

5 法律硕士联考系列

法律硕士联考 重要法条与 知识点分析

主编 徐立新

- 分析讲解大纲 要点
- 快速浏览本节 知识点
- 最短时间内反复记忆重要 考点

哈尔滨工业大学出版社

法律硕士联考系列(5)

法律硕士联考 重要法条与知识点分析

主 编 徐立新

副主编 樊 涛

哈尔滨工业大学出版社

编 委 会

主 编 徐立新

副 主 编 樊 涛

编写人员 (以姓氏笔画为序)

邓旭峰 张新平 张 军 陈渊鑫

郑少霖 徐立新 徐 伟 郭 丹

樊 涛

图书在版编目(CIP)数据

法律硕士联考重要法条与知识点分析/徐立新主编.
—哈尔滨:哈尔滨工业大学出版社,2003.9
ISBN 7-5603-1891-6

I.法… II.徐… III.法律-研究生-入学考试-
自学参考资料 IV.D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 035638 号

出版发行 哈尔滨工业大学出版社
社 址 哈尔滨市南岗区教化街 21 号 邮编 150006
传 真 0451-86414749
电 话 0451-86416203
印 刷 哈尔滨工业大学印刷厂
开 本 787×1092 1/16 印张 17 字数 400 千字
版 次 2003 年 9 月第 1 版 2003 年 9 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5603-1891-6/D·162
印 数 1~3 000
定 价 29.80 元

前 言

随着法律硕士联考的逐步规范化,在专业考试科目内容上逐渐加大法条的考试力度,并结合考生在具体的复习过程中,由于指定参考书的页数达 750 多页,复习一个周期,最快也得半个月。有时是看了前面忘了后面,看了后面忘了前面。为了让考生准确把握专业科目的考试重点和在复习过程中以最快的频率反复记忆考试大纲内容要点,我们编写了本书。书中主要分为两大部分:

第一部分,重要法条和知识点分析(包括刑法、民法通则、合同法、担保法、法理学和宪法学),主要讲解考试中常见的重要考点,并结合许多司法解释,更正广大考生对某些知识点的误解,并附有少量习题。通过本部分的认真学习能够对整个知识点框架有总体性的把握,并对民法、刑法的基本法理有更加深刻的认识,对应试工作极有帮助。

第二部分,法律硕士联考大纲要点分析(包括刑法、民法、法理、法制史和宪法),主要结合法律硕士联考大纲讲解、分析大纲考点。本部分最主要的特色是能帮助考生在最短的时间内反复记忆大纲的重要考点,是对法律硕士联考教材的浓缩,在平时的复习过程中,尤其是在最后阶段的复习过程中将起到画龙点睛的作用。

通过本书的复习能为考生应试奠定坚实的基础,预祝广大考生取得理想成绩。

法律硕士联考系列丛书包括:

- 1.《2003 年法律硕士联考同步训练(综合·民法·刑法)》
- 2.《2003 年法律硕士联考模拟试题(综合·民法·刑法)》
- 3.《法律硕士联考典型案例解析》
- 4.《民刑重要法条分析》
- 5.《法律硕士联考重要法条与知识点分析》

编 者

2003 年 3 月于武汉大学

目 录

第一编 重要法条与知识点分析

第一讲 《刑法学》重要法条与知识点解析·····	3
第二讲 《民法通则》及《民法通则意见》重要法条与知识点解析·····	34
第三讲 《合同法》重要法条与知识点解析·····	52
第四讲 《担保法》重要法条与知识点解析·····	92
第五讲 《法理学》重要知识点解析·····	106
第六讲 《宪法学》重要法条与知识点解析·····	117

