

2011年

国家司法考试 考点精编

第二卷

2011 THE NATIONAL JUDICIAL EXAMINATION 新东方北斗星司法考试研究院/编

新东方教育科技集团董事长 **俞敏洪** 荐序

刘 玫 ▶



杨 帆 ▶



◀ 张海峡



◀ 杨 帆



◀ 钟秀勇



◀ 刘凤科



八大名辅集结新东方北斗星

2011 年国家司法考试考点精编

第二卷

新东方北斗星司法考试研究院/编

撰稿人:刘凤科 刘 玫 吴 鹏

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

2011 年国家司法考试考点精编. 第2卷/新东方北斗
星司法考试研究院组编. —北京:法律出版社,2011.4

(2011 年国家司法考试考点精编)

ISBN 978-7-5118-1943-7

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 038030 号

©法律出版社·中国

责任编辑/杨大康

装帧设计/马 帅

出版/法律出版社

总发行/中国法律图书有限公司

印刷/北京中科印刷有限公司

编辑统筹/法律考试出版分社

经销/新华书店

责任印制/沙 磊

开本/787×1092 毫米 1/16

版本/2011 年 4 月第 1 版

印张/20.5 字数/548 千

印次/2011 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-1943-7

定价:50.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

俞敏洪序

一个人一辈子如何活得更有意义,并不在于争得每一分钟,而在于生命作为一个整体内涵有多丰富。内涵的丰富来自于对生命的完整意义的追求,而不是每一分钟能做什么事情的匆忙。如果因为追求每一分钟的充实而迷失了一生,实在是得不偿失的事情。

一个人生命的高度不在于每天的忙碌,而是取决于他的追求和梦想。有了梦想,我们才会去追求,才会有实现梦想的重要时刻;但那一刻的来临,是以前无数日日夜夜不懈努力的结果。

学法律的学生,我接触的虽然不多,但也通过不同的实例了解到这个专业学生的就业前景不是很乐观。新东方能做的就是帮助站在路口的法律人找到出路。那么学法律的出路,我认为无非是去考研、考博,为的是能站在不同的高度去寻求更好的工作;去考公务员,为的是从事法院、检察院、公安局等公职工作;出国留学,到国外继续深造,考个BAR,对未来无论是国内还是国外工作都是有帮助的;去考过司法考试,从事律师、法务等工作;还有就是改行做其他工作了。法律人到底要怎么选择自己的出路,选择什么样的出路,这个问题不解决好,会影响一生的职业选择。无论怎么样,在国内发展,我想考过司法考试对于你们都是很重要的,也是未来职业的前提。新东方有英语培训,出国留学规划,有公务员培训,甚至可以帮助大家联系律所、法院、检察院去实习。把这些培训做很好的整合,对于你们选择未来的职业会有帮助,这也是我们想要做的,而且也是正在做的。

此书出版之际,也是司法考试备考的关键时期,我们邀请著名的司考辅导专家编写的这套教材,希望给大家带来的是成功的喜悦。学习完司法考试的课程,让我们的专家为大家规划一下自己的未来职业,这就是北斗星的使命。

生命的意义在于从容,在于从容之中展望未来,在于从容之中成就人生。仅以此写给为中国法治建设而努力的莘莘学子,希望你们都能找到适合自己的法律人的道路。



2011年5月

编写说明

自信来自于内心,而不是来自于和别人的比较,和别人比较永远不可能带来真正的自信。比较的结果不是产生虚妄的优越感,就是产生强烈的自卑感。这两种感觉和真实的你无关,也和自信无关。自信是一种自我肯定,肯定自己在某些方面能够做得比较出色,而不是在所有方面都比别人好。司法考试的备考也是如此,有了来自自己的自信,加上一套好的辅导教材,是您赢得2011年司法考试的核心“武器”。

从事司法考试研究多年的新东方司考研究院,在对司法考试命题研究、教材研究、真题分析的基础上,由“京城八大名辅”亲自撰写的《2011年国家司法考试考点精讲》,俗称“司法考试三小本”今天与您正式见面了,希望通过本书的学习对您的司法考试备考起到减负的作用。

本书重要的特点主要体现在如下几个方面:

一是作者权威,本书的作者都是从事司法考试辅导多年的一线老师,有着丰富的辅导经验,这套书也是所有老师将多年经验融合到每个章节。

二是体例科学,本书为了更具有应试性,在体例方面更合理,考生朋友阅读起来更加条理清晰,每个知识点下大部分都附有相关的精选真题,用于巩固对知识点的掌握程度。

三是全部按照最新的法律规定进行编写,《刑法修正案(八)》、《涉外民事关系法律适用法》等2011年新增法律、法规、司法解释都在本书中有深度的解读。

四是涵盖所有重要考点,司法考试每年要考查的知识点是固定的,本书涵盖的大纲规定的所有考查知识点,真正达到把书读薄,但不遗漏每个知识点,为考生起到减负的作用。

五是按照考试特点分为三卷本,考生朋友在复习备考中,尤其是复习到最后,可以按照试卷的分类来复习,方便大家查找相关知识,提高复习效率。

在此特别感谢刘玫、杨秀清、张海峡、杨帆(女)、吴鹏、刘凤科、钟秀勇、杨帆(男)八位老师对本书的大力支持。我们相信在我们的共同努力下,进一步提高本书的质量,使得其对参加司法考试的考生朋友有更多的帮助,是对我们最大的鼓舞。如果在阅读过程中遇到问题,可以直接与新东方北斗星学校联系,我们有7×12小时在线解决您备考过程中的疑问。我们的网址:www.beidouxing.org,我们将认真聆听每位考生朋友的意见。

