考点22 金融诈骗罪

上节课重点知识回顾：信用卡诈骗罪的四种方式，区分信用卡与网络账户

二、票据诈骗罪（汇票、本票、支票）

第194条第1款

|  |  |
| --- | --- |
| 票据 | 汇票、本票、支票 |
| 票据欺骗手段 | 使用假票、废票：明知是伪造、变造、作废的汇票、本票、支票而使用 |
| 冒用：冒用他人的汇票、本票、支票 |
| 签发无法承兑票据 |
| 如实施了诈骗，但非利用票据欺骗手段，也不构成本罪 |
| 着手实行行为 | 利用虚假票据来骗人（如支付、承兑、交付等）；而不是对票据实施虚假行为 |
| 对象 | 他人占有的财物 |
| 主观 | 非法占有目的 |
| ═════ 考点归纳 ═════利用票据[汇票、本票、支票]欺骗手段（假票、废票；冒用、无法承兑），来骗人（实行）以骗财 |

三、金融凭证诈骗罪（存折、存单等）：使用假证

第194条第2款

|  |  |
| --- | --- |
| 金融凭证 | 银行结算凭证（委托收款凭证、汇款凭证、银行存单） |
| 手段 | 使用假证：使用伪造、变造的…… |
| 使用真实的金融凭证进行诈骗，例如，拾捡到存折之后冒充身份取款的，不构成本罪，构成诈骗罪 |
| 法条竞合 | 以伪造的银行存单作抵押（质押），通过签订借款合同骗取银行贷款的。系金融凭证诈骗罪与贷款诈骗罪的交叉竞合（法条竞合），应按重法优于轻法原因，择一重罪处断 |
| ═════ 考点归纳 ═════使用假存折、假存单骗财，构成金融凭证诈骗罪；使用真存折、真存单骗财，构成普通诈骗罪 |

**注意：必须是使用假的才构成此罪，与信用卡诈骗罪区分。**

四、伪造、变造金融票证罪

第177条

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 伪造、变造金融票证罪 | 伪造变造 | 汇票、本罪、支票 | 票据诈骗罪 |
| 委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等其他银行结算凭证 | 金融凭证诈骗罪 |
| 信用证或者附随的单据、文件 | 信用证诈骗罪 |
| 信用卡（伪造） | 信用卡诈骗罪 |

五、非法吸收公众存款罪；集资诈骗罪

第176条

第192条

|  |
| --- |
| 非法集资行为：未经许可、公开宣传、承诺返本付息、社会公众 |
| 无非法占有目的：非法吸收公众存款罪 |
| 有非法占有目的：集资诈骗罪 | 犯罪数额：以具有非法占有目的的部分款项认定 |
| ═════ 考点归纳 ═════（1）符合四个条件[未经许可、公开宣传、承诺返本付息、社会公众]，是非法集资；（2）没有非法占有目的，定非法吸收公众存款；（3）对具有非法占有目的（8种推定）的部分，成立集资诈骗 |

六、骗取贷款罪（修正）（高利转贷罪）；贷款诈骗罪

第175条之一

第175条

第193条

|  |
| --- |
| 骗取贷款行为：贷款时弄虚作假 |
| 无非法占有目的 | 造成重大损失 | 骗取贷款罪 | 自然人、单位 |
| 骗贷时以转贷牟利为目的 | 高利转贷罪（骗取贷款罪的特别法） |
| 有非法占有目的 | 贷款诈骗罪（犯罪数额：以具有非法占有目的的部分款项认定） | 只能由自然人构成 |
| ═════ 考点归纳 ═════欺骗金融机构贷款行为：（1）没有非法占有目的，但造成重大损失，定骗取贷款罪；具有转贷牟利目的，定高利转贷罪。（2）具有非法占有目的，构成贷款诈骗罪；只能由自然人构成。 |

**注意：非法占有目的是区分的关键**

七、保险诈骗罪

第198条

|  |  |
| --- | --- |
| 主体身份 | （1）身份犯：投保人、被保险人、受益人。自然人、单位均可构成。（2）无身份者不能构成保险诈骗罪的正犯（间接正犯、直接正犯），只能构成共犯（帮助犯、教唆犯）。 |
| 着手实行 | 开始“骗人”，即申报理赔 |
| 既遂 | 获得保险赔偿（与诈骗有因果关系） |
| 罪数 | 故意造成保险事故，骗取保险金，如手段行为构成它罪，则数罪并罚 |
| 共犯 | （1）保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人明知保险诈骗，而故意提供虚假的证明文件，为他人诈骗提供条件的，以保险诈骗罪的共犯论处。（2）如不明知诈骗而明知假证，可涉嫌提供虚假证明文件罪。 |
| ═════ 考点归纳 ═════保险诈骗罪是身份犯（投保人、被保险人、受益人）；数罪并罚要注意（注意与故意杀人罪）。 |

# **考点23 危害税收征管罪**

|  |
| --- |
| 第六节 危害税收征管罪(14) |
| 第201条 | 逃税罪(7) | 10万 |
| 第202条 | 抗税罪 | 轻伤 |
| 第203条 | 逃避追缴欠税罪 |  |
| 第204条第1款 | 骗取出口退税罪 | 10万 |
| 第205条 | 虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵押税款发票罪 | 10万 |
| 第205条之一 | 虚开发票罪(8) | 50万 |
| 第206条 | 伪造、出售伪造的增值税专用发票罪 | 10万 |
| 第207条 | 非法出售增值税专用发票罪 | 10万 |
| 第208条第1款 | 非法购买增值税专用发票、购买伪造的增值税专用发票罪 | 20万 |
| 第209条第1款 | 非法制造、出售非法制造的用于骗取出口退税、抵押税款发票罪 | 10万 |
| 第2款 | 非法制造、出售非法制造的发票罪 | 50万 |
| 第3款 | 非法出售用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪 | 10万 |
| 第4款 | 非法出售发票罪 | 50万 |
| 第210条之一 | 持有伪造的发票罪(8) | 50万 |

### 一、逃税罪

第201条

1．主体身份

两种：**纳税人和扣缴义务人**。

（1）纳税人是指法律、行政法规规定的负有纳税义务的单位或者个人，扣缴义务人是指法律、行政法规规定的负有代扣代缴、代收代缴税款义务的单位或者个人。

（2）没有该两种身份的人，可构成逃税罪的共犯（教唆犯、帮助犯）。

（3）税务机关的工作人员利用职权帮助纳税人、扣缴义务人逃税的，触犯徇私舞弊不征、少征税款罪；如与纳税人、扣缴义务人相互勾结共同实施逃税行为的，还成立逃税罪的共犯，属于想象竞合犯，从一重罪论处。

