

# 刑法总体系



# 第 1 章 刑法论

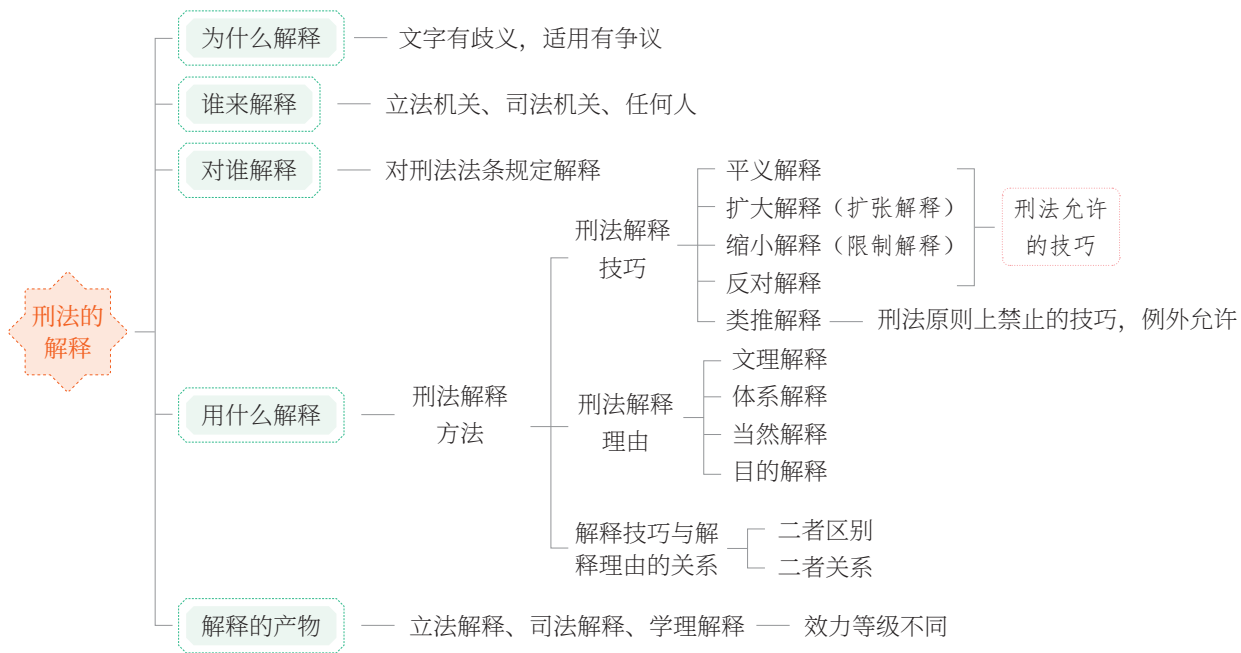
## ■ 考点 1 刑法的解释 ■

### 基 础 概 念

刑法解释，是指对刑法法条（即刑法规范，包括刑法典和单行刑法）规定的文本的含义的解说和说明。<sup>【白话 1】</sup>

例：【《刑事审判参考》第 303 号：李宁组织卖淫案\*】2003 年，南京“正麒”演艺吧业主李宁为营利，采取张贴广告、登报的方式招聘男青年做“公关人员”，在其经营的“金麒麟”等酒吧内将多名“公关先生”多次介绍给男性顾客，由男性顾客将“公关先生”带至酒店等处从事同性性交易。《刑法》第 358 条规定：“组织他人卖淫”的，构成组织卖淫罪。传统的卖淫是异性之间提供性服务，“李宁案”发生后，需要对《刑法》第 358 条中规定的“他人”“卖淫”的含义进行解释，看其是否能够包括“男性”“男男性交易”，以认定被告人李宁是否构成组织卖淫罪。

### 考 点 体 系



### 聪聪白话 1

裁判案件是根据已经发生的案件事实看其能不能靠得上现行的法条规定。但现行刑法法条里的规定很抽象、模糊，在法律适用过程中有困难，就需要特定主体对刑法条文每个词语所指的含义范围明确界定，进而裁判案件。

\* “李宁组织卖淫案——组织男性从事同性性交易，是否构成组织卖淫罪”，载最高人民法院刑事审判庭《刑事审判参考》总第 38 集，法律出版社 2004 年版，第 137 页。

考 查 重 点

重点1 刑法解释的效力分类

有权解释	立法解释	立法机关（通常是全国人大常委会）	立法解释效力高于司法解释；同一位阶比较时间先后，不同位阶一律立法优先
	司法解释	司法机关（最高法、最高检）	
学理解释	未经国家授权，机关、团体、社会组织、学术机构以公民个人		没有法律效力

例1：旧的立法解释效力优先于新的司法解释。

例2：新的司法解释优先于旧的司法解释。

重点2 刑法的解释技巧

1. 平义解释

基本概念：按照该用语最平常的字面含义来解释，既不扩大范围，也不缩小范围。 白话1

「聪聪秒杀」法条含义 = 日常含义。

👉 聪聪举例：将《刑法》第232条（故意杀人罪）中的“人”的概念，按照日常用语的含义作出解释，认为包括任何一切有生命的人。

2. 扩大解释（又称扩张解释）

基本概念：对用语解释后的含义大于字面含义，但该含义仍处于该用语可能的含义范围内。 白话2

「聪聪秒杀」法条含义 > 日常含义。

👉 聪聪举例：将《刑法》第341条（危害珍贵、濒危野生动物罪）中的“出售”，解释为“包括出卖和以营利为目的的加工利用行为”，是一种扩大解释。

3. 缩小解释（又称限制解释）

基本概念：指对刑法条文字句作出比一般字面含义（一般文义）要狭小的解释。 白话3

「聪聪秒杀」法条含义 < 日常含义。

👉 聪聪举例：将《刑法》第111条（为境外非法提供情报罪）中的“情报”，解释为“关系国家安全和利益、尚未公开或者依照有关规定不应公开的事项”，比“情报”的字面通常含义（有价值的信息）小。

4. 类推解释

聪聪白话1

刑法中某个词语在刑法中代表的含义范围，等于该词语在日常生活中代表的含义范围。

聪聪白话2

刑法中某个词语在刑法中代表的含义范围，大于该词语在日常生活中代表的含义范围，但这个扩大仍然在社会公众能接受的范围。

聪聪白话3

刑法中某个词语在刑法中代表的含义范围，小于该词语在日常生活中代表的含义范围。

(1) 基本概念：对刑法条文没有明确规定的事项，按照类似性原理，比照最相类似的刑法条文规定的相关事项，作超出该规定含义范围而推论适用的解释。【白话1】

「聪聪秒杀」法条含义>日常含义，达到超过刑法规定范围。

(2) 适用原则：定罪坚持罪刑法定原则，类推解释由于违反罪刑法定，原则上禁止不利于被告人的类推解释（违反罪刑法定原则，不合理地扩大了处罚的范围），例外允许有利于被告人的类推解释（符合罪刑法定原则，可以允许例外适用）。

例1：将“抢劫孩子”解释为“抢劫罪”中“财物”，认为抢劫孩子属于抢劫罪，属于类推解释（禁止的）。

例2：将“吸毒驾驶机动车”解释为“危险驾驶罪”中“酒驾”的范围，认为吸毒驾驶机动车属于危险驾驶罪，属于类推解释（禁止的）。

(3) 适用主体：无论是立法机关，还是司法机关，无论是立法解释，还是司法解释，一律都禁止类推解释。

(4) 注意区分：扩大解释和类推解释。

首先，区分点在于解释结论是否超出该词语的最大含义范围。如果解释大于该词语的一般含义范围，但是在国民预测可能性范围之内（大家觉得不离谱），系扩大解释；如果解释超出国民预测可能性范围（大家一听觉得太离谱），系类推解释。

其次，题目中待判断的对象与刑法规定的词语之间，是并列关系为类推解释；是包容关系则为扩大解释。

「聪聪秒杀」包容关系是扩大，并列关系是类推，可以接受是扩大，非常离谱是类推。

例1：将男子解释到“妇女”一词中来，太离谱，系类推解释。

例2：将女性特征更多（但DNA仍为女性）的两性人解释到“妇女”一词中来，可以接受，系扩大解释。

例3：将毒品解释到“财物”一词中，可以接受，系扩大解释。

例4：将孩子解释到“财物”一词中，太离谱，系类推解释。

例5：将运钞车解释到“金融机构”一词中，可以接受，系扩大解释。

例6：将办公用品解释到“金融机构”一词中，太离谱，系类推解释。

## 5. 反对解释

基本概念：根据法条用语的正面表述，来推导出反面含义。【白话2】

「聪聪秒杀」正面规定，反面禁止。正面禁止，反面许可。

👉聪聪举例：已满14周岁，不满16周岁的人对于放火罪可以承担责任；推出：不满14周岁的人对于放火罪不能承担责任。

## 重点3 刑法的解释理由

### 1. 文理解释

(1) 基本概念：根据刑法用语本身的含义、语法等进行论证解释后的词语含义是否属于刑法规定中词语所代表的含义。【白话3】

「聪聪秒杀」用生活中词语的含义来解释法条中词语含义。

### 聪聪白话1

将不符合刑法规定的情况，找到最相近似的法条，强行解释为符合法律规定的行为。

### 聪聪白话2

刑法规定达到什么标准可以怎么样，可以反面推出如果未达到标准就不能适用该规定。

### 聪聪白话3

对于刑法中某个词语进行解释之后，用平时的语言用法或者习惯来论证下是否符合语义。

## 👉 聪聪举例

例 1: 通过平义解释来解释《刑法》第 345 条(盗伐林木罪)中“林木”的含义,解释为“活的树木、成片的树林”(长在一片土地上的许多树木)。用文理解释来论证,在生活中林木的字面含义就是“成片的、活着的森林”,与该词语代表的在该罪中的含义范围一致。

例 2: 招摇撞骗罪是指冒充国家机关工作人员招摇撞骗。通过平义解释来解释“招摇撞骗”的含义,是指假的冒充真的。根据文理解释来论证,生活中只要不具有行为人所声称的身份,就属于冒充,所以将副乡长冒充市长的行为解释为属于冒充行为,构成招摇撞骗罪,符合文理解释。

## 2. 体系解释

(1) 基本概念: 根据体系逻辑来论证解释后的含义在刑法体系中是否协调合理。 **白话 1**

(2) 具体规则一: 相同词语含义可以不同。

例 1: “暴力”一词在不同法条中含义不同。

《刑法》第 263 条(抢劫罪)、第 269 条(转化型抢劫)、第 121 条(劫持航空器罪)中规定的“暴力”可以包括杀人;而第 236 条(强奸罪)、第 226 条(强迫交易罪)、第 277 条(妨害公务罪)中规定的“暴力”不能包括杀人。

例 2: “侮辱”一词在不同法条中含义不同。

《刑法》第 237 条(强制猥亵、侮辱罪)中的“侮辱”指侵犯他人涉及性尊严的身体权;

第 246 条(侮辱罪)中的“侮辱”指侵犯他人名誉权;

第 299 条(侮辱国旗、国徽、国歌罪)中的“侮辱”指通过对这些国家标志的破坏、篡改而贬损国家尊严;

第 302 条(盗窃、侮辱、故意毁坏尸体、尸骨、骨灰罪)中的“侮辱”指侵犯公众对于死者的情感。

(3) 具体规则二: 不同词语含义可以相同。

例: 刑法条文中“出售”“销售”“倒卖”“贩卖”的含义相同,是指有偿转让所有权。

(4) 具体规则三: 同类解释规则,是指对于并列、同位、同类的概念,结合前后文进行相同性质的解释。

**「聪聪秒杀」** 顿号前后、等字前后、或者前后列举的情形,要作相同严重程度的解释。

例 1: 对《刑法》第 114 条(以危险方法危害公共安全罪)中的“其他危险方法”进行解释时,比照前文规定的放火、决水、爆炸、投放危险物质,将其解释为与放火、决水、爆炸、投放危险物质性质相当的危险方法(亦即一次行为能够造成大规模人员死伤的方法)。

例 2: 抢劫罪中规定的行为是“暴力、胁迫或者其他方法”,这里的“其他方法”要与前面的“暴力、胁迫”具有同样的严重程度,达到压制被害人反抗的程度,才属于抢劫罪的手段,例如把人灌醉。

## 3. 当然解释

(1) 基本概念: 指根据当然逻辑进行推理解释,主要运用的是“轻”“重”比较的逻辑。

**「聪聪秒杀」** 当然解释,两个行为、轻重对比、性质相同,没有对比,不是当然解释。

例: 捏造事实在互联网上散布的行为,构成诽谤罪,属于当然解释。(本句是错误的)

(2) 具体规则一: 入罪时,举轻以明重;符合当然解释逻辑,但结论未必正确,有可能违反罪刑法定原则,而结论

### 聪聪白话 1

将解释后的词语放在刑法的整个体系中,结合前后文来判断解释出的结论是否具有合理性。

### 聪聪白话 2

论证行为不构成犯罪的时候,运用举重以明轻(重的行为无罪,轻的行为当然的无罪);论证行为构成犯罪的时候,运用举轻以明重(轻的行为有罪,重的行为当然的有罪)。

错误。 **【升华1】**

例1: 张三为了满足性刺激心理, 当街扒光妇女的衣服, 构成强制猥亵、侮辱罪, 如果当街强迫妇女发生性关系, 更应该构成强制猥亵、侮辱罪。 **【注意1】**

例2: 张三抢劫钱包的行为, 构成抢劫罪, 如果张三抢劫孩子, 更应该构成抢劫罪。 **【注意2】**

例3: 张三醉酒驾驶机动车的行为, 构成危险驾驶罪, 如果张三吸毒之后驾驶机动车, 更应该构成危险驾驶罪。 **【注意3】**

例1—例3, 均符合当然解释逻辑, 但违反罪刑法定原则。

例4: 张三属于依法配备公务用枪的警察, 其非法出借枪支的行为构成非法出借枪支罪, 如果张三非法赠与他人枪支, 更应该构成非法出借枪支罪, 符合当然解释, 也符合罪刑法定原则。

(3) 具体规则二: 出罪时, 举重以明轻; 符合当然解释结论, 由于得出的往往是无罪的结论, 一定是正确的, 不违反罪刑法定原则。 **【升华2】**

例: 根据《刑法》第389条第3款, 送钱者被勒索给予国家工作人员以财物, 没有获得不正当利益的, 不成立行贿罪。那么, 因为对非国家工作人员行贿的行为比对国家工作人员行贿的行为性质要轻; 则送钱者因被勒索给予非国家工作人员以财物, 没有获得不正当利益的, 就更不应当成立对非国家工作人员行贿罪。

