在能够履行自己应尽义务的情况下不履行该义务。不作为直接违反了某种命令性规范	
		持有	“持有”,是指对某种物品的实际控制状态。通说认为其是作为	
	罪过	构造	认识	违法性认识
			意志	期待可能性
		形式	故意	直接故意
				间接故意
			过失	过于自信的过失
				疏忽大意的过失
	主体(自然人)	形式标准	年龄	不满14周岁的人,一律不负刑事责任;已满16周岁的人犯罪,应当负刑事责任
		实质标准	精神	精神正常的人、醉酒的人犯罪,应当负刑事责任
			生理	
	单位			刑法典有规定的才处罚

特殊要素	行为	结果	属于构成要件要素的危害结果与不属于构成要件要素的危害结果	
		结果	物质性危害结果与非物质性危害结果	
		结果	直接危害结果与间接危害结果	
	因果关系	因果关系	危害行为与危害结果之间的一种引起与被引起的关系;因果关系是一种客观联系,不以人的意志为转移;在第三者或被害人的行为介入时,应当考察行为人的行为导致结果发生的可能性的、介入情况的异常性大小以及介入情况对结果发生作用的大小	
		其他	特殊时间、地点、手段	
	罪过	目的	某些犯罪的成立除了要求故意以外,还要求特定的目的	
		形式标准	已满14周岁不满16周岁的人,犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的,应当负刑事责任	
	主体	(年龄)	已满14周岁不满18周岁的人犯罪,应当从轻或减轻处罚	
		实质标准	精神	精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果,不负刑事责任
				间歇性的精神病人在精神正常的时候犯罪,应当负刑事责任
				尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的,应当负刑事责任,但是可以从轻或者减轻处罚
		生理	身份	又聋又哑的人或者盲人犯罪,可以从轻、减轻或者免除处罚
				特殊身份是指行为人在身份上的特殊资格,以及其他与一定的犯罪行为有关的、行为人在社会关系上的特殊地位或者状态;是行为人开始实施犯罪行为时就已经具有的

【真题验证】 1. 关于危害结果的相关说法,下列哪一选项是错误的?^⑧(2008年试卷二第1题)

A. 甲男(25岁)明知孙某(女)只有13岁而追求她,在征得孙某同意后,与其发生性行为。甲的行为没有造成危害后果

B. 警察乙丢失枪支后未及时报告,清洁工王某捡到该枪支后立即上交。乙的行为没有造成严重后果

C. 丙诱骗5岁的孤儿离开福利院后,将其作为养子,使之过上了丰衣足食的生活。丙的行为造成了危害后果

D. 丁恶意透支3万元,但经发卡银行催收后立即归还。丁的行为没有造成危害后果

2. 关于因果关系,下列哪些选项是错误的?^⑨(2008年试卷二第52题)

A. 甲乘坐公交车时和司机章某发生争吵,狠狠踹了

章某后背一脚。章某返身打甲时,公交车失控,冲向自行车道,撞死了骑车人程某。甲的行为与程某的死亡之间存在因果关系

B. 乙以杀人故意瞄准李某的头部开枪,但打中了李某的胸部(未打中心脏)。由于李某是血友病患者,最后流血不止而死亡。乙的行为与李某的死亡之间没有因果关系

C. 丙与同伙经预谋后同时向王某开枪,同伙射击的子弹打中王某的心脏,致王某死亡。由于丙射击的子弹没有打中王某,故丙的行为与王某的死亡之间没有因果关系

D. 丁以杀人故意对赵某实施暴力,导致赵某遭受濒临死亡的重伤。赵某在医院接受治疗时,医生存在一定过失,未能挽救赵某的生命。丁的行为与赵某的死亡之间没有因果关系

(四)不作为犯罪

成立条件	行为人负有实施特定积极行为的具有法律性质的义务	
	行为人能够履行特定义务	
	行为人不履行特定义务,造成或者可能造成危害结果	
义务来源	法律、法规明文规定的义务	
	法律行为引起的义务	
	职务或者业务要求的义务	
	先前行为引起的义务	
不同类型	纯正的不作为	刑法明文规定只能由不作为构成的犯罪
	不纯正的不作为	行为人以不作为形式实施的通常为作为形式的犯罪,不纯正不作为犯应与作为犯具有等价性

【真题验证】 梁某与好友强某深夜在酒吧喝酒。强某醉酒后,钱包从裤袋里掉到地上,梁某拾后见钱包里有5000元现金就将其隐匿。强某要梁某送其回家,梁某怕钱包之事被发现,托辞拒绝。强某在回家途中醉倒在地,被人发现时已冻死。关于本案,下列哪些选项是

正确的?^⑩(2007年试卷二第52题)

- A. 梁某占有财物的行为构成盗窃罪
- B. 梁某占有财物的行为构成侵占罪
- C. 梁某对强某的死亡构成不作为的故意杀人罪
- D. 梁某对强某的死亡不构成不作为的故意杀人罪

