



海天教育
HAITIAN EDUCATION

海天司法培训学校指定用书

赠900元精品课件

2010 年

国家司法考试法律法规深度汇编

Guojia Sifa Kaoshi Falü Fagui Shendu Huibian

第二卷

海天教育 国家司法考试研究中心 编著



中国政法大学出版社



海天教育
HAITIAN EDUCATION

海天司法培训学校指定用书

2010 年

国家司法考试法律法规深度汇编

Guojia Sifa Kaoshi Falü Fagui Shendu Huibian

第二卷

海天教育 国家司法考试研究中心 编著



中国政法大学出版社

目录 CONTENTS

刑 法

中华人民共和国刑法	(1)
-----------------	-------

刑 事 诉 讼 法

中华人民共和国刑事诉讼法	(207)
最高人民法院关于审理未成年人刑事案件的若干规定	(361)
人民检察院办理未成年人刑事案件的规定	(364)
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）	(369)
最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定	(370)

行政法与行政诉讼法

中华人民共和国公务员法	(371)
行政机关公务员处分条例	(383)
中华人民共和国行政许可法	(390)
中华人民共和国行政处罚法	(403)
中华人民共和国治安管理处罚法	(416)
中华人民共和国行政复议法	(428)
中华人民共和国政府信息公开条例	(449)
中华人民共和国行政诉讼法	(456)
最高人民法院关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要	(504)
中华人民共和国国家赔偿法	(507)

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1997年3月14日中华人民共和国主席令第83号公布自1997年10月1日起施行1999年12月25日第九届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案》2001年8月31日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案(二)》,2001年12月29日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案(三)》2002年12月28日第九届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案(四)》2005年2月28日第十届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案(五)》2006年6月29日第十届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案(六)》2009年第十一届全国人民代表大会常务委员会第七次会议于2009年2月28日通过的《中华人民共和国刑法修正案(七)》修正)

第一编 总 则

第一章 刑法的任务、基本原则和适用范围

本章主要论述刑法的基本原则和适用范围,其中刑法基本原则中的罪刑法定原则、罪(责)刑相适应原则和刑法的空间效力、时间效力有许多考点值得注意。虽然历年分数不多,但仍应注意。

第一条【立法宗旨】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【本法任务】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。

相关法条

1997年9月22日最高人民法院《关于依法不再核准类推案件的通知》,就1997年10月1日以后审理此前发生的适用类推案件的有关问题,通知如下:

一、1997年10月1日以后,各级人民法院一律不再适用修订前的刑法第79条的规定向本院报送类推案件。

二、1997年9月30日以前已经报送但在10月1日以前尚未核准的类推案件,应当根据修订后的刑法第三条的规定,分别不同情况作出处理:对于按照修订前的刑法需要类推定罪,修订后的刑法没有规定为犯罪的行为,一律不得定罪判刑;对于按照修订前的刑法需要类推定罪,修订后的刑法也规定为犯罪的行为,如需追究刑事责任的,应适用修订后刑法第12条的规定处罚。

三、1997年10月1日以后,各级人民法院审理发生在1997年9月30日以前,按照修订前的刑法需要类推定罪的案件,应当按照本通知第2条的规定办理。

综合讲解

含义:法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪量刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪量刑(刑法第3条)。即依法定罪量刑。1997年刑法明文规定了罪刑法定原则,这是对1979年刑法中的类推的明确禁止。

(一) 罪刑法定原则的理念

1. 宗旨:维护法制、保障个人权利,防止国家公共权力机构滥用刑罚权侵害个人权利。

2. 思想基础。

(1) 民主主义 (人民的事情, 由人民说了算)。民主主义要求国家的重大事务应由国民自己决定, 各种法律应由国民自己制定, 刑法涉及生杀予夺, 更应当由公民自己决定。立法机关制定的刑法代表了国民的意志, 当然犯罪与刑罚的认定应当严格依照刑法的规定。

(2) 尊重人权主义。为了保障人权, 不致阻碍国民的自由行动, 不致使国民产生不安感, 就必须使国民对自己的行为具有预测可能性, 即犯罪与刑罚必须通过刑法规定。

(3) 三权分立学说。以立法权应制约司法权、防止司法罪刑擅断为根据, 证明罪刑法定原则的必要性和正确性, 其中还包含有权利制衡的政治理念、保障个人免受罪刑擅断之害的政治诉求 (19 世纪欧洲要建立三权分立制度, 当时的背景是法官的司法权太大。欧洲历史上长期存在法官司法权滥用、罪刑擅断的情况, 基于此, 提出三权分立, 限制法官的自由裁量权, 法官的目的就是忠于法律, 定罪量刑的依据就是法律。法官不能超越法律裁判, 即立法权不能由法官行使)。

(4) 心理强制说。费尔巴哈提出, 就是通过刑法条文对犯罪、刑罚的明确规定使人们对犯罪行为从内心感到害怕。西方国家历史上有不少秘密刑法, 刑法是不公开的。

即: 对人民而言: 刑法应给予更多的民主、自由; 对国家: 刑法应当限制国家权力。

(二) 内容

罪 刑 法 定	形式 侧面	法律主义
		禁止事后法 (禁止不利于被告的溯及既往)
		禁止类推解释 (禁止不利于被告的类推解释)
	实质 侧面	禁止绝对不定期刑
	实质 侧面	明确性原则
		禁止处罚不当罚的行为
		禁止不均衡的、残虐的刑罚

1. 形式的侧面——刑事古典学派。

对国家司法权的制约, 限制法官的权力。

(1) 法律主义: 定罪量刑只能以立法机关制定的成文刑法为标准, 刑法以外的任何法律不能规定犯罪与刑罚。因为只有以立法者制定的法律为依据, 才能最体现民主的要求, 立法者是人民选举出的代表组成的。——排斥习惯法。

如果定罪量刑可以依据刑法以外的法理、习

惯等, 刑法将会相当可怕, 因为如果国家想给一个人定罪, 可以依据刑法之外的法理、习惯等这些不确定的、宽泛的东西, 总能找到一定的理由。

习惯法不能成为刑法的渊源, 但可以成为刑法解释时的依据。(例如, 猥亵的含义如何界定) 另外, 当存在有利于人们的习惯法时, 行为人以习惯法为根据实施犯罪行为时, 可能以行为人缺乏违法性认识的可能性为由, 排除犯罪的成立。

(2) 禁止溯及既往——(刑法不能适用于其出生之前的行为) 已变通: 从旧兼从轻, 即禁止不利于行为人的事后法。 (本质是: 防止不教而诛)。仅适用于未决犯, 原因在于, 要维持法院原有判决的既判力、维护法院原有判决的权威性。

(3) 禁止类推解释——已变通, 有利于被告的类推解释可以适用, 即禁止不利于被告的类推。

类推解释: 对于刑法没有规定的行为, 可以比照最相类似的行为定罪处罚。(1979 年刑法) 解释结论与是语词含义不可能包括的。——反对类推解释的理由: 因为 A 事物与 B 事物相像, 就对 A 罪定罪处罚, 这显然不合理。因为任何事物总是具有一定的相似性, 这样, 刑法条文的内容就没有任何意义了, 容易导致刑法滥用。