第二编 法律硕士联考大纲要点分析

第一讲 综合考试大纲·····	125
第二讲 《民法学》考试大纲·····	178
第三讲 《刑法学》考试大纲·····	221

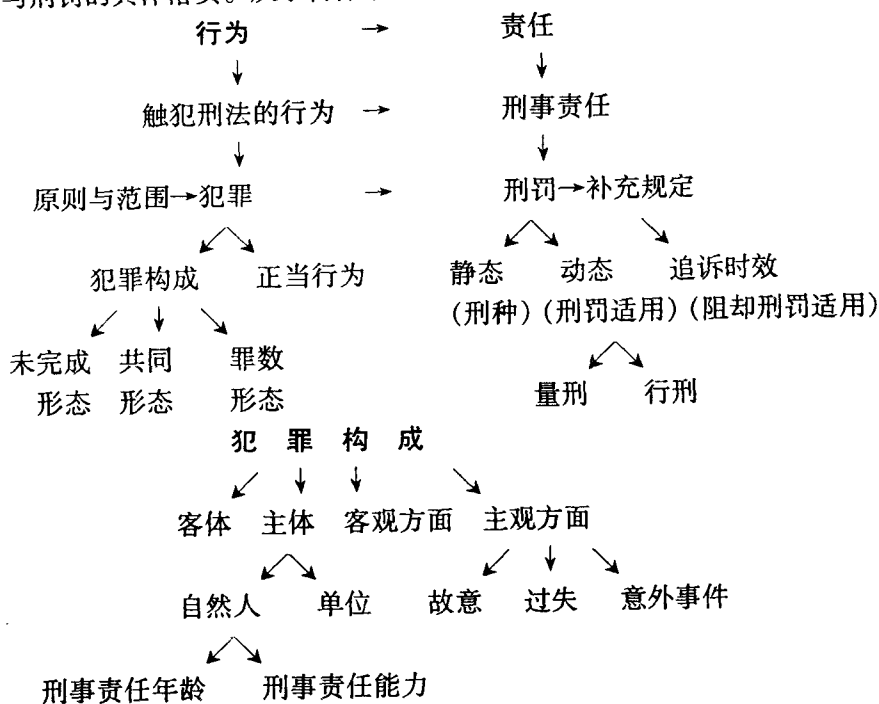
第一编

重要法条与知识点分析

第一讲 《刑法学》重要法条与知识点解析

一、刑法总则的基本构架——总则条文的逻辑关联、纵横方向的梳理

刑法学就是关于犯罪与刑罚的一门科学。刑法总则是犯罪与刑罚的总体设计;刑法分则是犯罪与刑罚的具体落实。从学科体系及总则的基本构架上看,大致可以做出这样的勾画:



对上述图表内容的具体释义:

1. 原则→三大基本原则(《刑法》第3至5条,即罪刑法定原则、刑法面前人人平等原则、罪责刑相适应原则)。对刑法的基本原则应当注意两个问题:第一,虽然有的教科书与辅导材料中对刑法基本原则的表述有五六个之多,但刑法明确规定的就是这三个原则。其他诸如主客观相统一原则、罪责自负原则、惩罚与教育相结合原则等都不属于刑法的三大基本原则;第二,三大基本原则的考查方式有直接的,也有间接的。其中间接考查方式的比重会逐渐加大。

【案例1】

甲与乙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?

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】

重点解析

解答此题要求考生要有罪刑法定的观念,而不是仅因为某种违法行为的社会危害性十分严重就定罪处罚。根据《刑法》规定,聚众淫乱罪是指聚集多人进行淫乱活动或者多次参加淫乱活动的行为。组织淫秽表演罪是指组织或策划、安排具有淫秽内容的表演的行为。寻衅滋事罪是指肆意挑衅、无事生非,破坏社会秩序情节严重的行为。在本题中,甲和乙从主观方面无犯罪的故意,在主体要件上也不构成上述各罪的主体构成要件,因而甲、乙的行为不构成犯罪,但其行为有违公德,应当予以批评教育。

【案例 2】

我国刑法典对犯罪中止、犯罪预备、犯罪未遂、未成年人的犯罪等规定了不同的处罚原则,其主要体现的是()。

A. 刑法面前人人平等原则

B. 罪责自负原则

C. 罪责刑相适应原则

D. 罪刑法定原则

【答案:C】

重点解析

我国刑法典对犯罪中止、犯罪预备、犯罪未遂、未成年人的犯罪等规定了不同的处罚原则,其主要体现的就是罪责刑相适应这一刑法基本原则。

2. 适用范围 { 空间效力:即属地、属人、保护、普遍等四项原则(刑法第 6 至 11 条)
时间效力:即溯及力问题(刑法第 12 条)

