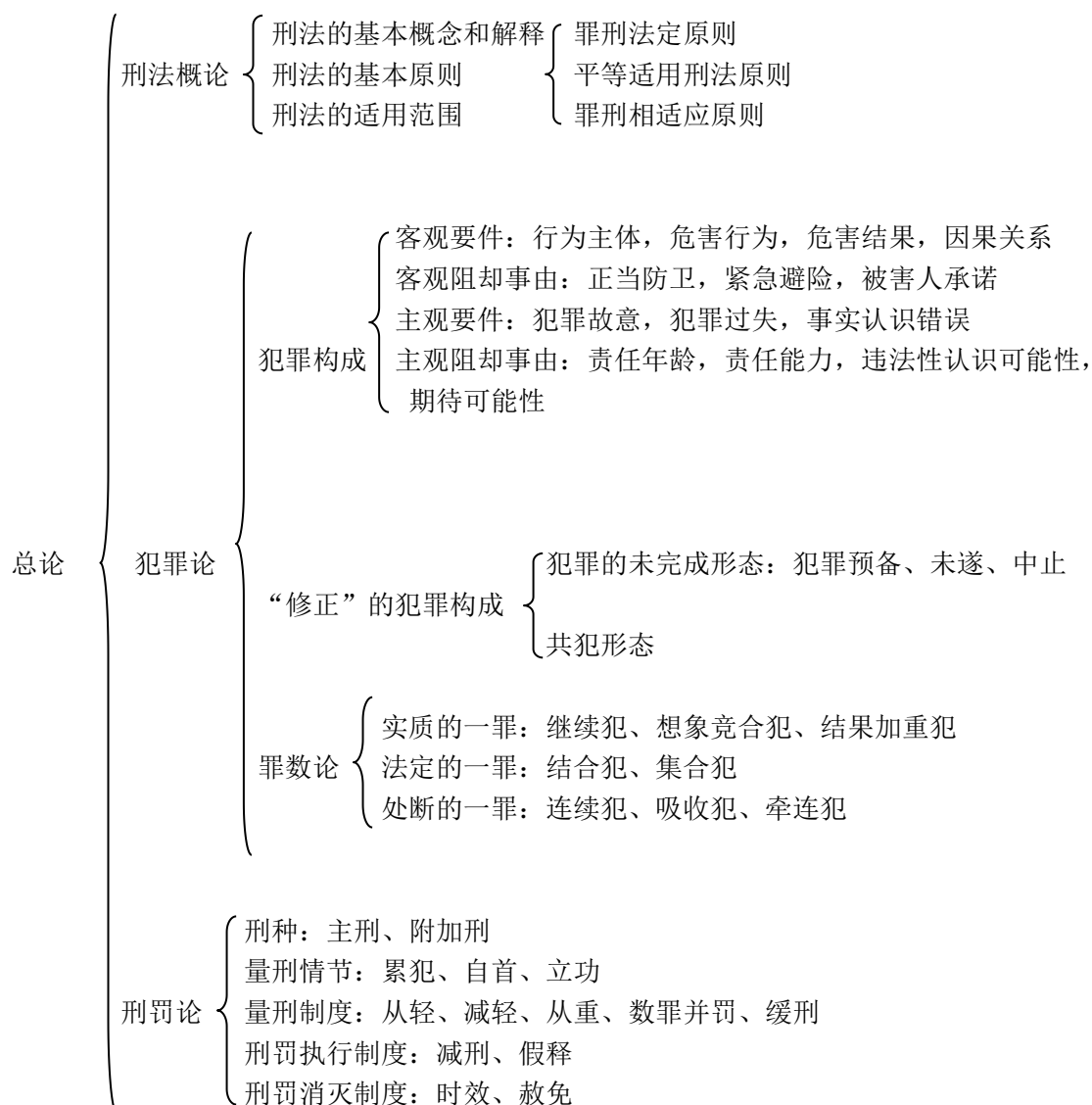


刑法学结构图



各论：

一、侵犯个人法益：

第四章、人身犯罪，第五章、财产犯罪

二、侵犯社会法益：

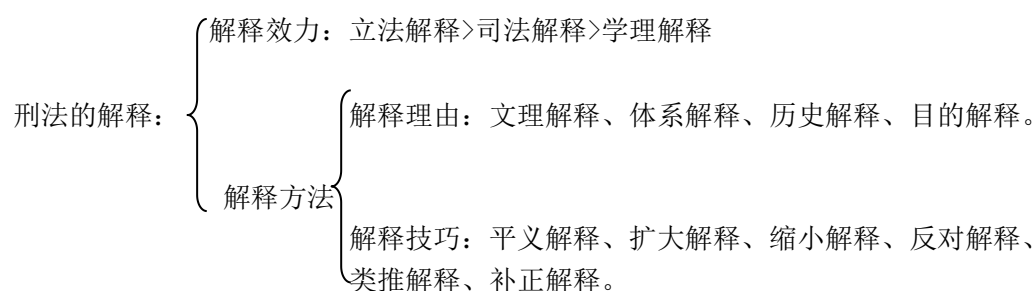
第二章、危害公共安全犯罪，第三章、破坏经济秩序犯罪，第六章、妨害社会管理犯罪

三、侵犯国家法益：

（一）侵害国家职能的犯罪：第八章、贪污贿赂犯罪，第九章、渎职犯罪

（二）危害国家存立的犯罪：第一章：危害国家安全罪，第七章、危害国防利益罪，第十章、军人违反职责罪

专题一：刑法的解释



（一）刑法解释的效力

刑法解释按其效力分为三种：立法解释、司法解释、学理解释。

- 1、立法解释，是由立法机关所作的解释
- 2、司法解释，是指国家司法机关所作的解释。
- 3、学理解释又称非正式解释，是未经国家授权的国家机关、团体、个人对刑法所作的解释，不具有法律效力，但是对于刑事司法活动和立法活动都具有重要参考价值。

（二）刑法的解释方法

- 1、刑法解释方法分为两大类：

(1)解释理由：文理解释、体系解释、历史解释、目的解释、当然解释。

(2)解释技巧：平义解释、扩大解释、缩小解释、反对解释、类推解释、补正解释。

2、解释理由与解释技巧的关系：对一个用语做出一个解释含义，其支撑理由可以多种多样，但是其解释技巧只能选择一种。

3、刑法解释的结论并非一定要有利于被告人，而是应该符合刑法的目的。存疑时有利于被告人的原则仅仅针对案件证据和事实的判断，不适用于刑法的解释。

4、对刑法分则条文的解释，必须同时符合两个要求：一是不能超出刑法用语可能具有的含义，二是必须符合分则条文的目的。

注意：正确的解释，必须同时符合法律的文言与法律的目的。

- 5、几个重要的解释技巧与解释理由

(1)扩大解释（又称扩张解释）：刑法条文解释后的含义大于字面含义。

(2)类推解释：法律没有明文规定的行为，适用有类似规定的其他条文予以处罚。

①类推解释与扩大解释的区分：

a 是否超出国民可预测性

b 解释后的含义是否仍然在原文义的“射程”之内。是否超出字面含义、达到使“概念升格”的程度。

②总结：常考情形

a 将“金融机构”解释为包含使用中的运钞车、自动取款机，属于扩大解释。

b 将遗弃罪中的“负有扶养义务的”人，解释为既包括家庭成员，也包括负有扶养义务的其他人，属于扩大解释。

c 将抢劫罪中的“财物”解释为包含财产性利益，属于扩大解释。

d 将“携带凶器抢夺，以抢劫罪论处”中的“凶器”解释为包含用法上的凶器（例如棍棒、转头、菜刀），属于扩大解释。

e 将信用卡诈骗罪的“信用卡”解释为包含借记卡，属于扩大解释。

f 将组织卖淫罪中的“卖淫”解释为包含男性向不特定女性提供性服务，属于扩大解释。

g 将破坏交通罪中的“汽车”解释为包含大型拖拉机，是扩大解释。

h 将侮辱尸体罪中的“尸体”解释为包含骨灰，属于类推解释。

(3) 缩小解释(又称限制解释): 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: 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”。

(4) 当然解释: 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使用范围之内。

入罪(给人定罪)，举轻明重，出罪(排除有罪)，举重明轻。

如: 两年内三次盗窃，构成盗窃罪。那么，两年内四次盗窃的，当然构成盗窃罪。

注意: 当然解释虽然追求结论的合理性，但并不必然符合罪刑法定原则。

(5) 反对解释: 根据刑法条文的正面叙述，推知其反面含义。

例: 十四周岁及以上的人要对故意杀人罪负责。据此，小于十四周岁的人便不需要对故意杀人罪负责。

(6) 体系解释: 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。

例如，从文义上看，伪造可以包含变造，但是我国刑法在伪造货币罪之外又规定了变造货币罪，那么伪造货币罪中的伪造就不能包含变造。

①做好体系解释需要注意遵守同类解释规则，对于刑法分则条文在列举具体要素后使用的“等”、“其他”用语，应按照所列举的内容、性质进行同类解释。

②同一用语的含义相对化。

2016年卷二51. 关于罪刑法定原则与刑法解释，下列哪些选项是正确的？

- A. 对甲法条中的“暴力”作扩大解释时，就不可能同时再作限制解释，但这并不意味着对乙法条中的“暴力”也须作扩大解释
- B. 《刑法》第 237 条规定的强制猥亵、侮辱罪中的“侮辱”，与《刑法》第 246 条规定的侮辱罪中的“侮辱”，客观内容相同、主观内容不同
- C. 当然解释是使刑法条文之间保持协调的解释方法，只要符合当然解释的原理，其解释结论就不会违反罪刑法定原则
- D. 对刑法分则条文的解释，必须同时符合两个要求：一是不能超出刑法用语可能具有的含义，二是必须符合分则条文的目的

2015 年卷二 51. 关于刑法解释，下列哪些选项是错误的？

- A. 《刑法》规定“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的”构成强奸罪。按照文理解释，可将丈夫强行与妻子性交的行为解释为“强奸妇女”
- B. 《刑法》对抢劫罪与强奸罪的手段行为均使用了“暴力、胁迫”的表述，且二罪的法定刑相同，故对二罪中的“暴力、胁迫”应作相同解释
- C. 既然将为了自己饲养而抢劫他人宠物的行为认定为抢劫罪，那么，根据当然解释，对为了自己收养而抢劫他人婴儿的行为更应认定为抢劫罪，否则会导致罪刑不均衡
- D. 对中止犯中的“自动有效地防止犯罪结果发生”，既可解释为自动采取措施使得犯罪结果未发生；也可解释为自动采取防止犯罪结果发生的有效措施，而不管犯罪结果是否发生

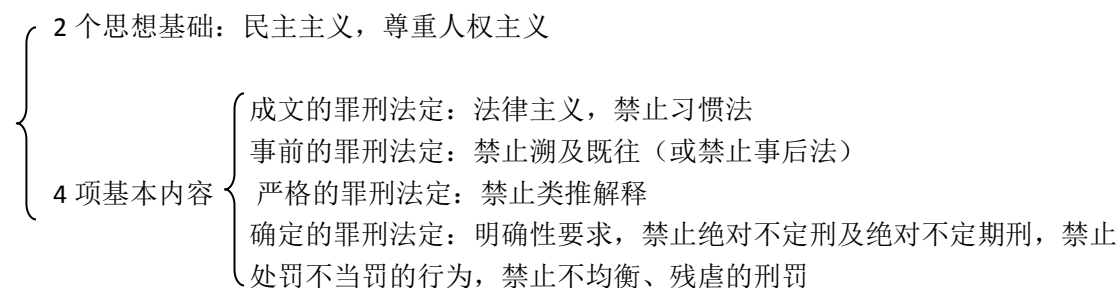
2014年卷二3. 关于刑法用语的解释, 下列哪一选项是正确的?

- A. 按照体系解释, 刑法分则中的“买卖”一词, 均指购买并卖出; 单纯的购买或者出售, 不属于“买卖”
- B. 按照同类解释规则, 对于刑法分则条文在列举具体要素后使用的“等”、“其他”用语, 应按照所列举的内容、性质进行同类解释
- C. 将明知是捏造的损害他人名誉的事实, 在信息网络上散布的行为, 认定为“捏造事实诽谤他人”, 属于当然解释
- D. 将盗窃骨灰的行为认定为盗窃“尸体”, 属于扩大解释

专题二: 罪刑法定原则:

第三条: 法律明文规定为犯罪行为的, 依照法律规定处刑; 法律没有明文规定为犯罪行为的, 不得定罪处刑。

经典表述: “法无明文规定不为罪”, “法无明文规定不处罚”。



1、思想基础

(1) 思想渊源: 三权分立学说与心理强制说。

(2) 思想基础: 民主主义与尊重人权主义

a 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。

b 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。

2、罪刑法定的基本内容 (约束的对象: 即约束司法者, 也约束立法者):

(1) 成文的罪刑法定:

a 法律主义。只有立法机关制定的法律才有权制定犯罪和刑罚, 行政机关制定的法规等无权制定犯罪和刑罚, 也即罪刑法定中的“法”不包括行政法规等。

b 禁止习惯法。虽然习惯法体现民意, 符合民主主义, 但因为缺乏明确性, 违反了预测可能性原理, 所以应当被禁止。

(2) 事前的罪刑法定:

这是指禁止溯及既往 (或禁止事后法), 指刑法生效后, 不适用于它生效前的未决案件。刑法如果溯及既往, 便违背了预测可能性原理。

注意: 但刑法不禁止有利于被告人的溯及既往。

(3) 严格的罪刑法定

这是指禁止类推解释。类推解释因为既违反了民主主义, 又违反了预测可能性原理, 所以应当被禁止。

注意: 刑法不禁止有利于被告人的类推。

(4) 确定的罪刑法定:

这是指罪行规范应当明确、适当。

a 明确性要求

对犯罪及其法律后果的规定必须明确。明确性是指法律语言的表达使人能够确切了解违法行为和惩罚的内容，准确地确定犯罪行为与非犯罪行为的范围。明确性是立法与解释共同完成的。

注意：明确性与分则条文中罪状的规定模式无关。

b 禁止绝对不定期刑及绝对不定期刑**c 禁止处罚不当罚的行为****d 禁止不均衡、残虐的刑罚**

2013 年卷二 13. 甲向乙借款 50 万元注册成立 A 公司，乙与甲约定在 A 公司取得营业执照的第二天，乙的 B 公司向 A 公司借款 50 万元。A 公司取得营业执照后，由甲经手将 A 公司 50 万元借给 B 公司。关于甲的行为性质，下列哪一选项是正确的？

A. 虚报注册资本罪

B. 虚假出资罪

C. 抽逃出资罪

D. 无罪

2012 年卷二 3. 关于罪刑法定原则有以下观点：

①罪刑法定只约束立法者，不约束司法者

②罪刑法定只约束法官，不约束侦查人员

③罪刑法定只禁止类推适用刑法，不禁止适用习惯法

④罪刑法定只禁止不利于被告人的事后法，不禁止有利于被告人的事后法

下列哪一选项是正确的？

A. 第①句正确，第②③④句错误

B. 第①②句正确，第③④句错误

C. 第④句正确，第①②③句错误

D. 第①③句正确，第②④句错误

专题三：刑法的效力

刑法的效力分为刑法的空间效力和时间效力

（一）刑法的空间效力所解决的是一国刑法在什么地域、对什么人适用的问题。

共四个原则：属地原则（国内犯）、属人、保护、普遍管辖原则（国外犯）

1、对中国境内犯罪：属地管辖原则

所谓国内犯，就是发生在我国境内的犯罪。对于国内犯，我国刑法采取了属地管辖原则。即，一般情况下，只要发生在我国领域内的犯罪，就适用我国刑法。

（1）“我国领域内”，是指我国国境以内的全部区域，包括领陆、领水和领空。

补充：旗国主义。

a “中华人民共和国船舶或者航空器”，包括挂有或者涂有我国国旗、国徽标识、注册地在我国或者所有权属于我国的船舶与航空器，不包括国际长途汽车或者国际火车。

b 凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，不管其航行或者停放在何处，适用我国刑法。但如果在停泊于我国领海或者港口的船舶或者航空器内犯罪的，直接适用属地原则，不考虑旗国主义。

（2）犯罪地的认定

a 只要犯罪行为和犯罪结果有一项发生在我国领域内，就应当适用我国刑法。

b 共同犯罪：只要共同犯罪行为有一部分（包括共同实行、教唆和帮助）发生在我国领域或者共同犯罪结果有一部分发生在我国领域内，就认为是在我国领域内犯罪。

c 未完成形态：行为地与行为人希望结果发生之地、可能发生结果地，都是犯罪地。

(3) 属地原则的例外

a 适用中国刑法的例外：

第十一条的规定：享有外交特权和豁免权的外国人在我国领域内犯罪的，通过外交途径解决。

注意：这一规定不同于驱逐出境。后者是对犯罪的外国人附加适用的一种刑罚，适用前提之一是对其犯罪行为具有管辖权。

b 适用刑法典的例外：港澳台地区；特别刑法的规定；民族自治地区制定了变通或者补充规定的。

四个原则中，属地原则是基础，体现了我国的国家主权，有冲突时优先适用。

2、国外犯

所谓国外犯，简单说，就是发生在我国领域之外的犯罪，这类犯罪实际上包括三类：

(1) 中国公民在国外实施的犯罪（属人管辖）

中国人在国外实施犯罪，原则上适用我国刑法。国家工作人员或者军人无条件适用我国刑法，其他人犯轻罪（最高刑为三年以下有期徒刑）的可以不追究。

(2) 外国人在国外实施的危害中国国家和公民利益的犯罪（保护管辖）

适用条件：

a 所犯之罪侵犯我国国家或者公民利益；

b 按照我国刑法规定属于重罪（最低刑为三年以上有期徒刑）；

c 犯罪地法律也认为是犯罪。

(3) 外国人在国外实施的危害各国共同利益的国际犯罪（如贩毒、洗钱）（普遍管辖）

适用条件：

a 必须是危害人类共同利益的犯罪；

b 我国缔结或参加了公约，声明保留的除外；

c 我国刑法将这种行为也规定为犯罪；

d 罪犯出现在我国境内。

注意：国际公约或条约的内容必须被转化为国内刑法的规定，但可能罪名不同；即国际公约或者国际条约的内容不能成为法院判案的依据（有别于民事案件）。

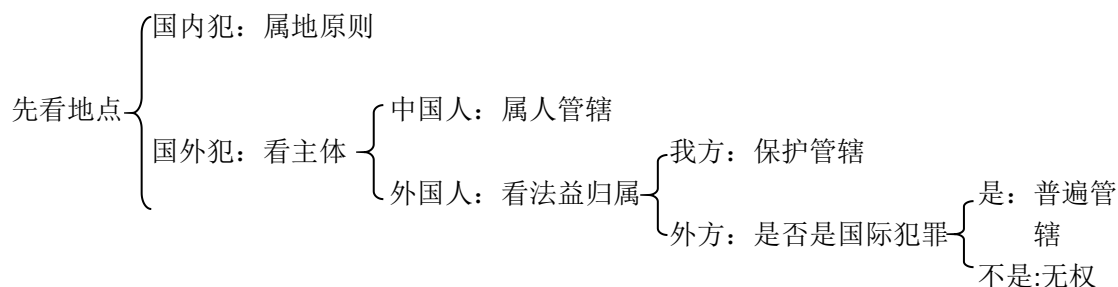
(4) 对外国刑事判决的承认

我国刑法对外国判决采取了消极承认的态度。

a 《刑法》第10条规定，“虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究”，即外国的刑事判决不制约本国行使审判权。

b “但是在国外已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚”。即对外国的刑事判决和刑罚执行的事实，给予考虑，避免对被告人的过分不公平。

总结：



2008 年四川卷二 23. A 国商人汤姆劫持 B 国民用航空器，欲前往 C 国，但 C 国拒绝其降落，后无奈迫降中国。对汤姆的刑事责任问题的处理，下列哪一选项是正确的？

- A. 依据保护管辖原则，适用中国法律追究其刑事责任
- B. 通过外交途径解决
- C. 依照普遍管辖权原则，适用中国法律追究其刑事责任
- D. 依据属地管辖原则，适用中国法律追究其刑事责任

2007 年卷二 51. 关于刑事管辖权，下列哪些选项是正确的？（ ）

- A. 甲在国外教唆陈某到中国境内实施绑架行为，中国司法机关对甲的教唆犯罪有刑事管辖权
- B. 隶属于中国某边境城市旅游公司的长途汽车在从中国进入 E 国境内之后，因争抢座位，F 国的汤姆一怒之下杀死了 G 国的杰瑞。对汤姆的杀人行为不适用中国刑法
- C. 中国法院适用普遍管辖原则对劫持航空器的丙行使管辖权时，定罪量刑的依据是中国缔结或者参加的国际条约
- D. 外国人丁在中国领域外对中国公民犯罪的，即使按照中国刑法的规定，该罪的最低刑为 3 年以上有期徒刑，也可能不适用中国刑法

（二）刑法的时间效力

刑法的时间效力所解决的问题是刑法从何时起至何时止具有适用效力，其内容包括生效时间、失效时间、溯及力。

1、刑法的溯及力

刑法的溯及力，也称溯及既往的效力，是指刑法生效后，对它生效前未经审判或判决未确定的行为是否具有追溯适用效力，如果具有适用效力，则是有溯及力；否则就是没有溯及力。

2、我国采纳的原则：从旧兼从轻原则

注意：按照审判监督程序重新审判的案件，适用行为时的法律。

3、立法解释、司法解释的溯及力

当行为发生后，审理时出现新的司法解释时：

- （1）行为时没有解释，审理时有解释的，适用解释；
- （2）旧解释规定某种行为有罪或罪重，新解释规定为无罪或罪轻，适用新解释；
- （3）旧解释规定某种行为无罪或者罪轻，新解释规定为犯罪或者罪重，适用旧解释。
- （4）如果新旧解释完全一致，适用新的解释。

4、关于刑法修正案九效力的司法解释

第一条对于 2015 年 10 月 31 日以前因利用职业便利实施犯罪，或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪的，不适用修正后刑法第三十七条之一第一款的规定。其他法律、行政法规另有规定的，从其规定。

因利用职业便利实施犯罪，或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚的，人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要，禁止其自刑罚执行完毕之日或者假释之日起从事相关职业，期限为三年至五年。

第二条对于被判处死刑缓期执行的犯罪分子，在死刑缓期执行期间，且在 2015 年 10 月 31 日以前故意犯罪的，适用修正后刑法第五十条第一款的规定。

第三条对于 2015 年 10 月 31 日以前一人犯数罪，数罪中有判处有期徒刑和拘役，有期徒刑和管制，或者拘役和管制，予以数罪并罚的，适用修正后刑法第六十九条第二款的规定。

第八条对于 2015 年 10 月 31 日以前实施贪污、受贿行为，罪行极其严重，根据修正前刑法判处死刑缓期执行不能体现罪刑相适应原则，而根据修正后刑法判处死刑缓期执行同时决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后，终身监禁，不得减刑、假释可以罚当其罪

的，适用修正后刑法第三百八十三条第四款的规定。根据修正前刑法判处死刑缓期执行足以罚当其罪的，不适用修正后刑法第三百八十三条第四款的规定

2013 年卷二 4.《刑法修正案（八）》于 2011 年 5 月 1 日起施行。根据《刑法》第 12 条关于时间效力的规定，下列哪一选项是错误的？

- A. 2011 年 4 月 30 日前犯罪，犯罪后自首又有重大立功表现的，适用修正前的刑法条文，应当减轻或者免除处罚
- B. 2011 年 4 月 30 日前拖欠劳动者报酬，2011 年 5 月 1 日后以转移财产方式拒不支付劳动者报酬的，适用修正后的刑法条
- C. 2011 年 4 月 30 日前组织出卖人体器官的，适用修正后的刑法条文
- D. 2011 年 4 月 30 日前扒窃财物数额未达到较大标准的，不得以盗窃罪论处

专题四：构成要件要素

犯罪构成的各个要件是由不同要素组成的，组成要件的要素，就是犯罪构成的要件要素。

1、客观的构成要件要素、主观的构成要件要素。

（1）客观的构成要件要素：说明行为外部的、客观面的要素。如行为主体、身份、行为、结果。

（2）主观的构成要件要素：表明行为人内心的、主观面的要素。如故意、过失、目的、动机。

注意二者的区分：是只要存在于人的心理，还是必须在客观上有所表现。

2、记述的构成要件要素、规范的构成要件要素

（1）记述（明确）的构成要件要素。对于与构成要件要素相对应的客观事实，只需要进行事实判断、知觉的、认识的活动即可确定的要素。

（2）规范（不明确）的构成要件要素。我们通过感知并不能够获得正确的判断，需要法官的评价的要素，或者说需要法官的规范的评价活动、需要法官的补充的价值判断的要素。——即这些用语的含义是需要解释才得适用的，在日常生活用语中没有明确的界限。大致可分为三类：

- a. 法律的评价要素。国家工作人员、司法工作人员、公私财物、他人占有的财物
- b. 经验法则的评价要素。入户抢劫中的“户”。
- c. 价值的评价要素。猥亵、淫秽物品等，

（3）规范的构成要件要素与记述的构成要件要素区分的意义：

犯罪故意的认识因素中，对于记述的构成要件要素只要求行为人认识到概括的事实即可。对于规范的构成要件要素，要求行为人认识到要素的内容，但不要求行为人作价值评判，因为价值评判是由司法人员进行判定的。

3、积极的构成要件要素与消极的构成要件要素。

（1）积极的构成要件要素。积极地、正面地表明成立犯罪必须具备的要素。

（2）消极的构成要件要素。否定犯罪性的构成要件要素。刑法第 389 条第 3 款的规定，因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿。又如，逃税罪中的出罪要件，“补缴税款、滞纳金、接受行政处罚”。

4、共同的构成要件要素、非共同的构成要件要素。

（1）共同的构成要件要素：任何犯罪的成立都必须具备的客观要素。如，行为、主观罪过。

（2）非共同的构成要件要素：并非任何犯罪只是部分犯罪的成立所必须具备的要素，仅仅是某些犯罪必备的要素。如：犯罪目的、身份。

5、成文的构成要件要素、不成文的构成要件要素。

（1）成文的构成要件要素：刑法明文规定的构成要件要素。

(2) 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，成立犯罪所必须具备的要素。

2014年卷二4. 关于构成要件要素，下列哪一选项是错误的？

- A. 传播淫秽物品罪中的“淫秽物品”是规范的构成要件要素、客观的构成要件要素
- B. 签订、履行合同失职被骗罪中的“签订、履行”是记述的构成要件要素、积极的构成要件要素
- C. “被害人基于认识错误处分财产”是诈骗罪中的客观的构成要件要素、不成文的构成要件要素
- D. “国家工作人员”是受贿罪的主体要素、规范的构成要件要素、主观的构成要件要素

2012年卷二51. 《刑法》第246条规定：“以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”关于本条的理解，下列哪些选项是正确的？

- A. “以暴力或者其他方法”属于客观的构成要件要素
- B. “他人”属于记述的构成要件要素
- C. “侮辱”、“诽谤”属于规范的构成要件要素
- D. “三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利”属于相对确定的法定刑

2008年卷二51. 关于构成要件要素的分类，下列哪些选项是正确的？（ ）

- A. 贩卖淫秽物品牟利罪中的“贩卖”是记述的构成要件要素，“淫秽物品”是规范的构成要件要素
- B. 贩卖毒品罪中的“贩卖”是记述的构成要件要素，“毒品”是规范的构成要件要素
- C. 强制猥亵妇女罪中的“妇女”是记述的构成要件要素，“猥亵”是规范的构成要件要素
- D. 抢劫罪的客观构成要件要素是成文的构成要件要素，“非法占有目的”是不成文的构成要件要素

专题五：行为主体

一、自然人

行为主体，首先是自然人。作为客观构成要件要素的行为主体，只要求是自然人，而不要求其他内容。

身份犯的分类：真正的身份犯和不真正的身份犯。

1、真正的身份犯：行为人只有具备某种特殊身份，才能构成犯罪。（也称为定罪身份和构成身份）

(1) 行为人在开始犯罪时就具有。如果是在犯罪过程中形成的身份，则不属于定罪身份。例如：组织、领导、参加黑社会性质组织罪的组织者，不属于定罪身份，不是真正身份犯。因为这种身份是在犯罪过程中形成的。

(2) 定罪身份只是针对实行犯所要求的。不具有定罪身份的人，可以作为共犯（帮助犯、教唆犯），与具有定罪身份者构成共同犯罪。

2、不真正身份犯：行为人具有某种特殊身份，不影响犯罪的成立，但是影响量刑。（特殊身份也称为量刑身份或加减身份）

二、单位犯罪

由单位作为行为主体所实施的犯罪，称为单位犯罪。

（一）单位犯罪的成立条件

1、主体资格：

- （1）国有、集体性质的公司、企业、事业单位、机关、团体；
- （2）依法设立的合资经营、合作经营企业；
- （3）具有法人资格的私营公司；
- （4）司法实践中，国有、集体性质的公司、企业、事业单位分支机构或者内设机构也可以成为单位犯罪的主体。

注意：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、主观要件：必须是为了单位的利益（或单位的全体成员的利益、或者单位的绝大多数成员的利益）实施犯罪行为。

（1）如果是盗用单位名义，违法所得归个人所有的，不是为了单位利益实施的行为，因此，不能认定为成立单位犯罪。

（2）罪过形式包括：故意、过失。刑法第 229 条的出具证明文件重大失实罪。

3、客观要件：该行为由单位的决策机构按照单位的决策程序决定，并由直接责任人员实施，以单位名义实施犯罪，犯罪所得为单位所有。

4、法律特征：法定性。

刑法规定的单位犯罪一般都是法定犯，而不是自然犯。

刑法规定某些罪名不能由单位构成，但是单位实施了，可以直接追究直接责任人的自然人犯罪。例如，单位实施盗窃行为，对单位不追究刑事责任，对自然人以盗窃罪论处。

5、单位犯罪的类型：纯正的单位犯罪、不纯正的单位犯罪

（1）纯正的单位犯罪：是指只能由单位实施而不可能由自然人单独实施的犯罪。如单位受贿罪，违规制造、销售枪支罪，妨害清算罪。纯正的单位犯罪虽然只能由单位构成，但犯罪行为还必须由自然人实施，这种情况下，仍然要处罚自然人。

（2）不纯正的单位犯罪：是指在某种犯罪既可以由单位实施也可以由自然人实施的情况下，由单位所实施的犯罪。如生产、销售伪劣产品罪。集资诈骗罪、票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪、信用证诈骗罪、保险诈骗罪既可以由单位构成，也可以由自然人构成。

（3）纯正的自然人犯罪：只能由自然人构成而不能由单位构成的犯罪。例如：行贿罪、受贿罪。

6、对单位犯罪的处罚

（1）原则上双罚制。对单位判处罚金（对单位也只能判处罚金），并对其直接负责的主管人员和其它直接责任人员判处刑罚。

（2）例外：单罚。我国刑罚的单罚制仅对单位的直接负责人员判处刑罚。

（3）对犯罪单位本身判处刑罚：只能判处罚金刑。

7、单位犯罪是单位本身的犯罪，不是各个成员的共同犯罪，也不是单位与成员的共同犯罪。单位与单位之间可以构成共同犯罪。单位与自然人之间也可以构成共同犯罪。

8、单位涉嫌犯罪后，若被其主管部门，上级机构等吊销其营业执照宣告其撤销或者破产，只追究直接责任人员或主管人员，对该单位不再追诉。

（二）总结：单位犯罪常考知识点

1、不成立单位犯罪的情况：

- （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。
- （2）公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的。

(3) 盗用单位名义, 违法所得归个人所有的, 不是为了单位利益实施的行为。

(4) 不具有法人资格的私营公司;

2、刑法规定某些罪名不能由单位构成, 但是单位实施了, 可以直接追究直接责任人的自然人犯罪。

3、单位犯罪的罪过形式可以是故意, 也可以是过失。

4、单位犯罪是单位本身的犯罪, 不是各个成员的共同犯罪, 也不是单位与成员的共同犯罪。单位与单位之间可以构成共同犯罪。单位与自然人之间也可以构成共同犯罪。

2015 年卷二 54. 关于单位犯罪, 下列哪些选项是正确的?

A. 就同一犯罪而言, 单位犯罪与自然人犯罪的既遂标准完全相同

B. 《刑法》第一百七十条未将单位规定为伪造货币罪的主体, 故单位伪造货币的, 相关自然人不构成犯罪

C. 经理赵某为维护公司利益, 召集单位员工殴打法院执行工作人员, 拒不执行生效判决的, 成立单位犯罪

D. 公司被吊销营业执照后, 发现其曾销售伪劣产品 20 万元。对此, 应追究相关自然人销售伪劣产品罪的刑事责任

2010 年卷二 53. 关于单位犯罪, 下列哪些选项是错误的?

A. 单位只能成为故意犯罪的主体, 不能成为过失犯罪的主体

B. 单位犯罪时, 单位本身与直接负责的主管人员、直接责任人员构成共同犯罪

C. 对单位犯罪一般实行双罚制, 但在实行单罚制时, 只对单位处以罚金, 不处罚直接负责的主管人员与直接责任人员

D. 对单位犯罪只能适用财产刑, 既可能判处罚金, 也可能判处没收财产

专题六: 行为

一、刑法上的危害行为: 基于人的意识和意志支配实施的客观上侵犯法益的身体活动。

1、有体性: 身体活动包括举动和静止, 不包括犯意形成与流露。

2、有意性: 刑法只能调整有意识和意志支配和控制的行为, 而不包括反射动作、睡梦中的举动等等。

3、有害性: 刑法只禁止在客观上危害社会的行为, 对社会无害的身体举止不会被规定在刑法中。其社会危害表现为法益侵害性, 包括对法益的实际侵犯和侵犯危险。

二、作为与不作为的概念:

1、作为: 是指用积极的身體動作來違反刑法禁止性規定。

2、不作为: 是指用消极的身体静止来违反刑法义务性规定。

不作为犯分为:

(1) 真正不作为犯(纯正的不作为犯): 刑法明文规定只能由不作为构成的犯罪。

(2) 不真正不作为犯(不纯正的不作为犯): 行为人以不作为形式实施的通常为作为形式的犯罪。

3、作为与不作为的区分:

处罚作为犯是因为行为制造并实现风险, 处罚不作为犯是因为其先前的行为使法益陷入危险。

三、不作为犯的成立条件

1、负有作为义务

- 2、有能力履行该特定义务
- 3、不履行该义务，造成或者可能造成危害结果
- 4、量上要求：与相应作为犯具有等价性。

记忆公式：应为，能为，不为，具有等价性。

1、负有作为义务（应为）

作为义务的来源主要有：

（1）法律明文规定的义务，如家庭成员之间相互抚养的义务、当事人履行生效的法律判决的义务。

（2）职务或业务上要求的义务，如消防队员有灭火的义务。

（3）法律行为，自愿接受行为，引起的义务。如保姆对婴儿的看护义务，将弃婴从马路上捡回家，对该婴儿就有照顾的义务。

（4）先行行为引起的义务。行为人的某种行为导致刑法保护的法益处于危险状态时，行为人负有的排除危险或防止结果发生的特定积极义务。

（5）对危险物的管理义务，对他人危险行为的监督义务。

（6）对自己支配的建筑物、汽车等场所内的危险的阻止义务。

（7）先前的犯罪行为能否作为义务的发生

a 刑法就加重结果已经作了特别规定的，依照刑法的规定。

但是需要考虑其后实施的不作为是否具有引起该结果加重的作为的等价性。

b 在刑法没有就某种（故意、过失）犯罪行为规定为结果加重犯，也没有规定发生某种严重结果而成立其它严重犯罪的情况下，如果先行为导致危险状态后，不履行排除危险的义务，成立不作为犯罪。

2、具有履行能力（能为）

这是指具有作为可能性。例如：大叔带邻居小孩游泳，小孩落水，大叔没有救助。如果没有救助是因为大叔不会游泳，则大叔不构成不作为犯。

3、不履行造成危害结果（不为）

（1）前提条件（结果避免可能性）

客观上要有履行的可能性，即结果避免可能性。

（2）履行程度

a 行为人要真诚努力履行，否则视为没有履行。

b 不要求冒生命危险履行。

4、不作为与相应的作为犯罪具有等价性。

四、不作为犯罪的罪过形式：既可以是故意也可以是过失。

五、不作为犯与认识错误

六、总结：与不作为犯罪有关联的考点

1、罪过形式 2、因果关系 3、共犯 4、犯罪形态 5、认识错误

2016 年卷二 1. 关于不作为犯罪，下列哪一选项是正确的？

- A. “法无明文规定不为罪”的原则当然适用于不作为犯罪，不真正不作为犯的作为义务必须源于法律的明文规定
- B. 在特殊情况下，不真正不作为犯的成立不需要行为人具有作为可能性
- C. 不真正不作为犯属于行为犯，危害结果并非不真正不作为犯的构成要件要素
- D. 危害公共安全罪、侵犯公民人身权利罪、侵犯财产罪中均存在不作为犯

2015 年卷二 52. 关于不作为犯罪，下列哪些选项是正确的？

- A. 儿童在公共游泳池溺水时，其父甲、救生员乙均故意不救助。甲、乙均成立不作为犯罪
- B. 在离婚诉讼期间，丈夫误认为自己无义务救助落水的妻子，致妻子溺水身亡的，成立过失的不作为犯罪
- C. 甲在火灾之际，能救出母亲，但为救出女友而未救出母亲。如无排除犯罪的事由，甲构成不作为犯罪
- D. 甲向乙的咖啡投毒，看到乙喝了几口后将咖啡递给丙，因担心罪行败露，甲未阻止丙喝咖啡，导致乙、丙均死亡。甲对乙是作为犯罪，对丙是不作为犯罪

2014年卷二5. 关于不作为犯罪的判断，下列哪一选项是错误的？

- A. 小偷翻墙入院行窃，被护院的藏獒围攻。主人甲认为小偷活该，任凭藏獒撕咬，小偷被咬死。甲成立不作为犯罪
- B. 乙杀丙，见丙痛苦不堪，心生悔意，欲将丙送医。路人甲劝阻乙救助丙，乙遂离开，丙死亡。甲成立不作为犯罪的教唆犯
- C. 甲看见儿子乙（8周岁）正掐住丙（3周岁）的脖子，因忙于炒菜，便未理会。等炒完菜，甲发现丙已窒息死亡。得出甲不成立不作为犯罪
- D. 甲见有人掉入偏僻之地的深井，找来绳子救人，将绳子的一头扔至井底后，发现井下的是仇人乙，便放弃拉绳子，乙因无人救助死亡。甲不成立不作为犯罪

2010 年卷二 52. 关于不作为犯罪，下列哪些选项是正确的？

- 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

专题七：因果关系

一、因果关系的本质，实际上是认定行为人对结果是否有支配力，是否应当为结果承担责任。

二、条件说

1、条件说的公式：实行行为与结果之间存在着没有前者就没有后者的条件关系时，前者就是后者的原因。

2、条件关系的限定：

（1）日常生活行为即使偶然产生了危害结果，二者之间也不存在因果关系。

(2) 预备行为即使偶尔产生了危害结果，二者之间也不存在因果关系。

3、因果关系中断：

(1) 介入的因素必须是异常的因素。

(2) 介入的因素必须是独立引起危害结果的发生。

(3) 常考的介入因素：a 自然事件 b 第三人行为 c 自身行为

4、条件关系的特殊情形：

(1) 假定的因果关系：前条件正要导致后结果发生，介入后条件导致结果发生。因果关系中的结果是指具体的、现实的结果、而非假定的结果。因此，结论：前条件与结果没有因果关系，后条件与结果有因果关系。

(2) 二重的因果关系。两个条件单独都能导致结果发生，没有意思联络，各自同时发生作用，竞合在一起导致了结果发生。结论：两个条件与结果都有因果关系。

(3) 重叠的因果关系。两个条件单独都不能导致结果发生，相互之间没有意思联络，结合在一起导致了结果的发生。结论：两者对结果都有因果关系。

5、被害人存在体质特殊的问题。

三、与因果关系有关联的考点

1、故意犯罪的既遂未遂问题。

2、结果加重犯的成立问题。

3、过失犯罪的成立问题。

4、故意犯罪的中止问题。

5、共犯的犯罪形态问题。

6、不作为犯罪的结果回避可能性问题。

四、客观归责理论

1、实现客观归责必须具备三个条件：一是行为制造了法所不允许的风险；二是实现风险；三是结果没有超出构成要件的保护范围。

2、从逆向思考的角度看，根据客观归责理论，行为符合以下情形的，不能进行客观上的归责：

(1) 客观上不存在可证实的或者法律上有意义的重要危险。

(2) 其他可以选择的行为具有同样的危险。

(3) 行为可以降低法益风险。

(4) 被害人自我答责。

(5) 结果在规范保护目的之外。

2016 年卷二 2. 关于因果关系的认定，下列哪一选项是正确的？

A. 甲重伤王某致其昏迷。乞丐目睹一切，在甲离开后取走王某财物。甲的行为与王某的财产损失有因果关系

B. 乙纠集他人持凶器砍杀李某，将李某逼至江边，李某无奈跳江被淹死。乙的行为与李某的死亡无因果关系

C. 丙酒后开车被查。交警指挥丙停车不当，致石某的车撞上丙车，石某身亡。丙的行为与石某死亡无因果关系

D. 丁敲诈勒索陈某。陈某给丁汇款时，误将 3 万元汇到另一诈骗犯账户中。丁的行为与陈某的财产损失无因果关系

2015 年卷二 1. 关于因果关系，下列哪一选项是正确的？

A. 甲跳楼自杀，砸死行人乙。这属于低概率事件，甲的行为与乙的死亡之间无因果关系

- B. 集资诈骗案中，如出资人有明显的贪利动机，就不能认定非法集资行为与资金被骗结果之间有因果关系
- C. 甲驾车将乙撞死后逃逸，第三人丙拿走乙包中贵重财物。甲的肇事行为与乙的财产损失之间有因果关系
- D. 司法解释规定，虽交通肇事重伤3人以上但负事故次要责任的，不构成交通肇事罪。这说明即使有条件关系，也不一定能将结果归责于行为

2015年卷二53. 关于因果关系，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲驾车经过十字路口右拐时，被行人乙扔出的烟头击中面部，导致车辆失控撞死丙。只要肯定甲的行为与丙的死亡之间有因果关系，甲就应当承担交通肇事罪的刑事责任
- B. 甲强奸乙后，威胁不得报警，否则杀害乙。乙报警后担心被甲杀害，便自杀身亡。如无甲的威胁乙就不会自杀，故甲的威胁行为与乙的死亡之间有因果关系
- C. 甲夜晚驾车经过无照明路段时，不小心撞倒丙后继续前行，随后的乙未注意，驾车从丙身上轧过。即使不能证明是甲直接轧死丙，也必须肯定甲的行为与丙的死亡之间有因果关系
- D. 甲、乙等人因琐事与丙发生争执，进而在电梯口相互厮打，电梯门受外力挤压变形开启，致丙掉入电梯通道内摔死。虽然介入了电梯门非正常开启这一因素，也应肯定甲、乙等人的行为与丙的死亡之间有因果关系

2014年卷二6. 关于因果关系的判断，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲伤害乙后，警察赶到。在警察将乙送医途中，车辆出现故障，致乙长时间得不到救助而亡。甲的行为与乙的死亡具有因果关系
- B. 甲违规将行人丙撞成轻伤，丙昏倒在路中央，甲驾车逃窜。1分钟后，超速驾驶的乙发现丙时已来不及刹车，将丙轧死。甲的行为与丙的死亡没有因果关系
- C. 甲以杀人故意向乙开枪，但由于不可预见的原因导致丙中弹身亡。甲的行为与丙的死亡没有因果关系
- D. 甲向乙的茶水投毒，重病的乙喝了茶水后感觉更加难受，自杀身亡。甲的行为与乙的死亡没有因果关系

