



政法英杰司考通国家司法考试教材

2013年国家司法考试 名师核心考点精讲

刑法

杨艳霞 ◎ 编著



政法英杰司考通国家司法考试教材

2013年国家司法考试

名师核心考点精讲

刑法

杨艳霞 ◎ 编著



浙江工业大学图书馆



71941199



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目(CIP)数据

2013年国家司法考试政法英杰名师核心考点精讲.刑法 / 杨艳霞编著. —北京: 中国政法大学出版社, 2013. 1

ISBN 978-7-5620-4635-6

I. ①2… II. ①杨… III. ①刑法-中国-法律工作者-资格考试-自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第021588号

-
- | | |
|------|---|
| 书 名 | 2013 年国家司法考试政法英杰名师核心考点精讲 刑法
2013NIAN GUOJIA SIFA KAOSHI ZHENGFA YINGJIE MINGSHI HEXIN KAODIAN JINGJIANG XINGFA |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 fada.sf@sohu.com
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908433(编辑部) 58908325(发行部) 58908334(邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印刷厂 |
| 规 格 | 787mm×1092mm 1/16 |
| 印 张 | 21.25 |
| 字 数 | 625 千字 |
| 版 本 | 2013 年 2 月第 1 版 2013 年 2 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-4635-6/D·4595 |
| 定 价 | 38.00 元 |
-

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

鸣 谢

本套丛书在“莘莘学子”的殷切期盼中终于如期再版！这是考生的一大福音！她篇幅简练、考点明确，是一套考生运用起来得心应手的书籍。这套书凝聚了众多作者、出版者的辛勤汗水！由于他们忘我的付出、不懈的努力，终于使这套丛书得到了广大考生的认可！这里，我们衷心感谢政法英杰校长常英教授的鼎力支持！感谢政法英杰司法考试培训中心名师团队的吴鹏老师、杨艳霞老师、杨帆老师、史飏老师、刘安老师、李毅老师、席志国老师等的通力合作，正是由于他们的团队精神、团结协作，根据自己多年的司考辅导经验终于精心打造了这样一套对广大学员大有裨益的考试用书。

同时，政法英杰更要感谢出版者和一直支持、信任我们的广大学员，有了他们的反馈，我们才会更加有针对性的编纂教材，使该书更具权威性、精确性、实用性！有了他们，我们才会不断进步，不辜负给予我们每一份力量的学员们。最后，希望广大读者对本书不吝指点、多提宝贵建议！

政法英杰培训中心

2013年2月

序 言

司法考试难在哪里?

浩如烟海的法条如何记忆?

纷繁复杂的法律事件怎样剖析?

灵活多样的题型如何解析?

刁钻古怪的陷阱怎样破解?

为什么许多考生皓首穷经,却不能破解司法考试之谜?

为什么有些考生能够一试中的,犹如囊中取物,从此平步青云?……

为了帮助广大考生更好的驾驭司法考试,北京政法英杰培训中心特编著此套名师过关辅导用书。

本套丛书是由我及政法英杰一线授课名师亲自编写,集名师讲义、考点精讲、历年真题、易混易错、重点法条、经典习题于一体,囊括历年司法考试的考点、重点和难点,以“讲、评、练”的形式集中展现,既将高频考点逐一作出梳理,又对新增法规进行详细解读,有利于考生扎实掌握基础理论,强化实战经验,迅速提高其得分能力。本书具有以下特点:

1. **突显讲义。**集政法英杰名师多年司考辅导经验的名师讲义,突显各学科的理论重点,紧扣司考大纲,集中高频考点,强调重点,突破难点,解析疑点,具有较强的渗透性和方向性,帮助学员在较短时间内把握命题思路,建立学习框架,夯实理论基础。

2. **浓缩考点。**我们将历年真题作了深刻的剖析,浓缩教材,解析重点,解惑难点,探讨疑点,助考生全面掌握命题趋势及司考真谛,又快又好的达到复习效果。

3. **名师精炼。**通过对真题和习题的逐一评析,让考生体味司考之特点,准确把握命题的风格、题型及各个学科所占比例,巧妙破解陷阱;全面掌握解题技巧,剖析出题目的,从而加强应试能力。

4. **易混易错。**将历年考题进行分析,对容易出现混淆、易错的试题择编出来,适用于中期复习;抓住命题规律和出题要点,避免应试中出现的种种问题。

5. **历年真题,重点法条,司法解释通讲。**旨在破译命题规律,透析2013年司法考试命题方向,司法考试唯有年年有新意,才能考倒人,也才能真正的选拔出精英。

我们相信,本书能够为您提供准确且权威的信息,帮助您解密司法考试命题思路,为您复习司法考试“画龙点睛”。在本书即将付梓之际,政法英杰全体教师祝愿各位考生2013年都能心想事成,鸿运当头,金榜题名!

常 英*

2013年于中国政法大学

* 常英:中国政法大学资深教授、硕导,政法英杰校长,著名教育家,被誉为“民诉辅导第一人”。

编写说明

一、对 2013 年司法考试刑法题目的预测

2013 年的题目仍将兼顾理论与实务。在以常见、经典考点为主要考查对象的基础上适当考查一些新的理论。对于这些新的理论,我们在今年的讲义和教材中都给予了充分的提示。对于一些重要的理论问题,我根据最新的观点进行了重述。请考生对此予以重视。

今年的教材修改了一百余处,讲义完全是重写的。现在,本教材的时效性和针对性大大增强了!

考生在复习中要注意建立知识体系,用知识体系指导自己的复习。这样才能变被动复习为主动复习,才能克服“只见树木不见森林”的茫然感,收到事半功倍的效果。

刑法的出题风格将延续以前的风格,主要考点也将和以前一样。大家对历年真题要予以充分重视。复习历年真题就是在做未来的考题!

