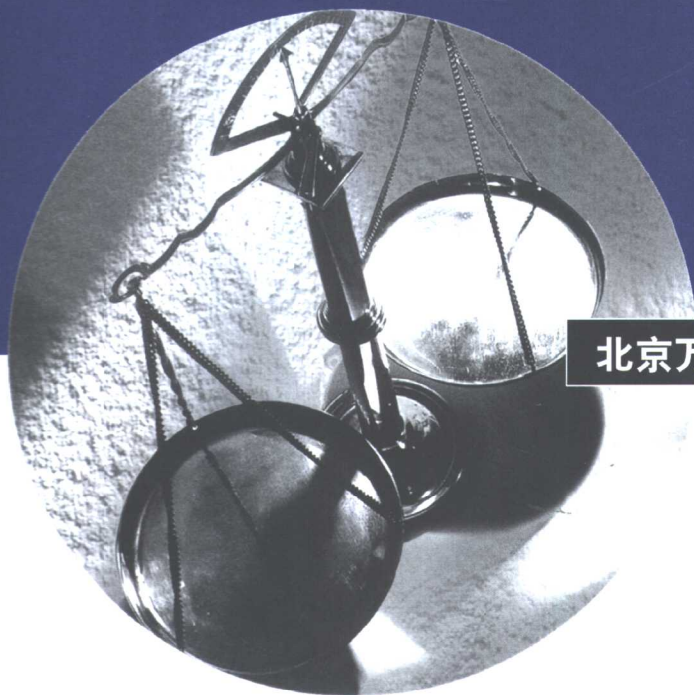


法律版

2003年国家司法考试 考点举要



北京万国学校 编

第二卷



法律出版社

2003 年国家司法考试考点举要

第 二 卷

北京万国学校 编

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

2003 年国家司法考试考点举要. 第 2 卷/北京万国学校编.
—北京:法律出版社,2003.7
ISBN 7-5036-4344-7

I .2… II .北… III .法律工作者—资格考核—中国—
自学参考资料 IV .D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 051088 号

©法律出版社·中国

责任编辑/宋杰鹏

装帧设计/胡欣

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑/法律考试出版中心
经销/新华书店
责任印制/陶松

开本/787×1092 毫米 1/16
版本/2003 年 7 月第 1 版

印张/7.5 字数/164 千
印次/2003 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律考试出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/test@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939636

传真/010-63939650

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

销售热线/010-63939792

网址/www.Chinalaw-book.com

010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4344-7/D·4062 定价:13.00 元

编写说明

如何才能在有限的时间内掌握应试知识,达到应试要求,是每一位考生都迫切需要解决的问题。应当承认,任何事物都有其规律可循,司法考试也不例外,考生如果能把握复习备考规律,便会收到事半功倍的效果。

所有成功者的经验告诉我们,复习备考的关键在于:一是准确判断和把握考试重点;二是注意将零散知识点系统化,融会贯通,了然于胸。抓住这两点,就等于找到了复习备考的捷径。正是在此意义上,我们编写了本书。

本书严格按照司法考试大纲要求的考点编写,针对考试命题,以部门法为分类基础,对各部门法进行了解析。在各部门法下主要包括以下内容:

一、对每个部门法的考试情况进行了提纲挈领的综述。旨在通过宏观地分析每一个部门法的考试情况,使考生对每一个部门法在考试中所占的地位和分量有一个整体的了解,让其明确在考试复习中每一个部门法应当投入的时间和精力,在复习中做到全面复习又要突出重点。其内容包括对各部门法历年考试试题分值的分析,对考试题型进行总结,并且指出了考试重要知识点在本法中的分布。

二、将若干相对分散和凌乱的重点知识有机地系统地归纳,使之成为较为完整的体系,既在宏观上把握完整的知识体系,又要对重点的知识做到心中有数。这是本书的核心所在。本部分根据司法考试的考点,将司法部国家司法考试中心编审《国家司法考试辅导用书》(2003年版)中的重点内容与法律法规有机结合,从应试的角度对重点的具体法律制度进行讲解,并以此为主线,将重点内容(包括辅导教材的内容和相关法条)串连起来,做到点面结合。这样,一是简化了教材和法条的内容,帮助考生把书读薄,减轻了复习的负担;二是突出复习的重点,应当说本书所列举出的内容均属考试重点;三是有利于考生形成脉络清晰的基础知识体系,从宏观上把握全局。

总的说来,本书具有两个重要的特点:

第一,把握考试重点。本书就是将各部门法的重点内容按照一定的体例编排,将法条和教材的重点内容拎出来,并有机结合予以剖析,指出其考点何在,题眼何在,命题角度何在。

第二,突破考生的弱点。建立适合司法考试的知识体系对于大多数考生都是比较困难的,即使对于法学科班出身的考生,面对其他非本专业的其他部门法要建立其科学的知识体系也并非易事。本书在此的意义在于以重点法条为主线将相关内容进行纵横的串连、归纳,更重要的是将易混淆项全部列举出来,从而在读者头脑中构建起系统的知识点体系。

