

第一讲 刑法学

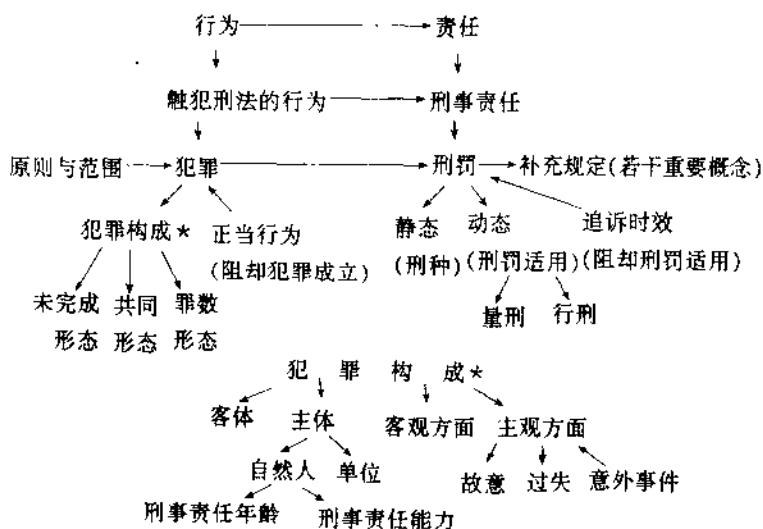
根据考前时间、复习规律与效果等因素，刑法学复习应当分为不同阶段，如：包括侧重指定教材内容和全面复习的第一阶段；侧重于重点法条和重要知识点的第二阶段以及全面综合检测复习成效和演练模拟考试的第三阶段等。可见，第一阶段应当侧重于教材和全面撒网；而第二阶段应当侧重于刑事法条和击破重难点，即串讲阶段，将所要复习、考查的若干重要而相对分散的知识点有机地串连起来，形成一个知识体系，这是在复习达到一定程度和阶段后为加强记忆、深化理解，将自己应试水平提高、升华到一个新的高度所必要的步骤。

刑法学的复习应当达到这样的目标：一是将实体性的刑法与程序性的刑事诉讼法尽可能地有机结合起来；二是将刑法学指定教材之内容与刑事法条的具体规定有机结合起来；三是将刑法典与有关单行刑法、目前有效而且重要的刑事司法解释紧密结合起来；四是将某一个重要的知识点与其他相关的知识点有机结合（如因相似性、易混淆性等而关联地结合）；五是將指定教材内容与考试大纲紧密结合起来，等等。这种结合的同时无疑是进行了一场举一反三式的复习。例如：在“串讲”复习《刑法》第263条的抢劫罪（该知识点可谓年年必考点，只不过考查的方式不同而已）时，最起码要帮助大家完成这样几项任务：一是分析抢劫罪的8种加重构成问题；二是指出本罪与其他易混淆的敲诈勒索罪等关键区别；三是指出刑法条文中“准抢劫”或曰转化的抢劫罪之规定（共三个地方即《刑法》第267条第2款、第269条、第289条）；四指出关于本法条的相关司法解释，即最高法院2000年11月17日的一项解释与2001年5月22日的一项批复（这两个司法解释都是直接针对本罪的）。从方法论的角度，本部分串讲遵循着“纵横交错”、“举一反三”的规律，如第一个大标题与最后一个大标题基本都是从纵向的角度梳理刑事法条，而其他大部分标题基本上都是从横向的角度对有规律性、有共性的知识点进行总结与归纳。

鉴于今年司法考试的教材出版的较早（如法规汇编收录的法律法规截止2000年的11月份），正式考试却推迟到2002年3月末，本串讲从司法考试的角度为学员筛选、提炼新近的法律法规尤其是司法解释（从2000年11月份至2001年11月初），此外，串讲还涉及到大纲的修订与变化问题。

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学科。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。从学科体系以及总则的基本构架上看，大致可以作出这样的构图：



(注：上图中，反向箭头表示否定性的作用，如“刑罚←追诉时效”表示追诉时效制度是对刑罚适用的否定、阻却。)

对上述图表内容的具体解析：

1. **原则**——三大基本原则（《刑法》第3~5条）。其中，应注意两个问题：一是虽然不少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三个，其他的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；二是三大基本原则的考查方式，基本都是间接性的，如2000年第二卷第25题。所以要求大家脑海里应当有罪刑法定的观念，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，再如，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、普遍等四原则（《刑法》第6~11条）
 { 时间效力即溯及力问题（《刑法》第12条）

本项应注意的几个问题：（1）属地原则（《刑法》第6条）针对的对象是国内犯，而其他三个原则是针对国外犯罪的，属地原则处于基础性地位；（2）属地原则之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）属地原则之“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；（但注意第6条第2款之规定是没有包括“国际列车”的，如果在国际列车上犯罪，大家可以参照最高法院《刑诉解释》第10条之规定处理）（4）属人原则（第7条）是针对我国公民在国外犯罪的情形，可以借鉴刑事诉讼法关于未成年人犯罪的是否公开审理的规定，应表述为：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；（即原则上都适用我国刑法，但犯轻罪的——法定最高刑为3年以下，可以不予追究）（5）保护原则（第8条）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；（最后一个大标题里讲）（6）普遍原则（第9条）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，对于国际犯罪应根据国际法知识来确认。

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（第12条第2款之规定）。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。

关于未成年人刑事责任部分，应注意以下问题：(1) 已满 14 周岁不满 16 周岁的人，应当负刑事责任的范围：八种犯罪十种情况，（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，前者包括故意致人重伤与故意伤害而致人死亡，而不包括轻伤。后者包括强奸妇女与奸淫幼女两种情形；(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 款等规定的抢劫罪；(3) 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，对基本性质相同，危害程度相等的走私、制造、运输毒品的行为（《刑法》第 347 条）则不负刑事责任。与这一特征极为类似的还有《刑法》第 114 条所规定的几种以危险方法危害公共安全的犯罪行为中，仅规定对放火、爆炸、投毒承担刑事责任，而对决水，以其他危险方法危害公共安全的行为则不负刑事责任。(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，杀害被绑架人的，应负刑事责任，但定性为故意杀人罪；(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：一是应当从轻或减轻处罚；二是不适用死刑（包括死缓）。(7) 注意，这里存在一个保安措施问题，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；其次在必要的时候也可以由政府收容教养。

