

# 2016 年法律硕士联考

## 冲刺阶段考点归纳

### 刑法

#### 编写说明

本考点归纳系列笔记系法硕联盟论坛倾力创作，旨在帮助广大战友提高冲刺阶段的专业课复习效率。法硕联盟论坛多年来一直致力于用心为广大法硕战友服务，2010 年论坛大师兄主导编写的六脉神剑系列法硕笔记帮助无数战友实现了自己的梦想。目前有的地方，随便弄点法硕的电子版资料，就敢卖几十甚至几百元，而该六脉神剑法硕笔记完全免费，只需在法硕联盟论坛注册账户，等级达到高级会员以后即可免费下载本系列全套笔记资料。虽然本系列笔记多达 500 多页，但依然有很多战友花不少钱打印出来学习，足可见广大战友对六脉神剑笔记的认可。

冲刺阶段，战友们需要冲刺阶段的梳理性和归纳性的笔记资料，法硕联盟论坛安排专业人士，分工合作，编写了这套《冲刺阶段考点归纳》笔记，我们希望本套笔记也能帮助到各位战友。

我们欢迎广大战友对笔记提出意见，以便本笔记后期的完善，我们更期待有识之士加入本笔记的创作中。

法硕联盟论坛 [www.fashuounion.com](http://www.fashuounion.com) 客服 qq10680513 qq88188756 电话 15910472260。

感谢论坛“正义之剑”、“书女重新出发”、“枉者”“婉婉”、“法硕上校”等战友对本笔记所做出的贡献，同时感谢文运法硕培训图书发行部李老师和华成法硕培训文老师对本笔记提供的帮助。

预祝各位战友成功考取法律硕士，圆梦名校。

2015 年 11 月 1 日 于北京

请关注法硕联盟微信平台。打开您的手机微信，用“扫一扫”功能扫下面的图片，加关注即可。



刑法总则

第一章绪论

第一节 刑法概述

考点 1 刑法的形式

1. 刑法典，即全面、系统规定犯罪及其法律后果的内容的法典。
2. 单行刑法，是规定某一类犯罪及其后果或者刑法某一事项的法律。
3. 附属刑法，是指在经济、行政等非专门刑事法中附带规定的一些关于犯罪与刑罚或追究刑事责任的条款。

刑法有广义和狭义之分。广义刑法包含上述一切形式的刑法，狭义刑法特指刑法典。刑法典也被称为普通刑法，单行刑法和附属刑法被合称为特别刑法。

考点 2 刑法的特征

1. 调整范围的广泛性。
2. 调整对象的专门性。
3. 刑罚制裁的严厉性。
4. 刑法发动的补充性和保障性。

考点 3 刑法的任务和机能

(一) 刑法的任务

1. 惩罚任务，即用刑罚同一切犯罪行为作斗争。
2. 保护人民和社会国家，也就是：
  - (1) 保卫国家安全，保卫人民民主专政的政权和社会主义制度；
  - (2) 保护国有财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的财产；
  - (3) 保护公民的人身权利、民主权利和其他权利；
  - (4) 维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业的顺利进行。

(二) 刑法的机能

1. 规制机能，即维持社会秩序的机能；
2. 保护机能，即保护国家、社会和个人法益的机能；
3. 保障机能，即保障公民不受国家刑罚权的非法侵害并保障犯罪人不受刑法规定之外的刑罚处罚的功能。

2012 年第 1 题。根据相关统计，自《刑法修正案（八）》实施 7 个月来，公安机关查获的醉酒驾驶机动车案件数量较去年同期下降 43 畅 7%。这一数据变化反映了刑法的（ ）。

- A. 保障机能 B. 规制机能 C. 保护机能 D. 预防机能

【答案 B】醉酒驾驶率下降主要体现的刑法是维护社会秩序的功能，并没有体现“保”这一词的内涵。

考点 4 刑法的解释

根据解释的效力，刑法解释可划分为立法解释、司法解释和学理解释。

1. 立法解释，即刑法的立法机关对刑法条文的解释。在我国，全国人民代表大会及其常务委员会对刑法条文的解释属于立法解释。立法解释通常有以下几种：

- (1) 全国人大常委会以决议形式对刑法条文含义的解释。
- (2) 在刑法中对有关术语的专条解释。
- (3) 在刑法的起草说明或修订说明中所作的解释。

2. 司法解释，即我国最高司法机关对刑法条文进行的解释。

3. 学理解释，是指有权对刑法进行立法解释和司法解释的机构之外的机关、团体和个人对刑法条文含义的阐释。

✧ 立法解释、司法解释有法律上的约束力，属于有权解释。学理解释没有法律上的约束力。在我国，全国人民代表大会所做的法律解释具有与法律相同的效力。

根据解释的方法，刑法解释可分为文理解释和论理解释。

1. 文理解释是根据条文的字面含义进行的说明。

2. 论理解释是根据立法的精神与目的对条文进行说明。一般认为，论理解释包括目的解释、扩大解释、缩小解释、当然解释、比较解释和历史解释等。

2013 年第 1 题. 甲使用暴力劫取国有档案，人民法院根据我国《刑法》第 329 条“抢夺、窃取国家所有的档案的，处……”的规定，判决甲犯抢夺国有档案罪。本案中，法院的解释属于（ ）。

A. 司法解释 B. 文理解释 C. 目的解释 D. 扩大解释

【答案 D】本题中为了将不包含在法条中的含义纳入而对法条含义进行扩充，将“暴力劫取”解释为“盗窃，抢夺”则属于扩大解释。

2014 年第 2 题. 根据解释的效力，可以把刑法解释分为（ ）。

A. 立法解释、司法解释和学理解释 B. 当然解释、文理解释和论理解释  
C. 当然解释、扩大解释和缩小解释 D. 文理解释、论理解释和学理解释

【答案 A】

2015 年第 5 题. 针对吸毒后在道路上驾驶汽车的现象，有人认为，虽然刑法未规定吸毒驾驶构成犯罪，但是吸毒驾驶和醉酒驾驶具有相同的社会危害性，故而应以危险驾驶罪论处。这种观点属于（ ）

A. 扩大解释 B. 文理解释 C. 类推解释 D. 当然解释

【答案 C】将吸毒驾驶与醉酒驾驶相类比，属于类推解释。

## 第二节 刑法的三个基本原则

### 考点 5 罪刑法定原则的基本内容与体现

（一）罪刑法定原则的基本内容是：

1. 法定化，即犯罪和刑罚必须事先由法律明文规定。

2. 明确化，即对于什么行为是犯罪以及犯罪所产生的法律后果，都必须作出具体的规定，并用文字表述清楚。

根据法定化和明确化的要求，禁止采用习惯法、类推解释、行为后的重法（对被告不利的法律）、不明确的罪状、不确定的刑罚等。

3. 合理化，即罪刑法定原则要求合理确定犯罪的范围和惩罚的程度，防止滥施刑罚，禁止采用过分的、残酷的刑罚。

（二）罪刑法定原则主要体现在：

1. 在刑事立法方面，刑法总则规定了犯罪的一般定义、共同构成要件、刑罚的种类、刑罚运用的具体制度等；刑法分则明确规定了各种具体犯罪的构成要件及其法定刑，为正确定罪量刑提供明确、完备的法律标准。

2. 在刑事司法上，废除了刑事司法类推制度，要求司法机关严格解释和适用刑法，依法定罪处刑。

✧ 法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚。即罪要法定，刑也要法定。

✧ 罪刑法定原则派生出来成文法主义、排斥习惯法、排斥绝对不定期刑、禁止重法溯及既往。

◇ 罪刑法定主义是现代社会保障人权的要求和体现。

### 考点 6 刑法适用平等原则的基本内容与体现

对所有的人，不论其社会地位高低、民族、种族、性别、职业、宗教信仰、财产状况如何，在定罪量刑以及行刑的标准上都平等地依照刑法规定处理，不允许有任何歧视或者优待。

2015 年第 1 题．原铁道部部长刘某因受贿罪、滥用职权罪被追究刑事责任。有人认为，在对刘某量刑时“应考虑他对中国高铁建设的贡献”。这种说法违背了我国刑法中的（ ）

- A. 罪刑法定原则      B. 刑法适用平等原则  
C. 罪责刑相适应原则      D. 主客观相统一原则

【答案 C】罪责刑相适应原则要求刑罚的轻重不仅与客观的犯罪行为及其危害结果相适应，也必须同犯罪人主观恶性的深浅，再犯可能性的大小相适应。除此之外，不再考虑其他因素。刘某的量刑与其所犯之罪以及应当承担的责任相适应，其“对中国高铁建设的贡献”不是罪与责的影响因素，故量刑时不予考虑。

### 考点 7 罪责刑相适应原则的基本内容与体现

罪责刑相适应原则也称罪刑等价主义或者罪刑相均衡原则。刑法规定的罪责刑相适应原则有两方面内容：

1. 刑罚的轻重与客观的犯罪行为及其危害结果相适应，就是按照犯罪行为对社会造成的实际危害程度决定刑罚轻重。

2. 刑罚的轻重与犯罪人主观恶性的深浅、再次犯罪危险性的大小相适应。

刑法充分体现了这个原则，具体表现在：

1. 刑法分则对每一个罪都根据其犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度规定了相应的法定刑，对重罪适用重刑，对轻罪适用轻刑。

2. 刑法总则中规定了量刑原则：使刑罚与具体犯罪行为的社会危害性相适应，罚当其罪。

3. 刑法总则还规定：对累犯从重处罚、不得假释、不得缓刑；对过失犯处罚明显宽大于故意犯等，体现了刑罚与犯罪人主观恶性、人身危险性相适应。

2014 年第 1 题．下列选项中，体现罪责刑相适应原则的是哪项（ ）。

- A. 刑法关于空间效力范围的规定  
B. 刑法关于怀孕的妇女不适用死刑的规定  
C. 刑法关于享有外交特权的外国人刑事责任的规定  
D. 刑法关于放火罪与失火罪构成要件及法定刑的不同规定

【答案 D】“刑法关于放火罪与失火罪构成要件及法定刑的不同规定”体现了刑法中对过失犯的处罚明显宽大于故意犯的原则，最能够体现罪责刑相适应的原则。

## 第三节 刑法的效力范围

刑法的效力范围又称刑法的适用范围，是指刑法在空间、时间方面的适用范围。分为刑法的空间效力和时间效力。

### 考点 8 刑法的空间效力

（一）刑法空间效力是指刑法对地和对人的效力，也就是解决刑法适用于什么地域和适用于哪些人的问题。



（二）确立刑法空间效力的学理依据

①属地原则的基本含义是：一个国家的刑法只管发生在本国领域内的犯罪；

②属人原则的基本含义是：一个国家的刑法只管本国公民实施的犯罪；

③保护原则的基本含义是：一个国家的刑法只管侵害本国利益的犯罪；

④普遍管辖原则的基本含义是：一个国家的刑法对侵犯人类共同利益的国际犯罪都要行使管辖权。

✧ 例如毒品犯罪、恐怖主义犯罪、劫机罪（注意我国对劫机罪行使普遍管辖原则要求是民用航空器）、战争罪等，没有抢劫罪。

（三）在确立刑法空间效力方面，我国刑法采取以属地原则为基础、其他原则为补充的综合性原则。

### 考点 9 刑法在中国领域内的效力

《刑法》第 6 条规定：（1）凡在中国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用中国刑法；所谓“除法律有特别规定的以外”主要是指《刑法》第 11 条所规定的“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”，香港、澳门特别行政区发生的犯罪由当地的司法机关适用当地的刑法。

（2）凡在中国船舶或者飞机内犯罪的，也适用中国刑法。该规定是属地原则的补充性原则，也称旗国主义。

（3）犯罪行为或者结果有一项发生在中国领域内的，就认为是在中国领域内犯罪。这种以犯罪发生的地域为根据来确立刑法适用（效力）范围的规范，体现了属地原则。

✧ 1 在我国境内犯罪却不适用中国刑法的特殊情况：享有外交特权、外交豁免权、港澳地区的犯罪。

✧ 2 民族自治地方仍然适用我国刑法。

✧ 3 在国际列车上犯罪按照双边协议解决

### 考点 10 刑法在中国领域外的效力

1. 刑法对中国公民在中国领域外犯罪的效力。中国公民在中国领域外犯罪，适用中国刑法。但是，按照中国刑法规定的最高刑为 3 年以下有期徒刑的，可以不予追究。中华人民共和国国家工作人员和军人在中国领域外犯中国刑法规定之罪的，适用中国刑法。这种依据犯罪人的国籍来确定刑法适用范围（效力）的规范，体现了属人原则。

2. 刑法对外国人在中国领域外犯罪的效力。外国人在中国领域外对中国国家或者公民犯罪，而按我国刑法规定的最低刑为 3 年以上有期徒刑的，可以适用我国刑法；但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。这种规定，体现了保护原则。

3. 刑法对国际犯罪的效力。对于中国缔结或参加的国际条约所规定的罪行，中国在承担条约义务的范围内行使刑事管辖权。

这种依据国际法确定国内法对有关国际犯罪的刑法适用（效力）范围，且不受犯罪发生地、犯罪受害人、犯罪人国籍限制，体现了普遍管辖原则或世界原则。

普遍管辖原则具有补充性。从国内法的角度，普遍管辖原则相对于传统的属地、属人、保护管辖原则而言仅具有补充作用。如果按照传统的属地、属人、保护管辖原则中的任意原则能确立刑法的效力，则不需要适用普遍管辖原则。

✧ 1 国家工作人员不论因公因私出国，只要在国外犯罪的，一律按照我国刑法处罚。

✧ 2 中国公民在国外犯罪，虽然接受国外审判，但是仍适用中国刑法追究其刑事责任，在国外已经接受处罚的，可以减轻或免除处罚。

✧ 3 外国人在中国领域外对中国国家或者公民犯罪，按我国刑法规定的为 3 年以上有期徒刑的，可能不适用我国刑法，因为按照犯罪地的法律不受处罚。

2010 年第 1 题. A 国公民甲在我国境内抢劫 A 国公民乙后逃回 A 国，被 A 国法院判处监禁。甲刑满后来我国，我国法院对甲的上述抢劫行为行使管辖权，是基于（ ）。

A. 属人管辖原则 B. 属地管辖原则 C. 保护管辖原则 D. 普遍管辖原则

【答案 B】在确定选择何种原则行使管辖权时，应按照属地主义原则→属人主义原则→保护主义原则→普遍管辖原则的顺序来确定管辖原则。

2011 年第 1 题. A 国驻华金融机构工作人员甲策划、参与了由中国向 A 国走私文物的犯罪活动。对甲应当（ ）。

A. 直接驱逐出境  
B. 通过外交途径解决其刑事责任  
C. 适用我国法律追究其刑事责任  
D. 适用 A 国法律追究其刑事责任

【答案 C】

2012 年第 2 题. 我国公民甲在德国旅游时，盗窃了我国公民乙一部价值 1 万元的相机。对甲的行为适用我国刑法的依据是（ ）。

A. 属地原则 B. 保护原则 C. 属人原则 D. 普遍管辖原则

【答案 C】

2013 年第 2 题. 2012 年 5 月，缅甸籍毒贩糯康在泰国境内制造“湄公河惨案”，杀害了十余名我国船员，后被老挝移送到我国受审。我国司法机关对于糯康进行刑事审判的依据是（ ）。

A. 属地管辖权 B. 保护管辖权  
C. 普遍管辖权 D. 属人管辖权

【答案 B】

2014 年第 41 题. 对于下列毒品犯罪，我国可按照普遍管辖原则行使刑事管辖权的有（ ）。

A. 无国籍人在外国生产毒品，后来到我国旅游，被我国司法机关抓获  
B. 他国公民从第三国购买毒品回本国贩卖，被本国通缉，后被我国司法机关抓获  
C. 我国公民在外国乘坐外国客机将毒品带往第三国贩卖，被他国司法机关抓获  
D. 他国公民携带贩卖的毒品乘坐他国飞机在我国机场换乘时，被我国司法机关抓获

【答案 AB】根据我国刑法，毒品犯罪，可依照普遍管辖原则进行管辖。普遍管辖原则表明即使该罪行不是发生在中国领域，未侵犯中国国家和公民，犯罪人不具有中国国籍，我国司法机关也有权管辖该案件。

### 考点 11 刑法的时间效力

刑法的时间效力，是指刑法的生效时间、失效时间以及刑法的溯及力，即对其生效前的行为的效力。

#### （一）刑法的生效时间

刑法的生效时间通常有两种方式：（1）公布之后一段时间生效，如 1997 年 3 月 14 日修订的刑法（典）通过并公布后，自 1997 年 10 月 1 日起施行（生效）。（2）自公布之日起生效。单行刑法和刑法修正案一般采取这种方式。

#### （二）刑法的失效时间

刑法的失效时间通常也有两种方式：（1）由国家立法机关明确宣布某些法律自何日起失效（2）自然失效，即新法施行后取代了有关旧法，或者由于原来特殊的立法条件已经消失，旧法自行废止。

### （三）刑法的溯及力

我国刑法对溯及力采取**从旧兼从轻原则**。即对于现行刑法生效以前的未经审判或者判决尚未确定的行为，适用行为当时有效的法律。但是按照现行有效的法律不认为是犯罪或处罚较轻的，适用现行有效的法律。依据行为当时有效法律已经作出的生效判决，继续有效。

✧ 1 行为当时的法律不认为是犯罪，修订后的刑法认为是犯罪的应适用行为当时的法律，修订后的刑法没有溯及力。

✧ 2 行为当时的法律认为是犯罪，修订后的刑法不认为是犯罪，只要这种犯罪行为未经审判或者判决尚未确定，就应当适用修订后的刑法，即修订后的刑法具有溯及力。

✧ 3 行为当时的法律和修订后的刑法都认为是犯罪，原则上应按照行为当时的法律追究刑事责任，即修订后的刑法不具有溯及力，但是若修订后的刑法处罚较轻的则适用修订后的刑法，即修订后的刑法具有溯及力。

2011 年第 4 题：我国 1997 年《刑法》关于溯及力的规定采取的是（ ）。

A. 从旧原则 B. 从新原则 C. 从新兼从轻原则 D. 从旧兼从轻原则

【答案 D】

## 第二章 犯罪概念

### 第二节 犯罪的基本特征

#### 考点 12 犯罪是严重危害社会的行为，具有严重的社会危害性

首先，犯罪必须是人的具体行为。其次，犯罪不是一般意义上的行为，而是必须具有严重社会危害性的行为。行为不具有社会危害性，就不能认为是犯罪。某种行为即使具有一定的社会危害性，“但是情节显著轻微危害不大的”，也不认为是犯罪。严重的社会危害性是犯罪的实质特征。

✧ 1 犯罪行为均具有严重的社会危害性，但是有严重社会危害性的行为不一定是犯罪行为。

✧ 2 社会危害性不仅指犯罪行为客观上具有社会危害性，更是行为人主观恶性与客观行为的统一。

✧ 3 没有社会危害性就不构成犯罪，但是有社会危害性也不一定就是犯罪。

✧ 4 “但书”是指某种行为是犯罪，但是因情节显著轻微危害不大，不以犯罪论处。

#### 考点 13 犯罪是触犯刑律的行为，具有刑事违法性

这是在罪刑法定原则制约下，犯罪不可或缺的基本特征。具有严重社会危害性的行为只有同时被刑法明文规定为犯罪时，才是犯罪。具有刑事违法性作为犯罪的基本特征，则是社会主义法制原则的必然要求。二者密切联系，不可分割。

✧ 1 凡是犯罪，均具有形式违法性。

✧ 2 只有达到刑事责任年龄，具有刑事责任能力的人在罪过心理支配下实施的侵害合法权益的行为才具有形式违法性。所以 14—16 周岁的未成年人实施的法律规定的 8 种行为之外的犯罪行为不构成犯罪提现了形式违法性。一个行为不符合犯罪构成，即便有严重的社会危害性，也不构成犯罪。

#### 考点 14 犯罪是应受刑罚惩罚的行为，具有应受刑罚惩罚性

某种危害社会的行为同时又触犯刑法，就应承担受刑罚处罚的法律后果。因此，应受刑罚惩罚是犯罪的基本特征之一，一个行为如果不具有应受刑罚惩罚性，就不能认为是犯罪。



**考点 15 三个基本特征的关系：**

1. 严重的社会危害性、刑事违法性和应受刑罚惩罚性是犯罪缺一不可的基本特征。
2. 严重的社会危害性是犯罪的本质特征，反映了犯罪与社会的关系，揭示了犯罪的社会政治内容；刑事违法性是犯罪的法律特征，反映了罪刑法定原则的基本要求，揭示了犯罪与刑法的关系，表明了犯罪的法定性；应受刑罚惩罚性反应了犯罪与刑罚的关系，揭示了犯罪的法律后果。
3. 严重的社会危害性决定刑事违法性和应受刑罚惩罚性，而刑事违法性和应受刑罚惩罚性则反过来说明和体现严重的社会危害性。

**第三章 犯罪构成**

**第一节 犯罪构成概述**

**考点 16 犯罪构成与犯罪概念的联系和区别**

联系：犯罪是犯罪构成的基础，犯罪构成是犯罪的具体化。

区别：犯罪回答什么是犯罪以及犯罪具有哪些基本属性等问题。犯罪构成则进一步回答了犯罪成立需要具备哪些法定的条件并通过犯罪构成主客观要件具体确立什么样的行为是犯罪。

**考点 17 基本的犯罪构成和修正的犯罪构成**

1. 基本的犯罪构成，指刑法分则条文就某一犯罪的基本形态所规定的犯罪构成。
2. 修正的犯罪构成，指以基本的犯罪构成为基础并对之进行补充、扩展所形成的犯罪构成。修正的构成通常包括故意犯罪的未完成形态（如犯罪预备、未遂和中止等形态）以及共同犯罪形态（如帮助犯、教唆犯等）。

2010 年第 6 题。甲想杀死乙，从远处向乙开枪射击，致乙重伤。甲的行为符合（ ）。

- A. 标准的犯罪构成 B. 修正的犯罪构成  
C. 基本的犯罪构成 D. 派生的犯罪构成

【答案 B】甲以杀人的故意向乙开枪，致乙重伤，构成故意杀人未遂，因而是修正的犯罪构成。

**考点 18 犯罪客体与犯罪对象**

**（一）犯罪对象的概念**

犯罪对象，是指刑法规定的犯罪行为所侵犯或直接指向的具体人、物或信息。

**（二）犯罪对象的内容**

犯罪对象是犯罪构成客观方面的选择性要素，也就是说，凡是刑法条文中明确规定行为对象的，它就是该条文规定的犯罪构成的必要因素。由于刑法中规定的绝大多数犯罪都有特定的对象，所以确定犯罪对象具有重要意义。

**（三）研究犯罪对象要注意**

1. 犯罪对象与组成犯罪之物不同，用于贿赂、赌博的财物，是组成贿赂罪、赌博罪之物，不是贿赂罪、赌博罪的犯罪对象。
2. 犯罪对象与犯罪所生之物不同，伪造的公文对于伪造公文罪而言、制造的毒品对于制造毒品罪而言属于犯罪生成之物，不是犯罪对象。
3. 犯罪对象与犯罪所用之物不同，使用伪造的信用卡诈骗，该伪造的信用卡属于用于犯罪之物，不是犯罪对象

**（四）犯罪客体与犯罪对象的联系和区别**

1. 犯罪对象是刑法规定的犯罪行为所侵犯或直接指向的具体事物（人、物、信息），而犯罪



客体是法律所保护的为犯罪所侵害的社会利益，二者是现象与本质的关系。犯罪客体寓于犯罪对象之中，揭示犯罪的本质，而犯罪对象是它的载体。犯罪行为对犯罪客体的侵害，往往是通过侵犯或指向犯罪对象来实现的。

2. 犯罪客体是犯罪构成的一般要件之一，而犯罪对象仅是犯罪客观方面中的选择性要素之一。犯罪对象虽然是绝大多数犯罪构成的必要要素，但也有极少数犯罪，如组织、领导、参加恐怖组织罪，脱逃罪等，犯罪对象不是其犯罪构成的必要要素。

3. 任何犯罪都必然侵害一定的社会利益，即侵害一定的客体，但是犯罪对象不一定受到犯罪的侵害。例如，盗窃枪支、弹药罪的犯罪对象枪支、弹药，在犯罪过程中不一定遭到毁坏。

✧ 犯罪客体是犯罪活动侵害的、为刑法所保护的社会利益。犯罪具有社会危害性，必定侵犯某种社会利益。

✧ 一个犯罪可能不只侵犯一个直接客体，比如抢劫罪，可能既侵犯人身权利，也侵犯财产权利。

✧ 犯罪未遂的情况下也存在直接客体，只是没有对客体产生实际的损害或者没有产生犯罪人心理所预期要造成的损害。

✧ 同类客体是对犯罪进行分类的标准。

2012 年第 3 题. 下列关于犯罪直接客体的说法，正确的是（ ）。

- A. 一个犯罪只侵犯一个直接客体
- B. 直接客体是对犯罪进行分类的标准
- C. 在犯罪未遂的情况下不存在直接客体
- D. 直接客体是指某一犯罪行为直接侵害的特定社会关系

【答案 D】直接客体是指某一犯罪所直接侵害的某种特定的社会利益。

2014 年第 5 题. 下列关于犯罪对象的说法中，正确的是（ ）。

- A. 犯罪对象是犯罪客体的载体
- B. 犯罪对象的功能是区分此罪与彼罪
- C. 犯罪对象是一切犯罪都必须具备的构成要件
- D. 犯罪对象是刑法所保护的、为犯罪行为所侵犯的社会关系

【答案 A】

2015 年第 2 题. 下列选项中，属于犯罪对象的是（ ）

- A. 赌博的筹码
- B. 抢夺的财物
- C. 行贿的财物
- D. 运输毒品的车辆

【答案 B】注意犯罪对象与组成犯罪之物、犯罪所生之物、犯罪所用之物的区别。

### 第三节 犯罪客观方面

#### 考点 19 危害行为

##### （一）危害行为的概念

危害行为，是指行为人在意识支配之下实施的危害社会并被刑法禁止的身体活动。

##### （二）危害行为的特征

1. 危害行为是人的身体活动或动作，包括积极的活动与消极的活动。
2. 危害行为是人的意识支配的产物和表现，如果没有人的意识支配，则不能认为是危害行为。
3. 危害行为侵犯的是刑法所保护的社会利益，这是它的实质内容。现代刑法禁止对思想定罪处罚，所以，任何犯罪都不能缺少危害行为，无行为即无犯罪，无行为即无刑罚。

### （三）危害行为的分类

根据违反的规范性质，危害行为可以划分成作为与不作为两种形式：

1. 作为，是指积极的行为，即行为人以积极的身体活动实施某种被刑法禁止的行为。由于刑法绝大多数是禁止性规范，所以最常见的犯罪行为形式是作为。

2. 不作为，是指消极的行为，即行为人消极地不履行法律义务而危害社会的行为。

### （四）不作为构成犯罪的条件

1. 行为人负有某种特定的义务。这种义务主要来自以下几个方面：

（1）法律上的明文规定。

（2）行为人职务上、业务上的要求。

（3）行为人的法律地位或法律行为所产生的义务。

（4）行为人自己先前行为具有发生一定危害结果的危险的，负有防止其发生的义务。2. 行为人能够履行义务。

3. 行为人不履行特定义务，造成或可能造成危害结果。

✧ 1 约成年人去游泳，成年人溺水的，没有救助义务，但是如果明知其不会游泳仍极力劝说最后成年人溺水的，则有救助的义务。

✧ 2 成立不作为犯罪，一定要满足不作为犯罪的构成要件。即使行为人有作为义务，但是没有作为能力的不成立不作为犯罪。

### （五）纯正不作为犯与不纯正不作为犯

纯正不作为犯（或称真正不作为犯）指行为人行为构成了法定的犯罪行为本身就是不作为的犯罪，如遗弃罪、拒不执行判决裁定罪等。

不纯正不作为犯（或称不真正不作为犯），指行为人因不作为而构成了法定犯罪行为本身应是作为的犯罪，例如因不作为而构成故意杀人罪、抢劫罪等。

✧ 纯正不作为犯罪是指该行为构成的犯罪本身就是不作为犯罪。不纯正不作为犯罪是指该行为构成的犯罪本身就是应当由作为行为构成的犯罪。

2012 年第 4 题。下列犯罪属于纯正不作为犯的是（ ）。

- A. 重婚罪
- B. 遗弃罪
- C. 绑架罪
- D. 掩饰、隐瞒犯罪所得罪

【答案 B】

2013 年第 41 题。下列选项中，属于犯罪不作为成立条件的有（ ）。

- A. 行为人负有特定义务
- B. 行为人没有实施任何行为
- C. 行为人未履行特定义务
- D. 行为人能够履行特定义务

【答案 ACD】

2014 年第 6 题。国家机关工作人员甲，因不满父亲再婚，与之断绝往来。其父晚年孤身一人、身患重病时，甲拒绝照顾，情节恶劣，构成遗弃罪。在本案中，甲违反了（ ）。

- A. 法律行为引起的义务
- B. 职务要求的义务
- C. 先前行为引起的义务
- D. 法律明文规定的义务

【答案 D】

## 考点 20 刑法中的因果关系

### （一）刑法中的因果关系的概念

刑法因果关系是危害行为与危害结果之间的一种客观的引起与被引起的联系。

### （二）刑法中的因果关系的地位

确认行为与结果存在因果关系，是让行为人对该结果负刑事责任的客观基础。对于行为犯来说，一般不存在解决刑法因果关系的问题，但对于实害犯，解决因果关系问题则具有重要意义。如果某一结果的发生与行为人的行为之间没有因果关系，则不能要其对这一结果承担责任。

### （三）因果关系对承担刑事责任的意义

认定刑法中的因果关系是行为人负刑事责任的客观基础，但是，即使存在因果关系，也不意味着对结果当然负刑事责任。因为刑事责任是主客观统一的，仅仅认定存在因果关系是不够的，还需要认定是否具备承担刑事责任的其他条件，如主观要件（有无故意、过失）以及主体资格（责任年龄、责任能力）等。

### （四）刑法中的因果关系的特点：客观性、相对性、必然性、复杂性

1. 客观性。危害行为与危害结果之间的因果关系也是不以人的主观意志为转移的客观存在。

2. 相对性。刑法中原因与结果是相对的，某一现象既是前一现象的结果又是后一现象的原因。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。

3. 必然性。因果关系一般表现为两种现象之间有着内在的、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。

4. 复杂性。在有些场合，因果关系会呈现出复杂的形态。主要表现为：（1）一果多因；（2）一因多果。

### （二）不作为的因果关系

不作为与危害结果之间存在因果关系。行为人如果履行自己的作为义务就能够防止犯罪结果发生，因不履行该作为义务而致该结果发生的，认定具有因果关系。

✧ 刑法上的因果关系是危害行为与危害结果之间客观的引起与被引起的关系，不以人的意志为转移。

✧ 危害行为与危害结果之间存在因果关系，并不意味着行为人就构成某种犯罪或应负刑事责任，还要考察行为人的主观过错和责任年龄、责任能力。

## 第四节 犯罪主体

## 考点 21 刑事责任年龄

### （一）刑事责任年龄的概念

我国刑法对刑事责任年龄的四分法规定

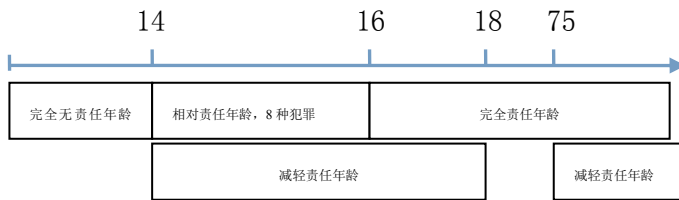
1. 不满 14 周岁的人，不负刑事责任。这是完全不负刑事责任年龄阶段。

2. 已满 14 周岁不满 16 周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投放危险物质罪的，应当负刑事责任。这是相对负刑事责任年龄阶段。已满 14 周岁不满 16 周岁的人有上述法定 8 种性质的“行为”就应该负刑事责任，

3. 已满 16 周岁的人犯罪，应当负刑事责任。这是完全负刑事责任年龄阶段。

4. 已满 14 周岁不满 18 周岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚。另外，根据《刑法》第 17 条的规定：“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。”这是减轻刑事责任年龄阶段。

✧ 生日的第二天才算满一周岁。



✧ 八种罪都是严重犯罪，但不包括绑架罪、拐卖妇女儿童罪。

✧ 刑法第二百六十九条规定了转化型抢劫，即犯盗窃、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，依照抢劫罪定罪处罚。但是转化型抢劫主体不适用 14-16 周岁的行为人，应当按照具体行为处理。

✧ 司法解释规定已满 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。

## 考点 22 刑事责任能力

### （一）刑事责任能力的概念

刑事责任能力，是指认识自己行为的社会性质及其意义并控制和支配自己行为的能力。简言之，就是辨认和控制自己行为的能力。

在我国刑法上，刑事责任能力既是犯罪能力又是负刑事责任的能力。广义的刑事责任能力，包括刑事责任年龄，刑事责任年龄是具有刑事责任能力的时间前提或者年龄前提。

### （二）精神病人的刑事责任问题

精神病人由于精神或生理上的缺陷而丧失或减弱辨认或控制自己行为的能力。

1. 精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，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。

认定精神病人无刑事责任能力须同时具备两个条件：（1）医学标准，行为人患有精神病；（2）心理学标准，行为人在行为时完全丧失了对自己行为的辨认能力或者控制能力。

2. 间歇性精神病人，在精神正常的时候犯罪，应当负刑事责任。

3. 尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的，应当负刑事责任，但是从轻或者减轻处罚。

✧ 刑事责任能力以犯罪时的精神状态为准，行为时患有精神病，行为后治愈的仍属于无刑事责任能力，行为时正常，行为后患精神病的仍应认定行为人有行为能力。

✧ 辨认能力，是指行为人认识自己特定行为的性质、结果与意义的能力。

✧ 控制能力，是指行为人支配自己实施或者不实施特定行为的能力。

### （三）醉酒的人犯罪的刑事责任

根据《刑法》第 18 条第 4 款的规定，醉酒的人犯罪，应当负刑事责任。也就是说，醉酒的人犯罪，与普通人犯罪一样承担刑事责任。

### （四）又聋又哑的人或者盲人犯罪的刑事责任

根据《刑法》第 19 条的规定，又聋又哑的人或者盲人犯罪，可以从轻、减轻或者免除处罚。

✧ 应注意，所谓又聋又哑的人指既聋且哑的人。

2014 年第 4 题. 甲醉酒驾驶，撞死一行人后逃逸，在被追赶时精神病复发。对甲（ ）。

A. 不追究刑事责任



- B. 应当追究刑事责任
- C. 应当追究刑事责任，但是可以从轻或者减轻处罚
- D. 应当追究刑事责任，但是可以减轻或者免除处罚

【答案 B】间歇性精神病人，在精神正常的时候犯罪，应当追究其刑事责任。

### 考点 23 一般主体与特殊主体

1. 一般主体，指具有一般犯罪主体所要求的法定构成要件的自然人，即达到法定责任年龄、具有责任能力的自然人主体。

2. 特殊主体，是指除了具有一般犯罪主体所要求的成立条件外，还必须具有某些犯罪所要求的特定身份作为其构成要件的自然人主体。例如，贪污罪、受贿罪的主体，除要求具备一般主体的条件之外，还必须具有“国家工作人员”的身份。

作为特殊犯罪主体的身份，只是针对该犯罪的单独实行犯而言的。教唆犯与帮助犯甚至共同实行犯，则不受特殊身份的限制。但是非国家工作人员无论如何是不能单独实行受贿罪的，因为他没有国家工作人员的身份，也就谈不上利用职务上的便利受贿。

✧ 在共同犯罪中，没有特殊身份的行为人可以是有特殊身份的行为人的帮助犯、教唆犯。

### 考点 24 单位犯罪主体

#### （一）单位犯罪的概念

单位犯罪，是指公司、企业、事业单位、机关、团体实施的依法应当承担刑事责任的危害社会的行为。

#### （二）单位犯罪的要件

1. 单位犯罪的主体包括公司、企业、事业单位、机关和团体。法律明文规定单位可以成为犯罪主体的犯罪才能成为单位犯罪。

2. 单位犯罪只有法律明文规定的，才负刑事责任。单位犯罪，以刑法分则有明文规定的为限。凡是法律未指明该罪的主体包括单位的，只有自然人可以构成该罪，单位不能构成该罪。

3. 单位犯罪的目的，一般是为该单位谋取非法利益，并且单位犯罪行为的实施必须与单位的工作或业务相联系。

✧ 单位实行骗贷的行为，不构成贷款诈骗罪，但是可以构成合同诈骗罪。

#### （三）对单位犯罪的处罚

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。即对单位犯罪采取以双罚制为原则，单罚制为例外。单罚制就是仅处罚直接负责的主管人员，而不处罚单位本身。

✧ 1 单位犯罪未必是为本单位谋取非法利益。

✧ 2 单位犯罪也可能是过失犯罪，如重大环境污染事故罪。

✧ 3 对单位犯罪一般实行双罚制，但是刑法分则有特别规定只实行“单罚”的，依照其规定。

2010 年第 4 题下列关于单位犯罪的表述正确的是（ ）。

- A. 单位犯罪都是故意犯罪
- B. 单位犯罪都是以单位牟利为目的
- C. 单位犯罪都采用双罚制
- D. 单位犯罪也可以只处罚自然人

【答案 D】

## 第五节 犯罪主观方面

### 考点 25 犯罪主观方面概述

#### （一）犯罪主观方面的概念和意义

犯罪主观方面，指犯罪主体对其实施的危害社会的行为及其所造成的危害结果所持的心理态度。

犯罪主观方面的意义：我国刑法对犯罪的认定坚持主观罪过责任原则，即行为人对自己的危害社会的行为有故意或者过失，坚持主客观相统一；摒弃了愚昧的结果责任制度，禁止客观归罪。

#### （二）罪过

罪过，即指犯罪行为人对自己的行为所造成的危害后果所持的故意或者过失的心理态度。是犯罪主观方面的最主要的内容。

#### （三）犯罪主观方面的内容（罪过形式）

犯罪主观方面是犯罪行为人对其实施的危害社会的行为及其所造成的结果所持的心理态度，它包括犯罪故意、犯罪过失、犯罪目的、犯罪动机等心理因素。

1. 故意或者过失是犯罪构成主观方面的必要要素。
2. 犯罪目的是某些犯罪成立所必须具备的要素。
3. 犯罪动机一般不是犯罪的要件，但它对量刑起着重要的作用。

#### （四）犯罪主观方面与犯罪客观方面的关系

根据主客观相统一的原理，确定行为构成犯罪必须具备：

1. 主观方面和客观方面的要件。既不得主观归罪，也不得客观归罪。
2. 罪过（故意或者过失）与犯罪行为必须具有同时性。罪过心理与犯罪行为同时性原理有一个例外，就是行为人使自己陷于无责任状态的情况，这在刑法理论中称之为“原因中的自由行为。”

#### （五）无罪过事件：意外事件、不可抗力

无罪过事件，是指《刑法》第 16 条规定的情况行为在客观上虽然造成了损害结果，但是不是出于行为人的故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不是犯罪。”

无罪过事件可以分为意外事件和不可抗力两种情况：

1. 意外事件。是指行为在客观上虽然造成了损害结果，但不是出于行为人的故意或者过失，而是由于不能预见的原因所引起的。所谓不能预见的原因，是指行为人没有预见，而且根据当时客观情况和行为人的主观认识能力，也不可能预见的原因。

意外事件具有三个特征

- (1) 行为在客观上造成了损害结果。
- (2) 行为人对自己行为所造成的结果既无故意也无过失。
- (3) 这种损害结果的发生是由于不能预见的原因引起的。

2. 不可抗力。不可抗力指行为在客观上虽然造成了损害结果，但不是出于行为人的故意或者过失，而是由于不能抗拒的原因所引起的，不是犯罪。所谓不能抗拒的原因，是指行为人遭遇到集全部智慧和力量都无法抗衡、不可能阻止危害结果发生的力量。这种不可抗力的来源是多方面的，可以来自大自然，也可以来自他人，也可能来自行为人本人生理疾患或心理障碍，如心脏病发作等。

◇ 意外事件的结构：无法预见→没有预见→发生危害结果

◇ 不可抗力的结构：已经预见→无法抗拒→发生危害结果

### 考点 26 犯罪故意

#### （一）犯罪故意的概念和特征

犯罪故意, 指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的心理态度。

成立犯罪故意, 必须具备以下两个特征:

1. 认识因素, 就是行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果。“明知”的范围包括 (1) 对犯罪构成事实所属情况的认识; (2) 对行为及其结果具有社会危害性的认识。

2. 意志因素, 就是行为人希望或者放任这种危害结果发生。

(二) 犯罪故意的种类: 直接故意和间接故意

1. 直接故意, 指明知自己的行为会发生危害社会的结果并且希望这种结果发生的心理态度。所谓希望危害结果发生, 表现为行为人对这种结果的积极追求, 把它作为自己行为的目的, 并采取积极的行动为达到这个目的而努力。

2. 间接故意, 指明知自己的行为会发生危害社会的结果, 并且放任这种危害结果发生的心理态度。所谓放任危害结果的发生, 就是听其自然, 纵容危害结果的发生, 对危害结果的发生虽然不积极追求但也不设法避免。

在现实生活中, 间接故意为数不多, 它包括三种情形:

(1) 为实现某个犯罪意图或目的, 而放任另一犯罪结果发生。例如, 张三投毒杀害李四, 而也会对毒死同室的王五的事实听之任之, 结果毒死了王五。张三对王五死亡的结果就是间接故意。

(2) 为实现某个非犯罪的意图或目的, 而放任犯罪结果发生。

(3) 突发性故意犯罪, 不计后果, 放任结果发生。

#### 考点 27 直接故意和间接故意的异同

相同点:

1. 从认识因素看, 都是“明知自己的行为会发生危害社会的结果”。

2. 从意志因素看, 都不排斥危害结果发生。由此说明和决定了二者都具有故意的性质。

不同点:

1. 从认识因素看, 二者对危害结果发生认识程度有所不同。在直接故意的情况下, 行为人认识到危害结果发生的可能性或者必然性; 间接故意的情况下, 行为人认识到危害结果发生的可能性。假如行为人认识到危害结果发生的必然性还执意为之造成该结果, 那么合理的认定是行为人对该结果持希望态度, 具有直接故意。

2. 从意志因素看, 二者对危害结果发生的态度明显不同。直接故意是希望这种危害社会的结果的发生, 对结果是积极追求的态度; 间接故意则是放任这种危害社会结果的发生, 不是积极追求的态度, 而是任凭事态发展。

3. 特定的危害结果是否发生对二者具有不同的意义。在直接故意的场合, 即使追求的特定危害结果没有实际发生, 通常也应当追究预备、未遂的罪责; 在间接故意的场合, 如果没有实际发生特定危害结果, 就无所谓犯罪的成立。

#### 考点 28 犯罪过失

(一) 犯罪过失的概念和特征

犯罪过失, 指行为人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的心理态度。

(二) 犯罪过失具有以下两个特征:

1. 没有犯罪故意。对特定的危害结果成立, 犯罪过失是以对该结果不具有犯罪故意为前提的。行为人对危害结果的发生既不具有希望的态度也不具有放任的态度。如果具有犯罪故意, 则成立故意罪, 排斥成立过失罪。



2. 没有保持必要的小心谨慎的态度。表现为两种情形：

(1) 没有履行法律、规章、社会生活准则所要求的注意义务，极端马虎草率、疏忽大意，以致对应当预见并且能够预见的危害结果没有预见；

(2) 极端轻率、过于自信，以致对已经预见的危害结果，在应当积极避免并且能够避免的情况下，竟然没有能够避免。

### （三）犯罪过失的处罚原则

因为犯罪过失与犯罪故意在主观恶性程度上具有本质的差别，所以刑法规定犯罪过失的罪责与犯罪故意的罪责明显不同。具体表现为：

1. 对过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。

2. 对过失行为，只有造成严重后果的才负刑事责任。刑法规定的过失犯罪只有完成形态并且只处罚完成形态。与此形成鲜明对比的是，刑法不仅处罚故意犯罪完成形态，而且处罚其未完成形态（预备、未遂、中止）。

3. 过失犯罪的法定刑明显轻于故意犯罪。

### （四）犯罪过失的种类：疏忽大意的过失和过于自信的过失

1. 疏忽大意的过失，指行为人应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，由于疏忽大意而没有预见，以致发生危害结果的心理态度。它有两个特点：

(1) 行为人对可能发生的危害结果应当预见，即有预见的义务，这种预见义务来自共同生活的规则或者习惯。

(2) 行为人因疏忽大意而没有预见自己的行为可能发生危害结果。疏忽大意，就是按照行为人为时的认识能力和客观条件，他本该预见到，由于马虎大意、缺乏责任心 而未能预见，以致造成危害结果的发生。

2. 过于自信的过失，指行为人已经预见到自己的行为可能发生危害社会的结果，但轻信能够避免，以致发生危害结果的心理态度。它也有两个特点：

(1) 行为人已经预见到可能发生危害社会的结果。对危害结果的预见，包括预见到危害结果发生的可能性和可能产生什么样的危害结果。

(2) 行为人轻信自己能够避免危害结果的发生。所谓轻信能够避免，是指一方面行为人希望和相信能够避免危害结果发生；另一方面行为人没有确实可靠的客观依据而轻率相信可以避免。

✧ 过失犯罪不处罚也不存在预备、未遂和中止的形态。

✧ 过失犯罪可以由作为也可以是不作为构成的犯罪。

2011 年第 13 题，下列关于过失犯罪的说法中，正确的是（ ）。

A. 过失犯罪是指行为人对于危害结果的发生没有预见的犯罪

B. 过失犯罪既可以由不作为方式构成，也可以由作为方式构成

C. 过失犯罪未造成严重结果的，可以按照犯罪未遂从轻或者减轻处罚

D. 对具有高度危险的过失行为，即使未造成法律规定的实害结果，也应当定罪处罚

【答案 B】过失犯罪行为人对危害结果的发生是有预见的。

### 考点 29 疏忽大意的过失和过于自信的过失区别：

两种过失的区别是：疏忽大意的过失事先对危害结果的发生没有预见，所以又称无认识的过失；过于自信的过失事先对危害结果的发生有所预见，故又称有认识的过失。

### 考点 30 过于自信的过失与间接故意的异同。

1. 二者的相似点：



- (1) 都预见到危害结果可能发生；
- (2) 都不是希望危害结果发生。

## 2. 二者的不同点：

(1) 对危害结果发生的认识程度有所不同。根据刑法的规定，过于自信的过失是已经预见自己的行为可能发生危害结果；间接故意是明知自己的行为会发生危害结果。可见，间接故意的认识程度较高。

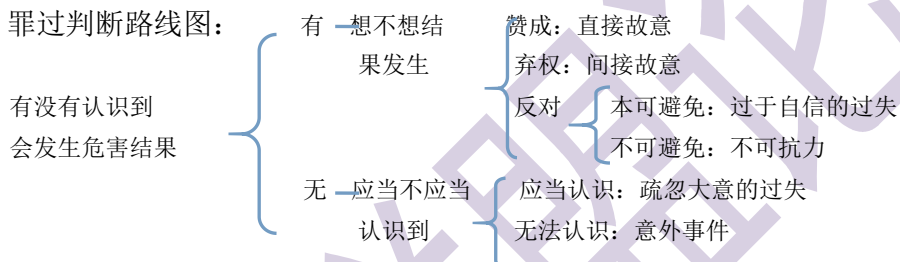
(2) 对危害结果所持的态度不同。过于自信的过失对危害结果的发生持否定态度，危害结果的发生，是违背行为人意愿的；而间接故意的行为人，对危害结果的发生持放任态度，即危害结果发生也罢，不发生也罢，都不在乎，甚至纵容危害结果发生。

**考点 31 意外事件与疏忽大意的过失。**二者既有相似之处，又有本质的区别。

1. 二者的相似之处是行为人对危害结果的发生都没有预见。

2. 二者的区别是行为人对危害结果的发生是否应当预见。在意外事件中，行为人对损害结果的发生是不可能预见的；在疏忽大意的过失中，行为人对危害结果的发生是应当预见、并且是能够预见的，只是由于疏忽大意而没有预见。

◇ 罪过判断路线图：



2011 年第 3 题。甲喜新厌旧，欲杀害妻子乙后与情妇结婚，虽然明知其儿子丙有与乙在同一饭碗里吃饭的习惯，由于杀乙心切而不顾丙的死活，仍在乙的饭碗里投放毒药。结果乙、丙均中毒身亡。本案中甲对丙死亡的心理态度是（ ）。

A. 直接故意      B. 间接故意      C. 过于自信的过失      D. 疏忽大意的过失

【答案 B】甲杀乙心切而不顾丙的死活，对丙的死亡持放任的态度，属间接故意。

## 考点 32 犯罪目的和犯罪动机

### （一）犯罪目的的概念，犯罪目的在犯罪构成中的作用

犯罪目的，指犯罪人希望通过实施某种犯罪行为实现某种犯罪结果的心理态度。

犯罪目的在犯罪构成中的作用：

1. 直接故意的基本内容就是追求某种犯罪结果的发生，包含着犯罪目的，所以刑法对故意犯罪通常不明示犯罪目的。
2. 对某些犯罪，刑法条文明文规定特定的犯罪目的，特定的犯罪目的也是构成某些犯罪的主观要件。在这种场合，具备法律指明的特定目的是构成该罪的必要的主观要件。
3. 间接故意和过失犯罪不存在犯罪目的，但可以有其他目的。**犯罪目的只存在于直接故意犯罪中。**

### （二）犯罪动机的概念，犯罪动机在定罪量刑中的作用

犯罪动机，指推动犯罪人实施犯罪行为的内心起因。

犯罪动机在定罪量刑中的作用：

犯罪动机虽然一般不是犯罪构成的主观要素，但它反映犯罪人的主观恶性，往往是重要的法

定或者酌定的量刑情节，对量刑具有重要的意义。

### 考点 33 犯罪动机与犯罪目的的关系

犯罪动机是推动行为人追求某种犯罪目的的原因，犯罪目的是行为人希望通过实施某种行为实现某种结果的心理态度。

犯罪动机与犯罪目的既密切相连，又相互区别。

1. 二者的联系具体表现为：

(1) 从产生的原因看，都来源于行为人过去强烈的不良、畸形的需要。

(2) 从所起的作用看，都对犯罪行为有重要影响。对犯罪行为，犯罪动机主要起推动作用，犯罪目的起导向作用，二者密切联系。

(3) 从表现形式看，犯罪动机往往表现为一定的犯罪目的，犯罪目的也必然是犯罪动机的反应。

(4) 从相互作用看，两种心理因素相互影响。犯罪动机在形成过程中会影响到犯罪目的的选择；犯罪目的实现与否，会对犯罪动机起强化或弱化作用。

2. 二者的区别具体表现为：

(1) 二者的形成时间先后顺序不同。动机在前，目的在后，犯罪动机是产生犯罪目的的原因。

(2) 二者的内容、作用不同。犯罪动机表明行为人为什么要犯罪的内心起因，比较抽象；犯罪目的则是实施犯罪行为所追求的客观危害结果在主观上的反应，比较具体。动机决定目的的产生，目的支配行为的产生。有目的必有动机，有动机不一定有目的。

(3) 从相互作用上看，一种犯罪动机可以导致几个或不同的犯罪目的。一种犯罪目的也可以同时为多种犯罪动机所推动。

(4) 二者对定罪量刑的意义不同。实践中，犯罪目的一般侧重于影响定罪，而犯罪动机侧重于影响量刑。

### 考点 34 刑法上的认识错误

(一) 刑法上的认识错误的概念和种类

刑法上的认识错误，是指行为人对自己行为的法律性质、后果和有关的事实情况发生了误解。

刑法上认识错误的种类：

刑法上的认识错误可分为两种：(1) 法律上的认识错误。(2) 事实上的认识错误。

(二) 法律上的认识错误的概念、表现形式及评价

法律上的认识错误，指行为人对自己行为的法律性质发生误解。

表现为三种情况：

1. 假想非罪。行为在法律上规定为犯罪，而行为人误认为不是犯罪。

评价：对于“假想非罪”原则上不排除罪责，但是可以酌情减轻罪责。

2. 假想犯罪。行为在刑法上并没有被规定为犯罪，而行为人误以为是犯罪。

评价：行为人“假想犯罪”并不改变其行为的法律性质，不成立犯罪。

3. 行为人对自己犯罪行为的罪名和罪行轻重发生误解。

评价：这种对法律的误认不涉及行为人有无违法性意识，因此不影响罪过的有无大小，也就不影响定罪判刑。

(三) 事实上的认识错误的概念、分类及评价

事实上的认识错误，是指行为人对与自己行为有关的事实情况有不正确的理解。

对事实认识错误，通说采取“法定符合说”认定行为人的罪责。按照“法定符合说”，行为

人预想事实与实际发生的事实法律性质相同的，不能阻却行为人对因错误而发生的危害结果承担故意的责任。反之，法律性质不同的，则阻却行为人对因错误而发生的危害结果承担故意的责任。

✧ 法律性质相同是指行为人预想侵害与实际侵害的对象属同一构成要件。

（四）事实上的认识错误分为：**客体错误、对象错误、手段错误、行为偏差、因果关系错误**

1. 客体错误，指行为人预想侵犯的对象与实际侵犯的对象在法律性质上不同（分属不同的 犯罪构成）。

**评价：客体错误阻却行为人对错误的事实承担故意的罪责。**

2. 对象错误，指行为人预想侵犯的对象与行为人实际侵犯的对象在法律性质上是相同的（属于同一构成要件）。

**评价：根据法定符合说，对象错误对行为的性质没有影响。**

3. 手段错误，指行为人对犯罪手段发生误用。

**评价：这种错误不影响罪过的性质。因为该种错误并未造成任何非预想的犯罪结果，故从主观方面讲其不成为问题。**

4. 行为偏差，又叫做目标打击错误、打击错误，指行为人预想打击的目标与实际打击的目标不一致。

**评价：对行为误差一般也采取法定符合说，即适用对象辨认错误的认定方法解决。**

5. 因果关系错误，指行为人对自己的行为和所造成的结果之间因果关系的实际情况发生误认。

(1) 行为造成了预定的结果，但误以为没有造成该结果；

(2) 行为没有实际造成预定的结果，但误以为造成了该结果；

(3) 知道行为已经造成了预定的结果，但对造成结果的原因有误解。

**评价：这三种情形的错误对罪责的认定均不发生影响。**

✧ 行为与结果具有因果关系，并不一定说明该行为就是犯罪行为，认定一个行为为犯罪行为还必须要看行为人有没有罪过，对行为有没有认识能力和意志能力。若行为人对结果没有认识能力，可能成立意外事件。只有在行为人具备了这些，再进一步考察因果关系。

2010 年第 2 题. 甲将自己亲生的婴儿以 2 万元价格卖给他人。甲认为自己的行为不构成犯罪，甲的这一认识错误属于（ ）。

A. 法律认识错误 B. 对象认识错误 C. 客体认识错误 D. 手段认识错误

**【答案 A】**法律认识错误的情形：（1）假想有罪；（2）假想无罪：行为人认为自己的行为并不构成犯罪，但实际上是刑法所禁止的犯罪行为；（3）行为人对自已的犯罪行为的犯罪性质、罪名和罪行轻重发生误解。

2013 年第 13 题. 甲意图杀死李某，某夜来到李某家院门外，从门缝窥见院内有一黑影在移动，以为是李某，忙举弩射击。甲次日得知射死的是李某家的驴。对甲的行为应认定为（ ）。

A. 意外事件 B. 打击错误 C. 故意毁坏财物罪 D. 故意杀人罪

**【答案 D】**甲意图射杀李某，将黑影误以为李某开枪射击已经构成犯罪的实施行为。但是由于本题中击中的是一头驴而非人类，因此成立故意杀人的未遂。

2015 年第 42 题. 下列选项中，属于法律认识错误的有（ ）

A. 甲以为在网上窃取“Q 币”不犯罪而为之

B. 乙以为杀死他人可以驱除恶灵而杀死他人

C. 丙以为夜间在道路上追逐竞驶不犯罪而为之

D. 丁把他人灌醉后拿走其随身财物，辩称自己犯的是盗窃罪

**【答案 ACD】**

## 第四章 正当化事由

### 第一节 正当化事由概述

#### 考点 34 正当化事由

（一）正当化事由的概念：正当化事由是指客观上造成了一定损害结果，形式上符合某些犯罪的客观要件，但实在上既不具备社会危害性，也不具备刑事违法性，依法不成立犯罪的事由。

（二）正当化事由的种类：正当化事由分为法定的正当化事由和非法定的正当化事由。

1. 我国刑法规定的法定正当化事由是正当防卫和紧急避险。

2. 非法定正当化事由包括：

（1）法令行为，即依法执行命令的行为。

（2）正当业务行为，即根据其所从事正当业务的要求所实施的行为，包括医疗行为和竞技行为。

（3）权利人承诺的行为，即经被害人同意或要求而损害其某种合法权益的行为。

（4）自救行为，即合法权益受侵害的人，在通过法律程序、依靠国家机关不可能或明显难以恢复的情况下，依靠自己的力量进行救济的行为。

（5）义务冲突，即行为人同时存在两个以上不相容的义务，为了履行其中的某种义务，不得已没有履行其他义务的情形。

✧ 权利人承诺的情形下，被害人同意或要求行为人损害其身体的，只能承诺轻伤范围内的伤害，否则承诺无效，行为人依然应负刑事责任。

### 第二节 正当防卫

#### 考点 35 正当防卫的概念和成立条件

##### （一）正当防卫的概念

正当防卫，指为了使公共利益、本人或者他人的人身和其他权利免受正在进行的不法侵害，而对实施侵害的人所采取的合理的防卫行为。

##### （二）正当防卫的成立条件

成立正当防卫必须具备以下条件：

1. 起因条件是，有不法侵害行为发生。所谓不法侵害，一般指犯罪行为的侵害，还包括一些侵犯人身、财产、破坏社会秩序的违法行为。

2. 时间条件是，对正在进行的不法侵害进行防卫。不能事前防卫或事后防卫。

3. 对象条件是，防卫行为必须是对不法侵害者本人实行。正当防卫只能是通过给不法侵害人造成损害的方法来进行，而不能通过给第三者造成损害的方法来进行。

4. 主观条件是，防卫必须是基于保护合法权益免受不法侵害的目的。防卫目的的正当性既是正当防卫成立的首要条件，也是正当防卫不负刑事责任的重要根据，“防卫挑拨”不能成立正当防卫。

5. 限度条件是，正当防卫不能明显超过必要限度造成重大损害。正当防卫的必要限度，指足以制止正在进行的不法侵害所必需的限度；所谓重大损害，指致人重伤死亡或者造成重大财产损失。

✧

正当防卫的成立条件	具体内容
起因条件	有现实的不法侵害发生
时间条件	正在进行的不法侵害
对象条件	针对不法侵害人本人
主观条件	保护合法权益免受不法侵害



限度条件	不能明显超过必要限度造成重大损害
------	------------------

◇ 不法侵害包括故意的不法侵害、过失的不法侵害、意外事件的不法侵害

### 考点 36 特别防卫

#### （一）特别防卫的概念

特别防卫，又称特殊防卫、无过当防卫权，是指公民对正在进行行凶、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，不负刑事责任的情形。

#### （二）特别防卫的成立条件

1. 特别防卫首先必须具备成立正当防卫的起因、时间、对象、主观这四个基本条件。
2. 特别防卫还必须具备特定的对象条件，即针对正在进行且严重危及人身安全的暴力。这是特别防卫成立最重要的条件。

如果符合特殊防卫的条件，即使造成不法侵害人伤亡的，也不认为过当，对防卫没有必要限度的要求。

2011 年第 5 题。甲酒后到一洗浴中心进行足浴，发现为其洗脚的女服务员乙很漂亮，于是提出要与乙发生性行为，遭乙拒绝。甲便采取暴力欲强奸乙。乙在反抗中用修脚刀刺死了甲。乙的行为属于（ ）。

A. 正当防卫 B. 紧急避险 C. 故意杀人 D. 故意伤害致人死亡

【答案 A】考察特别防卫。

### 考点 37 防卫过当及其刑事责任

#### （一）防卫过当的概念

防卫过当，指正当防卫明显超过了必要限度造成重大损害的行为。

#### （二）防卫过当的基本特征

1. 客观上造成了不应有的损害，具有社会危害性；
2. 主观上对造成的过分损害存在过失甚至故意，具有罪过性，属于滥用防卫权对不法侵害人造成过分损害的非法行为，应当负刑事责任。

#### （三）防卫过当的刑事责任

防卫过当应当负刑事责任，但是应当酌情减轻或者免除处罚。

#### （四）防卫过当与事后防卫：

一般认为防卫过当是过失罪，事后防卫是故意罪；防卫过当是法定（从宽）量刑情节，事后防卫是酌定量刑情节。

◇ 成立防卫过当并负刑事责任，存在过当结果只是条件之一，还要求对过当结果至少有过失。如果没有过失，则不成立防卫过当，以意外事件论。

### 第三节 紧急避险

#### 考点 38 紧急避险的概念和成立条件

##### （一）紧急避险的概念

紧急避险，指为了使公共利益、本人或者他人的人身和其他权利免受正在发生的危险，不得已而采取的损害另一较小合法利益的行为。

## （二）紧急避险的成立条件

1. **起因条件**是，必须有危险发生。就是出现了足以使合法权益遭受严重损害的危险情况。
2. **时间条件**是，实际存在的正在发生的危险。也就是说：（1）危险是客观存在的，而不是主观想象、推测的；（2）这种危险是正在发生的，十分紧迫。
3. **对象条件**是，避险行为针对的对象是第三人的合法利益。紧急避险是为了保全一方的较大合法利益而不得不损害另一方较小的合法利益。
4. **主观条件**是，为了使合法利益免受正在发生的危险。这是避险目的正当性的条件。
5. **限制条件**是，在迫不得已的情况下实施。所谓迫不得已是指采取紧急避险是唯一的途径，别无选择。
6. **限度条件**是，避险行为不能超过必要限度造成不应有的危害。避险行为所造成的损害必须小于所保护的权益，而不能等于或大于所保护的权益。
7. **特别例外限制**。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。

紧急避险的成立条件	具体内容
起因条件	有危险发生
时间条件	实际存在的正在发生的危险
对象条件	第三人的合法利益
主观条件	保护合法利益免受正在发生的危险
限制条件	迫不得已实施避险行为
限度条件	避险造成的损害须小于所保护的权益
特别例外限制	不适用于职务上、业务上有特定责任的人

## 考点 39 紧急避险与正当防卫的异同

### 1. 紧急避险与正当防卫的相同点：

- （1）**目的相同**：都是为了保护公共利益，本人或者他人的人身或其他合法权利。
- （2）**前提相同**：都必须是在合法权益正在受到紧迫危险时才能实施。
- （3）**责任相同**：在合理限度内给某种利益造成一定的损害，都可以不负刑事责任；如果超出法定限度造成损害结果的，都应当负刑事责任，但应当减轻或免除处罚。

### 2. 紧急避险与正当防卫的区别：

- （1）**危害的来源不同**。紧急避险的危害来源非常广泛，既可以是人的不法侵害，也可以是自然灾害，动物侵袭等，而正当防卫的危害来源只能是人的不法侵害。
- （2）**行为所损害的对象不同**。紧急避险损害的对象是第三者的合法权益，正当防卫损害的对象只能是不法侵害者。
- （3）**行为的限制条件不同**。紧急避险只能在迫不得已时即在没有其他方法可以避免危险的情况下才能实行，而正当防卫则无此限制。
- （4）**对损害程度的要求不同**。紧急避险损害的合法利益必须小于所保护的合法利益，而正当防卫所造成的损害可以大于不法侵害者可能造成的损害。
- （5）**主体的限定不同**。正当防卫是每一个公民的权利，而紧急避险不适用于职务上、业务上负有特定责任的人。

区别正当防卫、紧急避险的实际意义在于衡量是否过当的标准不同。正当防卫涉及合法与不法的冲突，其衡量是否过当的标准明显有利于防卫方，即使防卫人对不法侵害人造成的损害大于

不法侵害人可能造成的损害，也可能被认为是必要的；而紧急避险涉及两个合法利益在紧迫情况下发生冲突，不得已舍弃一个保全另一个，其衡量是否过当的标准是平等的，甚至略微偏向被避险一方，即使避险行为损害的利益与保全的利益相等，也可认为避险过当。

#### 考点 40 避险过当及其刑事责任

##### （一）避险过当的概念

避险过当是指避险行为超过必要限度造成不应有的危害的行为。

##### （二）避险过当的基本特征

避险过当的基本特征：

1. 在客观上造成了不应有的损害，即避险行为造成的损害大于或等于所保全利益。
2. 主观上对造成的不应有损害存在过失，应受到责备。但是只有在造成较为严重的不应有损害时，才有必要认定为避险过当，追究刑事责任。