2013年卷二52. 关于因果关系的认定，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲、乙无意思联络，同时分别向丙开枪，均未击中要害，因两个伤口同时出血，丙失血过多死亡。甲、乙的行为与丙的死亡之间具有因果关系
- B. 甲等多人深夜追杀乙，乙被迫跑到高速公路上时被汽车撞死。甲等多人的行为与乙的死亡之间具有因果关系
- C. 甲将妇女乙强拉上车，在高速公路上欲猥亵乙，乙在挣扎中被甩出车外，后车躲闪不及将乙轧死。甲的行为与乙的死亡之间具有因果关系

D. 甲对乙的住宅放火，乙为救出婴儿冲入住宅被烧死。乙的死亡由其冒险行为造成，与甲的放火行为之间没有因果关系

专题八：正当防卫

正当防卫的成立条件一共有 5 个：

- 1、起因条件，不法侵害性和现实性。
- 2、时间条件，适时性和紧迫性。
- 3、意思条件，具有正对不正的防卫意识。
- 4、对象条件：针对不法侵害人本人
- 5、限度条件：必要性和相当性。

（一）一般正当防卫

- 1、起因条件：必须存在现实的不法侵害（不法侵害性和现实性）

（1）不法侵害性：

a 范围上，不法侵害包括犯罪行为和一些违法行为。

注意：对正在实施违法、犯罪行为的人实施侵害（所谓的“黑吃黑”行为）的，侵害者的行为仍然具有不法性。

b 状态上，不法侵害要具有进攻性、破坏性、紧迫性的特点。

例如：对行贿、受贿、贪污、侵犯著作权罪、假冒专利罪、重婚罪等，不能进行正当防卫。

c 来源上：

①只能来自自然人的不法侵害。

②对未达到刑事责任年龄、不具有刑事责任能力人或精神病人的不法侵害，也可以进行正当防卫。因为这些人虽然在主观上没有侵害意图，但是客观上具有不法侵害。

③动物侵害问题：

i 有主人的动物，主人唆使动物咬人，或主人过失导致动物咬人，反击动物，都属于对主人故意或过失的不法侵害的正当防卫。

ii 无主人的动物自发侵害他人，对动物反击，可能属于紧急避险。

（2）现实性

不法侵害必须是客观现实存在的。

如果客观上不存在不法侵害，行为人误以为存在不法侵害，并进行所谓的防卫，就是假想防卫。

a 假想防卫虽然不是正当防卫，但要求具有正当防卫的形式特征。

b 对于假想防卫的处理：

假想防卫不可能是故意，只能是过失或者是意外事件。

- 2、时间条件：不法侵害必须正在进行（适时性和紧迫性）

（1）不法侵害的开始时间：着手时。

判断着手的标准：行为对法益是否造成现实而又紧迫的危险。

（2）不法侵害的结束时间：法益不再处于紧迫、现实的侵害、威胁之中。

例外：如果是侵犯财产权益的犯罪，犯罪行为结束时，如果当场能够挽回损失，可以正当防卫。

（3）设立防卫装置问题。

（4）防卫不适时分为事前防卫和事后防卫。

- 3、意思条件：具有防卫意识。

（1）防卫意识的内容：

a. 防卫认识，认识到不法侵害正在进行；

b. 防卫意志，防卫人出于保护国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其它权利免受

正在进行的不法侵害的目的。（既不仅仅是为了保护合法利益，黑吃黑的情况下仍然可以实施正当防卫，如毒品的持有人对于抢劫毒品的人可以实施正当防卫）

（2）不具备防卫主观要件的情形及其处理

a 防卫挑拨

是指故意引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。

b 相互斗殴行为

双方以侵害对方身体的意图进行相互攻击的行为。

c 偶然防卫

行为人故意或者过失侵害他人法益的行为，符合了正当防卫的客观条件的行为。

例如：甲故意开枪杀死了乙，事后查明在甲开枪时，乙刚好在瞄准丙实施故意杀人行为，但甲对乙的行为并不知情。

①传统观点：成立正当防卫需要有防卫认识，甲成立故意杀人既遂。

②张明楷教授观点：成立正当防卫不需要防卫认识，甲无罪。

③周光权教授观点：成立正当防卫需要防卫认识，甲构成故意杀人未遂。

4、对象条件：必须针对不法侵害人本人进行防卫。（这里的本人包括共同犯罪人，但是必须是正在进行不法侵害的共犯人。）

5、限度条件：没有“明显”超过必要限度造成重大损害（大体制止不法侵害，可以略有超过）

（1）“明显”：超出一般人的容忍范围。

（2）防卫过当：正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。（防卫过当）——通常情况下是造成重伤、死亡结果。

正当防卫所造成的侵害可以小于、等于、适当大于不法侵害行为所造成的损害。

（3）定罪：不是独立的罪名。一般认为是过失行为，也有的情况下是故意犯罪。

注意：防卫过当必须符合正当防卫的前4个条件。

（4）处罚：防卫过当本身不是罪名，对防卫过当的行为，依法应当减轻或免除处罚。

（二）特殊防卫（无过当防卫）

第20条第三款规定：对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其它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。

1、成立条件：

适用特殊防卫的前提条件是：

（1）暴力犯罪

如采用非暴力的方式实施上述前提犯罪，则不行。例如，使用和平方式如投毒杀人。

（2）这些犯罪严重危及人身安全。

（3）其它的任何可能严重危及人身安全的犯罪，均可以对之实施特殊正当防卫。

例如：对武装叛乱罪、劫持航空器罪。只要是严重危及人身安全的暴力犯罪即可，罪名无所谓。

（4）采取防卫行为。——必须符合正当防卫的条件

2、性质：法律注意规定。特殊防卫仍然是正当防卫的表现之一，属于刑法的法律注意规定，提醒司法人员注意。或者说，特殊防卫应该符合正当防卫的所有条件。

3、行凶：是指杀人与重伤界限不清的暴力犯罪。

2014年卷二8. 甲深夜盗窃5万元财物，在离现场1公里的偏僻路段遇到乙。乙见甲形迹可疑，紧拽住甲，要甲给5000元才能走，否则就报警。甲见无法脱身，顺手一拳打中乙左眼，致其眼部受到轻伤，甲乘机离去。关于甲伤害乙的行为定性，下列哪一选项是正确的？

- A. 构成转化型抢劫罪
- B. 构成故意伤害罪
- C. 属于正当防卫，不构成犯罪
- D. 系过失致人轻伤，不构成犯罪

2012年卷二7. 关于正当防卫的论述，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲将罪犯顾某扭送派出所途中，在汽车后座上死死摁住激烈反抗的顾某头部，到派出所时发现其已窒息死亡。甲成立正当防卫
- B. 乙发现齐某驾驶摩托车抢劫财物即驾车追赶，2车并行时摩托车撞到护栏，弹回与乙车碰撞后侧翻，齐某死亡。乙不成立正当防卫
- C. 丙发现邻居刘某（女）正在家中卖淫，即将刘家价值6000元的防盗门砸坏，阻止其卖淫。丙成立正当防卫
- D. 丁开枪将正在偷越国（边）境的何某打成重伤。丁成立正当防卫

专题九：被害人承诺

如果被害人同意他人对其加害，那么他人不够成犯罪。

1、被害人对承诺的法益具有处分权。

2、被害人对承诺的法益具有一定限度，超出这个限度，即使有被害人的承诺，行为人也有罪。

（1）财产可以承诺放弃

（2）名誉可以承诺放弃

（3）自由可以承诺放弃

（4）身体权在轻伤的范围内可以放弃，超出轻伤范围，不可放弃。

（5）生命不可以承诺放弃。

3、被害人对承诺事项的意义、范围有理解能力。

4、被害人的承诺必须是其真实意思表示。

（1）基于被骗、被迫所做出的承诺及戏言性承诺均无效。

（2）承诺动机的错误，不影响承诺效力。

5、被害人的承诺必须事前作出。

（1）事后承诺无效。

（2）承诺以最后一次作出的为准。

6、经承诺实施的行为不得超出承诺预设的范围。

7、推定的被害人的承诺：

现实上没有被害人的承诺，但如果被害人知道事实真相后当然会承诺，在这种情况下，推定被害人的意志所实施的行为，就是基于推定的承诺的行为。

（1）被害人没有现实的承诺。

（2）推定被害人得知真相后会承诺。

（3）必须是为了被害人的一部分法益牺牲其另一部分法益，但所牺牲的法益不得大于所保护的法益。

（4）行为所指向的法益必须是被害人有处分权的法益。

2014年卷二15. 关于故意杀人罪、故意伤害罪的判断, 下列哪一选项是正确的?

- A. 甲的父亲乙身患绝症, 痛苦不堪。甲根据乙的请求, 给乙注射过量镇定剂致乙死亡。乙的同意是真实的, 对甲的行为不应以故意杀人罪论处
- B. 甲因口角, 捅乙数刀, 乙死亡。如甲不顾乙的死伤, 则应按实际造成的死亡结果认定甲构成故意杀人罪, 因为死亡与伤害结果都在甲的犯意之内
- C. 甲谎称乙的女儿丙需要移植肾脏, 让乙捐肾给丙。乙同意, 但甲将乙的肾脏摘出后移植给丁。因乙同意捐献肾脏, 甲的行为不成立故意伤害罪
- D. 甲征得乙(17周岁)的同意, 将乙的左肾摘出, 移植给乙崇拜的歌星。乙的同意有效, 甲的行为不成立故意伤害罪

2008年卷二5. 关于被害人承诺, 下列哪一选项是正确的? ()

- A. 儿童赵某生活在贫困家庭, 甲征得赵某父母的同意, 将赵某卖至富贵人家。甲的行为得到了赵某父母的有效承诺, 并有利于儿童的成长, 故不构成拐卖儿童罪
- B. 在钱某家发生火灾之际, 乙独自闯入钱某的住宅搬出贵重物品。由于乙的行为事后并未得到钱某的认可, 故应当成立非法侵入住宅罪
- C. 孙某为戒掉网瘾, 让其妻子丙将其反锁在没有电脑的房间一星期。孙某对放弃自己人身自由的承诺是无效的, 丙的行为依然成立非法拘禁罪
- D. 李某同意丁砍掉自己的一个小手指, 而丁却砍掉了李某的大拇指。丁的行为成立故意伤害罪

专题十：主观罪过

一、故意的认识因素：

- | | | | |
|---------|---|---|-----------|
| 1、认识的内容 | → | { | 危害行为 |
| | → | | 行为对象 |
| | → | | 危害结果 |
| | → | | 构成身份 |
| | → | | 不存在违法阻却事实 |

2、对规范的构成要件要素的认识和记述的构成要件要素的认识

二、故意的分类

(1) 从学理上分为：确定故意和不确定故意两种。

其中不确定故意包括三种：①未必故意 ②择一的故意③ 概括故意

(2) 根据立法分为：直接故意和间接故意

三、对比区分图：

罪过形式	认识因素	意志因素
直接故意	认识到必然或可能发生	积极追求（赞成票）
间接故意	认识到可能发生	放任，发生不违背意志（弃权票）
过于自信过失	认识到可能发生，本应避免	不想发生，发生违背意志（反对票）
疏忽大意过失	没有预见到，但应当预见到	不想发生
意外事件	没有预见到，但无法预见到	不想发生
不可抗力	预见到，但无法避免	不想发生

- 1、故意和过失的区分：结果是否违背行为人的意志。
 - 2、间接故意和过于自信的过失的区分：
 - (1) 是否违背行为人的意志
 - (2) 过于自信的过失，行为人一般会采取避免措施，并认为这种措施是可靠的。
 - 3、犯罪故意应当与一般生活意义上的“故意”相区别；如故意违反交通规则，造成事故，还是过失犯罪，因为刑法上的故意指的是对结果的态度。
 - 4、过失犯罪，只有实际发生危害结果时，才成立犯罪。
- 2013 年卷二 53. 关于犯罪故意、过失与认识错误的认定，下列哪些选项是错误的？
- A. 甲、乙是马戏团演员，甲表演飞刀精准，从未出错。某日甲表演时，乙突然移动身体位置，飞刀掷进乙胸部致其死亡。甲的行为属于意外事件
 - B. 甲、乙在路边争执，甲推乙一掌，致其被路过车辆轧死。甲的行为构成故意伤害（致死）罪
 - C. 甲见楼下没人，将家中一块木板扔下，不料砸死躲在楼下玩耍的小孩乙。甲的行为属于意外事件
 - D. 甲本欲用斧子砍死乙，事实上却拿了铁锤砸死乙。甲的错误属于方法错误，根据法定符合说，应认定为故意杀人既遂

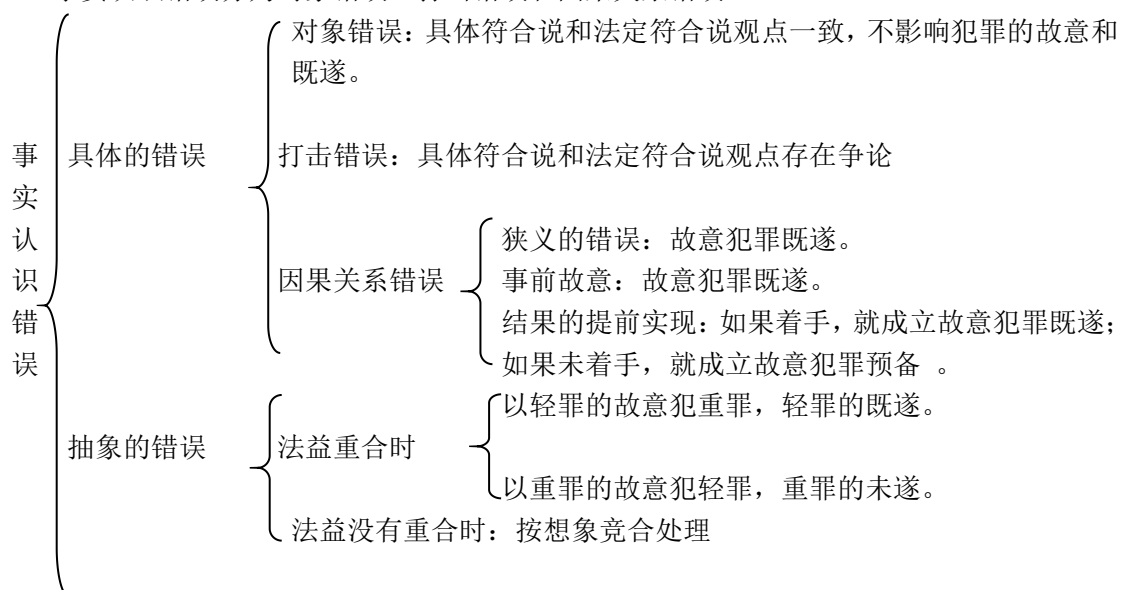
2012 年卷二 5. 下列哪一行为构成故意犯罪？

- A. 他人欲跳楼自杀，围观者大喊“怎么还不跳”，他人跳楼而亡
- B. 司机急于回家，行驶时闯红灯，把马路上的行人撞死
- C. 误将熟睡的孪生妻妹当成妻子，与其发生性关系
- D. 作客的朋友在家中吸毒，主人装作没看见

专题十一：事实认识错误

认识错误，分为法律认识错误和事实认识错误。

- 1、事实认识错误，是指行为人主观认识和客观事实不一致。
- 2、事实认识错误分为对象错误，打击错误和因果关系错误。



（一）同一犯罪构成内的错误（具体的错误）。

也称为具体的认识错误，是指行为人的认识内容和客观事实仍属于同一犯罪构成。

1、对象错误：是指行为人对侵害对象存在认识错误。

注意：具体符合说、法定符合说均相同，不影响故意犯罪既遂的成立。

2、打击错误(方法错误)：是指行为人对侵害对象没有认识错误，但由于客观因素导致错误的结果

注意：具体符合说、法定符合说有争议，结论不同。

3、因果关系的错误

（1）狭义的因果关系错误

这是指结果的发生不符合行为人所预想的因果历程。

（2）事前的故意

这是指行为人误以为第一个行为已经造成危害结果，出于其他目的实施了第二个行为，但实际上是第二个行为才导致预期的结果发生。

（3）结果的提前实现

这是指客观上提前实现了行为人是所预想的结果。

注意：如果已经着手实行，成立既遂。如果没有着手实行，成立犯罪预备。

（二）不同犯罪构成间的错误（抽象的错误）

也称为抽象的认识错误，是指行为人所认识的事实与客观发生的事实分属于不同的犯罪构成。

处理这种错误的标准是：

1、从主观出发，触犯什么罪（是否既遂）

2、从客观出发，触犯什么罪（是否既遂）

3、想象竞合，择一重罪论处。

2016年卷二52. 甲、乙共同对丙实施严重伤害行为时，甲误打中乙致乙重伤，丙乘机逃走。关于本案，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲的行为属打击错误，按照具体符合说，成立故意伤害罪既遂
- B. 甲的行为属对象错误，按照法定符合说，成立故意伤害罪既遂
- C. 甲误打中乙属偶然防卫，但对丙成立故意伤害罪未遂
- D. 不管甲是打击错误、对象错误还是偶然防卫，乙都不可能成立故意伤害罪既遂

2015年卷二52. 甲在乙骑摩托车必经的偏僻路段精心设置路障，欲让乙摔死。丙得知甲的杀人计划后，诱骗仇人丁骑车经过该路段，丁果真摔死。关于本案，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲的行为和丁死亡之间有因果关系，甲有罪
- B. 甲的行为属对象错误，构成故意杀人罪既遂
- C. 丙对自己的行为无认识错误，构成故意杀人罪既遂
- D. 丙利用甲的行为造成丁死亡，可能成立间接正犯

2014年卷二7. 关于事实认识错误，下列哪一选项是正确的？

A. 甲本欲电话诈骗乙，但拨错了号码，对接听电话的丙实施了诈骗，骗取丙大量财物。

甲的行为属于对象错误，成立诈骗既遂

B. 甲本欲枪杀乙，但由于未能瞄准，将乙身旁的丙杀死。无论根据什么学说，甲的行为都成立故意杀人既遂

- C. 事前的故意属于抽象的事实认识错误，按照法定符合说，应按犯罪既遂处理
- D. 甲将吴某的照片交给乙，让乙杀吴，但乙误将王某当成吴某予以杀害。乙是对象错误，按照教唆犯从属于实行犯的原理，甲也是对象错误

2011 年卷二 53. 关于认识错误的判断，下列哪些选项是错误的？

- A. 甲为使被害人溺死而将被害人推入井中，但井中没有水，被害人被摔死。这是方法错误，甲行为成立故意杀人既遂
- B. 乙准备使被害人吃安眠药熟睡后将其勒死，但未待实施勒杀行为，被害人因吃了乙投放的安眠药死亡。这是构成要件提前实现，乙行为成立故意杀人既遂
- C. 丙打算将含有毒药的巧克力寄给王某，但因写错地址而寄给了汪某，汪某吃后死亡。这既不是对象错误，也不是方法错误，丙的行为成立过失致人死亡罪
- D. 丁误将生父当作仇人杀害。具体符合说与法定符合说都认为丁的行为成立故意杀人既遂

专题十二：主观阻却事由

一、刑事责任年龄

（一）完全无刑事责任能力年龄——不满 14 周岁

注意：周岁的计算，以生日的第二天为满周岁。

处理：不承担刑事责任，实施的任何行为不构成犯罪。

（二）相对负刑事责任年龄——已满 14 周岁不满 16 周岁

刑法第 17 条第 2 款：“已满 14 周岁不满 16 周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任”。

1、是对故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪八种行为负刑事责任，而不是对八种罪名负刑事责任。

2、只对故意犯罪承担刑事责任，不对过失犯罪承担刑事责任。

注意：刑法分则条文中的“致使被害人死亡”、“造成被害人死亡”的，一般都是指“过失”造成被害人死亡。“使用暴力造成被害人死亡”、“杀害被害人”，一般是指故意造成被害人死亡，成立故意杀人罪，如刑讯逼供、暴力取证，聚众斗殴过程中致人死亡。抢劫罪、暴力劫持航空器罪中的“致人死亡”即包括故意致人死亡，也包括过失致人死亡。

3、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。注意：携带凶器的抢夺的成立抢劫罪。

（三）完全负刑事责任年龄——年满 16 周岁

（四）减轻责任年龄：

1、已满十四周岁不满十八周岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚。

2、已满七十五周岁的人故意犯罪的，可以从轻或者减轻处罚；过失犯罪的，应当从轻或者减轻处罚。

2010 年卷二 4 甲（十五周岁）的下列哪一行为成立犯罪？

- 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

2008 年卷二 53. 《刑法》规定，在拐卖妇女、儿童过程中奸淫被拐卖的妇女的，仅定拐卖妇女、儿童罪。15 周岁的甲在拐卖幼女的过程中，强行奸淫幼女。对此，下列哪些选项是错

误的？（ ）

- A. 《刑法》第十七条第二款没有规定 15 周岁的人对拐卖妇女、儿童罪负刑事责任，所以，甲不负刑事责任
- B. 拐卖妇女、儿童罪包含了强奸罪，15 周岁的人应对强奸罪承担刑事责任，所以，对甲应认定为拐卖妇女、儿童罪
- C. 15 周岁的人犯强奸罪的应当负刑事责任，所以，对甲应认定为强奸罪
- D. 拐卖妇女、儿童罪重于强奸罪，既然 15 周岁的人应对强奸罪承担刑事责任，就应对拐卖妇女、儿童罪承担刑事责任，所以，对甲应以拐卖妇女、儿童罪与强奸罪实行并罚

二、刑事责任能力

（一）概念：是指行为人对自己行为的辨认能力与控制能力。如果行为人不具备辨认能力或控制能力，即使其实施的行为具有法益侵害性，也不承担刑事责任。

行为人是否具有责任能力以及责任能力的程度如何，取决于两个方面：

- 1、行为人是否达到了刑事责任年龄。
- 2、行为人是否因精神病而减弱或者丧失责任能力。

（二）责任能力的减弱与丧失

1、责任能力的判断标准

标准 { 生物学（医学）：行为人是否患有精神病。——精神病医学专家
心理学（法学）：行为人是否因为患精神病而不能辨认或者不能控制自己的行为。
——司法工作人员

2、精神病人如何承担刑事责任

- （1）精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，不负刑事责任。
- （2）间歇性的精神病人在精神正常的时候犯罪，应当负刑事责任。
- （3）尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的，应当负刑事责任，但是可以从轻或者减轻处罚。

2011 年卷二 4. 甲患抑郁症欲自杀，但无自杀勇气。某晚，甲用事前准备的刀猛刺路人乙胸部，致乙当场死亡。随后，甲向司法机关自首，要求司法机关判处其死刑立即执行。对于甲责任能力的认定，下列哪一选项是正确的？

- A. 抑郁症属于严重精神病，甲没有责任能力，不承担故意杀人罪的责任
- B. 抑郁症不是严重精神病，但甲的想法表明其没有责任能力，不承担故意杀人罪的责任
- C. 甲虽患有抑郁症，但具有责任能力，应当承担故意杀人罪的责任
- D. 甲具有责任能力，但患有抑郁症，应当对其从轻或者减轻处罚

3、醉酒人的责任能力

- （1）生理性醉酒。应当承担刑事责任。
- （2）病理性醉酒。视同精神病人，并且，醉酒状态下完全丧失责任能力，不能认定为犯罪。如有些人喝了一杯啤酒就会发疯，或者闻酒后就会发疯。

4、生理缺陷的人

- （1）又聋又哑的人犯罪
- （2）盲人犯罪

5、原因自由行为

是指在预见到自己可能犯罪的情况下，行为人故意或者过失使自己陷入责任能力丧失或者降低的状态，并在该状态下引起犯罪结果的情形。

2016 年卷二 3. 关于刑事责任能力, 下列哪一选项是正确的?

- A. 甲第一次吸毒产生幻觉, 误以为伍某在追杀自己, 用木棒将伍某打成重伤。甲的行为成立过失致人重伤罪
- B. 乙以杀人故意刀砍陆某时突发精神病, 继续猛砍致陆某死亡。不管采取何种学说, 乙都成立故意杀人罪未遂
- C. 丙因实施爆炸被抓, 相关证据足以证明丙已满 15 周岁, 但无法查明具体出生日期。不能追究丙的刑事责任
- D. 丁在 14 周岁生日当晚故意砍杀张某, 后心生悔意将其送往医院抢救, 张某仍于次日死亡。应追究丁的刑事责任

2015 年卷二 2. 关于责任年龄与责任能力, 下列哪一选项是正确的?

- A. 甲在不满 14 周岁时安放定时炸弹, 炸弹于甲已满 14 周岁后爆炸, 导致多人伤亡。甲对此不负刑事责任
 - B. 乙在精神正常时着手实行故意伤害犯罪, 伤害过程中精神病突然发作, 在丧失责任能力时抢走被害人财物。对乙应以抢劫罪论处
 - C. 丙将毒药投入丁的茶杯后精神病突然发作, 丁在丙丧失责任能力时喝下毒药死亡。对丙应以故意杀人罪既遂论处
 - D. 戊为给自己杀人壮胆而喝酒, 大醉后杀害他人。戊不承担故意杀人罪的刑事责任
- 三、违法性认识可能性 (法律认识错误)

法律认识错误包括两种情形:

1、误以为自己的行为时违法犯罪, 实际上合法, 处理结论是不构成犯罪。这叫幻觉犯。

例如: 误以为自己跟人通奸是犯罪, 实际上无罪。

2、误以为自己的行为是合法的, 实际上是违法犯罪。

分为两种情况:

(1) 行为人虽然产生了法律认识错误, 但是本来有可能认识到自己的行为是违法的, 只是由于过失而没有认识到, 进而产生法律认识错误, 处理结论是不影响对其定罪, 仍成立犯罪。

(2) 行为人产生了法律认识错误, 然而本来就无法认识到自己的行为是违法的, 不具有违法性认识可能性, 进而产生法律认识错误, 便无罪。此时, 不具有违法性认识可能性, 便成为一种主观阻却事由。

2016 年卷二 4. 农民甲醉酒在道路上驾驶拖拉机, 其认为拖拉机不属于《刑法》第 133 条之一规定的机动车。关于本案的分析, 下列哪一选项是正确的?

- A. 甲未能正确评价自身的行为, 存在事实认识错误
- B. 甲欠缺违法性认识的可能性, 其行为不构成犯罪
- C. 甲对危险驾驶事实有认识, 具有危险驾驶的故意
- D. 甲受认识水平所限, 不能要求其对自身行为负责

2015 年卷二 55. 关于故意与违法性的认识, 下列哪些选项是正确的?

- A. 甲误以为买卖黄金的行为构成非法经营罪, 仍买卖黄金, 但事实上该行为不违反《刑法》。甲有犯罪故意, 成立犯罪未遂
- B. 甲误以为自己盗窃枪支的行为仅成立盗窃罪。甲对《刑法》规定存在认识错误, 因而无盗窃枪支罪的犯罪故意, 对甲的量刑不能重于盗窃罪
- C. 甲拘禁吸毒的陈某数日。甲认识到其行为剥夺了陈某的自由, 但误以为《刑法》不禁止普通公民实施强制戒毒行为。甲有犯罪故意, 应以非法拘禁罪追究刑事责任

D. 甲知道自己的行为有害，但不知是否违反《刑法》，遂请教中学语文教师乙，被告知不违法后，甲实施了该行为。但事实上《刑法》禁止该行为。乙的回答不影响甲成立故意犯罪

2008年卷二4. 甲在从事生产经营的过程中，不知道某种行为是否违法，于是以书面形式向法院咨询，法院正式书面答复该行为合法。于是，甲实施该行为，但该行为实际上违反刑法。关于本案，下列哪一选项是正确的？

- A. 由于违法性认识不是故意的认识内容，所以，甲仍然构成故意犯罪
- B. 甲没有违法性认识的可能性，所以不成立犯罪
- C. 甲虽然不成立故意犯罪，但成立过失犯罪
- D. 甲既可能成立故意犯罪，也可能成立过失犯罪

四：期待可能性

1、概念：根据具体情况，有可能期待行为人不实施违法行为而实施其它适法行为，即能期待行为人守法。如果存在这种可能性，则应当负刑事责任；如果不存在这种可能性则可成为排除责任的事由，免除或减轻刑事责任。其道理是：法不仅仅是人们“应当”（或被期待）遵从的东西，而且是人们“能够”（或有被期待可能性）遵从的东西。

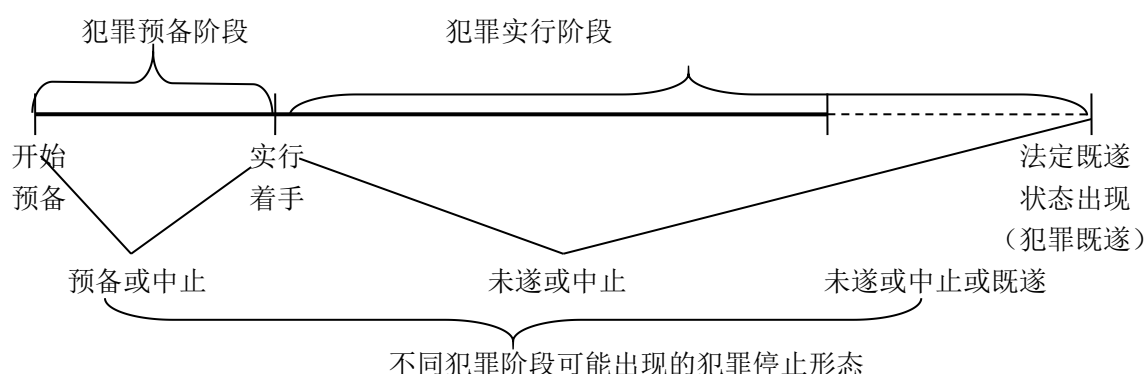
行为人实施了一个犯罪行为，但是从当时的情况下，行为人迫不得已，必须这样做，所以不应该以犯罪论处。不管司法机关说我的行为是如何与犯罪吻合，但我在当时的情况下不可能实施合法行为，而是必须实施犯罪行为。

2、来由。期待可能性的基本精神是法不应该要求人们做办不到的事情。其效果是当人在实施犯罪行为面前没有守法或避免违法的能力或条件时，尽管存在故意或过失的心理，也可考虑排除或减轻责任。

3、期待可能性的运用

原则上，具有刑事责任能力的人，故意、过失地实施行为，原则上存在期待可能性成立犯罪。期待可能性仅仅是在特殊情况下需要考虑的。（也就是说，原则上，只要是具有责任能力、精神正常的人，就应该实施合法行为，而不应该去实施犯罪行为；仅仅在非常例外的情况下，没有办法，必须实施刑法规定的犯罪行为，这种情形下，不以犯罪论处）

专题十三：犯罪形态



一、注意：

- 1、未完成形态是故意犯罪终局性的停止形态。
- 2、如果出现了预备、未遂、中止的任一停止形态，也不能在同一犯罪构成下向其他形态转化。

二、预备阶段与实行阶段的区分：着手

1、着手是实行行为的起点，是具有侵害法益是否造成现实、紧迫、直接的危险。在行为开始的时候已经明显能够认定具有导致结果的客观危险性。

2、对易考的“着手”情形进行总结：

a 盗窃罪：入室盗窃，撬门时是预备行为，入室后搜寻物色财物是着手。为了入室盗窃，将屋主骗出家门的行為是预备。

b 对于扒窃，手接触到口袋或提包时是着手，为了如果是试探性的拍一拍就是预备。

c 抢劫：针对被害人使用暴力胁迫是着手。

d 保险诈骗：制造保险事故是预备，提出索赔是着手，取得赔偿是既遂。

e 强奸罪：使用暴力胁迫时是着手，而非奸淫时。

例如：将妇女向车里拖，准备在车里强奸，向车里拖时就是着手。意图强奸熟睡妇女，上床抚摸熟睡妇女时或脱掉被害妇女的衣服时，虽无暴力胁迫也视为着手。

3、着手的特殊问题：

a 不作为犯的着手：不履行作为义务导致法益受到现实、紧迫、直接的危险时，就是着手。

例如：母亲不喂养婴儿，导致婴儿生命受到现实、紧迫、直接的危险时，就是不作为故意杀人的着手。

b 隔离犯的着手：隔离犯是指行为与结果之间纯在时空上的隔离。隔离犯的着手以危险是否现实、紧迫、直接为标准。如果是用邮寄物杀人，则看邮寄物在途中有无危险，如果有，则寄出时为着手，如果没有，则收到时为着手。

三、中止与预备犯和未遂犯的区分：自动性

自动性的判断：

弗兰克公式：能达目的而不欲是中止，欲达目的而不能是未遂。

对“能”与不“能”的判断，应当以行为人的认识标准（主观说）为原则进行判断。

考试易考的几种类型：

- （1）真诚悔悟，良心发现而停止。
- （2）因被害人的哀求、对被害人怜悯、第三人的劝说而停止。
- （3）因为害怕受到法律制裁、神的处罚、鬼怪的纠缠而停止。
- （4）基于目的物的障碍

四、中止的有效性

- （1）中止的有效性是指没有发生作为既遂标准的犯罪结果。

注意：24 条第一款自动有效地防止结果发生的，应该理解为犯罪中止不意味着不发生任何后果，但前提是中止后的结果没有达到既遂。

- （2）因果关系问题

a 防止措施与结果未发生之间不要求有因果关系，即结果未发生不要求是中止行为的功劳。

b 介入因素与中止有效性问题。

2016年卷二53. 关于犯罪未遂的认定, 下列哪些选项是正确的?

- A. 甲以杀人故意将郝某推下过街天桥, 见郝某十分痛苦, 便拦下出租车将郝某送往医院。但郝某未受致命伤, 即便不送医院也不会死亡。甲属于犯罪未遂
- B. 乙持刀拦路抢劫周某。周某说“把刀放下, 我给你钱”。乙信以为真, 收起刀子, 伸手要钱。周某乘乙不备, 一脚踢倒乙后逃跑。乙属于犯罪未遂
- C. 丙见商场橱窗展示有几枚金锭(30万元/枚), 打开玻璃门拿起一枚就跑, 其实是值300元的仿制品, 真金锭仍在。丙属于犯罪未遂
- D. 丁资助林某从事危害国家安全的犯罪活动, 但林某尚未实施相关犯罪活动即被抓获。丁属于资助危害国家安全犯罪活动罪未遂

2015年卷二5. 下列哪一行为成立犯罪未遂?

- A. 以贩卖为目的, 在网上订购毒品, 付款后尚未取得毒品即被查获
- B. 国家工作人员非法收受他人给予的现金支票后, 未到银行提取现金即被查获
- C. 为谋取不正当利益, 将价值5万元的财物送给国家工作人员, 但第二天被退回
- D. 发送诈骗短信, 受骗人上当后汇出5万元, 但因误操作汇到无关第三人的账户

2015年卷二6. 甲以杀人故意放毒蛇咬乙, 后见乙痛苦不堪, 心生悔意, 便开车送乙前往医院。途中等红灯时, 乙声称其实自己一直想死, 突然跳车逃走, 三小时后死亡。后查明, 只要当时送医院就不会死亡。关于本案, 下列哪一选项是正确的?

- A. 甲不对乙的死亡负责, 成立犯罪中止
- B. 甲未能有效防止死亡结果发生, 成立犯罪既遂
- C. 死亡结果不能归责于甲的行为, 甲成立犯罪未遂
- D. 甲未能阻止乙跳车逃走, 应以不作为的故意杀人罪论处

2014年卷二54. 下列哪些选项中的甲属于犯罪未遂?

- A. 甲让行贿人乙以乙的名义办理银行卡, 存入50万元, 乙将银行卡及密码交给甲。甲用该卡时, 忘记密码, 不好意思再问乙。后乙得知甲被免职, 将该卡挂失取回50万元
- B. 甲、乙共谋傍晚杀丙, 甲向乙讲解了杀害丙的具体方法。傍晚乙如约到达现场, 但甲却未去。乙按照甲的方法杀死丙
- C. 乙欲盗窃汽车, 让甲将用于盗窃汽车的钥匙放在乙的信箱。甲同意, 但错将钥匙放入丙的信箱, 后乙用其他方法将车盗走
- D. 甲、乙共同杀害丙, 以为丙已死, 甲随即离开现场。一个小时候, 乙在清理现场时发现丙未死, 持刀杀死丙

专题十四: 共同犯罪

共同犯罪概述

一、概念: 共同犯罪是二人以上共同故意实施的犯罪。

三种学说: 1、完全犯罪共同说 2、部分犯罪共同说 3、行为共同说

二、共同犯罪的几个特征:

1、要求二人以上既有共同故意, 又有共同行为(共谋也属于行为)。

2、共同犯罪的整体性。二人以上在共同故意的支配下形成的一个整体, 不是个人行为的简单相加。(部分实行全部责任)

3、共犯从属性：狭义共犯（教唆犯、帮助犯）在刑法分则中并没有被明文禁止，其刑事责任依赖于实行犯。

2016年卷二7. 甲、乙、丙共同故意伤害丁，丁死亡。经查明，甲、乙都使用铁棒，丙未使用任何凶器；尸体上除一处致命伤外，再无其他伤害；可以肯定致命伤不是丙造成的，但不能确定是甲造成还是乙造成的。关于本案，下列哪一选项是正确的？

- A. 因致命伤不是丙造成的，尸体上也没有其他伤害，故丙不成立故意伤害罪
- B. 对甲与乙虽能认定为故意伤害罪，但不能认定为故意伤害（致死）罪
- C. 甲、乙成立故意伤害（致死）罪，丙成立故意伤害罪但不属于伤害致死
- D. 认定甲、乙、丙均成立故意伤害（致死）罪，与存疑时有利于被告的原则并不矛盾

共同犯罪的成立条件

一、二人以上

两个以上的自然人、单位是成立共同犯罪的主体要求。

（一）主要情形：

- 1、两个自然人之间，可以成立共同犯罪；
- 2、两个单位之间，可以成立共同犯罪；
- 3、单位与自然人之间，可以成立共同犯罪。

（二）年龄引发的共同犯罪认定问题：

1、成年人与未成年人共同犯罪，如果未成年人能够独立承担刑事责任，则双方成立共同犯罪。

2、成年人支配不具有刑事责任能力的未成年人实施犯罪行为的，不构成共同犯罪，利用者成立间接正犯。

注意：如果被利用者在事实上具有一定的辨认控制能力，利用者并没有支配被利用者时，二者能够成立共同犯罪。例如：18周岁的甲教唆使15周岁的乙盗窃他人财物的，甲不构成间接正犯，二人成立盗窃罪的共犯。

3、间接正犯

根据行为人是否以自己的身体动静实现客观构成要件，将实行犯分为直接正犯和间接正犯。

定义：间接正犯指行为人并没有亲自实行行为，而是利用他人的行为实现犯罪。他人的实行行为就是间接正犯的实行行为。

2015年卷二7. 15周岁的甲非法侵入某尖端科技研究所的计算机信息系统，18周岁的乙对此知情，仍应甲的要求为其编写侵入程序。关于本案，下列哪一选项是错误的？

- A. 如认为责任年龄、责任能力不是共同犯罪的成立条件，则甲、乙成立共犯
- B. 如认为甲、乙成立共犯，则乙成立非法侵入计算机信息系统罪的从犯
- C. 不管甲、乙是否成立共犯，都不能认为乙成立非法侵入计算机信息系统罪的间接正犯
- D. 由于甲不负刑事责任，对乙应按非法侵入计算机信息系统罪的片面共犯论处

二、共同故意

（一）共同故意成立的主观条件：

1、共同故意包括两个内容：

（1）共犯人均具有犯罪故意。（2）要有意思联络，没有意思联络无法形成共同故意。

2、片面共犯，是指一方认识到自己是在和他人共同犯罪，而另一方没有认识到他人和自己共同犯罪的情况。

（1）片面共犯共有三种情况：片面实行犯、片面教唆犯、片面帮助犯。

（2）片面共犯仅对知情者适用共犯的处罚原则，对不知情者按照单独犯罪处理。

3、犯罪故意中的“故意”，表现形式有：

（1）直接故意与间接故意

(2) 直接故意与间接故意

(3) 间接故意与间接故意

注意：故意与过失，过失与过失之间不能成立共同的故意。只要有一方是过失就不成立共同犯罪。

(二) 不构成共同犯罪的情形

1、共同过失犯不成立共同犯罪。

2、故意犯罪行为与过失犯罪行为不成立共同犯罪。

3、同时犯不成立共同犯罪。同时犯是指二人以上同时以各自行为侵害同一对象，但彼此之间并无意思联络的情况。例如，甲、乙趁仓库起火，不约而同去盗窃仓库财物。

4、先后故意实施相关犯罪行为，但彼此没有主观联系的，不成立共犯。例如，甲到丙家盗窃了电视机，随后与甲没有通谋的乙到丙家盗窃了摩托车。

5、超出共同故意之外的犯罪（实行过限），超出部分不是共同犯罪。例如，甲、乙共谋盗窃，乙在院子外望风，甲入室盗窃，但甲还强奸了丙女。甲、乙只成立盗窃罪的共犯，不成立强奸罪的共犯。

6、事前无通谋的窝藏、包庇、掩饰、隐瞒犯罪所得或者犯罪所得收益的行为，不构成共同犯罪。但如果事前有通谋的，则成立共同犯罪。

三、共同行为

成立共同犯罪，要求有共同行为。

1、共同行为：共同行为指各共犯人的行为在共同的犯罪故意下相互配合，形成一个整体。各共犯人的行为作为一个整体与最终的危害结果之间具有物理的或者心理的因果关系。

(1) 共同犯罪行为既包括共同的预备行为，也包括共同的实行行为。

(2) 共犯行为是一个整体，但可能存在着分工，如帮助行为、教唆行为。

注意：在共谋的情况下，部分共谋人不参与实施具体的实行行为的，共谋行为本身也是预备行为，属于共同行为。

2、共同行为的变现形式：(1) 共同作为 (2) 共同不作为 (3) 作为与不作为结合

3、共同行为的分工

(1) 实行行为：指刑法分则所规定的直接侵害法益的行为。

(2) 组织行为：组织、策划、指挥共同犯罪的行为。

(3) 教唆行为：故意引起他人犯罪决意的行为。

(4) 帮助行为：对实行犯罪起辅助作用的行为。帮助行为是两种，第一种是在物质上提供帮助；第二种是在精神上帮助。

2013 年卷二 55. 关于共同犯罪，下列哪些选项是正确的？

A. 乙因妻丙外遇而决意杀之。甲对此不知晓，出于其他原因怂恿乙杀丙。后乙杀害丙。甲不构成故意杀人罪的教唆犯

B. 乙基于敲诈勒索的故意恐吓丙，在丙交付财物时，知情的甲中途加入帮乙取得财物。甲构成敲诈勒索罪的共犯

C. 乙、丙在五金店门前互殴，店员甲旁观。乙边打边掏钱向甲买一羊角锤。甲递锤时对乙说“你打伤人可与我无关”。乙用该锤将丙打成重伤。卖羊角锤是甲的正常经营行为，甲不构成故意伤害罪的共犯

D. 甲极力劝说丈夫乙（国家工作人员）接受丙的贿赂，乙坚决反对，甲自作主张接受该笔贿赂。甲构成受贿罪的间接正犯

共同犯罪的形式

一、任意共犯与必要共犯

1、任意共犯

是指单一主体可以实行的犯罪，由二人以上共同实行的情况。此类犯罪既可以以共犯犯罪形态出现，也可以单独犯罪形态出现。

2、必要共犯

是指刑法分则所固定的，必须由二人以上共同实行的犯罪。

(1) 对向犯：存在二人以上相互对向的行为为要件的犯罪。

a 双方罪名法定刑相同：如重婚罪。

b 双方罪名与法定刑不同：如行贿罪和受贿罪。

c 只处罚一方的行为（片面的对向犯）如贩卖淫秽物品牟利罪。

2014年卷二10. 关于共同犯罪的论述，下列哪一选项是正确的？

A. 无责任能力者与有责任能力者共同实施危害行为的，有责任能力者均为间接正犯

B. 持不同犯罪故意的人共同实施危害行为的，不可能成立共同犯罪

C. 在片面的对向犯中，双方都成立共同犯罪

D. 共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪，但不能据此否认片面的共犯

(2) 聚众共同犯罪

(3) 集团共同犯罪

二、事前通谋的共同犯罪、事前无通谋的共同犯罪

1、事前通谋的共同犯罪。在着手实行犯罪之前，各共犯人已经形成共同犯罪故意，就实行犯罪进行了策划或商议的。

2、事前无通谋（即事中达成共同犯罪意思）的共同犯罪。在刚着手实行或者实行犯罪的过程中形成共同犯罪的故意，则是事前无通谋的共同犯罪。

三、简单共犯和复杂共犯

1、简单共犯：犯罪没有分工，都是实行犯的，就是简单共犯。

2、复杂共犯：共同犯罪人中除实行犯外还有组织、教唆或者帮助分工的共同犯罪。

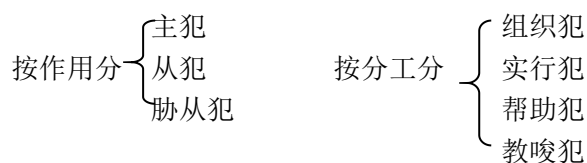
四、一般共同犯罪、特殊共同犯罪

1、一般共同犯罪。没有组织的共同犯罪。

2、特殊共同犯罪（集团犯罪）。三人以上有组织地实施的共同犯罪。组织成员比较严密、有较为严密的纪律。

比较：聚众性共同犯罪的特点在于，组织结构松散，都是污合之众，遇到情况会全部跑掉的。集团犯罪则组织比较严密。因此，对于聚众性犯罪，刑法一般仅仅处罚首要分子和积极参加者，而对于集团性犯罪，全体成员都处罚。

