

## 2009 年刑法学（总论）授课提纲

吴江

**说明：**考点前有★为标识的，说明该考点较为重要，需认真对待；考点前有★★为标识的，说明该考点非常重要，务求掌握；考点前有★★★为标识的，说明该考点极为重要，属必考考点！不仅要识记、理解，更要求熟练运用！提纲表格中以“加粗黑体字”标识的，属重中之重！考点前无★标识的，考查的可能性极小，属基础知识点，作一般性了解即可。

### 第一部分 刑法论

#### 专题一 刑法概说

##### 刑法的基本问题（表-1）

刑法概说	刑法的渊源	刑法典，是国家以刑法名称颁布的，系统规定犯罪及其法律后果的法律。我国 1979 年颁布、经过 1997 年修订的《中华人民共和国刑法》，可谓我国的刑法典。刑法修正案是直接对刑法典内容的修改，也属于刑法典的内容				
		单行刑法，是国家以决定、规定、补充规定、条例等名称颁布的，规定某一类犯罪及其法律后果或者刑法某一事项的法律。目前我国生效的单行刑法只有一部，即全国人大常委会 1998 年 12 月 29 日颁布的《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，指在其他性质的法律中如民法、经济法、行政法等法律中附带规定犯罪和刑罚的条文。与国外的附属刑法不同，我国的所谓“附属刑法”都没有直接规定犯罪的构成要件和法定刑，没有独立的实际意义，不是真正意义上的附属刑法				
	刑法法律特征	①规制内容的特定性；②法益保护的广泛性（但也有不完整性）；③制裁手段的严厉性；④ <b>部门法律的补充性（最后手段性）</b> ；⑤其他法律的保障性				
	刑法的机能	两大核心机能：1. 保护法益机能：指刑法具有保护法益不受犯罪侵害与威胁的机能；2. 自由（人权）保障机能：保障公民个人自由不受国家刑罚权不当侵害的机能 <b>两者关系：在任何社会，两大机能应当协调统一。现代国家刑法的发展是刑法社会保障机能与人权保护机能协调、对立的产物，刑法立法的发展是两大机能协调发展的结果。但在我国，由于历史和现实的原因，应当向人权保障机能倾斜，加重刑法的人权蕴含</b>				
★★ 刑法解释	解释的必要性	刑法内容由文字表达；刑法规范高度抽象、刑法条文不可避免存在缺陷；刑法既要稳定，又要惩治犯罪、保护法益				
	解释的分类	从效力上讲，刑法解释有立法解释、司法解释和学理解释之分				
		从解释方法上讲，刑法解释有文理解释和论理解释之分	文理解释	对法律条文的字词含义以通常使用方式进行阐释		
			论理解释即参照立法精神，联系相关事项，阐明刑法条文的真实含义	扩大解释	<b>扩张刑法条文字面的通常含义，但不能超出用语可能具有的含义，这是其与类推解释的关键区别。①</b>	
			缩小解释	限制刑法条文字面的通常含义，使其符合刑法真实含义		

#### 实战演练

**例 1：**下列哪种说法是正确的？（2006 年卷二第 20 题）

- A. 将强制猥亵妇女罪中的“妇女”解释为包括男性在内的人，属于扩大解释
- B. 将故意杀人罪中的“人”解释为“精神正常的人”，属于应当禁止的类推解释
- C. 将伪造货币罪中的“伪造”解释为包括变造货币，属于法律允许的类推解释
- D. 将为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪中的“情报”解释为“关系国家安全和利益、尚未公开或者依照有关规定不应公开的事项”，属于缩小解释

<sup>①</sup> 罪刑法定原则允许扩张解释，但要严格限制；罪刑法定原则原则上禁止类推，但有利于犯罪嫌疑人、被告人的除外，或者说，罪刑法定原则仅仅是禁止有罪类推，允许无罪类推。

**例 2：**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 年卷二第 20 题）

- A. 第①句正确，其他错误  
B. 第②句正确，其他错误  
C. 第③句正确，其他错误  
D. 第④句正确，其他错误

## 专题二：刑法的基本原则

★★★刑法的基本原则（表-2）（指贯穿于刑法始终，在刑事立法、司法包括解释中都必须得到普遍遵循的具有全局性、根本性的指导准则。）

★★ ★罪刑法 定原则	基本内涵		“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”
	思想基础		民主主义（民主）：由人民决定什么行为是犯罪，对犯罪科处罚何种刑罚 尊重人权主义（自由）：使国民事先能够预测自己行为的性质与后果
	内容	形式 侧面	法律主义（成文法主义）：只有立法机关制定的成文刑法才能成为刑法的渊源，行政法规不得规定刑罚，习惯及判例都不得作为刑法的渊源
			禁止事后法：禁止重法（即不利于被告人的法）溯及既往
			禁止不利于被告人的类推解释：但并不禁止扩大解释
			禁止绝对不定期刑
		实质 侧面	明确性原则——明确性只是一种相对的要求，要求刑法明确到无需解释的程度只是一种幻想。因此，刑法的明确性要求实际上是由刑法和刑法解释共同实现的
			禁止处罚不当罚的行为
			禁止不均衡的、残虐的刑罚
	两者 关系	形式侧面主旨在于限制司法权，体现的是形式法治的观点；实质侧面主旨在于限制立法权，反对恶法亦法，是实质法治的体现	
平等 适用 刑法 原则	基本内容	平等地认定犯罪（定罪上的平等）	
		平等地裁量刑罚（量刑上的平等）	
		平等地执行刑罚（执行上的平等）	
	平等适用刑法与刑罚个别化原则并不矛盾，即：平等适用刑法并不否定因犯罪人或被害人特定的个人情况而在立法上、司法上允许定罪量刑有其符合刑法公正性的区别		
★★ 罪刑 相适应 原则	具体内容	刑罚的轻重与罪质相适应	
		刑罚的轻重与犯罪情节相适应	
		刑罚的轻重与犯罪人的人身危险性相适应	

### 实战演练

**例 1：**关于罪刑法法定原则及其内容，下列选项错误的是？（2004 年卷二第 16 题与 2006 年卷二第 1 题）

- A. 罪刑法法定原则禁止类推解释与扩大解释，但不禁止有利于被告人的类推解释  
B. 罪刑法法定原则禁止司法机关进行类推解释，但不禁止立法机关进行类推解释  
C. 罪刑法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法定原则  
D. 罪刑法法定原则中的“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<sup>①</sup>

**例 2：**下列关于罪刑相适应原则的说法哪些是正确的？（2005 年卷二第 51 题）

- A. 罪刑相适应原则要求刑法不溯及既往  
B. 罪刑相适应原则要求刑事立法制定合理的刑罚体系

<sup>①</sup> 应试说明：一般意义上，或者泛泛地说，罪刑法法定原则禁止类推（解释），应判断为正确！但是，如果出题人有意考查考生是否了解类推有无罪类推和有罪类推之分，特别是，如果有意考查考生是否清楚当下的罪刑法法定原则仅仅禁止有罪类推，事实上是允许无罪类推的，才需要刻意强调罪刑法法定原则禁止有罪类推。如本题的 AB 选项

C. 罪刑相适应原则要求刑罚与犯罪性质、犯罪情节和罪犯的人身危险性相适应

D. 罪刑相适应原则要求在行刑中合理地运用减刑、假释等制度

### 专题三：刑法的效力范围——刑法的空间效力、刑法的时间效力

#### ★★★刑法的空间效力（表-3）

对国内犯的适用原则	属地原则 (第6条)	适用对象：中国公民、外国人	
		适用原则：领域内一律适用，法律有特别规定的除外（涉及：①不适用中国刑法的情况；（第11条：享有 <b>外交特权和豁免权</b> 的外国人）；②不适用大陆刑法的情况；③特别刑法、民族自治地方的变通或补充规定）	
		领 域 的 确 定	固有领域：领陆、领水、领空 <b>流动领域：船舶和航空器，不包括我国驻外使领馆、国际列车<sup>①</sup>。确定流动领域的原则——“旗国主义”</b>
		<b>“地”之确定标准：“遍在说”，即，犯罪行为地和结果地只要有一项发生在我国境内即可。这里的犯罪行为地，就单个人犯罪而言，包括犯罪的预备行为地和实行行为地。在未遂犯场合下，犯罪结果地包括行为人希望结果发生地、可能发生结果之地。在共犯场合，共犯行为有一部分发生在本国领域内或者共犯结果有一部分发生在本国领域内，就认为在本国领域内犯罪</b>	
对国外犯的适用原则	属人原则 (第7条)	适用对象： <b>具有中国国籍的人</b>	
		适用条件： <b>有限制的属人管辖原则</b> 。特定身份者（ <b>中华人民共和国国家工作人员和军人</b> ）犯罪一律适用我国刑法；普通公民犯罪一般适用我国刑法，但犯 <b>轻罪</b> 的（法定最高刑为三年以下）可以不予追究	
	保护原则 (第8条)	适用对象： <b>外国人</b>	
		适用条件：①侵犯的是我国国家或公民的利益；②行为人的行为是重罪（即所犯之罪按我国刑法规定最低刑为三年以上有期徒刑的）；③ <b>双重犯罪原则</b> 。即是有 <b>有限制的保护管辖原则</b>	
	普遍原则 (第9条)	适用对象：排除适用上述三原则的其他人	
		适用条件：①适用该原则的犯罪必须是危害人类社会共同利益的犯罪；②管辖国应是有关条约的缔约国或参加国；③管辖国的国内刑法也规定该行为是犯罪；④犯罪人出现在管辖国的领域内	
解决方式：或起诉或引渡			
外国裁判效力原则	法律适用： <b>中国刑法</b>		
	消极承认原则：“虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究；但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。”		
空间效力原则 适用顺序		首先属地、其次属人、再次保护、最后普遍	

#### ★刑法溯及力：从旧兼从轻（表-4）

情形归类		刑法规定	适用原则	新刑法溯及力有无
新旧刑法对行为是否是犯罪规定不一致	旧刑法不认为是犯罪	用旧刑法	从旧	无
	旧刑法认为是犯罪，但新刑法不认为是犯罪	用新刑法	从轻	有
新旧刑法都认为是犯罪，且根据新刑法未超过追诉时效		原则上用旧法	从旧	无
		如果新刑法处罚较轻，则用新刑法	从轻	有

**须注意：刑法溯及力适用的对象只能是未决案（即尚未审判或判决尚未确定的案件），对于已决犯则不适用。**

<sup>①</sup> 国际列车上的犯罪可参照最高法院《刑事诉讼法解释》第10条规定办理（“在国际列车上的犯罪，按照我国与相关国家签订的有关管辖协定确定管辖。没有协定的，由犯罪发生后该列车最初停靠的中国车站所在地或者目的地的铁路运输法院管辖。”）

## 第二部分 犯罪论

### 专题四：犯罪与犯罪论体系

犯罪与犯罪论体系（表-5）

犯罪与犯罪论体系	犯罪	本质	犯罪的本质是对法益的侵犯。法益，是指根据宪法的基本原则，由法所保护的，客观上可能受到侵害或者威胁的人的生活利益。不仅包括个人的生命、身体、自由、名誉、财产等利益，而且包括建立在保护个人的利益基础之上因而可以还原为个人利益的国家利益与社会利益	
		文理 解释	犯罪是严重危害社会的行为，即具有严重的社会危害性	
			犯罪是触犯刑法的行为，即具有刑事违法性	
			犯罪是应受刑罚处罚的行为，即具有应受刑罚惩罚性	
		★论理 解释	发生了值得科处刑罚的法益侵害事实（法益侵犯性），即客观违法性	
			能够就法益侵害事实对行为人进行非难（非难可能性），即主观有责性	
			从实质上说，犯罪是违法且有责的行为。犯罪的违法性与有责性，正好与刑法的法益保护机能和人权保障机能相对应。同时，根据罪刑法定原则，司法工作人员不能离开刑法的规定认定行为的违法性。刑法将违法行为类型化为构成要件，所以，司法机关需要根据刑法规定的犯罪构成要件判断违法性。在此意义上说，犯罪是符合构成要件的违法且有责的行为	
	分类	★身份 犯与非 身份犯	身份犯是以特殊身份作为主体要件或者刑罚加重、减轻的法定事由的犯罪。包括纯正身份犯（构成身份）和不纯正身份犯（加减身份）。除此以外的是非身份犯	
		★亲告 罪与非 亲告罪	亲告罪是告诉才处理的犯罪。是指被害人告诉才处理。如果被害人因受强制、威吓无法告诉的，人民检察院和被害人的近亲属也可以告诉。 <b>包括：①侮辱罪（246条，严重危害社会秩序和国家利益的除外）；②诽谤罪（246条，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（257条，致被害人死亡的除外）；④虐待罪（260条，致被害人重伤、死亡的除外）；⑤侵占罪（第270条）。注意与刑事诉讼法中规定的自诉案件的联系与区别。见本页脚注。⑥刑法没有明文规定告诉才处理的，属非亲告罪</b>	
		犯 罪	概念	对犯罪概念以及犯罪的一般成立要件进行分析、予以体系化的理论，就是犯罪论体系
			三大犯	在当今世界，主要有三种犯罪论体系：一是德国、日本等大陆法系国家采取的犯罪论体

