

2004年版

国家司法考试推荐用书

国家司法考试 名师大讲堂

国家司法考试命题研究组 审定

刑法

张丽云 著

命题方向

在剖析各科历年考情与命题趋势的基础上，对该学科的2004年命题作出预测，并就此为广大考生提出针对性较强的复习备考策略。

考点精华

以最新考试大纲为经，以重点法条和司法解释为纬，找出找准考试重点进行权威解读，从不同角度凸现司法考试之精华。

精选范例

详尽解析典型真题，权威阐述命题范围、命题重点、命题思路、命题角度及命题趋势，以便考生“知己知彼、百战不殆”。

好题精练

各科都编写了大量的预测试题，并逐一作了详细解析，以便考生举一反三，有效进行高密度、高强度的针对性训练。

标准预测试卷

严格按照最新考试大纲精心编写两套标准化押题试卷，集中凸显考试的新内容、新趋势，让考生进行实战演习，及时查漏补缺。

人民日报出版社

2004 年版国家司法考试推荐用书

国家司法考试名师大讲堂

刑 法

国家司法考试命题研究组 审定

张丽云 著

人民日报出版社

图书在版编目(CIP)数据

国家司法考试名师大讲堂·刑法/国家司法考试命题研究组编.

—北京:人民日报出版社,2004.2

ISBN 7-80153-815-3

I. 国...

II. 国...

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(2004)第 009091 号

书 名:国家司法考试名师大讲堂·刑法

责任编辑:郑秉宏

选题策划:朱小平

出 版 者:人民日报出版社(北京金台西路2号/邮编:100733)

发 行 者:新华书店

印 刷 者:北京金华印刷有限责任公司

字 数:269千字

开 本:787×1092 1/16

印 张:10.5

印 次:2004年2月第1次印刷

书 号:ISBN 7-80153-815-3/D·137

定 价:18.00元

司考新突破 名师大讲堂

(出版前言)

为帮助参加 2004 年国家司法考试的广大考生快捷高效地进行备考复习,及时把握命题方向,全面掌握考试内容,透彻理解考核重点、难点与疑点,我们特地组织中国政法大学、中国人民大学法学院、北京大学法学院、清华大学法学院等单位一批司法考试辅导名师,共同精心编写了这套丛书。

本书严格按照最新考试大纲分科编写,共分为 10 分册:《法理学、宪法、法制史、法律职业道德》、《刑法》、《刑事诉讼法》、《民法》、《民事诉讼法》、《行政法与行政诉讼法》、《商法》、《经济法》、《国际法、国际私法、国际经济法》、《标准预测试卷》。各科内容均由相应学科的辅导名师亲自撰写。各分册体例与特点如下:

◆**命题方向** 在剖析各科历年考情与命题趋势的基础上,对该学科的 2004 年命题作出预测,并就此为广大考生提出针对性较强的复习备考策略。

◆**考点精华** 以最新考试大纲为经,以重点法条和司法解释为纬,找出找准考试重点,从不同角度凸现司法考试之精华,并对其中的难点内容进行权威系统的解读,益于广大考生快速掌握。

◆**精选范例** 在对历年有代表性的考试真题进行详尽解析的基础上,对司法考试的命题范围、命题重点、命题理念、命题思路、命题角度及命题趋势等进行了总结概括,以便考生“知己知彼、百战不殆”。

◆**好题精练** 根据以上各部分总结出的命题规律,各科都编写了大量的预测试题,并逐一作了详细解析,以便考生进行高密度、高强度的针对性训练,巩固对考点的理解与掌握,并能举一反三。

◆**标准预测试卷** 严格按照最新考试大纲精心编写的两套标准化信息模拟试卷,不仅基本涵盖了各科的考核要点,强调对“易混、易漏、易误、易错”知识点的考查,而且集中凸现了考试的新内容、新趋势,并通过对答案的详尽解析,让考生明晰并掌握司法考试的答题思路、解题方法与应试技巧。

本书在编写过程中,难免存在一些错漏不当之处,恳请广大读者批评指正。最后,衷心祝愿广大读者顺利通过 2004 年司法考试。

国家司法考试命题研究组

2004 年 2 月

目 录

【命题方向】	(1)
考情趋势	(1)
名师对策	(1)
【考点精华】	(2)
一、刑法总则	(2)
二、刑法分则	(16)
【精选范例】	(27)
2003 年考题	(27)
2002 年考题	(42)
2000 年考题	(55)
1999 年考题	(58)
1998 年考题	(60)
1997 年考题	(62)
【好题精练】	(64)
一、单项选择题	(64)
二、多项选择题	(86)
三、不定项选择题	(105)
四、案例分析题	(109)
【答案诠释】	(126)
一、单项选择题	(126)
二、多项选择题	(138)
三、不定项选择题	(146)
四、案例分析题	(148)