关于单位犯罪，掌握第30~31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9月28日的《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6月18日的《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》之基本内容：（1）构成单位犯罪的“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) 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，同时对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。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。(第 137 条的工程重大安全事故罪、第 244 条的强迫职工劳动罪) 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；(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》的规定，对单位犯罪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。

4. 主观方面——故意、(《刑法》第 14 条) 过失 (《刑法》第 15 条) 以及意外事件 (《刑法》第 16 条)。

关于本部分的知识点，虽然很重要，但不是仅仅从法条就可以领会的，不是串讲所能完成的，需要研读刑法学指定教材。

5. 阻却犯罪成立的事由——正当防卫 (《刑法》第 20 条) 与紧急避险 (《刑法》第 21 条)。

关于正当防卫，应当注意这样几点：(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。二者的差异点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”之规定，注意其实为没有防卫限度之要求的正当防卫，但适用条件有更严格的限制：1) 起因条件仅限于危及人身安全的暴力犯罪；2) 防卫行为保护的利益仅限人身安全而不包括其他合法权益；3) “行凶”应理解为故意重伤以上的伤害行为。(3) 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，定性上应根据行为人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”。

关于紧急避险，应注意以下几个问题：(1) 同正当防卫一样，紧急避险不仅仅是为保护行为人为本人的利益，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。(2) 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。(3) 注意紧急避险不要与正当防卫的内容相混淆，二者区别的关键点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。

三大犯罪形态	{	未完成形态——故意犯罪的停止形态 (《刑法》第 22~24 条)
		共同形态——共同犯罪问题 (《刑法》第 25~29 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相对应

对于三大犯罪形态，都属于理论性较强的知识点，准确掌握不仅仅在于法条的熟练程度，更需要有一定的理论基础积淀，但鉴于其重要性程度，在法条串讲中还是要结合刑法学理论，予以详细分析。

6. 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，应着重从以下几点把握：

（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（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，二者区别的关键点在于“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236条强奸罪的着手实行行为就是对被害妇女实施暴力、威胁等手段，以达到强行奸淫的目的。可以这样认为，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。

（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）值得注意的是，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，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。（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既遂，不存在中止犯罪的时空条件，因而不属于犯罪中止。）

（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所在。

（6）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。

（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较为特殊，其一，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；其二，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；其三，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。

7. 共同形态——犯罪集团与主犯（《刑法》第26条）、从犯（《刑法》第27条）、胁从犯（《刑法》第28条）、教唆犯（《刑法》第29条）。

（1）关于第25条的共同犯罪概念，本身不难理解，但注意有一个司法解释的规定对共犯原则有一个小小的例外，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—个特例。

(2) 关于第 26 条的犯罪集团与主犯问题，应注意这样几点：一是注意犯罪集团的特征：人数：3 人以上；目的与行为：共同实施犯罪；组织：较为固定；二是主犯的几种形式：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（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）；三是主犯与首要分子的关系，（首要分子的范围根据《刑法》第 97 条确定）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。

对此，可用右图表示：

大圆圈表示主犯

小圆圈表示首要分子

阴影部分表示不属于主犯的首要分子



四是主犯的刑事责任，本条第 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。

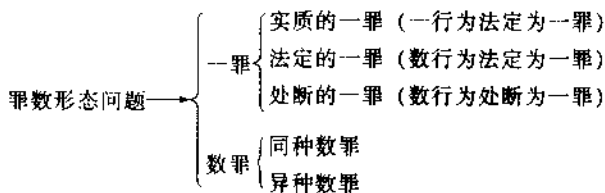
(3) 关于第 27 条的从犯，注意从犯的作用或者是起辅助作用的，或者是起次要作用的。前者即帮助犯，后者即次要的实行犯，可见实行犯也并非一律是主犯，也有属于从犯的可能的；（主要看作用是否为次要的）再者注意从犯的处罚原则，是“应当从轻、减轻或者免除处罚”，这一点也很重要，很多案例分析题中涉及共犯关系时常问“如何处罚”，实际上就是要求在先分析是主犯还是从犯，然后再回答处罚原则。（注意，主犯本身并不属于从重处罚的法定情节，而仅应按照其所参与或组织、指挥的全部犯罪处罚即可，这一点不同于 1979 年刑法的规定）

(4) 关于第 28 条的胁从犯，注意这样几点：一是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，这是 1997 年刑法对 1979 年刑法的修改；二是被胁迫参加犯罪的并非完全丧失意志自由，仅是不完全自愿地、而尚有选择的自由，否则，可以认定为不可抗力或者紧急避险而不负刑事责任；三是胁从犯的处罚原则，是“应当减轻或者免除处罚”。

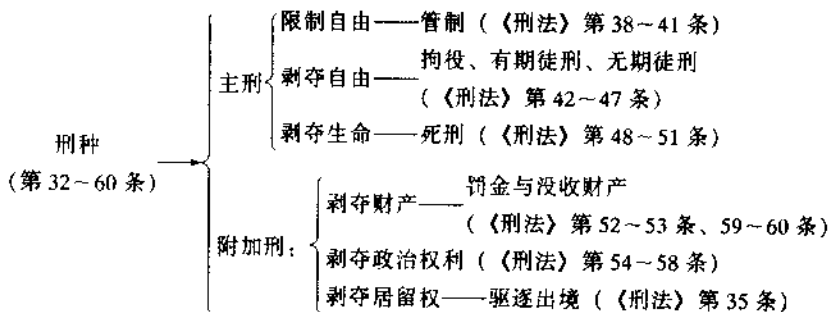
(5) 关于第 29 条的教唆犯，是一个重点、难点问题。对此应注意以下几点：一是教唆犯在共同犯罪中既可能是（实践中常常认定为）主犯，也有可能是从犯，但不可能是胁从犯；二是注意教唆未遂的情形既包括被教唆者并没有接受其教唆之犯罪意图，也包括被教唆者虽然接受了其教唆之罪，但在具体实施教唆之罪过程，没有得逞或自动放弃的（可见，这种情形下，被教唆者可能属于预备犯、未遂犯或中止犯而教唆者则仅成立未遂）；三是教唆犯的刑事责任的确定：一方面要确定他在共同犯罪中所起的作用（主犯还是从犯）；另一方面还要考虑有无从重或从宽处罚的因素：如果教唆的对象是不满 18 周岁的人的，应当从重处罚；如果属于教唆未遂的，则可以从轻或减轻处罚；四是注意《刑法》第 295 条的传授犯罪方法罪与教唆罪的区别：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，至于是否有唆使他人去实施犯罪的目的在所不问，再者，

