

2020

法考

双色

笔记

FORENSIC EXAMINATION

DOUBLE COLOR NOTES FOR

内部资料 学员专享



官方微博



官方微信

目录

民法总论.....	3
第一讲 民事法律关系★★.....	3
一、民事法律关系和非民事法律关系的区分★★★★.....	3
二、民事法律关系的要素★.....	4
三、民事权利★★.....	4
第二讲 民事主体★★.....	9
第一节 自然人★★.....	9
第二节 法人★★★★.....	16
第三节 非法人组织☆☆.....	24
第三讲 民事法律行为★★★★.....	26
一、民事法律行为的基本原理★★.....	26
二、民事法律行为的效力★★★★.....	27
三、特殊的民事法律行为★★.....	30
第四讲 代理制度★★★★.....	31
一、代理的基本原理★★.....	31
二、复代理★★.....	32
三、职务代理☆☆.....	33
四、无权代理和表见代理★★★★.....	33
第五讲 诉讼时效★★★★.....	34
一、诉讼时效的基本原理★★.....	34
二、诉讼时效的种类★★.....	35
三、诉讼时效的起算★★.....	35
四、诉讼时效的中止和中断★★★★.....	35
五、诉讼时效和除斥期间的区别★★.....	37
刑法总则.....	39
第一篇 基础理论.....	39
第一章 刑法与刑法解释.....	39
第二章 刑法的基本原则.....	43

第三章 刑法的适用范围	44
第二篇 犯罪论	46
第四章 犯罪概说	46
第五章 犯罪构成	47
第六章 客观不法要件	48
第七章 责任要件（一）——责任能力	55
第八章 责任要件（二）——罪过	59
第九章 排除犯罪性的事由：违法性阻却事由	67
第十章 故意犯罪的停止形态	73
第十一章 共同犯罪	80
第十二章 单位犯罪	92
第十三章 罪数论	94
第三篇 刑罚论	100
第十四章 刑罚的体系	100
第十五章 刑罚的裁量	105
第十六章 刑罚的执行	114
第十七章 刑罚消灭制度	117

法考难度最大之处在于考查的科目多，共考查 15 个学科。考生在复习过程中始终被两个问题所困扰：第一、前学后忘；第二、看书一看就会，听课一听就懂，做题一做就错。

根据多年的教学经验以及对众多过关考生的分析表明，解决上述两个问题最有效的方法即“重复”二字。本质上而言，法考就是“在简单的重复中得到升华”。

请牢记：成功的路上从不拥挤，因为坚持的人不多！！

预祝勤奋学习的你顺利通过 2020 年国家统一法律职业资格考试，实现自己的法律梦想。

本资料选自：孟献贵老师、徐光华老师授课讲义。

民法学科地位及备考方法

民法作为法考 15 个学科中分数最高者，自 2011 年起，稳定维持 92 分左右的分值。该 92 分左右的分值具体分布情况见下表：

科目	分值
民法总论	10 分左右
物权法与担保法	20 分左右
债法总论与合同法	40 分左右
侵权责任法	6 分左右
婚姻继承收养法	5 分左右
知识产权法	11 分左右

Methodology

法考对考生的要求仅停留在“法教义学”或称“法释义学”维度，是对现行有效实在法秩序的客观描述，对实定法所确立的法概念体系进行研究，并提出解决实践问题的建议。因此，对于这 92 分左右的民法备考，我们自始至终要牢记 6 个字，即“体系化、图示化”。

“体系化”解决“学知识”的问题；“图示化”解决“做题目”的问题。从本质上而言，整个备考过程就是在解决“学知识与做题目”这两个问题，更重要的是如何把二者结合在一起，把所学知识在短期内迅速转化成得分的能力。

为什么要“体系化”呢？原因有二：

第一、民法本身就是一个体系性非常强的学科，如果头脑中没有清晰的体系，在学习过程中就会陷入一片混乱之中。因此，在备考之初就必须树立民法的体系。

第二、多年的教学经验表明，一个考生能否通过考试以及以多少分通过考试，起决定性作用的就是多项选择题和不定项选择题，对于民法这个学科来说也不例外。而多项选择题往往考查的知识点在 2—4 个之间，要想答对这类题目必须在树立体系的前提下，学会相关知识点之间的“串联学习”。

为什么要“图示化”呢？原因也有二：

第一、考试中民法的试题往往当事人比较多、法律关系比较复杂，在考场上高度紧张的情况下，必须要学会快速“图示化”，将当事人之间的法律关系清晰的展现在自己的面前。

第二、考试中民法的试题往往是出题者结合司法实务“编”出来的。既然题目是“编”出来的，那出题者必然要用“关键词”的方式来提示应试者，他想考什么知识点。因此，在备考的过程中以及考场上要养成找“关键词”的习惯，在找到关键词之后，迅速“图示化”。

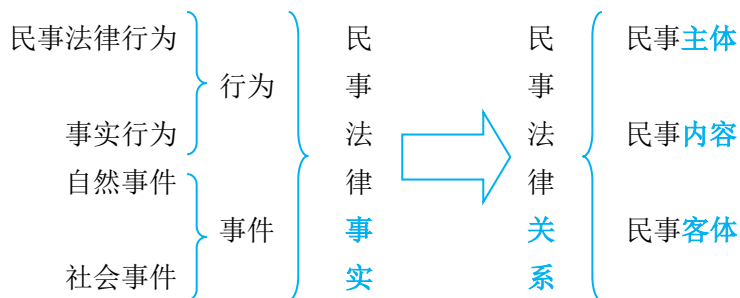
序言：民法学体系框架图



¹所有权 (完全物权) 系最完整的物权, 能够对标的物的使用价值和交换价值全面予以支配和利用。
²用益物权: 用他人之物 (土地) 让自己获益的限制物权。单纯支配和利用标的物的使用价值。城市一个; 农村俩; 还有一个地役管全家。
³担保物权: 用他人之物或财产权利担保自己债权实现的限制物权。担保物权系从权利。因债权人 (主要是商业银行) 害怕债务人到期不能还款而存在。其实质乃“优先受偿权” (而非所有权)。单纯支配和利用标的物的交换价值 (担保物权系价值权, 而用益物权系利用权)。
⁴著作人身权共 4 个, 分别是发表权、署名权、修改权和保护作品完整权; 著作财产权共 2 个, 分别是使用权 (信息网络传播权) 和转让权。
⁵继承法共 1 个考点: 继承方式 (即法定继承或遗嘱继承; 注意: 五种遗嘱形式口诀: 公、自、录、口、代)。
⁶婚姻法共 3 个考点: 1、效力有瑕疵的婚姻; 2、夫妻财产制; 3、离婚制度 (口诀: 重婚同居暴虐遣、赌博吸毒两分居、失踪生育致婚离)

第一编 民法总论

序言：民法总论体系框架图（民事法律事实推动民事法律关系的产生、变更和消灭）



第一讲 民事法律关系★★★

一、民事法律关系和非民事法律关系的区分★★★

民事法律关系 VS 非民事法律关系★★★【民法总则第2条；共考查13次】	
四类典型的非民事法律关系	1. 行政机关（如税务局、交管局、工商局等）在从事行政管理活动时产生的社会关系（行政法律关系）
	2. 人自己的活动（如起床、睡觉、散步、读书等；注意：民法是调整私人之间相互关系的普通法）
	3. 不能产生私法效果的人身关系（纯粹的道德或宗教义务，如恋爱、朋友关系；注意：自担风险行为）
	4. 不能产生私法效果的财产关系（即好意施惠关系/情谊行为/君子协议：①邀请同看演出、比赛或承诺陪同旅游；②火车过站叫醒；③顺路投递邮件或顺便帮邻居清扫积雪；④请客吃饭 ⁷ ；⑤搭便车 ⁸ 等）

必背法条提示：

★★《民法总则》第2条：民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。

★★★《侵权责任法》第6条第1款：行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。（即一般侵权）

★★★《侵权责任法》第12条：二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，能够确定责任大小的，各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担赔偿责任。（即原因力结合，按份责任）

★★★《侵权责任法》第24条：受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，可以根据实际情况，由双方分担损失。（即公平补偿规则）

★★★《合同法》第53条：合同中的下列免责条款无效：

（一）造成对方人身伤害的；

（二）因故意或重大过失造成对方财产损失的。

【例1】根据法律规定，下列哪一种社会关系应由民法调整？（2016-3-1，单）⁹

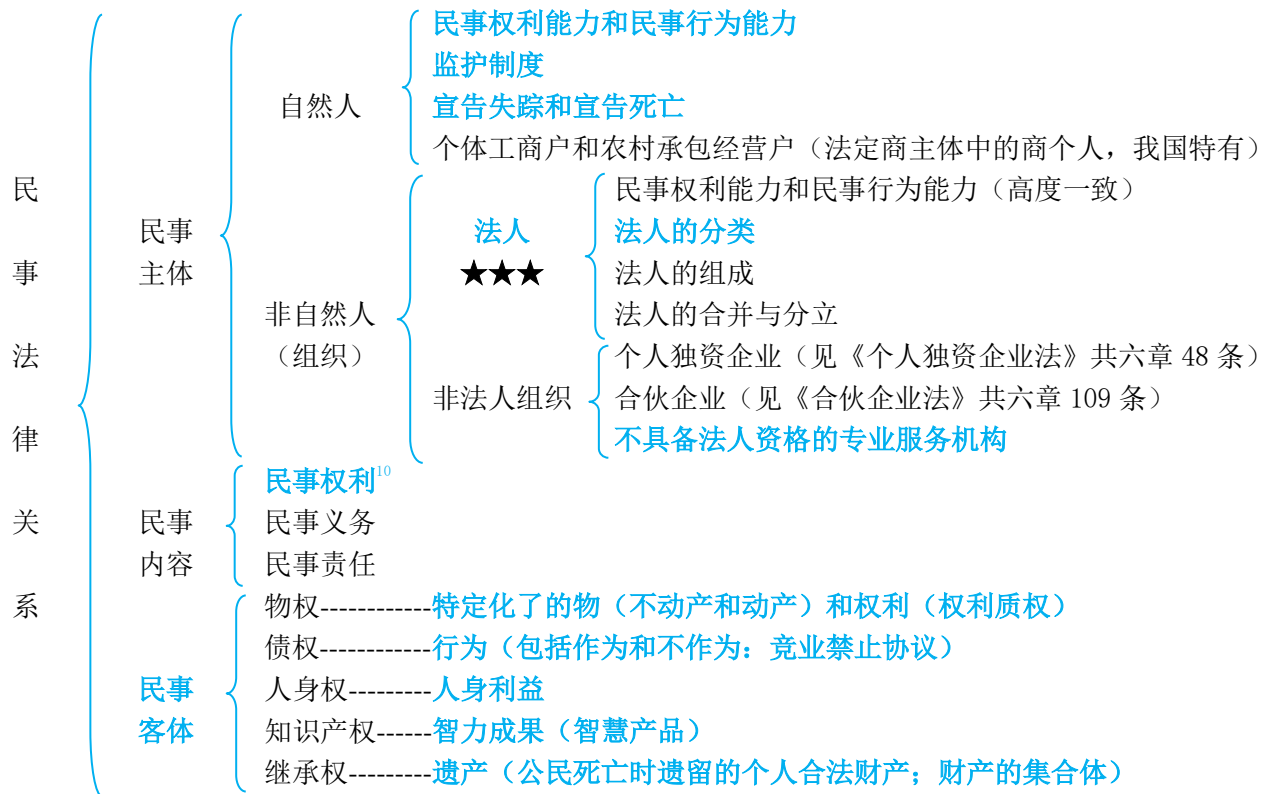
- A. 甲请求税务机关退还其多缴的个人所得税
- B. 乙手机丢失后发布寻物启事称：“拾得者送还手机，本人当面酬谢”
- C. 丙对女友书面承诺：“如我在上海找到工作，则陪你去欧洲旅游”
- D. 丁作为青年志愿者，定期去福利院做帮工

⁷请客吃饭共3个问题：1. 爽约，无需赔偿；2. 极力劝酒，一般侵权，承担赔偿责任；3. 酒后照顾，善管义务，承担公平补偿的责任。

⁸搭便车共3个问题：1. 爽约，无需赔偿；2. 驾驶人单独违章驾驶，构成一般侵权，承担赔偿责任；3. 驾驶人与第三人共同过错造成损害，构成无意思联络的原因力结合的共同侵权，由驾驶人与第三人对搭车人承担按份责任。（《侵权责任法》第12条）

⁹答案：B。解析见《2019年众合真题解读：民法》第003页。

二、民事法律关系的要素★



【例 2】关于民事法律关系，下列哪一选项是正确的？（2008-3-1，单）¹¹

- A. 民事法律关系只能由当事人自主设立
- B. 民事法律关系的主体即自然人和法人
- C. 民事法律关系的客体包括不作为
- D. 民事法律关系的内容均由法律规定

三、民事权利★★

（一）物权和债权的区别（注意：有原则就有例外，有常态就有变态；物权债权化、债权物权化）

物权和债权的区别★★【民法总则第 114 条—118 条；台湾民法第 765 条】		
	物权	债权
财产状态	静态（财产的 归属和利用 关系）	动态（财产的 流转 关系）
含义	特定的权利人依法对 特定的物 所享有的 直接支配¹²并排除他人干涉¹³ 的权利	特定人请求特定人为或不为 特定行为 的权利
效力范围	效力及于 所有人 ，权利人以外的 任何人均属于义务人 ，义务主体是不特定的人：（绝对权/对世权 ¹⁴ ）	效力仅及于 特定人 ，以 特定人为义务人 ， 义务主体是特定的人 ：（相对权/对人权 ¹⁵ ）
客体	物和 权利（权利质权、建设用地使用权的抵押权和土地承包经营权的抵押权）	行为（包括 作为和不作为 ，如 竞业禁止协议 ）
权利性质	支配权	请求权 ¹⁶
效力	追及（例外：善意取得）、优先、排他效力	相容性、平等性、 相对性¹⁷

¹⁰民事权利，是指民事主体为实现某种利益而为或不为某种行为的**可能性**。

¹¹答案：C。解析见《2019 年众合真题解读：民法》第 006 页。

¹²直接支配：对于物**不需要他人的协助、配合**，物权人就能对物**自主利用**。

¹³排除他人干涉：其他人负有**不妨碍、不干涉**物权人行使权利的义务。

¹⁴绝对权，是指无须通过义务人实施一定的行为即可实现，并可以对抗不特定人的权利。**物权、人身权、知识产权属于绝对权**。

¹⁵相对权，是指必须通过义务人实施一定的行为才能实现，只能对抗特定人的权利。**债权是典型的相对权**。

¹⁶债权系属债权人对债务人之“当为要求”，易言之，即债权人得向债务人请求给付并保有债务人所为给付之权利。王泽鉴：《民法学说与判例研究》第四册，北京大学出版社，第 76 页。

¹⁷合同相对性原理有两个例外：1. **债的保全（即代位权和撤销权）**；2. **建设工程合同**。见《2019 年孟献贵讲民法》第 265，350 页。

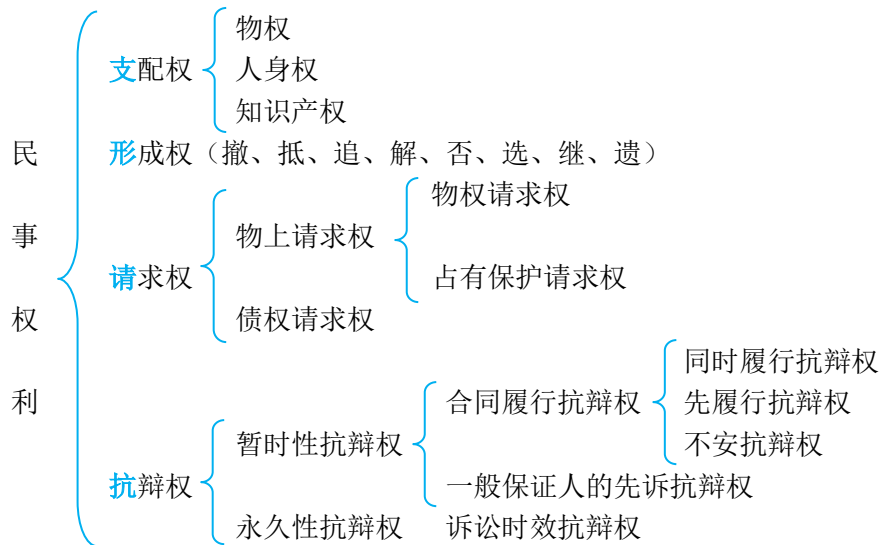
是否需要公示	需要（因与社会公益有重大之利害关系）	不需要（非公示性）
立法模式	物权法定，强行性规范（种类+内容）	债权自由，任意性规范（私法自治 ¹⁸ /意思自治）
权能	占有、使用、收益、处分	请求力、执行力、私力实现力、处分力、保持力
特点	民族性	国际性

必背法条提示：

★★★《合同法》第121条：当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或按照约定解决。

【例3】关于民事权利，下列哪些选项是正确的？（2008-3-51，多）¹⁹

- A. 甲公司与乙银行签订借款合同，乙对甲享有的要求其还款的权利不具有排他性
 B. 丙公司与丁公司协议，丙不在丁建筑的某楼前建造高于该楼的建筑，丁对丙享有的此项权利具有支配性
 C. 债权人要求保证人履行，保证人以债权人未对主债务人提起诉讼或申请仲裁为由拒绝履行，保证人的此项权利是抗辩权
 D. 债权人撤销债务人与第三人的赠与合同的权利不受诉讼时效的限制

（二）民事权利的学理分类（按照作用来划分，4字口诀：支、形、请、抗）**（民事权利的学理分类体系框架图）****1. 支配权★★**

支配权★★【又称“管领权”；2004-3-1，单】		
含义	权利人可以 直接支配 某种客体并 排除他人干涉 的权利	
特征	对世性 权利主体特定而义务主体不特定	
	特定性 客体是特定化的财产、人身利益和无形财产	
	直接性★★ 权利的行使和实现 无需义务人积极作为（协助） ，义务人只负有 消极不作为的义务（注意：支配权也存在对应的义务）	
排他性 权利人对权利标的的直接支配具有排他性，不容在同一标的上设定不相容的第二个权利		
种类	标准 依 客体 的不同	
	内容	1. 对物的支配（即 物权 ）
		2. 对人身利益的支配（即 人身权 ）
	3. 对无形财产（智力/智慧成果）的支配（主要是 知识产权 ）	

¹⁸私法自治系民法的基本指导原则。《合同法》第4条：当事人依法享有**自愿订立合同**的权利，任何单位和个人**不得非法干预**。

¹⁹答案：ABCD。解析见《2019年众合真题解读：民法》第006页。

2. 形成权★★★★

形成权★★★★（又称“变动权或能为权”，被誉为“法学上之发现”）			
含义	权利人依 <u>单方意思表示</u> 即能使民事权利或民事法律关系产生、变更和消灭（即“私法效果”）的权利		
行使	（1）可以明示也可以 <u>默示</u> ，但不得附条件或期限，亦不得撤回，以免导致相对人所处法律状态的不确定		
	（2）简单形成权（又称单纯形成权，是指由权利人单方意思表示即可发生法律效力， <u>无须诉讼方式行使</u> 为必要的形成权，如效力待定的民事法律行为中善意相对人的撤销权）和 <u>形成诉权</u> （以 <u>诉讼方式行使为必要</u> ，且效力在 <u>相关判决确定后</u> 才发生的形成权，如 <u>可撤销的民事法律行为的撤销权</u> ）		
种类	原则	8字口诀： <u>撤、抵、追、解、否、选、继、遗</u> （正当性来源： <u>当事人的约定或立法者的价值判断</u> ）	
		（1）效力待定的民事法律行为中善意相对人的撤销权；（2） <u>可撤销的民事法律行为的撤销权</u> ；（3）抵销权；（4）追认权；（5） <u>解除权</u> ；（6）否认权；（7）试用买卖合同中试用人的选择权；（8）继承人默示接受继承；（9）受遗赠人默示放弃受遗赠	
	例外	债权人撤销权	说明 该撤销权专指“ <u>合同保全</u> ”项下的撤销权与代位权相对应【 <u>合同法第74条</u> 】
			性质 综合性权利（请求权能+形成权能）
期限		除斥期间【 <u>合同法第75条</u> ：撤销权自债权人知道或应当知道撤销事由之日起 <u>1年内</u> 行使；自债务人的行为发生之日起 <u>5年内</u> 没有行使撤销权的，该撤销权 <u>消灭</u> 】	
期间	<u>除斥期间</u> （又称“ <u>预定期间</u> ”，是指 <u>法律规定</u> 或当事人约定的某种权利 <u>预定的存续期间</u> ；注意： <u>形成权受除斥期间限制，但受除斥期间限制的</u> 不一定是形成权）		

必背法条提示：

★★★《民法总则》第145条：限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为或与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为有效；实施的其他民事法律行为经法定代理人同意或追认后有效。

相对人可以催告法定代理人自收到通知之日起1个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。民事法律行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

★★★第171条：行为人没有代理权、超越代理权或代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，对被代理人不发生效力。

相对人可以催告被代理人自收到通知之日起1个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。无权代理人实施的行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

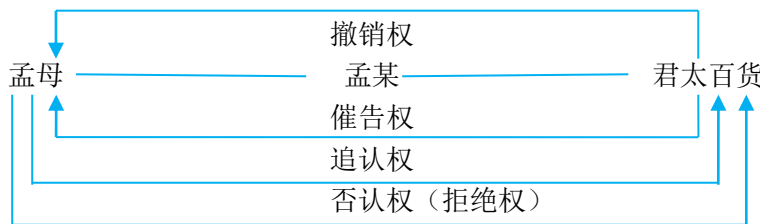
无权代理人实施的行为未被追认的，善意相对人有权请求无权代理人履行债务或就其受到的损害请求无权代理人赔偿，但是赔偿的范围不得超过被代理人追认时相对人所能获得的利益。（同《德国民法典》第179条第1款）

相对人知道或应当知道代理人无权代理的，相对人和代理人按照各自的过错承担责任。

★★《合同法》第171条：试用买卖的买受人在试用期内可以购买标的物，也可以拒绝购买。试用期间届满，买受人对是否购买标的物未作表示的，视为购买。

★★《继承法》第25条：继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，作出放弃继承的表示。没有表示的，视为接受继承。

受遗赠人应当在知道受遗赠后2个月内，作出接受或放弃受遗赠的表示。到期没有表示的，视为放弃受遗赠。



（形成权部分当事人示意图）

【例4】孟某17周岁，系北京师范大学第二附属中学高三学生，长得少年老成。2019年3月1日，孟某以10万元从北京君太百货商场（以下简称君太百货）购买钻戒一枚。3月2日，孟某将钻戒赠与女友刘某作18周岁生日礼物。根据上述案情，请回答如下问题：（见《2019年孟献贵讲民法》第016—017页）

- (1) 2019年3月1日，孟某和君太百货签订的钻戒买卖合同的效力如何？为什么？
- (2) 君太百货知情后催告孟母表态，君太百货催告后，该钻戒买卖合同的效力又如何？
- (3) 君太百货所行使的催告权是否属于形成权？
- (4) 孟母收到君太百货的通知后有几项选择？孟母的选择将会使钻戒买卖合同的效力发生何种变化？
- (5) 在孟母作出选择前，作为善意相对人的君太百货有何权利？该权利行使后，钻戒买卖合同的效力又如何？
- (6) 2019年3月2日，孟某和女友刘某签订的赠与合同的效力如何？为什么？

		行权方式	行权效果
孟母	明示	追认	自始有效
		否认/拒绝	自始无效
	默示	视为拒绝	自始无效

（法定代理人或被代理人形成权行使示意图）

3. 请求权★★

请求权★★【德国民法典第194条】

含义	要求他人作为或不作为之权利（注意：基本框架系以债权为模型建立，权利救济时的请求权基础思维亦是以债权为核心）
特征	1. 相对性（权利人与义务人均特定，效力仅及于当事人之间） 2. 客体为行为（包括作为和不作为） 3. 非公示性（注意：物权具有公示性）
发生	1. 基础权利（原权）受侵害而发生（如侵权） 2. 基础权利（原权）未受侵害而发生（如合同）
种类★★	1. 物上请求权【（1）物权请求权中的不动产权利不受期间限制，动产物权则需具体问题具体分析；（2）占有保护请求权受1年除斥期间限制，自侵占发生之日起计算】 2. 债权请求权（原则上受诉讼时效期间限制，但有5个例外，5口诀：存、券、资、国、救；其中，“存”代表存款本息请求权；“券”代表债券本息请求权；“资”代表基于投资关系产生的缴付出资请求权；“国”代表未授权给公民、法人经营、管理的国家财产受到侵害；“救”代表请求支付抚养费、赡养费或扶养费）

4. 抗辩权★★

抗辩权（又称“异议权”）★★

含义	暂时或永久对抗对方请求权的权利
特征	1. 以请求权的行使且承认对方有请求权为前提（难点：区分抗辩与抗辩权） 2. 行使有期限限制 3. 行使与否，完全由当事人自主决定，不主张视为放弃；法官不得依职权主动审查，也不得主动释明
种类	标准：依效力强度的不同 内容： 暂时性抗辩权（延期/缓性抗辩权）：暂时阻止请求权的实现，包括双务合同（买卖合同）履行中的三大抗辩权（即同时履行抗辩权、先履行抗辩权和不安抗辩权）和一般保证人的先诉抗辩权 永久性抗辩权：又称排除抗辩，即持续阻止请求权的实现，如诉讼时效抗辩权
作用	对抗和阻止请求权的行使，系请求权的“反对权”，但他人的权利并不因此而消灭

必背法条提示：

★★《诉讼时效规定》第4条第1款：当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩，在二审期间提出的，法院不予支持，但其基于新的证据能够证明对方当事人请求权已过诉讼时效期间的情形除外。

★★《民法总则》第192条第1款：诉讼时效期间届满的，义务人可以提出不履行义务的抗辩。

★★《民法总则》第 193 条：人民法院不得主动适用诉讼时效的规定。

★★《诉讼时效规定》第 3 条：当事人未提出诉讼时效抗辩，法院不应对诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判。

	法律依据	侵权/合同行为	请求权
抗辩	程序法	×	×
抗辩权	实体法	√	√

(抗辩和抗辩权区别示意图)

【例 5】甲被乙家的狗咬伤，要求乙赔偿医药费，乙认为甲被狗咬与自己无关拒绝赔偿。下列哪一选项是正确的？(2009-3-1, 单)²⁰

- A. 甲乙之间的赔偿关系属于民法所调整的人身关系
- B. 甲请求乙赔偿的权利属于绝对权
- C. 甲请求乙赔偿的权利适用诉讼时效
- D. 乙拒绝赔偿是行使抗辩权

(三) 民事权利的行使

民事权利的行使★★【民法总则第 7 条、130—132 条；德国民法第 226 条；2017-3-1, 单；2013-3-51, 多】			
含义	民事主体实现其民事权利的行为		
方法	1. 事实行为的方法 (不以意思表示为要素, 是以事实行为的方法行使民事权利, 如占有或消费所有物)		
	2. 民事法律行为的方法 (以意思表示为要素, 是以民事法律行为的方法行使民事权利, 如出卖或赠与所有物)		
注意: 权利的行使不都是事实行为 (2008 延-3-1, 单)			
限制	一般规定	1. 权利必有界限, 超越界限即属不正当 2. 一般情况下, 权利的具体界限并不明确, 需一般性法律原则 (具有抽象性、概括性、广泛性和模糊性等优点, 可以克服规则枚举模式的僵化) 对权利行使进行抽象限制, 即权利行使是否“非正当”	
	基本原则	自愿行使	1. 民事主体按照自己的意愿依法行使民事权利, 不受干涉 2. 民事主体从事民事活动, 应当遵循自愿原则, 按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系【民法总则第 5 条】
		权利义务相统一	民事主体行使权利时, 应当履行法律规定的和当事人约定的义务
	禁止权利滥用★★	基本内涵	权利人行使权利应顾及他人利益, 以正直的方式行使权利; 不得不当、过分或恶意行使权利
		内部限制	权利人在行使权利时, 必须遵守一定的限度 (主观)
		外部限制	权利人能且只能享有法律授予的某项特定权利, 此外即无权利 (客观)
		法律规定	1. 民事主体从事民事活动, 应当遵循诚信原则, 秉持诚实、恪守承诺 (正) 2. 民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或他人合法权益 (反)
注意	诚信原则与禁止权利滥用原则的规范意旨相近, 二者皆旨在限制逾越界限行使权利的行为, 其间存在大量的功能重合, 可谓“一体两面”		

【例 6】甲、乙二人同村, 宅基地毗邻。甲的宅基地倚山、地势较低, 乙的宅基地在上将其环绕。乙因琐事与甲多次争吵而郁闷难解, 便沿二人宅基地的边界线靠己方一侧, 建起高 5 米围墙, 使甲在自家院内却有身处监牢之感。乙的行为违背民法的下列哪一基本原则? (2017-3-1, 单)²¹

- A. 自愿原则
- B. 公平原则
- C. 平等原则
- D. 诚信原则

²⁰答案: C。解析见《2019 年众合真题解读: 民法》第 007 页。

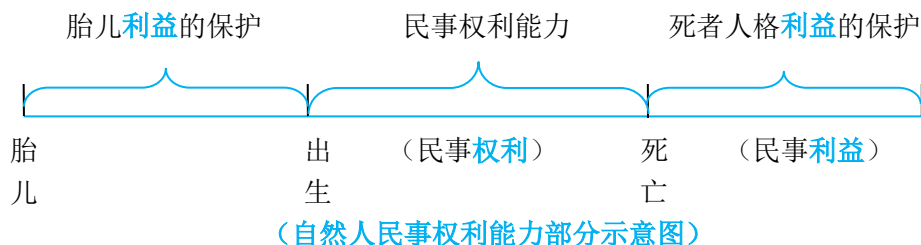
²¹答案: D。解析见《2019 年众合真题解读: 民法》第 008 页。

第二讲 民事主体★★

第一节 自然人★★

一、民事权利能力和民事行为能力

(一) 民事权利能力²²



必背法条提示：

★★《民法总则》第15条：自然人的出生时间和死亡时间，以出生证明、死亡证明记载的时间为准；没有出生证明、死亡证明的，以户籍登记或其他有效身份登记记载的时间为准。有其他证据足以推翻以上记载时间的，以该证据证明的时间为准。

1. 胎儿利益的保护☆☆☆（难点）

胎儿利益的保护☆☆☆【共考查2次；2015-3-60，多】	
情形	问题处理
遗产继承	娩出前，胎儿父亲去世的，胎儿 <u>视为具有</u> 民事权利能力（即视为已出生）， <u>享有继承权，参与遗产分配</u>
	1. 娩出时为活体的，遗产 <u>归婴儿</u> ，由其 <u>母亲监管</u> （此时其母亲为唯一的第一顺序法定监护人）
	2. 娩出时为死体的，胎儿的民事权利能力 <u>自始不存在</u> ；遗产 <u>按原被继承人</u> （其父亲）的遗产处理（即法定继承）
	3. 娩出时为活体但旋即死亡的，遗产 <u>按婴儿的遗产</u> 处理， <u>归其母亲</u> （此时其母亲为唯一的第一顺序法定继承人）
接受赠与	娩出前，胎儿接受赠与的，胎儿 <u>视为具有</u> 民事权利能力（即视为已出生），享有 <u>接受赠与的权利</u> ，赠与合同的性质为 <u>附生效条件的赠与合同</u> ，合同 <u>成立但未生效</u>
	1. 娩出时为活体的，赠与合同 <u>成立并生效</u> ；转移财产前，赠与人享有 <u>任意撤销权</u> ， <u>公、公、道</u> 除外
	2. 娩出时为死体的，胎儿的民事权利能力 <u>自始不存在</u> ，赠与合同 <u>成立但不生效</u> ；赠与人无需履行
	3. 娩出时为活体但旋即死亡的，赠与合同 <u>成立并生效</u>
侵权行为 ☆☆☆	娩出前，第三人实施侵害行为导致胎儿利益受损害的，胎儿 <u>视为具有</u> 民事权利能力（即视为已出生），享有 <u>侵权损害赔偿请求权</u>
	1. 娩出时为活体的，法定代理人 <u>可以婴儿的名义提起侵权损害赔偿</u>
	2. 娩出时为死体的，胎儿的民事权利能力 <u>自始不存在</u> ，第三人 <u>无需承担侵权损害赔偿责任</u>
	3. 娩出时为活体但旋即死亡的，根据第三人的侵害行为对胎儿死亡 <u>是否存在过错</u> ，具体问题具体分析

必背法条提示：

☆☆☆《民法总则》第16条：涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的，胎儿视为具有民事权利能力。但是胎儿娩出时为死体的，其民事权利能力自始不存在。

★★★《继承法》第10条：遗产按照下列顺序继承：

第一顺序：配偶、父母、子女。

第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。本法所说的子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。

²²权利能力的概念由德国学者萨维尼所创，后被写入《德国民法典》，系做人的资格，即民事主体依法享有民事权利和承担民事义务的资格。自然人的民事权利能力具有普遍性、平等性和不可剥夺性等特征，不得转让、抛弃和继承。

★★★《合同法》第186条：赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。

具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或经过公证的赠与合同，不适用前款规定。

【例7】熊某与杨某结婚后，杨某与前夫所生之子小强由二人一直抚养，熊某死亡，未立遗嘱。熊某去世前杨某孕有一对龙凤胎，于熊某死后生产，产出时男婴为死体，女婴为活体但旋即死亡。关于对熊某遗产的继承，下列哪些选项是正确的？（2016-3-66，多）²³

- A. 杨某、小强均是第一顺位的法定继承人
- B. 女婴死亡后，应当发生法定的代位继承
- C. 为男婴保留的遗产份额由杨某、小强继承
- D. 为女婴保留的遗产份额由杨某继承

2. 死者人格利益的保护★★

死者人格利益的保护★★【共考查2次；2008延-3-16，单；精神损害赔偿司法解释3、7条】	
侵权客体	死者的人格利益而非人格权（即姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私、遗体、遗骨）
保护对象	社会公共利益及死者近亲属的人格利益（采反射利益说，即生者对死者追思怀念的情感利益）
原告	近亲属以自己的名义起诉【注意：近亲属的两个顺位：（1）配偶、父母、子女；（2）其他近亲属】
赔偿金	直接归原告（们）而非死者遗产

必背法条提示：

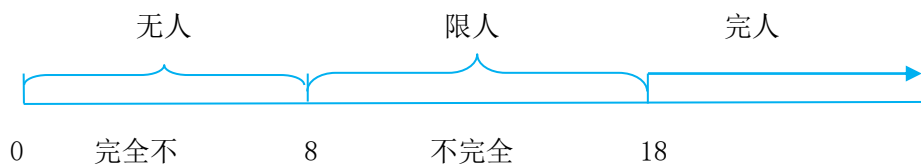
★★★《民通意见》第12条：近亲属包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。

☆☆《民法总则》第185条：侵害英雄烈士等的姓名、肖像、名誉、荣誉，损害社会公共利益的，应当承担民事责任。

【例8】欣欣美容医院在为青年女演员欢欢实施隆鼻手术过程中，因未严格消毒导致欢欢面部感染，经治愈后面部仍留下较大疤痕。欢欢因此诉诸法院，要求欣欣医院赔偿医疗费并主张精神损害赔偿²⁴。该案受理后不久，欢欢因心脏病急性发作猝死。网络名人洋洋在其博客上杜撰²⁵欢欢吸毒过量致死。根据上述案情，请回答如下问题：（2014-3-22，单）（见《2019年孟献贵讲民法》第030页）

- (1) 欢欢的舅舅是否可以主张精神损害赔偿？
- (2) 在欢欢的近亲属均存在的情况下，姐姐是否可以主张精神损害赔偿？
- (3) 如欢欢的配偶、父母、子女对是否主张精神损害赔偿意见不一致时，应如何处理？
- (4) 如欢欢的配偶欲向人民法院提起诉讼，应以谁的名义提起？
- (5) 如法院判决洋洋赔偿欢欢的配偶10万元精神损害赔偿金，欢欢的父母和子女可否主张按遗产²⁶分配？

(二) 民事行为能力²⁷



(自然人民事行为能力部分示意图)

1. 自然人民事行为能力的分类★★

自然人民事行为能力的分类★★（核心乃识别能力和意思能力的问题；民事行为能力三分法）		
	年龄	精神健康状况
无人	X < 8（不满）	完全不（能辨认自己行为的成年人）
限人	（以上）8 ≤ X < 18	不（能）完全（辨认自己行为的成年人）
完人	X ≥ 18（以上）	精神正常

必背法条提示：

★★《民法总则》第18条第2款：16周岁以上的未成年人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。

²³答案：AD。解析见《2019年众合真题解读：民法》第010页。

²⁴精神损害赔偿的适用范围：（1）自然人的人身权益受到侵犯；（2）具有人格象征意义的特定纪念物品因侵权行为而永久性毁损、灭失。

²⁵名誉权侵权，是指捏造、散布虚假事实造成他人社会评价降低。具体内容见分则讲义，QQ群：734520405。

²⁶《继承法》第3条：遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产。

²⁷行为能力，系做事的资格，即民事主体能以自己的行为取得民事权利、承担民事义务的资格。行为能力制度旨在保护智虑不周之人，并兼顾交易安全，系民法上基本重要制度。（见《民法学说与判例研究》第四册，第27页，王泽鉴著，北京大学出版社）

★★《民法总则》第 205 条：民法所称的“以上”、“以下”、“以内”、“届满”，包括本数；所称的“不满”、“超过”、“以外”，不包括本数。

2. 自然人实施民事法律行为的效力★★（重点）

自然人实施民事法律行为的效力★★【民法总则第 144 条、145 条；台湾民法第 75 条；2017-3-2，单】		
无人	无效	无民事行为能力人实施的民事法律行为无效，由其法定代理人代理实施民事法律行为
限人 ★★★	有效	(1) 纯获利益的民事法律行为（接受奖励、赠与、报酬等）
		(2) 与其意思能力相适应的民事法律行为（包括单方和双方民事法律行为）
	无效	与其意思能力不相适应的单方民事法律行为【如遗嘱行为、遗赠行为；台湾民法第 78 条】
	待定	与其意思能力不相适应的双方民事法律行为（即合同行为）
	注意	是否与其意思能力相适应依“通常的标准”判断

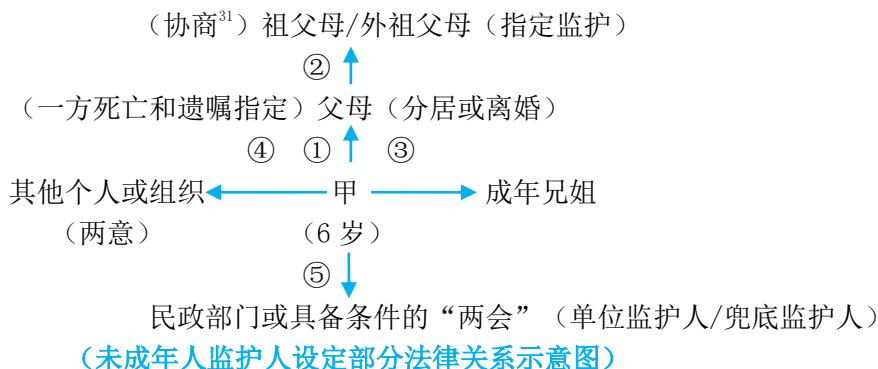
【例 9】小张从小天赋异禀，聪明伶俐。爷爷老张对孙子甚是喜爱。在小张 6 岁时，爷爷将家中祖传的一幅价值 200 万元的名画赠与小张。母亲刘某得知此事后，坚决表示反对。在小张 8 岁那年，爷爷又将自己价值 27500 元的欧米茄手表赠与小张。母亲刘某亦明确表示反对。关于本案，下列哪一说法是正确的？（2018 回忆版-2-2，单）²⁸