#### 4. 目的解释

基本概念: 根据刑法所保护的为目的为解释的结论提供理由。 **【白话1】**

### 重点4 解释技巧和解释理由的关系

1. 解释技巧是用来得出结论的途径, 一次只能用一个; 解释理由是用来论证结论的正确与否, 可以同时用很多。

**「聪聪秒杀」** 解释技巧是排斥的, 解释理由是并存的。

2. 解释技巧得出结论之后, 再通过充分的解释理由论证。

(1) 在解释技巧上: 所有的解释技巧都是允许适用的, 除了不利于被告人的类推解释。允许扩大解释、缩小解释(无论解释结论是否有利于被告人)等。

(2) 解释技巧与解释结论的正确与否无关。无论是采用扩大解释、缩小解释, 还是平义解释的解释技巧, 结论都不一定正确。

(3) 在解释结论正确性判断上: 正确的解释结论即需符合合法条目的(目的解释)+使用允许的解释方法(禁止类推解释)。

### 真题演练

1. (14年真题) 按照体系解释, 刑法分则中的“买卖”一词, 均指购买并卖出; 单纯的购买或者出售, 不属于“买卖”。

2. (14年真题) 按照同类解释规则, 对于刑法分则条文在列举具体要素后使用的“等”“其他”用语, 应按照所列举的内容、性质进行同类解释。

3. (14年真题) 将明知是捏造的损害他人名誉的事实, 在信息网络上散布的行为, 认定为“捏造事实诽谤他人”, 属于当然解释。

4. (15年真题) 既然将为了自己饲养而抢劫他人宠物的行为认定为抢劫罪, 那么, 根据当然解释, 对为了自己收养而

### 注意

1. 该行为构成强奸罪。
2. 该行为构成拐卖儿童罪、绑架罪或者拐骗儿童罪。
3. 该行为构成以危险方法危害公共安全罪

### 聪聪升华

1. 入罪时, 举重以明轻 = 违反罪刑法定原则(使用了禁止的类推解释), 结论错误; 符合罪刑法定原则(没有使用类推解释), 结论正确。

2. 出罪时, 举轻以明重 = 不违反罪刑法定(允许的类推解释), 结论正确。

### 聪聪白话1

思考法条背后的解释目的, 原则上思考学术界和实务界的目的, 但法考中一律以法考命题组的观点为主。

抢劫他人婴儿的行为更应认定为抢劫罪，否则会导致罪刑不均衡。

5. (16年真题)对甲法条中的“暴力”作扩大解释时，就不可能同时再作限制解释，但这并不意味着对乙法条中的“暴力”也须作扩大解释。

6. (18年真题)根据当然解释，生产、销售、提供假药罪中的“假药”是指完全没有疗效的药，因此有疗效的药不是假药。

7. (18年真题)为境外非法提供国家秘密、情报罪中的“情报”应该缩小解释为“关系国家安全和利益、尚未公开或者依照有关规定不应公开的事项”。

8. (19年真题)依据论理解释，倒卖文物罪中的“倒卖”是指以牟利为目的，出售或为出售而购买国家禁止经营的文物。

### 模拟演练

1. 将《刑法》第247条(暴力取证罪)“司法工作人员使用暴力逼取证人证言”中的“证人”解释为包括作证的被害人，是类推解释。

2. 行为人甲杀害被害人乙后，为了伪造遭抢劫的假象，故意将乙的手机、黄金戒指置于公共场所以使其被人拿走。将甲的该行为解释为毁坏财物行为，属于扩大解释。

3. 对一个刑法条文或者一个刑法用语的解释，只能采用平义解释、扩大解释、缩小解释等一种解释结论；但解释理由是可以多种多样，可以是文理解释、体系解释、历史解释、比较解释、目的解释等中的一种或多种。

4. 在适用举轻以明重的解释原理进行当然解释时，也要求案件事实符合刑法规定的犯罪构成，而不能简单地以案件事实严重为由以犯罪论处。

5. 文理解释和目的解释具有决定性，只有既符合规范目的、又符合文理而不属不利于被告人的类推，解释结论才正确。

## ■ 考点2 刑法功能 ■

### 基 础 概 念

刑法功能是指刑法所发挥的积极作用。

### 聪 聪 总 结

#### 1. 客观必背

(1) 解释方法 = 解释技巧(仅一个) + 解释理由(用很多)；

(2) 解释技巧 = 扩大、平义、缩小、反对、类推(前四个允许，最后一个原则上禁止，例外有利于被告人允许)；

(3) 平义解释 = 法条含义等于日常含义；  
扩大解释 = 法条含义大于日常含义；  
缩小解释 = 法条含义小于日常含义；  
反对解释 = 已知规定，反向推导；

(4) 扩大解释 = 包容关系是扩大，并列关系是类推，可以接受是扩大，感觉离谱是类推；

(5) 解释理由 = 文理解释、体系解释、当然解释、目的解释；

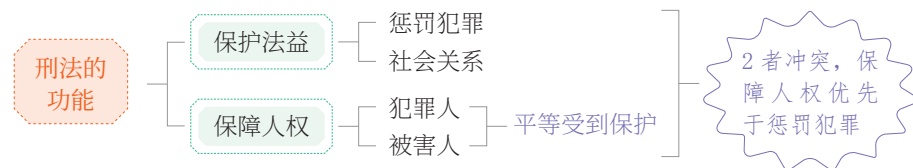
(6) 文理解释 = 根据字面含义、语法解释结论；  
体系解释 = 联系上下文、同词不同义、不同词相同含义、并列词语相同性质；  
当然解释 = 入罪举轻以明重(可能违反罪刑法定)，出罪举重以明轻(一律不违反罪刑法定)，符合当然解释，结论未必正确；  
目的解释看法条背后目的，考试中看命题人目的；

(7) 正确结论 = 符合立法目的。

#### 2. 主观必背

本节在主观题中考查概率不大。

## 考点体系



## 考查重点

### 重点1 保护法益

基本概念：是指刑法保护的利益，即惩罚犯罪。 白话1

👉 **聪聪举例**：张三抢走李四的财物，财物体现的背后的法律关系就是财产关系，通过惩罚张三的行为来保护李四的财产法律关系。

### 重点2 保障人权

基本概念：惩罚犯罪的时候，也要保障人权，不仅仅是保障被害人的权益，同时要保障犯罪人的权益。 白话2

「聪聪提示」惩罚犯罪与保障人权冲突时，优先保障人权。

例：存疑时有利于被告人原则。

## ■ 考点3 刑法的基本原则 ■

## 基础概念

刑法的基本原则，是指刑法明文规定的、在全部刑事立法和司法活动中应当遵循的准则。 白话3

例：【《刑事审判参考》第461号：王一辉等盗卖单位游戏“武器装备”案\*\*】王一辉原系某公司游戏项目管理中心运

\*\* “王一辉、金珂、汤明职务侵占案——利用职务便利盗卖单位游戏武器装备的行为如何定罪处罚”，载最高人民法院刑事审判庭：《刑事审判参考》总第58集，法律出版社2007年版，第48页。

### 聪聪白话1

法益就是每个人、事件、物背后体现的法律关系，当某一个法律关系被破坏的时候，就需要通过惩罚实施特定行为的犯罪人来保护被破坏的社会关系。

### 聪聪白话2

犯多大的事，承担多大的责任；承担多大的责任，追究什么样的犯罪，不能乱追究、乱打击。犯罪人也是受到保护的。

## 聪聪总结

1. **客观必背**：无，不直接考查，仅作为刑法理论了解即可。
2. **主观必背**：无，不直接考查，仅作为刑法理论了解即可。

### 聪聪白话3

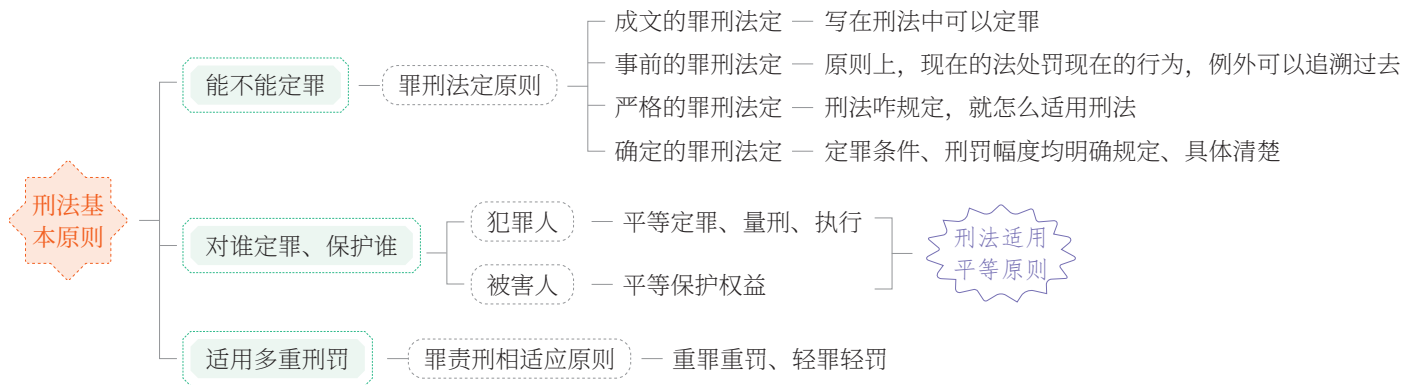
刑法灵魂，贯穿始终，全程适用。



维部副经理，主要负责对服务器、游戏软件进行维护和游戏环境内容的更新等。王一辉与金珂、汤明合谋，由金、汤首先在“热血传奇”游戏中建立人物角色，由王利用公司电脑进入游戏系统，通过增加、修改数据库中的数据，在该游戏人物身上增加或修改游戏“武器”及“装备”。然后由金、汤将武器及装备出售给游戏玩家。三人共计非法获利 202 万余元，后被法院认定构成职务侵占罪。

【问题】法院认定三人构成职务侵占罪，是否违反罪刑法定原则？

## 考点体系



### 聪聪白话 1

行为危害性无所谓，一律看刑法有没有把这样的行为规定为犯罪，有则定罪，反之，不得定罪，只能道德谴责，比如卖淫、嫖娼、吸毒。

## 考查重点

### 重点 1 罪刑法定原则

1. 基本概念：法律明文规定为犯罪行为的，依据法律定罪处罚；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处罚。 白话 1

2. 思想基础 白话 2

(1) 民主主义：只有民主产生的立法机关才有权规定犯罪与刑罚。

(2) 自由主义：也称为尊重人权主义，法律应当具有可预测性，让公众知道什么是犯罪，什么不是犯罪，以保障个人的行动自由。

3. 具体内容

(1) 成文的罪刑法定，是指只有立法机关制定的法律才有权规定犯罪与刑罚。最高法和最高检只能解释刑法，无权制定刑法。禁止一切习惯法，没有上升为法律的习惯，都不属于法律。

### 聪聪白话 2

只有经过国民公众同意，才能上升为刑法中的犯罪，变为犯罪之后，大家才知道什么行为是不能做的，如果没有写清楚，大家的行为就不自由。

(2) 事前的罪刑法定，是指禁止溯及既往。禁止不利于被告人的溯及既往，允许有利于被告人的溯及既往。【白话1】

☞ 聪聪举例：过去刑法中没有规定高空抛物罪，现在《刑法修正案（十一）》出台之后，不能追究过去高空抛物的行为，认为是犯罪。

(3) 严格的罪刑法定，是指禁止类推解释。【白话2】

☞ 聪聪举例：刑法规定了酒驾属于危险驾驶罪，不能认为吸毒驾驶也是危险驾驶罪，否则属于类推解释。

「聪聪秒杀」刑法禁止不利于被告人的类推解释（违反罪刑法定原则）。

(4) 确定的罪刑法定，是指对于刑法的规定应当明确、合理、适当。包括明确性要求；禁止绝对不定刑及绝对不定期刑；禁止处罚不当罚的行为；禁止不均衡、残虐的刑罚。【白话3】

## 重点2 刑法适用平等原则

1. 基本概念：对任何人犯罪，在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。

【聪聪白话】意味着对所有的人，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。该原则属于司法原则，而非立法原则。

2. 平等适用刑法的具体要求

- (1) 对刑法所保护的合法权益予以平等保护（平等地保护法益）。
- (2) 对于实施犯罪的任何人，都必须严格依照法律认定犯罪（平等地认定犯罪）。
- (3) 对于任何犯罪人，都必须根据其犯罪事实与法律规定量刑（平等地裁量刑罚）。
- (4) 对于被判处刑罚的任何人，都必须严格按照法律的规定执行刑罚（平等地执行刑罚）。

## 重点3 罪责刑相适应原则

1. 基本概念：刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。【白话4】

2. 罪责刑相适应原则的内容

- (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。

3. 罪责刑相适应原则的体现

(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。即立法时，制定合理的刑罚体系，合理规定各种具体犯罪的法定刑。

(2) 刑法总则中规定量刑的一般原则：“对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处。”在裁量刑罚时，应尽量使刑罚与具体犯罪行为的社会危害性相适应，罚当其罪。即量刑时，结合客观罪行和主观责任，合理地量定刑罚。

(3) 刑法总则还规定：对累犯从重处罚、不得假释、不得缓刑；对未成年，又聋又哑的人，限制刑事责任能力人，自首、

### 聪聪白话1

现在的法律只能处罚现在的行为，原则上不能处罚过去的行为，除非现在的法律相比过去的法律，处罚得更轻。

### 聪聪白话2

刑法怎么规定，就如何适用刑法，禁止将没有规定在刑法中的行为强行解释为刑法规定的范围内。

### 聪聪白话3

犯罪的条件及犯罪的后果要求明确规定，禁止刑期不确定、禁止没有刑期的限制，禁止轻罪重罚等，要规定的明确且合理。

### 聪聪白话4

多重的罪，适用多重的刑罚；多轻的罪，适用相对轻的刑罚。

立功的人从宽处理；对中止犯处罚明显轻缓于未遂犯、预备犯；即执行时，根据犯罪人的人身危险程度的消长变化，兼及犯罪性质和犯罪情节，进行减刑、假释等。

### 真题演练

1. (14年真题) 下列哪些选项不违反罪刑法定原则？
- 将明知是痴呆女而与之发生性关系导致被害人怀孕的情形，认定为强奸“造成其他严重后果”
  - 将卡拉OK厅未经许可大量播放其音像制品的行为，认定为侵犯著作权罪中的“发行”
  - 将重度醉酒后在高速公路超速驾驶机动车的行为，认定为以危险方法危害公共安全罪
  - 《刑法》规定了盗窃武装部队印章罪，未规定毁灭武装部队印章罪。为弥补处罚漏洞，将毁灭武装部队印章的行为认定为毁灭“国家机关”印章

