

司法考试射雕手系列



必考法条 400 例

本书的特点

是在浩繁的司考法律法规及司法解释中，
精讲近400例必考法条，
整合出相关知识的内在联系与区别，进阶渗透，
一法条一专题，条分缕析——

中国宇航出版社

司法考试射雕手系列



必考法条400例

策 划 宏元法泰

编 著 郭 兵 李晓芳 张金文

中国宇航出版社

图书在版编目(CIP)数据

必考法条 400 例 / 郭兵等编著. —北京:中国宇航出版社, 2003. 1

(司法考试射雕手系列)

ISBN 7-80144-537-6

I. 必… II. 郭… III. 法律-汇编-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料

IV. D920. 9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 109091 号

出版发行 中国宇航出版社

社址 北京市和平里滨河路 1 号

邮编 100013

经销 新华书店

发行部 (010)68372924 (010)68373451(传真)

读者 北京市阜成路 8 号

服务部 (010)68371105 (010)68522384(传真)

邮编 100830

承印 北京时事印刷厂

版次 2003 年 1 月第 1 版

2003 年 1 月第 1 次印刷

规格 787×1092

开本 1/16

印张 25.25

字数 427 千字

定价 37.00 元

本书如有印装质量问题可与发行部调换

前言

本书的特点,是在浩繁的司考法律、法规及司法解释中,精讲近400例必考法条,整合出相关知识点的内在联系与区别,进阶渗透,一法条一专题,条分缕析——

“多少事,从来急;天地转,光阴迫”。国家司法考试“三考合一”,考生面临严峻挑战,如何应试、怎样复习,已成为考生关注的焦点!

针对司法考试命题特点,结合我们多年教学辅导经验和对历年考题的分析总结,其对法条的考查占考题总分值的90%以上。然而面对浩繁的法律、法规及司法解释,想取高分必须重点突破,所以对重点法条的掌握是至关重要的。本书的编写是在重点法条的基础上,总结出历年考试中的“必考法条”,此为重中之重,其目的就是为考生“减负”。

概括本书特点有三:

特点之一:超薄记忆,浓缩精华

本书只涉及刑法、刑事诉讼法、民法通则、合同法、担保法、民事诉讼法、公司法和行政诉讼法八个部门法和一个附录,然而就这八个部门法加一个附录,却占司法考试总分值的70%以上。

我们之所以敢如此大胆取舍,是因为在本系列丛书《法律法规倍速记忆》一书中已基本涵盖了司法考试所涉及的法律、法规及司法解释,并已提示出重点法条和相关法条,其突出的是“面”;而本书在此基础上突出的则是“点”,取的是大分值部门法,拿的是每年必考法条,其高度浓缩之意是助您以“点”带“面”,达到事半功倍之效果。

特点之二:进阶渗透,条分缕析

一法条一专题、进阶渗透是本书的又一大特色。在体例结构上从[必考法条]开始到[真题范例]终止,通过进阶式层层解析以提高考生的应试能力。

1. 必考法条。此栏目是本书的核心内容。这里应注意,所谓必考法条,是在历年考试中频频出现的法条。

2. 相关法条。是与必考法条相关或有冲突的法律、法规及司法解释。这里需说明,有一部分相关法条内容已融入到[条文释义]栏目中,并未单独列出,这样做的目的是精炼。

3. 条文释义。本栏目是对核心内容“必考法条”的理解与渗透。理解——就是对法条、法理的理解;渗透——就是对其内在联系与区别的渗透,考生应对此精细研读。

4. 常见错误。设置本栏目的目的,是帮助考生提高对抗考题中“干扰项”、“迷惑点”的能力,此为历年考试中最大失分点之所在。

5. 命题角度。点明出题角度、整合出题方向,使考生在复习中有的放矢,考试时有备无患。

6. 真题范例。一切的一切最终是应试,设置[真题范例]栏目,其目的是为您顺利通过司法考试,提供一把标尺。

特点之三:系统整合、相关记忆

在历年考试中关于诉讼时效、年龄、公告期、期间等数字性规定是最易得分点,又是最易失分点。因为数字性规定只要准确记忆就可得分,但由于其散落于各部门法之中,不易形成整体记忆,且理解性弱,死记硬背往往造成考生在应试中混淆或记忆不清,在此失分非常可惜。所以我们在附录部分把常考的法律、法规及司法解释中关于数字性规定归类编排,形成关联记忆,其目的就是让考生在此一分不丢。