本书的使用方法建议:

第一,对于经济法学、商事法学、宪法学、行政法学部分,可径直阅读本书,基本无须其他辅导教材。因为这部分的重点内容较为突出,某种意义上具有绝对性,哪些内容要考,哪些内容不考,基本上泾渭分明。根据多年的试题分析可以看出,命题基本上限于某些内容,而其他的内容却无涉及的机会。因此,对于此部分,阅读本书对于考生的意义极大。

第二,对于民法、刑法部分,建议考生在通读司法部国家考试中心编审的《国家司法考试辅导用书》(2003年版)和法律法规的基础上,再阅读本书,本书的意义在于指引考生把握重点和难点,系统理解相关制度,将知识体系化。因为此部分内容是司法考试的大头,所谓的重点具有一定的相对性,本书所列举的重点只能是在考试中占有绝对重要地位的内容以及易忽略、易混淆的内容等等,所以考生在掌握本书指出的重点以外,对于其他内容也不能完全忽略。

第三,对于诉讼法学和仲裁法、律师制度部分,建议考生仔细研读本书,本书在此的重要意义在于将诉讼法学的零散的知识点串连起来,目的在于让考生在答题时能做到思考全面,消除盲点。

第四,就法理学、法制史、国际法学的部分,本书基本上是在把握重点的基础上对于教材的浓缩与简化,指出了司法考试在本部分的考查重点,但是同样,其内容相当庞杂和零散,并且时效性强,对于本书没有提及的内容,考生也不要完全忽略。

概括而言,结合本书的内容特色,本书的使用特点可以概括为:一是阶段性,建议考生在备考复习的中后期使用本书;二是指引性,本书宗旨并不在于提供全方位的复习服务,而是指引考生把握重点和难点,帮助考生快速、有效、精确地掌握司法考试必备知识;三是减压性,本书在确保考试有效性的同时将复习内容减少到最小,方便考生在最短的时间内复习应考;四是可信性,本书是在总结多年的辅导经验,科学分析历年的考试试题内在规律并对2003年司法考试命题预测的基础上编写而成,往年的此项工作经过了考试真题的检验,从而确保了本书的有效和准确。

本书的编写是对考试重点和考生弱点的再次总结和把握,是对以前成果的去粗取精、去伪存真的过程,殊为不易。要感谢去年的众多读者对本书所提的意见(这是非常宝贵的)。本说明既是对本书的介绍,也是对考生复习应考的建议,希望能给您一点有益的启示,更希望本书能帮助您在司法考试中取得成功。

最后需要说明的是,本书的编成,凝聚了京城部分司法考试辅导专家的一丝不苟的工作精神,大家本着法律人为法律人负责的态度完成本书。但其中不当之处恐在所难免,读者在使用本书过程中,如有疑惑,或者批评、建议等,恳请读者来电来函指正,邮箱地址:wanguo@wanguoschool.net,并欢迎访问万国学校,网址:www.wanguoschool.net,以利来年修订。

骆 勇

2003年6月

于北京

目 录

刑法编.....	(1)
刑事诉讼法编.....	(42)
行政法与行政诉讼法编.....	(80)
行政法基本理论.....	(80)
行政处罚法.....	(84)
行政复议法.....	(89)
行政诉讼法.....	(95)
国家赔偿法.....	(108)

刑法编

依据 2003 年司法考试大纲的要求,刑法部分的分值情况为:选择题 40 分,案例分析题 20—25 分。

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,司法考试的侧重点有:

1. 刑法总则部分。可以说,刑法总则部分的每一个章节都是司法考试的重点。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。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。为此,我们在题解部分中有意识地加强了刑法基础理论的介绍,望考生予以留心。

具体而言,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、未遂的概念及刑罚运用;
- (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列陈,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。

本部分试题,尤其是选择题的选择项所涉及的知识点要求的精确度极高,考生在复习时不可粗枝大叶,务必细之又细,精益求精。

一、刑法的基本原则与概念解析

(一)刑法的基本原则

刑法的基本原则在法典第3—5条的规定中,包括罪刑法定原则、平等适用刑法原则、罪刑相适应原则。

罪刑法定,也即“法无明文规定不为罪”,“法无明文规定不处罚”。该原则要求禁止不利于行为人的事后罚(即禁止溯及既往,但是有例外);禁止不利于行为人的类推解释等。我国的刑罚体系、法定和酌定的量刑情节都是罪刑相适应原则的体现。对于刑法基本原则的考查方法主要是间接的方法。

(二)有关概念

对于刑法第五章的“其他规定”有些概念需要掌握。

1. 第91条的公共财产。本法所称公共财产,是指下列财产:

- (1)国有财产;
- (2)劳动群众集体所有的财产;
- (3)用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产;

(4)在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产,以公共财产论。

2. 第93条的国家工作人员。本法所称国家工作人员,是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企

业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员,以及其他依照法律从事公务的人员,以国家工作人员论。

3. 第94条的司法工作人员。本法所称司法工作人员,是指有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。

4. 第95条重伤的标准。本法所称重伤,是指有下列情形之一的伤害:

- (1)使人肢体残废或者毁人容貌的;
- (2)使人丧失听觉、视觉或者其他器官机能的;
- (3)其他对于人身健康有重大伤害的。

5. 第96条违反国家规定的范围。本法所称违反国家规定,是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。

6. 第99条的以上、以下、以内之含义。本法所称以上、以下、以内,包括本数。

二、刑法的适用范围

刑法的适用范围主要内容就是空间效力和时间效力。空间效力即属地、属人、保护、普遍等四原则(第6—11条),而时间效力即溯及力问题(第12条)。

(一)空间效力

1. 属地原则(第6条)。

(1)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。这

个“法律有特别规定”最显著者有刑法第 11 条的规定:对有外交特权或外交豁免权的外国人在我国境内犯罪的通过外交途径解决而不适用我国刑法。

(2)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。注意此处没有包括“国际列车”的,如果在国际列车上犯罪,参照最高法院《刑诉解释》第 10 条之规定处理。

(3)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。注意这里的“地”既包括行为地也包括结果地。

2. 属人原则(第 7 条)。因犯罪人不同而有不同的规定:

(1)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。

(2)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。注意这里没有针对一般公民的“可以不予追究”的尾巴。

3. 保护原则(第 8 条)。按照刑法第 8 条的规定,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。在此主要掌握保护管辖适用的五项条件:

(1)行为主体必须是外国人,包括无国籍的人,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”。保护管辖,顾名思义,也就因保护我方利益而行使管辖权。

(4)行为性质是重罪,即该犯罪行为的最法定刑为 3 年以上有期徒刑。

(5)行为属“双重犯罪”,即行为地的法律与我国《刑法》都将行为规定为犯罪。

4. 普遍原则(第 9 条)。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。该原则针对的是国际犯罪,而且前面三个管辖原则都不能适用的情形下才有普遍原则适用的余地。此处与国际法的规定有共同之处,读者可参见本书国际公法部分对此的相关论述。

(二)时间效力

时间效力中最重要的问题就是刑法的溯及力问题,以下对此重点讲述。

刑法的溯及力,是指刑法生效后,对它生效前未经审判、判决未确定或未裁定的行为是否具有追溯适用效力,如果具有适用效力则是有溯及力,否则就是没有溯及力。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。

我国刑法第 12 条关于溯及力的规定采取了从旧兼从轻的原则。在 1949 年 10 月 1 日至 1997 年 9 月 30 日这段期间所发生的行为,如果未经法院审判或判决未确定(注意这是针对未经法院审判或判决未确定的情形),应按不同情况分别处理:(1)行为时的法律不认为是犯罪,而现行刑法认为是犯罪的,适用行为时的法律,即不追究刑事责任,现行刑法没有溯及力。(2)行为时的法律认为是犯罪,而现行刑法不认为是犯罪的,适用现行刑法,即不追究刑事责任,现行刑法具有溯及力。(3)行为时的法律与现行刑法都认为是犯罪,并且按照现行刑法总则第 4 章第 8 节的规定应当追诉的,按照行为时的法律追究刑事责任,即现行刑法没有溯及力;但是,如果现行刑法的处刑比行为时的法律处刑轻,则应当适用现行刑法,即刑法具有溯及力。尤其注意,现行刑法施行前,依照当时的法律已经作出的生效判决,继续有效。任何人不得以新

刑法的规定要求撤销原生效判决。

根据刑法第 11 条的精神以及有关司法解释,以下几点值得注意:(1)对于行为人 1997 年 9 月 30 日以前实施的犯罪行为,在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者在人民法院受理案件以后,行为人逃避侦查或者审判,超过追诉期限或者被害人在追诉期限内提出控告,人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案,超过追诉期限的,是否追究刑事责任,适用 1979 年刑法(即行为时法,以下简称旧刑法)第 77 条的规定。(2)对于酌定减轻处罚、累犯的认定、自首的认定、立功的认定、缓刑的撤销、假释的适用与撤销等问题,应坚持从旧兼从轻的原则即有利于行为人的原则进行处理。(3)对于旧刑法没有明文规定的犯罪,根据旧刑法需要类推处理而没有处理的,不管现行刑法是否规定为犯罪,都不得以类推方式定罪量刑。(4)如果当时的法律不认为是犯罪,现行刑法认为是犯罪,而行为连续或持续到 1997 年 10 月 1 日以后的,对 1997 年 10 月 1 日以后的行为适用现行刑法追究刑事责任。

