

万国学校 考前冲刺

卷二突破100分

北京万国学校 编著

- ◆万国名师精析
- ◆考点一一列明
- ◆不求面面俱到
- ◆但求点点得分

2010

wan guo 万国法源

■ 司法考试培训教材 ■

知识产权出版社



万国学校 考前冲刺

卷二突破100分

北京万国学校 编著

撰稿人(以拼音为序):

程 捷 季 宏 刘 秀

2010

wan guo 万国法源

■司法考试培训教材■

知识产权出版社

内容提要

本书按照 2010 年新大纲的考试要求, 凭借老师自己多年的授课经验和司法考查规律, 找出 2010 年国家司法考试卷二的重点考点。并对考点精要讲解, 加注“小贴士”来要求考生把握细节, 通过“预测突破”试题来检测考生对考点的理解程度, 增加考生的得分能力。

读者对象: 所有参加司法考试的人员。

责任编辑: 彭小华

责任校对: 董志英

文字编辑: 张高平

责任出版: 卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

万国学校考前冲刺·卷二突破 100 分/北京万国学校编著. —北京: 知识产权出版社, 2010. 6

ISBN 978-7-5130-0053-6

I. ①万… II. ①北… III. ①法律工作者-资格考核-中国-自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 108565 号

万国学校考前冲刺

卷二突破 100 分

Juan' er Tupo 100 Fen

北京万国学校 编著

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

责编电话: 010-82000860-8115

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: 787mm×1092mm 1/16

版 次: 2010 年 7 月第 1 版

字 数: 304 千字

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82005070/82000893

责编邮箱: pengxiaohua@cnipr.com

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 12.25

印 次: 2010 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 25.00 元

ISBN 978-7-5130-0053-6/D·1017 (2992)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

总 序

考生在考前最需要一本让自己最短时间获得最多分数的“精华本”，2007年，万国首推《卷一突破100分》，一时洛阳纸贵，2008年和2009年的《突破100分》系列获得了广大考生的认可。为了更好地让考生在最后阶段能实现考前突破，获得最后的胜利，应考生的呼吁，2010年万国学校再次组织史上最强师资，强力打造了《突破100分》系列丛书。其要旨在于体现司法考试“重者恒重”和“新增必考”两大规律，预测2010年司考必然考查点和考查方式。不求面面俱到，但求点点得分！

该系列图书以2010年最新考试大纲的必考点为骨架，以万国名师归纳和精读为血肉，以考点预测为灵魂，分析精准，预测到位！

本书的主要特色如下：

一、网罗全部必考点，防止知识点遗漏

本丛书按照2010年新大纲的考试要求，凭借老师自己多年的授课经验和司法考查规律，找出2010年司考重要考点。考点少、精和准！对考点的精要讲解，让你省去大量时间，直击得分点！

二、考点层次分明，重点一目了然

为了方便考生，节约时间，本书对考点进行分级，★★★为最高级别，是必须进行背诵的考点，★★为次重点，需要辨析和记忆，★或者没有标记，则只要了解即可。同时，如果是2010年新增考点，也加以注明，因为概括“新增必考”的铁律，其地位不容忽视，要求考生能熟记。同时，本书要求考生不仅要知道该考点具体的内容，还要有考查方式的预测，将考生的知识储备转化为直接的“得分能力”。

三、考点精析，明辨概念，加注“小贴士”，把握细节

万国明师的考点精析，对一些近似的概念，通过比较性的表格进行辨析，也特别提供“小贴士”来简练说明，帮助考生把握每一个考点。同时，书中会有小案例举例，解析重点问题，明确疑难问题，拓展知识点等。

四、内容准确精练，预测突破加分

本丛书定位成一个“助力器”，希望考生在很短时间看完，但是，需要反复看而达到记忆的目的！在记忆之余，如果要检测自己的能力，可以做各单元所附的预测题。这样能够做到“测学相长”，有所获益！

祝所有考生在2010年的司法考试中能够实现突破，达到400分！

本书编写组

2010年6月20日

目 录

刑 法

第一章 刑法概说	(1)
第二章 犯罪构成	(3)
第三章 犯罪排除事由	(10)
第四章 犯罪未完成形态	(12)
第五章 共同犯罪	(15)
第六章 单位犯罪	(20)
第七章 罪数形态	(21)
第八章 刑罚概说	(23)
第九章 刑罚的体系	(24)
第十章 刑罚的裁量	(26)
第十一章 刑罚的执行	(31)
第十二章 危害公共安全罪	(31)
第十三章 破坏社会主义市场经济秩序罪	(34)
第十四章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	(41)
第十五章 侵犯财产罪	(49)
第十六章 妨害社会管理秩序罪	(60)
第十七章 贪污贿赂罪	(64)

