

2012 年

法律版

司法考试 **随身记** 系列

易错易混考点

法律考试中心/组编

随

身

记

经常会有这样的遗憾，四个选项中，三个都拿得准，却有一个选项模糊不清。据统计，**90%** 以上的错误就取

★提炼高频考点 ★引导命题方向
★浓缩知识精华 ★扫清知识死角

一册在手
成功在握



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

2012 年司法考试随身记系列

易错易混考点随身记

法律考试中心 组编



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

易错易混考点随身记 / 法律考试中心组编. —北京
: 法律出版社, 2011. 12
(2012 年司法考试随身记系列)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 3031 - 9

I. ①易… II. ①法… III. ①法律—中国—法律工作者—资格考试—自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 001428 号

©法律出版社·中国

责任编辑/赵明霞

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑统筹/法律考试出版分社
经销/新华书店
责任印制/沙磊

开本/787 毫米×1092 毫米 1/32
版本/2012 年 2 月第 1 版

印张/7.25 字数/317 千
印次/2012 年 2 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3031 - 9

定价:18.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

刑 法

考点 1	刑法基本原则	(1)
考点 2	刑法的解释	(3)
考点 3	自然人主体与单位主体	(5)
考点 4	作为与不作为	(8)
考点 5	正当防卫和紧急避险	(9)
考点 6	犯罪主观方面	(11)
考点 7	认识错误	(12)
考点 8	犯罪预备、犯罪中止与犯罪未遂	(14)
考点 9	犯罪目的与犯罪动机	(15)
考点 10	共同犯罪、聚众犯罪	(16)
考点 11	转化犯	(19)
考点 12	一行为一罪与数行为一罪	(21)
考点 13	主刑	(23)
考点 14	从宽量刑情节对比	(25)
考点 15	自首与立功	(26)
考点 16	缓刑	(29)
考点 17	交通肇事罪和危险驾驶罪	(31)
考点 18	生产、销售伪劣商品罪	(33)
考点 19	走私罪	(34)
考点 20	虚报注册资本罪与虚假出资、抽逃出资罪	(36)
考点 21	货币犯罪	(37)
考点 22	信用卡犯罪	(38)
考点 23	增值税专用发票犯罪	(40)
考点 24	故意杀人罪	(41)
考点 25	强奸罪与强制猥亵、侮辱妇女罪	(42)
考点 26	非法拘禁罪与绑架罪	(44)
考点 27	抢劫罪	(45)
考点 28	诈骗罪	(47)
考点 29	侵占罪	(48)
考点 30	妨害司法罪之妨害证据犯罪	(49)
考点 31	诽谤罪与诬告陷害罪	(50)
考点 32	走私、贩卖、运输、制造毒品罪	(51)
考点 33	贪污、职务侵占、挪用公款、挪用资金、挪用特定款物罪	(53)
考点 34	贿赂犯罪	(55)

刑事诉讼法

考点1	法定不追究刑事责任	(58)
考点2	诉讼参与人	(59)
考点3	回避	(60)
考点4	辩护与代理	(63)
考点5	职权原则	(65)
考点6	证明责任与举证责任	(66)
考点7	证据种类和分类	(68)
考点8	立案	(70)
考点9	强制措施	(71)
考点10	拘留羁押期限与侦查羁押期限	(72)
考点11	补充侦查	(73)
考点12	上诉与抗诉(二审抗诉)	(75)
考点13	决定、裁定和判决	(77)
考点14	法定不起诉、酌定不起诉和存疑不起诉	(79)
考点15	延期审理、中止审理与终止审理	(82)
考点16	《最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定》	(84)
考点17	《关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)》	(86)
考点18	《最高人民法院关于死刑缓期执行限制减刑案件审理程序若干问题的规定》	(87)

行政法与行政诉讼法

考点1	行政法基本原则	(89)
考点2	行政主体	(90)
考点3	公务员	(91)
考点4	行政行为	(94)
考点5	行政处罚程序	(95)
考点6	行政复议与行政诉讼	(97)
考点7	行政许可	(102)
考点8	行政诉讼	(105)
考点9	行政赔偿与司法赔偿	(107)
考点10	治安管理处罚	(109)
考点11	政府信息公开	(111)

商法·经济法

考点1	子公司与分公司	(115)
考点2	一人公司	(116)
考点3	公司的设立	(117)

考点 4	公司的章程	(118)
考点 5	股东的出资	(120)
考点 6	股东的权利义务	(122)
考点 7	股东代表诉讼与股东派生诉讼	(123)
考点 8	有限合伙与普通合伙	(124)
考点 9	本票、汇票与支票	(126)
考点 10	票据的无因性	(128)
考点 11	票据抗辩	(129)
考点 12	破产清算、重整与和解	(130)
考点 13	破产费用与共益债务	(132)
考点 14	出让土地使用权与划拨土地使用权	(132)
考点 15	垄断行为	(134)
考点 16	劳动合同与集体合同	(136)
考点 17	劳动合同的解除	(137)