我想提醒各位考生:受制于司法考试的考试模式(有全国统一的标准答案),司法考试不会考查非常疑难、古怪的题目。大家掌握我们教材中提供的知识点和常见案例即可。很多考生将主要精力用于学习疑难案件,这是错误的。司法考试考查的主要内容是常见、经典的案件,大家将主要精力用于掌握这些基础知识将会获得非常明显的提分效果。

二、刑法的复习方法

在复习中要准备几样工具:(1)法条;(2)政法英杰的名师核心考点精讲;(3)历年真题。在复习中,要先看法条,再看核心考点精讲,最后用历年真题来检测自己对知识点的掌握程度。需要注意的是:大家不能一次看完整本法条再看核心考点精讲,这样是没效果的。要把书和法条都按章节分开,然后一部分一部分地看。这样看的虽然慢一点,但是记得牢,效果好。

三、对今年讲义的说明

考虑到这本教材和讲义是同时印行的,我今年的讲义没有采取以前那种平铺直叙的方式,而是把刑法司法考试中最新的和最常见的重点疑难问题进行了归纳,按照教材的顺序编排成 126 个问题,逐一向大家展示。这个刑法疑难问题精解是我长期以来就想写的,但是由于工作繁忙,一直没能腾出手来写。今年,借给政法英杰写教材的机会,给自己施加了一些压力,终于将其顺利写完。这个讲义是一个提高性质的讲义,主要目的是突破刑法中的疑难问题。大家可以在看完教材后再来看讲义,这样效果会更好。

祝各位 2013 年顺利通过司考!让我们政法英杰“桃李满天下”!

杨艳霞

2012 年 11 月 26 日于杭城翰墨香林苑

目 录

序 言	(1)
-----------	-------

编写说明	(2)
------------	-------

上 篇 讲 义	(1)
---------------	-------

下 篇 考点精讲	(64)
----------------	--------

第一章 刑法概说	(64)
----------------	--------

第二章 犯罪概说	(77)
----------------	--------

第三章 犯罪构成概述	(81)
------------------	--------

第四章 犯罪客观要件	(86)
------------------	--------

第五章 犯罪主体	(98)
----------------	--------

第六章 犯罪主观要件	(105)
------------------	---------

第七章 犯罪排除事由	(116)
------------------	---------

第八章 犯罪的未完成形态	(125)
--------------------	---------

第九章 共同犯罪	(135)
----------------	---------

第十章 罪数形态	(149)
----------------	---------

第十一章 刑罚论	(157)
----------------	---------

第十二章 罪刑各论概说	(185)
-------------------	---------

第十三章 危害国家安全罪	(193)
--------------------	---------

第十四章 危害公共安全罪	(194)
--------------------	---------

第十五章 破坏社会主义市场经济秩序罪(1)生产、销售伪劣商品罪	(201)
---------------------------------------	---------

第十六章 破坏社会主义市场经济秩序罪(2)走私罪	(203)
--------------------------------	---------

第十七章 破坏社会主义市场经济秩序罪(3)妨害对公司、企业的管理秩序罪	(206)
---	---------

第十八章 破坏社会主义市场经济秩序罪(4)破坏金融管理秩序罪	(210)
--------------------------------------	---------

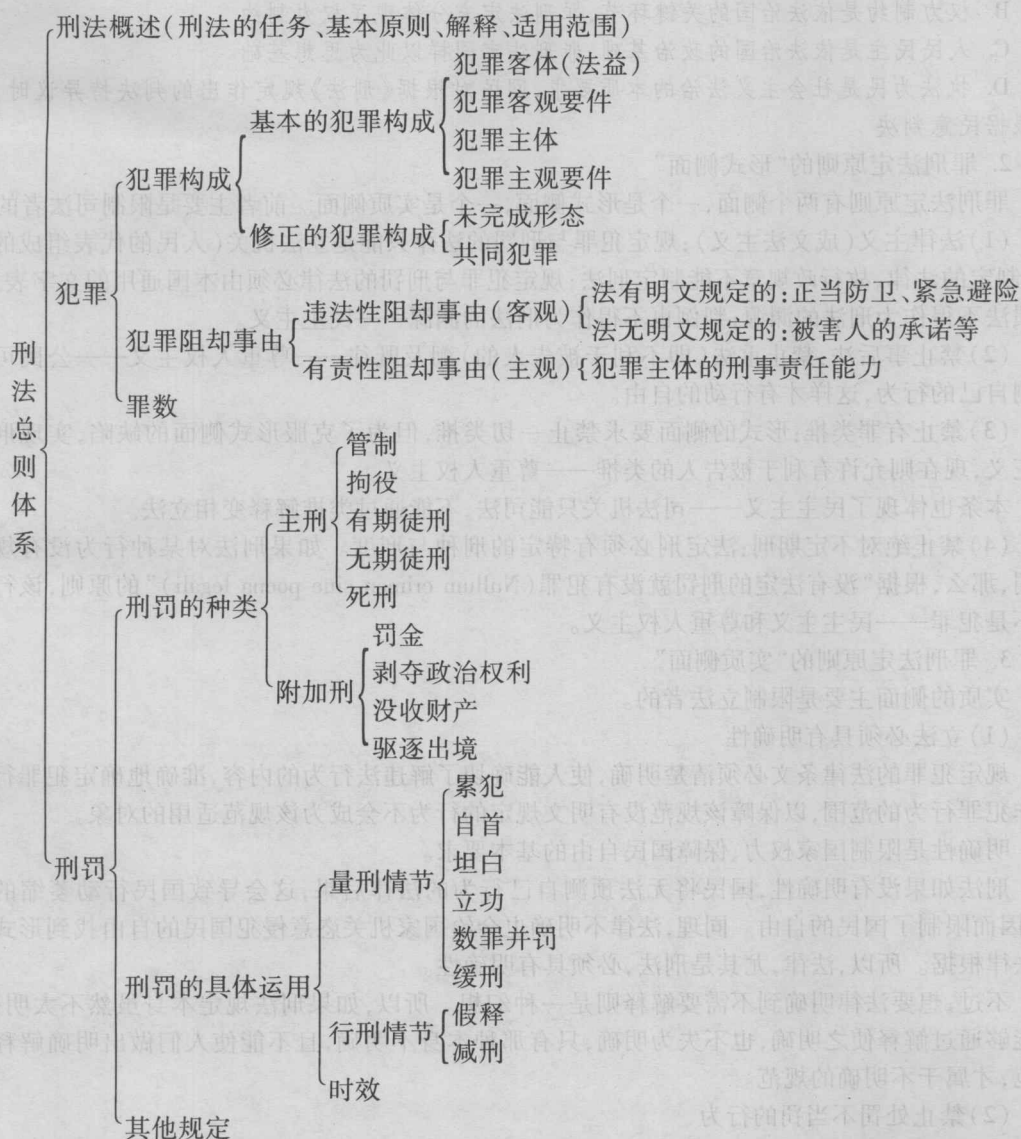
第十九章 破坏社会主义市场经济秩序罪(5)金融诈骗罪	(217)
----------------------------------	---------

