

刑法案例分析题常考知识点归纳

微博：乐毅的刑法江湖

刑法案例分析题中，分则常考罪名有：(1) 侵犯财产权利的犯罪中的抢劫罪、诈骗罪、盗窃罪、侵占罪、敲诈勒索罪、抢夺罪等。(2) 侵犯公民人身权利的犯罪中的绑架罪、故意杀人罪、故意伤害罪、强奸罪、非法拘禁罪、拐卖妇女、儿童罪、收买被拐卖的妇女、儿童罪等。(3) 贪污贿赂犯罪中的贪污罪、挪用公款罪、受贿罪、行贿罪等。(4) 危害公共安全罪中的交通肇事罪、以危险方法危害公共安全罪等。

总则部分常考的问题有：(1) 犯罪论中的认识错误、违法性阻却事由、主体身份、责任能力、犯罪的未完成形态、共同犯罪、罪数等。(2) 刑罚论中的累犯、自首、立功、坦白、追诉时效等。

下面，我们将结合具体案例，对常考知识点择其要者进行论述。

一、抢劫罪

抢劫罪，是指以非法占有为目的，以暴力、胁迫或者其他方法，强行劫取公私财物的行为。

(一) 犯罪构成

1. 构成要件

抢劫罪的构成要件表现为当场使用暴力、胁迫或者其他方法，强行劫取公私财物。

（1）手段行为

例 1：甲出于抢劫的目的，将乙锁在一个房间内，从另一个房间取走财物的，成立抢劫罪。但抢劫罪中的暴力不包括不作为的暴力，如甲出于其他目的将乙锁在一个房间后，在应当释放乙的情况下却不释放，在被害人能够看到的情形下转移了被害人的财物，对甲应以非法拘禁罪与盗窃罪并罚。

例 2：乙将摩托车停在楼下后，没有取走钥匙就上楼取东西，无关的丙站在摩托车旁。途经此地的甲误以为丙是车主，使用暴力将丙推倒在地，骑着摩托车逃走。甲的客观行为并不符合抢劫罪的构成要件，对摩托车仅成立盗窃罪。如果对丙造成伤害，应认定为故意伤害罪，与盗窃罪并罚。如果没有造成伤害，就只能认定为盗窃罪。

例 3：乙经常邀甲的妻子打麻将，为此导致甲夫妻不和。某日乙又将甲妻邀至乙家打麻将，甲得知后来到乙的住处，掀翻麻将桌，打了乙几耳光，并对乙说：“你破坏了我的家庭，必须赔偿 1 万元。”乙无奈，只好向甲交付 1 万元。因打几个耳光并不足以抑制对方反抗，甲的行为成立敲诈勒索罪而非抢劫罪。

例 4：甲手持斧头一把趁夜色伏于路边，见行人乙过来后即手持斧头跳至路中间，大喝一声：“把钱留下，要不砍死你！”见此情形，乙扔下手中财物后仓惶逃遁。甲将财物拣起后亦逃离现场，甲成立抢劫罪。

例 5：甲乘坐火车时，见同座乘客乙携带巨额现金，欲据为己

有。遂拿出白酒一瓶邀乙同饮，待乙大醉后将乙所携现金拿走。甲以非法占有为目的，制造了让乙不能反抗的状态，并在这种下拿走乙的财物的，成立抢劫罪。

例 6：甲路过十字路口时，见乙醉卧街头，周围围了一圈人在看热闹，甲遂对周围人群谎称乙是自己的亲戚，将其搀扶于僻静无人的角落，将乙身上的苹果手机拿走。甲单纯利用乙不能反抗的状态取走乙的财物，成立盗窃罪。

(2) 目的行为

例 1：行为人以非法占有为目的，对被害人实施了暴力行为，但该暴力行为并没有抑制被害人的反抗，对方基于怜悯之心将财物给付行为人的，只成立抢劫未遂。

例 2：甲以抢劫故意对乙实施暴力，乙逃跑过程中钱包不慎掉落在地，甲在追赶时拾得该钱包。甲的前行为成立抢劫罪未遂，后行为成立盗窃或者侵占罪，并与前面的抢劫罪未遂并罚。

2. 责任要素

例 1：乙欠甲债务 30 万元，甲为了索取债务对乙使用暴力致乙重伤。因甲并无非法占有的目的，不成立抢劫罪，而是故意伤害罪。

例 2：甲参加聚众“打砸抢”致人伤残、死亡的，对甲应以故意伤害罪与故意杀人罪定罪处罚。

例 3：甲参加聚众“打砸抢”，成为了首要分子，并毁坏了公私财物的，甲成立抢劫罪。

例 4：甲意图抢劫财物但实际上抢劫了枪支、弹药、爆炸物、危险物质或者相反的情况下，应按照事实认识错误的原则处理，成立抢劫罪。如果行为人明知所抢劫的对象中既有财物，又有枪支、弹药、爆炸物、危险物质，倘若不是明显具有两个行为，则按想象竞合犯从一重处罚。

例 5：甲男对乙女实施暴力，迫使其交付财物。乙女身无分文，为避免遭受更大的人身伤害，乙女称自己家中有现金 10 万元。甲即随同乙女一道前往乙女家中取走该 10 万元。本案宜认定为抢劫罪。

（二）事后抢劫

1. 事后抢劫的成立条件

根据刑法第 269 条的规定，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，依照刑法第 263 条关于抢劫罪的规定定罪处罚。

（1）前提条件

首先，这里的“犯盗窃在、诈骗、抢夺罪”是指已经着手实施了盗窃、诈骗、抢夺罪。

例：甲欲去乙家盗窃，遂前往乙家院墙外踩点。踩点过程中被乙发现，乙厉声喝问甲“干什么”，甲大怒，一拳致乙轻伤。因甲的盗窃行为并未着手，故甲不成立事后抢劫，对甲只能以盗窃罪预备与故意伤害罪并罚。

其次，这里的“盗窃、诈骗、抢夺罪”仅限刑法第 264 条、第

266 条、第 267 条规定的盗窃、诈骗、抢夺罪，但刑法分则所规定的特殊的盗窃、诈骗、抢夺行为，能够评价为盗窃、诈骗、抢夺罪的，同样可以成为事后抢劫的前提行为。

例 1：甲盗伐林木，被发现后抗拒抓捕，将抓捕人员打成重伤的，成立事后抢劫。理由在于盗伐林木的行为完全符合盗窃罪的犯罪构成，可以将其评价为盗窃罪，进而认定为事后抢劫。

例 2：甲前往出入境机构骗取出境证件，被发现后为抗拒抓捕将抓捕者打成重伤。因价值微薄，骗取出境证件的行为并不能被评价为诈骗罪，故甲的行为不成立事后抢劫。

再次，关于已满 14 周岁不满 16 周岁的人，实施盗窃等行为，为窝藏赃物等目的而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，是否可以成立事后抢劫，存在不同观点：

司法解释认为，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。

有学者则认为，这个年龄段的人应当对事后抢劫承担刑事责任。司法解释实际上是以事后抢劫是身份犯为由推导出上述否定结论的，但如果先判断行为本身是否具备事后抢劫的构成要件与违法性，再判断责任，就会得出肯定结论。

对此问题，考生应注意提防命题人考那种开放性的题目。

（2）时空条件

行为人必须当场使用暴力或者以暴力相威胁。“当场”是指行为人实施盗窃、诈骗、抢夺行为的现场以及被人追捕的整个过程与现场。

例：甲潜入某居民家中行窃，盗得价值 9000 余元的钻戒一枚。走到距作案现场约 2000 米的大街上时，偶然遇到巡警乙，其时乙正在追捕一杀人犯，遂上前欲对甲进行盘问。甲误以为自己的盗窃事实已被乙发现，一拳将乙打伤，后经法医鉴定为重伤。对甲应以盗窃罪与故意伤害罪（与妨害公务罪相竞合）并罚。

（3）手段条件

事后抢劫的手段条件是“使用暴力或者以暴力相威胁”。这里的使用暴力或者以暴力相威胁，是指对抓捕者或者阻止其窝藏赃物、毁灭罪证的人使用暴力或者以暴力相威胁。暴力的程度应达到足以抑制他人反抗的程度，事实上是否已经抑制了他人的反抗在所不问。

例 1：甲入室盗窃，被主人李某发现并追赶，甲进入李某厨房，拿出菜刀护在自己胸前，对李某说：“你千万别过来，我胆子很小。”然后，翻窗逃跑。甲不成立事后抢劫，只成立盗窃罪。

例 2：甲抢夺王某的财物，王某让自己豢养的名贵德国狼犬追赶甲。甲为脱身，打死了前来追赶的狼犬。甲不成立事后抢劫，对甲只能以抢夺罪与故意毁坏财物罪并罚

例 3：甲骗取他人财物后，刚准备离开现场，骗局就被识破。被害人追赶甲。走投无路的甲从身上摸出短刀，扎在自己手臂上，

并对被害人说：“你们再追，我就死在你们面前。”被害人见丙鲜血直流，一下愣住了，甲迅速逃离现场。本题中，甲不成立事后抢劫，只成立诈骗罪一罪。

例 4：甲深夜入室盗窃，被主人李某发现后追赶。当甲跨上李某家院墙，正准备往外跳时，李某抓住甲的脚，试图拉住他。但甲顺势踹了李某一脚，然后逃离现场。本题中，甲不成立事后抢劫，只成立盗窃一罪。

例 5：甲在被害人家里盗窃财物，出门遇见被害人的邻居乙，以为是事主，为抗拒抓捕而对乙实施暴力或者以暴力相威胁。甲成立事后抢劫。

（4）目的条件

行为人使用暴力或者以暴力相胁迫的目的是为了窝藏赃物、抗拒抓捕、毁灭罪证。行为人在实行盗窃、诈骗、抢夺过程中，尚未取得财物时被他人发现，为了非法取得财物，而使用暴力或者以暴力相威胁的，应直接认定为刑法第 263 条的抢劫罪，不适用刑法第 269 条的规定。

例 1：甲在公共汽车上发现乙在偷自己的钱，就抓住乙偷钱的手并呼喊“不许偷钱”。乙见状，一边恶语威胁，一边用力向外拽钱包。甲拼命护住钱包，乙用拳头猛击甲的头部。后由于甲仍拼命护住钱包，乙见难以得逞，在车到站时下车逃走。本题中，甲应直接认定为刑法第 263 条的抢劫罪，不适用刑法第 269 条的规定。

例 2：某日凌晨，甲携匕首到邻居乙家盗窃，物色一段时间

后，未发现可盗财物。此时，熟睡中的乙偶然大动作翻身，且口中念念有词。甲怕被乙认出，遂用匕首刺死乙后仓皇逃离。事后抢劫的成立要求行为人必须是为了窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证的目的而当场使用暴力或者以暴力相威胁。本题中，甲不能认定为抢劫罪；甲携带凶器、入户盗窃，认定为盗窃罪比较合适。

2. 事后抢劫的共犯

例 1：甲与乙共谋盗窃，甲入室行窃，乙在门外望风，但甲在盗窃时为抗拒抓捕而当场对被害人实施暴力，乙对此不知情。甲、乙在盗窃罪的范围内成立共犯，对甲应认定为事后抢劫，对乙仅以盗窃罪论处。

例 2：甲与乙共谋盗窃，甲入室行窃，乙在门外望风，甲、乙刚要逃离现场时被人发现，乙为抗拒抓捕当场对被害人实施暴力，甲对此并不知情。甲、乙在盗窃罪的范围内成立共犯，对乙应认定为事后抢劫，对甲仅以盗窃罪论处。

例 3：甲单独入室盗窃被发现后逃离现场（盗窃已经既遂）。甲在逃离过程中，知道真相的乙为了使甲逃避抓捕，与甲共同当场对他人实施暴力，此时，乙系承继的共犯，与甲成立事后抢劫的共犯。

例 4：甲单独入室盗窃被发现后，向被害人腹部猛踢一脚，被害人极力抓捕甲，经过现场的乙接受甲的援助请求并知道真相后，也向被害人猛踢一脚，致被害人因脾脏破裂流血过多死亡，但不能查明是谁的行为所致。如同上例一样，乙与甲构成事后抢劫的共

犯，但死亡结果只能由甲承担。

例 5：甲单独入室盗窃被发现后逃离现场（盗窃已经既遂）。在甲逃离过程中，知道真相的乙为了使甲逃避抓捕，而对抓捕者实施暴力。但甲对此并不知情。甲、乙二人均不成立事后抢劫。对甲的行为应认定为盗窃罪，乙的行为应认定为窝藏罪，如果乙的行为导致他人伤亡的，则是故意杀人罪、故意伤害罪与窝藏罪的想象竞合犯。

（三）携带凶器抢夺的认定

1. 携带凶器抢夺里面的凶器，是指在性质上或者用法上，足以杀伤他人的器物。

例 1：甲为了盗窃行为方便，而携带的划破他人衣服口袋、手提包等不足以杀伤他人的微型刀片，不是凶器。不能认定为抢劫罪。

例 2：凶器不限于固定物，甲携带具有杀伤力的液体，如硫酸，乃至凶猛的动物，如藏獒，也可能被评价为携带凶器抢夺，进而认定为抢劫罪。

需要注意的是：并非所有具有杀伤机能的物品都是携带凶器抢夺里面的“凶器”，一般认为这里的凶器必须是能让一般人产生危险感之物。

例：领带可能将人勒死，但行为人系着领带抢夺的，不宜认定为携带凶器抢夺。理由即在于一般人并不会因为领带而产生危险感。

2. 所谓携带，是指在从事日常生活的住宅或者居室以外的场所，将某种物品带在身边或者置于身边附近，将其置于现实的支配之下的行为。

（1）携带凶器抢夺要求行为人主观上必须具有准备使用的意识。

例：某日，木匠甲随手将做工用的斧头放在背囊内准备收工回家，行至某路段时，见到前面一名妇女肩上斜挎一精致皮包行走，甲顿起贪念，将该妇女肩上的钱包拽过就跑。甲不属于携带凶器抢夺，不成立抢劫罪。

（2）携带凶器的本质在于具有随时使用的可能性。

例：民工甲排队买火车票时，见到前面另一旅客手中有厚厚一沓钱币，一把抓过来就跑，在逃跑过程中被巡警抓获。之后，巡警在其随身携带的捆扎的严严实实的铺盖卷的最里层发现了一把三棱刮刀。甲成立抢夺罪，而非抢劫罪。

（3）携带凶器抢夺必须是携而未用。所谓没有使用凶器，包括两种情形：第一，没有针对被害人使用凶器实施暴力；第二，没有使用凶器对被害人进行胁迫。如果行为人携带凶器并直接针对财物使用凶器进而抢夺的，则仍应适用刑法第 267 条第 2 款。

例：甲携带管制刀具尾随乙，乘乙不注意时，使用管制刀具将乙背着背包带划断，取得乙背包及其中财物的，应适用刑法第 267 条第 2 款，而不能直接适用刑法第 263 条的规定。

（四）抢劫特定财物的定性

1. 抢劫违禁品行为的定性

例：甲抢劫乙的毒品，之后又贩卖该毒品的，对甲应以抢劫罪与贩卖毒品罪并罚。

2. 抢劫财产性利益行为的定性

例 1：债务人为了逃避债务而杀害债权人的，成立故意杀人罪与抢劫罪的想象竞合，从一重以抢劫罪处罚。

例 2：甲乘坐出租车后，使用暴力手段使司机放弃出租车费的，成立抢劫罪。

（五）抢劫罪的罪数

例 1：甲为了继承遗产，将被继承人或者其他继承人杀死的，成立故意杀人罪，而非抢劫罪。

例 2：甲抢劫财物后，为了灭口而杀害他人的，成立抢劫罪与故意杀人罪，实行数罪并罚。

例 3：甲盗窃他人财物后，为了灭口又故意杀害被害人的，一般认为应以盗窃罪与故意杀人罪数罪并罚。

例 4：甲为了取得乙所乘车辆而将乙杀死并将其车开走，两周后为了湮灭尸体来到杀人现场，发现乙手腕上有手表一块，遂将该手表取走。本题中，甲为了抢劫他人财物而预谋杀死被害人，成立抢劫罪；后行为的定性则存在争议，死者占有肯定说认为成立盗窃罪，死者占有否定说认为成立侵占罪，死者短暂占有说认为因乙死亡时间过长，手表已经脱离占有，成立侵占罪。在此基础上，对甲应以抢劫罪与盗窃罪(死者占有肯定说)或者侵占罪(死者占有否定

