飞跃版
因为专业 所以卓越

2013 国家司法考试

400分过关笔记

谢志强 ◎ 编

第二册 刑法·行政法

本书三大特点：

1.通过表格、图表的形式梳理提炼司法考试重点、难点、“永恒考点”，帮助考生减负。

2.跨类比较、跨法比较、易混知识点比较，帮助考生理解记忆、举一反三。

3.融会司法考试经典教材，帮助考生冲刺阶段查漏补缺、强化记忆。

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

需要全本请访问 www.ertongbook.com

2013国家司法考试400分过关笔记

（二）

刑法·行政法

谢志强　编著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

目 录

Contents

刑法总则

第一章 刑法概说 …… (2-1)
第一节 刑法的基本原则 …… (2-1)
第二节 刑法的解释 …… (2-1)
第三节 刑法的适用范围 …… (2-2)
第二章 犯罪构成 …… (2-3)
第一节 犯罪构成概述 …… (2-3)
第二节 犯罪构成四要件 …… (2-4)
第三章 犯罪排除事由 …… (2-8)
第一节 正当防卫 …… (2-8)
第二节 紧急避险 …… (2-9)
第三节 其他犯罪排除事由 …… (2-10)
第四章 犯罪未完成形态 …… (2-10)
第一节 犯罪预备 …… (2-10)
第二节 犯罪未遂 …… (2-11)
第三节 犯罪中止 …… (2-11)
第五章 共同犯罪 …… (2-12)
第一节 共同犯罪的成立条件 …… (2-12)
第二节 共犯人的分类及其刑事责任 …… (2-13)
第六章 罪数形态 …… (2-14)
第七章 刑罚种类 …… (2-16)
第一节 主 刑 …… (2-16)
第二节 附加刑 …… (2-17)
第八章 刑罚裁量 …… (2-19)
第一节 量刑情节 …… (2-19)
第二节 量刑制度 …… (2-24)
第九章 刑罚执行 …… (2-26)
第一节 减刑制度 …… (2-26)
第二节 假释制度 …… (2-27)
第十章 刑罚消灭 …… (2-29)

刑法分则

第一章 危害国家安全罪 …… (2-30)
第二章 危害公共安全罪 …… (2-31)
第三章 破坏社会主义市场经济秩序罪 …… (2-34)
第一节 生产、销售伪劣商品罪 … (2-34)
第二节 走私罪 …… (2-35)
第三节 妨害对公司、企业的管理秩序罪 …… (2-37)
第四节 破坏金融管理秩序罪 …… (2-38)
第五节 金融诈骗罪 …… (2-40)
第六节 危害税收征管罪 …… (2-44)
第七节 侵犯知识产权罪 …… (2-45)
第八节 扰乱市场秩序罪 …… (2-48)
第四章 侵犯公民人身权利、民主权利罪 …… (2-50)
第五章 侵犯财产罪 …… (2-63)
第六章 妨害社会管理秩序罪 …… (2-75)
第一节 扰乱公共秩序罪 …… (2-75)

第二节　妨害司法罪……（2－79）
第三节　妨害国（边）境管理罪……（2－82）
第四节　妨害文物管理罪……（2－83）
第五节　危害公共卫生罪……（2－84）
第六节　走私、贩卖、运输、制造毒品罪……（2－85）
第七节　组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪……（2－87）
第八节　制作、贩卖、传播淫秽物品罪……（2－88）
第七章　危害国防利益罪……（2－89）
第八章　贪污贿赂罪……（2－90）
第九章　渎职罪……（2－97）
第十章　军人违反职责罪……（2－99）
第十一章　罪　数……（2－100）

