

孙
自
立

刑法

【精讲基础课讲义】

2022
最新版

LAW



C ONTENTS

目 录

刑法总则体系图表·····	1
第一章 刑法概论·····	3
第一节 刑法的基本原则·····	3
第二节 刑法解释·····	4
第三节 刑法的适用范围·····	7
第二章 犯罪构成·····	10
第一节 犯罪分类·····	10
第二节 构成要件符合性·····	10
第三节 违法性阻却事由·····	26
第四节 主观构成要件符合性·····	38
第五节 责任阻却事由·····	46
第三章 犯罪的未完成形态·····	53
第一节 概述·····	53
第二节 犯罪预备·····	54
第三节 犯罪未遂·····	55
第四节 犯罪中止·····	59
第四章 共同犯罪·····	64
第一节 共同犯罪的基础理论·····	64
第二节 共同正犯(实行犯)·····	66
第三节 间接正犯(“借人杀人”)·····	67
第四节 狭义的共犯(教唆犯与帮助犯)·····	68

第五节	承继的共犯(中途上了贼船)·····	74
第六节	片面共犯(“让我偷偷爱你就好”)·····	75
第七节	共犯的特殊问题·····	76
第八节	共犯的处罚·····	80
第五章	罪数·····	81
第一节	罪数的概说·····	81
第二节	实质的一罪·····	81
第三节	法定的一罪·····	82
第四节	处断的一罪·····	83
第六章	刑罚的体系·····	85
第一节	主刑·····	85
第二节	附加刑·····	89
第七章	刑罚的裁量·····	94
第一节	量刑情节·····	94
第二节	累犯·····	95
第三节	自首·····	97
第四节	立功·····	99
第五节	数罪并罚·····	101
第六节	缓刑·····	105
第八章	刑罚的执行与消灭·····	108
第一节	减刑·····	108
第二节	假释·····	110
第三节	刑罚的消灭——追诉时效·····	112

刑法分则体系图表·····	113
第九章 分论概述·····	116
第十章 侵犯人身犯罪·····	120
第十一章 财产犯罪·····	144
第十二章 危害国家安全犯罪·····	168
第十三章 危害公共安全罪·····	170
第十四章 破坏社会主义市场经济秩序罪·····	184
第十五章 妨害社会管理秩序罪·····	212
第十六章 贪污贿赂罪·····	245
第十七章 渎职罪·····	257



刑法总则体系图表

【介绍】一颗星代表一般了解；三颗星代表比较重要；五颗星代表非常重要（考试必考点）

刑 法 总 论	基础论	刑法概说	1. 刑法的概念★ 2. 刑法的性质★ 3. 刑法的解释★★★★★			
		刑法的基本原则	1. 罪刑法定原则★★★★★ 2. 罪刑均衡原则★ 3. 适用平等原则★			
		刑法的适用范围	空间适用	1. 属地原则★★★ 2. 属人原则★★★ 3. 保护原则★★★ 4. 普遍管辖原则★★★		
			时间适用	从旧兼从轻原则★★★		
	犯罪论	犯罪构成	客观 违法层面	构成要件	1. 行为主体★★★ 2. 行为对象★ 3. 危害行为★★★★★ 4. 危害结果★★★ 5. 因果关系★★★★★	
				阻却事由	1. 正当防卫★★★★★ 2. 紧急避险★★★ 3. 被害人承诺★★★	
		主观 责任层面	构成要件	1. 犯罪故意★★★★★ 2. 犯罪过失★★★★★ 3. 无罪过事件★★★ 4. 事实认识错误★★★★★		
			阻却事由	1. 责任年龄★★★★★ 2. 责任能力★★★★★ 3. 违法性认识可能性★★★ 4. 期待可能性★★★		
	未完成形态	1. 犯罪预备★★★ 2. 犯罪未遂★★★★★ 3. 犯罪中止★★★★★				

刑法总论	犯罪论	共同犯罪	1. 共同犯罪的基础理论★★★ 2. 共同正犯★★★ 3. 间接正犯★★★ 4. 狭义的共犯(教唆犯与帮助犯)★★★★★ 5. 承继的共犯(中途上了贼船)★★★★★ 6. 片面的共犯★★★ 7. 共犯的特殊问题★★★★★ 8. 共犯的处罚★★★	
		罪数	实质的一罪	1. 继续犯★★★ 2. 想象竞合犯★★★★★ 3. 结果加重犯★★★★★
			法定的一罪	1. 结合犯★★★ 2. 集合犯★
			处断的一罪	1. 连续犯★ 2. 牵连犯★★★ 3. 吸收犯★★★
	刑罚论	刑罚的体系	主刑	1. 管制★★★ 2. 拘役★★★ 3. 有期徒刑★ 4. 无期徒刑★ 5. 死刑★★★★★
			附加刑	1. 罚金★★★ 2. 没收财产★★★ 3. 剥夺政治权利★★★ 4. 驱逐出境★
		刑罚的裁量	1. 量刑情节★★★★ 2. 累犯★★★★★ 3. 自首★★★★★ 4. 立功★★★★★ 5. 数罪并罚★★★★★ 6. 缓刑★★★★★	
		刑罚的执行与消灭	1. 减刑★★★ 2. 假释★★★★★ 3. 追诉时效★★★★	



第一章

刑法概论

第一节 刑法的基本原则

罪刑法定原则

条文	第3条：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”	
含义	“法无明文规定不为罪”，“法无明文规定不处罚”，定罪和量刑要有刑法的规定。	
基本内容		
内容分类	含义	举例
成文的罪刑法定	成文的罪刑法定原则所要求的是法律主义，即只有成文的法律才可以规定犯罪及其法律后果。	成文的罪刑法定原则排斥习惯法、判例、政策、行政法规。
事前的罪刑法定 (禁止事后法)	国民总是根据现行有效的法律来规划和实施自己的行为，需要知道自己什么样的行为是法律所允许的，什么样的行为是法律所禁止的。原则上不能用事后的法律去评判之前的行为，这对公民而言是极为不公平的。	<ol style="list-style-type: none"> 1. 对行为时并未禁止的行为科处刑罚； 2. 对行为时虽有法律禁止但并未以刑罚禁止(未规定法定刑)的行为科处刑罚； 3. 事后提高法定刑或者加重刑罚内容； 4. 事后减少犯罪构成要件或者降低犯罪成立条件而增加犯罪的可能性。
严格的罪刑法定	类推解释是指需要判断的具体事实与法律规定的构成要件基本相似时，将后者的法律效果适用于前者。	<p>更准确地说，是禁止不利于行为人的类推解释，允许有利于行为人的类推解释。</p> <p>例如，第389条第3款规定：“因被勒索给予国家工作人员财物，没有谋取不正当利益的，不是行贿。”可以类推适用于对非国家工作人员行贿罪。</p>
确定的罪刑法定	该原则要求刑罚明确、确定和适当。	任何罪状都不违反罪刑法定原则。
总结	<ol style="list-style-type: none"> 1. 事后法和类推解释因为不尊重国民预测性，所以原则上都是被禁止的。但是如果事后法和类推解释有利于行为人，依旧可以适用。因为有利的内容不会违反预测性，不会出现不公平的现象。 2. 罪刑法定原则的思想基础是民主主义，通过对制刑权、求刑权、量刑权、行刑权的全方位制约来更好地保障人权。 	

第二节 刑法解释

概念	刑法解释是对刑法规定用语的意义进行说明，是赋予刑法规范特定含义的思维或实践过程。刑法解释必须要探究法条用语的含义，揭示其所描述的事实、表达的价值判断和应然观念。“法律人的技艺，就是论证” ¹ 。		
解释的种类和效力	有效解释	立法解释	是指在刑法施行过程中，立法机关（全国人大常委会）对发生歧义的规定所作的解释。
		司法解释	最高人民法院、最高人民检察院对法律应用问题所作的解释，具有普遍的适用效力。
	无效解释	学理解释	由有权机关之外的机关、团体、社会组织、学术机构、国民个人对刑法所作的解释。
	效力强弱	立法解释 > 司法解释 > 学理解释	
	总结	<p>1. 刑法的渊源是法律本身；解释不是刑法本身；解释不是渊源²；但是解释具有和法律相同的效力。</p> <p>2. 解释刑法并不意味着存疑时作出有利于被告的解释。存疑时有利于被告的原则只是刑事诉讼法中的证据法则，如果一存在疑问就作出有利于被告的解释，即使没有疑问也可能存在人为制造疑问的现象，那刑法就会成为一纸空文。例如，刑法中的“贩卖”是否仅限于购买后再出卖，这是有疑问的。在面对行为人出卖了其所拾得的500克海洛因的案件时，恐怕不能得出有利于被告的无罪结论。</p> <p>3. 如果问旧的立法解释和新的司法解释关于同一个问题谁的效力更大？答曰：老子和儿子谁听谁的？很明显，儿子（新的）要听老子（旧的）的话，因为差着辈呢。所以立法解释在效力上一定大于司法解释，无论新旧。</p>	
解释的理由和种类	概念	解释理由，即解释者在解释时需要借鉴、参考的事项、条件或论据。解释理由无穷无尽，常见的有：	
	文理解释	是指按照表述法律规范的文字的字面含义进行的一种解释，包括对条文中字词、概念等文字字义的解释。但是由于用语具有模糊性、多义性等特点，将文理解释作为解释理由，其说服力总是有限的，需要参考其他的解释理由。	

1 [德] 英格博格·普珀

2 参考2017年卷二第1题A项：司法解释也是刑法的渊源，故其时间效力与《刑法》完全一样，适用从旧兼从轻原则（错误选项）。

解释的 理由和种类	体系解释	<p>是指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。简而言之，体系解释就是语文中的“联系上下文分析某一词汇在不同语境下所具有的不同含义”。</p> <p>例 1、“伪造”和“变造”两个词汇，前者往往是能够包含后者的，《刑法》第 196 条关于信用卡诈骗罪中“使用伪造的信用卡的”，其中“伪造”是包含“变造”的。</p> <p>例 2、《刑法》第 170 条规定了伪造货币罪，第 173 条规定了变造货币罪，此时“伪造”就不能包含“变造”。</p> <p>例 3、传播淫秽物品罪与传播性病罪中“传播”的含义并不一致。前者的传播是指通过播放、陈列、在互联网上建立淫秽网站、网页等方式使淫秽物品让不特定或者多数人感知以及通过出借、赠送等方式散布、流传淫秽物品的行为。后者的传播是指明知自己患有梅毒、淋病等严重性病而卖淫、嫖娼的行为。通过对比不难发现，前者的传播侧重通过一定的媒介用于“观看”，后者则侧重通过身体来“感受”，一个是观看，一个是行动。</p>
	同类解释	<p>属于体系解释的一种，是指对于具有相同上位属性的用语可以作为同一类用语进行相当性解释。一般情况下，出现“其他”、“等”的词汇，表明属于同类性标志。例如，《刑法》第 20 条第 3 款：“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。”</p> <p>例如：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。</p> <p>【解读】以危险方法危害公共安全罪中的“危险方法”仅限于与放火、决水、爆炸、投放危险物质相当的方法，而不是泛指任何具有危害公共安全性质的方法。因为刑法将本罪规定在第 114 条与第 115 条之中，根据同类解释规则，它必须与前面所列举的行为相当。本案中，20 厘米的火堆对公共安全的危害很难达到放火、爆炸等犯罪行为的程度，所以不成立以危险方法危害公共安全罪，同理也不会成立放火罪（具体危险犯）。</p>
	当然解释	<p>入罪时举轻以明重，出罪时举重以明轻。即认为是犯罪的时候，轻的行为确定成立犯罪，那么与之相对应的重行为更应当认定为是犯罪；反之，在排除成立犯罪的时候，重的行为不成立犯罪，那么与之相对应的轻的行为更不应该成立犯罪。</p> <p>【注意】当然解释是根据形式逻辑来论证而得出的结论，而该结论并不一定符合罪刑法定原则。当然解释适用时，也要求案件事实符合刑法规定的犯罪构成，而不能简单地以案件事实严重为由追究行为人的刑事责任，即当然解释的结论，也必须能为刑法用语所包含。</p> <p>【真题】《刑法》第 356 条关于毒品再犯的规定不适用于未满 18 周岁的人。理由：累犯和毒品再犯相比较，累犯要重于毒品再犯，因为累犯的法律后果是从重处罚、不得缓刑和假释，而单纯的毒品再犯只是从重处罚。那么根据当然解释中的出罪举重以明轻，未满 18 周岁的人不成立累犯，当然也就不适用毒品再犯的规定。</p>

刑法解释技巧	平义解释	该解释一般是针对法律中的日常用语而言，即按照该用语最平白的字义进行解释。对专门的法律术语不会采用平义解释。例如，对于“战时”、“故意”等概念，只能按照刑法性规定做出解释。
	扩大解释	<p>又叫扩张解释。指刑法条文的字面通常含义比刑法的真实含义窄，于是扩张字面含义，使其符合刑法真实含义的解释技巧。扩大解释是对用语通常含义的扩张，不能超出用语可能具有的含义，也即不能超出国民的可预测范围。</p> <p>例1、将运钞车解释为金融机构，属于扩大解释。</p> <p>例2、将用法上的凶器，比如菜刀、板砖等解释为携带凶器抢夺中的“凶器”，属于扩大解释。</p>
	类推解释	<p>即将不符合法律规定的情形解释为符合法律规定的情形。其本质是违反罪刑法定原则的扩大解释，其解释的内容超出了国民的预测范围。</p> <p>例1、将劫持汽车罪中的“汽车”解释为包含火车、地铁，属于类推解释。因为劫持火车、地铁的，成立破坏交通工具罪。</p> <p>例2、将破坏军婚罪中的“同居”解释为包含通奸，属于类推解释。</p> <p>例3、将盗窃骨灰的行为认定为盗窃“尸体”，属于类推解释。</p>
	缩小解释	<p>刑法条文解释后的含义小于条文字面的含义。</p> <p>例1、将为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪的“情报”解释为“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”，属于缩小解释。</p> <p>例2、聚众淫乱罪应缩小解释为具有一定公然性的聚众淫乱。沙漠里、荒山中的聚众淫乱不能随意定罪。</p>
	反对解释	<p>即指根据刑法条文的正面表述，推导其反面含义的解释技巧。</p> <p>例如，对于亲告罪中的告诉才处理的，如果没有告诉，就不得处理。</p>
	补正解释	<p>指在刑法文字发生错误时，统观刑法全文加以补正，以阐明刑法真实含义的解释技巧。</p> <p>【注意】补正解释的核心在于“正”，并不是“补”。对使用不当的用语作出与刑法整体的相协调。</p> <p>例如，《刑法》第63条中的“以下”不包括本数，属于补正解释。因为“减轻”的含义要求量刑要降一个刑格，所以“以下”不包括本数，包括的话意味着该数字既属于上一刑格，也属于下一刑格，这就不能体现“减轻”的含义。</p>
	扩大解释 VS 类推解释	<p>1. 扩大解释是将刑法规范可能蕴含的最大含义揭示出来，是在一定限度内的解释极限化；类推解释是将刑法规范本身没有包含的内容解释进去，是解释的过限化。</p> <p>2. 类推定罪量刑不是适用刑法，而是创造刑法规范，是立法行为，而非司法活动，如果司法机关类推，那就违背了立法与司法的权力分立原则，是罪刑法定原则所禁止的。另外，立法解释也不能类推，因为立法解释不是立法，二者的程序是不同的。</p>

第三节 刑法的适用范围

一、刑法的空间适用范围

概念	刑法的空间适用范围，也称刑法的空间效力，所解决的是一国刑法在什么地域、对什么人适用的问题。	
属地原则 (我的地盘听我的)	条文	<p>第6条：“凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用本法。</p> <p>凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，也适用本法。</p> <p>犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内的犯罪。”</p>
	考点 汇总	<p>1. “领域内”指的是中华人民共和国的领土，包括领陆、领水、领空。</p> <p>2. 我国领域的延伸，悬挂或涂有我国国旗、国徽标识的航空器与船舶³也属于我国的领土范围。但是不包括国际长途汽车或者火车。</p> <p>3. 犯罪地的确定标准：行为地或者结果地（沾边就管）。</p> <p>(1) 行为与结果均发生在我国领域内的。</p> <p>(2) 仅行为发生在我国领域内或者仅结果发生在我国领域内的。</p> <p>(3) 只有一部分行为或者只有一部分结果发生在我国领域内的。以上这些情况都适用我国刑法。</p> <p>(4) 关于预备犯，预备行为实施地属于犯罪地。</p> <p>(5) 关于未遂犯，行为地和行为人希望、放任结果发生之地、可能发生结果之地，均属于犯罪地。</p> <p>(6) 关于共同犯罪，共犯行为只要发生在国内（哪怕一部分），就属于国内犯罪，有属地管辖权。</p> <p>① 实行犯在国内，教唆犯和帮助犯在国外，共犯从属性原则，一窝端，都可以管辖。</p> <p>② 实行犯在国外且构成犯罪（如故意杀人），教唆犯和帮助犯在国内，教唆犯、帮助犯适用我国刑法，实行犯国外管。</p> <p>③ 实行犯在国外且不构成犯罪（在阿拉斯加开设赌场），教唆犯和帮助犯在国内，教唆犯、帮助犯不适用我国刑法。</p> <p>4. 除外适用：(1) 享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任，通过外交途径解决；(2) 港澳台地区不适用大陆刑法；(3) 民族自治地方的特殊变通与规定。</p>

3 公海上的石油钻井平台，与船舶适用同样的原则。

属人原则 (中国人国外做坏事)	条文	<p>第7条：“中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法，但是按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的，可以不予追究。</p> <p>中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法。”</p>
	考点 汇总	<p>1. 我国公民在国外犯罪原则上适用我国刑法，但是犯轻罪(中国刑法规定最高刑为3年以下有期徒刑的)的，可以不追究刑事责任，也就意味着，追究刑事责任也是可以的。</p> <p>2. 国家工作人员和军人是没有例外情形的，不管所犯之罪是否为轻罪，一律追究刑事责任。(因为他们的身份和职权决定了其在领域外犯罪会直接危害国家安全与利益)</p>
保护管辖原则 (中国人国外被欺负)	条文	<p>第8条：“外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的，可以适用本法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。”</p>
	考点 汇总	<p>1. 适用本原则的前提条件是我们国家或我国公民在国外受欺负了。</p> <p>2. 行为触犯的必须是重罪(轻罪不管你)，即中国刑法规定最低刑为3年以上有期徒刑。</p> <p>3. 双重犯罪地原则，即我国法律和犯罪地法律都认为这种行为是犯罪。</p>
普遍管辖原则 (打击国际犯罪)	条文	<p>第9条：“对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用本法。”</p>
	考点 汇总	<p>1. 适用需要满足的条件：</p> <p>(1) 危害人类共同利益的犯罪，例如劫持民用航空器(不包括军用、政府性质的航空器)、国际贩毒、国际贩奴、灭绝种族等；</p> <p>(2) 我国缔结或者参加了公约；</p> <p>(3) 我国刑法也规定这种行为属于犯罪行为；</p> <p>(4) 罪犯出现在我国领域范围之内。</p> <p>2. 如果我国对某一行为适用了普遍管辖原则，此时适用的法律必须是我国现行的刑事法律规范，不能适用缔结或参加的国际公约。</p>
四大原则 的适用先后 顺序	属地原则 > 属人原则 > 保护原则 > 普遍管辖原则	

二、刑法的时间适用范围

条文	<p>第12条：“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。</p> <p>本法施行以前，依照当时的法律已经作出的生效判决，继续有效。”</p>
----	---

含义	我国刑法关于时间效力的原则是：从旧兼从轻原则。该原则指的是，原则上适用旧法，除非新法的规定对行为人更有利时，才适用新法。										
	情形	刑法规定	适用原则	新法溯及力有无							
新旧法不一致	旧法不认为是犯罪	用旧法	从旧	无							
	旧法认为是犯罪 但新法不认为是犯罪	用新法	从轻	有							
新旧法都认为是犯罪且根据新法未超过追诉时效		原则上用旧法	从旧	无							
		如果新法处刑较轻，则用新法	从轻	有							
适用对象	刑法溯及力适用的对象只能是未决犯，对于已决犯不适用。										
关于司法解释的时间效力	<p>1.(从新原则)解释是对法律条文的阐释和说明，法律条文之前没有出现相关解释，解释什么时候出，什么时候用，随时有效。因为对法条的阐释和说明是可以随时出现的。</p> <p>例如，行为时无相关司法解释，新司法解释实施时正在审理的案件，应当依新司法解释办理⁴。这句话就是正确的。</p> <p>2.(从旧兼从轻)针对同一个法律条文，之前存在相关解释，随后又出台一个新解释，前后有冲突的话，坚持从旧兼从轻原则。</p> <p>例如，行为时有相关司法解释，新司法解释实施时正在审理的案件，仍须按旧司法解释办理⁵。这句话就是错误的。</p> <p>3.</p> <div style="text-align: center;"> <table border="1" style="margin: auto;"> <tr> <td style="padding: 5px;">刑法法条 (2015)</td> <td style="padding: 0 10px;">⇒</td> <td style="padding: 5px;">犯罪行为 (2018)</td> <td style="padding: 0 10px;">⇒</td> <td style="padding: 5px;">司法解释 (2019)</td> <td style="padding: 0 10px;">⇒</td> <td style="padding: 5px;">被抓捕 (2020)</td> </tr> </table> </div> <p>【问题】 2019年的司法解释能否适用于2018年的犯罪行为？</p> <p>【回答】 可以。司法解释是对刑法条文的阐释与说明，2015年的刑法条文在2018年的犯罪行为之前，即满足事前的罪刑法定原则，该法条可以对其之后的行为加以评价适用。而2019年的司法解释是对2015年的刑法条文的说明，其溯及力是跟着法条走的，当然也就能对2018年的犯罪行为加以评价适用。</p> <p>【总结】 司法解释(“小弟”)跟着刑法法条(“大哥”)“混”，大哥能收拾的人，小弟也可以。即司法解释对其生效前、生效后的行为均可适用。</p> <p>【口诀】 只有新，新适用，只有旧，旧适用，有新又有旧，谁轻谁来秀。</p>				刑法法条 (2015)	⇒	犯罪行为 (2018)	⇒	司法解释 (2019)	⇒	被抓捕 (2020)
刑法法条 (2015)	⇒	犯罪行为 (2018)	⇒	司法解释 (2019)	⇒	被抓捕 (2020)					

4 2017年卷二第一题B项

5 2017年卷二第一题C项。注意其与上个脚注B项的区别在于行为时就有相关司法解释(司法解释虽然不是刑法的渊源和法条本身，但是具有和法律条文相同的法律效果，司法实践中被大量适用)，审理过程中又出来新的司法解释，这就出现前后两种解释的碰撞，为了公平起见，需要坚持从旧兼从轻原则。



第二章

犯罪构成

第一节 犯罪分类

亲告罪 VS 非亲告罪	条文	第 98 条：“本法所称告诉才处理，是指被害人告诉才处理。如果被害人因受强制、威吓无法告诉的，人民检察院和被害人的近亲属也可以告诉。”
	亲告罪 罪名	1. 诽谤罪，但是诽谤行为严重危害社会秩序和国家利益的除外。 2. 侮辱罪，但是侮辱行为严重危害社会秩序和国家利益的除外。 3. 暴力干涉婚姻自由罪，但是暴力行为导致被害人死亡的除外，导致被害人死亡的情形包括暴力引起被害人自杀的情形。 4. 虐待罪，但是本罪有 3 种情形属于亲告罪的例外： (1) 虐待行为致使被害人重伤； (2) 虐待行为致使被害人死亡； (3) 被害人没有能力告诉，或者因受到强制、威吓无法告诉的。 5. 侵占罪，本罪是真正的亲告罪，没有例外情况。
	提示	如果被害人因受强制、威吓无法告诉的，人民检察院和被害人的近亲属也可以告诉。由于《刑法修正案(九)》将虐待罪的此种情形直接认定为是公诉案件，所以虐待罪也就不再适用 98 条的规定。
身份犯 VS 非身份犯	身份犯是以特殊身份作为客观构成要件要素的犯罪。 如贪污罪、受贿罪、刑讯逼供罪、玩忽职守罪等。 非身份犯是不以特殊身份作为客观构成要件要素的犯罪。 如放火罪、故意杀人罪、抢劫罪、盗窃罪等。	

第二节 构成要件符合性

一、概说

犯罪构成	<p>犯罪成立条件(犯罪构成)，犯罪构成是刑法规定的，反映行为的法益侵犯性与非难可能性，为该行为成立犯罪所必须具备的违法构成要件和责任要件的有机整体。</p> <p>传统的刑法理论采取四要件说，但是目前法考中关于犯罪构成这个知识点上采取的是两阶层体系，也即：犯罪构成 = 违法构成要件(客观层面) + 责任要件(主观层面)。</p>
------	--

两阶层体系图	客观层面 (违法要件)	客观要件		客观阻却事由	
		<ol style="list-style-type: none"> 1. 行为主体 2. 危害行为 3. 行为对象 4. 危害结果 5. 因果关系(行为与结果的桥梁、纽带) 		<ol style="list-style-type: none"> 1. 正当防卫 2. 紧急避险 3. 被害人承诺 	
	主观层面 (责任要件)	主观要件		主观阻却事由	
		<ol style="list-style-type: none"> 1. 犯罪故意 2. 犯罪过失 3. 无罪过事件 4. 事实认识错误 		<ol style="list-style-type: none"> 1. 责任年龄 2. 责任能力 3. 违法性认识可能性 4. 期待可能性 	
<p>【提示】 上述客观要件中的“因果关系”不属于故意犯罪客观构成要件的组成部分，因为因果关系是实行行为与实害结果之间引起被引起的客观现象，所以将其归纳于此。简而言之因果关系的有无不影响故意犯罪的成立，只是影响故意犯罪的形态（后文详述）。</p>					
构成要件要素	记述构成要件要素 VS 规范构成要件要素	区别	是否需要主观价值判断。 记述不需要，规范需要。即仁者见仁，智者见智。		
		案例	记述的构成要件要素包括：毒品、妇女、护照、签证等。 规范的构成要件要素包括：淫秽物品、猥亵、残忍、严重、侮辱、恶劣、户、国家工作人员等。		
	成文构成要件要素 VS 不成文构成要件要素	区别	刑法是否明文规定。成文有规定，不成文无规定。		
		案例	成文的构成要件要素：例如，刑法第 236 条明文规定强奸罪的对象是“妇女”。 不成文的构成要件要素：例如，刑法第 264 条的盗窃罪没有规定“以非法占有为目的”，但实际上这些财产犯罪必须以非法占有为目的。“以非法占有为目的”就是这些罪名的不成文的构成要件要素。		
	客观构成要件要素 VS 主观构成要件要素	区别	表现内容有差异。客观属于外在、客观要素，主观属于内在、主观要素。		
		案例	客观的构成要件要素：行为、结果、身份等。 主观的构成要件要素：故意、过失、目的等。		

构成要件要素	积极构成要件要素 VS 消极构成要件要素	区别	犯罪成立的促进意义。积极的是从积极、正面角度肯定什么行为是犯罪，消极的是从消极、反面角度来否定什么行为是犯罪。
		案例	积极的构成要件要素：刑法中大多数构成要件都是积极的，消极的很少，所以要求反向记忆。 消极的构成要件要素：例如，《刑法》第389条行贿罪中规定：“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。”其中的“因被勒索”、“没有获得不正当利益”便是消极的构成要件要素，从反面否定了行贿罪的成立。
	真正构成要件要素 VS 表面构成要件要素	区别	是否为违法性提供根据。真正提供，表面不提供。
		案例	真正的构成要件要素：绝大多数的构成要件要素都是真正的构成要件要素。 表面的(虚假的)构成要件要素：例如，《刑法》第277条(妨害公务罪)第4款规定：“故意阻碍国家安全机关、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，造成严重后果的，依照第一款的规定处罚。”其中的“未使用暴力、威胁方法”不是成立犯罪的必备要件，因为使用了暴力，更构成犯罪(本罪的前三款为暴力型的方式)。仅仅起到与前三款的区分、界限作用。

二、行为主体

自然人	概念	<p>关于自然人，主要问题是特殊身份。特殊身份，是指行为人在身份上的特殊资格或特殊地位。特殊身份必须是在行为主体开始实施犯罪行为时就具有的特殊资格，不是在犯罪后或者犯罪过程中形成的。例如，贪污贿赂犯罪要求具备国家工作人员的身份，开始犯罪时你没有这个身份，是不能构成贪污贿赂犯罪的(指的是实行犯)。</p> <p>身份犯：构成要件要求自然人具备特殊身份，或者刑罚的加重减轻以具有特殊身份为前提的犯罪，称为身份犯。身份犯包括真正身份犯与不真正身份犯。</p>	
	分类	含义	特征
	真正身份犯	<p>又称定罪身份、构成身份，只有具备某种身份才能构成犯罪。如：贪污贿赂犯罪要求行为人具备国家工作人员的身份。</p>	<p>1. 针对实行犯的要求；</p> <p>2. 定罪身份在开始犯罪时就具备。</p>
	不真正身份犯	<p>又称加减身份、量刑身份，不影响定罪，仅影响量刑的身份。如：国家机关工作人员犯诬告陷害罪的从重处罚。</p>	<p>常见的有：诬告陷害罪；非法拘禁罪；非法搜查罪；非法侵入住宅罪；妨害作证罪；帮助毁灭、伪造证据罪。</p>

单位犯罪	条文	<p>第 30 条：“公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为，法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任。”</p> <p>第 31 条：“单位犯罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。本法分则和其他法律另有规定的，依照规定。”</p> <p>立法解释：“公司、企业、事业单位、机关、团体等单位实施刑法规定的危害社会的行为，刑法分则和其他法律未规定追究单位的刑事责任的，对组织、策划、实施该危害社会行为的人依法追究刑事责任。”</p>
	考点汇总	<p>1. 单位犯罪，是指公司、企业、事业单位、机关、团体为本单位谋取非法利益或者为单位全体或多数成员谋取非法利益，由单位决策机构按照决策程序做出决策，由直接责任人员负责实施的犯罪。</p> <p>2. 单位与成员的关系： (1) 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。 (2) 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。 (3) 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。</p> <p>3. 相关司法解释：四种看似单位犯罪的自然人犯罪。 (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) 盗用单位名义实施犯罪，违法所得由实施犯罪的个人私分的。 (4) 没有取得法人资格的独资、私营企业实施犯罪的。</p> <p>4. 特殊主体资格： (1) 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时，直接追究其直接责任人员或主管人员的刑事责任。 (2) 单位犯罪后，该单位发生分立、合并或者其他资产重组等情况的，该单位虽主体发生变更，因其实质上并未消灭，其权利义务由变更后的单位承受，故对其实施的犯罪仍具备刑事责任能力，仍应追究原单位的刑事责任⁶。 (3) 以单位的分支机构或者内设机构、部门的名义实施犯罪→同时满足：①以自己名义犯罪；②违法所得归该机构、部门→成立单位犯罪。</p>

6 2002 年《最高人民法院、最高人民检察院、海关总署关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》十九：关于单位走私犯罪后发生分立、合并或者其他资产重组情形以及单位被依法注销、宣告破产等情况下，如何追究刑事责任的问题：

单位走私犯罪后，单位发生分立、合并或者其他资产重组等情况的，只要承受该单位权利义务的单位存在，应当追究单位走私犯罪的刑事责任。走私单位发生分立、合并或者其他资产重组后，原单位名称发生更改的，仍以原单位（名称）作为被告单位。承受原单位权利义务的单位法定代表人或者负责人为诉讼代表人。

单位走私犯罪后，发生分立、合并或者其他资产重组情形，以及被依法注销、宣告破产等情况的，无论承受该单位权利义务的单位是否存在，均应追究原单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。

1998 年《最高人民法院研究室关于企业犯罪后被合并应当如何追究刑事责任问题的答复》：人民检察院起诉时该犯罪企业已被合并到一个新企业的，仍应依法追究原犯罪企业及其直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。人民法院审判时，对被告单位应列原犯罪企业名称，但注明已被并入新的企业，对被告单位所判处的罚金数额以其并入新的企业的财产及收益为限。

2012 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 287 条：审判期间，被告单位合并、分立的，应当将原单位列为被告单位，并注明合并、分立情况。对被告单位所判处的罚金以其在新单位的财产及收益为限。

单位犯罪	考点 汇总	<p>5. 根据上述立法解释规定:</p> <p>例 1、单位实施放火, 虽然刑法规定单位不能成为放火罪主体, 但是可以直接追究直接责任人的自然人犯罪, 也即放火罪。</p> <p>例 2、刑法规定贷款诈骗罪只能由自然人构成。如果单位实施贷款诈骗, 虽然不能认定单位构成贷款诈骗罪, 但可以认定单位的直接责任人构成贷款诈骗罪。</p> <p>结论: 只要单位没有被法律规定为某罪的主体, 那么该单位就不会成为这个罪的正犯和共犯, 受到处罚的一律是相关自然人。</p>
		<p>6. 单位犯罪的处罚:</p> <p>(1) 双罚制: 单位 + 自然人</p> <p>(2) 单罚制: 自然人</p> <p>【口诀】 “单位犯罪的处罚, 自然人跑不掉”</p> <p>【提示】 对于单位的处罚只有一种形式: 罚金。</p>

▣ 三、危害行为

(一) 概述

含义	犯罪是法益侵害的行为。危害行为是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。	
危害行为特征	有体性	能够改变客观事物的身体动或者静, 不包括犯意形成与流露。提醒: 言论属于思想范畴, 但是发表言论属于行为范畴。
	有意性	受人的意识和意志支配下的身体动或者静, 不包括反射动作、睡梦中的动作等。例如, 梦游强奸案。
	有害性	至少具备法益侵害可能性。法益侵害性的有无直接影响不能犯与犯罪未遂的区分。例如, 甲拿刀杀乙, 丙及时将乙推开, 丙的行为不属于危害行为。
实行行为 (核心)	<p>1. 一般来说, 刑法分则所规定的构成要件行为是实行行为, 如故意杀人罪中的“杀人”就是实行行为。实行行为是使各种犯罪的构成要件具有自身特色的最主要的要素。</p> <p>2. 刑法上的危害行为, 从犯罪形态角度分, 包括预备行为和实行行为; 从共同犯罪角度分, 包括教唆行为、帮助行为和实行行为。其中实行行为占据核心地位。</p> <p>3. 实行行为是刑法分则规定的、具有法益侵犯紧迫性、为社会生活所不容许的行为。其构成要件如下:</p> <p>(1) 实行行为必须符合刑法规定的具体犯罪的构成要件。例如, 故意杀人罪的实行行为是杀人行为, 要求具有剥夺他人生命的危险性。</p> <p>(2) 危害行为是指对刑法所保护的法益制造危险的行为, 如果这种危险性极低, 也不属于实行行为, 只有那些对法益制造现实、紧迫、直接危险的行为, 才属于实行行为。这是其与预备行为、共犯行为(教唆行为、帮助行为)的关键区分。</p> <p>(3) 实行行为并不是任何与法益侵害结果具有某种联系或条件的行为, 而必须是类型性的法益侵害行为。例如, 甲希望乙跑步时摔死而劝乙跑步, 即使乙跑步时碰巧摔死, 也不能将甲的劝说行为认定为杀人行为。</p>	

实行行为 (核心)	<p>(4) 减少或避免了法益侵害的行为，不属于实行行为。例如，一块砖头正要砸中张三的头部，李四用木棍挡了一下砖头，使张三头部受伤的程度减轻，李四的行为不属于实行行为。再如，小孩从3楼掉下来，路人孙某伸手去接，没有接住，小孩摔死，孙某的行为同样不属于实行行为。</p> <p>(5) 行为虽然对结果的发生做出了贡献，但行为本身不具有发生结果的危险性，不属于实行行为。例如，甲将自己的斧头借给乙劈柴，乙在劈柴时不小心导致家人受伤，甲的出借行为不属于实行行为。</p>
	<p>4. 实行行为与其他刑法理论的关联：</p> <p>(1) 区分犯罪预备与犯罪未遂：着手(实行行为的起点)之前为预备阶段，之后为实行阶段。</p> <p>(2) 区别犯罪未遂与不能犯：没有开始实行行为，不能成立犯罪未遂，如果行为没有侵犯法益可能时，为不能犯。</p> <p>(3) 影响因果关系判断：因果关系是实行行为与实害结果之间引起与被引起的关系。</p> <p>(4) 影响共犯人的分类：共同犯罪根据分工不同，可以分为实行犯、教唆犯、帮助犯。</p>

(二) 作为犯与不作为犯

	形式	含义	技巧
分类	作为犯	以积极的身体举动实施刑法禁止的行为	不让你干你偏干
	不作为犯	<p>以消极的身体静止不履行刑法规定的义务</p> <p>【提示】“消极的身体静止”不是指行为人没有任何身体活动，而是指其没有实施法所期待的行为。例如，逃税罪是不履行缴纳税款义务的行为，有这义务你不做，这就是不作为犯。但是不作为犯的逃税罪可以通过积极的方式(改账本)和消极的方式(不申报)来不履行义务。所以作为方式和不作为方式属于作为犯和不作为犯的下位概念。</p>	让你干你偏不干
作为与不作为关系	<p>作为与不作为的相竞合(并驾齐驱，条条大路通罗马)</p> <p>例如，汽车司机在十字路口遇到红灯时，仍然向行驶，导致行人死亡。从不应向前行驶而向前行驶(不应为而为)来看，属于作为；从应当刹车而不刹车(应为而不为)的角度来看，则属于不作为。所以此案件从两个角度分别分析，均可以得出一致的结论(即交通肇事罪)。</p>		
	<p>作为与不作为的相结合(双手合十，缺一不可)</p> <p>例如，抗税是逃避纳税义务的行为。在此意义上说，抗税行为包括了不作为。但是另一方面，抗税罪并非单纯的不履行纳税义务，还要求行为人实施了“抗”税的行为。根据刑法规定，以暴力、胁迫方法拒不缴纳税款的，是抗税。而上述手段行为只能表现为作为，故抗税行为同时包含了作为与不作为。</p>		

不作为犯罪的分类	真正的不作为犯	<p>是指刑法明文规定只能由不作为构成的犯罪。</p> <p>【常考总结】 6 “不” +1 “弃”</p> <p>(1) 丢失枪支不报罪 (2) 不报安全事故罪</p> <p>(3) 拒不支付劳动报酬罪 (4) 拒不执行判决、裁定罪</p> <p>(5) 巨额财产来源不明罪 (6) 拒不履行信息网络安全管理义务罪</p> <p>(7) 遗弃罪</p> <p>【提示】 当题目中出现以上 7 种罪名的描述时，只有表述为真正的不作为犯罪，才是正确结论。如果将其描述为作为与不作为的相结合或者相竞合等，都是错误结论。</p>
	不真正的不作为犯	<p>行为人以不作为方式实施了通常由作为方式实施的犯罪。也即：不真正的不作为犯 = 作为 (常态) or 不作为。</p> <p>例如，故意杀人罪，既可用刀捅死人，也可将婴儿活活饿死。当用不作为饿死婴儿时为不真正不作为犯。</p>
不真正不作为犯的成立条件		
记忆公式	应为 → 能为 → 而不为 → 产生等价性	
作为义务的发生根据	<p>1. 对危险物的管理义务</p> <p>例 1、主人对饲养的凶狗负有监督义务，动物园的管理人对饲养的动物有管理义务。当动物咬人时，负有阻止义务。</p> <p>例 2、机动车的所有人有阻止没有驾驶资格的人或者醉酒的人驾驶汽车的义务。</p>	
	<p>2. 对他人危险行为的监督义务 (这里的他人与行为人一般具有监护、监管关系)</p> <p>例 1、父母对年幼子女的危险行为负有监督义务。如果年幼子女伤害别人，父母有阻止和救助义务。</p> <p>例 2、具有完全行为能力的人之间不存在监督义务，如夫妻之间、成年的兄弟姐妹之间并不具有这样的监督义务，妻子明知丈夫受贿而不制止的，并不成立受贿罪的帮助犯。</p>	
	<p>3. 对自己先前行为引起的法益侵害危险的防止义务。先前行为可以是合法行为，也可以是违法甚至是犯罪行为</p> <p>例 1、意外提供有毒食品引起他人中毒，提供者有救助义务。</p> <p>例 2、甲在黑夜里将车停在高速路上，不采取措施以防止后面车辆“追尾”，导致车辆相撞。甲对受伤司机有救助义务。</p> <p>例 3、大街上，男朋友向女朋友提出分手，女朋友声称如果分手就割腕自杀。男朋友不制止，女朋友自杀身亡。由于提出分手不会给女朋友的生命创设危险，所以男朋友没有救助义务。</p>	

<p>作为义务 的发生根据</p>	<p>4. 紧急避险行为可以作为先行行为而产生作为义务</p> <p>例如，甲追杀乙，乙在逃跑过程中发现骑着摩托车的丙，乙用力将丙拖下车，骑车逃跑，摆脱甲的追杀后，乙骑着摩托车寻找丙，想将车返还并当面致歉，找到丙后，乙发现丙重伤昏迷，为逃避责任，乙将车子丢下后逃离，丙因未得到及时救治而死亡，乙之前的紧急避险行为对丙造成了伤害，当然存在救助义务，乙能救不救，构成不作为形式的故意杀人罪。</p> <p>【延伸】正当防卫造成的损害，防卫者原则上无救助义务，因为该损害结果是由不法侵害者自己造成的（你不侵犯别人，别人不会反击）。但是对防卫限度之外能造成的结果（即过当部分）是具有阻止义务的。</p> <p>【问题】正当防卫对不法侵害人是否存在救助义务？需要分不同情形处理：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 如果正当防卫造成被害人死亡也不过当时，正当防卫人没有救助义务。 2. 如果正当防卫致人伤害并未过当，而且该伤害不可能导致死亡（即没有过当危险），正当防卫人同样没有救助义务。 3. 如果正当防卫造成了伤害（该伤害本身不过当），并具有死亡的紧迫危险（即具有防卫过当的危险），发生死亡结果就会过当，那么，应该认定正当防卫人具有救助义务。 <p>【提示】即便防卫者存在上述第三种情况的救助义务，针对造成过当的结果（如死亡）也应认为是之前作为行为和后面不作为行为共同导致的防卫过当。不能孤立认为只是后面行为独立导致的防卫过当。</p>
	<p>5. 被害人自陷风险的行为，行为人没有救助义务</p> <p>自陷风险是指行为人的行为对法益没有制造现实、直接的危险，但是提供了一定的可能条件。被害人对风险有认识，并具备控制和消除能力，但是自愿陷入特定风险，导致危害结果发生。行为人的行为不是刑法上的危害行为，对被害人的法益侵害结果不承担责任。</p> <p>例 1、甲为了逗乙，向湖中扔三百元，乙跳入湖中去捡，被湖水淹死。乙的行为属于被害人自陷风险，与甲无关。</p> <p>例 2、甲想杀乙，得知乙毒瘾很大，所以，无偿为乙提供大量毒品，乙欣喜若狂，一次吸食大量毒品后死亡。乙属于自陷风险，与甲无关。</p>
	<p>6. 行为人实施没有增加、制造危险或者该危险并不紧迫、微不足道的行为，无作为义务</p> <p>例 1、甲将自己的一把精美藏刀拿给乙观看欣赏时，乙突然看见了自己的仇人丙，并对其实施了杀人行为，甲没有作为义务。</p> <p>例 2、路人甲将路边拾得的婴儿抱到了福利院大门前，该行为没有制造婴儿生命健康的危险或者说是甲的行为降低了婴儿所面临的危险程度。</p>
	<p>7. 基于法律规范而产生的保护法益义务（法律规范将某项法益的保护设定给特定行为人，行为人就负有保护义务）</p> <p>例 1、成年人带儿童出去游玩，负有保护儿童生命健康的义务。</p> <p>例 2、普通人发现火灾而不报警的，不成立不作为犯罪，因为法益保护不依赖于报警人。</p>

作为义务 的发生根据	<p>8. 基于职务、业务、制度规定产生的保护义务</p> <p>例 1、警察对犯罪行为中的被害人有救助义务。</p> <p>例 2、医生对病人有救助义务。</p>
	<p>9. 基于自愿(合同与自愿接受行为)而产生的保护义务</p> <p>例 1、签订照管合同的保姆对婴儿有保护义务。</p> <p>例 2、保镖有保护雇主安全的义务,当雇主生命受到威胁能救助而不救助的,可构成不作为形式的故意杀人罪。</p> <p>例 3、妻子自杀时,丈夫有救助义务。</p>
	<p>10. 对自己支配的建筑物、汽车等场所内的危险的阻止义务</p> <p>例 1、出租车司机看到车上男乘客在强奸女乘客,司机负有阻止义务。司机如果不阻止,就构成强奸罪的不作为形式的帮助犯。</p> <p>例 2、自家的封闭庭院里突然闯入一个危重病人或者生活不能自理的儿童,他人不能发现和救助,庭院的支配者有义务救助。</p> <p>例 3、卖淫女在嫖客家与嫖客发生关系,嫖客心肌梗塞,卖淫女没有救助义务。如果事情发生在卖淫女住宅内,则卖淫女有救助义务。</p>
	<p>11. 对发生在自己身体上的危险行为的阻止义务</p> <p>例如,男子任由幼女对自己实施猥亵行为时,因为该危险发生在男子身体上,该男子负有阻止义务,否则成立不作为的猥亵儿童罪。</p>
作为的可能性	<p style="text-align: center;">作为的可能性 = 个人能力 + 客观环境</p> <p>例 1(个人能力):大叔带邻居小孩游玩,小孩和大叔均落水。虽然大叔有救助义务,但是他不会游泳,自身难保,没有去救小孩,不构成不作为犯。</p> <p>例 2(客观环境):甲带自己的外甥去黄河的壶口瀑布游玩,甲的外甥由于调皮不慎掉入了瀑布之中,虽说甲非常善于游泳,此时由于身处吞吐量极大的壶口瀑布,甲根本无法救助,不能强迫要求甲有救助义务。</p>
结果回避的可能性	<p>该项有个前提条件,就是客观上要有履行的可能性,即结果避免可能性。如果行为人再怎么尽力作为,危害结果仍不可避免的发生,那么行为人不构成不作为犯罪。这便要求危害结果的发生和不履行义务之间具有因果关系。如果危害结果的发生不是不履行义务导致的,那么行为人不构成不作为犯。</p> <p>例如,甲在车间工作时,不小心使一根铁钻刺入乙的头颅,甲没有立即将乙送往医院而是逃往外地。甲一直以为是自己不及时救助导致乙死亡,但医院证明,即使将乙送往医院,乙也不可能得到救治。</p>
不作为与作为的等价性	<p>“应为、能为、而不为”是成立不作为犯的定性要求,具备了,只能说明该行为属于不作为。但是,是否达到值得科处刑罚的程度,还有个量的要求。</p> <p>例如,苏明成和父亲苏大强闹别扭:(1)三天没理父亲,没给父亲做饭,父亲大强只能自己买着吃,这种行为很明显达不到处罚的程度,无罪;(2)将父亲逐出家门,父亲大强一人在城市的街头流浪,半年后被发现时精神恍惚、疾病缠身,儿子明成成立遗弃罪;(3)开车将父亲大强拉到塔克拉玛干沙漠,然后自己开车回家,该行为可成立遗弃罪与故意杀人罪的想象竞合犯,按照重罪故意杀人罪定罪处罚。</p>

对持有的理解	1. “持有”行为，是指人对物的实力支配。法考通说认为：持有是一种作为方式。
	2. 认定持有型犯罪，只要行为人支配、控制特定违禁品即可，与行为人是否依法上交特定违禁品无关。
	3. 故意持有多种犯罪对象，成立多个持有型犯罪的，应当数罪并罚。与此相类似，同时故意走私多种对象，成立多个走私犯罪的，也应当数罪并罚。

四、危害结果

概念	危害结果是危害行为给刑法所保护的法益所造成的现实侵害事实（侵害结果）与现实危险状态（危险结果）。	
具体危险犯 VS 抽象危险犯	具体危险犯	<p>对法益的危险要求达到具体现实程度。是否达到具体危险，由法官来认定。</p> <p>例如：放火罪、爆炸罪、破坏交通工具罪。</p> <p>【特点】具体危险犯中的“危险”是一种生活、生产中常见的危险，该危险只有达到对刑法保护的法益现实的、具体的危险程度，才会被司法所惩处。</p> <p>例如：“放火”、“爆炸”行为生活中、生产中随处可见（点烟、生活做饭、爆破等），难道这些行为一出现，有一点点危险就能定罪吗？</p>
	抽象危险犯（行为犯）	<p>对法益的危险只要求达到一种抽象的危险感即可。是否达到抽象的危险感，由立法预先规定。</p> <p>例如：盗窃枪支罪；生产、销售假药罪；生产、销售有毒、有害食品罪等。</p> <p>【特点】也称行为犯，这种“危险”生活中不常见，只要行为人实施了该行为，行为本身就蕴含着危险的性质。</p>
	真题	<p>下列哪一犯罪属抽象危险犯？⁷</p> <p>A. 污染环境罪 B. 投放危险物质罪</p> <p>C. 破坏电力设备罪 D. 生产、销售假药罪</p>
结果加重犯	概念	指法律规定的—个犯罪行为（基本犯罪），由于发生了严重结果而加重其法定刑的情况。例如，故意伤害致人死亡、抢劫致人死亡等。
	结构模式	基本犯罪 + 加重结果 = 基本罪名 + 加重处罚

7 2015.2.14—D

【解析】A 结果犯；BC 具体危险犯；D 抽象危险犯。

结果加重犯	成立条件	<p>1. 实施基本犯罪行为，但造成了加重结果，二者之间具有直接因果关系。</p> <p>例如，故意伤害后，被害人在送往医院途中遇车祸死亡，介入因素中断因果关系，不属于故意伤害致人死亡的结果加重犯。</p>
		<p>2. 基本犯罪过，加重结果罪过。</p> <p>(1) 基本犯故意，加重结果过失</p> <p>例 1、故意伤害致死；</p> <p>例 2、强奸致使被害妇女死亡；</p> <p>例 3、拐卖妇女、儿童致使被拐卖的妇女、儿童死亡；</p> <p>例 4、暴力干涉婚姻自由致使被害人死亡；</p> <p>例 5、虐待致人重伤、死亡的。</p> <p>(2) 基本犯故意，加重结果过失或者故意</p> <p>例 1、抢劫致人重伤、死亡的；</p> <p>例 2、劫持航空器致人重伤、死亡的；</p> <p>例 3、强奸致使被害妇女重伤、死亡的。</p>
		<p>3. 刑法就发生加重结果加重了法定刑。</p> <p>加重了法定刑，是相对于基本犯罪的法定刑而言，即结果加重犯的法定刑高于基本犯罪的法定刑。如果刑法没有加重法定刑，结果再严重也不是结果加重犯。结果加重犯只能认定为一个罪，不能数罪并罚。</p> <p>例 1、遗弃行为致人重伤或死亡的，因为没有加重法定刑，不是结果加重犯，成立遗弃罪与过失致人重伤罪或过失致人死亡罪的想象竞合犯。</p> <p>例 2、虐待行为致人重伤或死亡的，成立虐待罪的结果加重犯。</p>
		<p>【真题】 关于结果加重犯，下列哪一选项是正确的？⁸</p> <p>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</p> <p>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</p> <p>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</p> <p>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</p>

▣ 五、刑法上的因果关系

概念	<p>刑法上的因果关系是指实行行为与现实危害结果之间的引起与被引起的关系。实行行为合法则地造成了结果时，结果就是实行行为的危险的现实化。因果关系中的原因，只能是类型化的实行行为，不包括预备行为。</p>
-----------	---

理论意义	<p>1. 影响故意犯罪形态的认定。在故意犯罪中，如果实行行为与危害结果之间存在因果关系，成立犯罪既遂；如果没有因果关系，则成立未遂或中止。</p> <p>例如，甲敲诈勒索乙（当地黑社会大哥）的钱财，乙十分欣赏甲的勇气，便给了甲2万元，甲成立敲诈勒索罪未遂。因为甲取得财物和敲诈勒索行为没有因果关系。</p>
	<p>2. 影响过失犯罪的成立。由于过失犯罪的成立须以造成实害结果为前提，这就要求过失行为与实害结果之间具有因果关系。</p> <p>例如，甲酒量极大，一天朋友聚会甲喝白酒8两，但是这点量对其根本没有任何影响，之后甲驾车回家的路上，由于行人突然闯红灯撞在了甲的车上当场死亡。本案中，甲酒后驾车属于违章行为，同时也出现了被害人死亡的结果，但是被害人的死亡结果并不是由于甲酒后驾车的违章行为所导致，即甲的违章行为与被害人的死亡结果之间没有因果关系，因此甲不成立交通肇事罪。</p>
	<p>3. 影响结果加重犯的成立。</p> <p>例如，甲只想伤害乙，致乙轻伤，又送乙去医院，途中第三人车祸致乙死亡。甲的伤害行为与乙的死亡没有因果关系，因此甲只构成故意伤害罪，而非故意伤害罪致人死亡。</p>
因果关系判断思路	<p>(一) 缩小范围去理解“刑法上的因果关系”</p> <p>1. 生活中原因与结果是相对的，随处可见。但是刑法研究因果关系的目的是解决行为人对危害结果是否应当承担刑事责任，所以，在认定因果关系时应当抽取危害行为与危害结果这对现象，研究其因果关系。</p> <p>2. 因果关系是不以人的主观意志为转移的客观存在。判断过程中，切勿因主观假想而影响因果关系的客观流程。</p> <p>3. 因果关系一般表现为两种现象（行为与结果）之间有着内在的、必然的、合乎规律的引起与被引起的关系。这是因果关系基本的和主要的表现形式，而偶然的、巧合的、低概率的引起与被引起的关系，不属于刑法上因果关系探讨的范围。</p> <p>例如：甲欲抢劫前面单身行走的妇女，便远远地跟踪。妇女发觉有人跟踪，为了“丢卒保车”，将提包扔下便跑。甲捡到提包，还追上妇女并扇一耳光，骂道：“你什么意思？施舍吗？”遂拿着提包离去。甲的抢劫行为只是预备行为，不构成抢劫罪既遂，而构成抢劫罪犯罪预备。甲捡走钱包的行为不构成盗窃罪或侵占罪，因为该财物已经属于妇女的抛弃物。</p> <p>(二) “条件说”是因果关系判断的“初印象”</p> <p>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。</p> <p>【公式】无A则无B，A即B因。</p> <p>例1：甲强奸乙女，乙女觉得无脸见人，深夜便服毒自杀。按照条件说，没有甲的强奸行为，乙女就不会自杀死亡，所以甲的强奸行为与乙女死亡结果之间具有因果关系。</p> <p>例2：甲女得知男友乙移情，怨恨中送其一双滚轴旱冰鞋，企盼其运动时摔伤。乙穿此鞋运动时，果真摔成重伤。按照条件说，没有女友送鞋的行为，男友就不会重伤，所以女友的行为与男友的重伤之间具有因果关系。</p> <p>【总结】上述案例按照条件说分析，均会得出因果关系存在的结论。但是这种“初印象”的结论在认定刑法上因果关系的存在与否时，未免有点“扯得离谱”，刑法是“屏障法”，自身具备的谦抑性让其不会过多“管辖”和“干涉”日常生活中的因果关系，而将主要精力放在具有高度危险性的实行行为所引起的侵犯法益结果的因果流程之上。</p> <p>(三) “相当因果关系说”限定合理范围</p> <p>该说认为实行行为对法益产生的危险应当是类型化的危险，而非偶然的危险，其制造的实害结果应当是类型化的结果，而非偶然的的结果。当实行行为的类型化危险相当性地实现为现实结果时，该结果才能算到实行行为头上。如果是偶然的、非类型化的、与实行行为不具有相当性的结果，不应归责于实行行为。</p>

具体判断 角度	角度一	<p>从因果关系的概念入手：刑法上的因果关系是指实行行为与现实危害结果之间的引起与被引起的关系。</p> <p>1. 是否为实行行为？逆向思维考查，具有较高的隐蔽性：如果题目本身的行为连实行行为都不是的话，那就没有必要去讨论刑法上的因果关系，即不存在因果关系。</p> <p>因果关系的题目设置的问法无非就是：关于因果关系的判断正确、错误的是？所以导致同学们的内心是将题目中的行为直接认定为属于实行行为，然后判断之时就直奔因果关系有无的主题，那么此时就忽略了一个十分重要的前提条件，即题目中的行为是否属于实行行为（对法益制造现实、紧迫、直接危险的行为）。此处如果设置考点的话，很多同学十分容易陷入命题人的陷阱之中。</p> <p>【真题】关于刑法上因果关系的判断，下列哪一选项是正确的？（2007. 2. 1）</p> <p>C. 丙经过铁路道口时，遇见正在值班的熟人项某，便与其聊天，导致项某未及时放下栏杆，火车通过时将黄某轧死。丙的行为与黄某的死亡之间存在因果关系</p> <p>【解析】本案中，丙和值班人员聊天是正常的社会行为，不会产生法所禁止的危险，因此根本不是实行行为，那还谈什么刑法上的因果关系？</p> <p>2. 反问法的应用！在肯定题目中的行为是实行行为的前提下进行内心反问，一问实害结果产生没？二问该结果是由哪一个或者哪几个实行行为导致的？这样能快速直接反映出因果关系概念中引起与被引起的特点。</p> <p>这样做题节省时间，而且可以肯定自己的内心结论，但是并不是所有因果关系的题目都可以采用此种高效便捷的方法。</p> <p>【真题 1】下列关于刑法上因果关系的说法哪些是正确的？（2003. 2. 41）</p> <p>C. 丙追杀情敌赵某，赵狂奔逃命。赵的仇人赫某早就想杀赵，偶然见赵慌不择路，在丙尚未赶到时，即向其开枪射击，致赵死亡。赵的死亡和丙的追杀之间没有因果关系</p> <p>反问过程：赵某死了吗？→死了→怎么死的？→开枪被打死的？→谁开的枪？→赫某开的→所以死亡结果归于赫某，与丙的追杀之间没有因果关系。</p> <p>【真题 2】关于因果关系，下列哪一选项是错误的？（2006. 2. 2）</p> <p>D. 甲与乙都对丙有仇，甲见乙向丙的食物中投放了 5 毫克毒物，且知道 5 毫克毒物不能致死，遂在乙不知情的情况下又添加了 5 毫克毒物，丙吃下食物后死亡。甲投放的 5 毫克毒物本身不足以致丙死亡，故甲的投毒行为与丙的死亡之间不存在因果关系</p> <p>反问过程：丙死了没？→死了→怎么死的？→被毒死的→谁的毒药发挥作用毒死的？→甲、乙的毒药一起发挥作用将丙毒死的→所以甲、乙的行为与丙的死亡均具有因果关系。</p>
------------	-----	---

<p>具体判断 角度</p>	<p>角度二</p>	<p>介入因素 (因果关系判断最为重要的考查方式) 根据三标准或者两标准来仔细判断前行为与后结果之间是否存在因果关系。</p> <p>1. 三标准法: 第一步: 先前行为对结果发生所起的作用大小 第二步: 介入因素异常性的的大小 (发生概率大小) 第三步: 介入因素本身对结果发生所起的作用大小</p> <p>2. 两标准法: 第一步: 介入因素正常还是异常, 如果正常, 不中断因果关系; 如果异常则进入第二步分析。 第二步: 看异常的介入因素是否独立导致结果的发生, 如果是, 中断因果关系, 如果不是则不中断因果关系。</p> <p>【真题】 下列关于刑法上因果关系的说法哪些是正确的? (2003. 2. 41)</p> <p>A. 甲欲杀害其女友, 某日故意破坏其汽车的刹车装置。女友如驾车外出, 15 分钟后遇一陡坡, 必定会坠下山崖死亡。但是, 女友将汽车开出 5 分钟后, 即遇山洪暴发, 泥石流将其冲下山摔死。死亡结果的发生和甲的杀害行为之间, 没有因果关系</p> <p>B. 乙欲杀其仇人苏某, 在山崖边对其砍了 7 刀, 被害人重伤昏迷。乙以为苏某已经死亡, 遂离去。但苏某自己醒来后, 刚迈了两步即跌下山崖摔死。苏某的死亡和乙的危害行为之间存在因果关系</p> <p>【解析】 A 项正确, 甲实施了危害行为, 女友最终死亡, 中间介入了山洪暴发的因素, 首先判断该介入因素是异常的, 其次该异常的介入因素独立导致了女友的死亡结果, 所以中断因果关系。即死亡结果的发生和甲的危害行为之间不存在因果关系。</p> <p>B 项正确, 乙之前有重伤的危害行为, 之后苏某坠崖死亡, 中间介入了被害人自己迈步坠崖的行为, 对于这个介入因素, 我们判断醒来迈步坠崖是正常介入因素, 因为被害人重伤昏迷在悬崖边, 苏醒后意识极其不清, 迈步坠崖的发生概率极高, 所以该正常的介入因素不会中断因果关系, 所以被害人苏某的死亡是由于乙的重伤行为导致, 死亡结果与乙的伤害行为有因果关系。</p>
--------------------	------------	---

具体判断 角度	角度三	<p>因果关系结合犯罪中止进行考查</p> <p>原则：犯罪中止的成立条件：(1) 要具有中止行为；(2) 防止结果的发生</p> <p>例外：存在中止行为 + 结果发生 + 因果关系被介入因素中断 → 犯罪中止</p> <p>题目通过介绍存在中止行为但是结果依然发生的案例来考查依旧可以成立犯罪中止的例外情形，这里的例外情形可以看作是因果关系的关联考查。</p> <p>这个例外为什么在只有中止行为没有避免结果就能成立犯罪中止呢？对比原则和例外不难发现：原则中结果根本就没有发生，所以行为人的行为和根本没发生的结果之间肯定没有因果关系；而例外中正是由于结果被介入因素所中断，因此也就和之前的行为没有了因果关系，所以从这个角度去对比的话，这个例外当然也就在只有中止行为的情况下依然成立犯罪中止。</p> <p>【真题】甲为杀乙，对乙下毒。甲见乙中毒后极度痛苦，顿生怜意，开车带乙前往医院。但因车速过快，车右侧撞上电线杆，坐在副驾驶位的乙被撞死。关于本案的分析，下列哪些选项是正确的？(2014. 2. 53)</p> <p>A. 如认为乙的死亡结果应归责于驾车行为，则甲的行为成立故意杀人中止</p> <p>B. 如认为乙的死亡结果应归责于投毒行为，则甲的行为成立故意杀人既遂</p> <p>C. 只要发生构成要件的结果，无论如何都不可能成立中止犯，故甲不成立中止犯</p> <p>D. 只要行为人真挚地防止结果发生，即使未能防止犯罪结果发生的，也应认定为中止犯，故甲成立中止犯</p> <p>【解析】A项正确，如果认为乙的死亡结果应归责于驾车行为，那么投毒的行为与死亡也就没有了因果关系，与此同时甲将乙送往医院的行为又是真挚积极的努力（即存在中止行为），应认定犯罪中止，符合上述总结的例外情形。</p> <p>B项正确，如果认为乙的死亡结果应归责于投毒行为，那么死亡结果就与投毒行为有因果关系，当然构成故意杀人罪既遂。</p> <p>C项错误，如果危害结果与行为人的行为没有因果关系，而且行为人又做出了真挚积极的努力，完全可以成立犯罪中止。</p> <p>D项错误，如果有真挚的努力，但是行为与危害结果之间存在因果关系，而且没有阻止危害结果的发生，还是不会认定为犯罪中止。综上，所以AB当选。</p>
------------	-----	---

	<p>角度四</p>	<p>特殊体质：被害人存在特殊疾病的问题。</p> <p>特殊体质问题的结论：A、因果关系一定存在；B、行为人是否负责要看其主观心态。</p> <p>【提示】特殊体质的本质逻辑也是行为通常性、合法则引起结果的发生。例如，吓唬行为引起心脏病，划破皮肤引起血友病的流血不止。如果行为与结果之间不具备通常性、合法则的关系，依旧不能因为看似特殊体质而直接得出具备因果关系的结论。例如，甲将毒药拌在干果上，试图以诱骗乙吃干果的方式杀害乙，但乙对其中的干果有严重的过敏症状，不知情的甲连哄带骗让乙吃了5颗干果，乙的过敏症状引发其他疾病死亡（此时毒药的毒性尚未发作）。本案看似是特殊体质或狭义因果关系错误，其实不然，因为投毒不会通常导致过敏而死，只有导致毒死，该结果才会与行为有因果关系。</p> <p>【真题】关于因果关系，下列哪些选项是错误的？（2008.2.52）</p> <p>B. 乙以杀人故意瞄准李某的头部开枪，但打中了李某的胸部（未打中心脏）。由于李某是血友病患者，最后流血不止而死亡。乙的行为与李某的死亡之间没有因果关系。</p> <p>【解析】特殊体质问题，肯定存在因果关系，记住结论即可。</p>
<p>具体判断 角度</p>	<p>角度五</p>	<p>共同犯罪之部分实行全部责任。</p> <p>部分实行全部责任：共同犯罪中，每个人彼此相协作、补充，形成一个有机整体，导致结果的发生，实施了部分行为的人，也要对共同的整体所导致的全部结果承担责任。</p> <p>也即只要成立共同犯罪，所有的共犯对结果均须负责，均存在因果关系。</p> <p>【真题】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？（2016.2.7）</p> <p>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</p> <p>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</p> <p>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</p> <p>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</p> <p>【解析】本案为共同犯罪，而且甲、乙、丙是共同正犯，在共犯中要坚持部分实行全部责任，实施了部分实行行为的共同犯罪人，也要对共同的实行行为所导致的全部结果承担正犯的责任。因此，无论是否查清到底是谁的行为导致了被害人的死亡其实是无所谓的，甲、乙、丙三人行为与死亡结果都有因果关系，都要对死亡结果负责。综上，所以D当选。</p>

第三节 违法性阻却事由

一、一般正当防卫

<p>条文</p>	<p>第 20 条：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。</p> <p>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。”</p>
<p>适用前提</p>	<p>正当防卫是一种法定的客观违法阻却事由，适用的前提是：行为符合刑法分则规定的犯罪构成要件（即制造法律所禁止的风险）。也就是说正当防卫单纯从客观角度看，其属于“犯罪行为”，只是其披上了一件合法的外衣（即为了保护法益），才将自己本身的“犯罪行为”合法化。所以如果一个行为从客观角度去评判连“犯罪行为”都不是的话，那这种行为本身就是无罪的，也就不需要通过正当防卫的理论去证明其行为合法化，因为这么做简直就是多此一举。</p> <p>例如，甲乙有纠纷，甲想把乙推下船（乙躲闪），甲自己不小心掉入河中，乙害怕救上来后继续伤害自己而没有救助，后其他人将甲救起。乙不构成正当防卫。因为乙的躲闪行为根本就不是“犯罪行为”，所以也就谈不上正当防卫的探讨余地。</p> <p>【提示】 紧急避险也是同样如此，与正当防卫的适用是相同的逻辑。</p>
<p>成立条件</p>	<p>现实的不法侵害：不法性、侵害性、现实性</p> <p>关于不法性</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 不法侵害 = 犯罪行为 + 违法行为。只要侵害行为具有不法性，原则上都属于正当防卫的前提。因为一般的违法行为也属于侵犯法益的行为，而且防卫者很难准确把握犯罪与一般违法的区别，如果将不法侵害仅限于犯罪行为，将不利于公民行使防卫权，这并不是正当防卫的初衷。 2. 并非对任何违法犯罪行为都可以进行防卫，只是对那些具有进攻性、破坏性、紧迫性、持续性的不法侵害，在采取正当防卫可减轻或者避免法益侵害结果的情况下，才可以进行正当防卫。例如，重婚罪、贿赂罪等虽然是犯罪行为，但是这些犯罪不属于具有进攻性、破坏性、紧迫性的不法侵害，所以不能对之进行正当防卫。 3. 防卫主体不限于被害人本人。只要是面临不法侵害，不管是被害人本人，还是无关第三人（见义勇为），都可以正当防卫，予以制止。例如，甲在路上看到乙在抢劫丙，甲对乙可以进行正当防卫。再如，对于正在进行的拉拽方向盘、殴打司机等妨害安全驾驶、危害公共安全的违法犯罪行为，可以实行防卫。 <p>【注意】 成年人对于未成年人正在实施的针对其他未成年人的不法侵害，应当劝阻、制止；劝阻、制止无效的，可以实行防卫。</p>

<p>成立 条件</p>	<p>起因 条件</p> <p>4. 对合法行为不得进行正当防卫。正当防卫、紧急避险的行为不属于不法侵害，所以对正当防卫、紧急避险本身不能进行正当防卫。对正当防卫的反击行为属于故意侵害行为，对紧急避险的反击行为属于紧急避险。</p> <p>5. 针对“黑吃黑”的不法侵害可以实施正当防卫。例如，甲盗窃了巨额财物，知情的乙对甲的这笔赃物进行抢劫，甲奋力反抗将其击退，甲的行为可以认定为正当防卫。</p> <p>6. 对客观的不法侵害即可正当防卫——根据两阶层的犯罪构成体系，犯罪由客观阶层和主观阶层构成。一个行为符合客观阶层，就表明该行为在客观上具有法益侵害性⁹。至于行为人在主观阶层是否具有故意、过失，是否具有责任年龄、责任能力等，只是影响责任的承担。</p> <p>例1、甲突遇精神病人乙持刀袭击。乙追赶甲至一死胡同，甲迫于无奈，与其搏斗，将其打伤，甲的行为属于正当防卫。</p> <p>例2、甲在打猎过程中，由于疏忽，没有注意远处的小孩乙，丙发现后大喊甲注意远处的小孩，甲没能听到，丙拿枪击中甲的胳膊，及时避免小孩被甲打死。丙的行为属于正当防卫。</p> <p>关于侵害性</p> <p>1. 对侵害公法益(国家法益、社会法益)的不法行为，普通人原则上不能随意进行正当防卫。因为公法益的侵害，其防卫主体是特殊的(国家将这种防卫权赋予特殊的国家机关或个人，如警察等)，普通人并没这项权力，不能随意行使防卫权。但是如果这种侵犯公法益的行为同时也侵犯个人法益或极端危险(指望特定主体实施防卫权可能来不及等)时，普通人仍可以实施正当防卫。例如，甲不能为了保护国境安全而开枪射杀偷越国边境的乙。</p> <p>2. 针对不作为的不法侵害，同样可以行使正当防卫。例如，甲交通肇事，将行人乙撞成重伤。甲见乙受重伤，心生恐惧，刚想离开，被另一行人丙看到。丙见状要求甲将乙送至医院，甲不肯，丙无奈而动手将甲打伤，逼其将乙送至医院，最终乙得到救治。丙成立正当防卫。</p> <p>3. 对自己招致的不法侵害是否可以正当防卫? 需要具体讨论:</p> <p>(1) 防卫挑拨(后文详述)不成立正当防卫。</p> <p>(2) 轻微过失或无过错引起对方的侵害，或者预想只会引起对方轻微的反击，对方却实施重大法益侵害行为，这种情况仍可以正当防卫。例如，甲知道乙是一个急脾气，对乙骂了一句脏话，谁成想乙回家拿了一把菜刀准备要砍了甲，甲对乙的这种过激的重大法益侵害行为可以实施正当防卫。</p> <p>4. 关于动物的侵害，是否可以正当防卫? 需要具体讨论:</p> <p>(1) 对野生动物的攻击行为进行反击，不属于正当防卫，因为不法侵害是人实施的。但是可以对这种攻击进行紧急避险。</p> <p>(2) 如果主人利用自己饲养的动物故意或者过失攻击他人，这相当于主人的不法侵害，反击动物，成立正当防卫。</p> <p>(3) 如果主人不存在过错，其饲养的动物攻击他人，他人反击的行为如何认定?</p>
------------------	--

⁹ 2020年最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》:明知侵害人是不具有刑事责任能力人或者限制刑事责任能力人的,应当尽量使用其他方式避免或者制止侵害;没有其他方式可以避免、制止不法侵害,或者不法侵害严重危及人身安全的,可以进行反击。

成立 条件	起因 条件	<p>观点一：行为无价值论者认为，因为主张故意、过失是违法要素，否认物是违法主体，因而否认对物防卫。但是，法律不可能认为，在动物侵害人的生命、身体时，人只能忍受。所以，这些学者主张对动物的反击成立紧急避险。</p> <p>观点二：结果无价值论者认为，对物防卫是正当防卫或者准正当防卫，依照我国刑法的规定，正当防卫只能针对“不法侵害人”。但是，根据客观违法论的立场，在动物自发侵害他人时，即使管理者（如饲主等）主观上没有过失，也是其客观疏忽行为所致，仍应认为管理者存在客观的侵害行为（不作为），打死打伤该动物的行为，属于对管理者的正当防卫。</p> <p>5. 防止将滥用防卫权的行为认定为防卫行为。</p> <p>对于显著轻微的不法侵害，行为人在可以辨识的情况下，直接使用足以致人重伤或者死亡的方式进行制止的，不应认定为防卫行为。不法侵害系因行为人的重大过错引发，行为人在可以使用其他手段避免侵害的情况下，仍故意使用足以致人重伤或者死亡的方式还击的，不应认定为防卫行为¹⁰。</p> <p>关于现实性</p> <p>不法侵害必须是现实存在的，不能主观臆测。如果不存在现实的不法侵害，而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（“天下刁民都想害朕”）。假想防卫应作以下处理：</p> <p><u>A 假想防卫不可能是故意为之（因为没有犯罪故意），否则就是故意犯罪而非假想防卫。</u></p> <p><u>B 如果行为人主观有过失，且刑法规定为过失犯罪的，就以过失犯罪论处。</u></p> <p><u>C 如果主观上没有过失，则按意外事件处理。</u></p> <p>【总结】将假想防卫最后无罪处理，大体上存在两个理由：一是主观上无罪过而认定为意外事件；二是主观上即使有过失，但是这种过失并不满足过失犯罪的构成要件而无罪（具体参考下述案例）。</p> <p>【真题】甲与余某有一面之交，知其孤身一人。某日凌晨，甲携匕首到余家盗窃，物色一段时间后，未发现可盗财物。此时，熟睡中的余某偶然大动作翻身，且口中念念有词。甲怕被余某认出，用匕首刺死余某，仓皇逃离。（事实一）</p> <p>逃跑中，因身上有血迹，甲被便衣警察程某盘查。程某上前拽住甲的衣领，试图将其带走。甲怀疑遇上劫匪，与程某扭打。甲的朋友乙开黑车经过此地，见状停车，和甲一起殴打程某。程某边退边说：“你们不要乱来，我是警察。”甲对乙说：“别听他的，假警察该打。”程某被打倒摔成轻伤。（事实二）</p> <p>问题：事实二，对甲、乙的行为应当如何定性？理由是什么？¹¹</p> <p>【提示】对假想防卫可以进行正当防卫。</p>
----------	----------	---

¹⁰ 2020年最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》

¹¹ 答：甲、乙的行为系假想防卫。假想防卫视情况成立过失犯罪或意外事件。在本案中，甲、乙在程某明确告知是警察的情况下，仍然对被害人使用暴力，主观上有过失。但是，过失行为只有在造成重伤结果的场合，才构成犯罪。甲、乙仅造成轻伤结果，因此，对于事实二，甲、乙均无罪。

<p>成立 条件</p>	<p>时间 条件</p>	<p>不法侵害正在进行时方可实施正当防卫，即犯罪行为已经开始尚未结束。不法侵害没有开始或结束后实施防卫的，分别属于事前防卫和事后防卫，统称不适时防卫，不能评价为正当防卫，如果符合犯罪构成要件，按照具体的故意或过失犯罪认定。</p> <p>1. 不法侵害的开始时间：对法益产生现实、紧迫的威胁。</p> <p>2. 不法侵害的结束时间：法益不再处于现实、紧迫的侵害、威胁之中。具体包括3种情况：</p> <p>(1) 不法行为已经结束；(2) 不法侵害行为确已自动中止；</p> <p>(3) 不法侵害人已经被制服或丧失侵害能力。</p> <p>【注意 1】 对于不法侵害虽然暂时中断或者被暂时制止，但不法侵害人仍有继续实施侵害的现实可能性的，应当认定为不法侵害仍在进行。</p> <p>【注意 2】 对于不法侵害是否已经开始或者结束，应当立足防卫人在防卫时所处情境，按照社会公众的一般认知，依法作出合乎情理的判断，不能苛求防卫人。</p> <p>【注意 3】 在财产犯罪中，不法侵害人虽已取得财物，但通过追赶、阻击等措施能够追回财物的，可以视为不法侵害仍在进行。换言之，被当场发现并同时受到追捕的财产性违法犯罪的侵害行为，一直延续到不法侵害人将其所取得的财物藏匿至安全场所为止，在此之前，追捕者使用强力将财物取回的行为，属于正当防卫。例如，甲抢劫到乙的财物，抢劫罪虽已既遂，但乙当场对甲使用暴力夺回财物的，属于正当防卫。</p> <p>【注意 4】 防卫装置能否成立正当防卫？防卫装置和人的事前防卫在逻辑本质上还是有明显区别的，人的事前防卫可以具有主动攻击性（甲早知道乙晚上7点来家里杀自己，甲于下午5点先来到乙家，将乙杀掉），防卫装置虽然时间是提前设置好，但是其有一个基本原则：人不犯我、我不犯人。只有行为人的不法侵害实际发生或来临时，防卫装置才会在现场起到反击防卫的效果。这就和盗墓是一个道理：你不去挖人家的墓穴，墓穴中的机关也就不会攻击你。防卫装置成立正当防卫具体须满足以下条件：</p> <p>(1) 防卫手段与不法侵害具有相当性，手段差不多就得了，不能太过分。例如，不能为了家中防贼而设置一个名叫“万箭齐发”的防卫装置。</p> <p>(2) 没有危害公共安全，否则可能成立其他犯罪。例如，私拉电网，危及公共安全的，可成立以危险方法危害公共安全罪。</p> <p>满足以上2点，防卫装置在不法侵害来临时发挥作用，时间上不属于事前防卫。</p> <p>例1、甲外地出差时在自己的住处安装了防卫装置，一日，小偷乙到甲家行窃时被该装置击成轻微伤，小偷顿时害怕了甲家的先进设备，仓皇而逃。甲成立正当防卫。</p> <p>例2、甲外地出差时在自己的住处安装了防卫装置。一日父母来甲家帮其打扫卫生，结果被击成重伤，甲对此有预见义务，成立过失犯罪。</p>
------------------	------------------	--

成立 条件	意思 条件	防卫意识 = 认识因素 + 意志因素	
		认识因素	防卫人认识到不法侵害正在进行
		意志因素	防卫人出于保护国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害的目的 (即保护合法权益的动机)
		提示 1	<p>目前法考中, 关于防卫意识的考查方式, 主要是通过陈列观点的方式让同学们依据不同的观点得出不同的结论。请务必掌握。</p> <p>观点如下: (很重要, 务必掌握)</p> <p>观点一: 即要求具有完整的防卫意识, 既要求有防卫认识, 又要求有防卫意志。</p> <p>观点二: 只要求有防卫认识, 不要求有防卫意志。</p> <p>观点三: 不要求防卫意识, 即不要求防卫认识, 也不要求有防卫意志。只要行为符合正当防卫的客观条件, 即可成立正当防卫。</p> <p>例如, 甲下班回家的路上看见乙正在强奸被害妇女丙, 甲刚刚得知今年的法考成绩又没有合格, 心想碰到我算你倒霉, 我正要发泄下内心的压抑情绪。于是甲将乙暴打一顿, 乙落荒而逃。</p> <p>请用上述观点分析本案例, 并得出与之对应的结论。</p>
		提示 2	<p>防卫挑拨 (俗称“激将法”)。在刑法理论上, 把故意地挑逗对方进行不法侵害而借机加害于不法侵害人的行为, 称为防卫挑拨。在防卫挑拨中, 虽然存在一定的不法侵害, 挑拨人也实行了所谓正当防卫, 形式上符合正当防卫的客观条件; 但由于该不法侵害是在挑拨人的故意挑逗下诱发的, 其主观上具有犯罪故意, 而没有防卫意识, 客观上也实施了犯罪行为 (挑拨行为也是犯罪行为的一部分), 因而依法构成犯罪。</p>
提示 3	<p>相互斗殴 (单挑、约架), 是指参与者在其主观上的不法侵害故意的支配下, 客观上所实施的互相侵害的行为。在互相斗殴的情况下, 由于行为人主观上没有防卫意图, 其行为也不得视为正当防卫。另外一个角度是, 双方均具有轻伤的承诺, 所以任何一方的斗殴行为均不具有违法性, 所以原则上无正当防卫。</p> <p>但是, 在斗殴中, 也可能出现正当防卫的前提条件, 因而也可能进行正当防卫:</p> <p>例 1、甲、乙斗殴中, 甲求饶或者逃走, 乙继续侵害的, “斗殴”事实上已经结束, 甲可以进行正当防卫——“斗殴结束后的不依不饶”。</p> <p>例 2、甲、乙斗殴, 乙突然掏出手枪欲杀害甲, 甲此时可以防卫——“暴力升级”。</p> <p>【提示】 因琐事发生争执, 双方均不能保持克制而引发打斗, 对于有过错的一方先动手且手段明显过激, 或者一方先动手, 在对方努力避免冲突的情况下仍继续侵害的, 还击一方的行为一般应当认定为防卫行为。</p>		

<p>成立 条件</p>	<p>意思 条件</p>	<p>提示 4</p>	<p>偶然防卫(坏心办好事),是指故意或者过失侵害他人法益的行为,符合了正当防卫客观条件的情况。</p> <p>例如,乙欲杀死丙,正要开枪时,被窗外的甲开枪打死。甲没有认识到乙正要杀人,甲只有杀害乙的故意。经事后查明,若甲当时不将乙打死,乙就会将丙打死。</p> <p>【总结 1】上述案例中,甲既没有防卫认识,也没有防卫意志。</p> <p>【总结 2】偶然防卫案例的特点在于:整个案情中不是 1 个案例的“独角戏”,而是 2 个案例的“双簧戏”。</p> <p>【问题】那么偶然防卫是否成立正当防卫呢?观点展示如下:</p> <p>观点一:正当防卫的成立要求具备完整的防卫意识,所以偶然防卫不成立正当防卫。理由是:我国《刑法》20 条关于正当防卫的规定使用了“为了……免受正在进行的不法侵害”这种主观色彩浓厚的用语。如今理论界绝大多数学者坚持正当防卫的成立需要具备完整的防卫意识。而本案中的偶然防卫者甲没有防卫意识,仅仅是行为恰好救了一个人的结果不能成为阻却违法的理由,所以甲不成立正当防卫。甲在当时具有杀人的故意和杀人的行为,且将想杀的人杀死,应构成故意杀人罪既遂。</p> <p>观点二:正当防卫的成立不要求具备防卫意识,即认识和意志均不要求,所以偶然防卫成立正当防卫。理由是:违法的本质是法益侵害,偶然防卫保护了优越法益,因而阻却违法性。行为是否侵害法益,是一种客观事实。故意、过失是责任要素而不是违法要素。与之相应,所谓的防卫意志也不是影响违法性的要素。因此,成立正当防卫不以防卫人主观上具有防卫意志为前提,偶然防卫便可成立正当防卫。</p> <p>观点三:正当防卫的成立要求具备完整的防卫意识,所以偶然防卫不成立正当防卫。甲有杀人故意和杀人的行为,根据主客观相一致的定罪原则,甲成立故意杀人罪。但是本案具有复杂性和重合性,因为本案并不是一个案情的存在,而是两个案情的交织,即甲杀乙,同时乙在杀丙。这样一个复杂性、重合性的案例你就不得不考虑综合性的对比结果。观点一中只看到了甲杀死了乙,甲就成立既遂,这有点孤立、片面的看问题。不能否认的整体结果就是,甲把乙杀了,但是却救了更加无辜的好人丙。所以前后整体比较你会发现:甲属于坏的行为却造成了一个相对好的结果。那么在案件的认定过程中就需要双方面的肯定,既肯定甲的坏行为(构成故意杀人罪),又需肯定甲造成好的结果(即救了丙),而这个好结果的出现意味着坏结果的消亡,所以最后整理得出的就是坏的行为并没有让坏的结果出现,所以本案成立故意杀人罪的未遂。</p> <p>【提示】观点一仍是理论界的通说观点,不考察观点展示的情况下,仍需按照观点一进行分析。观点二为张明楷教授的观点(结果无价值的无罪说),观点三为周光权教授的观点(行为无价值的未遂说)。观点二和三都是坚持整体、全面看问题。</p> <p>【建议】如果法考主观题中考查偶然防卫的观点展示问题,大家作答时基本只需要答出两个观点即可(除非特别强调让你写出三个以上,这种概率很小),建议大家直接写出前两个观点(因为逻辑分析过程相对简单,认可哪个不重要,考场上能拿分才算是最关键的)。</p>
------------------	------------------	-------------	---

	对象条件	<p>防卫对象主要是不法侵害人的人身，在某些特定情况下，物也可以成为防卫对象。防卫第三者的行为，不得视为正当防卫。情况处理：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 防卫第三者而符合紧急避险的条件的，应以紧急避险论，不负刑事责任； 2. 防卫第三者而出于侵害之故意的，应以故意犯罪论； 3. 防卫第三者主观上具有过失的，应以过失犯罪论。 <p>【提示 1】 对于多人共同实施不法侵害的，既可以针对直接实施不法侵害的人进行防卫，也可以针对在现场共同实施不法侵害的人进行防卫。</p> <p>【提示 2】 正当防卫和紧急避险可能存在竞合关系。例如，甲用刀砍乙，乙不得已用丙的花瓶进行反击。乙属于对甲正当防卫和对丙紧急避险的竞合。</p> <p>【提示 3】 正当防卫的成立不要求现实地排除了不法侵害。例如，甲对乙实施抢夺行为，乙反击甲，但是甲非常“抗揍”，仍然将财物夺走，乙的反击行为仍然成立正当防卫。</p>
成立条件	限度条件	<p>正当防卫不能明显超过必要限度造成重大损害，否则属于防卫过当。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 防卫过当不是独立罪名，应根据符合的具体犯罪构成要件确定罪名。 2. 事后防卫 ≠ 防卫过当。例如，甲强奸乙女之后，准备提裤子走人。乙女趁甲男不注意，捡起石块将其砸死。乙的行为属于事后防卫，成立故意杀人罪。 3. 认定防卫过当需要同时满足 2 个条件：“明显超过必要限度” + “造成重大损害”。即：手段过分 + 结果过分。 <p>(1) 准确认定“明显超过必要限度”。防卫是否“明显超过必要限度”，应当综合不法侵害的性质、手段、强度、危害程度和防卫的时机、手段、强度、损害后果等情节，考虑双方力量对比，立足防卫人防卫时所处情境，结合社会公众的一般认知作出判断。在判断不法侵害的危害程度时，不仅要考虑已经造成的损害，还要考虑造成进一步损害的紧迫危险性和现实可能性。不应当苛求防卫人必须采取与不法侵害基本相当的反击方式和强度。通过综合考量，对于防卫行为与不法侵害相差悬殊、明显过激的，应当认定防卫明显超过必要限度。</p> <p>防卫行为是否在限度之内的认定应该立足于防卫行为实施的“当时”，对危险性进行“事前”判断，而不是在整个不法侵害和防卫行为都结束以后再去进行“事后”判断，站在“事后诸葛亮”的立场把防卫人想象成可以预估一切、有足够忍耐力、足够理智的人，这不符合设置正当防卫制度的逻辑¹²。</p> <p>(2) 准确认定“造成重大损害”。“造成重大损害”是指造成不法侵害人重伤、死亡。造成轻伤及以下损害的，不属于重大损害。防卫行为虽然明显超过必要限度但没有造成重大损害的，不应认定为防卫过当。</p> <p>例 1、身材魁梧的甲看到一个身材瘦小的乙想要非法入侵自己（甲）的住宅，甲用菜刀砍伤乙致轻伤，甲的行为仍构成正当防卫。因为手段过分，但结果不过分。</p> <p>例 2、郑某深夜在家中听到厨房有动静走去一看，发现一身材瘦小的小偷吴某正试图从窗口爬进他家盗窃，下半身还卡在窗外，于是拿起菜刀把吴某砍到重伤。郑某属于防卫过当，综合案情可以认定郑某成立故意伤害罪。因为其手段过分，结果也过分。</p> <p>【总结】 在具备防卫必要性（即手段没有明显超过必要限度）的情况下，无论损害多么重大，都应该将其归属于不法侵害人自己，那么防卫人同样不能适用防卫过当的结论（可成立正当防卫）。</p>