共同犯罪人的分类和刑事责任



我国刑法采取了以按作用为主、按分工为辅的分类方法。包括主犯、从犯、胁从犯、教唆犯。

一、主犯及其刑事责任

(1) 组织、领导犯罪集团的首要分子。

(2) 其它在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。

主要包括：犯罪集团中除首要分子以外其它起主要作用的犯罪分子、非集团性共犯中起主要作用的犯罪分子。

2、主犯与首要分子的关系

首要分子分为两类：一是犯罪集团中的首要分子，二是聚众犯罪中的首要分子。

一方面，主犯不一定是首要分子，因为其他在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子也是主犯。

另一方面，首要分子也不一定是主犯，因为当刑法明确规定对某些聚众犯罪仅仅处罚首要分子（如第 291 条等），而此时首要分子就是一个人的情形下，不存在主犯。

结论：主犯不一定是首要分子，首要分子不一定是主犯。

3、主犯的责任

（1）对于集团犯罪的首要分子，应当按照集团所犯的全部罪行处罚；

（2）其它主犯，也应当对其所组织、指挥、参与的全部罪行负刑事责任。

注意：

（1）对于犯罪集团成员单独实施的集团犯罪计划以外的犯罪行为，由实施者本人承担罪责，集团犯罪的首要分子不承担罪责。

（2）对于一般共同犯罪中有共同犯罪人实施的超出共同故意范围的罪行，由实施者本人承担，其它共犯人不承担。

二、从犯及其刑事责任

刑法第 27 条第 1 款：在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯。

1、类型：起次要作用的实行犯、起辅助作用的帮助犯。

2、注意：帮助犯是从犯，但有的情况下刑法将帮助犯作为独立的犯罪作了规定，如协助组织卖淫罪，此种情况下，协助组织卖淫行为就被不能再被认为是帮助犯了，而是独立的犯罪；实行犯所起作用较小的，也可以是从犯。

3、处罚：对于从犯，应当从轻、减轻或者免除处罚。

4、在共同犯罪中，只有主犯没有从犯的现象是存在的（例如，二人共同犯罪，没有主从之分）；但只有从犯没有主犯的现象是不存在的。

三、胁从犯及其刑事责任

刑法第 28 条：对于被胁迫参加犯罪的，应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚。（从犯与胁从犯的区别：从犯的意志完全自由）

几个需要注意的问题：

1、胁从犯的转化：行为人起先是因为被胁迫而参加犯罪，但后来积极主动地实施犯罪行为，在共同犯罪中起主要作用，不宜认定为胁从犯，是主犯。

2、行为人身完全受强制、完全丧失意志自由时实施的某种行为，以及符合紧急避险条件的行为，不成立胁从犯。胁从犯是有一定的意志自由的。

3、不包括被诱骗参加犯罪的人。

四、教唆犯

1、教唆犯的成立条件：

（1）教唆的对象合格：教唆犯所教唆的对象需要有相应的辨认能力和控制能力。

（2）客观条件：必须有教唆行为。“教唆”行为的实质是引起他人的犯罪故意；教唆行为必须是唆使他人实施较为特定的犯罪行为，让他人实施完全不特定的犯罪的，难以认定为教唆行为。

注意：与强化犯意的区别，强化犯意属于帮助犯；

（3）必须有教唆故意。过失不可能成立教唆犯。

2、教唆犯的认定：

（1）定罪：对于教唆犯，按照所教唆的罪定罪处罚。

（2）间接教唆的，也按教唆犯处罚。

（3）刑法分则条文将教唆他人实施特定犯罪的行为规定为独立犯罪时，对教唆者不能依所

教唆的罪定罪，而应直接依照刑法分则的规定定罪处罚。

3、教唆犯的责任

(1) 按照其在共同犯罪中的作用处罚。

(2) 教唆不满 18 周岁的人犯罪，从重处罚。

4、教唆未遂

如果被教唆的人没有犯被教唆的罪，对于教唆犯，可以从轻或者减轻处罚。

2014 年卷二 9.《刑法》第 29 条第 1 款规定：“教唆他人犯罪的，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。教唆不满十八周岁的人犯罪的，应当从重处罚。”对于本规定的理解，下列哪一选项是错误的？

- A. 无论是被教唆人接受教唆实施了犯罪，还是二人以上共同故意教唆他人犯罪，都能适用该款前段的规定
- B. 该款规定意味着教唆犯也可能是从犯
- C. 唆使不满 14 周岁的人犯罪因而属于间接正犯的情形时，也应适用该款后段的规定
- D. 该款中的“犯罪”并无限定，既包括一般犯罪，也包括特殊身份的犯罪，既包括故意犯罪，也包括过失犯罪

共同犯罪中的特殊问题

一、共同犯罪停止形态问题

1、一人着手，全体着手；一人既遂，全体既遂。

2、共犯关系的脱离：

脱离条件：总体来讲，就是不但自己停止，还要消除自己的行为对共同犯罪所产生的物理上或心理上的因果关系。

(1) 实行阶段：

部分共犯人欲中止犯罪，要成立犯罪中止，不仅仅中止自己的行为，还要阻止共同的犯罪行为达到既遂。此种情形下，其它共犯人不成立犯罪中止。部分犯罪人有自动放弃犯罪行为，但是没有阻止犯罪既遂结果出现的，原则上成立既遂。

(2) 预备阶段

1) 教唆犯欲成立中止，须消除自己教唆行为的影响，即打消被教唆人的犯罪意图。如果教唆的是重罪或许诺报酬，还要阻止犯罪。

2) 帮助犯欲成立中止，须消除自己帮助行为的作用。

a 告知对方脱离

b 消除帮助行为

2009 年卷二 51. 甲欲去乙的别墅盗窃，担心乙别墅结构复杂难以找到贵重财物，就请熟悉乙家的丙为其标图。甲入室后未使用丙提供的图纸就找到乙价值 100 万元的珠宝，即携珠宝逃离现场。关于本案，下列哪些说法是正确的？（ ）

- A. 甲构成盗窃罪，入户盗窃是法定的从重处罚情节
- B. 丙不构成犯罪，因为客观上没能为甲提供实质的帮助
- C. 即便甲未使用丙提供的图纸，丙也构成盗窃罪的共犯
- D. 甲、丙构成盗窃罪的共犯，甲是主犯，丙是帮助犯

二、部分共同犯罪人“中途加入”的处理（承继的共犯）

1、在共同犯罪过程中，中途加入进来的人，成立共同犯罪。

注意：在继续犯的场合，前行为人已经实施至犯罪既遂，只要犯罪行为还没有完全停止，后行为人仍然可以加入进来成立共同犯罪。

2、中途加入的人，仅对其加入后的共同犯罪结果负刑事责任，对于前行为人所造成的升格法定刑（加重结果）不承担刑事责任。例如，甲以暴力对丙实施抢劫行为，造成丙重伤，在实施劫取财物的行为时，乙加入进来。乙成立抢劫罪，但不对丙的重伤结果承担刑事责任。

三、共同犯罪与身份

1、身份犯仅就实行犯而言，对于教唆犯和帮助犯则不需要特殊身份。

2、有身份者和无身份者共同犯罪时，应当按照实行犯的犯罪性质决定共犯的性质。如果各构成自己身份所涉及罪名的实行犯时，最终按照想象竞合犯从一重的模式处理。

3、例外的规定：最高人民法院在关于贪污罪和职务侵占罪共犯认定的司法解释中，以主犯的犯罪特征来决定共同犯罪的性质。

（1）无身份的人与国家工作人员勾结，利用国家工作人员的职务便利，共同非法占有公共财物的，以贪污罪共犯论处。

（2）行为人与公司、企业的人员勾结，利用公司、企业人员的职务便利，共同将该单位财物非法占为己有，以职务侵占罪共犯论处。

（3）公司、企业或其他单位中，非国家工作人员与国家工作人员勾结，分别利用各自的职务便利，共同将本单位的财物非法占为己有，按照主犯的犯罪性质定罪。分不清主从犯的，定贪污罪。

四、共同犯罪的认识错误

原则上适用一般的事实认识错误的处理原则，采取法定符合说解决问题

如甲与乙共谋杀丙，却误打死了丁，两人都成立故意杀人罪的既遂。如甲教唆乙杀丙，丙却误杀了丁，都成立故意杀人罪的既遂。

但是在出现过失的情况下不成立共犯，如甲教唆乙杀丙，乙不小心打坏了丙旁边的珍贵文物。二人构成故意杀人罪的未遂，但乙单独为过失毁坏珍贵文物罪承担刑事责任，由于乙的故意杀人罪未遂和过失损坏珍贵文物罪是想象竞合的关系，对乙最后也按照故意杀人罪未遂处理。

专题十五：罪数

一：罪数的认定标准：

行为数	法益数	罪数
1	1	1
2	1	1（事后不可罚）
1	N	想象竞合犯（从一重）
N	N	数罪
N	N	刑法规定成立一罪（复杂犯罪构成、结合犯、集合犯）
N	N	成立数罪按照一罪处罚（连续犯、吸收犯、牵连犯）

二：罪数的区分，即行为是成立一罪还是数罪，其标准是行为符合几个犯罪构成。标准的一罪是：一个犯意、一个行为、造成一个结果、侵害一个法益、具备一个犯罪构成。必须注意如下问题：

1、行为人仅实施了一个行为，原则上只能定一罪。（例外：刑法 204 条骗取出口退税又触犯了逃税罪、走私过程中带了不同种类的物品如淫秽光盘和毒品）

2、禁止重复评价。一个行为只能在一个构成要件中评价一次。例如，以杀人为手段将被害人杀害，然后取财的案件。不能认定为是故意杀人罪与抢劫罪数罪，因为杀人行为已经作为抢劫罪的手段行为了。

3、我国刑法原则上是不承认同种数罪的，因此，实施了多次盗窃行为，即使每个盗窃行为都可以独立成罪，也成立一个盗窃罪。（判决以后的同种数罪要并罚，即在刑罚执行过程中发现漏罪或又犯新罪，不论是否属于同种数罪，均应并罚）

三：行为单数：

（一）想象竞合

一行为触犯数罪名，侵犯数法益，从一重适用法条。

2016 年卷二 5. 吴某被甲、乙合法追捕。吴某的枪中只有一发子弹，认识到开枪既可能打死甲也可能打死乙。设定吴某对甲、乙均有杀人故意，下列哪一分析是正确的？

A. 如吴某一枪没有打中甲和乙，子弹从甲与乙的中间穿过，则对甲、乙均成立故意杀人罪未遂

B. 如吴某一枪打中了甲，致甲死亡，则对甲成立故意杀人罪既遂，对乙成立故意杀人罪未遂，实行数罪并罚

C. 如吴某一枪同时打中甲和乙，致甲死亡、乙重伤，则对甲成立故意杀人罪既遂，对乙仅成立故意伤害罪

D. 如吴某一枪同时打中甲和乙，致甲、乙死亡，则对甲、乙均成立故意杀人罪既遂，实行数罪并罚

2015 年卷二 9. 甲窃得一包冰毒后交乙代为销售，乙销售后得款 3 万元与甲平分。关于本案，下列哪一选项是错误的？

A. 甲的行为触犯盗窃罪与贩卖毒品罪

B. 甲贩卖毒品的行为侵害了新的法益，应与盗窃罪实行并罚

C. 乙的行为触犯贩卖毒品罪、非法持有毒品罪、转移毒品罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪

D. 对乙应以贩卖毒品罪一罪论处

（二）法条竞合：

一个人的某行为同时被数个法条规定，但只侵犯一个法益。只能选择使用其中一个法条：处理原则：

1、特别法优先

（1）法律有明文规定：如第 266 条“本法另有规定的，依照规定”

（2）被不同的法律规定。

2、“重法优先”

（1）法律有明文规定：如第 149 条

（2）规定在同一部门法中，并且没有禁止“重法优先”的规定，使用特殊法优于一般法时会导致罪刑失衡。

（三）结果加重犯

法律规定的—个犯罪行为（基本行为），由于发生了（超出犯罪既遂所要求的）严重结果而加重其法定刑的情况。

结构：基本犯罪+加重结果=结果加重犯

结果加重犯的特征：

①行为人实施了基本犯罪行为，但造成了加重结果，基本犯罪行为与加重结果之间具有直接

因果关系。

②行为人对基本犯罪一般持故意，但也有可能是过失（如刑法第132条铁路运营安全事故罪）；对加重结果至少持过失（故意伤害致人死亡），有可能持故意（抢劫致人重伤、死亡）。

③法定性：刑法就发生的“加重结果”（必须是加重“结果”，而不是“情节”）规定了加重的刑罚。（即刑法除了规定基本罪的刑罚，还规定了加重结果的刑罚。刑法规定了两个法定刑幅度）刑法如果没有对某一加重结果明确予以加重评价，即使该结果实际发生，该犯罪也不可能是结果加重犯。

注意：结果加重犯所定的罪名还是基本罪的罪名。如果妨害公务过程中致人死亡，就不属于妨害公务罪的结果加重犯，因为罪名已经发生了变化。

2016年卷二13. 陈某欲制造火车出轨事故，破坏轨道时将螺栓砸飞，击中在附近玩耍的幼童，致其死亡。陈某的行为被及时发现，未造成火车倾覆、毁坏事故。关于陈某的行为性质，下列哪一选项是正确的？

- A. 构成破坏交通设施罪的结果加重犯
- B. 构成破坏交通设施罪的基本犯与故意杀人罪的想象竞合犯
- C. 构成破坏交通设施罪的基本犯与过失致人死亡罪的想象竞合犯
- D. 构成破坏交通设施罪的结果加重犯与过失致人死亡罪的想象竞合犯

2015年卷二8. 关于结果加重犯，下列哪一选项是正确的？

- A. 故意杀人包含了故意伤害，故意杀人罪实际上是故意伤害罪的结果加重犯
- B. 强奸罪、强制猥亵妇女罪的犯罪客体相同，强奸、强制猥亵行为致妇女重伤的，均成立结果加重犯
- C. 甲将乙拘禁在宾馆20楼，声称只要乙还债就放人。乙无力还债，深夜跳楼身亡。甲的行为不成立非法拘禁罪的结果加重犯
- D. 甲以胁迫手段抢劫乙时，发现仇人丙路过，于是立即杀害丙。甲在抢劫过程中杀害他人，因抢劫致人死亡包括故意致人死亡，故甲成立抢劫致人死亡的结果加重犯

四：行为复数：

（一）结合犯

甲罪+乙罪=丙罪

数个原本独立的犯罪行为，根据刑法分则的明文规定，结合成另一独立的新罪的情况。

（二）集合犯

指犯罪构成预定了数个同种类行为的犯罪。注意集合犯的特点：法定性

种类 { 常习犯：具有常习性的行为人反复多次实施行为的。（我国刑法无规定）
职业犯：将一定的犯罪作为职业或业务反复实施的。（336条非法行医罪）
营业犯：以营利为目的反复实施一定犯罪的。（303条赌博罪）

（三）连续犯

1、是指基于一个犯罪故意连续实施性质相同的数个行为，触犯同一罪名的情况。

（四）牵连犯

是指犯罪的手段行为或者结果行为，与目的行为或者原因行为分别触犯不同罪名的情况。（以实施某一犯罪为目的，其方法行为或结果行为又触犯了其它罪名的情形）

1、牵连关系

（1）手段行为与目的行为的牵连：如以伪造印章的方法骗取公私财物。

（2）原因行为与结果行为的牵连：盗窃财物（原因行为）后，为了销赃而伪造印章（结果行为）。

考点注意：行为人只有一个行为不能认为是牵连犯。例如，盗窃枪支再去杀人，刚盗窃枪支

就被抓获，此种情形下，行为人仅有一个行为，应成立盗窃枪支罪与故意杀人罪（预备）的想象竞合犯。再者，以保险诈骗为目的，实施放火行为，如果仅有放火行为，还未来得及保险诈骗的，也仅成立放火罪与保险诈骗罪（预备）的想象竞合犯。

2、特征：

（1）主观上：必须出于一个犯罪目的。主观上其数行为须具有犯罪目的同一性。（“为了犯后罪而犯前罪”）

（2）客观上：行为人实施了数个行为，且数行为具有牵连关系。牵连关系不仅仅是从客观上看，而且行为人在主观上也具有牵连的意思。

（3）罪数上：数个行为触犯了数个罪名。

3、处罚

（1）原则：从一重罪处罚。

（2）刑法分则的特殊性规定：

a 从一重罪且从重处罚；

b 对牵连犯规定了独立的较重的法定刑；

c 数罪并罚。

2016 年卷二 54. 关于罪数，下列哪些选项是正确的（不考虑数额或情节）？

A. 甲使用变造的货币购买商品，触犯使用假币罪与诈骗罪，构成想象竞合犯

B. 乙走私毒品，又走私假币构成犯罪的，以走私毒品罪和走私假币罪实行数罪并罚

C. 丙先后三次侵入军人家中盗窃军人制服，后身穿军人制服招摇撞骗。对丙应按牵连犯从一重罪处罚

D. 丁明知黄某在网上开设赌场，仍为其提供互联网接入服务。丁触犯开设赌场罪与帮助信息网络犯罪活动罪，构成想象竞合犯

（五）吸收犯

事实上存在数个不同的行为，其一行为吸收其它行为，仅成立吸收行为一个罪名的情况。

（例如，盗窃枪支后，私藏在家中）

吸收关系的类型：

1、重行为吸收轻行为。

2、实行行为吸收预备行为。

3、主行为吸收从行为。

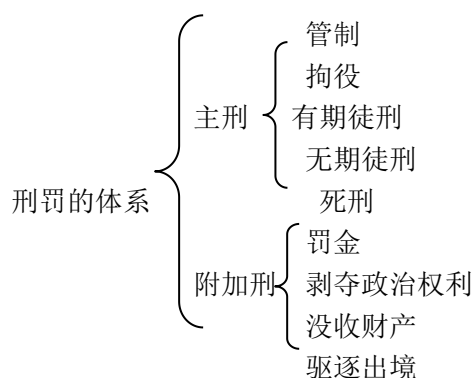
（六）不可罚的事后行为

1、是指在状态犯的情况下，利用该犯罪行为的结果的行为。后行为如果孤立地看，符合其他犯罪的构成要件。

2、不可罚的事后行为，之所以不成立新的犯罪，主要是因为事后行为没有侵犯新的法益，也可能是因为事后行为缺乏期待可能性。

3、如果事后行为侵犯了新的法益，且不缺乏期待可能性，则认定为数罪。

专题十六：刑罚论



主刑与附加刑的使用方法：

- 1、对具体犯罪，既可以单独适用主刑，也可以单独适用附加刑；
- 2、对一个犯罪或犯罪人一次最多只能适用一个主刑。附加刑可以适用一个也可以同时适用多个。

	管制	拘役	有期徒刑	无期徒刑	死刑	
					死刑缓期二年执行	死刑立即执行
执行机关	社区矫正机关	公安机关就近执行	监狱（剩余刑期在三个月以下的，由看守所代为执行；对未成年犯在未成年犯管教所执行刑罚）	监狱或其它执行场所	监狱	法院
是否关押	否	关押，每月可以回家1-2天	关押	关押	关押	关押
待遇	同工同酬	参加劳动的，可以酌量发给报酬；并且可以每月回家1—2天。	无偿参加劳动	无偿参加劳动	无偿参加劳动	
刑期的起算及折抵	从判决执行之日起计算；一日折抵两日	从判决执行之日起计算；一日折抵一日	从判决执行之日起计算；一日折抵一日	不存在刑期计算的问题 从判决确定之日起计算； 不折抵 （无期徒刑）	从判决确定之日起计算，不折抵	

				刑被减为有期徒刑的，有期徒刑的刑期从被裁定减刑之日起计算)		
是否适用假释制度	否	否	是	是	否	
期限	3个月以上，2年以下。数罪并罚不超过3年	1个月以上6个月以下，数罪并罚不超过1年	6个月以上15年以下，数罪并罚时，有期徒刑总和刑期不满三十五年的，最高不能超过20年，总和刑期在三十五年以上的，最高不能超过二十五年。死缓犯若有重大立功表现，2年期满后减为25年有期徒刑			
最低实际执行刑期	不少于1/2	不少于1/2	不少于1/2	不少于13年	不少于15年，不含死刑缓刑两年的考验期。	

一、管制

1、概念：对罪犯不予关押，但限制其一定自由，并采取社区矫正的执行方法。

社区矫正是一种刑罚执行方式，而不是一种的刑种。

2、管制犯应遵守的规定：（刑法第39条的规定）

- （1）遵守法律、行政法规，服从监督；
- （2）未经执行机关批准，不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；
- （3）按照执行机关规定报告自己的活动情况；
- （4）遵守执行机关关于会客的规定；
- （5）离开所居住的市、县或者迁居，应当报经执行机关批准。

3、劳动报酬：同工同酬

4、期限：

- （1）3个月以上2年以下，数罪并罚时不得超过3年。

(2) 刑期从判决执行之日起计算；判决执行前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 2 日。

5、对管制刑可以同时适用禁止令。

禁止令：禁止犯罪分子在执行期间从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人。

2011 年 4 月 28 日《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子适用禁止令有关问题的规定（试行）》的要点：

第一条 对判处管制、宣告缓刑的犯罪分子，人民法院根据犯罪情况，认为从促进犯罪分子教育矫正、有效维护社会秩序的需要出发，确有必要禁止其在管制执行期间、缓刑考验期限内从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定人的，可以根据刑法第三十八条第二款、第七十二条第二款的规定，同时宣告禁止令。

第三条 人民法院可以根据犯罪情况，禁止判处管制、宣告缓刑的犯罪分子在管制执行期间、缓刑考验期限内从事以下一项或者几项活动：

（四）附带民事赔偿义务未履行完毕，违法所得未追缴、退赔到位，或者罚金尚未足额缴纳的，禁止从事高消费活动；

第六条 禁止令的期限，既可以与管制执行、缓刑考验的期限相同，也可以短于管制执行、缓刑考验的期限，但判处管制的，禁止令的期限不得少于三个月，宣告缓刑的，禁止令的期限不得少于二个月。

判处管制的犯罪分子在判决执行以前先行羁押以致管制执行的期限少于三个月的，禁止令的期限不受前款规定的最短期限的限制。

禁止令的执行期限，从管制、缓刑执行之日起计算。

2012 年卷二 56. 关于禁止令，下列哪些选项是错误的？

- A. 甲因盗掘古墓葬罪被判刑 7 年，在执行 5 年后被假释，法院裁定假释时，可对甲宣告禁止令
- B. 乙犯合同诈骗罪被判处缓刑，因附带民事赔偿义务尚未履行，法院可在禁止令中禁止其进入高档饭店消费
- C. 丙因在公共厕所猥亵儿童被判处缓刑，法院可同时宣告禁止其进入公共厕所
- D. 丁被判处管制，同时被禁止接触同案犯，禁止令的期限应从管制执行完毕之日起计算

6、补充：禁止从业规定：

“因利用职业便利实施犯罪，或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚的，人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要，禁止其自刑罚执行完毕之日或者假释之日起从事相关职业，期限为三年至五年。

“被禁止从事相关职业的人违反人民法院依照前款规定作出的决定的，由公安机关依法给予处罚；情节严重的，依照本法第三百一十三条的规定定罪处罚。

“其他法律、行政法规对其从事相关职业另有禁止或者限制性规定的，从其规定。

2016 年卷二 9. 关于职业禁止，下列哪一选项是正确的？

- A. 利用职务上的便利实施犯罪的，不一定都属于“利用职业便利”实施犯罪
- B. 行为人违反职业禁止的决定，情节严重的，应以拒不执行判决、裁定罪定罪处罚
- C. 判处有期徒刑并附加剥夺政治权利，同时决定职业禁止的，在有期徒刑与剥夺政治权利均执行完毕后，才能执行职业禁止
- D. 职业禁止的期限均为 3 年至 5 年

二、拘役

1、概念：短期剥夺犯罪人自由，就近实行劳动的刑罚方法。（剥夺自由刑）

2、期限：1 个月以上 6 个月以下，数罪并罚不得超过 1 年。

3、执行：公安机关就近执行，如公安机关在附近的拘役所、看守所或者其它监管场所。拘

役所就设在公安机关。

4、刑期的起算及折抵：从判决执行之日起计算；判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日。

5、劳动问题：实行强迫劳动改造，可以酌量发给报酬。

三、有期徒刑

1、概念：剥夺犯罪人一定期限的自由，实行强制劳动改造的刑罚方法。

2、期限：6个月以上15年以下；数罪并罚时，有期徒刑总和刑期不满35年的，最高不超过20年，总和刑期在35年以上的，最高不能超过25年。死缓犯确有重大立功表现，2年期满后，减为25年有期徒刑。

3、执行机关：监狱或者其他执行场所。剩余刑期三个月以下的由看守所代为执行，未成年人在未成年犯管教所执行。

4、刑期的起算及折抵：从判决执行之日起计算；判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日。

四、无期徒刑

1、概念：剥夺犯罪人终身自由，实行强迫劳动改造的刑罚方法。

2、执行：在监狱或者其他执行场所执行；凡具有劳动能力的，应当参加劳动。

3、不能独立适用，应当附加剥夺政治权利终身。

4、未成年犯的适用：只有罪行极其严重的，才可以适用无期徒刑；对已满14周岁不满16周岁的人犯罪一般不判处无期徒刑。

五、死刑

（一）死刑的适用制度

1、死刑立即执行。

2、死刑缓刑执行。

（二）死刑的适用条件

1、死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。（不是罪行极其严重的犯罪分子，也不能适用死缓）

2、对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期二年执行。

（三）不得适用死刑的犯罪人——包括死刑立即执行和死刑缓期二年执行

1、犯罪的时候不满18周岁的人。——指“行为时”（审判的时候不满18周岁不适用）

2、审判的时候怀孕的妇女。——（犯罪的时候怀孕的妇女可能适用）

（1）“审判的时候”扩大解释为“羁押期间”；——即扩大到侦查阶段（关押期间）。

（2）“怀孕的妇女”扩大解释为“流产的妇女”。当怀孕妇女因涉嫌犯罪在羁押期间自然流产后，又因同一事实被起诉或交付审判的，应当视为“审判时怀孕的妇女”；——再扩大：审判结束后，执行前发现了怀孕的，也不适用死刑

3、审判的时候已满75周岁的人，不适用死刑，但以特别残忍手段致人死亡的除外。（犯罪时50岁，审判时年满75周岁也不能适用死刑）

2010年卷二9.甲女因抢劫杀人被逮捕，羁押期间不慎摔伤流产。一月后，甲被提起公诉。对甲的处理，下列哪一选项是正确的？

- A. 应当视为“审判时怀孕的妇女”，不适用死刑
- B. 应当视为“审判时怀孕的妇女”，可适用死刑缓期二年执行
- C. 不应当视为“审判时怀孕的妇女”，因甲并非被强制流产
- D. 不应当视为“审判时怀孕的妇女”，因甲并非在审判时摔伤流产

（四）死缓制度

1、死缓的法律后果——三种可能性的结局及其条件。

（1）执行死刑。——如果故意犯罪，情节恶劣的，报请最高人民法院核准后执行死刑；对于故意犯罪未执行死刑的，死刑缓期执行的期间重新计算，并报最高人民法院备案。”

（2）减为无期徒刑。——减为无期徒刑的条件二年期满内是没有故意犯罪，即使有一般的违法行为甚至是过失犯罪行为而非故意犯罪的，也应当减为无期徒刑

（3）减为有期徒刑 25 年——有重大立功的。

2、死刑缓期执行罪犯经过一次或几次减刑后，其实际执行的刑期不能少于十五年，死刑缓期执行期间不包括在内。

3、限制减刑：

对象：（1）对判处死缓的累犯；（2）因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处死缓的犯罪分子。

决定权：人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定对其限制减刑。

内容：（1）死缓犯缓期执行期满后依法减为无期徒刑的，减刑以后实际执行的刑期不能少于 25 年。（2）死缓犯缓期执行期满后依法减为 25 年有期徒刑的，减刑后实际执行的刑期不能少于 20 年。

2011 年卷二 92. 关于犯罪分子可以适用死刑缓期执行限制减刑的案件，下列选项正确的是：

A. 绑架案件 B. 抢劫案件 C. 爆炸案件 D. 有组织的暴力性案件

（五）死刑适用的法定程序

1、判决机关：中级以上人民法院进行一审。

2、核准（指死刑立即执行）：死刑除由最高人民法院判决的以外，都应当报请最高人民法院核准。死刑缓期执行的，可以由高级人民法院判决或者核准。死缓犯在考验期故意犯罪的，执行死刑也需要经最高人民法院核准。

附加刑

六、罚金刑

1、无论是罚金刑还是没收财产，都是针对其个人合法的财产。

2、罚金刑的判处方式：

（1）选处罚金刑：与主刑作为并列刑种，选择适用。

（2）单处罚金：只判处罚金。如对单位犯罪中的单位的处罚

（3）并处罚金：即判处主刑的同时附加适用罚金。包括必须判处罚金、可以判处罚金。

（4）并处或单处罚金：人民法院既可以在判处主刑的同时附加适用罚金，也可以只适用罚金。

3、罚金判处的数量

（1）刑法分则有规定的，依照刑法分则的规定。

（2）刑法分则没有规定的：成年人，不得少于 1000 元；未成年人，不得少于 500 元，并且其监护人或者其他入自愿代为垫付的，人民法院应予准许。

4、罚金刑的执行

（1）执行机关：财产刑由第一审人民法院执行。

（2）承担民事赔偿的犯罪分子，又被判处罚金的，其财产先承担民事赔偿。

（3）罚金在判决指定的期限内一次或者分期缴纳。期满不缴纳的，强制缴纳。对于不能全部缴纳罚金的，人民法院在任何时候发现被执行人有可以执行的财产，应当随时追缴。

由于遭遇不能抗拒的灾祸等原因缴纳确实有困难的，经人民法院裁定，可以延期缴纳、酌情减少或者免除。

2005 年卷二 5. 甲在一刑事附带民事诉讼中, 被法院依法判处罚金并赔偿被害人损失, 但甲的财产不足以全部支付罚金和承担民事赔偿。下列关于如何执行本案判决的表述哪一项是正确的?

- A. 刑事优先, 应当先执行罚金 B. 应当先承担民事赔偿责任
C. 按比例执行罚金和承担民事赔偿责任 D. 承担民事赔偿责任后减免罚金

七、没收财产

没收财产是没收犯罪分子个人所有财产的一部或者全部。

- 1、没收财产是没收犯罪人合法所有并且没有用于犯罪的财产。
- 2、没收财产的类型: 没收全部财产、没收部分财产。——根据犯罪的社会危害性及犯罪人的人身危险性确定
- 3、执行中的问题
 - (1) 没收全部财产的, 应当对犯罪分子个人及其扶养的家属保留必要的生活费用。
 - (2) 在判处没收财产的时候, 不得没收属于犯罪分子家属所有或者应有的财产。
 - (3) 没收财产以前犯罪分子所负的正当债务, 需要以没收的财产偿还的, 经债权人请求, 应当偿还。
 - (4) 执行机关: 第一审人民法院。

2010 年卷二 56. 关于没收财产, 下列哪些选项是错误的?

- A. 甲受贿 100 万元, 巨额财产来源不明 200 万元, 甲被判处死刑并处没收财产。甲被没收财产的总额至少应为 300 万元
- B. 甲抢劫他人汽车被判处死刑并处没收财产。该汽车应上缴国库
- C. 甲因走私罪被判处无期徒刑并处没收财产。此前所负赌债, 经债权人请求应予偿还
- D. 甲因受贿罪被判有期徒刑十年并处没收财产 30 万元, 因妨害清算罪被判有期徒刑三年并处罚金二万元。没收财产和罚金应当合并执行

2009 年卷二 9. 关于没收财产, 下列哪一选项是正确的?

- A. 甲抢劫数额巨大, 对其可以判处罚金一万元并处没收财产
- B. 乙犯诈骗罪被判处没收全部财产时, 法院对乙未满 18 周岁的子女应当保留必需的生活费用, 对乙的成年家属不必考虑
- C. 丙盗窃珍贵文物情节严重, 即便其没有可供执行的财产, 亦应当判处没收财产
- D. 丁为治病向李某借款五万元, 一年后丁因犯罪被判处没收财产。无论李某是否提出请求, 一旦法院发现该债务存在, 就应当判决以没收的财产偿还

八、剥夺政治权利

1、剥夺政治权利的内容

- (1) 选举权和被选举权。另外, 请注意: 《中华人民共和国村民委员会组织法》规定, 依照法律被剥夺政治权利的人没有参加村委会的选举权和被选举权。
- (2) 言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利;
- (3) 担任国家机关职务的权利;
- (4) 担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。

2、适用情形:

- (1) 应当附加适用。——危害国家安全的犯罪分子; 被判处死刑、无期徒刑的犯罪分子。
理由: 在政治上彻底否定一个人, 死了, 他的书也不可以出版。
- (2) 可以附加适用。——对于故意杀人、强奸、放火、爆炸、投毒、抢劫等严重破坏社会

秩序的犯罪分子，可以附加剥夺政治权利。

(3) 独立适用附加剥夺政治权利。

3、剥夺政治权利的期限

(1) 死刑、无期徒刑的犯罪分子：应当剥夺政治权利终身。

(2) 死缓减为有期徒刑或者无期徒刑减为有期徒刑的，应当把附加剥夺政治权利的期限改为：3年以上10年以下。

(3) 独立适用或者判处有期徒刑、拘役附加适用剥夺政治权利的期限：1年以上5年以下。

(4) 判处管制附加剥夺政治权利的：期限与管制期限相同，同时开始、同时结束。

4、剥夺政治权利的效力的几个问题：

(1) 附加剥夺政治权利的，其效力当然适用于主刑执行期间，期限从主刑执行完毕后起计算。例如，甲被判处有期徒刑3年，剥夺政治权利5年，那其在有期徒刑3年期间及释放后的5年均无政治权利。

(2) 被判处有期徒刑、拘役、管制而没有附加剥夺政治权利的，在执行期间仍然享有政治权利。适用主刑未附加剥夺政治权利的，罪犯准予行使选举权，但其它权利受限制。

5、执行机关：公安机关。

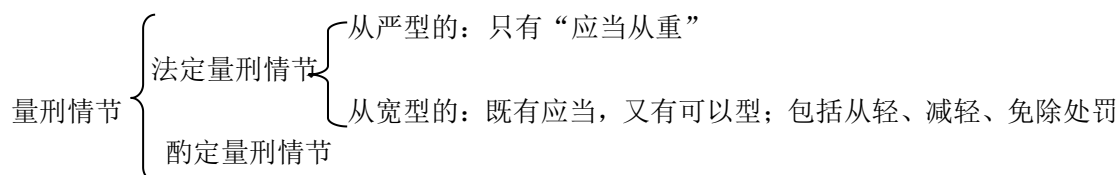
九、驱逐出境

1、概念：强迫犯罪的外国人（外国国籍和无国籍的人）离开中国国（边）境的刑罚方法。

2、适用对象：外国人。

3、可独立使用，也可以附加适用。

刑罚的裁量



法定量刑情节

又称法定情节，包括刑法总则规定的情节与刑法分则规定的情节。包括从轻、减轻、免除处罚、从重处罚。

1、从重处罚和从轻处罚

这是指在法定刑的限度以内判处刑罚。

(1) 从重处罚不是指在法定刑“中间线”以上处罚，从轻处罚也不是指在法定刑“中间线”以下处罚。从重处罚不是指判处法定最高刑，从轻处罚也不是指判处法定最低刑。

(2) 从重处罚是指既没有从重处罚情节也没有从轻处罚情节的一般情况下所应判处的刑罚而然，比这种情况判处得重一些。从轻处罚也是如此。

2、减轻处罚，是指在法定刑以下判处刑罚。

(1) 减轻处罚有刑格限制，只能在下一格刑格处罚，不能跨越下一个刑格，在下下一个性格内处罚。

(2) 特别减轻处罚制度。

2005年卷二54. 下列关于从重处罚的表述哪些是正确的？（ ）

- A. 从重处罚是指应当在犯罪所适用刑罚幅度的中线以上判处
- B. 从重处罚是在法定刑以上判处刑罚
- C. 从重处罚是指在法定刑的限度以内判处刑罚
- D. 从重处罚不一定判处法定最高刑

酌定量刑情节

虽然不是刑法明文规定的情节，但对量刑仍然起着重要影响作用。主要种类有：

1. 犯罪的手段。
2. 犯罪的时空及环境条件。
3. 犯罪的对象。
4. 犯罪行为造成的危害结果。
5. 犯罪的动机。
6. 犯罪后的态度。
7. 犯罪人的一贯表现。
8. 前科。

一、累犯

（一）一般累犯的构成条件：（同时符合以下四项）

- 1、主观条件：前后两罪都是故意犯罪；
- 2、年龄条件：前后罪都必须已满 18 周岁。
- 3、刑度条件：前后两罪都是或者应当是有期徒刑以上刑罚的犯罪；
- 4、时间条件：后罪发在前罪的刑罚（主刑）执行完毕或赦免以后 5 年之内。

（1）如果前罪因适用假释而执行完毕的，5 年的期间应当从假释期满之日起计算而非假释之日。（假期考验期满才认为，原判刑罚视同执行完毕）

（2）缓刑考验期内再次犯罪的，或者缓刑考验期满再次犯罪的，不成立累犯。（因为累犯要求前罪执行完毕或者赦免，而缓刑是原判刑罚暂不执行，缓刑考验期满后，原判刑罚不再执行）

（二）特别累犯的成立条件

- 1、前罪与后罪均是危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪之一。
- 2、时间及刑种都没有特别要求。在刑罚执行完毕或者赦免以后，在任何时候再犯上述任一类罪的，都以累犯论处。
- 3、成立特别累犯不要求的事项：

（1）前后罪不要求是被判或应该有有期徒刑以上刑罚的犯罪。

（2）后罪发生的时间，不要求是在前罪刑罚执行完毕或者赦免以后五年内。

4、时间效力。前后犯罪有一个属于“危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪”之一，并且，只要求后罪发生在 2011 年 5 月 1 日以后即可。若前、后罪均发生在 2011 年 5 月 1 日以后，则更可以。

（三）几个重要问题

- 1、前罪必须被判处了刑罚。前罪被免刑或者被判处缓刑的都不成立累犯。
- 2、前罪刑罚执行完毕是指主刑执行完毕，不要求附加刑执行完毕。
- 3、假释后成立累犯的期限是从假释考验期期满之日（刑罚视同执行完毕）起计算。

（四）累犯的法律后果

- 1、应当从重处罚。
- 2、不能适用缓刑。
- 3、不能适用假释。

2015 年卷二 10. 关于累犯，下列哪一选项是正确的？

- A. 对累犯和犯罪集团的积极参加者，不适用缓刑
- B. 对累犯，如假释后对所居住的社区无不良影响的，法院可决定假释
- C. 对被判处有期徒刑的累犯，根据犯罪情节等情况，法院可同时决定对其限制减刑

D. 犯恐怖活动犯罪被判处有期徒刑4年，刑罚执行完毕后的第12年又犯黑社会性质的组织犯罪的，成立累犯

2011年卷二9. 2009年1月，甲（1993年4月生）因抢劫罪被判处有期徒刑1年。2011年3月20日，甲以特别残忍手段故意杀人后逃跑，6月被抓获。关于本案，下列哪一选项是正确的？

- A. 根据从旧兼从轻原则，本案不适用《刑法修正案（八）》
- B. 对甲故意杀人的行为，应当从轻或者减轻处罚
- C. 甲在审判时已满18周岁，可以适用死刑
- D. 甲构成累犯，应当从重处罚

2009年卷二10. 关于累犯，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲因故意伤害罪被判七年有期徒刑，刑期自1990年8月30日至1997年8月29日止。甲于1995年5月20日被假释，于1996年8月25日犯交通肇事罪。甲构成累犯
- B. 乙因盗窃罪被判三年有期徒刑，2002年3月25日刑满释放，2007年3月20日因犯盗窃罪被判有期徒刑四年。乙构成累犯
- C. 丙因危害国家安全罪被判处五年有期徒刑，1996年4月21日刑满释放，2006年4月20日再犯同罪。丙不构成累犯
- D. 丁因失火罪被处三年有期徒刑，刑期自1995年5月15日至1998年5月14日。丁于1998年5月15日在出狱回家途中犯故意伤害罪。丁构成累犯

二、自首

是指犯罪以后自动投案，如实供述自己罪行的行为，或者被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的行为。

（一）一般自首

成立的两个条件：自动投案和如实供述

1、自动投案

将自己置于司法机关的合法控制下。

（1）投案的时间：即在被讯问或采取强制措施之前，都可以自动投案。

（2）投案对象：包括司法机关、非司法机关、有关个人。

（3）投案方式：自首形式包括亲首、代首、陪首和送首。具体包括：

- a. 主动、直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案。
- b. 罪行尚未被司法机关发觉，仅因形迹可疑，被有关组织或者司法机关盘问、教育后，主动交代自己的罪行的。

这种情形虽然应当视为自动投案，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。

- c. 犯罪后逃跑，在被通缉、追捕过程中，主动投案的。
- d. 经查实确已准备去投案，或者正在投案途中，被公安机关捕获的，应当视为自动投案。
- e. 并非出于犯罪嫌疑人主动，而是经亲友规劝、陪同投案的。
- f. 有意识地将自己置于司法机关的控制之下。第一，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；第二，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；

g. 交通肇事案件中的自首：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。

h. 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，也应当视为自动投案。

注意：亲友采取捆绑等手段送到司法机关的，不是自首。

2、如实供述：

如实供述自己的罪行，是指犯罪嫌疑人自动投案后，如实交代自己的主要犯罪事实。如实供述罪行应当从以下几个方面理解：

（1）如实交代自己的主要犯罪事实。只要如实供述了所犯之罪的主要情节和基本过程，就可以认定为如实供述自己罪行的行为，不要求交代全部细节。

（2）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。

（3）共同犯罪案件中的犯罪嫌疑人，除如实供述自己的罪行，还应当如实供述所知的同案犯的共同罪行，才能认定为自首。如果是共同犯罪中的主犯，应当供述其所知道的其它同案犯的共同犯罪事实

注意：根据 2010 年司法解释，应供述：第一，犯罪分子提供同案犯姓名、住址、体貌特征等基本情况；第二，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，即不能认定为是立功。

（4）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。

（5）被告人对行为性质的辩解不影响自首的成立。

（二）特别自首

1、特别自首是指被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的本人其他罪行的行为。

2、特别自首的特殊性在于以下两点：

（1）主体的特殊性（被动归案）。

（2）供述罪行范围的特殊性：要求行为人供述的不仅是司法机关还未掌握的罪行，而且还要求与已经掌握的罪行属不同性质的罪行。

（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。

(4) 如果其供述的罪行与已被掌握的罪行属同种的，是坦白。

2015 年卷二 11. 下列哪一选项成立自首？

- A. 甲挪用公款后主动向单位领导承认了全部犯罪事实，并请求单位领导不要将自己移送司法机关
- B. 乙涉嫌贪污被检察院讯问时，如实供述将该笔公款分给了国有单位职工，辩称其行为不是贪污
- C. 丙参与共同盗窃后，主动投案并供述其参与盗窃的具体情况。后查明，系因分赃太少、得知举报有奖才投案
- D. 丁因纠纷致程某轻伤后，报警说自己伤人了。报警后见程某举拳冲过来，丁以暴力致其死亡，并逃离现场

2009 年卷二 53. 关于自首中的“如实供述”，下列哪些选项是错误的？

- A. 甲自动投案后，如实交代自己的杀人行为，但拒绝说明凶器藏匿地点的，不成立自首
- B. 乙犯有故意伤害罪、抢夺罪，自动投案后，仅如实供述抢夺行为，对伤害行为一直主张自己是正当防卫的，仍然可以成立自首
- C. 丙虽未自动投案，但办案机关所掌握线索针对的贪污事实不成立，在此范围外丙交代贪污罪行的，应当成立自首
- D. 丁自动投案并如实供述自己的罪行后又翻供，但在二审判决前又如实供述的，应当认定为自首

(三) 坦白：

1、坦白与一般自首的关键区别在于是否自动投案；坦白是被动归案后如实供述自己的罪行。坦白与特别自首的关键区别在于是否如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行：被采取强制措施犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，是自首；如实供述司法机关已经掌握的本人罪行的，是坦白，如实供述司法机关尚未掌握的本人同种罪行的，也是坦白。

注意：坦白以前不是法定的量刑情节，现在成为法定量刑情节。这是《刑法修正案（八）》新增的。请注意坦白的量刑规定。

2、自首和坦白的法律效果：

- (1) 一般自首的，可以从轻、减轻处罚。
- (2) 犯罪较轻又自首的，可以免除处罚。
- (3) 一般坦白的，可以从轻处罚。
- (4) 因避免严重后果发生的，可以减轻处罚。

三、立功

（一）立功的具体内容

2010年12月28日最高人民法院《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》

“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。

注意：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。即，不能认定为是立功。

（二）不能认定为是立功的情形

1、立功必须是犯罪分子本人实施的行为。为使犯罪分子得到从轻处理，犯罪分子的亲友直接向有关机关揭发他人犯罪行为，提供侦破其它案件的重要线索，或者协助司法机关抓捕其它犯罪嫌疑人的，不应当认定为犯罪分子的立功表现。

2、据以立功的线索、材料来源有下列情形之一的，不能认定为立功：

- （1）本人通过非法手段或者非法途径获取的；
- （2）本人因原担任的查禁犯罪等职务获取的；
- （3）他人违反监管规定向犯罪分子提供的；
- （4）负有查禁犯罪活动职责的国家机关工作人员或者其它国家工作人员利用职务便利提供的。

（三）一般立功和重大立功的区别

重大立功所针对的对象是“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”。

注意：《刑法修正案（八）》删除了“自首并且重大立功应当减轻、免除处罚”的规定。

（四）立功的法律后果

- 1、“自首”或者“一般立功”的：可以从轻、减轻处罚。
- 2、有“重大立功”表现的：可以减轻或者免除处罚。

注意：立功的法律后果具有辐射效应。自首的法律效果仅及于自首的罪，而立功的法律效果可以及于立功所针对的罪之外的罪，即立功的法律效果及于行为人所实施的所有犯罪行为。

（五）在共同犯罪中交待同案犯罪行的处理

- 1、在共同犯罪中，交待同案犯的、与自己相关的罪行的，不能认定为是立功；符合自首条件的，可以认定为是自首。
- 2、在共同犯罪中，交待同案犯的与自己的罪行不相关的罪行的，查证属实，应当认定为是立功。

2014年卷二12. 甲（民营企业销售经理）因合同诈骗罪被捕。在侦查期间，甲主动供述曾向国家工作人员乙行贿9万元，司法机关遂对乙进行追诉。后查明，甲的行为属于单位行贿，行贿数额尚未达到单位行贿罪的定罪标准。甲的主动供述构成下列哪一量刑情节？

- A. 坦白
- B. 立功
- C. 自首
- D. 准自首

2012年卷二57. 下列哪些选项不构成立功?

