

目录

第一讲 刑法学和刑法概论.....	1
第一节、刑法研究的范围.....	1
一、对于犯罪原因的探讨.....	1
二、对刑事政策的研究.....	1
三、对刑事法律的研究.....	1
第二节、刑法和相关学科的关系.....	1
一、刑事诉讼法.....	1
二、犯罪心理学.....	2
三、司法精神病学.....	2
四、犯罪统计学.....	2
五、刑事侦查学.....	2
第三节、刑法学派.....	2
一、旧派刑法学——刑事古典学派.....	2
二、新派刑法学——刑事人类学派.....	4
三、新派刑法学——刑事社会学派.....	5
第二讲 刑法的基本原则.....	7
第一节、罪行法定原则.....	7
一、内容.....	7
二、排斥.....	7
三、罪刑法定的核心.....	8
第二节、与英美法比较.....	8
一、罪刑法定原则禁止事后法.....	8
二、禁止适用残酷和非常的刑罚.....	8
三、正当程序条款.....	9
四、禁止强迫认罪的法律.....	9
五、对刑事案件应当迅速和公开审理.....	9
六、对同一个罪名不得重复进行审判，禁止一案再审.....	10
七、陪审制度.....	11
第三节、法律面前人人平等原则.....	12
一、宪法原则.....	12
二、主要含义.....	12
第三讲 刑法的适用范围.....	13
第一节、空间范围.....	13
一、属地管辖.....	13
二、属人管辖.....	14
三、保护管辖.....	15
四、普遍管辖.....	15
五、折中原则.....	16
六、司法管辖权冲突（大陆与港澳解决办法）.....	16
第二节、对人的范围.....	18
一、中国人适用问题.....	18
二、外国人适用问题.....	19

第三节、我国刑法的时间适用范围.....	20
一、刑法的生效时间.....	20
二、刑法的失效时间.....	20
三、刑法的溯及力.....	20
第四讲 犯罪的概念和特征.....	20
第一节、犯罪的概念.....	20
一、各方定义.....	20
二、刑法和民法的原则区别.....	21
三、对但书的理解.....	22
第二节、犯罪产生的原因.....	25
一、社会原因.....	25
二、个人原因.....	25
第三节、犯罪的特征.....	26
一、社会危害性.....	26
二、刑事违法性.....	27
三、应受惩罚性.....	28
第五讲 犯罪构成.....	28
第一节、犯罪客体.....	28
一、种类.....	28
二、犯罪客体和犯罪对象的区别.....	29
第二节、犯罪客观要件——行为.....	29
一、含义.....	29
二、分类.....	30
三、行为和后果之间的因果关系.....	32
第三节、犯罪主体.....	39
一、法人犯罪.....	39
二、自然人犯罪.....	40
三、法人犯罪.....	46
第四节 犯罪主观方面.....	48
一、犯罪意图的判断.....	48
二、故意.....	48
三、过失.....	50
第六讲 排除社会危害性.....	51
第一节 严格责任（无过错责任）.....	51
一、起源.....	51
二、普通法上的严格责任：.....	51
第二节、合法辩护.....	52
一、分类.....	52
二、正当防卫.....	52
三、紧急避险.....	55
四、期待可能性理论.....	56
五、受胁迫.....	57
六、安乐死.....	58
七、警察圈套.....	60

八、被害人同意	60
九、刑法上的错误	61
第七讲 犯罪的预备、未遂和终止	61
第一节、犯罪预备	62
一、分类	62
二、注意	62
第二节、犯罪未遂	63
一、目的	63
二、特点	63
三、法律后果	64
四、不能犯未遂	65
第三节、犯罪中止	66
一、条件	66
第八讲 共同犯罪	67
第一节、概念	67
一、概念	67
二、不构成情况	68
第二节 形式和种类	68
一、共同犯罪的形式	68
二、共同犯罪种类及其刑事责任	69
第九讲 刑法的体系和种类	70
第一节、主刑	71
一、管制	71
二、拘役	72
三、有期徒刑	73
四、无期徒刑	73
五、死刑	73
第二节、附加刑	78
一、罚金刑	78
二、剥夺政治权利	79
三、没收财产	80
四、驱逐出境	80
第十讲 量刑	81
第一节 量刑	81
一、量刑一般原则	81
二、不能脱离刑法的规定，以法律为准绳。	82
第二节 累犯	82
一、外国累犯的三次打击法	82
二、我国累犯规定	83
第三节 自首	83
一、规定	83
二、特殊情况自首的认定	84
三、关于过失犯罪中的自首	85
第四节 立功	85

一、立功	86
二、重大立功	87
第五节 数罪并罚	88
一、概念	88
二、数罪标准	88
三、数罪并罚原则.....	90

第一讲 刑法学和刑法概论

第一节、刑法研究的范围

一、对于犯罪原因的探讨，一个人为什么会违法犯罪，走上犯罪的道路；

二、对刑事政策的研究，根据犯罪的研究的结论制定出一整套的预防犯罪的刑事政策，

至少包括：

1、对刑事立法进行研究——建立什么样性质的实体法和程序法，研究何种行为是犯罪，犯罪后应受到什么样的处罚

2、刑事案件设立过程中司法机关的权利如何行使，审级制度——两审终审制，如果案件的性质比较严重有可能判处无期徒刑以上，一审由中级法院审理，此时不服课上诉省高级法院作为终审

在美国同样有审级制度，实际上最高可打到最高法院，但由于九人大法官审理数量有限；双轨制法院体系；原则上州最高法院判决是最终判决

3、适用什么样的刑罚方法：首犯等主观危险性较小可能考虑从轻处罚等；

4、设置什么样的惩罚机构，比如少年感化所；犯罪性质严重程度的刑罚执行地点也有讲究，有些是封闭式管理关押比较危险的罪犯，有些事开放式管理如劳改农场等，这对罪犯身体心理都有一定好处

三、对刑事法律的研究：刑法典中的规则，刑事诉讼法中的规则，一般来说刑事法律的重要性低于刑事政策的重要性

第二节、刑法和相关学科的关系

一、刑事诉讼法：和刑法的关系最密切，刑事诉讼法研究范围主要是从程序制度上保证

正确地查明犯罪、证实犯罪；没有刑法就失去了定罪量刑的标准，没有刑事诉讼法、不通过一定的刑事诉讼具体实施，就没有具体地实施对象。由于世界各国对刑法或者刑事诉讼法的规定或者重视的程度不同，不同的法系侧重点不同，英美法系更注重刑事诉讼程序对定罪量刑的影响即如果实质犯罪却在刑事诉讼程序问题上出现问题有可能被无罪释放，大陆法系更注重对实体法的研究既是否违反刑法典规定从而确定犯罪量刑

二、犯罪心理学：研究犯罪人的心理活动及其规律的科学，是不良环境在心理上的反映；结合典型案例进行研究

三、司法精神病学：研究并解决司法案件中的人的精神问题，是否能辨认控制自己的行为能力

四、犯罪统计学：和刑事立法有很大关系，相对于其他学科而言相对年轻，最早的时候追溯到 1825 年，当时的法国进行犯罪统计；美国《犯罪统计年鉴》；不对累犯进行统计，技术上漏洞；两个大的统计系统——①美国联邦调查局：故意杀人罪、强奸罪、抢劫罪、重伤害、盗窃、偷汽车、夜盗罪（夜间破门而入、企图犯重罪）、纵火罪，给地方机关制定法律提供依据，具有指标性意义；②人口调查局，发放问卷，发到全国各地，有效预防犯罪

五、刑事侦查学：研究犯罪侦查的技术手段和策略方法的学科，寻找犯罪线索、侦破案件、查明犯罪分子的现在

第三节、刑法学派

一、旧派刑法学——刑事古典学派

1、创始人、主要代表人物：

①切萨雷·贝卡利亚，出生于意大利米兰，《论犯罪与刑罚》影响后世。本论文有如下贡

献：1) **提出了社会契约论**——只有自己同意才收到社会的约束，个人要和社会签订契约互相负责，并由此提出了法律的目的——使最大多数人获得最大的幸福，为了维护社会大部分人的幸福可以牺牲个人的自由，国家行使刑罚权也应在法律范围内行使；2) **提出了罪刑法定的思想**，最典型最严格最早期的罪刑法定，必须以文字形式明确规定，尽可能详细具体，要使社会上的人理解刑法的含义，法官的作用就是逐字逐句遵守法律规定，因为如果不严格采用罪刑法定，法官就会滥用权力；3) **提出了客观主义的理论**，定罪量刑的标准是犯罪行为即犯罪者客观上是否实施犯罪行为、是否造成实际上的危害后果，或者说对其行为进行客观评价；4) **从刑法人道主义立场出发阐述了废除或者限制死刑的思想**，认为刑罚的目的是为了造成持续性的影响；5) **反对封建社会的等级特权**，主张法律面前人人平等，相当的行为对于相当的刑法

②康德：自由意志，认为国家的刑罚权应当建立在自由意志和理性基础上，主张血族复仇、等量报应

③安·费尔巴哈：针对物理强制，提出**心理强制说**，当法律强制性达到一定程度使人放弃犯罪、防止危害发生，或刑罚的轻重达到一定限度足以制止犯罪即可；把罪刑法定思想作为刑法规范加以正确表述：“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚。”

④黑格尔：用辩证法观点阐述犯罪和刑法问题，否定之否定；主张等价报应，立法角度强调刑法的惩罚性和暴力性，司法过程中强调贯彻宣传法制机能，行刑时候强调教育和改造

2、主要贡献：创立了犯罪构成要件的理论

3、共同点：①在犯罪问题上都站在**客观主义立场**上，认为应受惩罚的是犯罪行为；②在刑罚处罚上都**主张报应性和惩罚性**；③都主张**罪刑法定**，反对类推适用，反对不定期刑，反对缓刑和假释等制度；④刑事古典学派的贡献在于创立了一整套完整的刑法体系，**明**

确了犯罪和刑罚的概念，特别是讲究犯罪构成，防止刑法的专擅性，奠定了现代刑法的理论基础

二、新派刑法学——刑事人类学派

1、创始人、代表人物：

龙勃罗梭、菲利、加罗法洛，又因为都是意大利人，又被称为意大利法学派

①龙勃罗梭：早期学医，毕业后称为精神病专家，长期在大学教书，担任精神病院院长。

《犯罪人论》、《犯罪的原因和救治》。提出**天生犯罪人的概念**，该理论受到批判，因为人们认为犯罪是社会现象。划分天生犯罪人和精神病人。其思想在提出时对西方国家有很大影响，直到现在影响还在持续，美国就有新龙勃罗梭学派。他以实证研究的方法从犯罪行为到犯罪人的研究，开创了刑法研究的先河，堪称现代犯罪学之父，现代通过基因手段也提出了基因决定犯罪的说法，实际上是对龙勃罗梭理论的一种继承和延伸。

龙勃罗梭的天生犯罪人理论包括四个方面的主要内容：

- 1、犯罪者通过许多体格和心理的异常现象区别于非犯罪人。
- 2、犯罪人是人的变种，一种人类学类型，一种退化现象。
- 3、犯罪人是一种返祖现象，是蜕变到低级的原始人类型。
- 4、犯罪行为有遗传性，它从犯罪天赋中产生。

天生犯罪人占有所有犯罪人中的66%，最后定为33%。由于认为这些天生犯罪人是无可救药的，故采取隔离手段、流放刑。

②菲利：统计学出身，对犯罪统计产生浓厚兴趣，拜龙勃罗梭为师。主要观点包括：1）

从哲学、神学、法学对古典学派的**自由意志进行批判**。他认为哲学上自由意志和因果规律是相矛盾的，神学上人类自由意志和上帝万能学说是违背的，法学上自由意志不能解释为什么过失犯罪还要承担刑事责任，特别是以不作为出现的过失犯罪（有意识的过失和无意识的过失，早期是无认识的过失）；2）**对罪犯的分类**：天生犯罪人、偶犯、精神病人、冲动型犯罪（龙勃罗梭所谓的激情犯，基于憎恶、嫉妒、复仇、性欲等目的和动机）；3）**犯罪原因**：物质原因（气候、地理位置、季节变换）、人类学方面的原因（生理结构、性别、年龄、身体状况）、社会原因（社会环境和社会条件，包括人口密度、

习俗、宗教信仰、经济状况等是导致犯罪的最主要原因),在此基础上提出社会责任论。

②加罗法洛：科班出生，主修法律，非常年轻时已经担任法官，后当选参议员，负责起草意大利刑事诉讼法，因为政治原因没有通过。主要思想包括：1) 主张用**实证方法研究犯罪原因**，将犯罪原因分为：法定犯(本身行为并不具有明显的社会危害性也不违反社会道德，只是由于法律规定才构成的犯罪)、自然犯(违反一个社会最基本的正直感和同情心的犯罪，犯罪性质很严重，甚至无需法律规定众人皆知)；2) 对产生犯罪的原因和龙勃罗梭有一定区别，后者强调生理现象、生理缺陷对犯罪的影响，前者**强调心理**的作用，认为心灵和道德异常是产生道德的主要原因，这类人也是低等动物←何等傲慢；3) 认为刑罚的目的不是报应，而是预防犯罪，提出**罪行均衡**。

2、总结：以自然科学方法探讨犯罪原因，研究犯罪对策，相对于古典刑法理论具有划时代的意义。但其中的观点往往趋于极端或者过分的绝对化。现代犯罪理论不反对遗传对犯罪的影响，但社会原因才是最主要的。

三、新派刑法学——刑事社会学派

1、创始人、代表人物：

①李斯特(德国)：创办刑法学杂志，在国际法方面创立了国际刑法学协会(每四年召开一次，延存至今)。主要观点包括：1) 主张将犯罪原因分为：**社会原因与个人原因**，在整个犯罪过程中社会原因起决定性作用；2) 在刑事处罚上反对古典学派的报应性，从单纯报应转为**教育性和目的性**，侧重点在于行为人，与古典刑法学派认为侧重点在犯罪行为有别。如果不考虑客观行为只考虑主观危险性可能会导致法制的破坏，这一点在二战被纳粹利用。保安处分和安乐死被滥用；3) 在刑事政策上，重视**刑事政策在教育改造罪犯和防卫社会的作用**，他认为：“好的刑事政策，比好的刑罚更有效”、“最好的刑事政策就是最好的社会政策”；4) 针对古典学派的行为说提出了行为人说，提出应

受惩罚的不是行为而是行为人,定罪量刑的根据不是客观的犯罪行为而是**根据主观危险性决定量刑**。

②普林斯(比利时)

③哈默尔(荷兰)

2、区别：

①刑事古典学派建立在意志自由的基础上,哲学观点基于人的自由意志,否认事务之间的相互规律性,认为人是有理性的、能对自己负责的高级动物,特点在于自由选择守法还是违法,所为犯罪是人具有自由意志、控制自己的行为、具有判断是非善恶能力、深思熟虑判断对自己有利以后自由选择的结果,对人的客观行为进行研究,定罪量刑的根据是已经犯的行为;新派刑法学否认古典学派的意志自由,强调个人因素和社会因素对犯罪的影响,倡导行为人区别。

②刑事责任方面古典学派从抽象人性论出发,主张伦理责任和道义责任;新派刑法学强调社会责任,社会环境恶化导致人的犯罪,因此刑罚对人具有改造和教育作用。

③刑罚处罚方面古典学派遵循罪刑法定,主张罪行等价,但反对封建刑罚,具有人道主义因素,刑法轻重和犯罪轻重一致;新派刑法学强调消除人的主观恶性和主观危险性,能过正常人的生活,具有一般预防和特殊预防的作用,主张适用不定期性强化法官的自由裁定权。

④在具体问题上新旧刑法学派存在不同程度的对立,对于刑法中的未遂犯的处罚刑事古典学派原则上认为轻于既遂犯的处罚;新派认为相同,因为未遂犯主观危险性并不一定比既遂犯小,甚至更甚。旧派认为共犯量刑相同;新派认为从犯共犯的刑罚独立判断,根据主管危险性不同,如教唆犯教唆实行犯犯罪,实行犯未犯,教唆未遂则教唆犯要承担刑事责任。

⑤古典学派的缺陷：采取客观主义立场，相同行为给予相同刑法，忽视人的主观因素对犯罪的影响，不考虑客观环境对犯罪的影响。

⑥发展：新旧的妥协与统一，他们之间的对立不是真理和谬误之争，而是你中有我、我中有你，存在相互妥协可能性，比如都主张撤销死刑

第二讲 刑法的基本原则

我国有两部刑法典，第一部是 79 年、第二部是 97 年，由于 79 年没有规定罪刑法定等基本原则，并可使用类推，所以出现了一系列问题

1949 年起起草了刑法草案 39 稿，50 年代起草的刑法草案最优代表性的是 22 稿，认为已经基本成熟

1966 年文革爆发，刑法典未能颁布；79 年法典考虑到是第一部法典，未有经验，社会上有很多问题，需要严厉的惩罚，所以可以类推适用

97 年确定刑法原则三则：罪刑法定原则、罪刑相适应原则、法律面前人人平等原则

第一节、罪刑法定原则

最早起源于 1215 年《英国大宪章》，后经过刑法学家推广、启蒙运动后逐渐被规定在刑法甚至宪法之中；

一、内容：法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚

- 1、强调法制精神，法律至上，法制是治理国家的关键，针对封建社会的擅断性和专制性
- 2、强调自由平等，保障基本人权，不仅仅有利于普通公民也有利于犯罪者
- 3、强调实定原则，犯罪和刑罚均要明文规定，犯罪要件，罪名，刑罚幅度，刑种
- 4、罪刑相适应原则（下位概念，被包括于罪刑法定）
- 5、罪责自负的个人责任，犯罪时独立个体实施，刑罚应落实到行为人上

二、排斥：

- 1、排斥习惯法，定罪量刑必须严格按照法律规定，不得依据习惯或者不成文法律来定罪量刑，刑法的渊源必须根据预先明确规定的成文法

2、排斥不定期性，尤其是绝对不定期性，要确定刑名、刑期。绝对不定期刑，如盗窃犯，改造好了就可以放。但是允许相对不定期刑。如抢劫罪 5 年上 10 年下，在这个期限内进行浮动。不违反罪刑法定原则，且比较灵活

3、刑法没有追溯力，没有溯及既往的效力，行为当时法律没有规定或者不认为是犯罪，根据罪刑法定精神不处罚；例外，新法比较轻时，有利于被告人的，允许适用新法，有时即便不轻，不利于被告人，也允许适用

二战后，纽伦堡军事法庭和远东军事法庭，审判战犯。体现了：一是过去发动战争的国家和个人是不受刑事追究的，现在此原则被打破。二是，事后法比较重，但判处死刑并执行绞刑

4、禁止类推解释，所谓类推指比照刑法分则取最相似的罪行定罪量刑，所有适用类推的案件必须报请最高法院核准，因此虽然 79 年设立类推适用，但每年上报的案件并不多

建国初期没有有伤风化罪，而二十年代国民党法律中有有伤风化罪，建国以后有一对兄弟，哥哥在火葬场工作，弟弟在路边开小店，哥哥从火葬场把尸体偷出来拿到小店加工成包子出售，尽管社会危害性，但法律中没有规定，于是法院类推盗窃罪

三、罪刑法定的核心：保障基本人权，防止司法专横，而英美原则体现了这个精神；这不仅是大陆法系的基本原则，也是英美法系的基本原则，目前在国际上得到世界各国法律上的承认

第二节、与英美法比较

英美刑法本来就是普通法、习惯法、判例法，罪刑法定原则也是英美刑法最重要的基本原则。

一、罪刑法定原则禁止事后法，美国宪法规定禁止制定追溯既往的法律，禁止制定剥夺公权的法案；罪刑法定原则只适用于成文法，不适用于判例

1789 年美国最高法院审理卡尔德诉布尔，对追溯既往的法律下定义，包括：①任何对法律通过以前的无罪行为作为犯罪加以处罚的法律；②任何对法律通过以前实施的犯罪行为作为加重犯罪予以处罚的法律；③任何改变刑罚，判以前的犯罪较重刑罚的法律；④任何为了证实罪犯改变证据规则，允许适用与行为时不同的证据或者比较少的证据从而追究其刑事责任

例：2011 年 5 月 1 日，甲举枪向乙射击，枪响乙倒，乙重伤被送去医院，5 月 10 日新颁布一个故意杀人的法律，5 月 20 日乙抢救无效死亡，应当适用 5 月 1 日的法律，除非 5 月 10 的处罚更轻，所谓从旧兼从轻。

二、禁止适用残酷和非常的刑罚：过分严厉的故意施加的残忍、不人道和有辱人格的

待遇和惩罚

刑种：(美国宪法第八修正案规定) 火刑、钉死在十字架、车裂、肢解、拇指夹刑具、与世隔绝的单独性监禁；(存在争议的) 剥夺公民权（可能导致精神崩溃）、去势（化学剥夺性能力）、鞭刑、死刑（不受宪法第八修正案绝对禁忌），如果通过其他刑法方法如监禁刑可以达到惩罚目的，此时判死刑即残酷的刑罚；有期徒刑，自由刑（应根据实际情况判断，如罪行适应则不属于，不适应则属于）；死刑犯有无生育权？郭老师认为目前的解决方法是承认有生育权，但无法行使；强奸犯未造成被害人死亡可否判死刑？美国认为不可以，原因有二：一是因被害人身体受损害而剥夺另外一个人的生命，罪刑不相称；二是可用其他监禁刑来代替时不要用死刑，而我国认为可以，因为强奸案罪行恶劣，社会危害性大，何况受损害的不仅是身体

三、正当程序条款：

1791 年联邦宪法第五修正案，规定了“未经正当法律程序不得剥夺任何人的生命、自由和财产”。这时的正当程序主要是指在刑事案件中，刑事案件的被告人有权要求按照刑事诉讼程序接受公正审判。但是，这一条款并没有产生很大的影响，原因在于法院系统的双轨制。由联邦审判的案件仅仅占 10% 以下，多数的案件是在州法院系统中解决。联邦宪法第五修正案，主要影响联邦系统。

直到 19 世纪中叶，通过法官的解释和实践，正当程序条款的内容发生变化，1856 年的纽约联邦地方法院的“禁酒令案”（民事案件），认为这个法律违反了宪法，是不经正当程序剥夺公民财产。也就是说，正当程序不仅仅是刑事规则，而是民事程序上也要求正当程序。同时在实体法上，如果法律没有加以规定，就不能当作犯罪处罚。也就是从程序法范畴进入实体法范畴。这样就是从最大限度限制国家的司法权。这种正当程序发生了实质的变化，在实体和程序上、民事和刑事上保障公民的权利，由形式上的正当权利变为实质上的正当权利。

司法机关不能任意宣布某一行为犯罪，必须要予以规定；若种行为达不到严重的程度，那就不能将其犯罪化

四、禁止强迫认罪的法律（对沉默权的保护），禁止自证其罪，禁止非法取得证据，被告享有当面对质的权利，如果要求对质被拒绝会当庭释放

五、对刑事案件应当迅速和公开审理：

一个刑事案件一旦起诉到法院，司法机关必须迅速和公开审理不能拖延，否则被害人的

权利可能受到侵害，一般是 100 天内。

80 年代每年积压未审案件 3 万多件，后来越来越多，积案太多，法院审理案件的时候精力就不够；特别是在联邦法院体系，法官人数为最高法院 9 名，联邦上诉法院共 179 名，地方法院三级总共 642 名法官，州法院体系人也不多；美国国会迫于压力在最低一级联邦法院法官有所增加法官人数，但每年未审案件有上升趋势，而一句话（不写判决书，只有一个判决）判决的案件大大增加。这导致以前的写判决书的案件可以作为判例，而现在不写书面判决，会导致隐患。

上诉程序没有限制，理论上讲可以从一级法院打到最高法院，这导致案件积压数十年都有可能。

辩诉交易制度，检察机关接手案件的时候发现线索不足担心败诉，而被告担心交给陪审团会被判重刑，于是辩诉双方在法院达成交易，这要求被告认罪，检察机关给被告罪减一等。这在客观上拖延了案件的审理，也有人在改革过程中提议取消，目前一些州取消了该制度，如阿拉斯加州。

六、对同一个罪名不得重复进行审判，禁止一案再审：

例：某被告被指控杀人，但被陪审团认定无罪。即便司法机关发现新的证据，也不得提起第二次以杀人罪名指控。

- 1、优点：保护被告人利益
- 2、缺点：第一次审判可能因为证据不足使得无法定罪
- 3、老师的观点：一个人不得因为同一个罪名接受审判，比如一个人已经被指控杀人罪并判刑了，不得再次因为杀人被指控；劫持飞机在降落地被判刑后回到本地不得再判；这个指不同国家之间同一罪名只得被起诉一次
- 4、变化：英国 2002 年司法改革白皮书，严重的刑事犯罪如纵火、杀人、抢劫、强奸，如果检察机关发现新的证据能证明就是这个嫌疑人犯罪，那么可以提请第二次诉讼；美国还是严格坚持，联邦条款上规定美国司法部部长如果发现确实案件有问题，可以下令对这个案件重新审理，但从 20 世纪 60 年代美国司法部长从未运用这个权力
- 5、补充：美国之所以严格实行，是因为它是实用国家，有很多补救措施，比如民事赔偿替代刑事惩罚使其接受教训

1995 年辛普森杀妻案，证词出现问题，白人警察是个种族歧视者，对辛普森恶语相加，一口一个黑鬼，而陪审团全是黑人，他们认为白人警察证词不可靠，因此辛普森没有定罪。美国司法机关花了 800 万元审理费用却失败了。后来提请民事审理，起诉辛普森有责任，一开始先判了 850 万元的补偿性赔偿，后来由于他很有钱，又追加了 2500 万元的惩罚性赔偿。