该知识点应当注意的若干问题:(1)属地原则针对的对象是国内犯罪,而属人、保护和普遍三项原则是针对国外犯罪的,属地原则处于基础性地位。(2)属地原则的运用有一个具有实质性的例外,即第 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。(3)属地原则的“地”既包括行为地也包括结果地,既包括领土也包括领水与领空,还包括我国领域的自然延伸,即不论在何地只要悬挂我国国旗的航空器与船舶,但不包括国际列车。(4)属人原则是针对我国公民在国外犯罪的情形,即凡是中华人民共和国国家工作人员和军人的,一律适用我国刑法。其他普通公民,一般适用我国刑法,但法定最高刑为 3 年以下,可以不予追究。(5)保护原则是针对外国人在国外犯罪的情形,它的适用是有严格条件限制的,即应当同时遵循几个条件:第一,行为主体必须是外国人,包括无国籍的人,否则适用属人原则;第二,行为地必须是我国领域外,否则适用属地原则;第三,行为针对的对象必须是“中华人民共和国国家或者公民”,即侵犯的是“我方的利益”;第四,行为性质是重罪,即该犯罪行为的最低法定刑为 3 年以上有期徒刑;第五,行为属“双重犯罪”,即行为地的法律与我国刑法都将该行为规定为犯罪。(6)普遍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能适用普遍原则。

关于时间效力,即“从旧兼从轻”的适用,首先要考虑的是适用旧法,即行为时的法律规定;其次,刑法溯及力适用的对象只能是未决犯,对于已决犯则不适用。当新旧法规定不同时,适用新法的基本条件是其处刑较轻或不认为是犯罪。处刑轻重的比较应当以法定刑轻重为依据。

任。(4)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,而对任何过失犯罪是都不负刑事责任的。另外对绑架罪本身也不负刑事责任,但在实施绑架过程中杀害被绑架人的,应负刑事责任,定性为故意杀人罪。(5)周岁的计算原则,应当以实足年龄为准,自过生日的第二天起才为已满 14 周岁或 16 周岁。(6)对于已满 14 周岁不满 16 周岁的人犯罪,适用刑罚时应当遵循的两个原则:第一,应当从轻或者减轻处罚;第二,不适用死刑(包括死缓)。(7)还需要注意的是,就未成年人的刑事责任存在一个安全措施问题,即对于因不满 16 周岁不予刑事处罚的,首先考虑责令其家长或者监护人严加管教;其次在必要时也可以由政府收容教养。

【案例 5】

已满 14 周岁不满 16 周岁的人,对下列哪些犯罪应当承担刑事责任?()

- A.故意杀人罪 B.强奸罪 C.奸淫幼女罪 D.故意伤害罪

【答案:A、B、C】

重点解析

详见关于未成年人刑事责任应当注意的若干问题(1)。

【案例 6】

已满 14 周岁不满 16 周岁的人,对下列哪些犯罪行为应当承担刑事责任?()

- A.贩卖毒品的行为 B.走私毒品的行为 C.放火罪 D.决水罪

【答案:A、C】

重点解析

详见关于未成年人刑事责任应当注意的若干问题(3)。

关于刑事责任能力问题,需要注意,完全无责任能力与完全责任能力在考试中并不十分重要,关键是要注意在完全责任能力与完全无责任能力之间的中间状态,即限制或部分或称相对责任能力人,主要有这样几类人员:第一,已满 14 周岁不满 18 周岁的人犯罪的,应当从轻或减轻处罚并且不适用死刑。第二,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。第三,聋哑人或盲人犯罪的,可以从轻、减轻或免除处罚。

【案例 7】

应当从轻或减轻的犯罪主体为()。

- A.已满 14 周岁不满 18 周岁的人犯罪的
B.尚未完全丧失辨认或控制能力的精神病人犯罪的
C.聋哑人犯罪的
D.盲人犯罪的

【答案:A】

重点解析

详见上述关于刑事责任能力问题的相应规定。注意“应当”和“可以”的不同含义。

关于单位犯罪,除了要掌握刑法第 30 条和第 31 条的同时,还要注意 1999 年与 2000 年最高法院的两个涉及单位犯罪的司法解释:即最高法院 2000 年的《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》与1999年的《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》的基本内容:(1)构成范围。犯罪的“公司、企业、事业单位”,既包括国有性质的公司、企业、事业单位,也包括依法设立的合资经营、合作经营企业和具有法人资格的独资、私营等公司、企业、事业单位。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》,应注意以下两种不得以单位犯罪论的情况:第一,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。第二,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)对单位犯罪的处罚实行的是双罚制的原则,既对单位判处罚金,同时对单位直接负责的主管人员和其他直接人员判处刑罚。此外,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,如刑法第137条的工程重大安全事故罪、第244条的强迫职工劳动罪。特别注意的是,单位承担刑事责任的方式只能是罚金的形式。(3)当单位犯罪时,对该犯罪行为承担刑事责任的有关直接责任人员为多人时,是否应进行主犯、从犯的区分问题,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》,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,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。

