

人大版司考过关丛书

买司考过关丛书,网上课堂免费听
刮标签查询注册,更多优惠等你拿

重要法条与考点 大串讲

2014年
国家司法考试

北京万国学校/编



纵横串联·点睛之笔
涵盖全面·浓缩精华

 中国人民大学出版社

重要法条与考点

2014年司法考试、法律硕士联考
刑法分论必考法条、重要考点

重要法条与考点 大串讲

张明楷
主编

北京：中国政法大学出版社



中国政法大学出版社

北京：中国政法大学出版社

（中国政法大学出版社）

人大版司考过关丛书

重要法条与考点大串讲

北京万国学校 编

主 编 骆 勇

副主编 袁登明 邹建章

撰稿人 (以姓氏笔划为序)

王小龙 邹建章 季 宏

房保国 郑其斌 段庆喜

骆 勇 袁登明 韩友谊



中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

重要法条与考点大串讲/北京万国学校编. 3 版

北京: 中国人民大学出版社, 2004

(人大版司考过关丛书)

ISBN 7-300-03937-5/D·590

I. 重…

II. 北…

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 (2004) 第 053267 号

人大版司考过关丛书

重要法条与考点大串讲

北京万国学校编

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)

010-62511239 (出版部)

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.1kao.net> (中国 1 考网)

经 销 新华书店

印 刷 北京鑫鑫印务有限公司

开 本 787×1092 毫米 1/16

版 次 2002 年 8 月第 1 版 2004 年 7 月第 3 版

印 张 28.5

印 次 2004 年 7 月第 1 次印刷

字 数 689 000

定 价 46.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

序 言

国家统一司法考试是具有相当难度的职业资格考试。但作为一门相对成熟的考试，自有相对固定化的命题套路，对于考生而言，必须把握这种套路，采用具有针对性的方法，应对这种挑战。

就司法考试题型而言，大致分为以下三种：

1. 纯法条题

纯法条题，是指依据法条直接作答的题，不需要特别运用有关法学理论，也不需要知识点的体系性，只要知道法条的规定，就能得出答案。这种题在司法考试中占有一定的比例，尤其是在诉讼法、商法、经济法部分。

对付这种题目，考生必须在平时的复习中，把握可考法条，找到考查侧面，做到准确记忆。列入《法律法规汇编》的法条数量是巨大的，真正能在司法考试中考试的法条，毕竟是少数的，考生必须根据司法考试的特点，找到可能考查的法条。对于可能考查的法条，其考查的角度特多，考生还必须注意最可能考查的角度，以便能够掌握重点，提高针对性。本书力图在这个方面有所突破。

2. 纯理论题

法理学、法制史属于纯理论的学科，其题目绝大多数为纯理论题。纯理论题直接与教材中的有关理论阐述有关，与现行法没有直接关联，没有明确的法条支撑。这种题目在宪法中也存在，在其他学科（如民法、民事诉讼法）中也存在少量的题目，如2002年司法考试卷三第16题自助、第28题的诉讼标的、第30题的民事诉讼法律关系等。

法理、法制史、宪法因为没有法条或者法条较少且分值较少，所以这三个学科的题目以判断型选择题为主。判断型选择题的题干一般表述为“下列哪些说法是正确的（错误的、不成立的）”，而其选项则可能针对的是不同的知识点，也可能是同一知识点的不同侧面。这种题目考查的知识点具有相当大的迷惑性，其中一个选项判断错误，即全军覆没。为此，必须综合把握有关知识点。本书的法理、法制史、宪法部分，力图在这个方面针对司法考试可能重点考查的知识点，帮助考生进行一次大的突破。

3. 案例题

司法考试第四卷属于案例型主观题，其重要性不言而喻，其难度也众所周知。在前四卷的客观题部分，对于那些有法条背景的学科，比如民商法、经济法、民事诉讼法、刑法、刑事诉讼法、行政法与行政诉讼法，绝大多数的题目为案例型选择题。

案例题，要求考生运用现行法，甚至结合有关理论对案例中的有关问题进行分析，以得出结论。案例题综合考查考生应用能力。在做案例题时，首先要求考生能够从“生动具体”的案情中找到关键信息，并根据该信息选取应当适用的法条和有关理论。这就要求考生在平时能够充分把握法条之间的联系和区别，熟悉法条与有关理论之间的连接点。为此，本书将相关的可能混淆的法条，以及可能在同一案例中同时运用的法条，进行综合分