注意: 扩大解释与类推解释如何区分? 一般认为某一解释结论是否超出了国民预测的可能性, 是否会令人大吃一惊。扩大解释 (无论是有利于被告人的, 还是不利于被告人的) 是允许的。例如, 将信用卡诈骗罪中的信用卡解释为包括借记卡, 是一个不利于被告的解释, 这也是允许的。

历年真题

甲因为盗窃乙的自行车 (价值 460 元) 被抓获, 公安机关对其作出行政拘留 15 日的处罚。在行政拘留期间, 甲主动交代了盗窃丙的摩托车 (价值 2 万元) 的犯罪事实, 该事实经公安机关查证属实。对甲主动交代盗窃摩托车一事的行为应如何定性? (2008 延-2-2, 单选)

- A. 自首
- B. 坦白
- C. 立功
- D. 重大立功

[答案] A

(4) 禁止绝对不定期刑。(法定刑可以采用相对确定的刑罚, 宣告刑必须绝对确定)

刑罚越不确定, 刑法可能就越严厉, 越容易被滥用。所以, 刑法对于刑种和刑度必须有明确规定, 刑种、刑期绝对不确定的刑罚 (例如只规定“犯……罪的, 判处有期徒刑”或者“犯……罪的, 判处有期徒刑”), 不能防止司法恣意, 违反

罪刑法定的要求。^①

2. 实质的侧面——刑事人类学派的观点。

主要是控制立法机关的权力。即大家遵守的法律应该是良法。

(1) 明确性。——明确性只是一种相对的要求，要求刑法明确到无需解释的程度只是一种幻想。因此，刑法的明确性要求实际上是由刑法和刑法解释共同实现的。

(2) 禁止处罚不当罚的行为。——刑法的处罚范围不能太大，刑法是规制公民行为的最后手段，只有在迫不得已的情况下才使用，能通过道德、其他法律解决的问题，不要适用刑法。恶法非法

如张明楷老师举的一个例子“除本人住宅以外，在有3人以上的场所吸烟的，处1年以下有期徒刑”。^②

(3) 禁止不均衡的、残虐的刑罚。

残虐的刑罚是对人类尊严的一种挑战。

结论：形式侧面与实质侧面的关系：形式侧面主旨在于限制司法权，体现的是形式法治的观点；实质侧面主旨在于限制立法权，反对恶法亦法，是实质法治的体现。

历年真题

1. 关于罪刑法定原则，下列哪一选项是正确的？(2006-2-1，单选)

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

2. 关于罪刑法定原则及其内容，下列哪一选项是正确的？(2004-2-16，单选)

A. 罪刑法定原则禁止类推解释与扩大解释，但不禁止有利于被告人的类推解释^③

B. 罪刑法定原则禁止司法机关进行类推解释，但不禁止立法机关进行类推解释

C. 罪刑法定原则禁止适用不利于行为人的事后法，但

不禁止适用有利于行为人的事后法

D. 罪刑法定原则要求刑法规范的明确性，但不排斥规范的构成要件要素

【答案】C

3. 甲男与乙女于某日中午公开在某公园内发生性关系，引起游客的极大愤慨，造成恶劣的社会影响。对甲、乙的行为应如何认定？(2000-2-25，单选)

A. 聚众淫乱罪

B. 组织淫秽表演罪

C. 寻衅滋事罪

D. 无罪

【答案】D

第四条【刑法面前人人平等】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。

综合讲解

早期刑事古典学派，强调刑罚与犯罪行为本身的危害性相适应。刑事人类学派出现后，认为犯罪的原因是多方面的，如遗传的因素、环境的因素等，因此，不仅强调刑罚与客观的危害性相适应，而且强调与主观恶性（行为人的身危险性）相适应。

(一) 内容

1. 刑罚与罪质相适应。

2. 刑罚与犯罪情节相适应。——量刑情节：如激愤杀人、被害人有过错的杀人行为、防卫过当杀人。

体现的是报应主义，即与“行为”相适应。

3. 刑罚与犯罪人的人身危险性相适应。体现的是预防主义。与“行为人”相适应。

例如，累犯、犯罪中止、立功、自首等，都表明了行为人身危险性的差异，因此要在量刑上予以区别对待。

(三) 贯彻

1. 立法。——制定合理的刑罚体系，合理规定各种具体犯罪的法定刑。（例如，立法上尽量制定具有一定幅度的法定刑，不宜过多地适用绝对确定的法定刑。如刑法中仅规定，盗窃罪处死刑，显然不能贯彻罪刑相适应原则）

① 周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2008年版，第60页。

② 张明楷：《刑法学》，法律出版社2007年版，第52页。

③ 应试说明：一般意义上，或者泛泛地说，罪刑法定原则禁止类推（解释），应判断为正确。但是，如果出题人有意考查考生是否了解类推有无罪类推和有罪类推之分，特别是，如果有意考查考生是否清楚当下的罪刑法定原则仅仅禁止有罪类推，事实上是允许无罪类推的，才需要刻意强调罪刑法定原则禁止有罪类推。

2. 量刑。——结合客观罪行和主观责任，合理地量定刑罚。量刑时应当兼顾行为与行为人

3. 行刑。——根据犯罪人的人身危险程度的消长变化，兼及罪质和犯罪情节，进行减刑、假释等

注意：对于罪刑均衡原则，应当注重其在刑法解释中的运用。当对某一种犯罪行为，我们可能得出多种解释结论时，如可能成立A罪，也可能成立B罪，这时候，就应当考虑以何罪论处更能实现罪刑相适应。比如实施招摇撞骗行为，骗取数额特别巨大的财物时，以招摇撞骗罪论处，只能处10年以下有期徒刑，不利于实现罪刑相适应。应当以诈骗罪论处。又比如，对于抢劫自己的财物一般不以抢劫罪论处，尤其是进入他人家中抢回自己的财物，如果以抢劫罪论处，就要处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑；对于以绑架方法索债的，定非法拘禁罪，因为以绑架罪论处，起点刑就是10年有期徒刑，所以司法解释将其解释为非法拘禁罪。

历年真题

1. 我国刑法规定了_____法定原则，_____法定原则的经典表述是，“法无明文规定不为罪”、“法无明文规定不处罚”；刑法同时规定了_____相适应原则，即刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯_____和承担的_____相适应；死刑只适用于_____极其严重的犯罪分子。在这段话的空格中：(2005-2-2，单选)

- A. 2处填写“罪刑”，4处填写“罪行”
- B. 3处填写“罪刑”，3处填写“罪行”
- C. 4处填写“罪刑”，2处填写“罪行”
- D. 3处填写“罪刑”，2处填写“罪行”

【答案】D

2. 下列关于罪刑相适应原则的说法哪些是正确的？(2005-2-51，单选)

