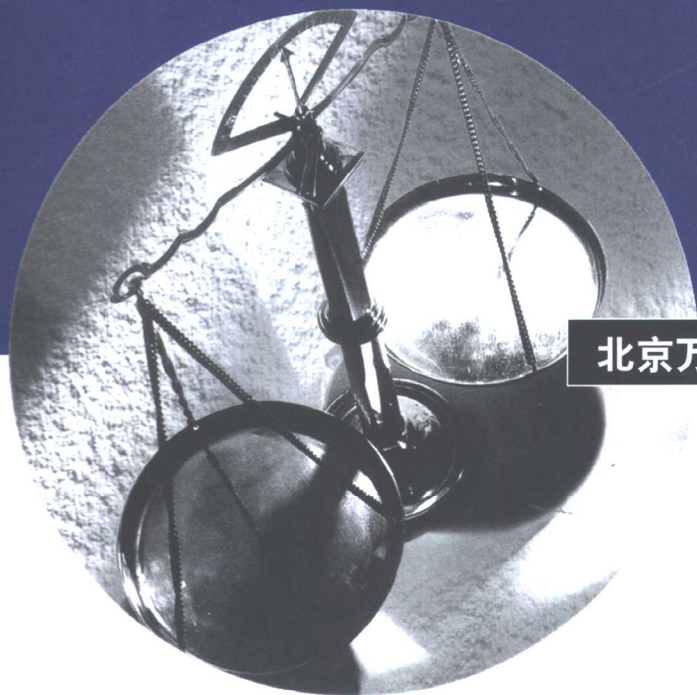


法律版

2003年国家司法考试 考点举要

doosriver文川网
入驻商家
在文川网搜索古籍书城 获取更多电子书



北京万国学校 编

第二卷



法律出版社

2003 年国家司法考试考点举要

第二卷

北京万国学校 编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

2003 年国家司法考试考点举要·第 2 卷/北京万国学校编.
—北京:法律出版社,2003.7
ISBN 7-5036-4344-7

I .2… 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(2003)第 051088 号

©法律出版社·中国

责任编辑/宋杰鹏

装帧设计/胡欣

出版/法律出版社

编辑/法律考试出版中心

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/7.5 字数/164 千

版本/2003 年 7 月第 1 版

印次/2003 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律考试出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/test@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939636

传真/010-63939650

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

销售热线/010-63939792

网址/www.Chinalaw-book.com

010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4344-7/D·4062 定价:13.00 元

docsriver 文川网
入驻商家 古籍书城

在文川网搜索古籍书城 获取更多电子书

编写说明

如何才能在有限的时间内掌握应试知识,达到应试要求,是每一位考生都迫切需要解决的问题。应当承认,任何事物都有其规律可循,司法考试也不例外,考生如果能把握复习备考规律,便会收到事半功倍的效果。

所有成功者的经验告诉我们,复习备考的关键在于:一是准确判断和把握考试重点;二是注意将零散知识点系统化,融会贯通,了然于胸。抓住这两点,就等于找到了复习备考的捷径。正是在此意义上,我们编写了本书。

本书严格按照司法考试大纲要求的考点编写,针对考试命题,以部门法为分类基础,对各部门法进行了解析。在各部门法下主要包括以下内容:

一、对每个部门法的考试情况进行了提纲挈领的综述。旨在通过宏观地分析每一个部门法的考试情况,使考生对每一个部门法在考试中所占的地位和分量有一个整体的了解,让其明确在考试复习中每一个部门法应当投入的时间和精力,在复习中做到全面复习又要突出重点。其内容包括对各部门法历年考试试题分值的分析,对考试题型进行总结,并且指出了考试重要知识点在本法中的分布。

二、将若干相对分散和凌乱的重点知识有机地系统地归纳,使之成为较为完整的体系,既在宏观上把握完整的知识体系,又要对重点的知识做到心中有数。这是本书的核心所在。本部分根据司法考试的考点,将司法部国家司法考试中心编审《国家司法考试辅导用书》(2003年版)中的重点内容与法律法规有机结合,从应试的角度对重点的具体法律制度进行讲解,并以此为主线,将重点内容(包括辅导教材的内容和相关法条)串连起来,做到点面结合。这样,一是简化了教材和法条的内容,帮助考生把书读薄,减轻了复习的负担;二是突出复习的重点,应当说本书所列举出的内容均属考试重点;三是有利于考生形成脉络清晰的基础知识体系,从宏观上把握全局。

总的说来,本书具有两个重要的特点:

第一,把握考试重点。本书就是将各部门法的重点内容按照一定的体例编排,将法条和教材的重点内容拎出来,并有机结合予以剖析,指出其考点何在,题眼何在,命题角度何在。

第二,突破考生的弱点。建立适合司法考试的知识体系对于大多数考生都是比较困难的,即使对于法学科班出身的考生,面对其他非本专业的其他部门法要建立其科学的知识体系也并非易事。本书在此的意义在于以重点法条为主线将相关内容进行纵横的串连、归纳,更重要的是将易混淆项全部列举出来,从而在读者头脑中构建起系统的知识点体系。

本书的使用方法建议:

第一,对于经济法学、商事法学、宪法学、行政法学部分,可径直阅读本书,基本无须其他辅导教材。因为这部分的重点内容较为突出,某种意义上具有绝对性,哪些内容要考,哪些内容不考,基本上泾渭分明。根据多年的试题分析可以看出,命题基本上限于某些内容,而其他的内容却无涉及的机会。因此,对于此部分,阅读本书对于考生的意义极大。

第二,对于民法、刑法部分,建议考生在通读司法部国家考试中心编审的《国家司法考试辅导用书》(2003年版)和法律法规的基础上,再阅读本书,本书的意义在于指引考生把握重点和难点,系统理解相关制度,将知识体系化。因为此部分内容是司法考试的大头,所谓的重点具有一定的相对性,本书所列举的重点只能是在考试中占有绝对重要地位的内容以及易忽略、易混淆的内容等等,所以考生在掌握本书指出的重点以外,对于其他内容也不能完全忽略。

第三,对于诉讼法学和仲裁法、律师制度部分,建议考生仔细研读本书,本书在此的重要意义在于将诉讼法学的零散的知识点串连起来,目的在于让考生在答题时能做到思考全面,消除盲点。

第四,就法理学、法制史、国际法学的部分,本书基本上是在把握重点的基础上对于教材的浓缩与简化,指出了司法考试在本部分的考查重点,但是同样,其内容相当庞杂和零散,并且时效性强,对于本书没有提及的内容,考生也不要完全忽略。

概括而言,结合本书的内容特色,本书的使用特点可以概括为:一是阶段性,建议考生在备考复习的中后期使用本书;二是指引性,本书宗旨并不在于提供全方位的复习服务,而是指引考生把握重点和难点,帮助考生快速、有效、精确地掌握司法考试必备知识;三是减压性,本书在确保考试有效性的同时将复习内容减少到最小,方便考生在最短的时间内复习应考;四是可信性,本书是在总结多年的辅导经验,科学分析历年的考试试题内在规律并对2003年司法考试命题预测的基础上编写而成,往年的此项工作经过了考试真题的检验,从而确保了本书的有效和准确。

本书的编写是对考试重点和考生弱点的再次总结和把握,是对以前成果的去粗取精、去伪存真的过程,殊为不易。要感谢去年的众多读者对本书所提的意见(这是非常宝贵的)。本说明既是对本书的介绍,也是对考生复习应考的建议,希望能给您一点有益的启示,更希望本书能帮助您在司法考试中取得成功。

最后需要说明的是,本书的编成,凝聚了京城部分司法考试辅导专家的一丝不苟的工作精神,大家本着法律人为法律人负责的态度完成本书。但其中不当之处恐在所难免,读者在使用本书过程中,如有疑问,或者批评、建议等,恳请读者来电来函指正,邮箱地址:wanguo@wanguoschool.net,并欢迎访问万国学校,网址:www.wanguoschool.net,以利来年修订。

骆 勇

2003年6月

于北京

目 录

刑法编	(1)
刑事诉讼法编	(42)
行政法与行政诉讼法编	(80)
行政法基本理论	(80)
行政处罚法	(84)
行政复议法	(89)
行政诉讼法	(95)
国家赔偿法	(108)

刑法编

依据 2003 年司法考试大纲的要求,刑法部分的分值情况为:选择题 40 分,案例分析题 20—25 分。

1997 年修订刑法典后,新旧刑法典的内容有了较大的变化。以 1997 年以来的情况看,司法考试的侧重点有:

1. 刑法总则部分。可以说,刑法总则部分的每一个章节都是司法考试的重点。与分则部分相比,总则仅有 101 个条文(分则有 350 个条文),但却占去了刑法试题总分值的 40% 强。如果考虑到作答刑法分则部分的试题时一刻离不开刑法总则部分的基础知识这一事实,总则在整部刑法典中的作用与地位就更高了。

另外一点需特别指出的是,刑法总则部分的知识不仅与刑法总则部分的条文紧密相连,与条文以外的刑法基础理论也是息息相关。因此,多学些刑法基本理论对掌握刑法总则部分的内容,是绝对必要的。为此,我们在题解部分中有意识地加强了刑法基础理论的介绍,望考生予以留心。

具体而言,刑法总则部分的重点内容有:

- (1) 刑法的适用范围;
- (2) 犯罪与刑事责任:刑事责任年龄,正当防卫、残疾人刑事责任;
- (3) 犯罪的预备、中止、未遂的概念及刑罚运用;
- (4) 共同犯罪;
- (5) 刑罚的种类;
- (6) 刑罚的具体运用:假释、减刑、时效、缓刑、数罪并罚、累犯、自首与立功,量刑情节;
- (7) 犯罪的学理分类:亲告罪、不作为犯、想象竞合犯、连续犯、继续犯、牵连犯、吸收犯、结果加重犯等。

本部分的选择题型中,单选题与多选题平分秋色。

2. 刑法分则部分。与刑法总则部分相较,分则的条文非常浩繁,占去了刑法试题总分值中的大半。该部分的重点比较突出,若按试题的多少及分值排列,依次应是:

- (1) 破坏社会主义市场经济秩序罪;
- (2) 妨害社会管理秩序罪;
- (3) 侵犯公民人身权利、民主权利罪;
- (4) 侵犯财产罪;

- (5)贪污贿赂罪；
- (6)危害公共安全罪；
- (7)其他类罪名。

本部分的选择题型中,以多选题为主,单选题在数量上仅为多选题的一半,这种情况与刑法分则部分的条文特点有关。因为许多个罪的客观方面的表现形式都被详细列陈,且数目一般在3个以上,故为出题者设计多选题所青睐,考生一定要留意这一现象,以作为复习之指导。

本部分试题,尤其是选择题的选择项所涉及的知识点要求的精确度极高,考生在复习时不可粗枝大叶,务必细之又细,精益求精。

一、刑法的基本原则与概念解析

(一)刑法的基本原则

刑法的基本原则在法典第3—5条的规定中,包括罪刑法定原则、平等适用刑法原则、罪刑相适应原则。

罪刑法定,也即“法无明文规定不为罪”,“法无明文规定不处罚”。该原则要求禁止不利于行为人的事后罚(即禁止溯及既往,但是有例外);禁止不利于行为人的类推解释等。我国的刑罚体系、法定和酌定的量刑情节都是罪刑相适应原则的体现。对于刑法基本原则的考查方法主要是间接的方法。

(二)有关概念

对于刑法第五章的“其他规定”有些概念需要掌握。

1. 第91条的公共财产。本法所称公共财产,是指下列财产:

- (1)国有财产;
- (2)劳动群众集体所有的财产;
- (3)用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产;
- (4)在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产,以公共财产论。

2. 第93条的国家工作人员。本法所称国家工作人员,是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企

业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员,以及其他依照法律从事公务的人员,以国家工作人员论。

3. 第94条的司法工作人员。本法所称司法工作人员,是指有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。

4. 第95条重伤的标准。本法所称重伤,是指有下列情形之一的伤害:

- (1)使人肢体残废或者毁人容貌的;
- (2)使人丧失听觉、视觉或者其他器官机能的;
- (3)其他对于人身健康有重大伤害的。

5. 第96条违反国家规定的范围。本法所称违反国家规定,是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。

6. 第99条的以上、以下、以内之含义。本法所称以上、以下、以内,包括本数。

二、刑法的适用范围

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(第6—11条),而时间效力即溯及力问题(第12条)。

(一)空间效力

1. 属地原则(第6条)。

(1)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。这

个“法律有特别规定”最显著者有刑法第 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。

(2)凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的,也适用本法。注意此处没有包括“国际列车”的,如果在国际列车上犯罪,参照最高法院《刑诉解释》第 10 条之规定处理。

(3)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。注意这里的“地”既包括行为地也包括结果地。

2. 属人原则(第 7 条)。因犯罪人不同而有不同的规定:

(1)中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的,适用本法,但是按本法规定的最高刑为 3 年以下有期徒刑的,可以不予追究。

(2)中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的,适用本法。注意这里没有针对一般公民的“可以不予追究”的尾巴。

3. 保护原则(第 8 条)。按照刑法第 8 条的规定,外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪,而按本法规定的最低刑为 3 年以上有期徒刑的,可以适用本法,但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。在此主要掌握保护管辖适用的五项条件:

(1)行为主体必须是外国人,包括无国籍的人,否则适用本法第 7 条的“属人原则”。

(2)行为地必须是我国领域外,否则适用本法第 6 条的“属地原则”。

(3)行为针对的对象必须是“中华人民共和国国家或者公民”。保护管辖,顾名思义,也就因保护我方利益而行使管辖权。

(4)行为性质是重罪,即该犯罪行为的最法定刑为 3 年以上有期徒刑。

(5)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。

4. 普遍原则(第 9 条)。对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行,中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的,适用本法。该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。此处与国际法的规定有共同之处,读者可参见本书国际公法部分对此的相关论述。

(二)时间效力

时间效力中最重要的问题就是刑法的溯及力问题,以下对此重点讲述。

刑法的溯及力,是指刑法生效后,对它生效前未经审判、判决未确定或未裁定的行为是否具有追溯适用效力,如果具有适用效力则是溯及力,否则就是没有溯及力。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。

我国刑法第 12 条关于溯及力的规定采取了从旧兼从轻的原则。在 1949 年 10 月 1 日至 1997 年 9 月 30 日这段期间所发生的行为,如果未经法院审判或判决未确定(注意这是针对未经法院审判或判决未确定的情形),应按不同情况分别处理:(1)行为时的法律不认为是犯罪,而现行刑法认为是犯罪的,适用行为时的法律,即不追究刑事责任,现行刑法没有溯及力。(2)行为时的法律认为是犯罪,而现行刑法不认为是犯罪的,适用现行刑法,即不追究刑事责任,现行刑法具有溯及力。(3)行为时的法律与现行刑法都认为是犯罪,并且按照现行刑法总则第 4 章第 8 节的规定应当追诉的,按照行为时的法律追究刑事责任,即现行刑法没有溯及力;但是,如果现行刑法的处刑比行为时的法律处刑轻,则应当适用现行刑法,即刑法具有溯及力。尤其注意,现行刑法施行前,依照当时的法律已经作出的生效判决,继续有效。任何人不得以新

刑法的规定要求撤销原生效判决。

根据刑法第 11 条的精神以及有关司法解释, 以下几点值得注意: (1) 对于行为人 1997 年 9 月 30 日以前实施的犯罪行为, 在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者在人民法院受理案件以后, 行为人逃避侦查或者审判, 超过追诉期限或者被害人在追诉期限内提出控告, 人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案, 超过追诉期限的, 是否追究刑事责任, 适用 1979 年刑法(即行为时法, 以下简称旧刑法)第 77 条的规定。(2) 对于酌定减轻处罚、累犯的认定、自首的认定、立功的认定、缓刑的撤销、假释的适用与撤销等问题, 应坚持从旧兼从轻的原则即有利于行为人的原则进行处理。(3) 对于旧刑法没有明文规定的犯罪, 根据旧刑法需要类推处理而没有处理的, 不管现行刑法是否规定为犯罪, 都不得以类推方式定罪量刑。(4) 如果当时的法律不认为是犯罪, 现行刑法认为是犯罪, 而行为连续或继续到 1997 年 10 月 1 日以后的, 对 1997 年 10 月 1 日以后的行为适用现行刑法追究刑事责任。

此外, 根据最高人民法院、最高人民检察院 2001 年 12 月 7 日《关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》, 司法解释自发布或者规定之日起施行, 效力适用于法律的施行期间; 对于司法解释实施前发生的行为, 行为时没有相关司法解释, 司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件, 依照司法解释的规定办理; 对于新的司法解释实施前发生的行为, 行为时已有相关司法解释, 依照行为时的司法解释办理, 但适用新的司法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的, 适用新的司法解释; 对于在司法解释施行前已办结的案件, 按照当时的法律和司法解释, 认定事实和适用法律没有错误的, 不再变动。

三、犯罪概述

(一) 犯罪的特性

1. 社会危害性。
2. 刑事违法性。
3. 应受刑罚处罚性。

(二) 犯罪的分类

1. 理论分类。

(1) 重罪与轻罪。一般依法定刑为标准, 而不是以现实犯罪的轻重为标准。

(2) 自然犯与法定犯。一般认为, 自然犯是明显违背伦理道德的传统型犯罪; 法定犯是没有明显违反伦理道德的现代型犯罪。

(3) 隔隙犯与非隔隙犯。隔隙犯是指实行行为与犯罪结果之间存在时间的、场所的间隔的犯罪, 又有隔时犯与隔地犯之分。实行行为与犯罪结果之间没有时间、场合间隔的犯罪则是非隔隙犯。

2. 法定分类。

(1) 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以外的犯罪。

(2) 身份犯与非身份犯。以特殊身份作为主体要件或刑罚加重、减轻的法定事由的犯罪。又可分为真正身份犯和不真正身份犯。前者指以特殊身份作为主体要件的犯罪, 后者指特殊身份不影响定罪但影响量刑的犯罪。身份犯以外的犯罪就是非身份犯。

(3) 亲告罪与非亲告罪。亲告罪是指告诉才处理的犯罪。此种罪由刑法明文规定, 刑法没有明文规定为亲告罪的, 则为非亲告罪。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, 即告诉才处罚的犯罪。依据刑罚的规定, 亲告罪包括: ①第 246 条的侮辱罪(但当侮辱行为严重危害社会秩序和国家利益的除外); ②第 246 条的诽谤罪(但当诽谤行为严重危害社会秩序和国家利益的除外); ③第 257 条的暴力干涉婚姻

自由罪(但当该暴力行为导致被害人死亡的除外);④第 260 条的虐待罪(当虐待行为致被害人重伤、死亡的除外);⑤第 270 条的侵占罪。

须注意者还有:第一,这类犯罪尚不完全等同于刑事诉讼中的自诉案件(《刑事诉讼法》第 170 条)。第二,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)。第三,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)。