- A. 爷爷将名画赠与小张的行为因纯获利益而有效
 B. 爷爷将名画赠与小张的行为因母亲刘某反对而无效
 C. 爷爷将手表赠与小张的行为因纯获利益而有效
 D. 爷爷将手表赠与小张的行为因母亲刘某反对而无效

二、监护制度²⁹

（一）监护人的设定³⁰★★【2015 年 6 月 9 日贵州省毕节市 4 名留守儿童（系兄妹）集体喝农药自杀】

1. 未成年人监护人的设定



未成年人的法定监护人顺位★★【民法总则第 27 条；2002-3-33，多】	
第一顺位	父母【基于出生的自然事件而产生；注意：1. 不因父母分居或离婚而受影响；2. 父母一方死亡的，另一方为监护人；3. 遗嘱指定监护制度】
第二顺位	祖父母、外祖父母
第三顺位	成年兄、姐
第四顺位	其他愿意担任监护人的个人或组织，但是须经未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或民政部门同意（注意：开展社会救济和社会福利工作是民政部门的工作职责）
第五顺位	民政部门或具备条件的“两会”（补充主体）【民法总则第 32 条：没有依法具有监护资格的人的，监护人由民政部门担任，也可以由具备履行监护职责条件的被监护人住所地的居民委员会、村民委员会担任】

必背法条提示：

★★《婚姻法》第 36 条第 1 款：父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或母直接抚养，仍是父母双方的子女。

²⁸答案：C。解析见《2019 年众合真题解读：民法》第 011 页。

²⁹起源于罗马法，通说认为监护的性质是职责。核心功能在于对自然人民事行为能力进行补足，对民事行为能力欠缺者的合法权益进行监督和保护，进而利于社会秩序的稳定；立足构建起以家庭监护为基础、社会监护为补充、国家监护为兜底的三位一体监护制度基本框架。

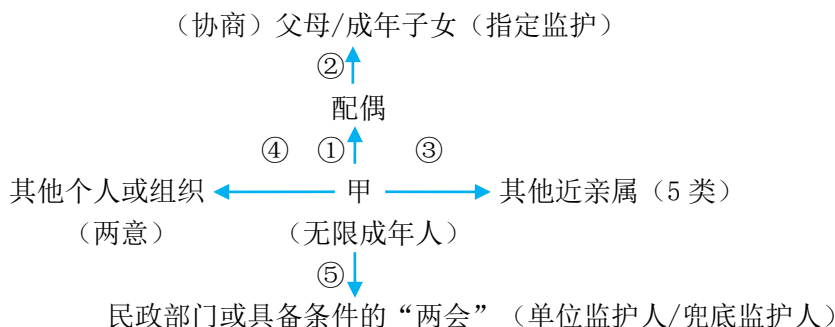
³⁰主要目的在于防止具有监护资格的监护人推卸责任，导致监护人缺位的情况出现。

³¹协商的结果包括两种情形：1. 成功：可以是一人也可以是同一顺序中的数人；2. 失败：启动指定监护程序。

☆☆☆《民法总则》第 29 条：被监护人的父母担任监护人的，可以通过遗嘱指定监护人。

★★《民法总则》第 30 条：依法具有监护资格的人之间可以协议确定监护人。协议确定监护人应当尊重被监护人的真实意愿。

2. 无限民事行为能力成年人监护人的设定



(无限成年人监护人设定部分法律关系示意图)

无限民事行为能力成年人的法定监护人顺位★★【民法总则第 28 条】	
第一顺位	配偶
第二顺位	父母（注意：遗嘱指定监护）、成年子女
第三顺位	其他近亲属
第四顺位	其他愿意担任监护人的个人或组织，但是须经被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或民政部门同意
第五顺位	民政部门或具备条件的“两会”（补充主体）

3. 指定监护★★★（重点）

指定监护★★★【民法总则第 31 条】	
前提	1. 第一顺位的法定监护人均死亡或丧失监护能力 2. 其他顺位中依法具有监护资格的人之间协商不成（对监护人的确定有争议的，包括争当和推卸两种情况）
主体	被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、民政部门或法院
争议解决程序★★★	(1) 被监护人住所地的居民委员会、村民委员会或民政部门指定监护人（没有终局效力），有关当事人（对监护人的确定有争议的当事人）对指定不服的，可以向法院提出申请指定监护人（具有终局效力） (2) 有关当事人也可以直接向法院提出申请，由法院指定监护人（取消“前置程序”，属于重大修改）
原则	(1) 尊重被监护人的真实意愿 (2) 按照最有利于被监护人的原则在依法具有监护资格的人中指定监护人（注意：不需要遵照第 27 条第 2 款、第 28 条规定的顺序）

临时监护人	指定监护人前，被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益处于无人保护状态的，由被监护人住所地的居民委员会、村民委员会、法律规定的有关组织（符合法定条件的公益组织）或民政部门担任临时监护人
法律效力	监护人被指定后，不得擅自变更；擅自变更的，不免除被指定的监护人的责任，擅自变更后的监护人也要根据过错程度承担相应的责任

4. 委托监护★★

委托监护★★【民法总则第 33 条；民通意见第 22 条】	
内容	(1) 监护人可以将监护职责部分或全部委托给他人；因被监护人的侵权行为需要承担民事责任的，应当由监护人承担，但另有约定的除外；被委托人确有过错的，负连带责任【注意：委托监护并不导致监护关系的转移；民通意见第 22 条】 (2) 父母因外出务工或其他原因不能履行对未成年人监护职责的，应当委托具有监护能力的其他成年人代为监护【未成年人保护法第 16 条】

注意	1. 教育机构 仅负有教育、管理和保护 的职责，未成年人在 在校期间监护职责并未转移给学校
	2. 具有完全民事行为能力的 成年人 ，可以与 近亲属、其他愿意担任监护人的个人或组织 事先协商，以 书面形式（保障真实性、合法性） 确定自己的监护人；协商确定的监护人在该成年人 丧失或部分丧失民事行为能力时 ，履行监护职责【 意定监护制度；重点解决人口老龄化问题；来源于《老年人权益保障法》第26条第1款 】

【例10】关于监护，下列哪一表述是正确的？（2013-3-2，单）³²

- A. 甲委托医院照料其患精神病的配偶乙，医院是委托监护人
 B. 甲的幼子乙在寄宿制幼儿园期间，甲的监护职责全部转移给幼儿园
 C. 甲丧夫后携幼子乙改嫁，乙的爷爷有权要求法院确定自己为乙的法定监护人
 D. 市民甲、乙之子丙5周岁，甲乙离婚后对谁担任丙的监护人发生争议，丙住所地的居民委员会有权指定

（二）监护人的职责★★

监护人的职责★★【共考查2次；民法总则第34、35条；2016-3-52，多】	
原则	按照 最有利于被监护人 的原则履行监护职责；监护人 除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产（财产管理权；注意：监护人与被监护人之间不构成无因管理）
内容	1. 代理 被监护人实施民事法律行为， 保护 被监护人的人身权利、财产权利以及其他合法权益等
	2. 未成年人的监护人履行监护职责，在作出与被监护人权益有关的决定时，应当根据被监护人的 年龄和智力状况，尊重被监护人的真实意愿
	3. 成年人的监护人履行监护职责， 应当最大程度地尊重被监护人的真实意愿 ，保障并协助被监护人实施与其智力、精神健康状况 相适应的 民事法律行为；对被监护人有能力独立处理的事务，监护人 不得干涉
责任承担	监护人依法履行监护职责而产生的权利，受法律保护；监护人 不履行监护职责或侵害被监护人合法权益的，应当承担责任【即赔偿；注意：民法总则第190条：法定代理终止之日起算诉讼时效】

【例11】甲（6周岁）系小童星，演出收入颇丰。其父母为保值，在A城以甲的名义购买了一套商品房，价款850万元。后其他地区的房价均上涨，唯独A城房价下跌，损失惨重。关于本案，下列哪些说法是错误的？（2018回忆版-2-51，多）³³

- A. 甲向其父母追偿损失不受3年诉讼时效的限制
 B. 甲的父母没有为甲财产保值的义务
 C. 购房合同有效，但父母应负赔偿责任
 D. 甲父母的行为构成无因管理

（三）监护人资格的撤销与恢复☆☆☆（重点）

监护人资格的撤销☆☆☆【民法总则第36条；2015年9月南京市浦口区法院审理的“养母李征琴虐童案”】	
情形	1. 实施 严重损害被监护人身心健康 行为的（如虐待、遗弃、性侵害）
	2. 怠于履行监护职责，或无法履行监护职责并且拒绝将监护职责部分或全部委托给他人，导致被监护人处于 危困状态 的
	3. 有严重侵害被监护人合法权益的其他行为的
申请人	1. 有关个人（其他有监护资格的人）
	2. 组织（居民委员会、村民委员会、学校、医疗机构、妇女联合会、残疾人联合会、未成年人保护组织、依法设立的老年人组织、民政部门等）
	3. 民政部门 （个人和民政部门以外的组织未及时向法院申请撤销监护人资格的， 民政部门应当向法院申请 ）
撤销机关	法院
注意	1. 撤销其监护人资格，安排必要的 临时监护措施 ，并根据最有利于被监护人的原则依法指定监护人
	2. 依法对被监护人负担 抚养费、赡养费、扶养费 的父母、子女、配偶等，被法院撤销监护人资格后， 应当继续负担【民法总则第37条】

³²答案：A。解析见《2019年众合真题解读：民法》第014页。

³³答案：ABD。解析见《2019年众合真题解读：民法》第015页。

监护人资格的恢复☆☆☆【民法总则第38条】

情形	原则	确有悔改情形
	例外	对被监护人实施故意犯罪
前提	尊重被监护人真实意愿	
申请人	被监护人的父母或子女【注意：最亲近的直系血亲】	
恢复机关	法院	
注意	监护人资格恢复后，法院指定的新监护人与被监护人的监护关系同时终止	

【例12】2015年2月，家住陕西省W县的孙某（男，51周岁，有配偶）依法收养了孤儿小丽（女，11周岁）为养女，后孙某多次对小丽实施性侵害，造成小丽先后产下两名女婴。2017年5月，当地群众向公安机关匿名举报，媒体也纷纷曝光此事。2017年8月，当地法院判决孙某构成强奸罪，判处有期徒刑3年。关于本案，下列哪些说法是错误的？（2018回忆版-2-55，多）³⁴

- A. W县民政部门应当向人民法院申请取消孙某的监护资格
- B. 孙某被人民法院取消监护资格后可以不再给付抚养费
- C. 孙某出狱后，如确有悔改表现的，经其申请，人民法院可以恢复其监护人资格
- D. 小丽对孙某的损害赔偿请求权的诉讼时效期间自法定代理终止之日起计算

三、宣告失踪和宣告死亡

（一）宣告失踪★★

宣告失踪★★【民法总则第40—45条，共6条；重在维护失踪人的权益；2011-3-52，多】

情形	下落不明满2年（注意：自然人下落不明的时间从其失去音讯之日起计算。战争期间下落不明的，下落不明的时间自战争结束之日或有关机关确定的下落不明之日起计算）		
程序	申请	利害关系人（无顺序：1. 近亲属；2. 其他与被申请人有民事权利义务关系的人；注意：诉讼时效中断）	
	受理	下落不明人住所地的基层法院受理；住所地与居住地不一致的，由最后居住地的基层法院受理	
	公告	公告期3个月	
效力	确定	1. 失踪人的配偶、父母、成年子女或其他愿意担任财产代管人的人代管（无顺序、人数限制）	
		2. 代管有争议，没有前款规定的人，或前款规定的人无代管能力的，由法院指定的人代管	
		3. 失踪人为“无限人”的，其监护人为财产代管人【民通意见第30条第2款】	
	法律地位	实体	1. 应当妥善管理失踪人的财产，维护其财产权益【民法总则第43条】 2. 失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用（包括赡养费、抚养费、抚育费和因代管财产所需的管理费等必要的费用），由财产代管人从失踪人的财产中支付
		程序	以自己的名义起诉应诉【民通意见第32条】
	责任	因故意或重大过失造成失踪人财产损失的，应当承担赔偿责任（代管人从事的是一种无偿行为，仅负有善良管理人的注意义务，即能够像管理自己的事务一样管理失踪人的财产）	
变更	利害关系人申请	财产代管人不履行代管职责、侵害失踪人财产权益或丧失代管能力的	
	代管人自己申请	财产代管人有正当理由的，可以向法院申请变更财产代管人【民通意见35条】	
		注意：变更后的财产代管人有权要求原财产代管人及时移交有关财产并报告财产代管情况	
撤销	情形	重新出现（即重新得到了失踪人的音讯，从而消除了其下落不明的状态）	
	申请	本人或利害关系人（注意：无顺序）	
	注意	被宣告失踪的人重新出现，有权要求财产代管人及时移交有关财产并报告财产代管情况	

³⁴答案：ABCD。解析见《2019年众合真题解读：民法》第013页。

【例 13】甲与乙离婚，甲乙的子女均已成年，与乙一起生活。甲与丙再婚后购买了一套房屋，登记在甲的名下。后甲因中风不能自理，常年卧床。丙见状离家出走达 3 年之久。甲乙的子女和乙想要回房屋，进行法律咨询。下列哪些意见是错误的？（2011-3-52，多）³⁵

- A. 因房屋登记在甲的名下，故属于甲个人房产
- B. 丙在甲中风后未尽妻子责任和义务³⁶，不能主张房产份额
- C. 甲乙的子女可以申请宣告丙失踪
- D. 甲本人向法院提交书面意见后，甲乙的子女可代理甲参与甲与丙的离婚诉讼

（二）宣告死亡★★

宣告死亡★★【民法总则第46—53条，共8条；重在维护利害关系人的权益；2006-3-2，单；2017-3-52，多】			
情形	1. 一般下落不明满4年		
	2. 因意外事件，下落不明满2年【注意：北京市通州区法院受理马航MH370（2014年3月8日）宣告死亡案】		
	3. 意外事件且证明，随时【因意外事件（如洪水、海啸、地震、沉船、飞机失联或失事等）下落不明，经有关机关证明该自然人不可能生存的，申请宣告死亡不受2年时间的限制】		
程序	申请	利害关系人（无顺序：1. 近亲属；2. 其他与被申请人有民事权利义务关系的人；注意：诉讼时效中断）	
	受理	下落不明人住所地基层法院受理；住所地与居住地不一致的，由最后居住地的基层法院受理（同宣告失踪）	
	公告	情形	公告期
		一般失踪	1年
		意外失踪	1年
意外失踪且证明	3个月		
宣告★★	被宣告死亡的人，法院宣告死亡的判决作出之日视为其死亡日期；因意外事件下落不明宣告死亡的，意外事件发生之日视为其死亡的日期【民法总则第48条】		
效力	内容	宣告	撤销★★★（结论：不一定）
	妻离	与配偶的婚姻关系自动消灭	配偶再婚或向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复的除外
	子散	一方有权单方送养子女 ³⁷	不能，但收养人和被收养人同意的除外
	家破	个人合法财产按遗产开始继承	能返还返还，不能返还适当补偿（已被第三人合法取得的除外）
	人亡	视为自然死亡，丧失民事主体资格	未死亡实施的民事法律行为的效力（具体问题具体分析）
撤销	情形	重新出现	
	申请	本人或利害关系人（注意：无顺序；同宣告失踪）	
和宣告失踪的关系	1. 宣告失踪不是宣告死亡的必经程序（被动司法）		
	2. 申请人只申请宣告失踪的，即使符合宣告死亡的条件，也只能宣告失踪（被动司法）		
	3. 对同一自然人，有的利害关系人申请宣告死亡，有的申请宣告失踪，符合本法规定的宣告死亡条件的，法院应当宣告死亡【民法总则第47条】		

必背法条提示：

★★★《民法总则》第49条：自然人被宣告死亡但是并未死亡的，不影响该自然人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为的效力。

★★★《民法总则》第51条：被宣告死亡的人的婚姻关系，自死亡宣告之日起消灭。死亡宣告被撤销的，婚姻关系自撤销死亡宣告之日起自行恢复，但是其配偶再婚或向婚姻登记机关书面声明不愿意恢复的除外。

★★★《民法总则》第53条：被撤销死亡宣告的人有权请求依照继承法取得其财产的民事主体返还财产。无法返还的，应当给予适当补偿。利害关系人隐瞒真实情况，致使他人被宣告死亡取得其财产的，除应当返还财产外，还应当对由此造成的损失承担赔偿责任。

³⁵答案：ABC。解析见《2019年众合真题解读：民法》第016页。

³⁶《婚姻法》第20条：夫妻有互相扶养的义务。一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方，有要求对方付给扶养费的权利。

³⁷《收养法》第18条：配偶一方死亡，另一方送养未成年子女的，死亡一方的父母有优先抚养的权利。

【例 14】甲出境经商下落不明，2015 年 9 月经其妻乙请求被 K 县法院宣告死亡，其后乙未再婚，乙是甲唯一的继承人。2016 年 3 月，乙将家里的一辆轿车赠送给了弟弟丙，交付并办理了过户登记。2016 年 10 月，经商失败的甲返回 K 县，为还债将登记于自己名下的一套夫妻共有住房私自卖给知情的丁；同年 12 月，甲的死亡宣告被撤销。下列哪些选项是正确的？（2017-3-52，多）³⁸

- A. 甲、乙的婚姻关系自撤销死亡宣告之日起自行恢复
- B. 乙有权赠与该轿车
- C. 丙可不返还该轿车
- D. 甲出卖房屋的行为无效

第二节 法人★★★

一、法人的基本原理★★（内外有别）

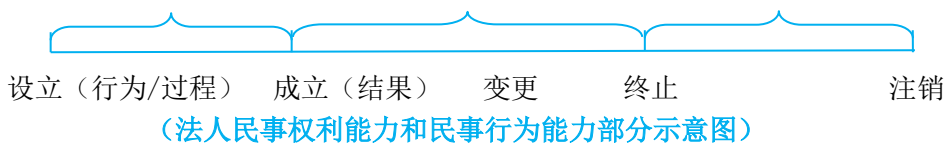
法人的基本原理★★【民法总则第 57、60 条；公司法第 27、28 条】	
含义	法人是 具有 民事权利能力和民事行为能力， 依法独立 享有民事权利和承担民事义务的 组织
特征	1. 法人属于一种 社会组织（人的集合，具有组织性）
	2. 法人应当 依法 （法律、行政法规）设立（ 严格准则主义 为原则 核准主义 为例外：国有独资公司）
	3. 法人 具有 民事权利能力和民事行为能力
	4. 法人可以 独立享有 民事权利和承担民事义务【 三位一体的制度 ：（1） 财产独立 ³⁹ ；（2） 人格（名义）独立 ；（3） 责任独立 】

必背法条提示：

★★《民法总则》第 60 条：法人以其全部财产**独立承担**民事责任。（注意：法人的责任是无限责任；股东则仅以其认缴的出资额或认购的股份为限对公司债权人承担有限责任，即“投资人风险的可控性”，见《公司法》第 3 条）

二、民事权利能力和民事行为能力⁴⁰★★（高度一致）

设立中法人 超越经营范围 清算（中）法人



【例 15】2017 年 2 月 1 日，孟某、李某、曹某和徐某四人拟设立一家有限责任公司，以法律职业资格培训为业，注册资本金 1000 万元。孟某以土地使用权出资，评估作价 800 万元，占股 80%。李某以房屋出资，评估作价 100 万元，占股 10%。曹某以知识产权出资，评估作价 50 万元，占股 5%。徐某以 50 万元人民币出资，占股 5%。四人于北京市海淀区幸福小区 2 号楼 2 单元 402 室孟某家中签署**发起人协议**：“公司存续 100 年或每个股东赚 5000 万元后**公司解散**”。同时，四人共同制定了**公司章程**。欲以孟某姓名作为**公司名称**。以孟某住所作为**公司住所**。根据本案及如下示意图，请回答如下问题：



³⁸答案：ABC。解析见《2019 年众合真题解读：民法》第 017 页。

³⁹与自然人的人格存在不同，法人人格需要财产支持，没有这个物质基础，法人人格就不存在。即“无财产即无人格”。

⁴⁰《民法总则》第 59 条：法人的民事权利能力和民事行为能力，从法人**成立**时产生，到法人**终止**时消灭。注意：法人的民事权利能力和民事行为能力受**性质上的限制**，专属于自然人的权利，法人不能享有，如生命权、身体权、健康权等人格权。但法人依法享有名称权、名誉权和荣誉权等人格权。据此可知，**自然人和法人都享有人格权，只是享有的具体类型不同而已。**

(1) 设立过程中，孟某以设立中法人名义与某科技园签署了为期3年的房屋租赁协议，月租金5万元，押3付1。如法人未成立，则就某科技园的租赁债务，应如何承担？（2017-3-53-C，多）

(2) 设立过程中，李某为设立法人，以个人名义向某印刷厂租赁了一台高级印刷机。法人成立后，某印刷厂就租赁债权，既可向法人主张，也可向李某主张。某印刷厂的此种做法是否正确？（2017-3-53-D，多）

(3) 如公司存续期间销售红牛（咖啡）、香烟、镇定剂和毒品效力如何？⁴¹（2002-3-15，单）

(4) 登记机关（工商部门）于2017年3月1日签发营利法人营业执照，法定代表人为孟某。2017年4月1日，欲将法定代表人换成曹某，应如何处理？

必背法条提示：

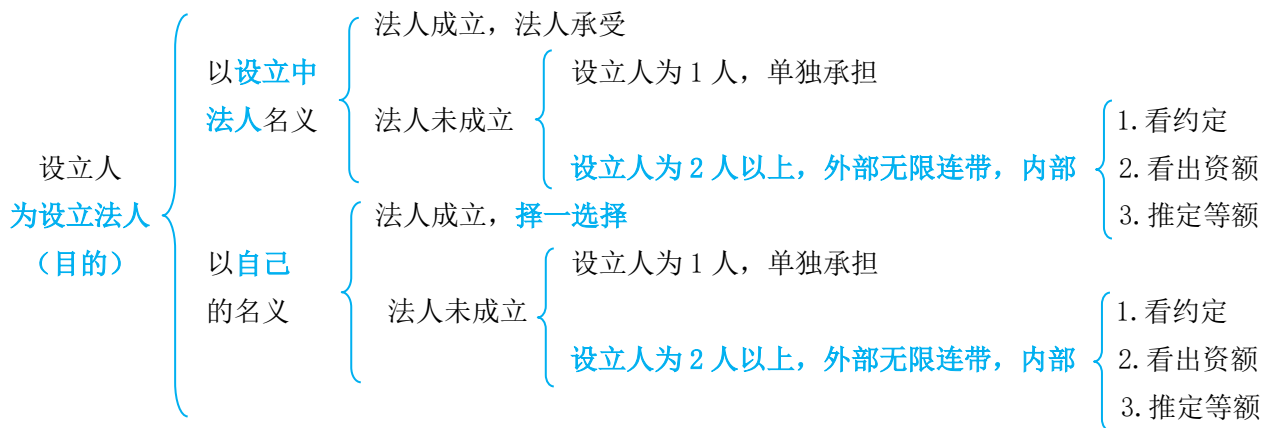
★★★《公司法》第11条：设立公司必须依法制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。

★《民法总则》第64条：法人存续期间登记事项发生变化的，应当依法向登记机关申请变更登记。

★《公司法》第211条第2款规定：公司登记事项发生变更时，未依照本法规定办理有关变更登记的，由公司登记机关责令改正或关闭，可以并处5万元以上20万元以下的罚款。

★★《合同法》第50条：法人或非法人组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。（即表见代表制度）

（一）设立中法人★★【民法总则第75条；《公司法司法解释三》第2—5条；2017-3-53，多】



（二）法人的成立

法人的成立★★【民法总则第58、63条；日本民法典第33条第1款】

原则	1. 法人应当依法（法律、行政法规）成立（原则性或统领性规定；注意：团体人格法定原则/法人成立法定原则，法人类型法定，不得自行创设法人）	
	2. 法人应当有自己的名称（法人实行“ 显明主义 ”）、组织机构、住所（民总第63条：主要办事机构所在地）、财产或经费（实体要件）；法人成立的具体条件和程序，依照法律、行政法规的规定（指示参照的规定方式）	
	3. 设立法人，法律、行政法规规定须经有关机关批准（如金融、媒体、文化、军工）的，依照其规定（“核准/许可主义”的法人设立方式）	
分类	营利法人	1. 营利法人经依法 登记 成立 2. 依法设立的营利法人，由登记机关发给 营利法人营业执照 ； 营业执照签发日期 为营利法人的成立日期【民法总则第78条；公司法第7条】 3. 设立营利法人应当依法制定 法人章程 （约束5类主体，分别是公司、股东、董、监、高）
	非营利法人 ★★★	事业单位法 ⁴² 具备法人条件，为适应经济社会发展需要， 提供公益服务 设立的事业单位，经依法 登记 成立，取得事业单位法人资格； 依法不需要办理法人登记的，从成立之日起 ，具有事业单位法人资格【民法总则第88条】

⁴¹超越依法登记的经营范围从事经营活动的，除违反法律、行政法规有关**限制经营、特许经营或禁止经营**的规定外，**不影响**民事法律行为的效力。即“**原则有效，禁、限、特无效**”。（**越权相对无效原则**，在现代**营业自由**的经济思想下，商事主体可以从事任何合法的经营活动）

⁴²现阶段，我国事业单位改革尚在进行中，具备事业单位法人名义的法人包括三类，分别是：（1）**提供公益服务**设立的事业单位；（2）承担行政职能的事业单位；（3）从事生产经营活动的事业单位。（2011年《中共中央国务院关于分类推进事业单位改革的指导意见》）

		社会团体法人	1. 具备法人条件，基于会员共同意愿，为公益目的或会员共同利益等非营利目的设立的社会团体，经依法 登记 成立，取得社会团体法人资格； 依法不需要办理法人登记的，从成立之日起 ，具有社会团体法人资格 2. 设立社会团体法人 应当依法制定法人章程【民法总则第90条】
		捐助法人 ☆☆☆	具备法人条件，为公益目的以捐助财产设立的 基金会、社会服务机构 等，经依法 登记 成立，取得捐助法人资格；依法设立的宗教活动场所，具备法人条件的，可以申请法人 登记 ，取得捐助法人资格。法律、行政法规对宗教活动场所所有规定的，依照其规定 【民法总则第92条】
	特别法人 (机关法人)	有独立经费的机关和承担行政职能的法定机构从 成立之日起，具有机关法人资格 ，可以从事为履行职能所需要的民事活动 【民法总则第97条】	

(三) 法人的终止

法人的终止★★【民法总则第68、69、73条】			
解散	含义	已经成立的法人，因发生 章程或法律规定 的解散事由而停止业务活动，开始进行清算，最终 消灭法人人格 的民事法律行为	
	分类	自愿解散	1. 法人章程规定的存续期间届满或法人章程规定的其他解散事由出现 2. 法人的权力机构决议解散 3. 因法人合并或分立需要解散
		强制解散	1. 法人依法被吊销营业执照（营利法人）、登记证书（非营利法人），责令关闭或被撤销 2. 公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失 ，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东 表决权10%以上（单独或合计） 的股东，可以 请求法院解散公司
		总结	法人解散的情形用8字口诀来记忆，即“ 章、权、并、立、关、撤、销、僵 ”
破产	法人被宣告破产的，依法进行破产清算并完成法人注销登记时，法人终止 【民法总则第73条】		

※※※重点法条解析（2014-3-4，单）

☆☆☆《民法总则》第95条：为公益目的成立的非营利法人终止时，不得向其出资人、设立人或会员分配剩余财产；剩余财产应当按照法人章程的规定或权力机构的决议**用于公益目的**；无法按照法人章程的规定或权力机构的决议处理的，由主管机关主持**转给宗旨相同或相近的法人，并向社会公告**。（基金会；来源于英国衡平法的“近似原则”）

《民法总则》第98条：机关法人**被撤销的**，法人终止，其民事权利和义务由**继任的机关法人**享有和承担；没有继任的机关法人的，由**作出撤销决定的机关法人**享有和承担。

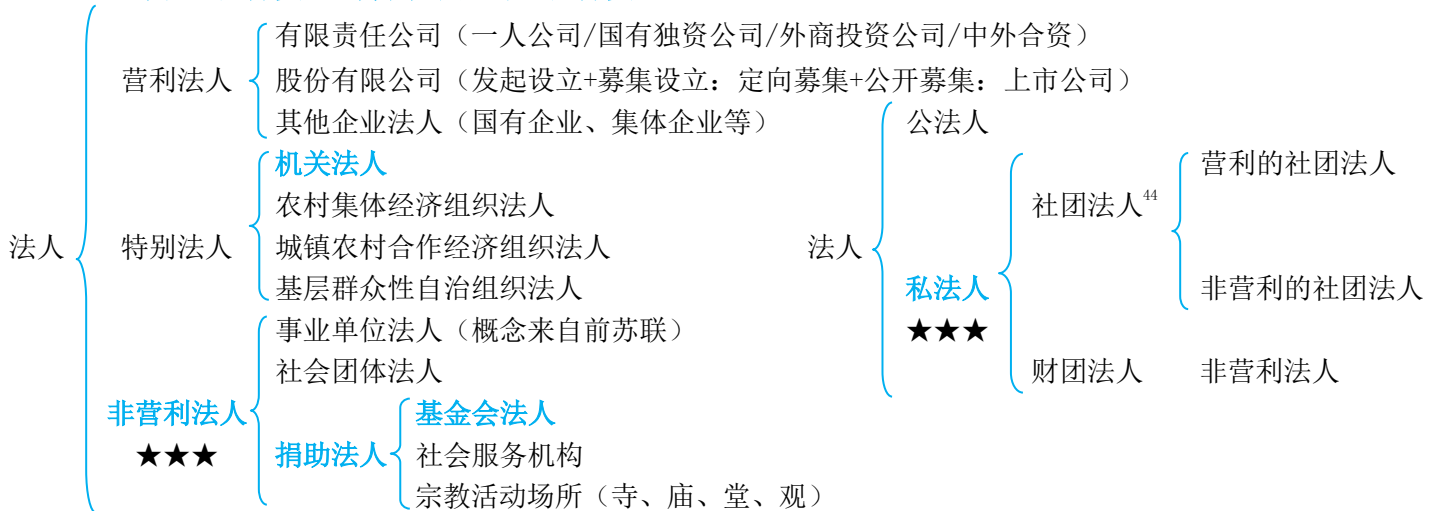
(四) 法人的清算

法人的清算★★【民法总则第70—72条；公司法第183、186条】			
清算义务人 ☆☆	含义	法人解散后依法负有 启动清算程序的主体 （其义务在于根据法律规定 及时启动 相应的清算程序以终止法人）	
	内容	法人解散的，除 合并或分立的情形外 ，清算义务人 应当及时（解散事由发生之日起15日内） 组成清算组进行清算	
	主体	法人的 董事、理事等执行机构或决策机构的成员 为清算义务人；法律、行政法规另有规定的，依照其规定	
	责任	实体	清算义务人 未及时 履行清算义务，造成损害的， 应当承担 民事责任（侵权责任）
	程序	主管机关或利害关系人 可申请 法院指定 有关人员组成清算组进行清算（强制清算程序启动）	
清算人	含义	又称清算组，是具体负责清算事务的主体（其义务在于 根据法定程序进行清算 ）	
	类型 ★★	自行清算	1. 有限责任公司的清算组由 股东 组成 2. 股份有限公司的清算组由 董事或股东大会确定的人员 组成

	指定清算	<ol style="list-style-type: none"> 1. 公司股东、董事、监事、高级管理人员 2. 依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构 3. 依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构中具备相关专业知识和取得执业资格的人员
清算人职权		<ol style="list-style-type: none"> 1. 清理公司财产，分别编制资产负债表和财产清单；后应当制订清算方案，并报股东会、股东大会或法院确认【公司法第 186 条第 1 款】 2. 通知、公告债权人【公司法解释二第 11 条：未按规定履行通知和公告义务的，清算组成员承担赔偿责任】 3. 处理与清算有关的公司未了结的业务 4. 清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款（强制性义务） 5. 清理债权、债务（注意：在申报债权期间，清算组不得对债权人进行清偿） 6. 处理公司清偿债务后的剩余财产【公司法第 186 条第 2 款】 7. 代表公司参与民事诉讼活动（公司名义）
清算程序		<ol style="list-style-type: none"> 1. 清算组应当自成立之日起 10 日内通知债权人，并于60 日内在报纸上公告；债权人应当自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自公告之日起 45 日内，向清算组申报其债权 2. 债权人申报债权，应当说明债权的有关事项，并提供证明材料；清算组应当对债权进行登记 3. 在申报债权期间，清算组不得对债权人进行清偿
清算法人		<ol style="list-style-type: none"> 1. 清算期间法人存续，但是不得从事与清算无关的活动，否则，民事法律行为一律无效 2. 法人清算后的剩余财产，根据法人章程的规定或法人权力机构的决议处理；法律另有规定的，依其规定 3. 清算结束并完成法人注销登记时，法人终止；依法不需要办理法人登记的，清算结束时，法人终止

三、法人的分类★★★（法人形态法定主义）

（一）中国法人分类⁴³ VS 传统大陆法系法人分类



（中国法人分类示意图）

（传统大陆法系法人分类示意图）

必背法条提示：

☆☆《民法总则》第 76 条：以**取得利润并分配给股东等出资人为目的**成立的法人，为营利法人。营利法人包括有限责任公司、股份有限公司和其他企业法人等。

☆☆☆《民法总则》第 87 条：为**公益目的或其他非营利目的**成立，**不向出资人、设立人或会员分配所取得利润**的法人，为非营利法人。非营利法人包括事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等。

归纳总结：

1. 公司在中国属于**营利法人**，在外国属于**营利的社团法人**，均属于**营利的组织**；
2. 法学会在中国属于**社会团体法人**，在外国属于**非营利的社团法人**，均属于**非营利的组织**；

⁴³我国采营利法人与非营利法人的一级分类标准，具有**引领社会组织分类改革**的现实意义，如**民办非企业单位**（营利法人或社会服务机构）。

⁴⁴《德国民法典》第 21 条：非以营利为目的的社团，因登记于有管辖权的区法院的社团登记簿而取得权利能力。第 22 条：以营利为目的的社团，在联邦法律无特别规定时，因国家的许可而取得权利能力。

3. **基金会**在中国属于**捐助法人**，在外国属于**财团法人**，均属于**公益法人（非营利法人）**。

营利法人 VS 非营利法人 ⁴⁵ （按照法人成立的 目的和功能 的不同）			
法人类型	是否可以从事经营（营利）活动	利润分配请求权	剩余财产分配请求权
营利法人	√	√	√
非营利法人	√	×	×（为公益目的成立的非营利法人）
			√（为其他非营利目的成立的非营利法人）

各类法人的相关考点汇总表★★★

法人类型	成立标准	章程	法人机构	利润分配	剩余财产分配
营利法人	登记	√ ⁴⁶	三会全有	√	√
事业单位法人	新旧区分（登记/成立）	×	可以设理事会为决策机构	×	×
社会团体法人	新旧区分（登记/成立）	√	没有监督机构	×	×
					√（其他非营利）
捐助法人	登记	√	三会全有	×	×
机关法人	成立	×	0	0	0

（二）社团法人 VS 财团法人

社团法人 VS 财团法人★★★【台湾民法第 62、63、65 条；《瑞士民法典》第 83、84 条；2015-3-1，单】		
	社团法人 ⁴⁷ （自律法人）	财团法人 ⁴⁸ （他律法人）
起源	罗马法	基督教的教会法（Canon Law）
成立基础	人+财产（成员的集合）	财产（一定目的财产的集合体）
财产来源	（股东）成员出资（初始资本）	社会捐赠（捐助）
营利否	营利性、公益性	公益性
成员有无	有（如出资人）	无
内部机关	意思机关（成员大会）、执行机关、监督机关、业务执行辅助机关	因无成员，故没有意思机关，即成员大会；只有管理机关（即理事会）
章程	由 成员制定 ，社员大会 有权修改	由 捐助者制定 ，理事会 无权修改 ， 目的条款 的变更需 经国家权力干预【德国民法典第 87 条】
法律政策	充分尊重意思自治、私法自治，保护其 经营管理自主权（自主经营权）	不断加大国家的 监督规制力度 【日本一般社团法人及一般财团法人法第 170 条】

【例 16】关于法人，下列哪一表述是正确的？（2012-3-2，单）⁴⁹

- A. 社团法人均属营利法人
- B. 基金会法人均属公益法人
- C. 社团法人均属公益法人
- D. 民办非企业单位法人均属营利法人

⁴⁵非营利法人的概念来源于美国法，美国有《模范（标准）非营利法人法》，法典共 17 章，适用于所有的非营利法人。英国（包括香港）的非营利法人主要采用**保证有限公司**，保证有限公司可用于慈善公益、俱乐部、甚至设立“业主管理委员会”，可直接适用《公司法》。

⁴⁶**公司章程**是公司设立的**必备条件**，是规定公司名称、宗旨、资本、组织机构等对内对外事务的基本法律文件。公司章程具有**不可替代性**。

⁴⁷凡是**以人的集合为基础**成立的法人为**社团法人**，如各种公司、合作社、协会、学会等。

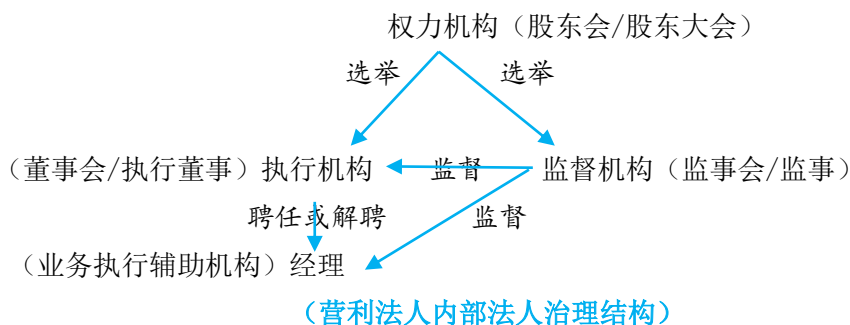
⁴⁸以**财产为基础**成立的法人为**财团法人**，如各种基金会、寺院、孤儿院、救济院与慈善组织等。

⁴⁹答案：B。解析见《2019 年众合真题解读：民法》第 021 页。

四、法人的组成★★

(一) 法人的组织机构 (团体意思的形成和实现)

1. 营利法人☆☆ (分权制衡的治理结构)



营利法人的内部法人治理机构☆☆【所有权与经营权“两权分离原则”；民法总则第 80—82 条】		
权力机构	设置	必设机构【注意：民法总则第 11 条：其他法律对民事关系有特别规定的，依照其规定】
	职权	1. 修改法人章程【公司法第 43 条第 2 款；第 103 条第 2 款；资本多数决，2/3 以上表决权】
		2. 选举或更换执行机构、监督机构成员
		3. 章程规定的其他职权【公司法第 37 条】
执行机构	设置	必设机构
	职权	1. 召集权力机构会议
		2. 决定法人的经营计划和投资方案 (注意：经营方针和投资计划属于权力机构职权)
		3. 决定法人内部管理机构设置
		4. 章程规定的其他职权【公司法第 46 条】
监督机构 ☆☆	设置	必设机构 (注意：监事会并非必设机构，但监督机构属于必设机构；一般而言，营利法人必须设立监督机构，其他类型的法人可自由选择是否设立监督机构)
	职权	1. 监督执行机构成员、高级管理人员执行法人职务的行为 (监事不得同时兼任董事和高管)
		2. 检查法人财务
		3. 章程规定的其他职权【公司法第 53 条】

※※※重点法条解析

☆☆《民法总则》第 85 条：营利法人的权力机构、执行机构作出决议的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规、法人章程，或决议内容违反法人章程的，营利法人的出资人可以请求法院撤销该决议，但是营利法人依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。(即内外有别)

归纳总结：

1. 会议召集程序、表决方式违法、违规、违章的，可撤销。(程序瑕疵)
2. 决议内容违法、违规的，无效；违章的，可撤销。(实体瑕疵)