析，提高考生运用法条和相关理论解决问题的能力。

本书的风格就是“串”。“串”就是将法条与法条进行结合，将法条与理论结合，将理论与理论结合。这种以“串”为形式的结合其实就是一场举一反三式的深度复习。例如，在“串讲”复习《刑法》第263条的抢劫罪（该知识点是年年必考点，只不过考查的方式不同而已）时，最起码要帮助大家完成这样几项任务：一是分析抢劫罪构成要件的核心——抢劫的手段特征；二是抢劫罪的八种加重构成问题；三是指出本罪与其他易混淆的罪如敲诈勒索罪等的关键区别点；四是归纳出刑法条文中“准抢劫”或曰转化的抢劫罪之规定（共三个地方即第267条第2款、第269条、第289条）；五是总结关于本法条的相关司法解释，如最高法院2000年11月17日的一项解释与2001年5月22日的一项批复（这两个司法解释都是直接针对本罪的）。从方法论的角度，本部分串讲遵循着“纵横交错”、“举一反三”的规律，如第一个大标题与最后一个大标题基本都是从纵向的角度梳理刑事法条，而其他大部分标题基本上都是从横向的角度对有规律性、有共性的知识点进行总结与归纳。

本书是在2003年版的基础上，根据最新大纲和国家司法考试的发展趋向，修改而成。本书是万国的经典之作！值得推荐！

骆勇

2004年6月于万国

目 录

第一讲 刑法学	(1)
第二讲 民法学	(37)
第一部分 民法的基本构架	
——以部门法为线索的重点、难点解析	(37)
第二部分 理论专题归纳	(110)
第三部分 若干重要民法司法解释问题	
——与民法相关法条的对应	(127)
第三讲 行政法学 (含行政诉讼法学)	(131)
第一部分 主 体	(131)
第二部分 范 围	(142)
第三部分 关 系	(147)
第四部分 程 序	(151)
第五部分 行 为	(158)
第六部分 期 限	(166)
第四讲 国际法学 (含国际私法学、国际经济法学)	(171)
第五讲 民事诉讼法学	(201)
第六讲 刑事诉讼法学	(259)
第一部分 原则篇	(260)
第二部分 制度篇	(262)
第三部分 程序篇	(287)
第四部分 对其他易考点的特别归纳	(318)
第七讲 商事法学、经济法学、知识产权法学	(323)
第一部分 商事法学	(323)
第二部分 经济法学	(364)
第三部分 知识产权法学	(394)
第八讲 法理学	(411)
第九讲 中外法制史	(425)
第十讲 宪法学	(433)
第一部分 理 论	(433)
第二部分 宪法总纲、宪法修正案和公民基本权利义务	(435)
第三部分 民族自治地方和特别行政区	(437)
第四部分 国家机构	(438)
第五部分 选举、罢免、辞职和质询	(443)

第六部分 立法法 (446)

第七部分 提案人 (448)

第一讲 刑法学

总体而言，基于考前的时间、复习备考的规律与效果等因素的考虑，刑法学的复习应当分为几个不同的阶段：侧重于辅导教材内容、系统而全面复习（可能对有些学员而言是第一次学习）的第一阶段（系统强化），侧重于法条、重要知识点的第二阶段以及全面综合检测复习成效、模拟考试的第三阶段等。可见，第一阶段与第二阶段应当有所不同，第一阶段应当侧重于教材法学知识体系，全面撒网；而第二阶段应当侧重于刑事法条，击破重难点，也就是所谓的串讲阶段，顾名思义是对所要复习、考查的若干重要而相对分散的知识点有机地串连起来，形成一个知识体系，这是在复习达到一定程度和阶段后为加强记忆、深化理解，将自己应试水平提高、升华到一个新的高度所必要的步骤。

就刑法学而言，这一阶段的复习可以也应当达到这样的目标：一是将实体性的刑法与程序性的刑事诉讼法尽可能地有机结合起来；二是将刑法学辅导教材之内容与刑事法条的具体规定有机结合起来；三是将刑法典与有关单行刑法、目前有效而且重要的刑事司法解释紧密结合起来；四是将某一个重要的知识点与其他相关的知识点有机结合（如因相似性、易混淆性等而关联地结合），等等。这种结合的同时无疑是进行了一场举一反三式的复习。例如：在“串讲”复习《刑法》第263条的抢劫罪（该知识点可谓年年必考点，只不过考查的方式不同而已）时，最起码要帮助大家完成这样几项任务：一是分析抢劫罪构成要件的核心——抢劫的手段特征；二是抢劫罪的8种加重构成问题，三是指出本罪与其他易混淆的罪如敲诈勒索罪等的关键区别点，四是归纳出刑法条文中“准抢劫”或曰转化的抢劫罪之规定（共3个地方即第267条第2款、第269条、第289条），五是总结关于本法条的相关司法解释，如最高人民法院2000年11月17日的一项解释与2001年5月22日的一项批复（这两个司法解释都是直接针对本罪的）。从方法论的角度，本部分串讲遵循着“纵横交错”、“举一反三”的规律，如第一个大标题与最后一个大标题基本都是从纵向的角度梳理刑事法条、而其他大部分标题基本上都是从横向的角度对有规律性、有共性的知识点进行总结与归纳。

鉴于司法考试命题的基本规律，法规汇编收录的刑法方面的规范性文件有20多个，另外还有若干重要的司法解释没有收录。所以本部分串讲将从司法考试的角度为学员筛选、提炼新近的法律、法规尤其是司法解释中的可能性考点。

