之精粹① 刘凤科讲刑法

2018年国家法律职业资格考试



刘凤科◎编著
瑞达组编

刑法人，若公生之苦，享公生之喜

刘凤科

延边传播出版社

需要全本请访问 www.ertongbook.com

2018年国家法律职业资格考试

刘凤科讲刑法之精粹

①

瑞达组编　刘凤科编著

延边大学出版社

图书在版编目（CIP）数据

2018年国家法律职业资格考试.1. 刘凤科讲刑法之精粹 / 瑞达主编；刘凤科编著. --北京：五洲传播出版社，2018.5

ISBN 978-7-5085-3831-0

Ⅰ.①2… Ⅱ.①瑞…②刘… Ⅲ.①刑法—中国—资格考试—自学参考资料 Ⅳ.①D92

中国版本图书馆CIP数据核字（2017）第231883号

2018年国家法律职业资格考试.1. 刘凤科讲刑法之精粹

著　　者：刘凤科
出 版 人：付　平
责任编辑：黄金敏
装帧设计：王艳海
出版发行：五洲传播出版社
地　　址：北京市海淀区北三环中路31号生产力大楼B座6层
邮　　编：100088
发行电话：010-82005927，010-82007837
网　　址：http://www.cicc.org.cn，http://www.thatsbooks.com
印　　刷：三河市鑫鑫科达彩色印刷包装有限公司
开　　本：787×1092　1/16
印　　张：9
字　　数：216千字
版　　次：2018年5月第1版第一次印刷
书　　号：ISBN 978-7-5085-3831-0
定　　价：30.00元

目 录

考点 1　罪刑法定原则 …… (1)
考点 2　刑法的解释 …… (2)
考点 3　刑法的适用范围 …… (3)
考点 4　亲告罪 …… (4)
考点 5　构成要件要素的分类 …… (4)
考点 6　实行行为 …… (6)
考点 7　作为与不作为的基本原理 …… (6)
考点 8　真正不作为的成立条件 …… (7)
考点 9　持有行为 …… (9)
考点 10　行为对象 …… (9)
考点 11　危害结果 …… (10)
考点 12　结果加重犯与其他法定刑升格条件 …… (10)
考点 13　因果关系与结果归属 …… (11)
考点 14　自然人的特定身份 …… (14)
考点 15　单位犯罪 …… (14)
考点 16　正当防卫之起因条件：存在现实的不法侵害 …… (16)
考点 17　正当防卫之时机条件 …… (17)
考点 18　对象条件 …… (18)
考点 19　正当防卫之限度条件与防卫过当 …… (19)
考点 20　正当防卫主观条件之防卫意识 …… (19)
考点 21　特殊正当防卫 …… (20)
考点 22　紧急避险 …… (21)
考点 23　超法规的违法阻却事由 …… (22)
考点 24　罪过的基本原理以及故意、过失之间的关系 …… (24)
考点 25　直接故意与间接故意 …… (25)
考点 26　特殊故意形式 …… (26)
考点 27　具体事实认识错误 …… (27)
考点 28　抽象的事实认识错误与认识错误的特殊情形 …… (29)
考点 29　犯罪过失 …… (29)
考点 30　目的与动机 …… (30)
考点 31　消极的责任要素之责任能力 …… (31)

考点 32　消极的责任要素之刑事法定年龄 …… (32)
考点 33　消极的责任要素之期待可能性 …… (33)
考点 34　消极的责任要素之违法性认识的可能性 …… (33)
考点 35　犯罪预备 …… (34)
考点 36　犯罪未遂的成立条件 …… (35)
考点 37　犯罪未遂的成立范围、分类与不能犯 …… (36)
考点 38　中止犯的减免处罚根据与成立条件 …… (37)
考点 39　特殊类型的中止与中止犯的处罚 …… (38)
考点 40　共同犯罪的立法宗旨 …… (39)
考点 41　任意共犯与必要共犯、共犯与犯罪构成之间的关系 …… (40)
考点 42　共同正犯 …… (41)
考点 43　间接正犯 …… (42)
考点 44　共犯的处罚根据与教唆犯 …… (43)
考点 45　帮助犯 …… (45)
考点 46　帮助犯的正犯化 …… (45)
考点 47　教唆犯、帮助犯与间接正犯的关系 …… (46)
考点 48　承继的共犯 …… (47)
考点 49　共犯的几个特殊问题 …… (48)
考点 50　共犯人的分类及其处罚原则 …… (49)
考点 51　罪数之继续犯、连续犯、职业犯、营业犯等 …… (50)
考点 52　罪数之吸收犯、不可罚的事后行为、共犯竞合与牵连犯 …… (51)
考点 53　罪数之法条竞合 …… (52)
考点 54　罪数之想象竞合 …… (54)
考点 55　刑事附带民事赔偿与非刑罚处罚措施 …… (55)
考点 56　主刑 …… (57)
考点 57　附加刑 …… (58)
考点 58　量刑情节：累犯、自首、坦白与立功 …… (59)
考点 59　量刑制度：数罪并罚与缓刑 …… (61)
考点 60　刑罚执行：减刑与假释 …… (62)
考点 61　追诉时效与特赦 …… (64)
考点 62　危害国家安全罪 …… (65)
考点 63　危害公共安全罪之危险方法危害公共安全 …… (65)
考点 64　危害公共安全罪之破坏交通工具、设施危害公共安全 …… (66)
考点 65　危害公共安全罪之恐怖活动犯罪 …… (66)
考点 66　危害公共安全罪之违反枪支等管理规定 …… (67)
考点 67　危害公共安全罪之责任事故罪 …… (68)
考点 68　生产、销售伪劣产品罪 …… (69)
考点 69　走私罪 …… (71)
考点 70　妨害公司、企业的管理秩序罪 …… (72)
考点 71　破坏金融管理秩序罪 …… (73)
考点 72　金融诈骗罪 …… (75)

