

律考必备书

# 全国律师资格考试 强化辅导教材

马亚薇等 编著

- 本法概述
- 重点命题内容提示
- 考点法条解读
- 历届真题详解
- 2001年试题预测

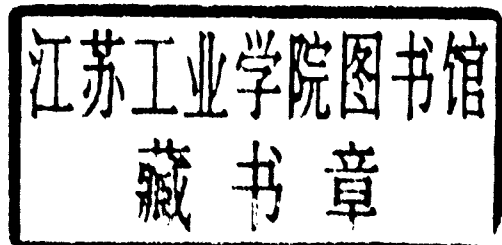
中册

中国致公出版社

# 2001 年全国律师资格考试 强化辅导教材

马亚薇等 编著

中册



中国致公出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

全国律师资格考试强化辅导教材/马亚薇编. -北京: 中国致公出版社, 2001. 7

ISBN 7-80096-929-0

I.全... II.马... III. 律师-资格考核-中国-自学参考资料 IV.D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 041530 号

---

2001 年全国律师资格考试强化辅导教材

---

编 写:马亚薇等

责任编辑:张燕英

封面设计:崔军

---

出版发行:中国致公出版社

(北京市西城区太平桥大街 4 号 电话 66168543 邮编 100034)

经 销:全国新华书店

印 刷:廊坊人民印刷厂

印 数:1-5000 册

---

开 本:787×1092 1/16 开

印 张:75

字 数:140 千字

版 次:2001 年 6 月第 1 版 2001 年 6 月第 1 次印刷

---

ISBN7-80096-929-0/D·25

全套定价:138.00 元 (全三册)

---

版权所有 翻印必究

# 目 录

|    |     |
|----|-----|
| 前言 | (1) |
|----|-----|

## 第一部分 法理学·宪法学

|     |      |
|-----|------|
| 法理学 | (1)  |
| 宪法  | (32) |
| 选举法 | (67) |
| 立法法 | (71) |

## 第二部分 民法学

|      |       |
|------|-------|
| 民法通则 | (74)  |
| 担保法  | (164) |
| 合同法  | (198) |
| 著作权法 | (306) |
| 商标法  | (328) |
| 专利法  | (347) |
| 婚姻法  | (368) |
| 继承法  | (383) |

## 第三部分 刑法学

|    |       |
|----|-------|
| 刑法 | (391) |
|----|-------|

## 第四部分 商法、经济法学

|           |       |
|-----------|-------|
| 公司法       | (502) |
| 合伙企业法     | (559) |
| 个人独资企业法   | (588) |
| 三资企业法     | (595) |
| 企业破产法(试行) | (615) |
| 票据法       | (628) |
| 保险法       | (643) |
| 海商法       | (661) |
| 反不正当竞争法   | (679) |
| 消费者权益保护法  | (689) |

产品质量法 ..... (702)

银行法 ..... (711)

证券法 ..... (721)

税法 ..... (734)

土地管理法 ..... (744)

城市房地产管理法 ..... (756)

环境保护法 ..... (766)

劳动法 ..... (772)

第五部分 诉讼法、律师制度

民事诉讼法 ..... (789)

仲裁法 ..... (871)

刑事诉讼法 ..... (901)

律师制度 ..... (979)

第六部分 行政诉讼法、行政法学

行政诉讼法 ..... (1017)

国家赔偿法 ..... (1060)

行政处罚法 ..... (1075)

行政复议法 ..... (1092)

第七部分 国际法学

国际经济法 ..... (1108)

国际公法 ..... (1153)

国际私法 ..... (1163)

# 第三部分 刑法学

## 刑 法

### [本法概述]

#### 一、分值分布分析

| 年份 \ 题型<br>分值 | 单选 | 多选 | 不定项 | 案例 | 合计 |
|---------------|----|----|-----|----|----|
| 2000          | 11 | 11 | 6   | 22 | 50 |
| 1999          | 10 | 8  | 6   | 16 | 40 |
| 1998          | 12 | 13 | 5   | 15 | 45 |
| 1997          | 12 | 18 |     | 15 | 45 |

刑法自 1986 年即列入律考范围，至今已历 11 届，但在 1997 年之前，形成以旧刑法典为主体，各个司法解释和人大常委会特别规定并存的局面，这里只要研究 1997 年以后的数据。

从上表中，我们可清楚地看到：

1. 近 4 年来，总分为 180 分，年均 45 分，且年际分值波动起伏不大。
2. 近两年来，刑法的题型已经稳定下来，以单选、多选、不定项选择题及案例分析题为载体，其中单选与多选题占分值的半壁江山，另一半为不定项选择题（亦以案例的形式出现）和案例分析题所共同占有。其中，案例分析题以每年 2 道为常态，个题分值在 7~9 分之间。