纵观本书,所涉部门法虽少,但含金量却很高;附录部分虽然简单但关联记忆性却很强。愿我们所有的努力,犹如大漠中突现绿洲,给苦读备考的您带来希望!

编写本书过程中作者参考借鉴了一些法学专著和同类书籍,在此一并表示谢意。本书谬误之处,恳望读者和业界同仁不吝赐教,以利来年修订。

宏元法泰

2003年1月

目 录

[1]

刑 法

刑法在历届考试中年均分值在 48 分左右,2002 年“三考合一”分值陡增,跃居榜首达 60 分之多,难度随之加大。纵观刑法,分则法条虽多,但重点突出;总则法条虽少,却几乎每条必考,且作答分则考题时一刻也离不开总则部分的支持。本法考题易混淆知识点极多,在复习时一定要宏观掌握,微观求精。

[78]

刑事诉讼法

刑事诉讼法在往年考试中年均分值 30 多分,2002 年司法考试向诉讼程序渗透的意图非常明显,本法分值增至 45 分。本法考题干扰项的迷惑性大,更侧重于实务操作,所涉法条也多为细节性规定,“三考合一”此特点更为突出明显。对此,考生一定要注意对相关司法解释的理解和应用。

[130]

民法通则

民法通则考试历年分值大盘走低,2002 年司法考试落点 31 分。随着各相关部门法分值的扩张和民法通则部分法律制度的割让,其已不现“霸主”形象,但仍不失“大国”地位。此法特点是重点法条突出,民法通则重原则、民通意见侧操作,复习时应结合合同法、担保法的基本理论加以理解掌握。

[163]

合 同 法

合同法历年考试分值均在 50 分以上,稳坐考试大户排行榜前两位。其特点为:分则部分点散但常考内容突出,总则法条虽少却逢考必涉,考题与各相关部门法之间相互渗透,复习时一定要注意各知识点的整体把握,细节问题上精研其法理所在。

[223]

担 保 法

担保法在历年考试中被列为“小户型”,分值只占 10 多分,其法条看起来比较简单,但想把此分“拿下”却不容易,原因在于担保法与其他相关部门法关联性强、综合题型多,如不从点滴做起,理论上系统学习,掌握起来就较为困难,复习时还要注意担保法解释的每一条款,它在本法应试中占据重要地位。

[248]

民事诉讼法

2002年司法考试分值占38分,比往年有所增加,难度亦加大,并有向交叉、跨学科考查之发展趋势。概括本法,考点广泛、程序繁杂,特殊规定与司法解释无处不在,考生在复习时一定要注意条分缕析,重点把握程序脉络。

[296]

公司法

2002年司法考试公司法分值有所下降,但仍居10分以上,继续保持商法中的老大地位。总结本法法条,绝大部分都具有可考性,考点不太集中,但与其他部门法结合起来综合考查性较强。在复习时,应特别注意对公司法中各项数字的准确记忆,此为每年必考。

[312]

行政诉讼法

行政诉讼法在历年考试中,分值一直平稳保持在16分左右,在行政法体系中独占半壁江山,足见此法地位。其考查难度有逐年增加之态势,2002年司法考试又有向理论性试题侧重之倾向,以往很少涉及的法条也有所出现,但重点法条的地位并未改变。考生应试时需注意涉及多个部门法的综合考查,尤其是对行诉解释的理解与应用。