① 补充：根据1998年9月8日最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第1条规定，人民法院直接受理的自诉案件包括：（一）告诉才处理的案件：1、侮辱、诽谤案（刑法第二百四十六条规定的，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外）；2、暴力干涉婚姻自由案（刑法第二百五十七条第一款规定的）；3、虐待案（刑法第二百六十条第一款规定的）；4、侵占案（刑法第二百七十条规定的）。（二）人民检察院没有提起公诉，被害人有证据证明的轻微刑事案件：1、故意伤害案（刑法第二百三十四条第一款规定的）；2、非法侵入住宅案（刑法第二百四十五条规定的）；3、侵犯通信自由案（刑法第二百五十二条规定的）；4、重婚案（刑法第二百五十八条规定的）；5、遗弃案（刑法第二百六十一条规定的）；6、生产、销售伪劣商品案（刑法分则第三章第一节规定的，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外）；7、侵犯知识产权案（刑法分则第三章第七节规定的，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外）；8、属于刑法分则第四章、第五章规定的，对被告人可能判处三年有期徒刑以下刑罚的案件。对上列八项案件，被害人直接向人民法院起诉的，人民法院应当依法受理。对于其中证据不足、可由公安机关受理的，或者认为对被告人可能判处三年以上有期徒刑以上刑罚的，应当移送公安机关立案侦查。（三）被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院已经作出不予追究的书面决定的案件。

论 体 系	罪论体系	系，亦即构成要件该当性（符合性）、违法性、有责性的体系；二是英美等普通法系国家采取的犯罪论体系，即将犯罪成立条件分为犯行与犯意，然后讨论抗辩事由；三是前苏联等国采取的犯罪论体系，即将犯罪成立条件分为犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体与犯罪主观方面，然后讨论排除犯罪的事由、犯罪形态等问题的理论体系。各种体系都有其存在的理由
	核心	犯罪论体系的核心内容是犯罪成立理论体系。我国刑法理论一般用犯罪构成来表述犯罪成立条件，即符合犯罪构成的行为，就是犯罪行为。我国刑法理论的通说认为，犯罪构成是刑法规定的，决定某一行为的社会危害性及其程度，而为该行为成立犯罪所必须具备的一切客观要件与主观要件的有机整体。犯罪构成有四个方面的共同要件，即犯罪客体、犯罪客观要件、犯罪主体与犯罪主观要件。由此可见，在我国的四要件体系中，犯罪构成等同于犯罪成立条件。但在德国、日本等大陆法系国家，构成要件该当性只是犯罪成立的一个条件
	“三阶层”体系	犯罪成立的一般性要件包括：构成要件该当性、违法性、有责性（三阶层体系）
		一般认为，构成要件是指刑法规定的犯罪类型。构成要件该当性（符合性），是指行为符合刑法规定的犯罪类型
		违法性是指行为违反法律，即行为为法律所禁止、为法律所不允许。由于构成要件是法益侵害行为的类型化，故在通常情况下，符合构成要件的行为就具有违法性。但是，如果存在着违法性阻却事由，如正当防卫、紧急避险等，也不成立犯罪
		有责性是指非难可能性，即能够就符合构成要件的违法行为对行为人进行非难、谴责

## 专题五：构成要件该当性

### ★构成要件该当性概述（表-6）

构成要件该当性概述	概念	一般来说，构成要件是指刑法规定的犯罪类型，是从众多的行为中，将值得作为犯罪给予特别处罚的类型性的法益侵害与威胁，以法的形式规定下来的东西。构成要件该当性，也称构成要件符合性，是指所发生的事实与刑法条文所规定的构成要件相一致		
	构成要件要素	构成要件由具体要素组成。组成要件的要素，就是构成要件要素。例如，行为、结果、行为对象等属于构成要件的要素		
		分类	记述的构成要件	只需通过法官的认识活动即可确定的构成要素。如刑法第 320 条提供伪造、变造的出入境证件罪中的客观构成要件要素：“为他人提供伪造、变造的护照、签证等出入境证件”
			规范的构成要件	需要法官的规范的、评价的价值判断才能认定的构成要素。如：“淫秽物品”、“猥亵”、“侮辱”等
			积极的构成要件	积极、正面表明成立犯罪必须具备的要素
			消极的构成要件	否定性的构成要件要素，如刑法第 389 条第 3 款规定：因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿
			共同的构成要件要素	指任何犯罪的成立所必须具备的要素
			非共同的构成要件要素	指部分犯罪的成立所必须具备的要素
			成文的构成要件	刑法明文规定的构成要件要素
	不成文的构成要件要素		刑法条文表面上没有明文规定，但根据刑法条文之间的相互关系、刑法条文对相关要素的描述所确定的，成立犯罪所必须具备的要素	

★★构成要件要素一：主体（表-7）

主体	概念	主体（或称行为主体），是刑法规定的实施犯罪行为的主体。根据我国刑法，包括自然人和单位			
	自然人主体	一般主体	指不以特殊身份为必要的行为主体		
		★特殊主体	指以特殊身份为必要的行为主体		
			特殊身份	指行为人在身份上的特殊资格，以及其他与一定的犯罪行为有关的、行为人在社会关系上的特殊地位或者状态	
				特殊身份必须是行为人开始实施犯罪行为时就已经具有的特殊资格或已经形成的特殊地位或者状态，因为实施犯罪才在犯罪活动或者犯罪组织中形成的特殊地位（如首要分子）不是特殊身份	
			特殊主体的特殊身份只是针对该罪的单独犯和实行犯而言的		
	★★单位犯罪主体	单位特征	单位特征	合法性与广泛性（包括公司、企业、事业单位、机关、团体。其中，独资、私营等公司、企业、事业单位需具备法人资格）	
			行为特征	通常由单位的决策机构按照单位的决策程序决定，由直接责任人员具体实施	
			主观特征	为本单位或本单位全体成员牟取非法利益	
			法律特征	法定性，并非一切犯罪都可以由单位构成。如单位不能构成盗窃罪，但可以定单位内自然人的罪	
	处罚	以双罚制为原则，以单罚制为例外			
	重点司法解释	根据有关司法解释， <sup>①</sup> 不以单位犯罪论处的情形有：①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；②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。			
		在审理单位故意犯罪案件时，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。 <sup>②</sup>			
		单位的分支机构或者内设机构、部门，可以成为单位犯罪的主体。 <sup>③</sup>			
		单位涉嫌犯罪后，若被其主管部门、上级机构等吊销其营业执照、宣告其撤销或者破产，此时，直接追究其直接责任人员或主管人员的刑事责任，对该单位不再追诉。 <sup>④</sup>			

实战演练

**例 1：**①特殊身份是指行为人在身份上的特殊资格，以及其他与一定的犯罪行为有关的、行为人在社会关系上的特殊地位或者状态。②由于特殊身份必须与一定的犯罪行为有关，所以，性别、国籍等不可能成为特殊身份，首要分子则属于特殊身份。③挪用公款罪是真正身份犯，只有国家工作人员可以构成挪用公款罪，但非国家工作人员可以成为挪用公款罪的共犯。④根据《刑法》第三百零七条的规定，司法工作人员犯帮助毁灭、伪造证据罪的，从重处罚。这种情形称为不真正身份犯。关于上段话正误的判断，下列哪一选项是正确的？（2008 年缓考区试卷二第 3 题）

- A. 第①句错误，其他正确  
B. 第②句错误，其他正确  
C. 第③句错误，其他正确  
D. 第④句错误，其他正确

**例 2：**下列有关单位犯罪的说法哪一项是错误的？（2005 年卷二第 4 题）

<sup>①</sup> 1999 年 7 月 3 日最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》

<sup>②</sup> 2000 年 10 月 10 日最高人民法院《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》

<sup>③</sup> 2001 年 1 月 21 日最高人民法院《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》

<sup>④</sup> 2002 年 7 月 15 日最高人民检察院《关于涉嫌犯罪单位被撤销、注销、吊销营业执照或者宣告破产的应如何进行追诉问题的批复》

- A. 信用卡诈骗罪的主体可以是单位，但贷款诈骗罪的主体只能是自然人
- B. 行政机关可以成为单位犯罪的主体
- C. 不具备法人资格的私营企业不能成为单位犯罪的主体
- D. 经企业领导集体研究决定并实施的盗窃电力的行为，可以成立单位犯罪，但不对单位判处罚金，只处罚作出该决定的单位领导和直接实施盗窃行为的责任人员

★★构成要件要素二：行为（表-8）

基本特征	有体性	危害行为是人的身体动静		
	有意性	危害行为是在行为人的意识、意志支配下实施		
	有害性	危害行为对刑法所保护的法益构成侵害		
★★实行行为	机能	实行行为是刑法分则条文所规定的行为		
		实行行为的开始就是实行的着手		
		因果关系的认定只在于判断实行行为与结果之间的引起与被引起关系		
		共犯中，实施实行行为的人属于实行犯（正犯），没有实施实行行为的人属于教唆犯与帮助犯（狭义的共犯）		
	判断标准	实行行为是具有侵害法益紧迫危险的行为		
实行行为是类型性的法益侵害行为				
行为基本类型	作为	本质	以积极的身体活动实施违反禁止性规范的行为	
		基本类型	以自己身体的、以物质工具的、以自然力的、以动物的以及以他人的行为	
	★★★不作为	本质	以消极的身体活动同时违反禁止性和命令性规范的行为	
		成立条件	行为人负有实施积极行为的具有法律性质的义务	法律明文规定的积极作为义务
				职务或业务要求的义务
				法律行为引起的义务，如合同行为
				先行行为引起的义务，即先行行为导致法益处于危险状态，行为人负有采取有效措施排除危险或防止结果发生的特定义务。先行行为是否包括正当行为？一般来说，只要制造了危险，不问是否正当，都可以成为义务的来源。但是，正当防卫行为不能成为义务的来源，防卫过当另当别论。紧急避险人，对于遭受损害的无辜第三者具有作为义务
				行为人能够履行特定义务
		行为人不履行特定义务，造成或可能造成危害结果（结果回避可能性）。 注意：反过来说，只有当行为人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		
		需注意的几个问题	判断某种不作为是否成立犯罪时，需要慎重。特别是不纯正不作为犯必须与作为犯具有等价性，才能认定为犯罪	
			行为符合不作为犯罪的上述条件，并不直接成立犯罪，只有当某种不作为符合具体犯罪构成要件，并具有违法性与有责性时，才成立犯罪	
			不作为犯既可以是故意犯罪，也可以是过失犯罪	
	不作为犯分类	纯正不作为犯		
		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		
	典型纯正不作为犯	遗弃罪、拒绝提供间谍犯罪证据罪、教育设施重大安全事故罪、消防责任事故罪、拒不救助友邻部队罪		
持有	持有是对特定物品的实力支配、控制。属于作为。刑法规定持有型犯罪，旨在禁止人民持有特定物品，而不是命令人们上缴特定物品			
行为的时间地点方法	行为的时间、地点、方法不是构成要件的共同要素，一般不影响定罪			
	有的条文明文要求行为必须在特定的时间、地点或以特定的方法实施			
	有的条文明确将特定的时间、地点、方法作为法定刑升格的条件或从重处罚的情节			
	即使刑法没有明文将行为的时间、地点、方法规定为影响定罪与量刑的因素，行为的时间、地点与方法也会影响行为本身的法益侵害程度，因而成为量刑的酌定情节			