第二十章 破坏社会主义市场经济秩序罪(6)危害税收征管罪	(222)
------------------------------------	---------

第二十一章	破坏社会主义市场经济秩序罪(7)侵犯知识产权罪	(226)
第二十二章	破坏社会主义市场经济秩序罪(8)扰乱市场秩序罪	(229)
第二十三章	侵犯公民人身权利、民主权利罪	(232)
第二十四章	侵犯财产罪	(251)
第二十五章	妨害社会管理秩序罪(1)扰乱公共秩序罪	(277)
第二十六章	妨害社会管理秩序罪(2)妨害司法罪	(285)
第二十七章	妨害社会管理秩序罪(3)妨害国(边)境管理罪	(288)
第二十八章	妨害社会管理秩序罪(4)妨害文物管理罪	(289)
第二十九章	妨害社会管理秩序罪(5)危害公共卫生罪	(290)
第三十章	妨害社会管理秩序罪(6)破坏环境资源保护罪	(292)
第三十一章	妨害社会管理秩序罪(7)走私、贩卖、运输、制造毒品罪	(294)
第三十二章	妨害社会管理秩序罪(8)组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	(298)
第三十三章	妨害社会管理秩序罪(9)制作、贩卖、传播淫秽物品罪	(300)
第三十四章	危害国防利益罪	(301)
第三十五章	贪污贿赂罪	(302)
第三十六章	渎职罪	(313)
第三十七章	军人违反职责罪	(318)
附 录		(320)

上篇 讲义

第一部分 刑法总则



【Q1】如何理解罪刑法定原则“实质的侧面”的内容？

【A】1. 罪刑法定原则的思想基础

罪刑法定原则产生的思想渊源是三权分立学说与心理强制说。但该原则的思想基础是民主主义与尊重人权主义。

民主主义要求,什么是犯罪,对犯罪如何处罚,必须由人民群众决定,具体表现为由人民群众选举产生的立法机关来决定。尊重人权主义要求,为了保障公民的自由,必须使得公民能够事先预测自己行为的性质与后果,故什么是犯罪,对犯罪如何处罚,必须在事前明文规定。

罪刑法定原则在本质上和社会主义法治理念是一致的。它是依法治国在刑法领域的集中体现。

【实战演练】关于社会主义法治理念与罪刑法定的表述,下列哪一理解是不准确的?(2011年试卷二第1题)^[1]

- A. 依法治国是社会主义法治的核心内容,罪刑法定是依法治国在刑法领域的集中体现
- B. 权力制约是依法治国的关键环节,罪刑法定充分体现了权力制约
- C. 人民民主是依法治国的政治基础,罪刑法定同样以此为思想基础
- D. 执法为民是社会主义法治的本质要求,网民对根据《刑法》规定作出的判决持异议时,应当根据民意判决

2. 罪刑法定原则的“形式侧面”

罪刑法定原则有两个侧面,一个是形式侧面,一个是实质侧面。前者主要是限制司法者的。

(1)法律主义(成文法主义):规定犯罪与刑罚的法律只能是立法机关(人民的代表组成的机关)制定的法律,故行政规章不能制定刑法;规定犯罪与刑罚的法律必须由本国通用的文字表述;习惯法不得作为刑法的渊源;判例也不得作为刑法的渊源——民主主义。

(2)禁止事后法;禁止重法(即不利于被告人的)溯及既往——尊重人权主义——公民可以预测自己的行为,这样才有行动的自由。

(3)禁止有罪类推:形式的侧面要求禁止一切类推,但为了克服形式侧面的缺陷,实现刑法的正义,现在则允许有利于被告人的类推——尊重人权主义。

本条也体现了民主主义——司法机关只能司法,不能通过类推解释变相立法。

(4)禁止绝对不定期刑:法定刑必须有特定的刑种与刑度。如果刑法对某种行为没有规定刑罚,那么,根据“没有法定的刑罚就没有犯罪(Nullum crimen sine poena legali)”的原则,该行为便不是犯罪——民主主义和尊重人权主义。

3. 罪刑法定原则的“实质侧面”