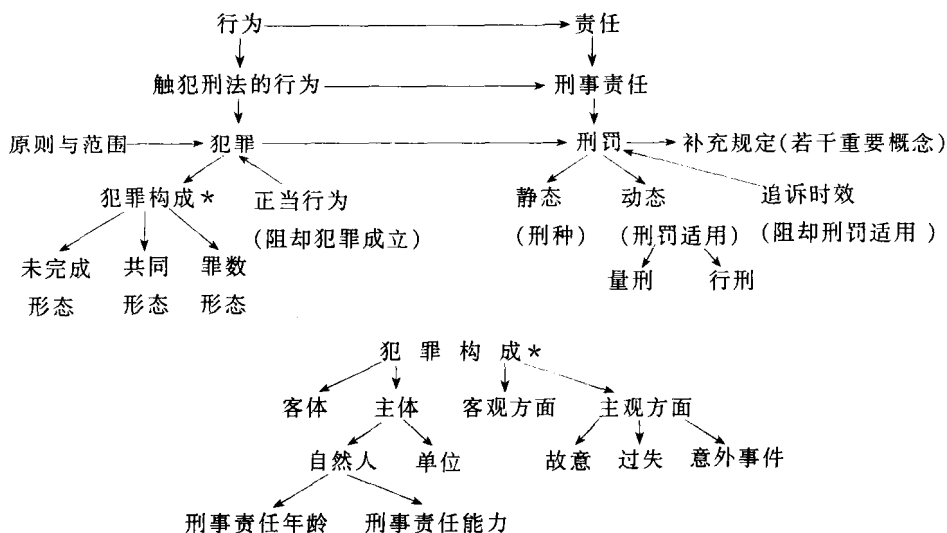
一、刑法总则的基本构架——总则条文的逻辑关联、纵横方向的梳理

刑法学就是关于犯罪与刑罚的问题，刑法总则是关于犯罪与刑罚的总体设计，刑法分则是关于犯罪与刑罚的具体落实。从学科体系以及总则的基本构架上看，大致可以作出这样的勾画（图见下页）：

对图表内容的具体解析：

（一）刑法基本原则——三大基本原则（第3、4、5条）

注意这样两个问题：一是虽然不少教科书与辅导材料中对刑法基本原则的表述有五六个之多，但刑法明确规定的就是三个，其他的如主客观相统一原则、罪责自负原则、惩罚



(注:上图中,反向箭头表示否定性的作用,如“刑罚←追诉时效”表示追诉时效制度是对刑罚适用的否定、阻却。)

与教育相结合原则等都不属于刑法明确规定的;二是注意对三大基本原则的考查方式,基本都是间接性的,比如,罪刑法定原则之考查,要求大家脑海里应当有罪刑法定的观念,而不是仅因为某种违法行为的社会危害性十分严重就定罪处罚;再如,我国刑法典对犯罪中止、犯罪预备、犯罪未遂以及累犯与未成年人犯罪规定了不同的处罚原则,其主要体现的就是罪(责)刑相适应这一刑法基本原则。

(二) 刑法适用范围

刑法适用范围,包括空间效力范围和时间效力范围。

空间效力即属地、属人、保护、普遍管辖等四原则(第6~11条)

时间效力即溯及力问题(第12条)

1. 对于刑法空间效力范围,应注意以下几个问题:

(1) 属地原则(第6条)针对的对象是国内犯、而其他三个原则是针对国外犯罪的;属地原则是处于基础性地位的;

(2) 属地原则之运用有一个具有实质性的例外即第11条的规定(对有外交特权和豁免权的外国人在我国境内犯罪的通过外交途径解决而不适用我国刑法);

(3) 属地原则之“地”既包括行为地也包括结果地(二者择一主义),既包括领土,也包括领水与领空,还包括我国领域的自然延伸——即不论何地但悬挂我国国旗的航空器与船舶(但注意《刑法》第6条第2款之规定是没有包括“国际列车”的,如果在国际列车上犯罪,大家可以参照最高人民法院《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条之规定处理);

(4) 属人原则(第7条)是针对我国公民在国外犯罪的情形,有一个知识点,并可以借鉴刑法关于未成年人犯罪的是否公开审理的规定,这么表述:凡是中华人民共和国国家工作人员和军人在国外犯罪的,一律适用我国刑法;其他普通公民,一般适用我国刑法(即原则上都适用我国刑法,但当犯轻罪时——法定最高刑为3年以下的,可以不予追究);

(5) 保护原则(第8条)是针对外国人在国外犯罪的情形,它的适用是有严格条件限

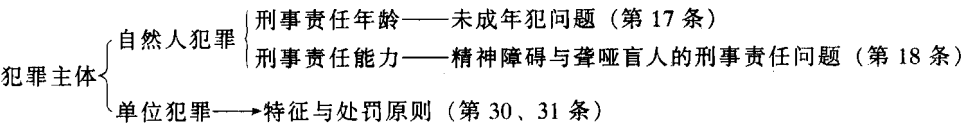
制的，即应当同时遵循三个条件：一是侵犯了我国国家或公民的权益，二是犯重罪——法定最高刑3年以上有期徒刑，三是行为地的法律也认为是犯罪的；