¹² 周光权：《刑法公开课》，北京大学出版社 2019 版，80 页。

二、特殊正当防卫

条文	第 20 条第 3 款：“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。”	
一般防卫与特殊防卫的区别	起因条件不同	特殊正当防卫的起因是严重危及人身安全的暴力犯罪；一般防卫的起因，一般违法即可。
	限度条件不同	特殊正当防卫没有必要限度，不存在防卫过当；一般正当防卫具有必要限度，存在防卫过当。
	总结	你温柔，我温柔，反击行为不能太过头；你加倍，我加倍，弄伤弄死无所谓。
提示	<p>1. 特殊正当防卫的起因条件必须是严重危及人身安全的暴力犯罪，即使表面罪名是暴力犯罪，也并不意味着一定能对其实施特殊正当防卫。例如，对麻醉抢劫、投毒杀人、迷奸等非暴力犯罪行为不得进行特殊正当防卫。</p> <p>2. 严重危及人身安全的暴力犯罪，并不限于法条中列举的犯罪，只要根据同类解释，达到严重危及人身安全的暴力程度，都可以对其进行特殊防卫。例如，抢劫枪支罪、劫持航空器罪、暴动越狱罪等，都可以实施特殊正当防卫。</p> <p>3. 准确理解和把握“行凶”。根据刑法第二十条第三款的规定，下列行为应当认定为“行凶”：</p> <p>(1) 使用致命性凶器，严重危及他人人身安全的；</p> <p>(2) 未使用凶器或者未使用致命性凶器，但是根据不法侵害的人数、打击部位和力度等情况，确已严重危及他人人身安全的。虽然尚未造成实际损害，但已对人身安全造成严重、紧迫危险的，可以认定为“行凶”。例如，实务中，对于男子深夜闯入女性住宅实施暴力及侮辱行为，在具有实施拘禁、强奸、伤害等数个故意犯罪可能性的情况下，虽然没有实施具体犯罪行为，也被认定为“行凶”¹³。</p> <p>4. 准确理解和把握“杀人、抢劫、强奸、绑架”。刑法第二十条第三款规定的“杀人、抢劫、强奸、绑架”，是指具体犯罪行为而不是具体罪名。在实施不法侵害过程中存在杀人、抢劫、强奸、绑架等严重危及人身安全的暴力犯罪行为的，如以暴力手段抢劫枪支、弹药、爆炸物或者以绑架手段拐卖妇女、儿童的，可以实行特殊防卫。有关行为没有严重危及人身安全的，应当适用一般防卫的法律规定。</p> <p>5. 准确把握一般防卫与特殊防卫的关系。对于不符合特殊防卫起因条件的防卫行为，致不法侵害人伤亡的，如果没有明显超过必要限度，也应当认定为正当防卫，不负刑事责任。</p>	

13 《吴金艳故意杀人案》，载陈兴良、张军、胡云腾主编：《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》（上卷），北京大学出版社 2013 年版，第 304—306 页。

三、紧急避险

<p>条文</p>	<p>第 21 条：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已采取的紧急避险行为，造成损害的，不负刑事责任。</p> <p>紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。</p> <p>第一款中关于避免本人危险的规定，不适用于职务上、业务上负有特定责任的人。”</p>	
<p>成立条件</p>	<p>起因条件</p>	<p>必须发生了现实危险。</p> <p>危险必须现实存在，危险可来源于自然力量、动物侵袭、人的危害行为等。但职务上、业务上负有特定职责的人对所面临的危险不能实施紧急避险。例如，发生火灾时，消防人员不能为避免火灾对本人的危险，而采取紧急避险。</p> <p>【提示】如果事实上不存在风险，对误以为存在的风险实施避险行为，属于假想避险。其处理原则和假想防卫是一致的。</p>
	<p>时间条件</p>	<p>危险正在发生或迫在眉睫且尚未消除（即可略微提前一点）</p> <p>“正在发生”强调危险具有紧迫性，即已经开始，尚未结束，如不立即避险便会丧失回避实害结果的最后或最佳机会。</p>
	<p>意思条件</p>	<p>要求具有避险意识。</p> <p>同防卫意识一样，避险意识 = 避险认识 + 避险意志。行为人要认识到自己是在为了挽救合法权益而进行避险。</p> <p>关于偶然避险是否成立紧急避险呢？存在下列观点：</p> <p>观点一：行为无价值认为成立紧急避险需要避险意识，因为主观的动机是评判行为人行为性质的关键要素（即好心好行为，坏心坏行为）。所以连避险意识（好的动机）都不存在，其行为便不可以认定为紧急避险（好的行为）。</p> <p>观点二：结果无价值更注重法益的重要性，即使没有避险意识，但是客观上有助于法益保护的行为，不具有违法性，仍成立紧急避险。</p> <p>案例：甲意图盗窃，砸坏了乙的汽车玻璃，却救出了被乙误锁在车内、濒临窒息的乙的 2 岁孩子。</p> <p>结论：按照观点一，甲没有避险意识，不成立紧急避险，成立故意毁坏财物罪；按照观点二，甲造成的结果是好结果，客观上保护了更高的法益，属于紧急避险。</p> <p>【提示】偶然避险和偶然防卫观点展示的分析逻辑大致相同。</p>
	<p>补充性条件</p>	<p>出于不得已损害另一法益。不得已就是无路可走，如果还可以通过报警、逃跑等其它方式化解风险，就不能实施紧急避险。因为避险行为的实施毕竟会伤及无辜第三人的法益，法益都是受法律保护的，所以要想给自己伤害别人法益找一个合理的“借口”，最合适的莫过于“我别无他选”。</p>

<p>成立条件</p>	<p>限度条件</p>	<p>避险手段没有超过必要限度造成不应有的损害。即保护的法益要 ≥ 所侵犯的法益，不能因小失大，至于法益的种类并没具体限制。例如，为了保护个人的生命法益可以牺牲公共的财产法益。</p> <p>【延伸】生命可以避险吗？这个一直属于理论界争议的问题。</p> <p>观点一：即通说观点认为任何个人的生命都具有最高价值，其属于人格的最基本、最核心的要素，生命之间是平等的，没有高低贵贱之分。所以通过牺牲别人生命来保全自己生命，超出了避险的限度要求，理论上称之为“超规范的紧急避险”，理应承担刑事责任。</p> <p>观点二：如果出现一些特殊情况下，牺牲别人保护自己同样有成立紧急避险的余地。如：1. 被牺牲者同意牺牲自己以保护他人；2. 被牺牲者已被特定化，即使不对其避险也会立即牺牲；3. 被牺牲者的死亡危险性更大，即使不避险也会先牺牲；4. 被牺牲者成为导致他人死亡的危险源等。</p> <p>例 1、击落被恐怖分子劫持即将撞上大楼的飞机，从而保护了大楼人更多人的生命。</p> <p>例 2、甲、乙遭遇海难，二人同时抓住一块木板，但是该木板只能承受一个人的重量，甲为了让自己活下来而将乙推开。</p> <p>例 3、高速行驶的火车如果正常行驶会撞上山体滑坡的巨石而发生车厢脱轨的严重后果（极可能造成很多人伤亡），司机转向另一条铁轨导致一个小女孩被撞死。</p> <p>上述案例按照观点二都有成立紧急避险的余地，进而将行为人的行为无罪化处理。</p>
<p>受强制的紧急避险</p>	<p>概念与案例</p>	<p>受强制的紧急避险：受他人强制实施紧急避险的情形</p> <p>例如，绑架犯 A 绑架了 B 的儿子，要求 B 抢劫银行巨额现金，否则杀害其子。B 为了挽救儿子的生命而实施了抢劫银行的行为。</p>
<p>学说一</p>	<p>如果被强制者 B 实施了盗窃等较轻的犯罪，当然成立紧急避险，但在实施了抢劫等重大犯罪的情况下，不成立紧急避险。</p> <p>理由是：首先，如果认为 B 的行为成立紧急避险，则其行为属于合法行为。果真如此，银行职员等反击 B 的行为反而不成立正当防卫，这显然不妥当。因为银行职员并没有忍受 B 的抢劫行为的义务。其次，由于 A 意图通过 B 的行为实现自己的意图，故可以认为 B 分担了 A 的不法行为。所以，在衡量被强制者 B 的法益（其儿子的生命）与其侵害的法益（银行财产）时，必须考虑 B 分担了违法行为的事实。</p>	
<p>学说二</p>	<p>在受强制的紧急避险的场合，虽然应当考虑被强制者 B 分担了不法行为的事实，但从实质上看，只有当存在紧急避险以外的保全法益的方法而 B 却采取了紧急避险的方法时，才能认为 B 分担了不法行为。因此，应当在补充性要件（不得已）的范围内探讨是否成立紧急避险，而不能对此附加其他特别限制。换言之，只要 B 的行为符合紧急避险的条件，就成立紧急避险。银行职员不知真相对 B 实施的反击，属于假想防卫；在这种情况下，由于银行职员不可能有过失，故并不成立犯罪。银行职员知道真相的，只能再实施紧急避险。</p>	

正当防卫与紧急避险的区别		
条件	正当防卫	紧急避险
起因条件	人为的不法侵害	除了人为制造的危险，还包括自然力的破坏、动物的侵袭等
时间条件	只能在不法侵害发生的过程中，不能提前与推后	危险正在发生或者即将发生、迫在眉睫
限制条件	并无不得已的规定	不得已而为之
对象条件	不法侵害者本人	无辜的第三人的合法权益
限度条件	可以等于或者大于不法侵害可能造成的损害，只要不致于悬殊	所造成的损害必须小于或等于所避免的损害（要尊重无辜第三人，不能因小失大）

四、被害人承诺

阻却违法	被害人的承诺，符合一定条件，便可以排除损害被害人法益的行为的违法性。阻却违法的法理依据在于：法律尊重个人对某些法益的自我决定权。		
成立条件	承诺范围：被害人对承诺的法益具有处分权限	可以承诺	自由可以承诺
			财产可以承诺
			名誉可以承诺
			轻伤可以承诺
			性权利可以承诺
		不可承诺	重伤不可以承诺
	生命不可以承诺		
	国家法益、社会公共法益、他人法益不可以承诺		
承诺能力：被害人对承诺事项的意义、范围有理解能力	<p>1. 没有辨认控制能力的精神病人、幼儿缺乏承诺能力。 例如，患有精神疾病的妇女承诺与甲发生性关系，甲成立强奸罪。哄骗3岁孩子将压岁钱交给自己，不属于诈骗。</p> <p>2. 一些未成年人虽具有一定年龄，但是对相关法益缺乏承诺能力。 例如，未满14周岁的幼女对性的自主选择权没有承诺能力，未满18周岁的人对出卖自己的器官没有承诺能力。</p>		

成立条件	被害人的承诺必须是其真实意思表示	如果是戏言性承诺、基于被强制或被胁迫做出的承诺，是无效承诺。					
		学说	<table border="1"> <tr> <td>本质错误说</td> <td>法益关系错误说(通说)</td> </tr> <tr> <td>如果被害人没有陷入错误(或者知道真相)就不会作出承诺时，该承诺无效。</td> <td>承诺动机错误，应认为该承诺有效，阻却违法；如果因为受骗而对所放弃的法益的种类、范围或者危险性发生了错误认识(法益关系的错误)，其所作出的承诺无效。</td> </tr> </table>	本质错误说	法益关系错误说(通说)	如果被害人没有陷入错误(或者知道真相)就不会作出承诺时，该承诺无效。	承诺动机错误，应认为该承诺有效，阻却违法；如果因为受骗而对所放弃的法益的种类、范围或者危险性发生了错误认识(法益关系的错误)，其所作出的承诺无效。
		本质错误说	法益关系错误说(通说)				
	如果被害人没有陷入错误(或者知道真相)就不会作出承诺时，该承诺无效。	承诺动机错误，应认为该承诺有效，阻却违法；如果因为受骗而对所放弃的法益的种类、范围或者危险性发生了错误认识(法益关系的错误)，其所作出的承诺无效。					
案例	<p>例1、甲女以为与乙发生性关系，乙便会给自己丈夫调动工作。但是发生性关系后，乙并没有给其丈夫调动工作。</p> <p>例2、甲打电话给乙，告知乙家的狗跑出来咬人，可能随时闹出人命。乙承诺甲杀死自己家的狗，甲得到承诺后将正在熟睡的狗杀害。</p> <p>例3、行为人冒充妇女乙的丈夫实施奸淫行为时，黑夜中的乙以为对方是自己的丈夫而同意发生性关系。</p>						
解析	<p>例1的解析：根据本质错误说(如果甲女知道真相就不会承诺，所以承诺无效)→乙成立强奸罪；根据法益关系错误说，甲仅是动机错误，对性的选择权放弃很清楚→乙不成立强奸罪。</p> <p>例2的解析：本质错误说(如果乙知道真相就不会承诺，承诺无效)→甲成立故意毁坏财物罪；根据法益关系错误说，乙完全被骗，无动机错误，承诺无效→甲成立故意毁坏财物罪。</p> <p>例3的解析：根据本质错误说(如果乙知道真相就不会承诺，承诺无效)→甲成立强奸罪；根据法益关系错误说，乙完全被骗，无动机错误，承诺无效→甲成立强奸罪。</p>						
承诺的时间	<p>1. 如果被害人在结果发生前变更承诺的，原来的承诺无效。</p> <p>例如，甲女在乙男猛烈的金钱诱惑下，同意与之发生性关系，二人相约来到宾馆房间调情之时，甲女实在无法忍受乙男的长相，便不愿继续，乙男仍强行与甲发生性关系。乙成立强奸罪。</p>						
	<p>2. 事后承诺无效，先前行为成立犯罪。</p> <p>例如，甲强奸了乙女，事后乙喜欢上甲，向警方表示自己当时自愿与甲发生性关系，但是这种事后承诺不影响甲强奸罪的成立。</p>						

成立条件	原则上必须存在现实的承诺, 推定承诺也承认承诺的有效性	<p>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, 是基于推定的承诺的行为。</p> <p>例如, 发生火灾之际, 为了避免烧毁被害人的贵重财产, 闯入屋内搬出贵重物品的行为, 就是基于推定的承诺的行为。基于推定的承诺所实施的行为, 符合一定条件的, 也排除犯罪的成立。</p>
	实施的行为不得超出承诺预设的范围	<p>例如, 甲承诺乙轻伤自己, 而乙却重伤了甲, 乙成立故意伤害罪。</p>
提示	<p>符合上述承诺条件, 承诺有效, 阻却违法。但是所谓的阻却违法是针对所承诺的法益造成损害的行为不具有违法性, 并不代表其行为不构成别的犯罪。</p> <p>例如, 甲女同意数人同时对其实实施淫乱行为, 虽然排除强奸罪的成立, 但依旧可成立聚众淫乱罪(就此罪而言, 甲女不再是被害人, 而是犯罪主体)。</p>	

第四节 主观构成要件符合性

一、责任概述

概念	罪过是对特定危害行为与特定危害结果的故意或者过失			
表一	故意	直接故意	过失	疏忽大意的过失
		间接故意		过于自信的过失
表二	罪过形式结构 = 认识因素 + 意志因素			
表三	罪过形式	认识因素	意志因素	对法益的态度
	直接故意	明知必然或可能会发生	希望(积极或消极)	敌视
	间接故意	明知可能会发生	放任(听任发展)	漠视
	过于自信	预见可能发生	反对(不想发生)	轻视
	疏忽大意	应当预见未预见	反对(不想发生)	忽视
提示	<p>1. 认识到结果必然发生, 此时行为人哪怕不积极追求结果发生, 而是对结果持放任态度, 也属于直接故意心态。因为放任的前提是有选择的(发生或不发生), 如果必然发生这种没选择的前提, 就不会出现间接故意的罪过。例如, 甲因为与乙有仇而决心杀乙。甲是爆破工作的合闸工, 乙是爆破工作的安检员。这天, 甲发现乙与丙要进山检查爆破线路, 认为杀乙的机会已到, 就到工作室准备合闸爆破。但甲产生思想斗争, 因为他意识到, 自己合闸后矿山爆炸, 不但是乙, 同在山里的丙也会必死无疑。虽然自己和乙“不共戴天”, 但与丙无怨无仇, 将丙炸死显然于心不忍。但转念一想, 这是矿山最后一次爆破, 如果放弃这次机会, 以后杀乙的机会就没了。最后, 甲还是下狠心合上了爆破闸门, 矿山爆炸, 乙丙均被炸死。本案中, 甲对丙的死亡同样属于直接故意。</p>			

提示	<p>2. 对象错误中的罪过为直接故意。例如，黄某意图杀死张某，当其得知张某当晚在单位值班室值班时，即放火将值班室烧毁，其结果却是将顶替张某值班的李某烧死。因为黄某在放火杀人的时候认识到自己放火的行为必然或者可能导致办公室里值班的“那个人”的死亡，意志因素也是积极追求和希望“那个人”死亡，所以该错误不会影响行为人直接故意的认定。</p> <p>3. 在考试中，间接故意和过于自信的过失的区分认定属于常考点，因为二者在认识因素上基本一致，只不过意志因素前一个是“无所谓”心态，后一个是“反对”心态。如何界定这两个心态就变得十分关键。一个有效的方法就是：找措施。如果题目中描述了行为人实施相关措施，该措施基本就是在暗示你行为人为人内心对该结果持的是反对心态，进而就能更好的区分二者。</p> <p>4. 一个罪能由间接故意成立，那么一定能由直接故意成立，这符合当然解释的逻辑思维。</p>
----	---

二、犯罪故意

条文	<p>第 14 条：“明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。 故意犯罪，应当负刑事责任。”</p>		
类型	<p>1. 确定故意，是指行为人对于构成要件事实的认识比较清楚（知道结果会发生），犯罪意思确定的故意形态。</p> <p>2. 不确定故意，是指行为人对于犯罪对象、结果等构成事实缺乏具体认识的情形。具体分为如下三类：</p> <p>(1) 未必的故意，是指结果的发生不确定，但结果发生，行为人内心也是接受的。</p> <p>(2) 择一的故意，是指行为人认识到自己的行为会造成某结果的出现，究竟该结果发生于谁身上是不确定的。</p> <p>例如，逃犯甲的手枪只有一发子弹，警察乙带着警犬在后面追捕，甲认识到回头射击既可能只打死警察，也可能只打死警犬，但不可能同时打中警察和警犬。</p> <p>可能性 1：只打死警犬。结论：甲成立故意毁坏财物罪既遂与故意杀人罪未遂，想象竞合。</p> <p>可能性 2：只打死警察。结论：甲成立故意毁坏财物罪未遂与故意杀人罪既遂，想象竞合。</p> <p>可能性 3：警察、警犬都没打死。结论：甲成立故意毁坏财物罪未遂与故意杀人罪未遂，想象竞合。</p> <p>上述三种可能都是按照想象竞合犯认定，成立重罪故意杀人罪的既遂或未遂。</p> <p>(3) 概括的故意，是指行为人对结果的发生仅有大致的认识，没有明确性认识。例如，甲向人群中投掷炸弹，对炸谁、死亡人数等是不确定的。</p>		
认定标准	<p>认定犯罪故意，不能简单的认为只需要认识到危害结果的发生，还应包括对行为人本身、行为性质、对象等认识。即客观构成要件具有规制故意的机能¹⁴。</p> <table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="text-align: center; vertical-align: middle;">行为人</td> <td> <p>例如，如果行为人没有认识到自己感染上性病而去嫖娼，就没有传播性犯罪的故意。</p> </td> </tr> </table>	行为人	<p>例如，如果行为人没有认识到自己感染上性病而去嫖娼，就没有传播性犯罪的故意。</p>
行为人	<p>例如，如果行为人没有认识到自己感染上性病而去嫖娼，就没有传播性犯罪的故意。</p>		

14 付立庆：《刑法总论》，法律出版社 2020 版，196 页。

认定 标准	行为 内容与社会 意义	<p>例 1、甲采野菜包饺子，误将有毒植物当成可食用野菜，导致乙死亡。甲没有杀人的故意。</p> <p>例 2、甲误将外文的淫秽书刊当作外文诗集贩卖，缺乏对行为的社会意义的认识，不具有贩卖淫秽物品的故意。</p> <p>【提示】 针对纯粹性记述性构成要件要素，只要认识到客观事实即可；而针对规范的构成要件要素，不需要行为人了解规范概念的法律意义，只要行为人认识内容与规范概念的实质相当即可。例如，行为人不知道“淫秽物品”的规范概念，但是其知道该物属于“黄片”即可。</p>		
	行为对象	例如，窝藏、包庇罪，要求认识到自己窝藏、包庇的是犯罪分子。		
	危害结果	例如，天价“玉米案”中老农认识不到玉米（科研产品）的高昂价格而将其偷走，没有认识到数额较大的财物被转移的结果，所以不构成盗窃罪。		
	无违法阻 却事由的 认识	<p>行为人如果认识到自己的行为存在违法阻却事由的话，不可能存在犯罪故意。</p> <p>例如，抢劫犯对某便衣警察实施抢劫行为，警察对其实施正当防卫，警察对自己行为的合法性是有认知的，当然也就不能评价为故意犯罪。</p>		
	违法性	含义	违法性，是指行为在刑法上的禁止性和应受处罚性。	
		案例	<p>甲为法专业的学生，暑假回家在田地中劳作时，对其身边的舅舅说：“知道您暗恋咱们村的村花乙很久，既然追不上，您就趁无人之时将她拖进小树林……”，然后猥琐地笑了笑。舅舅也心领神会，但是舅舅义正辞严地说：“不行，如果我真的那么做了，我在村里怎么做？更何况，这种行为会被 110 铐走的！我绝对不能这么做，哼！”</p>	
		分析	<p>虽然舅舅是个普通的农民，根本就没有学过法律，也不知道刑法中“强奸罪”是如何定罪、如何处罚的。但是舅舅对这种强行与妇女发生性关系不被社会所容忍的事实是很清楚的，也即舅舅对事实层面是认识的，对法律层面没有认识。在这种情况下，他如果违背“村花”意愿，强行与之发生性关系的话，我们就能够认定舅舅有强奸罪的故意。</p>	
		结论	<p>1. 行为人的主观认识在违法层面（即法律层面）不要求；</p> <p>2. 认识只要达到事实层面即可。</p> <p>行为人的主观认识只需要达到事实层面即可，如果还要求行为人对行为的刑法规定内容有认识的话，那么很容易成为行为人逃避处罚的借口，其可以声称自己没有认识到自己行为在刑法上是被禁止的。这会造成对越懂法的人越不利的现象。</p>	
结果 加重犯	<p>结果加重犯中的加重结果，属于不需要认识的内容。如果对加重结果的发生有认识的话，其行为性质就发生变化，不再是之前结果加重犯的罪名。</p> <p>例如，故意伤害致死，属于故意伤害罪的结果加重犯，如果对死亡的发生有认识，那行为人成立的罪名就是故意杀人罪，而不再是故意伤害罪了。</p>			

<p>犯意转化</p>	<p>前提：该转化限于2个行为所侵犯的法益具有包容关系。 情形：在实行犯罪的过程中，导致A罪与B罪的转化。 案例1：甲在故意伤害他人的过程中，改变犯意，意图杀死他人，并将被害人杀死。处理：故意杀人罪（既遂）。 案例2：乙本欲杀死他人，在杀害过程中，改变杀人意图，认为造成伤害即可，没有致人死亡即停止侵害行为。处理：故意杀人罪（中止）。 结论：犯意升高者，从新意；犯意降低者，从旧意。跟着重的、高的走，按一罪处理。</p>
<p>另起犯意</p>	<p>情形：前罪结束（既遂、未遂、中止）后，又另起犯意实施另一个犯罪行为。 案例：甲先对张某实施伤害行为，致其昏迷。此时，甲发现张某戴有金首饰，见财起心将首饰装在口袋里。处理：故意伤害罪、盗窃罪，数罪并罚。 结论：前后分别评价，原则上数罪并罚。</p>
<p>对象转换</p>	<p>情形：行为人在实施犯罪的过程中，有意识地将原先设定的行为对象，转移到另一个对象之上。 案例1：甲原本打算抢劫他人名画而侵入住宅，但入室后抢劫了手机。处理：入户抢劫既遂，一罪即可。 案例2：甲原本打算盗窃A的财物，侵入了A、B合住的房间，但侵入房间后只盗窃了B的财物。处理：盗窃罪一罪。 案例3：甲为了强奸A女，在其水中投放了麻醉药，A女的母亲也恰好喝了这杯水，母女全部昏迷。甲入室后，发现对A女母亲更感兴趣，遂放弃A女，转而对其母亲实施了奸淫行为。处理：对A女成立强奸罪中止，对其母亲成立强奸罪既遂，都是强奸，所以按照一罪处理。 案例4：甲为了抢劫手表而对孙某（便衣警察）实施暴力，在强取财物时，发现孙某腰间别着一把手枪，便使用强力劫取了该手枪。处理：抢劫罪中止与抢劫枪支罪既遂，数罪并罚。 结论： （一）法益一致，非专属性（如财物），犯罪行为相同，则合并判断，一罪。参考上述案例1、案例2。 （二）法益一致，专属性（性权利、生命），犯罪行为即使相同，也要分开判断，但是构成的罪名一致，最终也是按照一罪处理。参考上述案例3。 （三）法益不同，则需要数罪并罚。参考上述案例4。</p>

三、犯罪过失

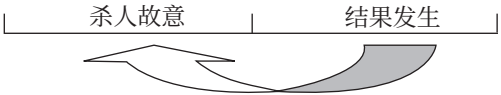
<p>条文</p>	<p>第15条：“应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果的，是过失犯罪。 过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。”</p>		
<p>故意与过失的对比</p>	<p>区别点</p>	<p>故意犯罪</p>	<p>过失犯罪</p>
<p>成立条件</p>	<p>一般不要求发生实害结果</p>	<p>必须存在实害结果</p>	<p>必须存在实害结果</p>
<p>主观罪过程度</p>	<p>重</p>	<p>轻</p>	<p>轻</p>
<p>共同犯罪</p>	<p>存在</p>	<p>不存在</p>	<p>不存在</p>
<p>未完成形态</p>	<p>存在</p>	<p>不存在</p>	<p>不存在</p>
<p>处罚</p>	<p>处罚故意犯罪为原则</p>	<p>过失犯罪的处罚须刑法明确规定</p>	<p>过失犯罪的处罚须刑法明确规定</p>

故意与过失的关系	通说观点认为二者属于一种位阶关系——故意属于上层，过失属于下层，故意可以降低评价为过失。
过失犯罪成立条件	<ol style="list-style-type: none"> 1. 要存在过失行为； 2. 要发生实害结果； 3. 过失行为与实害结果之间具有因果关系。
信赖原则	<p>根据信赖原则，在行为人合理信赖被害人或第三人将采取适当行为时，如果其采取不适当行为，对造成的结果要由其自己承担，行为人不担责。</p> <p>例 1、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。</p> <p>例 2、甲驾车在封闭的高速公路上正常行驶，乙突然横穿进高速路，甲来不及避让将其撞死。甲不成立犯罪。</p>

四、事实认识错误

体系图	<p>事实认识错误</p> <ul style="list-style-type: none"> 具体事实认识错误 <ul style="list-style-type: none"> ① 对象错误：无论什么学说，都成立故意犯罪 ② 打击（方法）错误 <ul style="list-style-type: none"> a 具体符合说：故意犯罪未遂与过失犯罪想象竞合 b 法定符合说：故意犯罪 ③ 因果关系错误 <ul style="list-style-type: none"> a 狭义因果关系错误：故意犯罪 b 事前故意：故意犯罪 c 犯罪构成提前实现 <ul style="list-style-type: none"> 已着手：故意犯罪 未着手：故意犯罪预备与过失犯罪竞合 抽象事实认识错误 <ul style="list-style-type: none"> ① 主观轻罪，客观重罪：能降格评价的话，按照轻罪既遂认定 ② 主观重罪，客观轻罪：（能降格评价的话） <ul style="list-style-type: none"> 无重罪实行行为：轻罪既遂 重罪实行行为 + 有导致重罪危险结果时：轻罪既遂与重罪未遂竞合 ③ 主客观不能降格评价的话，不成立犯罪或者仅仅成立客观内容的过失犯罪，如果连过失都没有，属于意外事件
概念	事实认识错误，是指行为人主观认识和客观事实不一致的状态。
所解决的问题	<p>问题一：行为人的认识与实际情况不一致时，能否成立故意犯罪？</p> <p>问题二：行为人的认识与实际情况不一致时，能否成立犯罪既遂？探讨是否存在因果关系。</p>

具体事实认识错误(同一犯罪构成之内的错误——“小错误”)		
学说	法定符合说 (“大气的人”)	行为人所认识的事实与实际发生的事实,只要在犯罪构成范围内是一致的,就可以认定行为人为故意的罪过。
	具体符合说 (“较真的人”)	行为人所认识的事实与实际发生的事实具体地相一致时,才可以认定行为人为故意的罪过。
	总结提示	1. 上述2个学说是认定行为人对事实错误结果能不能承担故意犯罪的标准。 2. 其中法定符合说为通说,如果不考察观点展示,直接按照通说得出结论。
对象错误 (“眼睛”)	概念及案例	行为人误把甲对象当作乙对象加以侵害,而甲对象与乙对象处于同一犯罪构成内,行为人的认识内容与客观事实仍属同一犯罪构成的情况。 例如,甲本想杀死仇人乙,黑夜里误将丙当作乙而杀害。
	根据法定符合说	甲想杀乙,却误将丙当作乙杀害,但是想杀乙(主观认识事实)和实际杀死的丙(实际发生的事实)都是人的生命,没有超出故意杀人罪的犯罪构成范围,所以成立故意杀人罪既遂。
	根据具体符合说	这种对象错误并不重要,因而不影响故意犯罪既遂的成立。因为在行为的当时,行为人想杀的是“那个人”,而事实上也杀了“那个人”,因而属于具体的符合,所以成立故意杀人既遂。而且,甲想杀的乙其实根本就没有在现场,只有被认错的丙在现场,按照具体符合说,只有一个人在现场,所以具体起来也就是丙。
	结论	对象错误中,2种学说的结论是一致的,只成立故意犯罪一罪。
	判断方法	方法一:主观出错 方法二:法益侵犯个数为1个
打击错误 (“手残”)	概念及案例	又叫方法错误,是指由于行为本身的误差,导致行为人所欲攻击的对象与实际受害的对象不一致,但这种不一致仍然没有超出同一犯罪构成的情况。 例如,甲举枪射击乙,因没有瞄准而击中了旁边的丙,导致丙死亡。
	根据法定符合说	甲主观想杀“人”,客观上也杀死了“人”,构成故意杀人罪既遂。在法定符合说看来,甲只要具有杀人的故意,那么对乙和丙就都具有杀人的故意。具体而言,甲对乙构成故意杀人罪未遂,对丙构成故意杀人罪既遂。因为甲只有一个开枪射击的行为,属于想象竞合犯,择一重罪论处,定故意杀人罪既遂。
	根据具体符合说	由于客观事实与行为人的主观认识没有形成具体的符合,所以,在上例中,甲对乙承担杀人未遂的责任,对丙则承担过失致人死亡的责任;由于只有一个行为,故二者属于想象竞合犯,从一重罪论处。此时,甲想杀的乙实实在在地出现在现场,而丙也同时出现在现场,所以按照具体符合说才能具体分开来看。

打击错误 （“手残”）	结论	具体事实认识错误中的打击错误，2种学说观点有区别：具体符合说认为行为人构成故意犯罪的未遂与过失犯罪的想象竞合；法定符合说认为行为人构成故意犯罪之间的想象竞合。		
	判断方法	方法一：客观出错 方法二：法益侵犯个数为多个		
因果关系 错误	概念	侵害的对象没有错误，但造成侵害的因果关系的发展过程与行为人所预想的发展过程不一致，以致侵害结果推后或者提前发生的情况。		
	狭义的因果 关系错误	概念	<p>行为人预想的因果历程样态与实际发生的因果历程样态不一致。</p> <p>例如，甲为了使乙溺死而将其推入井中，井中没水，乙摔死在井中。</p>	
		分析	客观上，甲的行为与乙的死亡存在因果关系，就是甲的行为导致的死亡结果；主观上，因果关系的具体样态不是故意的认识内容，不要求行为人对此有认识，即使没有认识到或产生认识错误，也不影响犯罪故意的确立。因此，甲构成故意杀人罪既遂。	
		结论	狭义的因果关系错误，行为人成立故意犯罪既遂。	
	事前故意	案例	 <p>出事之前有故意</p> <p>甲想开车撞死仇人乙，导致乙重伤休克（第一个行为），甲以为乙已经死亡，为了毁尸灭迹，将乙扔进河里（第二个行为），实际上乙是溺水身亡。</p>	
		观点展示	<p>理论一（通说）：犯罪后实施毁灭罪证的行为，不算异常因素，不中断前后因果关系，构成故意杀人罪既遂。</p> <p>理论二：甲的第一个行为成立故意杀人罪未遂，第二个行为成立过失致人死亡罪，数罪并罚。</p> <p>理论三：将两个行为视为一个行为，将两个行为的主观视为概括的故意，认定为一个故意杀人罪既遂。</p> <p>理论四：甲的第二个行为如果是间接故意，则将两个行为整体认定为故意杀人罪既遂；如果是过失，则将两个行为按故意杀人罪未遂和过失致人死亡罪分别处理。</p>	

因果关系 错误	犯罪构成的提前实现	<div style="text-align: center;"> <p>结果发生 杀人故意</p> </div> <p style="text-align: center;">犯罪结果提前出现</p> <p>例 1、甲准备使乙吃安眠药熟睡后将其绞死，但未待甲实施绞杀行为时，乙由于安眠药过量而死亡。行为人已经着手实行犯罪，并且有实行的意思，故应认定为故意杀人既遂。 (下文探讨观点展示问题)</p> <p>例 2、妻子为杀害丈夫，准备了有毒饭菜，打算等丈夫（每天下午 6 点准时到家）回家后给丈夫吃。在丈夫回家前，妻子去花园遛弯。但在妻子回家之前，丈夫偶然提前回家吃了有毒饭菜而死亡。由于妻子还没有着手实行的意思，只能认定该行为同时触犯故意杀人预备与过失致人死亡罪，从一重罪论处。</p>
		<p>通过以上案例分析：犯罪构成的提前实现的判断重点在于犯罪行为是否着手，如果着手则成立故意犯罪既遂，否则便不成立故意犯罪既遂，可能成立故意犯罪（预备）与过失犯罪的想象竞合犯。</p>
		<p>观点一（通说）：虽然构成要件结果提前发生，但投放过量安眠药本身有致人死亡的紧迫危险，能够认定在被害人喝的时候就已经着手实施杀人行为，故意存在于着手实行时即可，故对被害人的死亡承担故意杀人既遂的刑事责任。</p> <p>观点二：投放安眠药时只是想致被害人昏迷，没有认识到当时的行为会导致死亡，亦即当时缺乏既遂的故意，因而不能对故意杀人既遂负责，只能认定为故意杀人未遂与过失致人死亡的想象竞合。</p>
抽象事实认识错误（不同犯罪构成之间的错误，即跨界的错误——“大错误”）		
能降格 评价	主观轻罪 客观重罪	<p>案例</p> <p>例如，甲以为是尸体而实施奸淫行为，但被害人当时并未死亡。</p>
		<p>分析</p> <p>行为虽然符合强奸罪（重罪）的构成要件，但主观上没有强奸罪的故意，仅有侮辱尸体（轻罪）的故意，而客观上强奸活人的行为能包含评价为侮辱尸体的行为，所以只能认定为侮辱尸体既遂。</p> <p>有人会提出强奸罪和侮辱尸体罪为对立关系（即前者不能降格评价为后者），如果按照这种观点，那么甲的主客观内容在这两个罪的范围均是不一致的，而过失强奸也不成立犯罪，因此甲就是无罪。倘若甲无罪，你不觉得很不合理吗？如果一个死人被侮辱成立犯罪，而一个被误以为死，实际却没死的女性被侮辱反而无罪，活人不如死人值得保护，这恐怕不合适。</p> <p>强奸和侮辱尸体不是对立关系，前者和后者外在特点基本一致，只是被害对象一个有生命一个没生命。</p> <p>有人曾进行比喻：强奸 = 侮辱尸体 + 一口气，我觉得这个公式还是蛮形象的。</p>

能降格评价	主观重罪 客观轻罪	<p>1. 有重罪的实行行为和出现重罪结果的危险, 却只发生轻罪的结果。 例如, 甲想杀乙, 开枪向乙射击, 没有打中乙, 却打中乙身旁的珍贵文物, 造成文物毁损。甲构成故意杀人罪未遂与过失损毁文物罪的想象竞合犯。</p> <p>2. 没有重罪的实行行为或重罪的危险结果, 只成立轻罪既遂。 例如, 甲误将女尸当作活人强奸。甲主观上有强奸罪的故意(可降格评价为侮辱尸体罪的故意), 客观上侮辱尸体的行为, 主客观在侮辱尸体罪的范围内是一致的, 成立侮辱尸体罪。</p>
	不能降格评价	<p>案例: 例如, 甲误把活人乙当作财物毁坏, 导致乙死亡。</p> <p>分析: 本案中, 甲没有毁坏财物的客观行为(因为乙是人不是财物), 所以不成立故意毁坏财物罪; 甲虽然客观上有故意杀人的行为, 但是主观上并没有杀人的故意, 同样不成立故意杀人罪。但是本案不能做无罪处理, 因为甲对于杀人行为是有过失的, 成立过失致人死亡罪。如果连过失都没有, 则属于意外事件。</p> <p>结论: 主客观没有重合内容时, 不成立犯罪或者仅仅成立客观内容的过失犯罪, 如果连过失都没有, 属于意外事件。</p>

第五节 责任阻却事由

一、刑事责任能力

条文	<p>第 18 条: “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, 经法定程序鉴定确认的, 不负刑事责任, 但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗; 在必要的时候, 由政府强制医疗。</p> <p>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。</p> <p>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。</p> <p>醉酒的人犯罪, 应当负刑事责任。”</p> <p>第 19 条: “又聋又哑的人或者盲人犯罪, 可以从轻、减轻或者免除处罚。”</p>	
结构	<p>责任能力 = 辨认能力 + 控制能力</p> <p>1. 辨认能力 (“看得懂”): 行为人认识自己特定行为的性质、结果与意义的的能力。</p> <p>2. 控制能力 (“管得住”): 行为人支配自己实施或者不实施特定行为的能力。</p>	
精神病人	间歇性的精神病人是否构成犯罪, 应当以行为时精神是否正常为标准进行判断, 不能以侦查、起诉、审判时是否精神正常为标准。	
	总结	间歇性精神病人的刑事责任承担问题(精神正常简称“疯前”, 犯病后简称“疯后”)
	类型 1	<p>疯前的行为于疯后导致结果 → 负责。这是因为结果和正常时的行为有关联。</p> <p>例如, 甲为了复仇, 在仇人黄某家安放了炸弹, 在回家的路上甲犯了精神病, 此时炸弹爆炸炸死黄某。甲要负责。</p>

精神病人	类型 2	<p>疯前 A 行为 + 疯后 A 行为 → 负责。这是因为假设不犯病的情况下，行为人依旧会继续实施完之前的行为，即使犯病，但是后续行为和之前的行为偏差不大或者说一致，那这就和精神正常时，将行为一直实施完毕的情况没有区别，所以要负责。</p> <p>例如，乙精神正常时对李某实施杀人行为，在这个过程中就犯病疯了，但继续实施杀人行为，并将李某杀死，乙成立故意杀人罪既遂。</p>
	类型 3	<p>疯前 A 行为 + 疯后 B 行为，由 B 行为导致结果 → A 行为针对的罪名成立（通常是未遂，如果出现结果，当然成立既遂），B 行为不负责。</p> <p>例如，丙对被害人张某实施故意伤害行为，突然犯病疯了，然后对其实施抢劫行为。丙构成故意伤害未遂，抢劫罪不负责。</p>
	提示	<p>“病症和行为相关联原则”——精神病所导致某些行为的责任能力消失或降低，但如果该行为和精神病无关的话，行为人依旧要承担责任。</p> <p>例如，甲患有严重的受迫害妄想症（精神病的一种），某日与朋友李某在马路上临时起意对行人实施强奸。受迫害妄想症的精神病人对他人实施杀害或伤害行为来进行“自我保护”，这是该病导致的无能力的体现，但是通过强奸来进行“自我保护”，这恐怕很难自圆其说。因此甲应负强奸罪的刑事责任。</p>
醉酒的人	生理性醉酒	即日常生活中的醉酒，属于完全有刑事责任能力，应当负完全刑事责任。
	病理性醉酒	是指因酒精中毒导致幻觉、妄想等精神病症状，是精神病的一种。这属于完全无刑事责任能力，不负刑事责任。
生理缺陷的人	<p>1. 又聋又哑的人或盲人犯罪的刑事责任。属于有刑事责任能力，但刑事责任能力减弱，应当负刑事责任，但可以从轻、减轻或者免除处罚。</p> <p>2. 聋哑人必须是又聋又哑才可以从宽处罚。</p>	
原因自由行为	概念	是指具有责任能力的行为人，故意或者过失使自己一时陷入丧失或者尚未完全丧失责任能力的状态，并在该状态下实施了符合构成要件的违法行为。其本质逻辑就是“自己的过错自己买单”。
	结论	根据原因自由行为的法理，对于故意或过失导致自己陷入限定责任能力状态进而实施犯罪的，应当追究责任，而且不能适用从轻或者减轻处罚。过去考试中多次考查吸毒、喝酒后使自己陷入限定责任能力的状态进而实施犯罪的案例，均属于本项知识点的考查。

原因 自由行为	<p>在这里需要重点分析下关于喝酒和吸毒两种行为导致责任能力消失和降低的具体区别：</p> <p>社会生活中允许喝酒，但是吸毒行为是被禁止的，二者相比较，后者的危害性要远高于前者。</p> <p>关于喝酒——生理性醉酒（即日常喝酒喝多了）属于完全刑事责任能力，不能从宽处罚。但是病理性醉酒（酒精中毒导致幻觉、妄想等精神病症状，是精神病的一种），属于无刑事责任能力，不负刑事责任。但是如果明知自己有病理性醉酒史，仍然饮酒导致自己丧失或降低责任能力，然后实施犯罪的，依旧要负刑责。</p> <p>关于吸毒——例如 2016 年卷二第三题 A 项：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。本项在当年为正确选项。主要原因是关键词“第一次”，即使是第一次吸毒，正常人也应会了解到吸毒的危害性，所以根据原因自由行为原理，其仍然要承担刑事责任，但具体是故意责任还是过失责任，就需要和“第一次”进行关联分析，“第一次”证明经验不足，不能说明其具有直接追求或放任相关结果的出现的意志因素，再结合本案中的假想防卫问题的出现，认定为过失致人重伤罪合适。</p> <p>而在 2018 年的一道单选题目：“甲在家中吸毒后产生幻觉，快递员乙前来甲家中送快递，甲以为前来送快递的快递员乙要杀害自己，将乙打成重伤。关于甲的行为如何定性”？本案中并没有强调是甲的“第一次”吸毒，关键词之差，导致命题老师表达的核心思想还是有区别的。所以一个吸毒的人对吸毒后产生幻觉这种现象是有经历的，而且知道家中是随时出现人的地方，对这种幻觉和结果的产生有认知的情况下还没有防范和避免措施，至少可以认定是一种间接的故意，甲成立故意伤害罪，且不需要从轻或者减轻处罚。</p>
------------	--

二、刑事责任年龄

条文	<p>第 17 条：“已满十六周岁的人犯罪，应当负刑事责任。</p> <p>已满十四周岁不满十六周岁的人，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、<u>投放危险物质罪</u>的，应当负刑事责任。</p> <p><u>已满十二周岁不满十四周岁的人，犯故意杀人、故意伤害罪，致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾，情节恶劣，经最高人民检察院核准追诉的，应当负刑事责任。</u></p> <p><u>对依照前三款规定追究刑事责任的不满十八周岁的人，应当从轻或者减轻处罚。</u></p> <p>因不满十六周岁不予刑事处罚的，责令其父母或者其他监护人加以管教；在必要的时候，依法进行专门矫治教育。”</p> <p>第 17 条之一：“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。”</p>	
年龄阶段	承担责任的罪名	量刑影响
X < 12	无罪名	无量刑

12≤X < 14	故意杀人、故意伤害，致死、以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾	情节恶劣的，经最高人民检察院核准，应当负刑事责任
14≤X < 16	8个罪（详见上述法条）	未成年人应当从轻、减轻处罚，不能适用死刑，包括不能适用死缓。该规定同样适用上一年龄段
16≤X < 18	所有罪名	
18≤X < 75	所有罪名	所有责任
X≥75	所有罪名	故意犯罪：可以从轻或者减轻处罚； 过失犯罪：应当从轻或者减轻处罚。 原则上不适用死刑，但以采取特别残忍手段故意致人死亡的除外。
提示 1	<p>特殊情形下，最低刑事责任年龄经特别程序作个别下调——即满 12 周岁不满 14 周岁承担刑事责任的条件总结：</p> <ol style="list-style-type: none"> 罪名（或行为）性质要求：(1) 故意杀人罪；(2) 故意伤害罪；(3) 特别残忍手段（挖眼、割耳、剁手脚、泼硫酸等）。其中只包括故意杀人罪和故意伤害罪，不包括过失犯罪；且包括拟制的情形，例如，非法拘禁使用多余暴力致人死亡、伤残的或者聚众斗殴致人死亡、重伤的，均可拟制为故意杀人罪和故意伤害罪，情节恶劣，经最高人民检察院核准追诉的，应当负刑事责任。 结果要求：针对上述 (1) 和 (2) 要出现致人死亡的结果；针对上述 (3) 要出现重伤且造成严重残疾。 程度要求：情节严重。例如，顽劣霸凌、多次欺凌他人甚至屡教不改的；造成极为广泛恶劣社会影响的；造成多人死伤或者以极其残忍的手段杀害父母等尊亲属的或者杀害婴幼儿的，则都可视作情节恶劣。 程序要求：经最高人民检察院核准。 上述条件的要求，体现对未成年人犯罪的惩处依旧采取极其谨慎的态度，“教育为主，惩治为辅”的方针依旧不变。 故意杀人、故意伤害不是单纯指罪名，应当是指实施故意杀人或者重伤行为。例如，12 岁的甲绑架并杀害被绑架人，不能因实施绑架+故意杀害被绑架人，成立绑架罪，进而将甲无罪化处理。甲依旧可以按照故意杀人罪追究其刑事责任。 这里的“以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾”也应包括行为人故意杀人未遂（致人重伤造成严重残疾）的情形。否则，同样的严重后果，犯故意杀人罪（重罪）无需承担刑事责任，但故意伤害罪（轻罪）却需要承担刑事责任，会导致罪刑配置不均¹⁵。这里强调举轻以明重的思维逻辑。即：特别残忍手段+重伤+严重残疾=负责；故意杀人+重伤+严重残疾=更要负责。 	

15 马文博：《刑法修正案（十一）》，中国法制出版社 2021 年版，第 3 页。

提示 2	<p>1. 生日的第 2 天才满一岁，也即生日当天没有增加一岁。</p> <p>2. 不允许以行为人发育早熟，具有责任能力为前提，将不满责任年龄的人定罪处罚。俗话说：“穷人的孩子早当家。”但这句话并不适合刑事责任年龄的认定标准。</p> <p>3. 实践中，如果犯罪嫌疑人拒不交代自己年龄的，司法机关可以委托鉴定机构进行骨龄鉴定，该鉴定可以作为判断其年龄的证据。这种鉴定不要求查明具体出生日期。例如，2016 年真题：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。本句话为错误表述。</p>
提示 3	<p>1. 上述的 8 个罪不仅仅局限于“罪名”，指的是这 8 个严重的犯罪“行为”。而且针对 8 个行为的更高层次的“亲属”罪名，原则上也承担责任。例如，抢劫罪要负责，那么抢劫枪支、弹药、爆炸物罪同样也要负责。</p> <p>2. 法律拟制的 8 种罪也需要承担刑事责任。</p> <p>(1) 法律拟制的故意伤害罪、故意杀人罪：非法拘禁使用暴力致人伤残、死亡的；刑讯逼供致人伤残、死亡的；暴力取证致人伤残、死亡的；虐待被监管人致人伤残、死亡的；聚众“打砸抢”致人伤残、死亡的；聚众斗殴致人重伤、死亡的。(口诀：1 拘禁、2 个聚、3 监狱)</p> <p>(2) 法律拟制的抢劫罪：携带凶器抢夺的抢劫罪；聚众“打砸抢”，毁坏或抢走公私财物的首要分子成立抢劫罪；转化抢劫罪(但是最高法的司法解释认定已满 14 不满 16 这个年龄段的未成年人对转化抢劫行为成立故意伤害罪或故意杀人罪。在此作例外性把握)。</p>
提示 4	<p>此项知识点的考查方式往往具有迷惑性，表面的罪名看似不负责任，但是实施了表面罪名的加重行为，最终要负责。所以提醒各位考生，不看表面看实质，不看广告看疗效。</p> <p>例如，绑架并“撕票”的行为属于绑架罪的结合犯，只成立绑架罪。15 周岁的甲如果实施上述行为，其本质的故意杀人行为需要负责，成立故意杀人罪。</p>
提示 5	<p>行为人实施行为时年龄不够，结果发生时年龄够了，是否承担刑事责任呢？需作分类讨论：</p> <p>1. 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。分析：作为的时候年龄是不够的，所以作为行为导致的结果不成立犯罪；满了 14 岁之后具有阻止爆炸的义务，没履行这种义务就是一种不作为，所以成立爆炸罪的不作为犯。</p> <p>2. 乙在 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。分析：生日当天不满一岁，所以本案乙仍然是 13 周岁实施杀人行为。作为的时候年龄是不够的，所以作为行为导致的结果不成立犯罪；而且乙履行了救助义务，所以结果的发生自然也就没有不作为犯的问题。也可以换个角度思考，即以行为时为准，最终次日的死亡结果也是未满 14 周岁的行为在时间上的延展而已，这和死亡结果当时就发生的情形并无区别，所以不需要负责。</p> <p>3. 丙于 14 周岁生日当晚 11 点 59 分 59 秒朝乙扔了一个炸弹，炸弹于 0 点 0 分 3 秒爆炸而导致丁死亡。分析：作为的时候年龄是不够的，所以作为行为导致的结果不成立犯罪；12 点之后就满 14 岁了，虽然具有阻止爆炸的义务，但是其没有作为的可能性(时间太短)，所以其不作为依旧不成立犯罪。</p> <p>【结论】在分析上述类似案例的时候，一定要从两个角度分析，即作为和不作为，这种题目的特点就是作为的时候年龄不够，所以犯罪即使成立也和作为无关；可能成立犯罪的理由就寄托于不作为的可能性之上，所以重点分析不作为是否满足犯罪的成立条件，如果不作为也不成立犯罪的话，最终结论就是无罪。</p>

提示 6	<p>关于犯罪行为跨越法定年龄的情况探讨(下述的年龄特指“周岁”):</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 在已满 14 岁不满 16 岁时实施 8 个罪的行为, 已满 16 岁后实施同样的行为, 一并追责。 例如, 甲 15 岁实施抢劫行为, 16 岁的时候又实施了抢劫行为, 按照抢劫罪一并处理。 2. 在不满 14 岁时实施 8 个罪的行为, 在已满 14 不满 16 岁时实施同样的行为, 处理后者。 例如, 乙 13 岁时实施轮奸行为, 14 岁的时候又实施了普通强奸行为, 只能按照普通的强奸罪给乙定罪量刑。 3. 犯罪行为一直进行, 从未达到年龄的时刻延续到法定年龄满足的时刻。对满了年龄后的事实承担责任。 例如, 15 岁的丙非法拘禁李某, 一直拘禁到 16 岁, 只评价 16 岁之后的拘禁行为。如果满足犯罪构成要件, 定罪处罚, 如果不满足要件(例如拘禁时间达不到犯罪的标准), 则最终无罪。 4. 诈骗、敲诈勒索、抢劫等前后两部分组成的犯罪, 年龄不够的时候实施了欺骗行为、恐吓行为、压制反抗的行为, 达到法定年龄后才取得财物, 不成立诈骗罪、敲诈勒索罪、抢劫罪。但不排除侵占罪的成立可能。
------	---

三、违法性认识错误

类型	<ol style="list-style-type: none"> 1. 误以为自己的行为是违法犯罪, 实际上合法, 处理结论是不构成犯罪。 例如, 误以为自己跟人通奸是犯罪, 实际上无罪。
	<ol style="list-style-type: none"> 2. 误以为自己的行为是合法的, 实际上是违法犯罪。是否构成犯罪需要作如下讨论: <ol style="list-style-type: none"> (1) 行为人产生了违法性认识错误, 是由于过失而没有认识到。处理方式: 不影响成立犯罪。 例如, 甲误以为盗窃不属于违法犯罪, 实际上构成盗窃罪, 其有认识的可能性, 甲成立盗窃罪。 (2) 行为人产生了违法性认识错误, 但是这种错误认识避免不了。处理方式: 无罪。 例如, 甲欲从事生产经营, 向工商局书面咨询其经营是否合法, 工商局正式答复该经营合法。甲便实施该种经营, 但该经营实际上构成非法经营罪。由于甲信赖工商局的正式答复, 所以便没有违法性认识可能性, 应作无罪处理。

四、期待可能性

概念	是指从行为时的具体情况看, 可以期待行为人不实施不法行为而实施其他合法行为。
逻辑	如果行为人不具有期待可能性, 即我们不能从我们的视角去期待他实施合法行为, 那么他实施的不法行为就不值得被处罚。
地位	期待可能性并没有在刑法中明确规定, 属于刑法学界较为有争议的一项“超法规的责任阻却理由”, 所以过去考试的题目中关于这个问题考查往往是在个别选项中进行, 而且考查的案例基本都是没有争议的。在实务判决中, 对采用期待可能性理论持谨慎、消极态度。

常考 案例	<p>我国刑法中没有期待可能性原则的一般规定，加之此概念来自刑法理论之中，一些考生可能会因不知如何把握而焦虑。对此实无必要，因为，我国刑法已将大多缺乏期待可能性的情形排除在犯罪之外，在明文规定之外再通过期待可能性出罪的情形并不多。总而言之，涉及期待可能性的常考内容如下：</p> <ol style="list-style-type: none">1. 盗窃后销赃的行为不再认定为赃物犯罪。2. 行为人实施自己包庇自己、窝藏自己、毁灭证据等妨害司法的行为，不再认定为具体的妨害司法类型的罪名。——这个问题在最近几年的考试中是必考的，每年都出现。
----------	---



第三章

犯罪的未完成形态

第一节 概述

<p>概念</p>	<p>1. 故意犯罪形态，是在故意犯罪的发展过程中，由于出现某种原因而导致的结局呈现的不同状态，包括犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止和犯罪既遂。前三者统称为犯罪的未完成形态。</p> <p>2. 犯罪未完成形态只存在于故意犯罪中。由于过失犯罪的成立要求必须出现危害结果，所以过失犯罪不可能存在预备、未遂和中止问题。</p> <p>【延伸1】间接故意中是否存在未完成形态？</p> <p>观点一：认为间接正犯不存在犯罪未完成的形态。理由：间接故意是放任结果的发生，其对结果的发生与否持无所谓的态度，所以危害结果没有发生不能认为是犯罪未得逞，难以认定属于犯罪未完成形态¹⁶。</p> <p>观点二：认为间接正犯存在犯罪未完成的形态。理由：从规范意义上说，间接故意和直接故意没有本质区别，况且直接故意犯罪人与间接故意犯罪人可以成立共同犯罪，既然如此，在共同犯罪未遂的情况下，没有理由仅处罚直接故意的行为人而不处罚间接故意的行为人¹⁷。</p> <p>【延伸2】间接故意原则上不存在犯罪预备。理由：犯罪预备以确定的犯意为前提。</p>
<p>体系图</p>	
<p>弗兰克公式</p>	<p>1. 能而不欲 → 内因 → 中止</p> <p>2. 欲而不能 → 外因 → 未遂</p> <p>【注意】弗兰克公式放在着手之后的阶段才是没有瑕疵的。</p>
<p>故意犯罪形态判断思路</p>	<p>第一步</p> <p>看行为人是否着手，如果未着手，则属于预备阶段，此阶段不可能既遂与未遂，只可能中止（内因）与预备（外因）。</p> <p>例如：甲预谋杀乙而买来尖刀，思考半天之后放弃杀人计划，这属于预备阶段中止；如果正在家磨刀时，被邻居举报，警察将其抓走，这属于犯罪预备（外因）。</p>

16 周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2016年版，第226页。

17 张明楷：《刑法学》第五版上册，法律出版社2016年版，第331页。

故意犯罪形态判断思路	第二步	<p>行为人着手后，犯罪得逞（希望、放任的结果发生），则犯罪既遂。既遂后就不可能再出现犯罪未完成形态（即预备、未遂、中止均不可能）。</p> <p>例如：（2006年真题）甲意图陷害乙，遂捏造了乙受贿10万元并与其他人通奸的所谓犯罪事实，写了一封匿名信给检察院反贪局。检察机关经初查发现根本不存在受贿事实，对乙未追究刑事责任。甲欲使乙受到刑事追究的意图未能得逞。甲的行为构成诬告陷害罪的既遂（本案的既遂标准：诬告行为达到了使司法机关可能采取刑事追究活动的程度），不能因为没有实现目的就认为是未遂。</p>
	第三步	<p>行为人着手后，未得逞，如果是外因未得逞属于未遂，内因未得逞属于中止。</p> <p>例如：甲用尖刀顶在乙的脖子上逼其交出财物，乙将自己口袋掏空也就只有一张面巾纸，甲无奈放弃。这属于着手之后的犯罪未遂（外因）；如果乙掏出现金同时一张医院账单掉在地上（家人生病住院，花费巨大），甲捡起来看到后十分同情，就不再劫取财物，还掏出200元给了乙。此时，甲成立犯罪中止。</p>
	提示	<p>【提示1】判断犯罪形态时，第一步一定要先判断阶段（即通过着手判断），阶段确定好之后再判断内外因，这样的思考顺次才能准确锁定犯罪形态。</p> <p>【提示2】就同一犯罪行为而言，出现了一种犯罪形态后，不可能再出现另一种犯罪形态。</p> <p>例如：既遂后不可能再出现未遂、中止、预备；未遂后也不可能出现既遂、中止、预备。</p>

第二节 犯罪预备

条文	<p>第22条：“为了犯罪，准备工具、制造条件的，是犯罪预备。对于预备犯，可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。”</p>	
成立条件	主观上为了实施犯罪	<p>条文中的“为了犯罪”，应理解为“为了实行犯罪”，不包括为了犯罪预备而做准备。也即犯罪预备是为实行行为做准备，不是为预备行为做准备，预备的预备不是犯罪预备。</p> <p>例如，为了实行抢劫而购买凶器的行为，是预备行为；为了购买凶器打工赚钱的行为，不是犯罪预备行为。</p> <p>A 打工赚钱（预备的预备）——B 买刀（犯罪预备）——C 抢劫（实行行为）</p> <p>【延伸】准备实施恐怖活动罪，本罪属于预备犯的正犯化，因此打工赚钱的行为可以是预备行为。</p>
	客观上为实行行为做了准备	<p>1. 准备工具的具体表现： 例如，购买某种物品作为犯罪工具，制造犯罪工具，改装物品使之适应犯罪需要，租借他人物品作为犯罪工具，盗窃他人物品作为犯罪工具等等。</p> <p>2. 制造条件的具体表现： 例如，A 调查犯罪现场；B 调查被害人行踪；C 出发前往犯罪现场；D 守候被害人到来；E 诱骗被害人前往犯罪现场；F 排除犯罪障碍；G 商议犯罪计划等。</p>

成立条件	1. 已经着手实施犯罪	<p>【真题】 下列哪些选项是错误的？¹⁹</p> <p>A. 甲、乙二人合谋抢劫出租车，准备凶器和绳索后拦住一辆出租车，谎称去郊区某地。出租车行驶到检查站，检查人员见甲、乙二人神色慌张便进一步检查，在检查时甲、乙意图逃离出租车被抓获。甲、乙二人的行为构成抢劫（未遂）罪</p> <p>C. 甲意图杀害乙，经过跟踪，掌握了乙每天上下班的路线。某日，甲准备了凶器，来到乙必经的路口等候。在乙经过的时间快要到时，甲因口渴到旁边的小卖部买饮料，待甲返回时，乙因提前下班已经过了路口。甲等了一阵儿不见乙经过，就准备回家，在回家路上因凶器暴露被抓获。甲的行为构成故意杀人（未遂）罪</p>
	2. 犯罪未得逞	<p>1. 犯罪未得逞，一般是指没有发生行为人所希望或者放任的、行为性质所决定的实害结果²⁰，并不是什么结果都不能出现。如果发生上述的实害结果，则属于犯罪既遂。例如，甲基于杀人的故意对乙实施杀人行为，甲以为乙死亡，遂离开。乙被路人送往医院救活，但是仍旧造成乙的严重残疾（重伤结果）。甲属于故意杀人罪未遂。</p> <p>2. 需要注意的就是“结果”貌似发生，但是因果关系并不存在，仍旧属于未遂。</p> <p>例如，甲对乙实施诈骗行为，但从一开始就被乙识破骗局。不过乙欣赏甲的那种勇气与执着，深深被其折服与打动，就给了甲 3000 元。甲成立诈骗罪未遂。因为乙并不是因为陷入错误认识而处分的财物。</p> <p>【注意】 如果是预备行为偶然提前导致的实害结果，不属于犯罪既遂</p> <p>例如，甲欲抢劫前面单身行走的妇女，便远远地跟踪。妇女发觉有人跟踪，为了“丢卒保车”，将提包扔下便跑。甲捡到提包，还追上妇女并扇一耳光，骂道：“你什么意思？施舍吗？”遂拿着提包离去。甲的抢劫行为只是预备行为，不构成抢劫罪既遂，而构成抢劫罪犯罪预备。甲捡走钱包的行为不构成盗窃罪或侵占罪，因为该财物已经属于妇女的抛弃物。</p> <p>3. 关于结果加重犯的未遂</p> <p>(1) <u>基本犯既遂，结果加重犯未遂</u></p> <p>行为没有实现加重结果。行为人对加重结果持故意心态，但该结果未实现，此时成立结果加重犯的未遂。对此，应同时适用结果加重犯的法定刑和未遂犯的规定，再根据基本犯的犯罪形态进一步量刑。例如，甲先杀人后劫财，但人没杀死。对此，基本犯既遂，结果加重犯未遂，应适用结果加重犯的法定刑，同时适用总则关于未遂犯的处罚规定。反之，甲将人杀死了，但没有取得财物，成立基本犯未遂与结果加重犯的既遂，应适用结果加重犯的法定刑，同时适用未遂犯的规定。</p> <p>(2) <u>基本犯未遂，结果加重犯既遂</u></p>

¹⁹ 2006. 2. 54——A、C 均为犯罪预备，原因是没有着手。

²⁰ 例如，故意杀人罪的结果是死亡；盗窃罪、诈骗罪、抢劫罪等财产犯罪的结果是取得、控制他人财物。

成立条件	2. 犯罪未得逞	加重结果出现，可是基本犯罪未遂。适用结果加重犯的法定刑，同时适用刑法总则关于未遂犯的规定。此时如果同时构成其他犯罪的，按照想象竞合犯处理。例如，甲为了强奸妇女，刚将妇女打成重伤，就被赶到的警察抓捕。强奸致人重伤属于强奸罪的结果加重犯，但是基本的强奸罪却是未遂。		
	3. 由于外因未得逞	行为人自认为（坚持主观判断）存在足以阻却危害结果发生的客观障碍而放弃，或者客观上存在犯罪不可能既遂的原因。		
未遂犯 VS 不能犯	不能犯	<p>是指行为人虽然主观有犯意，但是客观行为不具有任何法益侵害危险，所以无罪。具体类型如下：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 方法不能犯：甲用食盐当作毒药杀人；用无法射击的枪杀人。 2. 对象不能犯：乙将沙漠中的稻草人当作活人射杀。 3. 主体不能犯：丙误以为自己是国家工作人员而挪用“公款”。 4. 迷信犯（是方法不能犯的一种）：画个圈圈诅咒你。 <p>【提示】 在判断行为是否有法益侵害性时，同样不能以纯粹的客观角度去评价危险的有无。例如，甲向乙家投掷手榴弹，但是乙一家人出门游玩没被炸死。不能认为他家本来就没人（事后角度），不可能造成人的死亡，就认定甲属于不能犯。因为这种纯客观角度去评价，可能导致有法益侵害可能性（乙家通常有人存在）的犯罪行为被无罪化处理。本案例和将沙漠中的稻草人当作活人射杀的案例不同，毕竟沙漠中人存在的可能性十分小，所以其成立不能犯。</p>		
	二者区别	未遂犯有法益侵害可能性，不能犯没有法益侵害可能性。关于是否存在法益侵害性，有如下两种观点		
		观点一：具体的危险说	观点二：客观危险说	
		以行为时为基准，按照一般人的感觉或行为人的特别认识，结合经验知识或与此紧密相关的因果法则，判断危险是否存在（事前判断） ²¹ 。需要强调的是， <u>该说主张的一般人可能认识到的事实一定是一种客观事实，而不是一般人想象或感觉。这其中包括一般人从客观角度合理地相信存在事实上的某种可能性。该学说注重行为时一般人的正常感觉。</u>		只有当行为人主观上具有故意，客观上实施的行为具有侵害法益的紧迫危险时，才能认定为犯罪未遂；行为人主观上具有犯意，其客观行为没有侵害法益的任何危险时，就应认定为不能犯，不以犯罪论处。至于客观行为是否具有侵害法益的紧迫危险，则应以行为时存在的所有客观事实为基础，站在行为时，根据客观的因果法则进行判断 ²² 。该学说注重事后查明的客观结果。

21 周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社2016年版，第285页。

22 张明楷：《刑法学》第五版上册，法律出版社2016年版，第358页。

未遂犯 VS 不能犯	案例	<p>例 1、甲将乙打倒在地，然后用柴草掩盖，乙身体活动几下，甲认为乙还活着，便又实施杀害行为。事后鉴定，身体的活动是死亡过程中的抽搐现象，并非生命迹象。</p> <p>思考：本案是未遂犯还是不能犯？请根据上述观点得出与之对应的结论。</p>
	分析	<p>针对案例 1 分析如下：</p> <p>根据观点一：按照一般人根据现场情况，会合理确信具有生命存在的可能性。甲的第二次杀害行为足以剥夺被害人的一切生命机会，产生了侵害他人生命的危险，因而成立故意杀人罪未遂。</p> <p>根据观点二：事后查明乙在当时确实已经死亡，不再是活人而是尸体。甲的第二个杀害行为在客观上根本就没有致人死亡的可能性，属于不能犯，不成立故意杀人罪。</p>
	结论	<p>上述 2 个案例分别在 2003 年和 2005 年的司考试题中出现，在当年公布的答案中，其结果都是按照未遂犯处理（当时观点一占主流）。该考点之后没有再考查过定论性的试题，在如今刑法试题必出观点展示的大背景下，掌握上述不同观点，势在必行。</p>

成立条件	自动性	自动性判断的学说顺序	顺序要求	<p>第一步：如果根据限定主观说能够判断行为人的自动性，直接得出行为人具有自动性；</p> <p>第二步：根据限定主观说无法肯定自动性时，再求助于主观说进行判断；</p> <p>第三步：以上两步得不出或难以得出合理结论时，以客观说为标准进行判断。</p>
			限定主观说	<p>行为人基于<u>害怕、惶恐、后悔、同情、惭愧、不安、恐怖</u>等规范的特殊情感对自己行为加以否定并放弃犯罪，这充分表明行为人回到了合法性的轨道，应肯定其自动性。</p>
			主观说	<p>即弗兰克公式——能而不欲是中止，欲而不能是未遂。在“能”与“不能”的判断上，要以行为人的认识为标准（主观说），不能以客观事实进行判断。行为人主观上认为完全可以既遂但不愿意既遂，即使事实上并不能既遂，也肯定其自动性，认定为中止；反之，则认定为未遂。</p>
			客观说	<p>认为自动性应该以行为人所认识的外部事态是否使行为人丧失选择自由为判断标准，<u>而是否达到这一标准应根据一般人观念或一般社会经验进行评价</u>。如果是，那么就不具有自动性，成立犯罪未遂；反之，则具有自动性，成立犯罪中止。</p>
	案例	<p>三个案例按照上述判断顺序依次如下：</p> <p>例 1、甲对乙实施杀害行为，看到乙痛苦惨叫的表情顿生悔意而放弃。</p> <p>例 2、甲欲杀乙，将乙打倒在地，掐住脖子致乙深度昏迷。30 分钟后，甲发现乙未死，便举刀刺乙，第一刀刺中乙腹，第二刀扎在乙的皮带上，刺第三刀时刀柄折断。甲长叹“你命太大，整不死你，我服气了”，遂将乙送医，乙得以保命。经查，第一刀已致乙重伤。本案中，甲认为自己已不可能杀死对方，成立故意杀人罪未遂。²³</p> <p>例 3、甲在外地打工期间耐不住寂寞，于黑夜里实施强奸行为，强奸过程中发现对方是自己的胞妹，于是停止了强奸行为。成立强奸罪未遂。</p>		

²³ 2012 年卷 2 第 8 题，成立犯罪未遂。【温馨提示】有不少考生认为，甲在把刀柄刺断的情况下，要想杀死乙完全可以啊，比如说搬石头砸死乙，把乙扔入水中淹死等等，提醒考生，在做题时不要主观联想题目，也就是不要自己编题，如果这样的话，你的思维永远不可能与出题老师一致。本案中描述的甲的叹息内容就是在告诉你甲已经认为自己不可能杀死乙了，那为什么还要自己继续编造乙最终可以被杀的内容？这是众多考生的一大弱点，一定要努力克服，使自己的思维努力朝题目本身的含义靠近。

<p>成立条件</p>	<p>自动性的具体问题</p>	<p>1. 放弃犯意要求具有彻底性。这里的放弃指的是放弃本次的特定犯意，不是放弃所有犯罪的犯意。</p> <p>例 1、甲本想强奸妇女乙，压制反抗的过程中发现乙很有钱，便放弃强奸，转而对其实施了抢劫。甲成立强奸罪的中止，但是依旧成立抢劫罪既遂。</p> <p>例 2、甲用工具撬开仓库门，在往外搬运财物时，突然下起了大暴雨，甲无奈停止搬运，心想暴雨结束后再继续。甲不属于犯罪中止。</p> <p>2. 因为嫌弃、厌恶而放弃罪行的问题。</p> <p>例如，甲黑夜对乙女进行暴力压制，准备实施强奸，仔细一看发现其长得很难看，便产生嫌弃之情，起身离开。甲成立强奸罪中止。</p> <p>3. 基于目的物的障碍而放弃犯罪的。</p> <p>例 1、甲打算盗窃博物馆的珍贵文物“马踏飞燕”，深夜潜入馆内，发现“马踏飞燕”已经被工作人员转移走。甲的这种“扑空”行为，即使存在其他文物可以盗窃，同样属于盗窃未遂，因为甲早已“心有所属”、“非其不娶”。</p> <p>例 2、甲想杀死躺在被窝的前妻，砍了两刀发现不对劲，掀开被子发现是自己的女儿，便赶紧将女儿送往医院救治成功。甲属于杀人未遂。</p> <p>4. 发现存在手段障碍而放弃犯罪。</p> <p>(1) 准备的手段出现障碍，且当时很难找到代替手段，认定为未遂。</p> <p>例如，甲将他人的跑车撬开，准备偷走，坐上车后发现不知如何启动。甲属于盗窃未遂，这在当时很难找到代替手段。</p> <p>(2) 准备的手段出现障碍，当时容易找到代替手段而放弃，认定为中止。</p> <p>例如，甲为了杀乙而随身携带了手榴弹、手枪、砍刀等作案工具，来到乙家门口，准备用手榴弹将正在院子内浇花的乙炸死，但是甲发现自己忘记了手榴弹的使用方法，便放弃杀乙。甲属于故意杀人的中止，因为其完全可以通过携带的枪支、砍刀的工具体完成杀人，代替手段很容易获取。</p> <p>5. 发现对方为熟人而放弃犯罪。</p> <p>例如，甲于深夜准备对经过此处的妇女实施强奸行为，在施暴的过程中发现该女性是自己的同学，进而放弃犯罪，甲属于强奸罪的中止。熟人之间按照通常的理念是可以实施犯罪的，实务中发生于熟人之间的犯罪也并不在少数，所以这属于能而不欲，成立中止。但是如果发现是至亲（如父母、夫妻、兄弟姐妹等），原则上按照未遂认定。</p> <p>6. 不能满足特定倾向而放弃犯罪。</p> <p>例如，具有性虐待倾向的甲意图强奸乙，但是乙是一个失去生活希望的女性，在甲对自己实施强奸行为时表现的极为冷漠，根本没有任何反抗。在甲看来这简直就是对自己行为的极度漠视，而且甲也体会不到那种性虐待的刺激感，便放弃奸淫，甲成立强奸罪未遂。</p>
		<p>认识错误问题</p> <p>1. 主观上认为不能既遂，客观上却可以 → 根据主观规定，成立未遂</p> <p>例如，甲入室盗窃，突然听见窗外有玻璃瓶打碎的声音，以为家中有人归来（其实是屋顶的花猫将玻璃瓶不小心踢了下来摔碎），便匆匆逃离。甲成立犯罪未遂。</p> <p>2. 主观上认为完全可以既遂，客观上却不能 → 根据主观规定，成立中止</p> <p>例如，甲入室盗窃，不知屋子外面公安机关已经布置了天罗地网准备抓捕甲。甲突然听见窗外的一声猫叫，顿时觉得人生短暂，应和家人多聚，便放弃了盗窃。然后从自己挖的进入屋内的地下通道走掉了。甲成立犯罪中止。</p>

成立条件	有效性	<p>1. 所谓有效性，是指行为人原本所希望或者放任的、行为性质所决定的犯罪结果没有发生（不代表不发生任何结果）。即使行为人自动放弃或积极努力防止，但结果仍发生了，也不能成立犯罪中止。</p> <p>例 1、甲对乙实施杀害行为，看到乙鲜血直流，顿生怜悯，将其送往医院进行救治，最后乙虽没死，但仍受重伤（死亡结果没有出现），甲依旧成立犯罪中止。</p> <p>例 2、乙委托甲为其购买胃药，甲却将毒药交给乙。第二天，甲心生悔意，找到乙欲要回之前的“药品”，乙谎称已经服用，效果很好，甲见乙没什么异状就回家了，没有将真相告知乙。当晚，乙服用“药品”后中毒身亡。甲的防止措施并没有阻止死亡结果的发生，依旧成立故意杀人罪既遂。</p>
		<p>2. 中止行为需要真挚的努力（即行为对结果的避免通常有积极、促进作用），才能肯定其有效性。</p> <p>例 1、甲实施了放火行为，离开现场之际对旁观者说：“拜托啦，哥们，大家帮忙救救火吧。”然后就离开了，即使他人将火扑灭，甲也不成立放火罪中止。</p> <p>例 2、甲以杀人的故意将乙砍伤，致其昏迷，后心生悔意将其送往医院抢救，和医生说自己看到有歹徒对乙行凶，其将乙救下后送来医院。医生经过全力抢救，避免了乙的死亡。可以认定甲成立犯罪中止。</p>
		<p>3. 危害结果的发生归责于介入因素，而不是行为人的危害行为，在行为人存在中止行为的情况下，依旧肯定其中止的有效性，认为犯罪中止。</p> <p>例如，甲以杀人意思伤害乙，但后悔了，及时送医救治。医生在手术时出现严重医疗事故，导致乙死亡。本案中，乙的死亡结果应归责于医生的行为，甲为了避免危害结果已经付出了真挚努力，应肯定有效性，认定甲成立犯罪中止。</p>
		<p>4. 行为人的危害行为原本就不会使犯罪既遂。</p> <p>例如，甲给乙投毒，认为足以致人死亡，但实际上远未达到致死量。看到乙痛苦的样子，甲后悔，及时送医救治。本案应肯定中止的有效性，认定甲成立犯罪中止。</p>
		<p>5. 中止行为足以防止结果发生，但事实上是由与中止行为无关的其他人的行为防止结果的发生，也应认定为犯罪中止。</p> <p>例如，甲向乙投放毒药后，心生悔意，立即拨打 120 急救电话（该行为完全能救助乙），但是邻居丙在救护车到来前，开自家车将乙送往医院，乙经抢救后脱险。甲成立犯罪中止。</p>

“造成损害”的理解	法条	24条第2款：“对于中止犯，没有造成损害的，应当免除处罚；造成损害的，应当减轻处罚”。
	含义	<p>“造成损害”是指虽然没有发生行为人期待的构成要件结果，但是发生了刑法分则规定的其他犯罪的损害结果。</p> <p>例如，故意杀人罪的法定结果是致人死亡，中止行为实施后人没死，但是出现轻伤的结果（符合故意伤害罪的结果要求），这种情况属于造成损害的中止犯，应当减轻处罚。如果只是出现轻微伤及以下的结果（不属于具体罪名的结果要求），这就属于没有造成损害的中止犯，应当免除处罚。</p>
	因果性	<p>指的是中止行为之前犯罪行为所导致，并不是中止行为所导致。即中止行为导致的结果，不属于“造成损害”，依旧应当免除处罚。</p> <p>例如，甲向仇人乙的食物中投毒，乙中毒后疼痛难忍，甲无证驾驶车辆将其送往医院，途中闯红灯和其他车辆发生严重碰撞，导致被害人重伤，被害人被送往医院后，抢救脱险。乙的重伤是甲的中止行为（开车送医院）导致的，并不是之前投毒的杀人行为导致的，所以甲属于故意杀人罪中止，没有造成损害，对故意杀人罪免除处罚。但是其无证驾驶、闯红灯的行为可成立交通肇事罪。</p>



第四章

共同犯罪

第一节 共同犯罪的基础理论

<p>条文</p>	<p>第 25 条：“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。 二人以上共同过失犯罪，不以共同犯罪论处；应当负刑事责任的，按照他们所犯的罪分别处罚。”</p>					
<p>条文 解读</p>	<p>上述法条的内容将共同犯罪限定在故意犯罪之内，而二人以上共同过失犯罪，不以共同犯罪论处；应当负刑事责任的，按照他们所犯的罪分别处罚。</p>					
<p>立法 宗旨</p>	<p>共同犯罪的立法与理论主要是为了解决法益侵害结果归属于谁的行为这一问题，即是为了确定共同犯罪在违法上的连带性。共同犯罪是多个参与人共同形成的合力，法益侵害的事实与各个参与人具有物理上、心理上的因果性，而这种复杂、连带的因果性便决定了参与人违法的连带性。对违法的判断是一般的判断，对责任的判断是个别的判断（违法是连带的，责任是个别的）。</p> <p>判断思路：客观违法层面——参与者是一个整体，不分你我，连带违法，成立共犯。主观责任层面——你有责、他无责；你 A 罪的责任、他 B 罪的责任；你具备责任能力、他不具备责任能力等来进一步判断责任是否承担或怎么承担。</p> <p>例 1、甲、乙共谋杀丙，同时向其开枪，甲击中丙导致其死亡，乙并没有击中。即使不考察乙的行为，甲也要对丙的死亡担责，成立故意杀人罪既遂。但是如果单独考察乙，乙不需要对丙的死亡负责（这是不公平的）。在肯定甲、乙成立共同犯罪的基础上，则可以将二人视为一个整体，所以乙当然要对整体造成的死亡结果负责，同样成立故意杀人罪既遂。</p> <p>例 2、甲、乙共谋教训丙，甲暗藏杀机，二人共同对丙实施暴力殴打行为，丙死亡。在确定共犯的前提下，甲、乙二人的整体行为导致了死亡结果的发生，所以二人均需要对死亡负责。具体而言，甲有杀人的故意和行为，成立故意杀人罪既遂，乙只有伤害的故意和行为，成立故意伤害罪致人死亡的结果加重犯，二人在故意伤害罪范围内成立共犯关系。</p>					
<p>何谓 “共同”</p>	<p>“共同”指的是二人以上基于意思联络去一起做坏事情，我们是团结的，是一致的，是合体的，我们不是单打独斗，是团队作战。关于“共同”的认定有如下学说：</p>	<table border="1"> <tr> <td data-bbox="457 1641 554 1741"> <p>完全犯罪 共同说</p> </td> <td data-bbox="554 1641 1278 1741"> <p>该说认为，二人以上只能就完全相同的犯罪成立共同犯罪。</p> </td> </tr> <tr> <td data-bbox="457 1741 554 1834"> <p>部分犯罪 共同说</p> </td> <td data-bbox="554 1741 1278 1834"> <p>该说认为，二人以上虽然共同实施了不同的犯罪，但当这些不同的犯罪之间具有重合的性质时，则在重合的限度内成立共同犯罪。</p> </td> </tr> </table>	<p>完全犯罪 共同说</p>	<p>该说认为，二人以上只能就完全相同的犯罪成立共同犯罪。</p>	<p>部分犯罪 共同说</p>	<p>该说认为，二人以上虽然共同实施了不同的犯罪，但当这些不同的犯罪之间具有重合的性质时，则在重合的限度内成立共同犯罪。</p>
<p>完全犯罪 共同说</p>	<p>该说认为，二人以上只能就完全相同的犯罪成立共同犯罪。</p>					
<p>部分犯罪 共同说</p>	<p>该说认为，二人以上虽然共同实施了不同的犯罪，但当这些不同的犯罪之间具有重合的性质时，则在重合的限度内成立共同犯罪。</p>					

何谓“共同”	行为共同说	也叫事实共同说，该说认为，共同犯罪是指数人共同实施了行为，而不是实施特定的犯罪。也即在具有实施行为意思联络的前提下，实施行为具有共同性就可以成立共同犯罪。——该学说就好比“你有你的夺妻之恨，我有我的杀鸡之仇”，合作之下的我们各怀鬼胎。	
	总结	完全犯罪共同说是老学说（基本淘汰），除非考查观点展示，否则不用；部分犯罪共同说和行为共同说在认定是否成立共犯的时候可直接使用，如果找到重合点（交集），按照部分犯罪共同说得出成立共犯的结论，如果找不到重合点（交集），但是二人有意思联络，行为具有一致性，此时可以按照行为共同说得出成立共犯的结论。	
何谓“犯罪”	<p>因为共同犯罪解决的是客观违法层面的一致性，所以其中“犯罪”的含义也应当理解为客观共同的暂时“犯罪”，而主观责任的确定则是在客观“犯罪”问题解决掉之后需要分析判断的问题。</p> <p>例如，甲和乙共谋强奸丙，事后查明甲12岁或者甲为精神病人。客观层面甲、乙成立共犯，主观层面甲不是没有达到刑事责任年龄就是没有刑事责任能力，但这并不影响二人成立共犯关系，否则是不能评价轮奸事实的。肯定了共犯关系，解决了轮奸事实，适用轮奸的加重法定刑，再解决主观责任问题。</p>		
共犯分类	任意共犯	一人能够单独实施的犯罪由二人以上共同实施的情形。例如，盗窃罪一个人可以实施，多个人也可以。	
	必要共犯	必须由二人以上共同实施的犯罪。	
		对向犯	概念：是指以存在二人以上相互对向的行为为要件的犯罪。分类如下：
			1. 双方的罪名与法定刑相同。 例如，重婚罪、代替考试罪。【注意】也可能存在只有一方成立犯罪的情形。
			2. 双方的罪名与法定刑都不同。 例如，行贿罪与受贿罪。【注意】也可能只存在行贿或只存在受贿的情形。
3. 片面的对向犯：只处罚一方的行为。 例如，贩卖淫秽物品牟利罪，只处罚贩卖者，不处罚购买者。 【注意】片面对向犯由于不处罚其中一方（如上述案例的买者是无罪的），刑法理论上认为这不属于共同犯罪 ²⁴ 。			
聚众共同犯罪	由首要分子组织、策划、指挥众人实施的共同犯罪。 例如，聚众持械劫狱罪、聚众斗殴罪、聚众淫乱罪。 【注意】聚众共同犯罪 ≠ 聚众犯罪：后者不一定属于共同犯罪。 例如，聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪。		
集团共同犯罪	3人以上有组织地实施的共同犯罪。例如，组织、领导、参加恐怖组织罪。		

24 2012年卷二55题A项：甲见卖淫秽影碟的小贩可怜，给小贩1000元，买下200张淫秽影碟。该项不成立共同犯罪。

共犯分类	事前通谋的共犯：着手前通谋的，是事前通谋的共同犯罪。 事前无通谋的共犯：着手时或者实行过程中通谋的，是事前无通谋的共同犯罪。		
	简单共同犯罪 VS 复杂共同犯罪	——> 是否存在分工	{ 简单：没有分工 复杂：有实行、教唆、帮助等分工
	一般共同犯罪 VS 特殊共同犯罪	——> 是否存在组织	{ 一般：无组织的共同犯罪 特殊：有组织的共同犯罪。如犯罪集团
	教唆犯 VS 帮助犯 VS 实行犯 (根据分工不同而分)		
	主犯 VS 从犯 VS 胁从犯 (根据作用不同而分)		
其他问题	1. 自然人和自然人可成立共犯；单位和单位可以成立共犯；自然人和单位也可以成立共犯。 2. 作为和作为可以成立共犯；作为和不作为可以成立共犯；不作为和不作为也可以成立共犯。 3. 过失犯罪不成立共犯，按照过失犯罪的成立条件进行分别处理。		

第二节 共同正犯 (实行犯)

概念	1. 直接正犯：行为人自己实施符合构成要件的行为造成法益侵害、危险结果的。 2. 共同正犯：以共同的犯罪意思，各自分担犯罪的一部分，共同实现“自己的犯罪”的人。	
部分实行全部责任	(一根绳上的蚂蚱，谁也跑不了)共同正犯中，各正犯者彼此相协作、补充，结成一个有机整体，导致结果的发生。实施了部分实行行为的正犯者，也要对共同的实行行为所导致的全部结果承担正犯的责任。在“部分实行，全部责任”的前提下，还要坚持“区别对待，罪责自负”原则，即各共犯人只能在自己有责的范围内对共同造成的违法事实承担责任，对他人超出共同故意实行的犯罪不承担责任。 【总结】 除出现共犯关系过剩或共犯脱离情形，在共同正犯以及教唆犯、帮助犯与正犯的关系中均适用“部分实行，全部责任”原则。	
	案例	案件 1：甲、乙有意思联络同时开枪杀死丙（故意心态）——共同犯罪 案件 2：甲、乙无意思联络同时开枪杀死丙（故意心态）——同时犯 案件 3：甲、乙同时过失开枪杀死丙（过失心态）——共同过失犯罪 【注意】 上述所有案例事后查明，只有一处致命伤，但是查不清到底是谁射击的。
	分析	案例 1 → 甲、乙共同正犯，二人是一个共同体，虽然查不清是谁所为，但是这并不重要，能证明的是这个共同体所为，根据部分实行，全部责任原则，甲、乙二人的行为与死亡结果均有因果关系，均成立故意杀人罪既遂。 案例 2 → 甲、乙之间无意思联络不成立共同犯罪，二人其实为同时故意犯罪。二人在互相不知情对方存在的前提下同时实施了故意杀人行为。但是由于证明不了到底是谁的行为导致丙的死亡，所以甲、乙的行为与死亡结果之间均没有因果关系（存疑有利于被告人），因此甲、乙均成立故意杀人罪的未遂。 案例 3 → 甲、乙二人为过失行为，证明不了因果关系，所以无罪。