**实战演练**

**例：**下列与不作为犯罪相关的表述，哪些选项是错误的？（2006 年卷二第 4 题与 2008 年缓考区卷二第 52 题）

A. 甲警察接到报案：有歹徒正在杀害其妻。甲立即前往现场，但只是站在现场观看，没有采取任何措施。此时，县卫生局副局长刘某路过现场，也未救助被害妇女。结果，歹徒杀害了其妻。甲和刘某都是国家机关工作人员，都没有履行救助义务，均应成立渎职罪

B. 甲非常讨厌其侄子乙（6 岁）。某日，甲携乙外出时，张三酒后驾车撞伤了乙并迅速逃逸。乙躺在血泊中。甲心想，反正事故不是自己造成的，于是离开了现场。乙因得不到救助而死亡。由于张三负有救助义务，所以甲不构成不作为犯罪

C. 甲下班回家后，发现自家门前放着一包来历不明、类似面粉的东西。甲第二天上班时拿到实验室化验，发现是海洛因，于是立即倒入厕所马桶冲入下水道。甲虽然没有将毒品上交公安部门，但不构成非法持有毒品罪

D. 《消防法》规定，任何人发现火灾都必须立即报警。过路人甲发现火灾后没有及时报警，导致火灾蔓延。甲的行为成立不作为的放火罪

E. 司机甲意外撞到负完全责任的行人刘某后，没有立即将刘某送往医院，刘某死亡。事后查明，即使司机甲将刘某送往医院，也不可能挽救刘某的生命。甲成立不作为的杀人罪

**构成要件要素三：对象（表 - 9）**

对象	概念	对象，也称行为对象、犯罪对象、行为客体，是行为所作用的，法益的主体或者物质表现。如故意杀人罪的“人”，盗窃罪中的“公私财物”，就是对象
		对象与组成犯罪行为之物有别
		对象与供犯罪行为使用之物有别。供犯罪行为使用之物主要是指犯罪工具
	意义	在区分罪与非罪、此罪与彼罪以及量刑时有重要意义

**构成要件要素四：结果（表 - 10）**

结果	概念	一般认为，结果（也称危害结果）是行为给刑法所保护的法益造成的具体侵害事实与危险状态，如杀人行为造成他人死亡的事实、盗窃行为造成公私财产损失的事实，就是结果
	种类	构成要件要素的结果与非构成要件要素的结果
		物质性危害结果与非物质性危害结果
		直接结果与间接结果
	意义	区分罪与非罪的标准之一
		区分犯罪形态的标准之一
		影响量刑轻重的因素之一

**实战演练**

**例：**关于危害结果的相关说法，下列哪一选项是错误的？（2008 年卷二第 1 题）

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



★★★构成要件中之因果关系（表-11）

因果关系	认定重点情况	基本主张	原则上采取“条件说”，即行为与结果之间存在着没有前者就没有后者的条件关系时，前者就是后者的原因。但必须有限定。其中，作为条件的行为必须是有导致结果发生的危险性的行为，即实行行为，否则不能承认有条件关系。结果是指具体的、特定形态、特定规模与特定发生时期的结果。而且，并不是所有的条件都具有等价性，必须承认条件对结果所起作用的差异性	
		因果关系的断绝	前条件对某一结果还没有起作用时，与此无关的后条件导致了该结果的发生	
		二重因果关系	两个以上的行为分别都能导致结果的发生，但在行为人没有意思联络的情况下，竞合在一起导致了结果的发生	
		重叠因果关系	两个以上相互独立的行为，单独不能导致结果的发生，但在行为人没有意思联络的情况下，合并在一起造成了结果	
		因果关系的中断	在因果关系的发展进程中，如果介入了第三者的行为、被害人的行为或特殊自然事实，则应通过考察行为人的行为导致结果发生的可能性大小、介入情况对结果发生的作用大小、介入情况的异常性大小等，判断前行为与结果之间是否存在因果关系	
		不作为犯罪的因果关系	基本公式：如果行为人履行义务，结果便不会发生，则不履行义务是原因	
因果关系与刑事责任的关系			确定了因果关系只是确定了刑事责任的客观根据，有因果关系不等于有刑事责任	

实战演练

例1：下列关于刑法上因果关系的说法哪些是正确的？（2003年卷二第41题与2006年卷二第2题）

A. 甲欲杀害其女友，某日故意破坏其汽车的刹车装置。女友如驾车外出，15分钟后遇一陡坡，必定会坠下山崖死亡。但是，女友将汽车开出5分钟后，即遇山洪爆发，泥石流将其冲下山摔死。死亡结果的发生和甲的杀害行为之间，没有因果关系

B. 乙欲杀其仇人苏某，在山崖边对其砍了7刀，被害人重伤昏迷。乙以为苏某已经死亡，遂离去。但苏某自己醒来后，刚迈了两步即跌下山崖摔死。苏某的死亡和乙的危害行为之间存在因果关系

C. 甲因琐事与乙发生争执，向乙的胸部猛推一把，导致乙心脏病发作，救治无效而死亡。甲的行为与乙的死亡之间存在因果关系，是否承担刑事责任则应视甲主观上是否有罪过而定

D. 丁持上膛的手枪闯入其前妻钟某住所，意图杀死钟某。在两人厮打时，钟某自己不小心触发扳机遭枪击死亡。钟的死亡和丁的杀人行为之间存在因果关系，即使丁对因果关系存在认识错误，也构成故意杀人罪既遂

例2：关于刑法上因果关系的判断，下列哪些选项是错误的？（2007年卷二第1题与2008年卷二第52题）

A. 甲基于杀害的意思用刀砍程某，见程某受伤后十分痛苦，便将其送到医院，但医生的治疗存在重大失误，导致程某死亡。甲的行为和程某的死亡之间没有因果关系

B. 乙以杀人故意瞄准李某的头部开枪，但打中了李某的胸部（未打中心脏）。由于李某是血友病患者，最后流血不止而死亡。乙的行为与李某的死亡之间没有因果关系

C. 丙与同伙经预谋后同时向王某开枪，同伙射击的子弹打中王某的心脏，致王某死亡。由于丙射击的子弹没有打中王某，故丙的行为与王某的死亡之间没有因果关系

D. 丁以杀人故意对赵某实施暴力，导致赵某遭受濒临死亡的重伤。赵某在医院接受治疗时，医生存在一定过失，未能挽救赵某的生命。丁的行为与赵某的死亡之间没有因果关系

## 专题六：违法性

### 违法性概述（表-12）

违法性概述	概念	所谓违法，就是指行为违反法律，即行为为法律所不允许	
	实质	形式的违法性	指行为违反法律规范，违反法的禁止或命令
		实质的违法性	通说对实质的违法性采取法益侵害说。法益侵害说认为，违法性的实质是对法益的侵害与威胁
		两者的关系	形式的违法性与实质的违法性，不一定是相对立的概念，将二者相结合有利于说明违法性的本质。当一个行为没有形式违法性时，不能以实质违法性为由肯定形式违法性的存在；另一方面，可以根据实质违法性，承认刑法没有明文规定的超法规的违法阻却事由
	判断	由于构成要件是违法行为的类型，具有构成要件该当性的行为，一般都具有违法性。所以，违法性的判断基本上只是消极的判断，或者说只是对于是否存在违法阻却事由的判断。换言之，只要行为具备构成要件该当性，且不存在违法阻却事由，就认定行为具有违法性	
	违法阻却事由	概念	违法阻却事由，意指排除符合构成要件的行为的违法性的事由
		本质	通说采取法益衡量说。亦即，如果符合构成要件的法益侵害行为是为了救济更高价值的法益，则这种法益侵害行为就是正当的
		分类	分为法定的违法阻却事由与超法规的违法阻却事由。前者如正当防卫、紧急避险；后者如自救行为

### ★★★法定的违法性阻却事由：正当防卫和紧急避险（表-13）

法定的违法性阻却事由	★★★正当防卫	成立条件	起因条件	存在现实的不法侵害	不法性：包括违法行为也包括犯罪行为。对于合法行为（正当防卫、紧急避险）因欠缺不法性条件，不允许正当防卫
					限定性：只有针对具有进攻性、破坏性、紧迫性的不法侵害，在采取正当防卫可以减轻或者避免危害结果时才能进行正当防卫
					侵害性：存在对法益的威胁
					人为性：不法侵害通常由人实施
					现实性：必须客观存在
			违反责任	违反责任	如果根本不存在不法侵害，行为人主观臆测其存在，实施所谓的防卫行为，理论上认定为假想防卫。假想防卫造成重大损害，如果有过失，定过失犯罪；如果没有过失，定意外事件。
			时间条件	不法侵害正在进行（即已经开始尚未结束）	“不法侵害已经开始”：通常应以不法侵害人着手实行不法侵害为其开始，但在不法侵害现实威胁十分明显、紧迫，待其着手实行后来不及减轻或避免危害结果时，也应认为不法侵害已经开始
					“不法侵害尚未结束”：法益不再处于紧迫、现实的侵害、威胁之中，或者不法侵害已经不可能继续侵害或者威胁法益 <sup>①</sup> 。特殊情形：在侵财型违法犯罪情况下，行为虽然已经既遂，但在现场还来得及挽回损失的，应当认为不法侵害尚未结束，可以实行正当防卫
			对象条件	不法侵害者本人	“防卫不适时”，包括事前防卫和事后防卫，分别应成立故意犯罪、过失犯罪或者意外事件
			主观条件	具备正当防卫意图	对于不具有刑事责任能力的人侵害的处理
					包括：一是针对不法侵害者的人身进行的防卫；二是针对不法侵害者的财产进行的防卫（如果不法侵害者将自己的财产作为犯罪工具或手段利用时，损毁财产可以制止不法侵害，则损毁财产的行为可以认定为正当防卫）
				违反责任	出于保护合法权益而免受正在进行的不法侵害为目的
					防卫挑拨：为了侵害对方，故意引起对方对自己进行不法侵害，然后以正当防卫为借口，给对方造成侵害的行为
					相互斗殴：双方以侵害对方身体的意图进行相互攻击的行为
					偶然防卫：故意侵害他人法益的行为，巧合了正当防卫的其他条件

<sup>①</sup> 属于不法侵害已经结束的情形包括：不法侵害人已被制服、不法侵害人已经丧失了侵害能力、不法侵害人已经自动中止了不法侵害、不法侵害人已经逃离现场，不法侵害已经造成了危害结果并且不可能继续造成更严重的后果。

	限度条件	没有明显超过必要限度造成重大损害	防卫行为必须没有明显超过必要限度造成重大损害，否则便是防卫过当。其中的“必要限度”，应以制止不法侵害、保护法益所必需为标准。至于是否“必需”，则应通过全面分析案情来判断
		违反责任	防卫过当
	防卫过当	本质特征	防卫过当不是独立罪名，须根据行为所造成的后果与罪过（一般是出于过失，也可以是间接故意）确定罪名
		法律责任	防卫过当应负刑事责任，但 <b>应当减轻或者免除处罚</b>
	特殊正当防卫	法条规定	刑法第 20 条第 3 款规定：“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。”
		适用条件	符合正当防卫成立的基本条件
			是否只要出现该款明文列举的杀人、抢劫等犯罪，不管程度如何，就可以实施特殊正当防卫？ 是否只能针对该款明文列举的几种犯罪才能实施特殊正当防卫？
★紧急避险	成立条件：（1）起因条件：现实危险。危险的来源：自然的力量、动物的侵袭、人的生理病理原因、 <b>他人的不法侵害</b> ；（2）时间条件；（3） <b>对象条件：无辜第三者的合法权益</b> ；（4）主观条件；（5） <b>限制性条件：迫不得已</b> ；（6）限度条件：没有超过必要限度造成不应有的损害；（7）主体限制条件。此外，避险过当及其刑事责任，比照防卫过当		

★超法规的违法性阻却事由（表 - 14）

法令行为	内涵	基于成文法律、法令的规定，作为行使权利或者承担义务所实施的行为
	性质	法令行为绝对不是正当防卫行为
	具体类型	基于政策理由排除犯罪性的行为
		法律有意明示了合法性条件的行为
		职权（职务）行为 权利或者义务行为
正当业务行为	内涵	虽然没有法律、法令的直接规定，但在社会生活上被认为是正当的业务行为
	限制条件	只有正当业务中的正当行为才是排除犯罪的事由，即使一般来说属于正当业务，但超出正当范围的行为不排除犯罪的成立
★★被害人的承诺	成立条件	承诺者对被侵害的权益具有处分权限
		承诺者对所承诺的事项的意义、范围具有理解能力
		是被害人的真实意志
		存在事实上的承诺行为，且在结果发生前承诺者不改变其承诺。但如果现实上没有被害人的承诺，而如果被害人知道事实真相后当然会承诺，在这种情况下，推定被害人的意志所实施的行为，属基于推定的承诺的行为
		经承诺所实施的行为不得超出承诺的范围
		承诺行为具有正当性
	承诺无效	幼儿的承诺
		精神病人的承诺
		对被害人的重大健康权、生命权的承诺 在非法行医中被害人的承诺
★自救行为	成立条件	法益已经受到了违法侵害
		通过法律程序不可能或者明显难以恢复侵害的法益
		救济行为的手段具有适当性，所造成的侵害与救济的法益具有相当性
★自损行为	内涵	自己损害自己法益的行为
	犯罪化的条件：是自损行为同时危害国家、社会利益	
★义务冲突	内涵	存在两个以上不相容的义务，为了履行其中的某种义务，而不得已不履行其他义务
	成立条件	存在两个以上的义务
		必须权衡义务的轻重