(4)基本犯、加重犯与减轻犯。基本犯是指刑法分则条文规定的不具有法定加重或者减轻情节的犯罪。加重犯是指刑法分则条文以基本犯为基础规定了加重情节与较重法定刑的犯罪,其中又可以分为结果加重犯与情节犯。

四、犯罪构成要件之一——犯罪主体

犯罪主体是犯罪构成要件在刑法中最重要的内容,应当着重掌握。

(一)刑事责任年龄

刑事责任年龄是此处的绝对重点。刑事责任年龄可以划分为绝对无责任、相对有责任、绝对有责任、从宽责任四个时期。如下:

(1)绝对无责任年龄时期。这是依法完全不负刑事责任的年龄时期。根据我国刑法典第 17 条规定的精神,实施严重危害社会行为的当时,行为人的年龄不满 14 周岁的,其行为不构成犯罪,一概不追究刑事责任;但应责令其家长或者监护人加以管教,必要时也可由政府收容教养。

(2)相对有责任年龄时期。这是依法对部分严重犯罪负刑事责任的年龄时期。按照我国刑法典第 17 条第 2 款的规定,已满 14 周但不满 16 周岁的人,犯故意杀人、故意伤

害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的,应当负刑事责任。

①一定要掌握已满 14 周岁不满 16 周岁的人应当负刑事责任的范围:八种犯罪九种情况(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,前者包括故意伤害人重伤与故意伤害而致人死亡而不包括轻伤;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 款规定的抢劫罪;③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;④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;⑤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。

(3)完全负责任年龄时期。这是依法全部负刑事责任的年龄时期。根据我国刑法典第 17 条第 1 款的规定,已满 16 周岁的人犯罪,应当负刑事责任。

(4)从宽责任年龄时期。这是依法应当予以从轻或者减轻处罚的年龄时期。按照刑法典第 17 条第 3 款的规定,对于实施了犯罪并应负刑事责任的已满 14 周岁不满 18 周岁的人,应当从轻或者减轻处罚。另外对于未成年人不适用死刑(包括死缓)。

与刑事责任年龄有关的问题:

(1)刑事责任年龄的计算。“已满”一定的岁数,是指实足年龄,应当按公历的年、月、日计算,并且应当以过了周岁生日那一天开始起算。对于已满 16 周岁、已满 18 周岁年龄的计算,亦与上述计算方法相同。

(2)刑事责任年龄的确定。犯罪主体中的刑事责任年龄,是依行为实施时为准还是依行为结果发生时为准,这涉及对年龄的实

实际确定问题。在行为与结果同时出现的场合,一般不发生年龄确定上的难题。但当行为与结果不同时的场合,则涉及到依哪一个时间为标准去计算的问题。依行为当时的实际年龄为标准去认定行为人是否达到刑事责任年龄是比较科学的,如果行为出现了连续或者持续状态,则应当依行为状态结束之时行为人的实际年龄去予以确定。

(3)跨刑事责任年龄犯罪的认定。对于跨年龄犯罪的认定,不能按照前后一并认定的方法去进行处理,而应当根据具体情况,区别不同的年龄时期,分别予以认定。具体来讲,如果未成年人在年满14周岁之前和已满14周岁不满16周岁期间都实施了刑法典第17条第2款所规定的行为,甚至是同一性质的行为,在认定是否构成犯罪时,应当根据其已在年满14周岁不满16周岁期间实施的行为认定,而不应把年满14周岁以前的行为与已满14周岁不满16周岁期间实施的行为一并作为认定犯罪的依据;如果一个未成年人在年满16周岁前后都实施了刑法典第17条第2款规定以外的其他行为,在认定已满16周岁未成年人的行为是否构成犯罪时,应当根据其已满16周岁以后的行为去认定,同样不应将其不满16周岁以前依法不负刑事责任的行为一并作为年满16周岁以后犯罪行为认定的依据。

(二)刑事责任能力

注意三类人:

1.精神病人:

(1)精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果,经法定程序鉴定确认的,不负刑事责任,但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗;在必要的时候,由政府强制医疗。

(2)间歇性的精神病人在精神正常的时候犯罪,应当负刑事责任。

(3)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;

2.醉酒的人:醉酒的人犯罪,应当负刑事责任。

3.聋哑人或盲人;又聋又哑的人(注意必须是又聋又哑)或者盲人犯罪,可以从轻、减轻或者免除处罚。

(三)单位犯罪

1.单位犯罪的认定。依据刑法第30条的规定,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。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》,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.处罚原则。依据刑法第31条的规定,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。本法分则和其他法律另有规定的,依照规定。可见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(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),同时对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员判刑。

“另有规定”包括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)。

五、犯罪构成要件之二——犯罪主观要件

犯罪主观要件,是指刑法规定的成立犯罪所必须具备的,犯罪主体对其实施的危害行为及其危害结果所持的心理态度。

(一)犯罪故意

1. 概念。犯罪故意,是指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的心理状态。

2. 分类。

(1)直接故意,是指明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望这种结果发生的心理状态。

(2)间接故意,是指明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且放任这种结果发生的心理状态。

(二)犯罪过失

1. 概念。犯罪过失,是指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心理状态。

注意法律规定:过失犯罪,法律有规定的才负刑事责任。

2. 分类。

(1)疏忽大意的过失,是指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,以致发生这种结果的心理状态。

(2)过于自信的过失,是指已经预见自己的行为会发生危害社会的结果,而轻信能够避免;以致发生这种结果的心理状态。

(三)刑法上的认识错误

1. 概念。刑法上的认识错误,是指行为人对自己行为在法律上的意义有不正确的理解或对有关客观事实存在不符合真相的认识。包括法律认识错误和事实认识错误。

2. 法律认识错误。法律认识错误,是指行为人在有意识地实施某种行为时,对自己行为的法律性质或意义有误解。

(1)行为人误认为自己实施的是刑法所禁止的犯罪行为,其实该行为并非刑法禁止的犯罪行为。不应当定罪。

(2)行为人误认为自己实施的行为不是

刑法规定的犯罪行为,其实该行为是刑法规定的犯罪行为。不影响定罪。

(3)行为人对自己实施的犯罪行为在罪名、罪数、量刑等方面有不正确的理解。不影响定罪和量刑。

3. 事实认识错误。事实认识错误,是指行为人对自己行为有关的实施情况有不符合真相的认识。

(1)对行为性质的认识错误;

(2)对行为手段的认识错误;

(3)对行为对象的认识错误。

六、犯罪构成要件之三——犯罪客体和客观要件

对此,不是司法考试在总则部分的重点,不详细论述,特指出以下考点。

1. 客体的分类。从刑法理论上讲犯罪客体分为一般客体、同类客体与直接客体。

(1)一般客体:指一切犯罪所共同侵犯的社会主义社会关系整体。刑法第2条、第13条都有如此的规定。

(2)同类客体:指某一类犯罪所共同侵犯的某一类社会关系,或者说某一类犯罪所共同侵犯的社会关系的某一方面或者某一部分。我国刑法分则规定的十大类犯罪,每类犯罪即属同类客体。

(3)直接客体:指具体犯罪所直接侵犯的具体的社会主义社会关系。

2. 犯罪对象与犯罪客体的关系。犯罪对象是犯罪行为所作用的,社会主义社会关系的主体或者物质表现。如故意杀人罪的“人”,盗窃罪的中的“公私财物”就是犯罪对象。特定的犯罪对象在某些犯罪中是构成要件,行为只有作用于特定的对象,才能构成犯罪。特定的犯罪对象在某些犯罪中影响此罪与彼罪的区分。

犯罪对象与犯罪客体的关系较为密切:犯罪对象反映犯罪客体,犯罪客体制约犯罪

对象。但二者存在明显区别:(1)犯罪对象所呈现的是事物的外部特征,它一般不能决定犯罪的性质;而犯罪客体所表现的是行为的内在本质,因而决定犯罪的性质。(2)特定的犯罪对象只是某些犯罪的构成要件;而犯罪客体是一切犯罪的共同构成要件。(3)犯罪对象并非在任何犯罪中都受到侵害;而犯罪客体在一切犯罪中都受到了侵害或者威胁。(4)犯罪对象不是犯罪分类的根据,因为犯罪对象相同并不意味着犯罪性质相同;而犯罪客体则是犯罪分类的根据,因为犯罪客体要件相同意味着犯罪性质相同。

3. 危害行为。危害行为包括作为和不作为。

(1)作为是指行为人以积极的身体活动实际实施刑法所禁止的危害行为。

(2)不作为是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。

不作为构成犯罪必须具备以下条件:

①行为人负有实施特定积极行为的具有法律性质的义务。这种义务的来源可能是:法律法规明文规定的义务;职务或业务要求的义务;法律行为引起的义务;先前行为引起的义务。

②行为人能够履行特定义务。

③行为人不履行特定义务,造成或可能造成危害后果。

(3)法律规定的犯罪可能是必须作为或不作为才能构成;但是有些犯罪则作为、不作为都可能构成犯罪。

七、排除犯罪的事由

排除犯罪的事由在刑法里主要就是正当防卫(第20条)与紧急避险(第21条)。

(一)正当防卫

1. 正当防卫的构成要件。

(1)存在现实的不法侵害。必须注意:

①侵害行为可能是犯罪行为,也可能是其他

违法行为;②侵害是现实存在的,如果不存在不法侵害,而误认为存在不法侵害进行“防卫”,则属于假想防卫;③侵害是人的行为,如果纯粹是动物的行为,则不存在防卫问题。

(2)不法侵害正在进行。必须注意正当防卫的存在前提必须是合法利益受到紧迫的侵害或侵害的威胁。如果不法侵害尚未开始或已经结束,进行“防卫”则属于防卫不适时,构成犯罪的,应当承担刑事责任。