共谋共同正犯	<p>1. 概念：二人以上共谋实施一定的犯罪，但实际上只有一部分人实施了该罪，其他没有实施具体实行行为的人，也应当成立共同犯罪的情形。</p> <p>2. 案例： 例 1、甲、乙共谋杀害丙，并制定了详细的杀人计划，第二天甲诈称患病，没有前往现场，乙独自将丙杀害。 例 2、丙、丁共谋实施诈骗，丙将自己策划的周密诈骗方案告诉丁，但是第二天丙自己睡过点，丁没有联系上丙，就自己一人完成诈骗犯罪。</p> <p>3. 处理的基本观点（法考采纳）：对共谋后，因错过时机、找错地方、认错对象等原因，未实际参加抢劫、盗窃、诈骗等犯罪行为的，该共谋者依然按照共同正犯处理²⁵。对共谋共同正犯的处罚，也应当适用部分实行全部责任的法理，即单纯共谋者虽然没有实施实行行为，不是形式上的实行者，但是，由于其实质上对于实行行为的实施、犯罪的完成发挥了重要作用，应与实行者“同视”，因而其应该同实行者一样对实行行为及其危害后果全部担责²⁶。</p> <p>4. 结论：例 1 中甲、乙成立故意杀人罪既遂的共同正犯；例 2 中丙、丁成立诈骗罪既遂的共同正犯。</p>
--------	---

第三节 间接正犯（“借人杀人”）。

概念	<p>实行行为，不一定只限于行为人自身的直接的身体动作，和利用动物、工具一样，将他人作为媒介实行犯罪，也是可能的。这种通过利用他人实现犯罪的情况，就是间接正犯。</p>
属性	<p>“借人”的含义——犯罪事实支配说：行为人通过强制或者某些手段支配直接实施者，从而整体地控制支配犯罪构成要件的实现。其本质上，被支配的对象和犯罪工具区别不大，但是工具是死的，被支配的人却是有意识的，所以只要行为人对被利用者达到控制支配程度，进而实现犯罪的，就属于该罪的间接正犯（背后的“大佬”）。</p>
类型	<p>1. 利用欠缺责任者的行为。 例如，甲指使 5 岁的乙，进入商店盗窃，甲构成间接正犯。</p> <p>2. 利用他人缺乏故意的行为。 例如，甲将毒品说成是药品，利用不知情的乙运输毒品的，成立运输毒品罪的间接正犯。</p> <p>3. 利用他人的合法行为。 例如，甲事实上想杀害乙，却教唆乙去杀丙，同时甲告知丙有人要杀他，让其做好防卫的准备。后来乙持刀来杀丙的时候，被丙正当防卫而杀死。甲属于利用丙的合法行为除掉乙，成立故意杀人罪的间接正犯。</p>

²⁵ 2008 年四川卷二 55 题 A 项：甲与赵某共谋共同杀苏某，但赵某因病没有前往犯罪地点，由甲一人杀死苏某。甲与赵某成立故意杀人罪既遂。

²⁶ 周光权：《刑法总论》，中国人民大学出版社 2016 年版，第 337 页。

类型	<p>4. 利用他人的过失行为。</p> <p>例如，具有杀人故意的医生甲将某种注射液交给护士乙，令其注射给病人丙。由于该注射液与正常药品的颜色有重大差异，护士乙稍加注意即可发现，但忙于下班约会的乙没有检查就给丙注射，导致丙的死亡。被利用者乙可成立医疗事故罪，而甲成立故意杀人罪的间接正犯。</p> <p>5. 利用他人欠缺目的行为。</p> <p>例如，甲有传播淫秽物品牟利的目的，但其隐瞒该目的，并说服乙传播淫秽物品。乙成立传播淫秽物品罪，甲成立传播淫秽物品牟利罪的间接正犯。</p> <p>6. 利用他人轻罪故意的行为。</p> <p>例如，甲不知道丙坐在高级轿车里休息，而乙知道，乙为了杀死丙，教唆甲放火烧掉该车，甲照做，丙被烧死。甲构成故意毁坏财物罪和过失致人死亡罪的想象竞合，乙属于故意杀人罪的间接正犯与故意毁坏财物罪教唆犯想象竞合。</p> <p>7. 利用被害人的行为。</p> <p>例如，甲谎称乙饲养的名贵宠物狗患上新冠肺炎，极易传染给人，乙信以为真而将狗杀掉。甲成立故意毁坏财物罪的间接正犯。</p> <p>8. 利用他人缺乏违法性认识的可能性的行为。</p> <p>例如，司法人员甲欺骗乙说：“捕杀麻雀是完全合法的行为，你可以大量捕杀。”乙信以为真后捕杀大量麻雀。甲成立间接正犯。</p> <p>【总结】 间接正犯原则上不属于共同犯罪（上述“5”中的案例，二人可成立传播淫秽物品罪的共犯），被利用者不是绝对无罪（参考上述“6”中的案例）。</p> <p>【延伸】 1. 通说认为亲手犯不成立间接正犯。亲手犯是指行为人必须亲自实施刑法分则罪状所要求的实行行为（即自己的事情自己做），这样才能构成犯罪的情形。例如，脱逃罪、重婚罪等，这些犯罪不能通过控制别人来完成，只能自己“亲历亲为”。</p> <p>2. 真正身份犯不能成立间接正犯。例如，贪污罪只能由具有国家工作人员身份的人成立，没有这个身份的人谈不上控制别人，进而自己成立贪污罪的间接正犯。其可以成立教唆犯或帮助犯。</p>
----	--

第四节 狭义的共犯（教唆犯与帮助犯）

共犯处罚根据	<p>共犯从属性说（新学说）认为，与单个人犯罪的本质一样，共同犯罪的本质也是侵害法益。单独正犯是直接引起法益侵害的犯罪类型，共同正犯是共同引起法益侵害的犯罪类型，间接正犯是通过支配他人的行为引起法益侵害的犯罪类型，教唆犯与帮助犯则是间接引起法益侵害的犯罪类型。间接侵犯法益同样需要受到处罚。</p>
教唆犯	<p>故意唆使并引起他人实施符合构成要件的违法行为的人。具体成立条件如下：</p>

教唆对象	<p>1. 被教唆的对象要求是一个完整意义上的“人”，即要具有一定的规范意识和辨认控制能力，不要求必须达到刑事责任年龄。如果教唆的对象是缺乏规范意识的人，那行为人则成立间接正犯。例如，甲教唆乙（15周岁，曾因盗窃多次被公安部门教育）去实施盗窃，此时的乙虽然在承担盗窃罪的年龄上差一点，但是其对盗窃行为是有规范意识和辨认控制能力，所以甲依旧成立教唆犯。如果乙5周岁，甲就成立间接正犯。</p> <p>2. 教唆的对象必须是特定的，人数可一个可多个（只要能确定具体范围即可）。如果教唆的对象不特定，则属于“煽动”的意义范畴，而“煽动”成立的犯罪不再是教唆犯，而是独立的实行犯（具体参考下文内容）。</p>
	<p>1. 如果实行犯本身就存在犯罪故意，教唆者不成立教唆犯（犯罪故意不是你教唆出来的）。</p> <p>例如，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²⁷。</p> <p>2. 被教唆者有犯罪故意，教唆者只是提升其犯罪数额，不成立教唆犯，可能成立帮助犯——原因在于本身的犯罪要件能涵盖所有的数额问题。</p> <p>例如，乙已有盗窃犯意，只想盗窃数千元，而甲唆使其盗窃数万元的，甲只成立帮助犯，不成立教唆犯。</p> <p>3. 被教唆者有实施基本犯罪故意，教唆者教唆基本犯罪基础之上的加重犯，教唆者成立加重要件的教唆犯²⁸——原因在于本身基本犯罪的要件不能涵盖加重要件的内容。</p> <p>例如，甲有实施普通抢劫的故意，乙教唆甲实施入户抢劫或抢劫银行。乙构成抢劫罪加重要件的教唆犯。</p> <p>4. 被教唆者有重罪的犯罪故意，教唆者教唆的是与重罪性质相同的轻罪，教唆者原则上不成立犯罪（降低犯意和法益侵害，不宜按照犯罪处理，但不绝对排除成立帮助犯的可能性）。</p> <p>例如，甲已有强奸故意，乙教唆甲：“强奸罪判刑很重的，还是猥亵吧。”甲便实施猥亵。乙原则上是无罪的，但是如果乙为甲实施猥亵行为提供很强的精神支持的话，成立帮助犯同样可以。需要看题目的具体描述。</p> <p>5. 被教唆者有轻罪的犯罪故意，教唆者教唆的是与轻罪性质相同的重罪，教唆者成立重罪的教唆犯。</p> <p>例如，乙已有盗窃犯意，甲唆使其抢劫的，甲成立抢劫罪的教唆犯。</p> <p>6. 被教唆者有A罪的犯罪故意，教唆者教唆的是与A罪性质不同的B罪，教唆者成立B罪的教唆犯。</p> <p>例如，甲有盗窃罪的故意，乙教唆甲说：“弄点钱多没意思啊，你去强奸妇女吧。”甲便实施了强奸行为，乙成立强奸罪的教唆犯。</p> <p>7. 被教唆者计划未来实施犯罪，教唆者教唆其现在、马上实施的，教唆者成立教唆犯（但是反过来的情况不成立教唆犯）。</p> <p>8. 被教唆者同时有犯A、B两个罪的意思，正在举棋不定之际，教唆者帮助其选择并坚定其犯罪信心的，同样是教唆犯。</p>

27 2013年卷二55题A项。

28 张明楷：《刑法学》第五版上册，法律出版社2016年版，第415页。

<p style="text-align: center;">教唆行为</p>	<p>1. 成立教唆犯，必须有唆使他人实行犯罪的教唆行为。教唆行为必须引起他人实施符合构成要件的违法行为的意思，进而使之实行犯罪。</p> <p>2. 成立教唆犯，要以被教唆者实施符合构成要件的违法行为为前提，被教唆者是否有犯罪故意并不重要，因为共同犯罪所要解决的是客观违法层面的一致性。</p> <p>例如，甲教唆乙说“丙是坏人，你将这个毒药递给他喝。”乙却听成了“丙是病人，你将这个土药递给他喝”，于是将毒药递给丙，丙喝下毒药后死亡，但乙并无杀人故意。甲构成故意杀人罪的教唆犯²⁹。本案例中甲具有教唆的故意，客观上也引起乙实施了杀人行为，主客观相一致，可以认定甲成立教唆犯。乙无犯罪故意，并不影响甲教唆犯的成立。</p> <p>3. 间接教唆（A 教唆 B，让其教唆 C 杀 D）、连锁教唆（A 教唆 B，B 教唆 C，C 教唆 D，D 将 E 杀害）的场合，同样构成教唆犯。</p> <p>4. 教唆的具体方法没有限制，包括开导、劝告、哀求、挑拨、刺激、利诱、怂恿、命令、指示、欺骗等。</p>
<p style="text-align: center;">教唆故意</p>	<p>1. 教唆犯的认定不单单要求教唆行为在客观上引起他人实施了违法行为，还要求教唆者主观上要具有教唆的故意。绝对排除说者无意，听者有心的情形。例如，甲向乙炫耀自己拐卖妇女赚了好多钱。乙却暗自下决心也去拐卖妇女。客观上，甲的行为对乙起到教唆效果，但是，甲对乙的犯罪没有认识，也没有教唆故意，不构成拐卖妇女罪的教唆犯。</p> <p>2. 未遂的教唆 VS 教唆的未遂</p> <p>(1) 未遂的教唆，是指教唆者故意教唆他人实施不能既遂的行为³⁰（参考例 1）。</p> <p>(2) 教唆的未遂，是指教唆者故意教唆他人实施可能既遂的行为，由于外因而没能成功（参考例 2）。</p> <p>例 1、甲将一支不能发射子弹的仿真手枪交给乙，指示乙当场开枪杀害丙，乙接受教唆开枪射击，因没有子弹而未能致丙死亡，甲乙均无罪。</p> <p>例 2、甲给了乙一把有子弹的真枪，指示乙当场开枪杀害丙，乙接受教唆开枪射击，但是子弹卡壳了。乙构成杀人未遂，甲构成教唆犯未遂。</p> <p>【引申】教唆未遂的对应法条——《刑法》第 29 条第 2 款：“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。”这个条款在理解上存在一定的争议性，具体如下：</p> <p>观点一：共犯独立性说认为，共犯的成立是具有独立性的，是完全可以脱离正犯而存在的。按照此观点，教唆犯只要实施了教唆行为，即使被教唆者没有实施犯罪、拒绝犯罪、尚未开始犯罪（预备阶段）等，教唆者仍成立教唆未遂。</p> <p>观点二：共犯从属性说认为（法考中的主流观点），如果从客观主义立场出发，教唆犯本身应当是引发他人犯意，他人根本没有由此产生犯意的，或者虽然接受教唆，但是没有实施任何行为的，教唆行为并不直接面对行为客体，其教唆行为本身不会对法益造成损害，对教唆犯当然不能处罚³¹。所以《刑法》第 29 条第 2 款的真实含义应该是：教唆者教唆他人犯罪，被教唆者已经着手实行犯罪，但没有达到既遂的状态³²。言外之意，如果被教唆者没有实施犯罪、拒绝犯罪、尚未开始犯罪（预备阶段）等，教唆者不能成立教唆未遂，应属于无罪情形，不是刑罚的处罚对象。</p>

29 张明楷：《共犯对正犯故意的从属性之否定》，载《政法论坛》2010 年第 5 期。

30 张明楷：《刑法学》第五版上册，法律出版社 2016 年版，第 417 页。

31 张明楷：《刑法学》第五版上册，法律出版社 2016 年版，第 417 页。

32 张明楷：《刑法学》，4 版，第 378 页。

教唆犯 正犯化	<p>当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，而应依照分则条文规定的犯罪定罪，不适用刑法总则关于教唆犯的规定。常见情形如下：</p> <p>(1) 煽动分裂国家罪； (2) 煽动颠覆国家政权罪； (3) 煽动军人逃离部队罪； (4) 妨害作证罪； (5) 引诱、教唆他人吸毒罪； (6) 引诱卖淫罪； (7) 引诱幼女卖淫罪； (8) 引诱未成年人聚众淫乱罪。</p>		
教唆犯与 间接正犯的关系	教唆犯与间接正犯不是对立关系，而是包容关系，间接正犯可以包容评价为教唆犯。		
	相同之处	客观上引起他人实施了符合构成要件的违法行为	
	不同之处	支配程度不同	1. 教唆犯：对实行者没有达到支配、控制的程度。 2. 间接正犯：对实行者达到了支配、控制的程度。
		主观故意不同	1. 教唆犯：只是引起他人实施客观违法行为，为教唆故意。 2. 间接正犯：引起他人实施客观违法行为是方便自己得逞，为正犯故意。
	案例	<p>例 1、甲对乙说：“前方是你的仇人丙，开枪打死他。”乙发现确实是自己的仇人丙便开枪杀死了他。甲引起了他人的客观违法行为，而乙此时存在犯罪故意，甲对乙并没有达到支配、控制程度，所以甲属于教唆犯。</p> <p>例 2、甲欺骗乙说：“前方是野猪，开枪打死它。”实际上前方是仇人丙。乙不知情，开枪打死了丙。甲引起了他人的客观违法行为，而乙此时根本不存在犯罪故意，甲对乙达到支配、控制程度，所以甲属于间接正犯。</p> <p>例 3、甲对乙说：“前方是你的仇人丙，开枪打死他。”乙却听成了“前方是头野猪，开枪打死它”，于是开枪，打死了丙。甲引起了他人的客观违法行为，且甲客观上支配、控制了乙的行为，但是甲没有间接正犯的故意，只有教唆犯的故意，所以甲不成立间接正犯，由于间接正犯的结果能够包含教唆犯的结果，所以甲属于教唆犯。</p>	
分析过程	<p>由于间接正犯和教唆犯不是绝对对立关系，而是包含评价关系（间接正犯可以降低评价为教唆犯），因此教给各位学员解决上述案例的做题技巧（简称大括号法）：</p> <p>例 1： $\left\{ \begin{array}{l} \text{主观} \rightarrow \text{教唆犯的故意（甲没有欺骗乙）} \\ \text{客观} \rightarrow \text{教唆犯的效果（乙明知且自己支配整个犯罪过程）} \end{array} \right.$ 因此，根据主客观相一致的原则，甲成立教唆犯。 </p> <p>例 2： $\left\{ \begin{array}{l} \text{主观} \rightarrow \text{间接正犯的故意（甲欺骗了乙，想支配犯罪）} \\ \text{客观} \rightarrow \text{间接正犯的效果（乙被骗，所以甲支配整个犯罪过程）} \end{array} \right.$ 因此，根据主客观相一致的原则，甲成立间接正犯。 </p> <p>例 3： $\left\{ \begin{array}{l} \text{主观} \rightarrow \text{教唆犯的故意（甲没有欺骗乙）} \\ \text{客观} \rightarrow \text{间接正犯的效果（乙误听而被甲支配整个犯罪过程）} \end{array} \right.$ 间接正犯的客观效果可以降低评价为教唆犯的效果，因此，根据主客观相一致的原则，甲成立教唆犯。 </p>		

帮助犯	<p>是指故意对正犯提供辅助，使正犯的犯罪更容易得逞的情形。帮助犯的成立同样要具备帮助行为和帮助的故意（坚持主客观相一致）。具体如下：</p>	
帮助行为	<p>1. 帮助行为要与正犯的行为结果之间具有物理的与心理的因果性。即要求帮助行为具有促进危险的作用特征。</p> <p>(1) 物质帮助，要求帮助行为需具有帮助的功能特征。且帮助的功能特征只要求可能性即可，不要求具有实现的必然性。具体包括：提供凶器、帮忙踩点、排除障碍等。</p> <p>例 1、甲要入室盗窃，让乙提供图纸。乙故意提供一张完全错误的图纸。乙不构成帮助犯（帮倒忙不具有促进作用）。</p> <p>例 2、甲要入室盗窃，让乙提供图纸。乙按照要求提供，甲入室后根本就没有用图纸便找到财物。乙仍然成立盗窃罪的帮助犯（具有可能性即可）。</p> <p>(2) 精神帮助，要求能够证明对实行行为起到实质促进作用。具体包括：出主意、改进犯罪方案、撑腰打气、强化犯意等。</p> <p>例如，甲正在实施强奸妇女的行为，路过的乙看见后对甲大声说：“兄弟加油！”乙的行为不成立帮助犯（没有实质的帮助促进作用）。</p>	
	<p>2. 作为的帮助与不作为的帮助</p> <p>例如，剧场负责人，目睹演员演出淫秽节目，而不制止，就成立不作为的帮助犯。</p>	
	事前帮助	<p>例如，甲要实施杀人行为，乙帮助甲购买砍刀。</p>
	事中帮助	<p>例如，甲在深夜黑暗处实施了抢劫罪压制反抗的行为，乙路过得知真相后为甲提供照明，使得甲顺利取走财物。</p>
	事后帮助	<p>事前有通谋 → 成立帮助犯</p> <p>事前无通谋 → 不成立帮助犯，可能成立窝藏罪；掩饰、隐瞒犯罪所得罪等</p>
中立帮助	<p>中立的帮助其探讨的本质问题是中立的日常行为是否能成立帮助犯？其成立条件如下：</p> <p>1. 明知对方正在或即将犯罪；</p> <p>2. 行为给对方犯罪是否起到了实质紧迫的促进作用。</p> <p>例 1、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。满足上述 2 点要求，甲成立帮助犯。</p> <p>例 2、甲、乙、丙组成盗窃团伙，租住在出租屋，每天到附近饭馆吃饭。饭馆老板丁明知他们吃完饭要外出盗窃仍给他们提供服务。不满足上述第 2 点要求，所以丁不成立帮助犯。</p> <p>例 3、甲实施撬锁行为，由于技术差，撬了很长时间都没成功，加上早晨没吃早饭而瘫软在地上。路过的外卖小哥乙得知上述所有内容后，将自己手中的盒饭送给甲，甲吃后恢复体力，顺利撬开门锁，盗窃成功。乙成立帮助犯。</p>	

帮助行为	中立帮助	<p>3. 正犯实行行为的客观阶层性</p> <p>只要正犯的行为是符合构成要件的违法行为，即使正犯没有故意，以帮助故意实施帮助行为者，成立帮助犯（<u>共犯的限制从属性理论</u>）。也即违法是连带的，责任是个别的。</p> <p>例如，咖啡店店主甲欲杀害老顾客乙，将毒药交给店员丙保管，并告知真相，要求丙在乙下次来临时将毒药交给自己。几周后乙来到，丙将毒药交给甲。但甲已经忘记要杀乙，不知是毒药，递给乙，致乙死亡。丙没有间接正犯故意，只有帮助故意，构成帮助犯。</p>
	4. 帮助犯既遂的条件（两个）	
	正犯实现犯罪既遂	<p>例如，甲入室盗窃，请乙帮忙在门外望风。甲刚将门打开就被警察抓获，乙属于帮助犯的未遂。</p>
	帮助行为与正犯的既遂结果之间具备因果关系	<p>例 1、甲欲盗窃丙家，让乙为自己的盗窃配把钥匙。乙答应照办。甲拿着乙提供的钥匙盗窃成功。甲最终的既遂结果与乙的钥匙之间有因果关系，所以乙构成帮助犯既遂。</p> <p>例 2、甲欲盗窃丙家的财物，让乙将丙家的钥匙放在自己家楼下的信箱里，乙答应后将钥匙放入信箱内，但是甲没有找到钥匙，就采用其他方法入户盗窃成功。乙的帮助行为与甲的盗窃结果之间没有因果关系，乙属于帮助犯未遂。</p>
帮助故意	<p>与教唆的故意的内容一样，不需要正犯具备特定的犯罪故意。即只要正犯的行为是符合构成要件的违法行为，即使正犯没有故意，以帮助故意实施帮助行为者，也可能成立帮助犯。</p> <p>例如，乙误以为甲女想杀死其丈夫，便将毒药交给甲女，甲女以为这是治病的良药，就端给丈夫喝，丈夫被毒死。甲女虽然没有杀人的故意，但是其客观上实施了杀人行为，乙主观上有杀人的帮助故意，客观上也帮助甲杀人，所以乙依旧成立故意杀人罪的帮助犯。</p>	
帮助犯正犯化 VS 帮助犯的量刑规则	<p>1. 帮助犯正犯化（“升职且加薪”），是指帮助犯已被分则条文提升为正犯。常见情形如下：（1）资助危害国家安全犯罪活动罪（2）资敌罪（3）帮助恐怖活动罪（4）提供虚假证明文件罪（5）帮助毁灭、伪造证据罪（6）提供伪造、变造的出入境证件罪（7）协助组织卖淫罪（8）放纵走私罪（9）帮助犯罪分子逃避处罚罪（10）辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪</p>	
	<p>2. 帮助犯的量刑规则（“不升职只加薪”），是指帮助犯没有被提升为正犯，依然属于帮助犯（依然坚持共犯从属性原则，依然以正犯的成立为前提），只是刑法分则为其规定了独立法定刑，不再适用总则关于帮助犯的从宽处罚规定。例如，《刑法》第 287 条之二第一款规定：“明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等帮助，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。”该行为成立帮助信息网络犯罪活动罪，本罪属于帮助犯的量刑规则，本罪的成立要以被帮者成立犯罪为前提。</p>	

帮助犯未遂 VS 未遂的帮助犯	<p>1. 帮助犯的未遂(以为能成功, 却失败了), 是指帮助犯自身未达到既遂形态。根据共犯从属性理论, 帮助犯的形态从属于实行犯, 故帮助犯之所以未遂, 是因为实行犯未遂。典型例子是: 甲明知乙要去杀丙, 遂给乙提供了 100% 的毒药, 但乙在投毒过程中, 被丙发现进而仓皇逃走。本案中, 由于实行犯乙未遂, 故帮助犯甲也是未遂。</p> <p>2. 未遂的帮助犯(明知成功不了), 是指帮助犯所提供的帮助行为本身不可能达到既遂状态, 只能达到未遂的状态。典型例子是: 甲明知乙要去杀丙, 遂给乙提供了 50% 的毒药, 乙虽然将毒药投给丙, 但丙服毒后并未死亡。本案中, 甲提供 50% 的毒药行为本身无论如何也不可能达到既遂的状态, 只能达到未遂的状态, 故属于未遂的帮助犯。</p> <p>【总结】 区分帮助犯的未遂与未遂的帮助犯的一个最直接的标准是: 前者的帮助行为原本可以达到既遂的状态, 但由于实行犯未遂, 故导致了帮助犯也未遂。而后者的帮助行为本身无论如何都不可能达到既遂的状态, 只能达到未遂的状态。</p>
-----------------------	---

第五节 承继的共犯(中途上了贼船)

承继的时间性	<p>承继的共犯原则上只能存在于犯罪既遂之前, 犯罪既遂之后不可能有承继的共犯。在犯罪行为实质性完结之后, 不可能成立承继的共同正犯与帮助犯。例如, 甲盗窃他人财物既遂后被主人追赶, 知情的乙通过欺骗手段使甲摆脱抓捕。乙不成立盗窃罪的共犯, 可按照窝藏罪认定。</p> <p>【注意】 上述结论的例外: 继续犯, 如非法拘禁罪等在犯罪既遂后加入, 仍可以认定为共犯关系。因为继续犯的特点在于犯罪行为与不法状态在一定时间内一直处于继续状态, 所以共犯可随时加入。</p>	
	犯罪分为两个阶段, 参加后行为的, 成立承继的共犯	<p>例 1、诈骗罪中, 前行为人实施了欺骗行为, 后行为人参与而接受财物, 成立承继的帮助犯。</p> <p>例 2、敲诈勒索中, 前行为人实施了恐吓行为, 后行为人参与而接受财物, 成立承继的帮助犯。</p> <p>例 3、抢劫罪中, 前行为人实施了暴力、胁迫等行为, 后行为人参与了取走财物的行为的, 后行为人成立抢劫罪的共犯。如果起到实质作用, 成立共同正犯; 起到帮助作用成立帮助犯。</p>
	结合犯, 后行为人参与后一犯罪行为的, 不成立结合犯, 仅成立后罪	<p>例如, 甲绑架丙, 没能向丙的家属要到钱, 决定杀害被绑架人。此时, 得知真相的乙参与进来和甲共同杀死了丙。甲属于绑架并杀害被绑架人, 成立绑架罪一罪, 乙仅成立故意杀人罪, 二人在故意杀人罪范围内成立共同犯罪。</p>
	继续犯, 后行为人在犯罪既遂后加入, 仍成立承继共犯	<p>例如, 甲绑架了丙的孩子, 欲向丙勒索财物。此时乙参与进来, 帮助看管小孩或向丙勒索财物。因为绑架罪的实行行为是实力控制人质(非法拘禁), 因此是继续犯, 只要实力控制了人质就既遂。既遂后, 乙参与进来, 构成绑架罪的承继的共犯。</p>

责任认定	<p>甲 (行为人) → 实施抢劫中压制反抗的暴力 → 丙 (被害人)</p> <p>乙 (知情者) ↑ (压制反抗后上了贼船)</p>	
	<p>责任认定的原则:</p> <p>第一步: 先行为的结果由先行为人负责, 不能归属于后行为人。</p> <p>第二步: 后行为人加入后共同导致的结果, 二人都负责 (部分实行全部责任)。</p> <p>第三步: 结果只能确定由其中一人导致, 却查不清是谁, 责任由先行为人承担。</p>	
	案例	<p>例 1、甲抢劫丙, 将丙打倒在地, 乙此时参与进来帮甲捡起了财物, 丙经抢救无效死亡。事后查明, 丙的死亡是甲的暴力造成的。</p> <p>例 2、甲抢劫丙, 将丙打倒在地, 在甲知情的情形下, 乙参与进来踢丙心脏一脚, 然后捡起财物。事后查明, 丙的死亡是乙踢死的。</p> <p>例 3、甲抢劫丙, 向丙心脏踢一脚, 乙参与进来也向丙心脏踢一脚, 后丙死亡。事后无法查明致死一脚是谁踢的。</p>
分析	<p>例 1: 甲、乙构成抢劫罪承继的共同犯罪, 甲构成抢劫罪致人死亡 (对死亡结果负责), 乙只构成抢劫罪, 对丙的死亡结果不承担刑事责任。因为二者没有因果关系, 一个人无需对与自己行为没有因果关系的结果负责。(第一步)</p> <p>例 2: 甲、乙构成抢劫罪承继的共同犯罪, 乙构成抢劫罪致人死亡, 甲也构成抢劫罪致人死亡, 因为乙加入后就和甲形成了一个整体, 这个整体导致了结果的发生, 所以甲、乙均需对死亡结果负责任。(第二步)</p> <p>例 3: 死亡结果只由甲负责。这是因为, 如果查明是甲导致的, 甲负责, 乙不负责。如果查明是乙导致的, 乙负责, 甲也要负责。根据案件存疑时, 应作有利于行为人的判断, 只由先行为人甲负责, 不能由后行为人乙负责 (因为有可能冤枉乙)。(第三步)</p>	

第六节 片面共犯 (“让我偷偷爱你就好”)

概念	参与同一犯罪的人中, 一方认识到自己是在和他人共同实施符合构成要件的违法行为, 而另一方没有认识到有他人和自己共同实施的情形。	
类型	片面实行	<p>另一方偷偷地与实行方共同实施犯罪, 而实行方对此不知情。</p> <p>例如, 甲欲对丙实施强奸行为时, 乙在甲不知情的情况下, 使用暴力将丙打伤, 甲得以顺利实施奸淫行为。</p>
	片面教唆	<p>另一方偷偷地教唆实行方实施犯罪, 而实行方对此不知情。</p> <p>例如, 甲偷偷将乙的妻子与丙通奸照片放在乙桌子上, 同时放了一把枪, 乙发现后火冒三丈, 将丙打死。</p>
	片面帮助	<p>另一方偷偷地帮助实行方实行犯罪, 而实行方对此不知情。</p> <p>例如, 甲欲杀丙, 看到乙在追杀丙, 便暗中设置绳索将丙绊倒, 乙顺利杀了丙。</p>

处理原则	<p>知情一方适用共同犯罪处罚原则，不知情一方不适用共同犯罪的处罚原则。</p> <p>例 1、甲知道乙计划前往丙家抢劫，为帮助乙取得财物，便暗中先赶到丙家，将丙打昏后离去（丙受轻伤）。乙来到丙家时，发现丙已昏迷，以为是丙疾病发作晕倒，遂从丙家取走价值 5 万元的财物。</p> <p>例 2、甲得知乙将要强奸丙女，便提前给丙投放了安眠药，并暗中观察乙的奸淫行为，但是乙并不知情，在乙离开后，甲又奸淫了丙女。</p> <p>【观点展示】</p> <p>1. 如果承认片面共犯属于共同犯罪：案例 1 中，甲成立抢劫罪，乙成立盗窃罪；例 2 中甲成立强奸罪，且属于轮奸，乙只成立普通强奸。</p> <p>2. 如果否认片面共犯属于共同犯罪：案例 1 中，甲成立故意伤害罪和盗窃罪帮助犯的思想竞合，乙仅成立盗窃罪；例 2 中，甲、乙各自成立普通强奸罪，不属于轮奸。</p>
------	--

第七节 共犯的特殊问题

		关于共犯与身份的理论，主要是为了解决两个问题：一是在真正（构成）身份犯の場合，非身份者与有身份者共同犯罪时，如何处理？与此相联系的是不同身份者的共同犯罪如何处理的问题。二是在不真正（加减）身份犯場合，对非身份者如何处理？
共犯与身份	如何定罪	<p>实行犯 + 共犯</p> <p>实行犯 + 教唆犯（帮助犯）→ 后者跟着前者走。实行犯成立 A 罪，后者就成立 A 罪的教唆犯或帮助犯；实行犯成立 B 罪，后者就成立 B 罪的教唆犯或帮助犯。原因在于共犯从属性。</p> <p>例如，乙教唆甲盗窃，甲去实施盗窃，乙成立盗窃罪的教唆犯；甲实施抢劫的行为，乙望风，乙成立抢劫罪的帮助犯。</p>
	实行犯 + 实行犯	<p>实行犯 + 实行犯 → 平起平坐，各自成立各自的犯罪，然后交叉成立对方犯罪的共犯（想象竞合）。</p> <p>例如，甲来到某公司，欲盗窃公司财务室，对公司保安经理乙说：“你打开门，我们一起偷，偷到的东西你拿七成。”乙答应照办，并分得财物。甲与乙构成共同犯罪。甲同时触犯盗窃罪（实行犯）和职务侵占罪（帮助犯），想象竞合，择一重罪论处。乙同时触犯盗窃罪（帮助犯）和职务侵占罪（实行犯），想象竞合，择一重罪论处。</p> <p>【例外】 司法解释根据：公司、企业或者其他的单位中，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。（主从犯如果根据题目描述无法直接判断的，则根据职权大小、隶属关系进行认定）。</p> <p>例如，国有控股公司里，甲是会计（非国家工作人员），乙是财务总监（国家工作人员），共谋利用各自职务便利，共同侵吞公司财物。乙的身份地位高，是贪污罪的实行犯。乙和甲构成贪污罪的共同犯罪，甲是贪污罪的共犯。</p>
	无身份 + 真正的身份	<p>无身份者（不具有构成身份的人）与有身份者（具有构成身份的人）共同实施真正身份犯时，构成共同犯罪（无身份者构成真正身份犯的共犯）。</p> <p>例如，妻子（无身份）帮着丈夫（国家工作人员）受贿，妻子和丈夫成立受贿罪的共犯，丈夫是正犯，妻子是帮助犯。</p>
	如何量刑	<p>对有身份者适用量刑身份的法定刑。</p> <p>例如，国家机关工作人员甲和普通人乙共同利用甲的职权非法拘禁丙，二人构成非法拘禁罪的共犯，而且由于甲的特殊身份，对其要从重处罚。</p>

共犯过剩 (实行过限)	<p>实行过限：在共同犯罪中正犯的行为超出了共同犯罪的范围。因为只有正犯才有可能超出，所以这一理论又被称为“实行过限”。实行过限要解决的问题是未超出者是否需要超出部分负责。</p>	
	客观条件	<p>共同部分与超出部分是否存在物理或者心理上的类型性因果关系（相当性）。 例如，甲入室盗窃乙望风，甲盗窃后强奸了女主人丙。甲乙是盗窃罪的共犯，甲是实行犯，乙是帮助犯。甲是强奸罪的实行犯，乙不需对甲的强奸行为负责。因为盗窃和强奸不存在类型化的因果关系，通常情况下，盗窃行为不会导致强奸行为的出现。</p>
	主观条件	<p>在具备类型性因果关系的情况下，未超出者对超出的部分是否存在过错。存在过错，要对超出的结果担责，没有过错则无需担责。</p>
		<p><u>如果是故意的过错</u>——未超出者对超出的部分有所认识，并且持希望或者放任的态度，往往成立超出部分的、新的重罪或原有犯罪的结果加重犯等。</p> <p>例1、甲乙共谋盗窃，乙对甲说，如果被我发现不要手下留情，我在外面给你好好望风。甲盗窃过程中被发现，将主人丙打成重伤。甲属于转化型抢劫，乙也转化为抢劫罪共犯。首先，共同盗窃与抢劫行为具备类型化的因果关系，抢劫行为是由盗窃行为发展而来；其次，乙对甲的抢劫行为持故意态度。</p> <p>例2，甲乙共谋抢劫，乙对甲说，如果反抗就不要手下留情，我在外面给你好好望风。甲在抢劫的过程中遭遇被害人反抗而将其杀害。甲、乙二人都成立抢劫致人死亡的结果加重犯。</p>
<p><u>如果是过失的过错</u>——未超出者对超出的部分有过失，需要对超出的部分承担过失责任，往往是结果加重犯，如果该罪没有结果加重犯，至少量刑会更重（体现对结果的担责）。</p> <p>例1、甲乙共谋教训共同的仇人丙，乙望风，甲入室。由于遭到激烈反抗，甲恼羞成怒，将丙打死。甲构成故意杀人罪。首先，甲乙的共同伤害行为与甲的杀人行为具备类型性的因果关系，杀人行为是由伤害行为发展而来；其次，乙对甲可能实施杀人行为应该有所预见，所以乙需要对甲实施的超出部分行为承担责任，但是乙并不具备杀人的故意，因此，不应该对故意杀人罪承担责任，只需要对故意伤害罪的既遂结果（死亡结果）承担责任，所以乙属于故意伤害致人死亡的结果加重犯。</p> <p>例2、丁教唆17岁的肖某抢夺他人手机，肖某在抢夺得手后，为抗拒抓捕将追赶来的被害人打成重伤。本案中，肖某成立转化型抢劫，丁对抢劫的行为没有故意，可以认为存在过失（因为二者关联性很强，其有注意义务），丁不成立抢劫罪，其可以认定为抢夺罪的教唆犯，但是要对重伤的结果担责，可体现在量刑上。</p>		
<p><u>如果是无过错</u>——未超出者对超出的部分没有预见可能性，未超出者不需要对超出的部分承担责任。</p> <p>例如，乙教唆甲入室教训丙，由于遭到激烈反抗，甲恼羞成怒，放火将丙家点燃，丙被烧死，并造成整栋大楼损失惨重。甲构成故意杀人罪。首先，甲乙的共同伤害行为与甲的杀人行为具备类型性的因果关系，杀人行为是由伤害行为发展而来；其次，乙对甲可能实施杀人行为应该有所预见，但对甲所采取的放火手段，不可能预见。因此，甲构成故意杀人罪与放火罪的想象竞合犯，从一重罪处罚；乙构成故意伤害罪（致人死亡）。</p>		

		共犯中止 = 自动性 + 共犯脱离	
共犯的中止	如何脱离	正犯脱离	<p>一般人告知同伙后，随时撤；但是主谋（领袖作用）除了自己撤还得阻止其他人。</p> <p>例如，甲、乙共谋晚上共同入室抢劫，傍晚甲欲中止，对乙谎称：“我肚子疼，需要去医院治疗，我不去了，你去吧！”乙相信便自己去实施，并抢劫既遂。甲没有明确告知退出意思，不成立中止，而成立既遂。</p>
		着手后	<p>仅自己撤不行，还要阻止同伙。</p> <p>例如，甲、乙共同实施抢劫行为，在压制被害人反抗的过程中甲突然不干了，转身离开，弄得乙莫名其妙，但是乙仍然一个人完成了抢劫行为。甲成立犯罪既遂。</p>
	共犯脱离	<p>教唆犯和帮助犯的脱离掌握一个基本原则就是：打扫干净再走，也就是说无论何时想脱离，必须完全消除自己的教唆作用和帮助作用。</p> <p>例1、甲经过一周的不懈，终于教唆成功，乙同意第二天下午去盗窃丙家财物。第二天上午，甲反悔，给乙发了一条微信让其放弃，乙下午仍然去丙家盗窃成功。甲、乙均盗窃既遂，甲属于教唆犯。</p> <p>例2、甲为乙的盗窃提供了一把钥匙，又后悔，向乙索要，乙暗自配了一把，然后将原来的钥匙还给甲，用配的钥匙盗窃成功。甲没有完全消除帮助作用，仍成立既遂。</p>	
共犯与不作为	分类	<p>1. 不作为 + 不作为的共犯形式。</p> <p>例如，甲、乙夫妻面对饥饿的婴儿，都不喂食，婴儿死亡。甲、乙二人成立故意杀人罪的共犯（均属于不作为犯）。</p> <p>2. 作为 + 不作为的共犯形式。</p> <p>例如，丈夫甲发现妻子给其戴了绿帽子，盛怒之下将火气全撒在5岁大的女儿身上，对女儿实施暴打，妻子乙不进行阻止就坐在沙发上，嘴里还一直说：“你打啊，有本事你把她打死。”甲连续打了20分钟，女儿被打成重伤。甲、乙二人成立故意伤害罪的共犯，甲是作为犯，乙是不作为犯。</p> <p>3. 教唆他人实施不作为犯罪。</p> <p>例如，甲的孩子落入水中（5岁），甲准备施救，此时同村的乙对甲说：“你孩子不是你亲生的，是隔壁老王的，而且这孩子那么坏，救他干啥呀？救上来以后也是祸害社会的人。”甲早就怀疑孩子不是自己亲生，听了乙的话，便未施救。后来孩子淹死。甲成立故意杀人罪的不作为犯，乙是教唆犯。</p> <p>4. 帮助他人实施不作为犯罪。</p> <p>例如，甲知道张三实施间谍犯罪，其有隐瞒的打算。乙知道甲的这个想法之后，对甲说：“一定不要将张三的情况说给任何人。”后来，在国家安全机关向甲调查张三间谍罪的相关情况时，甲拒绝提供。甲成立拒绝提供间谍犯罪证据罪（纯正不作为犯），而乙成立该罪的帮助犯（心理强化作用）。</p>	

<p>共犯与不作为</p>	<p>共犯的作为义务</p>	<p>共犯人的犯罪行为也可能产生阻止同案犯犯罪行为的义务，如果不履行这种义务，要对同案犯制造的结果担责。</p> <p>作为义务有无的判断标准：共犯行为如果使被害人处于不能反抗或使其法益处于危险、需要保护的状态时，其对其他同案犯的相关行为有阻止义务。简言之，你给同案犯的其他行为创造了便利，那你就有义务阻止。</p> <p>例1、甲以强奸的故意对丙女使用暴力，致其昏迷后奸淫，随后乙来到现场也要强奸昏迷的丙，甲就站在旁边看着啥也没做。本案中，乙成立普通的强奸罪，而甲属于强奸中轮奸的加重情形。原因在于甲之前暴力致丙昏迷，这为乙的强奸提供了便利，所以甲有阻止义务，其不阻止就要对乙的强奸也要负责。</p> <p>例2、甲、乙二人共同入户抢劫，甲进屋后将被害人丙女捆绑于床上，使之无法动弹。取得财物后刚要离开，乙发现丙十分漂亮，便实施了强奸行为，甲什么也没做，静静地在客厅等乙结束后才一起离开。本案中，甲同样要对乙的强奸行为负责，因为其捆绑行为使丙性的自主选择权面临侵犯，甲是有阻止乙强奸的义务的，不阻止的话，依旧成立强奸罪（不作为犯）。</p> <p>例3、甲、乙共同入户盗窃，甲在客厅盗窃，乙则进入卧室。乙在行窃过程中发现午睡的女主人丙很是漂亮，便对其实施了强奸，丙拼命反抗。甲发现后什么也没做，静静地在客厅等乙结束后才一起离开。本案中，甲不需要对乙的强奸负责。因为二人的入户行为并没有使丙性的自主选择权处于危险状态，丙陷入被保护的状态也不是甲造成的，所以甲没有阻止乙强奸的义务，不需要对强奸负责，仅成立盗窃罪。</p>
<p>共犯与犯罪形态</p>	<p>甲（实行犯） 乙（帮助犯、教唆犯）</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 甲着手实行 + 既遂 → 乙既遂 2. 甲着手实行 + 未遂 → 乙未遂 3. 甲着手实行 + 中止 → 乙未遂 4. 甲属于未着手的预备 → 乙预备 5. 甲属于未着手的中止 → 乙预备 6. 甲根本就没实施犯罪 → 乙无罪
		<p>例1、乙教唆甲去入室盗窃，甲入室盗窃成功。甲盗窃罪既遂，乙盗窃罪既遂。</p> <p>例2、乙教唆甲去入室盗窃，甲刚入室就被抓。甲盗窃罪未遂，乙盗窃罪未遂。</p> <p>例3、乙教唆甲去入室盗窃，甲刚入室就自动放弃。甲盗窃罪中止，对于乙来说，甲的中止行为属于意志以外的原因，之前已经着手，所以乙盗窃罪未遂。</p> <p>例4、乙教唆甲去入室盗窃，甲在前往被害人家中的路上被抓。甲未着手，属于盗窃罪预备，对于乙来说，同样属于着手之前预备阶段的外因阻断，乙也成立盗窃罪预备。</p> <p>例5、乙教唆甲去入室盗窃，甲在前往被害人家中的路上自动放弃。甲盗窃罪中止，乙同样是盗窃罪预备。</p> <p>例6、乙教唆甲去入室盗窃，甲压根就没去。甲、乙均不成立犯罪。</p>

第八节 共犯的处罚

条文	第 26 条：“组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的或者在共同犯罪中起主要作用的，是主犯。 三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织，是犯罪集团。 对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚。 对于第三款规定以外的主犯，应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚。”	
结论	1. 实行犯根据作用大小，可以是主犯、从犯或胁从犯； 2. 教唆犯根据作用大小，可以是主犯、从犯或胁从犯； 3. 帮助犯可以是主犯或胁从犯但不可能是主犯。	
本条 第 1 款	主犯 (作用大)	1. 组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的犯罪分子 2. 其他共同犯罪中起主要作用的犯罪分子
	首要分子 (老大)	1. 犯罪集团中的首要分子 2. 聚众犯罪中的首要分子
	主犯与首要分子的关系	主犯和从犯之分只有在共同犯罪中去分别才有意义，主犯只出现在共同犯罪之中，而首要分子可能出现在共同犯罪之中，也可能出现在非共同犯罪之中，例如，聚众犯罪就不一定是共同犯罪。所以主犯和首要分子原则上不是同等概念。
	结论	主犯 ≠ 首要分子 (2 者不一一对应) 组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的首要分子是否属于主犯？属于。即： 组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的首要分子 = 主犯 简称：犯罪集团的首要分子一定是主犯。
本条 第 3、第 4 款	首要分子只是对犯罪集团的全部罪行负责，但是集团所犯的全部罪行不等于“全体成员”所犯的全部罪行，即如果集团成员超出集团犯罪计划，独自实施的犯罪行为，其自己单独承担刑事责任，这和首要分子没关系。而且有时候实行犯具体实施了犯罪之后组织者、首要分子才知情，或者实行犯超出了首要分子所要求的手段程度，这些情况下，首要分子的量刑往往不一定是最重的，所以首要分子受到的处罚可不一定比其他成员或实行者重。 其他主犯，对其组织、指挥、参与的全部罪行承担刑事责任。	



第五章

罪数

第一节 罪数的概说

概念	罪数指的是行为人构成犯罪的数量。无论是刑法理论还是司法实践，罪数问题是一个易于理解却难以记忆的问题，以行为数量为依据是解决罪数问题的有效途径。
罪数意义	<p>1. 正确区分罪数，有利于准确定罪。</p> <p>准确定罪的含义，除了包括准确地认定行为是否构成犯罪、是构成此罪还是彼罪之外，还包括准确地认定行为构成的是一罪还是数罪，这三者又密切联系。</p> <p>2. 正确区分罪数，有利于合理量刑。</p> <p>根据罪刑关系的基本原理，对一罪只能一罚，对数罪应当并罚。将一罪定为数罪时，通常会导致无根据地加重行为的法律后果；将数罪定为一罪时，往往会导致无根据地减轻行为的法律后果。例外的也可能出现相反情况。因此，一罪与数罪的混乱，必然造成量刑上的畸轻畸重现象；只有正确区分罪数，才能为合理量刑提供前提条件。</p>

第二节 实质的一罪

继续犯	概念	也叫持续犯，是指犯罪行为与不法状态在一定时间内一直处于继续状态的犯罪。例如，非法拘禁罪、绑架罪。
	特征	<p>1. 一犯意，一行为，侵害一法益。</p> <p>2. 犯罪行为与不法状态同时持续。</p> <p>3. 时间的持续性。时间不能持续的为即成犯。例如，故意毁坏财物罪。</p>
	特殊问题的处理	<p>1. 继续犯最终按照一罪进行处理，和时间长短没有关系。</p> <p>2. 对于继续犯的追诉期限的起算点是犯罪行为终了之日。</p> <p>3. 继续犯的持续时间跨越新旧刑法时，适用新法。</p>
结果加重犯	概念	结果加重犯在事实评价上只有一个行为，但是造成了加重结果，并且法条对加重结果设置了升格的法定刑。例如，强奸致人死亡。
	结构模式	基本犯罪 + 加重结果 = 定基本罪名 + 加重处罚
	特征	一个行为，侵害两个法益，造成两个结果，一是基本结果（危险结果或实害结果），二是加重结果（只能是实害结果）。
	处理	只成立一个罪，即罪名不变，适用加重的法定刑。

想象竞合 VS 法条竞合	想象竞合	概念	一行为符合数个犯罪构成要件，触犯数个罪名，侵犯数个法益，但只定一罪（从一重罪处罚）。
		处理	想象竞合犯应从一重罪处断，否则便对一行为进行了重复的评价，这显然是不公平的。
		例外	骗取出口退税时，如果骗取的税款超过所缴纳税款，超过部分构成骗取出口退税罪，与逃税罪（没超的部分）实行数罪并罚。
	法条竞合	概念	法条之间存在特别关系、补充关系、吸收关系，因而仅可能适用一个法条的情形。例如，诈骗罪与合同诈骗罪，盗窃罪与盗窃枪支罪。
		处理	原则：特别法优先于一般法。例如，盗窃枪支罪优于盗窃罪。 例外：重法优先于轻法。例如，刑法第149条第2款规定，行为同时触犯第140条的生产、销售伪劣产品罪和第141至148条的具体罪名，适用法定刑重的罪名。
	二者区别	区别1	想象竞合（“陌生人”）：法条间属于对立关系（即无关系），竞合取决于案件事实的巧合性，属于巧合性的、临时性的、短暂性的竞合。 法条竞合（“亲属、血缘关系”）：法条之间存在交叉、包容关系。这种竞合与事实无关，源自于法条内部设置，为永久性竞合。
		区别2	想象竞合（“1对多”）：侵犯数个罪保护的法益、数个客体、数个对象、造成数个结果。 法条竞合（“1对1”）：侵犯了一个罪保护的法益、一个客体、一个对象、造成一个结果。
		区别3	想象竞合：从一重罪处罚。 法条竞合：一般情况下，特别法优先于一般法。

第三节 法定的一罪

结合犯	概念	数个原本独立的犯罪行为，根据刑法的明文规定，结合成为一个犯罪的情况。
	公式表现	A罪 + B罪 = A罪
	常见情形	1. 绑架杀害被绑架人的，成立绑架罪。 2. 拐卖妇女过程中又奸淫被拐卖的妇女的，成立拐卖妇女罪。 3. 拐卖妇女过程中又引诱、强迫被拐卖的妇女卖淫的，成立拐卖妇女罪。
	处理	按照一罪处理，不能数罪并罚。
集合犯	概念	刑法将数个同种行为类型化后规定为一罪。
	类型	1. 常习犯：犯罪构成预定具有常习性的行为人反复多次实施行为的（我国无此类型）。 2. 职业犯：犯罪构成预定将一定的犯罪作为职业或业务反复实施的。例如，非法行医罪。 3. 营业犯：犯罪构成预定以营利为目的反复实施一定犯罪的。例如，“以赌博为业”的赌博罪。

第四节 处断的一罪

连续犯	概念	基于同一或概括的犯意，实施数次连续性的同种行为，触犯同一罪名。
	特征	<ol style="list-style-type: none"> 1. 基于同一或概括的故意； 2. 实施数个相同行为； 3. 数次行为具有连续性。判断有无连续性的标准：一看主观上是否有连续实施某种犯罪行为的故意；二看客观上行为对象、方式、时间等是否具有连续性； 4. 触犯同一罪名。
	处理	<ol style="list-style-type: none"> 1. 多次行为成为某罪的犯罪类型。例如，多次盗窃、多次抢夺。 2. 多次行为成为某罪的法定升格条件。例如，多次抢劫。 3. 多次行为本应独立定罪处理，但只定一罪，数额累计计算。例如，多次走私、多次贪污。这种情形中有些行为之间在时间上可能间隔很远，已经不具有连续性，严格讲已经不属于这里的连续犯，但在科刑上也只作一罪处理。
牵连犯	概念	为了实现一个统一的目的，行为通常可分为手段行为与目的行为或原因行为与结果行为两个部分，且触犯不同罪名的情形。
	特征	<ol style="list-style-type: none"> 1. 手段行为与目的行为或原因行为与结果行为分别触犯了不同罪名。 2. 手段行为与目的行为或原因行为与结果行为之间要存在<u>高度的牵连关系</u>。 3. 所谓的牵连关系，要具有类型化、通常性的特征。这是指不是任何手段行为与目的行为结合起来就构成牵连犯，只有手段行为与目的行为在实践中经常结合在一起，具有了类型化的特征，才能构成牵连犯。例如，为了诈骗而伪造国家机关证件，具有类型化特征，属于牵连犯。而为了杀人去抢劫他人的菜刀，不具有类型化特征，不是牵连犯。
	处理	对牵连犯应从一重罪处罚或从一重罪且从重处罚。 <u>例外，也可能数罪并罚</u> ： 例外，渎职犯罪同时受贿的，除徇私枉法罪，民事、行政枉法裁判罪，执行判决、裁定失职罪，执行判决、裁定滥用职权罪需从一重罪处断外，均应数罪并罚。
吸收犯	概念	数行为触犯不同罪名，但彼此之间存在吸收关系的情形，成立吸收行为的罪名。例如，甲盗窃枪支后非法持有，非法持有行为被盗窃行为吸收，只定盗窃枪支罪。
	特征	<ol style="list-style-type: none"> 1. 存在相互独立的多个行为； 2. 多个行为触犯不同的罪名； 3. 多个行为之间具有吸收关系，前行为是后行为的<u>必经阶段</u>，后行为是前行为的<u>必然发展结果</u>。
	种类	<ol style="list-style-type: none"> 1. 重行为吸收轻行为。 例如，伪造货币之后运输、出售假币的，成立伪造货币罪，从重处罚。 2. 实行行为吸收预备行为。 例如，准备入户抢劫，进入后发现屋内无人，便实施了盗窃，盗窃罪的实行行为吸收了抢劫罪的预备行为，只定盗窃罪。 3. 主行为吸收从行为。 例如，先教唆后实行，实行行为将教唆行为吸收。

不可罚的 事后行为	概念	前行为的犯罪既遂，之后又实施了后行为的犯罪，后行为所涉及的犯罪不再处罚。
	分类	<p>1. 不具有期待可能性 → 不处罚 例如，甲盗窃了乙的手机，之后将该手机卖掉。不能期待甲不卖该手机，后面的销赃行为不再成立犯罪。</p> <p>2. 没有侵犯新的法益 → 不处罚 例如，甲盗窃了乙的手机，之后又将该手机砸毁。砸毁的行为没有侵犯新的法益，不再成立故意毁坏财物罪。</p>



第六章

刑罚的体系

第一节 主刑

■ 汇总图表

主刑体系					
刑种	性质	刑期	内容	执行机关	折抵
管制	限制自由刑	3-2-3	1. 限制自由 2. 五项内容(刑法39条) 3. 同工同酬 4. 可适用禁止令	社区矫正机关	1:2
拘役	短期自由刑	1-6-1	1. 短期剥夺, 就近劳动 2. 酌量报酬 3. 每月回家1-2天	公安机关	1:1
有期徒刑	剥夺自由	6-15 并罚问题下文详述	强制劳动改造	监狱	1:1
无期徒刑	剥夺自由	终身	1. 强制劳动改造 2. 剥夺政治权利终身	监狱	无
死刑	下文详述				

■ 一、管制

条文	<p>第38条：“管制的期限，为三个月以上二年以下。 判处管制，可以根据犯罪情况，同时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。 对判处管制的犯罪分子，依法实行社区矫正。 违反第二款规定的禁止令的，由公安机关依照《中华人民共和国治安管理处罚法》的规定处罚。”</p> <p>第39条：“被判处管制的犯罪分子，在执行期间，应当遵守下列规定： (一) 遵守法律、行政法规，服从监督； (二) 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； (三) 按照执行机关规定报告自己的活动情况； (四) 遵守执行机关关于会客的规定； (五) 离开所居住的市、县或者迁居，应当报经执行机关批准。 对于被判处管制的犯罪分子，在劳动中应当同工同酬。”</p> <p>第40条：“被判处管制的犯罪分子，管制期满，执行机关应即向本人和其所在单位或者居住地的群众宣布解除管制。”</p> <p>第41条：“管制的刑期，从判决执行之日起计算；判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期二日。”</p>
----	--

概念	管制是对罪犯不予关押，但限制其一定自由，实行社区矫正的刑罚方法。
期限	1.3-2-3: 3个月以上2年以下，数罪并罚时不得超过3年。 2. 起算：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。 3. 注意：对于经过批准离开居住地的罪犯，经许可外出的期间，应计入执行期。
劳动报酬	判管制的罪犯可以自谋生计，不强制劳动，在劳动时应当与普通公民同工同酬。
实行社区矫正	将罪犯置于社区内，在相关社会团体和民间组织以及社会志愿者的协助下，在判决确定的期限内，由专门的国家机关对罪犯的行为与心理进行矫正。
禁止令问题	1. 概念：判处管制，可以根据犯罪情况，同时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。 2. 适用对象：禁止令的适用对象为管制犯、缓刑犯（不包括假释犯）。 3. 禁止令的期限：禁止令的期限可以小于或者等于管制执行、缓刑考验的期限；但是判处管制的，禁止令的期限不得少于3个月；宣告缓刑的，禁止令的期限不得少于2个月。 4. 禁止令的特殊要求：禁止令也不能限制、影响犯罪人的正常生活。 例如，不能禁止犯罪的人上公共厕所；不能禁止犯罪的人去医院。 5. 禁止令的主要内容（根据相关司法解释整理） ³³ 。

33 (1) 禁止进行的活动：

A 个人为进行违法犯罪活动而设立公司、企业、事业单位或者在设立公司、企业、事业单位后以实施犯罪为主要活动的，禁止设立公司、企业、事业单位；

B 实施证券犯罪、贷款犯罪、票据犯罪、信用卡犯罪等金融犯罪的，禁止从事证券交易、申领贷款、使用票据或者申领、使用信用卡等金融活动；

C 利用从事特定生产经营活动实施犯罪的，禁止从事相关生产经营活动；

D 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。

(2) 禁止进入的场所：

A 禁止进入夜总会、酒吧、迪厅、网吧等娱乐场所；

B 未经执行机关批准，禁止进入举办大型群众性活动的场所；

C 禁止进入中小学校区、幼儿园园区及周边地区，确因本人就学、居住等原因，经执行机关批准的除外；

D 其他确有必要禁止进入的区域、场所。

(3) 禁止接触的人：

A 未经对方同意，禁止接触被害人及其法定代理人、近亲属；

B 未经对方同意，禁止接触证人及其法定代理人、近亲属；

C 未经对方同意，禁止接触控告人、批评人、举报人及其法定代理人、近亲属；

D 禁止接触同案犯；

E 禁止接触其他可能遭受其侵害、滋扰的人或者可能诱发其再次危害社会的人。

二、拘役

条文	<p>第 42 条：“拘役的期限，为一个月以上六个月以下。”</p> <p>第 43 条：“被判处拘役的犯罪分子，由公安机关就近执行。在执行期间，被判处拘役的犯罪分子每月可以回家一天至两天；参加劳动的，可以酌量发给报酬。”</p> <p>第 44 条：“拘役的刑期，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。”</p>
概念	短期剥夺罪犯人身自由，就近实行劳动改造的刑罚方法。
期限	<p>1.1-6-1: 1 个月以上 6 个月以下，数罪并罚时不得超过 1 年。</p> <p>2. 起算：刑期从判决执行之日起计算，判决执行以前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 1 日。</p>
劳动报酬	实行强制劳动改造，可以酌量发给报酬（与管制的报酬问题注意对比记忆）。
执行机关	由公安机关在就近的看守所执行。在执行期间，受刑人每月可以回家一天至两天。
特点	短期剥夺人身自由，是一种短期自由刑。

三、有期徒刑

条文	<p>第 45 条：“有期徒刑的期限，除本法第五十条、第六十九条规定外，为六个月以上十五年以下。”</p> <p>第 46 条：“被判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在监狱或者其他执行场所执行；凡有劳动能力的，都应当参加劳动，接受教育和改造。”</p> <p>第 47 条：“有期徒刑的刑期，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。”</p>
概念	剥夺罪犯一定期限的自由，实行强迫劳动改造的刑罚方法。
期限	<p>1. 通常的期限：6 个月至 15 年。</p> <p>2. 数罪并罚的期限： (1) 总和刑期 < 35 年 → 并罚最高不超过 20 年 (2) 总和刑期 ≥ 35 年 → 并罚最高不超过 25 年</p> <p>3. 起算：刑期从判决执行之日起计算，判决执行以前先行羁押的，羁押 1 日折抵刑期 1 日。</p>
劳动报酬	强制劳动，无报酬。
执行机关	由监狱或其他执行场所执行。

四、无期徒刑

条文	第 46 条：“被判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在监狱或者其他执行场所执行；凡有劳动能力的，都应当参加劳动，接受教育和改造。”
概念	剥夺罪犯终身自由，强制实行劳动改造的刑罚方法。
执行机关	由监狱或其他场所执行。
适用问题	无期徒刑不能孤立适用，应当附加剥夺政治权利终身。

五、死刑

<p>条文</p>	<p>第 48 条：“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。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。</p> <p>死刑除依法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。”</p> <p>第 49 条：“犯罪的时候不满十八周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑。审判的时候已满七十五周岁的人，不适用死刑，但以特别残忍手段致人死亡的除外。”</p> <p>第 50 条：“判处死刑缓期执行的，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，二年期满以后，减为无期徒刑；如果确有重大立功表现，二年期满以后，减为二十五年有期徒刑；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。</p> <p>对被判处死刑缓期执行的累犯以及因故意杀人、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刑缓期执行的犯罪分子，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。”</p> <p>第 51 条：“死刑缓期执行的期间，从判决确定之日起计算。死刑缓期执行减为有期徒刑的刑期，从死刑缓期执行期满之日起计算。”</p>
<p>概念</p>	<p>剥夺罪犯生命的刑罚方法。</p>
<p>类型</p>	<p>1. 死刑立即执行</p> <p>2. 死刑缓期两年执行</p> <p>【注意】只能适用于罪行极其严重的犯罪分子（严格控制死刑的适用）</p>
<p>消极对象 (未、老、孕)</p>	<p>1. “未”指的是：犯罪时不满 18 周岁的人。</p> <p>这是指犯罪的时候，不是指审判的时候。如果犯罪时不满 18 周岁，审判时已满 18 周岁，也不能适用死刑。</p> <p>2. “孕”指的是：审判时怀孕的妇女。</p> <p>(1) “审判时”需作扩大解释，即整个羁押期间，一直从侦查阶段的羁押延续到刑场执行之前。提醒各位，千万不要简单地认为就是“法院审判期间”。</p> <p>(2) “怀孕的妇女”包括：正在怀孕的妇女；分娩的妇女；流产的妇女（包括自然流产和人工流产）。</p> <p>3. “老”指的是：审判时已满 75 周岁的人。</p> <p>原则上，审判时已满 75 周岁的人不适用死刑，但是以特别残忍手段致人死亡的（例如故意杀人、故意伤害致人死亡等），可以适用死刑。</p> <p>4. 以上的“未老孕”不适用死刑，包括既不适用死刑立即执行，同样也不适用死缓。</p>

死缓制度	50条第1款	<p>1. 死刑缓期执行期间 → 无故意犯罪 → 2 年期满 → 无期徒刑；</p> <p>2. 死刑缓期执行期间 → 无故意犯罪且有重大立功 → 2 年期满 → 25 年有期徒刑；</p> <p>3. 死刑缓期执行期间 → 情节恶劣故意犯罪 → 报最高人民法院核准 → 执行死刑；</p> <p>4. 死刑缓期执行期间 → 故意犯罪 (但没有被执行死刑的) → 死缓考验期重新计算 (新判决确定之日起算新考验期)，并报最高人民法院备案。</p> <p>【背诵技巧】 无故意变无期、立大功 25. 恶劣故意说拜拜、一般故意重新来。</p> <p>【提示】 死缓考验期执行期间如果出现过失犯罪，应将过失犯罪的刑罚与原来的死缓并罚，并罚的结果肯定是依旧执行死缓，那么此时死缓的考验期只能重新计算。</p>
	50条第2款	<p>对 2 类严重的死缓犯³⁴(累犯和故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪分子被判处死缓的)，可以对其限制减刑：</p> <p>1. 死缓减为无期徒刑 (这不是减刑，这属于死缓的执行方式) 的，满足减刑的条件，再怎么减刑，也不能少于 25 年。</p> <p>2. 死缓减为 25 年有期徒刑 (这也不是减刑，这属于死缓的执行方式) 的，满足减刑的条件，再怎么减刑，也不能少于 20 年。</p>

第二节 附加刑

【提示】 附加刑虽有“附加”字样，但并非只能附加适用，也可独立适用，但是不能对附加刑再适用附加刑。

一、罚金

条文	<p>第 52 条：“判处罚金，应当根据犯罪情节决定罚金数额。”</p> <p>第 53 条：“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，人民法院在什么时候发现被执行人有可以执行的财产，应当随时追缴。</p> <p><u>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。”</u></p>
概念	罚金属于财产刑的一种，是法院判处犯罪分子向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法。

³⁴ 2015 年卷 2 第 10 题 C 选项：对被判处无期徒刑的累犯，根据犯罪情节等情况，法院可同时决定对其限制减刑。该项错误，限制减刑是死缓的累犯，而不是无期的累犯。

适用方式	单处罚金	例如，单位受贿罪和单位行贿罪。主要针对单位犯罪。
	选处罚金	要么不适用，要么单独适用。 例如，某法条规定，实施某行为的，“处3年以下有期徒刑、拘役或者罚金”。在此，要么不适用罚金，要适用就只能单独适用。
	并处罚金	判处主刑同时并处罚金。 例如，某法条规定，实施某行为的，“处5年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金”。在此，必须附加适用罚金，不能不用，也不能单独适用罚金。
	并处或单处罚金	要么附加适用，要么单独适用。 例如，某法条规定，实施某行为的，“处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金”。在此，要么并处罚金，要么单处罚金，但不可不处罚金。
缴纳方式	1. 限期一次缴纳；2. 限期分期缴纳；3. 期满不缴纳的，强制缴纳； 4. 随时追缴；5. 延期缴纳；6. 减免缴纳。	
性质	罚金相当于罪犯欠国家的钱，没有特殊情况不会延、减、免；遵循随时有随时缴的基本原则。	
“等原因”	<p>“等原因”在新的法条中首次出现，也即意味着延期、减少、免除罚金的理由不再仅仅限于“不能抗拒的灾祸”，根据同类解释规则，只要原因具有和“不能抗拒的灾祸”相同、相似性质的原因，都是可以成为罚金延期、减少、免除的理由。一字之差，却极大地扩充了缴纳确有困难的情形，为法官的自由裁量权留有充分的空间，也体现了更多的人性关怀。</p> <p>在满足“等原因”的情况下，还需满足缴纳确实有困难，两个条件同时满足才符合罚金的“延、减、免”。</p>	
程序性变更	罚金的延、减、免，要经过人民法院裁定。	
顺序	<p>承担民事赔偿的犯罪分子，又被处罚金的，其财产先承担民事赔偿。</p> <p>在民事责任和刑事责任发生竞合时，为了保护被害人的合法权益，法律规定在犯罪分子财产不足时，实行“先民后刑”原则。</p>	

二、没收财产

条文	<p>第59条：“没收财产是没收犯罪分子个人所有财产的一部或者全部。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需的生活费用。</p> <p>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。”</p> <p>第60条：“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。”</p> <p>第64条：“犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收。没收的财物和罚金，一律上缴国库，不得挪用和自行处理。”</p>
概念	将罪犯个人财产的全部或部分强制、无偿收归国有，是一种严厉的财产刑。

对象	<p>犯罪分子的个人合法财产。</p> <p>【注意 1】 不得没收属于犯罪分子家属所有或者应有的财产。</p> <p>【注意 2】 犯罪所得及其它非法财产应依法予以收缴，而非没收。如果属于被害人合法财产的，应当及时返还。总结就是：收缴 + 非法；没收 + 合法。</p> <p>【注意 3】 没收全部财产时，应当给犯罪分子个人及其抚养的家属（包括成年家属）留必要的生活费用。道理很简单：不能赶尽杀绝！</p>	
正当债务偿还问题	<ol style="list-style-type: none"> 1. 没收财产前犯罪分子所负的正当债务。 2. 债权人请求（法院不主动偿还）。 3. 满足以上两点，法院应当还。 4. 非正当债务，例如赌债、高利贷超出合法利息的部分，不在此列。 5. 形式上要一步到位，与被告人的执行能力无关。凡刑法规定必须并处罚金或并处没收财产的，均应依法并处。被告人的执行能力不能作为是否判处财产刑的依据。即使被告人没有可供执行的财产，也应并处。 6. 偿还的债务不超过没收的财产范围——债务的偿还要以没收为限。 	
财产刑的并罚问题	罚金的并罚	合并执行，对数个罚金的数额累计相加，执行总和数额。
	没收财产的并罚	如果数个犯罪都被判处没收部分财产，对每个没收部分财产的判决都执行；如果数个犯罪有一个被判处没收全部财产，采取吸收原则，只需执行一个没收全部财产即可。
	罚金与没收财产的并罚	<ol style="list-style-type: none"> 1. 一个人多个罪，罚金和没收财产需要分别执行。 2. 先后顺序：先执行罚金后执行没收财产³⁵（体现人性关怀）。

三、剥夺政治权利

条文	<p>第 54 条：“剥夺政治权利是剥夺下列权利： （一）选举权和被选举权； （二）言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利； （三）担任国家机关职务的权利； （四）担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。”</p> <p>第 55 条：“剥夺政治权利的期限，除本法第五十七条规定外，为一年以上五年以下。判处管制附加剥夺政治权利的，剥夺政治权利的期限与管制的期限相等，同时执行。”</p> <p>第 56 条：“对于危害国家安全的犯罪分子应当附加剥夺政治权利；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。独立适用剥夺政治权利的，依照本法分则的规定。”</p> <p>第 57 条：“对于被判处死刑、无期徒刑的犯罪分子，应当剥夺政治权利终身。在死刑缓期执行减为有期徒刑或者无期徒刑减为有期徒刑的时候，应当把附加剥夺政治权利的期限改为三年以上十年以下。”</p> <p>第 58 条：“附加剥夺政治权利的刑期，从徒刑、拘役执行完毕之日或者从假释之日起计算；剥夺政治权利的效力当然施用于主刑执行期间。被剥夺政治权利的犯罪分子，在执行期间，应当遵守法律、行政法规和国务院公安部门有关监督管理的规定，服从监督；不得行使本法第五十四条规定的各项权利。”</p>
----	--

³⁵ 2014 年 9 月 1 日《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第十三条 被执行人在执行中同时承担刑事责任、民事责任，其财产不足以支付的，按照下列顺序执行：（一）人身损害赔偿中的医疗费用；（二）退赔被害人的损失；（三）其他民事债务；（四）罚金；（五）没收财产。

概念	是指剥夺犯罪人参加管理国家和政治活动的权利的刑罚方法。	
内容	<ol style="list-style-type: none"> 1. 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。 <p>剥夺政治权利不是只剥夺上述权利的一部分，而是同时剥夺上述四项权利。被剥夺政治权利的犯罪人，在执行期间，应当遵守法律、行政法规和国务院公安部门有关监督管理的规定，服从监督；不得行使上述四项权利。</p>	
适用对象	应当剥夺	<ol style="list-style-type: none"> 1. 对于危害国家安全的犯罪分子，应当附加剥夺政治权利； 2. 对于被判处死刑、无期徒刑的犯罪分子，应当剥夺政治权利终身。
	可以剥夺	<p>《刑法》第 56 条规定，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。除了对该条所列举的犯罪人以外，对其他严重破坏社会秩序的犯罪人，也可以附加剥夺政治权利。</p> <p>例如，对故意伤害、盗窃等其他严重破坏社会秩序的犯罪，犯罪分子主观恶性较深、犯罪情节恶劣、罪行严重的，也可以依法附加剥夺政治权利。对严重经济犯罪分子、严重的贪污、受贿犯罪分子、严重的渎职犯罪分子，也可以附加剥夺政治权利。</p>
期限	<ol style="list-style-type: none"> 1. 死刑、无期徒刑 → 终身 2. 死缓减为有期或者无期减为有期 → 3 年到 10 年 3. 独立适用或者附加于有期、拘役适用 → 1 年到 5 年 4. 附加于管制适用 → 与管制期限相同 	
起算日	<ol style="list-style-type: none"> 1. 独立适用：判决执行之日起计算； 2. 管制 + 剥夺：与管制同时起算、同时进行、同时结束； 3. 有期、拘役 + 剥夺：执行完毕或假释之日（不是假释届满之日）起算；剥夺政治权利的效力当然施用于主刑执行期间，也即在主刑执行期间也是没有政治权利的。 4. 死刑、无期 + 剥夺：主刑执行之日起算。 <p>【提示】 上述 2 和 3 在考试中属于重点。</p>	

▣ 四、驱逐出境

条文	第 35 条：“对于犯罪的外国人，可以独立适用或者附加适用驱逐出境。”
----	-------------------------------------

■ 【非刑罚处罚措施】——职业禁止

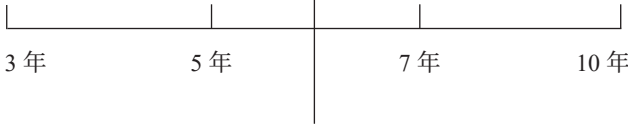
<p>条文</p>	<p>第 37 条之一：“因利用职业便利实施犯罪，或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚的，人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要，禁止其自刑罚执行完毕之日或者假释之日起从事相关职业，期限为三年至五年。</p> <p>被禁止从事相关职业的人违反人民法院依照前款规定作出的决定的，由公安机关依法给予处罚；情节严重的，依照本法第三百一十三条（拒不执行判决、裁定罪）的规定定罪处罚。</p> <p>其他法律、行政法规对其从事相关职业另有禁止或者限制性规定的，从其规定。”</p>
<p>背景</p>	<p>增加禁止从事一定职业的资格刑。对犯罪人进行职业资格剥夺的实体根据是犯罪人再次利用该职业实施犯罪行为的危险性，增设职业禁止的目的在于“预防再犯罪”，这属于我国刑法新的一项保安处分措施。</p> <p>例如，教师利用职业便利猥亵、强奸学生；医生利用职业便利收受贿赂造成重大医疗事故；邮局等快递行业工作人员利用职业便利盗窃他人邮递包裹中的财物。以上情形都是可以根据具体情况对行为人实施职业禁止。</p>
<p>刑罚内容</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 明确了刑罚的内容，对于违反职业禁止要求的，情节严重的，依照拒不执行判决、裁定罪的规定定罪处罚。 2. 情节不严重的，公安机关给予行政处罚。
<p>起算日</p>	<p>刑罚（指主刑，不包括附加刑）执行完毕之日或者假释之日（不是假释届满之日）起算，也即简单地讲，都是从监狱出来之日起。</p>
<p>期限</p>	<p>3 年至 5 年。注意，如果其他法律优先，则按照其他法律的规定来确定职业禁止的期限。</p>
<p>与其他法律的关系</p>	<p>其他法律优先适用原则——明确了与其他法律、行政法规之间的衔接与协调。如果其他法律或者行政法规已经有了职业禁止的规定，那么法院就无需再对该行为进行刑法上的职业禁止了。</p> <p>例如，《法官法》、《检察官法》、《人民警察法》中均规定：“曾因犯罪受过刑事处罚的”不得担任法官、检察官、人民警察；《教师法》、《会计法》也分别规定了“因受过剥夺政治权利或者故意犯罪受过有期徒刑以上刑罚”、“进行过与会计职务有关的违法行为和破坏经济秩序犯罪的”，“丧失教师资格”、“不得取得会计从业资格证书”。</p>



第七章

刑罚的裁量

第一节 量刑情节

<p>条文</p>	<p>第 61 条：“对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处。”</p> <p>第 62 条：“犯罪分子具有本法规定的从重处罚、从轻处罚情节的，应当在法定刑的限度以内判处刑罚。”</p> <p>第 63 条：“犯罪分子具有本法规定的减轻处罚情节的，应当在法定刑以下判处刑罚；本法规定有数个量刑幅度的，应当在法定量刑幅度的下一个量刑幅度内判处刑罚。</p> <p>犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，但是根据案件的特殊情况，经最高人民法院核准，也可以在法定刑以下判处刑罚。”</p>	
<p>概念</p>	<p>是指在行为已经构成犯罪的前提下，法院对犯罪人裁量刑罚时应当考虑的，据以决定量刑轻重或者免除刑罚处罚的各种情况。</p>	
<p>法定 量刑情节</p>	<p>从重处罚</p>	<p>是指没有从重情节应该怎么判，而有了从重情节又应该怎么判。</p>
	<p>从轻处罚</p>	<p>是指没有从轻情节应该怎么判，而有了从轻情节又应该怎么判。</p>
	<p>总结</p>	<p>从重和从轻都要在法定刑的限度之内判处刑罚，不能超出法定刑。</p>
	<p>图示整理</p>	<div style="text-align: center;"> <p>6 年（代表中线）</p>  </div> <p>从重、从轻切勿在法定刑之内找所谓的中线或者人为设定中线，认为超过中线就是从重，低于中线就是从轻。这种说法是错误的。以 5 年以上 7 年以下这个法定刑为例进行分析说明：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 从重、从轻必须是在 5 年到 7 年这个法定刑内，不能超出去； 2. 如果一般情况应该判处 6 年 6 个月的刑罚，有了从轻情节，判处了 6 年 3 个月的刑罚，虽然超过中线，但这仍属于从轻； 3. 如果一般情况应该判处 5 年 3 个月的刑罚，有了从重情节，判处了 5 年 6 个月的刑罚，虽然低于中线，但这仍属于从重。
	<p>减轻处罚</p>	<p>减轻处罚要在法定刑以下判处刑罚。所以原则上减轻比从轻更轻。</p>

法定 量刑情节	整理	<p>1. 补正解释——根据上图 7 年以上 10 年以下这个法定刑进行分析：原则上，行为人的行为要在 $7 \leq X \leq 10$ 的范围内判处刑罚，但是有了减轻事由后，应该在下一个法定刑内，即 5 年以上 7 年以下范围内量刑，但是此时的 7 年以下是不包含本数 7 的，也即量刑范围是：$5 \leq X < 7$。不包含本数的原因是，体现减轻在法定刑以下处罚的含义，如果包含本数 7，那就会存在交集，不能体现减轻的精神。</p> <p>2. 减轻处罚有刑格限制，只能在下一个刑格内处罚，不能跨越式减轻（台阶要一阶一阶走）。也即刚才的分析中，只能在 5 年以上 7 年以下这个刑格中量刑，不能直接跨越到 3 年以上 5 年以下这个刑格中量刑。</p> <p>3. 减轻处罚的特殊情形：虽然不具有本法规定的减轻情节，但是根据案件特殊情况，经最高人民法院核准，也可以减轻处罚。</p>
------------	----	--

第二节 累犯

条文	<p>第 65 条：“被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子，刑罚执行完毕或者赦免以后，在五年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的，是累犯，应当从重处罚，但是过失犯罪和不满十八周岁的人犯罪的除外。</p> <p>前款规定的期限，对于被假释的犯罪分子，从假释期满之日起计算。”</p> <p>第 66 条：“危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪的犯罪分子，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。”</p>	
概念	<p>被判处一定刑罚的犯罪人，在刑罚执行完毕或者赦免以后，在法定期限内又犯一定之罪的情形。（俗称：给脸不要）</p>	
类型及 成立条件	一般累犯 成立条件	<ol style="list-style-type: none"> 1. 罪过条件：前罪和后罪都必须是故意犯罪； 2. 刑度条件：前罪和后罪都必须是被判或应判处有期徒刑以上刑罚的犯罪； 3. 时间条件：后罪发生在前罪刑罚执行完毕或者被赦免的 5 年之内； 4. 消极条件：未满 18 周岁的人犯罪和过失犯罪不成立累犯。 <p>【口诀】 前后故意非过失，有期以上刑期执，执行完毕五年里，未满十八不成立。</p> <p>【注意 1】 提醒各位考生注意，好多人在内心已经形成了一种只要看到案例中出现未满 18 周岁和过失犯罪就立马得出不成立累犯的这样一种定性的思维模式。其实这与做题内心的焦躁是有极大关系的。希望各位将题目认真审完，如今的考试中在考查是否成立累犯之时完全有可能将案例中列出 3 个罪名，其中第 1 个罪名虽然是未满 18 周岁或者是过失犯罪，但是后面两个罪名完全成立累犯，最终结论是成立累犯！</p> <p>【注意 2】 危险驾驶罪和代替考试罪的最高刑为拘役，案例中只存在前后两个罪的前提下，如果其中一个罪名是上述这两个罪时，不成立累犯。</p> <p>【注意 3】 “执行完毕”的考查方式：执行完毕的考查往往是结合着缓刑考验期满与假释考验期满的效果进行的：</p>

	<p>一般累犯 成立条件</p>	<p>1. 缓刑考验期满的效果 → 原判刑罚不再执行，不成立累犯。 2. 假释考验期满的效果 → 视为原判刑罚执行完毕，可成立累犯。</p> <p>【注意 4】 关于“前罪”——如果前罪并罚的宣告刑为有期徒刑以上刑罚，只要其中存在故意犯罪被判处有期徒刑以上刑罚的，就可以认定为累犯。</p> <p>例 1、甲因盗窃罪判处有期徒刑 6 个月有期徒刑，因过失致人死亡罪被判处有期徒刑 2 年有期徒刑，并罚决定执行 2 年有期徒刑。甲在执行完毕后的第 4 年又犯抢劫罪（入户抢劫），甲成立累犯。</p> <p>例 2、如果上述案例盗窃罪为 6 个月拘役，其他表述不变。甲不成立累犯。</p> <p>【注意 5】 关于“后罪”——如果后罪为数罪，对应当判处管制、拘役或单处附加刑的犯罪，不能适用累犯制度而从重处罚。</p> <p>例如，甲犯故意伤害罪被判处有期徒刑 3 年有期徒刑，执行完毕后的 5 年内又犯盗窃罪和使用虚假身份证件罪，分别应判处有期徒刑 4 年有期徒刑和管制。此时只能对盗窃罪作为累犯从重处罚，不能对使用虚假身份证件罪作为累犯。</p> <p>【注意 6】 上述的“执行完毕”针对的是主刑，不包括附加刑。而且只要主刑中的有期徒刑执行完毕即可有成立累犯的余地，并罚中管制没有执行完毕，不影响累犯的成立。</p> <p>例如，甲犯 A 罪（故意犯罪）被判处有期徒刑 3 年有期徒刑，B 罪（故意犯罪）3 个月管制，甲执行完 A 罪的 3 年有期徒刑，需要执行 3 个月的管制，在这三个月内，甲犯 C 罪（故意犯罪），应被判处有期徒刑 5 年以上有期徒刑，甲成立累犯。</p>
<p>类型及 成立条件</p>	<p>特殊累犯 成立条件</p>	<p>特殊累犯的其他成立条件和一般累犯一样，除了以下 3 个特殊之处：</p> <p>特殊①：犯罪范围缩小化：前后罪只能是 3 大类犯罪，即危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪；</p> <p>特殊②：刑度要求放松化：前后罪不要求是有期徒刑以上刑罚，哪怕是判处拘役、管制、甚至单独判处附加刑也可以成立特殊累犯；</p> <p>特殊③：时间间隔放大化：后罪发生在前罪刑罚执行完毕或被赦免的什么时候在所不问。</p> <p>【口诀】 前后犯罪国恐黑，所有刑罚有机会，时间间隔无所谓，其他参考一般累。</p> <p>【注意 1】 前后罪要求均属于上述 3 大类犯罪，但是不要求前后罪都必须 是 3 大类犯罪中的同一类。例如，前罪属于危害国家安全犯罪，后罪属于黑社会性质的组织犯罪的，同样可以成立特殊累犯。如果前后犯罪中有一个不是上述三大类犯罪，是否成立累犯，就只能看其是否满足一般累犯的成立条件。</p> <p>【注意 2】 特殊累犯的成立同样要求前罪刑罚执行完毕或被赦免。</p> <p>【注意 3】 未满 18 周岁和过失犯罪同样不成立特殊累犯。</p> <p>【注意 4】 并不是所有的“国家秘密”类型的犯罪都属于国家安全犯罪。例如，故意泄露国家秘密罪和非法获取国家秘密罪不属于国家安全犯罪，按照一般累犯原则去处理。考试中需要记住“为境外……国家秘密情报罪”，这个罪不需要记住具体的行为方式，重点在于 3 个字“为境外”，国家秘密和情报都让你弄到境外去了，难道不危害国家安全吗？</p>
<p>累犯的 法律后果</p>	<p>1. 应当从重处罚； 2. 不得缓刑； 3. 不得假释。</p>	

第三节 自首

<p>条文</p>	<p>第 67 条：“犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。</p> <p>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，以自首论。</p> <p>犯罪嫌疑人虽不具有前两款规定的自首情节，但是如实供述自己罪行的，可以从轻处罚；因其如实供述自己罪行，避免特别严重后果发生的，可以减轻处罚。”</p>		
<p>概念</p>	<p>自首，犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的行为。即自首 = 自动投案 + 如实供述。</p>		
<p>一般自首</p>	<p>时间要求</p>	<p>1. 投案行为必须发生在犯罪人尚未归案之前——即未被讯问、扭送或采取强制措施之前。</p> <p>例如，甲强奸了妇女乙，但强奸事实一直未被发觉，后良心发现，自动投案，构成自首。</p> <p>2. 被通缉、追捕过程中，同样可以主动投案，但本质是能跑而不跑，如果是实在跑不掉而投案，不能肯定其自动性。</p> <p>例如，罪犯甲被警察当街追捕，甲跑得很快，不小心跑进一个死胡同，面临堵在胡同的警察，甲“选择”自动投案，这是不能认定为自首的，因为这是甲无路可走之后的被动投案。</p>	<p>对象条件</p> <p>找司法机关、非司法机关（例如，犯罪人所在单位，基层组织）、有关个人（例如，单位负责人、被害人、村主任等）都可以认定为自首。</p>
<p>自动投案</p>	<p>实质条件</p> <p>主动将自己置于司法机关实力控制之下的方式均可以。</p> <p>1. 自己亲自投案：亲自将自己置于司法机关的实力控制之下。当然，罪犯可以先采取打电话、发传真、发短信、电子邮件、微信、QQ 等，随后归案。如果随后不归案，不算自动投案。</p> <p>2. 他人代为投案：这主要是指因病因伤，或犯罪人为了救助被害人、挽回法益侵害等不能亲自投案的情形。</p> <p>3. 亲友送去投案：行为人犯罪后，亲友经过规劝送其到司法机关投案的，可以成立自首。但是如果犯罪嫌疑人明显反抗，亲友被迫采取捆绑等手段将其送至司法机关，则不属于自动投案。</p> <p>4. 陪同投案：行为人犯罪后，在他人（可以是朋友、邻居、同学、同事、单位领导等）的陪同下投案自首的。</p> <p>【提示】“自动投案”不要求具备特定的动机和目的。例如，甲参与共同盗窃后，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。甲仍可认定为自首。</p>		