新东方教育科技集团旗下北斗星司法考试研究院教材编写组

2011年5月

目 录

刑 法	主讲人:刘凤科	(1)
第一章	刑法概说	(1)
第二章	犯罪概说	(5)
第三章	犯罪成立条件	(5)
第四章	犯罪的未完成形态	(30)
第五章	共同犯罪	(34)
第六章	罪数	(45)
第七章	刑罚的体系	(50)
第八章	刑罚的裁量	(53)
第九章	刑罚的执行	(57)
第十章	刑罚的消灭	(58)
第十一章	危害国家安全罪	(59)
第十二章	危害公共安全罪	(60)
第十三章	破坏社会主义市场经济秩序罪	(65)
第十四章	侵犯公民人身权利、民主权利罪	(81)
第十五章	侵犯财产罪	(96)
第十六章	妨害社会管理秩序罪	(112)
第十七章	贪污贿赂犯罪	(127)
第十八章	渎职罪	(133)
第十九章	危害国防利益罪	(135)
第二十章	军人违反职责罪	(136)
刑事诉讼法	主讲人:刘玫	(137)
第一章	刑事诉讼法概述	(137)
第二章	刑事诉讼法的基本原则	(138)
第三章	刑事诉讼中的专门机关和诉讼参与人	(142)
第四章	管辖	(145)
第五章	回避	(151)
第六章	辩护与代理	(153)
第七章	刑事证据	(157)
第八章	强制措施	(163)
第九章	附带民事诉讼	(169)
第十章	期间、送达	(172)
第十一章	立案	(174)
第十二章	侦查	(176)
第十三章	起诉	(181)
第十四章	刑事审判概述	(185)
第十五章	第一审程序	(189)
第十六章	第二审程序	(197)

第十七章 死刑复核程序	(202)
第十八章 审判监督程序	(205)
第十九章 执行	(212)
第二十章 未成年人刑事案件诉讼程序	(217)
第二十一章 涉外刑事诉讼程序与司法协助制度	(221)
行政法与行政诉讼法 主讲人:吴鹏	(224)
第一章 行政法概述	(224)
第二章 行政组织与公务员	(226)
第三章 抽象行政行为	(234)
第四章 具体行政行为概述	(238)
第五章 行政许可	(243)
第六章 行政处罚	(251)
第七章 行政强制	(257)
第八章 行政合同和行政给付	(258)
第九章 行政程序与政府信息公开	(260)
第十章 行政复议	(262)
第十一章 行政诉讼概述	(270)
第十二章 行政诉讼的受案范围	(272)
第十三章 行政诉讼的管辖	(275)
第十四章 行政诉讼参加人	(279)
第十五章 行政诉讼程序	(284)
第十六章 行政诉讼的特殊制度与规则	(289)
第十七章 行政案件的裁判与执行	(299)
第十八章 国家赔偿概述	(305)
第十九章 行政赔偿	(307)
第二十章 司法赔偿	(310)
第二十一章 国家赔偿方式标准和费用	(314)

刑法

主讲人:刘凤科

第一章 刑法概说

【本章重点】 刑法的概念、性质、任务;刑法的机能、罪刑法定原则、罪刑相适应原则;解释刑法的各种方法,刑法的适用范围

【本章真题分值】 5分

第一节 刑法的概念、性质、任务和机能

一、刑法的概念

1. 刑法概念:

刑法是规定犯罪及其法律后果(主要是刑罚)的法律规范的总和。

2. 广义的刑法与狭义的刑法:

广义刑法包括刑法典(包括8个刑法修正案)、单行刑法(1998年12月29日《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》)、附属刑法(又叫行政刑法)。狭义刑法就是指的刑法典。

二、刑法的性质

1. 规制内容的特定性:只规范罪—刑关系。

2. 法益保护的广泛性:保护法益涉及个人法益、国家法益和社会法益。

3. 制裁手段的严厉性:刑法和其他法律规定的法律后果不同,其严厉性决定了刑法对其他法律实施的保障性。

三、刑法的任务

我国刑法的任务是打击犯罪与保护人民的统一,二者是手段与目的的关系。

四、刑法的机能

刑法的任务是刑法实际承担的职责,刑法的机能是刑法显示以及可能发挥的作用。

1. 规制机能。对于犯罪,刑法通过规定惩罚措施以明确国家对该犯罪的规范性评价,所以,刑法既是行为规范(具有评价机能与意思决定机能),也是裁判规范。

2. 法益保护机能。刑法的目的在于保护法益,犯罪的本质就是侵犯法益。

3. 自由保障机能。刑法是善良人的大宪章,也是犯罪人的大宪章。(李斯特语)

第二节 刑法的基本原则

一、罪刑法定原则

(一)思想基础

1. 基本含义:法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚。

2. 沿革渊源:三权分立、自然法思想、心理强制说。

3. 现代基础:民主主义与尊重人权主义(预测可能性)。

(1)民主主义:诸如犯罪与刑罚这些关系到国民基本和重大事项的内容,必须由国民或者国民选举的代表以立法方式加以决定,即要求体现国民的意志。

(2)尊重人权主义:为了不限制国民的行为与创造欲望,事先规定犯罪与刑罚的内容,可以促使国民预测自己行为的法律效果,从而维护人权。

(二)罪刑法定原则的基本内容

1. 成文的罪刑法定:排斥习惯法等。

即法律主义的立场:刑法渊源只能是最高立法机关依法制定的刑事成文实体法律规范,这是民主主义的当然要求(国民意志的体现)。其他法律性文件不能创设刑法罚则,例如行政法规与规章、习惯法、判例都不能成为刑法的渊源,但可能成为理解构成要件要素的材料;国际条约与国际公约等也不能成为刑法的渊源,因为在刑事领域,实体法上判决的依据只能是本国的刑事实体法律规范。

2. 事前的罪刑法定:溯及既往的禁止。

但允许有利于行为人的溯及既往,溯及力问题中从旧兼从轻原则表达了这一思想。

注意:下列做法违反禁止事后法的原则:

- (1)对行为时并未禁止的行为科处罚刑;
- (2)对行为时虽有法律禁止但并未以刑罚禁止(未规定法定刑)的行为科处罚刑;
- (3)事后减少犯罪构成要件而增加犯罪可能性;
- (4)事后提高法定刑;
- (5)改变刑事证据规则,事后允许以较少或较简单的证据作为定罪根据。