刑事诉讼法

第十八章 刑事诉讼法的概念	(70)
第十九章 刑事诉讼法的基本原则	(71)
第二十章 刑事诉讼中的专门机关与诉讼参与人	(75)
第二十一章 管辖	(76)
第二十二章 回避	(79)
第二十三章 辩护与代理	(80)
第二十四章 刑事证据	(84)
第二十五章 强制措施	(86)
第二十六章 附带民事诉讼	(90)
第二十七章 办案期限	(91)

第二十八章	立案	(91)
第二十九章	侦查	(92)
第三十章	起诉	(94)
第三十一章	刑事审判概述	(96)
第三十二章	第一审程序	(97)
第三十三章	第二审程序	(101)
第三十四章	死刑复核程序	(104)
第三十五章	审判监督程序	(105)
第三十六章	执行程序	(105)
第三十七章	未成年人刑事案件诉讼程序	(107)

行政法与行政诉讼法

第三十八章	行政法概述	(109)
第三十九章	行政组织与公务员	(112)
第四十章	抽象行政行为	(117)
第四十一章	具体行政行为概述	(120)
第四十二章	行政许可	(122)
第四十三章	行政处罚	(125)
第四十四章	行政强制	(132)
第四十五章	政府信息公开	(134)
第四十六章	行政复议	(137)
第四十七章	行政诉讼概述	(151)
第四十八章	行政诉讼管辖	(153)
第四十九章	行政诉讼参加人	(157)
第五十章	行政诉讼程序	(162)
第五十一章	行政诉讼的特殊制度与规则	(165)
第五十二章	行政案件的裁判与执行	(179)
第五十三章	行政赔偿	(184)
第五十四章	司法赔偿	(188)

刑法

第一章 刑法概说

考点一：罪刑法定原则★★★

1. 含义

法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。

2. 思想基础

严格意义上的思想渊源是三权分立学说和心理强制说。现在大多数学者认为这一原则的思想基础是民主主义和尊重人权主义：民主主义要求，什么是犯罪，对犯罪如何处罚，必须由人民群众决定，具体表现为由人民群众选举产生的立法机关来决定；尊重人权主义要求，为了保障公民的自由，必须使得公民能够事先预测自己行为的性质与后果，故什么是犯罪，对犯罪如何处罚，必须在事前明文规定。

3. 基本内容

(1) 形式的侧面。

①法律主义（成文法主义）。凡是刑法，必须是立法机关制定的成文的法律，行政法规不得规定刑罚，习惯法和判例都不得作为刑法的渊源。

②禁止（重法）溯及既往。由于法不溯及既往是对国民自由的保障，因而禁止事后法仅仅禁止不利于被告人的法律溯及既往；如果新法有利于被告人，则可以溯及既往适用新法。

③禁止有罪（不利于被告人的）类推。有利于被告人的解释，是不违反现代的罪刑法定原则的。扩大解释是允许的。扩大解释是对用语通常含义的扩张，不能超出用语可能具有的含义；如果完全超出用语可能具有的含义，则是违反罪刑法定原则的类推解释。

④禁止绝对不定期刑。

(2) 实质的侧面。

①明确性：对犯罪及其法律后果的规定必须明确。明确性是相对的，能够通过解释予以明确即可。

②禁止处罚不当罚的行为：指刑法只能将具有处罚根据或者值得科处刑罚的行为规定为犯罪，从而限制立法权。对于极其罕见的行为，即使侵害法益较为严重，也没有必要规定为犯罪。

③禁止不均衡的、残虐的刑罚。

小贴士：罪刑法定原则可能会在卷四的论述题中有所涉及，所以不仅需要把握罪刑法定原则的基本原理，而且还要理解罪刑法定原则的内涵和精神，学会用罪刑法定原则分析和解决问题。

【预测突破】

关于罪刑法定原则，下列哪些说法是正确的？

- A. 罪刑法定原则禁止一切类推解释，但不禁止扩大解释
- B. 罪刑法定原则所要求的法律主义，是指规定犯罪与刑罚的法律必须是成文的法律，法官只能根据成文法律定罪量刑，而不能自己制定罚则
- C. 罪刑法定原则禁止适用不利于行为人的事后法，但不禁止适用有利于行为人的事后法
- D. 空白刑罚规范的存在，并不违反罪刑法定原则