### 模拟演练

- 罪刑法定原则只是对司法者的限制，对于立法者，在立法时不受该条规范的限制。
- 根据刑法第3条前半句的规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑”，只要行为符合刑法规定的犯罪构成，就一律应以犯罪论处，而绝对不能不认定为犯罪，这也是罪刑法定原则的必然内容。
- 保障人权是罪刑法定原则的理论基础之一，故而，应当禁止一切不利于被告人的解释，扩大解释如果不利于被告人，也应当予以禁止。

## ■ 考点4 刑法的效力 ■

### 基 础 概 念

- 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。
- 刑法的空间效力，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。
- 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。【白话1】

例：【判例：湄公河惨案\*\*\*】缅甸人糯康组织的犯罪集团为报复中国船只和船员，勾结泰国不法军人，于2011年10月5日在湄公河缅甸和泰国水域劫持中国船只“玉兴8号”“华平号”，在船上枪杀中国船员，运输大量毒品。为劫持往来船只、索取财物，于2011年4月2日至6日在湄公河缅甸水域劫持中国船只、绑架中国公民、勒索巨额赎金。

【问题】对糯康实施的故意杀人、运输毒品、绑架、劫持船只行为，可否适用中国刑法进行管辖？

\*\*\* 最高人民法院《糯康等故意杀人、走私、贩卖、运输、制造毒品、绑架、劫持船只、汽车死刑复核案刑事裁定书》。

### 聪 聪 总 结

#### 1. 客观必背

- 罪刑法定原则包括成文、确定、事前、严格；
- 没有规定为犯罪的行为，不得定罪处罚；
- 禁止不利于被告人的类推解释，允许有利于被告人的类推解释，禁止不利于被告人的溯及既往，允许有利于被告人的溯及既往；
- 刑法解释中不存在“有利于被告人原则”。“存疑有利于被告人”，是刑事诉讼根据证据认定事实时的原则；
- 罪刑法定原则适用于立法、司法、执法整个过程。无论是司法解释，还是立法解释，均须符合罪刑法定原则。

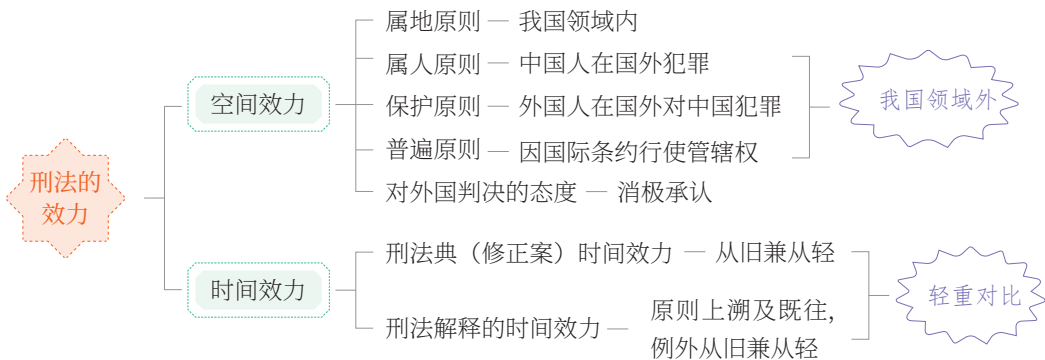
#### 2. 主观必背

本节考点在主观题中考查论述题的可能性较大，但近两年并未考查，到了主观阶段单独准备即可。

#### 聪聪白话1

刑法效力解决刑法时间上适用的是发生在什么时间段的行为，空间上对哪些人、哪些地方可以适用的问题。

## 考点体系



## 考查重点

### 重点1 空间效力

#### 1. 属地管辖

第6条 凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用本法。

凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，也适用本法。

犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。 白话1

具体内容：

(1)“领域”：包括领陆、领水、领空（狭义领土），毗连区、专属经济区、大陆架（广义领土），以及管辖的其他领域。

👉 聪聪举例：在我国领空飞行的外国飞机中发生的刑事案件，属我国领域内犯罪，可适用我国刑法。

我国毗连区、专属经济区、大陆架，以及我国管辖的其他领域，也适用我国刑法。

👉 聪聪举例：外国人在我国管辖海域实施非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物或者非法捕捞水产品等犯罪的，依照我国刑法追究刑事责任。

(2)“法律有特别规定”除外，包括：享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任问题，通过外交途径解决（《刑法》第11条）；香港、澳门与台湾地区适用其本地刑法；刑法典颁布后国家立法机关制定了特别刑法，适用特别刑法；民族自治地方不能全部适用本法规定的，可以由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则，

#### 聪聪白话1

只要发生在我国领域内的犯罪，都可以适用我国刑法。

制定变通或者补充的规定，报请全国人民代表大会常务委员会批准施行。

(3) “拟制领土”（不属真正的领土，但比照适用领土规则）

①在中国船舶或者航空器内犯罪的，适用中国刑法。

包括在我国登记的船舶、航空器，和悬挂了中华人民共和国国旗、国徽等表明中国标志的船舶、航空器，以及事实上属于中国国家、法人或者国民所有的船舶、航空器。但国际列车和国际汽车，不能解释进“船舶或者航空器”。

②在中国驻外使馆、领馆内犯罪的，也适用中国刑法。

(4) “在中国领域内犯罪”（犯罪地的确定）：行为或者结果有一项发生在中国领域内的，都适用中国刑法。行为的一部分（如预备阶段、实行阶段行为）或结果的一部分发生在我国领域内；共同犯罪中的任一共犯行为或者共同犯罪的结果有一部分发生在我国领域内，都适用中国刑法对全案进行管辖。

(5) 网络犯罪的管辖

网络犯罪的特点是，犯罪人虽然仅在一国实施行为，其结果却可能发生在全世界。网络犯罪的行为实施地或者结果发生地在我国领域，就可适用我国刑法。

👉 **聪聪举例**：汤姆在美国从网络上传播淫秽作品，中国张三能够从网络上观看该淫秽作品时，可依据属地管辖原则适用我国刑法进行管辖。

## 2. 属人管辖

第7条 中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法，但是按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的，可以不予追究。

中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法。 **白话1**

具体内容：

(1) 对于所有中国公民（行为人）在中国领域外犯罪，我国均有管辖权。

(2) 国家工作人员和军人都追究：无论应处何刑罚，一律均需追究。

(3) 普通公民轻罪可不究：法定最高刑3年以下有期徒刑的，原则上不追究，但也可以追究。

👉 **聪聪举例**：中国公民在我国领域外周边地区聚众赌博、开设赌场（如当地合法），因赌博罪、开设赌场罪保护的是中国公共秩序。如主要客源是中国公民，则“犯本法规定之罪”，可以定罪追究（《最高人民法院、最高人民检察院关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第3条）。

## 3. 保护管辖

第8条 外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的，可以适用本法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。 **白话2**

具体内容：

(1) 侵害我国利益：所犯之罪必须侵犯了我国国家或者公民的利益。

(2) 3年以上（重罪）：法定最低刑为3年以上有期徒刑。

👉 **聪聪举例**：外国人在南极杀害了中国人，也适用中国刑法。

### 聪聪白话1

凡是中国人在国外实施了犯罪行为，都可以适用我国刑法。

### 聪聪白话2

外国人在中国领域外侵害了中国国家利益或者中国公民的利益，适用我国刑法。

#### 4. 普遍管辖

第9条 对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用本法。 **白话1**

具体内容：

- (1) 对象：我国缔结和参加的国际公约规定的犯罪（危害人类社会共同利益的犯罪）。通常有海盗犯罪、毒品犯罪、劫机（劫持民用航空器）犯罪、恐怖主义犯罪等。
- (2) 后果：犯罪分子出现在我国之后，第一步，立即逮捕；第二步，或起诉或引渡。
- (3) 国际公约决定我国能不能管，能管之后适用的法律是我国刑法典。

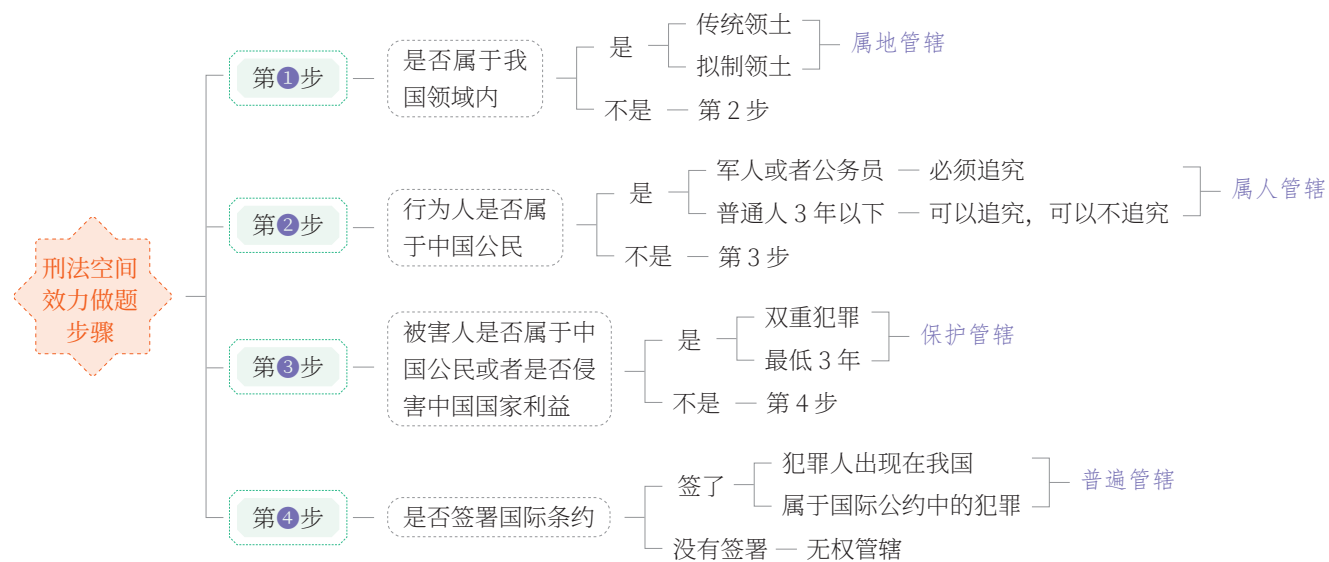
#### 5. 对外国刑事判决的消极承认

第10条 凡在中华人民共和国领域外犯罪，依照本法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。 **白话2**

具体内容：

- (1) 对于一起案件，可适用我国刑法进行管辖，如外国刑法规定也可管辖，就会出现管辖权冲突的情形。
- (2) 从宽事由：在外国已受处罚，可以免除或者减轻处罚。

#### 6. 做题步骤



#### 聪聪白话1

行为人、被害人、犯罪地与我国都没有关系，仅仅因为签署了国际公约可以管辖该案件。

#### 聪聪白话2

一起案件，外国判决完之后，我国依然可以行使审判权，外国执行完毕之后，我国依然可以执行。

## 重点2 时间效力

### 1. 刑法典（及其修正案）的效力规定

第12条 中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。

本法施行以前，依照当时的法律已经作出的生效判决，继续有效。

具体内容：

#### (1) 讨论效力问题的前提

适用于未决案，即新法出台之时，对于正在审理或者判决未生效的案件，适用“从旧兼从轻”原则。已经作出的生效判决（二审已终审、再审、一审上诉期满）的案件，继续有效；即使刑法有变动，对于判决结果也不再变动。

(2) 【跨法犯】对跨越修订刑法施行日期的继续犯罪、连续犯罪以及其他同种数罪的，适用行为终了时、最后一次犯罪行为时的法。如果之前刑法是轻法，则可酌情从轻。

「聪聪秒杀」未决案件适用时效，已决无错不改判，有错再审按旧法审。跨法犯一律用新法。

(3) 我国对刑法典（及其修正案）溯及力采取从旧兼从轻原则。“旧法”指行为时有效的刑法，“新法”指审判时有效的刑法。

(4) “从旧兼从轻”基本含义：对于一行为适用刑法时，原则上应当适用行为时有效的刑法（旧法）；但是，当适用审判时有效的刑法（新法），对被告人更有利时（轻法），应当适用审判时有效的刑法（轻法）。白话1

#### (5) 轻重对比

①有罪和无罪相比，有罪 = 重法；无罪 = 轻法。

②减少构成要件之后的法 = 重法；增加构成要件之后的法 = 轻法。

③降低定罪标准之后的法 = 重法；提高定罪标准之后的法 = 轻法。

④先确定法定刑幅度，再确定最高刑和最低刑；先比较最高刑，最高刑高的为重法；最高刑相同比较最低刑，最低刑高的为重法；最低刑相同的，比较附加刑。

(6) 适用“从旧兼从轻”原则的一般步骤 例1

### 2. 刑法解释的效力规定

#### (1) 讨论效力问题的前提

适用于未决案，即新法出台之时，对于正在审理或者判决未生效的案件，适用“从旧兼从轻”原则。已经作出的生效判决（二审已终审、再审、一审上诉期满）的案件，继续有效；即使刑法有变动，对于判决结果也不再变动。

「聪聪秒杀」未决案件适用时效，已决无错不改判，有错再审按旧法审。跨法犯一律用新法。

(2) 立法解释、司法解释不是刑法本身，而是对刑法的解释，自规定生效之日起施行，效力及被解释的刑法条文生效之时。白话2

(3) 未决案可适用新解释，可溯及既往。对于司法解释实施前发生的行为，行为时没有相关司法解释，司法解释施行

#### 聪聪白话1

对于过去的行为原则上用过去的刑法进行审理，除非过去的刑法与新出台的刑法相比，新出台的刑法更轻。如果新旧法相同轻重的，仍然用旧法。

#### 例1

#### “从旧兼从轻”的适用

##### 第1步

判断案件依“旧法”（行为时的刑法）如何定罪量刑。

##### 第2步

判断案件依“新法”（审判时的刑法）如何定罪量刑。

##### 第3步

比较两种结果的轻重。谁轻就适用谁，结果一样适用旧法。

#### 聪聪白话2

无论何时出台的刑法解释，都一直追溯到刑法典生效时有效。

后尚未处理或者正在处理的案件（未决案），依照新司法解释的规定办理。即新解释的效力溯及至被解释的刑法条文生效之日。**白话 1**

(4) 行为时有旧解释的，从旧兼从轻。对于新的司法解释实施前发生的行为，行为时已有相关司法解释，依照行为时的司法解释办理，但适用新的司法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的，适用新的司法解释。**白话 2**