传授犯罪方法的行为有其独立的罪名与法定刑。

8. 罪数形态——属于理论上的犯罪形态问题，并无直接的法条内容相对应，这里仅给出关系图：



以上八个方面都属于刑法总则部分“犯罪论”的归纳，需要说明的是犯罪论问题仅看法条远远不够，如果要想取得较好的成绩，还需要基本理论上的准备，如研读教材甚至大学本科的权威教科书。这一点与下面所要讲的“刑罚论”复习方法上应有所不同，刑罚论部分的知识点基本集中在《刑法》第32~89条中，只要对法条内容搞准确，法条关系理顺基本上足以对付这种类型的考试。



9. 主刑问题。关于主刑，应注意以下几点：

(1) 在五种主刑中，其中，管制、拘役、有期徒刑和无期徒刑都是针对人身自由的。大家可以从刑期、执行机关、执行内容等方面予以列表比较共性与差异。如管制犯在劳动中应当同工同酬；而拘役犯则是给予酌量报酬。再如执行前的羁押期间问题：管制犯是羁押一日折抵刑期二日，拘役犯与有期徒刑犯则仅折抵一日，而无期徒刑犯则不存在折抵问题。

(2) 关于死刑，首先注意死刑适用的禁止性对象——不满18周岁的人和怀孕的妇女。不满18周岁是以犯罪时为准的，而不是以审判时为准；“怀孕的妇女”是以审判的时候为准的，而不是犯罪的时候。“审判的时候”具体是指从羁押到执行的整个刑事诉讼过程，而不仅仅是指法院审理阶段；“怀孕的妇女”还包括被实施人工流产的妇女，根据1998年8月4日最高人民法院《关于对怀孕的妇女在羁押期间自然流产审判时是否适用死刑问题的批复》，怀孕的妇女因涉嫌犯罪在羁押期间自然流产后，又因同一事实被起诉、交付审判的，应当视为“审判的时候怀孕的妇女”，依法不适用死刑；其次，注意死刑与死刑缓期2年执行的关系，死刑缓期2年执行不是一个独立的刑种，而是一个运用死刑的刑罚制度，其适用的前提是罪犯被判处死刑的情况下，才有适用的可能性，也就是说死刑是死缓的前提条件；第三，关于死刑核准权问题。死刑除由最高人民法院判决的外，都应当报最高人民法院核准，这里“死刑”特指的是“死刑立即执行”的情况，因为被判死刑缓期执行的各高级人民法院有权直接复核，无须再上报；第四，死刑核准权下放的问题。修订后的《刑事诉讼法》、《刑法》虽然都原则上规定死刑应由最高人民法院核准，但在此之前最高人民法院根据全国人大常委会

会的有关规定以及《人民法院组织法》而授权高级人民法院核准部分死刑案件的规定在实践中目前仍然有效：即对杀人、强奸、抢劫、爆炸以及其他严重危害公共安全，而依法被判死刑的案件，可以由各地高级人民法院复核，但对于危害国家安全、经济犯罪、贪污贿赂犯罪而被判死刑的案件仍然上报到最高人民法院，由其复核。此外，90年代后，针对毒品犯罪严重的情况，最高人民法院又先后授权云南、广东、广西、贵州、甘肃的高级人民法院对毒品案件的死刑有权复核。（实为《刑法》第347条规定的走私、制造、贩卖、运输毒品罪案件）

（3）关于死缓的法律后果问题，有三种可能：一是执行死刑；二是减为无期徒刑；三是减为有期徒刑。三种后果各自必须具备的相应条件：首先，执行死刑的条件是在2年执行期间故意犯罪，查证属实，并经最高人民法院核准。注意这里要求是故意犯罪而非一般的犯新罪，也就是说虽然在2年期间又犯了新罪，但为过失犯罪的，仍不能立即执行死刑；其次，减为无期徒刑的条件：2年期内没有故意犯罪，即使有一般的违法行为甚至是过失犯罪行为而非故意犯罪的，也应当减为无期徒刑；第三，减为有期徒刑的条件是：2年期间不但没有故意犯罪反而有重大立功的，需要注意的是减为有期徒刑是有一定期限范围的，即15年以上20年以下的幅度内，“重大立功”应当参照《刑法》第78条之规定的几个法定情形；最后注意如果因故意犯罪而核准死刑立即执行的不需要必须等到2年期满，原则上发现故意犯罪并查证属实的即可报请核准执行。而减为无期徒刑与有期徒刑则不然，需要等到2年执行期满之后才可以依法减处。

10. 附加刑问题。

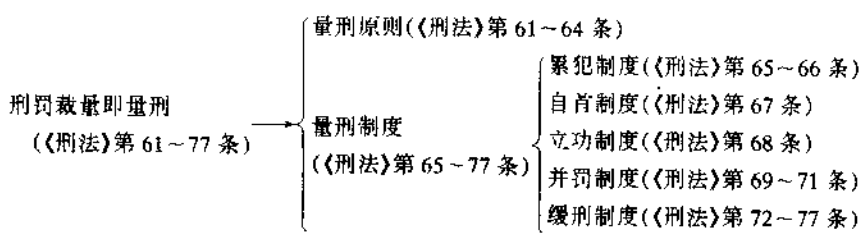
（1）刑法规定的附加刑有四种。大家可能非常熟悉罚金、没收财产、剥夺政治权利这3种，而常常忽视《刑法》第35条规定的另外一种特殊的附加刑——驱逐出境，即以剥夺居留权为内容的附加刑，其适用仅仅限于犯罪的外国人。

（2）关于罚金刑，注意这样几点：一是罚金刑最低数额，根据2000年11月25日最高法院《关于适用财产刑若干问题的规定》，原则上不能少于1000元，未成年人犯罪时最低数额不少于500元；二是减免缴纳罚金的条件是客观方面的原因而非主观方面的原因：即为行为人遭遇了不能抗拒的灾祸缴纳确实有困难的情形，可见这不同于《刑法》第78条规定的减刑条件；三是随时追缴罚金是没有时间限制的，即法院在任何时候只要发现被执行人有可以执行的财产就应随时追缴（强制缴纳）。