七、陪审制度：

1、源起：刑事诉讼中，被告人享有陪审团审理的权利，这些陪审员都不是接受法律训练的人。该制度起源于英国，可能在盎格鲁萨克逊时代就存在；而正式形成是在 1066 年诺曼王朝。在美国陪审团参加审理已经被规定在宪法中

克林顿案件，被调查期间一直否认和白宫女实习生有任何不正当关系，此时他只负有道德上的责任，没有法律上的责任；后来美国国会审理案件时组成一个大陪审团，让克林顿接受讯问，就在白宫地下室进行听证会，让克林顿到庭说明情况，此时克林顿就不敢说谎了，否则就会构成伪证罪，所以他承认有不恰当的关系，但陪审团认为他应当出庭接受审判，弹劾程序正式启动，100 名美国国会参议院组成陪审团审理案件；结果是三项指控没有一项成立。

2、种类：**大陪审团和小陪审团**。大陪审团人数为 16-23 人，并不是在法律审理案件的，而是调查政府对某人严重的刑事犯罪的指控是否公正，通过预审决定被告人是否应当出庭受审；小陪审团传统上是 12 人，有些州也可以是 6 人组成，是真正参与审理的，有些州修改法律，认为 12 人只要有 9 人同意就成立，有些州仍旧要求 12 人

3、内容：充任陪审员既是美国公民的一项权利、也是一项义务，年满十八岁会说英语，名字输入计算机库，随机抽人，10 天内去法院报道筛选，否则有可能被藐视法官罪起诉，筛选完后控辩双方可以质问，不满意可以换人，因此挑选陪审员可能长达数月，辩护一方有 10 次机会、起诉一方有 6 次机会不需要理由换人，机会用完后必须要充分理由才能换人

4、对陪审团的要求：①按照事实、辩论，对事实问题作出判断；以是事实问题为理由上诉，法院不受理，只能说是法官适用法律有错，上诉法院才能受理；②陪审员要根据法官陈述法律条文，与案件事实结合起来

意义：只有才陪审团面前，被告人才有可能被宣告无罪

打电话拿铅笔忘记付钱

5、缺点：有些陪审团参与的案件，有可能做出不利的判决；陪审员对过失犯罪缺乏基本理解能力；有些人也认为陪审团根本没能力审理案件（缺乏法律专业知识和素质）

辛普森被释放，是基于陪审员个人感情上的判断；1980 年里根遇刺，辛克丽刺杀里根后请了很有名的律师辩护，陪审团宣布他精神错乱无罪释放，不过在美国被认定是精神病是很悲催的，因为必须要法官认可而非医生认可才能判断是否可以出院。

6、趋势：在英国陪审团完全退出民事案件，刑事案件当中陪审团的作用也越来越有限，250 万-350 万的案件中有 250 万案件在治安法院得到解决，不需要陪审团，而且治安法院的法官也都会法律，每年由陪审团审理的案件不到 3 万件，有些案件很严重但被告人提前认罪了，因此有逐渐消亡的可能。但在美国一直把这个视作宪法权利世代相传，他们十分不可思议的信任和与他们同等地位的人来审判他们，一直没有修改法律的动向

第三节、法律面前人人平等原则

一、宪法原则：在我国已经规定在宪法中；之所以再次规定主要是因为我国宪法权威不够高；实际上俄罗斯 97 年修改刑法也有相似规定

二、主要含义：不分民族、种族、性别、家庭出身、宗教信仰、受教育程度；过去有特权主义倾向；现在也不能因为有某种特定身份就加重其刑事责任（社会上对官二代、富二代等敌视心理）

1、构成犯罪的标准一律平等。一律平等总是包含着：反对特权（也不能因为身份高就加重处罚）。联邦最高法院不能公开审理，审理过程严格保密，只有大法官参与。我国电视直播造成了很坏的影响，实质上司法并不能保持独立，易受舆论影响。（虹桥案、张君柱案件）这都是没有贯彻平等的表现

彩虹桥倒塌案。某县有一桥偷工减料，桥突然垮塌。报纸报道后产生很大的影响，抓了一个主管建筑工程的林某，审理过程中，定了玩忽职守罪、受贿罪（10 万），判处林某死刑立即执行。判刑太重不合适。最高法院二审改判为死刑缓刑 2 年。法院不认为自己判错了，林某有立功表现，揭发县委书记受贿。河南省郑州市一个公安分局的政委因违法乱纪被撤销政委后，郁闷喝酒醉酒撞人，撞死人。本是普通交通肇事罪，法定最高 7 年，逃逸者 15 年，后来审理故意杀人罪判处死刑立即执行。二审时被河南高法维持原判。死前说：我是被新闻记者杀死的。

- 2、量刑上一律平等。具相同罪行的犯人量刑平等，不可减轻或加重
- 3、执行刑罚要平等对待。适用减刑、假释时严格执行法律规定。司法实践中易产生特殊人物受优惠

第三讲 刑法的适用范围

空间上和时间上的效力

空间：一个国家的刑法对哪些人、哪些地域适用，本国还是外国、本国人还是外国人还是其他人

时间：何时生效、何时失效、对生效前的行为是否具有溯及力

第一节、空间范围

- 一、**属地管辖**：以地域作为刑事管辖权的标准，凡是在本国领域内的犯罪，无论本国人还是外国人皆适用本国刑法；属地管辖原则是最基本的，得到世界各国广泛承认，几乎所有国家的刑法典都以属地管辖为基础，兼采其他的管辖原则
- 联合国国际法院 1927 年，在荷花号的案件中指出，在法律所有制度中，刑法具有的以领土为特征的原则是基础的。

1926 年 8 月 2 日，法国邮船“荷花号”在地中海的公海与土耳其船“博兹-库特号”碰撞。“博兹-库特号”被撞沉，8 名土耳其人死亡。当“荷花号”抵达土耳其港口伊斯坦布尔时，土耳其对这起事件进行了调查，称该事件是由于“荷花号”上的负责值班人员法国海军上尉戴蒙的失职所致，故将其同“博兹-库特号”船长哈森·贝一并以杀人罪逮捕，并在伊斯坦布尔提出刑事诉讼。

我国《刑法》中属地管辖权的条文：第六条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。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。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

1、优点：

- ①便于收集证据，节约司法资源、减少浪费，由于在本国犯罪，在本地调查取证要便捷得多
- ②可以更好地保护被告人的权利，因为属地管辖审判的一般都是本地人，被告人身处自

己居住的地方，对本地的刑事诉讼法的方法更为熟悉，可以以熟悉的语言参与审判

③属地原则往往和国家主权联系在一起，如果不在本国领域内也管辖，容易引起主权受到侵犯

2、缺陷：跨境犯罪

A 举枪站在黑龙江中国一侧向俄罗斯一侧射击射杀俄罗斯一侧的中国人，他实施的犯罪行为在中国境内，危害结果发生在俄罗斯。

二、属人管辖：以人的国籍划分司法管辖的标准，凡是本国人犯罪，无论在本国领域内外都适用本国刑法；中国采属地管辖原则为基础，也兼采属人管辖原则

1、优点：

①凡是本国人无论身在国内国外都必须遵守本国法律，而不管当地的法律如何规定

②在某些情况下有利于保护本国人，特别是行为地国家要求引渡的情况下，可以依据属人管辖原则拒绝引渡，这尤其体现在大陆法系国家（拒绝引渡给他国进行审理是其传统）

我国《刑法》中属人管辖权的条文：第七条 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三年以下有期徒刑的，可以不予追究。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。

2、扩大：

①判断国籍以犯罪行为时间起算还是诉讼程序时间计算，具有很大区别，因为从犯罪行为为时间起算扩大属人管辖的范围

德国纳粹一些战犯逃往南美洲，隐姓埋名，过了数十年已经变成南美洲的国籍，为了审判这些战犯所以要求以从犯罪时间计算国籍

②行为人虽然是外国人，受害人是本国人，那么可以行使属人管辖权，实际上又是对属人管辖的扩大，从行为人扩大到受害人；英美一开始反对扩大，后来在恐怖主义犯罪中逐渐认识到有扩大的必要

一个美国人在美国国内发表文章诽谤一个墨西哥人，美国司法当局对此没有反应；很久以后这个美国人忘记诽谤这回事，跑到墨西哥被抓了

80 年代利比亚两个特工炸毁飞机，飞机是从英国飞往美国，但在爱尔兰上空爆炸，飞机上的几百名乘客遇难。当时英美两国认定是利比亚两名特工，要求利比亚交出两个特工；最近利比亚妥协，同意把案件交给第三方国家即炸毁的地方爱尔兰审判，为了缓和和英美两国的关系，同意为受害人进行

赔偿

三、保护管辖：以保护本国国家利益和公民利益作为刑事管辖权的标准，不管所在地、

不管国籍，皆适用本国刑法；标准不明确，容易和属地属人冲突

我国《刑法》中保护管辖权的条文：第八条 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三年以上有期徒刑的，可以适用本法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外

四、普遍管辖：保护国际社会共同利益，作为刑事管辖权的标准；其法律基础不是本国

刑法，是国际公约，只要发生了国际公约规定的犯罪，不论犯罪人的国籍、行为地，都

适用本国刑法；

我国《刑法》中普遍管辖权的条文：第九条 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

1、注意：

①签订这些国际公约是建立在相互尊重、互惠互利的基础上；一经签署即国家意志的体现，也体现了本国的国家利益

②不存在可以凌驾于各国主权上的管辖权

2、特点：假如不修改国内法，不把国际公约内容写入国内法中，实际上是无法实行的，因此必须把国际公约和国内法衔接起来；这主要是针对海盗，当前也针对人类面临最严重的问题即恐怖主义

3、优点：如果想对一个案件行使管辖权如何解释都解释得通，想行使管辖权比较困难

4、缺陷：

①管辖范围太广泛

②容易和其他原则相冲突，并不容易，容易造成管辖权冲突，导致一些刑事案件审理困难；对于严重的国际犯罪如劫持飞机，或引渡、或起诉，前提是引渡，如果因为某种原因不能引渡，也必须进行起诉，以最严重罪行追究刑事责任

③签署公约享有普遍管辖的权利，却拒绝引渡不履行义务，又不依照公约进行起诉，对

此国际社会没有规定

④有管辖权国家与该案件没有任何好处，那么这些国家就不愿意管辖

一架巴基斯坦的飞机从白沙瓦飞到阿富汗首都在机场被劫持，阿富汗当局与苏联占领军拒绝保护措施，一名乘客被杀害，对此英美等国家发表波恩申明谴责，也仅仅止步于谴责

5、适用类型：战争罪、侵略罪、恐怖主义犯罪、种族歧视罪、海盗等

6、国际法院：联合国下属机构，还有一些联合国为了审判战争罪行特设的战争法庭，不是永久性；国际刑事法院和联合国国际刑事法院没有关系，由于中国和美国不是缔约国，所以国际刑事法院权限受到很大限制

五、折中原则：以属地原则为基础，兼采属人原则、保护原则和普遍原则，我国刑法就采取该原则；有些国家采取行为地主义或结果地主义，我国认为只要行为和结果任一发生在我国就有管辖权；航行在公海中的船只、飞行在公海上的飞机都是中华人民共和国管辖的一部分

特别规定：

①外交特权和外交豁免权的人刑事责任通过外交途径解决；

②民族自治地方不能全部适用刑法规定的，可以由自治区、省的人民代表大会制定变通或者补充性规定

③刑法实施当中，新制定的刑事法规另有刑事规定的适用特别法，香港特别行政区基本法、澳门特别行政区基本法，不适用中国刑法

1979 年男女双方在家里定亲，而且摆了酒席请全村的人喝喜酒，却没有去民政局结婚登记；女方发现男方有某种恶习不想结婚，男方就派了 10 几个人去女方家里把女方强行带来，强行完婚。如果按一般的法律，是以强奸罪定罪的

六、司法管辖权冲突（大陆与港澳解决办法）：

张子强犯罪集团成立与 20 世纪 90 年代初，犯了一系列严重犯罪，第一起是抢劫香港银行运钞车 1 亿 6 千万，张子强上诉提出收到刑讯逼供；次日开着黄色跑车在高等法院外，抢劫两个在香港有银行的珠宝店，分别抢劫了 570 万、168 万。最大的案件是劫持李嘉诚儿子。后来又劫持郭炳湘，以 7 亿港币成交（你妹啊!!）最后被抓住交给内地法院审理。1995 年抢劫办事人员，受害人死亡。张子强最后

在内地被捕

分析：

①案件一，张子强是香港居民，犯罪行为和犯罪结果都发生在香港境内且经过审理，所以内地没有插手的理由和余地

②案件二，抢劫珠宝行严格地说内地司法机关不享有管辖权，当然为了抢劫做了充分准备、包括在内地购买枪支弹药，犯罪的预备行为是发生在中国境内，实际上购买枪支弹药行为又单独构成独立罪名；但是广州市中级人民法院审理时，对抢劫珠宝店没有涉及

③案件三，抢劫致人死亡，在中国内地犯罪行为，内地是有管辖权的

④案件四，绑架行为发生在香港，但重大犯罪行为的预备行为发生在中国大陆，行使管辖权有一定道理，实际上两方合作抓捕张子强主要就是因为两起绑架案

⑤案件五，在内地购买八百公斤炸药试图炸毁监狱和大厦，制造恐怖事件，这些行为也是我国刑法规定的，犯罪行为是在中国内地实施的，中国司法机关享有管辖权

⑥结论：双方在法律上都有管辖权的司法根据，之所以由中国内地审理，除了香港特区不愿意管辖；还有其他理由是：第一，因为中国内地是有死刑刑罚的，而香港最高刑是终生监禁，香港民意都认为交给中国处理；还有李嘉诚和郭炳湘被绑架后引起中央政府的注意，决定对其采取措施，香港的警察局、检察院、法院都未主张对该案件管辖权，甚至根本没有立案调查；第二，中国警察局检察院不需要被害人报案，只要有足够证据可以介入调查，而香港必须要求被害人报案才能立案；第三，中国内地与香港没有签订司法互助协议，没有移交到香港的法律根据

⑦张子强的命运不取决于绑架与否，绑架的最高刑是死刑，到要求必须是绑架致人死亡或者杀害被绑架者；而在于抢劫致死案件和购买大量枪支弹药的案件，真正具有判死刑的案件其实只有购买大量爆炸物

⑧130 多起香港司法机关提出要求审理香港的居民，内地都配合了，但香港司法机关从未移交一人，这是个十分严峻的问题

一个居民要去香港探亲，借传教思想，声称自己有药水可以长生不老，有 5 个老人上当，拿了 100 万港元去那人家里喝了水死了，那人携款潜逃。这也引起了争议，香港司法机关认为犯罪行为和犯罪结果都发生在香港，内地拒绝交给香港司法机关，其性质就相当于在美国犯罪的中国人潜逃回国中国拒绝引渡一样的性质

1、国际原则：**先理为优，实际控制**，谁先审理谁优先，犯罪嫌疑人置于谁控制之下交由谁审理；司法实践中上述原则并不容易实行，特别是**涉及到政治和外交时**（如美学生杀人潜逃法国案，法政府拒绝引渡，引发外交纠纷）；不是国际公约的原则，是国籍惯例或者说国际习惯法，**约束力较弱**

2、中国内地和香港签署司法互助协议应当注意的问题：

这是一个国家和一个地区签订的，用词上要注意，比如国与国之间用的是引渡，而中国和香港之间只能用**移交罪犯**

3、签订的难点：

①**法系不同**，香港使用的是普通法体系，存在不协调地方；当然这不是特别重要，因为

国家内法系不同也是很常见的，比如：英国是英美法系，而苏格兰是大陆法系；美国是英美法系，而路易斯安那州是大陆法系；加拿大是大陆法系，而魁北克省是英美法系；

②**社会制度不同**，发生冲突的可能性更大

4、签订的注意事项：

①对于犯罪行为和犯罪结果均发生在内地一方或者均发生在香港一方，原则上由双方各自独立行使管辖权，实际上具有灵活性，在必要时可以要求移交给自己

②犯罪行为和犯罪结果，犯罪预备行为和犯罪实行行为分别发生在内地和香港的案件，或者犯罪实行行为持续地发生在内地和香港，内地和香港均同时享有司法管辖权，如果不能平等协商则采用“实际控制、先理为优”

③对于内地居民和香港居民共同犯罪的案件，如果说双方居民在一地共同犯罪，原则上由犯罪地的法院来行使管辖权，如果也是跨境犯罪则适用第二种情况，要区分主要犯罪地和次要犯罪地、为首犯罪分子和次要犯罪分子

④对于同一个人分别在内地和香港犯有数罪，应当由各自对发生在本区域内的案件进行处理，不能单独一方数案并审

⑤对于有可能被判处死刑的嫌疑人，不实行死刑不引渡的原则，不过可以采取灵活和务实的态度。这涉及到外交乃至政治的问题，不是单纯的法律问题，关键在于双方是否有意向解决案件

第二节、对人的范围

一、中国人适用问题：

1、中国公民领域外犯罪根据我国规定可以行使管辖权，在司法实践中要实现难度有些大；我们国家历史上有很多华人华侨，尽管已经过了好几代人，但始终未放弃中国国籍，实

际上还是认为是中国公民，但这些人犯罪却无法管

2、复杂性的避免：60 年代印尼兵变大肆排华，中国就与其他国际签订中国不承认双重国籍，鼓励这些人加入外国国籍，同时就丧失中国国籍；根据刑法第七条第一款，罪行较轻可以不追究，但如果是国家工作人员或者军人不适用上述规定

二、外国人适用问题：非中国国籍或者无国籍的人

1、在中国领域内犯罪，适用刑法；享有外交特权和豁免权例外，可以通过外交途径解决，即便是发生了灾害、流行病也无法进入大使馆搜查；外交使节享有**外交特权**，但并不意味着可以为所欲为，两种情况，一类不能行使庇护权，一类不能随意拘留人，不能从事间谍活动；但实际上大使馆的设立就是搜集资料，如果两国友好则不公开解决

《维也纳外交公约》规定：

大使馆不得被侵犯，包括领馆和其工作人员。驻在国不得强行进入，哪怕有紧急情况，如着火。

外交官不得从事和其外交身份不符合的活动：

a 不能庇护所驻国正在追捕的犯罪嫌疑人，如匈牙利红衣大主教案和中国方励之在美使馆藏匿案件。

b 不能在使馆内拘留任何人，如孙中山在伦敦被清朝驻英使馆案。

c 不得从事间谍活动，但实际上间谍活动只是不被公开承认的国际惯例。

2、外国人在中国领域外犯罪，侵犯中国利益和国民利益，按中国刑法**最低刑三年以上的可以管辖**，但如果**当地不认为犯罪则不能处罚**；虽然**在外国接受过审判我国仍旧可以追究责任**，但如果已经判罪可以免除或者减轻惩罚（首先考虑免除，不能免除再减轻）

3、特殊问题：

①外国审判过的，中国仍然可以管辖，在外已经受处罚，可以**减轻或免除处罚**。这是有限度的承认外国判决。当中国刑法还没有劫机罪时，以反革命破坏罪论处，如该犯在国外已被判十年徒刑，刑满释放回国仍要被判处死刑，因此很多国家不愿意将罪犯引渡回中国。后来，刑法中加了一句“在国外已受刑罚的可以免除或减轻处罚”（注意条文细节，先说免除再说减轻意味着**先考虑免除，性质严重仍需判刑的再考虑减轻**）

②单位犯罪，79 年没有规定单位犯罪，现在规定了。国外一般称法人犯罪，我国的特殊

情况为有些企业没有法人资格，因此称单位犯罪。对自然人适用范围也适用于法人犯罪

第三节、我国刑法的时间适用范围

一、刑法的生效时间：1、从颁布之日起生效；2、从颁布到正式生效有一段时间的（给执法部门和人民群众有一个熟悉、掌握、准备的时间）79年7月6日公布，80年1月1日生效；97年刑法典3月14日颁布，10月1日正式生效（半年准备时间）

二、刑法的失效时间：1、明示废止；2、默示终止

三、刑法的溯及力：从旧兼从轻原则，三种情况 P28

- 1、行为时的法律不认为犯罪的，如果现行刑法认为是犯罪，不能根据所实施的刑法追究行为人的刑事责任，从旧原则
- 2、行为时的法律认为是犯罪，现行刑法也认为是犯罪的，并且在追溯时效之内，适用当时的法律。但如果现行刑法对这一行为规定的法定刑比当时法律规定的法定刑较轻时，则适用新实施的刑法，从轻原则
- 3、行为时的法律认为是犯罪，而新实施的现行刑法不认为是犯罪的，适用新刑法，不能认定为犯罪，不追究行为人的刑事责任，从轻原则

第四讲 犯罪的概念和特征

第一节、犯罪的概念

一、各方定义

- 1、美国刑法学家克拉克的定义：所谓犯罪，就是维护公益的公法所禁止的、以国家名义运用司法程序予以惩罚的任何作为和不作为

- 2、美国刑法学家铂金斯的定义：克拉克的没有强调社会危害性，他的定义是由法律规定、应受到惩罚的任何危害社会的行为
- 3、剑桥格兰威尔：犯罪是非法的作为、不作为或者事故，从事这种行为的后果就是警察以国家的名义对其追究刑事责任
- 4、我国：刑法典第十三条+但书

刑法第十三条：一切危害国家主权和领土完整，危害无产阶级专政制度，破坏社会主义革命和社会主义建设，破坏社会秩序，侵犯全民所有的财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的合法财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪；但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。
- 5、我国学者观点：应当采取形式定义而非实质定义

在有些国家如英美同一行为既可以是刑事行为也可以是民事行为，比如轻微的人生伤害或者诽谤，既可以提起刑事诉讼也可以提请民事诉讼；提请民事诉讼可以获得更多经济赔偿

二、刑法和民法的原则区别

- 1、**处置方式**不同：刑法的处罚主要是惩罚犯罪人以平民愤，并不直接有利于被害人，或者说不是为了安抚被害人而是为了维护国家秩序，至于使被害人及其家属心理上满足不在考虑范围内；民法的处罚主要是损害赔偿，具有惩罚性和警告性，但主要目的不是为了惩罚被告，因此一般赔偿比较多，以满足被害人的要求

美国的中年妇女想买热咖啡，一边开车一边把咖啡放在腿上，然后溅出来。于是妇女把麦当劳告到法庭上，麦当劳败诉，赔偿 65 万美元。

- 2、**诉讼方式**不同：刑事诉讼检察院掌握主动权，司法机关可以追究责任，任何公民可以提请追究，是否追究不用被害人同意，如果轻伤害是自诉案件，如果是重伤害就必须是公诉，国家元首有刑事豁免权，如果在任职期间有刑事犯罪那么首先必须取消其国家元首资格然后追究；民事诉讼主动权在个人，即便起诉到法院第一步也是调解，允许私了，只有当事人同意的情况下才能提请诉讼，同时国家元首没有豁免权，比如国家元首妻子

提出离婚不得以豁免权对抗

美国总统要被追查必须先被弹劾；以色列卡沙夫被弹劾后再调查其强奸、性骚扰等行为，后被判刑。

出卖色情画报的行为是国家禁止的行为，不能因为买受人主动买就不追究出卖人的责任。

三、对但书的理解

1、内容

①情节显著轻微、社会危害不大：

情节指除客观损害结果以外影响社会危害程度的各种情况，包括行为的**方法、手段、时间、地点、行为人目的、犯罪动机**，我国对各种各样的情节进行表述，共七种：特别恶劣、恶劣、特别严重、严重、较轻、轻微、显著轻微

特别注意后三种的情况，情节较轻，一般指在法定刑范围内从轻处罚的情节，前提是构成犯罪行为、但情节较轻；情节轻微，是免于处罚的情节，但会判处训诫、赔礼道歉、警告等，前提同样是构成犯罪，但不判刑，同样是有罪判决；情节显著轻微，不认为是犯罪

第三十七条【非刑罚性处置措施】对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免予刑事处罚，但是可以根据案件的不同情况，予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。

危害不大是指客观危害结果不大，虽然情节包括客观情况也包括主观情况，但情节更是为了说明主观恶性，而危害是侧重危害后果的严重性。

但书必须同时满足上述条件才能适用

铁路上的扳道工特别喜欢睡觉，某一天睡过头忘记扳道，导致两辆火车碰撞多人死亡，在刑法上认为是忘却犯，是不作为犯，尽管情节显著轻微，但危害后果十分严重，不能适用第十三条但书规定。

妻子因为有外遇，想把丈夫杀死，但往丈夫酒里放毒药时放错了白糖。这在刑法上认为是工具不能犯，没有造成客观损害后果，但情节恶劣，同样不能适用第十三条的但书规定。

②不认为是犯罪

2、渊源：

①直接渊源：苏联刑法的犯罪的规定，1926 年苏俄刑法典第六条规定的犯罪的实质概念。1960 年前苏联刑法典第七条有同样的规定和表达

1926 年苏俄刑法典第六条：对于刑事上，虽然符合分则所规定的要件，但是因显著轻微，并且缺乏损害结果而失去危害社会性质的行为不认为是犯罪行为。

加入但书规定在立法史上是中创造，为了缩小打击面。我国在立法时有是对苏联该条的模仿，比如：

1954 年刑法草案，第一条规定形式上符合犯罪构成要件但情节显著轻微并且缺乏危害结果而不能危害社会的行为不认为是犯罪。

因此可以将苏联规定视为直接渊源

②文化渊源：**法不治众**。我国的传统一直对刑法特别重视，所谓法都用来称刑法，刑法权极度膨胀，刑法严苛，打击面大

1954 年颁布刑法后就集中精力起草刑法典，文革一结束首先颁布的就是刑法典，而且每几年就会颁布刑法修正案，而民法典争论 60 年依旧未成。

但是统治阶级也有统治策略，由于刑法已经很严苛，就必须缩小打击面，否则会造成社会大众和国家政权的全面对抗。我国起刑点比较高，与其他国家定性定罪不同，是**定性定量的结合**

