

来胜 LiCENSE

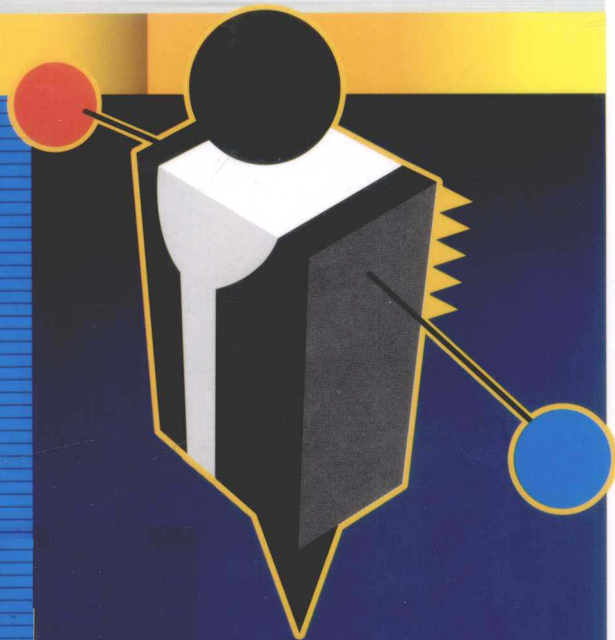
2010
精品丛书
New Edition

司考法规关联记忆

第二卷

刑法类 · 刑事诉讼法类 行政法与行政诉讼法类

阮齐林 卫跃宁 吴鹏 编著



记

华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

D92-44

165

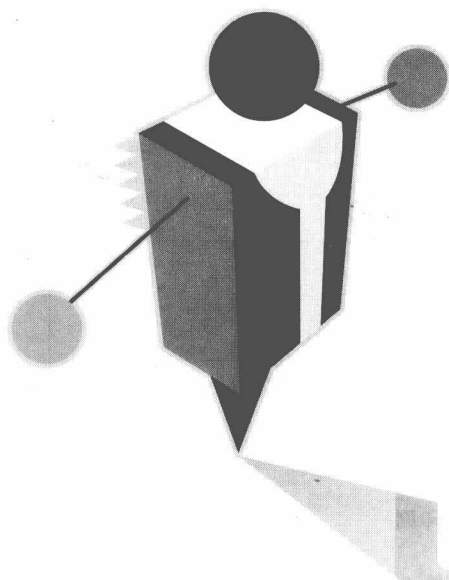
:2

LICENSE 来胜司考丛书

司考法规关联记忆

第二卷 刑法类·刑事诉讼法类 行政法与行政诉讼法类

阮齐林 卫跃宁 吴鹏 编著



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

中国·武汉

图书在版编目(CIP)数据

司考法规关联记忆. 第二卷, 刑法类·刑事诉讼法类·行政法与行政诉讼法类/阮齐林
卫跃宁 吴鹏 编著. —武汉: 华中科技大学出版社, 2010 年 4 月
ISBN 978-7-5609-6130-9

I. 司… II. ①阮…②卫…③吴… III. ①刑法-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料②刑事诉讼法-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料③行政法-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料④行政诉讼法-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料 IV. D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 064833 号

司考法规关联记忆(第二卷)
刑法类·刑事诉讼法类·行政法与行政诉讼法类

阮齐林 卫跃宁 吴鹏 编著

责任编辑:王亚楠 于 建

封面设计:罗元闵

责任监印:周治超

出版发行:华中科技大学出版社(中国·武汉)

武昌喻家山 邮编:430074 电话:(027)87557437

印 刷:华中科技大学印刷厂

开本:787mm×1092mm 1/16

印张:31.25

字数:940 000

版次:2010 年 4 月第 1 版

印次:2010 年 4 月第 1 次印刷

定价:40.00 元

ISBN 978-7-5609-6130-9/D·136

(本书若有印装质量问题,请向出版社发行部调换)

关于本书的特色及使用说明

法条是司法考试命题的根本。每年司法考试的备战物资中,法律、法规汇编类书籍是人手一册,不可或缺,这是由历年试卷“因法设题”的命题特点所决定的。例如《刑法》,其最大的特点就是“罪刑法定”,离开了法条,题又从何命起?故只有对法条足够熟悉,我们才能在司法考试中如鱼得水。

历年积攒的法律、法规非常多,并且司法解释层出不穷,它们相互之间纵横交错甚至冲突,考生要想在自己头脑中形成系统的认识,需要经过数次整理,费时费力。

有没有一本能为考生通过司法考试提供有效帮助的法律、法规汇编书籍呢?