- A. 甲是唯一知晓同案犯裴某手机号的人, 其主动供述裴某手机号, 侦查机关据此采用技术侦查手段将裴某抓获
- B. 乙因购买境外人士赵某的海洛因被抓获后, 按司法机关要求向赵某发短信“报平安”, 并表示还要购买毒品, 赵某因此未离境, 等待乙时被抓获
- C. 丙被抓获后, 通过律师转告其父想办法协助司法机关抓捕同案犯, 丙父最终找到同案犯藏匿地点, 协助侦查机关将其抓获
- D. 丁被抓获后, 向侦查机关提供同案犯的体貌特征, 同案犯由此被抓获

四、数罪并罚

(一) 数罪

数罪并罚, 即要对行为人实施的数个犯罪行为一并处理, 即按行为人实施了多个犯罪处理。但对于何种情形下的数罪应当并罚, 应注意如下问题:

- 1、判决宣告前的数罪, 必须是异种的数罪才能并罚。在判决宣告前, 一人实施了数罪, 且均被发现的, 只有异种数罪才并罚; 同种数罪不并罚。
- 2、判决宣告后的, 同种、异种数罪均并罚。判决宣告后, 无论是漏罪, 还是再次犯罪, 也不论是与原判之罪是否属于同种犯罪, 均需要并罚。

(二) 数罪并罚的原则

- 1、吸收原则。
- 2、并科原则

(1) 主刑与附加刑。

(2) 同种附加刑之间。

3、限制加重原则

单个最高刑以上、总和刑期以下, 行为人犯数罪, 被判处的刑罚为管制、拘役、有期徒刑的, 应当在数罪的刑罚的总和刑期以下, 数罪中个罪的最高刑以上, 决定执行的刑罚。但是, 拘役不得超过1年, 管制不得超过3年, 有期徒刑总和刑期不满三十五年的, 最高不能超过二十年, 总和刑期在三十五年以上的, 最高不能超过二十五年。

(三) 数罪并罚的几种情形

1、判决宣告以前一人犯数罪的并罚

(1) 一人所犯数罪分别判处同一刑罚, 采取限制加重原则, 但数个死刑或数个无期徒刑, 则执行死刑或无期徒刑。

(2) 数罪中有判处有期徒刑和拘役的, 执行有期徒刑。数罪中有判处有期徒刑和管制, 或者拘役和管制的, 有期徒刑、拘役执行完毕后, 管制仍须执行。

2、漏罪并罚。判决宣告后刑罚执行完毕以前, 发现行为人有漏罪的一一先并后减

即一人犯有数罪, 均在判决宣告前, 但在判决宣告前仅发现了其中的部分犯罪, 对部分犯罪有遗漏, 在判决宣告以后刑罚执行完毕以前才发现的。

(1) 漏罪的性质: 无论漏罪与已经判决的犯罪是否属于同种罪, 均应当数罪并罚。

(2) 处理方法: 先并后减。

3、新罪并罚。判决宣告以后, 刑罚执行完毕以前又犯新罪的一一先减后并

(1) 新罪的性质: 无论与已宣判的罪是否属于同种罪, 均应并罚。

(2) 处理方法: 先减后并。

注意比较, “先减后并”比“先并后减”更为严格。因为, 前者针对的是行为人在刑罚执行期间还不守规矩, 主观恶性大; 后者针对的仅仅是漏罪。

漏罪情况下, 总和刑期不可能超过25年; 新罪的情况下, 总和刑期可能超过25年。

4、行为人在判决宣告后，刑罚执行完毕以前，既发现判决宣告前的漏罪，又在刑罚执行期间犯新罪。

处理方法：先处理漏罪，得出一个确定的刑罚后再处理新罪。（先算老账，再算新账）

5、附加刑：种类相同合并执行，种类不同分别执行。

2016年卷二55. 判决宣告以前一人犯数罪，数罪中有判处（1）和（2）的，执行（3）；数罪中所判处的（4），仍须执行。将下列哪些选项内容填入以上相应括号内是正确的？

- A. （1）死刑 （2）有期徒刑 （3）死刑 （4）罚金
- B. （1）无期徒刑 （2）拘役 （3）无期徒刑 （4）没收财产
- C. （1）有期徒刑 （2）拘役 （3）有期徒刑 （4）附加刑
- D. （1）拘役 （2）管制 （3）拘役 （4）剥夺政治权利

2012年卷二12. 甲因走私武器被判处有期徒刑15年，剥夺政治权利5年；因组织他人偷越国境被判处有期徒刑14年，并处没收财产5万元，剥夺政治权利3年；因骗取出口退税被判处有期徒刑10年，并处罚金20万元。关于数罪并罚，下列哪一选项符合《刑法》规定？

- A. 决定判处甲有期徒刑35年，没收财产25万元，剥夺政治权利8年
- B. 决定判处甲有期徒刑20年，罚金25万元，剥夺政治权利8年
- C. 决定判处甲有期徒刑25年，没收财产5万元，罚金20万元，剥夺政治权利6年
- D. 决定判处甲有期徒刑23年，没收财产5万元，罚金20万元，剥夺政治权利8年

2011年卷二57. 关于数罪并罚，下列哪些选项是符合《刑法》规定的？

- A. 甲在判决宣告以前犯抢劫罪、盗窃罪与贩卖毒品罪，分别被判处有期徒刑13年、8年、15年有期徒刑。法院数罪并罚决定执行18年有期徒刑
- B. 乙犯抢劫罪、盗窃罪分别被判处有期徒刑13年、6年有期徒刑，数罪并罚决定执行18年有期徒刑。在执行5年后，发现乙在判决宣告前还犯有贩卖毒品罪，应当判处有期徒刑15年有期徒刑。法院数罪并罚决定应当执行19年有期徒刑，已经执行的刑期，计算在新判决决定的刑期之内
- C. 丙犯抢劫罪、盗窃罪分别被判处有期徒刑13年、8年有期徒刑，数罪并罚决定执行18年有期徒刑。在执行5年后，丙又犯故意伤害罪，被判处有期徒刑15年有期徒刑。法院在15年以上20年以下决定应当判处有期徒刑16年有期徒刑，已经执行的刑期，不计算在新判决决定的刑期之内
- D. 丁在判决宣告前犯有3罪，被分别并处罚金3万元、7万元和没收全部财产。法院不仅要合并执行罚金10万元，而且要没收全部财产

五、缓刑制度

（一）缓刑的概念和适用条件

缓刑即对原判刑罚附条件地暂缓执行，如果犯罪人在考验期内遵守一定的条件，原判刑罚就不再执行的制度。

适用条件：

1、对象：被判处有期徒刑或者3年以下有期徒刑的人。

2、条件：同时符合下列条件的可以宣告缓刑：

- （1）犯罪较轻；
- （2）有悔改表现；
- （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

3、必须缓刑的对象：满足上述条件的不满十八周岁的人、怀孕的妇女和已满七十五周岁的人，应当宣告缓刑。

4、禁止性条件：累犯或犯罪集团的首要分子不得适用缓刑。

需要注意的问题：

(1) 缓刑的效力不及于附加刑，被宣告缓刑的犯罪分子，如果被判附加刑，附加刑仍须执行。

(2) 缓刑不是独立刑种。

(二) 考验期限与考验的内容

1、期限：

(1) 拘役：原判刑期以上，1 年以下，但不得少于 2 个月。即：原判刑期 $\leq$ 考验期限 $\leq$ 1 年（但同时不少于 2 个月）

(2) 有期徒刑：原判刑期以上，5 年以下，但不得少于 1 年。即：原判刑期 $\leq$ 考验期限 $\leq$ 5 年（但同时不少于 1 年）

2、起算：

(1) 从判决确定之日起计算（注意：原则上主刑均是从判决执行之日起计算，但缓刑一开始并不存在执行的问题，所以是从判决确定之日起计算考验期）

(2) 不存在折抵的问题。

3、考察的机关：社区矫正机关。

4、被宣告缓刑的犯罪分子，应当遵守下列规定：

a 遵守法律、行政法规，服从监督；

b 按照考察机关的规定报告自己的活动情况；

c 遵守考察机关关于会客的规定；

d 离开所居住的市、县或者迁居，应当报经考察机关批准。

(三) 缓刑的法律后果

1、成功的缓刑。缓刑考验期满，原判刑罚就不再执行。

注意：仅限于主刑，缓刑犯如果还被判处附加刑的，附加刑必须执行。

2、失败的缓刑——撤销缓刑，原判刑罚仍须执行。原因，在缓刑考验期内：

(1) 犯新罪。

(2) 发现漏罪。

(3) 有违法行为情节严重的。

(4) 违反缓刑犯遵守事项，行为情节严重的。

(5) 违反人民法院判决中的禁制令，情节严重的。

即，这 5 项必须是在考验期内，才可以撤销缓刑。缓刑撤销后，原先经过的考验期限也不能折抵。“如果原判决宣告以前先行羁押的，羁押日期应当折抵刑期”。

2015 年卷二 59. 关于缓刑的适用，下列哪些选项是正确的？

A. 甲犯重婚罪和虐待罪，数罪并罚后也可能适用缓刑

B. 乙犯遗弃罪被判处管制 1 年，即使犯罪情节轻微，也不能宣告缓刑

C. 丙犯绑架罪但有立功情节，即使该罪的法定最低刑为 5 年有期徒刑，也可能适用缓刑

D. 丁 17 岁时因犯放火罪被判处有期徒刑 5 年，23 岁时又犯伪证罪，仍有可能适用缓刑

2011 年卷二 10. 关于缓刑的适用，下列哪一选项是错误的？

A. 被宣告缓刑的犯罪分子，在考验期内再犯罪的，应当数罪并罚，且不得再次宣告缓刑

B. 对于被宣告缓刑的犯罪分子，可以同时禁止其从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人

C. 对于黑社会性质组织的首要分子，不得适用缓刑

D. 被宣告缓刑的犯罪分子，在考验期内由公安机关考察，所在单位或者基层组织予以配合

刑罚的执行

一、刑罚执行的机关

- 1、死刑立即执行：法院
- 2、罚金刑：法院
- 3、没收财产：法院
- 4、死刑缓期两年执行：监狱
- 5、无期徒刑：监狱
- 6、有期徒刑：监狱（剩余刑期在三个月以下的，由看守所代为执行；对未成年犯在未成年犯管教所执行刑罚）
- 7、拘役：公安机关
- 8、管制：社区矫正机关
- 9、剥夺政治权利：公安机关
- 10、驱逐出境：公安机关

二、减刑

（一）减刑的适用对象

被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪人。——对自由刑的减刑（对死缓的减刑属于广义的减刑，附加刑没有减刑制度）

注意：宣告缓刑的罪犯可以减刑。

（二）减刑的条件

1、可以减刑的条件

执行期间，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现的，或者有**立功**表现的。

2、应当减刑的条件

重大立功表现（注意：在量刑中，有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚；在行刑中，有重大立功表现的，应当减刑）

（三）减刑的限度与幅度

限度——即减刑以后实际执行的刑期

（1）管制、拘役、有期徒刑的，不少于原判刑罚的 1/2；

（2）无期徒刑，不少于 13 年。

（3）被判处死刑缓期执行的，人民法院依法限制减刑的，缓期执行期满后依法减为无期徒刑的，不能少于 25 年，缓期执行期满后依法减为 25 年有期徒刑的，不能少于 20 年。（不含死刑缓刑期执行的 2 年）

（四）减刑的程序与减刑后的刑期计算

1、程序

执行机关向中级以上人民法院提出减刑建议书。（死缓犯的减刑、无期徒刑的减刑，由服刑地高级人民法院审理）

2、计算方法

（1）原判为管制、拘役、有期徒刑的，减刑后的刑期应从原判决执行之日起计算；原判决已经执行的部分时间，应计算到减刑后的刑期内。

（2）对于无期徒刑减为有期徒刑，有期徒刑的刑期从裁定减刑之日起计算，已经执行的刑期及先行羁押的不折抵。

（3）对于已经减刑的，后又改判的，减刑的幅度仍然有效。

2010 卷二 10. 关于减刑，下列哪一选项是正确的？

- A、减刑只适用于被判处拘役、有期徒刑、无期徒刑和死缓的犯罪分子
- B、对一名服刑犯人的减刑不得超过三次，否则有损原判决的权威性

- C、被判处无期徒刑的罪犯减刑后，实际执行时间可能超过十五年
- D、对被判处无期徒刑、死缓的罪犯的减刑，需要报请高级法院核准

三、假释

（一）假释的条件

- 1、对象条件：被判处有期徒刑、无期徒刑。
- 注意：死缓犯，如果减为无期徒刑或者有期徒刑的，可以假释。
- 2、实质条件：确有悔改表现，不致再危害社会。
- 3、执行刑期的限制：有期徒刑 1/2 以上，无期徒刑 13 年以上。

（二）不得适用假释的条件

- 1、累犯。
- 2、故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处十年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子。

（三）考验期

- 1、有期徒刑：没有执行完毕的刑罚。
- 2、无期徒刑：10 年。

（四）假释撤销的原因（要继续执行剩余的没有执行的刑罚）

- 1、假释考验期内犯新罪——将剩余刑期与新罪并罚，即先减后并。（即使假释考验期满后才发现的，也应该撤销假释。）
- 2、假释考验期内发现漏罪——并罚，先并后减。（注意：假释考验期满后才发现漏罪的，不能撤销假释）
- 3、假释考验期内违反法律、行政法规或者国务院有关部门关于假释的监督管理规定被宣告假释的犯罪分子，应当遵守下列规定：
 - （1）遵守法律、行政法规，服从监督；
 - （2）按照监督机关的规定报告自己的活动情况；
 - （3）遵守监督机关关于会客的规定；
 - （4）离开所居住的市、县或者迁居，应当报经监督机关批准。

- （五）假释期间认定遵守规定的效果
- 原判刑罚视同执行完毕。

2015 年卷二 12. 关于假释的撤销，下列哪一选项是错误的？

- A. 被假释的犯罪分子，在假释考验期内犯新罪的，应撤销假释，按照先减后并的方法实行并罚
- B. 被假释的犯罪分子，在假释考验期内严重违反假释监督管理规定，即使假释考验期满后才被发现，也应撤销假释
- C. 在假释考验期内，发现被假释的犯罪分子在判决宣告前还有同种罪未判决的，应撤销假释
- D. 在假释考验期满后，发现被假释的犯罪分子在判决宣告前有他罪未判决的，应撤销假释，数罪并罚

2004 年卷二 51. 对刑法关于撤销假释的规定，下列哪些理解是正确的？（ ）

- A. 只要被假释的犯罪分子在假释考验期内犯新罪，即使假释考验期满后才发现，也应当撤销假释
- B. 在假释考验期满后，发现被假释的犯罪分子在判决宣告以前还有其它罪没有判决的，不

能撤销假释

C. 被假释的犯罪分子，在假释考验期内犯新罪的，应当按先减后并的方法实行并罚，但“先减”是指减去假释前已经实际执行的刑期

D. 在假释考验期内，发现被假释的犯罪分子在判决宣告以前还有其它罪没有判决的，撤销假释后，按照先并后减的方法实行并罚，假释经过的考验期，应当计算在新决定的刑期之内，因为假释视为执行刑罚

刑罚消灭制度

一、刑罚的消灭概述

是指由于法定的或事实的原因，致使代表国家的司法机关不能对犯罪人行使具体的刑罚权。

刑罚消灭的事由：

- 1、超过追诉时效的；
- 2、经特赦令免除刑罚的；
- 3、告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；
- 4、犯罪嫌疑人、被告人死亡的；
- 5、其它事由。

二、时效

（一）时效的分类

1、追诉时效：是刑法规定的追究犯罪人刑事责任的有效期限；在此期限内，司法机关有权追究犯罪人的刑事责任；超过了此期限，司法机关就不能再追究刑事责任。

2、行刑时效：对判处刑罚的人执行刑罚的有效期限；在此期限内，司法机关有权执行刑罚；超过了此期限，司法机关不能执行刑罚。（我国无此规定）

（二）追诉时效的期限

- 1、法定最高刑为不满五年有期徒刑的，经过五年；
- 2、法定最高刑为五年以上不满十年有期徒刑的，经过十年；
- 3、法定最高刑为十年以上有期徒刑的，经过十五年；
- 4、法定最高刑为无期徒刑、死刑的，经过二十年。如果二十年以后认为必须追诉的，须报请最高人民检察院核准。
- 5、“法定最高刑”不是指实际判处的刑罚，是指判定应当适用的刑法条款的相应量刑幅度的最高刑，即法定刑。

（三）追诉期限的计算

1、追诉时效的延长

（1）人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者人民法院受理案件以后，逃避侦查或者审判的，不受追诉期限的限制。

（2）被害人在追诉期限内提出控告，人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案的，不受追诉期限的限制。两个条件：被害人控告、司法机关应当立案而不立案。

（3）经最高人民检察院核准。必须是法定最高刑为无期徒刑、死刑的，必须经过20年，必须由最高人民检察院核准。

2、追诉时效的中断——重新计算

在追诉期限以内又犯罪的，前罪追诉的期限从犯后罪之日起计算。此种情形下，前罪的追诉时效重新计算，后罪的追诉时效也是开始计算，两者的期限不完全相同。

2016年卷二10. 关于追诉时效，下列哪一选项是正确的？

A. 《刑法》规定，法定最高刑为不满5年有期徒刑的，经过5年不再追诉。危险驾驶罪的法定刑为拘役，不能适用该规定计算危险驾驶罪的追诉时效

B. 在共同犯罪中，对主犯与从犯适用不同的法定刑时，应分别计算各自的追诉时效，不得按照主犯适用的法定刑计算从犯的追诉期限

C. 追诉时效实际上属于刑事诉讼的内容，刑事诉讼采取从新原则，故对刑法所规定的追诉时效，不适用从旧兼从轻原则

D. 刘某故意杀人后逃往国外 18 年，在国外因伪造私人印章（在我国不构成犯罪）被通缉时潜回国内。4 年后，其杀人案件被公安机关发现。因追诉时效中断，应追诉刘某故意杀人的罪行

国家宣告对犯罪人免除其罪、免除其刑的一种法律制度，包括大赦和特赦。

1、大赦：既赦其刑，亦赦其罪。国家对某一时期内犯有一定罪行的不特定犯罪人免于追诉和免除刑罚执行的制度。——我国无此规定。法律效果：罪与刑同时免除。

2、特赦：只赦其刑，不赦其罪。国家对较为特定的犯罪人免除执行全部或者部分刑罚的制度。法律效果：免除刑罚，不免除有罪宣告。

特赦由全国人大常委会决定，国家主席发布特赦令，最高人民法院执行。

刑法各论

贪污贿赂

一、贪污罪

国家工作人员利用职务之便拿了国家的财产。

（一）主体：国家工作人员包括：

1、国家机关工作人员：指国家机关中从事公务的人员。

2、国有公司事业单位工作的人（纯国企）

3、国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员。（关键词：受委派）

4、其他从事公务人员包括，居委会村民委员会（只有协助政府从事管理活动，如发放补偿金、征收税款、计生罚款、征兵、救济款物的发放、土地管理、土地征用款管理）

5、受委托从事工作人员：受委托经营，指承包、租赁、临时聘用（法律拟制，不能成为挪用公款、受贿罪的主体）

（二）行为方式：

1、利用职务之便：具体指利用职务上主管、管理、经营、经手公共财物的权利和方便条件。

2、采取侵吞、窃取、骗取等方式将公共财产转为私人不法所有。还包括不法处分。

（1）侵吞，是指将自己因职务而占有、管理的财物据为己有或者使第三者所有。此时对犯罪手段没有限制。

（2）窃取，是指当行为人和他人共同占有公共财物时，行为人利用职务上的便利窃取该财物。

（3）骗取，指假借职务上的合法形式，采取欺骗手段使得具有处分权的受害人基于错误认识而处分财产，行为人进而取得公私财物。

（4）其他手段，如挪用公款潜逃，潜逃说明了行为人主观上不想归还财物。

（三）对象：

1、国有财产 2、集体财产 3、用于公益事业基金会的财产 4、在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产 5、委派到非国有公司从事公务的人员，利用职务上的便利，非法占有所在的非国有性质单位的财产。

（四）以贪污论的：在国内公务活动或者对外交往中接受礼物，应交公而不交公的，以贪污论。

（五）贪污罪的既遂：将公共财物变成自己所有就属于既遂。

注意：公共财物尚未实际转移的，或者尚未被行为人实际控制就被查获的，应当一定为贪污罪的未遂。

（六）从宽处罚情节：贪污犯罪的犯罪分子，在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃，避免、减少损害结果的发生。

1、如果贪污数额较大或者有其他较重情节的，可以从轻、减轻或者免除处罚。

2、如果贪污数额（特别）巨大或者有其他（特别）严重情节的，可以从轻处罚。

（七）终身监禁规定：贪污犯罪的犯罪分子，如果因数额特别巨大，并使国家和人民利益遭受特别重大损失的，被判处死刑缓期执行的，人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后，终身监禁，不得减刑、假释。”

（八）关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释

贪污、受贿数额特别巨大，犯罪情节特别严重、社会影响特别恶劣、给国家和人民利益造成特别重大损失的，可以判处死刑。

符合前款规定的情形，但具有自首，立功，如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃，或者避免、减少损害结果的发生等情节，不是必须立即执行的，可以判处死刑缓期二年执行。

符合第一款规定情形的，根据犯罪情节等情况可以判处死刑缓期二年执行，同时裁判决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后，终身监禁，不得减刑、假释。

2011年卷二63. 关于贪污罪的认定，下列哪些选项是正确的？

- A. 国有公司中从事公务的甲，利用职务便利将本单位收受的回扣据为己有，数额较大。甲行为构成贪污罪
- B. 土地管理部门的工作人员乙，为农民多报青苗数，使其从房地产开发商处多领取20万元补偿款，自己分得10万元。乙行为构成贪污罪
- C. 村民委员会主任丙，在协助政府管理土地征用补偿费时，利用职务便利将其中数额较大款项据为己有。丙行为构成贪污罪
- D. 国有保险公司工作人员丁，利用职务便利编造未发生的保险事故进行虚假理赔，将骗取的5万元保险金据为己有。丁行为构成贪污罪

2008年四川卷二65. 下列哪些行为应当以贪污罪论处？（ ）

- A. 国家工作人员甲在国内公务活动中收受礼物，依照国家规定应当交公而不交公，数额较大
- B. 乙受国家机关的委托经营某小型国有企业，利用职务上的便利，将该国有企业的资产转移到个人名下
- C. 国家工作人员丙利用职务上的便利，挪用公款数额巨大不能退还
- D. 国家工作人员丁利用职务之便，将依法扣押的陈某私人所有的汽车据为己有

二、挪用公款罪

（一）主体：国家工作人员。

（二）对象

1、原则上仅指“公款”。

2、特定情形下指“公物”：挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的，从重处罚。

（三）挪用公款归个人使用：

1、自然人使用：归本人、亲人其他自然人使用

2、以个人名义将公款供其它单位（国有，非国有均可）使用

3、个人决定以单位名义将公款给其他单位使用，谋取个人利益

例外：经单位领导集体决定将公款给个人使用，或者单位负责人为了单位的利益，决定将公款给个人使用的。不属于挪用公款。

2010 年卷二 20 下列哪一情形不属于“挪用公款归个人使用”？

- A. 国家工作人员甲，将公款借给其弟炒股
- B. 国家机关工作人员甲，以个人名义将公款借给原工作过的国有企业使用
- C. 某县工商局长甲，以单位名义将公款借给某公司使用
- D. 某国有公司总经理甲，擅自决定以本公司名义将公款借给某国有事业单位使用，以安排其子在该单位就业

（四）行为方式：

- 1、挪用公款进行非法活动，如行贿、贩毒、走私等，需要数罪并罚。挪用的数额和时间无限制。
- 2、挪用公款从事营利活动，要求数额较大，时间不问。（用于公司验资也属营利活动）
- 3、挪用公款数额较大，超过三个月未还。（挪用公款满足生活所需，需数额较大且超过三个月）

注意：三种行为的包容评价。根据法益危害程度，非法活动可以包容评价为营利活动，营利活动可以包容评价为一般活动。虽然法条对非法活动、营利活动不要求数额，但司法解释规定，挪用公款进行非法活动、数额达到 3 万元以上的，挪用公款进行营利活动、数额达到 5 万元以上的，才成立犯罪。第三种“数额较大，超过三个月未还”，成立犯罪。

（五）共犯问题：使用人与挪用人共谋，指使或策划取得挪用的公款的，以共犯论

（六）转化为贪污罪的情形。挪用公款罪与贪污罪的最大区别在于行为人主观上是否具有“非法占有目的”。

- 1、行为人“携带挪用的公款潜逃的”，对其携带挪用的公款部分，以贪污罪定罪处罚。
- 2、行为人挪用公款后采取虚假发票平帐、销毁有关帐目等手段，使所挪用的公款已难以在单位财务帐目上反映出来，且没有归还行为的，应当以贪污罪定罪处罚。
- 3、行为人截取单位收入不入帐，非法占有，使所占有的公款难以在单位财务帐目上反映出来，且没有归还行为的，应当以贪污罪定罪处罚。
- 4、有证据证明行为人有能力归还所挪用的公款而拒不归还，并隐瞒挪用的公款去向的，应当以贪污罪定罪处罚。

总结：

挪用公款罪和挪用资金罪的区别：身份不同。

挪用公款罪和挪用特定款物罪的区别：是否归个人使用。

2012 年卷二 20. 甲恳求国有公司财务主管乙，从单位挪用 10 万元供他炒股，并将一块名表送给乙。乙做假账将 10 万元交与甲，甲表示尽快归还。20 日后，乙用个人财产归还单位 10 万元。关于本案，下列哪一选项是错误的？

- A. 甲、乙勾结私自动用公款，构成挪用公款罪的共犯
- B. 乙虽 20 日后主动归还 10 万元，甲、乙仍属于挪用公款罪既遂
- C. 乙非法收受名表，构成受贿罪
- D. 对乙不能以挪用公款罪与受贿罪进行数罪并罚

三、受贿罪

（一）主体：国家工作人员。

（二）对象：贿赂。

- 1、财物：包括财产性的利益；但不包括非财产性的利益，如性贿赂。
- 2、非法的财物仍然成立受贿罪。

3、司法解释的规定：

贿赂犯罪中的“财物”，包括货币、物品和财产性利益。财产性利益包括可以折算为货币的物质利益如房屋装修、债务免除等，以及需要支付货币的其他利益如会员服务、旅游等。后者的犯罪数额，以实际支付或者应当支付的数额计算。

2009年卷二 60. 甲向乙行贿五万元，乙收下后顺手藏于自家沙发垫下，匆忙外出办事。当晚，丙潜入乙家盗走该五万元。事后查明，该现金全部为假币。下列哪些选项是正确的？（ ）

- A. 甲用假币行贿，其行为成立行贿罪未遂，是实行终了的未遂
- B. 丙的行为没有侵犯任何人的合法财产，不构成盗窃罪
- C. 乙虽然收受假币，但其行为仍构成受贿罪
- D. 丙的行为侵犯了乙的占有权，构成盗窃罪

（三）表现形式：

- 1、利用职务上的便利，索取他人财物；（主动索贿）
- 2、利用职务上的便利，非法收受他人财物，为他人谋取利益；（被动受贿）
- 3、在经济往来中受贿，即在经济往来中违法收受各种名义的回扣、手续费。（商业贿赂）
- 4、斡旋受贿
 - （1）为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物
 - （2）为请托人谋取不正当利益，收受请托人财物
- 5、事后受贿。要求有约定，即受贿意图必须在职时形成。

（四）为他人谋取利益的理解：现在认为只要知道请托事情，收受财物的就视为为他人谋利益。根据司法解释的规定：具有下列情形之一的，应当认定为“为他人谋取利益”，构成犯罪的，应当依照刑法关于受贿犯罪的规定定罪处罚：

- （1）实际或者承诺为他人谋取利益的；
- （2）明知他人有具体请托事项的；
- （3）履职时未被请托，但事后基于该履职事由收受他人财物的。
- （4）国家工作人员索取、收受具有上下级关系的下属或者具有行政管理关系的被管理人员的财物价值三万元以上，可能影响职权行使的，视为承诺为他人谋取利益。

（五）行为方式：

- 1、利用职务上的便利
 - （1）利用本人职务范围内的权力，即自己职务上主管、分管、负责某项公共事务的职权所形成的便利条件；
 - （2）利用有隶属关系的其它国家工作人员的职权；
 - （3）利用有制约关系的人员的职权。
 - 2、职务上的便利：可以是本人的职权，下级的职权，下属的职权，属于直接利用职务便利
- 2015年卷二 21. 根据《刑法》规定，国家工作人员利用本人职权或者（1）形成的便利条件，通过其他（2）职务上的行为，为请托人谋取（3），索取请托人财物或者收受请托人财物的，以（4）论处。这在刑法理论上称为（5）。将下列哪一选项内容填充到以上相应位置是正确的？
- A. （1）地位（2）国家机关工作人员（3）利益（4）利用影响力受贿罪（5）间接受贿
 - B. （1）职务（2）国家工作人员（3）利益（4）受贿罪（5）斡旋受贿
 - C. （1）职务（2）国家机关工作人员（3）不正当利益（4）利用影响力受贿罪（5）间接受贿
 - D. （1）地位（2）国家工作人员（3）不正当利益（4）受贿罪（5）斡旋受贿

2007年卷二 65. 关于受贿罪的判断，下列哪些选项是错误的？（ ）

- A. 公安局副局长甲收受犯罪嫌疑人家属 10 万元现金，允诺释放犯罪嫌疑人，因为局长不同意未成。由于甲并没有为他人谋取利益，所以不构成受贿罪
- B. 国家机关工作人员乙在退休前利用职务便利为钱某谋取了不正当利益，退休后收受了钱某 10 万元。尽管乙与钱某事前并无约定，仍应以受贿罪论处
- C. 基层法院法官丙受被告人孙某家属之托，请中级法院承办法官李某对孙某减轻处罚，并无减轻情节的孙某因此被减轻处罚。事后，丙收受孙某家属 10 万元现金。丙不具有制约李某的职权与地位，不成立受贿罪
- D. 海关工作人员丁收受 10 万元贿赂后徇私舞弊，放纵走私，触犯受贿罪和放纵走私罪。由于具有牵连关系，应从一重罪论处

（六）罪数

收受贿赂后又实施了其它犯罪行为的，原则上应当数罪并罚。但存在如下例外情况：

- 1、刑法 399 条。受贿后又构成徇私枉法罪，民事、行政枉法裁判罪，执行判决、裁定失职罪，执行判决、裁定滥用职权罪，从一重罪。
- 2、受贿后提供虚假证明文件的，只定提供虚假证明文件罪一罪，不另定非国家工作人员受贿罪。

2008 年卷二 56. 某国有银行行长甲指使负责贷款业务的科长乙向申请贷款的丙单位索要财物。乙将索要所获 15 万元中的 9 万元交给甲，其余 6 万元自己留下。后来，甲、乙均明知丙单位不具备贷款条件，仍然向丙单位贷款 1000 万元，使银行遭受 800 万元损失。对于本案，下列哪些选项是正确的？（ ）

- A. 甲的受贿数额是 9 万元 B. 乙的受贿数额是 15 万元
- C. 甲、乙均构成违法发放贷款罪 D. 对于甲、乙的违法发放贷款罪和受贿罪，应当数罪并罚

（七）既遂的标准：收受了财物。对多次受贿未经处理的，累计计算受贿数额。

（八）受贿罪与非国家工作人员受贿罪

- 1、主体不同：前者包括国家工作人员，以国家工作人员论处的；后者为：公司、企业及其它单位的工作人员。
- 2、行为方式：一般受贿罪中，索贿型的，不要求为他人谋取利益；而非国家工作人员受贿罪中，要求为他人谋取利益。

2016 年卷二 62. 关于贿赂犯罪的认定，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲是公立高校普通任课教师，在学校委派其招生时，利用职务便利收受考生家长 10 万元。甲成立受贿罪
- B. 乙是国有医院副院长，收受医药代表 10 万元，承诺为病人开处方时多开相关药品。乙成立非国家工作人员受贿罪
- C. 丙是村委会主任，在村集体企业招投标过程中，利用职务收受他人财物 10 万元，为其谋利。丙成立非国家工作人员受贿罪
- D. 丁为国有公司临时工，与本公司办理采购业务的副总经理相勾结，收受 10 万元回扣归二人所有。丁构成受贿罪

四、利用影响力受贿罪

- 1、主体：（1）官员关系密切的人（2）离职官员（3）离职官员关系密切人利用影响力受贿
- 2、与受贿罪的差异。

（1）无论是索取他人财物，还是收受他人财物，都要求为请托人谋取“不正当利益”。

（2）离职的国家工作人员成立利用影响力受贿罪，必须“为他人谋取不正当利益”及“索

取或者收受他人财物”均在离职后。这一点区别于约定型的事后受贿。

3、办事官员不知道受贿的事实

(1) 该罪所针对的情形是：与国家工作人员不构成共同犯罪，如果构成共同犯罪，则直接适用刑法第 385 条受贿罪的规定即可。

(2) 特定关系人索取、收受他人财物，国家工作人员知道后未退还或者上交的，应当认定国家工作人员具有受贿故意。

2013 年卷二 63. 关于受贿相关犯罪的认定，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲知道城建局长张某吸毒，以提供海洛因为条件请其关照工程招标，张某同意。甲中标后，送给张某 50 克海洛因。张某构成受贿罪
- B. 乙系人社局副局长，乙父让乙将不符合社保条件的几名亲戚纳入社保范围后，收受亲戚送来的 3 万元。乙父构成利用影响力受贿罪
- C. 国企退休厂长王某（正处级）利用其影响，让现任厂长帮忙，在本厂推销保险产品后，王某收受保险公司 3 万元。王某不构成受贿罪
- D. 法院院长告知某企业经理赵某“如给法院捐赠 500 万元办公经费，你们那个案件可以胜诉”。该企业胜诉后，给法院单位账户打入 500 万元。应认定法院构成单位受贿罪

2011 年卷二 19. 大学生甲为获得公务员面试高分，送给面试官乙（某机关领导）2 瓶高档白酒，乙拒绝。次日，甲再次到乙家，偷偷将一块价值 1 万元的金币放在茶几上离开。乙不知情。保姆以为乙知道此事，将金币放入乙的柜子。对于本案，下列哪一选项是错误的？

- A. 甲的行为成立行贿罪
- B. 乙的行为不构成受贿罪
- C. 认定甲构成行贿罪与乙不构成受贿罪不矛盾
- D. 保姆的行为成立利用影响力受贿罪

五、对影响力的人行贿罪

1、对影响力的人行贿罪是指，为谋取不正当利益，向国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，或者向离职的国家工作人员或者其近亲属以及其他与其关系密切的人行贿的行为。

2、本罪是利用影响力受贿罪的对向犯。

3、目的要求：行为人主观上必须具有“为谋取不正当利益”之目的。

六、行贿罪

1、目的要求：行贿人主观上必须具有“为谋取不正当利益”之目的。即使是刑法第 389 条第 2 款中所规定的经济往来中的行贿行为，也必须具有该目的。（所有的行贿类犯罪都要求“为谋取不正当利益”）

如何理解“不正当利益”

(1) 不正当利益的范围：具备下列条件之一即可：（正当利益必须是有法律依据的利益）

- a. 实体上：获得的利益本身不正当，如非法利益；
 - b. 程序上：不确定的利益：即需要通过竞争获得的利益，利益是否正当取决于程序是否正当，
- (2) “为谋取不正当利益”是主观的构成要件要素，行为人主观上具有该目的即可，并不需要客观上有相应的行为。

2005 年卷二 65. 下列行为人所谋取的利益，哪些是行贿罪中的“不正当利益”？（ ）

- A. 甲向某国有公司负责人米某送 2 万元，希望能承包该公司正在发包的一项建筑工程
- B. 乙向某高校招生人员刘某送 2 万元，希望刘某在招生时对其已经进入该高校投档线的女儿优先录取

C. 丙向某法院国家赔偿委员会委员高某送2万元, 希望高某按照国家赔偿法的规定处理自己的赔偿申请

D. 丁向某医院药剂科长程某送2万元, 希望程某在质量、价格相同的条件下优先采购丁所在单位生产的药品

2、因被勒索给予国家工作人员以财物, 没有获得不正当利益的, 不是行贿。

3、减免处罚的规定: 行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的, 可以从轻或者减轻处罚。其中, 犯罪较轻的, 对侦破重大案件起关键作用的, 或者有重大立功表现的, 可以减轻或者免除处罚

4、单位行贿向行贿罪的转化(393条): 单位行贿的, 但行贿所得的非法利益归个人所有的, 转化为(个人)行贿罪。

5、行贿后, 即使具有事后索回财物的意思, 也不影响行贿罪的成立。

七、巨额财产来源不明罪

1、国家工作人员拥有巨额财产, 但不能说明来源, 成立本罪。

2、说明时间: 一审判决前。一审判决后说明的, 不改变原罪的认定。

3、如果能查清是其它犯罪所得, 以其它罪名论处, 原定的巨额财产来源不明罪也不改判, 和新的罪数罪并罚。

2012年卷二63. 国家工作人员甲与民办小学教师乙是夫妻。甲、乙支出明显超过合法收入, 差额达300万元。甲、乙拒绝说明财产来源。一审中, 甲交代300万元系受贿所得, 经查证属实。关于本案, 下列哪些选项是正确的?