需要全本请访问 www.ertongbook.com

考点 73 妨害税收征管罪 …… (77)
考点 74 侵犯知识产权罪 …… (78)
考点 75 扰乱市场秩序罪 …… (78)
考点 76 侵犯生命、健康的犯罪 …… (80)
考点 77 侵犯性自由的犯罪 …… (83)
考点 78 侵犯人身自由的犯罪 …… (85)
考点 79 其他侵犯人身权利、民主权利的犯罪 …… (90)
考点 80 侵犯财产犯罪基本结构 …… (93)
考点 81 不履行债务的财产犯罪·拒不支付劳动报酬罪与毁坏型财产犯罪·故意毁坏财物罪 …… (96)
考点 82 不需要转移占有的取得型财产犯罪·侵占罪 …… (97)
考点 83 夺取型财产犯罪·盗窃罪 …… (98)
考点 84 夺取型财产犯罪·抢夺罪 …… (100)
考点 85 夺取型财产犯罪·抢劫罪 …… (101)
考点 86 基于对方瑕疵的意思取得财产的犯罪·诈骗罪 …… (107)
考点 87 基于对方瑕疵的意思取得财产的犯罪·敲诈勒索罪 …… (110)
考点 88 利用职务之便实施的侵犯财产罪·职务侵占罪、挪用资金罪与挪用特定款物罪 …… (112)
考点 89 扰乱公共秩序罪 …… (114)
考点 90 妨害司法活动犯罪 …… (119)
考点 91 妨害国（边）境管理罪与妨害文物管理罪 …… (122)
考点 92 危害公共卫生罪与破坏环境资源保护罪 …… (123)
考点 93 走私、贩卖、运输、制造毒品罪 …… (125)
考点 94 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪与制作、贩卖、传播淫秽物品罪 … (127)
考点 95 贪污罪 …… (128)
考点 96 挪用公款罪 …… (130)
考点 97 受贿罪 …… (131)
考点 98 其他贪污贿赂犯罪 …… (134)
考点 99 渎职罪 …… (135)
考点 100 危害国防利益罪与军人违反职责罪 …… (137)

考点1　罪刑法定原则

1. 基本含义

法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚。

2. 本质要求

通过限制国家刑罚权，以更好地保护国民的自由和人权。

3. 思想渊源

三权分立学说与心理强制说。

4. 理论基础

民主主义与尊重人权主义（国民预测可能性）。

注意：尊重国民意志，不等于定罪量刑以网民们的意见为准。

5. 制约对象

罪刑法定原则约束立法者、司法者和执行者，其内容、精神和理念贯穿刑事立法、司法和执行，任何机构和个人都没有超越法律的特权。

6. 基本内容

（1）成文的罪刑法定

刑法渊源有《刑法典》（含十个刑法修正案）与一个单行刑法。行政法规与规章、习惯或者习惯法、指导性案例（判例）、国际条约与国际公约等（包括立法解释与司法解释）不属于刑法的渊源，不能规定新的刑罚法则，不能成为定罪量刑的依据，但可能成为理解构成要件要素的资料。