实质的侧面主要是限制立法者的。

(1)立法必须具有明确性

规定犯罪的法律条文必须清楚明确,使人能确切了解违法行为的内容,准确地确定犯罪行为与非犯罪行为的范围,以保障该规范没有明文规定的行为不会成为该规范适用的对象。

明确性是限制国家权力、保障国民自由的基本要求。

刑法如果没有明确性,国民将无法预测自己行为的法律后果,这会导致国民行动萎缩的效果,因而限制了国民的自由。同理,法律不明确也会给国家机关恣意侵犯国民的自由找到形式上的法律根据。所以,法律,尤其是刑法,必须具有明确性。

不过,想要法律明确到不需要解释则是一种幻想。所以,如果刑法规定本身虽然不太明确,但能够通过解释使之明确,也不失为明确,只有那种本身不明确,且不能使人们做出明确解释的规范,才属于不明确的规范。

(2)禁止处罚不当罚的行为

刑法的处罚范围应当宽窄适宜,既不能规定得过于琐细,过于限制国民的自由,也不能对应当“入罪化”的行为不入罪,任其侵犯社会秩序和国民的合法权益。

(3)禁止不均衡的、残虐的刑罚

一方面,不能轻罪重判,且不能规定残虐的刑罚。例如,入户盗窃一只鸡,即使能认定为盗窃

[1] 【解析】只有D项是错误的。对于其他选项,要准确记忆。

罪,也不应当判处无期徒刑。

另一方面,使犯罪人受剥夺性痛苦是刑罚的惩罚性质与内在属性。对于刑罚的痛苦程度,应以本国国情、本国人民群众的物质、精神生活水平以及社会的平均价值观念为标准进行衡量——例如,要求必须给罪犯提供二人一间、具有独立卫浴设备和电视机的牢房就使刑罚丧失了其惩罚性。

【实战演练】“罪刑法定原则的要求是:(1)禁止溯及既往(____的罪刑法定);(2)排斥习惯法(____的罪刑法定);(3)禁止类推解释(____的罪刑法定);(4)刑罚法规的适当(____的罪刑法定)。”下列哪一选项与题干空格内容相匹配?(2010年试卷二第1题)^[1]

A. 事前——成文——确定——严格

B. 事前——确定——成文——严格

C. 事前——严格——成文——确定

D. 事前——成文——严格——确定

【Q2】如何理解“文理解释”和“论理解释”并不是对立的关系?

【A】传统的解释理论认为“文理解释”是对法条的文字从文理上所作的解释,而论理解释,则是按照立法精神、立法目的、立法历史、法律体系等从逻辑上所作的解释。所以,二者是完全对立的。

但实际上,文理解释有两种。一种是严格按照文字的含义、语法、标点符号、用语顺序进行解释(参见下文),一种是按照法条文字可能具有的含义进行解释。

当我们按照法条文字,对其“可能具有的含义”进行文理解释时,也需要用论理解释的理由来解释为何将法条文字做这样的解释,而对法条进行论理解释时,由于罪刑法定原则的限制,解释者也必须论证自己的解释结论并没有超出法条文字“可能具有的含义”。所以,二者只是不同的解释理由(张明楷语),并非对立的关系,它们事实上相互交融。

对同一个法条进行解释时,解释者可能会同时运用文理和论理两种理由来支持自己的解释结论。

【示例1】刑法第385条规定:“国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物的,或者非法收受他人财物,为他人谋取利益的,是受贿罪。”

解释者根据本条的语法、标点符号做出如下解释:国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物的,不需要为他人谋取利益即可成立受贿罪;而非法收受他人财物的,只有具备为他人谋取利益的要件,才成立受贿罪。

这就是最典型的文理解释。这个解释没有对文字的含义进行任何解释,只是根据语法和标点符号进行了逻辑推演。

【示例2】刑法第303条规定“开设赌场的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金;情节严重的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金。”

如果按照法条的字面(核心)典型含义,赌场应该是指在现实中开设的,具有实际场地的地方。但是,随着网上赌博愈演愈烈,涉案金额动辄几十亿元时,最高人民法院2010年9月颁布了《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》。意见规定,利用互联网、移动通讯终端等传输赌博视频、数据,组织赌博活动,具有下列四种情形之一的,属于刑法第三百零三条第二款规定的“开设赌场”行为:建立赌博网站并接受投注的;建立赌博网站并提供给他人组织赌博的;为赌博网站担任代理并接受投注的;参与赌博网站利润分成的。

这个解释属于根据立法所规定的行为类型和立法目的进行的论理解释。它能被人们接受的理由是:它没有超出人们的预测可能性,也符合人们在网络发达的时代对“赌场”的含义的新看法,即它没有超出文理解释的范围,所以仍然属于合理的扩大解释。

[1] [答案]D。需要注意的是刑法法规的“适当”包含两个方面的内容:罪与刑的明确性和刑罚的适当性(如刑罚不得残虐等)。

作为解释理由,论理解释包括体系解释、历史解释、比较解释、目的解释(按照立法目的进行解释)等。当然解释属于体系解释的一种(即当然解释是解释理由而非解释技巧)。

【Q3】何为解释技巧?

【A】解释技巧是指解释的方法。平义解释、扩大解释、限制解释、反对解释、补正解释都属于解释技巧。由于在方法上就和罪刑法定原则相违背,类推解释(有利于被告人的类推解释除外)不是刑法允许使用的解释技巧。

需要注意的是:解释技巧和解释结论是不相同的。刑法允许在罪刑法定原则之下采用这些解释技巧,并不意味着这样解释得出的结论都是正确的。例如,超出法条可能含义的扩大解释和限制解释都是错误的。

按照张明楷教授的观点,对于同一法条,不可能同时使用两种以上的解释技巧。

一个正确的解释结论必须符合罪刑法定原则,不能超出公民对法条含义的预测可能性。

【检测】①对于同一刑法条文中的同一概念,既可以进行文理解释也可以进行论理解释

②一个解释者对于同一刑法条文的同一概念,不可能同时既作扩大解释又作缩小解释

③刑法中类推解释被禁止,扩大解释被允许,但扩大解释的结论也可能是错误的

④当然解释追求结论的合理性,但并不必然符合罪刑法定原则

关于上述4句话的判断,下列哪些选项是错误的?(2011年试卷二第51题)^[1]

A. 第①句正确,第②③④句错误

B. 第①②句正确,第③④句错误

C. 第①③句正确,第②④句错误

D. 第①③④句正确,第②句错误

【实战演练】将盗窃罪对象的“公私财物”解释为“他人的财物”属于什么解释?^[2]

【Q4】如何区分扩大解释和类推解释?