[331]

附 录

在历年考试中关于诉讼时效、年龄、公告期、期间等数字性规定是最易得分点,又是最易失分点。由于其散落于各部门法之中,不易形成整体记忆,往往造成考生在应试中概念混淆或记忆不清,在此失分非常可惜。所以我们把常考的法律、法规及司法解释中关于数字性规定归类编排,形成关联记忆,其目的就是让考生在此一分不丢。

刑法

刑法在历届考试中年均分值在 48 分左右,2002 年“三考合一”后分值陡增,跃居榜首达 60 分之多,难度随之加大。纵观刑法,分则法条虽多,但重点突出;总则法条虽少,却几乎每条必考,且作答分则考题时一刻也离不开总则部分的支持。本法考题易混淆知识点极多,在复习时一定要宏观掌握,微观求精。

1 必考法条

第 17 条 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、投放危险物质罪的,应当负刑事责任。

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。

[相关法条]

《刑法》

第 18 条 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 19 条 又聋又哑的人或者盲人犯罪,可以从轻、减轻或者免除处罚。

[条文释义]

本条文是关于刑事责任年龄的规定,它是决定刑事责任能力的重要因素之一,而刑事责任能力又是行为人构成犯罪和承担刑事责任所必需的要件。

刑事责任年龄可分为完全、完全无、相对、减轻刑事责任能力四个类别,其对应的责任范围、处罚原则相应不同:

项 目		人员范围	责任范围	处罚原则
刑事 责任 能力	完全刑事 责任能力	除下列各类人员外的其 他所有人员。	所有犯罪。	依刑法分则而定。
	完全无刑 事责任能力	1. 未满 14 周岁的人； 2. 因精神病而不能辨认或 者控制自己行为的人。	无刑事责任，但可责令家长 加以管教。	无处罚。
	相对刑事 责任能力	已 满 14 周岁而未满 16 周岁的人。	行为人仅对故意杀人、故意 伤害致人重伤或死亡、强奸、 抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、 投放危险物质罪等八种犯罪 负刑事责任。	1. 应当从轻或减轻处 罚； 2. 不适用死刑(包括死 缓)。
	减轻刑事 责任能力	已 满 16 周岁而未满 18 周岁的未成年人。	所有犯罪。	可以从轻或减轻处 罚。
		尚未完全丧失辨认或控制 自己行为能力的精神病人。		可以从轻、减轻或免 除处罚。
		1. 又聋又哑的人； 2. 盲人。		

〔常见错误〕

1. 刑事责任年龄应指实足年龄，应以公历之年、月、日来计算。在分别过了 14、16、18 周岁生日后从第二天起，才认为满 14、16、18 周岁，所以在生日当天实施的危害行为，应视为不满 14、16、18 周岁。刑事责任年龄的规定是绝对的，不允许出现灵活性。

2. 犯罪行为有持续或连续状态，应从行为状态结束时行为人实际年龄来确定是否符合刑事责任年龄。对于跨年龄段的犯罪，应区别不同年龄段来确定该年龄段行为人应否负刑事责任。

3. 关于相对刑事责任能力人的刑事责任范围需予以牢记，特别是在故意伤害的情形下，须有重伤或死亡的后果要件，行为人才负刑事责任。

4. 又聋又哑人系指同时完全丧失听力和语言能力的人；盲人是指双目皆完全丧失视力的人。

〔命题角度〕

1. 相对刑事责任能力人承担刑事责任的范围，包括几种特殊罪名、处罚原则及年龄认定。

2. 对减轻刑事责任能力人的处罚原则。

〔真题范例〕

1. 2000 年单项选择题 答案：B

路某(15 岁)先后唆使张某(15 岁)盗窃他人的财物折价 1 万余元；唆使李某(19 岁)绑架他人勒索财物计 2000 余元；唆使王某(15 岁)抢劫他人财物计 1500 元。路某的行为构成何罪？