说、死者短暂占有说)并罚。

例 5：甲躲在某一僻静角落伺机强奸。恰逢乙女从此处路过，甲男遂上前一拳将乙女击昏后实施了强奸行为，此时乙女仍未醒来，甲转身刚欲离去，发现乙的手提包落在不远处的地面上，遂据为己有（里面财物总价值约 5000 余元）。因乙女失去知觉，故甲的取财行为成立盗窃罪，对甲应以盗窃罪与强奸罪并罚。

例 6：假设甲强奸行为实施完毕后乙女已醒来，待乙穿好衣服惊魂未定之时，甲男又对乙女强行搜身，掠走乙女身上名牌手表一块（价值约 50000 余元），乙女不敢吭声。因甲起先制造了乙女不能反抗的状态，之后又利用此种状态取走其财物，成立抢劫罪，对甲应以抢劫罪与强奸罪并罚。

（六）抢劫罪的处罚

根据刑法第 263 条的规定，犯抢劫罪的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金。犯抢劫罪有下列情形之一的，处 10 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：（1）入户抢劫的；（2）在公共交通工具上抢劫的；（3）抢劫银行或者其他金融机构的；（4）多次抢劫或者抢劫数额巨大的；（5）抢劫致人重伤、死亡的；（6）冒充军警人员抢劫的；（7）持枪抢劫的；（8）抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的。

1. 入户抢劫的认定

（1）“户”的含义及其范围

例：丙将自己新购住房一套装修后准备出租，甲、乙二人以租

房为名，骗丙带其去看房子，在进入房间后甲、乙二人按原计划抢劫丙身上的财物的，因该房间并无任何人居住其中，故甲、乙二人的行为不属于入户抢劫。

（2）入户目的的非法性

例 1：甲以侵害户内人员的人身、财产为目的，入户后实施抢劫，包括入户实施盗窃、诈骗等犯罪而转化为抢劫的，应当认定为“入户抢劫”。

例 2：甲因访友办事等原因经户内人员允许入户后，临时起意实施抢劫，或者临时起意实施盗窃、诈骗等犯罪而转化为抢劫的，不应认定为“入户抢劫”。

（3）暴力或者暴力胁迫行为必须发生在户内

例 1：甲入户实施盗窃、诈骗、抢夺被发现，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，如果暴力或者暴力胁迫行为发生在户内，可以认定为“入户抢劫”；如果发生在户外，则不能认定为“入户抢劫”。

例 2：甲以抢劫目的入户，使用暴力使被害人离开“户”进而抢取财物的，以及以抢劫目的侵入甲的住宅，抢劫在乙的住宅停留的丙所有的财物的，均应认定为入户抢劫。但甲在户外以欺骗手段使乙到户外后实施抢劫的，不是入户抢劫。

（4）行为人必须认识到自己进入的是户

例：甲、乙、丙三人路过某废旧厂房时，听到院内有狗叫，三人决定进院偷狗。进院后被被害人丁发现，三人将丁控制住后将狗

拖走卖掉。事后查明，该院落原为废旧厂房，丁于年前买下，与妻子丙共同居住期间。因甲等三人并未认识到该院落作为“户”的事实，故对甲等三人不能适用入户抢劫的法定刑。

（5）入户抢劫的法定刑适用于共犯

例：甲、乙二人共谋入户抢劫。决定由甲入户去抢，乙在望风。对乙也应适用入户抢劫的法定刑，同时适用刑法总则关于共犯减、免处罚的规定。

2. 在公共交通工具上抢劫的认定

这里的“公共交通工具”，包括从事旅客运输的各种公共汽车，大、中型出租车，火车，地铁，轻轨，轮船，飞机等，不含小型出租车。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，视为“公共交通工具”。

“在公共交通工具上抢劫”，既包括在处于运营状态的公共交通工具上对旅客及司售、乘务人员实施抢劫，也包括拦截运营途中的公共交通工具对旅客及司售、乘务人员实施抢劫，但不包括在未运营的公共交通工具上针对司售、乘务人员实施抢劫。以暴力、胁迫或者麻醉等手段对公共交通工具上的特定人员实施抢劫的，一般应认定为“在公共交通工具上抢劫”。

3. 抢劫银行或者其他金融机构的认定

例：甲将正在使用中的运钞车拦截，抢劫运钞车司机乙身上的钱物，因所抢对象并非银行或者其他金融机构的经营资金、有价证

券和客户的资金，故对甲不能适用抢劫银行或者其他金融机构的加重处罚情节。

4. 多次抢劫的认定

例：甲出于抢劫的故意，先后对途经此地的乙、丙、丁等三人实施了抢劫，因甲系连续犯，故对甲不能适用多次抢劫的加重处罚情节。

5. 抢劫致人重伤、死亡的认定

例 1：甲冬日深夜抢劫王某财物，为压制王某的反抗将其刺成重伤并取财后离去。三小时后，王某被冻死。甲成立抢劫致人死亡。

例 2：甲抢劫妇女高某财物，路人曾某上前制止，甲用自制火药枪将曾某打死。甲成立抢劫致人死亡。

例 3：甲抢劫乙的财物后转身逃跑，乙在追赶甲时自己摔倒在地身亡的，不成立抢劫致人死亡。

例 4：甲盗窃邱某家财物准备驾车离开时被邱某发现，邱某站在车前阻止甲离开，甲开车将邱某撞死后逃跑。抢劫致人重伤、死亡，包括事后抢劫致导致被抓捕者等人重伤、死亡的情形，故甲成立抢劫致人死亡。

6. 冒充军警人员抢劫的认定

例：某晚，甲身穿警服，冒充交通民警，骗租到个体女司机何某的夏利出租车。当车行至市郊时，崔某持假枪抢走何某人民币 1000 元，并将何某一脚踹出车外，使何某身受重伤，甲乘机将出租

车开走。小型出租车不属于公共交通工具，故本案中属于抢劫罪法定加重情节的只有冒充军警人员抢劫及抢劫致人重伤。

7. 持枪抢劫的认定

例：甲以抢劫故意，使用枪支胁迫被害人乙喝下安眠药后在乙昏迷不醒时取走其财物。甲属于持枪抢劫。

8. 抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的认定

例：甲欲抢劫军用物资，抢到手后方发觉是救灾物资。对甲仍应适用抢劫军用物资的加重处罚情节。

二、诈骗罪

诈骗罪，是指以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。

（一）诈骗罪的犯罪构成

1. 构成要件

诈骗罪的基本行为构造为：行为人实施欺骗行为——（对方（受骗者）产生（或继续维持）错误认识——对方基于错误认识处分财产——行为人或第三者取得财产——被害人遭受财产损害。关于诈骗罪的构成要件，有以下问题需要注意：

（1）行为人实施欺骗行为

例 1：甲欲去乙家盗窃，遂对乙谎称：“你妻子发生了车祸，现正被送往医院，你赶紧去看看吧。”之后，甲乘乙去医院探望之际，借机进入乙家中取得财物的，甲成立盗窃罪而非诈骗罪。

例 2：甲将自己行驶里程已达 50 万公里的机动车里程表回拨后

出卖给乙，属于默示的诈骗。

例 3：甲为集邮爱好者，收集了一枚仿真度极高的清代邮票。某日，集邮爱好者乙来看甲的邮票，甲出于虚荣心吹嘘该邮票为真品。乙动心后提出以 2 万元购买该邮票。甲同意后，将赝品以 2 万元卖给乙。甲构成诈骗罪。

例 4：甲长相酷似孙中山先生，遂对乙等人谎称自己是真正的中山先生，仍然在世，为谋求建国大业，要求乙等为其筹款相助。周围群众皆不相信，惟乙等三人信以为真，将自己的终身储蓄约 300 万元交与甲。甲构成诈骗罪。

例 5：售楼小姐甲对客户乙称本楼地处市中心繁华地带，未来升值空间巨大。乙购房后一月，房价下跌，致乙遭受惨重损失。因甲只是对自己所售楼盘进行一般性夸张，未来升值与否，不过是价值判断，该价值判断并不存在一定的评判标准，故不能认定甲构成诈骗罪。

但如甲虚构某市某重点中学将在本楼盘周围开设分校，未来小区所有住房均为学区房，升值空间巨大。事实上，该中学并没有在该楼盘周围开设分校的打算，该事实纯属于虚乌有的，甲构成诈骗罪。

（2）对方产生认识错误

例 1：甲对胡某实施诈骗行为，被胡某识破骗局。但胡某觉得甲穷困潦倒，实在可怜，就给予 30000 元钱，甲得款后离开现场。因胡某并非因欺骗行为产生认识错误处分财产，故甲成立诈骗罪未

遂。

例 2：甲将一张作废的 IC 卡插入银行的自动取款机试探，碰巧自动取款机显示能够取出现金，于是甲取出人民币 1 万元。甲的行为成立盗窃而非诈骗罪。

（3）对方基于认识错误处分了财产

例 1：甲以非法占有为目的，以“借用”为名从乙处骗得汽车一部，之后藏匿拒不归还，甲成立诈骗罪。

例 2：甲对持有外币的乙说：“你手上拿的是假币，得扔掉，否则要坐牢。”乙将外币扔掉，甲乘机将外币捡走，甲成立诈骗罪。

一般认为，诈骗罪的成立要求受骗者处分财产时必须有处分意识，即认识到自己将某种财产转移给行为人或者第三者占有，但不要求对财产的数量、价格等具有完全的认识，具体说来：

例 1：甲在某商场购物时，将便宜照相机的价格条形码与贵重相机的条形码予以更换，使店员将贵重相机以便宜相机的价格“出售”给甲，甲成立诈骗罪。

例 2：甲将一个照相机包装盒里的泡沫取出，使一个包装盒里装入两个照相机，然后拿着装有两个照相机的包装盒付款，店员误以为包装盒里只有一个照相机，于是只收取了一个照相机货款，甲成立诈骗罪。

例 3：甲在某商场购物时，偷偷从一箱方便面中取出几袋方便面，将一个照相机放在方便面箱子里，然后拿着方便面箱子付了一箱方便面的钱，将照相机“顺走”，甲成立盗窃罪。

例 4：甲发现王某的一本名为《诈骗罪研究》的书中夹有一张清代邮票，即提出将该书借回家中阅读。王某没有意识到该书中夹有贵重邮票，便将书借给甲。甲将其中的邮票据为己有后，将书还给王某，甲成立盗窃罪。

（4）行为人或第三者取得财产

根据素材的同一性理论，诈骗罪的成立要求行为人所取得的财产与被害人处分的财产必须得具有同一性。

例：顾客购物时将车钥匙遗忘在收银台，收银员问是谁的，甲谎称是自己的，然后持该钥匙将顾客的车开走据为己有。因收银员对车并没有处分权限，至多只有处分钥匙的权限，故甲对车钥匙为诈骗（因价值微薄，不宜认定为诈骗罪），但对汽车为盗窃罪。

（5）被害人遭受财产损失

在诈骗不法原因给付物的情况下，仍然成立诈骗罪。

例：甲将废纸冒充假币出卖给乙的，成立诈骗罪。

通过欺骗方法使他人免除非法债务的，不存在财产损失，不成立诈骗罪。

例：甲欺骗卖淫女提供性服务的，不成立诈骗罪。但如果甲向卖淫女支付嫖资后，又使用欺诈手段骗回嫖资的，成立诈骗罪。

在行为人提供了相当对价的给付，而受骗者的交换目的基本未能实现的情况下，宜认定为诈骗罪

例 1：甲将混纺羊毛衫谎称为纯羊毛制作，仍以混纺羊毛衫的价格出售给消费者的，不宜认定为诈骗罪。因为此种情况下购买者

的交换目的基本得到了实现，除非购买者根本不穿混纺羊毛衫。

例 2：经营者乙因为混纺羊毛衫销路不好，而只经营纯羊毛衫，批发商甲将混纺羊毛衫谎称为纯羊毛衫出售给经营者乙的，即使仍按混纺羊毛衫价格出售，也应认定乙存在财产损失，甲成立诈骗罪。

行为人实施欺骗行为，导致受骗者就所交付财产的用途、财产的接受者存在法益关系的认识错误时，即使受骗者没有期待相当给付，也应认定为存在财产损失，行为人的行为成立诈骗罪。

例：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。

（二）特殊类型的诈骗行为

1. 三角诈骗

例：甲得知乙不久前购买了一台笔记本电脑，一日趁乙上班后其妻丙独自一人在家之际，前往乙家。甲敲门后对丙说：“你老公有急事需用电脑，刚刚给我打过电话让我帮忙把电脑捎到单位。”丙信以为真，将电脑交给甲，乙回家之后才知道妻子丙被骗。本案中，丙为被骗人，乙为被害人，丙系乙的妻子，具有处分财产的权限或者地位，甲的行为完全符合上述三角诈骗的行为结构，成立诈骗罪。

2. 诉讼欺诈

例：甲以提起民事诉讼为手段，提供虚假的陈述或者出示虚假的证据，使法院作出有利于自己的判决，从而获得财产的行为。

对此问题，存在不同观点：

观点一：2002 年 10 月 24 日最高人民检察院《关于通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为如何适用法律问题的答复》指出：以非法占有为目的，通过伪造证据骗取法院民事裁判占有他人财物的行为所侵害的主要是人民法院正常的审判活动，可以由人民法院依照民事诉讼法的有关规定处理，不宜以诈骗罪追究行为人刑事责任。如果行为人伪造证据时，实施了伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章的行为，构成犯罪的，依照刑法第 280 条第 2 款的规定，以伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪追究刑事责任；如果行为人有指使他人作伪证行为，构成犯罪的，应当依照《刑法》第 307 条第 1 款的规定，以妨害作证罪追究刑事责任。

观点二：诉讼欺诈完全符合三角诈骗的特征，系诈骗罪与虚假诉讼罪的想象竞合，应择一重认定为诈骗罪。

3. 赌博欺诈

所谓赌博欺诈，是指行为人故意设置圈套，诱骗他人参与赌博，致使对方输赌从而取得财物的行为。对此，同样存在不同观点。

观点一：最高人民法院 1995 年 11 月 6 日《关于对设置圈套诱骗他人参赌又向索还钱财的受骗者施以暴力或暴力威胁的行为应如何定罪问题的批复》指出：“行为人设置圈套诱骗他人参赌获取钱财，属赌博行为，构成犯罪的，应当以赌博罪定罪处罚。参赌者识破骗局要求退还所输钱财，设赌者又使用暴力或者以暴力相威胁，拒绝

退还的，应以赌博罪从重处罚；致参赌者伤害或者死亡的，应以赌博罪和故意伤害罪或者故意杀人罪，依法实行数罪并罚。”

观点二：赌博欺诈形似赌博，但因为其输赢不具有偶然性，而是行为人精心设置的骗局，不符合赌博的根本特征，实以赌博为名、行诈骗之实，宜认定为诈骗罪。

4. 无钱饮食、住宿

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

例 2：甲在高档酒店吃完饭后，声称送走朋友后回来付款。但在将送朋友送出酒店后产生了不支付费用的意思，于是乘机逃走的。此种情况下，由于被害人并没有因此而免除行为人的债务，即没有实施处分行为，故对该行为难以认定为诈骗罪。