此外,根据最高人民法院、最高人民检察院 2001 年 12 月 7 日《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》,司法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;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;对于新的司法解释实施前发生的行为,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;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。

三、犯罪概述

(一)犯罪的特性

1. 社会危害性。
2. 刑事违法性。
3. 应受刑罚处罚性。

(二)犯罪的分类

1. 理论分类。

(1)重罪与轻罪。一般依法定刑为标准,而不是以现实犯罪的轻重为标准。

(2)自然犯与法定犯。一般认为,自然犯是明显违背伦理道德的传统型犯罪;法定犯是没有明显违反伦理道德的现代型犯罪。

(3)隔隙犯与非隔隙犯。隔隙犯是指实行行为与犯罪结果之间存在时间的、场所的间隔的犯罪,又有隔时犯与隔地犯之分。实行行为与犯罪结果之间没有时间、场合间隔的犯罪则是非隔隙犯。

2. 法定分类。

(1)国事犯罪与普通犯罪。国事犯罪是指危害国家安全的犯罪;普通犯罪是指除危害国家安全犯罪以外的犯罪。

(2)身份犯与非身份犯。以特殊身份作为主体要件或刑罚加重、减轻的法定事由的犯罪。又可分为真正身份犯和不真正身份犯。前者指以特殊身份作为主体要件的犯罪,后者指特殊身份不影响定罪但影响量刑的犯罪。身份犯以外的犯罪就是非身份犯。

(3)亲告罪与非亲告罪。亲告罪是指告诉才处理的犯罪。此种罪由刑法明文规定,刑法没有明文规定为亲告罪的,则为非亲告罪。所谓亲告罪是指被害人亲自告诉,司法机关才予以处理的刑事犯罪,即告诉才处罚的犯罪。依据刑罚的规定,亲告罪包括:①第 246 条的侮辱罪(但当侮辱行为严重危害社会秩序和国家利益的除外);②第 246 条的诽谤罪(但当诽谤行为严重危害社会秩序和国家利益的除外);③第 257 条的暴力干涉婚姻

自由罪(但当该暴力行为导致被害人死亡的除外);④第260条的虐待罪(当虐待行为致被害人重伤、死亡的除外);⑤第270条的侵占罪。

须注意者还有:第一,这类犯罪尚不完全等同于刑事诉讼中的自诉案件(《刑事诉讼法》第170条)。第二,注意刑法第98条的规定:如果被害人因受强制、威吓无法告诉,人民检察院和被害人的近亲属也可以告诉(表明亲告罪并非是绝对亲自告诉才处理)。第三,要注意这些犯罪行为在法定的特定情形,也存在不受告诉才处理的例外(即也有公诉的可能性)。

(4)基本犯、加重犯与减轻犯。基本犯是指刑法分则条文规定的不具有法定加重或者减轻情节的犯罪。加重犯是指刑法分则条文以基本犯为基础规定了加重情节与较重法定刑的犯罪,其中又可以分为结果加重犯与情节犯。

四、犯罪构成要件之一——犯罪主体

犯罪主体是犯罪构成要件在刑法中最重要的内容,应当着重掌握。

(一)刑事责任年龄

刑事责任年龄是此处的绝对重点。刑事责任年龄可以划分为绝对无责任、相对有责任、绝对有责任、从宽责任四个时期。如下:

(1)绝对无责任年龄时期。这是依法完全不负刑事责任的年龄时期。根据我国刑法典第17条规定的精神,实施严重危害社会行为的当时,行为人的年龄不满14周岁的,其行为不构成犯罪,一概不追究刑事责任;但应责令其家长或者监护人加以管教,必要时也可由政府收容教养。

(2)相对有责任年龄时期。这是依法对部分严重犯罪负刑事责任的年龄时期。按照我国刑法典第17条第2款的规定,已满14周但不满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。

①一定要掌握已满14周岁不满16周岁的人应当负刑事责任的范围:八种犯罪九种情况(或说八种严重故意犯罪),其中故意伤害罪与强奸罪都包含了两种情况,前者包括故意伤害人重伤与故意伤害而致人死亡而不包括轻伤;②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“准抢劫罪”,如第269、267条第2款规定的抢劫罪;③另外对绑架罪本身也不负刑事责任,但要注意根据有关司法解释,已满14周岁不满16周岁的人在实施绑架过程中,杀害被绑架人的,应当负刑事责任,但定性为故意杀人罪;④注意毒品犯罪中,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;⑤注意已满14周岁不满16周岁的人仅仅对法定的几种故意犯罪负刑事责任,而对任何过失犯罪都是都不负刑事责任的。

