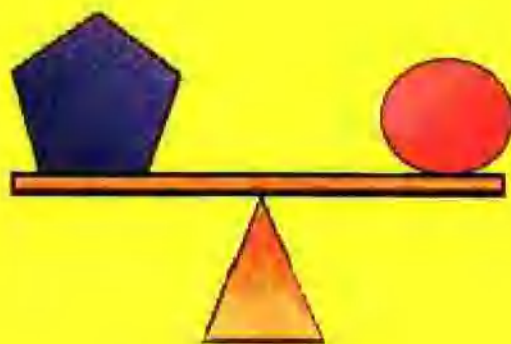


法律版

2005 年国家司法考试应试指导

常见错误分类精讲

北京万国学校/编



★辅导名师 准确提炼常见错误

★归纳分类 集中突破备考盲区

★精讲精析 快速提高解题能力

破解难题 完胜司考



法律出版社

2005 年国家司法考试应试指导

常见错误分类精讲

北京万国学校 编

本书编写分工如下：

刑法

袁登明 韩友谊

刑事诉讼法

房保国

行政法与行政诉讼法

季 宏

民法

于 飞 姚海放

民事诉讼法与仲裁制度

郑其斌

商法·经济法

李建伟 王小龙

国际法·国际私法·国际经济法

段庆喜 李 毅

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

常见错误分类精讲/北京万国学校编. —北京:
法律出版社, 2005. 3
(2005 年国家司法考试应试指导)
ISBN 7-5036-5393-0

I. 常… 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(2005)第 014484 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 睿

装帧设计/曹 铀 胡 欣

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/张宇东

开本/787×1092 毫米 1/16
版本/2005 年 3 月第 1 版

印张/19.75 字数/505 千
印次/2005 年 3 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

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律考试出版分社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/test@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939634

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5393-0/D·5110

定价:36.00 元

目 录

刑 法

一、刑法效力	(1)
(一)刑法的空间效力	(1)
(二)刑法的时间效力	(2)
二、犯罪主体要件	(2)
(一)未成年人犯罪	(2)
(二)单位犯罪	(3)
(三)国家工作人员	(4)
三、犯罪客观方面要件	(4)
(一)不作为犯罪	(4)
(二)犯罪结果	(5)
(三)刑法上的因果关系	(5)
四、犯罪主观方面要件	(6)
(一)犯罪故意	(6)
(二)刑法上的错误	(8)
五、排除犯罪性的行为	(9)
(一)正当防卫	(9)
(二)紧急避险	(12)
六、共同犯罪	(12)
(一)共同犯罪的成立	(12)
(二)共犯的认定和处罚	(14)
(三)教唆犯的认定和处罚	(15)
七、犯罪停止形态	(16)
(一)犯罪预备	(16)
(二)犯罪中止	(17)
(三)犯罪未遂	(18)
(四)共同犯罪的犯罪停止形态	(20)
八、罪数形态	(22)
(一)罪数形态的判断标准	(22)
(二)结果加重犯	(22)
(三)想象竞合犯	(24)
(四)牵连犯	(25)

九、刑罚裁量	(26)
(一)累犯	(26)
(二)自首和立功	(26)
(三)数罪并罚	(27)
十、刑罚执行	(29)
十一、刑法时效	(30)
十二、罪名和罪状	(31)
十三、危害公共安全罪	(31)
十四、破坏社会主义市场经济秩序罪	(36)
(一)生产销售伪劣商品罪	(36)
(二)走私罪	(37)
(三)破坏金融管理秩序罪	(37)
(四)其他问题	(39)
十五、侵犯公民人身权利罪	(40)
(一)故意杀人罪	(40)
(二)故意伤害罪	(41)
(三)强奸罪	(42)
(四)拐卖妇女罪	(43)
(五)其他问题	(44)
十六、侵犯公民财产权罪	(45)
(一)抢劫罪	(45)
(二)盗窃罪	(47)
(三)诈骗罪	(52)
(四)敲诈勒索罪	(53)
(五)其他问题	(55)
十七、妨害社会管理秩序罪	(55)
十八、贪污贿赂罪	(57)
(一)贪污罪	(57)
(二)受贿、行贿犯罪	(58)
(三)挪用公款罪	(61)
十九、渎职罪	(61)