##### （三）避险过当的刑事责任

紧急避险超过必要限度造成不应有损害的，应当负刑事责任，但是应当酌情减轻或者免除处罚。

◇ 避险过当致人重伤或死亡的，定过失致人重伤罪或过失致人死亡罪。

### 第五章 故意犯罪的停止形态

#### 第一节 故意犯罪的停止形态概述

#### 考点 41 （一）故意犯罪的停止形态的定义

故意犯罪的停止形态，指在故意犯罪过程中因为某种原因而停止所呈现的状态。简言之，就是犯罪进展的结局状态。

##### （二）故意犯罪的停止形态的特征

1. 它是故意犯罪进展的结局状态。
2. 它是依据法律规定认定的犯罪进展形态，对每一个犯罪的结局状态依法进行评价后，最终确定其犯罪的法律形态。

◇ 未完成罪只存在于直接故意犯罪中，过失犯罪、间接故意犯罪不存在犯罪的预备、未遂和中止。

#### 第二节 犯罪既遂

#### 考点 42 犯罪既遂

##### （一）犯罪既遂的概念

犯罪既遂，指犯罪人的行为完整地实现了刑法分则条文所规定的全部犯罪构成的事实。

##### （二）犯罪既遂的判定标准

1. 结果说，认为犯罪既遂是指故意犯罪的实行行为造成了刑法规定的犯罪结果。据此，故意犯罪的实行行为没有造成刑法规定犯罪结果的，属于犯罪未遂。
2. 目的说，认为犯罪既遂是指故意犯罪的实行行为达到了行为人的犯罪目的。据此，故意犯罪的实行行为没有达到行为人犯罪目的的，属于犯罪未遂。
3. 构成要件（齐备）说，认为犯罪既遂是指犯罪行为完全具备了基本犯罪构成要件的情况，据此，犯罪行为没有完全具备基本犯罪构成要件的，属于犯罪未遂。通说采取构成要件（齐备）说。

认定既遂，目前我国刑法学的通说是构成要件（齐备）说，即主要根据分则条文的具体规定。根据构成要件说，是否成立犯罪既遂，取决于犯罪事实行为是否具备刑法分则规定的特定犯罪的全部犯罪构成要件。

### （三）犯罪既遂的形态

1. 结果犯。行为必须已造成法定的实害后果，才是该罪的既遂。
2. 危险犯。危险犯的特征是发生侵害法益的现实危险是既遂的要件。只要行为足以造成某种严重后果发生的危险，就是该罪的既遂。
3. 行为犯。行为犯的特征是犯罪行为实施到一定程度即构成既遂。只要实行了某种犯罪行为，就是该罪的既遂。

### （四）对既遂犯的处罚

对既遂犯，按照分则条文规定的法定刑处罚。

2015 年第 14 题。下列犯罪中，属于结果犯的是（ ）

- A. 放火罪    B. 故意毁坏财物罪    C. 私放在押人员罪    D. 参加黑社会性质组织罪

【答案 B】结果犯是指行为必须已造成法定的实害后果，才是该罪的既遂

## 第三节 犯罪预备

### 考点 43 犯罪预备

#### （一）犯罪预备的概念

犯罪预备，指为了犯罪，准备工具、制造条件的行为。

#### （二）犯罪预备的三个特征：

1. 行为人具有为便利实行、完成某种犯罪的主观意图。
2. 客观上犯罪人进行了准备工具、制造条件等犯罪的预备活动。所谓准备工具，指准备为实行犯罪使用的各种物品；所谓制造条件，指为实行犯罪制造机会或创造条件。
3. 犯罪的预备行为由于犯罪分子意志以外的原因被阻止在犯罪准备阶段，未能进展到着手实行犯罪。

#### （三）犯意表示和犯罪预备的区别

犯意表示，是指行为人以口头、文字等形式将其直接故意犯罪的意图明确表露出来，没有任何具体的犯罪准备活动。犯意表示停留在思想表露的范畴，而不是任何犯罪行为，对外界不发生现实的影响，故不认为是犯罪。而犯罪预备越过了思想认识阶段，实施了为犯罪准备工具、制造条件的行为，并有进一步发展至犯罪的实行的可能，在重视犯罪预防的背景下，具有一定的可罚性。故刑法将其确立为一种犯罪的未完成形态。

#### （四）对预备犯的处罚

《刑法》第 22 条第 2 款规定，对于预备犯，可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。

2010 年第 5 题。下列情形中，属于犯罪预备的是（ ）。

- A. 甲买回剧毒农药企图杀害妻子，后念及妻子多年情分，悄悄将农药处理掉了  
B. 乙以出卖为目的买到一婴儿，但尚未出手即被抓获  
C. 丙尾随从银行取款出来的刘某意图抢劫，在小区入口处被保安阻拦  
D. 丁乘某女不备，将其扑倒，意图强奸，却被该女制服

【答案 C】犯罪预备，行为人为实施犯罪，准备工具、制造条件的行为。

### 考点 44 预备行为与实行行为的区别

实行行为，指行为人实施的符合分则各本条规定的某一犯罪行为。实行行为与预备行为的实质区别在于：能否直接侵害犯罪客体。



#### 第四节 犯罪未遂

##### 考点 45 犯罪未遂的概念和特征

###### （一）犯罪未遂的概念

犯罪未遂，指已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的形态。

###### （二）犯罪未遂的三个特征

1. 犯罪分子已着手实行犯罪。所谓已着手实行犯罪，指犯罪分子已经开始实行刑法分则条文所规定的某种犯罪的基本构成要件的行为。

2. 犯罪未得逞。所谓犯罪未得逞，指犯罪没有既遂，即犯罪行为尚未完整地满足刑法分则规定的全部犯罪构成事实。犯罪未得逞是犯罪未遂与既遂区别的标志。倘若犯罪已得逞，即已完成，不复有成立该犯罪未完成形态的可能性。

3. 犯罪未得逞是由于犯罪分子意志以外的原因。所谓犯罪分子意志以外的原因，指违背犯罪分子本意的原因。

###### （四）犯罪未遂的分类

在刑法理论上，根据犯罪未遂行为的特征和犯罪未遂的原因，通常将犯罪未遂分为实行终了的未遂和未实行终了的未遂，能犯未遂和不能犯未遂。

###### （一）实行终了的未遂和未实行终了的未遂

根据犯罪实行行为是否完成，对犯罪未遂进行区分，可以分为实行终了的未遂与未实行终了的未遂。

1. 实行终了的未遂，指行为人把实现犯罪意图必要的行为实施完毕的未遂。

2. 未实行终了的未遂，指行为人没有把实现犯罪意图必要的行为实施完毕的未遂。如，杀人时被害人逃脱的；实施诈骗被识破，未能获取财物的，等等。

###### （二）能犯未遂和不能犯未遂

根据犯罪实行行为能否实际达到既遂状态为标准，对犯罪未遂进行区分，可以分为能犯未遂和不能犯未遂。

1. 能犯未遂，有可能达到既遂的未遂。

2. 不能犯未遂，因事实认识错误，不可能达到既遂的未遂。根据表现形式不同，又可分为：

（1）工具（手段、方法）不能犯的未遂。（2）对象不能犯的未遂。

###### （三）迷信犯、愚昧犯与不能犯未遂的区别

迷信犯或者愚昧犯，是指使用迷信或愚昧的方式犯罪，按照科学的观念根本不可能对法律利益造成损害的情况。

迷信犯或者愚昧犯与不能犯未遂区别的要点是：

1. 迷信犯、愚昧犯是行为人犯了常识错误，而不能犯未遂没有犯常识错误。

2. 迷信犯、愚昧犯预定实施的行为与实际实施的行为是一致的。相反，在不能犯未遂的场合，行为人实际使用的犯罪方法与预想使用的犯罪方法不一致，以致犯罪不能既遂，如用错了药。

区别迷信犯、愚昧犯与不能犯未遂的意义在于分清罪与非罪。不能犯未遂，构成犯罪，按照未遂犯处罚。而对于迷信犯或者愚昧犯，即使按照现代观念也不为罪，不可罚。

###### （五）对未遂犯的处罚

《刑法》第 23 条第 2 款规定，对未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。

2011 年第 41 题。下列行为中，属于犯罪未遂的有（ ）。

A. 甲在发表分裂国家的演讲时，被群众扭送到公安机关

B. 乙为制造列车倾覆事故，在轨道上安装了脱轨装置，该装置被巡道工及时拆除

C. 丙欲杀害张某，用猎枪射击骑马的张某后即逃走，结果将马打死，造成张某轻伤

D. 丁正在撬保险柜时，某同伙打来电话，告知该保险柜中没有值钱的东西，丁便离去

【答案 CD】犯罪未遂是指，已经着手实行犯罪，由于犯罪份子意志以外的原因为未得逞的。

2012 年第 13 题。甲得知某单位财务室的保险柜中有 10 万元工资款将于次日发放，遂携工具深夜潜入财务室撬保险柜。因保险柜十分坚固，甲用了 3 个小时都没有撬开，便离开。甲的行为属于（ ）。

A. 未实行终了的中止 B. 实行终了的中止 C. 能犯未遂 D. 不能犯未遂

【答案 C】能犯未遂，犯罪实际有可能达到未遂，但由于意志以外的原因未能达到既遂而停止下来的情况。

#### 考点 46 犯罪未遂与犯罪预备的区别

**是否已着手实行犯罪**是犯罪未遂与预备犯区别的根本标志。预备犯是“准备实行犯罪”，由于遭到意志以外原因的阻止，未能开始实行犯罪。犯罪未遂在时间上是“已开始实行犯罪”，由于遭到意志以外的原因的阻止，未能得逞。

✧ 犯罪未遂和犯罪预备都是由于意志以外的原因未能继续，根本区别就是犯罪是否已经着手实行。

#### 第五节 犯罪中止

##### 考点 47 犯罪中止

###### （一）犯罪中止的概念

犯罪中止，指在犯罪过程中，自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的形态

###### （二）犯罪中止的三个特征

1. **时间性**：在犯罪过程中。所谓犯罪过程，就是从犯罪预备开始到犯罪既遂以前的全过程。

（1）如果犯罪已经既遂，则不存在犯罪中止问题。

（2）犯罪明显告一段落归于未遂后，有某种补救行为的，不成立中止。

（3）在犯罪过程中，自动放弃可重复加害行为的，可以成立中止。

2. **自动性**：自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生。所谓自动有效地防止犯罪结果发生，指在犯罪行为实行终了、犯罪结果尚未发生的特定场合，行为人自动采取积极行动实际有效地阻止了犯罪结果的发生。

（1）自动放弃犯罪意味着行为人彻底放弃继续实施该犯罪的意图。

（2）自动中止犯罪的原因有很多种，只要是犯罪分子认为自己能够把犯罪进行到底而自动停止犯罪行为，或者自动有效地防止犯罪结果发生，都认为具备自动性

（3）在犯罪实际上能够进行到底而犯罪人认为遭遇客观障碍不可能进行到底的情况下，犯罪人撤离犯罪，不成立犯罪中止。

3. **客观有效性**：中止不仅仅是一个良好的愿望，还应当有客观的放弃犯罪或阻止结果发生的实际行动，并有效地阻止犯罪结果发生。

###### （三）犯罪中止的分类

犯罪中止既可能发生于犯罪预备阶段，也可能发生于犯罪实行阶段。据此，犯罪中止从时间上可划分为：

1. **预备阶段的中止**，即发生在预备过程、着手实行犯罪之前的犯罪中止 D

2. **实行阶段的中止**，即发生在着手实行以后的犯罪中止。可细分为：（1）未实行终了的中止，即发生在着手实行犯罪以后犯罪行为实行终了之前的犯罪中止；（2）实行终了的中止，即在犯罪行为实行终了、行为人自动有效防止犯罪结果发生的犯罪中止。

###### （四）对中止犯的处罚

《刑法》第 24 条第 2 款规定，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。

2015 年第 12 题。甲男将女同事汪某骗至宾馆，要求与之发生性关系，否则在网上散布汪某的不雅照。汪某对甲破口大骂，甲觉得无趣，遂打消奸淫念头离去。甲的行为属于（ ）

A. 犯罪预备 B. 犯罪未遂 C. 犯罪中止 D. 犯罪既遂

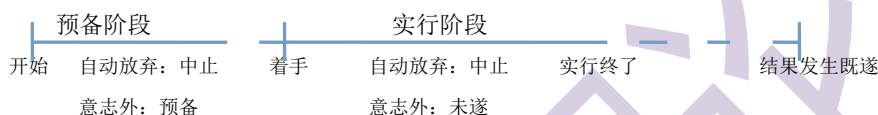
【答案 C】所谓犯罪中止，是指在犯罪过程中，自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的形态。犯罪中止的三个特征：时间性、自动性和客观有效性。

#### 考点 48 犯罪中止与犯罪预备、犯罪未遂的区别

自动性是犯罪中止的本质特征，也是它与预备犯、犯罪未遂区别的标志。自动性的要点是“自主放弃犯罪”，与此相对，预备犯、未遂犯是遭遇意志以外的原因而“被迫放弃犯罪”。

✧ 成立犯罪中止，不要求行为人一律达到真诚悔悟的程度。犯罪人真诚悔悟是自动性最典型、最理想的情况，却不是成立中止的要件。

✧ 犯罪形态分布图



✧ 既遂排斥中止。犯罪既遂后，不要把事后悔过行为或返还行为当成中止行为。

✧ 未遂排斥中止。犯罪未遂后，不要把事后不救行为当成中止行为。

✧ 既遂排斥未遂。犯罪既遂后，财物又被被害人夺回的，不再成立未遂。

✧ 中止排斥未遂。犯罪中止后，不可能再成立未遂。

## 第六章 共同犯罪

### 第一节 共同犯罪的概念及其构成

#### 考点 49 共同犯罪的概念及其构成

(一) 共同犯罪的概念

共同犯罪，指两人以上共同故意犯罪。

✧ 共同犯罪发生在故意犯罪中，若两个犯罪人，一个故意犯罪一个过失犯罪，则不成立共同犯罪。

(二) 共同犯罪的构成特征

1. 主体要件:有两个以上的犯罪主体。作为共同犯罪人中的任何一人，都必须具备责任能力、达到责任年龄的一般主体资格。

2. 客观要件:在客观方面，必须具有共同犯罪的行为，即各共同犯罪人的行为都是指向同一目标，彼此联系、互相配合，结成一个犯罪行为整体。共同犯罪行为包括：(1)实行行为 (2)帮助行为 (3)组织行为 (4)教唆行为 (5)共谋行为。从行为形式讲，包括作为和不作为。

3. 主观要件:在主观方面，具有共同犯罪的故意，包含两层意思：(1)各共同犯罪人对共同犯罪持性质相同的故意心态；(2)各共同犯罪人相互之间有意思联络，对互相协作犯罪亦持故意心态。

#### 考点 50 共同犯罪的认定

在我国，学术界通常以主观上是否有共同犯罪故意作为标准认定共犯。下列情形貌似共同犯罪，但因缺乏共同故意或故意内容不一致，不认为是共同犯罪。

1. 过失犯罪不构成共同犯罪。二人以上共同过失犯罪的，不以共同犯罪论处，分别追究刑事责任。



责任。

2. 把他人当工具利用的不构成共同犯罪。这种情形称为间接正犯或间接实行犯，分两种情况：

（1）利用没有责任能力或没有达到责任年龄的人去实行犯罪的，利用者和被利用者之间不是共犯，利用者为间接实行犯。（2）利用不知情人的行为。

3. 事前无通谋、事后提供帮助的行为不构成共同犯罪。如事后的窝藏、包庇行为，窝赃、销赃行为以及 事后帮助他人毁灭证据的行为等，不是共同犯罪。

4. 过限行为不构成共同犯罪，过限行为是指在共同犯罪中，有共同犯罪人实施了超出共同犯罪故意范围的行为。超出共同犯罪的行为即过限行为或过剩行为。

5. “同时犯”不构成共同犯罪。二人以上同时同地侵害同一对象，但彼此缺乏共同犯罪故意的意思联络的，不是共犯。

在共同实行的场合，不存在片面共犯。所谓片面共犯，指对他人犯罪暗中相助的情况。因为受到暗中相助的实行犯不知情，所以不能与暗中相助者构成共犯。但是，对于暗中相助者可按照从犯处理。

✧ 共同过失不构成犯罪，但是在交通肇事罪的司法解释中，最高人民法院规定：“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。”

## 第二节 共同犯罪的形式

### 考点 51 共同犯罪的形式

共同犯罪的形式，指二人以上共同犯罪的结构或者共同犯罪人之间的结合或联系形式。

#### （一）任意共同犯罪和必要共同犯罪

分类依据：根据共同犯罪是否能够以任意形成为标准，可以将共同犯罪分为：

1. 任意共同犯罪，是指二人以上共同构成法律没有限制主体数量的犯罪。

2. 必要共同犯罪，是指二人以上共同构成法律规定其犯罪主体是二人以上、必须采取共同犯罪形式的犯罪。包括对象犯（如贿赂犯罪、重婚罪等）和众多犯（如集团性犯罪和聚众换言之，法律规定以采取数人共同犯罪为必要形式的犯罪，是必要共同犯罪。

#### （二）事前通谋的共同犯罪和事前无通谋的共同犯罪

分类依据：以共同故意形成的时间为标准，可分为：

1. 事前通谋的共同犯罪，指各共同犯罪人在着手实行犯罪前就已经形成共同故意的共同犯罪。其特征是共同犯罪的故意形成于着手实行之前，是一种有预谋的共同犯罪。

2. 事前无通谋的共同犯罪，指各共同犯罪人的共同故意在着手实行过程中才形成的共同犯罪。其特征是共同犯罪的故意形成于着手实行犯罪的过程中，是一种临时起意的共同犯罪。

#### （三）简单共同犯罪和复杂共同犯罪

分类依据：以共同犯罪人有无分工为标准，可分为简单共同犯罪和复杂共同犯罪。

1. 简单共同犯罪，指各共同犯罪人均参与实行某一犯罪构成要件的行为，即每一共同犯罪人都是实行犯的共犯形态，故又称为共同实行犯，在外国刑法学中称为“共同正犯”。其特征是简单共犯人都是实行犯，不存在组织犯、帮助犯、教唆犯等情况。

2. 复杂共同犯罪，指各共同犯罪人在共同犯罪中有所分工，存在着教唆犯、帮助犯和实行犯区别的共犯形态。在复杂共同犯罪中，由于犯罪人分工的不同，表明其在犯罪中的作用大小的差别，所以对各个犯罪人要按其共同犯罪中所起作用的大小及社会危害性程度，确定其刑事责任。

2010 年第 18 题。国家工作人员甲与普通公民乙相互勾结，由乙接受他人财物，由甲为行贿人谋取利益。甲、乙的行为（ ）。



- A. 属于必要的共同犯罪
- B. 属于任意的共同犯罪
- C. 属于特殊的共同犯罪
- D. 不成立共同犯罪

【答案 B】刑法分则对受贿罪的犯罪主体数没有作出须为数人的规定，故属于任意的共同犯罪  
2014 年第 9 题. 甲受乙教唆，雇佣童工从事危重劳动，情节严重。甲、乙的犯罪属于（ ）。

- A. 必要的共同犯罪
- B. 简单的共同犯罪
- C. 特殊的共同犯罪
- D. 任意的共同犯罪

【答案 B】刑法分则对雇佣童工从事危重劳动罪并没有规定必须由二人以上共同构成，因此属于任意共同犯罪。

### 考点 52 一般共同犯罪和特殊共同犯罪

分类依据：以共同犯罪人之间有无组织形式为标准，可分为一般共同犯罪和特殊共同犯罪。

1. 一般共同犯罪，指共同犯罪人之间无特殊组织形式的共同犯罪。这种共同犯罪的犯罪人之间只是为了实施某一具体犯罪而临时纠合在一起，当该种犯罪完成以后，这种共同犯罪形式就不复存在。

2. 特殊共同犯罪，亦称有组织犯罪或犯罪集团，是指三人以上为多次实行某种或几种犯罪而建立起来的犯罪组织。

### 考点 53 犯罪集团的特征

- 1. 人数较多（3 人以上），重要成员固定或基本固定；
- 2. 经常纠集在一起进行一种或数种严重的犯罪活动；
- 3. 有明显的首要分子；
- 4. 有预谋地实行犯罪活动；
- 5. 不论作案次数多少，对社会造成的危害或其具有的危险性都很严重。

### 第三节 共同犯罪人的种类及其刑事责任

我国刑法以共同犯罪人在共同犯罪中所起的作用为主要标准，同时兼顾其分工，将共同犯罪人分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯四种。

2013 年第 6 题. 我国刑法划分共同犯罪人种类的依据是（ ）。

- A. 作用
- B. 作用为主，兼顾分工
- C. 分工
- D. 分工为主，兼顾作用

【答案 B】

### 考点 54 主犯及其刑事责任

#### （一）主犯的概念

主犯，指组织、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犯罪分子。

#### （二）主犯的种类

主犯应包括两种犯罪分子：（1）组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的首要分子。（2）在犯罪集团或者一般共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。

### （三）主犯和首要分子不尽相同。

1. 《刑法》第 97 条规定，本法所称首要分子，是指在犯罪集团或者聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子。可见，首要分子包括犯罪集团的首要分子和聚众犯罪中的首要分子。

2. 犯罪集团的首要分子都是主犯，但是聚众犯罪中的首要分子未必都是主犯。聚众犯罪有三种形态。

（1）全体参与者均可构成犯罪，如聚众持械劫狱罪；

（2）只有聚众者和积极参与者可构成犯罪，一般参与者不构成犯罪，如聚众斗殴罪；

（3）三只有聚众者才构成犯罪，其他参与者不构成犯罪，如聚众扰乱公共场所秩序、交通秩序罪。

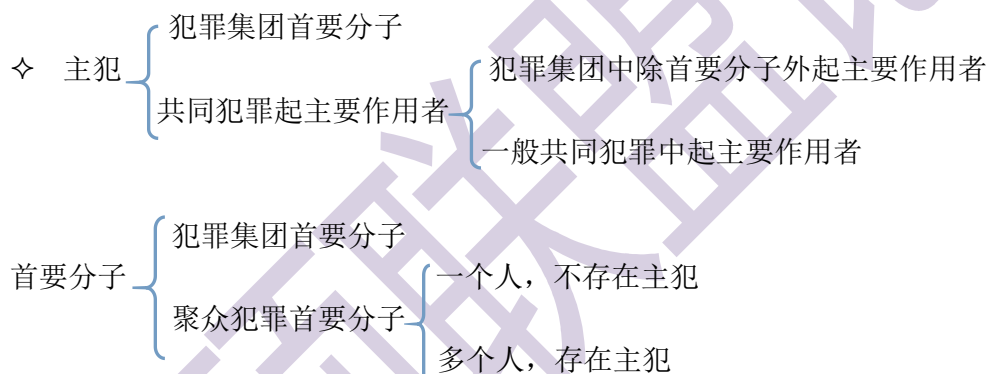
第一种情形中的首要分子和积极参与者无疑属于主犯，第二种情形中的首要分子也属于主犯，但第三种情形的聚众者是否构成主犯，要具体论定。

（1）如果聚众犯罪中的聚众者只有一人，这类聚众型犯罪不是严格意义上的共同犯罪，无所谓主犯；

（2）如果聚众者为二人以上，则构成共同犯罪，此时要根据行为人的作用大小认定主犯，当聚众者都起主要作用时，则皆为主犯；当聚众者的作用有主次之分时，则起主要作用者为主犯。

### （四）主犯的刑事责任

根据《刑法》第 26 条的规定，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；对于其他主犯，应当按照其所参与或者组织、指挥的全部犯罪处罚。



### 考点 55 从犯

#### （一）从犯的概念

从犯，指在共同犯罪中起次要或者辅助作用的犯罪分子。

#### （二）从犯的种类

从犯分两种：

（1）在共同犯罪中起次要作用的实行犯。

（2）在共同犯罪中辅助他人实行犯罪的帮助犯。

#### （三）从犯的刑事责任

《刑法》第 27 条规定，对于从犯，应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。

### 考点 56 胁从犯及其刑事责任

#### （一）胁从犯的概念

胁从犯，指被胁迫参加犯罪的犯罪分子，即犯罪人是在他人的暴力强制或者精神威逼之下被迫参加犯罪的。犯罪人虽有一定程度选择的余地，但并非自愿。

#### （二）胁从犯的刑事责任

《刑法》第 28 条规定，对于胁从犯，应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚。

### 考点 57 教唆犯及其刑事责任

#### （一）教唆犯的概念

教唆犯，指教唆他人实行犯罪的人。具体而言，就是指故意引起他人实行犯罪决意的人。

#### （二）教唆犯的特点

教唆犯的基本特点是，教唆他人实行犯罪而自己并不参加犯罪的实施，是使他人产生犯罪意图的人。

#### （三）教唆犯的成立条件

教唆犯应具备以下成立条件：

1. 主观上具有使他人产生犯罪意图和决心的故意，即所谓唆使他人犯罪的故意。
2. 在客观上实施了教唆他人犯罪的行为。至于教唆行为是否实际引起被教唆人的犯罪意图和决心，被教唆人是否实行了被教唆的犯罪，不影响教唆犯的成立。

#### （四）教唆犯的刑事责任

1. 对教唆犯按照其在共同犯罪中所起的作用处罚。起主要作用的，按主犯处罚；仅起到次要作用的，按从犯处罚。
2. 如果被教唆人没有犯被教唆的罪，教唆犯独自构成犯罪，但可以从轻或者减轻处罚。
3. 教唆不满 18 周岁的人犯罪的，应当从重处罚。教唆犯虽然具有独立的犯罪性或可罚性，却不是独立的罪名。对于教唆犯，应当按照所教唆的犯罪确定罪名。

✧ 教唆犯是教唆行为人实施特定犯罪。

2011 年第 12 题．甲指使 15 周岁的乙盗窃轿车，乙将盗得的轿车交给甲，甲销赃得款 10 万元。在本案中（ ）。

- A. 甲、乙构成共同犯罪
- B. 甲是教唆犯，且属于主犯
- C. 乙是实行犯，是从犯
- D. 甲是实行犯

【答案 D】成立共同犯罪的主体条件要求作为共同犯罪人之一，必须具备责任能力、达到责任年龄的一般主体资格。二人共同实施犯罪行为，其中一人未达到刑事责任年龄的，不认为是共同犯罪。

2013 年第 5 题．甲为泄愤，教唆乙炸毁某公司办公楼，乙因害怕没有实施爆炸。对甲的行为（ ）。

- A. 应以教唆罪定罪处罚
- B. 应认定为爆炸罪的犯意表示
- C. 应以爆炸罪定罪，但应当免除处罚
- D. 应以爆炸罪定罪，但可以从轻或者减轻处罚

【答案 D】甲实施完成了教唆行为，但乙并没有实施，因此属于教唆未遂。依据我国刑法在这种情况下教唆犯独自构成犯罪，但可以从轻或者减轻处罚的。

### 考点 58 共同犯罪与犯罪的停止形态

#### （一）共同犯罪与犯罪预备、未遂

1. 在共同实行犯罪的场合：

（1）其中一人犯罪既遂的，共同犯罪整体既遂，全体共犯人承担既遂的罪责。对其他共犯人不需要考虑未完成罪的问题，只是考虑作用大小区分主犯、从犯。

(2) 如果整个共同犯罪归于未遂的，全体共同犯罪人也成立犯罪未遂。如果全体共犯人一致中止犯罪的，自然所有共同犯罪人都成立犯罪中止。

2. 在复杂共同犯罪的场合，即除实行犯以外，还存在着教唆犯或者帮助犯。通常整个共同犯罪的进程“从属于实行犯”的进程。具体而言：

(1) 如果实行犯实行犯罪既遂的，教唆犯或者帮助犯也就按既遂犯处理。

(2) 如果实行犯实行犯罪未遂的，教唆犯或者帮助犯也是未遂犯，适用《刑法》第 23 条未遂犯的规定处罚。

(3) 在犯罪预备的场合，因为还没有着手实行犯罪，实行犯实际还没有出现。如果打算实行犯罪的人因为意志以外的原因没有着手的，属于预备犯，其帮助犯也属于预备犯；教唆犯从属于被教唆人，既然被教唆人成立预备犯，教唆犯也成立预备犯。

### 考点 59 共同犯罪与犯罪中止

在共同犯罪中，要成立犯罪中止，必须具备下列条件：

1. **必须具备有效性。**共同犯罪中的部分共犯人退出或放弃犯罪的，可以成立中止。但除必须具备犯罪中止的一般要件外，还必须具备“有效性”，即有效地阻止共同犯罪结果发生或者有效地消除自己先前参与行为对共同犯罪的作用。

2. **中止的效力仅及于本人，不及于其他共犯人。**部分共同犯罪人自动放弃犯罪且具备有效性的，单独成立犯罪中止，但是其中止的效力不及于其他共同犯罪人。

3. **缺乏有效性不能单独成立中止。**在共同犯罪中，共同犯罪人消极退出犯罪或自动放弃犯罪、阻止共同犯罪结果未奏效的，不能单独成立犯罪中止。

## 第七章 罪数形态

### 第一节 罪数形态概述

#### 考点 60 罪数形态概述

##### (一) 罪数的概念

罪数，指犯罪的单复或个数，即一罪与数罪。

##### (二) 罪数的判断标准

关于判断罪数的标准，主要有以下几种学说：

1. **行为说。**认为行为是犯罪的核心要素，主张按照自然观察的行为个数判断犯罪的个数，即行为人实施一行为的，只能构成一罪；实施数行为的，才能构成数罪。当一行为造成数结果、触犯数罪名的，也认为是一罪。

2. **法益说（或结果说）。**认为犯罪的本质是对法益的侵害，主张以犯罪行为侵害的法益个数作为判断罪数的标准。

3. **意思说。**认为犯罪是行为人主观犯罪意思的外部表现，行为只是行为人犯罪意思或主观恶性的表征，应当以行为人犯罪意思的个数作为判断犯罪个数的标准。

4. **构成要件说。**以构成要件为标准，主张符合一次（一个）构成要件的事实就是一罪，符合数次（数个）构成要件的事实就是数罪。

采取不同的标准判断罪数，往往得出不同的结论。我国通说上确定罪数的标准采取犯罪构成说，即凡是行为人以一个犯意，实施一个行为，符合一个犯罪构成的，就是一罪；凡是以数个犯意，实施数个犯罪行为，符合数个犯罪构成的，就是数罪。

确定罪数的意义在于：

1. 正确确定犯罪的个数，是正确定罪的基本要求。

2. 确定数罪是确定刑罚权个数的前提，因为国家刑罚权个数与犯罪个数应当对应。



## 第二节 实质的一罪

### 考点 61 实质的一罪的概念及其种类

刑法中有一些貌似数罪、实际是一罪的情况，这类情况也称为一行为法定为一罪或者处断为一罪的情况。其**主要有继续犯、想象竞合犯、结果加重犯**。

#### （一）继续犯

继续犯，又称持续犯，是指作用于同一对象的一个犯罪行为从着手实行到实行终了，犯罪行为与不法状态在一定时间内同时处于继续状态的犯罪。

##### 继续犯的特征

1. 一个犯罪故意。犯罪行为必须是基于一个犯罪故意实施一个危害行为的犯罪。
2. 侵犯同一客体（法益或社会关系）。继续犯是持续地侵犯同一或直接相同客体的犯罪。
3. 犯罪行为能够对客体形成持续、不间断的侵害。
4. 犯罪完成、造成不法状态后，行为仍能继续影响不法状态，使客体遭受持续侵害。

##### 继续犯的意义

1. 追诉时效的起算时间推后，不是从犯罪成立之日起计算，而是从犯罪行为终了之日起计算。
2. 正当防卫时机。在犯罪既遂以后，如果犯罪行为继续存在，属于正在进行的不法侵害，允许进行正当防卫。
3. 犯罪继续期间，其他人加入的可以成立共犯。

##### 继续犯的处断原则

对于继续犯应当依据刑法分则的规定论处，**不实行数罪并罚**。犯罪行为和不法状态在时间上持续的长短，则可以在量刑的时候加以考虑。

#### （二）想象竞合犯

想象竞合犯，指行为人实施**一个犯罪行为同时触犯数个罪名**的情况。

##### 想象竞合犯的特征

1. 行为人**只实施了一个犯罪行为**。
2. 行为人**同时触犯了数个罪名**。

##### 想象竞合犯的处断原则

**择一重罪处断**，不实行数罪并罚。

#### （三）结果加重犯

结果加重犯，指实施基本犯罪构成的行为，**同时又造成一个基本犯罪构成以外的结果**，刑法对其规定较重法定刑的情况。

##### 结果加重犯的特征

1. 实施基本犯罪构成的行为还造成了额外的结果。
2. 分则条文对造成该种结果专门规定了较重法定刑。
3. 行为人对加重的结果具有罪过，具有故意或过失。

##### 结果加重犯的处断原则

以一罪的加重结果处罚，不实行数罪并罚。

#### （四）法条竞合犯

法条竞合，指刑法中有一些条文之间在内容上存在重复或交叉的情况。

法条竞合犯，指**一行为同时触犯存在法条竞合关系的数个法条**的犯罪形态。

##### 法条竞合犯的特征

1. 行为人的一个行为只是出于一个罪过，并且产生一个结果。
2. 行为人的一个行为触犯数个刑法规范。
3. 行为人的一个行为触犯数个刑法规范之间存在着此规范规定的犯罪构成包容另一规范规定

的犯罪构成关系。

4. 可以适用行为人行为的是竞合的数法规中的一个法规，其法律适用问题，依照特别法优于普通法原则来解决。

法条竞合犯的处断原则。

1. 特别法优于一般法, 适用特别法条排斥一般法条。

2. 在法有特别规定的情形下，依照法律规定。优先适用重法条即属于法律有特别规定的情形。

2012 年 14 题。下列情形中，属于结果加重犯的是（ ）。

- A. 聚众斗殴致他人死亡
- B. 非法行医造成就诊人死亡
- C. 强制猥亵妇女致其因羞愤自杀死亡
- D. 遗弃没有独立生活能力的人致死死亡

【答案 B】注意结果加重犯和和情形加重犯的区别。注意是否构成结果加重犯，首先要看是否只有一个法定幅度，如果只有一个法定幅度，则不可能是结果加重犯，其次要看是结果加重还是情形加重。强制猥亵妇女罪并没有结果加重犯，只有情形加重犯，即聚众或者公共场所强制猥亵妇女的。

2013 年第 7 题。按照我国刑法理论，绑架罪属于（ ）。

- A. 继续犯
- B. 结合犯
- C. 状态犯
- D. 连续犯

【答案 A】绑架行为对客体产生了持续、不间断的伤害（限制他人自由），在绑架完成后绑架行为仍持续影响不法状态，所以绑架是一种继续犯。

2014 年第 10 题。甲盗割高压电线，既构成破坏电力设备罪，又构成盗窃罪。这种犯罪形态属于（ ）。

- A. 想象竞合犯
- B. 继续犯
- C. 连续犯
- D. 吸收犯

【答案 A】想象竞合犯的两个特征：1. 行为人只实施了一个犯罪行为。2. 行为人同时触犯了数个罪名。甲盗割高压电线同时触犯了盗窃罪和破坏电力设备罪。

2015 年第 20 题。甲秘密窃取他人持有的枪支，该行为同时符合盗窃罪和盗窃枪支罪的犯罪构成。按照我国刑法理论，这种情形属于（ ）

- A. 牵连犯
- B. 法条竞合
- C. 想象竞合犯
- D. 结果加重犯

【答案 B】法条竞合犯，指一行为同时触犯存在法条竞合关系的数个法条的犯罪形态

### 第三节 法定的一罪

#### 考点 62 法定的一罪的概念及其种类

法定的一罪，指数个独立的犯罪行为依据刑法的规定作为一罪定罪处罚的情况。主要有结合犯、集合犯。

##### （一）结合犯

结合犯，指两个以上各自独立成罪的犯罪行为，根据刑法的明文规定，结合成另一独立的新罪的犯罪形态。

##### 结合犯的特征

- 1. 结合犯中的犯罪行为，是数个可以分别构成其他犯罪的行为结合而来的。
- 2. 数个独立的犯罪结合成为一个新罪。数个独立的犯罪结合成为一个新罪的方式是，甲罪+乙罪=丙罪（或甲乙罪）。通说认为，我国尚无结合犯的规定。
- 4. 数个独立的犯罪结合成为一个新罪，是根据刑法的明文规定。

##### 结合犯的处断原则

由于结合犯是法定的一罪，不实行数罪并罚。

##### （二）集合犯

集合犯，是指行为人以实施不定次数的同种犯罪行为为目的，实施了数个同种犯罪行为，刑法规定作为一罪论处的犯罪形态。

#### 集合犯的特征

1. 行为人以实施不定次数的同种犯罪行为为目的。这是集合犯的主观方面的特征。
2. 实施了数个同种的犯罪行为，即刑法要求行为人具有多次实施同种犯罪行为的意图，并且行为人一般也是实施了数个同种犯罪行为的。所谓“同种犯罪行为”，是指数个行为的法律性质是相同的。

3. 刑法将数个同种犯罪行为规定为一罪，集合犯是法律规定的一罪。

#### 集合犯的处断原则

由于集合犯是法定的一罪，不实行数罪并罚。

### 第四节 处断的一罪

#### 考点 63 处断的一罪的概念及其种类

处断的一罪，指数行为犯数罪按一罪定罪处罚的情况。

种类：主要有连续犯、牵连犯、吸收犯。

##### （一）连续犯

连续犯，指行为人基于同一或者概括的犯罪故意，连续多次实施犯罪行为，触犯相同罪名的犯罪。（过失犯罪不能成为连续犯）

连续犯的特征（关键词：同一犯罪故意、数个危害行为、同种数罪）

1. 实施数个犯罪行为。
2. 数个犯罪行为具有连续性。
3. 数个犯罪行为出于同一或概括的故意。
4. 数个犯罪行为触犯相同罪名。

##### 连续犯的意义

1. 追诉时效起算。犯罪行为有连续状态的，追诉时效从行为终了之日计算。
2. 在刑法的溯及力方面，根据司法解释，犯罪行为由刑法（1997 年刑法）生效前连续到刑法生效后，如果新旧刑法都认为是犯罪的，即使现行刑法规定的处罚较重也适用现行刑法，但是在量刑时可以适当从宽处罚。
3. 对于“次数加重犯”多次的认定，具有一定意义。刑法对多次实施某种犯罪明文规定重于基本构成的量刑档次的，符合这种情况的连续犯，依照加重构成的量刑档次。

##### 连续犯的处断原则

连续犯实际上是以数行为犯同种数罪，在我国一般按一罪处罚。

##### （二）牵连犯

牵连犯，指实施某个犯罪，作为该犯罪的手段行为或结果行为又触犯其他罪的情况。

牵连犯的特征（关键词：一个犯罪目的、数个危害行为、异种数罪）

1. 有一个最终的犯罪目的。
2. 有两个以上的犯罪行为。
3. 触犯了两个以上不同的罪名。
4. 所触犯的两个以上罪名之间有牵连关系，即一罪或数罪是他罪的手段行为或结果行为。

##### 牵连犯的处断原则

择一重罪处罚，但是刑法有特别规定的除外。

##### （三）吸收犯

吸收犯，指一个犯罪行为因为是另一个犯罪行为的必经阶段、组成部分、当然结果，而被另

一个犯罪行为吸收的情况。

吸收犯的特征（关键词：一个犯罪目的、数个危害行为、异种数罪）

1. 有数危害行为。
2. 犯数罪（具备数个构成）
3. 犯不同种数罪。
4. 其中的一行为吸收其他行为。
5. 属于实际的数罪、处断的一罪。

吸收犯的形式

1. 吸收必经阶段的行为。例如，行为人入室抢劫的场合，往往有非法侵入他人住宅的行为。这个“非法侵入他人住宅的行为是行为人预定入室”抢劫”行为的一个必经阶段，被抢劫行为吸收，只需要以抢劫一罪论处。

2. 吸收组成部分的行为。例如，行为人伪造增值税发票，同时又伪造发票印章。伪造印章的行为是行为人伪造发票行为的一个组成部分，被伪造发票行为吸收，只需要以伪造发票罪论处。

3. 吸收当然结果的行为。例如，行为人非法制造枪支后又持有该非法制造的枪支。非法持有枪支的行为是行为人非法制造枪支行为的当然结果，为非法制造枪支行为所吸收，只需要以非法制造枪支罪一罪论处。

4. 重行为吸收轻行为，如抢劫实施暴力殴打他人致轻伤的，抢劫罪吸收故意伤害行为。

5. 实行行为吸收非实行行为，例如，行为人在同一案件中既有教唆行为、帮助行为，又参与了犯罪的实行，一般按照实行行为定罪处罚。

6. 高度行为吸收低度行为，如行为人进行犯罪预备之后，转入实行，以实行行为作为根据定罪处罚。

吸收犯的处断原则

对吸收犯仅按吸收之罪处断，不实行数罪并罚。

牵连犯的类型：

1. 手段行为与目的行为的牵连，典型例子是伪造公文用于诈骗犯罪的；
2. 原因行为与结果行为的牵连，典型例子是窃取他人财物时获得枪支而持有的。

吸收犯的类型：

1. 必经阶段，典型例子是入室抢劫时，抢劫行为吸收“入室”行为（非法侵入住宅）的情况；
2. 组成部分，典型例子是伪造发票又伪造其上印章，伪造发票行为吸收伪造印章行为的情况；
3. 当然结果，典型例子是非法制造枪支又持有该枪支的，非法制造行为吸收非法持有行为的情况。

✧ 1 牵连犯中两个以上行为所触犯的法条并不要求存在竞合关系。

✧ 2 行为单数的情况下，原则上一个行为，只能定一罪。例外的，只能由法条特殊规定。

✧ 3 行为复数的情况下，原则上数个行为，侵犯数个法益，触犯数个罪名，就应该数罪并罚。例外的，作为一罪处理。

2011 年第 8 题。下列关于牵连犯说法中，正确的是（ ）。

- A. 出于一个犯罪目的，实施两个以上犯罪行为的都是牵连犯
- B. 牵连犯是行为人实施一个犯罪行为触犯数个罪名的犯罪形态
- C. 牵连犯的处断原则是除法律有特别规定的以外，择一重罪处罚
- D. 牵连犯的成立不仅要求行为人主观上具有牵连意图，还要求行为触犯的数个法条之间存在竞合关系

【答案 C】



## 第十章 我国刑罚的种类和体系

### 第一节 刑罚种类概述

#### 考点 65 刑罚的种类

刑罚的种类，可以根据两种方法加以区分：

1. 学理分类，即以刑罚所剥夺或者限制犯罪分子的权利和利益的性质为标准，将刑罚方法分为生命刑、自由刑、财产刑、资格刑四类。

2. 刑法中的分类，即以某种刑罚方法只能单独适用还是可以附加适用为标准，将刑罚分为主刑与附加刑两类。主刑有管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑五种；附加刑有罚金、剥夺政治权利、没收财产三种。此外，对于犯罪的外国人可以独立适用或者附加适用驱逐出境。驱逐出境也是一种附加刑。

### 第二节 主刑

主刑是指只能独立适用而不能附加适用的刑罚方法。主刑的特点在于适用上的独立性，对一个犯罪只能适用一个主刑而不能适用两个或两个以上的主刑。

#### 考点 66 管制的概念和特征

##### （一）管制的概念

管制是对罪犯不予关押，但限制其一定人身自由、依法实行社区矫正的刑罚方法。管制是我国主刑中最轻的一种刑罚方法，属于限制自由刑。

##### （二）管制的特征

1. 对犯罪分子不予关押，即不将其羁押于一定的设施或者场所内；
2. 限制罪犯一定的自由，即人民法院在判处管制时，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；
3. 具有一定期限，即管制的期限为 3 个月以上 2 年以下，数罪并罚时，最高不能超过 3 年；
4. 被判处管制的犯罪分子享有除被限制之外的各项权利，未附加剥夺政治权利的仍然享有政治权利，在劳动中同工同酬等。

##### （三）管制的执行

根据刑法的最新规定，被判处管制的犯罪分子，依法实行社区矫正。被判处管制的犯罪分子，在执行期间，应当遵守以下规定：

1. 遵守法律、法规，服从监督；
2. 未经执行机关批准，不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威的权利；
3. 按照执行机关规定报告自己的活动情况；
4. 遵守执行机关关于会客的规定；
5. 离开所居住的市、县或者迁居，应当报经执行机关批准；
6. 遵守人民法院的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，接触特定的人的禁止令。

##### （四）禁止令

禁止令是人民法院对犯罪分子宣判管制、宣告缓刑的同时，判令禁止其从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人的命令。禁止令由司法行政机关指导管理的社区矫正机构负责执行。

##### 禁止令中禁止接触的人员

禁止判处管制、宣告缓刑的犯罪分子在管制执行期间、缓刑考验期内接触的人员有：

1. 未经对方同意，禁止接触被害人及其法定代理人、近亲属。
2. 未经对方同意，禁止接触证人及其法定代理人、近亲属。

3. 未经对方同意，禁止接触被告人、批评人、举报人及其法定代理人、近亲属。

4. 禁止接触同案犯。

5. 禁止接触其他可能遭受其侵害、骚扰的人或者可能诱发其再次危害社会的人。

✧ 1 被判定禁止令的犯罪分子，虽然禁止其从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人，但是禁止其接触的对象、进入的场所并不是全部禁止，如不能限制犯罪分子去医院就医。

✧ 2 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等。

2015 年第 45 题. 甲在某学校附近利用“地沟油”生产“食用油”，被刘某举报。甲因此被判处有期徒刑 1 年，缓刑 2 年，同时宣告禁止令。关于该禁止令的适用，正确的有（ ）

A. 禁止甲接触刘某

B. 禁止甲进入学校

C. 禁止甲从事食用油生产经营行业

D. 禁止令的执行期限从缓刑考验期满之日起计算

【答案 AC】禁止令的执行期限既可以与管制执行、缓刑考验的期限相同，也可以短于管制执行、缓刑考验的期限，但判处管制的，禁止令的期限不得少于 3 个月，宣告缓刑的，禁止令的期限不得少于 2 个月。

## 考点 67 拘役

### （一）拘役的概念

拘役是短期剥夺犯罪分子的自由，就近执行并实行劳动改造的刑罚方法。它属于短期自由刑，是主刑中介于管制与有期徒刑之间的一种轻刑。

### （二）拘役的特征

1. 剥夺罪犯的自由，即将罪犯羁押于特定的设施或者场所之中，剥夺其人身自由；
2. 期限较短，为 1 个月以上 6 个月以下，数罪并罚时，拘役刑期最高不能超过 1 年；
3. 被判处拘役的犯罪分子在执行期间具有某些优于有期徒刑的待遇。

### （三）拘役的执行

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 1 天至 2 天；参加劳动的，可以酌量发给报酬。

## 考点 68 有期徒刑

### （一）有期徒刑的概念

有期徒刑是剥夺犯罪分子一定期限的人身自由，强制其进行劳动并接受教育改造的刑罚方法。

### （二）有期徒刑的特征

1. 剥夺犯罪分子的自由，即将犯罪分子羁押于特定的设施或者场所之中；
2. 具有一定期限，为 6 个月以上 15 年以下，数罪并罚时有期徒刑最高不能超过 25 年；
3. 执行机关为监狱或其他执行场所；
4. 强制罪犯参加劳动，接受教育和改造。

### （三）有期徒刑的执行

被判处有期徒刑的罪犯关押于监狱或其他执行场所，进行教育改造。对有劳动能力的强制参加劳动。

✧ 判决宣告以前一人犯数罪的，除判死刑和无期徒刑以外，应当在总和刑期以下数刑

中最高刑期以上判处刑罚，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。

### 考点 69 无期徒刑

#### （一）无期徒刑的概念

无期徒刑是剥夺犯罪分子的终身自由，强制其参加劳动并接受教育改造的刑罚方法。它是仅次于死刑的一种严厉的刑罚。

#### （二）无期徒刑的特征

1. 没有刑期限制，罪犯终身被剥夺自由；
2. 被判处无期徒刑的罪犯在判决执行以前的羁押时间不存在折抵刑期的问题；
3. 对被判处无期徒刑的犯罪分子，必须剥夺政治权利终身。

#### （三）无期徒刑的执行

被判处无期徒刑的罪犯，除了无劳动能力的以外，都要在监狱或其他执行场所中参加劳动，接受教育和改造。

✧ 对于未成年人犯罪，无期徒刑是可以适用的。

### 考点 70 死刑

#### （一）死刑的概念

死刑，也称生命刑，即剥夺犯罪分子生命的刑罚方法。

#### （二）死刑的特征

它是对犯罪分子的肉体予以剥夺而不是对犯罪分子的自由予以剥夺，是最严厉的刑罚方法，因此也称为极刑。

#### （三）死刑的限制

我国目前没有废除死刑。但是，对于死刑的适用，我国历来采取少杀、慎杀政策，通过刑法总则规定与刑法分则规定相结合的方式来控制死刑数量，限制死刑适用。其中，刑法总则关于适用死刑的限制性规定主要表现在：

1. 限制死刑适用条件。死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。所谓罪行极其严重，是指犯罪行为对国家和人民的利益危害特别严重，社会危害性极为巨大。
2. 限制死刑适用对象。犯罪的时候不满 18 周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑。另外，审判的时候已满 75 周岁的人，除非以特别残忍手段致人死亡的，一般不适用死刑。
3. 限制死刑适用程序。判处死刑立即执行的，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。
4. 限制死刑执行制度。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 2 年执行。

#### （四）死刑的执行

根据刑法和刑事诉讼法的规定，死刑的执行方法包括判处死刑立即执行和判处死刑缓期 2 年执行。

1. 判处死刑立即执行的，采用枪决或者注射等方法执行；

2. **【修九新修改】**第五十条第一款 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。**

2015 年第 43 题。下列选项中，依法不得适用死刑的有（ ）

- A. 审判时怀孕的妇女
- B. 审判时已满七十五周岁的人
- C. 犯罪时不满十八周岁的人
- D. 犯罪时又聋又哑的人

【答案 AC】注意审判的时候已满 75 周岁的人，除非以特别残忍手段致人死亡的，一般不适用死刑。

### 第三节 附加刑

附加刑是指既可以附加适用，也可以独立适用的刑罚方法。附加刑在适用上具有双重性，既可以作为某种主刑的附加刑适用，也可以作为一种刑罚方法独立适用，几种附加刑还可以同时并用。

#### 考点 71 罚金

##### （一）罚金的概念

罚金是人民法院判处犯罪分子或者犯罪的单位向国家缴纳一定金钱的刑罚方法，属于财产刑。

##### （二）罚金的适用方式

1. 选处罚金，罚金作为一种选择的法定刑，可以适用也可以不适用。
2. 单处罚金，罚金只能单独适用，不能附加适用，这只对单位犯罪适用。
3. 并处罚金，罚金只能附加适用。
4. 并处或者单处罚金。罚金可以附加适用，也可以单独适用。

##### （三）罚金数额的确定：

罚金数额应当根据犯罪情节决定，当然也要考虑犯罪分子的实际经济负担能力。

##### （四）罚金刑的执行：

一次缴纳，分期缴纳，强制缴纳，随时追缴，减免缴纳（罚金的减免不是减刑）。

✧ 1 在判决指定期间不缴纳罚金的，可以由法院判处强制缴纳或者随时追缴，而并不能改判刑种。

✧ 2 罚金是附加刑的一种，刑法规定对未成年人犯罪判处罚金时，应当依法从轻或者减轻处罚，并根据犯罪情节，综合考虑其缴纳罚金的能力，确定罚金数额，但罚金数额最低不得少于 500 元。但如果未成年罪犯并无个人财产，可以由监护人代为缴纳。

✧ 3 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。

2013 年第 3 题。下列选项中，符合我国刑法关于罚金规定的是（ ）。

- A. 罚金在判决指定的期限内一次或者分期缴纳
- B. 不允许未成年罪犯的监护人代为垫付罚金
- C. 在判决指定的期限内不缴纳罚金的，应改判为有期徒刑
- D. 由于不能抗拒的灾祸，确实不能缴纳罚金的，应免除罚金

【答案 A】

2014 年第 11 题。甲（17 周岁，无业）收受犯罪人窃得的笔记本电脑后，为其窝藏赃物，构成犯罪，依法应处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。对甲适用罚金的正确做法是（ ）。

- A. 应对甲免除罚金
- B. 应判令甲的监护人缴纳罚金
- C. 应对甲处以不少于 500 元的罚金



D. 应将甲收受的电脑拍卖充抵罚金

【答案 C】

### 考点 72 剥夺政治权利

#### （一）剥夺政治权利的概念

剥夺政治权利，是指剥夺犯罪分子参加国家管理与政治活动权利的刑罚方法，属于资格刑。

#### （二）剥夺政治权利的内容

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。

剥夺政治权利作为一种附加刑，既可以附加适用，也可以独立适用。当它附加适用时，是作为一种严厉的刑罚方法适用于重罪。

#### （三）剥夺政治权利的适用范围与适用对象

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. 对于故意杀人、强奸、放火、爆炸、投毒、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪分子，**可以**附加剥夺政治权利；
3. 对于被判处死刑、无期徒刑的犯罪分子，**应当**附加剥夺政治权利终身。剥夺政治权利独立适用时，作为一种不剥夺人身自由的轻刑而适用于较轻的犯罪。剥夺政治权利的独立适用由刑法分则加以规定。刑法分则条文中没有规定独立适用剥夺政治权利的，不得独立适用剥夺政治权利。

#### （四）剥夺政治权利的期限

1. 独立适用剥夺政治权利或者主刑是有期徒刑、拘役附加剥夺政治权利的，期限为 1 年以上 5 年以下；
2. 判处管制附加剥夺政治权利的，期限与管制的期限相等；
3. 判处死刑、无期徒刑的，应当剥夺政治权利终身；
4. 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，应当把附加剥夺政治权利的期限相应的改为 3 年以上 10 年以下。

#### （五）剥夺政治权利刑期的计算，随主刑的不同而有以下几种情况：

1. 判处管制附加剥夺政治权利的，剥夺政治权利的刑期与管制的刑期相等，同时起算；
2. 判处拘役附加剥夺政治权利的，剥夺政治权利的刑期从 拘役执行完毕之日起计算。在拘役执行期间，当然不享有政治权利；
3. 判处有期徒刑附加剥夺政治权利的，剥夺政治权利的刑期从有期徒刑执行完毕之日或者从假释之日起计算，在有期徒刑执行期间，当然不享有政治权利；
4. 死刑缓期执行减为有期徒刑或者无期徒刑减为有期徒刑时，附加的剥夺政治权利终身 减为 3 年以上 10 年以下，该剥夺政治权利的刑期，应从减刑以后的有期徒刑执行完毕之日起或者从假释之日起计算，在主刑执行期间，当然不享有政治权利。

#### （六）剥夺政治权利的执行

剥夺政治权利由公安机关执行。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，并且不得行使《刑法》第 54 条规定的各项权利。

### 考点 73 没收财产

#### （一）没收财产的概念

没收财产，是指将犯罪分子个人所有财产的部分或全部强制无偿地收归国有的刑罚方法。

## （二）没收财产的方式

1. 并处没收财产，即应当附加适用没收财产；
2. 可以并处没收财产，即量刑时既可以附加没收财产，也可以不附加没收财产，审判人员应按实际情况作出选择；
3. 并处罚金或者没收财产，即没收财产和罚金可以择一判处，而无论选择罚金还是没收财产，都只能附加适用，并且必须适用。

## （三）没收财产的范围

没收财产是没收犯罪分子个人所有财产的部分或者全部。没收全部财产的，应当为犯罪分子个人及其扶养的家属保留必需的生活费用。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。（犯罪工具和犯罪物品按照法律规定应当没收，不属于没收财产的范围）

## （四）没收财产的执行

1. 没收财产的判决，无论是附加适用还是独立适用，均由**人民法院执行**；
  2. 在必要的时候，可以会同公安机关执行。
  3. 没收财产以前犯罪分子所负的正当债务，需要以没收的财产偿还的，经债权人请求，应当偿还。
- ✧ 对不满 18 周岁的犯罪人也可以适用没收财产刑。

2012 年第 6 题。下列关于处理未成年人犯罪的表述，正确的是（ ）。

- A. 对不满 18 周岁的犯罪人不得适用没收财产刑
- B. 对犯罪时不满 18 周岁的人，应当减轻或者免除处罚
- C. 对罪行极其严重的未成年人罪犯，可以适用无期徒刑
- D. 对未成年人因犯抢劫、绑架等暴力犯罪被判处有期徒刑的，均可假释

【答案 C】暴力犯罪被判处 10 年以上有期徒刑和更重刑罚的未成年人一样不可假释。

## 考点 74 驱逐出境

### （一）驱逐出境的概念

驱逐出境，是指强迫犯罪的外国人离开中国国（边）境的刑罚方法。

### （二）驱逐出境的适用对象

驱逐出境的适用对象是特定的，即**犯罪的外国人**。

根据《刑法》第 35 条的规定，对于犯罪的外国人，是可以独立适用或者附加适用驱逐出境，而不是必须适用驱逐出境。单独判处驱逐出境的，从判决生效之日起执行；附加判处驱逐出境的，从主刑执行完毕之日起执行。

## 第十一章 量刑

### 第一节 量刑的概念和原则

## 考点 75 量刑的概念、功能、特征

量刑，又称刑罚裁量，是指人民法院依据刑事法律，在认定行为人构成犯罪的基础上，确定对犯罪人是否判处刑罚、判处何种刑罚以及判处多重的刑罚，并决定所判刑罚是否立即执行的刑事司法活动。

### （一）量刑的功能

量刑作为一种刑事司法活动，是使法定的罪刑关系变成实在的罪刑关系的必要条件，在整个刑事诉讼过程中具有承前启后的重要作用。

## （二）量刑具有以下特征

1. 主体是人民法院；
2. 内容是对犯罪人确定刑罚；
3. 性质是一种刑事司法活动。

因此，量刑是人民法院的一种刑事司法活动，是国家刑事法律活动的有机组成部分。

## （三）量刑的原则

1. 以犯罪事实为根据的量刑原则
2. 以法律为准绳的量刑原则

## 第二节 量刑情节

### 考点 76 量刑情节的概念、特征和种类

#### （一）量刑情节的概念

量刑情节，又称刑罚裁量情节，是指人民法院对犯罪分子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。

#### （二）量刑情节的特征

1. 它与定罪即认定行为人的行为是否构成犯罪并无关系。
2. 它能够表明犯罪人的人身危险性及其所犯罪行为的社会危害性程度。
3. 它对刑罚裁量的结果即处刑轻重或者是否免除刑罚处罚，具有直接的影响。

#### （三）量刑情节的种类

根据不同的标准，可以对量刑情节作不同层次的分类。其中，以刑法是否就量刑情节及其功能作出明确规定为标准，量刑情节可分为法定情节和酌定情节。

### 考点 77 法定情节

#### （一）法定情节的概念

法定情节，是指刑法明文规定的在量刑时应当予以考虑的情节。

以规定法定情节的刑法规范的性质和法定情节的适用范围为标准，法定情节又可分为总则性情节和分则性情节。从功能上看，法定情节有从重、从轻、减轻和免除处罚的情节。

#### （二）从轻处罚情节和从重处罚情节的适用

##### 1. 从轻处罚情节的适用

- （1）在法定刑幅度内选择判处比没有该情节的类似犯罪相对较轻的刑种或刑期。
- （2）从轻处罚，不允许在法定最低刑之下判处刑罚；

##### 2. 从重处罚情节的适用

- （1）在法定刑幅度内选择判处比没有该情节的类似犯罪相对较重的刑种或刑期。
- （2）从重处罚，不允许在法定最高刑之上判处刑罚。

#### （三）减轻处罚情节的适用

我国刑法中的减轻处罚分为法定减轻处罚（也称一般减轻处罚）和酌定减轻处罚（也称特殊减轻处罚）。

1. 减轻处罚，必须判处低于法定最低刑的刑罚，刑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。

2. 法定减轻处罚情节：犯罪分子具有刑法规定的减轻处罚情节的，应当在法定刑以下判处刑罚。

3. 酌定减轻处罚情节：犯罪分子虽然不具有刑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。

#### （四）免除处罚情节的适用

免除处罚，是对犯罪分子作有罪宣告，但免除其刑罚处罚

适用免除处罚的情节，除应当明确各种总则性和分则性免除处罚情节的具体内容外，必须把握三个基本条件：

1. 行为人的行为已经构成犯罪。
2. 行为人所构成的犯罪情节轻微。
3. 因犯罪情节轻微而不需要判处刑罚。

2010 年第 7 题．根据《刑法》规定，减轻处罚是（ ）。

- A. 判处法定刑中较轻的刑罚
- B. 判处法定刑中最轻的刑罚
- C. 在法定刑以下判处刑罚
- D. 在法定刑限度以内判处刑罚

【答案 C】减轻处罚，是指必须判处低于法定最低刑的刑罚，即在法定刑幅度内选择判处比没有该种情节的类似犯罪相对较轻的刑种或刑期。

#### 考点 78 酌定情节

##### （一）酌定情节的概念及其作用

酌定情节，是指人民法院从审判经验中总结出来的，在刑罚裁量过程中灵活掌握、酌情适用的情节。酌定情节虽然不是刑法明文规定的，但却是根据刑事立法精神和有关刑事政策，从刑事审判实践 经验中总结出来的，因而对于刑罚裁量也具有重要意义。

酌定情节在刑罚裁量中的作用主要表现为：

1. 酌定情节对子法定情节的最终适用结果起着重要的调节、修正和辅助判断的作用。
2. 当特定案件中不具有法定情节的条件下，酌定情节的适用， 是在相对确定的法定刑中确定最终应当判处的刑罚所不可缺少的根据之一。

##### （二）酌定情节的种类

刑法司法实践中常见的酌定情节，主要有以下几种：（1）犯罪的动机。（2）犯罪的手段。（3）犯罪的时间、地点。（4）犯罪侵害的对象。（5）犯罪造成的损害结果。（6）犯罪分子的一贯表现。（7）犯罪后的态度。

#### 考点 79 酌定情节的适用

正确适用酌定处罚情节，主要应注意以下问题：

1. 准确认定酌定情节的性质。与法定情节相同，酌定情节可以分为从宽情节和从严情节。从宽情节和从严情节对量刑结果影响的性质是不同的。
2. 全面把握酌定情节的内容。同一案件中所具有的酌定情节，往往是多方面的，既有从宽情节，也有从严情节。要全面把握酌定情节的内容对量刑结果产生不同影响，从而为正确量刑奠定公正、合理的基础。
3. 合理协调酌定情节与法定情节的关系。在同一案件中既有法定情节，又有酌定情节的条件下，注意协调酌定情节与法定情节的关系，应本着法定情节优于酌定情节的原则，充分发挥酌定情节的作用，并准确地适用法定情节。
4. 公正适用酌定情节。酌定情节是在刑罚裁量过程中由法官灵活掌握、酌情适用的情节。它是法官自由裁量权的重要依据之\_。但任何法官都应当在罪责刑相适应原则和适用刑法人人平等



原则的制约下，公正合理的适用酌定情节而不能随心所欲、不受制约地决定酌定情节的取舍和适用。

### 第三节 量刑制度

#### 考点 80 累犯

##### （一）累犯制度的意义

所谓累犯，是指因犯罪而受过一定的刑罚处罚，在刑罚执行完毕或者赦免以后，于法定期限内又犯一定之罪的罪犯。

累犯较之于初犯或者其他犯罪分子，其所实施的犯罪行为具有更为严重的社会危害性，也表明犯罪人具有更深的主观恶性和更大的人身危险性，累犯制度的意义在于：

依据罪责刑相适应的基本原则和刑罚个别化原则，将累犯作为法定的从重处罚情节。才能有效地保证刑罚的特殊预防和一般预防目的的实现，提高惩罚犯罪、改造犯罪人的实际效果。

##### （二）累犯的种类

我国刑法规定的累犯，分为一般累犯和特别累犯两种。

##### （三）一般累犯的概念及其构成条件

所谓一般累犯，是指被判处有期徒刑以上刑罚并在刑罚执行完毕或者赦免以后，在 5 年内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的犯罪分子。

一般累犯的构成条件：

1. 犯罪发生时，犯罪人已满 18 周岁，这是构成累犯的主体条件。构成累犯者应当是前罪和后罪发生时犯罪人均已满 18 周岁，如果犯罪人前罪发生时不满 18 周岁，后罪发生时已满 18 周岁的，不构成累犯。

2. 前罪与后罪都是故意犯罪。这是构成累犯的主观条件。如果行为人实施的前罪与后罪均为过失犯罪，或者前罪与后罪之一是过失犯罪，都不能构成累犯。

3. 前罪被判处有期徒刑以上刑罚，后罪应当被判处有期徒刑以上刑罚。这是构成累犯的刑度条件。如果前罪所判处的刑罚和后罪应当判处的刑罚均低于有期徒刑，或者其中之一低于有期徒刑，均不构成累犯。

4. 后罪发生在前罪的刑罚执行完毕或者赦免以后 5 年之内。这是构成累犯的时间条件。所谓刑罚执行完毕，是指主刑执行完毕，不包括附加刑在内。所谓赦免，是指特赦减免。后罪发生在前罪的刑罚执行期间，则不构成累犯，而应适用数罪并罚；若后罪发生在前罪的刑罚执行完毕或者赦免 5 年以后，也不构成累犯。

##### （四）特别累犯的概念及其构成条件

所谓特别累犯，是指因犯危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪的犯罪分子受过刑罚处罚，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犯罪分子。