民 法

考点 1	民事法律事实与民事法律关系	(140)
考点 2	民事权利	(141)
考点 3	未成年人监护与成年人监护	(143)
考点 4	宣告失踪和宣告死亡	(144)
考点 5	社团法人与财团法人	(146)
考点 6	民事法律行为与非法民事行为	(147)
考点 7	无权代理与表见代理	(149)
考点 8	显名代理与隐名代理	(151)
考点 9	诉讼时效	(152)
考点 10	名誉权、荣誉权与隐私权	(155)
考点 11	留置权	(156)
考点 12	按份共有和共同共有	(157)
考点 13	物权请求权和债权请求权	(159)
考点 14	原物和孳息	(159)
考点 15	变动登记、预告登记和异议登记	(160)
考点 16	物权变动模式	(161)
考点 17	地役权与相邻关系	(163)
考点 18	善意占有和恶意占有	(164)
考点 19	要约与要约邀请	(164)
考点 20	要约的撤回与要约的撤销	(166)
考点 21	承诺的撤回与承诺的迟延	(167)
考点 22	向第三人履行债务和第三人代为履行债务	(167)
考点 23	代位权和撤销权	(169)
考点 24	一般保证和连带保证	(170)
考点 25	保证期间和诉讼时效	(172)
考点 26	可撤销合同与民法中的撤销权	(174)

考点 27	合同责任	(175)
考点 28	买卖合同	(176)
考点 29	客运合同与货运合同	(179)
考点 30	侵权责任法的归责原则	(180)
考点 31	多数人侵权	(182)
考点 32	医疗机构责任	(184)
考点 33	高度危险责任	(185)
考点 34	夫妻财产关系	(186)
考点 35	法定继承	(189)
考点 36	代位继承和转继承	(190)

民事诉讼法

考点 1	仲裁与诉讼的区别	(192)
考点 2	主管与管辖	(193)
考点 3	专属管辖	(194)
考点 4	特殊地域管辖	(194)
考点 5	管辖权转移与移送管辖	(196)
考点 6	回避	(198)
考点 7	确认之诉、变更之诉与给付之诉	(198)
考点 8	反诉与反驳	(199)
考点 9	当事人、诉讼参加人、诉讼参与人	(200)
考点 10	普通共同诉讼与必要共同诉讼	(201)
考点 11	有独立请求权的第三人与必要的共同诉讼人	(202)
考点 12	诉讼代表人与诉讼代理人	(203)
考点 13	举证责任的分担	(204)
考点 14	书证、物证与视听资料	(206)
考点 15	法院调解、诉讼外调解与诉讼中和解	(206)
考点 16	诉前财产保全与诉讼中财产保全	(207)
考点 17	申请撤诉、按撤诉处理与缺席判决	(209)
考点 18	延期审理、诉讼中止与诉讼终结	(209)
考点 19	判决、裁定与决定	(211)
考点 20	不予受理、驳回起诉和驳回诉讼请求的区别	(212)
考点 21	一审、二审与审判监督程序	(212)
考点 22	再审制度	(214)
考点 23	各类程序的审理期限	(215)
考点 24	公示催告程序	(215)
考点 25	涉外民事诉讼程序	(217)
考点 26	执行程序	(219)
考点 27	执行制度	(221)
考点 28	仲裁协议的无效与失效	(223)
考点 29	仲裁和解与仲裁调解	(224)
考点 30	申请撤销仲裁裁决与申请不予执行仲裁裁决	(225)
考点 31	仲裁裁决的中止执行与终结执行	(226)

刑法

考点 1 刑法基本原则

【命题点睛】 刑法基本原则与具体法条或者案例的结合

【深度剖析】 一、罪刑法定原则

(一)形式的侧面(限制司法者)

1. 法律主义(成文法主义):规定犯罪与刑罚的法律只能是立法机关制定的法律,故行政法规章不能制定刑法(行政法规不能规定罚责,但可以解释犯罪构成);规定犯罪与刑罚的法律必须由本国通用的文字表述;习惯法不得作为刑法的渊源;判例也不得作为刑法的渊源。

2. 禁止事后法:禁止重法(即不利于被告人的)溯及既往。

3. 禁止有罪类推:形式的侧面要求禁止一切类推,但为了克服形式侧面的缺陷,实现刑法的正义,现在则允许有利于被告人的类推。

4. 禁止绝对不定期刑:法定刑必须有特定的刑种与刑度。如果刑法对某种行为没有规定刑罚,那么,根据“没有法定的刑罚就没有犯罪”(Nullum crimen sine poena legali)的原则,该行为便不是犯罪。

(二)实质的侧面(限制立法者)