美国犯罪率高于我国，这是因为对犯罪的认识不同。如盗窃矿泉水、逃票都被认为是犯罪。在北京上海，1000RMB 以上才能构成盗窃罪。

既有定量因素也包括定性因素。当然有的包括定量，有的不包括，比如故意杀人者，不考虑定量因素

3、作用：

①**与总分则起到相互照应的功能**：具体犯罪概念中含有定量因素的包括两种：第一种是直接规定数量限制，比如盗窃、抢劫等多发案件，从刑法条文来说数量不是太大，但在全部刑事案件中占的比重较大；第二种没有直接规定数额，但在法条中含有定量因素

刑法分则 129 条丢失枪支不报罪，要件包括丢失枪支不报而且枪支被他人拿去犯罪构成严重后果。139 条消防责任事故罪，造成严重后果的才算犯罪。假冒专利罪等。

第一类与第二类相结合则占了条款的 2/3 以上。说明我国刑法广泛具有定量因素。这就

与刑法总则的犯罪概念相互协调、相互照应，形成体系。

②出罪(“出罪”是指把有罪判为无罪或重罪判为轻罪)的功能 :1\3 没有含有定量因素，包括两类。第一类是行为性质本身非常严重，足以反映社会危害程度的犯罪，如杀人放火抢劫强奸投毒。第二类是行为本身性质并不严重，不能反映社会危害程度，因而但书可以将形式上符合构成要件、但情节显著轻微、危害不大的行为排除在犯罪之外

刑法典 253 条规定邮政人员私拆他人信件、销毁处两年以下有期徒刑或拘役。假如一个投递员，看到一个 8 分邮票撕了下来，没有把信交给人家。符合 253 条的犯罪构成要件，但是不能追究他的刑事责任。按照治安管理处罚法都不够，顶多领导批评一下。

我国安乐死案件一般以故意杀人者论处。但 1987 年第一期安乐死案件以无罪释放结案。汉中市一审以故意杀人罪判处有期徒刑；终审，情节显著轻微，危害不大，不判刑。

即便某些犯罪性质十分严重，也可以通过但书将其排除在外

4、与罪刑法定的关系：似乎有冲突，确实和传统意义上的罪刑法定有冲突。实际上是在新的社会条件下**对罪刑法定的发展**。

1979 年刑法典，没有规定罪刑法定原则而且存在类推原则，其唯一的标准就是有社会危害性就可以定罪，本身就与罪刑法的严重冲突，此时也具有但书规定。类推可以扩大犯罪范围，另一方面，但书可以缩小犯罪范围。这两方面的冲击，社会危害性标准与罪刑法定的原则是相冲突的。实质定义压倒了形式定义。

1997 年刑法典，取消类推适用，即某种行为即便具有严重危害性，只要刑法分则没有规定都不能追究，这就不会出现对被告人不利的情况。此时是对罪刑法定原则的突破。这与贝塔利亚时代的罪刑法定原则已经不同，这与不定期刑、教育刑等是一样的，不是冲突是突破，对被告人权利的保护。如果罪刑法定原则在这一方面称为第一道防线，但书规定相当于第二道防线。不是扩张犯罪圈，而是缩小。是完全符合罪刑法定的精神的。

第二节、犯罪产生的原因

一、社会原因

1、生产力：

生产力低下，犯罪罕有，但仍旧存在。原始社会有部落大会来行使审判职能。私有制出现导致犯罪增加。犯罪率的上升和生产力的迅猛发展有极大关系

①生产力的发展、物质财富的快速增长，极大**刺激了人的物质欲望**，对于大多数人来说要过好的生活是通过劳动和创造，也有一部分人走上违法犯罪道路

②生产力的发展**改变了社区环境**。小山村里一共就几十户人家，互相知根知底，犯罪不容易发生；但现在随着生产力发展，流动性增大，导致犯罪率上升，犯罪了也不一定能发现

③大工业迫使妇女走出家庭进入劳动市场，青少年犯罪率上升，因为双职工家庭**对青少年的教育和控制减少**

④物质生活提高，青少年营养丰富，**青春期普遍提前，心理上却发育晚**，这种矛盾与青少年犯罪有某种程度的联系

2、生产关系：社会出现剥削、贫困、失业等现象

3、上层建筑：国家制度和意识形态对犯罪有正负两方面影响，国际制度对犯罪有遏制作用，但某些上层建筑中的消极因素如管理不善、权力滥用、政治腐败、官僚主义等会滋长犯罪。腐败问题在全球都是难题，是普遍现象，导致公众对政府的不信任

二、个人原因

犯罪受社会存在的制约，私有制出现后盗窃犯罪、卖淫通奸等，但也考虑个人主观因素。

1、人的道德观念：同一种行为在一个国家是犯罪、另外一个国家就不是犯罪，在一个发展时期是犯罪、另一个发展时期不是犯罪

美国尽管性开放较早，但很多州的刑法典中仍旧保留通奸罪的罪行；我国 1979 年以前司法实践中也把通奸罪认定为犯罪，但 79 年刑法典中没有规定这个罪名。

对淫秽色情的东西的看法，在英国维多利亚时代，设立了十分多的道德壁垒，不仅受到谴责，还要受到法律制裁，对性要求十分严格，甚至不能自由恋爱；二战以后普遍精神空虚，加上新闻报道、电视传播，人们对色情淫秽的观点发生变化。

希克林准则时期，对色情淫秽的审查十分严格。但 80 年代一案子，加利福尼亚州的米勒不经同意就发放色情杂志，这次重新定义标准，要求根据当代社会标准能引起性趣、对性行为描写显然违反州法律规定、作品缺乏严肃的文学艺术政治科学价值，则认定为色情隐晦。当然这在实用中并未很好使用，因为第三个标准很抽象很难实行。

一家电影院 24 小时放映黄色电影，2 小时的片子在最后字幕打上一行字：本电影是黄色电影，不具有教育意义。这是在提醒大家不要看黄色电影，不是传播色情淫秽。【=，=】

希克林准则：淫秽和色情——如果一个作品有可能导致读者的腐化和堕落，它就是淫秽。米勒准则：对于普通人来说，根据当代社会的标准，从整体上引起淫欲的兴趣；违反了法律的规定；作品缺乏严肃的文学、艺术、政治和科学价值。

如果接受占主流道德观念，一般不认为是犯罪；如果不接受占主流道德观念，那可能被

认为道德低下，很有可能走上犯罪道路

美国过去一段时期普遍认为大麻不是毒品，是药剂，可缓解压力。现在吸食大麻被认为是不检点的，如果要担任公职就可能被提出来审查。

2、人的性格特征：生理特征、心理特征、特质、物质文化生活的影 响，都对人的性格特征形成过程中产生影响，这也可以得出一些结论。外向型比较爱动、热情、敏捷，内向型文静、含蓄、深沉。外向型倾向于暴力犯罪（杀人抢劫），内向型倾向于智商犯罪（贪污诈骗）

3、人的性别：男性犯罪人数绝对超过女性犯罪人数，一般是 10:1，最低也是 5:1

第三节、犯罪的特征

一、社会危害性

1、犯罪是种客观行为，不是人的思想活动，不承认思想犯罪。

30 年前文革，处罚思想犯罪的案件有很多。如有些人喜欢写日记，流露了自己的思想、对社会的不满，偶然被人发现就被抓起来。

2、犯罪行为是具有社会危害性的行为，但不是所有具有社会危害性的都是犯罪。犯罪的严重程度确定了违法犯罪和违法行为的界限

过去流氓罪，法定最高刑为死刑，实践中出现问题。1980 年有乘客乘公共汽车，人多车挤，被发现押送公安局。后来又有一个青年在公车上用刀子、针扎人，持续作案数个月，由于影响恶劣被判死刑（判得太重）。

3、犯罪行为是具体的，可能根据社会变化而变化

苹果在山东卖便宜，运到北京卖就贵了，运到北京卖则被定为长途贩运罪。抗美援朝结束后大规模经济建设开始，对紧要物资要求大大增强，国家提供数量有限，所以才去统供统销，个人进行买卖就会被认定为投机倒把罪。改革开放以后实行计划经济向市场经济转变，投机倒把等行为也合法了。

4、犯罪行为具有社会危害性，包括实际造成的危害和可能造成的危害

比如某人刺杀一个人，被害者由于胸口处有信用卡但没致死，也要以故意杀人罪定罪。又比如某些人将另一人杀死，但有免责事由比如正当防卫，就不能认定为危害社会故意杀人。

一姑娘在偏僻小路上走，遇到一歹徒。歹徒让她脱衣服要实施犯罪行为，姑娘比较沉着，看到附近有一粪坑，就说那边比较平坦我们去那里脱。在脱衣服过程中歹徒戒备放松，姑娘就把他推下粪坑，并且每次歹徒想爬上来她就把他按下去，反复数次后淹死了。

二、刑事违法性

有社会危害性，但没有法律规定也不能定罪处罚

1、具有社会危害性的同时必须具有刑事违法性才可以构成犯罪，如正当防卫杀人貌似具

有社会危害性，而因不具有刑事违法性，因此不需要受刑事处罚

2、判断刑事违法性的标准在于刑法分则的规定

①情节严重

刑法典 291 条，聚众扰乱车站码头，情节严重的，对首要分子处 5 年以下有期徒刑。

②后果严重

刑法典 119 条，破坏交通工具，造成严重后果的，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

破坏公共安全罪没有未遂一说，一旦实施就是既遂，如把石头放铁轨上意图制造事故，

但被工人及时发现，犯罪者同样需被判刑，只在量刑上有一定差别，未造成后果的十年

以下徒刑，已造成后果的十年以上有期徒刑或死刑

③数额较大，如盗窃达 100 元以上

④行为人主观是否符合明知、故意、以营利为目的等主观要件

刑法典 259 条，破坏军婚罪，明知是军人配偶，还与之结婚或者同居的。

三、应受惩罚性

如果满足上面 2 条，不一定判处刑罚。我国 5 种主刑 3 种附加刑，现在强调刑罚轻型化。

第五讲 犯罪构成

犯罪构成要件包括，犯罪客体、犯罪的客观方面、犯罪主体、犯罪的主观方面。

第一节、犯罪客体

一、种类

- 1、一般客体，即一切犯罪行为共同侵害的客体，刑法保护所有的社会关系
- 2、同类客体，也称为分类客体，**建立刑法分则体系的标准**。某一类犯罪所共同侵犯的客体。比如杀人、强奸等，是对公民人身权利的侵犯
- 3、直接客体，某些具体犯罪的直接客体，**每个罪名都有其对应客体，是划分罪与罪之间的界限**。比如故意杀人罪就是他人的生命权，故意伤害罪就是他人的健康权
- 4、简单客体，也称为单一客体，只侵害一种社会关系。如故意伤害罪，只侵害健康权
- 5、复杂客体，侵害包括两个以上的社会关系。如抢劫罪，既侵害人身权也侵害财产权，我国刑法将其列入第五章，认为其主要客体为财产权，视为财产性犯罪，有些国家却认为属于人身犯罪。主要考虑到为什么要暴力抢劫，主要是侵犯公司财务所有权。又比如抢劫致人死亡，第一种是为了把钱抢到手排除障碍把人杀死，第二种是抢劫过程中被害人进行激烈反抗、抢劫犯失手杀人，第三种是把钱抢到手、觉得自己暴露于是杀人灭口，都侵犯财产权和生命权

李某与同伴觉得携手抢劫，事先策划先杀一人震住银行再实施抢劫，并已经制作土枪数把。同伴说干脆杀光再抢劫，李某说木有子弹，两人一起开枪。进银行后两人都开枪了，两名打酱油顾客受伤，两人抢劫了 1000 元落荒而逃。这种先杀人再抢劫的图谋，在国外是数罪并罚。我国司法解释是定为抢劫罪。

故意杀人罪最高刑是由高到低排列,死刑无期有期依次下来,立法意图是先定死刑与否;

抢劫罪最高刑是由低到高排列

二、犯罪客体和犯罪对象的区别

1、犯罪客体是**社会关系**、犯罪对象是**具体物或具体的人**

盗窃枕木,在仓库中是普通盗窃罪,如果从铁轨上偷走构成危害公共安全罪。一个收废品的,偷了铁路线上的电线卖了5块钱,被判了有期徒刑5年。他偷的是国防电线,是危害国家安全罪。

2、犯罪客体是任何犯罪的构成要件,是**必备要件**;犯罪对象不是所有犯罪的构成要件,是**特定要件**。比如伪造证件罪。有些罪名很难确定犯罪对象,如偷越国边境罪,但确实对刑法维护社会关系造成侵害

3、犯罪过程中**侵害客体一定受到损害**,**犯罪对象不一定受到损害**

比如盗窃犯罪中,某人看到门虚掩进去偷走电视机,犯罪对象电视机没有受到侵害,但被害人受到侵害。

4、**犯罪客体是犯罪分类的基础**,犯罪对象不是

犯罪对象都是枪支弹药爆炸物,如果是非法制造、买卖运输,规定在刑法分则第二章,是危害公共安全;但如果是私藏,一个人盗窃一个提包,回家打开一看是手枪藏起来,是私藏枪支弹药罪,这规定在妨害社会管理秩序。

客体,尤其是同类客体,是分类的基础

第二节、犯罪客观要件——行为

一、**含义**:行为分为积极行为和消极行为,即作为与不作为;一些国家还分为客观行为和主观行为。

1、广义行为定义:人的身体动作(扣动扳机)和行为相关的情节(携带武器、行为造成的结果(造成别人死亡))

2、狭义的行为定义:仅仅指人有意志支配的身体的移动,其他都被排除在外了

美国模范刑法典采取以上,实际上是把“不作为”也排除在行为之外。因为认定比较困难。有人主张广义定义在刑法领域更为恰当,分则所规定有些罪名不能脱离相关的情节,即不仅要求

行为而且要求情节。

如在英美刑法中有伪证罪，跟我国刑法中所说的伪证罪并不完全一样，其中之一条件是做伪证的人必须是经过宣誓的人。重婚罪是必须已经结过婚的人。行为的定义仅仅指身体的移动是不够的。甚至应该和行为的结果也有关系。

- 3、能否惩罚思想言论犯罪？有些情况下仅仅由于行为人的嘴部运动就有可能构成刑法上的犯罪。但以**言论定罪必须严格规定**，不可扩大解释。司法实践中不可避免不恰当判决，尤其受到社会环境的影响

美国 911 后有人威胁说把你交给塔利班被抓定罪；2003 年非典天津，两个人拿着一个针管，针管里是染红的自来水，见到人就扎，扎到就说里面是艾滋病毒，最后被抓，以妨碍公共安全定罪。实际上是妨害社会管理秩序。

言论与行为的界限很难界定，在我国烧国旗就是行为，在美国有过争论

美国某上诉法院认为烧国旗是象征性言论行为，受到《宪法》第一修正案保护。凡是以行为表达自己观点，即表达性行为，各种各样的行为都可以视为言论。

- 4、无意识行为（睡眠状态、梦游状态等）、反射性行为等造成犯罪行为是否可以刑事惩罚？

某一个人犯了一种病会短暂昏迷，并且不定期发作，有一天开车去买东西，在高速公路上犯病，短暂昏迷、车辆失控、造成人死亡。

如果当事人知道自己有这种病，那就不应该独自开车出去，即主观有过错。

实务中有合法辩护理由，因为犯罪时处于完全无意识情况，一般来说是不负刑事责任的；

但最大的问题是现代医学是否可以论证梦游这种事情是否真正存在。司法实践中，有客观案例可以证明确有此情况。

有一个女的比较肥胖想减肥，平时一日三餐除了很少蔬菜以外其他一概不吃，但是坚持几个月不仅没有瘦下来反而越来越胖。后来他的丈夫偶然发现她白天虽然吃得很少，但晚上会起来做一顿丰盛的大餐然后吃一顿、睡觉。

二、分类：包括积极的作为和消极的不作为（比如不喂婴儿导致婴儿死亡），现代刑法还发展出一种介于作为与不作为之间的状态——持有。

- 1、持有：只要你拥有某种物品，并且处于某种一个状态，那么就可以认定犯罪；比如持有毒品、凶器、赃物等。

①目的：持有既不是作为、也不是不作为，但主要是为了解释某种情况下虽然不知道某种物品的存在、或者不是有意识持有某种物品，又说明不了为什么持有。主要是考虑到

无法证明罪行，却又有一定社会危害性，以此来惩罚。

②现状：我国已经接受该类犯罪，比如持有毒品罪、持有枪支弹药罪等。

目的行为概念：德国刑法中，比如杀人中，有目的选择被害人、有目的选择杀人武器、有目的杀人，目的行为更准确地描述了罪犯的意图；但同样不能解释不作为的问题、无意识犯罪，而犯罪目的根据通行观点只存在于直接目的中。

社会行为概念：行为是以损害社会利益为对象的行为。是对社会有重大意义，而且是自然人的行为。将刑法上的评价和社会事件联系在一起，这比单纯的身体移动概念更具有说服力；但由于强调对社会有重大意义，和自然人的举止行为，导致无法解释法人和团体的行为。不可抗力的例外事件、单纯的反射性行动和不可阻挡的动作，也不能认为不具有社会重大意义。

2、不作为犯罪：大多犯罪是以积极作为的方式实施的，也有一部分以消极不作为方式实

施。一个人假如没有援助处在危险状态下的另一个人，不一定承担刑事责任；不作为犯

罪分**纯正与不纯正**，只能以不作为形式犯罪为纯正不作为犯罪，比如刑法典 395 条规

定，隐瞒境外存款罪；既可以用作为形式也可以用不作为形式为不纯正不作为犯罪，比

如故意杀人罪和故意伤害罪，司法实践中多为这两种。

一个盲人拿着蜡烛进入一个仓库，仓库里装满烈性炸药（军火库？），路过的行人没有劝阻，对于这个和仓库没有任何管理关系的人来说，不会承担任何刑事责任

不作为犯罪一定要有规定才能处罚，追究刑事责任，包括：

①**基于职务义务**：有履行义务而不作为，则应当承担刑事责任。

未成年孩子高烧 40 度，父母不给他请医生，如果导致孩子死亡，某些国家刑法规定父母为故意杀人罪

夫妻关系中，如果妻子处于某种危难，丈夫站在旁边袖手旁观，有可能构成不作为犯罪

如果发生海难事件，轮船要倾覆，船长不作任何急救措施而逃跑，有可能构成重大不作为犯罪。

湖北省在长江上行驶轮船，突然失火，甲板上只有一个船长，非常恐慌，回房间拿走所有值钱物品、携带救生圈逃跑，被判不作为犯罪。

两个人是登山队员，其中一人不慎掉入山沟里，由于两个人共同从事事业性质，另外一个登山队员有义务救援，如果有能力且安全救援却不救援，也会构成。

几个大学同学去登山，顺着一个绳往下。突然发生事故，最下面的一人马上要掉下去了，上面三个人也会连带掉下去，其中一人掏出一把刀各段绳子，最下面的人掉下去。割绳子的人是否负有故意杀人罪？在我国，牺牲一个人拯救另外三个人并不一定可以无罪辩护，一个人的生命不是以数量来衡量的；在国外则可能无罪。

西安两人一起出差，住在同一房间。晚上 3 点突然失火，一人因为白天喝酒过多烂醉如泥，另一人穿上衣服走了，是否可以作为不作为犯罪？我国认为没有职务、没有义务，则可以；在外国有些地方则会认为只要看到就有义务。

②基于**法定义务**：肇事事，司机应当马上停车进行抢救；不停车造成危害后果，或者受伤一方因为缺少救助而死亡，司机就要承担杀人的刑事责任。纳税义务，没有履行也可能构成犯罪

③基于**合同责任**：基于合同负有一定责任，比如海边救生队员、扳道工等；但是比如一个铁路工程师在旁边，是否应当提醒扳道工，有观点认为这是其职责范围外，有观点认为是从广义上同属于铁道工作。

④基于**照顾义务**：若答应过照顾对方，则有责任救援责任。

一个人走到铁路线旁边，看到一个人站着铁路线中间，此人残疾、又聋又哑、还看不见，此时火车将过来，此人奋不顾身冲过去将此人抱走，一看是仇人又抱回去。

某游客处于危难中马上要坠入悬崖，大喊救命，很多人都听到了要去救援。其中一个人身手敏捷先感到地点救援了，将他放下数米不再那么危险，后来定神一看又是仇人，他就放弃救援然后走了。如果该游客仍然坠入悬崖，放弃救援的人在国外无法免除刑事责任。这是因为有其他人会去救援，不止这个身手敏捷的人。

⑤将另外一个人**置于危险境地**，若不采取措施导致受害，是否承担刑事责任？毫无疑问是的：

甲把乙打伤至昏迷在公路上。后来一辆车路过，由于天色已暗，把乙轧死，则甲应当承担刑事责任。

⑥有**能力控制他人而不控制**，也属于不作为责任：

一个公司总经理让司机替他开车上班，假设司机高速行驶，以每小时 200 公里速度，而经理坐在旁边当做没有看见、甚至鼓励，如果导致危害后果，两者都要承担责任

⑦**公共场合土地拥有者的责任**：

夜总会老板，许多人在夜总会娱乐消费，如果夜总会缺少防范措施导致大火致人伤亡，老板也要承担刑事责任

⑧行为人有责任却无能力救助时不可定罪，如消防员在路上因事故而无法及时赶到

⑨行为人不履行特定义务客观上未造成危害后果的则不需承担刑事责任

三、行为和后果之间的因果关系

容易引起争议的都是反映在故意杀人罪的，杀人罪丰富了因果关系的理论。行为人的行为和危害后果是否具有因果联系，这是确定一个人是否承担刑事责任的客观基础。

在司法实践中，大多数案件中加害行为和危害后果不难查明

A 举枪向 B 心脏瞄准，并且开枪射击，与此同时另外一个人也独立采取行动，在另外一个角度向 B 的头部射击。两者行为都足以造成死亡后果，如何确定刑事责任？

A 将 B 打伤，对于一般人来说这种伤不致命，但是如果 B 恰巧生病身体虚弱，因为受伤而死亡，是否承担责任？

A 将 B 打伤，如果进行合理治疗，受害人 B 本来不会死亡，但由于医生和护士粗心大意，导致 B 伤口感染死亡，是由医生护士承担责任还是 A 承担责任？

A 伤害 B，B 受伤后感到伤口异常疼痛，为摆脱痛苦自杀，这时候应当如何处理？

A 向 B 射击，B 这时正站在大桥上，眼看子弹就要飞过来，一下子跳到河里，虽然子弹没有射中，但由于坠入河中死亡，如何确定因果关系？

A 向 B 射击，枪法太差，没有射中，但子弹把另外一个人打死，如何判断？

A 抢劫犯抢劫另外两个人，受害人其中一人奋起反击，持枪射击，结果反而把同伴打死，是谁承担责任？

判断不同，结论不同：

A 想杀 B，一天 A 知道 B 要去沙漠中履行，乘着 B 不注意，在 B 水壶中投放致命毒药，B 不知道有毒。刚进入沙漠不久，B 还没来得及喝水的时候，水壶就被小偷偷走了，小偷死了，B 由于没有水，也渴死了。

结论一：小偷责任，A 犯罪未遂

结论二：条件说？

果子狸：A 想杀死 B，死亡的形式不是以 A 的形式发生的，但不管怎么样 B 都会死，那么应当 A 承担责任

1、条件说：凡是和结果有联系的条件，都是结果发生的原因，如果没有 A 的行为，就没有 B 的行为的后果，那么就具有刑法上的因果关系。条件说不承认条件和原因的区别，所有结果都是条件的结果，没有价值大小的区别、行为远近的区别

A 打伤 B，B 住院，医院大火 B 被烧死了，A 要承担责任，因为 A 不伤害 B、B 就不住院、不住院就不会被烧死。

①代表人物：格拉德，奥地利，1858 年提出条件说，德国法院一开始采用的条件说

当时是某人在阳台上的瓶子里有砒霜液体，走后不久他丈夫进入房间，看到瓶子以为是酒，导致死亡后果。判决认为该人本来可以预见到丈夫可能会喝水，如果没有放瓶子的行为，其丈夫就不会死，因此妻子负刑事责任。

②优点：容易操作，不会把可能负刑事责任的人排除在外，严厉刑事法网，很难逃避刑罚惩罚

③缺点：不区分条件和原因，则原因大小和强弱都不考虑，有可能**扩大刑事责任范围**，

使本来根据日常经验不应当承担刑事责任的，反而根据条件说要承担

④补充：主张条件说的人也认识到这个问题，于是提出因果关系中断说，作为修正。如

果**出现罕见情况**（如火灾、恐怖分子袭击等），对案件结果具有关键甚至决定性影响，

那么**因果关系就中断了**

2、原因说：从许许多多的条件中，寻找出能够承担刑事责任的条件，然后**根据公正和常识的标准**；实际上也是以条件为基础，只是没有完全等同

衍生出了必然因果关系学说、相当因果关系学说等，这是因为筛选条件的范围不同，因

此需要找到不大不小的网眼以找到合适的标准

3、必然因果关系说：（我国刑法典采用）行为和结果之间有**内在、必然、固定的合乎规律的联系**，在案件中起**决定作用的、支配作用的**，就是原因，反过来就是条件、是次要原因

19 世纪前大陆法国家有相当影响，但真正产生影响是前苏联刑法典和我国的刑法理论

如一个人食物中毒，送至医院抢救，医生正好是其仇人拖延治疗。

一个司机在闹市区行驶，夏天太热就打开窗，旁边坐在一个小女孩，路上一个小青年出于流氓意识朝女孩脸上丢个烟头，结果丢到司机脸上并且掉进衣服里，使得司机烫伤碾死了一个人。