### 真题演练

1. (17 年真题) 关于刑事司法解释的时间效力，下列哪一选项是正确的？

- A. 司法解释也是刑法的渊源，故其时间效力与《刑法》完全一样，适用从旧兼从轻原则
- B. 行为时无相关司法解释，新司法解释实施时正在审理的案件，应当依新司法解释办理
- C. 行为时有相关司法解释，新司法解释实施时正在审理的案件，仍须按旧司法解释办理
- D. 依行为时司法解释已审结的案件，若适用新司法解释有利于被告人的，应依新司法解释改判

2. (18 年真题) 关于刑事司法解释的时间效力，下列选项正确的有？

A. 甲在 2010 年受贿 500 万元，2016 年司法解释规定受贿罪“数额特别巨大”的标准为 300 万元，若 2017 年司法解释规定受贿罪“数额特别巨大”的标准为 600 万元，甲在 2018 年被抓获，应适用新的司法解释，不能认定为受贿“数额特别巨大”

B. 2016 年司法解释规定了受贿罪的数额标准，乙于 2015 年~2018 年连续受贿多次，乙的所有受贿行为均可以适用该司法解释

C. 1997 年刑法规定，生产、销售有毒、有害食品罪为具体危险犯，只有造成具体的危险才能定罪。2011 年《刑法修正案(八)》将该罪规定为抽象危险犯，只要实施了生产、销售行为，就认为有抽象的危险，应以犯罪论处。丙于 2010 年实施了生产、销售有毒、有害食品的行为，但并没有造成具体危险状态，于 2015 年被抓获。丙的行为可以适用《刑法修正案(八)》，应以犯罪论处

D. 2000 年最高人民法院出台了针对某一问题的司法解释，该解释不能适用于其生效之前的犯罪行为

### 模拟演练

1. A 国公民甲在我国购买了杀人用的绳子、刀具，到 A 国境内杀害了另一 A 国公民乙，则对于甲的杀人行为可以适用我国刑法进行追究。

2. A 国公民甲乘坐中国籍游轮旅游，当该轮船停泊于 B 国港口后，甲因与同船 C 国公民乙争吵而在船上将乙杀害，B 国虽已对甲定罪判刑，我国对该案有管辖权。

3. 我国公民张三在泰缅边境贩卖毒品，发财后放弃中国国籍归化为越南人，回中国省亲，可以适用我国刑法对其贩毒行为进行追究。

4. 2020 年 2 月 2 日，新型冠状病毒感染肺炎疑似病人乙某，隔离期未满擅自脱离隔离治疗乘坐飞机，造成新型冠状病毒病

#### 聪聪白话 1

从行为时到审判时，仅出台一个司法解释，直接适用。

#### 聪聪白话 2

从行为时到审判时，出台了两个及以上的司法解释，适用从旧兼从轻原则。



毒传播。2020年2月6日《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于依法惩治妨害新型冠状病毒感染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》颁布生效。本案于2021年2月1日进行审理，则法院不可以依照前述意见判决乙某构成以危险方法危害公共安全罪，否则违反罪刑法定原则。

5. 丙某在2017-2018年间实施了“套路贷”行为，骗取财物数额巨大。2019年4月9日，《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于办理“套路贷”刑事案件若干问题的意见》颁布生效。该案于2021年5月1日进行审理，法院可以根据前述意见，判决丙某构成诈骗罪。



聪 聪 总 结

1. 客观必背

- (1) 管辖原则有四个，属地第一，属人第二，保护第三，普遍最后。有先不用后，一次用一个；
- (2) 属地原则：属地看领域，传统海陆空，拟制飞机和船舶；例外特权特区和特别，还有民族可变通；一人 or 多人，行为 or 结果，全案可以属地管；网络犯罪全世界，行为结果在我国；
- (3) 属人原则：中国人在国外犯罪，轻罪可管可不管，当兵当官必须管；
- (4) 保护管辖：外国人在国外害中国；重罪 + 当地认为犯罪才能管；没有刑法，用中国法；
- (5) 普遍管辖：两人一地均无关，能管仅因公约定；出现在我国才能抓，抓完才能2选1；公约决定可以管，定罪依据是刑法；
- (6) 对外国刑事判决的承认：外国管完还能管，外国罚完还能罚，处罚可以免或减；
- (7) 刑法典（及其修正案）时间效力：只能适用未决案，一律从旧兼从轻；已决无错不改判，有错改判用旧法；从旧兼从轻：新法更轻，用新法，其余一律用旧法；相同轻重，仍用旧法；
- (8) 轻重对比：无罪有罪，有罪重；减少要件、降低标准变重法；一个幅度找两端，多个看行为，然后确定高低刑；找到高低：先比最高刑，高者为重法；最高刑相同，比最低刑，最低刑高者为重法；最低刑相同，比附加刑；
- (9) 刑法解释的时间效力：未决是前提，只有一个直接用，两个解释比轻重；两不贴的解释不考虑，做题直接排除掉。

2. 主观必背

本节考点在主观题中考查论述题的可能性不大。

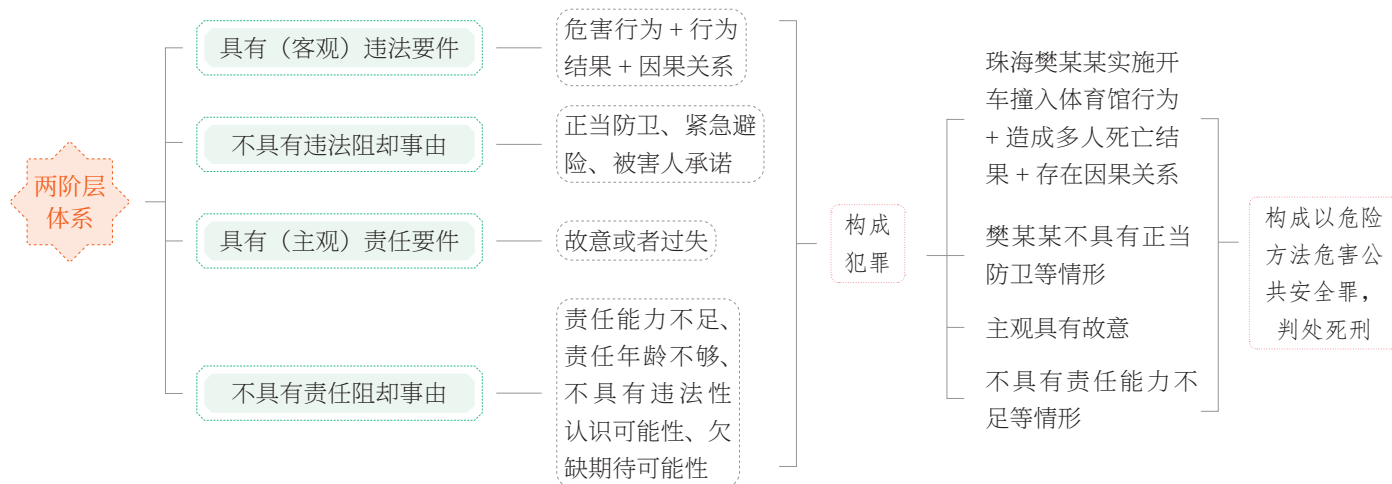
## 第 2 章 犯罪构成

### ■ 考点 1 两阶层犯罪构成体系 ■

#### 基 础 概 念

犯罪是符合刑法规定的犯罪构成的行为。刑事司法的核心，须围绕犯罪构成进行判断，判断案件事实是否符合刑法规定的具体罪名的构成要件。犯罪构成理论是对犯罪的一般成立要件进行分析、体系化的理论。法律职业资格考试可以从两个层面上来理解犯罪构成理论。白话 1

#### 考 点 体 系



#### 聪聪白话 1

发生了案件事实之后，我们需要讨论案件事实是否符合刑法典中分则规定的具体罪名，只要符合具体罪名的构成要件，就属于犯罪；如果不符合具体罪名的构成要件，就不是犯罪。认定犯罪，讨论的思维，叫做两阶层体系。



**重点1** 两阶层体系基本原理

当案件事实发生之后，先判断行为人是否实施了具有法益侵害性的行为等事实，再判断针对行为人实施的行为，能否要求行为人承担责任。刑法对分则罪名成立条件的规定，都可区分为“客观不法（具有法益侵害性的事实）—主观责任（能否要求行为人承担责任）”两个要件。很显然，判断犯罪的顺序先看干了什么，再判断行为是否正确，即先判断（客观）违法要件，后判断（主观）责任要件，形成了一种阶层顺序：即（客观）违法阶层和（主观）责任阶层。转换成刑法术语：

1. 将客观要件称为“不法”要件（围绕造成结果的行为展开），指行为客观上违反刑法规定、造成法益侵害的结果。客观不法要件又可细分为积极层面（即“构成要件该当性”）与消极层面（即“违法阻却事由”或“正当化事由”“违法性”）。不法的积极层面即“构成要件该当性”，指案件符合刑法典分则规定的犯罪客观方面成立条件（即罪状），包括危害行为、行为对象、危害结果、因果关系、时间、地点、方法、数额、次数、情节、身份等要素；不法的消极层面即“违法阻却事由”，指案件符合正当防卫、紧急避险、被害人承诺情形，不具有法益侵害性，尽管形式上符合分则罪状，但不认为是不法行为，而应认定为正当行为。<sup>【白话1】</sup>

2. 将主观要件称为“责任”要件（围绕行为人展开），指行为人达到刑事责任年龄、具有责任能力（精神正常），主观上具有故意、过失的过错，可以对其归咎非难，追究刑事责任。主观责任也可细分为积极层面与消极层面两个层面：积极层面包括责任年龄、责任能力（精神状况）、故意、过失、目的、动机等要素，具备这些要素，行为人即可承担刑事责任；消极层面即“责任阻却事由”，包括不具有认识可能性的违法性认识错误、欠缺期待可能性。<sup>【白话2】</sup>

**聪 聪 总 结****第1步**

行为人实施了危害行为、造成了危害结果、行为与结果具有因果关系；同时可能具有目的、动机等——行为人符合客观不法要件，行为具有社会危害性。

**第2步**

行为人是否具有（客观）违法阻却事由，包括正当防卫、紧急避险、被害人承诺等情形——如果具有这些情形，代表行为不再具有社会危害性，不再评价为犯罪（行为判断停止在第2步）；如果行为人不具有这些情形，代表行为具有社会危害性，再进行第3步判断。

**第3步**

行为人主观上是故意或者过失实施了第1步骤的行为——行为人符合主观责任要件，主观上具有主观恶性。

**第4步**

行为人是否具有（主观）责任阻却事由，包括责任年龄、责任能力、违法性认识可能性、欠缺期待可能性等情形——如果具有这些情形，代表行为人无法对该行为承担责任，不能处罚该行为人，不再评价为犯罪；如果行为人不具有这些情形，代表行为人能够对该行为承担责任。综上，行为人构成犯罪。

**聪聪白话1**

（客观）不法要件就是行为违反了刑法的规定，造成了严重的危害结果。客观不法要件分为构成犯罪的客观条件和阻碍犯罪成立的条件（客观违法阻却事由）。具有构成犯罪条件，没有阻碍犯罪成立的条件时，代表行为具有客观违法性。

**聪聪白话2**

（主观）责任要件就是当行为人实施了违反了刑法的规定的行为，且造成了严重的危害结果，就应当对其进行处罚，要求其承担责任。主观责任要件分为构成犯罪的条件和阻碍犯罪成立的条件（主观责任阻却事由）。具有构成犯罪主观条件，没有阻碍犯罪成立的条件时，代表行为人可以对其行为承担责任。

## 重点2 两阶层体系定罪顺序

所有犯罪（分则罪名）的成立都需具备“客观不法—主观责任”两个要件，并且，犯罪判断的逻辑顺序也是阶层性的：先判断行为是否客观不法，再判断行为人是否有主观责任。在客观不法层面，先判断案情是否符合刑法规定，再判断其是否侵害法益（社会危害性）。从而形成了先客观判断（不法）后主观判断（有责）。

### 1. 先客观判断（不法）后主观判断（有责）

将案件事实对应于刑法规范，判断其是否构成犯罪、构成何罪时，应当先判断案件是否符合具体罪名构成要件的客观要件，然后再判断行为人是否具有责任、具有罪过。

**【聪聪白话】**应当首先判断行为客观上是否具有危害性（是否是危害行为），然后判断行为人主观上是否有过错。而不能相反，认为行为人主观上具有过错（故意、过失），就顺其自然地认定其行为是危害行为，不单独进行客观判断，就认为其行为构成犯罪。

**👉聪聪举例：**甲见一楼上掉下一砖头要砸到乙，就以伤害的故意，推了乙一把，想让砖头砸在乙肩膀上从而砸伤乙，结果如其所愿，砖头果然将乙砸成重伤。

(1) 如果按照先主观后客观的判断顺序（主观主义，少数观点），就会认为：甲主观上具有伤害的故意，客观上推人的行为就是伤害行为，从而认定甲构成故意伤害罪（致人重伤），这种认定结论是错误的。

(2) 应当按照先客观后主观的正确判断顺序进行认定（客观主义，多数观点）：先不考虑甲主观上的心态，而从客观方面判断甲推乙的行为是否属于危害行为。如果甲不推乙，乙会被砸死，甲推乙而使其砸成重伤，甲的行为降低了风险而非创设、升高风险，故其推人的行为不能认定为危害行为。故而，甲在客观上并无实施危害行为，尽管其主观上有伤害故意，也不能认定其构成故意伤害罪，应当认定其无罪。

2. 按照先客观后主观的认定顺序，首先需要对行为危害性（客观危险性）进行判断。所谓行为危害性，指依照社会公众的立场，依据行为当时存在的客观素材，判断行为当时是否具有造成危害结果的可能性。具体而言，先根据社会意义上的危害行为标准（创设、增加风险）认定，再根据刑法规定，看是否属于刑法规定的危害行为类型。