【A】二者都是对法条字面含义的扩大解释,区分起来相当困难。通用的判断标准是:解释结论有无超出国民的预测可能性。如果没有超出国民的预测可能性,即使和字面典型含义略有不同,仍然认为是扩大解释。例如,将“淫秽物品”解释为包括在网络上进行淫秽裸聊(如专门的黄色网站提供的有偿裸聊)时传递的裸聊者的图像就被认为是扩大解释。

刑法规定“携带凶器抢夺的”是抢劫行为,由于“抢夺”具有特定的含义,而且抢夺是具有危害人身安全危险的行为,解释者就不能将此处的“抢夺”扩大解释为“盗窃”或者“诈骗”。这样的解释由于超出了国民的预测可能性,就被认为属于类推解释。

【Q5】什么是犯罪概念的文理解释与论理解释?

【A】对犯罪概念可以从形式上和实质上进行解释。

1. 犯罪概念的文理解释(形式解释)

根据刑法第13条的规定,犯罪具有两个特征:一是社会危害性,二是依照法律应受刑罚处罚性。社会危害性特征说明犯罪必须是侵犯法益的行为。如果一个行为不可能侵犯法益,也就不可能是犯罪。

“依照法律应受刑罚处罚性”包含三层含义:(1)根据罪刑法定原则,危害社会的行为必须被法律类型化为构成要件,即法律必须明文规定处罚这种行为;(2)根据刑法的谦抑性,犯罪不能是情节显著轻微危害不大的行为(刑法第13条的“但书”对此有明文规定)。(3)根据责任主义,仅有危害行为还不能受到处罚,只有当行为人对危害社会的行为与结果具有故意(刑法第14条)或者过失(刑法第15条),行为人达到法定责任年龄(刑法第17条)、具有责任能力(刑法第18

[1] 【解析】参见正文。本题正确答案为ABCD。即,四个选项都是正确的。

[2] 这属于当然解释。因为,一个人不可能盗窃自己的财物,他盗窃的只能是别人的财物。注意:在他人合法占有下的自己财物,在刑法上被认为是他人的财物。

条),并且具有期待可能性时(刑法第16条)才能受刑罚处罚。

2. 犯罪概念的论理解释(实质解释)

对上述文理解释的要点进行归纳,可以看到:从实质上来讲,只有具备以下两个条件,才能认定为犯罪:(1)发生了值得科处刑罚的法益侵害事实(法益侵犯性),此即违法性,其二,能够就法益侵害事实对行为人进行非难(非难可能性),此即有责性。

故,从实质上来看,犯罪是违法且有责的行为。

将违法且有责细化为犯罪构成要件,即犯罪的客观要件与主观要件。犯罪必须是客观上侵犯了法益且主观上有责任的行为。

无论是传统的四要件理论还是最近引进的三阶层理论,其本质都是两要件:客观违法且主观有责。

第二讲 犯罪构成

【Q6】犯罪概念具有多重含义吗?

【A】这个问题也被称为犯罪概念的相对性。

一般来说,我们在日常生活中,经常在两种不同的含义上使用“犯罪”这个概念。(1)违法性意义上的犯罪:不考虑犯罪主体与刑事责任,只要是侵犯了法益的行为(此处的法益专指刑法保护的法益),即被称为犯罪。例如,13周岁少年杀人的,我们也说“犯了杀人罪”。(2)违法有责性意义上的犯罪,即符合犯罪全部要件的行为才被称为犯罪,刑法中的犯罪通常都是这种犯罪。

但是,在个别情况下,刑法法条中犯罪的含义也仅指第一种含义。例如刑法规定:“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的,可以进行正当防卫”。如果此处的犯罪必须是第二种含义上的犯罪,那么对未成年人杀人,就不能实行正当防卫了。此处的“犯罪”就指的是“侵犯了法益的行为”。

我们区分这两种含义有什么意义呢?

1. 如果一种犯罪(或者不犯罪)要以前行为构成犯罪为前提时,前行为可以是第一种意义上的犯罪。例如正当防卫针对的“暴力犯罪”、掩饰、隐瞒犯罪所得罪中“明知是犯罪所得”,包庇罪中“明知是犯罪的人”中的“犯罪”都仅仅是违法性意义上的犯罪。

【实战演练】王某15岁,他盗窃了1000克黄金。李某,25岁,他明知道这些黄金是王某盗窃的而低价收购。李某是否构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪?^[1]

2. 在共同犯罪的认定中很有价值。

请看2012年的真题:

甲(15周岁)求乙(16周岁)为其抢夺作接应,乙同意。某夜,甲抢夺被害人的手提包(内有1万元现金),将包扔给乙,然后吸引被害人跑开。乙害怕坐牢,将包扔在草丛中,独自离去。关于本案,下列哪一选项是错误的?(2012年试卷二第9题)