行　政　法

第一章　行政组织与公务员……（2－107）
第一节　行政机关……（2－107）
第二节　公务员……（2－108）
第二章　行政行为……（2－111）
第一节　抽象行政行为……（2－111）
第二节　具体行政行为……（2－113）
第三章　行政许可……（2－115）
第一节　行政许可概述……（2－115）
第二节　行政许可的实施程序……（2－117）
第三节　行政许可诉讼……（2－117）
第四章　行政处罚……（2－119）
第一节　行政处罚的种类与设定……（2－119）
第二节　行政处罚的实施机关、管辖与适用……（2－119）
第三节　行政处罚的程序……（2－121）
第四节　治安管理处罚……（2－122）
第五章　行政强制……（2－124）
第一节　行政强制概述……（2－124）
第二节　行政强制的种类和设定……（2－124）
第三节　行政强制措施实施程序……（2－125）
第四节　行政强制执行程序……（2－127）
第六章　政府信息公开……（2－131）
第一节　政府信息公开概述……（2－131）
第二节　政府信息公开行政诉讼……（2－132）
第七章　行政复议……（2－134）
第一节　行政复议概述……（2－134）
第二节　行政复议参加人……（2－134）
第三节　行政复议机关……（2－135）
第四节　行政复议的申请与受理……（2－136）
第五节　行政复议的审理、决定和执行……（2－137）

刑法总则

第一章　刑法概说

第一节　刑法的基本原则

罪刑法定	禁止溯及既往	事前的罪刑法定
	排斥习惯法	成文的罪刑法定
	禁止类推解释①	严格的罪刑法定
	刑罚法规的适当②	确定的罪刑法定
平等适用刑法③	（1）是司法上的人人平等，不包括立法上的人人平等。 （2）不仅体现在定罪、量刑上，而且在行刑上也一律平等。 （3）并不意味着没有必要的差别（如刑罚个别化问题），问题在于导致差异的原因是否合理合法。	
罪刑相适应	罪刑相适应除了要求在量刑时要考虑行为人的人身危险性外，还要求在行刑中合理地运用减刑、假释。	

第二节　刑法的解释

一、刑法解释方法的分类（文理解释与论理解释）

文理解释	（1）如果文理解释的结论合理，就没有必要采取论理解释； （2）如果文理解释的结论不合理或产生多种结论，则必须进行论理解释。

① 类推解释，是指对于法律没有明文规定的行为，适用类似规定的其他条文予以处罚。实际上是对事先在法律上没有规定要处罚的行为进行处罚。

② 包括刑法明确性、禁止处罚不当罚的行为、禁止不确定性。

③ 即刑法面前人人平等。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

续 表

论理解释	扩大解释	刑法条文字面的通常含义比刑法的真实含义窄。
	缩小解释	刑法条文字面的通常含义比刑法的真实含义广。
	当然解释	举例。①
	反对解释	根据刑法条文的正面表述，推导其反面含义。
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。

★ 任何解释方法所得出的结论，都不能违反罪刑法定原则。

二、扩大解释与类推解释的区别

	扩大解释	类推解释
用语含义	没有超出刑法用语可能具有的含义，即在刑法文义的“射程”之内解释。	超出了刑法用语可能具有的含义，即在刑法文义的“射程”之外解释。
概念的阶位	没有提升概念的阶位。	将所要解释的概念提升到更上位。
着重点	着眼于刑法规范本身，仍然是对规范的逻辑解释。	着眼于刑法规范之外的事实，是对事实的比较。
论理方法	扩张性地划定刑法的某个概念，使应受处罚的行为包含在该概念中。	认识到某行为不是刑法处罚的对象，而以该行为与刑法规定的相似行为具有同等的恶害性为由，将其作为处罚对象。
实质	其结论在公民预测可能性之内。	超出了公民预测可能性的范围。

第三节 刑法的适用范围

刑法的空间效力

国内犯	属地管辖	发生在我国领域内②的犯罪，不管行为人是谁，都适用我国刑法。这是对国内犯的基本适用原则。 特别规定（例外规定）： (1) 民族自治地区可以部分适用刑法典，由省级人大制定变通或补充规定。 (2) 船舶与航空器内的犯罪，适用旗国刑法。（汽车、火车等不算） (3) 享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任，通过外交途径解决。

① 如根据刑法第225条的规定，未经许可经营合格香烟，情节严重，成立非法经营罪。因此，未经许可经营伪劣香烟，情节严重的，当然也能成立非法经营罪（也可能同时触犯其他罪名）。

② 如是未遂犯的，行为地与行为人希望结果发生之地、可能发生结果之地，都是犯罪地。

续 表

国外犯	属人管辖①	(1) 国家工作人员和军人在国外犯罪的，适用我国刑法。 (2) 中国公民在国外犯罪，适用我国刑法，但法定最高刑为3年以下有期徒刑的，可以不予追究。
	保护管辖②	任何人在国外犯罪，侵犯了我国国家或公民利益，法定最低刑为3年以上有期徒刑的，可以适用我国刑法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。
	普遍管辖	(1) 危害人类社会共同利益； (2) 管辖国国内刑法也规定为犯罪； (3) 犯罪人出现在国内； (4) 管辖国是有关公约的缔约国或参加国。