1. (立法)明确性:规定犯罪的法律条文必须清楚明确,使人能确切了解违法行为的内容,准确地确定犯罪行为与非犯罪行为的范围,以保障该规范没有明文规定的行为不会成为该规范适用的对象。(注意:虽然刑法规定本身不太明确,但如果能够通过解释使之明确,也不失为明确,只有那种本身不明确,且不能使人们做出明确解释的规范,才属于不明确的规范。)

2. 禁止处罚不当罚的行为:

(1)公民行使宪法权利的行为,不要仅因违反程序规定便以犯罪论处;只有在不当行使权利的行为对法益的侵害非常严重和高度现实时,才宜以犯罪论处,否则必然违反宪法精神。

(2)没有被害人或被害人是自己的行为,意味着没有侵害法益或者侵害的法益不值得刑法保护(注意:仅仅是被害人自己。如果涉及第三人,则刑法需要打击,如战时自伤)。

(3)在历史地形成的社会秩序范围内,得到公民容忍或认可的行为,即使由于社会发展变迁使该行为具有侵害法益的性质,也不宜轻易规定为犯罪。例如,通奸行为、消极安乐死。

(4)极为稀罕的行为,即使危害程度较为严重,也没有必要规定为犯罪。因为法律是普遍适用的规范,故不得以稀罕之事为据制定法律。例如,刑法没有规定劫持火车罪。

3. 禁止不均衡的、残虐的刑罚:使犯罪人受剥夺性痛苦是刑罚的惩罚性质与内在属性。恶有恶报、善有善报的朴素正义观念决定了没有痛苦内容的措施在任何时代都不可能成为刑罚。对于刑罚的痛苦程度,应以本国国情、本国人民群众的物质生活水平和精神生活水平以及社会的平均价值观念为标准进行衡量。

二、平等适用刑法原则

1. 平等适用刑法是保障公民自由、实现法治的要求。

2. 平等适用刑法是保护法益的要求。
3. 平等适用刑法是预防犯罪的要求。
4. 平等适用刑法是人们实现价值追求的要求、得到尊重的欲望。

三、罪刑相适应原则

在刑法学上,以客观行为的侵害性与主观意识的罪过性相结合的犯罪社会危害程度,以及犯罪主体再次犯罪的危险程度,作为刑罚的尺度。罪刑相适应原则要求设定合理的刑罚体系。

罪刑相适应原则要求刑罚的轻重不仅应与犯罪的轻重相适应,还要与行为人的 人身危险性相适应,它不是“同罪同罚”。这是关于量刑的基本原则。需要注意的是,我国刑法中的罪刑相适应原则包含了刑事古典学派主张的罪刑相适应原则和刑事近代学派主张的刑罚个别化原则。刑罚的轻重与罪行相适应,体现的是报应观念,要求刑罚的轻重与犯罪行为的法益侵害性相适应,也就是重罪重判,轻罪轻判。刑罚的轻重与刑事责任相适应,体现的是预防观念,要求刑罚的轻重与犯罪人的人身危险性相适应(这就是刑事近代学派主张的刑罚个别化原则),因为人身危险性体现犯罪人的再犯可能性。因此,我国刑法关于罪刑相适应原则的规定,反映了报应与预防相统一的刑法观念。当然,这种统一并非平分秋色,而是有所侧重的。这就是以报应为主,以预防为辅。刑罚首先要与罪行相一致,在此范围内才能根据人身危险性进行轻重调节。

【真题导引】

“罪刑法定原则的要求是:(1)禁止溯及既往(_____的罪刑法定);(2)排斥习惯法(_____的罪刑法定);(3)禁止类推解释(_____的罪刑法定);(4)刑罚法规的适当(_____的罪刑法定)。”下列哪一选项与题干空格内容相匹配?(2010/2/1,单选)

- 事前——成文——确定——严格
- 事前——确定——成文——严格
- 事前——严格——成文——确定
- 事前——成文——严格——确定

答案:_____¹

关于罪刑法定原则,下列哪一选项是正确的?(2010/2/1,单选)

- 罪刑法定原则的思想基础之一是民主主义,而习惯最能反映民意,所以,将习惯作为刑法的渊源并不违反罪刑法定原则
- 罪刑法定原则中的“法”不仅包括国家立法机关制定的法,而且包括国家最高行政机关制定的法
- 罪刑法定原则禁止不利于行为人的溯及既往,但允许有利于行为人的溯及既往
- 刑法分则的部分条文对犯罪的状况不作具体描述,只是表述该罪的罪名。这种立法体例违反罪刑法定原则

答案:_____²

【法条链接】

《刑法》

第三条 【罪刑法定】法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处罚;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处罚。