- A. 罪刑相适应原则要求刑法不溯及既往
- B. 罪刑相适应原则要求刑事立法制定合理的刑罚体系
- C. 罪刑相适应原则要求刑罚与犯罪性质、犯罪情节和犯罪人的人身危险性相适应
- D. 罪刑相适应原则要求在行刑中合理地运用减刑、假释等制度

【答案】BCD

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。

综合讲解

1. 如何理解“犯罪地”在我国领域内犯罪？——沾边就管，或者称遍在地说。

即犯罪地（犯罪的行为或者结果）在我国领域内。包括如下情形：

(1) 只要犯罪行为或者结果有一项发生在我国领域内即可。

(2) 未遂犯场合，行为地与行为人希望结果发生之地、可能发生结果之地。

(3) 共同犯罪场合：犯罪行为有一部分发生在我国内、共同犯罪结果有一部分发生在本国内。（中国对整个案件有管辖权）

(4) 在网络犯罪的情况下，虽然犯罪人在外国实施的行为，但是结果可能会发生在全世界，出现犯罪结果的国家的刑法都有管辖权。

(5) 预备行为、实行行为发生在我国领域内，都认为犯罪行为发生在我国领域内。我国刑法有管辖权。（张子强绑架香港富豪案）

2. 我国领域的范围包括哪些？

(1) 领陆、领水、领空。

(2) 我国船舶或者航空器内（即使在其他国家领域内，也认为在中国领域内）。——延伸的范围

注意：

a. 必须结合我国刑法的规定来理解，适用我国刑法并不排斥适用他国刑法。例如，外国航空器在我国上空，发生了犯罪行为，根据我国刑法的规定，属于在我国领域内犯罪，当然，根据外国刑法的规定，也可能认为是在其领域内犯罪，这就涉及到管辖权的冲突问题，但无论如何，我们这里讨论的是我国刑法的效力，我国刑法对此当然具有管辖权。

b. 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。^①（要掌握，在国际列车上犯罪不要认为是在我国领域内犯罪）。其他的交通工具刑法没有规定，视同中国“凤凰”自行

^① 国际列车上的犯罪可参照最高人民法院《刑事诉讼法解释》第10条规定办理，“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。”

车, 如果其他交通工具不在我国领域内, 在该交通工具内犯罪不能根据属于管辖原则适用中国刑法。

c. 我国驻外使、领馆。根据我国承认的《维也纳外交关系公约》的规定, 各国驻外大使馆、领事馆不受驻在国的司法管辖而受本国的司法管辖。这些地方亦视同我国领域, 在其内发生的任何犯罪都适用我国刑法。刑法领域内, 多数学者倾向于用“领土延伸说”解决这类问题, 当然, 国际法领域内这是不占主流的观点。

3. 特别规定 (即使在我国领域内犯罪, 也不使用我国刑法)。

(1) 享有外交特权和豁免权的外国人。——通过外交途径解决。注意该类人员范围:

A. 外国的国家元首、政府首脑、外交部长。

B. 外国驻本国的外交代表、大使、公使、代办和同级别的人和具有外交官衔的使馆工作人员 (一、二、三等秘书, 随员, 陆海空武官, 商务, 文化, 新闻参赞或专员) 以及他们的家属 (配偶、未成年之子、未婚之女) 等。

C. 执行职务的外交使差。

D. 根据我国同其他国家订立的条约、协定享受若干特权和豁免权的商务代表。

E. 经我国外交部核定享受若干特权和豁免权的下列人员: ①途经或临时留在我国境内的各国驻第三国的外交官; ②各国派来中国参加会议的代表; ③各国政府来中国的高级官员; ④按照联合国宪章规定和国际公约享受特权和豁免权的其他人员。

F. 总领事、领事、副领事、领事代理人、名誉领事和其他领馆人员。

上述享有外交特权和豁免权的外国人触犯我国刑法的行为, 并非不构成犯罪, 而是犯了罪不交付我国法院审判, 他们的刑事责任通过外交途径解决。一般有下列几种方式: ①要求派遣国召回; ②建议派遣国依法处理; ③对罪行严重的, 由我国政府宣布其为“不受欢迎的人”, 限期出境。这是国际上保证国与国之间正常交往通行的做法和必需的条件保障, 是根据国家间互惠原则作出的规定。考试的时候注意: 主要是官员。

(2) 民族自治地方的变通或者补充规定。(需要经过民族自治地方的人大确认, 但实践中这种情况根本没有)

(3) 香港、澳门特别行政区、台湾地区的规

定。(当然, 不能认为这些地区不适用“中国刑法”, 只是不适用 1997 年中华人民共和国刑法)

历年真题

下列哪些犯罪行为应实行属地管辖原则? (2005-2-56, 多选)

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

[答案] AC

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 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。

综合讲解

属人管辖的理由: 中国人在国外, 国家有保护他的义务, 当然, 他也有遵守国家法律的义务。

注意:

1. 中国公民在中国领域外犯本法规定之罪的, 适用本法, 但按照本法规定最高刑为 3 年以下有期徒刑的, 可以不追究。(即, 中国公民在国外犯罪, 中国刑法均有管辖权, 只是在特定情形下, 可以不追究刑事责任)——这是考虑司法效率, 对轻罪“可以”放弃管辖。

2. 国家工作人员和军人在域外犯罪的, 一律适用我国刑法。(对公职人员、军人从严, 因其身份特殊)

3. 上述犯罪, 虽然经过外国审判, 仍然可以依照本法追究, 但在外国已经受过刑罚处罚的, 可以免除或者减轻处罚。

4. 甲原本为外国人, 在外国犯罪后取得我国国籍, 发现其以前曾在外国犯罪, 仍可适用我国刑法处理。——即刑法第 7 条中的“中华人民共和国公民”可以解释为“裁判时的中华人民共和国公民”。

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。

综合讲解

保护管辖适用的条件是:

1. 所犯之罪必须侵犯了我国国家或者公民的法益。

2. 按我国刑法规定法定最低刑为3年以上有期徒刑。——重罪

3. 双重犯罪:所犯之罪按照犯罪地的法律也该受处罚。

注意几个罪名:赌博、重婚等行为,在有些国家不构成犯罪。(但是,换言之,如果中国旅行社组织公民去其他国家进行赌博行为,虽然当地法律不认为是犯罪,但基于属人管辖仍然可以行使管辖权。)

符合上述条件,“可以”适用我国刑法。

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。

综合讲解

普遍管辖原则所针对的行为与中国没有任何关系,主要是为了保护世界的利益。

1. 行使普遍管辖原则的限制:

(1) 针对的应当是国际条约所规定的罪行;——国际性犯罪,即国际条约所规定的犯罪(如毒品犯罪、劫持航空器罪)。

(2) 我国是相关条约的缔约国或者参加国;

(3) 我国刑法将该行为规定为犯罪。(比如海盗行为,我国刑法也作了规定,如抢劫罪)