**👉聪聪举例：**甲希望乙死，就给乙供给香烟给其吸食，结果乙得癌症死亡；提供香烟的行为导致死亡结果概率极小，不是危害行为。

### 3. 区分不同的“犯罪”概念

#### (1) 符合客观要件中“犯罪”的概念 **白话1**

例：张三对李四实施强奸行为，李四反击张三导致张三重伤，警察就会认为李四涉嫌犯罪带回调查。

#### (2) 符合客观（违法）阶层的“犯罪”概念 **白话2**

例：13周岁的张三去李四家中盗窃，张三实施了“犯罪”行为。

#### (3) 符合客观阶层和主观阶层的“犯罪”概念 **白话3**

例：18周岁的张三实施了杀人行为。

#### (4) 符合两阶层，并最终起诉定罪的“犯罪”概念 **白话4**

例：18周岁的张三实施了强奸行为，但因为经过了追诉时效，不能被起诉定罪了，这种就不属于可以被追诉的犯罪行为。

#### 聪聪白话1

只要是实施了形式上的犯罪行为，就会被称之为犯罪。这种犯罪不是最终要被定罪追究责任的犯罪。

#### 聪聪白话2

实施了形式上的犯罪行为，并且不具备一些正当的理由，行为具有社会危害性，但可能因为年龄不够，但不影响再实施符合客观不法要件的犯罪行为。

#### 聪聪白话3

行为人实施了危害社会的行为，并且也能够对该行为承担责任，其所实施的行为也被称之为犯罪行为。

#### 聪聪白话4

行为人实施了危害社会的行为，并且也能够对该行为承担责任，且没有任何阻碍被依法追究的情形，其所实施的行为也被称之为可以被追诉的犯罪行为。

但相反，如果没有经过追诉时效，就属于依法可以被追诉的犯罪行为。

### 重点3 两阶层体系瑕疵处理

#### 1. 客观不法与主观责任相统一。

客观不法与主观责任相统一，亦即常听到的“主客观相统一”原则。白话1

(1) 客观、主观两要件全部构成要件要素都具备，才构成分则之罪。

(2) 行为与责任同时性原则。要求行为人实施不法行为当时具备相应的责任要素。

例：甲超速驾驶过失将乙撞死，下车一看死亡的是乙，心想早知是乙撞死活该。由于其实施撞人行为时对于死亡结果是过失心态，故而应当认定其构成交通肇事罪（过失致人死亡），而不能认定为故意杀人罪。

2. 客观、主观不完全统一，当客观不法与主观责任要素并不完全重合时，应当在重合的范围内认定罪名。白话2

例：甲以为乙皮包里装的是钱，偷走后才发现其中装有手枪一把。甲实施的是盗窃枪支的行为，主观上仅有盗窃财物的故意。故客观主观统一于盗窃（财物）罪。

#### 真题演练

1. (16年真题) 关于故意杀人罪，下列哪一选项是正确的？

A. 甲意欲使乙在跑步时被车撞死，便劝乙清晨在马路上跑步，乙果真在马路上跑步时被车撞死，甲的行为构成故意杀人罪

B. 甲意欲使乙遭雷击死亡，便劝乙雨天到树林散步，因为下雨时在树林中行走容易遭雷击。乙果真雨天在树林中散步时遭雷击身亡。甲的行为构成故意杀人罪

C. 甲对乙有仇，意图致乙死亡。甲仿照乙的模样捏小面人，写上乙的姓名，在小面人身上扎针并诅咒49天。到第50天，乙因车祸身亡。甲的行为不可能致人死亡，所以不构成故意杀人罪

D. 甲以为杀害妻子乙后，乙可以升天，在此念头支配下将乙杀死。后经法医鉴定，甲具有辨认与控制能力。但由于甲的行为出于愚昧无知，所以不构成故意杀人罪

#### 模拟演练

1. 甲欲图杀害丙，将想法告诉乙，乙听说后让甲不要太极端，将丙打残就行；甲接受乙的建议将丙打成重伤。则乙构成故意伤害罪的教唆犯。

2. 甲因生活到了走投无路的地步，想进监狱，便用外衣把报纸包起来，做成炸药包的形状带到某银行储蓄所，把东西放在银行柜台上，递给储蓄员一张储蓄凭条，上面写着：“打劫，我手里是1.5公斤矿场高爆炸药，给我10万元现金”，警察赶来后甲马上投案，要求进监狱，则甲构成抢劫罪。

#### 聪聪白话1

行为人实施的行为和主观的故意等条件完整地符合刑法的某个犯罪的构成要件。构成分则罪名需具备客观不法、主观责任两方面条件；要求实施不法行为当时具备相应的责任要素（同时性原则）。

#### 聪聪白话2

要构成刑法某个具体罪名，行为人的行为、主观过错等，必须同时具备刑法规定的该罪名的客观要件、主观要件。当不能统一时，就要看能否认定为刑法层面上的另一行为、过错。低度法与高度法之间要件错位，统一于低度法；一般法与特别法之间要件错位，统一于一般法。部分法与整体法之间要件错位，统一于部分法。

#### 聪聪总结

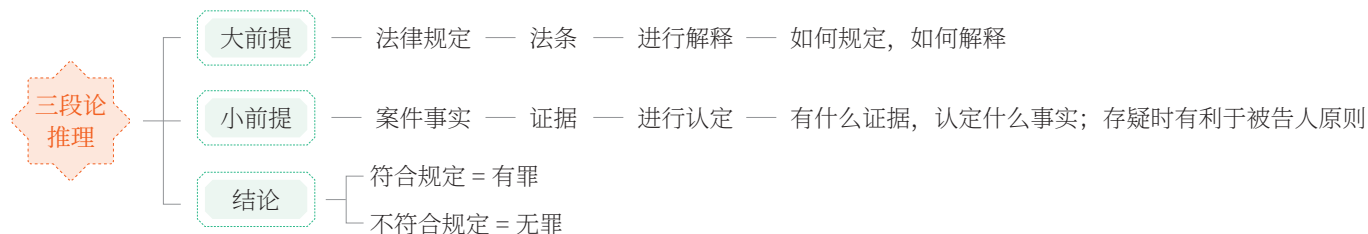
本节考点作为刑法的底层逻辑，没有特别背诵的内容，需要重点理解。

## ■ 考点2 三段论推理方法 ■

### 基 础 概 念

三段论推理是刑法定罪方式中的重要方法，法律规定（刑法典等）是大前提，案件事实是小前提。根据小前提是否符合大前提，得出有罪或无罪的结论。白话1

### 考 点 体 系



### 考 查 重 点

#### 重点1 大前提

##### 1. 大前提的范围

大前提的范围只有现行的刑法规定中的犯罪要件。判断有罪无罪的大前提也只能是刑法规定的犯罪构成。

##### 2. 大前提的种类

(1) 客观的构成要件要素与主观的构成要件要素。

说明行为外部的、客观方面的要素即为客观的构成要件要素，如行为、结果、行为对象、主体身份等；表明行为人内心的、主观方面的要素即为主观的构成要件要素，如故意、过失、目的、动机（此四要素为主观要素）。刑事责任年龄、刑事责任能力（精神状况）虽属责任要素，但其认定是客观的，系客观的构成要件要素。白话2

(2) 记述的构成要件要素与规范的构成要件要素。

从裁判者的立场来看，对于与构成要件要素相对应的事实，只需要进行事实判断、知觉的、认识的活动即可确定的要素，

#### 聪聪白话1

当发生案件事实之后，判断案件事实符合哪条刑法规定，得出有罪或者无罪结论。

#### 聪聪白话2

不以人的意志为转移的，属于客观要素；以人的意志为转移的，属于主观要素。

是记述的构成要件要素。与此相对,为了确定构成要件要素,需要裁判者的评价性的要素,或者说需要裁判者的规范评价活动、需要裁判者补充的价值判断的要素,就是规范的构成要件要素。**白话1**

例:“淫秽物品”“虐待”“猥亵”“泄愤报复”“公文”“住宅”“依法执行职务”“国家工作人员”“司法工作人员”“公共财产”“公民私人所有的财产”,属于规范要素;“幼女”“儿童”“幼儿”“婴儿”“毒品”“枪支”是记述要素。

(3)积极的构成要件要素与消极的构成要件要素。积极地、正面地表明成立犯罪必须具备的要素,是积极的构成要件要素。在具备全部积极要素之后,否定犯罪性的构成要件要素,是消极的构成要件要素。

例:行贿行为、为了谋取不正当利益的目的等,是行贿罪的积极要素;而《刑法》第389条(行贿罪)第3款规定“因被勒索给予国家工作人员以财物,没有获得不正当利益的,不是行贿”,此为行贿罪的消极要素。

## 重点2 小前提

小前提就是已经发生的案件事实,需要通过对案件事实的证据进行收集,尽可能地还原已经发生的事实。

## 重点3 案件存疑处理

案件事实存疑,是指案件事实无法查清楚的情况下,我们要在众多可能性中选择对被告人更有利的认定。**白话2**

1. 有罪或者无罪,查不清楚,认定为无罪。
2. 重罪或者轻罪,查不清楚,认定为轻罪。
3. 符合定罪年龄或者不符合定罪年龄,查不清楚,认定为不符合定罪年龄。

### 聪聪白话1

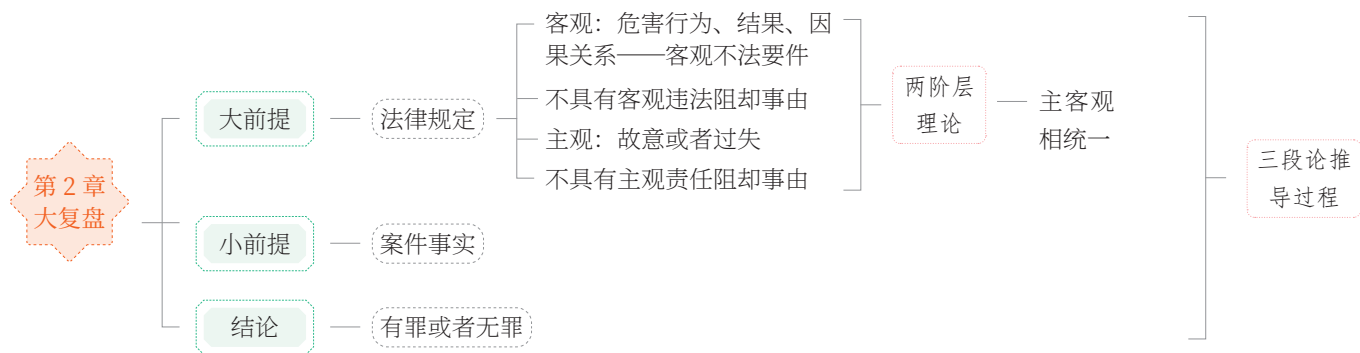
不同人得出相同结论的事实,只需要事实判断,属于记述的构成要件要素;不同人得出不同结论的事实,需要法官的统一标准,属于规范的构成要件要素。

### 聪聪白话2

案件事实查不清,怎么对被告人有利怎么认定。

## 聪聪总结

本节考点作为刑法的底层逻辑,没有特别背诵的内容,需要重点理解。



# 第 3 章 行为主体

## ■ 考点 1 自然人 ■

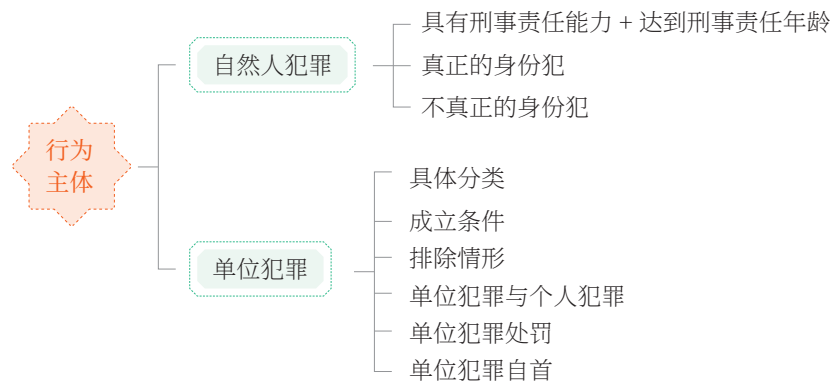
### 基 础 概 念

此处强调的自然人，是指犯罪主体。犯罪主体是指实施犯罪行为，并且依法应当负刑事责任的人。犯罪主体包括自然人和单位。白话 1

#### 聪聪白话 1

实施危害行为，并且依法可以承担责任的主体。

### 考 点 体 系



### 考 查 重 点

#### 重点 1 身份犯

##### 1. 真正身份犯

这是指行为人只有具备某种特殊身份，才能构成犯罪。这种特殊身份也称为定罪身份或构成身份。



例：贪污罪的主体必须是国家工作人员；伪证罪的主体必须是证人、鉴定人、翻译人、记录人；国家工作人员巨额财产来源不明的，才系不法行为；普通百姓巨额财产来源不明的，不属于刑法中的不法行为。

(1) 定罪身份必须在开始犯罪时就具有。如果是在犯罪过程中形成的身份，则不属于定罪身份。

例：犯罪集团中的首要分子，也不是定罪身份。

(2) 定罪身份只是针对实行犯（正犯）所要求的。这里的实行犯包括间接实行犯（间接正犯）和直接实行犯（直接正犯）。

(3) 定罪身份对于共犯是不要求的，也就是教唆犯和帮助犯不要求具有特定身份。

## 2. 不真正身份犯

这是指行为人是否具有特定身份，不影响犯罪的成立，但会影响量刑的轻重。这种特殊身份也称为量刑身份或加减身份。

例：非法拘禁罪的主体是一般主体，但是国家机关工作人员犯该罪就要从重处罚。

## 重点 2 国家工作人员

根据《刑法》第 93 条的规定，国家工作人员包括以下四类人员：

1. 国家机关中从事公务的人员。此类人员不仅是贪污贿赂罪的主体，而且是刑法分则第九章渎职罪的主体。

(1) 国家机关中从事公务的人员，指各级国家权力机关（各级人大及常委会）、行政机关（各级政府及职能部门）、司法机关（各级法院、各级检察院）、军事机关（各级军区）中从事公务的人员。

(2) 参照国家公务员条例进行管理的人员，应当以国家机关工作人员论。例 1

(3) 根据 2002 年 12 月 28 日全国人大常委会《关于渎职罪主体适用问题的解释》，以下人员（3 种人）也视为国家机关工作人员：

① 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。例 2

② 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。例 3

③ 虽未列入国家机关人员编制，但在国家机关从事公务的人员。例 4

2. 国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员。

(1) 国有公司，是指依照公司法成立，财产全部属于国家所有的公司。国有资本控股及参股的股份有限公司，不属于国有公司。

(2) 国有企业，是指财产全部属于国家所有，从事生产、经营活动的营利性的非公司化经济组织。

(3) 国有事业单位，是指受国家机关领导，财产属于国家所有的非生产、经营性单位，包括国有医院、科研机构、体育、广播电视、新闻出版等单位。

(4) 人民团体，是指由国家组织成立的、财产属于国家所有的各种群众性组织，包括乡级以上工会、共青团、妇联等组织。

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

这里的委派是指“行政委派”。即受有关国有单位委任而派往非国有单位从事公务，关键在于派出单位是国家机关、国有单位。被委派的人员，在被委派以前可以是国家工作人员，也可以是非国家工作人员。不论被委派以前具有何种身份，只要被有关国有单位委派到非国有单位从事公务，就应视为国家工作人员。

