



桑磊法考

2026

主观题

专项课 内部讲义

中国政法大学博士 北京某高校教师

陈昊

桑磊法考 出品

刑法观点展示

★ 内部资料 ★
★ 注意保密 ★

作者介绍



陈昊 中国政法大学博士 北京某高校教师

具有多年法考辅导经验，不仅对法考有深入研究，而且对考生备考中的迷惑之处有较为精准的把握，能够“对症下药”。擅长体系化和案例式的教学方法，化繁为简，深入浅出，追求“知其然更应知其所以然”。

目录

问题一	不作为犯的作为义务来源.....	3
问题二	相当因果关系中的“相当性”.....	4
问题三	事实认识错误.....	5
问题四	偶然防卫.....	8
问题五	犯罪中止的“自动性”/犯罪未遂的“着手实行”.....	10
问题六	共同犯罪.....	12
问题七	非法拘禁罪与绑架罪.....	14
问题八	抢劫罪.....	17
问题九	盗窃罪.....	19
问题十	诈骗罪.....	20
问题十一	侵占罪.....	20
问题十二	信用卡诈骗罪.....	23
问题十三	贿赂犯罪.....	23
总结	24

问题一 不作为犯的作为义务来源

形式作为义务理论（四分法）	实质作为义务理论（三分法）
法律、法规规定的义务	对特定危险源的监督义务
职务或者业务要求的义务	对特定对象的保护义务
法律行为产生的义务	对特定领域的管理义务
先前行为产生的义务	

四种形式根据	法律、法规规定的义务	如父母对未成年子女有扶养、保护、教育责任；子女对父母的救助义务	“法律、法规”既包括刑法，也包括民商法、经济法、行政法、宪法等	只有符合刑法规定的具体罪名的构成要件（刑法将此种不作为行为规定为犯罪），才能构成不作为犯罪
	职务或者业务要求的义务	如值勤的消防人员有灭火义务；警察下班途中的作为义务	需要具体考查其职责范围	
	法律行为引起的义务	如保姆看护小孩期间的作为义务；将被遗弃孩童带回家照顾产生的作为义务	合同行为，自愿接受行为（单方法律行为）	
	先前行为引起的义务	包括不作为、犯罪行为、正当防卫、紧急避险	只有创设、增加风险的先前行为才产生作为义务	

三种实质根据	基于对危险源支配而产生的监督义务	对危险物的管理义务	动物管理员阻止动物咬人
		对本人监督的他人危险行为的监督义务	父母阻止年幼子女侵害他人
		对自己的先前行为引起的法益侵害危险的防止义务	意外使他人中毒后的救治
	基于与法益脆弱状态的特殊关系而产生的保护义务	基于法规产生的保护义务	交警对交通事故的救助
		基本制度或体制产生的保护义务	游泳教练对习泳者的救助
		基于自愿（合同与自愿接受）而产生的保护义务	将遗弃婴儿抱回家的抚养
	基于对危险发生领域的管控而产生的阻止义务	对自己支配的建筑物、汽车等场所内危险的阻止义务	出租车司机阻止行为人车内强奸乘客的行为
对发生在自己身上的危险的阻止		成年男子对幼女猥亵其时的阻止	



案例

例：黄某纵火案（2012年真题）

黄某为报复李某，深夜对其租赁的山坡放火（李某住在山坡上）。树苗刚起火时，被路过的村民邢某发现。邢某明知法律规定发现火情时，任何人都有报警的义务，但因与李某素有矛盾，便悄然离去。

问题：村民邢某是否构成不作为的放火罪？为什么？

案例解析

例 **答案：**邢某不构成不作为的放火罪。虽然法律明文规定发现火情时，任何人都有报警的义务，但是，报警义务不等于救助义务；同时，仅在行为人创设了危险或者具有保护、救助法益的义务时，其他法律、法规规定的义务才能构成刑法上的不作为的义务来源。本案中火情是黄某造成的，邢某仅是偶然路过，其并未创设火灾的危险，因此，邢某并无刑法上的作为义务，不构成不作为的放火罪。

答案解析：对于作为义务的考查，只能从刑法本身的法益保护视角来切入。早期的形式作为义务论会认为法律规定的作为义务是刑法上的作为义务来源，但问题是，为何其他部门法规定的作为义务可以成为刑法上的作为义务？各个部门法的规范目的不同，因此，这种形式义务论显然存在问题。由于邢某并非制造火灾者，对法益并没有积极制造风险，而且由于其只是路人，并没有降低法益风险的义务，所以不成立不作为的放火罪。

问题二 相当因果关系中的“相当性”

相当因果关系中“相当性”的判断	不同观点	例：甲与乙发生口角，甲推搡乙，乙倒地后抽搐，在送往医院途中死亡。后查明，乙是因为受刺激，心脏病发作而死，但甲对此毫不知情
客观说	以行为导致结果当时的客观事实（上帝知道的事实）作为判断依据	乙属于体质特殊者这一事实是客观的，所以也存在因果关系
主观说	以行为人在行为当时认识到或可能认识到的事实（行为人认识的事实）作为判断依据	由于行为人对乙的特殊体质不能认识，所以因果关系不存在
折中说	以社会一般人能认识到的，或行为人特别认识到的事实为基础（一般人生活经验+行为人特别认识）作为判断依据	由于一般人对乙的特殊体质有认识，所以甲的推搡行为和乙死亡之间的因果关系存在

问题三 事实认识错误

一、法定符合说 vs 具体符合说

打击错误具体错误的处理	原理	结论	罪名
法定符合说	构成要件内符合即有故意	对于实际对象有故意	一故意说（整体看是故意犯罪既遂）
			数故意说（分别看是故意犯罪未遂和故意犯罪既遂，想象竞合）
具体符合说	具体地符合才有故意	对于实际对象有过失	分别看是故意犯罪未遂和过失犯罪，想象竞合



案例

例 1（根据 2020 年刑法真题回忆版改编）：

2018 年 8 月，洪某向林业主管部门写信举报此事，工作人员郑某上山检查，刘某为抗拒抓捕，对郑某实施暴力，郑某及时躲闪，导致刘某错误击中了站在一旁的任某。

问题：刘某的行为如何定性？存在哪些不同观点？

二、结果的推迟发生

观点	原理	罪名	不足
第一行为危险性说	如果第一行为为特别危险，后一行为及其结果都是由第一行为所直接引发的，就可以认为结果发生是由行为人的第一行为所逻辑地决定的，行为人对因果流程的认识错误无关紧要	故意犯罪既遂	
整体观察说	两个行为是密切联系的，后续行为是先前行为的延续；主观上行为人具有概括故意，后一行为仍然为犯罪故意所涵盖，因而视为一个故意犯罪行为成立故意犯罪既遂	故意犯罪既遂	该说承认故意具有涵盖不同行为的效力，完全无视行为的定性，将故意概念绝对抽象化，并不合适
行为各自独立说	前后两个行为各自独立，前一行为存在故意，后一行为只有过失	故意犯罪未遂和过失犯罪，数罪并罚或想象竞合	这种观点强调在任何情况下都应该将前后两个行为割裂开考虑，其合理性值得质疑