★外国人在我国犯罪的，除享有外交特权和豁免权的外国人外，一律适用属地管辖原则。

中国人在外国犯罪的，一律适用属人管辖原则。

★消极承认外国刑事判决——外国确定的刑事判决不制约本国刑罚权的实现。但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或减轻处罚。

第二章 犯罪构成

第一节 犯罪构成概述

构成要件的分类	一	客观的构成要件要素	说明行为外部的、客观方面的要素。如行为、结果、对象等。
		主观的构成要件要素	表明行为人内心的、主观方面的要素。如故意、过失、目的等。
	二	记述的构成要件要素	只需要法官的认识活动即可确定。
		规范的构成要件要素	需要法官规范的、评价的价值判断才能认定。
	三	积极的构成要件要素	积极、正面地表明成立犯罪必须具备的要素。
		消极的构成要件要素	否定犯罪性的构成要件要素。
	四	共同的构成要件要素	任何犯罪的成立所必须具备的要素。如行为。
		非共同的构成要件要素	部分犯罪的成立所必须具备的要素。如身份与目的。
	五	成文的构成要件要素	刑法明文规定的。
		不成文的构成要件要素	刑法条文表面上没有明文规定，但根据刑法条文之间的相互关系、刑法条文对相关要素的描述所确定的。即刑法并没有将所有的构成要件要素完整地规定下来，而是需要法官在适用过程中进行补充。③

① 指积极的属人管辖，即本国公民在国外犯罪的，也适用本国刑法。

② 指消极的属人管辖，即因侵犯本国国家或公民利益而适用本国刑法，分别称为国家保护原则与国民保护原则。

③ 例如，不真正不作为犯中的负有义务的行为主体，就缺乏明文规定，是不成文的构成要件要素。

第二节　犯罪构成四要件

一、犯罪客体

	犯罪客体	犯罪对象①
比较	犯罪客体决定犯罪性质，而犯罪对象则未必。	犯罪对象只有通过其所体现的犯罪客体才能确定某种行为构成什么罪。
	犯罪客体要件相同意味着犯罪性质相同。	犯罪对象相同不意味着犯罪性质相同。
	表现的是行为的内在本质。	呈现的是事物的外部特征。
	犯罪客体是任何犯罪构成的必备要件。	犯罪对象不是任何犯罪都不可缺少的，它仅仅是某些犯罪的必要要件。
	任何犯罪都会使犯罪客体受到伤害。	犯罪对象不一定受到损害。
	是犯罪分类的基础。	不是犯罪分类的基础，同样的对象可能分属于不同类别的犯罪②。

二、犯罪客观要件

危害行为	分类③	作为	不仅指利用自己身体实施的积极举动，还包括利用他人、物质工具、动物乃至自然力实施的举动。	
		不作为	(1) 指行为人在能够履行自己应尽义务的情况下不履行该义务。 (2) 不仅违反了刑法的禁止性规范，而且直接违反了某种命令性规范。 (3) 注意：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。	
		纯正的不作为④		不纯正的不作为
		刑法明文规定只能由不作为方式构成的犯罪，如遗弃罪。		行为人以不作为方式实施的通常为作为形式的犯罪。⑤
因果关系⑥	与刑事责任的联系	(1) 认定因果关系不等于认定刑事责任。 (2) 应否负刑事责任不仅取决于客观事实，还取决于行为人对自己行为及所造成的结果的心理状态。		

① 犯罪对象是犯罪行为所作用的社会关系的主体或物质表现。犯罪对象与行为本生之物的区别：行为本生之物，是指犯罪行为所产生的物，例如，行为人伪造的文书、制造的毒品等，这些不是行为对象。在走私、贩卖、运输、制造毒品罪中，相对于走私、贩卖、运输而言，毒品是对象，但对制造行为而言，制造的毒品则是行为本生之物，不是对象。