4、相当因果关系说：英国冯·克里斯首先将数学理论中的概率和统计学理论应用到法律领域，并在此基础上提出相当因果关系的学说；德国刑法学家李普曼、泰瑞格等在刑法里头进一步发展相当因果关系学说。他们指出：一个条件要成为损害的相当原因，必须把造成这种损害的**盖然性提高到举足轻重的程度**；介于必然性和可能性之间，是很可能的情况，为了**限制范围**，其范围**比可能小、比必然大**

A 打伤 B, B 去医院途中发生意外。根据条件说 A 应当对 B 死亡结果承担刑事责任；根据相当因果关系说，发生的意外可能存在很多形式，比如被轧死、被路边电线杆砸死，A 就不必对 B 承担刑事责任，因为意外发生的概率太小。

①判断相当性：1）客观说，以客观标准衡量可能性，指用普通人一般经验和常识去判

定在一定场合下是否会引起危害结果；2) 主观说，以行为人主观能够认知的情况为基础，如果行为人能够认识到危害结果有很大可能性就要承担刑事责任；3) 折中说，将两种学说结合起来。

②重点：在因果关系领域，只有**根据人的日常经验能够改变事物发展过程的条件**，才是法律上的原因

③缺点：英美没有脱离相当因果关系的影响，甚至其采用标准也是因果关系学说。在美国刑法上，因果关系采用双层次说，第一层次是事实原因，第二层次是法律原因；事实原因是行为人的行为，引起特定结果的实际原因，但1) 不能区分多个原因同时引起共同结果的行为进行判断，此时就需要在法律原因层面进行判断；

A 对 B 施加一个致命伤害，使 B 处于垂死状态，只能活 30 分钟，另外一个路过不认识的人看到 B 在路边，觉得这是个绝好的杀人机会，用刀往心脏连捅几刀。此时需要法律判断，介入原因是否割断了先在行为和后果之间的关系？

2) 事实原因覆盖面太大，果子狸认为和条件说差不多；在司法实践中一律用事实原因会扩大刑事范围。

A 邀请 B 到自己的家里吃晚饭，B 很开心并决定乘车去 A 家里，但是公共汽车司机没按时间表提早离开，B 错过班车，若等下一班则会错过晚餐，故决定步行，结果被鲁莽的司机撞倒，司机将其送往医院抢救；但由于疏忽大意的医生误诊导致 B 死在手术台上。若采取事实原因则有四个原因，扩大了刑事范围，即使是社会一般人都都不解。

A 划破被害人 B 喉咙，被害人在三分钟内会死亡，A 的行为时造成 B 的重大原因，但三分钟之内又介入一个行为，另一个人也很恨 B，用一个小别针在 B 胳膊上刺了一下，流了少许的血。由于介入原因微不足道，不足以改变结果，完全可以忽略不计。

某人喝下大量致命酒精饮料，B 在 A 处于半昏迷状态向他提供大量海洛因，是否加速其死亡？

如果有两个以上原因，光事实原因是无法解决案件的，要在其基础上查明哪些原因是导致危害结果的法律上的原因。

5、近因说：并不完全指直接原因，从客观联系上讲，一切引起结果的因素，都是结果的近因，但并不是所有的原因都可以作为追究刑事责任的根据。作用力强的叫近因，弱的叫远因，而非时间上和空间上的远近。

AB 是夫妻，长期不和。刚吵完架后妻子 B 一气之下出门，神情恍惚中跌入水中被淹死。尽管时间上接近，AB 吵架不是 B 死亡的法律原因。

介入原因相对复杂，既和先在行为发生联系，又和结果发生联系；近因说研究因果关系主要是研究介入原因。

①介入原因的类型

1) 被害人的行为

A 持枪去仇人 B 卧室杀人；B 看到仇人 A 持枪扑向他十分恐慌，就从窗口跳下去，结果 B 住在 20 层，坠楼身亡。这是一种本能反应
A 使 B 重伤，被抢救包扎好了；但 B 不堪痛苦，解开绷带自杀而亡。

但也有介入被害人的行为不是本能反应，他能预料后果，而是故意的。

A 打伤 B，送往医院抢救，医生告诉 B 必须截肢，否则有生命危险。B 说宁可死也不愿意截肢，这种情况下 B 死亡。如果因为害怕成为残疾人而拒绝锯断肢体具有一定合理性；但有些人拒绝的理由不合理，那么加害人是否应当承担刑事责任？

英国，一个少女被一个抢劫犯刺伤内脏，被送往医院抢救；医生告诉少女失血过多要输血，否则死亡，但少女有宗教信仰自己的生命不能流淌别人的血液，然后少女死了，抢劫犯是否承担抢劫致人死亡的刑事责任？

2) 第三者的行为，大多数涉及医疗事故

A 杀 B 未杀死，仅造成昏迷；A 把 B 丢上高速公路上。5 分钟后另外一个人路过现场，把躺在公路上的 B 轧死。

3) 被告人的行为

A 用铁棍打 B，A 以为自己很厉害 B 必定死亡，但是 B 只是昏迷。此时 A 想伪造现场逃避责任，于是把 B 吊在树上伪造 B 自杀而亡。

4) 自然事件

A 企图谋杀 B，但只是让 B 重伤而失去知觉，但由于自然原因导致 B 死亡。比如 B 在大草原上，而附近有上千匹奔跑的马，B 被一匹马踢中死亡；或者天空突然电闪雷鸣，B 被劈死；或者气温骤降，B 被冻死。

②确定介入原因的原则

1) 确定介入原因的独立还是从属，是否是先在行为的从属行为，是否是先在行为的反映性行为；如果介入原因是**独立的**，那么先在行为和危害后果之间**没有因果关系**，是**远因**而非近因，介入原因**有可能隔断先在行为和危害后果之间的联系**；如果介入原因不是独立的，那么因果联系就没有隔断。不管介入原因有多少，只要根据此原则就能查明

A 站在一条河的岸边，持有猎枪突然对天空放了几枪；停在河面上有搜船，船上有两人，听到枪响其中一人受到惊吓跌入河中，想爬起来又把另外一人拉入水中。后两个介入原因都从属于 A 的行为。

2) 确定介入原因的正常还是异常，如果是正常的，那么先在行为是近因；如果是异常的，那么先在行为是远因

手指被划破，住院期间突然医院流行猩红热，被害人得了传染病，抢救无效后死亡，该介入原因是异常的。

A 强奸少女 B，B 自杀身亡，被害人的自杀是介入原因，是正常还是异常？由于自杀被众人理解，因此这是正常的。在中国，是后果严重情形，定强奸罪从重处罚；在美国定两个罪，强奸罪和谋杀罪。

1976 年头版头条一个按键，河南省一个女生英语考试交了白卷，但心情很不愉快，在卷子上写上我是中国人，不学英语照样干革命，老师很生气批评了她几句。她回家路上跳河自杀。这种介入原因是异常的。

相对于上一个原则，从属还是独立比较好判断，但正常还是异常比较难判断。根据实践，在医疗纠纷中，送往抢救而无效死亡，法官的判断举足轻重，主观判断影响很大。

文革后学术界有很大争论，必然因果关系说虽然有很多优点，但偶然因果关系的存在该如何认定。在我国也无人坚持纯粹的必然因果关系，而是以偶然因果关系为补充。

甲和乙发生争吵，乙在前方跑，甲在后面追，突然蹦出一辆车把乙轧死了。司机要承担刑事责任，甲是否应该？根据必然因果关系说，甲不需要；但根据偶然因果关系，甲就有可能需要。

③确定因果关系的原则

1) 因果关系的客观性，不以行为人主观意识为标准，也不以办案人员主观意识为标准。

必须深入按照实际案情，从实际情况出发，寻找出因果关系是否存在。

王某患有阑尾炎并做了手术，伤口未全部愈合。他走出医院大门，遇到被告人赵某，因为小事开始争吵并打架，赵某踢了王某腹部以下导致王某伤口破裂感染。通常情况下不会致人死亡，但刚做完手术伤口脆弱。王的死亡与赵的行为存在客观联系。不能因为赵某主观上没有认识到就不存在因果联系。

有时案件疑难，办案人员不能被表面所迷惑，否则会导致冤假错案。

一个农村，一男一女在劳动时发生争执，男人在女人胸部打了一拳，然后被劝开。第二天工作时女人没来，去她家找时发现她已死在床上。法医鉴定窒息死亡。公安机关介入调查，有人反映男人打了女人一拳，结果他们就认为这一拳和她的死亡有关。后来证明女人是有哮喘病发作，恰好她丈夫又不在，一口痰没吐出来憋死了。

2) 因果关系的相对性，一种现象在这里是原因，在另外一个地方是结果，

甲揭发乙的盗窃行为，乙被处罚，产生对甲的仇恨。有一天乙乘甲不备，向甲刺了一刀正好此种心脏，甲死了。甲的家庭发生困难，十分悲痛，妻子也自杀身亡。

要考察人危害社会的行为，和行为造成的危害后果，之间的因果联系。

甲把乙杀死，把尸体丢到铁道上。火车司机看到尸体紧急刹车，然后晚点一小时，而后造成了一系列后果。但实际上火车晚点之后的事情都和刑事责任问题没有关系。

司法人员素质不高、没有经过专门训练，判决让人哭笑不得。

某县男女双方谈恋爱，在女方家有越轨行为。其哥哥推门而入，女方很羞愧自杀。县法院判决男方和女方哥哥各两年有期徒刑。

3) 因果关系的先后性，原因在前，结果在后。办案人员必须到结果发生以前存在的行

为中寻找客观联系。实际案件中有许多假象迷惑。

某工厂主电机被破坏，造成生产的重大损失。公安人员调查，有人反映某一个工人在凌晨六点钟将一个饭盒放在主电机旁边。于是侦查人员就认为饭盒里有炸药，工人说里面是饭。其他人刑侦人员鉴定结论是晚上一点钟被破坏。

在一个游泳池，一个救生员负责安全，但在值班过程中擅离职守回家。但这天刚走不久发生事故，一个人从高台上跳水，跳下去后就没有再出来。其行为表面上和死亡后果由因果联系。但后来原因是此人跳水后心脏出问题出现麻痹，一瞬间窒息死亡，即救生员即便在场，此人也必死无疑。因此尽管行为在前，死亡结果在后，救生员也很难负行政责任。

但如果是一个未成年人大呼救命，无人来救死亡，其结果与擅离职守行为有因果联系。

4) 不作为犯罪中的因果关系，一般来说不作为和后果是有因果联系的。但有些刑法学

家认为因果关系是某种积极行为和结果之间的关系，果子狸爷爷认为这个观点是错误的。

不作为犯罪和特定的义务之间是有关系的，义务来源是法律上的规定、职务上的要求、

先行行为和合同行为等，道德行为不能成为不作为犯罪的来源。

为了鼓励社会成员之间相互合作，有必要又惩罚某些违反社会道德、性质十分严重的行

为。比如见危不救罪，在美国的设立是作为宣示性规定，如果见危不救不仅道德谴责、

也构成法律犯罪。

11 月份德国天气很冷，一个 8 岁的孩子掉进冰冷的河水中。有一个 38 岁的妇女和三个男青年在河边，妇女立即报警并请求三个男青年营救。三个男青年不仅不营救还强词夺理说若果下河营救衣服和手机谁管，不仅不走还在旁边看热闹。后来警察过来救下孩子，且法院判处三个男青年见危不救罪有期徒刑一年。

许多人大代表提出见危不救罪，主要是有很多社会事件影响恶劣。

青年工人曹某和同工厂女工恋爱多年，多年进行性行为，多次进行流产。在日常生活中关系密切，所有钱存在同一存折上，准备结婚。突然男青年遇到另外一人，决定和另外这个人结婚。女青年要存折的钱未果。一天她去要钱，路过时顺手买了敌敌畏。去其家中要钱，吵起来，女青年就闹着说如果你不肯给钱我就死在你家里，说完就喝下敌敌畏。男青年没虽然离医院很近却不采取任何措施，还把房间反锁，去工厂找他妈，问他妈这事怎么办。他妈在洗澡，耽误了一段时间。他妈听到这事觉得大事不好赶回去，发现女青年已经死亡。最后判处男青年间接故意杀人有期徒刑四年。（因为间接故意杀人恶意不大，且这个事件还是道德成分比较多，所以这个判决还是比较容易接受。）

5) 危害结果是由几个人危害结果造成的，要区分主次原因，正确确定因果关系。

一个猎人没有击中猎物反而打中另外一个人，子弹打穿皮带金属扣子，连带着金属碎片进入身体。甲马上把乙送往医院抢救，医生只把肚子打开，把子弹取出，而没有去处金属碎片，甚至留了一块纱布，就缝合腹部。这会立即导致急性腹膜炎，病人高烧40度以上，很难恢复。

4) 查明因果关系，只是解决了犯罪构成要件的客观方面的条件，解决了刑事责任的客观基础；但是并不解决了刑事责任问题，一个人的行为和结果有因果关系还不足以使其承担刑事责任，还要解决行为人主观上是否有罪过。

上海文革期间，一个老太太出身不好，资本家出身，她白天挨批斗，晚上想不开打开煤气罐自杀。邻居发现煤气气味不好，破门而入把她救了出来。但其房间年久失修，有很多老鼠洞，煤气顺着老鼠洞进入二层把一堆新婚夫妇毒死。

第三节、犯罪主体

一、法人犯罪

具有刑事责任能力，实施犯罪行为，并且依法应当承担刑事责任的人。过去只包括自然人，不包括法人，或者刑法规定的单位犯罪。

随着生产力的发展，大公司大企业违法犯罪的行为，特别是经济领域是不可估量的。如果仅仅从客观危害后果来说，法人造成的危害后果比自然人要严重得多。

行政法中确定法人责任，最近在刑事法律中承认法人的刑事法律责任。

我国1987年以前不承认，1987年《海关法》规定法人责任问题后来全国人大常委会认可了法人犯罪。1997年刑法典正式规定法人犯罪，不过改名为单位犯罪，其范围比法人犯罪更广，因为有些单位不具有法人资格，但其特征就是法人。

天皇去寺庙里，临出门时天突然降下大雨不能按时出门，天皇大怒、认为雨有罪，要用一个器皿把雨收集起来放到监狱里。

英国 17 世纪判处一些动物有期徒刑、活埋。

我国明末李自成攻入北京，崇祯匆匆忙忙跑到一个景山公园树上上吊自杀。后来清兵入关以后，在景山公园用一个铁链把树锁了起来接受惩罚。

当时环境中科学不发达、人的思想比较幼稚。除了以上这些原因，可能还有以下原因：

①在当时社会中，承担是刑事责任的根据是客观主义，只要行为造成客观结果，无论如何都要承担刑事责任；②古代刑罚目的，惩罚动物不是动物、而是警告平民

刑事责任只是社会上的人危害行为达到一定程度才能追究的责任

强调：①刑法只能适用与人；②刑法惩罚强调主客观相一致，是人在危害社会主观心理状态下为的客观犯罪行为，前者是思维范畴、后者是客观范畴，都是人类社会独有的；

③刑罚的目的是预防犯罪，防止行为人再犯，警告一般人不要以身试法；④人死以后不承担刑事责任

二、自然人犯罪

1、人的生命从何开始

①我国：脱离母体独立呼吸

②国外：胎儿是否有独立生命的人是受到宗教影响很大

③美国：如果是民主党人，会说支持堕胎，因为保护自由；如果是共和党人，会说反对堕胎，因为胎儿是生命。反对堕胎的人认为胎儿是生命，一个精子和一个卵子的结合时一个新生命就诞生了，在任何情况下从宗教观点（尤其是天主教）和谋杀没有任何区别

爱尔兰严禁堕胎，一少女被强奸后怀孕，法律不允许堕胎，最终只能出国。

美国也曾经严禁堕胎，经历一系列案件后 1973 年改变。1961 年美国广泛使用镇定剂，亚利桑那州 v 芬可比案件。镇定剂会导致胎儿畸形，父母不想要这个孩子，法律不允许，必须生。被迫移居瑞典，流产。后来演变成政治事件。1964 年麻疹流行，很多胎儿严重畸形，也不能人工流产，直接导致了国会关注该问题。1965 年最高法院否决某州不允许堕胎的法令，但是没有立刻享有堕胎权利。1973 年，一少女被强奸怀孕，最终最高院判妇女享有流产权，禁止堕胎的法律违宪，妇女真正享有堕胎权。

后来想通过法律上平衡妇女和胎儿利益，从医学上寻找出路，后来分为三个阶段：前三个月可以无条件堕胎，四个月到六个月若影响妇女身体健康可以堕胎，七个月到九个月重点保护胎儿生命权，

只有继续怀孕威胁母亲健康才可以实施人工流产。

怀孕 16 周的妇女开车因躲避狗而使自己撞车死亡，丈夫控告狗主人其狗谋杀两条人命。法院支持原告。

西方三大宗教：基督教、犹太教、伊斯兰教

天主教最为保守，新教相对开放，西方一般说信仰基督教是说信仰新教。

④无神论者：有些哲学家和法学家反驳这个观点，一棵大树从种子到长成大树，也是连续发展过程，但种子和大树就是不一样，因此胎儿和自然人之间还是有界限。

14 天以前被称为人类胚胎，14 天到出生是胎儿，此后是人类。

⑤生物学角度：对待胎儿不能采取轻视态度，胎儿能发展成一个人的本质部分，是一个潜在的可能的人。

⑥社会角度：确定人从何开始很大程度上取决于人的道德倾向和社会现实。面对中国这样的现实必须控制人口规模，这就不能要求对待成年人那样对待胎儿。

⑦结论：生命从何开始不知道，医学正在发展中；美国最高院并不承认 28 周生命开始的说法，认为当哲学家、医学家、神学家都无法解决生命何时开始这个问题时，法院并不处在解决这个问题的地位上。

2、人的生命何时结束

①心肺呼吸说：心脏停止跳动、呼吸停止、身体变冷、血压为零即可宣告生命结束；心跳、脉搏和呼吸的停止。

现代医学对传统心肺呼吸说的挑战：心肺复苏、器官移植、人工心脏，心脏可以替代而脑功能不能替代，很多地方提出用脑死亡说替代心肺呼吸说，实际上是把人的死亡提前了。

②Harvard 脑死亡说：小脑、脑干直至第一颈髓，全脑机能的不可逆转的丧失。大多数国家采用此说。

全脑死亡的标准：①不可逆的深度昏迷（包括脑死亡和植物人，区别在于脑死亡没有自

主呼吸而植物人有), 对外界的刺激没有任何感应; ②没有自主呼吸和自主运动; ③生理反射消失, 没有对光反映; ④脑电图成直线 24 小时内反复测试没有变化。

区别: 不如心肺呼吸说直观, 即便通过仪器也无法达到 100% 的判断, 必须结合仪器和医生临床经验结合。

③英国采用脑干死亡概念, 进一步提前死亡判断。

刘海若车祸后在英国抢救, 医生认为其已经脑死亡, 要求放弃, 但其父母不同意, 要求中国医生来判断。中国派林峰过去后, 林峰认为未达到脑死亡的状态, 且英国医生处置不当, 要求把枕头放低, 刘海若病情开始稳定。后来将其运回中国后经治疗康复。

④反对脑死亡判断的原因:

1) 脑死亡在医学上并不简单, 判断起来还是有很大争议。

2) 与器官移植息息相关, 日本立法通过的即《脑死亡与器官移植法》。

世界上第一个接受人工心脏移植手术的人克拉克, 其妻子就怀疑他还是不是他。

活体心脏器官移植

果子狸: 重在宣传, 对以后立法有帮助

3、死亡判断:

死亡的定义既包括心肺呼吸停止也包括脑功能不可逆停止

①双重标准、可选择性标准。事故发生了, 病人有遗嘱, 家属也不反对脑死亡, 可以考虑宣告脑死亡。如果没有遗嘱, 或者有遗嘱, 家属反对, 就不能强行适用脑死亡标准, 只好用心肺呼吸说。比较灵活, 可以视情况而定。全脑功能处于不可逆转的状态和心肺停止工作都可以宣告死亡。

②宣告死亡的权利在负责治疗的主治医生, 如果发现达到脑死亡状态可以宣告死亡。

例外: 即使宣告脑死亡可以进行维持性治疗以供科学研究; 女性病人如果怀孕, 为挽救胎儿生命, 对其治疗不得停止

③临床确定死亡的人数有所限定, 美国澳大利亚等是两个人, 意大利匈牙利是三个人,

有些国家允许一个人；但不能采取少数服从多数原则，必须一致

参与器官移植医生不得参与死亡判断，亲属不得参与死亡判断，曾经被指控有行医疏忽、医疗事故等不得参与脑死亡判断

④医生的法律责任：医生的故意或过失有可能导致可怕后果，因此医生的责任大致包括利用死亡确定程序故意宣布没有死亡的病人脑死亡，应当以故意杀人罪论处；如果主观上没有故意只是过错，通行做法是不要援引过失致人死亡条款，而采用医疗事故

⑤我国开始设立伦理道德委员会，有医生、护士、不是本院的人参与，从而确定是否脑死亡、安乐死

4、刑事责任年龄

①古代刑法：秦朝六尺以下不承担（15岁），六尺到六尺五寸减轻责任（16岁），以上完全承担；唐朝已满15岁不满70岁完全负刑事责任，已满10岁不满15岁和已满70岁不满80岁减轻刑事责任，已满7岁不满10岁和已满80岁不满90岁对严重刑事犯罪承担责任，不满7岁和已满90岁完全不负刑事责任

②我国：教科书63页

5、精神病人刑事责任

①表现形式：1）精神分裂症（50%以上），幻听，不喜欢和人交往，对行为性质不理解，清醒时有正常表达能力；2）妄想症精神病，猜疑心重，猜疑程度随着精神病紊乱程度而加强，认为自己受迫害，病因无法查明，弗洛伊德认为是自我保护装置出了问题，而社会学家认为是正常人对病人的误解；3）躁狂抑郁精神病，有时候高度兴奋得意洋洋，有时候极度忧郁，交错存在；4）心理问题，非生理问题；5）神经官能症；

②刑法规定：1）完全不可辨认、不能控制自己行为时，经过认定，可以免除；2）间歇性精神病人，在精神正常的情况下犯罪，应当承担刑事责任。如果精神病人知道不能从

事某项事件，因从事这样的事件导致精神失常而犯罪的，应当承担刑事责任；3）尚未完

全丧失认识、控制能力的精神病人，可以从轻或减轻处罚

从轻：在法定刑幅度之内从轻处罚，如 3~7 年可判为 3 年；

减轻：在法定最低刑以下判刑，如 3~7 年至少得判 2 年零 11 个月。

①莫那顿规则：

1843 年丹尼尔·莫那顿杀首相秘书案。此人是一个普通工人，他说他的脑子里出现了一种幻觉，告诉他当时的英国首相皮尔正在策划一个针对他的阴谋，决定先下手为强。恰好那天皮尔换了一辆车，其秘书在其车上被枪杀。后经精神病鉴定，JURY 判断有精神病，无罪。后来确定了莫那顿规则，到目前为止，在英美，大多数情况下还是采用莫那顿规则进行精神病鉴定。

莫那顿原则包括：1、任何人在提出反证之前，应确定为精神正常。举证责任在被告人身上。一般举证责任是在公诉机关，但在精神病鉴定这一点，举证责任在被告身上；2、行为人在实施行为的时候，缺乏理智，不了解自己行为的性质。或者虽然知道了行为的性质，但不知道行为是对的还是错的。如一个连长命令士兵开枪，不知是对还是错，可提出免责理由；比如掐脖子，除非认为是挤水果汁，否则就不认为有精神病。

基于此两点，要进行精神病辩护，要首先证明他实施行为时精神不健全、缺乏理智。精神病广泛含义：身体内科疾病也可能以精神错乱提出辩护，一老年人有血管硬化，杀死妻子，也可以其身体某些疾病提出合法辩护。

莫那顿规则的缺点：不了解自己的行为是对是错，是指法律上的错误还是道德上的错误？

莫那顿规则没有对此作出明确解释，英国法院认为所谓错误是法律上的错误（4.13 20 分钟有遗漏）

②不能控制规则：虽然存在障碍但能了解性质，只是情绪上发生不可抑止的冲动、没有能力控制自己的行为；相比之下莫那顿规则强调心理能力，而不能控制规则强调意志力

判断标准：①有某种程度的认识能力；②不能控制

优点：扩大莫那顿规则适用范围

③德拉姆规则：如果被告人犯罪行为是精神疾病、精神缺陷产生的可以不负刑事责任；认为前两者没有考虑精神病实质，过于偏重某一方面，应当两者结合

缺点：1）范围太大，许多达不到要求的精神疾病都可以以此规则提出合法辩护；2）

精神疾病由医生判断，医生权力过大，削弱陪审团权力

④模范刑法典规则：实际能力规则，1）因为精神疾病或精神缺陷无法辨认自己行为的犯罪性，或者缺乏使自己行为符合法律要求的实际能力；2）精神疾病和精神缺陷不包括反复实施的、反社会的变态行为；由于规则确定比较晚，人们觉得**更符合医学标准**

⑤染色体异常：XYY 男人，超男性，容易犯罪

苏格兰研究小组最先提出，395 个男人中 3% 的人染色体异常，通常会从事某种反社会行为，这种超男性一般犯罪以后被判刑的刑期往往在六个月到五年，说明他们虽然从事反社会行为，但并不严重。

美国一个人被指控携枪抢劫，律师声称其有染色体异常，唯一证人是医生，医生作证说虽然其染色体异常，但对法律上要不要、能不能负刑事责任他无法判断，法庭未采纳，此人被判有罪。