刑 法

【命题方向】

考情趋势

年 份	单项选择题	多项选择题	不定项选择题	案例分析题	总分
2003 年	12	20	8	9	49
2002 年	12	20	8	25	65
2000 年	11	11	6	22	50
1999 年	10	9	6	16	41

名师对策

刑法近年来命题的最大变化是分则内容所占比重不断增大,且涉及的知识点也越来越多。因此,对刑法分则中的重点条文必须牢记,对分则中一些比较偏僻的条文,即使不去记,也要有个大概印象。

从历年考题分析来看,刑法分则部分的内容呈增多趋势,且越考越细。考生首先应熟练掌握一些历年必考内容,如故意杀人罪、故意伤害罪、诬告陷害罪、走私罪、抢劫罪、盗窃罪、贪污罪等。关键在于对相关刑法条文的掌握和理解,考生应在熟悉条文的基础上,通读相关的知识点,增强对其的理解,对一些相似相近的罪名可以进行比较记忆。另外,对一些与当前政策形势紧密相关的内容,如“严打”、环保、知识产权、消费者权益等,应予以特别的注意。

复习刑法必须牢牢掌握犯罪构成这一核心理论。这是学习刑法学的关键,同时也是解答考题的金钥匙。掌握了犯罪构成理论,就算是找到了分析解决定罪量刑问题的关键,就能正确判断出某一行为是否构成犯罪,是构成此罪还是构成彼罪等。这样的话,即使再复杂的考题,也都会迎刃而解的。

刑法分则应注意:

(1)各罪的考试范围以大纲为准,大纲列出的,在考试范围内;未列出的,一般不会考。

(2)分则各条关于法定刑的具体规定,一般不会考。但:(1)其中涉及数罪并罚的;(2)常见罪的加重的情形,如加重的强奸、抢劫、拐卖妇女等,往往是考试的重点。

(3)量刑一般不会考。但是,总则中规定的法定量刑情节,如中止犯、主犯、教唆犯、从犯、累犯等的处罚原则,一般会考。

(4)掌握分则各罪的方法:复杂条款简单掌握,直接背法条;简单条款复杂掌握,需要看各种解说。

(5)重点仍是:①常见罪;②疑难罪;③立法新规定罪名;④有司法解释的罪名。

【考点精华】

一、刑法总则

1. 刑法的适用范围

刑法的空间效力每年必考,一般是结合具体案例侧重考核我国刑法的域外效力、对外国人在中国境内犯罪如何适用等内容。刑法的时间效力亦是常考内容之一,侧重点在于刑法的溯及力问题及我国刑法的具体规定。

《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,而时间效力主要就是溯及力问题。

关于适用范围,应注意这样的几个问题:

(1)属地原则针对的对象是国内犯,而其他三个原则是针对国外犯罪的,属地原则是处于基础性地位的;

(2)属地原则之运用有一个具有实质性的例外即: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——即不论何地但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,可以参照最高法院《刑事诉讼法解释》第10条之规定处理)。

(4)属人原则是针对我国公民在国外犯罪的情形,可以借鉴《刑事诉讼法》关于未成年人犯罪是否公开审理的规定,这么表述: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)保护管辖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。

保护管辖的适用的几个条件必须同时具备:一是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”;二是行为地必须是我国领域外,否则适用“属地原则”;三是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”;四是行为性质是重

罪,即该犯罪行为的最低法定刑为3年以上有期徒刑;五是行为属“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。

(6)普遍管辖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,对于国际犯罪应根据国际法知识来确认。

(7)对于时间效力即“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罚较轻或不认为是犯罪。处罚轻重的比较应当以法定刑轻重为依据。

2. 犯罪主体

犯罪概念和犯罪构成是刑法学中最基本的概念,是判定罪与非罪的重要标准,虽然直接考的不多,却是必须掌握的。犯罪构成的四个要件,是区分此罪与彼罪的根据,在每年考试中都占有非常大的比重。近几年的考题,往往是结合具体案例让考生自己来分析具体犯罪的构成要件,如选择题中关于犯罪主体要件的判断。这些考题的难度并不太大,却要求考生确实掌握刑事责任年龄、刑事责任能力、直接故意、间接故意、疏忽大意的过失、过于自信的过失、意外事件等要点。