（三）诈骗罪的认定

1. 以诈骗罪定罪的特殊情形

例 1：甲以虚假的身份证件办理入网手续并使用移动电话造成电信资费损失数额较大的，成立诈骗罪。

例 2：甲使用伪造、变造、盗窃的武装部队车辆号牌，骗免养路费、通行费等各种规费，数额较大的，成立诈骗罪。

例 3：甲骗取增值税专用发票或者可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的，成立诈骗罪。

2. 诈骗罪与盗窃罪的区别

（1）一对一的诈骗与盗窃罪的区别：被害人是否基于认识错误处分财产。

例 1：甲假装在商场购买西服，售货员乙让其试穿西服，甲穿上西服后声称去照镜子，乘乙接待其他顾客不注意之际，甲偷偷溜走。因乙并没有基于认识错误将西服处分给甲，甲将西服穿回家的行为违背了乙的意志，成立盗窃罪。

例 2：甲假装在商场购买西服，售货员乙让其试穿西服，甲穿上西服后，向乙说：“我买西服需征得妻子的同意，我将身份证押在这里，如妻子同意，我明天来交钱；如妻子不同意，我明天还回西服。”乙同意甲将西服穿回家，但甲使用的是假身份证，次日根本没有送钱或西服给乙。因乙基于认识错将西服处分给了甲，甲成立诈骗罪。

（2）三角诈骗与盗窃罪的区别：被骗人是否有处分财产的权限或地位。

例 1：洗衣店经理甲发现丙家的走廊上晒着西服，便欺骗本店临时工乙说：“丙要洗西服，但没有时间送来；你到丙家去将走廊上晒的西服取来。”乙信以为真，取来西服交给甲，甲将西服据为己有。因乙并不具有处分这套西服的权限或地位，故甲构成盗窃罪的间接正犯。

例 2：洗衣店经理甲发现丙家的走廊上晒着西服，便敲开丙家的门欺骗丙家小保姆乙说：“我是洗衣店经理，你家主人丙打电话给我们说要洗西服，但没有时间送来，麻烦你将走廊上晒的西服取来

给我。”乙信以为真，取来西服交给甲，甲将西服据为己有。日常生活中，作为主人保姆的乙完全有权将主人的衣服交给洗衣店人员去清洗，故甲成立诈骗罪。

将他人的财物当作自己的财物出卖给第三者的，成立盗窃罪，同时触犯诈骗罪。

例：甲将钱某门前停放的摩托车谎称是自己的，卖给孙某，让其骑走。甲就钱某的摩托车成立盗窃罪，如认为孙某存在财产损失，则甲同时成立对孙某的诈骗罪。

3. 诈骗罪的法条竞合

我国刑法规定了一些特殊类型的诈骗犯罪，如合同诈骗罪、保险诈骗罪、信用卡诈骗罪、贷款诈骗罪、金融凭证诈骗罪，等等。理论上，刑法第 266 条规定的诈骗罪与它们之间形成法条竞合关系，根据刑法第 266 条的规定，本法另有规定的，依照规定。所以对于这些特殊类型的诈骗犯罪，应按照特别法条优于普通法条的原则，依照各特殊法条的规定定罪处罚。需要注意的是：

(1) 特殊诈骗罪的成立以构成普通诈骗罪为前提，当行为人诈骗行为的数额没有达到各具体诈骗罪的要求，但达到普通诈骗罪的要求时，应认定为普通诈骗罪即本罪。(2) 如认定为特殊诈骗罪不能全面评价行为的不法内容的，应当认定为想象竞合，从一重罪处罚。

例 1：贷款诈骗罪的起刑点是 1 万元，而某省诈骗罪的起刑点只有 3000 元，因此当行为人进行贷款诈骗，数额在 3000 元以上不满 1 万元的，应当成立诈骗罪，而非无罪。

例 2：甲保险诈骗数额特别巨大，如按照合同诈骗罪或者普通诈骗罪应当判处无期徒刑时，应认定为想象竞合，从一重罪处罚。

4. 诈骗罪与民事欺诈的关系

诈骗罪与民事欺诈不是对立关系，而是特殊与一般的关系。不能因某一行为符合民事欺诈，就据此否认其成立诈骗罪。

例：甲将自己购买的小产权房谎称为大产权房出卖给乙，甲的行为既是民事欺诈，也是诈骗罪。

5. 诈骗罪与销售伪劣商品罪的关系

诈骗罪的法益与销售伪劣商品罪的法益并不相同，前者为财产，后者为经济秩序，故一个行为完全可能同时触犯诈骗罪与销售伪劣商品罪，进而形成想象竞合关系，此时应从一重处罚。据此，那种认为因刑法规定了销售伪劣商品罪，进而主张凡是出卖伪劣商品的行为都不成立诈骗罪的观点是错误的。

三、盗窃罪

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。

（一）盗窃罪的犯罪构成

1. 构成要件

（1）盗窃罪的对象是他人占有的财物。

例 1：甲将自己的货物交物流公司托运至某地，后又以非法占有为目的，趁物流公司不注意将该货物窃回的，甲成立盗窃罪。

例 2：甲某日晚到洗浴中心洗浴。甲进入该中心后，根据服务

员乙的指引，将衣服、手机、手提包等财物锁入 8 号柜中，然后进入沐浴区。半小时后，乙为交班而准备打开自己一直存放衣物的 7 号柜，忙乱中将钥匙插入 8 号柜的锁孔，但居然能将 8 号柜打开。乙发现柜中有手提包，便将其中的 3 万元拿走。为迅速逃离现场。乙没有来得及将 8 号柜门锁上。稍后另一客人丙见 8 号柜半开半掩，就将柜中的手机拿走。甲、丙均成立盗窃罪。

（2）盗窃罪的行为是窃取他人占有的财物。

例 1：甲深夜偷偷进入 76 岁的孤寡老人乙房中窃取财物。甲翻找财物过程中，不慎将乙惊醒。乙不敢阻拦，只是苦苦哀求甲不要拿走她的财物。甲对乙置之不理，继续翻找财物，最后找出现金 300 元后拿走。

本案存在争议：如认为盗窃仅限于秘密窃取，则甲的行为不成立盗窃罪。但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。

例 2：村民甲与乙有矛盾，遂于某日夜晚，挖开乙的鱼塘，将鱼塘中的鱼全部放到河里边的，甲成立故意毁坏财物罪而非盗窃罪。

例 3：朱某利用事先获悉的账号和密码，侵入被害人陆某、赵某夫妇在证券营业部开设的股票交易账户，并使用陆、赵夫妇的资金和股票，采取高进低出的方法进行股票交易。按照股票成交平均价计算，用首次作案时该账户内的股票与资金余额，减去案发时留下的股票与资金余额，朱某共给陆、赵夫妇的账户造成资金损失

19.7 万余元。朱某成立故意毁坏财物罪。

例 4：店主因事暂时离开商店，顾客甲按照标价放置相当的现金取走商品的，不成立盗窃罪。

（3）盗窃罪的行为内容表现为窃取公私财物数额较大，或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的行为。

①多次盗窃

例 1：甲进入超市盗窃，但每次只偷一支铅笔，而没有取得数额较大财物的意图的，即使甲短期内三次以上盗窃的，也不能认定为盗窃罪。

例 2：甲在一个月內三次盗窃他人电动车 3 辆（价值 900 元）。甲交待，在盗窃第三辆电动车时，该车既未上锁，也没有电瓶，甲认为是他人盗窃后所放弃的赃物。后公安机关查实，该车系乙盗窃后将电瓶取下，并将车身抛弃至另一小区内，恰好被甲发现推走。因第 3 辆车并非他人占有之物，相对于原所有人而言，该车属于遗忘物，故甲第三次盗窃不符合盗窃行为的特征，不能认定为其行为属于多次盗窃的情形。

例 3：甲对自己盗窃次数的记忆产生误差，其本已实施第三次盗窃，但误以为自己系第二次盗窃的，不影响盗窃罪的成立。

②入户盗窃

例 1：甲为了实施诈骗而进入乙家中，诈骗未遂后借机实施盗窃的，应认定为入户盗窃。

例 2：甲与乙熟识，利用此熟人身份进入乙家盗窃的，应认定

为入户盗窃。

例 3：甲以实施一般违法行为为目的进入乙家中，入户后实施盗窃的，应认定为入户盗窃。

例 4：甲非法进入农户家中窃取一两枚鸡蛋之类的财物的，不宜认定为盗窃罪。

③扒窃

例 1：甲将他人置于火车货架上体积较大的行李窃走的行为，属于扒窃。

例 2：甲在公共汽车上窃取他人口袋内、提包内的财物，在火车、地铁上窃取他人置于货架上、床底下的财物的，均属于扒窃。

例 3：扒窃他人口袋内的餐巾纸、名片、廉价手帕等物品的，不应认定为盗窃罪。

2. 责任要素

例：乙女系某大学校花，情人节时男友送其名贵项链一条。乙女恐遭人忌，遂对同宿舍室友甲女谎称该项链为地摊货，价值仅 5 元。某日，该大学举行校园露天舞会，同室室友甲女欲参加，缺项链一条，遂将该“地摊货”盗走。因甲女并未认识到该项链的真实价值，欠缺盗窃罪的故意，不成立盗窃罪。

（二）盗窃罪的认定

1. 盗窃罪着手的判断

例 1：甲入户盗窃，应以开始实施具体的物色财物的行为时为着手；但对于侵入无人看守仓库的盗窃案件，以开始侵入仓库时为

着手。

例 2：甲在公共场所扒窃他人财物，应以行为人的手接触到被害人实际装有钱包或者现金的口袋或者提包外侧为着手。

例 3：甲使用银行卡从自动取款机盗窃现金的，仅插入银行卡还不是着手，开始输入取款程序时，才是着手。输入取款程序前查询余额的，不宜认定为着手。

2. 盗窃罪的既遂标准

例 1：甲、乙二人深夜潜入一纺织厂仓库，偷出 8 捆毛呢布（市场价约 6000 元），扔出墙外。正巧丙驾驶卡车送货刚从外地连夜返回，从墙外路过，发现有 8 捆毛呢布无人看管，遂装上卡车拉走。等甲、乙二人来到墙外，发现赃物已无踪影。根据失控说，尽管甲、乙二人未能最终将赃物据为己有，但该盗窃行为应认定为既遂。

例 2：甲在商店窃取戒指、项链、高档手表、相机等体积较小的财物，只要甲将该财物放入口袋、藏入怀中、夹在腋下时，就足以致使被害人对该财物失去控制，盗窃就属于既遂；但如甲窃取的是是体积较大的财物而言，如彩电、洗衣机等，只有将该财物搬运出商店才能认定为盗窃既遂。

例 3：甲进入某工厂盗窃财物，如该工厂的门卫制度相当严格，进出大门必须经过检查，甲只有将财物搬出大门外才是既遂。但如该工厂任何人都可以随便出入，没人盘查证件的情况下，只要甲将财物搬出原来的仓库、车间时即为既遂。

例 4：甲准备了盗窃工具前往银行盗窃金库，将保险柜撬开后，发现其中只有 20 元人民币，再没有其他财物，甲遂将 20 元现金取走。对甲应认定为盗窃未遂。

（三）盗窃罪的处罚

根据刑法第 264 条的规定，犯盗窃罪的，处 3 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 3 年以上 10 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 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

例：假定盗窃罪的数额较大、巨大、特别巨大的起点分别是 1000 元、6 万元与 30 万元，甲潜入某博物馆，意图窃取价值 40 万元的一幅画，虽然已经着手，但由于意志以外的原因未得逞。对此，应如何认定？

对此，存在不同观点：

观点一：司法解释认为，盗窃既有既遂，又有未遂，分别达到不同量刑幅度的，依照处罚较重的规定处罚；达到同一量刑幅度的，以盗窃罪既遂处罚。

观点二：刑法第 264 条所规定的法定刑升格条件，都不是真正意义上的加重构成要件，只是量刑规则，因而不存在加重犯的未遂问题。因此，在行为人意图窃取数额巨大或者特别巨大的财物，但由于意志以外的原因未得逞的，对行为人只能适用基本法定刑，并且适用刑法总则关于未遂犯的处罚规定。不应认定为数额特别巨大

的未遂，只能认定为普通的盗窃未遂。

四、侵占罪

侵占罪，是指以非法占有为目的，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、埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交出的行为。

（一）侵占罪的构成要件

1. 侵占代为保管物

例：搬运工甲在火车站站台见一刚下车的旅客王某（女）带着3个小孩，旁边放着5件行李，便上前询问其是否需要雇人扛行李。二人商定，由甲将王的4件行李扛出车站，王付给甲人民币15元作为报酬。甲扛着4件行李至出站口，王所带小孩被车站工作人员拦下查票。看到王忙于出示车票，甲趁王不注意，将行李（内装人民币6000元、价值5000元的真皮提包一个及其他物品）扛走。从社会观念上来看，该行李仍归王某占有，而非由甲占有。故甲趁王某不注意，将归被害人占有的财物非法占为己有，成立盗窃罪。

（1）代为保管物是否包括不法给付物？

例：甲欲向国家工作人员丙行贿而将贿赂物委托乙转交，但乙将该贿赂物全部独吞。

观点一：肯定说认为，虽然甲在民法上没有返还请求权，但并没有因此丧失财物的所有权。相对于乙而言，该财物仍然属于“自己占有的他人财物”；刑法与民法的目的不同，即使上述委托关系在民法上不受保护，也不影响乙成立侵占罪。

观点二：否定说认为，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，因此，乙没有将“他人财物”据为己有；如果将乙的行为认定为犯罪，则破坏了法秩序的统一性，违反了刑法的谦抑性；侵占罪不只是侵犯财产，还有破坏委托信任关系的一面，而甲的委托与乙的收受之间，并不存在一种法律上的委托信任关系。

(2) 代为保管物是否包括窝藏或者代为销售的赃物？

例：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或者将销售后所得的现金据为己有。

观点一：肯定说认为，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。

观点二：否定说认为，乙虽然接受了盗窃犯的委托，但盗窃犯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；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。

2. 侵占脱离占有物

(1) 侵占遗忘物

遗忘物，是指非基于他人本意而脱离他人占有，偶然（即不是基于委托关系）由行为人占有或者占有人不明的财物。他人因为认识错误而交付给行为人的金钱、邮局误投的邮件、楼上飘落的衣物、河流中的漂流物等，只要他人没有放弃所有权的，均属于遗忘物。

例：甲、乙、丙三人共携六件行李在 A 地登上开往 B 地的火车，欲在中间站点 C 地下车。凌晨 2 时列车到达目的地 C 时，三人于睡眠惺忪之际拿行李下车。待该趟列车开走时，三人在站台上清点行李，发现多出来一件（内有衣物 3 件、现金 2 万元）。甲提议交车站派出所，乙提议将包内财物平分，这一方案被通过。后财物所有人报案，警方经反复侦查找到这三人，但他们均不承认多拿行李一事。根据前述理论，该行李非基于行李主人的本意失去了控制，但行李的主人并没有放弃所有权，相对于行李的主人而言该行李就成为了“遗忘物”。行为人将遗忘物占为己有不返还的，自然成立侵占罪。

（2）侵占埋藏物

埋藏物，是指埋藏于地下或者藏于他物之中的，他人所有（包括国家、单位）但并未占有，偶然由行为人发现的财物。如果是他人有意埋藏于特定地下，且具有占有意思的财物，则属于他人占有的财物，而非埋藏物。行为人不法取得该财物的，成立盗窃罪。

例 1：乙将自己的祖屋卖于甲时与之约定：“因祖上曾在祖屋墙内藏有金条，但自己多年未曾觅得，如甲未来翻建此屋发现金条时

应将金条返还给乙。”甲同意，后在翻建过程中果然发现金条，但甲却将金条据为己有。本案中，金条系埋藏物，故甲成立侵占罪。

例 2：甲知道邻居肖某的 8 岁小孩被他人绑架，肖某可能会按照歹徒的要求交付赎金，即终日悄悄跟随在肖某身后。某日，见肖某将一塑料口袋塞入某桥洞下，即在肖某离开 10 分钟后，将口袋挖出，取得现金 20 万元。因该现金并非甲偶然发现，系他人占有之物而非埋藏物。故甲成立盗窃罪而非侵占罪。