【案例 8】

下列可构成单位犯罪的有()。

- A. 生产、销售伪劣产品罪
- C. 贷款诈骗罪

- B. 保险诈骗罪
- D. 信用卡诈骗罪

【答案:A、B】

重点解析

生产、销售伪劣产品罪和保险诈骗罪的犯罪主体为个人和单位。而贷款诈骗罪和信用卡诈骗罪的犯罪主体不能由单位构成。在复习过程中,要对各罪名的犯罪主体需要加以注意,在回答类似的题时才可以轻而易举。

【案例 9】

在下列犯罪中,可构成单位犯罪且实行单罚制,只对单位直接负责人员处罚的有()。

- A. 工程重大安全事故罪
- C. 洗钱罪

- B. 集资诈骗罪
- D. 重大责任事故罪

【答案:A】

重点解析

集资诈骗罪和洗钱罪实行双罚制;重大责任事故罪不属于单位犯罪。

4 主观方面→故意(《刑法》第14条规定,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)、过失(《刑法》第15条规定,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)以及意外事件(《刑法》第16条规定,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)。

【案例 10】

某夜晚,甲遇到一伙歹徒抢劫,甲遂与之搏斗,乙(警察)见一伙人打斗,在未表明身份的情况下就上前一把从后面抱住甲,甲慌忙间用从歹徒手中抢过来的匕首把乙捅成重伤,则下面表述正确的有()。

- A. 甲构成故意犯罪
B. 甲构成过失犯罪
C. 甲的行为构成正当防卫
D. 甲的行为构成意外事件

【答案:D】

重点解析

甲的行为属于意外事件,因为乙在未表明身份时就上前从身后抱住甲,甲在当时的情况下无法预料到乙是警察,其伤害乙的行为不是出于故意或过失,而是由于不能遇见的原因所引起的,因此其行为不构成犯罪。

5 阻却犯罪成立的事由 { 正当防卫(刑法第 20 条)
紧急避险(刑法第 21 条)

《刑法》第 20 条规定:“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。”

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。”

《刑法》第 21 条规定:“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。”

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。”

关于正当防卫应当注意的若干问题:(1)防卫过当与正当防卫、防卫行为之间的关系:正当防卫一定是防卫行为,但防卫行为不一定是正当防卫。二者的差异在于是否符合防卫限度条件、超过防卫限度的防卫行为即为防卫过当;反之则为正当防卫。(2)第 20 条第 3 款关于“特殊防卫权”的规定,注意其实质是没有防卫限度要求的正当防卫,但适用条件有严格的限制:第一,起因条件仅限于危及人身安全的暴力犯罪。第二,防卫行为保护的利益只限于人身安全而不包括其他合法权益。第三,“行凶”应理解为故意重伤以上的行为。(3)需要注意“防卫过当”本身并不是一个独立的罪名,明确如何对“正当防卫”进行定性与处罚,定性上应根据行为明显超过必要限度造成重大损害时的主观罪过与客观后果,援引相应的刑法分则条文,如故意伤害罪、过失致人死亡罪等,处罚原则是“应当减轻或者免除处罚”。

【案例 11】

对下列哪些犯罪可以施行特殊防卫权?()

- A. 杀人
B. 抢劫
C. 强奸
D. 抢夺

【答案:A、B、C】

重点解析

《刑法》第20条第3款规定,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,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。

【案例 12】

下列关于正当防卫的正确表述有()。

- A. 正当防卫一定是防卫行为,但防卫行为不一定是正当防卫
- B. 特殊防卫权的防卫行为保护的利益只限于人身安全而不包括其他合法权益
- C. 防卫过当是一个独立的罪名,对其应当减轻或者免除处罚
- D. 特殊防卫权的起因条件只限于危及人身安全的暴力犯罪

【答案:A、B、D】

重点解析

防卫过当本身不是一个独立的罪名,其他选项为正确答案。详见上述正当防卫应当注意的若干问题的表述。

关于紧急避险应当注意的若干问题:(1)同正当防卫一样,紧急避险不仅仅是为保护行为人的利益,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。(2)《刑法》第21条第3款的规定是紧急避险制度适用上的例外,是对于职务上、业务上负有特定责任的人而言的。其前提在于当“避免本人危险”的时候。如警察为了避免本人受到侵害而不去制止犯罪行为。(3)注意紧急避险不要与正当防卫的内容相混淆,二者区别的关键在于打击的对象不同:正当防卫要求打击的对象只能是不法侵害者本人;而紧急避险则要求是无辜的第三者,即二者损害的对象是有原则区别的。另外在起因条件、限度条件、限制条件等也有不同的要求。(4)避险过当本身不是一个独立的罪名,依照我国刑法第21条第2款的规定,对避险过当的,应当减轻或者免除处罚。