#### 二、考试重点分析

1997 年修订刑法典后，新旧刑法典的内容有了较大的变化。以 1997 年以来的情况看，律考的侧重点有：

##### 1. 刑法总则部分

可以说，刑法总则部分的每一个章节都是律考的重点。与分则部分相比，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 40% 强。如果考虑到作答刑法分则部分的试题时一刻离不开刑法总则部分的基础知识这一事实，总则在整部刑法典中的作用与地位就更高了。

另外一点需特别指出的是，刑法总则部分的知识不仅与刑法总则部分的条文紧密相连，与条文以外的刑法基础理论也是息息相关，休戚与共。因此，多学些刑法基本理论对掌握刑法总则部分的内容，是绝对必要的。

刑法总则部分的重点内容有：

- (1) 刑法的适用范围
- (2) 犯罪与刑事责任：刑事责任年龄，正当防卫、残疾人刑事责任
- (3) 犯罪的预备、中止、未遂：概念及刑罚运用
- (4) 共同犯罪

### (5) 刑罚的种类

(6) 刑罚的具体运用：假释、减刑、时效、缓刑、数罪并罚、累犯、自首与立功，量刑情节

(7) 犯罪的学理分类：亲告罪、不作为犯、想象竞合犯、连续犯、继续犯、牵连犯、吸收犯、结果加重犯等。

本部分的选择题型中，单选题与多选题平分秋色。

### 2. 刑法分则部分

与刑法总则部分相较，分则的条文非常浩繁，占去了刑法试题总分值中的大半。该部分的重点比较突出，若按试题的多少及分值排列，依次应是：

- (1) 破坏社会主义市场经济秩序罪
- (2) 妨害社会管理秩序罪
- (3) 侵犯公民人身权利、民主权利罪
- (4) 侵犯财产罪
- (5) 贪污贿赂罪
- (6) 危害公共安全罪
- (7) 其他类罪名

本部分的选择题型中，以多选题为主，单选题在数量上仅为多选题的一半，这种情况与刑法分则部分的条文特点有关。因为许多个罪的客观方面的表现形式都被详细罗陈，且数目一般在3个以上，故为出题者设计多选题所青睐，考生一定要留意这一现象，以作为复习之指导。

## 三、考点分布情况分析

| 题型    | 年份     | 考 点                                                                                                                                                                                             | 分值 |
|-------|--------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 单项选择题 | 2000 年 | 1. 贪污罪与他罪之间的区别 2. 已满 14 周岁不满 16 周岁人的刑事责任范围 3. 立功制度 4. 罪刑法定原则以及具体罪的认定 5. 具体罪名（金融犯罪）之间的界限 6. 各具体罪名（侵犯财产犯罪）之间的界限 7. 侮辱罪与他罪之间的区别 8. 受贿罪与他罪之间的区别 9. 共同犯罪的认定及转化的抢劫罪 10. 受贿罪与他罪之间的区别 11. 非法出租、出借枪支罪的认定 | 11 |
|       | 1999 年 | 1. 共同犯罪中的犯罪形态 2. 犯罪主观方面 3. 假释 4. 正当防卫 5. 自首与立功 6. 破坏军事通信罪与他罪之间的区别 7. 敲诈勒索罪与他罪之间的区别 8. 诽谤罪与他罪之间的区别 9. 走私罪的构成要件 10. 非法出租、出借枪支罪                                                                    | 10 |
|       | 1998 年 | 1. 犯罪中止的处罚 2. 共同犯罪中的犯罪集团 3. 追诉时效 4. 死刑缓期 2 年执行的减刑和数罪并罚 5. 罚金的执行 6. 合同诈骗罪 7. 行贿罪的主观方面 8. 挪用公款罪与他罪之间的区别 9. 妨害公务罪的客观方面 10. 假释的程序 11. 间谍罪的客观方面 12. 骗取出口退税罪与偷税罪区别                                    | 12 |
|       | 1997 年 | 1. 刑法的时间效力 2. 没收财产前所负正当债务的偿还 3. 赔偿经济损失的执行 4. 减轻处罚的程序 5. 减刑、假释的适用条件 6. 伪造货币并出售或运输伪造货币行为的定罪 7. 非法拘禁罪的定罪 8. 毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪 9. 医疗事故罪与他罪之间的区别 10. 引诱妇女卖淫罪 11. 国有保险公司工作人员骗取保险金的定罪 12. 玩忽职守罪的客观方面     | 12 |