本书特色

一、全面且重点突出。本书涵盖了所有司考大纲要求掌握的法律、法规及司法解释,包括新修订的《保险法》等,并将这些法律文件按照重要程度进行了不同的整理、加工,突出了重点。

二、体例科学、合理。为了方便携带和阅读,本书按司考大纲分为三卷。第一卷包括:宪法类、经济法类、国际法类、司法制度类;第二卷包括:刑法类、刑事诉讼法类、行政法与行政诉讼法类;第三卷包括:民法类、商法类、民事诉讼法与仲裁制度类。本书在每一类别中,又对法律、法规和司法解释等进行了更细一层的分类,以使结构更加清晰,查找更加便捷。

三、“法条群”与“提示叮咛”的有机组合。本书的最大特点在于以部门法为基础,将考纲要求的其他“关联法条”都加工整理并集中展示。“关联法条”如何定义?即对基本法条起补充、修正作用的司法解释,以及可以通过对比而强化记忆的其他法条。比如,《民法通则》中一些关于知识产权的生效规定与其后颁布的特别法存有冲突,就将其删去不再引用,避免混淆;再如《民法通则》中关于民事行为的无效与可撤销、可变更的界定和《合同法》存在差异,就将其放置一处,以利于对比记忆,建立一个有针对性、能够真正解决问题的“法条群”。“提示叮咛”对“法条群”所涉及的考点进行了透彻的讲解,使考生举重若轻、事半功倍。

几点说明

一、关于重点法条的标示。为了使考生在全面学习的同时做到有所侧重,我们将重点法条都用“★”标出,以供学习时参考。

二、关于本书“法条主旨”。为了使考生更好地领会法条的旨意,我们对某些重要法律条文的主要内容进行了概括,并置于“【】”中。

三、关于下划线。为便于考生轻松地找出法条中的“题眼”(考试中容易涉及的地方),我们用加下划线的方式对其进行了标示。

四、民法、刑法、行政法、诉讼法等几大部门法的法律条文应仔细研读,特别是标注的重点法条,应结合“关联法条”和“提示叮咛”进行综合理解;而对于经济法等中的若干小法,简单记忆其重点法条即可;特别要提到的是“国际法类”,以往大家可能觉得该部分只宜看教材,无法通过条约、法规等的学习来掌握,此次修订,国际法类的作者根据考纲的要求对该部分进行了分类、节选、概括等加工,使其可读性、应试性大大增强。

本书几经改版,精益求精,每版都得到不少考生的认可,这让我们备感欣慰。我们期待着你的成功,你的成功,就是我们的快乐!

编者
2010年1月

目 录

刑法类

一、刑法	1
中华人民共和国刑法	1
二、刑法修正案	120
中华人民共和国刑法修正案	120
中华人民共和国刑法修正案(二)	122
中华人民共和国刑法修正案(三)	122
中华人民共和国刑法修正案(四)	123
中华人民共和国刑法修正案(五)	124
中华人民共和国刑法修正案(六)	125
中华人民共和国刑法修正案(七)	127
三、单行刑法	129
全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的 决定	129
四、立法解释	130
全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》第九十三条第二款 的解释	130
全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》第二百二十八条、 第三百四十二条、第四百一十条的解释	130
全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》第三百八十四条 第一款的解释	131
全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》第二百九十四条 第一款的解释	131
全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》第三百一十三条的 解释	132
全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》第九章渎职罪主体 适用问题的解释	132

全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》有关出口退税、 抵扣税款的其他发票规定的解释	133
全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》有关文物的规定 适用于具有科学价值的古脊椎动物化石、古人类化石的解释	133
五、司法解释之总则部分	133
最高人民法院关于适用财产刑若干问题的规定	133
最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释	134
最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释	136
最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的解释	137
最高人民法院、最高人民检察院印发《关于办理职务犯罪案件认定自首、 立功等量刑情节若干问题的意见》的通知	139
六、危害公共安全罪	140
最高人民法院关于审理破坏公用电信设施刑事案件具体应用法律若干问题的 解释	140
最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃油气、破坏油气设备等刑事案件 具体应用法律若干问题的解释	141
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	142
最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害矿山安全生产刑事案件具体应用 法律若干问题的解释	143
七、破坏社会主义市场经济秩序罪	145
最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用 法律若干问题的解释	145
最高人民法院关于审理走私刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)	146
最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律 若干问题的解释	148
最高人民法院关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释	150
最高人民法院印发《最高人民法院关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干 问题的解释》的通知	151
最高人民法院关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释	151
八、侵犯财产罪	152
最高人民法院关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释	152
最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释	153
最高人民法院、最高人民检察院关于办理与盗窃、抢劫、诈骗、抢夺机动车相关 刑事案件具体应用法律若干问题的解释	156
九、妨害社会管理秩序罪	157
最高人民法院关于审理黑社会性质组织犯罪的案件具体应用法律若干问题的解释	157