特别累犯的成立条件：

1. 前罪与后罪为危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪的任一类犯罪。

2. 前罪被判处的刑罚和后罪应判处的刑罚的种类及其轻重不受限制。即使前后两罪或者其中之一被判处或者应当判处管制、拘役或者单处某种附加刑，也不影响特别累犯的成立。

3. 前罪的刑罚执行完毕或者赦免以后，任何时候再犯危害国家安全罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪的任一类犯罪，都构成特别累犯，不受前后两罪相距时间长短的限制。

#### 考点 81 累犯和再犯的区别

一般意义上的再犯，是指再次犯罪的人，即两次或者两次以上实施犯罪的人。

1. 累犯前后实施的犯罪必须是特定的犯罪；而再犯前后实施的犯罪并无此方面的限制。

2. 累犯一般必须以前后两罪被判处或者应判处一定刑罚为构成要件；而构成再犯，并不要求前

后两罪必须被判处一定刑罚。

3. 累犯所犯后罪，一般必须是前罪刑罚执行完毕或者赦免以后的法定期限之内实施的；而构成再犯，对前后两罪之间并无时间方面的限制。

2015 年第 7 题。甲 17 周岁时因运输毒品被判处 3 年有期徒刑，刑满释放后不久，又因参加黑社会性质组织贩卖毒品被逮捕。甲属于（ ）

A. 再犯 B. 初犯 C. 一般累犯 D. 特别累犯

【答案 A】构成累犯者应当是前罪和后罪发生时犯罪人均已满 18 周岁，如果犯罪人前罪发生时不满 18 周岁，后罪发生时已满 18 周岁的，也不宜认定为累犯。

### 考点 82 累犯的刑事责任

和初犯或其他犯罪人相比，累犯往往具有更深的主观恶性和更大的人身危险性，所以，依据罪责刑相适应原则和刑罚个别化原则，对于累犯应当从严惩处。

我国《刑法》规定了对累犯应当从重处罚的原则。它包括以下几方面的内容：

1. 对累犯必须从重处罚。无论具备一般累犯的构成条件者，还是具备特别累犯的构成条件者，都必须对其在法定刑的限度以内，判处相对较重的刑罚即适用较重的刑种或较长的刑期。
2. 对于累犯应当比照不构成累犯的初犯或其他犯罪人从重处罚。对于累犯应从重处罚，并不是无原则的、无限制的从重处罚，而应以不构成累犯的初犯或其他犯罪人为从重处罚的参照标准。
3. 对于累犯从重处罚，必须根据其所实施的犯罪行为的性质、情节和社会危害程度，确定具体应判处的刑罚，切忌毫无事实根据地对累犯一律判处法定最高刑的做法。

### 考点 83 自首

#### （一）自首制度的意义

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

我国刑法设置的自首制度及其所确立的对自首犯从宽处罚的原则，具有重要的意义：

1. 它对于分化瓦解犯罪势力，感召犯罪分子主动投案，激励犯罪分子悔过自新，减少因犯罪而造成的社会不安定因素，起着积极的作用。
2. 它有利于迅速侦破刑事案件，及时惩治犯罪，提高刑事法律在打击和预防犯罪中的作用。
3. 它是兼顾惩罚犯罪和教育改造罪犯的刑罚重要功能的刑罚裁量制度，使刑罚目的的实现过程在一定程度上，因犯罪人的自动归案而拓展到犯罪行为实施之后、定罪量刑之前的阶段，促使罪犯的自我改造更早开始。

#### （二）自首的种类

根据《刑法》第 67 条的规定，自首分为一般自首和特别自首（余罪的自首）两种。

#### （三）一般自首的概念及其成立条件

一般自首，是指犯罪分子犯罪以后自动投案，如实供述自己罪行的行为。

一般自首的成立条件为：

1. 自动投案。是指犯罪分子在犯罪之后、归案之前，出于本人的意志而向有关机关或个人承认自己实施了犯罪，并自愿置于有关机关或个人的控制之下，等待进一步交代犯罪事实，并最终接受国家的审查和裁判的行为。

2. 如实供述自己的罪行。即供述自己实施并应由本人承担刑事责任的罪行。

虽然没有自动投案，但具有以下情形之一的，应认定为自首：（1）犯罪分子如实交代办案机

关未掌握的罪行，与办案机关已掌握的罪行属不同种罪行的；（2）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。

#### （四）特别自首的概念及其成立条件

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

特别自首的成立条件为：

1. 成立特别自首的主体必须是采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯。上述法律规定的三种人以外的犯罪分子，不能成立特别自首。
2. 必须如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行。这是成立特别自首的关键性条件。

2011 年第 7 题。下列情形中，属于自首的是（ ）。

- A. 甲杀人后，其父主动报案并将甲送到派出所，甲如实交代了杀人事实
- B. 甲在与乙共同贪污之后，主动到检察机关交代自己的贪污事实，但未提及乙
- C. 甲在和乙共同盗窃之后，主动到公安机关反映乙曾经诈骗数千元，经查证属实
- D. 甲给派出所打电话，主动交代了自己杀害妻子的事实，然后出走，不知去向

【答案 A】一般自首的成立条件包括两条：一是自动投案；二是如实供述自己的罪行。共同犯罪中成立自首，都必须供述自己的罪行以及同案犯的共同犯罪事实，两者缺一不可。

#### 考点 84 共同犯罪自首的认定

正确认定共同犯罪人的自首，关键在于准确把握共同犯罪人各自的罪行的范围。

根据我国刑法的规定，各种共同犯罪人自首时所供述的自己的罪行的范围，与其在共同犯罪中所起的作用和具体分工是相适应的，具体而言：

1. 就主犯而言，当其为首要分子的时候，必须供述的罪行，包括其组织、策划、指挥作用所及或支配下的全部罪行；当其为其他主犯的时候，必须供述的罪行，包括其在首要分子的组织、策划、指挥作用的支配下单独实施的共同犯罪行为，以及与其他共同犯罪人共同实施的犯罪行为。
2. 就从犯而言，当其为次要的实行犯的时候，所应供述的罪行，包括犯罪分子自己实施的犯罪，以及与自己共同实施犯罪的主犯和胁从犯的犯罪行为；当其为帮助犯的时候，所应供述的罪行，包括自己实施的犯罪帮助行为，以及自己所帮助的实行犯的行为。
3. 就胁从犯而言，所应供述的罪行的范围，包括自己在被胁迫情况下实施的犯罪，以及所知道的胁迫自己犯罪的胁迫人所实施的犯罪行为。
4. 就教唆犯而言，所应供述的罪行的范围，包括自己的教唆行为，以及所了解的被教唆人产生犯罪意图之后实施的犯罪行为。

#### 考点 85 数罪自首的认定

正确认定数罪的自首，关键在于判断犯罪人是否如实地供述了所犯数罪并分别不同情况予以处理。

1. 就一般自首而言：

- （1）对于犯罪人自动投案后如实供述所犯全部数罪的，应认定为全案均成立自首。
- （2）对于犯罪人自动投案后仅如实供述所犯全部数罪的一部分，而未供述另一部分犯罪的，应分别予以处理：第一，若行为所犯数罪为异种数罪的，其所供述的犯罪成立自首，其未交代的犯罪不成立自首，即自首的效力仅及于如实供述之罪。第二，若行为所犯数罪为同种数罪，则应根据犯罪人供述犯罪的程度，决定自首成立的范围。其中，犯罪人所供述的犯罪与未供述的犯罪在性质、情节、社会危害程度等方面大致相当的，自首的效力仅及于如实供述之罪。犯罪人确实



由于主观方面的原因，只如实供述了所犯数罪中的主要或基本罪行，应认定为全案成立自首，即自首的效力及于所犯全部罪行。

2. 就特别自首而言，被司法机关依法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非同种罪行的，以自首论。如实供述司法机关还未掌握的本人同种罪行的，分别不同情况，可以酌情或者一般应当从轻处罚。

### 考点 86 过失犯罪自首的认定

行为人在实施过失犯罪之后，只要其行为符合自首成立条件的，就应认定为自首。

#### （一）自首与坦白的界限

所谓坦白，是指犯罪分子被动归案之后，如实供述自己罪行，并接受国家司法机关审查和裁判的行为。

自首与坦白的相同点：

1. 均以自己实施了犯罪行为为前提。
2. 都是在犯罪人归案之后如实交代自己的犯罪事实。
3. 两者的犯罪人都有接受国家司法机关审查和裁判的行为
4. 两者都是从宽处罚的情节。

自首与坦白的区别：

1. 自首是犯罪人自动投案之后，主动如实供述自己犯罪事实的行为，或者被动归案以后，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的行为，而坦白则是犯罪人被动归案之后，如实交代自己被指控的犯罪事实的行为。

2. 自首与坦白所反映的犯罪人的人身危险性程度不同，自首犯的人身危险性相对较轻，坦白者的人身危险性相对较重。在一般情况下，自首比坦白的从宽处罚幅度要大。

2015 年第 15 题。甲因侵占科研经费被捕。在侦查期间，甲主动供述自己曾和同事一起套取另一科研项目经费 19 万元用于自己房屋装修。甲供述与他人套取科研经费的行为属于（ ）

A. 坦白 B. 立功 C. 自首 D. 准自首

【答案 A】坦白，是指犯罪分子被动归案之后，如实供述自己的罪行，并接受国家司法机关审查和裁判的行为。

### 考点 87 单位犯罪自首的认定

所谓单位犯罪的自首，是指单位在犯罪以后，自动投案，如实交代自己的罪行的行为。在单位自首的认定上，需要注意的是：

1. 单位犯罪案件中，单位集体决定或者单位负责人决定而自动投案，如实交代单位犯罪事实的，或者单位直接负责的主管人员自动投案，如实交代单位犯罪事实的，应当认定为单位自首。
2. 单位自首的，直接负责的主管人员和直接责任人员未自动投案，但如实交代自己知道的犯罪事实的，可以视为自首；拒不交代自己知道的犯罪事实或者逃避法律追究的，不应当认定为自首。
3. 单位没有自首，直接责任人员自动投案并如实交代自己知道的犯罪事实的，对该直接责任人员应当认定为自首。

### 考点 88 自首情节的处理原则

《刑法》规定：“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。”



## 考点 89 立功

### （一）立功的概念和意义

所谓立功，是指犯罪分子揭发他人犯罪行为，查证属实，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件等行为。

立功的意义：

1. 它有利于犯罪分子以积极的态度协助司法机关工作，提高司法机关办理刑事案件的效率，其结果具有应予肯定的价值，有利于国家、有利于社会。
2. 它对于瓦解犯罪势力，促使其他犯罪分子主动归案，减少犯罪造成的社会不安定因素，起着积极的作用
3. 它通过对犯罪分子立功从宽的处罚结果，有助于激励 犯罪分子悔过自新、改过从善，进而较好地协调、发挥刑罚的惩罚犯罪和教育改造罪犯的重要功能。

### （二）立功的种类及其表现形式

我国刑法中的立功分为一般立功和重大立功两种。

#### 1. 一般立功的表现形式：

（1）犯罪分子检举、揭发他人的犯罪行为，包括共同犯罪案件中的犯罪分子揭发同案犯共同犯罪以外的其他犯罪，经查证属实；

- （2）提供侦破其他案件的重要线索，经查证属实；
- （3）阻止他人犯罪活动；
- （4）协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）；
- （5）具有其他有利于国家和社会的突出表现的行为。

#### 2. 重大立功的表现形式

- （1）犯罪分子检举、揭发他人重大犯罪行为，经查证属实；
- （2）提供侦破其他重大案件的重要线索，经查证属实；
- （3）阻止他人重大犯罪活动；
- （4）协助司法机关抓捕其他重大犯罪嫌疑人（包括同案犯）；
- （5）对国家和社会有其他重大贡献等表现的行为。

### （三）对立功情节的处理原则

根据我国《刑法》第 68 条的规定，对于立功犯应分别依照以下不同情况予以从宽处罚：

1. 犯罪分子有一般立功表现的，可以从轻或者减轻处罚；
2. 犯罪分子有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。

2012 年第 11 题。甲、乙分别为某国有公司总经理和副总经理，二人挪用公司 1000 万元公款给张三从事期货交易，收受并平分了张三的 30 万元回扣。司法机关在查处甲、乙挪用公款案件时，甲主动交代自己收受了张三 15 万元回扣，并揭发乙也收受了 15 万元回扣。本案中（ ）。

- A. 甲在受贿罪行上成立自首
- B. 甲在受贿罪行上成立自首和立功
- C. 甲在挪用公款和受贿罪行上均成立立功
- D. 甲在挪用公款罪行上成立立功，在受贿罪行上成立自首

【答案 A】

2014 年第 42 题。犯罪嫌疑人协助司法机关抓获其他犯罪嫌疑人的下列情形中，可认定为立功的有（ ）。

- A. 带领侦查人员抓获其他犯罪嫌疑人的
- B. 按照司法机关的安排，当场指认其他犯罪嫌疑人的

- C. 提供司法机关尚未掌握的其他案件犯罪嫌疑人的藏匿地点的
- D. 按照司法机关的安排，打电话将其他犯罪嫌疑人约至指定地点的

【答案 ABCD】立功包括协助抓捕其他犯罪嫌疑人，而协助抓捕其他犯罪嫌疑人具体包括以下几种行为：1. 带领侦查人员抓获其他犯罪嫌疑人的 2. 按照司法机关的安排，当场指认其他犯罪嫌疑人的 3. 提供司法机关尚未掌握的其他案件犯罪嫌疑人的藏匿地点的 4. 按照司法机关的安排，打电话将其他犯罪嫌疑人约至指定地点的。

## 考点 90 数罪并罚

### （一）数罪并罚的概念、特点和意义

数罪并罚，是对一行为人所犯数罪合并处罚的制度。

根据我国刑法的规定，数罪并罚的特点，可以概括为以下三点：

1. 必须是一行为人所犯有数罪。此为适用数罪并罚的事实前提。
2. 一行为人所犯的数罪必须发生于法定的时间界限之内。我国刑法以刑罚执行完毕以前所犯数罪作为适用并罚的最后时间界限，对于在不同的刑事法律关系发展阶段内实施或发现的数罪，采用的并罚方法也不尽一致。

3. 必须在对数罪分别定罪量刑的基础上，依照法定的并罚原则、并罚范围和并罚方法（刑期计算方式），决定执行的刑罚。这是适用数罪并罚的程序规则和实际操作准则。

我国刑法中数罪并罚制度的意义主要表现在：

1. 便于审判人员科学地对犯罪分子判处适当的刑罚，有利于保证适用法律的准确性，
2. 有利于保障被告人的合法权益。
3. 有利于刑罚执行机关对犯罪分子执行刑罚和适用减刑或假释。

### （二）数罪并罚的原则

所谓数罪并罚的原则，是指对一人所犯数罪合并处罚应依据的规则。

1. 并科原则，亦称相加原则，是指将一人所犯数罪分别宣告的各罪刑罚绝对相加、合并执行的合并处罚规则。
2. 吸收原则，是指对一人所犯数罪采用重罪吸收轻罪或者重罪刑吸收轻罪刑的合并处罚规则。
3. 限制加重原则，亦称限制并科原则，是指以一人所犯数罪中法定（应当判处）或已判处的最重刑罚为基础，再在一定限度之内对其予以加重作为执行刑罚的合并处罚规则。
4. 折中原则，亦称混合原则，是指对一人所犯数罪的合并处罚不单纯采用并科原则、吸收原则或限制加重原则，而是根据法定的刑罚性质及特点兼采并科原则、吸收原则或限制加重原则，以分别适用于不同刑种和宣告刑结构的合并处罚规则。

### （三）我国刑法中的数罪并罚原则

我国确立了以限制加重原则为主、以吸收原则和并科原则为补充的折中原则，具有以下特点：

1. 全面兼采各种数罪并罚原则，包括吸收原则、限制加重原则、并科原则。
2. 所采用的各种原则均无普遍适用效力，每一原则仅适用于特定的刑种。即依据刑法的规定，吸收原则只适用于死刑和无期徒刑，限制加重原则只适用于有期徒刑、拘役和管制三种有期徒刑，并科原则只适用于附加刑。
3. 限制加重原则居于主导地位，吸收原则和并科原则处于辅助或次要地位。
4. 吸收原则和限制加重原则的适用效力互相排斥，并科原则的效力相对独立，不影响其他原则的适用。

### （四）我国刑法中数罪并罚原则的基本适用规则

根据《刑法》第 69 条的规定，折中原则中所包含的吸收原则、限制加重原则和并科原则的具体适用范围及基本适用规则如下：

1. 判决宣告的数个主刑中有数个死刑或最重刑为死刑的，采用吸收原则，仅应决定执行一个死刑，而不得决定执行两个以上的死刑或其他主刑。

2. 判决宣告的数个主刑中有数个无期徒刑或最重刑为无期徒刑的，采用吸收原则，只应决定执行一个无期徒刑，而不得决定执行两个以上的无期徒刑，或者将两个以上的无期徒刑合并升格执行死刑，或者决定执行其他主刑。

3. 判决宣告的数个主刑为有期徒刑、拘役、管制的，采取限制加重原则合并处罚。

【修九新增加】第六十九条第二款 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。

适用限制加重原则的具体规则为：

1. 判决宣告的数个主刑均为有期徒刑的，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；有期徒刑总和刑期不满 35 年的，最高不能超过 20 年，总和刑期在 35 年以上的，最高不能超过 25 年。

2. 判决宣告的数个主刑均为拘役的，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，但是最高不能超过 1 年。

3. 判决宣告的数个主刑均为管制的，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，但是最高不能超过 3 年。最后，数罪中有判处附加刑的，附加刑仍须执行，附加刑种类相同的，合并执行，种类不同的，分别执行。

#### （五）适用数罪并罚原则的三种情况

根据刑法的有关规定，不同法律条件下适用数罪并罚原则的具体规则，分为以下三种情形：

1. 判决宣告以前一人犯数罪的，一律按照数罪并罚处理。

2. 刑罚执行期间发现漏罪的。把前后两个判决所判处的刑罚，根据“先并后减”的规则，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。

3. 刑罚执行期间又犯新罪的。把前罪没有执行的刑罚和后罪所判处的刑罚，根据“先减后并”的规则，决定执行的刑罚。

2010 年第 8 题。下列关于罪数的表述中，正确的是（ ）。

- A. 数罪并罚时采用限制加重原则
- B. 并科原则可以适用于附加刑和管制
- C. 数罪中有被处死刑的，对主刑应当采用吸收原则
- D. 限制加重原则只适用于有期徒刑

【答案 C】

2011 年第 9 题。甲因犯盗窃罪被判处有期徒刑 5 年，在刑罚执行 3 年后，又发现他在判决宣告前还犯有放火罪，应判处有期徒刑 7 年。经数罪并罚决定执行 10 年有期徒刑。对甲还需要继续执行的刑期是（ ）。

- A. 12 年
- B. 10 年
- C. 9 年
- D. 7 年

【答案 D】先并后减，“经数罪并罚决定执行 10 年有期徒刑。”然后再减去已经执行的刑期，所以数罪并罚执行的 10 年刑期减去已经执行的 3 年刑期，于是甲还需要继续执行的刑期为 7 年。

2011 年第 44 题。下列犯罪中，应按数罪并罚原则处理的有（ ）。

- A. 参加黑社会性质组织又杀人的
- B. 拐卖妇女过程中奸淫被拐卖的妇女的



C. 民事案件的审判人员因受贿而枉法裁判的

D. 在走私犯罪过程中采用暴力方法抗拒缉私人员缉私的

【答案 AD】构成组织、领导参加黑社会性质组织罪又有其他犯罪行为的，依照数罪并罚的规定处罚。以暴力、威胁方法抗拒缉私的，以走私罪和阻碍国家机关工作人员依法执行职务罪数罪并罚。

2012 年第 16 题。下列情形中，应当数罪并罚的是（ ）。

A. 甲为迫使不满 18 周岁的未成年女子卖淫而对其实施强奸

B. 乙非法拘禁债务人张某 10 天，其间多次毒打张某，致张某伤残

C. 丙无证驾车，在被交警查处时使用暴力抗拒执法，失手将交警打死

D. 丁开地下卷烟厂，制售劣质卷烟数量巨大，在县联合执法队前来查处时，组织数十村民围攻执法人员，迫使执法队暂时撤离

【答案 D】强迫卖淫过程中发生的强奸行为，以强迫卖淫罪一罪论处；非法拘禁中的暴力行为造成他人伤残或者死亡的，以故意伤害罪或者故意杀人罪论处；妨碍公务的行为如果造成他人伤残死亡的行为应当以相应罪名论处；开设烟厂制售劣质卷烟的行为构成了制造销售伪劣产品罪，而围攻执法人员则构成了妨碍公务罪

## 考点 91 缓刑

### （一）缓刑的概念和意义

我国刑法所规定的缓刑，属于刑罚暂缓执行，即对原判刑罚附条件不执行的一种刑罚制度。

缓刑分为一般缓刑和战时缓刑，其中我国刑法中的一般缓刑制度：

它是指人民法院对于被判处拘役、3 年以下有期徒刑的犯罪分子，根据其犯罪情节和悔罪表现，认为暂缓执行原判刑罚，没有再犯罪的危险，且宣告缓刑不会对所居住社区产生重大的不良影响的，规定一定的考验期，暂缓其刑罚的执行，若犯罪分子在考验期内没有发生法定撤销缓刑的情形，原判刑罚就不再执行的制度。

意义：

1. 我国刑法中的缓刑制度，是惩办与宽大相结合、宽严相济刑事政策的重要表现，也是依靠专门机关与人民群众相结合的同犯罪作斗争的方针在刑罚具体运用中的体现。

2. 有利于教育改造犯罪分子、有利于贯彻少捕的政策、有利于社会安定团结。

3. 有助于避免短期自由刑的弊端，最优化地发挥刑罚的功能。

4. 有助于更好地实现刑罚的目的。

5. 是实现刑罚社会化的重要制度保障。

### （二）缓刑的适用条件

根据我国《刑法》的规定，适用缓刑必须具备下列条件：

1. 犯罪分子被判处拘役或者 3 年以下有期徒刑的刑罚。缓刑的附条件不执行原判刑罚的特点，决定了缓刑的适用对象只能是罪行较轻的犯罪分子。

2. 犯罪分子的犯罪情节较轻，有悔罪表现，没有再犯罪的危险，且宣告缓刑不会对所居住社区产生重大的不良影响。这是适用缓刑的实质条件，它们必须同时具备。

3. 犯罪分子不是累犯或者犯罪集团的首要分子。累犯屡教不改、主观恶性较深，有再犯之虞，适用缓刑难以防止其再犯新罪，犯罪集团的首要分子社会危害性较大。即使累犯和犯罪集团的首要分子被判处拘役或 3 年以下有期徒刑，也不能适用缓刑。

4. 犯罪人具有上述条件，可以宣告缓刑。犯罪主体具有上述条件，而且是不满 18 周岁的人、怀孕的妇女或者已满 75 周岁的人，就应当宣告缓刑。

### （三）缓刑的考验期限



缓刑考验期限，是指对被宣告缓刑的犯罪分子进行考察的一定期间。

1. **拘役**的缓刑考验期限为原判刑期以上一年以下，但是不能少于两个月。

2. **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。“

3. 缓刑的考验期限，从判决确定之日起计算。所谓判决确定之日，即判决发生法律效力之日。判决以前先行羁押的日期，不能折抵缓刑考验期。

#### （四）缓刑的考察

缓刑的考察，主要涉及以下内容：

1. 被宣告缓刑者应当遵守的行为规范。根据《刑法》有关规定，被宣告缓刑的犯罪分子应当

（1）遵守法律、行政法规，服从监督；

（2）按照**考察机关**的规定报告自己的活动情况；

（3）遵守**考察机关**关于会客的规定；

（4）离开所居住的市、县或者迁居，应当报经**考察机关**批准；

（5）遵守人民法院的禁止令。人民法院根据犯罪的具体情况，在宣告缓刑时可以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。

2. 缓刑的考察机关。根据《刑法》第 76 条的规定，被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**。

3. 缓刑考察的内容。根据《刑法》第 76 条的规定，缓刑，就是考察被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，是否再犯新罪或者发现漏罪，以及是否违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关缓刑的监督管理规定，且情节严重的。

#### （五）缓刑的法律后果

1. 被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，没有《刑法》第 77 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；

2. 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《刑法》第 69 条的规定，决定执行的刑罚；

3. 被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，违反法律、行政法规及国务院有关部门关于缓刑的监督管理规定，违反人民法院的禁制令，情节严重的，应当撤销缓刑，执行原判刑罚。

4. 被宣告缓刑的犯罪分子，如果被判处附加刑的，附加刑仍须执行。

#### （六）战时缓刑的概念、适用条件及其法律后果

战时缓刑，是指在战时对军人适用的一种特殊缓刑制度。

根据我国《刑法》的规定，适用战时缓刑应当遵守以下条件：

1. 适用的时间必须是在战时。所谓战时，是指国家宣布进入战争状态、部队受领作战任务或者遭敌突然袭击时。部队执行戒严任务或者处置突发性暴力事件时，以战时论。

2. 适用的对象只能是被判处 3 年以下有期徒刑（依立法精神应含被判处拘役）的犯罪军人。不是犯罪的军人，或者虽是犯罪的军人，但被判处的刑罚为 3 年以上有期徒刑，均不能适用战时缓刑。

3. 适用战时缓刑的基本根据，是在战争条件下宣告缓刑没有现实危险。这是战时缓刑最关键的适用条件。即使是被判处 3 年以下有期徒刑的犯罪军人，若适用缓刑具有现实危险，也不能宣告缓刑。

战时缓刑的法律后果

被宣告缓刑的犯罪军人，允许其戴罪立功，确有立功表现时，可以撤销原判刑罚，不以犯罪论处，如有《刑法》第 77 条规定的应予撤销缓刑的情形，则撤销缓刑并作出相应的处理。

2012 年第 41 题. 甲因犯泄露内幕信息罪被判处 3 年有期徒刑, 缓刑 5 年。在缓刑考验期限内, 甲又犯间谍罪, 依法被判处 5 年有期徒刑。关于本案, 下列说法中正确的有 ( )。

- A. 甲构成累犯, 应当从重处罚
- B. 对甲应当附加剥夺政治权利
- C. 对甲应在 5 年以上 8 年以下酌情决定执行的刑期
- D. 对甲应在 5 年以上 10 年以下酌情决定执行的刑期

【答案 BC】法律并没有规定缓刑期内犯罪的需要从重处罚。第三, 对于缓刑期内犯罪的要实行数罪并罚, 数罪并罚的刑期是总和刑期之下, 最高刑期之上量刑。

2012 年第 42 题. 下列选项中, 属于缓刑适用实质条件的有 ( )。

- A. 有悔罪表现
- B. 犯罪情节较轻
- C. 没有再犯罪的危险
- D. 宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响

【答案 ABCD】

✧ 刑法常用量刑情节记忆口诀

1. 应当、可以从轻或减轻

应当从轻或减轻,

十四十八过失翁。(14到18岁的人及已满75周岁的老年人过失犯罪的才有此待遇, 我们都无法享受了哈)

可以从轻或减轻,

自首立功样样行。(自首、立功只要有一样就可以从轻或减轻了)

教唆犯罪未遂心, (是指教唆未遂、犯罪未遂)

老翁故意半癫疯。(尚未完全丧失辨认或控制能力的精神病人犯罪, 已满75周岁的老年人故意犯罪的, 都是可以从轻或减轻处罚)

2. 应当、可以减轻或免除

应当减轻或免除,

防避过当胁从族。(防卫过当、避险过当、胁从犯, 考虑此三种没有主观恶性或主观恶性较小)

犯罪中止看两眼, (鼓励在犯罪过程中放弃犯罪)

无损当免损当减。

可以减轻或免除:

可以减免大功扛, (要重大立功, 不是一般立功)

行贿介贿快声张。(要抢在被追诉前声张—主动交待, 晚了白搭; 介贿是指介绍贿赂)

贪污受贿别超限,

悔改过后就退赃。(数额在5000—10000元之间者方可考虑本情节, 悔改并积极退赃)

尚未造成严重果,

欠帐不赖诉前偿。(恶意欠薪, 尚未造成严重后果, 在提起公诉前支付劳动者的劳动报酬, 并依法承担相应赔偿责任的, 可以减轻或者免除处罚)

3. 应当、可以从轻、减轻或免除

应当从减或免除，只有从犯享此福。（犯罪时注意别抢主犯当）  
可以从减或免除，聋哑盲人预备族。（指聋哑人或盲人以及预备犯这一族人）

4. 可以从轻、可以免除

坦白可以从轻罚，如实供述即为佳。  
若能避免特重果，可免处罚不算差。（犯罪较轻同时还要自首）  
种植毒物别害怕，公安来前铲除他。（主动铲，等公安来叫你铲时就晚了）  
轻罪外加有自首，以上皆可为免罚。

5. 应当从重处罚情节有二：

不满十八去教唆，外加累犯属总则。

## 第十二章 刑罚执行制度

### 第一节 减刑

#### 考点 98 减刑概述

##### （一）减刑的概念和作用

减刑，是指对被判处管制、拘役、有期徒刑或者无期徒刑的犯罪分子，因其在刑罚执行期间认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改或者立功表现，而适当减轻其原判刑罚的制度。所谓减轻原判刑罚，既可以是将较重的刑种减为较轻的刑种，也可以是将较长的刑期减为较短的刑期。

##### 减刑的作用

减刑制度充分体现了惩办与宽大相结合、宽严相济的刑事政策，对于鼓励犯罪分子加速改造，化消极因素为积极因素，实现刑罚的目的，具有积极的作用。

##### （二）减刑与改判的区别

改判是对原判决错误的纠正，它属于刑事诉讼程序的问题。减刑则是在肯定原判决的基础上，将原判刑罚予以适当减轻。它是一种刑罚执行制度。

##### （三）减刑与减轻处罚的区别

减轻处罚适用对象为判决确定前的未决犯。减刑适用对象为判决确定以后的已决犯。

#### 考点 92 减刑的条件

1. 对象条件。减刑的对象条件，是指减刑只适用于被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子。它表明，减刑的范围仅受刑罚种类的限制，而不受刑期长短和犯罪性质的限制。

2. 实质条件。减刑的实质条件，因减刑的种类不同而有所区别。

（1）可以减刑的实质条件，即犯罪分子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。

（2）应当减刑的实质条件，即犯罪分子在刑罚执行期间有重大立功表现。

3. 限度条件。减刑的限度，是指犯罪分子经过减刑以后，应当实际执行的最低刑期。根据我国《刑法》第 78 条的规定和有关司法解释，减刑的限度为：减刑以后实际执行的刑期

（1）判处管制、拘役、有期徒刑的，不能少于原判刑期的 1/2；

（2）判处无期徒刑的，不能少于 13 年；

（3）对于死刑缓期 2 年执行的罪犯，缓期执行期满后依法减为无期徒刑的，不能少于 25 年，缓期执行期满后依法减为 25 年有期徒刑的，不能少于 20 年。

#### 考点 93 减刑后的刑期计算

减刑后刑期的计算方法，因原判刑罚的种类不同而有所区别。



1. 对于原判管制、拘役、有期徒刑的，减刑后的刑期自原判决执行之日起算；原判刑期已经执行的部分，应计入减刑以后的刑期之内。
2. 对于原判无期徒刑减为有期徒刑的，刑期自裁定减刑之日起算；已经执行的刑期，不计入减为有期徒刑以后的刑期之内。
3. 对于无期徒刑减为有期徒刑之后，再次减刑的，其刑期的计算，则应按照有期徒刑的减刑方法计算，即应当从前次裁定减为有期徒刑之日算起。
4. 对于曾被依法适用减刑，后因原判决有错误，经再审后改判为较轻刑罚的，原来的减刑仍然有效，所减刑期，应从改判的刑期中扣除。

#### 考点 94 减刑的程序

根据《刑法》第 79 条的规定，对于犯罪分子的减刑，由执行机关向中级以上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。

### 第二节 假释

#### 考点 95 假释概述

##### （一）假释的概念和作用

我国刑法规定的假释，是对被判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在执行一定刑期之后，因其认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，没有再犯罪的危险，而附条件地将其予以提前释放的制度。

##### 假释的作用

假释制度体现了惩办与宽大相结合、惩罚与教育相结合、宽严相济的刑事政策，对于实现我国刑法的任务和目的，促进犯罪分子改过自新，具有积极的作用。

##### （二）假释与释放的区别

假释是有条件地提前释放，还存在着收监执行余刑的可能；而释放是无条件释放，不存在再执行的问题。

##### （三）假释与减刑的区别

两者虽然都是刑罚执行制度，且适用前提有相同之处，但仍在许多方面有所不同：

1. **适用范围**不同。假释只适用于被判处有期徒刑和有期徒刑的犯罪分子；减刑适用于被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子。
  2. **适用次数**不同。假释只能宣告一次；而减刑不受次数的限制，可以减刑一次，也可减刑数次。
  3. **法律后果**不同。假释附有考验期，如果发生法定情形，就撤销假释；减刑没有考验期，即使犯罪分子再犯新罪，已减的刑期也不恢复。
  4. **适用方法**不同。对被假释人当即解除监禁，予以附条件释放；对被减刑人则要视其减刑后是否有余刑，才能决定是否释放，有未执行完的刑期的，仍需在监继续执行。
- ✧ 暴力犯罪被判处 10 年以上有期徒刑和更重刑罚的未成年人一样不可假释。

#### 考点 96 假释与缓刑的区别

假释与缓刑虽有许多相同点，都是有条件地不执行原判刑罚，两者都有一定的考验期，都以发生法定情形为撤销条件，但仍有许多明显的区别：

1. **适用范围**不同。假释适用于被判处有期徒刑和有期徒刑的犯罪分子；缓刑只适用于被判处拘役和 3 年以下有期徒刑的犯罪分子。



2. 适用时间不同。假释是在刑罚执行过程中，根据犯罪分子的表现，以裁定作出的；缓刑则是在判决的同时宣告的。

3. 适用根据不同。适用假释的根据，是犯罪分子在刑罚执行中的表现以及假释后不致再危害社会的可能性；适用缓刑的根据，是犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现以及适用缓刑确实不致再危害社会的可能性。

4. 不执行的刑期不同。假释必须先执行原判刑期的一部分，而对尚未执行完的刑期，附条件不执行；缓刑是对原判决的全部刑期有条件地不执行。

### 考点 97 假释与监外执行的区别

1. 适用对象不同。假释只适用于被判处无期徒刑和有期徒刑的罪犯；监外执行则适用于被判处有期徒刑和拘役的罪犯。

2. 适用条件不同。假释适用于执行了一定刑期，认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，已不致再危害社会的犯罪分子；监外执行适用于因法定特殊情况不宜在监内执行的犯罪分子。

3. 收监条件不同。假释只有在假释考验期内发生法定情形，才能撤销；监外执行则在监外执行的法定条件消失，且刑期未满的情况下收监执行。

4. 期间计算不同。假释犯若被撤销假释，其假释的期间，不能计入原判执行的刑期之内。监外执行的期间，无论是否收监执行，均计入原判执行的刑期之内。

### 考点 98 假释的条件

1. 对象条件。假释只能适用于判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子。此外，对死缓犯减为无期徒刑或者有期徒刑后，符合假释条件的，可以适用假释。

2. 限制条件。

（1）被判处有期徒刑的犯罪分子，执行原判刑期 1/2 以上，被判处无期徒刑的犯罪分子，实际执行 13 年以上，才可以适用假释。对死缓犯减刑后假释，要依据相关规定。

（2）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 10 年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，不得假释。

（3）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。

3. 实质条件。假释的实质条件，是指适用假释的犯罪分子，必须认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，没有再犯罪的危险。

2013 年第 19 题。下列情形中，符合假释的罪刑条件的是（ ）。

- A. 甲因抢劫罪被判处有期徒刑 10 年
- B. 乙因故意伤害罪被判处有期徒刑 15 年
- C. 丙因危险驾驶罪被判处拘役 6 个月
- D. 丁因参加有组织的暴力性犯罪被判处无期徒刑

【答案 B】对累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质罪或者有组织的暴力性犯罪被判处 10 年以上的有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，不得假释。

2015 年第 13 题。下列情形中，不得适用假释的是（ ）

- A. 因诈骗罪被判处 12 年有期徒刑
- B. 因叛逃罪被判处 15 年有期徒刑
- C. 因放火罪被判处 13 年有期徒刑
- D. 因故意杀人罪被判处 5 年有期徒刑

【答案 C】

### 考点 99 假释的考验期及其考察

1. 假释的考验期。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。假释考验期限，从假释之日起计算。

2. 假释的考察

(1) 根据《刑法》有关规定，被宣告假释的犯罪分子，应当遵守下列规定：

- 1) 遵守法律、行政法规，服从监督。
- 2) 按照**监督机关**的规定报告自己的活动情况。
- 3) 遵守**监督机关**关于会客的规定。
- 4) 离开所居住的市、县或者迁居，应当报经**监督机关**批准。

(2) 对于被假释的犯罪分子的考察，主要是考察其在假释考验期限内是否再犯新罪或者发现漏罪，以及是否违反法律、行政法规或者国务院有关部门关于假释的监督管理规定。如果没有《刑法》第 86 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。如果有《刑法》第 86 条规定的情形，则撤销假释，依照数罪并罚的规定实行数罪并罚，或者收监执行未执行完毕的刑罚。

2011 年第 42 题：被判处管制的罪犯、被判处缓刑的罪犯和被假释的罪犯应共同遵守的规定有（ ）。

- A. 遵守法律、法规，服从监督
- B. 遵守有关机关关于会客的规定
- C. 按有关机关的规定报告自己的活动情况
- D. 离开所居住的市、县或者迁居，应当报经有关机关批准

【答案 ABCD】被判处管制的犯罪分子多了一项未经执行机关批准，不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权力。

**考点 100 假释的法律后果**

1. 被假释的犯罪分子，在假释考验期限内没有再犯新罪或者发现漏罪，或者违反法律、行政法规及国务院有关部门关于假释的监督管理规定，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。

2. 被假释的犯罪分子，在假释考验期限内再犯新罪，应当撤销假释，依照“先减后并”的规定实行数罪并罚。

3. 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“**先并后减**”的规定实行数罪并罚。

4. 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。

5. 犯罪分子被假释后，原判有附加刑的，附加刑仍须继续执行。

**考点 101 假释的程序**

根据《刑法》的有关规定，对于犯罪分子的假释，由执行机关向**中级以上人民法院**提出假释建议书。人民法院应当组成合议庭进行审理，对符合法定假释条件的，裁定予以假释。非经法定程序不得假释。

**第十三章 刑罚消灭制度**

**第一节 刑罚消灭概述**

**考点 102 刑罚的消灭**

### （一）刑罚消灭的概念

刑罚消灭，是指针对特定犯罪人的刑罚权因法定事由而归于消灭。刑罚消灭是指求刑权、量刑权和行刑权消灭，而制刑权是不能消灭的。

### （二）刑罚消灭的法定原因

刑罚消灭的法定原因大致有以下几种情况：刑罚执行完毕，缓刑考验期满，假释考验期满，犯罪人死亡，超过时效期限，赦免。

## 第二节 时效

### 考点 103 时效的概念和意义

#### （一）时效的概念

时效，是指经过一定的期限，对犯罪不得追诉或者对所判刑罚不得执行的一项制度。

#### （二）追诉时效与行刑时效

时效分为追诉时效和行刑时效两种。

1. 追诉时效，是指依法对犯罪分子追究刑事责任的有效期限。

2. 行刑时效，是指法律规定对被判处刑罚的犯罪分子执行刑罚的有效期限。我国刑法没有规定行刑时效制度。

#### （三）时效的意义

1. 有利于实现刑罚的目的。对犯罪分子适用刑罚的目的在于预防犯罪。

2. 有利于司法机关集中打击现行犯罪。

3. 有利于社会安定团结。

### 考点 104 追诉期限

#### （一）追诉期限的规定

1. 法定最高刑为不满 5 年有期徒刑的，经过 5 年；

2. 法定最高刑为 5 年以上不满 10 年有期徒刑的，经过 10 年；

3. 法定最高刑为 10 年以上有期徒刑的，经过 15 年；

4. 法定最高刑为无期徒刑、死刑的，经过 20 年。如果 20 年以后认为必须追诉的，须报请最高人民检察院核准。

#### （二）追诉期限起算的规定

关于追诉期限的起算，我国《刑法》第 89 条第 1 款规定：“追诉期限从犯罪之日起计算；犯罪行为有连续或者继续状态的，从犯罪行为终了之日起计算，所谓犯罪之日，应理解为犯罪成立之日。”

#### （三）时效中断的概念及其起算方法

所谓时效中断，是指在追诉期限内，因发生法定事由而使已经过了的时效期间归于无效，法定事由消失后重新计算追诉期限的制度。

起算方法：

只要犯罪分子在追诉期限内又犯罪，不论新罪的性质和刑罚轻重如何，前罪所经过的时效期间均归于无效，前罪的追诉期限从犯新罪之日起重新计算。

#### （四）时效延长的概念及其起算方法

所谓时效延长，是指在追诉期限内，因发生法定事由而使追究犯罪人的刑事责任不受追诉期限限制的制度。

起算方法：

1. 在司法机关立案侦查或者受理案件以后，犯罪分子逃避侦查或者审判的；

2. 被害人在追 诉期限内提出控告，司法机关应当立案而不予立案的，不受追诉期限的限制。

2012 年第 44 题. 甲利用职务便利，侵占本单位财物数额巨大。根据我国《刑法》规定，其罪行的法定刑幅度为 5 年以上有期徒刑。关于本案，下列选项中正确的有（ ）。

- A. 该案的追诉期限为 10 年
- B. 该案的追诉期限为 15 年
- C. 如果甲在公安机关侦查期间逃跑，则不受追诉期限的限制
- D. 该案如果超过追诉期限，经最高人民检察院核准，仍可追诉

【答案 BC】

2013 年第 8 题. 2000 年 3 月 1 日，甲因犯盗窃罪被公安机关立案侦查后逃往外地。甲又因在 2009 年 9 月 7 日犯抢劫罪，于 2010 年 6 月 7 日被抓获。甲所犯盗窃罪的追诉期限（ ）。

- A. 不受限制
- B. 应从 2000 年 3 月 1 日起计算
- C. 应从 2009 年 9 月 7 日起计算
- D. 应从 2010 年 6 月 7 日起计算

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

2015 年第 4 题. 甲涉嫌犯聚众斗殴罪，在 2010 年 8 月 9 日被抓捕时逃跑。2014 年 6 月 5 日，甲抢夺他人财物，数额特别巨大。下列选项中，正确的是（ ）。

- A. 甲所犯抢夺罪的追诉期限为 5 年
- B. 甲所犯聚众斗殴罪因其逃跑而不受追诉期限的限制
- C. 甲所犯聚众斗殴罪的追诉期限从 2010 年 8 月 9 日起计算
- D. 甲所犯聚众斗殴罪的追诉期限从 2014 年 6 月 5 日起计算

【答案 B】

### 第 三 节 赦 免

#### 考点 105 赦免

##### （一）赦免的概念

赦免，是国家对于犯罪分子宣告免予追诉或者免除执行刑

##### （二）大赦与特赦的区别

赦免分为大赦和特赦两种。大赦，是指国家对不特定的多数犯罪分子的赦免。特赦，是指国家对特定的犯罪分子的赦免，即对于受罪刑宣告的特定犯罪分子免除其刑罚的全部或部分的执行。

1. 大赦是赦免一定种类或不特定种类的犯罪，其对象是不特定的犯罪人；特赦是赦免特定的犯罪人。

- 2. 大赦既可实行于法院判决之后，也可实行于法院判决之前；特赦只能实行于法院判决之后。
- 3. 大赦既可赦其罪，又可赦其刑；特赦只能赦其刑，不能赦其罪。
- 4. 大赦后再犯罪不构成累犯；特赦后再犯罪的，如果符合累犯条件，则构成累犯。

#### 考点 106 我国的特赦制度

我国 1954 年《宪法》规定了大赦和特赦，但在实践中并没有使用过大赦。1978 年《宪法》和 1982 年《宪法》都只规定特赦，没有规定大赦。因此，《刑法》所说的赦免，都是指特赦减免。

根据现行《宪法》的规定，特赦由全国人民代表大会常务委员会决定，由**国家主席发布特赦令**再由**最高人民法院和高级人民法院**予以执行。



我国的特赦具有以下特点

1. 特赦是以一类或几类犯罪分子为对象，而不是适用于个别的犯罪分子。
2. 特赦是对经过一定时期的关押改造，确已改恶从善的犯罪分子实行。
3. 特赦是根据犯罪分子的罪行轻重和悔改表现，区别对待，或者免除其刑罚尚未执行的部分，予以释放，或者减轻其原判的刑罚，而不是免除其全部刑罚。
4. 特赦是由全国人大常委会决定，由中华人民共和国主席发布特赦令，再由最高人民法院和高级人民法院予以执行，而不是由犯罪分子本人及其家属或者其他公民提出申请而实行。

## 第十二章 刑法各论概述

### 第一节 刑法各论的研究对象和体系

#### 第二节 罪状、罪名、法定刑

#### 考点 107 刑法分则条文的基本结构

刑法分则的条文有两种形式。一种是有罪状、罪名和法定刑的条文，称为有罪刑单位的条文。这是刑法分则条文的主要和基本形式，绝大多数刑法分则条文都是以这种形式出现的。另一种是没有规定罪状和法定刑的条文，称为没有罪刑单位的条文。这里所说的刑法分则条文的基本结构，是指刑法分则中有罪刑单位的条文的基本结构，**包括罪状、罪名和法定刑。**

#### 考点 108 罪状

##### （一）罪状的概念

罪状是指刑法分则条文对某种具体犯罪特征的描述。罪状只存在于刑法分则条文中，但并非每个刑法分则条文都有罪状。

##### （二）罪状的种类：简单罪状、叙明罪状、空白罪状、空白罪状与叙明罪状并存形式、引证罪状

1. 简单罪状，即在刑法分则条文中只简单描述具体犯罪的基本特征而不作更多的解释。如《刑法》第 232 条规定的“故意杀人的”、第 264 条规定的“盗窃公私财物，数额较大…”的“等”，一看罪状就知道该种行为是哪一种犯罪。简单罪状的形式在刑法分则条文中所占的比例较小。

2. 叙明罪状即在刑法分则条文中详尽描述具体犯罪的基本特征。如果不详细加以描述，有可能难以区分罪与非罪以及此罪与彼罪的界限，必须对其犯罪构成要件详细说明。如《刑法》第 311 条规定，“明知他人有间谍犯罪行为，在国家安全机关向其调查有关情况、收集有关证据时，拒绝提供，情节严重的”，对构成拒绝提供间谍犯罪证据罪的几个条件作了详细的说明，以便于在实践中准确认定这种犯罪。叙明罪状是我国刑法分则条文的主要描述形式。

3. 空白罪状即在刑法分则条文中不直接叙明犯罪的特征，而只是指出该犯罪行为所违反的其他法律、法规。如《刑法》第 332 条规定的“违反国境卫生检疫规定”，等等。违反其他的法律、法规是构成某种犯罪的前提，没有这个前提，该犯罪也就不能成立。

4. 空白罪状与叙明罪状并存形式即以空白罪状与叙明罪状同时存在的形式描述某种具体犯罪。如《刑法》第 230 条规定的“违反进出口商品检验法的规定，逃避商品检验，将必须经商检机构检验的进口商品未报经检验而擅自销售、使用，或者将必须经商检机构检验的出口商品未报经检验合格而擅自出口”，条文中既有空白罪状形式，又有叙明罪状形式，便于正确认定这种犯罪。

5. 引证罪状即引用刑法分则的其他条款来说明某种犯罪的特征。引证罪状的条文本身并不描述犯罪的特征，而是引用其他条款已经描述过的某种犯罪的特征来认定该种犯罪。如《刑法》第 287 条规定的“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，依照本法有关规定定罪处罚。”采用引证罪状是为了避免刑法分则条款之间的不必要重复。

2013 年第 16 题。我国《刑法》第 295 条规定：“传授犯罪方法的，处……”，本条的罪状形式是（ ）。

A. 空白罪状 B. 简单罪状 C. 引证罪状 D. 叙明罪状

【答案 B】简单罪状是指在刑法分则条文中简单描述具体犯罪的基本特征而不做更多的解释

2014 年第 12 题。下列罪状中，属于叙明罪状的是（ ）。

A. 过失犯前款罪的

B. 收买被拐卖的妇女、儿童的

C. 以暴力、胁迫手段组织残疾人或者不满 14 周岁的未成年人乞讨的

D. 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

【答案 C】叙明罪状是指在刑法分则条文中详尽具体犯罪的基本特征。

## 刑法分则

### 第十三章危害国家安全罪

#### 第一节危害国家安全罪概述

##### 一、危害国家安全罪的概念

危害国家安全罪，是指故意危害中华人民共和国的主权、领土完整和安全，分裂国家，颠覆国家政权，推翻社会主义制度的行为。

##### 二、危害国家安全罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家的安全，即中华人民共和国的国家安全。这里的国家安全是指中华人民共和国的主权、领土完整与安全，国家的统一。人民民主专政的国家政权及社会主义制度的安全。

2. 犯罪客观方面表现为实施危害中华人民共和国国家安全的行为。危害中华人民共和国国家安全的行为，是指各种危害我国的主权、领土完整与安全，分裂国家，颠覆国家的政权，推翻社会主义制度的行为。凡刑法规定的危害国家安全的行为则是惩罚该类犯罪的法律标准。对于只有危害国家安全的犯意表示，而没有实施危害国家安全的行为的，不能认定为危害国家安全罪。对于刑法没有规定的，不能单凭言论认定为危害国家安全罪。

3. 犯罪主体是自然人，且多数犯罪为一般主体，仅有少数犯罪的主体为特殊主体，如背叛国家罪、叛逃罪。

4. 主观方面表现为故意的心理状态。其中，绝大多数表现为直接故意，极个别的罪可能由直接故意构成，也可能由间接故意构成。如为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪。

#### 第二节 本章要求掌握的犯罪

##### 一、分裂国家罪

###### （一）分裂国家罪的概念

分裂国家罪，是指组织、策划、实施分裂国家、破坏国家统一的行为。

###### （二）分裂国家罪的构成特征

1. 侵犯的客体是国家的统一。中国是一个统一的多民族国家，这在宪法和反分裂国家法中均有明确规定。为了维护国家的统一，必须坚决打击分裂国家的活动。

2. 客观方面表现为组织、策划、实施分裂国家、破坏国家统一的行为。“分裂国家”，指将统一的国家分成几个部分，建立中央政府之外的政府，对抗中央，割据一方并自立为独立国家，谋取国际上的承认。“破坏国家统一”，指采取种种方式阻挠、破坏国家的统一活动进程，意图实现独立。具体行为方式有组织、策划、实施三种，按照法律规定，行为人只要符合了上述三种行为方式之一分裂国家、破坏国家统一的，就构成本罪；符合两种以上行为的，仍为一罪，不实行并罚。

3. 犯罪主体为一般主体，包括境内外公民。

4. 主观方面表现为直接故意。

### (三) 分裂国家罪的认定

对分裂国家罪的犯罪形态应予正确认定。分裂国家罪有组织、策划、实施三种行为，每一种行为都是独立实行行为，只要实施三种行为之一即成立分裂国家罪的既遂。

## 二、煽动分裂国家罪

### (一) 煽动分裂国家罪的概念

煽动分裂国家罪，是指煽动分裂国家、破坏国家统一的行为。

### (二) 煽动分裂国家罪的构成特征

本罪侵犯的客体、犯罪主体、主观方面同分裂国家罪。

客观方面表现为煽动分裂国家、破坏国家统一的行为。“煽动”，是指以语言、文字、图像等方式对他人进行鼓动、宣传。煽动的内容是分裂国家、破坏国家统一。

### (三) 煽动分裂国家罪的认定

本罪是行为犯，即只要实施了分裂国家、破坏国家统一的煽动行为，就构成本罪的既遂。

## 三、间谍罪

### (一) 间谍罪的概念

间谍罪，是指参加间谍组织或者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。

### (二) 间谍罪的构成特征

1. 侵犯客体是中华人民共和国的国家安全。

2. 客观方面表现为实施如下三方面的间谍行为：(1)参加间谍组织；(2)接受间谍组织及其代理人的任务；(3)为敌人指示轰击目标。间谍组织，是指境外或者渗透于我国境内的专门进行窃取、刺探我国国家秘密或情报，或者进行其他危害我国国家安全活动的组织。参加间谍组织，是指加入间谍组织，成为其内部成员。接受间谍组织及其代理人的任务，是指虽未参加间谍组织但接受间谍任务，包括接受窃取、刺探国家秘密或情报的任务，也包括接受进行其他危害国家安全活动的任务。为敌人指示轰击目标，是指以各种手段为敌人指引轰击我方目标的活动，轰击是否得逞不影响本罪的成立。具备上述三种间谍的行为之一的，即成立间谍罪。

3. 犯罪主体为一般主体，包括中国公民、外国人和无国籍人士。

4. 主观方面表现为直接故意，即明知是间谍组织而有意参加，明知是间谍任务而有意接受，明知对方是敌人而向其指示轰击目标，追求危害国家安全的结果发生。

### (三) 间谍罪的认定

1. 划清间谍罪与非罪行为的界限。对被胁迫或因受欺骗被拉进间谍组织并未实行危害国家安全的犯罪活动和在间谍组织中从事一般勤杂事务并不知晓该组织性质的不能认定为间谍罪。这里区别罪与非罪的关键是看行为人在主观上是否故意进行间谍活动，故意分别由故意参加间谍组织、故意接受间谍任务、故意为敌人指示轰击目标构成。

2. 划清间谍罪与有关犯罪的界限：(1)区分间谍罪与叛逃罪的界限。叛逃罪系国家机关工作人员的叛逃行为，叛逃后参加间谍组织的或者接受间谍任务的，应以间谍罪与叛逃罪两罪实行数罪并罚处理。仅有叛逃行为而无实行间谍行为的，仍成立一个叛逃罪。国家机关工作人员实行间谍行为，而不具有叛逃性质的，只成立一个间谍罪。(2)区分间谍罪与为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪的界限(见为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪的认定)。

2014 年第 13 题。下列行为中，应以间谍罪（既遂）定罪处罚的是（ ）。



- A. 甲非法获取国家秘密后，出售给外国间谍组织
- B. 乙在境外参加外国间谍组织，回国后没来得及从事收集情报工作即被抓获
- C. 丙为境外的公司刺探国内公司的相关商业秘密，尚未送出该秘密即被抓获
- D. 丁将通过职务行为获得的国家秘密上传到互联网上，该秘密被外国间谍组织获取

【答案 B】本题考查间谍罪的构成要件。所谓间谍罪是，是指参加间谍组织，或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。A 选项和 C 选项中的行为属于为境外窃取刺探收买非法提供国家情报秘密罪。D 选项中丁的行为属于非法获取国家秘密罪。B 选项中乙在境外参加间谍组织便已经构成了间谍罪的既遂，是否着手实施间谍行为并不影响其既遂。

#### 四、为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪

##### （一）为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪的概念

为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪，是指为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报的行为。

##### （二）为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家的安全与利益，即危害到中华人民共和国的主权、领土完整与安全、政权、社会制度等方面的安全与利益。

2. 客观方面表现为为境外的机构、组织人员窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报的行为。境外的机构、组织、人员，是指中华人民共和国边境外的国家或者地区的政府机构、军事机构、经贸组织、文教单位、科研机关、政党、社会团体、宗教组织以及上述机构、组织以外的个人。包括这些机构、组织在中国境内的分支机构、组织、派驻人员。国家秘密，是指《中华人民共和国保守国家秘密法》所规定的关系到国家的安全和利益，经法定程序确定，在一定时间内只限一定范围的人员知悉的事项。情报，是指国家秘密以外的一切可能被境外机构、组织、个人利用危害我国国家安全的资料、情况、消息。本罪的行为方式有窃取、刺探、收买、非法提供四种，行为人只要具备上述一种行为方式，即符合本罪的客观要件。窃取，是指以各种形式来盗窃国家秘密或情报。刺探，即以各种手段探知国家秘密或情报。收买，即以金钱、财物或其他物质利益换取国家秘密或情报。非法提供，即指掌握国家秘密或情报的人，违反法律规定，将国家秘密或情报出售、提交、告知境外的机构、组织、个人。

3. 犯罪主体是一般主体。中国公民以及非中国公民均可以成为本罪的主体。

4. 主观方面表现为故意，即行为人明知是国家秘密或情报，明知对方是境外机构、组织、个人，而故意向其非法提供或实施窃取、刺探、收买行为，希望或放任危害国家安全的结果发生。行为人知道或者应当知道设有标明密级的事项关系国家安全和利益，而为境外窃取、刺探、收买、非法提供的，依照《刑法》第 111 条的规定以为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪定罪处罚。

##### （三）为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪的认定

1. 划清为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪与非罪行为的界限：（1）对于不涉及国家安全利益的情况、资料、信息，即不属于国家秘密、情报的情况、资料、信息，虽向境外机构、组织、个人提供，但不构成本罪，因为并不危害国家的安全。（2）根据《中华人民共和国保守国家秘密法》第 21 条规定，在对外交往与合作中经国家有关部门严格程序审批，有限度地将某些国家秘密予以开放，与境外机构、组织、个人进行情报、资料的互换和交流，是合法行为。不构成本罪。

2. 划清为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪与间谍罪的界限。两者的区别主要表现在：



(1) 主观上明知对方为间谍组织而为其窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报的，构成间谍罪，而不构成本罪。本罪中的境外机构、组织、个人是非间谍性质的。

(2) 本罪在客观上仅限于窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报，而间谍罪除了得到国家秘密情报外，还有参加间谍组织、为敌人指示轰击目标或接受间谍组织及其代理人的其他派遣，危害国家安全的行为。

2012 年第 18 题。国家机关工作人员甲通过电子邮件，将因工作便利获悉的国家经济秘密发送给某境外机构。甲的行为构成（ ）。

- A. 间谍罪
- B. 非法获取国家秘密罪
- C. 故意泄露国家秘密罪
- D. 为境外非法提供国家秘密罪

【答案 D】《刑法》第 282 条规定以窃取、刺探、收买方法，非法获取国家秘密的，构成非法获取国家秘密罪。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，构成为境外窃取、刺探、收买非法提供国家秘密情报罪。

## 第十四章危害公共安全罪

### 第十四章危害公共安全罪

#### 第一节危害公共安全罪概述

#### 一、危害公共安全罪的概念

危害公共安全罪，是指故意或者过失地实施危害不特定的多数人的生命、健康和重大公私财产安全的行为。

#### 二、危害公共安全罪的构成特征

1. 侵犯客体是社会的公共安全，即不特定多数人的生命、健康和重大公私财产安全。不特定性意在表明危害公共安全的行为的对象具有广泛性和不确定性，不限于特定的个人或财产，行为具有造成不特定的众多人员伤亡或重大公私财产广泛损害的性质。

2. 客观方面表现为实施了危害公共安全的行为。危害公共安全行为的表现形式大多数是积极的作为，如放火、爆炸、投放危险物质、劫持航空器等；少数犯罪的行为形式也可以表现为消极的不作为，如失火罪等大多数过失危害公共安全的犯罪。由行为的危害性质所决定，危害公共安全的行为既包括已经造成实际损害结果的行为（实害犯），也包括虽然尚未造成实际损害结果，但却足以危害不特定多数人的生命、健康或者重大公私财产安全的行为（危险犯），如破坏交通工具罪、破坏交通设施罪。但过失危害公共安全的行为，则必须造成法定的实际损害结果，才能构成犯罪。

3. 犯罪主体多数是一般主体。凡年满 16 周岁具有刑事责任能力的自然人都可以成为本罪主体，但是，已满 14 周岁不满 16 周岁的未成年人犯放火、爆炸、投放危险物质罪的，也应当负刑事责任。少数犯罪主体则是特殊主体，行为人必须具有法定的特殊身份或者从事特定业务，才能成为犯罪主体。自然人和单位都可以成为本罪的主体。个别犯罪主体只能是单位，如违规制造销售枪支罪。

4. 主观方面既可以表现为故意，也可以表现为过失。本类犯罪中过失犯罪占据一定的比例。

#### 第二节本章要求掌握的犯罪

##### 一、放火罪

##### （一）放火罪的概念

放火罪，是指故意放火焚烧公私财产，危害公共安全的行为。

##### （二）放火罪的构成特征

1. 侵犯客体是公共安全，侵犯对象是关系公共安全的公私财产。所谓关系公共安全的公私财产，

是指财产一旦被放火焚烧，可能危及公共安全。关系公共安全的公私财产包括行为人本人拥有的财产。如果行为人放火焚烧自己或者家庭使用的房屋或者其他财物，足以危害公共安全的，同样构成放火罪。

2. 客观方面表现为实施了危害或者足以危害公共安全的放火行为。放火行为既可以以作为的方式实施，如用引火物点燃公私财产，制造火灾；也可以以不作为的方式实施，但以不作为方式构成的放火罪必须以行为人负有防止火灾发生的特定义务为前提。本罪是危险犯，实施放火焚烧财产，足以危害公共安全的行为即构成犯罪。

3. 犯罪主体是一般主体，凡达到刑事责任年龄具有刑事责任能力的自然人都可以成为本罪的主体。鉴于本罪具有严重的社会危害性，根据《刑法》第 17 条第 2 款之规定，已满 14 周岁不满 16 周岁的未成年人也可以成为本罪的主体。

4. 主观方面表现为故意，即明知自己的放火行为可能造成危害公共安全的严重后果，而希望或者放任这种结果的发生。

### （三）放火罪的认定

1. 划清放火罪既遂与未遂的界限。放火罪是危险犯，指行为人着手实施了放火的行为，并已将放火的对象物点燃，且具有造成严重后果的危险性。如果还没有将放火的对象物点燃或者刚则点燃还未能脱离引火物独立燃烧，则不能认为是放火罪的既遂。对象物尚未点燃，即因行为人意志以外的原因而停止放火行为的，构成放火罪的未遂。完成放火行为后火灾是否实际发生、是否造成危害公共安全的严重后果，对确定放火罪的既遂与未遂的界限没有影响。

2. 划清放火罪与失火罪的界限。区别的关键在于行为人对火灾后果的心理态度。如果行为人明知自己的行为可能导致火灾发生，并且希望或者有意识地放任火灾发生的，就构成放火罪。如果行为人应当预见自己的行为可能导致火灾发生，因为疏忽大意而没有预见，或者虽然已经预见但轻信能够避免以致造成火灾的，则为失火罪。此外，失火罪为结果犯，失火行为必须造成人身伤亡或者公私财产重大损失的严重后果，才能构成犯罪。

3. 区分放火罪与以放火方法实施的其他犯罪的界限：

（1）放火罪与故意毁坏财物罪的界限。如果以放火方法故意损毁公私财物，没有危及公共安全的，只能以故意毁坏财物罪论处。如果放火损毁公私财物的行为已经危及或者足以危及公共安全的，则应当以放火罪论处。

（2）放火罪与破坏交通工具等罪的界限。如果以纵火焚烧的方法破坏交通工具、交通设施、电力设备、易燃易爆设备、电视电信设施，其行为具有放火罪和破坏交通工具等罪的特征的，鉴于破坏交通工具等罪的破坏方法已经包含了放火方法，且破坏交通工具等罪对象是法定的，故对此情况应当按破坏交通工具等罪论处，而不再定放火罪。

（3）放火罪与故意杀人罪、故意伤害罪的界限。行为人企图以放火的方法烧死或者烧伤特定的个人的，如果其放火行为不足以危及公共安全，则应当以故意杀人罪或故意伤害罪论处。如果其放火行为足以危害公共安全的，其行为则应当按放火罪论处。

## 二、爆炸罪

### （一）爆炸罪的概念

爆炸罪是指故意针对不特定的多数人或者重大公私财产实施爆炸，危害公共安全的行为。

### （二）爆炸罪的构成特征

1. 侵犯客体是社会公共安全。

2. 客观方面表现为实施了用爆炸的方法杀伤不特定的多数人、毁坏重大公私财产，危害公共安全的行为。具体说来，首先，行为人必须实施了故意引爆弹药、爆炸物以及其他易爆物品、引爆装置或者利用技术手段故意导致机器、锅炉等爆炸的行为。这种行为可以是以作为方式进行的，如故意安放定时炸弹进行爆炸，也可以是以不作为方式进行的，如锅炉工故意不给锅炉加水致使锅炉发生爆炸。

其次，爆炸行为必须针对不特定多数人或者重大公私财产进行，足以危害公共安全。

3. 犯罪主体是一般主体。已满 14 周岁不满 16 周岁的人实施爆炸行为，构成犯罪的，也应当负刑事责任。

4. 主观方面表现为故意，即明知自己的行为可能会发生爆炸的结果，危害公共安全，并且希望或者放任这种结果发生。

### （三）爆炸罪的认定

1. 划清爆炸罪与以爆炸的方法实施的针对特定个人或者公私财产的犯罪的界限。区分的关键是爆炸行为是否危害公共安全。如果爆炸行为指向的是特定的个人或者特定的公私财产，行为人有意识地将爆炸限制在特定的不危及公共安全的范围内，客观上也未发生危害公共安全的实际结果的，则应当根据案件的具体情况分别以故意杀人罪、故意伤害罪或者故意毁坏财物罪论处。但是，如果爆炸行为虽然主观上指向的是特定的个人或者公私财物，但是爆炸发生在公共场合，实际危害了不特定的多数人的生命、健康和重大公私财产的安全的，则仍然应当按爆炸罪论处。