② 但是，在同一类犯罪中，犯罪对象有时可以起到划分各种具体犯罪之间界限的作用。

③ 另外还可以分为预备行为与实行行为，这两种行为的实质区别在于侵害法益的危险程度不同，而不是危险的有无不同。

④ 纯正不作为犯又称为真正不作为犯；不纯正不作为犯又称为不真正不作为犯。

⑤ 例如，某甲把邻居3岁儿童带出去玩，后又不管他，致其冻饿而死。

⑥ 如果介入行为或事实独立、完整地造成了危害结果的发生，则前行为与危害结果之间就没有因果关系了，即因果关系中断。

三、犯罪主体

（一）自然人犯罪

刑事责任年龄[1]	不满14周岁	绝对无刑事责任
	已满14周岁不满16周岁	相对负刑事责任
		（1）故意杀人、故意伤害致人重伤或死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品[2]、放火、爆炸、投放危险物质罪，应当负刑事责任。（没有绑架） （2）对任何过失犯罪无论危害后果如何都不负刑事责任。 （3）偶尔与幼女发生性行为，情节轻微、未造成严重后果的，不认为是犯罪。 （4）使用轻微暴力或威胁，强行索要其他未成年人随身携带的生活、学习用品或钱财，数量不大，且未造成轻微伤以上或者不敢正常到校学习、生活等危害后果的，不认为是犯罪。 （5）因不满16周岁不予刑事处罚的，责令家长或监护人严加管教，必要时，可由政府收容教养。
	已满16周岁	完全负刑事责任
	已满14周岁不满18周岁	减轻刑责时期
		应当从轻或减轻处罚。
	已满75周岁	（1）故意犯罪的，可以从轻或者减轻处罚。 （2）过失犯罪的，应当从轻或者减轻处罚。
刑事责任能力	（1）尚未完全丧失辨认或控制自己行为能力的精神病人犯罪的，应负刑责，但可以从轻或减轻处罚。 （2）又聋又哑的人或盲人犯罪，可以从轻、减轻或免除处罚。	
特殊身份	作为犯罪主体要件的特殊身份，只是针对实行犯而言，教唆犯与帮助犯不受特殊身份的限制。	

（二）单位犯罪

主体	（1）独资、私营企业作为单位犯罪主体的，应当具有法人资格，否则应当以自然人犯罪论处。 （2）专门为违法犯罪而开设单位的，不能算单位犯，应以共同犯罪（主要是集团共同犯罪）论处。 （3）以单位分支或内设机构、部门名义实施犯罪，违法所得也归分支或内设机构、部门所有的，按单位犯罪论处。
客观要件	（1）由单位的决策机构按单位的决策程序决定，并由直接责任人实施。 （2）自然人以单位名义实施的犯罪不是单位犯罪。

① 从生日的第二天起才是满周岁，生日当天不算满周岁。

② 毒品犯罪只有贩卖毒品这一种类型的犯罪主体是14周岁以上，其他类型的毒品犯罪均是16周岁以上。

续 表

处罚	(1) 信用卡诈骗罪、贷款诈骗罪、盗窃罪、抗税罪，均没有单位犯罪。 (2) 受单位领导**指派**或**奉命**而**参与**实施了一定犯罪行为的，一般不作为**直接责任**人员追究刑责。 (3) 单位的**过失**犯罪仅处罚直接责任人员，而不实行双罚。 (4) 虽然属于单位犯罪，但处罚单位会损害**无辜者**利益的，**不双罚**。

四、犯罪主观要件

(一) 犯罪故意

认识因素	明知自己的行为会发生危害社会的结果。	(1) 认识因素是构成犯罪故意的前提和基本条件。 (2) 意志因素是构成犯罪故意的决定性因素，是认定犯罪故意的主要依据。
意志因素	希望或者放任危害结果发生的心理态度。	
直接故意	明知会（必然或可能）发生危害社会的结果，并且希望结果发生。	
间接故意	明知可能发生危害社会的结果，并且有意放任结果发生①。	
具体的事实认识错误	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，只是在某个犯罪构成范围内发生了对事实的认识错误，即同一犯罪构成内的认识错误。	
	对象错误	误把甲对象当作乙对象加以侵害，而甲与乙体现相同的法益。
	打击错误	也称方法错误，由于行为本身的误差，导致所欲攻击的对象与实际受害的对象不一致，但没有超出同一犯罪构成。
	因果关系的错误	狭义的因果关系错误②。
		事前故意③。
		犯罪构成提前实现④。
抽象的事实认识错误	认识的事实与现实发生的事实，分别属于不同的犯罪构成，即不同犯罪构成间的认识错误。	
	对象错误	误把甲对象当作乙对象加以侵害，而甲与乙体现不同的法益，分属不同的犯罪构成。
	打击错误	由于行为本身的误差，导致所欲攻击的对象与实际受害的对象不一致，而且超出了同一犯罪构成。