【案例 13】

关于避险过当的正确表述有()。

- A. 行为人主观方面为故意
- B. 行为人主观方面可以为过失
- C. 行为人主观方面可以为直接故意
- D. 行为人主观方面可以为间接故意

【答案:B、D】

重点解析

避险过当的罪过只能是间接故意或者过失。

三大犯罪形态 { 未完成形态(故意犯罪的停止形态,《刑法》第22条~24条)
共同形态(共同犯罪问题,《刑法》第25条~29条)
罪数形态(属于刑法学理论上的一类犯罪形态,刑法典中并没有直接的法条规定)

对于三大犯罪形态都属于刑法理论性较强的知识点,下面分别予以分析:

* 未完成形态→预备(《刑法》第22条)、未遂(《刑法》第23条)和中止(《刑法》第24条)。

关于未完成形态应当注意的若干问题:

(1)犯罪未遂所具有的三个构成条件或特征也是与故意犯罪的其他停止形态相区分的标

志:第一,行为人已经着手实行犯罪,这与犯罪预备相区别;第二,犯罪未完成或未得逞而停止下来,这与犯罪既遂相区别;第三,犯罪停止在未完成形态是因为犯罪分子意志以外的原因所导致的,这与犯罪中止相区别。

(2)犯罪预备与犯罪未遂都是意志以外的因素导致的犯罪未能得逞,二者区别的关键在于“是否已经着手实行犯罪”,所谓已经着手实行犯罪,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,如《刑法》第263条抢劫罪的着手实行行为就是对公私财物的所有人、保管人、看护人或者持有人当场使用暴力、胁迫或者其他方法,以达到迫使其立即交出财物或者立即将财物抢走的目的。二者的区别应理解为,犯罪预备行为只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。

(3)从时空阶段上看,犯罪预备只存在于预备阶段,犯罪未遂只存在于实行阶段,而犯罪中止则既可以存在于预备阶段,也可以存在于实行阶段。

(4)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,犯罪既遂是一种完全独立的停止形态,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。

(5)犯罪中止的一个最基本特征就是“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。

(6)犯罪中止有两种形式,第一,自动放弃犯罪的犯罪中止;第二,自动有效地防止结果发生的犯罪中止。

(7)关于处罚原则,未遂犯与预备犯都是以既遂犯的处罚为参照,相应适当从宽处罚;而中止犯的处罚原则比较特殊:首先,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。其次,注意对中止犯的处罚不同于预备犯、未遂犯那样比照既遂犯进行处罚。第三,明确对中止犯的处罚关键看是否造成损害结果,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。

【案例 14】

可以既存在于预备阶段又存在于实行阶段的犯罪形态为()。

- A. 犯罪预备 B. 犯罪中止 C. 犯罪未遂 D. 犯罪既遂

【答案:B】

重点解析

从时空阶段上看,犯罪预备只存在于预备阶段,犯罪未遂只存在于实行阶段,而犯罪中止则既可以存在于预备阶段,也可以存在于实行阶段。犯罪既遂则存在于既遂阶段。

【案例 15】

甲于某日趁邻居乙家无人,盗得现金1万元,后害怕被发现,趁乙下班未回家之际把1万元放回乙家,则甲的行为属于何种犯罪形态()?

- A. 犯罪预备 B. 犯罪中止 C. 犯罪未遂 D. 犯罪既遂

【答案:D】

重点解析

甲实施的犯罪行为已经完成,即达到既遂,不存在犯罪中止的时空条件,因而不属于犯罪

中止。

* 共同形态→犯罪集团与主犯、从犯、胁从犯与教唆犯。

(1)共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。而2000年11月10日最高人民法院《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款对共同犯罪原则的例外规定: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,交通肇事罪是典型的过失犯罪,但在这种情况下也存在共同犯罪,这是法律明文规定的一个特例。

(2)关于《刑法》第26条的犯罪集团与主犯问题应注意的若干问题:第一,注意犯罪集团的特征:①人数为3人以上。②目的与行为是共同实施犯罪。③组织较为固定。第二,主犯的几种形式: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。③其他在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。第三,主犯与首要分子的关系。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,主犯的范围要大于首要分子。第四,主犯的刑事责任。主犯的刑事责任可以分两种情况:①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。②对其主犯,应按照其所参与或组织、指挥的全部犯罪处罚。