（2）事前的罪刑法定

刑法禁止不利于行为人的溯及既往（事后法），但允许有利于行为人的溯及既往（事后法）。

（3）严格的罪刑法定

刑法解释必须遵从法条使用的语言文字可能具有的含义。

刑法只禁止不利于行为人的类推解释，但允许有利于行为人的类推解释。

（4）确定的罪刑法定（实质的侧面）

①明确性：明确性与罪状的规定模式无关。

明确性是刑事立法与刑法解释学都必须贯彻的原则；司法解释、指导性案例、起诉书与判决书须遵循明确性原则。

②罪的法定：刑法禁止处罚不当罚的行为。没有侵犯国家、社会、他人利益而仅涉及国民私生活的行为不成立犯罪。

③刑的法定：刑法禁止残酷的、不均衡的、不文明的、不人道的刑罚方法。

“没有犯罪，就没有刑罚”：犯罪是刑罚适用的前提、刑罚是犯罪的法律后果。

“没有刑罚，就没有犯罪”：刑法禁止绝对不定刑，现代刑法主要采取相对确定的法定刑。

7. 罪刑法定原则的具体实现

（1）正确处理罪刑法定与实质解释的关系

①解释构成要件，必须先明确该罪的保护法益（刑法目的），然后在刑法用语可能具有的含义内确定构成要件的具体内容。

②对构成要件的解释，必须使行为的违法性达到值得科处刑罚的程度，必须将符合构成

要件的字面含义、实质上不具有可罚性的行为排除于构成要件之外。

③当某种行为并不处于刑法用语的核心含义之内，但具有处罚的必要性与合理性时，应当在符合罪刑法定原则的前提下，对刑法用语作扩大解释。

（2）正确理解扩大解释与类推解释的区别与联系

①扩大解释方法是允许的解释方法，而类推解释是刑法禁止的解释方法。

②区分标准：是否违背国民的预测可能性（即是否超出文字的可能含义范围）。如果解释结论超出了词语可能具有的含义，无法为词语所涵摄，则国民对此不具有预测的可能，这属于类推解释；如果解释结论没有超出词语可能具有的含义，即使比其基本含义范围更大，仍然为词语所涵摄，还处于国民预测范围之内，这属于扩大解释。

③扩大解释与类推解释没有固定不变的界限，二者的区分具有相对性：某一解释结论以前属于类推解释，以后可能属于扩大解释，或者相反；某一解释结论相对于此条文属于类推解释，相对于彼条文可能属于扩大解释。

（3）正确运用三段论推理

大前提是法律规定，小前提是案件事实，二者不能颠倒，否则可能随意出入人罪。

①一般的三段论推理，大前提固定，但定罪时，作为法律规范的大前提的含义并不固定，其含义是在社会生活中不断发现的，是通过审理案件被发现的。

②一般的三段论推理，小前提清楚明白，但在定罪时，作为小前提的案件事实，具有多侧面、多属性，对之可以做出多重归纳与判断。

③一般的三段论推理，结论最后形成，但定罪时，通常会出现先有结论（预判）、后寻找大前提（即三段论的倒置）的情况。

（4）合理运用择一认定理论

不能确信被告人实施了某一特定犯罪行为，但能够确信被告人肯定实施了另一处罚较轻的犯罪行为时，可以认定另一犯罪的成立。换言之，存疑时有利于行为人的原则符合罪刑法定原则的要求。

考点2　刑法的解释

1. 刑法解释的分类

根据解释主体的不同，刑法解释分为立法解释、司法解释与学理解释。

（1）立法解释是由全国人民代表大会常务委员会在“需要明确法律含义”的情形下对法律所作的解释。司法解释是由最高人民法院、最高人民检察院对“法律具体应用问题”所作的解释。

（2）立法解释与司法解释属于正式的刑法解释，具有法律效力；而知名学者的学理解释属于非正式的解释，没有法律效力，但对刑事司法乃至刑事立法具有重要的参考价值。

（3）立法解释的效力高于司法解释，其效力等同于法律，但不是法律本身。

（4）立法机关制定法律时，可以作出拟制性规定，但不得违反罪刑法定原则；立法机关解释法律时，不能进行拟制性解释，因其解释对象是法律本身，否则会混淆立法活动与解释活动。

（5）具体解释方法与根据解释主体所做的分类属于不同的问题，一种解释方法不会因为解释主体的不同而改变。

2. 刑法解释的目标

采取客观解释论（遵循法律规范的客观含义），不采取主观解释论（遵循立法原意或立

法本意）。

3. 刑法解释的态度

严格解释（按照语言文字可能具有的含义）与灵活解释（结合社会生活理解法律语言文字的含义）统一于罪刑法定原则。

4. 存疑时有利于行为人原则

针对案件事实的判定（而非针对法律的解释），当证据存在疑问的时候（不能达到排除合理怀疑程度），案件事实应该作出有利于行为人的判断。具体表现为：疑罪从无、疑罪从轻、孤证不能定案等。

5. 刑法解释的方法

提供解释结论。包括平义解释、扩大解释、缩小解释、反对解释、补正解释。

（1）解释方法被允许，不意味着相应的解释结论被允许，即可能违反罪刑法定原则。

（2）各种解释方法相互排斥，某一刑法条文中特定用语的解释结论，只能采取一种解释技巧或方法。

6. 刑法解释的理由

对解释结论的论证。包括文理解释与论理解释，后者包括目的解释、历史解释、比较解释、体系解释。

（1）文理解释与论理解释并不矛盾。如果文理解释的结论具有唯一性，就不允许通过论理解释推翻文理解释的结论；如果文理解释结论具有多重性，则需要论理解释确定法律的含义。