2．逃税行为：三种手段行为、一种目的行为。

**逃税罪行为：违反税收法律规定，虚假申报或者不申报。**

（1）三种手段行为：虚假申报（作为）、不申报（不作为）；缴纳之后又骗回。

（2）目的行为：逃避缴纳，即不缴、少缴税款（不作为）。

3．罪过形式：故意。过失漏税，不构成逃税罪。

4．责任阻却事由。（1）纳税人有逃税行为，在公安机关立案前，经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的不予追究刑事责任；但是，五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外；（2）税务机关没有依法下达追缴通知的，不予追究刑事责任；（3）注意：扣缴义务人不适用此责任阻却事由。

5．税款、行政罚款、罚金的缴纳顺序：先追缴税款，如已经交纳行政罚款，行政罚款可抵罚金。

### 二、抗税罪（妨害公务罪的特别法）

第202条【抗税罪】 以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处拒缴税款一倍以上五倍以下罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处拒缴税款一倍以上五倍以下罚金。

### 三、骗取出口退税罪

第204条【骗取出口退税罪】 以假报出口或者其他欺骗手段，骗取国家出口退税款，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处骗取税款一倍以上五倍以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处骗取税款一倍以上五倍以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处骗取税款一倍以上五倍以下罚金或者没收财产。

【逃税罪，数罪并罚】 纳税人缴纳税款后，采取前款规定的欺骗方法，骗取所缴纳的税款的，依照本法第二百零一条的规定（逃税罪）定罪处罚；骗取税款超过所缴纳的税款部分，依照前款的规定（骗取出口退税罪）处罚。

|  |
| --- |
| 在没有任何货物出口的情况下 |
| 已缴税款 | 报称出口应退税 | 逃交税款 | 骗得税款 | 罪名 |
| 0万 | 10万 |  | 10万 | 骗取出口退税罪10万 |
| 10万 | 10万 | 10万 |  | 逃税罪10万 |
| 10万 | 25万 | 10万 | 15万 | 逃税罪10万骗取出口退税罪15万 |
|  |

1．骗取出口退税罪与逃税罪的关系。（1）行为人已经缴纳税款，但产品并未出口而虚构出口事实，骗取所缴纳的税款，在缴纳税款额度内的，应定逃税罪；（2）骗取税款超出所缴纳的税款部分，对于骗取的部分，以骗取出口退税罪论处；（3）既逃税又骗取出口退税的，数罪并罚。

2．实施骗取出口退税犯罪，同时构成购买增值税专用发票罪等其他犯罪的，依照刑法处罚较重的规定定罪处罚。

### 四、发票类犯罪

第205条第3款【虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪】 虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票，是指有为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开行为之一的。

第206条【伪造、出售伪造的增值税专用发票罪】 伪造或者出售伪造的增值税专用发票的……。

第207条【非法出售增值税专用发票罪】 非法出售增值税专用发票的……。

第208条第2款【以后一行为即目的行为定罪】 非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票又虚开或者出售的，分别依照本法第二百零五条（虚开增值税专用发票罪）、第二百零六条（伪造、出售伪造的增值税专用发票罪）、第二百零七条（出售增值税专用发票罪）的规定定罪处罚。

★1．虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税，抵扣税款发票罪。虚开行为：为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开。

具体行为形式包括：

（1）没有实际业务，开具增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的；

（2）有实际应抵扣业务，但开具超过实际应抵扣业务对应税款的增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的；

（3）对依法不能抵扣税款的业务，通过虚构交易主体开具增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的；

（4）非法篡改增值税专用发票或者用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票相关电子信息的；

（5）违反规定以其他手段虚开的。

2．目的犯；以骗抵税款为目的。

为虚增业绩、融资、贷款等不以骗抵税款为目的，没有因抵扣造成税款被骗损失的，不以本罪（虚开……罪）论处；构成其他犯罪的，依法以其他犯罪（例如非法出售增值税专用发票罪等）追究刑事责任。

3．具体危险犯：虚开行为完成，具有造成税款被骗损失的具体危险的，成立既遂。

4．罪数：以后一行为定罪。非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票又虚开或者出售的，按目的行为定罪。亦即，分别依照本法第205条（虚开增值税专用发票罪）、第206条（伪造、出售伪造的增值税专用发票罪）、第207条（出售增值税专用发票罪）的规定定罪处罚（刑法第208条第2款）。

5．增值税发票可成为盗窃罪、诈骗罪的对象。盗窃、诈骗增值税发票，构成盗窃罪、诈骗罪。

# **考点37 网络犯罪**

第287条之一

第287条之二

|  |
| --- |
| 自然人、单位均可构成 |
| 非法侵入计算机信息系统罪 | 侵入三领域 | 侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统 |
| 非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪 | 侵入其它领域 | 侵入其它计算机信息系统，或获取数据，或非法控制 |
| 提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪 | 提供程序工具 | 提供专门程序、工具，或者明知他人违法犯罪而提供（帮助行为正犯化） |
| 破坏计算机信息系统罪 | 破坏系统、数据、病毒 | 对系统功能进行删除、修改、增加、干扰，或对数据和应用程序进行删除、修改、增加 |
| 拒不履行信息网络安全管理义务罪 | 不作为犯 | 经监管部门通知采取改正措施而拒绝执行 |
| ★非法利用信息网络罪 | 设立网组、发布信息 | 设立用于违法犯罪活动（刑法分则规定的行为类型）的网站、通讯群组的；发布信息（包括提供链接、截屏、二维码、访问账号密码及其他指引访问服务） |
| ★帮助信息网络犯罪活动罪 | 提供帮助 | 为信息网络犯罪提供互联网接入等技术支持，或提供广告推广、支付结算等帮助（帮助行为正犯化） |
| 罪数：1．网络手段（侵入、获取、控制、破坏…罪）、目的行为，以目的行为论。2．想象竞合（利用、帮助…罪），择一重处。 |

《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律

若干问题的意见（二）》）（法发〔2021〕22号）

七、为他人利用信息网络实施犯罪而实施下列行为，可以认定为刑法第二百八十七条之二规定的“帮助”行为：

（一）收购、出售、出租信用卡、银行账户、非银行支付账户、具有支付结算功能的互联网账号密码、网络支付接口、网上银行数字证书的；

（二）收购、出售、出租他人手机卡、流量卡、物联网卡的。

# **考点38 妨害司法犯罪**

注意：本犯为本人犯罪、教唆他人为本人犯罪，共同犯罪人为同案犯共同犯罪而实施妨害司法行为，因欠缺期待可能而阻却责任。（存在责任阻却事由）

### 一、妨害证据类犯罪：伪证罪；妨害作证罪；帮助毁灭、伪造证据罪；虚假诉讼罪

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 罪名 | 适用类型 | 主体 | 行为方式 | 对象 |
| 伪证罪 | 刑事诉讼 | 证人，鉴定人，记录人，翻译人 | 作虚假证明、鉴定、记录、翻译 | 证明、鉴定、记录、翻译 |
| 辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪 | 刑事诉讼 | 辩护人、诉讼代理人 | （1）毁灭、伪造证据（2）帮助毁灭、伪造证据（3）威胁、引诱证人违背事实改变证言作伪证的 | 实体证据言辞证据 |
| 妨害作证罪 | 各类诉讼 | 一般主体 | 阻止证人作证，指使他人作伪证 | 言辞证据 |
| 帮助毁灭、伪造证据罪 | 各类诉讼 | 一般主体 | 帮助毁灭、伪造证据 | 实体证据 |