⑥非意志行为：由于外界、疾病等影响的不能控制的行为

司机驾驶卡车在公路正常行驶，驾驶舱中飞来一群黄蜂，控制不住造成了车毁人亡。

与精神病的区别：精神病要被治疗；非意志行为如果事先有错，不能完全免除刑事责任

某人没有按医嘱按时吃药，上班前还喝了些酒导致病情加重。上班时过于冲动和另一人打架将其打伤。法院认为确实是非意志行为，但其有错，可以减轻刑事责任。

⑦醉酒：社会病态，背离很多行为准则；酒精中毒是依赖成瘾，或者说一再超过当地社交习俗的量。1）自愿醉酒，导致实施危害社会行为，不是刑法上的辩护理由；过度饮酒引起精神错乱，可以通过精神错乱合法辩护，分为生理性醉酒和病理性醉酒；

某新郎从未沾酒，新婚那天喝了一斤酒醉了。二小时后醒来，看到新娘在削苹果，新郎就夺下水果刀扎了新娘一刀，其他亲朋好友过来夺刀他就扎了其他人。理由是他认为新娘是红魔女郎，其他人是其他魔鬼。后被判决病理性醉酒无罪。

某些犯罪是需要特定故意的，被告人可以以醉酒不能形成某种特定故意而提出免除刑事责任的变化理由。

英国，酒会上一人喝多，尾随少女去厕所，欲强奸一少女，其恐惧少女反抗引来其他人，少女欲呼救被闷死，在英国构成强奸罪和谋杀罪。被告提出喝醉酒不能形成特定的杀人故意，我只是想实施前一个行为，不小心导致被害人死亡。法院定强奸罪、非预谋杀罪，减轻处罚。在我国则是定强奸罪从重处罚。

若喝醉前已经形成犯罪故意，借着酒劲杀人，不得已没有特定故意为由无罪辩护。

英国个人想杀妻, 神志清醒时已经形成了杀人的故意, 去商店买了瓶醉酒和刀子, 喝酒后杀妻。在法庭上说自己喝醉了精神错乱, 法院认为由于在喝酒前已经形成了杀害他人的故意, 不能免除责任, 可减轻处罚。

2) 如果行为人不是自愿醉酒, 可作为辩护理由, 包括: 受他人欺骗, 处于无意识状态; 受他人强制, 但要证明强制达某种强烈程度 遵照医嘱服用某种药物 病理性原因引起, 服用某种物品引起强烈病理性反映

美国, 某个荒凉的地方, 一个男青年因为公交车没赶上, 就拦下一辆车要求搭车。上车以后司机很好客, 请青年喝酒, 青年生气不喝酒, 司机很生气说不喝酒就下车, 男青年就开枪打死司机。此时不得以受他人强制而成为抗辩理由。

三、法人犯罪

1、基本条件: ①公司负责人, 法人代表从事行为可以归罪于法人, 由法人承担, 比如公司董事代表公司提供假报告; 公司负责人必须是高级行政人员; ②这些人的行为代表法人意志; ③行为为了公司利益、在职权范围内行使; ④对法人犯罪只能判处罚金

2、立法目的: 处罚公司在经济领域的犯罪行为, 防止不法手段非法致富, 给国际经济金融秩序造成侵害, 不是所有犯罪都可适用于法人

3、否定理由: ①认为法人犯罪违反了传统的自然人责任或者个人责任, 处理企业就涉及到企业的每一个股东, 而是株连责任; ②刑法的处罚以自由刑、有期徒刑为主, 法人犯罪不适用

4、肯定理由: ①企业公司是实体, 代理人只是法人的工具, 当代理人为了企业的利益在业务范围内实施犯罪行为, 完全由代理人承担刑事责任是不公平的; ②法人犯罪比自然人犯罪给社会造成的危害不可相比;

20 世纪六十年代某并购案被认为给美国社会造成 20 亿美元的损失, 一个天文数字。而当时一个小偷盗窃罪平均危害是 200 美元。从经济角度危害严重的多。

③普通董事可能不知道某种具体犯罪, 但企业赚钱股东就有好处、企业损失股东承担损失; ④规定法人犯罪的目的, 在于加强政府对企业、法人的管理, 防止这些企业钻法律的空子, 非法致富, 可以对企业造成心理上的威慑; ⑤从刑法运用手段, 罚金刑既可以

作为主刑适用，也可以作为附加刑适用，适用最广泛，同样可以起到威慑的作用；⑥刑事责任是否是株连责任，答案是否，因为是株连责任是毫无相关的人承担责任，而法人犯罪是集体责任

5、虽然刑法典规定了法人犯罪，在英美实践中，对法人犯罪的判处是很轻的，**重点在于罚金而非判处其代理人**。如美国当时共查处 56 个定价案，所有代理人被判处合起来不过 75 月，是象征性意义的。法官认为法人犯罪，和杀人放火强奸的不一样，下不了手。这种解释可成立，但并非唯一理由，关键是**大企业和国家利益、社会利益联系在一起**，处罚后可能很多人失业，造成社会影响。假如波音公司犯罪，判处的罚金足以让其破产，那工人怎么办？08 年花旗银行被提出欺诈指控，后来是达成协议，花旗银行赔偿 1 亿美元，不负刑事责任。美国三大汽车公司经营状况都有违法犯罪的嫌疑，但不能宣告其破产。很多大公司财大气粗请了很多律师、会计师为其做假账，世界上绝大多数律师 100 万（60%）都在美国，很多人为公司服务。

6、团体或组织：①国内合法的政府组织或团体，要对国际犯罪承担刑事责任；②有组织犯罪，承担刑事责任；③以国家为成员的国际组织，是否可以成为国际刑事犯罪主体；④国家可否作为国际刑事犯罪主体予以追究，主要是认定困难，谁来判断国家是否构成犯罪、法律后果是什么，如果判处刑罚、由谁来执行、如何执行。比较弱小的国家强烈呼吁可以成为主体，追究国家刑事责任，因为当今世界危害世界和平最严重的情况都是以国家名义实施的，如果不规定国家刑事责任这些规定就毫无意义，以英美为代表的国家坚决反对，国际社会未形成对国家行使管辖权的共识，对战争罪、侵略罪等规定国家刑事责任是不现实的，应当考虑国际法的发展，不仅考虑个人责任、还要考虑国际责任，只是在联合国讨论中没有形成统一意见，现在对该国际法条约的起草和缔约已经放弃。

第四节 犯罪主观方面

一、犯罪意图的判断

1、认识因素：①行为人主观上有认识；②主观上应当认识而未认识；③不应当认识事实上也未认识，此种情况法律不关心

2、意志因素：行为人对后果的一种心理态度。①肯定态度：后果与意志一致；②否定态度：后果与意志不完全一致；③既不肯定也不否定的模糊态度：现代认识论发展出现的新概念。

3、认识因素与意志因素结合出现的四种犯罪心理状态：

①主观上认识，心理态度上肯定，结合导致刑法上的概念—直接故意或确切故意

②无认识而应当认识，谈不上意志因素，典型的过失，属于疏忽大意（无认识）的过失

③既不肯定也不否定的模糊态度，有认识，但更接近于故意，称为准故意或间接故意。

④准过失犯罪，有认识但采否定态度，属于过于自信（有认识）的过失

我国刑法理论分为这四种犯罪心理状态的理论基础就是知与意的结合。

4、感情因素

二、故意

《刑法》第14条规定：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。

1、直接故意：行为人明知危害结果**必然和可能发生**，并且**希望发生**的主观心理态度

2、间接故意：行为人明知自己的行为**可能发生**危害结果，并且**放任这种结果发生**的心理态度；具有伴随性特点，分为以下情况：

①追求一个犯罪目的，放任**另外一个**危害结果的发生

甲想杀乙在房子内放了把大火，他明知丙在隔壁房间内，甲由于只想杀乙肆无忌惮，结果大火将乙丙烧死。甲对乙是直接故意，对丙是间接故意。

②追求一个非犯罪目的，放任**另外一个**危害结果发生

猎人追杀猎物举枪射击，发现草丛里有小孩，他为了打猎仍旧射击，结果未射中猎物却打死小孩。猎人应当负间接故意杀人责任。

③**突发性犯罪**，导致危害结果的发生，是主观杀人还是仅仅发泄，不好判断，因此不能按直接故意处理；如果刺中**要害部分**，则构成间接故意杀人，如果刺中大腿，构成轻伤以上的定故意伤害罪

甲和乙在街上迎面而走，甲说你看我一眼干嘛，乙说我看你一眼怎么了，甲就拿起刀子捅了乙一刀。

3、区别：

①认识因素方面，直接故意既包括认识危害后果的**必然发生**也包括**可能发生**；间接故意只能包括**可能发生的预见性**

②意志因素方面，直接故意对危害后果抱着**希望发生**的态度，不发生甚至会感到懊恼；间接故意表现为放任的态度，虽然不是积极主动的追求危害后果，但是也没有采取措施来**防止后果**的发生

③这两种故意发生的情况看，直接故意直接存在于追求危害后果的犯罪行为之中，具有**直接追求性**的特点，间接故意则必须以追求其他某种目的的行为为前提，具有**伴随性**的特点

4、区分：定罪量刑方面有所不同；但司法实践中存在问题，只看结果是故意杀人，不考虑直接间接都是处以死刑；如果是间接故意没有必要判处死刑立即执行；这对于减少死刑适用有实际意义

甲与乙恋爱，后反目，乙提出与甲分手。甲怀恨在心准备杀死乙，经过精密策划。一天乙去看电影，甲在其椅子下埋下炸药包。乙被炸死，周围有数人被炸死和炸伤。

甲乙有仇，甲想杀乙，没有机会，发现乙正在脚手架高空作业，他想割断其绳子杀死他，在解绳子过程中，发现脚手架上除了乙还有丙，若继续行为，乙丙都会摔下；还是割断了，乙丙都摔死了。明知而为，积极追求结果，直接故意。即考虑是否该情况下是否必然发生。

一些人看到有人偷自行车，去追打小偷，小偷掉入水中，几个人没有采取任何救援措施，眼睁睁看着小偷被淹死，能不能认定为是间接故意杀人？

三、过失

《刑法》15 条规定：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，是过失犯罪。

- 1、疏忽大意的过失：应当认识而没有认识到行为可能发生危害结果；其特点有：①行为
人没有预见自己的行为可能发生危害社会的结果（认识因素）；②应当预见而没预见，
这是与意外事件区别所在（意志因素）

某一部委轿车司机负责接送上下班职工。下午 5 点准时下楼发动，刚走到汽车旁边发现院里有很多小孩在车内玩耍。他很负责地把小孩清理出去。倒车时听到咯噔一声，下车查看又轧死一小孩。原因是小孩很调皮，看到司机上车了不知道他发车于是又钻到车下。【意外事件】

- 2、过于自信的过失：行为人认识到自己的行为可能发生危害结果，但自信可以避免；其
特点有：①行为人预见自己行为可能发生危害社会结果（认识因素）；②行为人轻信能
避免（意志因素）

森林守护员休息室违反规定抽了一支烟，等上工时随手一扔引起一场森林大火。是疏忽大意的过失还是过于自信的过失？很难认定。

- 3、应当认识的判断：要根据案件发生当时的行为人的经验、职业、专业程度等事实判断
- 4、四分法最难判断的是间接故意和过于自信过失之间的区别：惩罚故意是刑法的基本原则，而惩罚过失是刑法的例外；过失犯罪，法律有规定的才处罚。因此这种区分意义重大。两者在认识因素上都认识到危害结果可能发生

被告人孙某住在一山区，受到环境保护要育林，附近村子都组成护林队且配枪。有一次他随护林队的人去巡逻，发现一人在砍柴，于是众人呼喊禁止之。然而这人可能因为距离远不知道听没听到。孙某抄起队员的军用半自动步枪开了一枪，枪响人亡。经查明直线距离有 400 米，被害人被爆头。孙某在外躲了两天，最后在亲友（我听成基友）规劝下投案自首。【过于自信的过失】

某警察合法配枪。有一天回村探亲。一晚被狗叫吵醒，他持枪出去查看，发现果树上有人影，他大喝一声此人逃跑，于是他去追此人，追不上他开了一枪回去睡觉。第二天发现有人中弹身亡。【间接故意】因为其警察身份对手枪的认识程度高，对路上开枪击中可能性很大，然而打中不打中对他来说无所谓，他回去睡觉的行为表明这点，因而是间接故意。

福建汽车司机在高速公路上 80km/h 行驶，在路过收费站时不想交钱想冲过去，他发现旁边窗口无人把守立刻冲过去。一个武警战士发现了，想制止，刚跑过去，汽车撞死战士，车也翻了，经过抢救司机活下来。一审法院以故意杀人罪判死刑立即执行；高级法院彻底改判，以交通肇事罪有期徒刑 7 年。检察机关对此不满意，最高人民检察院向最高人民法院提出上诉，最高人民法院维持二审判决。【都有可能】不排除故意杀人的可能，因为其开车速度如此快，很有可能怀有不管有没有人来拦他都不管不顾，此时构成间接故意杀人。

结论：对有些过于自信的过失和间接故意界限模糊

第六讲 排除社会危害性

第一节 严格责任（无过错责任）

一、起源

主观和客观相一致，在刑法典中为何要规定严格责任？立法目的？

为了保护重大的社会公共利益，顾不上考虑人的主观心理状态。

严格责任最早起源于英美法 19C 中叶，

一个烟草经销商，不是真货，但是司法机关查处，发现这个烟卷用肉眼无法辨别，经销商既无故意也无过失，但是法院认为经销商仍然要承担刑事责任。

1899 年，有一个被告出售了掺水的牛奶，有人在运输中掺水，但是这个人还是被判罪。

买药，处方是伪造的，药店被判有罪。

检查机关的证明责任是，证明你实施了某种特定的责任。

从这一点说，严格责任是一种例外，只有根据相关法律规定才能追求其责任。如环境保护法、产品质量法等，保护社会凌驾于保护公民个人权利之上。

二、普通法上的严格责任：

1、判例法：①诽谤罪：以口头、文字形式诽谤他人，构成严格责任；②亵渎神灵的犯罪

2、成文法：①食品卫生法，出售有毒、掺假物品。

1985 中国松花蛋没有标明如何吃，杂货店老板要承担责任。

②虚假广告；③有可能引起通货膨胀的犯罪行为；④毒品犯罪，在客观上有某种毒品；

订了香料，裱包成毒品。因为很难查明是否知道自己持有的是否是毒品。在实践中，拥有毒品并不能构成非法持有毒品。至少有机会去查看你拿得的是糖还是毒，要证明自己主观上没有任何过错。如果完全没有过错，不能定严格责任。

⑤环境污染

某公司建造沉淀池处理污水，某天水溢出，仍然被判定严格责任。

第二节、合法辩护

一、分类：正当防卫、紧急避险（还包括安乐死、美国的正当程序等，在中国不考虑）

二、正当防卫

《刑法》第20条规定：为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。

两个警卫人员在执行保卫工厂财产安全过程中，碰到两个盗窃分子在盗窃国有财产，保安人员上去制止，两个盗窃分子对两个保安人员进行围打并刺伤多处，保安人员说如果你们不停我们就反击了，盗窃分子仍旧继续围打，两个保安人员奋起反击把其中一人刺成重伤抢救无效死亡。

最高法判例，青年女工吴某，有两个歹徒闯进卧室并殴打同寝室人，歹徒用水果刀刺伤同寝室人，吴某与两个歹徒奋勇搏斗将一人刺成重伤而抢救无效死亡。判决吴某不承担刑事责任，但要承担亲属提出的民事赔偿责任。但事实上根据《侵权责任法》第30条规定不构成民事赔偿。

1、条件：

①正当防卫的目的必须是正当的和合法的，必须为了保护国家利益、集体利益、公民利

益不受侵害；那实施不法侵害的人受到不法侵害是否可以正当防卫？实务中缺少经验

某小偷偷盗归来，从黑暗角落冲出一人实施抢劫，小偷是否可以正当防卫，防护赃物不被抢走？果子狸爷爷认为可以正当防卫，因为抢劫作为严重犯罪，不仅对财产也对人身造成侵害，小偷的生命安全相比赃物价值更重要。

②必须是正在进行的危害社会的不法侵害；不法侵害不仅仅理解为犯罪行为，也包括一

般违法行为，一定条件下可以正当防卫；如果是犯罪，必须是暴力犯罪，包括故意杀人、

故意伤害、强奸、抢劫等，若不是暴力犯罪，如经济犯罪，就不能正当防卫；带有不法

侵害性质的行为，但行为人是未成年人或精神病人，如果防卫人不明真相的情况下可以

实施正当防卫，能躲避就躲避，只有在不能躲避的情况下才可以正当防卫，此时也应当

以制止犯罪行为为限

姐弟二人，弟弟有精神病，姐姐对弟弟进行照顾，弟弟精神病发作时不仅打姐姐，而且一天还打伤侄女，在姐姐制止过程中他企图打伤姐姐。姐姐跑不动，试图抢过弟弟的刀子，在打架过程中将弟弟按到在地，夺过刀子扎伤弟弟两刀，抢救无效死亡。

美国东部一些州规定，在实行防卫之前，需要先行退避。英美国家对此有颇多争议，一种观点认为为了防止不必要损害需要退避，另一种观点认为退避是种示弱、是耻辱的行为，有些也规定，如果先行退避是安全的可以先行退避，若先行退避不安全可以直接实施正当防卫。英国规定先行退避不是正当防卫先行条件，只要防卫人认为武力防卫是必要的就不必先行退避。

被告人站在酒吧旁，旁边站在另外一个人，另外这个人十分霸道让他去其他地方喝酒去否则就小心点，受到威胁的人不仅没走开还拿出随身携带的啤酒瓶一瓶子下去将对方打成重伤。【评论】这种情况下武力防卫并不必要，只要走开即可，所以不能认为是正当防卫。

③侵害行为必须是**现实的、真实的、正在进行的**，攻击具有**紧迫性**；若威胁使用暴力而**暴力不会马上实现**，被害人可以实施一定保护措施进行自救，就没有必要实施正当防卫；但也要具体问题具体分析

甲被乙绑架，甲知道若两小时内家人不送钱过来，乙就会杀了他。那么他在两小时内若有机会可以进行正当防卫，将乙杀了，也是正当防卫。

如果侵害行为尚未到来、或仅仅处于预备阶段，**不能采取先下手为强**；**也不能在加害人**

失去加害能力后事后防卫

李某横行乡里为非作歹，到杨某家，看男主人离家几十米远地方交谈，他就觉得有机可乘去屋里调戏女主人，女主人虽然害怕但也急中生智抓起一把炉灰洒到李某严重，李某坐在床上揉眼睛，失去继续从事违法能力，男主人盛怒之下拿起斧子砍死李某。【事后防卫】

假想防卫，不法侵害不是真实存在或正在进行，而是**错误认识**，若行为人有**过错**仍旧要

承担刑事责任

某商人携带一万元，走在路上碰到两个便衣警察，两个警察对他进行盘查时候，在上衣掏出证件一晃说是警察，商人认为可能是犯罪分子，于是把两警察打伤。【这说明我国警察专业素质不够高】

四川省被告李某接连几天家里被盗，一天晚上9点看到一个人朝他院子走来，以为又是盗贼，于是拿起扁担把对方打成重伤。按照实际情况，他应当预见而没有预见，主观上疏忽大意有罪过，仍要承担一定刑事责任。

假想防卫的情况下是否包括间接故意，一种观点认为即包括过失也包括间接故意，但果

子狸认为行为人**主观罪过应为过失**，特别是疏忽大意的过失

④必须针对不法侵害者实施，**对合法行为不得进行正当防卫**，不法侵害人性别、身份、

亲属关系等对于是否构成正当防卫不影响，比如父亲打儿子、儿子反击甚至打死父亲

某人有两个儿子，平时不住在一起，大儿子结婚时父亲给他800元，大儿子收到钱结婚后父子关系恶化，父亲就要求拿回800元，儿子没钱不还，父亲不依不饶，有一天拿着杀猪刀闯进大儿子家里，二儿子恰好也在哥哥的房间，两人看到刀就企图夺下刀，父亲比较结实、力气比较大，两个儿子比较忌讳，二儿子情急之下拿棍子打断父亲的小腿骨，两儿子去请医生来救，父亲很固执不接受治疗，晚上失血过多死亡。【评论】小腿骨虽然被打断，但并不是致命伤害，且父亲所受伤经治疗可以痊愈，故为正当防卫

⑤侵略者可实施正当防卫的条件：一是侵略者使用**非致命武力**加害对方，受害者使用**致**

命武器；二是侵略者为了**防止和受害者冲突进一步扩大脱身**，而**受害者反而进行主动进攻**

⑥保护第三人行为：眼看第三人受到不法侵害，见义勇为，属于正当防卫；在美国刑法和早起英国判例中，正当防卫不得保护和与自己无关的第三者，除非第三者与行为人间有特殊关系，如夫妻、父子、上下属关系等，主要是当时早期英国顾忌允许第三人实施正当防卫，不限制在一定范围内，就会导致一些特殊情况发生；而现在这个范围进一步扩大

甲看到乙正在追击丙，为了保护丙打伤乙，事后查明丙是在逃犯而乙是警察，是否构成正当防卫？

防卫过当不是单独罪名

2、特殊防卫权：97 年刑法典增加特殊防卫权问题，对于正在实施严重危及人身安全行为可以在任何情况下实施正当防卫

要求：①对于**非暴力犯罪或一般违法行为**不得实施特殊防卫；②对于**轻微暴力犯罪或一般暴力犯罪**，不得实施特殊防卫；行凶是杀人和重伤的界限不清楚的犯罪

③并非对于任何行凶杀人抢劫强奸都适用，只有**严重危及人身安全**时才适用；抢劫有时候并不需要暴力手段

河北有个长途公共汽车，车上有 10 多名乘客，半路上来个 20 岁左右的小女孩，显得非常热情，拿出随身带的新鲜的枣子，车上乘客没有防备都被麻醉，然后抢劫一空。【非暴力抢劫】

④所谓严重危害人身安全犯罪并不局限于上述列举，甚至有些更严重，比如**抢劫枪支弹药、劫持航空器**

3、保护财产

4、不自觉防卫

甲与乙有仇，互相想杀死对方，两天同时从家里出发想去杀死对方，两者在路上相遇，甲眼疾手快一枪崩了乙。不符合正当防卫条件。

随身携带枪支、武器，后来用于正当防卫，正当防卫性质是否可以得到认定？携带枪支

是非法，特别是出入公共场合非法，而正当防卫性质仍应肯定

美国圣诞节那天一个男青年早上 9 点坐纽约地铁，80 年代地铁治安混乱。五个黑人小伙围住白人青年要钱，白人青年掏出枪击伤 5 人，其中一人不治身亡。本来不构成正当防卫、而判故意杀人。当时舆论同情白人青年将其保释，陪审团受社会舆论压力判决正当防卫无罪释放。

一个少女一家去某地吃饭，下车前父亲犹豫了，觉得治安很乱要不要带枪，女儿说不能带枪否则违法。吃饭过程中一个歹徒冲进餐馆用冲锋枪扫射，打死 10 多人，其中包括女儿的父母。后来她去各地演讲要求不仅可以携带枪支还应当携带枪支出入公共场合，后来由于牵扯利益过大，不能如此。

5、与大义灭亲区分：有些地方会内部决定处死一些人，这是违法的，不是正当防卫，应当按照法律程序判决

6、与相互斗殴区分：正当防卫条件下一方明显处于受害地位，而相互斗殴双方都属于不法行为人

7、与防卫挑拨区分

某甲明知某乙爱和别人吵架，故意挑逗引起乙向自己攻击，反击趁机打乙，泄愤。先进行挑拨又借机打对方，就不是正当防卫了。

三、紧急避险

《刑法》第 21 条规定：为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已采取的紧急避险行为，造成损害的，不负刑事责任。

1、条件：①**自然界的威力**，地震、火灾、暴风；②**来自人的行为**，而在英美只有自然界力量可谓紧急避险，来自人的行为可通过受胁迫提出合法辩护

2、**对心理上形成的压力**，而非对身体上形成的压力

A 与 B 都站在悬崖上，突然地震，A 倒下撞倒 B 掉到山下 B 死亡，这不是紧急避险，因为 A 没有避险意识，而是通过无意识行为做辩护

3、动机是好是坏和是否构成紧急避险无关；但**出于好的动机在量刑上可以减轻处罚**

A 面对两种选择，一故意杀死 B，以挽救整个城市 30 万的人，二无所作为，让自然力摧毁城市。

情有可原的辩护？

A 驾驶车辆在路上，突然遇到紧急情况，要么撞死一人，要么撞上房屋，他选择撞上房屋，结果撞死里面两人。【只要 A 能证明他主观认为是为了避免一人死亡的后果，就构成紧急避险】

A 为了复仇杀死敌人 B，但杀死以后意外发现意外挽救另外 3 个人的生命，因为 B 正在去杀 3 人的途中。【为了复仇而非紧急避险的目的，不构成紧急避险】

4、价值判断：根据具体情况比照法制精神，权衡利益大小时不能以避险人主观评价为标准

准，而要以社会客观标准评价；价值判断和道德无关，人的生命有同等价值，道德高尚

与否与人的生命价值高低没有关系

A 是圣人，为了挽救 A 就必须杀死一个道德败坏的 B，但 AB 生命价值同等，杀 B 不构成紧急避险

5、特殊职业的业务要求不能紧急避险

2001 年 911 事件中世界贸易中心死了 3000 人，其中有 800 人本来可以不死，他们是消防员，他们明知有生命危险还是为了履行义务去救人。

海难中跳下大海的顺序是老弱病残、妇女，然后才是成年男子、船员。除了船长和大副其他船员随便跳。【OwO 果子狸老爷子你认真的么.....好恐怖的海难】

6、道德判断：受康德和穆勒的影响大，康德认为为了自己的目的是错误的，只有遵循所有人认同的原则才是正确的；穆勒认为对错是以实现最大多数人的最大利益为标准，即便造成其他人情况越来越糟糕也在所不辞，两者道德判断有区别；但在司法实践中，应当根据**人类情感在道德判断中的作用**，而非人类理性行为；果子狸爷爷认为用自然科学技术试图观察人的心理活动没有获得成功的迹象