A. 甲构成受贿罪

B. 甲不构成巨额财产来源不明罪

C. 乙不构成巨额财产来源不明罪

D. 乙构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪

八、单位受贿罪

行为主体: 国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体

九、介绍贿赂罪

1、促成了双方行贿、受贿的实现。

2、主体: 一般主体, 没有职权, 起到居间作用。

总结: 可能构成行贿罪和受贿罪的共犯。只适用于向国家工作人员介绍贿赂, 向非国家工作人员介绍贿赂的不构成本罪。

3、介绍贿赂罪与斡旋受贿的区别:

(1) 是否利用了本人职权或地位形成的便利条件;

(2) 自己是否得到了财物。

十、私分国有资产罪

1、得到财物的人是单位绝大多数或全部职工, 只给少数几人, 贪污罪共犯。

2、是一种单位贪污的行为。

侵犯财产罪

1、财产犯罪的保护法益:

(1) 所有权

(2) 指合法占有的权利, 如担保物权、抵押权、租赁权等。合法的占有是刑法侵犯财产权客体的核心之所在。绝大多数的财产犯罪都和“占有”有关系。占有是指人对物的一种现

实的拥有和控制。

合法占有与所有权并列被刑法所保护，当合法占有和所有权发生冲突的时候，合法占有优先于所有权。

（3）非法占有利益

是指需要通过法定程序改变现状（恢复应有状态）的占有，但在非法占有的情况下，相对于本权者恢复权利的行为而言，该占有不是财产犯的法益，即被害人恢复权利的行为排除在财产罪之外。例如，甲盗窃了乙的手机，如果乙自己将它再从甲处偷回来，就不构成犯罪。这叫“恢复权利的行为”。

（4）合法的债（财产性利益）

2、非法占有目的：

所谓非法占有目的，是指排除权利人，将他人的财物作为自己的所有物进行支配，并遵从财物的用途进行利用、处分的意思。非法占有目的由“排除意思”与“利用意思”构成，前者重视的是法的侧面，后者重视的是经济的侧面，二者的机能不同。

2011年卷二61. 下列哪些选项的行为人具有非法占有目的？

- A. 男性基于癖好入户窃取女士内衣
- B. 为了燃柴取暖而窃取他人木质家具
- C. 骗取他人钢材后作为废品卖给废品回收公司
- D. 杀人后为避免公安机关识别被害人身份，将被害人钱包等物丢弃

一、抢劫罪

行为结构：

实施暴力、胁迫等手段 → 压制对方反抗 → 对方因无法反抗而放弃财物 → 行为人取得财物

（一）行为方式：暴力、胁迫、或者其他方法

1、暴力：

- （1）本质是使对方无法反抗。
- （2）程度要求足以压制对方反抗。
- （3）对象只包括对人实施，不包括对物实施。对物暴力，构成抢夺。
- （4）对人实施，即包括对财物持有人实施，也包括为了排除障碍对第三人实施。

2、胁迫：

- （1）本质是使对方产生恐惧心理而不敢反抗。
- （2）要求以暴力相胁迫。
- （3）要求达到对方不敢反抗的程度，即完全剥夺对方的意志自由。

3、其他方法

- （1）本质是使对方不知反抗，不能反抗。
- （2）昏醉抢劫（使对方不知反抗）。以非法占有为目的，用药物、酒精麻醉被害人，然后窃取财物，构成抢劫罪，而非盗窃罪。
- （3）拘禁抢劫（使对方不能反抗）。

（二）行为对象

既包括有形财物，也包括财产性利益。财产性利益，是指财物以外的财产上的利益，包括积极财产的增加和消极财产的减少。

（三）既遂的标准。具备劫取财物或者造成他人轻伤以上后果两者之一的，均属抢劫既遂。

（四）法定刑升高条件

1、入户抢劫。

（1）“户”（住所、家）的特征：供他人家庭生活（主要是考虑到户是一个涉及隐私、住宅

安宁的地方)、与外界相对隔离。包括封闭的院落、牧民的帐篷、渔民作为家庭生活场所的渔船、为生活租用的房屋等进行抢劫的行为。集体宿舍、旅店宾馆、临时搭建工棚等不应认定为“户”，但在特定情况下，如果确实具有上述两个特征的，也可以认定为“户”。

(2)“入户”的目的必须具有非法性。进入他人住所须以实施抢劫等犯罪为目的。抢劫行为虽然发生在户内，但行为人不以实施抢劫等犯罪为目的进入他人住所，而是在户内临时起意实施抢劫的，不属于“入户抢劫”。

(3)“暴力或者暴力胁迫行为必须发生在户内”。

(4)户主和被害人不要同一性：行为人以抢劫目的侵入甲的住宅，抢劫在甲的住宅停留的乙的财物的行为，同样应认定为入户抢劫。

2013年卷二8. 甲深夜进入小超市，持枪胁迫正在椅子上睡觉的店员乙交出现金，乙说“钱在收款机里，只有购买商品才能打开收款机”。甲掏出100元钱给乙说“给你，随便买什么”。乙打开收款机，交出所有现金，甲一把抓跑。事实上，乙给甲的现金只有88元，甲“亏了”12元。关于本案，下列哪一说法是正确的？

- A. 甲进入的虽是小超市，但乙已在椅子上睡觉，甲属于入户抢劫
- B. 只要持枪抢劫，即使分文未取，也构成抢劫既遂
- C. 对于持枪抢劫，不需要区分既遂与未遂，直接依照分则条文规定的法定刑量刑即可
- D. 甲虽“亏了”12元，未能获利，但不属于因意志以外的原因未得逞，构成抢劫罪既遂

2、在公共交通工具上抢劫。

公共交通工具要求具有公共性和运营性。

司法解释的规定：既包括在从事旅客运输的各种公共汽车，大、中型出租车，火车，船只，飞机等正在运营中的机动公共交通工具上对旅客、司售、乘务人员实施的抢劫，也包括对运行途中的机动公共交通工具加以拦截后，对公共交通工具上的人员实施的抢劫。

不包括

- (1)未运营中的大、中型公共交通工具。
- (2)小型出租汽车。
- (3)单位内部的接送员工上下班的车。

2012年卷二59. 甲、乙等人佯装乘客登上长途车。甲用枪控制司机，令司机将车开到偏僻路段；乙等人用刀控制乘客，命乘客交出随身财物。一乘客反抗，被乙捅成重伤。财物到手下车时，甲打死司机。关于本案，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲等人劫持汽车，构成劫持汽车罪
- B. 甲等人构成抢劫罪，属于在公共交通工具上抢劫
- C. 乙重伤乘客，无需以故意伤害罪另行追究刑事责任
- D. 甲开枪打死司机，需以故意杀人罪另行追究刑事责任

3、抢劫银行或者其他金融机构。对象：金融机构的金融物资。抢劫正在使用中的运钞车的，也视为抢劫银行或者金融机构。抢劫银行的办公用品的（这种情况实践中不太可能发生），不能视为抢劫银行或者其他金融机构。

4、多次抢劫或者抢劫数额巨大。

(1)“多次”是指3次以上，应以行为人实施的每一次抢劫行为均已构成犯罪为前提，综合考虑犯罪故意的产生、犯罪行为实施的时间、地点等因素，客观分析、认定。

(2)对于行为人基于一个犯意实施犯罪的，如在同一地点同时对在场的多人实施抢劫的；或基于同一犯意在同一地点实施连续抢劫犯罪的，如在同一地点连续地对途经此的多人进行抢劫的；或在一次犯罪中对一栋居民楼房中的几户居民连续实施入户抢劫的，一般应认定为

一次犯罪。

5、抢劫致人重伤、死亡。

(1) 行为人主观上对于重伤、死亡结果既可以是故意，也可以是过失。例如，行为人为了劫取被害人的财物，先行杀害被害人的，定抢劫罪。

注意：如果是抢劫后，为了灭口而杀害被害人的，应以抢劫罪和故意杀人罪实行并罚。不包括与抢劫无关的行为致人死亡。

(2) 因果关系。必须要由于抢劫行为本身导致人重伤、死亡，也即抢劫罪的任何组成行为导致重伤、死亡的。

2016 年卷二 16. 贾某在路边将马某打倒在地，劫取其财物。离开时贾某为报复马某之前的反抗，往其胸口轻踢了一脚，不料造成马某心脏骤停死亡。设定贾某对马某的死亡具有过失，下列哪一分析是正确的？

- A. 贾某踢马某一脚，是抢劫行为的延续，构成抢劫致人死亡
- B. 贾某踢马某一脚，成立事后抢劫，构成抢劫致人死亡
- C. 贾某构成抢劫罪的基本犯，应与过失致人死亡罪数罪并罚
- D. 贾某构成抢劫罪的基本犯与故意伤害（致死）罪的想象竞合犯

6、冒充军警人员抢劫。包括：无此身份的人冒充军警人员；此种军警人员身份的冒充另一军警人员的身份，如士兵冒充警察。

7、持枪抢劫。是指行为人使用枪支或者向被害人显示持有、佩带的枪支进行抢劫。注意：

(1) 枪支必须是真枪，不要求装有子弹。

(2) 行为人必须是实际上使用了枪支，至少显示了真枪。

8、抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资。（行为人主观上当然需要明知是这些特殊物资）

2003 年卷二 39 某晚，崔某身穿警服，冒充交通民警，骗租到个体女司机何某的夏利出租车。当车行至市郊时，崔某持假枪抢走何某人民币 1000 元，并将何某一脚踹出车外，使何某身受重伤，崔某乘机将出租车开走。本案中属于抢劫罪法定加重情节的有哪些？（）

- A. 持枪抢劫 B. 冒充军警人员抢劫 C. 抢劫致人重伤 D. 在公共交通工具上抢劫

(二) 准抢劫罪

刑法第 267 条第 2 款：携带凶器抢夺的，依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。（法律拟制，即立法推定）

应注意如下几个问题：

1、关于“凶器”的理解。

(1) 凶器是用来杀伤他人的物品。

(2) 种类：性质上的凶器（国家管制刀具）、用法上的凶器（铅球、砖头。出则为兵，入则为民）。

(3) 一般人对该物品要有畏惧感。

2、携带。要求主客观相统一：是指行为人随身带着，进行抢夺行为，如果被害人反抗才使用。

“携带”=“暗藏”，不要求显示，更不要求实际上使用了凶器，如果实际上使用了凶器，应该定刑法第 263 条的抢劫罪。

(三) 转化型抢劫

刑法第 269 条：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，依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。

1、前提条件：犯盗窃、诈骗、抢夺罪。

2、主观要件：为了窝藏赃物、抗拒抓捕、毁灭罪证。（如果行为人在实行盗窃、诈骗、抢夺

过程中,尚未取得财物时被他人发现,为了非法取得财物,而使用暴力或者以暴力相威胁的,应直接认定为刑法第263条的抢劫罪,不适用刑法第269条之转化型抢劫)

3、客观条件:当场使用暴力或者暴力相威胁。

(1) 当场:是指实施犯罪的现场,但现场发现犯罪人并随之追赶的过程,应视为现场的延伸。

(2) 暴力或暴力相威胁对象。暴力、威胁的对象没有特别限定,包括其他妨碍人,但不包括动物。行为人对自己实施暴力,如自杀,从而防止被害人的追捕的,不成立转化型抢劫。

(3) 暴力的程度。“暴力”应具有足以使他人不敢反抗、不能反抗的程度,即与普通抢劫罪的暴力程度相当。如果程度极其轻微的,不能转化为抢劫罪。

4、主体条件:年满16周岁的人。

注意:虽然14—16周岁的人可以成立抢劫罪的主体,但这类人不能够成为转化型抢劫罪的主体。如果14—16周岁的人实施盗窃、诈骗、抢夺行为,事后实施暴力行为的,造成被害人重伤、死亡的,以故意伤害罪、故意杀人罪论处。

2015年卷二17. 李某乘正在遛狗的老妇人王某不备,抢下王某装有4000元现金的手包就跑。王某让名贵的宠物狗追咬李某。李某见状在距王某50米处转身将狗踢死后逃离。王某眼见一切,因激愤致心脏病发作而亡。关于本案,下列哪一选项是正确的?

- A. 李某将狗踢死,属事后抢劫中的暴力行为
- B. 李某将狗踢死,属对王某以暴力相威胁
- C. 李某的行为满足事后抢劫的当场性要件
- D. 对李某的行为应整体上评价为抢劫罪

(四) 聚众打砸抢行为的定性问题——抢劫罪

一般情况下,要求行为人必须具有非法占有目。刑法第289条规定,聚众“打砸抢”,致人伤残、死亡的,依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪处罚。毁坏或者抢走公私财物的,除判令退赔外,对首要分子,依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。

二、盗窃罪

(一) 成立要件:

1、行为结构:

将他人占有的财物→通过平和手段→转移为自己占有

2、盗窃罪的实质是破坏原有的占有权,建立新的占有权。破坏的是占有权。

(二) 行为对象:他人占有的财物。

他人占有的财物,既包括合法占有,也包括非法占有。

1、他人合法占有

注意:自己所有的财物被国家机关占有或被他人合法占有时,视为他人占有的财物。

2、他人非法占有。注意,他人非法占有,要求对财物的占有达到平稳状态时,才受刑法保护。但是,即使是平稳占有,也不能对抗所有权人的救济行为。本人所有的财物被他人非法占有时,窃取该财物的不成立盗窃罪。

3、他人对违禁品的占有。他人占有的违禁品,除了国家没收,别人不得侵犯。例如,甲购买了100克毒品藏在家里,被乙发现,乙便窃得这些毒品。乙构成盗窃罪。

2008年卷二64. 关于盗窃行为的定性,下列哪些选项是正确的? ()

- A. 盗窃伪造的货币的行为,不成立盗窃罪
- B. 盗窃伪造的国家机关印章的行为,不成立盗窃国家机关印章罪
- C. 盗窃伪造的信用卡并使用的行为,不适用《刑法》第一百九十六条关于“盗窃信用卡并使用”的规定
- D. 盗窃企业违规制造的枪支的行为,不成立盗窃枪支罪

（三）行为方式：平和手段

转移占有的手段必须是平和手段。所谓平和手段，是指手段不能对人身具有暴力、胁迫的性质。

注意：盗窃手段不要求具有秘密性。秘密性只是盗窃罪的常见形式，但不是盗窃罪的必要条件。

2016 年卷二 18. 乙女在路上被铁丝绊倒，受伤不能动，手中钱包（内有现金 5000 元）摔出七八米外。路过的甲捡起钱包时，乙大喊“我的钱包不要拿”，甲说“你不要喊，我拿给你”，乙信以为真没有再喊。甲捡起钱包后立即逃走。关于本案，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲以其他方法抢劫他人财物，成立抢劫罪
- B. 甲以欺骗方法使乙信以为真，成立诈骗罪
- C. 甲将乙的遗忘物据为己有，成立侵占罪
- D. 只能在盗窃罪或者抢夺罪中，择一定性甲的行为

2013 年卷二 60. 甲潜入他人房间欲盗窃，忽见床上坐起一老姬，哀求其不要拿她的东西。甲不理睬而继续翻找，拿走一条银项链（价值 400 元）。关于本案的分析，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲并未采取足以压制老姬反抗的方法取得财物，不构成抢劫罪
- B. 如认为区分盗窃罪与抢夺罪的关键在于是秘密取得财物还是公然取得财物，则甲的行为属于抢夺行为；如甲作案时携带了凶器，则对甲应以抢劫罪论处
- C. 如采取 B 选项的观点，因甲作案时未携带凶器，也未秘密窃取财物，又不符合抢夺罪“数额较大”的要件，无法以侵犯财产罪追究甲的刑事责任
- D. 如认为盗窃行为并不限于秘密窃取，则甲的行为属于入户盗窃，可按盗窃罪追究甲的刑事责任

（四）主观是故意，且具有非法占目的。

1、要求主观认识到财物“数额较大”。将数额较大的财物误认为是价值微薄的财物而窃取的，不具有盗窃的故意，不成立盗窃罪。

2、自己所有的财产，明知处于他人合法占有的状态而窃回的，成立盗窃罪。

3、非法占有目的

非法占有目的有排除意思和利用意思。

（五）认定中的若干问题

《刑法修正案（八）》的规定，以下五种情形都成立盗窃罪：

数额较大的、多次盗窃的、入户盗窃的、携带凶器盗窃的、扒窃的。

注意：多次盗窃的、入户盗窃的、携带凶器盗窃的、扒窃的都不要数额较大。“扒窃的”不要求携带凶器。只要是扒窃行为，无论是否携带凶器都成立盗窃罪。

1、多次盗窃

两年内盗窃三次以上的，应当认定为多次盗窃。

2、扒窃

在公共场所或者公共交通工具上盗窃他人随身携带的财物的，应当认定为“扒窃”。

3、携带凶器盗窃

（1）凶器包括性质上的凶器和用法上的凶器。

（2）不要求行为人显示、暗示凶器、更不要求行为人对被害人使用凶器。

4、入户盗窃

非法进入供他人家庭生活，与外界相对隔离的住所盗窃的，应当认定为“入户盗窃”。

2011年卷二16. 关于盗窃罪的理解, 下列哪一选项是正确的?

- A. 扒窃成立盗窃罪的, 以携带凶器为前提
- B. 扒窃仅限于窃取他人衣服口袋内体积较小的财物
- C. 扒窃时无论窃取数额大小, 即使窃得一张白纸, 也成立盗窃罪既遂
- D. 入户盗窃成立盗窃罪的, 既不要求数额较大, 也不要求多次盗窃

(六) 既遂标准: 取得控制说

1、取得控制, 是指行为人将财物置于自己实际控制范围之内。即排除了他人占有的可能。

2、财物大小的问题:

a 财物很大, 犯罪人转移出场所才是既遂。

b 财物很小, 犯罪人藏于身上或藏于场所隐蔽处, 就是既遂。

三、侵占罪

(一) 成立条件

行为结构: 将他人所有、自己占有的财物→ 变成自己所有

侵占罪的实质是改变占有为所有, 本罪侵犯的是所有权。

本罪没有侵害他人的占有权, 而只侵害他人的所有权, 因为行为人事先已经占有他人财物。

1、行为对象: 他人所有、自己占有的财物。

对一件物品, 所有权和占有权可以相分离。所有权人对物品虽然有所有权, 但由于某种原因, 占有权可能又归其他人拥有。

这种分离主要情形有:

(1) 基于委托关系代为保管形成的所有与占有相分离, 主人(被害人)所有, 保管人(行为人)占有。

(2) 基于借用关系形成的所有与占有相分离。

(3) 基于担保关系形成的所有权与占有权相分离。

(4) 因发现遗失物(和遗忘物不用区分)、埋藏物。

刑法将上述情形分为两大类: 一、委托物, 二是遗失物、埋藏物。

2、行为表现: 变自己占有为自己所有。

(1) 表现方式: 行为人行使了财物的所有权, 主要是处分权。比如变卖掉、消费掉, 或者拒不退还。

(2) 对“拒不退还”的正确认识

“拒不退还”只是将财物变成自己所有的一种情形, 而非成立侵占罪的必要条件。

(二) 总结: 区分侵占罪和盗窃罪的关键:

侵占罪是变占有为所有, 破坏的是所有权。盗窃罪是破坏原有的占有权, 建立新的占有权。

侵占权的前提是有一个合法的占有权, 而盗窃罪没有占有权。所以区分的关键看谁占有。

占有权的规则:

1、时间和空间都很紧密时, 占有权不改变。

2、他人有意放置的财物, 占有权不改变。

3、事实支配领域内的占有。只要是在他人事实支配领域内的财物, 即使他人没有现实地握有或监视, 也属于他人占有。例如, 他人家中角落的财物, 他人汽车内的财物。

4、事实支配领域外的占有。虽然处于他人支配领域之外, 但存在可以推知由他人事实上支配的状态时, 也属于他人占有的财物。即明显属于他人支配、管理的财物, 即使他人短暂遗忘或者短暂离开, 但只要财物处于他人支配力所能涉及的范围, 也应认定为他人占有。例如: 去商店买东西, 自行车放到了商店门口。

5、特定场所的占有。在特定场所, 所有人、占有人在场的, 原则上应认定为所有人、占有

人占有。例如，飞机上的乘客的手提行李，不管其放在何处，都由乘客占有。

特殊事件不改变占有关系。火灾、水灾、地震、战争的发生不改变原来的占有关系。

6、他人持续支配、管理的占有。他人持续支配、管理的财物，即使暂时由行为人握持，但根据社会一般观念，也会认定为他人占有。例如，旅馆房间里的睡衣、拖鞋等，由旅馆主人占有；即使行为人将睡衣穿在身上，该睡衣也由旅馆主人占有，而不是由行为人占有。行为人将睡衣穿走据为己有的，属于盗窃而非侵占。同样，商店里的衣服，顾客在试穿时，也由店主或店员占有，而不是由顾客占有。

7、特定动物的占有。主人饲养的具有回到原处能力或习性的宠物，不管宠物处于何处，都应认定为饲主占有。

8、转移占有。即使原占有者丧失了占有，但当该财物转移为建筑物的管理者或者第三者占有时，也应认定为他人占有的财物。例如在出租车上落下的物品、在宾馆落下的物品。

9、意识占有。刑法上的占有只要求他人对其事实上支配的财物具有概括的、抽象的支配意识，既包括明确的支配意识，也包括潜在的支配意识。占有意思对事实的支配的认定起补充作用。例如，在道路上的他人的钱包，一般认为是属于脱离占有的财物；但如果A不慎从阳台将钱包掉在该道路上后，一直在阳台上看守着该钱包时，该钱包仍然由A占有。

10、共同管理物，上位者占有。当数人共同管理某种财物，而且数人之间存在主从关系时，原则上应当认定为是上位者占有财物，下位者基于非法占有目的取走财物的，成立盗窃罪。

11、行为人受他人委托占有某种封缄的包装物时，封缄物整体由受托人占有，但内容物为委托人占有。受托人不法取得封缄物整体的，成立侵占罪；取出其中的内容物的，成立盗窃罪。如果不法取得封缄物的整体，并能够认定受托人因为打开封缄物、出卖封缄物整体等行为而不法占有了内容物，当然应认定为盗窃罪。

12、死者对财物的占有：有限度地承认死者的占有。行为人杀害被害人后，发现被害人身上有财物，或者与死者无关的第三人发现死者身上有财物，这种财物应当认为是无人占有的财物，取走该财物的，应当认定为是侵占罪。

（1）死者刚死，其身边的财物是有人占有的财物。

（2）死者死了很久，其身边的财物是无人占有的财物。

除此之外还有两种观点：

（1）认为死者对财物没有占有的权利。

（2）认为死者对财物有占有的权利。

2016年卷二59. 下列哪些行为构成盗窃罪（不考虑数额）？

- A. 酒店服务员甲在帮客人拎包时，将包中的手机放入自己的口袋据为己有
- B. 客人在小饭馆吃饭时，将手机放在收银台边上充电，请服务员乙帮忙照看。乙假意答应，却将手机据为己有
- C. 旅客将行李放在托运柜台旁，到相距20余米的另一柜台问事时，机场清洁工丙将该行李拿走据为己有
- D. 顾客购物时将车钥匙遗忘在收银台，收银员问是谁的，丁谎称是自己的，然后持该钥匙将顾客的车开走

2014年卷二60. 甲的下列哪些行为属于盗窃（不考虑数额）？

- A. 某大学的学生进食堂吃饭时习惯于用手机、钱包等物占座后，再去购买饭菜。甲将学生乙用于占座的钱包拿走
- B. 乙进入面馆，将手机放在大厅6号桌的空位上，表示占座，然后到靠近窗户的地方看看有没有更合适的座位。在7号桌吃面的甲将手机拿走
- C. 乙将手提箱忘在出租车的后备箱。后甲搭乘该出租车时，将自己的手提箱也放进后备箱，

并在下车时将乙的手提箱一并拿走

D. 乙全家外出打工, 委托邻居甲照看房屋。有人来村里购树, 甲将乙家山头上的树谎称为自家的树, 卖给购树人, 得款3万元

2011年卷二62. 关于侵占罪的认定(不考虑数额), 下列哪些选项是错误的?

- A. 甲将他人停放在车棚内未上锁的自行车骑走卖掉。甲行为构成侵占罪
- B. 乙下车取自己行李时将后备厢内乘客遗忘的行李箱一并拿走变卖。乙行为构成侵占罪
- C. 丙在某大学食堂将学生用于占座的手机拿走卖掉。丙行为成立侵占罪
- D. 丁受托为外出邻居看房, 将邻居锁在柜里的手提电脑拿走变卖。丁行为成立侵占罪

四、诈骗罪

(一) 成立条件:

虚构事实、隐瞒真相的欺诈行为→被害人陷于认识错误→被害人“自愿交付”财物(即处分财产)→被告人受益→被害人受损

1、如何理解“处分财产”的行为

- (1) 被害人有处分权。
- (2) 被害人必须具有处分的意思表示。
- (3) 处分之后, 被害人要完全脱离占有。

2、被害人必须有财产上的损失。

3、受骗人处分财物意图的目的没有实现的情况。

(二) 以下情形的处理:

1、三角诈骗: 是指受骗人, 与受害人不是同一个人, 但是要求受骗人有处分的权利。如果受骗人没有处分的权利, 则行为人构成盗窃罪的间接正犯。

2008年四川卷二59. 丙是乙的妻子。乙上班后, 甲前往丙家欺骗丙说: “我是乙的新任秘书, 乙上班时好象忘了带提包, 让我来取。” 丙信以为真, 甲从丙手中得到提包(价值3300元)后逃走。关于甲的行为, 下列哪些选项是错误的? ()

A. 盗窃罪的直接正犯 B. 诈骗罪的间接正犯 C. 盗窃罪的间接正犯 D. 诈骗罪的直接正犯

2、暗中调包的(是指调被害人的包): 定盗窃罪。

3、调虎离山的, 原则上成立盗窃罪。

此种情形下虽然使用了欺骗手段, 但是程度不够, 没有达到使被害人自愿交付财产的地步, 只是把人骗走了。

2008年四川卷二15. 甲与乙一起乘火车旅行。火车在某车站仅停2分钟, 但甲欺骗乙说: “本站停车12分钟”, 乙信以为真, 下车购物。乙刚下车, 火车便发车了。甲立即将乙的财物转移至另一车厢, 然后在下一站下车后携物潜逃。甲的行为构成何罪? ()

A. 诈骗罪 B. 侵占罪 C. 盗窃罪 D. 故意毁坏财物罪

4、及于占有者的意思, 转移占有有人认识的犯罪对象。

- (1) 针对物的价值进行欺骗, 成立诈骗罪。
- (2) 针对物的数量进行欺诈, 成立诈骗罪。
- (3) 混入异质进行欺骗, 成立盗窃罪。

5、二重买卖。

(1) 甲先将自己的不动产卖给乙, 在乙经过登记取得不动产所有权之后, 甲为了骗取丙的财产, 又隐瞒真相, 将该不动产卖给丙, 使丙遭受财产上的损失。甲的行为成立诈骗罪。

(2) 将自己的钢琴出卖给B, 同时约定, A继续占有钢琴一个月(所有权已转移给B); A在此期间又将钢琴卖给C(A与C无通谋), 使B遭受财产损失的, 对A应认定为侵占罪(即

A 不法处分了自己占有但归 B 所有的财产)。

(三) 其他问题:

1、电信诈骗。

以虚假、冒用的身份证件办理入网手续并使用移动电话,造成电信资费损失数额较大的,定诈骗罪。

2、使用伪造、变造、盗窃的武装部队车辆号牌,骗免养路费、通行费等各种规费,数额较大的,定诈骗罪。(如果骗免税的,定逃税罪)

3、无钱饮食、住宿。

(1) 原本没有支付饮食、住宿费用的意思,而伪装具有支付费用的意思,欺骗对方,使对方提供饮食、住宿的,如果数额较大,成立诈骗罪。

(2) 行为人原本具有支付饮食、住宿费用的意思,但在饮食、住宿后,采取欺骗手段不支付费用的。由于被害人并没有因此而免除行为人的债务,即没有处分行为,故对该行为难以认定为诈骗。

(四) 总结:盗窃罪、侵占罪、诈骗罪的区分:

第一步:看行为人是否有占有权,如果有侵占罪。

第二步:如果没有占有权,看被害人是否是陷入认识错误而处分财物。如果有处分环节,诈骗罪。如果没有处分环节,盗窃罪。

2016 年卷二 17. 关于诈骗罪的认定,下列哪一选项是正确的(不考虑数额)?

A. 甲利用信息网络,诱骗他人点击虚假链接,通过预先植入的木马程序取得他人财物。即使他人不知点击链接会转移财产,甲也成立诈骗罪

B. 乙虚构可供交易的商品,欺骗他人点击付款链接,取得他人财物的,由于他人知道自己付款,故乙触犯诈骗罪

C. 丙将钱某门前停放的摩托车谎称是自己的,卖给孙某,让其骑走。丙就钱某的摩托车成立诈骗罪

D. 丁侵入银行计算机信息系统,将刘某存折中的 5 万元存款转入自己的账户。对丁应以诈骗罪论处

2015 年卷二 63. 下列哪些行为触犯诈骗罪(不考虑数额)?

A. 甲对李某家的保姆说:“李某现在使用的手提电脑是我的,你还给我吧。”保姆信以为真,将电脑交给甲

B. 甲对持有外币的乙说:“你手上拿的是假币,得扔掉,否则要坐牢。”乙将外币扔掉,甲乘机将外币捡走

C. 甲为灾民募捐,一般人捐款几百元。富商经过募捐地点时,甲称:“不少人都捐一、二万元,您多捐点吧。”富商信以为真,捐款 2 万元

D. 乙窃取摩托车,准备骑走。甲觉其可疑,装成摩托车主人的样子说:“你想把我的车骑走啊?”乙弃车逃走,甲将摩托车据为己有

2015 年卷二 18. 乙全家外出数月,邻居甲主动帮乙照看房屋。某日,甲谎称乙家门口的一对石狮为自家所有,将石狮卖给外地人,得款 1 万元据为己有。关于甲的行为定性,下列哪一选项是错误的?

A. 甲同时触犯侵占罪与诈骗罪

B. 如认为购买者无财产损失,则甲仅触犯盗窃罪

C. 如认为购买者有财产损失,则甲同时触犯盗窃罪与诈骗罪

D. 不管购买者是否存在财产损失,甲都触犯盗窃罪

五、敲诈勒索罪

基本结构：

行为人对他人实施威胁或要挟→致使被害人产生恐惧心理→被害人基于恐惧心理而处分财产→行为人取得财产→被害人财产权受到损害

1、威胁、要挟内容的种类没有限制，只要足以使他人产生恐惧心理即可。

内容可以是违法的，也可以是合法的；可以是真实的，也可以是虚构的；可以是人的生命、名誉、自由等。

2、恶害实现的方式：行为人所告知的恶害方式既可由自己实现，还可以由第三者实现；由第三者实现时，行为人必须使被害人知道自己能够影响第三者。

3、行为人为行使自己的权利而使用威胁手段，如果没有超出权利的范围，具有行使权利的必要性，而且其手段行为本身也不构成刑法规定的其他犯罪，原则上不以犯罪论处。

2006 年卷二 15. 下列哪种行为构成敲诈勒索罪？（ ）

A. 甲到乙的餐馆吃饭，在食物中发现一只苍蝇，遂以向消费者协会投诉为由进行威胁，索要精神损失费 3000 元。乙迫于无奈付给甲 3000 元

B. 甲到乙的餐馆吃饭，偷偷在食物中投放一只事先准备好的苍蝇，然后以砸烂桌椅进行威胁，索要精神损失费 3000 元。乙迫于无奈付给甲 3000 元

C. 甲捡到乙的手机及身份证等财物后，给乙打电话，索要 3000 元，并称若不付钱就不还手机及身份证等物。乙迫于无奈付给甲 3000 元现金赎回手机及身份证等财物

D. 甲妻与乙通奸，甲获知后十分生气，将乙暴打一顿，乙主动写下一张赔偿精神损失费 2 万元的欠条。事后，甲持乙的欠条向其索要 2 万元，并称若乙不从，就向法院起诉乙

总结：敲诈勒索罪和诈骗罪的区分：

1、诈骗罪是被害人基于认识错误而交付财物，敲诈勒索罪是被害人基于恐惧心理交付财物。前者是被骗，后者是被迫。

2、诈骗罪中行为人虚构的事实可以有暴力内容，敲诈勒索罪中行为人通告的恶害可以是虚假的内容。这时候区分是看被害人主要是基于被骗还是恐吓，如果主要是被骗定诈骗。如果是基于恐吓定敲诈勒索。如果是同时起作用并且难以区分时，按照想象竞合从一重。

敲诈勒索和抢劫的区分

被害人意志自由被剥夺的程度不同。抢劫罪，行为人完全剥夺被害人的意志自由，其实无法反抗，别无选择。敲诈勒索罪，行为人没有完全剥夺被害人的意志自由，给被害人留有一定的选择自由。

是否当场取得财物，不是二者的区分标准。

2014 年卷二 19. 乙购物后，将购物小票随手扔在超市门口。甲捡到小票，立即拦住乙说：

“你怎么把我购买的东西拿走？”乙莫名其妙，甲便向乙出示小票，两人发生争执。适逢交警丙路过，乙请丙判断是非，丙让乙将商品还给甲，有口难辩的乙只好照办。关于本案的分析（不考虑数额），下列哪一选项是错误的？

A. 如认为交警丙没有处分权限，则甲的行为不成立诈骗罪

B. 如认为盗窃必须表现为秘密窃取，则甲的行为不成立盗窃罪

C. 如认为抢夺必须表现为乘人不备公然夺取，则甲的行为不成立抢夺罪

D. 甲虽未实施恐吓行为，但如乙心生恐惧而交出商品的，甲的行为构成敲诈勒索罪

六、抢夺罪

成立要件：

一、行为结构：对物实施暴力→对人有危险

1、抢夺罪的本质是对物实施暴力。

(1) 不能对人实施暴力，否则就是抢劫罪。

(2) 对物实施暴力要求对人具有人身危险性，否则就是平和的手段，构成盗窃罪。

手段何时才具有人身危险性：一般而言，当被害人紧密占有财物时，夺取财物的手段就具有人身危险性。

(3) 被害人来不及抗拒，不是暴力压制使被害人不能抗拒，也不是被害人受胁迫不敢抗拒。

2、表现形式：不要求乘人不备。

二、总结：抢夺罪与盗窃罪和抢劫罪的区分。

1、抢夺罪对物实施暴力，抢劫罪对人实施暴力。抢夺罪的暴力程度低，抢劫罪的暴力程度高。

2、抢夺罪与盗窃罪的区分，盗窃罪是平和的手段，抢夺罪要求一定的暴力。

3、抢夺罪的暴力程度介于盗窃罪和抢劫罪之间。

七、故意毁坏财物罪

1、毁坏的含义。

一般的效用侵害说：即“毁坏不限于从物理上变更或者消灭财物的形体，而是包括丧失或者减少财物的效用的一切行为。所谓的丧失与减少（使他人鱼池的鱼游失、将他人的戒指扔入海中），而且包括因为心理上、感情上的缘故而导致财物的效用丧失或者减少（如将粪便投入他人餐具，使他人不再使用餐具，这是日本的真实案例）；不仅包括财物本身的丧失，而且包括被害人对财物占有的丧失（如将他人财物隐藏）等情况”。

2、“非法占有目的”与“毁坏目的”的区分

非法占有：不仅表现为行为人对他人财物在物理意义上的实际控制，通常也表现为行为人遵从财物的本来用途进行利用和处分，以实现财物的价值或取得相应的利益。所谓本来用途就是财物自身具有的价值和使用价值，不仅包括经济价值，还包括审美等其他价值。一般而言，非法占有人不会无故将占有的财物轻易毁弃。

非法毁坏：行为人出于毁坏公私财物的经济用途的目的实际控制他人财物后予以毁损或消灭。虽然行为人也实际控制了他人财物，排除了权利人合法占有财物的可能性，但其控制该财物的目的并不是依照其本来的用途利用和处分，而是变更财物性质和价值或使其灭失，使人在事实上不能按照该物的本来用途使用和处分

3、总结：

故意毁坏财物罪和盗窃罪的区分：关键在于是否建立了新的占有，如果建立了新的占有，成立盗窃罪，如果没有建立新的占有成立故意毁坏财物罪。

八、职务侵占罪

(一) 如何理解利用职务上的便利

1、利用职务上的便利：是指利用在本单位担任董事、经理、会计等职务产生的便利条件。

2、不属于利用职务上的便利的情形：如果是利用对本单位情况的熟悉，非法占有他人保管财物的，不构成犯罪，应以盗窃罪论处。

(二) 主体：公司、企业或者其它单位的人员，但国家工作人员除外。

注意：即使是通过不正当手段成为公司、企业或者其它单位的人员，或者是单位临时请来处理事务的人员，也可以成为本罪的主体。此外，还包括临时雇佣的工作人员。

(三) 法律注意规定

1、刑法第183条第1款：保险公司的工作人员利用职务上的便利，故意编造未曾发生的保险事故进行虚假理赔，骗取保险金归自己所有的，依照职务侵占罪定罪处罚。

2、村民小组组长利用职务上的便利，将村民小组集体财产非法占为己有、数额较大的行为，应以职务侵占罪论处。（司法解释）

九、挪用资金罪

1、挪用资金罪的表现形式：（同挪用公款罪）

- （1）归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还。
- （2）数额较大、进行营利活动。
- （3）进行非法活动。

筹建公司的工作人员在公司登记注册前，利用职务上的便利，挪用准备设立的公司在银行开设的临时账户上的资金，符合上述形式的，也认定为挪用资金罪。

2、主体：公司、企业或者其它单位的工作人员。

受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托，管理、经营国有财产的非国家工作人员，利用职务上的便利，挪用国有资金归个人使用构成犯罪的，定挪用资金罪。（但是，请特别注意：上述受委托的主体利用职务上的便利窃取、侵吞单位财产的，应定贪污罪。）

十、挪用特定款物罪

第 273 条：挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物，情节严重，致使国家和人民群众利益遭受重大损害的，对直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。

- 1、本罪的定罪标准：情节严重，致使国家和人民群众利益遭受重大损害的。
- 2、“挪用”的理解：“挪作他用（公用）”。本罪的“挪用”不同于挪用公款罪的“挪用”。
- 3、犯罪对象：用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物，以及失业保险金、下岗职工基本生活保障金、预防、控制突发传染性疫情等灾害的救灾、优抚、救济等款物。
- 4、本罪的主体是特定的，即主管、经手特定款物的工作人员，但不限于国家工作人员。

十一、拒不支付劳动报酬罪

1、入罪的标准：

- （1）逃避支付或者有能力支付而不支付。
- （2）数额较大。
- （3）经政府有关部门责令支付仍不支付。

2、可以减轻或者免除处罚的条件：尚未造成严重后果，在提起公诉前支付劳动者的报酬，并依法承担赔偿责任。

2012 年卷二 1. 老板甲春节前转移资产，拒不支付农民工工资。劳动部门下达责令支付通知书后，甲故意失踪公安机关接到报警后，立即抽调警力，迅速将甲抓获。在侦查期间，甲主动支付了所欠工资。起诉后，法院根据《刑法修正案（八）》拒不支付劳动报酬罪认定甲的行为，甲表示认罪。关于此案，下列哪一说法是错误的？

- A. 《刑法修正案（八）》增设拒不支付劳动报酬罪，体现了立法服务大局、保护民生的理念
- B. 公安机关积极破案解决社会问题，发挥了保障民生的作用
- C. 依据《刑法修正案（八）》对欠薪案的审理，体现了惩教并举，引导公民守法、社会向善的作用
- D. 甲已支付所欠工资，可不再追究甲的刑事责任，以利于实现良好的社会效果

侵犯公民人身权利罪

一、故意杀人罪

故意杀人罪是指非法剥夺他人生命的行为。

（一）对象

必须具有生命的人，不包括本人。

人的生命，始于出生，终于死亡。

母体腹中的胎儿不是刑法意义上的人，对胎儿的伤害、杀害行为不能成立故意伤害罪、故意

杀人罪。

（二）行为的方式多种多样，可以是作为，也可以是不作为；可以是暴力的，也可以是非暴力的；可以使用工具也可以不使用工具。

（三）自杀相关行为的定性：

1、安乐死：积极的安乐死，故意杀人罪；消极的安乐死，不构成犯罪。

2、教唆自杀：是指故意采用引诱、怂恿等方法，使他人产生自杀意图并进而实行自杀的行为。——原则上不构成犯罪。

构成故意杀人罪的情况：

（1）欺骗不能理解死亡意义的儿童或者精神病患者等人，使其自杀的，属于故意杀人罪的间接正犯。

（2）凭借某种权势或者利用某种特殊关系，以暴力、威胁或者其它心理强制方法，使他人自杀身亡的，成立故意杀人的间接正犯。

（3）行为人教唆自杀的行为使被害人对法益的有无、程度、情况等产生错误，其对死亡的同意无效时，也应认为故意杀人罪。这种情况下实际上是欺骗他人自杀。

3、帮助自杀。在他人已有自杀意图的情况下，帮助他人实现自杀意图的行为。

（1）为他人自杀提供便利条件，不成立故意杀人罪。“例如提供针剂、药物或者其它自杀工具，而自杀行为是他人本人实行的。在这种情况下，尽管帮助行为与自杀之间具有因果关系，也不能按照故意杀人罪处理”。

（2）对自杀人实施了杀人行为，使其实现自杀，定故意杀人罪。“这是一种受托杀人，尽管对自杀者来说这是一种自杀，但对于帮助者来说这是一种杀人，因而是帮助自杀与杀人的想象竞合。在这种情况下，即使有自杀者的承诺，也不能成为杀人者免责的事由，对此仍应按照故意杀人罪处理”。

4、相约自杀。两人以上相互约定自愿共同自杀的行为。需要区分情况处理：

（1）双方均死亡，不存在追究刑事责任的问题。

（2）双方各自自杀，一方死亡，未死的一方不被追究刑事责任。

（3）如果是一方将他方杀人，但自己没死的，应以故意杀人罪追究刑事责任。

5、易考的关于故意杀人相关的罪数问题

（1）将故意杀人行为作为结果加重犯，仅定原罪一罪。例如，抢劫罪。

（2）转化犯。即转化为故意杀人罪，例如，刑讯逼供罪、暴力取证罪、虐待被监管人罪、聚众斗殴罪、非法拘禁罪中，杀害被害人的，转化为故意杀人罪一罪。

（3）按想象竞合犯，从一重罪（故意杀人罪）论处。例如，行为人在抗税罪、妨害公务罪、寻衅滋事罪的过程中，故意杀害被害人的，可视为想象竞合犯，以重罪（故意杀人罪）论处。

（4）少数结果加重犯包括自杀的，按照结果加重犯的法定刑处罚。例如，暴力干涉婚姻自由、虐待行为引起被害人自杀的。

二、遗弃罪

1、主体：对被遗弃者负有法定扶养义务的人。义务来源不限于亲属法的规定，还包括基于职业、业务所产生的义务、基于法律行为与先前行为产生的义务。例如，孤儿院、养老院、精神病院、医院的管理人员等等。

2、对象：没有独立生活能力的人。

3、行为：负有扶养义务而拒绝抚养。

4、经被害人有效承诺的遗弃行为，一般阻却违法性。例如，老年人让其子女将其送往外地乞讨的，子女的行为不构成遗弃罪。

5、没有结果加重犯：我国刑法没有规定遗弃罪的结果加重犯。对于遗弃行为致人重伤或者死亡的，一般在法定刑内处罚。

6、总结：遗弃罪与不作为故意杀人罪的区别

要看致人死亡是否存在紧迫性，被害人对行为人的依赖程度来确定。

从司法实践来看，主要是行为人对婴儿或没有任何独立生活能力的老人不予任何扶养甚至移置于室外的案件，难以区分是遗弃罪还是故意杀人罪。在这种情况下，应重点考察

- (1) 生命所面临的危险是否紧迫
- (2) 生命对作为义务的依赖程度
- (3) 行为人履行义务的难易程度
- (4) 行为是否会立即导致他人死亡等因素

遗弃罪是有抚养义务的人不履行抚养的义务。罪犯的目的，是推卸责任，减轻负担，而不是想导致被害人的死亡，真正的目的减轻负担。

三、故意伤害罪

1、故意伤害罪，是指故意非法损害他人身体健康的行为。本罪侵犯的法益是他人的身体健康权。

- (1) 行为对象是他人的身体。自伤自残不成立本罪。（战时自伤的构成战时自伤罪）
- (2) 伤害行为：即可以是作为，也可以是不作为；既可以是有形的，也可以是无形的。
- (3) 伤害结果：原则上必须达到轻伤以上。
- (4) 主观上，具有伤害的故意。如果仅具有殴打的意图，只是希望或者放任造成被害人暂时的肉体疼痛或者轻微的神经刺激，则不能认定有伤害的故意。