#### （一）伪证罪：刑事诉讼中，证人、鉴定人、记录人、翻译人

第305条【伪证罪】 在刑事诉讼中，证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节，故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译，意图陷害他人或者隐匿罪证的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。

#### （二）妨害作证罪：所有诉讼中，针对证人

第307条第1款【妨害作证罪】 以暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证或者指使他人作伪证的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。

#### （三）帮助毁灭、伪造证据罪：所有诉讼中，针对实体证据

第307条第2款【帮助毁灭、伪造证据罪】 帮助当事人毁灭、伪造证据，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役。

“帮助”行为的含义。通俗的理解，“帮助”二字可以去掉，直接将“（帮助）毁灭、伪造”当作实行行为即可。

（1）亲自单独实施（正犯）：行为人单独为当事人毁灭、伪造证据（当事人未实施）。

（2）与当事人共同实施（共同正犯）：行为人与当事人共同毁灭、伪造证据（当事人实施，但阻却责任）。

（3）帮助当事人实施（帮助行为正犯化）：行为人为当事人毁灭、伪造证据提供各种便利条件（当事人实施，但阻却责任）。

（4）教唆当事人实施（教唆行为正犯化）：行为人唆使当事人毁灭、伪造证据（当事人实施，但阻却责任）。

（5）帮助、教唆他人为当事人实施（帮助犯、教唆犯）：行为人单纯帮助、教唆他人（非当事人本人）为当事人毁灭、伪造证据的，他人成立毁灭、伪造证据罪的正犯，行为人成立该罪的共犯（帮助犯、教唆犯）。

|  |
| --- |
| 帮助毁灭、伪造证据罪中“帮助”可理解为助词 |
| 甲（非当事人）：帮助、教唆 | 乙（非当事人）：实行或帮助、教唆当事人毁灭、伪造证据 | 丙（当事人）：实施毁灭、伪造证据的行为，或未实施 |
| 帮助毁灭、伪造证据罪的帮助犯、教唆犯 | 帮助毁灭、伪造证据罪的正犯（实行，以及共犯行为正犯化） | 本犯欠缺期待阻却责任 |
| 共犯行为：帮助、教唆他人（非当事人本人）为当事人毁灭、伪造 | 实行行为：亲自单独实施，与当事人共同实施；帮助、教唆当事人实施（共犯行为正犯化） | 毁灭（包括藏匿）、伪造（包括变造） |

#### （四）虚假诉讼罪

第307条之一

|  |  |
| --- | --- |
| 手段+行为 | 以捏造的事实提起民事诉讼 |
| 结果 | 妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益 |
| 罪过 | 故意 |
| 从重情节 | 司法工作人员利用职权，与他人共同实施 |
| 罪数 | 同时触犯它罪，择一重处 |

### 二、窝藏犯人、窝赃类犯罪

#### （一）窝藏、包庇罪：针对犯人

第310条【窝藏、包庇罪】 明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物，帮助其逃匿或者作假证明包庇的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。

第362条【窝藏、包庇罪】 旅馆业、饮食服务业、文化娱乐业、出租汽车业等单位的人员，在公安机关查处卖淫、嫖娼活动时，为违法犯罪分子通风报信，情节严重的，依照本法第三百一十条的规定（窝藏、包庇罪）定罪处罚。

#### （二）掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪：针对赃物

第312条【掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪】 明知是犯罪所得及其产生的收益而予以窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

### 三、拒不执行判决、裁定罪

第313条【拒不执行判决、裁定罪】 对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

# **考点39 破坏环境资源保护犯罪**

林木犯罪：盗伐林木罪；滥伐林木罪

第345条第1、2款

1．对象：林木，指活的、成片（大面积、小面积，成规模）的树林（竹林）。

（1）活的树（竹），把活树弄死。只有把“活树”砍倒使其死亡，才能触犯本二罪。

盗伐已经枯死、病死的林木的，以及偷走已经被他人砍倒的树木，不构成盗伐林木罪，应认定为盗窃罪。砍伐树枝，不至于使树木死亡的，也不构成本二罪。

**非法实施采种、采脂、挖笋、掘根、剥树皮等行为，牟取经济利益数额较大的，以盗窃罪定罪处罚。将“活树”连根盗挖走，又卖给别人移栽别处，也只构成盗窃罪。**

（2）成片的林。偷砍他人房前屋后、自留地种植的零星树木，数量较大或多次偷砍的，应认定为盗窃罪。

（3）成片的以生产竹材为主要目的的竹林，也是本罪对象。

2．盗伐林木罪：盗伐行为；滥伐林木罪：滥伐行为。

（1）盗伐，指以非法占有为目的擅自砍伐他人林木。

（2）滥伐，指无证、违规砍伐。

3．责任要素：

（1）盗伐林木罪：要求具有非法占有目的。

（2）滥伐林木罪：要求不具有非法占有目的。

4．盗伐林木罪与盗窃罪的关系：“盗伐”内含有“盗窃”的内容。

（1）盗伐林木，达到“数量较大”（以5立方米或者幼树200株、或价值2万元为起点），构成盗伐林木罪。

（2）盗伐林木，为抗拒抓捕、窝藏赃物、隐匿罪证，当场使用暴力或以暴力相威胁的，可构成转化型抢劫。

# **考点40 毒品犯罪**

### 一、走私、贩卖、运输、制造毒品罪

第347条

概念：指自然人或者单位，故意走私、贩卖、运输、制造毒品的行为。

1．对象：毒品。指鸦片、海洛因、甲基苯丙股（冰毒）、吗啡、大麻、可卡因以及国家规定管制的其他能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品。