【解析】罪刑法定原则禁止有罪类推，但允许无罪类推和扩大解释。故 A 项错误。BCD 项都是正确的。D 项中，“空白刑罚规范”即空白罪状，指没有具体说明某一犯罪的构成要件，但其指出了必须要参照的法律、法规。空白罪状具有相对的明确性，不违背罪刑法定原则。

【答案】BCD

考点二：刑法的空间效力★

表 1-1 刑法的管辖原则

名称	适用对象	提示
属地管辖原则	在中国境内犯罪的任何人 例外：①对有外交特权或外交豁免权的外国人在我国领域内犯罪的通过外交途径解决；②港、澳地区；③特别刑法的规定；④民族自治地区制定了变通或者补充规定的	①犯罪的行为或结果有一项发生在我国境内，就视为在我国境内。犯罪行为包括预备行为、实行行为、共同犯罪的部分行为。犯罪结果包括实际发生的结果、可能发生的结果（预备、未遂的场合）、共同犯罪的部分结果。②悬挂我国国旗的航空器与船舶（不包括国际列车、汽车）无论在哪里，均视为在我国境内
属人管辖原则	在中国境外犯罪的中国人	①凡是中华人民共和国国家工作人员和军人的，一律适用我国刑法；②其他普通公民，原则上都适用我国刑法，但犯轻罪的（即最高刑为三年以下有期徒刑的），可以不予追究
保护管辖原则	在中国境外侵犯我国国家或公民利益的外国人	①必须满足两个条件：一是双重犯罪原则，即依据犯罪地法律和我国法律均构成犯罪；二是行为人的行为是重罪，即法定最低刑为三年以上有期徒刑。②可以适用我国刑法

为人负有采取有效措施排除危险或防止结果发生的特定义务。这个先行行为可以是合法行为也可以是不法行为。但是正当防卫行为并不成为作为义务的来源，而其他的正当行为仍然可以引起保护义务，如紧急避险。

先行行为能否包括犯罪行为，关键在于：在刑法就某种犯罪行为规定了结果加重犯，或者因发生严重结果而成立重罪时，则先前的犯罪行为并不导致行为人具有防止严重结果发生的义务；反之则导致。

例 1：甲故意重伤乙，在乙具有死亡危险的情况下不予救助，导致乙死亡，甲仅成立故意伤害（致死）罪（结果加重犯）。

例 2：甲非法拘禁乙并对乙使用暴力，在其有死亡危险时不救助，导致乙死亡，甲的行为转化为故意杀人罪（转化犯）。

例 3：甲违法采伐珍贵树木多棵，树木倒下时压住乙，甲未救助，导致乙死亡，甲构成非法采伐国家重点保护植物罪和不作为故意杀人罪，数罪并罚。

小贴士：行为符合不作为的一般客观条件，并不直接成立犯罪，只有当某种不作为符合具体的犯罪构成才成立犯罪。不能以不作为的成立条件取代犯罪构成要件。因此，即使存在某种“不作为”，但并不符合具体犯罪的构成要件时，也不能认定为犯罪。如发现火警不报告，不能认定为放火罪。

考点二：因果关系★★★

因果关系，实质上是认定行为人对于结果是否有支配力。因果关系只是承担刑事责任的客观基础，有因果关系不一定必然构成犯罪，是否构成犯罪，还应考虑行为人主观上是否有罪过。

1. 条件说

中国刑法上的因果关系所采取的标准学界并不统一。从目前的实践和学说发展来看，基本采取的是条件说。条件说认为，没有前者行为就没有后者结果时，前者就是后者的原因。即“无 A 即无 B”，公式成立，就有因果关系。如甲、乙没有意思联络，分别向丙食物中投放了致死量 50% 的毒药，致丙死亡（重叠的因果关系）。

认定因果关系时，需要注意下列情况：

（1）作为条件的行为必须是刑法意义上的实行行为，要求有导致结果发生的危险性和一般概率，否则不能承认有因果关系。例如，甲劝说乙乘坐飞机旅游，希望乙乘坐的飞机失事而导致死亡，即使飞机真的失事，甲的劝说行为也不是乙死亡的条件。即使预备行为产生了结果，也不存在因果关系。如甲为了毒死乙，酒中投放毒药后放在家里书架上，碰巧丙到甲家中玩，自己将酒喝掉致死。甲没有故意杀人的实行行为，与丙的死亡结果之间不存在因果关系问题，故不成立故意杀人既遂，而是过失致人死亡与故意杀人预备的竞合。