第四条 【法律面前人人平等】对任何人犯罪,在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。

第五条 【罪责刑相适应】刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。

【命题点睛】 特别注意论理解释的识别

【深度剖析】 按解释的效力,可将刑法的解释分为有权解释(立法解释、司法解释)、无权解释(学理解释)。

按解释的方法,可将刑法的解释分为文理解释(平义解释)、论理解释。

1. 文理解释是指根据刑法用语的文义及其通常使用方式阐释刑法意义的解释方法。文理解的根据主要是语词的含义、语法、标点及标题。文理解释是一种基本的但并非简单的解释方法。如果文理解的结论合理,则没有必要采取论理解释方法;如果文理解的结论不合理或产生多种结论,则必须进行论理解释。

2. 论理解释是指参酌刑法产生的缘由、理由、沿革及其他相关事项,按照立法精神,阐明刑法真实含义的解释方法。论理解释主要有以下几种:

(1) 扩大解释,即刑法条文的字面通常含义比刑法的真实含义窄,于是扩张字面含义,使其符合刑法的真实含义。例如,将《刑法》第341条中“出售”解释为“包括出卖和以营利为目的的加工利用行为”,将《刑法》第116条中的“汽车”解释为包括作为交通工具使用的大型拖拉机,则是一种扩大解释。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。应否做出扩大解释,还必须考虑处罚的必要性;对于一个行为而言,其处罚的必要性越大,将其解释为犯罪的可能性越大,但如果行为离刑法用语核心含义的距离越远,则解释为犯罪的可能性越小。换言之,“解释的实质的容许范围,与实质的正当性(处罚的必要性)成正比,与法律条文通常语义的距离成反比。”因此,处罚的必要性越大,做出扩大解释的可能性就越大;处罚的必要性越大,扩大解释的扩张程度便越宽。

(2) 缩小解释,即刑法条文的字面通常含义比刑法的真实含义广,于是限制字面含义,使其符合刑法的真实含义。例如,将《刑法》第111条规定的“情报”限定为“关系国家安全和利益、尚未公开或者依照有关规定不应公开的事项”,则是缩小解释。罪刑法定原则的保障人权的思想,并非意味着在任何场合都尽可能做出缩小解释;事实上,任意做出缩小解释反而可能违反罪刑法定原则。例如,将《刑法》第232条中的“故意杀人”的“人”限制解释为“精神正常的人”或者“年满1周岁以上的人”,可谓缩小解释,但严重违反罪刑法定主义的精神。不是限制字面含义,而是在刑法规定之外附加条件的,不是缩小解释,可能是目的性限缩。

(3) 当然解释,即刑法规定虽未明示某一事项,但依形式逻辑、规范目的及事物属性的当然道理,将该事项解释为包括在该规定的适用范围之内。例如,《刑法》第201条规定,“因偷税被税务机关给予二次行政处罚又偷税的”,构成偷税罪,认为因偷税被给予三次、四次行政处罚又偷税的构成偷税罪,则是当然解释(举重以明轻,举轻以明重)。

(4) 反对解释,即根据刑法条文的正面表述,推导其反面含义的解释方法。例如,《刑法》第50条前段规定,判处死缓在缓期执行期间没有故意犯罪的,“二年期满后,减为无期徒刑”。据此,没有满2年的不得减为无期徒刑,此即反对解释。反对解释只有在以下两种情况下才能采用:一是法条所确定的条件为法律效果的全部条件;二是法律规定所确定的条件为法律效果的必要条件。

(5) 补正解释,即在刑法文字发生错误时,统观刑法全文加以补正,以阐明刑法真实含义的解释方法。例如,认为《刑法》第63条中的“以下”不包括本数,则是补正解释。补正解释必须符合立法目的,符合刑法的整体规定。在刑法解释中,补正解释不意味着将刑法没有明文规定的犯罪解释为犯罪。这是罪刑法定原则所决定的。

(6) 体系解释,即根据刑法条文在整个刑法中的地位,联系相关法条的含义,阐明其规范

意旨的解释方法。体系解释的目的在于避免断章取义,以便刑法整体协调。刑法是存在于法律体系中的一个整体,它不仅要与宪法协调,而且本身也是协调的。因为刑法体现正义,要对相同的案件作相同的处理,对相似的案件作相似的处理,对不同的案件作不同的处理,绝对不能自相矛盾。如果做出不协调的解释,必然有损刑法的正义性。所以,使刑法相协调是最好的解释方法。“对一个本文某一部分的诠释如果为同一本文的其他部分所证实的话,它就是可以接受的;如果不能,则应舍弃。”遇到不明确的规定时,应当通过明确的规定来阐释不明确的部分,而不应当以某种规定不明确为由而否定明确的规定。体系解释并不意味着对刑法中的任何用语都必须做出完全一致的解释,更意味着刑法用语必须与其他法律用语的含义相吻合。由于语言的特点等原因,刑法中的许多用语也具有相对性,即同一用语在不同条款甚至在同一条款中可能具有不同含义。同时,肯定刑法用语的相对性是为了实现刑法的协调与正义,所以,对用语作相对解释,实质上也是体系解释。