2．行为：走私、贩卖、运输、制造。

（1）走私毒品，是指非法运输、携带、邮寄毒品进出国（边）境。走私入境型的走私毒品罪，以毒品到达我国领土内时为既遂，否则为未遂。

（2）贩卖毒品，是指有偿转让毒品的行为，既可能是获取金钱，也可能是获取其他物质利益。并不要求一定要求营利，亦即，是“换钱”，而不是“赚钱”。

（3）运输毒品，指采用携带、邮寄、利用他人或者使用交通工具等方法在我国领域内转移毒品。

运输毒品罪，**运输行为使毒品离开原处或者转移了存放地的**，则为既遂。

（4）制造毒品，不仅包括非法用毒品原植物直接提炼和用化学方法加工、配制毒品的行为，也包括以改变毒品成分和效用为目的，用混合等物理方法加工、配制毒品的行为。

**注意：为便于隐蔽运输、销售、使用、欺骗购买者，或者为了增重，对毒品掺杂使假，添加或者去除其他非毒品物质，不属于制造毒品的行为。**

已经制造出粗制毒品或者半成品的，以制造毒品罪的既遂论处。购进制造毒品的设备和原材料，开始着手制造毒品，但尚未制造出粗制毒品或者半成品的，以制造毒品罪的未遂论处。

3．吸毒者、代购者、居间介绍者的定性

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 吸毒者 | 购买、储存过程中查获 | 非法持有毒品罪 |
|  | 在运输过程中被查获 | 运输毒品罪 |
|  | 为实施贩卖毒品等他罪而购买，或有偿转出 | 贩卖毒品罪等他罪 |
| 托购者、代购者 | 购买、储存过程中查获 | 非法持有毒品罪共犯 |
|  | 在运输过程中被查获 | 运输毒品罪共犯 |
|  | 加价或变相加价（收取费用、部分毒品作为酬劳） | 贩卖毒品罪 |
| 居间介绍者 | 受贩毒者委托，为其介绍联络购毒者 | 贩卖毒品罪共犯 |
|  | 明知购毒者以贩卖为目的购买毒品，受委托为其介绍联络贩毒者 | 贩卖毒品罪共犯 |
|  | 受以吸食为目的的购毒者委托，为其介绍联络贩毒者 | 非法持有毒品罪共犯 |
|  | 同时与贩毒者、购毒者共谋，联络促成双方交易 | 常定贩卖毒品罪共犯 |

4．走私、贩卖、运输、制造毒品，无论数量多少，都应当追究刑事责任。

5．毒品的数量：①办理毒品犯罪案件，无论毒品纯度高低，一般均应将查证属实的毒品数量认定为毒品犯罪的数量，并据此确定适用的法定刑幅度，但司法解释另有规定或者为了隐蔽运输而临时改变毒品常规形态的除外。涉案毒品纯度明显低于同类毒品的正常纯度的，量刑时可以酌情考虑。②制造毒品案件中，毒品成品、半成品的数量应当全部认定为制造毒品的数量，对于无法再加工出成品、半成品的废液、废料则不应计入制造毒品的数量。对于废液、废料的认定，可以根据其毒品成分的含量、外观形态，结合被告人对制毒过程的供述等证据进行分析判断，必要时可以听取鉴定机构的意见。

6．罪数。

（1）结合犯（加重犯）：走私、贩卖、运输、制造毒品，又以暴力拒绝检查、拘留、逮捕，构成走私、贩卖、运输、制造毒品罪一罪的加重犯。

（2）数罪并罚（不是事后不可罚）：盗窃、抢夺、抢劫毒品，后又实施其他毒品犯罪。

（3）数罪并罚：走私毒品，又走私其他物品构成犯罪的，以走私毒品罪和其所犯的其他走私罪分别定罪，依法数罪并罚。

（4）想象竞合：触犯非法利用信息网络罪，同时构成贩卖毒品罪、非法买卖制毒物品罪、传授犯罪方法罪等犯罪的，择一重处。

### 二、本节其他罪名

|  |  |
| --- | --- |
| 非法持有毒品罪 | 构罪需达到一定数量（可被其他毒品犯罪吸收） |
| 非法生产、买卖、运输制毒物品、走私制毒物品罪 | 生产、买卖、运输、走私四行为 |
| 非法种植毒品原植物罪 | 在收获前自动铲除的，可以免除处罚 |
| 引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪 | 引诱、教唆、欺骗：他人有认识能力和意志自由 |
| 强迫他人吸毒罪 | 强迫：他人无认识能力或意志自由（例如婴儿） |
| 容留他人吸毒罪 | 容留：行为人对空间有管控力 |
| 包庇毒品犯罪分子罪（包庇犯刑法第347条走私、贩卖、运输、制造毒品罪的犯罪分子，下同） | 窝藏、包庇罪的特别法 |
| 窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪 | 掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的特别法 |

### 三、毒品再犯（与累犯的关系）

第356条

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | 前罪 | 后罪 | 法律后果 |
| 毒品再犯（分则第356条） | 因走私、贩卖、运输、制造，非法持有毒品（2种罪名、5种行为）被判过刑 | 又犯毒品犯罪（本节任一罪名） | 从重处罚 |
| 无需前罪执行完毕；缓刑、假释或者暂予监外执行期间亦可 | 无间隔时间 | 先对新罪从重，再数罪并罚 |
| 一般累犯（总则第65条） | 故意、有期、已满18周岁 | 故意、有期、已满18周岁；前罪主刑执行完毕、假释期满、赦免之后5年以内 | 从重处罚 |
| 同时构成毒品再犯和累犯的被告人，同时援引再犯条款和累犯条款，但只进行一次从重处罚。 |