| 题型     | 年份     | 考 点                                                                                                                                                                                                                                                                                | 分值 |
|--------|--------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 多项选择题  | 2000 年 | 1. 包庇罪及相关具体犯罪的法条规定与关系 2. 罪数形态理论及盗窃罪的认定与处理问题 3. 刑法规范的特定性 4. 结果加重犯 5. 想象竞合犯 6. 犯罪停止形态（预备形态） 7. 假释制度 8. 缓刑制度 9. 犯罪主体制度及具体犯罪的主体认定 10. 共同犯罪的认定 11. 故意杀人罪的认定                                                                                                                             | 11 |
|        | 1999 年 | 1. 转化为抢劫罪的条件 2. 诉讼时效与共同犯罪 3. 保险诈骗罪 4. 《刑法》明文规定不实行数罪并罚的情况 5. 侦查阶段发现不应追究刑事责任时的处理 6. 共同犯罪 7. 生产、销售伪劣商品罪 8. 拒不执行判决、裁定罪的犯罪主体 9. 共同犯罪                                                                                                                                                    | 9  |
|        | 1998 年 | 1. 刑事责任年龄 2. 没收财产执行时正当债务的偿还 3. 假释的撤销 4. 组织、领导、积极参加恐怖活动组织罪 5. 强奸罪 6. 盗窃罪的客观方面 7. 妨害公务罪的客观方面 8. 寻衅滋事罪的客观表现 9. 强迫卖淫罪的刑罚 10. 违规制造、销售枪支罪的客观方面 11. 挪用公款罪的客观方面 12. 贷款诈骗的客观方面 13. 信用卡诈骗罪的客观方面                                                                                              | 13 |
|        | 1997 年 | 1. 管制的执行 2. 自首的处理 3. 累犯 4. 走私罪 5. 伪造、变造金融票证罪的客观方面 6. 伪造、出售的增值税专用发票罪 7. 非法经营罪与他罪之间区别 8. 告诉才处理的犯罪 9. 收买被拐卖的妇女、儿童罪的数罪并罚 10. 盗窃、诈骗、抢夺罪的转化 11. 窝藏、包庇罪在客观方面的表现 12. 聚众斗殴罪的客观方面 13. 窝赃、销赃罪的客观方面 14. 组织他人偷越国（边）境罪的数罪并罚 15. 医疗事故责任事故罪 16. 走私、贩卖、运输、制造毒品的刑罚 17. 国家工作人员的范围及贪污罪的主体 18. 受贿罪的客观方面 | 18 |
| 任意项选择题 | 2000 年 | 1. 走私、贩卖、运输、制造毒品罪 2. 非法持有毒品罪 3. 非法提供麻醉药品、精神药品罪 4. 非法种植毒品原植物罪 5. 引诱、教唆、欺骗、强迫他人吸毒罪 6. 刑讯逼供罪与他罪之间的区别                                                                                                                                                                                  | 6  |
|        | 1999 年 | 1. 组织卖淫罪 2. 协助组织卖淫罪 3. 引诱幼女卖淫罪 4. 包庇罪的特别规定 5. 嫖宿幼女罪，传播性病罪 6. 法定从重处罚情节                                                                                                                                                                                                              | 6  |
|        | 1998 年 | 1. 挪用资金，行贿罪，介绍贿赂罪，破坏选举罪 2. 破坏生产经营罪，滥用职权罪，非法占用耕地罪，非法低价出让国有土地使用权罪 3. 侮辱妇女罪，侮辱罪，强奸罪，聚众淫乱罪 4. 非法买卖枪支罪，非法持有枪支罪，走私武器罪，非法携带枪支危及公共安全罪 5. 妨害公务罪，徇私枉法罪，妨害作证罪，煽动暴力抗拒法律实施罪 6. 伪证罪、诬告陷害罪和报复陷害罪的区别                                                                                               | 6  |

[重点命题内容提示]

一、刑法的两项基本原则

1. 罪刑法定原则。即某一行为是否构成犯罪，构成什么罪，以及应处什么样的刑罚，都必须由法律作出明文规定。这一原则体现在排斥习惯法、禁止类推、刑法效力不溯及既往、禁止不定期刑等方面，我国现行刑法第三条对此作了规定。
2. 罪刑相适应原则。即指犯罪行为的轻重与刑事责任和刑罚轻重相均衡的准则。《刑法》第 5 条规定：“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和刑事责任相适应。”这一条文正式确立了该原则。注意，罪刑相适应不能仅理解为犯罪和刑罚相适应，而是与犯罪分子所犯

罪行和承担的刑事责任相适应。

## 二、刑法的空间适用范围

我国刑法在空间适用范围上，以属地管辖原则为主，兼采属人管辖原则和保护原则，并有保留地采用普遍管辖原则。

《刑法》第6条第1款：“凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别的规定外，都适用本法。”体现了属地管辖权原则。“领域”包括领陆、领水、领空，还包括延伸意义上的领土，即中华人民共和国的船舶、航空器、驻外使领馆。同条第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。”

《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3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。”这表明我国刑法采用了属人管辖原则。

《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。”表明我国刑法采用了以保护本国利益为标准的保护管辖原则。

《刑法》第9条规定：“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，适用本法。”这表明我国刑法采用了有保留的普遍管辖原则。

《刑法》第10条规定：“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，仍然可以依法本法追究，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。”