(6) 普遍原则（第9条）针对的是国际犯罪，而且前面三个管辖原则都不能适用的情形下才有普遍原则适用的余地，对于国际犯罪应根据国际法知识来确认。

2. 对于刑法时间效力即“从旧兼从轻”的适用，注意这样几点：

首先，要考虑的是适用旧法即行为时的法律规定；其次，当新旧法规定不同时，适用新法的基本条件是其处刑较轻或不认为是犯罪（这表明从旧兼从轻原则体现了有利于被告人的原则）；最后，刑法溯及力适用的对象只能是未决的刑事案件（如刑事上诉案件），对于已决案件（如再审案件）则不适用（第12条第2款之规定）。另外，处刑轻重的比较应当以法定刑轻重为依据。

(三) 犯罪主体



1. 关于未成年人刑事责任部分，应注意以下问题：

(1) 已满14周岁不满16周岁的人，应当负刑事责任的范围：8种犯罪10种情况（或说8种严重故意犯罪），其中故意伤害罪与强奸罪都包含了两种情况：前者包括故意致人重伤与故意伤害而致人死亡，但不包括轻伤；后者包括强奸妇女与奸淫幼女两种情形。

(2) 注意抢劫罪不仅包括《刑法》第263条所规定的典型的抢劫罪，还包括其他类型的“准抢劫罪”，如第269条、第267条第2款等规定的抢劫罪。

(3) 注意毒品犯罪中，已满14周岁不满16周岁的人仅对贩卖毒品的行为负刑事责任，对基本性质相同、危害程度相等的走私、制造、运输毒品的行为（《刑法》第347条）则不负刑事责任。与这一特征极为类似的还有《刑法》第114条所规定的几种以危险方法危害公共安全的犯罪行为中，仅规定对放火、爆炸、投放危险物质负刑事责任，而对决水、以其他危险方法危害公共安全的行为则不负刑事责任。

(4) 注意已满14周岁不满16周岁的人仅仅对法定的几种故意犯罪负刑事责任，而对任何过失犯罪是都不负刑事责任的。另外对绑架罪本身也不负刑事责任，但要注意根据有关司法解释，已满14周岁不满16周岁的人在实施绑架过程中，杀害被绑架人的，应当对其故意杀人行为负刑事责任，构成故意杀人罪。同理，其在拐卖妇女儿童的过程中，又强奸妇女或奸淫幼女的，应对其中的强奸妇女或奸淫幼女负刑事责任，构成强奸罪。

(5) 周岁的计算原则，应当以实足年龄为准，自过生日的第二天起才为已满14周岁或16周岁；而且以“行为时”而非“结果时”的实际年龄为准。

(6) 对于已满14周岁不满16周岁的人犯罪，适用刑罚时应当遵循的两个原则：一是应当从轻或减轻处罚，二是不适用死刑（包括死缓）。

(7) 注意，这里存在一个保安措施问题，即对于因不满16周岁不予刑事处罚的，首先考虑责令其家长或者监护人严加管教，其次在必要的时候也可以由政府收容教养。

2. 刑事责任能力问题。

关于刑事责任能力问题，应注意：完全无责任能力与完全责任能力在考试中并不十分重要，关键点是注意在完全责任能力与完全无责任能力之间的中间状态——即部分或限制

或曰相对责任能力者，主要有这样几类人员：一是已满 14 周岁不满 18 周岁的人犯罪的，应当从轻或减轻处罚并且不适用死刑；二是尚未完全丧失辨认或控制能力的精神病人犯罪的，可以从轻或减轻处罚；三是又聋又哑的人或盲人犯罪的，可以从轻、减轻或免除处罚。

另外，还要注意以下两类人的刑事责任能力问题：一者是醉酒的人，一者是间歇性精神病人。前者对其犯罪行为，应当负完全的刑事责任（不包括病理性醉酒）；后者的刑事责任问题关键看其实施犯罪行为当时是否属于精神正常状态，如果是正常状态则负完全的刑事责任，如果是处于发病期间则以精神病人对待而不负刑事责任。

3. 单位犯罪的问题。

关于单位犯罪，在掌握第 30、31 条的同时，还要注意 3 个涉及单位犯罪的司法解释：即最高人民法院 2000 年 9 月 28 日的《关于审理单位犯罪案件对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员是否区分主犯、从犯问题的批复》、1999 年 6 月 18 日的《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》与最高人民检察院 2002 年 7 月 4 日《关于涉嫌犯罪单位被撤销、注销、吊销营业执照或者宣告破产的应如何进行追诉问题的批复》之基本内容：