A. 甲不满16周岁,不构成抢夺罪

B. 甲与乙构成抢夺罪的共犯

C. 乙不构成抢夺罪的间接正犯

D. 乙成立抢夺罪的中止犯

【分析】本题考查的就是犯罪的“罪”字具有不同含义。

首先,甲不满16周岁,根据刑法第17条的规定,他不构成抢夺罪。所以选项A是正确的。

其次,间接正犯是指在犯罪中起支配作用,将他人作为工具来利用的人,而且被支配者还必须不知情或者虽然知情但不能负刑事责任。本案中,对犯罪起支配作用的显然是甲,乙在整个犯罪中只起帮助作用。所以,乙不可能是间接正犯,选项C正确。

[1] 构成。掩饰、隐瞒犯罪所得罪中的罪就仅指侵犯法益的行为。

选项 D 显然是错误的。乙已经接到了甲抢夺的包,即使将包扔在草丛里,也仍然属于犯罪既遂。

选项 A 和选项 B 在字面上看起来完全是矛盾的,似乎不可能同时正确。要答对本题,考生必须理解“犯罪(罪)”这个概念具有两种不同含义。它既可以指真正的犯罪(完全具备四要件),也可以指纯客观意义上(只具备客体与客观要件)的犯罪。选项 B 说:“甲与乙构成抢夺罪的共犯”。此处的“抢夺罪”仅指客体与客观要件(违法性)意义上的抢夺罪,即抢夺这个实行行为,而不是指犯罪构成(同时具备四要件或者说同时具备违法性与有责性)意义上的抢夺罪。由于甲乙有共同的抢夺行为,所以说他们“构成抢夺罪的共犯”。因此,选项 B 是正确的。所以,选项 A、B 同时正确。

考生可以看到:在共同犯罪中,有时存在二人确实有共同的犯意和共同的行为,但其中一个人未达到负刑事责任的年龄(但距离刑事责任年龄较近)的情况。此时,应当承认二人成立客观意义上的共同犯罪。这样,才能公平地处理案件。例如,在本案中就应当认为双方构成客体与客观要件意义上的共同犯罪。而且,此时甲为主犯,但不追究刑事责任。乙为从犯,按照从犯定罪处罚(应当从轻、减轻、免除处罚)。比起将乙作为单独犯罪,不能认定为从犯,不能从轻、减轻、免除处罚,这样的处理显然更为合理。

还存在这样的情况:甲乙共同轮奸女性,但甲只有 13 周岁。此时,也应当认为甲乙构成强奸罪的共同犯罪。对乙按照轮奸情节量刑,对甲不追究刑事责任。

所以,由于犯罪的概念具有多重含义,共同犯罪的概念也具有多重含义。只要二人确实有共同的犯意和共同的行为,即可成立共同犯罪。如果二人都能负刑事责任,则追究二人的刑事责任;反之,只追究达到刑事责任年龄者的刑事责任。

简言之,犯罪可以是不考虑刑事责任意义上的犯罪。只要客观上是一个刑法禁止的行为,就是犯罪。只要二人有共同犯罪的事实,就是共同犯罪。

关于本案这种情况能否构成共同犯罪,其实官方的司法考试教材(三大本)已经强调了好几年了。这是三大本对传统共同犯罪理论的一个突破,今年是首次考到。

需要指出的是:如果共同行为中的其中一人没有规范意识(即完全没有刑事责任能力),例如只有 8 岁、10 岁,此时应当将另一人认定为间接正犯。因为 8 岁、10 岁的孩子不可能有犯罪的故意,他们只是利用者的工具。

【Q7】犯罪构成理论的实质是什么?

【A】很多考生都觉得这个问题很神秘。其实这个问题并不神秘。

犯罪构成理论也称为犯罪论体系,其实质是犯罪成立条件体系。犯罪成立条件是指行为成立犯罪所必须具备的全部犯罪成立条件。犯罪成立条件体系则指根据什么样的体系来判断行为是否具备了这些条件。

我国在解放后,引进的是前苏联的四要件体系。目前的司法考试官方教材也使用的是四要件体系。根据这个体系,犯罪构成是指刑法规定的,决定某一行为的社会危害性及其程度,而为该行为成立犯罪所必须具备的一切客观要件与主观要件的有机整体。这个有机整体被分为四个要件,只有当四个要件同时具备时,才能成立犯罪。这四个要件包括犯罪客体要件、犯罪客观要件、犯罪主体要件、犯罪主观要件。

近十年来,三阶层体系逐渐崭露头角。这是从日本、德国刑法理论中引进的体系。根据这个体系,行为必须同时具备构成要件符合性、违法性、有责性,才能成立犯罪。

三阶层体系的优点在于层层递进。它首先分析行为是否在客观上具备构成要件符合性,即是否发生了一个符合刑法规定的构成要件的行为;然后分析这个行为是否具有违法性。在前两个要件都具备时,才分析行为人是否具有刑事责任。

【实战演练】武警战士在执行任务时将劫持人质的犯罪嫌疑人击毙。如何用三阶层理论分

析这一事件^{〔1〕}

【实战演练】13岁的王某因为李某抢了他的自行车而将李某杀死。如何用三阶层理论分析这一事件^{〔2〕}

大家可以用四要件理论来分析这两个案件,结论是一样的,都是不构成犯罪。

目前,四要件理论和三阶层理论已经出现了融合的趋势。因为双方都认识到无论哪种犯罪构成理论,其本质都是两要件:行为在客观上是违法的,即刑法禁止的;行为人在主观上是可以被刑法谴责的,即应当负刑事责任的。所以,目前最时髦的犯罪构成理论是两阶层理论——违法构成要件(犯罪客观要件)、责任要件(犯罪主观要件)。在判断时,先判断行为在客观上是否具备构成要件符合性;然后判断行为人是否具备有责性。是否存在违法阻却事由和责任阻却事由分别在两阶层内部进行判断。例如:根据这个体系,正当防卫行为是违法阻却事由,因此不具备违法构成要件,所以不成立犯罪。

【Q8】目前使用的到底是什么犯罪构成理论?