## 三、犯罪主体

犯罪主体，是犯罪构成的必备要件，可分为自然人犯罪主体和单位犯罪主体。

1. 自然人犯罪主体，是指达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力，实施了犯罪行为的自然人。

《刑法》第17条对刑事责任年龄作了规定，行为人年龄不满14周岁的，其行为不构成犯罪，不负刑事责任；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；已满16周岁的人犯罪，应当负刑事责任。对于已满14周岁不满18周岁的人犯罪的，应当从轻或减轻处罚。

我国刑法还对几种特殊情况下的刑事责任能力问题，作了特殊的规定。

(1) 精神病人的刑事责任能力。《刑法》第18条第1规定：“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。”第2款规定：“间歇性精神病人在精神正常的时候犯罪，应当负刑事责任。”第3款规定：“尚未完全丧失辨认或控制自己行为能力的精神病人犯罪的，应当负刑事责任，但是可以从轻或减轻处罚。”

(2) 《刑法》第18条第4款规定：“醉酒的人犯罪，应当负刑事责任。”第19条规定：“又聋又哑的人或者盲人犯罪，可以从轻、减轻或者免除处罚。”

总之，任何人对其犯罪行为承担刑事责任，都必须达到刑事责任年龄，同时具有刑事责任能力。

2. 单位犯罪主体，是为牟取本单位的非法利益，由单位负责人或者经单位集体讨论决定，实施了刑法明文规定的单位犯罪的公司、企事业单位、机关、团体。

单位只对刑事法律规定可以由其构成的犯罪才负刑事责任，其具体处罚原则是：对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员或其他直接责任人员判处刑罚，即所谓两罚制。

#### 四、犯罪主观方面的几个问题

##### 1. 间接故意与过于自信的过失之间的区别：

第一，在认识因素上，间接故意的行为人，对发生危害结果的可能性并没有产生错误认识；而过于自信的过失对于危害结果发生的可能性存在错误认识，在过于自信过失情况下，行为人虽然也认识到危害结果发生的可能性，但在行为人主观上认为存在避免危害结果发生的可能性不会转化为现实性。

第二，在意志因素上，间接故意的行为人虽然不希望犯罪结果发生，但也不采取防止措施防止危害结果发生，而对危害结果的发生听之任之，危害结果的发生并不违背其本意；过于自信过失的行为人则是希望危害结果不发生，希望并利用有利条件避免危害结果发生，只是事与愿违，危害结果还是发生了。

##### 2. 意外事件

意外事件在我国刑法第 16 条明确作了规定：“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。”

意外事件的重要特征，有以下几点：

(1) 行为在客观上造成危害结果，即行为人的行为引起了危害结果。(2) 行为人在主观上没有故意和过失。(3) 损害结果的出现是由于不能抗拒或者不能预见的原因引起的。

疏忽大意的过失与意外事件的区别：

疏忽大意的过失与意外事件的行为人，对于危害结果的发生都没有预见，但原因不同。根据行为人的认识能力和当时的情况，凡对危害结果应当预见，即有预见的义务和预见的可能，而未预见，是疏忽大意的过失；行为造成了损害结果，但不是出于行为人的故意或过失，而是由于不能预见或不能抗拒的原因所引起的是意外事件。

#### 五、刑法上的错误认识

刑法上的认识错误，可以分为两类：一类是对于法律的认识错误，一类是对事实的认识错误。

1. 法律认识错误是指行为人在实施某种行为时，对自己行为的法律性质或意义有错误的理解。通常有以下几种情况：

第一，行为人误认为自己的行为是犯罪，其实这种行为并不属于犯罪行为；

第二，行为人认为自己的行为不是犯罪，其实这种行为属于刑法所规定的犯罪行为；

第三，行为人对自己所犯罪行为应当适用的罪名和应当判处的刑罚有错误的认识。

2. 事实认识错误是指行为人对自己行为有关的事实情况，有不正确的理解。

行为人对事实的认识错误，通常有以下几类：

第一，对行为客体的错误认识。这是指行为对自己行为的实际客体有不正确的理解，误将甲客体当作乙客体或误将无客体当作存在客体，或者误将存在客体，当作没有客体的情况。

第二，对行为手段的错误认识。误将会发生危害结果的手段当作不会发生危害结果的手段而使用，或者误将不会发生危害结果的手段当作会发生危害结果的手段使用。

第三，对行为对象的错误认识，误将甲对象当乙对象或者相反；误将非犯罪对象当成犯罪对象或者将犯罪对象当成非犯罪对象加以侵害。

第四，对危害结果是否发生所产生的错误认识。自己的行为没有引起危害结果，行为人误以为发生了危害后果；自己的行为已经引起危害结果，行为人误以为没有发生。

第五，对因果关系的错误认识，危害后果与自己的行为没有因果关系，行为人误以为与自己的行为有因果关系，或者，危害后果与自己的行为有因果关系，行为人误以为与自己的行为没有因果关系。