(3)完全负责任年龄时期。这是依法全部负刑事责任的年龄时期。根据我国刑法典第17条第1款的规定,已满16周岁的人犯罪,应当负刑事责任。

(4)从宽责任年龄时期。这是依法应当予以从轻或者减轻处罚的年龄时期。按照刑法典第17条第3款的规定,对于实施了犯罪并应负刑事责任的已满14周岁不满18周岁的人,应当从轻或者减轻处罚。另外对于未成年人不适用死刑(包括死缓)。

与刑事责任年龄有关的几个问题:

(1)刑事责任年龄的计算。“已满”一定的岁数,是指实足年龄,应当按公历的年、月、日计算,并且应当以过了周岁生日那一天开始起算。对于已满16周岁、已满18周岁年龄的计算,亦与上述计算方法相同。

(2)刑事责任年龄的确定。犯罪主体中的刑事责任年龄,是依行为实施时为准还是依行为结果发生时为准,这涉及对年龄的实

际确定问题。在行为与结果同时出现的场合,一般不发生年龄确定上的难题。但当行为与结果不同时的场合,则涉及到依哪一个时间为标准去计算的问题。依行为当时的实际年龄为标准去认定行为人是否达到刑事责任年龄是比较科学的,如果行为出现了连续或者持续状态,则应当依行为状态结束之时行为人的实际年龄去予以确定。

(3)跨刑事责任年龄犯罪的认定。对于跨年龄犯罪的认定,不能按照前后一并认定的方法去进行处理,而应当根据具体情况,区别不同的年龄时期,分别予以认定。具体来讲,如果未成年人在年满14周岁之前和已满14周岁不满16周岁期间都实施了刑法典第17条第2款所规定的行为,甚至是同一性质的行为,在认定是否构成犯罪时,应当根据其在已满14周岁不满16周岁期间实施的行为认定,而不应把年满14周岁以前的行为与已满14周岁不满16周岁期间实施的行为一并作为认定犯罪的依据;如果一个未成年人在年满16周岁前后都实施了刑法典第17条第2款规定以外的其他行为,在认定已满16周岁未成年人的行为是否构成犯罪时,应当根据其已满16周岁以后的行为去认定,同样不应将其不满16周岁以前依法不负刑事责任的行为一并作为年满16周岁以后犯罪行为认定的依据。

(二)刑事责任能力

注意三类人:

1.精神病人:

(1)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。

(2)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。

(3)尚未完全丧失辨认或控制能力的精

神病人犯罪的,可以从轻或减轻处罚;

2.醉酒的人:醉酒的人犯罪,应当负刑事责任。

3.聋哑人或盲人:又聋又哑的人(注意必须是又聋又哑)或者盲人犯罪,可以从轻、减轻或者免除处罚。

(三)单位犯罪

1.单位犯罪的认定。依据刑法第30条的规定,公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为,法律规定为单位犯罪的,应当负刑事责任。根据《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》,以下两种不得以单位犯罪论的情形:一是个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的,或者公司、企业、事业单位设立后,以实施犯罪为主要活动的,不得以单位犯罪论处;二是盗用单位名义实施犯罪,违法所得由实施犯罪的个人私分的,直接以自然人犯罪定罪处罚而不以单位犯罪论。

2.处罚原则。依据刑法第31条的规定,单位犯罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。本法分则和其他法律另有规定的,依照规定。可见对单位犯罪的处罚实行的是双罚制的原则,即对单位判处罚金(值得注意的是,单位承担刑事责任的方式只能是罚金的形式),同时对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员判刑罚。

“另有规定”包括刑法分则中有少数几种单位犯罪采取的不是双罚制而是单罚制,即仅处罚直接责任人员(第137条的工程重大安全事故罪、第244条的强迫职工劳动罪)。

五、犯罪构成要件之二——犯罪主观要件

犯罪主观要件,是指刑法规定的成立犯罪所必须具备的,犯罪主体对其实施的危害行为及其危害结果所持的心理态度。

(一)犯罪故意

1. 概念。犯罪故意,是指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的心理状态。

2. 分类。

(1)直接故意,是指明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望这种结果发生的心理状态。

(2)间接故意,是指明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且放任这种结果发生的心理状态。

(二)犯罪过失

1. 概念。犯罪过失,是指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心理状态。

注意法律规定:过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任。

2. 分类。

(1)疏忽大意的过失,是指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,以致发生这种结果的心理状态。

(2)过于自信的过失,是指已经预见自己的行为会发生危害社会的结果,而轻信能够避免;以致发生这种结果的心理状态。

(三)刑法上的认识错误

1. 概念。刑法上的认识错误,是指行为人对自己行为在法律上的意义有不正确的理解或对有关客观事实存在不符合真相的认识。包括法律认识错误和事实认识错误。

2. 法律认识错误。法律认识错误,是指行为人在有意识地实施某种行为时,对自己行为的法律性质或意义有误解。

(1)行为人误认为自己实施的是刑法所禁止的犯罪行为,其实该行为并非刑法禁止的犯罪行为。不当定罪。

(2)行为人误认为自己实施的行为不是

刑法规定的犯罪行为,其实该行为是刑法规定的犯罪行为。不影响定罪。

(3)行为人对自己实施的犯罪行为在罪名、罪数、量刑等方面有不正确的理解。不影响定罪和量刑。

3. 事实认识错误。事实认识错误,是指行为人对自己行为有关的实施情况有不符合真相的认识。

(1)对行为性质的认识错误;