（3）关于没收财产刑，注意这样几点：一是没收财产的范围仅限于犯罪分子个人所有的合法财产，这不同于罚金，后者并没有限制范围；二是没收全部财产时，应当遵循人道主义原则，必须要为犯罪分子个人及其扶养的家属保留必需的生活费用，故对于本属犯罪分子家属所有或者应有的财产不在没收的范围之内；三是用没收的财产偿还罪犯债务有三个条件：1）该债务是在没收财产以前犯罪分子所负的正当债务；2）需要以没收的财产偿还；3）经债权人请求。可见法律并未赋予司法机关批准是否偿还的权利；四是注意如果一人犯数罪而同时被处罚金和没收财产时，这两种同是附加刑的财产性刑罚的并罚方法。根据上述《关于适用财产刑若干问题的规定》第3条第2款，关键要看没收财产刑是部分没收还是全部没收，如果是没收部分财产的，二者应采取并科原则，如果是没收全部财产的，则采取吸收原则，即仅执行没收财产刑即可。

4）关于剥夺政治权利刑，注意这样几点：一是对剥夺政治权利刑的4项内容（《刑法》第54条），不要混淆第3项与第4项：被剥夺政治权利者不能担任国家机关的职务，（既包

括领导职务，也包括一般职务）而不能担任国有公司、企业、事业单位和人民团体的职务仅限于领导职务而不包括一般职务；二是剥夺政治权利的刑期，依法有4种情形：1）单独适用或者主刑为拘役、有期徒刑时，其刑期是1年以上5年以下，这是一般形态；2）主刑为管制时，其刑期与管制之刑期一致，即为3个月以上2年以下，当管制是在数罪并罚的情况下，最长刑期可达3年以下；3）主刑为无期徒刑或死刑时，刑期为终身；4）当作为主刑的无期徒刑或死刑（死刑缓期执行）被依法减为有期徒刑时，附加剥夺政治权利的刑期为3年以上10年以下。三是注意附加剥夺政治权利刑期在不同情形下的起算方式：1）附加于死刑、无期徒刑时，不存在刑期起算问题；2）而附加于有期徒刑、（包括原判为死缓或无期徒刑依法被改为有期徒刑的）拘役时，其刑期从有期徒刑或拘役被执行完毕之日起算，（注意：在有期徒刑、拘役执行期间，政治权利依然被剥夺，但不计算在剥夺政治权利刑期限之内）如果主刑在执行期间被假释的，剥夺政治权利刑期应从假释之日起算；3）附加于管制刑的，与管刑同时执行同时计算刑期，也就是说，此时的剥夺政治权利刑期应从判决执行之日起计算（第41条）。



11. 量刑制度。

(1) 关于累犯制度，注意这样几点：一是第65条的一般累犯与第66条的特别累犯的区别，特别累犯没有刑度条件与时间条件的限制，但犯罪性质是特定的、一致的即仅限于前后两罪均为危害国家安全的犯罪行为，对此不应混淆；二是一般累犯构成条件有三：1) 主观条件，前后两罪都是故意犯罪；2) 刑度条件，前后两罪都是或者应当是有期徒刑以上刑罚的犯罪；3) 时间条件，后罪发生在前罪的刑罚执行完毕或赦免以后5年之内。三是关于累犯成立的时间条件，有两点需要注意，一是如果前罪因适用假释而执行完毕的，5年的期间应当从假释期满之日起计算而非假释之日；二是根据最高人民法院1997年9月25日《关于适用刑法时间效力规定的若干问题的解释》第3条之规定：在1997年9月30日前所犯之前罪被判处的刑罚已经执行完毕或者赦免，在1997年10月1日之后又犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的，是否构成累犯，适用1997年《刑法》第65条的规定，这表明，前后两罪跨越1997年10月1日新刑法实施之际的，是否构成累犯的时间条件是5年而非3年；四是累犯的法律后果有三：一应当从重处罚；二不能适用缓刑；三不能适用假释。

(2) 关于自首，应注意以下几个问题：1) 自首包括一般自首与特别自首，本条第1款规定的为一般自首，第2款规定的是特别自首，二者的构成条件有所不同。一般自首成立的条件一是“自动投案”，二是“如实供述自己的罪行”。在一些特定情况下如何认定“自动投案”与“如实供述自己的罪行”应参照1998年4月6日最高法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第1条的规定，如犯罪嫌疑人自动投案并如实供述自己的罪行后又翻供的，不能认定为自首；但在一审判决前又能如实供述的则仍视为自首。2) 特别自首“特别”之处在于主体必须是依法被采取强制措施犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪

犯等三种人，因其人身已经处于司法机关的控制之下，故不存在“自动投案”问题。特别自首者向司法机关“如实供述”的罪行必须是司法机关还未掌握的本人其他罪行，即自己实施的而司法机关尚未掌握或者不知道、不了解的罪行以及其所供述的罪行在犯罪性质或罪名上与司法机关已经掌握的罪行不同。如果其供述的罪行与已被掌握的罪行属同种的，虽然可以酌情从轻，但不属于自首。3) 自首者的处罚，依法具有层次性：第一层次即一般情况下，可以从轻或减轻处罚；第二层次是如果原来犯罪较轻，可以免除处罚；第三层次是如果犯罪后自首又有重大立功表现的，应当减轻或者免除处罚。

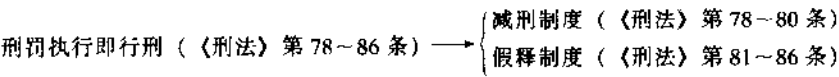
(3) 关于立功，应注意以下几个问题：1) 立功有一般立功和重大立功之分，因此处罚的原则有所不同，重大立功的标准，应当以《司法解释》第7条之规定，以因行为入立功表现而得以惩治的犯罪嫌疑人、被告人可能判处无期徒刑以上刑罚或该案件在本省、自治区、直辖市或者全国范围内有较大影响为标准；2) 立功者的处罚原则与自首一样具有相似的层次性：第一层次是一般立功的，可以从轻或者减轻处罚；第二层次是重大立功的，可以减轻或者免除处罚；第三层次是犯罪后自首又有重大立功的，应当减轻或者免除处罚。

(4) 关于并罚制度：一是注意数罪并罚原则（方法）——并科原则、限制加重原则和吸收原则不同的适用情形：吸收原则适用于判处死刑或无期徒刑以及没收全部财产刑与罚金刑同时存在时，限制加重原则适用于数罪的刑罚为有期徒刑、拘役、管制时，并科原则适用于判有附加刑时；二是对于判决宣告后刑罚执行期间的并罚方法，第70~71条作了规定，分别适用“先并（加）后减”与“先减后并（加）”的方法，这两种方法区别点在于看在刑罚执行期间所发现犯罪是漏罪还是新罪，如果是漏罪，（即在判决宣告以前实施而未被判决的犯罪）应适“先并后减”的并罚方法；如果是新罪，（即在判决宣告以后刑罚执行期间所犯的罪行）应该适用“先减后并”的并罚方法。