成立侵占脱离占有物的犯罪，要求行为人明知是他人的遗忘物或者埋藏物而不法据为己有。本来是他人占有的财物，但行为人误以为是遗忘物或者埋藏物而取得该财物的，属于抽象的事实认识错误，只能认定为侵占罪。

例：甲乘坐长途公共汽车时，误以为司机座位后的提包为身边的乙所有（实为司机所有）；乙中途下车后，甲误以为乙忘了拿走提包。为了非法占有该提包内的财物（内有司机为他人代购的 13 部手机，价值 2.6 万元），甲提前下车，并将提包拿走。司机到站后发现自己的手提包丢失，便报案。公安人员发现甲有重大嫌疑，便询问甲，但甲拒不承认，也不交出提包。本案，因甲误认为提包为遗忘物，因而没有盗窃他人财物的故意，不成立盗窃罪。由于甲误认为提包为遗忘物，所以甲的认识错误属于抽象的事实认识错误，成立侵占罪。

（二）侵占罪的认定

1. 侵占罪与盗窃罪的区别：看财物是否脱离占有？

(1) 观念上的占有

例 1：秘书甲与上司乙同行时帮乙提着公文包，乘乙不注意，从公文包内窃取财物的，因甲不过是占有的辅助者，行李依然由乙占有，故甲成立盗窃罪。

例 2：王某搬家后尚未退房，让好友甲为其打扫室内卫生。甲在打扫卧室时，从地上捡到一枚金戒指，甲将此戒指据为己有。事后，王某曾问过甲是否见过此戒指，甲称未见过。甲成立盗窃罪。

例 3：乙于某日去教室上课，课间休息时想上厕所，即随手将手机放在课桌上走出教室。乙的后排同学甲见此情形，将手机迅速藏在自己书包内。乙回到教室后发现手机丢失，遂报警。甲被查获。甲成立盗窃罪

例 4：乙在餐馆就餐时，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，就应认定乙仍然占有着自己的提包。目睹全过程的甲趁机将之拿走的，成立盗窃罪。

例 5：某日晚上 8 点多钟，甲与同事在小红嘴饭馆吃饭。饭馆经理乙因他人送了一根皮带，遂把手机从身上摘下放在吧台上，叮嘱服务员看管，自己进屋去试皮带。吧台服务员未将手机收放好，转身进厨房取菜。此时，被告人甲来到吧台打电话，见吧台上放着一只手机，且四周无人，遂将手机拿走放在自己的手提包里。甲成立盗窃罪。

例 6：乙到银行存款，在 A 柜台填完存款单后，将内装 1 万元的钱包遗忘在 A 柜台上，径直到 B 柜台办理存款手续。刚进银行准

备存款的甲发现此情形后，乘乙不注意偷偷将其装入自己的口袋离去。甲成立盗窃罪。

例 7：甲乘坐出租车时发现刚下车的乘客张某将手机落在了后座，甲没有声张，即将手机装入了自己的口袋。甲成立盗窃罪。

例 8：乙提着自己的包去甲家做客时，应当认定该包由乙占有，而不是甲占有；即使乙与甲一起到户外散步聊天、短暂离开甲家，乙放置在甲家的包也由乙占有。甲的妻子丙趁机从包中取得财物的，成立盗窃罪。

例 9：杂货店主乙命店员甲到丙、丁等家催收欠款，甲将收来款项 2 万元据为己有。因乙被授予一定程度的处分权，故甲成立侵占罪而非盗窃罪。

(2) 死者的占有

关于死者占有的性质，存在所谓死者占有肯定说、死者占有否定说及折中说的争论。

例 1：甲出于杀人的故意将仇人乙杀死后，发现乙的手腕上戴有名贵手表一块，遂将其摘下后据为己有。

例 2：甲出于杀人的故意将仇人杀死后，将乙的尸体弃至路边，无关的第三人丙从该处路过，发现乙的手腕上戴有名贵手表一块，遂将其摘下后据为己有。

关于上述两个案例，死者占有肯定说认为成立盗窃罪；死者占有否定说认为成立侵占罪；折中说中，应承认死者的短暂占有，认为人死之后会在短时间内继续占有自己的财物，故上述第一个案例

成立盗窃罪，后一个案例成立侵占罪。

(3) 封缄物的占有

行为人受他人委托占有某种封缄物的包装物时，是否同时占有封缄物的内容物？

对此，法考采区别说。认为封缄物整体由受托人占有，但内容物为委托人占有。受托人不法取得封缄物整体的，成立侵占罪；取出其中的内容物的，成立盗窃罪。

(5) 占有意思

例 1：处于不特定人通行的道路上的钱包，一般来说属于脱离他人占有的财物；但如果甲不慎从阳台上将钱包掉在该道路上后，一直在阳台上看守着该钱包时，该钱包仍然由甲占有。路人乙不顾甲的反对，将之拿走的，成立盗窃罪而非侵占罪。

例 2：甲在 8 楼阳台上浇花时，不慎将金镯子（价值 3 万元）甩到了楼下。甲立即让儿子在楼上盯着，自己跑下楼去拣镯子。路过此处的乙看见地面上有一只金镯子，以为是谁不慎遗失的，在甲到来之前捡起镯子迅速逃离现场。甲经多方询查后找到乙，但乙否认捡到金镯子。

本题中，甲的儿子虽然以占有的意思继续支配着金镯子，但在乙捡拾时并没有声明金镯子是自己妈妈的。亦即，甲的儿子对金镯子的支配仅仅是一种潜在的支配意识，不表露于外就不能为外人所知。此时，金镯子处于不特定人通行的马路上，既然没有人声明自己对该金镯有占有权，行人乙有充分的理由认为该金镯子属于脱离

占有物。况且，题目中也明确交代乙“以为是谁不慎遗失的”，此后乙将金镯子捡走，拒不返还。此种情况下，乙误将他人的占有物当作脱离占有物加以侵占，属于抽象的事实认识错误，对乙应当认定为侵占罪。

2. 侵占罪与诈骗罪的区别：看非法占有目的是否自始即存在

例 1：甲出于不法占有的目的，以帮乙代为保管汽车为名，使得乙将汽车交付给甲“代为保管”，进而非法占为己有的，应认定为诈骗罪。

例 2：甲代他人持一张支票到银行去取 7 万元人民币，钱取出后甲起意非法占为己有，遂找了两个朋友密谋，以被抢劫为名到派出所报假案，后被识破。

通说认为，甲成立侵占罪。理由：行为人事后的欺骗行为没有侵犯到新的法益，系事后的不可罚行为，无需再认定为诈骗罪。

需要注意的是：对此问题存在争议。有学者认为应以侵占罪与诈骗罪择一重处罚。理由：此种情况下，后面的欺骗行为所取得的是财产性利益，因而不属于不可罚的事后行为，而是包括的一罪。

据此，行为人接受委托代为保管他人财物，非法将财物占为己有后，在被害人请求返还时，行为人使用暴力、胁迫等足以压制他人反抗的手段，迫使他人免除自己的返还义务的，应以侵占罪与抢劫罪择一重处罚。

对此类问题，不排除出开放性题目。考生应引起注意。

五、敲诈勒索罪

敲诈勒索罪，是指以非法占有为目的，以对被害人实施威胁或者要挟的方法，强索公私财物，数额较大或者多次强索公私财物的行为。

（一）敲诈勒索罪的犯罪构成

1. 构成要件

所谓敲诈勒索，是指向对方实施一定暴力或者胁迫，要求其处分财产的行为。但暴力和胁迫不能达到足以压制他人反抗的程度，否则构成抢劫罪。

例 1：甲当着乙的面向自己身体划了一刀，旨在表明如果乙不交付财物就加害乙的，成立敲诈勒索罪。但行为人单纯加害自己的行为，不成立本罪。

例 2：甲向乙女声称，三天之内乙女必须交付 3 万元于甲，否则，就将其裸照传到网上。甲成立敲诈勒索罪。

例 3：甲向抢劫犯乙声称，乙必须把自己抢劫所得分一半给自己，否则就向公安机关举报乙。甲成立敲诈勒索罪。

例 4：甲捡到乙的手机及身份证等财物后，给乙打电话，索要 3000 元，并称若不付钱就不还手机及身份证等物。乙迫于无奈付给 3000 元现金赎回手机及身份证等财物。甲不成立敲诈勒索罪。但是，如果甲声称不给付一定的酬谢就毁坏这些财物的，则属于敲诈勒索罪。

例 5：甲假称自己手内有乙女的裸照，乙必须在三日内交付现金 10 万元，否则将与乙不利。乙报警，后按照警察吩咐，将 10 万

元交付甲，警察在甲前来取钱时当场将其抓获。甲成立敲诈勒索罪未遂。

（二）敲诈勒索罪的认定

1. 敲诈勒索罪与权利行使的界限：看是否有行使权利的必要，权利行使是否正当。

例 1：甲窃取了乙的财物，乙声称甲必须返还自己的财物，否则会在三日后打断乙的腿。甲无奈只好将财物返还乙，乙不成立敲诈勒索罪。

但如果甲盗窃了乙的电视，乙采取胁迫手段取得甲的汽车的，应认定为敲诈勒索罪。

例 2：甲到乙的餐馆吃饭，在食物中发现一只苍蝇，遂以向消费者协会投诉为由进行威胁，索要精神损失费 10000 元。乙迫于无奈付给甲 10000 元。甲不成立敲诈勒索罪。

例 3：甲到乙的餐馆吃饭，偷偷在食物中投放一只事先准备好的苍蝇，然后以砸烂桌椅进行威胁，索要精神损失费 10000 元。乙迫于无奈付给甲 10000 元。甲成立敲诈勒索罪。

例 4：甲因对征地拆迁补偿不满，遂扬言要到北京上访。当地乡政府主动提出再给予乙补偿款 100 万，如确实存在权利侵害，甲不成立敲诈勒索罪。

2. 敲诈勒索罪与绑架罪的区别：看有无真的绑架被害人。

例：甲与乙系赌友。某日，甲乙二人因赌资问题发生争执。甲恼怒中顺手将乙推了一把，不料乙倒地后头部恰好碰在石块上当场

身亡。甲见此情形，遂将乙的尸体掩埋后逃往外地。在逃往外地途中，甲又给乙的妻子丙打电话，谎称乙还活着，但已被自己绑架，要丙将 10 万元打入自己的银行卡内方可放人。丙救夫心切，如约将钱打入甲卡内。甲的前行为构成过失致人死亡罪，后行为构成敲诈勒索罪与诈骗罪的想象竞合，前后两个行为应并罚。

3. 敲诈勒索罪与诈骗罪的区别：看被害人是否基于自愿，还是基于恐惧心理处分财物。

例 1：甲因欠外债，经常被债主催要，遂想利用其岳父、岳母疼爱外孙的心理，假称自己的儿子被人绑架，绑匪索要 8 万元现金赎人。甲的岳母救外孙心切，马上筹集 8 万元钱交给甲。甲的行为成立诈骗罪。

例 2：甲向初来某地的乙声称，当地黑社会老大丙系其发小，乙必须交保护费 3 万元给自己，否则就让丙派人来收拾乙。事后查明，丙根本不认识甲。甲成立敲诈勒索罪。

例 3：甲、乙、丙听说有人在宾馆客房赌博，遂穿上民警制服前往该房抓赌。到达后，甲、乙、丙三人对赌客们称：“我们是公安人员，前来抓赌，请把赌资全部交上来。”众赌客遂将赌资纷纷交至甲手中，共计 8 万元。甲清点后出具了收据给赌客。甲等人的行为成立诈骗罪（与招摇撞骗罪相竞合）。

例 4：甲本为已满 16 周岁的少女，在自愿与乙男发生性关系后，声称自己是幼女，如果乙不给付 100000 元，就向司法机关告发或将此事告诉乙的妻子。乙知道甲不可能是幼女，但基于恐惧甲的

告发会给自己带来各种麻烦，于是向甲交付 100000 元。甲的行为成立敲诈勒索罪。

例 5：20 岁的甲为了让经商的父亲多给自己一些钱，遂让自己的好友孙某给自己的父亲打电话称：“你儿子已经被我们绑架了，拿 50 万来赎人，否则你儿子便没命了！”甲父立即报案，公安机关在甲和孙某取钱时将二人抓获。甲的行为成立诈骗罪与敲诈勒索罪的想象竞合。

4. 敲诈勒索罪与抢劫罪的区别

二者并非对立关系，主观上都以非法占有为目的，行为内容上不仅都可以使用威胁方法，而且都可能使用暴力方法。但是抢劫罪表现为当场以暴力侵害相威胁；敲诈勒索罪的威胁方法基本上没有限制。抢劫罪中的暴力、胁迫必须达到足以压制他人反抗的程度；敲诈勒索罪的暴力、胁迫只要足以使被害人产生恐惧心理即可。

据此，胁迫被害人当场交付财物，否则日后加害被害人的，宜认定为敲诈勒索罪。行为人对被害人实施了没有达到抢劫程度的暴力、胁迫，被害人交付财物的，只能认定为敲诈勒索罪。行为人对被害人实施了足以压制其反抗的暴力、胁迫后，迫使其日后交付财物的行为，宜认定为抢劫罪。

六、抢夺罪

抢夺罪，是指以非法占有为目的，直接夺取他人紧密占有的数额较大的公私财物，或者多次夺取他人紧密占有的数额较大的公私财物的行为。

（一）抢夺罪的构成要件

例：乙见面相凶恶的甲迎面走来，担心自己的手提包被甲夺走，便紧抓手提包。甲见乙紧抓手提包，猜想包中肯定有贵重物品，在与乙擦肩而过时，当面用力夺走甲的手提包。甲成立抢夺罪。

（二）抢夺罪与盗窃罪的关系

通说认为盗窃是秘密窃取公私财物的行为；抢夺是乘人不备公然夺取财物的行为，故二者是对立关系。

对此，也有学者认为据此根本不可能正确处理盗窃罪与抢夺罪的关系，盗窃既包括秘密窃取也包括公开窃取，故盗窃与抢夺的区分并非秘密与公开的问题。抢夺行为并不直接对人使用严重暴力，但抢夺行为是具有致人伤亡可能性的行为。在此基础上，该学者主张同时具备以下两个条件，即可认为具有致人伤亡的可能性，进而认定行为人的行为成立抢夺罪：其一，所夺取的财物是被害人紧密占有的财物。其二，行为人对物使用了非平和的手段。据此，盗窃罪与抢夺罪的区别如下：

1. 抢夺罪中被害人对财物的占有比盗窃罪中被害人对财物的占有更为紧密；

2. 抢夺行为表现为对物使用有形力将其“夺”过来，而盗窃则表现为使用平和的手段使财物转移。

综上，抢夺罪与盗窃罪是特别关系，凡是抢夺行为都符合盗窃行为的特征，但盗窃行为不一定符合抢夺行为的特征。二者并非 A

与非 A 的关系。

例：乙手拿钱包去银行取款，途中乙不小心被路边的铁链绊倒，钱包也随之落在离其 3 米远的地上。此时，尽管乙眼看着自己的钱包，但因脚伤不能行走，未能捡回自己的钱包，目睹了全过程的甲即乘机将乙的钱包拣起后迅速逃离现场。

依照上述学者的观点，甲以非法占有为目的，采用平和手段，违背被害人意志取得被害人没有紧密占有的财物，故应认定为盗窃罪。但如坚持通说，认为抢夺罪与盗窃罪的区别在于行为是否具有公然性，本案因甲的行为不具备秘密性，故应认定为抢夺罪。