2. 划清爆炸罪与用爆炸的方法破坏特定设备的犯罪的界限。用爆炸的方法故意破坏交通工具、交通设备、电力设备、煤气设备、易燃易爆设备或者通信设备的行为，也具有危害公共安全的性质，因而符合爆炸罪的特征。但是，由于刑法已经将用爆炸的方法故意破坏这些特定设备的行为另行规定为独立的罪名，因此，不宜再以爆炸罪论处。

2010 年第 17 题。甲为报复杀害其仇人乙，在农贸市场将自制的爆炸装置点燃后掷向乙，致乙重伤，并造成三名菜农轻伤。对甲的行为应定为（ ）。

- A. 故意杀人罪
- B. 故意杀人罪和故意伤害罪
- C. 故意伤害罪
- D. 爆炸罪

【答案 D】甲为报复杀害其仇人乙而在人群稠密的农贸市场投掷爆炸装置，客观上足以危害不特定多数人的生命财产安全，主观上明知该危险性而采取放任态度，已经构成间接故意，应以爆炸罪论处。

2015 年第 8 题。甲在某机场到达大厅出口外引爆自制爆炸装置，造成一人轻伤。甲的行为应认定为（ ）

- A. 爆炸罪
- B. 寻衅滋事罪
- C. 故意伤害罪
- D. 以危险方法危害公共安全罪

【答案 A】爆炸罪是指故意针对不特定的多数人或者重大公私财产实施爆炸行为，危害公共安全的行为。它属于危险犯，如果爆炸行为已经使公共安全处于危险状态或者已经造成危害公共安全的实际损害后果，则成立爆炸罪既遂。在本案中，甲的行为虽然造成了一人轻伤，但已经危害了大多数人的生命健康、财产安全，成立爆炸罪既遂。

## 三、投放危险物质罪

### （一）投放危险物质罪的概念

投放危险物质罪，是指故意投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质，危害公共安全的行为。

### （二）投放危险物质罪的构成特征

1. 侵犯的客体是公共安全，即不特定多数人的生命、健康和重大公私财产安全。

2. 客观方面表现为行为人实施了投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质，危害公共安全的行为。所谓“投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质”。是指向公共饮用的水源、出售的食品、饮



料或者牲畜、禽类的饮水池、饲料等物品中投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质的行为。本罪是危险犯，不论投放危险物质行为的具体方式怎样，也不论使用何种危险物质，只要投放危险物质的行为足以危害不特定多数人的生命健康和重大公私财产安全，或者足以严重污染环境，就构成本罪既遂，而不要求发生实际的危害结果。

3. 犯罪主体是一般主体。根据《刑法》第 17 条的规定，已满 14 周岁不满 16 周岁的人犯本罪的，应当负刑事责任。

4. 主观方面表现为故意。既可以出于直接故意，也可以出于间接故意。至于行为人出于何种动机，不影响本罪的成立。

### （三）投放危险物质罪的认定

1. 投放危险物质罪与以投放危险物质的方法实施的故意杀人罪、故意毁坏财物罪的界限。区分的关键是看行为人实施的投放危险物质的行为是否足以危及公共安全。如果行为人用投放危险物质的方法杀害特定的人，如将毒物投放于被害人所喝的饮料中，不危及公共安全的，就构成故意杀人罪；如果行为人投放危险物质的行为虽然针对特定的个人，但已经危及公共安全的，如行为人为杀害被害人而将毒物投放于被害人取饮用水的公用水井中，就构成投放危险物质罪。

2. 投放危险物质罪与重大环境污染事故罪的界限。二者虽然在危害后果方面相似，但是却有着本质的区别：

（1）侵害的客体不同。投放危险物质罪侵害的是公共安全；重大环境污染事故罪侵害的是国家对环境保护和污染防治的管理活动。（2）客观方面表现不同。投放危险物质罪表现为将毒害性、放射性、传染病病原体等危险物质投放于公共的饮用水、出售的食品等特定物品中的行为，而且只要该行为足以危害公共安全，就构成犯罪既遂；而重大环境污染事故罪则表现为违反国家规定，向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置含有放射性的废物、传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物的行为，而且该行为必须造成重大环境污染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果，才能构成犯罪。

（3）犯罪主体不同。投放危险物质罪只能以自然人为主体；而重大环境污染事故罪的主体既可以是自然人也可以是单位。

（4）主观方面不同。投放危险物质罪只能出于故意，即行为人明知自己的行为会危害公共安全，希望或者放任该结果发生；而重大环境污染事故罪则只能出于过失，即行为人对所造成的重大公私财产损失或者人身伤亡的危害结果，既不希望，也不放任，而是应当预见却因疏忽大意而没有预见或者虽然预见却轻信能够避免，以致发生的。

## 四、以危险方法危害公共安全罪

### （一）以危险方法危害公共安全罪的概念

以危险方法危害公共安全罪，是指使用与放火、投放危险物质、决水、爆炸方法的危险性相当的其他危险方法，危害公共安全的行为。

### （二）以危险方法危害公共安全罪的构成特征

1. 侵犯客体是公共安全，即不特定的多数人的生命、健康或者重大公私财产的安全。

2. 客观方面表现为使用与放火、投放危险物质、决水、爆炸方法的危险性相当的其他危险的方法，危害公共安全的行为。凡危险性不相当，不足以危害公共安全的，不能认定为其他危险方法。

3. 犯罪主体是一般主体，凡达到刑事责任年龄具有刑事责任能力的自然人都可以成为本罪的主体。

4. 主观方面表现为，明知自己的行为可能导致危害公共安全的严重后果，并且希望或者有意识地放任这种结果发生。

### （三）以危险方法危害公共安全罪的认定

对以其他危险方法危害公共安全的行为如何定罪，司法实践和理论研究都存在不同看法。有的主



张不论具体使用的危险方法如何，统一定为“以其他危险方法危害公共安全罪”；有的则主张根据行为人具体使用的危险方法确定罪名，不宜笼统地以“其他危险方法”确定罪名。考虑到如果以行为人具体使用的危险方法确定罪名，将使本罪罪名处于不确定状态，

最高人民法院 1997 年 12 月 9 日发布的《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的规定》的司法解释明确规定，行为人以其他危险方法危害公共安全的行为，应当一律以“以危险方法危害公共安全罪”定罪。

在认定以危险方法危害公共安全罪的时候，要注意区分以危险方法危害公共安全罪既遂与未遂的界限。区分的关键和放火罪、爆炸罪、投放危险物质罪既遂与未遂的区分标准是一样的。

还要注意区分以危险方法危害公共安全罪与使用危险方法实施故意破坏交通工具、故意破坏特定设备、故意杀人、故意伤害、故意毁坏财物等其他犯罪的界限。区分的关键在于行为人在使用危险方法时是否危及公共安全，凡是危及公共安全的，都以以危险方法危害公共安全罪定罪处罚；没有危及公共安全的，分别以破坏交通工具罪、破坏交通设施罪、破坏电力设备罪、破坏易燃易爆设备罪、破坏公用电信设施罪、故意杀人罪、故意伤害罪、故意毁坏财物罪定罪处罚。

## 五、破坏交通工具罪

### （一）破坏交通工具罪的概念

破坏交通工具罪。是指破坏火车、汽车、电车、船只、航空器，足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生颠覆、毁坏危险，尚未造成严重后果或者已经造成严重后果的行为。

### （二）破坏交通工具罪的构成特征

1. 侵犯客体是交通运输安全，犯罪对象只限于正在使用中的火车、汽车、电车、船只或航空器，不包括三轮车、自行车、马车等非机动车和摩托车、拖拉机等机动车。但如果被破坏的拖拉机在某些偏远或者农村地区是被用作交通运输的工具，破坏拖拉机的行为足以危害交通运输安全的，则拖拉机也可以成为本罪的犯罪对象。破坏其他交通工具不足以危害公共安全的，如果造成的人员伤亡或者财产损失，构成犯罪的，可以分别按故意杀人罪、故意伤害罪或者故意毁坏财物罪论处。本罪的犯罪对象还必须是正在使用中的交通工具。所谓正在使用中的交通工具，包括正在运行、航行中的交通工具，也包括临时停放

在车库、路边、码头、机场上的已经投入交通运输，随时都可能开动的交通工具。

2. 客观方面表现为破坏火车、汽车、电车、船只、航空器，足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生颠覆、毁坏危险，尚未造成严重后果或者已经造成严重后果的行为破坏行为只有足以使交通工具发生颠覆、毁坏危险的，才能构成犯罪。根据刑法规定，只要行为人破坏交通工具的行为足以使交通工具发生颠覆、毁坏危险，不论是否实际造成严重后果，构成本罪。

3. 犯罪主体是一般主体，即凡达到刑事责任年龄具有刑事责任能力的自然人都可以成为本罪的主体。

4. 主观方面表现为故意。即明知自己的行为可能会使交通工具发生颠覆、毁坏危险而希望或者有意地放任这种结果发生。

### （三）破坏交通工具罪的认定。

1. 划清使用爆炸、放火的方法破坏交通工具的爆炸罪、放火罪与破坏交通工具罪的界限。爆炸罪、放火罪和破坏交通工具罪一样，都是危害公共安全的犯罪行为。其区别在于：放火罪、爆炸罪的犯罪对象是不特定多数人的身和重大公私财产。破坏交通工具罪的犯罪对象只限于正在使用中的火车、汽车、电车、船只、航空器等交通工具。刑法对破坏交通工具罪的犯罪对象作了特别明文规定。这一规定相对于爆炸罪、放火罪的规定具有特别法的性质。根据特别法优于普通法的原理，行为人采用爆炸、放火等方法破坏正在使用中的交通工具。只要足以使交通工具发生颠覆、毁坏危险，因而危害公共安全的，应当一律以破坏交通工具罪论处。只有采用爆炸、放火等方法破坏尚未交付使用的交通工

具，危害公共安全的，才能以爆炸罪、放火罪论处。

2. 划清破坏交通工具罪与盗窃罪、故意毁坏财物罪的界限。区别的关键在于犯罪对象与侵犯客体不同。破坏交通工具罪的犯罪对象必须是正在使用中的交通工具，侵犯客体是交通运输安全。盗窃罪的犯罪对象为一般公私财产，侵犯客体是公私财产所有权。因此，如果行为人盗窃正在使用中的交通工具的重要部件、设施，足以使交通工具发生颠覆、毁坏危险，危害公共安全的，应当以破坏交通工具罪论处。如果行为人盗窃的不是正在使用中的交通工具，或者盗窃的仅仅是正在使用中的交通工具附属设备，不影响交通运输安全的，则不能以破坏交通工具罪论处。符合盗窃罪特征的，可以按盗窃罪论处。故意毁坏财物罪的犯罪对象与犯罪客体和盗窃罪相同。如果行为人故意毁坏正在使用中的交通工具，足以使交通工具发生颠覆、毁坏危险，因而危害交通运输安全的，应当以破坏交通工具罪论处。如果行为人故意毁坏的并不是正在使用中的交通工具，或者仅仅是正在使用的交通工具的附属设备，不影响交通运输安全的，则不能以破坏交通工具罪论处。符合故意毁坏财物罪特征的，可以按故意毁坏财物罪论处。

3. 划清破坏交通工具罪既遂与未遂的界限。根据刑法规定，行为人破坏交通工具，只要足以使交通工具发生颠覆、毁坏危险的，无论是否造成严重后果，均构成犯罪的既遂。因此，是否造成严重后果不是划分破坏交通工具罪既遂与未遂的标准。本罪属于危险犯，构成本罪的标准应当是行为人的破坏行为造成交通工具发生颠覆、毁坏的现实危险。一般说来，行为人实施完毕破坏交通工具行为，就会产生这种现实危险。破坏行为实行终了因而也就成为判断既遂与未遂的重要标志。但也应当注意破坏行为虽已实行终了却不足以使交通工具发生颠覆、毁坏危险的情况和破坏行为虽未实行终了却足以使交通工具发生颠覆、毁坏危险的例外情况。在这两种情况下，就不能以行为实行终了为标准判断犯罪的既遂与未遂。在前一种情况下，破坏行为虽已实行终了，但危险没有发生，应当认定为犯罪未遂；在后一种情况下，破坏行为虽未实行终了，但危险已经发生，应当认定为犯罪既遂。此外，如果行为人虽已着手实施破坏行为，但尚未达到足以使交通工具发生颠覆、毁坏危险即因意志以外原因而停止的，当然也构成犯罪的未遂。

## 六、破坏交通设施罪

### （一）破坏交通设施罪的概念

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、毁坏危险或者造成严重后果的行为。

### （二）破坏交通设施罪的构成特征

1. 侵犯客体是交通运输安全。犯罪对象是正在使用中的轨道、桥梁、隧道、公路、机场、航道、灯塔、标志或者其他交通设施。

2. 犯罪客观方面表现为破坏交通设施，足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险或者造成严重后果的行为。首先，行为人必须实施了破坏轨道、桥梁、隧道、公路、机场、航道、灯塔、标志的行为或者进行了其他破坏活动。其次，破坏交通设施的行为必须足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险或者已经实际造成严重后果。如果虽然实施了破坏交通设施的行为，但还显然不足以使上述交通工具发生倾覆、毁坏的现实危险的，则不能构成本罪。

3. 犯罪主体是一般主体。凡年满 16 周岁具有刑事责任能力的自然人都可以成为本罪的主体。

4. 犯罪主观方面表现为故意，即明知自己的行为可能会使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏的危险或者可能实际造成倾覆、毁坏的结果，并且希望或者放任这种危险或结果发生。

### （三）破坏交通设施罪的认定

划清本罪与破坏交通工具罪的界限。交通设施是从事交通运输的基础物质条件。破坏交通设施往往会导致交通工具倾覆、毁坏的严重后果。破坏交通工具往往也会损毁交通设施。如何区分破坏交通设施罪和破坏交通工具罪，应当视破坏行为的直接指向而定。如果破坏行为直接指向的是正在使用中

的交通设施，对交通设施的破坏间接造成了交通工具倾覆、毁坏的后果的，则应当以破坏交通设施罪论处。如果破坏行为直接指向的是正在使用中的交通工具，交通工具的倾覆、毁坏间接造成了交通设施损毁的后果的，则应当以破坏交通工具罪论处。

## 七、组织、领导、参加恐怖组织罪

### （一）组织、领导、参加恐怖组织罪的概念

组织、领导、参加恐怖组织罪，是指为首策划组织、领导或者积极参加恐怖活动组织的行为。

### （二）组织、领导、参加恐怖组织罪的构成特征

1. 侵犯客体是社会公共安全，即不特定的多数人的生命、健康或重大公私财产的安全。

2. 客观方面表现为组织、领导、积极参加或者参加恐怖活动组织的行为。所谓组织，是指为首策划、鼓动、教唆、召集、引诱多人成立专门或者主要从事恐怖犯罪活动的行为。所谓积极参加，是指多次参加恐怖活动组织的活动、态度积极，或者虽然偶尔参加恐怖组织的活动，但在其中起主要作用的行为。所谓参加，是指除组织、领导、积极参加恐怖活动组织以外的其他参加恐怖组织活动的行为。本罪的客观要件属于选择性要件，只要行为人的行为符合组织、领导、积极参加或者参加恐怖活动组织的行为之一的，即构成本罪。

3. 犯罪主体是一般主体，凡达到法定刑事责任年龄的具有刑事责任能力的自然人都可以成为本罪的主体。

4. 主观方面表现为故意，即明知是以从事恐怖活动为主要内容的恐怖活动组织而故组织、领导、积极参加或者参加该组织。

### （三）组织、领导、参加恐怖组织罪的认定

1. 准确界定恐怖活动组织的性质。恐怖活动组织是专门或主要以从事暗杀、绑架、爆炸等严重暴力犯罪为活动内容的犯罪组织。恐怖活动组织是一种特殊的犯罪集团。认定恐怖活动组织，从组织结构上讲，应当符合犯罪集团的一般特征，即恐怖活动组织首先必须是三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织。临时纠集的犯罪团伙不能认为是恐怖活动组织。从组织目标和行为内容上讲，恐怖活动组织一般带有明显的政治性目的，并在此目的指导下，专门或者主要从事暗杀、绑架、爆炸、放火、劫持人质和破坏交通工具等严重暴力犯罪行为。不以上述严重暴力犯罪为主要活动内容的犯罪集团不能认为是恐怖活动组织。准确地界定恐怖活动组织的性质是正确认定本罪的关键。

2. 划清一罪与数罪的界限。恐怖活动组织具有极大的社会危害性，因此，刑法规定，只要行为人具有组织、领导或者参加恐怖活动组织的行为，就构成犯罪。本罪的构成并不要求行为人在组织、领导或参加恐怖活动组织后还必须具体实施一定恐怖犯罪行为。如果行为人在组织、领导或参加恐怖活动组织后，具体实施了杀人、绑架、爆炸等犯罪行为的，应当将所实施的具体犯罪行为和组织、领导、参加恐怖组织罪实行数罪并罚。

3.【修九新修改】第一百二十条 组织、领导恐怖活动组织的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处没收财产；积极参加的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；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。犯前款罪并实施杀人、爆炸、绑架等犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。

## 八、劫持航空器罪

### （一）劫持航空器罪的概念

劫持航空器罪，是指以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器的行为。

### （二）、劫持航空器罪的构成特征

1. 侵犯客体是航空运输安全，即不特定的多数旅客、机组人员的生命健康以及航空器及其运载物品的安全。犯罪对象是正在使用中的民用航空器，如飞机、飞艇等，军用航空器不是本罪的犯罪对象。



根据有关反劫机的国际公约规定，所谓“正在使用中”包括三种状态：一是指从航空器装载完毕、机舱外部各门均已关闭时起，至打开任一机舱门为止的期间的任何时间；二是指航空器被迫降落后，主管当局接收该机及所载人员和财产前的任何时间；三是处于待飞状态的航空器。如果行为人劫持的不是上述正在使用中的航空器，如劫持正在装配或者正在维修中的航空器的，则不会直接危害航空运输安全，因而不能以本罪论处。

2. 客观方面表现为以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器的行为。根据刑法的规定，本罪属于行为犯。行为人只要实施完毕以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器的行为，即构成犯罪既遂。是否造成严重后果不影响本罪的构成。

3. 犯罪主体是一般主体，凡达到法定刑事责任年龄、具有刑事责任能力的自然人，不论是中国人还是外国人，均可以成为本罪的主体。

4. 主观方面表现为故意，即行为人明知自己劫持航空器的行为会造成危害航空运输安全的严重后果，并且希望或者有意识地放任这种结果的发生。

### （三）劫持航空器罪的认定

1. 划清劫持航空器罪与以飞机为破坏对象的破坏交通工具罪的界限。劫持航空器特别是以暴力方法劫持航空器的犯罪行为，往往也会使航空器遭到毁坏，客观上与以飞机为破坏对象的破坏交通工具罪比较相似。区分这两种罪的关键在于把握行为人的犯罪目的和客观表现。劫持航空器罪的犯罪目的和客观表现是非法强行改变航空器的航向或者强行控制航空器，而破坏交通工具罪的犯罪目的和客观表现则是将作为交通工具的飞机从物理性能上加以毁坏。因此，行为人以对航空器进行破坏的方法迫使航空器改变航向或者强行控制航空器的，应当以劫持航空器罪论处。行为人单纯以毁坏航空器为目的的对正在使用中

的航空器进行破坏的，则应当定破坏交通工具罪。

2. 划清劫持航空器罪一罪与数罪的界限。如果行为人以杀人、伤害或者故意损毁航空器的方法劫持航空器，因而致人死亡、重伤或者使航空器遭受严重毁坏的，其杀人行为、伤害行为、故意损毁航空器的行为不过是刑法规定的劫持航空器的犯罪方法行为，应当作为方法行为被作为目的行为的劫持航空器罪吸收，不宜与劫持航空器罪实行数罪并罚。但是，如果在劫持并控制航空器之后滥杀无辜或者强奸妇女的，则应当对滥杀无辜或强奸妇女等犯罪行为单独定罪，与劫持航空器罪实行数罪并罚。

3. 区分劫持航空器罪既遂与未遂的界限。劫持航空器罪是行为犯，只要行为人以暴力、胁迫或者其他方法实施了劫持航空器的行为，并将航空器置于自己的控制之下，即构成既遂。行为人已经着手实施劫持航空器的行为，由于意志以外的原因未能完成劫持行为并控制航空器的，则为犯罪未遂。至于行为人的犯罪目的是否达到、有没有造成危害结果，则与确定犯罪行为的既遂与未遂无关。

## 九、非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪

### （一）非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪的概念

非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪，是指违反国家有关枪支、弹药、爆炸物管理的法律规定，非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的行为。

### （二）非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪的构成特征

1. 侵犯客体是社会公共安全，即不特定多数人的生命、健康和重大公私财产的安全。犯罪对象是枪支、弹药和爆炸物。非法制造、买卖、运输、邮寄、储存上述枪支、弹药、爆炸物的，即构成本罪。但一般认为，非法制造、买卖、运输、邮寄或者储存烟花爆竹等娱乐性物品的，不能成立本罪。

2. 客观方面表现为违反国家有关枪支、弹药、爆炸物管理的法律规定，实施了非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的行为之一。本罪属于选择性罪名，其中既有犯罪行为的选择，又有犯罪对象的选择，只要行为人针对枪支、弹药、爆炸物三种犯罪对象之一实施了非法制造、买卖、运输、邮寄或者储存行为之一的，即构成本罪。但是，如果行为人同时针对枪支、弹药、爆炸物三种



犯罪对象实施了两种以上的行为的，也只能以本罪一罪论处。

3. 犯罪主体是一般主体，凡达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的自然人都可以成为本罪的主体。此外，单位也可以成为本罪的主体。

4. 主观方面表现为故意，即明知是国家禁止非法制造、买卖、运输、邮寄、储存的枪支、弹药、爆炸物而故意非法制造、买卖、运输、邮寄、储存。如果因误解、无知或者被蒙骗等原因而实施了上述行为的，不能构成本罪。

#### (三)非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪的认定

1. 划清本罪与盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物罪及抢劫枪支、弹药、爆炸物罪的界限。这三种犯罪的侵犯客体和犯罪对象不完全相同，其主要区别在于：（1）客观方面表现不同。本罪表现为实施非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的行为之一，而后两罪则表现为实施了盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物行为之一或者实施了抢劫行为。（2）犯罪主体不同。本罪主体除自然人外，还包括单位，而后两罪的犯罪主体则只能是自然人。

2. 划清本罪与非法持有、私藏枪支、弹药罪的界限。行为人因非法储存枪支、弹药、爆炸物而构成本罪的，与非法持有、私藏枪支、弹药罪极易混淆。其主要区别在于：

（1）犯罪对象的范围不同。本罪的犯罪对象包括枪支、弹药、爆炸物，而非法持有、私藏枪支、弹药罪的对象则仅限于枪支、弹药。

（2）客观方面的表现不同。本罪一般是违反国家法律规定，私自储存数量较大的枪支、弹药、爆炸物，而非法持有、私藏枪支、弹药罪则一般是不具备配枪资格而非法携带、持有枪支或者私自收藏少量枪支、弹药。

（3）犯罪主体的范围不同。本罪的主体包括自然人和单位，而非法持有、私藏枪支、弹药罪的主体则只限于自然人。

3. 划清本罪与非法出租、出借枪支罪的界限。主要区别在于：

（1）犯罪对象不同。本罪的犯罪对象包括枪支、弹药、爆炸物，而后罪的犯罪对象则仅限于枪支。

（2）客观方面表现不同。本罪表现为非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的行为，而非法出租、出借枪支罪则表现为非法出租或者非法出借枪支的行为之一。

（3）犯罪主体不同。本罪的主体是一般主体，自然人和单位都可以成为本罪主体。而非法出租、出借枪支罪的犯罪主体则是特殊主体，即必须是依法配备公务用枪或者依法配置民用枪支的人员或单位。

#### 十 违规制造、销售枪支罪

##### (一)违规制造、销售枪支罪的概念

违规制造、销售枪支罪，是指依法被指定、确定的枪支制造、销售企业，违反枪支管理规定，擅自制造、销售枪支的行为。

##### (二)违规制造、销售枪支罪的构成特征

1. 侵犯的客体是国家对枪支的管理制度。犯罪对象为枪支。

2. 客观方面表现为违反枪支管理的法律、法规的规定，制造、销售枪支的行为。其行为表现有以下三种情况：

一是以非法销售为目的，超过限额或者不按照规定的品种制造、配售枪支；

二是以非法销售为目的，制造无号、重号、假号的枪支；

三是非法销售枪支或者在境内销售为出口制造的枪支。

3. 犯罪主体是特殊主体，即依法被指定、确定的枪支制造企业、销售企业。

4. 主观方面表现为故意。对违规制造枪支的要求具备非法销售的法定目的。

### （三）违规制造、销售枪支罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。对依法被指定、确定的枪支制造企业来说，如果超过限额或者不按照规定的品种制造了枪支或者制造了无号、重号、假号的枪支，但并非用于非法销售的目的，不应以犯罪论处。对于实践中非法销售枪支数量较少或获利不大的，也不应以犯罪论处。

2. 划清本罪与非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪的界限。主要区别在于：

（1）犯罪对象不同。非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪的犯罪对象包括枪支、弹药、爆炸物；而本罪的犯罪对象则仅限于枪支。

（2）客观方面表现不同。非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪表现为具有非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的行为之一；而本罪则表现为超过限额或者不按规定品种制造、配售枪支，制造无号、重号、假号的枪支，非法销售枪支或在境内销售为出口制造枪支的行为之一。

（3）犯罪主体不同。非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪的主体是一般主体，自然人和单位都可以构成；而本罪的犯罪主体则是特殊主体，且只能是单位，即必须是依法被指定、确定的枪支制造企业、销售企业。

（4）主观故意的内容不同。非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪在主观上无法定目的的要求；而本罪有非法销售的目的要求。

## 十一、非法持有、私藏枪支、弹药罪

### （一）非法持有、私藏枪支、弹药罪的概念

非法持有、私藏枪支、弹药罪，是指违反法律规定，持有、私藏枪支、弹药的行为。

### （二）非法持有、私藏枪支、弹药罪的构成特征

1. 侵犯的客体是国家对枪支、弹药的管理制度。犯罪对象为枪支、弹药。

2. 客观方面表现为违反枪支、弹药管理的法律、法规的规定，持有、私藏枪支、弹药的行为。“非法持有”，是指不符合配备、配置枪支、弹药条件的人员，违反枪支管理法律、法规的规定，擅自持有枪支、弹药的行为。“私藏”，是指依法配备、配置枪支、弹药的人员，在配备、配置枪支、弹药的条件消除后，违反枪支管理法律、法规的规定，私自藏匿配备配置的枪支、弹药且拒不交出的行为。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面表现为故意，即明知不能私自持有、藏匿枪支、弹药，而持有、私藏的。

### （三）非法持有、私藏枪支、弹药罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。实践中发生的依法配置枪支的人员（如猎人）未及时按规定领取配备枪支（如猎枪）许可证，经指明又补领了许可证的，应属情节显著轻微、危害不大的持有、私藏枪支行为，不以犯罪论处。对这种情况可以进行必要的治安处罚。

2. 本罪的犯罪形态。按照《刑法》第 128 条第 1 款的规定，本罪属于行为犯，即故意违反枪支管理规定，非法持有、私藏枪支、弹药的行为，就构成本罪的既遂。

## 十二、交通肇事罪

### （一）交通肇事罪的概念

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。

### （二）交通肇事罪的构成特征

1. 侵犯客体是交通运输安全。所谓交通运输主要是指以电车、汽车、船只等交通工具进行公路和水路交通运输。破坏交通运输安全，一般就是指使用上述交通工具进行交通运输，发生重大事故，危

害不特定的多数人的生命、健康或者重大公私财产的安全。但是，如果使用自行车、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，也可以构成本罪。

2. 客观方面表现为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。

(1) 本罪的构成以违反交通运输管理法规为前提条件。本罪的行为方式可以是作为，如酒后驾驶、超速、超载或者强行超车等，也可以是不作为，如对刹车系统有故障的机动车不及时进行修理，致使刹车失灵，机动车失去控制，造成重大事故。行为人没有违反交通运输管理法规就不能构成本罪。

(2) 违反交通运输管理法规的行为，还必须发生了重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失。

3. 犯罪主体是一般主体。实践中主要是从事交通运输的人员，非交通运输人员违反交通运输管理法规，造成重大交通事故，后果严重的，也应当按本罪论处。

4. 主观方面表现为过失。即行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者虽然已经预见但轻信能够避免。

### (三) 交通肇事罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。首先，要区分交通肇事罪与一般交通肇事行为的界限。区别的关键在于是否发生了重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失。如果虽然有违反交通管理法规的行为，但没有致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，则为一般交通肇事行为。其次，要区分交通肇事罪与因其他原因造成的重大交通事故的界限。造成交通事故的原因往往很复杂，如果造成重大交通肇事事故的原因主要是自然或技术方面的不可预见、不可控制、不可抗拒的原因，或者主要是被害人、第三人方面的原因，虽然造成致人死亡、重伤或者公私财产重大损失的严重后果，也不应对行为人以交通肇事罪论处。如果造成重大交通肇事事故的原因完全是行为人违反交通管理法规，则应当按交通肇事罪

论处。如果造成重大交通肇事事故的原因主要是行为人违反交通管理法规，被害人或第三人方面也存在过错的，仍然应当对行为人以交通肇事罪论处，但是应当根据案件具体情况减轻其责任。

2. 划清交通肇事罪与利用交通工具实施的其他犯罪的界限。如果行为人利用交通工具杀害特定的个人，应当按故意杀人罪论处。如果出于泄愤报复或者其他反社会动机，驾驶汽车等交通工具在街道或者其他公共场所横冲直撞，制造事端，造成不特定的多人死伤或者重大公私财产损失的，应当按以危险方法危害公共安全罪论处。

3. 划清交通肇事罪一罪与数罪的界限。如果行为人在交通肇事后逃逸的，一般只能作为交通肇事罪的从重处罚情节，按交通肇事罪一罪从重处罚。根据最高人民法院 2000 年 11 月 21 日起施行的规定，行为人在交通肇事后为了逃避法律追究，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 232 条、第 234 条第 2 款的规定，以故意杀人罪或者故意伤害罪定罪处罚。但是，如果行为人在交通肇事后，为了杀人灭口，而又故意将伤者撞死或者在交通肇事后明知被害人受伤，仍然驾车挂带被害人钩住的被害人逃跑，致使被害人死亡的，其行为另行构成故意杀人罪或故意伤害（致死）罪，应当和交通肇事罪进行数罪并罚。

4. 交通肇事罪存在共犯的情形交通肇事后，单位主管人员、机动车所有人、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治而死亡的，以交通肇事罪的共犯论处。

### 5. 交通肇事罪与危险驾驶罪的关联（修八）

《刑法》第 133 条之一规定的危险驾驶罪是行为犯，仅处以拘役刑和并处罚金。如因危险驾驶导致重大交通事故，造成人员重伤、死亡或使公私财产遭受重大损失，同时构成交通肇事罪，则应以交通肇事罪处罚。

2012 年第 7 题。甲在乡村公路上高速驾驶拖拉机，因视线不好将拴在路边的耕牛撞死。对甲的行为



( )。

- A. 不应认定为犯罪
- B. 以危险驾驶罪定罪处罚
- C. 可以免于刑事处罚
- D. 以交通肇事罪定罪处罚

【答案 A】根据《刑法》第 133 条相关规定，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，是交通肇事罪。第 133 条之一规定了危险驾驶罪，在道路上驾驶机动车追逐竞驶，情节恶劣的，或者在道路上醉酒驾驶机动车的，处拘役，并处罚金。根据该条可知，本题中甲的行为既没有造成严重后果，也不符合危险驾驶的构成。而且甲撞死公牛这一损害他人财产的行为同样也不能构成故意毁坏财产罪，因为并非是由于其故意造成。所以本题中行为人的行为不构成犯罪。考试中需注意某些看似犯罪的行为，是否具有犯罪的故意，是否达到构成犯罪的量刑标准以及满足意外事件，不可抗力的条件，不可一概而论。

2013 年第 9 题. 甲驾驶货车途经某村庄时，刮倒了路边的赵某。甲从后视镜中看见赵某被拖挂在车后，但为逃避责任继续行驶，致赵某被拖死。甲的行为构成( )。

- A. 交通肇事罪
- B. 交通肇事罪和故意杀人罪
- C. 故意杀人罪
- D. 以危险方法危害公共安全罪

【答案 C】本题考查交通肇事罪的罪数问题。由于甲刮倒了路边的赵某，但并没有造成人重伤或者死亡，尚不构成交通肇事罪。但是看到赵某被挂在车后依然不顾赵某的生命安全继续行驶，放任赵某死亡的结果发生，构成了间接故意下的故意杀人罪，应当以故意杀人罪定罪处罚。

2015 年第 16 题. 甲遇红灯停车时，与路人孙某发生口角，甲下车将孙某打倒在地，驾车离去。孙某坐在马路上，不听他人劝导，拒绝离开。十分钟后，乙超速驾车经过此处，来不及刹车，将孙某撞死。下列选项中，正确的是( )

- A. 甲构成故意伤害罪（致人死亡）
- B. 甲构成寻衅滋事罪
- C. 甲和乙共同构成交通肇事罪
- D. 乙构成交通肇事罪

【答案 D】题考查的是刑法中的因果关系和交通肇事罪的构成要件。刑法因果关系是指危害行为与危害结果之间的一种客观的引起与被引起的联系。刑法中的因果关系的特点：客观性、相对性、必然性、复杂性。在本案中，甲将孙某打倒在地行为与之后发生的交通肇事行为不存在因果关系上的必然性，因此甲不应对孙某的死亡负责。所谓交通肇事罪是指违反交通运输法规，在公共交通管理范围内发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的行为。乙在公路上超速驾车，违反了交通运输法规，将孙某撞死，构成了交通肇事罪。

### 十三、重大责任事故罪

#### (一) 重大责任事故罪的概念

重大责任事故罪，是指在生产、作业中违反有关安全管理的规定，或者强令他人违章冒险作业，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为。

#### (二) 重大责任事故罪的构成特征

1. 侵犯的客体是各类厂矿企业、事业单位、经营体的生产、作业安全。

2. 客观方面表现为违反有关安全管理的规定，或者强令他人违章冒险作业，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为。根据《刑法修正案(六)》第 1 条之规定：

(1) 本罪的构成以行为人实施违反有关安全管理的规定或者强令他人违章冒险作业的行为为前提条件。

(2) 必须是在生产、作业过程中实施了违反安全管理规定的行为。

(3) 本罪是结果犯，只有当违反安全管理规定的行为造成了重大伤亡事故或者造成了其他严重后果



的，才能以本罪论处。参照有关司法解释，所谓造成重大伤亡事故，是指致人死亡 1 人以上或者致人重伤 3 人以上。所谓严重后果：是指造成直接经济损失 5 万元以上，或者经济损失虽不足上述数额，但情节严重，使工作、生产受到重大损害。在生产、作业过程中虽然实施了违反规章制度的行为，造成了重大安全隐患，但由于及时发现隐患并有效排除，没有实际造成人员伤亡或者其他严重后果的，不能以本罪论处。

3. 犯罪主体是一般主体，即任何人只要在生产、作业的过程中违反安全管理的规定，均可以成为本罪主体。

4. 主观方面表现为过失，即应当知道自己违反安全管理规定生产、作业或强令他人违章冒险作业的行为可能会造成重大伤亡事故或者其他严重后果，但因为疏忽大意而没有预见；或者虽然已经预见，但轻信能够避免，因而造成重大事故。

### （三）重大责任事故罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。具体包括：

（1）重大责任事故罪与自然事故的界限。自然事故是由不可预见或者不可抗拒的自然力的作用而引起的事故，如雷击引起火灾、洪水冲毁堤坝引起洪涝灾害等。自然事故尽管可能引起重大人员伤亡或者公私财产重大损失，但不存在人的主观过失和违章操作行为，故不能以犯罪论处。

（2）重大责任事故罪与技术事故的界限。技术事故是由于技术条件或者设备条件的限制而不可避免地发生的事故完全或主要因技术条件或设备条件限制而造成重大人员伤亡或者公私财产重大损失的，不能以犯罪论处。虽然存在技术或设备条件的限制，但是如果谨慎地运用现有的技术条件和设备条件，本来可以避免发生事故，因疏忽大意而未能避免的，则仍然可以构成重大责任事故罪。

（3）重大责任事故罪与一般责任事故的界限。区别的关键在于违反规章制度的行为是否造成了重大伤亡事故或者其他严重后果。如果造成了重大伤亡事故或者其他严重后果，就可以以重大责任事故罪论处。如果只是造成一般的损害或者不太严重的后果的，则为一般责任事故，不能以犯罪论处。

2. 划清重大责任事故罪与失火罪、过失决水罪、过失投放危险物质罪、过失以危险方法危害公共安全罪的界限。这些犯罪客观上都可能危害公共安全，主观上都是出于过失。其区别在于发生的场合不同。重大责任事故罪必须发生在生产、作业过程中，与生产、作业活动具有直接关系，因而危害的是作为公共安全组成部分的各类企业、事业单位、经营体的生产、作业安全。其他犯罪一般发生在日常社会生活中，与生产、作业没有直接关系，犯罪客体涉及公共安全的许多方面。

3. 划清重大责任事故罪与重大飞行事故罪、铁路运营安全事故罪、交通肇事罪、重大劳动安全事故罪、危险物品肇事罪、工程重大安全事故罪、教育设施重大安全事故罪、消防责任事故罪的界限。这些犯罪分别涉及航空运输、铁路运输、公路和水路运输、劳动保护、危险物品的管理、建筑工程质量、教育设施和消防等方面的生产、作业安全，都造成了重大伤亡或者其他严重后果，主观上都有过失，具有与重大责任事故罪相同的犯罪本质，实质上是重大责任事故罪的特殊犯罪形式。根据特别法优于普通法的基本原则，在重大责任事故罪与这些犯罪发生竞合的情况下，应当以刑法特别规定的适用于特定领域的重大责任事故犯罪论处。只有在不能适用这些具体罪名的情况下，才能对那些违反规章制度造成重大伤亡或者其他严重后果的行为，以重大责任事故罪论处。

## 十四、强令违章冒险作业罪

### （一）强令违章冒险作业罪的概念

强令违章冒险作业罪，是指强令违章冒险作业，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果，危害公共安全的行为。

### （二）强令违章冒险作业罪的构成特征

1. 侵犯的客体是作业的安全。正常的作业安全秩序既是作业人员及现场其他人员的生命、健康的安全保障，也是公私财产安全的保障。

2. 犯罪的客观方面表现为强令他人违章冒险作业，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为。强令他人违章冒险作业，是指负责管理施工、作业等工作的有关人员，违反安全作业的规章制度，发出令他人必须或者应当执行的违章冒险作业的指令、命令，并产生了使他人违心违章冒险作业的严重后果的行为，本罪是结果犯，对重大伤亡事故或者造成其他严重后果的理解同重大责任事故罪。

3. 犯罪主体为一般主体，包括矿山作业负有组织、指挥或者管理责任的负责人、管理人员、实际控制人、投资人等。

4. 犯罪的主观方面表现为过失。实践中多为过于自信的过失，即负有管理施工、作业等工作的有关人员，明知自己的决定违反安全作业的规章制度，可能会导致安全事故的发生，但却心存侥幸，自认为不会出事，从而强令他人违章冒险作业。

### （三）强令违章冒险作业罪的认定

1. 强令违章冒险作业罪与非罪。区分的关键在于强令他人违章作业是否造成了重大伤亡事故或者其他严重后果。

2. 强令违章冒险作业罪 & 重大责任事故罪。《刑法修正案（六）》第 1 条第 2 款单独规定了不同于该条第 1 款重大责任事故罪的罪状和法定刑，从而独立成为一个罪名即强令违章冒险作业罪。该罪在犯罪主体的范围、客观行为表现等方面均不同于重大责任事故罪，其危害更严重，故法定刑设定重于重大责任事故罪，这体现了罪责刑相适应的原则。

2010 年第 15 题。某矿井在开采中瓦斯浓度超标，工人向矿主反映。矿主拒绝解决问题，并威胁不干活即开除，要求工人继续采矿，致 3 人窒息死亡，5 人重伤。该矿主的行为应定为（ ）。

- A. 重大责任事故罪
- B. 过失致人死亡罪
- C. 过失以危险方法危害公共安全罪
- D. 强令违章冒险作业罪

【答案 D】本题中矿主明知瓦斯浓度超标仍然强令作业的行为违反了作业规章制度且造成了重大伤亡事故，构成强令违章冒险作业罪。

## 十五、危险驾驶罪

### （一）危险驾驶罪的概念

在道路上驾驶机动车，有下列情形之一的，处拘役，并处罚金：

- （一）追逐竞驶，情节恶劣的；
- （二）醉酒驾驶机动车的；
- （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；（修九新增）

（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。（修九新增）

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。

（修九新增）

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。

### （二）危险驾驶罪的构成特征

1. 侵犯的客体是不特定多数人的生命、健康和重大公司财产的安全

2. 犯罪的客观方面表现为在公路上驾驶机动车追逐竞驶、情节恶劣；在公路上醉酒驾驶机动车；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；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。

3. 犯罪主体为一般主体

4. 犯罪的主观方面表现为故意，即行为人明知自己的行为可能会发生严重后果而希望或放纵结果的发生不予制止。

(三) 危险驾驶罪的认定。所谓醉酒驾驶机动车，是指在道路上驾驶机动车，血液酒精含量达到 80 毫克/100 毫升以上。

## 第十五章破坏社会主义市场经济秩序罪

### 第一节破坏社会主义市场经济秩序罪概述

#### 一、破坏社会主义市场经济秩序罪的概念

破坏社会主义市场经济秩序罪，是指违反国家市场经济管理法规，破坏市场经济秩序，使社会主义市场经济遭受严重损害的行为。

#### 二、破坏社会主义市场经济秩序罪的构成特征

1. 侵犯客体是我国的经济秩序。刑法规范本类犯罪旨在保护我国业已初建和继续完善的社会主义市场经济秩序。

2. 客观方面表现为违反国家的市场经济管理法规，破坏市场经济秩序，严重损害社会主义市场经济的行为。违反国家的市场经济管理法规是本类犯罪在客观方面成立的前提。破坏市场经济秩序的行为造成一定的结果或达到一定的程度一般是本类犯罪在客观方面的必备要素。

3. 犯罪主体是个人或单位。本类犯罪主体的一个显著特征是绝大多数犯罪的主体均可由单位构成。个人作为犯罪主体分两种情况，一是一般主体即可构成，如生产、销售伪劣商品罪，信用卡诈骗罪等诸多破坏经济秩序的犯罪；二是特殊主体构成的破坏经济秩序罪。

4. 犯罪主观方面表现为多由故意构成，并且一般具有非法牟利之目的。

#### 第二节本章要求掌握的犯罪

##### 一、生产、销售伪劣产品罪

###### (一)生产、销售伪劣产品罪的概念

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，销售金额达 5 万元以上的行为。

###### (二)生产、销售伪劣产品罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家对普通产品质量的管理制度。普通产品是指除刑法另有规定的药品、食品、医用器材、涉及人身和财产安全的电器等产品，农药、兽药、化肥、种子、化妆品等产品以外的产品。

2. 客观方面表现为生产者、销售者违反国家的产品质量管理法律、法规，生产、销售伪劣产品的行为。本罪在客观方面的行为表现可具体分为以下四种行为：

(1)掺杂、掺假。(2)以假充真。(3)以次充好。(4)以不合格产品冒充合格产品。

根据法律规定的精神，上述四种行为属选择行为，即行为人具有上述四种行为之一的就构成生产、销售伪劣产品罪。行为人如果同时具有上述两种行为或两种以上行为的，也应视为一个生产、销售伪劣产品罪，不实行数罪并罚。生产、销售伪劣产品的金额达到 5 万元以上的情节是构成生产、销售伪劣产品罪在客观上所要求的内容。

3. 犯罪主体是个人和单位，表现为产品的生产者和销售者两类人。

4. 主观方面表现为故意，一般具有非法牟利的目的。

###### (三)生产、销售伪劣产品罪的认定

1. 划清生产、销售伪劣产品罪与非罪行为的界限。关键是从行为人主观上是否故意和客观方面的结果来考虑。当行为人故意制造、销售伪劣产品，销售金额达到法律规定的 5 万元以上时，即成立犯罪；销售金额不满 5 万元的制售伪劣产品的行为一般属违法行为，可由工商行政管理部门依法给予行政处罚。对于实践中发生的仅仅查处到伪劣产品本身，而难以甚至根本无法查清伪劣产品的销售金额的案件，根据 2001 年 4 月 5 日最高人民法院、最高人民检察院的司法解释，“伪劣产品尚未销售，



货值金额达到刑法规定的销售金额 3 倍以上的，以生产、销售伪劣产品罪（未遂）定罪处罚”。

2. 划清生产、销售伪劣产品罪与其他犯罪的界限。这主要是指生产、销售伪劣产品罪与生产、销售假药、不符合卫生标准的食品或有毒、有害、不符合标准的医疗器材、不符合卫生标准的化妆品等生产、销售特定的伪劣商品犯罪的界限，它们的区别主要是犯罪对象，即伪劣产品种类的不同。如前所述，本罪生产、销售的是普通物品，生产、销售假药罪等犯罪生产、销售的是特定物品。根据《刑法》第 140 条、第 149 条的规定，生产、销售伪劣产品罪与生产、销售假药罪等第 141 条、148 条规定的犯罪之间存在法条竞合关系，即第 140 条属于普通法，第 141 条至第 148 条属于特别法。在法条竞合的情况下，特别法应当优于普通法适用，这是处理特别法与普通法关系的基本原则，也是《刑法》第 149 条第 1 款规定之基本精神。但第 149 条第 2 款同时又规定，生产、销售本节第 141 条至第 148 条所列产品，构成各该条规定的犯罪，同时又构成本节第 140 条规定的犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。这一规定体现了择重而处的精神，应属特别法优于普通法适用原则的例外规定。

2011 年第 45 题．甲伪造食盐专营许可证，从盐业公司购进 30 吨食盐进行销售。同时，还从一非法生产者处购进明知系假冒注册商标的非碘盐，冒充碘盐进行销售，销售金额达 30 万元。关于本案，下列说法中正确的有（ ）。

- A. 甲的行为构成非法经营罪
- B. 甲的行为构成假冒注册商标罪
- C. 甲的行为构成销售伪劣产品罪
- D. 甲伪造国家机关证件的行为与非法经营的行为具有牵连关系

【答案 ACD】甲未经许可经营法律、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，构成非法经营罪；甲将非碘盐冒充碘盐销售，在产品中以假充真，违法所得数额较大，构成销售伪劣产品罪；甲伪造国家机关证件的行为与非法经营的行为是手段与目的的关系，具有牵连关系，从一重处断，ACD 正确。假冒注册商标罪是指违反国家商标管理法规，未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的行为。可见假冒注册商标罪是一种使用注册商标的行为，在本题中甲仅仅是从生产者处购进的假冒注册商标的商品，并没有使用与注册商标相同的商标这一行为，故不构成假冒注册商标罪。

## 二、生产、销售假药罪

### （一）生产、销售假药罪的概念（修八）

生产、销售假药罪，是指生产者、销售者违反国家药品管理法规，生产、销售假药的行为。

### （二）生产、销售假药罪的构成特征

1. 侵犯客体是复杂客体，既侵犯了国家对药品的管理制度，又侵犯了不特定多数人的身体健康权利。

2. 客观方面表现为生产者、销售者违反国家的药品管理法律、法规，生产、销售假药的行为。生产假药的行为表现为一切制造、加工、采集、收集假药的活动。销售假药的行为是指一切有偿提供假药的行为。生产、销售假药是两种行为，可以分别实施，也可以既生产假药又销售假药，同时存在两种行为。按照法律关于本罪的客观行为规定，只要具备其中一种行为的即符合该罪的客观要求。如果行为人同时具有上述两种行为，仍视为一个生产、销售假药罪，不实行数罪并罚。生产、销售假药足以严重危害人体健康，即符合本罪成立的法定结果，这说明本罪在犯罪形态上属危险犯。而生产、销售假药对人体健康造成严重危害的则属结果加重犯，对其处以较重的刑罚。

3. 犯罪主体为个人和单位。表现为假药的生产者和销售者两类人。生产者即药品的制造、加工、

采集、收集者。销售者即药品的有偿提供者。

4. 主观方面表现为故意，一般是出于营利的目的。当然，生产者、销售者是否出于营利目的并不影响本罪的成立。具有一下情形以共犯论处：

- (1) 提供资金、贷款、账号、发票、证明、许可证的；
- (2) 提供生产、经营场所、设备、运输、仓储、保管、邮寄等便利条件的；
- (3) 提供生产技术，或者提供原料、辅料、包装材料；
- (4) 提供广告等宣传的。

### (三) 生产、销售假药罪的认定

1. 划清生产、销售假药罪与生产、销售伪劣商品类犯罪中其他罪的界限。

(1) 生产、销售假药罪与生产、销售伪劣产品罪的区别界限是：根据《刑法》第 149 条第 1 款规定的精神，生产、销售假药，不足以严重危害人体健康的，不构成生产、销售假药罪，但是销售金额在 5 万元以上的，应认定为生产、销售伪劣产品罪。这一规定体现了立法的严密性，不疏漏犯罪。对于同时构成生产、销售假药罪和生产、销售伪劣产品罪的，根据《刑法》第 149 条第 2 款规定的精神，应按处罚较重的生产、销售假药罪定罪处罚。这符合前述法条竞合的适用原则。

(2) 生产、销售假药罪与生产、销售劣药罪的区别界限：①犯罪对象不同：一个是假药，一个是劣药。②犯罪形态不同：生产、销售假药罪是行为犯，而生产、销售劣药罪是实害犯即对人体健康造成严重危害的方构成犯罪。

## 三、走私普通货物、物品罪（修八）

### (一) 走私普通货物、物品罪的概念

走私普通货物、物品罪，是指违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄国家禁止进出口的武器、弹药、核材料、假币、珍贵动物及其制品、珍稀植物及其制品、淫秽物品、毒品以及国家禁止出口的文物、金银和其他贵重金属以外的货物、物品进出境。偷逃应缴纳税款较大或者一年内曾经走私被给予二次行政处罚后又走私的行为。

### (二) 走私普通货物、物品罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家对普通货物、物品进出的监督管理制度和关税征管制度。违反海关的监管、查验制度。偷逃应缴纳税款是走私普通货物、物品罪的特点。

2. 客观方面表现为行为人违反海关法规，逃避海关监管，走私普通货物、物品。偷逃数额较大的关税或者虽未达数额较大但一年内因走私受到二次行政处罚后又走私的。普通货物、物品，是指《刑法》第 151 条规定的武器、弹药、核材料、假币、文物、贵重金属、珍贵动物及其制品、珍稀植物及其制品。第 152 条规定的淫秽物品以及第 347 条规定的毒品以外的其他货物、物品，包括限制进出口的货物、物品在内。偷逃数额较大的关税，是指《刑法》第 153 条规定的走私普通货物、物品罪的起刑点是偷逃应缴税款 5 万元以上的。此外，下列行为还构成走私普通货物、物品罪或以走私普通货物、物品罪论处：

(1) 未经海关许可并且未补缴应缴税额，擅自将批准进口的来料加工、来件装配、补偿贸易的原材料、零件、制成品、设备等保税货物，在境内销售牟利的；

(2) 未经海关许可并且未补缴应缴税额，擅自将特定减税、免税进口的货物、物品，在境内销售牟利的；

(3) 直接向走私人非法收购走私进口的其他货物、物品，数额较大的；

(4) 在内海、领海、界河、界湖运输、收购、贩卖国家限制进出口货物、物品，数额较大，没有合法证明的。

3. 犯罪主体是个人和单位。

4. 主观方面表现为直接故意。具有偷逃关税的目的。与走私普通货物、物品罪的罪犯通谋，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。以走私普通货物、物品罪的共犯论处。

### （三）走私普通货物、物品罪的认定

1. 划清走私普通货物、物品罪与一般走私行为的界限。两者区别的关键是走私普通货物、物品偷逃应缴关税税款额是否达较大或者是多次走私。未达数额较大的按照一般走私行为处理，达到数额较大的构成走私普通货物、物品罪；多次走私，指一年内因走私受过二次行政处罚后又走私的。未达数额较大但符合多次走私的规定的，以走私罪论处。

2. 区分走私普通货物、物品罪与其他有关走私罪的界限。两者区别的关键是走私对象的不同。走私武器、弹药等特殊性质的物品分别构成不同的走私罪，走私除特殊性质物品以外的普通货物、物品的构成本罪。

2011 年第 10 题. 甲在香港购买一批香烟，隐藏于免税货物中从海关入境。该批香烟偷逃关税 8 万元。甲的行为构成（ ）。

- A. 逃税罪
- B. 非法经营罪
- C. 走私普通货物罪
- D. 掩饰、隐瞒犯罪所得罪

【答案 C】走私普通货物、物品罪指对于国家允许进出口的货物、物品，行为人在进出口活动中，偷逃关税达到一定数额。在本题中，甲将国家允许进出口的香烟携带入境，却未缴纳相应的关税，其所偷逃的关税数额达到 8 万元，已经超过了构成走私普通货物罪的 5 万元的定罪标准，故成立走私普通货物罪，答案选 C。如何区分逃税与走私，关键在于是否发生在‘海关’这一地点。

2015 年第 11 题. 空姐甲长期在国外购买化妆品，经无申报通道携带入境，交由其表妹在网店销售，偷逃高额海关关税，获利数额巨大。甲的行为应认定为（ ）

- A. 逃税罪
- B. 走私普通货物、物品罪
- C. 非法经营罪
- D. 为亲友非法牟利罪

【答案 B】所谓走私普通货物、物品罪是指违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄国家禁止进出口的武器、弹药、核材料、假币、珍贵动物及其制品、珍稀植物及其制品、淫秽物品以及国家禁止出口的文物、金银和其他贵重金属以外的其他货物、物品进出境，偷逃应缴纳税款数额较大或者一年内曾因走私被给予两次行政处罚后又走私的行为。

## 四、非国家工作人员受贿罪（修八）

### （一）、非国家工作人员受贿罪的概念

非国家工作人员受贿罪，是指公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为。

### （二）非国家工作人员受贿罪的构成特征

1. 侵犯的客体是国家对公司、企业以及非国有事业单位、其他组织的工作人员职务活动的管理制度。

2. 客观方面表现为利用职务上的便利，索取他人财物或非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为。《刑法修正案(六)》第 7 条修改了《刑法》第 163 条第 2 款的规定，公司、企业或者其他单位的工作人员在经济往来中，利用职务上的便利，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以公司、企业、其他单位人员受贿罪处罚。

3. 犯罪主体是特殊主体，即非国家工作人员。也就是公司、企业或者其他单位的工作人员。公司、企业的工作人员是指在公司、企业中从事领导、组织、管理工作的人员。“其他单位的人员”包括非



国有事业单位或者其他组织的工作人员，如教育、科研、医疗、体育、出版等单位的从事组织领导以及履行监督、管理职责的人员。在国有公司、企业、国有其他单位中从事公务的人员和国有公司、企业、国有其他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利用职务上的便利受贿的，不成立非国家工作人员受贿罪，而应依照《刑法》第 385 条、第 386 条的受贿罪处罚。

4. 主观方面表现为故意，即公司、企业、其他单位人员故意利用其职务之便接受或索取贿赂，为他人谋取利益。

### （三）非国家工作人员受贿罪的认定

#### 1. 划清非国家工作人员受贿罪与非罪行为的界限。

(1) 按照《刑法》第 163 条的规定，构成非国家工作人员受贿罪必须是受贿数额较大的，不足较大数额的按一般受贿行为处理。数额较大的具体界限，根据最高人民法院《关于办理违反公司法受贿、侵占、挪用等刑事案件适用法律若干问题的解释》的规定，索取或者收受贿赂 5000 元至 20,000 元的，属于数额较大。

(2) 公司、企业、其他单位人员在法律、政策许可的范围内，通过自己的劳动换取合理报酬的，不属于利用职务上的便利受贿，因而是合法行为而不是犯罪。

(3) 非国家工作人员接受亲朋好友的一般礼节性馈赠，而没有利用职务上的便利为亲朋好友谋取利益的，不成立公司、企业、其他单位人员受贿罪。上述(2)、(3)两点说明，区分非国家工作人员受贿罪与合法行为的界限，关键是看行为人获得的财物是否属于利用职务上的便利为他人谋利益而取得。

(4) 区分以收受回扣、手续费为特点的非国家工作人员受贿罪与正当业务行为的界限。在正常的市场交易行为中，取得符合《中华人民共和国反不正当竞争法》规定的折扣、佣金是正当业务行为；而违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，为个人所有的，应认定为非国家工作人员受贿罪。

2. 划清非国家工作人员受贿罪与受贿罪的界限。两罪区分的关键在于犯罪主体的不同：本罪的主体是非国家工作人员，即公司、企业、其他单位人员；受贿罪的主体是国家工作人员以及以国家工作人员论的国有公司、企业、其他单位中从事公务的人员和国有公司、企业、国有其他单位委派到非国有公司、企业、其他单位从事业务的人员。

2014 年第 14 题。下列行为中，应以非国家工作人员受贿罪定罪处罚的是（ ）。

- A. 税务局局长甲，要求辖区内的公司为该局建设办公楼提供财物支持
- B. 国有资产管理公司负责人乙，在处置国有资产的过程中，收受他人财物
- C. 已离职的工商局局长丙，收受刘某的钱财，要求被自己提拔起来的工商局副局长停止对刘某销售伪劣产品案件的查处
- D. 已退休的卫生局局长丁，与朋友共同出资设立有限责任公司，并担任副总经理，利用这一职务在采购物资时收受回扣归自己所有

**【答案 D】** 本题考查的是非国家工作人员受贿罪和受贿罪的区别。所谓非国家工作人员受贿罪，是指公司、企业或其他单位的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为。本罪与受贿罪的主要区别在于主体的不同，受贿罪的主体包括：国家工作人员，以国家工作人员论的国有公司企业事业单位中从事公务的人员和国有公司企业单位委派到非国有公司企业单位中从事公务的人员。因此，甲、乙属于受贿罪。而丙属于在退休后利用影响力受贿。只有丁，虽然在职时是国家工作人员，但退休之后担任与其之前职位无关的私人公司的经理，并利用其在公司中的职权受贿，属于非国家工作人员受贿罪。

## 五、伪造货币罪

### （一）伪造货币罪的概念

伪造货币罪，是指违反国家货币管理法规，仿照货币的形状、色彩、‘图案等特征，使用各种方法非法制造出外观上足以乱真的假货币，破坏货币的公共信用，破坏金融管理秩序的行为。

### （二）伪造货币罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家对货币的管理制度，具体指破坏货币的公共信用和侵害货币的发行权。伪造货币罪，其恶果是破坏货币的公共信用及货币的币值稳定，对经济交易的安全直接构成严重危害。货币是本罪侵害的对象，包括人民币和外币。

2. 客观方面表现为伪造货币的行为。伪造是指没有货币发行权的人，仿照真货币的形状、样式、图案、色彩等特征制造假币，以假充真。

3. 犯罪主体是一般主体，即个人。

4. 主观方面表现为故意。即行为人明知自己不具有货币发行权，而有意伪造货币。

### （三）伪造货币罪的认定

1. 伪造货币构成犯罪的数额标准问题。刑法虽未规定数额，但仍需遵循《刑法》第 13 条“情节显著轻微，危害不大的，不认为是犯罪”的“但书”规定。最高人民法院 2000 年 9 月 14 日发布的《关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释》规定。伪造货币的总面额在 2000 元以上不满 3000 元或者币量在 200 张(枚)以上不足 3000 张(枚)的，应依法追究刑事责任。

2. 伪造货币并出售或者运输的，伪造货币并持有或者使用的定罪处罚问题。伪造货币并出售或者运输的，伪造货币并持有或者使用的定罪处罚，按照《刑法》第 171 条第 3 款的规定，行为人伪造货币并出售或者伪造货币并运输的，不能认定为数罪进行并罚处理，而应按一个伪造货币罪定罪从重处罚。对于本人伪造货币后而持有，其持有行为不单独成立犯罪，而是包含在伪造货币行为之中，自应以一个伪造货币罪定罪处罚。对于本人伪造货币后而使用的，符合行为人为牟利而伪造货币的同一个犯意，其使用自己伪造的货币也应按照一个伪造货币罪处罚。持有、使用伪造的货币单独成立犯罪必须是没有证据证明是自己伪造的货币，即明知是他人伪造的货币而有意识占有的状态或者使用的行为。

2010 年第 10 题. 甲伪造 10 万美元假币，出售了其中的 5 万美元，还剩 5 万美元假币美元出售。对甲的行为应（ ）。

- A. 以伪造货币罪定罪处罚
- B. 以伪造货币罪与出售假币罪并罚
- C. 以出售假币罪定罪处罚
- D. 以伪造货币罪与持有假币罪并罚

【答案 A】《刑法》规定，行为人伪造货币并出售或者伪造货币并运输的，不能认定为数罪进行处罚，而应按一个伪造货币罪定罪从重处罚。

2013 年第 11 题. 甲伪造人民币 100 万元，后运输至外地出售，获赃款 10 万元。对甲的行为（ ）。

- A. 应以伪造货币罪定罪处罚
- B. 应以出售、运输假币罪定罪处罚
- C. 应以伪造货币罪和出售、运输假币罪数罪并罚
- D. 应以伪造货币罪和出售、运输假币罪的想象竞合择一重罪定罪处罚

【答案 A】本题考查的是伪造货币罪为数罪形态。行为人若伪造货币又运输、出售、持有、使用的，不构成数罪，只以一个伪造货币罪定罪处罚即可。另外，如果行为人明知是伪造的货币而持有、使用，而又没有伪造、运输、出售行为的，以持有、使用伪造的货币罪定罪处罚。

## 六、骗取贷款、票据承兑、金融票证罪

（一）骗取贷款、票据承兑、金融票证罪的概念

骗取贷款、票据承兑、金融票证罪，是指以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函等，给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的行为。

（二）骗取贷款、票据承兑、金融票证罪的构成特征

1. 侵犯的客体是金融秩序与安全。

2. 客观方面表现为以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函等，给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的行为。

3. 犯罪主体是一般主体，包括自然人和单位。

4. 主观方面表现为故意。单位犯本罪的，主观罪过既包括了具有非法占有金融资产的目的，也包含不具有非法占有金融资产的目的的情形。自然人犯本罪的，主观罪过仅指不具有非法占有金融资产的目的的情形。

（三）骗取贷款、票据承兑、金融票证罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。本罪的成立必须是给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节，如果行为人的欺骗行为并未造成重大损失，也不具有其他严重情形的，则不构成本罪。

2. 本罪为选择性罪名，包含了骗取贷款、票据承兑、金融票证三种行为。当行为人实施了其中一种行为时，即可构成本罪；当行为人实施了其中两种以上行为时，任成立本罪一罪，不实行数罪并罚。

七、妨害信用卡管理罪

（一）妨害信用卡管理罪的概念

妨害信用卡管理罪，是指持有、运输伪造的信用卡或者数量较大的伪造的空白信用卡，非法持有数量较大的他人信用卡，使用虚假身份证骗领信用卡，或者出售、购买、为他人提供伪造的信用卡或者以虚假的身份证明骗领信用卡的行为。

（二）妨害信用卡管理罪的构成特征

1. 侵犯的客体是国家的信用卡管理制度。

2. 客观方面表现为妨害信用卡管理的行为。具体包括四种情形：

(1) 明知是伪造的信用卡而持有、运输的，或者明知是伪造的空白信用卡而持有、运输，数量较大的；

(2) 非法持有他人信用卡，数量较大的；

(3) 使用虚假的身份证明骗领信用卡的；

(4) 出售、购买、为他人提供伪造的信用卡或者以虚假的身份证明骗领信用卡的。按照法律规定，行为人只要实施上述行为之一的，就构成本罪。

3. 犯罪主体是一般主体。单位不能成为本罪的主体。

4. 主观方面表现为故意，并且一般均具有牟取非法利益的目的。

（三）妨害信用卡管理罪的认定

注意本罪为选择性罪名，既包含妨害行为（持有、运输、出售、购买、非法提供、骗领）的选择，也包含对象（伪造的信用卡、他人信用卡）的选择，行为人只要实施一种行为侵害一种对象即可以成立本罪；行为人实施了两种以上行为，侵害两种对象的，仍为一罪，不实行并罚。

2015 年第 17 题。下列行为中，可以认定为妨害信用卡管理罪的是（ ）

A. 拾得他人信用卡并使用 B. 窃得他人信用卡并使用

C. 使用虚假的居民身份证骗领信用卡 D. 使用以虚假居民身份证骗领的信用卡

【答案 C】本题 C 选项，使用虚假的居民身份证骗领信用卡，属于使用虚假的身份证明骗领信用卡的行为，可以认定为妨害信用卡管理罪。



## 八、窃取、收买、非法提供信用卡信息罪

### （一）窃取、收买、非法提供信用卡信息罪的概念

窃取、收买、非法提供信用卡信息罪，是指窃取、收买、非法提供信用卡信息资料的行为。

### （二）窃取、收买、非法提供信用卡信息罪的构成特征

1. 侵犯的客体是信用卡管理秩序。犯罪对象是信用卡资料信息。

2. 客观方面表现为窃取、收买或者非法提供他人信用卡信息资料。行为人只要实施了以上三种行为之一，就可以构成本罪。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面表现为故意。