2. 非营利法人☆☆☆

非营利法人的组织机构☆☆【民法总则第 89、91、92 条；2005-3-51，多】	
事业单位法人	事业单位法人设理事会的，除法律另有规定外，理事会为其决策机构【民法总则第 89 条】
社会团体法人 91	设立社会团体法人应当依法制定法人章程；社会团体法人应当设会员大会或会员代表大会等权力机构；社会团体法人应当设理事会等执行机构 (注意：社会团体法人没有监督机构)
捐助法人 92	设立捐助法人应当依法制定法人章程；捐助法人应当设理事会、民主管理组织等决策机构 (因捐助法人没有成员，因此，没有成员大会等权力机构)，并设执行机构 (秘书处)；捐助法人应当设监事会等监督机构 (注意：捐助法人必须三会全有，包括决策机构、执行机构和监督机构)

【例 17】下列关于法人机关的表述哪些是正确的？（2005-3-51，多）⁵⁰

- A. 法人机关无独立人格
- B. 财团法人没有自己的意思机关
- C. 法人的分支机构为法人机关的一种
- D. 监督机关不是法人的必设机关

※※※重点法条解析

☆☆☆《民法总则》第 94 条：捐助人有权向捐助法人查询捐助财产的使用、管理情况，并提出意见和建议，捐助法人应当及时、如实答复。

捐助法人的决策机构、执行机构或法定代表人作出决定的程序违反法律、行政法规、法人章程，或决定内容违反法人章程的，捐助入等利害关系人或主管机关可以请求法院撤销该决定，但是捐助法人依据该决定与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。（即内外有别；注释：该条赋予捐助入两种可诉权利，即查询权和决议撤销权，它移植自大陆法系公司法中的股东知情权和决议撤销权）

归纳总结：

1. 决定程序违法、违规、违章的，可撤销。（程序瑕疵）
2. 决定内容违法、违规的，无效；违章的，可撤销。（实体瑕疵）

（二）法人的成员

法人的成员☆☆☆【以营利法人为例，即出资人或股东；民法总则第 83、84 条；公司法第 20、21 条】		
法人人格否认制度	含义	又称“刺破法人面纱规则”，是指法院允许债权人在法人资产之外还可以 <u>要求股东以其个人资产承担责任</u> 的情形（注意：法人格独立理论的例外，是现代判例法所确立的一种理论）
	内容	1. 营利法人的出资人 <u>不得滥用出资人权利</u> 损害法人或其他出资人的利益；滥用出资人权利给法人或其他出资人造成损失的，应当依法 <u>承担民事责任</u>
		2. 营利法人的出资人 <u>不得滥用法人独立地位和出资人有限责任</u> 损害法人的债权人利益；滥用法人独立地位和出资人有限责任， <u>逃避债务，严重损害法人债权人利益</u> 的，应当对法人债务承担 <u>连带责任</u>
	适用	1. <u>营利法人</u> ，无论是有限责任公司还是股份有限公司 <u>均可适用</u>
2. <u>母子公司情形</u> ，即子公司债权人试图要求以母公司的资产承担责任（道德风险）		
注意	1. <u>谁决策谁连带（恶意股东）</u> ；2. <u>一事一否认，就事论事</u> ；3. <u>一人公司举证责任倒置</u>	
关联交易禁止	内容	营利法人的 <u>控股出资人、实际控制人、董事、监事、高级管理人员</u> 不得利用其 <u>关联关系</u> 损害 <u>法人的利益</u> ；利用关联关系给法人造成损失的， <u>应当承担赔偿责任</u> 【民法总则第 84 条】
	注意	公司 <u>成立后</u> ，股东 <u>利用关联交易将出资转出的</u> ，构成 <u>抽逃出资</u> 【公司法司法解释三第 12 条】

必背法条提示：

★★《公司法》第 20 条第 3 款：公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。（注意：谁主张谁举证，债权人举证）

★★《公司法》第 63 条：一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。（注意：举证责任倒置，股东举证）

★★《公司法》第 216 条：本法下列用语的含义：

（一）高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。

（二）控股股东，是指其出资额占有限责任公司资本总额 50%以上或其持有的股份占股份有限公司股本总额 50%以上的股东；出资额或持有股份的比例虽然不足 50%，但依其出资额或持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。

（三）实际控制人，是指虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或其他安排，能够实际支配公司行为的人。

（四）关联关系，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。但是，国家控股的企业之间不仅因为同受国家控股而具有关联关系。

⁵⁰答案：ABD。解析见《2019 年众合真题解读：民法》第 022 页。

(三) 法定代表人

法定代表人★★★【从国有企业和旧公司法沿袭下来的称谓；民法总则第61、62条；合同法第50条】		
含义	依照法律或法人章程规定，代表法人从事民事活动的负责人（即依法确定的负责人，属于法人机关的一种；其权利来源于法律或法人章程的规定，而非法人的授权，因此，法定代表人代表法人对外从事民事活动时，无需法人另行授权）	
责任承担	一般规定	1. 法定代表人以法人名义从事的民事活动或其他执行职务的行为即法人行为，法律后果由法人承受（包括权利、义务和责任；2006-3-3，单；2011-3-3，单） 2. 法人章程或法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人（法人限制法定代表人的代表权，系法人内部治理问题，第三人于外部往往难以知悉；旨在保护善意相对人及交易安全）
	职务侵权	1. 法定代表人因执行职务造成他人损害的，由法人承担民事责任（法人具有侵权行为或责任能力） 2. 法人承担民事责任后，依照法律或法人章程的规定，可以向有过错的法定代表人追偿（内部关系）
注意	1. 法人或非法人组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效【《合同法》第50条：表见代表制度】	
	2. 公司法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或经理担任，并依法登记。公司法定代表人变更，应当办理变更登记【公司法第13条】	
各类法人的法定代表人	营利法人	1. 设董事会或执行董事的，为董事长、执行董事或经理，具体由章程确定
		2. 未设董事会或执行董事的，为章程规定的主要负责人
	非营利法人	事业单位法人 事业单位法人的法定代表人按照法律、行政法规或法人章程的规定产生
		社会团体法人 理事长或会长等负责人按照法人章程的规定担任法定代表人
	捐助法人 理事长等负责人按照法人章程的规定担任法定代表人	

与法人关系 有几个 授权委托书 与法人系几个民事主体 职务侵权责任可否追偿
 代表人 代表关系 1个 × 原则上2个，例外1个（以法人名义从事职务行为） 可向有过错的代表人追偿
 VS
 代理人 代理关系 N个 √ 永远是2个，只是最终法律效果归属于被代理人 员工/工作人员⁵¹不可追偿
 （代表人和代理人区别示意图）

【例18】下列哪些情形下，甲公司应承担民事责任？（2013-3-52，多）⁵²

- A. 甲公司董事乙与丙公司签订保证合同，乙擅自在合同上加盖甲公司公章和法定代表人丁的印章
 B. 甲公司与乙公司签订借款合同，甲公司未盖公章，但乙公司已付款，且该款用于甲公司项目建设
 C. 甲公司法定代表人乙委托员工丙与丁签订合同，借用丁的存款单办理质押贷款用于经营
 D. 甲公司与乙约定，乙向甲公司交纳保证金，甲公司为乙贷款购买设备提供担保。甲公司法定代表人丙以个人名义收取该保证金并转交甲公司出纳员入账

五、法人的合并与分立☆☆

法人的合并☆☆【民法总则第67条第1款】

种类	吸收	含义	一个法人吸收其他法人，被吸收的法人解散
		公式	A+B=A
		登记	A法人进行变更登记，B法人解散
	新设	含义	两个以上法人合并设立一个新的法人，合并各方均解散
		公式	A+B=C
		登记	A、B法人解散，C法人进行设立登记

⁵¹法人的工作人员与法人之间属于劳动合同关系，应受《劳动合同法》调整，其对外以法人名义从事民事活动时属于委托代理关系，须持有法人的授权委托书。法律后果由法人承受，侵权亦同（《侵权责任法》第34条规定的用工责任：终局性责任，不得内部追偿）。

⁵²答案：ABCD。解析见《2019年众合真题解读：民法》第022页。

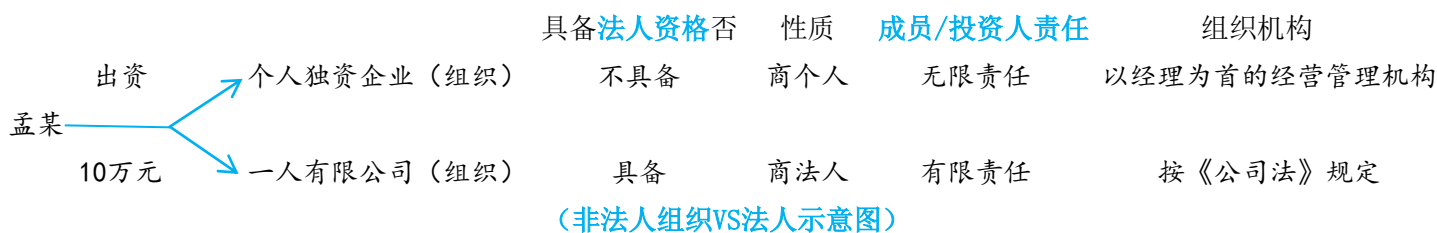
程序	公司合并，应当由合并各方签订 合并协议 ，并 编制资产负债表及财产清单 ；公司应当自 作出合并决议之日起10日内 通知债权人，并于 30日内在报纸上公告 ；债权人自 接到通知书之日起30日内 ，未接到通知书的自 公告之日起45日内 ，可以要求公司 清偿债务或提供相应的担保 （注意：在减资的情形下亦如此，但分立无需）		
责任	法人合并的，其权利和义务由 合并后的法人 享有和承担（即 债权债务的概括承受 ）		
法人的分立☆☆【民法总则第67条第2款；公司法第176条】			
种类	派生	含义	一个法人分立为两个以上法人，分立法人存续（又称“存续分立”）
		公式	$A=A+B$
		登记	A法人进行变更登记，B法人进行设立登记
	新设	含义	一个法人分立为两个以上法人，分立法人解散（又称“解散分立”）
		公式	$A=B+C$
		登记	A法人解散，B、C法人进行设立登记
程序	公司分立，其财产作 相应的分割 ；公司分立，应当 编制资产负债表及财产清单 ；公司应当自 作出分立决议之日起10日内 通知债权人，并于 30日内在报纸上公告		
责任	法人分立的，其权利和义务由 分立后的法人 享有 连带债权 ，承担 连带债务 ，但债权人和债务人 另约除外 （即 债权债务的概括承受 ）		

第三节 非法人组织☆☆

一、非法人组织的基本原理☆☆

非法人组织的基本原理☆☆【民法总则第四章第102—108条；共7条；2016-3-2，单】	
含义	非法人组织是 不具有法人资格 ，但是依法能够 以自己的名义 从事民事活动的 组织【民法总则第102条】
分类	非法人组织包括 个人独资企业、合伙企业⁵³（商事合伙）、不具备法人资格的专业服务机构等
设立	非法人组织应当依照法律的规定 登记 ， 法律、行政法规规定须经有关机关批准的 ，依照其规定
责任承担	非法人组织的出资人或设立人对该组织的债务承担 （补充式的）无限责任 ；法律另有规定的，依照其规定
事务执行	非法人组织 可以确定一人或数人代表 该组织从事民事活动
解散	有下列情形之一的，非法人组织解散：（1）章程规定的存续期间届满或章程规定的其他解散事由出现的；（2）出资人或设立人决定解散的；（3）法律规定的其他情形
清算	非法人组织解散的，应当依法进行清算

二、个人独资企业VS一人有限责任公司★★



个人独资企业 VS 一人有限责任公司★★		
	个人独资企业【共六章 48 条】	一人有限责任公司【公司法第 57—63 条，共 7 条】
含义	依照本法在中国境内设立，由 一个自然人投资 ， 财产为投资人个人所有 ， 投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体	只有 一个自然人股东 或 一个法人股东 的有限责任公司
本质	社会组织	社会组织

⁵³欧洲大陆深受商人法（Merchant Law）的影响，商人法上的**康孟达（commenda）**是商事合伙（有限合伙组织）的早期形态，之后，商事合伙在近代商法典中摇身一变，成为“**无限公司**”，取得法人资格或法律主体资格。德国、瑞士等国**不认无限公司为法人**，法国、日本等国认其为法人。

企业规模	小微、中小企业	小微、中小企业
法律调整	私法调整	私法调整
投资主体	单一性（一个自然人）	单一性（一个自然人或一个法人）
主体性质	商个人（业主制企业）	商法人（法人企业）
法律人格	不具有（个人的延伸理论）	具有
存续期限	有期限（投资人死亡或被宣告死亡，无继承人或继承人决定放弃继承时，应当解散）	无期限
人格否认	不适用	股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担 连带责任
法律责任	无限责任（补充责任）	有限责任
治理结构	业主制管理模式，不存在治理结构	原则上适用现代公司规范的治理结构
财会制度	宽松的财务会计制度	法定外部审计制度 ，积极防范财产混同【 公司法第 62 条 ：应当在 每一会计年度终了时 编制财务会计报告，并经 会计师事务所审计 】
税负轻重	就投资者的生产经营所得比照个体工商户的生产、经营所得征收应纳税额的 个人所得税	就公司生产经营所得计缴 企业所得税 ，然后自然人股东就其所分配利润缴纳 个人所得税（双重征税）
法律调整	受《个人独资企业法》调整	受《公司法》调整

必背法条提示：

★★《个人独资企业法》第 31 条：个人独资企业财产**不足以清偿债务的**，投资人应当**以其个人的其他财产予以清偿**。

★★《合伙企业法》第 38 条：合伙企业对其债务，**应先以其全部财产**进行清偿。

★★《合伙企业法》第 39 条：合伙企业**不能清偿到期债务的**，**合伙人承担无限连带责任**。

二、法人的分支机构★★**（一）法人的分支机构基本原理★★**

法人的分支机构基本原理★★【民法总则第 74 条】	
含义	根据法人的意思设立的实现法人宗旨的 业务分部 ，如 分公司 ，银行的分行、支行等（ 目的：开拓市场 ）
性质	属于 非法人组织 ，而非法人机关的一种
设立	1. 在法人设立的 同时设立 分支机构；在此情况下，出资者或股东一般在法人章程中已经就设立分支机构的事项作出了规定 2. 在法人 成立后 ， 根据需要 决定设立分支机构；在此情况下，应由法人根据相关法律规范 作出有效决议
责任	在法人授权范围内能以 自己的名义 从事营业活动，有 相对独立 的民事主体资格（ 注意：部分权利能力论 ）

必背法条提示：

★★《民法总则》第 74 条：法人**可以依法设立分支机构**。法律、行政法规规定分支机构**应当登记的**，依照其规定。分支机构**以自己的名义**从事民事活动，产生的民事责任**由法人承担**；也可以先以该分支机构**管理的财产**承担，**不足以承担的，由法人承担**。（**注意：分支机构管理的财产是法人财产的一部分，列入法人的资产负债表中**）

（二）分公司和子公司的区别★★

分公司 VS 子公司★★【公司法第 14 条】		
	分公司	子公司
相对应概念	总公司（本公司）	母公司
几家公司	与总公司系 1 家公司	与母公司系 2 家公司
登记并领取营业执照	√（经营资格的证明）	√（法人资格+经营资格的证明）
缔约与诉讼能力	√	√
具备法人资格否	×	√
责任承担★★★	有程序而无实体	独立承担，除非法人人格否认
连带责任★★	不可以	可以

必背法条提示：

★★《公司法》第14条：公司可以设立分公司。设立分公司，应当向公司登记机关申请登记，领取营业执照。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。

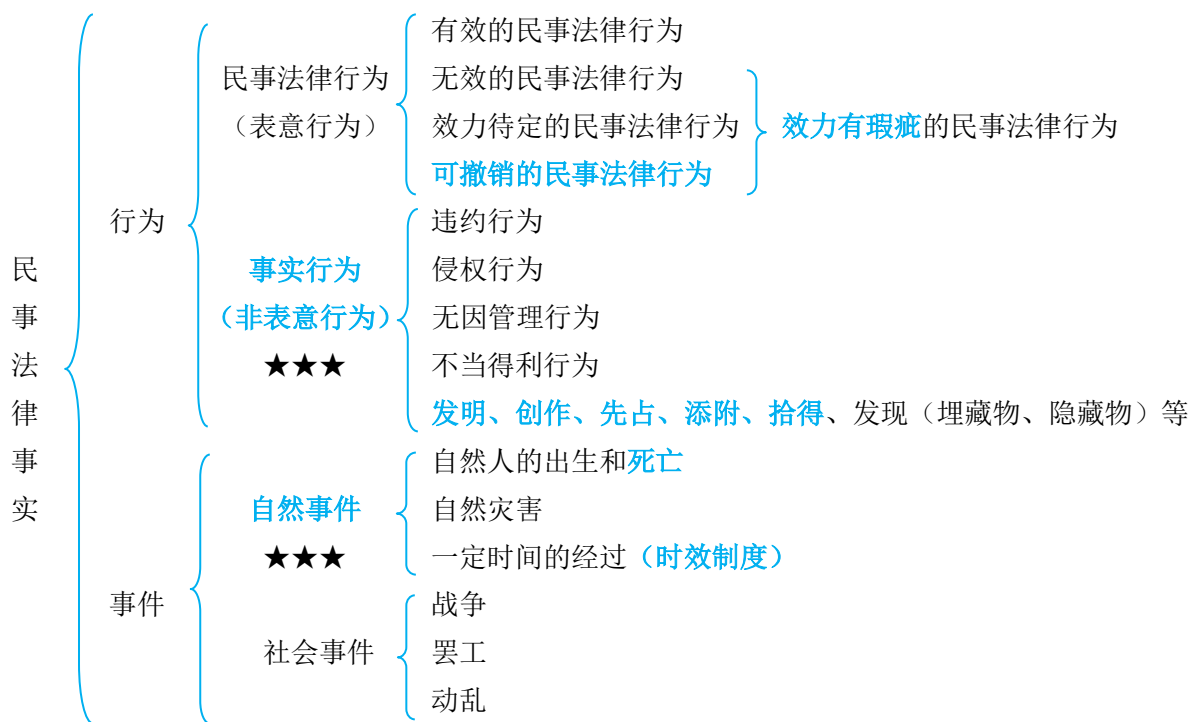
公司可以设立子公司，子公司具有法人资格，依法独立承担民事责任。

【例19】德胜公司注册地在萨摩国并在该国设有总部和分支机构，但主要营业机构位于中国深圳，是一家由台湾地区凯旋集团公司全资设立的法人企业。由于决策失误，德胜公司在中国欠下700万元债务。对此，下列哪一选项是正确的？（2008-3-2，单）⁵⁴

- A. 该债务应以深圳主营机构的全部财产清偿
- B. 该债务应以深圳主营机构和萨摩国总部及分支机构的全部财产清偿
- C. 无论德胜公司的全部财产能否清偿，凯旋公司都应承担连带责任
- D. 当德胜公司的全部财产不足清偿时，由凯旋公司承担补充责任

第三讲 民事法律行为★★★

序言：民事法律事实体系框架图



一、民事法律行为的基本原理★★

(一) 民事法律行为和事实行为的区别

民事法律行为 VS 事实行为★★		
	民事法律行为	事实行为
含义	民事主体通过意思表示设立、变更、终止民事法律关系的 行为	行为人不具有设立、变更、终止民事法律关系的 意图 ，但依据法律规定能引起既定的民事法律后果的 行为
是否需要意思表示	必需	无需
法律效果由谁决定	意定（当事人决定；能够发生当事人 意欲或预期发生 的法律效果）	法定（法律规定）
是否需要行为人具有民事行为能力	具有 相应 的民事行为能力	无需
是否存在效力问题	有效力问题（单方2种 VS 双方4种）	无效力问题

⁵⁴答案：B。解析见《2019年众合真题解读：民法》第024页。

必背法条提示：

☆☆《民法总则》第 140 条：行为人可以明示或默示作出意思表示。

沉默只有在有法律规定、当事人约定或符合当事人之间的交易习惯时，才可以视为意思表示。

(二) 民事法律行为的分类

民事法律行为的分类★★（共考查 1 次；2008 延-3-51，多）		
成立所需意思表示的数量和合意形成的方式	单方	依一方当事人的意思表示而成立的民事法律行为（ 动产所有权的抛弃；遗嘱、遗赠 ）
	多方	由两个或两个以上的意思表示一致而成立的民事法律行为（包括双方民事法律行为，如 赠与合同⁵⁵、遗赠扶养协议 ；共同民事法律行为，如 发起人协议、公司章程、合伙协议 ）
	决议 ☆☆	法人、非法人组织 为形成 团体意思 ，在遵循一定程序的前提下由组织成员或组织法人机关的成员在 多数决规则 下形成一致意思的民事法律行为（ 股东会决议、董事会决议 ）
效果意思	财产	以发生 财产上的法律效果 为目的的民事法律行为（ 订立遗嘱、遗赠 ）
	身份	以发生 身份上的法律效果 为目的的民事法律行为（ 结婚、协议离婚、收养、协议终止收养 ）
行为与原因的关系	有因	与原因不可分离的行为（ 物权行为 ）
	无因	行为与原因可分离，不以原因为要素的行为（ 代理权授予行为、票据行为 ）
效力 ★★★	负担	以发生 债权债务 为其效力的行为（ 债权行为；租赁合同 ）
	处分	以发生 物权变动 为其效力的行为（ 物权行为 ）
成立标志	诺成	只要行为人意思表示 合意 即成立（ 赠与合同 ）
	实践	除意思表示 合意 外，还需以 物的交付 为要件（ 定金、自然人之间的借贷、保管、借用 ）

二、民事法律行为的效力★★★**(一) 有效的民事法律行为★★★**

有效的民事法律行为★★★【民法总则第 143 条；法国民法典第 1108 条；乌克兰民法典第 194 条】	
强	1. 不违反法律、行政法规的 效力性强制性规定 （体现对国家利益的维护）
公	2. 不违背 公序良俗⁵⁶ （将道德引入私法中的机制，发挥着保障与倡导人类社会基本道德共识的作用；体现对社会公共利益的维护；在英美法系，使用 公共政策 的概念）
主	3. 主体（行为人）具有 相应 的民事行为能力
意	4. 意思表示 真实

【例 20】陈老伯考察郊区某新楼盘时，听销售经理介绍周边有轨道交通 19 号线，出行方便，便与开发商订立了商品房预售合同。后经了解，轨道交通 19 号线属市域铁路，并非地铁，无法使用老年卡，出行成本较高；此外，铁路房的升值空间小于地铁房。陈老伯深感懊悔。关于陈老伯可否反悔，请问：陈老伯与开发商订立的商品房预售合同效力如何？（2017-3-10，单）答：合法有效。

【例 21】潘某去某地旅游，当地玉石资源丰富，且盛行“赌石”活动，买者购买原石后自行剖切，损益自负。潘某花 5000 元向某商家买了两块原石，切开后发现其中一块为极品玉石，市场估价上百万元。商家深觉不公，要求潘某退还该玉石或补交价款。请问：潘某与商家签订的买卖合同效力如何？（2016-3-3，单）答：合法有效。

【例 22】某旅游地的纪念品商店出售秦始皇兵马俑的复制品，价签标名为“秦始皇兵马俑”，2800 元一个。王某购买了一个，次日，王某以其购买的“秦始皇兵马俑”为复制品而非真品属于欺诈为由，要求该商店退货并赔偿。请问：王某与商店签订的买卖合同效力如何？（2015-3-52，多）答：合法有效。

(二) 无效的民事法律行为★★

无效的民事法律行为★★【鼓励交易原则；民法总则第 144、146、153、154、156 条；台湾民法第 71 条、72 条】	
五种情形	1. 违反 法律、行政法规的效力性强制性规定 【如 诉讼时效和物权法定 ；台湾民法第 71 条】
	2. 违背 公序良俗 【如 代孕行为 ；德国民法第 138 条；日本民法第 91 条；台湾民法第 72 条】
	3. 无民事行为能力人 实施的民事法律行为

⁵⁵《合同法》第 185 条：赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。

⁵⁶在大陆法系，泰国采**公共秩序**的概念，德国、瑞士采**善良风俗**的概念；法国、日本以及我国台湾地区则采**公共秩序和善良风俗**的概念。

	4. 行为人与相对人以 虚假的意思表示 ⁵⁷ 实施的民事法律行为【 为何无效呢？ 原因在于：这一“意思表示”所指向的法律效果并非双方当事人的内心真意，双方对此相互知晓，如果认定其为有效，有悖于意思自治原则】
	5. 恶意串通 损害他人合法权益【 恶意串通：行为人与相对人互相勾结，为谋取私利而实施的损害他人合法权益的民事法律行为；注意：结合债权人撤销权 】
法律后果	1. 无效的民事法律行为， 自始、当然、确定、永远、绝对无效 ，任何人、任何时候均可以主张无效
	2. 法院或仲裁机构可以 主动审查 民事法律行为是否存在无效的因素， 其宣告不受时效限制（即既不受诉讼时效亦不受除斥期间限制）
	3. 民事法律行为无效后，行为人因该行为取得的财产， 应当予以返还；（即恢复原状） 不能返还或没有必要返还的， 应当折价补偿；有过错的一方 应当赔偿对方因此所受到的损失，各方 都有过错的 ，应当 各自承担相应的责任 。法律另有规定的，依照其规定【 注意：无效的技术合同 】
注意	部分有效部分无效、内部有效外部无效以及外部有效内部无效等情况【民法总则第 156 条】
	1. 流（押）质条款；2. 超过 20% 的定金合同；3. 无效的格式条款和免责条款；4. 超过 20 年的租赁合同

（三）效力待定的民事法律行为★★

效力待定的民事法律行为★★【民法总则第 145、171 条；2015-3-14-B，单】	
两种情形	1. 限人所实施的与意思能力 不相适应的双方 民事法律行为（即合同行为）
	2. 无权代理

（四）可撤销的民事法律行为★★★

1. 可撤销的民事法律行为的四种情形★★★

可撤销的民事法律行为的四种情形★★★【民法总则第 147—152 条】		
欺诈	含义	一方当事人 故意告知对方虚假情况或故意隐瞒真实情况，诱使 对方当事人作出 错误 意思表示
	类型	(1) 故意告知虚假情况【无中生有型（作为）； 如期房买卖（预售）中告知买方未来小区内 有网球场、游泳池、健身房、购物广场、大型超市、轨道交通等附属设施 ⁵⁸ ，后交房时发现并不存在】
		(2) 故意隐瞒真实情况【指鹿为马型（不作为）； 如把国产假肢冒充进口假肢；把国产牛肉冒充进口牛肉；把劣质食用油（茶叶）冒充优质食用油（茶叶）；把人造钻石冒充天然钻石等】
	核心	陷入错误认识（关键词：信以为真、误以为真； 注意：陷入错误认识的原因系对方当事人诱使所导致，而非因自身原因所致 ）
	注意	1. 国有企业的利益并非国家利益 ，如受欺诈方为国有企业， 民事法律行为（合同）依然可撤销 2. 第三人实施欺诈行为 ，使一方 在违背真实意思的情况下 实施的民事法律行为， 对方知道或应当知道 该欺诈行为的， 受欺诈方有权 请求法院或仲裁机构予以撤销
胁迫	含义	以给 公民及其亲友 的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损害，或以给 法人 的荣誉、名誉、财产等造成损害为 要挟，迫使 对方作出违背真实的意思表示
	对象	自然人（本人及其亲友）或法人
	内容	民事权益
	核心	胁迫人 不正当的预告危害 而使被胁迫人陷入 恐惧或害怕的心理状态，至于手段如何，是否真实、谁实施的均在所不问
重大误解	含义	行为人因对 行为的性质、对方当事人、标的物 的品种、规格、数量、质量等的错误认识，使行为的结果与自己的意思相悖， 并造成较大损失
	类型	(1) 对 行为的性质 认识错误（误把有偿当无偿）

⁵⁷虚假的意思表示，又称虚伪表示或伪装表示，其法律概念源于德国民法（第 117 条第 1 款），后被日（第 94 条）、韩（第 108 条）、我国台湾地区（第 87 条第 1 款）等民法所采。所谓“虚伪表示”是指表意人与相对人**通谋**而为虚假的意思表示。因此，也可称为“**通谋虚伪表示**”。通谋虚伪表示以表意人与相对人的**意思联络**为核心，如果不存在**通谋的意思联络**，则不构成通谋虚伪表示。在实务中，通谋虚伪表示表现为“**阴阳合同**”。**注意：让与担保问题。**

⁵⁸从给付义务的违反构成违约，可以追究违约责任；但原则上不可以解除合同，除非构成根本违约；从给付义务的违反并不影响风险转移。

		(2) 对 对方当事人 认识错误（不包括对民事行为能力的认识错误； 注意：未成年人之保护，优先于交易安全及相对人的信赖系民法之基本原则 ）
		(3) 对 标的物 认识错误（ 知假卖假构成欺诈，不知假卖假构成重大误解 ）
	核心	对民事法律行为的 主要内容 认识错误
显失公平	含义	一方 利用对方处于困境、缺乏判断能力（信息不对称） 等情形，致使民事法律行为 成立时显失公平
	注意	假一罚十，构成单方允诺之债，不得基于显示公平而行使撤销权（2008-3-7，单）

【例 23】甲房产开发公司在交给购房人张某的某小区平面图和项目说明书中都标明有一个健身馆。张某看中小区健身方便，决定购买一套商品房并与甲公司签订了购房合同。张某收房时发现小区没有健身馆。请问：张某是否有权请求甲公司双倍返还购房款？（2014-3-51，多）答：无权。

【例 24】喜好网球和游泳的赵某从宏大公司购买某小区商品房一套，交房时发现购房时宏大公司售楼部所展示的该小区模型中的网球场和游泳池并不存在。经查，该小区设计中并无网球场和游泳池。请问：赵某如要求退房，是否有权请求宏大公司双倍返还购房款？（2008-3-54-C，多）答：无权。

房屋买卖合同中欺诈问题处理汇总表★★★

	从给付义务	违约责任	根本违约	解除权	撤销权	退房	惩罚性赔偿
情形 1	√	√	√	√	√	√	×
情形 2	√	√	×	×	√	√	×

※※※重点法条解析

☆☆☆《民法总则》第 149 条：**第三人实施欺诈行为**，使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，**对方知道或应当知道该欺诈行为**的，**受欺诈方**有权请求法院或仲裁机构予以撤销。

☆☆☆《民法总则》第 150 条：一方或**第三人以胁迫手段**，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，**受胁迫方**有权请求法院或仲裁机构予以撤销。

【例 25】甲患癌症，其妻乙和医院均对甲隐瞒其病情。经与乙协商，甲投保人身保险，指定身故受益人为乙。请问：保险公司是否有权以乙欺诈为由撤销合同？（2011-3-53-D，单）答：不可以，因为甲是善意的。

【例 26】齐某扮成建筑工人模样，在工地旁摆放一尊廉价购得的旧蟾蜍石雕，冒充新挖出文物等待买主。甲曾以 5000 元从齐某处买过一尊同款石雕，发现被骗后正在和齐某交涉时，乙过来询问。甲有意让乙也上当，以便要回被骗款项，未等齐某开口便对乙说：“我之前从他这买了一个貔貅，转手就赚了，这个你不要我就要了。”乙信以为真，以 5000 元买下石雕。请问：乙可否向齐某主张撤销其购买行为？（2017-3-3，单）答：可以，因为齐某是恶意的。

【例 27】甲向乙银行借款，乙银行要求甲提供担保。丙为帮助甲借款，以举报丁偷税漏税相要挟，迫使其为甲借款提供保证，乙银行对此不知情。请问：丁是否有权以其受到胁迫为由撤销保证？（2011-3-53-C，单）答：可以。因为第三人实施胁迫行为。

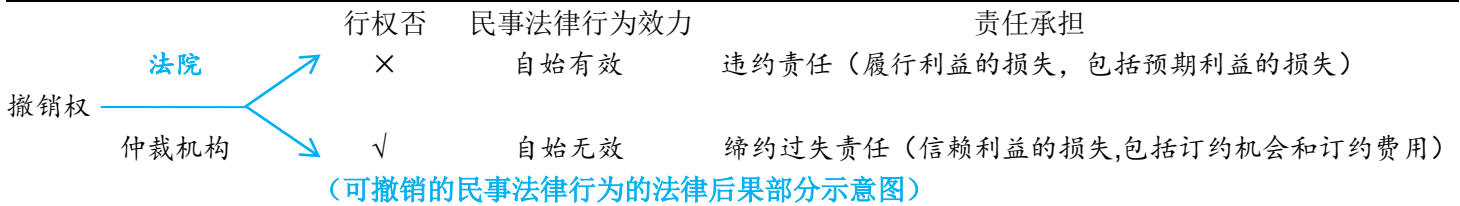
2. 可撤销的民事法律行为的效力★★★

可撤销的民事法律行为的效力★★★【民法总则第 152 条；2002-3-6，单】

撤销权	主体	(1) 欺诈（受欺诈方）；胁迫（受胁迫方）； 显失公平（受损害方） (2) 重大误解（双方）
	性质	形成权
	方式	诉讼或仲裁（ 注意：属于形成诉权 ）
	限制	(1) 受欺诈方自 知道或应当知道撤销事由之日起 1 年内 行使
		(2) 受胁迫方自 胁迫行为终止之日起 1 年内 行使
		(3) 重大误解的当事人自 知道或应当知道撤销事由之日起 3 个月内 行使
		(4) 显示公平的受损害方自 知道或应当知道撤销事由之日起 1 年内 行使
	注意：以上当事人自民事法律行为发生之日起 5 年内 没有行使	
注意	当事人 对撤销合同请求权提出诉讼时效抗辩 的，法院 不予支持 ；合同被撤销， 返还财产、赔偿损失请求权 的诉讼时效期间 从合同被撤销之日起计算【诉讼时效规定第 7 条】	

3. 可撤销的民事法律行为的法律后果★★★

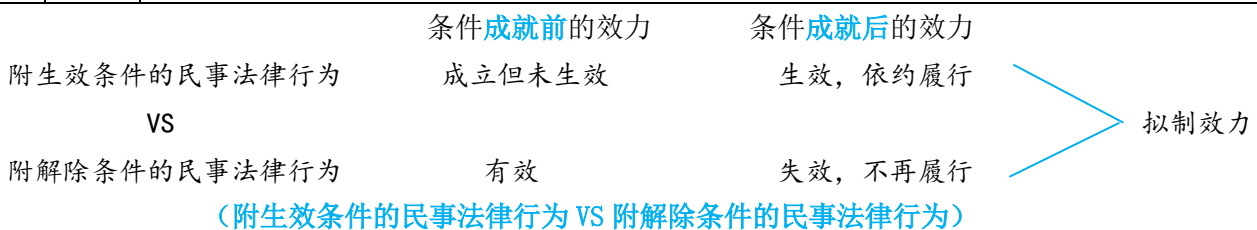
可撤销的民事法律行为的法律后果★★★	
自始有效	(1) 撤销权人 超过法律规定的除斥期间未行使 撤销权的
	(2) 撤销权人知道撤销事由后 明确表示或以自己的行为表明放弃 撤销权的
	注意 ：此时可以基于合法有效的民事法律行为追究对方的 违约责任（即履行利益的损失，包括预期利益的损失）
自始无效	撤销权人 行使 撤销权的
	注意 ：此时可以追究对方的 缔约过失责任（即信赖利益的损失，包括缔约费用和缔约机会的损失）
注意	可撤销的民事法律行为 在未被撤销前，该民事法律行为是有效的



三、特殊的民事法律行为★★

(一) 附条件的民事法律行为★★ (难点)

附条件的民事法律行为★★【民法总则第 158、159 条；合同法第 45 条；德国民法典第 158 条；日本民法典第 127 条】	
特征	1. 决定 民事法律行为 效力 发生或消灭根据的事实
	2. 表意人选定的，将来的， 发生与否不确定的 ，合法事实
种类	生效 又称“ 停止条件、延缓条件 ”，是指限制民事法律行为效力发生，使民事法律行为只有当约定的事实出现时，才发生效力的条件
	解除 又称“ 消灭条件、失效条件 ”，是指 已经生效 的民事法律行为在所附条件成就时 失效
效力	拟制效力 1. 为自己的利益 不正当地阻止 条件成就的，视为条件 已成就（做不利于行为人的推定）
	2. 为自己的利益 不正当地促成 条件成就的，视为条件 不成就（不正当指违背了诚信原则）
注意	注意：此种规定之本质在于“ 保护期待权 ”（源自德国民法典）
注意	“ 附条件的民事法律行为 ”中的“条件”是指 影响民事法律行为效力的附款 ，而“ 附义务的民事法律行为 ”是指该义务是民事法律行为一方当事人应当履行的义务，其履行与否与民事法律行为的效力本身无关（ 重点：附条件的赠与 VS 附义务的赠与 ）



【例 28】甲打算卖房，问乙是否愿买，乙一向迷信，就跟甲说：“如果明天早上 7 点你家屋顶上来了喜鹊，我就出 10 万块钱买你的房子。”甲同意。乙回家后非常后悔。第二天早上 7 点差几分时，恰有一群喜鹊停在甲家的屋顶上，乙正要赶喜鹊走，甲不知情的儿子拿起弹弓把喜鹊打跑了，至 7 点再无喜鹊飞来。请问：甲乙间的行为应如何定性？（2008-3-6，单）答：附生效条件的房屋买卖合同。

【例 29】刘某欠何某 100 万元贷款届期未还且刘某不知所踪。刘某之子小刘为替父还债，与何某签订书面房屋租赁合同，未约定租期，仅约定：“月租金 1 万元，用租金抵贷款，如刘某出现并还清贷款，本合同终止，双方再行结算。”请问：该约定应如何定性？（2014-3-59，多）答：附解除条件的房屋租赁合同。

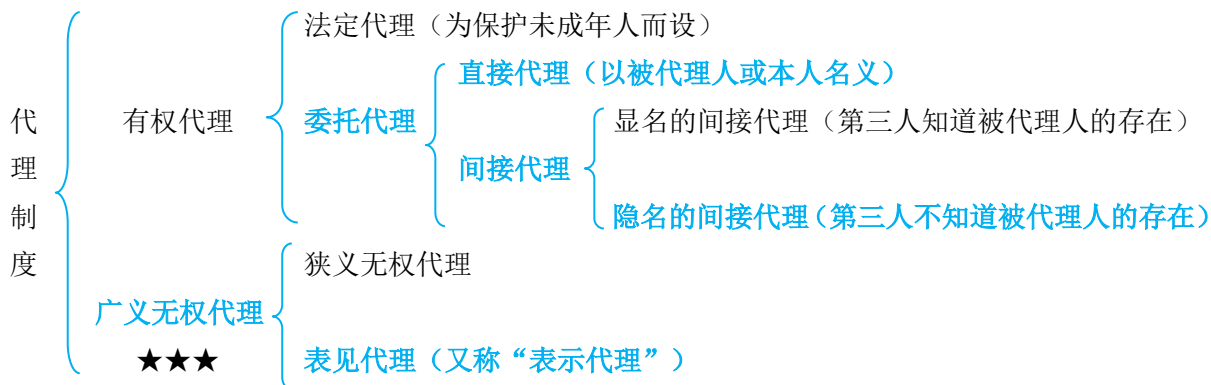
【例 30】甲公司员工魏某在公司年会抽奖活动中中奖，依据活动规则，公司资助中奖员工子女次年的教育费用，如员工离职，则资助失效。请问：该活动规则应如何定性？（2014-3-61，多）答：附解除条件的赠与合同。