2、故意伤害致人死亡与故意杀人罪的区别：

- (1) 故意伤害罪（致人死亡），行为人主观上具有伤害他人的故意，对于造成被害人死亡是出于过失。
- (2) 故意杀人罪中，行为人具有致人死亡的故意，无论实际上是否造成被害人死亡。

3、应当注意的两个问题：

- (1) 在突发事件中，行为人不记后果，导致被害人死亡的，定故意杀人罪，导致被害人伤残的，故意伤害罪。以最终结果定罪。
- (2) 在日常生活中口角中，行为人以极轻微的暴力导致被害人死亡的。

a 如果有预见可能性，过失致人死亡。

b 如果没有预见可能性，意外事件。

2011 年卷二 13. 关于自伤，下列哪一选项是错误的？

- A. 军人在战时自伤身体、逃避军事义务的，成立战时自伤罪
- B. 帮助有责任能力成年人自伤的，不成立故意伤害罪
- C. 受益人唆使 60 周岁的被保险人自伤、骗取保险金的，成立故意伤害罪与保险诈骗罪
- D. 父母故意不救助自伤的 12 周岁儿子而致其死亡的，视具体情形成立故意杀人罪或者遗弃罪

四、组织出卖人体器官罪

1、本罪是指组织他人出卖人体器官的行为。所谓组织，是指采用劝说、利诱等手段，安排他人出卖人体器官。

2、本人同意是本罪必备的成立条件。

(1) 未经本人同意摘取其器官，或者摘取不满十八周岁的人的器官，或者强迫、欺骗他人捐献器官的，依照故意伤害罪、故意杀人罪的规定定罪处罚。

(2) 违背本人生前意愿摘取其尸体器官，或者本人生前未表示同意，违反国家规定，违背其近亲属意愿摘取其尸体器官的，依照盗窃、侮辱尸体罪定罪处罚。

3、主观上，不要求行为人具有营利目的。

2011 年卷二 14. 关于故意伤害罪与组织出卖人体器官罪，下列哪一选项是正确的？

- A. 非法经营尸体器官买卖的，成立组织出卖人体器官罪
- B. 医生明知是未成年人，虽征得其同意而摘取其器官的，成立故意伤害罪
- C. 组织他人出卖人体器官并不从中牟利的，不成立组织出卖人体器官罪
- D. 组织者出卖一个肾脏获 15 万元，欺骗提供者说只卖了 5 万元的，应认定为故意伤害罪

五、强奸罪

是指违背妇女意志，使用暴力、威胁或者其他手段，强行与妇女发生性交的行为。本罪侵犯的法益是妇女的性自由权。

1、行为对象：妇女和幼女。妇女和幼女的界限在刑法上是 14 岁为限。

2、行为方式：暴力、威胁或者其他手段。

(1) 暴力、胁迫手段必须达到使妇女明显难以反抗的程度。

(2) 其他手段，指与前手段具有同样的强制性质的手段。

(3) 暴力必须针对妇女本人实施。如果行为人实施暴力，对阻止其实施强奸行为的第三者实施暴力，另成立故意伤害罪。数罪并罚

3、如何理解“违背妇女意志”：

(1) 胁迫：可以是暴力胁迫，也可以是精神胁迫。

(2) 其它手段：利用妇女患病或者熟睡之机进行奸淫、冒充妇女丈夫等。

(3) 明知妇女是精神病患或者痴呆者（程度严重的）而与其发生性行为的，不管犯罪分子采取什么手段，都应以强奸罪论处。

注意：女性发生性行为的动机错误，不定强奸罪。

(4) 暴力、胁迫或者其它手段必须达到使妇女明显难以反抗的程度。

4、奸淫幼女

无论被害幼女是否同意，只要行为人知道或者应当知道其为幼女并且与之发生性行为的，以强奸罪论处。

5、强奸罪的加重处罚情节

(1) 强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣的；

(2) 强奸妇女、奸淫幼女多人的；

(3) 在公共场所当众强奸妇女的；

(4) 二人以上轮奸的；（注意：如果一个 16 周岁的人与一个 12 周岁的人轮奸妇女的，成立轮奸。即只要客观上有轮奸行为即可）

(5) 致使被害人重伤、死亡或者造成其它严重后果的。

6、罪数

(1) 行为人在强奸的过程中，因为使用暴力压制反抗或者因为强奸行为粗暴致使被害人重伤、死亡或者造成其它严重后果的，属于强奸罪的结果加重犯，以强奸罪一罪定罪处罚。

(2) 行为人在强奸之后为了杀人灭口或者泄愤报复或者满足变态心理，而又对被害人实施杀害、伤害行为的，应当以强奸罪与故意杀人罪、故意伤害罪数罪并罚。行为人出于报复、灭口等动机，在实施强奸的过程中，将被害人杀死后，强奸尸体的行为，应以强奸罪、故意杀人罪与侮辱尸体罪并罚。

(3) 收买被拐卖的妇女后实施强奸行为的，应当数罪并罚。

(4) 其他犯罪中能包容强奸罪的情形：拐卖妇女、儿童过程中奸淫被拐卖的被害人的，只定拐卖妇女儿童罪。

2007 年卷二 12. 关于强奸罪及相关犯罪的判断，下列哪一选项是正确的？（ ）

- A. 甲欲强奸某妇女遭到激烈反抗，一怒之下卡住该妇女喉咙，致其死亡后实施奸淫行为。甲的行为构成强奸罪的结果加重犯

- B. 乙为迫使妇女王某卖淫而将王某强奸，对乙的行为应以强奸罪与强迫卖淫罪实行数罪并罚
- C. 丙在组织他人偷越国（边）境过程中，强奸了被组织的妇女李某。丙的行为虽然触犯了组织他人偷越国（边）境罪与强奸罪，但只能以组织他人偷越国（边）境罪定罪量刑
- D. 丁在拐卖妇女的过程中，强行奸淫了该妇女。丁的行为虽然触犯了拐卖妇女罪与强奸罪，但根据刑法规定，只能以拐卖妇女罪定罪量刑

六、强制猥亵、侮辱罪；猥亵儿童罪

- 1、本罪侵犯的法益：他人的性羞耻心。
 - 2、对象：强制猥亵罪的对象是已满 14 周岁的人，包括男性、女性。（针对 14 周岁以下的人，成立猥亵儿童罪）
 - 3、主体：包括女性。
- 注意：丈夫公然猥亵妻子的，也成立本罪。
- 4、强制方法：必须以暴力、胁迫或者其他强制方法猥亵侮辱。
 - 5、猥亵儿童罪：
 - （1）猥亵儿童罪中的“猥亵”，在特定情况下可以包括强奸，即强奸男性儿童的，可以成立本罪。
 - （2）如果强奸女性，包括不满 14 周岁的幼女和已满 14 周岁的妇女，均构成强奸罪。
 - （3）如果强奸已满 14 周岁的男性，只能以强制猥亵罪论处。
 - （4）本罪不要求使用强制手段。即使儿童自愿，行为人也构成本罪。

七、非法拘禁罪

第 238 条：非法拘禁他人或者以其它方法非法剥夺他人人身自由的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。具有殴打、侮辱情节的，从重处罚。

犯前款罪，致人重伤的，处三年以上十年以下有期徒刑；致人死亡的，处十年以上有期徒刑。使用暴力致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪处罚。为索取债务非法扣押、拘禁他人的，依照前两款的规定处罚。

国家机关工作人员利用职权犯前三款罪的，依照前三款的规定从重处罚。

- 1、保护法益：侵犯他人人身自由的犯罪。

如何理解“人身自由”：

非法拘禁必须剥夺的是现实的自由权：换言之，如果某人没有认识到自己被剥夺自由，就表明行为没有妨害其意思活动，因而没有侵犯其人身自由。

直接拘束他人的身体（如捆绑他人四肢，使用手铐拘束他人双手）与间接拘束人的身体（如将他人监禁于一定场所，使其不能或明显难以离开、逃出）主要案例：

- （1）在被害人周围放上狼狗。
 - （2）把被害人放上高速行驶的汽车。
 - （3）偷走正在洗澡的被害女性的衣服。
- 2、非法拘禁过程中致人重伤、死亡的定性：
 - （1）非法拘禁罪的转化犯——转化为故意杀人罪、故意伤害罪。非法拘禁过程中，使用非法拘禁行为之外、更高的暴力致人伤残、死亡的，转化为故意伤害罪、故意杀人罪。
 - （2）结果加重犯。如果行为人在非法拘禁过程中拘禁行为本身过失致人重伤、死亡的，仅定非法拘禁罪一罪，作为该罪的结果加重犯。
 - 3、为索取债务而非法扣押、拘禁他人的，以非法拘禁罪论处。对此应作如下理解：
 - （1）债务的性质：不仅仅限于合法债务，还包括非法债务；

(2) 行为人索取的数额如果超过债务部分数额很大, 则应将超出部分以绑架罪论处。“在司法实践中应当注意行为人为索取明显超出债务数额的财物而非法扣押、拘禁他人的, 因其行为已带有‘借机勒索’的性质, 可以依照刑法第二百三十九条第一款规定的绑架罪定罪处罚”。

(3) 索取的对象不限于债务人本人, 包括绑架债务人的亲属索债。

(4) 如果行为人为了索取法律不予保护的债务或者单方面主张的债务, 以实力支配, 控制被害人后, 以杀害、伤害被害人相威胁的, 宜定为绑架罪。

4、从重处罚的情节:

(1) 具有殴打、侮辱情节的。

(2) 国家机关工作人员利用职权犯非法拘禁罪的。

2016 年卷二 15. 甲为勒索财物, 打算绑架富商之子吴某 (5 岁)。甲欺骗乙、丙说: “富商欠我 100 万元不还, 你们帮我扣押其子, 成功后给你们每人 10 万元。”乙、丙将吴某扣押, 但甲无法联系上富商, 未能进行勒索。三天后, 甲让乙、丙将吴某释放。吴某一人在回家路上溺水身亡。关于本案, 下列哪一选项是正确的?

- A. 甲、乙、丙构成绑架罪的共同犯罪, 但对乙、丙只能适用非法拘禁罪的法定刑
- B. 甲未能实施勒索行为, 属绑架未遂; 甲主动让乙、丙放人, 属绑架中止
- C. 吴某的死亡结果应归责于甲的行为, 甲成立绑架致人死亡的结果加重犯
- D. 不管甲是绑架未遂、绑架中止还是绑架既遂, 乙、丙均成立犯罪既遂

八、绑架罪

概念: 控制人质, 利用人质的安危, 向第三方提出不法要求。

1、绑架罪主体: 已满 16 周岁的人。14—16 周岁的人, 单纯地实施绑架行为的, 不构成绑架罪; 绑架过程中杀害被绑架人的, 定故意杀人罪。

2、主观要件: 具有向第三方提出不法要求的目的。

3、绑架罪的类型

(1) 以勒索财物为目的绑架他人;

(2) 其它目的绑架他人作为人质;

(3) 以勒索财物为目的偷盗婴幼儿。

4、绑架罪的既遂标准: 控制人质。(因为该罪是侵犯人身自由的犯罪)

5、杀害被绑架人的, 或者故意伤害被绑架人, 致人重伤、死亡的, 处无期徒刑或者死刑, 并处没收财产。

(1) “杀害被绑架人”的认定: 要求杀死被害人, 如果没有杀死被绑架人的, 只能认定为绑架罪加重情节的未遂。包括:

a. 为勒索财物绑架人质, 杀害人质后勒索财物的;

b 因勒索条件未得满足而杀人质的;

c 勒索到财物为灭口而杀人质的。

(2) 如果故意伤害, 没有致人重伤、死亡, 则不能适用本条款。

(3) 绑架行为本身过失导致被绑架人重伤、死亡的, 属于绑架罪与过失致人重伤罪、过失致人死亡罪的想象竞合犯, 不再认定绑架罪的结果加重犯。

(4) 如果不是以勒索财物为目的将被害人杀死, 而是基于其他原因杀害他人, 然后以绑架被害人为名, 向被害人亲属勒索财物的行为, 应当以故意杀人罪、敲诈勒索罪 (或诈骗罪) 实行数罪并罚。

6、行为人绑架他人后, 故意实施强奸等行为的, 数罪并罚。

7、总结: 绑架罪与抢劫罪的区分

(1) 绑架罪是三方关系, 抢劫罪是两方关系。

(2) 绑架罪必须有两个被害人，第一个被扣押的人质，第二个被提出要求的第三方（三角形的关系）。绑架罪第三方不在现场，其他两方在现场。如果三方同时在现场只能定抢劫罪。

(3) 如果只有两方，可能成立抢劫罪。

2010 年卷二 16. 甲持刀将乙逼入山中，让乙通知其母送钱赎人。乙担心其母心脏病发作，遂谎称开车撞人，需付五万元治疗费，其母信以为真。关于甲的行为性质，下列哪一选项是正确的？

A. 非法拘禁罪 B. 绑架罪 C. 抢劫罪 D. 诈骗罪

九、拐卖妇女、儿童罪

1、对象：年满 14 周岁的妇女；儿童。

(1) 年满 14 周岁的男性不能成为拐卖妇女、儿童罪的对象。（如果有非法拘禁行为的，可考虑定非法拘禁罪）

(2) 以营利为目的，出卖不满 14 周岁子女，情节恶劣的，借收养名义拐卖儿童的，以及出卖捡拾儿童的，均应以拐卖儿童罪追究刑事责任。出卖 14 周岁以上女性亲属或者其它不满 14 周岁亲属的，换取该亲属身价的，以拐卖妇女、儿童罪追究刑事责任。

2、本罪侵犯的是妇女、儿童人身自由的犯罪，如果得到被害妇女的承诺，就阻止行为的违法性，不构成犯罪。出卖儿童的，即使是征求了儿童的同意也是没有意义的，儿童的承诺是无效的。

3、主观上是故意。本罪必须具有出卖的目的。

4、本罪的加重处罚情形：

- (1) 拐卖妇女、儿童集团的首要分子；
- (2) 拐卖妇女、儿童三人以上的；
- (3) 奸淫被拐卖的妇女的；
- (4) 诱骗、强迫被拐卖的妇女卖淫或者将被拐卖的妇女卖给他人迫使其卖淫的；
- (5) 以出卖为目的，使用暴力、胁迫或者麻醉方法绑架妇女、儿童的；
- (6) 以出卖为目的，偷盗婴幼儿的；
- (7) 造成被拐卖的妇女、儿童或者其亲属重伤、死亡或者其它严重后果的；
- (8) 将妇女、儿童卖往境外的。

注意：其中（7）造成被拐卖的妇女、儿童或者其亲属重伤、死亡或者其它严重后果的：

a 包括直接、间接地造成被拐卖的妇女、儿童或者其亲属重伤、死亡或者其它严重后果。

b 两个要求：第一，伤亡结果与拐卖行为之间具有直接因果关系。第二，主观上是过失造成，或者为了实现拐卖目的故意造成。

2010 年卷二 61. 甲欲绑架女大学生乙卖往外地，乙强烈反抗，甲将乙打成重伤，并多次对乙实施强制猥亵行为。甲尚未将乙卖出便被公安人员抓获。关于甲行为的定性和处罚，下列哪些判断是错误的？

- A. 构成绑架罪、故意伤害罪与强制猥亵妇女罪，实行并罚
- B. 构成拐卖妇女罪、故意伤害罪、强制猥亵妇女罪，实行并罚
- C. 构成拐卖妇女罪、强制猥亵妇女罪，实行并罚
- D. 构成拐卖妇女罪、强制猥亵妇女罪，实行并罚，但由于尚未卖出，对拐卖妇女罪应适用未遂犯的规定

5、犯罪既遂的标准：不以实际卖出为必要。行为人有拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为之一，就属于既遂犯。

但是，出卖捡拾的儿童，出卖亲生子女的，收买被拐卖的妇女、儿童后才产生出卖故意进而出卖妇女、儿童的，应以出卖了被害人为既遂标准。

2007 年卷二 55. 李某以出卖为目的偷盗一名男童，得手后因未找到买主，就产生了自己抚养的想法。在抚养过程中，因男童日夜啼哭，李某便将男童送回家中。关于李某的行为，下列哪些选项是错误的？（ ）

A. 构成拐卖儿童罪 B. 构成拐骗儿童罪 C. 属于拐卖儿童罪未遂 D. 属于拐骗儿童罪中止

6、认定中的几个问题：

（1）介绍婚姻：通过介绍婚姻、介绍他人收养儿童索取财物的，不成立本罪。

（2）出卖子女：没有营利目的，因迫于生活困难，或者是出于重男轻女的思想的影响，而出卖子女的行为，可以不作为犯罪处理。以营利为目的，出卖不满 14 周岁子女，情节恶劣的，借收养名义拐卖儿童的，以及出卖捡拾的儿童，均应以拐卖儿童罪追究刑事责任。

（3）收养、收买儿童后，转手倒卖的，或者捡拾儿童后出卖的，以拐卖儿童罪论处。

（4）实践中，买卖男性精神病人做“黑工”的，以非法拘禁罪论处，也可以结合实际情况考虑定强迫劳动罪。

（5）医疗机构、社会福利机构等单位的工作人员以非法获利为目的，将所诊疗、护理、抚养的儿童贩卖给他人的，以拐卖儿童罪论处。

（6）拐卖妇女、儿童罪与诈骗罪：行为人与妇女通谋，将该妇女介绍与某人成婚，获得钱财后，行为人与该妇女双双逃走的（“放鸽子”、“放鹰”），如果诈骗数额较大，应以诈骗罪论处，不能认定为拐卖妇女罪。此外，有的行为人以介绍对象为名，获取他人钱财后便携款携物潜逃的，也只能认定为诈骗行为，不构成拐卖妇女、儿童罪。

十、收买被拐卖的妇女、儿童罪

1、主观要件：出于收买的目的，并且不具有出卖的目的。

（1）如果以出卖为目的而收买的，构成拐卖妇女、儿童罪；

（2）收买的时候不以出卖为目的，收买后由于某种原因又将妇女、儿童出卖的，则应以拐卖妇女、儿童罪论处。

（3）以抚养为目的偷盗婴幼儿或者拐骗儿童、收买儿童，之后予以出卖的，以拐卖儿童罪论处。

2、罪数问题：收买被拐卖的妇女、儿童后，又实施了强奸、非法拘禁、故意伤害、侮辱等行为，构成犯罪的，应当数罪并罚。

3、从宽处罚的情形：

（1）收买被拐卖的妇女、儿童，对被买儿童没有虐待行为，不阻碍对其进行解救的，可以从轻处罚；

（2）按照被买妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地的，可以从轻或者减轻处罚。

4、收买被拐卖的妇女、儿童罪与拐卖妇女、儿童罪的其他问题：

（1）如果行为人既教唆他人拐卖妇女，又收买该妇女的，应当数罪并罚。

（2）行为人并没有教唆他人拐卖妇女，仅具有收买的故意，仅定收买被拐卖的妇女罪一罪。

2008 年卷二 13. 甲得知乙一直在拐卖妇女，便对乙说：“我的表弟丙没有老婆，你有合适的就告诉我一下。”不久，乙将拐骗的两名妇女带到甲家，甲与丙将其中一名妇女买下给丙做妻。关于本案，下列哪一选项是错误的？

A. 乙构成拐卖妇女罪

B. 甲构成拐卖妇女罪的共犯

C. 甲构成收买被拐卖的妇女罪

D. 丙构成收买被拐卖的妇女罪

2011 卷二 甲花 4 万元收买被拐卖妇女周某做智障儿子的妻子，周某不从，伺机逃走。甲为避免人财两空，以 3 万元将周某出卖。（事实一）

乙收买周某，欲与周某成为夫妻，周某不从，乙多次暴力强行与周某发生性关系。（事实二）

88. 关于事实一的定性，下列选项正确的是：

- A. 甲行为应以收买被拐卖的妇女罪与拐卖妇女罪实行并罚
- B. 甲虽然实施了收买与拐卖二个行为，但由于二个行为具有牵连关系，对甲仅以拐卖妇女罪论处
- C. 甲虽然实施了收买与拐卖二个行为，但根据《刑法》的特别规定，对甲仅以拐卖妇女罪论处
- D. 由于收买与拐卖行为侵犯的客体相同，而且拐卖妇女罪的法定刑较重，对甲行为仅以拐卖妇女罪论处，也能做到罪刑相适应

89. 关于事实二的定性，下列选项错误的是：

- A. 乙行为成立收买被拐卖的妇女罪与强奸罪，应当实行并罚
- B. 乙行为仅成立收买被拐卖的妇女罪，因乙将周某当作妻子，故周某不能成为乙的强奸对象
- C. 乙行为仅成立收买被拐卖的妇女罪，因乙将周某当作妻子，故缺乏强奸罪的故意
- D. 乙行为仅成立强奸罪，因乙收买周某就是为了使周某成为妻子，故收买行为是强奸罪的预备行为

十一、侮辱罪、诽谤罪

1、侮辱行为与诽谤行为

（1）侮辱行为：以暴力或者其它方法，公然贬低、损害他人人格。

“公然”，是指采用不特定或者多数人可能知悉的方式对他人进行侮辱。所谓公然进行，是指侮辱行为在众多人在场的情况下进行，即在能为众人所见所闻的条件下进行，至于侮辱行为有多少人知悉，被害人是否在场，均不影响本罪的成立。

（2）诽谤行为：故意捏造并散布虚构的事实，损害他人人格、破坏他人名誉。

2、本罪的性质：告诉的才处理。但是，严重危害社会秩序和国家利益的除外。

3、侮辱、诽谤他人导致他人自杀的，不定为故意杀人罪，也不成立侮辱、诽谤罪的结果加重犯。只是可以评价为“情节严重”。（注意，本罪没有结果加重犯。）

4、总结：侮辱罪与诽谤罪的区分：

关键的区分点在于诽谤罪要求捏造事实，如果没有捏造事实可能构成侮辱罪。

十二、诬告陷害罪

1、保护法益：人身权利说。如果诬告陷害行为没有侵犯公民的人身权利的，不能以本罪论处，如基于被害人承诺的诬告。

2、对象：特定的自然人，不包括单位。因为本罪是侵犯公民人身权利的犯罪。

3、客观要件。——必须是情节严重的

（1）捏造犯罪事实。不限于写举报信，还包括伪造自己被强奸的现场等。必须自发诬告。

（2）向国家机关或者有关单位作虚假告发。告发的机关通常是公安、司法机关，或其它足以引起刑事追诉的机构，如向监察、纪检部门告发他人有贪污贿赂的犯罪事实。

4、主观目的：意图使他人受刑事追究。

5、既遂标准：告发达到有关机关可能采取刑事追究活动就既遂，被诬陷的人实际上是否受到刑事追究，并不影响既遂的成立。

6、不真正身份犯：国家机关工作人员犯诬告陷害罪的，是本罪的从重处罚事由。

7、认定中的几个问题：

(1) 不构成犯罪的情形：

a. 基于被害人同意的诬告行为不构成犯罪

b. 诬告虚无的人不成立犯罪，因为这种情形下不可能使任何人被追究刑事责任。

(2) 诬告陷害罪与一般诬告行为的区别：必须是告发犯罪行为，并且必须达到“情节严重”的程度，才构成诬告陷害罪。

(3) 不是有意诬告，而是错告；或者检举失实的，不构成本罪。

十三、刑讯逼供罪、暴力取证罪

(一) 刑讯逼供罪

1. 本罪的对象：犯罪嫌疑人或者被告人。应作扩大解释，包括那些有可能过渡到犯罪嫌疑人、被告人的人。例如，警察为了决定是否立案，对被举报人、被控制人刑讯逼供的，也应认定为本罪。

2. 主体：司法工作人员。包括负有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。企事业单位的公安机构的工作人员在行使侦查职责时，也可以成为本罪主体。未受公安机关正式录用，受委托履行侦查、监管职责的人员或者合同制民警，也可成为本罪主体。

3. 本罪的行为是对犯罪嫌疑人、被告人使用肉刑或者变相肉刑，逼取口供的行为。

(1) 刑讯方法必须是使用肉刑或者变相肉刑。所谓肉刑，是指对被害人的肉体施行暴力，如吊打、捆绑、殴打以及其他折磨肉体的方法。所谓变相肉刑，一般是指对被害人使用非暴力的摧残和折磨，如冻、饿、烤、晒等，二者不存在实质区别，无论是使用肉刑还是变相肉刑，均可成立本罪。

(2) 必须有逼供行为，即逼迫犯罪嫌疑人、被告人作出行为人所期待的口供。没有使用肉刑与变相肉刑的诱供、指供，是错误的审讯方法，但不是刑讯逼供。

4. 本罪主观上只能出于故意，并且具有逼取口供的目的。至于行为人是否得到供述，犯罪嫌疑人、被告人的供述是否符合事实，均不影响本罪成立。犯罪动机不影响本罪成立。

(二) 暴力取证罪：

1. 本罪的对象：证人。应对“证人”作扩大解释，包括被害人、鉴定人、民事诉讼中的证人甚至不具有作证资格的人、不知道案件真相的人。

2. 主体：司法工作人员。包括负有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。企事业单位的公安机构的工作人员在行使侦查职责时，也可以成为本罪主体。未受公安机关正式录用，受委托履行侦查、监管职责的人员或者合同制民警，也可成为本罪主体。

(三) 转化犯：刑讯逼供、暴力取证过程中致人伤残、死亡的，依照故意伤害罪、故意杀人罪定罪，从重处罚。之所以要转化，因为刑讯逼供罪、暴力取证罪的刑罚较低。

2012年卷二60. 关于刑讯逼供罪的认定，下列哪些选项是错误的？

A. 甲系机关保卫处长，采用多日不让小偷睡觉的方式，迫其承认偷盗事实。甲构成刑讯逼供罪

B. 乙系教师，受聘为法院人民陪审员，因庭审时被告人刘某气焰嚣张，乙气愤不过，一拳致其轻伤。乙不构成刑讯逼供罪

C. 丙系检察官，为逼取口供殴打犯罪嫌疑人郭某，致其重伤。对丙应以刑讯逼供罪论处

D. 丁系警察，讯问时佯装要实施酷刑，犯罪嫌疑人因害怕承认犯罪事实。丁构成刑讯逼供罪

十四、重婚罪

1、主观上：必须具有重婚的故意，即自己已经结婚，或者明知他人已经结婚而与之重婚的，才构成重婚罪。

注意：相婚者（明知对方有配偶而与之结婚的人）如果不知他人有配偶而与之结婚，因不具有重婚故意而不构成本罪，只有重婚者构成本罪。

2、事实重婚行为的认定：

有配偶的人与他人以夫妻名义同居生活的，或者明知他有配偶而与之以夫妻名义同居生活的，仍应按重婚罪定罪处罚。

3、重婚行为包括以下四种情况：

（1）两个法定婚姻，当然构成重婚。

（2）一个是法定婚，一个是事实婚，构成重婚罪。

（3）一个是事实婚，一个是法定婚。如果没有婚姻重叠，第一个事实婚已经事实离婚了，不构成重婚罪。

（4）两个都是事实婚，两个事实婚姻的重叠，是否构成犯罪有争议。三大本教材观点认为，构成重婚罪。

十五、拐骗儿童罪 组织残疾人、儿童乞讨罪 组织未成年人进行违反治安管理活动罪

1、拐骗儿童罪与拐卖儿童罪的区别：

（1）目的不同。拐卖儿童罪是基于出卖的目的；拐骗儿童罪主要是基于收养等目的，使儿童脱离家庭或者监护。

（2）如果先是基于收养目的拐骗儿童，后来又出卖的，定拐卖儿童罪。

2004 年卷二 82. 甲拐骗了 5 名儿童，偷盗了 2 名婴儿，并准备全部卖往 A 地。在运送过程中甲因害怕他们哭闹，给他们注射了麻醉药。由于麻醉药过量，致使 2 名婴儿死亡，5 名儿童处于严重昏迷状态，后经救治康复。对甲的行为应以何罪论处？（ ）

A. 拐卖儿童罪 B. 拐骗儿童罪 C. 过失致人死亡罪 D. 绑架罪

2、组织残疾人、儿童乞讨罪：使用的行为手段必须是以暴力、胁迫，如果以利诱、欺骗等非强制手段组织他人乞讨的，不成立本罪。

2008 年四川卷二 14. 甲以从事杂技表演的名义欺骗多名农村儿童。儿童均信以为真，便随甲进城。甲将这些儿童带至大城市，利用儿童从事乞讨活动。其间，甲曾与儿童的家属电话联系，称小孩生活得很好。关于本案，下列哪一选项是正确的？（ ）

A. 甲的行为构成组织儿童乞讨罪 B. 甲的行为构成拐骗儿童罪

C. 甲的行为构成诈骗罪

D. 甲的行为征得了儿童家长的同意，不成立犯罪

3、组织未成年人进行违反治安管理活动罪：组织未成年人进行盗窃、诈骗、抢夺、敲诈勒索等违反治安管理活动的。注意两点：

（1）该条并不要求使用暴力、胁迫手段。但组织残疾人、儿童乞讨罪要求使用暴力、胁迫手段。

（2）内容是：从事“违反治安管理活动”的行为，不包括犯罪行为。

十六、聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪

第 242 条 以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员解救被收买的妇女、儿童的，依照本法第二百七十七条的规定定罪处罚。

聚众阻碍国家机关工作人员解救被收买的妇女、儿童的首要分子，处五年以下有期徒刑或者拘役；其它参与者使用暴力、威胁方法的，依照前款的规定处罚。

1、对不同主体的处罚：

（1）聚众阻碍解救的首要分子，应以聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪定罪处罚；

(2) 对于非首要分子，原则上不认为是犯罪。但是，如果使用暴力、威胁方法的，以妨害公务罪论处。

(3) 对没有实施聚众行为的阻碍解救被收买的妇女、儿童的行为，也定妨害公务罪。

2、对象：已经被他人收买的妇女、儿童。

“如果阻碍国家机关工作人员解救已被拐骗、绑架但尚未被出卖（未被收买）的妇女、儿童，则构成拐卖妇女、儿童罪的共犯”。

十七、雇用童工从事危重劳动罪 强迫劳动罪

1、立法背景：雇用童工从事危重劳动罪是从强迫劳动罪中分离出来的。2002年《刑法修正案（四）》所增设。（童工是指不满十六周岁的人）

2、罪数问题：雇用童工从事危重劳动，造成责任事故，同时又构成其它犯罪的，应当数罪并罚。

3、强迫劳动罪与非法拘禁罪的区别。强迫劳动罪是指用人单位违反劳动管理法规，以暴力、胁迫或者限制人身自由的方法强迫劳动，情节严重的行为。“限制人身自由”是强迫职工进行劳动的行为方式之一，因此，不另定非法拘禁罪。再者，严格地说，非法拘禁罪是“剥夺人身自由”。

4、强迫劳动罪本罪的主体扩大到单位。

5、强迫劳动罪的对象不再限于本单位职工。

2016年卷二58. 关于侵犯公民人身权利罪的认定，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲征得17周岁的夏某同意，摘其一个肾脏后卖给他人，所获3万元全部交给夏某。甲的行为构成故意伤害罪
- B. 乙将自己1岁的女儿出卖，获利6万元用于赌博。对乙出卖女儿的行为，应以遗弃罪追究刑事责任
- C. 丙为索债将吴某绑于地下室。吴某挣脱后，驾车离开途中发生交通事故死亡。丙的行为不属于非法拘禁致人死亡
- D. 丁和朋友为寻求刺激，在大街上追逐、拦截两位女生。丁的行为构成强制侮辱罪

2013年卷二59. 关于侵犯人身权利罪，下列哪些选项是错误的？

- A. 医生甲征得乙（15周岁）同意，将其肾脏摘出后移植给乙的叔叔丙。甲的行为不成立故意伤害罪
- B. 丈夫甲拒绝扶养因吸毒而缺乏生活能力的妻子乙，致乙死亡。因吸毒行为违法，乙的死亡只能由其本人负责，甲的行为不成立遗弃罪
- C. 乙盗窃甲价值4000余元财物，甲向派出所报案被拒后，向县公安局告发乙抢劫价值4000余元财物。公安局立案后查明了乙的盗窃事实。对甲的行为不应以诬告陷害罪论处
- D. 成年妇女甲与13周岁男孩乙性交，因性交不属于猥亵行为，甲的行为不成立猥亵儿童罪

2012年卷二17. 关于侵犯人身权利罪的论述，下列哪一选项是错误的？

- A. 强行与卖淫幼女发生性关系，事后给幼女500元的，构成强奸罪
- B. 使用暴力强迫单位职工以外的其他人员在采石场劳动的，构成强迫劳动罪
- C. 雇用16周岁未成年人从事高空、井下作业的，构成雇用童工从事危重劳动罪
- D. 收留流浪儿童后，因儿童不听话将其出卖的，构成拐卖儿童罪

破坏社会主义市场经济秩序罪

生产、销售伪劣商品罪

刑法第140条（生产销售伪劣产品罪）是一般法，刑法第141条（生产、销售假药罪）、第142条（生产、销售劣药罪）、第143条（生产、销售不符合安全标准的食品罪）、第144条（生产、销售有毒、有害食品罪）第145条（生产、销售不符合标准的医用器材罪）、第146条（生产、销售不符合安全标准的产品罪）、第147条（生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪）、第148条（生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪）属于特别法，一般法与特别法是法条竞合关系。

一、生产、销售伪劣产品罪

罪与非罪的界限

- 1、生产、销售金额五万元以上；
- 2、虽然没有销售五万元以上，但如果查获的伪劣产品价值15万元以上的，以犯罪未遂论处。

二、生产、销售假药罪（重点罪名）

- 1、本罪成立的标准：行为犯（抽象危险犯）。只要实施了生产、销售行为就应定罪。
 - 2、这里的生产包括印制包装材料、标签、说明书的行为。
 - 3、注意：如果销售金额达到5万元以上的，可以定生产、销售伪劣产品罪。
 - 4、销售少量根据民间传统配方私自加工的药品，或者销售少量未经批准进口的国外、境外药品，没有造成他人伤害后果或者延误诊治，情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。
- 2010年卷二 杨某生产假冒避孕药品，其成份为面粉和白糖的混合物，货值金额达15万多元，尚未销售即被查获。关于杨某的行为，下列哪一选项是正确的？

- A. 不构成犯罪
- B. 以生产、销售伪劣产品罪（未遂）定罪处罚
- C. 以生产、销售伪劣产品罪（既遂）定罪处罚
- D. 触犯生产假药罪与生产、销售伪劣产品罪（未遂），依照处罚较重的规定定罪处罚

三、生产、销售有毒、有害食品罪

- 1、本罪的性质：行为犯（抽象危险犯）。由于有毒、有害食品对人身健康危害太大，所以刑法将之规定为行为犯，只要实施了相应的行为即可。
- 2、行为方式：

（1）在食品加工、销售、运输、贮存等过程中，掺入有毒、有害的非食品原料，或者使用有毒、有害的非食品原料加工食品的；

（2）在食用农产品种植、养殖、销售、运输、贮存等过程中，使用禁用农药、兽药等禁用物质或者其他有毒、有害物质的。

（3）在保健食品或者其他食品中非法添加国家禁用药物等有毒、有害物质的。

四、生产、销售劣药罪

本罪的性质：结果犯。必须对人身健康造成严重危害才成立犯罪。

五、生产、销售不符合安全标准的食品罪

性质：危险犯。必须足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患。

六、生产、销售不符合标准的医用器材罪

注意，该罪原来是结果犯，刑法修正案四将其修改为危险犯。即“足以危害人体健康”的，构成本罪。

七、生产、销售不符合安全标准的产品罪

性质：结果犯。必须造成严重后果才成立此罪。

八、其它问题

1、关于定罪的标准

(1) 只要实施了行为即构成犯罪——行为犯(抽象危险犯): 生产、销售假药罪(第141条)、生产、销售有毒、有害食品罪(第144条)。——2个

(2) 以造成危险状态为定罪标准的——危险犯: 生产、销售不符合安全标准的食品罪(第143条)、生产、销售不符合标准的医用器材罪(第145条)。——2个

(3) 以造成人身或财产危害结果为定罪标准的——结果犯: 生产、销售劣药罪(第142条), 生产、销售不符合安全标准的产品罪(第146条), 生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪(第147条), 生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪(第148条)。——4个

2、法条竞合问题

行为人实施的行为如果同时符合第140条(生产、销售伪劣产品罪)与第141条——148条所规定的犯罪的, 依照处罚较重的处罚。

2016年卷二57. 关于生产、销售伪劣商品罪, 下列哪些选项是正确的?

- A. 甲既生产、销售劣药, 对人体健康造成严重危害, 同时又生产、销售假药的, 应实行数罪并罚
- B. 乙为提高猪肉的瘦肉率, 在饲料中添加“瘦肉精”。由于生猪本身不是食品, 故乙不构成生产有毒、有害食品罪
- C. 丙销售不符合安全标准的饼干, 足以造成严重食物中毒事故, 但销售金额仅有500元。对丙应以销售不符合安全标准的食品罪论处
- D. 丁明知香肠不符合安全标准, 足以造成严重食源性疾患, 但误以为没有毒害而销售, 事实上香肠中掺有有毒的非食品原料。对丁应以销售不符合安全标准的食品罪论处

2014年卷二58. 关于生产、销售伪劣商品罪, 下列哪些判决是正确的?

- A. 甲销售的假药无批准文号, 但颇有疗效, 销售金额达500万元, 如按销售假药罪处理会导致处罚较轻, 法院以销售伪劣产品罪定罪处罚
- B. 甲明知病死猪肉有害, 仍将大量收购的病死猪肉, 冒充合格猪肉在市场上销售。法院以销售有毒、有害食品罪定罪处罚
- C. 甲明知贮存的苹果上使用了禁用农药, 仍将苹果批发给零售商。法院以销售有毒、有害食品罪定罪处罚
- D. 甲以为是劣药而销售, 但实际上销售了假药, 且对人体健康造成严重危害。法院以销售劣药罪定罪处罚

走私罪

一、走私普通货物、物品罪

走私普通货物物品, 是指走私的对象不属于其他特别规定的, 构成本罪。如果走私的不是可以合法进出口的货物、物品, 而是国家禁止进出口的其他货物、物品的, 构成走私禁止进出口的货物、物品罪。

1、两类单向走私:

(1) 走私贵金属罪中, 仅仅规定了禁止“出口”贵金属, 而没有规定禁止“进口”, 因此, 违反规定进口贵金属的, 成立走私普通货物、物品罪。相同的还有走私文物罪, 刑法仅规定了禁止出口, 如果违反规定进口文物的, 成立走私普通货物、物品罪。

(2) 走私废物罪。打击的是走私进口的行为, 如果是出口的, 定走私普通货物、物品罪。

2、以走私论处的形式

(1) 变相走私：——将没有交税的货物在境内销售

a. 走私保税货物：未经海关许可并且未补缴应缴税额，擅自将批准进口的来料加工、来件装配、补偿贸易的原材料、零件、制成品、设备等保税货物，在境内销售牟利的；

b. 走私特定减、免税货物：未经海关许可并且未补缴应缴税额，擅自将特定减税、免税进口的货物、物品，在境内销售牟利的。

(2) 间接走私：——向走私的人买东西

第一手购买走私物品：直接向走私人非法收购国家禁止进口物品的，或者直接向走私人非法收购走私进口的其它货物、物品，数额较大的；

(3) 推定走私：——在危险区域买东西又没有证明

在边界水域违法运输、买卖：在内海、领海、界河、界湖运输、收购、贩卖国家禁止进出口物品的，或者运输、收购、贩卖国家限制进出口货物、物品，数额较大，没有合法证明的。

(4) 假借捐赠走私。是指假借捐赠名义进口货物、物品，或者未经海关许可并补缴关税，擅自将减税、免税进口捐赠货物、物品或者其他其他特定减税、免税进口用于特定企业、特定地区、特定用途的货物、物品，非法在境内销售牟利的。

(5) 《刑法修正案（八）》明确将多次走私的“蚂蚁搬家”式行为规定为犯罪。

走私货物、物品偷逃应缴纳税额较大或者一年内曾因走私被给予两次行政处罚后走私的。

3、主观罪过：故意。即明知是走私普通货物、物品的行为而有意实施的主观心理状态。

二、走私武器、弹药罪

(1) 根据司法解释：

a 走私能够使用的弹头、弹壳，定走私弹药罪。

b 走私报废或者无法组装并使用的各种弹药的弹头、弹壳，但不属于废物的，定走私普通货物、物品罪。

c 如果走私报废的、无法使用的弹头、弹壳，鉴定属于废物的，以走私废物罪论处。

(2) 行为人走私武器、弹药进入国内后，又运输、贩卖枪支、弹药的，数罪并罚。

三、关于走私犯罪其它几个问题

1、走私罪中的罪数问题：

(1) 对在走私的普通货物、物品或者废物中藏匿了其它物品的，以实际走私的货物定罪处罚；如果属于不同种罪的，应当数罪并罚。

(2) 走私过程中，以暴力、威胁方法抗拒缉私的，与妨害公务罪数罪并罚。

(3) 武装掩护走私的，以走私罪从重处罚。

2006年卷二7. 对下列哪一情形应当实行数罪并罚？

A. 在走私普通货物、物品过程中，以暴力、威胁方法抗拒缉私的

B. 在走私毒品过程中，以暴力方法抗拒检查，情节严重的

C. 在组织他人偷越国（边）境过程中，以暴力方法抗拒检查的

D. 在运送他人偷越国（边）境过程中，以暴力方法抗拒检查的

2、走私淫秽物品需以牟利或传播为目的。

3、走私特定的物品，如武器、弹药、白银、淫秽物品等，不以偷逃应缴税额的多少为犯罪成立条件。

4、共犯问题：与走私罪犯通谋，为其提供贷款、资金、账号、发票、证明，或者为其提供运输、保管、邮寄或者其他方便的，以走私罪的共犯论处。

5、《刑法修正案（九）》废除了走私武器、弹药罪，走私核材料罪，走私假币罪的死刑。至此，本节走私罪全部废除了死刑。

2105 年卷二 61. 下列哪些行为（不考虑数量），应以走私普通货物、物品罪论处？

- A. 将白银从境外走私进入中国境内
- B. 走私国家禁止进出口的旧机动车
- C. 走私淫秽物品，有传播目的但无牟利目的
- D. 走私无法组装并使用（不属于废物）的弹头、弹壳

妨害对公司、企业管理秩序罪

一、非国家工作人员受贿罪

1、本罪的客观形式：

- （1）索取他人财物，为他人谋取利益。
- （2）非法收受他人财物，为他人谋取利益。

注意：

a 这两种情形都要求行为人“为他人谋取利益”。受贿罪中，索贿的，不要求为他人谋取利益。

b 不是直接利用本人职权，而是利用由本人职权或地位所形成的便利条件，通过第三者为请托人谋取利益，收受请托人财物的（斡旋受贿）行为，不成立本罪。

2、利用职务便利，为他人谋取利益的理解。

不要求实际上为他人谋取到了利益，包括承诺、正在实施、已经实现。

3、主体：该罪的主体不具有国家工作人员身份。

2008 年四川卷二 62. 甲系某股份制电力公司所属某供电所抄表组抄表员。在一次抄表时，甲与某金属加工厂承包人乙合谋少记载该加工厂用电量，并将电表上的数字回拨，使加工厂少交 3 万元电费。事后甲从乙处索取好处费 1 万元。关于甲的行为触犯的罪名，下列哪些选项是正确的？

- A. 贪污罪 B. 非国家工作人员受贿罪 C. 盗窃罪 D. 诈骗罪

二、对非国家工作人员行贿罪

1、对行贿人主观上的要求：必须主观上具有“为谋取不正当利益”。

2、对象：不具有国家工作人员身份。

3、《刑法修正案（八）》补充罪名：对外国公职人员或者国际公共组织官员行贿罪

为谋取不正当商业利益，给予外国公职人员或者国际公共组织官员以财物的，依照非国家工作人员行贿罪的规定处罚。

破坏金融管理秩序罪

一、伪造货币罪

1、对象：（1）包括正在流通的货币（2）包括正在流通的境外货币，不要求该境外货币可在境内与人民币自由兑换。（3）以中国人民银行发行的普通纪念币和贵金属纪念币为对象的假币犯罪

古币等不能在市场流通或兑换的货币，不能成为本罪的对象。

2、以伪造货币论处的情形：行为人制造货币版样，或者与他人事前通谋，为他人伪造货币提供版样的，以伪造货币罪论处。

3、“伪造”的界定：（伪造是全盘仿真，变造是部分仿真）所伪造的及可能伪造出来的货币应在外观上足以使一般人误认为是真货币。

注意：如果以使用为目的，伪造停止流通的货币，或者使用伪造的停止流通的货币的，以诈骗罪定罪处罚。

4、《刑法修正案（九）》废除了本罪的死刑。

二、变造货币罪

1、注意变造与伪造的区别。变造是对真正的货币本身进行各种形式的加工，改变其面值、含量的行为。

2、变造而成的假币与真实的货币之间有同一性，其特点是“由少变多”（但也包括由多变少）；伪造而成的假币与真实的货币之间不具有同一性。

注意：同时采用伪造和变造手段，制造真伪拼凑货币的行为，以伪造货币罪定罪处罚。

三、持有、使用假币罪

1、持有：是指将假币随身携带或者存放在家中、亲友等处保管。

明知是伪造货币而持有，数额较大，根据现有证据不能认定行为人是为了进行其他假币犯罪的，以持有假币罪定罪处罚；如果有证据证明其持有的假币已构成其他假币犯罪的，应当以其他假币犯罪定罪处罚。

2、使用：指以假币当真币使用，履行货币职能。

(1) 按面值使用

(2) 投入流通领域

3、使用假币罪与出售假币罪的区别：是否双方对假币都知情。（使用假币：以假充真；出售假币：以假售假）

2015 年卷二 15. 下列哪一行为不成立使用假币罪（不考虑数额）？

- A. 用假币缴纳罚款
- B. 用假币兑换外币
- C. 在朋友结婚时，将假币塞进红包送给朋友
- D. 与网友见面时，显示假币以证明经济实力

2011 年卷二 59. 关于货币犯罪的认定，下列哪些选项是正确的？

- A. 以使用为目的，大量印制停止流通的第三版人民币的，不成立伪造货币罪
- B. 伪造正在流通但在我国尚无法兑换的境外货币的，成立伪造货币罪
- C. 将白纸冒充假币卖给他人的，构成诈骗罪，不成立出售假币罪
- D. 将一半真币与一半假币拼接，制造大量半真半假面额 100 元纸币的，成立变造货币罪。

2006 年卷二 12. 下列哪一行为可以构成使用假币罪？（ ）

- A. 甲用总面额 1 万元的假币参加赌博
- B. 甲（系银行工作人员）利用职务上的便利，以伪造的货币换取货币
- C. 甲在与他人签订经济合同时，为显示自己的经济实力，将总面额 20 万元的假币冒充真币出示给对方看
- D. 甲用总面额 10 万元的假币换取高某的 1 万元真币

四、出售、购买、运输假币罪

第 171 条：出售、购买伪造的货币或者明知是伪造的货币而运输，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；数额特别巨大的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。

2012 年试卷二 86. 甲在国外旅游，见有人兜售高仿真人民币，用 1 万元换取 10 万元假币，将假币夹在书中寄回国内。（事实一）

关于事实一的分析，下列选项正确的是：

- A. 用 1 万元真币换取 10 万元假币，构成购买假币罪

- B. 扣除甲的成本1万元, 甲购买假币的数额为9万元
- C. 在境外购买人民币假币, 危害我国货币管理制度, 应适用保护管辖原则审理本案
- D. 将假币寄回国内, 属于走私假币, 构成走私假币罪

总结: 货币犯罪中罪数问题:

(1) 伪造货币之后又出售或者运输、使用伪造的货币, 直接以伪造货币罪从重处罚(刑法第171条第3款); 伪造货币并持有的, 持有行为被伪造行为吸收。——伪造货币之后通常会出售、运输

(2) 购买假币后又使用的, 以购买假币罪定罪, 并从重处罚; ——购买假币通常都会使用

(3) 购买假币后又出售、运输的, 以出售、购买、运输假币罪论处(刑法第171条);

(4) 出售、运输假币, 同时又使用假币的, 以出售、运输假币罪与使用假币罪数罪并罚(此种情况下根本不存在牵连关系); ——出售、运输假币的人通常并不亲自使用假币, 而主要是卖

(5) 持有假币罪与运输、出售、购买假币罪, 伪造货币罪之间存在吸收关系时, 即持有假币行为是运输、出售、购买、伪造假币行为的结果行为, 应按后罪而不按持有假币罪定罪;

(6) 行为人误收数额较大假币, 不向公安司法部门报告或交由金融机构等单位处理, 故意持有或使用, 应以持有、使用假币罪论; ——这种情况可以从期待可能性的角度说明

(7) 持有假币罪与运输假币罪区别在于前罪无运输假币故意, 而后罪有运输假币故意, 不以运输为目的而携带假币应定持有假币罪。

注意: 上述中不少情形仅以一罪论处, 但如果行为人所针对的是不同款项, 则应当数罪并罚。

例如, 伪造货币后又出售其他的假币的, 则需要数罪并罚。又比如, 乙购买假币1万, 捡到假币1万, 又使用了这2万元假币的, 应以购买假币罪、使用假币罪数罪并罚。

2013年卷二14. 关于货币犯罪, 下列哪一选项是错误的?