### （三）窃取、收买、非法提供信用卡信息罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。关键是看行为人窃取、收买、非法提供的信息资料是不是信用卡资料。

2. 划清本罪与有关信用卡类犯罪的界限。窃取、收买、非法提供信用卡信息资料的行为，实质上是伪造信用卡行为的伪造票证罪、信用卡诈骗罪的预备行为，为遏制和防范信用卡犯罪活动，立法上将其独立成罪。

## 九、内幕交易、泄露内幕信息罪

### （一）内幕交易、泄露内幕信息罪的概念

内幕交易、泄露内幕信息罪，是指证券、期货交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券、期货交易内幕信息的人员，在涉及证券、期货的发行、交易或者其他对证券、期货交易价格有重大影响的信息尚未公开前，买入或者卖出该证券，或者从事与该内幕信息有关的期货交易，或者泄露该信息，情节严重的行为。

### （二）内幕交易、泄露内幕信息罪的构成特征

1. 侵犯客体是证券、期货市场的客观性、公正性。投资大众的利益，投资人对证券、期货市场信息的平等知情权。

2. 客观方面表现为行为人实行内幕交易，或者泄露内幕信息，情节严重的行为。

3. 犯罪主体为特殊主体，即内幕人员，包括证券、期货交易内幕信息的知情人员和非法获取证券交易内幕信息的人员。

4. 主观方面表现为故意。其主观故意的内容是：

(1) 行为人认识到所利用的消息来自内部，并且尚未公开。

(2) 行为人认识到证券、期货交易行为是利用了内幕消息。

(3) 行为人实施内幕交易行为是希望获利的目的实现，即追求获得利益或避免损失结果的发生。泄露内幕信息是故意的，如因过失而泄露则不构成本罪，但获悉内幕信息并利用此信息进行证券、期货交易的构成本罪。

### （三）内幕交易、泄露内幕信息罪的认定

1. 划清内幕交易、泄露内幕信息罪与非罪行为的界限。这里含两种情形：

(1) 情节是否严重是区分罪与非罪的关键。情节严重已如本罪客观要件所述。未达情节严重者不成立本罪，应按证券、期货交易法规进行行政处罚。

(2) 内幕交易行为构成的犯罪必须是由知悉内幕信息、利用内幕信息，并进行证券、期货交易一系列行为组成，仅仅知悉内幕信息的不构成犯罪。

2. 内幕交易、泄露内幕信息罪罪名的正确认定。行为人只具备内幕交易、泄露内幕信息两种行为之一的，则分别成立内幕交易罪和泄露内幕信息罪；行为人同时具备两种行为的，则只以一个内幕交

易、泄露内幕信息罪定罪，不实行数罪并罚。

## 十、利用未公开信息交易罪

### （一）利用未公开信息交易罪的概念

利用未公开信息交易罪是指证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、基金管理公司、商业银行、保险公司等金融机构的从业人员以及有关监管部门或者行业协会的工作人员，利用因职务便利获取的内幕信息以外的其他未公开的信息，违反规定，从事与该信息相关的证券、期货交易活动，或者明示、暗示他人从事相关交易活动，情节严重的行为。

### （二）利用未公开信息交易罪的构成特征

1. 侵犯客体是金融管理秩序和投资者的合法权益。

2. 客观方面表现为行为人实施了利用职务便利获取的内幕信息以外的其他未公开的信息，违反规定，从事与该信息相关的证券、期货交易活动，或者明示、暗示他人从事相关交易活动，情节严重的行为。

3. 犯罪主体是特殊主体，即证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、基金管理公司、商业银行、保险公司等金融机构的从业人员以及有关监管部门或者行业协会的工作人员。单位不构成本罪。

4. 主观方面表现为故意，建“老鼠仓”是为了非法获利。

### （三）利用未公开信息交易罪的认定

划清利用未公开信息交易罪与内幕交易、泄露内幕信息罪的界限。二罪的主要区别有两点：一是信息内容的不同。内幕信息主要是围绕上市公司本身的信息；而“老鼠仓”利用的信息一般属于资产管理机构、代客投资理财机构内部的商业秘密，是内幕信息以外的其他未公开信息。二是侵犯的利益不同。内幕交易行为侵犯的主要是不特定的社会公众投资者和股民的合法利益，而“老鼠仓”交易行为主要是损害投资管理机构的客户的利益。

## 十一、洗钱罪

### （一）洗钱罪的概念

洗钱罪，是指明知是毒品犯罪、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、破坏金融秩序犯罪、金融诈骗犯罪的违法所得及其产生的收益，而采用掩饰、隐瞒其来源和性质的方法，从而使其“合法化”的行为。

### （二）洗钱罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家关于金融活动的管理制度和社会治安管理秩序。

2. 客观方面表现为行为人故意采用各种手段使毒品犯罪、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、破坏金融秩序犯罪、金融诈骗犯罪的违法所得及其产生的收益转换为“合法财产”的行为。根据《刑法》第 191 条的规定，洗钱罪的上游犯罪限定在毒品犯罪、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、破坏金融秩序犯罪、金融诈骗犯罪的范围内。

《刑法修正案(六)》第 16 条对洗钱行为采取列举式规定，即具有下列五种行为之一的，成立洗钱罪：

(1) 提供资金账户的；

(2) 协助将财产转换为现金、金融票据、有价证券的；

(3) 通过转账或者其他结算方式协助资金转移的；

(4) 协助将资金汇往境外的；(5) 以其他方法掩饰、隐瞒犯罪的违法所得及其收益的来源和性质的。违法所得及其产生的收益指财产和财产之外的其他经济利益。

3. 犯罪主体是个人和单位。单位多指能够进行洗钱活动的银行、其他金融机构以及公司、企业等。

4. 主观方面表现为故意，即行为人明知是毒品犯罪、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、破坏金融秩序犯罪、金融诈骗犯罪的违法所得及其产生的收益，为掩饰、隐瞒其来源和性质而故意实施洗钱的活动。而如果行为人不知是上述犯罪获得的“赃钱”、“黑钱”，而提供了资金账户等，不构成洗钱罪。

### （三）洗钱罪的认定

1. 划清洗钱罪与非罪行为的界限。主要有两种情况：

（1）对毒品犯罪、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、破坏金融秩序犯罪、金融诈骗犯罪之外的犯罪的违法所得及其产生的收益通过金融机构的业务活动等实施转换行为的，按一般违法行为处理，不成立洗钱罪；

（2）虽然客观上对毒品犯罪、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、破坏金融秩序犯罪、金融诈骗犯罪的违法所得及其产生的收益进行了“清洗”活动，但因主观上不知是上述犯罪的违法所得及其产生的收益的，不构成洗钱罪。

2. 划清洗钱罪与走私犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、毒品犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融秩序犯罪、金融诈骗犯罪的共犯的界限。如果事先与上述七类犯罪的有关犯罪分子通谋，对其违法所得及其产生的收益进行“清洗”使之“合法化”的，则洗钱者与上述有关犯罪分子构成有关罪的共犯，如走私武器、弹药罪的共犯，走私毒品罪的共犯等，不单独成立洗钱罪。

3. 划清洗钱罪与窝藏、包庇罪，窝藏、转移、收购、销售赃物罪的界限。后两种罪规定在刑法分则第六章第二节中，洗钱罪符合了犯罪分子的洗钱目的——防护犯罪的收益不被没收，可以自由使用“清洗”过的犯罪收益。这样，使犯罪收益者不被法律制裁，既包庇了走私犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、毒品犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融秩序犯罪、金融诈骗犯罪的犯罪分子，也窝藏、转移了上述犯罪的“赃钱”，但法律特别规定为这种行为属洗钱罪，不再定一般的窝藏、包庇罪或窝藏、转移、收购、销售赃物罪。

2013 年第 20 题．甲公司明知乙受贿，仍提供银行账户帮助乙将受贿所得兑换成美元，汇往境外，并收取乙支付的高额“手续费”。对甲公司的行为应认定为（ ）。

- A. 受贿罪      B. 洗钱罪  
C. 非法经营罪      D. 掩饰、隐瞒犯罪所得罪

【答案 B】本题中，乙的资金来源是受贿，甲明知其犯受贿罪的情况下仍为其提供资金账户，将受贿所得汇往境外，符合洗钱罪的犯罪构成，因此答案选 B。

## 十二、集资诈骗罪

### （一）集资诈骗罪的概念

集资诈骗罪，是指以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大的行为。

### （二）集资诈骗罪的构成特征

1. 侵犯客体是出资人的财产所有权和国家对金融活动的管理秩序。

2. 客观方面表现为行为人使用诈骗方法非法集资，数额较大的行为。非法集资指单位或个人，未经有关机关批准，向社会公众募集资金的行为。使用诈骗方法指虚构或隐瞒资金用途、编造投资计划、捏造良好的经济效益、虚设高回报率为诱饵，或者用其他欺诈方法，以使出资人上当受骗。非法集资数额较大，是本罪成立的条件。

3. 犯罪主体是个人和单位。

4. 主观方面表现为故意，并具有非法占有出资人财产的目的。行为人通常利用诈骗方法非法集资后供自己挥霍、用集资款进行其他不法或犯罪活动等。

### （三）集资诈骗罪的认定



1. 划清集资诈骗罪与非罪行为的界限：

(1) 划清本罪与集资纠纷的界限。实践中，有的单位为了发展生产或兴办公益事业，采用集资方式筹集资金，但因种种原因没有按照集资时的约定或承诺返还出资人的资金。或者出资人没有得到集资方式许诺的高回报率，遂引起纠纷，如查明集资者没有非法占有集资款项的目的，虽然集资中有不妥之处，但不能以集资诈骗罪论处，仍应按一般的集资纠纷处理。

(2) 划清本罪与集资诈骗行为的界限。区别的关键是集资诈骗数额是否较大。

2. 划清集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪的界限。本罪与非法吸收公众存款罪在直接目的、行为手段、侵犯客体等方面有明显区别。本罪具有非法占有集资款的目的，诈骗方法是本罪行为手段的特点，侵犯客体是出资人的财产所有权和破坏金融管理秩序，这些都是与非法吸收公众存款罪所不同的。

### 十三、贷款诈骗（2012 新增）

#### （一）贷款诈骗罪的概念

贷款诈骗罪，是指以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的方法，诈骗银行或者其他金融机构的贷款、数额较大的行为。

#### （二）贷款诈骗罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家对银行贷款或者其他金融机构贷款的管理制度以及财产所有权。犯罪对象是银行或者其他金融机构的贷款。

2. 客观方面表现为采用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取银行或者其他金融机构的贷款，数额较大的行为。五种具体的行为方式：

- (1) 编造引进资金、项目等虚假理由；
- (2) 使用虚假的经济合同；
- (3) 使用虚假的证明文件；
- (4) 使用虚假的产权证明作担保或超出抵押物价值重复担保；
- (5) 以其他方法诈骗贷款。

3. 犯罪的主体是一般主体，仅限自然人，单位不能成为本罪的主体。

4. 主观方面必须表现为故意，必须具有非法占有银行或者其他金融机构贷款的目的。

#### （三）贷款诈骗罪的认定

1. 划清贷款诈骗罪与非罪的界限。一是主观上是否具有占有贷款的目的；二是骗贷数额未达到较大的，不作为犯罪处理。

2. 严格区分贷款诈骗罪与贷款纠纷的界限。

3. 单位不能成为贷款诈骗罪的主体。单位贷款诈骗符合合同诈骗罪构成要件的，应当以合同诈骗罪论处。

### 十四、保险诈骗罪

#### （一）保险诈骗罪的概念

保险诈骗罪，是指违反保险法规，以非法占有为目的，进行保险诈骗活动，数额较大的行为。

#### （二）保险诈骗罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家的保险制度和保险人的财产所有权。

2. 客观方面表现为违反保险法规，采取虚构保险标的、保险事故或者制造保险事故等方法，骗取较大数额保险金的行为。保险诈骗的行为方式有以下五种：

(1) 财产投保人故意虚构保险标的，骗取保险金的。保险标的是指作为保险对象的物质财富及其有关利益、人的生命、健康或有关利益。故意虚构保险标的是指在与保险人订立保险合同时，故意捏造

根本不存在的保险对象。以为日后编造保险事故，骗取保险金。

(2) 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。保险合同约定保险人只对因保险责任范围内的原因引起的保险事故承担赔偿责任，投保人、被保险人或受益人隐瞒发生保险事故的真实原因或者将非保险责任范围内的原因谎称为保险责任范围内的原因以便骗取保险金；对确已发生保险事故造成损失的。则故意夸大损失的程度以便骗取额外的保险金。

(3) 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。(4) 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。这是指在保险合同期内，人为地制造保险事故，造成财产损失，以便骗取保险金。(5) 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。这是指在人身保险中，为骗取保险金，制造赔偿条件，故意采用不法手段，造成被保险人的伤亡或疾病。行为人具备上述五种行为方式之一，骗取保险金数额较大的，构成保险诈骗罪。个人进行保险诈骗数额在 10000 元以上的，属于“数额较大”。

3. 犯罪主体为个人和单位，具体指投保人、被保险人、受益人。投保人是指与保险人订立保险合同，并按照保险合同负有支付保险费义务的人。被保险人是指其财产或者人身受保险合同保障，享有保险金请求权的人，投保人本人或者投保人指定的享有保险金请求权的人，可以是被保险人。受益人是指人身保险合同中由被保险人或者投保人指定的享有保险金请求权的人，投保人、被保险人可以是受益人。保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人故意提供虚假证明文件，为他人诈骗提供条件的，以保险诈骗的共犯论处。

4. 主观方面表现为故意，并具有非法占有保险金之目的。过失不构成本罪。

### (三) 保险诈骗罪的认定

1. 划清保险诈骗罪与非罪行为的界限。关键在于骗取保险金的数额是否达到了较大，未达较大数额，可按一般的违反保险法的行为处理，达到较大数额构成保险诈骗罪。

2. 认定保险诈骗罪中涉及有关犯罪的问题。实施保险诈骗活动，故意以纵火、杀人、伤害、传播传染病、虐待、遗弃等行为方式制造财产损失、被保险人死亡、伤残、疾病的结果，骗取保险金的，依照《刑法》第 198 条第 2 款规定，按数罪并罚处罚，如放火罪与保险诈骗罪并罚，故意杀人罪与保险诈骗罪并罚，故意伤害罪与保险诈骗罪并罚，等等。

## 十五、逃税罪

### (一) 逃税罪的概念

逃税罪是指纳税人采取欺骗、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且达到一定比例标准的行为以及扣缴义务人采用上述手段不缴或少缴已扣已收税款，数额较大的行为。

### (二) 逃税罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家的税收征管制度。

2. 客观方面表现为纳税人采取欺骗、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达到应纳税额 10% 以上的行为以及扣缴义务人采用上述手段不缴或少缴已扣已收税款，数额较大的行为。多次逃税数额较大未经处理的，按累计数额计算。对初次逃税，经税务机关下达追缴通知后，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 5 年内因逃税受过刑事处罚或者被税务机关给予两次处罚的除外。

3. 犯罪主体是特殊主体，即纳税人、扣缴义务人，包括个人和单位。纳税人，即纳税义务人，是指按照税收征管的一系列法律规定，有义务向国家纳税的个人和企事业单位。扣缴义务人，是指根据税收征管法律的规定，负有代扣代缴义务的单位和个人，具体包括代扣代缴义务人和代收代缴义务人。

4. 主观方面表现为故意，并具有逃避纳税义务，谋取非法利益的目的。因过失造成欠税、漏税的行为，不构成偷税罪。

### （三）偷税罪的认定

划清偷税罪与非罪行为的界限：

（1）符合税收征管法律、法规的避税行为，既不是违法行为，也不是犯罪行为，不构成逃税罪。

（2）因无意识漏税或因过失造成漏税，因不具有逃税罪要求的主观特征——故意，也没有采用逃税的各种行为手段，所以不构成逃税罪，应按税务机关规定及时补税以及进行必要的行政处罚。

（3）虽系故意偷税行为，但情节未达到逃税罪要求的法定情节，如数额、行政处罚次数等情节未达到法定要求的，不构成偷税罪，应按一般违反税法的行为，给予行政处罚。

2011 年第 19 题。下列行为中，构成逃税罪的是（ ）。

- A. 甲采用暴力方法拒不缴纳税款 2 万元
- B. 乙以逃避海关监管的方式偷逃海关关税 5 万元
- C. 丙虚开增值税专用发票，造成国家税款流失 25 万元
- D. 丁缴纳某批次货物税款 10 万元后，假报该批次货物出口，骗取出口退税 8 万元

【答案 D】《刑法》第 204 条规定纳税人缴纳税款后，采取假报出口的欺骗方法，骗取所缴纳的税款的，依照逃税罪定罪处罚。骗取税款超过所缴纳的税款部分则按照骗取出口退税罪定罪处罚。例如，行为人缴纳税款 10 万元，后假报出口，骗取出口退税 8 万元，则行为人成立逃税罪。若行为人在缴纳税款 10 万元后，通过假报出口骗取出口退税 18 万元，则 10 万元的部分按照逃税罪定罪处罚，8 万元的部分按照骗取出口退税罪定罪处罚。

## 十六、抗税罪

### （一）抗税罪的概念

抗税罪，是指纳税人以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为。

### （二）抗税罪的构成特征

1. 侵犯客体是复杂客体，既破坏了国家对税收的管理秩序，又侵犯了依法征税的税务人员的人身权利。

2. 客观方面表现为采用暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为。被侵害的对象是依法征管税收的税务工作人员。暴力方法，是指对税务人员的身体实行强制和对税务机关的暴力冲击，如暴力围攻、殴打、捆绑、禁闭税务人员，公开抗拒纳税，或者对税务机关打砸、冲击、公然抗拒纳税。威胁方法，是指对税务人员的精神实行强制，如以杀害、伤害、威胁税务人员本人或以杀害、伤害税务人员的家属来威胁税务人员，使之因受恫吓无法履行正常的征税职责，行为人从而达到抗拒纳税之目的。构成抗税罪无法定情节的规定，是因为其暴力、威胁行为本身的严重性，足以构成犯罪。

3. 犯罪主体为纳税人中的个人，单位不构成抗税罪。

4. 主观方面表现为故意，目的在于抗拒缴纳税款。

### （三）抗税罪的认定

1. 划清抗税罪与非罪行为的界限。实践中发生纳税人对征管税收的税务人员谩骂、推搡、软磨硬泡以达到拖欠税款的目的，不构成抗税罪。这里区分罪与非罪的关键是看纳税人是否采用暴力、威胁手段抗拒纳税。对于行为未达到暴力、威胁程度，情节轻微的，不应以抗税罪论处。

2. 划清抗税罪与因在抗税行为中使用暴力手段导致其他犯罪发生的界限。因为抗税罪行为手段的特殊性，即暴力危及税务人员的生命、身体健康，如果在暴力抗税中故意致税务人员重伤、死亡的，应当按照犯罪性质发生了转化的情况认定，如构成故意杀人罪、故意伤害罪，按照转化后的犯罪定性处罚。如果在暴力抗税中因过失致税务人员重伤、死亡的，可依情节严重的抗税罪论处，过失罪中不存在转化罪问题。



2010 年第 20 题。下列行为中，应以抗税罪定罪处罚的是（ ）。

- A. 企业负责人甲指使财务人员拒不进行纳税申报
- B. 企业经理人乙在税务人员来征缴税款时指使职工暴力抗拒，致该税务人员重伤
- C. 公司财务人员丙在税务人员来征缴税款时将账簿隐藏起来，拒不交出
- D. 企业负责人丁在税务人员来征缴税款时拒绝缴纳，并指使职工砸坏征税工作车辆。

【答案 D】抗税罪，是指纳税人以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为。区分罪与非罪的关键是看纳税人是否采用暴力、威胁手段抗拒纳税，AC 项中的行为均未使用暴力，故只构成逃税罪；如果在暴力抗税中故意致税务人员重伤，构成故意伤害罪。

#### 十七、虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪

##### （一）虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪的概念

虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，是指违反国家发票管理、增值税征管的法规，实施虚假开具增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为。

##### （二）虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家关于增值税专用发票和其他专用发票的管理制度。

2. 客观方面表现为虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为。本罪实际上是两种行为：一是虚假开具增值税专用发票；二是虚开开具用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票。增值税专用发票，是指以商品或者劳务增值额为征税对象，并具有直接抵扣税款功能的专门用于增值税的收付款凭证。用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票是指，除增值税专用发票以外的普通发票中，具有同增值税专用发票相同的功能的，可以用于骗取出口退税、抵扣税款的发票。虚开行为是指没有货物销售或者没有提供应税劳务而开具上述发票或者虽有货物销售或者提供了应税劳务但开具内容不实的上述发票。虚开的具体行为方式，按《刑法》第 205 条第 4 款的规定，包括为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开四种。行为人具备上述四种行为之一的，即成立本罪。

3. 犯罪主体是个人和单位。

4. 主观方面表现为故意，对国家税款流失持故意心理态度，谋取非法利益。

##### （三）虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪的认定

划清本罪与偷税罪、骗取出口退税罪的界限。在虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税款、抵扣税款的其他发票的行为中，只限虚假开具上述发票的行为，不包含偷税骗取出口退税的行为。如系同一个行为人，为偷税骗取出口退税，而虚开用于骗取出口退税、抵扣税款发票的，构成本罪与偷税罪、骗取出口退税罪的按牵连犯，应从一重处断。根据《刑法》第 205 条第 2 款规定，虚开增值税专用发票或用于骗取国家出口退税款、抵扣税款的其他发票，骗取国家税款，数额特别巨大，情节特别严重，给国家利益造成特别重大损失的，直接定本罪予以最严厉处罚。

2010 年第 23 题。虚开增值税专用发票罪的行为方式有（ ）。

- A. 为他人虚开增值税专用发票
- B. 为自己虚开增值税专用发票
- C. 让他人为自己虚开增值税专用发票
- D. 介绍他人虚开增值税专用发票

【答案 ABCD】虚开增值税专用发票罪客观方面包括四种形式，即为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开四种，故全选。

#### 十八、假冒注册商标罪

（一）假冒注册商标罪的概念

假冒注册商标罪，是指违反国家商标管理法规，未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标、情节严重的行为。

（二）假冒注册商标罪的构成特征

1. 侵犯客体是他人的注册商标专用权和国家的商标管理制度。注册商标专用权，是指商标所有人对其注册的商标享有专门使用和独立拥有并禁止他人擅自使用的权利。商标专用权的保护范围包含服务商标、集体商标、证明商标。国家商标法规定，由商标局核准注册商标，侵犯注册商标专用权由工商行政管理部门负责，由于严重侵权构成犯罪的追究刑事责任。

2. 客观方面表现为违反国家商标管理法规，未经注册商标所有人许可而擅自使用其注册商标，情节严重的行为。违反商标管理法是本罪成立的前提，假冒他人注册商标的行为是对注册商标专用权的侵害。假冒行为，是指未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标。“同一种商品”，是指同一品种的商品或者是完全相同的商品，属我国颁布的《商品分类(组别)表》中同一种目下所列举的商品，有名称相同的商品或称号虽不相同但所指的商品相同。“相同的商标”，是指与被假冒的注册商标完全相同，或者与被假冒的注册商标在视觉上基本无差别、足以对公众产生误导的商标。“使用”，是指将注册商标或者假冒的注册商标用于商品、商品包装或者容器以及产品说明书、商品交易书，或者将注册商标或者假冒的注册商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动等行为。假冒行为达到情节严重的构成犯罪。

3. 犯罪主体是个人和单位。

4. 主观方面表现为故意。实践中多具有营利或谋取非法利益的目的。

（三）假冒注册商标罪的认定

1. 划清假冒注册商标罪与非罪行为的界限：

(1) 被假冒的商标必须是经国家商标局注册的商标。未经注册的商标不受法律保护，不享有商标专用权，他人冒用的不构成犯罪。

(2) 一般的商标侵权行为不构成犯罪，只有当假冒他人注册商标的行为达到情节严重时才成立本罪。区别界限的关键在于：(1) 限定在假冒范围，即未经注册商标所有人同意而擅自使用的；(2) 情节严重的假冒行为。对于情节轻微的假冒行为，按一般商标侵权行为处理。

十九、侵犯著作权罪

（一）侵犯著作权罪的概念

侵犯著作权罪，是指以营利为目的，侵犯他人著作权，违法所得数额较大或者有其他严重情节的行为。

（二）侵犯著作权罪的构成特征

1. 侵犯客体是著作权人的著作权和国家关于著作权的管理制度。

2. 客观方面表现为侵犯著作权的违法所得数额较大或者有其他严重情节的行为。《刑法》第 217 条规定了四种侵犯著作权的行为：

(1) 未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的；

(2) 出版他人享有专有出版权的图书的；

(3) 未经录音录像制作者许可，复制发行其制作的录音录像的；

(4) 制作、出售假冒他人署名的美术作品的。行为人只要具备上述四种行为之一的，即符合侵犯著作权罪客观方面的特征。其中，“未经著作权人许可”，是指没有得到著作权人授权或者伪造、涂改著作权人授权许可文件或者超出授权许可范围的情形。复制发行行为指以印刷、复印、临摹、拓印、录音、录像、翻拍方式将作品制作成一份或多份，向社会公众进行出售、出租的行为。通过信息网络

## 2016 年法硕联盟论坛冲刺考点归纳（版权所有）

向公众传播他人文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的行为，应当视为本条规定的“复制发行”。出版行为指对图书出版者已依法享有的在合同约定期限内享有的专有出版权进行侵犯，盗版出书获利。制作、出售行为指制作的美术作品冒充他人署名或对冒充的美术作品进行售卖的行为。侵犯他人著作权违法所得数额较大或者有其他严重情节时方构成侵犯著作权罪。违法所得数额较大和其他严重情节，依据 2004 年 12 月 22 日起施行的最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的第 5 条处理。

3. 犯罪主体是个人和单位。

4. 主观方面是故意，并且具有营利目的。以刊登收费广告等方式直接或间接收取费用的情形，属于本条规定的“以营利为目的”。

### （三）侵犯著作权罪的认定

划清侵犯著作权罪与非罪行为的界限，主要根据以下两点：

一是行为人实施了侵犯著作权的行为，但违法所得数额未达较大或者不具有其他严重情节的，按一般的侵权行为追究其民事责任，而不以侵犯著作权罪论处。只有当侵权行为违法所得数额较大时或具有其他严重情节时才成立犯罪。

二是行为人在客观上虽有侵犯著作权的行为，但主观上不具有营利目的的，不构成犯罪，应按《中华人民共和国著作权法》规定的法律责任处理。

2011 年第 16 题。甲为牟利，未经著作权人许可，私自复制影视作品的 DVD 出售，销售金额 4 万元，获纯利润 3 万余元。这批 DVD 因质量太差导致他人在播放时经常死机。对甲的行为应定为（ ）。

- A. 销售侵权复制品罪
- B. 侵犯著作权罪
- C. 非法经营罪
- D. 生产、销售伪劣产品罪

【答案 B】在认定行为人是否构成侵犯著作权罪时，需要从三个方面考查：（1）行为人侵犯他人著作权的非法所得是否达到数额较大，或者是否具有刑法所规定的严重情节；（2）行为人主观上是否具有营利的目的；（3）行为人是否实施了侵犯著作权的行为。《刑法》规定了侵犯著作权的四种行为情形：（1）未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的；（2）出版他人享有专有出版权的图书的；（3）未经录音录像制作者许可，复制发行其制作的录音录像的；（4）制作、出售假冒他人署名的美术作品的。这里需要考生明确侵犯著作权罪和销售侵权复制品罪的关系：先制作侵权复制品，然后销售，如果针对同一物品，就只定侵犯著作权罪；如果针对不同物品，就定侵犯著作权罪和销售侵权复制品罪，数罪并罚。在本题中，甲为牟利，未经著作权人许可，私自复制影视作品的 DVD 出售，甲复制和销售的侵权复制品属于同一物品，故成立侵犯著作权罪。认定生产、销售伪劣产品罪要注意区分罪与非罪的界限，区分的关键在于伪劣产品的销售数额是否达到《刑法》所规定的 5 万元，凡是已经达到 5 万元的，即构成生产、销售伪劣产品罪，未达到这一数额结果的，属于一般的违法行为。

## 二十、销售侵权复制品罪

### （一）销售侵权复制品罪的概念

销售侵权复制品罪，是指以营利为目的，销售明知是《刑法》第 217 条规定的侵权复制品，违法所得数额巨大的行为。

### （二）销售侵权复制品罪的构成特征

1. 侵犯的客体是著作权人的著作权和著作权管理制度。



2. 主观方面表现为明知是《刑法》第 217 条规定的侵权复制品而进行销售的行为。例如销售明知是盗版的文字作品、音像作品、计算机软件及其他作品。违法所得数额巨大的构成犯罪，根据《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 6 条之规定，违法所得数额在 10 万元以上的属于巨大。

3. 犯罪主体是个人和单位。

4. 主观方面表现为故意，即明知是侵权复制品而予以销售，并具有营利的目的。

### （三）销售侵权复制品罪的认定

1. 划清销售侵权复制品罪与非罪行为的界限。主要把握客观上是否达到违法所得数额巨大的法定要求；主观上是否“明知”，即根据案件事实、证据综合判断明知的存在，“以营利为目的”是主观方面必备的要件。

2. 划清一罪与数罪的界限。实施《刑法》第 217 条的侵犯著作权罪，又销售该侵权复制品，构成犯罪的，应当以侵犯著作权罪一罪论处。实施侵犯著作权罪，又销售明知是他人的侵权复制品，构成犯罪的，应当以侵犯著作权罪和销售侵权复制品罪二罪实行并罚。

## 二十一、侵犯商业秘密罪

### （一）侵犯商业秘密罪的概念

侵犯商业秘密罪，是指违反反不正当竞争法等规范商业秘密的法律规定，侵犯商业秘密，给商业秘密的权利人造成重大损失的行为。

### （二）侵犯商业秘密罪的构成特征

1. 侵犯客体是商业秘密的权利人对商业秘密的专有权和国家对商业秘密的管理制度。商业秘密，是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济效益，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，是一种无形资产。

2. 客观方面表现为违反《中华人民共和国反不正当竞争法》第 10 条的规定，侵犯商业秘密，给权利人造成重大损失的行为。侵犯商业秘密的具体行为有以下三种：

（1）以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的。预谋获取权利人的商业秘密的人是权利人的竞争对手，通过获取商业秘密对权利人的生产经营构成直接威胁；还有其他经营者，通过获取商业秘密高价出售给权利人的竞争对手，同样给权利人造成威胁。预谋获取的手段通常有盗窃、利诱、胁迫等非法手段，其他不正当竞争手段指上述手段以外的刺探、收买等不法手段。

（2）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密。当通过非法手段获取商业秘密后，又进行披露、使用或者允许他人使用的也构成侵犯商业秘密罪。

（3）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。对于商业秘密，在经营贸易往来中往往需要对方了解，因此在签订合同时，需告之对方有关的商业秘密，但关于商业秘密一般都签有保密条款进行约定，只需要了解，不允许使用，不允许对外泄露，对方负责保密义务。对违约或违反权利人要求，对商业秘密实施披露、使用或允许他人使用的，构成侵犯商业秘密罪。上述三种行为的共同特点是违背商业秘密权利人的意志，侵犯了权利人的合法权益。行为人只要实施上述三种行为之一的，即符合侵犯商业秘密罪的客观要件。实施上述行为，只有当给权利人造成重大损失时，才构成犯罪。根据《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 7 条第 1 款之规定，给商业秘密权利人造成损失数额在 50 万元以上的，属于“给商

业秘密的权利人造成重大损失”。《刑法》第 219 条规定：明知或者应知是通过上述三种行为获取的商业秘密，仍去获取、进行披露、使用该商业秘密的，以侵犯商业秘密罪论处。

3. 犯罪主体是个人和单位，包括商业秘密权利人的竞争对手、第三者、有保密义务的个人和单位。

4. 主观方面表现为故意，含直接故意和间接故意。具体表现在认识因素上分明知和应知两种情况：

(1) 明知，是指行为人确已认识到自己的行为侵犯权利人的商业秘密或者确已认识到是他人通过非法手段获取的商业秘密。

(2) 应知，是指行为人应当认识到自己的行为侵犯权利人的商业秘密或者是他人通过非法手段获取的商业秘密。在意志因素上有希望和放任两种情形。至于侵犯商业秘密的动机则有各种，但不影响本罪的成立。

### (三) 侵犯商业秘密罪的认定

划清侵犯商业秘密罪与非罪行为的界限。《反不正当竞争法》第 10 条列举了侵犯商业秘密的三种行为，如果未造成权利人重大损失后果的，则属于一般的违法行为，由监督检查部门按《反不正当竞争法》第 25 条规定，责令停止违法行为，根据情节给予 1 万元以上 20 万元以下罚款处理。如果造成权利人重大损失的，以侵犯商业秘密罪追究刑事责任。

2010 年第 24 题. 下列给商业秘密权利人造成重大损失的行为中，构成侵犯商业秘密罪的有( )。

- A. 以盗窃的方法获取他人商业秘密
- B. 以贿赂的手段获取他人商业秘密
- C. 明知是他人盗窃来的商业秘密而收买
- D. 违反保守商业秘密约定，披露他人商业秘密

【答案 ABCD】《刑法》第 219 条规定，侵犯商业秘密的具体行为有以下三种：（1）以盗窃、利诱、胁迫等非法手段获取权利人的商业秘密。（2）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密。（3）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。此外，明知或者应知是上述三种行为获取的商业秘密，仍去获取，进行披露、使用该商业秘密的，以侵犯商业秘密罪论处，故全选。

## 二十二、合同诈骗罪

### (一) 合同诈骗罪的概念

合同诈骗罪，是指以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大的行为。

### (二) 合同诈骗罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家对合同的管理制度、诚实信用的市场经济秩序和合同当事人的财产所有权。根据《中华人民共和国合同法》第 42 条、第 127 条规定的精神，订立虚假合同或利用合同危害国家利益、社会公共利益，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

2. 客观方面表现为在签订、履行合同的过程中，骗取合同一方当事人的财物，数额较大的行为。

《刑法》第 224 条规定了几种合同诈骗行为方式：

(1) 以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；

(2) 以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；

(3) 没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；

(4) 收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；(5) 以其他方法骗取对方当事人财物的。行为人只要实施上述几种行为方式之一，骗取合同当事人数额较大的财物的，即构成合同诈骗罪。数额较大的标准有赖司法解释作出规定。

3. 犯罪主体为个人和单位。

4. 主观方面是故意，并且具有非法占有合同当事人财物的目的。

### (三) 合同诈骗罪的认定

1. 划清合同诈骗罪与非罪行为的界限：(1) 划清合同诈骗罪与合同纠纷的界限。合同纠纷，是指当事人双方对合同履行情况和履行的后果产生的争议。造成合同纠纷的原因主要有：因合同订立引起的纠纷，因合同履行发生纠纷，因合同变更和解除而产生的纠纷。处理合同纠纷一般通过和解或者调解、仲裁、民事诉讼的方式，合同当事人一方或双方有违反合同责任的，追究其民事责任。只有对利用合同进行违法犯罪活动的，才依法分别追究其行政责任和刑事责任。合同诈骗罪是典型的利用签订、履行合同的方式实行骗取合同一方当事人财物的行为，与合同纠纷的性质根本不同。(2) 区分合同诈骗罪与合同欺诈行为的界限。采取欺诈手段签订的合同为无效合同，在合同履行过程中因弄虚作假不符合规定的，属于合同欺诈行为。一般的合同欺诈行为，骗取对方当事人财物数额未达较大时，不构成犯罪，依据合同法规定追究其民事责任，不追究刑事责任。合同诈骗罪的成立，关键是利用合同诈骗的财物达到数额较大。

2. 划清合同诈骗罪与诈骗罪的界限。两罪在侵犯他人的财产所有权，主观上具有非法占有的目的、使用欺诈手段等方面有相同之处。但区分的关键是合同诈骗罪采用特定的利用签订、履行合同手段进行诈骗，不是泛指诈骗手段，因此，合同诈骗罪在侵害客体方面也具有了复杂性，即除侵犯他人的财产所有权外，还同时侵犯合同管理制度和诚实信用的市场经济秩序。

2014 年第 43 题。下列行为中，应以合同诈骗罪定罪处罚的有（ ）。

- A. 甲以虚构的单位与某公司签订合同，骗取数额较大的财物后潜逃
- B. 乙与电脑公司签订代销合同，在收到对方送来的代销电脑后携带电脑潜逃
- C. 丙谎称手中有优质投资项目，吸引公众投资，收取巨额投资款后挥霍一空
- D. 丁以假房产证作担保，与银行签订借款合同，骗取巨款后购买豪车

【答案 AB】根据刑法规定，合同诈骗罪是指以非法占有为目的，在签订履行合同的过程中骗取对方财物数额较大的行为。选项 A 中甲以虚构的单位与某公司签订合同，骗取数额较大的财物后潜逃属于以虚构单位的形式进行合同诈骗的情形；选项 B 中乙与电脑公司签订代销合同，在收到对方送来的代销电脑后携带电脑潜逃属于收受对方给付的货物后逃匿的情形，亦属合同诈骗。选项 C 属于以非法占有为目的的集资诈骗罪。选项 D 则是贷款诈骗罪。

### 二十三、组织、领导传销活动罪

#### （一）组织、领导传销活动罪的概念

组织、领导传销活动罪是指组织、领导以推销商品、提供服务等经营活动为名，要求参加者以缴纳费用或者购买商品、服务等方式获得加入资格，并按照一定顺序组成层级，直接或者间接以发展人员的数量作为计酬或者返利依据，引诱、胁迫参加者继续发展他人参加，骗取财物，扰乱经济社会秩序的传销活动的行为。

#### （二）组织、领导传销活动罪的构成特征

1. 侵犯客体是正常的经济社会秩序。

2. 客观方面表现为组织、领导传销活动的行为。该行为具体表现为以下几方面：一是“以推销商品、提供服务等经营活动为名，要求参加者以缴纳费用或者购买商品、服务等方式获得加入资格”，这是传销组织诱骗成员获得传销资格惯用的一种引诱方式和必经程序。二是“按照一定顺序组成层级”，这是传销的组织结构特点。三是“直接或者间接以发展人员的数量作为计酬或者返利依据，引诱、胁迫参加者继续发展他人参加”，这是传销组织的计酬方式特点。四是骗取财物，扰乱经济社会秩序，这是传销组织进行活动的本质和危害，也是组织、领导传销活动的必然结果。

3. 犯罪主体是特殊主体，即传销活动的组织者、领导者。这里的传销活动的组织者、领导者，是指策划、发起、设立、指挥传销组织，或者对传销组织的活动进行策划、决策、指挥、协调，在传销



组织的层级结构中居于最核心的地位，对传销活动的运转起关键作用的极少数人员。

4. 主观方面表现为故意。

（三）组织、领导传销活动罪的认定

划清罪与非罪的界限。该罪重点打击的是传销活动的组织者、领导者。一般的传销活动的参与人既是违法者，又是受害者，其参与传销活动的行为不构成犯罪，可给予行政处罚和教育。

2013 年第 10 题。2010 年 7 月，甲成立了一公司，宣称只要购买该公司 999 元的产品，便可成为“商务代表”，获取发展人员资格，并以发展人员的数量支付报酬。甲共引诱 2987 人参加并形成了五级“销售”网络，骗取财物总值 200 余万元。对甲的行为（ ）。

- A. 应以诈骗罪定罪处罚    B. 应以非法经营罪定罪处罚  
C. 应以集资诈骗罪定罪处罚    D. 应以组织、领导传销活动罪定罪处罚

【答案 D】本题考查的是组织领导传销活动罪跟非法经营罪的区别。组织领导传销活动罪，是指组织、领导以推销商品、提供服务等经营活动为名，要求参加者以缴纳费用或者购买商品、服务等方式获得加入资格，并按照一定的顺序组成层级，直接或者间接以发展人员的数量作为计酬或者返利依据，引诱、胁迫参加者继续发展他人参加，骗取财物，扰乱社会经济秩序的传销活动的行为。本题中甲声称“购买产品后，获取发展人员的资格，并以发展人员的数量支付报酬”，符合组织、领导传销活动罪的构成要件。而该罪与非法经营罪的主要区别就在于，组织、领导传销活动罪并没有真实存在的服务或者产品。甲是“声称”购买产品，而没有拿出产品的实体，可见并没有真实存在的商品。

## 二十四、非法经营罪

### （一）非法经营罪的概念

非法经营罪，是指违反国家规定，非法经营，扰乱市场秩序，情节严重的行为。

### （二）非法经营罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家依法管理市场的秩序。

2. 客观方面表现为违反国家规定，非法经营，情节严重的行为。违反国家有关法律、行政法规的规定是本罪成立的前提。有下列非法经营行为之一的，成立非法经营罪：

（1）未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品。专营、专卖物品，是指经国家法律、行政法规规定允许的特定单位或特定部门经营买卖的物品，如军工产品、火药产品、麻醉药品、贵金属、烟酒等国家垄断经营的物品。其他限制买卖的产品，是指国家法律、行政法规规定限制自由流通的物品，如化肥、种子、农药、兽药等重要生产资料或者药品等关系公众生命健康的物品。

（2）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。进出口许可证、进出口原产地证明，是指国务院对外经济贸易部门及其授权机构签发的允许进出口配额批件、证明进出口货物原产地的有效凭证。其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件，是指前述专营、专卖物品或其他限制买卖物品的经营许可证件和批准文件。

（3）未经国家有关主管部门批准，非法经营证券、期货、保险业务或者非法从事资金支付结算业务的。

（4）其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为，指除（1）、（2）、

（3）以外的国家禁止的非法经营行为，如哄抬物价行为、压价倾销行为、牟取暴利行为等。行为人具有上述三种行为之一的。扰乱市场秩序，情节严重的，构成非法经营罪。情节严重一般应以较大的非法经营数额和非法获利额为基础并综合考虑其他情节，如屡次受工商行政管理部门处罚仍不悔改、造成市场秩序严重混乱、造成恶劣影响，等等。

3. 犯罪主体为个人和单位。

4. 主观方面表现为故意，一般具有谋取非法经济利益的目的。

### （三）非法经营罪的认定

1. 划清非法经营罪与非罪行为的界限。一般的扰乱市场秩序行为，情节未达严重程度，按一般违法行为，由工商行政管理部门或其他行政机构处理。只有非法经营行为达到情节严重的程度，才构成非法经营罪。

2. 划清非法经营罪与非法经营同类营业罪的界限。《刑法》第 165 条规定非法经营同类营业罪，虽在行为上有非法经营的特点，但是该罪限定为国有公司、企业的董事、经理利用职务之便采取为自己或他人经营与自己所任职公司、企业同类的营业这一经营方式，侵害的是国家对公司、企业的管理制度，在犯罪主体、侵犯客体、行为特征等主要方面均不同于非法经营罪。

2012 年第 20 题。下列情形中，应当以非法经营罪定罪处罚的是（ ）。

A. 甲销售盗版图书，违法所得 20 万元

B. 乙开办公司专门为他人虚开增值税专用发票，违法所得 20 万元

C. 丙公司未经证监会批准，非法从事证券业务，违法所得 100 万元

D. 丁开办废品站专门从盗窃犯罪份子手中收购赃物，倒卖牟利，违法所得 20 万元

【答案 C】AB 两项分别构成了销售侵权复制品罪和虚开增值税专用发票罪。D 项则构成了掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪，这三项都不符合非法经营罪的构成。

## 第十六章侵犯公民人身权利、民主权利罪

### 第一节侵犯公民人身权利、民主权利罪概述

#### 一、侵犯公民人身权利、民主权利罪的概念

侵犯公民人身权利、民主权利罪，是指侵犯公民人身和与人身直接有关的权利，非法剥夺或妨碍公民自由行使依法享有的管理国家事务和参加社会政治活动权利，以及妨害公民婚姻、家庭权利的行为。

#### 二、侵犯公民人身权利、民主权利罪的构成特征

1. 侵犯客体是公民的人身权利与民主权利。

2. 客观方面表现为侵犯公民人身权利、民主权利的行为，具体表现为杀害、伤害、强奸、猥亵、绑架、拐卖、侮辱、诽谤、刑讯逼供、暴力取证、诬告陷害、打击报复、破坏选举、暴力干涉婚姻自由、虐待、遗弃，等等。

3. 犯罪主体多数是一般主体即自然人，少数犯罪主体是特殊主体即国家机关工作人员、司法工作人员、邮政工作人员等，强迫劳动罪等个别犯罪可以由单位构成。

4. 主观方面除过失致人死亡罪、过失致人重伤罪外，其他犯罪都是由故意构成。

### 第二节本章要求掌握的犯罪

#### 一、故意杀人罪

##### （一）故意杀人罪的概念

故意杀人罪，是指故意非法剥夺他人生命的行为。

##### （二）故意杀人罪的构成特征

1. 侵犯客体是他人的生命权利。任何人的生命都受到法律的保护。我国刑法学界一般认为，人的生命自胎儿分离出母体并能够独立呼吸时开始，自大脑停止活动时结束。

2. 客观方面表现为非法剥夺他人生命的行为

3. 犯罪主体是一般主体，凡年满 14 周岁并具有刑事责任能力的自然人，均可以构成本罪的主体。

4. 犯罪主观方面表现为故意，包括直接故意和间接故意。

(三) 故意杀人罪的认定

1. 划清故意杀人罪与因危害公共安全导致他人死亡的犯罪的界限。故意杀人罪是非法剥夺他人生命的行为，放火、决水、爆炸、投放危险物质等危害公共安全罪也会产生被害人死亡的结果，但两者的犯罪构成特征有以下区别：

(1) 前者所侵犯客体是人的生命，表现为某个或某几个人的生命；后者所侵犯客体是公共安全，表现为不特定的众多人的生命、健康和重大公私财产的安全。

(2) 前者的客观方面表现为非法剥夺他人生命的行为，包括放火、决水、爆炸、投放危险物质等一切可以用来杀人的行为；后者的客观方面表现为危害公共安全的行为，而且只能是法定的放火、决水、爆炸、投放危险物质等行为。

(3) 前者的主观方面是杀人的故意，行为人明知自己的行为会造成某个人或某几个人的死亡而希望或者追求他人死亡结果的发生；后者主观方面是危害公共安全的故意，行为人明知自己的行为会造成不特定众多人的生命、健康或重大公私财产的损失而希望或者放任这危害结果的发生。因此，故意杀人罪表现为对他人生命的侵犯，危害公共安全罪表现为对公共安全的危害。但在有的情况下，例如，行为人以放火、决水、爆炸、投放危险物质、破坏交通工具、破坏交通设备等方式杀人，行为人的行为既构成故意杀人罪又构成危害公共安全罪，形成想象竞合的情况，应按照从一重罪处断原则加以解决。

2. 关于自杀案件的认定与处理。自杀是自愿结束自己生命的行为，审判实践中，对于涉及自杀问题的案件，一般分别以下情况区别对待：

(1) 以暴力、威胁的方法逼迫他人自杀的，或者以相约自杀的方式欺骗他人自杀而本人并不自杀的，实质上是借助于被害人之手完成故意杀人的行为，符合故意杀人罪的构成，应以故意杀人罪论处。

(2) 诱骗、帮助未满 14 周岁的人或者丧失辨认或控制能力的人自杀的，实质上也是借助于被害人之手完成故意杀人的行为，符合故意杀人罪的构成，应以故意杀人罪论处。

(3) 实施刑法规定的作为或不作为而造成他人自杀身亡的，他人自杀身亡的情况应作为一个定罪或者量刑的情节，结合其他案件情节加以综合考虑。例如，侮辱、诽谤他人，造成他人自杀的案件，他人自杀或者自杀身亡的情节，应作为一个严重情节，在定罪时加以考虑。强奸妇女引起被害妇女自杀或者自杀身亡的，被害妇女自杀或者自杀身亡的情节，应在量刑时加以考虑。

(4) 教唆、帮助意志完全自由的人自杀的，即他人本无自杀之意思而故意诱发他人产生自杀之意而自杀，他人已有自杀之意思而在精神上加以鼓励使其坚定自杀意图或者在客观上提供便利使其自杀意图得以实现的情形，不以犯罪论。

3. 安乐死在我国目前仍属非法。任何人应患有不治之症、濒临死亡的人或者其亲属的请求，为免除其所遭受的极端痛苦而无痛苦地致其死亡的，应以故意杀人罪论。一般属于故意杀人情节较轻的情形。

2013 年第 44 题。下列行为中，应以故意杀人罪定罪处罚的有（ ）。

- A. 在聚众斗殴过程中致人死亡
- B. 在脱逃过程中使用暴力致人死亡
- C. 在刑讯逼供时致犯罪嫌疑人死亡
- D. 在行政管理活动中滥用职权致他人死亡

【答案 ABC】聚众斗殴致人重伤、死亡的，应分别定为故意伤害罪、故意杀人罪；脱逃过程中，行为人使用暴力致人重伤、死亡的，是牵连犯，应当以较重的故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚；行为人在实施刑讯逼供行为时造成被害人的伤残、死亡的，其行为性质发生转化，不再定刑讯逼供罪，而是以故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。而滥用职权至他人死亡本身就是滥用职权罪的构成要件之一，并不发生



转化，仍以滥用职权罪定罪处罚。故答案为 ABC。

2014 年第 8 题。甲和乙意图置常某于死地，甲持匕首向常某刺去，常某急忙躲闪，匕首刺中了乙，乙流血过多死亡。甲的行为应认定为（ ）。

- A. 故意杀人罪（既遂）    B. 过失致人死亡罪  
C. 故意杀人罪（未遂）    D. 故意杀人罪（未遂）与过失致人死亡罪

【答案 A】本题考查的内容是刑法中事实上的认识错误当中的对象错误，所谓对象错误，是指行为人预想侵害的对象与行为人实质侵犯的对象在法律性质上是相同的，即属于同一构成要件。甲欲杀常某而误将乙杀死，由于常某和乙都是人，同属于刑法第 232 条规定的故意杀人罪的对象，甲无论是杀了谁都是剥夺了他人的生命，都没有超出故意杀人罪的犯罪构成之对象的范围，也没有使犯罪客体的性质发生变化，因此，甲构成故意杀人罪既遂。

## 二、过失致人死亡罪

### （一）过失致人死亡罪的概念

过失致人死亡罪，是指过失致人死亡的行为。

### （二）过失致人死亡罪的构成特征

1. 侵犯客体是他人的生命权利。
2. 犯罪主体是一般主体。
3. 客观方面表现为因过失致使他人死亡的行为。致人死亡，是指行为人的过失行为与被害人的死亡结果之间有因果关系，这是行为人负刑事责任的客观基础。
4. 主观方面表现为过失。

### （三）过失致人死亡罪的认定

1. 过失致人死亡罪与故意杀人罪的界限。两者区别的关键点在于主观方面不同，前者是过失，后者是故意。审判实践中，过于自信过失致人死亡和间接故意杀人，在客观上都造成了他人死亡结果的发生，有时难以区分。两者的区别主要有两点：

（1）行为人对他人死亡结果发生的认识程度不同。前者表现为行为人预见到自己的行为可能造成他人死亡结果的发生，行为人所认识的他人死亡结果发生的可能性较低；后者表现为行为人明知自己的行为可能造成他人死亡结果的发生，行为人所认识的他人死亡结果发生的可能性较高。

（2）行为人对他人死亡结果发生的态度不同。前者表现为行为人轻信能够避免他人死亡结果的发生，他人死亡结果的发生违背了其本意；后者表现为行为人放任他人死亡结果的发生，危害结果的发生并不违背其本意，也就是说，行为人容忍他人死亡结果的发生。审判实践中，要根据整个案件事实来判断行为人主观态度是轻信还是放任，轻信态度总是表现为行为人凭借相当的主客观条件而产生，放任态度则无此特点。

2. 过失致人死亡罪与因意外事件致人死亡的界限。两者区别的关键是行为人能否预见自己的行为可能致人死亡和行为人能否防止他人死亡结果的发生。根据行为本身的危险程度、行为人的智力水平、经验以及客观环境条件，行为人能够预见或者能够防止他人死亡结果发生的，应以过失致人死亡罪论处，否则应按意外事件处理。

3. 过失致人死亡罪与刑法另有规定的致人死亡的过失犯罪的界限。我国《刑法》第 233 条规定：“本法另有规定的，依照规定。”这是指刑法规定以他人死亡作为法定犯罪构成要件或者要件之一的过失犯罪，如犯失火罪、过失决水罪、过失爆炸罪、过失投放危险物质罪、交通肇事罪、重大责任事故罪等过失犯罪致人死亡的，应分别依照有关条文定罪量刑，不以过失杀人罪论处。因为在这种情况下过失杀人罪的法条与其他过失犯罪的法条之间形成法条竞合关系，依照《刑法》第 233 条的规定，应按照特别法优于普通法的原则处理。

### 三、故意伤害罪

#### （一）故意伤害罪的概念

故意伤害罪，是指故意非法损害他人身体健康的行为。

#### （二）故意伤害罪的构成特征

1. 侵犯客体是他人的身体健康权利。

2. 客观方面表现为非法损害他人身体健康的行为。具体来说，非法损害他人身体健康的行为具有以下三个特征：

（1）伤害行为必须是非法的。因执行职务、执行命令、正当防卫、紧急避险等合法行为造成他人伤害的，是合法行为，当然不构成犯罪。

（2）伤害的对象只能是他人，故意伤害自己身体的一般不构成犯罪。但是，如果现役军人在战时为了逃避履行军事义务而自伤身体的，构成战时自伤罪；如果是为了诬告陷害而自伤自己身体的，应以诬告陷害罪论处。

（3）伤害行为必须是损害他人身体健康的行为，即损害他人身体组织的完整性和人体器官正常功能的行为。伤害行为所造成的结果包括肉体伤害和精神伤害、内伤和外伤、重伤和轻伤以及伤害致死。其中，轻伤、重伤和伤害致死是法定的三种伤害结果，直接影响故意伤害罪的轻重程度进而影响到其量刑幅度。轻伤是故意伤害罪基本犯罪构成的必要要件。所谓轻伤，是指物理、化学及生物等各种外界原因作用于人体，造成人体组织、器官的一定程度的损害或者部分功能障碍。尚未构成重伤亦不属于轻微伤害的损伤。审判实践中，损伤程度的评定应当由鉴定人依据司法机关关于重伤、轻伤的鉴定标准依法进行。

3. 犯罪主体是一般主体，但年满 14 周岁并具有刑事责任能力的人应对故意伤害致人重伤或者死亡的犯罪负刑事责任。

4. 主观方面表现为故意，即行为人明知自己的行为会造成他人重伤或者轻伤结果的发生而希望或者放任这种结果的发生。在直接故意的情况下，行为人对于自己行为可能或者必然造成的伤害结果是重伤还是轻伤甚至于具体怎样的伤害情况有着清楚的认识；在间接故意的情况下，行为人认识到自己的行为会给他人造成伤害，但是造成何种程度的伤害（是重伤还是轻伤）并不一定有明确的认识，因此行为人的行为造成轻伤的以轻伤害论，造成重伤的以重伤害论，没有造成轻伤或者重伤的，不以犯罪论。

#### （三）故意伤害罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。行为人没有重伤或者轻伤他人的故意，亦无抗税、强迫交易、侮辱、刑讯逼供、逼取证人证言、虐待被监管人、干涉他人婚姻自由、虐待、抢劫、妨碍公务、妨害作证等犯罪故意，而殴打他人造成他人暂时性肉体痛苦或轻微伤害的，不以犯罪论。但是，随意殴打他人，情节恶劣的，以寻衅滋事罪论处。

2. 划清故意伤害罪与故意杀人罪的界限。应当注意故意伤害罪与故意杀人罪，特别是故意伤害致死与故意杀人既遂、故意伤害与杀人未遂之间的区别。两者之间的主要区别是犯罪故意的内容不同。故意伤害罪的故意只有伤害他人身体健康的内容，而没有剥夺他人生命的内容，他人死亡是由于过失所致；故意杀人罪则具有剥夺他人生命的内容，仅造成他人伤害而没有造成他人死亡的，则是由于行为人意志以外的原因所致。要正确地判断行为人的故意内容是伤害故意还是杀人故意。必须查明犯罪的起因、经过和结果，犯罪的手段、工具，打击部位和强度，犯罪的时间、地点、环境与条件，犯罪人犯罪前后的表现，犯罪人与被害人之间的关系等案件事实，全面分析，综合判断。应以行为实际造成的结果定罪，造成轻伤或者重伤结果的，以（间接）故意伤害论处，造成死亡结果发生的，以（间接）故意杀人罪论处。

3. 划清故意伤害（致死）罪与过失致人死亡罪的界限。两者区分的关键是要查明行为人是否有伤害的故意，无论是故意伤害罪还是过失致人死亡罪，行为人对于死亡结果的发生均出于过失。但是故意

伤害罪的行为人只有伤害的故意而无杀人的故意，而过失致人死亡罪既无杀人的故意，也无伤害的故意。行为人基于轻伤或者重伤他人的故意而过失地造成他人死亡的，以故意伤害（致死）罪论处；行为人并无伤害、杀害他人的故意而过失地造成他人死亡结果发生的，以过失致人死亡罪论处。没有伤害故意的一般殴打行为造成他人死亡的，行为人主观上有过失的，应当以过失致人死亡罪论处。没有过失的按意外事件处理。行为人以一般殴打行为作为暴力手段实施抗税、强迫交易、侮辱、妨害公务等犯罪，过失造成被害

人死亡的，既构成抗税罪、强迫交易罪、侮辱罪、妨害公务罪等犯罪，又构成过失致人死亡罪，应按想象竞合犯原则处理。

4. 划清故意伤害罪与包含伤害要件的其他犯罪的界限。我国《刑法》第 234 条规定：“本法另有规定的，依照规定。”这是指行为人在实施其他故意犯罪的过程中，故意伤害他人，刑法其他条文另有规定的，应依照各有关条文定罪量刑，不以故意伤害罪论。例如，犯强奸、抢劫、拐卖妇女等犯罪致人死亡的，应依照各相关条文定罪量刑，不以故意伤害罪论处。但是，犯非法拘禁罪使用暴力致人伤残的，犯刑讯逼供罪或暴力取证罪致人伤残的，犯虐待被监管人罪致人伤残的，犯聚众斗殴罪致人重伤的等情况，应当以故意伤害罪论处。

2011 年第 15 题。民警甲为报私仇，趁乙与他人发生纠纷之机，将乙非法拘押，并使用警棍殴打乙，致使乙残疾。对甲的行为（ ）。

- A. 应定为故意伤害罪，并从重处罚
- B. 应定为非法拘禁罪，并从重处罚
- C. 应定为刑讯逼供罪，并从重处罚
- D. 应定为报复陷害罪，并从重处罚

【答案 A】非法拘禁罪既存在结果加重犯又存在着转化犯的形式。对非法拘禁罪结果加重犯的规定，一般是指行为人没有使用超出拘禁行为所必需的范围的暴力，进而过失致使被害人重伤、死亡的情形。行为人在非法拘禁的过程中使用暴力致人伤残、死亡的，转化为故意伤害罪、故意杀人罪，这是转化犯的规定。所以区别是结果加重犯还是转化犯，关键是看行为人使用的暴力是否超出拘禁行为所必需的范围。在本题中，行为人甲使用警棍殴打乙，明显超出了拘禁行为所必需的范围，故转化为故意伤害罪。而且，《刑法》明文规定国家工作人员利用职权犯非法拘禁罪的，从重处罚。

2012 年第 4 题。甲（15 周岁）拐骗一名男孩，准备将其出卖，后因小孩哭闹不止，甲对其进行殴打，造成重伤。甲的行为构成（ ）。

- A. 绑架罪 B. 拐卖儿童罪
- C. 故意伤害罪 D. 非法拘禁罪

【答案 C】根据刑法及相关司法解释，对于已满 14 周岁不满 16 周岁的人，犯故意杀人，故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸或者投放危险物质罪的，应当负刑事责任。而本题中的拐卖儿童行为并不属于此 8 类行为，因此不构成拐卖儿童罪。但由于甲殴打致儿童重伤，符合前述故意伤害致人重伤的要件，因此应该构成故意伤害罪。

#### 四、强奸罪

##### （一）强奸罪的概念

强奸罪，是指违背妇女意志。以暴力、胁迫或者其他手段，强行与其发生性交，或者同不满 14 周岁的幼女发生性关系的行为。

##### （二）强奸罪的构成特征

1. 侵犯客体是妇女性的不可侵犯的权利或者幼女的身心健康。妇女性的不可侵犯权是妇女人身自由权的一部分，即妇女按照自己的自由意志决定是否发生和与何人发生性行为的权利。侵害对象包括



年满 18 周岁的成年妇女、已满 14 周岁不满 18 周岁的少女以及不满 14 周岁的幼女。

2. 客观方面表现为以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的行为。行为人的行为是否构成强奸，应同时从以下两个方面进行判断：

(1) 性交行为违背妇女意志，这是强奸行为的内在属性。违背妇女意志可以从以下三个方面进行把握：

① 性交行为违背妇女意志，是指性交当时未取得妇女的同意，这是违背妇女意志的内涵。性交当时得到妇女同意，事后妇女因其他原因反悔的，不属于违背妇女意志。

② 性交行为违背妇女意志，是指行为人在主观上认识到自己的行为违背妇女的意志，而且客观上也确实违背了妇女的意志，这是违背妇女意志的外延。行为人本想违背妇女意志，强行与其性交，但实际上并未违背妇女意志的，不构成强奸罪。

③ 性交行为违背妇女意志，一般应当排除丈夫违背妻子意志强行与妻子性交的情形，这是对违背妇女意志的必要限制。行为人误以妻子为他女而加以强奸的，仍构成犯罪，属于对象不能犯的未遂。

(2) 性交行为被强行进行，这是强奸行为的外在属性。所谓性交行为被强行进行，是指行为人采取暴力、胁迫或者其他手段，使被害妇女不能抗拒、不敢抗拒、不知抗拒，从而违背妇女意志，强行与妇女性交的。所谓暴力手段，是指犯罪分子直接对被害妇女采用殴打、捆绑、卡脖子、按倒等危害人身安全或者人身自由，使被害妇女不能抗拒的手段。所谓胁迫手段，是指犯罪分子对被害妇女威胁、恫吓，从而到达精神上的强制，使被害妇女不敢抗拒的手段。所谓其他手段，是指利用暴力、胁迫以外的，使被害妇女不知抗拒或者无法抗拒的手段。强奸行为的上述内在属性和外在属性，必须同时具备，缺一不可。依照有关司法解释和司法实践经验，审判实践中，应当注意以下三点：

① 行为人明知是精神病患者或者程度严重的痴呆者而与其发生性行为的，不管犯罪分子采取何种手段，都应以强奸罪论处。与间歇性精神病患者在未发病期间发生性交行为，妇女本人同意的，不构成强奸罪。

② 在认定是否违背妇女意志时，不能以被害妇女作风好坏来划分。强行与作风不好的妇女发生性行为的，也应定强奸罪。

③ 认定强奸罪不能以被害妇女是否有反抗表示作为必要条件。对被害妇女未作反抗表示或者反抗表示不明显的，要具体分析、加以区别。

奸淫幼女是一种特殊形式的强奸罪，一般来说不论行为人采用什么手段，也不论被害幼女是否同意或者是否抗拒，只要与幼女发生性行为，就构成犯罪。

3. 犯罪主体是特殊主体，即年满 14 周岁并具有刑事责任能力的男子。妇女单独不能成为强奸罪的主体，但可以成为强奸罪的共犯或者间接实行犯。

4. 主观方面表现为强行奸淫妇女的故意。即行为人明知自己的行为违背妇女的意志而强行与妇女性交。根据 2003 年 1 月 17 日最高人民法院的批复，行为人明知是不满 14 周岁的幼女而与其发生性关系，不论幼女是否自愿，均应以强奸罪从重处罚。

### (三) 强奸罪的认定

1. 划清强奸罪与男女在恋爱过程中自愿发生的不正当性行为的界限。未婚男女在恋爱过程中发生性行为，属道德领域内的问题，不能用刑事方法解决。在恋爱期间，男方采取强制手段与女方发生性交，女方当时并未告发，但后来男女双方感情破裂，女方告发男方强奸的，不宜认定为强奸罪。

2. 划清强奸罪与通奸行为的界限。通奸，是指双方或者一方有配偶的男女，自愿发生的不正当性交行为。通奸与强奸有着本质的区别，本不难区分，但在审判实践中，应当注意以下几方面的问题：

(1) 有的妇女与人通奸，一旦翻脸，关系恶化，或者事情败露怕丢面子，或者为推卸责任、嫁祸于人等情况，把通奸说成强奸的，不能定为强奸罪。在办案中，对于所谓半推半就的问题，要对双方平时的关系如何，性行为在什么环境和情况下发生的，事情发生后女方的态度怎样，又在什么情况下告发等事实和情节，认真审查清楚，作全面的分析，不是确系违背妇女意志的，一般不宜按强奸罪论处。