（2）结果只限于现实产生的结果，而不包括可能的结果。如甲开车撞了乙，乙本来应该在 5 小时后死亡，但 2 小时后被丙开车撞死，则甲和乙的死亡结果之间不存在因果关系。

（3）不作为犯罪也存在因果关系：如果行为人履行义务，危害结果便不会发生，故不履行义务是原因。

2. 条件说的特殊问题

(1) 因果关系断绝（介入因素）。存在条件关系时，原则上具有因果关系，但是，在因果关系的发展进程中，如果由于介入的第三者的行为、被害人的行为或者某种自然事实，导致了结果发生，那么前行为与结果之间的因果关系便中断。介入因素成为原因。发生因果关系的中断，通常是因为以下三类因素的介入：第三者的行为、被害人的行为、某种自然事件。

存在介入因素的情况下，要中断前行为与结果之间的因果关系，介入因素必须符合如下两次判断：第一，介入因素必须是异常的因素，即介入因素是否依附于前行为。如果介入因素是正常的因素，那么介入因素与前行为共同导致了危害结果的发生，不发生因果关系的中断问题。正常的因素指介入因素是前行为造成的。异常的因素指介入因素不是前行为引起的，或者前行为引起介入因素的概率非常低。在判断是“正常”还是“异常”时，看事件在通常情形下发生的盖然性，发生概率低的，则认为是异常因素。例如，医生的重大过失行为、交通事故，这些行为虽然我们认为发生是很正常的，但发生的概率在日常生活中的比例还是很低的，故我们认为是异常因素。第二，介入因素必须是独立地引起危害结果的发生。如果介入因素是异常的，就要看它是否能够独立地引起危害结果的发生，即去除前面的条件来看，这个案件中是否是介入因素单独导致危害结果的出现。例如，甲以杀人故意对乙实施暴力行为，导致乙身体重伤，乙前往医院途中，被丙驾驶的汽车撞死。丙的行为是异常因素，并独立地导致了乙的死亡，故该介入因素中断了甲的行为与乙的死亡之间的因果关系。再如，A以杀人故意对B实施暴力，导致B遭受濒临死亡的重伤。B在医院接受治疗时，医生C存在轻微的过失，未能挽救B的生命。由于医生的轻微过失行为不能独立地导致B的死亡，不能中断前行为和结果之间的因果关系，因而认定A的行为与B的死亡之间具有因果关系。

(2) 假定的因果关系，是指虽然某个行为导致结果发生，但即使没有该行为，由于其他情况也会产生同样结果。例如，下午1时执行死刑，在执行入正要扳动扳机的瞬间，被害人的父亲甲推开执行人，自己扳动扳机打死了死刑犯乙。这种情况由于事实上是甲的行为导致了乙的死亡，因而应当肯定二者之间的因果关系。

(3) 二重的因果关系，也称择一的竞合，是指两个以上的行为分别都能导致结果的发生，但在行为人没有意思联络的情况下，竞合在一起导致了结果的发生。例如，甲与乙没有意思联络，都意欲杀丙，并同时向丙开枪，且均打中了丙的心脏。对于这种数个行为导致一个结果的情况，如果除去一个行为结果将发生，除去全部行为结果将不发生，则全部行为都是结果发生的原因，也就是认为甲乙都和丙的死亡有因果关系。

【预测突破】

关于刑法上的因果关系，下列哪些说法是错误的？

A. 甲向快要决堤的水库中倒了一盆水，导致水库决堤，甲的行为与水库决堤之间存在因果关系

B. 甲以杀人故意放火烧乙，乙着火后跳进湖中灭火，结果溺水而亡。甲的杀人行为与乙的死亡之间存在因果关系

C. 甲开枪向乙射击，正在电线杆上进行维修的电工丙听到枪声后受惊吓而跌落，恰好砸中逃跑的乙，致乙死亡。甲的杀人行为与乙的死亡之间存在因果关系

D. 甲欲杀乙, 结果造成乙轻伤, 乙在医院治疗过程中, 由于医生的重大过失, 导致乙死亡。甲的杀人行为和乙的死亡之间存在因果关系

【解析】A 项中, 甲的行为没有导致结果发生的危险性和一般概率, 不是刑法意义上的实行行为。B 项中, 乙跳湖是因为甲放火烧乙, 其跳湖的行为不是异常因素, 故不能中断甲的杀人行为与乙的死亡之间的因果关系。C 项中, 丙受惊吓跌落而恰好砸死乙, 该介入因素极为异常, 且独立地导致了乙的死亡, 故中断了甲的杀人行为和乙的死亡之间的因果关系。D 项中, 医生的重大过失是异常因素, 且独立地导致了乙的死亡, 故医生的行为中断了甲的杀人行为和乙的死亡之间的因果关系。