刑事诉讼法

一、刑事诉讼基本原则	(63)
二、专门机关和诉讼参与人	(63)
三、管辖	(64)
四、辩护和代理	(66)
五、刑事证据	(67)
六、强制措施	(69)

七、附带民事诉讼	(71)
八、侦查	(72)
九、起诉	(73)
十、一审程序	(74)
十一、二审程序	(77)
十二、死刑复核程序	(79)
十三、审判监督程序	(81)
十四、执行	(83)

行政法与行政诉讼法

一、行政法理论	(85)
(一)行政主体	(85)
(二)行政行为	(86)
二、行政处罚法	(88)
(一)行政处罚的实施机关	(88)
(二)行政处罚的管辖和适用	(89)
(三)行政处罚的决定程序	(89)
(四)行政处罚的执行程序	(90)
三、行政复议法	(90)
(一)复议申请人、被申请人	(90)
(二)复议机关	(90)
(三)复议决定	(92)
四、行政诉讼法	(93)
(一)行政诉讼的受案范围	(93)
(二)行政诉讼的管辖	(93)
(三)行政诉讼参加人	(94)
(四)行政诉讼的起诉与受理	(97)
(五)行政诉讼的审理	(101)
(六)行政诉讼的判决	(101)
(七)行政诉讼的执行	(103)
五、国家赔偿法	(104)
(一)国家赔偿范围	(104)
(二)国家赔偿义务机关	(105)
(三)国家赔偿程序	(105)

民 法

一、民法基本理论	(107)
二、自然人	(108)

(一)民事行为能力	(108)
(二)监护	(109)
(三)宣告失踪	(109)
(四)宣告死亡	(110)
三、个人合伙	(111)
四、法人	(113)
五、民事法律行为	(115)
六、代理	(118)
七、物权	(119)
(一)物权法基础原理	(119)
(二)所有权	(121)
(三)共有	(123)
(四)善意取得	(124)
(五)遗失物	(126)
(六)添附	(126)
八、债法	(126)
(一)概述	(126)
(二)定金	(128)
(三)不当得利	(129)
(四)无因管理	(129)
九、合同法	(130)
(一)总则	(130)
(二)分则	(146)
十、人格权	(157)
十一、侵权行为	(158)
十二、担保法	(162)
(一)概述	(162)
(二)担保责任	(163)
(三)保证	(165)
(四)抵押	(165)
(五)质押	(166)
(六)留置权	(167)
十三、期间	(167)
十四、诉讼时效	(168)
十五、继承	(169)
(一)法定继承	(169)
(二)遗嘱继承	(171)
(三)遗赠	(171)
(四)遗产的处理	(171)
十六、婚姻、家庭	(172)

(一)夫妻财产.....	(172)
(二)非婚生子女.....	(174)
(三)抚养义务.....	(174)
(四)收养关系.....	(174)
十七、民事责任	(175)
十八、知识产权	(175)
(一)著作权.....	(175)
(二)商标法.....	(176)
(三)专利法.....	(179)

民事诉讼法与仲裁制度

一、民事诉讼基本理论	(181)
二、管辖	(182)
(一)管辖概述.....	(182)
(二)级别管辖.....	(182)
(三)地域管辖.....	(183)
(四)裁定管辖.....	(186)
三、回避	(186)
四、当事人	(187)
(一)当事人概述.....	(187)
(二)原告与被告.....	(187)
(三)共同诉讼.....	(188)
(四)第三人.....	(189)
五、诉讼代理人	(190)
六、民事证据	(190)
(一)证据概述.....	(190)
(二)证明责任.....	(192)
(三)证明程序.....	(192)
七、期间、送达.....	(194)
八、调解	(197)
九、财产保全和先予执行	(197)
十、对妨害民事诉讼的强制措施	(198)
十一、普通程序	(199)
(一)普通程序概述.....	(199)
(二)普通程序的基本阶段.....	(200)
(三)撤诉和缺席判决.....	(202)
(四)延期审理、诉讼中止和诉讼终结	(202)
(五)其他问题.....	(203)
十二、二审程序	(204)

十三、特别程序	(205)
十四、审判监督程序	(207)
十五、督促程序	(208)
十六、破产程序	(209)
十七、判决、裁定和决定	(210)
十八、执行程序	(211)
十九、涉外民事诉讼程序	(212)
二十、仲裁程序	(213)
(一)仲裁法概述	(213)
(二)仲裁协议	(214)
(三)仲裁程序	(216)
(四)仲裁裁决的撤销与不予执行	(217)