（2）同一语词在不同法条中可能具有不同含义。例如伪造、暴力、胁迫、侮辱、犯罪等。

（3）对“等”、“以及其他”、“或者其他”含义的理解，须遵循同类解释的规则。

（4）入罪时举轻以明重（当然解释），追求结论的合理性，但必须符合犯罪构成要件，否则属于不利于行为人的类推解释，违反罪刑法定原则。

（5）出罪时举重以明轻（当然解释），不需要刑法条文对此有明文规定，因为刑法允许有利于行为人的类推解释。

考点3　刑法的适用范围

1. 刑法的空间效力

（1）国内犯：属地管辖原则

①“我国领域”，包括我国领土（领陆、领水与领空）。旗国主义属于补充原则，即凡在我国船舶或者航空器内犯罪的（不包括国际长途汽车或者火车），不管其航行或者停放在何处，适用我国刑法。

②“在我国领域内犯罪”，即犯罪地在我国，指犯罪行为和犯罪结果有一项发生在我国领域内。故同一犯罪行为可能多个国家都有属地管辖权。

③中国刑法适用的例外：享有外交特权或豁免权的外国人在我国领域内犯罪的，适用外交途径解决，不适用我国刑法。

（2）国外犯

①属人管辖原则：中国人在国外实施犯罪，原则上适用我国刑法。国家工作人员或者军人无条件适用我国刑法，其他人犯轻罪（最高刑为3年以下有期徒刑）的可以不追究刑事责任。

② 保护管辖原则：外国人侵犯我国国家或者公民利益；按照我国刑法规定属于重罪

(最低刑为3年以上有期徒刑)；犯罪地法律也认为是犯罪（双重犯罪原则）。

③普遍管辖原则：行为人所犯罪行属于国际条约规定的罪行；我国缔结或参加了相关条约（声明保留的条款除外)；我国刑法将这种行为也规定为犯罪（但理解我国刑法，不得完全照搬国际条约的规定)；原则上要求罪犯出现在我国境内。注意：定罪量刑的依据只能是我国刑法。

④我国对外国刑事判决采取消极承认态度。

2. 刑法的时间效力（溯及力）

（1）我国刑法采取从旧兼从轻原则，即从旧是原则，新法适用的唯一可能是处罚更轻(禁止不利于行为人的事后法，允许有利于行为人的事后法)。

（2）新旧法孰轻孰重是比较法定刑或者法律效果。

（3）新法施行以前，依照当时的法律已经作出的生效判决，继续有效。此外，按照审判监督程序重新审判的案件，适用行为时的法律。

（4）正式解释（立法解释与司法解释）的适用原则：

①行为时没有正式解释，审理时具有正式解释的，应当适用正式解释；

②旧的正式解释规定某种行为不构成犯罪，新的正式解释将该行为解释为犯罪的，适用新的正式解释，但行为人不具有违法性认识的可能性，阻却责任，不成立犯罪；

③旧的正式解释规定某种行为构成犯罪，新的正式解释将该行为解释为不构成犯罪的，行为人在新的正式解释颁布之前实施该行为的，不成立犯罪，因为该行为并未违反刑法。

考点4　亲告罪

亲告罪，指被害人告诉才处理的犯罪，即立法者将诉权赋予被害人的犯罪。按照刑法第98条的规定，如果被害人因受强制、威吓无法告诉的，人民检察院和被害人的近亲属也可以告诉。

1. 侮辱罪、诽谤罪

（1）第一款行为属于亲告罪，但严重危害社会秩序和国家利益的除外。

（2）“通过信息网络实施第一款规定的行为（告诉才处理的情形)，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”。该规定并未改变亲告罪的性质。

2. 暴力干涉婚姻自由罪

属于亲告罪，但致使被害人死亡的除外（包括引起被害人自杀的情形)。

3. 虐待罪

属于亲告罪（第一款)，但致使被害人重伤、死亡的除外（第二款)；“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”（第三款，此为例外规定，转变为非亲告罪)。

4. 侵占罪

属于亲告罪。

考点5　构成要件要素的分类

1. “情节严重”

属于综合性构成要件要素，必须是客观事实。

2. 记述的构成要件要素与规范的构成要件要素

常见的规范的构成要件要素：

（1）法律的评价要素

刑法第277条中的“依法”，第306条中的“辩护人”、“诉讼代理人”，第345条中的“滥伐”、诸多法条中的“国家工作人员”、“国家机关工作人员”、“司法工作人员”、“公私”财产、盗窃罪对象“他人占有”的财物、“不符合××标准”以及不作为犯罪中的作为义务等。