【A】前已述及,目前官方的教材使用的仍然是四要件理论,但其实质正在向两阶层理论转变。司法考试刑法部分的主要命题人张明楷教授使用的是前述两阶层理论。周光权教授使用的是新三阶层理论(犯罪客观要件、犯罪主观要件、犯罪排除要件)。这几种体系看似不同,其实质都是两阶层体系。所以,目前司法考试采用的犯罪论体系表面上是四要件体系,实质上是两阶层体系,或者叫做改良的四要件体系、改良的三阶层体系。

对于考生来说,掌握犯罪是“违法且有责”的行为即可。这就要求,真正的犯罪(即能够追究刑事责任的犯罪)在本质上必须同时具备客观违法和主观有责两个要件。

【Q9】刑法理念十年来最大的变化是什么?

【A】刑法理念在过去十年发生了很多变化。其中最大、最重要的变化就是从刑法主观主义向刑法客观主义的转变。刑法客观主义要求:在定罪时要坚持从客观到主观的路径。只有确实发生了侵犯法益的危害行为,才可能构成犯罪。只要没有现实的危害行为,无论行为人主观上多么邪恶,都不能认为他构成犯罪。

【实战演练】甲想让闪电劈死乙,就告诉乙夏天的雨天最适合外出散步。乙在这样的日子出门散步,果然被闪电劈死。甲是否构成犯罪^{〔3〕}

【实战演练】甲欲杀乙,将乙打倒在地,掐住脖子致乙深度昏迷。30分钟后,甲发现乙未死,便举刀刺乙,第一刀刺中乙腹,第二刀扎在乙的皮带上,刺第三刀时刀柄折断。甲长叹“你命太大,整不死你,我服气了”,遂将乙送医,乙得以保命。经查,第一刀已致乙重伤。关于甲犯罪形态的认定,下列哪一选项是正确的?**【2012年试卷二第8题】**

- A. 故意杀人罪的未遂犯
- B. 故意杀人罪的中止犯
- C. 故意伤害罪的既遂犯
- D. 故意杀人罪的不能犯

【分析】本案中,甲显然具有杀人的故意,所以即使乙没有死亡,也只能认定为故意杀人罪的未遂或者中止,不能认定为故意伤害罪。所以选项C错误。

本案不能认定为不能犯。所谓不能犯,是指行为人主观上有意实施犯罪,但就行为的性质看并无实现构成要件内容的可能性,现实上不能发生法益侵害结果而不受处罚的情况。迷信犯即为适例。本案中,甲的杀人行为是能够杀死乙的,所以不能认定为不能犯。故,选项D错误。

〔1〕 (1)武警战士的行为是刑法规定的类型性的杀人行为,即满足构成要件符合性;(2)武警战士的行为不违法,即不满足违法性要件。那么,判断到此结束,不再进行第三层次的评价。结论是武警战士的行为由于不能同时满足三个要件而不构成犯罪——这就是层层递进的评价方式。

〔2〕 (1)王某的行为是刑法规定的类型性的杀人行为,即满足构成要件符合性;(2)王某的行为违法,即满足违法性要件。注意:即使王某不满14周岁,法律也不允许他杀人。(3)王某不满14周岁,依法不能承担刑事责任。那么,王某的行为由于不能同时满足三个要件而不构成犯罪。

〔3〕 不构成。因为请人在雨天出门散步的行为并非刑法上的危害行为。

由于甲是多次杀乙都不能将其杀死,而后被迫放弃的,所以成立故意杀人罪的未遂犯。判断犯罪是中止还是未遂,应当采取主观说。即,要看行为人主观上认为自己还能否继续将犯罪进行下去。本题中,甲显然认为自己力不从心,因此放弃犯罪,所以是未遂。选项 A 正确、选项 B 错误。

【提示】“不能犯”概念是客观主义刑法非常重视的一个概念。根据客观主义,不能犯是不构成犯罪的,因为它并没有现实的危害行为。未遂犯则是构成犯罪的,因为它有现实的危害行为。我想用这道题提示考生:不是只有造成了现实的危害结果的行为才是危害行为,只要有增加法益侵害风险,或者说对法益造成了一定风险的行为都是危害行为。

【Q10】如何区分不能犯与未遂犯?

【A】请参见对问题九的论述。

【Q11】不作为犯罪的构成要件是什么?什么样的人才是保证人?【犯罪客观要件1】

【A】成立不作为犯罪应当具备三个要件:(1)行为人负有实施特定积极行为的具有法律性质的义务(行为人具有保证人地位);(2)行为人具有作为可能性;(3)作为行为具有结果回避可能性(即如果作为了就能避免危害结果的发生)。

所谓保证人即负有防止危害结果发生的特别义务的人。只有这样的人才可能构成不作为犯罪。从形式上,保证人可以分为四类:(1)由于法律的规定而具有作为义务的人;(2)由于职务上或者业务上的要求而具有作为义务的人;(3)由于自己的先前行为而具有作为义务的人;(4)由于法律行为而具有作为义务的人。

从实质上看,这四类保证人可以分为两类:(1)创设了危险的人;(2)没有创设危险,但具有保护、救助法益的法律义务的人。例如:甲将6岁的侄子乙带出去玩要。由于疏于照顾,乙被丙开车撞倒。看到乙倒在血泊中,甲想:“反正丙有救助义务,我就不用管了。”由于甲离去、丙逃逸,乙死亡。本案中,甲、丙都具有保证人地位。丙是创设危险的人,甲是没有创设危险,但具有保护、救助法益的法律义务的人(甲由于带侄子出来玩而具有了法定的保护、救助法益的义务)。