四、期待可能性理论

1、起源：19 世纪德国，现在德国基本不用，而日本发展较好

有个马车夫受雇为一马车店赶车为生，赶车过程中马有个不良的嗜好，就是在马车行进中用马尾巴缠住缰绳，他向店主提出马有问题，大车店老板不仅不换、还以解雇威胁他。一天这辆马车上坡时马老毛病又犯，轧断一个行人的腿。后来认定马车夫无罪，因为不仅要认定过失，必须以认识到缺陷又未提出换马的要求方可构成刑事责任。

日本的发展原因是二战后日本经济衰退，饥寒交迫，有人快饿死了而偷面包，法院认为

人都快死了、不具有守法可能性，还不允许别人偷面包吗？

被告人李某被一男青年拦截抢自行车，李某乘其不备用打气筒打晕男青年，然后继续前行。天已黑，投宿于一老人家里，告知其遭遇，老妇人同情让她与她女儿一起睡。她躺下后惊魂未定，睡不着。过了一会儿老大娘儿子也就是这男青年，听到母亲说道李某的事情坚决要杀死李某，而谈话被李某听到，情急之下为了挽救自己的生命她把自己睡的位置和女儿的位置调换位置，结果男青年杀死了他妹妹，李某乘乱逃走。【定罪必要，量刑从轻】

只要**大多数能做到即为标准**，法律不能强迫多数人达到少数人达到的标准

亲亲相匿更符合人道

某人携带公款 10 万元逃至儿子家里，若儿子举报，大义灭亲，不举报，藏匿罪。最后举报。有人批评之，不是傻子，就是逆子。

2、哲学基础：人类社会的人，意志是否自由。古典学派，绝对意志自由；绝对意志不自由，由社会环境和自然规律支配；相对意志自由

完全自由，触犯刑法则受到完全惩罚；受到一定限制，有可能守法、有可能违法，法律有一定期待其守法，因而负刑事责任而减轻刑事责任；完全受到自然界限制，完全没有实施合法行为可能性，则即便实施违法行为仍可不负刑事责任

五、受胁迫

1、作用：辩护理由，而非免责理由

2、条件：

①必须以死亡或严重伤害相威胁，除此以外不得免除刑事责任；如果以侵害财产、名誉相威胁过去认为不构成胁迫，但并非绝对；有时是各种情况下累加被迫犯罪

②时间紧迫性，提出威胁到实施犯罪被告只有两种选择，明确拒绝自己承担危险和选择犯罪；但即刻的危险不能狭义理解

司机被三个强盗威胁说不运输赃物，将来就杀死他家人，他确实偷车运输了。但这不构成胁迫，因为除了两个选择外他还有第三、四种选择，即逃跑、报警灯。

一个人接到贩毒集团电话，被谈话要求把毒品从墨西哥运输到美国，把毒品装到小气球里、再吞入口中，否则就杀死他和他家人。过海关被查获，辩护说是受贩毒集团胁迫。法官认为这不是即刻的危险，他可以报警。他辩护说贩毒集团和警察勾结，若报警被贩毒集团得知他就危险。最后法院采纳其意见。

③实现可能性

两个少女被英国法院控告有伪证罪，说她们故意不指控一个案件当事人。她们以受胁迫提出辩护，有人在开庭前胁迫她们说若指控就杀害在法庭上的母亲。初审法院认为没有实现的可能性，没有人可以在法庭上开枪杀人。上诉法院维持上诉。最后被上议院推翻，尽管报警可以获得保护，是否可以排除危害结果，更何况以其年龄缺乏经验。

以行为人自己相信确实受到胁迫且马上就会发生，真实相信这是合理恐惧，就成立胁迫

一个人持假枪抢银行，职员恐慌下交钱。当事人怎么可能知道这是真枪还是假枪？所以可以构成胁迫。

3、适用范围：叛国罪、谋杀罪不适用，帮助犯可以

3 个持枪人威胁某人送到某地，司机声称自己是帮助犯，并未在现场实施杀人行为，以受持枪威胁合法辩护，法庭采纳。但是假如在犯罪现场直接提供了帮助，不能认为是帮助犯，而是实行犯。4 人杀 1 人，之中 1 人确是收到胁迫，3 人主要杀，他按住被害人不让他动，审理中说自己是帮助犯，不可。

在英国普通法中有规定，早期英国刑法规定，除了叛国罪、谋杀罪，任何一个已经结婚的女子，如果实施犯罪的时候丈夫在现场，她都可以以受到丈夫胁迫为理由提出合法辩护。理由：①历史上家庭生活中妻子确实收到丈夫的严厉控制，从属地位；②当时英国刑法典规定的死刑罪名太多，为了保护妇女，减少对妇女适用死刑，做出了此规定。但是现代不同，地位提高，英国也已经废除死刑，过去的推定就失去了继续存在的价值，所以现在英国的成文法已取消了此规定。但是实践中，如果夫妻都在现场，女仍然可以提出受到胁迫。

六、安乐死

- 1、背景：和纳粹德国联系在一起成为禁语；20 世纪 80 年代以来科技飞速发展，人类平均寿命逐年延长，欧美男性平均寿命达 72 岁以上，女性达 80 岁；我国也有很大进步，归功于先进的医疗设备
- 2、医疗发达的负面影响：一方面大大延长人的寿命；另一方面对有些疾病，虽然维持生存能力，却得不到根本治疗，只能靠器械和药物维持生命，使得病人长期忍受痛苦，病人的亲人承担巨大的经济负担
- 3、主张使安乐死合法化呼声越来越高，典型的是荷兰，70 年代开始，2001 年正式通过安乐死合法化的法律；“在荷兰没有一个肺癌病人是死于自然原因的”
- 4、在我国，安乐死没有合法化，不管出于什么动机都是故意杀人罪定罪；以后的做法是仍旧判罪，但量刑减轻

1987 年陕西汉中市，有一个女病人患有肝腹水，陷入深度昏迷，儿子把她送到医院，问主治医生我的母亲还能不能救活，医生说送来太晚，救不活了，不想看到母亲在临死前受到折磨，于是请求打针，开 100G 冬眠灵，护士长说不能打，医生很固执，给了一个实习的护士，威胁不打就别再医院实习了，趁人不备把冬眠灵挤出来了，剩下的没有打，跟接班的张某说着医生死了没死，没死再打

100G, 又开了, 天明死了。后来没有闹到法院, 因为女病人的儿子还有 3 个姐姐, 姐弟 4 人为了争夺遗产, 姐姐告弟弟和医生, 受理, 陕西汉中一审以故意杀人罪判定弟弟和主治医生有罪, 可是在高院发生戏剧变化, 推翻判决, 不是故意杀人罪, 完全不承担刑事责任。【唯一一起不承担刑事责任的判决, 此后判决均为有罪轻刑】

5、如果医生主动给病人注射致命针剂, 导致病人死亡, 医生构成谋杀罪, 至于是否应病人要求都不是实施安乐死的理由 如果医生提供毒药 比如过量安眠药 病人犯自杀罪, 医生犯教唆罪

6、被动的安乐死比较容易被接受

1976 年的一案件, 里程碑意义。昆兰 20 岁, 生日庆祝会, 喝了可口可乐忽然倒地昏迷, 养父母觉得是否太累晕过去了, 让她休息, 小女孩再也没有苏醒过来, 最后在医院床上躺了 11 年, 养父母和兄弟姐妹觉得太痛苦, 要求医院去掉人工呼吸器, 医院不敢, 怕违法。昆兰父母打到州的最高法院, 病人有权拒绝治疗, 主治医生认为继续治疗无效, 病人的最近亲属可以要求停止治疗, 于是被拿掉, 昆兰不仅没有死, 反而自主呼吸了。

7、临界状态医生不负刑事责任, 因为他的行为是治疗行为, 不管治疗结果如何

8、安乐死遵循原则:

①对象必须**生患绝症、临近死亡**的病人, 必须是现代医学无法治疗的疾病; 临近死亡以

7 天或 14 天为临界点

②对象必须**肉体达到不可忍受的程度**

美国新泽西州有个匈牙利商人, 非常有钱, 产生厌世情绪, 但先后三次自杀, 没下手成功。第四次, 对手下职员说开枪打死他, 奖励他 10 万元并送他车, 职员同意了, 把他带到一个地方一枪打死。这是**谋财害命**。

③必须获得**患者清醒的嘱托和承诺**, 越是生命垂危的越会违心提出要求, 表面是自愿,

实际受到压力违心**被迫提出**安乐死请求, 一旦发生不是真诚的

合法化的正当理由是为患者设身处地的着想, 以最佳利益为出发点

争议点: 1) **植物人**, 不可逆昏迷, 有自主呼吸, 未脑死亡, 植物性状态, 但是根据西

医的观点, 植物人虽然有自主呼吸, 但是现代医学无法让他重新苏醒, 虽然深度昏迷,

对外界没有感应, 不能使用“不可忍受的痛苦”, 一般不能适用安乐死。我国有很多报

道, 植物人苏醒; 2) **严重缺陷的新生儿**, 法国有一个组织叫做保护残疾儿童协会。能

否安乐死？比植物人更加复杂，有些人情况十分严重，假设一个人没有大脑，脊柱裂开，先天愚行，心脏两洞，肠梗阻；应当关心照顾而不应当使其安乐死

④实施安乐死方法必须符合社会上一般的伦理道德观点，必须让他舒舒服服的死去，不遭受任何肉体上的痛苦

加利福尼亚州一堆老年夫妻，丈夫有老年疾病，妻子用皮带活活勒死。

哥哥在病床上躺了几年，弟弟跑去医院，沉默了几分钟掏出一把枪打死哥哥。法庭上辩护说冥冥中听到哥哥说打死他 o(╯□╰)o

⑤安乐死只能由医生执行

七、警察圈套

1、我国没有明确规定，英国也不能以警察圈套提出合法辩护，美国可以

WASHINGTON 哥伦比亚特区 60%黑人，市长是白人，民选但不满意，白人联合执法机构的人，知道巴里以前吸毒并有情妇，于是给情妇打电话到 W 来一趟，否则就怎样，女的就合作。给巴里打电话说我想见你，听到很高兴，带着保镖到了旅馆，让保镖等他，上去聊天，女的拿出烟，女的引诱他抽，经不住诱惑就抽了，联邦调查局的人把全过程照下来，司法当局指控他犯有十项重罪，引诱吸毒，成功推翻十项重罪，只有一个非法持有毒品罪，但是这个罪是个轻罪，即便判刑还可以继续做市长，巴里虽然被定罪，当年选举中落选，重新选举又做了市长。

2、条件：

①诱使者必须是警察、司法人员或者代理人（线人），其他人都不能作为诱使者

②警察、司法人员或者其代理人，不仅仅是提供了犯罪的机会，还必须是以积极行为诱使被告人犯罪，如在一房间中，问 300D、200D、50D 要不要抽，反复引诱被告，就可以合法辩护

③被告人的犯罪意图是在警察、司法人员或者其代理人的引诱下产生的；并不是原先就存在，原来主观上没有任何犯罪意图，只是在他人的引诱下实施犯罪行为的，才可以合法辩护

八、被害人同意

1、事前同意，分为事实欺骗和动机欺骗，对于事实欺骗不可以合法辩护

某医生骗患者发生性行为是治疗，不能合法辩护

如果医生通过劝说患者说这是治疗的方法，而患者同意了，患者对医生的动机产生了误解，对发生的行为是自愿的，可以合法辩护

被害人的同意意味着他有某种过失，不能完全免除罪犯的刑事责任

孙某和赵某是同厂职工，语言轻薄。某一天孙某喝了点酒到了赵某房前，惊醒赵某，赵某以为自己男朋友来了，就说你赶快过来啊。孙某隐约意识到认错人了，但还是上床和赵某发生性行为，过程中被发现，仓惶逃跑。尽管是强奸罪，但由于赵某有过错，可减轻处罚。

2、事后同意，和解

比如酒驾，造成后果可以和解，没有造成后果反而可以和解，造成司法上的不公正

九、刑法上的错误

1、起源：最早起源于 1871 年，《德国刑法典》规定，但范围比较小，只规定事实错误、

未规定法律错误

2、不知者无罪；尽管千百年来原则，不知法不免罪，刑法一经制定推定为总所周知，

但有些法律过于离奇

美国洛杉矶市通过法律，任何有前科的人，在洛杉矶连续居住 5 天不向警方登记就算犯罪，若不在洛杉矶居住、一个月内连续来 5 次且不向警方登记就算犯罪。最后联邦最高法院裁决触犯的人获胜。有的国家规定，在公共场合接吻不得超过 5 秒钟。

一男子回来发现妻子和另一男子偷情，他说这个男子必须写一张纸条允许他和他的妻子发生性行为。这男子就去找那女子，然后就同意了。最后构成强奸罪。

3、根据法律规定，行为人行为不构成犯罪，但他以为自己犯罪，其实还是不构成犯罪

4、行为人对自己的行为在量刑轻重上和触犯罪名上有误解，对定罪量刑没有影响

5、对事实上的存在与否则有错误：①客体的认识错误，将人当做物，但把甲当做乙不是

认识错误，只是**对象认错**；②手段的认识错误，对定罪量刑无影响；③因果关系的错误，

本想打伤却受伤过重死亡；行为误差

被告人陈某和方某结婚后老吵架，被另一个人乘虚而入，有了婚外情。男的对陈某说回家离婚，但丈夫不同意，于是想毒死他，结果拿错药物。当天晚上又去盗窃被抓获，交代杀人罪行。

第七讲 犯罪的预备、未遂和终止

只发生在故意犯罪，因为在过失犯罪中：①行为人没有犯罪的意图，既不追求也不放任；②过失犯罪只

有发生危害后果的时候才发生犯罪后果

第一节、犯罪预备

一、分类

- 1、准备工具：实际上准备工具也是制造条件的一个部分，将其单独列出是因为它是最普遍常见的方式
- 2、制造条件：是最常见的，甚至包括**拟定犯罪计划、寻找同伴、设定地点、追踪被害人**

二、注意

- 1、犯罪预备是为进一步实施犯罪作准备的，只要是在直接故意的情况下，犯罪的预备是一个必经阶段，开始实施犯罪行为前一定要经过精心的策划和准备。犯罪的预备还不属于刑法所规定的客观条件中的实行行为，只是预备阶段，从社会危害性角度讲，犯罪预备的**社会危害性非常轻**，因此在很多国家，刑法典明确规定犯罪预备不处罚，有的是犯罪的预备在一般情况下不处罚，也就是不是像我国一样总则中规定了预备，而是在分则中针对某些严重犯罪对预备追究责任，大多数的犯罪不追究；有的国家设立了**预备杀人罪**的罪名，实际上是故意杀人罪的预备行为要受到处罚，是**单独的罪名**
- 2、对于阴谋犯，**只要实施阴谋策划就被认为达到了既遂的状态**，如印欧颠覆国家政权，但是不在总则中规定，在分则中加以规定
- 3、我国规定犯罪预备是要承担刑事责任的，但是可以比较既遂犯减轻处罚。**有的预备行为根据但书规定也可以不认为是犯罪**。在实践中，我国很少有法院把单独的预备行为作为犯罪加以处罚，为何刑法典规定要处罚，实践又很少判例呢？主要是因为预备犯危害性小，**证据方面暴露不充分**，人们很少注意，买个菜刀不能确定是做饭和杀人，所以收集证据证实很困难

北京市有一起案件，按照今天的观点此人没有必要以预备追究刑事责任。两个青年去电影院看电影，看完后发现自己的自行车铃铛盖被人拧掉了，于是拧掉别人的想安到自己的，后来被人发现发生

争执，工作单位领导听说了就批评他，越想越生气，12 点拿了菜刀声称要去杀掉这个人，后来被夺下菜刀，又去睡觉，不知道为何告到公安机关，一审以故意杀人罪判 3 年，上诉中级法院，不认为是犯罪未遂，这是犯罪的预备行为，刑期改为拘役 5 月。

4、有的预备行为本身已经构成了独立的犯罪

甲要去实施故意杀人的行为，事先盗窃了步枪，这个行为对于杀人罪来说，是杀人罪的预备行为，但是这个行为本身又单独触犯了刑法典，是“盗窃枪支弹药爆炸物罪”。这个人按照牵连犯的原则来处罚，从重处罚，对于此案故意杀人罪要重于盗窃枪支罪，杀人罪是未遂，盗窃是既遂，应当判既遂的罪名

5、要把犯罪预备行为和犯意的流露区别开来。但是威胁的话语如果以武力作为后盾，如敲诈勒索的行为，告诉你要怎么做否则小心你的脑袋，不那么做就会遭到武力侵犯，是一种特殊的犯意表示，实际上**不是预备而是进行阶段**

第二节、犯罪未遂

一、目的

不是为了惩罚犯罪后果，而是为了**惩罚犯罪意图**

二、特点

1、行为人**开始实行犯罪**，这是为了区别犯罪预备和犯罪未遂；结合犯罪不同特点和要件和案件具体情况，同样是打开房门，对于盗窃罪来说应该认为盗窃行为已经开始了，但是对于杀人行为来说，还不能认为是开始实施杀人行为

王某和田某离婚，计划在很短时间和另外一人结婚。前夫感到非常气愤，就把朋友张某叫来商量。被告人提出干脆把女方弄瞎。前夫很恐惧又不敢反抗于是说试试，回去后报告警方。警方将其抓起来说是故意伤人未遂。但实际上只是有个计划，是犯罪预备。

区分观点——1) 犯意确证说，排除歧义说，主观说：某个人有明显的犯罪意图，除了理解为犯罪外**不能作其他解释**，就是犯罪未遂；2) 接近完成说，客观说：接近于完成刑法分则规定的构成要件，有跨度的概念，包含不同程度，分为四小类，包括：最后行为说——行为人完成最后行为仍然没有实现预期犯罪意图；

有个男的有情妇，情妇抛弃了他，他很生气想杀了她。他去买了把猎枪，把枪管磨短便于携带。一天跟踪情妇，情妇在路边把车停了下来，他走过去打开门把枪对准情妇

脑袋。谁知到情妇力气比他还大，一下子把枪夺走丢出车外。

临近既遂说——行为人实施即将达到既遂的行为，通常在故意杀人罪中如举枪瞄准就是临近既遂；实际接近说——行为人的行为在时间地点等情节上接近于完成犯罪；超出预备说——超出犯罪预备阶段；**通常采用最后行为说**，相对第一种最后一种情况离犯罪距离最大

20 世纪惩罚未遂有扩大趋势

20 世纪 30 年代英美判例通常要严格区分犯罪预备和犯罪未遂界限。被告人甲威胁要杀死乙，身带枪支，朝乙走了过去，离乙不远的地方停了下来装子弹。乙赶快向前逃跑。甲正想去追时被路人夺下枪支。【未遂 or 预备？】一审法院认为是未遂，上诉法院认为是预备。

20 世纪 50 年代，有堕胎罪。一个孕妇怀孕了不能去医院治疗，就请私人医生帮助其堕胎。孕妇将医生请进来。私人医生煮开水为器械消毒。此时两个警察收到好事儿邻居的报案，冲进来把他们抓起来，判其为堕胎未遂罪。【消毒是器具准备是预备】消毒器械是堕胎手术必经步骤，是堕胎的开始【堕胎起点前移】

2、**犯罪没有得逞**，用于区别犯罪既遂和犯罪未遂；有些情况下不能简单说没有发生预期的结果，实际结果就是预期结果，他所预期的没有发生也可以是达到了既遂状态，比如诬告一开口就被揭穿，尽管没有达到使人身败名裂的预期效果，但诬告罪已成立

一个法轮功分子对政府不满，在铁轨上放了一块大木头，结果被人发现。危害结果没有发生，但这属于危害公共安全行为，应作为既遂看待。事实上危险犯不存在未遂情况。当然处罚的时候仍有其他考虑，车毁人亡和被人发现及时拿走在量刑上有很大区别。

分为两种情况：**未实行终了的未遂和实行终了的未遂**

3、**犯罪没有完成**，是由于犯罪分子以外的原因，是由于**客观原因被迫放弃或事实上无法实施**，用于区分犯罪终止和犯罪未遂

三、法律后果

- 1、可能**对量刑的影响大**，故意杀人中既遂 10 年以上至死刑、未遂 3 年以上 10 年以下；
- 2、可能**对量刑基本无影响**，走私、贩卖毒品犯罪中既遂未遂无影响，因为基本都是在运输过程中或者双方交货时被公安机关抓获；盗窃、诈骗、抢夺案件，由于这些需要数额较大才能追究刑事责任，因而基本上也不存在未遂问题

假如盗窃犯在银行的墙上挖洞，还没进去被抓住当然可以定罪，湖北劳改农场某人逃跑到北京到

了故宫想偷东西，进去后看到珍妃之衣，刚想偷警报响了，他就开始逃跑，会一点轻功，在故宫的墙上跑，被保安和公安抓住了，没有偷走叫做未遂，也可以定罪，也可以理解为人赃俱获。达到数额较大的时候，或者是珍贵文物、金融机构未遂也可以定罪。

危害结果没有发生，通常在追究刑事责任时要减轻惩罚；但有时也未必比既遂结果好

四、不能犯未遂

- 1、最早在费尔巴哈在 1808 年不能处罚未遂犯。理由：①不能犯未遂没有造成任何损坏，没有造成社会秩序危害；②不能犯最不可能着手实施，因为实行是不可能的。
- 2、相反观点认为要承担刑事责任，理由：主观上不是以是否造成客观危害为条件，而是以主观故意为条件，具有社会危害性、人身危险性，客观上不能犯未遂与一般未遂一样，有实际的行为，而且普通的未遂往往一开始就被制止了，而不能犯未遂实施完毕了。不是以客观上能否造成危害后果，而是以其主观和客观情况认定；不能犯和能犯未遂是一样的，主观上有犯意、客观上未遂。
- 3、折中说——绝对不能或相对不能，**绝对不能**是工具手段完全无效或目标无效比如预谋杀害的人死了，**相对不能**是犯罪对象确实存在却不在行为人认为的地点和场所，或者使用的工具手段是有效的、但使用不当不能发生效果；英美刑法采用，不过分法不同，分为法律上不能和事实上不能，**法律上不能犯**，也就是缺乏基本犯罪构成要件，如受害人已经死亡、妇女并未怀孕而去堕胎，不追究；**事实上不能犯**，行为人使用的方法手段不能实现犯罪，或者犯罪对象不在行为人所认为的犯罪场所，要追究
- 4、争议大，法律上不能犯和事实上不能犯是否存在，界限并不明确，倾向于取消这种划分；法官的自由裁量权限大

一个人已经死了，仇敌过来以为他在睡觉，过来对他脑袋开了几枪。**【法律上不能】**
犯罪集团雇凶杀福尔摩斯，在其居室对面设枪，福尔摩斯做蜡像被击中，凶手被捕。

【事实上不能】

美国一个猎人在禁猎期向梅花鹿开枪，但上前一看发现是森林警察用死梅花鹿做的标本诱拐猎人上当。**【法律上不能】**

丈夫谋杀妻子，开车携妻子在高速公路上，突然掏出一把枪对着妻子的头，慢慢扣动扳机，枪却未响，应为没上子弹。**【事实上不能】**

法国总统戴高乐镇压阿尔及利亚的独立，阿尔及利亚雇佣职业杀手得到消息，某年某月某日上午九点要举行授勋仪式，让杀人装成残疾人拄拐混过警察，到广场开枪射击戴高乐，戴高乐低头给人授勋，被授勋者被打死了，杀手被抓住。【能犯未遂】

英国贵妇人有钱而吝啬，到法国购买了一些自认为精美的工艺品，若是地道的工艺品就会很贵，但她没交税想混过。过海关时被发现了，她也坦白，结果发现工艺品是假的是廉价英国货。【法律上不能】

甲与乙有仇，想杀乙，发现乙住在 301。晚上拿着机关枪冲进房对创伤射击，结果今晚乙喝醉了没回来。【事实上不能】

区分过于复杂，因而干脆都处罚

美国有些州取消了法律上不能犯和事实上不能犯；但迷信犯是例外

第三节、犯罪中止

自动中止犯罪，或自动有效防止犯罪有效发生的是犯罪中止；减轻处罚，鼓励犯罪分子

悔改，防止危害结果发生

一、条件

1、基于自己的意志支配，**是自觉的、不是被迫的，是彻底的、不是暂时的**

上海某绣衣厂工人，夫妻关系不好，妻子回娘家并拿走户口本。这人很不爽，就买了 20 瓶打火机油，去娘家烧房子，但想到会烧死孩子就把火扑灭了。

强奸犯罪案中，犯罪分子拦截妇女，妇女说身体不好，同情，开车送妇女回家。此案中，是犯罪中止。但是假如这个女的看到犯罪分子要侵害，吓唬他说我有艾滋病，犯罪分子就不敢继续了，是犯罪未遂还是中止？有人认为就是意志以外的原因，不情愿、被迫放弃，是犯罪未遂；有人认为不管如何都是自愿放弃的，也可以认为是犯罪中止。老师认为是犯罪中止，更合适一点。

2、时间性，**预备阶段、实施阶段可以犯罪中止**，但造成危害结果就不可以中止

某青年过某家时看到无人，有高级彩电，偷走之，平时表现很好、无前科，偷了后睡不着，很后悔，放回原来的房间，以失足青年的名义留下了一封信，严格按照犯罪中止的概念不符合中止犯特征，毕竟已经偷走，再放回去就不是犯罪中止。理论中叫做自动恢复原状，在处理时应当从宽处理，有人认为犯罪既遂后自动挽回损失应当按照中止犯的处罚原则来处理，老师也同意此观点，与中止犯并没有实质上的区别。