## 专题七：有责性

### 有责性概述（表-15）

有责性概述	概念	所谓有责性，是指能够就符合构成要件的违法行为对行为人进行非难、谴责。简单地说，是指非难可能性
	要素	有责性的要素包括责任能力（其中包括责任年龄）、故意、过失、违法性的认识（或违法性认识的可能性）与期待可能性

### ★★★有责性要素一：责任能力（表-16）

责任能力	概念	责任能力，也称刑事责任能力，是指行为人对自己行为的辨认能力与控制能力。影响刑事责任能力的有无以及程度的因素有：年龄、精神障碍、生理功能丧失等
	刑事责任年龄	完全无责任年龄：不满14周岁
		★★★相对负责任年龄：已满14周岁不满16周岁，只对 <b>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、投放危险物质罪</b> 承担刑事责任。注意以下几点：（1）对于任何严重的故意行为，只要部分行为符合第17条第2款的规定的，就以部分行为所涉罪名处罚。但所定罪名只能是8个罪名的其中之一。 <sup>①</sup> （2）偶尔与幼女发生性行为，情节轻微、未造成严重后果的，不认为是犯罪。（3）如果该年龄段行为人盗窃、诈骗、抢夺他人财物，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，当场使用暴力，故意伤害致人重伤或者死亡，或者故意杀人的，应当分别以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。 <sup>②</sup> 已满16周岁不满18周岁的人有前述行为的，构成抢劫罪；但若情节轻微的，可不以抢劫罪定罪处罚。
		完全负责任年龄：已满16周岁
	计算	周岁的计算原则，应当以实足年龄为准， <b>自过生日的第二天起才为已满14周岁或16周岁</b>
	★★两个原则	<b>不满18周岁的人犯罪的，应当从轻或减轻处罚</b>
		<b>犯罪时不满18周岁的，不适用死刑(包括死缓)</b>
	精神障碍	完全无刑事责任能力的精神病人：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。
		完全刑事责任的精神障碍人。包括：精神正常时期的“间歇性精神病人”和大多数非精神病性精神障碍人
		限制刑事责任的精神障碍人：尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的，应当负刑事责任，但是可以从轻或者减轻处罚。
	生理功能	又聋又哑的人或盲人犯罪的，可以从轻、减轻或免除处罚
	醉酒	生理醉酒情况下的行为人，可以成为刑法上承担刑事责任的主体
		病理性醉酒的行为人：在故意引起的情况下承担刑事责任——原因自由行为；在过失或者意外事件的情况下不承担刑事责任

### 实战演练

例：已满14周岁不满16周岁的人实施下列哪些行为应当承担刑事责任？（2006年卷二第51题）

- A. 参与运送他人偷越国（边）境，造成被运送人死亡的
- B. 参与绑架他人，致使被绑架人死亡的
- C. 参与强迫卖淫集团，为迫使妇女卖淫，对妇女实施了强奸行为的

① 典型情形如：已满14周岁不满16周岁的自然人绑架他人又故意杀害被绑架人的，定故意杀人罪；拐卖妇女又强奸被拐卖妇女的，定强奸罪；组织、强迫妇女卖淫的过程中，强奸后迫使其卖淫的，定强奸罪等。

② 从司法解释的本意以及该司法解释所坚持的对未成年人犯罪从宽处罚的刑事政策看，一般来说，如果已满14周岁不满16周岁的人盗窃、诈骗、抢夺他人财物，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，并未当场使用暴力，或者虽然当场使用暴力，但只是致他人轻伤的，原则上不以犯罪论处。但如果情节较重，定罪也并无不可，但所定罪名应是抢劫罪。此问题不是重点，一般了解即可。

D. 参与走私，并在走私过程中暴力抗拒缉私，造成缉私人员重伤的

★★★有责性要素二：故意与过失（表-17）

犯罪故意	构成要素	认识因素：明知自己的行为会发生危害行为的后果				
		明知自己的行为会发生某种危害结果				
		对刑法规定的特定事实的明知				
		对规范的构成要件要素的认识				
		意志因素：希望或者放任危害结果的发生				
	★★基本类型	直接故意	基本类型与公式	明知+必然会+希望		
				明知+可能会+希望		
		间接故意	基本公式	明知+可能会+放任		
			基本类型	追求一个非犯罪故意放任危害结果发生		
				追求一个犯罪的故意放任另一危害结果发生		
	二者界限	认识因素内容与程度不同				
		意志上对结果发生的态度不同				
	★★★事实认识错误	具体事实认识错误	内涵	是指行为人认识的事实与实际发生的事实虽然不一致，但没有超出同一犯罪构成的范围。也称之为同一犯罪构成内的错误		
				对象错误	行为人误把甲对象当作乙对象加以侵害，而甲对象与乙对象体现相同的法益，行为人的认识内容与客观事实仍属同一犯罪构成的情况。如：甲误将丙当成乙烧死。不管是根据具体符合说还是法定符合说，都认为，甲构成故意杀人罪既遂。	
					打击错误	由于行为本身的差异，导致行为人所欲攻击的对象与实际受害的对象不一致，但这种不一致仍然没有超出同一犯罪构成。如甲射杀乙，但因为行为本身的差异，导致乙身边的丙死亡。此情形，具体符合说认为，甲构成故意杀人罪（未遂）与过失致人死亡罪，从一重罪处罚，最终定故意杀人罪（未遂）；法定符合说则认为，甲直接构成故意杀人罪（既遂）。司法考试采用法定符合说的观点。
			因果关系错误	狭义的因果关系错误。是指结果的发生不是按照行为人对因果关系的发展所预见的进程来实现的情况		
				事前故意。指行为人误认为第一个行为已经造成结果，出于其他目的实施第二个行为，实际上是第二个行为才导致预期的结果的情况		
				危害结果的提前实现。即指提前实现了行为人所预想的结果		
			处理	采用法定符合说，即行为人所认识的事实与实际发生的事实，只要在犯罪构成范围内是一致的，就成立故意的既遂犯		
		抽象事实认识错误	内涵	指行为人所认识的事实与现实所发生的事实，分别属于不同的犯罪构成。		
				类型	对象错误	将甲对象当作乙对象，且二者不属于同一犯罪构成
			打击错误		由于行为本身的原因，导致行为人所欲攻击的对象与实际受害对象不一致，且二者不属于同一犯罪构成	
					处理	依据法定符合说，在主客观相一致的范围内定罪
犯罪过失			构成要素	认识因素		
		意志因素				
	★★基本类型	疏忽大意过失	本质特征	无认识的过失		
			基本公式	应当预见+可能会发生+疏忽大意		
		过于自信过失	本质特征	有认识的过失		
			基本公式	已经预见+可能会发生+过于自信		
		二者界限	在于认识因素的差异——对危害结果的发生有无认识			
★★★间接故意与过于自信过失的区别		①认识因素的程度不同；②关键在于意志因素不同：对结果有无否定、反对的态度。在客观上，看行为人是否有能够足以使其相信可以避免结果发生的根据或是否采取了一定的避免措施。如果行为人采取了一定的避免危害结果发生的措施，但程度不够，仍然导致了危害结果，属过于自信的过失；如果行为人根本没有采取避免危害结果发生的措施，或者，虽然采取了，但对避免危害结果发生几乎不起任何作用（并且行为人基本上不存在认识错误），则通常构成间接故意				
★★疏忽大意过失与意外事件的区别		关键点为是否要求行为人应当预见到危害结果的发生，即行为人知否具有注意义务、是否具备注意能力，其判断的标准是在行为人标准				

★★有责性要素三：目的与动机（表-18）

犯罪目的	犯罪目的是犯罪人主观上通过犯罪行为希望达到的结果。刑法明确要求以某种特定目的为其犯罪构成的必要要件的犯罪称为目的犯。如果不具有该目的，则不构成犯罪或者不构成该种犯罪。目的犯中的犯罪目的又称为主观超过要素，即目的犯中的目的，只要存在于行为人的内心即可，不要求存在与之相对应的客观事实；目的的实现与否，既不影响犯罪的成立，也不影响犯罪既遂的成立。典型的如：绑架罪——勒索财物或满足其他不法要求；拐卖妇女、儿童罪——出卖；诬告陷害罪——使他人受刑事追究；行贿罪——为谋取不正当利益
犯罪动机	犯罪动机，在以情节严重、情节恶劣为构成要件的犯罪中影响定罪，但主要影响量刑

实战演练

例 1：甲欲杀乙，便向乙开枪，但开枪的结果是将乙和丙都打死。关于本案，下列哪些选项是正确的？

（2008 年试卷二第 54 题）

- A. 根据具体符合说，甲对乙成立故意杀人既遂，对丙成立过失致人死亡罪
- B. 根据法定符合说，甲对乙与丙均成立故意杀人既遂
- C. 不管是根据具体符合说，还是根据法定符合说，甲对乙与丙均成立故意杀人既遂
- D. 不管是根据具体符合说，还是根据法定符合说，甲对乙成立故意杀人既遂，对丙成立过失致人死亡罪

例 2：张某在火车站候车室窃得某人一提包，到僻静处打开一看，里面没有钱财，却有手枪一支，子弹若干发，张某便将枪支、子弹放回包内，然后藏于家中。张某的行为构成何罪？（2003 年卷二第 3 题）

- A. 非法持有枪支、弹药罪
- B. 盗窃枪支、弹药罪
- C. 非法储存枪支、弹药罪
- D. 非法携带枪支、弹药罪

★责任阻却事由：违法性认识错误与缺乏期待可能性（表-19）

违法性认识错误	概念	违法性认识，是指认识到自己的行为是违法的
		违法性认识的可能性，是指行为人在实施符合构成要件的行为时，能够认识到自己的行为是违法的
		违法性的错误，是指没有事实错误，但不知道其行为在法律上是不被允许的，或者错误地以为其行为被法律所允许的情形
	类型	可以回避的违法性的错误，在此情形下，行为人具有违法性认识的可能性
		不可回避的违法性的错误，在此情形下，行为人没有违法性认识的可能性
	本质	是对形式违法性的认识，而非对实质违法性（社会危害性）的认识。但是，违法性的认识不包括刑罚可罚性、法定刑的认识
		违法性认识的可能性，是独立于故意、过失之外的故意犯与过失犯共同的有责性要素
	刑法意义	实施了符合客观构成要件的违法行为的行为人不具有违法性认识的可能性时，不能对其进行法的非难
	常见的不具有违法性认识可能性进而免责的情形	由于通讯不发达、所处地区过于偏僻等原因，行为人不知法律的存在
		由于国家相关法律宣传、行政管理职能部门的懈怠，行为人对自己的行为是否违反特定领域的行政、经济法规，完全没有意识
		刑法法规的突然改变
		法律规范体系完全不同的外国人进入中国时间过短，对自己的行为可能违反法规规范一无所知
		知道刑法法规的存在，但由于法规之间有抵触，错误解释刑法，误以为自己的行为合法
		从值得信赖的权威机构（如司法机关）那里获得值得信赖的信息，或者阅读以前法院做出的判决，根据相关结论，认为自己的行为合法
		行为人知道，他人以前曾经实施类似行为，并没有得到刑法的否定性评价，从而坚信自己的行为合法
期	内涵	指从行为时的具体情况看，有可能期待行为人不实施违法行为而应实施其他合法行为

待可能性	刑法意义	法律不能强人所难。如果不能期待行为人实施其他适法行为（即缺乏期待可能性），就不能对其进行法的非难，因而不存在刑法上的有责性。期待可能性不仅存在着有无的问题（是否阻却责任），而且还存在程度问题（是否减轻责任）。但是，一般来说，一个具有刑事责任能力的主体，基于故意或过失实施不法行为，就认为存在期待可能性。所以， <b>只有在极为稀有的特殊案件中才能以缺乏期待可能性为由排除犯罪的成立</b>
	判断标准	一般认为，在考虑行为人的能力的前提下，判断能够期待行为当时的行为人通过发挥其能力而不实施违法行为。