（2）经验法则的评价要素

刑法第114条中的“危险方法”、“危害”公共安全，第116条中的“危险”，第137条中的“降低”等。

（3）社会的评价要素

刑法第234条中的“特别残忍”，第237条中的“猥亵”，第152条及相关条文中的“淫秽物品”，第245条中的“住宅”，第280条中的“公文”、“证件”，第166条的“明显高于”、“明显低于”以及诸多条文中的“较大”、“巨大”、“特别巨大”、“严重”、“特别严重”、“恶劣”、“特别恶劣”等。

3. 积极的构成要件要素与消极的构成要件要素

刑法中大多数构成要件都是积极的构成要件要素，消极的构成要件要素极为罕见，例如第389条第3款的规定。消极的构成要件要素可以当作积极的构成要件要素理解。

4. 客观的构成要件要素和主观的构成要件要素

危害行为、行为对象、危害结果和构成身份，属于客观构成要件要素；犯罪故意、过失或者目的、动机，属于主观构成要件要素。

（1）刑法第20条第1款正当防卫“为了使国家……免受正在进行的不法侵害”，如果主张其属于主观目的，则成立正当防卫要求防卫意识（防卫意识必要说）；如果主张其属于客观事实，即表达原因，则成立正当防卫不要求防卫意识（防卫意识不要说）。

（2）刑法第111条为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪中“为境外机构、组织、个人”，相对于窃取、刺探、收买行为而言，属于主观目的，属于责任要素；但相对于非法提供行为而言，属于客观事实，属于违法要素。

（3）刑法第191条洗钱罪中“为掩饰、隐瞒其来源和性质”属于客观行为的内容。

（4）刑法第319条骗取出境证件罪中“为组织他人偷越国（边）境使用的”属于主观目的（责任要素），而非客观行为的内容，即要求有现实的或者可能的组织者，而且现实的或可能的被组织者的行为具有偷越国（边）境的性质。

（5）刑法第385条受贿罪中“为他人谋取利益的”，旧客观要件说指客观上有为他人谋取利益的行为；主观要素说指主观上具有为他人谋取利益的目的；新客观说指许诺为他人谋取利益（通说）。

5. 成文的构成要件要素与不成文的构成要件要素

常见的不成文要素：盗窃罪中的“非法占有目的”、“他人占有的财物”、“完全违反占有者的意志”，诈骗罪中“非法占有目的”、“被骗人基于错误认识处分财产”。

6. 共同的构成要件要素与非共同的构成要件要素

共同的构成要件要素，如行为主体、行为、罪过；非共同的构成要件要素，如目的、动机、构成身份等。

7. 真正的构成要件要素与表面的构成要件要素

（1）为违法性提供根据的要素，属于真正的构成要件要素；不为违法性提供根据，只

需要全本请访问 www.ertongbook.com

是为了区分相关犯罪（包括同一犯罪的不同处罚标准）界限所规定的要素，属于表面的构成要件要素，又叫虚假的构成要件要素、分界要素。

（2）表面的构成要件要素不是成立犯罪必须具备的要素，而且是不需要证明的要素，如“未得逞”、“尚未造成严重后果”等。

考点6　实行行为

1. 危害行为的特征

（1）有体性（客观要素）、有害性（实质要素）。

（2）行为无价值论还要求有意性（主观要素），但结果无价值论不要求有意性。其区别在于：阻止梦游者杀人行为的，按照行为无价值论，不成立正当防卫，可能成立紧急避险；按照结果无价值论，则成立正当防卫。