(五)罪过态度

	认识因素	意志因素
直接故意	认识到结果必然发生或可能发生	追求结果发生
间接故意	认识到结果可能发生	放任结果发生(必须要结果发生,才成立间接故意犯罪)
过于自信的过失	已预见自己的行为可能发生危害社会的结果(也预见到了结果不发生的可能性)	轻信能够避免,以致发生结果的心理态度
疏忽大意的过失	疏忽大意而没有预见自己的行为可能发生危害社会的结果(有注意能力和注意义务)	以致发生结果的心理态度

【真题验证】 甲贩运假烟,驾车路过某检查站时,被工商执法部门拦住检查。检查人员乙正登车检查时,甲突然发动汽车夺路而逃。乙抓住汽车车门的把手不放,甲为摆脱乙,在疾驶时突然急刹车,导致乙头部着地身亡。甲对乙死亡的心理态度属于下列哪一选项?^⑪

(2006年试卷二第3题)

- A. 直接故意
- B. 间接故意
- C. 过于自信的过失
- D. 疏忽大意的过失

(六)刑法上的认识错误

类型	情 形		举 例	处 理
法律的 错误	误认为自己实施的是刑法所禁止的犯罪行为		行为人以为与现役军人的配偶通奸是犯罪,在实施通奸行为后自动投案	幻觉犯,无罪
	误认为自己实施的行为不是刑法规定的犯罪行为		行为人误认为自己窃取他人商业秘密的行为不是犯罪行为	有罪(除非合理地认为确不知法)
	对自己实施的犯罪行为在罪名、罪数、量刑等方面有不正确的理解		行为人为了骗取保险金而故意造成被保险人伤残,行为人误认为只成立保险诈骗罪,事实上成立保险诈骗罪与故意伤害罪	不影响定罪量刑
事实的 错误	对行为性质的认识错误		行为人的行为本来不是正当防卫,但他自认为是正当防卫	如有过失,认定为过失犯罪;否则,宣告无罪
	对行为手段的认识错误	行为人所使用的手段本来会发生危害结果,但其误认为不会发生危害结果	行为人将“药酒”给他人饮用,以为不会发生危害结果,但该“药酒”实际上是毒药,导致他人死亡	如有过失,认定为过失犯罪;否则,宣告无罪
		行为人所使用的手段本来不会发生危害结果,但由于认识错误而使用了会发生危害结果的手段	行为人本欲将毒药给他人饮用,但由于认识错误而使用了砂糖	如确没有危害,可不认为是犯罪;如有危害性,则认为是犯罪未遂
		行为人所使用的手段根本不可能导致危害结果的发生,但因其愚昧无知而误认为该手段可以导致危害结果的发生	盐水不可能导致他人死亡,但行为人误认为可以导致他人死亡,而使用盐水“杀人”	迷信犯,不构成犯罪

续表

类型	情 形		举 例	处 理
事实的错误	对行为对象的认识错误	误把甲当做乙加以侵害,而甲与乙体现相同的社會关系	行为入本欲杀甲,黑夜里误将乙当做甲予以杀害,成立故意杀人罪既遂	不影响犯罪既遂
		误将甲当做乙加以侵害,而甲与乙体现不同的社會关系	行为入本欲盗窃一般財物,却误将枪支当做一般財物进行盗窃,成立盗窃罪	按照其原来认识定罪
		误将非犯罪对象当做犯罪对象加以侵害	行为入本欲杀甲,黑夜里误将一只野兽当做甲杀死	犯罪未遂
		误将犯罪对象当做非犯罪对象加以侵害	行为入本欲杀死有害的野兽,黑夜里误将邻人当野兽杀死	如有过失,认定为过失犯罪;否则,宣告无罪
	打击错误	没有超出同一犯罪构成的打击错误	行为入举枪射击甲,但因没有瞄准而击中了乙,导致乙死亡,成立故意杀人既遂	不影响原来犯罪既遂的成立
		超出同一犯罪构成的打击错误	行为入将他人占有的財物误认为是遗忘物而据为己有,仅成立侵占罪	按照主客观统一原则认定
	因果关系错误	误认为行为已经达到预期的犯罪结果,事实上没有发生该结果		犯罪未遂
		行为没有按照他预想的方向发展及其预想的目的停止,而是发生了行为人所预见所追求的目标以外的结果		结果加重犯
		实施甲乙两个行为,结果是由乙行为造成的,行为入却误认为是由甲行为造成的		犯罪既遂

【真题验证】 甲欲杀乙,便向乙开枪,但开枪的结果是将乙和丙都打死。关于本案,下列哪些选项是正确的?^②(2008年试卷二第54题)