最高人民法院、最高人民检察院关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释	158
最高人民法院、最高人民检察院关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释	159
最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释	160
十、贪污贿赂罪	162
最高人民法院、最高人民检察院关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见	162
最高人民法院关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释	163
刑事诉讼法类	
一、刑事诉讼法	165
中华人民共和国刑事诉讼法	165
二、一般性解释	244
最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定	244
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	249
人民检察院刑事诉讼规则	276
最高人民检察院关于修改《人民检察院刑事诉讼规则》第四百零五条和第四百零七条的通知	310
最高人民法院、最高人民检察院、司法部关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见(试行)	311
最高人民法院关于审理未成年人刑事案件的若干规定	312
人民检察院办理未成年人刑事案件的规定	315
三、管辖	319
最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于旅客列车上发生的刑事案件管辖问题的通知	319
四、强制措施	320
最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部关于取保候审若干问题的规定	320
五、附带民事诉讼	322
最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定	322
六、立案和侦查	322
最高人民检察院关于人民检察院直接受理立案侦查案件范围的规定	322
全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定	324

七、审判	325
全国人民代表大会常务委员会关于完善人民陪审员制度的决定	325
最高人民法院、最高人民检察院、司法部关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见	327
最高人民法院、最高人民检察院关于死刑第二审案件开庭审理程序若干问题的规定(试行)	328
最高人民法院关于统一行使死刑案件核准权有关问题的决定	330
最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定	331
最高人民法院关于刑事再审案件开庭审理程序的具体规定	332
最高人民法院关于加强人民法院审判公开工作的若干意见	334
八、执行	336
最高人民法院关于适用停止执行死刑程序有关问题的规定	336
行政法与行政诉讼法类	
一、行政法主体	338
中华人民共和国公务员法	338
地方各级人民政府机构设置和编制管理条例	348
国务院行政机构设置和编制管理条例	350
行政机关公务员处分条例	353
二、行政行为	358
中华人民共和国行政处罚法	358
中华人民共和国行政许可法	368
中华人民共和国治安管理处罚法	379
中华人民共和国行政复议法	391
中华人民共和国行政复议法实施条例	405
中华人民共和国政府信息公开条例	411
行政法规制定程序条例	415
规章制定程序条例	418
三、行政诉讼法	421
中华人民共和国行政诉讼法	421
最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释	443
最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定	452
最高人民法院关于行政案件管辖若干问题的规定	453
最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定	454
关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要	460
最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定	463
最高人民法院关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定	464
最高人民法院关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定	465

四、国家赔偿法	466
中华人民共和国国家赔偿法	466
最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定	479
最高人民法院关于人民法院执行《中华人民共和国国家赔偿法》几个问题的 解释	480
最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定	481
最高人民法院关于民事、行政诉讼中司法赔偿若干问题的解释	483
最高人民法院关于审理人民法院国家赔偿确认案件若干问题的规定(试行)	485
最高人民法院关于人民法院赔偿委员会审理赔偿案件程序的暂行规定	487
国家赔偿费用管理办法	488

刑法类

一、刑法

中华人民共和国刑法

(1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过 1997年3月14日第八届全国人民代表大会第五次会议修订 根据1999年12月25日通过的《中华人民共和国刑法修正案》、2001年8月31日通过的《中华人民共和国刑法修正案(二)》、2001年12月29日通过的《中华人民共和国刑法修正案(三)》、2002年12月28日通过的《中华人民共和国刑法修正案(四)》、2005年2月28日通过的《中华人民共和国刑法修正案(五)》、2006年6月29日通过的《中华人民共和国刑法修正案(六)》和2009年2月28日通过的《中华人民共和国刑法修正案(七)》修正)

导 读

刑法在所有列入司法考试范围的法律、法规中居于首要位置,其分值历年来均保持在85分左右(09年刑法总分80分,其中20道单选题,15道多选题,4道不定项及22分主观题)。并且,从近三年的试题情况看,刑法部分的试题日渐成熟,且难度趋于稳定。

刑法部分的出题特点主要有三种:一是直接考查刑法法条和刑法司法解释;二是考查刑法总则中需要深入理解的内容,即刑法理论问题,如犯罪未遂、认识错误等;三是正面或反面考查行为的认定,重点则在于罪与非罪、此罪与彼罪的界限。可见,在理解的基础上准确记忆法条和刑法司法解释,是刑法部分复习的法宝。需要重点强调的是,刑法考题,尤其是选择题所涉及的知识点要求精确度极高,对应用相关法条解决问题的能力要求也较高。