2. 实行行为

刑法分则规定的、具有法益侵犯急迫可能性并为社会生活所不容许的行为，是刑法主要禁止的、最值得刑罚处罚的行为。罪的法定主要就是通过对实行行为的描述得以实现。

3. 下列行为不属于实行行为

（1）减少或者避免法益侵犯的行为（即使客观上发生了法益侵害结果，由于不存在法律禁止的行为，也不成立犯罪）。

（2）对结果的发生没有做出贡献的行为。

（3）对结果的发生虽然做出了贡献，但本身不具有发生结果的危险的行为，如甲借给乙一把菜刀，乙在切菜的时候将自己划伤的，甲不存在伤害的实行行为。

（4）对已经存在的法益危险没有防止结果发生义务的人，没有增加危险的相关行为。

4. 实行行为与其他刑法理论的关联性

（1）实行行为的认定直接影响犯罪未遂、犯罪预备的区分，即如果已经着手实行行为，绝对不可能成立犯罪预备。

（2）实行行为影响犯罪未遂与不可罚的不能犯的区分，即如果没有开始实行行为，就不可能成立未遂；如果行为根本就没有法益侵犯的可能性，则属于不可罚的不能犯。

（3）实行行为影响因果关系的判断，即因果关系是讨论实行行为与实害结果之间的关系，如果没有实行行为，那么实害结果就只能是其他实行行为或者自然事件导致。

（4）实行行为影响共犯人的分类，即对于共同犯罪人，根据行为分工的不同，可以分为实行犯、教唆犯与帮助犯。

考点7　作为与不作为的基本原理

1. 作为与不作为

（1）作为

以积极的身体活动实施刑法所禁止的行为，体现为违反禁止规范。

（2）不作为

行为人在能够履行自己应尽义务的情况下不履行该义务，体现为违反禁止规范与命令规范。

2. 区分标准

（1）如果法益没有面临危险而行为人以积极的身体动作制造危险，或者法益面临较小危

险而行为人以积极动作制造更大危险的，是作为，此时法律禁止行为人制造（更大）危险。

（2）如果法益已经面临危险，具有保证人地位的行为人不消除危险的，则是不作为，此时法律要求行为人消除危险。在某些情况下，考虑到非难的重点，而确定是作为还是不作为。

例：甲生产的商品具有致人死亡的危险，但当时没有发现（存在过失）；甲在销售商品之后才发现真相，但并不召回商品、不通知购买者，致使多人死亡。甲存在过失的作为与故意的不作为，但非难的重点在于故意的不作为。

3. 判断重心

（1）作为与不作为的审查重点与判断顺序不同

①在不作为中，审查的重点是行为人是否处于保证人地位；在作为犯中，审查的重点是行为是否符合犯罪构成要件。

②在不作为中，结果发生后，一般先判断行为人是否具有作为义务，再判断其是否具有作为的可能性；在作为犯中，结果发生后，一般要先判断行为人的行为是否属于刑法分则所描述的行为，再判断结果能否归属于行为人的行为。

（2）作为与不作为竞合或者结合

①作为与不作为的竞合，即可以分别从作为或者不作为角度解释其成立该罪，一般以作为犯认定即可。

②作为与不作为的结合，即客观行为同时包括作为和不作为的行为内容。例如抗税罪。

4. 不作为的分类

（1）真正（纯正）不作为犯

刑法分则条文明文规定保证人与不作为内容的犯罪。如遗弃罪，丢失枪支不报罪，不报、谎报安全事故罪，拒不支付劳动报酬罪，拒不执行判决、裁定罪，巨额财产来源不明罪，不解救被拐卖、绑架的妇女、儿童罪等。

（2）不真正（不纯正）不作为犯

刑法分则条文明文没有规定保证人与不作为内容，但行为人以不作为实施了通常由作为实现构成要件的犯罪。

★ 考点8　真正不作为的成立条件

不真正不作为要求满足三个条件：一是行为人负有防止危害结果发生的作为义务（即行为人处于保证人地位）；二是行为人能够履行义务（即行为人具有“作为的可能性”）；三是行为人履行义务本可以避免结果的发生（即行为人具有“结果回避的可能性”）。其中第二、三条件是所有不作为犯罪都应该具备的条件。

1. 行为人负有防止结果发生的作为义务

（1）基于对危险源的支配产生的监督义务

①对危险物（危险动物、危险物品、危险设置、危险系统等）的管理义务。

②对他人危险行为（他人不能承担刑事责任）的监督义务。

③对自己的先前行为引起的法益侵害危险的防止义务。

第一，下列情形不能成为作为义务的来源：行为人的行为没有增加、制造危险；该危险并不紧迫、微不足道；危险属于被害人自担风险的情形；无关之人偶然经过或者出现在法益

侵犯现场。

第二，先行行为不要求行为人独立实施，行为人参与了奠定作为义务基础的先行行为时，就具有防止结果发生的义务。例如，甲、乙为抢劫妇女丙的财物而将其打晕，当乙对丙实施强奸行为时，甲负有阻止义务。

第三，先前行为不要求一定是违法行为。紧急避险、法令行为、被害人承诺等都可能成为先前行为。

第四，正当防卫是否可以成为先前行为，刑法理论存在否定说与肯定说的分歧。

肯定说为通说：

首先，如果正当防卫造成被害人死亡也不过当时，防卫人无救助义务。

其次，如果正当防卫致人伤害，并未过当，而且该伤害不可能导致死亡，即没有过当的危险，防卫人也没有救助义务。

最后，如果正当防卫造成了伤害（该伤害本身不过当），但具有死亡的紧迫危险，发生死亡结果就会过当，则防卫人具有救助义务（先前作为与后面的不作为共同导致了防卫过当）；当然，如果能将过当结果独立归属于先前的防卫行为，就没有防卫行为引起义务的问题。