(2)对行为手段的认识错误;

(3)对行为对象的认识错误。

六、犯罪构成要件之三——犯罪客体和客观要件

对此,不是司法考试在总则部分的重点,不详细论述,特指出以下考点。

1. 客体的分类。从刑法理论上讲犯罪客体分为一般客体、同类客体与直接客体。

(1)一般客体:指一切犯罪所共同侵犯的社会主义社会关系整体。刑法第2条、第13条都有如此的规定。

(2)同类客体:指某一类犯罪所共同侵犯的某一类社会关系,或者说某一类犯罪所共同侵犯的社会关系的某一方面或者某一部分。我国刑法分则规定的十大类犯罪,每类犯罪即属同类客体。

(3)直接客体:指具体犯罪所直接侵犯的具体的社会主义社会关系。

2. 犯罪对象与犯罪客体的关系。犯罪对象是犯罪行为所作用的,社会主义社会关系的主体或者物质表现。如故意杀人罪的“人”,盗窃罪的中的“公私财物”就是犯罪对象。特定的犯罪对象在某些犯罪中是构成要件,行为只有作用于特定的对象,才能构成犯罪。特定的犯罪对象在某些犯罪中影响此罪与彼罪的区分。

犯罪对象与犯罪客体的关系较为密切:犯罪对象反映犯罪客体,犯罪客体制约犯罪

对象。但二者存在明显区别:(1)犯罪对象所呈现的是事物的外部特征,它一般不能决定犯罪的性质;而犯罪客体所表现的是行为的内在本质,因而决定犯罪的性质。(2)特定的犯罪对象只是某些犯罪的构成要件;而犯罪客体是一切犯罪的共同构成要件。(3)犯罪对象并非在任何犯罪中都受到侵害;而犯罪客体在一切犯罪中都受到了侵害或者威胁。(4)犯罪对象不是犯罪分类的根据,因为犯罪对象相同并不意味着犯罪性质相同;而犯罪客体则是犯罪分类的根据,因为犯罪客体要件相同意味着犯罪性质相同。

3. 危害行为。危害行为包括作为和不作为。

(1)作为是指行为人以积极的身体活动实际实施刑法所禁止的危害行为。

(2)不作为是指行为人在能够履行自己应尽义务的情况下不履行该义务。

不作为构成犯罪必须具备以下条件:

①行为人负有实施特定积极行为的具有法律性质的义务。这种义务的来源可能是:法律法规明文规定的义务;职务或业务要求的义务;法律行为引起的义务;先前行为引起的义务。

②行为人能够履行特定义务。

③行为人不履行特定义务,造成或可能造成危害后果。

(3)法律规定的犯罪可能是必须作为或不作为才能构成;但是有些犯罪则作为、不作为都可能构成犯罪。

七、排除犯罪的事由

排除犯罪的事由在刑法里主要就是正当防卫(第20条)与紧急避险(第21条)。

(一)正当防卫

1. 正当防卫的构成要件。

(1)存在现实的不法侵害。必须注意:

①侵害行为可能是犯罪行为,也可能是其他

违法行为;②侵害是现实存在的,如果不存在不法侵害,而误认为存在不法侵害进行“防卫”,则属于假想防卫;③侵害是人的行为,如果纯粹是动物的行为,则不存在防卫问题。

(2)不法侵害正在进行。必须注意正当防卫的存在前提必须是合法利益受到紧迫的侵害或侵害的威胁。如果不法侵害尚未开始或已经结束,进行“防卫”则属于防卫不适时,构成犯罪的,应当承担刑事责任。

(3)具有防卫意识。即要求防卫人认识到不法侵害的现实存在,并为了保护合法利益免受正在进行的不法侵害而进行。

(4)针对不法侵害人本人进行防卫。防卫行为必须针对不法侵害人,包括人身和行为人用来实施违法侵害行为的财产。

(5)没有明显超过必要限度造成重大损失。否则属于防卫过当。但是注意这里的“明显”和“重大”的用语。

2. 无过当防卫。刑法第20条第3款规定了无过当防卫(或特殊正当防卫),即对正在进行行凶、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。

无过当防卫的条件,除了要求不法侵害正在进行、防卫人有防卫意识、针对不法侵害者本人进行防卫外,更重要的条件是,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进行防卫。对此应注意以下几点:(1)对于非暴力犯罪以及作为一般违法行为的暴力行为,不适用上述规定。(2)对于轻微暴力犯罪或者一般暴力犯罪,不适用上述规定;只有对严重危及人身安全的暴力犯罪进行正当防卫,才没有防卫过当的问题。(3)并非对于任何行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架等暴力犯罪进行防卫都适用上述规定,只有当暴力犯罪严重危及人身安全时,才适用上述规定。(4)在严重危及人身安