目 录

第一编 总则

第一章 刑法的任务、基本原则和适用范围

第二章 犯罪

第一节 犯罪和刑事责任

第二节 犯罪的预备、未遂和中止

第三节 共同犯罪

第四节 单位犯罪

第三章 刑罚

第一节 刑罚的种类

第二节 管制

第三节 拘役

第四节 有期徒刑、无期徒刑

第五节 死刑

第六节 罚金

第七节 剥夺政治权利

第八节 没收财产

第四章 刑罚的具体运用

第一节 量刑

第二节 累犯

第三节 自首和立功

第四节 数罪并罚

第五节 缓刑

第六节 减刑

第七节 假释

第八节 时效

第五章 其他规定

第二编 分则

第一章 危害国家安全罪

第二章 危害公共安全罪

第三章 破坏社会主义市场经济秩序罪

第一节 生产、销售伪劣商品罪

第二节 走私罪

第三节 妨害对公司、企业的管理秩序罪

第四节 破坏金融管理秩序罪

第五节 金融诈骗罪

第六节 危害税收征管罪

第七节 侵犯知识产权罪

第八节 扰乱市场秩序罪

第四章 侵犯公民人身权利、民主权利罪

第五章 侵犯财产罪

第六章 妨害社会管理秩序罪

第一节 扰乱公共秩序罪

第二节 妨害司法罪

第三节 妨害国(边)境管理罪

第四节 妨害文物管理罪

第五节 危害公共卫生罪

第六节 破坏环境资源保护罪

第七节 走私、贩卖、运输、制造毒品罪

第八节 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪

第九节 制作、贩卖、传播淫秽物品罪

第七章 危害国防利益罪

第八章 贪污贿赂罪

第九章 渎职罪

第十章 军人违反职责罪

附 则

第一编 总 则

本编命题趋势

刑法总则部分的各个章节都是司法考试的重点。与分则相比,总则仅有101个条文(分则有350个条文),但却占去了刑法试题总分值的45%左右。考虑到作答刑法分则部分的试题离不开刑法总则部分的规定这一事实,总则条文在刑法应试中的地位与作用就更高了。由于刑法总则的理论问题较多,故需在深入理解的基础上准确记忆。

第一章 刑法的任务、基本原则和适用范围

本章命题趋势

本章考点集中在罪刑法定原则的理解、应用和刑法的适用范围。尽管考题相对较少,但鉴于刑法部分理论性知识考查的增多,本章内容仍不可忽视。

第一条 【立法目的】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。

第二条 【任务】中华人民共和国刑法的任务,是用刑罚同一切犯罪行为作斗争,以保卫国家安全,

保卫人民民主专政的政权和社会主义制度,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,保护公民的人身权利、民主权利和其他权利,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。

★ **第三条 【罪刑法定】**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。(06-2卷-1,08-4卷-7,08川-2卷-1,6,09-2卷-1)

◆ 经典真题

(06-2卷-1)关于罪刑法定原则,下列哪一选项是正确的?(单项)

- 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

答案:C

第四条 【法律面前人人平等】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的特权。

第五条 【罪责刑相适应】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。(05-2卷-2,51)

★ **第六条 【属地管辖权】**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。(05-2卷-3,56,07-2卷-51,08川-2卷-23)

◆ 关联法条

《刑诉解释》

第十条 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。

提示叮咛

1. 刑法适用的空间效力。我国刑法分别由《刑法》第6、7、8与第9条规定了属地原则、属人原则、保护原则与普遍管辖原则，应注意各原则适用的条件。

2. 本条所规定的内容即“属地原则”，这是我国刑法空间效力的基础。本法第7、8、9条所规定的三个管辖原则是其补充。

3. “法律有特别规定”的含义。注意本法第11条关于“享有外交特权和豁免权的外国人”在我国境内犯罪和第90条“民族自治地方”制定变通或补充规定是本条原则的例外。

4. 本条第2款规定的是我国领土的自然延伸。船舶与航空器既包括民用的，也包括军用的。但本款并未包括“国际列车”，具体解决方法应参照“刑诉解释”第10条。

5. 本条第3款所规定的“犯罪的行为”既包括犯罪的实施行为，也包括犯罪的预备行为。

经典真题

(07-2卷-51)关于刑事管辖权，下列哪些选项是正确的？（多项）

- A. 甲在国外教唆陈某到中国境内实施绑架行为，中国司法机关对甲的教唆犯罪有刑事管辖权
- B. 隶属于中国某边境城市旅游公司的长途汽车在从中国进入E国境内之后，因争抢座位，F国的汤姆一怒之下杀死了G国的杰瑞。对汤姆的杀人行为不适用中国刑法
- C. 中国法院适用普遍管辖原则对劫持航空器的丙行使管辖权时，定罪量刑的依据是中国缔结或者参加的国际条约
- D. 外国人在中国领域外对中国公民犯罪的，即使按照中国刑法的规定，该罪的最低刑为3年以上有期徒刑，也可能不适用中国刑法

答案：A B D

★ **第七条 【属人管辖权】**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。
(05-2卷-56)

提示叮咛

本条规定的是刑法效力适用的“属人原则”。应注意：

1. 凡属于中国公民，不管其在国外何地，基于国家主权原则，其犯罪行为都应适用我国刑法。

2. 掌握本条的关键在于明确“一般”和“一律”的问题。普通公民在国外犯罪的，一般或原则上都要适用我国刑法追究其刑事责任，但罪轻（法定的最高刑3年以下）的可以不予追究；而对于国家工作人员和军人则一律适用我国刑法追究其刑事责任。