第五，不作为也可以成为先前行为。

第六，一般过失行为、过失犯罪行为、故意犯罪行为都可以成为先前行为。

（2）基于与法益的无助（脆弱）状态的特殊关系产生的保护义务

包括基于法律规范产生的保护义务、基于制度或者体制产生的保护义务、基于自愿（合同或者自愿接受）而产生的保护义务。

（3）基于对法益的危险发生领域的支配产生的阻止义务

包括对自己支配的建筑物、汽车等场所内的危险的阻止义务，以及对发生在自己身体上的危险行为的阻止义务。

2. 作为可能性

只要履行作为义务没有生命危险，行为人就应尽其所能履行义务，防止危害结果的发生。

3. 结果回避可能性

只有行为人不履行作为义务，造成或可能造成结果的，才可能成立不作为犯罪。换言之，只有当行为人履行作为义务可以避免结果发生时，其不作为才可能成立犯罪。

4. 不作为与作为的等价性

等价性的判断，取决于行为人应当阻止危险但未排除或者控制既存的危险。但等价性的判断并不是不作为的独立构成要件，而是不作为成立条件的整体效果。

（1）对于他人的生命具有救助义务时，并不必然成立故意杀人罪，而有可能成立遗弃罪或者其他犯罪。路人单纯发现火灾不报警，之后发生火灾的，路人不构成不作为的放火罪。

（2）有的犯罪对行为描述的动词只能以作为实施，而不能以不作为实施，例如包庇罪中“作假证明包庇的”，就不包括不作为的方式；但脱逃罪、侵占罪等大多数犯罪都包含不作为。

（3）行为符合不作为的一般客观条件，并不直接成立犯罪，只有当某种不作为符合具体犯罪构成时才成立犯罪。即不能以不作为的条件代替不作为的犯罪构成要件。

（4）不作为犯罪可能成立故意犯（可能既遂，也可能未遂），也可能成立过失犯。

考点9　持有行为

1. 行为方式

持有行为是一种作为方式，即认定持有型犯罪，只要行为人支配、控制特定违禁品即可，与行为人是否依法上交特定违禁品无关。

2. 行为性质

只要处于行为人支配和控制的领域、场景，包括让第三者保管（第三者知情的，则可能成立共犯），就可以认定“持有”，而不限于行为人握在手里或者自己管理等；但如果将特定违禁品置于广场、马路边等他人容易发现的公共场所，则难以认定“持有”。

3. 罪数问题

故意持有多种犯罪对象，成立多个持有型犯罪的，应当并罚。注意：同时故意走私多种对象，成立多个走私犯罪的，或者同时生产、销售多种伪劣产品，成立多个生产、销售伪劣产品犯罪的，应当数罪并罚。

4. 故意与认识错误的判断

持有型犯罪都是故意犯罪，要求行为人行为时认识到特定对象的存在。

（1）如果行为人认识到持有的物品“要么是假币要么是毒品”，但实际上是假币的，仅成立持有假币罪，不成立非法持有毒品罪未遂，属于不可罚的不能犯。

（2）如果行为人以为持有的是假币，但实际上是毒品的，属于抽象的事实认识错误，按照法定符合说，主客观内容没有一致的内容，不成立故意犯罪。

（3）如果他人将包裹交给行为人，并谎称是盗窃的假币，但实际上是其盗窃的毒品的，行为人不成立非法持有毒品罪、持有假币罪，而成立掩饰、隐瞒犯罪所得罪。

考点10　行为对象

1. 概念

行为对象是危害行为指向的通常体现法益的人、物或者组织。

2. 意义

大多数犯罪的成立要求特定的行为对象。对行为对象有要求的故意犯罪，如果客观上不可能存在行为对象，则行为不可能侵犯法益，属于对象不能犯；按照行为无价值论，有可能成立犯罪未遂，按照结果无价值论，不成立犯罪。