(4) 原则上要求罪犯出现在我国领域内。——我国不可能派警察去其他国家抓人,否则会侵犯其他国家的司法主权。

2. 处理
方式: $\begin{cases} \text{或引渡} \\ \text{或起诉——适用国内刑法(国际法中没有具体的罪刑规范)} \end{cases}$ ①

3. 常见的国际犯罪:海盗罪、恐怖主义犯罪、劫持民用航空器罪、战争罪、灭绝种族罪、毒品犯罪。

问题:索马里海盗劫持中国船只的,我国刑

法是否有管辖权,基于何种管辖原则?——属地管辖

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。

综合讲解

该条规定的原因:各国刑法规定的管辖原则涉及交叉,防止罪犯受到双重处罚,这是基于人道主义的考虑。

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。

综合讲解

见第6条属地管辖部分。

关于刑法的空间效力的补充问题:在刑法的空间效力问题上,存在属地管辖、属人管辖、保护管辖、普遍管辖4种管辖原则,但各国从自己的利益出发,一般兼采上述4种原则。在应对司法考试试题时,对于刑法的空间效力,我们应该注意如下问题:①先确定犯罪是属于国内犯还是国外犯,再确定适用管辖的原则。②适用的优先顺序:属地——属人——保护——普遍管辖。(能用前面的原则的,就不用后面的原则)我国的四种管辖原则之间彼此并不重叠,对同一种犯罪,不存在同时适用两种管辖原则的可能。③多数国家坚持好几个原则:这会导致管辖权的冲突。——考生只需要知道我国刑法有没有管辖权,不需要考虑其他国家的管辖。这是因为在公法问题上,除非有条约,各国只考虑自己的法律,不考虑其他国家的法律。

第十二条【刑法溯及力】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。

① 国际公约或条约的内容必须被转化为国内刑法的规定,但可能罪名不同;即国际公约或者国际条约的内容不能成为法院判案的依据(有别于民事案件)。国际条约通常只解决程序性的问题,如成员国之间如何相互提供司法协助,没有具体的定罪量刑的规定。

相关法条

2001年12月7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》

一、司法解释是最高人民法院对审判工作中具体应用法律问题和最高人民检察院对检察工作中具体应用法律问题所作的具有法律效力的解释。自发布或者规定之日起施行，效力适用于法律的施行期间。

二、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。

三、对于新的司法解释实施首发生的行为，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。

四、对于在司法解释施行前已办结的案件，按照当时的法律和司法解释，认定事实和适用法律没有错误的，不再变动。

1998年12月2日最高人民法院《关于对跨越修订刑法施行日期的继续犯罪、连续犯罪以及其他同种数罪应如何具体适用刑法问题的批复》：对于开始于1997年9月30日以前，继续或者连续到1997年10月1日以后的行为，以及在1997年10月1日前后分别实施的同种类数罪，如果原刑法和修订刑法都认为是犯罪并且应当追诉，按照下列原则决定如何适用法律：

一、对于开始于1997年9月30日以前，继续到1997年10月1日以后终了的继续犯罪，应当适用修订刑法一并进行追诉。

二、对于开始于1997年9月30日以前，连续到1997年10月1日以后的连续犯罪，或者在1997年10月1日前后分别实施同种类数罪，其中罪名、构成要件、情节以及法定刑均没有变化的，应当适用修订刑法，一并追诉；罪名、构成要件、情节以及法定刑已经变化的，也应当适用修订刑法，一并追诉，但是修订刑法比原刑法所规定的构成要件和情节较为严格，或者法定刑较重的，在提起公诉时应当提出酌情从宽处理意见。

1997年12月31日最高人民法院《关于适用刑法第12条几个问题的解释》修订后的《中华人民共和国刑法》1997年10月1日施行以来，一些地方法院就刑法第12条适用中的几个具体问题向我院请示。现解释如下：

第一条 刑法第12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。

综合讲解

在刑法的时间效力上采从旧兼从轻原则：

①行为时的法律不认为是犯罪，现行刑法认为是犯罪，适用行为时法。②行为时法律认为是犯罪，现行刑法不认为是犯罪，适用现行刑法。③行为时与现行刑法均认为是犯罪，且应追诉的，二者规定一致，或者行为时法规定较轻，按行为时法。若现行法规定较轻，适用现行法。注意：从旧兼从轻原则适用对象是：未决犯。按行为时法，行为已经构成犯罪并经审判，即使现行刑法认为不构成犯罪，也不能改判——维护法院判决的权威性，因为法院当时并没有判错。

第二章 犯罪

第一节 犯罪和刑事责任

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。

综合讲解

本条是关于犯罪的概念及特征。具体而言，犯罪的特征可作以下分解：

1. 严重的社会危害性。

如何理解严重的社会危害性？

注意：张明楷教授举的例子：乙在荒山野外狩猎时，误以为稻草人是自己的仇人B而开枪。尽管乙“想杀仇人”是错误的，但由于其行为不可能导致B死亡，也不可能导致其他人死亡，所以乙的行为没有社会危害性，也不应以犯罪论处。

2. 刑事违法性——实际上印证了罪刑法定原则。

形式的刑事违法性与实质的刑事违法性的关系，便是人们通常所说的刑事违法性与社会危害性的关系。即刑法之所以禁止某种行为，是因为立法机关认为该行为具有应受刑罚处罚程度的社

会危害性。因此,应受刑罚处罚程度的社会危害性是刑事违法性的基础,刑事违法性是应受刑罚处罚程度的社会危害性的法律表现。由于刑事违法性意味着行为违反刑法,所以也意味着行为人应受刑事追究。

3. 应受刑罚惩罚性。

首先,从立法角度而言,即使刑法明文禁止某种行为,但只要刑法没有对其规定刑罚(法定刑)后果,该行为就不是犯罪。例如,1990年的单行刑法,全国人大常委会《关于禁毒的决定》中规定了禁止吸食、注射毒品,但没有规定如何处罚,吸食、注射毒品的行为就不构成犯罪。

其次,不是任何犯罪都必然受到刑法处罚,刑法规定了构成犯罪而免除处罚的情形,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。但免除刑罚处罚,也是以应受刑罚处罚为前提,如果不应受刑罚处罚,则不成立犯罪。刑法第351条非法种植毒品原植物罪,“在收获前

自动铲除的,可以免除处罚”。

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。

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。

过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任。

第十六条【不可抗力和意外事件】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。

综合讲解

罪过形式的区分是历年司法考试的重要内容,基于此,将刑法第14、15、16条一并讲解。



一、故意

(一) 故意的分类

1. 直接故意。

(1) 认识因素:明知自己的行为会(必然、可能会)发生危害社会的结果。

认识的内容:只要是构成要件的内容,必须要求行为人认识到。^①

对规范的构成要件要素的认识:

例如,行为人认识到自己在贩卖某种书画(单纯的事实认识),却不一定认识到自己贩卖的是淫秽物品(社会意义的认识),因而不一定认识到了行为的法益侵犯性。

(2) 意志因素:希望结果的发生。(不是对行为的态度,而是对结果的态度。)