如果确系违背妇女意志的，以强奸罪惩处。

(2) 第一性行为违背妇女意志，但事后并未告发，后来女方又多次自愿与该男子发生性行为的，一般不宜以强奸罪论处。(3) 犯罪分子强奸妇女后，对被害妇女实施精神上的威胁，迫使其继续忍辱屈从的，应以强奸罪论处。(4) 男女双方先通奸，后来女方不愿意继续通奸，而男方纠缠不休，并以暴力或者以破坏名誉等进行胁迫，强行与其发生性行为的，以强奸罪论处。

3. 求奸未成与强奸未遂的界限。求奸未成，是指行为人以不正当的请求与女方发生性行为，而未获女方同意的情形。虽然求奸者主观上意图与女方发生性行为，客观上往往也有拉衣扯裤、拥抱猥亵等行为，但求奸者主观上无强行奸淫的故意，客观上无强行性交的行为，一旦妇女坚决拒绝，便即停手，不能以强奸罪论处。而强奸罪未遂则是指行为人已经着手实施强奸行为，但由于意志以外的原因，强行性交的行为没有完成。

## 五、强制猥亵、侮辱妇女罪

### (一) 强制猥亵、侮辱妇女罪的概念

强制猥亵、侮辱妇女罪，是指违背妇女意志，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。（修九新修）

### (二) 强制猥亵、侮辱妇女罪的构成特征

1. 侵犯客体是\*\*人的人格、名誉权利。本罪的犯罪对象不仅限于妇女，它包含妇女，而且是年满 18 周岁的成年妇女和已满 14 周岁不满 18 周岁的少女，不包括不满 14 周岁的幼女。猥亵不满 14 周岁的幼女的，应以猥亵儿童罪定罪处罚。

2. 客观方面表现为行为人违背妇女意志，以暴力、胁迫或者其他方法使妇女处于不能抗拒、不敢抗拒或者不知抗拒的状态而强制猥亵或侮辱的行为。所谓暴力，是指对妇女的人身施加外力打击或强制，如殴打、捆绑、强拉强拽等。所谓胁迫，是指以实施杀害、伤害或揭发隐私等行为进行恫吓、威胁。所谓其他方法，是指暴力、胁迫方法以外的使妇女不能反抗或不知反抗的方法，如用酒灌醉、用药物麻醉、乘妇女熟睡或者患重病等。所谓猥亵，是指对妇女实施奸淫行为以外的、能够使行为人自己或同伴得到性欲上的刺激、兴奋或者满足的有伤风化的淫秽行为。所谓侮辱，是指对妇女实施使其备感难堪、羞辱的淫秽下流行为。猥亵、侮辱妇女的行为方式多种多样，如强行搂抱、亲吻、舔吮、抠摸妇女，强行脱光妇女衣服，向妇女身上涂抹污物，故意向妇女显露生殖器等。

3. 犯罪主体是一般主体。通常是男性。

4. 主观方面是直接故意，但不是以奸淫为目的。其动机通常是寻求性刺激。

### (三) 强制猥亵、侮辱妇女罪的认定

1. 强制猥亵、侮辱妇女罪与非罪的界限。主要是指强制猥亵、侮辱妇女罪与一般猥亵、侮辱妇女的违法行为的界限。区别的关键就是看行为人是否使用了强制性手段和方法，以及这种强制性是否达到了犯罪的程度。如果行为人对妇女实施猥亵、侮辱行为并未使用暴力、胁迫或其他使妇女处于不能抗拒、不敢抗拒或者不知抗拒状态的强制性手段，就不能以犯罪论处；或者即使使用了强制性手段，但是情节显著轻微危害不大的，也不能以犯罪论处。

2. 强制猥亵、侮辱妇女罪与强奸罪(未遂)的界限。由于这两种犯罪都是以妇女为侵害的对象，所使用的犯罪手段基本一致，。具体行为的表现方式也有较多相似之处，因而在强奸未遂的情况下往往容易将二者混淆。二者的区别主要表现在以下几方面：

(1) 主观故意的内容不同。强奸罪是以与妇女发生性交行为为目的；强制猥亵、侮辱妇女罪则不是以与妇女发生性交行为为目的。这是区分二者的关键所在。

(2) 客观方面的行为不完全相同。强制猥亵、侮辱妇女罪是对妇女实施性交行为以外的猥亵、侮辱行为，没有与妇女发生性交的行为；强奸罪则是对妇女实施性交行为，即使由于行为人自身原因而致性交行为未能完成，也应认定为强奸罪(未遂)。

(3) 犯罪主体的范围不完全相同。强制猥亵、侮辱妇女罪的实行犯既可以是男子，也可以是妇女；强奸罪目的行为(即与妇女的性交行为)的实行犯则只能是男子。

## 六、非法拘禁罪

### (一)非法拘禁罪的概念

非法拘禁罪，是指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。

### (二)非法拘禁罪的构成特征

1. 侵犯客体是他人的人身自由权利。
2. 客观方面表现为非法对被害人的身体进行强制，使被害人失去人身行动自由的行为。
3. 犯罪主体是一般主体。
4. 主观方面表现为故意。行为人的动机多种多样，如为了报复、为了索取债务等，但是行为人为为了出卖他人、为了勒索财物、为了绑架他人作为人质的，不构成本罪。

### (三)非法拘禁罪的认定

1. 非法拘禁罪是持续犯，非法剥夺他人人身自由的行为是一种持续行为，即该行为在一定时间内处于继续状态，具有不间断性。行为人只要实施了非法剥夺他人人身自由的行为即构成犯罪，行为持续时间的长短不影响本罪的成立，但是应当作为量刑的情节加以考虑。当然，非法拘禁时间很短，情节轻微危害不大的，不以犯罪论。

2. 非法拘禁罪的转化。依照我国《刑法》第 238 条的规定，使用暴力犯非法拘禁罪。致人伤残、死亡的，应以故意伤害罪、故意杀人罪论处。非法拘禁罪转化为故意伤害罪、故意杀人罪，应当具备两个条件：

(1) 行为人必须是以暴力方法犯非法拘禁罪，即行为人的行为具备非法拘禁罪的基本构成，而且客观上以暴力为手段，主观上行为人也认识到自己以暴力为手段实施非法拘禁的行为。

(2) 客观上必须造成被害人重伤、死亡结果的发生，至于行为人主观上对于重伤、死亡结果的发生是故意还是过失，法律没有明确规定。

2012 年第 19 题。甲、乙、丙与周某打麻将赌钱，结果三人共输给周某 30 万元。事后，三人怀疑周某打麻将时做了手脚，遂将周某劫持到一空房内，逼其退还赌资。周某让妻子将 30 万元退还给了三人。甲、乙、丙三人的行为构成（ ）。

A. 抢劫罪 B. 敲诈勒索罪 C. 绑架罪 D. 非法拘禁罪

【答案 D】根据司法解释规定，因为讨债而对他人实施非法拘禁的行为以非法拘禁罪论处，此处的债务包括合法债务和非法债务，自然包括赌债。因此 D 正确。

## 七、绑架罪

### (一)绑架罪的概念

绑架罪，是指以勒索财物为目的绑架他人，或者绑架他人作为人质，或者以勒索财物为目的偷盗婴幼儿的行为。

### (二)绑架罪的构成特征

1. 侵犯客体是他人的人身权利。
2. 客观方面表现为绑架他人或者偷盗婴幼儿的行为。所谓绑架，是指用暴力、胁迫、麻醉或者其他强制性手段将他人劫持，置于自己的控制之下，使其失去行动自由的行为。偷盗婴幼儿，是指采取不为婴幼儿父母、监护人、保姆等看护人知晓的秘密方式偷盗不满 1 周岁的婴儿或者 1 周岁以上 6 周岁以下的幼儿的行为。
3. 犯罪主体是一般主体。



4. 主观方面是故意，并以勒索财物或者劫持他人催为人质为目的。

### （三）绑架罪的认定

1. 划清绑架罪与非法拘禁罪的界限。两者在主体、客体和客观方面等方面都基本相同，主观方面也都是故意，但故意的内容有所不同，区分的关键是前者既以剥夺他人人身自由为目的，又以勒索财物或者劫持他人作为人质为法定的目的，后者的主观方面也以非法剥夺他人人身自由为目的，但是并不具有勒索他人财物和绑架他人作为人质的目的。行为人为了索取债务而采取绑架的方式非法剥夺他人人身自由的，构成非法拘禁罪，不构成绑架罪。

2. 绑架罪既遂与未遂的认定。行为人以勒索财物为目的劫持他人并把他人置手自己的控制之下的，或者将他人置于自己控制之下作为人质的，或者以勒索财物为目的完成偷盗婴幼儿的行为的，即构成既遂，行为人勒索财物的目的或者其他非法目的是否到达，不影响本罪既遂的成立。行为人实施了偷盗婴幼儿的行为但未能完成偷盗行为，或者完成偷盗行为但未能造成婴幼儿的父母、监护人或者其他合法之看护人失去对婴幼儿之监护的，属于未遂。

**3.（修九新修改）第二百三十九条第二款 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。**

2014 年第 15 题。下列行为中，应以绑架罪定罪处罚的是（ ）。

- A. 以出卖为目的偷盗他人幼儿
- B. 以索取赌债为目的偷盗他人婴儿
- C. 以索取工程款为目的偷盗他人幼儿
- D. 以索取虚构的欠款为目的偷盗他人婴儿

【答案 D】所谓绑架罪，是指以勒索财物为目的绑架他人或者偷盗婴幼儿，或绑架他人作为人质的行为，因此绑架犯不仅是行为犯，还是目的犯。A 选项中以出卖为目的偷盗他人婴儿的行为属于拐卖儿童罪，非绑架罪。B 选项中以索取债务而偷盗婴儿，由于不具有勒索财物和将他人作为人质的目的，不构成绑架，属于非法拘禁罪。C 选项中以索取工程款而偷盗婴儿也属于为索取债务而构成的非法拘禁罪。只有 D 选项中以索取虚构的欠款为目的偷盗他人婴儿，因此具有勒索的主观故意，应定为绑架罪。

## 八、拐卖妇女、儿童罪

### （一）拐卖妇女、儿童罪的概念

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。

### （二）拐卖妇女、儿童罪的构成特征

1. 侵犯客体是妇女、儿童的人身自由权利。
2. 客观方面表现为拐卖妇女、儿童的行为，即拐骗、绑架、收买、贩卖、接送或者中转年满 14 周岁的妇女或者未满 14 周岁的儿童的行为。拐卖已满 14 周岁的男子的行为，不构成本罪，可以非法拘禁罪论处。
3. 犯罪主体是一般主体。
4. 主观方面表现为直接故意，并以出卖为目的。

### （三）拐卖妇女、儿童罪的认定

1. 划清拐卖妇女罪与介绍婚姻借以索取财物的界限。以为男女双方作为婚姻介绍人而向其中一方或者双方索取财物的，并未实施拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转等行为，也不是以出卖为目的。没有侵害到妇女的人身自由权利，不构成犯罪。

2. 划清拐卖妇女、儿童罪与绑架罪的界限。两者的主要区别在于，犯罪目的不同，前者以出卖为目的；后者以勒索财物或者扣押人质为目的。犯罪对象不同，前者仅仅限于妇女、儿童；后者的对象可以是任何人。

## 九、收买被拐卖妇女、儿童罪

### （一）收买被拐卖妇女、儿童罪的概念

收买被拐卖妇女、儿童罪，是指不以出卖为目的，收买被拐卖的妇女、儿童的行为。

### （二）收买被拐卖妇女、儿童罪的构成特征

1. 侵犯客体是被拐卖妇女儿童的人身自由权利和人格尊严。侵犯对象是被拐卖的妇女儿童。
2. 客观方面表现为以金钱或其他财物收买被拐卖的妇女儿童，并对被拐卖人实施人生控制的行为。
3. 犯罪主体是一般主体。
4. 主观方面表现为直接故意，即明知是被拐卖的妇女儿童而予以收买。过失不构成犯罪。

### （三）收买被拐卖妇女、儿童罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。（修九新修改）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。多名家庭成员或者亲友共同参与“买人为妻”、“买人为子”构成收买被拐卖妇女、儿童罪的，应依法追究其中罪责较重者的刑事责任，对于其他情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪，依法不追究刑事责任；必要时可以有公安机关予以行政处罚。

2. 划清一罪与数罪的关系。构成本罪又实行强奸、侮辱、非法拘禁、伤害等行为的，实行数罪并罚。

2011 年第 11 题。甲因自己不能生育，花 1 万元从人贩子手中收买一男婴。3 个月后，甲嫌抚养孩子太辛苦，遂以 2 万元转卖给乙，并声称是自己的亲生儿子。甲的行为构成（ ）。

- A. 遗弃罪 B. 拐骗儿童罪  
C. 诈骗罪 D. 拐卖儿童罪

【答案 D】在理解收买被拐卖的妇女、儿童罪时，考生应特别注意把握三个知识点：（1）转化犯情形，也就是本题所涉及的问题。行为人不以出卖为目的收买了被拐卖的妇女、儿童之后，又将其出卖的，应认定为拐卖妇女、儿童罪。所以本题答案为 D。（2）数罪并罚的情形。收买被拐卖的妇女、儿童后，有强奸、非法剥夺、限制人身自由或者有伤害、侮辱等犯罪行为的，应以收买被拐卖的妇女、儿童罪与相应的犯罪数罪并罚。（3）免责事由。收买被拐卖的妇女、儿童，按照被拐卖的妇女的意愿，不阻碍其返回原居住地的，对被收买的儿童没有虐待行为，不阻碍对其进行解救的，可以不追究刑事责任。

2013 年第 17 题。甲收买被拐卖的张某后，为让其心甘情愿地做自己的妻子，强行与张某发生了性关系。对甲的行为（ ）。

- A. 应以强奸罪定罪处罚  
B. 应以收买被拐卖的妇女罪定罪处罚  
C. 应以收买被拐卖的妇女罪与强奸罪数罪并罚  
D. 应以收买被拐卖的妇女罪与强奸罪择一重罪定罪处罚

【答案 C】收买被拐卖的妇女，强行与其发生性关系的，依照强奸罪与收买被拐卖的妇女儿童罪数罪并罚；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、侮辱行为的，分别依照有关非法拘禁罪、故意伤害罪、侮辱罪等规定处罚，并与收买被拐卖的妇女、儿童罪数罪并罚。

## 十、雇佣童工从事危重劳动罪

### （一）雇佣童工从事危重劳动罪的概念

雇佣童工从事危重劳动罪，是指违反劳动管理法规，雇佣未满 16 周岁的未成年人从事超强度体力劳动，或者高空、井下作业，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。

## （二）雇佣童工从事危重劳动罪的构成特征

1. 侵犯客体是未成年人的身心健康。犯罪对象是童工。“童工”，是指未满 16 周岁，与单位或者个人发生劳动关系，从事有经济收入的劳动或者从事个体劳动的少年儿童。

2. 客观方面表现为违反劳动管理法规，雇佣未满 16 周岁的未成年人从事超强度体力劳动，或者高空、井下作业，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。违反劳动管理法规，是指违反《中华人民共和国劳动法》及其他劳动行政法规，这是本罪构成的前提条件。本罪在客观方面有三种具体表现形式：

（1）雇佣童工从事“超强度体力劳动”，是指使童工从事国家禁止的《体力劳动强度分级》国家标准中第四级体力劳动强度的作业。

（2）雇佣童工从事“高空、井下作业”，是指使童工从事国家禁止的《高处作业分级》国家标准中第二级以上的高处作业和矿山井下作业。

（3）雇佣童工“在爆炸性、易燃性、放射性、毒害性等危险环境下”从事劳动，具体指使童工在具有爆炸性能、能够引起爆炸的各种用于爆破、杀伤的物质的环境下从事劳动；指使童工在具有各种极易引起燃烧的化学物品、液剂的环境下从事劳动；指使童工在具有含有放射性能的化学元素或其他物质的环境下从事劳动，该物质对人体或牲畜能够造成严重损害；指使童工在具有含有能致人死亡的毒性的有机物或者无机物的环境下从事劳动。行为人只要具有雇佣童工从事上述三种形式的危重劳动中的一种即符合本罪的客观要件。按照法律规定，雇佣童工从事危重劳动的行为，必须达到情节严重的程度才能构成犯罪。“情节严重”一般是指雇佣多名童工或多次非法雇佣童工或长时间非法雇佣童工从事法律禁止的危重劳动；还指因从事法律禁止的危重劳动造成严重后果，影响未满 16 周岁未成年人的身心健康和正常发育等。

3. 犯罪主体既可以是单位，也可以是自然人。按照法律规定，单位犯该罪，只追究“直接责任人员”（含直接负责的主管人员和其他直接责任人员）的刑事责任。

4. 主观方面表现为故意，包括直接故意和间接故意。

## （三）雇佣童工从事危重劳动罪的认定

1. 划清非法雇佣童工与合法招用童工的界限。法律禁止使用童工，但是法律允许文艺、体育单位经未成年人的父母或其他监护人的同意招用不满 16 周岁的专业文艺工作者、运动员，并保障其身心健康和接受义务教育的权利。

2. 划清雇佣童工从事危重劳动罪与非罪行为的界限。这里，情节是否严重应该是区分本罪与一般违反劳动管理法规行为的界限。

## 十一、诬告陷害罪

### （一）诬告陷害罪的概念

诬告陷害罪，是指捏造事实诬告陷害他人，意图使他人受刑事追究，情节严重的行为。

### （二）诬告陷害罪的构成特征

1. 侵犯客体是公民的人身权利和国家司法机关的正常活动。

2. 客观方面表现为捏造他人犯罪的事实，并向国家机关或者有关单位与人员告发，或者采取其他足以引起司法机关追究活动的行为。具体说包括以下三点：

（1）诬告陷害必须有捏造犯罪事实的行为。所谓捏造，是指完全虚构犯罪事实。至于行为人是否也捏造了有罪证据，不影响本罪的成立。如果行为人捏造的事实只是一般违法行为、不道德行为或者其他错误事实则不构成本罪。

（2）诬告陷害行为必须向有关机关或者人员告发，或者采用了足以引起司法机关追究活动的方法。告发的具体形式多种多样，可以是直接告发，也可以是间接告发，可以是口头告发，也可以是书面告发，可以是署名告发，也可以是匿名告发。



(3) 诬告陷害行为必须指向特定的人。也就是说，构成本罪必须有特定的对象，如果没有特定的诬告陷害对象，而只是虚报案情，没有明示或者暗示是谁作案的，不构成本罪。诬告陷害行为，情节严重的，才构成犯罪，否则不构成犯罪。

3. 犯罪主体是一般主体

4. 主观方面表现为故意，并具有使他人受到刑事追究的目的。

### (三) 诬告陷害罪的认定

划清诬告与错告、检举失实的界限。诬告行为的行为人具有诬告陷害他人的故意，并以使他人受到刑事追究为目的，客观上具有捏造他人犯罪事实并告发的行为；错告或者检举失实的行为人没有诬告陷害他人的故意和意图使他人受刑事追究的目的，行为人认为自己所告发的事实是真实的而不是虚伪的。因此。诬告陷害他人情节严重的，以犯罪论。不是有意诬陷，而是错告，或者检举失实的，不以诬告陷害罪论。

## 十二、侮辱罪

### (一) 侮辱罪的概念

侮辱罪，是指使用暴力或者其他方法，公然贬低他人人格，败坏他人名誉，情节严重的行为。

### (二) 侮辱罪的构成特征

1. 侵犯客体是他人的人格、名誉。

2. 客观方面表现为以暴力或者其他方法公然侮辱他人，损害他人人格和名誉的行为。

(1) 侮辱行为必须采取暴力或者其他方法进行。实践中，侮辱行为的方法主要包括暴力、言词、文字图画三种方法。暴力方法，是指用人身强制方法对他人进行侮辱。言词方法，主要是指使用言词对被害人进行诋毁、辱骂、嘲笑，使被害人受辱。文字图画的方法，是指以书面文字或者图画的方法损害他人人格与名誉。

(2) 侮辱行为必须公然进行。所谓公然进行，是指侮辱行为在众多人在场的情况下进行，即能为众人所见所闻的条件下进行，至于侮辱行为有多少人知悉，被害人是否在场，均不影响本罪的成立。

(3) 侮辱行为必须针对特定的人进行。特定的人可以是一人，也可以是多人。大庭广众之下进行无特定对象的谩骂，不构成犯罪，如果行为人尽管没有指名道姓地进行侮辱行为，但是其他人可以知道行为人所侮辱对象的，亦构成犯罪。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面表现为故意，并具有损害他人人格、名誉的目的。

### (三) 侮辱罪的认定

侮辱行为，必须是情节严重的，才构成犯罪，否则不构成犯罪。所谓情节严重，法律没有具体规定，审判实践中一般是指手段恶劣的，后果严重的，造成严重的社会影响或者政治影响的，严重危害社会或者国家利益的，等等。（修九新增）第二百四十六条第三款 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。

## 十三、诽谤罪

### (一) 诽谤罪的概念

诽谤罪，是指捏造并散布虚构的事实，损害他人人格与名誉，情节严重的行为。

### (二) 诽谤罪的构成特征

1. 侵犯客体是他人的人格与名誉。

2. 客观方面表现为捏造并散布某种虚构的事实，损害他人人格与名誉的行为。(1) 诽谤必须以捏造事实的方法进行。所谓捏造事实，是指无中生有，凭空虚构事实。(2) 诽谤必须散布其所捏造的事实。

所谓散布，是指用口头、文字的方式将其捏造的虚假事实散布出去，让众多的人知道。(3)诽谤行为必须针对特定的人进行，这一点与侮辱罪相同。诽谤行为，情节严重的，才能构成犯罪。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面表现为故意，并以损害他人人格、名誉为目的。

### (三) 诽谤罪的认定

1. 划清诽谤罪与非罪的界限。诽谤行为，情节严重的，才能构成犯罪。

2. 划清侮辱罪与诽谤罪的界限。侮辱罪与诽谤罪在犯罪主体、侵犯客体、主观方面都有相同或者相似之处，两者的区别关键有以下两点：

(1) 行为手段不同。侮辱罪的行为方式可以是口头、文字图画的形式，也可以是暴力的方式；诽谤罪的行为方式只能是口头或者文字图画的方式，而不可能是暴力的方式。

(2) 行为方式不同。侮辱罪可以不用具体事实，也可以用具体真实的被害人的隐私来损害被害人的人格和名誉，但不可能使用捏造并散布事实的方法；诽谤罪则必须捏造事实，并以公然散布这一事实为必要。

3. 划清诽谤罪与诬告陷害罪的界限。两者的共同点都表现为捏造事实，而且诽谤罪也可能捏造犯罪事实。两者的主要区别在于：

(1) 犯罪客体不同。诬告陷害罪的犯罪客体是公民的人身权利和国家司法机关的正常活动；诽谤罪的犯罪客体是他人的人格与名誉。

(2) 犯罪客观方面不同。诬告陷害罪在客观上表现为捏造犯罪事实，并且向国家机关或者其他有关部门单位告发或者采用了足以引起司法机关追究活动的行为；诽谤罪则表现为捏造损害他人人格、名誉的事实，并向他人散布，但并没有向国家机关或者有关部门单位告发。

(3) 犯罪主观方面不同。诬告陷害罪目的在于使他人受到刑事追究；诽谤罪目的在于损害他人人格、名誉，而不是为了使他人受到刑事追究。

2010 年第 11 题。甲因与乙有仇，便捏造乙卖淫的事实，到处散布并向公安局告发，使乙受到严重的精神伤害。甲的行为构成（ ）。

- A. 诬告陷害罪 B. 报复陷害罪  
C. 侮辱罪 D. 诽谤罪

【答案 D】诬告陷害罪是指捏造事实诬告陷害他人，意图使他人受到刑事追究，情节严重的行为。侮辱罪是使用暴力或其它方法公然贬低他人人格和名誉，而诽谤罪是使用散布虚构事实的方法损害他人人格和名誉。侮辱罪强调的手段的暴力性，而诽谤罪强调的是使用公开散布虚构事实的方法或手段。甲捏造乙卖淫的事实并到处散播显然更符合诽谤罪的特点，不是侮辱罪。

## 十四、刑讯逼供罪

### (一) 刑讯逼供罪的概念

刑讯逼供罪，是指司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人实行刑讯逼供的行为。

### (二) 刑讯逼供罪的构成特征

1. 侵犯客体是公民的人身权利和司法机关的正常活动。

2. 客观方面表现为对犯罪嫌疑人、被告人使用肉刑或者变相使用肉刑，逼取口供的行为。肉刑，是指对犯罪嫌疑人、被告人的肉体实施暴力打击，如殴打、吊打、捆绑以及其他方法折磨人的肉体。变相肉刑，是指对犯罪嫌疑人、被告人使用非暴力的摧残和折磨，如冻、饿、晒、车轮战等。

3. 犯罪主体是特殊主体，即司法工作人员。

4. 主观方面表现为故意，目的在于逼取口供。行为人的动机一般是为了迅速破案，也有的是为了显示自己的权势或者挟嫌报复，动机不同不影响本罪的构成。

### （三）刑讯逼供罪的认定

我国《刑法》规定，行为人的行为具备刑讯逼供罪的基本犯罪构成，而且致人伤残、死亡的，刑讯逼供罪则转化为故意伤害罪、故意杀人罪，应依照故意伤害罪、故意杀人罪从重处罚。

## 十五、报复陷害罪

### （一）报复陷害罪的概念

报复陷害罪，是指国家机关工作人员滥用职权、假公济私，对控告人、申诉人、批评人、举报人实行报复陷害的行为。

### （二）报复陷害罪的构成特征

1. 侵犯客体是公民的民主权利，即控告权、申诉权、批评监督权和国家机关的正常活动。
2. 客观方面表现为滥用职权、假公济私，对控告人、申诉人、批评人、举报人实行报复陷害的行为。
3. 犯罪主体是特殊主体，即国家机关工作人员。
4. 主观方面表现为故意。

### （三）报复陷害罪的认定

划清报复陷害罪与诬告陷害罪的界限。两者的主要区别是：

（1）犯罪客体不同。报复陷害罪的犯罪客体是公民的民主权利即公民的控告权、申诉权、批评监督权和国家机关的正常活动；诬告陷害罪的犯罪客体是公民的人身权利和国家司法机关的正常活动。

（2）犯罪对象不同。报复陷害罪的对象是控告人、申诉人、批评人、举报人；诬告陷害罪的对象可以是任何公民。

（3）犯罪行为方式不同。报复陷害罪表现为滥用职权、假公济私，对控告人、申诉人、批评人、举报人实行报复陷害的行为；诬告陷害罪表现为捏造他人犯罪的事实，并向国家机关或者有关单位与人员告发，或者采取其他足以引起司法机关追究活动的行为。

（4）犯罪主体不同。报复陷害罪的主体是特殊主体，即国家机关工作人员；诬告陷害罪的主体是一般主体，可以是任何达到刑事责任年龄并具有刑事责任能力的自然人。（5）犯罪目的不同。报复陷害罪的犯罪目的是报复；诬告陷害罪的目的是为了使他人受到刑事追究。

## 十六、破坏选举罪

### （一）破坏选举罪的概念

破坏选举罪，是指在选举各级人民代表大会代表和国家机关领导人员时，以暴力、威胁、欺骗、贿赂、伪造选举文件、虚报选举票数等手段破坏选举或者妨碍选民和代表自由行使选举权和被选举权，情节严重的行为。

### （二）破坏选举罪的构成特征

1. 侵犯客体是公民的民主权利，即选举权与被选举权 and 国家的选举制度。
2. 客观方面表现为在选举各级人民代表大会代表和国家机关领导人员时，以暴力、威胁、欺骗、贿赂、伪造选举文件、虚报选举票数等手段破坏选举或者妨碍选民和代表自由行使选举权和被选举权，情节严重的行为。
3. 犯罪主体是一般主体。
4. 主观方面表现为直接故意，并具有破坏选举的目的。

### （三）破坏选举罪的认定

在认定破坏选举罪时需要注意，破坏选举的行为，必须是情节严重的，才构成犯罪，否则不构成犯罪。“情节严重”，一般指手段恶劣、后果严重或者造成很坏社会影响等情形。



## 十七、暴力干涉婚姻自由罪（2012 新增）

### （一）暴力干涉婚姻自由的概念

暴力干涉婚姻自由罪，是指暴力手段，干涉他人婚姻和结婚离婚自由的行为。

### （二）暴力干涉婚姻自由的构成特征

1. 侵犯客体是他人的婚姻自由。婚姻自由是我国宪法赋予公民的一项基本民主权利，是我国婚姻法的一项基本原则。

2. 客观方面表现在暴力干涉他人婚姻自由的行为。“暴力”是指对他人的人身实施捆绑、殴打、禁闭、强奸等打击和强制的行为。

3. 犯罪主体有父母、子女、兄弟姐妹、配偶、族人、奸夫、情妇、干部等

4. 主观方面表现为直接故意

### （三）暴力干涉婚姻自由的认定

1. 划清暴力干涉婚姻自由罪与非罪的界限。关键在于行为人是否使用了暴力手段干涉他人的婚姻自由。未使用暴力手段的，不构成暴力干涉婚姻自由罪。

2. 按照刑法的规定，对于暴力干涉他人婚姻自由，没有引起被害人死亡的，“告诉才处理”。

## 十八、重婚罪

### （一）重婚罪的概念

重婚罪，是指有配偶而重婚或者明知他人有配偶而与之结婚的行为。

### （二）重婚罪的构成特征

1. 侵犯客体是一夫一妻的婚姻制度。

2. 客观方面表现为有配偶者即已婚者又与他人结婚，或者无配偶者明知他人有配偶而与之结婚。这里所谓结婚，包括登记结婚和事实婚姻两种情况。登记结婚，是指行为人到国家婚姻登记机关登记结婚的行为。事实婚姻，是指行为人未到婚姻登记机关登记，便公开以夫妻名义居住生活在一起，从而形成事实的婚姻关系的情形。

3. 犯罪主体是特殊主体，即已经有配偶的人即已婚者，或者是虽无配偶但是明知对方有配偶而与之结婚的人。

4. 主观方面表现为故意，过失者不构成本罪。审判实践中，行为人重婚的动机多种多样，但不影响本罪的成立。

### （三）重婚罪的认定

审判实践中，因遭受自然灾害外流谋生而重婚的；因配偶长期外出下落不明，造成家庭生活严重困难，又与他人结婚的；因强迫、包办婚姻或者因婚后受虐待外逃重婚的；被拐卖后再婚的，由于行为人主观上缺乏国家和社会期待其作出合法行为的可能性，不应以犯罪论处。

## 十九、虐待罪

### （一）虐待罪的概念

虐待罪，是指虐待家庭成员，情节恶劣的行为。

### （二）虐待罪的构成特征

1. 侵犯客体是共同生活的家庭成员在家庭生活中的平等权利与被害人的人身权利。

2. 客观方面表现为对共同生活的家庭成员经常以打骂、捆绑、冻饿、有病不给治、强迫超体力劳作、限制自由等方式，从肉体上或者精神上摧残、折磨的行为。

3. 犯罪主体是特殊主体，即共同生活的家庭成员。本罪的主体与被害人之间存在着亲属关系，如父母、夫妻、子女(包括继父母、养子女)、祖父母、兄弟姐妹等，非家庭成员之间发生的虐待行为不构成本罪。

4. 主观方面表现为故意。

### （三）虐待罪的认定

虐待家庭成员的行为，情节恶劣的，才构成犯罪，否则不构成犯罪。审判实践中，应当根据虐待的手段、虐待持续的时间、虐待造成的后果、虐待的动机以及被害人的具体情况等进行全面分析。一般来说，虐待动机特别卑鄙的，虐待手段特别残忍的，长期虐待家庭成员屡教不改的，虐待因年老、年幼、患重病或者残疾无独立生活能力的人等，被认为是情节恶劣。【修九修改】第二百六十条第三款 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。【修九新增】第二百六十条之一 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。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。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。

## 二十、遗弃罪

### （一）遗弃罪的概念

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。

### （二）遗弃罪的构成特征

1. 侵犯客体是家庭成员之间相互扶养的权利义务关系。

2. 客观方面表现为对于年老、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的行为。拒绝扶养，是指拒不履行法定扶养义务的，如离被扶养人而去，将被扶养人赶走或者置于自己不能扶养的场所，不向被扶养人提供物质帮助和必要的照料等。遗弃行为，是一种典型的不作为。遗弃罪只能由不作为的行为方式构成，是一种典型的纯正不作为犯。

3. 犯罪主体是特殊主体，即对被遗弃者负有法律上的扶养义务而且有扶养能力的人。

4. 主观方面表现为故意。

### （三）遗弃罪的认定

认定本罪时需要注意，遗弃行为，情节恶劣的才构成犯罪，否则不构成犯罪。情节是否恶劣需要根据行为的手段、后果、行为人的动机等因素综合评价。

## 第十七章 侵犯财产罪

### 第一节 侵犯财产罪概述

#### 一、侵犯财产罪的概念

侵犯财产罪，是指故意非法占有、挪用公私财物，或者故意破坏生产经营、毁坏公私财物的犯罪行为。

#### 二、侵犯财产罪的构成特征

1. 侵犯客体是公共财产和公民私人财产所有权。财产所有权，是指财产所有人对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。占有权、使用权、收益权和处分权，是所有权的四项基本权能。多数侵犯财产的犯罪侵犯了四项权能的全部，也有的犯罪只是侵犯了四项权能中的某些权能。我国《刑法》第 91 条的规定，公共财产是指下列财产：

（1）国有财产；（2）劳动群众集体所有的财产；（3）用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产。在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产，以公共财产论。

我国《刑法》第 92 条规定，公民私人所有的财产是指下列财产：（1）公民的合法收入、储蓄、房屋和其他生活资料；（2）依法归个人、家庭所有的生产资料；（3）个体户和私营企业的合法财产；（4）依法归个人所有的股份、股票、债券和其他财产。

2. 客观方面表现为非法占有、挪用或者毁坏公私财物的行为。这类犯罪按照行为方式的不同，可以区分为占有型犯罪、挪用型犯罪、毁坏型犯罪三类。占有型犯罪行为有抢劫、盗窃、诈骗、抢夺、聚众哄抢、侵占、敲诈勒索等，挪用型犯罪行为有挪用资金、挪用特定款物等，毁坏型犯罪行为有故意毁坏财物、破坏生产经营等。

3. 犯罪主体只能是自然人，既有一般主体，也有特殊主体。单位不能成为本类犯罪的主体。

4. 主观方面表现为故意，过失不能构成这类犯罪。

## 第二节本章要求掌握的犯罪

### 一、抢劫罪

#### (一) 抢劫罪的概念

抢劫罪，是指以非法占有为目的，当场使用暴力、胁迫或者其他方法，强行劫取财物的行为。

#### (二) 抢劫罪的构成特征

1. 侵犯客体为复杂客体，即不仅侵犯财产所有权，同时也侵害他人的人身权利。这是本罪不同于其他侵犯财产罪的重要特征。由于行为人的目的是劫取财物，侵犯他人人身权利只是行为人实现这一目的所使用的手段，所以，立法者将其归入侵犯财产罪一章中。

2. 客观方面表现为行为人对公私财物的所有人、保管人、看护人或者持有人当场使用暴力、胁迫或者其他方法，迫使其立即交出财物或者立即将财物抢走的行为。这里的其他方法，是指行为人实施暴力、胁迫方法以外的其他使被害人不知反抗或不能反抗的方法。例如，用药物麻醉，用酒灌醉，使用催眠术或用毒药毒昏等，致使被害人处于不知反抗或不能反抗的状态。如果行为人利用被害人熟睡、酩酊、昏迷等状态而秘密窃取其财物的，因行为人并未实施侵犯他人人身权利的手段行为，不属于以其他方法实施的抢劫罪。如果是采取秘密窃取的方法，窃取财物数额较大或者多次窃取，则构成盗窃罪。不管是暴力、胁迫或者其他方法，都必须是在非法占有财物时的当场使用，才能构成抢劫罪。如果行为人当场并未使用暴力、胁迫或其他方法，便顺利地获取了财物，不能以抢劫罪论处。

3. 犯罪主体是一般主体。凡年满 14 周岁并具有刑事责任能力的自然人，均可以构成抢劫罪的主体。

4. 主观方面表现为故意，并且具有非法占有公私财物的目的。所谓非法占有公私财物，是指行为人意图永远地非法排除公私财物所有权。

#### (三) 抢劫罪的认定

##### 1. 划清罪与非罪的界限。

(1) 要划清情节显著轻微、危害不大的抢劫行为与抢劫罪的界限。由于抢劫罪是一种侵犯财产的严重犯罪，所以法律上对抢劫财物的数额、情节没有作出限定。但这并不意味着在认定抢劫罪时不需要考虑抢劫的数额、情节和对社会的危害程度。实践中，对于强索少量财物、抢吃少量食品等情节显著轻微、危害不大的行为，根据《刑法》第 13 条但书规定，就不应以抢劫罪论处。

(2) 要划清民事纠纷中强拿或者扣留对方财物与抢劫罪的界限。在借贷等民事纠纷中，强行拿走或者扣留对方财物，用以抵债抵物，或者借以偿还债务的，虽然其行为手段具有不正当性，但因无非法占有他人财物的目的，不构成抢劫罪。

##### 2. 划清抢劫罪与故意伤害、故意杀人罪的界限。

(1) 在抢劫过程中，使用暴力或者其他方法致人重伤、死亡的，不以故意伤害罪或者故意杀人罪论处，也不以抢劫罪和故意伤害罪或者故意杀人罪数罪并罚，应以抢劫罪定罪处罚。

(2) 如果出于复仇或者其他个人目的而伤害或者杀死被害人后，乘机将其财物拿走的，不以抢劫罪论处。因为行为人所实施的伤害或者杀人不是作为取得财物的直接手段，而是为了复仇或者出于其他个人目的，非法占有财物的意图是在伤害或者杀人之后才产生的，所以构成两个独立的犯罪，即故意伤害罪或者故意杀人罪和盗窃罪，实行数罪并罚。(3) 在抢劫行为完成之后，行为人出于灭口或者其他



目的而杀死被害人的，应定抢劫罪和故意杀人罪，实行数罪并罚。

3. 划清抢劫罪与绑架罪的界限。两者的主要区别在于：

(1) 犯罪客体不尽相同。抢劫罪是复杂客体，同时侵犯了公私财产所有权和公民人身权利，主要侵犯的客体为财产所有权，因而归入侵犯财产罪；绑架罪侵犯的客体是单一客体即人身权利，但以勒索财物为目的的绑架罪也同时侵犯了财产权利和人身权利，其与抢劫罪的不同之处在于，以勒索财物为目的的绑架罪主要侵犯的客体为公民的人身权利，因而绑架罪归入侵犯公民人身权利、民主权利罪。

(2) 客观行为方式有不同。抢劫罪是以暴力、胁迫或其他方法施加于被害人，当场强行劫取财物的行为；绑架罪是将人掳走限制其自由后，以杀害、重伤或长期禁闭被害人，威胁被害人家属或有关人员，迫使其在一定期限内交出索取的财物或提出非法要求。

(3) 犯罪目的不完全相同。抢劫罪以非法占有他人财物为目的，而绑架罪则以勒索财物或者劫持他人作人质为目的。

4. 正确理解《刑法》第 269 条关于盗窃、诈骗、抢夺罪转化为抢劫罪的规定。《刑法》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”，依照抢劫罪定罪处罚。理论上也称这一规定为准抢劫罪的规定。适用这一规定必须同时具备以下三个条件：

(1) 行为人必须实施了盗窃、诈骗、抢夺任何一种犯罪行为，这是适用本条的前提。实施的上列行为虽未达到数额较大，但是，如果当场使用暴力或者以暴力相威胁，情节严重的，仍可以按照抢劫罪论处。

(2) 行为人的目的是为了窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证。窝藏赃物，是指为防护已到手的赃物不被追回；抗拒抓捕，是指抗拒公安机关或者任何公民，特别是失主的抓捕、扭送；毁灭罪证，是指毁灭作案现场上遗留的痕迹、物品等以免被采取成为罪证。如果出于其他目的，不能构成抢劫罪。

(3) 行为人必须是当场使用暴力或者以暴力相威胁。所谓当场，是指犯罪分子实施犯罪的现场。或者刚一离现场就被人发觉追捕的过程。如果在盗窃、诈骗、抢夺犯罪完成以后隔了一段时间，在其他地方被发现，当对其抓捕时，犯罪分子行凶抗拒，不适用本条。其暴力行为构成犯罪的，应实行数罪并罚。所谓使用暴力或者以暴力相威胁，是指犯罪分子对抓捕他的人实施殴打、伤害等足以危及身体健康和生命安全的行为，或者以立即实施这种行为相威胁。如果使用暴力或者以暴力相威胁，情节不严重、危害不大或者没有伤害意图，只是为了挣脱抓捕而冲撞他人的，可以不认为是使用暴力的情况，而仍然以原来的犯罪论处。

2010 年第 22 题．下列行为中，以抢劫罪一罪定罪处罚的有（ ）。

- A. 甲采用暴力制服某首饰店门卫，劫取大量首饰后，担心被门卫认出而将其杀害
- B. 乙在抢劫某金店过程中，因金店门卫与之搏斗而杀死门卫
- C. 丙将某银行运钞车押运员打死取走现金 100 万元
- D. 丁抢劫一重病患者的治疗费用后，该患者因无钱治病而自杀身亡

【答案 BCD】抢劫罪的暴力行为具有当场性，在抢劫过程中，出于达到抢劫财物的目的，使用暴力或者其他方法致人重伤、死亡的，不以抢劫罪和故意伤害罪或者故意杀人罪数罪并罚，应以抢劫罪处刑，D 项为一般的抢劫罪，被害人自杀并不能对抢劫罪定性转化；在抢劫完成后，行为人出于灭口或者其他目的而杀害被害人的，应定抢劫罪和故意杀人罪，实行数罪并罚。

2012 年第 5 题．甲（15 周岁）盗窃他人钱包被陈某发现后，为窝藏赃物而当场使用暴力，失手将陈某打死。甲的行为构成（ ）。

- A. 抢劫罪 B. 盗窃罪
- C. 故意伤害罪 D. 过失致人死亡罪

【答案 C】《刑法》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 条的规定定罪处罚。”本条规定的转化型的抢劫罪。根据本条规定，盗窃、诈骗、抢夺罪转化为抢劫罪需要以下三个条件：（1）行为人犯有上述三种行为之一。（2）行为人实行后续行为的目的是为了窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证。（3）行为人当场实行暴力或者以暴力相威胁。本题行为人甲当时未满 16 周岁，其行为并不能构成盗窃罪，因此也不会构成其转化犯。根据《刑法》第 17 条规定，已满 14 周岁未满 16 周岁的人犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投放危险物质罪的，应当负刑事责任。此题甲虽然不构成盗窃罪，但其符合故意伤害致人死亡，因此是故意伤害罪。

2013 年第 43 题。甲于深夜到某办公大楼行窃时，被保安王某发现，王某拦住甲，甲将王某打昏，致其轻伤，随后逃跑。甲的行为应认定为（ ）。

- A. 入户盗窃                  B. 犯罪既遂  
C. 故意伤害罪                D. 抢劫罪

【答案 BD】本题中甲在偷窃行为的过程中，为了窝藏赃物、抗拒抓捕、毁灭罪证，当场使用暴力将保安王某打成轻伤，符合抢劫罪的转化要件，转化为了抢劫罪。虽然甲在打伤王某之后并没有获得任何财物，但抢劫罪不以是否抢到了钱财为犯罪既遂的要件，只要主观上有非法占有财物的目的，客观上实施了暴力劫取的行为就是犯罪既遂。因此，答案 BD 正确。

2014 年第 18 题。甲乘杨某不备，用木棍将其打昏后，搜遍杨某全身，未得分文。经鉴定，杨某为轻伤。对甲的行为应认定为（ ）。

- A. 抢劫罪（未遂）          B. 抢劫罪（既遂）  
C. 故意伤害罪                D. 抢劫罪（未遂）和故意伤害罪

【答案 B】本题考查的是抢劫罪的既遂要件。所谓抢劫罪，是指以非法占有为目的，当场使用暴力威胁或者其他方法强行劫取财物的行为，该罪属于结果犯，其构成既遂的情形有两种：1. 抢劫到了财物；2. 致被抢劫人轻伤以上伤害。本题中虽然行为人将被害人全身搜遍未得一分，但由于致使被害人达到轻伤，已构成抢劫罪既遂。

2015 年第 18 题。甲冒充公安干警，将正在赌博的张某等四人用手铐铐住，拿走其赌资及随身携带的财物 2 万余元。甲的行为应认定为（ ）。

- A. 诈骗罪    B. 抢劫罪    C. 招摇撞骗罪    D. 敲诈勒索罪

【答案 B】本题考查的是抢劫罪的构成要件。所谓抢劫罪，是指以非法占有为目的，当场使用暴力、威胁或者其他方法强行劫取财物的行为。在抢劫罪中法定的提高法定刑的 8 种情节中，包括“冒充军警人员抢劫”，即冒充中国人民解放军、武装警察、人民警察官兵进行抢劫的行为。甲为了劫取张某等四人的财产，冒充公安干警，当场将四人用手铐铐住，强行劫取四人财产，因此甲的行为构成抢劫罪。注意如果仅仅是冒充人民警察，但并没有采取暴力或者以暴力相威胁，则仅构成招摇撞骗罪。注意两罪之间细微的差别。

## 二、盗窃罪（修八）

### （一）盗窃罪的概念

盗窃罪，是指以非法占有为目的，盗窃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。

### （二）盗窃罪的构成特征

1. 侵犯客体是公私财产所有权。

2. 客观方面表现为秘密窃取数额较大的公私财物或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的行为。所谓秘密窃取，是指犯罪分子采取主观上自认为不会被财物所有人、管理人、持有人发觉的方法，将公私财物据为己有。

3. 犯罪主体是一般主体，凡年满 16 周岁并且具有刑事责任能力的自然人，都可以构成盗窃罪。
4. 主观方面表现为直接故意，并且具有非法占有公私财物的目的。

### （三）盗窃罪的认定

1. 划清盗窃罪与一般盗窃行为的界限。一般盗窃行为，是指盗窃少量公私财物，违反治安管理法规的一般违法行为。区分盗窃罪与一般盗窃行为的界限，关键要把握：盗窃财物的数额是否达到了数额较大的标准；行为是否符合了法定盗窃罪客观行为表现，即多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃等。行为人的盗窃行为符合上述任何一种行为表现，一般即可以定为盗窃罪；否则，应视为一般盗窃行为，予以治安管理处罚。审判实践中，具有下列情形之一的也可以定盗窃罪：

- (1) 以破坏性手段盗窃造成公私财产损失的；
- (2) 盗窃残疾人、孤寡老人或者丧失劳动能力人的财物的；
- (3) 造成严重后果或者具有其他恶劣情节的。

反之，盗窃公私财物虽已达到数额较大的起点，但情节轻微，并具有下列情形之一的，也可不作为犯罪处理：

- (1) 已满 16 周岁不满 18 周岁的未成年人作案的；
- (2) 全部退赃退赔的；
- (3) 主动投案的；
- (4) 被胁迫参加盗窃活动，没有分赃或者获赃较少的；

(5) 其他情节轻微，危害不大的。数额较大。在通常情况下，是指犯罪既遂，即已经窃得的财物的数额而言。行为人以盗窃数额巨大的钱财或者国家珍贵文物为目标而实施盗窃行为，即使没有窃得财物，也可构成犯罪。

2. 偷拿自己家里或者近亲属的财物同在社会上盗窃作案的区别。社会上的盗窃行为，只要达到盗窃财物数额较大的标准，或者 1 年内入户盗窃或者在公共场所扒窃 3 次以上的，即可构成盗窃罪。偷拿自己家里或者近亲属的财物，发生的原因是多方面的，情况比较复杂，案发后被害人出于种种考虑，往往不希望司法机关追究行为人的刑事责任。因此，对这类偷窃案件，一般可不按犯罪处理。只对确有追究刑事责任必要的，才作犯罪处理，但在处罚上也应与社会上盗窃作案有所区别。所谓近亲属，按照刑事诉讼法的规定，是指夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姐妹。偷窃近亲属的财物，应包括偷窃已分居生活的近亲属的财物。偷窃自己家里的财物，既包括偷窃共同生活的近亲属的财物，也包括偷窃共同生活的其他非近亲属的财物。

3. 划清盗窃罪既遂与未遂的界限。划分盗窃罪既遂与未遂的标准，目前我国刑法学界多采用失控说、控制说、失控加控制说。失控说主张，凡是盗窃行为使财产所有人、保管人、持有人等丧失了对财物的控制的，即为盗窃既遂，反之为盗窃未遂。控制说主张，凡是盗窃犯已实际控制财物的，即为盗窃既遂，反之为盗窃未遂。失控加控制说则主张，凡被盗财物已脱离财物所有人、保管人或者持有人等的控制并且已实际置于行为人控制之下的，即为盗窃既遂，反之为盗窃未遂。最后一种观点，具有较大的合理性。因为犯罪既遂就是犯罪的完成，盗窃者的目的是非法占有财物，财物既然已经脱离所有人、保管人、持有人的控制而为盗窃分子所实际控制，非法占有财物的目的即已实现，公私财物所有权已经遭受损失，犯罪即告完成。但这种观点也有一定的缺陷，即无法完全解释盗窃无形财物的情形。对于无形财物来说，由于其自身的特点决定，在其被盗后，所有人、管理人、看护人、持有人并未完全失去控制，但权利已实际遭受损害，不能认为是盗窃未遂。因此，对于盗窃一般财物的，以失控加控制说为标准较为适宜，对于盗窃无形财物等特殊财物的，则以控制说为标准较为适宜。

4. 盗窃罪与盗窃交通工具、交通设备、电力燃气设备、易燃易爆设备、通信设备或者上述设备的重要零部件，足以使这些设备不能正常运转，因而构成危害公共安全的犯罪的界限。区别的关键在于，盗窃这些设备及其零部件是否危害或者足以危害公共安全。如果盗窃正在使用的设备及其重要零部件价值数额不大，但危害公共安全，已经构成犯罪的，或者盗窃上述设备及其重要零部件并造成危害公



共安全之严重后果的，应以危害公共安全的犯罪追究刑事责任。盗窃上述设备及其重要零部件数额较大，并危害公共安全的，同时构成盗窃罪与相应的危害公共安全罪，应当从一重罪论处。例如，盗窃通信设施数额特别巨大，情节特别严重，应当依照《刑法》第 264 条的规定，以盗窃罪定罪处罚，可以判处无期徒刑，但是，如果按照破坏广播电视设施、公用电信设施罪，最高只能判处 15 年有期徒刑。

5. 盗窃罪与盗窃枪支、弹药、爆炸物罪的界限。后者的对象是特定的，前者的对象是不特定的。盗窃他人财物，在所偷来的财物中意外地发现枪支、弹药或者毒品等特殊物品的，由于行为人并无盗窃这些特殊物品的故意，仍应以盗窃罪论处。但是，如果行为人又利用枪支、弹药等特殊物品进行其他犯罪活动的，应分别定罪，并与盗窃罪数罪并罚。

6. 盗窃罪与因毒鱼、炸鱼而构成其他犯罪的界限。毒鱼、炸鱼，属于使用禁用的方法捕捞水产品的行为，情节严重的，构成非法捕捞水产品罪。但是，如果以非法占有为目的，毒死、炸死数量较大的鱼，将其偷走，未引起其他严重后果的，应定盗窃罪；如果不顾人畜安全，向供饮用的池塘中投放大量剧毒药物，或者向水库中投掷大量炸药，严重危害公共安全，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，应定投放危险物质罪或者爆炸罪；如果为了偷鱼或者挟嫌报复，而向鱼塘内投放大量剧毒药物，严重污染水质，毒死整塘的鱼，使单位或者个人的养殖生产遭受重大损失的，应定破坏生产经营罪。

7. 划清盗窃罪与偷开机动车辆而构成其他犯罪的界限。以非法占有为目的，将偷开的机动车辆变卖或者留用的，应定盗窃罪；如果为了进行其他犯罪活动，把偷开的机动车辆当做犯罪工具使用的，可按其实施的犯罪从重处罚；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，又构成其他犯罪的，应按交通肇事罪与构成的其他犯罪实行数罪并罚；为其他目的，多次偷开机动车辆，并将其遗弃，严重扰乱工作、生产秩序，造成严重损失的，可按扰乱社会秩序罪论处；为其他目的，偶尔偷开机动车辆，情节轻微的，可不认为是犯罪，应当责令赔偿损失。

2010 年第 13 题。下列行为中，应当以盗窃罪定罪处罚的是（ ）。

- A. 甲窃取他人信用卡并使用，数额巨大
- B. 乙谎称张三委托其保管的名贵字画被盗，将该字画据为己有
- C. 丙多次潜入陵园窃取骨灰
- D. 丁捡到信用卡后，在柜台上试验密码取款，数额较大

【答案 A】盗窃信用卡并使用的，以盗窃罪定罪处罚。

2012 年第 17 题。甲以迷信方式恐吓刘某有灾祸，刘某一时慌乱，请甲帮助自己。甲让刘某带 10 万元现金作“镇邪物”，找法师“消灾”。途中，甲趁帮刘某拿包之机，用书本调换了 10 万元现金。甲的行为构成（ ）。

- A. 盗窃罪 B. 诈骗罪 C. 侵占罪 D. 敲诈勒索罪

【答案 A】本题中的行为是典型的调包行为，调包行为完全符合盗窃罪的犯罪构成，应当以盗窃罪论处。调包行为的知识点在于犯罪嫌疑人得到财物的方法主要是以不为他人知道的手段暗中窃取，而非他人自愿交出。这也是区分诈骗与盗窃的方法之一。

2014 年第 44 题。甲在长途汽车站窃得他人挎包一个，事后发现包内有现金 2000 元、海洛因 200 克、手枪一把，遂将海洛因和手枪藏在家中。甲的行为构成（ ）。

- A. 盗窃罪
- B. 盗窃枪支罪
- C. 非法持有枪支罪
- D. 非法持有毒品罪

【答案 ACD】由于甲以非法占有为目的，秘密窃取了他人的挎包，内有数额较大的现金，因此已经构成了盗窃罪。由于甲在偷窃时并不知道包内装有枪支与毒品，而盗窃枪支罪要求明知是枪支而进行盗窃，故而不构成盗窃枪支罪。但在盗窃之后甲将海洛因和手枪藏于家中，该行为便构成了非法持有毒

品罪和非法持有枪支罪。

### 三、诈骗罪

#### （一）诈骗罪的概念

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。

#### （二）诈骗罪的构成特征

1. 侵犯客体是公私财产所有权。

2. 客观方面表现为使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。虚构事实，是指捏造不存在的事实，骗取受害人的信任。隐瞒真相，是指对受害人掩盖客观存在的某种事实，使之产生错误认识。犯罪分子使用虚构事实或者隐瞒真相的方法，使公私财物所有人、管理人、持有人产生错觉，信以为真，似乎是“自愿地”将公私财物交给犯罪分子。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面表现为故意，并且具有非法占有公私财物的目的。

#### （三）诈骗罪的认定

1. 划清以借贷为名、行诈骗之实的犯罪与正常的借贷行为之间的界限。区别的关键是看行为人是否具有非法占有的目的，以非法占有为目的的是诈骗罪，不以非法占有为目的的则不构成犯罪。进一步讲，正常的借贷关系不具有非法占有的目的，债务人因客观原因不能按期偿还，不能视为诈骗。但是，如果行为人以借贷为名骗取钱款，事后挥霍殆尽，又百般掩饰、敷衍，久拖不还，应视为行为人以非法占有为目的，以诈骗罪论处。

2. 划清诈骗罪与以诈骗手段破坏社会主义市场经济秩序之犯罪的界限。我国刑法分则第三章规定的、以欺骗方法破坏社会主义市场经济秩序的犯罪主要有：集资诈骗罪（《刑法》第 192 条）、贷款诈骗罪（《刑法》第 193 条）、票据诈骗罪（《刑法》第 194 条第 1 款）、金融凭证诈骗罪（《刑法》第 194 条第 2 款）、信用证诈骗罪（《刑法》第 195 条）、信用卡诈骗罪（《刑法》第 196 条）、有价证券诈骗罪（《刑法》第 197 条）、保险诈骗罪（《刑法》第 198 条）、骗取出口退税罪（《刑法》第 204 条第 1 款）、合同诈骗罪（《刑法》第 224 条）等。这十种新型的诈骗犯罪是从原诈骗罪中分离出来的，与诈骗罪形成普通法与特别法的法条竞合关系。《刑法》第 266 条规定：“本法另有规定的，依照规定。”就是说，凡是符合上述新型诈骗犯罪特征的，按上述犯罪定罪处罚。诈骗罪与这些新型诈骗犯罪相区别的关键在于：

（1）犯罪客体不同。诈骗罪侵犯的是简单客体，即公私财产所有权。新型诈骗犯罪侵犯的是复杂客体，除侵犯公私财产所有权外，还侵犯了金融管理秩序，国家对税收、合同的管理制度，因而立法者将这些新型诈骗犯罪从侵犯财产罪分离出来，归入第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中。

（2）犯罪客观方面不同。诈骗罪表现为虚构事实、隐瞒真相，骗取公私财物，欺骗手法多种多样，法律上没有限制；而这些新型诈骗犯罪则具体表现为在某一特定领域内以特定的欺骗方法进行诈骗活动，例如，信用卡诈骗罪是使用伪造、变造的信用卡或者作废的信用卡等手段进行诈骗活动，合同诈骗罪是行为人在履行合同过程中以虚假的单位或者冒用他人名义签订合同等手段进行诈骗活动。

（3）犯罪主体不同。诈骗罪的主体只能是自然人；新型诈骗犯罪除贷款诈骗罪、信用卡诈骗罪的主体只能是自然人外，其他八种新型犯罪，犯罪主体既可以是自然人，也可以是单位。

3. 划清诈骗罪与盗窃罪的界限。在一般情况下，两者不难区分，但在行为人实施犯罪活动中既使用了欺骗的手段，又使用了秘密窃取的手段的情况下，则存在一定的困难。两者相区别的关键在于，行为人是如何从财物所有人、管理人、持有人的控制之下取得财物的，如果欺骗的手段不是对被害人产生实际的心理影响而使被害人仿佛是“自愿”地交出财物，而是从被害人的直接控制之下秘密地窃取财物，则应当以盗窃罪论处，反之。则应当以诈骗罪论处。例如，行为人在车站、码头等公共场

所，以“调包”的形式窃取他人财物的，尽管有欺骗性手段，但是非法获得财物起主要作用的是秘密窃取，欺骗手段仅起次要作用，故应以盗窃罪论处。

#### （四）诈骗罪的法定刑

我国《刑法》第 266 条规定，诈骗公私财物，数额较大的，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。本法另有规定的，依照规定。

2014 年第 17 题．药剂师甲明知不含毒品成份的药品已经过期失效，仍冒充为毒品卖给乙，乙将“毒品”卖给吸毒人员。本案中（ ）。

- A. 甲和乙均构成诈骗罪    B. 甲和乙均构成贩卖毒品罪  
C. 甲构成诈骗罪，乙构成贩卖毒品罪    D. 甲构成销售假药罪，乙构成诈骗罪

【答案 C】构成贩卖毒品罪，必须是明知是毒品而故意实施贩卖行为，药剂师甲明知该药品不含毒品成分而将其卖给乙骗取财物，其行为构成诈骗，而非贩卖毒品。而乙由于其并不知道该药品并非毒品，而以贩卖毒品的故意将其卖给吸毒人员，构成贩卖毒品罪，但由于该药品并不含毒品成分，故而属于对象不能犯未遂。

2015 年第 19 题．甲在医院缴费单上加盖自己私刻的收费章，逃避支付妻子透析治疗费用 17 万余元。甲的行为（ ）

- A. 按诈骗罪定罪处罚    B. 按伪造事业单位印章罪定罪处罚  
C. 按合同诈骗罪定罪处罚    D. 成立紧急避险

【答案 A】所谓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。甲为非法占有应当支付的医疗费用，利用自己私刻的收费章，虚构自己已经交费的事实，骗免了巨额的医疗费用，因此，甲构成诈骗罪。

## 四、抢夺罪

### （一）抢夺罪的概念

抢夺罪，是指以非法占有为目的，公然夺取数额较大的公私财物的行为。

### （二）抢夺罪的构成特征

1. 侵犯客体是公私财物的所有权。犯罪对象是公私财物，只能是动产，不动产不能成为抢夺罪的对象。抢夺特定财物，如枪支、弹药、爆炸物或公文、证件、印章，应依照刑法有关规定论处，不构成本罪。

2. 客观方面表现为公然夺取公私财物的行为。所谓公然夺取，是指当着财物所有人、保管人、看护人、持有人的面或者在上述被害人可以立即发现的情况下，乘其不备，公开夺取财物，行为人在夺取财物时并没有使用暴力和以暴力相威胁。审判实践中，抢夺行为一般是乘人不备，突然把财物夺走，但也有在被害人有所觉察但防卫能力丧失的情况下（如患病、醉酒）把财物夺走。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面表现为是直接故意，并且以非法占有财物为目的。

### （三）抢夺罪的认定

我国《刑法》267 条第 2 款规定，携带凶器抢夺的，不管行为人是否实际使用或者以凶器相威胁，均以抢劫罪论处。

2011 年第 20 题．甲在商场看中一块价值 2 万元的手表，便以选购手表为名，要售货员将手表拿来看看。甲在接到售货员递过来的手表后立即逃走。甲的行为构成（ ）。



- A. 抢夺罪 B. 诈骗罪  
C. 侵占罪 D. 盗窃罪

【答案 A】抢夺罪的行为强调公然夺取，即行为人明知被害人知情还当着被害人的面强行夺走财物。诈骗罪的情形是指行为人实施了欺骗行为而使对方陷入认识错误后，对方基于错误认识而自愿处分财产的行为。侵占罪的行为包含一个从合法占有到非法占有的过程。盗窃罪强调秘密窃取，即行为人主观上自认为采用的是不使被害人发觉的方法取得并且占有公私财物的行为。

## 五、侵占罪

### （一）侵占罪的概念

侵占罪，是指以非法占有为目的，将代为保管的他人财物或者将他人的遗忘物、埋藏物非法占为己有，数额较大拒不退还或者拒不交出的行为。

### （二）侵占罪的构成特征

1. 侵犯客体为公私财产所有权。侵占罪的对象既包括私人所有财物，也包括公共财物。

2. 客观方面表现为非法占有代为保管的他人财物或者将他人的遗忘物、埋藏物非法占为己有，数额较大拒不退还或者拒不交出的行为。所谓代为保管的他人财物，是指基于他人的委托代为保管的财物或者根据事实上的管理而被认为是合法持有的财物。所谓他人的遗忘物，是指所有人或持有人因一时疏忽遗忘于某特定地点或场所但知道该地点或场所的财物。所谓埋藏物，是指个人埋藏于某一地点的财物或者归国家所有的所有人不确切的埋藏物。侵占罪的犯罪对象限于行为人代为保管的他人财物、行为人持有的他人的遗忘物或者埋藏物。不是行为人代为保管的他人财物或者他人的遗忘物、埋藏物，不能成为侵占罪的对象。遗失物是失主丢失之物，一般不知失落何处，难以找回，它与忘记取走的遗忘物是不同的。因此，行为人持有的遗失物，不能成为侵占罪的对象。侵占行为是以非暴力的手段将他人财物非法占为己有的行为，其社会危害程度一般较轻，因此，只有侵占财物的数额较大的，才能构成犯罪，至于数额较大的具体标准，最高司法机关尚无明确解释。所谓拒不退还或拒不交出，是指行为人将财物非法占有后，当财物所有人发现并要求其退还或交出时，仍不退还或交出。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面表现为故意，并以非法占有为目的。

### （三）侵占罪的认定

侵占罪与盗窃罪的界限。两者在许多方面相似，区别的关键是：

（1）犯罪故意产生的时间不同。侵占罪的行为人在持有公私财物之后才产生犯罪故意，即产生了非法占有公私财物的目的；而盗窃罪的行为人是在没有占有财物之前就产生了非法占有他人财物的目的。

（2）犯罪对象不尽相同。侵占罪对象是行为人业已持有的公私财物，公私财物已经在行为人的控制之下；盗窃罪的对象则是他人所有、管理、持有的公私财物，公私财物在被害人的控制之下。

（3）客观方面不尽相同。侵占罪客观方面表现为侵占行为，即将自己已经控制下的公私财物非法占有；盗窃罪客观方面表现为秘密窃取行为，行为人采取自以为不会被财物的所有人、保管人、看护人、持有人等发觉的方法窃取其财物。

（

## 六、职务侵占罪

### （一）职务侵占罪的概念

职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占有，数额较大的行为。

### （二）职务侵占罪的构成特征

1. 侵犯客体是公司、企业或者其他单位的财产所有权。犯罪对象是行为人所属的公司、企业或者其他单位的财物，包括动产和不动产，有形财产和无形财产。这里的公司，是指依据《中华人民共和国公司法》的规定成立的有限责任公司或者股份有限公司。这里的企业，是指依法成立，具有法人资格的经济组织，其经济性质与公司相同，但财产所有权构成方式不尽相同。企业具体包括以下经济组织：(1)集体所有制企业；(2)私营企业；(3)中外合资、中外合作企业；(4)外资企业；(5)外国公司在我国境内设立的分支机构。以上各种形式的企业，只要没有采取有限责任公司或者股份有限公司形式的，都属于本条规定的企业。这里的其他单位，是指公司、企业以外的群众团体、管理公益事业的单位、群众自治组织，如学校、医院、社团等。在公司、企业或者其他单位管理、使用或运输中的私人财产以单位财产论述。