3. 关联概念

行为对象应存在于着手实行行为之时。

（1）组成犯罪行为之物

应当没收。如赌博罪中的赌资、贿赂犯罪中的贿赂。

（2）行为孳生之物

应当没收。如伪造货币罪产生的假币、制造毒品罪产生的毒品。假币、毒品可能成为其他犯罪行为的对象。

（3）作为犯罪行为的报酬取得之物

属于违法所得，应当没收。

（4）供犯罪行为使用之物

主要表现为犯罪工具；如果属于犯罪分子本人财物，应当没收。

考点11　危害结果

1. 危害结果

危害行为给刑法所保护的法益所造成的现实侵害事实与现实危险状态，即包括实害结果与危险结果。

2. 属于构成要件要素的危害结果与不属于构成要件要素的危害结果

前者影响定罪，后者影响量刑。例如，成立故意杀人罪，要求死亡结果或者导致死亡的危险结果，而轻伤、重伤等结果不影响故意杀人罪的认定，但影响量刑。

3. 侵害犯与危险犯

（1）侵害犯，是指将对法益的现实侵害作为处罚根据的犯罪；危险犯，是指将对法益侵害的危险作为处罚根据的犯罪。

（2）在我国，危险犯与侵害犯不是就罪名而言，而是就犯罪的具体情形而言。所有的过失犯罪以及故意犯罪的既遂都属于侵害犯；故意犯罪的预备、未遂与中止形态都属于危险犯。

4. 具体的危险犯与抽象的危险犯

（1）具体危险，是在司法上以行为当时的具体情况为根据，认定行为具有发生侵害结果的危险。例如放火罪、爆炸罪、破坏交通工具罪、生产、销售不符合安全标准食品罪等。

（2）抽象危险，是在司法上以一般的社会生活经验为根据，认定行为具有发生侵害结果的危险。这种危险属于行为的危险，而非作为结果的危险（即成立这种犯罪，对危险结果不作要求）。例如盗窃、抢夺枪支、弹药、爆炸物罪，生产、销售有毒、有害食品罪，生产、销售假药罪等。

考点12　结果加重犯与其他法定刑升格条件

1. 法定刑升格条件

（1）结果加重犯

法律规定的一个犯罪行为（基本犯罪），由于发生了严重结果而加重其法定刑的情况。如故意伤害致死。

（2）加重构成要件

属于违法类型，即在特定地点或者针对特定对象或者以特定方式实施犯罪行为，刑法因此提高了法定刑的情形。如入户抢劫、持枪抢劫等。

（3）结合犯

将两个独立的犯罪行为结合为一个犯罪，进而提高法定刑的情形。如拐卖妇女、儿童又奸淫被拐卖的妇女，绑架杀害被绑架人或者故意伤害被绑架人，致使其重伤或者死亡。

（4）量刑规则

属于违法性加重的情形，即刑法分则条文单纯以情节（特别）严重、情节（特别）恶劣以及数额或首要分子、多次、违法所得数额巨大、犯罪行为孳生之物数量（数额）巨大作为法定刑升格条件。

2. 结果加重犯的成立条件

（1）客观条件

行为人实施基本犯罪行为，造成了加重结果，基本犯罪行为与加重结果之间具有直接因果关系。

①结果加重犯应是对基本犯罪行为对象造成加重结果，如果发生事实认识错误，原则上也不影响结果加重犯的认定；但是，少数犯罪对结果加重犯的对象有特殊要求。

②加重结果是基本犯罪行为直接导致的在程度与性质上重于基本犯罪结果的结果。

③基本犯罪行为与加重结果之间具有直接因果关系。只有当具有造成加重结果高度危险的基本行为直接造成了加重结果时，才能认定为结果加重犯。

（2）主观条件

①行为人对基本犯罪具有故意或者过失，对加重结果至少有过失。

②对基本犯为故意的结果加重犯而言，行为人必须对为基本行为的高度危险性提供基础的事实具有认识。

例如，甲冲撞乙，但乙身后是很陡的台阶，乙跌倒后抢救无效死亡，即使甲对乙的死亡存在过失，但只要甲没有认识到乙身后的台阶，则甲的行为就成立故意伤害罪的基本犯与过失致人死亡罪的想象竞合犯。

（3）法定性

刑法就发生加重结果加重了法定刑。遗弃罪、强制猥亵、侮辱罪、猥亵儿童罪、拐骗儿童罪、绑架罪没有规定结果加重犯。

3. 注意

（1）结果加重犯与基本犯属于法条竞合，不属于想象竞合。

（2）结果加重犯与基本犯罪的罪名相同，但刑法分则可能将有的结果加重犯规定为另一种独立犯罪，例如刑法将“刑讯逼供致人死亡”拟制为故意杀人罪。

（3）对加重结果包含故意和过失的情形，如果行为人故意造成加重结果的，成立结果加重犯与故意导致加重结果触犯的犯罪的想象竞合犯。例如，为抢劫财物而故意杀害被害人的，成立抢劫罪的结果加重犯与故意杀人罪的想象竞合犯。

★ 考点13　因果关系与结果归属

1. 因果关系的基本观念

（1）概念

实行行为与实害结果是否属于同一犯罪，取决于因果关系判断，具体内容包括事实因果关系与结果归属。前者是基于存在论的事实判断；后者是基于刑法目的的规范判断。

（2）原因

因果关系中的原因是类型化的实行行为，而不包括预备行为。

①如果行为本身不具有法益侵害的危险甚至减少了法益侵害的危险，就不是实行行为，因而不可能将结果归属于该行为。

②如果缺乏结果回避可能性，就可以直接否认实行行为，因而可以直接否认因果关系。

（3）结果

因果关系中的“结果”是指具体的、特定样态、特定规模、特定发生时间与地点的法益侵害结果（具体结果观），而不是抽象意义上的结果。

2. 因果关系的特征

客观性、顺序性、相对性、规律性、复杂性。

需要全本请访问 www.ertongbook.com