案例

例 2 (2019 年刑法真题回忆版):

1995 年 7 月, 在甲市生活的洪某与蓝某共谋抢劫, 由蓝某事前打探了被害人赵某的行踪, 二人决定于同年 7 月 13 日 20:00 对赵某进行抢劫。7 月 13 日晚 19:55, 洪某如约到达现场, 但蓝某则迟迟未出现。赵某出现后, 洪某决定独自抢劫赵某。洪某使用事前准备的凶器击打赵某的后脑部, 致其昏倒在地不省人事。此时蓝某来到了现场, 与洪某共同取走了赵某身上价值 2 万余元的财物。随后, 蓝某离开现场。洪某误以为赵某已经死亡, 便将其扔进附近的水库致其溺亡(经鉴定赵某死前头部受重伤)。后洪某逃至乙市, 化名在某保险公司做保险代理。

问题: 洪某将赵某扔进水库的行为如何定性? 存在哪些不同观点?

三、结果的提前实现

观点	结论	罪名
第一个行为 已经着手实行 , 且行为人在实施第一个行为时, 对该行为与结果之间的关联性 就具有认识	客观上实行行为(致死)+主观上对结果系故意	故意杀人罪既遂
第一个行为已经着手实行, 但行为人对结果无故意	客观上实行行为(致死)+主观上对结果系过失(对行为系故意)	故意杀人罪未遂、过失致人死亡罪, 想象竞合
第一个行为尚未着手实行	客观上预备行为(致死)+主观上对结果系过失(对行为系故意)	故意杀人罪预备、过失致人死亡罪, 想象竞合



案例

例 3 (根据 2015 年刑法真题改编):

高某找到密友夏某, 共谋将钱某诱骗至湖边小屋, 先将其掐昏, 然后扔入湖中溺死。高某、夏某到达小屋后, 高某寻机抱住钱某, 夏某掐钱某脖子。待钱某不能挣扎后, 二人均误以为钱某已昏迷(实际上已经死亡), 便准备给钱某身上绑上石块将其扔入湖中溺死。此时, 夏某也突然反悔, 对高某说: “算了吧, 教训她一下就行了。” 高某说: “好吧, 没你事了, 你走吧!” 夏某离开后, 高某在钱某身上绑石块时, 发现钱某已死亡。为了湮灭证据, 高某将钱某尸体扔入湖中。

问题: 高某的行为如何定性? 存在哪些不同观点?

案例解析

例 1 答案: 刘某将任某打成轻伤的行为, 属于**具体的打击错误**。根据**具体符合说**, 对郑某成立故意伤害罪未遂, 对任某系过失致人轻伤, 不构成犯罪。根据**法定符合说**, 无论攻击的对象是谁, 都是故意伤害罪中构成要件的“人”, 因此, 对任某构成故意伤害罪既遂。

答案解析：刘某主观上并没有认错行为对象，因此属于具体事实认识错误中的打击错误。对此，理论上存在两种不同观点：具体符合说认为，行为人认识的事实与实际发生的事实具体地相一致时（主客观事实层面上相符），对实际结果才构成故意犯罪既遂；如果具体不一致的，对实际发生的结果不成立故意犯罪，可能成立过失犯罪。

法定符合说认为，行为人认识的事实与实际发生的事实，只要在同一犯罪构成内的法律评价上一致（主客观法律层面上相符），就可认定对实际结果成立故意犯罪既遂，不要求事实上具体一致。

例2 答案：洪某将赵某扔进水库，属于事前故意。对此，主要有三种观点：

观点一：两个行为具有紧密联系，主观上洪某是概括故意，成立抢劫（致人死亡）。

观点二：抢劫暴力行为构成抢劫致人重伤，抛“尸”构成过失致人死亡罪，数罪并罚。

观点三：由于第一个行为具有导致死亡结果的重大危险，介入第二个行为，即抛“尸”行为并不异常，所以应该肯定第一个行为与结果之间的因果关系，能够将结果归属于第一个行为，因此抢劫（致人死亡）。

答案解析：蓝某离开后，洪某将赵某扔进附近的水库导致赵某溺亡，理论上成立事前的故意。事前的故意，又称为结果的延迟发生，是指行为人误以为自己的第一个行为已经发生了预期的侵害结果，为达到另一目的，又实施了另一个行为，事实上行为人所预期的结果是后一个行为所造成的。对于结果的推迟发生所持立场不同，会有不同的处理结论。

观点一认为虽然客观上存在先前行为与后续行为之分，但两个行为是密切联系的，后续行为是先前行为的延续；主观上行为人具有概括故意，后一行为仍然为犯罪故意所涵盖，因而视为一个故意犯罪行为较为妥当，就此，由于洪某本就有杀人的故意，因此死亡结果应该评价为抢劫致人死亡。

观点二认为前后两个行为各自独立，对于危害结果，前一行为存在故意，后一行为只有过失。就此，死亡结果只能算在后一阶段将被害人扔入水库的行为头上，对洪某应以抢劫罪（致人重伤）和过失致人死亡罪数罪并罚。

观点三认为由于第一个行为具有导致结果发生的重大危险，介入行为人的第二个行为也不异常，应该肯定第一个行为与结果之间的因果关系，能够将结果归属于第一个行为，且实施第一个行为时行为人确实有杀人的故意，现实所发生的结果与行为人意欲实现的结果完全一致，因此，应以故意犯罪既遂论处。

需要注意的是，蓝某仅仅参与了洪某前一阶段的暴力行为，后一阶段抛“尸”的行为其并未参与。不能因为洪某的后一阶段行为而将死亡结果直接算在蓝某的头上，即蓝某仅需对自己参与的重伤结果负责。

例3 答案：高某对钱某成立故意杀人罪。是成立故意杀人既遂还是故意杀人未遂与过失致人死亡罪的想象竞合，关键在于如何处理构成要件的提前实现。

答案一：虽然构成要件结果提前发生，但掐脖子本身有致人死亡的紧迫危险，能够认定掐脖

子时就已经实施杀人行为，故意存在于着手实行时即可，故高某应对钱某的死亡承担故意杀人既遂的刑事责任。

答案二：高某、夏某掐钱某的脖子时只是想致钱某昏迷，没有认识到掐脖子的行为会导致钱某死亡，亦即缺乏既遂的故意，因而不能对故意杀人既遂负责，只能认定高某的行为是故意杀人未遂与过失致人死亡的想象竞合。