(7)历史解释,即根据制定刑法时的历史背景以及刑法发展的源流,阐明刑法条文真实含义的解释方法。历史解释并不意味着只是探讨立法原意,而是要根据历史参考资料得出符合时代的结论。历史解释也不意味着必须永远按照过去的观念解释现行刑法或对旧刑法的解释必须仍然适用于新刑法,而是应注重刑法变更的历史原因。例如,私自开拆、隐藏、毁弃邮件、电报罪,已由旧刑法中的渎职罪调整到新刑法中的侵犯公民人身权利、民主权利罪,解释者应当把握这种调整的理由并做出新的解释,而不能按渎职罪解释本罪的构成要件。

(8)比较解释,即将刑法的相关规定或外国立法与判例作为参考资料,借以阐明刑法规定真实含义的解释方法。在进行比较解释时,不可忽视中外刑法在实质、内容、体例上的差异,不能只看文字上的表述与犯罪的名称,而应注重规定某种犯罪的条文在刑法体系中的地位,从而了解相同用语在不同国家的刑法中所具有的不同含义。例如,日本刑法第246条规定了诈骗罪,第246条之二规定了使用计算机诈骗罪,第248条规定了准诈骗罪,而我国刑法没有规定后两种罪名。不能认为,使用计算机诈骗与准诈骗的行为,没有被我国刑法规定为犯罪,因而不得定罪处刑;相反只能认为,这些行为包含在我国《刑法》第264条、第266条规定的盗窃罪、诈骗罪之中。

(9)目的解释,即根据刑法规范的目的,阐明刑法条文真实含义的解释方法。任何解释都或多或少包含了目的解释;当不同的解释方法得出多种结论或不能得出妥当结论时,就以目的解释来最终决定;刑法分则规定具体犯罪与刑罚的条文,都有其特定的法益保护目的;在确定具体犯罪的构成要件时,必须以其保护法益为指导。目的解释的前提是正确确定刑法规范的目的。就刑法而言,难以确定的是分则具体条文的目的。例如,规定盗窃罪的《刑法》第264条的目的,是保护财产的所有权,还是保护财产的占有?规定受贿罪的《刑法》第385条的目的,是保护职务行为的公正性,还是职务行为的不可收买性?对此,又需要根据宪法原则和刑法理念与现实,采取多种解释方法来确定。

在对刑法条文进行解释时,既可能采取某一种解释方法,也可能同时采取某几种解释方法,对不同条文可能采取不同的解释方法(如对A条进行扩大解释,对B条进行缩小解释),但解释必须符合刑法目的。

【真题导引】

- ①对于同一刑法条文中的同一概念,既可以进行文理解释也可以进行论理解释
- ②一个解释者对于同一刑法条文的同一概念,不可能同时既作扩大解释又作缩小解释
- ③刑法中类推解释被禁止,扩大解释被允许,但扩大解释的结论也可能是错误的
- ④当然解释追求结论的合理性,但并不必然符合罪刑法定原则

关于上述4句话的判断,下列哪些选项是错误的?(2011/2/51,多选)

- A. 第①句正确,第②③④句错误
- B. 第①②句正确,第③④句错误

C. 第①③句正确,第②④句错误

D. 第①③④句正确,第②句错误

答案: 1

考点 3 自然人主体与单位主体

【命题点睛】 自然人犯罪中的特殊主体与单位犯罪中的责任承担

【知识图解】

自然人主体	一般主体	指不以特殊身份为必要的行为主体	
	特殊主体	指以特殊身份为必要的行为主体	
		特殊身份	指行为人在身份上的特殊资格,以及其他与一定的犯罪行为有关的、行为人在社会关系上的特殊地位或者状态
			特殊身份必须是行为人开始实施犯罪行为时就已经具有的特殊资格或已经形成的特殊地位或者状态,因为实施犯罪才在犯罪活动或者犯罪组织中形成的特殊地位(如首要分子)不是特殊身份
单位主体	单位犯罪特征	单位特征	合法性与广泛性(包括公司、企业、事业单位、机关、团体。其中,独资、私营等公司、企业、事业单位需具备法人资格)
		行为特征	通常由单位的决策机构按照单位的决策程序决定,由直接责任人员具体实施
		主观特征	为本单位或本单位全体成员牟取非法利益
		法律特征	法定性,并非一切犯罪都可以由单位构成。例如,单位不能构成盗窃罪,但可以构成单位内自然人的罪
	处罚		以双罚制为原则,以单罚制为例外
	重点司法解释	根据有关司法解释,不以单位犯罪论处的情形有:①个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的,或者公司、企业、事业单位设立后,以实施犯罪为主要活动的,不得以单位犯罪论处;②盗用单位名义实施犯罪,违法所得由实施犯罪的个人私分的,直接以自然人犯罪定罪处罚而不以单位犯罪论	
		在审理单位故意犯罪案件时,对单位犯罪直接负责的主管人员和其他直接责任人员,可不区分主犯、从犯,按照其在单位犯罪中所起的作用判处刑罚	
		单位的分支机构或者内设机构、部门,可以成为单位犯罪的主体	
		单位涉嫌犯罪后,若被其主管部门、上级机构等吊销营业执照、撤销或者宣告破产,此时,直接追究其直接责任人员或主管人员的刑事责任,对该单位不再追诉	