行为人对法律的认识错误，对定罪没有影响。行为人对于事实的认识错误则会对定罪和确定犯罪的罪数与刑罚有直接影响。

## 六、两项排除犯罪性的行为

### （一）正当防卫

正当防卫的概念，在我国《刑法》第20条明确作了规定：“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。”从中可以看出，正当防卫具有行为的和目的正当性两个特征。

正当防卫的构成要符合以下条件：

1. 必须有不法侵害行为发生，不能对合法行为实行防卫。
2. 必须是正在进行的不法侵害，即不法侵害正在进行。
3. 必须是为了保护国家、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。
4. 必须是对实施不法侵害的本人来实施防卫行为。正当防卫不能对没有实施危害行为的第三人来实行。

5. 正当防卫不能超过必要限度。我国《刑法》第20条第2款规定“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。”

防卫过当的刑事责任。《刑法》第20条第2款规定：“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。”但是，“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。”

### （二）紧急避险

关于紧急避险，在我国《刑法》第21条作了明确规定：“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。”换言之，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，不得已而采取的损害另一个较小的合法利益的行为。

实行紧急避险行为，必须符合下列条件。

1. 必须要有危险发生，如果没有危险发生而误以为发生了危险而实施紧急避险行为，属于假想避险。
2. 必须是正在发生危险，即危险已经出现又尚未结束的状态。
3. 目的必须是为了使合法权益免受正在进行的危险。

4. 必须是在迫不得已的情况下，即没有其他办法可以避免正在发生的危险。
5. 紧急避险不能超过必要限度，造成不应有的损害。
6. 主体必须是不属于法律有特殊规定的。“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。”

避险过当的刑事责任。我国《刑法》第 21 条规定“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。”

## 七、犯罪既遂与犯罪的停止状态

### （一）犯罪既遂

指行为人所实施的犯罪行为，已经具备了刑法所规定的某一犯罪的全部构成要件。

犯罪既遂有两个必须同时具备的条件：（1）行为人实施了刑法所规定的某一具体的犯罪行为；（2）行为人的行为，已经具备了某一具体犯罪的犯罪构成，既包括刑法总则规定的犯罪构成要件，也包括刑法分则所规定的犯罪构成要件。

犯罪既遂的实现形态有以下四种：

- （1）以目的实现与否作为犯罪是否完成的目的犯；
- （2）以结果出现与否作为犯罪是否完成的结果犯；
- （3）以实施某种行为，作为该犯罪是否完成的行为犯；
- （4）以行为引起某种危险与否，作为该罪是否完成的危险犯。

### （二）犯罪预备

即为犯罪准备工具、制造条件，而由于行为人意志以外的原因而未实施符合刑法分则所规定的具体的犯罪行为的犯罪停止形态。

犯罪预备与犯意表示不同。犯意表示是行为人以文字、口头形式所表示或流露出来的犯罪意图。两者均表明行为人有犯罪意图，但二者有本质不同。犯罪预备表明行为人已实施了犯罪预备行为，对社会构成现实可能的威胁，而犯意表示没有这种特征；犯罪预备是一种具有刑事违法性的行为，而犯意表示不具有刑事违法性。

《刑法》第 22 条第 2 款规定：“对于预备犯，可以比照既遂犯从轻、减轻或者免除处罚。”

### （三）犯罪未遂

《刑法》第 23 条第 1 款规定：“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。”从中可以看出，犯罪未遂的标准有三：（1）已经着手实行犯罪，即行为人已经开始实施符合刑法分则条文规定的某种具体犯罪构成要件的行为；（2）犯罪未得逞，即行为人的行为没有完成；（3）犯罪未得逞是由于犯罪分子意志以外的原因。

对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或减轻处罚。

### （四）犯罪中止

《刑法》第 24 条第 1 款：“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。”犯罪中止，包括三个标准：

- （1）必须是在犯罪过程中中止犯罪。“犯罪过程中”指自犯罪的预备行为开始，犯罪既

遂之前。

(2) 必须是自动中止犯罪行为或自动防止犯罪结果发生。自动中止是指犯罪分子在自己认为能够完成犯罪的情况下, 自愿放弃犯罪意图, 自动停止犯罪准备行为、实行行为, 或自动有效防止法定犯罪结果的发生。

(3) 必须彻底停止犯罪或者有效防止犯罪结果发生。彻底停止犯罪, 主观上完全放弃犯罪意图, 客观上彻底停止犯罪行为; 有效防止犯罪结果发生是指犯罪分子必须主动、积极地采取措施, 有效地防止犯罪结果的发生。