(二) 附期限的民事法律行为★

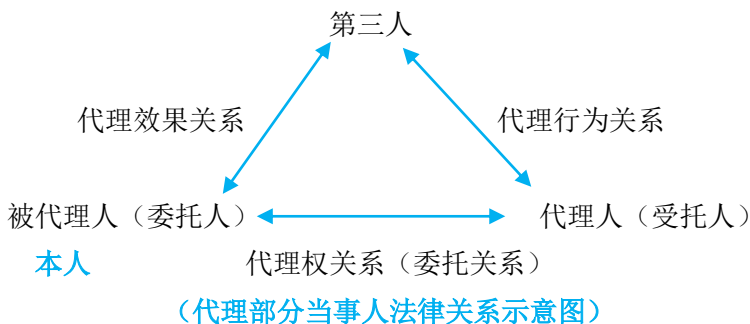
附期限的民事法律行为★【民法总则第 160 条；合同法第 46 条；德国民法典第 163；台湾民法第 102 条】			
期限	特征	表意人选定的，将来的，必然发生的（到来的具体时日未必十分确定）事实	
	种类	始期	又称“生效期限”，是指决定民事法律行为效力发生的期限
		终期	又称“失效期限”，是指决定民事法律行为效力消灭的期限（2003-3-81，不定项）
区别	到来确定为期限；不确定为条件（注意：以死亡为附款的为附期限；以年龄为附款的为附条件）		

第四讲 代理制度⁵⁹★★★

序言：代理制度体系框架图



一、代理的基本原理★★



(一) 代理的适用范围和七大特征★★

代理的适用范围和七大特征★★（2016-3-4，单）	
适用范围	民事主体可以通过代理人实施民事法律行为；依照法律规定、当事人约定或民事法律行为的性质，应当由本人亲自实施的民事法律行为，不得代理（如演出、授课、订立遗嘱、婚姻登记、收养子女、参加求职面试、记笔记等不适用代理）
七大特征	1. 须有三方当事人（区别于居间：报告居间和媒介居间；合同法第 424 条）
	2. 须在代理权限内进行民事活动（违反的可能构成无权代理或表见代理）
	3. 须以被代理人名义进行民事活动（即显名主义；区别于合同法第 414 条的行纪和第 403 条的间接代理）
	4. 代理人独立进行意思表示（区别于传达：传达人转达一个由其他人事先拟定好的表示，而不对该表示的内容施加任何影响）
	5. 法律效果由被代理人承担（区别于代表）
	6. 善意行使代理权【代理权滥用：（1）自己代理；（2）双方代理；（3）恶意串通；注意：旨在避免利益冲突，致生损害于被代理人；德国民法典第 181 条】
	7. 亲自行使代理权（区别于复代理）

⁵⁹法国是最早将代理制度予以法律确认的国家。在我国，通说认为代理的制度价值在于扩大民事主体的活动范围并补充某些民事主体行为能力之不足，因此被代理人有权利能力而无相应的行为能力实施的行为，亦可以适用代理制度。

必背法条提示：

★★《民法总则》第 164 条：代理人不履行或不完全履行职责，造成被代理人损害的，应当承担民事责任。代理人和相对人**恶意串通，损害被代理人合法权益的**，代理人和相对人承担**连带责任**。

★★《民法总则》第 168 条：代理人**不得以被代理人的名义与自己实施**民事法律行为，但被代理人同意或追认的除外。

代理人**不得以被代理人的名义与自己同时代理的其他人实施**民事法律行为，但被代理的双方同意或追认的除外。

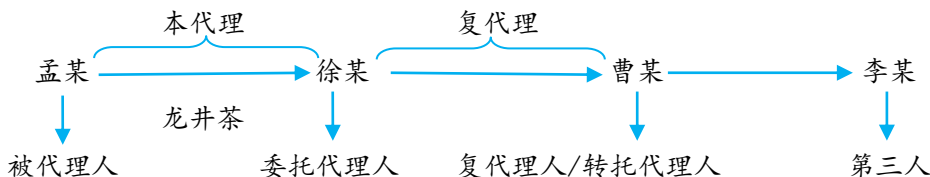
(二) 基础关系 VS 代理权授予行为★★ (注意：有委托不一定有代理；有代理也不一定有委托)

基础关系 VS 代理权授予行为★★ (现代民法，即德国民法开始进行区分，即内外有别)		
	基础关系	代理权 ⁶⁰ 授予行为 (无因行为)
性质	双方民事法律行为 (委托合同、劳动合同等)	(被代理人的) 单方民事法律行为
效果	只约束合同双方 (委托人和受托人)	产生代理权，由被代理人承受法律后果
关系	代理权授予行为属于单方民事法律行为，并不以基础关系为必要 (保护交易秩序和善意第三人)	

必背法条提示：

★★★《民法总则》第 165 条：委托代理授权采用书面形式的，**授权委托书应当载明代理人的姓名或名称、代理事项、权限和期间**，并由**被代理人签名或盖章**。

二、复代理★★



(复代理部分当事人法律关系示意图)

【例 31】2019 年 3 月 20 日，孟某委托徐毛毛前往浙江省杭州市购买明前西湖龙井茶 1000 斤 (特级)。4 月 1 日，徐毛毛来到杭州后水土不服，突发急病，前往医院治疗。眼看清明将至，为了孟某的利益，徐毛毛欲将此事转委托给自己的好友曹某，电话征求孟某的同意，但始终无法与孟某取得联系。无奈之下，徐毛毛只好先斩后奏。将购买龙井茶一事转委托给曹某，但情急之下，忘记告知曹某购买茶叶的级别。4 月 6 日，曹某亲自前往当地茶农李某家中购买龙井茶 (一级)，为压低购买价格，威胁茶农李某，如不低价出卖茶叶，将刺伤李某的小儿子李仲基 (5 岁)。无奈之下，李某只好低价出卖茶叶 1000 斤 (损失 2 万元)。根据上述案情，请回答如下问题：(见《2019 年孟献贵讲民法》第 101 页)

- (1) 徐毛毛将购买龙井茶一事转委托给曹某，应以谁的名义选任？
- (2) 曹某是徐毛毛的代理人还是孟某的代理人？
- (3) 徐毛毛在未征得孟某事前同意的情况下，是否有权自行将购茶一事转委托给曹某？
- (4) 茶农李某的损失 2 万元是否可以直接向孟某要求赔偿？
- (5) 孟某承担责任后，可否要求徐毛毛和曹某向自己承担连带责任？

复代理★★【民法总则第 169 条；共考查 2 次；2011-3-4，单；2008 延-3-52，多】

含义	代理人为了被代理人利益而转托他人实施代理的行为 (又称“次代理”)
特征	1. 由 代理人以自己的名义 选任 (基于代理人的 复任权 而选任的)
	2. 是 被代理人的代理人 而非代理人的代理人
	3. 代理权限以代理人的权限为限
	4. 法律效果由 本人 承担
产生	1. 事前本人授权或同意
	2. 事后本人追认的
	3. 紧急情况下 ，为被代理人的利益 (由于急病、通讯联络中断等特殊原因，委托代理人自己不能办理代理事项又不能与被代理人及时取得联系，如不及时转托他人代理，会给被代理人的利益造成损失或扩大损失)

⁶⁰通说认为代理权并非权利，而是一种资格和地位。

责任	委托代理人 转托不明 给第三人造成损失的，第三人可以直接要求 被代理人赔偿 ， 后被代理人可向委托代理人追偿 ；转托代理人（复代理人） 有过错的 ，与委托代理人承担 连带责任
----	--

三、职务代理☆☆

职务代理☆☆【商事外观原则；民法总则第 170 条】	
含义	根据代理人所担任的职务而产生的代理
特征	1. 被代理人是 法人或非法人组织 （如果被代理人是自然人，只能采用一般的委托代理）
	2. 代理人须是 执行法人或非法人组织工作任务的人员 （如工厂采购员、商店售货员、劳务派遣单位派到用工单位的工作人员）
	3. 代理事项 须是职权范围内的事项
责任承担	1. 执行法人或非法人组织工作任务的人员，就其 职权范围内的事项 ，以 法人或非法人组织的名义 实施民事法律行为，对法人或非法人组织 发生法律效力
	2. 法人或非法人组织对执行其工作任务的人员 职权范围的限制 ，不得对抗善意相对人（即“内外有别”）

四、无权代理和表见代理★★★

无权代理 VS 表见代理★★★【民法总则第 171、172 条；2005-3-53，多；2006-3-5，单；2014-3-52，多】		
	无权代理	表见代理（外观主义）
判断	1. 行为人没有代理权（自始无代理权、超越代理权、代理权终止） 2. 以他人名义实施民事法律行为 3. 欲将法律效果直接归属于本人（被代理人）	1. 行为人没有代理权（自始无代理权、超越代理权、代理权终止） 2. 以他人名义实施民事法律行为 3. 第三人 有理由相信 其有代理权【相对人须举证证明：①主观上：第三人需证明自己 善意且无过失 ； 善意 即不知情、不了解、不知悉； 无过失 即尽到了 形式审查义务（审查的内容为：授权委托书），但无需核实（实质审查义务） ；②客观上：第三人需证明 权利外观 的存在，即 A： 介绍信⁶¹ ；B： 盖有公章或合同专用章的空白合同书 ；C： 交易习惯（特定身份关系） ； 经常、往常、通常、长期等 】
合同效力	效力待定	有效（能够产生与有权代理相同的法律效果， 适用有权代理规则；2002-3-13，单 ）
法律效果	本人追认，本人承担；不追认，行为人承担（ 注意：善意相对人享有选择权 ）；相对人知道或应当知道代理人无权代理的（ 自涉风险行为 ），相对人和代理人 按照各自的过错 承担责任	本人（被代理人）承担，承担责任后向表见代理人 追偿 （ 注意：1. 内外有别；2. 在相对人不主张表见代理的情况下，被代理人或无权代理人不得主张表见代理，因为表见代理制度系保护善意相对人的利益和维护交易安全的，而非保护无权代理人的利益 ）
民事权利	被代理人的 追认权 和 否认权 及善意相对人的 撤销权（主动放弃交易） 为形成权、相对人的 催告权 并非形成权	注意 ：下列情形 不构成表见代理，构成无权代理（被代理人举证证明） ：1. 行为人 伪造或盗用 他人的公章、合同书或授权委托书等，假冒他人的名义实施民事法律行为的；2. 被代理人的公章、合同书或授权委托书等 遗失、被盗 ，或与行为人 特定的职务关系已经终止，并且已经以合理方式公告或通知，相对人应当知悉的

⁶¹如果介绍信包含了授权的内容但是不具体，则构成表见代理；如果介绍信没有包含授权的内容，则不构成表见代理。

※※※重点法条解析

★★★《民法总则》第 171 条：行为人没有代理权、超越代理权或代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，对被代理人不发生法律效力。

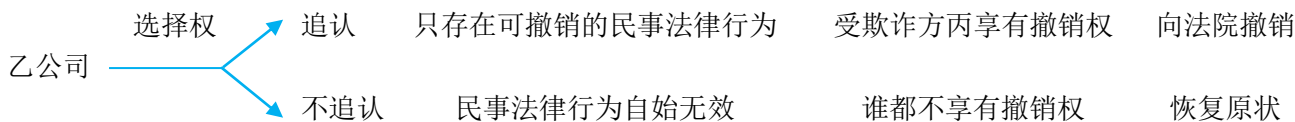
相对人可以催告被代理人自收到通知之日起 1 个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。无权代理人实施的行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

无权代理人实施的行为未被追认的，善意相对人有权请求无权代理人履行债务或就其受到的损害请求无权代理人赔偿，但是赔偿的范围不得超过被代理人追认时相对人所能获得的利益。（同《德国民法典》第 179 条第 1 款）

相对人知道或应当知道代理人无权代理的，相对人和代理人按照各自的过错承担责任。

【例 32】甲用伪造的乙公司公章，以乙公司名义与不知情的丙公司签订食用油买卖合同，以次充好，将劣质食用油卖给丙公司。合同没有约定仲裁条款。关于该合同，下列哪一表述是正确的？（2013-3-4，单）⁶²

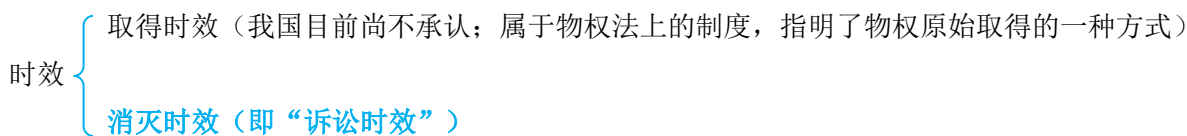
- A. 如乙公司追认，则丙公司有权通知乙公司撤销
- B. 如乙公司追认，则丙公司有权请求法院撤销
- C. 无论乙公司是否追认，丙公司均有权通知乙公司撤销
- D. 无论乙公司是否追认，丙公司均有权要求乙公司履行



（无权代理部分解题思路示意图）

第五讲 诉讼时效★★★

序言：时效制度体系框架图



一、诉讼时效的基本原理★★

诉讼时效的基本原理★★【民法总则第 188、192、193、196、197 条；台湾民法第 144 条第 1 项】				
性质	效力性强制性规定；诉讼时效的期间、计算方法以及中止、中断的事由由法律规定，当事人约定无效；当事人对诉讼时效利益的预先放弃无效【民法总则第 153 条：违反法律的效力性强制性规定的民事法律行为无效】			
功能	阻止诉讼时效期间届满的债权的实现			
适用范围	原则	请求权（债权请求权）		
	例外	1. 支付存款本金及利息请求权；2. 兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权；3. 基于投资关系产生的缴付出资请求权；4. 未授权给公民、法人经营、管理的国家财产受到侵害		
	注意☆☆	下列请求权不适用诉讼时效的规定：1. 请求停止侵害、排除妨碍、消除危险；2. 不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产 ⁶³ ；3. 请求支付抚养费、赡养费或扶养费；4. 其他【民法总则第 196 条】		
法律效力	学说	抗辩权发生说（同德国民法典，2008 年 9 月 1 日起施行的《诉讼时效规定》不再采胜诉权消灭说）		
	内容	起诉	权利人起诉后，法院应当受理，不得裁定不予受理（债权人丧失起诉权）	
		审理	被告	法院★★
			取得时效抗辩权	不得释明及主动适用（被动司法）
			主张	判决驳回原告的诉讼请求
不主张	判决原告胜诉			
抗辩	原则	一审期间【诉讼时效规定第 4 条】		

⁶²答案：B。解析见《2019 年众合真题解读：民法》第 038 页。

⁶³立法理由：在实践中，一律规定所有的动产物权的权利人返还财产请求权不适用诉讼时效，在操作上面临很多困难，也没有必要。一般动产价值小、流动大、易耗损，如果不适用诉讼时效的规定，多年后再提起诉讼，一是因年代久远存在举证困难；二是增加诉累；三是不利于矛盾的及时解决。综合考虑，规定这类普通动产适用诉讼时效。

船舶、航空器和机动车等动产，价值较大，被称为“准不动产”，准用不动产管理的很多规则，这类动产多进行物权登记。如果进行了登记，与不动产登记一样，产生强有力的公示公信效力。因此，登记动产物权的权利人请求返还财产不适用诉讼时效的规定

期限	例外	二审期间（新证据）
事后放弃	1. 时效期间届满后，债务人 自愿履行 的， 视为放弃 时效利益， 不得反悔 ；债权人受领给付的， 不构成不当得利【注意：这一点在学理上没有任何争议；诉讼时效规定第 22 条】	
诉讼时效利益	2. 时效期间届满后，债务人虽未自愿履行但已作出 同意履行 的意思表示的， 视为放弃 时效利益，时效期间 重新起算【注意：重新起算的原因并非诉讼时效中断，而是新的债权债务关系的形成，具有强制执行力，即单方允诺之债（单方行为说）；2005-3-87-D，不定项；2013-3-5，单】	

【例 33】甲公司开发的系列楼盘由乙公司负责安装电梯设备。乙公司完工并验收合格投入使用后，甲公司一直未支付工程款，乙公司也未催要。诉讼时效期间届满后，乙公司组织工人到甲公司讨要。因高级管理人员均不在，甲公司新录用的法务小王，擅自以公司名义签署了同意履行付款义务的承诺函，工人们才散去。其后，乙公司提起诉讼。关于本案的诉讼时效，下列哪一说法是正确的？（2017-3-4，单）⁶⁴

- A. 甲公司仍可主张诉讼时效抗辩
- B. 因乙公司提起诉讼，诉讼时效中断
- C. 法院可主动适用诉讼时效的规定
- D. 因甲公司同意履行债务，其不能再主张诉讼时效抗辩

二、诉讼时效的种类★★

诉讼时效的种类★★【民法总则第 188 条第 2 款；合同法第 129 条；环境保护法第 42 条；海商法第 265 条】		
普通	3 年	借款合同、环境污染、油污损害
特殊	4 年	涉外：国际货物买卖和技术进出口合同争议
最长★★	20 年	自权利受到损害之日起超过 20 年的，法院不予保护；有特殊情况的，法院可以根据权利人的申请决定延长

三、诉讼时效的起算★★

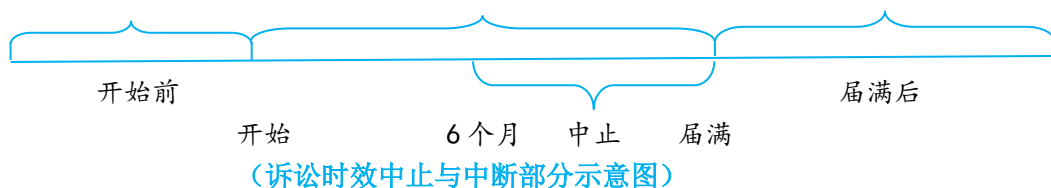
诉讼时效的起算★★【民法总则第 189—191 条】		
原则	自权利人知道或应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算	
例外	合同之债★★	1. 未约定履行期限的， 宽限期届满之日 ；但债务人在债权人第 1 次主张权利之时明确表示不履行的， 自表示不履行义务之日
		2. 约定 1 个确定履行期的， 履行期限届满之日
		3. 约定多个履行期限的，即分期履行， 最后一期履行期限届满之日
侵权之债	★★	1. 当时发现的， 侵害发生之日
		2. 当时未曾发现的， 伤势确诊之日
注意☆☆	☆☆	1. 无限行为能力人对其法定代理人的请求权的诉讼时效期间，自该 法定代理终止之日起 计算【民总第 190 条】
		2. 未成年人遭受性侵害的损害赔偿请求权的诉讼时效期间，自受害人 年满 18 周岁之日起 计算【民法第 191 条】

四、诉讼时效的中止和中断★★★

无中止和中断问题

中断

无中止和中断问题



⁶⁴答案：B。解析见《2019 年众合真题解读：民法》第 046 页。

(一) 诉讼时效中止和诉讼时效中断

诉讼时效中止 VS 诉讼时效中断★★★【《诉讼时效规定》共 24 条；2006-3-6，单】		
	中止	中断★★★
期间	诉讼时效期间的最后 6 个月	诉讼时效期间内
事由	1. 不可抗力；2. 无民事行为能力人或限制民事行为能力人没有法定代理人，或法定代理人死亡、丧失民事行为能力或丧失代理权；3. 继承开始后未确定继承人或遗产管理人；4. 权利人被义务人或其他人控制；5. 其他导致权利人不能行使请求权的障碍	1. 权利人向义务人提出履行请求的； 2. 义务人同意履行义务的； 3. 权利人提起诉讼或申请仲裁的； 4. 与提起诉讼或申请仲裁具有同等效力的其他情形
效力	继续计算	重新计算

必背法条提示：

★★★《民法总则》第 180 条第 2 款：不可抗力，是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。

★★《诉讼时效规定》第 10 条：具有下列情形之一的，应当认定为“当事人一方提出要求”，产生诉讼时效中断的效力：

(一) 当事人一方直接向对方当事人送交主张权利文书，对方当事人在文书上签字、盖章或者虽未签字、盖章但能够以其他方式证明该文书到达对方的；

(二) 当事人一方以发送信件或者数据电文方式主张权利，信件或者数据电文到达或者应当到达对方的；

(三) 当事人一方为金融机构，依照法律规定或者当事人约定从对方当事人账户中扣收欠款本息的；

(四) 当事人一方下落不明，对方当事人在国家级或者下落不明的当事人一方住所地的省级有影响的媒体上刊登具有主张权利内容的公告的，但法律和司法解释另有特别规定的，适用其规定。

前款第（一）项情形中，对方当事人为法人或者其他组织的，签收人可以是其法定代表人、主要负责人、负责收发信件的部门或者被授权主体；对方当事人为自然人的，签收人可以是自然人本人、同住的具有完全行为能力的亲属或者被授权主体。

★★《诉讼时效规定》第 11 条：当事人一方向法院提交起诉状或口头起诉的，诉讼时效从提交起诉状或口头起诉之日起中断。

★★《诉讼时效规定》第 12 条：当事人一方向人民法院提交起诉状或者口头起诉的，诉讼时效从提交起诉状或者口头起诉之日起中断。

★★《诉讼时效规定》第 13 条：下列事项之一，法院应当认定与提起诉讼具有同等诉讼时效中断的效力：

(1) 申请仲裁；(2) 申请支付令；(3) 申请破产、申报破产债权；(4) 为主张权利而申请宣告义务人失踪或死亡；(5) 申请诉前财产保全、诉前临时禁令等诉前措施；(6) 申请强制执行；(7) 申请追加当事人或被通知参加诉讼；(8) 在诉讼中主张抵销；(9) 其他与提起诉讼具有同等诉讼时效中断效力的事项。

★★《诉讼时效规定》第 14 条：权利人向人民调解委员会以及其他依法有权解决相关民事纠纷的国家机关、事业单位、社会团体等社会组织提出保护相应民事权利的请求，诉讼时效从提出请求之日起中断。

★★《诉讼时效规定》第 15 条：权利人向公安机关、人民检察院、人民法院报案或者控告，请求保护其民事权利的，诉讼时效从其报案或者控告之日起中断。

上述机关决定不立案、撤销案件、不起诉的，诉讼时效期间从权利人知道或者应当知道不立案、撤销案件或者不起诉之日起重新计算；刑事案件进入审理阶段，诉讼时效期间从刑事裁判文书生效之日起重新计算。

★★《诉讼时效规定》第 16 条：义务人同意履行义务的，具体情形包括义务人作出分期履行、部分履行、提供担保、请求延期履行、制定清偿债务计划等承诺或行为。

(二) 诉讼时效中断的五种特殊情形★★★

诉讼时效中断的五种特殊情形★★★【诉讼时效规定第 11 条、17—19 条】	
五种情形	1. 权利人对同一债权中的部分债权主张权利，诉讼时效中断的效力及于剩余债权，但权利人明确表示放弃剩余债权的情形除外（同一债权“部分而及于剩余”；注意：前提是债权尚未过诉讼时效）
	2. 对连带权利人或连带义务人中的一人发生诉讼时效中断的，中断的效力及于全部连带权利人或连带义务人（连带之债“一人而及于全体”；仅适用于共同侵权的情形，连带责任保证部分单独适用特别法规定）

3. 债权人提起代位权诉讼的，应当认定对债权人的债权和债务人的债权均发生诉讼时效中断的效力（代位权之诉“一箭双雕”）
4. 债权转让的，应当认定诉讼时效从债权转让通知到达债务人之日起中断。债务承担情形下，构成原债务人对债务承认的，应当认定诉讼时效从债务承担意思表示到达债权人之日起中断（债权转让“通知到达”）
5. 主债务诉讼时效期间届满，保证人享有主债务人的诉讼时效抗辩权。保证人未主张前述诉讼时效抗辩权，承担保证责任后向主债务人行使追偿权的，法院不予支持，但主债务人同意给付的情形除外【担保法第20条第1款：一般保证和连带责任保证的保证人享有债务人的抗辩权。债务人放弃对债务的抗辩权的，保证人仍有权抗辩】

【例 34】甲为乙欠银行的 50 万元债务提供一般保证。甲不知 50 万元主债务诉讼时效期间届满，放弃先诉抗辩权。请问：甲承担保证责任后得否向乙追偿？（2012-3-5-D，单）答：可以。

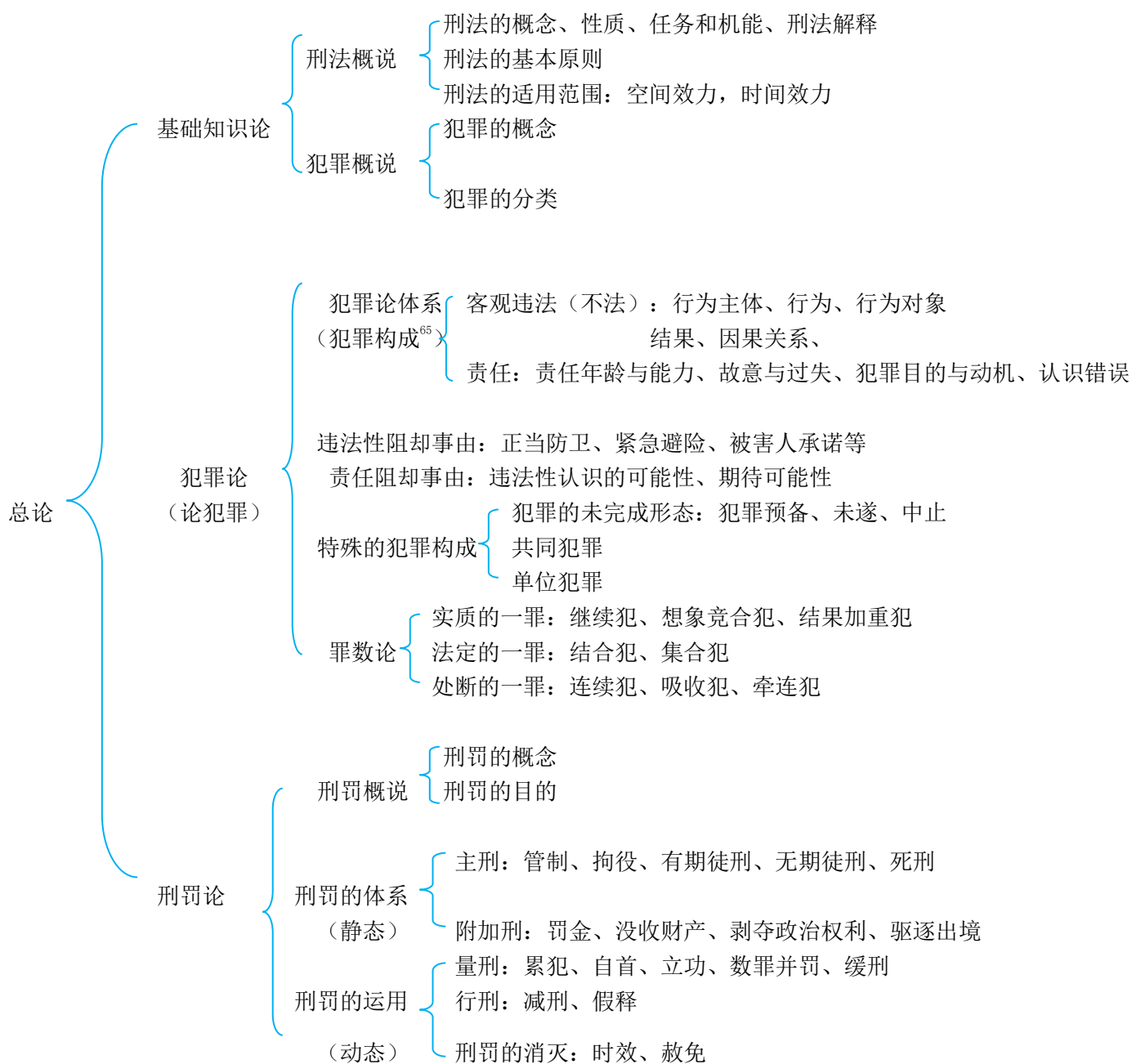
【例 35】甲公司从乙公司采购 10 袋菊花茶，约定：“在乙公司交付菊花茶后，甲公司应付货款 10 万元。”丙公司提供担保函：“若甲公司不依约付款，则由丙公司代为支付。”乙公司交付的菊花茶中有 2 袋经过硫磺熏蒸，无法饮用，价值 2 万元。乙公司要求甲公司付款未果，便要求丙公司付款 10 万元。请问：如丙公司放弃对乙公司享有的先诉抗辩权，仍向乙公司付款 8 万元，则丙公司得否向甲公司追偿？（2011-3-54-D，多）答：可以。

五、诉讼时效和除斥期间的区别★★

诉讼时效 VS 除斥期间★★

	诉讼时效	除斥期间（又称“预定期间”）
含义	请求权于一定期间不行使而减损其效力之制度	法律规定或当事人约定的某种权利预定的存续期间
客体	请求权（债权请求权）	形成权（撤销权、解除权）
法律效果	债务人产生永久性抗辩权	实体权利消灭
是否可变	最长诉讼时效外，均为可变期间	不变期间（不可以中止、中断、延长）
可否主动	法院不得主动释明亦不得主动适用	法院可以依职权予以审查
起算点	除最长诉讼时效外，均自权利人知道或应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算	除法律另有规定外，原则上自权利人知道或应当知道权利产生之日起计算

刑法学结构图



⁶⁵ 犯罪构成是采用三阶层还是四要件，与法考做题没有直接关系。

刑法总则

第一篇 基础理论

第一章 刑法与刑法解释

一、刑法的渊源

1、刑法典（含刑法修正案）。⁶⁶

2、单行刑法。刑法典之外，独立地规定了犯罪与刑罚的法律。⁶⁷

3、附属刑法。某部法律的整体性质不是刑法，但是也附带了极少量的犯罪与刑罚的规定。例如，《产品质量法》中，有关于生产、销售伪劣产品构成犯罪的规定。

4、变通规定。

注意问题：刑法中的“法定量刑情节”之“法定”必须是上述4种所规定的。刑法的渊源告诉了我们什么是刑法，因此，**刑法中所规定的“法定量刑情节”、“罪刑法定原则”中的“法”就是上述的刑法，而不能是在此之外的渊源。**例如，2009年刑法试题中曾经问及，“入户盗窃”是否属于**法定的从重处罚情节**，“入户盗窃”作为一种从重处罚情节并不是“法定”的，因为**刑法**对此并没有规定。⁶⁸再如，刑法第238条（非法拘禁罪）第1款规定，非法拘禁过程中具有殴打、侮辱情节的，从重处罚。这一规定属于“刑法”的规定，属于“法定”从重处罚情节（见2011年卷二60）。

最高人民法院、最高人民检察院近年来采用案例指导制度。对于“两高”发布的指导性案例，各级法院与检察院在办理类似案例时应当参照。但是，这种做法只不过是当前盛行的司法解释的另一种表述，而不是将指导性案例作为刑法的渊源。另外，最高人民法院、最高人民检察院所作的司法解释，虽然在审判实践中具有法律效力，但仍然不属于刑法的渊源。司法解释从来都不属于刑法的渊源，因为司法解释仅是解释刑法条文的既有含义，其不能创设新的罪刑规范。

二、刑法的性质与机能

（一）刑法区别于其它法律的特征：

1、特定性。2、广泛性。3、严厉性。4、刑法具有**补充性**。5、刑法是其它法律的**保障法**。

结论：刑法区别于其它法律的特征在于它的严厉性。这也决定了，这么严厉的刑法，我们在适用的时候应该非常慎重。（这要求我们，一些**形式上**符合刑法规定的行为，如果**实质上**不具有严重危害性，不宜作为犯罪处理）

（二）刑法的机能

1、行为规制机能。2、法益“保护”机能。3、自由“保障”机能（人权保障机能）。

结论：刑法最重要的机能是限制国家权力，防止国家突破法律的规定侵犯人权。

2008年卷四第七题（本题25分）

提示：本题为选答题，请选择其中一问作答。答题时务必在答题纸对应位置上标明“问题1”或“问题2”。两问均作答的，仅对书写在前的答案评阅给分。

材料：

案例一：2005年9月15日，B市的家庭主妇张某在家中利用计算机ADSL拨号上网，以E话通的方式，使用视频与多人共同进行“**裸聊**”被公安机关查获。对于本案，B市S区检察院以聚众**淫乱**罪向S区法院提起公诉，后又撤回起诉。

案例二：从2006年11月到2007年5月，Z省L县的无业女子方某在网上从事有偿“裸聊”，“裸聊”对象遍及全国22个省、自治区、直辖市，在电脑上查获的聊天记录就有300多人，网上银行汇款记录1000余次，获利2.4万元。对于本案，Z省L县检察院以传播淫秽物品牟利罪起诉，L县法院以传播淫秽物品牟利罪判处方某有期徒刑6个月，缓刑1年，并处罚金5000元。（案例来源：《刑法审判参考》第75集）

关于上述两个网上“裸聊”案，在司法机关处理过程中，对于张某和方某的行为如何定罪存在以下三种意见：

第一种意见认为应定传播淫秽物品罪（张某）或者传播淫秽物品牟利罪（方某）；

第二种意见认为应定聚众淫乱罪；

第三种意见认为“裸聊”不构成犯罪。

⁶⁶ 刑法修正案是对刑法典内容的修改、补充、完善，即对立法的一种修改，所以，刑法修正案也是刑法典的内容之一。

⁶⁷ 目前我国的单行刑法只有全国人大常委会1998年12月29日颁布的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》。（该决定创设骗购外汇罪；将逃汇罪的主体由国有单位扩大到所有中国的单位；将非法买卖外汇定为非法经营罪）

⁶⁸ 即便根据2011年的《刑法修正案（八）》，“入户盗窃”被规定为盗窃罪的情形之一，属于“法定”，但不是法定的“从重”情节。

问题:

根据罪刑法定原则,评述上述两个网上“裸聊”案的处理结果⁶⁹

三、刑法解释

(一) 刑法解释的效力(依据效力进行的划分,即“谁”在解释刑法)

1. 立法解释(全国人大常委会)。2. 司法解释(最高司法机关)。3. 学理解释(专家学者)。

**考点:

(1) 无论何种解释,其**权力均是说明性的**,可以进行扩大解释,不得进行类推解释。(不得突破条文含义)

(2) 全国人大在“立法”时,其权力是**创造性**的;但在进行“立法解释”的时候,其权力是**说明性**的。《刑法修正案》是刑法典本身,是对刑法典伤筋动骨的修改,不是立法解释。

[难点提示]:虽然是立法机关所做的**立法解释**,但其性质还是“解释”,而不是造法,解释时必须符合刑法条文的含义,不能突破刑法条文的含义。立法机关在“**立法**”的时候的权力是很大的,例如,将曾经不是犯罪的行为规定为犯罪行为,曾经是犯罪的行为现在进行新的立法不作为犯罪处理,在立法中作一些“法律拟制”型的规定。但立法机关在进行“立法解释”时显然没有这么大的权力。——立法:基建;立法解释:装修。再者,立法与立法解释的程序也不一样。

(3) 三种解释的效力:立法解释优于司法解释,司法解释优于学理解释,不是按时间的远近。学理解释没有法律效力。

(4) 立法解释、司法解释、学理解释只是解释的主体不同,不涉及具体的解释方法的问题。例如,将拐卖妇女罪的对象“妇女”解释为包括男人在内,属于类推解释方法,但即便是立法解释、司法解释作出了这一解释,也不否认这一解释为“类推解释”。⁷⁰

2008年卷二20.①立法解释是由立法机关作出的解释,既然立法机关在**制定法律**(刑法第267条第2款)时可以规定“**携带凶器抢夺的以抢劫罪论处**”,那么,立法解释也可以规定“**携带凶器盗窃的,以抢劫罪论处**”。⁷¹②当然,立法解释毕竟是解释,所以,立法解释不得进行类推解释。③司法解释也具有法律效力,当司法解释与立法解释相抵触时,应适用新解释优于旧解释的原则。④不过,司法解释的效力低于立法解释的效力,所以,立法解释可以进行扩大解释,司法解释不得进行扩大解释。——第②句正确,其它错误

(二) 刑法解释方法

1. 刑法解释方法分为两大类:

(1) 解释技巧(论理解释):平义解释、宣言解释、扩大解释、缩小解释、反对解释、类推解释、比附、补正解释。——条文的适用方法

(2) 解释理由:文理解释、体系解释、当然解释、历史解释、比较解释、目的解释。——解释的参照事项

**“对一个刑法条文或者一个刑法用语的解释,只能采用一种解释技巧,但采用哪一种解释技巧,取决于解释理由,而解释理由是可以多样的。例如,对刑法第275条(故意毁坏财物罪)的毁坏概念,不可能既作平义解释,又作扩大解释;也不可能既作平义解释,又作缩小解释;更不可能既作扩大解释,又作缩小解释。解释者采用哪一种解释技巧,是需要解释理由来支撑的”。——对一个用语作出一个解释,其支撑理由可以多种多样甚至越多越好,但是解释技巧只能选择一种。解释技巧是结论的制造者,解释理由是结论的论证者。”

2. 几个重要的解释技巧与解释理由

(1) 扩大解释。

扩大解释是一种合理的推演,社会本身的不断发展变化,也要求“刑法用语”适当扩张以涵盖更多的变化内容。语词的含义本身就是有一定的弹性的,包括核心含义与边缘含义。**无论是对被告人有利的、还是对被告人不利的扩大解释,均是可以适用的。**扩大解释得出的结论是条文的当然含义,不会让你大吃一惊。也就是说,这种解释结论并没有超出国民对刑法用语含义的预测可能性。⁷²

⁶⁹ 上述两起案件,从形式上来看,均属于传播淫秽物品,但从实质上看,前者情节显著轻微,以犯罪论处并不妥当。刑法中的犯罪不仅仅是形式上符合刑法规定,亦要求实质上还应具有严重的社会危害性。

⁷⁰ 当然,由于立法解释、司法解释权的主体是全国人大常委会、最高人民法院、最高人民检察院,这些官方有权机关在作出解释时一般都非常慎重,通常情形下,几乎不会做出违反罪刑法定原则的类推解释。

⁷¹ “携带凶器盗窃”本属于盗窃罪,“立法解释”无权将本属于盗窃罪的行为“解释”为抢劫罪,但将来的“立法”有权将该行为“规定”为抢劫罪。

⁷² 虽然扩张解释与类推解释的区分非常困难。但从应试的角度看,一般认为,官方(如全国人大常委会、最高司法机关)作出的解释、重要学者所作出的通说的解释,属于扩大解释。例如,上述历年真题2009年卷二1C、D选项。

将破坏交通工具中的“汽车”解释为包括作为交通工具使用的大型拖拉机；⁷³将信用卡诈骗罪中的信用卡解释为包括“借记卡”均属于扩大解释。⁷⁴但是，将拐卖妇女罪中的“妇女”解释为包括“男性”，将强奸罪中的妇女解释为包括“男性”，均属于类推解释，因为这种解释结论会让人们“大吃一惊”。

2009年卷二1关于刑法解释的说法，下列哪一选项是正确的？（C）

- A. 将盗窃罪对象的“公私财物”解释为“他人的财物”，属于缩小解释⁷⁵
- B. 将《刑法》第一百七十一条出售假币罪中的“出售”解释为“购买和销售”，属于当然解释⁷⁶
- C. 对随身携带枪支等国家禁止个人携带的器械以外的其它器械进行抢夺的，解释为以抢劫罪定罪，属于扩张解释
- D. 将信用卡诈骗罪中的“信用卡”解释为“具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡”，属于类推解释

（2）缩小解释（限制解释、限缩解释）。**解释实践中，缩小解释主要是为了限制刑法处罚范围。尤其是对于刑法中的加重情节，为了实现刑罚轻缓、缓解部分犯罪的法定刑畸重的现象，多进行缩小解释。

需要注意的是，扩大解释与限制解释是两种相反的解释方向，因此，对于同一法条的同一用语不可能既做扩大解释又做限制解释。但是对于不同法条的相同用语，完全可能基于保护法益以及体系解释上协调无漏洞的需求而做不同的解释，即完全可能对此条文中的某一概念做扩大解释，对彼条件中的某一概念做限制解释。

2008年四川卷二1.根据《刑法》第一百一十一条的规定，为境外的机构、组织、人员非法提供国家秘密或者情报的，构成犯罪。司法解释将其中的“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项”项”。——这一解释属于缩小解释

（3）当然解释。

第一，当然解释意味着，欲解释的案件较之刑法的既有规定，有过之而无不及。刑法规定虽未明确某一事项，但依形式逻辑、规范目的及事物属性的当然道理，将该事项解释为该规定的适用范围之内，属于“理所应当、不言自明”。例如，原刑法规定偷税2次受过行政处罚，再次偷税的，成立偷税罪。那么，偷税4次受过行政处罚，再次偷税的，“当然”成立偷税罪。