答案解析：高某杀人所涉及的知识点是构成要件的提前实现。所谓构成要件的提前实现，又为结果的提前发生，其属于因果关系错误的一种情形，是指提前实现了行为人所预想的结果。例如，甲准备使乙吃安眠药（第一个行为），趁其熟睡后将其绞死（第二个行为），但未待甲实施绞杀行为，乙由于吞服过量的安眠药而死亡。对此，行为人实施的两个行为都有使构成要件结果发生的高度风险，第一个行为就能够被认定为着手实行犯罪，便可以认定其构成犯罪既遂。当然，少数观点会认为，甲在实施第一个行为阶段时毕竟没有意识到乙会服用安眠药过量致死，因而不能认定相应犯罪的故意，只能认定为过失致人死亡，最终，应以故意杀人未遂与过失致人死亡的想象竞合论处。本案中，高某掐被害人脖子本来就具有高度致死的风险，因此，足以认定其已经着手实行，成立故意杀人既遂。少数观点会认为掐脖子时并没有杀人故意，按行为与责任同时存在原则，高某应成立故意杀人未遂与过失致人死亡的想象竞合。

问题四 偶然防卫

偶然防卫：行为人非基于防卫意识而实施的故意或过失不法行为，客观上起到“正当防卫”的效果		
事例模型一：甲想杀死自己的仇人乙，开枪把正在对丙实施故意伤害的乙打死		
观点一：结果无价值论	观点二：行为无价值论	观点三：二元的行为无价值论
结论：正当防卫，无罪。 理由：正当防卫的成立不需要防卫意识	结论：故意杀人罪既遂。 理由：正当防卫的成立需要防卫意识，且造成了死亡结果	结论：故意杀人罪未遂。 理由：正当防卫的成立虽需要防卫意识，但甲的行为保护了丙的身体安全，没有危害结果
事例模型二：甲和乙共同实施抢劫，在逃避警察抓捕过程中持枪反击，甲因枪法不准，射中了同伙乙，致其当场倒地身亡		
观点一：结果无价值论	观点二：行为无价值论	观点三：二元的行为无价值论
结论：故意杀人罪未遂。 理由：客观上，制止了不法侵害；主观上，针对的是无辜第三人，仍有杀人的故意。	结论：故意杀人罪既遂。 理由：正当防卫的成立需要防卫意识，且造成了死亡结果	结论：故意杀人罪未遂。 理由：正当防卫的成立虽需要防卫意识，但甲的行为制止了不法侵害，没有危害结果

偶然防卫+打击错误（先客观（偶然防卫）后主观（打击错误），一一对应分别组合）						
例：甲、乙共谋杀害丙，甲开枪打丙（未击中），子弹走偏打死同伙乙						
甲的行为	构成要件	违法阻却事由	客观不法	主观故意（打击错误）	罪名	罪数
甲对丙	杀人未遂	无	不法	杀人故意	故意杀人罪未遂	想象竞合
甲对乙	杀人致死	偶然防卫	① 正当防卫（合法）	① 法定符合说：杀人故意	① 无罪	
			② 杀人未遂（不法）	② 具体符合说：过失	② 无罪	
			③ 杀人既遂（不法）		③ 故意杀人罪未遂	
					④ 过失致死未遂，无罪	
					⑤ 故意杀人罪既遂	
					⑥ 过失致人死亡罪	



案例

例（2020 年刑法真题回忆版）：

2018 年 8 月，洪某向林业主管部门写信举报此事，工作人员赵某与郑某上山检查，刘某、任某二人抗拒抓捕，对赵某与郑某实施暴力，后者反击，双方互殴。赵某被刘某、任某打成轻伤，但不能查明是刘某的行为所致，还是任某的行为所致。刘某被打成重伤、任某被打成轻伤，其中刘某的重伤由赵某与郑某共同造成，任某的轻伤则是刘某造成，系刘某在攻击郑某时，郑某及时躲闪，导致刘某错误击中了任某。

问题：刘某误击任某的行为如何定性？存在哪些不同观点？

案例解析

例 答案：客观上系偶然防卫，存在以下三种观点：

观点一：正当防卫的成立主观上不需要有防卫意识，客观上制止了正在进行的不法侵害，符合防卫的客观条件，系正当防卫。

观点二：虽有伤害的故意，但制止了不法侵害，系妨害公务（伤害未遂）。

观点三：正当防卫的成立要求主观上要有防卫意识，造成了轻伤结果，系妨害公务（轻伤既遂）。

主观上系具体的打击错误，存在以下两种观点：

观点一：根据法定符合说，认为具有妨害公务罪、故意伤害罪的犯罪故意。

观点二：根据具体符合说，认为没有故意，具有犯罪过失。

客观主观相统一，有不构成犯罪、妨害公务罪（伤害未遂）、妨害公务罪（轻伤既遂）三种观点。

答案解析：本题考点系打击错误与偶然防卫相结合的处理，对此按照“先客观后主观”的分析思路，先解决偶然防卫，再处理打击错误，最后一一对应组合即可。

在客观不法积极层面认定上，刘某实施有伤害行为，因打击错误导致任某重伤，对任某实施有伤害行为。在客观不法消极层面（违法阻却事由）认定上，刘某的行为客观上制止了任某正在进行的不法侵害；由于刘某主观上没有制止不法侵害的防卫意图，故而系偶然防卫。①观点一（结果无价值论）认为偶然防卫在客观不法层面上系正当防卫，阻却违法性；②观点二（二元行为无价值论）认定偶然防卫在客观不法层面上不属正当防卫，系不法未遂，系伤害未遂；③观点三（行为无价值论）认定偶然防卫在客观不法层面上不属正当防卫，系不法既遂，系伤害既遂。

在主观责任层面上，刘某存在认识错误。在认识错误的形式上，系打击错误。①按照法定符合说，刘某有伤害故意，任某的伤害结果在此故意范围内，刘某对任某也有伤害故意。②按照具体符合说，刘某明知郑某的伤害结果，对于其他人的伤害结果没有预见到，但应当预见到。刘某对郑某的重伤只有过失。

客观主观相统一认定罪名。①正当防卫+伤害故意（法定符合说）=无罪；②正当防卫+伤害过失（具体符合说）=无罪。③伤害未遂+伤害故意=妨害公务罪（轻伤未遂）。④伤害未遂+过失=无罪。⑤伤害既遂+伤害故意=妨害公务罪（轻伤既遂）。⑥伤害既遂+过失=无罪（过失致人轻伤无罪）。

问题五 犯罪中止的“自动性” / 犯罪未遂的“着手实行”

一、中止的自动性判断

观点	内容
主观说	行为人行为时主观上认为有外部障碍而放弃犯罪是未遂、预备，其他原因放弃是中止
限定主观说	只有出于悔悟、同情等感情、动机而停止犯罪，才构成中止
客观说	客观上有能力继续犯罪但不继续实施，即一般人在此情况下不会放弃犯罪，但行为人放弃的，才构成中止



案例

例 1（2021 年刑法真题回忆版）：

赵某回家后，将杨某一事告知其妻谢某，谢某劝赵某自首，不然就离婚并带走两个孩子。赵某恼羞成怒，使用皮带意图勒死谢某。谢某大声呼救，引来两个孩子（一个 3 岁，一个 5 岁）。赵某觉得在孩子面前杀害妻子对孩子影响不好，遂停止勒杀行为，最终仅造成谢某轻微伤。（事实四）