- A. 伪造货币罪中的“货币”, 包括在国内流通的人民币、在国内可兑换的境外货币, 以及正在流通的境外货币
- B. 根据《刑法》规定, 伪造货币并出售或者运输伪造的货币的, 依照伪造货币罪从重处罚。据此, 行为人伪造美元, 并运输他人伪造的欧元的, 应按伪造货币罪从重处罚
- C. 将低额美元的纸币加工成高额英镑的纸币的, 属于伪造货币
- D. 对人民币真币加工处理, 使100元面额变为50元面额的, 属于变造货币

2010年卷二13. 关于货币犯罪, 下列哪一选项是正确的?

- A. 以货币碎片为材料, 加入其他纸张, 制作成假币的, 属于变造货币
- B. 将金属货币熔化后, 制作成较薄的、更多的金属货币的, 属于变造货币
- C. 将伪造的货币赠与他人的, 属于使用假币
- D. 运输假币并使用假币的, 按运输假币罪从重处罚

五、非法吸收公众存款罪

1、本罪的特点在于, 非法以“存款”的形式吸收资金。存款与投资的区别在于: 存款的特点是“保本付息”, 是一种借贷关系; 投资则是具有一定的风险性的。

2、对象: 是“公众”, 即社会上不特定的人, 不包括自己的亲朋好友, 如果是针对特定的人, 不构成本罪。之所以要求是公众, 就是因为该行为的影响范围广, 扰乱了金融管理秩序。

3、本罪与集资诈骗罪的区别:

本罪与集资诈骗罪: 是否具有非法占有目的。

2012年卷二90. 甲以银行定期存款4倍的高息放贷, 很快赚了钱。随后, 四处散发宣传单, 声称为加盟店筹资, 承诺3个月后还款并支付银行定期存款2倍的利息。甲从社会上筹得资

金 1000 万，高利贷出，赚取息差。（事实五）

关于事实五的定性，下列选项正确的是：

- A. 以同期银行定期存款 4 倍的高息放贷，构成非法经营罪
- B. 甲虽然虚构事实吸纳巨额资金，但不构成诈骗罪
- C. 甲非法吸纳资金，构成非法吸收公众存款罪
- D. 对甲应以非法经营罪和非法吸收公众存款罪进行数罪并罚

2012 年卷二 91. 甲资金链断裂无法归还借款，但仍继续扩大宣传，又吸纳社会资金 2000 万，以后期借款归还前期借款。后因亏空巨大，甲将余款 500 万元交给其子，跳楼自杀。（事实六）

关于事实六的定性，下列选项正确的是：

- A. 甲以非法占有为目的，非法吸纳资金，构成集资诈骗罪
- B. 甲集资诈骗的数额为 2000 万元
- C. 根据《刑法》规定，集资诈骗数额特别巨大的，可判处死刑
- D. 甲已死亡，导致刑罚消灭，法院对余款 500 万元不能进行追缴

六、高利转贷罪

1、注意：行为人一开始套取银行贷款的时候，就具有转贷他人获取利益的目的。如果行为人开始不具有此目的，申请贷款后，因为公司经营不善才将贷款来的资金转贷给他人的，不成立本罪。事后转化目的的，不构成本罪，必须是事前计划。

2、本罪与非法吸收公众存款的区别在于：

（1）对象不同：本罪是针对金融机构信贷资金；非法吸收公众存款罪是“公众资金”。另外，自有资金转贷给他人的，不构成犯罪，只是超出银行贷款利率 4 倍的部分不受法律保护。

（2）主观要件：本罪要求“高利转贷”目的；非法吸收公众存款罪不要求此目的。

七、洗钱罪

1、洗钱罪的上游犯罪：

- （1）走私犯罪
- （2）毒品犯罪
- （3）黑社会性质组织犯罪
- （4）恐怖活动犯罪
- （5）贪污贿赂犯罪
- （6）破坏金融管理秩序犯罪
- （7）金融诈骗犯罪

2、洗钱罪与其它犯罪之间的关系——特别法与一般法

（1）洗钱罪与《刑法》第 310 条窝藏、包庇罪，第 312 条掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪，尤其是第 349 条包庇毒品犯罪分子罪、窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的界限，它们在对象、主体、客观均有所不同。

（2）一个关键点就是洗钱罪隐瞒的是犯罪收益的性质和来源，而后面几个罪则是对财物存在状态的隐瞒。洗钱罪与后几个罪存在着一定的竞合关系，而第 191 条洗钱罪是法律的特别规定，后几个罪相对而言为一般性的规定，故应优先考虑适用洗钱罪。

掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪：把钱隐藏起来。即改变了状态，隐藏起来了。

（3）当掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪与洗钱罪、包庇毒品犯罪分子罪、窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪出现法条竞合时，择一重罪处罚。

3、洗钱的具体方式：

- (1) 提供资金账户的;
- (2) 协助将财产转换为现金、金融票据、有价证券的;
- (3) 通过转账或者其它结算方式协助资金转移的;
- (4) 协助将资金汇往境外的;
- (5) 以其它方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的来源和性质的。

4、对上游犯罪的认识错误

行为人将洗钱罪所规定的某一上游犯罪的所得及其收益误认为是洗钱罪所规定的上游犯罪范围内的其他犯罪所得及其收益，不影响洗钱罪故意的成立。

5、共同犯罪问题。如果事先与上游犯罪的犯罪分子通谋，则洗钱者与上述有关犯罪分子构成有关罪的共犯。

2005 年卷二 93. 甲公司走私汽车获利人民币 4000 万元后，欲通过乙公司（非国有）的帐户将这笔资金换成外汇转移至香港，并说明可按资金数额的 10% 支付“手续费”。乙公司得知该笔资金为甲公司走私犯罪所得，仍同意为该资金转帐提供帐户，并在收取“手续费”400 万元后，将该资金折换成 438 万美元，以预付货款为名汇往甲公司在香港的帐户。乙公司的行为构成：（ ）

- A. 走私罪（共犯） B. 洗钱罪 C. 逃汇罪 D. 单位受贿罪

金融诈骗罪

一、集资诈骗罪

- 1、主观要件：具有非法占有的目的。而其它类型的非法集资犯罪，如欺诈发行股票、债券罪、擅自发行股票、债券罪、非法吸收公众存款罪等，主观上并没有非法占有的目的。
- 2、集资诈骗罪与诈骗罪的区分。
- 3、本罪与非法吸收公众存款罪：前者有非法占有目的。
- 4、《刑法修正案（九）》废除了本罪的死刑。至此，本节罪名全部废除了死刑。

二、贷款诈骗罪

- 1、主观要件：具有非法占有目的，即非法占有所获取的贷款。
 - （1）骗取贷款、票据承兑、金融票证罪：如果行为人仅仅是在获取贷款的时候使用了一些欺诈的手段，但并没有非法占有贷款的目的，成立骗取贷款、票据承兑、金融票证罪（刑法第 175 条之一）。本罪中，行为人是准备将来还银行的钱的。
 - （2）高利转贷罪：骗取贷款行为时具有高利转贷的目的，成立高利转贷罪。

2、本罪的主体：自然人

三、信用卡诈骗罪

- 1、“信用卡”的范围：广义的，包括借记卡。

2004 年 12 月 29 日全国人大常委会《关于〈中华人民共和国〉有关信用卡规定的解释》，信用卡是指商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分支付功能的电子支付卡。
- 2、客观表现形式：
 - （1）使用伪造的信用卡，或者使用以虚假的身份证明骗领的信用卡的；
 - （2）使用作废的信用卡的；
 - （3）冒用他人信用卡的；主要包括如下形式：
 - a 拾得他人信用卡并使用的；
 - b 骗取他人信用卡并使用的；
 - c 窃取、收买、骗取或者以其他方法获取他人信用卡信息资料，并通过互联网、通讯终端等

是使用的。

d 其它冒用他人信用卡的情形。

(4) 恶意透支的。持卡人以非法占有为目的,超过规定限额或者规定期限透支,并且经发卡银行两次催收后超过3个月仍不归还的,应当认定为刑法第一百九十六条规定的“恶意透支”。

3、罪数

(1) 拾得(侵占)、抢夺他人信用卡后,并不使用的,因为没有侵犯他人的财产,一般不以犯罪论处。

(2) 拾得他人信用卡并使用的,根据司法解释,定信用卡诈骗。

(3) 以非法方式如抢劫、盗窃他人(真实的)信用卡后使用的,不另定信用卡诈骗罪。这种情况属于事后不可罚的行为。

(4) 盗窃伪造、作废的信用卡并在知道是伪造、作废信用卡后而使用的。

理论上两种观点:焦点在于是否区分对人还是对机器使用。传统观点认为,不需要区分。新观点认为需要区分。

a 传统观点,构成信用卡诈骗

b 新观点:对人使用,构成信用卡诈骗;对机器使用构成盗窃。

(5) 通过虚假的方式骗领信用卡,然后再恶意透支的——妨害信用卡管理罪与信用卡诈骗罪从一重罪处罚。

(6) 关于信用卡犯罪的其它的规定:

a. 如果行为人伪造信用卡的,以伪造金融票证罪论处。

b. 如果伪造后又使用伪造的信用卡的,以信用卡诈骗罪论处。

c. 如果没有证据证明其具体使用行为的性质,但非法持有、运输、出售、购买伪造的信用卡以及骗领信用卡的,以妨害信用卡管理罪论处。

(7) 信用卡诈骗罪与非法经营罪。违反国家规定,使用销售点终端机具(PoS机)等方法,以虚构交易、虚开价格、现金退货等方式向信用卡持卡人直接支付现金,情节严重的,应当以非法经营罪定罪处罚。

2015年卷二57. 甲和女友乙在网吧上网时,捡到一张背后写有密码的银行卡。甲持卡去ATM机取款,前两次取出5000元。在准备再次取款时,乙走过来说:“注意,别出事”,甲答:“马上就好。”甲又分两次取出6000元,并将该6000元递给乙。乙接过钱后站了一会儿说:“我走了,小心点。”甲接着又取出7000元。关于本案,下列哪些选项是正确的?

A. 甲拾得他人银行卡并在ATM机上使用,根据司法解释,成立信用卡诈骗罪

B. 对甲前两次取出5000元的行为,乙不负刑事责任

C. 乙接过甲取出的6000元,构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪

D. 乙虽未持银行卡取款,也构成犯罪,犯罪数额是1.3万元

2013年卷二15. 甲、乙为朋友。乙出国前,将自己的借记卡(背面写有密码)交甲保管。后甲持卡购物,将卡中1.3万元用完。乙回国后发现卡里没钱,便问甲是否用过此卡,甲否认。关于甲的行为性质,下列哪一选项是正确的?

A. 侵占罪

B. 信用卡诈骗罪

C. 诈骗罪

D. 盗窃罪

2010 年卷二 14. 张某窃得同事一张银行借记卡及身份证，向丈夫何某谎称路上所拾。张某与何某根据身份证号码试出了借记卡密码，持卡消费 5,000 元。关于本案，下列哪一说法是正确的？

- A. 张某与何某均构成盗窃罪
- B. 张某与何某均构成信用卡诈骗罪
- C. 张某构成盗窃罪，何某构成信用卡诈骗罪
- D. 张某构成信用卡诈骗罪，何某不构成犯罪

四、保险诈骗罪

1、需要数罪并罚的情形：只要是行为人故意制造保险事故，并基于此来骗取保险金的，就应当数罪并罚。刑法第 198 条的两种情形均需要并罚：

- (1) 故意造成财产损失的保险事故，骗取保险金的；
- (2) 故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病，骗取保险金的。

2、以职务侵占罪、贪污罪论处的情形

如果是保险公司的员工本人利用职务上的便利骗取保险金的，以职务侵占罪或贪污罪论处。看该工作人员是否具有国家工作人员身份。

3、保险诈骗罪制造事故是犯罪预备，申请理赔是着手。

4、本罪的主体只能是投保人、被保险人、受益人，保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人故意提供虚假的证明文件，为他人诈骗提供条件的，以保险诈骗的共犯论处。

2004 年卷二 5. 个体户甲开办的汽车修理厂系某保险公司指定的汽车修理厂家。甲在为他人修理汽车时，多次夸大汽车毁损程度，向保险公司多报汽车修理费用，从保险公司骗取 12 万余元。对甲的行为应如何论处？（ ）

- A. 以诈骗罪论处
- B. 以保险诈骗罪论处
- C. 以合同诈骗罪论处
- D. 属于民事欺诈，不以犯罪论处

危害税收征管罪

一、逃税罪

1、主体：纳税人、扣缴义务人。

2、定罪的标准：

- (1) 纳税人：逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额百分之十以上的；
- (2) 扣缴义务人：数额较大。

3、认定中的几个问题：

(1) 纳税人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，并且接受行政处罚的，不予追究刑事责任。但是，五年内曾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（初犯不罚）。

(2) 使用伪造、变造、盗窃的武装部队车辆号牌，不缴或者少缴应纳的车辆购置税、车辆使用税等税款，偷税数额占应纳税额的 10% 以上，且偷税数额较大的，定逃税罪。（但如果是骗免过路费、过桥费的，定诈骗罪）

2012 年卷二 61. ①纳税人逃税，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，一律不予追究刑事责任

②纳税人逃避追缴欠税，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，应减轻或者免除处罚

③纳税人以暴力方法拒不缴纳税款，后主动补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任

④扣缴义务人逃税，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

关于上述观点的正误判断，下列哪些选项是错误的？

- 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①②③句正确，第④句错误

二、骗取出口退税罪

1、骗取出口退税罪与逃税罪之间的关系。

(1) 行为人完全没有缴纳税款，骗取国家出口退税的，成立骗取出口退税罪。

(2) 已经缴纳了一定的税款，通过欺骗的方式骗回来，成立逃税罪。

(3) 如果行为人不仅仅骗回了自己已经缴纳的税款，还另外骗取了国家财产的，成立逃税罪与骗取出口退税罪，数罪并罚。

2002年卷二5. 某外贸公司在缴纳了100万元的税款后，采取虚报出口的手段，骗得税务机关退税180万元，后被查获。对该公司应如何处理？

- A. 以偷税罪处理
- B. 以骗取出口退税罪处理
- C. 其中的100万元按偷税罪处理，余下的80万元按骗取出口退税罪处理
- D. 其中的100万元按骗取出口退税罪处理，余下的80万元按偷税罪处理

2、骗取出口退税罪的牵连犯。

实施骗取出口退税犯罪，同时构成虚开增值税专用发票罪等其它犯罪的，依照刑法处罚较重的规定定罪处罚。通常情形下，定骗取出口退税罪。

3、国家工作人员参与实施骗取出口退税犯罪活动的，以骗取出口退税罪从重处罚。

三、抗税罪

1、转化犯问题。

在抗税过程中，致人重伤、死亡的，以故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。

2、主体：自然人。单位领导指挥员工暴力抗税的，以个人犯罪（抗税罪）追究直接责任人员的刑事责任。

3、本罪的行为方式只有暴力和威胁两种，没有其它方法。如果行为人没有采用暴力、威胁方法而是寻找各种借口和理由，软磨硬泡，拖欠税款的，则不能以抗税罪论处。

2008年四川卷二12. 个体工商户乙欠缴营业税15万元，当税务人员上门征收税款时，乙组织甲等多人进行暴力围攻，殴打税务人员，抗拒缴纳，其中甲出手最狠，将一名税务人员打成重伤。甲的行为构成何罪？（ ）

- A. 偷税罪 B. 抗税罪 C. 故意伤害罪 D. 抗税罪与故意伤害罪实行并罚

侵犯知识产权罪

一、假冒注册商标罪

1、客观表现形式：

- (1) 使用他人已经注册的商标；
- (2) 未经他人许可而使用其注册商标；
- (3) 在同一种商品上使用与他人注册商标相同的商标。

2、“相同的商标”如何理解？

- (1) 与被假冒的注册商标完全相同；

(2) 与被假冒的注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导的商标。

3、罪与非罪的区分

(1) 必须是“情节严重”的才构成犯罪；

(2) 必须是同种商品上使用相同的商标。

4、罪数

(1) 生产、销售假冒注册商标的伪劣商品的，不并罚，从一重罪处罚。

a. 销售质量合格的假冒注册商标的商品，应当以销售假冒注册商标的商品罪定罪处罚；

b. 销售质量不合格的假冒注册商标的商品，则应按想象竞合的情况下“择一重罪处罚”。

(2) 实施假冒注册商标犯罪，又销售该假冒注册商标的商品，构成犯罪的，以假冒注册商标罪定罪处罚。

(3) 实施假冒注册商标犯罪，又销售明知是他人的假冒注册商标的商品的，数罪并罚。

(4) 关于尚未附着或者尚未全部附着假冒注册商标标识的侵权产品价值是否计入非法经营数额的问题：在计算制造、储存、运输和未销售的假冒注册商标侵权产品价值时，对于已经制作完成但尚未附着（含加贴）或者尚未全部附着（含加贴）假冒注册商标标识的产品，如果有确实、充分证据证明该产品将假冒他人注册商标，其价值计入非法经营数额。

2012 年卷二 88. 甲加盟后，明知伪劣的“一滴香”调味品含有害非法添加剂，但因该产品畅销，便在“一滴香”上贴上赵氏调味品的注册商标私自出卖，前后共卖出 5 万多元“一滴香”。（事实三）

关于事实三的定性，下列选项正确的是：

- A. 在“一滴香”上擅自贴上赵氏调味品注册商标，构成假冒注册商标罪
- B. 因“一滴香”含有害人体的添加剂，甲构成销售有毒、有害食品罪
- C. 卖出 5 万多元“一滴香”，甲触犯销售伪劣产品罪
- D. 对假冒注册商标行为与出售“一滴香”行为，应数罪并罚

二、侵犯商业秘密罪

1、侵犯商业秘密的客观表现形式：

(1) 以盗窃、利诱、胁迫或者其它不正当手段获取权利人的商业秘密的；——非法获取

(2) 披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；——非法获取后使用

(3) 违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。——明知是以不当方式获得的仍使用

(4) 明知或者应知前款所列行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的，以侵犯商业秘密论。

侵犯商业秘密罪要求行为人“给商业秘密的权利人造成重大损失”这一数量要素。

2、法条竞合。侵犯商业秘密罪与其它侵财型犯罪之间会存在竞合关系，侵犯商业秘密罪属于特别法，优先适用。盗窃技术成果等商业秘密的，按照侵犯商业秘密罪（而不是盗窃罪）定罪处罚。同样，利用胁迫方式等获取商业秘密的，也定侵犯商业秘密罪。

3、性质：给商业秘密的权利人造成重大损失的。

2005 年卷二 94. 甲公司拥有某项独家技术每年为公司带来 100 万元利润，故对该技术严加保密。乙公司经理丙为获得该技术，带人将甲公司技术员丁在其回家路上强行拦截并推入丙的汽车，对丁说如果他提供该技术资料就给他 2 万元，如果不提供就将他嫖娼之事公之于众。丁同意配合。次日丁向丙提供了该技术资料，并获得 2 万元报酬。丙的行为构成：

- A. 强迫交易罪
- B. 敲诈勒索罪
- C. 绑架罪
- D. 侵犯商业秘密罪

扰乱市场秩序罪

一、合同诈骗罪

(一) 如何认定行为人是否有非法占有目的:

- 1、是否具有法定的合同诈骗行为。
- 2、签订履行合同时是否具有履约能力。
- 3、钱款的去向。

(二) 合同诈骗罪中的“合同”

合同诈骗罪中的合同主要是指经济合同，不能认为凡是利用合同（如行政合同、赠与合同、劳动合同等）进行诈骗的都构成合同诈骗罪。

二、非法经营罪

1、非法经营的表现形式:

- (1) 未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其它限制买卖的物品的；
- (2) 买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其它法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的；
- (3) 未经国家有关主管部门批准，非法经营证券、期货或者保险业务的；或者非法从事资金支付结算业务的；
- (4) 其它严重扰乱市场秩序的非法经营行为。

2、其它严重扰乱市场秩序的非法经营行为是指:

- (1) 非法买卖外汇；
- (2) 非法经营出版物；
- (3) 非法经营电信业务；
- (4) 非法传销或变相传销；（注意：刑法修正案七已经作修改，将组织、领导传销活动的行为规定了独立罪名：组织、领导传销活动罪。）
- (5) 未取得药品生产、经营许可证件和批准文号，在生产、销售的饲料中添加盐酸克仑特罗等禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品，或者销售明知是添加有该类药品的饲料，情节严重的行为；
- (6) 非法经营互联网业务；
- (7) 非法经营彩票的；
- (8) 违反国家在预防、控制突发传染病疫情等灾害期间有关市场经营、价格管理等规定，哄抬物价、牟取暴利，严重扰乱市场秩序，违法所得数额较大或者有其它严重情节的，以非法经营罪定罪，依法从重处罚。
- (9) 未经烟草专卖行政主管部门许可，无生产许可证、批发许可证、零售许可证，而生产、批发、零售烟草制品，情节严重的，以非法经营罪定罪处罚。
- (10) 用POS机套现。违反国家规定，使用销售点终端机具(POS机)等方法，以虚构交易、虚开价格、现金退货等方式向信用卡持卡人直接支付现金，情节严重的，应当依据刑法第二百二十五条的规定，以非法经营罪定罪处罚。
- (11) 私自设立屠宰场
- (12) 违反国家规定，以营利为目的，通过信息网络有偿提供删除信息服务，或者明知是虚假信息，通过信息网络有偿提供发布信息等服务，扰乱市场秩序。
- (13) 擅自制作网络游戏外挂出售牟利行为应以非法经营罪论处。
- (14) 药品方面的犯罪：1) 违反国家药品管理法律法规，未取得或者使用伪造、变造的药品经营许可证，非法经营药品，情节严重的；2) 以提供他人生产、销售药品为目的，违反国家规定，生产、销售不符合药用要求的非药品原料、辅料，情节严重的。
- (15) 以提供他人开设赌场为目的，违反国家规定，非法生产、销售具有退币、退分、退

钢珠等赌博功能的电子游戏设备或者其专用软件，情节严重的。

2014年卷二14. 关于破坏社会主义市场经济秩序罪的认定，下列哪一选项是错误的？

- A. 采用运输方式将大量假币运到国外的，应以走私假币罪定罪量刑
- B. 以暴力、胁迫手段强迫他人借贷，情节严重的，触犯强迫交易罪
- C. 未经批准，擅自发行、销售彩票的，应以非法经营罪定罪处罚
- D. 为项目筹集资金，向亲戚宣称有高息理财产品，以委托理财方式吸收10名亲戚300万元资金的，构成非法吸收公众存款罪

2009年卷二54. 关于刑事责任的追究，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲非法从事资金支付结算业务，构成非法吸收公众存款罪
- B. 乙采取欺骗手段进行虚假纳税申报，逃避缴纳税款1,000万元，但经税务机关依法下达追缴通知后，补缴了应纳税款。即便乙拒绝缴纳滞纳金，也不应当再对其追究刑事责任
- C. 丙明知赵某实施高利转贷行为获利200万元，而为其提供资金帐户的，构成洗钱罪
- D. 丁组织多名男性卖淫，由于《刑法》第三百五十八条并未限定组织卖淫罪中的被组织者 是妇女，对丁应当追究刑事责任

2009卷二57. 下列哪些行为构成非法经营罪？

- A. 甲违反国家规定，擅自经营国际电信业务，扰乱电信市场秩序，情节严重
- B. 乙非法组织传销活动，扰乱市场秩序，情节严重
- C. 丙买卖国家机关颁发的野生动物进出口许可证
- D. 丁复制、发行盗版的《国家计算机考试大纲》

三、强迫交易罪

第226条：“以暴力、威胁手段，实施下列行为之一，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：

- （一）强买强卖商品的；
- （二）强迫他人提供或者接受服务的；
- （三）强迫他人参与或者退出投标、拍卖的；
- （四）强迫他人转让或者收购公司、企业的股份、债券或者其他资产的；
- （五）强迫他人参与或者退出特定的经营活动的。”

1、第3、4、5项是《刑法修正案（八）》新增的。根据新规定，强迫他人退出与自己、与第三人的交易也能构成本罪。交易也不限于商品买卖，可以包括投标、拍卖、转让股份等。

2、本罪与抢劫罪、敲诈勒索罪之间的差异：

- （1）主体不同：抢劫罪、敲诈勒索罪，一般主体；强迫交易罪，服务者、经营者。
- （2）强迫交易罪中有交易的成分在内，而抢劫罪、敲诈勒索罪则完全没有交易的成分。
- （3）如果交易的内容过于悬殊的，应认为是抢劫罪。
- （4）如果构成强迫交易罪，同时又触犯抢劫罪或敲诈勒索罪，属于想象竞合犯，择一重罪论处。

2012年卷二89. 张某到加盟店欲批发1万元调味品，见甲态度不好表示不买了。甲对张某拳打脚踢，并说“涨价2000元，不付款休想走”。张某无奈付款1.2万元买下调味品。（事实四）

关于事实四甲的定性，下列选项正确的是：

- A. 应以抢劫罪论处
- B. 应以寻衅滋事罪论处

- C. 应以敲诈勒索罪论处
- D. 应以强迫交易罪论处

2002 年卷二 12. 张某乘坐出租车到达目的地后, 故意拿出面值 100 元的假币给司机钱某, 钱某发现是假币, 便让张某给 10 元零钱, 张某声称没有零钱, 并执意让钱某找零钱。钱某便将假币退还张某, 并说: “算了, 我也不要出租车钱了”。于是, 张某对钱某的头部猛击几拳, 还吼道: “你不找钱我就让你死在车里”。钱某只好收下 100 元假币, 找给张某 90 元人民币。张某的行为构成何罪? ()

- A. 使用假币罪 B. 敲诈勒索罪 C. 抢劫罪 D. 强迫交易罪

四、提供虚假证明文件罪

- 1、本罪的主体: 承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务等职责的中介组织的人员。
- 2、牵连犯的处罚: 行为人索取他人财物或者非法收受他人财物, 并提供虚假证明文件的, 直接以提供虚假证明文件罪论处。

妨害社会管理秩序罪 扰乱公共秩序罪

一、妨害公务罪

(一) 行为方式及对象:

- 1、以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务。
- 2、以暴力、威胁方法阻碍全国人民代表大会和地方各级人民代表大会依法执行代表职务。
- 3、在自然灾害和突发事件中, 以暴力、威胁方法阻碍红十字会工作人员依法履行职责
- 4、阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务, 未使用暴力、威胁方法, 造成严重后果
- 5、暴力袭击正在依法执行职务的人民警察的, 依照第一款的规定从重处罚。

(二) 罪数问题

- 1、妨害公务罪可以包容轻伤结果, 如果造成重伤、死亡结果的, 属于想象竞合犯, 从一重罪 (故意伤害罪、故意杀人罪) 处罚。

2008 年卷二 17. 甲欠乙 10 万元久拖不还, 乙向法院起诉并胜诉后, 甲在履行期限内仍不归还。于是, 乙向法院申请强制执行。当法院的执行人员持强制执行裁定书到甲家执行时, 甲率领家人手持棍棒在门口守候, 并将试图进入室内的执行人员打成重伤。甲的行为构成何罪? ()

- A. 拒不执行判决、裁定罪 B. 聚众扰乱社会秩序罪 C. 妨害公务罪 D. 故意伤害罪

- 2、实施其它犯罪行为的过程中, 抗拒检查的, 原则上要与妨害公务罪数罪并罚。

注意: 如下两种情形不需要并罚, 作为加重情节:

(1) 走私毒品过程中抗拒检查的;

(2) 组织、运送偷越国 (边) 境罪过程中抗拒检查的。

- 3、妨害公务罪与聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪。对于阻碍解救被收买的妇女、儿童的:

(1) 聚众阻碍解救的首要分子, 应以聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪定罪处罚;

(2) 聚众阻碍解救的非首要分子, 原则上不认为是犯罪。但是, 如果使用暴力、威胁方法的, 以妨害公务罪论处。

(3) 对没有实施聚众行为的阻碍解救被收买的妇女、儿童的行为, 也定妨害公务罪。

2016 年卷二 19. 下列哪一行为应以妨害公务罪论处？

- A. 甲与傅某相互斗殴，警察处理完毕后让各自回家。傅某当即离开，甲认为警察的处理不公平，朝警察小腿踢一脚后逃走
- B. 乙夜间入户盗窃时，发现户主戴某是警察，窃得财物后正要离开时被戴某发现。为摆脱抓捕，乙对戴某使用暴力致其轻微伤
- C. 丙为使其弟逃跑，将前来实施行政拘留的警察打倒在地，其弟顺利逃走
- D. 丁在组织他人偷越国（边）境的过程中，以暴力方法抗拒警察检查

二、招摇撞骗罪

1、冒充的对象：国家机关工作人员。（冒充人民警察招摇撞骗的，从重处罚）

不包括冒充军人，冒充军人的成立冒充军人招摇撞骗罪。如果行为人冒充非国家机关工作人员如高干亲属、烈士子弟等进行招摇撞骗活动的，不能构成本罪，达到犯罪程度的可以构成诈骗罪或者其它犯罪。

2、骗取的内容：非法利益。

3、招摇撞骗罪与诈骗罪的竞合：处理原则，择一重罪定罪处罚。

4、招摇撞骗罪与相类似的犯罪：

（1）冒充军人招摇撞骗的定冒充军人招摇撞骗罪（372 条）；

（2）行为人冒充正在执行公务的人民警察“抓赌”、“抓嫖”，没收赌资或者罚款的行为，构成犯罪的，以招摇撞骗罪从重处罚；在实施上述行为中使用暴力或者暴力威胁的，以抢劫罪定罪处罚；

（3）行为人冒充治安联防队员抓赌、抓嫖、没收赌资或者罚款的行为，构成犯罪的，以敲诈勒索罪定罪处罚；在实施上述行为中使用暴力或者暴力威胁的，以抢劫罪定罪处罚。

2008 年四川卷二 56. 甲潜入某公安交通管理局会计室盗窃，未能打开保险柜，却意外发现在该局工作的乙的警官证，随即将该证件拿走。随后，甲到偏僻路段，先后向 9 个驾车超速行驶的司机出示警官证，共收取罚款 900 元。对于本案，下列哪些选项是正确的？（ ）

- A. 甲潜入会计室盗窃的行为，成立盗窃未遂
- B. 甲收取罚款的行为，构成敲诈勒索罪
- C. 甲收取罚款的行为，构成招摇撞骗罪
- D. 甲收取罚款的行为，构成诈骗罪

三、聚众斗殴罪

1、处罚的对象

首要分子和其它积极参加者

（二）转化犯

2、致人重伤、死亡的，转化为故意伤害罪、故意杀人罪。

2014 年卷二 20. 首要分子甲通过手机指令所有参与者“和对方打斗时，下手重一点”。在聚众斗殴过程中，被害人被谁的行为重伤致死这一关键事实已无法查明。关于本案的分析，下列哪一选项是正确的？

- A. 对甲应以故意杀人罪定罪量刑
- B. 甲是教唆犯，未参与打斗，应认定为从犯
- C. 所有在现场斗殴者都构成故意杀人罪
- D. 对积极参加者按故意杀人罪定罪，对其他参加者按聚众斗殴罪定罪

2013 年卷二 62. 甲、乙两村因水源发生纠纷。甲村 20 名村民手持铁锹等农具，在两村交界处强行修建引水设施。乙村 18 名村民随即赶到，手持木棍、铁锹等与甲村村民互相谩骂、互扔石块，甲村 3 人被砸成重伤。因警察及时疏导，两村村民才逐渐散去。关于本案，下列哪些选项是正确的？

- A. 村民为争水源而斗殴，符合聚众斗殴罪的主观要件
- B. 不分一般参加斗殴还是积极参加斗殴，甲、乙两村村民均触犯聚众斗殴罪
- C. 因警察及时疏导，两村未发生持械斗殴，属于聚众斗殴未遂
- D. 对扔石块将甲村3人砸成重伤的乙村村民，应以故意伤害罪论处

四、组织、领导、参加黑社会性质组织罪

（一）黑社会性质组织的界定

- 1、形成较稳定的犯罪组织，人数较多，有明确的组织者、领导者，骨干成员基本固定；（组织性）
- 2、有组织地通过违法犯罪活动或者其它手段获取经济利益，具有一定的经济实力，以支持该组织的活动；（经济性）
- 3、以暴力、威胁或者其它手段，有组织地多次进行违法犯罪活动，为非作恶，欺压、残害群众；（暴力性）
- 4、通过实施违法犯罪活动，或者利用国家工作人员的包庇或者纵容，称霸一方，在一定区域或者行业内，形成非法控制或者重大影响，严重破坏经济、社会生活秩序。（控制性）

（二）罪数

实施本罪，又实施了具体的故意杀人、故意伤害等犯罪行为的，数罪并罚。

五、赌博罪、开设赌场罪

（一）赌博罪

1、赌博罪的表现形式

- （1）聚众赌博。
- （2）以赌博为业。

2、认定中的几个问题

- （1）主观要件：必须以营利为目的。
- （2）明知他人实施赌博犯罪活动，而为其提供资金、计算机网络、通讯、费用结算等直接帮助的，以赌博罪的共犯论处。

（二）开设赌场罪

- 1、以营利为目的，在计算机网络上建立赌博网站，或者为赌博网站担任代理，接受投注的，属于“开设赌场”
- 2、未经国家批准擅自发行、销售彩票，构成犯罪的，以非法经营罪定罪处罚。
- 3、通过赌博或者为国家工作人员赌博提供资金的形式实施行贿、受贿行为，构成犯罪的，依照刑法关于贿赂犯罪的规定定罪处罚。

六、寻衅滋事罪

一、表现形式：

- 1、随意殴打他人，情节恶劣的；
- 2、追逐、拦截、辱骂、恐吓他人，情节恶劣的；
- 3、强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，情节严重的；
- 4、在公共场所起哄闹事，造成公共秩序严重混乱的。

二、罪数问题：寻衅滋事的行为同时触犯故意杀人罪、故意伤害罪、抢劫罪，属于想象竞合犯，择一重罪处罚。

2015年卷二58. 甲在公园游玩时遇见仇人胡某，顿生杀死胡某的念头，便欺骗随行的朋友乙、丙说：“我们追逐胡某，让他出洋相。”三人捡起木棒追逐胡某，致公园秩序严重混乱。将胡某追到公园后门偏僻处后，乙、丙因故离开。随后甲追上胡某，用木棒重击其头部，致其死亡。关于本案，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲触犯故意杀人罪与寻衅滋事罪

- B. 乙、丙的追逐行为是否构成寻衅滋事罪，与该行为能否产生救助胡某的义务是不同的问题
- C. 乙、丙的追逐行为使胡某处于孤立无在援的境地，但无法预见甲会杀害胡某，不成立过失致人死亡罪
- D. 乙、丙属寻衅滋事致人死亡，应从重处罚

七、破坏计算机信息系统罪

- 1、纯粹是捣乱的目的，定破坏计算机信息系统罪，如果有具体的目的，如利用计算机诈骗、盗窃、定具体犯罪如诈骗罪、盗窃罪。
- 2、技术性破坏，定本罪。如果是物理性破坏，定故意毁坏财物罪。

2005 年卷二 63. 下列哪些情形应以破坏计算机信息系统罪论处？（ ）

- A. 甲采用密码破解手段，非法进入国家尖端科学技术领域的计算机信息系统，窃取国家机密
- B. 乙因与单位领导存在矛盾，即擅自对单位在计算机中存储的数据和应用程序进行修改操作，给单位的生产经营管理造成严重的混乱
- C. 丙通过破解密码的手段，进入某银行计算机信息系统，为其朋友的银行卡增加存款额 10 万元
- D. 丁为了显示自己在计算机技术方面的本事，设计出一种计算机病毒，并通过互联网进行传播，影响计算机系统正常运行，造成严重后果

八、考试作弊类相关的犯罪

组织考试作弊罪； 非法出售、提供试题、答案罪； 代替考试罪

（一）组织考试作弊罪

- 1、是指在法律规定的国家考试中，组织作弊的行为。
- 2、本罪保护的法益是公平竞争的环境和诚信的社会风尚。
- 3、只有在法律规定的国家考试中组织作弊的，才可能构成本罪。如高考、司法考试、职业医生资格考试等。
- 4、组织作弊，不是仅仅只组织考生作弊。组织家长、监考人员或相关辅导教师参与作弊的，也是组织作弊。

（二）非法出售、提供试题、答案罪；

- 1、是指为实施考试作弊行为，向他人非法出售或者提供法律规定的国家考试的试题、答案的行为。
- 2、本罪对单纯购买、取得试题、答案者不处罚。
- 3、本罪的行为人不是组织考试作弊的人。在组织考试作弊的过程中，向他人非法出售或者提供法律规定的国家考试的试题、答案的，该行为是组织作弊罪的构成要件行为的组成部分，不再构成本罪。
- 4、如果构成本罪又构成非法获取国家秘密罪，应从一重罪处断。

（三）代替考试罪

- 1、是指代替他人或者让他人代替自己参加法律规定的国家考试的行为。
- 2、本罪是典型的对向犯，刑法同时处罚双方行为人（考生和枪手），且定罪和法定刑都相同。
- 3、本罪和使用虚假身份证件罪之间有想象竞合关系，应从一重罪处断。
- 2016 年卷二 60. 2016 年 4 月，甲利用乙提供的作弊器材，安排大学生丙在地方公务员考试中代替自己参加考试。但丙考试成绩不佳，甲未能进入复试。关于本案，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲组织他人考试作弊，应以组织考试作弊罪论处