第二，如果某一案件，与刑法的规定正好符合，不是远远大于，则不是当然解释。当然解释要求欲解释的事项较之刑法的规定更具有“递进性”。2014年卷二3.C.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。该选项的内容是错误的，因为在网络上捏造他人名誉的事实，本来就属于“捏造事实诽谤他人”，并不会比在现场诽谤他人的危害性更具有递进性。

第三，当然解释之所以“当然”，更多地是强调某一案件的社会危害性较之刑法规定的犯罪更大，更有理由作为犯罪处理，但是，如果当然解释不符合罪刑法定原则，该结论同样是错误的。例如，播放淫秽录像的行为，根据刑法第364条第2款的规定，成立组织播放淫秽音像制品罪，根据当然解释，二人在公园公开发生性行为的危害性更大，更应入罪，但由于刑法对此没有明文规定，我们不能将该行为当然入罪，否则就违反罪刑法定原则。“当然解释”虽然追求解释结论的合理性，但从当然解释推导出来的解释结论，有可能与罪刑法定原则相抵触。例如，刑法第227条第2款规定了倒卖车票、船票罪，而没有规定倒卖飞机票罪，似乎后者更当然应该构成犯罪。但是，车票、船票的概念不能包容飞机票，所以不可能根据刑法第227条第2款的规定处罚倒卖飞机票的行为。

2015年卷二51C.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——该选项错误，当然解释的结论也不能违反罪刑法定，应遵循体系解释，抢劫罪是侵犯财产权利的犯罪，“儿童”并不属于财产，因此，抢“儿童”的行为属于侵犯人身权利的犯罪，应认定为是拐骗儿童罪。

⁷³ 不少学者认为这可能涉嫌类推。实际上，在农村地区，拖拉机并不是仅仅耕作使用的，在一定范围内是作为交通工具使用的，从这一意义上看，将“汽车”解释为包括“大型拖拉机”在内，有其合理性。但如果将“汽车”解释为包括“飞机”，则明显属于类推解释了。将大型拖拉机解释为属于“汽车”，至少是一个扩大解释，甚至有可能是类推解释。这也从一个侧面说明，扩大解释与类推解释之间的界限是模糊的。正是基于此，2013年司法考试真题指出：将“汽车”解释为包括“大型拖拉机”在内，至少是一个扩大解释，甚至是类推解释。

2014年卷二3D.将盗窃骨灰的行为认定为盗窃“尸体”，属于扩大解释。该选项错误，将盗窃骨灰的行为解释为盗窃尸体罪，属于类推解释。应区分“尸体”与“骨灰”，2002年最高人民检察院研究室《关于盗窃骨灰行为如何处理问题的答复》：“骨灰”不属于刑法第三百零二条规定的“尸体”。对于盗窃骨灰的行为不能以刑法第三百零二条的规定追究刑事责任。也正基于此，2015年《刑法修正案（九）》将刑法原302条的盗窃、侮辱、故意毁坏尸体罪修改为盗窃、侮辱、故意毁坏尸体、尸骨、骨灰罪，即将该罪的对象从尸体增加至包括骨灰，罪名也作了相应变更。从此意义上看，尸体与骨灰属于两个不同的概念，如将尸体解释为包括骨灰在内，属于类推解释。如今政府基于保护耕地与环境等理由鼓励火化，但基于一些传统理念，部分人仍然不愿火化后将骨灰火葬，而是保留尸体后土葬。从这一意义上看，尸体与骨灰也是不同的概念。

⁷⁴ 但如果将“信用卡”解释为包括“校园卡”，则属于类推解释。

⁷⁵ 缩小解释是需要对概念进行解释，该选项中，以“财物”解释“财物”，仅在前面加了限定语“他人的”，并没有解释“财物”，属于目的性限缩。也有观点认为，这一解释属于当然解释，盗窃罪的对象不可能是自己的财物，只能是他人的财物，这是理所当然的。这一选项当年考得比较偏，可以不掌握。

⁷⁶ 从字面意义上看，“出售”是一种单向的行为，而不可能包括“购买”和“销售”双向行为，这显然属于类推解释。

第四，当然解释强调，入罪举轻以明重，出罪举重以明轻。《刑法》第 65 条规定，不满 18 周岁的人不成立累犯；《刑法》第 356 条规定，因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪被判过刑，又犯本节规定之罪的，从重处罚。根据当然解释的原理，对不满 18 周岁的人不适用《刑法》第 356 条的规定从重处罚。

(4) 体系解释。根据刑法条文在整个刑法中的地位，联系相关法条的含义，阐明其含义。例如，对于奸淫幼女的行为成立强奸罪的，是否要求行为人主观上明知对方为幼女，必须结合刑法总则的规定来理解，强奸罪是故意犯罪，而刑法总则规定犯罪故意必须对犯罪事实明知，因此，行为人主观上应明知对方是“幼女”。体系解释需要注意的是：

第一，体系解释并不要求对于刑法中的同一用语作相同解释。

第二，体系解释也应遵循同类解释规则。例如，刑法第 114 条规定了放火罪、爆炸罪、决水罪、投放危险物质罪、以危险方法危害公共安全罪，对以危险方法危害公共安全罪中的“危险方法”就不宜解释过大，而应遵循同类解释规则，解释为与“放火、爆炸、决水、投放危险物质”性质基本相当的危险行为。

(5) 历史解释（立法意图）。根据历史背景（静态的、过去的历史）及刑法发展的源流（动态的、变化的历史），阐明刑法条文真实含义的解释方法。

例如，江苏南京鼓楼区组织男公关同性卖淫事件是否成立组织卖淫罪？从 1997 年刑法立法的原意来看，组织卖淫罪应是指组织女性对男性的卖淫。当然，这只是运用历史解释方法得出的结论，这一结论未必一定正确。对于该行为仍然要定罪，在立法当时，保守的立法者不可能在当时的情况下想到会有男性给女性卖淫，更不可能想到男性给男性卖淫，当下如果对于这些行为不予处理，可能并不合适。

****考点提示：**

(1) 通过各种解释方法得出的解释结论不必然正确，也即不必然符合罪刑法定原则。⁷⁷

(2) 刑法用语解释具有相对性：同一术语，在刑法不同条文中，内容可能不一致。⁷⁸

2013 年卷二 3. 关于刑法解释，下列哪一选项是错误的？(A)

- A. 学理解释中的类推解释结论，纳入司法解释后不属于类推解释⁷⁹
- B. 将大型拖拉机解释为《刑法》第 116 条破坏交通工具罪的“汽车”，至少是扩大解释甚至是类推解释⁸⁰
- C. 《刑法》分则有不少条文并列规定了“伪造”与“变造”，但不排除在其他一些条文中将“变造”解释为“伪造”的一种表现形式
- D. 《刑法》第 65 条规定，不满 18 周岁的人不成立累犯；《刑法》第 356 条规定，因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪被判过刑，又犯本节规定之罪的，从重处罚。根据当然解释的原理，对不满 18 周岁的人不适用《刑法》第 356 条⁸¹

2016 年卷二 51. 关于罪刑法定原则与刑法解释，下列哪些选项是正确的？(AD)

- A. 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⁸²

⁷⁷ 例如，将在“公共交通工具上抢劫”中的“交通工具”解释为小型出租车、电瓶车等，可以认为是扩大解释，但这种解释结论肯定不符合刑法的目的，是错误的。但我们不否认该解释结论是扩大解释。2015 年卷二 51.A. 《刑法》规定“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的”构成强奸罪。按照文理解释，可将丈夫强行与妻子性交的行为解释为“强奸妇女”——根据文理解释，强奸罪保护的法益是妇女性的自己决定权，丈夫强行与妻子性交的依然可以解释为强奸妇女。刑法第 236 条并未将“妇女”限制为“除妻子之外的女人”，因此，从文理解释看，强奸自己的妻子的，也可以认定为刑法第 236 条的“强奸妇女”。当然，对于强奸罪的对象“妇女”，是仅依照文理解释，还是应该考虑其他解释如目的解释等，则是存在争议的问题。中国审判实践中通常认为，不能仅仅根据文理解释来解释强奸罪的对象“妇女”，丈夫强奸妻子的行为一般不宜以强奸罪论处，除非是基于特殊情况，如夫妻之间已经处于离婚诉讼期间或者因感情不合长期分居，丈夫强奸妻子的，有部分被认定为强奸罪的。

⁷⁸ 在部分犯罪中，刑法明确区分了伪造与变造，例如，在货币犯罪中，刑法规定了伪造货币罪与变造货币罪，刑法第 320 条规定了提供伪造、变造的出入境证件罪。从这一意义上看，伪造与变造之间是一种排斥关系，变造不属于伪造的表现形式之一，二者属于各自独立的表现形式。但从语义上来看，变造确实属于伪造的一种，有的类型的犯罪，刑法仅规定了“伪造”一种类型的犯罪，在此情形下，就可以将“变造”行为也解释为“伪造”行为的一种。比如刑法第 196 条信用卡诈骗罪中，只规定了“使用伪造的信用卡”的行为，没有规定使用变造的信用卡的行为，如果行为人使用所谓“变造”的信用卡（如磁条内的信息被变更的信用卡）的，应认定为使用“伪造”的信用卡。此时的所谓“变造”就可以解释为是“伪造”的一种形式，因为伪造可以包括变造。

2015 年卷二 51. B. 《刑法》对抢劫罪与强奸罪的手段行为均使用了“暴力、胁迫”的表述，且二罪的法定刑相同，故对二罪中的“暴力、胁迫”应作相同解释——该选项错误。抢劫罪所要求的“暴力、胁迫”必须达到足以抑制被害人反抗的程度，进而取得被害人的财物，而强奸罪中的“暴力、胁迫”则没有这么严重的要求。如果像抢劫罪中的“胁迫”那样解释强奸罪中的胁迫，那么，许多以胁迫手段（如以揭发隐私相要挟）违反妇女意志而实施的强奸行为，就不可能成立强奸罪，使值得科处刑罚的行为置于刑法规制之外，因而不利于保护妇女的性权利。反之，如果像强奸罪中的胁迫那样解释抢劫罪中的胁迫，则必然导致敲诈勒索与抢劫行为受到相同的处罚，造成轻重不同的行为得到相同的处理，违反公平正义理念。

⁷⁹ “类推解释”就是类推解释，而不在于这个解释作出的主体是谁。

⁸⁰ 将“汽车”解释为包括“大型拖拉机”在内，显然是扩张了“汽车”的范围。扩大解释与类推解释均是扩张了刑法概念的含义，但该选项并没有明确指出这一解释究竟是扩大解释还是类推解释，只是说至少是扩大，乃至有可能是类推，这是没有问题的。

⁸¹ 既然不满 18 周岁的人不构成累犯，意即实施任何犯罪（包括故意杀人罪）都不构成累犯，不需要从重处罚。那么，其实施更轻的犯罪，如前后犯罪均为毒品犯罪的，更没有必要适用毒品犯罪的再犯（第 356 条）而从重处罚。这实际上是举重以明轻的当然解释。

⁸² 甲、乙法条中的“暴力”并不需要做完全相同的解释，相同概念在不同条文中的含义并不完全一致。

B. 《刑法》第 237 条规定的强制猥亵、侮辱罪中的“侮辱”，与《刑法》第 246 条规定的侮辱罪中的“侮辱”，客观内容相同、主观内容不同⁸³

C. 当然解释是使刑法条文之间保持协调的解释方法，只要符合当然解释的原理，其解释结论就不会违反罪刑法定原则

D. 对刑法分则条文的解释，必须同时符合两个要求：一是不能超出刑法用语可能具有的含义，二是必须符合分则条文的目的

2018 年真题：关于刑法解释，下列说法正确的是？（D）

A. 将持有“大炮”解释成持有枪支，成立非法持有枪支罪，不违反罪刑法定原则

B. 生产、销售假药罪中的“假药”是没有药效的药，所以有药效的不是假药

C. 将注册与他人商标“相似”的商标解释为刑法第 213 条假冒注册商标罪中所要求的“注册相同商标”，违反罪刑法定

D. 将刑法第 111 条（为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪）中“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”，属于缩小解释

第二章 刑法的基本原则

一、罪刑法定原则

（一）罪刑法定原则的理念

本质：给人民更多的自由与权利，限制国家的权力。罪刑法定原则强调，定罪量刑的依据只能依据刑法的规定及行为的社会危害性，而不宜过度强调预防犯罪、警示其他人犯罪给行为人科以重刑。⁸⁴

（二）内容——**约束的对象**：既约束司法人员（侦查、检察、审判人员等），也约束立法者。

1. 形式的侧面——刑事古典学派。限制司法权

2002 年卷二 1. 刑法分则某条文规定：犯 A 罪的，“处三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金”。被告人犯 A 罪，但情节较轻，且其身无分文。对此，下列哪一判决符合该条规定？（D）⁸⁵

A. 甲法官以被告人身无分文为由，判处有期徒刑 6 个月

B. 乙法官以被告人身无分文且犯罪情节较轻为由，判处有期徒刑 1 年，缓期 2 年执行

C. 丙法官以被告人的犯罪情节较轻为由，判处拘役 3 个月

D. 丁法官以被告人的犯罪情节较轻为由，判处罚金 1000 元

（1）法律主义。排斥习惯法——“**成文**”的罪刑法定。

其中“法”必须是全国人大制定的，并且，涉及犯罪、刑罚的内容必须由刑法规定。“习惯”在解释刑法中的某些概念时，有一定的参考意义，例如，如何理解“强制猥亵罪”中的“猥亵”，就应考虑当地的风俗、习惯。但习惯绝不能成为定罪量刑的依据。

2011 年卷二 6. 关于过失犯的论述，下列哪一选项是错误的？（C 选项的内容是错误的，当选）

C. 过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。这里的“法律”不限于刑事法律

（2）禁止溯及既往。——“事前”的罪刑法定。变通为：从旧兼从轻，⁸⁶仅适用于**未决犯，曾经已经判决的行为，不能以后续出台的新法处罚更轻为由，更改以往的判决。**

（3）禁止类推解释。——“严格”的罪刑法定。变通为：有利于被告的类推在特定（例外）的情况下可以适用。（禁止有罪、重罪类推）

2010 年卷二 9. 甲女因抢劫杀人被逮捕，羁押期间不慎摔伤流产。一月后，甲被提起公诉。——对甲应当视为“审判时怀孕的妇女”，不适用死刑⁸⁷

⁸³ 刑法第 237 条强制猥亵、侮辱罪中的“猥亵”、“侮辱”，是指针对他人实施的，具有性的意义，侵害他人的性的决定权的行为。而刑法第 246 条侮辱罪中的“侮辱”，是指对他人予以轻蔑的价值判断的表示，所表示的内容通常与他人的能力、德性、身份、身体状况等相关。侮辱罪中的“侮辱”比强制猥亵、侮辱罪中的侮辱的范围应该更加广泛。

⁸⁴ 理念：出罪。案例：某城中村面临拆迁，在拆迁补偿中，具有该村户口的老年人会得到更多的补偿。甲为了能够得到更多的拆迁补偿，就与自己的妻子离婚，并同时与其丈母娘办理了结婚手续。由于甲的丈母娘是没有工作的老年人，在这次拆迁补偿中，甲因此多得了 9 万元的补偿款。在拆迁事宜全部结束以后，甲与其丈母娘办理了离婚手续，又与其妻子复婚。——甲的离婚、结婚均合法，不成立诈骗罪。

⁸⁵ 既然根据刑法规定，法律规定了要判罚金刑，就必须判处罚金刑，否则就有违罪刑法定原则。

⁸⁶ 即禁止重法溯及既往，禁止不利于行为人的事后法。有利于被告人的事后法，仍然可以适用该法生效之前的未判决生效的行为。从旧兼从轻原则，实际上就是新旧法适用时选择有利于被告的法律。

⁸⁷ 刑法规定，“审判的时候怀孕的妇女不适用死刑”，即便将“怀孕的妇女”解释为包括“流产的妇女”在内，有类推解释的嫌疑，但该解释有利于被告，司法解释也认同。

(4) 禁止绝对不定期刑。

2. 实质的侧面。——限制立法权

(1) 明确性（相对明确）。

(2) 禁止处罚不当罚的行为。——“**确定**”（合理）的罪刑法定

(3) 禁止不均衡的、残虐的刑罚。⁸⁸

二、罪刑相适应原则

(一) 贯彻⁸⁹

1. 立法。2. 量刑。3. 行刑。（这三个层面都要贯彻罪刑相适应）

2005年卷二51. 下列关于罪刑相适应原则的说法哪些是正确的？（BCD）

A. 罪刑相适应原则要求刑法不溯及既往⁹⁰

B. 罪刑相适应原则要求刑事立法制定合理的刑罚体系

C. 罪刑相适应原则要求刑罚与**犯罪性质、犯罪情节和罪犯的人身危险性相适应**

D. 罪刑相适应原则要求在行刑中合理地运用减刑、假释等制度

(二) 罪刑相适应原则与刑罚个别化原则之间的关系：二者相互制约，共同实现刑法正义，并不矛盾。刑罚个别化不能突破法律的底线，刑罚个别化是在罪刑相适应所允许的范围内对不同的犯罪行为予以区别对待，有利于推进刑罚的精确性

**易混点提示：“罪刑”指犯罪、刑罚；“罪行”指犯罪行为。

三、平等适用刑法原则（“司法平等”而非“立法平等”）⁹¹

第三章 刑法的适用范围

一、空间效力

**考点提示：

(1) 考生只要知道中国刑法有没有管辖权，其他国家在同一案件的管辖权并不排斥中国刑法的管辖权。

(2) 各种管辖原则有适用顺序：先适用前面的，再适用后面的。针对一个犯罪，只有一种管辖原则。

2012年卷二86C. 赵某在境外购买人民币假币，危害我国货币管理制度，应适用保护管辖原则审理本案——（该选项错误，应适用属人管辖）

(一) 属地管辖

1. 我国领域的范围包括哪些？

(1) 领陆、领水、领空。——固定的领土

(2) **旗国主义**（移动的领土）：我国船舶或者航空器内（即使在其它国家领域内，也认为在中国领域内）。其他交通工具，视同一辆自行车，不属于我国领域。外国航空器、船舶进入我国领域，也认为是我国领域内。

2. 如何理解“犯罪地”在我国领域内犯罪？——（**想**）沾边就管，极度扩张⁹²

3. 特别规定（即使在我国领域内犯罪，也不适用我国刑法的）——享有外交特权和豁免权的人：主要是外交官员。

⁹³

⁸⁸ 这实际上衍生出了罪刑相适应原则（罪刑均衡原则）

⁸⁹ 对于罪刑均衡原则，应当注重其在刑法解释中的运用。例如：2000年《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》规定，对于以拘禁他人的方法索取非法债务的，定非法拘禁罪，而不定绑架罪。因为以绑架罪论处，原刑法起刑就是十年有期徒刑，太重了，所以司法解释将其解释为非法拘禁罪。

⁹⁰ 这是罪刑法定原则的要求。

⁹¹ 在立法中，刑法对于不同的主体给予不同的处罚并没有违反平等适用刑法原则。相反，那是通过立法的规定，使不同主体之间在实践中更趋于平等。

⁹² 即犯罪地（犯罪的行为或者结果）在我国领域内。只要犯罪行为和犯罪结果有一项发生在我国领域内，就应当适用我国刑法。共同犯罪：只要共同犯罪行为有一部分（包括共同实行、教唆和帮助）发生在我国领域或者共同犯罪结果有一部分发生在我国领域内，就认为是在我国领域内犯罪。未完成形态：行为地与行为人希望结果发生之地、可能发生结果地，都是犯罪地，只要犯罪地属于我国，都适用属地管辖。例如，在我国境内邮寄装有炸药的包裹，在境外放火，危害结果发生在国外的，都属于在我国领域内犯罪。犯罪行为实施于国外，但犯罪结果发生在我国境内。例如在我国境外开枪，打死境内居民的，可以适用我国刑法；又如，从A国运送毒物到中国，服用毒物者死在B国的，犯罪的中间影响地在中国，我国刑法亦可以管辖。

⁹³ 其他人员，如外国商人，在我国不可能有外交特权与豁免权。试想想，中国商人在美国犯罪，不可能有外交特权与豁免权。

注意：**我国驻外使领馆不宜认定为是我国领域内**。当然，对于在中国驻外使领馆的犯罪行为，我国虽然不能基于属地管辖，但可以基于属人管辖、保护管辖原则等行使管辖权。⁹⁴

2005年卷二 56. 下列哪些犯罪行为应实行属地管辖原则？（A C）

- A. 外国人乘坐外国民航飞机进入中国领空后实施犯罪行为
- B. 中国人乘坐外国船舶，当船舶行驶于公海上时实施犯罪行为
- C. 外国人乘坐中国民航飞机进入法国领空后实施犯罪行为
- D. 中国国家工作人员在外国实施我国刑法规定的犯罪行为

（二）属人管辖：中国公民在国外犯罪

1. 中国公民在中国领域外犯**本法规定之罪**的，适用本法，但按照本法规定**最高刑为3年以下（轻罪）**有期徒刑的，**可以不追究**。

2. 国家工作人员和军人在域外犯罪的，一律适用我国刑法。

3. 上述犯罪，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。——对域外判决的消极承认

4. 刑法第7条中的“中华人民共和国公民”可以解释为“**裁判时的中华人民共和国公民**”。⁹⁵

（三）保护管辖：外国人在国外侵害了我国国家或国民利益

1. 所犯之罪必须侵犯了我国国家或者公民的法益。

2. 按我国刑法规定**法定最低刑为3年以上**有期徒刑。——重罪（如故意杀人罪、抢劫罪、强奸罪）

3. 双重犯罪：所犯之罪按照**犯罪地的法律**也该受处罚。

符合上述条件，“可以”适用我国刑法。

（四）普遍管辖原则

1. 行使普遍管辖原则的限制：

（1）针对的应当是国际条约所规定的罪行；（国际罪行⁹⁶，中国刑法一般也将其规定为是犯罪）

（2）我国是相关条约的缔约国或者参加国；

（3）我国刑法将该行为规定为犯罪。

（4）原则上要求罪犯出现在我国领域内。

2. 处理方式：或起诉（**适用中国法律**）、或引渡。

（五）对外国刑事判决的承认：即使在外国受过处罚，也可以依照本法追究刑事责任，但可以免除或减轻处罚。

2007年卷二 51. 关于刑事管辖权，下列哪些选项是正确的？（ABD）

A. 甲在国外教唆陈某到**中国境内**实施绑架行为，中国司法机关对甲的教唆犯罪有刑事管辖权

B. 隶属于中国某边境城市旅游公司的**长途汽车**在从中国进入E国境内之后，因争抢座位，F国的汤姆一怒之下杀死了G国的杰瑞。对汤姆的杀人行为不适用中国刑法

C. 中国法院适用**普遍管辖原则**对劫持航空器的丙行使管辖权时，定罪量刑的依据是中国缔结或者参加的国际条约

D. 外国人丁在中国领域外对中国公民犯罪的，即使按照中国刑法的规定，该罪的最低刑为3年以上有期徒刑，也可能不适用中国刑法

二、时间效力

1. 刑法的时间效力：从旧兼从轻。（略）

2. 司法解释的时间效力。——从旧兼从轻

第一，法律解释是对现行刑法的解释，因此其效力适用于刑法生效的全部期间。即法律解释适用于刑法条文规定之后的全部期间，包括法律解释出台之前。“正式解释并不是刑法本身，既然是对刑法的解释（而且排除了类推解释），那么，对现行正式解释之前的行为，只要是在现行刑法施行后实施的，就得按正式解释适用刑法”。⁹⁷也就是说，2016年司法解释对1997年刑法某条文进行了解释，该解释可以适用于1997年以后的犯罪行为，而不仅仅是2016年以后的犯罪行为。即，司法解释完全可以适用于其通过之前的犯罪行为。

第二，具体情形的处理：

（1）行为时没有正式解释，审理时有正式解释的，适用正式解释。即司法解释可以适用于其出台之前的行为，司法解释自发布或者规定之日起施行，效力适用于**法律**的施行期间。⁹⁸

⁹⁴ 中国公民在中国驻外使、领馆内的犯罪，由其主管单位所在地或者原户籍地的人民法院管辖（《刑诉法解释》第7条）。

⁹⁵ 只要“裁判时”属于中国公民，即便裁判之前在国外犯罪（犯罪时不是中国公民），基于属人管辖，也可适用中国刑法。

⁹⁶ 国际性犯罪，即国际条约所规定的犯罪（如毒品犯罪、劫持航空器罪、洗钱、贩卖人口、灭绝种族、人类等）

⁹⁷ 张明楷：《刑法学》，法律出版社2007年版，第73页。

⁹⁸ 可以这样思考，审判实践中经常出现疑难案件，地方司法机关会请示最高人民法院，最高人民法院会作出相应的解释，该解释作出后，当然可以适用于该疑难案件。这就可以说明，新作出的解释可以适用于其生效之前的犯罪行为。

(2) 旧的正式解释认为某行为不构成犯罪，新的正式解释认为该行为构成犯罪，行为人在旧解释出台后新解释出台前实施该行为的，适用旧的解释。

(3) 旧的正式解释将某种行为认为构成犯罪，新的正式解释认为该行为不构成犯罪，行为人在旧解释出台后新解释出台前实施该行为的，适用新的解释。

第(2)、(3)可以这样理解，1998年出台了旧解释，2000年实施了某一行为，2005年出台了新解释。无论是新解释，还是旧解释，都是可以适用于该行为的。既然两个解释都可以适用于该行为，原则上应适用旧解释，如果新解释对被告人更有利，适用新解释。例如，1998年关于盗窃罪的司法解释规定，盗窃数额较大的最低标准是500元，而2013年司法解释的标准是1000元。行为人在2012年盗窃800元（未判决），如果2012年审判，适用旧解释构成盗窃罪，但如果案件直到2014年仍未审判，当然可以适用新解释，认为不构成犯罪。

2017年卷二1. 关于刑事司法解释的时间效力，下列哪一选项是正确的？(B)

- 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⁹⁹

2018年真题：关于刑法及司法解释的时间效力，下列选项正确的有？(AB)

A. 甲在2010年受贿500万，2016年司法解释规定受贿罪“数额特别巨大”的标准为300万元，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。甲的行为可以适用《刑法修正案(八)》，应以犯罪论处

第二篇 犯罪论

第四章 犯罪概说

一、犯罪的分类

(一) 理论分类

1. 自然犯与法定犯。

考点：自然犯不能由单位构成。历年真题中，单位拐卖儿童、窃电的案件，由于单位不能成为拐卖儿童罪、盗窃罪的主体，只能追究自然人相应犯罪的刑事责任。**此外，自然犯，行为人产生法律认识错误，后果自负。**

2. 即成犯（故意杀人罪）、状态犯（盗窃罪）、继续犯（非法拘禁罪、拐卖妇女罪、绑架罪）¹⁰⁰。区分的意义：只要**犯罪行为**在继续（继续犯），中途加入的人可以成立共同犯罪。继续犯的犯罪行为、不法状态一直处于持续之中。

2010年卷二6. 关于共同犯罪，下列哪一选项是正确的？(B选项错误)

B. 甲明知乙犯故意杀人罪而为乙提供隐藏处和财物。甲、乙构成共同犯罪¹⁰¹

2002年卷二46. 甲以出卖为目的，将乙女拐骗至外地后关押于一地下室，并曾强奸乙女。甲在寻找买主的过程中因形迹可疑被他人告发。国家机关工作人员前往解救时，甲的朋友丙却聚众阻碍国家机关工作人员的解救行为。——甲、丙成立拐卖妇女罪的共犯¹⁰²

(二) 法定分类

1. 国事犯罪与普通犯罪。2. 亲告罪与非亲告罪。3. 基本犯、加重犯与减轻犯。

⁹⁹ 自己可以反过来思考，关于盗窃罪的“数额较大”的标准，1998年、2012年分别出台过不同的司法解释，如果以现在的司法解释去评判以往已经根据旧解释作出的判决，那得纠正多少所谓的“错误判决”呢？再者，在新解释出来之前，法院依据当时的旧解释判案，有错吗？既然没有，为什么要纠正呢？

¹⁰⁰ 提示：凡是侵犯人身自由的犯罪（如非法拘禁罪、绑架罪、拐卖妇女罪）、持有型犯罪（如持有假币罪、非法持有枪支罪），都是继续犯。

¹⁰¹ 甲的行为成立窝藏罪。

¹⁰² 丙中途加入进来帮忙，可以认为是拐卖妇女罪的共犯。同时，丙的行为也是妨害公务罪。丙是拐卖妇女罪与妨害公务罪的想象竞合。

第五章 犯罪构成

一、构成要件的要素

1. 客观的构成要件要素、主观（存在于内心）的构成要件要素。
2. 记述的构成要件要素、规范的构成要件要素

(1) 记述（明确）的构成要件要素。日常生活对该用语有明确的界限，如“人”、“妇女”、“毒品”——生活术语

对于与构成要件要素相对应的客观事实，只需要进行事实判断，知觉的、认识的活动即可确定的要素。如故意杀人罪的对象“人”，显然通过我们的直觉、感观就能知晓其意义。

(2) 规范（不明确）的构成要件要素。我们通过感知并不能够获得正确的判断，需要法官的价值评价的要素，或者说需要法官的规范的评价活动、需要法官的补充的价值判断的要素。——即这些用语的含义是需要解释才得适用的，在日常生活用语中没有明确的界限。

规范的构成要件要素=客观事实+价值判断。——专业术语。大致可分为三类：

- a. 法律的评价要素。国家工作人员、司法工作人员、公私财物、他人占有的财物
- b. 经验法则的评价要素。入户抢劫中的“户”。
- c. 价值的评价要素。猥亵、淫秽物品、侮辱、诽谤等。¹⁰³

[注意]：有些要素，可能我们不同的人会得出不同的结论，如毒品，但是否属于“毒品”还是有客观标准的，不依赖于人的主观价值判断，实践中行为人贩卖的是不是毒品，只要用相关的仪器进行检测就能得出结论，标准还是客观、确定的。这属于记述的构成要件要素。

**成立故意犯罪，要求行为人对记述的、规范的构成要件要素都有认识。记述的构成要件要素属于日常生活用语，一般人的认识不存在障碍，所以，只要求行为人认识到对象属于这个“词”（如人、妇女、毒品）就能明白其行为的社会意义。规范的构成要件要素属于专业术语，普通民众可能不能精准地认识专业术语本身，甚至连“猥亵”、“淫秽”这两个词都不会写，但只要他能够了解这两个词的基本内容就可以，例如，知道自己实施的行为是在占妇女的便宜（猥亵），仍然实施该行为的，成立强制猥亵妇女罪；知道自己卖的光盘是下流的（淫秽）而贩卖，成立贩卖淫秽物品罪等。即，对于规范的构成要件要素，行为人只需要认识到客观事实即可。¹⁰⁴

3. 积极（入罪）的构成要件要素与消极（出罪、罪轻）的构成要件要素。
4. 共同的构成要件要素、非共同的构成要件要素。前者如主体、行为等，后者如身份等。
5. 成文的构成要件要素、不成文的构成要件要素。¹⁰⁵

(1) 成文的构成要件要素：刑法条文明文规定的构成要件要素。

(2) 不成文的构成要件要素：刑法条文表面上没有明文规定，但根据刑法条文之间的相互关系、刑法条文对相关要素的描述所确定的，成立犯罪所必须具备的要素。——“非法占有的目的”。例如，刑法分则第三章第五节规定了八种金融诈骗罪，但只就集资诈骗罪、贷款诈骗罪与信用卡诈骗罪规定了非法占有目的，其它金融诈骗犯罪同样需要“非法占有目的”。再如，不真正不作为犯的作为义务来源，刑法并没有明确、具体规定哪些人具有作为义务，属于不成文的构成要件要素。¹⁰⁶

2008年卷二51. 关于构成要件要素的分类，下列哪些选项是正确的？（ACD）

- A. 贩卖淫秽物品牟利罪中的“贩卖”是记述的构成要件要素，“淫秽物品”是规范的构成要件要素
- B. 贩卖毒品罪中的“贩卖”是记述的构成要件要素，“毒品”是规范的构成要件要素
- C. 强制猥亵妇女罪中的“妇女”是记述的构成要件要素，“猥亵”是规范的构成要件要素
- D. 抢劫罪的客观构成要件要素是成文的构成要件要素，“非法占有目的”是不成文的构成要件要素¹⁰⁷

¹⁰³ 例如，甲当着全班同学的面连续骂“乙是一个猪脑袋”。这是否属于侮辱罪所要求的“侮辱”行为呢？可能不同的人，价值评判不一致，就此而言，“侮辱”属于规范的构成要件要素。

¹⁰⁴ 例如，对于贩卖淫秽物品牟利罪，行为人只要认识到物品的“淫秽性”，即要求行为人认识到物品是下流的、肮脏的，就成立贩卖淫秽物品牟利罪。如果行为人没有认识清楚客观事实，误将英文的淫秽书籍当作英文学习教材出售的，不成立贩卖淫秽物品牟利罪。

¹⁰⁵ 不成文的构成要件要素是指刑法条文虽然没有明确规定，但也是必要的。

¹⁰⁶ 2016年卷二1A。“法无明文规定不为罪”的原则当然适用于不作为犯罪，不真正不作为犯的作为义务必须源于法律的明文规定——该选项错误，不真正不作为犯的作为义务属于不成文的构成要件要素。

¹⁰⁷ 刑法第263条（抢劫罪）规定：“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫财物的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑……”

2014年卷二4. 关于构成要件要素，下列哪一选项是错误的？（D）

- A. 传播淫秽物品罪中的“淫秽物品”是规范的构成要件要素、客观的构成要件要素
- B. 签订、履行合同失职被骗罪中的“签订、履行”是记述的构成要件要素、积极的构成要件要素
- C. “被害人基于认识错误处分财产”是诈骗罪中的客观的构成要件要素、不成文的构成要件要素¹⁰⁸
- D. “国家工作人员”是受贿罪的主体要素、规范的构成要件要素、主观的构成要件要素

第六章 客观不法要件

一、行为

（一）作为**犯**——刑法叫你别干，你偏要干

行为人实施刑法所禁止的法益侵害行为，违反了刑法的“**禁止性规定**”。典型的作为犯如故意杀人罪、强奸罪、放火罪，其本质在于违反了刑法的禁止性规定：不得杀人、不得强奸、不得放火。

（二）不作为**犯**——刑法叫你干一件事情，你偏不干（不履行义务）

不作为犯，不是指行为人没有实施任何行为，而是没有履行他应该履行的义务，不作为犯是违反了刑法的“**命令性规范**”。有的情况下，行为人为了逃避义务，还可能实施一些掩盖性的行为（积极行为），仍然是不作为犯。例如，逃税罪、拒不执行判决裁定罪。

[持有型犯罪属于作为犯]：持有是对特定物品的实力支配、控制。属于作为。刑法规定持有型犯罪，旨在“禁止”人们持有特定物品，而不是“命令”人们上缴特定物品。（非法持有毒品罪、持有假币罪等）¹⁰⁹

[细致解说]：特别需要说明的是“作为犯”、“不作为犯”的判断不是以行为是积极还是消极来判断的，而是根据是违反了刑法的禁止性规定（作为犯）还是违反了刑法的命令性规范（不作为犯）来认定的。行为成立作为犯还是不作为犯，需要结合具体的行为主体及其义务来判断。例如，医生发现病人救助无望，而将维持被害人生命的呼吸机关掉的，成立不作为犯，因为医生有救助病人的义务，将呼吸机关掉的，属于不履行救助义务，成立不作为犯。但是，如果是无关的第三人将呼吸机关掉的，则属于作为犯，因为其对病人无任何救助义务，刑法只是要求其别干（别杀人），而没有命令他去干（去救人）。

2008年四川卷二13. 甲因家中停电而点燃蜡烛时，意识到蜡烛没有放稳，有可能倾倒引起火灾，但想到如果就此引起火灾，反而可以获得高额的保险赔偿，于是外出吃饭，后来果然引起火灾，并将邻居家的房屋烧毁。¹¹⁰甲以失火为由向保险公司索赔，获得赔偿。对于此案，下列哪一选项是正确的？（A）

- A. 就放火罪而言，甲的行为属于不作为犯
- B. 就放火罪而言，甲的行为属于作为与不作为的结合
- C. 就保险诈骗罪而言，甲的行为属于不作为犯
- D. 就保险诈骗罪而言，甲的行为属于作为与不作为的结合

1. 种类。

（1）真正不作为犯（纯正的不作为犯）：刑法明文规定只能由**不履行义务**构成的犯罪。遗弃罪、逃税罪

（2）不真正不作为犯（不纯正的不作为犯）：这种犯罪既可能是违反了刑法的禁止性规定，也可能是违反了刑法的命令性（义务性）规定。——放火罪、故意杀人罪（这种犯罪通常是作为犯，但也可能是不作为犯）

****考点**：不作为**犯**可以通过积极的**方式**（作为方式）或者消极的**方式**（不作为的方式）来实施。但你的本质是不履行义务。例如，逃税罪是不履行纳税义务的行为，属于不作为犯，但逃税罪既可以以积极的方式（如篡改帐本，也称作为方式）也可以通过消极的方式（如对税务机关的要求不予理会，也称不作为方式）来实施。就此而言，作为犯、不作为犯是上位概念，与作为方式（积极行为）、不作为方式（消极行为）是两个完全不同的层次的概念。

2007年卷二59. 关于不作为犯，下列哪些选项是正确的？（AC）

A. 刑法规定，依法配备公务用枪的人员丢失枪支不及时报告，造成严重后果的构成犯罪。该罪以不报告为成立条件，属于不作为犯罪

B. 偷税罪是一种不履行纳税义务的行为，只能由不作为构成¹¹¹

¹⁰⁸ 刑法第266条（诈骗罪）规定：“诈骗公私财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑、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，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十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。”

¹⁰⁹ 例如，行为人偶然地发现自己家中有一包毒品，刑法禁止该行为人继续持有，如果行为人违反刑法的禁止性规定而继续持有，当然成立非法持有毒品罪，属于作为犯。但如果行为人将毒品扔进下水管道，由于没有违反刑法“不得持有毒品”的禁止性规定，因此，不成立非法持有毒品罪。

¹¹⁰ 就放火罪而言，行为人有灭火的义务而不履行，属于不作为犯，并且是不纯正的不作为犯。就保险诈骗罪而言，刑法是禁止保险诈骗行为的，故保险诈骗罪是作为犯。做这类题的时候，请注意，分析每一个行为，看是刑法要你做什么，还是刑法要你别做什么。本案中，蜡烛倒了，刑法要你放好，你不放好，放火罪属于不作为犯。但后来，刑法禁止行为人去保险诈骗，你却骗，所以，保险诈骗罪属于作为犯。

¹¹¹ 偷税罪没有履行纳税义务，故为不作为犯。但不作为犯可以通过积极（作为）与消极（不作为）方式实施。

C. 遗弃罪是一种不履行扶养义务的行为，属于不作为犯罪

D. 刑法规定，将代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还的，构成犯罪。该罪以拒不退还为成立条件，属于不作为犯罪¹¹²

2004年卷二15. 行为人在实施不纯正不作为犯罪时，其罪过：(C)¹¹³

A. 只能是故意 B. 只能是过失 C. 既可以是故意，也可以是过失 D. 只能是间接故意

2. 不作为犯的成立条件

(1) 当为。(作为义务)

(2) 能为(有作为的可能性、能力)。¹¹⁴ (作为可能性)

(3) 不为。¹¹⁵ (未履行作为义务，造成或可能造成危害后果)

**要成立不作为犯罪，必须具有结果回避的可能性。如果即使履行义务，危害结果也必然发生的，那么，没有履行义务的，也不成立不作为犯罪。¹¹⁶ (不履行义务的行为与危害结果之间要有因果关系)

3. 不作为犯的作为义务的来源。

【学习方法提示】：关于不作为犯的义务来源问题？很多考生死记硬背，但不同书上总结的又不完全一样，这样一来，学习就有很大的困惑。实际上，在他人面临危险的情况下，究竟谁有救助或排除危险的义务？对于若干个有作为义务的主体，不同学者的归纳路径可能不同，但并不存在实质上的差异。对不作为犯的“作为义务”来源的学习，实际上最重要的是要结合社会生活常识去判断的。刑法赋予相关责任主体的作为义务，必须考虑其可能性、是否与国民的观念吻合等进行综合判断。例如，见死不救的行为，即便在有的国家认为是构成犯罪，但在中国目前，国民的道德水平还有待于提升的背景下，赋予国民更多的义务，可能会导致与国民的观念背离太大，使刑法与公众的认同背离太远。