商 法

一、公司法	(219)
(一)综合	(219)
(二)有限责任公司	(228)
(三)国有独资公司	(229)
(四)股份有限公司	(231)
二、合伙企业法	(235)
(一)综合	(235)
(二)合伙企业事务执行	(238)
(三)入伙与退伙	(240)
三、个人独资企业法	(241)
四、外商投资企业法	(242)
(一)中外合资经营企业法	(242)
(二)外资企业法	(244)
五、票据法	(244)
(一)综合	(244)
(二)汇票	(245)
(三)票据权利	(248)
(四)票据丧失的补救	(249)
(五)支票与本票	(249)
六、保险法	(251)
(一)财产保险	(251)
(二)人身保险	(252)
(三)保险业法与保险原理	(255)
七、破产法	(257)
八、海商法	(257)

经 济 法

一、房地产与土地管理法	(258)
(一) 房地产法	(258)
(二) 土地管理法	(258)
二、税法	(259)
(一) 个人所得税法	(259)
(二) 税收征收管理法	(260)
三、消费者法	(260)
(一) 消费者权益保护法	(260)
(二) 产品质量法	(261)
四、竞争法	(261)
(一) 反不正当竞争法	(261)
(二) 招标投标法	(263)
五、证券法	(263)
六、劳动法	(268)

国 际 法

一、导论	(271)
二、主体	(271)
三、国际法律责任	(274)
四、国际法上的空间划分	(276)
(一) 领土	(276)
(二) 海洋法	(276)
(三) 国际航空法、外层空间法	(277)
五、国际法上的居民	(277)
(一) 国籍、外国人的法律地位	(277)
(二) 引渡与庇护	(277)
六、外交关系与领事关系	(279)
七、条约法	(280)
八、国际争端的和平解决	(280)
九、战争与武装冲突法	(281)

国 际 私 法

一、国际私法的主体	(282)
(一) 自然人	(282)
(二) 法人	(282)

二、法律冲突、冲突规范和准据法	(282)
三、国际民商事法律适用	(283)
(一)自然人、法人的权利能力和行为能力	(283)
(二)债权	(283)
(三)商事关系	(285)
(四)家庭	(285)
(五)继承	(285)
四、国际民商事争议的解决	(286)
(一)国际商事仲裁	(286)
(二)国际民事诉讼	(286)
五、区际法律问题	(287)

国际经济法

一、国际货物买卖法	(288)
(一)概述	(288)
(二)国际贸易术语	(288)
(三)《联合国国际货物销售合同公约》	(289)
二、国际货物运输与保险	(290)
(一)国际海上货物运输	(290)
(二)国际货物运输保险	(295)
三、国际贸易支付	(299)
(一)国际贸易支付的支付工具	(299)
(二)国际贸易的支付方式	(300)
四、世界贸易组织	(300)
五、国际经济法领域的其他法律制度	(300)
(一)国际知识产权法	(300)
(二)国际投资法	(300)
(三)国际税法	(301)

刑 法

一、刑法效力

(一)刑法的空间效力

1. 仅有犯罪预备阶段的行为发生在我国领域内的,不适用我国的刑法(错),为什么呢?

【知识点】 刑法的属地原则

【解 答】 属地原则(或称领土原则),是指以本国领域为适用刑法的范围,不论犯罪人是本国人,还是外国人,凡是在本国领域内犯罪者,一律适用本国刑法的管辖原则。属地性是行使管辖权的首要根据。即使另一个国家同时具有行使管辖权的根据,如果它行使管辖权的权力是与具有属地管辖权的国家的权力相冲突的,那么,该国行使管辖的权力亦应受到限制。因此,我国刑法第6条第1款规定,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。第3款规定,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。

犯罪预备阶段、犯罪实施阶段和犯罪既遂阶段中只要有一阶段发生在中国领域内,中国法院对整个刑事案件都有管辖权。在犯罪停止形态下,犯罪预备、犯罪中止、犯罪未遂和犯罪既遂中的某一个发生在中国领域内,中国法院也对其有刑事管辖权。

所以,仅有犯罪预备阶段的行为发生在我国领域内的,可以适用我国刑法。典型案例就是香港张子强案件。题目中的说法不正确。

2. A国船舶停靠我国港口,船上B国人杀害C国人,依我国刑法可由我国管辖。但根据国际法教材中的说法,非船长请求,一般不行使管辖,如何理解?又问:如A国船舶在我国领

海行使(无害通过权),发生以上事情,如何处理?