【深度剖析】 一、刑事责任年龄

刑事责任年龄可作三分法：完全无责任年龄（不满14周岁）、相对责任年龄（14周岁以上不满16周岁）、完全责任年龄（16周岁以上）。

关于未成年人刑事责任部分，尤其应注意以下问题：

（1）1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）已满14周岁不满16周岁的人，应当负刑事责任的范围：故意杀人、故意伤害致人重伤死亡、抢劫、强奸、放火、爆炸、投毒（投放危险物质）、贩毒。

（3）注意抢劫罪不仅包括《刑法》第263条所规定的典型的抢劫罪，还包括其他类型的“准抢劫罪”，如第267条第2款规定的携带凶器抢夺定抢劫罪和第289条中的聚众打砸抢故意毁坏财物或夺走财物；但不包含第269条的转化型抢劫。

（4）注意毒品犯罪中，已满14周岁不满16周岁的人仅对贩卖毒品的行为负刑事责任，对基本性质相同危害程度相等的走私、制造、运输毒品的行为（《刑法》第347条）则不负刑事责任。与这一特征极为类似的还有《刑法》第114条所规定的几种以危险方法危害公共安全的犯罪行为中，仅规定对放火、爆炸、投毒负刑事责任，而对决水、以其他危险方法危害公共安全的行为则不负刑事责任。

（5）注意已满14周岁不满16周岁的人仅仅对法定的几种故意犯罪负刑事责任，而对任何过失犯罪是都不负刑事责任的。

（6）对于已满14周岁不满16周岁的人犯罪，适用刑罚时应当遵循的两个原则：一是应当从轻或减轻处罚，二是不适用死刑（包括死缓）。

（7）抢劫枪支、弹药、爆炸物包含在“抢劫”之中。因为这两个罪是法条竞合。

（8）对于其他严重的故意行为，部分行为符合第17条第2款的规定，以部分行为所涉罪名处罚。

二、刑事责任能力

刑事责任能力要求同时具备辨认能力（认识因素）与控制能力（意志因素），影响刑事责任能力的有无以及程度的因素有年龄、精神障碍、生理功能丧失等，具体包括：完全无责任能力、限制责任能力、完全责任能力。限制责任能力者，主要有以下几类人员：

一是已满14周岁不满18周岁的人犯罪的，应当从轻或减轻处罚并且不适用死刑；

二是尚未完全丧失辨认或控制能力的精神病人犯罪的，可以从轻或减轻处罚；

三是聋哑人或盲人犯罪的，可以从轻、减轻或免除处罚。

四是已满75周岁的人故意犯罪的，可以从轻或减轻处罚；过失犯罪的，应当从轻或减轻处罚。且对于年满75周岁犯罪的人，不适用死刑，除非以特别残忍的手段致人死亡的（《刑法修正案（八）》）。

三、身份犯

身份犯即所谓的特殊主体，是相对一般犯罪主体而言的，是指在完全具备一般主体条件的基础上，还将以特殊的身份作为主体构成条件的犯罪。特殊身份即刑法所规定的影响行为入刑事责任的人身方面特定的资格、地位或状态。具体而言，特殊身份是指行为人在身份上的特殊资格，以及其他与一定的犯罪行为有关的，行为人在社会关系上的特殊地位或者状态。

特殊身份总是与一定的犯罪行为密切联系的。与犯罪行为没有联系的资格等情况，不是特殊身份。特殊身份既可能是终身具有的身份，也可能是一定时期或临时具有的身份。

（一）真正身份犯（构成身份）与不真正身份犯（加减身份）

（1）真正身份犯：行为人只有具备某种特殊身份，才能构成犯罪。这种身份就是定罪身份或构成身份。例如，贪污罪的主体身份是国家工作人员。

对于构成身份,需注意以下几点:

①构成身份是客观构成要件要素。

②构成身份必须在犯罪前就具有。在犯罪过程中形成的身份,则不属于构成身份。例如,首要分子、主犯、胁从犯等,不是定罪身份。

③作为客观构成要件要素的特殊身份,只是针对该犯罪的实行犯(正犯)而言。不具有构成身份的人,可以作为共犯(帮助犯、教唆犯)。例如,丈夫是国家工作人员,妻子即使没有国家工作人员的身份,也可以构成丈夫贪污罪的共犯。