### 例 1

根据中央和国务院有关规定，参照国家公务员条例管理的各级党委、政协机关中从事公务的人员，应视为国家机关工作人员。

### 例 2

银监会、保监会、证监会中从事监督管理工作的人员，系国家机关工作人员。

### 例 3

行政机关委托某公司从事某项行政管理工作（委托行政），在该受委托行政的公司中从事行政管理工作的有关人员，系国家机关工作人员。

### 例 4

合同制民警在从事警察工作时，系国家机关工作人员。

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理国家出资企业中职务犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》以及《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》，这里的“委派”包括经由国家机关、国有单位、监管组织提名、推荐、任命、批准、决定。(1) 经国家机关、国有公司、企业、事业单位提名、推荐、任命、批准等，在国有控股、参股公司及其分支机构中从事公务的人员，应当认定为国家工作人员。具体的任命机构和程序，不影响国家工作人员的认定；(2) 经国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或者研究决定，代表其在国有控股、参股公司及其分支机构中从事组织、领导、监督、经营、管理工作的人员，应当认定为国家工作人员；(3) 国家出资企业中的国家工作人员，在国家出资企业中持有个人股份或者同时接受非国有股东委托的，不影响其国家工作人员身份的认定。

#### 4. 其他依照法律从事公务的人员。

其他依照法律从事公务的人员的特征是，在一定条件下代表国家行使国家管理职能。

(1) 协助政府从事管理工作的村民委员会等村基层组织人员。根据全国人大常委会关于《刑法》第93条第2款的立法解释：村民委员会等村基层组织人员协助人民政府从事下列行政管理工作，属于《刑法》第93条第2款规定的“其他依照法律从事公务的人员”：①救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物的管理；②社会捐助公益事业款物的管理；③国有土地的经营和管理；④土地征收、征用补偿费用的管理；⑤代征、代缴税款；⑥有关计划生育、户籍、征兵工作；⑦协助人民政府从事的其他行政管理工作。

比照上述解释的精神，协助政府从事管理工作的居民委员会等城镇基层组织人员，也属国家工作人员。

例：协助街道办事处从事行政管理工作的居民委员会工作人员，亦属国家工作人员。

当然，由此解释也可知：村基层组织人员（如村长、村支书）、城镇基层组织人员（如居委会主任），具有两种身份：在协助政府从事公务时是国家工作人员；在不协助政府从事公务时是单位人员。

(2) 其他依照法律从事公务的人员，还包括：①依法履行职责的各级人民代表大会代表；②依法履行职责的各级人民政协委员；③依法履行审判职责的人民陪审员；④协助人民政府从事行政管理工作的居民委员会等基层组织人员；⑤其他由法律授权从事公务的人员。

#### 5. 国家工作人员的本质特征：依照法律从事公务。白话1

(1) “从事公务”，是指代表国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体等履行组织、领导、监督、管理等职责。

(2) “依照法律”，实质上是依法的含义，指行为人所从事的公务行为等具有法律上的根据，其从事的事务是基于其任用、地位、职务，要求主体必须代表国家从事活动或者以国家的名义从事活动。至于行为人取得国家工作人员这一特殊身份的途径是否正当，则不影响国家工作人员的认定。

### 真题演练

1. (16年真题) 关于贿赂犯罪的认定，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲是公立高校普通任课教师，在学校委派其招生时，利用职务便利收受考生家长10万元。甲成立受贿罪
- B. 乙是国有医院副院长，收受医药代表10万元，承诺为病人开处方时多开相关药品。乙成立非国家工作人员受贿罪

#### 聪聪白话1

我国刑法对国家工作人员的本质界定，采用“依法从事公务”的标准，亦即凡是依照法律从事公务的人员，均为国家工作人员，而无论其是否具有国家工作人员的资格身份（干部身份）。

C. 丙是村委会主任，在村集体企业招投标过程中，利用职务收受他人财物 10 万元，为其谋利。丙成立非国家工作人员受贿罪

D. 丁为国有公司临时工，与本公司办理采购业务的副总经理相勾结，收受 10 万元回扣归二人所有。丁构成受贿罪

### 模拟演练

1. 村民委员会主任甲在任职期间，利用职务上的便利，在村自来水改道工程、道路维修等工程中，侵吞有关款项 8 万元，甲构成贪污罪。

2. 乙在某个受国家机关委托的代表国家机关行使职权的组织中从事公务，系企业编制人员，在其履行职务期间将收取的办事费用据为己有挥霍，乙构成贪污罪。

3. 某国有公司 A 公司委派其工作人员丁到 A 公司参股的 B 公司担任总经理，丁利用 B 公司总经理职务便利，让有生意往来的 C 公司免费为其装修私房（装修价值 100 万元），丁构成受贿罪。

## ■ 考点 2 单位犯罪 ■

### 基 础 概 念

单位犯罪是指公司、企业、事业单位、机关、团体为单位谋取非法利益或者以单位名义，经单位集体研究决定或者由负责人决定，故意或者过失实施的，依照刑法应当由单位承担刑事责任的犯罪。<sup>【白话 1】</sup>

■ 第 30 条【单位犯罪】公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为，法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任。

■ 第 31 条【单位犯罪的处罚原则】单位犯罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。本法分则和其他法律另有规定的，依照规定。

### 聪 聪 总 结

#### 1. 客观必背

- (1) 行为主体 = 自然人 + 单位犯罪；
- (2) 自然人 = 依法承担责任的具有刑事责任能力和达到刑事责任年龄的人；
- (3) 自然人犯罪包括真正的身份犯（定罪身份）和不真正的身份犯（量刑身份）；
- (4) 国家工作人员 = 国家机关工作人员 + 国有公司、企事业单位的人员 + 行政委派 + 其他依法从事公务的人员；
- (5) 其他依法从事公务的人员，常考情形包括：村委会主任、人民陪审员、各级人大代表等。

#### 2. 主观必背

本章犯罪在主观题中考查对特殊身份的判断，结合分则记忆特殊的罪名所要求的身份，比如贪污罪要求具有国家工作人员的身份。

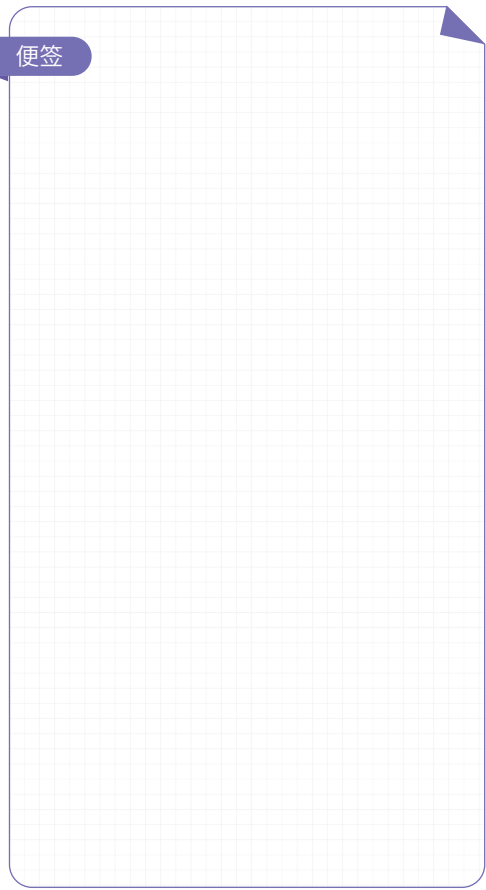
#### 聪聪白话 1

为了单位的利益实施犯罪行为，单位可以承担责任。

# 考点体系



便签



# 考查重点

## 重点1 具体分类

1. 纯正的单位犯罪。这是指只能由单位构成而不能由自然人构成的犯罪。



例：单位行贿罪；违规制造、销售枪支罪。

2. 不纯正的单位犯罪。这是指既可由单位构成也可由自然人构成的犯罪。【白话1】

例：骗取贷款罪、非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪等。

3. 纯正的自然人犯罪，是指只能由自然人构成而不能由单位构成的犯罪。

例：盗窃罪；诈骗罪；拐卖妇女、儿童罪等。

## 重点2 成立条件

成立单位犯罪具有以下四个条件：

1. 主体是单位：合格的单位。即刑法规定的公司、企业、事业单位、机关、团体，分支机构以及具有独立经济核算权的单位内部机构等单位。

(1) 包括公司、企业、事业单位、机关、团体等单位。除法律有特别规定的以外，单位的所有制性质，不影响其作为单位犯罪主体。单位犯罪既包括国有、集体所有的公司、企业、事业单位，也包括依法设立的合资经营、合作经营企业和具有法人资格的独资、私营等公司、企业、事业单位。

(2) 单位的分支机构或者内设机构、部门。以单位的分支机构或者内设机构、部门的名义实施犯罪，违法所得亦归分支机构或者内设机构、部门所有的，也应认定为单位犯罪。单位的分支机构或者内设机构、部门要成为单位犯罪主体应具有独立经济核算权、独立人员和场所。

2. 单位行为：以单位名义实施，为单位谋取利益。为本单位谋取非法利益，是指为单位本身谋取非法利益，违法所得由单位本身所有，或者将非法所得分配给单位成员享有。

3. 单位意志：单位按决策程序集体决定或负责人决定。单位犯罪是在单位整体意志支配下实施，由单位的决策机构按照单位的决策程序决定，由直接责任人员实施。

4. 法定性：刑法明文规定可由单位主体实施的犯罪，才成立单位犯罪。

例：国有A公司的领导班子五名成员集体商量将应当上交给国库的公款100万元私分，如果分配给该公司大部分员工或者全体员工，则为单位犯罪，系私分国有资产罪；如果私分范围较小，没有分配给该公司大部分员工，则是自然人共同犯罪，为贪污罪。

## 重点3 排除情形

不属单位犯罪而属于自然人犯罪的四种情况（《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》）：

1. 无法人资格的独资、私营公司、企业，实施的犯罪认定为自然人犯罪。具有法人资格的独资、私营等公司、企业、事业单位，可构成单位犯罪。

2. 个人为进行违法犯罪活动而设立公司、企业、事业单位，实施的犯罪认定为自然人犯罪。

3. 公司、企业、事业单位设立以后，以实施犯罪为主要活动的，实施的犯罪认定为自然人犯罪。

4. 盗用单位名义实施犯罪，利益归个人私分，实施的犯罪认定为自然人犯罪。

### 聪聪白话1

纯正的单位犯罪，刑法分则规定仅能由单位构成；不纯正的单位犯罪，刑法分则规定，既可以由单位构成，也可以由自然人构成。

## 重点 4 单位犯罪与个人犯罪关系

1. 单位犯罪强调，单位集体意志下，为了单位的利益，实施犯罪行为，认定为单位犯罪。

### 2. 常考模型

(1) 单位集体意志 + 为了单位集体利益 = 单位犯罪。 例 1

(2) 单位集体意志 + 为了成员少数利益 = 自然人犯罪。 例 2

(3) 成员少数意志 + 为了成员少数利益 = 自然人犯罪。 例 3

(4) 成员少数意志 + 为了单位集体利益 = 自然人犯罪。 例 4

### 3. 单位犯罪的共同犯罪

(1) 单位犯罪中，只有单位是犯罪主体，单位与其内部的成员不成立共同犯罪；在审理单位故意犯罪案件时，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，如能区分主犯、从犯即区分；如无法区分，可不区分主犯、从犯，按照其在单位犯罪中所起的作用判处有期徒刑。

(2) 几个单位共同实施危害行为，单位之间成立共同犯罪。

## 重点 5 单位犯罪处罚

1. 既有故意犯罪也有过失犯罪。单位犯罪，刑法规定有故意的单位犯罪，如私分国有资产罪；也有过失的单位犯罪，如工程重大安全事故罪。

2. 单位犯罪的处罚：双罚制与单罚制。对于单位犯罪，原则上采双罚制。刑法第 31 条前段规定：“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有期徒刑。”不过，也有例外采取单罚制的情况，即刑法规定只处罚直接负责的主管人员和其他直接责任人员，而不处罚单位。

### 3. 单位的变更、自首、主从犯认定

(1) 分立、合并或者其他资产重组（“单位变身”）。涉嫌犯罪的单位已被合并到一个新单位的，对原犯罪单位及其直接负责的主管人员和其他直接责任人员应依法定罪量刑。人民法院审判时，对被告单位应列原犯罪单位名称，但注明已被并入新的单位，对被告单位所判处的罚金数额以其并入新的单位的财产及收益为限。

(2) 被撤销、注销、吊销营业执照或者宣告破产（“单位死亡”）。涉嫌犯罪的单位被撤销、注销、吊销营业执照或者宣告破产的，法理上也仍为单位犯罪；实务操作时应当根据刑法关于单位犯罪的相关规定，对实施犯罪行为的该单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员予以追诉，对该单位不再追诉。

## 重点 6 单位犯罪自首

1. 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。

**【聪聪总结】** 集体决定 or 负责人决定 or 主管人员决定 + 自动投案，如实供述 = 单位自首。

### 例 1

甲公司集体决定，虚构事实骗取银行贷款，用于公司的生产经营，这是骗取贷款罪，构成单位犯罪。

### 例 2

甲公司集体决议，为了能让董事长的孩子上清华大学，向国家工作人员行贿，属于为单位内部特定成员谋取非法利益，不是为单位谋取非法利益，不构成单位犯罪。

### 例 3

某大型国有公司的领导层私分了公司一笔应收账款 100 万元，为单位内部特定成员谋取利益，不构成单位犯罪（私分国有资产罪）。

### 例 4

张三私下用自己的钱向国家工作人员李四行贿，为公司谋取非法利益，这是成员的个人犯罪。

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。

【聪聪总结】单位自首前提 + 单位人员如实供述 = 单位自首。

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。

【聪聪总结】单位没有自首前提 + 直接责任人员自动投案 + 如实供述 = 直接责任人员自首。

真题演练

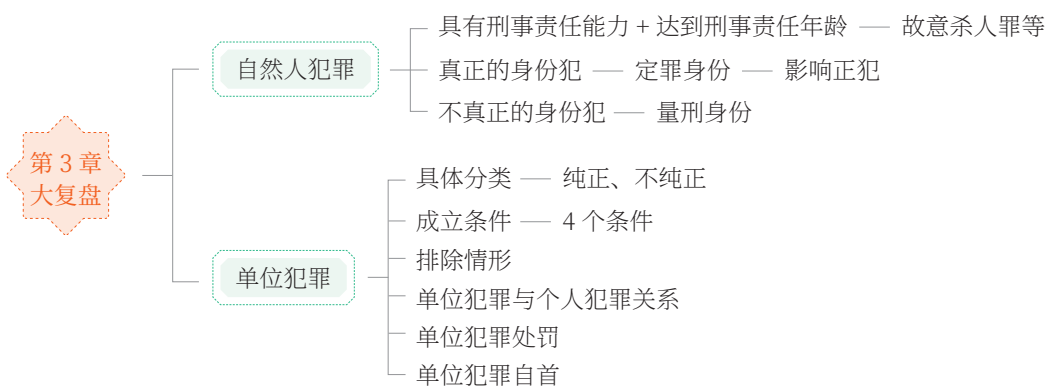
1. (15年真题) 关于单位犯罪，下列哪些选项是正确的？

- A. 就同一犯罪而言，单位犯罪与自然人犯罪的既遂标准完全相同
- B. 《刑法》第170条未将单位规定为伪造货币罪的主体，故单位伪造货币的，相关自然人不构成犯罪
- C. 经理赵某为维护公司利益，召集单位员工殴打法院执行工作人员，拒不执行生效判决的，成立单位犯罪
- D. 公司被吊销营业执照后，发现其曾销售伪劣产品20万元。对此，应追究相关自然人销售伪劣产品罪的刑事责任