(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致人死亡而不包括轻伤害。后者包括强奸妇女。

(2)提请考生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)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,仅规定的对放火、爆炸、投放危险物质承担刑事责任,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,而对任何过失犯罪都是不负刑事责任的,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中,杀害被绑架人的,应当负刑事责任,但定性为故意杀人罪。

(5)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)。

(6)注意,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。

(7)关于刑事责任能力问题,应注意:完全无责任能力与完全责任能力在考试中并不十分重要,关键点是注意在完全责任能力与完全无责任能力之间的中间状态——即部分或限制或曰相对责任能力者,主要有这样几类人员:一是已满14周岁不满18周岁的人犯罪的,可以从轻或减轻处罚并且不适用死刑;二是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;三是聋哑人或盲人犯罪的,可以从轻、减轻或免除处罚。

3. 正当防卫

此考点为常考内容。考生应切实掌握正当防卫、防卫过当等基本概念及其构成条件,以及

它们之间的联系与区别等内容。

(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)《刑法》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,但适用条件还有更严格的限制: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“防卫过当”进行定性处罚。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”。

4. 犯罪形态

犯罪的预备、未遂和中止是每年必考内容,多出现在选择题和案例分析题中。重点在于它们相互之间的区别及对各自的处罚原则。近年来考题日趋灵活多变,一般都和案例结合在一起,因此考生应注重理解和实际运用。

根据故意犯罪进展的结局,故意犯罪分为完成形态(既遂)与未完成形态:预备、未遂、中止。既遂是犯罪的标准形态。因为分则构成是以既遂为标准的,既遂意味着完全符合犯罪构成。法定刑是以既遂为基准设置的,既遂是处罚的标准程度。相对于惩罚完整的犯罪而言,对不完整犯罪的惩罚,是刑法的扩张情况、犯罪构成的修正形态。

(1)预备与犯意表示。

区别在于有无为犯罪而进行的准备行动。常见准备行动:①准备工具。②创造条件。如:练习犯罪手段;犯罪前调查;排除障碍;勾引共犯。

预备行为在分则中没有具体规定,了解预备类型,对区别预备犯与未遂犯具有重要意义。单纯的思想流露,不罚。例如,在日记中骂人,日常的不服气、泄愤等。但是,如果通过言行进行犯罪预备(如勾结共犯、拟订犯罪计划)或者实行犯罪(侮辱他人、煽动暴乱、编造、传播虚假恐怖信息),就超出了犯意流露的范围,可以构成犯罪。

(2)未遂犯与预备犯。

区别在于是否“着手”。是否已“着手”实行犯罪,是犯罪未遂与预备犯区别的根本标志。已着手实行犯罪因意志以外原因未得逞的,是未遂犯;进行犯罪准备,因为意志以外的原因未着手实行的,是预备犯。

(3)犯罪未遂与犯罪既遂

区别在于是否实现了分则某条文规定的犯罪事实。如果完全实行了,是既遂;如果着手后由于意志以外的原因未能完全实现的,是未遂。《刑法》分则规定了几百种的犯罪,它们的既遂形态也呈现出不同的情况,因此要具体分析。掌握的要领是按照各罪分别掌握,不可一概而论。

①故意杀人罪。实行行为是非法剥夺他人生命。

“着手”:开始直接能够导致死亡的行为,如举刀欲砍或欲刺,举枪欲射击,开始投放危险物质。

“既遂”:被害人死亡。

②强奸罪。实行行为是暴力、胁迫强行奸淫。

“着手”:对妇女开始暴力或胁迫。

“既遂”:“插入说”。奸淫幼女为既遂,“接触说”。

③绑架罪。实行行为是暴力劫持人质,向第三人强要满足条件。

“着手”:开始暴力控制被害人人身行为。

“既遂”:已经扣作人质。不以开始强要行为、满足条件为必要。

④拐卖妇女儿童罪。实行行为是拐与卖。

“着手”:开始拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为之一。

“既遂”:前述行为之一完成为既遂。

⑤非法拘禁罪。实行行为是非法剥夺他人自由。

“着手”:开始剥夺自由的行为。

“既遂”:被害人失去人身自由。

⑥盗窃罪。实行行为是秘密窃取。

“着手”:入户、入室盗窃的,开始扭门撬锁为着手;在开放性的场所,正要拿取财物时或者手伸进他人衣袋、提包内侧为着手。

“既遂”:入户、入室盗窃的场合,小件物品,如现金、首饰、衣物等,拿在手里、装在衣兜里、提包中、打成包裹的,为既遂;大件物品,通常以搬出户外或者院外的为既遂。在盗窃厂矿企业的大宗原材料、大件的机器零件的,以偷出库房、车间为既遂,如果有院墙且大门有看守的,以偷出大门或者院墙之外为既遂;在商店盗窃的场合,以偷出柜台、拿在手中、夹在腋下、装入衣兜、提包中为既遂;如果是开架售货的,如自选超市,以拿出收银台为既遂。在火车上盗窃的,以财物脱离物主或者铁路管理部门的控制为既遂,如盗窃旅客物品,把衣物穿在身上、鞋子穿在脚上、财物拿在手中,等待火车到站下车时,为既遂。