3、有效性，主动放弃但危害结果还是发生就不是中止，必须**有效防止危害结果发生**

第八讲 共同犯罪

第一节、概念

一、概念

1、犯罪主体：两个以上达到**刑事责任年龄、具有刑事责任能力**；只有一人满足条件实际

上是两人犯罪也不能以共同犯罪论处

夫妻两人关系不好，强迫妻子和另外一人发生性行为。当时男子喝醉了，信以为真。男子表面上不同意，其实内心同意的，虽然妻子进行反抗他也进行了下去。法院审理时认为丈夫和男子构成共同犯罪，丈夫是教唆犯，男子是实行犯。上诉法院认为男子喝醉酒了，丈夫又对其欺骗，不构成犯罪，而认为丈夫是实行犯，因为他把男子当做他实施犯罪的工具。但是又存在疑惑：丈夫是否构成婚内强奸的主体。

2、客观方面：各个共同犯罪人必须有**共同犯罪的行为，目标一致**，相互之间紧密联系、

有机配合

某甲勾结某乙丙抢劫某工厂工资，甲记住了去银行取款的女会计的长相，乙负责提供自行车和凶器，丙负责埋伏在外抢劫全部工人工资。尽管每个人单独实行行为，但对造成的危害后果有因果联系。

甲乙两人对下班女工拦路抢劫，他们将女工打倒在地，甲从女工身上搜出钱包以后逃走，乙没有立刻逃走，而是实施了强奸行为。乙构成抢劫和强奸罪，甲逃跑后对乙强奸行为不了解，不应构成共同犯罪。但在司法实践中，尽管不认为甲犯两罪，但甲为乙进一步实施犯罪创造条件，有一定责任，只定一个罪而考虑适当加重刑事责任。

王某和肖某谈恋爱不合，分手。王某苦恼，向张某求助。张某说只要发生事实不怕她不结婚。王某就依计而行。但是肖某决定分手，拼命反抗，王某将其打成重伤而实施强奸行为，怕事实暴露又把肖某杀死。张某对王某强奸罪应负教唆犯，而且其教唆的是暴力型犯罪，应当预见女方反抗，男方将其打伤乃至死亡，至少也应负偶然因果关系的责任。

一般是共同作为，也有可能是其他情况

甲乙商定去宾馆盗窃，乙是工作人员，商定乙假装不在，甲取钥匙偷窃东西。此时是作为和不作为共同结果。

一个人有能力控制另外一个人行为，却放弃这种权利，可视为不作为共犯

3、主观方面：有**共同的故意**，犯意互相沟通、彼此协调，每个人都知道自己不是孤立实

施犯罪，对犯罪后果是希望或放任危害后果的发生

某甲到银行盗窃，从银行挖了个洞钻进去，某乙是其熟人路过，为他放风，而甲不知乙在。【片面共犯】

二、不构成情况

1、两人以上共同过失，造成一个危害结果，如果构成犯罪，应当分别论处

工人某甲在装配间，打开汽油罐想往自己打火机灌一点容易挥发的汽油。工人某乙不听劝阻，打了一下打火机引起大火，造成车间和半成品烧坏。甲主观上有过失，乙预见到危害结果会发生却认为可以避免，是过于自信的过失。根据我国刑法典规定，双方没有主观上共同故意，不以共同犯罪论处，以单个人的犯罪论处。

甲乙两人相约在阳台上朝 8.5M 远处废酒瓶开枪，结果两人枪法都很差，其中一发穿过小树林打死街上行人丙，但不知道子弹是谁射出的。是否构成犯罪？疑惑

2、有人故意有人过失构成同一犯罪、造成同一后果，不构成共同犯罪，另一人是过失帮助故意犯罪人实施犯罪

某家偷窃厂房旁一立方米木料，不方便拖走，于是欺骗工厂司机乙将木料运回甲家。甲分给乙部分木料。

3、几个人同时或先后在同一场所故意犯罪，但主观故意和客观行为都是单独的，相互之间没有联系，也不符合共同犯罪的构成要件

某火车站露天货场上卸下大批食品，负责值班的人员不负责人没人看管现场。首先走过甲搬走一大箱罐头，后来越来越多人相继哄抢物资。【同时犯】

4、两个人实施内容不重合的犯罪

甲乙共同租船偷运，甲偷运的是毒品，乙偷运的是淫秽物品。

5、窝藏包庇犯罪分子

6、超出共同故意之外的犯罪

甲乙两人到商店盗窃，走出商店。走出商店不远，其中的乙对甲说你先回去、他要回去看一下，乙是想回去销毁盗窃痕迹，把商店烧毁。乙的行为超出共同故意，甲只对盗窃承担刑事责任。

7、两人先后实施相关行为，但彼此间主观上无联系

甲先去工厂偷了一电脑，不知甲活动的乙一小时后偷了一电视。

第二节 形式和种类

一、共同犯罪的形式

1、任意共同犯罪和必要共同犯罪

①任意共犯：一个人能够单独实施的犯罪而实际上由许多人实施，刑法上规定大多数犯

罪都是这种，比如杀人放火投毒等

②必要共犯：形式上指的是**从犯罪性质上不可能由单人实施**，必须 2 人以上实施，比如刑法典中规定有 317 条暴动越狱罪、聚众劫狱罪

2、事先有通谋的共同犯罪和事先无通谋的共同犯罪

①事先有通谋的共同犯罪：如果是**着手实施犯罪前已经实施共同故意**，进行了周密策划

②事先无通谋的共同犯罪：犯罪时**临时产生共同故意**

甲乙去看丙，发现丙正和丁打架。于是甲乙丙三人把丁打成重伤。但这种不是事先形成的，而是临时形成的，是事先无通谋的共同犯罪。

某盗窃犯盗窃，觉得有值钱的东西，撬不开箱子，准备放弃，此时背后被人拍了一下，扭头看是其同伙，两人认识，干脆一起撬开吧，就弄开了，有元，是事先没有通谋，偶然相遇形成犯意。

3、简单共同犯罪和复杂共同犯罪

①简单共犯：没有分工，每个实施的都是实行犯

甲乙丙开车到仓库，把仓库东西搬上车上，三者都是实行犯。

②复杂共犯：相互之间有分工，有教唆犯、帮助犯、实行犯

其中一人达到既遂状态，另一人未达到，作为共同犯罪看是承担既遂还是未遂的责任？

一人既遂、全部既遂

甲乙使用暴力将少女劫持到野外实施犯罪，甲实施时遭到强烈反抗未得逞，乙继续实施犯罪实施，由于少女体力不支反抗减弱，乙得逞。【一人既遂、全部既遂】

4、一般共同犯罪和犯罪集团

①一般共犯：结伙犯罪，临时起意，**没有长期组织形式**

②犯罪集团：人数多、时间长，通常为了实施某一种或多种犯罪组织起来，组织形式相对稳定，人数至少三人以上，有明确犯罪目标，社会危害性严重；包括黑社会犯罪和恐怖主义犯罪；一经成立就不想取消，**想一直成立下去**

二、共同犯罪种类及其刑事责任

1、主犯

①起组织领导作用的首要分子

②在聚众犯罪中起组织策划指挥作用的首要分子，聚众犯罪突发性强，一类是危害国家和破坏社会秩序的聚众犯罪，刑法典 103 条分裂国家罪等等，**都处罚**；另一类是 291 条聚众扰乱公共场所秩序、聚众破坏交通秩序罪，**只处罚为首犯罪分子**，对于积极参加者不追究责任但是第二类如果只有一个为首分子，不符合共同犯罪的特征，**不按照共同犯罪处罚**；但如果为首分子不是一个，是两个以上，**按照共同犯罪原则处罚**，只是有特殊性，**都是主犯，没有从犯和胁从犯**

③其他犯罪集团和一般共同犯罪中起主要犯罪作用的犯罪分子

2、从犯：起辅助作用的，**帮助犯**；起次要作用，是**实行犯但相对于首犯和主犯作用次要**

3、胁从犯：被胁迫参与；被诱骗参与

4、教唆犯：明示或暗示他人犯罪，客观方面要有教唆他人的行为，且教唆行为和后果间有因果关系；主观方面有教唆他人实施犯罪的故意；无意中勾起他人犯罪意图是否构成

企业整改很混乱，一天工人聊天说我们工厂不景气就是有人开车来拿也没人管，有人听了真得开车盗窃。这个工人不算教唆，因为是无意勾起他人犯罪意图。

甲乙丙三人到小饭馆吃饭，坐下后点完菜才发现三人总共有 15 元。坐在小青年旁的中年人说农贸市场人的钱包都是鼓鼓的。三人就去了，一人抢了 100 元，一人偷了 1000 元，一人骗了 100 元。【默示教唆】

5、刑法规定的刑事责任处罚有 3 种情况：

①被教唆人犯了被教唆的罪，对教唆犯应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚

②教唆不满 18 岁的人犯罪，应当从重处罚

③如果被教唆者没有犯被教唆罪，教唆犯可从轻、减轻处罚，教唆未遂

第九讲 刑法的体系和种类

五种主刑、三种附加刑，主刑只有一个，附加刑可单独适用

第一节、主刑

一、管制

- 1、定义：指对犯罪分子**不实行关押，但限制一定自由**，由公安机关依靠群众**监督执行**的一种刑罚
- 2、背景：1979 年刑法典起草过程中，要不要保留管制型有激烈争论，立法时有人回顾建国以来将近 30 年历史，管制刑在第一次镇反运动为了贯彻慎杀、少杀、区别对待的刑事政策，文革后形成了管制无期的混乱局面，有的管制刑是由公安机关决定的，管制范围扩大了，想管制谁就管制谁，有很多不白之冤，建议取消管制刑，用别的进行代替，经过讨论和广泛征求意见，最终确定管制刑是我国刑法体系中的一个创造，外国没有；长期来，虽有缺陷，但实践中也有一定好处，如运用得当可以减少监狱中的烦人数量
- 3、注意：①刑法分则中的哪些罪名可以适用管制刑，必须**有刑法典明确规定**
 - ②管制由**人民法院判决、公安机关执行**，其他任何机关团体和个人都无权决定管制；针对文革中有的并非司法机关、公安机关，单位随便管制的情况特此规定
 - ③管制期限：对管制的期限必须加以明确规定，取消过去管制刑可以任意延长的办法，**3 个月以上 2 年以下，数罪并罚不能超过 3 年**；从判决执行之日起算；先行羁押一日折抵刑期两日，因为只是限制自由而非剥夺自由
 - ④管制对象：考虑到我国情况变化，管制刑适用对象主要是**罪行较轻的刑事犯罪分子，和在危害国家安全罪中需要判处管制的人**
 - ⑤管制内容：过去的管制刑一旦被判处管制，同时就剥夺了政治权利，现在判处管制并不一定同时意味着剥夺政治权利，**大多数情况下，都不会被剥夺政治权利**，只有**危害国家安全罪中的一些罪名才被剥夺政治权利**，期限和管制期限相等
 - ⑥管制刑和拘役刑相比，管制重还是拘役重？从刑罚排列顺序可以看出，立法机关原意

认为管制刑是最轻的。刑期上比较可能会得出管制（3 月以上 2 年以下）比拘役（15 天-6 月，97 年 1 个月-6 个月）重，但是**管制不剥夺自由，拘役剥夺自由**。比较时关键是看是否剥夺了自由，管制中行动仅仅受到限制、一般不剥夺政治权利，所以管制轻于拘役

二、拘役

- 1、定义：指剥夺犯罪分子较**短时间**的人身自由，并强制进行劳动改造的刑罚。
- 2、79 年主张废除理由：①和徒刑一样剥夺自由，只是刑期长短区别，不如降低起算点；②名称不通俗；③拘役主要适用于比较轻微的刑事犯罪，一般来说批评即可，容易扩大打击面；④对于犯拘役的就要放在监狱里，不符合少捕少杀的政策；5）即便只有 15 天拘役，也算是有前科的人
- 3、79 年主张保持理由：①已经成为习惯；②有期徒刑犯得比较重；③有些犯罪有期徒刑太重，而放回去又会造成很大的影响，设立拘役可以消气（戳中萌点.....）；④有些拘役的需要升格为有期徒刑，加重了责任；⑤是否有前科可以通过立法来解决，我国无前科规定，但有累犯规定，而且必须是前后两个罪都是有期徒刑以上刑罚的才适用
- 4、期限：79 年规定 15 日以上、6 个月以下，现行规定 **1 个月以上、6 个月以下；数罪并罚最高不超过 1 年**
- 5、执行：公安机关**就近执行**；所谓就近要考虑城市农村交通便利情况，被判处拘役的人，在期间还可以回家 1-2 天，关的很远法律的规定就不好执行；不能放在监狱或劳改场所进行，而有专门的拘役所；如果条件不具备，不能关在专门拘役所，要在公安局的看守所中，单独留出几间房子专门关押拘役犯，以和未决犯区别，没必要担心逃跑，逃跑则是脱逃罪

三、有期徒刑

- 1、定义：一定期限内剥夺犯罪分子的自由，使犯罪分子和罪犯与社会隔离，在劳改机关的监管下进行劳改的一种刑罚
- 2、优点：量刑幅度大，可根据案件具体情况灵活运用
- 3、缺点：被认为是最失败的刑种，因为累犯率逐年上升，是有期徒刑弊端带来的
- 4、关押场所：①主要是**监狱**，监狱里主要是判处死刑缓期执行或者被判处无期徒刑的刑事犯罪分子；**危害国家安全的**，以及**外国人犯罪的**，即便刑期短也要关在监狱；②**劳改农场**，原则上是关押罪行较轻的，被判处有期徒刑的刑事犯罪分子，**开放性比较好**；③**少年犯管教所**，主要针对不满 18 岁的未成年人，着重进行政治、法制教育
- 5、期限：**6 月以上 15 年以下，数罪并罚不能超过 20 年**
- 6、裁量幅度：有的罪明确规定判处 1、2、3 年以下有期徒刑，总体可以划分为 1、2、3、5、7、10、15

四、无期徒刑

- 1、概念：**剥夺犯罪分子终身自由的刑法，仅次于死刑的最严厉的刑法**
- 2、我国：判刑时觉得有期徒刑太轻、镇不住犯罪分子，判无期，根据我国司法实践，被判处无期者在执行两年之后就可以获得减刑，大多数人在执行两年或者更长一段时间后就可以减为有期徒刑，并非一辈子在监狱中。被判处无期徒刑者可以获得减刑、假释甚至特赦。在分析无期徒刑时要注意，看我国刑法分则的有关规定，凡是规定有死刑条款的，一律把无期规定入内，作为选择的法定刑

五、死刑

孕妇不适用，不管是被关押前怀孕还是之后怀孕

原则上 75 岁以上不适用，但有特别规定即用异常残酷的手段致人死亡

如果不需要立即执行的可判处死刑，缓期两年执行；这不是独立刑种，这只是执行死刑的方法

刑法 50 条规定若缓期两年执行，期间没重大犯罪，期满可减为无期徒刑；若有重大立功表现可减为 25 年有期徒刑

P150，

50 条第 2 款，实际执行刑期不得少于 25 年；减为 25 年实际刑期不能少于 20 年

- 1、世界：虽然历史很长，但是近 200 年以来，关于在刑法中是保留还是废除，争论非常激烈，目前两派都各执己见、难分高低。不可忽视的是，特别在最近几年，废除死刑的浪潮一浪高过一浪，反应了当前刑法废除死刑方面的一个趋势。根据不完全统计，废除死刑的标准不准确，有一统计数字，截止目前世界有 128 国已经废除了死刑，若能够成立，几千年以来，废除死刑的国家超过了保留死刑的国家，这能否反应死刑真实状况？

人口众多、地域辽阔的国家都保留了死刑。

主要是和一国的政治、经济文化发展水平相适应。土耳其号称横跨 3 洲，宣称自己是欧洲国家而非亚洲国家，作为大西洋公约的重要国家被西方国家接受，冷战后想加入欧盟，不愿意接纳，先后都成为欧盟成员国，土耳其未被接纳，经济发展水平低。

①完全废除死刑的国家。指的通过宪法和法律明确宣告废除死刑，或者在刑法规范中没有规定死刑这个刑种，这样的国家大概有 80 个。如欧洲大陆国家，法国、德国。

②对于普通刑事犯罪，废除死刑；对叛国罪、军事罪、海盗罪保留死刑。如以色列、亚美尼亚。12 个

③事实上废除死刑的国家，法律上有死刑刑种，但是至少连续 10 年没有盘查过 1 例死刑或者判处死刑了没有执行。35 个左右。阿尔及利亚、加纳、摩洛哥。印度已经连续 9 年没有判处死刑，某年突然判处了 1 个强奸犯绞刑。俄罗斯，刑法典中保留了死刑，99 年宪法法院宣布暂停执行死刑，实际上已经已经连续 10 年没有死刑了，刚执政时可能想要加入欧盟，政治上认识到不抱希望了，法律上是否要继续停止执行死刑呢？还没有相关法案例做出解释。

合计以上 128 个。

尽管有的国家宣称从法律上废除了死刑，实际仍然在执行死刑，如尼加拉瓜、巴西，20C80-90S 不经正当法律程序就直接死刑。

- 2、争议：

①死刑是否人道：主张废除者认为任何人都有生存权，即便是国家也无权剥夺任何人的生命，否则就是对生命价值的漠视。保留者认为谋杀犯不判处死刑，意味着受害者的生

命还不如犯罪分子的生命重要，贬低了受害者生命的价值，保留死刑是人道的。

②从预防犯罪的角度来看，死刑有没有保留的必要：主张废除死刑的人认为，死刑是多余的，任何犯罪分子，包括死刑犯，都是可以获得改造、悔过自新的，即便你假定这个人顽固不化、花岗岩脑袋不能改造，也没有必要判处死刑，可以终身监禁；主张保留者认为世界大多数国家累犯率达到 50%以上，说明有期徒刑是最失败的刑种；主张废除者认为：死刑有很大的威慑效果，判处死刑后重大犯罪率会降低，但死刑不一定能够遏制重大犯罪的发生，有的国家废除死刑后犯罪率没有上升，司法机关每判处 100 个死刑才能防止 1 个杀人犯出现；主张保留者认为，从实证角度分析，得出完全相反的结论，每执行 1 个死刑可以遏制 156 起谋杀案。老师说.....实证调查是不可靠的，因为调查前就已经有结论了.....

③死刑是否公正：主张废除死刑的人认为，死刑有缺陷，即不可分割性。杀 1 个判处死刑，100 个还是判处死刑。主张保留者认为，对于严重的刑事犯罪判处死刑是必要的，体现重罪重判的罪刑相适应原则。如果不可分割性能够成立，也不仅仅是死刑有的缺陷，无期徒刑也有不可分割性，为何不废除无期呢？

④死刑是不是误判难究：主张废除者认为一旦造成误判，生命的损失不能挽回，司法实践的经验已经有力证明，即便采取了最谨慎的态度、严格的程序，还是不能避免误判。美国从一审法院判处死刑到最高法维持死刑判决，可能长达 20 年，程序很严格，但是数字表明，从 1970-2001 年，有 99 个人被误判。保留者认为确实存在误判难究，割脑袋不像割韭菜.....死刑的缺陷不是只有死刑固有的，是司法制度的产物，如果通过严格司法程序谨慎对待死刑判决，这种缺陷是可以避免的；假设 1 个人 18 岁被判处有期徒刑 20 年，20 年后刑满释放 38 岁后来发现是错案，给你平反、国家赔偿，我失去的自由 20 年，青春年华谁来赔偿？被判处无期徒刑者关了一辈子，死了后才发现是冤案，

宣告平反，谁能补偿？

⑤死刑是否经济：主张废除者认为犯罪分子是廉价劳动力可以强制劳动创造社会价值，假如判处死刑就浪费了本可以利用的廉价劳动力，判处死刑不经济。保留者认为刑种是否经济不能只看是否能够创造社会财富，还要看能否节约社会财富，但是简便易行。

3、发展趋势和争论：

①**废除死刑和反废除死刑的矛盾还在继续发展** 未废除的要求废除，已废除的要求恢复。

最近几年平均每年有 3 个国家宣告死刑，形成了高潮，但是另一方面已经废除死刑的国家，民众要求恢复死刑的呼声也比较高，如英国、法国、加拿大。公众为了恢复死刑上街游行，法国在废除死刑时民意调查表明，63%主张保留死刑，有人提出要全民公决，议会说议员可代表。如菲律宾，1987 年宣布废除，但是社会治安急剧恶化，1993 年被迫恢复了死刑。

②**有关限制和废除死刑的国际合作不断加强**：如废除死刑的国际公约，公民政治权利国家公约，美洲、欧洲人权国际公约，根据联合国文件精神，如果保留死刑，只能对最严重的犯罪（谋杀罪）才能适用，同时规定，审判时怀孕者、青少年、政治犯、犯罪时满 70 岁者不能判处死刑，我国基本符合，但是 70 岁者不一定。

③**死刑的判决程序，不断趋于严格；执行死刑的方法也趋于干净、利索**：严格化主要体现在以下几点：1）对于罪犯适用死刑，必须建立在事实清楚、证据确凿、排除一切异议的基础上，只要有任何一点都不能判死刑；2）任何被判处死刑者都有向国家最高法上诉申诉权利；3）即便是最高法维持死刑判决，还有一项权利，要求国家元首赦免其死刑判决。近代有绞刑、枪决，美国发明电椅、注射针剂。

④**毒品犯罪的死刑判决在增加**。过去许多国家看做是刑事犯罪，但实际上并不判处死刑，现在很多国家增加了对毒品犯罪判处死刑的数量。特别是中东地区国家，通过立法对毒

品犯罪分子判死刑，如新加坡、马来西亚法定最高都是死刑。2005 年新加坡判一澳大利亚毒贩，政府提出交涉要求赦免，新加坡坚持执行死刑。

4、我国

79 年规定的适用于罪大恶极的犯罪分子，用语不规范？否

97 年修改为只适用于罪行极其严重的犯罪分子，虽然这种修改看起来没有特别的意义；

联合国意义上的罪行极其严重只有谋杀罪，而我国的规定仍旧极其广泛，不只包括故意杀人罪、抢劫、故意伤害、强奸等严重暴力犯罪；罪大恶极突出了死刑适用的主观和客观要件

坚持主观和客观相一致

5、以下情况不能判处死刑立即执行

①对故意杀人罪，不仅要看行为性质和造成的死亡后果，**特别是婚姻、邻里纠纷等民事纠纷激发的故意杀人案件**，适用死刑要十分慎重、

被告人和被害人两个家庭在一个农贸市场卖猪肉，双方有竞争关系，在生活中有纠纷。为了争取顾客就相互竞价。一天矛盾激化，被告人把被害人打成轻伤，被告人就带着被打成轻伤的去检查，被害人对此纠缠不放、又大又骂，经常到被告店铺闹事。被告人忍无可忍掏出刀子捅了被害人，重伤不治死亡。【先判处死刑缓期两年，二审判处死刑立即执行，在最高院核准后认为一审判决对】

②区分直接故意杀人还是间接故意杀人，对于**间接故意杀人一般不判处死刑立即执行**

杨某驾驶一辆卡车行驶在十字路口，路上警察示意他停下检查。他不停，撞过检查点，警察骑摩托车追击，他把警车挤到路边，导致警察死亡。【判决无期徒刑】

③对具有**法定从轻处罚情节或酌定从轻处罚情节**一般也不判处死刑，对具有多种从轻、减轻、免除处罚情节，一般使用**档次较低或者最低量刑**

被告人严某和王某是对夫妻，将同村另外一位人用匕首扎伤死亡。王某曾被被害人强奸过，被害人被判处有期徒刑 10 年，出去后对他们怀恨在心就去勒索他们、还威胁要杀他们。一天被害人持棍子去被告人闹事，他们最后用刀杀死了他。【河南省中级人民法院判处故意杀人罪，严某有期徒刑 6 年，王某有期徒刑 2 年缓期 3 年】

④对**故意伤害罪一般不判处死刑，特别不判处死刑立即执行**，79 年刑法典只有一种情况下可以判处无期徒刑即故意伤害致人死亡，老师认为合理的法定刑不应超过无期徒刑，

毕竟没有剥夺他人生命的故意

⑤对经济领域犯罪不应当判处死刑，特别防止唯数额论，不能因为经济损失特别大就判处死刑

70-80 年代贪污一万判处死刑立即执行；后十万以上死刑；90 年代江西副省长胡长清四百万，后有人贪污一亿。案发后全部归还，国家没有遭受实际重大损害；对这些人双规、逮捕时导火索都很少，态度很好，交待得越来越多都退回，导致顽固到底不说没事，判 1-2 年，但是说的越多就要掉脑袋。

不是数额大不能判死刑，也不是对死刑没有影响，应起主要作用，但不是判死刑的唯一因素，要考虑案件具体情况

中石化董事长贪污两亿，北京判死刑缓刑 2 年，有重大争议，是建国以来数额最大的。通过修改刑法减少了适用死刑的罪名，在实践中把死刑限制在罪行极其严重的，对于尚未达到最严重程度者，可以判处死刑缓刑执行，为我国今后彻底废除死刑创造条件

第二节、附加刑

一、罚金刑

- 1、各国规定：①世界范围而言不是作为附加刑适用，而是作为**主刑**，有些国家罚金刑的适用比监禁刑还要规范，我国都规定了罚金刑，实际当时要不要写入刑法有很大争论
 - ②主张取消者认为，我国公务员工人农民收入少，罚金容易倾家荡产还不解决问题；社会主义国家也要和资本主义国家有所区别
 - ③主张保留者认为，对轻微犯罪，根据财产实际情况适当判处少量罚金比关入监狱好；对于谋取暴利的经济犯罪，判处罚金有很好的处罚效果，剥夺其在犯罪能力
 - ④79 年刑法典对于应当罚多少，总则分则都未规定，仅在总则中规定应当根据犯罪情节决定罚金数额，分则中也没有相应数额，导致虽然有规定实践却很少判处罚金，无可操作尺度。97 年，对于罚金的数额在刑法分则中作出了明确规定，从 50%到 5 倍以下，如果认真执行，其力度还是较大的，而执行中力度不够大
- 2、罚金刑缴纳方式：我国在法院判决指定期限内一次或者分期缴纳，期满不缴纳的强制