保证人的实质作为义务可以细分为三种义务。

A. 基于对危险源的支配产生的监督义务。包括:

(1)对危险物的管理义务

这里的危险物是广义的,包括危险动物、危险物品、危险设置、危险系统等。

(2)对他人危险行为的监督义务

一般来说,每个人对自己的危险行为承担责任。但是,如果这个人不能承担刑事责任,而行为人基于法律规定、职业或者法律行为对其负有监管、监护义务时,要求行为人对其危险行为予以阻止。

(3)对自己的先前行为引起的法益侵害危险的防止义务。

B. 基于与法益的无助(脆弱)状态的特殊关系产生的保护义务。

当某项法益处于被侵害的危险境地时,基于法规范或制度使保护法益具体地依赖于特定人时,该特定人具有保护法益的作为义务。例如,儿童溺水时,每个经过的路人并不负有救助义务,不在现场的他的父母却负有救助义务。

(1)基于法规范产生的保护义务。

(2)基于制度或者体制产生的保护义务。

当具体的制度、体制将法益保护义务托付给了特定行为人时,行为人负有保护义务。

例如,游泳教练员对游泳学习者具有保护义务。

(3)基于自愿(合同与自愿接受等)而产生的保护义务。

例如,将他人遗弃的女婴抱回家之后,就必须继续尽抚养义务。

C. 基于对法益的危险发生领域的支配产生的阻止义务。

法益的危险发生在行为人支配的领域时,行为人具有实质的法义务。不过,只有在该领域的

支配者可以排除危险时(具有排他性),才能要求该领域的支配者履行义务。包括:

(1)对自己支配的建筑物、汽车等场所内的危险的阻止义务。

(2)对发生在自己身体上的危险行为的阻止义务。

总结:不作为犯罪的义务来源的具体分类非常复杂。这些分类可以归结为一句话,那就是只有具有法定的保证人地位的人才可能构成不作为犯罪。这个保证人必须是负有阻止危险行为、保护法益的法定义务的具体、特定的那个人。

【实战演练】下列哪一选项构成不作为犯罪?(2012年试卷二第4题)^[1]

A. 甲到湖中游泳,见武某也在游泳。武某突然腿抽筋,向唯一在场的甲呼救。甲未予理睬,武某溺亡

B. 乙女拒绝周某求爱,周某说“如不答应,我就跳河自杀”。乙明知周某可能跳河,仍不同意。周某跳河后,乙未呼救,周某溺亡

C. 丙与贺某到水库游泳。丙为显示泳技,将不善游泳的贺某拉到深水区教其游泳。贺某忽然沉没,丙有点害怕,忙游上岸,贺某溺亡

D. 丁邀秦某到风景区漂流,在漂流筏转弯时,秦某的安全带突然松开致其摔落河中。丁未下河救人,秦某溺亡

【实战演练】甲在车间工作时,不小心使一根铁钻刺入乙的心脏,甲没有立即将乙送往医院而是逃往外地。医院证明,即使将乙送往医院,乙也不可能得到救治。甲不送乙就医的行为是否构成不作为犯罪?(2010年试卷二第52题选项A)^[2]

【分析】只有当行为人履行作为义务可以避免结果发生时,其不作为才可以成立犯罪。即:如果这个不作为行为并未产生现实的法益侵害风险,则不成立犯罪。

【Q12】不作为犯罪中“先前行为”是否包括犯罪行为?【犯罪客观要件2】

【A】不作为犯罪中,先前行为引起的义务可以成为法定的作为义务。这是指由于行为人的某种行为使刑法所保护的合法权益处于危险状态时,行为人负有的排除危险或者防止危害结果发生的特定积极义务。

关于先前行为是否包括犯罪行为,在理论上存在争议:

1. 先前行为包括犯罪行为,即犯罪行为引起的危险也能成为义务来源。
2. 先前行为不包括犯罪行为,否则会使绝大多数一罪演变为数罪。

这两种观点都有失偏颇。相较而言,区别对待的观点更为合理。这也是目前司法考试采纳的观点。根据这个观点,在刑法就某种犯罪行为规定了结果加重犯,或者因发生严重后果而成立重罪时(转化犯),由于可以将加重结果评价在相应的结果加重犯或者另一重罪中,先前的犯罪行为并不导致行为人具有防止严重后果发生的义务。即,此时认为先前的犯罪行为并不产生法定的作为义务,对行为人按照结果加重犯或者转化的重罪一罪论处即可。

反之,如果刑法没有就某种犯罪行为规定结果加重犯或者转化犯,由于不能将加重结果评价

[1] 根据上述论述,选项A不构成不作为犯罪。因为武某突然腿抽筋时,甲虽然是唯一在场的人,但他并不是创设危险的人,也不是法定的负有救助武某的责任的人。

选项B也不构成不作为犯罪。乙拒绝周某求爱的行为并不是创设了周某死亡的危险的行为。如果这样的行为能成为不作为犯罪的先前行为,那就没有人敢和恋爱对象分手了。

选项D也不构成不作为犯罪。丁邀请秦某到风景区漂流,对秦某的安全负有法定救助义务的是风景区管理者,而不是丁。秦某的安全带突然松开也不是丁的行为所致,丁并未创设秦某死亡的危险,所以丁不构成不作为犯罪。

选项C则构成不作为犯罪。丙与贺某到水库游泳。丙为显示泳技,将不善游泳的贺某拉到深水区教其游泳。此时,丙就因为创设了可能导致贺某死亡的风险而成为那个特定的对贺某死亡负有法定救助义务——切断危险源的人。

故,只有C是正确答案。

[2] 由于甲的不作为行为没有产生现实的法益侵害风险,所以不构成不作为犯罪。