问题：就事实四，关于赵某杀人行为的未完成形态，可能存在哪几种意见？各自理由是什么？

二、着手实行的判断标准

观点	内容
实质的结果说	着手实行是指行为发生了危险结果，即 侵害法益的危险达到紧迫程度
形式的客观说	着手实行是指开始实施了符合构成要件的行为



案例

例 2 (2024 年刑法真题回忆版):

2023 年 3 月，周某致电刘某，谎称自己是公安人员，告知其涉嫌电信诈骗，需要将其存款取出，转移到公安机关指定的账户，并告知会有公安人员上门取钱。刘某信以为真，将钱取出。周某预计刘某已取出现金，便将真相告诉同伙武某并安排其前往刘某家中取钱。在武某前往取钱的过程中，刘某感觉周某可能是骗子，心生疑虑，遂将现金存回银行，并离开家。武某到达刘某家中，未找到现金，便将刘某价值 6000 元的香烟取走。武某返回后，未告知周某自己取得了香烟。（事实一）

问题：就事实一，辩护人认为周某构成诈骗罪预备，公诉人认为周某构成诈骗罪未遂，请分析各自理由。

三、部分未遂、部分既遂的处理

观点一：《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条，既有既遂，又有未遂，**分别达到不同量刑幅度的，依照处罚较重的规定处罚；达到同一量刑幅度的，以既遂处罚。**

观点二：以加重犯的未遂论处；或者数罪并罚。

案例解析

例 1 答案：可能存在以下两种意见。

一是属于**犯罪中止**。从心理和物理的角度看，小孩没有力量阻止赵某的行为，其能将杀人行为继续下去，因此，赵某停止犯罪属**自动放弃**，成立故意杀人罪中止。

二是属于**犯罪未遂**。从伦理的角度看，赵某面对自己孩子的阻止，难以继续下手杀害孩子的母亲，属于**伦理上的不能**，因此，系“欲达目的而不能”，成立故意杀人罪未遂。

答案解析：就如何判断犯罪中止的自动性问题，理论上存在不同观点。根据主观说，以行为人的认识为标准进行判断，本题中，赵某勒死妻子谢某，从心理的、物理的角度看，是完全可能的。若按照客观说，如果一般人在当时的情况下也会放弃犯罪，行为人放弃的，说明没有理由不给予其特殊预防的必要性，成立未遂；反之，如果一般人在当时的情况下不会放弃犯罪，行为人放弃的，则说明没有特殊预防的必要，成立中止。本案中，一般人都会认为无法继续下去，而最终赵某亦放弃了犯罪，应该认为其成立未遂，即属于“欲达目的而不能”。

例 2 **答案：**辩护人观点的理由：周某虽实施了诈骗罪的实行行为，但根据着手认定的结果说，由于刘某又将现金存回银行，对财产法益没有造成紧迫、现实的危险，不能认为进入了诈骗罪的着手阶段，而只能成立诈骗罪的预备。

公诉人观点的理由：周某在通话中实施了诈骗话术，系诈骗罪的实行行为，开始实施时即进入了实行着手阶段，根据着手认定的形式客观说，周某实施了符合诈骗罪客观要件的行为，属于诈骗罪的未遂。

答案解析：本题涉及着手实行的认定标准，对此，我国传统理论持形式的客观说，即着手实行就是开始实行刑法分则所规定的某一犯罪构成客观要件的行为。而根据实质的结果说，由于犯罪的本质是侵犯法益，没有侵犯法益的行为不可能构成犯罪，也就不可能成立未遂犯，因此，犯罪未遂只能是具有侵害法益的紧迫危险的行为。

按照“形式的客观说”，可将行为人“骗人”，即周某对被害人实施虚构事实的行为，认定为诈骗实行行为。周某在实施打电话虚构事实的诈骗实行行为之后，被害人及时察觉，因意志以外的原因而未得逞，根据《刑法》第 23 条，构成犯罪未遂。即便不能将周某虚构事实的行为认定为诈骗实行行为，仍可将武某入户欲取财的行为认定为诈骗实行行为。因二人系共同犯罪，均构成诈骗罪未遂。

按照“实质的结果说”，本案的具体诈骗计划，只能通过被害人当场处分交付才能实现取财结果，故只有被害人将要立即处分交付财物时，才能认定行为人实施了诈骗实行行为。周某虽对被害人实施了虚构事实的行为，但被害人刘某还未当场处分交付财物，周某仅是为了诈骗实行而制造条件，实施的是诈骗预备行为，根据《刑法》第 22 条，构成犯罪预备。

问题六 共同犯罪

一、“共同犯罪”的不同理解

我国《刑法》第 25 条第 1 款规定：共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。此款规定是理解共同犯罪含义的法条基础，这涉及如何对其中的“共同”“犯罪”进行解释的问题。针对共同犯罪的成立条件，理论上存在犯罪共同说、不法行为共同说、构成要件共同说三种不同观点。**按照共同犯罪成立条件要求从高到低依次是：犯罪共同说、不法行为共同说、构成要件共同说。共同犯罪成立范围依次是：狭窄、宽松、较宽。**

犯罪共同说：认为二人以上成立共同犯罪，必须共同实施了符合构成要件且不具有违法阻却事由的行为，而且都必须满足刑事责任年龄要求，具有相同的犯罪故意。这种学说下成立共同犯罪的范围是很小的，故**已经被淘汰**。

不法行为共同说：是对前者成立条件的进一步降低，它认为二人以上成立共同犯罪，不需要同时满足刑事责任年龄要求，也不需要都是相同的犯罪故意，只要两个人共同实施了构成要件且不具备违法阻却事由的行为，就可以成立共同犯罪，共同对结果负责。**这是当前法考所采**

纳的立场。

构成要件共同说：认为成立共同犯罪，只要两个人共同实施了构成要件行为即可，不需要同时都不具备违法阻却事由。因与我国现有立法规定不承认过失的共同犯罪相冲突，因此也不为法考所采纳。

	不同犯罪之间可否成立共同犯罪	故意与过失之间可否成立	有刑事责任能力与无刑事责任人之间是否成立共同犯罪	是否承认过失共同犯罪	是否承认犯罪行为与正当行为之间的共同犯罪
犯罪共同说	×	×	×	×	×
不法行为共同说	✓	×	✓	×	×
构成要件共同说	✓	✓	✓	✓	✓