(二) 犯罪过失

特点	(1) 实际认识与认识能力相分离。 (2) 主观愿望与实际结果相分离。
疏忽大意的过失	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。

① 危害结果的实际发生是认定间接故意的必要条件。

② 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。注意：行为人对因果关系发展的具体样态的认识错误，不影响故意犯罪既遂的成立。

③ 误认为第一个行为已造成结果，出于其他目的实施第二个行为，实际上是第二个行为导致预期的结果。

④ 提前实现了行为人所预想的结果。

续 表

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，但轻信能够避免。
处罚	(1) 过失犯罪均以发生危害结果为要件。 (2) 过失犯罪不可能适用死刑。
辨析	(1) 疏忽大意是应当预见。 (2) 过于自信是已经预见。 (3) 意外事件是无法预见。

(三) 犯罪动机与目的

		犯罪动机	犯罪目的
概念		(1) 激起和推动犯罪人实施犯罪行为的内心起因。 (2) 是产生直接故意的源泉。	(1) 犯罪人希望通过实施犯罪行为达到某种危害结果的心理态度。 (2) 是直接故意的重要内容。
特点		(1) 过失犯罪都是不意误犯，不存在犯罪动机和犯罪目的。 (2) 间接故意犯罪也不存在犯罪动机与犯罪目的。①	
		(3) 间接故意犯罪可能存在其他动机与目的，但不能看作是犯罪动机与犯罪目的。	
区别	顺序	产生在前。	产生在后。
	内容、性质、作用	表明犯罪起因，比较抽象，对犯罪行为起推动作用。	表明所追求的危害结果，比较具体，对犯罪行为起指引方向的作用。
	定罪、量刑	主要影响量刑。	可以影响定罪和量刑。
	多样性	同一性质的犯罪，犯罪目的相同，犯罪动机可以各种各样；不同性质的犯罪，犯罪目的各不相同，犯罪动机可能相同。	

(四) 无罪过事件

不可抗力	客观上虽然造成了损害结果，但不是故意或过失，而是由于不可抗拒②的原因所引起的。
意外事件	客观上虽然造成了损害结果，但不是故意或过失，而是由于不能预见③的原因所引起的。

① 即只有直接故意犯罪才存在犯罪目的与犯罪动机的问题。

② 是指虽然认识到自己的行为会发生损害结果，但由于主客观条件的限制，行为人不可能排除或防止结果的发生。

③ 根据当时情况，不可能预见、不应当预见自己的行为会发生损害后果。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

第三章　犯罪排除事由

第一节　正当防卫

构成要件	防卫起因	1. 存在现实的不法侵害①。	对应的未满足构成要件
	防卫对象	2. 针对不法侵害人本人。	
	防卫意图	3. 具有防卫意识。	
	防卫时间	4. 不法侵害正在进行②。	
	防卫限度	5. 没有明显超过必要限度造成重大损害。	
不属于正当防卫的情况	假想防卫	(1) 实际上并不存在不法侵害，误认为存在，而进行所谓防卫。 (2) 不可能构成故意犯罪。 (3) 如主观上有过失，且刑法规定过失犯罪的，就按过失犯罪论处；如没有过失，则属意外事件。	1
	防卫第三者	误认为③第三人是不法侵害人而进行所谓防卫的，按假想防卫处理。	2
	防卫挑拨	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。	3
	互相斗殴	(1) 双方都具有不法侵害他人的意图，因而不具备防卫意识。 (2) 但是，斗殴过程中或结束时，也可能出现正当防卫，如一方求饶或逃走，另一方继续侵害，可以正当防卫。	
	偶然防卫	故意侵害他人合法权益，巧合了正当防卫的其他条件。④	
	黑吃黑	即为保护非法利益，由于不具有正当的防卫意图，因而不能认定为正当防卫，对侵害人和反击者分别追究法律责任。	