# **考点48 累犯**

刑罚裁量（量刑）

**基本步骤：先在法定刑幅度内确定基准刑，再寻找量刑情节，然后适用量刑情节对基准刑进行加减，最后得出宣告刑。**

1．一般累犯：（前后罪都是）故意、有期以上、都满18岁，前罪主刑执行完毕（包括假释期满）、赦免5年内。

2．假释、缓刑考验期内犯新罪，不构成累犯。假释考验期满5年内故意犯有期罪，可构成累犯；缓刑期满，不构成累犯。

**总结**

3．特殊累犯：（前后罪都是）国安、恐怖、黑社会，间隔N年都构成。

# **考点49 自首**

### 一、一般自首：**自动投案，如实供述（无论有无掌握），对供述之罪成立自首**

|  |  |
| --- | --- |
| 犯罪以后自动投案 | 如实供述自己的罪行 |
| 投案时间：被动归案之前。包括：①犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉；②虽被发觉但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施；③犯罪后逃跑，在通缉、追捕的过程中，主动投案的；④经查实犯罪嫌疑人确已准备投案，或者正在投案途中，被司法机关捕获的；⑤形迹可疑型：罪行未被有关部门、司法机关发觉，仅因形迹可疑被盘问、教育后，主动交代了犯罪事实的，应当视为自动投案；但有关部门、司法机关在其身上、随身携带的物品、驾乘的交通工具等处发现与犯罪有关的物品的，不能认定为自动投案 | 如实供述基本信息：①包括姓名、年龄、职业、住址、前科等情况。②隐瞒身份：犯罪嫌疑人供述的身份等情况与真实情况虽有差别，但不影响定罪量刑的，应认定为如实供述自己的罪行。犯罪嫌疑人自动投案后隐瞒自己的真实身份等情况，影响对其定罪量刑的，不能认定为如实供述自己的罪行 |
| 投案对象不限，但需将自己置于司法机关控制之下。犯罪嫌疑人向所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人员投案，愿意接受司法机关控制的，视为自动投案 | 如实交代自己的主要犯罪事实（包括“本人”、“主要”、“犯罪事实”三个要素）：①犯有数罪：犯罪嫌疑人仅如实供述所犯数罪中部分犯罪的，只对如实供述部分犯罪的行为，认定为自首。②同种罪行：犯罪嫌疑人多次实施同种罪行的，应当综合考虑已交代的犯罪事实与未交代的犯罪事实的危害程度，决定是否认定为如实供述主要犯罪事实。虽然投案后没有交代全部犯罪事实，但如实交代的犯罪情节重于未交代的犯罪情节，或者如实交代的犯罪数额多于未交代的犯罪数额，一般应认定为如实供述自己的主要犯罪事实。无法区分已交代的与未交代的犯罪情节的严重程度，或者已交代的犯罪数额与未交代的犯罪数额相当，一般不认定为如实供述自己的主要犯罪事实。③犯罪嫌疑人自动投案时虽然没有交代自己的主要犯罪事实，但在司法机关掌握其主要犯罪事实之前主动交代的，应认定为如实供述自己的罪行 |
| 投案方式不限。①代首、信首：犯罪嫌疑人因病、伤或者为了减轻犯罪后果，委托他人先代为投案的，或者先以信电投案的；②陪首：并非出于犯罪嫌疑人主动，而是经亲友规劝、陪同投案的；③送首：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（具有“自动”性） | 在共同犯罪案件中：①作为一般共同犯罪成员的犯罪人，还应当供述所知的同案犯。②主犯，则应当供述所知其他同案犯的共同犯罪事实。③揭发共犯人共同犯罪以外的犯罪事实的，成立立功。因行贿人在被追诉前主动交待行贿行为而破获相关受贿案件的，对行贿人不适用立功的规定，依照刑法第三百九十条第二款的规定，可以减轻或者免除处罚 |

|  |  |
| --- | --- |
| 自动性。下述情形虽不积极，但也认为具有自动性：①自“报”自弃型：犯罪后主动报案，虽未表明自己是作案人，但没有逃离现场，在司法机关询问时交代自己罪行的；②束手待擒型：明知他人报案而在现场等待，抓捕时无拒捕行为，供认犯罪事实的；③惊弓之鸟型：在司法机关未确定犯罪嫌疑人，尚在一般性排查询问时主动交代自己罪行的；④因特定违法行为被采取劳动教养（现已废止）、行政拘留、司法拘留、强制隔离戒毒等行政、司法强制措施期间，主动向执行机关交代尚未被掌握的犯罪行为的；⑤其他符合立法本意，应当视为自动投案的情形。下列情形不能视为自动投案：①绑首（“不自动”）：犯罪嫌疑人被亲友采用捆绑等手段送到司法机关，或者在亲友带领侦查人员前来抓捕时无拒捕行为，并如实供认犯罪事实的，虽然不能认定为自动投案，但可以参照法律对自首的有关规定酌情从轻处罚。②犯罪嫌疑人自动投案后又逃跑的，不认为自动投案。但逃跑后又归案的，认为是自动投案 | 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 |
| 交通肇事中的自首认定。①交通肇事后保护现场、抢救伤者，并向公安机关报告的，应认定为自动投案，构成自首；因上述行为同时系犯罪嫌疑人的法定义务，对其是否从宽、从宽幅度要适当从严掌握。②交通肇事逃逸后自动投案，如实供述自己罪行的，应认定为自首，但应依法以较重法定刑为基准，视情况决定对其是否从宽处罚以及从宽处罚的幅度 | 犯罪人自动投案如实供述自己的罪行后，被告人对行为性质的辩解不影响自首的成立 |

### 二、特别自首：**犯A罪被抓，供述尚未掌握的B罪，对B罪成立自首**

|  |
| --- |
| 主体：被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯（已被羁押者） |
| 供述内容：与司法机关掌握的或者判决确定的罪行属不同种罪行。①一般应以罪名区分。②虽然罪名不同，但如实供述的其他犯罪与司法机关已掌握的犯罪属选择性罪名的，应认定为同种罪行，不属自首。③供述罪名与已掌握的罪名，在法律、事实上密切关联，也不属自首。例如，因受贿被采取强制措施后，又交代因受贿为他人谋取利益行为，构成滥用职权罪的，对滥用职权罪不认为是自首。④如果如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关已掌握或者判决确定的罪行属同种罪行的（坦白），可以酌情从轻处罚；如实供述的同种罪行较重的，一般应当从轻处罚 |
| 司法机关尚未掌握：①如果该罪行已被通缉，一般应以该司法机关是否在通缉令发布范围内作出判断，不在通缉令发布范围内的，应认定为还未掌握，在通缉令发布范围内的，应视为已掌握。②如果该罪行已录入全国公安信息网络在逃人员信息数据库，应视为已掌握。③如果该罪行未被通缉、也未录入全国公安信息网络在逃人员信息数据库，应以该司法机关是否已实际掌握该罪行为标准 |
| 犯罪行为人没有自动投案，而是在办案机关调查谈话、讯问、采取调查措施或者强制措施期间交代的：①犯罪分子如实交代办案机关掌握的线索所针对的事实的，不能认定为自首。②犯罪分子如实交代办案机关未掌握的罪行，与办案机关已掌握的罪行属不同种罪行的，以自首论。③办案机关所掌握线索针对的犯罪事实不成立，在此范围外犯罪分子交代同种罪行的，成立自首 |

**注意：特别自首与一般自首的适用不同，结合例子理解。**

# **考点50 立功**

### 一、立功的表现

|  |  |
| --- | --- |
| 阻止他人犯罪活动 | 与本人犯罪（包括共同犯罪）无关 |
| 揭发他人犯罪，提供破案线索 |
| 技术革新成绩突出 |
| 抗灾排除事故表现积极 |
| 利国利民突出表现 |
| 协助抓捕犯罪人（包括同案犯） | 约至指定地点；当场指认、辨认；带抓；提供尚未掌握的联络方式、藏匿地址 |

（1）六种立功表现中，协助抓捕犯罪人这一种，可以是协助抓捕同案犯；其它五种，揭发他人犯罪、提供破案线索、阻止他人犯罪活动、利国利民突出表现这五种，须与本人及本人参与的共同犯罪无关联。