例：甲（17 周岁）为了正当防卫，乙（11 周岁）为了报复伤害，两人共同商量向丙开枪射击，结果丙身中一弹而死亡，但事后无法查清楚这一枪是谁击中的。

分析：按照不法行为共同说，并不承认犯罪行为与正当行为之间成立共同犯罪，因此甲乙不成立共同犯罪，同时适用存疑有利于被告，甲乙都不对死亡结果负责。

按照犯罪共同说，乙未达刑事责任年龄，甲乙之间也不成立共同犯罪。

而按照构成要件共同说，甲乙共同实施了符合故意伤害罪构成要件的行为，尽管甲成立正当防卫，不具有违法性，也不影响甲乙之间成立共同犯罪。

二、共犯从属性说 vs 共犯独立性说

共犯与正犯的关系	内容	例：甲教唆乙实施抢劫，乙因害怕迟迟未动手，对甲谎称已经完成，甲信以为真
从属性	只有正犯着手实行行为，才成立教唆犯或帮助犯	乙尚未着手实施抢劫，甲不构成抢劫罪的教唆犯
独立性	正犯只是在预备阶段，教唆犯或帮助犯也可以成立	甲因意志以外原因没有教唆既遂，构成抢劫罪的教唆未遂

三、片面共同犯罪

观点	结论	例：甲得知乙欲抢劫丙，便提前将丙打晕（轻伤），然后退出，乙顺利取财，但乙不知是甲将丙打晕
帮助故意可以是单方向意思联络；教唆故意、共同正犯故意需双向意思联络	只有片面帮助可以成立帮助犯，片面教唆、片面共同实行不能构成教唆犯、共同正犯，但可以评价为间接正犯或帮助犯	甲属于片面实行。若只承认片面帮助犯，那么甲只能成立故意伤害罪（或抢劫罪的片面帮助犯），乙成立盗窃罪

帮助故意、教唆故意、共同正犯故意,均可可是单向意思联络	片面实行和教唆都可以成立共同犯罪	若承认片面实行也是共同犯罪,则甲是抢劫罪的片面共同正犯,乙是盗窃罪
-----------------------------	------------------	-----------------------------------

问题七 非法拘禁罪与绑架罪

一、非法拘禁罪转化犯与结果加重犯的区分

非法拘禁（使用暴力）致人死亡的情形	致死原因	处理
未在拘禁行为之外另使用暴力	拘禁行为	非法拘禁的结果加重犯
拘禁之外实施了故意杀人行为	杀人行为	法律拟制为故意杀人罪一罪
拘禁行为之外另使用暴力,但无杀人故意	暴力行为	法律拟制为故意杀人罪一罪

非法拘禁（使用暴力）致人死亡的情形	致死原因	处理
未在拘禁行为之外另使用暴力（推定主观上系过失）	拘禁行为	非法拘禁的结果加重犯
在拘禁行为之外另使用暴力,故意杀人	杀人行为	注意规定。非法拘禁罪与故意杀人数罪并罚
拘禁行为之外另使用暴力,但无杀人故意	暴力行为	注意规定。非法拘禁罪与故意伤害罪（致人死亡）/过失致人死亡罪,数罪并罚



案例

例 1（2025 年刑法真题回忆版）：

赵某得知钱某将卡内资金取出后,向钱某索要,遭到钱某拒绝。赵某遂找到周某与李某,并向二人谎称钱某欠其 18 万元迟迟不还,指使二人绑架钱某的孩子钱小小（3 岁）向钱某索要钱财,并叮嘱二人不要伤害孩子。二人得手后,将钱小小拘禁在郊外一处院落中。赵某遂联系钱某,声称钱小小在自己手里,不交出 18 万的话,就会“撕票”。在周某外出买饭时,因钱小小吵闹,李某殴打钱小小,失手将其打成重伤。之后钱某报警,警方在时隔 36 小时后成功将钱小小解救。（事实二）

问题：事实二中,关于李某伤害钱小小的行为,有观点认为构成故意伤害罪,也有观点认为构成非法拘禁罪和过失致人重伤罪,应数罪并罚。请分别说明两种观点的理由。

二、索取债务型非法拘禁罪与绑架罪的区分

观点	理由	不足
若行为人为索取非法债务,无论是向债务人本人还是第三人索取债务,只构成非法拘禁罪	索取债务型非法拘禁罪与绑架罪的区分在于行为人主观上是否有非法占有目的	
若行为人为索取非法债务,以“撕票”等威胁近亲属等第三人取财,构成绑架罪	非法拘禁罪与绑架罪的区分在于行为人是否以严重危害人身安全相威胁第三人	立法者考虑到毕竟双方之间客观上存在债权债务关系,事出有因,行为人提出索取债务的要求存在合理性,与典型的、无缘无故地扣押、绑架他人勒索财物的行为不可同日而语。因而刑法作出了专门规定,对此种行为不宜以绑架罪论处。该观点不符合立法目的和司法解释相关规定



案例

例 2 (2025 年刑法真题回忆版):

赵某得知钱某将卡内资金取出后,向钱某索要,遭到钱某拒绝。赵某遂找到周某与李某,并向二人谎称钱某欠其 18 万元迟迟不还,指使二人绑架钱某的孩子钱小小(3 岁)向钱某索要钱财,并叮嘱二人不要伤害孩子。二人得手后,将钱小小拘禁在郊外一处院落中。赵某遂联系钱某,声称钱小小在自己手里,不交出 18 万的话,就会“撕票”。在周某外出买饭时,因钱小小吵闹,李某殴打钱小小,失手将其打成重伤。之后钱某报警,警方在时隔 36 小时后成功将钱小小解救。(事实二)

问题:事实二中,关于赵某的行为,辩护律师认为其构成非法拘禁罪,公诉人认为其构成绑架罪,请分别说明理由。

三、绑架中“杀而未死造成重伤”的处理

观点辨析: 绑架罪中杀而未死受重伤如何处理?	
观点一: 杀害、致人死亡结果加重犯的未遂	观点二: 致人重伤结果加重犯的既遂
比照绑架罪杀害被绑架人的既遂,可以从轻、减轻	直接按照绑架罪故意伤害致人重伤的结果加重犯的既遂处罚

案例解析

例 1 答案: 观点一的理由是:《刑法》第 238 条第 2 款后半段规定系法律拟制,即行为人在非法拘禁实行行为外实施暴力过失致人重伤、死亡的,转化为故意伤害罪(致人重伤)、故意杀

人罪。

观点二的理由是：《刑法》第 238 条第 2 款后半段规定系注意规定，即若想成立非法拘禁罪的转化犯，要求行为人主观上对重伤结果或死亡结果系故意。李某殴打钱小小致其重伤的行为，主观上对重伤结果系过失，符合过失致人重伤罪的犯罪构成，与先前构成的非法拘禁罪数罪并罚。

答案解析：根据《刑法》第 238 条第 2 款后半段的规定，犯非法拘禁罪，使用暴力致人伤残、死亡的，依照本法第 234 条、第 232 条的规定（故意伤害罪、故意杀人罪）定罪处罚。在理论上，这一规定通常被称为非法拘禁罪的转化犯。对此规定的性质，理论上存在不同理解。