★ **第八条 【保护管辖权】**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。

提示叮咛

本条所规定的为刑法效力适用的“保护原则”，其适用必须同时满足以下条件：

1. 行为主体必须是外国人（包括无国籍人）。否则适用本法第7条的“属人原则”。

2. 行为地必须是我国领域外。否则适用本法第6条的“属地原则”。

3. 行为针对的对象必须是“中华人民共和国国家或者公民”。即侵犯的是我国国家或者公民的合法利益。

4. 行为性质比较严重，按本法规定最低法定刑为3年以上有期徒刑（“重罪”）。

5. 满足“双重犯罪”。即行为地的法律和我国《刑法》都将该行为规定为犯罪。

第九条 【普遍管辖权】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。

第十条 【对外国刑事判决的消极承认】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。

第十一条 【外交代表刑事管辖豁免】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。

第十二条 【溯及力】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。

关联法条

《刑法第十二条的解释》

第一条 刑法第十二条规定的“处刑较轻”,是指刑法对某种犯罪规定的刑罚即法定刑比修订前刑法轻。法定刑较轻是指法定最高刑较轻;如果法定最高刑相同,则指法定最低刑较轻。

第二条 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。

第三条 1997年10月1日以后审理1997年9月30日以前发生的刑事案件,如果刑法规定的定罪处刑标准、法定刑与修订前刑法相同的,应当适用修订前的刑法。

提示叮咛

1. 本条规定的是刑法适用的溯及力问题。我国刑法采取的是“从旧兼从轻”原则,首先要考虑的是适用旧法,即行为时的法律规定,只有当新法对这一行为处刑比较轻或不认为是犯罪时,才适用新法。

2. 刑法溯及力的适用对象只能是未决犯,对于已决犯则不适用(本条第2款)。

第二章 犯 罪

本章命题趋势

本章在刑法中具有核心地位,而且在司法考试中平均每年也有8题左右。本章刑法理论问题极多,需在深入理解的同时准确记忆法条。

第一节 犯罪和刑事责任

本节命题趋势

本节考点集中在犯罪主观方面(包括故意和过失、认识错误等,每年考查2题左右)、刑事责任年龄(年均1题)、刑事责任能力、排除犯罪性的行为(包括正当防卫和紧急避险,年均1题)其他排除犯罪性的事由,如法令行为、正当业务行为、自救行为、被害

人承诺等。因本节刑法理论问题较多,需在深入理解的同时准确记忆法条。

第十三条 【犯罪概念】一切危害国家主权、领土完整和安全,分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度,破坏社会秩序和经济秩序,侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产,侵犯公民私人所有的财产,侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利,以及其他危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪,但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。

★第十四条 【故意犯罪】明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果发生,因而构成犯罪的,是故意犯罪。

故意犯罪,应当负刑事责任。(06-2卷-3,52)

提示叮咛

1. 本条规定的是犯罪故意的内容。根据主客观统一的原理,故意的认识要素与客观要素是一致的。

(1) 认识因素要求是“明知”。①对构成要件事实有认识(事实认识)。主要内容是结果不是行为,但不是任何客观要素都是认识的内容,如“客观的超过要素”,不属于故意认识的内容,本法第129条丢失枪支不报、非法出租出借枪支、滥用职权、违法发放贷款等结果,不要求有故意认识,但要求能预见。②对社会危害性有认识。

(2) 意志因素要求是“希望或放任”。

2. 犯罪故意区分为直接故意与间接故意。其中,直接故意是第22—24条规定的犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止存在的前提条件,其他罪过形式(包括间接故意)都不存在这些未完成犯罪形态的问题。间接故意的问题主要在于其与过于自信过失的区别。

3. 明确直接故意与间接故意的区别是掌握本条的关键。

(1) 在认识因素方面,对行为导致危害结果发生虽然都有认识,但认识的程度不同。直接故意一般是行为人明知自己的行为必然发生危害结果,但也可以是明知其行为可能发生危害社会的结果;而间接故意只能是行为人明知自己的行为可能发生危害结果。

(2) 在意志因素方面,即二者对危害结果发生的心理态度显然不同。直接故意是希望即积极追求危害结果的发生,而间接故意则对危害结果的发生持放任即无所谓、听之任之的心理态度。

4. 间接故意的表现是犯罪故意的难点。在实践

中,间接故意一般通过以下三种情况表现出来。

(1) 行为人为追求某一犯罪目的而放任了另一危害结果的发生,如甲为放火烧乙的房屋而放任了将睡在房中的乙烧死。

(2) 行为人为追求某一非犯罪目的而放任某一危害结果发生,如甲为打一野兔而置正在附近采摘果实的、可能误中的乙于不顾,并开枪击中乙致死。

(3) 突发性犯罪中行为人不计后果放任某种严重危害结果的发生,如甲因违法犯罪被乙当场抓获,为挣脱逃跑,甲掏出匕首向乙刺去,致乙心脏被刺破,伤重而死。以上三种情况中,行为人对被害人死亡结果的发生,都是持间接故意的心理态度。