2. 客观方面表现为利用职务上便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。

3. 犯罪主体是特殊主体，即公司、企业或者其他单位的人员。但是，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不能成为本罪的主体。

4. 主观方面表现为直接故意，并以非法占有为目的。

### (三) 职务侵占罪的认定

1. 划清职务侵占罪与侵占罪的界限。两者的主要区别是：

(1) 犯罪客观行为方式不同。职务侵占罪表现为利用职务上的便利，将本单位的财物非法占有；侵占罪表现为将他人的财物占为己有，其占有与职务上的便利无关。

(2) 犯罪行为对象不同。职务侵占罪的对象是行为人所在之公司、企业等单位的财物；侵占罪的对象则是行为人代为保管的他人财物、行为人拾得的他人遗忘物或者发掘的埋藏

(3) 犯罪主体不同。职务侵占罪的主体是特殊主体即公司、企业或者其他单位的人员；侵占罪的主体是一般主体。

2. 划清职务侵占罪与盗窃罪、诈骗罪的界限。职务侵占罪和盗窃罪、诈骗罪同属于侵犯财产罪，都侵犯了公私财物的所有权，都是以非法占有他人财物为目的，行为方式上，职务侵占罪与盗窃罪、诈骗罪一样，有时也表现以盗窃、诈骗的手段非法占有他人财物。它们的主要区别是：

(1) 犯罪客观行为方式不同。职务侵占罪的行为方式有两个特点，一是行为人利用职务上的便利，二是行为人采取多种非法手段占有他人财物，既有盗窃、诈骗手段，也有侵占和其他手段。盗窃罪、诈骗罪的主体没有利用职务之便，而且在非法占有他人财物的手段上仅限于窃取或诈骗。如果采取其他非法手段，则不能以盗窃罪或诈骗罪论处。

(2) 犯罪对象范围不同。职务侵占罪的犯罪对象只限于行为人所在单位的财物，盗窃罪、诈骗罪的犯罪对象没有任何限制。(3) 犯罪主体不同。职务侵占罪的主体为公司、企业或者其他单位的人员，是特殊主体，盗窃罪、诈骗罪为一般主体。

2015 年第 9 题. 某私营健身机构经理安排会计甲将收取的 50 万元会员费存入甲的存折，供单位日常开支。三个月后，甲取走存折中全部资金潜逃。甲的行为构成（ ）

A. 盗窃罪 B. 职务侵占罪 C. 侵占罪 D. 挪用资金罪

【答案 B】 本题考查的是职务侵占罪的构成要件。所谓职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占用，数额较大的行为。本案中，甲作为私营健身机构的会计，利用自己可以随意支取自己存折中用于单位日常开支资金的便利条件，将存折里公司的资金取走并潜逃，成立职务侵占罪。

## 七、挪用资金罪

### (一) 挪用资金罪的概念

挪用资金罪，是指公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过 3 个月未还的，或者虽未超过 3 个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的行为。

#### （二）挪用资金罪的构成特征

1. 侵犯客体是公司、企业或者其他单位的资金使用权。犯罪对象是行为人所在单位的资金。主要是指单位的处于货币形态的财产，如人民币、外币以及股票、支票、国库券、债券等有偿证券，不包括单位的物资设备和处于实物形态的财产。

2. 客观方面表现为利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人的行为。具体包括：

（1）实施了挪用本单位资金的行为，即行为人未经合法批准手续而擅自将本单位资金挪作他用。挪用资金的行为多数情况下是秘密进行的，但也有的是半公开，甚至是公开进行的

（2）挪用本单位资金的行为是利用职务上的便利实施的，即行为人利用其主管、管理、经手本单位资金的便利。

（3）挪用单位资金归个人使用或者借贷给他人。挪用单位资金归个人使用或者借贷给他人，包括以下三种情况：

①挪用资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大，超过 3 个月未归还的。

②挪用资金虽未超过 3 个月，但数额较大、进行营利性活动的。

③挪用资金用于非法活动的。

3. 犯罪主体是特殊主体，即公司、企业或者其他单位的工作人员。受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托，管理、经营国有财产的非国家工作人员，也可以成为本罪的主体。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、企业或者其他单位从事公务的人员不能构成本罪。

4. 主观方面表现为故意，并且具有挪用资金归个人使用或者借贷给他人的目的。

#### （三）挪用资金罪的认定

1. 划清挪用资金罪与非罪的界限。在区分罪与非罪的界限时，特别需要注意区分以下两个方面的界限：

（1）挪用资金罪与合法借贷行为的界限。合法借贷是经过一定的正当手续形成债权债务关系的行为，属于合法行为；而挪用资金罪是一种犯罪行为。（2）挪用资金罪与一般挪用行为的界限。挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较小，并未进行非法活动的，不构成犯罪；构成挪用资金罪，必须是数额较大，或者用挪用的资金进行非法活动。

2. 划清挪用资金罪与职务侵占罪的界限。两者的主要区别是：（1）犯罪客体不尽相同。两种犯罪虽然都侵犯了财物的所有权，但挪用资金罪侵犯了所有权的一部分，即侵犯了资金的使用权和收益权，但未侵犯处置权；职务侵占罪则侵犯了财物所有权的全部权能。（2）犯罪行为对象不尽相同。挪用资金罪的对象是本单位资金，职务侵占罪的对象则是本单位财物，外延广于资金。（3）犯罪故意内容不同。挪用资金罪的故意内容只是暂时挪用资金，准备日后归还；而职务侵占罪的故意内容则是将财物非法占有，完全不打算归还。

### 八、敲诈勒索罪（修八）

#### （一）敲诈勒索罪的概念

敲诈勒索罪，是指以非法占有为目的，对公私财物的所有人、管理人实施威胁或者要挟的方法，强行索取数额较大的公私财物或者多次敲诈勒索的行为。

#### （二）敲诈勒索罪的构成特征



1. 侵犯客体是复杂客体，既侵犯了公私财产所有权，又侵犯了公民的人身权利或者其他权益。
2. 客观方面表现为对公私财物的所有人、管理人实施威胁或者要挟，迫使其当场或者限期交出数额较大的公私财物或者多次进行敲诈勒索的行为。
3. 犯罪主体为一般主体。
4. 主观方面表现为故意，并且具有非法占有公私财物的目的。如果行为人为了追回自己合法的债务而对债务人使用了威胁手段，由于其不具有非法占有的目的，不能构成本罪。

### （三）敲诈勒索罪的认定

1. 划清敲诈勒索罪与抢劫罪的界限。两个犯罪有许多相似之处，侵犯的客体均为复杂客体，除侵犯了财产所有权外，还侵犯了被害人的人身权利；犯罪主体均为一般主体；主观方面以非法占有公私财物为目的。两者相区别的关键在于犯罪客观方面，具体表现为：

（1）行为的内容不同。抢劫罪以当场实施暴力、暴力相威胁为其行为内容；敲诈勒索罪仅限于威胁，不当场实施暴力，而且威胁的内容不只是暴力，还包括非暴力威胁。

（2）犯罪行为方式不同。抢劫罪的威胁当着被害人的面实施，一般是用言语或动作来表示；敲诈勒索罪的威胁可以是当着被害人的面，也可以是通过第三者来实现，可以用口头的方式表示，也可通过书信的方式表示。

（3）非法取得财物的时间不同。抢劫罪是当场取得财物；而敲诈勒索罪可以是当场，也可以是在实施威胁、要挟之后取得他人财物。行为人以暴力相威胁迫使被害人限期交出财物的行为，不应定为抢劫罪，而应当以敲诈勒索罪论处。

（4）构成犯罪的数额标准不同。抢劫行为有较大的社会危害性，法律不要求其劫取财物的数额必须达到数额较大才构成犯罪；敲诈勒索罪行为的社会危害性相对较小，刑法规定以数额较大或者多次敲诈勒索作为敲诈勒索的必要要件。

2. 划清敲诈勒索罪与诈骗罪的界限。两者的犯罪主体都属一般主体。犯罪主观方面都是直接故意，并具有非法占有公私财物的目的。主要区别在于犯罪的客体和犯罪的客观方面不同。

（1）敲诈勒索罪的客体是复杂客体，即公私财产所有权和公民的人身权利；诈骗罪的犯罪客体是公私财产所有权，是单一客体。

（2）在犯罪客观方面，敲诈勒索罪以威胁、要挟的方法，造成被害人心理上的恐惧从而迫使被害人交出财物；诈骗罪则是用虚构事实或隐瞒事实真相的欺诈手段，使被害人信以为真，从而仿佛是“自愿地交出财物”。

## 九、故意毁坏财物罪

### （一）故意毁坏财物罪的概念

故意毁坏财物罪，是指故意毁灭或者损坏公私财物，数额较大或者情节严重的行为。

### （二）故意毁坏财物罪的构成特征

1. 侵犯客体是公私财产所有权。侵犯的对象是各种公私财物，包括动产和不动产。但是，故意毁坏某些特定财物，刑法已另作罪名规定的，则不能成为本罪对象。对于这些特定财物的故意损毁，应按照刑法的有关规定定罪处罚。

2. 客观方面表现为行为人实施了毁灭或损坏公私财物，数额较大或者情节严重的行为。

3. 犯罪主体为一般主体。

4. 主观方面表现为故意，包括直接故意和间接故意。过失不能构成本罪。

### （三）故意毁坏财物罪的认定

划清故意毁坏财物罪与盗窃罪及毁坏财物而构成其他犯罪的界限。实施盗窃犯罪造成公私财物严重毁损的，以盗窃罪从重处罚；同时构成其他犯罪的，择一重罪从重处罚；盗窃数额较小，但是故意毁坏公私财物，数额较大或者情节严重的，应以故意毁坏财物罪论处。为掩盖盗窃罪行或者出于报复

等动机故意破坏公私财物的，应以盗窃罪和其他罪实行并罚。

2010 年第 9 题：甲在行驶中的公共汽车上与售票员发生争执，气愤之下举起随身携带的铁锤猛砸汽车车窗，致车窗破碎，造成经济损失 1 万余元。甲的行为构成（ ）。

- A. 破坏交通工具罪
- B. 故意毁坏财物罪
- C. 破坏交通设施罪
- D. 以危险方法危害公共安全罪

【答案 B】故意毁坏财物罪，是指故意毁坏或者损坏公私财物，数额较大或者情节严重的行为。A 项中，甲将随身携带的铁锤猛砸汽车车窗，而汽车车窗并非交通工具的重要设施或部件，甲的破坏行为显然没有达到该程度。

## 第十八章妨害社会管理秩序罪

### 第一节妨害社会管理秩序罪概述

#### 一、妨害社会管理秩序罪的概念

妨害社会管理秩序罪，是指妨害国家机关对社会的管理活动，破坏社会正常秩序，情节严重的行为。

#### 二、妨害社会管理秩序罪的构成特征

1. 侵犯客体是社会管理秩序。
2. 客观方面表现为妨害国家机关对社会依法实行管理活动，破坏社会正常秩序，情节严重的行为。
3. 犯罪的主体多数是一般主体，也有少数是特殊主体；多数犯罪的主体只限于自然人，少数犯罪既可以由自然人构成，也可以由单位构成；还有个别犯罪的主体只能是单位，如非法采集、供应血液、制作、供应血液制品罪。
4. 主观方面绝大多数表现为故意，个别犯罪表现为过失。在故意犯罪中，有的还要求具有特定的犯罪目的，如倒卖文物罪、赌博罪等；有的还要求具有是非颠倒、荣辱混淆的流氓动机，如聚众斗殴罪、寻衅滋事罪。

#### 第二节本章要求掌握的犯罪

##### 一、妨害公务罪

###### （一）妨害公务罪的概念

妨害公务罪，是指以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务，阻碍人民代表大会代表依法执行代表职务，阻碍红十字会工作人员依法履行职责的行为，或者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，造成严重后果的行为。

###### （二）妨害公务罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家机关工作人员依法执行职务的活动。侵犯的对象是正在依法执行职务、履行职责的国家机关工作人员，人大代表、红十字会工作人员以及公安机关、国家安全机关的工作人员。刑法所保护的是合法的职务活动，对于违法执行职务的行为，公民有正当防卫的权利。但是国家机关工作人员执行职务的手续在形式上有细枝末节缺陷的，不属于违法执行职务。
2. 客观方面表现为以暴力、威胁的方法阻碍国家机关工作人员、人大代表依法执行职务；或者在自然灾害或在突发事件中，以暴力、威胁方法阻碍红十字会人员依法履行职责；或者虽未使用暴力、威胁的方法，但故意阻碍国家安全机关、公安机关工作人员依法执行国家安全工作任务，造成严重后果的行为。所谓暴力，是指对正在依法执行职务的国家机关工作人员、人大代表和正在依法履行职责的红十字会人员实行打击或者人身强制，例如殴打、绑架、伤害、禁闭等。这里的暴力不包括故意致

人重伤或者杀死的行为，如果以重伤或者杀死的方法阻碍执行职务的，属于牵连犯，应择一重罪处断，即以故意伤害罪(重伤)或故意杀人罪论处。所谓威胁，是指进行精神强制，如以杀害、伤害、毁坏财产、破坏名誉等相恐吓，迫使国家机关工作人员、人大代表、红十字会人员无法执行职务或者履行职责。以暴力、威胁方法阻碍红十字会工作人员依法履行职责，还必须是发生在自然灾害或突发事件中，否则不能以本罪论处。对于故意阻碍国家安全机关、公安机关工作人员依法执行国家安全工作任务的，即使没有采取暴力、威胁的方法，只要造成了严重的后果，也构成本罪。也就是说，在这种情形下，不以采取暴力、威胁的方法作为构成本罪的手段要件。所谓造成严重后果，通常是指使国家安全工作任务受挫，未能及时制止、侦破危害国家安全的犯罪致使国家安全遭受损害的；致使严重危害国家安全的犯罪分子漏网、脱逃的等。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面表现为故意，即明知是国家机关工作人员、人大代表、红十字会工作人员以及国家安全机关、公安机关工作人员正在依法执行职务，而以暴力、威胁或者其他方法阻碍，希望其停止执行职务或者改变执行的职务。

### (三)妨害公务罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。人民群众因提出的合理要求不能被满足，对政策不理解或者因执行职务者态度生硬而与国家机关工作人员发生了争吵、顶撞、纠缠，不宜按犯罪论处。

2. 划清本罪与其他罪的界限。妨害公务罪发生在前述四类人员依法执行职务期间，如果不是发生在这一特定的时间，而是在上述人员依法执行职务之后对其实施的报复行为，根据具体情况，构成什么罪就按什么罪处罚。

**3.【修九新增】第二百七十七条第五款 暴力袭击正在依法执行职务的人民警察的，依照第一款的规定从重处罚。**

## 二、伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪

### (一)伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪的概念

伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪，是指非法制作国家机关公文、证件、印章的行为。

### (二)伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪的构成特征

1. 侵犯的客体是国家机关的正常管理活动和信誉。侵犯的对象仅限于国家机关的公文、证件、印章。公文、证件、印章是国家机关行使职权的符号和标志。所谓国家机关，是指各级国家权力机关、党政机关、司法机关、军事机关。所谓公文，是指国家机关在其职权范围内，以其名义制作的用以指示工作、处理问题或者联系事务的各种书面文件，如决定、命令、决议、指示、通知、报告、信函、电文等。所谓证件，是指国家机关制作颁发的用以证明身份、权利义务关系或者有关事实的凭证，主要包括证件、证书等，如工作证、户口迁移证、营业执照、结婚证等。所谓印章，是指国家机关刻制的以文字(刻有某一具体国家机关名称)、图记形式表明与该国家机关具有主体同一性的公章或者具有某种特殊用途的专用章。用于国家机关公务活动的私人印鉴、图章也应视为公务印章。公文、证件、印章是国家机关行使职权的符号和标志。国家机关中使用的与其职权无关的印章(如收发室的印章等)，不属于公务印章。

2. 客观方面表现为伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章的行为。所谓伪造，是指无制作权的人，冒用名义，非法制作不真实的公文、证件、印章的行为。伪造国家机关公文、证件、印章罪成立的前提，是该公文、证件、印章有真实的机关存在。如果虚构机关之名伪造公文、证件、印章的，则不构成本罪。所谓变造，是指对真实的国家公文、证件、印章进行涂改、涂抹、拼接等，使其变更原来真实内容的行为。所谓买卖，是指用金钱去交换公文、证件、印章的行为，可以是非法购买也可以是非法销售。

3. 犯罪主体为一般主体。



4. 主观方面为故意。尽管行为人的犯罪动机多种多样(如牟利、为实施其他违法犯罪活动做准备等)，但并不影响本罪的成立。

### (三) 伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。对此应特别注意本罪的对象仅限于国家机关的公文、证件、印章，若行为人为人实施伪造私人文书、印章的行为。则不构成本罪。行为人为变造、买卖公司、企业、事业单位、人民团体公文、证件、印章的行为。则不构成本罪。

2. 划清本罪与近似犯罪的界限。我国《刑法》除规定了本罪之外，还规定了伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪(《刑法》第 280 条第 2 款)，伪造居民身份证罪(《刑法》第 280 条第 3 款)。伪造武装部队公文、证件、印章罪(《刑法》第 375 条第 1 款)等。本罪与这些犯罪区分的关键。是犯罪对象的不同。

3. 划清本罪与所牵连犯罪的界限。行为人实施伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章的行为，除构成本罪外，往往牵连构成其他犯罪。如诈骗罪、招摇撞骗罪等。即本罪为方法(或手段)行为构成之罪。诈骗罪、招摇撞骗罪等为目的行为构成之罪，两者形成方法行为与目的行为的牵连犯。对此，应按照牵连犯的处理原则予以认定和处罚。

**【修九新增】第二百八十条之一** 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。

## 三、招摇撞骗罪

### (一) 招摇撞骗罪的概念

招摇撞骗罪，是指以谋取非法利益为目的，冒充国家机关工作人员招摇撞骗的行为。

### (二) 招摇撞骗罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家机关的威信及其正常活动。同时也损害公共利益或公民的合法权益。

2. 客观方面表现为冒充国家机关工作人员进行招摇撞骗的行为。所谓冒充国家机关工作人员，是指冒充国家机关中依法从事公务的人员的身份或职位。有三种情况：

(1) 非国家机关工作人员冒充国家机关工作人员。

(2) 国家机关的下级工作人员冒充上级工作人员。

(3) 此种部门的国家机关工作人员冒充彼种部门的国家机关工作人员。所谓招摇撞骗，是指利用人们对国家机关工作人员的信任，假冒国家机关工作人员的身份并到处炫耀，寻找机会骗取非法利益，如骗取金钱、待遇、地位、荣誉或者玩弄女性等。冒充国家机关工作人员与进行招摇撞骗这两种行为必须同时具备并且存在有机联系。

3. 犯罪主体只限于自然人一般主体。

4. 主观方面表现为故意，其目的是骗取某种非法利益。

### (三) 招摇撞骗罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。如果行为人主观上没有谋取某种非法利益的目的，虽然实施了冒充国家机关工作人员的行为，但只是为了抬高自己，满足个人虚荣心，对此不应以犯罪论处。

2. 划清本罪与诈骗罪的界限。两罪的主要区别是：本罪限于以冒充国家机关工作人员的方式骗取包括财产在内的各种利益；而诈骗罪则不限定以冒充国家机关工作人员的方式骗取财物。如果行为人以冒充国家机关工作人员的特定方式招摇撞骗，骗取了包括财产在内的各种利益，应以招摇撞骗罪论处。如果所骗取的财物数额特别巨大，应按处理想象竞合犯的原则，择一重罪处断，即应按诈骗罪论处。

2010 年第 12 题。下列行为中，构成招摇撞骗罪的是（ ）。

- A. 甲冒充某省电视台记者骗取他人钱财，数额巨大
- B. 乙冒充工商局副局长玩弄多名女青年
- C. 丙冒充国有公司总经理玩弄多名女青年，并致两人怀孕
- D. 丁冒充某大学招生办主任骗取他人钱财，数额巨大

【答案 B】招摇撞骗罪，是指为谋取非法利益，冒充国家机关工作人员进行招摇撞骗的行为，该非法利益不限于金钱，还包括待遇、地位、荣誉或者玩弄女性等。一般说来，冒充国家机关工作人员骗取财物的，定招摇撞骗罪，但是如果所骗取财物数额巨大的，则同时构成招摇撞骗罪和诈骗罪，属于想象竞合，应当以诈骗罪定罪处罚。

#### 四、非法获取国家秘密罪

##### （一）非法获取国家秘密罪的概念

非法获取国家秘密罪，是指以窃取、刺探、收买方法，非法获取国家秘密的行为。

##### （二）非法获取国家秘密罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家的保密制度。

2. 客观方面表现为窃取、刺探、收买国家秘密的行为。“国家秘密”，是指依照《中华人民共和国保密法》及有关保密的法规之规定，基于国家安全和利益的考虑，在一定的时间内仅限一定范围的人员知悉的事项。“窃取”，是指暗中偷窃国家秘密。“刺探”，是指暗中打听国家秘密；“收买”指使用金钱、权力、美色等方式交换、诱惑取得国家秘密。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面表现为故意。

##### （三）非法获取国家秘密罪的认定

1. 划清本罪与间谍罪的界限。二罪主要有以下三方面区别：一是侵犯客体不同。间谍罪危害国家安全；本罪侵犯国家的保密制度。二是客观行为表现不同。间谍罪的行为内容复杂，获取国家情报只是其非法职能之一；本罪仅限以窃取、刺探、收买方法获取国家秘密的行为。三是主观目的不同。间谍罪是将国家情报提供给危害国家安全的外国间谍机构；本罪不具有危害国家安全的目的。

2. 划清本罪与为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪的界限。二罪主要有以下三方面区别：

一是侵犯客体、对象不同。为境外窃取、‘刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪危害国家安全，对象包含国家秘密以及不属于国家秘密的情报；本罪侵犯国家的保密制度，对象仅限国家秘密。

二是客观行为表现不同。为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪是指将获取的国家秘密、情报提供给国外的组织机构和个人；本罪是指将获取的国家秘密提供给国内的组织机构和个人。

三是主观目的不同。为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪一般要求行为人有危害国家安全的目的；本罪不要求行为人有特定目的。

#### 五、聚众斗殴罪

##### （一）聚众斗殴罪的概念

聚众斗殴罪，是指聚集多人进行斗殴的行为。

##### （二）聚众斗殴罪的构成特征

1. 侵犯客体是公共秩序。

2. 客观方面表现为首要分子聚集众多的人实施斗殴行为。斗殴方式有持械的，也有徒手的。众人殴斗破坏了公共秩序。

3. 犯罪主体是一般主体，即聚众斗殴的首要分子和其他积极参加者。
4. 主观方面表现为故意。

### （三）聚众斗殴罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。一是实践中常遇有打群架行为，如果未使用器械，或未造成人员伤亡、财产损失等后果，可以按照《刑法》第 13 条“但书”的规定不认为是犯罪。二是对于一般参与聚众斗殴中的人员不以犯罪论处，而首要分子和其他积极参加者构成本罪。

2. 划清本罪与故意伤害罪、故意杀人罪的界限。《刑法》第 292 条第 2 款规定，聚众斗殴，致人重伤、死亡的，以故意伤害罪、故意杀人罪论处。

## 六、寻衅滋事罪（修八）

### （一）寻衅滋事罪的概念

寻衅滋事罪，是指肆意挑衅，无事生非，起哄闹事，进行扰乱破坏，情节恶劣的行为。

### （二）寻衅滋事罪的构成特征

1. 侵犯客体是公共秩序。
2. 客观方面表现为寻衅滋事的行为。具体表现为下列行为之一：
  - （1）随意殴打他人，情节恶劣的；
  - （2）追逐、拦截、辱骂他人，情节恶劣的；
  - （3）强拿硬要或者任意毁损、占用公私财物，情节严重的；
  - （4）在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的。
3. 犯罪主体是一般主体。
4. 主观方面表现为故意，基于蔑视法纪、显示威风、寻求精神刺激或者发泄等卑劣下流的动机。

### （三）寻衅滋事罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。根据《刑法》第 293 条规定，寻衅滋事必须是“情节恶劣”或“情节严重”的才能构成犯罪。情节恶劣，是指多次随意殴打他人取乐或者殴打他人致伤，结伙、持械追逐、拦截、辱骂他人造成恶劣影响或者严重后果的。情节严重，是指多次强拿硬要或者损毁、占用公私财物，或者强拿硬要、损毁、占用公私财物数额较大的，或在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的，等等。如果行为人寻衅滋事尚未达到情节恶劣或情节严重的程度不能认为是犯罪。

2. 划清本罪与故意伤害罪的界限。两罪的主要区别是：（1）犯罪动机不同。本罪是基于打人取乐发泄或者显示威风、无端寻衅之动机，而后罪则往往产生于一定的事由或恩怨。（2）行为对象不同。本罪的行为对象是不特定的，而后罪则往往是特定事情的关系人。因寻衅滋事致人轻伤的，仍应按寻衅滋事罪论处，致人重伤、死亡的，则应按故意伤害罪或故意杀人罪论处。

3. 本罪与抢劫罪的区别。这两罪的主要区别是，本罪的行为人在大庭广众之下耍威风，占便宜，其并不在意财物的价值，也不顾忌被害人、群众知悉或告发；而后罪行为人则以非法占有为目的，劫夺被害人有价值或所有的财物，并且尽量避免被害人辨认或他人知悉。

## 七、组织、领导、参加黑社会性质组织罪（修八）

### （一）组织、领导、参加黑社会性质组织罪的概念

组织、领导、参加黑社会性质组织罪，是指组织、领导或者参加以暴力、威胁或者其他手段，有组织地进行违法犯罪活动，称霸一方，为非作歹，欺压、残害群众，严重破坏经济、社会生活秩序的黑社会性质组织的行为。

### （二）组织、领导、参加黑社会性质组织罪的构成特征

1. 客体是经济、社会生活秩序。



2. 客观方面表现为组织、领导、参加黑社会性质组织的行为。所谓黑社会性质的组织，根据《刑法》第 294 条，应当同时具备以下特征：

(1) 形成较稳定的犯罪组织，人数较多，有明确的组织者、领导者，骨干成员基本固定；

(2) 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；

(3) 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；

(4) 通过实施违法犯罪活动，或者利用国家工作人员的包庇或者纵容，称霸一方，在一定区域或者行业内，形成非法控制或者重大影响，严重破坏经济、社会生活秩序。所谓组织，是指倡导、发起、组建。所谓领导，是指指挥、率领、引导。所谓参加，是指积极参加，即明知是黑社会性质组织，仍然积极加入的行为。

3. 犯罪主体为一般主体，且限于组织、领导和积极参加者。

4. 主观方面表现为故意，即明知是黑社会性质组织而决意组织、领导、积极参与或参加。

### (三) 组织、领导、参加黑社会性质组织罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。如果行为人不明真相、受骗而参加，了解真相后又主动退出的不能以犯罪论处，因为本罪的主体仅限于组织、领导和积极参加者。

2. 划清本罪与一般刑事犯罪集团的界限。黑社会性质组织具有违法犯罪行为多样性、犯罪组织严密、犯罪手段强制性、犯罪活动区域性、社会危害严重性的特点。这些特点是一般犯罪集团所不具备的，若不具备上述特点就不能以本罪认定，而应按一般的犯罪集团处理。

## 八、伪证罪

### (一) 伪证罪的概念

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。

### (二) 伪证罪的构成特征

1. 侵犯客体主要是司法机关的正常活动，同时还危害公民的人身权利及其他合法权益。

2. 客观方面表现为在刑事诉讼中，对与案件有重要关系的情节作虚假的证明、鉴定、记录、翻译。伪证罪的伪证行为具有虚假性、关联性和时间性的基本特征。所谓虚假性，是指行为人必须实施了虚假的证明、鉴定、记录、翻译行为。所谓关联性，是指虚假的证明、鉴定、记录、翻译的内容，必须与与案件有重要关系的情节有联系。这里的与案件有重要关系的情节，是指足以使无罪的人受到刑事处罚或者使轻罪重罚的情节，或者是使犯罪分子逃避刑事处罚或者重罪轻判的情节。所谓时间性，是指伪证的行为必须是发生在刑事诉讼的立案、侦查、起诉、审判的过程中。

3. 犯罪主体是特殊主体，即刑事诉讼中的证人、鉴定人、记录人、翻译人。

4. 主观方面表现为故意，即有意作虚假的证明、鉴定、记录、翻译，并有陷害他人或者隐匿罪证的目的。

### (三) 伪证罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。如果证人记忆错误，鉴定人、记录人、翻译人业务水平不高，或因粗心大意而发生的错误，只要他们在主观上不是出于故意，没有陷害他人或为他人开脱罪责的目的，不能以犯罪论处。

2. 划清本罪与诬告陷害罪的界限。两罪在主观方面、客观方面都有相同之处，其区别主要表现为：

(1) 行为对象不完全相同。本罪的行为对象主要是人犯；而后罪的行为对象是任何公民

(2) 行为方式不同。本罪是对与案件有重要关系的重要情节作伪证；而后罪则是捏造整个犯罪事实。

(3) 犯罪主体不同。本罪是特殊主体，只限于证人、鉴定人、记录人、翻译人；而后罪则是一般主

体。

(4) 行为内容不同。本罪的行为内容包括陷害他人或包庇犯罪；而后罪则只是陷害他人

(5) 行为实施的时间不同。本罪是发生在立案以后的刑事诉讼过程中；而后罪则发生在立案侦查之前。

2013 年第 12 题。甲明知男友乙实施了抢劫商店的行为，但为了掩盖乙的犯罪事实，在法庭审理时，作证说案发时乙在家中。对甲的行为应认定为（ ）。

A. 窝藏罪 B. 包庇罪 C. 伪证罪 D. 徇私枉法罪

【答案 C】本题考查的是如何认定伪证罪与包庇罪。两罪间的最主要区别在于二者发生的场合不同，包庇罪可以在犯罪分子被逮捕、关押前实施，也可以在被逮捕、判刑后实施，而伪证罪只发生在侦查、审判阶段中。本题中甲是在法庭审理中做了假证，因此属于伪证罪。

## 九、窝藏、包庇罪

### （一）窝藏、包庇罪的概念

窝藏、包庇罪，是指明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物，帮助其逃匿或者作假证明包庇的行为。

### （二）窝藏、包庇罪的构成特征

1. 侵犯客体是司法机关追诉、制裁犯罪分子的正常活动。

2. 客观方面表现为窝藏或者包庇犯罪分子的行为。窝藏犯罪分子的行为，有以下三种情况：

(1) 为犯罪分子提供隐藏处所。

(2) 提供财物，资助或协助犯罪人逃匿。

(3) 为犯罪分子提供交通工具，指示行动路线或逃匿方向等。包庇犯罪分子的行为，是指向司法机关作虚假证明，即以非证人的身份向司法机关提供虚假的证明材料为犯罪分子掩盖罪行或减轻罪责。窝藏与包庇的行为只要具备其一，便可以构成本罪。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面表现为故意，即行为人明知是犯罪的人而予以窝藏、包庇。明知的内容仅以对象可能是犯罪的人为限，并不要求确知其犯罪的性质和危害程度。

### （三）窝藏、包庇罪的认定

1. 划清本罪与一般知情不举的行为界限。知情不举是指明知是犯罪分子而不检举告发的行为。由于知情不举者没有实施窝藏、包庇犯罪分子的行为，加之我国刑法未将一般知情不举的行为规定为犯罪，因此，对知情不举的行为，不能认为是犯罪。

2. 划清包庇罪与伪证罪的界限。两者在提供虚假证明这一点相似，两者的主要区别是：

(1) 犯罪主体不同。本罪的主体是一般主体；后者的主体是特殊主体，即只能是刑事诉讼中的证人、鉴定人、记录人和翻译人。

(2) 犯罪的场合不同。本罪可以发生在刑事诉讼之前、之中和之后；而后罪则只能发生在刑事诉讼之中。

(3) 包庇的对象不同。本罪包庇的对象包括已决犯和未决犯；而伪证罪的对象只能是未决犯。

(4) 犯罪目的不同。本罪的目的是使犯罪分子逃避法律制裁；而后罪的目的既包括隐匿罪证，使犯罪分子逃避法律制裁，也包括陷害他人使无罪者受到刑事追究。

3. 划清本罪与事前有通谋的共同犯罪的界限。若行为人事前有事后予以窝藏、包庇的通谋，说明行为人有共同犯罪的故意，行为人在共同犯罪中窝藏或作虚假证明来掩盖罪行的，不能以本罪论处，而应以共同犯罪论处。

2011 年第 18 题。甲因抢劫被公安机关追捕，逃至朋友乙家，对乙说：“公安要抓我，想在你这里躲几天。”乙遂收留甲在家。乙的行为构成（ ）。

- A. 窝藏、包庇罪 B. 包庇罪  
C. 窝藏罪 D. 妨害公务罪

【答案 C】窝藏罪，是指为犯罪的人提供隐藏处所、财物，帮助其逃匿的行为。包庇罪，是指向司法机关提供虚假证明掩护犯罪人，强调向司法机关提供假证明。

2014 年第 19 题。下列行为中，应以窝藏罪定罪处罚的是（ ）。

- A. 甲利用担任司法警察的职务便利，将正在服刑的李某放走  
B. 乙明知赵某的现金为贩毒所得，仍将其兑换成外币汇往境外  
C. 丙明知刘某的 3 辆摩托车是盗窃所得，仍将其藏匿在自家车库中  
D. 丁明知蔡某刚从监狱脱逃出来，仍向他提供 1 万元现金助其逃跑

【答案 D】所谓窝藏罪，是指明知是犯人而为其提供隐藏处所、财物、或帮助其逃匿的行为。A 选项中司法警察甲行为属于私放在押人员罪，而非包庇罪；B 选项中乙将贩毒所得赃款兑换成外币汇往境外属于洗钱罪；C 选项中的丙明知三辆摩托是赃物而予以藏匿属于掩饰隐瞒犯罪所得罪。只有 D 选项中的丁，为刚从监狱中脱逃的蔡某提供资金助其逃匿，构成了窝藏罪。

#### 十、掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪

##### （一）掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的概念

掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪，是指明知是犯罪所得及其产生的收益而予以窝藏、转移、收购、代为销售或以其他方式掩饰、隐瞒的行为。

##### （二）掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的构成特征

1. 侵犯客体是司法机关追究刑事犯罪的正常活动。行为对象是犯罪所得及因犯罪所得产生的收益。

2. 客观方面表现为窝藏、转移、收购、代为销售或以其他方式掩饰、隐瞒的行为。窝藏，是指为犯罪分子提供隐藏犯罪所得及其产生的收益的场所的行为。该场所是隐蔽的或公开的，不影响本罪的成立。转移，是指将他人实施犯罪所得赃物由一个地方搬运到另一个地方。收购，是指有偿取得赃物后，予以出卖的行为。代为销售，是指帮助或者代理犯罪分子销售赃物。掩饰、隐瞒指除上述四种行为以外的其他方法。本罪是选择性罪名，行为人只要实施了其中一种行为，即可构成相应的犯罪，实施了其中几种行为，也不能实行数罪并罚，只能按本罪论处。

3. 犯罪主体是一般主体，单位可以成立本罪。

4. 主观方面表现为故意，即行为人明知是犯罪所得及其产生的收益而予以窝藏、转移、收购、代为销售或以其他方式掩饰、隐瞒。

##### （三）掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。对于一时贪图便宜，对来路不明的物品加以收买的；偶尔窝藏、转移或代为销售少量赃物的，都不宜以犯罪论处。此外，犯罪分子将本人犯罪所得赃物自行窝藏、转移的，属于其原先犯罪行为的附属行为，不单独构成窝藏、销赃罪。

2. 划清本罪与窝藏罪的界限。本罪中的窝赃行为与窝藏罪有些相似，两罪的主要区别是：

(1) 行为对象不同。本罪窝藏的是犯罪所得的赃物；而后者窝藏的则是实施犯罪的人。

(2) 故意的内容不同。本罪故意的内容是为了赃物不被司法机关发觉，从而继续非法占有公私财物；而后者是帮助犯罪分子逃匿，使其逍遥法外。

#### 十一、拒不执行判决、裁定罪

##### （一）拒不执行判决、裁定罪的概念

拒不执行判决、裁定罪，是指对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行、情节严重的行为。



## （二）拒不执行判决、裁定罪的构成特征

1. 侵犯客体是人民法院裁判的权威性。

2. 客观方面表现为对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的行为。“人民法院的判决、裁定”，是指人民法院依法作出的具有执行内容并已发生法律效力、裁定。人民法院为依法执行支付令、生效的调解书、仲裁裁决、公证债权文书等所作的裁定属于该条规定的裁定。所谓有能力执行，是指根据查实的证据，证明负有执行人民法院判决、裁定义务的人有可供执行的财产或者具有履行特定义务的能力。如果行为人确实没有可供执行的财产，或者丧失履行特定义务的能力，不能以犯罪论处。所谓拒不履行，是指行为人采取各种手段拒绝履行人民法院判决、裁定中所确定的义务。

3. 犯罪主体是特殊主体，指负有执行人民法院判决、裁定义务的当事人。**【修九新增】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。**

4. 主观方面表现为故意，即对已生效的判决、裁定，有义务、有能力履行，而拒不履行。

## （三）拒不执行判决、裁定罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。根据《刑法》第 313 条的规定，拒不执行判决、裁定的行为，只有情节严重才能构成犯罪。根据全国人大常委会 2002 年 8 月 29 日通过的立法解释，所谓“有能力执行而拒不执行，情节严重”的情形有 5 种：（1）被执行人隐藏、转移、故意毁损财产，或者无偿转让财产、以明显不合理的低价转让财产，致使判决、裁定无法执行的；

（2）担保人或者被执行人隐藏、转移、故意毁损或者转让已向人民法院提供担保的财产，致使判决、裁定无法执行的；（3）协助执行义务人接到人民法院执行通知书后，拒不协助执行，致使判决、裁定无法执行的；（4）被执行人、担保人、协助执行义务人与国家机关工作人员通谋，利用国家机关工作人员的职权妨害执行，致使判决、裁定无法执行的；（5）其他有能力执行而拒不执行，情节严重的情形。如果拒不执行判决、裁定但情节轻微的，不能以犯罪论处。如果行为人因没有能力执行判决、裁定而未能执行的，也不能以犯罪论处。

2. 划清本罪与故意杀人罪或故意伤害罪的界限。行为人在暴力抗拒执行人民法院判决、裁定中，杀害、重伤执行人员的，应择一重罪处断，即按故意杀人罪或故意伤害罪论处。

## 十二、脱逃罪

### （一）脱逃罪的概念

脱逃罪，是指依法被关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人逃脱司法机关的羁押和监管的行为。

### （二）脱逃罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家监管机关的正常监管秩序。

2. 客观方面表现为从羁押场所脱逃的行为。所谓脱逃，是指行为人逃离司法机关的监管场所，如从监狱、看守所逃跑或在押解途中逃跑。脱逃的方法多种多样，有的乘机秘密逃走，有的公开逃跑；有的使用暴力，有的未使用暴力；有的单独逃走。有的结伙逃走。

3. 犯罪主体是特殊主体，即限于依法被拘留、逮捕、关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人。

4. 主观方面表现为故意，脱逃的目的是为了逃避羁押和刑罚的执行。

### （三）脱逃罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。对错拘、错捕、错判而被关押的无辜者逃离监管场所或者摆脱人身羁押的行为，不能以犯罪论处。对无罪者进行的拘留、逮捕和判刑，是对其人身权利的侵犯，无罪者有权根据《中华人民共和国国家赔偿法》的规定获得国家赔偿。

2. 划清本罪与故意杀人罪、故意伤害罪的界限。行为人使用暴力逃跑，如果其暴力手段造成监管人员死亡或重伤，应按牵连犯的处理原则，择一重罪处断，即以故意杀人罪或者故意伤害罪论处。

2011 年第 43 题。下列人员中，可以成为逃脱罪主体的有（ ）。

- A. 依法被判处管制的罪犯
- B. 依法被关押的罪犯
- C. 依法被关押的被告人
- D. 依法被关押的犯罪嫌疑人

【答案 BCD】脱逃罪是指依法被关押的罪犯、被告人、犯罪嫌疑人逃脱司法机关羁押和监管的行为。这里主要强调脱逃罪的主体必须是被“依法关押的”，判处管制的犯罪份子并没有被司法机关予以关押，故不能成为脱逃罪的主体，答案选 BCD。同时还应注意对确属错拘、错捕、错判而逃离羁押场所的，不能认定为脱逃罪。

### 十三、医疗事故罪

#### （一）医疗事故罪的概念

医疗事故罪，是指医务人员由于严重不负责任，造成就诊人死亡或者严重损害就诊人身体健康的行为。

#### （二）医疗事故罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家对医疗工作的管理秩序和就诊人的生命、健康权利和医疗单位的正常活动。

2. 客观方面表现为对医疗护理工作严重不负责任，致使就诊人死亡或健康受到严重损害的行为。

具体表现为：首先，在医疗护理工作中严重不负责任，即在医疗、护理工作中违反规章制度和诊疗、护理常规。其次，致使就诊人死亡或健康受到严重损害。所谓“致使就诊人健康受到严重损害”，是指造成就诊人残疾、组织器官损伤、丧失劳动能力等严重后果。再次，行为人严重不负责任与致使就诊人死亡或健康受到严重损害之间存在着因果关系，否则不认为是犯罪。

3. 犯罪主体是特殊主体，主要是医务人员，包括医疗防疫人员、药剂人员、护理人员、其他专业技术人员。

4. 主观方面表现为过失，即行为人对造成就诊人死亡或严重损害就诊人身体健康的后果存在疏忽大意的过失或过于自信的过失。至于是否有意违反规章制度，不影响本罪的构成。

#### （三）医疗事故罪的认定

1. 划清本罪与非罪的界限。对于医疗过程中发生差错，若损害结果轻微，不能以犯罪论处。在医疗、护理过程中，由于就诊人病情或特殊体质而发生了医务人员难以防范和预料的后果的，应视为意外事故，不能以犯罪论处。对于医务人员因医疗技术水平不高、缺乏经验等造成的事故，由于并非是医务人员的责任心不强、违反规章制度造成的，也不构成犯罪。

2. 划清本罪与非法进行节育手术罪的界限。关键是看行为人是否具有医生的执业资格。有医生执业资格，因严重不负责任致人重伤、死亡的，构成本罪。

### 十四、非法行医罪

#### （一）非法行医罪的概念

非法行医罪，是指未取得行医资格的人非法行医，情节严重的行为。

#### （二）非法行医罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家对医疗工作的管理秩序和就诊人的生命安全和健康权利。

2. 客观方面表现为非法行医，情节严重的行为，即无医生执业资格从事营利性的诊治活动，如冒充医生在医疗单位从业、挂牌行医、在药店坐堂看病等。

3. 犯罪主体为未取得医生执业资格的自然人。

4. 主观方面为直接故意，即行为人明知无医生执业资格，为了牟利而非法行医。其对非法行医造成的危害结果则是出于过失或间接故意。

### （三）非法行医罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。根据刑法规定，非法行医必须情节严重的才构成犯罪。所谓“情节严重”，是指多次被取缔后仍非法行医的；因非法行医造成就诊人身体健康受损害的；非法行医获利巨大的；从事危险性较大的诊疗活动的；等等。非法行医情节轻微的，不能构成犯罪。

2. 划清本罪与医疗事故罪的界限。两罪的区别是：（1）主体不同。本罪行为人无医生执业资格，而后罪行为人具有医生执业资格。（2）主观方面不同。本罪是故意，后罪是过失。

（3）客观方面不同。本罪限于非法的诊治活动，后罪是从事合法的诊疗、护理活动。

## 十五、污染环境罪（修八）

### （一）污染环境罪的概念

污染环境罪，是指违反国家规定，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、有毒物质或者其他危险废物，严重污染环境的行为。

### （二）污染环境罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家环境保护和污染防治制度。本罪的行为对象是危险废物，即列入国家危险废物名录，或者根据国家规定的危险废物标准，认定为具有爆炸性、自燃性、易燃性、毒性、腐蚀性、传染性等危险特性之一的固体废物、液态废物和置于容器内的废气。

2. 客观方面表现为违反国家规定，实施了环境污染行为。违反国家规定，是指违反国家有关保护环境、防治污染的法律、法规。违反国家规定是构成本罪的前提条件。实施了环境污染行为，是指违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物的行为。所谓严重污染环境，指对人类身心健康、生存环境及生态环境造成严重损坏等情形。

3. 犯罪主体既包括自然人，也包括单位。

4. 主观方面表现为过失，既包括过于自信的过失，也包括疏忽大意的过失。

### （三）污染环境罪的认定

划清本罪与危险物品肇事罪的界限。两罪的主要区别是：

（1）行为对象不同。本罪的行为对象是危险废物；而后者是危险品。

（2）发生的场合不同。本罪是在排放、处理废物过程中发生的；后者是在危险品的生产、使用、运输管理过程中发生的。

（3）侵犯的客体不同。本罪侵犯的是国家环境保护和环境污染防治的管理制度；而后者侵犯的是社会公共安全。

2015 年第 10 题。甲公司将 3000 公斤生产废料直接倒入河中，该废料遇水反应生成毒气，毒气随风飘至附近数个村庄，致上百村民呼吸系统受损，并造成直接经济损失 100 多万元。甲公司的行为构成（ ）

- A. 污染环境罪      B. 重大责任事故罪  
C. 投放危险物质罪      D. 以危险方法危害公共安全罪

【答案 A】所谓污染环境罪是指违反国家规定，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，严重污染环境的行为。甲公司明知将生产废料直接倒入河中会因此产生毒气，污染环境，而放任该结果的发生，显然属于违反国家规定，排放和倾倒有毒物质行为。产生的毒气造成上百村民呼吸系统受损，并造成直接经济损失 100 多万元，显然甲公司的行为严重污染了环境。因此甲公司的行为构成污染环境罪。

## 十六、走私、贩卖、运输、制造毒品罪

### （一）走私、贩卖、运输、制造毒品罪的概念



走私、贩卖、运输、制造毒品罪，是指明知是毒品而故意实施走私、贩卖、运输、制造的行为。

## （二）走私、贩卖、运输、制造毒品罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家对毒品的管理制度和公民的身心健康。行为对象是毒品。

2. 客观方面表现为走私、贩卖、运输、制造毒品的行为。走私毒品，是指违反海关法规而将毒品运输、携带、邮寄进出国（边）境或者直接向走私人非法收购走私进出口的毒品的行为。在内海、领海运输、收购、贩卖毒品的，以走私毒品罪论处。贩卖毒品，是指明知是毒品而非法销售，或者以贩卖为目的而非法收买毒品的行为。对于居间介绍买卖毒品的，无论是否获利，均以贩卖毒品罪的共犯论处。运输毒品，是指明知是毒品而采用携带、邮寄、利用他人或者使用交通工具等方法非法运送的行为。制造毒品，是指非法用毒品原植物直接提炼或用化学方法加工、配制毒品的行为。本罪是选择性罪名，凡实施了上述行为之一的，即以该行为确定罪名；如实施两种以上的行为，即以数行为确立一个罪名，如贩卖、运输毒品罪，不实行数罪并罚。

3. 犯罪主体是一般主体，自然人和单位均可构成。已满 14 周岁的人对贩卖毒品罪负刑事责任。

4. 主观方面表现为故意，即行为人明知是毒品而故意走私、制造、贩卖、运输。如果不是明知，而是被别人利用或受蒙蔽而实施上述行为的，不构成犯罪。

## （三）走私、贩卖、运输、制造毒品罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。行为人只要实施了走私、贩卖、运输、制造毒品的行为，不论毒品的数量多少，一律构成犯罪。但是，如果确属情节显著轻微，危害不大的，依照《刑法》第 13 条但书的规定，不以犯罪论处。根据《刑法》第 347 条第 7 款规定，对多次走私、贩卖、制造、运输毒品，未经处理的，毒品数量累计计算。第 357 条第 2 款规定，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。

2. 划清本罪与诈骗罪的界限。对于将假毒品冒充真毒品，诱骗他人上当而购买的，其行为符合诈骗罪的构成，应以诈骗罪论处。对于不知是假毒品，而误认为真毒品进行走私、贩卖、运输、制造的，属于对象认识错误，不影响本罪的成立，但应以未遂处理。如果行为人在非毒品中掺入毒品贩卖，只要贩卖物中含有毒品，均应按贩卖毒品罪论处。

## 十七、非法持有毒品罪

### （一）非法持有毒品罪的概念

非法持有毒品罪，是指违反国家毒品管理法规，非法持有毒品且数量较大的行为。

### （二）非法持有毒品罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家对毒品的管理制度和公民的身心健康。行为对象是毒品。

2. 客观方面表现为非法持有毒品数量较大的行为。非法，是指违反我国《麻醉药品管理办法》、《精神药品管理办法》中有关规定。持有，是指占有、携带、藏有或者以其他方式持有毒品的行为。至于所持有毒品的来源是购买、受赠或者祖传，不影响本罪的成立。所谓数量较大，是指非法持有鸦片 200 克以上，海洛因或者甲基苯丙胺 10 克以上或其他毒品数量较大的。对毒品的数量以查证属实的数量计算。不以纯度折算。

3. 犯罪主体为自然人一般主体。

4. 主观方面表现为故意，即行为人明知是毒品而非法持有。过失不构成本罪。

### （三）非法持有毒品罪的认定

划清本罪与走私、贩卖、运输、制造毒品罪的界限。如果有证据证明非法持有毒品是为了进行走私、制造、贩卖、运输毒品犯罪的，应以走私、贩卖、运输、制造毒品罪论处；根据查获的证据，不能认定非法持有较大数量毒品是为了走私、贩卖、运输、制造、窝藏毒品犯罪的，构成本罪。

## 十八、组织卖淫罪

（一）组织卖淫罪的概念

组织卖淫罪，是指以招募、雇佣、纠集、强迫、引诱、容留等手段，控制多人从事卖淫的行为。

（二）组织卖淫罪的构成特征

1. 侵犯客体是社会道德风尚和社会治安管理秩序。

2. 客观方面表现为组织多人卖淫的行为。组织多人卖淫，是指以招募、雇佣、引诱、容留等手段，控制 3 人或 3 人以上女人或男人从事卖淫活动。通常表现为两种形式：(1) 没有固定的卖淫场所，行为人通过掌握控制的卖淫人员，有组织地进行卖淫。(2) 设置卖淫场所或变相的卖淫场所，控制一些卖淫人员在该场所内卖淫。

3. 犯罪主体只能是卖淫活动的组织者，可以是一人，也可以是数人。

4. 主观方面是故意，一般是以营利为目的，也可以是出于其他目的。

（三）组织卖淫罪的认定

正确认定一罪与数罪问题。在组织他人卖淫的犯罪活动中，对被组织卖淫的人有强迫、引诱、容留、介绍卖淫行为，不实行数罪并罚，因为这些行为是组织他人卖淫的手段和行为的组成部分，不能独立成罪。但是，如果对被组织者以外的其他人实施上述行为的，则应分别定罪。实行数罪并罚。

九、强迫卖淫罪

（一）强迫卖淫罪的概念

强迫卖淫罪，是指以暴力、胁迫或者其他强制手段，迫使他人卖淫的行为。

（二）强迫卖淫罪的构成特征

1. 侵犯客体是他人的人身权利和社会道德风尚及社会治安管理秩序。

2. 客观方面表现为强迫他人卖淫的行为。“强迫卖淫”，指违背他人意志，采用强制手段，迫使受害者卖淫。强制手段有：对他人的人身采用暴力对他人采用暴力威胁、精神胁迫；除暴力和胁迫以外的其他强制被害人的方法。“他人”即强迫卖淫的对象，包括妇女、幼女、男子。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面是故意。

（三）强迫卖淫罪的认定

划清本罪与组织卖淫罪的界限。二罪的区别表现在三个方面：一是侵犯的客体不同。组织卖淫罪侵犯的是社会道德风尚及社会治安管理秩序；而本罪除侵犯社会道德风尚及社会治安管理秩序外，还包括他人的人身权利。二是实施行为的内容不同。组织卖淫的行为，是指以招募、雇佣、引诱、容留的手段，控制多人从事卖淫活动，不违背受害人意志；而本罪是采用强迫手段，‘违背卖淫者的意志。三是故意的内容不同。组织卖淫罪的行为人主观上具有组织多人的故意；而本罪的行为人在主观上则具有强迫的故意。

二十、嫖宿幼女罪（修九已删除）

（一）嫖宿幼女罪的概念

嫖宿幼女罪，是指嫖宿不满 14 周岁幼女的行为。

（二）嫖宿幼女罪的构成特征

1. 侵犯客体是幼女的身心健康和社会道德风尚及社会治安管理秩序。

2. 客观方面表现为嫖宿幼女的行为。“嫖宿幼女”，是指以金钱或者其他物质利益为代价与幼女性交或进行其他淫乱活动。本罪的对象是不满 14 周岁的幼女。

3. 犯罪主体是一般主体。

4. 主观方面是故意。故意内容含知道或可能知道嫖宿的对象是不满 14 周岁的幼女。

（三）嫖宿幼女罪的认定

划清本罪与强奸罪中奸淫幼女的界限。二者的主要区别：一是行为表现的不同。本罪采用金钱等物质利益与幼女进行性交等淫乱活动，幼女主动自愿卖淫；而奸淫幼女的强奸罪则是采用对幼女威逼、利诱等手段奸淫幼女、损害其身心健康的行为。二是侵犯客体不同。本罪侵犯复杂客体，即幼女的身心健康和社会道德风尚及社会治安管理秩序；而奸淫幼女的强奸罪侵犯的是单一客体，即幼女的身心健康。

## 二十一、制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪

### （一）制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪的概念

制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪，是指以牟利为目的，制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的行为。

### （二）制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家对文化娱乐制品的管理制度和良好的社会风尚。所谓淫秽物品，根据《刑法》第 367 条之规定，是指具体描绘性行为或者露骨宣扬色情的诲淫性的书刊、影片、录像带、录音带、图片及其他淫秽物。

2. 客观方面表现为制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的行为。本罪属选择性罪名。制作、复制、出版、贩卖、传播分属五种行为，行为人只要实施其中一种行为即成立本罪（以该行为确定罪名，如贩卖淫秽物品罪）。行为人实施其中二种以上行为的，应将所实施的行为并列为一个罪名（如制作、贩卖淫秽物品罪），不实行数罪并罚。根据 2000 年 12 月 28 日全国人大常委会通过的《关于维护互联网安全的决定》。第 3 条第 5 项，在互联网上建立淫秽网站、网页，提供淫秽站点链接服务，或者传播淫秽书刊、影片、音像、图片的，亦属本法条规定之行为。

3. 犯罪主体是个人和单位。

4. 主观方面是故意，且必须具有牟利的目的。

### （三）制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪的认定

注意划清本罪与非罪行为的界限。主要涉及如下三点：

（1）正确鉴定淫秽物品。有关人体生理、医学知识的科学著作不是淫秽物品。包含有色情内容的有艺术价值的文学、艺术作品不视为淫秽物品。

（2）情节显著轻微、危害不大的制作、复制等行为，不以犯罪论处，判断根据见 1998 年 12 月 23 日起施行的最高人民法院《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 8 条规定的数量或数额标准。

（3）主观上是否明知并是否具有牟利目的也是区分罪与非罪的根据。

## 二十二、传播淫秽物品罪

### （一）传播淫秽物品罪的概念

传播淫秽物品罪，是指不以牟利为目的，传播淫秽的书刊、影片、音像、图片或其他淫秽物品，情节严重的行为。

### （二）传播淫秽物品罪的构成特征

1. 侵犯客体是社会治安管理秩序和良好的社会风尚。

2. 客观方面表现为出借、播放、展示、赠送、散发、交换、讲解等传播行为。传播包含公开或秘密在公众中或公开场所实施的行为。根据 2000 年 12 月 28 日全国人大常委会通过的《关于维护互联网安全的决定》第 3 条第 5 项，在互联网上传播淫秽书刊、影片、音像、图片的，亦属本法条规定之行为。

3. 犯罪主体是个人和单位。

4. 主观方面是故意，但不具有牟利的目的。



（三）传播淫秽物品罪的认定。

1. 划清传播淫秽物品罪与非罪行为的界限。发生在亲友、家庭成员之间或其他小范围、观看人数少的场合传看、传抄淫秽物品的现象，应不属于情节严重的行为，不构成本罪。“情节严重”的构成犯罪，其判断依据是 1998 年 12 月 23 日起施行的最高人民法院《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 10 条规定的向他人传播淫秽物品达 300 至 600 人次以上或者造成恶劣社会影响的情形。

2. 划清本罪与以牟利为目的实施的传播淫秽物品罪的界限。二者区别主要是看有无牟利目的，另外从法律规定看“情节严重”是本罪成立的必备要素，以牟利为目的传播淫秽物品罪在法条里未作此规定。

二十三、赌博罪（2012 新增）

（一）赌博罪的概念

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。

（二）赌博罪的构成特点

1. 侵犯的客体是社会管理秩序和社会风尚

2. 客观方面表现在聚众赌博或者以赌博为业的行为。根据司法解释，“聚众赌博”指：一是组织 3 人以上赌博且符合下面三种情形之一的：

（1）抽头渔利数额累计达到 5000 元以上的；

（2）赌资数额累计达到 5 万元以上的；

（3）参赌人数累计达到 20 人以上的。二是组织我国公民 10 人以上赴境外赌博，从中收取回扣、介绍费的。“以赌博为业”，指以赌博为常业，即以赌博所得为生活或者挥霍的主要来源的行为。行为人为实施上述两种行为之一的，即可构成本罪。

3. 赌博罪为一般主体。根据司法解释，我国公民在我国领域外周边地区聚众赌博、开设赌场，以吸引我国公民为主要客源的亦可构成赌博罪；明知他人实施赌博犯罪活动，而为其提供资金、计算机网络、通讯、费用结算等直接帮助的，以赌博罪的共犯论处。不以营利为目的，进行带有少量财物输赢的娱乐活动，以及提供棋牌室等娱乐场所只收取正常的场所和服务费用的经营行为等，不以赌博论处。

4. 主观方面表现为故意并且以营利为目的。

（三）赌博罪的认定

1. 划清罪与非罪行为的界限。行为人主观上是否以营利为目的的是划分本罪与群众纯娱乐性活动的关键。

2. 划清本罪与相关犯罪的界限。

一是未经国家批准擅自发行、销售彩票，构成犯罪的，以非法经营罪定罪处罚，而不以赌博罪论处；

二是通过赌博或者国家工作人员赌博提供资金的形式实施行贿、受贿行为，构成犯罪的，以行贿罪或受贿罪处罚，而不以赌博罪论处；

三是对于设置欺骗性质的赌局，直接通过控制输赢结果来骗取数额较大的钱财的行为，应定诈骗罪，而不以赌博罪论处。

（四）赌博罪的法定刑

以营利为目的，聚众赌博或者以赌博为业，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。犯赌博罪有下列三种情形之一的，从重处罚：

一是具有国家工作人员身份的

；二是组织国家工作人员赴境外赌博的；

三是组织未成年人参与赌博，或者开设赌场吸引未成年人参与赌博的。

#### 三十四、传播性病罪（2012 新增）

##### （一）传播性病罪的概念

传播性病罪，是指明知自己身患梅毒、淋病等严重性病，而进行卖淫或者嫖娼活动的行为。

##### （二）传播性病罪的概念特征

1. 侵犯客体是复杂客体，即破坏了社会治安管理秩序和危害了他人的身体健康。
2. 客观方面表现为行为人在患有严重性病的情况下实施卖淫嫖娼的行为。
3. 犯罪主体为特殊主体，即已满 16 周岁，具有刑事责任能力，且患有梅毒、淋病等严重性病的人。包括中国公民和外国公民。
4. 主观方面表现为故意，即明知自己患有严重性病而仍然进行卖淫或嫖娼的。

##### （三）传播性病罪的认定

在认定本罪时，重点要了解本罪的构成要件，特别要注意，所谓明知是指已经知道或者应当知道。另外，行为人必须身患梅毒、淋病等严重性病，才具备本罪主体的条件。还要注意，如果行为人以加害他人、报复社会为目的而实施卖淫或者嫖娼活动的，不能一概以本罪定罪处罚。

#### 第十九章贪污贿赂罪

##### 第一节贪污贿赂罪概述

###### 一、贪污贿赂罪的概念

贪污贿赂罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，非法占有、使用公共财物，索取、收受贿赂或者取得其他非法利益，破坏职务的廉洁性的行为。贪污贿赂罪，是以贪污罪、受贿罪为中心构成的一类犯罪，此外还有相关的行贿、介绍贿赂等犯罪。

###### 二、贪污贿赂罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家工作人员公务行为的廉洁性，多数犯罪同时也侵犯了公共财产或国有资产的所有权。少数犯罪还侵犯了公民私人财产以及其他单位的财产所有权。本类犯罪的本质就在于以公权牟取私利，具有渎职性与贪利性犯罪的双重特点。
2. 客观方面表现为贪污、挪用公款、受贿、行贿、介绍贿赂、巨额财产来源不明、隐瞒境外存款不报、私分国有财产等行为。
3. 犯罪主体多属特殊主体，即国家工作人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体；少数犯罪如行贿罪、介绍贿赂罪等，由一般主体构成。
4. 主观方面表现为故意，过失不构成本类犯罪。

##### 第二节本章要求掌握的犯罪

###### 一、贪污罪

###### （一）贪污罪的概念

贪污罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者其他手段非法占有公共财物的行为。

###### （二）贪污罪的构成特征

1. 侵犯客体是复杂客体，即国家工作人员职务行为的廉洁性和公共财产的所有权。依照《刑法》第 91 条的规定，下列财产属于公共财产：

- (1) 国有财产；
- (2) 劳动群众集体所有的财产；

(3) 用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产。在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产，以公共财产论。

2. 客观方面表现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的行为。《刑法》第 394 条规定，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，以贪污罪定罪处罚。这是国家工作人员利用职务之便，侵吞公共财物的一种特殊形式，应当以贪污罪论处。个人贪污数额 5000 元以上的，即构成犯罪。个人贪污数额不满 5000 元，情节较重的，应以犯罪论处；情节较轻的，不以犯罪论处，由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。对多次贪污未经处理的，按照累计贪污数额处罚。多次贪污未经处理，是指贪污行为未被发现或者虽经发现，但未给予刑事处罚或任何行政纪律处分。累计贪污数额时，应依刑法有关追诉时效的规定执行，在追诉时效期限内的贪污数额应累计计算。

3. 犯罪主体是特殊主体，即国家工作人员以及受委托管理、经营国有财产的人员。依据《刑法》第 93 条的规定，国家工作人员是指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。依据《刑法》第 382 条的规定，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，视为其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论，可以成为本罪的主体。国家工作人员以外的其他人与上述国家工作人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处。

4. 主观方面表现为故意，并且具有非法占有公共财物的目的。

### (三) 贪污罪的认定

1. 划清贪污罪与非罪的界限。依据贪污罪的构成特征，贪污数额较大或情节较重是区分贪污罪与非罪的界限。

2. 划清贪污罪与盗窃罪、诈骗罪、侵占罪的界限。这四种犯罪都是以非法占有财产为目的的犯罪，行为形态也有相同之处。它们的主要区别是：

(1) 犯罪客观方面有所不同。贪污罪中窃取、骗取公共财物的行为是利用职务上的便利实施的；盗窃罪、诈骗罪、侵占罪则没有这一条件。例如，某国有独资公司的业务人员，利用其在流水线上可以流动查看生产状况的条件，假装去卫生间，盗窃车间里的产品藏匿在卫生间内，等到下班时再从卫生间中偷偷地取走，将价值 5 万余元的产品据为己有。本案中，行为人的犯罪手段是盗窃，但是行为人的主体身份是国家工作人员，利用其职务上的便利，盗窃国家财产，构成贪污罪，而不是盗窃罪。

(2) 犯罪客体与对象有所不同。贪污罪的客体是公共财产的所有权和职务行为廉洁性，行为对象仅限于公共财物；盗窃罪、诈骗罪、侵占罪的客体是公私财产，行为对象是公私财物。

(3) 犯罪主体不同。贪污罪是特殊主体，即国家工作人员；盗窃罪、诈骗罪、侵占罪是一般主体，即自然人。

3. 划清贪污罪与职务侵占罪的界限。贪污罪与职务侵占罪主观上都是以非法占有为目的，客观行为也有相似之处。它们的主要区别是：

(1) 犯罪客体不同。贪污罪的客体是职务行为廉洁性和公共财产所有权；职务侵占罪的客体是职务行为廉洁性和本单位财产的所有权。

(2) 犯罪主体不同。贪污罪的主体是特殊主体，即国家工作人员；职务侵占罪的主体是特殊主体，即公司、企业或者其他单位的人员，但不包括国有公司、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。

2010 年第 16 题. 甲与国有公司仓库保管员合谋后，由甲在乙值班时将库存物资运出。销赃所得 3 万元由二人平分。在本案中（ ）。

- A. 甲乙都构成贪污罪
- B. 甲乙都构成盗窃罪
- C. 甲构成盗窃罪，乙构成贪污罪



D. 甲构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪，乙构成盗窃罪

【答案 A】贪污罪是指国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者其他手段，非法占有公共财物的行为。根据题中描述，乙构成贪污罪；非国家工作人员与国家工作人员和受委托管理、经营国有财产的人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处。故甲也构成贪污罪。