A. 盗窃罪 B. 抢劫罪 C. 绑架罪 D. 抢劫罪、绑架罪

2. 2002 年多项选择题 答案：A、B、C、D

对下列哪些情形应当追究刑事责任？

- A. 15 周岁的甲在聚众斗殴中致人死亡
- B. 15 周岁的乙非法拘禁他人使用暴力致人伤残
- C. 15 周岁的丙贩卖海洛因 8000 克
- D. 15 周岁的丁使用暴力奸淫幼女

3. 1998 年多项选择题 答案: B、D

陈某(15 周岁)因喜好计算机,于某日深夜潜入一公司内盗窃价值 3 万余元的计算机原器件(事发后均被追回)。现问,对陈某应当如何处理?

- A. 追究刑事责任
- B. 不追究刑事责任
- C. 从轻、减轻处罚
- D. 责令他的家长加以管教

2 必考法条

第 20 条 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。

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。

第 21 条 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。

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。

〔条文释义〕

以上条文规定的是排除犯罪性行为——正当防卫和紧急避险。二者虽然在客观上造成一定损害结果,形式上也符合某些犯罪的客观要件,但实质上是既不具备社会危害性,也无刑事违法性的行为,所以行为人不负刑事责任。

正确认定正当防卫、紧急避险,需要从各自行为的起因、时间、目的、对象及限度、主体等几个方面进行把握。

项目	正当防卫	紧急避险
起因条件	必须有不法侵害行为发生。不法侵害行为具体包括: 1. 一般指性质严重,侵害程度激烈,危险性较大的有积极进攻性的行为; 2. 除了犯罪行为外,还包括尚未构成犯罪的一般流氓行为以及其他侵犯合法权益,破坏社会秩序的行为,未达到法定刑事责任年龄的未成年人、精神病人的不法侵害行为以及利用动物侵袭他人的不法侵害行为; 3. 比较严重的防卫过当行为。	必须要有危险发生。危险的来源主要有自然灾害、违法犯罪行为、人的生理病理造成的危险、动物的侵袭等。

时间条件	必须是正在发生的不法侵害。即指不法侵害实际存在,而非主观想象或推测出来的,而且侵害行为正在进行,而非已经结束或尚未发生。	必须是正在发生的危险。即指危险既非尚未发生,也非已经过去,而是正在持续之中。
目的条件	必须是为了保护国家、公共利益、本人或他人人身财产和其他权利免受正在进行的不法侵害,即: 1. 必须出于正当目的,必须具有防卫意图及目的; 2. 必须是为了保护合法权益而实施,如为保卫非法利益,则不构成正当防卫。	必须是为了使合法利益免受正在发生的危险的侵害,即: 1. 紧急避险所保护的利益应该是合法利益,为了保护非法利益不能成立紧急避险; 2. 合法利益包括国家利益、社会利益、本人或他人的人身、财产和其他权利。
对象条件	必须是对实施不法侵害的行为人实施防卫行为,即: 1. 对现场的不法侵害的组织者、指挥者以及直接参与者,可以实行正当防卫,不能反击任何没有实施不法侵害的第三者(包括不法侵害者的家属或亲友等); 2. 如果防卫人在实施防卫过程中给第三者造成人身或财产损害,而又不具备紧急避险条件,则应按其有无罪过来确定是否有刑事责任。如有罪过则应进一步区分故意还是过失,并依法追究。	必须是在迫不得已的情况下,迫不得已是指除采取紧急避险外,没有其他方法可以避免当前正在发生的危险,紧急避险是当时惟一可以避免危险的方法。
限度条件	1. 防卫不能明显超过必要限度造成重大损害; 2. 第 20 条第 3 款关于“特殊防卫权”之规定,其实质是没有防卫限度之要求的正当防卫,适用条件在于: (1)起因条件是危及人身安全的暴力犯罪; (2)防卫行为所保护的利益根本在于人身安全,而不能仅依其他合法权益(如财产权利)实施; (3)“行凶”应理解为故意重伤以上的伤害行为,而不包括轻伤。	不得超过必要限度而造成不应有的危害。 1. 所谓必要限度,是指紧急避险所损害的利益,必须小于所保护的利益,而不是大于或等于所保护的利益,否则就失去了紧急避险的意义和作用; 2. 对于利益大小的判断,应从当时实际情况出发,考虑多方面因素,使所作价值判断,符合社会主义原则。
主体条件		必须是不属于法律上有特殊规定的人员。所谓法律上有特别规定的人员是指在职务、业务上负有特定责任的人,不得因为避免个人的合法利益免受危险的损害而实行紧急避险,具体而言如船长、消防人员、边防人员等在履行职责时。