缴纳，97 年刑法典还修改，对于当时不能全部缴纳罚金的，人民法院在任何时候发现有可执行财产的可以随时执行，为了防止把钱藏起来的情况，在我国有必要性；法律没有规定可以延期缴纳，实践中认为如果只是暂时无法偿还应当同意适当延长

国外为了将罚金刑起到教育的作用 如判 365 元可以每天 1 元 天天提醒你到法院交钱，让你受教育，以后不敢以身试法

二、剥夺政治权利

1、内容

对于得奖的人要不要收回勋章，也是政治权利的表现，一旦犯罪也不会剥夺，刑法典没有规定，因为剥夺政治权利有期限 1 年以上 5 年以下，政治权利恢复后是否归还勋章又是问题

2、适用对象：

①危害国家安全的犯罪 **应当**剥夺政治权利 只要危害国家安全即便量刑很轻只有管制，必须剥夺

②对于判处死刑、无期徒刑的犯罪分子**应当**剥夺政治权利。

③对于故意杀人、强奸、杀人、投毒、放火、爆炸（性质严重破坏社会秩序）**可以附加**剥夺政治权利，尽管不判处死刑、无期也可以考虑是否剥夺

单独判处剥夺政治权利要慎重，时间比管制长，内容比管制严厉

3、期限：

①单独判处剥夺政治权利，期限为 **1 年以上 5 年以下**

②附加剥夺政治权利的：判处管制，附加剥夺的，和管制刑期相等，同时执行；判处拘役或有期徒刑，附加剥夺的，1 年以上 5 年以下；判处拘役被剥夺的除极个别外其他都不太可能，如危害国家安全可剥夺；判处死刑或无期徒刑的，一律附加剥夺终身，但死

刑缓期执行和无期徒刑减为有期徒刑的，**附加适用期限由终身减为 3 年以上 10 年以下**

4、刑期起算：

①单独剥夺政治权利，刑期如何起算没有明确规定，**原则是从判决确定之日起计算**；判

决决定前羁押过的需要进行折算，也未规定，按理说应当折抵

②附加剥夺政治权利：管制附加的，**刑期相等、同时起算**；拘役附加的，**从拘役执行完**

毕起开始计算，拘役时也当然被剥夺；有期徒刑附加的，执行期间当然剥夺，**刑期从执**

行完毕或者假释之日起计算，如有期徒刑 10 年附加剥夺 2 年，10 年间当然被剥夺，2

年是有期徒刑释放后再剥夺；死刑或者无期的，附加终身，不涉及刑期起算问题，但有

获得减刑机会，可以减为 3 年以上 10 年以下，如从减刑为有期徒刑 15 年，15 年执行

完毕之日起或者假释之日起计算，15 年内当然剥夺

5、注意：被判处有期徒刑的，没有被附加剥夺的，在主刑服刑期间是享有政治权利的，

但限制人身自由如何行使权力？假如被判 5 年，享有选举权和被选举权，广东某人服刑

被选为政协委员，如何解决？1962 年当时刑法典草案 27 稿规定在执行期间应当停止实

行政治权利，考察其他国家刑法规定，基本采取回避态度不写入刑法典。

三、没收财产

可以没收财产偿还债务：①被查封前所负债务；②正当债务（赌债不还）；③债权人提出

请求

四、驱逐出境

第十讲 量刑

第一节 量刑

一、量刑一般原则

- 1、法律要遵循事实清楚、证据确凿、定性准确、量刑适当的原则。
- 2、根据我国 61 条规定，量刑时应当对犯罪分子决定刑罚时，根据犯罪事实、犯罪性质、情节即社会危害程度来决定应该执行的刑期

①犯罪事实作为根据，法律为准绳，查明犯罪事实，是正确量刑的基础，但涉及上什么是犯罪事实。

犯罪构成要件当然和犯罪事实联系在一起，在客观上实施了怎样的犯罪行为，造成了什么样的后果，主观过失或故意，累犯从犯等等，都和犯罪事实联系在一起。当然要首先查明这些问题。对量刑来说除了构成要件外的事实以外，其他事实也要查明，如**杀了几个人、什么手段、时间地点、是否毁尸灭迹等**

②查明犯罪性质：过去曾说敌我矛盾，反革命罪；人民内部矛盾。严重刑事犯罪，特别是主犯、惯犯，都被视为敌我矛盾处理。人民内部就是犯罪情节较轻的、普通的。现在讲犯罪性质都不这么说了，严重的刑事犯罪还是比较轻的，要根据具体情况划分

新疆石河子兵团农场，蒋爱珍长期受到团部领导侮辱，压制打击报复，继续生存空间没有，气愤情况下打死一人，30 年前很严重，后来经报道引起社会关注、同情，没有判处死刑，出来后还经商。

③犯罪情节：**表明犯罪的各种事实情况**，同一种犯罪情节各不相同，动机上有的是贪财、报复等，手段有枪击、刀、绳子、小刀割的，后果杀了 1 个、十几个

中国学生去日本留学，女，结婚，个性强，结婚后必须回中国。日本人同意回国，回国前父母给钱让办餐馆，女找朋友帮办餐馆，隐瞒时注册时说注册资金是她的，发现自己没有钱了，执照写的是她那朋友的，实际霸占了其财产。打官司打不赢，日本丈夫气病吐血死亡，觉得应当替丈夫报仇，后找杀手，三万雇俄罗斯职业杀手，杀丁某，做决定后又后悔，跟中间人说别杀了，收的钱也不要回了，俄罗斯杀手说不行，收钱要办事，我还差一万，等于你已经杀人，别杀了，俄罗斯说不行坚持要杀人，他了解情况下觉得这个人该死，就想杀，举报了，没有制止死亡结果的发生。根据举报很快侦破，杀

手被抓。这个人主观恶性小，自首。

二、不能脱离刑法的规定，以法律为准绳。

- 1、刑罚只能适用犯罪的人，否则违反法制原则
- 2、对犯罪人只能适用刑法有关条文所规定的刑种和刑度，不能创造刑罚
- 3、要严格执行刑法及补充规定有关从重、从轻、减轻、免除的规定。从重从轻都要在法定刑规定幅度内，如故意杀人罪情节较轻，**3 年以上 10 年以下，就是法定量刑幅度，从重从轻都要在此幅度内**，以上以下都包括本数。减轻处罚，应当在**法定刑以下判处刑罚**，如是故意杀人判 3 年就判错了，要判成 2 年 11 月才是减轻。63 条规定，不具有本法减轻处罚情节的，根据案件具体情况的，判处法定最低刑还是过重的，经最高法核准，也可以在法定刑以下（过去是 59 条规定，不用报请最高法核准）。63 条限制条件很严格，报请的是涉及外交、国防的案件。

在法定刑以内酌情判适当刑期 3 年以上 10 年以下 能否划中间线 5 年来解决从轻从重？

不能，案件复杂，可能同时从轻、从重，根据基本犯罪事实，可能只判 3 年，后判 4 年，也可能是从重了，不是一定非 8 年才从重。

第二节 累犯

一、外国累犯的三次打击法

- 1、内容：①每累犯一次，自动增加 5 年有期徒刑；②上限无限制；③前后两次犯罪无时间限制
- 2、原因：①20 世纪 80 年代犯罪率急剧上升，抢劫、盗窃、绑架等增加 3 倍，造成经济损失每年每个家庭达 4000 美元；②累犯率十分高，达到 2/3 甚至 3/4
- 3、优点：四年内下降 26%；其原因是 75%的暴力犯罪是由 6%的人实施的，而这些人一般在 15-24 岁间，关起来就不会构成威胁，等关到 4、50 岁就没什么威胁了

4、缺陷：没有考虑成本问题，关押罪犯的成本过高

二、我国累犯规定

- 1、一般累犯：①前罪后罪都必须都是**故意犯罪**。累犯应当是罪孽深重、不易改造，要求前后两罪都是故意，与累犯含义联系在一起。都是过失还规定为累犯，不恰当；②前罪被判处的刑罚和后罪应当被判处的刑罚均是**有期徒刑以上**，有期徒刑+拘役不符合条件；③后罪发生在前罪刑罚执行完毕或者赦免之后**5年以内**，过去是3年以内；美国是前后10年以内；④在犯前罪和后罪时都必须**年满18岁**
- 2、特殊累犯：①前罪和后罪都是**危害国家安全罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质犯罪**，危害国家安全+普通犯罪不符合，危害国家安全罪+恐怖活动犯罪符合；2、前罪所判处刑罚和后罪应当判处的刑罚，**种类和轻重不受限制**；3、后罪与前罪**相隔的时间不受限制**。
- 3、注意：74条规定，对于累犯不适用缓刑；根据现行81条第2款规定，不得假释，实际是参考了美国刑法的

第三节 自首

一、规定

- 1、1984年时根据司法解释，条件有三：①**自动投案**；②**如实供述自己的罪行**；③接受国家裁判（实际不好操作，如果满足以上2者，审理时辩解是否是“接受国家裁判”？不能这么理解，后取消这个条件有一定意义，反对取消者认为，若某人投案自首又逃跑，是不是不愿意接受裁判的行为呢？）
- 2、现在修改为两条件：
 - ①自动投案，老师认为要当做连续的来看待，投案后逃跑不能理解为投案。如实交代后又翻供者，根据司法实践做法，口供反复可以理解，只要一审判决前都如实，就认定为

自首，可尽量鼓励犯罪分子主动投案自首；

②如实供述犯罪事实：

1) 对于一个人犯有数罪者，如实交代主要犯罪事实指**每个罪中的主要犯罪事实**，如同时犯有故意杀人罪、抢劫罪、强奸罪、盗窃罪，故意杀人罪中的**主要交代了、细节未交代**，认定故意杀人就可以认为如实供述主要事实，认为是自首，盗窃罪等如果隐瞒主要犯罪事实，那么就不能认为是自首；2) 共同犯罪中都知道为了共同目标联系为整体，主犯、从犯仅仅供述自己的犯罪事实不够，除自己的事实、还需要把所有情况交代出来，**交待同案犯的情况**，才能认定为自首；3) 对主要犯罪事实讲清，但细节有出入也应当认为是自首；4) 如实供述一定在一审宣判前，实践中审理过程中出现了犯罪分子投案自首，但陈述自己主要犯罪事实时，会反复，承认、否定，但只要在一审判决前都算自首；如果一审翻供、二审如实，还认定为自首，容易出现一审无法审理的情况，给一审造成很大困难；二审期间翻供的，能否改变对其自首的认定？由于上诉阶段，**上诉不加刑**，二审法院不能给被告加重处罚，如果**认定了自首就不能推翻**

二、特殊情况自首的认定

1、罪行尚未被司法机关发觉，仅仅因为**形迹可疑**被有关部门或司法机关盘问教育，主动交代自己罪行的，有的可以认定为自首，有的不可以认定为自首；郭爷爷认为没必要区分，因为形迹可疑不能认定其为犯罪分子

被告人刘某深夜盗窃摩托车一辆，他没有钥匙，推车在路上走，遇到巡警巡逻，上前盘查。刘某交代自己盗窃事实。【这种形迹可疑不能认定为自首，因为是被迫的，巡警可查得出】

某毒贩子晚饭后到火车站被盘查，若携带毒品，那么不能认为自首；若没携带毒品，就可以认为自首

被告人刘某和未满 14 岁少女发生性关系，由于其年龄很小就哭闹着要告诉其姐姐。犯罪嫌疑人十分害怕，说带她回家，在某个巷子里活活掐死后杀害 【(ㄟ ㄟ 爷爷你卖萌】*

2、双规制度：向纪检部门如实交代自己的罪行，而非检察部门，是否是自首。司法机关不包括党的纪律检查委员会。但是很多在检察机关交代认为是自首，纪检就不算自首，

不太合适。大致可归纳为：①**举报人举报**，被查处人的犯罪事实清楚，且有真实证据，纪检部门**出示相关证据后不得不说的**，不能认定为自首；②纪检部门虽然掌握了有关事实证据，但并未告诉被查处者，只是**进行政策教育“坦白从宽、抗拒从严”**，也主动交代自己的事实，理论有争议，实践中一般不认为是自首；③虽然有举报，但后来经过查实**没有办法证明举报内容**，此人也**被双规**，**主动交代不为人知的犯罪事实**，是自首；④虽然有举报，但被查处者在交代了被举报犯罪事实后，还**交代了纪检部门、司法机关尚未掌握的其他犯罪事实**，是自首

双规是有一定范围的，必须是党员领导干部，是共产党员为何可以双规，因为违反了党的纪律，按照党的纪律审查是可以的，相反如果是民主党派，中共中央纪检就不能对人家双规

3、所谓送子归案的问题：①儿子犯罪，儿子未主动，父母代之，根据司法解释，不是自己主动，而是在**亲友规劝下前往供述**，应当**认定为自首**；②公安机关告知父母，**父母等儿子回来后送去公安局，也是自首**；③犯罪者藏起来，近亲属知道或者了解到犯罪嫌疑人藏匿地点，**主动带公安人员去抓捕之，被抓时无反抗**，通常也认定为自首

三、关于过失犯罪中的自首

能否说实践中投案自首只适用于故意犯罪呢？不能这么理解，有时过失犯罪中也会涉及自首问题，甚至被认定为自首者都未认识到自己有投案自首的情节。

银行经理，因为失职，签合同没有注意，一个储户的钱被另一个人取走了，按说经理有过失，最后被起诉，是国有企业人员失职罪，认定过程中，储户发现自己的钱不见了报案、公安来到银行找经理、经理在谈话前不知道自己失职，谈话过程中如实相告，尽管他本人未认识到可以被认定为自首，但是法院审理中，也可以把这种情况认定为被告人具有自首情节。老师认为这种特殊自首可以认为是自首。

第四节 立功

立功表现和重大立功表现，认定刑事责任时有很大区别。

一、立功

1、在共同犯罪中，犯罪分子**交代同案犯的犯罪事实不能认为是立功**，可以认定为如实交代自己的犯罪行为，但不是立功；根据过去的司法解释，某些案件中有一些也认为是立功，特别是毒品案件中，某人的交代对案件侦破起到重要作用，被认为是立功，然而根据新司法解释，揭发同案犯情况不能再被认定为是立功了，包括毒品犯罪

2、行贿犯检举受贿犯、受贿犯检举行贿犯都不属于立功，虽然不是共同犯罪，但是是**对象犯**，互相离不开，如果行贿的人交了自己的行贿事实揭发对方不能认为是立功

3、协助抓捕同案犯，能否认定为立功？根据解释要符合两个条件：①**客观上确实有必要性**；②是有**具体的协助行为**：1) 帮助司法机关**诱捕同案犯**，约定和同案犯见面，公安抓获之认为是立功；2) **带公安机关去抓捕**，更认定为立功；3) **交代了同案犯的藏匿地点**，公安机关到了藏匿地点抓捕之，可认定为立功，但是假如**被采取了强制措施、甚至告诉了姓名地址**，但并未告诉具体藏在哪里不能认为是立功

4、犯罪嫌疑人、被告人的亲属协助抓捕其他嫌疑人，死刑犯请求其父母抓捕案件中同案犯，想要立功赎罪争取宽大处理。在他即将被执行前，其叔叔发现同案犯潜回村庄，马上协助公安将其抓获，涉及到被判处死刑者能否认定为立功？如果立功就可以从轻处罚，但由于没有直接协助抓捕，犯罪线索也非他所提供，是立功么？不是，但是从刑事政策角度考虑，在抓捕中起到了一定作用，可以从轻处罚。

5、立功的线索来源问题：刑法典没有规定，实践中出现的相关案件往往会引起争议。

两死刑犯，关在同一监狱中，其中一个罪行极其严重，和另一个产生了一定的感情，想救另外一个不一定要死的，我想救你，我还有杀人的事实没有交代，你去揭发我，就可以立功不死。后来真的这么做了，根据其所说检举揭发，这能算立功么？多数人认为是立功，尽管其线索来源并不合法，立功线索来源是否合法不是认定立功应考虑的条件，只要客观上检举揭发了，并据此破案都认为是立功。老师赞同此看法。

6、所谓立功是**被采取强制措施、抓捕后的提供线索的表现**；归案前的表现不能认定为刑法中的立功

某人抢劫杀人被通缉，跑到偏远处结婚生子，始终为抓到。逃亡期间，学校期间发生了大火，奋不顾身抢救小孩，被宣传曝光，露馅。抢救者此行为不算立功，这是被采取强制措施以前的表现。

假如考虑其犯罪以前表现，那么立功范围太广泛了。如工作人员以前干过很多好事，如文强，考虑“立功”就不能判了。

二、重大立功

1、分类：①检举揭发他人重大犯罪行为；②提供侦破其他重大案件的重要线索；③阻止他人重大犯罪活动，协助司法机关抓捕重大犯罪嫌疑人，对国家和社会有重大贡献

2、标准：

①所有被检举揭发的犯罪嫌疑人都可能是被判处无期以上刑罚的才符合“重大”；或根据案件具体情况，虽然不一定判处无期以上，在本省、自治区、直辖市、全国范围内有重要影响的也可认为是“重大”（此解释为最新，之前为5年以上）

如上海陈良宇被天津判16年，但若有人检举他，就算是有重大影响的，虽然不是无期以上，也算重大

②如果此人先投案自首，同时又具有重大立功表现，根据现行刑法典和司法解释，应当减轻处罚。如何减轻处罚？实践出现问题

如连环杀手杀十几人，杀后投案，又有重大立功表现，如何减轻？如果没有刚才这两个条件，必死；但有了，如何减轻？他应适用死刑、无期、十年以上有期，如何减轻？符合法律规定的两个条件后，严格按照法律，要在10年以下（10年都不行），但是百姓不理解，杀了十几人，仅仅因为自首和立功就差别这么多？有人建议判死刑缓刑2年或者无期，但是现行刑法未修改前，此都仅算从轻而非减轻。如一人犯有几罪，又重大立功表现，但没有自首，不符合应当减轻处罚的条款规定，所以可以从轻或者减轻，如何从轻/减轻？如一人有故意杀人罪死刑、抢劫罪无期、盗窃罪10年，同时有重大立功表现，法官量刑要体现从轻/减轻，观点一认为体现从轻/减轻应当在分别判处的情况下，一并从轻/减轻，观点二认为在定罪量刑时就考虑从轻/减轻，哪种更有道理？第二种更有道理，因为有利于被告人，分别定罪量刑时就从轻/减轻，再数罪并罚，其实际刑期会比观点1的轻；司法人员在判决时候也好判决、说明。最高法有一判例（犯罪意图时候讲到），彩虹桥倒塌案，贪污和玩忽职守罪，检举揭发从轻处罚。

第五节 数罪并罚

一、概念

1、一个人同时犯数罪，客观危害大、主观危害深。处罚原则和一人犯一罪原则必须有区别

2、“数罪”我国并未做出规定，解释也没有，造成数罪并罚实践中遇到时，无法解决。

但总体来说，解决了并罚的方法问题，即犯有数罪应按照什么规则？69 条、70 条、71 条都规定了。

3、特点：①一个人犯有数罪，适用数罪并罚的前提；②**判决宣告前犯有数罪，宣告后在刑法执行中发现漏罪，或者执行时犯新罪**，符合数罪并罚；③在分别量刑后根据刑法再数罪并罚。

二、数罪标准

1、学说：①犯意说，基于 1 个故意、1 个过失，是 1 个罪；②行为说，几个行为就是几个罪；③法益说，侵害几个法益即犯几个罪；缺点都是从刑法某一方面比如客观方面等去认定

2、我国是客观上实施了 1 个行为、主观有故意或过失，主客观相结合

3、同种数罪和不同种数罪：同种数罪 1 个人以 2 个盗窃犯意犯 2 个盗窃行为；不同种数罪的即两个犯意犯两个不同种类的犯罪

刑法第 69 条规定：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三年，拘役最高不能超过一年，有期徒刑最高不能超过二十年。

刑法第 70 条规定：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，依照本法第六十九条的规定，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。

刑法第 71 条规定：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，依照本法第六十九条的规定，决定执行的刑罚。

①70 条和 71 条无论同种与否都要处罚

②69 条：1) 判决宣告以前实行并罚数罪，要求同时或先后犯不同种数罪才实行数罪并罚；同种的只定一罪而从重处罚；2) 数罪并罚既包括同种和不同种数罪；3) 判决宣告前实行并罚的数罪，可以分情况，有的并罚、有的不并罚，如果是两个以上的有选择余地就不并罚，没有选择的余地就并罚

尽管存在以上观点，但实践中都采用第一种观点，即**宣告前一个人犯有数罪的，都指不同种数罪**

4、理由

①从建国以后的刑事立法实践看，所谓数罪，一般来说都是指的不同种数罪，如经常引用的《惩治反革命条例》15 条规定凡犯多种罪者，(不同种) 除判处死刑和无期徒刑外，应在核准最低刑以上、最高刑以下酌情判处；《惩治贪污条例》第 4 条规定犯贪污罪屡教不改的得从重或加重处罚，不数罪并罚 (同种)，犯贪污和其他罪的合并处罚

②从罪刑相适应的原则看，我国条文都有这样的字眼“**情节恶劣、特别恶劣、后果严重**”等规定相应法定刑，在同种情况下就没有必要并罚，假如两个一轻一重，就选择较重者，体现罪刑相适应

③从实践看，同种数罪都没有进行并罚，而是从重处罚。举例，过去强奸妇女多次，不会定 2 个 3 个强奸罪，只定一个，从重处罚，基于以上考虑，所谓判决宣告前犯有数罪实行并罚的，都不包括不同种数罪

5、小结：概况来说，判决宣告前实行并罚的数罪，指不同种数罪，特点是几个罪的合并，而判决宣告以后，刑法未执行完毕前，发现漏罪、新罪的，既可以是同种数罪，也可以是不同种数罪，不是几个罪的并罚，而是**几个判决的合并**，以前的判决生效后发现漏罪或者又有新罪，必须判新罪和漏罪，在两个判决基础上，和已经生效的基础上实行并罚

三、数罪并罚原则

1、并科原则：不封上限，美国使用，而我国有数罪并罚的核准上限

西班牙马德里 2004 年火车站爆炸案，导致 191 人死亡，1000 多人受伤。检察官控告 191 个故意杀人罪，1000 多个企图杀人罪。

2、吸收原则：重型吸收轻刑，有时候可以实行，比如死刑和无期徒刑和有期徒刑，但遇到两个有期徒刑就不应当用，否则等于未惩罚量刑较轻的罪

3、限制加重原则：即有数罪核准上限，大部分国家使用包括我国

4、体现：①在数罪中，若犯几个罪有期徒刑、拘役和管制的就要限制加重，管制不能超过 3 年，拘役不能超过 1 年，有期徒刑不能超过 25 年，体现了限制加重的精神；②若数罪分别被判处死刑和无期徒刑，和拘役、管制、有期徒刑，只执行死刑和无期徒刑，体现吸收原则；③数罪的附加刑仍需要执行，体现并科原则，是主刑和附加刑的并科，比如判处一个罚金刑又判处剥夺政治权利，要并科执行，但若犯两个危害国家安全罪，附加两个剥夺政治权利，要根据限制加重原则，1 年以上 5 年以下决定刑期，一般来说尽量不判两个以上罚金或两个以上剥夺政治权利

根据 69 条规定，比如抢劫 10 年，盗窃 5 年，总和时期 15 年，数刑中最高刑以上即 10 年，故应当在 10-15 年之间

5、注意：

69 条：①不能简单相加；②不能再数刑中最高刑期以下决定应当执行的刑期，被告人有立功表现应从轻或减轻处罚，立功的减轻处罚或从轻处罚要在数罪分别定罪量刑时体现出来；③不能把同种数刑合并以后升格，比如一人犯两罪判处两个拘役，然后升格为有期徒刑，这是错误的，若分别判处不同种罪，如何计算

三种意见：1) 将不同种刑法折算为同一种刑法，一人犯诈骗罪，被判有期徒刑 4 年，犯有虐待罪，被判管制 2 年，要先把管制这算为有期徒刑（管制 2 日=有期徒刑 1 日），再并罚；2) 重刑吸收轻刑，有期徒刑吸收管制；3) 管制拘役执行完毕后执行有期徒刑，

若再犯新罪被判有期徒刑而管制未执行完毕，则先执行有期徒刑再执行未完的管制

70 条：先并后减，特点：1) 对新发现的罪作出判决；2) 两种判决数罪并罚决定；3)

计算刑期时要把已执行的从新的判决中扣除

被告人王某犯两罪，一罪有期徒刑 7 年，一罪有期徒刑 5 年，判决 11 年发出后又犯罪被判 4 年，应当根据 11 年和 4 年合并。

71 条：先减后并，把前罪没执行的刑罚和新罪的刑罚决定刑罚，已执行的不计算在新判

决以内，实际上被关的时间可能超过上限 20 年

某甲犯抢劫罪被判有期徒刑 15 年，已经执行 10 年，又在监狱里犯故意伤害罪，判有期徒刑 10 年，则总和刑期 15 年，数刑最高 10 年，判处 12 年，则总共被关 22 年。

6、不实行数罪并罚：

连续犯，出于同一犯罪故意，连续实施同一性质犯罪行为，触犯同一罪名，

方法牵连犯：为诈骗伪造公文印章，两个行为，实际上的数罪

结果牵连犯：盗窃枪支并藏起来，盗窃枪支弹药、私藏枪支弹药，实际上的数罪

转化犯