（2）“协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人”：①按照司法机关的安排，以打电话、发信息等方式将其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）约至指定地点的；②按照司法机关的安排，当场指认、辨认其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）的；③带领侦查人员抓获其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）的；④提供司法机关尚未掌握的其他案件犯罪嫌疑人的联络方式、藏匿地址的，等等。但是，犯罪分子提供同案犯姓名、住址、体貌特征等基本情况，或者提供犯罪前、犯罪中掌握、使用的同案犯联络方式、藏匿地址，司法机关据此抓捕同案犯的，不能认定为协助司法机关抓捕同案犯。这也就是说，只有提供犯罪后掌握的、不属基本信息的同案犯联络方式、藏匿地址，才可构成立功。

（3）据以立功的他人罪行材料应当指明具体犯罪事实；据以立功的线索或者协助行为对于侦破案件或者抓捕犯罪嫌疑人要有实际作用。犯罪分子揭发他人犯罪行为时没有指明具体犯罪事实的；揭发的犯罪事实与查实的犯罪事实不具有关联性的；提供的线索或者协助行为对于其他案件的侦破或者其他犯罪嫌疑人的抓捕不具有实际作用的，不能认定为立功表现。

### 二、立功与自首、坦白的区分

（1）对本人及本人参与的共同犯罪以外的犯罪事实揭发属于立功。

（2）交代同案犯（共同犯罪事实、基本信息）属自首、坦白，这里的“同案犯”，指共同实施不法行为的人。

### **三、不能认定为立功的情形**

|  |  |
| --- | --- |
| 非法手段获取 | 犯罪分子通过贿买、暴力、胁迫等非法手段；或者被羁押后与律师、亲友会见过程中违反监管规定，获取他人犯罪线索并检举揭发的 |
| 原查办犯罪获取 | 犯罪分子将本人以往查办犯罪职务活动中掌握的，或者从负有查办犯罪、监管职责的国家工作人员处获取的他人犯罪线索予以检举揭发的 |
| 亲友代为立功 | 犯罪分子亲友为使犯罪分子“代为立功”，向司法机关提供他人犯罪线索、协助抓捕犯罪嫌疑人的，不能认定为犯罪分子有立功表现 |

### 四、重大立功

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

# **考点51 数罪并罚**

### 一、判决宣告前一人犯数罪的并罚（简单并罚，数刑并罚的中“并”的规则）

|  |  |
| --- | --- |
| 主刑 | 附加刑 |
| 刑种 | 单罚 | 并罚 | 规则 | 同种 | 异种 |
| 死刑 | 死刑 | 死刑（吸收死刑及以下） | 吸收 | 合并执行（并加，吸收） | 分别执行（并加） |
| 无期徒刑 | 无期徒刑 | 无期徒刑（吸收无期及以下） |
| 有期徒刑 | 15年 | 总和不满35年：20年 | 有期吸收拘役 | 限制加重 |
| 总和35年以上：25年 |
| 拘役 | 1个月-6个月 | 1年 |
| 管制 | 3个月-2年 | 3年 |
| ★有期+拘役=有期（吸收）；有期+管制（并科），拘役+管制（并科） |

### **二、漏罪并罚与新罪并罚（以有期徒刑为例）：先写公式，然后计算科刑期间**

|  |
| --- |
| 1．简单并罚：A1并A2=A2～（A1+A2）（第69条）2．发现漏罪（先并后减）：A并L-n（第70条）3．犯有新罪（先减后并）：（A-n）并X（第71条）4．多罪并罚（1）多个漏罪：A并（L1并L2）-n（2）多个新罪：（A-n）并（X1并X2）（3）既有漏罪又有新罪：（A并L-n）并X符号注释：A（已审罪）；L（漏罪）；X（新罪）；n（已执行刑）；A2>A1 |

# **考点52 缓刑、假释、减刑**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 适用条件 | 考验期 |
| 对象 | 实质条件 | 限制条件 | 期限 | 撤销 |
| 缓刑 | （1）3年以下有期徒刑；（2）拘役 | （1）犯罪情节较轻；（2）有悔罪表现；（3）没有再犯罪的危险；（4）宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响 | 不适用缓刑：（1）累犯；（2）犯罪集团的首要分子 | （1）有期：1-5年；（2）拘役：2月-1年 | （1）考验期内发现漏罪；（2）考验期内犯新罪；（3）考验期内违反法律、行政法规；（4）考验期内违反国务院有关部门关于缓刑（假释）的监督管理规定 | （5）考验期内，违反人民法院判决中的禁止令，情节严重 |
| （1）可以缓刑：一般；（2）应当缓刑：①不满18岁；②怀孕的妇女；③已满75岁 |
| 假释 | （1）有期：1/2；（2）无期：13年；（3）死缓：15年；（4）特殊情况报最高院不受年限 | 认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，没有再犯罪的危险的 | 不得假释：（1）累犯[不论刑期]；（2）因7种暴力犯、有组织暴力犯，单罪被判十年以上、无期、死缓[其它罪十年以上可假释] | （1）有期：剩余刑期；（2）无期：10年 |  |
| 减刑 | 管制、拘役、有期、无期 | （1）可以：认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现的；（2）可以：有立功表现；（3）应当：重大立功 | 实际执行不得少于：（1）有期、拘役、管制：1/2；（2）无期：13年；（3）一般死缓：15年；（4）因累犯、7种暴力犯、有组织暴力犯死缓限制减刑：①减为无期的：25年；②减为25年的：20年（均不含考验期2年） |

# **考点53 追诉时效**

|  |  |
| --- | --- |
| 1．不受时效限制 | 立案（对事立案）、受理+逃避；被害人在追诉期内控告+应当立案而不予立案；1997．9．30之前，采取强制措施+逃避侦查 |
| 2．起算点 | 犯罪成立之日起算；连续犯、继续犯犯罪行为终了之日起算 |
| 时效中断 | 前罪时效内犯后罪，前罪时效从后罪成立之日重新计算 |
| 3．终止时点 | 司法机关侦破案件之日：侦破案件确定犯罪嫌疑人（对人立案） |
| 4．时限 | （1）法定最高刑“不满5年”（不包括5年）经过5年；“不满10年”（不包括10年）经过10年；“10年以上”（包括10年）15年。（2）最高刑5年（包括5年），时限10年；最高刑10年（包括10年），时限15年；最高刑15年，时限15年。最高刑无期、死刑，时限20年。 |
| 5．超时限后果 | （1）一般犯罪不再追诉。（2）最高刑无期、死刑超20年，仍想追诉报最高检核准 |