① 不法侵害包括犯罪行为与其他违法行为。应是人实施的。反击野生动物不存在正当防卫的问题；饲养人唆使饲养的动物侵害他人，动物是其不法侵害的工具，将该动物打死打伤的，属于正当防卫。不法侵害不限于作为的不法侵害。

② 个别情况下，不法侵害虽然还没有进入实行阶段，但其实施已逼近，侵害在即，形势十分紧迫，不实行正当防卫不足以保护合法权益的，可以实行正当防卫。

③ 如是故意针对第三人进行所谓防卫的，就应按故意犯罪处理。

④ 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。

续 表

	防卫不适时	(1) 不法侵害尚未开始或已经结束。(符合具体犯罪构成的，按犯罪处理) (2) 对于财产性犯罪，行为虽然已经既遂，但在现场还来得及挽回损失的，应当认为不法侵害尚未结束，可以进行正当防卫。	4
	防卫过当	(1) 明显超过必要限度造成重大损害，应负刑责。 (2) 不是独立罪名，应当减轻或免除处罚。 (3) 一般是过失，不排除间接故意的可能性。 (4) 防卫过当，一般认定为过失致人重伤或过失致人死亡罪，特殊情况，也可能定为间接故意犯罪。	5
特殊正当防卫	(1) 对正在行凶、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①进行防卫，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑责。② (2) 并非对于任何行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架等暴力犯罪进行防卫都适用上述规定，只有当暴力犯罪严重危及人身安全时，才适用。③		

第二节 紧急避险

构成要件	避险起因	1. 合法权益面临现实危险④。	对应的未满足构成要件
	避险对象	2. 损害第三者⑤的合法权益。	
	避险意图	3. 为了保护合法利益，具有避险意识。	
	避险时间	4. 危险正在发生且迫在眉睫。	
	避险可行性	5. 没有其他方法可以避免危险。⑥	
	避险限度	6. 没有超过必要限度造成不应有的损害。	
不属于紧急避险的情况	假想避险	实际并不存在危险，由于对事实的认识错误，善意地误认为存在危险，因而实施所谓紧急避险。	1
	偶然避险	没有避险意识，故意或过失实施的侵害行为巧合紧急避险客观要件。	3
	避险不适时	危险尚未发生或已经消除而实施紧急避险的。	4
	避险过当	(1) 超过必要限度造成不应有的损害，应负刑责。 (2) 应当减轻或免除处罚。	6

① 其他严重危及人身安全的暴力犯罪，如抢劫枪支弹药、劫持航空器等。

② 已满14周岁不满16周岁的相对负刑事责任人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投放危险物质罪的，应当负刑事责任。注意区别于特殊正当防卫针对的几种犯罪行为，前者是没有绑架罪的，绑架罪的犯罪主体要求年满16周岁以上。

③ 例如，对采取不会造成伤亡的麻醉方法的抢劫进行防卫的，就不适用特殊正当防卫的规定。

④ 此处的现实危险，不包括职务上、业务上负有特定责任的人所面临的对本人的危险。

⑤ 如果通过损害不法侵害人的利益来保护合法权益，那就是正当防卫。

⑥ 在可以或具有其他合理方法避免危险的情况下，采取避险行为的，应视主观心理与客观上造成的损害分别认定为故意犯罪、过失犯罪、意外事件。

第三节　其他犯罪排除事由

正当业务行为	人体实验、性转换手术不属于治疗行为。	
被害人承诺	（1）承诺者必须对所承诺事项的意义、范围具有**理解能力**。 （2）承诺必须出于被害人的真实意志，戏言性的承诺、基于强制或威压作出的承诺，不排除犯罪的成立。 （3）承诺**至迟**必须存在于**结果发生时**，被害人在结果发生前变更承诺的，原来的承诺无效。**事后承诺**照样成立犯罪。	
自救行为	**概念**	权利受到违法行为侵害的人，在国家机关尚未依照法律程序采取措施之前，依靠自己的力量救济，实现自己的权利。
	条件	（1）行为人是先前受到损害的**直接**被害人，其试图恢复的权利具有**正当**性。 （2）法益**已经**受到了违法侵害，无论是刚刚结束还是过了一段时间。 （3）存在恢复权利的现实必要性和紧迫性，等待公权力救济难以有效实现自己的权利。 （4）手段适当。 （5）相对方（侵害人）不会因为自救行为受到额外的损害。