全的暴力犯罪已经结束后,行为人将不法侵害人杀死杀伤的,不适用上述规定。

3. 防卫过当的定罪与量刑。防卫过当是指防卫行为明显超过必要限度造成重大损失。防卫过当应当根据其行为特征在刑法分则部分寻找符合的构成要件的犯罪。一般是侵害公民人身权或财产权的行为。一定要注意“防卫过当”本身并不是一个独立的罪名。

对于防卫过当行为,处罚原则是“应当减轻或者免除处罚”(刑法第20条第2款)。

(二)紧急避险

1. 紧急避险的构成条件。

(1)合法利益面临现实危险。注意第20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等而言的,其前提在于当“避免本人危险”的时候。

(2)危险正在发生。

(3)出于不得已而损害另一合法权益。紧急避险的损害的对象与正当防卫是不同的,紧急避险损害的是无辜的第三者。

(4)具有避险意识。认识到危险并为了避免危险。

紧急避险不仅仅是为保护行为人本人的利益,也可以是为了保护他人的乃至国家、社会的利益,所保护的合法权益不仅仅是人身权利,还包括财产权利以及其他权利。

(5)没有超过必要限度,造成不必要的损害。

2. 避险过当的法律责任。避险过当是指避险行为超过必要限度造成不应有的损失。注意紧急避险要求损害的利益一定要小于保护的利益。否则就构成避险过当。避险过当应当根据其行为特征在刑法分则部分寻找符合的构成要件的犯罪。一般是侵害公民人身权或财产权的行为。一定要注意“避险过当”本身并不是一个独立的罪名。

对于避险过当行为,处罚原则是“应当减轻或者免除处罚”(刑法第21条第2款)。

八、未完成罪

(一)概述

1. 未完成罪是故意犯罪形态中的概念,只存在于故意犯罪中。未完成罪是指犯罪的未完成形态,即犯罪预备(第22条)、未遂(第23条)、中止(第24条)。过失犯罪只存在成立与否,不存在这些犯罪形态,也不存在既遂与未遂的区别。间接故意犯罪也是只存在成立与否,而不存在既遂与未遂的区别。

2. 未完成罪是犯罪过程中由于某种原因发生而呈现的状态,这种停止是终局性的停止,而不是暂时性的停止。就某一个故意犯罪而言,犯罪形态只存在一个,而不可能存在数个。这是司法考试的常考考点。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,如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。

3. 犯罪形态与犯罪阶段是不同的,但是也有联系。在犯罪预备阶段,只能出现犯罪预备和犯罪中止;在犯罪实行阶段,只能出现犯罪未遂、犯罪中止和犯罪既遂状态。一个犯罪可能经历几个犯罪阶段,但不能出现几个犯罪形态。

(二)几种未完成形态

1. 犯罪预备的特征:

(1)主观上为了犯罪。

(2)客观是已经实施了犯罪预备行为:准备工具、制造条件。

(3)事实上未能着手实行犯罪,即在犯罪实际施行之前就已经停止。

(4)未能着手实行犯罪是由于行为人意志以外的原因。这是犯罪预备停止的原因,是认定犯罪预备和犯罪未遂的关键区别,是犯罪预备和犯罪中止的共同点。

2. 犯罪未遂所具有的三个特性:

(1) 行为人已经着手实行犯罪, 这与犯罪预备相区别。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客观方面的具体行为。犯罪预备行为是为《刑法》分则具体犯罪构成行为的实行和犯罪的完成创造便利条件, 为其实现创造可能性, 而犯罪实行行为则是要直接完成犯罪, 变预备阶段实行和完成犯罪的现实可能性为直接的现实性。

(2) 犯罪未完成(未得逞)而停止下来, 这与犯罪既遂相区别;

(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, 这与犯罪中止相区别。

一定要注意犯罪未遂的特征(也是构成要件)是其与故意犯罪的其他停止形态相区分的标志。

3. 犯罪中止的基本特征:

(1) 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, 这是犯罪中止与犯罪预备、犯罪未遂相区别的关键所在。

(2) 时间性。中止必须发生在犯罪过程中, 既可以是犯罪的预备阶段, 也可以是犯罪的实行阶段。

(3) 客观性。犯罪中止必须要有客观上的行为。在客观上, 犯罪中止有两种形式, 一是自动放弃犯罪的犯罪中止, 二是自动有效地防止结果发生的犯罪中止(仅仅以不作为的方式消极地停止犯罪的继续实施还不够, 还要求必须采取积极的作为形式来预防和阻止既遂的犯罪结果发生且这种防止行为必须奏效), 前者即为所谓的消极中止, 后者即为积极中止。