5. 特定结果的发生与否,对这两种故意支配下的危害行为定罪是不同的。对于直接故意而言,法定的特定结果发生与否是其既遂的标志;对间接故意而言,则是成立何种罪行或构成犯罪与否的标志。如同样是开枪射击他人的行为,如果是出于直接故意,则不论是否导致他人死亡或受伤,都构成故意杀人罪(只不过在未死亡的情形下属于故意杀人未遂而已);如果是出于放任的间接故意,则定性问题也应具体分析,若击中他人并导致死亡的,成立故意杀人罪,若击中但未导致死亡而仅是受伤的,则可能成立故意伤害罪,若未击中则不构成犯罪。

★ **第十五条** 【过失犯罪】应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果,因为疏忽大意而没有预见,或者已经预见而轻信能够避免,以致发生这种结果的,是过失犯罪。(06-2 卷-3)

过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任。

※ 提示叮咛

1. 过失行为构成犯罪必须同时具备两个条件。

(1) 该行为必须造成了严重的危害结果;

(2) 法律明确规定了该行为应构成犯罪。

2. 犯罪过失有两个基本类型

(1) 过于自信的过失;

(2) 疏忽大意的过失。

二者的区别关键在于认识因素方面:对危害结果的可能发生,过于自信的过失已经有所预见(认识),而疏忽大意的过失根本没有预见(认识)。

3. 掌握过于自信的过失与间接故意的区别:

(1) 相似点:对结果发生的可能性都有认识且不追求结果的发生。

(2) 理论区别:认识程度、态度不同。间接故意是“明知可能而放任”,自信过失是“已经预见到可能但轻信可以避免”。

① 在犯罪过程中或者具有犯罪恶意的情况下造成了一个相近结果,通常认为这个结果是间接故意,例如:A 在犯罪过程中怀有犯罪恶意,明知可能造成另一犯罪结果的发生而放任的,为间接故意。B. 毒妻致子死亡案,对妻为直接故意,对子为间接故意,但表明采取防范措施的除外。

② 在日常生活工作过程中,预见而轻信能避免的,一般为过于自信,但有特殊情况(突发偶然情况下),例如:猎物旁站有一人,射击猎物而击中人。胆大妄为者为轻信,冒险轻率者则为放任。

4. 掌握疏忽大意的过失与本法第 16 条规定的意外事件的区别。其判断标准如下:

(1) 一般。看行为人是否违反法律、规章或者习惯(客观标准)。如交通违章,厂矿违章。

(2) 特殊。结合预见能力(主观标准)。意外事件是行为人对危害结果的发生不可能预见,也不应当预见(没有注意能力与注意义务);而疏忽大意的过失中行为人对危害结果发生的可能性能够预见、应当预见(具有注意能力与注意义务),仅仅是由于其疏忽大意的心理而导致了未能实际预见。

5. 对“过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任”的理解是,没有明文规定过失的,只追究故意。某种犯罪,过失也能构成时,故意当然能构成,反之则不然。例如:丢失枪支不报罪是故意罪,因为如果是过失,则无对应之故意罪;重大环境污染事故罪是过失罪。

第十六条 【不可抗力意外事件】行为在客观上虽然造成了损害结果,但是不是出于故意或者过失,而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的,不是犯罪。

★ **第十七条** 【刑事责任年龄】已满十六周岁的人犯罪,应当负刑事责任。

已满十四周岁不满十六周岁的人,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。(06-2 卷-5,09-2 卷-2,11)

已满十四周岁不满十八周岁的人犯罪,应当从轻或者减轻处罚。

因不满十六周岁不予刑事处罚的,责令他的家长或者监护人加以管教;在必要的时候,也可以由政府收容教养。

※ 关联法条

《相对刑事责任范围的意见》

刑法第十七条第二款规定的八种犯罪,是指具

体犯罪行为而不是具体罪名。对于刑法第十七条中规定的“犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡”，是指只要故意实施了杀人、伤害行为并且造成了致人重伤、死亡后果的，都应负刑事责任。而不是指只有犯故意杀人罪、故意伤害罪的，才负刑事责任，绑架撕票的不负刑事责任。对司法实践中出现的已满十四周岁不满十六周岁的人绑架人质后杀害被绑架人、拐卖妇女、儿童而故意造成被拐卖妇女、儿童重伤或死亡的行为，依据刑法是应当追究其刑事责任的。

《未成年人刑案解释》

第二条 刑法第十七条规定的“周岁”，按照公历的年、月、日计算，从周岁生日的第二天起算。

第五条 已满十四周岁不满十六周岁的人实施刑法第十七条第二款规定以外的行为，如果同时触犯了刑法第十七条第二款规定的，应当依照刑法第十七条第二款的规定确定罪名，定罪处罚。