历年真题

关于故意的认识内容,下列哪一选项是正确的?(2008-2-2,单选)

A. 甲明知自己的财物处于国家机关管理之中,但不知此时的个人财物应以公共财产论而窃回。甲缺乏成立盗窃罪所必须的对客观事实的认识,故不成立盗窃罪

B. 乙以非法占有财物的目的窃取军人的手提包时,明知手提包内可能有枪支仍然窃取,该手提包中果然有一支手枪。乙没有非法占有枪支的目的,故不成立盗窃枪支罪

C. 成立猥亵儿童罪,要求行为人知道被害人是或者可能是不满14周岁的儿童

D. 成立贩卖毒品罪,不仅要求行为人认识到自己贩卖的是毒品,而且要求行为人认识到所贩卖的毒品种类

【答案】C

2. 间接故意。

① 某些犯罪的故意还要求行为人认识到刑法规定的特定事实,如特定的行为时间、地点、方法、行为对象、特定的主体身份等。例如,成立掩饰、隐瞒犯罪所得罪,要求行为人明知自己掩饰、隐瞒的是犯罪所得。再如,行为人本来患有严重性病,但误认为自己没有患性病而卖淫或者嫖娼的,虽然其行为符合犯罪的客观构成要件,但由于没有认识到自己的特殊身份,因而没有认识到行为的社会意义与危害结果,不具有犯罪故意,不成立犯罪。张明楷:《刑法学》,法律出版社2007年版,第216页。

(1) 认识因素：明知自己的行为会（可能会）发生危害社会的结果。

(2) 意志因素：放任结果的发生。发不发生都无所谓，还是容忍危害结果的发生。

例：甲为了掩盖自己的贪污罪行，企图放火烧毁会计室，深夜放火时发现乙在会计室睡觉，明知放火行为可能烧死乙，但仍然放火，也没有采取任何措施防止乙死亡，乙果真被烧死。

间接故意的类型有：

a. 行为人为了实现某种非犯罪意图而放任危害结果的发生；——如打猎时猎物旁边有一个小孩，为了打猎，放任小孩子的死亡。

b. 行为人为了实现某种犯罪意图而放任另一危害结果的发生。——甲欲毒死其妻子，投毒给饭菜，但由于杀妻心切，想到孩子可能与妻子一起吃饭，但仍然投放了毒药，对孩子的死亡结果持间接故意。

c. 突发性的犯罪，不计后果。

3. 应注意的几个问题：

(1) 如果明知自己的行为必然会发生危害社会的结果，主观上不可能是放任，而是希望。例如，甲想杀死乙，但乙丙同坐一条船出去游玩，甲把船破坏了，他希望乙死，但也知道丙不会游泳，甲对丙的死亡结果持直接故意。

(2) 如果行为人自认为可能发生危害结果并放任这种结果发生，而客观上必然发生危害结果的，也仅成立间接故意。——间接故意的认定以主观认识与意志因素为准，而不是客观的。例如，甲想杀死乙，但乙丙同坐一条船出去游玩，甲把船破坏了，他希望乙死，但他不知道丙是否会游泳，但由于杀乙心切，甲对丙的死亡结果持间接故意，即使丙根本不会游泳，必死无疑，也不影响间接故意的认定。

(3) 犯罪故意应当与一般生活意义上的“故意”相区别；——如故意违反交通规则，造成事故，还是过失犯罪。

(4) 凡是由故意构成的犯罪，刑法分则条文均未排除间接故意。例如，强奸罪（对幼女的强奸）的罪过形式可能是间接故意，如行为人认为被害人可能在十四五岁左右，而实施了性行为的，定强奸罪，属于间接故意。

(5) 犯罪的未完成形态是针对直接故意犯罪而言的，不是针对其他罪过形式的犯罪。直接故意，没有造成结果的，以未遂犯论处。间接故意，没有造成危害结果的，不以犯罪论处。

1. 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？（2006-2-3，单选）

- 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

【答案】 B

2. 刑法第171条第1款前段规定：“出售、购买伪造的货币或者明知是伪造的货币而运输，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金。”关于本条的理解，下列哪些说法是错误的？（2004-2-53，多选）

- A. 运输假币罪要求行为人明知是假币，但出售、购买假币罪不要求行为人明知是假币
- B. 根据故意犯罪的刑法规定与刑法原理，出售、购买假币罪也以行为人明知是假币为前提
- C. 出售、购买、运输假币罪都是故意犯罪，但运输假币罪只能是直接故意，而出售、购买假币罪只能是间接故意
- D. “并处二万元以上二十万元以下罚金”是指可以并处罚金，而非应当并处罚金

【答案】 ACD

二、过失

（一）过失犯处罚的例外性

刑法第15条第2款：过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。

如何理解“法律有规定的”？

- 1. 分则条文使用“过失”。
- 2. 分则条文使用“严重不负责任”。
- 3. 分则条文使用“发生……事故。”
- 4. 分则条文使用“玩忽职守”。

（二）过失的种类

1. 疏忽大意的过失（无认识的过失）。

应当预见自己的行为可能会发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，以致发生这种结果的，为疏忽大意的过失。（如锅炉房的值班员忘记了给锅炉加水）

(1) 应当预见自己的行为会发生危害社会的结果，而没有预见。如何理解“应当预见”？也即行为人是否“能够预见”？

采主观说：应以具体的行为人的注意能力为标准。因为对行为人进行非难，不应超过其注意能力的范围。（从事特定职业的人的预见能力要比一般人强）

(2) 疏忽大意的过失与意外事件的区别

意外事件：行为虽然在客观上造成了损害结果，但由于不是出于故意或者过失，而是由于不能预见的原因引起的，不是犯罪。

二者均是没有预见，区分的关键在于：是否应该预见到。前者是应当预见而没有预见；后者是不可能预见。——能否预见，我们根据日常生活常识来判断

a. 有没有预见的义务。（如果有预见义务，一般认为应该预见到）看行为是否违反了法律法规、行业纪律、司法解释、劳动纪律、社会习俗、社会习惯、日常生活规范、生产作业操作规程，

如果违反了，就认为行为人有预见义务。（1）

b. 有没有预见能力。（很难出考题）

2. 过于自信的过失。

已经预见自己的行为可能发生危害社会的结果，但轻信能够避免，以致发生这种结果的责任形式。

(1) 如何理解“轻信能够避免”？——很相信自己的判断

行为人在预见到结果可能发生的同时，又凭借一定的主客观条件，相信自己能够避免结果的发生，但所凭借的主客观条件并非真实可靠。

(2) 过于自信的过失与间接故意的区别

	间接故意	过于自信的过失
1. 认识因素（这一点不太可能出考题，因为概率的大小很难判断）	认识到结果发生的可能性（明知，概率大）	认识到危害结果发生的可能性（仅是预见到，概率小）
2. 意志因素	不是希望结果发生（放任结果发生）	不是希望结果发生（排斥结果发生）