第四章　犯罪未完成形态

第一节　犯罪预备

概念	为了犯罪，**准备工具，制造条件**，但由于行为人**意志以外**[①]的原因而**未能着手**实施犯罪。
与犯意表示的区别	（1）犯意表示一般指以口头、书面或其他方法，将真实犯罪意图表现于外部的行为。 （2）犯意表示是犯意的单纯流露，不能为犯罪制造条件。 （3）一个人的犯罪**预谋**，可能属于犯意表示；但两个以上的人在一起进行犯罪**预谋**，则属于犯罪预备。
处罚	（1）预备犯，**可以**比照既遂犯从轻、减轻或**免除**处罚。（即应当负刑责） （2）特殊情况下，准备实行**特别严重**的犯罪、**手段特别恶劣**，**可以**不予从轻、减轻或免除处罚。

① 如果行为人**自动放弃**预备行为或**自动**不着手实施犯罪，则是犯罪**中止**（预备阶段的中止）。

第二节　犯罪未遂

概念	已经着手实施犯罪，由于意志以外的原因而未得逞。	
意志以外的原因	抑止犯罪意志的原因	某种事实使得犯罪分子认为自己客观上已经不可能继续实施犯罪，从而被迫停止。
	抑止犯罪行为的原因	某种情况使得行为人在客观上不可能继续实施犯罪或不可能造成犯罪结果。
	抑止犯罪结果的原因	已将其认为应当实施的行为实行终了，但意外情况阻止了结果的发生。
类型	实行终了的未遂	行为人已将其认为达到既遂所必需的全部行为实行终了，但由于意志以外的原因而未得逞。
	未实行终了的未遂	由于意志以外的原因，使行为人未能将其认为达到既遂所必需的全部行为实行终了，因而未得逞。
	能犯未遂	实施的行为本身可能达到未遂，但由于意志以外的原因而未得逞。
	不能犯未遂	(1) 实施的行为本身就不可能达到既遂因而未得逞。 (2) 分为对象不能犯未遂和手段不能犯①未遂。 (3) 如果某种行为完全不可能导致危害结果发生，则不应当作为未遂犯处罚。②
处罚	未遂犯，可以比照既遂犯从轻或减轻处罚。	

★犯罪预备，停止在预备阶段；犯罪未遂，停止在实行阶段（两者均是意志以外的原因）。

第三节　犯罪中止

概念	犯罪过程中，自动放弃犯罪或自动有效地防止犯罪结果发生。	
特征	中止的时间性	(1) 犯罪中止可以发生在犯罪预备阶段和犯罪实行阶段。 (2) 犯罪既遂后自动恢复原状的，不成立犯罪中止。 (3) 犯罪明显告一段落归于未遂后，实施抢救被害人行为的，不是中止。
	中止的自动性	(1)“能达目的而不欲”为犯罪中止；“欲达目的而不能”为犯罪未遂。 (2) 因为某些不足以从客观上阻碍犯罪继续实施的原因而放弃犯罪的，只要这种障碍不足以现实地阻碍犯罪继续进行，行为人放弃犯罪的，都构成犯罪中止。如抢劫碰到熟人、强奸碰到妇女来例假。

① 手段不能犯是由于认识错误所致，迷信犯是由于愚昧无知所致，迷信犯在任何情况下都不可能导致危害结果发生，因而迷信犯不成立犯罪。(迷信犯是指意欲造成某种结果而采用迷信方法。)