(2)不真正身份犯:行为人不具有某种特殊身份,不影响犯罪的成立,但是影响量刑。这种身份也称为量刑身份或加减身份。例如,国家机关工作人员诬告陷害罪的,从重处罚。

(二)常见罪名关于身份的要求

(1)国家机关工作人员是构成身份的犯罪:报复陷害罪(第254条),包庇、纵容黑社会性质的组织罪(第294条),渎职犯罪。

①放纵走私罪(第411条)的定罪身份:海关工作人员。

②徇私舞弊不征、少征税款罪(第404条)的定罪身份:税务机关工作人员。

③帮助犯罪分子逃避处罚罪(第417条)的定罪身份:具有查禁犯罪活动职责的国家机关工作人员。

④故意泄露国家秘密罪(第398条)通常由国家机关工作人员构成,但非国家机关工作人员也可构成该罪。

(2)国家机关工作人员作为加减身份的犯罪:诬告陷害罪(第243条),非法拘禁罪(第238条)。

(3)司法工作人员作为加减身份的犯罪:非法搜查罪、非法侵入住宅罪(第245条),妨害作证罪、帮助毁灭、伪造证据罪(第307条)。

(4)没有身份规定的易混犯罪:打击报复证人罪(第308条),窝藏、包庇罪(第310条)。

【真题导引】

甲(十五周岁)的下列哪一行为成立犯罪?(2010/2/4,单选)

- A. 春节期间放鞭炮,导致邻居失火,造成十多万元财产损失
- B. 骗取他人数额巨大财物,为抗拒抓捕,当场使用暴力将他人打成重伤
- C. 受意图骗取保险金的张某指使,将张某的汽车推到悬崖下毁坏
- D. 因偷拿苹果遭摊主喝骂,遂掏出水果刀将其刺成轻伤

答案: ¹

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

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

答案: ²

【法条链接】

《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第十条 已满十四周岁不满十六周岁的人盗窃、诈骗、抢夺他人财物,为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证,当场使用暴力,故意伤害致人重伤或者死亡,或者故意杀人的,应当分别

以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。

已满十六周岁不满十八周岁的人犯盗窃、诈骗、抢夺罪,为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的,应当依照刑法第二百六十九条的规定定罪处罚;情节轻微的,可不以抢劫罪定罪处罚。

《最高人民法院关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》

第一条 行为人与国家工作人员勾结,利用国家工作人员的职务便利,共同侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物,以贪污罪共犯论处。

第二条 行为人与公司企业或者其他单位的人勾结,利用公司、企业或者其他单位人员的职务便利,共同将该单位财物非法占为己有,数额较大的,以职务侵占罪共犯论处。

第三条 公司、企业或者其他单位中,不具有国家工作人员身份的人与国家工作人员勾结,分别利用各自的职务便利,共同将本单位财物非法占为己有的,按照主犯的犯罪性质定罪。

考点 4 作为与不作为

【命题点睛】 不作为犯的类型

【知识图解】

作为	本质	以积极的身体活动实施违反禁止性规范的行为	
	基本类型	以自己身体的、以物质工具的、以自然力的、以动物的以及以他人的行为	
不作为	本质	以消极的身体活动同时违反禁止性和命令性规范的行为	
	成立条件	行为人有实施积极行为的具有法律性质的义务	法律明文规定的积极作为义务
			职务或业务要求的义务
			法律行为引起的义务,如合同行为
			先行行为引起的义务,即先行行为导致法益处于危险状态,行为人负有采取有效措施排除危险或防止结果发生的特定义务。先行行为是否包括正当行为?一般来说,只要制造了危险,不问是否正当,都可以成为义务的来源。但是,正当防卫行为不能成为义务的来源,防卫过当另当别论。紧急避险人,对于遭受损害的无辜第三者具有作为义务
			行为人能够履行特定义务
	不作为犯分类	行为人不履行特定义务,造成或可能造成危害结果(结果回避可能性)。注意:反过来说,只有当行为人履行作为义务可以避免结果发生时,其不作为才可能成立犯罪	
		纯正不作为犯	
不纯正不作为犯:行为人以不作为形式实施的通常为作为形式的犯罪			
典型纯正不作为犯	遗弃罪、拒绝提供间谍犯罪证据罪、教育设施重大安全事故罪、消防责任事故罪、拒不救助友邻部队罪		

【深度剖析】 (1)道德义务并非不作为犯罪的义务来源。

(2)正当防卫行为亦非不作为犯罪的义务来源,但紧急避险者,对于遭受损害的无辜第

三者具有作为义务。

(3) 犯罪行为能否成为不作为犯罪的义务来源需分情况而论。具体说来,在刑法就某种犯罪行为规定了结果加重犯,或者因发生严重后果而成立重罪(转化犯)时,由于可将加重结果评价在相应的结果加重犯或者另一重罪中,先前的犯罪行为并不导致行为人具有防止结果发生的义务。反之,在刑法没有就某种犯罪规定结果加重犯,也没有规定发生某种严重后果而成立其他重罪的情况下,如果先前的犯罪行为导致另一法益处于危险状态,则宜认为该犯罪行为导致行为人具有防止另一法益受侵害的义务。