(3)具有防卫意识。即要求防卫人认识到不法侵害的现实存在,并为了保护合法利益免受正在进行的不法侵害而进行。

(4)针对不法侵害人本人进行防卫。防卫行为必须针对不法侵害人,包括人身和行为人用来实施违法侵害行为的财产。

(5)没有明显超过必要限度造成重大损失。否则属于防卫过当。但是注意这里的“明显”和“重大”的用语。

2. 无过当防卫。刑法第20条第3款规定了无过当防卫(或特殊正当防卫),即对正在进行行凶、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。

无过当防卫的条件,除了要求不法侵害正在进行、防卫人有防卫意识、针对不法侵害者本人进行防卫外,更重要的条件是,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进行防卫。对此应注意以下几点:(1)对于非暴力犯罪以及作为一般违法行为的暴力行为,不适用上述规定。(2)对于轻微暴力犯罪或者一般暴力犯罪,不适用上述规定;只有对严重危及人身安全的暴力犯罪进行正当防卫,才没有防卫过当的问题。(3)并非对于任何行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架等暴力犯罪进行防卫都适用上述规定,只有当暴力犯罪严重危及人身安全时,才适用上述规定。(4)在严重危及人身安

全的暴力犯罪已经结束后,行为人将不法侵害人杀死杀伤的,不适用上述规定。

3. 防卫过当的定罪与量刑。防卫过当是指防卫行为明显超过必要限度造成重大损失。防卫过当应当根据其行为特征在刑法分则部分寻找符合的构成要件的犯罪。一般是侵害公民人身权或财产权的行为。一定要注意“防卫过当”本身并不是一个独立的罪名。

对于防卫过当行为,处罚原则是“应当减轻或者免除处罚”(刑法第20条第2款)。

(二)紧急避险

1. 紧急避险的构成条件。

(1)合法利益面临现实危险。注意第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。

(2)危险正在发生。

(3)出于不得已而损害另一合法权益。紧急避险的损害的对象与正当防卫是不同的,紧急避险损害的是无辜的第三者。

(4)具有避险意识。认识到危险并为了避免危险。

紧急避险不仅仅是为了保护行为人本人的利益,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。

(5)没有超过必要限度,造成不必要的损害。

2. 避险过当的法律责任。避险过当是指避险行为超过必要限度造成不应有的损失。注意紧急避险要求损害的利益一定要小于保护的利益。否则就构成避险过当。避险过当应当根据其行为特征在刑法分则部分寻找符合的构成要件的犯罪。一般是侵害公民人身权或财产权的行为。一定要注意“避险过当”本身并不是一个独立的罪名。

对于避险过当行为,处罚原则是“应当减轻或者免除处罚”(刑法第21条第2款)。

八、未完成罪

(一)概述

1. 未完成罪是故意犯罪形态中的概念,只存在于故意犯罪中。未完成罪是指犯罪的未完成形态,即犯罪预备(第22条)、未遂(第23条)、中止(第24条)。过失犯罪只存在成立与否,不存在这些犯罪形态,也不存在既遂与未遂的区别。间接故意犯罪也是只存在成立与否,而不存在既遂与未遂的区别。

2. 未完成罪是犯罪过程中由于某种原因发生而呈现的状态,这种停止是终局性的停止,而不是暂时性的停止。就某一个故意犯罪而言,犯罪形态只存在一个,而不可能存在数个。这是司法考试的常考考点。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。

3. 犯罪形态与犯罪阶段是不同的,但是也有联系。在犯罪预备阶段,只能出现犯罪预备和犯罪中止;在犯罪实行阶段,只能出现犯罪未遂、犯罪中止和犯罪既遂状态。一个犯罪可能经历几个犯罪阶段,但不能出现几个犯罪形态。

(二)几种未完成形态

1. 犯罪预备的特征:

(1)主观上为了犯罪。

(2)客观是已经实施了犯罪预备行为:准备工具、制造条件。

(3)事实上未能着手实行犯罪,即在犯罪实际施行之前就已经停止。

(4)未能着手实行犯罪是由于行为人意志以外的原因。这是犯罪预备停止的原因,是认定犯罪预备和犯罪未遂的关键区别,是犯罪预备和犯罪中止的共同点。

2. 犯罪未遂所具有的三个特性:

(1) 行为入已经着手实行犯罪,这与犯罪预备相区别。已经着手实行犯罪,是指行为入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。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。

(2) 犯罪未完成(未得逞)而停止下来,这与犯罪既遂相区别;

(3) 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。

一定要注意犯罪未遂的特征(也是构成要件)是其与故意犯罪的其他停止形态相区分的标志。

3. 犯罪中止的基本特征:

(1) 自动性,即行为入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。

(2) 时间性。中止必须发生在犯罪过程中,既可以是犯罪的预备阶段,也可以是犯罪的实行阶段。

(3) 客观性。犯罪中止必须要有客观上的行为。在客观上,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。

4. 犯罪未完成形态的处罚:

(1) 对于预备犯,可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。

(2) 对于未遂犯,可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。

(3) 对于中止犯,没有造成损害的,应当免除处罚;造成损害的,应当减轻处罚。中止犯的处罚原则较为特殊,需要注意:

① 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;

② 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;

③ 注意损害结果对于中止犯的处罚的重要意义: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。

九、共同犯罪

(一) 共同犯罪概述

刑法第25—29条规定了共同犯罪问题。第25条规定了共同犯罪的概念,即共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。共同犯罪的成立要件是:必须是两人以上;必须有共同故意;必须有共同行为。对此需要注意以下问题:

1. 构成共同犯罪的两人(或两人以上中有两人)必须是已经达到刑事责任年龄,具有相应刑事责任能力的人,如果两人其中一人就所实施的行为因刑事责任能力原因不承担刑事责任,则不构成共同犯罪。

单位犯罪时,直接负责的主管人员及其他直接责任人员,与该单位本身不成立共同犯罪。最高人民法院《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》规定,对此,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。

2. 在身份犯的情况下,不具有构成身份的人与具有构成身份的人共同实施以特殊身份为构成要件的犯罪时,成立共同犯罪。

3. 构成共同犯罪要求行为入有共同故意,即均是共同犯罪。但是在司法考试中,注

docsriver 文川网
入驻商家 古籍书城

在文川网搜索古籍书城 获取更多电子书

意一个司法解释;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。

4. 共同犯罪有任意共同犯罪和必要共同犯罪;事前有通谋的共同犯罪和事前无通谋的共同犯罪;简单共同犯罪和复杂共同犯罪;一般共同犯罪和特殊共同犯罪。集团犯罪是特殊共同犯罪。需要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。

(二)共犯人的形态

共犯人的形态主要有:主犯(第26条)、从犯(第27条)、胁从犯(第28条)、教唆犯(第29条)。注意掌握这些共犯人的特征及其刑事责任的确定。

1. 主犯。

(1)主犯的形式。

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)。

(2)主犯的刑事责任。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);二是对其主犯,应按照其所参与或组织、指挥的全部犯罪处罚。一定要注意,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。

(3)主犯与首要分子的关系。依据刑法第97条的规定,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。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。

(4)聚众犯罪。刑事责任的承担范围问题是其中的重点,主要就是首要分子及其他参加者的刑事责任的确定。

①所有参与聚众活动的人均构成犯罪,即第317条的组织越狱罪、暴动越狱罪、聚众持械劫狱罪;

②聚众进行违法活动的首要分子与积极参加者构成犯罪,而一般参与者不构成犯罪;如第268条聚众哄抢罪、第290条的聚众扰乱社会秩序罪、非法冲击国家机关罪,第292条聚众斗殴罪;

③首要分子与多次参加者构成犯罪:第301条聚众淫乱罪;

④只有首要分子才构成聚众犯罪,而其他参加者不构成聚众犯罪;如第289条聚众打砸抢行为抢走财物或者损毁财物的,第291条聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪;第242条聚众阻碍解救被拐卖的妇女、儿童罪(此时的其他参加者定妨害公务罪)。

2. 从犯。依据刑法第27条的规定,在共同犯罪中起次要或者辅助作用的,是从犯。注意实行犯不一定是主犯。而非实行犯不一定是主犯。

对于从犯,应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。一定要注意是“应当”。

3. 胁从犯(刑法第28条)。

(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。

(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”。注意与从犯是不同的。

4. 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。

十、罪数形态

罪数理论中最重要的问题是一些貌似数罪,实为一罪的现象。这里主要阐述如下。

(一)实质的一罪

1. 继续犯。继续犯,也称持续犯,是指行为从着手实行到由于某种原因终止以前,一直处于持续状态的犯罪。非法拘禁罪,被认为是典型的继续犯。

(1)继续犯具有以下特征:

①继续犯必须是犯罪行为与不法状态同时继续,而不仅仅是不法状态的继续。

②继续犯必须是犯罪行为在一定时间内不间断地持续存在。一方面,继续犯罪的犯罪行为必须具有时间上的继续性;另一方面,犯罪行为必须没有间断。

③继续犯必须是一个行为侵犯了同一具体的社会关系,即犯罪行为自始至终都针对同一对象,侵犯同一社会关系。

④继续犯必须出于一个罪过。一般来说,继续犯是出于一个故意,出于数个故意的行为不可能成立继续犯。

(2)继续犯的处罚原则:对于继续犯,不论其持续时间长短,均应以一罪论处。

2. 想象竞合犯。想象竞合犯,也称想象的数罪、观念的竞合、一行为数法,是指一个行为触犯了数个罪名的情况。

(1)想象竞合犯具有两个基本特征:

①行为人只实施了一个行为。

②一个行为必须触犯数个罪名。

(2)想象竞合犯的处罚原则:对于想象竞合犯,应按行为所触犯的罪名中的一个重罪论处,而不以数罪论处。但是,如果认为刑法第204条第2款规定的犯罪可能包括想象竞合犯,则对该款规定的犯罪必须实行并罚。

3. 结果加重犯。结果加重犯,亦称加重结果犯,是指法律规定的—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。

(1)结果加重犯具有以下特征:

①行为人实施基本犯罪行为,但造成了加重结果。

②行为人对基本犯罪一般持故意,对加重结果至少有过失。

(2)重点罪名列举。主要包括:强奸罪的5种加重情形(第256条),拐卖妇女、儿童罪的8种加重情形(第240条),抢劫罪的8种加重情形(第263条)、聚众斗殴罪的加重情

形(第 292 条),组织他人偷越国边境罪的加重情形(第 318 条),走私、制造、贩卖、运输毒品罪的加重情形(第 347 条),组织卖淫罪、强迫卖淫罪的加重情形(第 358 条)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。

(二)处断的一罪

1. 连续犯。

(1)特征:

①行为人基于同一的或概括的犯罪故意。

②必须实施性质相同的数个行为。

③数次行为具有连续性。

④数次行为触犯同一罪名。

(2)处罚:以一罪论处。

2. 吸收犯。

(1)特征:

①具有数个独立的符合犯罪构成的犯罪行为。

②数个行为必须触犯不同罪名。

③数行为之间具有吸收关系。

(2)处罚原则:只能以一罪论处。

(3)重点情形列举。刑法第 239、240、318、第 321 条第 2 款、第 347、358 条。

3. 牵连犯。

(1)特征:

①必须出于一个犯罪目的;

②行为人实施了数个行为,而且数行为之间存在手段行为与目的行为、原因行为和结果行为的牵连关系。

③在目的行为或原因行为触犯一个罪名的情况下,手段行为或结果行为又触犯了另一罪名。

(2)处罚原则: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(第 171 条第 3 款);盗窃信用卡并使用的直接以盗窃罪定罪处罚(第 196 条第 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证明文件罪定罪处罚(第 229 条第 2 款);邮政工作人员的盗窃罪;购买假币后使用的直接以购买假币罪定罪并从重处罚(第 253 条第 2 款)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,请读者注意总结。这里择其重点列举之:

• 组织、领导、参加恐怖组织,并利用该组织实施杀人、爆炸、绑架等犯罪的,以组织、领导、参加恐怖组织罪与该组织的故意杀人、爆炸、绑架等罪实行并罚(第 120 条第 2 款);

• 实施第 140—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;

• 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,与妨害公务实行并罚(第 157 条第 2 款),但要注意第 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,即属于前述的包容犯问题,而不实行并罚;

• 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;见第 241 条第 4 款,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,根据本条第2、3、4款的规定,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;

• 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(第294条第3款,这一点同上述第一种情况完全一致);

• 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(第318条第2款);

• 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(第321条第3款)。

十一、我国的刑罚体系

刑法第32—60条系统规定了我国的刑种,构建了我国现行刑罚体系。主要刑罚种类可概括分类为:

1. 主刑。

(1)限制自由——管制(第38—41条)。

(2)剥夺自由——拘役、有期徒刑、无期徒刑(第42—47条)。

(3)剥夺生命——死刑(第48—51条)。

2. 附加刑。

(1)剥夺财产——罚金与没收财产(第52—53条、第59—60条)。

(2)剥夺政治权利(第54—58条)。

(3)剥夺居留权——驱逐出境(第35条)。

以下举重点详细分析:

(一)主刑

1. 管制。管制是对罪犯不予关押,但限

制其一定自由,由公安机关执行和群众监督改造的刑罚方法。

(1)限制犯罪人的一定自由,故管制不同于免于刑罚处罚。根据刑法第39条规定,限制自由的内容是:遵守法律、行政法规,服从监督;未经执行机关批准,不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利;按照执行机关规定报告自己的活动情况;遵守执行机关关于会客的规定;离开所居住的市、县或者迁居,应当报经执行机关批准。但是,对犯罪人的劳动报酬不得进行限制,即对于被判处管制的犯罪分子,在劳动中应当同工同酬。

(2)具有一定期限。根据刑法第38、40条与第41条的规定,管制的期限为3个月以上2年以下,数罪并罚时不得超过3年。管制的刑期从判决执行之日起计算;判决执行前先行羁押的,羁押1日折抵刑期2日。

(3)由公安机关执行和群众监督改造。

2. 拘役。

(1)拘役是剥夺自由的刑罚方法,与管制具有明显区别。由于拘役是刑罚方法,所以它与行政拘留、刑事拘留、司法拘留在法律属性、适用对象、适用机关、适用依据、适用程序、适用期限上都有明显区别。

(2)拘役的期限。根据刑法第42条与第44条的规定,拘役的期限为1个月以上6个月以下,数罪并罚时不得超过1年。拘役的刑期从判决执行之日起计算,判决执行以前先行羁押的,羁押1日折抵刑期1日。

(3)拘役是由公安机关就近执行的刑罚方法。在执行期间,受刑人每月可以回家1天至2天;参加劳动的可以酌量发给报酬。

3. 有期徒刑。

(1)有期徒刑剥夺犯罪人的自由。

(2)有期徒刑的期限。根据刑法第45、50条与第69条的规定,有期徒刑的期限为6个月以上,15年以下;数罪并罚时不得超过

20年；刑期从判决执行之日起开始计算，判决执行以前先行羁押的，羁押1日折抵刑期1日。

4. 无期徒刑。无期徒刑不可能孤立适用，即对于被判处无期徒刑的，应当附加剥夺政治权利终身。

5. 死刑。

(1) 刑法第48条明文规定“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子”。总则规定了死刑缓期执行制度。在适用死刑时，不能只适用死刑立即执行，而可以适用死刑缓期执行。

(2) 不得对犯罪的时候不满18周岁的人和审判的时候怀孕的妇女适用死刑(刑法第49条)。这里的不适用死刑，既包括不适用死刑立即执行，也包括不适用死刑缓期二年执行。此外，怀孕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。

(3) 不得违反法定程序适用死刑。根据刑事诉讼法第20条规定，死刑案件只能由中级人民法院进行一审，即基层人民法院不得判处被告人死刑。根据刑法第48条以及刑事诉讼法第200—202条的规定，死刑除依法由最高人民法院判决的以外，都应当报请最高人民法院核准。

(4) 不得任意采用死刑执行方法。刑事诉讼法第212条第2款规定：死刑采用枪决或者注射等方法执行。

(5) 死刑缓期执行。刑法第48条规定：对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期二年执行。死缓不是独立的刑种，而是死刑适用制度。

根据上述规定，宣告死缓必须具备两个条件：一是“应当判处死刑”，即根据刑法的规定与罪行的严重程度，应当判处死刑。这是

宣告死缓的前提条件。二是“不是必须立即执行的”。

由于死缓不是独立刑种，故判处死缓后会出现不同结局。根据刑法第50条规定，对于被判处死缓的犯罪人，有三种处理结局：(1) 在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，2年期满以后，减为无期徒刑。(2) 在死刑缓期执行期间，如果确有重大立功表现，2年期满以后，减为15年以上20年以下有期徒刑。其中的重大立功表现，应根据刑法第78条予以确定。(3) 在死刑缓期执行期间，如果故意犯罪，查证属实的，由最高人民法院核准，执行死刑。

根据刑法第51条的规定，死刑缓期执行的期间，从判决确定之日起计算。具体而言，从判决或者裁定核准死刑缓期二年执行的法律文书宣告或送达之日起计算。死刑缓期执行减为有期徒刑的刑期，从死刑缓期执行期满之日起计算。因此，死缓判决确定之前的羁押时间，不计算在缓期2年的期限之内。死缓减为有期徒刑的，有期徒刑的期限从死缓执行期满之日起计算，而不是从裁定之日起计算。

(二) 附加刑

1. 罚金。罚金是人民法院判处犯罪分子向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法。主要掌握罚金适用方式的确定。刑法分则对罚金的规定方式有四种情况：

(1) 选处罚金。即罚金作为一种与有关主刑并列的刑罚，由人民法院根据犯罪的具体情况选择适用(刑法第275条)。

(2) 单处罚金，即只能判处罚金，而不能判处其他刑罚。对犯罪的单位只能单处罚金。

(3) 并处罚金。即在判处主刑的同时附加适用罚金。刑法规定“并处”罚金时，人民法院在对犯罪人判处主刑的同时，必须依法判处罚金；刑法规定“可以并处”罚金时，人民

法院应当根据案件具体情况以及犯罪人的财产状态,决定是否判处罚金。

(4)并处或者单处罚金,即人民法院既可以在判处主刑的同时附加适用罚金,也可以只适用罚金。

刑法第52条规定:判处罚金,应当根据犯罪情节决定罚金数额。根据刑法分则和有关司法解释的规定,对罚金数额分为三种情况:一是没有规定具体数额。在这种情况下,罚金的最低数额不能少于1000元。二是规定了相当确定的数额(刑法第192条)。三是以违法所得或犯罪涉及的数额为基准,处以一定比例或者倍数的罚金(刑法第225、158、141条)。此外,对未成年人犯罪应当从轻或者减轻判处罚金,但罚金的最低数额不能少于500元。