【答案】ACD

考点三：刑事责任年龄★★★

(1) 不满 14 周岁的人是无责任能力人。已满 16 周岁的人, 对所有的犯罪都需要负刑事责任。周岁的计算原则, 应当以实足年龄为准, 自过生日的第二天起才为已满 14 周岁或 16 周岁。

(2) 对于已满 14 周岁不满 16 周岁的人, 只对下列八种犯罪行为承担刑事责任: 故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投放危险物质。

小贴士: 已满 14 周岁不满 16 周岁的人, 实施《刑法》第 17 条第 2 款规定以外的行为, 既上面所讲的 8 种行为以外的行为, 同时触犯了《刑法》第 17 条第 2 款行为的, 应当依照《刑法》第 17 条第 2 款的规定定罪处罚。如拐卖妇女过程中强奸的, 构成强奸罪; 绑架撕票的, 构成故意杀人罪; 抢劫枪支、弹药、爆炸物的, 构成抢劫罪。

已满 14 周岁不满 16 周岁的人对于满足转化犯条件而成立的故意杀人罪、故意伤害致人重伤或者死亡也承担刑事责任, 如非法拘禁致人死亡, 构成故意杀人罪。但是已满 14 周岁不满 16 周岁的人, 为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力故意致使他人重伤或者死亡或者故意杀人的, 定故意伤害罪或者故意杀人罪, 不再转化成抢劫罪。如果致人轻伤以下的, 不转化成抢劫罪, 不需要负刑事责任。

(3) 已满 14 周岁不满 18 周岁的时候犯罪, 应当从轻或减轻处罚, 并且不适用死刑。

【预测突破】

已满 14 周岁不满 16 周岁的人实施下列哪些行为应当承担刑事责任?

- A. 刑讯逼供致人死亡的
- B. 绑架他人
- C. 走私毒品的
- D. 在抢夺过程中为抗拒抓捕将被害人打成轻伤

【解析】A 项是转化犯, 构成故意杀人罪, 应选。已满 14 周岁不满 16 周岁的人不需要对绑架罪和走私毒品罪承担刑事责任, 故 BC 不应选。D 项中, 由于已满 14 周岁不满 16 周岁的人不需要对抢夺行为负刑事责任, 故不转化成抢劫罪。对致人轻伤行为也不需要承担刑事责任。

【答案】A

考点四：罪过★★★

表 4-1 罪过类型

名称	认识因素	意志因素	提示
直接故意	明知自己的行为必然发生或可能发生危害社会的结果	希望这种结果发生，即积极追求结果的发生	直接故意中的“希望”是一种意志，不同于生活意义上的“希望”（一种情感）
间接故意	明知自己的行为可能发生危害社会的结果	放任这种结果发生，即听之任之、漠不关心、不计后果。结果是否发生，都符合行为人的意志	(1) “明知”只限于明知可能发生，如果明知必然发生，则是直接故意 (2) 突发性犯罪，如捅一刀就走，一般是间接故意，按实际结果定罪 (3) 间接故意没有犯罪目的，必须要发生危害结果才构成犯罪
过于自信的过失	已经预见自己的行为可能发生危害社会的结果	轻信能够避免，即在预见到结果可能发生的同时，又凭借一定的主客观条件，相信自己能够防止结果的发生，但所凭借的主客观条件并不可靠和充分	(1) 不能将合理信赖认定为轻信能够避免，例如，司机在高速公路上驾驶汽车时，因合理信赖行人不会横穿公路而正常行驶，如果行人横穿公路而被撞死，司机不承担过失犯罪的责任 (2) 不能将遵循了行为规则的行为认定为过失，如科学试验失败
疏忽大意的过失	因疏忽大意而没有预见到自己的行为可能发生危害社会的结果	应当预见到自己的行为可能发生危害社会的结果	要求行为人对危害结果的发生要有预见的可能性。如果没有预见的可能性，则是意外事件。在判断是否具有预见的可能性时，应当因人因环境而异，具体情况具体分析，要把行为人的知能水平与行为本身的危险程度以及行为时的客观环境结合起来进行考察