区分的标准：行为入是否有主客观方面凭藉。① 如果有，则为过于自信的过失；凡是出现了赌徒心理，则为间接故意。（这类标准，应付司法考试试题问题不太大）

凭藉既可以是客观方面的，也可以是主观方面的。

有的情况下，行为入虽然也“排斥”危害结果的发生，但主、客观上没有任何依据，我们仍然定间接故意，而不是过于自信的过失。例如，甲男欲毒死他的妻子，可能毒死他的孩子，但杀人心切，还是投毒，最后孩子也死了。结合日常生活经验，甲男对其小孩死亡其实是“排斥”的，但他没有采取任何依据，因此，只能定间接故意。

历年真题

1. 卡车司机甲在行车途中，被一吉普车超过，甲顿生不快，便加速超过该车。不一会儿，该车又超过了甲，甲又加速超过该车。当该车再一次试图超车行至甲车左侧时，甲对坐在副座的乙说，“我要吓他一下，看他还敢超我。”随即将方向盘向左边一打，吉普车为躲避碰撞而翻下路基，司机重伤，另有一人死亡。甲驾车逃离。甲的行为构成：（2004-2-3，单选）

- A. 故意杀人罪
- B. 交通肇事罪
- C. 破坏交通工具罪
- D. 故意杀人罪和故意伤害罪的想象竞合犯

【答案】 B

2. 朱某因婚外恋产生杀害妻子李某之念。某日晨，朱在给李某炸油饼时投放了可以致死的“毒鼠强”。朱某为防止其6岁的儿子吃饼中毒，将其子送到幼儿园，并嘱咐其子等他来接。不料李某当日提前下班后将其子接回，并

与其子一起吃油饼。朱某得知后，赶忙回到家中，其妻、子已中毒身亡。关于本案，下列哪一说法是正确的？（2004-2-12，单选）

- A. 朱某对其妻、子的死亡具有直接故意
- B. 朱某对其子的死亡具有间接故意
- C. 朱某对其子的死亡具有过失
- D. 朱某对其子的死亡属于意外事件

【答案】 C

3. 养花专业户李某为防止偷花，在花房周围私拉电网。一日晚，白某偷花不慎触电，经送医院抢救，不治身亡。李某对这种结果的主观心理态度是什么？（2003-2-1，单选）

- 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

【答案】 B

① 以是否具有防果措施来考察行为入对于结果的心理态度，只能作为判断是否为有认识过失的重要依据之一，而不是否为唯一可行的标准却存在质疑。当然，在采取了防果措施的情况下，较为容易地认定为过于自信的过失。但也不能把没有采取防果措施的情形，一概认定为间接故意。（陈兴良：《判例刑法学》，中国人民大学出版社2009年版，第134页。）也可以看一下周光权的书再补充一下，周光权也持相类似的观点。

(3) 两种过失的区别:

是否预见到自己的行为可能会发生危害社会的结果:预见到了,过于自信的过失;没有预见到,疏忽大意的过失。

(4) 过于自信的过失与合理信赖

如果行为人是基于合理的信赖,即使发生了事故,也不宜追究过于自信的过失的刑事责任。例如,汽车司机在封闭的高速公路上驾驶汽车时,因合理信赖行人不会横穿公路而正常行驶,如果行为违反交通规则横穿公路而被汽车撞死的,该汽车司机不承担过失犯罪的刑事责任。(当然,要承担一定的民事责任)

(5) 从事科学试验的人总是预见了试验失败的可能性,但只要他们遵循了科学试验规则,即使试验失败造成了损失,也不能认为是过于自信的过失。

(6) 监督过失:由于业务及其他社会生活上的关系,在特定的人与人之间、人与物之间形成

了一种监督与被监督的关系。如果监督者不履行或者不正确履行自己的监督或者管理义务,导致被监督者产生过失行为引起了危害结果,或者由于没有确立安全管理制度,而导致危害结果发生,监督者主观上对该危害结果就具有监督过失。其类型:

a. 狭义的监督过失:因缺乏对被监督者的行为的监督所构成的狭义的监督过失。例如,在外科手术时,医生对护士的行为有监督义务,如果因护士的过失导致事故的发生,医生同样应对这种事故承担监督过失的责任。

b. 管理过失:由于没有确立安全管理制度所构成的管理过失。例如,工厂负责人随意决定将贵重设备堆放于露天,由于雷电起火而烧毁了设备。该负责人主观上就存在没有确立安全管理体制的管理过失。^①

注意:做题时,如何认定罪过形式,应分三步走:

第一步: 行为人有 没有认识 到危害结 果可能发 生	有	故意	他 想 不 想 让 危 害 结 果 发 生	想:直接故意
		过于自信的过失		无所谓:间接故意
	无	疏忽大意的过失	他 该 不 该 认 识 到	不想:过于自信的过失
		意外事件		该——疏忽大意的过失 不应该——意外事件

三、事实认识错误

是指行为人的认识与事实情况不一致。

即行为人主观上的想象与客观的结果不一致。

(一) 具体的事实错误——行为人认识的事实与实际发生的事实虽然不一致,但没有超出同一犯罪构成的范围。

1. 对象错误——行为人误把甲对象当作乙对象加以侵害,而甲、乙对象处于同一犯罪构成内。(注意:这种情况下是行为人认错人了)

例如,甲欲杀乙,丙、乙长得非常相似,甲将丙认作乙,把丙杀死。

分解:甲主观上具有杀乙的故意,就丙作为一个人而言,甲只要认识到丙是一个人又实施故意杀人行为,甲主观上就是对丙具有杀害的故意;客观上,甲实施了一个行为;结果,造成一个人死亡。——甲对丙的死亡也是直接故意。

处理方式:——不影响定罪量刑

a. 具体符合说、法定符合说均相同,不影响

故意犯罪既遂的成立。(本来,具体符合说认为,由于被杀的人与想杀的人并不是具体地一致,甲应当成立故意杀人罪未遂与过失致人死亡罪,但现在具体符合说也都认为,这种对象错误并不重要,因而不影响故意犯罪既遂的成立)——要求细节一致

b. 法定符合说:行为人所认识的事实与实际发生的事实,只要在犯罪构成范围内是一致的,就成立故意的既遂犯。

历年真题

1. 甲为杀害仇人林某在偏僻处埋伏,见一黑影过来,以为是林某,便开枪射击。黑影倒地后,甲发现死者竟然是自己的父亲。事后查明,甲的子弹并未击中父亲,其父亲患有严重心脏病,因听到枪声后过度惊吓死亡。关于甲的行为,下列哪一选项是正确的?(2007-2-5, 单选)

A. 甲构成故意杀人罪既遂

^① 张明楷:《刑法学》,法律出版社2007年版,第244~245页。

B. 甲构成故意杀人罪未遂

C. 甲构成过失致人死亡罪

D. 甲对林某构成故意杀人罪未遂, 对自己的父亲构成过失致人死亡, 应择一重罪处罚

[答案] A

2. 张某在火车站候车室窃得某人一提包, 到僻静处打开一看, 里面没有钱财, 却有手枪一支, 子弹若干发, 张某便将枪支、子弹放回包内, 然后藏于家中。张某的行为构成何罪? (2003-2-3, 单选)