3. 严格的罪刑法定:合理解释刑法,禁止类推解释。

类推解释是指对于法律没有明文规定的行为,适用类似规定定罪处罚。这是一种司法恣意的做法,不被允许。但刑法理论允许有利于行为人的类推解释,例如《刑法》第67条第2款规定“被采取强制措施、犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯,如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的,以自首论”,其中“被采取强制措施的犯罪嫌疑人……”可以解释为包括被行政拘留的行为人。

4. 确定的罪刑法定:刑罚法规的适当。

(1)明确性:刑法的规定必须清楚、明了,不得有歧义,不得含糊不清。

刑法的明确性具有相对性,即借助刑事立法与刑法理论的合力共同实现,即二者结合在一起,使法律规定明确的,刑法条文就具有明确性;只有当法律规定和理论都不能将刑法条文意义阐释清楚,刑法条文才可能欠缺明确性。

明确性的实现与刑法条文字数的多少无关,与分则条文中罪状的规定模式无关,与司法解释确定的罪名是否准确或者科学也无关。

(2)禁止处罚不当罚的行为。

(3)禁止不确定刑。

【例】关于罪刑法定原则,下列哪一选项是正确的?(2006/二/1)①

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

(三)刑法的解释

要贯彻罪刑法定原则,就要合理解释刑法。无论什么解释方法,其解释结论必须符合罪刑法定主义,符合刑法的目的。

注意存疑时有利于被告人的原则。该原则仅仅针对案件证据和事实的判定,不适用于刑法的解释。该原则在刑事诉讼法上又被称为疑罪从无、疑罪从轻原则,即证据存在疑问的时候(不能达到排除合理怀疑程度),对案件事实应该作出有利于行为人的判断。

【例】甲、乙上山去打猎,在一茅屋旁的草丛中,见有动静,以为是兔子,于是一起开枪,不料将在此玩耍的小孩打死。在小孩身上,只有一个弹孔,甲、乙所使用的枪支、弹药型号完全一样,无法区分到底是谁所为。对于甲、乙的行为,应当如何定性?(2008/二/6)②

- A. 甲、乙分别构成过失致人死亡罪
- B. 甲、乙构成过失致人死亡罪的共同犯罪
- C. 甲、乙构成故意杀人罪的共同犯罪
- D. 甲、乙不构成犯罪

1. 立法解释、司法解释与学理解释

立法解释一般包括刑法或相关法律中的解释性规定、在“法律的起草说明”中的解释和在刑法施行过程中对发生歧义的规定所作的解释。严格意义上的立法解释仅限于第三种。

制定法律时,可以作出法律拟制的规定;但不得违反罪刑法定原则。

解释法律时,与司法解释等受到同等限制,不能进行拟制性解释,因为解释对象是法律本身。

【例】①立法解释是由立法机关作出的解释,既然立法机关在制定法律时可以规定“携带凶器抢夺的”以抢劫罪论处,那么,立法解释也可以规定“携带凶器盗窃的,以抢劫罪论处”。②当然,立法解释毕竟是解释,所以,立法解释不得进行类推解释。③司法解释也具有法律效力,当司法解释与立法解释相抵触时,应适用新解释优于旧解释的原则。④不过,司法解释的效力低于立法解释的效力,所以,立法解释可以进行扩大解释,司法解释不得进行扩大解释。关于上述四句话正误的判断,下列哪一选项是正确的?(2008/二/20)③

- A. 第①句正确,其他错误
- B. 第②句正确,其他错误

①C ②D ③B

C. 第③句正确,其他错误

D. 第④句正确,其他错误

2. 刑法解释的方法:文理解释与论理解释

(1)文理解释:刑法条文的解释含义就是字面原本的含义。这种解释方法具有优先性,如果这种解释方法得出的结论不合理,才有必要使用论理解释的方法。

(2)扩大解释:刑法条文的解释含义大于条文字面的含义。

注意区分类推解释:以是否违背国民预测可能性为标准(即是否超出文字的可能含义范围)。把侮辱尸体罪中的“尸体”解释为包括骨灰,属于类推解释。

(3)缩小解释:刑法条文的解释含义小于条文字面的含义。

(4)当然解释:“举轻以明重,举重以明轻”,即入罪时,如果轻行为成立犯罪,那么与此性质相同的更严重的行为当然成立犯罪;出罪时,如果重行为不成立犯罪,那么,与此性质相同的更轻的行为当然不成立犯罪。

(5)反对解释:根据刑法条文的正面表述,推导出其反面含义。法条确定的条件是法律效果的全部条件并且是必要条件,才能适用这种解释方法。

(6)补正解释:刑法条文表述有明显错误,只有通过补正来阐明其真实含义。

例如,《刑法》第99条规定“本法所称以上、以下、以内,包括本数”,但第63条规定“犯罪分子具有本法规定的减轻处罚情节的,应当在法定刑以下判处刑罚”,后者中的“以下”就不能包括本数。