(5) 关于缓刑制度，应注意以下几点：1) 被宣告缓刑的犯罪分子，如果遵守有关规定，考验期满后就不再执行原判刑罚，但注意的是这仅是针对主刑而言，如果犯罪分子同时被判附加刑的，则附加刑并不因此而免除，而是依法“仍须执行”；2) 缓刑的考验期限可否缩短，（即缓刑犯可否减刑）以及减刑的条件是什么，应根据最高法院1997年10月28日《关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》第5条之规定：一般不适用减刑，但在考验期间有重大立功表现的也可以减刑，并相应缩短缓刑考验期限^①；3) 撤销缓刑的法定情形有三：一是在缓刑考验期限内再犯新罪；二是在缓刑考验期内发现漏罪；三是违反法律法规等监督管理规定，情节严重的。前二种情形不仅要撤销缓刑，而且还应进行数罪并罚；后一种情况直接撤销缓刑，执行原判刑罚。注意只要在考验期限内犯新罪，不论是否在考验期限内被发现，都应撤销缓刑，但发现的新罪是否应处罚，（这是并罚的前提）应遵循第87条关于追诉时效的要求。而对于漏罪，原则上应仅限于在考验期内发现的，才可撤销缓刑。应当说，缓刑的撤销问题一者与假释的撤销基本完全一致；二者撤销问题涉及数罪并罚及计算问题；三者并罚时还常常涉及追诉时效问题，所以具有相当的综合性，也比较容易

^① 今年律考指定教材第85页第二节减刑制度关于第二个标题“减刑制度”第（一）小标题“前提条件”中，在讲到被宣告缓刑的犯罪分子可否减刑的问题时，说“如果在缓刑考验期限内确有突出悔改或立功表现的，可以参照《刑法》第78条的规定予以减刑”，这里关于缓刑的减刑条件之表述应当说是有所失误的，一者这样直接将缓刑犯的减刑等同于第78条的一般减刑，理论上有所不妥，二者最关键的是直接与上述有普遍效力的刑事司法解释相冲突。

设计试题，值得重视。



12. 行刑制度。

关于刑法总则规定的行刑制度，主要是减刑制度与假释制度，对此，应把握以下几点：

（1）减刑分为一般减刑（或称“可以”减刑）与应当减刑，（或称绝对减刑）二者适用的关键条件（或称实质条件）有所不同，所减刑期幅度也不同，“可以”减刑的实质条件是在行刑期间认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现或者有立功表现，犯罪分子只要具备“悔改表现”与“立功表现”之一者，即可以减刑，而并不要求二者必须同时具备。“应当”减刑的实质条件是具有“重大立功表现”。

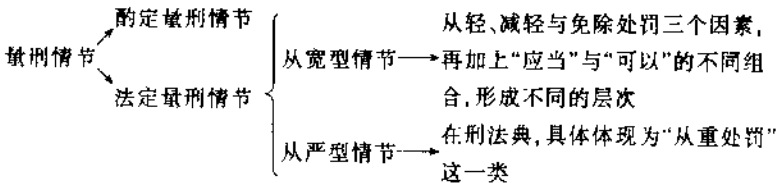
（2）关于减刑的限度，无期徒刑犯减刑后实际执行的刑期不能少于10年，有期徒刑犯、拘役犯、管制犯不能少于原判刑期的1/2，另根据最高人民法院1997年10月28日《关于办理减刑、假释案件具体适用法律若干问题的规定》第9条第2款之规定，死缓犯则不少于14年。（包括两年考验期限在内）对假释适用而言，无期徒刑犯实际执行10年以上、有期徒刑犯实际执行原判刑期1/2以上者，方可适用假释，但具有特殊情况的，也可以不受该最低实际执行期限限制，但必须报最高人民法院核准。如果原判为死刑缓期执行的罪犯，减为无期徒刑或有期徒刑后，依法适用假释时，实际执行的最低刑期应根据上述最高法院法的《规定》第15条之要求，为14年（包括两年考验期限在内）。

（3）对犯罪分子的减刑，执行机关行使减刑建议权，而由人民法院行使减刑决定权，且只有中级以上人民法院才有审理减刑案件的管辖权，并以合议庭的形式进行审理。关于减刑案件的审理权限划分，最高人民法院1998年6月29日《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称高法《刑诉解释》）第362条作了十分明确的规定，即死缓犯、无期徒刑犯的减刑，应当由罪犯服刑地的高级人民法院审理；而有期徒刑犯、拘役犯、管制犯、缓刑犯的减刑，则应由服刑地的中级人民法院审理。假释的适用程序同上述规定完全相同。

（4）关于假释适用的对象条件，仅适用于无期徒刑犯与有期徒刑犯（包括原判为死刑缓期执行2年后被减为无期徒刑或有期徒刑者），但有两个禁止性的对象：一是累犯，二是因杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力性犯罪而被判处10年以上有期徒刑、无期徒刑的罪犯。但对于1997年9月30日以前犯罪、1997年10月1日以后仍在服刑的累犯以及因杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力性犯罪被判处10年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，可否适用假释，根据最高法院1997年9月25日《关于适用刑法时间效力规定若干问题的解释》第8条之规定，可以适用假释。

（5）假释的撤销问题，同缓刑的撤销之操作方式几乎是完全一样的。

二、法定量刑情节的归纳（主要限于总则）



刑法典中的量刑情节可作上述分类，当然法定情节也可以分为总则性的与分则性的，应当型的与可以型的等，相比而言，总则性的、应当型的法定量刑情节重要性更大一些。

(一) **从宽处罚情节** (顺序的意义：就有利于被告人而言是从趋轻至趋重，从宽的程度是由大到小)

1. 应当减轻或者免除处罚的有：(《刑法》第 20, 21, 24 条)