### 一、不受追诉期限的限制的情形（无论经过多少年都能追诉，不用算时效）

#### （一）不受追诉期限的限制：无论经过多长时间均可追诉

1．第一种情况两个条件：（1）司法机关立案侦查或者人民法院受理案件以后；（2）逃避侦查或者审判的。

2．第二种情况两个条件：（1）被害人在追诉期限内提出控告；（2）司法机关应当立案而不予立案的。

#### **（二）从旧兼从轻**

**在1997年刑法生效前实施犯罪行为，之后计算时效，从旧兼从轻，以1979年旧刑法规定计算。**

### 二、追诉期限的起算点

#### （一）起点1（追诉期内无新罪）：犯罪之日起算

1．一般犯罪：从犯罪之日起算。

“犯罪之日”应是犯罪成立之日，即行为符合犯罪构成之日。对不以危害结果为要件的犯罪而言，实施行为之日即是犯罪之日；对以危害结果为要件的犯罪而言，危害结果发生之日，才是犯罪之日。

2．连续犯或继续犯：犯罪行为终了之日起算。

犯罪行为有连续或者继续状态的，从犯罪行为终了之日起计算。

#### （二）起点2（追诉期内有新罪，时效中断）：从新罪之日起算

追诉时效的中断，即在追诉期限以内又犯罪的，前罪的追诉时效便中断，其追诉时效从后罪成立之日，重新起算。亦即，在A罪追诉期间内犯B罪，A罪追诉时效从B罪之日起算。

### 三、追诉期限的终点（对人立案之后，不再考虑时效）

追诉时效的终止时间，应当以司法机关立案之日为准。这里的“立案之日”，是指对人立案而不是对事立案，亦即侦破案件确定犯罪嫌疑人从而对其立案之日，自诉案件以人民法院受理案件确定被告人之日为准。

只要对人立案之时，未超时效即可。对人立案之后，就不再考虑时效问题。

### 四、追诉时效的期限

追诉时效期限以**法定最高刑**为标准，不是以实际应当判处的刑罚为标准。

（1）不满5年，经过5年。法定最高刑为5年的，经过10年。

（2）不满10年，经过10年；法定最高刑为10年的，经过15年。

（3）10年以上，经过15年；即使法定最高刑为15年，也经过15年。

（4）无期、死刑，经过20年；仍想追诉，须报请最高人民检察院核准。注意：仅有无期、死刑才可超过时效后报请最高检，其他情况不可。

### 五、超过追诉时限的法律后果

1．一般犯罪不再追诉。

2．最高刑为无期、死刑的，超过20年，仍想追诉报最高检核准。

# **考点54 刑法的适用范围**

### 一、刑法的空间效力

#### （一）对国内犯（领域内）的适用原则

1．属地管辖：对发生在我国领域内（犯罪地）的犯罪，适用我国刑法。

（1）“领域”：包括领陆、领水、领空（狭义领土），毗连区、专属经济区、大陆架（广义领土），以及管辖的其他领域。

我国毗连区、专属经济区、大陆架，以及我国管辖的其他领域，也适用我国刑法。

（2）“法律有特别规定”除外，包括：

①不适用中国刑法，享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任问题，通过外交途径解决（《刑法》第11条）；

②不适用内地刑法典及普遍效力刑法，香港、澳门与台湾地区适用其本地刑法（《宪法》第31条、特区基本法）；

③不适用刑法典，刑法典颁布后国家立法机关制定了特别刑法，适用特别刑法；

④不适用刑法典的部分条文，民族自治地方不能全部适用本法规定的，可以由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则，制定变通或者补充的规定，报请全国人民代表大会常务委员会批准施行。在当地适用变通或补充规定，而不适用刑法典相应条文（《刑法》第90条、《宪法》第116条、《立法法》第66条）。

（3）“拟制领土”（不属真正的领土但比照适用领土规则）：

在中国船舶或者航空器内犯罪的，适用中国刑法。

包括在我国登记的船舶、航空器，和悬挂了中华人民共和国国旗、国徽等表明中国标志的船舶、航空器，以及事实上属于中国国家、法人或者国民所有的船舶、航空器。钻井平台可以扩张解释到船舶中去，飞艇、热气球等属于航空器。

但是，国际列车和国际汽车，不能解释进“船舶或者航空器”。

（4）“在中国领域内犯罪”（犯罪地的确定）：行为或者结果有一项发生在中国领域内的，都适用中国刑法。行为的一部分（如预备阶段、实行阶段行为）或结果的一部分发生在我国领域内；共同犯罪中的任一共犯行为或者共同犯罪的结果有一部分发生在我国领域内，都适用中国刑法对全案进行管辖。

#### （二）对国外犯（领域外）的适用原则

2．属人管辖：对于我国公民（行为人）在我国领域外犯罪，适用我国刑法。

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 普通公民（民） | 均应适用我国刑法 | 法定最高刑3年以下有期徒刑 | “可以”不予追究 | 反义解释：也可以追究 | **注意：虽未规定“双重犯罪”要件，但仍需“犯本法规定之罪”，适用法益保护原则** |
| 国家工作人员和军人（官、军） | 无论应处何刑罚 | 均需追究 |

3．保护管辖：对于外国人在我国领域外实施的侵犯我国国家或公民权益（被害人）的重罪行为，适用我国刑法。

|  |
| --- |
| （1）侵害我国利益：所犯之罪必须侵犯了我国国家或者公民的利益；（2）3年以上（重罪）：法定最低刑为3年以上有期徒刑；（3）双重犯罪：所犯之罪按照犯罪地的法律也受处罚。所实施的行为，按犯罪地的法律不认为是犯罪的，不适用我国刑法。但如果犯罪地没有法律，当然可适用我国刑法，例如，外国人在南极杀害了中国人，也适用中国刑法。 |

4．普遍管辖：对于国际公约或者条约所规定的犯罪（国际犯罪），不管犯罪人的国籍、犯罪地、侵害对象，缔约国或参加国可行使刑事管辖权。

|  |
| --- |
| （1）对象：我国缔结和参加的国际公约规定的犯罪（危害人类社会共同利益的犯罪）。通常有海盗犯罪、毒品犯罪、劫机（劫持民用航空器罪）犯罪、恐怖主义；酷刑、反人类、战争罪、灭种罪等。（2）后果：立即逮捕；或起诉或引渡。（3）我国定罪量刑的法律根据：是国内刑法（“本法”），而非国际条约。 |

#### （三）对外国刑事判决的消极承认（管辖权冲突与保留）

|  |
| --- |
| （1）保留追诉权：仍然可以依照本法追究。亦即“消极承认”，不适用一事不再理原则。（2）从宽事由：在外国已受处罚，可以免除或者减轻处罚。 |

### 二、刑法的时间效力（溯及力：从旧兼从轻）

#### （一）从旧兼从轻的含义和适用方法

1979年刑法有效期

1997年刑法有效期

行为时法

（旧法）

审判时法

（新法）

2011年5月1日

（修八）

1980年1月1日

旧刑法典

2021年3月1日

(修十一)

1997年10月1日

新刑法典

2017年11月4日

（修十）

2015年11月1日

（修九）

2024年3月1日

(修十二)