【知识点】 刑法上属地原则的例外

【解 答】 依照国际惯例,具有一国国籍的船舶或航空器,均视同并确定为国家主权所能管辖的领域,即国际习惯上所称的“浮动领土”。一国对具备该国国籍的船舶、航空器或者悬挂自己国家国旗的船舶、航空器具有延伸性的属地管辖权。因此,我国刑法第6条第2款规定,在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的,也适用本法(中国1997年刑法)。根据我国法律规定及刑法学界的普遍认同,凡挂有中华人民共和国国旗、国徽或者军徽标志的船舶或飞机,即使航行或停泊在本国领域以外,皆属大陆领土的延伸,因而在船舶上和航空器内犯罪,不论是国有的、军用的、民用的或私人的,都应适用我国刑法。同样道理,具备他国国籍或者悬挂他国国旗或者其他国家标志的他国船舶、航空器在中国的时候也具有该国的刑事管辖权,而中国可能不因为属地管辖而具有刑事管辖权,这样形成了对中国刑事管辖权的一种限制。

3. 劫持军用航空器在中国领域内迫降,是否适用普遍管辖原则,应如何处理?

【知识点】 刑法上的普遍管辖原则

【解 答】 普遍管辖原则主要适用于国际犯罪,表现了国际社会对一些危害人类的犯罪行为的处罚态度。普遍管辖原则在中国的适用是一种补充性的适用,只有其他原则如属地管辖原则、属人管辖原则、保护管辖原则等不能适用时才能够适用。我国对一些国际条约规定的犯罪进行追究的前提条件就是发生在我国领域之内,而且中国缔结或者参与了这些国际条约而负有相应的义务。

因此,在军用航空器可以成为劫持航空器罪的犯罪对象的情况下,如果是中国人劫持外国的军用航空器在中国领域迫降,当然适用我国刑法(刑法第7条属人原则);如果外国人劫持外国军用航空器在中国领域内迫降,则不能适用我国刑法,按照上述第2个问题中的属地管辖例外原则处理;但是,如果这样的行为属于我国缔结或者参加的国际条约规定的国际犯罪,就可以根据普遍管辖原则进行刑事管辖。

(二)刑法的时间效力

4. 判断累犯成立适用的法律是以刑罚执行完毕时的法律为准,还是再犯新罪时的法律为准?如果犯罪分子在1994年9月30日刑罚执行完毕,1997年10月2日再犯新罪,是否算作累犯?如果要是1994年10月2日刑罚执行完毕,1997年10月3日再犯新罪,是否是累犯?

【知识点】 跨法犯的累犯认定

【解答】 1979年刑法和1997年刑法对累犯的成立有着不同的规定,前者在时间条件是3年之内犯判处有期徒刑以上刑罚的犯罪,后者是规定在5年之内犯判处有期徒刑以上刑罚的犯罪。但不管怎么说,时间的起点和经历的时间段均有限定,起点是前罪的刑罚执行完毕或者赦免之日,经历的时间段或者是3年,或者是5年。在这一点上新旧刑法是共同的。

对于1997年10月1日之前刑罚执行完毕或者赦免的人,在此时间点之后又重新犯有判处有期徒刑以上刑罚的犯罪情形,能否认定为累犯已经有了司法解释的规定。1997年9月25日最高人民法院《关于适用刑法时间效力规定若干问题的解释》(法释[1997]5号)第3条明确规定:“前罪判处的刑罚已经执行完毕或者赦免,……1997年10月1日以后又犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的,是否构成累犯,适用刑法第六十五条的规定。”

因此,这两种情况依法都作为累犯处理。

5. 在上诉内二审未确定判决或者裁定,或者原审法院重审的时候,1997年刑法生效,如

何适用刑法?