(1) 防卫过当 (第 20 条)；

(2) 避险过当 (第 21 条)；

(3) 犯罪中止 (第 24 条)；

(4) 自首后又有重大立功的 (《刑法》第 68 条第 2 款)；

(5) 胁从犯 (《刑法》第 28 条)。

2. 应当从轻、减轻或者免除处罚的：

从犯 (《刑法》第 27 条第 2 款)。

3. 应当从轻或者减轻处罚的：

已满 14 周岁不满 18 周岁的人犯罪 (《刑法》第 17 条第 3 款)。

4. 可以免除处罚的：

(1) 犯罪较轻而且自首 (《刑法》第 67 条)；

(2) 非法种植毒品原植物在收获前自动铲除的 (《刑法》第 351 条第 3 款)。

5. 可以减轻或者免除处罚的：

(1) 在国外犯罪，虽然受本法追究，但在外国已经受过刑罚处罚的 (《刑法》第 10 条)——首先考虑的是免除，其次才是减轻，这一点即选择的倾向上与后面几点不同；

(2) 有重大立功的 (《刑法》第 68 条)；

(3) 在被追诉前主动交代向公司企业人员行贿行为的 (《刑法》第 164 条第 3 款)；

(4) 个人贪污或者受贿数额在 5 000 元以上不满 1 万元，犯罪后有悔改表现，积极退赃的 (第 383 条)；

(5) 在被追诉前主动交代向国家工作人员行贿行为的 (《刑法》第 390 条第 3 款)；

(6) 在被追诉前主动交代介绍贿赂行为的 (《刑法》第 392 条第 3 款)。

6. 可以从轻、减轻或者免除处罚的：

(1) 又聋又哑的人或者盲人犯罪 (《刑法》第 19 条)；

(2) 犯罪预备 (《刑法》第 22 条)。

7. 可以从轻或者减轻处罚的：

(1) 尚未完全丧失辨认能力或者控制能力的精神病人犯罪的 (《刑法》第 18 条第 3 款)；

(2) 犯罪未遂 (《刑法》第 23 条第 2 款)；

(3) 被教唆的人没有犯教唆之罪的，即教唆未遂的 (《刑法》第 29 条第 2 款)；

(4) 犯罪后自首的 (《刑法》第 67 条)；

(5) 犯罪后有立功表现的 (《刑法》第 68 条第 1 款)。

(二) **从严处罚情节** (现行刑法中，这一趋向性情节仅有从重处罚情节，而无加重情节)

1. 总则部分——总则性仅仅有两个，但十分重要：一是教唆不满 18 周岁的人犯罪 (《刑法》第 29 条第 1 款)；二是累犯 (《刑法》第 65 条)。

2. 分则部分——分则性的很多，根据指定用书的统计 (P72)，多达 32 个；其中，值得

提醒大家注意的是《刑法》第356条所规定的特别再犯制度。

三、刑罚(刑期)计算问题的归纳

刑罚期限的起算问题比较细、刑法典规定的十分明确,但也很容易出错、相互混淆。这里着重强调管制、拘役、有期徒刑、死缓、附加剥夺政治权利刑、缓刑考验期、假释考验期、无期徒刑减刑、追诉时效计算等问题。

1. 管制、拘役、有期徒刑的刑期,计算起点是一样的,即都是从判决执行之日起计算(分别是《刑法》第41、44、47条规定),注意不要混淆为判决确定之日起。(“判决执行之日”与“判决确定之日”是有严格区别的,因为判决确定之后,还有一个交付执行与监狱等刑罚执行机关的收监执行问题,中间尚有一段时间间隔。)

2. 死刑缓期执行的2年考验期限与缓刑的考验期限,计算起点是一样的,都是从判决确定之日起计算(《刑法》第51、73条),不要混淆为执行之日起(这一点正好与上述管制等刑期起算点相反)。

3. 死缓减为有期徒刑的,有期徒刑的刑期,从死刑缓期执行期满之日起计算即2年考验期满的次日就应开始计算所减的有期徒刑之期限,而不要混淆为减刑裁定之日起(第51条)。

4. 附加剥夺政治权利在有计算意义的情况下(即主刑不是死刑或者无期徒刑、以及附加与管制的也无计算的意义),从徒刑、拘役执行完毕之日或者假释之日起计算剥夺政治权利的期限(第58条),不要混淆为假释期满之日起计算(刑法典中有一个地方是从假释期满之日起计算的,即第65条第2款关于构成累犯的前后两罪时间间隔)。

5. 假释考验期限,从假释之日起计算(第83条),不要混淆为假释决定之日起。

6. 无期徒刑减为有期徒刑的,刑期从裁定减刑之日起计算(第80条,当然此种情形下无期徒刑判决之前先期羁押的也不存在折抵问题)。

7. 追诉时效的期限从犯罪之日起计算,不要混淆为犯罪既遂之日起计算,如果犯罪行为有连续或者继续状态的,从犯罪行为终了之日起计算(第89条)(同样的道理,在追诉期限内又犯罪的,前罪追诉的期限计算问题也是如此)。

四、数额犯问题

所谓数额犯,就是指需要以一定的数额或数量作为具体犯罪的构成要件的犯罪行为。刑法典中很多法条都规定某一违法行为成立犯罪,都要求数额(量)较大等,还有因数额较大、数额巨大、数额特别巨大的不同而导致适用不同的量刑幅度,一般说来,在这种考试中要求大家掌握的仅限于刑法典明确规定的量刑起点是多少,即涉及罪与非罪的界限问题,故很重要。而对一些司法解释中所规定确定不同法定刑档次的数额(量)较大、巨大、特别巨大标准不要求必须掌握,那是法官在具体定罪量刑时才要考虑的;但对于常见多发性罪行的数额问题还是需要记忆的,如盗窃罪,因盗窃的数额不同,决定了不同的法定刑幅度,从而影响追诉时效的选择,这尤其在案例分析题时体现的更为明显。

这里仅归纳立法上以及司法解释中比较重要的影响定罪与否的数额问题(即所谓的“起刑点”问题),如生产销售伪劣产品罪、走私普通货物罪、偷税罪、逃避欠缴税款罪、盗窃罪、非法持有毒品罪、非法种植毒品原植物罪、贪污罪、受贿罪、挪用公款罪等数额标准:

1. 生产销售伪劣产品罪——销售金额在5万元以上（《刑法》第140条），同时，注意根据2001年4月9日最高法院、最高检察院发布的《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条第2款规定：伪劣产品尚未销售，但货值金额达到《刑法》第140条规定的销售金额3倍以上的，以生产、销售伪劣产品罪（未遂）定罪处罚；

2. 走私普通货物、物品罪——偷逃应缴税额5万元以上（《刑法》第153条，注意：《刑法》第151~152条等规定的走私武器、弹药、珍贵文物、淫秽物品等违禁品的走私犯罪原则上是没有数额限制的）；