模拟演练

1. 甲某是某图书公司的经理，由于某部小说特别畅销，以公司的名义在某印刷厂印制了他人享有专有版权的该小说5万本，非法获利100余万元，全部据为己有。该行为应当按照单位犯罪论处。

2. 甲为某炼铝厂厂长，为了该厂利益，经集体研究同意指挥职员三个月间盗电100万度，该厂构成单位犯罪。



聪聪总结

1. 客观必背

- (1) 单位犯罪 = 纯正的单位犯罪 + 不纯正的单位犯罪；还有纯纯的自然人犯罪；
- (2) 单位犯罪 = 合格的单位 + 为了单位利益 + 单位集体决定 + 法定性；
- (3) 为了犯罪成立单位 or 成立后经常犯罪 or 盗用单位名义 or 没有单位集体意志 or 分别没有规定单位犯罪 = 自然人犯罪；
- (4) 单位原则上双罚制（罚人 + 单位），例外单罚制（仅罚自然人）；
- (5) “单位变身” = 列原单位 + 注明并入新单位 + 罚金数额以其新单位的财产为限；
- (6) “单位死亡” = 根据关于单位犯罪规定，对该单位人员追诉，对该单位不再追诉；
- (7) 集体决定 or 负责人决定 or 主管人员决定 + 自动投案，如实供述 = 单位自首；
- (8) 单位自首前提 + 单位人员如实供述 = 单位自首；
- (9) 单位没有自首前提 + 直接责任人员自动投案 + 如实供述 = 直接责任人员自首。

2. 主观必背

- (1) 单位犯罪 = xx公司系合格的单位，为了单位集体利益，单位集体决定实施了xx行为，构成xx犯罪，属于单位犯罪；
- (2) 因不符合xx条件，不成立单位犯罪。

# 第 4 章 行为

## ■ 考点 1 危害行为 ■

### 基 础 概 念

危害行为，指可造成法益侵害结果或危险的人的身体举动。构成犯罪的行为要求具备民法上“行为”的特征（有体性、有意性），并且有害（客观危险性）。<sup>【白话1】</sup>

1. 不受意识支配的行为如反射动作、机械动作、本能动作，不是危害行为。
2. 惯常自动化动作、冲动行为、受精神胁迫的行为（胁从犯）、忘却行为（忘却犯）、原因上的自由行为，都认为是危害行为。

例：甲预谋杀害乙全家六人，在通往乙家的田间小路附近，很醒目地放置了六袋注有毒药的袋装果汁。乙看到果汁后就把它全部带回了家，但乙的家人感觉果汁可能有问题没有喝，因此幸免于难。

【问题】甲构成故意杀人罪未遂，还是预备？

### 考 查 重 点

#### 重点 1 基本特征

1. 有体性（举止性）：必须要有外在的行为动作，仅有思想没有行为不属于犯罪，思想不是犯罪。
2. 有意性（意志性）：应当在行为人的意思（故意、过失）支配下实施的危害行为。
3. 有害性（危险性）：行为人实施的行为对社会是具有危害的，本质在于创设、增加了风险。没有增加风险、降低风险的行为；不具结果发生可能性；行为时不支配结果（风险微小）、发生结果概率极低的行为均不属危害行为。

#### 重点 2 判断规则

1. 危害行为与生活行为的区分
  - (1) 危害行为：行为对他人的法益制造了危险。
  - (2) 生活行为：行为对他人的法益没有制造危险。
  - (3) 定罪应先看客观上有没有危害行为，犯意表示不是犯罪。

#### 聪聪白话 1

人在意志支配下做出的外在的动作，危害社会的行为，属于危害行为。





例：甲送乙一杯红糖水，希望乙噎呛死，乙果真被水呛死。甲的行为不是危害行为。

## 2. 降低危险与替代危险

(1) 降低危险、减少危险的行为不是危害行为。

例：甲将乙打昏在地，丙将乙从马路中间拖到路边，丙的行为不是危害行为。

(2) 替代危险。替代危险，是指开创新的危险，不过新的危险比原有危险的危害程度低。

例：邻居房屋发生火灾，甲冲进去欲救一个婴儿，但是由于无法走出去，只好将婴儿从二楼的窗户扔出去，导致婴儿重伤，甲无罪。

## 3. 被害人自陷风险

当被害人被迫进入别人创设的风险中，则创设风险的人应当对其实施的行为承担责任。当风险是被害人自己创设的，则由被害人自己对结果承担责任。但一个实害结果的发生，有行为人与被害人的共同参与，该实害结果由谁负责？

(1) 被害人自己创设风险 + 被害人具有对危险认识能力 + 具有控制风险的能力 = 被害人自己负责。

例：甲为了向湖中扔 300 元，乙跳入湖中去捡，被湖水淹死。乙属于被害人自陷风险。

(2) 发生火灾之后，为了抢救屋里贵重金属，奋不顾身进去，被烧死，则多数说认为应由放火行为人负责，少数说认为应由被害人自己负责。（2012 年、2021 年真题）

(3) 行为人创设的风险 + 行为人具有风险的控制能力 + 被害人无法反抗风险 = 行为人对行为承担责任。

例：甲开车载着乙，看到前方湖面结冰，甲对乙说：我观察了，冰层挺厚，我们从冰面上开过去。乙答应。途中冰面破裂，乙被淹死。甲应对乙的死亡负责。

## 模拟演练

1. 甲以毁坏为目的而盗取乙的手机，在准备毁坏时发现手机不错，继而改变犯意自己使用，则甲构成故意毁坏财物罪（预备阶段的中止）、侵占罪。

2. 甲尾随乙，欲到偏僻处打昏乙后取走其财物，在甲实施暴力之前，乙心情不宁自行解下财物置于路上离开，乙走之后甲才发现路上有财物而取走，则甲构成抢劫罪既遂。

## ■ 考点 2 行为分类 ■

### 考查重点

### 重点 1 行为分类

根据身体是否具有具体的外化动作，将身体形式分为：

### 聪 聪 总 结

#### 1. 客观必背

- (1) 危害行为 = 有意性 + 有害性 + 有体性；
- (2) 犯意表示不是犯罪；
- (3) 没有意志支配的行为，不是犯罪；
- (4) 被害人自陷风险，不是犯罪。

#### 2. 主观必背

- (1) 论证行为属于危害行为，结合具体的分则罪名；
- (2) 表述行为不属于危害行为：行为人实施的 xx 行为，因不符合 xx 条件，不属于危害行为。

1. 作为形式：身体实施了外化的动作，属于作为形式。例：拿刀捅人，放火烧人。
2. 不作为形式：身体什么动作都没有作，不属于不作为形式。例：什么都没有实施。

## 重点2 犯罪分类

根据违反刑法的不同规定，将犯罪分为：

1. 作为犯罪，是指行为人实施刑法所禁止的创设、升高风险的行为。作为的表现形式多样，如利用自己的四肢等实施的作为、利用工具实施的作为、利用动物实施的作为、利用自然力实施的作为、利用他人实施的作为等等。
2. 不作为犯罪，是指行为人负有消除风险的义务，能够履行而不履行该义务。白话1

## 重点3 不作为犯罪分类

1. 纯正（真正）的不作为犯，即刑法明文规定只能由不作为构成的犯罪（罪名）。纯正的不作为犯由刑法明文规定，其数量较少。

例：遗弃罪，丢失枪支不报罪，不报安全事故罪，拒不执行判决、裁定罪，不解救被拐卖、绑架的妇女、儿童罪，拒不支付劳动报酬罪，拒不履行信息网络安全管理义务罪，拒绝提供间谍犯罪、恐怖主义犯罪、极端主义犯罪证据罪，战时拒绝军事征收、征用罪，拒传军令罪，遗弃伤员罪，拒不救援友邻部队罪等。

2. 不纯正（不真正）的不作为犯，即行为人以不作为形式实施（行为形式）、可以由作为构成也可以由不作为构成的犯罪（罪名）。

(1) 其一是刑法规定罪名层面上的“不纯正不作为犯”，即刑法规定的既可以由作为构成也可以由不作为构成的罪名。

例：故意杀人罪、放火罪等。

(2) 其二是指具体行为人的行为形式，即特定行为人以不作为形式实施不纯正不作为犯罪。

例：张三有救助儿子义务而故意拒不救助导致死亡，如触犯故意杀人罪，则其系不纯正不作为犯的行为形式。当然，如其触犯遗弃罪，则系纯正不作为犯。

## ■ 考点3 不作为犯罪 ■

### 基 础 概 念

不作为犯罪，是指行为人负有消除风险的义务，在能够履行的情况下不履行该义务的行为，亦即“当为而不为”。白话2

例：小朋友B某（五周岁）被其父亲W某、保姆C某带到中央公园游玩。职员A某因被老板P某解雇，气冲冲地穿过公园。适逢B某顽皮，将水池里的水泼到A某身上，A某遂将B某扔进公园里的水池中。A某误认为池水很浅淹不死人，因为其曾

### 聪聪白话1

1. 作为犯罪 = 通常以作为动作去实施刑法禁止我干的事 = 干点什么去犯刑法的罪。

2. 不作为犯罪 = 通常以作为动作或者不作为动作，去不履行刑法要求我履行的义务 = 干点什么动作或者什么也不干不履行义务。

### 聪 聪 总 结

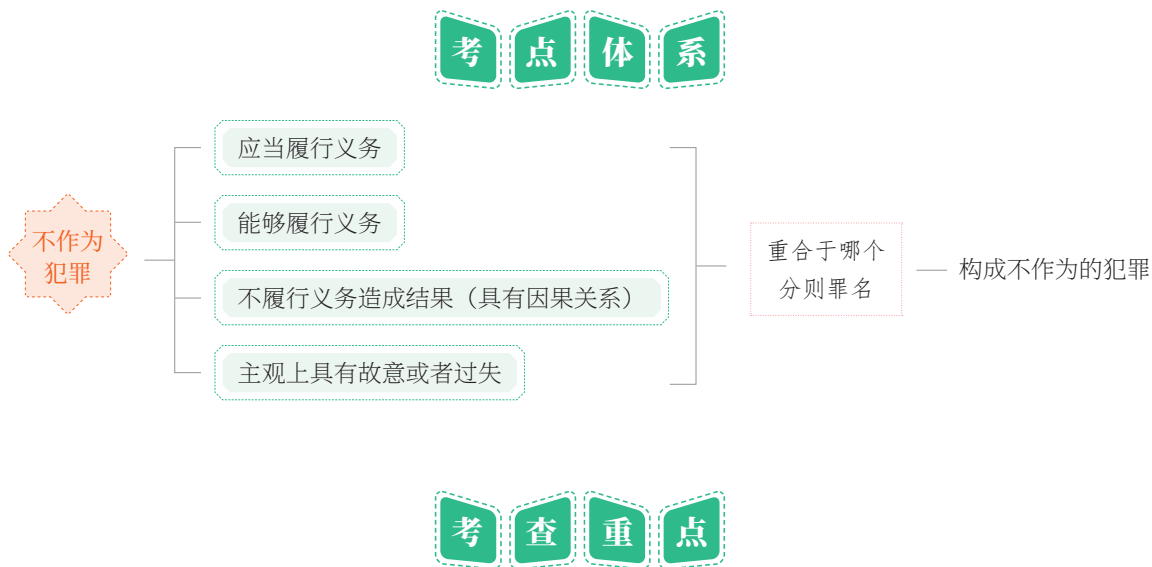
本节点作为刑法的底层逻辑，没有特别需要背诵的内容，但需要重点理解。

### 聪聪白话2

刑法规定的，现在我对风险具有制止义务，能够制止但没有制止造成风险的行为，则属于不作为犯罪。

在水池玩过。但是，没想到前一天公园管理员G某为了养鱼，将原本30厘米深的水池挖至了2米深。B某落水后在挣扎，W、C、A、G某均在一旁观望，未及时救治导致B某溺水身亡。

【问题】四人的行为如何认定？



## 重点1 成立条件<sup>总结</sup>

1. 成立不作为犯（行为）在客观上一般需要具备三个条件：

(1) 行为人负有实施特定积极行为、具有法律性质的义务（具有“保证人”身份）。

(2) 行为人能够履行特定义务。指行为人具有履行义务的能力和条件，具有履行的可能性。

(3) 因果关系。行为人不履行特定义务，造成或者可能造成危害结果。亦即，结果是由不作为行为导致的，如果即使行为人为人履行了义务，结果仍然发生，就不能将结果归因于不作为行为。

2. 主观上具有故意或者过失。

## 重点2 应当履行义务

判断行为人实施的消极不履行、不救助的行为，是否属于刑法上的不作为行为，首先要看行为人是否负有特定的积极作为义务，需要寻找该行为人积极作为义务的来源和依据，只有行为人负有履行积极义务的“保证人”身份，其消极不履行、不救助的行为才属刑法上的不作为行为。

不作为积极义务的来源和依据（认定行为人是否具有“保证人”身份），可从形式和实质两个层面上寻找。

1. 形式的义务根据

### 聪聪总结

上述四个条件主客观相统一，完整符合哪个罪名的构成要件，属于刑法分则中具体罪名的构成要件，例如遗弃罪、故意杀人罪等罪名的构成要件。

(1) 法律、法规规定的义务。这里的法律、法规既包括刑法，也包括民商法、经济法、行政法、宪法等。不履行其他法律、法规规定的积极义务的行为系该种法律层面上的不作为行为，但需符合刑法规定的构成要件（刑法将此种不作为行为规定为犯罪），才能构成不作为犯罪。