A. 根据具体符合说,甲对乙成立故意杀人既遂,对丙成立过失致人死亡罪

B. 根据法定符合说,甲对乙与丙均成立故意杀人既遂

C. 不管是根据具体符合说,还是根据法定符合说,甲对乙与丙均成立故意杀人既遂

D. 不管是根据具体符合说,还是根据法定符合说,甲对乙成立故意杀人既遂,对丙成立过失致人死亡罪

二、难点突破

1. 犯罪构成对于认定犯罪有何意义

犯罪构成是刑法规定的,决定某一具体行为的社会

危害性及其程度,而为该行为构成犯罪所必需的一切客观要件与主观要件的有机整体。社会危害性是犯罪的本质特征,而犯罪构成是要说明行为在何种条件下具有社会危害性而成立犯罪,因此,社会危害性是立法者规定犯罪构成的实质依据,只有那些对说明社会危害性及其程度具有决定意义的因素才能被刑法规定为构成要件;犯罪构成是衡量犯罪社会危害性的法律标准。司法者要认定一个行为构成犯罪,必须证明其符合某种犯罪构成,如果无法证明,不管行为具有多大的社会危害性,都不能认定其为犯罪。所以,犯罪构成是认定犯罪的唯一的法律标准。

2. 刑法上的认识错误与犯罪未遂形态有何关系 二者概括为下表:

事实认识错误		犯罪未遂	
行为手段认识错误	本想使用能发生危害结果的工具,但使用了不能发生危害结果的工具	实行终了的未遂	不能犯 ——手段的不能犯
行为对象认识错误	误把性质不同的他对象当作侵害对象	实行终了的未遂	不能犯 ——对象的不能犯
	误把非犯罪对象当作犯罪对象加以侵害	实行终了的未遂	不能犯 ——对象的不能犯
打击错误	超出同一犯罪构成的打击错误	实行终了的未遂	
因果关系的错误	误认为已达到了预期的犯罪结果,事实上没有	实行终了的未遂	
	误将他原因造成的结果认为自己造成	实行终了的未遂	

三、疑点辨析

根据刑法中罪刑条文的规定,有些犯罪的犯罪构成是比较特殊的,而且,刑法的罪刑条文对具体犯罪规定了规范的构成要件。这些情形是否违背罪刑法定原则中的明确性原则?

表现比较特殊的犯罪构成主要有待补充的犯罪构成、修正的犯罪构成、加减犯的犯罪构成。待补充的犯罪构成,也称开放的犯罪构成,是指刑法仅规定了部分要件,其他要件需要司法机关适用时进行补充的犯罪构成。司法机关在适用时要根据刑法的体系与基本原理进行补充,是遵循而非违背罪刑法定原则的。修正的犯罪构成(是指总则性条文以基本的犯罪构成为基础并对之加以修正而就共犯、未遂犯等所规定的犯罪构成)与

加减犯的犯罪构成(是指在基本犯的基础上规定加重情节或者减轻情节的情况)都是根据刑法本身的规定改变基本的犯罪构成的,因而不违背罪刑法定原则。

在认定犯罪时,需要法官的规范的、评价的价值判断才能认定的构成要件就是规范的构成要件,如“诽谤”、“淫秽物品”等。刑法分则罪刑条文不可能对具体犯罪仅仅规定事实的犯罪构成要件,在某些情况下必须对某些具体犯罪规定需要法官根据社会伦理价值判断和认定的要件。当然,法官的判断必须符合社会大多数公众关于具体犯罪构成要件从社会道德角度的理解,而不能过度超出普通人的认识范围,即法官须根据明确性原则来认定。因此,这样来看,规范的犯罪构成要件并不违反罪刑法定原则的要求。

专题四 排除犯罪的事由

一、重点精讲

(一)正当防卫与紧急避险的概念、构成条件

	基本概念	构成条件	特殊规定	过当及处罚
正当防卫	正当防卫是指为了保护国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他合法权利免受正在进行的不法侵害,采取对不法侵害人造成损害的方法,制止不法侵害的行为	起因条件:存在现实的不法侵害 时间条件:不法侵害正在进行 主观条件:具有防卫意识 对象条件:针对不法侵害人本人进行防卫 限度条件:没有明显超过必要限度造成重大损害	对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪,采取防卫行为,造成不法侵害人伤亡的,不属于防卫过当,不负刑事责任	正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的,应当负刑事责任,但是应当减轻或者免除处罚
紧急避险	紧急避险,是指为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险,不得已而给另一较小合法权益造成损害的行为	起因条件:合法权益面临现实危险的威胁 时间条件:危险正在发生 可行性条件:出于不得已而损害另一合法权益 主观条件:具有避险意识 限度条件:没有超过必要限度造成不应有的损害	紧急避险关于避免本人危险的规定,不适用于职务上、业务上负有特定责任的人	紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的,应当负刑事责任,但是应当减轻或者免除处罚

【真题验证】 根据刑法第20条前两款的规定,_____行为不负刑事责任;但必须符合一定条件,否则就会造成新的不法侵害。误认为存在不法侵害,进行“防卫”的,属于_____;不法侵害已经结束后,进行“防卫”的,属于_____;防卫行为明显超过必要限度造成重大损害的,属于_____;关于_____的罪过形式,刑法理论上存在争议,但可以肯定的是,_____不是独立罪名,应根据

据其符合的犯罪构成确定罪名,对于_____,应当酌情减轻或者免除处罚。在这段话的空格中:^⑬(2004年试卷二第20题)

A. 2处填写“正当防卫”,5处填写“防卫过当”,1处填写“假想防卫”

B. 2处填写“正当防卫”,4处填写“防卫过当”,1处填写“假想防卫”