⑦抢劫罪。实行行为是暴力、胁迫抢取财物。

“着手”:为取得财物而开始对他人施加暴力或者发出威胁。

“既遂”:从被害人处强取财物为既遂。但是,在抢劫行为造成重伤死亡结果的情况下,一般无论是否抢到财物,都按既遂犯处罚。

⑧抢夺罪:实行行为是公然夺取财物。

抓住他人财物为着手,财物脱离被害人控制为既遂。

⑨诈骗罪。实行行为是虚构骗局使他人陷入错误作出财产处分行为。

“着手”:开始虚构骗局。

“既遂”:被害人作出错误的财产处分,犯罪人获得财物。

⑩脱逃罪。实行行为是逃离监所。

“着手”:开始脱逃行为,如开始打开监室的门、在墙上打洞、翻越围墙等。

“既遂”:脱离监管人员的实际控制为既遂。

⑪放火罪。

“着手”:开始点火。

“既遂”:“独立燃烧说”,即目的物脱离引火物,达到独自能够燃烧的程度,为《刑法》第114条危险犯既遂;造成严重结果的,是《刑法》第115条放火罪结果加重犯。

⑫投放危险物质罪。

“着手”:开始投放危险物质。

“既遂”:危险物质投放完毕、发生公共危险状态。

⑬破坏交通工具罪、破坏交通设施罪。

“着手”:开始破坏行为。

“既遂”:足以使交通工具发生倾覆、毁坏。“足以”,指具体、现实的危险。

(4)中止犯与预备犯、犯罪未遂。

中止的自动性是犯罪中止的本质特征,也是它与预备犯、犯罪未遂区别的标志。预备犯、未遂犯也属于犯罪的未完成形态,但是它们是由于意志以外的原因而未得逞的。即不是出于犯罪分子本人意愿,而是由难以克服的外部障碍造成的。所以,犯罪未遂也可称为障碍的未遂。

犯罪分子意志以外的原因主要有:①被害人的反抗;②第三者的阻止;③自然力的阻碍;④物质的阻碍;⑤犯罪人能力不足;⑥认识发生错误等等。

在犯罪还没有着手实行的情况下,还要看是否彻底放弃犯罪意图。因为情况有变,主动撤退,但未放弃犯罪意图的,不是中止犯而是预备犯。

(5)未完成罪的责任。

中止犯,没有造成损害结果的,应当免除处罚;造成损害结果的应当减轻处罚。

未遂犯,可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。

预备犯,可以比照既遂犯从轻、减轻或者免除处罚。

5. 共同犯罪

共同犯罪是常考内容,内容侧重于判断是否构成共同犯罪、共同犯罪人种类(主犯、从犯、胁从犯、教唆犯)的判断与处罚原则等内容。

共同犯罪的形态主要有:犯罪集团与主犯、从犯、胁从犯、教唆犯。

(1)共同犯罪概述。

《刑法》第25条规定了共同犯罪的概念,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,不能不说是一个特例。

(2)犯罪集团。

①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。

②主犯的几种形式:a.组织、领导犯罪集团的首要分子;b.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;c.其他在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子(主要实行犯)。

③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主犯的刑事责任,《刑法》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);二是对其他主犯,应按照其所参与或组织、指挥的全部犯罪处罚。

(3)从犯。

关于第27条的从犯,注意从犯的作用是起辅助作用的,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。

(4)胁从犯。

《刑法》第28条规定了胁从犯问题:

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,这是1997年刑法对1979年刑法的修改;

②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,可以认定的不可抗力或者紧急避险而不负刑事责任;

③胁从犯的处罚原则,是“应当减轻或者免除处罚”。

(5)教唆犯:

①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;

②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中,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;

③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;

④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。

6.罪数形态

罪数与数罪并罚是每年必考内容。一般都是通过案例形式让考生判断行为人是构成一罪还是数罪,如果不构成数罪,应属于一罪中的哪种形态;如果构成数罪,该采取何种并罚原则等。

(1)实质的一罪(一行为法定为一罪)。包括三种:

①继续犯,犯罪行为在一定时间里处于继续状态的犯罪。特点:不法状态继续则不法行为继续(同时)。意义:追诉时效的起算等。常见类型:a.非法拘禁、绑架、拐卖等侵犯自由的犯罪;b.遗弃、拒不执行判决裁定罪等不作为犯罪;c.非法持有毒品、枪弹等持有型犯罪;d.重婚罪。

②想象竞合犯。一行为触犯数罪名。常见类型:盗窃同时触犯其他罪,如盗割电线,同时犯盗窃罪和破坏电力设备。处罚原则:从一重罪处罚,不数罪并罚。

③结果加重犯。指一犯罪行为(基本罪)由于发生了严重的结果而加重其法定刑的情况。结果加重犯通常是依据分则条文规定确定的。常见的结果加重犯有:抢劫致人重伤、死亡的;强奸致人重伤、死亡的;非法行医致人重伤、死亡的;非法拘禁致人重伤、死亡;虐待致人重伤、死亡的;暴力干涉婚姻自由致人死亡的;绑架致人死亡的,等等。

(2)法定的一罪(数行为法定为一罪)。包括:

①惯犯;②结合犯。在我国刑法上无实际意义。

(3)处断的一罪(数行为处断为一罪)。包括:

①连续犯。

②牵连犯。实施某一犯罪为目的,而其犯罪的方法行为或者手段行为又触犯其他罪名的情况。特征:a.数行为;b.犯数罪;c.数罪存在牵连关系;d.一个目的。常见类型:伪造某种物品用于其他犯罪的情况。如伪造证件用于招摇撞骗的,为擅自设立金融机构而伪造公文的。处理原则:一般择一重罪处断,但法律有特别规定的例外。

③吸收犯。一行为被另一行为所吸收,而失去独立存在的意义,只以吸收行为论罪。常见类型:a.一罪是另一罪的必经阶段(或组成部分),如入室抢劫的,预备行为触犯另一罪名非法侵入住宅罪;b.一罪是另一罪的自然结果:如制造枪支又持有的。其他吸收的情形:在同一案件教唆行为吸收帮助行为、实行行为吸收帮助、教唆行为。

7. 牵连犯

关于牵连犯的问题,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。这里结合刑法相关法条,归纳牵连犯的处断问题。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)从一重罪处断。

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《刑法》第399条第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;盗窃信用卡并使用的直接以盗窃罪定罪处罚;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证明文件罪定罪处罚;邮政工作人员的盗窃罪;购买假币后使用的直接以盗窃罪定罪并从重处罚等等。

(3)数罪并罚。

特殊情形下(有法律以及司法解释的明确要求),具有牵连关系的两行为依法应当数罪并罚,这是牵连犯处断的例外,但也常是考试的重点所在。常见的有下列十余种:

①组织、领导、参加、资助恐怖组织,并利用该组织实施杀人、爆炸、绑架等犯罪的(前者可谓方法或手段行为,后者可谓目的行为),以组织、领导、参加、资助恐怖组织罪与该组织的故意杀人、爆炸、绑架等罪实行并罚;

②实施第140至148条的生产、销售伪劣产品以及假药等特定的伪劣产品犯罪行为,同时又以暴力、威胁方法抗拒查处的,实行数罪并罚;

③走私犯罪并以暴力、威胁的方法抗拒缉私的,以具体的走私犯罪论,如走私普通货物、物品罪、走私珍贵文物罪与妨害公务实行并罚,但要注意《刑法》第157条第2款所规定的走私犯罪是不包括走私毒品在内的,因为根据《刑法》第347条规定,在走私毒品的犯罪过程中以暴力抗拒检查、拘留、逮捕,情节严重的,直接以走私毒品罪的加重情形对待,即属于包容犯问题,而不实行并罚;

④出售、运输假币构成犯罪,同时又有使用假币行为的,实行数罪并罚;

⑤保险诈骗行为与故意造成财产损毁、被保险人死亡、残疾或疾病等保险事故的行为,行

为人为了骗取保险金(目的行为),采取故意制造保险事故的方法如故意造成财产损毁、被保险人死亡、残疾或疾病等行为(方法行为),而该故意制造保险事故的行为本身又触犯其他罪名如放火罪、故意伤害罪、故意杀人罪等的情形下,应以保险诈骗罪与该具体之罪实行并罚;