小贴士：间接故意与过于自信过失的区别：①认识因素的程度有些不同。间接故意是“明知”危害结果可能发生，而过于自信的过失是“预见”危害结果可能发生。②意志因素不同：间接故意是放任危害结果发生，结果的发生符合行为人的意志，而过于自信的过失是希望危害结果不发生，结果的发生违背了行为人的意志；间接故意的行为人是为了实现其他意图而实施行为，主观上根本不考虑是否可以避免危害结果的发生，客观上也没有采取避免结果发生的措施，而过于自信的过失的行为人之所以实施其行为，是因为考虑到可以避免危害结果的发生，客观上采取了避免的措施或者有自信的依据。

【预测突破】

甲、乙二人住在山区，当地野猪危害庄稼的情况严重。听说邻村使用“电猫”效果很好，就去观摩取经，并买回一台“电猫”。甲、乙二人安装好“电猫”，并在野猪可能出没的山上拉上裸电线，距地面 40 厘米。在裸线通过的路口上均设置了警告牌，并告知

通电的时间为：晚 7 点开电，早 6 点收电。村民丙某盗伐林木，于早 5 点 30 分触电死亡。甲乙两人对丙的死亡结果所持的心理态度？

- A. 间接故意
- B. 过于自信的过失
- C. 疏忽大意的过失
- D. 意外事件

【解析】甲乙设置了警告牌，并告知通电时间，说明甲乙已经预见到“电猫”可能会导致危害结果的发生，同时，甲乙的行为表明他们认为凭借采取这些措施会避免危害结果的发生，故其对危害结果的发生是一种否定的态度。但这是一种轻信，并没有足够科学和充分的根据。因此，甲乙对丙的死亡结果，应当是过于自信的过失。

【答案】B

考点五：事实认识错误★★★

事实上的认识错误分两种：具体事实认识错误和抽象认识错误。行为人认识的事实与实际发生的事实虽然不一致，但没有超出同一犯罪构成的范围，是具体事实认识错误；行为人所认识的事实与现实所发生的事实，分别属于不同的犯罪构成，是抽象事实认识错误。

1. 具体事实认识错误

对于具体的事实错误，存在具体的符合说与法定的符合说的争论。前者认为，行为人所认识的事实与实际发生的事实是具体地相一致时，才成立故意的既遂犯；后者认为，行为人所认识的事实与实际发生的事实，只要在犯罪构成范围内是一致的，就成立故意的既遂犯。通说采取法定符合说。具体事实认识错误主要包括对象错误、打击错误与因果关系的错误。

(1) 对象错误，指行为人误把甲对象当做乙对象加以侵害，而甲对象与乙对象体现相同的法益，行为人的认识内容与客观事实仍属同一犯罪构成的情况。例如，行为人本欲杀甲，黑夜里误将乙当做甲进行杀害。根据法定符合说，刑法规定故意杀人罪是为了保护人的生命，而不只是保护特定的甲或特定乙的生命。因此，只要行为人主观上想杀人，而客观上又杀了人，那么就符合故意杀人罪的构成要件，成立故意杀人罪既遂。

(2) 打击错误，指由于行为本身的误差，导致行为人所欲攻击的对象与实际受害的对象不一致，但这种不一致仍然没有超出同一犯罪构成。例如，甲举枪射击乙，但因没有瞄准而击中丙，致丙死亡。处理方式根据不同的学说有不同的标准，通说目前采取法定符合说，即在犯罪构成内主客观一致，则仍然成立既遂。有数故意的，按想象竞合犯处理。

例 1：甲以杀人故意向乙开枪射击，因行为误差同时致乙和丙死亡——两个故意，对甲和乙都是故意杀人既遂，但只有一个行为，想象竞合犯，只成立一罪。

例 2：甲以杀人故意向乙开枪射击，因为未瞄准而导致丙轻伤——两个故意，故意杀人未遂和故意伤害（轻伤）既遂竞合，从一重即故意杀人未遂。

(3) 因果关系的错误，主要有三种情况：

①狭义的因果关系错误，指结果的发生不是按照行为人对因果关系的发展所预见的

进程来实现的。狭义的因果关系错误中，行为人主观上对因果关系的认定对于定性和量刑是没有意义的。只要行为人认识到自己实施的行为会发生危害结果就够了，而不要求对因果关系发展的具体样态有明确认识。如甲欲射杀乙，乙为了避免子弹打中自己而后退，失足坠入悬崖而死亡，甲构成故意杀人既遂。