(3)关于《刑法》第27条的从犯应当注意的若干问题:第一,注意从犯的作用:①起辅助作用的即为帮助犯;②起次要作用的即为实行犯。因此,实行犯也并非一律是主犯,也有属于从犯的可能,其根据主要看作用是否为次要的。第二,注意从犯的处罚原则:是“应当从轻、减轻或者免除处罚”,这一知识点很重要,很多案例分析题中涉及共犯的问题时常问“如何处罚”,实际上就是要求先分析是主犯还是从犯,然后再回答处罚原则(特别需要注意的是,主犯本身并不属于从重处罚的法定情节,而仅应当按照其所参与或组织、指挥的全部犯罪处罚即可,这一点与1979年刑法的规定不同)。

(4)关于《刑法》第28条的胁从犯应当注意的若干问题:第一,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。第二,被胁迫参加犯罪的并非完全丧失意志自由,仅是不完全自愿的而且尚有选择的自由,否则,可以认定为不可抗力或者紧急避险而不负刑事责任。第三,胁从犯的处罚原则是:应当减轻或者免除处罚。

(5)关于《刑法》第29条的教唆犯应当注意的若干问题:第一,教唆犯在共同犯罪中既可能是主犯,也有可能是从犯,但不可能是胁从犯。第二,教唆未遂的情形包括:①被教唆者没有接受教唆的犯罪意图。②被教唆者虽然接受了教唆的犯罪意图,但在具体实施教唆之罪的过程中,没有得逞或者自动放弃的→在这种情况下,被教唆者可能属于预备犯、未遂犯或者中止犯,而教唆者则仅成立未遂犯。第三,教唆犯的刑事责任的确定:①要确定他在共同犯罪中所起的作用,即是主犯还是从犯。②要考虑有无从重或从宽处罚的因素,即如果教唆的对象是不满18周岁的人的,应当从重处罚;如果属于教唆未遂的,则可以从轻或者减轻处罚。第四,《刑法》第295条的传授犯罪方法罪与教唆罪的区别:①教唆犯仅仅是起意犯,而传授犯罪方法行为则是将具体的实施某种犯罪的方法、技巧传授给他人,至于是否有使他人去实施犯罪的目的则在所不问。②传授犯罪方法的行为有其独立的罪名和法定刑。

【案例 16】

出租车司机甲载乘客乙由南京去上海,由于途中违规驾车把一行人撞倒,乘客乙对甲说,趁路上无目击证人,开车快逃。由于被害人因得不到救助而流血过多死亡。则下列说法正确

的是()。

- A. 甲和乙构成交通肇事罪,属于共同犯罪
- B. 甲构成交通肇事罪,乙构成故意伤害罪,不属于共同犯罪
- C. 甲构成交通肇事罪,乙不构成犯罪
- D. 甲和乙构成交通肇事罪,但不属于共同犯罪

【答案:A】

重点解析

《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,致使被害人得不到救助而死亡的,以交通肇事罪的共犯论处。考生需要注意的是,共同犯罪属于故意犯罪,而交通肇事罪为过失犯罪,甲和乙之所以构成共犯仅是由于司法解释的特殊规定而以。至于最高人民法院的司法解释是否与刑法关于共同犯罪的原则规定相矛盾是法理探讨问题,而不属于应试问题。

【案例 17】

刑法所称首要分子包括()。

- A. 在犯罪集团中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子
- B. 在犯罪团伙中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子
- C. 在聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子
- D. 在共同犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子

【答案:A、C】

重点解析

《刑法》第97条规定:“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。”

【案例 18】

关于教唆犯的正确表述有()。

- A. 教唆犯可以是主犯
- B. 教唆犯可以从犯
- C. 教唆犯可以是胁从犯
- D. 教唆犯是一个独立的罪名

【答案:A、B】

重点解析

教唆犯在共同犯罪中既可能是主犯,也可能是从犯,但不可能是胁从犯。教唆犯不是一个独立的罪名,根据《刑法》第29条第1款的规定,对于教唆犯,应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。

【案例 19】

甲和乙不睦,丙教唆甲去杀乙,甲于是当晚携带凶器去乙家杀乙,但在行凶的过程中乙苦苦哀求,甲于心不忍,遂弃刀离去。则下列表述正确的有()。

- A. 甲和丙构成共同犯罪
- B. 对丙以教唆罪定罪处罚