七、绑架罪

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者以实力控制他人的行为。

（一）绑架罪的法益

本罪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。

例1：绑架婴儿的行为，虽然没有侵犯其行动自由，但使婴儿脱离了本来的生活状态，侵害了其身体安全，成立绑架罪。

例2：父母绑架未成年子女将其作为人质的行为，也侵害了子女在本来的生活状态下的身体安全与行动自由，成立绑架罪。

例3：绑架行为虽然没有使他人离开原来的生活场所，但如果以实力控制了他人，使其丧失了行动自由或者危害其身体安全的，成立

绑架罪。

（二）绑架罪的构成要件

1. 既遂标准

本罪构成要件的内容为使用暴力、胁迫或者麻醉方法劫持或者以实力控制他人。一般认为，绑架罪的结果是使他人的行动自由、身体安全受到侵害，而不要求使第三者遭受财产损害或者其他损失。即使行为人没有提出勒索财物或者其他不法要求，或者虽然提出了勒索财物等不法要求但没有实现目的，但只要发生了以实力控制被害人的结果，也成立绑架既遂。

2. 责任要素

本罪的责任形式为故意，且具有利用被绑架人的近亲属或者他人（包括单位乃至国家）对被绑架人安危的忧虑的意思。

如果行为人使用暴力、胁迫手段非法扣押被害人或者迫使被害人离开日常生活处所后，向关心被害人的第三人索要财物的，成立绑架罪；如果行为人使用暴力、胁迫手段非法扣押被害人或者迫使被害人离开日常生活处所后，仍然直接向被害人本人勒索财物的，成立抢劫罪。

例1：甲使用暴力将乙扣押在某废弃的建筑物内，强行从乙身上搜出现金3000元和1张只有少量金额的信用卡，甲逼迫乙向该信用卡中打入人民币10万元。乙便给其妻子打电话，谎称自己开车撞伤他人，让其立即向自己的信用卡打入10万元救治伤员并赔偿。乙妻信以为真，便向乙的信用卡中打入10万元，被甲取走，甲在得款后将乙释放。甲

成立抢劫罪。

例2：甲持刀将乙逼入山中，让乙通知其母送钱赎人。乙担心其母心脏病发作，遂谎称开车撞人，需付五万元治疗费，其母信以为真。甲成立绑架罪。

例3：甲绑架了脱逃的死刑犯乙后，向乙的家人声称，如不交付巨额赎金，就将乙移送司法机关。甲成立绑架罪。

例4：甲以收养为目的拐骗了儿童丙，后发现丙家巨富。遂打电话给丙的父母，要求其交付赎金。以甲应以拐骗儿童罪与绑架罪并罚。

（二）绑架罪的认定

1. 已满14周岁不满16周岁的人实施绑架行为，不以犯罪论处。

例1：15岁的甲绑架勒索未果，遂残忍地将被害人杀害。对甲应认定为故意杀人罪。

例：15岁的甲绑架了乙，在绑架过程中过失致乙死亡。因甲只有15周岁，对绑架罪与过失致人死亡罪均不承担刑事责任，故甲不构成犯罪。

2. 绑架罪与敲诈勒索罪区分的关键在于是否实际绑架了他人。

例1：甲出于杀人的故意将乙杀死后，隐瞒真相，对乙的家人谎称乙在自己控制之下，要求乙家人交付赎金。对甲应以故意杀人罪、敲诈勒索罪与诈骗罪（后二者为想象竞合）并罚。

例2：甲出于勒索财物的目的将乙控制后，向乙的家人勒索赎金。因财物未勒索到手，甲一怒之下将乙杀死。之后，甲隐瞒真相继续向乙家人勒索赎金。对甲应以绑架罪、敲诈勒索罪与诈骗罪（后二者为

想象竞合)并罚。

3. 绑架罪与非法拘禁罪不是对立关系,虽然不能将非法拘禁评价为绑架,但可以将绑架评价为非法拘禁。

例:15周岁的甲绑架乙后,使用暴力致使乙死亡,但甲既没有杀人故意,也没有伤害故意。由于绑架可以评价为非法拘禁,根据刑法第238条的规定,非法拘禁使用暴力致人死亡的,应以故意杀人罪论处,故对甲应以故意杀人罪论处。但如认为绑架罪与非法拘禁罪是对立关系,则对甲的行为只能宣告无罪。

4. 根据刑法第238条第3款的规定,行为人为索取债务非法扣押、拘禁他人的,成立非法拘禁罪,而非绑架罪。根据司法解释的规定,这里的债务既包括合法债务,也包括高利贷、赌债等非法债务。但张明楷教授认为,认定行为构成的是绑架罪还是非法拘禁罪,不能仅以行为人与被害人之间是否存在债务为唯一标准,更应考虑行为本身对人身自由的剥夺程度、对人身安全的侵害程度。据此:

例1:行为人为了索取债务,使用暴力、胁迫或者麻醉方法将与债务人没有共同财产关系、扶养、抚养关系的第三者作为人质的,不管债务是否正当,均应认定为绑架罪。

例2:行为人故意制造骗局使他人欠债,以索债为由扣押被害人作为人质,要求被害人亲属偿还债务的,成立绑架罪。

5. 绑架罪与抢劫罪不是对立关系,同一行为完全可能同时触犯绑架罪与抢劫罪。

例:乙女带着自己的孩子走在大街上时,甲男突然抢过孩子,将

刀架在孩子脖子上，声称乙女如不交付财物就杀害孩子的。甲成立绑架罪与抢劫罪的想象竞合犯。

（三）绑架罪的处罚

犯绑架罪的，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；情节较轻的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。

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。

以勒索财物为目的偷盗婴幼儿的，依照前两款的规定处罚。

1. 杀害被绑架人的规定系结合犯。具体说来，杀害被绑架人中的“杀人”，是指在绑架的机会中又独立于绑架行为之外的杀人，既包括直接故意，又包括间接故意。杀害被绑架人不以既遂为前提，在着手绑架后既遂前杀害被绑架人的，也属于杀害被绑架人。

2. 故意伤害被绑架人，致人重伤、死亡的，是指行为人在着手绑架后的过程中对被绑架人故意实施伤害行为，并造成重伤或者死亡。对于伤害未遂或者仅造成轻伤的场合，应当实行数罪并罚。

例：甲绑架乙后，故意伤害乙致乙轻伤的，应以绑架罪与故意伤害罪并罚。

3. 因刑法条文并未将绑架后强奸、强制猥亵被绑架人作为法定刑升格条件，故对于绑架后又强奸，或强制猥亵被绑架人的，应数罪并罚。

八、非法拘禁罪

非法拘禁罪，是指故意非法拘禁他人或者以其他方法剥夺他人

人身自由的行为。

（一）非法拘禁罪的法益

本罪的法益是人的身体活动的自由，理论上存在可能的自由说（非限定说）与现实的自由说（限定说）的争论。

例：甲将夜间熟睡的乙反锁在房间里，次日凌晨在乙醒来之前又将乙的房门打开。如坚持可能的自由说，本罪的成立不要求被害人具有现实的、具体的行动意思能力，只要具有这种可能性即可。本例中，乙任何时候都有醒来的可能性，因此，甲的行为侵害了乙可能的自由，构成非法拘禁罪故甲的行为成立非法拘禁罪。

与之相反，现实的自由说则认为，因非法拘禁罪的对象只能是有现实的、具体的行动意思或能力的自然人，一时丧失这种意思或能力的人，只有在他们恢复了这种意思或能力后，才能成为本罪的对象，所以，甲的行为不构成非法拘禁罪。

法考劫持现实的自由说，认为第二种观点具有合理性。

（二）非法拘禁罪的构成要件

（1）法拘禁罪的对象即“他人”，是指具有身体活动自由的自然人，只要其具有基于自己的意识从事身体活动的的能力即可。根据限定说，成立本罪要求被害人认识到自己被剥夺自由的事实，但不要求认识到有人对自己实施非法拘禁。

例：民航机长甲载乘客从A地飞往B地后，谎称B地不能降落而又返回A地。乘客虽然没有认识到机长甲对自己实施非法拘禁行为，但认识到自己的自由被剥夺。故机长甲的行为成立非法拘禁

罪。

（2）非法拘禁罪的行为表现为采用扣押或者其他方法，非法剥夺他人的人身自由。

使用欺骗方法剥夺他人自由，违反了被害人的现实意思，侵害了其身体活动自由的，依然成立非法拘禁罪。

例 1：被害人进入电梯后，行为人关闭电梯，谎称电梯停电，使被害人不能走出电梯的，属于非法拘禁。

例 2：甲欺骗被害人乙呆在某房间，直到丙来该房间为止，乙可以随时离开房间却一直等在该房间的，其承诺有效，甲不成立非法拘禁罪。

非法拘禁行为与结果又触犯其他罪名的，应根据其情节与有关规定处理。

例 1：甲以非法绑架、扣留他人的方法勒索财物的，成立绑架罪。

例 2：甲以出卖为目的非法绑架妇女、儿童的，构成拐卖妇女、儿童罪。

例 3：甲收买被拐卖的妇女、儿童后，非法剥夺其人身自由的，应以收买被拐卖的妇女罪与非法拘禁罪实行数罪并罚。

（三）非法拘禁罪的处罚

刑法第 238 条第 1 款规定，犯本罪的，处 3 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。第 2 款规定，犯前款罪，致人重伤的，处 3 年以上 10 年以下有

期徒刑；致人死亡的，处 10 年以上有期徒刑。使用暴力致人伤残、死亡的，依照本法第 234 条、第 232 条的规定定罪处罚。第 3 款规定，为索取债务非法扣押、拘禁他人的，依照前两款的规定处罚。第 4 款规定，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。对此，司法考试中经常考查的内容有：

1. 结果加重犯的规定。刑法第 238 条第 2 款前半段规定的非法拘禁致人重伤、致人死亡的情形属于非法拘禁罪的结果加重犯。非法拘禁致人重伤、死亡，是指非法拘禁行为本身致人重伤、死亡。非法拘禁罪结果加重犯的成立要求重伤、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 1：甲为索取债务，非法拘禁乙之后，乙自杀、自残、自身过失造成伤残、死亡结果的，不成立本罪的结果加重犯。

2. 甲为索取债务，非法拘禁了乙，警察前来解救。由于非法拘禁行为会引起警方的解救行为。因此，如果警方的正常解救行为造成被害人重伤、死亡的，成立非法拘禁罪的结果加重犯。但是如果警方判断失误，造成被害人死伤结果的，则不能认定为本罪的结果加重犯。

2. 法律拟制规定。依照刑法第 238 条第 2 款后半段规定，非法拘禁使用暴力致人伤残、死亡的，依照故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。本条系拟制规定。即只要非法拘禁的行为人使用暴力致人伤残、死亡的，即使其主观上没有伤害或者杀人的故意，也要认定为故意伤害罪或者故意杀人罪。

非法拘禁罪的拟制规定与结果加重犯的区别在于行为人所使用的暴力是否超出了非法拘禁行为所必需的暴力范围。如果超出，依照故意伤害罪、故意杀人罪论处；没有超出的，则认定为非法拘禁罪的结果加重犯。

例 1：甲非法拘禁了乙，但没有在拘禁行为之外使用暴力的，为非法拘禁罪的结果加重犯。

例 2：甲非法拘禁了乙，在非法拘禁乙的过程中，产生杀人故意实施杀人行为的，应以非法拘禁罪与故意杀人罪数罪并罚。

例 4：甲非法拘禁了乙，在拘禁行为外另使用了暴力且致人死亡，但没有杀人故意，且对死亡结果具有预见可能性的，适用拟制规定，认定为故意杀人罪。

九、拐卖妇女、儿童罪

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。

（一）拐卖妇女、儿童罪的犯罪构成

1. 构成要件

本罪的行为主体没有特殊要求，医疗机构、福利院等单位的人员将诊疗、抚养的儿童贩卖给他人的，成立本罪。

本罪的行为内容为拐骗、绑架、收买、贩卖、接送或者中转妇女、儿童。因本罪的法益是被拐卖者在本来的生活状态下的身体安全与行动自由。所以，如果拐卖行为得到了被害妇女的同意，就阻却行为的违法性，不应以犯罪论处。但是拐卖儿童的，即使征得儿

童同意，也成立拐卖儿童罪。

本罪的对象仅限于妇女、儿童。这里的妇女、儿童既包括具有中国国籍的妇女、儿童，也包括具有外国国籍和无国籍的妇女、儿童。儿童，是指不满 14 周岁的男女。拐卖已满 14 周岁的男子不构成本罪，符合其他犯罪的可以其他犯罪论处。拐卖两性人的，出卖捡拾的儿童，或者出卖亲生子女或者收养子女的，同样成立本罪。

例：甲多次将多名智障成年男性拐卖至某省一砖窑厂做奴隶工，非法获利 20 多万元。甲的行为构成强迫劳动罪。

2. 责任要素

本罪的责任形式为故意，且必须以出卖为目的。行为人拐卖后是否获利，不影响本罪的成立。

例：甲误将女童当作妇女拐卖，系具体的事实认识错误，成立拐卖儿童罪。

（二）拐卖妇女、儿童罪的认定

例：甲男与乙女通谋，将乙女“卖给”某人成婚，获得钱财后，甲男与乙女双双逃走，使对方人财两空的，其实质是行为人与所“拐卖”的妇女合谋制造骗局。如果诈骗数额较大，应以诈骗罪论处，不能认定为拐卖妇女罪。

例 2：15 周岁的甲拐卖妇女、儿童的，不成立犯罪；但是，如果在拐卖妇女、儿童的过程中强奸妇女或者奸淫幼女的，应以强奸罪论处。

例 3：甲拐卖妇女、儿童又组织、教唆被拐卖的妇女、儿童进行犯罪的，应以拐卖妇女、儿童罪与其所组织、教唆的罪数罪并罚。

例 4：甲以出卖为目的，拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童时，只要使被害人转移至行为人或第三者的实力支配范围内，即为既遂。

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

（三）拐卖妇女、儿童罪加重情形的理解

1. 奸淫被拐卖的妇女的。

例 1：甲在拐卖妇女的过程中，又强奸该妇女的，甲成立拐卖妇女罪一罪。

例 2：甲拐卖妇女乙，之后又强制猥亵乙的，应以拐卖妇女罪与强制猥亵、侮辱罪并罚。

2. 引诱、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。

例 1：甲引诱、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。甲成立拐卖妇女一罪。

例 2：甲先引诱、强迫妇女卖淫，然后再拐卖该妇女的，应以引诱、强迫卖淫罪与拐卖妇女罪数罪并罚。

3. 拐卖妇女、儿童过程中造成被拐卖的妇女、儿童或者其亲属

重伤、死亡或者其他严重后果的。

例：甲欲绑架女大学生乙卖往外地，乙强烈反抗，甲将乙打成重伤，并多次对乙实施强制猥亵行为。甲尚未将乙卖出便被公安人员抓获。对甲应以拐卖妇女罪与强制猥亵罪，实行并罚。

十、收买被拐卖的妇女、儿童罪

本罪是指故意用金钱或财物收买被拐卖的妇女、儿童的行为。

（一）收买被拐卖的妇女、儿童罪的犯罪构成

1. 构成要件。本罪的行为本罪的对象仅限于妇女、儿童，收买14周岁以上男性公民的不成立本罪。

2. 责任要素。本罪的责任形式为故意，但如行为人具有出卖的目的，成立拐卖妇女、儿童罪，而非本罪。

（二）收买被拐卖的妇女、儿童罪的认定

1. 收买被拐卖的妇女、儿童罪与拐卖妇女、儿童罪并非对立关系。凡是收买了被拐卖的妇女、儿童的行为，首先成立收买被拐卖的妇女、儿童罪，在此基础上，如能查明行为人有出卖的目的，则应以拐卖妇女、儿童罪论处。

2. 收买被拐卖的妇女、儿童罪与拐卖妇女、儿童罪的教唆犯的区别在于行为人的行为有没有超出收买的范围。超出了的，成立拐卖妇女、儿童罪的教唆犯，没有超出的，成立收买被拐卖的妇女、儿童罪。行为人为了收买妇女、儿童，而教唆或者帮助他人拐卖妇女、儿童，然后又收买了该被拐卖的妇女、儿童的应当以拐卖妇女、儿童罪与收买被拐卖的妇女、儿童罪并罚。