### 实战演练

**例 1：**甲在从事生产经营的过程中，不知道某种行为是否违法，于是以书面形式向法院咨询，法院正式书面答复该行为合法。于是，甲实施该行为，但该行为实际上违反刑法。关于本案，下列哪一选项是正确的？（2008 年试卷二第 4 题）

- A. 由于违法性认识不是故意的认识内容，所以，甲仍然构成故意犯罪
- B. 甲没有违法性认识的可能性，所以不成立犯罪
- C. 甲虽然不成立故意犯罪，但成立过失犯罪
- D. 甲既可能成立故意犯罪，也可能成立过失犯罪

**例 2：**关于期待可能性，下列哪一选项是错误的？（2008 年缓考区试卷二第 5 题）

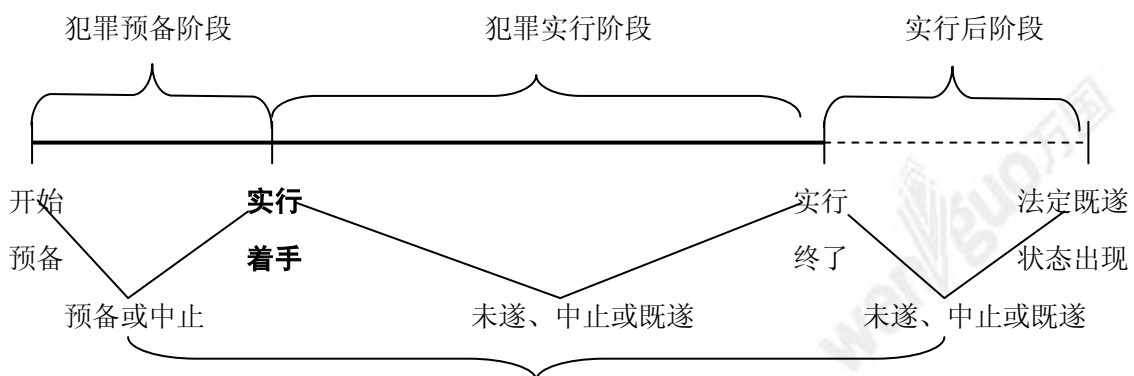
- A. 行为人是否具有故意、过失，与是否具有期待可能性，是两个不同的问题。换言之，具有故意、过失的人，也可能没有期待可能性
- B. 行为人犯罪后毁灭自己犯罪的证据的行为之所以不构成犯罪，是因为缺乏期待可能性
- C. 在司法实践中，对于因遭受自然灾害外流谋生而重婚的，之所以不以重婚罪论处，是因为缺乏期待可能性
- D. 身无分文的乞丐盗窃他人财物得以维持生存的，因为缺乏期待可能性，不应认定为盗窃罪

## 专题八：故意犯罪停止形态

### ★★故意犯罪停止形态概述（表 - 20）

故意犯罪停止形态概述	概念	故意犯罪在其产生、发展和完成犯罪的过程及阶段中，因为主客观原因而停止下来的各种犯罪状态
	类型	犯罪既遂形态 犯罪未既遂形态，包括犯罪预备形态、犯罪未遂形态、犯罪中止形态
	★★★重要属性	<b>终局性。犯罪的停止形态不是暂时性的停顿，而是终局性的停止，即犯罪一旦因某种原因形成某种停止形态，就不可能继续发展与其他停止形态。各形态之间是一种彼此独立存在的关系，不能发生相互转化。</b>
	存在范围	通说认为，故意犯罪停止形态只存在直接故意犯罪中
	★★犯罪形态、过程与阶段的关系	<b>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（预备阶段与实行阶段的临界点是“实行着手”）。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。（可见下图）</b>

### 故意犯罪的停止形态与犯罪过程及阶段的关系图示



不同犯罪阶段可能出现的犯罪停止形态

★犯罪预备的认定与处罚（表-21）

犯罪预备	概念	行为人为着手实行犯罪而开始创造条件的行为，由于行为人意志以外的原因而未能着手实行犯罪行为的犯罪停止形态		
	成立条件	客观条件	行为人已经开始实施	准备犯罪工具
			施犯罪的预备行为	制造犯罪条件
		未着手犯罪的实行行为		
		主观条件	实施预备行为是 <b>为了顺利着手实行犯罪</b>	
			所以未着手是由于犯罪分子意志以外的原因	
	与犯罪表示的区别	犯意表示的概念	犯意表示是指以口头、书面或其他方式将真实的犯罪意图单纯表露于外部的行为	
		本质区别	犯罪预备对刑法保护的法益构成了现实的威胁；犯罪表示对法益没有构成现实的威胁，属犯罪思想的范畴	
	处罚	可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚		

★★★犯罪未遂的认定与处罚（表-22）

犯罪未遂	概念	已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的犯罪停止形态		
	成立条件	已经着手实行犯罪	形式上	着手实行犯罪是指行为人已经开始实施刑法分则规范里具体犯罪构成要件中的犯罪行为。在刑法分则条文所规定的实行行为包含多个环节或多种形式时，行为人开始实施其中任何一个环节或形式的行为，原则上就应认定为着手
			实质上	对前段理解不要过于机械。不仅从形式上把握，更要从实质上把握。即，如果实行行为已经具有侵害法益的紧迫危险性，即可认定为着手实行。即总体采实质的客观说
	未得逞	含义	通说认为，即没有齐备某个罪的全部的构成要件。若齐备，则既遂。关于既遂的认定，要结合具体犯罪以及犯罪的具体情况进行认定	
			注 意 点	不能以实行行为终了直接作为判断既遂的标志，除非实行行为终了时，该犯罪的构成要件恰好同时齐备
				结果犯的既遂不仅仅要看构成结果是否发生，还要看实行行为与结果之间是否存在因果关系
	未得逞是由于犯罪分子意志以外的原因	含义	指违背犯罪人的犯罪意志，客观上使犯罪不可能既遂，或者使犯罪人认为不可能既遂，从而被迫停止犯罪的原因	
			情 形 分 类	客观上使犯罪不可能既遂的原因。如抑制犯罪行为的某种客观障碍、超出犯罪人意料之外阻止犯罪结果的原因
				主观上足以抑制犯罪分子犯罪意志的原因。即某种事实使得犯罪人自认为无法继续实施并完成犯罪，进而被迫停止。是否“足以”，应该以行为人主观感受为基本标准，以因素的客观性质和作用程度为必要补充
	类型	以实行行为是否实行终了为标准，可以分为实行终了的未遂与未实行终了的未遂		
以犯罪行为本身能否既遂为标准，可以分为能犯未遂与不能犯未遂。不能犯未遂又进一步分为对象不能犯未遂与手段不能犯未遂。手段不能犯未遂与迷信犯存在本质区别。注意：上述对象不能犯与手段不能犯的未遂，都仅限于具有导致法益侵害结果发生的危险性的情形。倘若某种行为完全不可能导致法益侵害结果发生，则不应当作为未遂犯处罚，而应认为无罪。				
处罚	可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚			



★★★犯罪中止的认定与处罚（表-23）

犯罪中止	概念	在犯罪过程中，行为人自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生，而未完成犯罪的一种犯罪停止形态			
	类型	消极中止	在犯罪预备阶段或者在实行行为还没有实行终了的情况下自动放弃犯罪		
		积极中止	在实行行为终了的情况下，自动有效地防止犯罪结果的发生		
	成立	时间性	即中止必须发生在“犯罪过程中”。注意：不管发生在哪个阶段，必须没有形成其他任何停止形态		
	条件	自动性	行为人出于自己的意志而放弃了自认为当时本可继续实施并完成的犯罪		
			行为人的放弃犯罪的动机	基于惊愕、恐惧而放弃	由于行为人依然在客观上有继续进行的可能，主观上也能够认识到这一点，在有选择的情况下放弃了犯罪，可以成立中止
				基于嫌恶之情放弃	例如强奸犯嫌弃被害妇女过于丑陋而放弃强奸的。同样这种放弃不是基于外部的强制，仍然可以成立中止
				担心被发觉而放弃	行为人害怕的如果仅是具有较低盖然性的事实，则可能性和必然性之间还有相当距离，并不足以成为继续实施犯罪的障碍。具体而言：因为担心当场被发觉而不可能继续实施犯罪的，不具有自动性；担心当场被发现而使自己名誉受到损害的，具有自动性；担心当场被捕而放弃的，不具有自动性；担心日后被告发、逮捕与受处罚而放弃的，具有自动性
				发现是熟人而放弃	由于犯罪以熟人为对象并非不可能，在实践中反而大量存在，“熟人”本身不足以阻止犯罪的继续，所以行为人因为对方是“熟人”而停止的，一般成立中止
		彻底性	必须彻底放弃原本打算实施的特定犯罪。如果行为人并不是真实地放弃犯罪行为，而是在等待时机继续实施该行为，不能成立中止。当然，彻底性并非要求行为人彻底放弃一切犯罪的犯意。注意：自动放弃可重复侵害的行为，认定为犯罪中止		
		有效性	即在消极中止中，行为人必须停止侵害行为；积极中止中，行为人不仅要停止侵害，还需作出真挚的努力，采取措施有效防止犯罪结果的发生。所谓有效性，并不意味着行为人要避免任何损害的发生，只要行为人有效地防止了作为既遂标志的构成结果的发生，就算有效了。		
	处罚	没有造成损害的，应当免除处罚；造成损害的，应当减轻处罚。			

实战演练

**例 1：**根据犯罪主观要件、犯罪形态的理论分析，下列关于犯罪中止的表述哪些是错误的？（2003 年卷二第 42 题）

- A. 甲为杀人而与李某商量并委托购买毒药，李某果然为其买来了剧毒药品。但 10 天后甲放弃了杀人意图，将毒药抛入河中。甲成立犯罪中止，而李某不应成立犯罪中止。
- B. 乙基于杀人的意图对他人实施暴力，见被害人流血不止而心生怜悯，将其送到医院，被害人经治疗后仍鉴定为重伤。乙不是犯罪中止。
- C. 丙对仇人王某猛砍 20 刀后离开现场。2 小时后，丙为寻找、销毁犯罪工具回到现场，见王某仍然没有死亡，但极其可怜，即将其送到医院治疗。丙的行为属于犯罪中止。
- D. 丁为了杀害李四而对其投毒，李四服毒后极端痛苦，于是丁将李四送往医院抢救脱险。经查明，毒物只达到致死量的 50%，即使不送到医院，李四也不会死。丁将被害人送到医院的行为和被害人的没有死亡之间，并无因果关系，所以丁不能成立犯罪中止

**例 2：**下列哪些选项是错误的？（2006 年卷二第 54 题）

- A. 甲、乙二人合谋抢劫出租车，准备凶器和绳索后拦住一辆出租车，谎称去郊区某地。出租车行驶到

检查站，检查人员见甲、乙二人神色慌张便进一步检查，在检查时甲、乙意图逃离出租车被抓获。甲、乙二人的行为构成抢劫（未遂）罪

B. 甲深夜潜入某银行储蓄所行窃，正在撬保险柜时，听到窗外有响动，以为有人来了，因害怕被抓就悄悄逃离。甲的行为构成盗窃（未遂）罪

C. 甲意图杀害乙，经过跟踪，掌握了乙每天上下班的路线。某日，甲准备了凶器，来到乙必经的路口等候。在乙经过的时间快要到时，甲因口渴到旁边的小卖部买饮料。待甲返回时，乙因提前下班已经过了路口。甲等了一阵儿不见乙经过，就准备回家，在回家路上因凶器暴露被抓获。甲的行为构成故意杀人（未遂）罪