根据刑法第53条规定,罚金在判决指定的期限内(应为从判决发生法律效力第2日起最长不超过3个月)一次或者分期缴纳。

期满后不缴纳的,强制缴纳。对于不能全部缴纳罚金的,人民法院一旦发现被执行人有可以执行的财产时,即应随时追缴。如果由于遭遇不能抗拒的灾祸缴纳确实有困难的,确实没有财产可供执行的,可以酌情减少或者免除。

2. 剥夺政治权利。

(1)剥夺政治权利的概念。剥夺政治权利,是指剥夺犯罪人参加管理国家和政治活动的权利的刑罚方法。根据刑法第54条规定,剥夺政治权利是剥夺下列权利:一是选举权与被选举权;二是言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利;三是担任国家机关职务的权利;四是担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。剥夺政治权利不是只剥夺上述权利的一部分,而是同时剥夺上述四项权利。一定要掌握这项权利的内容。

(2)剥夺政治权利的适用对象。注意在

适用方式上,剥夺政治权利既可以附加适用,也可以独立适用。

剥夺政治权利附加适用于严重犯罪的,由刑法总则规定。具体分为两种情况:

①应当附加剥夺政治权利。在这种情况下,人民法院没有裁量的余地,必须依法附加剥夺政治权利。根据刑法第56、57条规定,对下列两类犯罪人应附加剥夺政治权利:第一,对于危害国家安全的犯罪分子应当附加剥夺政治权利。这是从犯罪性质上确定剥夺政治权利的适用对象,故不论对其判处的主刑种类。第二,对于被判处死刑、无期徒刑的犯罪分子,应当附加剥夺政治权利终身。这是从主刑种类上确定剥夺政治权利的适用对象,故不论其犯罪的性质与类型。

②可以附加剥夺政治权利。在这种情况下,是否附加剥夺政治权利,由人民法院具体裁量。刑法第56条规定:对于故意杀人、强奸、放火、爆炸、投毒(即投放危险物质——引者注)、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪分子,附加剥夺政治权利。据此,除了对该条所列举的犯罪人以外,对其他严重破坏社会秩序的犯罪人,也可以附加剥夺政治权利。如对于故意伤害、盗窃等严重破坏社会秩序的犯罪,犯罪分子主观恶性较深、犯罪情节恶劣、罪行严重的,也可以附加剥夺政治权利。

剥夺政治权利独立适用于罪质较轻的犯罪或罪质严重但情节较轻的犯罪的,由刑法分则规定。如果刑法分则没有规定独立适用剥夺政治权利,就不得予以适用。刑法分则主要对危害国家安全罪、侵犯公民人身权利、民主权利罪、妨害社会管理秩序罪、危害国防利益罪等几种类型的犯罪规定了可以选择判处剥夺政治权利。

(3)剥夺政治权利的期限。剥夺政治权利的期限分为以下四种情况:①对于判处死刑、无期徒刑的犯罪分子,应当剥夺政治权利终身。②在死刑缓期执行减为有期徒刑或者

无期徒刑减为有期徒刑的时候,应当把附加剥夺政治权利的期限改为3年以上10年以下。③独立适用或者判处有期徒刑、拘役附加适用剥夺政治权利的期限,为1年以上5年以下。④判处管制附加剥夺政治权利的期限与管制的期限相等。

剥夺政治权利的刑期起算与执行分为以下几种情况:①被判处管制附加剥夺政治权利的刑期,与管制的刑期同时起算、同时执行。②独立适用剥夺政治权利的,按照执行判决的一般原则,从判决执行之日起计算并执行。③判处有期徒刑、拘役附加剥夺政治权利的刑期,以及死缓、无期徒刑减为有期徒刑附加剥夺政治权利的刑期,从徒刑、拘役执行完毕之日起或者从假释之日起开始计算;剥夺政治权利的效力当然施用于主刑执行期间。即对于这类犯罪人,在有期徒刑、拘役执行期间,当然剥夺政治权利。被判处有期徒刑、拘役、管制而没有附加剥夺政治权利的犯罪人,在执行期间仍然享有政治权利。④判处死刑、无期徒刑因而剥夺政治权利终身的,从主刑执行之日起开始执行剥夺政治权利。

3. 没收财产。没收财产与没收犯罪物品具有本质区别(刑法第64条),没收财产事实上是没收犯罪人合法所有并且没有用于犯罪的财产。

没收财产只能适用于刑法分则明文规定可以判处没收财产的那些犯罪,从刑法分则的规定来看,主要适用于危害国家安全罪、破坏社会主义市场经济秩序罪、侵犯财产罪、贪污贿赂罪。根据刑法第59条规定,判处没收财产时,既可以判处没收犯罪人所有的全部财产,也可以判处没收犯罪人所有的部分财产。但是,没收全部财产的,应当对犯罪分子个人及其抚养的家属保留必要的生活费用。在判处没收财产的时候,不得没收属于犯罪分子家属所有或者应有的财产。

根据刑法第60条规定,没收财产以前犯

罪人所负的正当债务,即犯罪人在判决生效前所负他人的合法债务,需要以没收财产偿还的,经债权人请求,应当偿还。注意几个条件。

注意承担民事赔偿责任同时被判处财产刑而财产不足以全部支付的情形时,支付的原则与先后顺序(刑法第36条)——民事责任与刑事责任发生竞合时的先后顺序,“先民后刑”,目的在于保障被害人的合法权益。

4. 驱逐出境。驱逐出境是强迫犯罪的外国人离开中国(边)境的刑罚方法。由于驱逐出境既可以独立适用也可以附加适用,故符合附加刑的基本特征;由于驱逐出境仅适用犯罪的外国人(包括具有外国国籍与无国籍的人),故是一种特殊的附加刑。

十二、刑罚裁量

刑罚裁量部分主要内容在于刑法的量刑原则和量刑制度,是《刑法》第61—77条的规定。

(一)累犯

关于累犯制度,注意这样几点:

1. 一般累犯构成条件(刑法第65条)。

(1)主观条件:前后两罪都是故意犯罪;

(2)刑度条件:前罪被判处有期徒刑以上刑罚,后罪应当被判处有期徒刑以上刑罚;

(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。关于累犯成立的时间条件,需要注意,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。这里一定要注意:被假释的犯罪人在假释考验期内再犯新罪的不是累犯;被判处缓刑的人在缓刑考验期内再犯新罪的,以及被判处缓刑的人在缓刑考验期满后再次再犯新罪的,不成立累犯。刑罚执行完毕是指主刑执行完毕,附加刑的执行不影响累犯的成立。

2. 特别累犯(刑法第66条)。危害国家

安全的犯罪分子在刑罚执行完毕或者赦免以后,在任何时候再犯危害国家安全罪的,都以累犯论处。依此可见,特别累犯的成立要件是:

(1)罪名要求:前后犯罪都必须是危害国家安全的犯罪。其中任何一个不是危害国家安全的犯罪都不成立特别累犯。

(2)后罪是在前罪刑罚执行完毕或者赦免以后犯的。与前面的一般累犯一样,这里要求前罪必须被判处了刑罚,而且执行完毕或被赦免;与一般累犯不同的是,这里没有期限限制。

3.一般累犯与特别累犯。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。

4. 处罚原则及其他后果。

(1)对于累犯的处罚原则是:应当从重处罚;

(2)对于累犯不能适用缓刑;

(3)对于累犯不能适用假释。

(二)自首

1.一般自首。一般自首,是指犯罪以后自动投案,如实供述自己的罪行的行为。其成立条件是:

(1)犯罪以后自动投案。自动投案,一般是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉,或者虽被发觉但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时,直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案,从而将自己置于司法机关的合法控制下,接受司法机关的审查与裁判的行为。根据自首制度的立法精神与有关司法解释,下列情形也应视为自动投案:①犯罪嫌疑人向所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人员投案的;②犯罪嫌疑人因病、伤或者为了减轻犯罪后果,委托他人先代为投案的,或者先以信电投案的;

③罪行尚未被司法机关发觉,仅因形迹可疑,被有关组织查询或者司法机关盘问、教育后,主动交代自己的罪行的;④犯罪后逃跑,在通缉、追捕的过程中,主动投案的;⑤经查实犯罪嫌疑人确已准备投案,或者正在投案途中,被司法机关捕获的;⑥并非出于犯罪嫌疑人主动,而是经亲友规劝、陪同投案的;⑦司法机关通知犯罪嫌疑人的亲友,或者亲友主动报案后,将犯罪嫌疑人送去投案的。

但是,下列情形不能视为自动投案:①犯罪嫌疑人先投案交代罪行后,又潜逃的;②以不署名或化名将非法所得寄给司法机关或报刊、杂志社的。

(2)如实供述自己的罪行。即犯罪嫌疑人自动投案后,如实交代自己所犯的全部罪行。“如实”的实质是既不缩小也不扩大自己的罪行。

在认定“如实供述自己的罪行”时,应注意以下几点:①犯有数罪的犯罪嫌疑人仅如实供述所犯数罪中部分犯罪的,只对如实供述部分犯罪的行为,认定为自首。②在共同犯罪案件中,作为一般共同犯罪成员的犯罪人,如果要如实供述自己的罪行,就必须交代自己所知的同案犯的罪行,否则对“自己的罪行”的供述不可能“如实”;共同犯罪中的主犯,尤其是集团犯罪中的首要分子,如果要如实供述自己的罪行,就必须交代整个共同犯罪的全部罪行,否则其对“自己的罪行”的供述也不可能“如实”。③犯罪嫌疑人自动投案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,应当认定为自首。④由于客观因素,不能全部交代所有的犯罪事实,但如实供述自己的主要犯罪事实的,也应属于如实供述自己的罪行。但如果隐瞒主要犯罪事实,或者以交代轻罪达到掩盖重罪的目的的,就不是如实供述自己的罪行。⑤犯罪人自动投案如实供述自己的罪行后,为自己进行辩护,提出上诉,