例：甲得知乙一直在拐卖妇女，便对乙说：“我的表弟丙没有老婆，你有合适的就告诉我一下”。不久，乙将拐骗的两名妇女带到甲家，甲与丙将其中一名妇女买下给丙做妻。甲、乙成立收买被拐卖的妇女罪的共犯，而非拐卖妇女罪的教唆犯。

3. 根据刑法第 241 条第 2 款、第 3 款、第 4 款的规定，行为人收买被拐卖的妇女、儿童后，强行与其发生性关系的，或者非法剥夺、限制其人身自由或者有伤害、侮辱等犯罪行为的，以强奸罪、非法拘禁罪、故意伤害罪、侮辱罪与收买被拐卖的妇女、儿童罪实行数罪并罚。

4. 收买被拐卖的妇女、儿童后又出卖的，应以拐卖妇女、儿童罪定罪处罚。本规定系法律拟制。

例 1：甲为了传宗接代，收买妇女乙为妻，在强行与乙发生性行为后，发现乙不能生育，又将乙转手倒卖。对甲应认定为拐卖妇女罪一罪。

例 2：甲为了传宗接代，收买妇女乙为妻。乙不从，试图逃出甲家，甲将乙腿打断。后发现乙仍然不从，甲无奈之下，将乙转卖于他人。对甲应以拐卖妇女罪与故意伤害罪并罚。

5. 收买被拐卖的妇女、儿童，又组织、教唆被收买的妇女、儿童进行犯罪的，以收买被拐卖的妇女、儿童罪与其所组织、教唆的罪实行并罚。

十、强奸罪

强奸罪分为普通强奸与奸淫幼女的强奸：前者是指违背妇女意

志，使用暴力、胁迫或者其他手段，强行与妇女发生性交的行为；后者是指与不满 14 周岁的幼女发生性交的行为。

（一）一般强奸罪的犯罪构成

1. 构成要件

（1）强奸罪的主体一般是具备刑事责任能力的男子，其中直接正犯只能是男子。妇女可以构成强奸罪的教唆犯、帮助犯，也可以成为强奸罪的间接正犯、共同正犯。原则上，婚内强奸不成立强奸罪，但如果丈夫在强奸妻子的过程中，存在伤害、虐待等行为，达到犯罪程度的，可按故意伤害罪、虐待罪定罪处罚。丈夫教唆、帮助他人强奸妻子的，理当以强奸罪论处。

（2）强奸罪的行为是指使用暴力、胁迫或者其他手段，强行与妇女发生性行为。

所谓暴力，是指不法对妇女行使有形力以使妇女不能反抗的行为，如直接对被害妇女采取殴打、捆绑、卡脖子、按倒等手段。

例 1：甲出于杀人的目的将被害妇女乙杀死后，又奸淫尸体的，对甲应以故意杀人罪与侮辱尸体罪并罚。

例 2：甲为了强奸妇女乙，不仅对被害妇女乙实施暴力，而且对阻止其实施强奸行为的第三者丙实施暴力，则甲对乙构成强奸罪，对丙构成故意伤害罪，应数罪并罚。

所谓胁迫，是指对被害妇女进行威胁、恫吓，通过精神上的强制，使妇女不敢反抗的行为。权色交易，双方各有所图，女方以肉体换取私利的，不成立强奸罪。

其他手段是指暴力、胁迫以外的，其他令被害妇女不敢反抗、不知反抗、不能反抗的行为。常见的如用酒灌醉或者用药物麻醉被害妇女后与其发生性行为、冒充被害妇女丈夫与其发生性行为，利用妇女患重病之机或者假冒治病强奸妇女的，等等。

需要注意的是，上述暴力、胁迫或者其他手段都必须得达到令被害妇女明显难以反抗的程度，否则不属于强奸。

2. 责任要素

本罪的责任形式是故意，要求行为人明知自己的行为会发生侵害妇女性的自己决定权的结果，并且希望或者放任这种结果发生。

例：甲误将被害人当成自己的妻子或者情妇而实施性行为的，不成立强奸罪。但当甲发现行为人不是自己的丈夫或者情夫而加以拒绝，甲不顾对方反对继续实施性行为的，甲成立强奸罪。

（二）奸淫幼女的犯罪构成

1. 奸淫幼女的构成要件表现为与幼女性交。因幼女不具有承诺能力，故不论行为人采用什么方式，也不论幼女是否自愿，只要与不满 14 周岁的幼女性交的，均应以强奸罪定罪处罚。

2. 奸淫幼女的责任形式为故意。奸淫幼女强奸罪的成立，要求行为人明知奸淫对象是不满 14 周岁的幼女以及奸淫行为的社会意义与后果。理论上认为，只要行为人认识到女方一定或可能是幼女，或者不管女方是否幼女，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的强奸罪。

依照两高、公安部、司法部《关于惩治性侵害未成年人犯罪的意见》的规定，“知道或者应当知道对方是不满 14 周岁的少女，而实施奸淫等性侵害行为的，应当认定为行为明知对方是少女。对于不满 12 周岁的被害人实施奸淫等性侵害行为的，应当认定为行为人明知对方是少女。”

（三）强奸罪的认定

1. 奸淫女精神病或女痴呆症患者行为的定性

与患有精神病或者有痴呆症的妇女发生性行为的可否认定为强奸罪，对此应具体分析：

例 1：明知妇女是精神病患者或者痴呆者（程度严重的）而与其发生性行为的，不管犯罪分子采取什么手段，都应以强奸罪论处。

例 2：在间歇性精神病患者未发病期间发生性行为，妇女本人同意的，不构成强奸罪。

例 3：行为人确实不知道妇女是精神病患者（如“花痴”），女方自愿与其发生性行为的，不构成犯罪。

2. 强奸罪的对象是妇女与少女，故女性行为人强行与男子性交的，或者男性行为人强行与男性被害人性交的，不成立强奸罪，只成立强制猥亵罪。

3. 强奸罪的罪数

实施其他犯罪过程中，又犯强奸罪的，原则上应当数罪并罚，但根据刑法条文的规定：在拐卖妇女、儿童的过程中，又奸淫被拐

卖的妇女（含幼女）的，加重处罚即可，无需数罪并罚。

例 1：甲在拐卖妇女的过程中，强行奸淫了该妇女。甲的行为虽然触犯了拐卖妇女罪与强奸罪，但根据刑法规定，只能以拐卖妇女罪定罪量刑。

例 2：甲欲使乙女卖淫，乙女不从，甲遂将乙女强奸后迫使其卖淫，对甲应以强奸罪与强迫卖淫罪并罚。

（四）强奸罪加重情节的理解

1. 在公共场所当众强奸的

原则上，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的，就属于在公共场所当众强奸妇女。

根据司法解释的规定，在校园、游泳馆、儿童游乐场等公共场所对未成年人实施强奸、猥亵犯罪，只要有其他多人在场，不论在场人员是否实际看到，均可以认定为在公共场所“当众”强奸妇女。

当众强奸中的“众”不包括行为人。

例：乙、丙、丁在现场帮助甲强奸妇女，而现场没有其他人的，不应认定为当众强奸。

2. 强奸致使被害人重伤、死亡的

强奸致使被害人重伤、死亡，是指强奸行为导致被害人性器官严重损伤，或者造成其他严重伤害，甚至当场死亡或者经抢救无效死亡（不包括被害人事后自杀身亡）。

例：甲强奸妇女乙后害怕其报案，遂卡住该妇女喉咙，致其死

亡。对甲应以强奸罪与故意杀人罪并罚。

3. 二人以上轮奸的

轮奸是指二人以上在同一时间段内，共同对同一妇女（或幼女）连续地轮流或同时强奸（或奸淫）的行为。轮奸是强奸罪的一种特殊形式（共同正犯）。其中的“连续”并不意味着完全没有间隔。短暂的时间与场所的间隔并不排除轮奸的成立。

（1）轮奸的成立并不要求奸淫的行为主体均达到法定年龄和具有责任能力。

例：已满 16 周岁的甲与不满 14 周岁的乙共同轮奸妇女的，在不法层面是共同正犯，对甲依然适用轮奸的法定刑。

（2）轮奸不是单纯的量刑规则，而是加重的犯罪构成。故轮奸存在未遂形态。

例：甲与乙以轮奸犯意共同对丙女实施暴力，但均未得逞。

甲、乙应适用轮奸的法定刑，但同时适用未遂犯的规定。

（3）两个以上的男子在同一时间、同一地点轮流与一个或几个成年女子自愿性交的，不是轮奸（轮流与幼女性交的，属于轮奸），如果具有公然性，成立聚众淫乱罪。如果在作案时，既有男女之间的淫乱行为，又挟持妇女进行强奸或者轮奸的，则应将后者认定为强奸罪。

十一、故意杀人罪

本罪是指故意非法剥夺他人生命的行为。

（一）故意杀人罪的对象

故意杀人罪的对象为“他人”，自杀行为不成立本罪。这里的“人”是指有生命的人。人的生命，始于出生，终于死亡。因此，溺婴构成故意杀人罪，而堕胎的行为则不构成本罪。

尸体不能成为故意杀人罪的对象。行为人误把尸体当作活人进行“杀害”的，理论上称之为对象不能犯。在具有导致活人死亡的可能性时（如尸体附近有其他人）按故意杀人未遂处理，否则应认定为不可罚的不能犯。

（二）故意杀人罪的行为

故意杀人罪的行为是杀人，即非法剥夺他人生命的行为。依法执行命令枪决罪犯，正当防卫杀人等行为，阻却行为的违法性，不成立故意杀人罪。关于安乐死应否作为犯罪处理，理论上存在争议。通说认为，消极安乐死不以故意杀人罪处理，但积极安乐死一般要以故意杀人罪论处。

例：甲的父亲乙身患绝症，痛苦不堪。甲根据乙的请求，给乙注射过量镇定剂致乙死亡。甲成立故意杀人罪。

杀人的方法既可以是物理的方式，如毒杀、刺杀等；也可以是心理的方法，如故意以精神刺激的方法致人休克死亡。本罪既可以作为方式实施，也可以以不作为方式实施。

例 1：哺乳期的母亲出于杀人的故意不给婴儿喂养致其死亡的，就是以不作为方式实施的故意杀人罪。

例 2：对自杀者负有救助义务的人故意不予救助的，也可能成立不作为的故意杀人罪。

（三）自杀相关行为的认定

1. 帮助或教唆自杀

帮助自杀是指在他人已有自杀意图的情况下，帮助他人自杀。

这里的帮助自杀不包括杀人的实行行为。

例：乙意欲自杀，甲经乙请求，将装有毒药的针剂注入乙的体内，是杀人的实行行为，理当成立故意杀人罪。

教唆自杀，是指故意引诱、怂恿、欺骗他人产生自杀的意图。

以相约自杀为名欺骗他人自杀的，也是一种教唆自杀行为。

帮助自杀或者教唆自杀是否成立故意杀人罪，理论上存在争议，但以下三种具有间接正犯性质的情形一般认为应认定为故意杀人罪：

（1）欺骗不能理解死亡意义的儿童或者精神病患者自杀应以故意杀人罪论处。

（2）如果教唆者的教唆、欺骗行为使得被害人对法益的有无、程度、情况等产生错误认识，导致其承诺无效时，同样应认定为故意杀人罪。

例：医生欺骗患者说：“你得了绝症（事实上该患者完全可以治愈），最多只能活三个月”，进而使其自杀的，此种情况下医生成立故意杀人罪。

（3）行为人凭借某种权势或利用某种特殊关系，以暴力、威胁或者其他心理强制方法使他人自杀身亡的，应以故意杀人罪论处。

例：根据司法解释的规定，组织和利用邪教组织制造、散布迷

信邪说，指使胁迫其成员或者其他人员实施自杀行为的，邪教组织成员组织策划煽动、教唆帮助邪教组织人员自杀的，应以故意杀人罪论处。

2. 相约自杀

相约自杀，即二人以上相互约定自愿共同自杀的行为。对此应区分不同情形进行处理：

（1）如果相约自杀者均自杀身亡，自然不存在刑事责任问题。

（2）如果相约自杀者各自实施自杀行为，其中一方死亡，但另一方自杀未得逞，未得逞一方也不负刑事责任。

（3）如果相约自杀，由其中一方先杀死对方，本人却因反悔而未自杀或者自杀未得逞的，对自杀未得逞者应以故意杀人罪论处。需要注意的是，如果一方以相约自杀为名、诱骗他人自杀的，应按教唆自杀的情形进行处理，在具有间接正犯性质的情况下，成立故意杀人罪。

例 1：甲男与乙女系恋人，因婚姻问题受到各自家长的反对，遂相邀割脉自杀。乙女因害怕，不敢下手，遂请甲男帮忙将自己腕动脉割开，先甲男一步而行。正当甲男用刀割自己的腕动脉时，被家人发现，未能追随乙女而去。对甲应以故意杀人罪论处。

例 2：甲男与乙女系恋人，但男方家长因女方家社会地位较低不同意这门婚事。甲是孝子，不忍心因此事与父母闹翻，遂拿来两瓶安眠药（一真一假），欺骗乙女说“今生不成相邀来世”。之后，二人各自吞服“安眠药”一瓶“自杀”，乙女香消玉殒，甲男苟且偷

生。对甲应以故意杀人罪论处。

（四）法律拟制规定

根据刑法第 238 条、第 247 条、第 248 条、第 289 条、第 292 条的规定，对非法拘禁使用暴力致人死亡的，刑讯逼供或暴力取证致人死亡的，虐待被监管人致人死亡的，聚众“打砸抢”致人死亡的，聚众斗殴致人死亡的，均应以故意杀人罪论处。

例：公安人员甲对犯罪嫌疑人乙刑讯逼供致其死亡，甲对死亡结果虽然是过失，但也成立故意杀人罪。

十二、故意伤害罪

本罪是指故意非法损害他人身体健康的行为。

（一）故意伤害罪的对象

故意伤害罪的对象是他人。伤害自己身体的，不成立故意伤害罪。但自伤行为侵犯了国家或者社会法益的情况下，有可能成立其他犯罪。

例：军人战时自伤身体的，成立战时自伤罪。毁坏尸体的，不成立故意伤害罪，而成立侮辱尸体罪。

（二）故意伤害罪的行为

故意伤害罪中的伤害行为必须具有非法性。阻却违法性的事由，如医生基于医疗目的去除患者肢体的，不成立故意伤害罪。

（三）故意伤害罪的结果加重犯

故意伤害致死的，系故意伤害罪的结果加重犯。此种情况下，首先要求伤害行为与死亡结果之间具有直接性因果关系。

其次，故意伤害致死的成立还要求行为人对致人死亡的结果具有预见可能性。

例 1：甲对被害人乙实施伤害行为，虽然没有发生打击错误与对象认识错误，但明知自己的行为会同时伤害丙却仍然实施伤害行为，因而造成丙死亡的，应认定为故意伤害致死。

例 2：行为人本欲对被害人甲实施伤害行为，但由于对象认识错误或者打击错误，而事实上对乙实施伤害行为，导致乙死亡的，应认定为故意伤害致死。

（四）故意伤害罪与故意杀人罪的关系

关于两者的关系，存在两种理论：对立理论认为，杀人与伤害是两个相互排斥的概念，杀人故意排除伤害故意，故杀人不包含伤害。单一理论认为，杀人行为必然包含伤害行为，杀人故意必然包含伤害故意。

对立理论存在缺陷：首先，在不能查明是杀人行为还是伤害行为时，根据对立理论只能宣告无罪，而根据单一理论可以认定为故意伤害罪。

其次，甲以杀人故意、乙以伤害故意共同攻击丙，即使采取行为共同说，根据对立理论也不构成共同犯罪；根据单一理论可以成立共同犯罪。

再次，在行为人起先以伤害故意、后以杀人故意对他人实施暴力，但不能证明是前行为致人死亡还是后行为致人死亡时，根据对立理论，不能使行为人对死亡负责；根据单一理论，可以将该行为