对中止犯, 没有造成损害的, 应当免除处罚; 造成损害的, 应当减轻处罚。

## 八、共同犯罪

### (一) 共同犯罪的概念和形式

《刑法》第 25 条第 1 款: “共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。” 共同犯罪必须具备三个条件: (1) 犯罪主体必须是两个或两个以上达到刑事责任年龄, 具有刑事责任能力的人; (2) 主观方面必须有共同的犯罪故意, 即各个犯罪人知道自己在实施故意犯罪活动, 且明知有人协助、配合或共同实施, 对犯罪目的以及犯罪的结果都有预见, 并希望或放任这种结果发生; (3) 在客观方面必须有共同犯罪行为, 即指各共同犯罪人实施的指向同一犯罪目标、侵害同一客体、为完成同一犯罪而又相互联系、相互配合的各个具体行为结合为一整体的行为。

以有无组织形式为标准可以分为一般共同犯罪和犯罪集团。

犯罪集团是指“三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织。” 其特征: ① 人数必须为三人以上; ② 具有一定组织性, 内部有分工; ③ 具有实施某一种或某几种犯罪的目的性; ④ 有相对的固定性; ⑤ 具有严重的社会危害性。

### (二) 共同犯罪人的种类和刑事责任

我国刑罚对共同犯罪人分类的标准是以犯罪人所起的作用为主兼顾分工。按这种标准, 刑法将共同犯罪人分为主犯、从犯、胁从犯、教唆犯共四类。

1. 主犯及其刑事责任。主犯是组织、领导犯罪集团进行犯罪活动或者在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。包括三类: (1) 在犯罪集团中起组织、领导作用的首要分子; (2) 在聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子; (3) 在其他共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。

对主犯的处罚, 一是组织领导犯罪集团的首要分子, 按照集团所犯的全部罪行进行处罚; 二是除此之外的主犯, 应当按其所参与的或组织、指挥的全部犯罪进行处罚。

2. 从犯及其刑事责任。从犯是指在共同犯罪中起次要或辅助作用的犯罪分子, 包括在共同犯罪中起次要作用和起辅助作用两种情况。

对从犯的处罚原则, 是应当从轻、减轻或者免除处罚。

3. 胁从犯及其刑事责任。被胁迫参加犯罪的是胁从犯, 即行为人不愿意参加犯罪, 但由于受到威胁逼迫才参加犯罪。但其参加犯罪也是在其意志自由情况下选择的结果。被诱骗参加犯罪的, 因缺乏犯罪故意, 不能认定为胁从犯。

对于胁从犯, “应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚。”

#### 4. 教唆犯及其刑事责任

教唆犯是指制造他人犯罪意图和促使他人下犯罪决心的人。教唆犯的成立, 必须具备两

个条件：(1) 主观上、行为上具有使他人产生犯罪意图或使他人已有的犯罪意图坚定并付诸实施的故意。

(2) 在客观方面，具有教唆他人犯罪的教唆行为。

在认定教唆行为时，要注意：(1) 教唆的内容必须是唆使他人实施具体犯罪；(2) 教唆的对象必须是具体的个人或具体的多数人；(3) 教唆行为与被教唆人所实施的犯罪存在刑法上的因果关系；(4) 教唆行为只有积极的作为的形式。

教唆犯的刑事责任，《刑法》第 29 条作了规定：

(1) 被教唆人犯了被教唆之罪，应当按照教唆犯在共同犯罪中所起的作用进行处罚；

(2) 教唆不满 18 周岁的人犯罪的，应当从重处罚；

(3) 如果被教唆人没有实施被教唆的罪，对于教唆犯可以从轻或减轻处罚。

### (三) 不构成共同犯罪的几种情况

1. 二人以上共同过失犯罪，不以共同犯罪论处；应当负刑事责任的，按照他们所犯的罪分别处罚。

2. 同时犯不构成共同犯罪。同时犯是指二人以上没有共同犯罪故意，各自实施侵犯同一对象的犯罪。

3. 间接正犯不构成共同犯罪。间接正犯是利用无责任能力者或无罪过者来实现自己犯罪的犯罪者。

4. 超出共同故意的犯罪，不成立共同犯罪。

5. 行为上有联系，但事先没有通谋的窝藏、包庇、窝赃、销赃行为，不构成共同犯罪。

6. 片面共犯，不构成共同犯罪。片面共犯是指两个以上故意犯罪人中，被帮助一方不知道受到另一方帮助的一种情况。

## 九、刑罚的体系与种类

### (一) 主刑：

#### 1. 管制

管制的执行机关是公安机关。

被判处管制的犯罪分子必须遵守的规定有以下几点：

(1) 遵守法律、法规，服从监督；

(2) 未经执行机关批准，不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；这表明公安机关对于没有根据我国《刑法》第 56 条附加剥夺政治权利的被管制的犯罪分子，也可以限制其部分政治权利。