一般自首	自动投案	彻底性要求	<p>犯罪嫌疑人自动投案必须具有彻底性，即投案后将自己置于司法机关控制之下，并始终配合司法机关追诉，直到开庭审判。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 投案后又逃跑的，不算自首；又回来的，又算自首。 2. 被动归案后，又逃跑，然后又回来的，不算自首。如果构成脱逃罪的，再回来的，可成立脱逃罪的自首。 3. 自动投案并交代罪行后隐匿脱逃的，不成立自首。 4. 委托他人代为自首而本人拒不到案的，不成立自首。 <p>【提示】 犯罪人匿名将赃物送回司法机关或原主人处，或者通过电话、书信等方式匿名向司法机关报案或指出赃物所在，因为上述行为没有将自己置于司法机关的有效控制之下，不能成立自首。</p>
	如实供述		<ol style="list-style-type: none"> 1. 供述内容——主要犯罪事实即可，即与犯罪人主观记忆相符，和客观犯罪事实基本相符，不要求全部的犯罪事实细节。例如，不交代犯罪证据、犯罪工具、藏尸地点；隐瞒犯罪数额等，并不影响如实供述的认定。 2. 除基本事实供述之外，还要求犯罪嫌疑人供述自己的姓名、年龄、职业等基本情况。 3. 供述仅限于对犯罪事实的描述，不包括对犯罪事实的法律评价或个人评论。行为人行使自我辩护权，进行合理或不合理的辩解，不属于供述行为，也不影响自首的成立。自首后又翻供的，不成立自首，但在一审判决前又能如实供述的，仍以自首论。 4. 在单独犯罪中，供述自己的犯罪事实已足够，但在共同犯罪中，犯罪嫌疑人除了如实供述自己的罪行，还应当供述自己所知道的同案犯的罪行；主犯还应当供述其他同案犯的共同犯罪事实，才能构成自首。之所以如此，是因为共同犯罪中同案犯是犯罪的必要组成部分，如果不交代清楚，无法满足供述主要犯罪事实的要求。
特殊自首	概念		被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人或者正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的行为。
	成立条件	主体	<p>被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人或者正在服刑的罪犯。</p> <p>如实供述司法机关尚未掌握的本人其他罪行。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 必须是本人的罪行。如果是别人的罪行可能构成立功。 2. 本人的罪行必须是尚未被司法机关掌握。 3. 还必须是异种罪行。即与司法机关已掌握的或判决确定的罪行属不同种罪行。如果是同种罪行，可以酌情从轻处罚，但不属于自首。 <p>是否属于同种罪行一般以罪名区分，不同罪名便是不同种罪行。但是，虽然罪名不同，但二者属于选择性罪名或者在法律、事实上密切关联（如吸收关系、牵连关系、选择性罪名等），则仍认为属于同种罪行。</p> <p>例 1、甲因受贿被采取强制措施后，又交代因受贿为他人谋取利益的行为，构成滥用职权罪的，应认定为同种罪行。</p> <p>例 2、乙因出售假币罪被捕，又交代自己购买假币的罪行，应认定为同种罪行。</p>

重点司法解释汇总	<p>1. 犯罪后未主动报案，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，可成立自首。</p> <p>2. 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，可成立自首。</p> <p>3. 在司法机关未确定犯罪嫌疑人，尚在一般性排查询问时主动交代自己罪行的，可成立自首。</p> <p>4. 因特定违法行为被采取行政拘留、司法拘留、强制隔离戒毒等行政、司法强制措施期间，主动向执行机关交代尚未掌握的犯罪行为的，可成立自首。</p> <p>5. 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，成立自首。</p> <p>6. 犯罪后潜逃至异地，即使犯罪地司法机关已经发觉，但是异地司法机关尚未发觉，仅因形迹可疑，被盘问、教育后，主动交代自己罪行，视为自动投案，成立自首。</p> <p>7. 没有自动投案，但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，仍以自首论处。</p>	
坦白	概念	犯罪嫌疑人虽不具有自首情节，但是如实供述自己罪行的，为坦白。
	与一般自首的关系	相同之处：如实供述自己的罪行。 不同之处：坦白是被动归案，一般自首是主动归案。
	与特殊自首的关系	相同之处：都是被动归案。 不同之处：坦白供述的内容是被掌握的，特殊自首供述的内容没被掌握。

第四节 立功

条文	第 68 条：“犯罪分子有揭发他人犯罪行为，查证属实的，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件等立功表现的，可以从轻或者减轻处罚；有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。”		
概念	犯罪人犯罪后揭发他人犯罪行为，查证属实，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件，以及其他有利于预防、查获、制裁犯罪的行为。		
主体	<p>1. 刑法上的立功只能由“犯罪分子”实施。一般人不能成立刑法上的立功。</p> <p>2. 立功要由犯罪分子本人实施，别人帮助实施的不成立立功。</p> <p>【总结】立功只能“亲力亲为”，即自己的事情自己做。</p>		
成立条件	实质根据	从法律上说 (人身危险性降低)	行为人在犯罪后揭发他人犯罪行为，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件，表明行为人对犯罪行为的痛恨，因而其再次犯罪可能性较小。
		从政策上说 (节约了司法资源)	揭发他人犯罪行为，或者提供重要线索，有利于司法机关发现、侦破其他犯罪案件，从而实现刑法的确证，有利于节约司法资源。
	总结	如果不满足以上 2 点，不能随便认定为立功表现。例如，行为人到案后向地震灾区捐款 2000 万元的，不应认定为立功。这种捐款行为只能说明其有爱心，而有爱心不能表明具备上述两种实质根据。	

立功的具体类型		
揭发式立功	含义	犯罪分子揭发他人的犯罪行为，并查证属实的。
	“揭发”的含义	犯罪人告发他人对自己犯罪属于“揭发”。例如，甲女因诈骗罪被捕，揭发乙男强奸自己，应认定为立功。换言之，这里的揭发包含被害人告发。
	“他人”的含义	是指对他人所认定的罪名应在“如实供述自己的罪行”的范围之外。如果揭发同案犯想构成立功，必须是共同犯罪以外的其他犯罪才可以。揭发同案犯的同案行为属于自首或者坦白的内容。 【提示】 针对对向犯（如行贿罪、受贿罪），揭发他人的事实属于如实供述自己犯罪事实的组成部分，不能认定为立功。
	“犯罪”的含义	不要求立功者检举揭发的是完全符合犯罪构成的犯罪行为。这里的“犯罪行为”只要求具备客观阶层的条件即可。注意以下情形： 1. 揭发了他人的“犯罪行为”，事后查明他人在实施客观危害行为时不具有责任能力的，属于立功。 2. 揭发了他人的“犯罪行为”，但他人在行为时并没有故意与过失，而是意外事件造成的，也应认定为立功。 3. 揭发了他人的“犯罪行为”，但他人的行为未达到司法解释所规定的犯罪数额的，不影响立功的成立。 4. 揭发了他人的“犯罪行为”，事后查明“他人”已经死亡的，构成立功。 5. 揭发了他人的“犯罪行为”，但是该犯罪行为已超过规定时效的，构成立功。 6. “揭发”他人正当防卫、紧急避险等排除犯罪的行为，不属于立功。 7. 揭发他人犯罪行为，不能适用中国刑法的，不属于立功。 8. 揭发他人实施的告诉才处理的犯罪的，不属于立功。因为对于告诉才处理的犯罪，不存在公诉，也就不存在节约司法资源的问题。
提供线索式立功	提供侦破其他案件的重要线索，经查证属实。根据司法解释规定，下列不属于立功： 1. 犯罪分子通过贿赂、暴力、胁迫等非法手段，或者被羁押后与律师、亲友会见过程中违反监管规定，获取他人犯罪线索并“检举揭发”的，不能认定为有立功表现。 2. 犯罪分子将本人以往查办犯罪职务活动中掌握的，或者从负有查办犯罪、监管职责的国家工作人员处获取的他人犯罪线索予以检举揭发的，不能认定为有立功表现。 3. 犯罪分子亲友为使犯罪分子“立功”，向司法机关提供他人犯罪线索、协助抓捕犯罪嫌疑人的，不能认定为犯罪分子有立功表现。	
协助抓捕式立功	协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人。根据司法解释规定，犯罪分子具有下列行为之一，使司法机关抓获其他犯罪嫌疑人的，属于“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。 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。	

科研发明式立功	在生产、科研中进行技术革新，成绩突出的；在抢险救灾或者排除重大事故中表现突出的；对国家和社会有其他贡献的。这些情形应能体现出犯罪分子的人身危险性降低，才能认定为立功。
阻止犯罪式立功	阻止他人犯罪。例如，在监狱服刑期间，阻止狱友实施故意杀人的，可构成立功。
重大立功	犯罪分子检举、揭发他人犯罪，提供侦破其他案件的重要线索，阻止他人的犯罪活动，或者协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人。这些犯罪嫌疑人或者被告人可能被判处无期徒刑以上刑罚的，应当认定为有重大立功表现。
立功法律后果	1. 一般立功：可以从轻或者减轻处罚。 2. 重大立功：可以减轻或者免除处罚。

第五节 数罪并罚

一、法条及汇总

条文	<p>第 69 条：“判决宣告以前一人犯数罪的，除判处死刑和无期徒刑的以外，应当在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上，酌情决定执行的刑期，但是管制最高不能超过三年，拘役最高不能超过一年，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。”</p> <p>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。</p> <p>数罪中有判处附加刑的，附加刑仍须执行，其中附加刑种类相同的，合并执行，种类不同的，分别执行。”</p> <p>第 70 条（先并后减）：“判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，发现被判刑的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当对新发现的罪作出判决，把前后两个判决所判处的刑罚，依照本法第六十九条的规定，决定执行的刑罚。已经执行的刑期，应当计算在新判决决定的刑期以内。”</p> <p>第 71 条（先减后并）：“判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，被判刑的犯罪分子又犯罪的，应当对新犯的罪作出判决，把前罪没有执行的刑罚和后罪所判处的刑罚，依照本法第六十九条的规定，决定执行的刑罚。”</p>				
	主刑			附加刑	
刑种	单罚	并罚	原则	同种	异种
管制	3 月 -2 年	≤3 年	限制加重	合并执行	分别执行
拘役	1 月 -6 月	≤1 年			
有期徒刑	6 月 -15 年	总和刑期不满 35 年，≤20 年 总和刑期 35 年以上，≤25 年			
无期徒刑	无期徒刑	无期徒刑（除被死刑吸收）	吸收原则		
死刑	死刑	死刑			

二、数罪并罚的原则及总结

概念	数罪并罚，是指法院对一人犯数个罪分别定罪量刑，并根据法定原则与方法，决定应当执行的刑罚。	
有期、拘役、管制间的并罚 (69条第二款)	公式总结	<p>“同种吸” 有期徒刑 + 拘役 = 有期徒刑 (有期徒刑吸收拘役)</p> <p>“异种并” 有期徒刑 + 管制 = 都要执行 (先有期后管制) 拘役 + 管制 = 都要执行 (先拘役后管制)</p>
	案例	<p>1. 数个有期 + 数个拘役 = 数个有期的并罚 例如，甲犯 A、B、C 三罪，分别被判处有期徒刑 3 年、5 年和拘役 6 个月。在有期徒刑和拘役并存的情况下，有期徒刑直接吸收拘役，所以只对有期徒刑 3 年和 5 年进行并罚，所以并罚的范围是：$5 \leq X \leq 8$，最终在这个范围内确定甲应当执行的有期徒刑。</p> <p>2. 多个有期徒刑或多个拘役 + 多个管制 = 各自管各自、各自执行各自 例如，甲犯 A、B、C、D 四个罪，分别被判处有期徒刑 3 年、5 年和管制 1 年、2 年。各自管各自、各自执行各自的含义就是，此时有期徒刑并罚的范围是：$5 \leq X \leq 8$；管制并罚的范围是：$2 \leq Y \leq 3$。分别确定了有期徒刑和管制的并罚范围之后，在有期徒刑执行完毕之后再单独执行管制的刑期。</p> <p>3. 多个有期徒刑 + 多个拘役 + 多个管制 = 多个有期徒刑 + 多个管制 = 各自管各自、各自执行各自 例如，甲犯 A、B、C、D、E 五个罪，分别被判处有期徒刑 3 年、5 年、拘役 6 个月、管制 1 年、2 年。此时，拘役直接不用再执行，相当于没有发生过。各自管各自、各自执行各自的含义就是，此时有期徒刑并罚的范围是：$5 \leq X \leq 8$；管制并罚的范围是：$2 \leq Y \leq 3$。分别确定了有期徒刑和管制的并罚范围之后，在有期徒刑执行完毕之后再单独执行管制的刑期。</p>
有期徒刑的并罚	图示	有期徒刑并罚时 $\left\{ \begin{array}{l} \text{①总和刑期} < 35 \rightarrow \text{最高刑期不超过 20 年} \\ \text{②总和刑期} \geq 35 \rightarrow \text{最高刑期不超过 25 年} \end{array} \right.$
	案例	例 1、三个罪：3 年、4 年、5 年 $\rightarrow 5 \leq X \leq 12$ 例 2、三个罪：7 年、8 年、9 年 $\rightarrow 9 \leq X \leq 20$ 例 3、三个罪：11 年、13 年、14 年 $\rightarrow 14 \leq X \leq 25$
	结论	结论一：数罪之和 $\leq 20 \rightarrow$ 并罚最大值就是数罪之和； 结论二： $20 <$ 数罪之和 $< 35 \rightarrow$ 并罚最大值就是 20； 结论三：数罪之和 $\geq 35 \rightarrow$ 并罚最大值就是 25。
漏罪先并后减	原因	漏罪为什么要先并后减？ 因为在理想状态下，漏罪原本就应与前罪同时被发现，然后数罪并罚的，所以，即便现在才发现遗漏，也应该回到初始状态，先并罚，之后再扣除已经执行的刑罚，故先并后减。

	<p>经典案例</p> <p>例 1、甲在判决宣告以前犯有 A、B 二罪，但法院只判决 A 罪 8 年有期徒刑；执行 3 年后发现 B 罪，法院对 B 罪判处 9 年有期徒刑。</p> <p>例 2、乙在判决宣告以前犯有 A、B、C、D 4 个罪，但法院只判决 A 罪 8 年有期徒刑、B 罪 12 年有期徒刑，决定合并执行 18 年有期徒刑。执行 5 年后，发现 C 罪与 D 罪，法院判处 C 罪 5 年有期徒刑、D 罪 7 年有期徒刑。</p> <p>例 3、丙在判决宣告以前犯有 A、B、C、D 4 个罪，但法院只判决 A 罪 11 年有期徒刑、B 罪 12 年有期徒刑，决定合并执行 18 年有期徒刑。执行 5 年后，发现 C 罪与 D 罪，法院判处 C 罪 10 年有期徒刑、D 罪 13 年有期徒刑。</p>
<p>漏罪先并 后减</p> <p>案例分析</p>	<p>首先要知道“先并后减”或者“先减后并”中的“减”指的是，减掉已经执行的那部分刑期。</p> <p>案例 1 分析： A 罪为 8 年；B 罪（漏罪）为 9 年；执行刑期（被减者）为 3 年</p> <p>第一步：“先并”：8 年和 9 年并罚 $\rightarrow 9 \leq X \leq 17 \rightarrow$ 范围 1</p> <p>第二步：“后减”：$9-3 \leq X \leq 17-3 \rightarrow 6 \leq X \leq 14 \rightarrow$ 范围 2</p> <p>第三步：得出 2 个范围，一个是没有减掉执行刑期的范围；另一个是减掉执行刑期的范围。这两个范围没有对错之分，在题目中要看最后结论是怎么问的？可能有 2 种结论分别对应不同的范围。</p> <p>结论 1 \rightarrow 对应范围 1： 法院数罪并罚决定执行 15 年有期徒刑，已经执行的刑期包含在内。15 年在范围 1 内，所以这属于没减之前，已经执行的刑期当然包含在内喽！</p> <p>结论 2 \rightarrow 对应范围 2： 法院数罪并罚决定执行 8 年有期徒刑，已经执行的刑期不包含在内。8 年在范围 2 内，所以这属于减掉之后，已经执行的刑期当然不包含在内喽！</p> <p>案例 2 分析： 之前并罚的 18 年；C 罪 5 年；D 罪 7 年；执行刑期（被减者）为 5 年</p> <p>第一步：“先并”：18 年、5 年、7 年并罚 $\rightarrow 18 \leq X \leq 20 \rightarrow$ 范围 1</p> <p>第二步：“后减”：$18-5 \leq X \leq 20-5 \rightarrow 13 \leq X \leq 15 \rightarrow$ 范围 2</p> <p>第三步：得出 2 个范围，一个是没有减掉执行刑期的范围；另一个是减掉执行刑期的范围。这两个范围没有对错之分，在题目中要看最后结论是怎么问的？可能有 2 种结论分别对应不同的范围。</p> <p>结论 1 \rightarrow 对应范围 1： 法院数罪并罚决定执行 19 年有期徒刑，已经执行的刑期包含在内。19 年在范围 1 内，所以这属于没减之前，已经执行的刑期当然包含在内喽！</p> <p>结论 2 \rightarrow 对应范围 2： 法院数罪并罚决定执行 14 年有期徒刑，已经执行的刑期不包含在内。14 年在范围 2 内，所以这属于减掉之后，已经执行的刑期当然不包含在内喽！</p> <p>案例 3 分析： 之前并罚的 18 年；C 罪 10 年；D 罪 13 年；执行刑期（被减者）为 5 年</p> <p>第一步：“先并”：18 年、10 年、13 年并罚 $\rightarrow 18 \leq X \leq 25 \rightarrow$ 范围 1</p> <p>第二步：“后减”：$18-5 \leq X \leq 25-5 \rightarrow 13 \leq X \leq 20 \rightarrow$ 范围 2</p> <p>第三步：得出 2 个范围，一个是没有减掉执行刑期的范围；另一个是减掉执行刑期的范围。这两个范围没有对错之分，在题目中要看最后结论是怎么问的？可能有 2 种结论分别对应不同的范围。</p> <p>结论 1 \rightarrow 对应范围 1： 法院数罪并罚决定执行 22 年有期徒刑，已经执行的刑期包含在内。22 年在范围 1 内，所以这属于没减之前，已经执行的刑期当然包含在内喽！</p> <p>结论 2 \rightarrow 对应范围 2： 法院数罪并罚决定执行 16 年有期徒刑，已经执行的刑期不包含在内。16 年在范围 2 内，所以这属于减掉之后，已经执行的刑期当然不包含在内喽！</p>

新罪先减后并	原因	<p>新罪为什么要先减后并？</p> <p>1. 为什么新罪就要先减后并呢？因为前罪随着刑罚执行，犯罪人已经逐渐被改造，到新罪发生时，犯罪人只相当于犯应判处剩余刑期之罪，所以要先减后并。</p> <p>2. 顺序问题：既犯新罪，又发现漏罪：先解决漏罪，再解决新罪，实际操作就是先并后减再并。</p>
	经典案例	<p>例 1、甲因犯某罪被判处有期徒刑 15 年，执行 10 年后又犯新罪，对新罪判处有期徒刑 8 年。</p> <p>例 2、乙因盗窃判 7 年，执行 3 年后，又犯故意伤害罪应判 11 年，同时发现漏罪强奸罪应判 12 年。</p>
	案例分析	<p>首先要知道“先并后减”或者“先减后并”中的“减”指的是，减掉已经执行的那部分刑期。</p> <p>① 案例 1 分析：前罪 15 年；新罪 8 年；执行刑期（被减者）为 10 年</p> <p>第一步：“先减”：15 年 - 10 年 = 5 年</p> <p>第二步：“后并”：5 年和 8 年并罚 → $8 \leq X \leq 13$</p> <p>第三步：只得出 1 个范围，在这个范围内选择具体的年限，该年限为服刑者还需服刑的时间。加上之前减掉的服刑时间，就是其总的服刑时间。例如，决定执行 11 年，那么服刑者就需要再服刑 11 年的时间，加上之前的 10 年，总共服刑 21 年。</p> <p>② 案例 2 分析：先解决漏罪，再解决新罪。</p> <p>第一步：“解决漏罪” → 7 年和 12 年先并： $12 \leq X \leq 19$；再两头各减去 3 年：$9 \leq X \leq 16$ → 因为后面解决新罪也会涉及“减”的问题，不能前后减掉 2 次，所以这 2 个范围我们要利用第 2 个范围。在第二个范围内选择一个具体的刑期，例如 12 年，再把这个 12 年具体带入到下一步分析中。</p> <p>第二步：“解决新罪” → 因为之前解决漏罪已经将之前执行的刑期减掉了，所以 12 年直接与新罪的 11 年“并”就可以了 → $12 \leq X \leq 20$。最后在这个范围内来决定执行刑就可以了。</p>
漏罪新罪并罚原则谐音技巧	技巧一	<p>漏罪 → 先并后减 → 漏并 (LB) → 老 (L) 鸩 (B)</p> <p>新罪 → 先减后并 → 新减 (XJ) → 小 (X) 姐 (J)</p>
	技巧二	从漏罪入手，LB 谐音为烙饼，烙饼是圆的，把“漏”就给堵上了。
	技巧三	从新罪入手，“新减并”谐音为“新煎饼”，此为吃货的记忆技巧。
	技巧四	从漏罪入手，“漏并减”巧记为“LBJ(勒布朗·詹姆斯)”，此为篮球爱好者的记忆技巧。

缓刑、假释考验期内发现漏罪、新罪（考验期内发生的）的总结		
规律总结	缓刑	<ol style="list-style-type: none"> 1. 考验期届满前→漏罪→撤销缓刑（及时发现及时解决）→数罪并罚（69条） 2. 考验期届满前→新罪→撤销缓刑（给脸不要脸的结果）→数罪并罚（69条） 3. 考验期届满后→新罪→撤销缓刑（不要脸何须管时间）→数罪并罚（69条） 4. 考验期届满后→漏罪→不能撤销（人性自保遵守约定）→另行起诉
	假释	<ol style="list-style-type: none"> 1. 考验期届满前→漏罪→撤销假释（及时发现及时解决）→先并后减（70条） 2. 考验期届满前→新罪→撤销假释（给脸不要脸的结果）→先减后并（71条） 3. 考验期届满后→新罪→撤销假释（不要脸何须管时间）→先减后并（71条） 4. 考验期届满后→漏罪→不能撤销（人性自保遵守约定）→另行起诉
	分析	<ol style="list-style-type: none"> 1. 考验期届满之前（意味着现在这个罪还没有完全解决完毕），发现漏罪（本不该漏），应回归到原始状态（需要撤掉缓刑），将数个罪进行并罚。 2. 考验期届满之后（意味着现在这个罪已经解决完毕），再发现漏罪，你就不能因为漏罪（毕竟历史遗留问题）而撤销此罪的考验期（因为人家考验期里那么乖），只能另行侦查、起诉。 3. 无论考验期届满前还是届满后，只要发现在考验期之内犯新罪，一律撤销缓刑或假释，然后进行数罪并罚。道理很简单：考验期是一次“机会”，你需要珍惜它，在考验期里面犯新罪，这是一件很过分的事，国家当然要收回这次“机会”（即撤销缓刑或假释），对你进行并罚。 4. 有人会问：考验期届满后再犯新罪，还能撤销缓刑或假释吗？回答：这怎么可能？考验期合格届满之后，意味着你珍惜了这次“机会”，国家很是欣慰，奖励就给你了（这是你应得的）。之后你再犯新罪，就和上次“机会”没有任何关联，凭什么撤销呢？这里其实涉及到的是行为人成不成立累犯的问题。如果是缓刑考验期届满后5年内犯新的故意犯罪，不成立累犯，因为缓刑考验期届满意味着前罪不再执行，即没有执行完毕的问题，何来累犯？假释考验期届满后，意味着前罪执行完毕，所以满足条件可以成立累犯。 5. 有人又会问：缓刑撤销后的并罚为什么没有“先减”或“后减”的问题，而假释却有呢？回答：“先减”或“后减”中的“减”指的是减掉已经执行的刑期，缓刑没有实际执行过，谈何“减”的问题？假释之前可是实际执行过的，所以才有“减”的问题。

第六节 缓刑

条文	<p>第72条：“对于被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，同时符合下列条件的，可以宣告缓刑，对其中不满十八周岁的人、怀孕的妇女和已满七十五周岁的人，应当宣告缓刑：</p> <ol style="list-style-type: none"> （一）犯罪情节较轻； （二）有悔罪表现； （三）没有再犯罪的危险；
----	---

<p style="text-align: center;">条文</p>	<p>(四)宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响。</p> <p>宣告缓刑,可以根据犯罪情况,同时禁止犯罪分子在缓刑考验期限内从事特定活动,进入特定区域、场所,接触特定的人。</p> <p>被宣告缓刑的犯罪分子,如果被判处附加刑,附加刑仍须执行。”</p> <p>第73条:“拘役的缓刑考验期限为原判刑期以上一年以下,但是不能少于二个月。有期徒刑的缓刑考验期限为原判刑期以上五年以下,但是不能少于一年。缓刑考验期限,从判决确定之日起计算。”</p> <p>第74条:“对于累犯和犯罪集团的首要分子,不适用缓刑。”</p> <p>第75条:“被宣告缓刑的犯罪分子,应当遵守下列规定:</p> <p>(一)遵守法律、行政法规,服从监督;</p> <p>(二)按照考察机关的规定报告自己的活动情况;</p> <p>(三)遵守考察机关关于会客的规定;</p> <p>(四)离开所居住的市、县或者迁居,应当报经考察机关批准。”</p> <p>第76条:“对宣告缓刑的犯罪分子,在缓刑考验期限内,依法实行社区矫正,如果没有本法第七十七条规定的情形,缓刑考验期满,原判的刑罚就不再执行,并公开予以宣告。”</p> <p>第77条:“被宣告缓刑的犯罪分子,在缓刑考验期限内犯新罪或者发现判决宣告以前还有其他罪没有判决的,应当撤销缓刑,对新犯的罪或者新发现的罪作出判决,把前罪和后罪所判处的刑罚,依照本法第六十九条的规定,决定执行的刑罚。</p> <p>被宣告缓刑的犯罪分子,在缓刑考验期限内,违反法律、行政法规或者国务院有关部门关于缓刑的监督管理规定,或者违反人民法院判决中的禁止令,情节严重的,应当撤销缓刑,执行原判刑罚。”</p>	
<p style="text-align: center;">概念</p>	<p>是一种之前给犯罪的人“机会”的执行制度。对于被判处拘役、3年以下有期徒刑的犯罪人,由于其犯罪情节较轻,有悔罪表现,没有再犯罪的危险,暂不执行刑罚对所居住社区没有重大不良影响的,就可以规定一定的考验期,暂缓刑罚执行;如果犯罪人在考验期内遵守一定条件,原判刑罚就不再执行的制度。</p> <p>【提示】缓刑和死刑缓期执行不一样。二者虽然都是有条件地不执行原判刑罚,都不是独立的刑种,但在适用对象、执行方法、法律后果等方面存在本质区别。</p>	
<p style="text-align: center;">适用条件</p>	<p style="text-align: center;">对象条件</p>	<p>1. 被判处拘役或者3年以下有期徒刑(包含本数正好3年),是就宣告刑而言,而不是指法定刑;即使法定最低刑高于3年有期徒刑,但因具有减轻处罚情节而判处3年以下有期徒刑的,也可能适用缓刑。</p> <p>2. 对被判处管制或者单处附加刑的,不能适用缓刑。因为管制与附加刑都没有剥夺犯罪人的人身自由,适用缓刑没有实际意义。</p> <p>3. 如果一人判决前犯数罪,实行数罪并罚后,决定执行的刑罚为3年以下有期徒刑或者拘役的,也可以适用缓刑。</p>
	<p style="text-align: center;">实质条件</p>	<p>1. 犯罪情节较轻; 2. 有悔罪表现;</p> <p>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。</p> <p>【提示】犯罪人在考验期内又犯新罪,表明其社会危害性和人身危险性仍非常大,就不符合适用缓刑的条件(要求没有再犯罪的危险)。因此在数罪并罚后,对犯罪人不能再次适用缓刑。</p>

适用条件	消极性条件	累犯和犯罪集团的首要分子，不适用缓刑。
	区别对待原则	具备了上述条件的，对一般人而言，是可以宣告缓刑。对其中不满 18 周岁的人、怀孕的妇女和已满 75 周岁的人（未老孕），是应当宣告缓刑。
缓刑的法律后果	缓刑成功	原判刑罚不再执行。既然是不再执行，所以不会涉及到执行完毕的问题，因此，在缓刑考验期内再犯新罪，以及在考验期满后再次犯新罪的，都不成立累犯。
	缓刑失败	<ol style="list-style-type: none"> 1. 缓刑考验期届满之前发现漏罪 → 撤销缓刑（及时发现及时解决）→ 数罪并罚（69 条）； 2. 缓刑考验期内犯了新罪（给脸不要）→ 不要脸何须管时间，撤销缓刑 → 数罪并罚（69 条）； 3. 在缓刑考验期内，违反法律、法规或者监管规定，情节严重的，应当撤销缓刑，执行原判刑罚。 4. 被宣告缓刑的犯罪人，在缓刑考验期内，违反人民法院判决中的禁止令，情节严重的，应当撤销缓刑，执行原判刑罚。
缓刑考验期	拘役	原判刑罚 ≤ 考验期 ≤ 1 年，但不得少于 2 个月
	有期徒刑	原判刑罚 ≤ 考验期 ≤ 5 年，但不得少于 1 年
其他注意	<ol style="list-style-type: none"> 1. 因为判处缓刑时没有实际执行刑罚，所以不存在减去已经执行的刑期问题，不存在“先并后减”或“先减后并”的做法。 2. 缓刑的考验期，从判决确定之日起计算，已经经过的缓刑考验期，不算已经执行的刑期。 3. 原判决宣告以前先行羁押的，羁押日期应当折抵刑期。但是注意：这里的羁押是指刑事羁押，行政拘留等不属于刑事羁押，不能折抵刑期。 4. 缓刑可以适用禁止令。 	



第八章

刑罚的执行与消灭

第一节 减刑

条文	<p>第 78 条：“被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在执行期间，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，可以减刑；有下列重大立功表现之一的，应当减刑：</p> <p>（一）阻止他人重大犯罪活动的；</p> <p>（二）检举监狱内外重大犯罪活动，经查证属实的；</p> <p>（三）有发明创造或者重大技术革新的；</p> <p>（四）在日常生产、生活中舍己救人的；</p> <p>（五）在抗御自然灾害或者排除重大事故中，有突出表现的；</p> <p>（六）对国家和社会有其他重大贡献的。</p> <p>减刑以后实际执行的刑期不能少于下列期限：</p> <p>（一）判处管制、拘役、有期徒刑的，不能少于原判刑期的二分之一；</p> <p>（二）判处无期徒刑的，不能少于十三年；</p> <p>（三）人民法院依照本法第五十条第二款规定限制减刑的死刑缓期执行的犯罪分子，缓期执行期满后依法减为无期徒刑的，不能少于二十五年，缓期执行期满后依法减为二十五年有期徒刑的，不能少于二十年。”</p> <p>第 79 条：“对于犯罪分子的减刑，由执行机关向中级人民法院提出减刑建议书。人民法院应当组成合议庭进行审理，对确有悔改或者立功事实的，裁定予以减刑。非经法定程序不得减刑。”</p> <p>第 80 条：“无期徒刑减为有期徒刑的刑期，从裁定减刑之日起计算。”</p>
概念	是指对于被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪人，在刑罚执行期间，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，或者有立功表现的，适当减轻原判刑罚的制度。
减刑的条件	
对象条件	被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子。注意：判处拘役或者三年以下有期徒刑并宣告缓刑的罪犯，一般不适用减刑。
实际执行期限条件	<p>1. 判处管制、拘役、有期徒刑的，不能少于原判刑期的 1/2；</p> <p>2. 判处无期徒刑的，不能少于 13 年。</p> <p>【提示】 上述内容强调的是减刑之后剩余的最低实际期限。</p>
实质条件	<p>1. 可以减刑：犯罪人在刑罚执行期间，认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，或者有立功表现。</p> <p>2. 应当减刑：犯罪人在刑罚执行期间，有重大立功表现。根据刑法第 78 条的规定，有重大立功表现之一的，应当减刑。</p>

减刑程序	<p>1. 必须由执行机关向中级以上法院提出减刑建议书。基层法院无权裁定减刑；中级以上法院在没有执行机关的减刑建议书的情况下，不能直接减刑；执行机关本身也不能直接减刑。</p> <p>2. 法院应当组成合议庭进行审理，裁定减刑。中级以上法院在没有组成合议庭的情况下，不得裁定减刑；裁定减刑时，应以事实为根据，以法律为准绳。</p>
司法解释	<p>1. 关于“确有悔改表现”→对职务犯罪、破坏金融管理秩序和金融诈骗犯罪、组织（领导、参加、包庇、纵容）黑社会性质组织犯罪等罪犯，不积极退赃、协助追缴赃款赃物、赔偿损失，或者服刑期间利用个人影响力和社会关系等不正当手段意图获得减刑、假释的，不认定其“确有悔改表现”。³⁶</p> <p>2. 有期徒刑的罪犯减刑起始时间（将有期徒刑设为 X。见下面公式总结）： (1) $X < 5$ 年 → 应当执行 1 年以上方可减刑 (2) $5 \text{ 年} \leq X < 10$ 年 → 应当执行 1 年 6 个月以上方可减刑 (3) $X \geq 10$ 年 → 应当执行 2 年以上方可减刑 【注意】 都是自判决执行之日起计算。 【提示】 这里强调的是从什么时候可以开始减刑。</p> <p>3. 被判处死缓的罪犯经过一次或者几次减刑后，其实际执行的刑期不得少于 15 年，死刑缓期执行期间不包括在内。</p> <p>4. 被判处终身监禁的罪犯，在死刑缓期执行期满依法减为无期徒刑的裁定中，应当明确终身监禁，不得再减刑或者假释。</p>

36 【真题】在符合“执行期间，认真遵守监规，接受教育改造”的前提下，关于减刑、假释的分析，下列哪一选项是正确的？（2017. 2. 17）——C. 丙犯贪污罪被判处无期徒刑，拒不交代贪污款去向，一直未退赃。丙已服刑 20 年，确有悔改表现，无再犯危险。对丙可假释。

【解析】C 项错误，无论减刑还是假释，都需要满足“确有悔改表现”的要求。根据 2016 年《最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》第 3 条规定：对职务犯罪、破坏金融管理秩序和金融诈骗犯罪、组织（领导、参加、包庇、纵容）黑社会性质组织犯罪等罪犯，不积极退赃、协助追缴赃款赃物、赔偿损失，或者服刑期间利用个人影响力和社会关系等不正当手段意图获得减刑、假释的，不认定其“确有悔改表现”。

第二节 假释

条文	<p>第 81 条：“被判处有期徒刑的犯罪分子，执行原判刑期二分之一以上，被判处无期徒刑的犯罪分子，实际执行十三年以上，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，没有再犯罪的危险的，可以假释。如果有特殊情况，经最高人民法院核准，可以不受上述执行刑期的限制。</p> <p>对累犯以及因故意杀人、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十年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，不得假释。</p> <p>对犯罪分子决定假释时，应当考虑其假释后对所居住社区的影响。”</p> <p>第 82 条：“对于犯罪分子的假释，依照本法第七十九条规定的程序进行。非经法定程序不得假释。”</p> <p>第 83 条：“有期徒刑的假释考验期限，为没有执行完毕的刑期；无期徒刑的假释考验期限为十年。</p> <p>假释考验期限，从假释之日起计算。”</p> <p>第 84 条：“被宣告假释的犯罪分子，应当遵守下列规定：</p> <p>（一）遵守法律、行政法规，服从监督；</p> <p>（二）按照监督机关的规定报告自己的活动情况；</p> <p>（三）遵守监督机关关于会客的规定；</p> <p>（四）离开所居住的市、县或者迁居，应当报经监督机关批准。”</p> <p>第 85 条：“对假释的犯罪分子，在假释考验期限内，依法实行社区矫正，如果没有本法第八十六条规定的情形，假释考验期满，就认为原判刑罚已经执行完毕，并公开予以宣告。”</p> <p>第 86 条：“被假释的犯罪分子，在假释考验期限内犯新罪，应当撤销假释，依照本法第七十一条的规定实行数罪并罚。</p> <p>在假释考验期限内，发现被假释的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当撤销假释，依照本法第七十条的规定实行数罪并罚。</p> <p>被假释的犯罪分子，在假释考验期限内，有违反法律、行政法规或者国务院有关部门关于假释的监督管理规定的行为，尚未构成新的犯罪的，应当依照法定程序撤销假释，收监执行未执行完毕的刑罚。”</p>
概念	<p>假释，是指对于被判处有期徒刑、无期徒刑的部分犯罪人，认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，没有再犯罪的危险，经过执行一定刑罚之后，附条件地予以提前释放的制度。附条件，是指被假释的犯罪人，如果遵守一定条件，就认为原判刑罚已经执行完毕；倘若没有遵守一定条件，就收监执行原判刑罚乃至数罪并罚。（与缓刑相比，假释属于之后给罪犯改过自新的机会）</p> <p>假释是附条件地提前释放，但不同于释放。释放既可能是无罪释放，也可能是刑罚执行完毕而释放，还可能是赦免释放，但都是无条件释放，不存在再执行的可能性。</p>
假释的条件	
对象条件	被判处无期徒刑、有期徒刑的犯罪分子。对被判处管制、拘役的，不能假释。

实际执行期限条件	<ol style="list-style-type: none"> 1. 有期徒刑，执行原判刑期 1/2 以上，才可以适用假释； 2. 无期徒刑，实际执行 13 年以上，才可以适用假释； 3. 特殊情况：经最高人民法院核准，可以不受上述执行刑期的限制。“特殊情况”是指与国家、社会利益有重要关系的情况。例如，国家政治、国防、外交等方面的特殊需要。 	
实质条件	假释只适用于在刑罚执行期间，认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，没有再犯罪的危险的犯罪人。	
消极性条件	<ol style="list-style-type: none"> 1. 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 10 年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子； 【注意】上述 2 中的犯罪分子即使减刑后其刑期低于 10 年，也不得假释。 3. 重大贪污贿赂犯罪→死缓→减为无期→终身监禁→不得假释（刑九新增） 4. 对于生效裁判中有财产性判项，罪犯确有履行能力而不履行或者不全部履行的，不予假释。（新增司法解释） 	
假释考验期	<ol style="list-style-type: none"> 1. 有期徒刑的假释考验期限 → 没有执行完毕的刑期； 2. 无期徒刑的假释考验期限 → 10 年。 	
假释的后果	假释成功	视为原判刑罚执行完毕。【注意】因此，假释成功后再犯新罪可能成立累犯。
	假释失败 撤销假释	<ol style="list-style-type: none"> 1. 考验期届满前 → 漏罪 → 撤销假释（及时发现及时解决）→ 先并后减（70 条） 2. 考验期内犯了新罪 → 不管什么时候发现 → 撤销假释（不要脸何须管时间）→ 先减后并（71 条） 3. 在假释考验期内，违反法律、法规或者监管规定，应当撤销假释，收监执行尚未执行完毕的刑罚。
假释程序	法条依据	根据第 82 条规定，对于犯罪人假释的，由执行机关向中级人民法院提出假释建议书。人民法院应当组成合议庭进行审理，对符合假释条件的，裁定予以假释。非经法定程序不得假释。
	命题点睛	<ol style="list-style-type: none"> 1. 必须由执行机关向中级以上法院提出假释建议书。基层法院无权裁定假释；中级以上法院在没有执行机关的假释建议书的情况下，不能直接假释；执行机关本身也不能直接假释。（体现权力制约） 2. 法院应当组成合议庭进行审理，裁定假释。中级以上法院在没有组成合议庭的情况下，不得裁定假释；裁定假释时，应以事实为根据，以法律为准绳。
司法解释	<ol style="list-style-type: none"> 1. 死缓的罪犯减为无期徒刑或者有期徒刑后，实际执行 15 年以上，方可假释，该实际执行时间应当从死刑缓期执行期满之日起计算。死刑缓期执行期间不包括在内，判决确定以前先行羁押的时间不予折抵。 2. 罪犯因为考验期内犯新罪被撤销假释的，一般不得再假释。但因漏罪被撤销假释的罪犯，如果罪犯对漏罪曾作如实供述但原判未予认定，或者漏罪系其自首，符合假释条件的，可以再假释。 	

第三节 刑罚的消灭——追诉时效

概念	<p>刑罚的消灭，是指由于法定的或事实的原因，致使国家对犯罪人的刑罚权归于消灭。</p> <p>追诉时效，是刑法规定的，对犯罪人进行刑事追诉的有效期限；在此期限内，司法机关有权追诉；超过了此期限，司法机关就不能再进行追诉。因此，超过追诉时效，意味着不能行使求刑权、量刑权与行刑权，也不能适用非刑罚的法律后果，因而导致法律后果消灭。</p>
法条依据	<p>第 87 条：“犯罪经过下列期限不再追诉：</p> <p>(一) 法定最高刑为不满五年有期徒刑的，经过五年；</p> <p>(二) 法定最高刑为五年以上不满十年有期徒刑的，经过十年；</p> <p>(三) 法定最高刑为十年以上有期徒刑的，经过十五年；</p> <p>(四) 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。”</p> <p>期限的公式总结，X 代表最高法定刑：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. $X < 5$，追 5 年； 2. $5 \leq X < 10$，追 10 年； 3. $10 \leq X \leq 15$，追 15 年； 4. 无期徒刑、死刑，追 20 年。 <p>【注意 1】通过不等号的方式能更清楚的表达文字含义，比如某罪法定刑为 10 年以下有期徒刑，文字其实表达最高法定刑包括 10 年，所以此时要追 15 年，切勿认为追 10 年，好多同学忽略 10 以下其实是包含本数的！</p> <p>【注意 2】X 代表的是最高法定刑哦，而且 X 就是一个数字，对于这个数字，你需要根据题目的描述来判断，比如 7 年以上有期徒刑，那么这个范围内的最高法定刑不就是 15 年吗？（7 年以上，一个罪的有期不能超过 15 年）那么好了，通过题目给的范围你确定了最高法定刑，你再把确定的这个最高法定刑，带入到法条中，看其符合哪个阶段，如果这个最高法定刑 X 不满 5 年，追 5 年；满 5 年，不满 10 年，追 10 年；满 10 年，追 15 年。就是这个道理么，所以刚才那个 7 年以上，不就是最高法定刑满 10 年了嘛？追 15 年啦！大家千万不要拿题目给的范围去套范围，这样的话你永远是对的，要拿数字去套那个范围哦！</p> <p>【注意 3】共同犯罪中，一人超过追诉时效，另一人没有超过，则只能对后者追诉。</p>
追诉时效的计算	<ol style="list-style-type: none"> 1. “犯罪之日”是犯罪成立之日，即行为符合犯罪构成之日。 2. 追诉期限应从犯罪之日起计算到审判之日为止。只要在审判之日还没有超过追诉期限，就能追诉。
追诉时效的延长	<ol style="list-style-type: none"> 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、审判的，不受追诉时效的限制。 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，不受追诉时效的限制。 3. 经过最高人民检察院核准。无期、死刑超过 20 年认为有必要追诉的。 <p>【提示】延长就是不受时效的限制，可以一直追。</p>
追诉时效的中断	<p>追诉时效的中断（即时效重新计算），也称追诉时效的更新，是指在时效进行期间，因发生法律规定的事由，而使以前所经过的时效期间归于无效，法律规定的事由终了之时，时效重新开始计算。即在追诉期限以内又犯罪的，前罪的追诉时效便中断，其追诉时效从后罪成立之日起重新计算。</p> <p>【注意】追诉时效延长和追诉时效中断竞合时，适用延长的规定。</p>



刑法分则体系图表

【介绍】一颗星代表一般了解；三颗星代表比较重要；五颗星代表非常重要（考试必考点）

刑法分论	人身犯罪	1. 故意杀人罪与故意伤害罪★★★★★ 2. 组织出卖人体器官罪★★★★ 3. 遗弃罪★★★★ 4. 强奸罪★★★★ 5. 强制猥亵、侮辱罪★★★★ 6. 负有照护职责人员性侵罪★★★★ 7. 非法拘禁罪★★★★★ 8. 绑架罪★★★★★ 9. 拐卖妇女、儿童罪★★★★★ 10. 收买被拐卖的妇女、儿童罪★★★★ 11. 诬告陷害罪★★★★ 12. 侮辱罪、诽谤罪★★★★ 13. 刑讯逼供罪、暴力取证罪★★★★ 14. 强迫劳动罪★★★★ 15. 虐待罪；虐待被监护、看护人罪★★★★ 16. 雇用童工从事危重劳动罪★ 17. 虐待被监管人罪★ 18. 侵犯公民个人信息罪★★★★ 19. 破坏军婚罪★
	财产犯罪	1. 抢劫罪、盗窃罪、诈骗罪★★★★★(十分重要) 2. 抢夺罪★★★★ 3. 侵占罪★★★★ 4. 敲诈勒索罪★★★★ 5. 故意毁坏财物罪★
	危害国家安全犯罪	1. 间谍罪★ 2. 资助危害国家安全犯罪活动罪★ 3. 叛逃罪★ 4. 为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密情报罪★★★★
	危害公共安全犯罪	1. 放火罪★★★★ 2. 以危险方法危害公共安全罪★★★★★ 3. 交通肇事罪★★★★★ 4. 危险驾驶罪★★★★★ 5. 妨害安全驾驶罪★★★★★ 6. 破坏交通工具罪、破坏交通设施罪★★★★ 7. 帮助恐怖活动罪★★★★ 8. 准备实施恐怖活动罪★★★★ 9. 非法出租、出借枪支罪★★★★ 10. 丢失枪支不报罪★★★★ 11. 危险作业罪★★★★ 12. 重大责任事故罪与不报、谎报安全事故罪★ 13. 非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪★
	破坏社会主义市场经济秩序犯罪	生产、销售伪劣商品罪（重点节） 1. 一般罪名（生产、销售伪劣产品罪）与特殊罪名（生产、销售提供假药罪等）之间的法条竞合关系的处理原则★★★★★ 2. 本节抽象危险犯、具体危险犯、实害犯的分类★★★★★ 3. 本节罪名之间的包含评价关系★★★★

续表

刑法分论	破坏社会主义市场经济秩序犯罪	妨害对公司、企业的管理秩序罪	1. 虚报注册资本罪与虚假出资、抽逃出资罪★ 2. 非法经营同类营业罪的主体★ 3. 为亲友非法牟利罪的主体和行为方式★★★★	
		破坏金融管理秩序罪（重点节）	1. 货币类犯罪较为重要（伪造货币罪和变造货币罪的区别、使用假币罪的行为本质、货币类犯罪的罪数等）★★★★★ 2. 高利转贷罪（主观目的、变相高利转贷的类型）★★★★ 3. 非法吸收公众存款罪★★★★ 4. 违法发放贷款罪★ 5. 洗钱罪（7大上游犯罪）★★★★	
		金融诈骗罪（重点节）	1. 集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪区别★★★★ 2. 贷款诈骗罪与骗取贷款罪区别★★★★ 3. 保险诈骗罪的主体和罪数★★★★ 4. 信用卡诈骗罪（十分重要）★★★★★	
		危害税收征管罪	1. 逃税罪的主体和“但书”规定★★★★ 2. 骗取出口退税罪的罪数★★★★	
		侵犯知识产权罪	1. 侵犯商业秘密罪★★★★ 2. 侵犯著作权罪★★★★	
		扰乱市场秩序罪	1. 非法经营罪的类型★★★★★ 2. 强迫交易罪的行为类型与相关司法解释★★★★ 3. 提供虚假证明文件罪的罪数★★★★	
	妨害社会管理秩序罪	扰乱公共秩序罪（重点节）	1. 妨害公务罪（包括袭警罪）★★★★ 2. 招摇撞骗罪（侵犯的法益、冒充的主体、与诈骗罪的关系）★★★★ 3. 伪造、变造、买卖身份证件罪★ 4. 使用虚假身份证件、盗用身份证件罪★ 5. 编造、故意传播虚假信息罪★★★★ 6. 聚众斗殴罪（处罚对象与法律拟制）★★★★ 7. 赌博罪★★★★ 8. 冒名顶替罪★★★★ 9. 信息网络类犯罪★★★★★ 10. 考试作弊类犯罪★★★★★ 11. 高空抛物罪★★★★ 12. 寻衅滋事罪★★★★ 13. 黑社会犯罪★★★★	
			妨害司法罪（重点节）	1. 伪证罪等4大犯罪的区别★★★★ 2. 虚假诉讼罪★★★★ 3. 窝藏、包庇罪★★★★★ 4. 掩饰、隐瞒犯罪所得罪★★★★ 5. 脱逃罪的主体★★★★
			妨害国（边）境管理罪	国（边）境犯罪的罪数（加重与并罚问题）★★★★

续表

刑法分论	妨害社会管理秩序罪	妨害文物管理罪	1. 倒卖文物罪（“倒卖”含义的变化）★★★ 2. 盗掘古文化遗址、古墓葬罪的罪数★★★
		危害公共卫生罪	1. 非法行医罪 6 大考点（职业犯、行为主体、要求反复性与持续性、承诺无效、不要求营利目的、本罪的结果加重犯）★★★ 2. 非法组织卖血罪、强迫卖血罪★ 3. 妨害传染病防治罪★★★
		破坏环境资源保护罪	1. 污染环境罪★ 2. 盗伐林木罪、滥伐林木罪★★★
		走私、贩卖、运输、制造毒品罪（核心节）	1. 走私、贩卖、运输、制造毒品罪★★★★★ 2. 非法持有毒品罪★★★ 3. 包庇毒品犯罪分子罪★★★ 4. 窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪的成立前提★★★ 5. 容留他人吸毒罪★★★ 6. 妨害兴奋剂管理罪★★★
		组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	1. 组织、强迫卖淫罪的罪数★★★ 2. 引诱、容留、介绍卖淫罪与引诱幼女卖淫罪的关系★★★
	贪污贿赂犯罪	1. 贪污罪、职务侵占罪、挪用公款罪、挪用资金罪的相互区分★★★★★ 2. 贪污罪的 4 大成立条件★★★★★ 3. 挪用公款罪 3 大类型的包含评价关系★★★★★ 4. 受贿罪 VS 利用影响力受贿罪★★★★★ 5. 巨额财产来源不明罪★★★	
	渎职罪	1. 滥用职权罪的主体和成立类型★★★ 2. 玩忽职守罪的主体和成立条件★★★ 3. 徇私枉法罪的主体、类型、与受贿罪的罪数关系★★★ 4. 其他渎职类犯罪的主体身份特殊记忆★★★	



第九章

分论概述

一、罪状

概念	罪状是分则罪刑规范对犯罪具体状况的描述，指明适用该罪刑规范的条件，行为只有符合某罪刑规范的罪状，才能适用该规范。
分类	简单罪状 是指对犯罪特征进行简单描述的情形。 例如，刑法第 232 条中的“故意杀人的”，是简单罪状。 之所以采用简单罪状，往往是因为犯罪特征为众人所知，无须具体描述（你懂我懂大家懂，不需要废话连篇）。所以简单罪状不违反罪刑法定原则。
	叙明罪状 是指在罪刑规范中对具体犯罪的构成特征作了详细的描述。 例如，刑法 236 条规定“以暴力、胁迫或其他手段强奸妇女的”就是叙明罪状。 它对强奸罪的犯罪构成作了较为详细的描述，属于叙明罪状。之所以采用叙明罪状，常常是因为这些犯罪的特征不为一般人所知（一般人不不懂），也难以从总则的规定中予以把握，需要作详细规定。叙明罪状的特点是，要件明确，避免歧义。
	引证罪状 是指引用刑法的其他条款来说明和确定某一犯罪的构成特征。 例如，刑法第 260 条第 1 款规定了虐待罪的罪状和法定刑，其第 2 款规定：“犯前款罪，致使被害人重伤、死亡的，处 2 年以上 7 年以下有期徒刑。” 之所以采用引证罪状，是因为犯罪特征在刑法条文中已有规定，不必重复描述。引证罪状的特点是，条文简练，避免重复。
	空白罪状 是指没有具体说明某一犯罪的成立条件，但指明了必须参照的其他法律、法令。 例如，刑法第 345 条第 2 款规定：“违反森林法的规定，滥伐森林或者其他林木，数量较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。” 之所以采用空白罪状，是因为这些犯罪首先以触犯其他法规为前提，行为内容在其他法规中已有规定，刑法条文又难以作简短表述。空白罪状的特点是，参照其他法规，避免复杂表述。
结论	所有罪状都不违反罪刑法定原则

二、注意规定（你本来就是）

概念	是在刑法已作基本规定的前提下，提示司法人员注意、以免司法人员忽略的规定（本该如此）。
特点	<ol style="list-style-type: none"> 1. 注意规定的设置，并不改变基本规定的内容，只是对基本规定内容的重申；即使不设置注意规定，也存在相应的法律适用根据（按基本规定处理）。 2. 注意规定只具有提示性，其表述的内容与相关基本规定的内容完全相同，因而不会导致将原本不符合相关规定的行为也按相关规定论处。

常考总结

1. 第 156 条：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。（走私罪共犯）
2. 第 183 条：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，依照本法第 271 条的规定定罪处罚。（职务侵占罪）
国有保险公司工作人员和国有保险公司委派到非国有保险公司从事公务的人员有前款行为的，依照本法第 382 条、第 383 条的规定定罪处罚。（贪污罪）
3. 第 184 条：银行或者其他金融机构的工作人员在金融业务活动中索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，或者违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，依照本法第 163 条的规定定罪处罚。（非国家工作人员受贿罪）
国有金融机构工作人员和国有金融机构委派到非国有金融机构从事公务的人员有前款行为的，依照本法第 385 条、第 386 条的规定定罪处罚。（受贿罪）
4. 第 185 条：商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他金融机构的工作人员利用职务上的便利，挪用本单位或者客户资金的，依照本法第 272 条的规定定罪处罚。（挪用资金罪）
国有商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他国有金融机构的工作人员和国有商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他国有金融机构委派到前款规定中的非国有机构从事公务的人员有前款行为的，依照本法第 384 条的规定定罪处罚。（挪用公款罪）
5. 第 198 条第 4 款：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。（保险诈骗罪共犯）
6. 第 242 条第 2 款：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 277 条的规定定罪处罚。（妨害公务罪）
7. 第 253 条第 2 款：犯前款罪（私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪）而窃取财物的，依照本法第二百六十四条的规定定罪从重处罚。（盗窃罪）
8. 第 265 条：以牟利为目的，盗接他人通信线路、复制他人电话号码或者明知是盗接、复制的电信设备、设施而使用的，依照本法第二百六十四条的规定定罪处罚。（盗窃罪）
9. 第 272 条第 2 款：国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有前款行为的，依照本法第 384 条的规定定罪处罚。（挪用公款罪）
10. 第 287 条规定：利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的，依照本法的有关规定定罪处罚。（金融诈骗罪、盗窃罪、贪污罪和挪用公款罪）
11. 第 310 条：明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物，帮助其逃匿或者作假证明包庇的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。（窝藏、包庇罪）
犯前款罪，事前通谋的，以共同犯罪论处。（事后的帮助犯）
12. 第 349 条第 3 款：犯前两款罪（包庇毒品犯罪分子罪与窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪），事先通谋的，以走私、贩卖、运输、制造毒品罪的共犯论处。（事后的帮助犯）
13. 第 350 条第 2 款：明知他人制造毒品而为其提供前款规定的物品（制毒物品）的，以制造毒品罪的共犯论处。（事前的帮助犯）

常考总结	<p>14. 第 355 条第 1 款：依法从事生产、运输、管理、使用国家管制的麻醉药品、精神药品的人员，有下列两种行为的，以走私、贩卖毒品罪论处：一是向走私、贩卖毒品的犯罪分子提供国家管制的能够使人形成瘾癖的麻醉药品、精神药品的；二是以牟利为目的向吸食、注射毒品的人提供国家管制的能够使人形成瘾癖的麻醉药品、精神药品的。(走私、贩卖毒品罪的共犯)</p> <p>15. 第 382 条第 3 款：与前两款所列人员(国家工作人员与受委托管理、经营国有财产的人员)勾结，伙同贪污的，以共犯论处。(贪污的共犯)</p> <p>16. 第 384 条第 2 款规定，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，按照挪用公款罪论处。并从重处罚。(挪用公款罪)</p> <p>17. 第 385 条第 2 款：国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处。即仍然要求国家工作人员利用职务之便。(受贿罪)</p> <p>18. 第 389 条第 2 款：在经济往来中，违反国家规定，给予国家工作人员以财物，数额较大的，或者违反国家规定，给予国家工作人员以各种名义的回扣、手续费的，以行贿论处。即仍然要求行贿者为谋取不正当利益。(行贿罪)</p> <p>19. 第 394 条：国家工作人员在国内公务活动或者对外交往中接受礼物，依照国家规定应当交公而不交公，数额较大的，依照本法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。即要求国家工作人员利用职务之便。(贪污罪)</p> <p>20. 《最高人民法院关于审理偷税抗税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 6 条规定，实施抗税行为致人重伤、死亡，构成故意伤害罪、故意杀人罪的，按照故意伤害罪、故意杀人罪论处。(抗税行为本身构成抗税罪，同时与故意伤害罪、故意杀人罪想象竞合)</p>
------	--

三、法律拟制(你不是，说你是，不是也是)

概念	是指立法者出于某种目的，将原本不符合某种规定的行为也按照该规定处理(强行扭转)。
特点	<p>在法律拟制的场合，尽管立法者明知 A 与 B 在事实上并不完全相同，但出于某种目的仍然对 B 赋予与 A 相同的法律效果，从而指示法律适用者，将 B 视为 A 的一个事例，对 B 适用 A 的法律规定。</p> <p>由此可见，法律拟制可谓一种特别规定。特别之处在于：即使某种行为原本不符合刑法的相关规定，但在刑法明文规定的特殊条件下也应按相关规定论处。</p>
常考总结	<p>1. 第 238 条第 2 款：使用暴力(拘禁之外更高的暴力)致人伤残、死亡的，依照本法第 234 条、第 232 条的规定定罪处罚。(非法拘禁 → 故意伤害、故意杀人罪)</p> <p>2. 第 241 条第 5 款：收买被拐卖的妇女、儿童又出卖的(此时收买的主观目的不是为了出卖)，依照本法第 240 条的规定定罪处罚。(收买拐卖妇女、儿童罪 → 拐卖妇女、儿童罪)</p> <p>3. 第 247.248 条：致人伤残、死亡的，依照本法第 234 条、第 232 条的规定定罪从重处罚。(刑讯逼供、暴力取证、虐待被监管人 → 故意伤害、故意杀人罪)</p> <p>4. 第 267 条第 2 款：携带凶器抢夺的，依照抢劫罪论处。(抢夺罪 → 抢劫罪)</p>

常考总结	<p>5. 第 196 条第 3 款：盗窃信用卡并使用的，依照本法第 264 条的规定定罪处罚。（在对人使用时，信用卡诈骗罪 → 盗窃罪）</p> <p>6. 第 269 条规定：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 263 条（抢劫罪）的规定定罪处罚。（盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪 → 抢劫罪）</p> <p>7. 第 289 条：聚众“打砸抢”，致人伤残、死亡的，依照本法第 234 条、第 232 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 263 条的规定定罪处罚。（聚众“打砸抢” → 故意伤害罪、故意杀人罪、抢劫罪）</p> <p>8. 第 292 条第 2 款：聚众斗殴，致人重伤、死亡的，依照本法第 234 条、第 232 条的规定定罪处罚。（聚众斗殴罪 → 故意伤害罪、故意杀人罪）</p> <p>9. 第 333 条第 2 款：非法组织卖血、强迫卖血，对他人造成伤害的，依照故意伤害罪论处。（非法组织卖血罪、强迫卖血罪 → 故意伤害罪。在过失导致伤害时，拟制为故意伤害罪；在过失导致死亡时，成立故意伤害罪致人死亡。）</p> <p>10. 第 382 条第 2 款：受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有财物的，以贪污论。（职务侵占罪 → 贪污罪）</p> <p>11. 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，依照本法第 310 条的规定定罪处罚。（为卖淫嫖娼等违法行为通风报信 → 窝藏、包庇罪）</p>
------	--



第十章

侵犯人身犯罪

一、故意杀人罪

条文	第 232 条：“故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑；情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑。”	
概念	故意杀人罪，是指故意非法剥夺他人生命的行为。生命是行使其他一切权利的基础和前提，任何公民的生命都受法律保护。	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	原则上为已满 14 周岁的自然人，经过特别程序可下调至已满 12 周岁。
	行为对象	1. “他人” → 不包括自杀的行为。 2. 尸体没有生命，不能成为故意杀人罪的对象。 3. 婴儿有生命，杀死婴儿构成故意杀人罪；杀死胎儿不构成故意杀人罪。
	非法性	依法执行命令枪决罪犯、符合法定条件的正当防卫杀人等行为，阻却违法性，不构成故意杀人罪。
	责任为故意	即明知自己的行为会发生他人死亡的结果，并希望或放任这种结果的发生。
法律拟制的故意杀人罪	记忆口诀 1 拘禁 2 个聚 3 监狱	1. 非法拘禁使用暴力致人死亡的 → 故意杀人罪 2. 刑讯逼供致人死亡的 → 故意杀人罪 3. 暴力取证致人死亡的 → 故意杀人罪 4. 虐待被监管人致人死亡的 → 故意杀人罪 5. 聚众“打砸抢”致人死亡的 → 故意杀人罪 6. 聚众斗殴致人死亡的 → 故意杀人罪
安乐死问题	分类	1. 消极安乐死：是指对濒临死亡的患者，经其承诺，不采取治疗措施任其自然死亡，这种行为没有明显缩短患者生命，不成立故意杀人罪。例如，甲得了绝症，治疗期间非常痛苦而且医疗费用很高，甲不想再进行治疗，便和家人及主治医生商讨后不再为其医治，并且拔掉身上的各种医疗设备的管子等，不久之后甲离开人世。 2. 积极安乐死：为了免除患者的痛苦，提前结束其生命，这种行为明显缩短患者生命，构成故意杀人罪。例如，乙得了绝症，治疗期间非常痛苦而且医疗费用很高，乙不想再进行治疗，便和家人及主治医生商讨提前结束自己的生命，家人和医生同意后为其注射了提前结束生命的药物，乙从而结束了生命。
	注意	我国允许消极安乐死，不允许积极安乐死。

自杀问题	相约自杀	概念	二人以上相互约定自愿共同自杀的行为(黄泉路上结伴而行)。
		类型及处理结果	1. 相约双方均自杀身亡 → 不存在犯罪问题; 2. 相约双方各自实施自杀行为, 其中一方死亡, 另一方自杀未得逞 → 未得逞一方也不构成犯罪; 3. 相约自杀, 其中一方杀死对方, 继而自杀未得逞 → 成立故意杀人罪, 但量刑时可以从轻处罚。
		总结	只要你不动手, 对方死没死, 你都无罪; 你动手就犯罪了。
		注意	以相约自杀为幌子欺骗被害人自杀的, 行为人可成立故意杀人罪的间接正犯。
	教唆、帮助他人自杀	概念	是指行为人故意采取引诱、怂恿、欺骗等方法, 使他人产生自杀意图; 是指在他人已有自杀意图的情况下, 帮助他人自杀。
		类型及处理结果	1. 教唆行为、帮助行为具有间接正犯性质 → 成立故意杀人罪。例如, 成年人诱骗4岁小孩自杀的。 2. 教唆行为、帮助行为的性质不属于间接正犯时:
		观点展示	观点一: 情节较轻的故意杀人罪。这是我国的司法实践的一般处理, 尊重生命, 认为生命具有唯一性和不可重复性。 观点二: 无罪。共犯从属性原则, 自杀的人无罪, 教唆和帮助的更无罪(当然解释)。

二、故意伤害罪

条文	第234条: “故意伤害他人身体的, 处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。 犯前款罪, 致人重伤的, 处三年以上十年以下有期徒刑; 致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的, 处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。本法另有规定的, 依照规定。”	
概念	故意伤害罪, 是指故意非法损害他人身体健康的行为。本罪侵犯的法益为生理机能的健全。	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	1. 轻伤 → 已满16周岁的自然人。 2. 重伤、死亡 → 原则上为已满14周岁的自然人, 其中故意伤害致人死亡经过特别程序可下调至已满12周岁。
	行为对象	他人身体。 【注意1】伤害自己身体的, 不成立故意伤害罪。 【注意2】毁坏尸体的行为, 不成立故意伤害罪。基于同样的理由, 伤害胎儿身体的, 也不构成本罪。

成立条件 (犯罪构成)	非法性	例如，因正当防卫、紧急避险而伤害他人，因治疗上的需要经患者同意为其截肢，体育运动项目中规则所允许的伤害等，阻却违法性，不成立犯罪。
	责任为故意	即明知自己的行为会发生他人伤害的结果，并且希望或放任这种结果发生。
法律拟制的故意伤害罪	记忆口诀 1 拘禁 2 个聚 3 监狱	1. 非法拘禁使用暴力致人伤残的 → 故意伤害罪 2. 刑讯逼供致人伤残的 → 故意伤害罪 3. 暴力取证致人伤残的 → 故意伤害罪 4. 虐待被监管人致人伤残的 → 故意伤害罪 5. 聚众“打砸抢”致人伤残的 → 故意伤害罪 6. 聚众斗殴致人重伤的 → 故意伤害罪
自伤与被害人承诺		1. 教唆、帮助有责任能力的成年人自伤的(包括轻伤、重伤) → 不成立故意伤害罪。因为自伤者不构成犯罪，根据共犯从属性原理，教唆犯、帮助犯同样不构成犯罪。 2. 被害人承诺。 (1) 轻伤的承诺 → 有效 → 不成立犯罪。例如，甲要求乙将自己的小拇指砍掉(属于轻伤)，乙照办，乙不成立故意伤害罪。 (2) 重伤承诺原则无效：例如，丙要求丁将自己的大拇指砍掉(属于重伤)，丁照办，丁成立故意伤害罪。 (3) 重伤承诺例外有效：① 承诺主体满 18 周岁；② 为了保护重大法益；③ 出于自愿，没有受到强迫、欺骗。例如，甲得了尿毒症，弟弟乙(19 岁)为了挽救哥哥的生命，出于自愿同意医生摘取自己的肾脏移植给哥哥。医生移植肾脏的行为无罪。
与故意杀人罪的区分		事实上，任何杀人既遂都必然经过了伤害过程，任何杀人未遂也必然造成了伤害结果或者具有造成伤害结果的危险性。 【真题】 甲以伤害故意砍乙两刀，随即心生杀意又砍两刀，但四刀中只有一刀砍中乙并致其死亡，且无法查明由前后四刀中的哪一刀造成死亡。关于本案，下列哪一选项是正确的？ ³⁷ A. 不管是哪一刀造成致命伤，都应认定为一个故意杀人罪既遂 B. 不管是哪一刀造成致命伤，只能分别认定为故意伤害罪既遂与故意杀人罪未遂 C. 根据日常生活经验，应推定是后两刀中的一刀造成致命伤，故应认定为故意伤害罪未遂与故意杀人罪既遂 D. 根据存疑时有利于被告人的原则，虽可分别认定为故意伤害罪未遂与故意杀人罪未遂，但杀人与伤害不是对立关系，故可按故意伤害(致死)罪处理本案
司法解释		【高空抛物】 为伤害、杀害特定人员实施上述行为的，依照故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。过失导致物品从高空坠落，致人死亡、重伤，符合刑法第二百三十三条、第二百三十五条规定的，依照过失致人死亡罪、过失致人重伤罪定罪处罚。 【新冠肺炎】 在疫情防控期间，故意伤害医务人员造成轻伤以上的严重后果，或者对医务人员实施撕扯防护装备、吐口水等行为，致使医务人员感染新型冠状病毒的，依照刑法第二百三十四条的规定，以故意伤害罪定罪处罚。 【窨井盖】 对于涉及公共安全犯罪以外的其他场所的窨井盖，明知会造成人员伤亡后果而实施盗窃、破坏行为，致人受伤或者死亡的，分别以故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。

三、组织出卖人体器官罪

条文	<p>第 234 条之一：“组织他人出卖人体器官的，处五年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。</p> <p>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，依照本法第二百三十四条（故意伤害罪）、第二百三十二条（故意杀人罪）的规定定罪处罚。</p> <p>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，依照本法第三百零二条（盗窃、侮辱、故意毁坏尸体、尸骨、骨灰罪）的规定定罪处罚。”</p>	
概念	组织出卖人体器官罪，是指组织他人出卖人体器官的行为。	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	已满 16 周岁的自然人。
	行为对象	<p>人体器官，由不同类型的人体组织构成的，能够发挥特定生理机能的集合体。</p> <p>1. 只包括活体器官，不包括尸体器官。</p> <p>2. 眼角膜、皮肤、肢体、骨头等属于人体器官；血液、骨髓、脂肪、细胞不属于器官。</p> <p>3. 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，以盗窃、侮辱、故意毁坏尸体、尸骨、骨灰罪论处。</p>
	被组织的人	组织不满 18 周岁的人出卖人体器官的，无论其是否承诺，均按照故意杀人罪（如果死亡）、故意伤害罪认定 ³⁸ 。
	行为方式	组织出卖。
	主观罪过	责任形式为故意，是否出于营利目的不影响本罪的成立。

四、遗弃罪

条文	<p>第 261 条：“对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有扶养义务而拒绝扶养，情节恶劣的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。”</p>
概念	<p>遗弃罪，是指对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有扶养义务而拒绝扶养，情节恶劣的行为。遗弃罪的保护法益不是家庭成员间的伦常关系，而是被害人的生命、身体的安全。</p>

38 此项知识点至少考查过 4 次，一定要牢记。

成立条件 (犯罪构成)	行为主体	<p>对他人生命健康负有扶助义务的人。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 亲属法规定的扶助义务：例如，未成年人、老年人的监护人。 2. 特殊职业产生扶助义务：例如，医院、养老机构等相关责任人员。 3. 合同之间产生扶助义务：例如，被家庭花钱雇佣看护婴儿或者照顾老人的保姆。 4. 其他行为产生扶助义务：例如，将他人的未成年子女带往外地乞讨的人，对该未成年人具有扶养义务；先前行为使他人生命、身体处于危险状态的人，具有扶养义务；如此等等。
	行为对象	<p>因年老、年幼、患病或者其他原因(如受伤)而没有独立生活能力的人。</p> <p>例如，因吸毒而缺乏生活能力的人属于本罪的行为对象之内。</p>
	能扶养而不扶养	<p>使他人生命、身体产生危险，或在他人生命、身体处于危险状态时不予救助。</p>
	情节要求	<p>成立遗弃罪要求情节恶劣。对此，应根据遗弃行为的方式、行为对象、结果等进行综合判断。例如，多次遗弃被害人的，遗弃行为对被害人生命产生紧迫危险的，遗弃行为致人伤亡的，孤儿院、福利院管理人员将多名孤儿、患者等送往外地的应认定为情节恶劣。</p>
	主观罪过	<p>责任形式为故意，即明知自己的行为会使年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人的生命、身体处于危险状态，并希望或者放任危险状态的发生。</p>
罪数	<ol style="list-style-type: none"> 1. 遗弃行为致人重伤或者死亡的 → 成立遗弃罪与过失致人重伤罪或过失致人死亡罪的想象竞合犯。 2. 相比较虐待罪而言，虐待行为致人重伤或者死亡的 → 成立虐待罪的结果加重犯。 	
与故意杀人罪的关系	<ol style="list-style-type: none"> 1. 遗弃行为虽然将被害人置于危险境地，但是对生命不具有紧迫危险，可成立本罪。 2. 如果将被害人的生命置于危险境地且有紧迫危险时，则属于故意杀人行为。 <p>例如，甲将婴儿置于福利院门前，成立遗弃罪。如果将婴儿置于无人经过的荒郊野外，则成立故意杀人罪。</p>	

■ 五、强奸罪

条文	<p>第 236 条：“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的，处三年以上十年以下有期徒刑。</p> <p>奸淫不满十四周岁的幼女的，以强奸论，从重处罚。</p> <p>强奸妇女、奸淫幼女，有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑：</p> <ol style="list-style-type: none"> (一) 强奸妇女、奸淫幼女情节恶劣的； (二) 强奸妇女、奸淫幼女多人的； (三) 在公共场所当众强奸妇女、奸淫幼女的； (四) 二人以上轮奸的； (五) 奸淫不满十周岁的幼女或者造成幼女伤害的； (六) 致使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果的。”
----	---

<p>概念</p>	<p>强奸罪分为两种类型，一是普通强奸，即使用暴力、胁迫或者其他手段，强行与妇女性交的行为；二是奸淫幼女，即与不满 14 周岁的幼女性交的行为，不管该幼女是否同意。</p> <p>强奸罪的法益是妇女（包括幼女）的性的自己决定权，其基本内容是妇女按照自己的意志决定性行为的权利。</p>	
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>行为主体</p>	<p>1. 一般是男子，其中单独的直接正犯只能是男子（已满 14 周岁，具有辨认控制能力的男性自然人）；</p> <p>2. 妇女可以成为强奸罪的教唆犯、帮助犯，也可以成为强奸罪的间接正犯与共同正犯。</p> <p>【注意】</p> <p>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”。即便承认丈夫对妻子可以成立强奸罪，也应限制其成立的范围。</p> <p>(1) 婚姻正常存续期间，丈夫强行与妻子发生性交的，一般不宜成立强奸罪。</p> <p>(2) 离婚诉讼期间、因各种纠纷长期分居期间、妻子被丈夫长期虐待期间，丈夫强行与妻子发生性交的，应成立强奸罪。</p> <p>(3) 丈夫教唆、帮助他人强奸妻子的，成立强奸罪。</p>
	<p>行为对象</p>	<p>对象是妇女，妇女的社会地位、思想品德、生活作风、结婚与否等均不影响本罪的成立。</p>
	<p>行为手段</p>	<p>使妇女无法反抗、不敢反抗、不知反抗的一切手段，具体如下：</p> <p>1. 暴力手段：是指不法对被害妇女行使有形力的手段 → 被害妇女无法反抗。</p> <p>例如，行为人直接对被害妇女采取殴打、捆绑、堵嘴、卡脖子、按倒等危害人身安全或人身自由，使妇女不能反抗的手段。</p> <p>2. 胁迫手段：对被害妇女恶害相通告 → 引起被害妇女恐惧心理 → 被害妇女不敢反抗。</p> <p>例如，丙利用职权进行胁迫女下属丁，使丁产生恐惧心理而不敢反抗，进而与丙发生性关系。丙成立强奸罪。但是如果双方相互利用（例如导演和女演员），则不是这里的胁迫。</p> <p>3. 其他手段：具有与暴力、胁迫相同的强制性质的其他使被害妇女不知反抗、不敢反抗或者不能反抗的手段：</p> <p>(1) 用酒灌醉或药物麻醉的方法强奸妇女；</p> <p>(2) 利用妇女熟睡之机进行强奸；</p> <p>(3) 冒充妇女的丈夫或情夫进行强奸；</p> <p>(4) 利用妇女患重病之机进行强奸；</p> <p>(5) 造成或利用妇女处于孤立无援的状态进行强奸；</p> <p>(6) 组织和利用会道门、邪教组织或者利用迷信奸淫妇女。</p> <p>【注意】 上述暴力、胁迫与其他手段都必须达到使妇女明显难以反抗的程度。否则难以认定为强奸罪。例如，乙（女）去甲（男）家做客，期间甲提出要和乙发生性关系的要求，被乙拒绝。在乙将要离开甲家时，甲以轻微力量拉着女子的手，再次暗示要求发生性关系时，乙女说：“好吧，好吧！”，此时甲不成立强奸罪。</p>

成立条件 (犯罪构成)	奸淫手段	强奸首先是指男女之间的性交行为, 换言之, 性交行为是本罪的结果行为。性交以外的猥亵行为, 不构成强奸罪。
	主观罪过	<p>责任形式为故意, 即明知自己以暴力、胁迫等手段与妇女性交的行为, 会发生侵害妇女的性的自己决定权 (包括地点、方式、时间、人数等) 的结果, 并且希望或者放任这种结果的发生。</p> <p>例 1、女子同意性交以男子使用安全套为前提, 而男子采取暴力、胁迫手段不使用安全套与妇女性交的, 成立强奸罪。</p> <p>例 2、女子同意晚上 8 点与男子性交, 但是男子下午 5 点半就强行与之发生性关系的, 也成立强奸罪。</p>
奸淫幼女	含义	与不满 14 周岁的幼女性交。由于幼女身心发育不成熟, 缺乏辨别是非的能力, 不理解性行为的后果与意义, 也没有抗拒能力, 因此, 不论行为人采用什么手段, 也不问幼女是否愿意, 只要与幼女性交, 就侵害了其性的决定权, 成立强奸罪。
	罪过	<p>具有奸淫幼女的故意。</p> <p>1. 要求行为人认识到女方一定或者可能是幼女、或者不管女方是否是幼女, 而决意实施奸淫行为, 被奸淫的女方又确实是幼女的, 就成立奸淫幼女类型的强奸罪。因此, 间接故意也可以构成奸淫幼女犯罪。</p> <p>2. 过失不可能成立奸淫幼女的犯罪。例如, 幼女早熟, 身材高大, 且虚报年龄, 行为人在不知道其为幼女的情况下, 经幼女同意性交的, 不能认定为强奸罪。因为行为人并不明知对方是幼女, 缺乏奸淫幼女的故意。</p>
	注意	<p>1. 司法解释: 已满 14 周岁不满 16 周岁的人偶尔与幼女发生性行为, 情节轻微、未造成严重后果的, 不认为是犯罪。</p> <p>2. 司法解释: 对不满 12 周岁的被害人实施奸淫等性侵害行为的, 应该认定行为人“明知”对方是幼女。该解释强调性侵年龄低于 12 周岁的, 不接受行为人进行年龄错误的抗辩。</p>
法定升格条件	1. 在公共场所当众强奸妇女	<p>(1) 只要在不特定或者众人可能看到、感觉到的公共场所强奸妇女, 就属于在公共场所“当众强奸妇女”。</p> <p>(2) “当众强奸”中的“众”不要求必须是三人或三人以上, 同时不应包括行为人。例如, 乙、丙、丁在现场帮助甲强奸妇女, 而现场没有其他人的, 不应认定甲当众强奸妇女。</p>
	2. 二人以上轮奸: 强奸罪的共同正犯, 均实施奸淫行为	<p>(1) 时间要求具有连续性。例如, 甲、乙共同对被害妇女丙实施强奸行为, 甲负责望风, 乙负责强奸, 作案成功后二人逃之夭夭。时隔一个月, 上次望风的甲在客流量偏少的乡间小路上再次碰见丙, 然后对丙实施强奸行为。对甲、乙不能适用轮奸的加重法定刑。</p> <p>(2) 空间不一定必须要求在同一地点。例如, 甲、乙、丙 3 人在废弃的工厂共同对被害妇女丁实施强奸行为, 甲、乙强奸结束后, 丙不愿在此处继续进行, 3 人遂带着丁来到了风景秀丽的河边小树林中, 丙在小树林中将丁强奸。甲、乙、丙 3 人同样适用轮奸的加重法定刑。</p> <p>(3) 不要求行为主体均达到刑事责任年龄或均具有刑事责任能力。例如, 12 岁的甲与 16 周岁的乙共同轮奸了被害妇女丙, 客观违法层面上甲、乙属于强奸罪的共同正犯, 对乙适用轮奸加重的法定刑, 甲由于没有达到刑事责任年龄而不承担刑事责任。</p>

法定升格条件	3. 强奸致人重伤、死亡	<p>(1) 强奸行为本身(为了强奸实施的暴力行为、奸淫行为)导致重伤或死亡结果, 否则不成立结果加重犯。例如, 甲强奸妇女后, 为了灭口杀死妇女, 定强奸罪和故意杀人罪, 实行数罪并罚。</p> <p>(2) 强奸行为与加重结果之间应有直接因果关系。例如, 妇女被强奸后羞愤自杀, 不属于强奸致人死亡。</p> <p>(3) 强奸致人重伤、死亡 → 包括强奸行为故意或者过失导致。</p>
罪数	<p>1. 甲先故意杀害妇女, 然后再实施奸尸或者其他侮辱行为的, 即使甲在杀害妇女时具有奸尸的意图, 也不认定为强奸罪, 而应认定为故意杀人罪与侮辱尸体罪, 实行数罪并罚。</p> <p>2. 拐卖妇女的过程中, 强奸被拐卖的妇女 → 只成立拐卖妇女罪, 适用加重法定刑。</p> <p>3. 强奸后迫使卖淫的 → 强奸罪与强迫卖淫罪并罚。</p> <p>4. 收买被拐卖妇女, 然后强奸的 → 数罪并罚。</p> <p>5. 组织、运送他人偷越国(边)境过程中强奸被害人的 → 数罪并罚。</p>	

▣ 236 条之一 (刑 11 新增)——负有照护职责人员性侵罪

条文	<p>第 236 条之一：“对已满十四周岁不满十六周岁的未成年女性负有监护、收养、看护、教育、医疗等特殊职责的人员，与该未成年女性发生性关系的，处三年以下有期徒刑；情节恶劣的，处三年以上十年以下有期徒刑。</p> <p>有前款行为，同时又构成本法第二百三十六条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”</p>	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	<p>对已满 14 周岁不满 16 周岁的未成年女性负有监护、看护、教育、医疗等特殊职责的人员。前述主体只有与少女之间形成较为稳定的依赖关系时，才能成为本罪的主体。</p> <p>例 1：甲周末出差，因不放心，所以将自己 14 岁的女儿交给邻居乙照顾。期间乙与该少女自愿发生性关系的，乙不成立本罪。</p> <p>例 2：15 岁的少女甲在一两次就医后，自愿和医生乙发生性关系，医生乙不成立本罪。</p>
	行为对象	被监护、看护、教育、医疗的已满 14 周岁不满 16 周岁的未成年女性。
	行为方式	<p>上述主体与被害对象发生性关系。</p> <p>(1) 不需要采用暴力、胁迫手段。</p> <p>(2) 少女同意，乃至主动要求，行为人同样可以成立本罪。</p> <p>(3) 性关系就是指狭义的性交行为，不包括猥亵行为。</p>
	罪过形式	<p>本罪属于故意犯罪，要求行为人认识到对方是不满 16 周岁的少女。如果行为人确实以为对方已满 16 周岁，不能成立本罪。</p> <p>【注意】 如果行为人与被其照顾的不满 14 周岁的幼女性交，但确实以为对方已满 14 周岁的，也成立本罪。</p>
罪数	<p>本罪与强奸罪的关系。</p> <p>有特殊职责的人员性侵未成年女性，如果 14 到 16 岁未成年女性本人同意，被告人当然就构成本罪。但是如果未成年女性本人不同意，这个有特殊职责的人就同时构成强奸罪，这时要按强奸罪处罚。</p>	

六、强制猥亵、侮辱罪

<p>条文</p>	<p>第 237 条：“以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵他人或者侮辱妇女的，处五年以下有期徒刑或者拘役。</p> <p>聚众或者在公共场所当众犯前款罪的，或者有其他恶劣情节的，处五年以上有期徒刑。猥亵儿童的，处五年以下有期徒刑；有下列情形之一的，处五年以上有期徒刑：</p> <p>（一）猥亵儿童多人或者多次的；</p> <p>（二）聚众猥亵儿童的，或者在公共场所当众猥亵儿童，情节恶劣的；</p> <p>（三）造成儿童伤害或者其他严重后果的；</p> <p>（四）猥亵手段恶劣或者有其他恶劣情节的。”</p>	
<p>概念</p>	<p>强制猥亵、侮辱罪，是指以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵他人或者侮辱妇女的行为。</p>	
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>行为主体</p>	<p>已满 16 周岁的自然人。妇女可以成为本罪的帮助犯、教唆犯，甚至是直接正犯。例如，成都九眼桥案件：甲（女）看上了帅哥乙，上去一把将乙推倒在地并与之发生性关系，甲成立强制猥亵、侮辱罪。</p>
<p>行为对象</p>	<p>1. 已满 14 周岁的自然人。包括女性和男性，《刑法修正案（九）》第 13 条将本罪的犯罪对象扩大：由“妇女”改为“他人”。一词之改，范围扩大了很多，即男性也成为了本罪的对象。例如，甲男为同性恋者，其冒充自己是公司负责招聘的人员，通过向被害人（男）饮料中下催眠药的方式，将多名美男子猥亵。</p> <p>2. 如果违背妇女意志与之发生性关系，则成立强奸罪。也即本罪当被害人为女性的时候，危害行为不包括性交行为。</p> <p>3. 如果猥亵不满 14 周岁的儿童的，成立猥亵儿童罪。</p>	
<p>行为方式</p>	<p>1. 猥亵行为。</p> <p>（1）直接对他人实施猥亵行为。例如，强行抠摸他人隐私部位，强行捏摸妇女胸部，强行脱光他人衣裤，强行与他人接吻、搂抱等。</p> <p>（2）迫使他人对行为人本人或者第三者实施猥亵行为。例如，强迫他人行为人或第三者手淫。</p> <p>（3）强迫他人自行实施猥亵行为。例如，当场强迫他人自己手淫、当场强迫妇女捏摸自己的胸部等。</p> <p>（4）强迫他人观看第三者的猥亵行为。例如，强迫他人观看男性的鸡奸活动，强迫他人观看第三者隐私部位等。</p> <p>2. 侮辱行为与猥亵行为具有同一性。不再作过多说明。</p> <p>3. 必须以暴力、胁迫或者其他使他人不能反抗、不敢反抗、不知反抗的方法强制猥亵、侮辱他人。换言之，对于本罪中“暴力、胁迫或者其他方法”，应当与强奸罪中的“暴力、胁迫或者其他手段”做出相同的解释。例如，强行或趁其不注意扒光妇女衣裤的行为（原配斗小三案件）。</p>	
<p>主观罪过</p>	<p>责任形式为故意，行为人明知自己的猥亵、侮辱行为侵犯了他人性的羞耻心，但仍然强行实施该行为。而且本罪的成立不要求行为人主观上具有追求刺激或者满足性欲的内心倾向。例如，甲闲来无事在大街上乱逛，为了取乐将一名妇女的衣裤扒光，甲成立强制猥亵罪。</p>	

法定升格条件	<p>《刑法修正案(九)》增加了“其他恶劣情节”的加重量刑情形。原来的加重情形只包括聚众或者在公共场所当众强制猥亵、侮辱妇女，而《刑法修正案(九)》增加“其他恶劣情节”这一加重处罚情形，增强了刑法规范的周密性，避免法律漏洞。例如，甲猥亵妇女乙，被害妇女自杀的情形；或者行为人将猥亵过程拍摄并上传网络的情形也属于“其他恶劣情节”的表现。</p>
--------	---