D. 甲意图陷害乙，遂捏造了乙受贿 10 万元并与他人通奸的所谓犯罪事实，写了一封匿名信给检察院反贪局。检察机关经初查发现根本不存在受贿事实，对乙未追究刑事责任。甲欲使乙受到刑事追究的意图未能得逞。甲的行为构成诬告陷害（未遂）罪

## 专题九：共同犯罪

### ★★★共同犯罪的成立（表 - 24）

共同 犯罪 的 成 立	共同 犯罪 与 犯 罪 构 成	共同犯罪的成立以符合犯罪构成为前提，但依据 <b>部分犯罪共同说</b> ， <b>不需要必须绝对符合同一个犯罪构成，只要两个以上的人实施的犯罪之间具有重合的性质就可以在重合的限度内成立共同犯罪。</b>	
	重合性质的情况主要有：①两罪侵犯的同类法益相同，严重犯罪包含了非严重犯罪的内容时：故意杀人罪和故意伤害罪，绑架罪与非法拘禁罪，强奸罪与强制猥亵、侮辱妇女罪，抢劫罪和抢夺罪，抢劫罪与盗窃罪，抢劫罪与敲诈勒索罪。②在法定转化犯的情况下，部分人实施了转化行为的，就转化前的犯罪成立共同犯罪。		
	成 立 条 件	主体	两人以上。注意：自然人成立共犯必须具备刑事责任能力
		主 观	需有共同的犯罪故意。即各共犯人都明知共同犯罪行为的内容、社会意义与危害结果，并希望或者放任此危害结果的发生
			各共犯人主观上有意思联络，即认识到自己不是孤立地实施犯罪。但不绝对。要注意的是片面共犯。片面共犯包括片面的共同实行、片面的教唆和片面的帮助。 <b>片面帮助认定为共犯基本没有争议。</b>
			<b>不 存 在 共 同 故 意 的 情 形</b>
			共同过失犯罪行为
			一方为故意、一方为过失的行为
			双方的故意内容不重合的行为
			同时犯
			先后故意实施相关犯罪，但没有意思联络
			实行过限。即实行者的实行行为超出了共同犯意的范围，超出部分不成立共犯
			事前无通谋的窝藏、包庇行为，以及事前无通谋的掩饰、隐瞒犯罪所得及收益的行为
	客 观	需有共同的犯罪行为。注意：①共同犯罪行为既包括共同的预备行为，也包括共同的实行行为。②共犯行为是一个整体，但可能存在着分工。	

★共同犯罪的形式（表-25）

共犯形式	任意共同犯罪与必要共同犯罪	任意共犯指单一主体可以实施的犯罪，由二人以上共同实施的情况		
		刑法分则明文规定必须由二人以上共同实施的犯罪，是必要共犯	对向犯，即以存在二人以上相互对向的行为为要件的犯罪	双方的罪名与法定刑相同，如重婚罪
				双方的罪名与法定刑均不同，如贿赂罪中的行贿罪与受贿罪
				只处罚一方的行为，如贩卖淫秽物品牟利罪，只处罚贩卖者，不处罚购买者
		聚众共犯	与聚众犯罪不是等同概念。部分聚众犯罪是必要共犯，部分聚众犯罪是否是共犯需视案件具体情况而定。聚众犯罪条文归纳（见表 26）	
集团共犯	可能是必要共犯，如组织、领导、参加恐怖活动组织罪；也可能是任意共犯，如集团性的抢劫。			
事前通谋的共犯与事前无通谋的共犯	★★ 事前无通谋的共犯包括承继的共犯	承继的共犯是指先行行为人已经实施了一部分实行行为之后，后行为人以共犯的故意参与实行犯罪或者提供帮助的情况。包括承继的实行犯和承继的帮助犯		
		注意：①除持续犯外，如果犯罪已经既遂，但还没有实质性完结时，不成立承继的共犯；②后行为人对参与之前的先行行为人的行为产生的结果不承担责任。		
简单共犯与复杂共犯	简单共犯又称共同正犯，即共同实行犯。在刑事责任追究上采取部分实行全部责任的原则			
一般共犯与特殊共犯	特殊共犯即集团犯罪。三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织，是犯罪集团。特征：人数较多、较为固定、目的明确、危害严重			

★聚众犯罪条文归纳（表-26）

	罪名	被追究刑事责任的人	是否共犯
317	聚众持械劫狱罪	所有参加者都要追究刑事责任	必要的共犯
268	聚众哄抢罪	只追究首要分子与积极参加者的 刑事责任，一般参与者不构 成犯罪	
290	聚众扰乱社会秩序罪		
292	聚众斗殴罪		
371	聚众冲击军事禁区罪、聚众扰乱军事管理区秩序罪		
291	聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪	只追究首要分子的刑事责任	是否是共犯 视案件的具 体情况而定
242	聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪		
301	聚众淫乱罪	只追究首要分子与多次参加者 的刑事责任	

★★★共同犯罪人的分类及处罚（表-27）

共同犯罪人的分类及处罚	分类依据	以作用分类为主，以分工分类为辅的分类原则		
	主犯	类型	组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的犯罪分子，即犯罪集团的首要分子	
			其他在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子	犯罪集团中除首要分子以外其他起主要作用的犯罪分子
				非集团性共犯中起主要作用的犯罪分子
	主犯与首要分子	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		
		首要分子与主犯的联系与区别：①犯罪集团中的首要分子均是主犯；②犯罪集团中的主犯不一定是首要分子；③聚众犯罪中的首要分子不一定是主犯。即 <b>主犯不一定是首要分子；首要分子也不一定是主犯</b>		
处罚	注意：刑法典并未对主犯作出必须从重处罚的规定			

			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。即，首要分子除对其直接实施的具体犯罪行为及其结果承担刑事责任外，还要对集团所犯的全部罪行承担刑事责任（注意是 <b>对其他成员按照集团犯罪计划所犯的全部罪行承担刑事责任，而不是按“全体成员”所犯的全部罪行处罚</b> ）
			对其他主犯，应按照其所参与、组织或指挥的全部犯罪处罚
	从犯	类型	次要实行犯
			帮助犯，即实行行为以外的，在共犯中起辅助作用的犯罪分子
		认定	<b>一般来说，在共犯中，只有主犯（须二人以上）没有从犯的现象是存在的，而只有从犯没有主犯的现象不可能存在</b>
			<b>注意：</b> 有些为特定犯罪提供资助、协助等帮助行为刑法明文规定单独成罪，不作为共同犯罪论处。（见表 28）
		处罚	应当从轻、减轻或者免除处罚
	胁从犯	本质	被胁迫参与共同犯罪，但行为人仍具有独立的意志自由，因而与无意志的行为存在本质的区别。被诱骗参加犯罪的人不成立胁从犯
		处罚	应当减轻或者免除处罚
	教唆犯	成立条件	对象合格：必须是达到刑事责任年龄、具有辨认和控制能力的人。且较为特定
			教唆行为：教唆行为的实质是引起他人的犯罪故意，且唆使他人实施的是较为特定的犯罪
			教唆故意：明知自己教唆他人犯罪，并希望或放任
		认定	对教唆犯，应按他所教唆的罪定罪，不能笼统地定教唆罪（无此罪名）
			<b>注意：</b> 刑法分则如果对于某些煽动、教唆类的行为单独设罪，就不须再定有关犯罪的共犯了。（见表 28）
		处罚	教唆他人犯罪的，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚
			教唆不满 18 周岁的人犯罪的，应当从重处罚
			理论上的教唆未遂：“如果被教唆的人没有犯被教唆的罪，对于教唆犯，可以从轻或者减轻处罚”（《刑法》第 29 条第 2 款）
			被教唆人拒绝教唆犯的教唆的
			被教唆人虽然接受了教唆，但是没有实施犯罪行为的
			被教唆人实施犯罪并不是教唆犯的教唆行为所致
			被教唆者所实施的犯罪与教唆的性质不同（但如果有部分犯罪行为具有重合性质，则在重合性质范围内成立共同犯罪，对教唆犯不适用《刑法》第 29 条第 2 款）

★★煽动、教唆、帮助行为单独设罪的条文归纳（表 - 28）

法条	罪名	法条	罪名
103	煽动分裂国家罪	306	辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪
105	煽动颠覆国家政权罪	307	妨害作证罪
107	资助危害国家安全犯罪活动罪		帮助毁灭、伪造证据罪
112	资敌罪	358	协助组织卖淫罪
121 之一	资助恐怖活动罪	417	帮助犯罪分子逃避处罚罪

★★与共犯有关的特殊问题（表-29）

与 共 犯 有 关 的 特 殊 问 题	间接 正 犯	简单点说，通过支配他人的行为而实现犯罪的情况是间接正犯	
		较为典型的间接正犯有：①强制被害人或者第三者的行为；②利用无责任能力人的身体活动；③利用他人不属于行为的身体活动；④利用缺乏故意的行为；⑤利用有故意的工具；⑥利用他人的合法行为	
		间接正犯一般情况下不成立共犯，但是，在利用有故意的工具的场合下，间接正犯的成立并不否定共犯的成立	
	共同 犯罪 与 身 份	基本原理	不具有构成身份的人与具有构成身份的人共同实施真正身份犯时，构成共犯。如，一般公民单独不能构成脱逃罪，但是，如果教唆、帮助依法被关押的犯罪嫌疑人、被告人、罪犯脱逃的，构成脱逃罪共犯
		性质认定	无身份者与有身份者的共同犯罪：应依 <b>实行犯</b> 的犯罪性质确定共犯的性质 具有不同身份的人共同犯罪：如何定罪存在争议。有关司法解释中以主犯的犯罪性质认定为共犯的性质 <sup>①</sup>
	共犯 中的 停止 形态 问题	在共犯人中没有人成立犯罪中止的情况下，共犯的形态与各个共犯人的犯罪形态基本上是统一的。即共犯人中只要有一人的行为达到既遂，则按照整体责任原则，其他共犯人无论存在何种情况，所有共犯人都应以犯罪既遂论处。如果共犯人中的一人着手实行犯罪，意味着全案进入实行阶段，其他共犯人就有可能再成立犯罪预备了。 某个共犯人的行为若想认定为犯罪中止，必须达到有效阻止其他共犯人的实行行为或有效防止共犯结果发生。否则，其行为不能认定为犯罪中止，该共犯人犯罪形态的认定应适用上述第1点中所列原则。若成立犯罪中止，该共犯人中止犯罪的行为对其他共犯人而言，属于“犯罪分子意志以外的原因”。其他共犯人则可能成立犯罪未遂或犯罪预备。	

实战演练

例1：下列关于共犯的说法，哪些是错误的？

- A. 甲与乙共谋共同杀丙，但届时乙因为生病而没有前往犯罪地点，由甲一人杀死丙。甲乙不成立共犯
- B. 甲发现某商店失火后，便立即叫乙：“现在是趁火打劫的好时机，我们一起去吧！”乙便和甲一起跑到失火地点，窃取了商品后各自回到自己家中。甲乙没有事前共谋，不成立共犯
- C. 甲明知乙正在追杀丙，由于其与丙有仇，便暗中设置障碍物将丙绊倒，从而使乙顺利地杀害丙。甲构成故意杀人罪共犯
- D. 医生甲故意将药量加大10倍，护士乙发现后请医生改正，医生说：“那个家伙（指患者）太坏了，他死了由我负责”。乙没有吭声，便按甲开的处方给患者用药，导致患者死亡。乙对患者死亡结果不存在直接故意，因此，不能与甲成立共犯

例2：下列有关主犯、从犯、胁从犯的说法，哪些是错误的？（2002年试卷二第37题）

- A. 胁从犯是指被胁迫、被诱骗参加犯罪的人
- B. 首要分子不一定是主犯
- C. 在共同犯罪中不可能只有从犯而没有主犯
- D. 对于从犯，应当比照主犯从轻、减轻或者免除处罚

例3：丁某教唆17岁的肖某抢夺他人手机，肖某在抢夺得手后，为抗拒抓捕将追赶来的被害人打成重伤。关于本案，下列哪些选项是正确的？（2007年卷二第60题）

- A. 丁某构成抢夺罪的教唆既遂
- B. 肖某构成转化型抢劫
- C. 对丁某教唆肖某犯罪的行为应当从重处罚

<sup>①</sup>根据最高人民法院2000年6月27日《关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》提出：“公司、企业或者其他单位中，不具有国家工作人员身份的人与国家工作人员勾结，分别利用各自的职务便利，共同将本单位的财产非法占为己有的，按照主犯的犯罪性质定罪。”

D. 丁某与肖某之间不构成共同犯罪

**例 4：**甲与乙共谋盗窃汽车，甲将盗车所需的钥匙交给乙。但甲后来向乙表明放弃犯罪之意，让乙还回钥匙。乙对甲说：“你等几分钟，我用你的钥匙配制一把钥匙后再还给你”，甲要回了自己原来提供的钥匙。后乙利用自己配制的钥匙盗窃了汽车（价值 5 万元）。关于本案，下列哪一选项是正确的？（2008 年卷二第 19 题）