一种观点认为此规定系注意规定。注意规定，是指在刑法已作基本规定的前提下，提醒司法人员注意、以避免司法人员忽略的规定。注意规定只是对基本规定的重申，只具有提示性。即使没有注意规定，也存在相应的法律依据（按照基本规定处理）。据此，若成立非法拘禁罪的转化犯，则要求行为人主观上对致人伤残、死亡具有故意，即本来就符合故意伤害罪、故意杀人罪的犯罪构成。李某在非法拘禁实行行为之外，另行使用暴力殴打（一般认为殴打并非伤害的故意）钱小小，主观上对重伤结果系过失，此时不适用非法拘禁罪的转化犯规定，也不成立非法拘禁罪的结果加重犯，原因是重伤与拘禁行为本身并无因果关系。因此，李某的行为符合过失致人重伤罪和非法拘禁罪的犯罪构成，因李某存在两个行为，构成两个罪名，应数罪并罚。

另有观点认为此规定系法律拟制。法律拟制，是指刑法将原本不符合某种规定的行为也按照该规定处理，也即有意将不同的行为等同视之。据此，即使行为人在非法拘禁过程中实施暴力，过失致人伤残、死亡的，也适用转化犯规定，被拟制为故意伤害罪、故意杀人罪。李某在非法拘禁实行行为之外，另行使用暴力殴打被拘禁人钱小小，主观上对重伤结果系过失，此时因非法拘禁罪和故意伤害罪都是侵犯人身犯罪，适用转化犯条款，被拟制为故意伤害罪（致人重伤）一罪。

例 2 答案：构成非法拘禁罪的理由是：赵某为了索取法律不予保护的债务，仍适用第 238 条第 3 款的规定，仅构成非法拘禁罪。

构成绑架罪的理由是：赵某为索取非法债务，以杀害钱小小进行威胁，成立绑架罪。

答案解析：根据《最高人民法院关于对为索取法律不予保护的债务非法拘禁他人行为如何定罪问题的解释》，被告人与被害人之间存在债务，但该债务系赌债、高利贷或者嫖资等法律不予保护的非法债务，行为人为索取此类非法债务而实施扣押、拘禁他人的行为，因债务是客观存在的，应当以非法拘禁罪定罪处罚，同时也应确认行为人主观上的索债目的。尽管赵某为了索要自己诈骗所得，也应认为主观上系索取债务的目的，不构成绑架罪，仅成立非法拘禁罪。

行为人为了索取非法债务或者单方面主张的债务，以实力支配、控制被害人之后，以杀害或者伤害被害人进行威胁的，不再成立非法拘禁罪，而是成立绑架罪。本案中，18 万元是诈骗所得，赵某为索取不受法律保护的债务，唆使周某和李某控制了钱小小，并以杀害（撕票）相威胁，成立绑架罪。

问题八 抢劫罪

一、转化型抢劫的对象

对象	结论
一切人，无限制	主观上误认为是原占有人或抓捕者，客观上不存在对应的原占有人或抓捕者，依然可以成立转化型抢劫罪
原占有人，具有抓捕意思的人	主观上误认为是原占有人或抓捕者，客观上不存在对应的原占有人或抓捕者，不能成立转化型抢劫罪，只能成立盗窃罪/诈骗罪/抢夺罪+故意伤害罪，数罪并罚



案例

例 1（2021 年刑法真题回忆版）：

某日，赵某从窗户翻入顶楼的王某家，盗窃一台笔记本电脑，得手后从楼道逃走时遇到李某，误认为李某是王某，为了窝藏赃物而将李某打伤。后查明，李某是要去楼上贴小广告，并不知道赵某的行为。（事实二）

问题：就事实二，关于赵某的行为定性，可能存在哪几种意见？各自理由是什么？

二、犯盗窃、诈骗、抢夺的定性

犯盗窃、诈骗、抢夺行为的定性	结论
主观目的要素	只要主观上为了帮助实施盗窃、诈骗、抢夺就可成立转化型抢劫
客观行为要素	成立转化型抢劫必须实施盗窃、诈骗、抢夺行为

三、抢劫罪中暴力的对象人

抢劫罪中暴力的对象人	结论
不需要具有处分能力	对不具有民事行为能力的儿童实施暴力或威胁取财，构成抢劫罪
需要处分能力	对不具有民事行为能力的儿童实施暴力或威胁取财，被害人是家长，构成盗窃罪

四、财产性利益能否成为抢劫罪的对象

观点	结论
有限承认说	可立即转移交付、使一方得利、一方受损的财产性利益，例如免除债务，是转移占有型犯罪的对象财物
完全肯定说	不仅是债权，返还权、请求权、担保物权等财产权利也能成为转移占有型财产犯罪的对象



案例

例 2 (2016 年真题):

赵某与钱某原本是好友，赵某受钱某之托，为钱某保管一幅名画（价值 800 万元）达三年之久。某日，钱某来赵某家取画时，赵某要求钱某支付 10 万元保管费，钱某不同意。赵某突然起了杀意，为使名画不被钱某取回进而据为己有，用花瓶猛砸钱某的头部，钱某头部受重伤后昏倒，不省人事，赵某以为钱某已经死亡。刚好此时，赵某的朋友孙某来访。赵某向孙某说“我摊上大事了”，要求孙某和自己一起将钱某的尸体埋在野外，孙某同意。

问题：关于赵某杀害钱某以便将名画据为己有这一事实，可能存在哪几种处理意见？各自的理由是什么？

案例解析

例 1 答案：可能存在以下两种处理意见。

其一，成立抢劫罪。赵某为窝藏赃物，对第三人当场实施暴力，而《刑法》第 269 条对第三人是否知情并无限制。因此，赵某的行为符合转化型抢劫的要件，成立抢劫罪。

其二，成立盗窃罪与故意伤害罪，数罪并罚。“为窝藏赃物、抗拒抓捕”的对象必须是抓捕者或夺取财物者，李某并非其中之一，因此，赵某的行为不符合转化型抢劫的对象条件。应就前后行为分别认定，成立盗窃罪与故意伤害罪，数罪并罚。

答案解析：行为人误以为第三者要夺回财物或者实施抓捕，而对第三者实施暴力或者以暴力相威胁的，是否成立转化型抢劫，理论上存在分歧。肯定说的观点认为，只要存在行为人误认为第三者要夺回财物或者实施抓捕，而对第三者实施暴力或者以暴力相威胁即可，而不要求行为人具有主观妨碍的目的，这种行为仍然成立事后抢劫。否定说的观点认为，行为人终究是意图达到一定目的而实施了暴力、胁迫，因此，该暴力、胁迫与目的达成之间必须存在（客观上的）关联性，否则，对于防止财物被追回，在客观上没有任何意义，如果连这种情形也要认定为事后抢劫罪，并不妥当。

例 2 答案：关于赵某杀害钱某以便将名画据为己有这一事实，可能存在两种处理意见。其一，认定为侵占罪与故意杀人罪，实行数罪并罚。理由是，赵某已经占有了名画，不可能对名画实施