(1) 构成单位犯罪的“公司、企业、事业单位”既包括国有性质的公司、企业、事业单位，也包括依法设立的合资经营、合作经营企业等非国有性质的公司、企业、事业单位。根据《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》，应注意以下两种不得以单位犯罪论的情形：一是个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的，或者公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的，不得以单位犯罪论处；二是盗用单位名义实施犯罪，违法所得由实施犯罪的个人私分的，直接以自然人犯罪定罪处罚而不以单位犯罪论。

(2) 对单位犯罪的处罚实行的是双罚制原则为主，单罚制原则为辅，即对单位判处罚金，同时对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。此外，刑法分则中有少数几种单位犯罪采取的不是双罚制而是单罚制，即仅处罚直接责任人员（典型的如第 137 条工程重大安全事故罪、第 244 条强迫职工劳动罪、第 396 条私分国有资产罪）。值得注意的是，单位承担刑事责任的方式只能是罚金的形式。

(3) 当单位犯罪时，对该犯罪行为承担刑事责任的有关直接责任人员是多人时，是否应作主犯、从犯的区分问题，根据《关于审理单位犯罪案件对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员是否区分主犯、从犯问题的批复》的规定，对单位犯罪直接负责的主管人员和其他直接责任人员，可不区分主犯、从犯，按照其在单位犯罪中所起的作用判处刑罚。

(4) 单位涉嫌犯罪后，若被其主管部门、上级机构等吊销其营业执照、宣告其撤销或者破产，此时，直接追究其直接责任人员或主管人员的刑事责任。

(四) 主观方面

犯罪主观方面及罪过问题包括故意（第 14 条）、过失（第 15 条）以及与罪过相关的意外事件（第 16 条）。核心问题是结合具体案例搞清楚四组概念之间的辨析：即直接故意与间接故意、间接故意与过于自信的过失、过于自信的过失与疏忽大意的过失以及疏忽大意的过失与意外事件之间的相互区别。关于本部分的知识点，虽然很重要，但不是仅仅从法条就可以领会的，不是法条串讲所能完成的，需要研读刑法学教材。

（五）排除犯罪的事由

排除犯罪的事由即正当行为，需要掌握的是正当防卫与紧急避险两大制度。

1. 关于正当防卫（第20条），应当注意这样几点：

（1）防卫过当与正当防卫、防卫行为之间的关系，正当防卫一定是防卫行为，但防卫行为不一定是正当防卫，二者的差异点在于是否符合防卫限度条件，超过防卫限度的防卫行为即为防卫过当，反之则为正当防卫。

（2）本条第3款关于“特殊防卫权”之规定，注意其实为没有防卫限度之要求的正当防卫，其在防卫的时间条件、对象条件、主观条件方面同一般的正当防卫相一致，但在以下几个方面还有着更严格的限制：一是起因条件仅限于危及人身安全的暴力性犯罪；二是防卫行为保护的利益仅限于人身安全而不包括其他合法权益；三是“行凶”应理解为故意重伤以上的伤害行为。

（3）注意“防卫过当”本身并不是一个独立的罪名，明确如何对“防卫过当”进行定性与处罚，定性上应根据行为人明显超过必要限度造成重大损害时的主观罪过与客观后果、援引相应的刑法分则条文，如故意伤害罪，过失致人死亡罪等，处罚原则是“应当减轻或者免除处罚”。

2. 关于紧急避险，应注意以下几个问题：

（1）同正当防卫一样，紧急避险不仅仅是为保护行为人本人的利益，也可以是为了保护他人的乃至国家、社会的利益，所保护的合法权益不仅仅是人身权利，还包括财产权利以及其他权利。

（2）第21条第3款为紧急避险制度适用的例外，是对于职务上、业务上负有特定责任的人如消防队员等而言的，其前提在于当“避免本人危险”的时候。

（3）注意紧急避险不要与正当防卫的内容相混淆：二者区别的最关键点在于打击的对象不同：正当防卫要求打击的对象只能是不法侵害者本人，而紧急避险则要求是无辜的第三者，即二者损害的对象是有原则区别的，另外在起因条件、限度条件、限制条件等方面也有不同的要求。

三大犯罪形态 { 停止形态——故意犯罪的完成形态与未完成形态（第22～24条）
 { 共同形态——共同犯罪问题（第25～29条）
 { 罪数形态——属于刑法学理论上的一类犯罪形态，刑法典中并没有直接的法条相对应

对于三大犯罪形态，都属于理论性较强的知识点，准确掌握不仅仅在于法条的熟练程度，更需要有一定的理论基础，但鉴于其重要性程度，在法条串讲中还是要结合刑法学理论，加以简单分析。

（六）犯罪停止形态

故意犯罪的停止形态包括完成形态与未完成形态，前者即犯罪既遂，后者即犯罪预备（第22条）、未遂（第23条）、中止（第24条）。

1. 犯罪既遂即犯罪已经“得逞”，总则条文没有直接具体规定，主要体现在分则的犯罪构成要件规定中。结合分则对具体犯罪的规定，结果犯、危险犯、行为犯和举动犯既遂的标准是各有不同的。