- A. 甲的行为属于盗窃中止
- B. 甲的行为属于盗窃预备
- C. 甲的行为属于盗窃未遂
- D. 甲与乙构成盗窃罪（既遂）的共犯

## 专题十：罪数形态

### ★★★罪数形态基本类型及处断原则（表 - 30）

判断标准		原则上以犯罪构成为标准，同时考虑刑法的特殊规定			
一罪	一行为为一罪	实质一罪	继续犯	内 涵	继续犯亦即持续犯，是指犯罪行为与该行为引起的不法状态在一定时间内处于继续状态的犯罪
				基本特征	犯罪行为的持续性、侵害法益的同一性
				本 质	不法行为与不法状态的同时持续（以此区别于状态犯）
				典型罪名	非法拘禁罪、重婚罪、绑架罪、窝藏罪、非法持有、私藏枪支弹药罪等
				处断原则	一罪论处
		想象竞合犯	内 涵	即想象的数罪、观念的竞合，是指实施一个犯罪行为同时触犯数个不同罪名的犯罪形态，且数罪名所在的数个法条之间在逻辑上不存在着包容与包容或者交叉关系，否则，属法条竞合	
			典型例证	①以放火的方式杀特定人；②破坏性地偷盗交通工具的关键性零部件；③实施抢夺公私财物行为，构成抢夺罪，同时造成被害人重伤、死亡等后果，构成过失致人重伤罪、过失致人死亡罪等犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚；④抢夺、窃取国家所有的档案的；或者违反档案法的规定，擅自出卖、转让国家所有的档案，情节严重的，同时又构成本法规定的其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚（第 329 条）。若行为人明知国有档案属国家秘密，仍然窃取，则既构成窃取国有档案罪，又构成非法获取国家秘密罪，从一重罪处罚。	
			处断原则	以一罪论处，从一重罪处断（刑法第 329 条）	
				例外情况下，数罪并罚，刑法第 204 条第 2 款（纳税人缴纳税款后，采取以假报出口或者其他欺骗手段，骗取国家出口退税款的，构成偷税罪，骗取税款超过所缴纳的税款部分，构成骗取出口退税罪）	
			结果加重犯	内 涵	行为人的一个犯罪行为在已经充足一个基本犯罪的全部构成要件基础上，又发生了法定的更为严重的结果，因而法律规定加重其刑的犯罪形态
		特征		行为人实施了基本犯罪行为，但造成了加重结果 基本犯罪行为与加重结果之间具有直接因果关系	

数行为一罪				对基本犯罪通常具有故意，对加重结果通常只能是过失。 <b>这意味着，通常来说，行为人实施某一犯罪后，如果故意伤害或杀害他人，不能认定为该罪的结果加重犯。而一般应以前面之罪与故意伤害罪或故意杀人罪实行数罪并罚。如：拐卖妇女、儿童的过程中过失致被拐卖妇女、儿童死亡，属该罪的结果加重犯，只需定拐卖妇女、儿童罪即可；但如果拐卖妇女、儿童的过程中故意杀害、伤害被拐卖妇女、儿童的，则应将拐卖妇女、儿童罪与故意杀人罪、故意伤害罪等实行并罚。再如：组织或者运送他人偷越国（边）境的过程中致被组织者、被运送者重伤、死亡的，定前述两罪的结果加重犯；但如果故意杀人、伤害的，则应数罪并罚。当然，结果加重犯中，对加重结果也存在着故意的情形。典型的是抢劫致人死亡。根据有关司法解释规定，抢劫过程中不管是过失致被害人死亡，还是故意杀人，都只能定抢劫罪，10 年以上量刑。既不数罪并罚，也不需要从一重罪处罚。</b>	
				刑法就加重结果加重了法定刑。 <b>这意味着：①结果加重犯所在的法条起码有两档法定刑；②刑法如果没有对某一加重结果明确予以加重评价，即使该结果实际发生，该犯罪也不可能是结果加重犯。</b>	
				典型规定	第 236 条、第 238 条第 2 款
				处断原则	以一罪论处，适用较重的法定刑
	法定一罪	结合犯	内涵：数个原本独立的犯罪行为，根据刑法的明文规定，结合成为另一独立的新罪		
			我国刑法典没有典型的结合犯		
		集合犯	营业犯是指犯罪构成预定以营利为目的反复实施一定犯罪的情形。如刑法第 303 条规定的赌博罪为营业犯		
			职业犯是指犯罪构成预定将一定的犯罪作为职业或业务反复实施的情形。如刑法第 336 条规定的非法行医罪为职业犯		
	处断一罪	连续犯	内 涵	基于同一或概括的犯意，连续实施数个独立的犯罪行为，触犯同一罪名的犯罪形态	
			处断原则	以一罪从重处罚	
牵连犯		内 涵	以实施某一犯罪为目的，其方法和结果行为又触犯其他罪名的犯罪形态		
		牵连关系的判断	主观上其数行为须具有犯罪目的同一性		
			在客观上存在目的行为与方法或手段行为或者原因行为与结果行为的牵连		
		处断原则	一般原则：从一重罪论处		
特殊原则：数罪并罚。典型情形见脚注 <sup>①</sup>					
	吸收	内 涵	行为人的数个犯罪行为因为一个被另一个所吸收，而失去独立存在的意义，仅以吸收之罪处断的犯罪形态		

<sup>①</sup> ①组织、领导、参加恐怖活动组织，并利用该组织实施杀人、爆炸、绑架等犯罪；②走私犯罪（不包括毒品）并以暴力、威胁的方法抗拒缉私的；③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；④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；⑤组织、领导、参加黑社会性质组织，并利用该组织而犯其他罪行；⑥挪用公款进行非法活动构成其他犯罪的、因挪用公款而索取、收受贿赂构成犯罪的

			犯	核 心	数行为之间存在吸收关系，这种吸收关系因为数行为之间存在着密切联系，常处于同一犯罪的过程：前行为可能是后行为发展的必经阶段，后行为可能是前行为发展的自然结果
				典型例证	①伪造货币并出售或者运输伪造的货币的，定伪造货币罪，且从重处罚。②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。
				处断原则	重罪吸收轻罪
				“不可罚的事后行为”：在状态犯的场合，利用该犯罪行为的结果的行为，如果孤立地看，符合其他犯罪的构成要件，具有可罚性，但由于被综合评价在该状态犯中，故没有必要另认定为其他犯罪	
			数罪	同种数罪	原则上不并罚，但在刑法第 70、71 条等情形下也应并罚
				异种数罪	属并罚的典型

### 关于罪数的特殊问题（包容犯）

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。有如下情形：①绑架罪包容故意杀人罪；②拐卖妇女罪包容强奸罪；③拐卖妇女罪与引诱、强迫卖淫罪；④抢劫罪包容故意杀人罪（根据有关司法解释，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。但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；⑥运送他人偷运国边境罪包容妨害公务罪；⑦走私、贩卖、制造、运输毒品罪包容妨害公务罪；⑧组织卖淫罪、强迫卖淫罪包容强奸罪

### 实战演练

例 1：对下列哪一情形应当实行数罪并罚？（2006 年卷二第 7 题）

- A. 在走私普通货物、物品过程中，以暴力、威胁方法抗拒缉私的
- B. 在走私毒品过程中，以暴力方法抗拒检查，情节严重的
- C. 在组织他人偷越国（边）境过程中，以暴力方法抗拒检查的
- D. 在运送他人偷越国（边）境过程中，以暴力方法抗拒检查的

例 2：甲盗窃正在使用中的铁路专用电话线，在构成犯罪的情况下，对甲应按照下列哪一选项处理？

（2006 卷二第 10 题）

- A. 破坏公用电信设施罪
- B. 破坏交通设施罪
- C. 盗窃罪与破坏交通设施罪中处罚较重的犯罪
- D. 盗窃罪与破坏公用电信设施罪中处罚较重的犯罪

例 3：关于罪数的说法，下列哪一选项是错误的？（2008 年卷二第 8 题）

- A. 甲在车站行窃时盗得一提包，回家一看才发现提包内仅有一支手枪。因为担心被人发现，甲便将手枪藏在浴缸下。甲非法持有枪支的行为，不属于不可罚的事后行为
- B. 乙抢夺他人手机，并将该手机变卖，乙的行为构成抢夺罪和掩饰、隐瞒犯罪所得罪，应当数罪并罚
- C. 丙非法行医 3 年多，导致 1 人死亡、1 人身体残疾。丙的行为既是职业犯，也是结果加重犯
- D. 丁在绑架过程中，因被害人反抗而将其杀死，对丁不应当以绑架罪和故意杀人罪实行并罚



### 第三部分 刑罚论

#### 专题十一：刑罚体系

##### ★★★刑罚体系基本问题之一：主刑之自由刑（表-31）

种类	性质	刑期	刑期的计算及折抵	执行	处遇
★★ 管制	限制自由刑	3, 2, 3	从判决执行之日起计算；判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期二日	公安机关执行	在劳动中应当同工同酬
拘役	短期剥夺自由刑	1, 6, 1	从判决执行之日起计算；判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日	公安机关就近执行	犯罪分子每月可以回家一至两天；参加劳动的，可以酌量发给报酬
有期徒刑	长期剥夺自由刑	6, 15, 20	从判决执行之日起计算 <sup>①</sup> ；判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日	在监狱或其他执行场所执行	凡有劳动能力的，都应当参加劳动，接受教育和改造
无期徒刑	终身剥夺自由刑	无期限		监狱	同上

##### ★★★刑罚体系基本问题之二：死刑（表-32）

死刑	性质	生命刑			
	★★★适用条件	实体条件	积极条件	死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子	
			消极条件	犯罪时不满 18 周岁的人和审判时怀孕的妇女不适用死刑。 “审判时”：扩大解释到羁押期间；“怀孕的妇女”：扩大解释到流产的妇女	
		程序条件	复核程序	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	
				死刑缓期执行的，可以由高级人民法院判决或者核准	
	执行的具体类型	死刑立即执行			
		★★★缓期二年执行	适用条件	应当判判处死刑（罪行极其严重的犯罪分子）	
				不是必须立即执行	
		法律后果	考验期内，故意犯罪——执行死刑		
			考验期内，没有故意犯罪——无期徒刑		
			考验期内，重大立功——15 年以上 20 年以下的有期徒刑		
			死缓的期间及减为有期徒刑的刑期计算	死刑缓期执行的期间，从判决确定之日起计算。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。 ②	

<sup>①</sup> 判决执行之日不同于判决确定之日。判决确定之日，指的是判决宣告或者送达之日。根据刑事诉讼法的规定，刑事判决有 10 天上诉期，刑事裁定有 5 天上诉期。上诉期满，判决、裁定才正式生效并执行。而死缓执行的期间和缓刑考验期限都是从判决确定之日起计算。

<sup>②</sup> 特别提示：无期徒刑被减为有期徒刑的，有期徒刑的刑期从被裁定减刑之日起计算。

★刑罚体系基本问题之三：附加刑之财产刑（表 - 33）

罚金	确定依据	根据 <b>犯罪事实</b> 决定罚金数额
	执行机关	人民法院
	执行方式	一次缴纳、分期缴纳
		强制缴纳、随时缴纳
减免缴纳		
没收财产	没收对象	<b>犯罪人个人合法所有并且没有用于犯罪财产<sup>①</sup>的一部或者全部。</b> 没收全部财产的，应当对犯罪分子个人及其扶养的家属保留必需的生活费用。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。
	确定依据	根据犯罪的社会危害性与犯罪人的人身危险性确定
	<b>以没收财产偿还债务</b>	债务产生时间：没收财产判决确定之前
		债务性质：合法债务
		需要以没收财产偿还
		经债权人向人民法院请求
财产刑并罚	<b>一人犯数罪依法同时并处罚金和没收财产的，应当合并执行；但并处没收全部财产的，只执行没收财产刑——司法解释。</b>	

★★★刑罚体系基本问题之四：附加刑之资格刑（表 - 34）

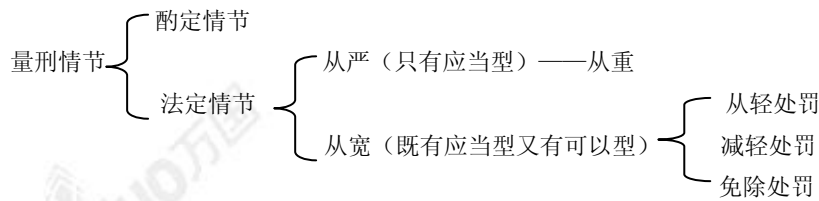
剥夺政治权利	性质	资格刑		
	剥夺权利的具体内容	选举权与被选举权		
		言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利		
		担任 <b>国家机关职务</b> 的权利		
		担任国有公司、企业、事业单位和人民团体 <b>领导职务</b> 的权利		
	附加适用的类型及对象	应当型	从刑种看（主刑为死刑和无期徒刑）	
			从罪质看（危害国家安全罪）	
可以型		故意杀人、强奸、放火、爆炸、投毒、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪分子		
		故意伤害、盗窃等其他严重破坏社会秩序的犯罪，犯罪分子主观恶性较深、犯罪情节恶劣、罪行严重的——司法解释		
驱逐出境	适用对象	犯罪的外国人		
	适用方式	独立适用、附加适用		