(7)体系解释:根据刑法条文在整个刑法中的地位,联系相关法条的含义,阐明其规范含义。

(8)历史解释:例如1997年刑法修改把私自开拆、隐藏、毁弃邮件、电报罪从渎职罪中调整到侵犯公民人身权利、民主权利罪所带来的解释结论变化。

(9)比较解释:例如日本刑法规定利用计算机诈骗罪和准诈骗罪,我国刑法没有规定类似罪名,不能据此认为该行为在我国刑法中不成立犯罪(成立诈骗罪或者盗窃罪等)。

【例】关于刑法解释的说法,下列哪一选项是正确的?(2009/二/1)①

A. 将盗窃罪对象的“公私财物”解释为“他人的财物”,属于缩小解释

B. 将《刑法》第171条出售假币罪中的“出售”解释为“购买和销售”,属于当然解释

C. 对随身携带枪支等国家禁止个人携带的器械以外的其他器械进行抢夺的,解释为以抢劫罪定

罪,属于扩张解释

D. 将信用卡诈骗罪中的“信用卡”解释为“具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡”,属于类推解释

二、平等适用刑法原则

1. 平等适用刑法原则,也即刑法面前人人平等的原则,意味着刑法规范在根据其内容应当得到适用的所有场合,都予以严格适用。

2. 基本内容:平等保护法益;平等地认定犯罪;平等地裁量刑罚;平等地执行刑罚。

三、罪刑相适应原则

1. 基本内容:刑罚与罪质、犯罪情节、犯罪人的

人身危险性相适应。

(1)制刑,重视罪质,兼顾犯罪情节与犯罪人的

人身危险性。

(2)量刑,重在犯罪情节,兼及人身危险性,罪质只在极个别情况下,才对宣告刑的选定起绝对决定作用。

(3)行刑,重在犯罪人的人身危险程度的消长变化,兼及罪质和犯罪情节。

第三节 刑法的适用范围

一、刑法的空间效力

刑法的空间效力所解决的是一国刑法在什么地域、对什么人适用的问题。

(一)国内犯

1. 原则:属地管辖

所谓国内犯,就是发生在我国境内的犯罪。对于国内犯,我国刑法采取了属地管辖原则。即一般情况下,只要发生在我国领域内的犯罪,就适用我国刑法。

“我国领域内”,是指我国国境以内的全部区域,包括领陆、领水和领空。

补充:旗国主义。

(1)“中华人民共和国船舶或者航空器”,包括挂有或者涂有我国国旗、国徽标识,注册地在我国或者所有权属于我国的船舶与航空器,不包括国际长途汽车或者火车。

(2)凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的,不管其航行或者停放在何处,适用我国刑法。但如果在停泊于我国领海或者港口的船舶或者航空

器内犯罪的,直接适用属地原则,不考虑旗国主义。

2. 犯罪地的认定

(1)只要犯罪行为 and 犯罪结果有一项发生在我国领域内,就应当适用我国刑法。

(2)共同犯罪:只要共同犯罪行为有一部分(包括共同实行、教唆和帮助)发生在我国领域或者共同犯罪结果有一部分发生在我国领域内,就认为是在我国领域内犯罪。

(3)未完成形态:行为地与行为人希望结果发生之地、可能发生结果地,都是犯罪地。

3. “法律有特别规定”

(1)不适用中国刑法的情形,这属于属地原则的例外。

(2)不适用大陆刑法的情形:发生在我国港澳台地区的犯罪,不适用我国大陆刑法。不属于属地原则的例外,只是事实上的限制。

(3)不适用刑法典的情形:特别刑法。不属于属地原则的例外,只是刑法典的例外。

(4)不适用中国刑法典部分条文的情形:特别刑法;少数民族地区的一些特别规定(自治规定)。不属于属地原则的例外,只是刑法典的例外。

(二) 国外犯

所谓国外犯,简单说,就是发生在我国领域之外的犯罪,这类犯罪实际上包括三类:

1. 中国公民在国外实施的犯罪(属人管辖)

中国人在国外实施犯罪,原则上适用我国刑法。国家工作人员或者军人无条件适用我国刑法,其他人犯轻罪(最高刑为3年以下有期徒刑)的可以不追究。

2. 外国人在国外实施的危害中国国家和公民利益的犯罪(保护管辖)

适用条件:

第一,所犯之罪侵犯我国国家或者公民利益;

第二,按照我国刑法规定属于重罪(最低刑为3年以上有期徒刑);

第三,犯罪地法律也认为是犯罪。

3. 外国人在国外实施的危害各国共同利益的国际犯罪(如贩毒、洗钱)(普遍管辖)

适用条件:

第一,必须是危害人类共同利益的犯罪;

第二,我国缔结或参加了公约,声明保留的除外;

第三,我国刑法将这种行为也规定为犯罪;

第四,罪犯出现在我国境内。

注意:

(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)。

(2)理解国内刑法的要件不能也不应该受制于国际条约或者国际公约的规定,例如对劫持航空器罪的理解(本罪对象的范围)。

4. 对外国刑事判决的承认

【例】关于刑事管辖权,下列哪些选项是正确的?(2007/二/51)①

A. 甲在国外教唆陈某到中国境内实施绑架行为,中国司法机关对甲的教唆犯罪有刑事管辖权

B. 隶属于中国某边境城市旅游公司的长途汽车在从中国进入E国境内之后,因争抢座位,F国的汤姆一怒之下杀死了G国的杰瑞。对汤姆的杀人行为不适用中国刑法

C. 中国法院适用普遍管辖原则对劫持航空器的丙行使管辖权时,定罪量刑的依据是中国缔结或者参加的国际条约

D. 外国人丁在中国领域外对中国公民犯罪的,即使按照中国刑法的规定,该罪的最低刑为3年以上有期徒刑,也可能不适用中国刑法

二、刑法的时间效力

刑法的时间效力所解决的问题是刑法从何时起至何时止具有适用效力,其内容包括生效时间、失效时间、溯及力。

(一) 刑法的溯及力

刑法的溯及力,也称溯及既往的效力,是指刑法生效后,对它生效前未经审判或判决未确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。

(二) 我国采纳的原则:从旧兼从轻原则

我国《刑法》第12条关于溯及力的规定采取的是从旧兼从轻原则。从1949年10月1日至1997年9月30日这段时间所发生的行为,如果未经法院审判或判决未确定,就按不同情况分别处理:

1. 行为时的法律不认为是犯罪,而刑法认为是犯罪的,适用行为时的法律,即不追究刑事责任,刑法没有溯及力。

2. 行为时的法律认为是犯罪,而刑法不认为是犯罪的,适用刑法,即不追究刑事责任,刑法具有溯及力。

3. 行为时的法律与刑法都认为是犯罪,并且按刑法总则第四章第八节的规定应当追诉的,按照行

①ABD

为时的法律追究刑事责任,即刑法没有溯及力(刑法关于追诉时效的规定具有溯及力);但是,如果刑法的处刑比行为时的法律处刑轻,则应适用刑法,即刑法具有溯及力。

4. 刑法施行以前,依照当时的法律已经作出的生效判决,继续有效。

注意:按照审判监督程序重新审判的案件,适用行为时的法律。

第二章 犯罪概说

【本章重点】 犯罪的分类;刑法关于犯罪概念的规定,犯罪的本质特征与法律特征之间的关系;结果加重犯和状态犯,犯罪的基本特征

【本章真题分值】 5分

第一节 犯罪的概念

1. 文理解释:

(1)社会危害性。

社会危害性就是指法益侵犯性。如果某种行为根本不可能侵害或者威胁法益,不管其内心多么邪恶,也不具有刑法意义上的社会危害性。社会危害性是质与量的统一,是稳定性与变异性的统一。

(2)刑事违法性。

刑事违法性的实质就是社会危害性。

(3)应受刑罚处罚性。

区分不应受惩罚和无须受惩罚:

前者是指行为根本不成立犯罪;后者是指行为成立犯罪但依法免于刑事处罚等。

2. 论理解释:法益侵犯性(客观违法性);非难可能性(主观有责性)。

第二节 犯罪的分类

一、自然犯与法定犯

自然犯,又称刑事犯,指明显违背社会伦理道德规范的传统型犯罪。

法定犯,又称行政犯,指没有明显违反伦理道德规范的现代型犯罪。

随着社会的发展,自然犯与行政犯的区分具有相对性,可能存在相互转化的情形。

二、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之外的其他犯罪。

三、亲告罪与非亲告罪

亲告罪,指告诉才处理的犯罪。包括:

1. 侮辱罪(侮辱行为严重危害社会秩序和国家利益的除外);

2. 诽谤罪(诽谤行为严重危害社会秩序和国家利益的除外);

3. 暴力干涉婚姻自由罪(该暴力行为导致被害人死亡的除外);

4. 虐待罪(虐待行为致被害人重伤、死亡的除外);

5. 侵占罪。

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(表明亲告罪并非绝对亲自告诉才处理)。

四、即成犯、状态犯和继续犯

即成犯,指法益侵害结果发生的同时,犯罪行为完成或者终止的情形。如故意杀人罪。

状态犯,指法益侵害发生时,犯罪行为终止但法益侵害状态继续存在的情形。如盗窃罪。

继续犯,指法益侵害持续存在期间,犯罪行为也持续存在的情形。如非法拘禁罪。

第三章 犯罪成立条件

【本章重点】 犯罪构成的概念,犯罪构成与犯罪概念的关系,犯罪构成的分类,犯罪排除事由(即违法阻却事由)的概念、特征与种类;构成要件要素的分类,犯罪构成的特点,犯罪构成的共同要件,具体犯罪构成要件的确定方法,犯罪客体,正当防卫、紧急避险以及其他犯罪排除事由的本质与成立条件;作为,不作为,因果关系,正当防卫与紧急避险的成立条件,无过当防卫,刑事责任能力,刑事责任年龄,故意,过失,事实认识错误

第一节 概 说

犯罪成立条件就是所谓的犯罪构成,也是指犯罪的认识和认定体系。刑法理论上存在不同的犯罪构成理论,因为犯罪构成要素基本一致,但各要素之间的组合方式不一样,即体系化不一样,这导致认识思路和判断顺序存在差别。这主要属于方法之争,绝大多数的结论仍然一致。但是方法之间在科学性、合理性、效率性、便捷性上存在区别。

犯罪的本质在于法益侵犯,但思想和观念不能侵犯法益,只有客观行为才能侵犯法益,所以刑法禁止的是具有法益侵犯性的行为。在罪刑法定原则的框架下,刑法通过客观行为的描述实现对犯罪行为的法定化:刑法之所以类型化地描述行为,是因为这种行为具有法益侵犯的特性。所以,犯罪的客观构成要件及其具体要素必须表明和反映值得处罚程度的法益侵犯性:行为要素要求具有法益侵犯性(法益侵犯的危险和法益侵犯的实害);行为对象要求反映或体现法益;危害结果就是法益侵犯的危险状态或者实害结果本身;有的行为法益侵犯程度要达到犯罪程度,还要求客观上行为具有特定身份(构成身份或者定罪身份);客观上不存在违法阻却事由,否则客观行为仍然没有法益侵犯性。这些构成要素组成的有机整体表明其法益侵犯达到了犯罪程度。

构成犯罪的是行为,受到处罚的是行为人。行为人受处罚的前提是对客观上实施的法益侵犯行为具有责任,即能够将法益侵犯行为归责于行为人:行为人对其实施的客观违法行为在主观上具有故意或者过失的心理联系,才能将该行为归责于行为人;有的犯罪还要求行为人主观上具有特定目的或者动机。但是行为人也可能因为年龄或者特殊的精神状态阻却责任。

综上,犯罪成立条件可以分为客观(违法)构成要件与主观(责任)构成要件,主客观相统一是二者关系的基本要求。犯罪成立条件图示如下:

违法(客观)构成要件:构成要件符合性(行为、行为对象、结果、构成身份);

违法性阻却事由(正当防卫、紧急避险、其他违法阻却事由);

责任(主观)条件:责任条件(故意、过失、目的与动机);

责任阻却事由(责任能力、违法性认识可能性、期待可能性)。

一、犯罪构成(犯罪成立条件)概述

1. 犯罪构成的特征:性质上具有法定性;内容上具有主客观统一性;与社会危害性具有统一性;认定犯罪的法律标准。

2. 犯罪构成的分类:

- (1)基本的犯罪构成与修正的犯罪构成;
- (2)完结的犯罪构成与待补充的犯罪构成;
- (3)单一的犯罪构成与复杂的犯罪构成。

3. “情节严重”的性质:

(1)要求“情节严重”才成立犯罪的,“情节严重”属于犯罪构成要件。例如《刑法》第243条诬告陷害罪的规定。

(2)成立犯罪不要求“情节严重”,这种情形“情节严重”是法定刑升格条件或者从重处罚条件。

二、犯罪构成要件要素的分类

(一)记述的构成要件要素与规范的构成要件要素

记述的构成要件要素:在解释构成要件要素和认定是否存在符合构成要件要素的事实时,只需要法官的认识活动即可确定的构成要件要素。

规范的构成要件要素:在解释构成要件要素和认定是否存在符合构成要件要素的事实时,需要法官的规范的、评价的价值判断才能认定的构成要件要素。

(二)积极的构成要件要素与消极的构成要件要素

积极的构成要件要素:积极的、正面的表明犯罪成立的要素。

消极的构成要件要素:消极的、反面的否定犯罪成立的要素。

(三)客观的构成要件要素和主观的构成要件要素

客观的构成要件要素:表明行为外在的、客观面的要素,例如行为、对象、结果、构成身份等。

主观的构成要件要素:表明行为人内心的、主观面的要素,例如故意过失、目的、动机等。

(四)成文的构成要件要素与不成文的构成要件要素

成文的构成要件要素:刑法条文明文规定的要素。绝大多数的构成要件都是成文的构成要件要素。

不成文的构成要件要素:刑法条文表面上没有规定,但实质上是必须具备的要素。

(五)共同的构成要件要素与非共同的构成要件要素

件要素

共同的构成要件要素:任何犯罪都必须具备的犯罪构成要件要素。

非共同的构成要件要素:部分犯罪成立要求的犯罪构成要件要素。

【例】关于构成要件要素的分类,下列哪些选项是正确的?(2008/二/51)①

A. 贩卖淫秽物品牟利罪中的“贩卖”是记述的构成要件要素,“淫秽物品”是规范的构成要件要素

B. 贩卖毒品罪中的“贩卖”是记述的构成要件要素,“毒品”是规范的构成要件要素

C. 强制猥亵妇女罪中的“妇女”是记述的构成要件要素,“猥亵”是规范的构成要件要素

D. 抢劫罪的客观构成要件要素是成文的构成要件要素,“非法占有目的”是不成文的构成要件要素

第二节 违法性构成要件 (客观构成要件 符合性)

一、客观构成要件概述

犯罪客观构成要件是刑法规定的,说明行为对刑法所保护的法益的侵犯性,而为成立犯罪所必须具备的各种客观要素。

构成要件的机能:

1. 自由保障机能(罪刑法定主义的机能);
2. 犯罪个别化机能;
3. 故意规制机能;
4. 违法推断机能。

二、危害行为

(一)概述

1. 刑法上的危害行为:基于人的意识和意志支配实施的客观上侵犯法益的身体活动。危害行为三特征:

(1)有体性:身体活动包括举动和静止,不包括犯意形成与流露。

注意区别言论与发表言论(言论属于思想、观念的范畴,但发表言论属于行为的范畴)。

(2)有意性:刑法只调整有意识和有意志支配及控制的行为,而不包括反射动作、睡梦中的举动等。

(3)有害性:刑法只禁止在客观上危害社会的行为,对社会无害的身体举止不会被规定在刑法中。其社会危害表现为法益侵犯性,包括对法益的实际

侵犯和侵犯危险。

注意:行为是否具有法益侵犯性,是以客观事实作为标准来判断,而非以行为人主观认识的事实为标准进行判断。具体来说,应以行为时存在的所有客观事实为基础,并对客观事实进行一定程度的抽象(抽象的方法是舍弃阻止结果发生的事实),同时站在行为时的立场上,原则上按照客观的因果法则进行判断。

【例】甲欲枪杀仇人乙,但早有防备的乙当天穿着防弹背心,甲的子弹刚好打在防弹背心上,乙毫发无损。甲见状一边逃离现场,一边气呼呼地大声说:“我就不信你天天穿防弹背心,看我改天不收拾你!”关于本案,下列哪些选项是正确的?(2009/二/52)②

- A. 甲构成故意杀人中止
- B. 甲构成故意杀人未遂
- C. 甲的行为具有导致乙死亡的危险,应当成立犯罪
- D. 甲不构成犯罪

2. 刑法上的行为包括实行行为、预备行为、教唆行为、帮助行为。其中实行行为是刑法的中心概念,因为实行行为是刑法分则规定的、具有法益侵犯紧迫可能性的行为,是刑法主要禁止的行为。

(1)实行行为的判断标准:

第一,形式上符合客观构成要件,而且具有法益侵害的紧迫性(“着手”属于实行行为的起点)。实行行为通常是刑法分则规定的,但刑法分则规定的行为并不一定是实行行为,有可能属于预备行为。

第二,属于类型性的法益侵害行为,即从社会相当性上评价属于社会生活中被禁止的有法益侵犯可能性的行为。

例如,甲为了杀害乙,劝乙乘坐飞机出外旅行,希望乙死于空难,结果乙果真死于飞机事故。乘坐飞机尽管具有一定危险性,但这种危险属于社会生活允许的危险,劝他人乘坐飞机的行为并不属于刑法要禁止的行为。

(2)实行行为与其他刑法理论的关联:

第一,影响犯罪未遂、犯罪预备的区分:如果已经着手实行行为,绝对不可能成立犯罪预备。

第二,影响犯罪未遂与不可罚的不能犯区分:如果没有法益侵犯性的行为存在,那就没有犯罪的存在。

第三,影响因果关系的判断:因果关系是讨论实

行行为与实害结果之间的关系,如果没有实行行为,那么实害结果就只能是另一实行行为或者自然事件导致。

例如甲为了杀死乙,打算下午外出打猎时制造事故打死乙;早上检查猎枪时,枪支走火导致乙死亡。本案中甲在杀人故意支配下只实施了预备行为,所以死亡结果不能归于故意杀人行为;导致乙死亡的只能是过失的实行行为。本案甲的行为成立故意杀人罪(预备)与过失致人死亡罪的想象竞合犯,择一重罪(故意杀人罪)处罚。

第四,影响共犯人的分类:共同犯罪人根据分工不同,可以分为实行犯、教唆犯与帮助犯。

(3) 直接正犯与间接正犯:

行为人以自身的直接、积极的身体活动实行犯罪的,是直接正犯(直接实行犯)。

行为人通过支配他人进而支配犯罪事实的,是间接正犯(间接实行犯)。

【例】关于故意杀人罪,下列哪一选项是正确的?(2006/二/13)①

A. 甲意欲使乙在跑步时被车撞死,便劝乙清晨在马路上跑步,乙果真在马路上跑步时被车撞死,甲的行为构成故意杀人罪

B. 甲意欲使乙遭雷击死亡,便劝乙雨天到树林散步,因为下雨时在树林中行走容易遭雷击。乙果真雨天在树林中散步时遭雷击身亡。甲的行为构成故意杀人罪

C. 甲对乙有仇,意图致乙死亡。甲仿照乙的模样捏小面人,写上乙的姓名,在小面人身上扎针并诅咒49天。到第50天,乙因车祸身亡。甲的行为不可能致人死亡,所以不构成故意杀人罪

D. 甲以为杀害妻子乙后,乙可以升天,在此念头支配下将乙杀死。后经法医鉴定,甲具有辨认与控制能力。但由于甲的行为出于愚昧无知,所以不构成故意杀人罪

(二) 作为与不作为

1. 概念。

作为:即积极的行为,指以积极的身体举止实施刑法所禁止的行为。体现为违反禁止规范,有多种表现形式,如利用他人、物质工具、动物或者自然力等。

不作为:即消极的行为,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。体现为违反禁止规范与命令规范。

2. 不作为犯罪的分类。

真正(纯正)不作为犯:刑法明文规定只能由不作为构成的犯罪。如遗弃罪,丢失枪支不报罪,不

报、谎报安全事故罪,不解救被拐卖、绑架的妇女、儿童罪等。

不真正(不纯正)不作为犯:行为人以不作为形式实施的通常为作为形式的犯罪。

3. 作为与不作为的关系。

(1) 作为与不作为的竞合:案件可以分别从作为或者不作为角度解释其都成立该罪。

例如,甲驾驶机动车经过十字路口,前方红灯,甲驾车闯红灯,撞死行人乙。甲的行为可以分别从作为或者不作为的角度解释构成交通肇事罪。

(2) 作为与不作为的结合:成立某罪要求客观行为同时包括作为和不作为的行为内容。

例如,抗税罪的成立既要求行为人有暴力、胁迫等行为,还要求实施不缴纳应当缴纳税款的行为,两者结合才可能成立抗税罪。

注意:不要形成这样的思维定式,即一个犯罪要么是作为方式,要么是不作为方式。

【例】甲因家中停电而点燃蜡烛时,意识到蜡烛没有放稳,有可能倾倒引起火灾,但想到如果就此引起火灾,反而可以获得高额的保险赔偿,于是外出吃饭,后来果然引起火灾,并将邻居家的房屋烧毁。甲以失火为由向保险公司索赔,获得赔偿。对于此案,下列哪一选项是正确的?(2008/二/13)②

A. 就放火罪而言,甲的行为属于不作为犯
B. 就放火罪而言,甲的行为属于作为与不作为的结合

C. 就保险诈骗罪而言,甲的行为属于不作为犯
D. 就保险诈骗罪而言,甲的行为属于作为与不作为的结合

4. 不真正不作为犯的成立条件。

由于真正的不作为犯的成立条件可以根据刑法的直接规定予以认定,所以这里需要讨论的仅仅是不真正不作为犯的成立条件。

(1) 行为人负有实施特定积极行为(作为义务)的法律性质(非道义)的义务。

作为义务的来源:

①法律、法规明文规定的义务。

②职务、业务要求的义务。如国家机关工作人员有履行相应职责的义务,执勤的消防人员有消除火灾的义务员。

③法律行为(合同行为、自愿接受行为)引起的义务。

④先前行为引起的义务。行为人的某种行为使

刑法所保护的法益处于危险状态时(创设危险),行为人为负有排除危险或防止危害结果发生的特定积极义务。例如,成年人带儿童外出游泳,负有保护儿童生命的义务。

第一,正当防卫行为不会成为先行行为而导致作为义务,但其他合法行为可以成为先行行为而导致作为义务。

第二,先前行为是否包括犯罪行为?

观点一:犯罪行为引起的危险一定成为作为义务来源。

观点二:犯罪行为引起的危险可能成为作为义务来源。具体情形可分两种:

一是如果故意犯罪中加重结果成立结果加重犯或者另成立重罪的情形,即法律规定了结果加重犯或者转化犯的情形,不产生作为义务。例如,故意伤害致死的情形,非法拘禁使用暴力致人死亡的情形,前者法律明确规定成立故意伤害罪的结果加重犯,后者法律拟制为故意杀人罪一罪。

二是如果故意犯罪中加重结果没有规定加重法定刑或者不成立重罪,按一罪处理罪刑不相适应,而且先前的犯罪行为导致另一法益处于危险状态,则行为人有防止另一法益受侵害的义务。例如,非法采伐珍贵树木砸伤他人后,采伐者具有救助义务;如果故意不救助导致他人死亡的,数罪并罚。

但是,如果侵犯的是同一法益,或者后者侵害的法益包括了前者侵害的法益,只能从一重罪论处。例如,故意伤害他人后,产生救助他人的作为义务,但不履行救助义务,对死亡结果具有故意时,仅成立故意杀人罪。

注意:千万别把先前行为当作不作为犯罪行为的一部分,进而认为不作为犯罪是作为和不作为的结合。

(2)作为可能性。

作为可能性,是指负有作为义务的人具有履行义务的可能性,即“法律不强人所难”(罗马法格言)。

(3)不履行作为义务造成或者可能造成危害结果:结果回避可能性。

行为人不履行作为义务,造成或可能造成结果的,才可能成立不作为犯罪。只有当行为人为履行作为义务可以避免结果发生时,其不作为才可能成立犯罪。

在客观上没有结果回避的可能性,而行为人误以为具有回避可能性,但没有履行作为义务的,因为其不作为不具有导致结果发生的危险性,而属于不

可罚的不能犯。

注意:不作为的核心是行为人没有履行作为义务,行为人在应当履行作为义务而不履行作为义务的期间所实施的其他行为,不是该不作为的内容,也不影响不作为的成立。

(4)不作为与作为的等价性:法益侵犯的等价性与法律条文中动词包含不作为方式。

①法益侵犯的等价性,要考虑具体的客观危害与主观罪过心理。

②刑法分则条文使用的动词能否包括不作为方式的判断。

例如,非法吸收公众存款罪中的“吸收”,包庇罪中“作假证明包庇的”,不包括不作为的方式;但脱逃罪包含不作为的行为方式。

③行为符合不作为的一般客观条件,并不直接成立犯罪,只有当某种不作为符合具体犯罪构成时才成立犯罪。不能以不作为的条件代替犯罪构成要件。

注意:

第一,不作为犯罪可能成立未遂犯。

第二,不作为犯罪可能成立故意犯,也可能成立过失犯,即过失犯罪既可能表现为作为,也可能表现为不作为。

第三,“持有”是一种作为方式。同时故意持有多种犯罪对象的,数罪并罚。与此相类似,同时故意走私多种对象的,数罪并罚。

【例】关于不作为犯罪,下列哪些选项是正确的?(2010/二/52)①

A. 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构成不作为犯罪

B. 甲盗伐树木时砸中他人,明知不立即救治将致人死亡,仍有意不救。甲不救助伤者的行为构成不作为犯罪

C. 甲带邻居小孩出门,小孩失足跌入粪塘,甲嫌脏不愿施救,就大声呼救,待乙闻声赶来救出小孩时,小孩死亡。甲不及时救助的行为构成不作为犯罪

D. 甲乱扔烟头导致所看仓库起火,能够扑救而不救,迅速逃离现场,导致火势蔓延财产损失巨大。甲不扑救的行为构成不作为犯罪

5. 危害行为的时间、地点与方法:属于行为的

①BCD

特定属性

有的属于犯罪构成要件;有的属于法定刑升格的条件;有的属于量刑的酌定条件。

三、行为对象

行为对象,是指危害行为所作用的法益的主体(人)或物质表现(物)。行为对象并不是所有犯罪都要求的构成要件要素。

注意:行为对象不同于以下内容。

1. 组成犯罪行为之物。例如贿赂(受贿罪)、赌资(赌博罪)不属于受贿罪、赌博罪的行为对象。

2. 行为孳生之物。行为人伪造的文书、伪造的货币、制造的毒品不属于伪造公文罪、伪造货币罪、制造毒品罪的行为对象。但这些内容可能成为其他犯罪的行为对象,例如伪造的货币可以成为购买、运输、出售假币罪的对象,制造的毒品可以成为运输、贩卖、走私犯罪的行为对象。

3. 作为犯罪行为的报酬取得之物。行为人杀人后从雇请者处得到的酬金或者物品,也不是行为对象。但是如果行为人一开始就打算骗取对方酬金,而没打算履行约定内容的,则可能成立诈骗罪,所谓的“报酬”就属于诈骗罪的行为对象。

4. 供犯罪行为使用之物(主要表现为犯罪工具)。例如,使用伪造的信用卡进行诈骗时,伪造的信用卡是供犯罪行为使用之物。

四、危害后果

(一)概念与特征

危害后果是危害行为给刑法所保护的法益所造成的现实侵害事实与现实危险状态。

危害后果不同于法益侵犯:后者是犯罪的本质,前者是本质表现出来的现象。只要危害行为侵犯了法益,一定有危害后果。所以,危害后果是所有犯罪都要具备的构成要件要素。

危害后果的特征:

1. 因果性:危害后果一定由危害行为引起,但危害行为不一定引起危害结果。

2. 侵害性与危险性:危害后果反映法益侵害性,但不等于法益侵害性。

3. 现实性:危害后果包括现实的侵害事实,还包括对法益造成的危险状态,但不包括行为本身的危险性质(属于行为的属性)。

4. 多样性:危害后果的具体表现多样,需要根据犯罪的法益内容具体判断。

【例】关于危害后果的相关说法,下列哪一选项是错误的?(2008/二/1)①

A. 甲男(25岁)明知孙某(女)只有13岁而追求她,在征得孙某同意后,与其发生性行为。甲的行

为没有造成危害后果

B. 警察乙丢失枪支后未及时报告,清洁工王某捡拾该枪支后立即上交。乙的行为没有造成严重后果

C. 丙诱骗5岁的孤儿离开福利院后,将其作为养子,使之过上了丰衣足食的生活。丙的行为造成了危害后果

D. 丁恶意透支3万元,但经发卡银行催收后立即归还。丁的行为没有造成危害后果

(二)侵害犯与危险犯的区别

1. 侵害犯与危险犯。

侵害犯:将对法益的现实侵害作为处罚根据的犯罪。

危险犯:将对法益侵害的危险作为处罚根据的犯罪。

在我国,危险犯与侵害犯不是就罪名而言,而是就犯罪的具体情形而言。例如故意杀人既遂是侵害犯,故意杀人未遂是危险犯;《刑法》第114条的放火罪等是具体的危险犯,第115条是侵害犯。

2. 具体的危险犯与抽象的危险犯。

危险犯分为具体的危险犯与抽象的危险犯。

具体的危险犯中的危险,是在司法上以行为当时的具体情况为根据,认定行为具有发生侵害结果的危险。例如放火罪、爆炸罪等。

抽象的危险犯中的危险,是在司法上以一般的社会生活经验为根据,认定行为具有发生侵害结果的危险。例如盗窃、抢夺枪支、弹药罪等。

(三)行为犯、结果犯与结果加重犯

行为犯是指行为终了与结果发生之间没有时间间隔的犯罪(不需要认定因果关系)。例如非法侵入住宅罪。

结果犯是指行为终了与结果发生之间有一定时间间隔的犯罪(需要认定因果关系)。例如故意杀人罪。

结果加重犯:又称加重结果犯,是指法律规定的—一个犯罪行为(基本犯罪),由于发生了严重结果而加重其法定刑的情况。例如故意伤害致死的情形。

结果加重犯的成立条件:

1. 行为人实施基本犯罪行为,造成了加重结果,基本犯罪行为与加重结果之间具有直接因果关系。

(1)原则上结果加重犯应是对基本犯罪行为对象造成加重结果,但发生事实认识错误的情形不影