七、非法拘禁罪

条文	<p>第 238 条：“非法拘禁他人或者以其他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。</p> <p>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（故意伤害罪、故意杀人罪）处罚。</p> <p>为索取债务非法扣押、拘禁他人的，依照前两款的规定处罚。</p> <p>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。”</p>	
概念	非法拘禁罪，是指故意非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由的行为。	
保护法益的学说争议	<p>1. 本罪的法益是人的身体活动的自由。</p> <p>2. 学说分歧：</p> <p>(1) 学说一：现实自由说：只有侵犯了他人现实的人身自由，才成立本罪（通说）。</p> <p>(2) 学说二：可能的自由说：只要他人有潜在的、可能的自由，就可以成立本罪。</p> <p>例如，甲将夜间熟睡的乙反锁在房间里，次日清晨在乙醒来之前就打开了锁。甲的行为是否构成非法拘禁罪？</p> <p>① 根据学说一：得出甲的行为没有侵害乙的现实人身自由，不成立非法拘禁罪。</p> <p>② 根据学说二：得出甲的行为侵害乙可能的人身自由（乙可能半夜起来上厕所等），成立非法拘禁罪。</p>	
成立条件（犯罪构成）	行为主体	<p>1. 年满 16 周岁的自然人。</p> <p>2. 国家机关工作人员是本罪的量刑身份，利用职权犯本罪，从重处罚。</p>
	行为对象	<p>作为行为对象的“他人”没有限制，但必须是具有身体活动自由的自然人。</p> <p>1. 只要具有基于意识从事身体活动的的能力即可，不要求具有刑法上的责任能力与民法上的法律行为能力，故能够行走的幼儿、精神病患者、能够依靠轮椅或者其他工具移动身体的人，均可成为本罪的对象。</p> <p>2. 只要没有现实人身自由的人，均不属于本罪的对象。</p> <p>例如，病床上的植物人、常年卧病在床的人、深度醉酒的人。</p>
	行为方式	剥夺人身自由的方法没有限制，如非法逮捕、拘留、监禁、扣押、办封闭式“学习班”、“隔离审查”等等，均包括在内。

成立条件 (犯罪构成)	非法性	<p>剥夺人身自由的行为必须具有非法性，不具备违法阻却事由。否则不成立非法拘禁罪。例如，司法机关根据法律规定，对于有犯罪事实和重大嫌疑的人，依法采取拘留、逮捕等限制人身自由的强制措施的行为，阻却违法性，不成立非法拘禁罪。</p> <p>【注意】使用欺骗的手段剥夺他人自由，能否成立非法拘禁罪？</p> <p>(1) 被骗人误以为没有身体活动自由，不存在有效承诺，成立非法拘禁罪。 例如：甲谎称电梯停电（实际是其断电），使乘坐电梯的乙误以为自己只能滞留于其中，甲成立非法拘禁罪。</p> <p>(2) 被骗人明知存在身体活动自由，即存在有效承诺（承诺动机不影响承诺效力），不成立非法拘禁罪。 例如：甲欺骗乙说：“为了进行身体测试，你在一间小屋内待上几天，给你10万元报酬”。乙照办实施。甲不成立非法拘禁罪。</p>
	主观 罪过	<p>责任形式为故意，行为人明知自己的行为会发生剥夺他人人身自由权利的结果，并希望或者放任这种结果的发生。</p>
结果加重犯	<p>结果加重犯是指：非法拘禁行为本身导致的重伤、死亡，仍成立非法拘禁罪。例如，甲通过绳子捆绑的方式非法拘禁了乙，但是由于绳子绑的过紧，导致乙窒息而死，甲成立非法拘禁罪的结果加重犯。</p> <p>1. 非法拘禁罪结果加重犯情形中的“暴力”是指拘禁行为本身之内的暴力。</p> <p>2. 重伤、死亡结果与非法拘禁行为之间必须具有直接的因果关系。 例如，行为人在实施基本行为之后或之时，被害人自杀、自残、自身过失等造成死亡、伤残结果的，因缺乏直接性要件，不能认定为结果加重犯。</p> <p>3. 致人重伤、死亡的结果，要求行为人是过失心态而非故意心态。</p>	
法律拟制	<p>法律拟制是指：使用超出拘禁行为本身的暴力致人伤残、死亡的，成立故意伤害罪、故意杀人罪。</p> <p>非法拘禁罪法律拟制情形中的“暴力”是指超出拘禁行为之外，更高、更强的暴力。例如，甲将乙吊在高空横梁上然后摇晃，绳子断裂，乙掉下摔死。甲使用了超出拘禁本身的暴力，过失致人死亡，适用法律拟制的情形，转化为故意杀人罪。</p>	
<p>【总结】非法拘禁（使用暴力）致人死亡，应分为三种情形处理：</p> <p>1. 非法拘禁致人死亡，但没有使用超出拘禁行为所需范围的暴力的，仍然适用刑法第238条第2款前段的规定，以非法拘禁罪的结果加重犯论处。</p> <p>2. 在非法拘禁的过程中，产生杀人故意实施杀人行为的，不适用刑法第238条第2款的规定，而应直接认定为数罪，即非法拘禁罪与故意杀人罪并罚。</p> <p>3. 非法拘禁使用超出拘禁行为所需范围的暴力致人死亡，而没有杀人故意的（以对死亡具有预见可能性为前提），适用第238条第2款后段的规定。法律拟制为故意杀人罪。</p>		
司法解释	<p>“为索取债务非法扣押、拘禁他人的，依照前两款的规定处罚”的理解：</p> <p>1. 司法解释认为索取债务的“债务”包括合法之债 + 非法之债（赌债、高利贷等），为了取债务非法扣押、拘禁他人的无论债务是合法的还是非法的，均成立非法拘禁罪。</p> <p>2. 为索取债务非法扣押、拘禁他人的“他人” → 包括与债务人有共同财产关系、抚养关系、扶养关系的第三人。如果不属于上述关系，可能成立绑架罪。</p> <p>例1、甲为了向债务人乙索取债务，将乙的老婆（或者儿子、或者父母）关押起来，甲的行为成立非法拘禁罪。</p> <p>例2、甲为了向债务人乙索取债务，将乙的外甥关押起来，甲的行为成立绑架罪。</p>	

八、绑架罪

<p>条文</p>	<p>第 239 条：“以勒索财物为目的绑架他人的，或者绑架他人作为人质的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节较轻的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。</p> <p>犯前款罪，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。</p> <p>以勒索财物为目的偷盗婴幼儿的，依照前款的规定处罚。”</p>	
<p>概念</p>	<p>绑架罪，是指利用被绑架人的近亲属或者其他人对被绑架人安危的忧虑，以勒索财物或满足其他不法要求为目的，使用暴力、胁迫或者麻醉方法劫持或以实力控制他人的行为。</p> <p>绑架罪侵害的法益是被绑架人在本来的生活状态下的身体安全与行动自由。</p>	
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>行为主体</p>	<p>已满 16 周岁的自然人。已满 14 周岁不满 16 周岁的人实施绑架行为，不以犯罪论处。故意杀害被绑架人的，应认定为故意杀人罪。</p>
	<p>行为对象</p>	<p>行为对象是任何他人，包括妇女、儿童和婴幼儿乃至行为人的子女或父母。</p> <p>【注意】盗窃婴儿的行为，根据主观目的不同，分别作以下处理：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 出卖为目的 → 拐卖儿童罪； 2. 勒索财物为目的 → 绑架罪； 3. 无上述 2 种目的，行为侵害了未成年人的人身自由与身体安全的 → 拐骗儿童罪。
	<p>行为方式</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 使用暴力、胁迫或者麻醉方法劫持或以实力控制他人。 2. 对于缺乏或者丧失行动能力的被害人，采取偷盗、运送等方法使其处于为人或第三者实力支配下的，也可能成立绑架罪。 3. 向第三人提出不法要求必须是向第三人提出，不能是向人质本人，否则就构成抢劫罪。也即本罪与抢劫罪的关键区别在于：<u>行为人行为时想让谁担心</u>。因为这样做你能快速锁定行为人的主观故意，进一步确定成立何罪。 <p>(1) <u>想让第三人担心(绑架的故意)成立绑架罪</u>：甲持刀将乙逼入废弃建筑物内，扔给其一张银行卡并说：“让你妻子 2 小时内往此卡内转入 10 万元钱，否则弄死你。”，甲成立绑架罪，因为甲行为时想让第三人担心。</p> <p>(2) <u>想让人质担心(抢劫的故意)成立抢劫罪</u>：甲持刀将乙逼入废弃建筑物内，扔给其一张银行卡并说：“给你小子 2 个小时时间，让此卡内出现 10 万元钱，否则弄死你。”，甲成立抢劫罪，因为甲行为时想让乙本人担心。</p> <p>4. 绑架和抢劫的其他区别：绑架的取财不要求当场性，而抢劫的取财要求当场性(即同一时间、同一地点)。</p>
	<p>主观罪过</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 具有故意，行为人对于侵害他人身体安全与行动自由的结果，具有希望或者放任态度。 2. 具有勒索财物或满足其他不法要求的目的。行为人出于其他目的、动机以实力支配他人后，才产生勒索财物意图进而勒索财物的(即其他犯罪控制被害人的过程中才产生绑架的故意)，成立绑架罪。
<p>既遂标准</p>	<p>实力控制了被害人。</p> <p>【提示】绑架罪是目的犯，其上述既遂标准以绑对人为前提，如果绑错人则成立绑架罪未遂(因为这样并不会让特定人内心担忧，行为人目的落空)。</p>	

罪数	<ol style="list-style-type: none"> 1. 行为人没有实施绑架行为，直接杀害被害人后，向被害人家属勒索财物的，前行为成立故意杀人罪；后行为成立敲诈勒索罪与诈骗罪的想象竞合犯，然后实行数罪并罚； 2. 行为人实施了绑架行为，因未勒索到财物或者出于其他原因杀害被绑架人后，再次掩盖事实勒索赎金的，前行为属于绑架杀害被绑架人的情形，只成立绑架罪；后行为成立敲诈勒索罪与诈骗罪的想象竞合犯，然后实行数罪并罚； 3. 犯绑架罪，故意杀害被绑架人的→结合犯→成立绑架罪； 4. 犯绑架罪，故意伤害被绑架人，致人重伤、死亡的→结合犯→成立绑架罪； 5. 犯绑架罪，故意伤害被绑架人，致人轻伤的→数罪并罚； 6. 绑架行为本身过失导致被绑架人重伤、死亡的→绑架罪与过失致人重伤罪或者过失致人死亡罪的想象竞合犯； 7. 绑架他人后→实施强奸、侮辱、猥亵、盗窃等行为→数罪并罚； 8. 在绑架过程中，因被绑架人的监护人、保护人或者其他在场人反抗等原因，行为人为排除阻碍而故意杀害、伤害上述人员的→绑架罪与故意杀人罪或者故意伤害罪并罚； 9. 司法解释：绑架过程中又当场劫取被害人随身携带财物的，同时触犯绑架罪和抢劫罪两罪名，应择一重罪定罪处罚（不并罚）。
----	--

■ 九、拐卖妇女、儿童罪

条文	<p>第 240 条：“拐卖妇女、儿童的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产：</p> <ol style="list-style-type: none"> （一）拐卖妇女、儿童集团的首要分子； （二）拐卖妇女、儿童 3 人以上的； （三）奸淫被拐卖的妇女的； （四）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； （五）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； （六）以出卖为目的，偷盗婴幼儿的； （七）造成被拐卖的妇女、儿童或者其亲属重伤、死亡或者其他严重后果的； （八）将妇女、儿童卖往境外的。 <p>拐卖妇女、儿童，是指以出卖为目的，拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为之一的。”</p>		
概念	<p>拐卖妇女、儿童罪，是指以出卖为目的，拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为。本罪侵害的法益是妇女、儿童的人身自由。</p>		
成立条件 (犯罪构成)	<table border="1" style="width: 100%;"> <tr> <td style="text-align: center; vertical-align: middle;">行为主体</td> <td> <p>行为主体是已满 16 周岁的人。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 已满 14 周岁不满 16 周岁的人拐卖妇女、儿童的，不成立犯罪。 【注意】已满 14 周岁不满 16 周岁的人如果在拐卖妇女过程中强奸妇女的，则以强奸罪论处。 2. 医疗机构、社会福利机构等单位的工作人员将所诊疗、护理、抚养的儿童贩卖给他人的，以拐卖儿童罪论处。 3. 明知他人系拐卖妇女、儿童的“人贩子”，仍然利用从事诊疗、福利救助等工作的便利或者了解被拐卖方情况的条件，居间介绍的，以拐卖妇女、儿童罪的共犯论处。 4. 明知他人拐卖妇女、儿童，仍然向其提供被拐卖妇女、儿童的健康证明、出生证明或者其他帮助的，以拐卖妇女、儿童罪的共犯论处。 </td> </tr> </table>	行为主体	<p>行为主体是已满 16 周岁的人。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 已满 14 周岁不满 16 周岁的人拐卖妇女、儿童的，不成立犯罪。 【注意】已满 14 周岁不满 16 周岁的人如果在拐卖妇女过程中强奸妇女的，则以强奸罪论处。 2. 医疗机构、社会福利机构等单位的工作人员将所诊疗、护理、抚养的儿童贩卖给他人的，以拐卖儿童罪论处。 3. 明知他人系拐卖妇女、儿童的“人贩子”，仍然利用从事诊疗、福利救助等工作的便利或者了解被拐卖方情况的条件，居间介绍的，以拐卖妇女、儿童罪的共犯论处。 4. 明知他人拐卖妇女、儿童，仍然向其提供被拐卖妇女、儿童的健康证明、出生证明或者其他帮助的，以拐卖妇女、儿童罪的共犯论处。
行为主体	<p>行为主体是已满 16 周岁的人。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 已满 14 周岁不满 16 周岁的人拐卖妇女、儿童的，不成立犯罪。 【注意】已满 14 周岁不满 16 周岁的人如果在拐卖妇女过程中强奸妇女的，则以强奸罪论处。 2. 医疗机构、社会福利机构等单位的工作人员将所诊疗、护理、抚养的儿童贩卖给他人的，以拐卖儿童罪论处。 3. 明知他人系拐卖妇女、儿童的“人贩子”，仍然利用从事诊疗、福利救助等工作的便利或者了解被拐卖方情况的条件，居间介绍的，以拐卖妇女、儿童罪的共犯论处。 4. 明知他人拐卖妇女、儿童，仍然向其提供被拐卖妇女、儿童的健康证明、出生证明或者其他帮助的，以拐卖妇女、儿童罪的共犯论处。 		

成立条件 (犯罪构成)	行为对象	<p>行为对象仅限于妇女与儿童。</p> <p>1. 拐卖已满 14 周岁的男性公民的行为，不成立本罪，符合其他犯罪构成的，可按其他犯罪论处，比如非法拘禁罪等。</p> <p>2. 以营利为目的，出卖亲生子女(未满 14 周岁)的，成立拐卖儿童罪。</p> <p>3. 迫于生活困难，或者受重男轻女思想影响，私自将没有独立生活能力的子女送给他人抚养，包括收取少量“营养费”、“感谢费”的，属于民间送养行为，不能以拐卖妇女、儿童罪论处。</p>
	行为方式	<p>行为方式为拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转行为。</p> <p>以上这些行为都是本罪的<u>实行行为</u>，不是帮助行为。</p>
	主观罪过	<p>责任要素除故意外，还要求以<u>出卖为目的</u>。<u>出卖目的不等于营利目的</u>。例如，为了报复他人而贩卖妇女、儿童的，成立本罪。至于行为人实施拐卖妇女、儿童的行为后实际上是否获利，更不影响本罪的成立。</p>
既遂标准	<p>1. 常见的既遂标准：实力控制即既遂，与是否卖出没有关系。例如，甲以出卖为目的绑架了妇女、儿童，此时只要绑架行为达到了对被受害人的控制程度，甲即成立本罪的既遂。至于之后甲在没有卖出去之前就被警方抓获或者没有收到对价等情形，不影响本罪的既遂。</p> <p>2. 特殊的既遂标准：出卖亲生子女的或者出卖捡拾儿童的，要以卖出去为既遂标准。例如，甲生了个女娃，认为女娃不能继承香火，便将其卖掉，当将婴儿卖出去时，甲才成立拐卖儿童罪的既遂。</p>	
法定升格条件	<p>1. “奸淫被拐卖的妇女的”</p> <p>(1) 拐卖妇女、儿童的过程中，奸淫妇女或者幼女的，只成立本罪，不再认定为强奸罪。</p> <p>(2) 本罪未将强制猥亵、侮辱罪吸收为升格条件，即如果又强制猥亵、侮辱妇女的，应并罚。</p>	
	<p>2. “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”</p> <p>(1) 引诱、强迫卖淫的行为不再成立其他犯罪，只成立本罪即可，只不过法定刑加重。</p> <p>(2) 拐卖过程中，引诱、强迫男童卖淫的，应数罪并罚。</p>	
	<p>3. “造成被拐卖的妇女、儿童或者其亲属重伤、死亡或者其他严重后果的”</p> <p>(1) 加重处罚，只成立本罪即可。</p> <p>(2) 拐卖行为本身过失造成伤亡。需满足以下要点：</p> <p>① 伤亡结果与拐卖行为之间具有直接因果关系。例如，甲拐卖妇女，妇女自杀，不属于这里的死亡结果。</p> <p>② 主观上是过失造成，或者为了实现拐卖目的故意造成。例如，拐卖过程中出于泄愤、报复等其他目的，故意将妇女打成重伤，另成立故意伤害罪，与拐卖妇女罪并罚。</p>	
司法解释	<p>1. 以介绍婚姻为名，采取非法扣押身份证件、限制人身自由等方式，或者利用妇女人地生疏、语言不通、孤立无援等境况，违背妇女意志，将其出卖给他人的 → <u>以拐卖妇女罪追究刑事责任</u>。</p> <p>2. 以介绍婚姻为名，与被介绍妇女串通骗取他人钱财，数额较大的 → <u>以诈骗罪追究刑事责任</u>。</p>	

十、收买被拐卖的妇女、儿童罪

<p>条文</p>	<p>第 241 条：“收买被拐卖的妇女、儿童的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。收买被拐卖的妇女，强行与其发生性关系的，依照本法第二百三十六条（强奸罪）的规定定罪处罚。</p> <p>收买被拐卖的妇女、儿童，非法剥夺、限制其人身自由或者有伤害、侮辱等犯罪行为的，依照本法的有关规定定罪处罚。</p> <p>收买被拐卖的妇女、儿童，并有第二款、第三款规定的犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。</p> <p>收买被拐卖的妇女、儿童又出卖的，依照本法第二百四十条的规定（拐卖妇女、儿童罪）定罪处罚。</p> <p>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；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。”</p>
<p>概念</p>	<p>收买被拐卖的妇女、儿童罪，指故意用金钱或其他财物收买被拐卖的妇女、儿童的行为。本罪侵害的法益同样是妇女、儿童的人身自由。</p>
<p>罪数</p>	<p>1. 收买被拐卖的妇女、儿童后有拘禁、伤害、杀害、虐待、侮辱、猥亵、强奸等行为的，应当实行数罪并罚。</p> <p>2. 收买后又出卖的，只定拐卖妇女、儿童罪。这包括两种情形：</p> <p>(1) 买来就是为了卖的，买属于卖的一种控制手段，这本身就属于拐卖妇女、儿童罪。这是注意规定。</p> <p>(2) 买前没有出卖意图，收买后才产生出卖意图，然后出卖，只定拐卖妇女、儿童罪。这是法律拟制。例如，甲收买了一位被拐卖的妇女，本想做儿媳，该女宁死不屈，无奈卖掉。对甲只以拐卖妇女罪论处。</p> <p>① 拐卖 + 强奸 = 拐卖 (见例 1)；</p> <p>② 收买 + 强奸 = 并罚 (见例 2)；</p> <p>③ 收买 + 拐卖 = 拐卖 (买来不是为了卖的，法律拟制，见例 3)；</p> <p>④ 收买 + 强奸 + 拐卖 = 拐卖 (买来不是为了卖的，法律拟制，包含了强奸，见例 4)。</p> <p>案例与公式一一对应：</p> <p>例 1、甲拐卖妇女，并强奸了被拐卖的妇女，甲只成立拐卖妇女罪一罪，强奸作为拐卖妇女罪的法定升格条件。</p> <p>例 2、甲收买被拐卖的妇女乙，并强奸了乙，甲成立收买被拐卖的妇女罪与强奸罪，并罚。</p> <p>例 3、甲收买被拐卖的妇女乙为了做老婆，但是乙誓死不从，甲为了避免人财两空，又将乙卖掉，这本是两种行为，但是法律将其拟制为拐卖妇女罪一罪。但是如果甲收买乙就是为了出卖的，那么直接成立拐卖妇女罪，不需要法律拟制。</p> <p>例 4、甲收买被拐卖的妇女乙为了做老婆，但是乙誓死不从，甲为了让乙顺从自己而将其强奸，但是乙仍然不答应，而且几次想自杀都被甲救了下来，甲无奈又将乙出卖，甲有 3 个行为，分别是收买被拐卖妇女的行为、强奸的行为、拐卖妇女的行为，收买不是为了出卖，之后由于其他原因而出卖的，直接拟制为拐卖妇女罪一罪，那么中间的强奸行为也就被这个法律拟制的拐卖妇女罪所吸收，最终甲只成立拐卖妇女罪一罪，并且可以做到罪刑相适应。</p>

本罪的处罚	<p>刑法第 241 条第 6 款：“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；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。”</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 收买被拐卖的妇女、儿童的，一律入刑。 2. 对被买儿童没有虐待行为且不阻碍对其进行解救的，<u>可以从轻处罚</u>。 3. 按照被买妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地的，<u>可以从轻或者减轻处罚</u>。
-------	--

■ 十一、侮辱罪

条文	<p>第 246 条：“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。</p> <p>前款罪，告诉的才处理，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外。</p> <p>通过信息网络实施第一款规定的行为，被害人向人民法院告诉，但提供证据确有困难的，人民法院可以要求公安机关提供协助。”</p>	
概念	<p>侮辱罪，是指使用暴力或者其他方法，公然败坏他人名誉，情节严重的行为。本罪的法益是他人的名誉。</p>	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	<p>已满 16 周岁的自然人。</p>
	行为对象	<p>侮辱对象必须是特定的人。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 特定的人就行，具体人数没有限制 (1 个或 1 群都可以)。 2. 在大庭广众之中进行无特定对象的谩骂，不构成侮辱罪。
	行为方式	<ol style="list-style-type: none"> 1. 侮辱，是毁损他人名誉、降低他人社会评价的行为。 2. 侮辱方式包括： <ol style="list-style-type: none"> (1) 暴力侮辱：这里的暴力不是指杀人、伤害、殴打，而是指使用强力败坏他人的名誉。例如，使用强力逼迫他人做难堪的动作；当众打被害人耳光等。 (2) 非暴力动作侮辱：例如，与人握手后，随即取出纸巾擦拭，作嫌恶状。 3. 侮辱行为必须公然进行。所谓“公然”侮辱，是指采用不特定或者多数人可能知悉 (实际知不知悉不重要) 的方式对他人进行侮辱。
	内容	<p>侮辱内容可真可假。例如，甲知道乙是卖淫女，而当众骂乙是卖淫女是婊子，成立本罪；甲捏造乙是卖淫女的事实而公然骂其是婊子，也可成立本罪。</p>
诉讼类型	<p>本罪属于告诉才处理的犯罪。自诉转公诉的例外：侮辱行为严重危害社会秩序和国家利益的。</p>	
第 3 款内容之解读	<ol style="list-style-type: none"> 1. 增加网络侮辱、诽谤他人，情节严重的可入刑的规定。 2. 【注意】 <ol style="list-style-type: none"> (1) 是法院有此项权利，并不包括检察院或者律师等； (2) 自诉人自身并没有权利要求公安机关提供协助，只能通过人民法院来要求公安机关协助； (3) 前提条件是被害人举证困难，如果举证达不到困难程度，法院也不会要求公安机关提供协助。 	

十二、诽谤罪

条文	<p>第 246 条：“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。</p> <p>前款罪，告诉的才处理，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外。</p> <p>通过信息网络实施第一款规定的行为，被害人向人民法院告诉，但提供证据确有困难的，人民法院可以要求公安机关提供协助。”</p>
概念	<p>诽谤罪，是指捏造并散布某种事实，足以败坏他人名誉，情节严重的行为。</p>
本罪与侮辱罪的区别	<p>1. 行为方式不同：</p> <p>(1) 诽谤罪不能使用暴力；</p> <p>(2) 侮辱罪可以使用暴力。</p> <p>2. 行为内容不同：</p> <p>(1) 诽谤罪只能是捏造的假的事实；</p> <p>(2) 侮辱罪可真可假。</p>

十三、诬告陷害罪

条文	<p>第 243 条：“捏造事实诬告陷害他人，意图使他人受刑事追究，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。</p> <p>国家机关工作人员犯前款罪的，从重处罚。</p> <p>不是有意诬陷，而是错告，或者检举失实的，不适用前两款的规定。”</p>	
概念	<p>诬告陷害罪，是指故意向公安、司法机关或有关国家机关告发捏造的犯罪事实，意图使他人受刑事追究，情节严重的行为。</p> <p>本罪侵害的法益为<u>人身权利</u>。</p>	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	<p>1. 已满 16 周岁的自然人。</p> <p>2. 国家机关工作人员犯本罪，从重处罚。本罪是不真正身份犯，国家机关工作人员是量刑身份，而非定罪身份。</p>
	行为对象 为他人	<p>1. 向司法机关虚告自己犯罪的，不成立诬告陷害罪。但是为了给犯罪分子脱罪而诬告自己，构成包庇罪。</p> <p>2. 所诬告的对象应当是<u>实在的人</u>，而不是<u>虚无人</u>，否则就不可能导致司法机关的刑事追究活动，因而不会侵犯他人的人身权利。</p> <p>3. 同意他人诬告自己，他人不成立本罪。教唆他人诬告自己，教唆者和诬告者都不成立本罪。</p> <p>4. 诬告没有达到法定年龄或者没有责任能力的人犯罪的，仍构成诬告陷害罪。虽然司法机关查明真相后不会对这些人科处刑罚，但将他们作为侦查的对象，使他们卷入刑事诉讼，就侵犯了其人身权利。</p>
	告发对象	<p>向公安、司法机关或有关国家机关告发。这样才足以引起司法机关的追究活动。</p>

<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>诬告内容</p>	<p>捏造的事实为犯罪事实，而不是一般的违法事实（例如，不包括卖淫、嫖娼、吸毒等违法事实）。这样才可能使被害人受到刑事追究。其中捏造事实属于本罪的预备行为，诬告陷害属于本罪的实行行为。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 轻罪事实，因误解而告发为重罪，不属于诬告。例如，甲以为乙成立盗窃罪（其实为侵占罪）而告发，甲不属于诬告。 2. 存在犯罪事实，告发时在犯罪情节上有一定差异，不属于诬告。例如，甲告发乙挪用公款 50 万，经查，乙挪用公款为 20 万，甲不属于诬告。 3. 存在轻罪事实，为了让公安立案，告发了性质相同的重罪，不成立诬告陷害罪。例如，甲告发乙犯了强制猥亵罪，公安却不予立案，甲无奈便告发乙强奸了自己，甲不成立诬告陷害罪。
<p>既遂标准</p>	<p>诬告行为达到了使司法机关可能采取刑事追究活动的程度 → 既遂。本罪的既遂，不要求公安司法机关启动调查程序，更不要求实际追究了被害人的刑事责任。</p>	

十四、刑讯逼供罪

<p>条文</p>	<p>第 247 条：“司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供或者使用暴力逼取证人证言的，处三年以下有期徒刑或者拘役。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从重处罚。”</p>	
<p>概念</p>	<p>刑讯逼供罪，是指司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人使用肉刑或者变相肉刑，逼取供述的行为。</p>	
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>行为主体</p>	<p>为司法工作人员，即有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。本罪为真正的身份犯。 超市保安或普通单位的保卫处工作人员，都不是司法工作人员。不属于本罪的主体。</p>
	<p>行为对象</p>	<p>犯罪嫌疑人和被告人（二者的主体相同，只不过是不同阶段的不同称呼）。</p>
	<p>行为手段：刑讯 + 逼供</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 刑讯：使用肉刑或者变相肉刑。例如，打、捆绑、殴打以及其他折磨人的肉体的方法或者冻、饿、烤、晒、不准睡觉等。 2. 至于行为人是否得到供述，被害人的供述是否符合客观真实，并不影响本罪的成立。 3. 使用肉刑或变相肉刑，但并不逼取供述的，不是刑讯逼供。 4. 诱供、佯装刑讯的，不成立刑讯逼供罪。 <p>例如，警察丙知道犯罪嫌疑人丁胆子小，于是将老虎凳、辣椒水等刑讯工具摆在犯罪嫌疑人丁的面前吓唬说：“不招的话就让你享受享受”。丁迫于内心的压力招了，警察丙不成立刑讯逼供罪。</p>
	<p>主观罪过</p>	<p>责任形式为故意，犯罪动机不影响本罪成立。 不管是“为公”还是“为私”，刑讯逼供行为都侵犯了他人的人身权利。动机不影响定罪。</p>
<p>法律拟制</p>	<p>刑讯逼供行为致使被害人伤残、死亡 → 故意伤害罪、故意杀人罪。 只要刑讯逼供致人伤残或者死亡，不管行为人对伤害或死亡具有何种心理状态（具有预见可能性为前提），均应认定为故意伤害罪或故意杀人罪，并从重处罚。</p>	

■ 十五、暴力取证罪

条文	第 247 条：“司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供或者使用暴力逼取证人证言的，处三年以下有期徒刑或者拘役。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从重处罚。”	
概念	暴力取证罪，是指司法工作人员使用暴力逼取证人证言的行为。	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	参考上述的刑讯逼供相关内容。
	行为对象：证人	这里的“证人”宜作广义理解： 1. 不具有作证资格的人，不知道案件真相的人，也可能成为本罪中的证人； 2. 年幼者、精神病患者，也能成为本罪中的证人。
	“暴力”的理解	1. 暴力是指对证人使用有形力的一切方法，暴力的程度没有限定； 2. 使用胁迫、欺骗、测谎仪，不属于暴力取证。
法律拟制	暴力取证行为致使被害人伤残、死亡 → 故意伤害罪、故意杀人罪。	

■ 十六、暴力干涉婚姻自由罪

条文	第 257 条：“以暴力干涉他人婚姻自由的，处二年以下有期徒刑或者拘役。犯前款罪，致使被害人死亡的，处二年以上七年以下有期徒刑。第一款罪，告诉的才处理。”	
概念	暴力干涉婚姻自由罪，是指以暴力干涉他人结婚或离婚自由的行为。 婚姻自由包括：结婚自由与离婚自由。	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	已满 16 周岁的自然人。
	行为对象	对象与主体不要求具有特殊关系。 例如，甲暴力干涉外甥女的婚姻自由，也可成立本罪。
	行为方式	行为人要以暴力干涉他人婚姻自由。 1. 要实施有形力的暴力行为：例如，实施捆绑、殴打、禁闭、抢掠等对人体有形力的行为。 2. 仅有干涉行为而没有实施暴力的，不构成本罪。例如，甲以自杀相威胁，干涉女儿乙的婚姻自由，不成立本罪。 3. 以暴力相威胁进行干涉的，也不构成本罪。例如，丙大声警告女儿丁：“如果你嫁给戊，我就杀了你们”，丙不成立本罪。 4. 暴力极为轻微的，不能视为本罪的暴力行为。例如，A 为了阻止女儿 B 嫁给 C，狠踢了女儿一脚，这种行为不属于本罪的暴力行为。 5. 暴力干涉恋爱的，不能认定为本罪。例如，D 得知自己的女儿 E 和仇人的儿子 F 谈恋爱后，气不打一处来，将女儿 E 暴打一顿并阻止女儿继续与 F 交往。该行为不成立本罪，视情况有可能成立故意伤害罪、非法拘禁罪等。

诉讼类型	本罪为亲告罪，只有被害人告诉才处理。 <u>自诉转公诉的例外：暴力干涉婚姻自由的行为导致被害人死亡。</u>
罪数	1. 长期以暴力干涉婚姻自由，只要其中一次属于故意杀人或故意伤害行为，则构成暴力干涉婚姻自由罪与故意杀人罪或故意伤害罪，实行数罪并罚。 2. 暴力干涉婚姻自由的行为，致使被害人死亡的，成立本罪的结果加重犯，即依然成立本罪，只不过法定刑加重。 <u>这里的“死亡”包括因暴力干涉婚姻自由而直接引起被害人自杀的情形。</u>

十七、强迫劳动罪

条文	<p>第 244 条：“以暴力、威胁或者限制人身自由的方法强迫他人劳动的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。 明知他人实施前款行为，为其招募、运送人员或者有其他协助强迫他人劳动行为的，依照前款的规定处罚。 单位犯前两款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。”</p>		
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	自然人和单位都可以成立本罪。	
	行为对象	他人，不限于本单位的职工，也即任何人都可以成为本罪的对象。例如，甲从马路上将不认识的乙拉到自己的工地，并强迫乙为其工作，甲的行为可以成立本罪。	
	行为类型	直接强迫劳动	<ol style="list-style-type: none"> 其中限制人身自由是指将他人的人身自由控制在一定范围、一定限度内的方法。例如，不准他人外出，不准他人参加社交活动等。 如果采取剥夺人身自由的方法（如将他人长时间关闭在车间里），则成立非法拘禁罪与本罪的想象竞合犯。 既遂标准：强迫行为使被害人开始从事其不愿意从事的劳动的，成立本罪的既遂。 行为人是否提供劳动报酬，不影响本罪的成立。 责任形式为故意，不要求具有特定的目的与动机。
		协助强迫劳动	<ol style="list-style-type: none"> 明知他人以暴力、威胁或者限制人身自由的方法强迫他人劳动，而为其招募、运送人员或者以其他方式协助强迫他人劳动³⁹。 上述行为属于帮助犯的量刑规则（不属于帮助犯正犯化），仍属于帮助犯，需坚持共犯从属性原则，其成立帮助犯是以被害人被他人强迫劳动为前提。

39 2017 年卷二 15 题 D 项：丁明知工厂主熊某强迫工人劳动，仍招募苏某等人前往熊某工厂做工。丁未亲自强迫苏某等人劳动，不构成强迫劳动罪。该项属于错误选项，丁构成强迫劳动罪。

十八、雇用童工从事危重劳动罪

条文	<p>第 244 条之一：“违反劳动管理法规，雇用未满 16 周岁的未成年人从事超强度体力劳动的，或者从事高空井下作业的，或者在爆炸性、易燃性、放射性、毒害性等危险环境下从事劳动，情节严重的，对直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。</p> <p>有前款行为，造成事故，又构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。”</p>	
概念	<p>雇用童工从事危重劳动罪，是指违反劳动管理法规，雇用未满 16 周岁的未成年人从事超强度体力劳动的，或者从事高空、井下作业的，或者在爆炸性、易燃性、放射性、毒害性等危险环境下从事劳动，情节严重的行为。</p>	
成立条件 (犯罪构成)	行为对象	<p>未满 16 周岁的童工。</p>
	行为类型	<p>1. 雇用未满 16 周岁的未成年人从事超强度体力劳动； 2. 雇用未满 16 周岁的未成年人从事高空、井下作业； 3. 雇用未满 16 周岁的未成年人在爆炸性、易燃性、放射性、毒害性等危险环境下从事劳动，情节严重。</p> <p>记忆口诀：超强体力、上天入地、危险环境。</p>
	行为方式	<p>只要雇用就可以，不要求强迫。如果先雇用，然后又强迫劳动，就构成本罪和强迫劳动罪，数罪并罚。</p>
罪数	<p>非法雇用童工，造成事故，又构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。例如，雇用童工从事高空、井下作业，同时造成重伤、死亡事故，又成立重大责任事故罪的，数罪并罚。</p>	

十九、虐待被监管人罪

条文	<p>第 248 条：“监狱、拘留所、看守所等监管机构的监管人员对被监管人进行殴打或者体罚虐待，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。致人伤残、死亡的。依照本法第二百三十四条（故意伤害罪）、第二百三十二条（故意杀人罪）的规定定罪从重处罚。</p> <p>监管人员指使被监管人殴打或者体罚虐待其他被监管人的，依照前款的规定处罚。”</p>	
概念	<p>虐待被监管人罪，是指监狱、拘留所、看守所等监管机构的监管人员，对被监管人进行殴打或体罚虐待，或者指使被监管人殴打或体罚虐待其他被监管人，情节严重的行为。</p>	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	<p>监管机构的监管人员，既包括监狱、拘留所、看守所的监管人员，也包括缉捕戒毒所等监管机构的监管人员。</p>
	行为对象	<p>被监管人，既包括犯罪嫌疑人、罪犯，还包括被行政拘留、司法拘留的人员。</p>
	行为内容	<p>要求在执行职务的过程中实施殴打或体罚虐待行为。</p>
法律拟制	<p>虐待被监管人致使被害人伤残、死亡的 → 成立故意伤害罪、故意杀人罪。</p>	

二十、侵犯公民个人信息罪

条文	<p>第 253 条之一：“违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，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。</p> <p>违反国家有关规定，将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者提供给他人的，依照前款的规定从重处罚。</p> <p>窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的，依照第一款的规定处罚。</p> <p>单位犯前三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。”</p>	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	行为主体扩大：由国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗等单位的工作人员扩大到一般主体（例如律师、房屋中介人员、健身会所工作人员等一般工作者也可能成立本罪）。
	行为对象	公民个人信息。“公民”不包括单位和死者。
	行为方式	<ol style="list-style-type: none"> 1. 出售、提供（以违反国家规定为前提）。 2. 窃取或者其他非法手段获取（要求非法获取，如果向公安机关提供便于其查处犯罪的，阻却违法）。
	从重处罚情节	将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者提供给他人的，依照前款的规定从重处罚。
司法解释	<ol style="list-style-type: none"> 1. “公民个人信息”，是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息，包括姓名、身份证件号码、通信通讯联系方式、住址、账号密码、财产状况、行踪轨迹等。 2. 未经被收集者同意，将合法收集的公民个人信息向他人提供的，属于刑法第二百五十三条之一规定的“提供公民个人信息”，但是经过处理无法识别特定个人且不能复原的除外。 3. 通过购买、收受、交换等方式获取公民个人信息，或者在履行职责、提供服务过程中收集公民个人信息的，属于刑法第二百五十三条之一第三款规定的“以其他方法非法获取公民个人信息”。 	

二十一、破坏军婚罪

条文	<p>第 259 条：“明知是现役军人的配偶而与之同居或者结婚的，处三年以下有期徒刑或者拘役。</p> <p>利用职权、从属关系，以胁迫手段奸淫现役军人的妻子的，依照本法第二百三十六条（强奸罪）的规定定罪处罚。”</p>
概念	破坏军婚罪，是指明知是现役军人的配偶，而与之结婚或者同居的行为。

成立条件 (犯罪构成)	行为对象	<p>现役军人的配偶，是指现役军人的妻子或丈夫，即与现役军人登记结婚，建立了婚姻关系的人。</p> <p>1. 不包括仅与现役军人有婚约关系的“未婚夫”、“未婚妻”。</p> <p>2. 不包括男女朋友。</p>
	行为方式	<p>1. 结婚：是指与现役军人的配偶登记结婚，或者形成事实婚姻。</p> <p>2. 同居：是指在一定时期内与现役军人的配偶同居且共同生活。</p> <p>3. 同居不包括通奸行为。如果将这里的同居解释为包括通奸，属于不利于被告人的类推解释，应当禁止。</p>
	主观罪过	<p>责任形式为故意，行为人必须明知是现役军人的配偶而与之结婚或者同居。由于某种原因不知对方是现役军人的配偶，而与之结婚或者同居的，不构成本罪。</p>

▣ 二十二、虐待罪

条文	<p>第 260 条：“虐待家庭成员，情节恶劣的，处二年以下有期徒刑、拘役或者管制。犯前款罪，致使被害人重伤、死亡的，处二年以上七年以下有期徒刑。第一款罪，告诉的才处理，但被害人没有能力告诉，或者因受到强制、威吓无法告诉的除外。”</p>	
概念	<p>虐待罪，是指对共同生活的家庭成员，经常以打骂、冻饿、强迫过度劳动、有病不予治疗、限制自由、凌辱人格等手段，从肉体上和精神上进行摧残、折磨，情节恶劣的行为。</p>	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	<p>共同生活的同一家庭成员。</p> <p>【注意】该“家庭成员”可以作扩大解释，包括常年共同生活的管家、保姆、事实婚姻关系的“夫妻”。</p>
	行为对象	<p>同样为共同生活的同一家庭成员。</p>
	行为方式	<p>实施虐待行为。</p> <p>1. 虐待行为的内容必须表现为进行肉体上的摧残与精神上的折磨。例如，殴打、冻饿、强迫过度劳动、有病不予治疗、侮辱、咒骂、讽刺、不让参加社会活动等。</p> <p>2. 虐待行为必须具有经常性、一贯性，偶尔一次不成立本罪。</p>
结果加重犯	<p>本条第 2 款：“犯前款罪，致使被害人重伤、死亡的，处二年以上七年以下有期徒刑。”所谓致使被害人重伤、死亡，是指由于被害人经常受虐待逐渐造成身体的严重损伤或导致死亡，或者由于被害人不堪忍受虐待而自杀、自伤，造成死亡或重伤。</p>	
第 3 款解读	<p>1. 虐待罪原则上属于亲告罪。</p> <p>2. 虐待罪自诉转公诉的情形增加：</p> <p>(1) 虐待致人重伤、死亡；</p> <p>(2) 被害人没有能力告诉，或者因受强制、威吓无法告诉的。例如，被虐待者为婴幼儿或者行动不便、知识水平退化的老人，这些人没有能力告诉，所以这种情形的虐待罪转为公诉案件。</p> <p>3. 本条的修正从《刑法》总则 98 条规定的针对告诉才处理的内容（即本法所称告诉才处理，是指被害人告诉才处理。如果被害人因受强制、威吓无法告诉的，人民检察院和被被害人的近亲属也可以告诉）中脱颖而出，虐待罪中的“因受强制、威吓无法告诉的”不再是人民检察院和近亲属可以告诉，而是转为公诉案件。</p>	

二十三、虐待被监护、看护人罪

条文	<p>第 260 条之一：“对未成年人、老年人、患病的人、残疾人等负有监护、看护职责的人虐待被监护、看护的人，情节恶劣的，处三年以下有期徒刑或者拘役。</p> <p>单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。</p> <p>有第一款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”</p>	
概念	<p>虐待被监护、看护人罪，是指对被监护、看护的人，经常以打骂、冻饿、强迫过度劳动、有病不予治疗、限制自由、凌辱人格等手段，从肉体上和精神上进行摧残、折磨，情节恶劣的行为。</p>	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	<p>对未成年人、老年人、患病的人、残疾人等负有监护、看护职责的人。</p> <p>例如，学校的老师（包括幼儿园的幼师）、医院的医生、养老院的护理人员、家里的护工保姆等都可以成为本罪的犯罪主体。</p>
	行为对象	<p>被监护、看护的人。例如，幼儿园小朋友、养老院的老人、孤儿院的孤儿等。</p>
	行为方式	<p>参考上述的虐待罪相关内容。</p>
本罪与虐待罪的区别	<ol style="list-style-type: none"> 1. 两罪侵犯的法益不同：本罪侵犯的法益是被监护人、被看护人的人身权利；而虐待罪既侵害了受害者的人身权利，也侵害了家庭成员之间的亲密关系。 2. 犯罪主体不同：本罪主体为有监护、看护职责的非家庭成员，单位也可以成立本罪主体；而虐待罪的主体是同一的家庭成员，彼此之间存在一定的亲属关系或者抚养关系，且只有自然人可以成为虐待罪的主体。 3. 想象竞合时的处罚不同：触犯本罪同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚；虐待致使被害人重伤、死亡的，还是以虐待罪定罪处罚。 4. 案件告诉方式不同：本罪属于公诉案件，虐待罪原则上是亲告罪。 5. 量刑不同：本罪，处三年以下有期徒刑或者拘役；虐待罪，处二年以下有期徒刑、拘役或者管制。本罪量刑要重于虐待罪，原因是本罪的社会危害性更大。 	
司法解释	<p>对未成年人、残疾人负有监护、看护职责的人组织未成年人、残疾人在体育运动中非法使用兴奋剂，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百六十条之一规定的“情节恶劣”，以虐待被监护、看护人罪定罪处罚：</p> <ol style="list-style-type: none"> (一) 强迫未成年人、残疾人使用的； (二) 引诱、欺骗未成年人、残疾人长期使用的； (三) 其他严重损害未成年人、残疾人身心健康的情形。 	



第十一章

财产犯罪

一、概述

(一) 重点财产犯罪的体系图：

财产 犯罪	取得型	是否存在 非法占有目的	有	转移占有型	完全违背 意志	抢劫罪、抢夺罪、盗窃罪
					瑕疵违背 意志	诈骗罪、敲诈勒索罪
			变占有为所有型	侵占罪、职务侵占罪		
	毁弃型		无	故意毁坏财物罪、破坏生产经营罪		
不履行债务型		拒不支付劳动报酬罪				
提示	上述众多财产犯罪中，抢劫罪、盗窃罪、诈骗罪是最为核心的罪名					

(二) 关于非法占有目的：

1. 取得型财产犯罪与毁弃型财产犯罪的区别在于：有无非法占有目的。如果有，则是取得型财产犯罪，如盗窃罪；如果没有，则是故意毁坏财物罪。

2. 非法占有目的，是指排除权利人，将他人的财物作为自己的财物进行支配，并遵从财物的用途进行利用、处分的意思。

非法占有目的 = 排除意思 + 利用意思	
排除 意思	<p>是指具有可罚性的将权利人“撇在一边”，妨害他人对财物的管理、利用的意思。</p> <p>1. 行为人虽然只有一时使用的意思，但没有返还的意思，可成立犯罪。 例如：盗用他人轿车，开到目的地后，将轿车抛弃在目的地的，存在排除意思。可成立盗窃罪。</p> <p>2. 行为人一段时间使用，用完再还回来对权利人而言已经失去价值，可成立犯罪。 例如：甲在 2022 年法考前窃取乙正在使用的 2022 年法考指导用书（不考虑数额），即使具有归还的意思，且在 2022 年法考结束后归还的，成立盗窃罪。</p> <p>3. 没有排除意思属于盗用、骗用行为，不成立盗窃罪。 例如：盗用他人自行车去买酱油，然后放回原地。</p>

利用 意思	<p>是指按照财物自身可能具有的用途加以利用、处分，享有财物可能产生的某种利益的意思。</p> <p>例 1：男性基于癖好窃取女士内衣的，虽然不是基于遵从内衣的经济用途进行利用、处分的意思，但仍然具有利用意思，仍然成立盗窃罪。</p> <p>例 2：为了燃柴取暖而窃取他人家具的，具有利用意思。</p> <p>例 3：甲和乙互殴，乙拿起手机准备报警，甲顺势夺了过来，继续殴打乙。将乙打服之后离开的路上发现乙的手机在自己的口袋中，顺势就将乙的手机扔进了垃圾桶。甲没有利用意思，只有排除意思，成立故意毁坏财物罪。</p> <p>【注意】（损人不利己的案件）把人家的东西藏起来，自己不用也不让主人用，构成故意毁坏财物罪。</p> <p>例如：甲盗窃乙的汽车，不是想自己用，而是不想让乙用，将汽车藏在了很难让人发现的山洞里。这种损人不利己的行为构成故意毁坏财物罪。</p>
----------	---

二、抢劫罪

条文	<p>第 263 条：“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产：</p> <p>（一）入户抢劫的；</p> <p>（二）在公共交通工具上抢劫的；</p> <p>（三）抢劫银行或者其他金融机构的；</p> <p>（四）多次抢劫或者抢劫数额巨大的；</p> <p>（五）抢劫致人重伤、死亡的；</p> <p>（六）冒充军警人员抢劫的；</p> <p>（七）持枪抢劫的；</p> <p>（八）抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的。”</p> <p>第 267 条第 2 款：“携带凶器抢夺的，依照本法第 263 条的规定定罪处罚。”</p> <p>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，以抢劫罪论处。”</p> <p>第 289 条：“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。”</p>		
概念	<p>抢劫罪，是指以非法占有为目的，以暴力、胁迫或者其他方法，强取公私财物的行为。本罪不仅侵犯了他人财产，而且侵犯了他人的人身权利。这既是抢劫罪区别于其他财产犯罪的重要标志，又使抢劫罪成为财产罪中最严重的犯罪。</p>		
成立条件 (犯罪构成)	事前型	结构图	<p>实施暴力、胁迫等强制手段→压制被害人反抗→被害人因无法反抗而放弃财物→行为人取得财物。</p>
	行为主体		<p>已满 14 周岁的自然人，对于已满 14 周岁未满 16 周岁的人是否能成立转化抢劫？司法解释所持的是否定观点（下文详述）。</p>

成立条件 (犯罪构成)	事前型	行为对象	<p>包括有形财物以及财产性利益。例如，甲乘坐出租车后使用暴力迫使司机乙放弃出租车费的，成立抢劫罪。</p> <p>【注意】 为了继承遗产而杀害被继承人或其他继承人的，成立故意杀人罪，不能成立抢劫罪。理由：这种行为并不是通过暴力行为直接进行财产转移。</p>
		暴力方法	<p>1. 是指对被害人不法行使有形力，使其不能反抗的行为。例如，殴打、捆绑、伤害、禁闭等。</p> <p>2. 抢劫罪中的暴力只能是最狭义的暴力 → 足以压制反抗的暴力，不要求事实上压制反抗，更不要求具有危害人身安全的性质。</p>
		胁迫方法	<p>1. 是指以恶害相通告，使被害人产生恐惧心理因而不反抗的行为，这种胁迫也应达到足以压制对方反抗的程度。例如，甲在路边拦住乙说：“给钱，否则我弄死你”。乙生性胆小便马上将自己的财物交给了甲，甲成立抢劫罪。</p> <p>2. 恶害是指对被害人生命、身体、自由的加害。如果以当场立即实现损毁名誉等非暴力内容进行威胁的，不成立抢劫罪。例如，甲拦住乙说：“我有你的裸照，给我10万块，否则我将其播放在市中心的LED大屏幕上”。即使乙给了钱，甲也不成立抢劫罪，因为这种行为难以达到压制反抗的程度，甲可成立敲诈勒索罪。</p>
		行为内容	<p>是指除暴力、胁迫以外的造成被害人不能反抗、不知反抗的其他强制方法。</p> <p>1. 麻醉、醉酒式的抢劫。</p> <p>例如，甲采用药物、酒精使乙暂时丧失自由意志，然后劫走财物，甲成立抢劫罪。</p> <p>【注意】 但是如果是被害人自己陷入麻醉、醉酒状态的，行为人单纯利用这种状态拿走财物的，不成立抢劫罪，成立盗窃罪。</p> <p>2. 非法拘禁式的抢劫。</p> <p>例如，丙将丁反锁在卧室使之不能出来，进而取得丁家的财物的，丙成立抢劫罪。</p>
		强取财物	<p>1. 是指违反被害人的意志将财物转移给自己或者第三者占有。</p> <p>2. 因果关系：成立抢劫罪既遂，行为人以暴力、胁迫等强制手段压制被害人的反抗，与夺取财产之间必须存在因果关系。</p> <p>例如，甲欲采用拘禁的方式抢劫乙占有的财物，将乙反锁在卧室里，然后拿走客厅的财物，但是在这个过程中乙一直在卧室熟睡，没有醒过来。甲构成抢劫罪（未遂）和盗窃罪（既遂），并罚。</p>

成立条件 (犯罪构成)	事前型	主观罪过	<p>责任要素除故意外，还要求具有非法占有目的。</p> <p>1. 行为人出于其他目的实施暴力行为，暴力行为致人昏迷或者死亡，然后产生非法占有财物的意图，进而取走财物的，不成立抢劫罪。【司法解释】先强奸或伤害，被害人未失去知觉，利用被害人不能反抗、不敢反抗的处境，临时起意使用暴力或胁迫劫取财物，构成强奸罪（或故意伤害罪）和抢劫罪，数罪并罚；被害人失去知觉或者没有发觉，临时起意拿走财物，构成强奸罪（或故意伤害罪）和盗窃罪，数罪并罚。</p> <p>2. 行为人出于其他故意，于正在实施暴力、胁迫的过程中（暴力、胁迫没有结束时）产生夺取财物的意思，并夺取财物的，则成立抢劫罪。例如，甲以其他故意捆绑乙后，在捆绑状态持续期间取得乙财物的，由于暴力行为仍在持续，成立抢劫罪。</p> <p>3. “非法占有目的”的例外： 根据刑法第 289 条的规定，在实行聚众“打砸抢”行为过程中，毁坏公私财物的，即使没有非法占有目的，对首要分子也应认定为抢劫罪。</p>
	事后型	前提条件： 犯盗窃罪、 诈骗罪、 抢夺罪。	<p>1. “犯盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪”并不意味着行为事实上已经构成盗窃、诈骗、抢夺罪的既遂，而是意味着行为人有实施犯盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪的行为与故意。</p> <p>例如，甲盗窃了乙 100 块钱，乙发现后追赶，甲为了抗拒抓捕而拿出匕首刺伤了乙，虽然甲之前盗窃了 100 块的行为由于数额原因不属于盗窃罪既遂，但是之后的行为同样成立转化抢劫。</p> <p>2. 三罪转化为抢劫罪，要求三罪达到着手的程度。 三罪要求着手实行，但不要求既遂。即三罪在预备阶段不转化抢劫，但在未遂时所取财物数额不大时可以转化抢劫。</p> <p>例如，甲准备进入乙家的卧室行窃，在翻乙家墙的时候被乙发现并追赶，甲为了抗拒抓捕将乙打成重伤，由于甲没有达到着手程度（因为翻墙属于预备阶段），所以不转化抢劫，甲成立盗窃罪的预备和故意伤害罪，数罪并罚。</p> <p>【注意】盗窃、诈骗、抢夺的着手只是其成立事后抢劫的一个前提条件。而抢劫罪（事后型）的着手仍以开始实施暴力、胁迫为起点。也即，上述两个“着手”的含义不同。</p> <p>3. 三罪行为须具有财产犯罪的属性，符合盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪这三个财产犯罪的构成要件，才可以转化为抢劫。因为只有财产性质的犯罪转化为重罪抢劫罪（也是财产犯罪）才合乎逻辑，如果将非具有财产性质的犯罪行为转化为重罪抢劫罪的话，有处罚过当之嫌！</p> <p>例 1、盗伐林木的行为符合盗窃罪的构成要件，可以转化为抢劫罪。 例 2、信用卡诈骗罪、贷款诈骗罪等金融诈骗罪符合诈骗罪的构成要件，也可以转化为抢劫罪。 例 3、盗窃尸体罪、盗窃枪支罪、招摇撞骗罪、抢夺国有档案罪、骗取出入境证件的行为等，不具有保护财产法益的性质，不具有财产犯罪属性，所以不能转化为抢劫罪。</p> <p>4. 已满 14 周岁不满 16 周岁的人能否成为事后抢劫的行为主体？ 2006 年 1 月 11 日《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定“已满 14 周岁不满 16 周岁的人盗窃、诈骗、抢夺他人财物，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，当场使用暴力，故意伤害致人重伤或者死亡，或者故意杀人的，应当分别以故意伤害罪或者故意杀人罪定罪处罚。”</p>

成立条件 (犯罪构成)	事后型	主观目的: 为了抗拒抓捕、窝藏赃物、毁灭罪证	<p>不具有上述目的的，不转化抢劫。</p> <p>例如，丙盗窃了丁的财物，被丁发现后而破口大骂，丁骂的实在难听，丙内心受到了前所未有的刺激，出于泄愤而将丁打成重伤。丙不具有上述三大目的，所以不转化抢劫，而是成立盗窃罪和故意伤害罪，数罪并罚。</p> <p>【注意 1】只需具备三大目的任何一个即可。</p> <p>【注意 2】目的是否实现不影响抢劫罪的成立。</p>
		客观条件: 当场使用暴力或暴力相威胁	<p>1. “当场”是指行为人实施盗窃、诈骗、抢夺行为的现场以及行为人刚离开现场即被他人发现并抓捕的情形。当场 = 当时 (时间要求) + 现场 (空间要求)</p> <p>(1) 行为人实施盗窃等行为后，离开现场的时间短暂而被警察、被害人等发现的，也应认定为当场。例如，甲入室盗窃后，刚走到小区门口，被害人追赶过来，甲为了抗拒抓捕将其打成重伤，成立转化抢劫。</p> <p>(2) 行为人实施盗窃等行为后，离开现场一定距离，基于其他原因偶然被警察或者被害人等发现的，不属于当场。例如，乙入室盗窃后，驱车来到某酒吧，正值把酒言欢之际被例行检查的警察发现赃物，甲为了抗拒抓捕将警察打成重伤，不属于当场，甲不成立转化抢劫。</p> <p>(3) 行为人实施盗窃等行为后，虽未离开现场，但是时间间隔较长的，不属于当场。例如，小偷在富豪家偷东西后在其别墅的某个阁楼住了几天才被发现，时间过长，不转化抢劫。</p> <p>【注意 1】追捕过程中即使出现短暂中断，但只要行为人没有完全、彻底摆脱追捕人（即具有追捕的连续性），就应该认定为属于“当场”的含义。</p> <p>【注意 2】先前的盗窃等罪属于连续犯时，应该如何定罪？</p> <p>案例: 甲在 A 镇盗窃 2 个电瓶（每个价值 4000 元）放在面包车中后，开车来到 B 镇继续盗窃第 3 块电瓶时被巡逻警察发现并抓捕，甲为了抗拒抓捕将警察打成轻伤。</p> <p>分析: 针对每一块电瓶，甲共计实施了 3 次盗窃行为，属于连续犯。盗窃行为之间具有紧密性，但是只有第 3 次盗窃行为和暴力之间具有时间和空间的紧密性。也即先前的盗窃等行为的罪数判断与暴力行为是否属于“当场”含义的认定，这是两个独立不同的问题。</p> <p>结论: 甲之前 2 次盗窃成立盗窃罪，后一次盗窃由于当场实施暴力而成立事后型抢劫罪，两罪数罪并罚。</p> <p>【注意 3】行为人的诈骗行为和被害人交付财物的行为不在同一时间、同一地点时，上述两种行为时的当场都可以转化抢劫。因为诈骗罪构成要件中包括欺骗和取财行为，所以这两部分均属于诈骗罪中的“当场”。</p>

<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>事后型</p>	<p>客观条件: 当场使用暴力或暴力相威胁</p>	<p>2. 使用暴力或者以暴力相威胁, 与一般抢劫的暴力或暴力相威胁性质相同。</p> <p>(1) 暴力、威胁的对象只能是人, 不能是财物。例如, 甲盗窃了乙的财物, 乙随即发现, 并让自己的爱犬“小黑”追赶甲。甲为了抗拒抓捕, 一脚将小黑踢死。甲对财物(狗属于主人的财物)实施暴力, 不转化抢劫。</p> <p>(2) 暴力、威胁的对象只能是“他人”, 不包括自己。例如, 丙偷到丁的财物后, 丁追赶, 丙用刀刺破自己手臂, 并对丁说: “你再追, 我就死在你面前。”丁见丙鲜血直流, 一下愣住了。丙迅速逃离现场, 则该盗窃不转化抢劫。</p> <p>(3) 暴力要求达到足以压制对方反抗的程度, 才可以转化抢劫。例如, 甲偷了乙的财物, 乙追赶, 甲回身给了乙一耳光并说: “你妹的, 叫你追老子”。这一耳光将乙打懵了(没反应过来), 甲趁机逃走。耳光的暴力程度不高, 不转化抢劫。</p> <p>(4) 根据司法解释: 以摆脱的方式逃脱抓捕, 暴力强度较小, 未造成轻伤以上后果的, 可不认定为“使用暴力”, 不以抢劫罪论处。</p>
<p>抢劫罪既遂与未遂界限</p>	<p>1. <u>司法解释的观点</u>: 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; 既未劫取财物, 又未造成他人人身伤害后果的, 属抢劫未遂。</p> <p>2. <u>其他观点</u>: 以行为人取得(控制)被害人财物为既遂标准; 造成轻伤但未取得财物的, 依然属于抢劫未遂。</p> <p>【提示】 根据司法解释相关规定, 除了“抢劫致人重伤、死亡”之外, 其他7种抢劫罪的加重类型均存在既遂、未遂问题。如果出现未遂, 适用加重类型的法定刑, 同时结合未遂犯的处理原则进行量刑。</p>		
<p>法定升格条件</p>	<p>入户抢劫</p>	<p>1. “入户抢劫”, 是指为实施抢劫行为而进入他人生活的与外界相对隔离的住所, 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。</p> <p>2. “户”是家庭住所, 根据司法解释规定, 以下<u>不属于</u>“户”的范畴。例如, 集体宿舍、旅店宾馆、临时搭建工棚、商店、刚装修好但无人居住的新房等。【总结】户的特点: (1) 居住性; (2) 相对隔离性。</p> <p>3. 入户要具有非法性, 否则不成立入户抢劫。进入他人住所时须具有实施抢劫等财产犯罪为目的。</p> <p>(1) 司法解释⁴⁰: 以侵害户内人员的人身、财产为目的, 入户后实施抢劫(包括转化抢劫), 均应当认为入户抢劫。</p> <p>(2) 没有以上目的而入户, 在户内临时起意实施抢劫的, 不属于入户抢劫。因访友办事等原因经户内人员允许入户后, 临时在户内实施抢劫的, 不属于入户抢劫。</p>	

40 张明楷: 《刑法学》第六版下册, 法律出版社2021年版, 第1294页。

法定升格条件	入户抢劫	<p>4. 既然是入户抢劫，暴力、胁迫等强制行为必须发生在户内。</p> <p>5. 根据司法解释：（半商半住）对于部分时间从事经营、部分时间用于生活起居的场所：</p> <p>（1）行为人在非营业时间强行入内抢劫或者以购物等为名骗开房门入内抢劫的，应认定为“入户抢劫”；</p> <p>（2）行为人进入生活场所实施抢劫的，应认定为“入户抢劫”；</p> <p>（3）如场所之间没有明确隔离，行为人在营业时间入内实施抢劫的，不认定为“入户抢劫”，但在非营业时间入内实施抢劫的，应认定为“入户抢劫”。</p>
	在公共交通工具上抢劫	<p>1. 公共交通工具要求具有公共性和运营性。</p> <p>2. 从事旅客运输的各种公共汽车，大、中型出租车，火车、船只、飞机等属于“公共交通工具”。</p> <p>3. 小型出租车不属于“公共交通工具”。</p> <p>4. 在公共交通工具上抢劫，要求暴力、胁迫等强制行为必须发生在交通工具上。</p> <p>5. 盗窃、诈骗、抢夺后，随即在公共交通工具上实施事后抢劫的，也属于在公共交通工具上抢劫。如果是下车后实施事后抢劫的，则不属于在公共交通工具上抢劫。</p> <p>6. 司法解释：对于虽不具有商业营运执照，但实际从事旅客运输的大、中型交通工具，可认定为“公共交通工具”。接送职工的单位班车、接送师生的校车等大、中型交通工具，同样视为“公共交通工具”。</p>
	抢劫银行或者其他金融机构	<p>1. 抢劫对象须是经营资金。</p> <p>2. 仅仅抢劫银行的办公用品不属于“抢劫银行”。</p> <p>3. 抢劫银行大厅储户身上的现金，也不属于“抢劫银行”。</p>
	抢劫致人重伤、死亡	<p>1. 致人重伤、死亡的主观心态包括故意和过失。</p> <p>2. 因果关系：要求抢劫行为与重伤、死亡之间具备直接性要件，且行为人对重伤、死亡具有预见可能性。例如，甲开枪射击乙进而实施抢劫，乙疯狂逃命，狠狠撞到电线杆上死亡。甲属于抢劫致人死亡。</p> <p>3. 必须是抢劫行为（压制反抗的行为和取财行为）导致的重伤或死亡，否则数罪并罚。例如，甲抢劫乙的财物，偶然发现乙是自己的杀父仇人，然后将其杀死。甲成立抢劫罪、故意杀人罪，并罚。</p> <p>4. “致人重伤、死亡”中的“人”不限于被害人本人，也包括其他人。例如：第三人帮助被害人阻拦抢劫，为了排除障碍，杀死第三人。</p> <p>【注意】在抢劫过程中误伤、误杀同伙，属于偶然防卫的，不成立抢劫致人重伤、死亡⁴¹。</p>

41 张明楷：《刑法学》第六版下册，法律出版社2021年版，第1294页。

法定升格条件	冒充军警人员抢劫	<p>1. 是指冒充军人或警察抢劫。</p> <p>2. 冒充军警人员抢劫，既包括身穿军警人员制服抢劫，也包括没有身穿制服却声称自己是军警人员而抢劫；既包括军人冒充警察抢劫，也包括警察冒充军人抢劫。</p> <p>3. 【注意】司法解释规定：军警人员利用自身真实身份实施抢劫的，不认定为“冒充军警人员抢劫”，应依法从重处罚。</p>
	持枪抢劫	<p>1. 是指使用枪支或者向被害人显示持有、佩带的枪支进行抢劫的行为。</p> <p>2. 这里的“枪”仅限于能发射子弹的真枪，不包括不能发射子弹的仿真枪支与其他假枪；但不要求枪中装有子弹（可以是空枪）。</p> <p>3. 因携带枪支抢夺而成立抢劫罪的，不属于持枪抢劫。</p>
司法解释	<p>实施“碰瓷”，当场使用暴力、胁迫或者其他方法，当场劫取他人财物，符合刑法第二百六十三条规定的，以抢劫罪定罪处罚。</p> <p>实施“碰瓷”，采取转移注意力、趁人不备等方式，窃取、夺取他人财物，符合刑法第二百六十四条、第二百六十七条规定的，分别以盗窃罪、抢夺罪定罪处罚。</p>	

三、抢夺罪

条文	<p>第 267 条：“抢夺公私财物，数额较大的，或者多次抢夺的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。</p> <p>携带凶器抢夺的，依照本法第二百六十三条（抢劫罪）的规定定罪处罚。”</p>	
概念	<p>抢夺罪是指以非法占有为目的，当场直接夺取他人紧密占有的数额较大的公私财物或多次抢夺的行为。</p>	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	<p>已满 16 周岁的自然人。已满 14 周岁不满 16 周岁的人对携带凶器抢夺的行为同样要承担抢劫罪的刑事责任。</p>
	行为对象	<p>他人紧密占有的财物。何为“紧密”占有？通常指财物与人的身体有接触。</p>
	行为方式	<p>1. 乘人不备型：例如，甲乘正在晨跑的乙不注意，快速夺取乙脖子上的金项链，然后迅速消失在雾霾之中。</p> <p>2. 乘人防备型：例如，在火车的候车大厅，女大学生乙坐在椅子上，甲欲非法占有乙的提包，乙瞪着大眼睛很警惕地看着甲并抱紧提包，但甲仍走上前一把从乙怀中夺走提包。虽然该女大学生时刻准备着，甲没有乘人不备，但甲仍构成抢夺罪。</p>

携带凶器抢夺的认定	携带凶器抢夺的，以抢劫罪定罪处罚。本规定属于法律拟制，而非注意规定。本款是把不符合抢劫罪的行为拟制为抢劫罪 ⁴² 。	
	凶器的含义与认定	<ol style="list-style-type: none"> 1. 凶器，是指在性质上或者用法上，足以杀伤他人的器物。 2. 性质上的凶器：主要是法律规定禁止个人携带的违禁品。例如，枪支、爆炸物、管制刀具。 3. 用法上的凶器：本来用途不是凶器，但是可以用于杀伤人的物品。例如，菜刀、砖块、钢管、斧子等。 4. 凶器会让他人产生害怕的感觉。 <p>例1、领带可能勒死人，但系着领带抢夺的，不属于携带凶器抢夺。这是因为一般人不会因为领带而产生危险感。</p> <p>例2、汽车可以撞死人，但是开车抢夺不属于携带凶器抢夺。</p>
	携带的含义与认定	<ol style="list-style-type: none"> 1. 携带是一种现实上的支配，要求行为人具有随时可以使用自己所携带凶器的可能性。例如，行为人手持凶器、怀中藏着凶器、将凶器置于衣服口袋、将凶器置于随身的手提包等容器中的行为无疑属于携带凶器。但是如果行为人将一把匕首放在了自己背着的密码箱（该密码箱有18道锁）中，不具有随时使用的可能性，则不属于携带凶器。 2. 不要求行为人显示凶器（将凶器暴露在身体外部），也不要求行为人向被害人暗示自己携带着凶器。如果显示或暗示有凶器，就属于胁迫手段，直接定抢劫罪。 3. 要求有对人使用的意图。例如，甲（藏民）背包里装了一把藏刀，路上临时起意夺走行人的手机，但是甲根本就没有使用藏刀的想法，不属于携带凶器抢夺。
抢夺与抢劫的关系	<p>根据司法解释：驾驶机动车、非机动车夺取他人财物，具有下列情形之一的，应当以抢劫罪定罪处罚：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 夺取他人财物时因被害人不放手而强行夺取的； 2. 驾驶机动车逼挤、撞击或者强行逼倒他人夺取财物的； 3. 明知会致人伤亡仍然强行夺取并放任造成财物持有人轻伤以上后果的。 	

四、盗窃罪

条文	<p>第264条：“盗窃公私财物，数额较大的，或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。”</p> <p>第265条：“以牟利为目的，盗接他人通信线路、复制他人电信码号或者明知是盗接、复制的电信设备、设施而使用的，依照本法第二百六十四条的规定定罪处罚。”</p>
----	---

⁴² 该拟制的理由：之所以设立该规定，是因为在抢夺案件中，被害人能够当场发现被抢夺的事实，而且在通常情况下会要求行为人返还自己的财物；而行为人携带凶器的行为，客观上为自己抗拒抓捕、窝藏赃物创造了便利条件，再加上主观上具有使用凶器的意识，使用凶器的可能性非常大，从而导致其行为的法益侵害程度与抢劫罪没有实质区别——张明楷《刑法学》第五版，996页。

概念	盗窃罪是指以非法占有为目的，窃取他人占有的数额较大的财物，或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的行为。	
成立条件 (犯罪构成)	行为对象	他人占有的财物。 对自己占有的财物不可能成立盗窃罪。自己占有的财物变为自己所有，成立侵占罪。
	行为手段	平和手段转移他人对财物的占有。是指手段不能对人身具有暴力、胁迫的性质。
	主观罪过	责任形式为故意，同时具有非法占有目的。 要求主观认识到财物“数额较大”。否则不成立盗窃罪。例如，甲将天价玉米（科研产品）误以为是普通玉米而窃取，不成立盗窃罪。
	占有的认定	1. 占有辅助者问题。 所有人对财物的占有不限于紧密占有、随身占有，处于其实力支配下且保持一定距离的占有也属于所有人自己的占有状态。 例如，秘书或者助理与上司同行时帮助上司提着公文包的，该公文包依然由上司占有。如果秘书或者助理拿着公文跑掉的，成立盗窃罪。
		2. 只要是在他人的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，他人住宅内、车内、信箱内的财物，即使他人完全忘记其存在，也属于他人占有。
		3. 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，甲在餐馆就餐时，将提包放在座位上，付款时忘记拿提包，或者离店时忘了拿提包，但只要时间短暂，就仍应认定甲仍然占有着自己的提包。如果此时服务员将提包拿走，成立盗窃罪。
4. 占有的转化：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 1、旅客遗忘在旅馆房间的财物，属于旅馆管理者占有，而非遗忘物。之后的旅客或清洁人员拿走的，属于盗窃。 例 2、甲遗忘在乙家的财物，由乙占有，不属于遗失物。第三人丙拿走的，属于盗窃。		
5. 关于死者的占有问题，争议的理论观点展示： 观点一：否定说 → 认为死者不能占有财物（尸体为物，物不能占有财物），拿走其财物的行为成立的是侵占罪。 观点二：肯定说 → 认为应当肯定死者对财物的占有状态，这是一种拟制。其他人拿走死者的财物都构成盗窃罪。 观点三：司法解释 → 先以杀人故意杀死被害人，临时起意当场拿走财物，构成故意杀人罪与盗窃罪，数罪并罚。如果离开现场， <u>日后</u> 返回现场拿走财物的，构成故意杀人罪与侵占罪，数罪并罚。		

<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>占有的 认定</p>	<p>6. 关于封缄物的占有。存在如下观点展示:</p> <p>(1) 委托人占有——受托人将财物转移的, 成立盗窃罪。</p> <p>(2) 受托人占有——受托人将财物转移的, 成立侵占罪或职务侵占罪。</p> <p>(3) 区分说(受托人占整体, 委托人占内部)——受托人将财物转移的, 成立侵占罪或职务侵占罪, 然后将内容物取走成立盗窃罪。前后二者往往具有牵连关系或者吸收关系, 按照重罪盗窃罪定罪处罚。【提示】该学说得到了学术界诸如张明楷、周光权等知名学者的认可, 同时在立法上也有类似支持⁴³。</p>
<p>盗窃罪的 其他类型</p>		<p>1. 多次盗窃; 2. 扒窃; 3. 携带凶器盗窃; 4. 入户盗窃。</p> <p>【注意】上述4种盗窃罪类型不要求数额标准。</p> <p>【司法解释1】对于入户盗窃但未实际窃得任何财物的, 应当以盗窃罪未遂论处。</p> <p>【司法解释2】盗窃正在使用中的社会机动车通行道路上和人员密集往来的场所以外其他场所的窨井盖, 且不属于故意伤害、故意杀人的情形, 数额较大, 或者多次盗窃的, 成立盗窃罪。如果是毁坏, 满足条件, 可以按照故意毁坏财物罪定罪处罚。</p>
<p>盗窃罪的 既遂标准</p>		<p>只要行为人取得、控制了财物, 就是盗窃既遂。</p> <p>1. 在状态上, 取得控制要求达到平稳状态。</p> <p>例1、甲在超市偷零食, 刚把零食放进挎包就被发现、被追捕, 此时不算既遂。</p> <p>例2、甲在超市偷零食, 把零食放进挎包没有人及时发现, 属于既遂。</p> <p>2. 财物体积大小直接影响取得、控制标准。</p> <p>例1、在商店行窃, 就体积很小的财物(如戒指、项链)而言, 行为人将该财物夹在腋下、放入口袋、藏入怀中时就是既遂。</p> <p>例2、体积很大的财物(如电视机、洗衣机等)而言, 一般只有将该财物搬出商店才能认定为既遂。</p> <p>3. 盗窃的环境也可以影响取得、控制标准。</p> <p>例如, 盗窃工厂内的财物, 如果工厂是任何人可以出入的, 则将财物搬出原来的仓库、车间时就是既遂; 如果工厂的出入相当严格, 出入大门必须经过检查, 则只有将财物搬出大门外才是既遂。</p>

43 《刑法》第253条第2款规定:“邮政工作人员私自开拆或者隐匿、毁弃邮件、电报而窃取财物的, 依照盗窃罪从重处罚”。所以, 在立法角度上是认为一旦属于封缄物, 就应该肯定委托人对内容物的占有。受托人私自获取其中内容物的, 可成立盗窃罪。

盗窃之公开
与秘密之争

关于盗窃罪到底能不能公开进行的这个问题，在法考中也算是针尖对麦芒“仇人般”地共存着，每位老师都有自己的不同观点，甚至学术界。例如，人民大学刘明祥教授、武汉大学何荣功教授等主张“明抢暗偷”的观点，认为盗窃不能公开进行；清华大学张明楷教授等主张盗窃罪完全可以公开进行，并提出其合理性。而实务中的通说观点仍是“明抢暗偷”，即盗窃不能公开进行（当然不否认极个别地方判决出现公开盗窃的结论）。最高人民法院指导案例——臧进泉盗窃案、李培峰抢劫、抢夺案、李智豪抢劫案等也都是坚持了通说观点。

关于公开式、零暴力转移他人财物的案例，在以往的真题中都有考查，但都是以观点展示的形式出现。例如，2013年卷二第60题：甲潜入他人房间欲盗窃，忽见床上坐起一老妪，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妪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

本题考查观点展示，依据不同观点得出不同结论，要求同学们对不同的学术观点都要有所了解。

再如，2016年卷二第18题：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，择一性甲的行为

本题正确选项D项也只是说在盗窃罪和抢夺罪中二选一，同样是尊重不同的观点，同样是学说展示型题目，根本没说定论。

综上，在法考刑法的备考学习中，上述两种观点的掌握势在必行。

微信、 支付宝	<p>盗窃他人手机，然后对他人微信、支付宝加以使用的归纳总结：</p> <p>本部分主要探讨盗窃罪和信用卡诈骗罪之间的关系，下文的信用卡诈骗罪部分这个问题就不再详述。</p> <p>(1) 问题一：盗窃手机 + 微信、支付宝没钱 + 将绑定的银行卡里的钱转账至自己账户，定盗窃罪。</p> <p>【理由】</p> <p>① 本案中沒有自然人被骗的问题。</p> <p>② 大家应该也注意到自己的银行卡通常有一个密码，而咱们用微信或支付宝付款时通常使用的是另一个密码（甚至指纹支付、刷脸支付）。所以利用的支付密码，这和银行卡密码本身没有关系，谈不上侵犯银行对信用卡的管理秩序。你在付钱的时候只需要输入支付密码或者指纹和刷脸，银行卡密码并不使用，银行卡的相关属性被无限弱化，其也就是相当于一个“钱包”，所以该行为不属于使用银行卡，故不成立信用卡诈骗罪，而应成立盗窃罪。</p> <p>(2) 问题二：盗窃手机 + 微信、支付宝没钱（也没绑定银行卡）+ 绑定他人银行卡 + 再通过微信、支付宝转账到自己微信、支付宝中，定盗窃罪。</p> <p>【理由】</p> <p>绑定他人银行卡时，确实是使用了他人银行卡号与密码，但是此时被害人没有损失，行为如果到此结束，行为人不构成犯罪。接下来就是重点：仍旧是利用微信、支付宝的密码转账，该行为还是没有使用被害人银行卡号与密码，所以依旧是盗窃罪。</p> <p>(3) 问题三：窃取他人信用卡信息 + 绑定信用卡 + 利用微信、支付宝付款消费，定盗窃罪。</p> <p>【理由】 同上，也是没有利用信用卡的账号与密码。</p> <p>(4) 问题四：盗窃手机 + 消费付款 + 微信、支付宝余额不足 + 选择绑定的银行卡直接扫码付款，定信用卡诈骗。如果涉及到大额消费需要输入微信、支付宝密码或者需要验证指纹、面部识别的话，仍旧是盗窃罪。</p> <p>【理由】 前者属于冒用他人信用卡的行为，成立信用卡诈骗罪。后者此时仍旧没有利用信用卡的账号与密码，还是盗窃罪。</p> <p>【上述问题的归纳总结】</p> <p>只要用的是微信和支付宝的密码（包括指纹和面部识别），没有使用银行卡的账号与密码的，均成立盗窃罪。</p>
------------	---

▣ 五、诈骗罪

条文	第 266 条：“诈骗公私财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。本法另有规定的，依照规定。”
概念	诈骗罪，是指以非法占有为目的，使用欺骗方法，骗取数额较大的公私财物的行为。

成立条件 (犯罪构成)	结构图	<p>行为人实施了欺骗行为→被害人陷入或维持了错误认识→被害人基于错误认识而处分了财产→行为人或第三人取得了财产→被害人或被害人丧失财产</p>
	欺骗行为	<p>1. 从形式上说欺骗行为包括两类，一是虚构事实，二是隐瞒真相；从实质上说则是使对方陷入处分财产的认识错误的行为。</p> <p>2. 欺骗行为的手段、方法没有限制，包括：语言欺骗 + 文字欺骗 + 肢体行为欺骗。</p> <p>3. 欺骗行为包括：作为 + 不作为。</p> <p>例如，乙向甲偿还了债务5万元。过后乙问甲：“我还没还你钱吧？”甲明知已经还钱仍答道：“还没还。”乙又给了甲5万元，甲构成不作为的诈骗罪。</p> <p>4. 对自己出卖的商品进行一般性夸张，不具有使他人处分财产的具体危险的行为，不是欺骗行为。</p> <p>例如，售楼人员声称房价会上涨而劝他人购买住房，即使房价后来下跌，或者声称本商场的商品价格比其他商场便宜，即使事实上贵于其他商场，也不能认定为欺骗行为。</p>
	对方产生错误认识	<p>1. 被害人必须具有处分能力与处分地位。对年龄很小的幼儿、严重的精神病患者、机器、动物等不可能成立诈骗，而应成立盗窃。</p> <p>例如，甲看见一个5岁的小姑娘手里拿着一部手机，便和小妹妹说“叔叔拿棒棒糖和你换好不好”，小姑娘答应并完成交换。甲成立盗窃罪而不是诈骗罪。</p> <p>2. 认识错误的内容必须是处分财产的认识错误，而不是任何错误(掉包、调虎离山式的盗窃)。</p> <p>例如，甲为金店老板，其子在店门口玩耍，乙为了取得金饰品急匆匆跑进店内，对正在吃饭的甲说：“门口右转的十字路口有个小孩被车撞了，快去看看是不是你家孩子？”甲听后随即冲出去。乙拿走几根金项链后逃走。乙成立盗窃罪。</p> <p>3. 受骗者对行为人所诈称的事项有所怀疑仍然处分财产的，也不影响诈骗罪的成立。</p> <p>例如，甲向球鞋收藏者乙说，自己有一双乔丹亲笔签名的AJ1经典篮球鞋(市场价20万元)，现在自己急需用钱5折出售。乙怀疑该鞋的真实性，但是由于价格实在是太具诱惑力便花钱购买下来。后经鉴定为高仿鞋。甲构成诈骗罪。</p>

成立条件 (犯罪构成)	被害人基于错误认识而处分财产	<p>1. 处分财产表现为直接交付财产、承诺行为人取得财产、承诺转移财产性利益、承诺免除行为人的债务等。</p> <p>例如，甲通过花言巧语欺骗乙，乙将自己身上所有的财物直接交给甲。</p> <p>2. 受骗者的处分行为，只要是使财物或者财产性利益转移给行为人或者第三者占有就够了，不要求有转移财产的所有权或其他本权的意思表示。</p> <p>例如，甲以不法所有为目的，欺骗乙说：“借我开两天你的奔驰车，我把那女孩追上之后就还你。”乙答应借出。甲开车就跑掉了。甲构成诈骗罪。这属于“名为借、实为骗”。乙放弃的是占有权，没有放弃所有权，但是甲主观上想获取的是所有权，当客观上获取占有权后立即实现了所有权，仍构成诈骗罪。</p> <p>3. 受骗者处分财产时必须具有处分意识，即认识到自己将某种财产转移给行为人或者第三者占有，否则不成立诈骗罪。</p> <p>例如，郑某冒充银行客服发送短信，称某某手机银行即将失效，需重新验证。张某信以为真，按短信提示输入银行卡号、密码等信息后，又将收到的编号为135423的“验证码”输入手机页面。后张某发现，其实是将135423元汇入了郑某账户。本案成立盗窃罪。</p> <p>【延伸】关于处分意识的观点展示问题。</p> <p>观点一：基本的处分意识说，即认识到自己将某种财产转移，但不要求对财产的数量、价格等具有完全的认识⁴⁴。</p> <p>观点二：完整的处分意识说，即不仅认识到自己将某种财产转移，还要求对财产的数量、价格等具有完整的认识⁴⁵。</p> <p>案例：在卖鱼老板甲不知情的情况下，收鱼者乙在称上做了手脚，使得1000斤的鱼显示800斤。乙只交付800斤的鱼钱。</p> <p>结论：按照观点一，甲知道处分的是鱼，对数量即使没有完整的认识，也可以评价为具有处分意识，所以乙成立诈骗罪。</p> <p>按照观点二，甲对于鱼的数量没有全面认识，所以没有处分意识，因此乙只能成立盗窃罪。</p>
	取得财产	<p>1. 积极财产的增加。</p> <p>例如，将被害人的财物转移为行为人或者第三者占有。</p> <p>2. 消极财产的减少。</p> <p>例如，使对方免除或者减少行为人或者第三者的债务。</p> <p>3. 行为人或者第三人都可以取得财产。</p>

44 张明楷：《刑法学》（第五版），法律出版社2016年版，1003页。

45 周光权：《刑法各论》（第三版），中国人民大学出版社2016年版，第126页。

<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>丧失财产</p>	<p>1. 通过欺骗方法使他人免除<u>非法债务</u>的，不存在财产损失，不成立诈骗罪。</p> <p>例 1、甲原本就没有支付嫖宿费的意思，欺骗卖淫女乙使之提供性服务的，不成立诈骗罪。</p> <p>例 2、甲原本打算支付嫖资，与对方实施性行为后，又采取欺骗手段使对方免收嫖资的，也不成立诈骗罪。</p> <p>例 3、甲向卖淫者乙支付了嫖资后，使用欺骗手段骗回嫖资的，成立诈骗罪。</p> <p>2. 行为人提供了相当的给付，但受骗者的交换目的基本未能实现，认定为有财产损失，成立诈骗罪。</p> <p>例如，医生甲欺骗乙患肝炎，进而将价值 1 万元药品卖给乙的，由于乙的交换目的没有实现，故甲成立诈骗罪。</p> <p>3. 行为人实施欺骗行为，导致受骗者就所交付财产的用途和内心所期待的<u>不一致</u>时，也应认为存在财产损失，行为人的行为成立诈骗罪。</p> <p>例如，甲声称将募捐的钱交给灾民，但事实上将募捐的钱交给父母的，成立诈骗罪。</p>
<p>特殊类型的 诈骗行为</p>	<p>三角诈骗 与盗窃罪 间接正犯</p>	<p>(1) 图表展示与分析：</p> <div style="display: flex; justify-content: space-around; align-items: center;"> <div style="text-align: center;"> <p>行为人(骗子)</p> <p>三角诈骗</p> <p>被害人</p> <p>被骗人(有处分权)</p> <p>诉讼诈骗案</p> </div> <div style="text-align: center;"> <p>行为人(小偷)</p> <p>盗窃罪的间接正犯</p> <p>被害人</p> <p>被骗人(无处分权)</p> <p>公交车手机案</p> </div> </div> <p>为什么三角诈骗成立诈骗罪？一般的诈骗罪中，被骗人和被害人都是同一个人，也即一个人同时扮演了被骗人和被害人两个角色，那么可以肯定的是，在这种情形下，被骗人也是被害人，对自己的财产肯定是有处分权的，因此最终行为人成立诈骗罪；然而特殊情况下，我们将被骗人和被害人的角色分开，不再是同一个人扮演，那么在此种特殊情况下我们需要讨论的也就是：被骗人是否对被害人的财产有处分权？如果有处分权，那么这种特殊情况就和上述的一般情况（被害人同时是被骗人的情形）就一致了，因为此时的被骗人和上述第一种情况的本人一样，都有处分权，只不过被骗人的身份由他人扮演而已。所以当被骗人和被害人角色分开的时候，被骗人有处分权的，就相当于本人被骗一样，所以三角诈骗成立诈骗罪。我相信，这样去解释的话，绝大多数考生便能更好的理解三角诈骗的本质。</p> <p>(2) 结论：三角诈骗与盗窃罪的间接正犯的关键区分就在于被骗人对于被害人的财产是否有处分权。如果有，则属于三角诈骗；如果没有则属于盗窃罪的间接正犯。</p>