★★★剥夺政治权利的刑期及计算（表 - 35）

		刑期	刑期的计算、效力
单独适用		1 年以上 5 年以下	从判决执行之日起计算
附加适用	附加于管制	<b>期限与管制的期限相等</b>	<b>与管制同时执行</b>
	附加于有期徒刑、拘役	1 年以上 5 年以下	<b>从徒刑、拘役执行完毕之日或者从假释之日起计算；剥夺政治权利的效力当然施用于主刑执行期间。</b>
	附加于死刑、无期徒刑	终身。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。	

<sup>①</sup> 根据刑法第 64 条规定，犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收。

## 专题十二：量刑情节



从重处罚、从轻处罚、减轻处罚的理解

## 专题十三：总则一般性量刑情节

### ★★一、累犯（表-36）

种类	实质条件	刑度条件	时间条件	法律后果
一般累犯	前后罪都是故意犯罪	前罪被判处有期徒刑以上刑罚；后罪应当判处有期徒刑以上刑罚	后罪发生在前罪刑罚执行完毕或者赦免以后五年以内； <b>对于被假释的犯罪分子，该期限从假释期满之日起计算。</b> 刑罚执行完毕是指主刑执行完毕。	(1) 应当从重处罚；(2) 不能适用缓刑；(3) 不能适用假释
特别累犯	前后罪都是危害国家安全的犯罪	无刑度要求	无时间要求	

### ★★二、自首（表-37）

自首	分类	一般自首	成立条件	<b>自动投案</b>  自动投案，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，主动、直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案。  犯罪嫌疑人向其所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人员投案的；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，或者先以信电投案的； <b>罪行未被司法机关发觉，仅因形迹可疑被有关组织或者司法机关盘问、教育后，主动交代自己的罪行的；犯罪后逃跑，在被通缉、追捕过程中，主动投案的；经查实确已准备去投案，或者正在投案途中，被公安机关捕获的，应当视为自动投案。</b>  并非出于犯罪嫌疑人主动，而是经亲友规劝、陪同投案的；公安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，也应当视为自动投案。  犯罪嫌疑人自动投案后又逃跑的，不能认定为自首。	
		特别自首	成立条件	<b>如实供述自己的罪行</b>  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。  共同犯罪案件中的犯罪嫌疑人，除如实供述自己的罪行，还应当供述所知的同案犯，主犯则应当供述所知其他同案的共同犯罪事实，才能认定为自首。  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，应当认定为自首。	
			主体条件	被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯	
	法律后果	自首	特别自首	行为条件	如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的。根据司法解释，所供述的必须是不同种罪行
			可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。		

★三、立功（表-38）

立功	表现	揭发他人犯罪行为，查证属实的
		提供重要线索，从而得以侦破其他案件
		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
	分类	一般立功
		重大立功：“重大”
		区分标准：重大立功的标准，应当以因行为人立功表现（检举、揭发、提供线索、协助抓捕、阻止犯罪）而得以惩罚的犯罪嫌疑人、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
	法律后果	一般立功，可以从轻或者减轻处罚
		重大立功，可以减轻或者免除处罚
		犯罪后自首又有重大立功表现的，应当减轻或者免除处罚

专题十四：基本量刑制度

★★基本量刑制度之一：数罪并罚（表-39）

数罪并罚	含义	对于一人犯有数罪的，分别定罪量刑，然后按照法定原则和方法，决定应当执行的刑罚	
	原则	吸收原则	数罪中判处有期徒刑或者无期徒刑的，只需要执行死刑或者无期徒刑
		限制加重原则	数罪都判处管制、都判处拘役或者都判处有期徒刑的，应当在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上，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
		并科原则	数罪中有判处附加刑的，附加刑仍须执行 <sup>①</sup>
		混合原则	涵盖上述三原则。我国刑法中的数罪并罚即采用混合原则
	适用情形	判决宣告以前犯数罪	适用第69条，即混合原则
		判决宣告以后刑罚执行完毕以前发现漏罪	适用第70条，“先并后减”，即先根据刑法第69条确立的原则对原判决罪和漏罪并罚，然后再将已执行的刑期从并罚确定的刑期中减去
		判决宣告以后刑罚执行完毕以前犯新罪	适用第71条，“先减后并”，即先将已执行的刑期从原判决罪宣告刑期中减去，得出剩余刑期，再将该剩余刑期与新罪的刑罚根据刑法第69条确立的原则并罚
	特殊情形	刑罚执行期间犯新罪，又发现原判决宣告以前有漏罪	“先旧后新”，即先将漏罪与原判决的罪，根据刑法第70条确立的“先并后减”的方法进行并罚，再将新罪的刑罚与前一并罚后的刑罚还没执行的刑期，根据刑法第71条确立的“先减后并”的方法进行并罚 <sup>②</sup>

<sup>①</sup> 注意：一人犯数罪依法同时并处罚金和没收财产的，应当合并执行；但并处没收全部财产的，只执行没收财产刑。

<sup>②</sup> 例：犯罪人所犯甲罪已被人民法院判处8年有期徒刑，执行5年后，犯罪人又犯乙罪，人民法院判处9年有期徒刑，对所发现的原判决宣告以前所漏罪判处6年有期徒刑。于是，先将漏罪的6年有期徒刑与甲罪的8年有期徒刑实行并罚，在8年以上14年以下决定应当执行的刑罚，如果决定执行12年有期徒刑，则犯罪人还需执行7年有期徒刑。然后，再将乙罪的9年有期徒刑与没有执行的7年，实行并罚，在9年以上16年以下决定应当执行的刑罚，如果决定执行11年，则犯罪人实际上执行16年。

★★基本量刑制度之二：缓刑（表-40）

缓刑	本质	附条件暂缓执行原判刑罚		
	效力范围	缓刑的效力只适用于主刑，不适用于附加刑		
	适用条件	对象条件	被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子	
		实质条件	根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现，适用缓刑确实不致再危害社会	
		禁止性条件	累犯不适用缓刑	
	缓刑考验期	拘役（原判刑期以上 1 年以下，但是不能少于 2 个月）、有期徒刑（原判刑期以上 5 年以下，但是不能少于 1 年）。缓刑考验期限，从判决确定之日起计算。		
	适用缓刑的法律后果	缓刑考验期内，如果没有第 77 条规定的情形（既没有发现漏罪，也未犯新罪，也没有严重违法行为），缓刑考验期满，原判的刑罚就不再执行		
缓刑考验期内，有严重违法行为的，撤销缓刑，执行原判刑罚（已有的考验期限不能用来折抵刑期）				
缓刑考验期内，发现有漏罪或犯新罪的，撤销缓刑，根据刑法第 69 条的规定进行数罪并罚 <sup>①</sup>				

专题十五：行刑制度

行刑制度之一：减刑制度（表-41）

减刑	适用条件	对象条件	被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子	
		实质条件	得减	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
			必减	有重大立功表现
	限度条件	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。死缓犯不得少于 12 年（不含死刑缓期执行的 2 年）（司法解释）		
	减刑程序	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		
减刑后的刑期计算	原判刑罚为管制、拘役、有期徒刑的，减刑后的刑期应从原判决执行之日起计算；原判刑期已执行部分，计算到减刑后的刑期之内			
	由无期徒刑减为有期徒刑的，有期徒刑的刑期从 <b>裁定减刑之日</b> <sup>②</sup> 起计算，已执行刑期以及判决宣告以前先行羁押的日期，不得计算在内			

<sup>①</sup> 注意假释制度中数罪并罚的规定！与此不同！

<sup>②</sup> 注意：死缓直接减为有期徒刑的，有期徒刑的刑期从死缓考验期满之日起计算。

★★行刑制度之二：假释制度（表-42）

假 释	本质	余刑的暂缓执行制度（条件成就的， <b>原判刑罚视为已经执行完毕</b> ）	
	适 用 条件	对象条件	被判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子（包括被判处死缓后减为无期徒刑或者有期徒刑的罪犯）
		实质条件	认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现， <b>假释后不致再危害社会的</b>
		限制条件	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。 <b>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。</b> 死缓犯实际执行 12 年以上（不含死刑缓期执行的 2 年）（司法解释）
		禁止性条件	<b>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十年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子（一罪），不得假释</b>
	假 释 程序	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。	
	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。	
	假 释 的 法 律 后 果	如果没有第 86 条规定的情形（既没有犯发现漏罪，也未犯新罪，也没有违规行为），假释考验期满， <b>就认为原判刑罚已经执行完毕</b>	
		假释考验期内，有违规行为的，撤销假释，收监执行未执行完毕的刑期（ <b>已有的假释考验期限不能用来折抵刑期</b> ）	
		假释考验期内， <b>发现有漏罪的，撤销假释，根据刑法第 70 条确定的先并后减的方法实行数罪并罚</b>	
		假释考验期内， <b>犯新罪的，撤销假释，根据刑法第 71 条确定的先减后并的方法实行数罪并罚（注意剩余刑期的计算问题）</b>	

实战演练

例：对刑法关于撤销假释的规定，下列哪些理解是正确的？（2004 年试卷二第 51 题）

- A. 只要被假释的犯罪分子在假释考验期内犯新罪，即使假释考验期满后才发现，也应当撤销假释
- B. 在假释考验期满后，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，不能撤销假释
- C. 被假释的犯罪分子，在假释考验期内犯新罪的，应当按先减后并的方法实行并罚，但“先减”是指减去假释前已经实际执行的刑期
- D. 在假释考验期内，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，撤销假释后，按照先并后减的方法实行并罚，假释经过的考验期，应当计算在新决定的刑期之内，因为假释视为执行刑罚

**特别提示：**缓刑或者假释考验期内犯有新罪，如果当时被发现，当然应当撤销缓刑或者假释，实行数罪并罚，所依据的法条，缓刑是第 69 条，假释是第 71 条。但如果当时没有被发现，而是考验期满后才被发现，仍然应该撤销缓刑或者假释，实行数罪并罚，所依据的法条同上。与此对照，缓刑或假释考验期内如果发现判决宣告以前有其他罪没有判决的，同样也应当撤销缓刑或者假释，实行数罪并罚，但所依据的法条，缓刑是第 69 条，假释则是第 70 条。<sup>①</sup>但如果在缓刑或者假释考验期满后才发现判决宣告以前有其他罪没有判决的，不须撤销前罪的缓刑或者假释，而应当对漏罪单独定罪量刑。

<sup>①</sup> 注意：不管基于何种理由，缓刑或者假释被撤销后，已经过的缓刑或假释考验期绝对不可以折抵刑期。

## 专题十六：刑罚消灭制度

刑罚消灭制度（表-43）

刑罚消灭制度	前提条件	以行为人的行为构成犯罪为前提
	消灭事由	超过追诉时效的
		经特赦令免除刑罚的
		告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的
		犯罪嫌疑人、被告人死亡的
时效制度	基本类型	追诉时效
		行刑时效
	期限规定	法定最高刑不满 5 年有期徒刑的，经过 5 年
		法定最高刑为 5 年以上不满 10 年有期徒刑的，经过 10 年
		法定最高刑为 10 年以上有期徒刑的，经过 15 年
		法定最高刑为无期徒刑、死刑的，经过 20 年。20 年后认为仍须追诉的，报请 <b>最高人民检察院</b> 核准
	期限计算	一般犯罪追诉时效计算：从犯罪之日起计算
		<b>连续或继续犯罪追诉期限计算：从犯罪行为终了之日起计算</b>
	期限延长	案件已经立案或受理而逃避侦查与审判的
		被害人在追诉时效内已经提出控告、应当立案而没有立案的
赦免制度	类型	大赦：既免其罪又免其刑
		特赦：不免其罪只免其刑
	期限中断	<b>在追诉期限以内又犯罪的，前罪追诉的期限从犯后罪之日起计算</b>

**版权声明：**本资料系由万国学校资料中心精心编制，著作权属万国学校所有，未经万国学校许可，任何人不得以任何方式复制、使用。否则，万国学校保留追究侵权者法律责任之权利。发现者请与我校联系。电话：010-51622774