

2008年法律硕士联考主观论述题小结(2) 法律硕士考试 PDF
转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/530/2021_2022_2008_E5_B9_B4_E6_B3_95_c80_530519.htm

一．论述犯罪未遂(15分) 根据我国《刑法》23条规定，犯罪未遂是指已经着手实行犯罪，由于行为人意志以外的原因而未得逞的所呈现的犯罪停止形态。(1分) 犯罪未遂具有如下特征。1．已经着手实行犯罪。是指行为人已经开始实施刑法分则规定的某种具体犯罪构成要件客观方面的行为。是否已经着手实行犯罪，是区分犯罪既遂和未遂的基本标志。2．如何认定“着手”，唯一正确的做法只能是根据案件的具体情况，根据不同行为在不同犯罪中的意义，严格按照刑法分则条文规定的具体犯罪构成要件客观行为及其着手的特点予以分析判断。3．对于我国刑法分则规定的单一实行行为、选择实行行为、并列实行行为和双重实行行为等四种实行行为，开始“着手实行”具有不同的含义，应当注意区别。同时，以实行行为为基础认定犯罪的着手，必须结合个案的具体特点予以具体分析，不得一概而论。(3分) 犯罪没有得逞。1．是指犯罪行为没有完全符合刑法分则规定的特定犯罪构成全部要件。2．在结果犯中，没有出现法定的危害结果被认为是犯罪没有得逞；在危险犯中，法定的危险状态没有出现也是没有得逞；在行为犯中，行为人没有完成法定的犯罪行为，则认为犯罪没有得逞。3．绝对不能够将犯罪没有得逞简单地等同于行为人没有达到犯罪目的或没有发生实际危害结果。(3分) 犯罪没有得逞是由于犯罪分子意志以外的原因。从性质上讲，是指违背犯罪分子主观愿望和意图的主客观原因；从定量的角

度分析，则必须是足以阻止其继续实施并完成犯罪的意志以外的原因。这也是犯罪未遂和犯罪中止的重要区别。根据司法实践，犯罪分子意志以外的原因主要包括三个方面的原因，即行为人以外的客观原因、行为人自身的客观原因以及行为人主观认识错误等。（3分）1．我国刑法理论一般把犯罪未遂分为实现终了的未遂和未实行终了的未遂以及能犯未遂和不能犯未遂。2．其中不能犯未遂又可分为工具不能犯未遂和对象不能犯未遂。3．一般来说，实行终了的未遂社会危害性小于未实行终了的未遂；同样，不能犯未遂的社会危害性也小于能犯未遂。4．通常，前者受到的处罚要轻于后者。（4分）对于犯罪未遂的处罚，我国采取得减主义。

法 第23条第2款规定：“对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或减轻处罚。”（1分）二．论述犯罪中止（15分）1．根据

我国 刑法 第24条规定，犯罪中止是指在犯罪过程中，行为人自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生，因而未完成犯罪的一种犯罪停止形态。2．犯罪中止包括自动放弃犯罪和自动有效地防止犯罪结果发生的犯罪中止两种。（2分）自动放弃犯罪的犯罪中止，是指行为人在犯罪预备或者犯罪实行过程中，自动放弃实施继续犯罪，因而使犯罪未完成的犯罪停止形态。其具有如下特征。（1分）必须在犯罪预备或者实行过程中放弃犯罪，这是成立犯罪中止的前提条件，这一特征表明，，在从开始实施犯罪预备行为到犯罪实行行为结束前的全部过程中，行为人都可以中止犯罪。（2分）必须是自动放弃犯罪。这是犯罪中止的实质性条件，也是犯罪中止区别于犯罪预备的基本特征。是指行为人出于自己的意志而放弃了自认为可以继续实施和完成的犯罪。首先，

必须要求行为人自认为能够进行实施犯罪与完成犯罪。其次，还必须要求确实是出于行为人本人的意志而自动放弃犯罪。（2分）必须是彻底放弃犯罪。是指行为人彻底打消了继续并完成犯罪的念头，彻底放弃实施自认为可以继续实施并完成的犯罪行为。（2分）所谓自动有效地防止犯罪结果发生的犯罪中止，是指行为人实施犯罪行为后，犯罪结果出现之前，自动采取措施有效地避免犯罪结果发生，因而使犯罪未完成的犯罪停止形态。这种形态的犯罪中止，必须发生在犯罪行为实行完毕、犯罪结果出现以前的过程中，并且具有放弃犯罪的自动性和彻底性，而且还必须具有防止犯罪结果发生的有效性。（3分）另外，在我国刑法理论中，对于放弃能够重复实施的行为，一般也认为符合犯罪中止的特征，而将其以犯罪中止论处。（1分）我国刑法对犯罪中止采取必减主义。刑法第24条规定：“对于中止犯，没有造成损害的，应当免除处罚；造成损害的，应当减轻处罚。”（1分）三．论述继续犯（15分）所谓继续犯是指犯罪行为自着手实行之时直至其构成既遂，且通常在既遂之后至犯罪行为终了的一定时间内，该犯罪行为及其所引起的不法状态同时处于持续过程中的犯罪形态。我国刑法规定的非法拘禁罪、窝藏罪、窝藏赃物罪以及遗弃罪等都是典型的继续犯。（2分）继续犯具有如下特征。继续犯必须是基于一个犯罪故意实施一个危害行为的犯罪。所谓一个危害行为，是指主观上出于一个犯罪故意，为了完成同一犯罪意图所实施的一个犯罪行为。如果行为人实施了数个危害行为，则不构成继续犯。（2分）继续犯是持续地侵犯同一或相同直接客体的犯罪。所谓持续地侵犯同一直接客体，是就特定犯罪的直接

客体为简单客体而言。所谓持续地侵犯相同直接客体，是就特定犯罪的直接客体为复杂客体而言的。若行为人持续实施的行为侵犯了作为某一犯罪必备要件之外的他种犯罪的直接客体，则不仅成立以继续犯为特征的具体犯罪，而且同时构成了另一犯罪，构成想象竞合犯。若行为人在持续犯罪的过程中，又以其他危害行为侵犯了其他的直接客体，则构成数罪，应当并罚。（3分）继续犯是犯罪行为及其引起的不法状态同时处于持续过程中的犯罪。首先，继续犯的犯罪行为必须具有持续性；其次，继续犯的犯罪行为及其所引起的不法状态必须同时处于持续状态；再次，继续犯的犯罪行为及其所引起的不法状态必须同时处于持续过程之中，即在时间上不能有间断性。（3分）继续犯必须以持续一定时间或一定时间的持续性为成立条件。继续犯的时间持续性，可分解为作为成立继续犯必要要件的时间持续性和作为继续犯经常性特征的时间持续性。二者的性质和作用，截然不同。同时，继续犯的时间持续性，又表现为基本构成时间和经常伴发其存在的从重处罚或加重过程时间的不间断性，这是继续犯的犯罪行为及其引起的不法状态同时处于持续状态的重要时间条件。（3分）以上四个方面的基本构成特征，是相互联系，彼此制约的，必须同时具备，才能构成继续犯。（1分）对于继续犯的处罚，按照刑法分则的规定予以一罪论处，而不实行数罪并罚。（1分）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com