	三角诈骗 与盗窃罪 间接正犯	<p>三角诈骗的案例：</p> <p>例如，甲以提起民事诉讼为手段，提供虚假的陈述、出示虚假的证据，使法院做出有利于自己的判决，从而获得财产的行为，成立诈骗罪，同时由于刑九增加虚假诉讼罪，所以本案成立诈骗罪与虚假诉讼罪的想象竞合犯。</p> <p>盗窃罪的间接正犯的案例：</p> <p>例如，甲、乙、丙三人按照左、中、右的顺序坐在公交车座位上，三人由于工作辛苦，同时在车上睡着了。此时由于公交车司机的急转弯，导致丙手中的手机滑落掉地，但是丙由于睡得比较安稳，并没有觉察到，而此时甲却被惊醒了。但是由于手机掉在了乙的座位下面，甲实在不方便去捡，所以甲将熟睡的乙也叫醒并和乙说自己的手机不小心掉在乙的座位下，请乙帮忙捡一下，而乙出于热心，二话没说就弯腰将手机捡起并拿给了甲。甲拿到手机之后，便马上下车逃走。此案中可以肯定的是，被骗人是乙，被害人却是丙，这个时候判断乙是否对丙的手机享有处分权呢？答案，显然不具有处分权。那么本质上乙是完全被骗，从而成为了甲实施盗窃的工具，所以乙（工具）不构成犯罪，甲成立盗窃罪的间接正犯。</p>
特殊类型的 诈骗行为	无钱饮食问题 (霸王餐)	<ol style="list-style-type: none"> 1. 原本没有支付饮食费用的意思，而伪装具有支付费用的意思，欺骗对方，使对方提供饮食的，如果数额较大，成立诈骗罪（骗的是食物）。 例如，甲没打算支付餐费，却点了数额较大的食物，吃完后不付款。不管甲是明目张胆地拒不付款，还是乘机溜走，均成立诈骗罪，诈骗的对象是食物。 2. 原本具有支付饮食费用的意思，但是饭后发现自己没带钱，然后欺骗对方免除饭费的，成立诈骗罪（骗的是债权性利益）。 例如，甲约着朋友去吃饭，吃完饭后才发现自己没带钱，和饭店老板谎称自己哥哥是副市长，以后有啥事可以找自己，老板相信后为其买单。 3. 行为人原本具有支付饮食费用的意思，但在饮食后却不想付钱而逃跑。属于单纯逃债的行为，不成立犯罪。 例如，甲开始有支付费用的意思，吃完后不想付钱，趁着饭店人多而偷偷溜走（或是声称送走朋友后回来付款而乘机逃走）。店家没有因此而免除甲的债务，所以甲不成立诈骗罪。
	赌博诈骗	<p>概念：通过打假牌、控制牌局等方式诱使对方参赌，从而不法取得对方财物的行为。具体观点展示如下：</p> <p>观点一成立赌博罪。理由是：根据最高人民法院《关于设置圈套诱骗他人参赌、又向索还钱财的受害者施以暴力或暴力相威胁行为如何定罪问题的批复》精神，本案被告人以营利为目的，设置圈套、诈骗他人参赌，纠集多人进行赌博，属于刑法规定的聚众赌博行为。在赌博中使用欺诈手段是赌博罪的特点，打假牌仅是被告人在赌博过程中采用的一种手段行为，仍然是服务于赌博行为的，所以成立赌博罪更为适宜。</p> <p>观点二成立诈骗罪。理由是：赌博是用财物作注比输赢。这种输赢是存在偶然性的，对当事人来说是具有不确定性的。如果一方当事人对胜负结果了然于胸，那么就不能称其为赌博。本案中各被告人从赌博之初主观上就具有明确的非法占有他人财物的目的，客观上实施了诱使他人参与假赌博以骗取钱财的行为，此时的输赢结果已属必然，行为事实上是以赌博之名，行诈骗之实，完全符合诈骗罪的犯罪构成要件。</p>

<p>特殊类型的 诈骗行为</p>	<p>二维码 案件</p>	<p>被告人甲偷偷把商户的微信、支付宝二维码换成了自己的二维码，商户直到月底结款的时候才发现，顾客付款时实际上将货款支付给了甲。甲通过这种方式默默在家收取了 70 余万元。</p> <p>观点一：(张明楷教授观点) 成立诈骗罪。属于新类型的三角诈骗，有别于传统三角诈骗。区别主要在于，传统三角诈骗是被骗人处分了被害人的财物，造成被害人财产损失；而本案的奇特之处是，被骗人处分的是自己的财物(购物款)却造成了被害人(店主)的损失。二者相同地方在于被骗人对财物都是有处分权的，所以依据是诈骗行为导致财产损失，成立诈骗罪更合适。</p> <p>观点二：(司法实践中主流观点) 成立盗窃罪。其中，第一类观点采“盗窃罪说”，具体又分为“一般盗窃说”和“盗窃罪的间接正犯说”。“一般盗窃说”认为，偷换二维码的行为相当于偷换商家收银箱，商家让顾客扫描支付，是商家没有发现二维码被调包，非主观上自愿向行为人的二维码交付财物。顾客基于商家的指令，当面向商家提供的二维码转账付款，其结果由商家承担。所以，此类案件系典型的一般盗窃案件。“盗窃罪间接正犯说”则主张，行为人通过利用顾客的付款行为窃取了商家的财物，故顾客是被行为人利用来进行盗窃的工具，行为人应以盗窃罪的间接正犯论处。</p> <p>观点三：成立侵占罪。认为此类案件，首先不成立诈骗罪的关键在于，顾客只对商户存在认识，只有将支付款物转移给商户的处分意识，不具有处分被害人财产的权限或者地位；而商户又不存在面向行为人的处分行为和处分意识。其次，亦不能成立盗窃罪。理由在于，顾客支付的款项自始至终没有进入商户的账号，而是直接进入了行为人的账号，商户从来没有占有过付款，并不符合盗窃罪侵害占有、建立新的占有的行为本质。根据罪刑法定原则和法益保护主义，此类案件可以解释成立侵占罪。根据在于，行为人对非法取得的商户财产负有返还义务，拒不返还的符合侵占罪本质；盗窃罪或者诈骗罪后占有他人财物的，作为共罚的事后行为被包括在内一并评价了，但是一旦先前行为不符合盗窃罪或者诈骗罪，事后的侵占行为则有必要认定为独立犯罪。</p>
<p>区分诈骗罪 与盗窃罪</p>	<p>调虎离 山式盗窃</p>	<p>例如，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。甲构成盗窃。</p>
	<p>掉包式 盗窃</p>	<p>例如，甲欺骗乙称：“我会魔法，会将 10 元钱变成 100 元。”乙便给甲 100 张 10 元让他变。甲将钱放进一个黑色布袋中，然后晃来晃去，趁乙不注意而进行了掉包。“魔法”完成后甲叮嘱乙 2 个小时后再打开，否则会失效的。虽然甲有欺骗行为，乙有认识错误，但是乙在短距离内仍是该财物的间接占有者，本质上是甲通过欺骗的平和手段转移了乙对财物的占有，所以甲不构成诈骗罪，而构成盗窃罪。</p>

区分诈骗罪 与盗窃罪	以借之名的 盗窃与 诈骗	<p>例 1、甲看上了朋友乙的手机，想占为己有。聚餐的时候，甲声称自己手机没电了便借来乙的手机假装拨打电话，然后以室内信号不好为由而走到室外，趁机拿着手机跑掉。甲有欺骗行为，乙有错误认识，但是乙此时将手机借给甲并没有失去对手机的占有（短距离的间接占有），甲属于通过欺骗的平和手段转移乙对手机的占有，甲成立盗窃罪。</p> <p>例 2、甲看上了朋友乙的手机，想占为己有。然后和乙说“哥们，我手机坏掉了，而且最近工资也没发，你看能不能借你的手机给我用一个月？我发了工资买了新手机之后马上还给你”。乙于是将手机借给甲，从此之后乙就再也见不到甲。此时，甲有欺骗行为，乙有错误认识，而且乙将手机处分给甲使用，乙不再占有该手机，因此甲成立诈骗罪。</p> <p>例 3、甲手机坏掉了，且最近工资也没发，出于无奈向好朋友乙借了一部手机使用，约定 10 天后归还。但是，随后甲发现该手机真的太好用了，便产生了非法占有目的，于是到期之后拒不退还，甲的行为本质属于变占有为所有，成立侵占罪。</p>
	无权处 分问题	<p>例如，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。</p> <p>【分析】上述案例存在 2 层法律关系：行为人和主人；行为人和买者。</p> <p>(1) 甲对乙家的财物没有处分权却擅自出卖，让不知情的买主搬走财物，属于利用没有故意的间接正犯的事例，成立盗窃罪。如果直接拿走，属于盗窃罪直接正犯。</p> <p>(2) 问题是，甲的行为是否同时对买者成立诈骗罪（想象竞合犯）？关键在于买者是否存在财产的损失。</p> <p>① 根据无权处分完全有效说：买者通过支付对价获取物是有效的，因而没有财产损失。甲不成立诈骗罪。</p> <p>② 根据无权处分无效说：甲的处分行为不具有效力，买者存在财产损失，甲成立诈骗罪。</p> <p>(3) 【结论】观点展示问题，行为人要么成立盗窃罪与诈骗罪的想象竞合犯；要么就只成立盗窃罪。</p>
	盗电与骗 得免除电 费的问题	<p>例 1、甲工厂正常大量用电后，在电力公司人员即将按电表收取电费时，产生少缴电费之念，使用不法手段将电表显示数调至极小额度，使收费人员误以为显示的数字为真实用电量，从而免除甲的电费 3 万元，甲成立诈骗罪。</p> <p>例 2、甲工厂正常大量用电后，在电力公司人员收取电费时，厂长和收费人员合谋少交电费，并将电表回调，二人成立盗窃罪（盗窃的是债权性利益）。</p> <p>例 3、乙为了少缴电费，事先采用不法手段，使电表转速低于正常转速运行的，所窃取的是电力本身，成立盗窃。</p>

最新司法解释	<p>1. 实施电信网络诈骗犯罪，达到相应数额标准，具有下列情形之一的，<u>酌情从重处罚</u>：</p> <p>(1) 造成被害人或其近亲属自杀、死亡或者精神失常等严重后果的；</p> <p>(2) 冒充司法机关等国家机关工作人员实施诈骗的；</p> <p>(3) 组织、指挥电信网络诈骗犯罪团伙的；</p> <p>(4) 在境外实施电信网络诈骗的；</p> <p>(5) 曾因电信网络诈骗犯罪受过刑事处罚或者二年内曾因电信网络诈骗受过行政处罚的；</p> <p>(6) <u>诈骗残疾人、老年人、未成年人、在校学生、丧失劳动能力人的财物，或者诈骗重病患者及其亲属财物的</u>；</p> <p>(7) <u>诈骗救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、医疗等款物的</u>；</p> <p>(8) <u>以赈灾、募捐等社会公益、慈善名义实施诈骗的</u>；</p> <p>(9) 利用电话追呼系统等技术手段严重干扰公安机关等部门工作的；</p> <p>(10) 利用“钓鱼网站”链接、“木马”程序链接、网络渗透等隐蔽技术手段实施诈骗的。</p>
	<p>2. 实施电信网络诈骗犯罪，犯罪嫌疑人、被告人<u>实际骗得财物的</u>，以<u>诈骗罪（既遂）</u>定罪处罚。诈骗数额难以查证，但具有下列情形之一的，以<u>诈骗罪（未遂）</u>定罪处罚：</p> <p>(1) 发送诈骗信息<u>五千条</u>以上的，或者拨打诈骗电话<u>五百人次</u>以上的；前述“拨打诈骗电话”，包括拨出诈骗电话和接听被害人回拨电话。反复拨打、接听同一电话号码，以及反复向同一被害人发送诈骗信息的，拨打、接听电话次数、发送信息条数累计计算。</p> <p>(2) 在互联网上发布诈骗信息，页面浏览量累计<u>五千次</u>以上的。</p> <p>【提示】 关于上述司法解释中的五千次、五百次的问题，好多同学容易记混淆。提示一下其记忆技巧：即语音形式的是五百，文字形式的是五千，因为语音比文字更加形象和深入人心。</p>

六、敲诈勒索罪

条文	<p>第 274 条：“敲诈勒索公私财物，数额较大或者多次敲诈勒索的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑，并处罚金。”</p>
概念	<p>敲诈勒索罪，是指以非法占有为目的，对他人实行威胁、恐吓，索取公私财物数额较大或者多次敲诈勒索的行为。</p>

成立条件 (犯罪构成)	结构图	行为人实施了恐吓行为→被害人陷入了恐惧心理→被害人基于恐惧心理而处分了财产→行为人或第三人取得了财产→被害人丧失财产
	行为内容	<p>使用暴力、胁迫手段，使对方产生恐惧心理而交付财物，进而取得财产。</p> <p>1. 暴力</p> <p>(1) 暴力或者以暴力相威胁的行为不能达到足以压制他人反抗的程度，否则构成抢劫罪。</p> <p>(2) 暴力，不需要足以压制被害人反抗，只要足以使被害人产生恐惧心理即可。</p> <p>2. 胁迫</p> <p>(1) 胁迫，是指以恶害相通告，以使对方产生恐惧心理。</p> <p>(2) 恶害的种类没有限制，包括对被害人的生命、身体、自由、名誉、财产等进行胁迫。</p> <p>(3) 通告的被加害的对象既可以是交付财物的被害人，也可能是与被害人有密切关系的第三人。例如，向男子声称如不交付财产就加害其恋人，属于敲诈勒索。</p> <p>(4) 恶害的实现不要求自身具有违法性，即使是合法行为，如果使得他人产生恐惧心理的同样属于恶害相通告。</p> <p>例如，孙某对赵某说：你将占有钱某的画给我，否则我向公安机关揭发你杀害钱某的事实，孙某成立敲诈勒索罪。</p> <p>(5) 单纯使被害人产生困惑的行为，不成立敲诈勒索罪。</p> <p>例如，乙拾得他人财物后告知对方，如果不给付一定的酬谢费就不返还财物的，也不成立敲诈勒索；但是，如果乙声称不给付一定的酬谢费就毁坏财物的，则属于敲诈勒索。</p>
	行为对象	他人财产，包括财物和财产性利益。
	主观罪过	责任要素除故意外，还需要具有非法占有目的。
敲诈勒索罪的认定	<p>1. 以胁迫手段取得对方不法占有的自己所有的财物的，不成立敲诈勒索罪。但是取得他人其他财物的则成立本罪。</p> <p>例 1、甲知道自己的手机被乙窃取，便恐吓乙说“不把手机还给我，小心点你上学的宝贝儿子”。乙害怕而将窃取的手机还给了甲。甲不成立敲诈勒索罪。</p> <p>例 2、甲知道自己的手机被乙窃取，十分生气！便恐吓乙说“不把你家的汽车给我，小心点你上学的宝贝儿子”。乙害怕而将自己的汽车给了甲。甲成立敲诈勒索罪。</p>	
	<p>2. 债权人为了实现到期债权，对债务人实施胁迫的，应如何处理？</p> <p>(1) 如果没有超出权利的范围，具有行使实力的必要性，手段行为也不构成其他犯罪的，无罪。例如，乙拖欠甲 10 万元，总是不还。甲对乙说：“你若再不归还，小心你的狗命！”乙被迫归还。甲不构成敲诈勒索罪。</p> <p>(2) 当债务人一方具有值得保护的利益，或者债权的内容未确定，债务人在民事诉讼中存在请求的正当利益，对方使用胁迫手段取得财物的，或者胁迫手段获取的财物明显超出债权范围的，依然可成立敲诈勒索罪。</p> <p>例 1、甲是乙的债权人，但是债权早已超过诉讼时效，乙不还。甲对乙说：“你若再不归还，小心你的狗命！”乙被迫归还。甲构成敲诈勒索罪。</p> <p>例 2、甲欠乙 5 万元久拖不还，乙对甲说：“你不是不还钱吗？限你一周之内给我 10 万，否则小心你的狗命！”对于明显超出的 5 万元成立敲诈勒索罪。</p>	

敲诈勒索罪的认定	<p>3. 损害赔偿请求权的行使，原则上不成立敲诈勒索罪。但是，如果行为人以加害生产商的寿命、身体、财产等相要挟，而且所要求的赔偿数额明显超过应当赔偿的数额的，应以敲诈勒索罪论处。</p> <p>例 1、甲从生日蛋糕中吃出苍蝇，以向媒体反映或者向法院起诉相要挟，要求生产商赔偿的，即使所要求的数额巨大乃至特别巨大（比如要求赔偿 100 万），也不成立敲诈勒索罪。因为行为人的手段与目的均具有正当性，至于赔偿数额，则取决于双方的商谈。</p> <p>例 2、乙在饭店吃饭吃出了苍蝇，顿感恶心之至。索赔 10 万元，老板不应，甲出门买了桶汽油回来说：“如果不给老子 10 万，我就一把火把你饭店给烧了。”老板迫于无奈给了乙 10 万元。乙成立敲诈勒索罪。</p>
	<p>4. 利用信息网络威胁、要挟他人，索取公私财物，数额较大，或者多次实施上述行为的，依照刑法第二百七十四条的规定，以敲诈勒索罪定罪处罚。</p>
	<p>5. 实施“碰瓷”，具有下列行为之一，敲诈勒索他人财物，符合刑法第二百七十四条规定的，以敲诈勒索罪定罪处罚：</p> <p>(1) 实施撕扯、推搡等轻微暴力或者围困、阻拦、跟踪、贴靠、滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势、扣留财物等软暴力行为的；</p> <p>(2) 故意制造交通事故，进而利用被害人违反道路通行规定或其他违法违规行相要挟的；</p> <p>(3) 以揭露现场掌握的当事人隐私相要挟的；</p> <p>(4) 扬言对被害人及其亲属人身、财产实施侵害的。</p>

七、侵占罪

条文	<p>第 270 条：“将代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还的，处二年以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处二年以上五年以下有期徒刑，并处罚金。</p> <p>将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交出的，依照前款的规定处罚。</p> <p>本条罪，告诉的才处理。”</p>
概念	<p>侵占罪，是指将代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还的，或者将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交出的行为。</p>
本罪的类型	<p>1. 委托物（保管物、借用物等）的侵占：所有人转移占有 → 行为人自己所有</p> <p>2. 脱离占有物（遗忘物、埋藏物）的侵占：所有人非自愿脱离了占有 → 行为人自己所有</p>

注意问题	<p>1. 基于不法原因而委托给付的财物，能否成为本罪的对象？</p> <p>例如，甲欲向国家工作人员行贿，而将财物委托给乙转交，但乙将该财物据为己有，乙的行为是否构成侵占罪？</p> <p>(1) <u>肯定说认为</u>：甲在民法上不论是否有返请求权，但这个财物肯定不是乙的，所以对于乙而言，该财物仍然属于“自己占有的他人财物”。因此，乙成立侵占罪。</p> <p>(2) <u>否定说认为</u>：甲对该财物没有权利请求返还，故可以认为该财物所有权已经不属于甲；同时，财物在乙的实际控制之下，也不属于国家所有。因此，乙没有将“他人财物”据为己有，因此，乙不成立侵占罪。</p>
	<p>2. 窝藏或者代为销售的赃物能否成为委托物侵占的对象？</p> <p>例如，甲为盗窃犯，将其盗窃的财物委托乙窝藏或者代为销售，但乙知道真相却将该财物据为己有，乙的行为是否构成侵占罪？</p> <p>① <u>肯定说认为</u>：虽然乙接受的是盗窃犯的委托，但其受托占有的财物仍然是他人的财物，而且事实上占有着该财物，故其行为属于将自己占有的他人财物据为己有，成立委托物侵占。</p> <p>② <u>否定说认为</u>：乙虽然接受了甲的委托，但甲并不是财物的所有人，既然如此，甲与乙之间就不存在任何形式的所有人与受托人之间的委托关系，故不成立委托物侵占。</p> <p>相对于原所有人而言，赃物属于脱离占有物，乙将赃物据为己有的行为，属于侵占脱离占有物，但由于乙将赃物或犯罪所得收益据为己有的行为，成立赃物犯罪，侵占脱离占有物的行为被吸收，仅以赃物犯罪论处。</p>
	<p>3. 侵占行为既可以是作为：例如，将自己代为保管的财物出卖、赠与、消费、抵偿债务等；也可以是不作为：例如，拒不退还。</p>
	<p>4. 侵占罪与盗窃罪、诈骗罪的区分：</p> <p>盗窃罪：将他人所有、占有的财物 → 通过平和手段 → 变成自己占有、所有</p> <p>侵占罪：将他人所有、自己占有的财物 → 变成自己所有</p> <p>诈骗罪：将他人所有、占有的财物 → 通过欺骗手段 → 变成自己占有、所有</p>
	<p>5. 名为借（或暂时保管）、实为骗，定诈骗罪。行为人出于非法占有目的，欺骗被害人，使其将财物交付给行为人“代为保管”、进而非法占为己有的，应认定为诈骗罪。</p> <p>例如，甲带着不法所有目的，假意设立一个电动车保管站，欺骗乙存车，乙存车后，甲立马将车开跑。甲构成诈骗罪。</p>
	<p>6. 行为人一开始没有不法所有目的，正常保管他人财物，占有了他人财物后才产生非法占有目的并据为己有，成立侵占罪。</p> <p>例如，甲通过审批合法建立一电动车保管站，合法正常经营的过程中，突然有一辆特别名贵的电动车存入，此时甲产生了非法占有目的，骑着车就跑路了。甲成立侵占罪。</p>
	<p>7. 分期付款购物的问题——设定甲是买方，乙是卖方。</p> <p>(1) 甲付清货款之前，货物的所有权由乙享有（所有权保留）。甲此时处分货物的，属于对委托物的侵占行为，但是如果具有继续付款的意思，则因缺乏故意而不成立犯罪。</p> <p>(2) 如果乙违反甲的意志窃回货物的，则成立盗窃罪。</p>

八、故意毁坏财物罪

条文	第 275 条：“故意毁坏公私财物，数额较大或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大或者有其他特别严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑。”	
概念	故意毁坏财物罪，是指故意毁坏公私财物，数额较大或者有其他严重情节的行为。	
成立条件 (犯罪构成)	行为对象	国家、单位或者他人所有的财物，包括动产与不动产，行为人是否占有该财物，不影响本罪的成立。
	行为方式为“毁坏”	<p>1. 毁坏包括物理上变更、消灭财物的形体，还包括丧失或者减少财物的效用的一切行为。</p> <p>2. 以下案例属于财物效用的丧失与减少，即属于“毁坏行为”。</p> <p>例 1、甲嫉妒乙劳动发财，半夜将乙的鱼塘闸门打开，使得鱼游入河中。甲的行为虽然没有将鱼杀死，但是对于乙来说财物的效用、价值没有了，属于毁坏行为。</p> <p>例 2、同理由，将他人的戒指扔入海中，低价抛售他人股票的行为也属于毁坏行为。</p> <p>例 3、将粪便投入他人餐具，使他人产生心理障碍不再使用餐具，属于毁坏行为。</p>
	主观罪过	本罪由故意构成，即明知自己的行为会造成公私财物的毁坏，并且希望或者放任这种结果的发生。

九、挪用特定款物罪

条文	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。”	
概念	挪用特定款物罪，是指将专用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物挪作他用，情节严重，致使国家和人民群众利益遭受重大损害的行为。	
成立条件 (犯罪构成)	<p>1. 本罪的挪用，只限于由有关单位改变专用款物用途，不包括挪作个人使用。如果国家工作人员利用职务便利，挪用特定款物归个人使用，则构成挪用公款罪，并从重处罚。</p> <p>2. 挪用失业保险基金与下岗职工基本生活保障资金的，属于挪用救济款物。</p>	



第十二章

危害国家安全犯罪

一、间谍罪

条文	第 110 条：“有下列间谍行为之一，危害国家安全的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑；情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑： （一）参加间谍组织或者接受间谍组织及其代理人的任务的； （二）为敌人指示轰击目标的。”	
概念	间谍罪，是指参加间谍组织，接受间谍组织及其代理人的任务，或者为敌人指示轰击目标，危害国家安全的行为。	
成立条件 (犯罪构成)	行为 方式	1. 参加间谍组织充当间谍；
		2. 接受间谍组织及其代理人的任务，在我国进行间谍活动；
		3. 为敌人指示轰击目标。

二、叛逃罪

条文	第 109 条：“国家机关工作人员在履行公务期间，擅离岗位，叛逃境外或者在境外叛逃的，处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑。 掌握国家秘密的国家工作人员叛逃境外或者在境外叛逃的，依照前款的规定从重处罚。”	
概念	叛逃罪，是指国家机关工作人员在履行公务期间，擅离岗位，叛逃境外或者在境外叛逃的行为，以及掌握秘密的国家工作人员，叛逃境外或者在境外叛逃的行为。	
成立条件 (犯罪构成)	国家机关工作人员构成本罪	<u>要求在履行公务期间</u> ，擅离岗位，叛逃境外或者在境外叛逃。 1. 必须在履行公务期间叛逃。 2. 必须是擅离岗位叛逃；没有离开自己工作岗位的，不可能成为叛逃行为。 3. 必须有叛逃行为，包括两个方式： (1) 在境内履行公务期间叛逃至境外； (2) 在境外履行公务期间叛逃。
	掌握国家秘密的国家工作人员构成本罪	只需有叛逃境外或者在境外叛逃的行为即可， <u>不要求在履行公务期间</u> ，而且要从重处罚。

三、资助危害国家安全犯罪活动罪

条文	第 107 条：“境内外机构、组织或者个人资助实施本章第一百零二条、第一百零三条、第一百零四条、第一百零五条规定之罪的，对直接责任人员，处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处五年以上有期徒刑。”
概念	是指境内外机构、组织或者个人资助他人实施背叛国家罪、分裂国家罪、煽动分裂国家罪、武装叛乱、暴乱罪，颠覆国家政权，煽动颠覆国家政权罪的行为。
成立条件 (犯罪构成)	<ol style="list-style-type: none"> 1. 主体为境内机构、组织或者个人。 2. 资助对象没有限制，被资助的对象在境内、境外均可，在被资助对象实施上述特定犯罪之前、之中、之后进行资助均可成立本罪。 3. 本罪属于独立罪名(帮助犯的正犯化)，不属于帮助犯，本罪的既遂标准为将资助行为完成即可，与被资助者是否实施了危害国家安全的犯罪没有关系⁴⁶。

四、为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密情报罪

条文	第 111 条：“为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报的，处五年以上十年以下有期徒刑；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑；情节较轻的，处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”
概念	是指为境外的机构、组织或者个人窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报的行为。本罪属于选择性罪名。
成立条件 (犯罪构成)	将本罪中的“情报”解释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，属于缩小解释。

46 2016 年卷 2 第 53 题 D 项“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”。该项为错误选项。



第十三章

危害公共安全罪

一、放火罪

<p>条文</p>	<p>第 114 条：“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他方法危害公共安全，<u>尚未造成严重后果的</u>，处三年以上十年以下有期徒刑。”</p> <p>第 115 条：“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。</p> <p>过失犯前款罪的，处三年以上七年以下有期徒刑；情节较轻的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”</p>	
<p>概念</p>	<p>放火罪，是指故意引起火灾，危害公共安全的行为。侵犯的是不特定或者多数人的生命、健康或公共财产安全。</p>	
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>行为主体</p>	<p>已满 14 周岁的自然人。</p>
	<p>行为方式</p>	<p>没有限制，既可以是作为，也可以是不作为。</p> <p>例如，主人家停电，保姆甲点燃蜡烛继续收拾家务，蜡烛被风吹倒，甲发现后出于其他目的并没有将蜡烛扶起，最后引起火灾。甲成立不作为的放火罪。</p>
	<p>程度要求</p>	<p>成立本罪要求放火行为足以危害公共安全。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 自焚行为足以危害公共安全的，也成立放火罪。 2. 燃烧他人财物不足以危害公共安全的，只能构成故意毁坏财物罪。 <p>例如，甲将仇人乙的汽车开到无人的沙漠区，一把火点燃了。由于甲的行为没有危害公共安全，所以只成立故意毁坏财物罪。</p> <ol style="list-style-type: none"> 3. 燃烧自己财物不足以危害公共安全的，无罪。 <p>例如，乙家周围 300 里荒无人迹，乙将自己的房子点燃，没有危害公共安全，无罪。</p>
<p>罪数</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 采用放火的方式杀害特定之人，如果危害公共安全的，成立放火罪与故意杀人罪的想象竞合犯，择一重罪处罚。 2. 采用放火的方式杀害特定之人，没有危害公共安全的，只成立故意杀人罪。 3. 行为人实施其他犯罪行为后为了毁灭罪证而放火，或者为了骗保而放火且已经着手实施骗保的，应数罪并罚。 	

二、以危险方法危害公共安全罪

<p>条文</p>	<p>第 114 条：“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他方法危害公共安全，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。”</p> <p>第 115 条：“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。</p> <p>过失犯前款罪的，处三年以上七年以下有期徒刑；情节较轻的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”</p>
<p>概念</p>	<p>以危险方法危害公共安全罪，是指故意使用放火、决水、爆炸、投放危险物质以外的危险方法危害公共安全的行为。</p>
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>1. “以其他危险方法”仅限于与放火、决水、爆炸、投放危险物质相当的方法，而不是泛指任何具有危害公共安全性质的方法。因为刑法将本罪规定在第 114 条与第 115 条之中，根据同类解释规则，它必须与前面所列举的行为相当。</p> <p>2. 如果某种行为符合其他犯罪的犯罪构成，以其他犯罪论处符合罪刑相适应原则，应尽量认定为其他犯罪，不宜认定为本罪。</p> <p>例 1、在公共场所故意驾车撞人、开枪射击或者乱刺他人的，成立故意杀人罪、故意伤害罪。</p> <p>例 2、对劫持火车、电车的行为，成立破坏交通工具罪。</p> <p>3. 本罪主观上只能由故意构成，如果是过失心态，则有可能成立交通肇事罪等其他犯罪。</p>
<p>司法解释 成立本罪</p>	<p>1. 破坏矿井通风设备，危害公共安全。</p> <p>2. 在多人通行的场所私拉电网，危害公共安全。</p> <p>3. 在火灾现场破坏消防器材，危害公共安全。</p> <p>4. 在具有瓦斯爆炸高度危险的情形下，下令多人下井采煤。</p> <p>5. 邪教组织人员以自焚、自爆方法危害公共安全。</p> <p>7. 在高速公路上逆向高速行驶。</p> <p>8. 醉酒驾车，肇事后继续驾车冲撞，放任危害后果的发生，造成重大伤亡的。</p> <p>9. “重庆万州公交坠江事件”：乘客实施“抢夺方向盘、变速杆等操纵装置，殴打、拉拽驾驶人员”等具有高度危险性的妨害安全驾驶行为的，按以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。</p> <p>10. 驾驶人员在公共交通工具行驶过程中，与乘客发生纷争后违规操作或者擅离职守，与乘客厮打、互殴，危害公共安全，尚未造成严重后果的，依照刑法第一百一十四条的规定，以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚；致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，依照刑法第一百一十五条第一款的规定，以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。</p> <p>11. 故意从高空抛弃物品，尚未造成严重后果，但足以危害公共安全的，依照刑法第一百一十四条规定的以危险方法危害公共安全罪定罪处罚(3 年以上 10 年以下)；致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，依照刑法第一百一十五条第一款的规定处罚(10 年以上，无期、死刑)。为伤害、杀害特定人员实施上述行为的，依照故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。</p>

<p style="text-align: center;">司法解释 成立本罪</p>	<p>12. 驾车冲撞、碾轧、拖拽、剐蹭民警，或者挤别、碰撞正在执行职务的警用车辆，危害公共安全或者民警生命、健康安全，符合刑法第一百一十四条、第一百一十五条、第二百三十二条、第二百三十四条规定的，应当以以危险方法危害公共安全罪、故意杀人罪或者故意伤害罪定罪，酌情从重处罚。</p> <p>暴力袭警，致使民警重伤、死亡，符合刑法第二百三十四条、第二百三十二条规定的，应当以故意伤害罪、故意杀人罪定罪，酌情从重处罚。</p> <p>13. 故意传播新型冠状病毒感染肺炎病原体，具有下列情形之一，危害公共安全的，依照刑法第一百一十四条、第一百一十五条第一款的规定，以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚：</p> <p>(1) 已经确诊的新型冠状病毒感染肺炎病人、病原携带者，拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗，并进入公共场所或者公共交通工具的；</p> <p>(2) 新型冠状病毒感染肺炎疑似病人拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗，并进入公共场所或者公共交通工具，造成新型冠状病毒传播的。</p> <p>其他拒绝执行卫生防疫机构依照传染病防治法提出的防控措施，引起新型冠状病毒传播或者有传播严重危险的，依照刑法第三百三十条的规定，以妨害传染病防治罪定罪处罚。</p> <p>14. 盗窃、破坏人员密集往来的非机动车道、人行道以及车站、码头、公园、广场、学校、商业中心、厂区、社区、院落等生产生活、人员聚集场所的窨井盖，足以危害公共安全的，成立以危险方法危害公共安全罪。</p> <p>【注意 1】 成立以危险方法危害公共安全罪的情形并不是仅仅局限于上述司法解释内容，如果行为的危险程度根据同类解释规则符合放火罪、爆炸罪等危险程度之时，都是可以成立本罪的。</p> <p>【注意 2】 关于妨害安全驾驶罪、高空抛物罪在《刑法修正案（十一）》新增之后，如果该行为没有出现危及公共安全的具体危险，则按照妨害安全驾驶罪、高空抛物罪（都是轻罪）本身定罪处罚；如果产生具体危险或者造成重大伤亡结果，则按照妨害安全驾驶罪、高空抛物罪与以危险方法危害公共安全罪（114 条或 115 条）的想象竞合犯，成立重罪（以危险方法危害公共安全罪）。</p>
<p style="text-align: center;">口诀</p>	<p>醉开逆行高速车，风井瓦井危险多，邪教烧爆拉电网，传病消防车坠河，高空抛物要负责，冠状病毒别传播，路上井盖你别挪。</p>

三、破坏交通工具罪

<p style="text-align: center;">条文</p>	<p>第 116 条：“破坏火车、汽车、电车、船只、航空器，足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。”</p> <p>第 119 条：“破坏交通工具、交通设施、电力设备、燃气设备、易燃易爆设备，造成严重后果的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。</p> <p>过失犯前款罪的，处三年以上七年以下有期徒刑；情节较轻的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”</p>
<p style="text-align: center;">概念</p>	<p>破坏交通工具罪，是指故意破坏火车、汽车、电车、船只、航空器，<u>足以使其发生倾覆、毁坏危险</u>的行为。</p>

成立条件 (犯罪构成)	行为对象	<p>关涉不特定或者多数人的生命、健康安全的火车、汽车、电车、船只、航空器。</p> <p>(1) “汽车”作扩大解释，即包括大型拖拉机，因为破坏大型拖拉机也会发生危害公共安全的结果。</p> <p>(2) 破坏自行车、人力三轮车、马车等非机动车工具的，由于不足以危害公共安全，故不构成本罪。</p> <p>(3) 劫持火车、电车的行为，成立破坏交通工具罪。</p>
	行为方式	<p>实施了破坏行为，通常是指对上述交通工具的整体或者重要部件的破坏，即破坏行为要足以使交通工具发生倾覆、毁灭的危险行为。不影响交通运输安全的行为不包括在内。例如，甲将公交车的玻璃砸碎，这种行为不足以造成车辆倾覆的危险，不成立本罪。</p> <p>如果破坏行为过大，根本不可能再使用该交通工具的话，不成立本罪。例如，甲直接将公交车砸车成了废铁，该车根本无法使用，也就不会发生倾覆、毁灭的危险，不成立本罪，成立故意毁坏财物罪。</p>

四、破坏交通设施罪

条文	<p>第 117 条：“破坏轨道、桥梁、隧道、公路、机场、航道、灯塔、标志或者进行其他破坏活动，足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。”</p> <p>第 119 条：“破坏交通工具、交通设施、电力设备、燃气设备、易燃易爆设备，造成严重后果的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。</p> <p>过失犯前款罪的，处三年以上七年以下有期徒刑；情节较轻的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”</p>	
概念	<p>破坏交通设施罪，是指故意破坏轨道、桥梁、隧道、公路、机场、航道、灯塔、标志或者进行其他破坏活动，足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险的行为。</p>	
成立条件 (犯罪构成)	行为对象	<p>关涉公共安全的交通设施。凡是可供汽车、电车通行的道路、桥梁、隧道均应认定为本罪中的公路、桥梁与隧道。</p>
	行为程度	<p>破坏行为足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险。包括使交通设施本身遭受毁损和使交通设施丧失应有性能的行为。</p> <p>例如，拆卸铁轨、拔掉轨道枕木、毁损交通标志、熄灭灯塔上的灯光、在公路或机场上挖坑掘穴等。</p>
提示	<p>盗窃高速公路附属设施的行为，需要具体分析：</p> <p>例 1、甲盗窃高速公路中央栅栏，如果中间没有其他隔离物的，应认定为破坏交通设施罪；如果除中央栅栏外，还有花草等隔离物，则宜认定为盗窃罪。</p> <p>例 2、乙盗窃高速公路旁边的栅栏，如果栅栏外是没有车辆、多人通行的庄稼地、山地等的，应认定为盗窃罪；如果栅栏外是车辆、多人通行的辅助，则应认定为破坏交通设施罪。</p>	
司法解释	<p>盗窃、破坏正在使用中的社会机动车通行道路上的窨井盖，足以使汽车、电车发生倾覆、毁坏危险的，成立破坏交通设施罪。</p>	

五、帮助恐怖活动罪

<p>条文</p>	<p>第 120 条之一：“资助恐怖活动组织、实施恐怖活动的个人的，或者资助恐怖活动培训的，处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。</p> <p>为恐怖活动组织、实施恐怖活动或者恐怖活动培训招募、运送人员的，依照前款的规定处罚。</p> <p>单位犯前两款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。”</p>	
<p>概念</p>	<p>帮助恐怖活动罪，是指故意资助恐怖活动组织、实施恐怖活动的个人，恐怖活动培训以及为恐怖活动组织、实施恐怖活动或者恐怖活动培训招募、运送人员的行为。</p> <p>本罪侵犯的法益：即不特定或多数人的生命、健康、重大公私财产安全以及安宁的公众生活秩序。</p>	
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>行为方式</p>	<p>“帮助”的含义：(有钱的出钱；有力的出力)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 以现金、物质、技术、活动场地等经济形式对恐怖活动组织、实施恐怖活动的个人或者恐怖活动培训进行支持和帮助。 2. 以提供人力帮助为恐怖活动组织、实施恐怖活动的个人或者恐怖活动培训招募、运送人员。 3. 帮助的具体方式没有限制，资助时间也没有限制。但应限于物质性便利或者人力帮助，<u>不包括单纯的精神鼓励</u>。 4. 本条的第 2 款，实质上是将属于组织、领导、参加恐怖组织罪的帮助犯正犯化⁴⁷。故本罪的成立不以恐怖活动组织或者人员实施具体的恐怖活动犯罪为前提。例如，只要行为人提供的资助被恐怖活动组织或者人员接收，就成立本罪的既遂。再如，只要恐怖组织或者人员接收了行为人所招募、运送的人员，招募、运送的行为就成立本罪的既遂犯，如果没有被接收，则属于未遂犯。基于同样的理由，教唆或者帮助他人实施本罪的资助行为或者招募、运送人员的，成立本罪的教唆犯与帮助犯。
	<p>主观罪过</p>	<p>责任形式为故意，要求行为人认识到所资助、帮助的是恐怖组织、实施恐怖活动的个人。</p>

47 乙成立恐怖组织并开展培训活动，甲为其提供资助。受培训的丙、丁为实施恐怖活动准备凶器。因案件被及时侦破，乙、丙、丁未能实施恐怖活动。关于本案，下列哪些选项是正确的？(2016.2.56)——
 ABCD

- 甲构成帮助恐怖活动罪，不再适用《刑法》总则关于从犯的规定
- 乙构成组织、领导恐怖组织罪
- 丙、丁构成准备实施恐怖活动罪
- 对丙、丁定罪量刑时，不再适用《刑法》总则关于预备犯的规定

六、准备实施恐怖活动罪

<p>条文</p>	<p>第 120 条之二：“有下列情形之一的，处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产：</p> <p>（一）为实施恐怖活动准备凶器、危险物品或者其他工具的；</p> <p>（二）组织恐怖活动培训或者积极参加恐怖活动培训的；</p> <p>（三）为实施恐怖活动与境外恐怖活动组织或者人员联络的；</p> <p>（四）为实施恐怖活动进行策划或者其他准备的。</p> <p>有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”</p>	
<p>概念</p>	<p>准备实施恐怖活动罪，是指为实施恐怖活动准备犯罪工具、进行联络行为、组织或积极参加恐怖活动培训等准备行为。</p> <p>本罪侵犯的法益：即不特定或多数人的生命、健康、重大公私财产安全以及安宁的公众生活秩序。</p>	
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>行为方式</p>	<p>(总结：工具、培训、联络、策划)</p> <p>1. “为实施恐怖活动准备凶器、危险物品或者其他工具的”，即行为人为实施恐怖活动进行的事前准备。例如：制造、购买刀具、枪械、爆炸物等作案工具。</p> <p>2. “组织恐怖活动培训或者积极参加恐怖活动培训的”，此类犯罪是恐怖组织的思想教化。例如：通过对部分少数民族信教群众恐怖培训，让他们在思想上接受恐怖主义信仰，并传授实施恐怖活动所需要的方法和技能。</p> <p>3. “为实施恐怖活动与境外恐怖活动组织或者人员联络的”，即为实施恐怖活动与境外恐怖主义联系的行为。例如：行为人通过境外网站与境外恐怖活动组织或者人员联络，从而更好地宣传宗教极端思想、鼓吹“圣战”、渲染恐怖血腥场景、贩卖枪支等。</p> <p>4. “为实施恐怖活动进行策划的”，是指就实施恐怖活动的时间、地点、目标、方法等进行筹划、计划。</p> <p>【注意】本罪为恐怖组织犯罪的预备型犯罪（即预备行为正犯化），还没有达到其他犯罪的实行阶段，如果构成本罪，同时又有其他犯罪（如爆炸罪等罪）的实行行为，则属于想象竞合犯，择一重罪处罚。</p>

七、交通肇事罪

<p>条文</p>	<p>第 133 条：“违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的，处三年以上七年以下有期徒刑；因逃逸致人死亡的，处七年以上有期徒刑。”</p>	
<p>概念</p>	<p>交通肇事罪，是指违反交通运输管理法规，因而发生重大交通事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的行为。</p>	

成立条件 (犯罪构成)	行为主体	<p>本罪不属于身份犯，不限于驾驶交通工具的人，无论是机动车驾驶人，还是非机动车驾驶人，亦或是行人，均可能构成本罪。</p> <p>例 1、丁跑步横穿马路，不注意信号灯指示，也不注意观察路况，导致疾驰而来的汽车强行并线避让丁，并与其他车辆发生碰撞事故，导致一人死亡。本案中，丁虽然是行人，但同样也是交通参与人，其行为危害了交通安全，应成立交通肇事罪。</p> <p>例 2、使用自行车、电动车、三轮车、人力车、畜力车、残疾人专用车等非机动车进行交通运输，发生重大事故，致人伤亡的，可以构成本罪。</p> <p>例 3、在偷开机动车的过程中，因违章撞死、撞伤他人或撞坏车辆的，可成立交通肇事罪。</p> <p>例 4、根据司法解释，单位主管人员、机动车辆所有人或者机动车辆承包人，指使、强令他人违章驾驶造成重大交通事故的，以交通肇事罪论处。</p>
	行为方式	<p>行为人必须有违反交通运输管理法规的行为。主要指公路、水上交通运输中的各种交通规则、操作规程、劳动纪律等。例如，闯红灯、超载、超速、酒驾、驾驶没有经过年检的车辆、无证驾驶等。</p> <p>【提示】 实施“碰瓷”，驾驶机动车对其他机动车进行追逐、冲撞、挤别、拦截或者突然加减速、急刹车等可能影响交通安全的行为，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财物遭受重大损失，符合刑法第一百三十三条规定的，以交通肇事罪定罪处罚。</p>
	结果要求	<p>须发生重大交通事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失。单纯违反交通运输管理法规的行为，不成立本罪。</p>
	领域要求	<p>交通事故发生必须发生于公共交通领域。</p>
	因果关系	<p>因果关系：交通肇事的结果必须由违反规范保护目的的行为所引起。换言之，行为虽然违反交通运输管理法规，也发生了结果，但是结果的发生超出了规范保护目的，就不成立本罪。</p> <p>例如，交通运输管理法规禁止酒后驾驶的目的，是为了防止驾驶者因为饮酒而导致驾驶能力减退或丧失进而造成交通事故。如果酒量极大的甲喝了一瓶啤酒，其驾驶能力根本不受任何影响，在城市封闭的环城路上正常行驶，突遇一精神病人横穿公路，及时刹车仍将其撞死，甲是不成立交通肇事罪的。</p> <p>【总结】 即使发生相关结果，但是该结果和违章行为没有必然的因果关系，行为人不成立交通肇事罪。</p>
	主观罪过	<p>本罪的责任形式为过失。即对危害结果的过失心态。</p>

<p>法定升格条件</p>	<p>“逃逸”、“逃逸致死”的含义</p>	<p>1. 司法解释观点：“逃逸”是指行为人在发生了构成交通肇事罪的交通事故后，为逃避法律追究而逃跑的行为。“逃逸致死”是指行为人在交通肇事后为逃避法律追究而逃跑，致使被害人因得不到救助而死亡的情形。</p> <p>2. 其他学术观点：将“不救助被害人”作为核心出发点来认定“逃逸”。也即，交通肇事后存在需要救助的被害人，行为人能履行而不履行救助义务的，属于“逃逸”，因不救助导致被害人死亡的属于“逃逸致死”。</p>
<p>司法解释</p>	<p>《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》 第二条 交通肇事具有下列情形之一的，处三年以下有期徒刑或者拘役： (一) 死亡一人或者重伤三人以上，负事故全部或者主要责任的； (二) 死亡三人以上，负事故同等责任的； (三) 造成公共财产或者他人财产直接损失，负事故全部或者主要责任，无能力赔偿数额在三十万元以上的。 交通肇事致一人以上重伤，负事故全部或者主要责任，并具有下列情形之一的，以交通肇事罪定罪处罚： (一) 酒后、吸食毒品后驾驶机动车辆的； (二) 无驾驶资格驾驶机动车辆的； (三) 明知是安全装置不全或者安全机件失灵的机动车辆而驾驶的； (四) 明知是无牌证或者已报废的机动车辆而驾驶的； (五) 严重超载驾驶的； (六) 为逃避法律追究逃离事故现场的。 第三条 “交通运输肇事后逃逸”，是指行为人具有本解释第二条第一款规定和第二款第(一)至(五)项规定的情形之一，在发生交通事故后，为逃避法律追究而逃跑的行为。 第四条 交通肇事具有下列情形之一的，属于“有其他特别恶劣情节”，处三年以上七年以下有期徒刑： (一) 死亡二人以上或者重伤五人以上，负事故全部或者主要责任的； (二) 死亡六人以上，负事故同等责任的； (三) 造成公共财产或者他人财产直接损失，负事故全部或者主要责任，无能力赔偿数额在六十万元以上的。 第五条 “因逃逸致人死亡”，是指行为人在交通肇事后为逃避法律追究而逃跑，致使被害人因得不到救助而死亡的情形。 交通肇事后，单位主管人员、机动车辆所有人、承包人或者乘车人指使肇事人逃逸，致使被害人因得不到救助而死亡的，以交通肇事罪的共犯论处。 第六条 行为人在交通肇事后为逃避法律追究，将被害人带离事故现场后隐藏或者遗弃，致使被害人无法得到救助而死亡或者严重残疾的，应当分别依照刑法第二百三十二条、第二百三十四条第二款的规定，以故意杀人罪或者故意伤害罪定罪处罚。</p>	
<p>总结</p>	<p>1. 交通肇事致一人以上重伤，负事故全部或者主要责任，为逃避法律追究逃离事故现场的，成立交通肇事罪，不再适用“逃逸”的加重法定刑。理由：逃逸行为作为成立犯罪的标准，不再属于适用加重刑罚的标准，否则会形成重复评价。</p> <p>2. 最高院司法实务官方观点：“因逃逸致人死亡”的认定，不以逃逸前行为构成一般交通肇事罪为前提。</p>	

八、危险驾驶罪

<p>条文</p>	<p>第 133 条之一：“在道路上驾驶机动车，有下列情形之一的，处拘役，并处罚金：</p> <p>（一）追逐竞驶，情节恶劣的；</p> <p>（二）醉酒驾驶机动车的；</p> <p>（三）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；</p> <p>（四）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。</p> <p>机动车所有人、管理人对前款第三项、第四项行为负有直接责任的，依照前款的规定处罚。</p> <p>有前两款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”</p>	
<p>概念</p>	<p>危险驾驶罪，是指在道路上驾驶机动车追逐竞驶，情节恶劣，或者在道路上醉酒驾驶机动车，或是从事校车业务或者旅客运输严重超载、超速，或是违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品，危及公共安全的的行为。</p>	
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>飙车型</p>	<p>驾驶机动车在道路上追逐竞驶且情节恶劣的行为。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 不要求行为人须出于赌博竞技或满足精神刺激等目的。 2. 追逐竞驶既可能是二人以上基于意思联络而实施，也可能是单个人实施。例如，行为人驾驶机动车针对救护车、消防车等车辆实施追逐竞驶行为的，也可能成立本罪。 3. 追逐竞驶以具有抽象危险性的高速、超速驾驶为前提，缓慢驾驶的行为不可能成立本罪。 4. 成立本罪要求情节恶劣。对此，应以道路上车辆与行人的多少、驾驶的路段与时间、驾驶的速度与方式、驾驶的次数等进行综合判断。例如，甲在没有其他车辆与行人的荒野道路上追逐竞驶的行为，不应认定为情节恶劣，不成立本罪。
<p>醉酒型</p>	<p>在道路上醉酒驾驶机动车的行为。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 每 100 毫升血液中酒精含量 ≥ 80 毫克，属于醉酒驾驶。如果没有达到醉酒状态，不成立本罪。 2. 没有抽象危险的行为，不可能成立本罪。例如，在没有车辆与行人的荒野道路上醉酒驾驶机动车的，因为不具有抽象的危险，不应以本罪论处。 3. 教唆他人醉酒驾驶的，成立教唆犯。例如，朋友聚会上，甲开心而喝得大醉，朋友乙明知甲醉酒仍要求甲开车送自己回家。甲成立危险驾驶罪，乙属于本罪的教唆犯。 	
<p>超载 超速型</p>	<p>从事校车业务或者旅客运输，严重超过额定成员载客，或者严重超过规定时速行驶的行为。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 仅包括校车和营运客车，包括公路营运客车及中小学生和幼儿园儿童接送车辆，不包括城市公共汽车、货运客车。【注意】这里的校车、客车是否取得国家规定的许可并不重要，也即违章从事接送学生业务的校车或者违章客车也包含在内。 2. 行为仅仅包括超载、超速行为。 3. 其中的超载、超速要达到“严重”程度。 	

成立条件 (犯罪构成)	运输危险物品型	<p>违反危险化学品安全管理规定运输危险化学品且危及公共安全的行为。</p> <p>1. 例如，缺乏对机动车驾驶人员进行切实的安全教育、法制教育和岗位技术培训，没有剧毒化学品道路运输通行证，违反以上这些危险化学品安全管理规定而运输危险化学品且危及公共安全（如随时可能发生爆炸、有毒气体泄露等危险）的，成立本罪。</p> <p>2. 仅有违法规定还不够，还有危及公共安全。</p> <p>3. 运输危险物品发生重大事故，可成立本罪与危险物品肇事罪的想象竞合犯。</p>
	口诀	<p>飚速醉酒开校车，超载超速旅客多，化学运输莫得瑟，主管三四要负责，毒驾无事笑呵呵。</p>
	“道路”的理解	<p>本罪行为不要求发生在公共道路（公路）上，只需要发生在道路上即可。在校园内、地下停车场等均可成立本罪。</p>
	第二款的理解	<p>司机超载、超速或违规运输危险化学物品（仅包括这两项，不包括飙车和醉驾类型）成立危险驾驶罪的，如果该机动车所有人、管理人对此负有直接责任，也按照危险驾驶罪认定。</p>
	第三款的理解	<p>1. 实施危险驾驶行为，过失造成他人伤亡或者重大财产损失结果，构成交通肇事罪的，应以交通肇事罪论处。</p> <p>例如，甲醉驾的同时，因醉驾而过失撞死行人。一个醉驾行为既触犯本罪，又触犯交通肇事罪，应以交通肇事罪论处。</p> <p>2. 实施危险驾驶行为，之后的行为又构成交通肇事罪的，成立本罪与交通肇事罪，数罪并罚。</p> <p>例如，从事旅客运输的甲严重超载行驶了50公里，为了赶时间又闯红灯，不慎撞死行人。甲的第一个行为（严重超载行为）构成危险驾驶罪。第二个行为（严重超载并闯红灯撞死人），既触犯危险驾驶罪又触犯交通肇事罪，择一重论处，定交通肇事罪，然后与第一个行为的危险驾驶罪并罚。</p> <p>3. 危险驾驶行为具有与放火、爆炸等相当的具体的公共危险，行为人对该具体的公共危险具有故意的，没有造成严重后果的，应当认定为以危险方法危害公共安全罪。</p> <p>例如，在高速公路上逆向追逐竞驶或者醉酒高速驾驶，但没有造成严重后果的，应当适用刑法第114条，认定为以危险方法危害公共安全罪。</p>

■ 九、刑法 133 条之二（刑 11 新增）——妨害安全驾驶罪

条文	<p>第 133 条之二：“对行驶中的公共交通工具的驾驶人员使用暴力或者抢控驾驶操纵装置，干扰公共交通工具正常行驶，危及公共安全的，处一年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。</p> <p>前款规定的驾驶人员在行驶的公共交通工具上擅离职守，与他人互殴或者殴打他人，危及公共安全的，依照前款的规定处罚。</p> <p>有前两款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”</p>
----	---

成立条件 (犯罪构成)	主体	乘客 售票员 安全员等	1. 时间要求：要求公共交通工具处于行驶中。 2. 行为方式：对司机使用暴力或抢控驾驶操纵装置等行为。不包括语言辱骂，如果辱骂行为严重可成立侮辱罪、寻衅滋事罪等。
		司机	行为方式：在行驶的公共交通工具上擅离职守，与他人互殴或者殴打他人。 【注意】 其他条件与上一表格相同。司机面对乘客对其使用暴力或者抢控驾驶操纵装置行为，为了防止车辆发生倾覆和避免乘车人生命健康受损，采取一定有效措施，但造成公共交通工具或公共设施等损毁的，可成立紧急避险。
	公共交通工具	包括公共汽车、公路客运车、大中型出租车等车辆。	
竞合关系	<p>1. 同时符合其他犯罪(如交通肇事罪)，择一重罪处罚。例如，夜间公交末班车司机被乘客辱骂后擅自脱离驾驶位置，结果车辆失控撞死1行人，其行为符合本罪和交通肇事罪犯罪构成，应该按照重罪(交通肇事罪)定罪处罚。</p> <p>2. 本罪与刑法114条、115条的关系(法条参考“3”内容)：</p> <p>(1) 本罪是抽象危险犯，114条(以危险方法危害公共安全罪)是具体危险犯。但是二者之间明显存在位阶关系，即本罪对公共安全法益的侵犯程度较低，114条则是较高。例如，末班公交车上两三个人和早高峰公交车的一车人，人数明显存在差异，所以定罪上也存在不同。</p> <p>(2) 115条(以危险方法危害公共安全罪)属于结果犯(致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的)，法定刑明显要重的多，甚至存在死刑。</p> <p>3. 法条依据：</p> <p>第114条：“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他方法危害公共安全，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。”</p> <p>第115条：“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。”</p> <p>总结：同学们做题认定罪与罪之间的关系，一定要通过文字的表述进行细节上的对比把握。</p>		

十、非法出租、出借枪支罪

条文	<p>第128条第2款至第4款：“依法配备公务用枪的人员，非法出租、出借枪支的，依照前款的规定处罚。</p> <p>依法配置枪支的人员，非法出租、出借枪支，造成严重后果的，依照第一款的规定处罚。</p> <p>单位犯第二款、第三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。”</p>
概念	<p>非法出租、出借枪支罪，是指依法配备公务用枪的人员与单位，非法出租、出借枪支的，或者依法配置枪支的人员与单位，非法出租、出借枪支，造成严重后果的行为。</p>

成立本罪 的两种类型	依法配备公务用枪的人员与单位	<ol style="list-style-type: none"> 1. 依法配备公务用枪的人员与单位，非法出租、出借枪支。 2. 非法持有枪支的人，出租、出借枪支的，不成立本罪。 3. 非法出租，是指违反《枪支管理办法》的规定，擅自将公务用枪在一段时间内有偿提供给他人使用的行为。 4. 非法出借，一般是指违反《枪支管理办法》的规定，擅自将公务用枪在一段时间内无偿提供给他人使用的行为。 5. 如果是永久性地有偿转让给他人，则成立非法买卖枪支罪。 6. 非法将公务用枪赠与给他人的，可以评价为永久性无偿提供给他人使用的行为，应认定为非法出借枪支。 7. 依法配备公务用枪的人员，违反法律规定，将公务用枪用作借债质押物，使枪支处于非依法持枪人的控制、使用之下的，成立非法出借枪支罪。
	依法配置枪支的人员与单位	<ol style="list-style-type: none"> 1. 依法配置枪支的人员与单位，非法出租、出借枪支，<u>造成严重后果</u>的行为。 2. 依法配置枪支的人员与单位。例如，国家射击队、射击队员、猎人等。 3. 本主体成立犯罪要求：非法出租、出借 + 造成严重后果。也即没有造成严重后果，即使是非法出租、出借了，也不成立本罪。这是与上述第一种类型主体的关键区别。

■ 十一、丢失枪支不报罪

条文	第 129 条：“依法配备公务用枪的人员，丢失枪支不及时报告，造成严重后果的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”	
概念	丢失枪支不报罪，是指依法配备公务用枪的人员，丢失枪支后不及时报告，造成严重后果的行为。	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	只能是依法配备公务用枪的人员。【注意】不要与非法出租、出借枪支罪相混淆，认为本罪也有 2 个主体！
	行为方式	丢失枪支不及时报告。该行为是一种不作为，所以本罪为真正不作为犯罪。 <ol style="list-style-type: none"> 1. 丢失枪支后根本不报告； 2. 丢失枪支后拖延一段时间才报告； 3. “丢失”应扩大解释，指非自愿失去对枪支的占有控制，包括遗失，被盗、被抢、被骗等情况。
	程度要求	丢失枪支不及时报告，只有造成严重结果的，才成立本罪。 <ol style="list-style-type: none"> 1. 这里的严重后果，应当包括直接危害结果与间接危害结果，但一般表现为枪支落入不法分子之手后，不法分子利用行为人丢失的枪支实施犯罪行为造成严重后果。 2. 丢失枪支本身不是本罪所说的“严重后果”。

▣ 十二、非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪

条文	<p>第 125 条：“非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的，处三年以上十年以下有期徒刑；情节严重的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。</p> <p>非法制造、买卖、运输、储存毒害性、放射性、传染病病原体等物质，危害公共安全的，依照前款的规定处罚。</p> <p>单位犯前两款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。”</p>	
概念	<p>非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪，是指行为人违反国家有关枪支、弹药、爆炸物管理的法规，非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物、危害公共安全的行为。</p>	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	<p>自然人和单位均可以构成本罪。</p>
	行为对象	<p>必须是枪支、弹药、爆炸物。</p> <p>发射金属弹丸的钢珠枪属于枪支；不能发射子弹或者没有杀伤力的仿真手枪不属于本罪的枪支；弓箭不属于本罪对象。</p>
	行为方式	<p>非法制造、买卖、运输、邮寄、储存。</p> <p>对于以枪支换枪支、弹药换弹药或者枪支换弹药等行为，需要看该行为是否增加了公共危害，如果是，那么可以成立本罪。例如，甲持有两支手枪而没有相应的子弹，而乙有子弹却没有枪支，二者互换补强，甲、乙可成立非法买卖枪支罪。</p>

▣ 十三、不报、谎报安全事故罪

条文	<p>第 139 条之一：“在安全事故发生后，负有报告职责的人员不报或者谎报事故情况，贻误事故抢救，情节严重的，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。”</p>	
概念	<p>不报、谎报安全事故罪，是指在安全事故发生后，负有报告职责的人员不报或者谎报事故情况，贻误事故抢救，情节严重的行为。</p>	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	<p>负有报告职责的人员，是指负有组织、指挥或者管理职责的负责人、管理人员、实际控制人、投资人，以及其他负有报告职责的人。</p> <p>生产经营单位的普通员工、过路人、参观者等，不属于负有报告职责的人员。但是可以成为本罪的共犯。</p>
	行为方式	<p>不报告或是谎报告。其中不报告属于不作为。</p>
	结构模式	<p>安全事故发生→不报告或谎报告→造成贻误事故抢救的后果→情节严重</p> <p>【注意 1】即使及时报告，严重后果仍不可避免地发生，则行为人不报或谎报，不构成本罪。</p> <p>【注意 2】如果严重后果已经造成，不存在扩大的可能，没有抢救的必要，只是单纯隐瞒，不构成本罪。例如，安全事故直接就砸死工人 10 名，此时不报告或谎报告也不会贻误抢救，所以不会成立本罪。</p>

■ 刑法 134 条之一 (刑 11 新增)——危险作业罪

<p>条文</p>	<p>第 134 条之一：“在生产、作业中违反有关安全管理的规定，有下列情形之一，具有发生重大伤亡事故或者其他严重后果的现实危险的，处一年以下有期徒刑、拘役或者管制：</p> <p>（一）关闭、破坏直接关系生产安全的监控、报警、防护、救生设备、设施，或者篡改、隐瞒、销毁其相关数据、信息的；</p> <p>（二）因存在重大事故隐患被依法责令停产停业、停止施工、停止使用有关设备、设施、场所或者立即采取排除危险的整改措施，而拒不执行的；</p> <p>（三）涉及安全生产的事项未经依法批准或者许可，擅自从事矿山开采、金属冶炼、建筑施工，以及危险物品生产、经营、储存等高度危险的生产作业活动的。”</p>	
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>行为主体</p>	<p>本罪主体没有特殊要求：包括有组织、指挥或者管理职责的负责人、管理人员、实际控制人、投资人等人。</p>
	<p>行为方式</p>	<p>1. 逃避监管型：关闭、破坏直接关系生产安全的监控、报警、防护、救生设备、设施，或者篡改、隐瞒、销毁其相关数据、信息的。</p> <p>2. 拒不整改型：因存在重大事故隐患被依法责令停产停业、停止施工、停止使用有关设备、设施、场所或者立即采取排除危险的整改措施，而拒不执行的。</p> <p>3. 无证许可型：涉及安全生产的事项未经依法批准或者许可，擅自从事矿山开采、金属冶炼、建筑施工，以及危险物品生产、经营、储存等高度危险的生产作业活动的。</p>
	<p>具体危险犯</p>	<p>行为人在生产、作业中违反有关安全管理的规定，有下列情形之一，具有发生重大伤亡事故或者其他严重后果的现实危险的，即可成立本罪。如果同时发生重大事故，可成立与其他犯罪（重大责任事故罪）的想象竞合犯。</p>



第十四章

破坏社会主义市场经济秩序罪

一、生产、销售伪劣商品罪

(一) 生产、销售伪劣产品罪

条文	<p>第 140 条：“生产者、销售者在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好或者以不合格产品冒充合格产品，销售金额五万元以上不满二十万元的，处二年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；销售金额二十万元以上不满五十万元的，处二年以上七年以下有期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；销售金额五十万元以上不满二百万元的，处七年以上有期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；销售金额二百万元以上的，处十五年有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金或者没收财产。”</p>	
概念	<p>生产、销售伪劣产品罪，是指生产者、销售者在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好或者以不合格产品冒充合格产品，销售金额较大的行为。</p>	
成立条件 (犯罪构成)	数额要求	<p>1. 销售达到 5 万元。既构成本罪并且既遂。</p> <p>2. 未销售的。司法解释认为：伪劣产品尚未销售，货值金额达到生产、销售伪劣产品罪规定的销售金额 (5 万元) 3 倍以上的 (即 15 万元)，以生产、销售伪劣产品罪 (未遂) 定罪处罚。</p>
成立条件 (犯罪构成)	主观罪过	<p>责任形式为故意，过失不可能构成本罪。</p> <p>例 1、生产者甲在生产过程中因疏忽大意造成产品配方出现错误，使该产品成为伪劣产品的，不构成本罪。</p> <p>例 2、个体经销人员乙不知道自己购入的是伪劣产品而销售的，不成立本罪。</p>
司法解释	<p>1. 对以非碘盐充当碘盐或者以工业用盐等非食用充当食盐等危害食盐安全的行为，分不同情况，以生产、销售伪劣产品罪，或者生产、销售不符合安全标准的食品罪，或者生产、销售有毒、有害食品罪追究刑事责任。</p> <p>2. 生产、销售不符合食品安全标准的食品添加剂，用于食品的包装材料、容器、洗涤剂、消毒剂，或用于食品生产经营的工具、设备等，构成犯罪的，以生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。</p>	

(二) 生产、销售、提供假药罪

条文	<p>第 141 条：“生产、销售假药的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；致人死亡或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产。</p> <p>药品使用单位的人员明知是假药而提供给他人使用的，依照前款的规定处罚。”</p>
概念	<p>生产、销售提供假药罪，是指自然人或者单位故意生产、销售、提供假药的行为。</p>

成立条件 (犯罪构成)	生产、销售的必须是假药	<p>依照《中华人民共和国药品管理法》的规定下列属于假药：</p> <p>(1) 所含成份与国家药品标准规定的成份不符的药品；</p> <p>(2) 以非药品冒充药品或者以他种药品冒充此种药品；</p> <p>(3) 变质的药品；</p> <p>(4) 所标明的适应症或者功能主治超出规定范围的药品。</p> <p>【注意】 上述假药都限于用于人体的药品与非药品，如果生产、销售假农药、假兽药则不构成本罪。</p>
	具有生产、销售假药的行为	<p>1. “生产”包括印刷包装材料、标签、说明书的行为。</p> <p>2. 司法解释认为：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。</p>
	新增主体	药品使用单位的人员明知是假药而提供给他人使用的，同样成立本罪。
司法解释	在自然灾害、事故灾难、公共卫生事件、社会安全事件等突发事件期间，生产、销售用于应对突发事件的假药的，应当酌情从重处罚。	

(三) 生产、销售、提供劣药罪

条文	<p>第 142 条：“生产、销售劣药，对人体健康造成严重危害的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；后果特别严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。</p> <p><u>药品使用单位的人员明知是劣药而提供给他人使用的，依照前款的规定处罚。”</u></p>	
概念	生产、销售、提供劣药罪，是指生产、销售、提供劣药，对人体健康造成严重危害的行为。	
成立条件 (犯罪构成)	<p>1. 本罪为实害犯，要对人体健康造成严重危害的实害结果，才成立犯罪。</p>	
	<p>2. 根据《药品管理法》的规定，以下为劣药：</p> <p>(1) 成份含量不符合国家药品标准的药品；</p> <p>(2) 被污染的药品；</p> <p>(3) 未标明或者更改有效期、超过有效期、未注明或者更改产品批号的药品；</p> <p>(4) 擅自添加防腐剂和辅料的药品；</p> <p>(5) 其他不符合药品标准的药品。</p>	
	新增主体	药品使用单位的人员明知是劣药而提供给他人使用的，同样成立本罪。

刑法 142 条之一 (刑 11 新增)——妨害药品管理罪

条文	<p>第 142 条之一：“违反药品管理法规，有下列情形之一，足以严重危害人体健康的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：</p> <p>(一) 生产、销售国务院药品监督管理部门禁止使用的药品的；</p> <p>(二) 未取得药品批准证明文件生产、进口药品或者明知是上述药品而销售的；</p> <p>(三) 药品申请注册中提供虚假的证明、数据、资料、样品或者采取其他欺骗手段的；</p> <p>(四) 编造生产、检验记录的。</p> <p>有前款行为，同时又构成本法第一百四十一条、第一百四十二条规定之罪或者其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”</p>
成立条件 (犯罪构成)	<p>1. 本罪为具体危险犯。</p> <p>2. 上述 4 种行为类型需要把握，其中没有取得批准证明文件进而生产、进口、销售药品的，不成立生产、销售、提供假药罪。</p> <p>3. 成立本罪，同时满足其他犯罪构成要件的，按照想象竞合犯处理。</p>

(四) 生产、销售有毒、有害食品罪

条文	<p>第 144 条：“在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的，处五年以下有期徒刑，并处罚金；对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；致人死亡或者有其他特别严重情节的，依照本法第一百四十一条的规定处罚。”</p>				
概念	<p>生产、销售有毒、有害食品罪，是指在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的行为。</p>				
成立条件 (犯罪构成)	<table border="1" style="width: 100%;"> <tr> <td style="text-align: center; vertical-align: middle;">行为方式</td> <td> <p>1. 在生产食品中掺入有毒、有害的非食品原料；</p> <p>2. 在销售食品中掺入有毒、有害的非食品原料；</p> <p>3. 明知是掺有有毒、有害的非食品原料的食品而销售。</p> <p>【注意】“有害”的范围较大，不能随意进行扩大解释，只有与有毒相当的，足以造成严重食物中毒或者其他严重食源性疾患的物质，才是“有害”物质。例如，销售的熟食中有苍蝇、蟑螂尸体、头发等，不属于这里的“有害”范畴。</p> </td> </tr> <tr> <td style="text-align: center; vertical-align: middle;">关于“食品”</td> <td> <p>1. “食品”不一定要是商店出售的。 例如，甲将自己制造的有毒、有害食品直接予以销售的，成立销售有毒、有害食品罪。</p> <p>2. “食品”不要求是经过加工制作的。 例如，乙将自己打捞的有毒鱼虾拿到市场上出卖，没有经过任何加工的，也可能成立销售有毒食品罪。</p> <p>3. “食品”完全可能是活着的动物。</p> <p>4. “食品”还包括不适合人食用的物品。 例如，将工业用酒精勾兑成散装白酒出售给他人的，将工业用猪油冒充食用油出售给他人的，也成立销售有毒食品罪。</p> </td> </tr> </table>	行为方式	<p>1. 在生产食品中掺入有毒、有害的非食品原料；</p> <p>2. 在销售食品中掺入有毒、有害的非食品原料；</p> <p>3. 明知是掺有有毒、有害的非食品原料的食品而销售。</p> <p>【注意】“有害”的范围较大，不能随意进行扩大解释，只有与有毒相当的，足以造成严重食物中毒或者其他严重食源性疾患的物质，才是“有害”物质。例如，销售的熟食中有苍蝇、蟑螂尸体、头发等，不属于这里的“有害”范畴。</p>	关于“食品”	<p>1. “食品”不一定要是商店出售的。 例如，甲将自己制造的有毒、有害食品直接予以销售的，成立销售有毒、有害食品罪。</p> <p>2. “食品”不要求是经过加工制作的。 例如，乙将自己打捞的有毒鱼虾拿到市场上出卖，没有经过任何加工的，也可能成立销售有毒食品罪。</p> <p>3. “食品”完全可能是活着的动物。</p> <p>4. “食品”还包括不适合人食用的物品。 例如，将工业用酒精勾兑成散装白酒出售给他人的，将工业用猪油冒充食用油出售给他人的，也成立销售有毒食品罪。</p>
行为方式	<p>1. 在生产食品中掺入有毒、有害的非食品原料；</p> <p>2. 在销售食品中掺入有毒、有害的非食品原料；</p> <p>3. 明知是掺有有毒、有害的非食品原料的食品而销售。</p> <p>【注意】“有害”的范围较大，不能随意进行扩大解释，只有与有毒相当的，足以造成严重食物中毒或者其他严重食源性疾患的物质，才是“有害”物质。例如，销售的熟食中有苍蝇、蟑螂尸体、头发等，不属于这里的“有害”范畴。</p>				
关于“食品”	<p>1. “食品”不一定要是商店出售的。 例如，甲将自己制造的有毒、有害食品直接予以销售的，成立销售有毒、有害食品罪。</p> <p>2. “食品”不要求是经过加工制作的。 例如，乙将自己打捞的有毒鱼虾拿到市场上出卖，没有经过任何加工的，也可能成立销售有毒食品罪。</p> <p>3. “食品”完全可能是活着的动物。</p> <p>4. “食品”还包括不适合人食用的物品。 例如，将工业用酒精勾兑成散装白酒出售给他人的，将工业用猪油冒充食用油出售给他人的，也成立销售有毒食品罪。</p>				

司法解释	<p>(给人用)明知对方是食用油经销商,仍将餐厨废弃油(即“地沟油”)加工而成的劣质油脂销售给对方,导致劣质油脂流入食用油市场供人食用的,成立生产、销售有毒、有害食品罪。</p> <p>(给企业用)明知油脂经销商向饲料生产企业和药品生产企业等单位销售豆油等食用油,仍将餐厨废弃油加工而成的劣质油脂销售给对方,导致劣质油脂流向饲料生产企业和药品生产企业等单位的,成立生产、销售伪劣产品罪。</p>
------	---

(五) 生产、销售不符合安全标准的食品罪

条文	<p>第 143 条：“生产、销售不符合食品安全标准的食品，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；后果特别严重的，处七年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。”</p>
司法解释	<ol style="list-style-type: none"> 1. 含有严重超出标准限量致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质的食品。 2. 属于病死、死因不明或者检验检疫不合格的畜、禽、兽、水产动物及其肉类、肉类制品。 3. 在食用农产品种植、养殖、销售、运输、贮存等过程中，超限量或者超范围滥用添加剂、农药、兽药的食品。 4. 在食品加工、销售、运输、贮存等过程中，超限量或者超范围滥用食品添加剂。 5. 婴幼儿食品中生长发育所需营养成分严重不符合食品安全标准的食品。
本罪与生产、销售有毒、有害食品罪的关系	<ol style="list-style-type: none"> 1. 二者为特殊关系。生产、销售有毒、有害食品罪的行为也必然符合生产、销售不符合安全标准的食品罪的犯罪构成。(“有毒、有害”肯定属于“不符合安全标准”的范畴) 2. 不符合有毒、有害食品罪构成的行为，也完全可能符合生产、销售不符合安全标准的食品罪的犯罪构成。例如，甲在生产、销售的食物中掺入非食品原料，没有达到有毒、有害程度，但该食品不符合食品安全标准的，应以生产、销售不符合安全标准的食品罪论处。

(六) 本节犯罪的认定与处罚

危险犯 VS 实害犯	抽象危险犯	<ol style="list-style-type: none"> 1. 生产、销售、提供假药罪； 2. 生产、销售有毒、有害食品罪。
	具体危险犯	<ol style="list-style-type: none"> 1. 生产、销售不符合安全标准的食品罪； 2. 生产、销售不符合标准的医用器材罪； 3. 妨害药品管理罪。
	实害犯	<ol style="list-style-type: none"> 1. 生产、销售提供劣药罪； 2. 生产、销售不符合安全标准的产品罪； 3. 生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪； 4. 生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪。

法条竞合	<p>1. 第 149 条第 1 款：“生产、销售九个具体罪名的产品，不构成该罪的，但是销售金额在五万元以上，定生产、销售伪劣产品罪。”</p> <p>2. 第 149 条第 2 款：“如果行为同时构成九个具体罪名和生产、销售伪劣产品罪，按照处罚较重的罪论处。”这属于法条竞合，重法优于轻法。</p> <p>【总结】 (1) 有具体罪名的行为但不构成具体罪名，如果符合一般罪名则按照一般罪名论处；(2) 行为同时符合具体罪名与一般罪名，法条竞合的特殊解决规则：重法优先于轻法。</p>
罪与罪之间的包含评价关系	<p>1. 假药是最严重的劣药；</p> <p>2. 有毒、有害的食品是最严重的不符合安全标准的食品。</p>
司法解释	<p>1. 生产、销售含有兴奋剂目录所列物质的食品，符合刑法第一百四十三条、第一百四十四条规定的，以生产、销售不符合安全标准的食品罪、生产、销售有毒、有害食品罪定罪处罚。</p> <p>2. 【新冠肺炎】 在疫情防控期间，生产、销售伪劣的防治、防护产品、物资，或者生产、销售用于防治新型冠状病毒感染肺炎的假药、劣药，符合刑法第一百四十条、第一百四十一条、第一百四十二条规定的，以生产、销售伪劣产品罪，生产、销售、提供假药罪或者生产、销售提供劣药罪定罪处罚。</p>

■ 二、走私罪

(一) 走私武器、弹药罪

条文	<p>第 151 条第 1 款：“走私武器、弹药、核材料或者伪造的货币的，处七年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节特别严重的，处无期徒刑，并处没收财产；情节较轻的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”</p>	
概念	<p>走私武器、弹药罪，是指违反海关法规，走私武器、弹药的行为。</p>	
成立条件 (犯罪构成)	行为对象	<p>走私对象为武器、弹药。</p> <p>1. 走私的是能够使用的弹头、弹壳 → 成立走私弹药罪；</p> <p>2. 走私的是报废或无法使用的弹头、弹壳且不属于废物的 → 成立走私普通货物、物品罪；</p> <p>3. 走私的是被鉴定为废物的弹头、弹壳 → 成立走私废物罪。</p> <p>【注意】 本罪中的武器不包括仿真武器，对走私仿真武器情节严重的，应按走私国家禁止进出口的货物、物品罪论处。</p>
	主观罪过	<p>责任形式为故意，行为人必须明知是（包括明知可能是）国家禁止进出口的武器、弹药而走私。</p> <p>行为人误以为自己走私的是普通货物，但客观上走私了武器的，也只能认定为走私普通货物罪。</p>

(二) 走私假币罪

条文	第 151 条第 1 款：“走私武器、弹药、核材料或者伪造的货币的，处七年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节特别严重的，处无期徒刑，并处没收财产；情节较轻的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”
概念	走私假币罪，是指违反海关法规，走私伪造的货币的行为。
成立条件 (犯罪构成)	<ol style="list-style-type: none"> 走私的对象是伪造的货币。【注意】走私变造的货币，成立走私国家禁止进出口的货物、物品罪。 (1) 包括在境外正在流通的所有货币。 (2) 不管在我国境内能否流通或者兑换。 <ol style="list-style-type: none"> 行为人主观上必须明知是伪造的货币而走私；不明知是伪造的货币而携带、运输其进出境的，不成立本罪。

(三) 走私文物罪

条文	第 151 条第 2 款：“走私国家禁止出口的文物、黄金、白银和其他贵重金属或者国家禁止进出口的珍贵动物及其制品的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处没收财产；情节较轻的，处五年以下有期徒刑，并处罚金。”
概念	走私文物罪，是指违反海关法规，走私国家禁止出口的文物的行为。
成立条件 (犯罪构成)	<ol style="list-style-type: none"> 本罪的行为方式仅限于：境内 → 境外。 如果将文物从境外走私入境的话 → 成立走私普通货物、物品罪。

(四) 走私贵重金属罪

条文	第 151 条第 2 款：“走私国家禁止出口的文物、黄金、白银和其他贵重金属或者国家禁止进出口的珍贵动物及其制品的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处没收财产；情节较轻的，处五年以下有期徒刑，并处罚金。”
概念	走私贵重金属罪，是指违反海关法规，走私国家禁止出口的黄金、白银或者其他贵重金属的行为。
成立条件 (犯罪构成)	<ol style="list-style-type: none"> 本罪的行为方式仅限于：境内 → 境外。 如果将贵重金属从境外走私入境的话 → 成立走私普通货物、物品罪。

(五) 走私国家禁止进出口的货物、物品罪

条文	第 151 条第 3 款：“走私珍稀植物及其制品等国家禁止进出口的其他货物、物品的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金。”
概念	走私国家禁止进出口的货物、物品罪，是指违反海关法规，走私珍稀植物及其制品等国家禁止进出口的其他货物、物品的行为。

成立条件 (犯罪构成)	<p>1. 走私管制刀具、仿真枪支、变造的货币、旧机动车、旧切割机、旧机电产品的，成立走私国家禁止进出口的货物、物品罪。</p> <p>2. 关于走私兴奋剂问题——运动员、运动员辅助人员走私兴奋剂目录所列物质，或者其他人员以在体育竞赛中非法使用为目的走私兴奋剂目录所列物质，涉案物质属于国家禁止进出口的货物、物品，具有下列情形之一的，应当依照刑法第一百五十一条第三款的规定，以走私国家禁止进出口的货物、物品罪定罪处罚：</p> <p>(一) 一年内曾因走私被给予二次以上行政处罚后又走私的；</p> <p>(二) 用于或者准备用于未成年人运动员、残疾人运动员的；</p> <p>(三) 用于或者准备用于国内、国际重大体育竞赛的；</p> <p>(四) 其他造成严重恶劣社会影响的情形。</p>
----------------	--

(六) 走私淫秽物品罪

条文	第 152 条第 1 款：“以牟利或者传播为目的，走私淫秽的影片、录像带、录音带、图片、书刊或者其他淫秽物品的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节较轻的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。”	
概念	走私淫秽物品罪，是指违反海关法规，以牟利或者传播为目的，走私淫秽的影片、录像带、录音带、图片、书刊或者其他淫秽物品的行为。	
成立条件 (犯罪构成)	行为对象	行为对象为淫秽物品。“淫秽物品”属于规范的构成要件要素。
	主观罪过	<p>责任要素除故意外，还要求以牟利或者传播为目的。</p> <p>【注意】 牟利、传播两目的不要求同时具备，只要具备其一即可。是否实现该目的在所不问。</p>
罪数	行为人以牟利、传播为目的，从境外走私淫秽物品，然后在境内贩卖、传播走私进口的淫秽物品的，属于牵连犯，从一重罪处罚。	

(七) 走私类犯罪之间的包含关系 (很重要)

罪与罪之间的包含评价关系	<p>① → 武器弹药、假币、核材料、文物、贵金属、淫秽物品等</p> <p>② → 一般的禁止进出口的货物、物品</p> <p>③ → 普通货物、物品</p>
	<p>1. 范围由大到小：③ ≥ ② ≥ ①；</p> <p>2. ① 能包含评价为②；② 能包含评价为③；</p> <p>3. 本节罪名不是对立关系，而是上述的这种包含评价关系。</p> <p>例如，走私武器、弹药罪可以包含评价为走私国家禁止进出口的货物、物品罪。走私国家禁止进出口的货物、物品罪，可以包含评价为走私普通货物、物品罪。</p>

(八) 走私犯罪的既遂标准

走私犯罪 既遂标准 (司法解释)	<p>1. 在海关监管现场被查获的；</p> <p>2. 以虚假申报方式走私，申报行为实施完毕的；</p> <p>3. 以保税货物或者特定减税、免税进口的货物、物品为对象走私，在境内销售的，或者申请核销行为实施完毕的。</p>
------------------------	---

三、妨害对公司、企业的管理秩序罪

(一) 虚报注册资本罪

条文	<p>第 158 条：“申请公司登记使用虚假证明文件或者采取其他欺诈手段虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门，取得公司登记，虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚报注册资本金额百分之一以上百分之五以下罚金。</p> <p>单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役。”</p>
概念	<p>虚报注册资本罪，是指申请公司登记使用虚假证明文件或者采取其他欺诈手段虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门，取得公司登记，虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。</p>
成立条件 (犯罪构成)	<p>欺骗的对象为：公司登记主管部门。</p>

(二) 虚假出资、抽逃出资罪

条文	<p>第 159 条：“公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚假出资金额或者抽逃出资金额百分之二以上百分之十以下罚金。</p> <p>单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役。”</p>
概念	<p>虚假出资、抽逃出资罪，是指公司发起人、股东违反公司法的规定，未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。</p>
成立条件 (犯罪构成)	<p>欺骗的对象为：其他已出资的股东。</p>

(三) 非法经营同类营业罪

条文	<p>第 165 条：“国有公司、企业的董事、经理利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额特别巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”</p>
概念	<p>非法经营同类营业罪，是指国有公司、企业的董事、经理利用职务便利自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的行为。</p>

成立条件 (犯罪构成)	1. 犯罪主体: 本罪为真正的身份犯, 主体只能是国有公司、企业的董事、经理。 2. 行为方式要求利用职务上的便利。
----------------	---

(四) 为亲友非法牟利罪

条文	第 166 条: “国有公司、企业、事业单位的工作人员, 利用职务便利, 有下列情形之一, 使国家利益遭受重大损失的, 处三年以下有期徒刑或者拘役, 并处或者单处罚金; 致使国家利益遭受特别重大损失的, 处三年以上七年以下有期徒刑, 并处罚金: (一) 将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营的; (二) 以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品的; (三) 向自己的亲友经营管理的单位采购不合格商品的。”
概念	为亲友非法牟利罪, 是指国有公司、企业、事业单位的工作人员, 利用职务上的便利, 违背任务, 非法为亲友牟利, 致使国家利益遭受重大损失的行为。
成立条件 (犯罪构成)	1. 行为主体: 国有公司、企业、事业单位的工作人员。 2. 成立本罪要求利用职务上的便利。 3. 行为方式: 参见法条中的具体 3 种行为。 4. 成立本罪必须致使国家利益遭受重大损失。

四、破坏金融管理秩序罪

(一) 伪造货币罪

条文	第 170 条: “伪造货币的, 处三年以上十年以下有期徒刑, 并处罚金; 有下列情形之一的, 处十年以上有期徒刑或者无期徒刑, 并处罚金或者没收财产: (一) 伪造货币集团的首要分子; (二) 伪造货币数额特别巨大的; (三) 有其他特别严重情节的。”
概念	伪造货币罪, 是指没有货币制作、发行权的人, 非法制造外观上足以使一般人误认为是货币的假货币, 妨害货币的公共信用的行为。
成立条件 (犯罪构成)	行为主体 没有货币制作、发行权的人。
	行为方式 1. 伪造: 从无到有 → 使非属于此种货币的材料取得此种货币的形式。 2. 伪造的货币不要求有真实对应的真币, 但要求足以使一般人相信是真币。例如, 甲伪造 500 元面额的假币, 该行为不属于伪造货币。 3. 故意伪造“错版”人民币的, 也应认定为伪造货币。 4. 货币只包括正在流通的货币。货币包括外国正在流通的货币(外国货币不要求在境内可与人民币兑换); 包括硬币与纸币; 包括普通纪念币和贵金属纪念币。 【注意】 司法解释认为, 伪造停止流通的货币并使用的, 以诈骗罪论处。如果仅伪造而没有使用, 属于诈骗罪的预备行为。
	主观罪过 责任形式为故意, 不要求行为人具有使用的目的。因此, 如果行为人虽不具有使用的目的, 但明知伪造的货币会落入他人之手置于流通的, 就应认定为本罪。

(二) 变造货币罪

条文	第 173 条：“变造货币，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处一万元以上十万元以下罚金；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处二万元以上二十万元以下罚金。”
概念	变造货币罪，是指没有货币制作、发行权的人对真正的货币进行各种方式的加工，使其改变为面额、含量不同的货币，数额较大的行为。
成立条件 (犯罪构成)	<p>1. 变造：加工改造 → 使同一种真实货币改变数额、数量。</p> <p>2. 变造货币，是指对真货币采用剪贴、挖补、揭层、涂改、移位、重印等方法加工处理，改变真币形态、价值的行为。</p> <p>例 1、将 100 元面额真币改为 50 元面额，属于变造。</p> <p>例 2、将真币变为“错版”人民币，属于变造。</p> <p>例 3、将硬币周边的金属刮下来，减少硬币金属含量，属于变造。</p> <p>例 4、将 1999 年制造的面值 1 元的硬币，变造为具有收藏价值的 2000 年制造的面值 1 元的硬币，属于变造。</p> <p>【注意】根据司法解释规定，同时采用伪造和变造的手段，拼凑假币的行为（一半真币一半假币对接的行为），以伪造货币来论。</p> <p>3. 变造是对真货币的加工行为，故变造的货币与变造前的货币具有<u>同一性</u>，如果加工的程度导致其与真货币<u>丧失同一性</u>，则属于伪造货币。</p> <p>例 1、甲将金属货币熔化后，制作成较薄的、更多的金属货币的行为，属于伪造货币。</p> <p>例 2、乙将日元涂改成欧元的，已经使货币发生了本质变化，属于伪造货币。</p> <p>例 3、丙以货币碎片为材料，加入其他纸张，制作成假币的，属于伪造货币。</p>
记忆总结	伪造 = “变性” 变造 = “整容”