⑥收买被拐卖的妇女、儿童之后又非法剥夺限制人身自由、伤害、强奸、侮辱行为的:行为人在实施收买被拐卖的妇女、儿童的犯罪活动过程之中或其后,又常常伴随的其他犯罪行为,如强行与被收买的妇女发生性关系,对被收买的妇女、儿童,非法剥夺、限制其人身自由或者有伤害、侮辱行为的,适用数罪并罚,即以强奸罪、非法拘禁罪、故意伤害罪、侮辱罪与收买被拐卖的妇女、儿童罪实行数罪并罚;

⑦为实施其他犯罪(盗窃罪之外)而偷开机动车辆作为犯罪工具并将机动车辆据为己有或丢失的,以盗窃罪与所实施的其他犯罪实行并罚;

⑧组织、领导、参加黑社会性质组织、或者入境发展黑社会组织,并利用该组织而犯其他罪行的,实行并罚;

⑨组织他人偷越国(边)境,并对被组织人有杀害、伤害、强奸、拐卖等犯罪行为的,或对检查人员有杀害、伤害等罪行的,实行并罚;

⑩运送他人偷越国(边)境,并对被运送人有杀害、伤害、强奸、拐卖等犯罪行为的,或对检查人员有杀害、伤害等罪行的,实行并罚;

⑪实施《刑法》第341条的犯罪行为即非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪、非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪、非法狩猎罪,同时又以暴力、威胁方法抗拒查处的,以刑法第341条之罪与妨害公务罪等实行并罚;

⑫挪用公款进行非法活动构成其他犯罪的,或者因挪用公款而索取、收受贿赂构成犯罪的,实行并罚。

我国《刑法》对牵连犯处罚的一般原则是择一重罪从重处罚,但具体法条中有许多例外。

《刑法》第321条规定:“运送他人偷越国(边)境的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金;有下列情形之一的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金:(1)多次实施运送行为或者运送人数众多的;(2)所使用的船只、车辆等交通工具不具备必要的安全条件,足以造成严重后果的;(3)违法所得数额巨大的;(4)有其他特别严重情节的。在运送他人偷越国(边)境中造成被运送人重伤、死亡,或者以暴力、威胁方法抗拒检查的,处七年以上有期徒刑,并处罚金。犯前两款罪,对被运送人有杀害、伤害、强奸、拐卖等犯罪行为,或者对检查人员有杀害、伤害等犯罪行为的,依照数罪并罚的规定处罚。”

《刑法》第157条第2款规定:“以暴力、威胁方法抗拒缉私的,以走私罪和本法第二百七十七条规定的阻碍国家机关工作人员依法执行职务罪,依照数罪并罚的规定处罚。”

《刑法》第399条规定:“司法工作人员徇私枉法、徇情枉法,对明知是无罪的人而使他受追诉。对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉,或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的,处五年以下有期徒刑或者拘役;情节严重的,处五年以上十年以下有期徒刑;情节特别严重的,处十年以上有期徒刑。”

在民事、行政审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判,情节严重的,处五年以下有期徒刑或者拘役;情节特别严重的,处五年以上十年以下有期徒刑。

司法工作人员贪赃枉法,有前两款行为的,同时又构成本法第三百八十五条规定之罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。”

8. 结果加重犯

从司法考试的角度,对结果加重犯的考查方式一为直接性的(如1999年律师资格考试对聚众斗殴罪的考查),二为间接性的(如追诉时效问题)。其实需要大家注意的结果加重犯(包括某些情节加重犯)都是些常见的多发性罪行,主要包括:强奸罪、奸淫幼女罪的5种加重情形,拐卖妇女、儿童罪的8种加重情形,抢劫罪的8种加重情形、聚众斗殴罪的加重情形,组织他人偷越国边境罪的加重情形,走私、制造、贩卖、运输毒品罪的加重情形,组织卖淫罪、强迫卖淫罪的加重情形等,以及其他明确规定的因出现致人重伤、死亡而加重刑罚的情形。

《刑法》第237条规定:“以暴力、胁迫或其他方法强制猥亵妇女或者侮辱妇女的,处五年以下有期徒刑或者拘役。”“聚众或者在公共场所当众犯前款罪的,处五年以上有期徒刑。”“猥亵儿童的,依照前两款的规定从重处罚。”《刑法》第246条规定:“以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”“前款罪,告诉的才处理,但是严重危害社会秩序和国家利益的除外。”

《刑法》第248条规定:“监狱、拘留所、看守所等监管机构的监管人员对被监管人进行殴打或者体罚虐待,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役;情节特别严重的,处三年以上十年以下有期徒刑。致人伤残、残废的,依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪从重处罚。”“监管人员指使被监管人殴打或者体罚虐待其他被监管人的,依照前款的规定处罚。”