② 如误将白糖当砒霜投入他人食物，由于绝对不可能发生伤亡结果，因而不应当以犯罪未遂论。

续 表

	中止的客观性	必须是真实地放弃犯罪行为，而不是等待时机继续实施该行为。
	中止的有效性	(1) 虽然自动放弃犯罪或自动采取措施防止结果发生，但如果发生了作为既遂标志的犯罪结果，就不成立中止。 (2) 为防止结果的发生作出了积极努力，虽其行为本身偶然不能使结果发生或由于他人行为防止了结果发生，但仍然成立中止犯。(行为人是在认识到能够既遂的情况下自动采取有效措施) (3) 犯罪中止的成立并不要求没有发生任何犯罪结果，而是只要求没有发生作为既遂标志的犯罪结果。
处罚	(1) 中止犯是应当负刑责的。 (2) 没有造成损害的，应当免除处罚。 (3) 造成损害的，应当减轻处罚。	
辨析	(1) 共同正犯中的一部分正犯自动停止犯罪，并阻止其他正犯实行犯罪或防止结果发生时，这部分正犯就是中止犯；其他没有自动中止意图与中止行为的正犯，则是未遂犯。 (2) 如果共同正犯中的一部分正犯中止自己的行为，但其他正犯的行为导致结果发生时，均不成立中止犯，均应成立既遂犯。(酌定量刑情节)	

第五章 共同犯罪

第一节 共同犯罪的成立条件

两人以上	(1) 有刑事责任能力人利用无刑事责任能力人实施犯罪的，不构成共同犯罪，利用者是间接正犯（间接实行犯）。 (2) 单位犯罪时，直接责任人员与该单位本身不成立共同犯罪。	
共同故意	各共犯人主观上相互沟通，彼此联络，都认识到自己不是孤立地实施犯罪，而是和他人一起共同犯罪。	
	片面共犯	参与同一犯罪，一方认识到自己是和他人共同犯罪，而另一方没有认识到有他人和自己共同犯罪。
	片面的共同实行	实行的一方没有认识到另一方的实行行为。
	片面的教唆犯	被教唆者没有意识到自己被教唆。
	片面的帮助犯	实行的一方没有认识到另一方的帮助行为。

续 表

	不成立共同犯罪的几种情形	(1) 共同过失犯①； (2) 故意犯罪与过失犯罪； (3) 同时犯②； (4) 先后故意实施的相关犯罪行为，彼此没有主观联系； (5) 超出共同故意之外； (6) 事前无通谋，事后实施的窝藏、包庇、掩饰、隐瞒犯罪所得或者犯罪所得收益。
共同行为	共同犯罪行为的分工：实行行为、组织行为、教唆行为、帮助行为。	

第二节 共犯人的分类及其刑事责任

主犯	概念	组织、领导犯罪集团进行犯罪活动或者在共同犯罪中起主要作用。
	与首要分子的关系	首要分子是指在犯罪集团或聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子。
		(1) 犯罪集团中，主犯包括首要分子和其他起主要作用的犯罪分子。 (2) 聚众犯罪中，构成共同犯罪时，可以认定其中的首要分子为主犯；不构成共同犯罪时，不存在主犯与从犯之分③。
	处罚	(1) 组织、领导犯罪集团的首要分子，按集团所犯全部罪行处罚。 (2) 犯罪集团的首要分子以外的主犯： ①组织、指挥共同犯罪的人，应按其组织、指挥的全部犯罪处罚；④ ②对于没有从事组织、指挥活动但在共同犯罪中起主要作用的人，应按其参与的全部犯罪处罚。
从犯	概念	在共同犯罪中起次要或辅助作用。
	处罚	(1) 应当从轻、减轻或免除处罚。 (2) 从犯的从宽处罚并不是“比照主犯”的，而是比照正常量刑。
胁从犯	概念	被胁迫参加犯罪，即在他人威胁下不完全自愿地参加共同犯罪，并且在共同犯罪中起较小作用。
	认定	(1) 胁从犯仅包括被胁迫，不包括被诱骗而参加犯罪的，被诱骗参加表明并无共犯的故意，不存在共犯。 (2) 被胁迫参加犯罪的，并非完全丧失意志自由，仅是不完全自愿地、而尚有选择的自由；如果行为人的身体完全受到外在的暴力强制，完全丧失了选择行动的自由，可以认定为不可抗力或者紧急避险而不负刑事责任。
	处罚	应当减轻或免除处罚。

① 共同过失犯罪，虽然不以共同犯罪论处，而是按他们所犯的罪分别处罚，但并不能否定有此一概念。

② 同时以各自行为侵害同一对象，但彼此之间无意思联络。

③ 例如，刑法第291条规定的聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪，只处罚首要分子，而首要分子就一人，无所谓主犯与从犯之分了。

④ 例如，在聚众斗殴中，首要分子要对参加者的斗殴行为造成的结果承担刑责。

需要全本请访问 www.ertongbook.com