(三) 出售、购买、运输假币罪

条文	<p>第 171 条第 1 款：“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。”</p> <p>第 3 款：“伪造货币并出售或者运输伪造的货币的，依照本法第一百七十条（伪造货币罪）的规定定罪从重处罚。”</p>	
概念	出售、购买、运输假币罪，是指明知是伪造的货币而出售、购买或者运输，数额较大的行为。	
成立条件 (犯罪构成)	行为对象	伪造的货币，不包括变造的货币。
	行为方式	<p>1. 购买：是指有偿取得假币。</p> <p>【注意】行为人将报纸等冒充假币出卖给他人的，成立诈骗罪；购买者不成立购买假币罪（属于不能犯）。</p> <p>2. 出售：是指有偿转让。即对方明知是假币，否则构成使用假币罪。</p> <p>3. 运输：应是指转移假币的存在地点。</p> <p>【注意】运输限于国内运输。出入国边境运输，成立走私假币罪。</p>

罪数	<p>1. 伪造货币并出售或者运输伪造的货币的，以伪造货币罪从重处罚，不另成立出售、运输假币罪。但这仅限于行为人出售、运输自己伪造的假币的情形。</p> <p>2. 如果行为人不仅伪造货币，而且出售或者运输他人伪造的货币，即伪造的假币与出售、运输的假币不具有同一性时，则应当实行数罪并罚。</p>
----	--

(四) 持有、使用假币罪

条文	<p>第 172 条：“明知是伪造的货币而持有、使用，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处一万元以上十万元以下罚金；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处二万元以上二十万元以下罚金；数额特别巨大的，处十年以上有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。”</p>	
概念	<p>持有、使用假币罪，是指明知是伪造的货币而持有、使用，数额较大的行为。</p>	
成立条件 (犯罪构成)	行为对象	<p>必须是<u>伪造</u>的假币。</p> <p>1. 不包括变造的假币，如果仅持有变造的假币，不成立犯罪。</p> <p>2. 如果使用变造的假币骗取财物的，成立诈骗罪。</p>
	行为方式	<p>1. 持有，是指将假币置于行为人事实上的支配之下，不要求行为人实际上握有假币。</p> <p>【注意】这里的持有是一种单纯的持有；如果与伪造、出售、购买、运输等环节相联系，则以这些行为的罪名论处，而不构成持有假币罪。</p> <p>2. 使用，是将假币作为真货币而置于流通领域。</p> <p>(1) 对人使用，要求对方不知情。向知情的人交付假币、伪造货币的共犯人之间分配假币、向知情的人出售假币等，都不属于使用假币的行为。</p> <p>(2) 对自动售货机、自动存取款机使用伪造的假币，属于使用假币的行为。</p> <p>(3) 用假币购物、消费、还债、赌博、缴纳税款或罚款，都属于使用假币。</p> <p>(4) 将假币存入银行，将假币作为注册资本，都属于使用假币。但是将假币作为资本实力的证明加以显示，不属于使用假币。</p> <p>(5) 将假币赠送给不知情的他人去使用的，属于使用假币。</p> <p>(6) 将铁片置入自动贩卖机以获得商品的，由于铁片本身不是假币，故不属于使用假币，只能认定为盗窃。</p> <p>(7) 这里的使用仅限于当作货币进行使用。例如，甲拿伪造的假币烧火取暖或者拿假币当作厕纸使用的，不属于这里的使用假币。</p> <p>(8) 向知情之人出售假币的，不属于使用假币。</p> <p>(9) 委托知情的人帮忙保管假币的，不属于使用假币。</p>
	主观罪过	<p>责任形式为故意，即明知是假币而非法持有或者使用。</p>
假币类犯罪罪数总结	<p>1. 伪造货币后 → 出售、运输、使用该假币的 → 伪造货币罪 (从重处罚)</p> <p>2. 购买假币后 → 使用该假币的 → 购买假币罪 (从重处罚)</p> <p>3. 出售、运输假币 → 又使用该假币的 → 数罪并罚</p> <p>4. 购买假币 → 又出售、运输该假币的 → 出售、购买、运输假币罪</p>	

(五) 高利转贷罪

<p>条文</p>	<p>第 175 条：“以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法所得数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金；数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。</p> <p>单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役。”</p>
<p>概念</p>	<p>高利转贷罪，是指以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法所得数额较大的行为。</p>
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>1. 转贷牟利的目的，要求行为人在获取金融机构信贷资金之时就具有。</p> <p>【注意 1】贷款时没有转贷牟利目的，正常贷款后产生转贷牟利目的并转贷的，不构成本罪。</p> <p>【注意 2】如果行为人以非法占有目的套取金融机构信贷资金的，以贷款诈骗罪论处。</p> <p>2. 本罪不是必须具有欺骗性质。在行为人与金融机构负责人通谋，金融机构负责人知道真相仍然贷款给转贷牟利的行为人时，行为人的行为依然成立本罪（对金融机构负责人的行为视具体情形认定为违法发放贷款罪或者其他犯罪）。</p> <p>3. 变相的高利转贷：</p> <p>(1) 行为人以转贷牟利目的套取金融机构信贷资金后，表面上将该部分资金用于生产经营，但将自有资金高利借贷他人，违法所得数额较大的，应认定为本罪。</p> <p>(2) 行为人以转贷牟利目的套取金融机构的信贷资金，高利借贷给名义上有合资合作关系但实际上并不参与经营的企业，违法所得数额较大的，也应认定为本罪。</p>

(六) 非法吸收公众存款罪

<p>条文</p>	<p>第 176 条：“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑，并处罚金。</p> <p>单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。</p> <p>有前两款行为，在提起公诉前积极退赃退赔，减少损害结果发生的，可以从轻或者减轻处罚。”</p>
<p>概念</p>	<p>非法吸收公众存款罪，是指非法吸收公众存款或者非法变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的行为。</p>

成立条件 (犯罪构成)	行为主体	<ol style="list-style-type: none"> 不具有吸收存款资格的金融机构和自然人； 即使具有吸收存款资格的金融机构，但是如果以擅自提高利率等不法方式吸收存款的，因为严重扰乱了金融秩序，应以本罪论处。
	行为对象	<p>社会公众即社会不特定对象。</p> <ol style="list-style-type: none"> 包括个人与单位； 向亲朋好友或者单位内部人员吸收存款的，不成立本罪。 <p>【注意】在向亲友或者单位内部人员吸收资金的过程中，明知亲友或者单位内部人员向不特定对象吸收资金而予以放任的，属于向公众吸收存款，成立本罪。</p>
	行为方式	<p>根据司法解释，同时满足下列四个条件的，属于“非法吸收公众存款”：</p> <ol style="list-style-type: none"> 非法性——未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金； 公开性——通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传； 利诱性——承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报； 社会性——向社会公众即社会不特定对象吸收资金。
	情节要求	<p>只有当行为人非法吸收公众存款，用于货币、资本的经营时(如发放贷款)，才能认定为扰乱金融秩序，才应以本罪论处。例如，将非法吸收的公众存款用于生产活动的，不成立本罪。</p>
	主观罪过	<p>本罪责任形式为故意，不能具有非法占有目的，否则成立集资诈骗罪。</p>
司法解释	<p>常见的非法吸收公共存款的情形如下：</p> <ol style="list-style-type: none"> 不具有房产销售的真实内容或者不以房产销售为主要目的，以返本销售、售后包租、约定回购、销售房产份额等方式非法吸收资金的； 以转让林权并代为管护等方式非法吸收资金的； 以代种植(养殖)、租种植(养殖)、联合种植(养殖)等方式非法吸收资金的； 不具有销售商品、提供服务的真实内容或者不以销售商品、提供服务为主要目的，以商品回购、寄存代售等方式非法吸收资金的； 不具有发行股票、债券的真实内容，以虚假转让股权、发售虚构债券等方式非法吸收资金的； 不具有募集基金的真实内容，以假借境外基金、发售虚构基金等方式非法吸收资金的； 不具有销售保险的真实内容，以假冒保险公司、伪造保险单据等方式非法吸收资金的； 以投资入股的方式非法吸收资金的； 以委托理财的方式非法吸收资金的； 利用民间“会”、“社”等组织非法吸收资金的。 	
从宽处罚	<p>在提起公诉前积极退赃退赔，减少损害结果发生的，可以从轻或者减轻处罚。</p>	

(七) 违法发放贷款罪

<p>条文</p>	<p>第 186 条：“银行或者其他金融机构的工作人员违反国家规定发放贷款，数额巨大或者造成重大损失的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处一万元以上十万元以下罚金；数额特别巨大或者造成特别重大损失的，处五年以上有期徒刑，并处二万元以上二十万元以下罚金。</p> <p>银行或者其他金融机构的工作人员违反国家规定，向关系人发放贷款的，依照前款的规定从重处罚。</p> <p>单位犯前两款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前两款的规定处罚。</p> <p>关系人的范围，依照《中华人民共和国商业银行法》和有关金融法规确定。”</p>
<p>概念</p>	<p>违法发放贷款罪，是指银行或者其他金融机构的工作人员违反国家规定发放贷款，数额巨大或者造成重大损失的行为。</p>
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>1. 关系人：是指商业银行或者其他金融机构的董事、监事、管理人员、信贷人员及其近亲属以及上述人员投资或者担任高级管理职务的公司、企业和其他经济组织。</p> <p>2. 成立本罪要求数额巨大或者造成重大损失。</p> <p>【注意】是否造成了重大损失，是用经济的观点判断。例如，非法向关系人发放贷款，到期不能收回的贷款或者利息数额重大的，就应认为造成了重大损失。</p>
<p>罪数</p>	<p>收受他人贿赂后成立本罪的，数罪并罚。</p>

(八) 洗钱罪

<p>条文</p>	<p>第 191 条：“为掩饰、隐瞒毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪的所得及其产生的收益的来源和性质，有下列行为之一的，没收实施以上犯罪的所得及其产生的收益，处五年以下有期徒刑或者拘役，<u>并处或者单处罚金</u>；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，<u>并处罚金</u>：</p> <p>(一) 提供资金帐户的；</p> <p>(二) 将财产转换为现金、金融票据、有价证券的；</p> <p>(三) 通过转账或者其他<u>支付结算方式转移资金的</u>；</p> <p>(四) <u>跨境转移资产的</u>；</p> <p>(五) 以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的来源和性质的。</p> <p>单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，<u>依照前款的规定处罚</u>。”</p>	
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>行为主体</p>	<p>自然人 + 单位</p>
	<p>行为对象</p>	<p>上游犯罪的所得及其产生的收益。</p> <p>【注意】犯罪所得包括犯罪行为的直接所得与间接所得，还包括犯罪行为所取得的报酬。例如，帮助他人实施金融诈骗犯罪所获得的报酬，也是犯罪所得。</p>

成立条件 (犯罪构成)	上游犯罪	<ol style="list-style-type: none"> 1. 毒品犯罪：是指刑法分则第六章第七节所规定的犯罪。 2. 黑社会性质的组织犯罪：是指以黑社会性质组织为主体实施的各种犯罪，包括黑社会性质组织所实施的财产犯罪的所得及其产生的收益。 3. 恐怖活动犯罪：是指以恐怖活动组织为主体实施的各种犯罪，包括恐怖活动组织所实施的财产犯罪的所得及其产生的收益。 4. 走私犯罪：是指刑法分则第三章第二节所规定的全部走私犯罪。 5. 贪污贿赂犯罪。 6. 破坏金融管理秩序犯罪：是指刑法分则第三章第四节所规定的犯罪。 7. 金融诈骗犯罪：是指刑法分则第三章第五节所规定的犯罪。
	主观要求	成立本罪要求行为人与上游犯罪人没有事前通谋，否则行为人成立上游犯罪的帮助犯。
		<p>洗钱罪的成立，应当以上游犯罪事实成立为认定前提。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 上游犯罪尚未依法裁判，但查证属实的，不影响对洗钱罪的审判。 2. 上游犯罪事实可以确认，因行为人死亡等原因依法不予追究刑事责任的，不影响洗钱罪的认定。 3. 上游犯罪事实成立，依法以其他罪名定罪处罚的，也不影响洗钱罪的认定。例如，只要上游犯罪人的行为符合破坏金融管理秩序犯罪或金融诈骗犯罪的犯罪构成，即使由于某种原因（如牵连犯、想象竞合犯、包括的一罪等）认定为其他犯罪时，其犯罪所得及其产生的收益，也能成为洗钱罪的对象。
事实认识错误		<p>行为人在上述7种犯罪所得及其收益范围内产生对象认识错误，不影响洗钱罪故意的成立。</p> <p>例如，行为人将上游的黑社会性质的组织犯罪所得误认为是恐怖活动犯罪所得而实施洗钱行为的，不影响洗钱罪的成立。</p>
司法解释		<ol style="list-style-type: none"> 1. 在司法实践中，对于地下钱庄实施非法从事资金支付结算业务或者非法买卖外汇行为，通过转账或者其他结算方式协助资金转移，或者协助将资金汇往境外，构成非法经营罪，同时又构成洗钱罪或者帮助恐怖活动罪的，按照竞合犯处罚原则，依照处罚较重的规定定罪处罚。 2. 下列情形是属于常见的“洗钱”方式： <ol style="list-style-type: none"> (1) 通过典当、租赁、买卖、投资等方式，转移、转换犯罪所得及其收益的； (2) 通过与商场、饭店、娱乐场所等现金密集型场所的经营收入相混合的方式，转移、转换犯罪所得及其收益的； (3) 通过虚构交易、虚设债权债务、虚假担保、虚报收入等方式，将犯罪所得及其收益转换为“合法”财物的； (4) 通过买卖彩票、奖券等方式，转换犯罪所得及其收益的； (5) 通过赌博方式，将犯罪所得及其收益转换为赌博收益的； (6) 将犯罪所得及其收益携带、运输或者邮寄出入境的； (7) 通过前述规定以外的方式转移、转换犯罪所得及其收益的。
重点修改		<p>《刑法修正案(十一)》通过删除第191条关于客观行为方式中三个“协助”和“明知”等的术语，改变了洗钱罪只能由他犯构成的限制性框架，将自洗钱纳入洗钱罪的打击范围。强化对洗钱罪的刑事打击效果，从根本上改善我国反洗钱司法效果薄弱的局面。</p>

五、金融诈骗罪

【提示】

1. 金融诈骗罪与诈骗罪是特殊法条与普通法条的关系，优先适用特殊法条。
2. 本节有 3 个只能由自然人构成的犯罪（纯正的自然人犯罪）：
 - (1) 贷款诈骗罪；(2) 信用卡诈骗罪；(3) 有价证券诈骗罪。

（一）贷款诈骗罪

<p>条文</p>	<p>第 193 条：“有下列情形之一，以非法占有为目的，诈骗银行或者其他金融机构的贷款，数额较大的，处五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；数额巨大或者有其他严重情节的，处五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；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，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：</p> <p>（一）编造引进资金、项目等虚假理由的；</p> <p>（二）使用虚假的经济合同的；</p> <p>（三）使用虚假的证明文件的；</p> <p>（四）使用虚假的产权证明作担保或者超出抵押物价值重复担保的；</p> <p>（五）以其他方法诈骗贷款的。”</p>
<p>概念</p>	<p>贷款诈骗罪，是指以非法占有为目的，使用欺诈方法，诈骗银行或者其他金融机构的贷款，数额较大的行为。</p>
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>1. 贷款诈骗罪（既遂）的构造为：行为人实施欺骗行为 → 金融机构工作人员产生认识错误 → 基于认识错误发放贷款 → 行为人或第三者取得贷款 → 金融机构遭受财产损失。</p> <p>【注意 1】2014 年的最新立法解释规定：单位实施贷款诈骗行为的，直接以负有责任的自然人的贷款诈骗罪论处。不再成立单位的合同诈骗罪（已经被废掉的司法解释规定）。例如，甲公司非法占有为目的实施贷款诈骗行为，诈骗所得 100 万元。银行职员乙为其洗钱。甲公司负有责任的自然人成立贷款诈骗罪，乙构成洗钱罪。</p> <p>【注意 2】行为人合法取得贷款后，由于某种原因不能还本付息，采取欺骗手段将用于贷款的抵押物隐匿、转移，使贷款人不能对抵押物行使权利的，不能认定为贷款诈骗罪。按民事案件处理，无罪。</p> <p>【注意 3】合法取得贷款后，如果行为人的欺骗手段使贷款人产生认识错误，进而作出免除债务的处分，则成立普通诈骗罪（骗取财产性利益）。</p> <p>2. 责任要素除故意外，还要求具有非法占有的目的，具体表现为不归还贷款的意思。</p> <p>3. 本罪与骗取贷款罪的区别：本罪具有非法占有目的，骗取贷款罪不能具有此目的。例如，甲因不具备贷款的条件而采取了欺骗手段获取贷款，案发时有能力履行还贷义务，或者案发时不能归还贷款是因为意志以外的原因，如因经营不善、被骗、市场风险等，只能认定为骗取贷款罪。</p>

(二) 信用卡诈骗罪

<p style="text-align: center;">条文</p>	<p>第 196 条：“有下列情形之一，进行信用卡诈骗活动，数额较大的，处五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；数额巨大或者有其他严重情节的，处五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；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，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：</p> <p>（一）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；</p> <p>（二）使用作废的信用卡的；</p> <p>（三）冒用他人信用卡的；</p> <p>（四）恶意透支的。</p> <p>前款所称恶意透支，是指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，并且经发卡银行催收后仍不归还的行为。</p> <p>盗窃信用卡并使用的，依照本法第二百六十四条的规定定罪处罚。”</p>	
<p style="text-align: center;">概念</p>	<p>信用卡诈骗罪，指以非法占有为目的，利用信用卡进行诈骗活动，骗取数额较大财物的行为。</p>	
<p style="text-align: center;">成立条件 (犯罪构成)</p>	<p style="text-align: center;">本罪的第一条考查路径</p>	<p>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”</p> <p>(1) 本罪的信用卡，是指由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功能的电子支付卡。</p> <p>(2) 使用，是指按照信用卡的通常使用方法，将伪造的信用卡作为真实有效的信用卡予以利用。</p> <p>(3) 使用所谓“变造”的信用卡（如磁条内的信息被变更的信用卡）的，应认定为使用伪造的信用卡。变造的信用卡，在此是一种扩大解释。</p>
<p>2. “使用作废的信用卡的”</p> <p>行为主体既可以是持卡人，也可以是其他人。</p>		
<p>3. “冒用他人信用卡的”</p> <p>(1) 此种行为中的信用卡必须是真实有效的。否则属于上述 2 种行为。</p> <p>(2) 使用自己名义的信用卡的行为，不成立信用卡诈骗罪。</p> <p>(3) 冒用他人信用卡，以违反合法持卡人的意志为前提；征得持卡人同意使用其信用卡的，不构成犯罪。</p> <p>(4) 根据司法解释规定，“冒用他人信用卡”，包括以下情形：</p> <p>① 拾得他人信用卡并使用的；</p> <p>② 骗取他人信用卡并使用的；</p> <p>③ 窃取、收买、骗取或者以其他非法方式获取他人信用卡信息资料，并<u>通过互联网、通讯终端等使用的</u>；</p> <p>④ 其他冒用他人信用卡的情形。</p>		

<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>本罪的第一条考查路径</p>	<p>4. “恶意透支的”</p> <p>(1) 恶意透支，是指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，并且经发卡银行催收后仍不归还的行为。</p> <p>(2) “催收”方式：书面催收 + 口头催收。</p> <p>(3) “催收”对象：仅限于对持卡人催收，对保证人或者持卡人家属催收的，不属于“催收”。</p> <p>(4) “催收”需要在透支超过规定限额或者规定期限后进行。</p> <p>(5) “催收”应当采用能够确认持卡人收悉的方式，但持卡人故意逃避催收的除外。这是“有效催收”的本质要求，以将持卡人由于搬迁或者出差等原因，没有收到银行催收以致未能按时还款的情况排除在外。</p> <p>(6) 只要持卡人透支后，发卡银行实施过催收行为，持卡人按照信用卡的通常使用情形认识到发卡银行实施过催收行为并仍不归还，即使持卡人没有直接或间接收到发卡银行的催收，也应认定为“经发行银行催收后仍不归还”。</p> <p>(7) 对于持卡人与实际透支人不一致时的催收对象及相关问题？</p> <p>① 违背持卡人真实意愿情形的处理。以拾得、骗取、窃取、收买，甚至抢劫、盗窃等方式获取他人信用卡后恶意透支，根据刑法和司法解释的有关规定，可以盗窃罪、信用卡诈骗罪（冒用他人信用卡）等规定定罪处罚，不需要催收。</p> <p>② 未违背持卡人的真实意愿情形的处理。持卡人明知、甚至与实际透支人共谋，共同使用自己的信用卡恶意透支的，对持卡人进行催收即可。</p> <p>(8) 司法解释规定：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（间隔至少 30 日）后超过 3 个月仍不归还的，才属于“恶意透支”。</p> <p>(9) 司法解释规定，有以下情形之一的，应当认定为有非法占有的目的： A 明知没有还款能力而大量透支，无法归还的； B 透支后逃匿、改变联系方式，逃避银行催收的； C 抽逃、转移资金，隐匿财产，逃避还款的； D 使用透支的资金进行违法犯罪活动的； E 使用虚假资信证明申领信用卡后透支，无法归还的。</p> <p>(10) 非法占有目的必须存在于透支时；透支时具有归还的意思，透支后由于客观原因不能归还，不能认定为信用卡诈骗罪。</p> <p>(11) 司法解释：“发卡银行违规以信用卡透支形式变相发放贷款，持卡人未按规定归还的，不适用刑法第一百九十六条‘恶意透支’的规定。构成其他犯罪的，以其他犯罪论处。”</p> <p>该行为实质上是借用信用卡的形式发放贷款，所发放的“信用卡”的主要功能作为贷款载体而非用于透支消费，不符合信用卡的本质特征，此种情况下“持卡人”透支不还的行为主要属于不及时归还贷款，不应适用恶意透支的规定定罪处罚。当然，如果符合刑法第一百七十五条之一规定的骗取贷款罪、第一百九十三条规定的贷款诈骗罪等其他犯罪的，可以依照其他犯罪定罪处罚。</p>
------------------------	-------------------	---

成立条件 (犯罪构成)	本罪的第一条考查路径	责任要素除故意外，还要求有非法占有目的。 1. 使用伪造、作废的信用卡时，必须明知是伪造、作废的信用卡。 2. 不具有非法占有目的的善意透支行为，不成立信用卡诈骗罪。 3. 不得单纯依据未按规定还款的事实认定非法占有目的（例如，正在与发卡银行协商还款事宜等）。对于持卡人原有合法、稳定收入来源，长期使用信用卡，信用记录良好，但在正常透支消费后，因突发重大疾病或者其他客观原因，导致一时无力还款，事后与发卡银行积极沟通说明情况、尽力筹措还款资金的，不应认定为以非法占有为目的。	
	本罪的第二条考查路径	盗窃信用卡 + 使用	无论对谁用，只成立盗窃罪 ⁴⁸
		侵占(拾得)信用卡 + 使用	无论对谁用，只成立信用卡诈骗罪 ⁴⁹
		抢劫信用卡 + 使用	无论对谁用，只成立抢劫罪 ⁵⁰
总结	冒用他人信用卡就是违背持卡人的意志加以使用，法条中不区分人和机器，所以原则上行为人只要用的不是自己的真实卡，无论对机器还是人使用都只成立信用卡诈骗罪。 <u>例外：盗窃 + 无论对谁用，都成立盗窃罪；抢劫 + 无论对谁用，都成立抢劫罪。</u>		

48 刑法第196条第3款：“盗窃信用卡并使用的，以盗窃罪论处。”

49 《最高人民法院、最高人民检察院关于拾得他人信用卡并在自动柜员机(ATM机)上使用的行为如何定性问题的批复》(2008年5月7日)，内容：拾得他人信用卡并在自动柜员机(ATM机)上使用的行为，属于《刑法》第一百九十六条第一款第(三)项规定的“冒用他人信用卡”的情形，构成犯罪的，以信用卡诈骗罪追究刑事责任。

50 最高人民法院2005年6月8日《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第6条：抢劫信用卡后使用、消费的，其实际使用、消费的数额为抢劫数额。

(三) 保险诈骗罪

<p>条文</p>	<p>第 198 条：“有下列情形之一，进行保险诈骗活动，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处一万元以上十万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处二万元以上二十万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑，并处二万元以上二十万元以下罚金或者没收财产：</p> <p>（一）投保人故意虚构保险标的，骗取保险金的；</p> <p>（二）投保人、被保险人或者受益人对发生的保险事故编造虚假的原因或者夸大损失的程度，骗取保险金的；</p> <p>（三）投保人、被保险人或者受益人编造未曾发生的保险事故，骗取保险金的；</p> <p>（四）投保人、被保险人故意造成财产损失的保险事故，骗取保险金的；</p> <p>（五）投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病，骗取保险金的。</p> <p>有前款第四项、第五项所列行为，同时构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。</p> <p>单位犯第一款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑。</p> <p>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。”</p> <p>第 183 条：“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，依照本法第二百七十一条（职务侵占罪）的规定定罪处罚。</p> <p>国有保险公司工作人员和国有保险公司委派到非国有保险公司从事公务的人员有前款行为的，依照本法第三百八十二、三百八十三条（贪污罪）的规定定罪处罚。”</p>
<p>概念</p>	<p>保险诈骗罪，是指投保人、被保险人、受益人，以使自己或者第三者获取保险金为目的，采取虚构保险标的、保险事故或者制造保险事故等方法，骗取保险金，数额较大的行为。</p>
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>行为主体：投保人、被保险人与受益人。本罪为真正的身份犯。</p> <p>【注意】不具有主体身份的人骗取保险金的，不构成保险诈骗罪，可构成普通的诈骗罪。</p> <p>例如，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 20 万余元。对甲的行为应以诈骗罪论处。</p>
<p>着手认定</p>	<p>1. 虚构保险标的、制造保险事故，属于为保险诈骗创造前提条件，属于预备行为。</p> <p>2. 向保险公司提出理赔，才是着手，才开始实行行为。</p> <p>例如，甲为了骗取保险金，而放火烧毁已经投保的房屋，进而骗取保险金的，开始放火烧毁房屋时，还不是保险诈骗罪的着手；以房屋被烧毁为根据向保险人提出给付保险金的请求时，才是保险诈骗罪的着手。</p>
<p>共犯认定</p>	<p>1. 刑法第 198 条第 3 款规定“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，以保险诈骗罪的共犯论处。”本款属于注意规定。</p> <p>2. 不具有本罪主体的一般公民与保险公司的工作人员相勾结骗取保险金，构成共同犯罪时，应当根据刑法总论中的共犯与身份的原理以及共同犯罪的其他原理确定罪名。</p>

罪数	<p>1. 行为人故意造成财产损失的保险事故，或故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病，骗取保险金，同时构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。</p> <p>例如，甲故意纵火烧毁已经投保的汽车，发生火灾导致邻居乙、丙房屋被烧毁，并骗取保险金的，成立放火罪和保险诈骗罪，数罪并罚。</p> <p>2. 行为人仅实施了制造保险事故的犯罪行为，而没有向保险人索赔（即没着手），只处罚制造保险事故的犯罪。</p> <p>例如，甲租用某建筑公司场地开舞厅，并为舞厅财产购买了30万元保险。后因甲无力支付租金，场地被建筑公司封锁。甲决定放火烧毁舞厅，一来可以解对建筑公司之恨，二来可以从保险公司获取保险赔偿金。甲在放火后败露，未到保险公司索赔即被当地公安机关抓获。甲的行为构成放火罪与保险诈骗罪的预备，想象竞合从一重，应认定为放火罪。</p>
----	--

▣ 六、危害税收征管罪

（一）逃税罪

条文	<p>第201条：“纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额百分之十以上的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大并且占应纳税额百分之三十以上的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。</p> <p>扣缴义务人采取前款所列手段，不缴或者少缴已扣、已收税款，数额较大的，依照前款的规定处罚。</p> <p>对多次实施前两款行为，未经处理的，按照累计数额计算。</p> <p>有第一款行为，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；但是，五年内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。”</p>	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	<p>纳税人与扣缴义务人(身份犯)。</p> <p>1. 纳税人：法律、行政法规规定的负有纳税义务的单位或者个人。</p> <p>2. 扣缴义务人：法律、行政法规规定的负有代扣代缴、代收代缴税款义务的单位或者个人。</p>
	行为方式	<p>1. 采取欺骗、隐瞒手段进行<u>虚假纳税申报</u>。</p> <p>例如，采取隐匿账簿、记账凭证，或者在账簿上多列支出或者不列、少列收入，或者报送虚假的纳税申报表、财务报表、代扣代缴、代收代缴税款报告表或者其他纳税申报资料进行虚假的纳税申报。</p> <p>2. <u>不申报</u>。</p> <p>【注意】因不申报而成立逃税罪的，不需要采取欺骗、隐瞒手段。但只有经税务机关通知申报而不申报的，才能认定为逃税罪（限制解释）。</p> <p>3. 根据刑法第204条的规定，缴纳税款后，以假报出口或者其他欺骗手段，骗取所缴纳的税款的，符合其他要件的，也成立逃税罪。（参见下文骗取出口退税罪的相关内容）</p>
	数额要求	<p>1. 纳税人成立本罪要求逃税数额较大并且占应纳税额10%以上。</p> <p>2. <u>扣缴义务人</u>构成逃税罪的，只要求数额较大，不要求占10%以上。</p>

阻却事由	<p>1. 任何逃税案件，首先必须经过税务机关的处理。税务机关没有处理或者不处理的，司法机关不得直接追究行为人的刑事责任。</p> <p>2. 如果税务机关只要求行为人补缴应纳税款，缴纳滞纳金，而没有给予行政处罚的，只要行为人补缴应纳税款和缴纳滞纳金，就不应追究刑事责任。</p> <p>3. 只有当行为人超过了税务机关的规定期限而不接受处理，司法机关才能追究刑事责任。</p> <p>4. 但书所规定的“二次以上行政处罚”中的“二次”，是指因逃税受到行政处罚后又逃税而再次被给予行政处罚。即已经受到二次行政处罚，第三次再逃税的，才否定处罚阻却事由的成立。例如，甲 2013 年 3 月因逃税受到行政处罚，2015 年 3 月第二次逃税又受到行政处罚。此时，仍然可能成立处罚阻却事由，不构成逃税罪。</p> <p>5. 该处罚阻却事由的待遇不适用于扣缴义务人的逃税行为。</p>
------	---

(二) 抗税罪

条文	第 202 条：“以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处拒缴税款一倍以上五倍以下罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处拒缴税款一倍以上五倍以下罚金。”
概念	抗税罪，是指纳税人、扣缴义务人以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为。
成立条件 (犯罪构成)	<p>1. 行为主体：纳税人和扣缴义务人。<u>且仅限于自然人，不包括单位。</u></p> <p>【注意 1】非纳税人或扣缴义务人单独以暴力、威胁方法阻碍税务机关工作人员履行税收职责的，成立妨害公务罪。</p> <p>【注意 2】非纳税人与纳税人或扣缴义务人共同故意抗税的，成立抗税罪的共犯。</p> <p>2. 本罪是作为与不作为相结合的犯罪。</p> <p>3. 司法解释规定：实施抗税行为致人重伤、死亡，构成故意伤害罪、故意杀人罪的，属于想象竞合犯。</p>

(三) 骗取出口退税罪

条文	<p>第 204 条：“以假报出口或者其他欺骗手段，骗取国家出口退税款，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处骗取税款一倍以上五倍以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处骗取税款一倍以上五倍以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处骗取税款一倍以上五倍以下罚金或者没收财产。</p> <p>纳税人缴纳税款后，采取前款规定的欺骗方法，骗取所缴纳的税款的，依照本法第二百零一条（逃税罪）的规定定罪处罚；骗取税款超过所缴纳的税款部分，依照前款的规定处罚。”</p>
概念	骗取出口退税罪，指以假报出口或者其他欺骗手段，骗取国家出口退税款，数额较大的行为。

成立条件 (犯罪构成)	<p>1. 本罪只有在没有缴纳税款的情况下才可能成立。</p> <p>(1) 纳税人缴纳税款后, 采取假报出口等欺骗方法, 骗取所缴纳的税款的, 成立逃税罪。</p> <p>(2) 对于骗取税款超过所缴纳的税款部分, 则应认定为骗取出口退税罪, 与逃税罪实行数罪并罚。</p> <p>2. 有进出口经营权的公司、企业, 明知他人意欲骗取国家出口退税款, 仍违反国家有关进出口经营的规定, 允许他人自带客户、自带货源、自带汇票并自行报关, 骗取国家出口退税款的, 以本罪论处。</p>
----------------	---

■ 七、侵犯知识产权罪

(一) 侵犯商业秘密罪

条文	<p>第 219 条: “有下列侵犯商业秘密行为之一, 情节严重的, 处三年以下有期徒刑, 并处或者单处罚金; 情节特别严重的, 处三年以上十年以下有期徒刑, 并处罚金:</p> <p>(一) 以盗窃、<u>贿赂</u>、<u>欺诈</u>、<u>胁迫</u>、<u>电子侵入</u>或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密;</p> <p>(二) 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;</p> <p>(三) 违反<u>保密义务</u>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。</p> <p>明知前款所列行为, 获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的, 以侵犯商业秘密论。</p> <p>本条所称权利人, 是指商业秘密的所有人和经商业秘密所有人许可的商业秘密使用人。”</p>	
概念	<p>侵犯商业秘密罪, 是指以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、披露、擅自使用等不正当手段, 侵犯商业秘密, 给商业秘密的权利人造成重大损失的行为。</p>	
成立条件 (犯罪构成)	行为对象	<p>商业秘密。是指不为公众所知悉, 能为权利人带来经济利益, 具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。</p>
	行为方式	<ol style="list-style-type: none"> 1. 以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的。 2. 披露、使用或允许他人使用以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或其他不正当手段获取的权利人的商业秘密的。 3. 违反保密义务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。 4. 明知或应知前述第一种至第三种违法行为, 而获取、使用或者披露他人商业秘密。
	主观罪过	<p>责任形式为故意, 行为人明知自己的行为侵犯了他人商业秘密, 会给权利人造成重大损失, 并且希望或者放任这种结果发生。</p>

(二) 侵犯著作权罪

<p>条文</p>	<p>第 217 条：“以营利为目的，有下列侵犯著作权或者与著作权有关的权利的情形之一，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金：</p> <p>（一）未经著作权人许可，复制发行、通过信息网络向公众传播其文字作品、音乐、美术、视听作品、计算机软件及法律、行政法规规定的其他作品的；</p> <p>（二）出版他人享有专有出版权的图书的；</p> <p>（三）未经录音录像制作者许可，复制发行、通过信息网络向公众传播其制作的录音录像的；</p> <p>（四）未经表演者许可，复制发行录有其表演的录音录像制品，或者通过信息网络向公众传播其表演的；</p> <p>（五）制作、出售假冒他人署名的美术作品的；</p> <p>（六）未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可，故意避开或者破坏权利人为其作品、录音录像制品等采取的保护著作权或者与著作权有关的权利的技术措施的。”</p>
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 增加“与著作权有关的权利”的表述，加大对著作权相应邻接权的保护力度。如，录音录像制作者对其录音录像的作品享有的权利，表演者对其表演享有的权利等。 2. 熟知上述 6 种犯罪类型。 3. 增加“通过信息网络向公众传播”的行为方式。 4. 本条的修改主要是为了与修改后的《著作权法》保持协调。

(三) 为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪

<p>条文</p>	<p>第 219 条之一：“为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密的，处五年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金。”</p>
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 本罪侵犯的法益：商业秘密权利人的权利和市场的公平竞争秩序。 2. 如果商业秘密同时也是国家秘密，可成立本罪与其他犯罪（为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪、故意泄露国家秘密罪等）的想象竞合犯。 3. 本罪成立不要求特定动机（为获取报酬、打击报复等）。

■ 八、扰乱市场秩序罪

(一) 非法经营罪

<p>条文</p>	<p>第 225 条：“违反国家规定，有下列非法经营行为之一，扰乱市场秩序，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产：</p> <p>（一）未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的；</p> <p>（二）买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的；</p> <p>（三）未经国家有关主管部门批准，非法经营证券、期货、保险业务的，或者非法从事资金支付结算业务的；</p> <p>（四）其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。”</p>
-----------	--

<p>概念</p>	<p>非法经营罪，是指自然人或者单位，违反国家规定，故意从事非法经营活动，扰乱市场秩序，情节严重的行为。</p>
<p>司法解释</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 非法买卖外汇。这是指在国家规定的交易场所外非法买卖外汇、扰乱市场秩序，情节严重的。 2. 经营非法出版物。这是指违反国家规定，出版、印刷、复制、发行严重危害社会秩序和扰乱市场秩序的非法出版物，情节严重的。 3. 擅自经营国际电信业务。这是指违反国家规定，采取租用国际专线、私设转接设备或者其他方法，擅自经营国际电信业务或者涉港澳台电信业务进行营利活动，扰乱电信市场管理秩序，情节严重的。 4. 非法生产、销售“瘦肉精”。这是指未取得药品生产、经营许可证件和批准文号，非法生产、销售盐酸克仑特罗等禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品，扰乱药品市场秩序，情节严重的，以非法经营罪论处。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，以非法经营罪论处。 5. 传染病疫情期间哄抬物价。这是指违反国家在预防、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他严重情节的，以非法经营罪定罪，依法从重处罚⁵¹。 6. 违反国家规定，擅自设立互联网上网服务营业场所，或者擅自从事互联网上网服务经营活动，情节严重的。 7. 未经国家批准擅自发行、销售彩票，构成犯罪的。 8. 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。 9. 持卡人之外的其他人违反国家规定，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，属于非法从事资金结算业务，情节严重的。 10. 违反国家规定，未经依法核准擅自发行基金份额募集基金，情节严重的，以非法经营罪定罪处罚。 11. 违反国家规定，私设生猪屠宰厂(场)，从事生猪屠宰、销售等经营的，情节严重的，以非法经营罪论处。 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，情节严重的，以非法经营罪论处。 13. 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，以非法经营罪论处。 14. 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，以非法经营罪论处。

⁵¹ 2020年2月6日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部印发《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》的通知：在疫情防控期间，违反国家有关市场经营、价格管理等规定，囤积居奇，哄抬疫情防控急需的口罩、护目镜、防护服、消毒液等防护用品、药品或者其他涉及民生的物品价格，牟取暴利，违法所得数额较大或者有其他严重情节，严重扰乱市场秩序的，依照刑法第二百二十五条第四项的规定，以非法经营罪定罪处罚。

司法解释	<p>15. 以提供给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施设备或者其专用软件, 情节严重的, 以非法经营罪论处。</p> <p>16. 行为人出于医疗目的, 违反有关药品管理的国家规定, 非法贩卖国家规定管制的能够使人形成瘾癖的麻醉药品或者精神药品, 扰乱市场秩序, 情节严重的, 应以非法经营罪论处。</p> <p>17. 以提供他人生产、销售食品为目的, 违反国家规定, 生产、销售国家禁止用于食品生产、销售的非食品原料, 情节严重的, 以非法经营罪论处。</p> <p>违反国家规定, 生产、销售国家禁止生产、销售、使用的农药、兽药, 饲料、饲料添加剂, 或者饲料原料、饲料添加剂原料, 情节严重的, 依照前款规定(非法经营罪)定罪处罚。</p> <p>18. 非法生产、销售“黑广播”“伪基站”无线干扰器等无线电设备3套以上, 或者非法经营数额5万元以上, 或者具有其他情节严重的情形的, 以非法经营罪论处。</p> <p>19. 违反国家规定, 未经监管部门批准, 或者超越经营范围, 以营利为目的, 经常性⁵²地向社会不特定对象发放贷款, 扰乱金融市场秩序, 情节严重的, 依照刑法第二百二十五条第(四)项的规定, 以非法经营罪定罪处罚⁵³。<u>非法放贷的罪数问题:</u></p> <p>(1) 为从事非法放贷活动, 实施擅自设立金融机构、套取金融机构资金高利转贷、骗取贷款、非法吸收公众存款等行为, 构成犯罪的, 应当择一重罪处罚。</p> <p>(2) 为强行索要因非法放贷而产生的债务, 实施故意杀人、故意伤害、非法拘禁、故意毁坏财物、寻衅滋事等行为, 构成犯罪的, 应当数罪并罚。</p> <p>(3) 纠集、指使、雇佣他人采用滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等手段强行索要债务, 尚不单独构成犯罪, 但实施非法放贷行为已构成非法经营罪的, 应当按照非法经营罪的规定酌情从重处罚。</p> <p>20. 违反国家规定, 未经许可经营兴奋剂目录所列物质, 涉案物质属于法律、行政法规规定的限制买卖的物品, 扰乱市场秩序, 情节严重的, 以非法经营罪定罪处罚。</p> <p>21. 违反国家规定, 非法经营国家重点保护野生动物及其制品(包括开办交易场所、进行网络销售、加工食品出售等), 扰乱市场秩序, 情节严重的, 依照刑法第二百二十五条第四项的规定, 以非法经营罪定罪处罚。</p> <p>22. 违反国家规定, 从事生产、销售非法电视网络接收设备(含软件), 以及为非法广播电视接收软件提供下载服务、为非法广播电视节目频道接收提供链接服务等营利性活动, 扰乱市场秩序, 情节严重的, 按照非法经营罪追究刑事责任。</p>
------	--

52 最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部 印发《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》的通知(一): 上述规定中的“经常性地向社会不特定对象发放贷款”, 是指2年内向不特定多人(包括单位和个人)以借款或其他名义出借资金10次以上。

53 最高人民法院 最高人民检察院 公安部 司法部 印发《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》的通知(四): 仅向亲友、单位内部人员等特定对象出借资金, 不得适用本意见第一条的规定定罪处罚。但具有下列情形之一的, 定罪量刑时应当与向不特定对象非法放贷的行为一并处理:

- (一) 通过亲友、单位内部人员等特定对象向不特定对象发放贷款的;
- (二) 以发放贷款为目的, 将社会人员吸收为单位内部人员, 并向其发放贷款的;
- (三) 向社会公开宣传, 同时向不特定多人和亲友、单位内部人员等特定对象发放贷款的。

(二) 强迫交易罪

条文	<p>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：</p> <p>（一）强买强卖商品的；</p> <p>（二）强迫他人提供或者接受服务的；</p> <p>（三）强迫他人参与或者退出投标、拍卖的；</p> <p>（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；</p> <p>（五）强迫他人参与或者退出特定的经营活动的。”</p>
成立条件 (犯罪构成)	<p>1. 强迫交易包括强迫他人和自己交易、强迫他人与第三者交易。</p> <p>2. 具体成立本罪的类型参考法条中的 5 种。(需熟知)</p>
本罪与抢劫罪的关系	<p>1. 暴力程度不同：本罪的暴力胁迫不能达到完全压制对方反抗的程度，否则成立抢劫罪。</p> <p>2. 【司法解释】</p> <p>(1) 从事正常商品买卖、交易或者劳动服务的人，以暴力、胁迫手段迫使他人交出与合理价钱、费用相差不大钱物，情节严重的，以强迫交易罪定罪处罚。</p> <p>(2) 以非法占有为目的，以买卖、交易、服务为幌子采用暴力、胁迫手段迫使他人交出与合理价钱、费用相悬殊的钱物的，以抢劫罪定罪处罚。在具体认定时，既要考虑超出合理价钱、费用的绝对数额，还要考虑超出合理价钱、费用的比例，加以综合判断。</p> <p>(3) 利用信息网络威胁他人，强迫交易，情节严重的，以强迫交易罪定罪处罚。</p>

(三) 损害商业信誉、商品声誉罪

条文	<p>第 221 条：“捏造并散布虚伪事实，损害他人的商业信誉、商品声誉，给他人造成重大损失或者有其他严重情节的，处二年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。”</p>
概念	<p>损害商业信誉、商品声誉罪，是指捏造并散布虚伪事实，损害他人的商业信誉、商品声誉，给他人造成重大损失或者有其他严重情节的行为。</p>
成立条件 (犯罪构成)	<p>捏造 → 虚构、编造不符合真相或并不存在的事实；</p> <p>散布 → 是指使不特定人或者多数人知悉或可能知悉行为人所捏造的虚伪事实；</p> <p>【注意】捏造是本罪的预备行为，散布是本罪的实行行为。</p>

(四) 虚假广告罪

条文	<p>第 222 条：“广告主、广告经营者、广告发布者违反国家规定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传，情节严重的，处二年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。”</p>
概念	<p>虚假广告罪，是指广告主、广告经营者、广告发布者，违反国家规定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传，情节严重的行为。</p>

<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>1. 行为主体: 广告主、广告经营者、广告发布者。 2. 虚假宣传的类型: (1) 对商品或者服务作夸大失实的宣传。 (2) 对商品或者服务作语意含糊、令人误解的宣传。 【注意 1】日常生活的广告中允许存在夸张成分, 如果消费者认识到了广告的夸张程度, 该广告不属于虚假广告。例如, 新盖中盖的广告; 炫迈口香糖的广告等。 【注意 2】对商品或者服务的宣传要足以使一般人陷入错误认识, 也即广告内容太抽象, 一般不是虚假广告, 只有作具体的描述时, 才可能是虚假广告。例如, 甲声称某种产品“性能优良、经久耐用”或者“美容养颜, 青春永驻”时, 即使并不符合客观事实, 一般也不能认定为虚假广告; 但如果将某种野山椒说成是抗癌物质, 就属于虚假广告。</p>
<p>司法解释</p>	<p>【新冠肺炎】在疫情防控期间, 违反国家规定, 假借疫情防控的名义, 利用广告对所推销的商品或者服务作虚假宣传, 致使多人上当受骗, 违法所得数额较大或者有其他严重情节的, 依照刑法第二百二十二条的规定, 以虚假广告罪定罪处罚。</p>

(五) 提供虚假证明文件罪

<p>条文</p>	<p>第 229 条: “承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务、保荐、安全评价、环境影响评价、环境监测等职责的中介组织的人员故意提供虚假证明文件, 情节严重的, 处五年以下有期徒刑或者拘役, 并处罚金; 有下列情形之一的, 处五年以上十年以下有期徒刑, 并处罚金: <u>(一) 提供与证券发行相关的虚假的资产评估、会计、审计、法律服务、保荐等证明文件, 情节特别严重的;</u> <u>(二) 提供与重大资产交易相关的虚假的资产评估、会计、审计等证明文件, 情节特别严重的;</u> <u>(三) 在涉及公共安全的重大工程、项目中提供虚假的安全评价、环境影响评价等证明文件, 致使公共财产、国家和人民利益遭受特别重大损失的。</u> 有前款行为, 同时索取他人财物或者非法收受他人财物构成犯罪的, 依照处罚较重的规定定罪处罚。”</p>
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>1. 通过列举方式新增保荐、安全评价、环境影响评价、环境监测职责的中介组织人员。 2. 罪数发生变化: 删除了受贿后实施本罪加重处罚的规定。规定实施本罪行为同时有受贿行为的, 按照重罪处罚。</p>



第十五章

妨害社会管理秩序罪

一、扰乱公共秩序罪

(一) 妨害公务罪、袭警罪

条文	<p>第 277 条：“以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。</p> <p>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代表依法执行代表职务的，依照前款的规定处罚。</p> <p>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的，依照第一款的规定处罚。</p> <p>故意阻碍国家安全机关、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，造成严重后果的，依照第一款的规定处罚。</p> <p>（袭警罪）暴力袭击正在依法执行职务的人民警察的，<u>处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；使用枪支、管制刀具，或者以驾驶机动车撞击等手段，严重危及其人身安全的，处三年以上七年以下有期徒刑。</u>”</p>	
成立条件 (犯罪构成)	行为对象	<p>必须是国家机关工作人员。</p>
	行为类型	<ol style="list-style-type: none"> 1. 针对国家机关工作人员 2. 针对人大代表 3. 针对红十字会工作人员 4. 针对国家安全机关、公安机关 → 不要求暴力，但要求严重后果 <p>【注意 1】 第四种中的“未使用暴力、威胁方法”不是真正的构成要件要素，只是表面的、虚假的构成要件要素，仅起到界限作用。</p> <p>【注意 2】 新增“通过使用枪支、管制刀具，或者以驾驶机动车撞击等手段暴力袭警，严重危及其人身安全的”，要加重处罚，不再是过去的从重处罚，进一步维护、加强了警察履行职务的不可侵犯性。</p> <p>【注意 3】 关于袭击辅警的情况：(1) 人民警察在场，辅警配合执行职务的，对辅警袭击，可成立妨害公务罪；(2) 人民警察不在场，辅警单独是不具有执法权的，对辅警袭击造成伤害后果的，可成立故意伤害等其他犯罪。</p> <p>【注意 4】 针对国家机关工作人员不合法（实体或程序上的不合法）的职务行为进行阻碍的，不成立本罪。</p> <p>【注意 5】 对于公民因合理要求没有得到满足而与国家机关工作人员发生轻微冲突的行为，不能认定为妨害公务罪。</p> <p>【司法解释 1】 以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法处置妨害安全驾驶违法犯罪行为、维护公共交通秩序的，以妨害公务罪定罪处罚。</p>

成立条件 (犯罪构成)	行为类型	<p>【司法解释 2】关于新冠肺炎：以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员（含在依照法律、法规规定行使国家有关疫情防控行政管理职权的组织中从事公务的人员，在受国家机关委托代表国家机关行使疫情防控职权的组织中从事公务的人员，虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事疫情防控公务的人员）依法履行为防控疫情而采取的防疫、检疫、强制隔离、隔离治疗等措施的，依照刑法第二百七十七条第一款、第三款的规定，以妨害公务罪定罪处罚。</p> <p>【司法解释 3】对于以暴力、威胁方法阻碍国有事业单位人员依照法律、行政法规的规定执行行政执法职务的，或者以暴力、威胁方法阻碍国家机关中受委托从事行政执法活动的事业编制人员执行行政执法职务的，以妨害公务罪论处。</p>
	其他要求	<p>必须在国家机关工作人员执行职务时实施阻碍行为。执行职务之前，或者职务完成之后，不成立本罪。</p>
罪数	<p>原则：实施某罪 + 妨害公务罪 = 数罪并罚</p> <p>例外 1：走私、贩卖、运输、制造毒品罪 + 妨害公务罪 = 前罪升格处罚即可</p> <p>例外 2：组织或运送他人偷越国（边）境罪 + 妨害公务罪 = 前罪升格处罚即可</p> <p>【注意】第 1 个例外中走私、贩卖、运输、制造毒品罪由于有死刑的存在，所以其妨害公务的行为哪怕是实施故意重伤、故意杀人行为，其本罪也能承受，按照一罪也可以做到罪刑平衡。反之，第 2 个例外，组织或运送他人偷越国（边）境罪没有死刑，所以其只能承受一般的妨害公务行为，如果是重伤和杀人的，则需要数罪并罚。</p>	

(二) 招摇撞骗罪

条文	<p>第 279 条：“冒充国家机关工作人员招摇撞骗的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。</p> <p>冒充人民警察招摇撞骗的，依照前款的规定从重处罚。”</p>	
概念	<p>招摇撞骗罪，是指冒充国家机关工作人员进行招摇撞骗的行为。</p> <p>本罪侵犯的法益为：国家机关工作人员的公众信赖感（即官员的公众形象）。</p>	
成立条件 (犯罪构成)	行为方式	<ol style="list-style-type: none"> 1. 非国家机关工作人员冒充国家机关工作人员。 2. 此种国家机关工作人员冒充他种国家机关工作人员。例如，行政机关工作人员冒充司法机关工作人员。 3. 职务低的国家机关工作人员冒充职务高的国家机关工作人员。 <p>【注意】冒充的国家机关工作人员，不包括国有企业、事业单位人员、高干子弟、烈士子女、战斗英雄和劳动模范。</p>
	招摇撞骗含义	<p>招摇撞骗，是指以假冒的身份进行炫耀、欺骗，但不以骗取某种利益（骗取金钱等）为要件。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 假冒国家机关工作人员给他人好处的（如假冒国家机关工作人员捐款），不成立犯罪。 2. 单纯声称自己是国家机关工作人员，不实施撞骗行为，不成立犯罪。例如，甲单纯声称自己是国家机关工作人员的，不成立犯罪。

本罪与诈骗罪关系	1. 法益侵犯不同：本罪侵犯的是国民对国家机关的信赖；诈骗罪侵犯的是财产。
	2. 构成要件不同：本罪必须是冒充国家机关工作人员进行招摇撞骗；而诈骗罪的行为可以是使他人产生处分财产的认识错误的任何欺骗手段。
	3. 责任要件不同：本罪不要求有骗取财物的故意与非法占有目的；而诈骗罪必须具有骗取财物的故意与具有非法占有目的。
	4. 冒充国家机关工作人员骗取数额较大、巨大或者特别巨大财物的，则是本罪与诈骗罪的想象竞合犯，应从一重罪（诈骗罪）论处。

（三）盗窃、抢夺、毁灭国家机关公文、证件、印章罪

条文	第 280 条第 1 款：“伪造、变造、买卖或者盗窃、抢夺、毁灭国家机关的公文、证件、印章的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处罚金；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”
概念	盗窃、抢夺、毁灭国家机关公文、证件、印章罪，是指盗窃、抢夺、毁灭国家机关公文、证件、印章的行为。
成立条件 (犯罪构成)	1. 本罪侵害的法益是国家机关公文、证件、印章的证明作用。 2. 行为对象：必须是国家机关已经制作的真实的公文、证件、印章。如果不是真实的，则不会侵犯上述法益，也就不会成立本罪。

（四）伪造、变造、买卖身份证件罪

条文	第 280 条第 3 款：“伪造、变造、买卖居民身份证、护照、社会保障卡、驾驶证等依法可以用于证明身份的证件的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，并处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”
概念	伪造、变造、买卖身份证件罪，是指伪造、变造、买卖居民身份证、护照、社会保障卡、驾驶证等依法可以用于证明身份的证件的行为。
成立条件 (犯罪构成)	行为对象：一切可以证明身份的证件。例如，护照、社会保障卡、驾驶证、港澳通行证、台湾通行证等。

（五）使用虚假身份证件、盗用身份证件罪

条文	第 280 条之一：“在依照国家规定应当提供身份证明的活动中，使用伪造、变造的或者盗用他人的居民身份证、护照、社会保障卡、驾驶证等依法可以用于证明身份的证件，情节严重的，处拘役或者管制，并处或者单处罚金。 有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”
----	---

成立条件 (犯罪构成)	<p>1. 本罪侵犯的法益：居民身份证、护照、驾驶证等证件的身份真实性，也即社会公共信用。注意：如果行为人伪造了身份证，但身份证上的信息是其本人真实的身份信息，此时，如果行为人使用的话，同样成立本罪。例如，甲在参加法考前夕，不慎将身份证丢失，由于时间紧急，甲没有去公安机关办理身份证补办手续，而是让别人伪造了一张身份证，上面的信息与原有身份证上的内容完全一致，甲使用该伪造的身份证去参加考试，同样成立使用虚假身份证件罪。</p> <p>2. “依法可以用于证明身份的证件”应当做限制解释，即仅限于记载了个人信息和社会公信力与居民身份证、护照、驾驶证相当的证件。</p>
----------------	--

▣ 280 条之二 (刑 11 新增)——冒名顶替罪

条文	<p>第 280 条之二：“盗用、冒用他人身份，顶替他人取得的高等学历教育入学资格、公务员录用资格、就业安置待遇的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。组织、指使他人实施前款行为的，依照前款的规定从重处罚。国家工作人员有前两款行为，又构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。”</p>
成立条件 (犯罪构成)	<p>1. 本罪的第一种类型 (行为人是冒名顶替者)</p> <p>(1) 冒名顶替他人取得的高等学历教育入学资格、公务员录用资格、就业安置待遇 (只有这 3 种) 的才成立本罪。</p> <p>【注意 1】冒名顶替他人取得优质高中入学资格、事业单位人员录用资格、私营企业的录用资格、荣誉称号待遇的、特殊优抚待遇的，不成立本罪。</p> <p>【注意 2】取得他人同意之后，以他人身份接受高等教育、参加公务员入职、取得就业安置待遇的，是否成立本罪？本罪保护的法益是社会管理秩序，即使被冒用者同意，也成立本罪⁵⁴。</p> <p>(2) 被顶替的三项内容的含义</p> <p>① “高等学历教育入学资格”：是指经考试成绩合格并经录用程序依法获得的专科、本科、研究生教育入学资格。</p> <p>② “公务员录用资格”：是指根据《公务员法》规定的公务员录用程序取得的公务员录用资格。</p> <p>③ “就业安置待遇”：是指根据法律法规和相关政策规定由政府对特殊主体予以安排就业、照顾就业等优待。</p> <p>例如：退役军人、退役运动员、被征地农民、下岗人员、受灾群众等特殊群体人员的就业安置待遇。</p> <p>2. 本罪的第二种类型 (行为人是冒名顶替者的组织者)</p> <p>组织、指使他人实施上述行为，这是本罪的 (共谋) 共同正犯的行为。打击该主体也是对顶替者背后“神秘”力量的一种惩治。</p>

54 张明楷：《刑法学》第六版下册，法律出版社 2021 年版，第 1365 页。

周光权：《刑法各论》（第四版），中国人民大学出版社 2021 年版，第 397 页。

杨万明、周加海：《刑法修正案（十一）》条文及配套《罪名补充规定（七）》，人民法院出版社 2021 年版，第 292、293 页。

罪数	<p>1. 伪造相关证件后再实施冒名顶替行为的，属于牵连犯，从一重罪处罚，不需要数罪并罚。</p> <p>2. 盗用、冒用他人身份取得公务员录用资格、就业安置待遇取得财物的，构成本罪和诈骗罪的想象竞合犯，从一重罪处罚。</p> <p>3. 国家工作人员实施本罪又构成其他犯罪（如受贿罪、滥用职权罪、玩忽职守罪等），需数罪并罚。</p>
----	---

（六）非法侵入计算机信息系统罪

条文	<p>第 285 条第 1 款：“违反国家规定，侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”</p> <p>第 285 条第 4 款：“单位犯前三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。”</p>
成立条件 (犯罪构成)	<p>1. 侵入领域特定：<u>国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统</u>。 【注意】 侵入其他计算机信息系统的行为不成立本罪。</p> <p>2. 侵入行为是故意行为，过失进入国家重要的计算机信息系统的，不构成犯罪。</p> <p>3. 《刑法修正案（九）》增加<u>单位</u>为本罪的犯罪主体。</p>

（七）非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪

条文	<p>第 285 条第 2 款：“违反国家规定，侵入前款规定以外的计算机信息系统或者采用其他技术手段，获取该计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据，或者对该计算机信息系统实施非法控制，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。”</p> <p>第 285 条第 4 款：“单位犯前三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。”</p>
成立条件 (犯罪构成)	<p>1. 侵入计算机信息系统后下载其储存的数据，可认定为非法获取计算机信息系统数据。</p> <p>2. 通过非法侵入方式或者其他技术手段，违反他人意志完全控制或者部分控制他人计算机信息系统的，均属于“非法控制”。</p>

（八）提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪

条文	<p>第 285 条第 3 款：“提供专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具，或者明知他人实施侵入、非法控制计算机信息系统的违法犯罪行为而为其提供程序、工具，情节严重的，依照前款的规定处罚。”</p> <p>第 285 条第 4 款：“单位犯前三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。”</p>
成立条件 (犯罪构成)	<p>1. 根据司法解释，具有下列情形之一的程序、工具，应认定为“本罪的程序、工具”： (1) 具有避开或者突破计算机信息系统安全保护措施，未经授权或者超越授权获取计算机信息系统数据功能的； (2) 具有避开或者突破计算机信息系统安全保护措施，未经授权或超越授权对计算机信息系统实施控制功能的。</p> <p>2. 成立本罪要求情节严重。</p>

(九) 编造、故意传播虚假信息罪

<p>条文</p>	<p>第 291 条之一第 2 款：“编造虚假的<u>险情、疫情、灾情、警情</u>，在信息网络或者其他媒体上传播，或者明知是上述虚假信息，故意在信息网络或者其他媒体上传播，严重扰乱社会秩序的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；造成严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑。”</p>
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>1. 本罪侵犯的法益为：社会正常的公共秩序。</p> <p>2. 常见的虚假险情、疫情、灾情、警情：房屋倒塌、施工塌方、交通事故、H1N1 流感、SARS、艾滋病、甲肝、肺结核、火灾、水灾等。</p> <p>3. 编造、故意传播虚假信息罪，<u>行为人必须通过信息网络或者其他媒体传播</u>。例如，通过广播、电话、博客、微博、微信朋友圈、报纸、刊物等传播。</p> <p>【注意】 没有通过信息网络或者其他媒体传播，而是通过人与人之间的告诉这种方式传播的，不成立本罪。</p>
<p>司法解释</p>	<p>【新冠肺炎】：编造虚假的疫情信息，在信息网络或者其他媒体上传播，或者明知是虚假疫情信息，故意在信息网络或者其他媒体上传播，严重扰乱社会秩序的，依照刑法第二百九十一条之一第二款的规定，以编造、故意传播虚假信息罪定罪处罚。</p>

▣ 291 条之二 (刑 11 新增)——高空抛物罪

<p>条文</p>	<p>第 291 条之二：“从建筑物或者其他高空抛掷物品，情节严重的，处一年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。</p> <p>有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”</p>
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>1. 高空抛物独立成罪，但需要达到情节严重，否则只是一般的行政违法行为。例如，抛脏水、废弃纸张等不足以危及人身安全或者较大财产安全之类的东西，不宜认定为犯罪。当然高空抛物将造成他人轻微伤、较大的财产损失、社会秩序严重混乱的或者因类似行为被公安机关等处理过后继续实施的，可以认定为情节严重，进而成立本罪。</p> <p>2. 关于本罪的竞合：</p> <p>(1) 如果根据同类解释达到对公共安全足够高度的危险，属于想象竞合犯，按照重罪以危险方法危害公共安全罪认定。即本罪是低度危险，而以危险方法危害公共安全罪是高度危险。</p> <p>(2) 高空抛物故意杀害或伤害特定之人，可成立本罪与故意杀人罪、故意伤害罪的想象竞合犯，按照故意杀人罪、故意伤害罪定罪处罚。</p> <p>(3) 高空抛物毁坏他人财物的，可成立本罪与故意毁坏财物罪的想象竞合犯。</p> <p>3. 关于“高空”的认定：高空是指“距地面较高的空间”。高低都是相对而言的，没有也不可能有一个统一的“高空”标准。在高空抛物罪之“高空”的认定中，应不限于高层建筑。在低层或多层建筑附近、在因地形等原因形成高层落差的陡坡、悬崖、人行天桥等地方都可能实施高空抛物罪的行为。例如，重庆的一楼可能相当于北京的 20 层楼。</p>

成立条件 (犯罪构成)	<p>4. 关于“物”的认定：具体来说，原则上是指固体物，不能排除部分高密度、腐蚀性、毒害性、高温液体的可能性，但应当排除气体在外。即使是固体物，也需要具体分析抛掷物的具体情况，粉末状的物品通常不宜认定在内。至于固体物的具体种类，无法一一明确列举或者排除，需要结合抛掷物的质量、体积、尖锐程度、抛掷高度、坠落速度等进行具体分析。</p> <p>5. “高空抛物”和“高空坠物”是不同含义，具体区别如下⁵⁵：</p> <p>(1) 前者是人主动为之；后者是物被动坠落。</p> <p>(2) 前者的主体是人；后者的主体可以是人，也可以是建筑物上的物体自然掉落。</p> <p>(3) 前者往往是人故意所为；后者即便主体是人，也通常是过失造成的，甚至可能是意外情况。</p> <p>(4) 前者需要承担刑事责任；后者往往只涉及民事责任，即使涉及刑事责任也只能构成过失犯罪。</p>
----------------	---

(十) 聚众斗殴罪

条文	<p>第 292 条：“聚众斗殴的，对首要分子和其他积极参加的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；有下列情形之一的，对首要分子和其他积极参加的，处三年以上十年以下有期徒刑：</p> <p>(一) 多次聚众斗殴的；</p> <p>(二) 聚众斗殴人数多，规模大，社会影响恶劣的；</p> <p>(三) 在公共场所或者交通要道聚众斗殴，造成社会秩序严重混乱的；</p> <p>(四) 持械聚众斗殴的。</p> <p>聚众斗殴，致人重伤、死亡的，依照本法第二百三十四条（故意伤害罪）、第二百三十二条（故意杀人罪）的规定定罪处罚。”</p>	
概念	聚众斗殴罪，是指聚集多人攻击对方身体或者相互攻击对方身体的行为。	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	<p>1. 本罪只处罚首要分子和积极参加者。</p> <p>【注意】一般参加者或者旁观者致人重伤、死亡的，根据其行为符合的犯罪构成直接定罪，不适用本法规定的法律拟制。</p>
	既遂标准	2. 着手实行聚众斗殴后，严重扰乱了公共秩序。
	法律拟制	3. 聚众斗殴致人重伤、死亡的，以故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。该规定属于法律拟制。过失致人重伤、死亡，也定故意伤害罪、故意杀人罪。

⁵⁵ 参见彭文华：《刑法修正案（十一）》关于高空抛物规定的理解与适用，载《苏州大学学报》2021 年 1 期。

(十一) 寻衅滋事罪

<p>条文</p>	<p>第 293 条：“有下列寻衅滋事行为之一，破坏社会秩序的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制：</p> <p>（一）随意殴打他人，情节恶劣的；</p> <p>（二）追逐、拦截、辱骂、恐吓他人，情节恶劣的；</p> <p>（三）强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，情节严重的；</p> <p>（四）在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的。</p> <p>纠集他人多次实施前款行为，严重破坏社会秩序的，处五年以上十年以下有期徒刑，可以并处罚金。”</p>
<p>本罪与其他犯罪的竞合关系</p>	<p>实施本罪，行为方式严重或者造成严重后果的，可与故意伤害罪、故意杀人罪、侮辱罪、抢劫罪、抢夺罪等出现想象竞合关系。</p>
<p>其他</p>	<p>本罪故意构成，不要求行为人具备流氓动机等。</p>
<p>司法解释</p>	<p>1. 乘客在公共交通工具行驶过程中，随意殴打其他乘客，追逐、辱骂他人，或者起哄闹事，妨害公共交通工具运营秩序，符合刑法第二百九十三条规定的，以寻衅滋事罪定罪处罚。</p> <p>2. 已满 16 周岁不满 18 周岁的人出于以大欺小、以强凌弱或者追求精神刺激，随意殴打其他未成年人、多次对其他未成年人强拿硬要或者任意毁损公私财物，扰乱学校及其他公共场所秩序，情节严重的，以寻衅滋事罪定罪处罚。</p> <p>3. 利用信息网络辱骂、恐吓他人，情节恶劣，破坏社会秩序的，以寻衅滋事罪定罪处罚。编造虚假信息，或者明知是编造的虚假信息，在信息网络上散布，或者组织、指使人员在信息网络上散布，起哄闹事，造成公共秩序严重混乱的，以寻衅滋事罪定罪处罚。</p> <p>4. 【新冠肺炎】：随意殴打医务人员，情节恶劣的，依照刑法第二百九十三条的规定，以寻衅滋事罪定罪处罚。</p> <p>采取暴力或者其他方法公然侮辱、恐吓医务人员，符合刑法第二百四十六条、第二百九十三条规定的，以侮辱罪或者寻衅滋事罪定罪处罚。</p> <p>编造虚假信息，或者明知是编造的虚假信息，在信息网络上散布，或者组织、指使人员在信息网络上散布，起哄闹事，造成公共秩序严重混乱的，依照刑法第二百九十三条第一款第四项的规定，以寻衅滋事罪定罪处罚。</p>

(十二) 组织、领导、参加黑社会性质组织罪

<p>条文</p>	<p>第 294 条第 1 款：“组织、领导黑社会性质的组织的，处七年以上有期徒刑，并处没收财产；积极参加的，处三年以上七年以下有期徒刑，可以并处罚金或者没收财产；其他参加的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利，可以并处罚金。”</p>
<p>概念</p>	<p>组织、领导、参加黑社会性质组织罪，是指组织、领导、参加黑社会性质的组织的行为。</p>

黑社会性质的组织认定	<ol style="list-style-type: none"> 1. 有团队——具有稳定组织； 2. 有钱——具有经济实力； 3. 做坏事——手段具有非法性、破坏性； 4. 可以靠自己——不要求必须有“政治保护伞”。
罪数	行为人组织、领导、参加黑社会性质的组织，又实施了其他犯罪的，应当依照数罪并罚的规定处罚。例如，参加黑社会性质的组织，并实施故意杀人罪、贩卖毒品罪的，应认定为参加黑社会性质组织罪与故意杀人罪、贩卖毒品罪，实行数罪并罚。

(十三) 包庇、纵容黑社会性质组织罪

条文	第 294 条第 3 款至第 5 款：“国家机关工作人员包庇黑社会性质的组织，或者纵容黑社会性质的组织进行违法犯罪活动的，处五年以下有期徒刑；情节严重的，处五年以上有期徒刑。犯前三款罪又有其他犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。 黑社会性质的组织应当同时具备以下特征： （一）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； （二）有组织地通过违法犯罪活动或者其他手段获取经济利益，具有一定的经济实力，以支持该组织的活动； （三）以暴力、威胁或者其他手段，有组织地多次进行违法犯罪活动，为非作恶，欺压、残害群众； （四）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。”
成立条件 (犯罪构成)	<ol style="list-style-type: none"> 1. 行为主体：国家机关工作人员，不是国家工作人员。 2. 包庇行为既可能表现为包庇黑社会性质组织本身，也可能表现为包庇黑社会性质组织的组织者、领导者与参加者。 3. 包庇行为必须利用职务上的便利。
罪数	非国家机关工作人员与国家机关工作人员共同包庇、纵容黑社会性质组织，且不属于该组织成员的，以包庇、纵容黑社会性质组织罪的共犯论处。非国家机关工作人员的行为同时还构成其他犯罪的，应当择一重罪处罚。

(十四) 赌博罪

条文	第 303 条第 1 款：“以营利为目的，聚众赌博或者以赌博为业的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。”
概念	赌博罪，是指以营利为目的聚众赌博或者以赌博为业的行为。
成立条件 (犯罪构成)	<ol style="list-style-type: none"> 1. 聚众赌博，即纠集多人从事赌博。 2. 以赌博为业，即将赌博作为职业或者兼业。 【注意 1】聚众者自己不参赌，但从中渔利的，也成立本罪。 【注意 2】赌博的输赢要具有不确定性、偶然性，否则可成立其他犯罪（如打假牌可成立诈骗罪）。 【注意 3】逢年过节，家人、朋友之间以娱乐为主的打扑克、搓麻将，即使存在输赢钱财的情况，一般不以本罪论处。

(十五) 拒不履行信息网络安全管理义务罪

<p>条文</p>	<p>第 286 条之一：“网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务，经监管部门责令采取改正措施而拒不改正，有下列情形之一的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金：</p> <p>（一）致使违法信息大量传播的；</p> <p>（二）致使用户信息泄露，造成严重后果的；</p> <p>（三）致使刑事案件证据灭失，情节严重的；</p> <p>（四）有其他严重情节的。</p> <p>单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。</p> <p>有前两款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”</p>
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>1. 行为主体：网络服务提供者。即提供网络设施、中介、接入服务的个人用户、网络服务商等。根据司法解释规定，提供下列服务的单位和个人属于网络服务提供者：</p> <p>(1) 网络接入、域名注册解析等信息网络接入、计算、存储、传输服务。</p> <p>(2) 信息发布、搜索引擎、即时通讯、网络支付、网络预约、网络购物、网络游戏、网络直播、网站建设、安全防护、广告推广、应用商店等信息网络应用服务。</p> <p>(3) 利用信息网络提供的电子政务、通信、能源、交通、金融、教育、医疗等公共服务。</p> <p>2. 本罪成立前提（行政前置）：网络服务提供者经监管部门责令采取改正措施而拒不改正。</p> <p>【注意 1】根据司法解释规定：“监管部门责令采取改正措施”，是指网信、电信、公安等依照法律、行政法规的规定承担信息网络安全监管职责的部门，以责令整改通知书或者其他文书形式，责令网络服务提供者采取改正措施。即上述强调合法合规的书面形式。</p> <p>【注意 2】根据司法解释规定：认定“经监管部门责令采取改正措施而拒不改正”，应当综合考虑监管部门责令改正是否具有法律、行政法规依据，改正措施及期限要求是否明确、合理，网络服务提供者是否具有按照要求采取改正措施的能力等因素进行判断。</p> <p>3. 本罪为真正的不作为犯罪。</p> <p>4. 成立本罪的判断过程：① 网络服务提供者不履行规定的网络安全管理义务 → ② 经监管部门责令采取改正措施而拒不改正 → ③ 因拒绝改正造成了严重后果</p>
<p>司法解释</p>	<p>【新冠肺炎】网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务，经监管部门责令采取改正措施而拒不改正，致使虚假疫情信息或者其他违法信息大量传播的，依照刑法第二百八十六条之一的规定，以拒不履行信息网络安全管理义务罪定罪处罚。</p>

(十六) 非法利用信息网络罪

<p>条文</p>	<p>第 287 条之一：“利用信息网络实施下列行为之一，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：</p> <p>（一）设立用于实施诈骗、传授犯罪方法、制作或者销售违禁物品、管制物品等违法犯罪活动的网站、通讯群组的；</p> <p>（二）发布有关制作或者销售毒品、枪支、淫秽物品等违禁物品、管制物品或者其他违法犯罪信息的；</p> <p>（三）为实施诈骗等违法犯罪活动发布信息的。</p> <p>单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。</p> <p>有前两款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”</p>
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 本罪侵犯的法益：我国对正常的信息网络的<u>管理秩序</u>。 2. 本罪的行为方式： <ol style="list-style-type: none"> (1) 利用信息网络设立违法、犯罪活动的网站、通讯群组； (2) 利用信息网络发布相关违法犯罪信息； (3) 利用信息网络，为实施违法犯罪活动发布信息。 3. “通讯群组”：例如，微信群组、飞信群组、QQ 群组等。 4. 利用信息网络提供信息的链接、截屏、二维码、访问账号密码及其他指引访问服务的，应当认定上述的“发布信息”。
<p>罪与非罪</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 行为人必须是利用信息网络，如果利用的是非信息网络（如散发小广告、面对面交流等方式），散布违法犯罪信息的，不成立本罪； 2. 行为人实施的行为所涉及的内容必须是法律所禁止的违法活动或犯罪活动，如果是合法活动，则不成立本罪。 <p>【注意】 司法解释规定本罪的“违法犯罪”，包括犯罪行为和<u>属于刑法分则规定的行为类型</u>但尚未构成犯罪的违法行为（言外之意不包括一般的违法，比如嫖娼、吸毒等）。</p>

(十七) 帮助信息网络犯罪活动罪

<p>条文</p>	<p>第 287 条之二：“明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等帮助，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。</p> <p>单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。</p> <p>有前两款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”</p>
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 本罪侵犯的法益：我国对正常的信息网络环境的管理秩序。 2. 行为所实施的广告推广、支付结算等帮助行为均应在信息网络环境下实施。如果行为人在现实环境下为其进行广告宣传、现金结算的，不能成立本罪。 3. <u>本罪不属于帮助犯正犯化，只是帮助犯的量刑规则，所以依然坚持共犯从属性原则。</u> 4. 司法解释规定：被帮助对象实施的犯罪行为可以确认，但尚未到案、尚未依法裁判或者因未达到刑事责任年龄等原因依法未予追究刑事责任的，不影响本罪的认定。

(十八) 组织考试作弊罪

<p>条文</p>	<p>第 284 条之一第 1 款：“在法律规定的国家考试中，组织作弊的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”</p> <p>第 284 条之一第 2 款：“为他人实施前款犯罪提供作弊器材或者其他帮助的，依照前款的规定处罚。”</p>
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>1. 本考试作弊类犯罪的成立的前提：所涉及的考试必须是法律所规定的相关<u>国家考试</u>⁵⁶。</p> <p>如果是在非法律规定的有关考试中有上述行为的，不成立考试作弊类罪名，但视情况可成立其他罪名⁵⁷。例如，在一般的学校组织的期中、期末考试中，替考行为不成立犯罪。（下述的非法出售、提供试题、答案罪，代替考试罪也需要发生在以上相关的国家考试中）。</p> <p>2. 考试作弊类犯罪侵犯的法益：国家对考试组织的管理秩序和他人公平参与考试的权利。</p> <p>(1) 本条第一款：</p> <p>① “组织”的含义：是指倡导、发起、策划、安排他人进行作弊行为；</p> <p>② 组织对象不限于考生，还可以包括考生家长、教师等。</p> <p>(2) 本条第二款：</p> <p>① 本款所规定的行为成立组织考试作弊，属于该罪帮助犯的量刑规则，不是帮助犯的正犯化。依然坚持共犯从属性原则。该规定成立本罪的前提是被帮助的他人实施了组织作弊的行为；</p> <p>② “其他帮助”是指除了为组织考试作弊者提供作弊器材外的帮助其顺利实施组织考生作弊行为的行为，例如，为其提供资金、账户、场所、宣传等帮助。</p> <p>3. 组织考试作弊，在考试开始之前被查获，但已经非法获取考试试题、答案或者具有其他严重扰乱考试秩序情形的，应当认定为组织考试作弊罪既遂。</p> <p>4. 司法解释：在普通高等学校招生、公务员录用等法律规定的国家考试涉及的体育、体能测试等体育运动中，组织考生非法使用兴奋剂的，应当以组织考试作弊罪定罪处罚。</p> <p>明知他人实施前款犯罪而为其提供兴奋剂的，依照前款的规定定罪处罚。</p>

56 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织考试作弊等刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条：刑法第二百八十四条之一规定的“法律规定的国家考试”，仅限于全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律所规定的考试。

根据有关法律规定，下列考试属于“法律规定的国家考试”：

(一) 普通高等学校招生考试、研究生招生考试、高等教育自学考试、成人高等学校招生考试等国家教育考试；

(二) 中央和地方公务员录用考试；

(三) 国家统一法律职业资格考试、国家教师资格考试、注册会计师全国统一考试、会计专业技术资格考试、资产评估师资格考试、医师资格考试、执业药师职业资格考试、注册建筑师考试、建造师执业资格考试等专业技术资格考试；

(四) 其他依照法律由中央或者地方主管部门以及行业组织的国家考试。

前款规定的考试涉及的特殊类型招生、特殊技能测试、面试等考试，属于“法律规定的国家考试”。

57 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理组织考试作弊等刑事案件适用法律若干问题的解释》第十条：在法律规定的国家考试以外的其他考试中，组织作弊，为他人组织作弊提供作弊器材或者其他帮助，或者非法出售、提供试题、答案，符合非法获取国家秘密罪、非法生产、销售窃听、窃照专用器材罪、非法使用窃听、窃照专用器材罪、非法利用信息网络罪、扰乱无线电通讯管理秩序罪等犯罪构成要件的，依法追究刑事责任。

(十九) 非法出售、提供试题、答案罪

条文	第 284 条之一第 3 款：“为实施考试作弊行为，向他人非法出售或者提供第一款规定的考试的试题、答案的，依照第一款的规定处罚。”
概念	非法出售、提供试题、答案罪，是指在法律规定的国家考试中，为实施考试作弊行为，向他人非法出售或者提供第一款规定的考试的试题、答案的行为。
成立条件 (犯罪构成)	<p>1. 本罪的主观目的是为了实施考试作弊行为，<u>不要求行为人以牟利为目的</u>。如果行为人不是为了实施考试作弊行为，而是出于炫耀，以显示自己消息灵通等目的，向他人提供属于国家秘密的试题、答案，且情节严重的，成立故意泄露国家秘密罪。</p> <p>2. 以窃取、刺探、收买方法非法获取法律规定的国家考试的试题、答案，又组织考试作弊或者非法出售、提供试题、答案，以<u>非法获取国家秘密罪和组织考试作弊罪或者非法出售、提供试题、答案罪数罪并罚</u>。</p> <p>3. 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，试题不完整或者答案与标准答案不完全一致的，不影响非法出售、提供试题、答案罪的认定。</p> <p>【注意】 本罪侵犯的法益包括国家对考试组织的管理秩序和他人公平参与考试的权利。所以试题、答案完全一致的成立本罪；达到一定比例（例如 100 题总题量，包括了几十道题目或答案，这足以影响公平参与考试的权利），可成立本罪；但是如果比例极小（例如 100 题总题量，只有个别一两道题目和答案），这种情形可视情况成立诈骗罪。</p> <p>4. 设立用于实施考试作弊的网站、通讯群组或者发布有关考试作弊的信息，情节严重的，应当依照刑法第二百八十七条之一的规定，以非法利用信息网络罪定罪处罚；同时构成组织考试作弊罪、非法出售、提供试题、答案罪、非法获取国家秘密罪等其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚（想象竞合犯）。</p>

(二十) 代替考试罪

条文	第 284 条之一第 4 款：“代替他人或者让他人代替自己参加第一款规定的考试的，处拘役或者管制，并处或者单处罚金。”
概念	代替考试罪，是指在法律规定的国家考试中，代替他人或者让他人代替自己参加第一款规定的考试的行为。
成立条件 (犯罪构成)	<p>1. 替考行为包括代替他人和让他人代替自己两种情况。</p> <p>2. 本罪主体：应试者、替考者（即枪手）。</p> <p>【提示】 学习成绩优异的寒门学子切勿因蝇头小利铤而走险而葬送了自己未来的大好前程！</p>

二、妨害司法罪

(一) 伪证罪

条文	第 305 条：“在刑事诉讼中，证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节，故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译，意图陷害他人或者隐匿罪证的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。”	
概念	伪证罪，是指在刑事诉讼中，证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节，故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译，意图陷害他人或者隐匿罪证的行为。	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	刑事诉讼中的证人、鉴定人、记录人、翻译人。
	行为方式	作虚假的证明、鉴定、记录、翻译。 【注意 1】 虚假内容必须是与案件有重要关系的情节。如果行为人只是对案件细微情节作虚假证明，不构成本罪。 【注意 2】 单纯保持沉默而不陈述的行为，不成立伪证罪。
	发生领域	仅限于刑事诉讼中，包括从立案侦查到审判终结。
	主观罪过	责任要素除故意外，还要求有陷害他人或者隐匿罪证的意图。 【注意】 证人因记忆不清作了与事实不相符合的证明、鉴定人因技术不高作了错误鉴定、记录人因粗心大意错记漏记、翻译人因水平较低而错译漏译的，均不成立本罪。
	阻却事由	犯罪嫌疑人、被告人作虚假陈述的，因为缺乏期待可能性，不是本罪主体。 【注意】 犯罪嫌疑人、被告人教唆证人等为自己作伪证的，也不成立伪证罪的教唆犯。但是被教唆者作伪证的成立伪证罪。

(二) 辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪

条文	第 306 条：“在刑事诉讼中，辩护人、诉讼代理人毁灭、伪造证据，帮助当事人毁灭、伪造证据，威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。 辩护人、诉讼代理人提供、出示、引用的证人证言或者其他证据失实，不是有意伪造的，不属于伪造证据。”	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	辩护人与诉讼代理人(本罪为身份犯)。
	行为方式	1. 毁灭、伪造证据； 2. 帮助当事人毁灭、伪造证据； 3. 威胁、引诱证人违背事实改变证言或者作伪证。
	发生领域	刑事诉讼中。

(三) 妨害作证罪

条文	第 307 条第 1 款：“以暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证或者指使他人作伪证的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。” 第 307 条第 3 款：“司法工作人员犯前两款罪的，从重处罚。”	
概念	妨害作证罪，是指以暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证或者指使他人作伪证的行为。	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	一般主体即可。司法工作人员犯本罪，从重处罚。
	行为对象	1. “证人”：不应限于狭义的证人，而应包括被害人、鉴定人。 2. “他人”：同样不应限于狭义的证人，还包括被害人、鉴定人。例如，指使被害人作虚假陈述、指使鉴定人作虚假鉴定的，都成立妨害作证罪。
	发生领域	3 大诉讼领域都可。
	行为方式	以暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证或者指使他人作伪证。 1. 除了暴力、威胁、贿买方法外，还包括唆使、嘱托、请求、引诱等方法。 2. 阻止证人作证，是指阻止广义的证人就其所了解的案件情况向司法机关作出口头或者书面陈述。例如，阻止证人出庭作证，阻止被害人向司法机关提交书面陈述，阻止鉴定人作出鉴定结论或者阻止鉴定人向司法机关提交鉴定结论等。 3. 指使他人作伪证，是指唆使、指示他人作违背事实的证言，提交违背事实的鉴定结论，指使翻译人、记录人作虚假翻译、记录等。

(四) 帮助毁灭、伪造证据罪

条文	第 307 条第 2 款：“帮助当事人毁灭、伪造证据，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役。” 第 307 条第 3 款：“司法工作人员犯前两款罪的，从重处罚。”	
概念	帮助毁灭、伪造证据罪，是指帮助诉讼活动的当事人毁灭、伪造证据，情节严重的行为。	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	一般主体即可。司法工作人员犯本罪，从重处罚。
	发生领域	三大诉讼领域都可。 【注意】 帮助当事人毁灭、伪造证据的行为，既可以发生在诉讼过程中，也可以发生在诉讼活动开始之前。因为发生在诉讼活动之前的毁灭、伪造证据的行为，同样侵害了司法活动的客观公正性。
	行为对象	他人作为当事人的案件的证据。 【注意】 毁灭、伪造自己是当事人的案件的证据的，因为缺乏期待可能性，不成立犯罪。

<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>行为方式</p>	<p>帮助毁灭、伪造证据。</p> <p>1. 毁灭证据，并不限于从物理上使证据消失，而是包括妨碍证据显现、使证据的证明价值减少、消失的一切行为。【注意】隐匿证据的行为，同样属于毁灭证据。</p> <p>2. 伪造证据，一般是指制作出不真实的证据。例如，将与犯罪无关的物改变成为证据的行为，就属于伪造。</p> <p>3. 隐匿证人与被害人的行为，符合妨害作证罪的构成要件(阻止证人作证)，而不以本罪论处。</p> <p>【注意 1】帮助毁灭、伪造证据罪的成立，并不以当事人的行为构成犯罪为前提，但要求当事人的行为具有犯罪的嫌疑。如果行为人帮助毁灭、伪造与犯罪没有任何关系的证据，则不可能成立本罪。例如，帮助他人毁灭通奸证据的，不可能成立帮助毁灭证据罪。</p> <p>【注意 2】经当事人同意，帮助当事人毁灭有利于当事人的证据、伪造不利于当事人的证据的，同样侵害了司法活动的客观公正性，应当认定为帮助毁灭、伪造证据罪。</p> <p>【注意 3】当事人教唆第三者为自己(当事人)毁灭、伪造证据，第三者接受教唆实施了毁灭、伪造证据行为的，第三者成立帮助毁灭、伪造证据罪。当事人本人不成立本罪。</p>
------------------------	-------------	--

前述几大证据类犯罪对比图表：

罪名	发生领域	主体	行为方式
伪证罪	刑事诉讼	证人、鉴定人、记录人、翻译人	作虚假证明、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	刑事诉讼	辩护人、诉讼代理人	1. 毁灭、伪造证据； 2. 帮助当事人毁灭、伪造证据； 3. 威胁、引诱证人违背事实改变证言作伪证。
妨害作证罪	3 大诉讼	一般主体	阻止证人作证或者指使他人作伪证
帮助毁灭伪造证据罪	3 大诉讼	一般主体	帮助当事人毁灭、伪造证据

(五) 虚假诉讼罪

<p>条文</p>	<p>第 307 条之一：“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，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。</p> <p>单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。</p> <p>有第一款行为，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。</p> <p>司法工作人员利用职权，与他人共同实施前三款行为的，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。”</p>
-----------	--