《刑法》第261条规定:“对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人,负有扶养义务而拒绝扶养,情节恶劣的,处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。”

9. 法条竞合犯

(1) 法条竞合。

《刑法》分则条文的内容有的存在着某些重合、交叉现象,叫做法条竞合。如:

①诈骗类犯罪,《刑法》第266条规定有诈骗罪,还有第224条的合同诈骗罪、第204条骗取出口退税罪、第192条集资诈骗罪、第193条贷款诈骗罪、第194条票据诈骗罪和金融凭证诈骗罪、第195条信用证诈骗罪、第196条信用卡诈骗罪、第197条有价证券诈骗罪、第198条保险诈骗罪,此外还有招摇撞骗罪、冒充军人招摇撞骗罪等。这些条款在“诈骗”内容上重合。

②分则第三章第一节共包含9个罪名,彼此在“生产销售伪劣商品罪”方面存在竞合。

③第二节走私罪包含十几个罪名,在“走私”上存在竞合;

④盗窃罪、抢夺罪、抢劫罪与盗窃、抢夺、抢劫枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪。

⑤盗窃罪、抢夺罪与盗窃抢夺公文、证件、印章罪、非法获取国家秘密罪、为境外刺探窃取、收买国家秘密情报罪、窃取国有档案罪等。

⑥重婚罪与破坏军婚罪。

⑦传播淫秽物品牟利罪与传播淫秽物品罪、组织播放淫秽的音像制品罪。

⑧故意伤害罪、故意杀人罪与刑讯逼供罪、非法拘禁罪。

⑨过失致人死亡罪与医疗事故罪、重大责任事故罪、交通肇事罪。

⑩故意毁坏财物罪与破坏生产经营罪、破坏电力设备罪、破坏交通工具罪、破坏交通设施罪。

(2) 法条竞合犯及适用法律的原则。

行为人一行为触犯具有竞合关系的数法条,叫法条竞合犯。适用法律的原则是:

①特殊的、专门的、具体的规定优先于一一般的、笼统的规定适用。如在签订履行合同中,骗取对方当事人财物的,既触犯第224条合同诈骗罪条款,也触犯第266条诈骗罪条款,而第

224条较为特殊、具体,适用第224条以合同诈骗罪定罪处罚。排斥适用诈骗罪条,也不数罪并罚。

②法律有特别规定的例外,例外的情形一般是择一重法条处罚,与想象竞合犯处罚原则同。

10. 一罪与数罪的认定

(1) 法定应当数罪并罚的情况。

①组织他人偷越国(边)境,运送他人偷越国(边)境,对被组织人、被运送人有杀害、伤害、强奸、拐卖等犯罪行为,或者对检查人员有杀害、伤害等犯罪行为的,依照数罪并罚的规定处罚。

②以暴力、威胁方法抗拒缉私的,以走私罪和妨害公务罪,依照数罪并罚的规定处罚。对此一般认为是牵连犯,但数罪并罚。

③犯保险诈骗罪,投保人、被保险人故意造成财产损失的保险事故,或者投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病,同时构成其他犯罪的,依照数罪并罚的规定处罚。对此一般认为是牵连犯,但数罪并罚。

④纳税人缴纳税款后,采取假报出口或者其他欺骗手段,骗取国家出口退税款的,以偷税罪定罪处罚;骗取税款超过所缴纳的税款部分的,以骗取出口退税罪定罪处罚。并且要以偷税罪和骗取出口退税罪数罪并罚。解释为想象竞合犯但数罪并罚。

⑤犯组织、领导、参加、资助恐怖活动组织罪,并实施杀人、爆炸、绑架等犯罪的,依照数罪并罚的规定处罚。但组织抢劫集团又实行抢劫犯罪的,不存在数罪并罚问题。

⑥收买被拐卖的妇女、儿童,又强奸被收买的妇女的,数罪并罚;收买被拐卖的妇女、儿童,又有非法拘禁、伤害、侮辱等犯罪行为的,数罪并罚。

注意收买被拐卖的妇女、儿童又出卖的,以拐卖的妇女、儿童罪一罪处罚。

⑦组织、领导、参加黑社会性质的组织,或者境外的黑社会组织的人员到中国境内发展组织成员,又有其他犯罪行为的,依照数罪并罚的规定处罚。

⑧因为受贿而挪用公款,或者挪用公款后又使用挪用的公款犯其他罪的,数罪并罚。解释为牵连犯数罪并罚特例。

⑨行为入出售、运输假币构成犯罪,同时又使用假币行为数额较大的,依照《刑法》第171条出售、运输假币罪、第172条使用假币罪的规定,实行数罪并罚。

(2) 法律上把一个犯罪作为另一个犯罪处罚情节的情况。这种情况不要数罪并罚:

①绑架并杀害人质的,绑架罪一罪处罚。

②拐卖妇女又奸淫被拐卖的妇女的,拐卖妇女一罪处罚。

③拐卖妇女又强迫、引诱、容留被拐卖的妇女卖淫的,拐卖妇女一罪处罚。强迫、引诱、容留被拐卖的妇女卖淫作为拐卖妇女的一个加重情况。

④组织卖淫又有强迫、引诱、容留妇女卖淫的犯罪,以组织卖淫一罪处罚。

⑤以强奸的手段迫使卖淫的,这种情况之下既有强迫卖淫的罪行又有强奸的罪行,但是依法只以强迫卖淫罪处罚,强奸作为适用重刑的依据。这个也有人用牵连犯的理论来解释,认为强奸是强迫卖淫的手段。

⑥组织他人偷越国边境又非法拘禁被组织者的,以组织他人偷越国边境一罪处罚。

⑦组织、运送他人偷越国边境使用暴力抗拒缉查的,以组织、运送他人偷越国边境一罪处罚。

⑧走私、制造、贩卖、运输毒品时,武装掩护的;或者以暴力抗拒检查、拘留、逮捕情节严重的,以走私、制造、贩卖、运输毒品罪一罪处罚。理论上一般理解为牵连犯。

(3)法定从一罪处罚,不适用数罪并罚的情况。

①盗窃信用卡并冒用他人信用卡,以盗窃罪论处。理论上一般解释为,犯盗窃罪和信用卡诈骗罪,属于吸收犯。但也有认为是牵连犯的。

②伪造货币又出售、运输伪造的货币的,以伪造货币罪一罪从重处罚。吸收犯,也有解释为牵连犯的。

③私拆、毁弃邮件从中窃取财物的,以盗窃罪一罪从重处罚。一般解释为牵连犯。

④因受贿而徇私枉法或者枉法裁判的,犯受贿罪和徇私枉法罪或者枉法裁判罪,择一重罪处罚。解释为牵连犯。但是,因为受贿而犯其他贪污贿赂罪、渎职罪的,数罪并罚。如,因受贿而挪用公款的、玩忽职守的等等。

⑤为走私而骗购外汇的,为骗购外汇而伪造有关公文的,如果实行了走私罪的,以走私罪一罪处罚。如果尚未实行走私行为的,以骗购外汇罪一罪处罚。解释为牵连犯。

⑥使用破坏的手段盗窃数额较大财物,又毁坏大量财物的,以盗窃罪一罪从重处罚。解释为想象竞合犯。

⑦犯抢夺、窃取国有档案罪,同时又构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。解释为想象竞合犯。

⑧犯擅自出卖、转让国有档案罪同时又构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚。解释为想象竞合犯。

⑨行为人购买假币后使用,构成犯罪的,以购买假币罪定罪,从重处罚。

(4)法定的转化罪不是数罪,不实行数罪并罚。

①非法拘禁他人故意使用暴力殴打致被拘禁人重伤、死亡的,以故意伤害罪、故意杀人罪论处。

②刑讯逼供、虐待被监管人致人伤残、死亡的,以故意杀人罪、故意伤害罪论处。

③聚众斗殴造成重伤、死亡的,以故意杀人罪、故意伤害罪论处。

④非法组织卖血、强迫卖血致人重伤的,以故意伤害罪论处。

⑤在盗窃、诈骗、抢夺过程中使用暴力、威胁转化为抢劫罪的。

⑥携带凶器抢夺的,以抢劫罪论处(是否属于转化罪尚未定论)。

对上述情况,从自然的眼光、生活的眼光来看似乎是数罪或者就是数罪,但在法律上不能实行数罪并罚。过去很多考生对数罪并罚问题,觉得学得很好,但是一做题就错。其原因是我们太懂一罪一罚、数罪并罚,而没有注意到数罪法律偏偏不让并罚的情况。而考试的时候偏偏不考一般情况专考特殊情况。所以一定要注意。

(5)理论和实践(非法定的)中常见的不需要数罪并罚的情况。

①妨害公务、寻衅滋事、聚众斗殴、强奸、抢劫、非法拘禁、刑讯逼供、虐待被监管人、绑架等侵犯人身的犯罪,造成轻伤后果的,仍是一罪,按相关犯罪定罪处罚。

②妨害公务、寻衅滋事、聚众斗殴,造成重伤结果的,一般以故意伤害罪定罪处罚。

11. 死刑缓期执行

(1)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。