[常见错误]

正当防卫与紧急避险制度中有许多与各自基本构成条件貌似神离的特殊情况,考试中常有出现,应多加注意:

项目	正 当 防 卫	紧 急 避 险
假想防卫(避险)	假想防卫:指不法侵害实际不存在,而是想象推测出来的,“防卫人”据此想象对假想侵害人实施的“侵害行为”,属于行为人认识上的错误,如有过失,构成过失犯罪。	假想避险:没有危险发生误以为发生了危险,而实行“紧急避险”,应按认识错误的原则来确定是否应承担刑事责任,如有过失,则为过失犯罪,无过失,则为意外事件。

存单据为己有,并将摩托车推至山下摔坏。几日后,陈某使用伪造的身份证在到期之前将存单中的 2 万元取出。此后逃往外地。试分析陈某上述行为的性质,并说明理由。

答案:(1)陈某将丁某推倒后骑车逃走的行为属于紧急避险。因为,陈某为了使本人的人身权利免受正在发生的危险,不得已给丁某造成损害,但该损害并没有超过必要限度给丁某造成不应有的损害。

(2)陈某将丁某的 3000 元现金和存折据为己有的行为构成侵占罪。因为,陈某在危险消失后即负有归还丁某摩托车(当然包括尾部工具箱中的现金和存折)的义务,而在尚未归还以前,陈某负有妥善保管摩托车及相关财物的义务。据此,该摩托车可视为由陈某代为保管的财物。陈某以非法占有为目的,将代为保管的他人财物非法占为己有,数额较大,拒不退还,构成侵占罪。

(3)陈某毁坏摩托车的行为构成故意毁坏财物罪。因为,陈某故意毁坏他人财物,而且数额较大。

(4)陈某有伪造的身份证将丁某存折上的钱取走的行为属于占有他人存折后的后续行为,不单独定罪。

3 必考法条

第 22 条 为了犯罪,准备工具、制造条件的,是犯罪预备。

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 23 条 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。

对于未遂犯,可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。

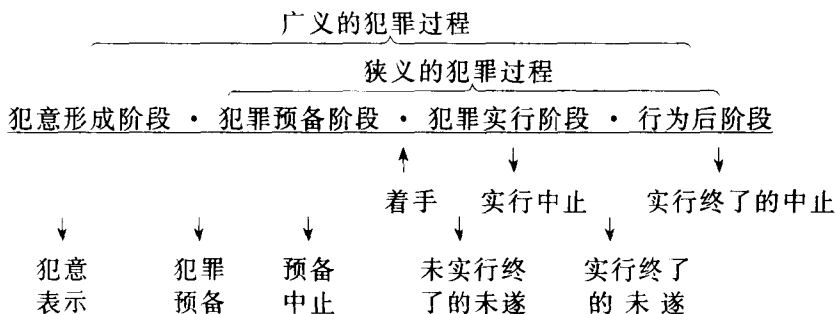
第 24 条 在犯罪过程中,自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的,是犯罪中止。

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。

[条文释义]