②事前的故意，指行为人误认为第一个行为已经造成结果，出于其他目的实施第二个行为，实际上是第二个行为才导致预期的结果的情况。例如，甲以杀人故意对乙实施暴力（第一行为），造成乙休克后，甲以为乙已经死亡，为了隐匿罪迹，将乙扔至水中（第二行为），实际上乙是溺死于水中。通常认为，第一行为与死亡结果之间的因果关系并未中断，即仍应肯定第一行为与结果之间的因果关系，而且现实所发生的结果与行为人意欲实现的结果完全一致，故应以故意犯罪既遂论处。

③犯罪结果的提前实现，即行为人所追求的犯罪结果提前于行为人的预想实现的情况。判断是否已经着手，已经着手的，认定为故意犯罪的既遂，如甲准备使乙服安眠药熟睡后将其绞死，但未待甲实施绞杀行为时，乙因服安眠药过量而死亡，甲构成故意杀人既遂；尚未着手的，认定为故意犯罪的预备。

2. 抽象事实认识错误

只有对象错误与打击错误两种情况：前者是指，行为人误把甲对象当做乙对象加以侵害，而甲对象和乙对象体现不同的法益，分属不同的犯罪构成；后者是指，由于行为人本身的误差，导致行为人所欲攻击的对象与实际受害的对象不一致，而且这种不一致超出了同一犯罪构成。根据法定符合说，应当在主客观相统一的范围内按照想象竞合犯的原则认定犯罪（在犯罪同质的情形下，可以在重合的限度内成立轻罪既遂）。

例1：甲欲杀乙，结果将狗看成是乙而杀死——故意杀人未遂（过失毁坏财物不构成犯罪）。

例2：甲欲杀狗，结果将乙看成是狗而杀死——过失致人死亡罪和故意毁坏财物罪未遂竞合。

例3：甲将他人占有的财物误认为是遗忘物而据为己有——侵占罪既遂（过失盗窃不构成犯罪）。

例4：甲欲盗窃一般财物，却误将枪支当做一般财物进行盗窃——枪支也具有财产的价值，盗窃枪支和盗窃一般财物具有同质性，故构成盗窃罪既遂（过失盗窃枪支不构成犯罪）。

【预测突破】

甲准备将乙的贵重物品移置院外毁坏，但刚拿起时物品从手中滑落摔坏。关于本案，下列哪些说法是正确的？

- A. 甲构成故意毁坏财物罪既遂
- B. 甲构成故意毁坏财物（未遂）罪和过失毁坏财物罪
- C. 甲只构成故意毁坏财物（未遂）
- D. 甲的行为属于因果关系错误

【解析】这属于因果关系错误中的犯罪结果的提前实现。因已经着手，故应当认定为故意毁坏财物罪既遂。

【答案】AD

第三章 犯罪排除事由

考点一：正当防卫★★★

1. 正当防卫的概念

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。

2. 正当防卫的条件

(1) 起因条件：存在现实的不法侵害。

小贴士：一是不法侵害包括犯罪行为和一般违法，包括过失行为和不作为。二是不法侵害必须是现实存在的。如果并不存在不法侵害，行为人误认为存在不法侵害而进行所谓防卫的，就是假想防卫。假想防卫是否构成犯罪，依主观方面而定，要么是过失，要么是意外事件。三是不法侵害必须具有攻击性、破坏性、紧迫性。对于贪污、受贿等不具有攻击性、破坏性、紧迫性的违法犯罪行为不能进行正当防卫。

(2) 时间条件：不法侵害已经开始尚未结束。

开始一般指的是着手，但在不法侵害的现实威胁十分明显、紧迫，待其着手实行后来不及减轻或者避免危害结果时，也应认为不法侵害已经开始。应予以注意的是，有些犯罪的预备行为，相对于其他犯罪而言属于已经着手的实行行为，在这种情况下，应认为不法侵害已经开始。例如，为了杀人而侵入他人住宅的，在不法侵害人开始侵入他人住宅时，就可以针对已经开始的不法侵入住宅的行为进行正当防卫。