抢劫行为，杀人行为同时使得赵某将名画据为己有，所以，赵某对名画成立（委托物）侵占罪，对钱某的死亡成立故意杀人罪。其二，认定成立抢劫罪一罪。理由是，赵某杀害钱某是为了使名画不被返还，钱某对名画的返还请求权是一种财产性利益，财产性利益可以成为抢劫罪的对象，所以，赵某属于抢劫财产性利益。

答案解析：观点一：认为构成侵占罪和故意杀人罪，两罪并罚。该名画系钱某委托赵某保管的名画，当钱某索要而赵某拒不交出时，已经反映出其意图非法占有该画的主观要件，因此，符合侵占罪的构成要件，成立侵占罪。同时，由于赵某意欲造成钱某死亡，进而用花瓶猛砸钱某的头部，应成立故意杀人罪。由于是两个不同的行为与主观意图，侵犯了两个不同的法益，因此，应以侵占罪与故意杀人罪数罪并罚。

观点二：认为构成抢劫罪。我国刑法中的财产犯罪所侵犯的对象除了财物以外，还包括财产性利益，而债权（返还请求权）是一种典型的财产性利益。钱某委托赵某保管其名画，即对于赵某有名画的返还请求权。本题中，赵某意图通过杀害钱某的方式排除钱某对该返还请求权的行使。最高人民法院《关于抢劫过程中故意杀人案件如何定罪问题的批复》指出，行为人为劫取财物而预谋故意杀人，或者在劫取财物过程中，为制服被害人反抗而故意杀人的，以抢劫罪定罪处罚。因此，从这一角度看，赵某属于行为人为劫取财产性利益而预谋故意杀人，成立抢劫罪。

问题九 盗窃罪

一、窃取自己所有但他人合法占有的财物，是否成立盗窃罪

观点	结论
肯定说	盗窃罪的保护法益包括占有。财物属原占有人合法占有，系盗窃对象。若行为人主观上有非法占有目的，构成盗窃罪
否定说	盗窃罪的保护法益限于财产所有权。财物属行为人所有，不属于盗窃对象，不构成盗窃罪

二、盗窃罪与抢夺罪的区分

区分标准	要点	评价
秘密窃取 vs 公然夺取	行为人主观上认为是秘密，但客观上是有人知晓的，也是秘密窃取	这是由“盗窃”和“抢夺”的字面含义得出的当然结论，符合文理解释和体系解释，具有科学合理性
平和转移占有 vs 迅猛夺取	以是否对物使用暴力而夺取被害人紧密占有的财物，作为区分盗窃罪与抢夺罪的标准	将公开取财行为认定为抢夺罪并不会导致司法困扰，我国刑法具体规定决定在我国没有必要提倡“平和窃取说”

问题十 诈骗罪

一、诈骗罪中“处分意识”的认定

诈骗罪的处分意识是否需要认识到财物数量	主要内容	例：甲在超市购物，在一个相机盒里偷偷多装入一台相机，收银员只收了一台钱
抽象处分意识必要说	对于转移占有事实，只需对财物性质有认识，无需对财物数量有认识	成立诈骗罪，有处分意识
具体处分意识必要说	对于转移占有事实，财物的性质、数量均要有认识	成立盗窃，没有认识到数量，没有处分意识

二、诈骗罪中财产损失的认定

观点	内容	例：甲谎称古董为明代真品，售价1万元；实为仿品，但市价也1万元
整体财产说	以被害人整体财产状况是否减少为判断标准。即使行为人实施了欺骗行为，只要被害人通过交易获得了等值或接近等值的对价，就不认为存在财产损失，不构成诈骗罪	无财产损失（对价等值）
个别财产说	认为只要被害人因受骗而交付了特定财产，即使获得了对价，也构成财产损失，成立诈骗罪	有财产损失（交付了1万元）

问题十一 侵占罪

一、基于不法原因取得的保管物定性

定性	结论	理由
代为保管的他人财物	受托人构成侵占罪	刑法侵占罪对象“代为保管的他人财物”包括基于不法原因而取得的保管物

委托人丧失所有权	受托人不构成侵占罪	对于不法给付，法律没有保护的必要，因为一方面委托人已经对委托之物失去了所有权；另一方面，受托人对委托人而言不负返还义务，其即便不退还赃物，也不属于《刑法》第 270 条中的“拒不退还”
----------	-----------	--

二、死者生前财物的占有

定性	结论	理由
死者继承人占有	行为人拿走的构成盗窃罪	司法解释规定， 实施故意杀人犯罪行为之后，临时起意拿走他人财物的，应以故意杀人罪与盗窃罪实行数罪并罚
无人占有	行为人拿走构成侵占罪	将死者身上或者身边的财物归入“遗忘物”，且现在应当能够接受这种规范解释结论，进而否定死者的占有，主张对上述行为认定为侵占罪

三、银行存款占有

存款等银行账户中资金的权属、占有	现金归银行占有，存款人占有财产凭证、债权。存款资金的支付请求权，归于 名义存款人
	银行账户内的货币资金归属于名义存款人
	银行账户内的货币资金归属于实际存款人占有



案例

例（2023 年刑法真题回忆版）：

迟某向陈某谎称自己被列入黑名单，无法申领信用卡，需购买银行卡。陈某猜到迟某购买银行卡是要用于诈骗，但仍向其售卖了一张自己的银行卡，后迟某果然利用该银行卡进行电信网络诈骗。（事实一）

不久后，陈某收到短信提醒，得知银行卡内有 30 万元入账。陈某猜到是迟某诈骗所得，遂以银行卡丢失为由向银行办理挂失手续，后补办卡并取现。经调查确认，陈某银行卡里的钱确为迟某进行信用卡诈骗所得。公安机关遂对陈某采取强制措施并移交检察机关。（事实二）

问题：就事实二，关于陈某行为的性质，刑法理论中有几种观点（至少写出三种）？你的观点和理由是什么？

案例解析

例 答案：观点一（此观点为我的观点）：陈某构成侵占罪。存款的占有归银行，名义存款

人享有资金返还权。陈某即使已将银行卡（非法）出售给迟某，但客观上已汇入陈某银行卡账户的资金 30 万元，归银行占有；但账户主人陈某，享有资金的返还请求权。陈某将银行占有的该资金转归其本人占有，转移占有的行为，系无因行为及合法行为，不构成诈骗罪。之后，陈某代为保管、迟某诈骗所得 30 万元赃款，可认为是基于不法原因的代为保管物。如认为基于不法原因的代为保管物，可成为侵占罪对象；则根据《刑法》第 270 条，陈某将其据为己有，构成侵占罪。如认为银行账户内的货币资金归属于名义存款人，陈某将归其本人即账户主人占有的、基于不法原因的代为保管物，据为己有，同样构成侵占罪。因陈某系迟某诈骗罪的共犯，为本犯，不构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。

观点二：陈某构成盗窃罪。根据陈某与迟某之间的约定，该 30 万元，应归银行卡的购买者迟某占有。则陈某在原占有人迟某不知情的情况下盗窃该 30 万元，根据《刑法》第 264 条，构成盗窃罪。即使认为陈某与迟某共同占有该款项，在共同占有人不知情的情况下，转移占有，也构成盗窃罪。