【知识点】 新刑法的时间效力

【解答】 1997年刑法第12条规定,中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为,如果当时的法律不认为是犯罪的,适用当时的法律;如果当时的法律认为是犯罪的,依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的,按照当时的法律追究刑事责任,但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的,适用本法。

对之前的犯罪行为的溯及力问题,仅限于尚未处理或者正在处理的刑事案件,所以,上诉期内二审未确定的判决或裁定应遵循从旧兼从轻的原则,即可能适用1997年刑法。关于重审要分清情况,二审中认为事实不清,发回重审的案件属于上述尚未处理的案件,应该按照从旧兼从轻的原则处理;对于已经生效的判决,上级法院发回重审的或者原审法院主动进行重审的,是再审的情况,不能适用1997年刑法,而应适用行为时的法律。因为,刑法第12条规定,新法施行以前,依照当时的法律已经作出的生效判决,继续有效。这样的话,对1997年刑法生效以前的犯罪案件进行再审,必然要根据1979年刑法来进行,维持原来判决的效力和权威。

二、犯罪主体要件

(一)未成年人犯罪

6. 14—16周岁的人犯罪只有六种才承担刑事责任,但是有一些犯罪中有结果加重的情形,如:绑架后杀害人质,拐卖妇女时奸淫妇女,如果行为人是14—16周岁的人,罪名只能定绑架、贩卖人口,那不是就不要承担刑事责任了吗?还是可以比照两高对拐卖妇女儿童犯罪的解释,按数罪并罚?

【知识点】 已满14周岁不满16周岁的人的刑事责任

【解答】 关于这个问题,最高人民法院所编辑的《刑事审判参考》(2001年第1辑、法律出版社)发布了最高人民法院刑事审判第一庭审判长会议《关于满14周岁不满16周岁的

人绑架并杀害被绑架人的行为如何适用法律问题的研究意见》，该意见认为，此种情形应以刑法第 232 条的故意杀人罪定罪处罚。

在《最高人民法院于已满 14 周岁不满 16 周岁的人承担刑事责任范围问题的复函》（高检发研字[2002]17 号）转发的《全国人大常委会法工委关于已满 14 周岁不满 16 周岁的人承担刑事责任范围问题的答复意见》（法工委复字[2002]12 号）中指出：刑法第十七条第二款规定的八种犯罪，是指具体犯罪行为而不是具体罪名。对于刑法第十七条中规定的“犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡”，是指只要故意实施了杀人、伤害行为并且造成了致人重伤、死亡后果的，都应负刑事责任。而不是指只有犯故意杀人罪、故意伤害罪的，才负刑事责任，绑架撕票的，不负刑事责任。对司法实践中出现的已满 14 周岁不满 16 周岁的人绑架人质后杀害被绑架人、拐卖妇女、儿童而故意造成被拐卖妇女、儿童重伤或死亡的行为，依据刑法是应当追究其刑事责任的。所以，刑法第 17 条第 2 款 8 类 10 种行为并非指具体罪名，已满 14 周岁不满 16 周岁的人在非刑法第 17 条第 2 款规定的犯罪中实施了强奸、杀人等行为的，能够符合强奸罪、杀人罪等犯罪的犯罪构成要件，就应该按照强奸罪或者杀人罪来处理。

可以看出，犯罪的认定是根据行为人所实施的法律行为所符合的刑法规定的具体犯罪构成来认定的，而不能拘泥于行为人全部行为的性质。简而言之，行为人的行为只要达到了犯罪程度，符合什么犯罪构成就认定为什么犯罪，不符合犯罪构成的事实就可以忽略不计，否则就无法追究行为人的刑事责任，实际上是一种放纵犯罪的表现。

当然了，我们可以看到刑法第 17 条第 2 款中用语不严谨，“犯……罪”的说法往往容易使人认为只有已满 14 周岁不满 16 周岁的人实施了上述罪名中的行为才会受到刑事追究，而上述法律文件中解释为“实施……行为”。

（二）单位犯罪

7. 如果单位的法定代表人本人有意提供虚

假证言，应当按照伪证处理；如果是该被害单位指使的，应当对双方同时追究责任吗？

【知识点】单位犯罪主体

【解答】根据刑法第 30 条规定：“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。”因此，只有刑法分则条文明确规定某个具体犯罪的犯罪主体包括单位的时候，才能认为该犯罪可以由单位构成。而刑法第 304 条规定的伪证罪是自然人犯罪，法律没有规定单位可以构成本罪。因此，以证人身份作证的单位法定代表人不论是出于自己的意志提供虚假证言的，还是受其单位的指使提供虚假证言的，都属于自然人犯罪，追究行为人个人的刑事责任，而不能认为单位构成犯罪，当然也就不能追究单位的刑事责任。