(3) 按照执行机关的规定，报告自己的活动情况；

(4) 遵守公安机关关于会客的规定；

(5) 离开所居住的市、县或者迁居，应当报请执行机关批准。

管制的期限：管制期限为三个月以上，二年以下；数罪并罚时，不能超过三年。管制的刑期从判决执行之日起开始计算；判决执行前先行羁押的，羁押一日折抵刑期二日。

#### 2. 拘役

拘役的期限是 1 个月以上，6 个月以下，数罪并罚最高不能超过 1 年。

#### 3. 有期徒刑

有期徒刑的期限为 6 个月以上 15 年以下，有数罪并罚的情况下，最高不能超过 20 年，

死缓减为有期徒刑的，最高也不能超过 20 年。有期徒刑的刑期从判决之日起计算，判决以前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 1 日。

#### 4. 无期徒刑

#### 5. 死刑

我国在刑法上规定死刑的同时，又对限制死刑的适用，作了如下规定：

(1) 从死刑适用对象作严格限制。

我国《刑法》第 48 条规定：“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。”刑法分则对死刑的适用也作了危害特别严重、情节特别恶劣的规定；

(2) 从犯罪主体上严格限制。

我国《刑法》第 49 条规定：“犯罪的时候不满 18 周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑。”

(3) 从死刑复核程序上严格限制

我国《刑法》第 48 条第 2 款规定：“死刑除依法由最高人民法院判决的以外，都应当报请最高人民法院核准。”

(4) 规定了判处死刑缓期 2 年执行制度，即死缓制度。

我国《刑法》第 48 条规定：“对于判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期 2 年执行。”

死缓的核准权，我国《刑法》规定：“死刑缓期执行的，由高级人民法院判决或核准。”

缓期 2 年期满之后的处理。我国《刑法》第 50 条规定：“判处死刑缓期执行的，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，2 年期满以后，减为无期徒刑；如果确有重大立功表现，2 年期满以后，减为 15 年以上 20 年以下有期徒刑；如果故意犯罪，查证属实的，由最高人民法院核准，执行死刑。”

死缓期间的计算，我国《刑法》第 51 条规定：“死刑缓期执行的期间，从判决确定之日起计算。死刑缓期执行减为无期徒刑的刑期，从死刑缓期执行期满之日起计算。死刑缓期执行减为有期徒刑的刑期，从死刑缓期执行期满之日起计算。”

### (二) 附加刑：

#### 1. 罚金

#### 2. 剥夺政治权利

剥夺政治权利是剥夺犯罪分子参加国家管理和政治活动权利的刑罚方法。

我国《刑法》第 54 条所规定的政治权利，包括以下内容：

(1) 选举权和被选举权；

(2) 言论、出版、集会、结社、游行、示威自由与权利；

(3) 担任国家机关职务的权利；

(4) 担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。

剥夺政治权利既可以单独适用也可以附加适用。在独立适用时，是作为一种轻刑，它可以根据刑法分则的规定而独立适用；在附加适用时，通常作为严厉的刑罚适用于重罪。《刑法》第 56 条规定：“对于危害国家安全的犯罪分子应当附加剥夺政治权利；对于故意杀人、强奸、放火、爆炸、投毒、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪分子，可以附加剥夺政治权利。”

剥夺政治权利的期限：

(1) 判处死刑、无期徒刑的，剥夺政治权利终身；

(2) 判处管制附加剥夺政治权利的，剥夺政治权利的期限与管制期相等；

(3) 原判处死刑缓期 2 年执行减为有期徒刑或者无期徒刑，或者无期徒刑减为有期徒刑的，附加剥夺政治权利的期限相应改为 3 年以上 10 年以下；

(4) 独立适用剥夺政治权利或者判处有期徒刑、拘役而附加剥夺政治权利的，剥夺政治权利的期限为 1 年以上 5 年以下。

剥夺政治权利的刑期起算：

(1) 主刑是死刑（包括死缓）、无期徒刑而附加剥夺政治权利的，从判处死刑（含死缓）、无期徒刑宣告附加剥夺政治权利的判决或裁定发生法律效力之日起开始。死缓减为有期徒刑，或者无期徒刑减为有期徒刑时，剥夺政治权利的期限依法相应减为 3 年以上 10 年以下，其剥夺政治权利的刑期应当从减刑后的有期徒刑到执行完毕之日或者假释之日起算。在有期徒刑执行期间，当然也不能享有政治权利；

(2) 主刑是管制的，附加剥夺政治权利的刑期计算，从判决之日同时起算，同时执行，管制期满解除管制，政治权利同时恢复；

(3) 独立适用剥夺政治权利的，从判决确定之日起执行；

(4) 主刑是有期徒刑、拘役的，附加剥夺政治权利的刑期起算，从徒刑、拘役执行完毕之日或者从假释之日起算，剥夺政治权利的效力，当然适用于主刑执行期间。需要指出的是，被判处有期徒刑、拘役、管制而没有附加剥夺政治权利的，仍应享有政治权利。

### 3. 没收财产

没收财产的范围，根据《刑法》第 59 条的规定，可以没收其一部或全部，只准没收属于犯罪分子个人所有的财产，不得没收犯罪分子家属所有或应有的财产，并且应当对犯罪分子个人及其扶养的家属保留必要的生活费用。