例：成年子女对没有独立生活能力的父母不赡养而将其遗弃，违背了民法规定的赡养义务（《民法典》第26条第2款：“成年子女对父母负有赡养、扶助和保护的义务”），同时也符合《刑法》第261条对于遗弃罪的构成要件，可构成遗弃罪。

(2) 职务或者业务要求的义务。

例：值勤的消防人员有消除火灾的义务，人民警察有救助危难的义务（《人民警察法》第21条）职务、业务要求的义务与职务、业务的职责范围有关，不能概括的认为只要是公职人员就一律有救助他人的义务，还需要具体考查其职责范围。

(3) 法律行为引起的义务。

①包括合同行为（双方法律行为）引起的义务。

例：保姆根据与雇主签订的合同，负有保护其照看婴幼儿安全的义务。

②还包括自愿接受行为（单方法律行为）引起的义务。

例：在路边捡拾到弃婴之后抱回家抚养多日，形成了稳定的监护关系，在找到下一个抚养人之前，负有对婴儿进行抚养的义务。

③切断他人的监护或保护责任而自愿以自己取而代之，也认为负有因自愿接受行为而引起的义务。

例：小孩丙在河中游泳，乙在一旁看护，行为人甲对乙说“你走吧，我替你看护他，溺水时我救他”；乙离开后，丙腿抽筋，但甲有能力救助而不救助致丙死亡，甲也可构成不作为犯。

(4) 先前行为引起的义务。指行为人的先前行为创设、增加了风险，导致他人法益处于危险状态时，行为人负有的排除危险或者防止危害结果发生的特定积极义务。

例：成年人甲带着邻居儿童乙游泳时，因乙到水中的风险由成年人甲创设，甲就负有保护乙生命安全的义务。

## 2. 实质的义务根据

实质的义务根据（实质三分法）与形式义务来源（形式四分法）在具体内容上是一致的，是从不同角度来说明作为义务。<sup>判例</sup>

(1) 基于对危险源的支配而产生的监督义务：谁监管风险，谁制止风险。

①对危险物的管理义务。

例：动物园的管理者在动物咬人时具有阻止义务；宠物的饲养者在宠物侵害他人时，具有阻止义务；矿山的负责人，对矿山的安全具有管理义务；广告牌的设置人，在广告牌有倒塌危险时，具有防止砸伤路人的义务；机动车的所有人具有阻止没有驾驶资格的人或者醉酒的人驾驶其机动车的义务。

②监管者、监护人对其监管、监护的他人危险行为的监督义务。一般来说，他人的危险行为造成了法益侵害时，由其本人承担刑事责任。但是，在他人不可能承担刑事责任，而行为人基于法律规定、职业或者法律行为对他人负有监管、监护等义务时，要求行为人对他人的危险行为予以监督、阻止。

例：父母、监护人有义务制止未成年子女、被监护人的法益侵害行为。作为监护人的丈夫有制止被监护的精神病妻子杀人的义务。

### 判例

【《刑事审判参考》第432号】

杨某某因与张某谈恋爱而产生矛盾，杨某某即购买两瓶硫酸倒入喝水的杯中随身携带。后杨某某在学校操场遇到张某，手拿装有硫酸的水杯对张某说：“真想泼到你脸上”，并欲拧开水杯盖子，但未能打开。张某误认为水杯中系清水，为稳定自己情绪，接过水杯，打开杯盖，将水杯中的硫酸倒在自己的头上，杨某某一直在旁观看未制止，致使张某被硫酸烧成重伤。

【问题】杨某某是否有制止义务？

③对自己的先前行为引起的法益侵害危险的防止义务。在行为人的先前行为引起了法益侵害的危险时，行为人具有保证人地位，即“谁创设风险，谁消除风险”。

例：意外提供了有毒食物，导致他人中毒后，提供者有救助义务。销售了危险产品的行为人，具有召回产品的义务。

④对于正当防卫中造成不法侵害人危害，是否具有救助义务？

少数说：正当防卫行为不会产生救助义务。理由：先行行为必须是违法行为，才能产生作为义务。正当防卫行为是合法行为。合法行为不会产生作为义务。

多数说：防卫行为若会导致过当结果，则防卫人有防止过当结果发生的义务，否则构成防卫过当，应负刑事责任。先行行为不要求是违法行为。合法行为也能产生作为义务。

⑤防卫行为对第三方造成危险，谁有作为义务？

多数说：不法侵害人和防卫人都有作为义务。

少数说：只有不法侵害人有作为义务。

例：甲故意伤害乙，乙为了防卫向甲扔了一个火把，乙立马逃离。甲见起火，不灭火，离开现场。火势变大，烧毁邻居家。按照多数说，甲和乙都有作为义务；按照少数说，只有甲具有作为义务。（2020年、2023年真题）

⑥紧急避险可以成为先行行为而产生作为义务。

⑦犯罪行为可以成为先行行为而产生作为义务。

例：甲邀请邻居乙（成年人）游泳，因乙是成年人，尽管其下水游泳是受甲所邀，但其有自主意识和自决能力，可决定下水也可以决定不下水，因此该风险只能认为是乙自己创设的，而不能认为是甲的邀请行为创设的。如果乙在游泳时腿抽筋，甲也没有法律上的救助义务。 总结

例：甲出于意外撞倒了乙致其轻伤（要求有因果关系），也有救助义务。 白话1

例：司机没有违章而行人违章，司机撞倒行人后，也有救助和报告义务。义务来源不是先前行为，而是法律规定。系《道路交通安全法》第70条规定的法定义务“在道路上发生交通事故，车辆驾驶人应当立即停车，保护现场；造成人身伤亡的，车辆驾驶人应当立即抢救受伤人员，并迅速报告执勤的交通警察或者公安机关交通管理部门”。

例：妻子自杀，是妻子自陷风险，但丈夫仍有基于法律规定而产生的救助义务。

(2) 基于行为人与被害人之间具有特殊人身关系（“稳定的危险共同体”）而产生的保护义务：谁是被害人保护人，谁负有保护责任。

因行为人与被害人之间具有特殊人身关系，由此对被害人负有保护义务，而无论风险由谁创设。这种特殊人身关系有的是法律明文规定的，有的是判例确认的。最基础的关系被限定为“稳定的危险共同体”关系（稳定+危险共同体），以家庭关系为基本模型。

①基于法规产生的保护义务。法律规定特定行为人需保护被害人。

例：母亲对婴儿有哺乳义务；交通警察对交通事故中的被害人具有救助义务；父母见幼女被人猥亵时具有制止他人猥亵行为的义务。

②基于制度或者体制产生的保护义务（形式上实际上是合同义务）。

例：游泳教练对游泳学习者具有保护义务；驾校教练在教习他人开车时具有保护义务。

③基于自愿（合同与自愿接受等单方合同）而产生的保护义务。

### 聪聪总结

1. 创设、增加风险的先前行为才能引起作为义务（实质标准）。如果在被害人自陷风险的情况下，则无需履行救助义务。

2. 先前行为可否包括犯罪行为、正当行为？都可以包括。先前行为可以是违法犯罪行为；也可以是正当行为；也可能是无过错行为。

### 聪聪白话1

不论先前行为本身是坏行为还是好行为，只要先前行为与风险具有因果关系，行为人即有救助义务。

例：数人组成的常年登山的登山队稳定地形成了危险共同体（意味着相互关照），只要没有除外的约定，就意味着各人自愿接受了保护他人的义务。但是，数人各签生死状（在自己遇险时，他人不必救助），则意味着各人没有自愿承担法益保护义务。

(3) 基于对危险发生领域的管控而产生的报告、救助义务：谁支配领域，谁报告风险。

基于对法益的危险发生领域的支配产生的报告、救助义务，是因危险发生在行为人支配的领域。对于私人空间，如相隔离的非公共建筑物、汽车内，在没有他人可以救助被害人的情况下，空间的支配人即负有报告、救助危险的义务；对于公共空间，管理者具有管理义务。在形式上，此种义务一般来源法律、法规规定及判例的推导。

①对自己支配的建筑物、汽车等场所内的危险的报告、救助义务。

例1：自家的封闭庭院里突然闯入一个危重病人或者生活不能自理的儿童，他人不能发现和救助，庭院的支配者有义务报告、救助。

例2：演出场所的管理者在他人表演淫秽节目时，负有报告、制止义务。

②对发生在自己身体上的危险行为的阻止义务，通常是成年人对无辨识能力的人以自己身体为对象的自害行为有阻止义务。

例：男子任由幼女对自己实施猥亵行为时，因为该危险发生在男子身体上，男子负有制止幼女的义务。

### 重点3 履行可能性

这是指具有履行作为义务的能力和条件。 白话1

例：甲带邻居小孩游泳，小孩落水。甲具有救助义务，甲会游泳，没有救助构成犯罪，如果甲不会游泳，没有去救小孩，不构成不作为犯。

### 重点4 因果关系

行为人在危险情况下，没有履行义务，导致了结果发生。如果履行了该作为义务，那么危害结果便不会发生，也即具有避免结果发生的可能性。如果履行了该作为义务，也不会避免结果发生，则不属于不作为犯罪。

例：张三将被害人撞倒之后，没有救助直接逃离事故现场，但被害人被路人立刻送往医院，人还是死亡，说明就算行为人张三履行救助义务，仍然不会避免结果发生，不具有结果回避可能性。

### 重点5 主观要件

1. 行为人不履行义务的同时，主观上具有故意或者过失，如果连故意或者过失都不具备，不成立不作为犯罪。

2. 如果行为人故意不履行义务，可能存在以下情况：

(1) 行为人对于应当履行义务的客观事实发生，存在认识错误，属于关于事实的认识错误，认为行为人不具有犯罪故意。

例：甲路过河边，看到有人落水，没有意识到是自己的女儿落水，小孩溺亡，甲成立过失的不作为犯罪。

(2) 行为人认识到了应当履行义务的客观事实，但对于自己不履行是否构成犯罪发生了认识错误，属于关于法律的认识

#### 聪聪白话1

是否具有履行能力的判断标准，结合当时的行为危险情况，再结合行为人的实际自身能力判断，在当时的情形下能不能避免危险继续发生。

错误，不会排除行为人的犯罪故意。

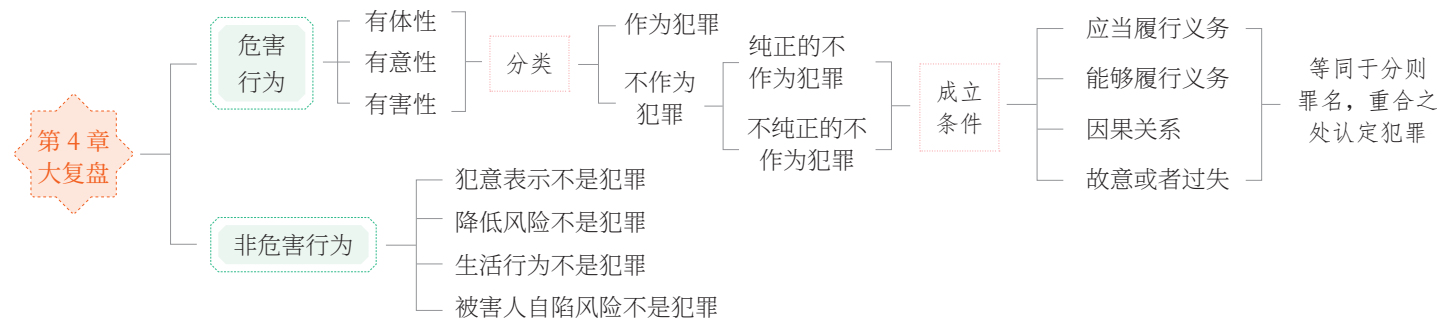
例：甲路过河边，看到自己的小孩落水，误以为自己不救助也不是犯罪，属于法律认识错误，甲成立故意的不作为犯罪。

真题演练

- (10年真题) 甲在车间工作时，不小心使一根铁钻刺入乙的心脏，甲没有立即将乙送往医院而是逃往外地。医院证明，即使将乙送往医院，乙也不可能得到救治。甲不送乙就医的行为构成不作为犯罪。
- (12年真题) 甲到湖中游泳，见武某也在游泳。武某突然腿抽筋，向唯一在场的甲呼救。甲未予理睬，武某溺亡，甲的行为不构成不作为犯罪。
- (12年真题) 丙与贺某到水库游泳。丙为显示泳技，将不善游泳的贺某拉到深水区教其游泳。贺某忽然沉没，丙有点害怕，忙游上岸，贺某溺亡，丙的行为构成不作为犯罪。
- (14年真题) 小偷翻墙入院行窃，被护院的藏獒围攻。主人甲认为小偷活该，任凭藏獒撕咬，小偷被咬死。甲成立不作为犯罪。
- (16年真题) 甲看见儿子乙（8周岁）正掐住丙（3周岁）的脖子，因忙于炒菜，便未理会。等炒完菜，甲发现丙已窒息死亡。甲不成立不作为犯罪。

模拟演练

- 甲盗掘古墓葬时，将B的农舍挖垮，并将房主B埋在瓦砾中，在B呼救，甲救助又比较容易时，为逃避追究，甲逃离现场，致房主死亡的，应当认定为盗掘古墓葬罪，并和不作为的故意杀人罪并罚。
- C气势汹汹地到丙的店买酒，声称喝完酒后“要干点惊天动地的大事”，丙应C的要求将高度酒卖给C，C喝完酒后在街上杀死2人，则丙因没有阻止C作恶而构成不作为的故意杀人罪。



聪 聪 总 结

1. 客观必背

- 不作为犯罪 = 应当履行义务 + 能够履行义务 + 不履行义务造成结果 + 主观故意或者过失；
- 应当履行义务 = 法律规定、职务业务、法律行为、先前行为、危险源监管、特定关系保护、特定领域管控；
- 没有结果回避可能性，不构成不作为犯罪；
- 被害人具有风险认识能力 + 控制能力 = 被害人自陷风险 = 自负其责；
- 先前行为引起风险（增加、创设风险）应当履行；正当行为或者违法行为均可以成为先前行为，但正当防卫是否引起义务存在不同观点，多数观点为具有防止风险义务。

2. 主观必背

- 构成不作为犯罪：行为人因xx应当履行义务，其具有履行可能性，不履行义务与xx结果存在因果关系，主观系故意或过失，构成xx犯罪，属于不作为犯罪，属于xx犯罪形态；
- 不构成不作为犯罪：行为人因不符合义务条件 or 没有结果回避可能性 or 存在事实认识错误，不构成xx犯罪。