A. 非法持有枪支、弹药罪

B. 盗窃枪支、弹药罪

C. 非法储存枪支、弹药罪

D. 非法携带枪支、弹药罪

[答案] A

3. 关于罪数的说法, 下列哪一选项是错误的? (2008-2-8, 单选)

A. 甲在车站行窃时盗得一提包, 回家一看才发现提包内仅有一支手枪。因为担心被人发现, 甲便将手枪藏在浴缸下。甲非法持有枪支的行为, 不属于不可罚的事后行为

B. 乙抢夺他人手机, 并将该手机变卖, 乙的行为构成抢夺罪和掩饰、隐瞒犯罪所得罪, 应当数罪并罚 (事后不可罚行为)

C. 丙非法行医3年多, 导致1人死亡、1人身体残疾。丙的行为既是职业犯, 也是结果加重犯 (结果加重犯的界定)

D. 丁在绑架过程中, 因被害人反抗而将其杀死, 对丁不应当以绑架罪和故意杀人罪实行并罚 (考点: 包容犯的理解)

[答案] B

4. 丁某盗窃了农民程某的一个手提包, 发现包里有大量现金和一把手枪。丁某将真情告诉崔某, 并将手枪交给崔某保管, 崔某将手枪藏在家里。关于本案, 下列哪些选项是正确的? (2007-2-61, 多选)

A. 丁某构成盗窃罪

B. 丁某构成盗窃枪支罪

C. 崔某构成窝藏罪

D. 崔某构成非法持有枪支罪

[答案] AD

5. 陈某向王某声称要购买80克海洛因, 王某便从外地购买了80克海洛因。到达约定交货地点后, 陈某掏出仿真手枪威胁王某, 从王某手中夺取了80克海洛因。此后半年内, 因没有找到买主, 陈某一直持有80克海洛因。半年后, 陈某将80克海洛因送给其毒瘾很大的朋友刘某, 刘某因过量吸食海洛因而死亡。关于本案, 下列哪一选项是错误的? (2007-2-16, 单选)

A. 王某虽然是陈某抢劫的被害人, 但其行为仍成立贩卖毒品罪

B. 陈某持仿真手枪取得毒品的行为构成抢劫罪, 但不属于持枪抢劫

C. 陈某抢劫毒品后持有该毒品的行为, 被抢劫罪吸收, 不另成立非法持有毒品罪

D. 陈某将毒品送给刘某导致其过量吸食进而死亡的行为, 成立过失致人死亡罪

[答案] D

2. 打击错误——由于行为本身的误差, 导致行为人所欲攻击的对象与实际受害的对象不一致, 这种不一致没有超出同一犯罪构成。(注意: 行为入没有认错人, 但是枪法不准。对象错误是眼睛看错了, 打击错误是手错了)

例: 甲欲杀害乙, 由于枪法不准, 击中了乙身边的丙, 造成了丙死亡。

(分解: 甲实施了一个行为; 主观上对乙有杀害的故意, 同时, 对造成丙死亡主观上具有过失; 造成了死亡结果)

处理方式:

a. 具体符合说: 由于客观上所造成的结果与行为人的主观认识没有具体符合, 行为入是一行为触犯数罪名 (故意杀人罪未遂、过失致人死亡罪), 以一重罪论处——故意杀人罪未遂

b. 法定符合说: 行为入主观上具有杀人故意、客观上的行为也导致他人死亡, 定故意杀人罪既遂。(法定符合说是通说)

历年真题

1. 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, 下列哪些选项正确的? (2008-2-54, 多选)

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

[答案] AB

2. 甲欲杀乙, 向乙开枪, 但未瞄准, 子弹从乙身边穿过打中丙, 致丙死亡。关于本案, 下列哪些说法是正确的? (2008延-2-53, 多选)

A. 根据具体符合说, 甲对乙成立故意杀人 (未遂) 罪, 对丙成立过失致人死亡罪

B. 根据法定符合说, 甲对乙成立故意杀人 (未遂) 罪, 对丙成立故意杀人 (既遂) 罪

C. 具体符合说与法定符合说均认为, 甲对乙成立故意杀人 (未遂) 罪, 对丙成立故意杀人 (既遂) 罪

D. 具体符合说与法定符合说均认为, 甲对乙成立过失致人重伤罪, 对丙成立过失致人死亡罪

[答案] AB

3. 甲举枪射击乙, 但因没有瞄准而击中丙, 致丙死

亡。关于本案，下列哪些选项是正确的？（2006-2-52，单选）

- A. 甲的行为属于打击错误
- B. 甲的行为属于同一犯罪构成内的事实认识错误
- C. 甲构成故意杀人（既遂）罪
- D. 甲构成故意杀人（未遂）罪与过失致人死亡罪

【答案】 ABC

4. 甲欲开枪杀乙，射击的结果却是导致乙重伤，同时导致乙身边的丙死亡。关于本案，下列哪些说法是错误的？（2002-2-31，单选）

- A. 认定甲的行为成立一个故意杀人罪即可
- B. 认定甲的行为成立一个故意杀人未遂和一个过失致人死亡罪

C. 认定甲的行为成立一个故意杀人罪和一个过失致人重伤罪

D. 认定甲的行为成立一个故意杀人罪和一个故意杀人未遂，实行并罚

【答案】 A

3. 因果关系的错误——侵害的对象没有错误，但造成侵害的因果关系的发展过程与行为人所预想的发展过程不一致，以及侵害结果推后或者提前发生的情况。（对因果关系的具体样态的认识错误）——没有认错人，也没有打错，只是计划错了。

狭义的因果关系错误	事前的故意	结果的提前实现
定义：是指结果的发生不按照行为人对因果关系的发展所预见的进程来实现的情况。	定义：行为人误以为第一个行为已经造成结果，出于其他目的实施第二个行为，实际上是第二个行为才导致预期的结果的情况。	定义：指提前实现了行为人所预想的结果。
例如：甲为了使乙溺死水中，将乙推进井中，实际上乙是在井中被摔死的。	例如：甲以杀人的故意对乙实施暴力（第一个行为），造成乙休克后，甲以为乙已经死亡，为了隐匿罪迹，将乙扔至水中（第二个行为），实际上乙是溺死于水中。	例如：甲买了毒药，准备下午3点回家毒死妻子，甲一点钟回家时，先出去玩，其妻子提前下班，1点半左右时，翻开甲的钱包，找到毒药，自己喝了，并死亡。（故意杀人罪的预备与过失致人死亡罪的既遂）① 又如，甲准备将乙的贵重物品毁坏，刚举起物品摔时，突然滑落而摔坏。（故意毁坏财物罪既遂）
处理：因果关系的错误无任何影响。	处理：因果关系的错误无任何影响。（原因是因为前后两个行为都是行为人所引起的）	处理：如果危害结果是实行行为导致的，则成立故意犯罪的既遂；如果不是，则否认故意犯罪的既遂，因为还没有实施实行行为。