概念	<p>虚假诉讼罪，是指行为人单独或者与他人恶意串通，采取伪造证据、虚假陈述等手段，捏造民事案件基本事实，虚构民事纠纷，向人民法院提起民事诉讼，妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益，依照法律应当受刑罚处罚的行为。</p>	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	<p>自然人和单位可以成为本罪的主体。司法工作人员利用职权实施虚假诉讼犯罪的，从重处罚。</p>
	行为方式	<p>1. 行为人以捏造事实提起<u>民事诉讼</u>，妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益。</p> <p>2. 向人民法院申请执行基于捏造的事实作出的仲裁裁决、公证债权文书，或者在民事执行过程中以捏造的事实对执行标的提出异议、申请参与执行财产分配的，属于以捏造的事实提起民事诉讼。</p> <p>【注意】本罪中，行为人提起的必须是民事诉讼，不包括刑事的自诉案件。例如，甲看乙十分的不爽，便虚构乙侵占了自己的财物，向法院提起了刑事自诉案件，最终使得乙被判刑。甲的这种行为不成立虚假诉讼罪，因为侵占罪是刑事自诉案件，不属于民事诉讼。但是甲可能成立其他犯罪，例如非法拘禁罪或诬告陷害罪。</p>
	既遂标准	<p>行为人只要实施了捏造事实提起民事诉讼，并被法院受理即既遂。</p>
罪数	<p>1. 行为人以捏造的事实提起民事诉讼，非法占有他人财产或者逃避合法债务，又构成诈骗罪，职务侵占罪，拒不执行判决、裁定罪，贪污罪等犯罪的，依照处罚较重的规定定罪从重处罚。</p> <p>2. 司法工作人员利用职权，与他人共同实施虚假诉讼行为的，从重处罚；同时构成滥用职权罪，执行判决、裁定滥用职权罪等犯罪的，依照处罚较重的规定定罪从重处罚。</p>	
司法解释	<p>1. 实施“碰瓷”，捏造人身、财产权益受到侵害的事实，虚构民事纠纷，提起民事诉讼，符合刑法第三百零七条之一规定的，以虚假诉讼罪定罪处罚；同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪从重处罚。</p> <p>2. 实施《最高人民法院、最高人民检察院关于办理虚假诉讼刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条第一款、第二款规定的捏造事实行为，并有下列情形之一的，应当认定为刑法第三百零七条之一第一款规定的“以捏造的事实提起民事诉讼”：</p> <p>(一) 提出民事起诉的；</p> <p>(二) 向人民法院申请宣告失踪、宣告死亡，申请认定公民无民事行为能力、限制民事行为能力，申请认定财产无主，申请确认调解协议，申请实现担保物权，申请支付令，申请公示催告的；</p> <p>(三) 在民事诉讼过程中增加独立的诉讼请求、提出反诉，有独立请求权的第三人提出与本案有关的诉讼请求的；</p> <p>(四) 在破产案件审理过程中申报债权的；</p> <p>(五) 案外人申请民事再审的；</p> <p>(六) 向人民法院申请执行仲裁裁决、公证债权文书的；</p> <p>(七) 案外人在民事执行过程中对执行标的提出异议，债权人在民事执行过程中申请参与执行财产分配的；</p> <p>(八) 以其他手段捏造民事案件基本事实，虚构民事纠纷，提起民事诉讼的。</p>	

(六) 窝藏、包庇罪

条文	第 310 条：“明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物，帮助其逃匿或者作假证明包庇的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。犯前款罪，事前通谋的，以共同犯罪论处。”	
概念	1. 窝藏罪，是指明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物，帮助其逃匿的行为。 2. 包庇罪，是指明知是犯罪的人而作假证明包庇的行为。	
成立条件 (犯罪构成)	行为对象	<p>“犯罪的人”——有犯罪嫌疑的人</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 已被公安、司法机关依法作为犯罪嫌疑人、被告人而成为侦查、起诉对象的人，即使事后被法院认定无罪的，也属于“犯罪的人”。 2. 即使暂时没有被公安、司法机关作为犯罪嫌疑人，但确实实施了犯罪行为，因而将被公安、司法机关作为犯罪嫌疑人、被告人而成为侦查、起诉对象的人，同样属于“犯罪的人”。 3. 实施了符合构成要件的违法行为但没有达到法定年龄、不具有责任能力的人，原则上属于“犯罪的人”。例如，甲（13 周岁）实施了抢劫行为，潜逃到乙家，乙将甲窝藏在自己家里。乙构成窝藏罪。但联系本罪的法益考虑，如果行为人确定、案件事实清楚，公安、司法机关不可能介入刑事司法活动，对这类“犯罪的人”实施所谓窝藏、包庇的行为，不成立犯罪。
	行为方式	<ol style="list-style-type: none"> 1. 窝藏行为： <ol style="list-style-type: none"> (1) 窝藏行为的本质是帮助犯罪的人逃匿。而法条表述中的“为其提供隐藏处所、财物”这句话是对窝藏本质的举例，并不代表着窝藏行为只有这两种。只要行为在本质上符合帮助犯罪的人逃匿的，都属于窝藏行为。例如，甲看到乙在路边抢劫结束后，对乙大喊“上车，我带你离开”，乙快速上车而被甲带离犯罪现场，甲的这种行为符合窝藏罪帮助犯罪的人逃匿的本质，因此甲成立窝藏罪。 (2) 窝藏行为的特点是妨害公安、司法机关发现犯罪的人，或者说使公安、司法机关不能或者难以发现犯罪的人。司法解释规定以下行为属于窝藏行为： <ol style="list-style-type: none"> 第一，向犯罪人提供化装的用具或者虚假的身份证明等。 第二，向犯罪的人通报侦查或追捕的动静。 第三，犯罪人没有打算逃匿，也没有逃匿行为，但行为人使犯罪人昏迷后将其送至外地的。 第四，劝诱、迫使犯罪人逃匿。 (3) “帮助其逃匿”。应限于直接使犯罪人的逃匿更为容易的行为，而不是漫无边际的帮助行为。例如，明知犯罪人逃匿，而向其提供管制刀具的，不应认定为窝藏罪。 2. 包庇行为： <ol style="list-style-type: none"> (1) 是指向公安、司法机关提供虚假证明掩盖犯罪的人。包庇应是与窝藏相同性质的行为。 (2)(顶包案件)：在司法机关追捕的过程中，行为人出于某种特殊原因为了使犯罪人逃匿，而自己冒充犯罪的人向司法机关投案或者实施其他使司法机关误认为自己为原犯罪人的行为的，也应认定为包庇罪。
	行为主体	<ol style="list-style-type: none"> 1. 犯罪的人自己窝藏、逃匿的，因为缺乏期待可能性，而不能成立本罪。 2. 犯罪的人教唆他人对自己实施窝藏、包庇行为时，本人不成立本罪。但他人成立窝藏、包庇罪。

窝藏、包庇罪的认定	<p>1. 正确区分注意规定与法律拟制。</p> <p>(1) 第 362 条【窝藏、包庇罪】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，依照本法第三百一十条（窝藏、包庇罪）规定定罪处罚。</p> <p>(2) 这是一项拟制规定，不以被查处的卖淫、嫖娼行为构成犯罪为前提（因为窝藏、包庇罪的对象是犯罪的人，不是违法的人，这里就是把一般卖淫、嫖娼等违法的人拟制为本罪的对象）。</p> <p>(3) 对于公安机关查处其他不构成犯罪的一般违法行为时，为被查处者通风报信的，不成立犯罪。</p>
	<p>2. 正确区分窝藏、包庇罪与非罪的界限。</p> <p>(1) 知情不报无罪类型：明知发生犯罪事实或者明知犯罪人的去向，而不主动向公安、司法机关举报的行为，属于单纯的知情不举报行为，不成立窝藏、包庇罪。</p> <p>(2) 沉默是金无罪类型：知道犯罪事实，在公安、司法机关调查取证时，单纯不提供证言的，也不构成窝藏、包庇罪。</p> <p>【注意】如果拒不提供间谍犯罪或者恐怖主义、极端主义犯罪证据，则成立拒绝提供间谍犯罪、恐怖主义犯罪、极端主义犯罪证据罪。</p> <p>(3) 司法解释规定有罪类型：取保候审的保证人与该被告人串通，协助其逃匿以及明知藏匿地点而拒绝向司法机关提供的，对保证人应当以窝藏罪论处。</p>
	<p>3. 正确区分窝藏、包庇罪与事前有通谋的共同犯罪。</p> <p>(1) 窝藏、包庇行为是在被窝藏、包庇的人犯罪后实施的，其犯罪故意也是在他人犯罪后产生的，即只有在与犯罪人没有事前通谋的情况下，实施窝藏、包庇行为的，才成立本罪。</p> <p>(2) 如果行为人事前与犯罪人通谋，商定待犯罪人实行犯罪后予以窝藏、包庇的，则成立共同犯罪。</p> <p>例 1、甲和乙约定，由乙实施抢劫行为，由甲负责窝藏乙；乙抢劫后，甲窝藏了乙。因为甲和乙就抢劫犯罪具有共同故意，所以甲不构成窝藏罪，而是与乙构成抢劫罪的共同犯罪。</p> <p>例 2、丙杀了人，请求朋友丁窝藏自己，丁窝藏了丙。因为二人无杀人的共同故意，所以丁不需对故意杀人罪负责，只构成窝藏罪。</p>
特殊包庇行为单独定罪	<p>(1) 包庇毒品犯罪分子罪（第 349 条）。</p> <p>(2) 包庇黑社会性质组织罪（第 294 条第 3 款）。</p> <p>(3) 帮助犯罪分子逃避处罚罪（第 417 条）。</p> <p>【注意】当出现以上特殊包庇行为时，以上述罪名定罪即可，不再成立包庇罪。</p>

（七）掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪

条文	<p>第 312 条：“明知是犯罪所得及其产生的收益而予以窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。</p> <p>单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。”</p>
----	--

成立条件 (犯罪构成)	行为主体	既可以是自然人，也可以是单位。
	行为对象	<p>犯罪所得及其产生的收益。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 犯罪工具不是赃物。掩饰、隐瞒犯罪工具的不成立本罪。 2. 伪造的货币、制造的毒品等，不属于本罪的赃物。 3. 犯罪所得及其产生的收益，应限于应当追缴、退赔、归还、没收的财物、物品与财产性利益。 <p>例 1、甲收买了被拐卖的妇女、儿童后，乙为了帮助甲避免国家机关解救，而窝藏妇女、儿童的，不属于窝藏“犯罪所得”。</p> <p>例 2、非法获得的公民个人信息，不属于犯罪所得的赃物。</p> <ol style="list-style-type: none"> 4. 犯罪所得中的“犯罪”，只要求是客观阶层的违法行为即可。和没有达到法定年龄、没有刑事责任能力无关。例如，13 周岁的甲抢劫他人财物，朋友乙将抢来的财物窝藏，乙构成本罪。因为甲的行为是客观违法行为，只是在主观责任阶层甲不具有刑事责任年龄、刑事责任能力。 5. 数人单独实施的普通盗窃行为均未达到数额较大标准，但窝藏者总共窝藏的数额超过盗窃罪数额较大起点的，不能认定为窝藏犯罪所得。因为赃物罪是与本犯相关联的犯罪，如果没有本犯，就没有赃物罪。例如，A、B、C、D 四人，都有盗窃习惯。某日，4 人分别盗窃价值 800 元的财物，均交给甲保管。A、B、C、D 四人不成盗窃罪，甲不成立赃物罪。
	行为方式	<p>行为人实施了<u>窝藏、转移、收购、代为销售</u>等掩饰、隐瞒赃物的一切行为。</p> <p>【注意】根据司法解释：明知是盗窃、抢劫、诈骗等犯罪所得的机动车而予以窝藏、转移、买卖、介绍买卖、典当、拍卖、抵押、用其抵债的，或者拆解、拼装、组装的，或者修改发动机号、车辆识别代号的，或者更改车身颜色或者车辆外形的，或者提供或出售机动车来历凭证、整车合格证、号牌以及有关机动车的其他证明和凭证的，或者提供或出售伪造、变造的机动车来历凭证、整车合格证、号牌以及有关机动车的其他证明和凭证的，应以本罪论处。</p>
本罪的认定	<ol style="list-style-type: none"> 1. 正确处理本罪与洗钱罪的关系 <ol style="list-style-type: none"> (1) 行为对象不同：本罪是对一切犯罪所得及其产生收益的掩饰与隐瞒；而洗钱罪只有 7 个上游犯罪。 (2) 行为本质不同：本罪只要有掩饰、隐瞒行为即可；而洗钱罪要求掩饰、隐瞒来源和性质。 (3) 不是对立关系：一个行为完全可能同时触犯本罪与洗钱罪，以洗钱罪（特殊法）论处。 (4) 罪数问题不同：本犯实施本罪行为，由于不具有期待可能性，不再成立本罪；洗钱者自己实施洗钱行为，仍成立洗钱罪，需要数罪并罚。 2. 明知是走私、贩卖、制造、运输的毒品或者犯罪所得财物，而为其窝藏、转移、隐瞒的，成立窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪。 	

本罪善意取得理论分析	案例 1、甲盗窃他人财物，之后隐瞒真相出售给第三人。 案例 2、乙明知该车是甲偷来的，隐瞒真相为其代销给第三人。 案例 3、丙明知是赃物而购买。
	学说一：否认赃物的善意取得，得出以下结论： 案例 1 的甲成立盗窃罪与诈骗罪，并罚； 案例 2 的乙成立本罪与诈骗罪的想象竞合犯，择一重罪处罚； 案例 3 的丙成立本罪，出卖者不成立诈骗罪。 学说二：承认赃物的善意取得，得出以下结论： 案例 1 的甲仅成立盗窃罪，不成立诈骗罪（因为买者没有财产损失）； 案例 2 的乙仅成立本罪，同样不会成立与诈骗罪的想象竞合犯，理由同上； 案例 3 的丙成立本罪，出卖者不成立诈骗罪。
司法解释	1. 知道或者应当知道是非法狩猎的野生动物而购买，符合刑法第三百一十二条规定的，以掩饰、隐瞒犯罪所得罪定罪处罚。 2. 知道或者应当知道是盗窃所得的赃物及其产生的收益而予以窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒的，成立掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪。

（八）破坏监管秩序罪

条文	第 315 条：“依法被关押的罪犯，有下列破坏监管秩序行为之一，情节严重的，处三年以下有期徒刑： （一）殴打监管人员的； （二）组织其他被监管人破坏监管秩序的； （三）聚众闹事，扰乱正常监管秩序的； （四）殴打、体罚或者指使他人殴打、体罚其他被监管人的。”
概念	破坏监管秩序罪，是指依法被关押的罪犯，违反监管法规，破坏监管秩序，情节严重的行为。
成立条件 (犯罪构成)	行为主体是依法被关押的已决犯。 【注意】 依法被关押的被告人、犯罪嫌疑人不是本罪行为主体。

（九）脱逃罪

条文	第 316 条第 1 款：“依法被关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人脱逃的，处五年以下有期徒刑或者拘役。”
概念	脱逃罪，是指依法被关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人脱逃的行为。
成立条件 (犯罪构成)	行为主体 依法被关押的罪犯（已决犯）、被告人与犯罪嫌疑人。
	行为方式 1. 脱逃，是指脱离监管机关的实力支配的行为，具体表现为逃离关押场所。 2. 脱逃的方式没有限制，可以作为方式的脱逃，也可以不作为方式的脱逃。例如，罪犯甲受到监狱奖励，节假日受准回家，故意不在规定时间返回监狱，采取逃往外地等方式逃避入狱的，成立不作为方式的脱逃罪。 3. 脱逃地点：一般在监狱、看守所等关押场所。行为人在被转监（从一个监狱转到另一个监狱）、送往法院审判途中脱逃的，也成立本罪。

成立条件 (犯罪构成)	主观罪过	<p>责任形式为故意。</p> <p>1. 由于某种特殊原因, 暂时离开关押场所, 特殊原因消失后立即回到关押场所的, 一般不宜认定为脱逃罪。例如, 罪犯甲受到监狱奖励, 节假日受准回家, 突遇孩子重病而不归, 孩子病好转之后立即回归的, 不成立本罪。</p> <p>2. 成立本罪不要求行为人永久性 or 长期性逃避监管, 为了一时性逃避劳动改造而脱逃的, 原则上也成立本罪。例如, 在劳改农场服刑的罪犯, 为了在某段艰苦时间逃避执行机关的监管, 逃离半个月后又回到该劳改农场的, 应认定为脱逃罪。</p>
	既遂标准	<p>1. 行为人摆脱了监管机关与监管人员的实力支配(控制)时, 就是脱逃既遂。</p> <p>2. 何时摆脱控制不以是否逃出关押场所为标准: 行为人即使逃出关押场所后, 只要明显处于被监管人员追捕的过程中, 应认定为脱逃未遂。</p>

三、妨害国(边)境管理罪

(一) 组织、运送他人偷越国(边)境罪

条文	<p>第 318 条: “组织他人偷越国(边)境的, 处二年以上七年以下有期徒刑, 并处罚金; 有下列情形之一的, 处七年以上有期徒刑或者无期徒刑, 并处罚金或者没收财产:</p> <p>(一) 组织他人偷越国(边)境集团的首要分子;</p> <p>(二) 多次组织他人偷越国(边)境或者组织他人偷越国(边)境人数众多的;</p> <p>(三) 造成被组织人重伤、死亡的;</p> <p>(四) 剥夺或者限制被组织人人身自由的;</p> <p>(五) 以暴力、威胁方法抗拒检查的;</p> <p>(六) 违法所得数额巨大的;</p> <p>(七) 有其他特别严重情节的。</p> <p>犯前款罪, 对被组织人有杀害、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, 依照数罪并罚的规定处罚。”</p>
概念	<p>组织、运送他人偷越国(边)境罪, 指违反国(边)境管理法规, 组织、运送他人偷越国(边)境的行为。</p>
罪数	<p>1. 加重处罚的类型(此时只成立本罪):</p> <p>(1) 实施本罪的过程中 → 过失导致被组织人重伤、死亡的 → 只成立本罪, 加重处罚。</p> <p>(2) 实施本罪的过程中 → 剥夺或者限制被组织人人身自由的 → 只成立本罪, 加重处罚。</p> <p>(3) 实施本罪的过程中 → 实施一般暴力妨害公务的 → 只成立本罪, 加重处罚。</p> <p>2. 数罪并罚的类型(本罪与相应罪名并罚):</p> <p>(1) 实施本罪的过程中 → 对被组织人有杀害、伤害、强奸、拐卖等行为 → 数罪并罚。</p> <p>(2) 实施本罪的过程中 → 对检查人员有杀害、伤害等行为的 → 数罪并罚。</p>

四、妨害文物管理罪

(一) 倒卖文物罪

条文	第 326 条：“以牟利为目的，倒卖国家禁止经营的文物，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。 单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。”			
成立条件 (犯罪构成)	1. 行为方式：倒卖按照司法解释规定指的是，出售或者为出售而收购、运输、储存的行为。 2. 行为对象：国家禁止经营的文物。其他的可以经营的文物不是本罪的对象。			
罪数	盗窃珍贵文物后出售的，成立盗窃罪和倒卖文物罪，数罪并罚。			
本罪与其他文物犯罪的区别	罪名	行为主体	行为对象	获得文物者
	倒卖文物罪	一般人	国家禁止经营的文物	一般人
	非法向外国人出售、赠送珍贵文物罪	文物收藏者	自己收藏的国家禁止出口的珍贵文物	外国人
	非法出售、私赠文物藏品罪	国有博物馆、图书馆等单位	该单位收藏的文物藏品	非国有单位或个人(如果是国有单位，不成立本罪)

(二) 盗掘古文化遗址、古墓葬罪

条文	第 328 条第 1 款：“盗掘具有历史、艺术、科学价值的古文化遗址、古墓葬的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节较轻的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产： (一) 盗掘确定为全国重点文物保护单位和省级文物保护单位的古文化遗址、古墓葬的； (二) 盗掘古文化遗址、古墓葬集团的首要分子； (三) 多次盗掘古文化遗址、古墓葬的； (四) 盗掘古文化遗址、古墓葬，并盗窃珍贵文物或者造成珍贵文物严重破坏的。”
成立条件 (犯罪构成)	1. 行为方式：盗掘，是指未经国家文物主管部门批准，私自挖掘古文化遗址、古墓葬。 【注意】 盗掘并不限于挖掘埋藏于地下的古文化遗址、古墓葬；打捞被水淹没的古文化遗址、古墓葬的，掘出掩埋于其他物体中的古文化遗址、古墓葬的，也属于“盗掘”。 2. 行为对象：具有历史、艺术、科学价值的古文化遗址、古墓葬。
罪数	1. 盗掘过程中，盗窃珍贵文物的，成立本罪的法定升格条件，只成立本罪。 2. 盗掘过程中，造成珍贵文物毁损的，成立本罪的法定升格条件，只成立本罪。 3. 将盗掘的文物出卖的，成立倒卖文物罪；如果卖出境外的，还成立走私文物罪，与本罪并罚。 4. 盗掘行为结束后，出于其他目的故意损毁文物的，应另定故意损毁文物罪，两罪并罚。即使是为了掩盖罪行、毁灭证据而损毁文物也应并罚。 5. 采用破坏性手段盗窃古文化遗址、古墓葬以外的古建筑、石窟寺、石刻、壁画等不可移动文物的，以盗窃罪追究刑事责任。

五、危害公共卫生罪

(一) 非法行医罪

条文	第 336 条第 1 款：“未取得医生执业资格的人非法行医，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；严重损害就诊人身体健康的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；造成就诊人死亡的，处十年以上有期徒刑，并处罚金。”	
概念	非法行医罪，是指未取得医生执业资格的人非法行医，情节严重的行为。	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	<p>未取得医生执业资格的人。</p> <p>1. 具有医生执业资格的人如果违反规定，实施的是注册之外的其他医疗业务的，可以成立本罪。例如，牙科医生为患者做外科手术，导致他人死亡的，构成非法行医罪。</p> <p>2. 司法解释规定，以下情形属于“未取得医生执业资格的人”</p> <p>A 未取得或者以非法手段取得医师资格从事医疗活动的；</p> <p>B 被依法吊销医师执业证书期间从事医疗活动的；</p> <p>C 未取得乡村医生执业证书，从事乡村医疗活动的；</p> <p>D 家庭接生员实施家庭接生以外的医疗行为的。</p>
	行为方式	非法行医。本罪属于典型的职业犯。要求有反复、持续实施的意思。偶尔一次不成立本罪，可成立过失致人死亡罪等。
	承诺问题	被害人的承诺不阻却非法行医的违法性。
	主观目的	成立本罪，不要求以营利为目的。
	结果加重犯	非法行医过失致人死亡，只定非法行医罪，加重处罚，构成结果加重犯，不再定过失致人死亡罪。

(二) 非法组织卖血罪、强迫卖血罪

条文	<p>第 333 条：“非法组织他人出卖血液的，处五年以下有期徒刑，并处罚金；以暴力、威胁方法强迫他人出卖血液的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。</p> <p>有前款行为，对他人造成伤害的，依照本法第二百三十四条（故意伤害罪）的规定定罪处罚。”</p>
成立条件 (犯罪构成)	<p>1. 组织，是指通过策划、动员、拉拢、联络等方式使不特定人或者多人出卖血液的行为。劝诱特定个人出卖血液的，不成立犯罪。</p> <p>2. 犯本罪对他人造成伤害的，以故意伤害罪定罪处罚。这里的“伤害”应限于重伤，即非法组织出卖血液，造成他人轻伤的，仍应认定为本罪。</p> <p>3. 这里的“造成伤害”，既包括故意所为也包括过失所为。如果是故意所为，定故意伤害罪，此时该款属于注意规定。如果是过失所为，此时该款属于法律拟制。</p> <p>【注意】如果过失致人死亡，不能以故意杀人罪论处，因为条文中没有这样的法律拟制规定，所以只能以故意伤害罪（致人死亡）论处。</p>

(三) 妨害传染病防治罪

<p>条文</p>	<p>第 330 条：“违反传染病防治法的规定，有下列情形之一，引起甲类传染病以及依法确定采取甲类传染病预防、控制措施的传染病传播或者有传播严重危险的，处三年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑：</p> <p>（一）供水单位供应的饮用水不符合国家规定的卫生标准的；</p> <p>（二）拒绝按照疾病预防控制机构提出的卫生要求，对传染病病原体污染的污水、污物、场所和物品进行消毒处理的；</p> <p>（三）准许或者纵容传染病病人、病原携带者和疑似传染病病人从事国务院卫生行政部门规定禁止从事的易使该传染病扩散的工作的；</p> <p>（四）出售、运输疫区中被传染病病原体污染或者可能被传染病病原体污染的物品，未进行消毒处理的；</p> <p>（五）拒绝执行<u>县级以上人民政府、疾病预防控制机构</u>依照传染病防治法提出的预防、控制措施的。</p> <p>单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。</p> <p>甲类传染病的范围，依照《中华人民共和国传染病防治法》和国务院有关规定确定。”</p>
<p>司法解释</p>	<p>1. 故意传播新型冠状病毒感染肺炎病原体，具有下列情形之一，危害公共安全的，依照刑法第一百一十四条、第一百一十五条第一款的规定，以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚：</p> <p>（1）已经确诊的新型冠状病毒感染肺炎病人、病原携带者，拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗，并进入公共场所或者公共交通工具的；</p> <p>（2）新型冠状病毒感染肺炎疑似病人拒绝隔离治疗或者隔离期未满擅自脱离隔离治疗，并进入公共场所或者公共交通工具，造成新型冠状病毒传播的。</p> <p>其他拒绝执行卫生防疫机构依照传染病防治法提出的防控措施，引起新型冠状病毒传播或者有传播严重危险的，依照刑法第三百三十条的规定，以妨害传染病防治罪定罪处罚。</p>
<p>实务案例</p>	<p>疫情期间故意隐瞒个人流行病学史，可成立本罪。例如，隐瞒高风险疫区旅居史、全球疫情蔓延的情况下，隐瞒出境史等。</p>

六、破坏环境资源保护罪

(一) 污染环境罪

<p>条文</p>	<p>第 338 条：“违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，严重污染环境的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；<u>情节严重的</u>，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；<u>有下列情形之一的</u>，处七年以上有期徒刑，并处罚金：</p> <p>（一）在饮用水水源保护区、自然保护地核心区等依法确定的重点保护区域排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质，情节特别严重的；</p> <p>（二）向国家确定的重要江河、湖泊水域排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质，情节特别严重的；</p> <p>（三）致使大量永久基本农田基本功能丧失或者遭受永久性破坏的；</p> <p>（四）致使多人重伤、严重疾病，或者致人严重残疾、死亡的。</p> <p><u>有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”</u></p>
-----------	---

<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>1. 成立本罪，要达到严重污染环境的程度。 2. 本罪的责任形式应为故意。 3. 罪数：行为人实施本罪，同时构成投放危险物质罪等，属于想象竞合犯。</p>
<p>司法解释</p>	<p>1. 无危险废物经营许可证从事收集、贮存、利用、处置危险废物经营活动，严重污染环境的，按照污染环境罪定罪处罚；同时构成非法经营罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。 2. 环境影响评价机构或其人员，故意提供虚假环境影响评价文件，情节严重的，或者严重不负责任，出具的环境影响评价文件存在重大失实，造成严重后果的，以提供虚假证明文件罪或者出具证明文件重大失实罪定罪处罚。</p>

(二) 盗伐林木罪

<p>条文</p>	<p>第 345 条第 1 款：“盗伐森林或者其他林木，数量较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数量巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；数量特别巨大的，处七年以上有期徒刑，并处罚金。”</p>
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>1. 行为对象：森林或者其他林木。 【注意】“其他林木”，是指小面积的树林和零星树木，但不包括居民房前屋后个人所有的零星树木。 2. 行为方式：盗伐。根据司法解释规定，盗伐行为包括： (1) 擅自砍伐国家、集体、他人所有或者他人承包经营管理的森林或者其他林木。 (2) 擅自砍伐本单位或者本人承包经营管理的森林或者其他林木。 (3) 在林木采伐许可证规定的地点以外采伐国家、集体、他人所有或者他人承包经营管理的森林或者其他林木。 3. 本罪要求具有非法占有目的。否则可能成立滥伐林木罪。 4. 同时成立本罪要求数额较大，根据司法解释：以 2 至 5 立方米或者幼树 100 至 200 株为“数额较大”的起点。 5. 以下情形按盗窃罪处理： (1) 将国家、集体、他人所有并已经伐倒的树木窃为己有。 (2) 偷砍他人房前屋后、自留地种植的零星树木，数额较大的。 (3) 盗伐枯死的林木，不构成盗伐林木罪。因为盗伐林木罪侵害的法益是环境生态资源，而盗伐枯死的林木不会侵害环境生态资源。但这种行为构成盗窃罪。 (4) 盗伐林木的数量没有达到盗伐林木罪的定罪标准但达到盗窃罪的定罪标准的，应按盗窃罪论处。盗伐林木罪的法益不同于盗窃罪的法益，因此，盗伐林木行为同时触犯盗窃罪的，属于想象竞合犯，从一重罪论处。</p>

(三) 滥伐林木罪

条文	<p>第 345 条第 2 款：“违反森林法的规定，滥伐森林或者其他林木，数量较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数量巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”</p>
成立条件 (犯罪构成)	<p>1 行为对象与盗伐林木罪的行为对象范围基本相同。但是，滥伐属于自己所有的林木的，也可能成立本罪，因为属于个人所有的林木，也是国家森林资源的一部分，虽然不能成为盗伐林木罪的对象，却可以成为滥伐林木罪的对象。</p> <p>2 根据司法解释，下列行为属于滥伐林木：</p> <p>(1) 未经林业行政主管部门及法律规定的其他主管部门批准并核发林木采伐许可证，或者虽持有林木采伐许可证，但违反林木采伐许可证规定的时间、数量、树种或者方式，任意采伐本单位所有或者本人所有的森林或者其他林木的；</p> <p>(2) 超过林木采伐许可证规定的数量采伐他人所有的森林或者其他林木的；</p> <p>(3) 在林木采伐许可证规定的地点以外，采伐本单位或者本人所有的森林或者其他林木的（农村居民采伐自留地和房前屋后个人所有的零星林木的除外）。</p>

■ 七、走私、贩卖、运输、制造毒品罪

(一) 走私、贩卖、运输、制造毒品罪

条文	<p>第 347 条：“走私、贩卖、运输、制造毒品，无论数量多少，都应当追究刑事责任，予以刑事处罚。</p> <p>走私、贩卖、运输、制造毒品，有下列情形之一的，处十五年有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处没收财产：</p> <p>(一) 走私、贩卖、运输、制造鸦片一千克以上、海洛因或者甲基苯丙胺五十克以上或者其他毒品数量大的；</p> <p>(二) 走私、贩卖、运输、制造毒品集团的首要分子；</p> <p>(三) 武装掩护走私、贩卖、运输、制造毒品的；</p> <p>(四) 以暴力抗拒检查、拘留、逮捕，情节严重的；</p> <p>(五) 参与有组织的国际贩毒活动的。</p> <p>走私、贩卖、运输、制造鸦片二百克以上不满一千克、海洛因或者甲基苯丙胺十克以上不满五十克或者其他毒品数量较大的，处七年以上有期徒刑，并处罚金。</p> <p>走私、贩卖、运输、制造鸦片不满二百克、海洛因或者甲基苯丙胺不满十克或者其他少量毒品的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。</p> <p>单位犯第二款、第三款、第四款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。</p> <p>利用、教唆未成年人走私、贩卖、运输、制造毒品，或者向未成年人出售毒品的，从重处罚。</p> <p>对多次走私、贩卖、运输、制造毒品，未经处理的，毒品数量累计计算。”</p>
-----------	---

<p>条文</p>	<p>第 355 条：“依法从事生产、运输、管理、使用国家管制的麻醉药品、精神药品的人员，违反国家规定，向吸食、注射毒品的人提供国家规定管制的能够使人形成瘾癖的麻醉药品、精神药品的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。向走私、贩卖毒品的犯罪分子或者以牟利为目的，向吸食、注射毒品的人提供国家规定管制的能够使人形成瘾癖的麻醉药品、精神药品的，依照本法第三百四十七条的规定定罪处罚。</p> <p>单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。”</p> <p>第 356 条：“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。”</p> <p>第 357 条：“本法所称的毒品，是指鸦片、海洛因、甲基苯丙胺（冰毒）、吗啡、大麻、可卡因以及国家规定管制的其他能够使人形成瘾癖的麻醉药品和精神药品。</p> <p>毒品的数量以查证属实的走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品的数量计算，不以纯度折算。”</p>	
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>保护法益</p>	<p>毒品犯罪是以公众的健康为保护法益的抽象危险犯。所以无论走私、贩卖、运输、制造毒品的数量多少，都需要追究刑事责任。</p>
	<p>走私毒品</p>	<p>是指非法运输、携带、邮寄毒品进出国(边)境的行为。</p>
	<p>行为方式</p>	<p>贩卖毒品</p> <p>1. 贩卖毒品是指有偿转让毒品的行为。 【注意 1】有偿并不要求营利。例如，甲以每克 150 元进货的海洛因，100 元每克卖出，仍然成立贩卖毒品罪。 【注意 2】有偿转让中的“有偿”既可以是获得金钱，也可以是获得其他物质利益。 【注意 3】如果是无偿转让毒品，如赠与等，则不属于贩卖毒品。</p> <p>2. 毒品的来源既可能是自己制造的毒品，也可能是自己所购买的毒品，还可能通过其他方法(如拾得、继承)取得的毒品。 【注意 1】出于贩卖目的而非法购买毒品的，是贩卖毒品罪的预备行为。 【注意 2】如果为了自己吸食而非法购买毒品的，不构成贩卖毒品。</p> <p>3. 贩卖毒品罪的既遂标准：卖掉毒品(即实际转移毒品)，不要求收到对价。</p>
	<p>运输毒品</p>	<p>1. 运输毒品是指采用携带、邮寄、使用交通工具等方法在我国<u>领域内</u>转移毒品。 2. 运输毒品罪的<u>既遂标准</u>：毒品离开原存放地，进入运输状态。</p>

成立条件 (犯罪构成)	行为 方式	制造毒品	<p>不仅包括使用毒品原植物制作成毒品，也包括以改变毒品成分和效用为目的的加工、配制行为。有下列制造毒品的行为：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 将毒品以外的物作为原料，提取或制作成毒品。例如，将罂粟制成为鸦片。 2. 毒品的精制，即去掉毒品中的不纯物，使之成为纯毒品或纯度更高的毒品。例如，去除海洛因中所含的不纯物，以提高纯度。 3. 使用化学方法使一种毒品变为另一种毒品。例如，使用化学方法将吗啡制作成海洛因。 4. 使用化学方法以外的方法使一种毒品变为另一种毒品。例如，将盐酸吗啡加入蒸馏水，使之成为注射液。 <p>【注意 1】 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，添加其他非毒品物质，不属于制造毒品。</p> <p>【注意 2】 去除毒品中“其他非毒品物质”的行为，不属于制造毒品。</p>
处罚	<ol style="list-style-type: none"> 1. 利用、教唆未成年人（未 18 周岁）走私、贩卖、运输、制造毒品或者向未成年人出售毒品的，从重处罚。 2. 毒品再犯从重处罚制度： <ol style="list-style-type: none"> (1) 因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品被判过刑，又犯本节规定的犯罪的，属于毒品再犯，要从重处罚。 (2) 前罪只包括五种行为：走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪。后罪包括毒品犯罪一节所有的罪名。 (3) 前后罪的法定刑没有要求，包括管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑。 (4) 前后罪的时间间隔没有要求。 		

(二) 非法持有毒品罪

条文	<p>第 348 条：“非法持有鸦片一千克以上、海洛因或者甲基苯丙胺五十克以上或者其他毒品数量大的，处七年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金；非法持有鸦片二百克以上不满一千克、海洛因或者甲基苯丙胺十克以上不满五十克或者其他毒品数量较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”</p>
成立条件 (犯罪构成)	<p>行为方式：持有。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 持有是一种事实上的支配，行为人与物之间存在一种事实上的支配与被支配的关系。 2. 持有不要求物理上的握有，只要行为人认识到它的存在，能够对之进行管理或者支配，就是持有。 3. 这里的“持有”要与走私、贩卖、运输、制造没有联系。如果为了走私、贩卖、运输、制造毒品而持有，只定走私、贩卖、运输、制造毒品罪。

本罪的认定	<p>1. 吸毒本身不成立犯罪，但是吸毒者持有毒品达到一定数量，以非法持有毒品罪或运输毒品罪论处。</p> <p>【注意】如果有证据证明吸毒者是为了实施贩卖等其他毒品犯罪行为的，则需按照相应的罪名（如贩卖毒品罪）定罪处罚。</p>
	<p>2. 有证据证明行为人不以牟利为目的，为他人代购仅用于吸食毒品，毒品数量超过刑法第348条规定的最低数量标准的，对托购者、代购者应以非法持有毒品罪论处。</p> <p>【注意】如果代购者从中牟利，变相加价贩卖毒品的，对代购者应以贩卖毒品罪论处。</p>
	<p>3. 盗窃、抢夺、抢劫毒品的，应当分别以盗窃罪、抢夺罪或者抢劫罪定罪，不另认定为非法持有毒品罪。但是如果出卖的，则另行成立贩卖毒品罪。</p> <p>【注意】行为人盗窃财物的同时盗窃了毒品后，非法持有毒品的，应当以盗窃罪与非法持有毒品罪实行并罚。</p>

（三）包庇毒品犯罪分子罪

条文	<p>第349条：“包庇走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子的，为犯罪分子窝藏、转移、隐瞒毒品或者犯罪所得的财物的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。</p> <p>缉毒人员或者其他国家机关工作人员掩护、包庇走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子的，依照前款的规定从重处罚。</p> <p>犯前两款罪，事先通谋的，以走私、贩卖、运输、制造毒品罪的共犯论处。”</p>
成立条件 (犯罪构成)	<p>包庇对象：仅限于走私、贩卖、运输、制造毒品罪的犯罪分子，并非全部毒品犯罪分子。</p> <p>【注意】上述“走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子”不要求达到法定年龄、具有责任能力。例如，包庇实施走私、运输、制造毒品行为但不满16周岁的人，也成立本罪。</p>
司法解释	<p>包庇走私、贩卖、运输、制造毒品的近亲属，或者为其窝藏、转移、隐瞒毒品或者毒品犯罪所得的财物，不具有本条前两款规定的“情节严重”情形，归案后认罪、悔罪、积极退赃，且系初犯、偶犯，犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚。</p>

（四）窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪

条文	<p>第349条：“窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。</p> <p>缉毒人员或者其他国家机关工作人员掩护、包庇走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪分子的，依照前款的规定从重处罚。</p> <p>犯前两款罪，事先通谋的，以走私、贩卖、运输、制造毒品罪的共犯论处。”</p>
成立条件 (犯罪构成)	<p>行为对象：仅限于走私、贩卖、运输、制造毒品罪的毒品、毒赃，并非全部毒品犯罪的毒品、毒赃。</p>
司法解释	<p>包庇走私、贩卖、运输、制造毒品的近亲属，或者为其窝藏、转移、隐瞒毒品或者毒品犯罪所得的财物，不具有本条前两款规定的“情节严重”情形，归案后认罪、悔罪、积极退赃，且系初犯、偶犯，犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚。</p>

(五) 容留他人吸毒罪

条文	第 354 条：“容留他人吸食、注射毒品的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。”
司法解释	<p>1. 容留他人吸食、注射毒品，具有下列情形之一的，应当依照刑法第三百五十四条的规定，以容留他人吸毒罪定罪处罚：</p> <p>(一) 一次容留多人吸食、注射毒品的；</p> <p>(二) 二年内多次容留他人吸食、注射毒品的；</p> <p>(三) 二年内曾因容留他人吸食、注射毒品受过行政处罚的；</p> <p>(四) 容留未成年人吸食、注射毒品的；</p> <p>(五) 以牟利为目的容留他人吸食、注射毒品的；</p> <p>(六) 容留他人吸食、注射毒品造成严重后果的；</p> <p>(七) 其他应当追究刑事责任的情形。</p> <p>2. 向他人贩卖毒品后又容留其吸食、注射毒品，或者容留他人吸食、注射毒品并向其贩卖毒品，符合前款规定的容留他人吸毒罪的定罪条件的，以贩卖毒品罪和容留他人吸毒罪数罪并罚。</p> <p>3. 容留近亲属吸食、注射毒品，情节显著轻微危害不大的，不作为犯罪处理；需要追究刑事责任的，可以酌情从宽处罚。</p>

■ 八、组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪

(一) 组织卖淫罪

条文	<p>第 358 条第 1 款至第 3 款：“组织、强迫他人卖淫的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。</p> <p>组织、强迫未成年人卖淫的，依照前款的规定从重处罚。</p> <p>犯前两款罪，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。”</p>	
成立条件 (犯罪构成)	行为对象：他人	<p>既包括女性，也包括男性。即既包括组织女性当女娼，也包括组织男性当男妓。卖淫类型如下：</p> <p>① 女 VS 男；② 女 VS 女</p> <p>③ 男 VS 女；④ 男 VS 男</p> <p>一句话：社会在发展，人类需求在增加，理解万岁！</p>
	行为方式：组织卖淫	<p>1. 组织的第一种类型 (正规军)：设置卖淫场所或者变相卖淫场所，控制卖淫者，招揽嫖娼者。例如，以办旅馆为名，行开妓院之实。</p> <p>2. 组织的第二种类型 (游击战)：是没有固定的卖淫场所，通过控制卖淫人员，有组织地进行卖淫活动。</p>
处罚与认定	<p>1. 组织未成年人卖淫的，从重处罚。</p> <p>2. 犯组织卖淫罪，并对被组织者有杀害、伤害、强奸、绑架等犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。</p> <p>3. 组织卖淫者强迫他人卖淫的 (此时被组织者与被强迫者具有同一性)，仅成立组织卖淫罪；如果不具有同一性，数罪并罚。</p>	

司法解释	<p>1. 以招募、雇佣、纠集等手段，管理或者控制他人卖淫，卖淫人员在三人以上的，应当认定为刑法第三百五十八条规定的“组织他人卖淫”。</p> <p>2. 在组织卖淫犯罪活动中，对被组织卖淫的人有引诱、容留、介绍卖淫行为的，依照处罚较重的规定定罪处罚。但是，对被组织卖淫的人以外的其他人有引诱、容留、介绍卖淫行为的，应当分别定罪，实行数罪并罚。</p> <p>3. 明知他人实施组织卖淫犯罪活动而为其招募、运送人员或者充当保镖、打手、管账人等的，依照刑法第三百五十八条第四款的规定，以协助组织卖淫罪定罪处罚，不以组织卖淫罪的从犯论处。</p> <p>在具有营业执照的会所、洗浴中心等经营场所担任保洁员、收银员、保安员等，从事一般服务性、劳务性工作，仅领取正常薪酬，且无前款所列协助组织卖淫行为的，不认定为协助组织卖淫罪。</p> <p>4. 利用信息网络发布招嫖违法信息，情节严重的，依照刑法第二百八十七条之一的规定，以非法利用信息网络罪定罪处罚。同时构成介绍卖淫罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。</p> <p>5. 被引诱卖淫的人员中既有不满十四周岁的幼女，又有其他人员的，分别以引诱幼女卖淫罪和引诱卖淫罪定罪，实行并罚。</p> <p>6. 明知自己患有艾滋病或者感染艾滋病病毒而卖淫、嫖娼的，依照刑法第三百六十条的规定，以传播性病罪定罪，从重处罚。</p> <p>具有下列情形之一，致使他人感染艾滋病病毒的，认定为刑法第九十五条第三项“其他对于人身健康有重大伤害”所指的“重伤”，依照刑法第二百三十四条第二款的规定，以故意伤害罪定罪处罚：</p> <p>(一) 明知自己感染艾滋病病毒而卖淫、嫖娼的；</p> <p>(二) 明知自己感染艾滋病病毒，故意不采取防范措施而与他人发生性关系的。</p>
------	--

(二) 强迫卖淫罪

条文	<p>第 358 条第 1 款至第 3 款：“组织、强迫他人卖淫的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。</p> <p>组织、强迫未成年人卖淫的，依照前款的规定从重处罚。</p> <p>犯前两款罪，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。”</p>
成立条件 (犯罪构成)	<p>1. 行为对象：既包括妇女，也包括幼女，还包括男子。</p> <p>2. 行为方式：强迫。</p> <p>【注意 1】行为的内容必须是迫使他人卖淫。强迫他人与特定的个人性交或者从事猥亵活动的，成立强奸、强制猥亵等罪。</p> <p>【注意 2】行为人强迫妇女仅与自己发生性交，并支付性行为对价的，应认定为强奸罪，不得认定为强迫卖淫罪。</p>
罪数	<p>“强奸后迫使卖淫”的情形，不再只成立强迫卖淫罪一罪，应数罪并罚。</p>

(三) 引诱、容留、介绍卖淫罪

条文	第 359 条第 1 款：“引诱、容留、介绍他人卖淫的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金。”
成立条件 (犯罪构成)	<p>1. 行为对象：既包括妇女，还包括男子。</p> <p>【注意】 如果是引诱幼女卖淫的，成立引诱幼女卖淫罪；容留、介绍幼女卖淫的，仍然成立本罪，即容留、介绍卖淫罪。</p> <p>2. 行为方式：引诱、容留、介绍。</p> <p>【注意 1】 在意欲卖淫者与卖淫场所的管理者之间进行介绍的属于介绍他人卖淫。</p> <p>【注意 2】 介绍他人嫖娼：即单纯向意欲嫖娼者介绍卖淫场所，而与卖淫者没有任何联络的，不能认定为介绍卖淫。</p> <p>【注意 3】 介绍女子被他人“包养”的，不成立介绍卖淫罪。</p>
处罚与认定	旅馆业、饮食服务业、文化娱乐业、出租汽车业等单位的主要负责人，利用本单位的条件，引诱、容留、介绍他人卖淫的，从重处罚。

(四) 引诱幼女卖淫罪

条文	第 359 条第 2 款：“引诱不满十四周岁的幼女卖淫的，处五年以上有期徒刑，并处罚金。”
成立条件 (犯罪构成)	<p>1. 行为对象：仅限未满 14 周岁的幼女。</p> <p>2. 行为方式：仅限于引诱，没有容留和介绍。</p> <p>【注意】 如果容留、介绍幼女卖淫的，刑法没有规定容留、介绍幼女卖淫罪。但是幼女也属于女性，该行为当然可成立容留、介绍卖淫罪。</p>
罪数	引诱幼女卖淫，同时又容留、介绍其卖淫的，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。



第十六章

贪污贿赂罪

一、贪污罪

条文	<p>第 382 条：“国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的，是贪污罪。</p> <p>受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有财物的，以贪污论。</p> <p>与前两款所列人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处。”</p> <p>第 383 条：“对犯贪污罪的，根据情节轻重，分别依照下列规定处罚：</p> <p>（一）贪污数额较大或者有其他较重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。</p> <p>（二）贪污数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金或者没收财产。</p> <p>（三）贪污数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；数额特别巨大，并使国家和人民利益遭受特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。</p> <p>对多次贪污未经处理的，按照累计贪污数额处罚。</p> <p>犯第一款罪，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，有第一项规定情形的，可以从轻、减轻或者免除处罚；有第二项、第三项规定情形的，可以从轻处罚。</p> <p>犯第一款罪，有第三项规定情形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。”</p> <p>第 394 条：“国家工作人员在国内公务活动或者对外交往中接受礼物，依照国家规定应当交公而不交公，数额较大的，依照本法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。”</p> <p>第 183 条第 2 款：“国有保险公司工作人员和国有保险公司委派到非国有保险公司从事公务的人员有前款行为的，依照本法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。”</p> <p>第 271 条第 2 款：“国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有前款行为的，依照本法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。”</p>
概念	<p>贪污罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。</p>

成立条件 (犯罪构成)	主体身份	<p>国家工作人员。</p> <p>1. 国家工作人员是指在国家机关中从事公务的人员；国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、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，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。</p> <p>2. 村民委员会等基层组织人员协助人民政府从事行政管理工作，属于国家工作人员范畴。</p> <p>3. 通过伪造国家机关公文证件担任了国家工作人员，就属于国家工作人员，也可以成为贪污贿赂犯罪的主体。</p> <p>4. 第 382 条第 2 款：受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有财物的，以贪污论。可以成为本罪的主体。这类人本不属于国家工作人员，但是该款将他们拟制为国家工作人员。</p> <p>【注意】 由于挪用公款罪中没有类似法律拟制，因此此类人挪用受委托管理、经营的国有财产的，只能认定为挪用资金罪，不能认定为挪用公款罪。</p> <p>5. 国有开头的公司、企业、单位：原则上都默认是国家工作人员，除非特别强调不是（例如安保人员、保洁人员、后厨人员）。</p> <p>6. 国有控股开头的公司、企业、单位：原则上都默认不是国家工作人员，除非特别强调是（例如明确说明是国家派到公司中从事公务的人员）。</p>
	主观目的	<p>非法占有目的。</p> <p>【注意】 如果没有此目的，可成立挪用公款罪。</p>
	行为方式	<p>利用职务上的便利（即主管、管理、经营、经手的权力和便利条件），侵吞、窃取、骗取或者以其他手段侵吞。</p> <p>“利用职务上的便利”的含义：</p> <p>1. 利用职务上的便利，是指利用职务上主管、管理、经营、经手公共财物的权力及方便条件。</p> <p>2. 利用需要实质利用，而不是形式上的利用。例如，行为人利用与职务无关仅因工作关系熟悉作案环境或易于接近作案目标、凭工作人员身份容易进入某些单位等方便条件非法占有公共财物的，不成立贪污罪。</p> <p>3. 利用职务上的便利，既包括利用本人的职务便利，也包括利用职务上有隶属关系的其他国家工作人员的职务便利。即上级对下级可以成立贪污。</p> <p>例如，乡镇领导利用职务便利，骗取县市财政的经费据为己有，成立诈骗罪；反之，才能成立贪污罪。</p> <p>4. 只有当国家工作人员现实地对公共财物享有支配权、决定权或对具体支配财物的人员处于领导、指示、支配地位，进而利用职务便利，才能认定为贪污罪。</p>

成立条件 (犯罪构成)	行为方式	<p>例如，村民甲谎称危房翻新，村长乙代其填写虚假资料并以村长名义签字同意后上报镇政府，从镇政府那里骗取数额较大的危房补助款。乙不成立贪污罪，可成立诈骗罪。因为钱根本就不是乙的实际管理和控制，该权力在镇政府那里。</p> <p>5. 部分利用，同样属于利用职务便利。</p> <p>例如，国有公司的保险柜需要同时使用钥匙和密码才能打开，而钥匙和密码分别由甲、乙二人掌握，甲利用自己的钥匙和猜到的密码打开保险柜取走财物，或者乙利用自己的密码和私下配的钥匙打开保险柜取走财物，均属于利用职务上的便利，可成立贪污罪。</p>
	财物性质	<p>公共财物。</p> <p>1. 【注意】不包括个人私有财物，否则不成立本罪。</p> <p>2. 受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员成立贪污罪必须是非法占有了国有财物。</p>

二、挪用公款罪

条文	<p>第 384 条：“国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过三个月未还的，是挪用公款罪，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处五年以上有期徒刑。挪用公款数额巨大不退还的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。</p> <p>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。”</p>	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	<p>国家工作人员(参考上述贪污罪内容)。</p> <p>第 382 条第 2 款：受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有财物的，以贪污论。可以成为本罪的主体。这类人本不属于国家工作人员，但是该款将他们拟制为国家工作人员。</p> <p>【注意】上述法律拟制的国家工作人员只限制在贪污行为中。由于挪用公款罪中没有类似法律拟制，因此此类人挪用受委托管理、经营的国有财产的，只能认定为挪用资金罪，不能认定为挪用公款罪。</p>
	行为对象	<p>公款，包括用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物。</p> <p>【注意】不包括公物(比如国有房地产的商品房等)。</p> <p>1. 失业保险基金、下岗职工基本生活保障资金属于本罪对象。</p> <p>2. 公款不等于现金，挪用公有国库券、金融凭证、有价证券等同样可以成立挪用公款罪。</p>

成立条件 (犯罪构成)	类型 方式	挪用公款归个人使用, 进行非法活动的	<ol style="list-style-type: none"> 1. 挪用公款 3 万元为定罪数额起点。 2. 挪用公款给他人使用, 不知道使用人将公款用于非法活动, 数额较大、超过 3 个月未还的, 构成挪用公款罪。 3. 明知使用人将公款用于非法活动的, 应当认定为挪用公款进行非法活动。 4. 非法活动如果构成其他犯罪, 应数罪并罚。
		挪用公款数额较大、归个人进行营利活动的	<ol style="list-style-type: none"> 1. 以挪用公款 5 万元为“数额较大”的起点。 2. 挪用公款存入银行、用于集资、购买股票、国债、用于注册资本验资等, 属于挪用公款进行营利活动。所获利息、收益等违法所得, 应当追缴, 但不计入挪用公款的数额。 3. 挪用公款给他人使用, 不知道使用人将公款用于营利活动, 数额较大、超过 3 个月未还的, 构成挪用公款罪。
		挪用公款归个人使用, 数额较大、超过三个月未还的	<ol style="list-style-type: none"> 1. 以挪用公款 5 万元为“数额较大”的起点。 2. 这是指未进行非法活动和营利活动, 只是在时间上超过了 3 个月没有归还。
		<p>非法活动、营利活动、一般活动的法律包含评价思维:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 非法活动可包含评价为营利活动; 营利活动可以包含评价为一般活动。 2. 各种类型的犯罪数的起算点分别为: 3 万, 5 万元, 5 万元。 <p>【案例】</p> <p>案例 1、甲挪用公款 2 万元用于非法活动, 挪用公款 2 万元进行营利活动, 挪用公款 4 万元进行其他活动, 而且均超过三个月未还。分开看, 3 个挪用行为的数额均没有达到要求, 那是不是就是无罪呢? 反问自己: 你的良心过得去吗? 根据法律包含评价思维可将非法活动的 2 万元, 以及营利活动的 2 万元全部评价为属于一般活动, 所以一般活动的数额就是 8 万元, 就当然满足“数额较大, 超过三个月未还”的定罪数额要求。因此, 应认定甲成立挪用公款罪。</p> <p>案例 2、乙挪用公款 1 万元用于非法活动, 三个月内归还; 挪用公款 2 万元进行营利活动, 三个月内归还; 挪用公款 3 万元进行其他活动, 超过三个月未还。结论: 乙不成立挪用公款罪。</p> <p>【理由】(难度较大, 请认真分析、体会)</p> <p>首先: 不应将挪用公款进行营利活动与进行其他活动的数额计入挪用公款进行非法活动的数额, 即不能将轻行为的数额计入重行为的数额(法律包含评价思维不能反着来), 所以, 不能认定为挪用公款进行非法活动。</p> <p>其次: 虽然可以将挪用公款进行非法活动的数额(1 万元)计入挪用公款进行营利活动的数额(2 万元)中, 但二者的总和并(3 万元)未达到“数额较大、归个人进行营利活动的”的定罪数额要求定罪标准(5 万元), 故不成立挪用公款进行营利活动。</p> <p>最后: 虽然可以将挪用公款进行非法活动(1 万元)与进行营利活动(2 万元)计入挪用公款进行其他活动(3 万元)中, 也即总额(6 万元)达到“数额较大, 超过三个月未还”的定罪数额要求(5 万元)。但本案却在三个月内归还了公款, 不符合挪用公款进行其他活动的时间要件。所以不成立本罪。</p>	

成立条件 (犯罪构成)	利用职务便利	<p>1. 挪用人要利用职务权力与地位形成的主管、管理、经营、经手公款或特定款物的便利条件实施挪用行为。</p> <p>2. 挪用公款后即使尚未使用也属于“挪用”的含义。例如，甲将公款划入自己的私人存折，准备日后买房，即使尚未使用该公款买房的，也属于挪用。</p> <p>3. 如果公款并没有脱离单位的，不属于挪用。例如，国有公司会计甲，为了帮助自己的妻子乙（银行工作人员）完成揽存任务，擅自将公款由A银行转存到B银行，户名依然为国有公司。甲不成立挪用公款罪。</p>
	主观罪过	责任形式为故意，不能具有非法占有的目的，否则成立贪污罪。
挪用公款 归个人使用的类型 (立法解释)	类型一	人 VS 人：将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的。
	类型二	人 VS 单位：以个人名义将公款供其他单位使用的。
	类型三	单位 VS 单位 + 谋个人私利：个人决定以单位名义将公款供其他单位使用，谋取个人利益的。
本罪的处罚	<p>1. 加重处罚情节：第384条第1款“挪用公款数额巨大不退还的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑”。</p> <p>【注意1】这是指因客观原因，在一审宣判前不能退还。如果因为主观原因，有能力归还而不归还，就构成贪污罪。</p> <p>【注意2】二人以上共同挪用公款，由其中部分共犯人全部退还的，对所有共犯人而言，都属于已经退还。例如，甲、乙共同挪用公款100万，各自使用50万，后甲没钱还，乙在一审宣判前退还了100万。这对甲而言，也属于都已经退还了。</p>	
	<p>2. 从重处罚情节：第384条第2款：“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。”</p> <p>【注意】挪用特定款物只有归个人使用，才定挪用公款罪。如果归公用，仍然成立挪用特定款物罪。</p>	
本罪的认定	<p>1. 挪用公款罪3种用途的认定，应根据客观的使用性质予以判断。例如，国家工作人员甲为了购房而挪出公款，但是因为房价上涨而没有购房，于是将公款用于赌博。对此，应认定为挪用公款进行非法活动。</p> <p>2. 挪用公款给他人使用，使用人和挪用人共谋、指使或者参与策划取得挪用款的，以挪用公款罪共犯论处。</p>	
本罪与相似罪名的对比总结	A是否具有国家工作人员的身份; B是否具有非法占有的目的; C是否利用了职务上的便利(即主管、管理、经营、经手之便利)	“√”代表需要 “×”代表不需要
	贪污罪(A、B、C) √ √ √	职务侵占罪(A、B、C) × √ √
	挪用公款罪(A、B、C) √ × √	挪用资金罪(A、B、C) × × √

三、受贿罪

<p>条文</p>	<p>第 385 条：“国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。</p> <p>国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处。”</p> <p>第 386 条：“对犯受贿罪的，根据受贿所得数额及情节，依照本法第三百八十三条的规定处罚。索贿的从重处罚。”</p> <p>第 388 条：“国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的，以受贿论处。”</p>	
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>法益保护</p>	<p>受贿罪的保护法益是国家工作人员职务行为的不可收买性，也可以说是国家工作人员职务行为与财物的不可交换性。</p> <p>无论是正在实施的职务、已经实施的职务还是将来要实施的职务，均不可与财物进行交易。</p>
	<p>行为主体</p>	<p>国家工作人员(参考上述贪污罪内容)。</p> <p>没有身份的人与有身份的人共同利用有身份者的身份受贿的，以受贿罪共犯论处。以丈夫(国家工作人员)和妻子(普通家庭妇女)为组合，举例如下：</p> <p>例 1、甲为了谋取不正当利益给丈夫行贿，丈夫让甲送给妻子代收，妻子明知上述情况而收下。丈夫和妻子成立受贿罪共犯。</p> <p>例 2、丈夫是为人民服务的清廉官员，甲多次想收买而未成功。于是甲把钱送给该官员的妻子，请求其帮忙办事。妻子答应，该官员不知情。本案中该官员无罪，妻子成立利用影响力受贿罪，甲成立行贿罪(未遂)和对有影响力的人行贿罪，并罚。</p> <p>例 3、上述例 2 中，甲欺骗妻子说该官员让其帮着收下，妻子信以为真便收下。丈夫回到家中得知此事大怒，让妻子第二天将钱退回去。妻子爱财，便假装答应，实际用作花销(丈夫不知情)。本案中，丈夫无罪，妻子成立侵占罪，甲成立行贿罪(未遂)。丈夫不知情不可能成立受贿罪，所以妻子也就不可能成立受贿罪的帮助犯。该笔钱同样不是给妻子的，所以也谈不上利用影响力受贿罪。该笔钱甲是为了购买官员的职权(打算“先斩后奏”的形式逼其收下)，所以属于行贿，只不过没有成功，属于未遂。妻子将行贿之物花销掉，其本质属于变占有为所有，成立侵占罪。</p>

成立条件 (犯罪构成)	行为对象	<p>索取或者收受的财物，被称之为“贿赂”。</p> <p>1. 贿赂的本质在于，它是与国家工作人员的职务行为有关的，作为不正当报酬的利益(权钱交易)。不正当报酬，并不意味着国家工作人员的职务行为本身具有不正当性，而是指国家工作人员实施职务行为时不当索取或者收受利益却索取、收受了这种利益。</p> <p>2. 刑法将贿赂的内容限定为财物和财产性利益。例如，提供房屋装修、含有金额的会员卡、代币卡(券)、旅游等，均属于财物。</p> <p>【注意】非财产性利益，则不属于财物，接受非财产性利益一般不成立受贿罪。对于性贿赂存在不同类型，需要分类讨论。</p> <p>例1、国家工作人员在色情场所嫖宿或者接受其他性服务，由请托人支付费用的，或者请托人支付费用雇请卖淫者为国家工作人员提供性服务的，国家工作人员实际上收受了财产性利益，属于受贿。</p> <p>例2、请托人直接为国家工作人员提供性服务的，不能认定国家工作人员的行为构成受贿罪。</p>
	行为方式	<p>收受贿赂和索取贿赂。</p> <p>1. 收受贿赂：是指在行贿人主动提供贿赂时，国家工作人员予以接受。且只有谋取利益才成立受贿罪。</p> <p>2. 索取贿赂(俗称不要脸的受贿)：索取贿赂时不要求为他人谋取利益，只需要利用职务上的便利就成立受贿罪。</p> <p>3. 上述2种受贿类型，并不限于行为人将贿赂直接占为己有，包括使请托人向第三人提供贿赂的情形。</p>
	为他人谋取利益	<p>1. 为他人谋取利益，只要求许诺为他人谋取利益即可，不要求为他人实现该利益。</p> <p>2. 许诺既可以是真实的，也可以是虚假⁵⁸的。虚假许诺，是指国家工作人员具有为他人谋取利益的职权或职务条件，在他人有求于自己的职务行为时，并不打算为他人谋取利益，却又进行了承诺。但虚假承诺构成受贿罪需满足一定条件：</p> <p>(1) 收受财物后作虚假承诺的(此时形成了权钱交易)，成立受贿罪。</p> <p>(2) 许诺的内容要与国家工作人员的职务有关联。如果国家工作人员根本就没有为他人谋取利益的职权与职务条件，却谎称为其谋取利益，成立诈骗罪。</p> <p>(3) 许诺行为导致财物与职务行为之间形成对价关系。</p> <p>3. 为他人谋取利益中的“利益”，既包括正当利益，也包括不正当利益。</p>

58 2017年卷二62题B项：国家工作人员虚假承诺利用职务之便为他人谋利，收取他人财物的，构成受贿罪。此为正确选项。

成立条件 (犯罪构成)	受贿时间	<p>1. 只要行为人将职务行为与财物形成对价关系，就是受贿。无论什么时候收钱都可以。</p> <p>2. 事后受贿也可能成立受贿。3 种情况：</p> <p>(1) 办事之时就说好先办事等退休后再收钱，退休（离职）后收钱，成立受贿罪既遂。</p> <p>(2) 办事之时没说要钱，也没说给钱（双方是好朋友，出于情义）。待国家工作人员退休（离职）后，对方偶然送钱的，不成立受贿。</p> <p>(3) 办事之时没说要钱，也没说给钱（双方是好朋友，出于情义）。过段时日，国家工作人员依旧在职，对方为表达谢意送来财物，如果收下可成立受贿罪。</p>
	主观罪过	<p>责任形式为故意。</p> <p>1. 行为人主观上要有索取或接受贿赂的意思，如果没有，实际上也没有接受的，不成立本罪。</p> <p>2. 行为人根本不知道自己收受了财物，或者只是暂时收下，准备交给有关部门处理的，也不成立受贿罪。例如，甲来到公安局长办公室，往桌子上扔了一沓钱并说“我家兄弟的案子您多帮忙”。然后转身就走，局长在此期间头都没抬，压根就没有搭理甲。随后公安局长就将现金上交纪检委。公安局长不成立受贿罪。</p> <p>3. 行为人认识到自己索取、收受的是职务行为的不正当报酬，认识到自己的行为会侵害职务行为的不可收买性。例如，教育局长甲曾经利用职务上的便利帮助了乙，乙多次想表示表示，但都被甲拒绝。偶然的机，乙得知甲准备买房的消息，乙就偷偷地和中介商量，将自己的一套价值 80 万的房子 40 万元（以急需资金为由）卖给了甲（甲完全不知情）。甲不成立受贿罪。</p>
斡旋受贿 (第 388 条，以普通受贿论处)	<p>行为人利用本人职权或者地位形成的便利条件→通过其他国家工作人员职务上的行为→为请托人谋取不正当利益→受贿</p> <p>记忆技巧：说简单点，就是官员帮行贿人向自己的同僚打招呼，并收受或索取财物的行为。</p>	
本罪的认定	受贿罪与取得合理报酬接受正当馈赠的界限	<p>1. 国家工作人员在法律允许的范围内，利用业余时间，以自己的劳动为他人提供某种服务，从而获得报酬的，不成立受贿罪。</p> <p>2. 国家工作人员在业余时间，利用职务上的便利为他人谋取利益，进而获得报酬的，仍然成立受贿罪。</p> <p>3. 行为人接受亲友的正当馈赠的行为，不成立受贿罪。</p>
	司法解释	<p>1. 商业受贿：国家工作人员在经济来往中非法收取回扣、手续费归个人所有的，属于受贿。</p> <p>2. 收受干股型受贿：国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，收受请托人提供的干股的，以受贿论处。进行了股权转让登记，或者相关证据证明股份发生了实际转让的，受贿数额按转让行为时股份价值计算，所分红利按受贿孳息处理。股份未实际转让，以股份分红名义获取利益的，实际获利数额应当认定为受贿数额。</p>

<p>本罪的认定</p>	<p>司法解释</p>	<p>3. 交易型受贿：国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，以下列交易形式收受请托人财物的，以受贿论处：</p> <p>(1) 以明显低于市场的价格向请托人购买房屋、汽车等物品的；</p> <p>(2) 以明显高于市场的价格向请托人出售房屋、汽车等物品的；</p> <p>(3) 以其他交易形式非法收受请托人财物的。</p> <p>受贿数额按照交易时当地市场价格与实际支付价格的差额计算。</p> <p>前款所列市场价格包括商品经营者事先设定的不针对特定人的最低优惠价格。根据商品经营者事先设定的各种优惠交易条件，以优惠价格购买商品，不属于受贿。</p> <p>4. 安排工作型受贿：国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，要求或者接受请托人以给特定关系人安排工作为名，使特定关系人不实际工作却获取所谓薪酬的，以受贿论处。</p> <p>5. 假合作型受贿：国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，由请托人出资，“合作”开办公司或者进行其他“合作”投资的，以受贿论处。受贿数额为请托人给国家工作人员的出资额。</p> <p>国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，以合作开办公司或者其他合作投资的名义获取“利润”，没有实际出资和参与管理、经营的，以受贿论处。</p> <p>6. 赌博型受贿：国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，通过赌博方式收受请托人财物的，构成受贿。</p> <p>实践中应注意区分贿赂与赌博活动、娱乐活动的界限。具体认定时，主要应当结合以下因素进行判断：(1) 赌博的背景、场合、时间、次数；(2) 赌资来源；(3) 其他赌博参与者有无事先通谋；(4) 输赢钱物的具体情况和金额大小。</p> <p>7. 收受房屋、汽车等财物的受贿：国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，收受请托人房屋、汽车等物品，未变更权属登记或者借用他人名义办理权属变更登记的，不影响受贿的认定。</p> <p>认定以房屋、汽车等物品为对象的受贿，应注意与借用的区分。具体认定时，除双方交代或者书面协议之外，主要应当结合以下因素进行判断：(1) 有无借用的合理由；(2) 是否实际使用；(3) 借用时间的长短；(4) 有无归还的条件；(5) 有无归还的意思表示及行为。</p> <p>8. 假投资型受贿：国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，以委托请托人投资证券、期货或者其他委托理财的名义，未实际出资而获取“收益”，或者虽然实际出资，但获取“收益”明显高于出资应得收益的，以受贿论处。受贿数额，前一情形，以“收益”额计算；后一情形，以“收益”额与出资应得收益额的差额计算。</p> <p>9. 指使给予他人财物型受贿：国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，授意请托人以本意见所列形式，将有关财物给予特定关系人的，以受贿论处。</p> <p>特定关系人与国家工作人员通谋，共同实施前款行为的，对特定关系人以受贿罪的共犯论处。特定关系人以外的其他人与国家工作人员通谋，由国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，收受请托人财物后双方共同占有的，以受贿罪的共犯论处。</p>
--------------	-------------	--

本罪的认定	正确区分受贿罪的既遂与未遂	<ol style="list-style-type: none"> 1. 收受了他人交付的转账支票后，还没有提取现金的，应认定为受贿既遂。 2. 收受购物卡后，即使还没有购物，也应认定为受贿既遂（受贿数额按购物卡记载的数额计算）。 3. 收受银行卡后，即使没有使用，也应认定为受贿既遂（卡内的存款数额应按全额认定为受贿数额）。 4. 收受贿赂后，将贿赂用于公益事业的，不影响受贿既遂的认定。 5. 在索取贿赂的情况下，以实施了索要行为作为受贿既遂标准。与是否索取到财物没有关系。
-------	---------------	---

四、行贿罪

条文	<p>第 389 条：“为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的 是行贿罪。在经济往来中，违反国家规定，给予国家工作人员以财物，数额较大的，或者违反国家规定，给予国家工作人员以各种名义的回扣、手续费的，以行贿论处。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。”</p> <p>第 390 条：“对犯行贿罪的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。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。”</p>	
成立条件 (犯罪构成)	行为主体	只能是自然人。如果是单位行贿，成立单位行贿罪。
	主观罪过	<p>责任形式为故意，且“为谋取不正当利益”。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 不正当利益 ≠ 非法利益，获取不公平的竞争优势（也即程序不正当）也属于不正当利益。 例如，行贿人虽然符合晋级、晋升的条件，但为了使自己优于他人晋级、晋升，而给予有关国家工作人员以财物的，应认定为行贿罪。 2. 为了谋取不正当利益而给予国家工作人员以财物时，即使具有事后索回财物的意思，也不影响行贿罪的成立。如果之后索回的行为构成其他犯罪的，数罪并罚。 例如，甲为了获取某项工程，向国家工作人员乙交付 20 万元，打算获取工程后再索回。乙收受 20 万元后，将工程交给甲。甲完工后，以告发相要挟，要求乙退回 20 万元。乙担心甲告发，将贿赂款退还给甲。乙的行为构成受贿罪。甲的行为不仅成立行贿罪，而且另成立敲诈勒索罪，数罪并罚。 3. 公民请求国家工作人员依法办事，属于正当利益，不构成行贿罪。 例如，农民工张某因索要欠薪，将老板乙起诉。为确保能拿回血汗钱，送给审判长 1 万，请求审判长秉公执法。张某是为了行使正当的权利，向审判长送 1 万元的行为，不属于行贿。但审判长收受财物的，成立受贿罪。

<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>行贿特点</p>	<p>1. 行贿的手段既可以是让受贿人知晓,也可以是不让受贿人知晓,只要将财物置于国家工作人员控制范围内即可。例如,甲去局长家里做客,临走时将装满现金的信封悄悄放在沙发底下,甲仍成立行贿罪。</p> <p>2. 行贿时被对方当场拒绝,或者对方上缴组织部门,行为人都成立行贿罪,只是未遂。</p>
<p>本罪的认定与处罚</p>	<p>行贿罪与受贿罪</p>	<p>行贿罪与受贿罪属于对向犯,在通常情况下,行贿方与受贿方的行为均成立犯罪。例外情形是仅一方的行为成立犯罪。包括如下:</p> <p>1. 因被勒索给予财物,没有获得不正当利益的,不是行贿。但国家工作人员的行为仍然是索取贿赂,成立受贿罪。</p> <p>2. 为了谋取正当利益而给予国家工作人员财物的,不是行贿;但国家工作人员接受财物的行为成立受贿罪。</p> <p>3. 为了谋取不正当利益而给国家工作人员财物的,构成行贿罪;但国家工作人员没有接受贿赂的故意,立即将财物送交有关部门处理的,不构成受贿罪。</p>
	<p>行贿罪的消极构成要件要素</p>	<p>法条依据:第389条第3款:“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。”</p> <p>1. 这是指因被勒索而给予财物,同时要求没有获得不正当利益。反之,虽然被勒索财物,但获得了不正当利益,也构成行贿。</p> <p>2. 行贿人谋取不正当利益的行为构成犯罪的,应当与行贿罪数罪并罚。</p>

五、利用影响力受贿罪

<p>条文</p>	<p>第388条之一:“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,通过该国家工作人员职务上的行为,或者利用该国家工作人员职权或者地位形成的便利条件,通过其他国家工作人员职务上的行为,为请托人谋取不正当利益,索取请托人财物或者收受请托人财物,数额较大或者有其他较重情节的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处七年以上有期徒刑,并处罚金或者没收财产。</p> <p>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,利用该离职的国家工作人员原职权或者地位形成的便利条件实施前款行为的,依照前款的规定定罪处罚。”</p>
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>1. 行为主体是国家工作人员的近亲属或者其他与国家工作人员关系密切的人。</p> <p>(1) 行为方式:</p> <p>① 直接通过该国家工作人员职务上的行为,为请托人谋取不正当利益,索取、收受贿赂。</p> <p>② 通过国家工作人员对其他国家工作人员的斡旋行为,为请托人谋取不正当利益,索取、收受贿赂。</p> <p>(2) 如果行为符合诈骗、敲诈勒索、侵占等侵犯财产罪的犯罪构成,可以认定为侵犯财产罪。例如,甲的父亲是公安局长,甲得知乙的孩子被关进看守所,为了骗取乙的钱财,对乙谎称:“我爸是公安局长,给我5万元,你的事很好办!”乙信以为真便给了甲5万元,甲得到钱后便拿去赌博,根本不办事。甲构成诈骗罪。</p>

成立条件 (犯罪构成)	<p>2. 行为主体是离职的国家工作人员。</p> <p>(1) 行为方式:</p> <p>① 直接利用其原职权或地位形成的便利条件为请托人谋取不正当利益, 索取、收受贿赂。</p> <p>② 利用原职权或者地位形成的便利条件通过对其他国家工作人员的斡旋行为, 为请托人谋取不正当利益, 索取、收受贿赂。</p> <p>(2) 这一类利用影响力受贿罪, 表现为财物与离职的国家工作人员的原职权或者地位的交换关系。只要离职的国家工作人员许诺为请托人谋取不正当利益, 即可成立犯罪。</p>
	<p>3. 行为主体是离职国家工作人员的近亲属或者其他与离职的国家工作人员关系密切的人。</p> <p>(1) 行为方式:</p> <p>① 直接通过该离职的国家工作人员原职权或者地位, 为请托人谋取不正当利益, 索取、收受贿赂。</p> <p>② 通过该离职的国家工作人员对其他国家工作人员的斡旋行为, 为请托人谋取不正当利益, 索取、收受贿赂。</p>
关系密切的人	<p>是指与国家工作人员或者离职的国家工作人员具有共同利益关系的人, 其中的共同利益不仅包括物质利益, 而且包括其他方面的利益。</p> <p>例如, 情人关系、恋人关系、前妻前夫关系、密切的上下级关系(如国家工作人员的秘书、司机等)、密切的姻亲或血亲关系等。其中的利害关系包括制约关系。</p>

六、巨额财产来源不明罪

条文	<p>第 395 条第 1 款: “国家工作人员的财产、支出明显超过合法收入, 差额巨大的, 可以责令该国家工作人员说明来源, 不能说明来源的, 差额部分以非法所得论, 处五年以下有期徒刑或者拘役; 差额特别巨大的, 处五年以上十年以下有期徒刑。财产的差额部分予以追缴。”</p>
成立条件 (犯罪构成)	<p>1. 行为主体: 只限于国家工作人员。</p> <p>2. 行为方式: 财产、支出明显超过合法收入, 差额巨大, 在有关机关责令行为人说明来源时, 行为人不能说明其来源。</p> <p>(1) 财产、支出明显超过合法收入, 并不是本罪的实行行为, 只是本罪的前提条件。</p> <p>(2) 本罪的实行行为: 责令说明来源, 不能说明来源。</p> <p>(3) 本罪是真正不作为犯。</p>
本罪的认定	<p>1. 如果来源不合法(贪污、受贿等)</p> <p>(1) 不说的话, 就成立本罪, 之后再说或者被查清楚, 也不能推翻本罪的成立。</p> <p>(2) 说的话, 不成立本罪, 按照所说的犯罪去认定。</p> <p>2. 如果来源合法(继承、赠与等)</p> <p>(1) 不说的话, 就成立本罪, 之后调查无罪, 也不能推翻本罪的成立。</p> <p>(2) 说的话, 不成立本罪, 也不成立其他犯罪。</p>



第十七章

渎职罪

一、滥用职权罪

<p>条文</p>	<p>第 397 条：“国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，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。本法另有规定的，依照规定。</p> <p>国家机关工作人员徇私舞弊，犯前款罪的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。”</p>	
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<p>行为主体</p>	<p><u>国家机关工作人员</u>。注意，不是国家工作人员。</p>
	<p>行为方式</p>	<p>1. 故意不正确履行职责。 2. 擅自决定或处理没有具体决定、处理权限的事项。 3. 故意不履行应当履行的职责，或者说任意放弃职责。 4. 以权谋私、假公济私，不正确地履行职责。</p>
	<p>主观罪过</p>	<p>责任形式为故意。</p>
	<p>程度要求</p>	<p>滥用职权行为，只有致使公共财产、国家和人民利益遭受<u>重大损失</u>的，才成立犯罪。</p>
<p>本罪的认定与处罚</p>	<p>1. 滥用职权的行为同时触犯故意伤害、故意杀人、侵犯财产等罪的犯罪构成时，属于典型的想象竞合犯，应当从一重罪论处。国家机关工作人员滥用职权以作为方式杀害他人的，应以故意杀人罪论处。</p> <p>2. 法条竞合：渎职罪一章规定了许多具体的滥用职权的犯罪，与滥用职权罪属于特殊法条与一般法条的关系，一个行为同时构成两罪时，优先适用特殊法条。</p>	
<p>司法解释</p>	<p>1. 国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，实施下列行为之一，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，以滥用职权罪或者玩忽职守罪定罪处罚：</p> <p>（一）超越职权范围，批准发放石油、天然气勘查、开采、加工、经营等许可证的；</p> <p>（二）违反国家规定，给不符合法定条件的单位、个人发放石油、天然气勘查、开采、加工、经营等许可证的；</p> <p>（三）违反《石油天然气管道保护条例》等国家规定，在油气设备安全保护范围内批准建设项目的；</p> <p>（四）对发现或者经举报查实的未经依法批准、许可擅自从事石油、天然气勘查、开采、加工、经营等违法活动不予查封、取缔的。</p> <p>2. 国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，危害矿山生产安全，具有下列情形之一，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，依照刑法第三百九十七条（<u>滥用职权罪、玩忽职守罪</u>）的规定定罪处罚：</p> <p>（一）对不符合矿山法定安全生产条件的<u>事项予以批准或者验收通过的</u>；</p>	

司法解释	<p>(二) 对于未依法取得批准、验收的矿山生产经营单位擅自从事生产经营活动不依法予以处理的;</p> <p>(三) 对于已经依法取得批准的矿山生产经营单位不再具备安全生产条件而不撤销原批准或者发现违反安全生产法律法规的行为不予查处的;</p> <p>(四) 强令审核、验收部门及其工作人员实施本条第(一)项行为, 或者实施其他阻碍下级部门及其工作人员依法履行矿山安全生产监督管理职责行为的;</p> <p>(五) 在矿山生产安全事故发生后, 负有报告职责的国家机关工作人员不报或者谎报事故情况, 贻误事故抢救的;</p> <p>(六) 其他滥用职权或者玩忽职守的行为。</p> <p>3. <u>国家机关工作人员滥用职权, 有下列情形之一的, 致使盗窃、抢劫、诈骗、抢夺的机动车被办理登记手续, 数量达到三辆以上或者价值总额达到三十万元以上的, 依照刑法第三百九十七条第一款的规定, 以滥用职权罪定罪, 处三年以下有期徒刑或者拘役:</u></p> <p>(一) 明知是登记手续不全或者不符合规定的机动车而办理登记手续的;</p> <p>(二) 指使他人明知是登记手续不全或者不符合规定的机动车办理登记手续的;</p> <p>(三) 违规或者指使他人违规更改、调换车辆档案的;</p> <p>(四) 其他滥用职权的行为。</p> <p>国家机关工作人员疏于审查或者审查不严, 致使盗窃、抢劫、诈骗、抢夺的机动车被办理登记手续, 数量达到五辆以上或者价值总额达到五十万元以上的, 依照刑法第三百九十七条第一款的规定, 以玩忽职守罪定罪, 处三年以下有期徒刑或者拘役。</p> <p>4. <u>国家机关工作人员在行使反兴奋剂管理职权时滥用职权或者玩忽职守, 造成严重兴奋剂违规事件, 严重损害国家声誉或者造成恶劣社会影响, 符合刑法第三百九十七条规定的, 以滥用职权罪、玩忽职守罪定罪处罚。</u></p> <p>依法或者受委托行使反兴奋剂管理职权的单位的工作人员, 在行使反兴奋剂管理职权时滥用职权或者玩忽职守的, 依照前款规定定罪处罚。</p> <p>5. 【新冠肺炎】: 在疫情防控工作中, 负有组织、协调、指挥、灾害调查、控制、医疗救治、信息传递、交通运输、物资保障等职责的国家机关工作人员, 滥用职权或者玩忽职守, 致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的, 依照刑法第三百九十七条的规定, 以滥用职权罪或者玩忽职守罪定罪处罚。</p> <p>6. 【窨井盖】在窨井盖采购、施工、验收、使用、检查过程中负有决定、管理、监督等职责的国家机关工作人员玩忽职守或者滥用职权, 致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的, 分别以玩忽职守罪、滥用职权罪定罪处罚。</p> <p>在依照法律、法规规定行使窨井盖行政管理职权的公司、企业、事业单位中从事公务的人员以及在受国家机关委托代表国家机关行使窨井盖行政管理职权的组织中从事公务的人员, 玩忽职守或者滥用职权, 致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的, 分别以玩忽职守罪、滥用职权罪定罪处罚。</p> <p>对窨井盖负有管理职责的其他公司、企业、事业单位的工作人员, 严重不负责任, 导致人员坠井等事故, 致人重伤或者死亡的, 分别以过失致人重伤罪、过失致人死亡罪定罪处罚。</p>
------	--

二、玩忽职守罪

<p>条文</p>	<p>第 397 条：“国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，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。本法另有规定的，依照规定。</p> <p>国家机关工作人员徇私舞弊，犯前款罪的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。”</p>
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 行为主体：<u>国家机关工作人员</u>。注意，不是国家工作人员。 2. 行为方式： <ol style="list-style-type: none"> (1) 擅离职守，不履行职责的行为。 (2) 不正确履行职责的行为，是指在履行职责的过程中，违反职责规定，马虎草率、粗心大意。 3. 责任形式为过失。 4. 玩忽职守行为致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，才成立本罪。

三、徇私枉法罪

<p>条文</p>	<p>第 399 条第 1 款：“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，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑。”</p> <p>第 399 条第 4 款：“司法工作人员收受贿赂，有前款行为的，同时又构成本法第三百八十五条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”</p>
<p>成立条件 (犯罪构成)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 行为主体：<u>司法工作人员</u>，是指有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。 2. 行为方式： <ol style="list-style-type: none"> (1) 使无罪变有罪：对明知是无罪的人而使他受追诉。 (2) 使有罪变无罪：明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉。 (3) 在刑事审判活动中故意违背事实和法律，作出枉法判决、裁定。<u>包括无罪判有罪、有罪判无罪，以及重罪轻判、轻罪重判。</u> 3. 责任形式为故意，包括直接故意与间接故意；并出于徇私、徇情动机。
<p>本罪的认定</p>	<p>徇私枉法罪 VS 受贿罪</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 法条依据：刑法第 399 条第 4 款规定“司法工作人员收受贿赂，有前款行为的，同时又构成本法第三百八十五条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。” 2. 原则上，司法工作人员收受贿赂，又实施其他犯罪行为的，应数罪并罚。本款属于例外规定。即该款将原本属于数罪并罚的情形拟制为一罪。 3. 只有当司法工作人员先收受贿赂，然后犯徇私枉法等罪的，才以一罪论处。因为在这种情况下，收受贿赂成为司法工作人员徇私枉法、枉法裁判的重大诱因。在司法工作人员犯徇私枉法等罪后，明知对方的财物是自己违法的职务行为的不正当报酬而收受该财物的，应当实行数罪并罚。 4. 司法工作人员“索取贿赂”后有徇私枉法等行为的，不适用第 399 条第 4 款。

四、私放在押人员罪

条文	第 400 条第 1 款：“司法工作人员私放在押的犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处五年以上十年以下有期徒刑；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑。”
成立条件 (犯罪构成)	1. 行为主体： <u>司法工作人员</u> 。 2. 行为对象： <u>依法被关押的犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯</u> 。 【注意】 被行政拘留、司法拘留的人员，不属于本罪对象。

五、徇私舞弊不征、少征税款罪

条文	第 404 条：“税务机关的工作人员徇私舞弊，不征或者少征应征税款，致使国家税收遭受重大损失的，处五年以下有期徒刑或者拘役；造成特别重大损失的，处五年以上有期徒刑。”
成立条件 (犯罪构成)	1. 行为主体： <u>税务机关工作人员</u> 。 2. 责任形式为故意，且具有徇私动机。过失不征、少征税款，致使国家利益遭受重大损失的，可以玩忽职守罪论处。

六、放纵走私罪

条文	第 411 条：“海关工作人员徇私舞弊，放纵走私，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑。”
成立条件 (犯罪构成)	1. 行为主体： <u>海关工作人员</u> 。 2. 成立本罪要求情节严重。

七、不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪

条文	第 416 条第 1 款：“对被拐卖、绑架的妇女、儿童负有解救职责的国家机关工作人员，接到被拐卖、绑架的妇女、儿童及其家属的解救要求或者接到其他人的举报，而对被拐卖、绑架的妇女、儿童不进行解救，造成严重后果的，处五年以下有期徒刑或者拘役。”
成立条件 (犯罪构成)	1. 行为主体： <u>负有解救职责的国家机关工作人员</u> 。 2. 本条中的“被拐卖的妇女、儿童”，是指拐卖过程中以及拐卖后被收买的妇女、儿童。 3. 本罪属于真正的不作为犯。

■ 八、帮助犯罪分子逃避处罚罪

条文	第 417 条：“有查禁犯罪活动职责的国家机关工作人员，向犯罪分子通风报信、提供便利，帮助犯罪分子逃避处罚的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。”
成立条件 (犯罪构成)	1. 行为主体： <u>负有查禁犯罪活动职责的人员</u> 。 2. 行为对象：犯罪分子。
司法解释	公安人员对盗窃、抢劫的机动车辆，非法提供机动车牌证或者为其取得机动车牌证提供便利，帮助犯罪分子逃避处罚的，以本罪论处。