## 二、挪用公款罪

### （一）挪用公款罪的概念

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 3 个月未还的行为。

### （二）挪用公款罪的构成特征

1. 侵犯客体是复杂客体，即国家工作人员职务行为的廉洁性、国家财经管理制度以及公款使用收益权。

2. 客观方面表现为利用职务之便挪用公款归个人使用，进行非法活动，或者挪用公款数额较大、进行营利活动，或者挪用公款数额较大、超过 3 个月未还的行为。挪用公款归个人使用，根据全国人大常委会 2002 年 4 月 28 日的立法解释，是指“有下列情形之一的，属于挪用公款‘归个人使用’：

（一）将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的；

（二）以个人名义将公款供其他单位使用的；

（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”。可以构成犯罪的挪用公款行为，

有以下三种不同情况：

（1）挪用公款归个人使用，进行走私、嫖娼、赌博、非法经营等违法犯罪活动的，以犯罪论。在实践中，这种挪用公款构成犯罪的行为，以 5000 至 1 万元为追究刑事责任的数额起点，不受挪用时间的限制。当然，如果挪用公款数额不大、时间很短，情节显著轻微危害不大的，不应作为犯罪处理。挪用公款者不知使用人利用公款进行非法活动的，应分别情况，按不同情形进行处理。

（2）挪用公款数额较大，归个人进行营利活动的，以犯罪论。进行营利活动，通常是指进行经商、办企业等经营性活动，至于经营性活动是否获利，不影响本罪的成立。挪用公款为个人进行营利活动做准备，如用作私有公司、企业的资信证明，以取得工商登记等，属于挪用公款用于营利活动。这种挪用公款行为构成犯罪，不受挪用时间限制，但受挪用数额的限制。在刑事审判实践中，挪用公款 1 万元至 3 万元，一般视为数额较大的起点。行为人在案发前已部分或者全部归还本息的，可以分别情节，从轻或者减轻处罚，情节较轻的，可以免除处罚。

（3）挪用公款归个人使用，数额较大，超过 3 个月未还的，以犯罪论。这里的未还，是指案发前即被司法机关、主管部门或者有关单位发现前未还。如果挪用公款数额较大，超过 3 个月，但在案发前已经全部归还本息的，可酌情从轻处罚。由主管部门按政纪处理。挪用公款 5 万元以上，超过 3 个月未还。虽在案发前已全部归还本息，只要属于依法应予追诉的，仍应按挪用公款罪追究刑事责任，可以视不同情况，从轻或者减轻处罚。在计算挪用公款的数额时，挪用公款（包括银行库存款）后至案发前，被挪用公款所生利息，不作为挪用公款的数额计算，但应作为行为人的非法所得，连同其挪用的公款一并依法追缴，因为该利息是挪用公款行为给被害单位造成的实际损失的一部分。

3. 犯罪主体是特殊主体，即国家工作人员。

4. 主观方面表现为故意，并以归个人使用为目的。为本人和其他人谋取利益，不论是否已实际谋取到，都属于为私利。挪用人违反财经管理制度，未经合法审批手续，将公款擅自借给其他单位使用，应认定为“以个人名义”。

### （三）挪用公款罪的认定

1. 划清挪用公款罪与挪用特定款物罪的界限。两者的主要区别是：

(1) 主体不同。挪用公款罪的主体是国家工作人员；挪用特定款物罪的主体是经手、经办、管理特定款物的人员，而不一定是国家工作人员。

(2) 客体不同。挪用公款罪的客体是国家工作人员职务行为的廉洁性、国家财经管理制度以及公款使用权；挪用特定款物罪的客体是国家对特定款物专款专用的财经管理制度以及国家和人民群众的利益。

(3) 主观方面不同。二者都是故意，但挪用公款罪以挪用公款归个人使用为目的，即挪作私用；挪用特定款物罪的目的则是为了其他公用，即挪作他用。如果行为人挪用特定款物归个人使用，应以挪用公款罪从重处罚。这是二者最重要的区别之一。

(4) 行为对象不同。挪用公款罪的行为对象是公款，包括特定款物在内。挪用特定款物罪的行为对象仅限于特定款物，即救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物。这是二者的另一个重要区别。(5) 客观方面成立犯罪的条件有所不同。挪用公款罪将挪用公款行为分为三种情况，并分别规定了不同的构成犯罪的客观要件；而挪用特定款物罪则在客上要求致使国家和人民群众利益遭受重大损害的结果发生，否则不构成犯罪。

2. 划清挪用公款罪与挪用资金罪的界限。两者的主要区别是：

(1) 主体不同。挪用资金罪的主体是特殊主体，即公司、企业或者其他单位的工作人员；挪用公款罪的主体也是特殊主体，但属于国家工作人员。

(2) 客体不同。挪用公款罪的对象是公款，客体是公共财产，具体表现为公款的使用权；挪用资金罪的客体是公司、企业或者其他单位资金的使用权，行为对象是本单位的资金。二者的客体都侵犯了职务行为的廉洁性，但挪用公款罪侵犯的是国家工作人员职务行为廉洁性，而挪用资金罪侵犯的是普通受雇用人员即非国家工作人员职务行为廉洁性。

3. 划清挪用公款罪与贪污罪的界限。二者的主要区别是：

(1) 犯罪目的不同。挪用公款罪以非法占用为目的，即暂时地挪用公款归个人使用；贪污罪以非法占有为目的，即意图永远地非法占有公共财物。行为人挪用公款后，犯罪目的由非法占用转化为非法占有的，如挪用公款后，携带公款潜逃的；挥霍公款，致使公款不能退还的；使用公款进行违法犯罪活动，致使公款不能退还的；等等，应以贪污罪论处。

(2) 行为对象不同。挪用公款罪的对象仅限于公款；贪污罪的对象是公共财物。既包括公款，也包括公物。

(3) 客体不同。挪用公款罪侵犯的是公款使用权；贪污罪侵犯的是公共财物所有权。

(4) 客观方面行为手段不同。挪用公款罪的行为手段是擅自私用公款，实际案件中行为人一般没有涂改、销毁、伪造账簿的非法行为；贪污罪的行为手段是侵吞、窃取、骗取等非法手段，实际案件中行为人往往有涂改、销毁、伪造账簿的非法行为。

(5) 主体范围不完全相同。挪用公款罪只限于国家工作人员；贪污罪除国家工作人员外，还包括受国家机关、国有公司、企事业单位、人民团体、委托管理、经营国有财产的人员。

2010 年第 21 题. 国家工作人员利用职务上的便利实施下列行为，构成挪用公款罪的有（ ）。

- A. 甲将优抚资金 10 万元借给朋友购买股票，2 个月内归还
- B. 乙将价值 10 万元的防汛物资借给朋友建造住宅，半年后归还
- C. 丙将教育专项资金 100 万元用作自己开办公司注册资本，1 个月内归还
- D. 丁将救济款项 50 万元用于本单位购买高级轿车

【答案 ABC】挪用公款罪，是指国家工作人员利用职务的便利，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 3 个月未还的行为。挪用公款罪虽然也包括了挪用特定款物的行为，但其与挪用特定款物罪的区别在于与挪用

公款罪是将公款挪为私用，而挪用特定款物罪是将特定款物挪作其他公用。

2012 年第 8 题. 某村委会主任甲利用职务便利，将国家下拨的扶贫款 20 万元用于炒股，后因亏损而无法归还。甲的行为构成（ ）。

A. 贪污罪 B. 挪用公款罪 C. 挪用资金罪 D. 职务侵占罪

【答案 B】根据司法解释规定，村委会主任在管理经手国家的扶贫款项时，其身份以国家工作人员论处。再根据《刑法》第 384 条规定，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 3 个月未还的，是挪用公款罪。本题中甲将国家的扶贫款归其个人使用，并且长期不归还且在客观上无法归还，构成了挪用公款罪。

2013 年第 45 题. 下列选项中，属于挪用公款“归个人使用”的有（ ）。

A. 甲个人决定以单位名义将公款供一有限责任公司使用，自己未从中获利  
B. 乙以单位名义将公款供某街道办企业使用，自己从中收取利息  
C. 丙以个人名义将公款供某国有企业使用，自己未从中获利  
D. 丁将公款借给朋友，供该朋友的孩子出国留学

【答案 BCD】根据相关司法解释，所谓挪用公款归个人使用是指：1. 将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的；2. 以个人名义将公款供其他单位使用的；3. 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。

### 三、受贿罪

#### （一）受贿罪的概念

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，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。

#### （二）受贿罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家工作人员职务行为廉洁性。受贿罪的实质在于以公权交换私利。

2. 客观方面表现为利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。这里的财物应当作适当的扩大解释，不仅指有形的可以用金钱计量的钱物。也包括无形的可以用金钱计量的物质性利益，如债权的设立、债务的免除以及其他形式的物质性利益，但不包括诸如提升职务、迁移户口、升学就业、提供女色等非物质性不正当利益。本罪客观方面的受贿行为包括两种不同的基本形式：

（1）利用职务之便，索取他人财物。国家工作人员利用职务上的便利，以明示或者暗示的方式主动向他人索要财物的行为，就属于这种形式，即通常所说的索贿。索贿不是一个独立的罪名，但由于它所具有的主动性和勒索性，因而比一般收受贿赂的行为具有更为严重的社会危害性。所以，索贿构成犯罪的，并不以为他人谋取利益为必要条件，即无论索贿者是否意图为他人谋取利益或者实际上为他人谋取了利益，只要利用职务之便向他人索贿的，就应当以受贿罪论处。

（2）利用职务之便，非法收受他人财物，为他人谋取利益。非法收受他人财物，是指在行贿人主动行贿的情况下，行为人非法地收受他人财物的情况。在索贿的情况下，行贿人交付贿赂是被动的，是被索要的结果。在非法收受贿赂的情况下，行贿人交付贿赂是自愿的、主动的，受贿人有被行贿人收买的特点。因此，利用职务之便非法收受他人财物，要有为他人谋取利益的要件，才构成受贿罪。所谓为他人谋取利益，是指行为人意图为他人谋取利益，或者承诺为他人谋取利益，或者实际上已经为他人谋取了利益。至于行为人是为他人谋取正当利益还是不正当利益，是合法利益还是非法利益，不影响本罪的成立。此外，根据《刑法》第 385 条 2 款和第 388 条的规定，国家工作人员在经济往来



中私自收受回扣、手续费归个人所有以及斡旋受贿(指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,利益,索取或者收受请托人财物的行为),也是受贿罪。受贿行为与贪污行为一样,是一种严重侵害国家工作人员职务廉洁性并妨害国家机关、国有单位正常活动的犯罪行为。个人受贿数额在 5000 元以上的,一律以受贿罪论处。个人受贿数额不满 5000 元,情节严重的,应以犯罪论处;情节较轻的,不以犯罪论,由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。

3. 犯罪主体是特殊主体,即国家工作人员。

4. 主观方面表现为故意。

### (三)受贿罪的认定

1. 划清受贿行为与接受馈赠的界限。两者性质不同,其主要区别是:受贿是谋私利的犯罪行为;馈赠是亲友或一般同志之间联络情谊的表现,是无条件的赠与,是合法的民事行为。受贿是利用职务上的便利进行,客观上往往采取隐蔽的、不正常的方式进行;馈赠是正常的礼尚往来行为,没有利用职务之便的情况,而且都是以公开的、正常的方式进行。但如果借接受馈赠之名,行受贿之实,则应以受贿罪追究责任。

2. 划清受贿与获取合理报酬的界限。国家工作人员在法律、政策和行政纪律允许的范围内,或者利用业余时间;休假时间,用自己的劳动为他人临时进行某项工作或提供某项服务,而获得合理劳动报酬,不属受贿行为。如果是违反国家的法律和政策,利用职务之便为他人谋取利益而从中收受贿赂的行为,属受贿行为。

3. 划清受贿罪与一般受贿行为的界限。根据刑法规定,受贿行为构成犯罪的数额、情节标准与贪污罪相同,即受贿数额在 5000 元以上的,都应以受贿罪论处;受贿数额在 5000 元以下,情节较重的,也应构成受贿罪;受贿数额不满 5000 元,情节较轻的,不以受贿罪论处,可由其所在单位或上级主管部门酌情予以行政处分。

4. 划清受贿罪与诈骗罪、敲诈勒索罪的界限。国家工作人员以利用职务上的便利收受受贿赂从而为他人谋取利益为名,骗取他人数额较大的财物,但并没有而且也不打算利用职务之便为他人谋取利益的,不构成受贿罪,应以诈骗罪论处。国家工作人员利用职务上的便利,勒索有求于己的人的财物,属于索贿行为,应以受贿罪论处。国家工作人员以要挟、威胁的方式勒索他人财物,但并没有利用职务之便的,应以敲诈勒索罪论处,而不构成受贿罪。

5. 划清受贿罪与公司、企业人员受贿罪的界限。两罪在主观方面、客观方面都有许多相似之处,主要区别是:

(1)主体不同。受贿罪的主体是国家工作人员;公司、企业人员受贿罪的主体是公司、企业的工作人员。国有公司、企业中从事公务的人员和国有公司、企业委派到非国有公司、企业从事公务的人员受贿的,以受贿罪论,不构成公司、企业人员受贿罪。

(2)客体有所不同。受贿罪的客体是国家工作人员职务行为廉洁性;公司、企业人员受贿罪的客体是国家对公司、企业工作人员职务活动的管理制度。

6. 划清受贿罪与贪污罪的界限。受贿罪与贪污罪都是国家工作人员利用职务之便实施的牟利犯罪,都具有渎职性与贪利性的双重特色。其主要区别是:

(1)犯罪主体的范围有所不同。受贿罪仅限国家工作人员,贪污罪还包括受委托管理、经营国有财产的人员。

(2)犯罪目的的内容不同。贪污罪在主观上以非法占有自己主管、管理、经手的公共财物为目的;受贿罪在主观上则表现为以非法占有他人或者其他单位的公私财物为目的。

(3)行为对象不同。贪污罪的行为对象是公共财物;‘受贿罪的对象既包括公共财物,也包括公民私有的财物。

(4)行为方式不同。贪污罪使用侵吞、窃取、骗取等方法,非法占有自己主管、管理、经手的公

共财物；受贿罪则是利用职务之便向他人索取财物，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益。

7. 对发生在经济往来中的受贿问题的认识。《刑法》第 385 条第 2 款规定：“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。”这是受贿罪的特别犯罪构成，与受贿罪基本犯罪构成相比，具有以下三个特点

(1) 发生在经济往来中。这里的经济往来，是指国家经济管理活动以及国家工作人员直接参与到销售、购买商品或者提供、接受服务等交易活动中。如果不是发生在经济往来中，不能适用本条款。

(2) 违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费。国家工作人员基于其职务参与经济往来之中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，必定利用职务上的便利，并且以为他人谋取利益为目的或者实际上已经为他人谋取了利益。但本条款的规定表示，国家工作人员是否利用职务之便及为他人谋取利益，不影响本条款的适用，公诉机关无需加以证明。国家工作人员在经济往来中，账外暗中收取各种名义的回扣、手续费的，以受贿论。

(3) 将收受的回扣、手续费归个人所有。这里的归个人所有，是指个人账外暗中据为己有。如果国家工作人员收受了回扣、手续费之后，入账上交本单位，而没有归个人所有的，不构成犯罪。如果是单位在经济往来中，账外暗中收受各种名义的回扣、手续费的，则属于单位受贿。

8. 对斡旋受贿行为的认识。《刑法》第 388 条规定：“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。”这是斡旋受贿行为构成受贿罪的情况，有以下三个特点：

(1) 客观方面表现为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，而不是直接利用自己职务范围内的权力。实践中，行为人利用本人职权或地位形成的便利条件，表现为行为人利用自己的职权或者地位形成的对其他国家工作人员的制约关系，从而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。这种制约关系一般表现为上下级之间的领导与被领导关系即纵向的制约关系，或者表现为不同部门或者单位之间的国家工作人员之间在执行职务过程中所存在的横向的制约关系。

(2) 斡旋受贿行为构成犯罪，要求在行为人为请托人谋取不正当利益的情况下才能构成；而受贿罪基本构成只要求行为人为他人谋取利益即可，至于是正当利益还是不正当利益不影响犯罪的成立。

(3) 无论是索贿行为还是非法收受受贿的行为，斡旋受贿构成犯罪的，均要求具有为请托人谋取不正当利益的要件。受贿罪的基本犯罪构成则不同，在受贿罪基本犯罪构成中，索贿行为无需具有为他人谋取利益或者谋取不正当利益的要件，即可构成犯罪；非法收受受贿的行为要求必须具有为他人谋取利益（既包括不正当利益，也包括正当利益）的要件，才可能构成犯罪。

#### 四、利用影响力受贿罪

##### （一）利用影响力受贿罪的概念

利用影响力受贿罪，是指国家工作人员的近亲属、其他关系密切的人，通过该国家工作人员职务上的行为或影响力索取、收受请托人的财物，或者离职国家工作人员及其近亲属、其他关系密切的人，通过该离职国家工作人员的影响力索取、收受请托人的财物，数额较大或有其他较重情节的行为。

##### （二）利用影响力受贿罪的构成特征

1. 侵犯的客体同受贿罪。

2. 客观方面表现为行为人利用影响力与请托人交易财物，数额较大或者情节较重的行为。利用影响力交易财物的行为分为两种：

一是国家工作人员的近亲属、其他关系密切的人，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、收受请托人的财物；

二是离职国家工作人员及其近亲属、其他关系密切的人，通过该离职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、收受请托人的财物。

3. 犯罪主体是特殊主体，包括国家工作人员的近亲属、其他关系密切的人，离职国家工作人员及其近亲属、其他关系密切的人。

4. 主观方面表现为故意。

### （三）利用影响力受贿罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。关键是看受贿数额是否达到较大或是否有其他较重情节。

2. 划清本罪与受贿罪的界限。二罪在犯罪主体和客观方面不同。受贿罪的主体是现任国家工作人员；本罪的主体是现任工作人员的近亲属、其他关系密切的人，离职国家工作人员、近亲属及其他关系密切的人。受贿罪在客观方面表现为利用本人的职务之便索贿或收受贿赂；本罪在客观方面表现为利用与国家工作人员、离职国家工作人员的密切关系形成的影响力索贿或收受贿赂。

2013 年第 15 题。甲收受乙公司 50 万元现金后，请求在某市交通局当处长的堂兄丙“帮助”乙公司承包某工程。丙遂利用职权，违规操作，帮助乙公司承包了该工程。甲的行为（ ）。

- A. 不构成犯罪                  B. 构成受贿罪  
C. 构成利用影响力受贿罪      D. 构成非国家工作人员受贿罪

【答案 C】本题中，甲收受了乙的贿赂，利用其堂兄的职权，为乙谋取了利益，完全符合利用影响力受贿罪的构成要件，因此应该选 C。

## 五、行贿罪

### （一）行贿罪的概念

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。

### （二）行贿罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家工作人员职务行为的廉洁性。

2. 客观方面表现为给予国家工作人员以财物的行为。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。这里的违反国家规定，是指违反国家法律、行政法规关于经济往来中给予国家工作人员礼物、回扣、手续费，只能在账内公开给予，而不得在账外暗中给予的规定。

3. 犯罪主体是自然人一般主体。

4. 主观方面表现为故意，并且具有谋取不正当利益的目的。

### （三）行贿罪的认定

行贿行为只限于主动行为，如果是被勒索而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，不构成犯罪。【修九新增】第三百九十条之一 为谋取不正当利益，向国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，或者向离职的国家工作人员或者其近亲属以及其他与其关系密切的人行贿的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑，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，处七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，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。

## 五、巨额财产来源不明罪

### （一）巨额财产来源不明罪的概念

巨额财产来源不明罪，或称非法所得罪，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合法的行为。

#### （二）巨额财产来源不明罪的构成特征

1. 侵犯客体是复杂客体，即国家的廉政建设制度和公私财产的所有权。

2. 客观方面表现为行为人持有的财产或者支出的财产明显超过合法收入，差额巨大，而本人又不能说明其来源是合法的行为。这里的财产，是指国家工作人员所拥有的房屋、交通工具、存款、现金、生活用品等私人财产。支出，是指国家工作人员的各种开支、消费。合法收入，是指按法律规定应属于国家工作人员合法拥有的工资、奖金、津贴、遗产继承，等等。不能说明巨额财产合法来源的行为在行为形态上表现出的是持有形式与不作为形式的复合形态。

3. 犯罪主体是特殊主体，即国家工作人员。

4. 主观方面表现为直接故意。行为人明知自己的财产或支出明显超过合法收入，差额巨大，其财产或者支出的来源是非法的，当司法机关责令其说明来源时，因主观上不愿意而拒绝加以说明，从而不能说明其来源是合法的。因此，本罪的罪过形式只能是直接故意。

#### （三）巨额财产来源不明罪的认定

国家工作人员拥有的明显超过合法收入的财产或支出，无论是以何种方式取得，只要行为人不能举出证据证明其来源是合法的，即构成本罪。当然，如果能够查明财产来源的合法性，不能以犯罪论；如果能够查明财产确系贪污、受贿等犯罪所得，应以贪污罪、受贿罪等犯罪追究刑事责任。

## 第二十章 渎职罪

### 第一节 渎职罪概述

#### 一、渎职罪的概念

渎职罪，是指国家机关工作人员在公务活动中滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊，妨害国家管理活动，致使公共财产或者国家与人民的利益遭受重大损失的行为。

#### 二、渎职罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家机关的正常活动。国家机关的正常活动，是指各级国家机关依法行使国家管理职权的正常活动，如各级行政部门、司法部门的正常管理活动。

2. 客观方面表现为行为人实施了滥用职权、玩忽职守等行为致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。滥用职权，是指国家机关工作人员不依法行使职权而任意扩大自己的职务权限。玩忽职守，是指国家机关工作人员不按规程或规章行使职权或者疏于职守。渎职的行为表现是多种多样的，但归纳起来有两种，一种是作为的渎职行为，即职责规定不允许实施而积极地实施的行为；二是不作为的渎职行为，即消极地不作为，职责要求必须作为而不去实施的行为。在本类罪中，不作为的渎职较多。应当指出，渎职行为都是对社会有危害的行为，但其危害程度相差很大，对于情节显著轻微危害不大的，不能以犯罪论处，只有对给国家、人民利益或公共财产造成重大损失的行为才能以犯罪论处。

3. 犯罪主体，除个别犯罪外，都是特殊主体，即国家机关工作人员。这里的国家机关工作人员，特指《刑法》第 93 条第 1 款规定的“国家机关中从事公务的人员”，不包括该条第 2 款规定的以国家工作人员论的人员，即“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”。2002 年 12 月 28 日全国人大常委会关于渎职罪主体适用的立法解释规定，在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员，或者在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员，或者虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员，在代表国家机关行使职权时，有渎职行为，构成犯罪的，依照刑法关于渎职罪的规定追究刑事责任。根据《刑法》第 398 条第 2 款的规定，本类罪中只有故意泄露国家秘密罪和过失泄露国家秘密罪的主体是一般主体。

4. 主观方面既有故意也有过失。

## 第二节本章要求掌握的犯罪

### 一、滥用职权罪

#### （一）滥用职权罪的概念

滥用职权罪，是指国家机关工作人员违反法律规定的权限和程序，滥用职权，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

#### （二）滥用职权罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家机关的正常管理活动。

2. 客观方面表现为违反法律规定的权限和程序，滥用职权，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。“职权”是由法律、法规和规章所规定的职务范围内的权力。“滥用职权”在客观上有两种情形：(1)不认真履行职务范围内的权力；(2)过度运用职务范围内的权力。“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”的危害后果与滥用职权具有刑法上的因果关系。

3. 犯罪主体为特殊主体，即国家机关工作人员以及 2002 年 12 月 28 日全国人大常委会立法解释中的人员。

4. 主观方面表现为故意。学术界有主张是过失和间接故意并存的观点。

#### （三）滥用职权罪的认定

划清本罪与非罪行为的界限。主要区别看是否给公共财产、国家和人民利益造成重大损失。

### 二、玩忽职守罪

#### （一）玩忽职守罪的概念

玩忽职守罪，是指国家机关工作人员玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

#### （二）玩忽职守罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家机关的正常管理活动。

2. 客观方面表现为行为人严重不负责任，工作中草率马虎，不履行或者不正确履行职务，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失。“不履行职务”包含擅离职守和未履行职务；“不正确履行职务”指应该而且能够履行职务，但因不严肃认真导致错误地履行职务。玩忽职守罪的具体表现形式多种多样。所谓致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失，是指因玩忽职守造成以下危害结果之一：

- (1)死亡 1 人以上，或者重伤 3 人以上或者轻伤 10 人以上。

(2)直接经济损失 10 万元以上。所谓直接经济损失，是指与行为有直接因果关系造成的公共财产损毁、减少的实际价值。行为人造成的直接经济损失是行为人确实无法挽回的那部分经济损失。当行为人无法挽回的直接经济损失达 5 万元的，应予以立案。在对外贸易和购销活动中，涉及合同纠纷，属于违反合同的民事责任，通过调解、仲裁或经人民法院裁决违约方赔偿损失的财物，可折抵直接经济损失。立案前或立案后，司法机关追回的赃款赃物，挽回的经济损失，仍计算为行为人造成的直接经济损失，但在处理时，可作为从轻情节考虑。直接经济损失是定罪的主要依据。

(3)造成直接经济损失、人员伤亡的，虽未达规定的数额或者数量，但是情节恶劣，使工作、生产受到重大损害或者严重社会影响的。造成上述结果，是成立本罪的必要要件，否则，不认为是犯罪。

3. 犯罪主体为特殊主体，即国家机关工作人员以及 2002 年 12 月 28 日全国人大常委会立法解释中的人员。

4. 主观方面表现为过失，即行为人应当预见自己玩忽职守的行为可能致使公共财产、国家和人民

利益遭受重大损失或者已经预见而轻信能够避免，以致这种重大损失发生的严重不负责任的心理态度。行为人玩忽职守的行为本身常常是故意的，但对损害结果，则是过失的。

### （三）玩忽职守罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。是否给公共财产、国家和人民利益造成重大损失是区分玩忽职守罪与一般玩忽职守行为的主要标准。玩忽职守造成重大损失的，构成本罪；未造成重大损失的，属于一般玩忽职守的行为，不能以犯罪论处。

2. 划清本罪与滥用职权罪的界限。本罪与滥用职权罪都是《刑法》第 397 条所规定的犯罪，两罪侵犯的客体相同。犯罪主体均为国家机关工作人员，结果要件都要求致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失。两罪的主要区别是：

（1）行为方式不同。本罪主要表现为以不作为的方式，不履行职务或者怠于履行职务；而滥用职权罪则主要表现为以作为的方式超越权限，处理无权处理的事务或者不顾职责的程序和宗旨随心所欲地处理事务。

（2）主观方面不同。本罪的主观方面为过失；而滥用职权罪的主观方面是故意。

3. 划清本罪与危害公共安全罪中的有关事故罪的界限。从广义上讲本罪是以造成重大损失为要件，也属于一种责任事故型犯罪，但与其他责任事故型犯罪不同，它是公务型责任事故。刑法分则第二章所规定的有关责任事故罪，如重大飞行事故罪、铁路运营安全事故罪、重大责任事故罪、重大劳动安全事故罪等，由于这些犯罪客观上有失职的行为且造成重大损失，主观上均为过失，因此容易与本罪混淆。本罪与上述事故型犯罪的主要区别是：

（1）侵犯的客体不同。本罪侵犯的客体是国家机关的正常管理活动；而后者侵犯的客体则是公共安全。

（2）发生的场合不同。本罪发生在国家机关的公务活动过程中；而后者一般发生在生产、作业等业务活动中。

（3）犯罪主体不同。本罪的主体只能是国家机关工作人员；而后者主体一般为厂矿企业、事业单位的职工或者工作人员。

4. 划清本罪与签订、履行合同失职罪、国有公司、企业、事业单位人员失职罪，国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪的界限。其主要区别是：（1）渎职的性质不同。本罪为公务职权；后者为国有公司、企业、事业单位的经营、管理权。（2）犯罪主体不同。本罪的主体是国家机关工作人员；而后者主体为国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员。

## 三、故意泄露国家秘密罪

### （一）故意泄露国家秘密罪的概念

故意泄露国家秘密罪，是指国家机关工作人员或非国家机关工作人员违反保守国家秘密法的规定，故意泄露国家秘密，情节严重的行为。

### （二）故意泄露国家秘密罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家的保密制度。所谓保密制度，是指我国现行有效的保守国家秘密的法律、法规所形成的法律制度。本罪的行为对象是国家秘密。所谓国家秘密，是指国家法律、法规所规定的禁止泄露的有关国家安全、政治、经济、军事等各种利益的信息，这些信息在一定时间内只限于特定范围的人员知悉。根据《中华人民共和国保守国家秘密法》第 8 条的规定，以下事项为国家秘密：

- （1）国家事务的重大决策中的秘密事项；
- （2）国防建设和武装力量活动中的秘密事项；
- （3）外交和外事活动中的秘密事项；
- （4）国民经济和社会发展中的秘密事项；
- （5）科学技术的秘密事项；



(6) 维护国家安全活动和追查刑事犯罪中的秘密事项；

(7) 其他经国家保密工作部门确定应当保守的国家秘密事项。根据《中华人民共和国保守国家秘密法》第 9 条规定，国家秘密分为绝密、机密和秘密三个等级。绝密是指最重要的国家秘密，一旦泄露会使国家安全、利益遭受特别严重的损失。机密是指重要的国家秘密，一旦泄露会使国家的安全和利益遭受损害。秘密是指一般的国家秘密，泄露会使国家的安全和利益遭受损害。本罪的国家秘密包括了绝密、机密和秘密。

2. 客观方面表现为违反保守国家秘密法的规定，泄露国家秘密情节严重的行为。所谓泄露，是指行为人把自己掌握的或知道的国家秘密泄露给不应知悉的人。构成本罪，必须是泄露国家秘密情节严重的。所谓情节严重，是指为了谋取私利或者出于个人目的而故意泄露国家秘密的；为了利用国家秘密进行非法活动而故意泄露国家秘密的；使用先进技术或者卑劣手段故意泄露国家秘密的；在特定时期，如战时，国家政治、经济政策重大调整时期故意泄露国家秘密的；多次故意泄露国家秘密的；故意泄露国家秘密引起严重后果或重大损失的；等等。

3. 犯罪主体一般是国家机关工作人员，但是根据《刑法》第 398 条第 2 款的规定，非国家机关工作人员也可以构成本罪。这里对非国家机关工作人员应作广义的理解，即指一切知悉或者了解国家秘密的非国家机关工作人员。

4. 主观方面表现为故意，即行为人明知是国家秘密而故意泄露的。至于行为人出于何种目的和动机，不影响犯罪的成立，但若出于危害国家安全的目的，而将国家秘密提供给境外的机构、组织或人员，则应按《刑法》第 111 条的规定定罪处罚。

### (三) 故意泄露国家秘密罪的认定

1. 划清本罪与非法提供国家秘密、情报罪的界限。两罪的主要区别是：

(1) 侵犯的客体不同。本罪侵犯的客体是国家的保密制度；非法提供国家秘密、情报罪的客体是国家安全。

(2) 犯罪对象不同。本罪泄露的是各种秘密级别的国家秘密；而后者则包括国家秘密和情报。

(3) 犯罪主体不同。本罪的主体一般是有权知悉国家秘密的国家机关工作人员；而后者则为一般主体。

(4) 罪与非罪的标准不同。本罪必须情节严重才构成犯罪；而后者则无此要求。

2. 划清本罪与侵犯商业秘密罪的界限。两罪的主要区别是：

(1) 侵犯的客体不同。本罪侵犯的客体是国家的保密制度，关系国家安全和利益；侵犯商业秘密罪的客体是他人的商业秘密专有权和国家对商业秘密的管理制度。

(2) 行为对象不同。本罪的行为对象是保守国家秘密法规定的国家秘密；而后者侵犯的对象仅限于商业秘密。

(3) 犯罪主体不同。本罪的主体主要是国家机关工作人员；而后者则主体为一般主体。对于国家机关工作人员将自己知悉的属于国家秘密范畴内的商业秘密泄露出去的，属于想象竞合犯的情况，应按择一重罪处断的原则处理。

2010 年第 19 题。下列行为中，应以故意泄露国家秘密罪定罪处罚的是（ ）。

- A. 公安机关办案人员甲打电话告知犯罪嫌疑人张三将对其执行逮捕的机密，张三听后随即潜逃
- B. 国家机关工作人员乙接受国外情报机构收买，为其提供所掌握的国家秘密
- C. 有限责任公司工程师丙未经许可，私自出售本单位保密的专有技术配方
- D. 国家机关工作人员丁为筹措儿子的留学经费，将掌握的国家秘密出售给境外媒体

【答案 A】故意泄露国家秘密罪是指国家机关工作人员或非国家机关工作人员违反保守国家秘密法的规定，故意泄露国家秘密，情节严重的行为。

#### 四、徇私枉法罪

##### （一）徇私枉法罪的概念

徇私枉法罪，是指司法工作人员徇私枉法、徇情枉法，在刑事诉讼中，对明知是无罪的人而使其受到追诉，对明知是有罪的人而故意包庇使其不受追诉，或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的行为。

##### （二）徇私枉法罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家司法机关正常活动与国家的司法公正。

2. 客观方面表现为利用司法职务上的便利，违背事实和法律，在追诉或者刑事审判活动中实施了下列枉法行为：

(1) 对明知无罪的人而使其受到追诉。所谓无罪的人，既包括未实施任何违法行为的人，也包括实施了违法行为但尚不构成犯罪的人。使无罪的人受到追诉，是指对明知无罪的人而故意予以立案侦查，用刑事强制措施限制其人身自由，提起公诉、进行审判等。

(2) 对明知有罪的人而故意包庇不使其受到追诉。即指对有确凿事实证明其实施犯罪的人，采取伪造、隐匿、毁灭证据或其他隐瞒事实、违背法律的手段，故意包庇使其不受侦查、起诉或审判。故意包庇不使其受追诉的犯罪事实可以是全部犯罪事实，也可以是部分犯罪事实或情节。对于故意违背事实真相，违法变更强制措施，或者虽然采取强制措施，但实际放任不管，致使人犯逃避刑事追诉的，也视为枉法包庇的情形。

(3) 在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判。所谓枉法裁判，是指行为人故意对有罪者作出无罪判决，对无罪者作出有罪判决，或者重罪轻判，轻罪重判。

3. 犯罪主体是特殊主体，即司法工作人员。所谓司法工作人员，根据《刑法》第 94 条的规定，是指有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。根据最高人民法院 1996 年 6 月 4 日发布的《关于办理徇私舞弊犯罪案件适用法律若干问题的解释》，司法机关专业技术人员在办案中故意提供虚假材料和意见，或者故意作虚假鉴定，严重影响刑事追诉活动的，也可构成本罪。

4. 主观方面表现为故意，即出于私情、私利有意枉法追诉、包庇、裁判。徇私、徇情的动机多种多样。如果不是故意，不是有徇私、徇情的动机，则不能构成本罪。

##### （三）徇私枉法罪的认定

1. 划清本罪与帮助毁灭、伪造证据罪的界限。两罪的主要区别是：

(1) 侵犯的客体不同。本罪侵犯的客体是司法机关的正常活动与司法公正；而后者侵犯的是社会管理秩序中的司法秩序。

(2) 客观方面表现不同。本罪在枉法追诉包庇、裁判过程中必须利用司法职权；而后者无此限制。

(3) 犯罪主体不同。本罪是特殊主体，限于司法工作人员；而后者主体无此限制。

2. 划清本罪与伪证罪的界限。两罪的主要区别是：(1) 侵犯的客体不同。本罪侵犯的客体是司法机关的正常活动与司法公正；而后罪侵犯的是社会管理秩序中的司法秩序。(2) 客观方面不同。本罪限于利用司法职务之便；而后罪的实施者中的证人、翻译人并无利用司法职务之便的行为特征。(3) 犯罪主体不同。本罪的主体限于司法工作人员；而后罪的主体则为证人、鉴定人、翻译人和记录人。

3. 本罪与受贿罪的联系和区别。根据《刑法修正案(四)》的规定，司法工作人员因受贿而枉法追诉、裁判的，应择一重罪处断，不实行数罪并罚。

2011 年第 14 题。检察员甲在承办一起组织、领导传销活动案件的审查起诉工作时，接受一名本应被提起公诉的犯罪嫌疑人的家属 5 万元贿赂后弄虚作假，致使检察机关对该犯罪嫌疑人作出了不起诉决定。甲的行为（ ）。

A. 只构成受贿罪

- B. 构成徇私枉法罪与受贿罪，应择一重罪定罪处罚  
C. 构成滥用职权罪与受贿罪，应择一重罪定罪处罚  
D. 构成受贿罪与徇私枉法罪，应实行数罪并罚

【答案 B】本题需知滥用职权罪和徇私枉法罪是普通罪和特别罪的关系。故应成立“特别的”徇私枉法罪，而不成立“普通的”滥用职权罪。在渎职罪一章中，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若同时构成受贿罪的应当择一重罪处罚。甲构成徇私枉法罪与受贿罪，应择一重罪定罪处罚。所以答案选 B。

## 五、民事、行政枉法裁判罪

### （一）民事、行政枉法裁判罪的概念

民事、行政枉法裁判罪，是指司法工作人员在民事、行政审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判，情节严重的行为。

### （二）民事、行政枉法裁判罪的构成特征

1. 侵犯客体是人民法院的正常审判活动与审判公正。

2. 客观方面表现为在民事、行政审判活动中作出违背事实 and 法律的判决、裁判的行为。所谓民事、行政审判活动，是指人民法院依照民事诉讼法、行政诉讼法受理的，在公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们之间因财产关系和人身关系提起的诉讼。包括民事案件、行政案件、经济纠纷案件，海商、海事案件的司法审判活动。所谓违背事实 and 法律的判决、裁定，是指依照事实和法律本应判决当事人胜诉或败诉的，行为人却故意颠倒黑白地判决该当事人败诉或者胜诉，或者对本应承担较重民事、行政责任的当事人违法判定减轻其责任，对本应承担较轻民事、行政责任的当事人违法判定加重其责任，或者有充分的事由和证据应予立案而有意裁定不予立案的，等等。根据《刑法》第 399 条第 2 款之规定，在民事、行政审判活动中枉法裁判情节严重的，才能构成犯罪。关于情节严重，目前尚无立法与司法解释，一般认为下列情况，应属于情节严重：

(1) 枉法裁判造成国家或公民利益重大损失的；

(2) 枉法裁判造成恶劣的社会影响的；

(3) 多次枉法裁判的。

3. 犯罪主体是特殊主体，限于在民事、行政诉讼活动中负有审判职责的人员。

4. 主观方面表现为故意，即行为人明知案件的事实或应当适用的法律而故意地违背事实和法律作枉法裁判。如果行为人过失地作出不公正判决或者因为业务水平不高而作出错误判决，都不能以犯罪论处。

### （三）民事、行政枉法裁判罪的认定

1. 划清本罪与徇私枉法罪的界限。两者均有徇私的动机和枉法判断的行为，有些相似，两者的主要区别是：

(1) 行为所指的对象不同。本罪是针对民事、行政诉讼的当事人；后罪则针对的是刑事案件的被告人或犯罪嫌疑人和一般公民。

(2) 行为发生的场合不同。本罪发生在民事诉讼、行政诉讼的审判活动中；而后罪限于发生在刑事诉讼活动中。

(3) 构成犯罪的条件不同。本罪以情节严重为要件；而后罪则无此要件的限定。

2. 正确处理本罪与受贿罪的关系。根据《刑法修正案(四)》的规定，司法工作人员贪赃枉法，同时又构成受贿罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。因此，对司法工作人员贪赃而枉法裁判，犯民事、行政枉法裁判罪和受贿罪的，应择一重罪定罪判刑，不实行数罪并罚。

## 六、执行判决、裁定失职罪



（一）执行判决、裁定失职罪的概念

执行判决、裁定失职罪，是指人民法院从事执行工作的人员，在执行生效判决、裁定活动中，严重不负责任，致使当事人或者其他人的利益遭受重大损失的行为。

（二）执行判决、裁定失职罪的构成特征

1. 侵犯客体是人民法院正常的执行活动。犯罪对象是“判决、裁定”。根据全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第三百一十三条的解释》，《刑法》第 313 条规定的“人民法院的判决、裁定”，是指人民法院作出的具有执行内容并已发生法律效力、裁定。人民法院为依法执行支付令、生效的调解书、仲裁裁决、公证债权文书等所作的裁定属于该条规定的裁定。

2. 客观方面表现为在执行判决、裁定活动中，严重不负责任，不依法采取诉讼保全措施、不履行法定执行职责，致使当事人或者其他人的利益遭受重大损失的行为。“执行”是审判活动的继续，由人民法院的执行机构依照法定程序行使执行权，以实现当事人的实体权利。具体说，就是人民法院的执行工作人员按照法定程序，对已经发生法律效力、裁定，在具有义务的一方当事人拒不履行义务时，强制其履行义务，保证实现判决、裁定内容的活动。“严重不负责任”，指的是对依法应当采取诉讼保全措施的而不采取，对依法应当采取强制执行措施的而不采取，不履行法定执行职责的行为。由于执行工作人员的严重不负责任，对依法应当采取诉讼保全措施或者强制执行措施而不采取，致使当事人或者其他人的利益遭受重大损失的，应当追究执行工作人员的刑事责任。这里的“当事人”，是指案件中的原告、被告、第三人；“其他人”是指本案件当事人以外的第三人，又称“案外人”。当然，执行工作人员的严重不负责任与当事人或者其他人的利益遭受重大损失之间还必须存在刑法上的因果关系。

3. 犯罪主体为特殊主体，限于司法工作人员。这里实际是指在人民法院从事执行工作的人员（执行员）。

4. 主观方面表现为过失，即行为人应当预见到在执行判决、裁定的活动中因为自己的失职行为会使当事人或者其他人的利益遭受重大损失，却因疏忽大意而没有预见或过于自信导致了危害后果的发生。

（三）执行判决、裁定失职罪的认定

1. 划清罪与非罪的界限。这主要从两方面考虑：一是看行为人的行为是否使当事人或其他人的利益遭受了“重大损失”，重大损失应当理解为重大的财产利益的直接损失。对于未造成重大损失后果的不构成犯罪。二是看行为人在主观上有无过失，如因执行人员以外的各种因素导致执行难，不属于行为人的过失，则不成立犯罪。

2. 划清本罪与徇私枉法罪和民事、行政枉法裁判罪的界限。

一是侵犯的客体有不同：本罪侵犯的是人民法院正常的执行活动，后二罪侵犯的是国家司法机关正常的侦查、检察、审判活动。

二是犯罪主体不同：本罪限于司法工作人员中的执行工作人员，后二罪是指在刑事诉讼活动中的侦查、检察、审判人员或者在民事、行政诉讼活动中的审判人员。

三是客观方面的表现有不同：本罪表现为在执行活动中严重不负责任的行为，后二罪表现为在刑事诉讼中枉法追诉、枉法裁判的行为或者在民事、行政审判活动中作枉法裁判的行为。

四是主观罪过不同：本罪由过失构成。后二罪由故意构成。

七、执行判决、裁定滥用职权罪

（一）执行判决、裁定滥用职权罪的概念

执行判决、裁定滥用职权罪，是指人民法院从事执行工作的人员，在执行生效判决、裁定活动中，滥用职权，致使当事人或者其他人的利益遭受重大损失的行为。

（二）执行判决、裁定滥用职权罪的构成特征

1. 侵犯的客体同执行判决、裁定失职罪。

2. 客观方面表现为在执行判决、裁定活动中滥用职权，违反法律规定的条件和程序。采取诉讼保全措施、强制执行措施，致使当事人或者其他人的利益遭受重大损失的行为。所谓滥用职权，指执行工作人员在执行判决、裁定活动中，违反法律规定的权限和程序，超越职权范围行使手中的权力的行为。当滥用职权的行为与造成当事人或者其他人的利益的重大损失之间存在刑法上的因果关系时，才构成犯罪。

3. 犯罪主体同执行判决、裁定失职罪。

4. 主观方面一般表现为过失，即行为人对滥用职权的行为往往是故意的，而对损害结果的发生往往是过失的。但也不排除故意的存在。

### （三）执行判决、裁定滥用职权罪的认定

1. 关于对本罪罪过的认定。我国刑法理论界对《刑法》第 397 条第 1 款规定的滥用职权罪在主观方面的罪过形式有不同的看法，即有“过失说”、“故意说”、“过失、间接故意并存说”或“间接故意、过失并存说”三种观点。本书中所持的观点，在认定执行判决、裁定滥用职权罪时，认为行为人的故意滥用其职权的行为，如同交通肇事罪中的故意违章一样，但对其因滥用职权致使当事人或者其他人的利益遭受重大损失的危害结果一般持过失的心理态度，但是也不能完全排除行为人故意滥用职权时对危害结果的发生持放任的态度，此时行为人的罪过形式就是间接故意。

2. 划清罪与非罪的界限。这里主要是看，行为人在执行判决、裁定活动中滥用职权是否造成了当事人或者其他人的利益遭受重大损失的结果。

2014 年第 20 题。下列选项中，属于渎职罪的是（ ）。

- A. 贪污罪      B. 强令违章冒险作业罪  
C. 医疗事故罪      D. 执行判决、裁定滥用职权罪

【答案 D】本题考查的是犯罪的分类，我国刑法分则采取大类制方式，将犯罪划分为十大类。其中，贪污罪属于贪污贿赂罪；强令违章冒险作业罪属于危害公共安全罪；医疗事故罪属于妨害社会管理秩序罪。只有 D 选项的执行判决裁判滥用职权罪，侵害了法院正常的执行活动，因此属于渎职罪。

## 八、私放在押人员罪

### （一）私放在押人员罪的概念

私放在押人员罪，是指司法工作人员利用职务上的便利，私自将被关押的犯罪嫌疑人、被告人或罪犯放走，使其逃离监管的行为。

### （二）私放在押人员罪的构成特征

1. 侵犯客体是国家司法机关对犯罪嫌疑人、被告人或罪犯的监管制度。

2. 客观方面表现为利用职务上的便利，私自将被关押的犯罪嫌疑人、被告人或罪犯放走的行为。如果释放的不是犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯，而是劳教人员或被行政拘留、司法拘留的人员，则不构成本罪。

3. 犯罪主体为特殊主体，限于司法工作人员，即国家安全机关、公安机关、检察机关、审判机关、狱政管理机关的工作人员及执行监所看守任务的武警人员。

4. 主观方面表现为故意，即行为人明知在押的是犯罪嫌疑人、被告人、罪犯而故意将其放走。

### （三）私放在押人员罪的认定

划清本罪与脱逃罪的界限。本罪的成立要求行为人利用了职务便利或者职权，如果行为人没有利用职务便利或职权，而是利用自己熟悉监所地理环境等条件，帮助犯罪嫌疑人、被告人、罪犯脱逃的，应以脱逃罪的共犯论处，而不能以本罪论处。

2013 年新增

### 一、投放虚假危险物质罪（2013 新增）

#### （一）投放虚假危险物质罪的概念

投放虚假危险物质罪，是指行为人故意投放虚假的爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等物质，严重扰乱社会秩序的行为。

#### （二）投放虚假危险物质罪的构成特点

1. 侵犯的客体是正常的社会秩序。

2. 客观方面表现为是指投放虚假的爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等物质，严重扰乱社会秩序的行为。

3. 本罪主体是一般主体。凡年满 16 周岁且具有刑事责任能力的自然人均能构成本罪。

4. 本罪在主观方面是故意。

#### （三）投放虚假危险物质罪的认定

##### 1. 与投放危险物质罪的区别：

（1）侵犯的客体不同。投放虚假危险物质罪侵犯的客体是社会公共秩序、投放危险物质罪侵犯的客体是公共安全；

（2）投放的物质属性不同。投放虚假危险物质罪所投放的是不具有爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等危险属性的物质、投放危险物质罪所投放的必须是爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等物质；

（3）故意的内容不同。投放虚假危险物质罪是以扰乱社会公共秩序为故意内容的、投放危险物质罪则是以危害公共安全为故意内容的。

2. 【修九新增】第二百九十一条之一第二款 编造虚假的险情、疫情、灾情、警情，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。

### 二、编造、故意传播虚假恐怖信息罪（2013 新增）

#### （一）编造、故意传播虚假恐怖信息罪的概念

编造、故意传播虚假恐怖信息罪，是指行为人编造爆炸威胁、生物威胁、放射威胁等恐怖信息，或者明知是编造的恐怖信息而故意传播，严重扰乱社会秩序的行为。

#### （二）编造、故意传播虚假恐怖信息罪的构成特征

1. 本罪所侵害的客体为社会秩序，包括机关、企业、事业单位、人民团体等单位的工作、生产、营业、教学、科研等秩序，公共场所、交通秩序，以及人民群众正常的工作、生活秩序。

2. 本罪的主体为一般主体。年满 16 周岁具有刑事责任能力的自然人，均可构成罪。

3. 在客观方面表现为编造爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息，或者传播编造的恐怖信息，严重扰乱社会秩序的行为。谓编造，是指毫无根据的、无中生有凭空捏造、胡编乱造。其结果是产生虚假的即不存在、不真实、与事实不符的信息。所谓传播，是指采取各种方式将恐怖信息广泛加以宣扬、散布、扩散，以让公众知道。

4. 本罪在主观方面必须出于故意，即为了扰乱社会秩序，明知没有爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖威胁，却加以编造，或者明知是编造的虚假恐怖信息而加以传播。过失不能构成本罪。

#### （三）编造、故意传播虚假恐怖信息罪的认定

1. 区分编造、故意传播虚假恐怖信息罪与非罪的界限，一要看是否实施编造、故意传播虚假的恐怖信息的行为；二要看是否严重扰乱了社会秩序。

2 本罪与投放虚假危险物质罪的界限。本罪与后罪在主体、主观方面侵犯的客体等方面有相同或类似之处。二者之间的区别是：



(1) 主观故意的内容不同。本罪的主观故意内容为明知编造、传播的是假恐怖信息而仍决意为之；后罪的主观故意内容却表现为明知是虚假的危险物质而决意投放。

(2) 行为方式不同。前罪表现为编造爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息，或者故意传播编造的恐怖信息；后罪的行为方式表现为投放虚假的爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等危险物质。

(3) 犯罪对象不同。本罪的对象为虚假的恐怖信息。后罪的对象则为虚假的危险物质，等等。行为人为人如果投放虚假的爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等危险物质后，再编造成为恐怖信息传播出去，后面的编造并传播行为乃为前面的投放虚假危险物质的自然结果，属事后不可罚行为，应以后罪投放虚假危险物质罪定罪处罚。但是，行为人投放虚假危险物质之后，不是进行编造恐怖信息或传播，而是编造另外的虚假恐怖信息或者传播编造的另外虚假恐怖信息，由于后行为与前行为并不存在必要的按一罪处罚的关系，两者都构成犯罪的，则应以本罪与后罪实行并罚，不能以一罪论处。

### 三、食品监管渎职罪（2013 新增）

#### （一）食品监管渎职罪的概念

食品监管渎职罪，是指负有食品安全监督管理职责的国家机关工作人员，滥用职权或者玩忽职守，导致发生重大食品安全事故或者造成其他严重后果的行为。

#### （二）食品监管渎职罪的构成特征

1. 侵犯的客体是国家机关的正常管理活动
2. 客观方面表现为，行为人严重不负责任，不认真履行监督管理职责，导致发生重大食品安全事故或者造成其他严重后果的行为。
3. 本罪的主体是对食品安全负有监督管理职责的国家机关工作人员，主要包括国务院设立的食品安全委员会、国务院卫生行政部门、国务院质量监督、工商行政管理、国家食品药品监督管理部门、县级以上地方人民政府食品安全行政主管部门从事食品监督管理等工作的人员。
4. 本罪在主观方面为过失。

#### （三）食品监管渎职罪的认定

1. 食品监管渎职罪与一般食品监管失职行为的区别 一般食品监管失职行为是行为人具有食品监管失职行为，但并没有造成公私财产、国家和人民的利益重大损失或者人身伤亡的严重后果，或者虽然造成了损失但并没有达到《刑法》所规定的重大损失的程度。

### 四、放纵制售伪劣商品犯罪行为罪（2013 新增）

#### （一）放纵制售伪劣商品犯罪行为罪的概念

放纵制售伪劣商品犯罪行为罪是指对生产、销售伪劣商品犯罪行为负有追究责任的国家机关工作人员，徇私舞弊，不履行法律规定的追究职责，情节严重的行为。

#### （二）放纵制售伪劣商品犯罪行为罪的构成特征

1. 本罪侵犯的客体是国家对产品质量的监督管理制度。
2. 本罪在客观方面表现为徇私舞弊，对生产、销售伪劣商品犯罪的行为不履行法律规定的追究责任，情节严重的行为。构成本罪表现为不作为。主要包括：
  - （1）放纵生产、销售假药或者有毒、有害食品犯罪行为的；
  - （2）放纵依法可能判处 2 年有期徒刑以上刑罚的生产、销售伪劣商品犯罪行为的；
  - （3）对 3 个以上有生产、销售伪劣商品犯罪行为的单位或者个人不履行追究职责的；
  - （4）致使国家和人民利益遭受重大损失或者造成恶劣影响的。
3. 本罪的主体为特殊主体，即负有追究责任的国家机关工作人员。主要是指负有法律规定的查处生产、销售伪劣商品的违法犯罪行为的义务的国家工作人员，包括各级政府中主管查禁生产、销售伪

劣商品的人员；有查禁职责的公安、监察、法院等机关中的司法人员；以及行业主管部门如技术监督部门和工商行政管理部门中的人员。

4. 本罪在主观方面是故意。即明知是有生产、销售伪劣商品犯罪行为的犯罪分子而不予追究刑事责任。如果不知是犯罪分子，而不予追究刑事责任，不构成本罪。本罪的动机是徇私。处罚。

#### 附：刑法的罪数总结

##### 一、法律上把一个犯罪作为另一个犯罪的处罚情节的情况（情形加重）

这种情况不要数罪并罚。我国刑法中此类情形主要有：

1. 绑架并杀害人质的（第239条）。
2. 拐卖妇女又奸淫被拐卖的妇女的（第240条第1款第3项）。
3. 拐卖妇女又强迫、引诱、容留被拐卖的妇女卖淫的（第240条第1款第4项）。换句话说，强迫、引诱、容留被拐卖的妇女卖淫是拐卖妇女的一个加重情况。
4. 组织卖淫又有强迫卖淫的，以组织卖淫一罪进行处罚（第358条）。
5. 以强奸的手段迫使卖淫的（第358条第1款第4项）。这种情况之下既有强迫卖淫的罪行又有强奸的罪行，但是依法只以强迫卖淫罪处罚，强奸作为适用重刑的依据。也有人用牵连犯的理论来解释，认为强奸是强迫卖淫的手段。但是如果强奸与强迫卖淫没有牵连，还是应当数罪并罚。
6. 组织他人偷越国（边）境又非法拘禁被组织者的（第318条第1款第4项）。
7. 组织、运送他人偷越国（边）境使用暴力抗拒缉查的（第318条第1款第5项）。
8. 走私、制造、贩卖、运输毒品时，武装掩护的；或者以暴力抗拒检查、拘留、逮捕情节严重的（第347条第2款第3项、第4项）。
9. 非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票又虚开或者出售的，分别依照第205条（虚开增值税专用发票罪）、第206条（伪造、出售伪造的增值税专用发票罪）、第207条（出售增值税专用发票罪）的规定定罪处罚。

##### 二、法定从一罪处罚，不适用数罪并罚的情况

1. 盗窃信用卡并冒用他人信用卡，以盗窃罪论处（第196条第3款）。理论上一般解释为，犯盗窃罪和信用卡诈骗罪，属于牵连犯。但也有认为是吸收犯。
2. 伪造货币又出售、运输伪造的货币的，以伪造货币罪一罪从重处罚（第171条第3款）。一般解释为牵连犯，也有解释为吸收犯的。
3. 私拆、毁弃邮件、电报从中窃取财物的，以盗窃罪一罪从重处罚。一般解释为牵连犯（第253条第2款）。
4. 因受贿而徇私枉法，民事、行政枉法裁判、滥用执行判决裁定职权、执行判决裁定失职的，择一重罪处罚，不实行数罪并罚（第399条第4款、《刑法修正案（四）》）。
5. 国家机关工作人员与被执行人、担保人、协助执行义务人通谋，利用国家机关工作人员的职权妨害执行，致使判决、裁定无法执行的，以拒不执行判决、裁定罪的共犯追究刑事责任。国家机关工作人员收受贿赂或者滥用职权，有前述行为的，同时又构成第385条（受贿罪）、第397条（滥用职权罪）规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。
6. 为走私而骗购外汇的，为骗购外汇而伪造有关公文的，如果实行了走私罪的，以走私罪一罪处罚。如果尚未实行走私行为的，以骗购外汇罪一罪处罚（《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第1条），解释为牵连犯。
7. 犯抢夺、窃取国有档案罪，同时又构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚（第329条第3款）。这种情形也是想象竞合犯。

### 三、法定的“转化罪”不是数罪，不实行数罪并罚

1. 非法拘禁他人，故意暴力殴打致被拘禁人伤残、死亡的，以故意杀人罪、故意伤害罪论处（第238条）。
2. 刑讯逼供致人伤残、死亡的，以故意杀人罪、故意伤害罪论处（第247条）。
3. 虐待被监管人造成伤残、死亡的，以故意杀人罪、故意伤害罪论处（第248条）。
4. 聚众斗殴造成重伤、死亡的，以故意杀人罪、故意伤害罪论处（第292条）。
5. 非法组织卖血、强迫卖血致人重伤的，以故意伤害罪论处（第333条第2款）。
6. 在盗窃、诈骗、抢夺过程中使用暴力、威胁转化为抢劫罪的（第269条）。
7. 携带凶器抢夺的，以抢劫罪论处（是否属于转化罪尚未定论）（第267条第2款）。

对上述情况，从自然的眼光、生活的眼光来看，似乎是数罪或者就是数罪，但在法律上不能实行数罪并罚。过去很多同志对数罪并罚问题，觉得学得很好，但是一做题就错。其原因是我们太懂一罪一罚、数罪并罚，而没有注意到数罪法律偏偏不让并罚的情况。而考试的时候偏偏不考一般情况专考特殊情况，所以一定要注意。

### 四、理论和实践（非法定的）中常见的不需要数罪并罚的情况

1. 妨害公务、寻衅滋事、聚众斗殴、强奸、抢劫、非法拘禁、刑讯逼供、虐待被监管人、绑架等侵犯人身的犯罪，造成轻伤后果的，仍是一罪，按相关犯罪定罪处罚。
2. 妨害公务、寻衅滋事、聚众斗殴，造成重伤结果的，一般以故意伤害罪定罪处罚。
3. 抗税行为同时妨害公务或致人轻伤的，属于第202条规定的（抗税）“情节严重”，以抗税罪一罪处罚。
4. 根据司法解释，使用破坏的手段盗窃数额较大财物，又毁坏大量财物的，以盗窃罪一罪从重处罚。
5. 根据学理解释，组织卖淫又有强迫、引诱、容留、介绍妇女卖淫的犯罪，以组织卖淫一罪进行处罚。

### 五、法定的“选择罪名”，不数罪并罚

例如，拐卖妇女、儿童罪：如果行为人仅拐卖妇女的，定拐卖妇女罪；仅拐卖儿童的，定拐卖儿童罪；既拐卖妇女又拐卖儿童的，定拐卖妇女儿童罪，不实行数罪并罚。其他选择一罪的情况还有：走私、贩卖、运输、制造毒品的犯罪，制造、运输、贩卖枪支、弹药、危险物质的犯罪，制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的犯罪等。

注意：规定在同一条文中的未必都是选择罪名。同一条文中也可能并列规定数个“单一罪名”，各罪名之间是并列关系而非选择关系。例如第247条规定：“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……”，该条确立了两个罪名两个构成要件，其一是刑讯逼供罪；其二是暴力取证罪。如果行为人对不同的人分别实施暴力取证和刑讯逼供行为，应当数罪并罚。类似如第246条规定之侮辱罪和诽谤罪。



## 六、法定或司法解释应当数罪并罚的情况

1. 组织他人偷越国（边）境，运送他人偷越国（边）境，对被组织人、被运送人有杀害、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（第318条第2款）。

第120条 组织、领导和积极参加恐怖活动组织罪并实施其他犯罪的，数罪并罚。

第294条 组织、领导和积极参加黑社会性质的组织又有其他犯罪的，数罪并罚。

第140条至第148条 犯产销伪劣商品罪，暴力威胁抗拒检查的，数罪并罚。

第157条 以暴力、威胁方法抗拒缉私的，以走私罪和妨害公务罪，数罪并罚。

第171条 出售、运输伪造货币，同时使用的，以出售、运输罪和使用伪造的货币数罪并罚。

第204条 纳税人缴纳税款后，骗取所缴纳的税款的，定偷税罪；

骗取税款超过所缴纳的税款部分，定骗取出口退税罪，与偷税罪数罪并罚。

第241条 收买被拐卖的妇女，强行与其发生性关系的，定\*\*\*\*罪。

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。收买被拐卖的妇女、儿童，并有前两款规定的犯罪行为的，数罪并罚。

第244条 雇用童工罪，造成事故，又构成其他犯罪的，数罪并罚。

第198条 保险诈骗，和故意造成财产损失，故意杀人伤人或使疾病，数罪并罚。

第318条 组织他人偷越国（边）境，对被组织人有杀害、伤害、\*\*\*\*、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，数罪并罚。

为实施其他犯罪盗窃机动车辆的，以盗窃罪和所实施的其他犯罪，数罪并罚；

在偷开机动车辆过程中发生交通肇事构成犯罪，又构成其他罪的，应当以交通肇事罪和其他罪，数罪并罚；盗窃后，为掩盖盗窃罪行或者报复等，故意破坏公私财物构成犯罪的，应当以盗窃罪和构成的其他罪，数罪并罚。

因挪用公款索取、收受贿赂构成犯罪的，数罪并罚。

挪用公款进行非法活动构成其他犯罪的，数罪并罚。

行为人实施抢劫后，为灭口而故意杀人的，以抢劫罪和故意杀人数罪并罚。

其他数罪并罚

第341条 实施非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪；或者非法收购、运输、出售国家重点保护的珍贵、濒危野生动物及其制品罪；或者非法狩猎罪，又以暴力、威胁方法抗拒查处，构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。

对实施多种原刑法规定的“流氓”行为，构成犯罪的，应按数罪并罚原则处理。

对于团伙成员相对固定，以暴力、威胁手段称霸一方，欺压百姓，采取收取“保护费”、代人强行收债、违规强行承包等手段，公然与政府对抗的，应依照黑社会性质组织犯罪处理；其中，又有故意杀人、故意伤害等犯罪行为的，按数罪并罚的规定处罚。

实施217条侵犯著作权行为，又销售该侵权复制品，违法所得数额巨大的，只定侵犯著作权罪，不实行数罪并罚。

实施217条侵犯著作权的犯罪行为，又明知是他人的侵权复制品而予以销售，构成犯罪的，应当实行数罪并罚。

## 六、结果加重犯

结果加重犯通常是依据分则条文规定确定的，即是法定的。

（一）常见的故意犯罪的结果加重犯有：

抢劫致人重伤、死亡的；

\*\*\*\*致人重伤、死亡的；

绑架致人死亡的或杀害被绑架人的；  
虐待致人重伤、死亡的；  
暴力干涉婚姻自由致人重伤、死亡的；  
非法行医致人重伤、死亡的；  
非法拘禁致人重伤、死亡的，  
拐卖妇女、儿童造成被拐卖妇女、儿童或者其亲属重伤、死亡或者其他严重后果的；  
生产销售假药严重危害人体健康的；  
生产销售劣药后果特别严重的；  
生产销售不符合卫生标准的食品对人体健康造成严重危害的；  
生产、销售有毒、有害食品造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患的；  
放火、爆炸、投毒、破坏交通工具、破坏交通设施、破坏电力设备等造成人身伤亡或重大财产损失；

劫持航空器致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏的；  
劫持船只、汽车造成严重后果的；  
煽动群众暴力抗拒国家法律、法规实施造成严重后果的；  
组织、运送他人偷越国(边)境造成被组织人重伤、死亡的；  
挪用公款数额巨大客观上不能还的；  
徇私舞弊不征、少征税款造成特别重大损失的。  
故意犯罪的行为人对加重的结果可能是故意的也可能是过失的。

(二)常见的过失犯罪的结果加重犯有：

危险物品肇事“后果特别严重的”  
工程重大安全事故罪后果特别严重的；  
交通肇事后因逃逸致人死亡的。

过失犯罪的行为人对加重结果一般是过失的，但个别也有故意的，如交通肇事后因逃逸致人死亡的。从表面上看，结果加重犯又构成了伤害、杀人、毁坏财物等罪，但是法律上认为是其基本罪行导致的结果，不作为犯罪评价，而是作为基本罪行的加重刑罚的后果，不数罪并罚。而仅仅作为加重某一罪法定的情况。理论上认为结果加重犯是实质的一罪，即一行为为一罪。