(1) 法律(刑法)明文规定的义务。需要注意的是，成年夫妻之间仅有在另一方存在危难状态时有作为义务，而没有防止另一方侵害他人的义务。

(2) (特定的)职务、业务要求的义务，以及对危险源负有监管、控制义务而产生的作为义务。

(3) 法律行为引起的义务(行为人通过合同行为为自己设立一个积极作为的义务)。即使该合同是无效的或是超过期限的，也不影响作为义务的成立。

(4) 先行行为(危险行为)引起的义务。

(5) 自愿救助所产生的义务。——自愿救助行为，虽然本无救助义务，但只要救了，就必须一救到底¹¹⁷

(6) 紧密的共同体关系所产生的义务。¹¹⁸密切的共同体成员对于其他处于危险境地的成员有保护义务，这是基于一定事实形成了社会上通常认为的对危险应当予以共同承担、相互照顾的关系，因而在对方发生危险时，应具有排除危险的义务。例如，共同登山的队员，在发现其他成员陷入危险时，都有义务救助。

(7) 对危险物、危险行为的监管义务。

¹¹² 一种观点认为，刑法第270条侵占罪中规定的“非法占为己有”与“拒不退还”是同一个意思，换言之，只要“非法占为己有”，就表明行为人“拒不退还”。从这个意义上来看，侵占罪的本质是“非法占为己有”，属于作为犯。另一种观点认为，刑法中的侵占罪所要求的“非法占为己有”、“拒不退还”是两个独立的行为，要成立侵占罪，除了要“非法占为己有”，还要求行为人事后“拒不退还”，即便行为人“非法占为己有”，但如果事后“退还”的，也不成立侵占罪。从这一意义上看，惩罚的实质在于行为人后续的“拒不退还”，即行为人不履行退还义务，因此，属于不作为犯。国家法律职业资格考试以前一种观点为准。

¹¹³ 例如，铁路扳道工人“忘记”扳道，致使火车相撞，造成重大责任事故的，属于不作为犯的责任事故犯罪，系过失犯罪。

¹¹⁴ 2016年卷二15.B. 在特殊情况下，不真正不作为犯的成立不需要行为人具有作为可能性(该选项错误)

¹¹⁵ 2016年卷二3.C 不真正不作为犯属于行为犯，危害结果并非不真正不作为犯的构成要件要素(错误)——不真正不作为犯的情形下，行为人的不作为之所以能够评价为犯罪行为，在于不作为与作为在造成危害结果上具有等价价值性。因此，危害结果是不真正不作为犯的构成要件要素。需要指出的是，行为犯是指，行为一经实施，犯罪即告既遂，而不需要造成具体的危害结果，典型的如危险驾驶罪，只要在道路上实施了醉酒驾驶行为，犯罪即告完成(既遂)。但是，不真正不作为犯，如不作为犯的故意杀人罪，行为人仅仅实施不作为(不救助)，并没有导致死亡结果出现的，不能认定为是故意杀人罪的犯罪既遂，故不真正不作为犯不属于行为犯。

¹¹⁶ 2010年卷二52.A. 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不构成不作为犯罪。此种情形下，无论行为人是否履行救助义务，被害人必死无疑，也就是说，是否逃跑与死亡结果的出现没有因果关系，所以，不成立不作为犯。也可以说，行为人事后逃跑的行为，并没有创造出不被允许的新风险。

¹¹⁷ 对于自愿救助行为，之所以会产生作为义务，其主要的原因在于行为人的自愿救助行为支配了法益的风险，自愿救助者处于保证风险不发生的保证人地位的状态。法益状态的变化处于行为人支配领域内时，行为人便具有作为义务。所谓法益状态的变化处于行为人支配领域内，意味着在当时的具体状况下，法益的保护(结果的回避)完全或者主要依赖于行为人。

¹¹⁸ 这种“紧密”的共同体关系所产生的义务，一般都是指基于风险较大的行为，如危险性的登山。而相对较为“松散”的共同体之间，如两个成年人一起去风景区看看、公园看看、马路散步，即便其中一人遇到风险(如被动物撕咬)，其他人不救助的，也不构成不作为犯罪。

结论：一般认为，只要制造了危险，不问是否正当，都会成为作为义务的来源。但是：

第一，正当防卫创造了风险，无救助义务。防卫过当创造了风险，有救助义务。¹¹⁹

第二，成年人所从事的正常风险行为¹²⁰（谈恋爱、旅游、喝酒等），相互之间没有救助义务。

第三，即使没有制造风险，但如果你监控的区域¹²¹，同时你是唯一可以求助的人，也认为有救助义务。

2018年真题：丁某精神病，丁之妻郭某系丁某监护人。一日，二人到丁父母家吃饭时，丁某和其父母争吵，拿起菜刀将其父母砍死（实际未死），郭某未制止，未呼救也未报警，而是关了门走了，丁父母流血休克而亡，郭某事后还洗了丁某的血衣。事后证明，丁某当时精神病发作没有责任能力。关于郭某，下列说法正确的是？（BC）

- A. 妻子郭某构成不作为犯的故意杀人罪和帮助毁灭证据罪，应数罪并罚
- B. 妻子郭某构成不作为的故意杀人罪
- C. 如果认为即使及时送医仍会死亡，也不应认为与妻子郭某不作为的故意杀人无因果关系¹²²
- D. 妻子构成帮助毁灭证据罪

2018年真题：关于不作为犯，下列说法正确的是？（ABCD）

- A. 甲乙共同入户抢劫丙，进入被害人丙家，甲将丙捆绑后，二人共同实施了抢劫行为。之后，乙临时起意杀了丙，甲站在一旁观看没有制止。乙的杀人行为成立故意杀人罪，甲对此构成不作为犯的故意杀人罪
- B. 母亲甲生一女，怕婆家嘲笑，甲让自己的亲妹妹乙把孩子遗弃至菜市场。妹妹在法律上不是扶养人，仍构成遗弃罪（不作为犯）
- C. 失主甲空手追赶小偷乙，乙逃至河边，为摆脱甲的追赶而跳河，欲游到对岸。乙游至河心时因体力不支，向甲呼救。甲心想：“淹死也算活该。”甲未对乙施救，乙溺亡。甲的行为构成不作为犯的故意杀人罪
- D. 父亲甲过失将自己的孩子摔在地上，看孩子没有哭闹，就没有送往医院。三天后孩子死亡，经查明，死亡原因是脑部受到重创导致的，但查明受伤太严重，就算被摔当时送往医院也救不活。甲的行为不构成不作为犯的故意杀人罪

2015年卷二52.关于不作为犯罪，下列哪些选项是正确的？（ACD）

- A. 儿童在公共游泳池溺水时，其父甲、救生员乙均故意不救助。甲、乙均成立不作为犯罪
- B. 在离婚诉讼期间，丈夫误认为自己无义务救助落水的妻子，致妻子溺水身亡的，成立过失的不作为犯罪¹²³
- C. 甲在火灾之际，能救出母亲，但为救出女友而未救出母亲。如无排除犯罪的事由，甲构成不作为犯罪
- D. 甲向乙的咖啡投毒，看到乙喝了几口后将咖啡递给丙，因担心罪行败露，甲未阻止丙喝咖啡，导致乙、丙均死亡。甲对乙是作为犯罪，对丙是不作为犯罪

2014年卷二5.关于不作为犯罪的判断，下列哪一选项是错误的？（C）

- A. 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
- B. 乙杀丙，见丙痛苦不堪，心生悔意，欲将丙送医。路人甲劝阻乙救助丙，乙遂离开，丙死亡。甲成立不作为犯罪的教唆犯
- C. 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
- D. 甲见有人掉入偏僻之地的深井，找来绳子救人，将绳子的一头扔至井底后，发现井下的是仇人乙，便放弃拉绳子，乙因无人救助死亡。甲不成立不作为犯罪

¹¹⁹ “需要分清不同情形处理：其一，如果正当防卫造成被害人死亡也不过当时，正当防卫人并无救助义务。其二，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，亦即没有过当的危险，正当防卫人也没有救助义务。其三，如果正当防卫造成了伤害（该伤害本身不过当），具有死亡的紧迫危险，发生死亡结果就会过当，那么，应当肯定正当防卫人具有救助义务。”就正当防卫而言，在防卫人造成不法侵害人重伤，不法侵害已经停止，而防卫人却既不报警也不将不法侵害人送往医院抢救，导致流血过多而死亡时，是否成立防卫过当？在这种场合，应当承认先前的作为与后来的不作为“共同”导致了防卫过当。

¹²⁰ 事实上，即使日常行为也可能产生一定严重后果，如劝人旅游有可能导致他人死于泥石流等旅游事故，让他人快点吃饭有可能让人噎死，但不可能将这些行为都认定为危害行为。只有在客观上创设了不为法律所允许的危险行为，才能构成危害行为。劝人旅游、让他人快点吃饭都属于日常行为，即便伴有某种危险，也是法律所允许的危险。同样，购买、赠送或者穿戴旱冰鞋属于日常行为，即使穿旱冰鞋有摔伤的危险，这也是法律所允许的日常危险。再例如，甲因丈夫出轨，在寒冷的冬夜不让丈夫进门，丈夫为表示悔意，在门口长跪不起，结果被冻死，甲的行为与丈夫的死亡没有法律上的因果关系。**2007年卷二52.**梁某与好友强某深夜在酒吧喝酒。强某醉酒后，钱包从裤袋里掉到地上，梁某拾后见钱包里有5000元现金就将其隐匿。强某要梁某送其回家，梁某怕钱包之事被发现，托辞拒绝。强某在回家途中醉倒在地，被人发现时已冻死。——梁某对强某的死亡不构成不作为的故意杀人罪

¹²¹ 如自己的家中。

¹²² 即便认为及时送医仍会死亡，也只能说，不救助的行为与死亡结果无因果关系。但是，本案中，妻子郭某还有制止丁的故意杀人义务，没有制止的行为（不作为犯）与死亡结果之间存在刑法上因果关系。

¹²³ 行为人产生了法律认识错误，不影响犯罪的认定。行为人明知对方是妻子，故意不救助的，成立不作为犯的故意杀人罪。

2013年卷二51. 关于不作为犯罪, 下列哪些选项是正确的? (B D)

- A. 船工甲见乙落水, 救其上船后发现其是仇人, 又将其推到水中, 致其溺亡。甲的行为成立不作为犯罪
- B. 甲为县公安局长, 妻子乙为县税务局副局长。乙在家收受贿赂时, 甲知情却不予制止。甲的行为不属于不作为的帮助, 不成立受贿罪共犯¹²⁴
- C. 甲意外将6岁幼童撞入河中。甲欲施救, 乙劝阻, 甲便未救助, 致幼童溺亡。因只有甲有救助义务, 乙的行为不成立犯罪
- D. 甲将弃婴乙抱回家中, 抚养多日后感觉麻烦, 便于夜间将乙放到菜市场门口, 期待次日晨被人抱走抚养, 但乙被冻死。甲成立不作为犯罪

4. 先前的犯罪行为能否成为作为义务的发生根据? (可以)

(1) 刑法有特别规定的, 依照特别规定。如交通肇事后, 对伤者有救助的义务, 如果不履行救助义务的, 刑法规定为交通肇事罪, 属于交通肇事罪中的“因逃逸致人死亡”这一加重情节。¹²⁵——刑法之所以对此作特别规定, 是因为这类行为在实践中具有一定的典型性、普遍性。

(2) 刑法没有特别规定的, 依结果定罪。如造成死亡的, 成立不作为的故意杀人罪。例如盗伐林木砸中他人, 造成被害人重伤后不予救助, 最终导致被害人死亡的案件。甲的行为成立盗伐林木罪与不作为犯的故意杀人罪。¹²⁶

5. 不作为犯中的几个认识错误问题:

(1) 乙掉入河中, 甲虽发现, 但误以为掉入河中的不是自己的儿子乙, 而是与自己无关的丙, 因而没有救助, 导致乙死亡。——不成立不作为的故意杀人罪, 此种情形下, 行为人连事实都没有认识清楚, 行为人主观上没有犯罪的故意。属于保证人地位认识错误。

(2) 甲明知掉入河中是自己的儿子乙, 但误以为自己没有义务救助乙, 因而没有救助, 导致乙死亡。——不作为的故意杀人罪。属于保证人义务的认识错误, 即违法性认识错误, 不阻却犯罪的成立。此种情形下, 行为人对事实的认识没有错误, 只是对于自己在当时的情况下有无法律上的救助义务产生了不当的认识。

二、因果关系

因果关系是指危害行为与危害结果之间的因果关系。因果关系理论所要解决的问题是, 哪个“因”需要对“果”承担责任, 即对于所造成的危害结果, 可以归责于(追溯到)哪个行为(因)。因果关系仅是犯罪的客观不法要件, 换言之, 即便行为与结果之间存在客观上的因果关系, 但如果不具有责难的可能, 即主观上不具有非难可能性(如无故意、过失、期待可能性等), 也不成立犯罪。

(一) 因果关系与刑事责任的关系

1. 因果关系是客观属性。与行为人主观上怎么想的没有关系, 同时, 因果关系是客观的, 不具有假设性。¹²⁷刑事责任是主客观相统一的。¹²⁸

2. 因果关系是“行为”与“结果”之间的因果关系, 没有因果关系, 行为只是不对结果承担刑事责任, 但行为本身仍然可能承担刑事责任, 如犯罪未遂。¹²⁹

(二) 因果关系的判断步骤

1. 条件说为基础。¹³⁰

¹²⁴ 单纯的知情不举, 不成立犯罪。知道自己妻子犯罪, 不举报, 更不成立犯罪。公安局长不可能管所有的犯罪, 只有在他履行职责的过程中, 对于发生的特定犯罪不管的, 才成立渎职犯罪, 如公安人员接警后处理某一刑事案件, 到现场后不管, 成立渎职犯罪。

¹²⁵ 再如, 故意伤害他人后逃跑, 导致被害人得不到救助而死亡的, 行为人也有救助义务, 行为人对他人死亡结果也是放任的心态, 但刑法对此有特别规定, 一般认为成立故意伤害罪(致人死亡)。

¹²⁶ 2010年卷二52B. 甲盗伐树木时砸中他人, 明知不立即救治将致人死亡, 仍有意不救。甲不救助伤者的行为构成不作为犯罪

¹²⁷ 2015年卷二A. 甲跳楼自杀, 砸死行人乙。这属于低概率事件, 甲的行为与乙的死亡之间无因果关系——错误, 即便是低概率, 也不能否认二者存在因果关系这一客观事实。

B. 集资诈骗案中, 如出资人有明显的贪利动机, 就不能认定非法集资行为与资金被骗结果之间有因果关系——错误, 因果关系系客观事实, 纵然有很多因素的影响导致行为人实施特定的行为, 进而造成结果, 那都是因果关系产生的原因, 行为与结果之间存在因果关系, 这是客观事实。

¹²⁸ 换言之, 因果关系的判断只想查明客观上这个结果是什么原因造成的, 至于行为人主观上是怎么想的, 在所不问。此外, 即便行为与结果之间存在因果关系, 但如果行为人主观上既无故意也无过失的, 也不承担刑事责任。2015年卷二53.A. 甲驾车经过十字路口右拐时, 被行人乙扔出的烟头击中面部, 导致车辆失控撞死丙。只要肯定甲的行为与丙的死亡之间有因果关系, 甲就应当承担交通肇事罪的刑事责任——错误, 虽然具有客观上的因果关系, 如果不具备责任要件(如行为人主观上无故意、过失, 或者未达刑事责任年龄), 也不承担刑事责任。

¹²⁹ 甲手持一把机关枪在追杀他的情敌乙某, 但是一枪也没有打中, 乙某在逃跑的过程中又遇另一情敌丙某, 被丙某打死。虽然乙某的死亡和甲某的射击行为没有因果关系, 但是甲某应当承担故意杀人罪未遂的刑事责任。

¹³⁰ 条件说强调“环环相扣”, 即如果没有前者, 就没有后者, 那么, 前者与后者之间就具有因果关系。毫无疑问, 条件说将因果关系的范围拓得太广, 也正基于此, 刑法理论上都主张对条件说进行适当修正, 不宜将因果关系中的“因”扩得太大。条件说的弊端: 容易导致因

(1) 条件必须是危害行为；¹³¹

(2) 条件必须是实行行为（非预备行为）。¹³²

2013年卷二5. 甲女得知男友乙移情，怨恨中送其一双滚轴旱冰鞋，企盼其运动时摔伤。乙穿此鞋运动时，果真摔成重伤。关于本案的分析，下列哪一选项是正确的？(C)

- A. 甲的行为属于作为的危害行为
B. 甲的行为与乙的重伤之间存在刑法上的因果关系
C. 甲具有伤害乙的故意，但不构成故意伤害罪
D. 甲的行为构成过失致人重伤罪

2. 因果关系中断——对条件说的一种限制、修正

含义：A（条件）→→B（条件，亦称介入因素）→→C（结果）

原则上，A、B都与结果之间存在因果关系。但如果B（介入因素）同时符合如下两个特征，则可以中断前行为A与结果之间的因果关系：

(1) 介入因素必须是异常（偶然）的因素。¹³³**介入因素在案件当时发生的概率低于10%¹³⁴——质的要求

(2) 介入因素必须是独立地引起危害结果的发生。¹³⁵**介入因素对死亡结果的贡献率接近100%——量的要求¹³⁵

[例1]乙欲杀其仇人苏某，在山崖边对其砍了7刀，被害人重伤昏迷。乙以为苏某已经死亡，遂离去。但苏某自己醒来后，刚迈了两步即跌下山崖摔死。乙的行为与苏某的死亡结果之间存在因果关系。——在案件当时，苏某被砍了七刀（第一个行为），这种情况下，苏某掉下山崖（介入因素）属于正常的因素，不中断前行为与死亡结果之间的因果关系。

[例2]甲将乙打成轻伤（第一个行为），乙出门去等公交车，在等车途中，被一辆货车撞死，交通事故（介入因素）就属于异常的因素，导致前行为与死亡结果的因果关系中断。——在案件当时，甲打乙，并不会导致他被货车撞死，或者说，甲的殴打行为并不会引来交通事故这一介入因素，交通事故属于异常的因素，交通事故对死亡的贡献率也接近100%，所以，交通事故中断了前行为与死亡结果之间的因果关系。

[例3]甲在仇人张某的杯子里投了5毫克毒物（不足以致死，需要10毫克才能致人死亡），意欲杀死张某。投毒后，没有意思联络的乙又投入5毫克毒物（介入因素），最后，张某喝完10毫克毒物死亡。——在本案中，乙中途投毒是一个异常的因素，换言之，甲的投毒行为通常并不会导致其他人加入进来投毒。但乙投毒对死亡的贡献率只有50%，故乙的行为不能独立、完全地导致死亡结果，故乙的行为不能中断甲的行为与死亡结果之间的因果关系。

2017年卷二52. 关于因果关系，下列哪些选项是正确的？(ABCD)（请同学们思考，不用刑法知识，用常识回答：被害人的死亡结果与第一个人的行为脱得了关系吗？被害人死了，怪谁？怪第一个人吗？）

- A. 甲以杀人故意用铁棒将刘某打昏后，以为刘某已死亡，为隐藏尸体将刘某埋入雪沟，致其被冻死。甲的前行为与刘某的死亡有因果关系
B. 乙夜间驾车撞倒李某后逃逸，李某被随后驶过的多辆汽车碾压，但不能查明是哪辆车造成李某死亡。乙的行为与李某的死亡有因果关系
C. 丙将海洛因送给13周岁的王某吸食，造成王某吸毒过量身亡。丙的行为与王某的死亡有因果关系
D. 丁以杀害故意开车撞向周某，周某为避免被撞跳入河中，不幸溺亡。丁的行为与周某的死亡有因果关系

因果关系的范围太宽，因此，在条件说的基础上提出了因果关系中断论。其目的就是为了限缩条件的范围。相当因果关系说主张根据社会一般人生活上的经验，在通常情况下，某种行为产生某种结果被认为是相当的场合，就认为该行为与该结果具有因果关系。

¹³¹ **2007年卷二1C.** 丙经过铁路道口时，遇见正在值班的熟人项某，便与其聊天，导致项某未及时放下栏杆，火车通过时将黄某轧死。丙的行为与黄某的死亡之间存在因果关系——该选项错误，因为“聊天”并不是刑法上的危害行为，不能成为因果关系中的“因”。某种行为是否属于刑法上的“危害行为”，就看这种行为在现实生活中是否会因为实施而被追究刑事责任，例如，生活中，送他人溜冰鞋、劝他人坐飞机，并不是犯罪行为，所以，这类行为就不是刑法上的危害行为。

判断某一行为是否属于刑法上的“危害行为”，就看这种行为在现实中刑法是否禁止，例如，“聊天”、“送他人溜冰鞋”、“劝他人坐飞机”、“教师将学生赶出教室”等行为，实践中刑法并不介入这些行为，所以，这些行为就不属于刑法上的危害行为。

¹³² “因果关系是指实行行为和危害结果之间的关系，因此，在由实行行为以前的预备行为引起了危害结果的场合，尽管存在条件关系，但是，不存在因果关系的问题，因为，在预备阶段，行为还没有着手实行，不可能有导致结果发生的危险”。黎宏：《刑法学》，法律出版社2012年版，第99页。

¹³³ **如何理解“正常”还是“异常”。**（前因素引起后因素的概率的高低，发生概率低的，则认为是异常因素，例如，医生的过失行为、交通事故。这些行为虽然我们认为是发生是很正常的，但发生的概率在日常生活比例还是很低的，我们认为是异常因素）。掌握一个规律：后条件是否是前条件的引起的，如果不是，则就是异常的因素，如果是则就是正常的因素。如果还是无法判断的，请注意，前条件在通常情形下，导致介入因素出现的概率如果达到10%以上，则介入因素属于正常因素。概而言之，介入因素的“正常”、“异常”的判断，其实就是介入因素与先前行为的关联性正常与否的判断。

¹³⁴ 也就是说，第一个行为引发介入因素的概率比较低。

¹³⁵ 如果介入因素对危害结果发生的贡献率不能接近100%，那说明前一行为对危害结果之间仍然有贡献率，前一行为与介入因素均与危害结果之间存在因果关系。

2016年卷二2. 关于因果关系的认定, 下列哪一选项是正确的? (C)

- A. 甲重伤王某致其昏迷。乞丐目睹一切, 在甲离开后取走王某财物。甲的行为与王某的财产损失有因果关系¹³⁶
- B. 乙纠集他人持凶器砍杀李某, 将李某逼至江边, 李某无奈跳江被淹死。乙的行为与李某的死亡无因果关系
- C. 丙酒后开车被查。交警指挥丙停车不当, 致石某的车撞上丙车, 石某身亡。丙的行为与石某死亡无因果关系¹³⁷
- D. 丁敲诈勒索陈某。陈某给丁汇款时, 误将3万元汇到另一诈骗犯账户中。丁的行为与陈某的财产损失无因果关系

2015年卷二53. 关于因果关系, 下列哪些选项是正确的? (CD)

- A. 甲驾车经过十字路口右拐时, 被行人乙扔出的烟头击中面部, 导致车辆失控撞死丙。只要肯定甲的行为与丙的死亡之间有因果关系, 甲就应当承担交通肇事罪的刑事责任
- B. 甲强奸乙后, 威胁不得报警, 否则杀害乙。乙报警后担心被甲杀害, 便自杀身亡。如无甲的威胁乙就不会自杀, 故甲的威胁行为与乙的死亡之间有因果关系
- C. 甲夜晚驾车经过无照明路段时, 不小心撞倒丙后继续前行, 随后的乙未注意, 驾车从丙身上轧过。即使不能证明是甲直接轧死丙, 也必须肯定甲的行为与丙的死亡之间有因果关系
- D. 甲、乙等人因琐事与丙发生争执, 进而在电梯口相互厮打, 电梯门受外力挤压变形开启, 致丙掉入电梯通道内摔死。虽然介入了电梯门非正常开启这一因素, 也应肯定甲、乙等人的行为与丙的死亡之间有因果关系¹³⁸

2014年卷二6. 关于因果关系的判断, 下列哪一选项是正确的? (D)

- A. 甲伤害乙后, 警察赶到。在警察将乙送医途中, 车辆出现故障, 致乙长时间得不到救助而亡。甲的行为与乙的死亡具有因果关系¹³⁹
- B. 甲违规将行人丙撞成轻伤, 丙昏倒在路中央, 甲驾车逃窜。1分钟后, 超速驾驶的乙发现丙时已来不及刹车, 将丙轧死。甲的行为与丙的死亡没有因果关系
- C. 甲以杀人故意向乙开枪, 但由于不可预见的原因导致丙中弹身亡。甲的行为与丙的死亡没有因果关系
- D. 甲向乙的茶水投毒, 重病的乙喝了茶水后感觉更加难受, 自杀身亡。甲的行为与乙的死亡没有因果关系

2013年卷二52. 关于因果关系的认定, 下列哪些选项是正确的? (ABC)

- A. 甲、乙无意思联络, 同时分别向丙开枪, 均未击中要害, 因两个伤口同时出血, 丙失血过多死亡。甲、乙的行为与丙的死亡之间具有因果关系
- B. 甲等多人深夜追杀乙, 乙被迫跑到高速公路上时被汽车撞死。甲等多人的行为与乙的死亡之间具有因果关系
- C. 甲将妇女乙强拉上车, 在高速公路上欲猥亵乙, 乙在挣扎中被甩出车外, 后车躲闪不及将乙轧死。甲的行为与乙的死亡之间具有因果关系
- D. 甲对乙的住宅放火, 乙为救出婴儿冲入住宅被烧死。乙的死亡由其冒险行为造成, 与甲的放火行为之间没有因果关系

2011年卷二3. 关于因果关系, 下列哪一选项是错误的? (D)

- A. 甲将被害人衣服点燃, 被害人跳河灭火而溺亡。甲行为与被害人死亡具有因果关系
- B. 乙在被害人住宅放火, 被害人为救婴儿冲入宅内被烧死。乙行为与被害人死亡具有因果关系
- C. 丙在高速路将被害人推下车, 被害人被后面车辆轧死。丙行为与被害人死亡具有因果关系
- D. 丁毁坏被害人面容, 被害人感觉无法见人而自杀。丁行为与被害人死亡具有因果关系

¹³⁶ 本案中, 甲重伤被害人王某, 通常并不会导致他人(乞丐)拿走被害人身上的财物, 从这一意义上看, 乞丐取走被害人身上的财物, 属于异常的因素, 可中断前行为与危害结果之间的因果关系, 甲的重伤行为与王某的财产损失之间没有因果关系。甲的重伤行为触犯了故意伤害罪, 但故意伤害罪的保护法益并不包括财产法益, 从这一意义上看, 乞丐取走财物的行为超出了故意伤害罪构成要件的保护范围, 伤害行为与财产损失之间没有因果关系。

¹³⁷ 酒后驾车被查后, 正常情形下, 交警将车拦下后, 不应该再允许醉酒者继续开车, 不应指挥醉酒者继续开车。本案中, 丙醉酒后, 交警指挥醉酒者丙继续开车, 属于异常的因素, 会中断前行为与后结果之间的因果关系。故丙的行为与石某的死亡结果之间不存在因果关系。

¹³⁸ 电梯门受外力挤压变形开启致使丙掉入电梯通道这一介入因素并不异常——乘坐电梯时, 经常能看到贴有“请勿推门”、“请勿扒门”等警示标识, 因为电梯门受外力挤压, 有可能打开; 换言之, 在挤压情况下, “电梯门非正常开启”这一介入因素并不异常。

¹³⁹ 不少同学可能会有疑惑, 认为介入因素(车辆故障)对死亡的贡献率即便比较大, 但毕竟第一个“伤害”行为对死亡结果的作用也不小, 因此, 介入因素(车辆故障)并没有独立地导致死亡结果出现, 所以, 还是中断不了第一行为与死亡结果之间的因果关系。这种理解有一定的道理, 但题干中既然说“长时间”, 就更想表达对死亡的贡献率非常大。

2008 年卷二 52. 关于因果关系，下列哪些选项是错误的？（BCD）

- A. 甲乘坐公交车时和司机章某发生争吵，狠狠踹了章某后背一脚。章某返身打甲时，公交车失控，冲向自行车道，撞死了骑车人程某。甲的行为与程某的死亡之间存在因果关系
- B. 乙以杀人故意瞄准李某的头部开枪，但打中了李某的胸部（未打中心脏）。由于李某是血友病患者，最后流血不止而死亡。乙的行为与李某的死亡之间没有因果关系
- C. 丙与同伙经预谋后同时向王某开枪，同伙射击的子弹打中王某的心脏，致王某死亡。由于丙射击的子弹没有打中王某，故丙的行为与王某的死亡之间没有因果关系
- D. 丁以杀人故意对赵某实施暴力，导致赵某遭受濒临死亡的重伤。赵某在医院接受治疗时，医生存在一定过失，未能挽救赵某的生命。丁的行为与赵某的死亡之间没有因果关系¹⁴⁰

特别提示：因果关系的判断有时不绝对，尤其是判断介入因素是正常还是异常时，可能存在不同的理解，但司法考试真题一般来说，都是比较明确的。部分存在不同理解的试题，可能会考两种观点。

2012 年卷四案例分析题：……黄某认定是李某作案，决意报复李某，深夜对其租赁的山坡放火（李某住在山坡上）。大火烧毁山坡上的全部树苗，烧伤了李某，并延烧至村民范某家。范某被火势惊醒逃至屋外，想起卧室有 5000 元现金，即返身取钱，被烧断的房梁砸死。问题：如认定黄某放火与范某被砸死之间存在因果关系，可能有哪些理由？如否定黄某放火与范某被砸死之间存在因果关系，可能有哪些理由？（两问均须作答）¹⁴¹

【小案例】《刑事审判参考》指导案例第 1117 号，杨某某、杜某某放火案。被告人杨某某因高某某与其断绝不正当男女关系，产生了报复高某某的想法，与杜某某一起去高某某家放火实施报复。某日晚，二被告人见被害人高某某入睡后，断了高某某家的电源开关，将汽油泼洒房子上。被害人高某某的父母被惊醒后，使用警用手电照明后开启电击功能击打出电火花，引发大火将多人烧伤、房屋烧坏。法院认为，杨某某、杜某某的犯罪行为与高某某家火灾的发生之间有必然的因果关系，即刑法上的因果关系。裁判理由指出：被害人被惊醒后因无法开灯，不得不使用照明工具。即二被告人实施了上述泼洒汽油、切断电源等一系列行为后，在通常情况下都会导致被害人使用照明工具这一介入行为。也就是说，被害人使用照明的行为系被告人先前切断电源行为所致。

（三）知识提升：客观归责理论与因果关系

近年来，“客观归责理论”成为刑法学研究的一个热点问题，这另一个角度阐述因果关系，使因果关系的判断更加规范化、实质化。客观归责理论强调，在与结果有条件关系的行为中，只有当行为制造了不被允许的危险，而且该危险是在符合构成要件的结果中实现（或在构成要件的保护范围内实现）时，才能将该结果归责于行为。因果关系仅强调的是事实层面行为与结果之间的因果关系，而客观归责理论在因果关系的基础上进行了进一步的限制，即在现有的因果关系的基础上，对于可以“归责”的原因进行了进一步的限缩，更加实质化。实行客观归责必须具备三个条件：

1. 制造不被法律允许的风险。

（1）如果减少了风险，就应排除客观归责。例如，甲看到一块石头快要落到乙的头上，便推了一下乙，使石头砸在乙的肩膀上。尽管乙的肩膀也受到了伤害，也不能将伤害结果归责于甲。二者之间没有因果关系。¹⁴²

（2）如果行为没有减少风险，也没有提高危险，也不能将结果归责于行为。例如，行为人向快要决堤的河里倒了一盆水，由于不能肯定一盆水增加了决堤的危险，故不能将决堤的结果归责于行为人。¹⁴³

（3）行为人虽然制造了危险，但如果危险被允许（合法行为），排除客观归责。例如，遵守交通规则驾驶行为致人死亡的，不能将死亡结果归责于驾驶者。

¹⁴⁰ 该案中，医生的过失一般认为是异常的因素，但医生的过失对死亡的贡献率不可能达到 100%，故不能中断前行为与危害结果之间的因果关系。

¹⁴¹ 肯定因果关系的大致理由：（1）根据条件说，可以认为放火行为和死亡之间具有“无 A 就无 B”的条件关系；（2）被害人在当时情况下，来不及精确判断返回住宅取财的危险性；（3）被害人在当时情况下，返回住宅取财符合常理。即，如果肯定放火行为与被害人的死亡结果之间存在因果关系，就需要论证被害人“想起卧室有 5000 元现金，即返身取钱”这一介入因素是正常的、合理的因素，从而不能中断放火行为与被害人死亡结果之间的因果关系。

否定因果关系的大致理由：（1）根据相当因果关系说，放火和被害人死亡之间不具有相当性；（2）被告人实施的放火行为并未烧死范某，范某为抢救数额有限的财物返回高度危险的场所，违反常理；（3）被害人是精神正常的成年人，对自己行为的后果非常清楚，因此要对自己的选择负责；（4）被害人试图保护的法益价值有限。即，如果否定放火行为与被害人的死亡结果之间存在因果关系，就需要论证被害人“想起卧室有 5000 元现金，即返身取钱”这一介入因素是异常的、不合理的因素，从而可以中断放火行为与被害人死亡结果之间的因果关系。

¹⁴² 本案中，行为人并没有创造法律所不容许的风险，相反，甲降低了风险，故甲的行为在客观上不可归责。实际上，因果关系理论也能解释这个问题，甲的行为是有益于乙的，不属于刑法上的危害行为，故甲的行为与被害人的伤害结果之间不存在刑法上的因果关系。只能说，客观归责理论更从实质上说明了问题：行为人没有创设法律所不允许的风险，所以，不可归责。

¹⁴³ 其实，因果关系理论也可以说明这个问题。行为人的行为（向河里倒了一盆水）对于决堤是否有影响，是不能确证的事实，既然连客观事实都搞不清楚，又何谈因果关系。

2. 实现不被允许的风险。即在结果中实现了由行为人所制造的不被允许的危险。如下情形排除客观归责：

(1) 行为虽然对法益制造了危险，但结果的发生不是由该危险所致，而是“偶然”与危险同时发生。例如，A造成B的伤害后，B在住院期间死于医院的火灾。¹⁴⁴

(2) 行为没有实现不被允许的危险。甲没有按规定对原材料消毒，导致职工感染疾病死亡。事实上，即使甲按照规定对原材料进行消毒，也不能发现病毒。由于未消毒的行为，并没有实现不被允许的危险，故排除客观归责。护士在注射抗生素时没有为患者做皮试，患者因注射抗生素而死亡。但事后查明，即使做皮试也不能查出患者的特殊反应。由于结果不具有回避可能性，故不能将死亡结果归属于护士的行为。

(3) 行为虽然违反了注意规范，但所造成的结果并不是违反注意规范所造成的，排除客观归责。例如，甲、乙夜间一前一后骑着电动车，但都没有开灯。甲因为缺乏照明而撞伤了迎面而来的行人。虽然如果后面的乙打开灯就能避免事故，但不能将结果归责于乙。因为要求夜间开灯的规范是为了避免自己的电动车与他人相撞，而不是为了避免第三者的电动车与他人相撞。

3. 结果没有超出构成要件的保护范围。如果所发生的结果不包括在构成要件的保护范围或者保护目的之内，就不能将结果归责于行为人。例如，在防止结果的发生属于他人的责任领域时，该结果不属于行为人的行为所符合的构成要件的保护目的之内的结果，不能将结果归责于行为人。甲在夜间驾驶没有尾灯的货车，警察发现后将警车开到货车前拦截该货车。为了保障后面车辆的安全，警察将打开的手电筒放在甲的货车后。警察令甲将货车开到下一个加油站，准备开车跟随货车行驶，以保护该货车的安全行驶。在甲开车之前，警察将手电筒拿走。恰在此时，被害人丙的货车撞上甲的货车，被害人丙遭受重伤。德国刑法理论认为，防止结果发生属于警察的责任领域，而不能将被受害人的重伤结果归责于甲。¹⁴⁵又如，A酒后在封闭的高速公路上驾驶机动车，撞死了突然违章横穿高速公路的B。¹⁴⁶禁止酒后驾驶的规范，是为了防止因丧失或减轻控制车辆的能力而造成伤亡结果，所以，不能将B死亡的结果归责于A的酒后驾驶行为。再如，甲重伤王某致其昏迷。乞丐目睹一切，在甲离开后取走王某财物。甲的重伤行为触犯了故意伤害罪，但故意伤害罪的保护法益并不包括财产法益，从这一意义上看，乞丐取走财物的行为超出了故意伤害罪构成要件的保护范围，伤害行为与财产损失之间没有因果关系。

4. 被害人自我答责的行为，行为人不承担责任。被害人自愿和负完全责任的行为导致后果的，都需要由被害人自己承担，这就是被害人自我答责的法理。包括：

(1) 参与他人基于故意的自我危害行为。此时，如果被害人的自我危害行为未违背其真实意思，就不应限制其自由或自我决定权，结果就不应归责于其他参与人。例如，甲给长期吸毒的乙提供毒品，乙注射后死亡的，该死亡结果由乙自行负责；甲乙相约去“飙车”，甲车侧翻，甲由此死亡的，该死亡结果不能归责于乙。¹⁴⁷

(2) 对他人危险行为的接受。乘客甲抢夺方向盘导致公交车失控，甲身受重伤的，不能对司机以交通肇事罪追究责任。

第七章 责任要件（一）——责任能力

一、刑事责任年龄

（一）相对负刑事责任年龄——已满14周岁不满16周岁[14, 16]

1. 仅对八种重大行为承担责任：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、投毒罪。14—16周岁的人绑架人质后将人质杀害的，其不能对绑架罪承担刑事责任，刑法仅追究其后行为“杀害被绑架人”的刑事责任，成立故意杀人罪一罪。

2. 具体展开：（没有过失犯罪）

（1）故意杀人。包括所有的故意杀人行为，即使故意杀人行为触犯了其它法条，也定故意杀人罪，除非同时触犯了刑法第17条第2款的其它行为。

其它犯罪中实施了故意杀人行为的，也定故意杀人罪。例如，绑架过程中杀害被绑架人。

¹⁴⁴ 因果关系理论也可以说明这个问题，因为本案中可以认为“医院的火灾”是异常的因素，会中断伤害行为与死亡结果之间的因果关系。

¹⁴⁵ 也可以认为，后继警察的做法是异常的因素，是违反法律规定的做法，故可中断前行为与危害结果之间的因果关系。

¹⁴⁶ 也可以认为，被害人突然横穿高速公路是一个异常的因素，可以中断前行为与危害结果之间的因果关系。

¹⁴⁷ 2017年52.C.丙将海洛因送给13周岁的王某吸食，造成王某吸毒过量身亡。丙的行为与王某的死亡有因果关系。被害人能否自我答责，首先需要被害人具备答责能力，而王某才13周岁，属于刑事未成年人，不具备自我答责的能力，故对死亡结果不能要求王某自我答责，而应由丙答责。

****【争议问题提示】：**刑法分则中的其他犯罪，也规定了致人死亡、造成被害人死亡等，一般认为，如果对具体的犯罪，区别规定了致人死亡、使用暴力致人死亡等，可以认为前者“致人死亡”是过失，后者“使用暴力致人死亡”是故意，典型的如非法拘禁罪就区分了这两种情形。但是，部分犯罪，没有作区分，仅规定了“致人（造成被害人）死亡的，以故意杀人罪论处”，如聚众斗殴罪、刑讯逼供罪、暴力取证罪等。如何理解这一问题，就存在争议：