2. 关于未完成形态，应着重从以下几点把握：

（1）犯罪未遂所具有的三个构成条件或特征同时也是与故意犯罪的其他停止形态相区

分的标志：第一，行为人已经着手实行犯罪，这与犯罪预备相区别；第二，犯罪未完成（未得逞）而停止下来，这与犯罪既遂相区别；第三，犯罪停止在未完成形态是犯罪分子意志以外的原因所导致的，这与犯罪中止相区别。

（2）从时空阶段上看，犯罪预备只存在于预备阶段，犯罪未遂只存在于实行阶段，而犯罪中止则既可以存在于预备阶段，也可以存在于实行阶段。预备阶段与实行阶段临界点在于“是否已经着手实行犯罪”。所谓已经着手实行犯罪，是指行为人已经开始实施刑法分则具体犯罪构成要件中的客观方面的具体行为，如《刑法》第236条强奸罪的着手实行行为就是对被害妇女实施暴力、威胁等手段，以达到强行奸淫的目的。可以这样认为，犯罪预备行为是为分则具体犯罪构成行为的实行和犯罪的完成创造便利条件，为其实现创造可能性，而犯罪实行行为则是要直接完成犯罪，变预备阶段实行和完成犯罪的现实可能性为直接的现实性。

（3）从停止原因上看，犯罪预备与犯罪未遂都是犯罪分子意志以外的因素导致的犯罪未能得逞，而犯罪中止的一个最基本特征就是“自动性”，即行为人出于自己的意志而放弃自认为当时本可以继续实施和完成的犯罪，这是犯罪中止与犯罪预备、犯罪未遂相区别的关键所在。

（4）值得注意的是，故意犯罪的几种形态——预备、中止、未遂与既遂都是犯罪的停止形态，他们之间是一种彼此独立存在的关系，而不可能发生相互转化，如一旦达到犯罪既遂形态就不可能再转化为犯罪未遂、中止形态。如盗窃犯把盗得的财物又主动送回原处，由于其犯罪已经完成即达既遂，不存在中止犯罪的时空条件，因而不属于中止。

（5）犯罪中止有两种类型，一是自动放弃犯罪的犯罪中止，二是自动有效地防止结果发生的犯罪中止（仅仅以不作为的方式消极地停止犯罪的继续实施还不够，还要求必须采取积极的作为形式来预防和阻止既遂的犯罪结果发生且这种防止行为必须奏效），前者即为消极中止，后者即为积极中止。

（6）犯罪未遂也有两种基本的类型：一是能犯未遂，一是不能犯未遂，二者以犯罪行为的实行在当时实际上能否达到既遂为分类的标准。不能犯的未遂（包括对象不能犯和工具或手段不能犯），是由于犯罪分子主观上对事实的认识错误所导致的。

（7）关于处罚原则，未遂犯与预备犯都是以既遂犯的处罚为参照，相应适当从宽处罚；而中止犯的处罚原则较为特殊，首先明确是“应当”从宽处罚而非如同预备犯、未遂犯那样“可以”从宽处罚；其次，对中止犯的处罚也不同于预备犯、未遂犯那样比照既遂犯进行处罚，关键是看是否造成了损害结果，对于造成损害结果的，应当减轻处罚，未造成损害结果的，应当免除处罚。

（七）共同犯罪

共同犯罪形态的基本内容包括犯罪集团与主犯（第26条）、从犯（第27条）、胁从犯（第28条）、教唆犯（第29条）。

1. 关于第25条的共同犯罪概念，本身不难理解，但注意有一个司法解释的规定对共犯原则有一个小小的例外，即2000年11月10日最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第5条第2款规定：交通肇事后，单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸，致使被害人因得不到救助而死亡的，以交通肇事罪的共犯论处。众所周知，交通肇事罪是最典型的过失犯罪，但在这种情形下

也存在共同犯罪，不能不说是一个特例。

2. 关于第 26 条的犯罪集团与主犯问题，应注意以下几点：

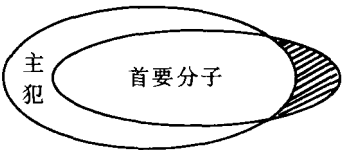
(1) 注意犯罪集团的特征（人数——3 人以上，目的与行为——共同实施某种或某几种特定的犯罪，组织——较为固定）。

(2) 主犯的几种形式：一是组织、领导犯罪集团的首要分子；二是在聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子（即绝大多数聚众犯罪中的首要分子）；三是其他在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子（主要实行犯）。

(3) 主犯与首要分子的关系（首要分子的范围根据《刑法》第 97 条确定），首要分子原则上属于主犯，但也有例外，即当刑法明确规定对某些聚众犯罪仅仅处罚首要分子（如第 291 条等）而此时首要分子就是一个人的情形下，是不存在所谓主犯的；另一方面，主犯的范围远远大于首要分子。