认定为一个故意伤害致死。

法考认为单一理论具有合理性。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。在此意义上，故意杀人与故意伤害是特别关系。

（五）法律拟制规定

根据刑法第 238 条、第 247 条、第 248 条、第 289 条、第 292 条、第 333 条的规定，对非法拘禁使用暴力致人伤残的，刑讯逼供或暴力取证致人伤残的，虐待被监管人致人伤残的，聚众“打砸抢”致人伤残的，聚众斗殴致人重伤的，非法组织或者强迫他人出卖血液造成伤害的，应以故意伤害罪论处。

例：甲非法拘禁被害人，大力反扭被害人胳膊，致其胳膊折断。甲成立故意伤害罪。

十三、过失致人死亡罪

过失致人死亡罪，是指由于普通过失致人死亡的行为。

1. 法条竞合情形的处理

例 1：司机甲违反交通运输法规，疲劳驾驶，致 4 名路人死亡。甲成立交通肇事罪，而非过失致人死亡罪。

例 2：甲非法拘禁了被害人乙后使用暴力致乙死亡。甲成立故意杀人罪，而不能以非法拘禁罪与过失致人死亡罪并罚。

2. 过失致人死亡罪与故意伤害罪的区别

故意伤害罪的责任要素为伤害（轻伤以上）的故意。如果行为

人仅仅具有殴打的意图，只是希望或者放任造成被害人暂时的肉体疼痛或者轻微的神经刺激，不宜认定为伤害的故意。此种情况下，由于某种原因或条件引起被害人死亡，行为人主观上对死亡结果存在过失的，宜认定为过失致人死亡罪。因此，司法实践中，经常出现的推人一把、打人一拳，被害人倒地因头部磕在石块或者其他硬物上而导致死亡的情形；父母为教育子女而实施惩戒行为导致子女死亡的情形，一般应认定为过失致人死亡之罪，而非故意伤害致死。

例：张某和赵某系邻居。某日两人因琐事在楼道内发生争执，张某推了赵某一巴掌，赵某倒地后后脑勺正好碰到楼梯台阶角上，导致颅脑损伤，经抢救无效死亡。张某成立过失致人死亡罪，而非故意伤害致死。

十四、贪污罪

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。

（一）贪污罪的构成要件

1. 本罪的行为主体为国家工作人员。

例1：村委会工作人员甲在协助乡政府办理本村土地征用工作时，利用自己管理土地征用补偿费用的便利，虚报土地面积，骗取多出的土地征用补偿款100万元归自己所有。甲成立贪污罪。

例2：某村村民小组组长赵某掌管本组兴修自来水管道的集资款，赵某利用管理这笔款项的便利，将部分款项取出给自己盖了一栋住房。

甲成立职务侵占罪。

例3：国有保险公司的工作人员甲利用职务上的便利，故意编造未曾发生的保险事故进行虚假理赔，骗取保险金50万元归自己所有。甲成立贪污罪。

例4：国有公司中从事公务的甲，利用职务便利将本单位收受的回扣据为己有，数额较大。甲行为构成贪污罪。

例5：甲受国家机关的委托经营某小型国有企业，利用职务上的便利，将该国有企业的资产转移到个人名下，数额较大。甲成立贪污罪。

2. 本罪的行为内容为利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物。

例1：某国有公司会计甲，下班时发现本单位出纳员某乙将钥匙忘在办公室，某甲就用该钥匙打开某乙的保险柜，取走了3 万元现金，然后将该钥匙放回原处。甲成立盗窃罪。

例2：某国有公司出纳甲意图非法占有本人保管的公共财物，但不使用自己手中的钥匙和所知道的密码，而是使用铁棍将自己保管的保险柜打开并取走现金3万元。之后，甲伪造作案现场，声称失窃。甲成立贪污罪。

例3：国家工作人员甲在国内公务活动中收受礼物，依照国家规定应当交公而不交公，数额较大。甲成立贪污罪。

例4：村民甲谎称危房翻修，村长乙代其填写虚假材料并以村长名义签字同意后上报镇政府，从镇政府骗取1万元的危房补助给甲。

虽然乙从事扶贫管理属于国家工作人员，也利用了职务上的便利，但乙对该款并不具有支配权、决定权，故甲、乙二人成立诈骗罪，而非贪污罪的共犯。

（二）贪污罪与职务侵占罪的区别

二者区别的关键在于主体不同：贪污罪的主体是国家工作人员，而职务侵占罪的主体是公司、企业或者其他单位中的非国家工作人员。

例1：甲是某国有资本控股的股份有限公司的总经理，甲利用职务上的便利，将本单位的300万元资金非法占为己有。甲成立职务侵占罪。

例2：甲被聘在国有公司担任职务，后因该国有公司与某外商企业合资，国有公司占10%的股份，甲被该国有公司委派到合资企业担任副总经理。在任职责期间，甲利用职务上的便利将合资企业价值5万元的财物非法据为己有。甲成立贪污罪。

十五、挪用公款罪

挪用公款罪，是指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、超过三个月未还的行为。

（一）挪用公款罪的构成要件

1. 所谓挪用，是指未经合法批准，或者违反财经纪律，擅自使公款脱离单位的行为。行为人使公款脱离单位后，即使尚未使用该公款的，也属于挪用。

例1：国有公司会计擅自将公款从 A 银行转入 B 银行，户名依

然为国有公司的，因其并未使公款脱离单位占有，故不应认定为挪用公款罪。

例2：行为人将公款转出，准备日后购买个人住房；即使尚未使用该公款购买住房，也属于挪用。

2. 本罪的对象是公款，包括国库券、失业保险基金、下岗职工基本生活保障金。根据司法解释的规定，挪用有价证券、金融凭证用于质押行为的，以挪用公款罪定罪处罚。除个别情况下挪用公款罪的对象可以是物外（将特定款物挪归个人使用时），原则上挪用特定款物归个人使用的，不成立挪用公款罪。

例：国有房地产公司的负责人甲为了偿还自己欠乙的600万元，利用职务上的便利，将公司尚未出售的一套价值600万元住房，以出售给乙的方式偿还自己的债务（乙以免除甲的债务的方式支付对价），然后在公司的帐务上显示甲欠公司600万元。因挪用公款罪是使单位现实控制的公款脱离单位的控制，本案中，单位只是现实地控制了住房，而没有现实控制600万元公款。故甲不成立挪用公款罪，认定为国有公司人员滥用职权罪较为合适。

3. 根据立法解释的规定，所谓挪用公款归个人使用是指以下三种情形：第一，将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的；第二，以个人名义将公款供其他单位使用的；第三，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。

例：某国有事业单位负责人甲决定以单位名义将本单位资金150余万元贷给另一公司，所得高利息归本单位所有。甲虽未牟取个人利

益，但最终使本金无法收回。甲不成立挪用公款罪。

根据该司法解释，“挪用公款归个人使用，进行非法活动的”，以挪用公款 3万元为定罪数额起点。挪用公款归个人使用，“数额较大、进行营利活动的”，以挪用公款5万元为“数额较大”的起点。挪用公款归个人使用，“数额较大、超过3 个月未还的”，以挪用公款5万元为“数额较大”的起点。

挪用公款给他人使用，不知道使用人将公款用于非法活动或者营利活动，但数额较大、超过 3 个月未还的，构成挪用公款罪

例：国家工作人员甲挪用公款给朋友乙使用，不知道乙将公款用于非法活动或者营利活动，但数额较大、超过3个月未还的，构成挪用公款罪。

（二）挪用公款罪的认定

1. 挪用公款给他人使用，使用人与挪用人共谋，指使或者参与策划取得挪用款的，以挪用公款罪的共犯定罪处罚。使用人具有诈骗故意时，不影响国家工作人员成立挪用公款罪。

例：乙向国有公司会计甲谎称借用公司100万元用于购房首付，3个月后肯定归还。但乙隐瞒了拒不归还的真实想法，得到100万元后逃之夭夭。乙的行为成立诈骗罪，但甲依然成立挪用公款罪。如甲明知乙不归还，则成立贪污罪。

2. 司法解释规定，“因挪用公款索取、收受贿赂构成犯罪的，挪用公款进行非法活动构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。”

例1：国有企业会计甲挪用公款200万后贩卖毒品，对甲应以挪用

公款罪与贩卖毒品罪并罚。

例2：甲找到某国有企业出纳乙称自己公司生意困难，让乙想办法提供点资金，并许诺给乙好处。乙便找机会从公司账户中拿出15万借给甲。甲从中拿了2万元给乙。之后，甲因违法行为被公安机关逮捕，乙害怕受牵连，携带100万元公款潜逃。对乙应以挪用公款罪、受贿罪与贪污罪三罪并罚。

3. 挪用公款罪与贪污罪的主要区别在于行为人主观上是否具有非法占有的目的。如否，成立挪用公款罪；如是，成立贪污罪。

例：某县地震，大量房屋倒塌。县长甲将上级拨给灾民的救济款6000万元汇往境外自己的公司账户，一时民怨沸腾。甲在绕道出境时被查获。甲的行为构成贪污罪。

4. “挪用公款数额巨大不退还的”，作为挪用公款罪的加重犯处理，根据司法解释的规定，本条是指挪用公款数额巨大，因客观原因在一审宣判前不能退还的情形。如行为人主观上不想归还的，如携带挪用的公款潜逃的，挪用公款后做假账，使所挪用的公款难以在单位财务账目上反映出来，且没有归还行为的，以贪污罪论处。

需要注意的是：挪用公款后潜逃的，只能对所携之款以贪污罪论处，而对于潜逃之前因客观原因不能归还的公款，只能定挪用公款罪。

例：国家工作人员甲为装修房屋，擅自从单位挪用30万元。5个月后，上级单位对甲所在单位进行财务审计，甲心中恐惧，遂携带余款5万元潜逃。后被抓捕。甲成立挪用公款罪（25万元）和贪污罪（5万元），实行数罪并罚。

5. 挪用特定款物归个人使用的，从重处罚。

例：甲是某市民政局的一位处长，应其朋友刘某的相求，利用自己主管救济款的便利条件，先后三次将上级拨发的救济款共60万多元借给刘某做生意使用，长达半年之久。本案中，甲挪用的虽然是特定款物，但其并不是挪作公用，而是归个人使用，故应认定为挪用公款罪，而非挪用特定款物罪，且需从重处罚。

6. 挪用公款罪与挪用资金罪的主要区别在于行为人是否具有国家工作人员身份。如是，为挪用公款罪；如否，为挪用资金罪。

例：甲是某私企的总经理，甲利用职务上的便利，将本单位财物的500万元资金挪归自己经商使用。甲成立挪用资金罪。

十六、受贿罪

受贿罪，是指国家工作人员，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行为。

本罪的法益是国家工作人员职务行为的不可收买性。

例：国家工作人员甲收受他人财物后，仍然依法履行职务的，侵犯了职务行为不可收买的法益，构成受贿罪。

（一）受贿罪的犯罪构成

1. 构成要件

（1）本罪的主体是国家工作人员，依照司法解释的规定，国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，并与请托人事先约定，在其离职后收受请托人财物的，成立本罪。

（2）本罪的对象是财物，既包括财产，也包括财产性利益。财

产性利益包括可以折算为货币的物质利益如房屋装修、债务免除等，以及需要支付货币的其他利益如会员服务、旅游等。非财产性利益不能成为受贿罪的对象。

例：女律师乙为了打赢官司，陪法官甲上床的，甲不成立受贿罪。但如乙女为了打赢官司，请法官甲在色情场所嫖宿，为甲支付巨额嫖资的，甲成立受贿罪。

（3）本罪的行为方式表现为行为人利用职务上的便利，索取或者收受贿赂。

索取或者收受贿赂，并不限于将贿赂直接据为己有，而是包括使请托人向第三者提供贿赂的行为。

例：丙有求于国家工作人员甲的职务行为，甲便要求或者暗示丙向乙提供财物，乙欣然接受；或者甲利用职务上的便利为丙谋取利益，事后丙欲向甲提供作为职务行为的不正当报酬的财物时，甲要求或者暗示丙将财物提供给乙，乙没有拒绝。在这种情况下，甲依然成立受贿罪。如果乙不明知丙所提供的财物与国家工作人员甲的职务行为具有关联，乙不成立受贿罪的共犯；如果乙明知丙所提供的财物为贿赂，则成立受贿罪的共犯。

索取贿赂只需要利用职务上的便利就成立受贿罪，不要求为他人谋取利益。但收受贿赂的只有为他人谋取利益才成立受贿罪，一般认为受贿罪中的为他人谋取利益是受贿罪的客观构成要件要素，其内容的最低要求是承诺为他人谋取利益。承诺既可以是明示的，也可以是暗示的；既可以是真实的，也可以是虚假的。

事实上，司法解释也认可了这一观点。如2016年4月18日两高《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第13条既规定，具有下列情形之一的，应当认定为“为他人谋取利益”，构成犯罪的，应当依照刑法关于受贿犯罪的规定定罪处罚：（1）实际或者承诺为他人谋取利益的；（2）明知他人有具体请托事项的；（3）履职时未被请托，但事后基于该履职事由收受他人财物的。国家工作人员索取、收受具有上下级关系的下属或者具有行政管理关系的被管理人员的财物价值3万元以上，可能影响职权行使的，视为承诺为他人谋取利益。

例：国家工作人员甲听到有人敲门，开门后有人扔进一个包就跑。甲发现包内有20万元现金，推测是有求于自己职务行为的乙送的。甲打电话问乙时被告知“不要问是谁送的，收下就是了”（事实上是乙安排丙送的），并重复了前几天的请托事项。甲虽不能确定是乙送的，但还是允诺为乙谋取利益。甲成立受贿罪。

2. 责任要素

本罪的责任形式为故意，如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，不成立受贿罪。

例：大学生甲为获得公务员面试高分，送给面试官乙（某机关领导）2瓶高档白酒，乙拒绝。次日，甲再次到乙家，偷偷将一块价值5万元的金币放在茶几上离开。乙不知情。保姆以为乙知道此事，将金币放入乙的柜子。甲成立行贿罪，但乙不成立受贿罪。

（二）斡旋受贿的成立条件

斡旋受贿，是指国家工作人员利用本人职权和地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员的职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取或者收受请托人财物的行为。

首先，斡旋受贿的成立要求行为人利用了本人职权或者地位形成的便利条件。这里的“利用本人职权或者地位形成的便利条件”，是指行为人与被其利用的国家工作人员之间在职务上虽然没有隶属、制约关系，但是行为人利用本人职权或者地位产生的影响和一定的工作联系，如单位内不同部门的国家工作人员之间、上下级单位没有职务上隶属、制约关系的国家工作人员之间、有工作联系的不同单位的国家工作人员之间等。

如果行为人利用本人职务上主管、负责、承办某项公共事务的职权，或者利用职务上有隶属、制约关系的其他国家工作人员的职权，索取或者收受贿赂的，属于刑法第385条的直接受贿，而非斡旋受贿。

其次，斡旋受贿的成立要求斡旋者谋取的必须是不正当利益。反之，如斡旋者代为谋取的是正当利益的，不成立斡旋受贿。与之相应，斡旋者收受的财物是自己斡旋行为的对价，故只要请托事项不正当，行为人对此有认识即可，不要求行为人已经为请托人谋取了不正当利益，也不要求其他国家工作人员认识到行为人索取、收受贿赂，但要求行为人对其他国家工作人员提出了为请托人谋取不正当利益的请求、约定。至于其他国家工作人员是否许诺、答应行为人的请求，是否为请托人谋取了不正当利益，则不影响斡旋受贿的成立。