在其他的自然人犯罪中也如此。最高人民法院 1999 年 6 月 25 日《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》第 3 条规定：“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，依照刑法有关自然人犯罪的有关规定定罪处罚。”该解释第 2 条还规定：“公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处。”因此，为了犯罪而成立的法人单位指使代表人在法庭上作伪证的，更不是单位犯罪，还是自然人犯罪（可能是共同犯罪）。

8. 私营企业属于单位犯罪主体，而有些人却认为没有法人资格的私营企业为个人犯罪主体，这种说法是否正确？

【知识点】单位犯罪主体

【解答】刑法第 30 条规定了单位犯罪，对可以成立单位犯罪的单位进行了列举，主要有公司、企业、事业单位、机关、团体。对于公司、企业实施的犯罪行为，依照《中华人民共和国公司法》的规定，在中国境内设立为有限责任公司、股份有限公司的非国有、集体性质的企业，如国内私营企业、外商独资企业，或者其他非国有、集体性质的有限责任公司、股份有限公司，进行走私等活动，构成犯罪的，应当依照刑

法关于单位犯罪的规定追究刑事责任。没有设立为有限责任公司的私营独资企业、合伙企业构成犯罪的,依法按个人犯罪追究刑事责任。因为这样的企业进行犯罪活动的违法所得,实际只能归企业主个人所有。根据《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》(1999年6月18日通过)的规定,不具有法人资格的私营企业、合伙企业实施犯罪的,不能够成立单位犯罪,只能按照自然人犯罪的规定追究刑事责任。但是,这些私营企业、合伙企业参与其他的具有法人资格的联营企业、合营企业的,如果实施了单位犯罪,就应该按照单位犯罪的规定来处理。

9. 单位行贿罪的主体是单位,而在律考过关书中说某国有单位厂长构成单位行贿罪,如何解释?如厂长为单位谋取利益应定何罪?

【知识点】 单位犯罪的处罚

【解答】 我国刑法第31条规定:“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。”因此,一般情况下对单位犯罪的处理是“双罚制”,对犯罪单位判处罚金,对直接负责人的主管人员根据刑法分则条文的规定判处刑罚。在这里,犯罪单位和直接负责人员被认定的犯罪罪名是完全相同的,例如,刑法第140条规定的“生产销售伪劣产品罪”。即便是刑法分则条文中的仅有单位才能构成的犯罪也是如此,例如刑法第190条规定的“逃汇罪”,不仅要单位处以罚金,还要对直接责任人员判处刑罚。同样,在只有单位才能成立,但仅追究直接责任人员刑事责任的单位犯罪(单罚制)中也是如此,要以单位犯罪的罪名追究其中作为自然人的直接责任人员的刑事责任,例如刑法第396条规定的“私分国有资产罪”、“私分罚没财物罪”,否则就会出现对自然人追究刑事责任却没有罪名可以认定的情形。

刑法第393条规定的“单位行贿罪”是非常典型的单位犯罪,单位构成单位行贿罪的情形下,不仅仅单位应当承担刑事责任,直接负责的主管人员和其他直接责任人员应当承担刑事责

任(双罚制)。厂长为单位谋取“不正当利益”而行贿的,其所属单位构成单位行贿罪,厂长本人对此也承担刑事责任。

(三)国家工作人员

10. 国有商店、企业的售货员、生产线工人等都算从事公务的人员吗?教材上说:“从事公务的人员是指国家机关、公司、企业、事业单位、人民团体中履行组织、领导、监督、管理等职责的人员。”不太明白?

【知识点】 国家工作人员的认定

【解答】 国家工作人员身份的确定对于一些犯罪的认定非常重要,主要是贪污贿赂罪和渎职罪,另外还有一些对国家工作人员实施从重处理的犯罪,例如非法拘禁罪等。国家工作人员的特征就是从事国家公务。所谓国家公务就是指应该由国家处理的公共事务。因此,国家公务具有管理的性质,而不是直接的劳动事务(劳务)。国家公务中的管理主要有组织、领导、监督、负责、实施某项社会公共事务,而劳务主要发生在生产、销售、服务等行业或者活动中。进行劳务的人即便是在国有的商业企业里也不能认为是国家工作人员。

三、犯罪客观方面要件

(一)不作为犯罪

11. 下列哪些犯罪既可由作为构成,也可由不作为构成?