对此，可用右图表示：

大圆圈表示主犯
小圆圈表首要分子
阴影部分表不属于主犯的首要分子



(4) 主犯的刑事责任，第 26 条第 3 款与第 4 款对此作了专门规定，根据这一规定，主犯的刑事责任可分两种情形：一是对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚（不论其是否参与、策划甚至知悉）；二是对其他主犯，应按照其所参与或组织、指挥的全部犯罪处罚。

3. 关于第 27 条的从犯，注意从犯的作用或者是起辅助作用的，或者是起次作用的，前者即帮助犯，后者即次要的实行犯，可见实行犯也并非一律是主犯，也有属于从犯的可能的（主要看作用是否为次要的）；再者注意从犯的处罚原则，是“应当从轻、减轻或者免除处罚”，这一点也很重要，很多案例分析题中涉及共犯关系时常问“如何处罚”，实际上就是要求在先分析是主犯还是从犯，然后再回答处罚原则（注意，主犯本身并不属于从重处罚的法定情节，而仅应按照其所参与或组织、指挥的全部犯罪处罚即可，这一点不同于旧刑法的规定）。

4. 关于第 28 条的胁从犯，注意这样的几点：一是胁从犯仅包括被胁迫而参加犯罪的，不包括被诱骗而参加犯罪的情形，因为被诱骗而参与犯罪的并非属于共同犯罪；二是被胁迫参加犯罪的并非完全丧失意志自由，仅是不完全自愿地、而尚有选择的自由，否则，可以认定为不可抗力或者紧急避险而不负刑事责任；三是胁从犯的处罚原则，是“应当减轻或者免除处罚”。

5. 关于第 29 条的教唆犯，是一个重点、难点问题。对此应注意以下几点：

(1) 教唆犯在共同犯罪中既可能是（实践中常常认定为）主犯，也有可能是从犯（但不可能是胁从犯）。故对教唆犯的处罚首先是根据其在共犯中的作用决定主从关系，然后再看其有无《刑法》第 29 条规定的法定从宽或从重情节。

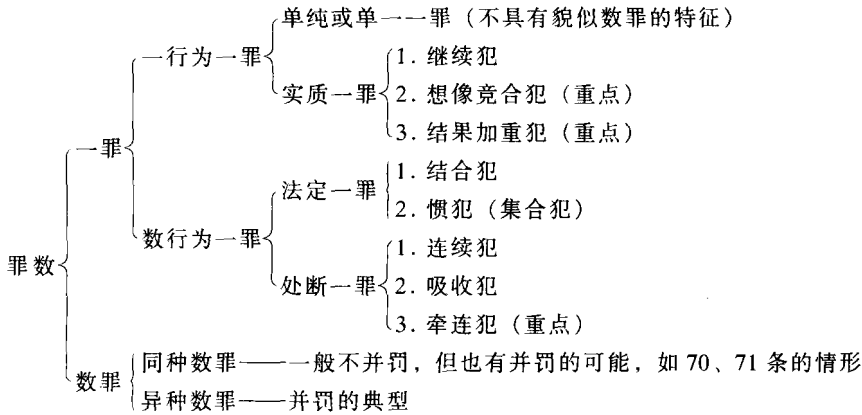
(2) 注意教唆未遂的情形既包括被教唆者并没有接受其教唆之犯罪意图，也包括被教唆者虽然接受了其教唆之犯罪意图，但并未实施所教唆之罪，或者所实施的犯罪性质同所教唆之罪的犯罪性质完全不同。

(3) 教唆犯的刑事责任的确定，一方面要确定他在共同犯罪中所起的作用（主犯还是从犯），另一方面还要考虑有无从重或从宽处罚的因素：如果教唆的对象是不满18周岁的人的，应当从重处罚，如果属于教唆未遂的，则可以从轻或减轻处罚。

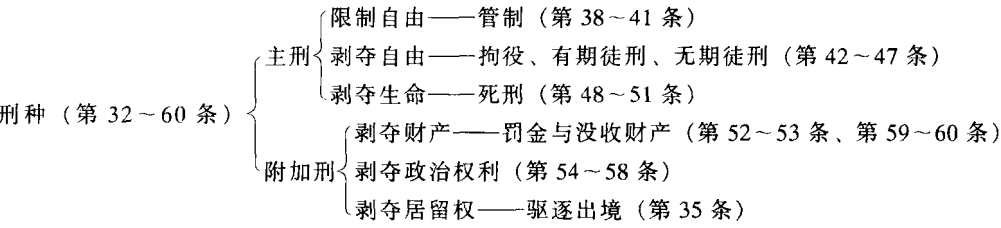
(4) 注意《刑法》第295条的传授犯罪方法罪与教唆犯罪的区别：教唆犯仅仅是起意犯，而传授犯罪方法行为则是将具体的实施某种犯罪的方法、技巧传授给他人，至于是否有唆使他人去实施犯罪的目的则在所不问；再者，传授犯罪方法的行为有其独立的罪名与法定刑。