如果认为这一规定是“法律注意”（提示性）规定，那么，聚众斗殴如果故意致人死亡的，才成立故意杀人罪，如果是聚众斗殴过程中过失致人死亡的，应以过失致人死亡罪论处。14—16 周岁的人对过失致人死亡罪不承担责任。

如果认为该规定是“法律拟制”规定（即特别规定），即聚众斗殴过程中，无论是故意，还是过失致人死亡的，都应以故意杀人罪论处。那么，14—16 周岁的人，只要在聚众斗殴、刑讯逼供、暴力取证过程中致人死亡，无论其是故意还是过失，都构成故意杀人罪，应承担刑事责任。

司法考试真题中，司法考试坚持了后一种观点。当然，这种观点虽然是司法考试的观点，但刑法理论、审判实践中对此不无疑问。

2009 年卷二 2. C. 丙（15 岁）在帮助李某扣押被害人王某索取债务时致王某死亡，¹⁴⁸丙不应当负刑事责任

(2) 故意伤害致人重伤、死亡。¹⁴⁹

(3) 强奸。包括普通强奸，也包括奸淫幼女。——14—16 周岁的人明知被害人是幼女的，偶尔与幼女发生性行为，双方自愿，情节轻微的，不作为犯罪处理。

(4) 抢劫。包括所有的抢劫（**第 263 条、第 267 条第 2 款、第 289 条**），除刑法第 269 条所规定的转化型抢劫。¹⁵⁰还包抢劫枪支、弹药、爆炸物、危险物质罪，这些物品也具有财物的属性，14—16 周岁的人抢劫这类特殊物品的，成立抢劫罪也不存疑问。

(5) **贩卖毒品**。¹⁵¹

(6) 投毒。包括投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质。罪名：**投放危险物质罪**。

(7) 放火。

(8) 爆炸。

2010 年卷二 4. 甲（十五周岁）的下列哪一行为成立犯罪？（B）

A. 春节期间放鞭炮，导致邻居失火，造成十多万元财产损失

B. 骗取他人数额巨大财物，为抗拒抓捕，当场使用暴力将他人打成**重伤**¹⁵²

C. 受意图骗取保险金的张某指使，将张某的汽车推到悬崖下毁坏

D. 因偷拿苹果遭摊主喝骂，遂掏出水果刀将其刺成轻伤

【小案例】2010 年 9 月 29 日 12 时 40 分许，被告人王伟华（14 周岁）窜至乐山城区“莱佛士地景”18 幢 2 单元 17 楼时，发现该处住户戴本清家房门虚掩，遂潜入该住户房内盗得项链两根、项链坠一个，后被戴本清发现并将其挡在户内。王伟华为达到逃离现场的目的，当场将戴本清头部、手部咬伤后挣脱逃出房间至该小区正门口时，被该小区保安人员挡获。小区保安人员从其鞋内搜出项链两根、项链坠一个。公安人员接到报警后赶到现场将王伟华抓获归案。经鉴定，王伟华窃得的项链两根、项链坠一个共价值人民币（以下币种同）2728 元。法院认为，其盗窃后为抗拒抓捕而当场使用暴力的行为不构成抢劫罪。其后续暴力行为属故意伤害行为，因该行为未致人重伤或死亡的后果，故其暴力行为不构成故意伤害罪。被告人王伟华因不满十六周岁不予刑事处罚，依法责令其法定代理人加以管教。

(二) 完全负刑事责任年龄——年满 16 周岁[16, …] 注意时间点：**犯罪时**已满 16 周岁。¹⁵³

1. 已满十四周岁不满十八周岁的人犯罪，**应当从轻或者减轻处罚**。

2. 老年人犯罪从宽处罚。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**。

¹⁴⁸ 刑法第 238 条规定，因索债而拘禁、扣押他人的，成立非法拘禁罪。本案属于非法拘禁致人死亡，行为人对死亡结果是过失的心态，不需要承担刑事责任。

¹⁴⁹ 与前述的“故意杀人”作相同理解，不仅指刑法第 234 条故意伤害罪，而且包括分则其他罪名中所规定的“使用暴力致人伤残”等。

¹⁵⁰ 刑法第 269 条的转化型抢劫，是指犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为了窝藏赃物、抗拒抓捕、毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁。司法解释规定，14—16 周岁的人不成立转化型抢劫，主要原因是考虑到这种转化型抢劫中，行为人使用暴力是基于被动性，危害性相对较小。但是，如果盗窃、诈骗、抢夺过程中，使用暴力行为造成被害人重伤、死亡的，定故意伤害罪、故意杀人罪。

刑法第 267 条第 2 款规定，携带凶器抢夺的，以抢劫罪论处。14—16 周岁的人，对此应承担刑事责任。

¹⁵¹ 注意：刑法第 347 条规定了走私、贩卖、运输、制造毒品罪，14—16 周岁的人仅对贩卖毒品的行为负刑事责任，对基本性质相同危害程度相当的走私、制造、运输毒品的行为则不负刑事责任。

¹⁵² 虽然 14—16 周岁的人不对转化型抢劫承担刑事责任，但其应对致人重伤的行为承担刑事责任。

¹⁵³ 对比：犯罪时不满 18 周岁的人，审判时怀孕的妇女，不适用死刑。审判时已满 75 周岁的人，不适用死刑，但使用特别残忍手段致人死亡的除外。此外，“审判的时候”不满 18 周岁、怀孕的妇女、已满 75 周岁以上的人，如果符合缓刑的条件，应当宣告缓刑。

（三）关于年龄的几个问题：

1. 无法查清年龄时的处理。如果查不清不影响刑事责任的承担，直接定罪量刑。¹⁵⁴如果年龄在是否承担刑事责任方面存在疑问，如 14 周岁左右无法查清，则不宜作为犯罪处理。

2. 法定年龄的计算基准。****考点：**在行为时虽然没有达到刑事责任年龄，但是防止结果发生的义务时，达到了责任年龄的，可以成立犯罪。例如，14 周岁的人，在生日当天点燃了一支蜡烛，第二天凌晨发现蜡烛没有放稳，放任火灾发生的，成立不作为犯的放火罪。——即 14—16 周岁的人需要对八种犯罪行为承担刑事责任，这八种重大犯罪行为既可以是作为犯，也可以是不作为犯。

3. 跨年龄段犯罪问题：只追究达到刑事责任年龄阶段的犯罪行为。

二、责任能力

1. 精神病人（限定责任能力）如何承担刑事责任¹⁵⁵

【原因自由行为】：注意：间歇性精神病人在精神正常的情况下决定并着手实行犯罪，在实行过程中精神病发作丧失责任能力的如何处理？如果犯罪成功的，成立犯罪既遂。如果实际实施的犯罪与预想实施的犯罪不同的，成立原计划实施的犯罪的犯罪未遂。例如：

a. 甲想杀乙，故意使自己陷入无责任能力状态，实施了杀害乙的行为。——故意杀人罪既遂

b. A 欲抢劫 B，故意使自己陷入无责任能力状态，但对 B 实施了强奸行为，不对强奸行为承担刑事责任。——定抢劫罪未遂

2. 醉酒人的责任能力：生理性醉酒，直接追究刑事责任；病理性醉酒，按精神病处理。

3. 生理缺陷的人——**可以**从轻、减轻或者免除处罚。是指：又聋又哑的人或者盲人犯罪

【重要提示】：抑郁症患者如何承担刑事责任？

审判实践中，抑郁症如果没有导致对行为辨认、控制能力降低的，就不属于限定责任能力（一般而言，抑郁症即属于此类）。李化霞故意杀人案中，判决理由指出：“李化霞虽患有复发性抑郁症，作案时处于轻抑郁发作期，但在本案中具有完全刑事责任能力，应当对其所犯罪行为承担相应的刑事责任。”¹⁵⁶但是，如果因抑郁症导致了对行为的辨认、控制能力降低的，就属于限定责任能力，应“酌情”从宽处罚。例如，陈连成故意杀人案中，判决书指出：“上诉人陈连成因怀疑妻子邓某不愿与自己生活，而持斧子砍击邓某的头部、颈部、肩部等部位，致邓某当场死亡，其行为构成故意杀人罪。上诉人陈连成作案手段残忍，后果严重，依法应予惩处。鉴于陈连成作案时处于抑郁发作期，系限定刑事责任能力，依法可对其从轻处罚。”同时，该案中，山东安康医院精神疾病司法鉴定所出具的鉴定意见书证实，陈连成患有抑郁症，作案时处于抑郁发作期，陈连成在本案中具有限定刑事责任能力。¹⁵⁷

2016 年卷二 3. 关于刑事责任能力，下列哪一选项是正确的？（A）

A. 甲第一次吸毒产生幻觉，误以为伍某在追杀自己，用木棒将伍某打成重伤。甲的行为成立过失致人重伤罪

B. 乙以杀人故意刀砍陆某时突发精神病，继续猛砍致陆某死亡。不管采取何种学说，乙都成立故意杀人罪未遂

C. 丙因实施爆炸被抓，相关证据足以证明丙已满 15 周岁，但无法查明具体出生日期。不能追究丙的刑事责任

D. 丁在 14 周岁生日当晚故意砍杀张某，后心生悔意将其送往医院抢救，张某仍于次日死亡。应追究丁的刑事责任¹⁵⁸

¹⁵⁴ 例如，无法证实行为人究竟是 31 还是 32 周岁，但能够肯定行为人已经达到刑事责任年龄，这种情形下，年龄是 31 还是 32 对定罪已经没有影响，直接追究其刑事责任。

¹⁵⁵ 抑郁症、性格偏执、激情杀人，都不是精神病。

¹⁵⁶ 山东省高级人民法院刑事裁定书，（2014）鲁刑一终字第 78 号。

¹⁵⁷ 山东省高级人民法院刑事裁定书，（2015）鲁刑一终字第 49 号。

¹⁵⁸ 年满 14 周岁的人对之前的行为有防止结果发生的义务，本案中，丁履行了防止结果发生的义务——将被害人送往医院，故不需要追究丁的刑事责任。换言之，丁在其达到刑事责任年龄后（即达到 14 周岁以后）没有实施违反刑法规定的行为，故不承担刑事责任。虽然其在不满 14 周岁时，有犯罪的故意，但不能以犯罪论处。其在年满 14 周岁的时候，将被害人送往医院，无犯罪的故意（作为犯、不作为犯的故意），不应以犯罪论处。

2017 年卷二 3. 关于刑事责任能力的认定, 下列哪一选项是正确的? (D)¹⁵⁹

- A. 甲先天双目失明, 在大学读书期间因琐事致室友重伤。甲具有限定刑事责任能力
- B. 乙是聋哑人, 长期组织数名聋哑人在公共场所扒窃。乙属于相对有刑事责任能力
- C. 丙服用安眠药陷入熟睡, 致同床的婴儿被压迫窒息死亡。丙不具有刑事责任能力
- D. 丁大醉后步行回家, 嫌他人小汽车挡路, 将车砸坏, 事后毫无记忆。丁具有完全刑事责任能力

2017 年卷二 10. 王某多次吸毒, 某日下午在市区超市门口与同居女友沈某发生争吵。沈某欲离开, 王某将其按倒在地, 用菜刀砍死。后查明: 王某案发时因吸毒出现精神病性障碍, 导致辨认控制能力减弱。B. 王某刑事责任能力降低, 可从轻处罚 (该选项错误)

2018 年真题: 甲在家中吸毒后产生幻觉, 快递员乙前来甲家中送快递, 甲以为前来送快递的快递员乙要杀害自己, 将乙打成重伤。甲的行为构成故意伤害罪。

【小案例】《刑事审判参考》第 1242 号 陈万寿故意杀人案——吸食毒品致精神障碍后故意杀人案件的处理原则。陈万寿因常年吸毒导致精神障碍, 产生幻觉后, 无故持刀砍人, 造成一死一伤。其辩护人提出, 被告人是因为长期吸毒致精神恍惚, 失去理智一时冲动犯下罪行, 有悔表现, 请求从宽处理。该辩护意见没有得到采纳, 法院以故意杀人罪判处其死刑。法院认为, 陈万寿常年吸食毒品, 曾因吸食毒品被强制戒毒, 后又复吸, 其对吸食毒品系违法行为有明确认知, 且曾多次出现幻觉后打骂他人的现象, 对吸食毒品会造成的危害后果可以预见, 其吸食毒品是原因自由行为。陈万寿吸食毒品导致的精神障碍与精神病有显著区别, 精神病系被动的受害者, 吸食毒品所致精神障碍系自陷行为所致, 具有主动性。吸食毒品导致精神障碍后犯罪与醉酒后犯罪类似, 刑法明确规定“醉酒的人犯罪, 应负刑事责任”, 且吸食毒品本已违法, 故吸毒致幻后犯罪更应负刑事责任。

三、一般主体与特殊主体——身份犯

1. 身份的特征: 犯罪前具有; 临时或终生均可; 与特定的犯罪相关联; 种类多; 客观层面, 不存在于人的内心。
2. 身份犯的种类:

(1) 真正身份犯: ——影响定罪的身份, 没有该身份的人单独不能构成此罪。(该身份可与他人“共享”)

(2) 不真正身份犯。——影响量刑的身份, 身份的有无不影响定罪, 但有此类身份在量刑上会从宽或者从重处罚。(该身份不能与他人“共享”)

【注意】: 身份是就单独的实行犯(正犯)而言的。例如, 成立受贿罪(正犯、实行犯)要求特殊身份——国家工作人员, 但非国家工作人员可以成立受贿罪的共犯, 如教唆犯、帮助犯。强奸罪的身份是男性, 女性可以成为教唆犯、帮助犯。

2008 年四川卷二 3. ①特殊身份是指行为人在身份上的特殊资格, 以及其它与一定的犯罪行为有关的、行为人在社会关系上的特殊地位或者状态。②由于特殊身份必须与一定的犯罪行为有关, 所以, 性别、国籍等不可能成为特殊身份, 首要分子则属于特殊身份。¹⁶⁰③挪用公款罪是真正身份犯, 只有国家工作人员可以构成挪用公款罪, 但非国家工作人员可以成为挪用公款罪的共犯。④根据《刑法》第三百零七条的规定, 司法工作人员犯帮助毁灭、伪造证据罪的, 从重处罚。这种情形称为不真正身份犯。——第②句错误, 其它正确

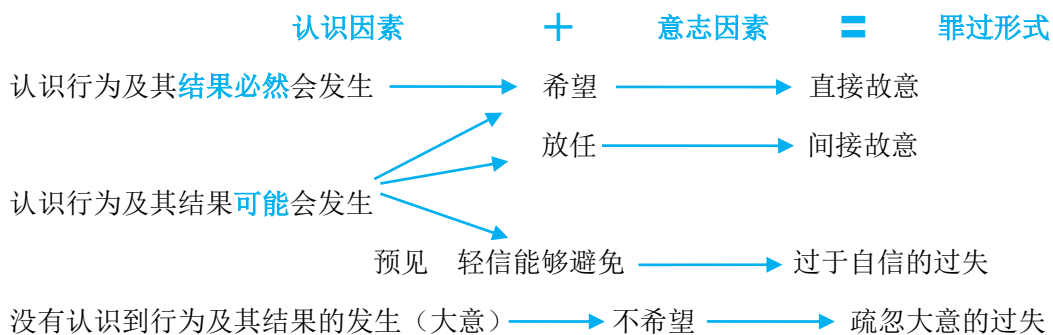
¹⁵⁹ A 错误。先天失明的人在何种情况下属于限定刑事责任能力人? 有一定证据证明, 基于视力的缺失的情况下, 因而未培养出完全的辨认能力和控制能力的人。[高铭瑄、马克昌主编:《刑法学》高等教育出版社 2016 年版, 第 85-93 页]当然, 如果因为其双目失明或者聋哑等生理特征, 使得其在特定的案件中辨认和控制自己行为的能力减弱, 可以认为是限定责任能力人, 对其犯罪行为可以从轻、减轻或者免除处罚。值得注意的是, 我国审判实践中, 只要是遇到盲人或者聋哑人犯罪, 几乎一律适用刑法第 19 条的规定, 予以从轻、减轻或者免除处罚, 这种做法并不妥当, 但却是现实存在的普遍现象。其实, 即使是精神病人, 如果犯罪时精神正常, 也应负完全刑事责任。2014 年马敏现、李才金运输毒品案, 马敏现系双目失明, 但是其具备完全刑事责任能力, 他对自己的贩卖毒品的行为是能够认知和控制的, 因此, 他并不因双目失明而导致不具备完全的刑事责任能力。云南省高级人民法院刑事裁定书, (2014)云高刑终字第 1070 号。

B 错误。相对负刑事责任能力人是指刑法第 17 条第 2 款所规定的, 14—16 周岁的人, 仅对八种犯罪行为承担刑事责任, 系相对负刑事责任能力人。

C 错误, D 正确。行为人在实施犯罪的前一行为(原因行为)时头脑是清醒的, 但其故意使自己陷入过度疲劳、醉酒、吸毒等辨认、控制能力降低或者精神错乱的状态, 并在此状态下开始着手实施后一帶有侵害性的行为。如果排除疲劳、醉酒、吸毒等原因, 在正常情况下, 行为人不致、不能实施后面的危害行为。但是, 其使自己陷入无责任能力状态的原因行为是主体在有责任能力的情况下实施的, 出于实施犯罪的目的而自由地作出的选择。故应承担刑事责任。

¹⁶⁰ 以聚众斗殴罪为例, 在实施聚众斗殴中, 任何人都可以成为首要分子, 只要在犯罪过程中起组织、领导作用就可以了。从此意义上看, 既然谁都可以构成的, 就谈不上是特殊主体, 首要分子也就不属于身份。

第八章 责任要件（二）——罪过



一、故意

(一) 故意的分类

1. 直接故意。——不要求行为人认识到自己行为的违法性

(1) 认识因素：明知自己的行为会（必然会、可能会）发生危害社会的结果。

**考点：“明知”是指对犯罪构成要件的客观事实都应该认识到，如犯罪对象等。¹⁶¹

另，犯罪故意不要求行为人认识到自己行为的违法性。

(2) 意志因素：希望结果发生。（“希望”不是对行为的态度，而是对结果的态度。）

考点提示：罪过形式指的是行为人对其所实施的结果的态度，而不是对其行为的态度。并且，罪过形式仅存在于实施行为之时，而不可能存在于实施行为之后。¹⁶²

2012 年卷二 5. B. 司机急于回家，行驶中闯红灯，把马路上的行人撞死——是过失犯罪。¹⁶³

2011 年卷二 5. 关于故意的认识内容，下列哪一选项是错误的？（D）

A. 成立故意犯罪，不要求行为人认识到自己行为的违法性

B. 成立贩卖淫秽物品牟利罪，要求行为人认识到物品的淫秽性

C. 成立嫖宿幼女罪，要求行为人认识到卖淫的是幼女

D. 成立为境外非法提供国家秘密罪，要求行为人认识到对方是境外的机构、组织或者个人，没有认识到而非法提供国家秘密的，不成立任何犯罪¹⁶⁴

¹⁶¹ 某些犯罪的故意还要求行为人认识到刑法规定的特定事实，如特定的行为时间、地点、方法、行为对象、特定的主体身份等。例如，成立掩饰、隐瞒犯罪所得罪，要求行为人明知自己掩饰、隐瞒的是犯罪所得。再如，行为人本来患有严重性病，但误认为自己没有患性病而卖淫或者嫖娼的，虽然其行为符合犯罪的客观构成要件，但由于没有认识到自己的特殊身份，因而没有认识到行为的社会意义与危害结果，不具有犯罪故意，不成立犯罪。张明楷：《刑法学》，法律出版社 2007 年版，第 216 页。

¹⁶² 2008 年四川卷二 58A. 甲酒后驾车撞死一行人，下车观察时，发现死者是其情敌刘某，甲早已预谋将刘某杀死。甲的行为应为故意杀人罪，而不能定为交通肇事罪。该选项的内容错误，行为人撞死他人是过失的，成立交通肇事罪，至于事后的心态，不影响罪过形式的认定。又如，2014 年卷二 9. 甲架好枪支准备杀乙，见已患绝症的乙踉跄走来，顿觉可怜，认为已无杀害必要。甲收起枪支，但不小心触动扳机，乙中弹死亡。甲构成故意杀人罪（中止）、过失致人死亡罪。本案中，行为人虽有杀人的故意，但在着手之前已经停止了杀人行为，当然成立故意杀人罪的犯罪中止，属于预备阶段的犯罪中止。此后，甲在收起枪支时，并没有杀人的故意，不小心触动了扳机，说明其主观上此时是过失的心态，应成立过失致人死亡罪。

¹⁶³ 本案中，行为人间闯红灯这一行为本身虽然是故意的，但对于造成他人死亡结果是过失的，成立过失犯罪（交通肇事罪）。

¹⁶⁴ 没有认识到对方是境外的机构、组织或者个人，不成立为境外非法提供国家秘密罪。但将国家秘密提供给他人的，应成立故意泄露国家秘密罪。

2008年卷二2关于故意的认识内容，下列哪一选项是正确的？（C）

A. 甲明知自己的财物处于国家机关管理之中，但不知此时的个人财物应以公共财产论而窃回。甲缺乏成立盗窃罪所必须的对客观事实的认识，故不成立盗窃罪¹⁶⁵

B. 乙以非法占有财物的目的窃取军人的手提包时，明知手提包内可能有枪支仍然窃取，该手提包中果然有一支手枪。乙没有非法占有枪支的目的，故不成立盗窃枪支罪¹⁶⁶

C. 成立猥亵儿童罪，要求行为人知道被害人是或者可能是不满14周岁的儿童

D. 成立贩卖毒品罪，不仅要求行为人认识到自己贩卖的是毒品，而且要求行为人认识到所贩卖的毒品种类

2. 间接故意

(1) 认识因素：明知自己的行为会（可能会）发生危害社会的结果。

(2) 意志因素：放任结果的发生。结果发不发生都无所谓，容忍危害结果的发生。如果结果必然发生，就是直接故意。

3. 应注意的几个问题：

(1) 刑法分则规定的故意犯罪，没有特别规定，均存在间接故意的可能性。

(2) 间接故意犯罪，必须造成结果才能处罚；过失犯罪更是如此，必须造成结果才能定罪处罚。

(3) 罪过形式仅存在于实施行为之时，而不可能存在于实施行为之后。

(4) 明知自己的行为必然会发生危害社会的结果而实施，就是直接故意。

(5) 犯罪故意的认识因素、意志因素必须是现实的、确定的。易言之，如果行为人还没有确定实现何种内容，就缺乏故意的认识因素与意志因素，不成立故意犯罪。¹⁶⁷

2012年卷二52. 下列哪些案件不构成过失犯罪？B. 汽车修理工恶作剧，将高压气泵塞入同事肛门充气，致其肠道、内脏严重破损。——行为人是直接故意，退一步讲，至少是间接故意。显然，一般人都会认识到将高压气泵塞入肛门充气，发生致人伤亡的概率非常高。据此，行为人对于这种高度的风险应当抱的是一种放任的态度，甚至是一种追求的态度。所以至少应当认定为间接故意，而非有认识的过失。

【历年真题】

2004年卷二53. 刑法第171条第1款前段规定：“出售、购买伪造的货币或者明知是伪造的货币而运输，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金。”关于本条的理解，下列哪些说法是错误的？（ACD）

A. 运输假币罪要求行为人明知是假币，但出售、购买假币罪不要求行为人明知是假币¹⁶⁸

B. 根据故意犯罪的刑法规定与刑法原理，出售、购买假币罪也以行为人明知是假币为前提

C. 出售、购买、运输假币罪都是故意犯罪，但运输假币罪只能是直接故意，而出售、购买假币罪只能是间接故意

D. “并处二万元以上二十万元以下罚金”是指可以并处罚金，而非应当并处罚金¹⁶⁹

¹⁶⁵ A选项中，“公共财产”属于规范的构成要件要素，行为人对于财物是否属于“公共财物”的认识并不影响犯罪故意的认定。甲对客观事实是明知的，即知道自己的行为是窃取了自己所有的但被国家机关扣押的财产，不存在事实上的认识错误。但对于该财物是否属于“公共财产”产生了错误认识，实际上是对“公共财产”的外延包括哪些产生了错误认识，是属于对法律概念的错误认识，即法律认识错误，这不影响故意犯罪的成立。从这一意义上看，对规范的构成要件要素的认识错误，也属法律认识错误，规范的构成要件要素本身就是专业术语、法律术语。

该选项错误，错误的原因在于，不能仅以“其不知道该财产属于公共财产”为由，否定盗窃罪的成立。也就是否认成立盗窃罪的理由并不充分，不能以对法律概念“个人财产”、“公共财产”的认识错误为由，否认盗窃罪的成立。如果不考虑行为人对该财产“是否属于公共财产”有正确认识，有同学问，盗窃自己所有但被国家机关合法扣押的财产，是否成立盗窃罪呢？如甲的汽车因非法营运被交管部门扣押了，甲将该汽车偷回来的，甲的行为是否成立盗窃罪？我国刑法学界的通说观点认为，财产犯罪的保护法益以坚持所有权为宜，不成立盗窃罪，如果认定成立盗窃罪，会导致量刑畸重。当然，也有不少学者认为，这种情形下侵犯了扣押单位的占有权，应成立盗窃罪。但无论是否成立盗窃罪，本选项以“没有认识到财物是否属于公共财产”这一法律认识错误为由，否认盗窃罪的成立，并不妥当，从此意义上看，该选项是错误的。

¹⁶⁶ 本案中，行为人虽然最主要的目的是为了盗窃财物，但对于偷枪的结果是有认识的，属于间接故意，成立盗窃枪支罪（间接故意）。

类似的：2012年卷二5.D. 作客的朋友在家中吸毒，主人装作没看见。——本案中，主人成立容留吸毒罪，是间接故意。

2016年卷二21. 国家工作人员甲听到有人敲门，开门后有人扔进一个包就跑。甲发现包内有20万元现金，推测是有求于自己职务行为的乙送的。甲打电话问乙时被告知“不要问是谁送的，收下就是了”（事实上是乙安排丙送的），并重复了前几天的请托事项。甲虽不能确定是乙送的，但还是允诺为乙谋取利益。B. 甲没有受贿的直接故意，间接故意不可能构成受贿罪，故甲不构成受贿罪——该选项错误，受贿罪可以由间接故意构成

¹⁶⁷ 甲在与乙发生冲突时，立即取出手枪，但究竟只是威胁乙，还是要伤害抑或杀害乙，尚处于未决定的状态，而此时子弹便射中乙，造成死亡结果。这种现象在理论上称为“未确定的故意”，但实际上并不存在故意，只能认定为过失致人死亡罪。

¹⁶⁸ 既然是故意犯罪，就要求行为人主观上认识到犯罪对象（假币）。

¹⁶⁹ 该选项错，是指“应当”。

二、过失

(一) 过失犯处罚的例外性，过失犯罪的法定刑轻于相对应的故意犯罪的法定刑

****考点：**刑法中只有两个地方要求犯罪是故意犯罪，一个是累犯要求前后犯罪都是故意犯罪，另一个是死缓期间“故意犯罪，情节恶劣”的要执行死刑。除此之外，没有要求必须是故意犯罪。¹⁷⁰做题时，题干如果使用了**犯罪分子**过失、玩忽职守、不注意、不慎、不料、不认真负责、违反操作规则等之类的表述，一般认为是过失犯罪。题干中使用了“突然”、“意外”等，一般认为是意外事件。

(二) 过失的种类

1. 疏忽大意的过失（无认识的过失）

应当预见自己的行为会发生危害社会的结果（成立相应的过失犯罪，必须对**具体结果**有预见可能性）¹⁷¹，而没有预见。如何认定行为人是否“应当预见”：是否违反了基本的生活规则、业务规则、行业规则。

2012年卷二53.甲、乙激烈争吵，甲欲以硫酸泼乙，但情急之下未能拧开杯盖，后甲因追乙离开教室。丙到教室，误将甲的水杯当作自己的杯子，拧开杯盖时硫酸淋洒一身，灼成重伤。——本案中，对于丙的重伤，甲主观上存在过失，因为甲**不谨慎处置危险物质的行为**和丙的拿取之间存在因果关系。

2. 过于自信的过失（有认识的过失）

(1) 如何理解“轻信能够避免”？——很相信自己的判断¹⁷²

行为人在预见到结果可能发生的同时，行为人不相信危害结果发生，原因在于：凭借一定的主客观条件，相信自己能够避免结果的发生，但所凭借的主客观条件并非真实可靠。

[案例]：甲、乙、丙三人周末相约到野外山林野炊。三人打了一只野兔，进行烧烤。正在这时，天空突然阴云密布，雷电交加，眼看就要下大雨了。甲提议赶快下山避雨；乙说先把火灭掉，不然会起火；丙说马上要下雨了，不灭也没有关系，还是躲雨要紧。经丙这样一说，三人扔下燃烧的火堆，慌忙向山下奔跑。结果刚到山下，云就散开了，不仅没有下雨，反倒起了一阵大风，将整个火堆吹得四散开来，结果引起了森林大火，造成严重损失。行为人主观上具有过于自信的过失。

(2) 过于自信的过失与间接故意的区别——[必考点、常考点]

	间接故意	过于自信的过失
1. 认识因素	认识到结果发生的可能性（明知，结果发生的概率大，危险系数高）	认识到危害结果发生的可能性（仅是预见到，结果发生的概率小，危险系数低）
2. 意志因素	不是希望结果发生（放任结果发生）	不是希望结果发生（排斥结果发生）

区分的标准：**行为人是否有主、客观方面凭藉，或者说是否有防范措施**。如果有，则为过于自信的过失；凡是出现了赌徒心理（如“死了活该”），则为间接故意。凭藉既可以是客观方面的，也可以是主观方面的。主要是**客观环境、自身能力、他人情况**等。

如下两点应该引起注意：

(1) 有的情况下，行为人虽然也“排斥”危害结果的发生，但主、客观上没有任何依据，是间接故意。例如，甲男欲毒死他的妻子，可能毒死他的小孩，但杀人心切，还是投毒，最后小孩也死了。结合日常生活经验，甲男对其小孩死亡似乎是“排斥”的，但他没有采取任何防止危害结果的措施，因此，只能定间接故意。

(2) 有的情形下，行为人客观上虽然采取了一定的防止结果发生的措施，但该措施微不足道，主观上对危害结果的发生还是无所谓心理，也只能认定为是间接故意。例如，甲瓜地的瓜老是被人偷，于是甲就给瓜打了农药，并插了一面小白旗，上面标明“瓜内有毒，请勿食用”，此外，甲又到村里到处说，“我的瓜打了农药，偷吃出事我不负责”。如果真的导致了被害人死亡的，直接认定为是故意杀人罪（间接故意）。

[历年真题]

2004年卷二12.朱某因婚外恋产生杀害妻子李某之念。某日晨，朱在给李某炸油饼时投放了可以致死的“毒鼠强”。朱某为防止其6岁的儿子吃饼中毒，将其子送到幼儿园，并嘱咐其子等他来接。不料李某当日提前下班后将其子接回，并与其子一起吃油饼。朱某得知后，赶忙回到家中，其妻、子已中毒身亡。关于本案，下列哪一说法是正确的？(C)

- A. 朱某对其妻、子的死亡具有直接故意
B. 朱某对其子的死亡具有间接故意
C. 朱某对其子的死亡具有过失¹⁷³
D. 朱某对其子的死亡属于意外事件

¹⁷⁰ 例如，刑法第77条规定，在缓刑考验期内再犯新罪或者发现漏罪的，应撤销缓刑。其中，新罪、漏罪既可能是故意犯罪，也可以是过失犯罪。

¹⁷¹ 例如，成立过失致人重伤罪，行为人必须对重伤结果有预见可能性。成立过失致人死亡罪，行为人必须对死亡结果有预见可能性。

¹⁷² 主要有三种情形：(1) 过高估计自己的**能力**；(2) 不当地估计了现实存在的**客观条件**对避免危害结果的作用；(3) 误以为**结果发生的可能性**较小，因而可以避免结果发生。总之，就是“过于自信”。

¹⁷³ 朱某虽然预见到了其行为可能给孩子带来一定的危险，但已经采取了自认为的有效的措施(将孩子送到幼儿园)来避免危害结果发生，

2004年卷二3. 卡车司机甲在行车途中, 被一吉普车超过, 甲顿生不快, 便加速超过该车。不一会儿, 该车又超过了甲, 甲又加速超过该车。当该车再一次试图超车行至甲车左侧时, 甲对坐在副座的乙说, “我要吓他一下, 看他还不敢超我。” 随即将方向盘向左边一打, 吉普车为躲避碰撞而翻下路基, 司机重伤, 另有一人死亡。甲驾车逃离。甲的行为构成: (B)¹⁷⁴

- A. 故意杀人罪
- B. 交通肇事罪
- C. 破坏交通工具罪
- D. 故意杀人罪和故意伤害罪的想象竞合犯

(3) 过于自信的过失与合理信赖——从事社会所能正常容许的风险(例如, 正常驾驶), 只要遵循了特定的规则, 即使造成了危害结果, 都不成立犯罪。¹⁷⁵

(4) 从事科学试验的人总是预见到了试验失败的可能性, 但只要他们遵循了科学试验规则, 即使试验失败造成了损失, 也不能认为是过于自信的过失。

(5) 监督过失: 被监督者存在过失, 如果是因为监督者没有履行好监督义务, 则说明其有过失, 成立过失犯罪。

176

2010年卷二51. 关于罪过, 下列哪些选项是错误的?(ACD)

- A. 甲的玩忽职守行为虽然造成了公共财产损失, 但在甲未认识到自己是国家机关工作人员时, 就不存在罪过¹⁷⁷
- B. 甲故意举枪射击仇人乙, 但因为没瞄准, 将乙的名车毁坏。甲构成故意杀人未遂
- C. 甲翻墙入院欲毒杀乙的名犬以泄愤, 不料该犬对甲扔出的含毒肉块不予理会, 直扑甲身, 情急之下甲拔刀刺杀该犬。甲不构成故意毁坏财物罪, 而属于意外事件
- D. 甲因疏忽大意而致人死亡, 甲应当预见而没有预见的危害结果, 既可能是发生他人死亡的危害结果, 也可能只是发生他人重伤的危害结果¹⁷⁸

2013年卷二53. 关于犯罪故意、过失与认识错误的认定, 下列哪些选项是错误的?(BCD)

- A. 甲、乙是马戏团演员, 甲表演飞刀精准, 从未出错。某日甲表演时, 乙突然移动身体位置, 飞刀掷进乙胸部致其死亡。甲的行为属于意外事件¹⁷⁹
- B. 甲、乙在路边争执, 甲推乙一掌, 致其被路过车辆轧死。¹⁸⁰甲的行为构成故意伤害(致死)罪
- C. 甲见楼下没人, 将家中一块木板扔下, 不料砸死躲在楼下玩耍的小孩乙。甲的行为属于意外事件
- D. 甲本欲用斧子砍死乙, 事实上却拿了铁锤砸死乙。甲的错误属于方法错误,¹⁸¹根据法定符合说, 应认定为故意杀人既遂

只是该措施没有他想象的那么牢靠, 以致于造成了死亡结果。朱某属于过于自信的过失。

¹⁷⁴ 本案中, 卡车司机甲之所以玩这一危险动作, 主要还是其过于相信了自己的驾驶经验、技术能够避免危害结果的发生, 其过于高估了自己的经验与能力, 属于过于自信的过失, 成立过失犯罪(交通肇事罪)。

¹⁷⁵ 例如, 司机在封闭的高速公路上驾驶汽车时, 因合理信赖行人不会横穿公路而正常行驶, 如果行人违反交通规则横穿公路而被汽车撞死的, 司机不承担过失犯罪的刑事责任。“合理信赖”的实质在于: 相信所有人, 司机、行人都会遵守规则。虽然实践中也确实有人横穿公路, 司机也有预见可能, 但司机只要遵守了交通规则, 即便造成了事故, 也不应该承担刑事责任。现在, 信赖原则的适用范围, 不限于交通事故, 在企业活动与医疗活动及其他活动中, 也适用这一原则。从事社会所能正常容许的风险, 只要遵循了特定的规则, 即便造成了危害结果, 都不成立犯罪。

¹⁷⁶ 由于业务及其它社会生活上的关系, 在特定的人与人之间、人与物之间形成了一种监督与被监督的关系。如果监督者不履行或者不正确履行自己的监督或者管理义务, 导致被监督者产生过失行为引起了危害结果, 或者由于没有确立安全管理体制, 而导致危害结果发生, 监督者主观上对该危害结果就具有监督过失。

¹⁷⁷ “国家机关工作人员”属于规范的构成要件要素, 成立故意犯罪, 不需要行为人认识到这一概念本身, 只要求行为人认识到客观事实就可以了, 即只要知道自己在某单位从事某项工作, 至于是否属于“国家机关工作人员”, 是需要经过专业的(法律的)评价的。换言之, 本案中, 行为人对“国家机关工作人员”的认识不清, 属于对法律概念的认识错误, 也即法律认识错误, 不影响故意犯罪的成立。

¹⁷⁸ 该选项是指构成疏忽大意的过失致人死亡罪, 那么, 行为人应当预见死亡结果, 如果仅仅是应当预见重伤结果, 而造成了死亡结果(不可预见死亡结果), 甲不能成立过失致人死亡罪。要成立具体的过失犯罪, 行为人必须对具体的结果有预见可能性。

¹⁷⁹ 本案中, 甲并没有违反任何操作规则, 故甲不构成犯罪, 危害结果的发生属于意外事件。

¹⁸⁰ 推他人一把, 不属于刑法上的“故意伤害”。但本案中, 在路边推他人一把, 应预见到其行为有可能导致他人有危险(如本案例路上都有车), 故至少应存在过失。

¹⁸¹ 本案不属于方法错误, 而属于因果关系的错误。方法错误又称打击错误、行为误差, 是指行为人意图杀害甲, 但由于枪法不准而杀害了甲身旁的乙。注意, 不要将犯罪方法出现了错误认为是“方法错误”, 刑法上的“方法错误”与日常生活我们所理解的“犯罪方法错误”是两个完全不同的概念。

2012年卷二52. 下列哪些案件不构成过失犯罪？(ABCD)

- A. 老师因学生不守课堂纪律，将其赶出教室，学生跳楼自杀
- B. 汽车修理工恶作剧，将高压气泵塞入同事肛门充气，致其肠道、内脏严重破损
- C. 路人见义勇为追赶小偷，小偷跳河游往对岸，路人见状离去，小偷突然抽筋溺毙¹⁸²
- D. 邻居看见6楼儿童马上要从阳台摔下，遂伸手去接，因未能接牢，儿童摔成重伤

三、目的与动机

(一) 目的——你犯罪是为了什么

1. 目的的种类

(1) 直接故意中的意志因素：犯罪故意所希望的结果。(直接目的)

(2) 目的犯中的目的。实施犯罪行为时所希望达到的更远的目的。如绑架罪中以勒索财物为目的、拐卖妇女儿童罪中以出卖为目的。(间接目的)

2. 目的犯中的“目的”的意义：要成立相应的犯罪，必须要有特定的目的，但目的的实现与否在所不问。¹⁸³

(二) 犯罪动机——你为什么会犯罪

1. 动机。是指刺激、促使犯罪人实施犯罪行为的内心起因或思想活动。——目的的目的

2. 动机的机能。原则上不影响定罪，对量刑可能会有影响。

四、事实认识错误

(一) 具体的事实错误——行为人认识的事实与实际发生的事实虽然不一致，但没有超出同一犯罪构成的范围。(中小型错误)

1. 对象错误——行为人误把甲对象当作乙对象加以侵害(杀害)，而甲、乙对象处于同一犯罪构成内。*认错人了、主观错误。——行为人意欲侵害的具体对象在案件中从未出现过。