- A. 故意杀人罪
- B. 爆炸罪
- C. 遗弃罪
- D. 诈骗罪

【知识点】 不作为的分类

【解答】 不作为是指行为人负有实施某种行为的特定法律义务,能够履行该义务而不履行的危害行为。

如果行为人负有某种特定法律义务,那么无论是消极地不实施任何身体活动以不履行该特定法律义务,还是积极地实施一系列身体活动以拒绝履行该特定法律义务,均属于不作为。反之,如果行为人并不负有某种特定法律义务,那么即使其行为表现出某种缺乏身体动作的特点,也不能认定为不作为犯罪。

刑法分则条文规定行为人有能力有条件履行而不履行所负有的积极行为的义务,从而成立犯罪的情况下,这种犯罪一般认为就是纯正的不作为犯,只有以不作为的形式才能够实施。刑法分则条文的规定行为人往往违反禁止义务而积极实施侵犯法定权利,从而成立犯罪的情况下,这种犯罪一般认为是作为犯罪,在特定的情况下,负有防止某种与违反禁止义务的行为造成的相同危害结果发生的积极行为义务的人有能力有条件履行而不履行,造成了该危害结果的情况下,也成立于前述作为犯罪相同罪名的犯罪,理论上认为是不纯正不作为犯。

上述题目可以运用排除法来作答。遗弃罪是指负有扶养义务的人有能力有条件扶养自己应该扶养的人而不予扶养,造成严重后果的犯罪情形,因此,这是纯正的不作为犯罪。例如刑法第313条规定的“拒不执行判决裁定罪”。而故意杀人罪、爆炸罪和诈骗罪则有可能以不作为方式成立。

12. 张某系某市公安局刑侦大队的警察。一日,他伪装巡逻乘坐公共汽车,车上遇劫匪。张某见劫匪有五人,且均持有凶器,便担心自己的生命安危,所以未能站出来制止劫匪的行为,致使多名旅客伤亡且财物被劫。张某的行为属于:

- A. 正当防卫 B. 紧急避险
- C. 不构成犯罪 D. 犯罪行为

【知识点】 不违反犯罪的认定

【解答】 相同的情形还有:如果是消防队员遇火灾时,为避免自己受到伤害而未尽灭火职责,造成重大损失,也要构成犯罪。

上述情况应该属于故意犯罪。行为人不履行自己的法定义务是出于自己的故意心态,而且是直接故意,行为人不履行自己的职责的时候非常明白其后果是什么,但行为人就是不履行其职责,追求自身安危的同时也追求犯罪结果的发生。行为人认识到了不作为的后果是肯定发生被害人被抢劫或者被伤亡的后果,但为了自身安危,放弃职责,不履行法定义务,因此就是直接故意而不是简单的放任。简言之,行

为人认识到行为必然会导致刑法禁止的后果的发生还是要实施行为的,就是直接故意。

行为人的法定义务是防止公民遭受非法的侵害,行为当时行为人完全可以表明自己的身份,震慑犯罪分子,同时组织其他乘客对犯罪分子进行反抗和打击,但是,行为人却没有这样做,以其他公民的人身财产损失来换取自己的安全。不履行这种义务造成了被害人的人身财产损失就相当于直接侵害被害人造成人身财产损失。

在罪名的认定上,就可以按照行为人直接故意造成的危害后果来认定,上述案例和消防员不救火就应该分别认定为抢劫罪和放火罪。这里不是简单的不履行职务的渎职行为,因为渎职罪一般是过失犯罪,而这里行为人明明知道自己的行为必然会造成危害后果,不可能轻信危害后果能够避免。

(二)犯罪结果

13. 下列选项中,无实际危害结果即无犯罪的是:

- A. 行为人出于间接故意的犯罪案件
- B. 行为人出于过失的犯罪案件
- C. 行为人教唆他人犯罪
- D. 不作为犯罪

我认为应该选ABD,其中D项我还没有想出一个反例来推翻。

【知识点】 犯罪结果与不作为犯

【解答】 不作为犯罪有两种:一是纯正不作为犯;二是不纯正不作为犯。纯正不作为犯中有的要以犯罪结果为构成犯罪的条件之一,有的仅仅有行为即可,例如,拒不执行判决裁定罪,不要求行为发生什么结果,只要行为人没有履行积极义务就可以成立犯罪。而不纯正不作为犯则要求犯罪结果具备才能够成立犯罪。例如,母亲不给孩子喂奶,只有孩子饿死了,母亲才承担不作为杀人的刑事责任。

(三)刑法上的因果关系

14. 在因果关系中,存在介入因素的时候,一般判断是否有因果关系的原则是什么?