故意犯罪在犯罪人产生和确立犯意以后,从其开始犯罪行为,到完成犯罪,有一个纵向的时间过程,而这一纵向发展过程会因种种因素的影响制约而出现不同的表现形态与结局,即本条文规定的故意犯罪停止形态,包括完成形态(犯罪既遂)和未完成形态(犯罪预备、犯罪未遂和犯罪中止)。一般而言,只要犯罪行为充分刑法分则所规定的犯罪构成要件,即可认定为是犯罪既遂,这在考试中较容易把握;而犯罪的三种未完成形态的认定却要复杂得多,须重点掌握。

1. 犯罪未完成形态示意图



分析此表应明确以下几点:

(1) 犯意表示属于狭义犯罪过程之外的犯意形成阶段, 行为人停留在口头、文字等形式表示或流露意图, 没有动手实施的行为, 即没有对社会构成威胁的现实可能性, 不具有刑事违法性, 行为人也不承担刑事责任。

(2) 狭义犯罪过程包括犯罪预备、实行、行为后 3 阶段, 犯罪预备仅存在于预备阶段。犯罪中止存在于预备、实行和行为后 3 阶段, 分为预备中止、实行中止、实行终了的中止。犯罪未遂仅存在于实行阶段, 分为未实行终了的未遂和实行终了的未遂。前者是指犯罪分子由于意志以外的原因未实行完毕完成犯罪的必要的全部行为, 以致犯罪未得逞; 后者是指犯罪分子已经实施完毕自己认为完成犯罪所必要的全部行为, 但由于意志以外的原因而未得逞。

(3) 在考试中下列犯罪未遂的种类, 也经常出现。

以实际上能否构成犯罪既遂为标准	①能犯未遂。指犯罪分子的行为有实际可能完成犯罪, 达到犯罪既遂, 但由于犯罪分子意志以外的原因, 犯罪未得逞。
	②不能犯未遂。指犯罪分子的行为不可能达到既遂而自以为能达到既遂的情况。 a. 对象不能犯。指由于侵害对象不存在或由于其固有的属性不能使犯罪达到既遂等原因, 以致犯罪未得逞。如: 误认男人为女人进行强奸。 b. 工具不能犯。指犯罪分子实施犯罪所使用的工具、手段不能使犯罪达到既遂的未遂情况。如: 把白糖当作砒霜投毒杀人。

2. 犯罪预备、犯罪中止、犯罪未遂的区别

项 目	犯 罪 预 备	犯 罪 中 止	犯 罪 未 遂
出现阶段	在犯罪预备阶段, 未进入实行阶段。	既可出现在犯罪预备阶段、犯罪实行阶段, 也可出现在犯罪实行后阶段。	只能出现在着手实施犯罪的实行阶段。
犯罪构成的客观方面	为犯罪而准备工具、制造条件的预备行为, 而非实行行为。	既可能是预备行为, 也可能是实行行为。	只能是刑法分则规定的实行行为。
停止原因	非出于犯罪人意愿而是由于意志之外的原因。	出于行为人意愿而自动中止。	非出于犯罪人意愿, 而由于犯罪人意志之外的原因。
行为后果	未进入实行阶段。	未进入实行阶段或实行行为未完成或法定危害结果未发生。	实行行为未完成或未出现法定危害结果。
判断公式	欲达目的而不能。	能达目的而不欲。	欲达目的而不能。
处罚原则	可以比照既遂犯从轻、减轻或免除处罚。	(1) 没有造成损害的, 应当免除处罚; (2) 造成损害的, 应当减轻处罚。	可以比照既遂犯从轻或减轻处罚。

3. 犯罪预备与犯罪未遂的区别,关键是正确认定行为人是否已经着手实施犯罪。

(1)应明确认定“着手”的标准,所谓“着手”应符合下列标准:

- ①行为对犯罪的客体有直接的侵害性;
- ②行为可以直接导致危害结果的发生;
- ③行为能比较明显地反映出行为人的犯意。

(2)对以下几种犯罪预备行为应给予准确记忆把握,考试时可以直接套用:

- ①途中行为(行为人尚在前往犯罪地点的途中);
- ②尾随行为(行为人尾随被害人伺机侵害);
- ③守候行为(行为人埋伏或等候在预定地点准备实施加害行为);
- ④寻找行为(行为人寻找预定的犯罪对象);
- ⑤准备行为(制造、准备作案工具,对作案现场进行踩点等行为)。

4. 过失犯罪、间接故意犯罪均不存在未完成罪。因为过失行为只有在发生危害后果且刑法分则上有明文规定时才构成犯罪,而未完成罪的形态不具备法定的危害后果。间接故意犯罪由于其主观方面是对危害结果持“放任”态度,即客观上是否发生危害后果均与其主观相符,因而对此类案件要求有实际危害后果的发生,否则不认为是犯罪,也不符合未完成罪的构成要求。

[常见错误]

1. 犯罪预备、犯罪未遂和犯罪中止各自对应的不同处罚原则需特别注意。

2. 未完成犯罪形态只存在于直接故意犯罪中,但并非所有的直接故意犯罪都存在未完成状态,如以法定结果的出现为构成犯罪的必要要件的结果犯、举动犯、情节犯等只存在犯罪既遂。

3. 特别注意,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,它们之间是一种彼此独立存在的关系,而不可能相互发生转化,即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到既遂,不存在中止犯罪的时空条件,因而不属于中止)。

[命题角度]

1. 举出某一犯罪行为实例,判断是犯罪预备、犯罪未遂还是犯罪中止。

2. 不同停止形态的处罚原则(留意有关法条中“应当”、“可以”不同用语的适用情形)。

[真题范例]

1. 1998 年单项选择题 答案:D

赵某持刀闯入女友钱某家中,声称要割下钱某的一只耳朵以教训她“与人通奸”的不忠行为,面对钱某的苦苦哀求,赵某将刀扔在钱某面前转身离去。依照刑法规定,对赵某应如何处理?

- A. 应当不处罚
- B. 应当从轻处罚
- C. 应当减轻处罚
- D. 应当免除处罚

2. 2002 年多项选择题 答案:A、C、D

陈某趁珠宝柜台的售货员接待其他顾客时,伸手从柜台内拿出一个价值 2300 元的戒指,握在手中。然后继续在柜台边假装观看。几分钟后售货员发现少了一个戒指并怀疑陈某,

便立即报告保安人员。陈某见状,速将戒指扔回柜台内后逃离。关于本案,下列哪些说法是正确的?

- A. 陈某的盗窃行为已经既遂
- B. 陈某的盗窃行为属于未遂
- C. 陈某将戒指扔回柜台内不属于中止行为
- D. 陈某将戒指扔回柜台内属于犯罪既遂后返还财物的行为

3. 2000 年多项选择题 答案:A、B、C

下列有关犯罪预备的说法哪些是正确的?

- A. 犯罪预备既可以是为自己实行犯罪而预备,也可以是为他人实行犯罪而预备
- B. 实施预备行为后由于行为人意志以外的原因而未着手实行的,属于犯罪预备
- C. 犯罪预备阶段的行为既可能成立犯罪中止,也可能成立犯罪预备
- D. 对于预备阶段的犯罪中止犯,除了适用中止犯的规定减免刑罚之外,还应同时适用预备犯的减免规定

4 必考法条

第 25 条 共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。

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。

〔相关法条〕

《刑法》

第 26 条 组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的或者在共同犯罪中起主要作用的,是主犯。

三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织,是犯罪集团。

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。

对于第三款规定以外的主犯,应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚。

第 27 条 在共同犯罪中起次要或者辅助作用的,是从犯。

对于从犯,应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。

第 28 条 对于被胁迫参加犯罪的,应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚。

第 29 条 教唆他人犯罪的,应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。教唆不满十八周岁的人犯罪的,应当从重处罚。