观点三：陈某构成诈骗罪。认为 30 万元归银行占有，陈某隐瞒款项系迟某所有的真相，骗取管理人银行处分该笔款项，根据《刑法》第 266 条，构成诈骗罪，系三角诈骗。

答案解析：本题中，陈某的行为有观点争议，涉及银行卡内资金占有状态的认定、基于不法原因的代为保管物可否成为侵占罪对象、共同犯罪与盗赃问题。

如认为“存款的占有归银行”（实然状态），名义存款人享有资金返还权。则陈某即使已将银行卡（非法）出售给迟某，但客观上已汇入陈某银行卡账户的资金 30 万元，归银行占有；但账户主人陈某，享有资金的返还请求权。陈某将银行占有的该资金转归其本人占有，转移占有的行为，系无因行为及合法行为，不构成诈骗罪。

之后，陈某代为保管、迟某诈骗所得 30 万元赃款，可认为是基于不法原因的代为保管物。如认为基于不法原因的代为保管物，可成为侵占罪对象，则根据《刑法》第 270 条，陈某将其据为己有，构成侵占罪。

如认为银行账户内的货币资金归属于名义存款人（或者认为资金给付的请求权属于名义存款人），则陈某将归其本人即账户主人占有（或陈某享有资金给付的请求权）的、基于不法原因的代为保管物，据为己有，同样构成侵占罪。

因陈某系迟某诈骗罪的共犯，为本犯，不构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。

如认为根据陈某与迟某之间的约定，该 30 万元，应归银行卡的购买者迟某占有。则陈某在原占有人迟某不知情的情况盗窃该 30 万元，根据《刑法》第 264 条，构成盗窃罪。

即使认为陈某与迟某共同占有该款项，在共同占有人不知情的情况，转移占有，也构成盗窃罪。

若认为 30 万元归银行占有，陈某隐瞒款项系迟某所有的真相，骗取管理人银行处分该笔款项，根据《刑法》第 266 条，构成诈骗罪，系三角诈骗。

问题十二 信用卡诈骗罪

地方金融机构是否属于刑法中的“金融机构”	结论
“蚂蚁金服”等不属于刑法中的金融机构	冒用他人花呗账户，构成 盗窃罪 / 诈骗罪 / 合同诈骗罪
“蚂蚁金服”等属于刑法中的金融机构	冒用他人花呗账户，构成 贷款诈骗罪

盗窃手机后，利用手机支付宝绑定的银行卡消费	理由
盗窃罪（手机）+ 信用卡诈骗罪	司法解释规定，窃取信用卡资料，并在互联网上使用，构成信用卡诈骗罪
盗窃罪（手机+信用卡内消费数额）	未使用信用卡支付密码，而是使用的第三方账户的支付密码，属于秘密窃取，构成 盗窃罪

问题十三 贿赂犯罪

索贿和徇私枉法的罪数	理由
徇私枉法罪和受贿罪，择一重罪论处	牵连犯 ，适用第 399 条第 4 款，特别规定
徇私枉法罪和受贿罪，数罪并罚	索取型受贿罪不以为他人谋取利益为要件，司法工作人员“索取贿赂”后有徇私枉法等行为的，不应适用第 399 条第 4 款

利用影响力受贿罪的成立是否需要办事的国家工作人员知情并允诺	理由
不需要，只要有影响力的人允诺即可成立本罪	行为人只要利用了其近亲属职务上的影响，非法收受他人财物，即使未实际为他人谋取不正当利益，也成立本罪。若国家工作人员对特定关系人向请托人收取财物的情况知情，仍允诺为请托人谋取不正当利益，此时则构成受贿罪共犯
需要，若国家工作人员不知情或者拒绝，有影响力的人不成立本罪	由于利用影响力受贿罪的主体不是国家工作人员，没有职务行为，故财物与职务行为之间的对价关系并不明显，只有当国家工作人员至少许诺了为请托人谋取不正当利益时，行为人所索取、收受的财物才与国家工作人员的职务行为之间形成对价关系，所收受的财物才具有贿赂性质

总结

一、观点展示题型

设问方式	作答要点
就 XX 事实，辩护人认为 XX，公诉人认为 XX，请分析各自理由。	辩护人观点的理由是： 公诉人观点的理由是：
就 XX 事实，辩护人认为 XX，公诉人认为 XX，请分析各自理由，并说明你的观点和理由。	辩护人观点的理由是： 公诉人观点的理由是： 我认为……，理由是……。 (可以是第三种观点)
就 XX 事实，观点一认为 XX，观点二认为 XX，请分别说明各自理由和不足 (如果有的话)。你持什么观点，理由是什么？	观点一的理由是……，不足在于……/没有不足 观点二的理由是……，不足在于……/没有不足 我认为……，理由是……。 (可以是第三种观点)
关于 XX 这一事实，可能存在哪几种处理意见？各自的理由是什么？	关于 XX，可能存在两种/三种处理意见： 观点一认为……，理由是…… 观点二认为……，理由是…… 若无特殊说明，一般展示出两种不同观点即可
关于 XX 事实，一种观点认为 XX，请问这种观点的理由和不足是什么？	这种观点的理由是……，但存在以下不足：……。

二、常见展示方向

方向	示例	不足
事实 VS 规范	条件说 VS 相当因果关系说； 财产性利益能否成为转移占有型财产犯罪对象：完全肯定说 VS 有限承认说	容易造成处罚范围上的无限扩张； 价值评价必须严格建立在事实基础之上
抽象 VS 具体	抽象处分意识必要说 VS 具体处分意识必要说 法定符合说 VS 具体符合说	过度抽象故意内容，违背责任主义和事实基础； 容易导致处罚漏洞，违背一般法感情
整体 VS 区分	事前故意：整体观察说 VS 行为各自独立说	容易导致评价不足，与事实基础不符； 容易造成重复评价，过度切割行为整体性
主观 VS 客观	“为抗拒抓捕、窝藏赃物、毁灭罪证”： 主观超过要素 VS 客观要素 中止性：主观说 VS 客观说	标准具有模糊性，容易冲击罪刑法定原则； 忽略行为人个体差异，削弱刑法个别化和预防功能

结果无价值 VS 行为无价值	偶然防卫：防卫意识不要说 VS 防卫意识必要说	导致“唯结果论”，忽视行为本身的规范违反性与主观可责性； 因规范标准模糊导致处罚任意性，违背罪刑法定
一般 VS 特别	注意规定 VS 法律拟制	无实际适用价值 冲击罪行法定，造成体系不协调
形式 VS 实质	盗窃手机后，利用手机支付宝绑定的银行卡消费：盗窃+信用卡诈骗 VS 盗窃罪	过于拘泥于法条或司法解释字面含义，容易牺牲个案正义和法益保护； 缺乏明确界限，容易冲击罪行法定原则