或者更正、补充某些事实的,应当允许,不能将这些行为视为没有如实供述自己的罪行。

2. 特别自首。特别自首,也称准自首,是指被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯,如实供述司法机关尚未掌握的本人其他罪行的行为。刑法第 67 条明文规定,对这种情况以自首论。根据司法解释,其中的“司法机关尚未掌握的本人其他罪行”,是指与司法机关掌握的或者判决确定的罪行属不同种罪行。如果如实供述司法机关尚未掌握的罪行,与司法机关已掌握或者判决确定的罪行属同种罪行的,可以酌情从轻处罚;如实供述的同种罪行较重的,一般应当从轻处罚。此外,有的行为人在被公安机关行政拘留期间,如实供述了司法机关尚未掌握的本人其他罪行。虽然其在供述时不属于被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯,但根据罪刑法定原则的精神,也可以视为特别自首。

3. 自首的法律后果。刑法第 67 条第 1 款后段规定:对于自首的犯罪分子,可以从轻或者减轻处罚;其中,犯罪较轻的,可以免除处罚。据此,对于自首的犯罪人应分清不同情况区别处理:

(1) 犯罪以后自首的,无论罪行轻重,均可以从轻或者减轻处罚;其中如果犯罪较轻的,可以免除处罚。

(2) 犯罪以后自首的,只是“可以”从轻处罚,不是“应当”从轻处罚。

(三) 立功(刑法第 68 条)

1. 分类。立功也有一般立功和重大立功。

一般立功主要表现为犯罪分子到案后有检举、揭发他人犯罪行为,包括共同犯罪案件中的犯罪分子揭发同案犯共同犯罪以外的其他犯罪,经查证属实;提供侦破其他案件的重要线索,经查证属实;阻止他人犯罪活动;协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人(包括同案

犯);具有其他有利于国家和社会的突出表现的。

重大立功主要表现为:犯罪分子有检举、揭发他人重大犯罪行为,经查证属实;提供侦破其他重大案件的重要线索,经查证属实;阻止他人重大犯罪活动;协助司法机关抓捕其他重大犯罪嫌疑人(包括同案犯);对国家和社会有其他重大贡献等表现的,应当认定为有重大立功表现。

前款所称“重大犯罪”、“重大案件”、“重大犯罪嫌疑人”的标准,一般是指犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑以上刑罚或者案件在本省、自治区、直辖市或者全国范围内有较大影响等情形。

2. 处罚原则。

(1) 一般立功的,可以从轻或者减轻处罚;有重大立功表现的,可以减轻或者免除处罚。

(2) 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) 共同犯罪案件的犯罪分子到案后,揭发同案犯共同犯罪事实的,可以酌情予以从轻处罚。

(四) 数罪并罚(刑法第 69—71 条)

1. 判决宣告以前一人犯数罪的,除判处死刑和无期徒刑的以外,应当在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上,酌情决定执行的刑期,但是管制最高不能超过 3 年,拘役最高不能超过 1 年,有期徒刑最高不能超过 20 年。如果数罪中有判处有期徒刑的,附加刑仍须执行。

2. “先并后减”——判决宣告以后,刑罚执行完毕以前,发现被判刑的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的,应当对新发现的罪作出判决,把前后两个判决所判处的刑罚,依照本法第 69 条的规定,决定执行的刑罚。已经执行的刑期,应当计算在新判决决定的刑期以内。

3.“先减后并”判决宣告以后,刑罚执行完毕以前,被判刑的犯罪分子又犯罪的,应当对新犯的罪作出判决,把前罪没有执行的刑罚和后罪所判处的刑罚,依照本法第69条的规定,决定执行的刑罚。

(五)缓刑制度

缓刑与对军人的“战时缓刑”具有区别。

刑法第449条规定:在战时,对被判处3年以下有期徒刑没有现实危险宣告缓刑的犯罪军人,允许其戴罪立功,确有立功表现时,可以撤销原判刑罚,不以犯罪论处。不难看出,战时缓刑虽然可谓一种特殊缓刑,但实际上是刑事责任消灭的一种特殊方式。缓刑与战时缓刑在适用的时间、适用的对象、适用的条件、考验的内容、法律后果等方面存在相当明显的区别。

1.缓刑的适用条件。根据刑法第72、74条的规定,适用缓刑必须符合以下条件:

(1)缓刑只适用于被判处拘役或者3年以下有期徒刑的犯罪人。对此应理解为:这里所说的被判处拘役或者3年以下有期徒刑,是就宣告刑而言,而不是指法定刑;对被判处管制或者单处附加刑的,不能适用缓刑。

(2)根据犯罪人的犯罪情节和悔罪表现,适用缓刑确实不致再危害社会。

(3)必须不是累犯。换言之,对于累犯,不适用缓刑。

2.缓刑的考验期限与考察。缓刑考验期限不得短于原判刑期,可以等于或者长于原判刑期。根据刑法第73条的规定,拘役的缓刑考验期限为原判刑期以上1年以下,但是不能少于2个月;有期徒刑的缓刑考验期限为原判刑期以上5年以下,但是不能少于1年。缓刑的考验期限,从判决确定之日起计算。判决确定以前先行羁押的,不能折抵考验期限。

根据刑法第76条的规定,被宣告缓刑的犯罪人,在缓刑考验期内,由公安机关考察,

所在单位或者基层组织予以配合。

根据刑法第75条的规定,被宣告缓刑的犯罪人,应当遵守下列规定:(1)遵守法律、行政法规,服从监督;(2)按照考察机关的规定报告自己的活动情况;(3)遵守考察机关关于会客的规定;(4)离开所居住的市、县或者迁居,应当报经考察机关批准。

此外,根据刑法第72条第2款的规定,被宣告缓刑的犯罪人,如果被判处附加刑的,附加刑仍须执行。

3.缓刑考验期满与缓刑的撤销。缓刑考验期满,是指犯罪人在缓刑考验期内,没有再犯新罪,没有发现判决宣告以前还有其他罪没有判决,没有情节严重的违反有关缓刑的监督管理规定的行为,并且经过了考验期限。根据刑法第76条的规定,被宣告缓刑的犯罪人,如果没有上述三种情形,缓刑考验期满,原判的刑罚就不再执行。

缓刑的撤销,是指由于犯罪人在缓刑考验期内,没有遵守法定条件,而将原判决宣告的缓刑予以撤销,使犯罪人执行原判刑罚的撤销包括两种情况:

一是被宣告缓刑的犯罪人,在缓刑考验期内犯新罪,或者发现判决宣告以前还有其他罪没有判决的,应当撤销缓刑,将新犯的罪或者新发现的罪作出判决,把前罪和后罪所判处的刑罚,依照刑法第69条的规定,决定执行的刑罚。如果原判决宣告以前先行羁押的,羁押日期应当折抵刑期。

二是被宣告缓刑的犯罪人,在缓刑考验期内,违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关缓刑的监督管理规定,情节严重的,应当撤销缓刑,执行原判刑罚。在这种情况下撤销缓刑,不存在数罪并罚的问题。原判决宣告以前先行羁押的,应当折抵刑期。

十三、法定量刑情节

量刑情节是刑罚裁量制度的一项重要内

容,此处将其作为单独的标题列出,刑法定中的量刑情节可作以下分类,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)从宽处罚的情节

1. 应当减轻或者免除处罚的:

(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(第68条第2款)。

(5)胁从犯(第28条)。

2. 应当从轻、减轻或者免除处罚的:从犯(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(第17条第3款)。

4. 可以免除处罚的:

(1)犯罪较轻而且自首(第67条)。

(2)非法种植毒品原植物在收获前自动铲除的(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(第10条),可以免除或减轻。

(2)有重大立功的(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(第164条第3款)。

(4)个人贪污或者受贿数额在5000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(第390条第3款)。

(6)在被追诉前主动交代介绍贿赂行为的(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(第19

条)。

(2)犯罪预备(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(第18条第3款)。

(2)犯罪未遂(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(第29条第2款)。

(4)犯罪后自首的(第67条)。

(5)犯罪后有立功表现的(第68条第1款)。

另外注意,《最高人民法院、最高人民检察院、司法部关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》第9条的规定,人民法院对自愿认罪的被告人,酌情予以从轻处罚。

(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(第29条第1款);二是累犯(第65条)。

2. 分则部分——分则性的很多,根据指定用书的统计,多达32个;其中,值得提醒大家注意的是第356条所规定的特别再犯制度。

(三)从重、从轻、减轻、免除处罚的相关概念

1. 从重、从轻:依据刑法第62条的规定,犯罪分子具有本法规定的从重处罚、从轻处罚情节的,应当在法定刑的限度以内判处刑罚。一定要注意从重、从轻一定要在法定刑的限度内。

2. 减轻:依据刑法第63条的规定,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。减轻与从轻的一个重大区别在于:减轻是在法定刑以下判处刑罚。