例1：张三到法院去打离婚官司。民一庭的甲法官作为主审法官。

如果张三主动给甲法官一笔钱，甲法官为他谋取利益。甲法官属于典型的“利用职务之便”被动收受贿赂的受贿罪。

例2：假设张三想给甲法官钱，而甲法官并不理睬张三。于是张三找到了甲的顶头上司乙——民一庭的庭长，请求乙庭长指使甲法官为其谋取利益。乙庭长拿了贿赂后，指使甲为张三谋利益的。乙庭长属于利用与自己有隶属关系的下属的职权，也属于“利用职务之便”的范围，并且是被动收受贿赂的受贿罪。

例3：假设张三找到了丙——法院政治部主任。政治部主任丙收受贿赂，指使民一庭法官甲为张三谋利益的。虽然政治部主任与甲之间没有隶属关系，但是他们之间存在权力制约关系，丙的行为仍然属于“利用职务之便”的范围，仍然是被动收受贿赂的受贿罪。

例4：假设张三最后找到刑庭法官丁。丁和甲是普通的同事关系，此时丁通过甲的职务上的行为为张三谋取不正当利益，索取或者收受张三财物的，成立斡旋受贿的受贿罪。

（三）事后受贿行为的性质

所谓事后受贿，即指国家工作人员事先实施某种职务行为，为他人谋取利益时，没有受贿的故意，事后（在职时）明知他人交付的财物是对自己职务行为的不正当报酬而予以收受的，成立受贿罪。

前述两高《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第13条第（3）项即规定：“履职时未被请托，但事后基于该履职事由收受他人财物的”应当认定为“为他人谋取利益”，构成犯罪的，应当依照刑法关于受贿犯罪的规定定罪处罚。

（四）变相受贿的认定

2007年7月8日两高《关于办理受贿刑事案件具体适用法律若干问题的解释》规定了一些变相受贿成立受贿罪的情形，此处仅择其要者予以摘录。

1. 交易型受贿

例：国家工作人员甲利用职务上的便利为请托人乙谋取利益，以明显低于市场的价格向乙购买房屋、汽车等物品的，成立受贿罪。

2. 干股分红型受贿

例：国家工作人员甲利用职务上的便利为请托人乙谋取利益，收受请托人乙提供的干股的，以受贿论处。

3. 合作投资型受贿

例1：国家工作人员甲利用职务上的便利为请托人乙谋取利益，由请托人乙出资，“合作”开办公司或者进行其他“合作”投资的，以受贿论处。

例2：国家工作人员甲利用职务上的便利为请托人乙谋取利益，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。

5. 受托理财型受贿

例：国家工作人员甲利用职务上的便利为请托人乙谋取利益，以委托乙投资证券、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。

6. 赌博型受贿

例：国家工作人员甲利用职务上的便利为请托人乙谋取利益，通过赌博方式收受请托人财物的，构成受贿罪。

7. 干薪型受贿

例：国家工作人员甲利用职务上的便利为请托人乙谋取利益，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。

8. 特定关系人收受型受贿

例：国家工作人员甲利用职务上的便利为请托人谋取利益，授意请托人将有关财物给予特定关系人的，以受贿论处。

9. 权属未变更型受贿

例：国家工作人员甲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，成立受贿罪。

（五）受贿罪的认定

1. 受贿罪的既遂标准：在收受贿赂的情况下，以接受贿赂为既遂；在索取贿赂的情况下，以实施了索要行为作为既遂标准。

例：甲让行贿人乙以乙的名义办理银行卡，存入50万元，乙将银行卡及密码交给甲。甲用该卡时，忘记密码，不好意思再问乙。后乙得知甲被免职，将该卡挂失取回50万元。甲成立受贿罪既遂。

2. 受贿罪与敲诈勒索罪的关系。

例：国家工作人员甲在他人有求于自己的职务行为时，利用职务上的便利敲诈勒索他人的，成立受贿罪与敲诈勒索罪的想象竞合。

3. 受贿罪与诈骗罪的关系。

例1：国家工作人员甲的家属乙，以通过甲的职务行为为他人谋取利益之名，欺骗对方，获取财物的，成立诈骗罪。

例2：在乙有求于国家工作人员甲的职务行为时，甲接受财物后，做出虚假承诺的，成立受贿罪。

十七、行贿罪

行贿罪，是指为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的行为。

（一）行贿罪的犯罪构成

本罪的成立要求行为人谋取的必须是不正当利益。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。

例：某公司原本应当获得国家的某补贴，但公司负责人甲不知情，于是以“谋取不正当利益”的想法向有关国家机关负责人乙提出要求，并送给乙5万元现金。乙随后发现，甲的企业完全符合补贴条件。甲的行为不符合行贿罪的构成要件要素，故不成立行贿罪。

为了谋取不正当利益，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。

例：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。

（二）行贿罪的认定

1. 单位行贿的，但行贿所得的非法利益归个人所有的，应认定行贿罪，而非单位行贿罪。

2. 行贿人谋取不正当利益的行为构成犯罪的，应当与行贿犯罪实行数罪并罚。

例：甲为逃税给税务机关工作人员乙行贿，乙收受贿赂后对甲故意少征税款，使甲得以顺利实施逃税行为，对甲应以行贿罪与逃税罪并罚。

（三）行贿罪的减免处罚

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。

十八、利用影响力受贿罪

（一）利用影响力受贿罪的构成要件

在构成要件上，本罪包括两种类型：

一是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行为。

例：国家工作人员甲的近亲属乙假称可以通过甲帮丙为其在土地开放项目中谋取不正当利益，但实际上并未要求甲如此行事的，乙成立诈骗罪而非利用影响力受贿罪。

二是离职的国家工作人员或者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，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行为。

十九、介绍贿赂罪

介绍贿赂罪，是指向国家工作人员介绍贿赂，情节严重的行为。

根据刑法分则关于行贿罪、受贿罪的规定以及刑法总则关于共同犯罪成立条件的规定，凡是行贿罪、受贿罪的帮助行为，都是行贿罪、受贿罪的共犯行为，理当分别认定为行贿罪与受贿罪，而不得认定为介绍贿赂罪。

如果行为同时对行贿、受贿起帮助作用，则属于一行为触犯数罪名，应从一重罪处罚，也不宜认定为介绍贿赂罪。如果一个行为同时触犯行贿罪的帮助犯、受贿罪的帮助犯与介绍贿赂罪，也应当从一重罪论处。

例：甲与乙系邻居，乙的儿子因涉嫌故意伤害致人死亡被公安机关羁押侦查，乙得知甲的战友丙为公安局副局长，遂委托甲将10万元转交给丙，并一再叮嘱，甲在转交时务必请求丙“高抬贵手”。甲如约行事。本案中，甲成立行贿罪的帮助犯。

二十、巨额财产来源不明罪

巨额财产来源不明罪，是指国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大，而本人又不能说明其来源是合法的行为。

例1：国家工作人员甲退休后，检察机关发现其拥有巨额财产，不能说明来源，甲不成立本罪。

例2：甲、乙夫妻二人均为国家工作人员，检察机关发现其家庭财产明显超过合法收入，差额巨大，后检察机关责令其说明来源，但甲、乙二人均不说明来源。甲、乙二人均成立巨额财产来源不明罪。但如乙已退休，检察机关责令甲说明来源时，甲声称财产源于乙的行为，但乙拒不说明来源的，甲、乙二均不成立巨额财产来源不明罪。犯本罪，事后查明来源的不予改判。

例1：国家工作人员甲拥有巨额财产，本人说明其源于受贿，后经过查证属实。甲成立受贿罪。

例2：国家工作人员甲有1000万元巨额财产无法说明其来源，司法机关遂判决甲成立巨额财产来源不明罪，处以有期徒刑5年。甲服刑2年后，交待其1000万元为受贿所得，后查证属实。此种情况下，应将受贿事实定罪量刑后，与前罪没有执行完毕的刑罚实行数罪并罚。

二十一、私分国有资产罪

私分国有资产罪，是指国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体，违反国家规定，以单位名义将国有资产集体私分给个人，数额较大的行为。

本罪与贪污罪的区别在于行为人是否出于相对公平的利他动机，

并对国有资产进行公平的私分。如是，则为私分国有资产罪；如否，则为贪污罪。

例：某国有公司在改制过程中，隐匿公司财产，如改制后的公司只有公司的管理人员或者少数职工持股，多数职工未持股的，对相关人员应以贪污罪的共犯定罪处罚。

二十二、交通肇事罪

交通肇事罪，是指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行为。

（一）交通肇事罪的构成要件

1. 本罪并非身份犯，非交通运输人员也能成为本罪的主体。

例1：在偷开机动车辆过程中因过失撞死、撞伤他人或者撞坏车辆的，成立交通肇事罪。

例2：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，以交通肇事罪定罪处罚。

例3：车主将自己的机动车交给醉酒者、无驾驶资格者驾驶，没有防止伤亡结果发生的，驾驶者与车主均成立交通肇事罪。

例4：在高速公路上实施拉车乞讨等行为，引起交通事故的，成立交通肇事罪。

2. 重大交通事故必须发生在交通过程中以及与交通有直接关系的活动中。

例：司机甲在施工场地卸货倒车时忘记观察后视镜，不慎将车后一聋哑工人轧死。甲的行为构成重大责任事故罪，而非交通肇事罪。

3. 交通肇事的结果必须由违反规范保护目的的行为所引起。行为虽然违反交通运输管理法规，也发生了结果，但倘若结果的发生超出了规范保护目的，不能认定为本罪。

例1：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者丧失进而造成交通事故。如果酒后驾驶并未导致驾驶能力减退或者丧失，而是由于车辆出现了驾驶者不能预见的刹车故障而造成交通事故，对驾驶者不能以交通肇事罪论处。

例2：禁止驾驶没有经过年检的车辆的目的，是为了防止因车辆故障导致交通事故。如果行为人驾驶没有年检的车辆，但该车并无故障，而是由于被害人横穿高速公路造成了交通事故，对行为人也不以交通肇事罪论处。

（二）交通肇事罪的认定

1. 在行为人与被害人均有责任的情况下，如果行为人对事故不应负全部责任或主要责任，则不能认定为交通肇事罪。

违章及程度	构罪的条件	特殊情形下构罪的条件
完全责任与主要责任	死亡一人以上或重伤三人以上或者造成公私财产直接损失，无能力赔偿额30万以上的	重伤一人以上并有以下情形的之一的：①酒后、吸毒后驾车；②无驾驶资格；③明知车况不良；④明知无牌证、报废车辆；⑤严重超载；⑥逃逸的

同等责任	死亡三人以上	
------	--------	--

2. 不能形式化地直接采纳交通管理部门的责任认定来判断某一行为是否构成交通肇事罪时，而应根据刑法所规定的交通肇事罪的构成要件进行实质的分析判断。

例：行为人白天将货车停在马路边后下车小便，后面的小客车飞速驶来，撞到货车尾部，司机当场死亡。行为人拨打110后迅速逃离。根据道路交通安全法实施条例第92条的规定，“发生交通事故后当事人逃逸的，逃逸的当事人承担全部责任。”但这里的全部责任只是行政责任，司法机关不能据此认定行为人构成交通肇事罪。

（三）交通肇事罪的处罚

根据刑法第133条的规定，犯交通肇事罪的，处3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3年以上7年以下有期徒刑；因逃逸致人死亡的，处7年以上有期徒刑。

根据司法解释，交通运输肇事后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。但也有学者认为，一般而言，只要行为人只要行为人在交通肇事后不救助被害人的，就可以认定为逃逸。据此：

例1：发生交通事故后，行为人虽然仍在原地，但不救助受伤者的，应认定为逃逸。

例2：行为人造成交通事故后，让自己的家属、朋友救助伤者，自己徒步离开现场的，不应认定为逃逸。

根据司法解释，“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。

例：行为人在交通肇事后，以为被害人已经死亡，为了隐匿罪迹，将被害人沉入河流中，导致被害人溺死的，应将后行为认定为过失致人死亡罪，而不能认定为因逃逸致人死亡；如果前行为已构成交通肇事罪，则应实行数罪并罚。

行为人在交通肇事后，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，应当分别以故意杀人罪或者故意伤害罪定罪处罚。

根据司法解释，“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。”

例：15岁的乙违章驾驶机动车发生了交通事故，车主甲指使乙逃逸，导致被害人因得不到救助而死亡。应认定甲的行为成立交通肇事罪。

二十三、信用卡诈骗罪

1. 根据刑法第196条第3款的规定：盗窃信用卡并使用的，成立盗窃罪。这里的使用既包括对自然人使用，也包括对机器使用。

2. 单纯侵占他人信用卡的，因信用卡价值微薄，故不成立侵占罪。如行为人事后对人使用，属于冒用他人信用卡的情形，成立信用卡诈骗罪。如行为人事后对机器使用，因机器不可能被骗，成立盗窃罪。

这方面的案例，如2015年卷四第二题即认为，如认为死者钱某继续占有自己的信用卡，则高某的行为属于盗窃信用卡，此后尹某猜测

到此卡可能是高某盗窃而来，但仍然使用，系承继的共犯，符合盗窃信用卡并使用的规定，成立盗窃罪。

但如认为死者钱某不再占有自己的信用卡，则高某的行为属于侵占信用卡，此后高某教唆尹某到银行柜台对人使用的，属于冒用他人信用卡，二人成立信用卡诈骗罪的共犯。

二十四、因果关系错误

（一）狭义的因果关系进程错误

狭义的因果关系错误，是指结果的发生不是按照行为人对因果关系的发展所预见的进程来实现的情况。

如甲为使乙溺死而将乙推入井中，但井中没有水，乙摔死在井中。甲仍然成立故意杀人罪既遂。

（二）事前故意

事前故意。是指行为人误认为第一个行为已经造成结果，出于其他目的实施第二个行为，实际上是第二个行为才导致预期的结果的情况。

例：甲以杀人故意对乙实施暴力(第一行为)，造成乙休克后，甲以为乙已经死亡，为了隐匿罪迹，将乙扔至水中(第二行为)，实际上乙是溺死于水中。刑法理论上对这种情况有多种处理意见：

第一种观点认为，行为人的第一行为成立故意杀人未遂，第二行为成立过失致人死亡罪；其中有人认为成立想象竞合犯，有人主张成立数罪。但以杀人的故意杀害了所要杀害的人，却成立杀人未遂，违反了社会的一般观念。

第二种观点认为，如果在实施第二行为之际，对于死亡持未必的故意(或间接故意)，则整体上成立一个故意杀人既遂；如果在实施第二行为之际，相信死亡结果已经发生，则成立故意杀人未遂与过失致人死亡罪。但行为的客观事实完全相同，只因行为人是否误信结果发生，来决定是否将行为分割为两个行为，还缺乏理由。

第三种观点认为，将两个行为视为一个行为，将支配行为的故意视为概括的故意，只成立一个故意杀人既遂。但这一学说有歪曲事实的嫌疑。

第四种观点认为，将前后两个行为视为一体，视为对因果关系的认识错误处理，只要因果关系的发展过程是在相当的因果关系之内，就成立一个故意杀人既遂。

通常认为，在这种场合，第一行为与死亡结果之间的因果关系并未中断，即仍应肯定第一行为与结果之间的因果关系，而且现实所发生的结果与行为人意欲实现的结果完全一致，故应以故意犯罪既遂论处。

(三) 犯罪构成的提前实现

犯罪构成的提前实现。是指提前实现了行为人所预想的结果。要认定这种行为是否成立故意犯罪既遂，关键在于行为人在实施第一行为时，是否已经着手实行，如果能得出肯定结论，则应认定为故意犯罪既遂，如果得出否定结论，则否认故意犯罪既遂。

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。甲成立故意杀人既遂

例2：甲为杀害丈夫乙遂给乙准备了有毒咖啡，打算等丈夫回家后给丈夫喝。在乙回家前，甲去超市购物。但在妻子回家之前，丈夫提前回家喝了有毒咖啡而死。甲成立故意杀人预备与过失致人死亡的想象竞合犯。