第十条 已满十四周岁不满十六周岁的人盗窃、诈骗、抢夺他人财物，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，当场使用暴力，故意伤害致人重伤或者死亡，或者故意杀人的，应当分别以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。

已满十六周岁不满十八周岁的人犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，应当依照刑法第二百六十九条的规定定罪处罚；情节轻微的，可不以抢劫罪定罪处罚。

提示叮咛

本条之规定历年考试或多或少都会涉及，应当重视以下几个问题：

1. 未成年人刑事责任能力。

(1) 不满14周岁的人，为完全无刑事责任人。

(2) 已满14周岁不满16周岁的人，为限制刑事责任人。应当负刑事责任的范围为“八罪十情”（即八种严重故意犯罪共十种情况）。其中故意伤害罪与强奸罪都包含了两种情况：前者包括故意伤害致人重伤与故意伤害而致人死亡两种情形，而不包括轻伤害；后者包括强奸妇女与奸淫幼女两种情形（注意，根据两高所作的《关于执行刑法确定罪名的补充规定》，取消了奸淫幼女罪这一罪名，奸淫幼女的行为统一确定为强奸罪）。

(3) 已满16周岁的人，负刑事责任。

2. 本条第2款采取的是列举的方式，应注意以下情况：

(1) 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，对走私、制造、运输毒品等其他相近行为（《刑法》第347条）则不负刑事责任。

(2) 《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，已满14周岁不满16周岁的人仅对放火、爆炸、投毒负刑事责任，而对决水或者以其他危险方法危害公共安全的行为则不负刑事责任。

(3) 由于法律列举的均为故意犯罪，因此他们对于所有的过失犯罪都不用负刑事责任。

3. 注意，已满14周岁不满16周岁的仅仅实施绑架行为的，不负刑事责任；如果杀害人质的，定故意杀人罪。

4. 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“转化型抢劫罪”，如第269条、第267条第2款等规定的抢劫罪。

5. 本条所列年龄和周岁的计算原则。本条所列年龄均指实施犯罪行为时（而非犯罪结果出现时）的年龄；周岁的计算原则，应当以实足年龄为准，自过生日的第2天起才为“已满14周岁或16周岁”。

6. 对于已满14周岁不满18周岁的人犯罪，适用刑罚时应当遵循两个原则：一是应当从轻或减轻处罚；二是不适用死刑（包括死缓）。

7. 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，在必要的时候也可以由政府收容教养。

第十八条 【特殊人员的刑事责任能力】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，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任，但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗；在必要的时候，由政府强制医疗。

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。

醉酒的人犯罪，应当负刑事责任。

第十九条 【又聋又哑的人或盲人犯罪的刑事责任】又聋又哑的人或者盲人犯罪，可以从轻、减轻或者免除处罚。

★ 第二十条 【正当防卫】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进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任

任。(09-2 卷-3)

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。

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。(05-2 卷-59,06-2 卷-16、18,07-2 卷-2,08-2 卷-93,08 川-4 卷-2)

提示叮咛

1. 排除犯罪的事由包括正当防卫、紧急避险及法令行为、正当业务行为、被害人承诺、自救行为、自损行为、义务冲突等。而正当防卫分为一般正当防卫(本条第1款)和特殊正当防卫(本条第3款)。

2. 一般正当防卫是针对不法侵害所进行的防卫,具有防卫限度之要求,存在防卫过当的问题。注意,“防卫过当”本身并不是一个独立的罪名,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,适用相应的刑法分则条文,如故意伤害罪、过失致人死亡罪等,并按照“应当减轻或者免除”的原则处罚。

3. 特殊正当防卫,其实质为没有防卫限度之要求,不存在防卫过当的问题的正当防卫,其适用条件为:

(1) 起因条件必须是危及人身安全的暴力犯罪;

(2) 防卫行为保护的利益仅限人身安全而不包括其他合法权益,如财产权利;

(3) “行凶”应理解为故意重伤以上的伤害行为,而不包括轻伤。

4. 正当防卫不限于保护行为人的利益,也可以是为了保护他人乃至国家、社会的利益,所保护的合法权益也不限于人身权利,还包括财产权利及其他权利。

经典真题

(09-2 卷-3)关于正当防卫,下列哪一选项是错误的?(单项)

- A. 制服不法侵害人后,又对其实施加害行为,成立故意犯罪
- B. 抢劫犯使用暴力取得财物后,对抢劫犯立即进行追击的,由于不法侵害尚未结束,属于合法行为
- C. 动物被饲主唆使侵害他人的,其侵害属于不法侵害;但动物对人的自发侵害,不是不法

侵害

D. 基于过失而实施的侵害行为,不是不法侵害

答案:D

第二十一条 【紧急避险】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,不得已采取的紧急避险行为,造成损害的,不负刑事责任。(07-2 卷-2,08-2 卷-93,09-2 卷-4)

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。

第一款中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。

提示叮咛

1. 区别本条规定的紧急避险和第20条规定的正当防卫的关键点在于:

(1) 起因条件。正当防卫的起因条件是他人的不法侵害,而紧急避险的起因条件是一种危险,包括自然灾害等非人为的损害。

(2) 限度条件。正当防卫所造成的损害可以大于或等于所要保护的利益,而紧急避险所造成的损害不能等于更不能大于所要保护的利益。

(3) 限制条件。紧急避险要求必须是不得已的,没有其他更好的办法而采取的。而正当防卫则无此要求。

(4) 对象条件。正当防卫要求打击的对象只能是不法侵害者本人,而紧急避险针对的对象则可以是无辜的第三者,二者损害的对象是有原则区别的。

(5) 正当防卫没有类似第21条第3款对主体条件的限制。

2. 本条第3款之规定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)而言的,其前提是“避免本人危险”的时候。

3. 注意,正当防卫和紧急避险是可以同时出现在同一事件当中的。

第二节 犯罪的预备、未遂和中止

本节命题趋势

本节年均考查2题左右,刑法理论问题较多,需在深入理解的同时准确记忆法条。

★ **第二十二条 【犯罪预备】**为了犯罪,准备工具、制造条件的,是犯罪预备。(08-2 卷-19)

对于预备犯,可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。

★ **第二十三条 【犯罪未遂】**已经着手实行犯罪,

由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的,是犯罪未遂。(05-2 卷-7,06-2 卷-54,07-2 卷-5、6、54,08-2 卷-6、9,08-4 卷-2,08 川-2 卷-53、56,09-2 卷-15、52)

对于未遂犯,可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。

提示叮咛

1. 犯罪未遂的类型有两对:一是实行终了的未遂与未实行终了的未遂;二是能犯未遂与不能犯未遂(其中,不能犯未遂又可分为工具不能犯未遂与对象不能犯未遂)。前者以犯罪实施行为是否实行终了为标准,后者以行为的实行能否实际构成犯罪既遂为标准。

2. 本条规定的犯罪未遂所具有的三个构成要件或特征也是其与故意犯罪的其他停止形态相区分的标志。

(1) 行为人已经着手实行犯罪——区别于犯罪预备。犯罪未遂和犯罪预备都属于未完成形态,都是由于意志以外的原因而没有得逞;是否已经着手实行犯罪,是犯罪预备与犯罪未遂区分的关键点。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犯罪行为,如《刑法》第236条强奸罪的着手实施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。

(2) 犯罪未完成(未得逞)而停止下来——区别于犯罪既遂。① 既遂和未遂的判断标准是因罪而异的,应在学习分则时有所掌握。② 在未遂犯的处罚原则问题上,应当注意两个方面:一是以既遂犯的处罚为参照,二是适当从宽处罚,即可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。

(3) 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一区别于犯罪中止。

3. 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。

经典真题

(08-2 卷-6)甲潜入乙的住宅盗窃,将乙的皮箱(内有现金3万元)扔到院墙外,准备一会儿翻墙出去再捡。偶尔经过此处的丙发现皮箱无人看管,遂将其拿走,据为己有。15分钟后,甲来到院墙外,发现皮箱已无踪影。对于甲、丙行为的定性,下列哪一选项是正确的?(单项)

- A. 甲成立盗窃罪(既遂),丙无罪
- B. 甲成立盗窃罪(未遂),丙成立盗窃罪(既遂)

C. 甲成立盗窃罪(既遂),丙成立侵占罪

D. 甲成立盗窃罪(未遂),丙成立侵占罪

答案:C

★ 第二十四条 【犯罪中止】在犯罪过程中,自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的,是犯罪中止。(05-2 卷-57,09-2 卷-5、92)

对于中止犯,没有造成损害的,应当免除处罚;造成损害的,应当减轻处罚。(08-2 卷-19)

提示叮咛

1. 本条规定的是犯罪中止的特征和处罚原则。犯罪中止的特征包括:

(1) 时间性,即中止必须发生在“犯罪过程中”;

(2) 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(即“能而不犯”),这是犯罪中止最基本的特征,与犯罪预备、犯罪未遂相区别的关键所在;

(3) 客观性,即中止不只是一内心状态的转变,还要求客观上有中止行为;

(4) 有效性,即必须没有发生行为人原本所追求的、行为性质所决定的犯罪结果。

2. 犯罪中止有以下两种形式:

(1) 消极中止,即自动放弃犯罪的犯罪中止。

(2) 积极中止,即自动有效地防止结果发生的犯罪中止。仅以不作为的方式消极地停止犯罪的继续实施还不够,必须采取积极的作为形式来有效预防和阻止既遂的犯罪结果发生。

3. 注意故意犯罪几种形态的转化问题: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,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。

4. 中止犯的处罚原则上的特殊性在于:

(1) 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;

(2) 注意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;

(3) 明确对中止犯的处罚关键看是否造成损害结果,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。

经典真题

(09-2 卷-92)甲为某国有企业出纳,为竞争公司