3. 特别减轻制度:犯罪分子虽然不具有

本法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。注意适用这里的减轻制度必须要最高人民法院核准。在此对总则中关于应当报请最高司法机关批准之问题作一总结:这样的规定主要在刑法第48、63、81条以及第87条,有死刑、不具备法定减轻处罚情节而需减轻的、适用假释的最低期限问题、追诉时效的延长等,前三者需报请最高法院而最后者需报请最高检察院批准。

十四、刑罚的执行

减刑制度与假释制度是刑法总则规定的行刑制度问题,对此,应把握以下内容。

(一)减刑制度(刑法第77—79条)

1. 减刑的条件。

(1)对象:被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子。

(2)可以减刑:在执行期间,如果认真遵守监规,接受教育改造,确有悔改表现的,或者有立功表现的,可以减刑。

应当减刑:有下列重大立功表现之一的,应当减刑:

- ①阻止他人重大犯罪活动的;
- ②检举监狱内外重大犯罪活动,经查证属实的;
- ③有发明创造或者重大技术革新的;
- ④在日常生产、生活中舍己救人的;
- ⑤在抗御自然灾害或者排除重大事故中,有突出表现的;
- ⑥对国家和社会有其他重大贡献的。

2. 减刑的限度。减刑以后实际执行的刑期,判处管制、拘役、有期徒刑的,不能少于原判刑期的1/2;判处无期徒刑的,不能少于10年。

3. 有权机关及程序。对于犯罪分子的减刑,由执行机关向中级以上人民法院提出减刑建议书。人民法院应当组成合议庭进行

审理,对确有悔改或者立功事实的,裁定予以减刑。非经法定程序不得减刑。

无期徒刑减为有期徒刑的刑期,从裁定减刑之日起计算。

(二)假释制度(刑法第81—86条)

1. 适用条件。

(1)对象:被判处有期徒刑的犯罪分子,执行原判刑期1/2以上,被判处无期徒刑的犯罪分子,实际执行10年以上。

一定要注意的是,对累犯以及因杀人、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,不得假释。

(2)上述犯罪分子如果认真遵守监规,接受教育改造,确有悔改表现,假释后不致再危害社会的,可以假释。如果有特殊情况,经最高人民法院核准,可以不受上述执行刑期的限制。

2. 假释的法定程序。对于犯罪分子的假释,由执行机关向中级以上人民法院提出假释建议书。人民法院应当组成合议庭进行审理,对确有悔改或者立功事实的,裁定予以假释。非经法定程序不得假释。

3. 假释考验期限:有期徒刑的假释考验期限,为没有执行完毕的刑期;无期徒刑的假释考验期限为10年。

假释考验期限,从假释之日起计算。

4. 假释犯的法定义务。被宣告假释的犯罪分子,应当遵守下列规定:

- (1)遵守法律、行政法规,服从监督;
- (2)按照监督机关的规定报告自己的活动情况;
- (3)遵守监督机关关于会客的规定;
- (4)离开所居住的市、县或者迁居,应当报经监督机关批准。

被假释的犯罪分子,在假释考验期限内,由公安机关予以监督。

5. 假释的期满与撤销。

docsriver 文川网
入驻商家 古籍书城

在文川网搜索古籍书城 获取更多电子书

(1)期满的效力:假释考验期间,如果没有本法第 86 条规定的情形,假释考验期满,就认为原判刑罚已经执行完毕,并公开予以宣告。

(2)撤销(第 86 条)。

①被假释的犯罪分子,在假释考验期限内犯新罪,应当撤销假释,依照本法第 71 条的规定实行数罪并罚。

②在假释考验期限内,发现被假释的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的,应当撤销假释,依照本法第 70 条的规定实行数罪并罚。

③被假释的犯罪分子,在假释考验期限内,有违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关假释的监督管理规定的行为,尚未构成新的犯罪的,应当依照法定程序撤销假释,收监执行未执行完毕的刑罚。

十五、追诉时效

(一)追诉时效的期限

1. 犯罪经过下列期限不再追诉:

(1)法定最高刑为不满 5 年有期徒刑的,经过 5 年;

(2)法定最高刑为五年以上不满 10 年有期徒刑的,经过 10 年;

(3)法定最高刑为 10 年以上有期徒刑的,经过 15 年;

(4)法定最高刑为无期徒刑、死刑的,经过 20 年。如果 20 年以后认为必须追诉的,须报请最高人民检察院核准。

2. 不受追诉时效限制的情况。

(1)在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者在人民法院受理案件以后,逃避侦查或者审判的,不受追诉期限的限制。(刑法第 88 条第 1 款)注意这里的两个条件的要求(必须同时具备):①人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者在人民法院受理案件;②犯罪嫌疑人逃避侦查或

者审判。

(2)被害人在追诉期限内提出控告,人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案的,不受追诉期限的限制。(刑法第 88 条第 2 款)

(二)追诉时效的期限计算(第 89 条)

1. 追诉时效的期限从犯罪之日起计算,即犯罪成立之日。如果犯罪行为有延续或者继续状态的,从犯罪行为终了之日起计算。

2. 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。

十六、危害国家安全罪和危害公共安全罪

1. 危害国家安全罪的几个重点。

(1)注意与境外机构、组织、个人相勾结和资助境内组织或者个人从事背叛国家罪、分裂国家罪、煽动分裂国家罪、武装叛乱、暴乱罪、颠覆国家政权罪、煽动颠覆国家政权罪的定罪和处罚的不同:

①勾结行为除背叛国家罪(第 102 条)外,都应当依据各相关条文定罪并从重处罚(第 106 条)。

②提供资助的,不以共同犯罪及帮助犯论处,而单独定性为资助危害国家安全犯罪活动罪(第 107 条)。

(2)依据刑法第 109 条第 2 款的规定,掌握国家秘密的国家工作人员犯叛逃罪的,应当从重处罚。

(3)对于危害国家安全的犯罪分子一律应当附加剥夺政治权利,并可以并处没收财产。

2. 危害公共安全罪中提请注意:

(1)对于危害公共安全罪中许多故意犯罪都是危险犯,不要求发生实际损害后果。而过失犯罪要求发生损害后果。要求掌握这些犯罪种类。

(2)第 120 条第 2 款规定,犯组织、领导、

参加恐怖组织罪并实施杀人、爆炸、绑架等犯罪的,依照数罪并罚的规定处罚。

(3)第128条第2、3款规定非法出租、出借枪支罪的犯罪构成是不同的。依法配备公务用枪的人员,非法出租、出借枪支的,构成非法出租、出借枪支罪。依法配置枪支的人员,非法出租、出借枪支,造成严重后果的,构成非法出租、出借枪支罪。注意“造成严重后果”的要求是不同的。

单位犯非法出租、出借枪支罪的,实行双罚制,即对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员也要处罚。

(4)第129条规定的丢失枪支不报罪,犯罪主体只限于依法配备公务用枪的人员。

(5)交通肇事后逃逸致人死亡的定性(第133条):本条所规定在7年以上有期徒刑幅度内处罚的,即“因逃逸致人死亡”是指在出现交通事故后,肇事者不及时抢救被害人,而是逃离现场,致使被害人因抢救不及时而死亡,即可称为“消极地逃逸”,如果肇事者在肇事后逃逸之际又采取了积极的措施如将被害人带至荒郊野外人迹罕到处抛弃或将被害人推至路坑下或倒车再将被害人轧一下然后逃逸而导致被害人死亡的,这种情形下可能构成数罪,即交通肇事罪与故意杀人罪,实行并罚。这种逃逸可称之为“积极地逃逸”。

十七、破坏社会主义市场经济秩序罪

(一)概念与特征

1. 侵犯客体是社会主义市场经济秩序;

2. 犯罪主体多数为一般主体,既包括自然人也包括单位,少数是特殊主体;

3. 客观方面表现为违反国家市场经济管理法规,干扰国家对市场经济的管理活动,破坏社会主义市场经济秩序,使国民经济遭受严重损害的行为;

4. 主观方面多数出于故意,少数出于过失。

(二)重点罪名提示

1. 生产、销售伪劣产品罪。复杂客体,即国家的产品质量管理制度和市场管理制度以及消费者的合法权益;要求销售金额在5万元以上(销售金额指生产、销售伪劣产品的全部收益,包括成本和利润)(第140条)。

2. 生产、销售假药罪。复杂客体,即国家对药品的监督管理制度和公民的健康权利。

具有下列情形之一为假药:(1)国务院卫生行政管理部门规定禁止使用的药品;(2)未取得批准文号生产的药品;(3)变质不能药用的药品;(4)被污染不能药用的药品。犯罪后果要求足以严重危及人体健康(第141条)。

3. 生产、销售有毒、有害食品罪。与生产、销售不符合卫生标准食品罪相比,它们的犯罪对象相同,即食品,但其主观恶性有区别。前者是指在生产、销售中故意掺入有毒、有害的非食品性原料或明知是被掺入了有毒、有害的非食品性原料而仍然予以销售;而后者是明知生产、销售的是不符合卫生标准的食品而仍然生产或销售(第144条)。

4. 走私罪。特征:

(1)本节规定的各种走私犯罪所侵犯的客体都是国家对外贸易管制,具体包括:

①对进出口货物、物品实行准许、限制或者禁止的制度;

②对金融、外汇实行统一管制的制度;

③对进出口货物、物品征收关税的制度,等等。

(2)犯罪主体都是一般主体,既包括自然人,也包括单位。

(3)主观方面都是故意。

注意:未经海关许可并且未补缴应缴税额,擅自将批准进口的来料加工、来件装配、补偿贸易的原材料、零件、制成品、设备等保税货物,在境内销售牟利的或者未经海关许可且未补交应缴税额,擅自将特定减税、免税