(八) 罪数形态

罪数形态属于理论上的犯罪形态问题，并无直接的法条内容相对应，这里仅给出知识结构图：



以上八个方面都属于刑法总则部分“犯罪论”的归纳，需要说明的是犯罪论部分的问题仅仅看法条是远远不够的，还需要基本理论上的准备，如研读教材甚至大学本科的统编教科书等。这一点与下面所要讲的“刑罚论”部分的复习方法应有所不同。刑罚论部分的知识点基本集中在刑法典第32~89条中，只要对相关法条内容精确把握、法条关系理顺基本上足以对付这种类型的考试。



(九) 主刑问题

对于主刑，应注意以下几个方面的问题：

1. 关于自由刑。

在5种主刑中，管制与拘役、有期徒刑、无期徒刑属于自由刑，都是针对人身自由的。大家可以从刑期、执行机关、执行内容等方面予以列表比较共性与差异。如管制犯在劳动中应当同工同酬，而拘役犯则是给予酌量报酬；管制、拘役与有期徒刑这3种有期限的自由刑刑期均是从判决执行之日而非确定之日起计算（第41条、第44条、第47条）；执行前的羁押期问题，管制是羁押1日折抵刑期2日，拘役与有期徒

刑则仅折抵1日，而无期徒刑则不存在折抵问题。

2. 关于生命刑。

对于生命刑即死刑，注意以下几个问题：

(1) 死刑适用的禁止性对象——不满18周岁的人和怀孕的妇女。不满18周岁是以犯罪时为准的，而不是以审判时为准；“怀孕的妇女”是以审判的时候为准的，而不是犯罪的时候，“审判的时候”具体是指从采取强制措施到执行的整个刑事诉讼过程，而不仅仅是指法院审理阶段；“怀孕的妇女”包括被实施人工流产的妇女；对于审判期间自然流产的妇女，根据1998年8月4日最高人民法院《关于对怀孕的妇女在羁押期间自然流产审判时是否适用死刑问题的批复》，怀孕的妇女因涉嫌犯罪在羁押期间自然流产后，又因同一事实被起诉、交付审判的，应当视为“审判的时候怀孕的妇女”，依法不适用死刑。

(2) 注意死刑与死刑缓期2年执行的关系，死刑缓期2年执行不是一个独立的刑种，而是一个运用死刑的刑罚制度，只有在罪犯被判处死刑的情况下，才有适用的可能性，也就是说死刑是死缓的前提条件。

(3) 关于死刑核准权问题。死刑除由最高人民法院判决的外，都应当报最高人民法院核准，这里“死刑”特指“死刑立即执行”的情况，因为被判死刑缓期执行的各高级人民法院有权直接复核，无须再上报；同时涉及死刑核准权下放的问题。修订后的《刑事诉讼法》、《刑法》虽然都原则上规定死刑应由最高人民法院核准，但在此之前最高人民法院根据全国人大常委会的有关规定以及《人民法院组织法》而授权高级人民法院核准部分死刑案件的规定在实践中目前仍然有效：即对杀人、强奸、抢劫、爆炸以及其他严重危害公共安全，而依法被判死刑的案件，可以由各地高级人民法院复核，但对于危害国家安全、经济犯罪、贪污贿赂犯罪而被判死刑的案件仍然上报到最高人民法院，由其复核。此外，90年代后，针对毒品犯罪严重的情况，最高人民法院又先后授予云南等几个高级人民法院对毒品案件以死刑复核权（实为《刑法》第347条规定的走私、制造、贩卖、运输毒品罪案件）。

(4) 对于死缓的法律后果问题，有三种可能：一是执行死刑，二是减为无期徒刑，三是减为有期徒刑。三种后果各自必须具备的相应条件：首先，执行死刑的条件是在2年执行期间故意犯罪，查证属实，并经最高人民法院核准，注意这里要求是故意犯罪而非一般的犯新罪，也就是说虽然在2年期间又犯了新罪，但为过失犯罪的，仍不能立即执行死刑；其次，减为无期徒刑的条件是2年期间没有故意犯罪，即使有一般的违法行为甚至是过失犯罪行为而非故意犯罪的，也应当减为无期徒刑；第三，减为有期徒刑的条件是2年期间不但没有故意犯罪反而有重大立功的，需要注意的是减为有期徒刑是有一定期限范围的，即须在15年以上20年以下的幅度内，“重大立功”应当参照《刑法》第78条规定的几个法定情形；最后注意如果因故意犯罪而核准死刑立即执行的不需要等到2年期满，原则上发现故意犯罪并经查证属实的即可报请核准执行。而减为无期徒刑与有期徒刑则不然，需要等到二年执行期满之后才可以依法减处。

(十) 附加刑问题

1. 刑法规定的附加刑有4种。大家可能非常熟悉罚金、没收财产、剥夺政治权利