如果被教唆的人没有犯被教唆的罪,对于教唆犯,可以从轻或者减轻处罚。

第 97 条 本法所称首要分子,是指在犯罪集团或者聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子。

第 295 条 传授犯罪方法的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制;情节严重的,处五年以上有期徒刑;情节特别严重的,处无期徒刑或者死刑。

〔条文释义〕

以上条文是对共同犯罪制度的规定,具体包括以下几个方面:

1. 共同犯罪的构成条件

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自然人或两个以上的法人。	(1)共同犯罪的主体必须具备犯罪主体资格,不具备犯罪主体资格的,不能成为共同犯罪的主体。 (2)利用精神病人或未达法定年龄的少年儿童实施犯罪行为,不构成共同犯罪。此时被利用人是犯罪分子实行犯罪行为的工具,利用人才是真正罪犯。
主观方面:各个犯罪主体之间必须有共同的犯罪故意。	(1)一方面共同犯罪故意指各个共同犯罪人都知道自己是故意地进行犯罪活动,而且知道这种犯罪活动是与他人一起,或者在他人协助、配合下一起实施。 (2)另一方面共同故意指各个共同犯罪人都明确共同犯罪人通过犯罪所要达到的共同目的,他们对共同犯罪行为会发生危害社会的结果有所预见,并且都希望或放任这种危害结果的发生。
客观方面:必须有共同犯罪行为。	(1)共同犯罪行为是指各个共同犯罪人实施的指向同一犯罪目标,侵害同一客体,为完成同一犯罪行为而又相互联系、配合、协调一致的各种具体行为的有机整体。 (2)共同犯罪人的行为可以多种多样,而且其相互结合方式也可能多种多样,但均为共同犯罪得以形成、发展、最终完成的直接或间接原因。
客体:必须是相同犯罪客体。	(1)在犯罪构成的共犯形态中,同一犯罪客体为各共犯人的共同目标。 (2)客体的共同性决定了主体的共同故意和共同行为。

2. 共同犯罪的形式

以共同犯罪是否任意形成为标准	任意共同犯罪	指刑法分则中规定的一人能单独实施的犯罪,而由二人以上共同实施该种犯罪的共同犯罪。
	必要共同犯罪	指刑法分则中规定的必须有二人以上才能构成的犯罪,一般而言,此类犯罪的罪名和罪状中均会体现出多人参加的特点。
以共同犯罪故意形成的时间为标准	事前通谋的共同犯罪	指共同犯罪人的共同犯罪故意在着手实行犯罪以前已经形成的共同犯罪,某些行为如窝藏、包庇行为只有事先有通谋时才构成共同犯罪。
	事前无通谋的共同犯罪	指共同犯罪人的共同犯罪故意,不是在着手实行犯罪前形成的共同犯罪,这种共同犯罪故意多在着手实行犯罪时或过程中形成。
以共同犯罪行为的分工为标准	简单共同犯罪	指所有的共同犯罪人都直接实施刑法分则所规定的具体犯罪构成的行为的共同犯罪,也即所有共同犯罪人均均为实行犯。
	复杂共同犯罪	指共同犯罪人之间有一定分工的共同犯罪,也即共同犯罪人中有实行犯,也有帮助犯、教唆犯。
以有无组织形式为标准	一般共同犯罪	指二人以上没有组织形式的共同犯罪。
	犯罪集团	是指有组织的共同犯罪,即三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织,包括黑社会性质的组织。

3. 共同犯罪的停止形态

(1)共同实行犯的未遂

①对于结果犯(即以发生一定的犯罪结果为其犯罪构成的充足要件的犯罪),犯罪是否得逞的标准在于犯罪结果是否发生。若共同实行犯中只要有一个人的行为造成了犯罪结果,