3. 偷税罪——偷税数额占应缴税额的10%以上且偷税税额在1万元以上的，或者因偷税被税务机关两次以上行政处罚而又偷税的（《刑法》第201条）；

4. 逃缴欠税罪——欠缴税额达1万元以上的（《刑法》第203条）；

5. 盗窃罪——根据1997年11月最高法院《关于盗窃案件的司法解释》盗窃数额较大或者多次盗窃两种情形：数额较大以500元~2000元为起点、数额巨大以5000元~2万元为起点、数额特别巨大以3万~10万元为起点；（不同的数额可能涉及追诉时效的不同）多次盗窃的含义是指1年内入户盗窃或在公共场所扒窃2次以上；

6. 非法持有毒品罪——鸦片200克、海洛因、冰毒10克以上（《刑法》第348条）；注意：第347条规定的走私、贩卖、运输、制造毒品罪，无论毒品的数量多少，都构成犯罪，另外注意根据第357条规定，毒品犯罪中毒品是不以纯度折算的；

7. 非法种植毒品原植物罪——种植罂粟500株以上（《刑法》第351条）；

8. 贪污罪、受贿罪——个人贪污、受贿数额在5000元以上；或者虽然不满5000元但情节较重的也可构成犯罪，而因贪污、受贿判处死刑的要求个人贪污、受贿数额在10万元以上（《刑法》第383条）；

9. 挪用公款罪——三种行为方式中，“进行非法活动”以5000元至1万元为起点，而另外两种方式以1万元为起点（最高法院1998年4月6日《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》）。

五、分则条文中带有绝对性刑种的罪名

我国刑法典中，采取的是相对确定的法定刑主义，但也有极少数罪名在特定情形下采取了绝对确定的法定刑主义，而且是特指死刑。由于死刑本身就是一个理论研讨与考查中的热点问题，那么，这种立法模式就应引起大家的关注。这种情形总体上是非常少见的，在数罪并罚中计算并罚后得出总和刑期并决定最终刑罚时具有决定性的意义（即并罚制度中的吸收原则的运用），现行刑法典中有以下几处：

1. 劫持航空器而致人重伤、死亡或者航空器严重破坏的（《刑法》第121条）；

2. 绑架罪杀害被绑架人或者致其死亡的（《刑法》第239条第1款）；

3. 拐卖妇女、儿童罪，属于8种法定加重构成情形而且情节特别严重的（《刑法》第240条）；

4. 暴动越狱罪、聚众持械劫狱罪的首要分子或者积极参加者、情节特别严重的（《刑法》第317条第2款）；

5. 贪污罪、受贿罪，个人贪污、受贿数额达10万元以上、情节特别严重的（《刑法》第385条）；

注意，上述5种立法情形中，前两种应当说是更重要一些，因为此时的死刑是绝对确定的、是硬性的（当然，仍然要遵循第49条的规定），而后3种情形中，死刑的选择尚有一定的弹性（因情节是否属于特别严重尚需要主观判断）。

六、转化犯情形

所谓转化犯即行为人实施某一较轻的犯罪行为时，因具有特定情形而使其行为性质发生了变化，转化为较重之罪，不以原行为性质定罪也不实行数罪并罚。转化犯既是刑事立法的特例，也有其理论依据，而且与结果加重犯似乎有些相似，正是基于这种特性，转化犯为近些年来司法资格统一考试所青睐。这里所列举的转化犯情形是刑法分则条文所明确规定的，对于转化犯，应当特别注意转化的条件问题。

1. **非法拘禁罪**→故意伤害、故意杀人罪（在非法拘禁犯罪行为过程中，行为人使用暴力致人伤残、死亡的，则使原本较轻的非法拘禁行为转化性质严重的故意伤害、故意杀人行为，参见《刑法》第238条第3款规定）。

2. **收买被拐卖的妇女、儿童罪**→拐卖妇女、儿童罪（条件是收买后又出卖的情形，《刑法》第241条第5款）。

3. **妨害公务罪**→聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪（条件是以聚众的方式阻碍国家机关工作人员解救被收买的妇女、儿童，而且该转化仅仅针对首要分子，对该聚众犯罪的其他参加者则不都是转化问题，仍定妨害公务罪，参见《刑法》第242条第2款）。

4. **刑讯逼供罪、暴力取证罪**→故意伤害罪、故意杀人罪（条件是致人伤残、死亡的，当然从故意伤害罪、故意杀人罪的构成要件角度讲，这里的“致人伤残、死亡”要求行为人对伤残、死亡的后果主观上有所认识并持希望或放任的态度，参见《刑法》第247条）。

5. **虐待被监管人罪**→故意伤害、故意杀人罪（致人伤残、死亡的，转化的道理同上述刑讯逼供罪、暴力取证罪转化为故意伤害罪、故意杀人罪一样，参见《刑法》第248条）。

6. **私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪**→盗窃罪（条件是当邮政工作人员私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报而从中窃取财物时，也有观点认为是牵连关系，参见《刑法》第253条第2款）。

7. **抢夺罪**→抢劫罪（携带凶器抢夺的，《刑法》第267条第2款）。

8. **盗窃、诈骗、抢夺罪**→抢劫罪（实施盗窃、诈骗、抢夺犯罪行为之际，为窝藏赃物、抗拒抓捕或毁灭罪证而当场使用暴力或以暴力相威胁的。见《刑法》第269条）

9. **挪用特定款物罪**→挪用公款罪（挪用的虽然是第273条所规定的救济、救灾等7项特定款物，但归个人使用的，参见《刑法》第384条第2款）。

10. **聚众斗殴罪**→故意伤害罪、故意杀人罪（致人重伤、死亡的，转化的道理同前述刑讯逼供罪、暴力取证罪转化为故意伤害罪、故意杀人罪一样，参见《刑法》第292条第2款）

11. **非法组织卖血罪、强迫卖血罪**→故意伤害罪（造成他人伤害的，虽然转化的道理同前述刑讯逼供罪、暴力取证罪转化为故意伤害罪、故意杀人罪一致，但注意的是第333条第2款所规定的条件仅仅是“造成他人伤害”，而前述刑讯逼供罪、暴力取证罪、虐待被监管人罪、聚众斗殴罪等转化为故意伤害罪要求的是致人重伤或残疾）。

12. **非法提供麻醉药品、精神药品罪**→贩卖毒品罪（《刑法》第355条第1款规定，

非法提供麻醉药品、精神病药品罪转化为贩卖毒品罪有两种情形：一是行为人向走私、贩卖毒品的犯罪分子提供麻醉药品、精神病药品的；二是行为人为牟利而向吸食、注射毒品的人提供麻醉药品、精神病药品的。可见前者不要求是否有牟利之意，提供不论是否有偿均使原行为性质发生转化，而后者仅限于是有偿提供的）。