历年真题

1. 甲想杀害身材高大的乙，打算先用安眠药使乙昏迷，然后勒乙的脖子，致其窒息死亡。由于甲投放的安眠药较多，乙吞服安眠药后死亡。对此，下列哪一选项是正确的？（2008-2-3，单选）

- A. 甲的预备行为导致了乙死亡，仅成立故意杀人预备
- B. 甲虽已着手实行杀人行为，但所预定的实行行为（勒乙的脖子）并未实施完毕，故只能认定为未实行终了的未遂
- C. 甲已着手实行杀人行为，应认定为故意杀人既遂
- D. 甲的行为是故意杀人预备与过失致人死亡罪的想象竞合犯，应从一重罪论处

【答案】 C

2. 甲意图勒死乙，将乙勒昏后，误以为乙已经死亡。为毁灭证据，又用利刃将所谓的“尸体”分尸。事实上，

乙并非死于甲的勒杀行为，而是死于甲的分尸行为。关于本案，下列哪一选项是正确的？（2008延-2-4，单选）

- A. 甲的行为构成故意杀人（未遂）罪和过失致人死亡罪
- B. 甲的行为构成故意杀人（未遂）罪、过失致人死亡罪和侮辱尸体罪
- C. 甲的行为构成故意杀人（既遂）罪和侮辱尸体罪
- D. 甲的行为构成故意杀人（既遂）罪

【答案】 D

3. 刘某基于杀害潘某的意思将潘某勒昏，误以为其已死亡，为毁灭证据而将潘某扔下悬崖。事后查明，潘某不是被勒死而是从悬崖坠落致死。关于本案，下列哪些选项是正确的？（2008-2-54，多选）

- A. 刘某在本案中存在因果关系的认识错误
- B. 刘某在本案中存在打击错误

① 因果关系论所要判断的是能否将某种结果归属于某种实行行为，即因果关系是实行行为与结果之间的引起与被引起的关系，而不是预备行为与结果之间的因果关系。

C. 刘某构成故意杀人罪未遂与过失致人死亡罪

D. 刘某构成故意杀人罪既遂

【答案】AD

4. 甲为上厕所，将不满1岁的女儿放在外边靠着篱笆站立，刚进入厕所，就听到女儿的哭声，急忙出来，发现女儿倒地，疑是站在女儿身边的4岁男孩乙所为。甲一手扶起自己的女儿，一手用力推乙，导致乙倒地，头部刚好碰在一块石头上，流出鲜血，并一动不动。甲认为乙可能死了，就将其抱进一个山洞，用稻草盖好，正要出山洞，发现稻草动了一下，以为乙没死，于是拾起一块石头猛砸乙的头部，之后用一块磨盘压在乙的身上后离去。案发后，经法医鉴定，甲在用石头砸乙之前，乙已经死亡。依此情况，甲的行为构成何罪？（2003-2-4，单选）

A. 过失致人死亡罪

B. 过失致人死亡罪与故意杀人罪（既遂）数罪

C. 过失致人死亡罪与故意杀人罪（未遂）数罪

D. 故意杀人罪

【答案】C

（二）抽象的事实错误

行为人所认识的事实与现实所发生的事实，分别属于不同的犯罪构成。

1. 对象错误（客体错误）。

行为人误把甲对象当作乙对象加以侵害，而甲对象与乙对象分属不同的犯罪构成，或者本来针对其中一对象的行为不构成犯罪。

例如：行为人本欲盗窃一般财物，却误将枪支当作一般财物实施盗窃。

2. 打击错误。

由于行为本身的误差，导致行为人所欲攻击的对象与实际受害的对象不一致，而且这种不一致超出了同一犯罪构成。

抽象的事实错误由于跨越两个犯罪构成，则必然出现实际导致的结果这一构成与行为人主观上预想的犯罪构成在危害性上的差异。即可能出现两种情况：一种是主观方面轻，客观方面重；一种是主观方面重，客观方面轻。即罪名不一致。

抽象的事实错误的处理：法定符合说。应当在主观故意与客观事实相一致的范围内认定犯罪。原则上，不同犯罪构成之间的错误原则上阻却故意的成立或者仅成立故意犯罪未遂。但即使犯罪构成不同，如果犯罪是同质的，那么，在重合的限度内，成立轻罪的故意既遂犯。（还有抽象符合

说，但抽象符合说因为违反了责任主义的原则，无人采用①）——原则上按行为人主观上意图侵犯的对象来定罪，除非意图侵犯的对象所定罪非常轻，则按实际侵犯的罪来定罪。例如，想杀老虎，但实际上杀了人，成立过失致人死亡罪。

张明楷司法考试教材中的三个案例：

例一：A出于盗窃财物（轻罪）的故意实际上却盗窃了枪支（重罪）时。成立盗窃罪既遂。

例二：B将他人占有的财物误以为是遗忘物而据为己有。定侵占罪。

例三：C以为是尸体而实施奸淫行为，但事实上被害人并未死亡。侮辱尸体罪既遂。

补充问题：行为人误将非犯罪对象当作犯罪对象加以侵害的，虽然也是认识错误的问题，但这种问题，主要在未遂犯与不能犯、过失与意外事件中讨论。

历年真题

甲在8楼阳台上浇花时，不慎将金镯子（价值3万元）甩到了楼下。甲立即让儿子在楼上盯着，自己跑下楼去拣镯子。路过此处的乙看见地面上有一只金镯子，以为是谁不慎遗失的，在甲到来之前捡起镯子迅速逃离现场。甲经多方调查后找到乙，但乙否认捡到金镯子。乙的行为构成何罪？（该物原本是否属于他人的占有状态，行为人主观上必须认识到，这是主客观相统一原则的要求）（2008延-2-16，单选）

A. 盗窃罪

B. 侵占罪

C. 抢夺罪

D. 不构成犯罪

【答案】B

四、违法性认识错误

对于法律存在认识错误，即对自己的行为在法律上的评价发生错误，原则上不影响行为的定性，以法律的规定为准。（除非不存在违法性认识的可能性）

法律认识错误有三种类型：

（1）法律规定为是犯罪的，行为人认为不是犯罪。

（2）法律没有规定为是犯罪的，行为人误认为成立犯罪。

① 抽象符合说，认为行为人所认识或者预见的构成事实与实际发生的构成事实存在抽象的一致时，不论是否存在具体差别和罪质轻重，均认为行为人对于所认识或者预见的事实具有故意，不存在认识错误。抽象符合说放弃与客观事实的具体符合，代之以抽象符合。但该说对行为人主观认识的要求失之过宽，例如故意盗窃财物而意外地窃得枪支，按照抽象符合说，可以成立盗窃枪支罪。如此，则几乎否定了事实错误的存在，同样不妥。陈兴良：《规范刑法学》，中国人民大学出版社2008年版，第172页。