- B. 乙为他人考试作弊提供作弊器材，应按组织考试作弊罪论处
- C. 丙考试成绩虽不佳，仍构成代替考试罪
- D. 甲让丙代替自己参加考试，构成代替考试罪

妨害司法罪

一、伪证罪

- 1、主体：证人、鉴定人、记录人、翻译人（主要是针对少数民族人语言不通）。司法实践中常见的伪证罪是鉴定人实施的。
- 2、发生的阶段：刑事诉讼过程中。
- 3、定罪的标准：只要实施了作伪证的行为即可，并不要求造成严重后果。“情节严重”是加重处罚事由。是指因伪证导致被害人被无罪定罪或轻罪重判；或者使有罪的人被无罪释放或者重罪轻判。
- 4、共同犯罪问题：如是证人受他人威胁、贿赂、引诱、教唆作伪证的，不成立伪证罪的教唆犯或帮助犯。依照刑法分则的特别规定定罪处罚，即辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪（刑法第306条）、妨害作证罪（刑法第307条）。
- 5、如果证人根据自己的回忆作了陈述，即使与客观事实不一致的，也不成立犯罪。
- 6、伪证罪与诬告陷害罪：
 - （1）主体：前者是特殊主体；后者是一般主体。
 - （2）前者是就关键事实作假；后者是就整个事实造假。

2004年卷二7. 下列哪一种行为可以构成伪证罪？

- A. 在民事诉讼中，证人作伪证的
- B. 在刑事诉讼中，辩护人伪造证据的
- C. 在刑事诉讼中，证人故意作虚假证明意图陷害他人的
- D. 在刑事诉讼中，诉讼代理人帮助当事人伪造证据的

二、妨害作证罪，帮助毁灭、伪造证据罪，虚假诉讼罪

（一）妨害作证罪

是指以暴力、威胁、贿赂等方法阻止证人（证人，不是刑事诉讼中狭义的证人，而是包括被害人、鉴定人在内。刑事诉讼法与刑法的目的不同，刑事诉讼法区分证人、被害人、鉴定人并不排除刑法将被害人、鉴定人视为证人）作证，或者指使他人作伪证的行为。

（二）帮助毁灭、伪造证据罪

- 1、发生的阶段：刑事、民事、经济、行政案件中。
- 2、帮助的对象和内容：帮助当事人毁灭、伪造证据。（必须达到情节严重的才成立犯罪）本罪所针对的证据是实物证据；而妨害作证罪针对的是证人证言。
- 3、本罪的主体：

- （1）不包括当事人本人。
- （2）不包括刑事诉讼中的辩护人、诉讼代理人。刑事诉讼中的辩护人、诉讼代理人实施该行为的，成立刑法第306条的：辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪。

（三）虚假诉讼罪

- 1、是指以捏造的事实提起民事诉讼，妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益的行为。
- 2、发生的阶段：民事诉讼过程中。
- 3、本罪的成立要求行为人必须以捏造的事实提起民事诉讼。
 - （1）捏造的事实是指通过伪造证据的方式，提起虚假民事诉讼。
 - （2）如果没有伪造证据，只是滥用诉权或者是利用现有证据夸大损害，漫天要价都不成立本罪。

4、非法占有他人财产或者逃避合法债务，又构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪从重处罚。

5、司法工作人员利用职权，与他人共同实施虚假诉讼的，从重处罚；同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪从重处罚。”

罪名	时空条件	主体	行为方式
伪证罪（305条）	刑事訴訟	证人、鉴定人、记录人、翻译人	对与案件有重要关系的情节，作假证明、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（306条）		辩护人、诉讼代理人（不限于律师）	（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者作伪证
妨害作证罪（307条第1款）	各类訴訟	一般主体	（1）以暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证； （2）指使他人作伪证
帮助毁灭、伪造证据罪（307条第2款）			帮助当事人毁灭、伪造证据，情节严重。

2014年卷二61. 甲的下列哪些行为成立帮助毁灭证据罪（不考虑情节）？

- A. 甲、乙共同盗窃了丙的财物。为防止公安人员提取指纹，甲在丙报案前擦掉了两人留在现场的指纹
- B. 甲、乙是好友。乙的重大贪污罪行被丙发现。甲是丙的上司，为防止丙作证，将丙派往境外工作
- C. 甲得知乙放火致人死亡后未清理现场痕迹，便劝说乙回到现场毁灭证据
- D. 甲经过犯罪嫌疑人乙的同意，毁灭了对乙有利的无罪证据

2007年卷二64. 王某担任辩护人时，编造了一份隐匿罪证的虚假证言，交给被告人陈小二的父亲陈某，让其劝说证人李某背熟后向法庭陈述，并给李某5000元好处费。陈某照此办理。李某收受5000元后，向法庭作了伪证，致使陈小二被无罪释放。后陈某给陈小二10万美元，让其逃往国外。关于本案，下列哪些选项是错误的？（ ）

- A. 王某的行为构成辩护人妨害作证罪
- B. 陈某劝说李某作伪证的行为构成妨害作证罪的教唆犯
- C. 李某构成辩护人妨害作证罪的帮助犯
- D. 陈某让陈小二逃往国外的行为构成脱逃罪的共犯

三、窝藏、包庇罪

窝藏罪：明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物，帮助其逃匿。

包庇罪：明知是犯罪的人而作假证明包庇的行为。

1、主观要件：故意。即明知是犯罪的人而予以窝藏、包庇的主观心理状态。这里的明知，是指知道和应当知道。如果确实不知，则不构成本罪。

2、这里的“犯罪的人”是指实施了具有客观法益侵害性的行为。例如：甲（15周岁）故意杀人后，潜逃到乙家，乙将甲窝藏在自己家里。乙构成窝藏罪。

3、注意：第362条 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，依包庇罪定罪处罚。——这种行为本身不成立包庇罪，因为包庇的对象通常要求是犯罪的人。

4、窝藏与包庇的区分：是否做了假证明。

5、包庇罪与帮助毁灭证据罪：包庇罪的对象是人，帮助毁灭证据罪的对象是证据。

6、包庇罪与伪证罪

包庇罪是一般主体。伪证罪是特别主体。包括：证人、鉴定人、记录人、翻译人身份作伪证。

2016年卷二20. 甲杀丙后潜逃。为干扰侦查，甲打电话让乙将一把未留有指纹的斧头粘上丙的鲜血放到现场。乙照办后报案称，自己看到“凶手”杀害了丙，并描述了与甲相貌特征完全不同的“凶手”情况，导致公安机关长期未将甲列为嫌疑人。关于本案，下列哪一选项是错误的？

- A. 乙将未留有指纹的斧头放到现场，成立帮助伪造证据罪
- B. 对乙伪造证据的行为，甲不负刑事责任
- C. 乙捏造事实诬告陷害他人，成立诬告陷害罪
- D. 乙向公安机关虚假描述“凶手”的相貌特征，成立包庇罪

2015年卷二20. 甲杀人后将凶器忘在现场，打电话告诉乙真相，请乙帮助扔掉凶器。乙随即把凶器藏在自家地窖里。数月后，甲生活无着落准备投案自首时，乙向甲汇款2万元，使其继续在外生活。关于本案，下列哪一选项是正确的？

- A. 乙藏匿凶器的行为不属毁灭证据，不成立帮助毁灭证据罪
- B. 乙向甲汇款2万元不属帮助甲逃匿，不成立窝藏罪
- C. 乙的行为既不成立帮助毁灭证据罪，也不成立窝藏罪
- D. 甲虽唆使乙毁灭证据，但不能认定为帮助毁灭证据罪的教唆犯

四、掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪

（一）对象与行为方式

1、将本罪的对象：犯罪所得及其产生的收益

注意：（1）犯罪工具不是赃物。（2）如果是掩饰、隐瞒本人所得的赃物，属于事后不可罚的行为。

2、行为方式：窝藏、转移、收购或者代为销售以及其他方法。

（二）侵犯法益：被害人对财物的返还请求权。

（三）主观：明知是犯罪所得的赃物，即知道或者应当知道。

（四）对象

“他人的犯罪”：并不意味着本犯的行为完全符合犯罪成立条件，在本犯是无刑事责任能力的精神病人或者年幼者而不具有可谴责性的场合，对其利用盗窃、抢劫、抢夺等方法所获得的财物仍然应当认为是赃物，可以成为本罪对象。

（五）主体：自然人+单位。

（六）事前通谋的，以共犯论处。

2011卷二17. 下列哪一选项的行为应以掩饰、隐瞒犯罪所得罪论处？

- A. 甲用受贿所得1000万元购买了一处别墅
- B. 乙明知是他人用于抢劫的汽车而更改车身颜色
- C. 丙与抢劫犯事前通谋后代为销售抢劫财物
- D. 丁明知是他人盗窃的汽车而为其提供伪造的机动车来历凭证

五、脱逃罪

1、主体：依法被关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人（包括在押解途中的人）。如果是错误被关押的人，则不构成本罪的主体。

2、脱逃罪也可以是不作为犯。

3、既遂标准：摆脱了监管机关与监管人员的控制时，成立本罪的既遂。

2006 年卷二 61. 对下列哪些行为不应当认定为脱逃罪？（ ）

- A. 犯罪嫌疑人在从甲地押解到乙地的途中，乘押解人员不备，偷偷溜走
- B. 被判处管制的犯罪分子未经执行机关批准到外地经商，直至管制期满未归
- C. 被判处有期徒刑的犯罪分子组织多人有计划地从羁押场所秘密逃跑
- D. 被判处无期徒刑的 8 名犯罪分子采取暴动方法逃离羁押场所

妨害国（边）境管理罪

组织他人偷越国（边）境罪； 运送他人偷越国（边）境罪

1、需要数罪并罚的情形：有杀害、伤害、强奸、拐卖等犯罪行为，或者对检查人员有杀害、伤害等犯罪行为的。

2、组织、运送他人偷越国（边）境过程中妨害公务行为的定性

（1）通常的妨害公务行为，仅作为加重情节。

（2）如果妨害公务的行为特别严重，如杀害、伤害检查人员，则已经不是妨害公务罪所能包容的了，成立故意伤害罪、故意杀人罪，需要数罪并罚。

危害公共卫生罪

一、非法组织卖血罪； 强迫卖血罪

转化犯：对他人造成伤害的，依故意伤害罪定罪处罚。其中，这里的伤害应该是指“重伤”，而不包括轻伤。

二、医疗事故罪

1、主体：医务人员。包括：

- （1）医疗防疫人员；
- （2）药剂人员；
- （3）护理人员；
- （4）其它专业技术人员。

2、定罪的标准：造成就诊人死亡或者严重损害就诊人身体健康。

三、非法行医罪

1、行为主体：未取得医生执业资格的人

（1）具有医生执业资格的人，在私人诊所或其他医院兼职，不构成本罪，造成就诊人员重伤，死亡的，可构成医疗事故罪。

2、行为表现：非法行医

（1）本罪是典型的职业犯，要求有反复，持续实施的意思。

注意：不具有医生执业资格的人，没有反复、继续实施的意思，偶尔为他人治病，不成立非法行医。

（2）即使病人承诺接受治疗，行为人非法行医也可构成犯罪。

3、非法行医过失致人死亡，只定非法行医罪，构成结果加重犯。

2013 年卷二 18. 医生甲退休后，擅自为人看病 2 年多。某日，甲为乙治疗，需注射青霉素。乙自述以前曾注射过青霉素，甲便未做皮试就给乙注射青霉素，乙因青霉素过敏而死亡。关于本案，下列哪一选项是正确的？

- A. 以非法行医罪的结果加重犯论处

- B. 以非法行医罪的基本犯论处
- C. 以过失致人死亡罪论处
- D. 以医疗事故罪论处

走私、贩卖、运输、制造毒品罪

一、走私、贩卖、运输、制造毒品罪

1、走私、贩卖、运输、制造

(1) 走私的内容还包括:

- a. 直接向走私人非法收购走私进口的毒品;
- b. 在内海、领海运输、收购、贩卖毒品的。

(2) 贩卖: 指有偿转让毒品(不需要以营利为目的)或者以贩卖为目的而非法收购毒品。

(即“卖”、“为卖而买”)包括出售毒品、为出售而购买毒品、居间介绍买卖毒品, 不求营利目的。(为供本人吸食而购买的, 不属于贩卖)

如下两种情形的处理:

- a. 为他人代购仅用于吸食的毒品, 不以牟利为目的的, 不以贩卖毒品罪定罪。但是, 毒品数量超过刑法第348条定制最低数量标准的, 对托购者、代购者以非法持有毒品罪定罪。
- b. 代购者从中牟利, 变相加价贩卖毒品的, 对代购者应以贩卖毒品罪定罪。

2008年卷二65. 甲、乙均为吸毒人员, 且关系密切。乙因买不到毒品, 多次让甲将自己吸食的毒品转让几克给乙, 甲每次均以购买价转让毒品给乙, 未从中牟利。关于本案, 下列哪些选项是错误的? ()

- A. 贩卖毒品罪必须以营利为目的, 故甲的行为不成立贩卖毒品罪
- B. 贩卖毒品罪以获利为要件, 故甲的行为不成立贩卖毒品罪
- C. 甲属于无偿转让毒品, 不属于贩卖毒品, 故不成立贩卖毒品罪
- D. 甲只是帮助乙吸食毒品, 《刑法》没有将吸食毒品规定为犯罪, 故甲不成立犯罪

2006年卷二62. 甲、乙通过丙向丁购买毒品, 甲购买的目的是为自己吸食, 乙购买的目的是为贩卖, 丙则通过介绍毒品买卖, 从丁处获得一定的好处费。对于本案, 下列哪些选项是正确的? ()

- A. 甲的行为构成贩卖毒品罪
- B. 乙的行为构成贩卖毒品罪
- C. 丙的行为构成贩卖毒品罪
- D. 丁的行为构成贩卖毒品罪

(3) 制造

制造毒品不仅包括非法用毒品原植物直接提炼和用化学加工、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, 如将甲基苯丙胺或者其它苯丙胺类毒品与其它毒品混合成麻古或者摇头丸。

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, 添加或者去除其它非毒品物质, 不属于制造毒品的行为。

(4) 运输。只有与走私、贩卖、制造有关联的行为, 才宜认定为运输毒品罪。例如, 行为人仅仅是购买毒品自己吸食, 从甲地带到乙地的, 不属于运输。

2、毒品数量、纯度的计算。

(1) 数量: 原则上应当累计计算, 但是, 对已经被依法处理过的毒品数量不应当再累计计算; 超过时效规定不应追诉的, 毒品数量也不应当累计计算。

注意: 无论数量多少, 均构成犯罪, 并予以刑事处罚。但非法持有毒品罪有数量上的要求

(2) 纯度: 不以纯度折算。

2016 年卷二 61. 关于毒品犯罪, 下列哪些选项是正确的?

- A. 甲无牟利目的, 为江某代购仅用于吸食的毒品, 达到非法持有毒品罪的数量标准。对甲应以非法持有毒品罪定罪
- B. 乙为蒋某代购仅用于吸食的毒品, 在交通费等必要开销之外收取了若干“劳务费”。对乙应以贩卖毒品罪论处
- C. 丙与曾某互不知情, 受雇于同一雇主, 各自运输海洛因 500 克。丙将海洛因从一地运往另一地后, 按雇主吩咐交给曾某, 曾某再运往第三地。丙应对运输 1000 克海洛因负责
- D. 丁盗窃他人 200 克毒品后, 将该毒品出卖。对丁应以盗窃罪和贩卖毒品罪实行数罪并罚

2010 年卷二 60. 关于毒品犯罪, 下列哪些选项是正确的?

- A. 明知他人实施毒品犯罪而为其居间介绍, 代购代卖的, 即使没有牟利目的, 也成立贩卖毒品罪
- B. 为便于隐蔽运输, 对毒品掺杂使假的行为, 或者为了销售, 去除毒品中的非毒品物质的行为, 不成立制造毒品罪
- C. 甲认为自己管理毒品不安全, 将数量较大毒品委托给乙保管时, 甲、乙均成立非法持有毒品罪
- D. 行为人对同一宗毒品既走私又贩卖的, 量刑时不应重复计算毒品数量

二、非法持有毒品罪

1、本罪的认定:

(1) 只有在其他毒品犯罪如走私、贩卖、运输、制造毒品罪等无法查证的情形下, 才能以本罪论处。

(2) 因实施其他毒品犯罪而持有毒品的, 按所实施的毒品犯罪定罪处罚, 不另定本罪。

(3) 本罪有数量的要求。

(4) 本罪不限于本人持有, 包括通过他人持有。(本人和他人均成立非法持有毒品罪)

2、吸食毒品者的处罚:

(1) 吸食毒品不构成犯罪, 但吸食者持有的毒品数量大的, 成立本罪。

(2) 对以贩养吸的, 被查获的毒品数量应当认定为其贩卖毒品的数量, 但量刑时应当考虑被告人吸食毒品的情节。

(3) 有证据证明行为人不是以营利为目的, 为他人代买仅用于吸食的毒品, 毒品数量超过本罪所规定的标准的, 托购者、代购者均构成非法持有毒品罪。

2011 年卷二 18. 关于非法持有毒品罪, 下列哪一选项是正确的?

- A. 非法持有毒品的, 无论数量多少都应当追究刑事责任
- B. 持有毒品不限于本人持有, 包括通过他人持有
- C. 持有毒品者而非所有者时, 必须知道谁是所有者
- D. 因贩卖而持有毒品的, 应当实行数罪并罚

三、包庇毒品犯罪分子罪 窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪

1、包庇毒品犯罪分子罪

(1) 本罪与包庇罪是法条竞合关系, 本罪是特别法, 应优先适用本条。

(2) 缉毒人员或者其他国家机关工作人员包庇毒品犯罪分子, 从重处罚。

2、窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪

本罪与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪是法条竞合关系, 优先适用本罪。

四、非法种植毒品原植物罪

免除处罚的事由: 非法种植罂粟或者其它毒品原植物, 在收获前自动铲除, 可以免除处罚

五、引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪 强迫他人吸毒罪 容留他人吸毒罪

引诱、教唆、欺骗或者强迫未成年人吸食、注射毒品的，从重处罚。

六、毒品犯罪的再犯：因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪被判过刑，又犯本节规定之罪的，从重处罚。

前提条件是：

- 1、因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪，并且被判过刑
- 2、又犯本节规定之罪的。（即毒品犯罪）

2012年卷二62. 关于毒品犯罪的论述，下列哪些选项是错误的？

- A. 非法买卖制毒物品的，无论数量多少，都应追究刑事责任
- B. 缉毒警察掩护、包庇走私毒品的犯罪分子的，构成放纵走私罪
- C. 强行给他人注射毒品，使人形成毒瘾的，应以故意伤害罪论处
- D. 窝藏毒品犯罪所得的财物的，属于窝藏毒赃罪与掩饰、隐瞒犯罪所得罪的法条竞合，应以窝藏毒赃罪定罪处罚

组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪

一、组织卖淫罪 强迫卖淫罪 协助组织卖淫罪

（一）罪数：组织、强迫他人卖淫的，并有杀害、伤害、强奸、绑架等犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。

（二）协助组织卖淫罪

性质：原是组织卖淫罪的帮助犯，但刑法将其规定为独立的犯罪。如招募、运送人员、充当保镖、打手、管帐人等。

（三）认定

- 1、卖淫：既包括男性、女性，也包括同性。
- 2、罪数：组织卖淫罪能够包容强迫、引诱、容留、介绍卖淫行为。

二、引诱、容留、介绍卖淫罪 引诱幼女卖淫罪

1、引诱、容留、介绍卖淫罪

（1）该罪名是选择性罪名，可以拆开单独适用，也可以整体适用。

（2）介绍卖淫是指在卖淫者与嫖客之间牵线搭桥。

2、两罪关系：

（1）如果容留、介绍幼女卖淫，因为刑法没有规定容留、介绍幼女卖淫罪，所以只能定容留、介绍卖淫罪。

（2）即引诱，有容留、介绍幼女卖淫罪，应分别认定为引诱幼女卖淫罪与容留、介绍卖淫罪，实行数罪并罚。

2004年卷二89. 对刑法关于组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪的规定，下列解释正确的是：

- A. 引诱、容留、介绍卖淫罪，包括引诱、容留、介绍男性向同性恋者卖淫
- B. 引诱成年人甲卖淫、容留成年人乙卖淫的，成立引诱、容留卖淫罪，不实行并罚
- C. 引诱幼女甲卖淫，容留幼女乙卖淫的，成立引诱幼女卖淫罪与容留卖淫罪，实行并罚
- D. 引诱幼女向他人卖淫后又嫖宿该幼女的，以引诱幼女卖淫罪论处，从重处罚

三、传播性病罪

传播性病罪的主观罪过：要求行为人主观上明知自己患有梅毒、淋病等严重性病而卖淫、嫖娼。

本罪发生在卖淫、嫖娼过程中。

传播性病罪的成立，不要求行为人主观上具有将自己的性病传染给他人的意图。

(1) 如果行为人具有传染性病的意图而实施卖淫、嫖娼行为，但客观上并没有发生这种结果的，仍应以本罪论处。

(2) 如果行为人为了伤害他人，以卖淫、嫖娼为手段，意在使他人染上性病，且客观上造成了伤害结果的，完全符合故意伤害罪的构成要件，应以故意伤害罪论处。

危害公共安全罪

1、“公共安全”的界定：危害公共安全罪的保护法益“公共安全”是不特定或者多数人的生命、身体或者财产。

(1) 所谓“不特定”，是指犯罪行为可能侵犯的对象和可能造成的结果事先无法确定，行为人对既无法具体预料也难以实际控制，行为的危险或行为造成的危害结果可能随时扩大或增加，随时有向“多数”发展的现实可能性，会使社会多数成员遭受危险和侵害。

(2) 所谓“多数人”，则难以用具体数字表述，行为使较多的人（即使是特定的多数人）感受到生命、健康或者财产受到威胁时，应认为危害了公共安全。

(3) “安全”是指不特定或者多数人的生命、健康、财产等不受不法侵害与威胁而存续的状态。只要行为危害了不特定或者多数人的生命、健康、财产的安全，就属于危害公共安全。如果行为仅侵犯了特定的少数人的生命、健康或财产时，则不构成危害公共安全罪。

2、本章的故意犯罪，主要是危险犯；过失犯罪为结果犯。本章中的过失犯罪比较多，有一般过失犯罪、业务过失犯罪。

一、放火罪

本罪侵害的法益是公共安全，即不特定的、多数人的安全。如果仅仅是针对具体的一个人实施放火行为，则可能构成故意杀人罪。

二、失火罪

1、犯罪成立的标准：客观上造成严重后果。

2、过失的对象：行为人对火灾后果是出于过失的。但可以对造成火灾的行为本身是故意的，例如，行为人故意吸烟。

三、投放危险物质罪

《刑法修正案（三）》修正的，原为投毒罪。

1、对象：毒害性、放射性、传染病病原体。

2、性质：危害了公共安全。注意投放危险物质罪与故意杀人罪的区别：是否危害不特定多数人的生命、健康。

四、以危险方法危害公共安全罪

危险方法的种类：以放火、爆炸、投放危险物质、决水以外的其他危害公共安全的方法。

注意：其他危险方法应与放火、爆炸、投放危险物质、决水等方法具有相同性质，不是泛指任何具有危害公共安全性质的方法。

注意，实践中较为典型的情况：

(1) 以驾驶机动车的方式撞人，放任他人死亡结果的，危害公共安全的。

(2) 在公共场所私设电网，危害公共安全的。

(3) 故意传播突发传染病病原体，危害公共安全的。

(4) 故意破坏矿井下的通风装置。

(5) 在高速上逆行。

(6) 邪教组织人员以自焚、自爆方法危害公共安全。

2016年卷二12. 甲对拆迁不满，在高速公路中间车道用树枝点燃一个焰高约20厘米的火堆，将其分成两堆后离开。火堆很快就被通行车辆轧灭。关于本案，下列哪一选项是正确的？

A. 甲的行为成立放火罪

- B. 甲的行为成立以危险方法危害公共安全罪
- C. 如认为甲的行为不成立放火罪，那么其行为也不可能成立以危险方法危害公共安全罪
- D. 行为危害公共安全，但不构成放火、决水、爆炸等犯罪的，应以以危险方法危害公共安全罪论处

2012年卷二15. 下列哪一行为成立以危险方法危害公共安全罪？

- A. 甲驾车在公路转弯处高速行驶，撞翻相向行驶车辆，致2人死亡
- B. 乙驾驶越野车在道路上横冲直撞，撞翻数辆他人所驾汽车，致2人死亡
- C. 丙醉酒后驾车，刚开出10米就撞死2人
- D. 丁在繁华路段飙车，2名老妇受到惊吓致心脏病发作死亡

五、破坏交通工具罪

1、对象：正在使用中的交通工具。“正在使用中”，应当理解为不需要再经过其它检验程序就可投入使用的交通工具。（正在用，或者马上就要交付使用）包括如下三种情况：

- （1）交通工具正在行驶（飞行）中；
- （2）交通工具处于已交付随时使用的状态；
- （3）交通工具不需再检修便使用的状态。

2、破坏：通常是指对交通工具的整体或者重要部件的破坏。劫持火车、电车的行为足以使火车、电车发生倾覆、毁坏危险，也视为破坏行为。

六、组织、领导、参加恐怖组织罪

- 1、本罪的实行行为。一般情况下，组织、领导行为均属于非实行行为，但本罪是基于刑法的特殊规定，将组织、领导、参加行为本身规定为独立的犯罪行为。
- 2、罪数：组织、领导、参加恐怖组织后，又实施了杀人、爆炸、绑架等犯罪的，应当依照数罪并罚的规定处罚。

七、劫持航空器罪

- 1、航空器的范围：在空间飞行的各种航空工具，包括飞机、宇宙飞船、热气球等。包括国家航空器（用于军事、海关、警察部门的航空器）、民用航空器。
- 2、注意本罪的绝对确定法定刑——死刑：致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏。其中，“致人重伤、死亡”，不仅包括过失，还包括故意。
- 3、罪数：行为人以杀人、伤害等方法劫持航空器的，不应将故意杀人罪、故意伤害罪与劫持航空器罪数罪并罚，故意杀人、故意伤害行为应认为是劫持航空器罪的手段行为。

八、盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪 抢劫枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪

- 1、主观要件：必须认识到对象属于枪支、弹药、爆炸物、危险物质，否则按认识错误处理。
- 2、本罪与非法持有枪支罪的关系。
- 3、认识错误：行为人以普通盗窃的故意，盗窃了枪支，定普通盗窃罪既遂。但如果事后持有，就构成非法持有枪支罪。

九、交通肇事罪

(一) 罪与非罪适用简表：

责任体系（违章及程度）	构成犯罪的后果条件	特殊情形下构成犯罪的条件
完全责任与主要责任	死亡一人以上或重伤三人以上或者造成公私财产直接损失30万以上并无力赔偿的	重伤一人以上重伤，负事故全部或者主要责任并有以下情形的之一的：①酒后、吸毒后驾车；②无驾驶资格；③明知车况不良；④明知无牌证、报废车辆；⑤严重超载；⑥逃逸的
同等责任	死亡三人以上	
次要责任或者无责任	不存在交通肇事罪问题，但在可能存在民事责任	

(二) 成立条件

- 1、行为主体：不限于驾驶交通工具的人，行人也可以成为本罪的主体。
 - 2、交通工具：不限于机动车辆，非机动车辆违章造成重大事故的，也构成本罪。
 - 3、过失行为与危害结果之间要有刑法上的因果关系。
- 注意：本罪的过失行为并不完全等于行政法上的违章责任。
- 4、事故发生领域：公共交通领域。
 - 5、主观是过失

- (1) 这里的过失是指行为人对造成危害结果有过失。
- (2) 故意利用个交通工具杀死特定人的，构成故意杀人罪。

(三) 法定加重处罚情形之一：“肇事后逃逸的”

- 1、行为人已经构成交通肇事是前提。
- 2、行为人需要明知发生了交通事故，否则不能认定为逃逸。
- 3、“逃逸”的动机可以有多种。

(四) 法定加重处罚情形之二：“因逃逸致人死亡”

逃逸和死亡结果要有因果关系，如果是及时救助也会造成死亡的结果，就不属于因逃逸致人死亡。

(五) 将被害人带离现场后隐藏或者遗弃

- 1、如果前面的行为已构成交通肇事罪，则数罪并罚。
- 2、隐藏，不一定要移动被害人。在肇事地点，用树叶遮挡，埋到泥土中。
- 3、“遗弃”，是将被害人带到较为隐蔽的场所抛弃，使之彻底丧失被害人求助可能性。

(六) 乘车人与司机的关系

- 1、如单位主管人员、机动车辆所有人或者承包人指使、强令他人违章驾驶，造成重大交通事故，以交通肇事罪定罪处罚；（不定共犯）
- 2、司机交通肇事后，机动车辆所有人、承包人或者是乘车人指使行为人逃逸，以交通肇事罪的共同犯罪论处。

(七) 本罪与以驾车撞人方式危害公共安全的行为（以危险方法危害公共安全罪）的区别：行为人对被害人的死亡是否出于故意。

2014年卷二13. 乙（15周岁）在乡村公路驾驶机动车时过失将吴某撞成重伤。乙正要下车救人，坐在车上的甲（乙父）说：“别下车！前面来了许多村民，下车会有麻烦。”乙便驾车逃

走，吴某因流血过多而亡。关于本案，下列哪一选项是正确的？

- A. 因乙不成立交通肇事罪，甲也不成立交通肇事罪
- B. 对甲应按交通肇事罪的间接正犯论处
- C. 根据司法实践，对甲应以交通肇事罪论处
- D. 根据刑法规定，甲、乙均不成立犯罪

2008年四川卷二 58. 关于交通肇事罪与其它犯罪关系的论述，下列哪些选项是正确的？（ ）

- A. 甲酒后驾车撞死一行人，下车观察时，发现死者是其情敌刘某，甲早已预谋将刘某杀死。甲的行为应为故意杀人罪，而不能定为交通肇事罪
- B. 乙明知车辆的安全装置不全，仍然指使其雇员王某驾驶该车辆运输货物；王某明知车辆有缺陷，仍超速行驶，造成交通事故，导致1人死亡。乙与王某均构成交通肇事罪
- C. 丙在施工场地卸货倒车时，不慎将一装卸工人轧死。丙的行为构成重大责任事故罪，而不是交通肇事罪
- D. 丁在一高速公路上驾车行驶时，因疲劳过度将车驶出高速公路，将行人常某撞死。对丁的行为应认定为交通肇事罪，而不是过失致人死亡罪

十、危险驾驶罪

危险驾驶罪，是指以危险方法在道路上驾驶机动车，尚未造成交通事故的行为。

1、“道路”。是指公路、城市道路和虽在单位管辖范围但允许社会机动车通行的地方，包括广场、公共停车场等用于公众通行的场所。

2、本罪的主观要件是故意。

3、行为方式：

（1）追逐竞驶，情节恶劣的

不要求二人以上才能构成追逐竞驶，单个人也可以。

（2）醉酒驾驶

酒精含量大于或等于80mg/100ml的。

（3）违规载客

是指从事校车业务或者旅客运输，严重超过额定乘员载客，或者严重超过规定时速行驶的。

（4）违反运输危险化学品

违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品，危及公共安全的。

注意：管理者责任。机动车所有人、管理人对违规载客或违反运输危险化学品行为负有直接责任的，依照前款的规定处罚。

4、危险驾驶行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。例如，如果危险驾驶行为发生交通事故的，成立危险驾驶罪与交通肇事罪，择一重罪处罚。

2015年卷二 13. 下列哪一行为应以危险驾驶罪论处？

- A. 醉酒驾驶机动车，误将红灯看成绿灯，撞死2名行人
- B. 吸毒后驾驶机动车，未造成人员伤亡，但危及交通安全
- C. 在驾驶汽车前吃了大量荔枝，被交警以呼气式酒精检测仪测试到酒精含量达到醉酒程度
- D. 将汽车误停在大型商场地下固定卸货车位，后在醉酒时将汽车从地下三层开到地下一层的停车位

十一、重大责任事故罪

第134条第1款（重大责任事故罪）：在生产、作业中违反有关安全管理的规定，因而发生重大伤亡事故或者造成其它严重后果的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，

处三年以上七年以下有期徒刑。

1、主体：从事生产、作业的人员。注意，《刑法修正案（六）》之前，该罪的主体是“工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的职工”。主体扩大了，包括任何单位的职工。

2、重大责任事故罪与强令违章冒险作业罪：《刑法修正案（六）》将强令他人违章冒险作业从重大责任事故中分离出来了，作为独立的强令违章冒险作业罪。体现了立法者对强令违章冒险作业行为从严惩处的精神。——即将原来重大责任事故罪中的瞎指挥的人员作为强令违章冒险作业罪论处。

3、重大责任事故罪与其它特别的责任事故型犯罪。如重大飞行事故罪、铁路运营安全事故罪、危险物品肇事罪。

4、重大责任事故罪与工程重大安全事故罪。后者的主体是单位，即建设单位、设计单位、施工单位、工程监理单位。并且，客观上是违反国家规定，降低工程质量标准，造成工程质量事故。而重大责任事故罪是违章作业。

十二、不报、谎报安全事故罪

1、“负有报告职责的人员”，是指矿山生产经营单位的负责人、实际控制人、负责生产经营管理的投资人以及其它负有报告职责的人员。但不包括对安全事故本身负有责任的人员（即不包括行为已经构成相关安全事故犯罪的主体）。

2、在发生安全事故发生后，负有救助他人生命、身体职责的人员，故意不履行救助义务，导致他人死亡、伤害的，应认定为不作为的故意杀人罪、故意伤害罪。

3、如果及时报告也会造成严重后果，没有结果回避的可能性，不够成本罪。

2010年卷二12.某施工工地升降机操作工刘某未注意下方有人即按启动按钮，造成维修工张某当场被挤压身亡。刘某报告事故时隐瞒了自己按下启动按钮的事实。关于刘某行为的定性，下列哪一选项是正确的？

- A. （间接）故意杀人罪
- B. 过失致人死亡罪
- C. 谎报安全事故罪
- D. 重大责任事故罪

十三、非法出租、出借枪支罪

1、注意两类主体的定罪条件不同

（1）依法配备公务用枪的人员，只要有出租、出借枪支行为的，就构成犯罪。（行为犯）

（2）依法配置枪支的人员，出租、出借枪支后，必须造成严重后果的，才成立犯罪。（结果犯）

（3）本罪的主体不包括非法持有者，如果非法持有枪支又非法出租、出借的，只能以非法持有枪支罪论处。

2、将枪支质押的行为的定性。——与出租、出借的社会危害性没有区别

3、行为人明知他人使用枪支实施其它犯罪，而出租出借枪支的，以共同犯罪论处。

2014年卷二57. 关于危害公共安全罪的论述，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲持有大量毒害性物质，乙持有大量放射性物质，甲用部分毒害性物质与乙交换了部分放射性物质。甲、乙的行为属于非法买卖危险物质
- B. 吸毒者甲用毒害性物质与贩毒者乙交换毒品。甲、乙的行为属于非法买卖危险物质，乙的行为另触犯贩卖毒品罪
- C. 依法配备公务用枪的甲，将枪赠与他人。甲的行为构成非法出借枪支罪
- D. 甲父去世前告诉甲“咱家院墙内埋着5支枪”，甲说“知道了”，但此后甲什么也没做。甲

的行为构成非法持有枪支罪

2012 年卷二 58. 警察甲为讨好妻弟乙, 将公务用枪私自送乙把玩, 丙乘乙在人前炫耀枪支时, 偷取枪支送交派出所, 揭发乙持枪的犯罪事实。关于本案, 下列哪些选项是正确的?

- A. 甲私自出借枪支, 构成非法出借枪支罪
- B. 乙非法持有枪支, 构成非法持有枪支罪
- C. 丙构成盗窃枪支罪
- D. 丙揭发乙持枪的犯罪事实, 构成刑法上的立功

十四、丢失枪支不报罪

丢失枪支不报罪中的丢失枪支包括遗失枪支及枪支被盗、被抢等枪支非正常原因脱离持枪人控制的情况。

- 1、主体: 配备公务用枪的人员。(注意与非法出租、出借枪支罪的区别)
- 2、定罪条件: 必须造成严重后果。
- 3、主观要件: 对丢失枪支不及时报告是故意的, 对造成严重后果是过失。
- 4、如果及时上报造成严重后果也不成立本罪。

渎职罪

犯罪主体: 国家机关工作人员。

- 1、国家机关工作人员。
 - 2、在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员。
 - 3、在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员。
 - 4、虽未列入国家机关编制, 但在国家机关中从事公务的人员, 在代表国家行使职权时。
- 例外: 渎职罪一章中第 398 条第 2 款规定了非国家机关工作人员可以成立故意、过失泄露国家秘密罪的主体。

一、滥用职权罪 玩忽职守罪

(一) 滥用职权罪

- 1、主体: 国家机关工作人员。——(适用于渎职罪中其它犯罪的理解)
 - (1) 国家机关中从事公务的人员, 包括各级国家权力机关、行政机关、审判机关、检察机关和军事机关中从事公务的人员。
 - (2) 其它根据法律规定, 参照国家公务员条例进行管理的人员, 应当以国家机关工作人员论。
 - (3) 立法解释的扩大解释: 2002 年全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》第九章渎职罪主体适用问题的解释规定, 在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员, 或者在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员, 或者虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员, 在代表国家机关行使职权时, 有渎职行为, 构成犯罪的, 依照刑法关于渎职罪的规定追究刑事责任。
 - (4) 海关、外汇管理部门的工作人员严重不负责任, 造成大量外汇被骗购或者逃汇, 致使国家利益遭受重大损失的, 依照刑法第 397 条的规定定罪处罚。——1998 年 12 月 29 日全国人大常委会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第六条。

2、主观要件: 故意。明知是滥用职权的行为而有意实施的主观心理状态。

3、处罚: 徇私舞弊是加重处罚的事由。

(二) 玩忽职守罪

严重不负责任, 不履行或者不认真履行职责, 致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

1、玩忽职守的表现形式:

- (1) 不履行职责;
- (2) 不认真履行职责。

2、定罪的数量要求:致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失。

3、主体:同滥用职权罪。

4、主观要件:过失。

注意:滥用职权罪、玩忽职守罪是一般法,本章中的其它罪是特别法。

总结:滥用职权和玩忽职守的区分关键看主观,前者是故意,后者是过失。

2016 年卷二 63. 关于渎职犯罪,下列哪些选项是正确的?

- A. 县财政局副局长秦某工作时擅离办公室,其他办公室人员操作电炉不当,触电身亡并引发大火将办公楼烧毁。秦某触犯玩忽职守罪
- B. 县卫计局执法监督大队队长武某,未能发现何某在足疗店内非法开诊所行医,该诊所开张三天即造成一患者死亡。武某触犯玩忽职守罪
- C. 负责建房审批工作的干部柳某,徇情为拆迁范围内违规修建的房屋补办了建设许可证,房主凭此获得补偿款 90 万元。柳某触犯滥用职权罪
- D. 县长郑某擅自允许未经环境评估的水电工程开工,导致该县水域内濒危野生鱼类全部灭绝。郑某触犯滥用职权罪

2012 年卷二 21. 下列哪一行为应以玩忽职守罪论处?

- A. 法官执行判决时严重不负责任,因未履行法定执行职责,致当事人利益遭受重大损失
- B. 检察官讯问犯罪嫌疑人甲,甲要求上厕所,因检察官违规打开械具后未跟随,致甲在厕所翻窗逃跑
- C. 值班警察与女友电话聊天时接到杀人报警,又闲聊 10 分钟后才赶往现场,因延迟出警,致被害人被杀、歹徒逃走
- D. 市政府基建负责人因听信朋友介绍,未经审查便与对方签订建楼合同,致被骗 300 万元

二、徇私枉法罪 民事、行政枉法裁判罪 执行判决、裁定失职罪 执行判决、裁定滥用职权罪

(一) 徇私枉法罪

徇私枉法罪是指司法工作人员徇私枉法,徇情枉法、对明知是无罪的人而使他受追诉,对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉,或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的行为,

1、客观要件:在刑事诉讼活动中,违背事实和法律作枉法裁判。包括两种情形:

- (1) 在定罪上使无罪者有罪,使有罪者无罪;
- (2) 量刑上轻罪重判,重罪轻判。

2、主体:司法工作人员。指有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。

3、主观:故意。犯罪动机是徇私、徇情,徇私是指徇个人私利,徇情是徇亲友私情。

4、徇私枉法罪与帮助毁灭、伪造证据罪及伪证罪的界限。本罪与后两罪的主要区别在于是否利用司法职务之便。另外,犯罪主体不同。本罪的主体限于司法工作人员;而伪证罪的主体则为证人、鉴定人、翻译人和记录人;帮助毁灭、伪造证据罪的主体无特殊限制。

2011 年卷二 20. 刘某以赵某对其犯故意伤害罪,向法院提起刑事附带民事诉讼。因赵某妹妹曾拒绝本案主审法官王某的求爱,故王某在明知证据不足、指控犯罪不能成立的情况下,毁灭赵某无罪证据,认定赵某构成故意伤害罪,并宣告免于刑事处罚。对王某的定罪,下列

哪一选项是正确的？

- A. 徇私枉法罪
- B. 滥用职权罪
- C. 玩忽职守罪
- D. 帮助毁灭证据罪

（二）民事、行政枉法裁判罪 执行判决、裁定失职罪 执行判决、裁定滥用职权罪

（三）有徇私枉法行为又有受贿行为的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

2008年四川卷二 20. 某中级法院的主审法官甲收受故意杀人案被告人乙的家属现金1万元后，伪造乙防卫过当、自首的证据，欺骗该院审判委员会，导致原本可能被判死刑的乙最终仅被判处3年徒刑。对甲应当以何罪论处？（ ）

- A. 徇私枉法罪 B. 滥用职权罪 C. 受贿罪 D. 伪证罪

三、私放在押人员罪 失职致使在押人员脱逃罪

（一）私放在押人员罪

- 1、对象：在押人员。是指犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯。不包括被行政拘留、司法拘留和劳动教养的人。
- 2、主体：司法工作人员。
- 3、主观：故意。
- 4、本罪与脱逃罪之间的关系：看行为人是否利用职务上的便利帮助犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯脱逃。

（1）非司法工作人员帮助在押人员脱逃的，应以脱逃罪的共犯论处；

（2）司法工作人员虽帮助在押人员脱逃，但没有利用职务之便的，也应以脱逃罪的共犯论处。

对于脱逃者，仅成立脱逃罪。

（二）失职致使在押人员脱逃罪

- 1、对象：在押人员。
- 2、定罪的标准：必须造成严重后果的才成立犯罪。（私放在押人员罪无此要求）
- 3、主体：司法工作人员。以后司法解释对此进行了扩大化，虽然非司法工作人员，但受委托履行监管职责的人员，也可以成为本罪的主体。
- 4、主观：过失。

四、徇私舞弊不征、少征税款罪

- 1、本罪的定罪标准：致使国家税收遭受重大损失。
- 2、主体：税务机关的工作人员。
- 3、主观：故意。但必须是出于徇私的动机。
- 4、本罪与逃税罪的竞合：定徇私舞弊不征、少征税款罪。

五、故意泄露国家秘密罪 过失泄露国家秘密罪

- 1、本罪的主体不限于国家机关工作人员，但非国家机关工作人员犯本罪的，酌情从宽处罚。
- 2、另外，刑法中其它涉密犯罪，只要罪名中含有“军事”的，不仅要求是军事秘密，而且要求主体是军人。
- 3、注意本罪与为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密罪的界限。本罪不要求泄露国家秘密给特定对象；而后者则必须是为境外的机构组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报。本罪必须情节严重才构成犯罪，而后者则无此要求。

六、不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪

主体：负有解救职责的国家机关工作人员

七、帮助犯罪分子逃避处罚罪

主体：有查禁犯罪活动职责的国家机关工作人员。

行为：向犯罪分子通风报信、提供便利，帮助犯罪分子逃避处罚的。