【知识点】 刑法上因果关系的判断

【解答】 对于刑法上举动犯、行为犯之外的犯罪情形,例如结果犯、危险犯以及过失犯罪、间接故意犯罪等,在犯罪的认定上要求确定犯罪结果和行为人的行为之间存在因果关系。对于这样的犯罪而言,因果关系的确定是追究行为人刑事责任的必要前提。在判断刑法上的因果关系时,要注意两点:一是因果关系是否存在;二是行为人的行为的原因力大小。前者决定了行为人刑事责任是否存在,后者决定了行为人刑事责任是大是小。介入因素的存在并不否定因果关系的存在,而是可能减轻了行为人的行为的原因力。存在介入因素的因果关系也被认为是“偶然因果关系”,认为刑法因果关系是极为复杂的,既有主要的、作为基本形式的必然因果关系,也有次要的、作为补充形式的偶然因果关系。当危害行为本身并不包含着产生危害结果的根据,但在其发展过程中,偶然介入其他因素,并由介入因素合乎规律地引起危害结果时,危害行为与危害结果之间就是偶然因果关系,介入因素与危害结果之间是必然因果关系。在偶然因果关系中,先前的危害行为不是最后结果的决定性原因,最后的结果对于先前的危害行为来说,可能出现,也可能不出现;可能这样出现,也可能那样出现。偶然因果关系的情况下,行为人的行为对结果的出现作用力(原因力)比较小,因而行为人的刑事责任就比较轻。判断的时候应该注意:行为人的行为导致结果发生的可能性的,介入情况的异常性大小(能否为一般人所应认识)以及介入因素对结果发生作用的大小等综合考察。

四、犯罪主观方面要件

(一)犯罪故意

15. 甲把一人打成重伤,欲救之,乙阻止,致使伤者死亡。乙该定什么罪?

【知识点】 犯罪主观方面的认定

【解答】 我国刑法理论界一般认为,我国刑法中的犯罪故意,是指行为人明知自己的行为会造成危害社会的结果并且希望或者放任这种结果发生的一种心理态度。我国现行刑法

第14条也规定:“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。”从中可以看出,犯罪故意固然是一种心理态度,有一定的社会心理,其核心体现在对危害社会的结果的态度上。我国刑法之所以谴责并否定犯罪故意,并不仅仅在于行为人明知故犯的心理态度,而在于行为人有意造成危害社会结果的主观恶性。犯罪故意不是一般的行为故意,不仅是对行为事实的主观反映,而且要对事实的性质予以评价,也就是要明知结果的危害社会性质。

所以,对上述事实的理解就要从行为人对危害后果的主观态度上入手。在行为表现比较直接、简单的情况下,犯罪的性质在这里主要取决于乙本人的主观心态。如果被害人奄奄一息,即将死亡,乙进行阻止,显然是追求死亡结果的发生,应该是故意杀人罪。如果被害人是否死亡难以确定,乙只是进行阻止,应该是故意伤害致人死亡。

16. “出于数个故意而实施的行为”是否应该采取数罪并罚?

【知识点】 犯罪故意的认定

【解答】 处于数个犯罪故意而实施犯罪行为的认定问题需要进行具体的分析。首先,假定数个故意之下实施了数个犯罪行为,这就应该考察数个犯罪故意之间是否具有特定关系。这样的关系一般有:一是相同关系或者连续关系,即由一个概括或者相同的犯罪故意产生出来,那么就涉及罪数形态中的连续犯;二是手段目的关系或者因果关系,那么有可能是罪数形态中的牵连犯;三是虽然无前列关系,但是针对同一犯罪对象,行为之间紧密相关,那么有可能是罪数形态中的吸收犯。如果没有前列任何关系,数个故意支配之下实施了数个毫不相干的犯罪行为,那么就是数罪,应该进行数罪并罚。其次,假定数个故意之下仅仅实施了一个犯罪行为,那么就按照想象竞合犯的原则进行处理。所以,处于数个故意而实施行为的情况,实际上属于罪数形态的问题。

17. 某日夜半,小偷甲从外墙爬上某家属