没收财产前犯罪分子的正当债务，需要用没收的财产偿还，经债权人请求，查明属实后应当偿还。偿还这种债务必须具备以下四个条件：

- (1) 必须是犯罪分子在其财产被没收之前所负债务；
- (2) 必须是正当债务；
- (3) 必须经债权人提出请求并查证属实；
- (4) 只限于在没收财产的数额内偿还。

### 4. 驱逐出境

## 十、累犯、自首和立功

### 1. 累犯。

它是指被判处一定刑罚，在刑罚执行完毕或赦免后，在一定期限内或在任何时候，再犯应当判处一定刑罚之罪或某一特定犯罪的犯罪分子，是一种法定的从重处罚情节。

我国刑法将累犯分为一般累犯和危害国家安全罪累犯。

一般累犯的构成须符合三个要件：(1) 前罪和后罪都是故意犯罪；(2) 前罪和后罪判处的刑罚，都是有期徒刑以上的刑罚；(3) 后罪发生在前罪执行完毕或赦免后 5 年以内。

危害国家安全罪累犯的构成要件有二：一是前后罪都是危害国家安全罪；二是后罪发生在前罪执行完毕或赦免以后的任何时候。

根据《刑法》第 65 条规定，对累犯应当从重处罚。

### 2. 自首

自首是指犯罪以后自动投案，如实供述自己罪行的行为。其构成要件有二：

第一，自动投案，即犯罪分子主动、直接向公安、检察和审判机关投案，包括向所在基层组织、有关单位或其他有关负责人员投案。

被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实向司法机关供述还未掌握的其他犯罪行为的，以自首论。

自动投案的时间，是在犯罪以后，犯罪被发觉之前，或者犯罪以后，犯罪已被发现的期间。在犯罪事实和犯罪分子均已被发觉，而司法机关尚未采取强制措施以前投案的也视为自动投案。

第二，如实供述自己的罪行。应当指犯罪分子供述自己的全部犯罪事实，至少是主要犯罪事实。

根据《刑法》第67条规定，对自首的犯罪分子，可以从轻或减轻处罚；犯罪较轻的，可以免除处罚。

### 3. 立功

《刑法》第68条列举了立功行为，即揭发他人犯罪行为，经查证属实的；提供重要线索，从而得以侦破其他案件的等。

犯罪分子有如下行为之一，则属重大立功表现：(1) 阻止他人重大犯罪活动的；(2) 检举监狱内外重大犯罪活动，经查证属实的；(3) 有发明创造或者重大技术革新的；(4) 在日常生活中舍己救人的；(5) 在抗御自然灾害或排除重大事故中，有突出表现的；(6) 对国家和社会有其他重大贡献的。

有一般立功表现的，可以从轻或减轻处罚；有重大立功表现的，可以减轻或免除处罚；犯罪后自首又有立功表现的，应当减轻或免除处罚。

## 十一、罪数

罪数是指行为符合犯罪构成的个数。数个行为数次符合数个犯罪构成的，即为数罪。

1. 继续犯。又叫持续犯，是指从着手实行到终止以前犯罪行为一直处于持续状态的犯罪。

继续犯有如下特征：(1) 只有一个犯罪行为；(2) 犯罪行为和不法状态，在相当长时间内，处于不间断的持续状态；(3) 犯罪行为自始至终针对同一对象、同一犯罪客体；(4) 出于同一直接故意。

继续犯的追诉时效，从行为终了之日起计算。

2. 想象竞合犯。即观念竞合犯，指一个犯罪行为同时触犯数罪的犯罪。它具有如下特征：(1) 行为人只实施了一个故意或过失行为；(2) 一个行为触犯了数个不同种类的罪名。

对于想象竞合犯，刑法理论通常认为，应当“从一重罪处断”，即按其行为同时触犯的数罪名中法定刑最重的罪名定罪。

### 3. 法条竞合犯

法条竞合犯是指某一行为表面上或形式特征方面与数个刑法条文相符，但这些法条在内容上存在某种重合或包容关系，只能选用一个条文，定一个罪名的犯罪。

4. 惯犯。指以某种犯罪为常业，或以犯罪所得为其主要生活来源或腐化生活来源，或犯罪已成习性，在较长时间内反复多次实施了某种犯罪的犯罪。

惯犯有如下一些特征：(1) 犯罪恶习深，犯罪时间长；(2) 作案次数多，社会危害性大；(3) 每次行为都可能独立构成一罪；法律规定为一罪。

5. 连续犯。指行为人基于同一的或概括的犯罪故意，连续地实施数个独立的犯罪行为，触犯同一罪名的犯罪。

连续犯的特征如下：(1) 基于同一或概括的故意；(2) 连续实施数个独立的犯罪行为；(3) 数个独立的犯罪行为，触犯同一罪名。