1．“从旧兼从轻”适用于未决案（未作出生效判决的案件）。对于正在审理或者判决未生效的案件，适用“从旧兼从轻”原则。

2．“旧法”、“新法”的含义。

（1）“旧法”指行为时有效的刑法（不是专指1979年刑法），“新法”指审判时有效的刑法。

（2）数行为组成一个制度（如累犯、数罪并罚）的，以最后一次犯罪行为时有效的刑法为行为时法（“旧法”）。

（3）对跨越修订刑法施行日期的继续犯罪、连续犯罪以及其他同种数罪的，适用行为终了时、最后一次犯罪行为时的法。如果之前刑法是轻法，则可酌情从轻。

**3．“从旧兼从轻”含义：**对于一行为适用刑法时，原则上应当适用行为时有效的刑法（旧法）；但是，当适用审判时有效的刑法（新法），对被告人更有利时（轻法），应当适用审判时有效的刑法（轻法）。

4．重法、轻法的比较：（1）认为行为无罪的法是轻法，认为行为有罪的法是重法。（2）都认为行为有罪，有不同档法定刑幅度的，比较该行为对应的特定的法定刑档次；法定刑最高刑高者为重法。（3）如法定最高刑相同，则法定刑最低刑高者为重法（《最高人民法院关于适用刑法第十二条几个问题的解释》）。

5．

|  |
| --- |
| 适用“从旧兼从轻”原则的一般步骤第一步，判断案件依“旧法”（行为之时的刑法）如何定罪量刑；第二步，判断案件依“新法”（审判之时的刑法）如何定罪量刑；第三步，比较两种结果的轻重。谁轻就适用谁，结果一样适用旧法。 |

#### （二）刑法修正案的时间效力

**刑法修正案属于刑法。**原则上按前述“从旧兼从轻”的一般步骤按三步判断：先看行为时（修正前）刑法如何定罪量刑，再看审判时（修正后）刑法如何定罪量刑，最后比较轻重。

### **三、司法解释、立法解释的效力**

1．有权解释的效力，与被解释的刑法条款同步。**立法解释、司法解释不是刑法本身，而是对刑法的解释，自规定生效之日起施行，效力及被解释的刑法条款生效之时。**

2．行为时无旧解释的，直接适用新解释，可溯及既往。对于司法解释实施前发生的行为，行为时没有相关司法解释，司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件（未决案），依照新司法解释的规定办理。

**3．行为时有旧解释的，从旧兼从轻。对于新的司法解释实施前发生的行为，行为时已有相关司法解释，依照行为时的司法解释办理，但适用新的司法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的，适用新的司法解释。**

4．已决案（二审已终审、再审、一审上诉期满）不再变动。

# **考点55 刑法解释**

### 一、有权解释（立法解释、司法解释）与学理解释

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 有权解释（正式解释） | 立法解释 | 立法机关（通常是全国人大常委会） | 立法解释效力高于司法解释；同级解释效力相同 |
| 司法解释 | 司法机关（最高人民法院、最高人民检察院） |
| 学理解释（非正式解释） | 未经国家授权的机关、团体、社会组织、学术机构以及公民个人 | 没有法律效力 |

### 二、刑法解释方法（解释理由【解释依据】+解释结论大小）

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 解释理由 | 文理解释 | 根据用语含义、语法等解释 | 盗伐林木罪：长在一片土地上的许多活的树木（词典） | 文理 |
| 目的解释 | 根据条文目的解释（如罪名法益） | 侵犯“通信”自由罪：不包括公文 | 论理 |
| 逻辑解释 | ★体系解释 | 根据前后文解释：同类解释规则；但并非对相同词语作相同含义解释 | 放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法：一次大规模死伤 |
| ★当然解释 | 将“种”的解释到“属”中去（属种逻辑） | 故意杀“人”罪：男子 |
| 出罪举重以明轻（轻重逻辑） | “抢劫”近亲属：抢夺近亲属 |
| 入罪举轻以明重（轻重逻辑）；需禁止类推 | “抢夺”国有档案罪：抢劫国有档案 |
| 类推解释 | 解释结论超出用语最大文义、国民预测可能性 | 禁止不利于被告人 | 拐卖“妇女”罪：拐卖男子 |
| 允许有利于被告人 | 因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益，不是行贿（行贿罪的出罪条款）：对非国家工作人员行贿 |
| 比较解释 | 对比国外刑法解释我国刑法 | 中国刑法侵占罪：日本刑法侵占罪 |
| 历史解释 | 按法条的历史沿革解释 | 现寻衅滋事罪：旧刑法流氓罪 |
| 解释结论大小 | 平义解释 | 解释结论等于一般文义 | 盗窃“公私财物”：他人的财物 | 文理 |
| 缩小解释 | 解释结论小于一般含义 | 为境外非法提供“情报”罪：不应公开的国家事项 | 论理 |
| ★扩大解释 | 解释结论大于一般文义 | “审判的时候”怀孕的妇女：羁押 |
| 反对解释 | 根据正面表述推导反面含义 | 死缓二年期满后减：不满二年不减 |
| 补正解释 | 补正刑法表述文字的错误 | 191条中“没收”洗钱罪所得：追缴 |

#### （一）当然解释

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 种属当然逻辑 | 将“种”（下位）解释进“属”（上位）中 | 将“婴儿”解释到“人”中去，当然正确 |
| 轻重当然逻辑 | 出罪时举重以明轻 | 结论一般正确。因刑法允许有利于被告人的类推解释 |
| 入罪时举轻以明重 | 要使结论正确。一要比较轻重，二要禁止类推（案件事实符合刑法规范规定，不属类推） |

#### （二）解释结论大小：平义解释、扩大解释、缩小解释、反面解释、补正解释等

|  |
| --- |
| 特别提示：平义解释、缩小解释、扩大解释的识别方法第一步，弄清被解释字词的一般文义（日常生活含义）第二步，看被解释字词的解释结论第三步，比较解释结论与一般文义的大小 |

区分扩大解释与类推解释（注意，常考）

**区分点：解释结论是否超出的字词的最大文义。**解释结论大于一般文义，但是未超过最大文义的（在国民预测可能性范围之内），系扩大解释；解释结论超过了最大文义的（超出国民预测可能性范围），系类推解释。

务实的区分方法：待判断的事例与刑法规定的字词之间的关系。是包容关系（勉强可以包容进来）则为扩大解释；是并列关系（两概念地位平等）则为类推解释。

#### （三）刑法解释的规则需要注意：

1．在解释形式上：禁止不利于被告人的类推解释，允许有利于被告人的类推解释。允许扩大解释、缩小解释（无论解释结论是否有利于被告人）等。

2．在解释结论正确性判断上：目的解释、文理解释具有决定性。正确的解释结论既需符合法条目的（目的解释），一般也不能突破字词的最大文义（禁止不利于被告人的类推解释）。