【真题导引】

关于不作为犯罪,下列哪些选项是正确的?(2010/2/52,多选)

A. 甲在车间工作时,不小心使一根铁钻刺入乙的心脏,甲没有立即将乙送往医院而是逃往外地。医院证明,即使将乙送往医院,乙也不可能得到救治。甲不送乙就医的行为构成不作为犯罪

B. 甲盗伐树木时砸中他人,明知不立即救治将致人死亡,仍有意不救。甲不救助伤者的行为构成不作为犯罪

C. 甲带邻居小孩出门,小孩失足跌入粪塘,甲嫌脏不愿施救,就大声呼救,待乙闻声赶来救出小孩时,小孩死亡。甲不及时救助的行为构成不作为犯罪

D. 甲乱扔烟头导致所看仓库起火,能够扑救而不救,迅速逃离现场,导致火势蔓延财产损失巨大。甲不扑救的行为构成不作为犯罪

答案:_____¹

关于不作为犯,下列哪些选项是正确的?(2007/2/59,多选)

A. 刑法规定,依法配备公务用枪的人员丢失枪支不及时报告,造成严重后果的构成犯罪。该罪以不报告为成立条件,属于不作为犯罪

B. 偷税罪是一种不履行纳税义务的行为,只能由不作为构成

C. 遗弃罪是一种不履行扶养义务的行为,属于不作为犯罪

D. 刑法规定,将代为保管的他人财物非法占为己有,数额较大,拒不退还的,构成犯罪。该罪以拒不退还为成立条件,属于不作为犯罪

答案:_____²

考点 5 正当防卫和紧急避险

【命题点睛】 防卫过当与特殊防卫

【知识图解】

比较项目	正当防卫	紧急避险
成立条件	(1) 必须有不法侵害行为发生;(2) 必须是正在进行的非法侵害;(3) 必须出于防卫意图;(4) 针对的对象必须是对实施不法侵害人本人;(5) 不能明显超过必要限度	(1) 必须有危险发生;(2) 必须正在发生危险;(3) 必须为了使合法权益免受侵害;(4) 必须是在迫不得已的情况下;(5) 不能超过必要限度;(6) 主体不属于法律上有特殊规定的人员
主体的限制	没有限制	主体不能是法律上有特殊规定的人员(如警察、消防人员)
危害来源	不法行为人的侵害	自然力破坏、动物侵袭、精神病人的侵害等

比较项目	正当防卫	紧急避险
行为对象	不法侵害人本人	第三人,即与危害来源无关的人
损害利益	非法利益	合法利益
实施条件	有不法侵害发生即可	迫不得已,即无其他办法
是否过当的标准	明显超过必要限度方为过当	所保护的利益必须大于等于所损害的利益
刑事责任	不负刑事责任。明显过当的,负刑事责任,但应当减轻或免除处罚	不负刑事责任。超过必要限度的,负刑事责任,但应当减轻或免除处罚
特殊规定	对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪,采取防卫行为,造成不法侵害人伤亡的,不属于防卫过当,不负刑事责任	无

【真题导引】

甲乙两家有仇。某晚,两拨人在歌厅发生斗殴,甲、乙恰巧在场并各属一方。打斗中乙持刀砍伤甲小臂,甲用木棒击中心乙头部,致乙死亡。关于甲的行为,下列哪一选项是正确的?(2010/2/7,单选)

- A. 属于正当防卫
- B. 属于紧急避险
- C. 属于防卫过当
- D. 属于故意杀人

答案: A¹

关于正当防卫,下列哪一选项是错误的?(2009/2/3,单选)

- A. 制服不法侵害人后,又对其实施加害行为,成立故意犯罪
- B. 抢劫犯使用暴力取得财物后,对抢劫犯立即进行追击的,由于不法侵害尚未结束,属于合法行为
- C. 动物被饲主唆使侵害他人的,其侵害属于不法侵害;但动物对人的自发侵害,不是不法侵害
- D. 基于过失而实施的侵害行为,不是不法侵害

答案: D²

甲遭乙追杀,情急之下夺过丙的摩托车骑上就跑,丙被摔骨折。乙开车继续追杀,甲为逃命飞身跳下疾驶的摩托车奔入树林,丙一万元的摩托车被毁。关于甲行为的说法,下列哪一选项是正确的?(2009/2/4,单选)

- A. 属于正当防卫
- B. 属于紧急避险
- C. 构成抢夺罪
- D. 构成故意伤害罪、故意毁坏财物罪