4. 犯罪未完成形态的处罚:

(1) 对于预备犯, 可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。

(2) 对于未遂犯, 可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。

(3) 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。中止犯的处罚原则较为特殊, 需要注意:

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注意损害结果对于中止犯的处罚的重要意义: 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。

九、共同犯罪

(一) 共同犯罪概述

刑法第25—29条规定了共同犯罪问题。第25条规定了共同犯罪的概念, 即共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。共同犯罪的成立要件是: 必须是两人以上; 必须有共同故意; 必须有共同行为。对此需要注意以下问题:

1. 构成共同犯罪的两人(或两人以上中有两人)必须是已经达到刑事责任年龄, 具有相应刑事责任能力的人, 如果两人其中一人就所实施的行为因刑事责任能力原因不承担刑事责任, 则不构成共同犯罪。

单位犯罪时, 直接负责的主管人员及其他直接责任人员, 与该单位本身不成立共同犯罪。最高人民法院《关于审理单位犯罪案件对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员是否区分主犯、从犯问题的批复》规定, 对此, 可不区分主犯、从犯, 按照其在单位犯罪中所起的作用判处刑罚。

2. 在身份犯的情况下, 不具有构成身份的人与具有构成身份的人共同实施以特殊身份为构成要件的犯罪时, 成立共同犯罪。

3. 构成共同犯罪要求行为人有共同故意, 即均是共同犯罪。但是在司法考试中, 注

意一个司法解释:即2000年11月10日最高法院《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》第5条第2款规定:交通肇事后,单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸,致使被害人因得不到救助而死亡的,以交通肇事罪的共犯论处。众所周知,交通肇事罪是最典型的过失犯罪,但在这种情形下也存在共同犯罪,不能不说是一个特例。

4. 共同犯罪有任意共同犯罪和必要共同犯罪;事前有通谋的共同犯罪和事前无通谋的共同犯罪;简单共同犯罪和复杂共同犯罪;一般共同犯罪和特殊共同犯罪。集团犯罪是特殊共同犯罪。需要注意犯罪集团的特征:人数为3人以上,目的与行为是共同实施犯罪,组织较为固定。

(二)共犯人的形态

共犯人的形态主要有:主犯(第26条)、从犯(第27条)、胁从犯(第28条)、教唆犯(第29条)。注意掌握这些共犯人的特征及其刑事责任的确定。

1. 主犯。

(1)主犯的形式。

①组织、领导犯罪集团的首要分子;

②在聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子,即绝大多数聚众犯罪中的首要分子;

③其他在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子(主要实行犯)。

(2)主犯的刑事责任。第26条第3款与第4款对此作了专门规定,根据这一规定,主犯的刑事责任可分两种情形:一是对组织、领导犯罪集团的首要分子,按照集团所犯的全部罪行处罚(不论其是否参与、策划甚至知悉);二是对其主犯,应按照其所参与或组织、指挥的全部犯罪处罚。一定要注意,主犯本身并不属于从重处罚的法定情节,而仅应按照其所参与或组织、指挥的全部犯罪处罚。

(3)主犯与首要分子的关系。依据刑法第97条的规定,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。首要分子原则上属于主犯,但也有例外,即刑法明确规定对某些聚众犯罪仅仅处罚首要分子(如第291条等)而此时首要分子就是一个人的情形下,是不存在所谓主犯的;另一方面,主犯的范围远远大于首要分子。

(4)聚众犯罪。刑事责任的承担范围问题是其中的重点,主要就是首要分子及其他参加者的刑事责任的确定。

①所有参与聚众活动的人均构成犯罪,即第317条的组织越狱罪、暴动越狱罪、聚众持械劫狱罪;

②聚众进行违法活动的首要分子与积极参加者构成犯罪,而一般参与者不构成犯罪:如第268条聚众哄抢罪、第290条的聚众扰乱社会秩序罪、非法冲击国家机关罪,第292条聚众斗殴罪;

③首要分子与多次参加者构成犯罪:第301条聚众淫乱罪;

④只有首要分子才构成聚众犯罪,而其他参加者不构成聚众犯罪:如第289条聚众打砸抢行为抢走财物或者损毁财物的,第291条聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪;第242条聚众阻碍解救被拐卖的妇女、儿童罪(此时的其他参加者定妨害公务罪)。

2. 从犯。依据刑法第27条的规定,在共同犯罪中起次要或者辅助作用的,是从犯。注意实行犯不一定是主犯。而非实行犯不一定是主犯。

对于从犯,应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。一定要注意是“应当”。

3. 胁从犯(刑法第28条)。

(1)胁从犯仅包括被胁迫而参加犯罪的,不包括被诱骗而参加犯罪的情形。

(2)被胁迫参加犯罪的并非完全丧失意