13. 挪用公款罪→贪污罪（根据最高法院1998年4月6日《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》第5条、第6条之规定，可以推断有两种情形发生转化：一是主观上不想退还即有能力退还而拒不退还的；二是携带挪用的公款潜逃的。可见，如果行为人是无力归还、即因客观原因不能退还的，仍定挪用公款罪，只不过根据该《解释》第5条以及《刑法》第384条第1款规定从重处罚罢了，而不能转化为贪污罪）。

七、包容犯情形

所谓包容犯，是指行为人在实施某一犯罪行为过程中，又实施了另一不同性质的罪行，但后者被前者包容、刑法明文规定不并罚而仅将后者作为前罪的加重处罚情形。

1. 绑架罪包容故意伤害罪、故意杀人罪（参见《刑法》第239条，行为人在实施绑架犯罪过程中，又使被绑架人死亡或者杀害被绑架人的，仍以绑架罪论处而且一般直接处以死刑，该杀害被绑架人的行为虽然足以符合故意杀人罪的犯罪构成，但依法对该行为不单独定罪评价，而作为绑架罪的加重构成情形，被绑架罪所包容；另外，既然杀害被绑架人的故意杀人行为无须单独定性而被绑架罪所包容、包含，那么故意伤害被绑架人的故意伤害行为也无须单独定性而被绑架罪所包容、包含）。

2. 拐卖妇女罪包容强奸罪（参见《刑法》第240条，行为人在实施拐卖妇女的犯罪行为过程中，又对被拐卖的妇女实施奸淫行为的，该奸淫行为不单独定罪，而作为拐卖妇女罪的加重构成，被其所包容）。

3. 拐卖妇女罪与引诱、强迫卖淫罪（见《刑法》第240条，行为人在实施拐卖妇女的犯罪行为过程中，又实施诱骗、强迫被拐卖的妇女卖淫或者将被拐卖的妇女卖给他人迫使其卖淫的行为，该引诱、强迫卖淫不单独定罪，而作为拐卖妇女罪的加重构成，被其所包容）。

4. 抢劫罪包容故意伤害罪、故意杀人罪（根据最高人民法院2001年5月22日《关于抢劫过程中故意杀人案件如何定罪问题的批复》的规定：行为人为劫取财物而预谋故意杀人，或者在劫取财物过程中，为制服被害人反抗而故意杀人的，以抢劫罪定罪处罚。即表明《刑法》第263条的“暴力”程度上可以达到致人死亡的程度，既然包含故意杀人的方法，那么故意伤害也必将包含在其中。此外，值得注意的是，如果行为人实施抢劫后，为灭口而故意杀人的，则应以抢劫罪和故意杀人罪定罪，实行数罪并罚）。

5. 组织他人偷运国边境罪包容妨害公务罪、非法拘禁罪（见《刑法》第318条，行为人在实施组织他人偷越国边境犯罪行为过程中，又实施剥夺、限制被组织人人身自由的，或者又以暴力、威胁方法抗拒检查的，对该非法拘禁行为或妨害公务行为不单独定罪，而作为组织他人偷越国边境罪的加重构成，被其所包容）。

6. 运送他人偷越国边境罪包容妨害公务罪（见《刑法》第321条第2款，行为人在实施运送他人偷越国边境犯罪行为过程中，又实施以暴力、威胁方法抗拒检查的，对该妨害公务行为不单独定罪，而作为运送他人偷越国边境罪的加重构成，被其所包容）。

7. 走私、贩卖、制造、运输毒品罪包容妨害公务罪（见《刑法》第347条，行为人在

“走私、贩卖、制造、运输毒品犯罪行为过程中，又以暴力抗拒检查、拘留、逮捕，情节严重的，对该妨害公务行为不单独定罪，而作为走私、贩卖、制造、运输毒品罪的加重构成，被其所包容）。

8. 组织卖淫罪、强迫卖淫罪包容强奸罪或奸淫幼女罪（见《刑法》第358条，行为人在实施组织卖淫、强迫卖淫犯罪行为过程中，以强奸的方式迫使妇女或幼女卖淫的，对该强奸行为不应单独定强奸罪或奸淫幼女罪，而作为组织卖淫罪、强迫卖淫罪的加重构成，被其包容）。

9. 组织卖淫罪包容强迫卖淫罪、引诱、容留卖淫罪（见《刑法》第358条，组织行为本身是一个复合行为，组织卖淫行为具体表现为多种行为方式，包括强迫他人卖淫、引诱、容留他人卖淫等，对这些行为都不应单独定罪，而作为组织卖淫行为的有机组成部分，也可以认为被组织卖淫罪所包容）。

八、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，即告诉才处理的犯罪。这类犯罪尚不完全等同于刑事诉讼中的自诉案件，根据《刑事诉讼法》第170条规定，自诉案件的范围远远大于告诉才处理的案件范围。在刑法典中，共计有4个法条5个罪名属于亲告罪，但同时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）。

1. 侮辱罪（见《刑法》第246条，但当侮辱行为严重危害社会秩序和国家利益的除外）；

2. 诽谤罪（见《刑法》第246条，但当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（见《刑法》第257条，但当该暴力行为导致被害人死亡的除外）；

4. 虐待罪（见《刑法》第260条，当虐待行为致被害人重伤、死亡的除外）；

5. 侵占罪（见《刑法》第270条）。

此外，还应注意《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）。

九、牵连犯的处断问题

关于牵连犯的问题，教材也讲了很多，对大家而言，最重要的莫过于具有牵连关系的两个犯罪行为如何处理的问题。这里仅结合刑事法条，归纳一下牵连犯的处断问题。综观刑法典以及相关刑事司法解释的规定，牵连犯的处断大致有以下三种模式：

1. 一般情形下牵连犯以“从（择）一重罪论处”为处断原则，典型的如第399条3款之规定，这是牵连犯处断的基本准则，尤其是法无明确规定的情形，都应如此。

2. 以法定的一罪论处，即虽然仍是以一罪论处，但该“一罪”是立法上明确规定的而不需要我们选择；典型的立法如：伪造货币并出售、运输的，直接以伪造货币罪定罪处罚（《刑法》第171条3款）；盗窃信用卡并使用的，直接以盗窃罪定罪处罚（《刑法》第196条3款）；中介组织人员提供虚假证明文件并收受他人财物的，直接以中介组织人员提供虚假