不法侵害已经停止或不法侵害造成的结果已经出现，即使实施防卫行为，也不能阻止危害结果的发生或即时即地挽回损失；即使不实行正当防卫，也不会发生危害结果或危害结果不致进一步扩大，这时不允许再进行防卫。但是，在财产性违法犯罪情况下，行为虽然已经既遂，但被当场发现并同时受到追捕的，一直延续到不法侵害人将其所取得的财物藏匿至安全场所为止，追捕者可以实施正当防卫。

小贴士：① 在持续的不法侵害过程中，即使表现上某段时间停止了不法侵害，但从整体上看侵害行为正在进行时，仍可以正当防卫。如三人轮奸被害人，一人强奸之后，决定换地方，在带往另一地点期间，可以防卫。

② 安装电网等防卫装置问题。如果制止了不法侵害，且没有超过必要限度，则是正当防卫，但风险由自己承担。如果导致了无辜者伤亡，则不是正当防卫，行为人应承担相应的法律责任。如果危害公共安全，则为法律所禁止。

③ 不符合时间条件的是防卫不适时，包括事前防卫和事后防卫。防卫不适时不是正当防卫，看主观方面定罪。

(3) 对象条件：针对不法侵害者本人实施。包括两种情况：一是针对不法侵害者的人身进行防卫，二是针对不法侵害者的财产进行防卫。

对无刑事责任能力人的侵害，可以实施正当防卫，但必须尽量限制在必要的场合。

(4) 主观条件：防卫人必须有防卫的目的。防卫的目的指为了保护自己为刑法所保护的利益。防卫挑拨和偶然防卫都不是正当防卫。防卫挑拨，是指为了侵害对方，故意挑起对方对自己进行侵害，然后以正当防卫为借口，给对方造成侵害的行为。偶然防卫是指故意侵害他人合法权益的行为，巧合了正当防卫的其他条件。如甲故意用枪射击乙时，乙刚好在持枪瞄准丙实行故意杀人行为，但甲对乙的行为一无所知。

相互斗殴一般不能成立正当防卫，但是有两种例外：①一方求饶或者逃走，另一方继续侵害的，斗殴事实上已经结束，前者可以进行正当防卫。②在一般性的轻微斗殴中，一方突然使用杀伤力很强的凶器，另一方面生命受到严重威胁的，后者可以进行正当防卫。

为保护赃款赃物等非法利益，也可以构成正当防卫。

(5) 限度条件：没有明显超过必要限度造成重大损害。其中的“必要限度”，应以制止不法侵害、保护合法权益所必需为标准。至于是否“必需”，则应通过全面分析案情来判断。一方面，要分析双方的手段、强度、人员多少与强弱、在现场所处的客观环境与形势。另一方面，还要权衡防卫行为所保护的合法权益性质与防卫行为所造成的损害后果，即所保护的合法权益与所损害的利益之间，不能差距过大，不能为了保护微小权利而造成不法侵害人重伤或者死亡。

不符合限度条件的防卫行为是防卫过当。防卫过当不是独立罪名，而应根据其主观罪过形式定罪。通说认为，防卫过当主观上一般是过失，但也不排除间接故意的可能性。对于防卫过当，处罚原则是“应当减轻或者免除处罚”。

3. 特殊正当防卫

对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。

必须满足三要素：第一是暴力犯罪。对于非暴力犯罪以及作为一般违法行为的暴力行为，不适用特殊正当防卫。第二是危及人身安全。对于采取不会造成他人伤亡的麻醉方法进行抢劫的不法侵害进行防卫的，不能适用特殊正当防卫。第三是达到严重程度。对于轻微暴力犯罪或者一般暴力犯罪，不适用特殊正当防卫。

小贴士：特殊防卫也需要满足一般防卫的其他条件：如起因、事件、对象、主观条件。

4. 正当防卫和紧急避险的区别

(1) 正当防卫所针对的是不法侵害人的不法侵害，而紧急避险所针对的是一种危险，包括自然灾害等非人为侵害和人为侵害；

(2) 正当防卫所造成的是不法侵害人的损害，而紧急避险造成的是第三人的合法权益的损害，这是它们之间区别的关键。

【预测突破】

下列哪些情形成立正当防卫？

A. 甲盗窃乙家的一只价值 100 元的母鸡时，被乙发现并被打成轻伤

B. 甲在某大学宿舍楼下兜售盗版司考辅导资料，刚好被作者乙遇上，乙将甲打成轻伤