对于这种主观与客观的差异(错误)，理论上存在具体符合说与法定符合说两种观点：

a. 具体符合说：由于被杀的人与想杀的人并不是具体地一致，甲应当成立故意杀人罪未遂与过失致人死亡罪的竞合。但现在具体符合说也都认为，这种对象错误并不重要，因而不影响故意犯罪既遂的成立。¹⁸⁴

b. 法定符合说：(抛开具体的细节，只看刑法的规定) 行为人认识的事实与实际发生的事实，只要在犯罪构成范围内是一致的，就成立故意的既遂犯。(法条一致，与法条规定的词一致，而不是细节一致。如故意杀人罪中，只要杀的是“人”就成立故意杀人罪既遂。即只要在“人”、“财物”这些关键词上一致即可。)

重要提示：在对象错误这一问题上，具体符合说作了妥协，修正了观点，具体符合说与法定符合说的观点一致，即“错了等于没错”。¹⁸⁵

2007年卷二5. 甲为杀害仇人林某在偏僻处埋伏，见一黑影过来，以为是林某，便开枪射击。黑影倒地后，甲发现死者竟然是自己的父亲。事后查明，甲的子弹并未击中父亲，其父亲患有严重心脏病，因听到枪声后过度惊吓死亡。——甲构成故意杀人罪既遂。¹⁸⁶

¹⁸² 此选项难度较大。该题中，行为人追赶小偷后，致使小偷产生了危险，应该认为有救助的义务。因为一般认为，只要行为创造了风险，不论行为是否正当，都应该认为行为人有救助的义务。但本案中，行为人主观上根本没有认识到自己的救助义务，因为他并没有看到小偷抽筋，所以，主观上没有罪过。故：本案不成立不作为犯罪。可能有同学会问，追赶小偷是合法行为，创造了风险还会有救助义务吗？的确，如果在追赶小偷的时候，直接把小偷追死了，不构成犯罪。但如果把小偷追赶至一种风险状态，创造的是风险，应该认为有救助义务。大家可以思考如下两个案例：1、甲在开车的时候，溅起来的石子直接砸“死”了路人乙，这是一个意外事件。这是正当行为直接造成了结果。2、甲在开车的时候，溅起来的石子直接砸“伤”了路人乙，这仍然是一个意外事件，甲不需要对此结果承担责任，但如果此时被害人流血不止，存在死亡的风险，甲有救助的义务吗？从常识也应该知道，有救助的义务，如果他不履行救助义务，应成立不作为犯的故意杀人罪。这两个案例告诉我们，正当行为直接造成了具体结果的，不认为是犯罪；但如果正当行为创造了风险，行为人还是有义务排除风险。

¹⁸³ 例如，绑架罪要求以勒索财物为目的，但行为人控制人质后，只要其主观上有勒索财物的目的，是否实施勒索财物的行为，不影响绑架罪的成立。

¹⁸⁴ 针对对象错误，现在具体符合说的观点认为，尽管行为人的认识与实际结果之间存在细节上的不同，行为人虽然意欲杀害张三，但由于认识错误，行为当时指向的对象是处于现场的“那个人(李四)”，结果也杀死了在现场的“那个人(李四)”，行为“当时”的认识和现实发生的结果之间并没有细节上的不同，因此，应当承担故意杀人罪既遂的刑事责任。

¹⁸⁵ 不少同学初学刑法，觉得很难理解具体符合说与法定符合说。其实用通俗的话来理解就是，比如我叫你帮我去买一瓶矿泉水解渴(农夫山泉)，你却帮我买了一瓶矿泉水(依云)。如果我是一个很较真的人，凡事要求细节都具体一致(具体符合说)，那你确实没有完成我的任务，属于未遂。如果我并不要求具体一致，我是一个比较粗的人，认为只要你买到了水，我叫你买的东西与你帮我买的东西虽然不是具体一致，但至少都是“水”，在这个问题上，一致，如果认为只要大概一致(符合“水”这一本质，法定符合说)，那可以认为你完成了我的任务(犯罪既遂)。这个问题上，我们普通人可能都认为不宜太过较真，基本上应该认为你完成了任务，故法定符合说是通说的观点。

¹⁸⁶ 本案中，行为人误将父亲当作仇人，而其仇人在本案中根本没有出现过，属于对象错误，无论采取何种学说(具体符合说或法定符合说)，错了等于没错，成立故意杀人罪的犯罪既遂。但本案中，被害人不是被枪打死的，而是被吓死的，这实际上属于因果关系的错误，不影响故意杀人罪既遂的成立。行为人的枪击行为与被害人的死亡结果存在客观上的因果关系(被害人被枪吓死)，行为人主观上有杀人的故意，客观上也实施了开枪杀人行为，故成立故意杀人罪既遂。

2. 打击错误—*人看清楚了，但枪法不准（又称方法错误、行为误差）——客观错误

a. 具体符合说：成立故意杀人罪未遂，因为具体的那个目的没有实现。

b. 法定符合说：成立故意杀人罪既遂。（做题时，没有特别说明，均按法定符合说回答）¹⁸⁷

2008年卷二54. 甲欲杀乙，便向乙开枪，**但**开枪的结果是将乙和丙都打死。——根据具体符合说，甲对乙成立故意杀人既遂，对丙成立过失致人死亡罪；根据法定符合说，甲对乙与丙均成立故意杀人既遂。

2017年卷二53. 甲、乙合谋杀害丙，计划由甲对丙实施砍杀，乙持枪埋伏于远方暗处，若丙逃跑则伺机射杀。案发时，丙不知道乙的存在。为防止甲的不法侵害，丙开枪射杀甲，子弹与甲擦肩而过，击中远处的乙，致乙死亡。关于本案，下列哪些选项是正确的？（A D）

- A. 丙的行为属于打击错误，依具体符合说，丙对乙的死亡结果没有故意
- B. 丙的行为属于对象错误，依法定符合说，丙对乙的死亡结果具有故意
- C. 不论采取何种学说，丙对乙都不能构成正当防卫
- D. 不论采用何种学说，丙对甲都不构成故意杀人罪未遂

3. 因果关系的错误。——结论：错了等于没错。（小型错误）

狭义的因果关系错误 ¹⁸⁸	事前的故意（结果推后实现） （死晚了）	结果的提前实现 （死早了）
定义：是指结果的发生不按照行为人对因果关系的发展所预见的进程来实现的情况。	定义：行为人误以为第一个行为已经造成结果，出于“其它目的”实施第二个行为，实际上是第二个行为才导致预期的结果的情况。	定义：指提前实现了行为人所预想的结果。
例如：甲为了使乙溺死水中，将乙推进井中，实际上乙是在井中被摔死的。又比如，甲以杀人的故意向乙开枪射击，乙为了避免子弹打中自己而后退，结果坠入悬崖而死亡。	例如：甲以杀人的故意对乙实施暴力（第一个行为），造成乙休克后，甲以为乙已经死亡，为了隐匿罪迹，将乙扔至水中（第二个行为），实际上乙是溺死于水中。	例如：甲欲杀乙，计划先用毒药搞昏乙，然后再用绳子勒死乙。但因投放的毒药剂量过大，乙喝完毒药就“提前”死了，甲的行为成立故意杀人罪既遂。但是，甲买了毒药，准备下午三点回家毒死妻子，甲一点钟回家时，先出去玩，其妻子提前下班，一点半左右时，翻开甲的钱包，找到毒药，自己喝了，并死亡。（故意杀人罪的预备与过失致人死亡罪） ¹⁸⁹
处理：因果关系的错误无任何影响。	处理：通说认为，因果关系的错误无任何影响。成立故意犯罪既遂。 ¹⁹⁰	处理：如果危害结果是实行行为导致的，则成立故意犯罪的既遂；如果不是，则否认故意犯罪的既遂。

¹⁸⁷ 在打击错误这一问题上，具体符合说与法定符合说的观点不一致，二种学说均坚持了自己的观点。但在前述的对象错误这一问题上，具体符合说的学者作了妥协，其观点与法定符合说保持一致。因此，对象错误这一问题上，无论是具体符合说还是法定符合说，其观点一致，即坚持法定符合说。而打击错误这一问题上，具体符合说与法定符合说的观点并不一致，做题时无特别说明，原则上按法定符合说做题。

可能有同学会问，为什么在对象错误这一问题上，具体符合说修改了自己的观点，与法定符合说保持一致。而在打击错误这一问题上，为什么具体符合说、法定符合说的观点不一致。其主要原因在于：

对象错误的情况下，错误不是太大。虽然你想杀张三，误将李四认成张三，但至少你开枪的时候，想杀眼前的“这个人”（李四），实际上死的也是眼前的“这个人”（李四），这个错误并不是很大。所以，具体符合说的学者也认为这种错误不重要，可以忽略。故行为人成立故意杀人罪既遂。

打击错误的情况下，你想杀眼前的“这个人”（张三），并且用枪瞄准了张三，而因枪法不准，实际上死的是眼边的“那个人”（王五）。就此意义而言，你的错误还是有点大的，故具体符合说认为，这就是错了，你的犯罪行为就是没有完成，成立犯罪未遂。在打击错误这一问题上，具体符合说的学者拒绝妥协，认为成立未遂。

¹⁸⁸ 狭义的因果关系错误，实质上是解决对因果关系的认识要具体化到什么程度的问题。实际上，当行为人实行行为终了的那一刻起，因果历程的发展便已经如“脱缰的野马”，不再可能完全按照行为人预想的因果流程进行，更何况，以目前一般人的认知，对很多自然因果流程的具体作用仍然处于模糊状态（如下毒致死的工作机理和行为人想象的毒药动作机理并不一致），因此，在规范的归责上，我们不可能要求行为人对因果流程的认知达到完全具体、科学的程度，只要行为人制造了法益侵害的风险，并且风险最后也确实实现，同时结果的发生与行为人对于自己行为制造风险的流程想象大体一致时，便成立故意既遂。

¹⁸⁹ 因果关系论所要判断的是能否将某种结果归属于某种“实行行为”，即因果关系是实行行为与结果之间的引起与被引起的关系，而不是预备行为与结果之间的因果关系。此种情况下，行为与结果之间不存在因果关系，因此是犯罪预备。

¹⁹⁰ 理论上对此问题存在不同的观点：第一种观点认为，行为人的第一行为成立故意杀人罪未遂，第二行为成立过失致人死亡罪；其中有人认为成立想象竞合犯，有人主张成立数罪。第二种观点认为，如果在实施第二行为之际，对于死亡持未必的故意（或间接故意），则整体上成立一个故意杀人既遂；如果在实施第二行为之际，相信死亡结果已经发生，则成立故意杀人未遂与过失致人死亡罪。第三种观点认为，将两个行为视为一个行为，将支配行为的故意视为概括的故意，只成立一个故意杀人既遂。第四种观点认为（通说），将前后两个行为视为一体，视为对因果关系的认识错误处理，只要因果关系的发展过程是在相当的因果关系之内，就成立一个故意杀人既遂。第三、四种观点可以认为是一致的，应认为是通说的观点。

2015年卷四. 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。——按通说观点，可以认为是构成要件的提前实现，成立故意杀人罪的既遂。

2016年卷四：赵某杀害钱某后，找到好友孙某，二人一起将钱某抬至汽车的后座，由赵某开车，孙某坐在钱某身边。开车期间，赵某

2014年卷二7. 关于事实认识错误, 下列哪一选项是正确的? (A)

- A. 甲本欲电话诈骗乙, 但拨错了号码, 对接听电话的丙实施了诈骗, 骗取丙大量财物。甲的行为属于对象错误, 成立诈骗既遂
- B. 甲本欲枪杀乙, 但由于未能瞄准, 将乙身旁的丙杀死。无论根据什么学说, 甲的行为都成立故意杀人既遂
- C. 事前的故意属于抽象的事实认识错误, 按照法定符合说, 应按犯罪既遂处理
- D. 甲将吴某的照片交给乙, 让乙杀吴, 但乙误将王某当成吴某予以杀害。乙是对象错误, 按照教唆犯从属于实行犯的原理, 甲也是对象错误¹⁹¹

2011年卷二53. 关于认识错误的判断, 下列哪些选项是错误的? (AC)

- A. 甲为使被害人溺死将被害人推入井中, 但井中没水, 被害人被摔死。这是方法错误, 甲行为成立故意杀人既遂
- B. 乙准备使被害人吃安眠药熟睡后将其勒死, 但未待实施勒杀行为, 被害人因吃了乙投放的安眠药死亡。这是构成要件提前实现, 乙行为成立故意杀人既遂
- C. 丙打算将含有毒药的巧克力寄给王某, 但因写错地址而寄给了汪某, 汪某吃后死亡。这既不是对象错误, 也不是方法错误, 丙的行为成立过失致人死亡罪¹⁹²
- D. 丁误将生父当作仇人杀害。具体符合说与法定符合说都认为丁的行为成立故意杀人既遂

2016年卷二52. 甲、乙共同对丙实施严重伤害行为时, 甲误打中乙致乙重伤, 丙乘机逃走。关于本案, 下列哪些选项是正确的? (CD)¹⁹³

- A. 甲的行为属打击错误, 按照具体符合说, 成立故意伤害罪既遂
- B. 甲的行为属对象错误, 按照法定符合说, 成立故意伤害罪既遂
- C. 甲误打中乙属偶然防卫, 但对丙成立故意伤害罪未遂
- D. 不管甲是打击错误、对象错误还是偶然防卫, 乙都不可能成立故意伤害罪既遂

**特别说明: 上述任何一种错误类型, 行为人都是基于一个罪过形式, 实施了一个犯罪行为, 所以定一罪。如果行为人基于数个罪过形式, 分别实施了多个犯罪行为, 则应数罪并罚。

2003年卷二4. 甲为上厕所, 将不满1岁的女儿放在外边靠着篱笆站立, 刚进入厕所, 就听到女儿的哭声, 急忙出来, 发现女儿倒地, 疑是站在女儿身边的4岁男孩乙所为。甲一手扶起自己的女儿, 一手用力推乙, 导致乙倒地, 头部刚好碰在一块石头上, 流出鲜血, 并一动不动。甲认为乙可能死了, 就将其抱进一个山洞, 用稻草盖好, 正要出山洞, 发现稻草动了一下, 以为乙没死, 于是拾起一块石头猛砸乙的头部, 之后用一块磨盘压在乙的身上后离去。案发后, 经法医鉴定, 甲在用石头砸乙之前, 乙已经死亡。——甲的行为成立过失致人死亡罪与故意杀人罪(未遂)数罪。

194

(二) 抽象的事实错误——大型错误

1. 对象错误(客体错误) 2. 打击错误

处理原则: 分别不同对象判断, 择一重罪处罚。¹⁹⁵

不断地说“真不该一时冲动”, “悔之晚矣”。其间, 孙某感觉钱某身体动了一下, 仔细察看, 发现钱某并没有死。但是, 孙某未将此事告诉赵某。到野外后, 赵某一人挖坑并将钱某埋入地下(致钱某窒息身亡), 孙某一直站在旁边没做什么, 只是反复催促赵某动作快一点。问题: 关于赵某以为钱某已经死亡, 为毁灭罪证而将钱某活埋导致其窒息死亡这一事实, 可能存在哪几种主要处理意见? 各自的理由是什么?

¹⁹¹ 认识错误属于主观责任层面的问题, 而共同犯罪属于客观不法层面的问题(现在的共同犯罪采行为共同说, 或者说部分犯罪共同说), 在共同犯罪中, 各行为人的“客观不法行为”是共同的, 但“责任”不可能共同。本案中, 乙产生了认识错误(对象错误)这是责任层面的问题, 并不能说甲也产生了认识错误, 因为责任不是共同的。例如, 甲(35周岁)、乙(13周岁)共同实施了杀人行为, 各砍了被害人5刀导致被害人死亡。二人成立共同犯罪, 客观不法行为是共同的, 意即两人都需要对客观上共同的10刀承担责任。但由于乙未达年龄, 所以不用承担责任, 甲达到年龄, 需要承担责任。但甲达到年龄承担责任并不意味着乙需要承担责任, 责任不是共同的。

¹⁹² 本案中, 行为人意欲侵害的对象(王某)从未出现在行为人的面前, 因此, 属于对象错误。需要说明的, 也有少数学者认为, 该案属于打击错误, 认为此种情形下, 行为人对被害人并没有产生任何错误认识。但该选项中, 提及“既不是对象错误, 也不是方法错误”、“成立过失致人死亡罪”这两点都是错误的, 不影响考生做题。本案即便是在属于“对象错误”还是“打击错误”这一问题上存在争议, 但命题巧妙地回避了这一争议问题。

¹⁹³ 甲意欲侵害的对象丙在本案中出现了, 甲的行为属于打击错误, 按法定符合说, 成立故意伤害罪既遂。

¹⁹⁴ 本案中, 行为人基于两个罪过形式(先是过失, 后是故意)实施了两个犯罪行为(先是推, 后是砸), 故应认定为是数罪并罚。

实践中, 常常将行为人出于杀人的故意, 误把刚死不久的尸体当作活人加以杀害的行为, 认定为故意杀人罪的未遂犯。这种做法是有一定道理的。因为, 人的生死之间的界限并不是黑白分明的, 存在一个灰色的过渡阶段, 处在这个阶段上的生命到底是生还是死, 法医学也难以做出准确的判断; 同时, 生命是刑法最为重要的保护法益之一, 为了体现这一点, 从刑事政策的角度来考虑, 也有必要将这种行为作为犯罪考虑。只是因为行为当时, 被害人生死不明, 从有利于被告人的角度考虑, 所以, 将这种情况作为未遂犯从宽处罚。(黎宏:《刑法学》, 法律出版社2012年版, 第636页。)——当然, 也有少数学者认为, 后行为无罪, 这一观点无论是在我国刑法学界, 还是德日还是英美刑法学界, 都属于少数派观点。从历年司法考试真题反馈的信息来看, 还未出现过不能犯作为无罪处理的案件。当然, 极端的无法益侵害可能性的不能犯, 可以考虑无罪, 这一问题在不能犯中专门阐述。

¹⁹⁵ 当然, 这里有一前提性的条件, 即在该犯罪故意支配之下所实施的行为是具有侵害法益现实危险性的行为。例如, 甲在树林里看到一个珍贵文物, 误以为是其仇人乙, 于是连开三枪射击, 事后发现毁坏的是他人的珍贵文物。此案中, 分别判断就是: 故意杀人罪(未遂)、

例一：A 出于盗窃财物（轻罪）的故意实际上却盗窃了枪支（重罪）时。成立盗窃罪既遂

例二：B 将他人占有的财物误以为是遗忘物而据为己有。定侵占罪。¹⁹⁶

例三：C 以为是尸体而实施奸淫行为，但事实上被害人并未死亡。侮辱尸体罪既遂¹⁹⁷

2007 年卷二 61. 丁某盗窃了农民程某的一个手提包，发现包里有大量现金和一把手枪。丁某将真情告诉崔某，并将手枪交给崔某保管，崔某将手枪藏在家里。关于本案，下列哪些选项是正确的？（AD）¹⁹⁸

A. 丁某构成盗窃罪 B. 丁某构成盗窃枪支罪 C. 崔某构成窝藏罪 D. 崔某构成非法持有枪支罪

2008 年四川卷二 16. 甲在 8 楼阳台上浇花时，不慎将金镯子（价值 3 万元）甩到了楼下。甲立即让儿子在楼上盯着，自己跑下楼去拣镯子。路过此处的乙看见地面上有一只金镯子，以为是谁不慎遗失的，在甲到来之前捡起镯子迅速逃离现场。甲经多方询查后找到乙，但乙否认捡到金镯子。乙的行为构成何罪？（B）

A. 盗窃罪 B. 侵占罪 C. 抢夺罪 D. 不构成犯罪

五、违法性认识错误

**本部分要解决的问题：行为人产生了法律认识错误，原则上后果自负（即原则上，[成立故意犯罪不要求行为人认识到自己行为的违法性](#)）；但如果这种法律认识错误是不可避免的，他的行为可以考虑不作为犯罪处理，或者从宽处理。

（一）违法性认识错误的类型

1. 直接禁止的错误（[不知法律的存在](#)）：误以为违法行为是合法的。
2. 间接禁止的错误（[对法律的规定认识到了，但对违法性阻却事由没有认识准确](#)）。
3. 涵摄的错误（[对概念理解的错误](#)）。
4. 有效性的错误：对法律的有效性发生错误认识。即行为人知道禁止规范，但误以为该规范无效。

2016 年卷二 4. 农民甲醉酒在道路上驾驶拖拉机，其认为拖拉机不属于《刑法》第 133 条之一规定的机动车。——甲对危险驾驶事实有认识，具有危险驾驶的故意。¹⁹⁹

2018 年法考真题，甲误以为猎杀的对象“猫头鹰”不属于“濒危野生动物”而去捕杀，仍然构成非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪。——该案中，甲是对法律概念“濒危野生动物”的范围存在错误的理解，系法律认识错误。

【小案例】赵春华非法持枪案。赵春华系 51 岁老妇，2016 年 8 月至 10 月 12 日间，在河北区李公祠大街亲水平台附近，摆设射击摊位谋生。10 月 12 日晚，赵春华被抓。判决书说明，公安机关在巡查过程中将赵春华抓获归案，当场查获枪状物 9 支及相关枪支配件、塑料弹，经天津市公安局物证鉴定中心鉴定，涉案 9 支枪状物中的 6 支为能正常发射以压缩气体为动力的枪支。赵春华的女儿王艳玲在接受新京报采访时表示，“我们就觉得这是一个玩具枪，被鉴定为枪支，想都不敢想。就是 1.8 焦耳每平方厘米，是这个标准，我母亲那个所谓的枪，鉴定出来的数值都是二点几，二点零几”。二审判处赵春华有期徒刑三年，缓刑三年。——针对该案，多数观点认为，赵春华是对法律概念“枪支”的范围存在错误认识，是法律认识错误，不影响定罪。当然，该法律认识错误在一定程度上确实“情有可原”，可以从宽处理，遂判处了缓刑。理论上亦有学者认为，赵春华属于禁止的错误，即误以为自己的行为是合法的，从而应排除犯罪的成立。²⁰⁰审判实践中类似的案件，如鸚鵡案、兰花案。

（二）如何认定行为人具有违法性认识的可能性——这是出考题的角度，本质：该法律认识错误是不可避免的。

1. 对法的状况产生了疑问时，认真向官方咨询，官方给了错误答复。
2. 知道要在法的特别规制领域进行活动时。行为人必须努力收集相关法律情报，如果没有认真收集，产生了违法性认识错误，实施了违法行为，应当成立故意犯罪。
3. 知道其行为侵害基本的个人的、社会利益时。此种情形下，即使违法性的认识发生了错误，也成立故意犯罪。

过失损毁珍贵文物罪。但由于此种情形下的故意杀人行为，没有造成生命法益侵犯的任何可能性，不符合故意杀人罪（未遂）的条件，所以，只能考虑定过失损毁珍贵文物罪。

¹⁹⁶ A 出于盗窃枪支（重罪）的故意实际上却盗窃了普通财物（轻罪），成立盗窃枪支罪的未遂。

A 以为留在长途汽车座椅上的皮包是刚刚下车的 B 的遗忘物，于是拿起皮包便下车逃走。但皮包实际上是售票员 C 暂时放在座位上的财物，由于 A 想犯的是侵占罪，实际上实施的是盗窃行为，两罪有重合关系，在重合的范围内，成立侵占罪既遂。

¹⁹⁷ 张明楷教授指出：“将强奸行为评价为侮辱行为，不存在障碍。此外，既然奸淫真正的尸体都成立侮辱尸体罪，那么，没有理由认为本案成立侮辱尸体罪未遂。况且，本案并不缺乏‘尸体’这一要素，而是存在多于‘尸体’的要素”。

¹⁹⁸ 丁主观上想偷财物，但实际上偷到了财物和枪（枪也具有财物属性），故成立盗窃罪既遂。但丁主观上并没有偷枪的故意，后续持枪行为成立非法持有枪支罪。此外，崔帮丁保管枪，应成立非法持有枪支罪。崔某的行为不成立窝藏罪，窝藏罪针对的对象是“犯罪的人”。

¹⁹⁹ 本案中，行为人对于事实问题（如其自己喝酒，驾驶了拖拉机）是明知的，但是，对于拖拉机是否属于刑法第 133 条之一所规定的“机动车”存在错误认识，实际上是对法律概念（“机动车”）的错误认识，属于法律认识错误，不影响故意犯罪的成立。

²⁰⁰ 江溯：《规范性构成要件要素的故意及错误——以赵春华非法持有枪支案为例》，《华东政法大学学报》2017 年第 6 期。

[历年真题]

2008年卷二4. 甲在从事生产经营的过程中, 不知道某种行为是否违法, 于是以书面形式向法院咨询, 法院正式书面答复该行为合法。于是, 甲实施该行为, 但该行为实际上违反刑法。——甲没有违法性认识的可能性, 所以不成立犯罪。

2015年卷二55. 关于故意与违法性的认识, 下列哪些选项是正确的? (CD)

- A. 甲误以为买卖黄金的行为构成非法经营罪, 仍买卖黄金, 但事实上该行为不违反《刑法》。甲有犯罪故意, 成立犯罪未遂
- B. 甲误以为自己盗窃枪支的行为仅成立盗窃罪。甲对《刑法》规定存在认识错误, 因而无盗窃枪支罪的犯罪故意, 对甲的量刑不能重于盗窃罪
- C. 甲拘禁吸毒的陈某数日。甲认识到其行为剥夺了陈某的自由, 但误以为《刑法》不禁止普通公民实施强制戒毒行为。甲有犯罪故意, 应以非法拘禁罪追究刑事责任
- D. 甲知道自己的行为有害, 但不知是否违反《刑法》, 遂请教中学语文教师乙, 被告知不违法后, 甲实施了该行为。但事实上《刑法》禁止该行为。乙的回答不影响甲成立故意犯罪

第九章 排除犯罪性的事由：违法性阻却事由

一、正当防卫

(一) 正当防卫的成立条件

1. 起因条件：现实的不（违）法侵害。——人的行为（包括人唆使动物实施的侵害行为）

(1) 如何理解“不法侵害”？——包括违法行为与犯罪行为。但是仅限于那些具有进攻性、破坏性、紧迫性的不法侵害。²⁰¹

“不法侵害”主要是针对有具体受害人的侵害。在不法侵害所针对的是没有具体受害人的抽象的国家、公共利益时, 正当防卫的适用范围应当“有所限制”。²⁰²因为, 对国家以及公共利益的保护是专属于国家机关的任务, 如果将保护国家和公共利益的任务委托给私人的话, 会造成人人都以“警察”自居的局面, 反而不利于保护国家和公共利益。当然, 如果侵害国家利益和公共利益时, 同时涉及到个人的利益的时候, 可以对之实施正当防卫。

(2) **“不法”应从客观理解。只要是客观上的不法侵害, 无论主观上是故意、过失还是无罪过, 也不论侵害人是否负有责任能力, 都可以对之实施正当防卫。**

2008年卷二93. 甲手持匕首寻找抢劫目标时, 突遇精神病人丙持刀袭击。丙追赶甲至一死胡同, 甲迫于无奈, 与丙搏斗, 将其打成重伤。此后, 甲继续寻找目标, 见到丁后便实施暴力, 用匕首将其刺成重伤, 使之丧失反抗能力, 此时甲的朋友乙驾车正好经过此地, 见状后下车和甲一起取走丁的财物(约2万元), 然后逃跑, 丁因伤势过重不治身亡。请回答93-94题。关于甲将精神病人丙打成重伤的行为, 下列选项正确的是: (A)

- A. 甲的行为属于正当防卫, 因为对精神病人的不法侵害也可以进行正当防卫
- B. 甲的行为属于紧急避险, 因为“不法”必须是主客观相统一的行为, 而精神病人没有责任能力, 其客观侵害行为不属于“不法”侵害, 故只能进行紧急避险
- C. 甲的行为属于自救行为, 因为甲当时只能依靠自己的力量救济自己的法益
- D. 甲的行为既不是正当防卫, 也不是紧急避险, 因为甲当时正在进行不法侵害, 精神病人丙的行为客观上阻止了甲的不法行为, 甲不得针对丙再进行正当防卫与紧急避险

²⁰¹ 即不法侵害原则上必须对人身或财产具有紧迫的侵害, 即主要是针对有具体受害人的不法侵害。对于贪污受贿、偷越国边境、卖淫嫖娼等没有进攻性的行为, 不宜实施正当防卫。

²⁰² 丁见三人在公园聚众淫乱, 大怒, 朝三人投掷石头, 致两人重伤, 丁的行为不成立正当防卫。因为他人在公园聚众淫乱的行为, 其危害性并不具有进攻性、紧迫性、破坏性。

(3) 对来自动物的侵害如何处理。

A. 遭受野生动物侵害时，对野生动物予以反击的，不成立正当防卫。——可能成立**紧急避险**。²⁰³

B. 饲主唆使其饲养的动物侵害他人的情况下，动物是饲主进行不法侵害的工具，打死打伤该动物的，属于使用给不法侵害人造成财产损失的方法进行正当防卫。

C. 饲主的过失行为导致动物侵害他人，打死打伤该动物的行为，也成立正当防卫。

D. 在有饲主的动物自发侵害他人时，即使饲主没有过失，也是饲主的客观疏忽行为所致，仍然应认为饲主存在客观的侵害行为（不作为），打死打伤该动物的行为，属于对饲主的正当防卫。

B、C、D属于有主的动物伤害他人，一般认为主人至少有过失，将动物打死的，属于侵犯了不法侵害人的财产，成立正当防卫。²⁰⁴

(4) **现实**上不存在不法侵害，行为人**误以为**存在。——**假想防卫**²⁰⁵（“好心办坏事”）

2013年卷四案例分析：逃跑中，因身上有血迹，甲被便衣警察程某盘查。程某上前拽住甲的衣领，试图将其带走。甲怀疑遇上劫匪，与程某扭打。甲的朋友乙开黑车经过此地，见状停车，和甲一起殴打程某。程某边退边说：“你们不要乱来，我是警察。”甲对乙说：“别听他的，假警察该打。”程某被打倒摔成轻伤。（事实二）——假想防卫²⁰⁶

假想防卫不可能构成故意犯罪，因为假想防卫的行为人不具有构成要件的故意，其对自己的行为会发生危害社会的后果缺乏认识。在假想防卫的情况下，如果行为人主观上存在过失，应当以过失犯罪论处。如果行为人主观上没有罪过，其危害结果是由于不能预见的原因引起的，则是意外事件，行为人不负刑事责任。

【知识延伸】：对假想防卫理解基础之上，需要理解后面的假想避险。假想避险是指：客观上不存在现实危险，但行为人错误地认为存在现实的危险，进而实施避险行为损害无辜第三者的利益。

【小案例】《刑事审判参考》指导案例第353号，范尚秀故意伤害案。对精神病人实施侵害行为，可以成立正当防卫，但不应超过必要限度。被告人范尚秀与被害人范尚雨系同胞兄弟。范尚雨患精神病近10年，因不能辨认和控制自己的行为，经常无故殴打他人。2003年9月5日上午8时许，范尚雨先追打其侄女范莹辉，又手持木棒、砖头在公路上追撵其兄范尚秀。范尚秀在跑了几圈之后，因无力跑动，便停了下来，转身抓住范尚雨的头发将其按倒在地，并夺下木棒朝持砖欲起身的范尚雨头部打了两棒，致范尚雨当即倒在地上。后范尚秀把木棒、砖头捡回家。约1个小时后，范尚秀见范尚雨未回家，即到打架现场用板车将范尚雨拉到范尚雨的住处。范尚雨于上午11时许死亡。下午3时许，被告人范尚秀向村治保主任唐田富投案。被告人范尚秀的行为已具备了正当防卫的目的、起因、对象、时间四个条件，但是否超过正当防卫的必要限度呢？正当防卫的限度条件，是指正当防卫不能明显超过必要限度而对不法侵害人造成重大损害。刑法并未对正当防卫的必要限度规定具体的标准，在处理具体案件时，应当结合不法侵害的性质、危险性以及防卫的强度、后果等方面综合考虑。本案中，由于被害人系不能辨认和控制自己行为性质的精神病人，并且持有木棒、砖头等凶器，对被告人而言，具有较大的人身危险性，被告人在被害人手中仍持有砖头的情况下，使用夺下的木棒进行防卫，从防卫手段上讲，与侵害行为是相适应的，但在被告人已将被被害人按倒在地后，被害人对被告人的人身危险性已大大减弱，被告人使用木棒两次击打被害人的要害部位，并导致被害人死亡，则明显超过必要的限度，属于防卫过当。

2. 时间条件：不法侵害**正在进行**。正在进行是指已经着手，尚未停止。

****考点：**

(1) 在财产性犯罪的情况，虽然犯罪行为已经既遂，但在**当场**还能够挽回损失的情形下，仍然可以实施正当防卫。

²⁰³ 伤害野生动物，即属侵犯了无辜第三者国家的利益，成立紧急避险。但如果是一条普通的无主狗咬人，将狗打死的，不是正当防卫、也不是紧急避险。因为成立紧急避险或者正当防卫，都说明行为貌似犯罪但实际上不是犯罪，但将一条无主狗打死的行为不可能像是犯罪行为，刑法根本不理睬这种行为。

²⁰⁴ 这是多数学者的观点。但注意：结果无价值论从客观违法性出发，认为不法只是客观的法益侵害，与主观认知无关。因此，判断不法侵害不需要考虑主观要素。由于违法性中只有客观要素，因此，动物的侵害自然也是法益侵害，逻辑上自然推导出对动物的防卫就应当成立正当防卫。行为无价值论则认为，不法侵害包含主观要素，只有人的侵害才是不法侵害，由于动物的侵害不可能具有主观意思，自然“对物防卫”就不可能成立正当防卫，而只能视情况成立紧急避险。但如果动物的攻击侵害行为是人唆使的，便已经不再是动物的侵害，而是人的侵害，动物只是人实现不法侵害的工具与手段而已，因此，此时的动物侵害自然是不法侵害，当然可以进行防卫。行为无价值论在这一问题上多数观点。

²⁰⁵ 对于假想防卫，有过失的按过失犯罪处理，如果没有过失的，按意外事件处理。

²⁰⁶ 本案中，甲将便衣警察误认为是坏人，是假想防卫。但本案中，行为人至少有可能认识到对方是警察，因为警察程某说了，“你们不要乱来，我是警察”，但甲没有认识到，可以认为其有过失。当然，过失致人轻伤的行为不构成犯罪。

(2) 对于财产型犯罪的延长时问防卫, 由于不法侵害人对被害人的人身危险不存在, 不宜实施造成加害人(不法侵害人)死亡这一严重后果的防卫。

(3) 事先安装防卫装置的, 只要没有造成重大损害, 仍然可以考虑成立正当防卫。

2007 年卷二 2. 陈某抢劫出租车司机甲, 用匕首刺甲一刀, 强行抢走财物后下车逃跑。甲发动汽车追赶, 在陈某往前跑了 40 米处将其撞成重伤并夺回财物。关于甲的行为性质, 下列哪一选项是正确的? (C)

- A. 法令行为 B. 紧急避险 C. 正当防卫 D. 自救行为

2012 年卷二 7. 关于正当防卫的论述, 下列哪一选项是正确的? (B)

A. 甲将罪犯顾某扭送派出所途中, 在汽车后座上死死摁住激烈反抗的顾某头部, 到派出所时发现其已窒息死亡。甲成立正当防卫

B. 乙发现齐某驾驶摩托车抢劫财物即驾车追赶, 2 车并行时摩托车撞到护栏, 弹回与乙车碰撞后侧翻, 齐某死亡。乙不成立正当防卫²⁰⁷

C. 丙发现邻居刘某(女)正在家中卖淫, 即将刘家价值 6000 元的防盗门砸坏, 阻止其卖淫。丙成立正当防卫

D. 丁开枪将正在偷越国(边)境的何某打成重伤。丁成立正当防卫

3. 主观条件: 具有防卫意识, 指防卫人对正在进行的不法侵害有明确的认识, 并希望以防卫手段制止不法侵害, 保护合法权益的心理状态。它包括防卫认识和防卫意志两个方面。

2010 卷二 7. 甲乙两家有仇。某晚, 两拨人在歌厅发生斗殴, 甲、乙恰巧在场并各属一方。打斗中乙持刀砍伤甲小臂, 甲用木棒击中乙头部, 致乙死亡。——甲的行为属于故意杀人。

(1) 防卫认识: 认识到不法侵害正在进行; ——认识到有人在干坏事

(2) 防卫意志: 防卫人出于保护国家、²⁰⁸公共利益、本人或者他人的人身、财产和其它权利免受正在进行的不法侵害的目的。(既不仅仅是为了保护合法权益, “黑吃黑”的情况下仍然可以实施正当防卫, 如毒品的持有人对于抢劫毒品的人可以实施正当防卫)²⁰⁹——你打坏人并不是为了泄愤, 而是为了保护特定的利益

对于正当防卫是否需要主观条件, 也就是说是否需要防卫认识、防卫意志, 存在不同的观点。2011 年起, 这一问题进入司法考试层面。通说观点: 成立正当防卫, 既需要有防卫认识, 也需要防卫意志, 主观上不具备防卫意识的偶然防卫不成立正当防卫, 应以犯罪论处。²¹⁰(偶然防卫是: “坏”心办“好”事)

2011 年卷二 7. 乙基于强奸故意正在对妇女实施暴力, 甲出于义愤²¹¹对乙进行攻击, 客观上阻止了乙的强奸行为。观点:²¹²

- ①正当防卫不需要有防卫认识
②正当防卫只需要防卫认识, 即只要求防卫人认识到不法侵害正在进行
③正当防卫只需要防卫意志, 即只要求防卫人具有保护合法权益的意图
④正当防卫既需要有防卫认识, 也需要有防卫意志

结论: a. 甲成立正当防卫 b. 甲不成立正当防卫

就上述案情, 观点与结论对应正确的是哪一选项? (A)

- A. 观点①观点②与 a 结论对应; 观点③观点④与 b 结论对应
B. 观点①观点③与 a 结论对应; 观点②观点④与 b 结论对应
C. 观点②观点③与 a 结论对应; 观点①观点④与 b 结论对应
D. 观点①观点④与 a 结论对应; 观点②观点③与 b 结论对应

²⁰⁷ 本选项中, 行为人已经造成他人死亡结果, 因此, 属于防卫过当。也有一种观点认为, 此种情况下, 乙实施的是“追赶”而非“撞击”行为, 连防卫行为都说不上, 更不是正当防卫、防卫过当, 因为防卫行为在客观上必须“看上去像犯罪”。

²⁰⁸ 2016 年卷二 A. 为保护国家利益实施的防卫行为, 只有当防卫人是国家工作人员时, 才成立正当防卫(错误)——只要是为了保护国家利益, 就可以与不法侵害作斗争, 不论防卫人是否属于国家工作人员

²⁰⁹ 对于非法利益遭受侵犯, 能实施防卫行为成立正当防卫。如果允许“黑吃黑”存在, 司法权在将来的行使就会受到影响, 社会秩序就会受到破坏。2014 年卷二 8. 甲深夜盗窃 5 万元财物, 在离现场 1 公里的偏僻路段遇到乙。乙见甲形迹可疑, 紧拽住甲, 要甲给 5000 元才能走, 否则就报警。甲见无法脱身, 顺手一拳打中乙左眼, 致其眼部受到轻伤, 甲乘机离去。甲伤害乙的行为属于正当防卫, 不构成犯罪。

²¹⁰ 2016 年卷二 52. 甲、乙共同对丙实施严重伤害行为时, 甲误打中乙致乙重伤, 丙乘机逃走。——甲误打中乙属偶然防卫, 但对丙成立故意伤害罪未遂。本题坚持了通说的观点, 认为偶然防卫成立故意犯罪。也可以说, 行为无价值论者认为此类案件成立故意犯罪, 结果无价值论者强调行为并没有造成真正的不法后果, 所以主张无罪。在这一问题上, 行为无价值论者是通说。偶然防卫的情形下, 行为人主观上想干坏事, 客观上干了好事。但如果类似行为再次重复上演的话, 就未必有这么好的客观结果了。

²¹¹ 义愤为贬义词。

²¹² 特别说明: 本案中, 甲有防卫认识, 即认识到乙在干坏事; 甲没有防卫意志, 即甲打乙并不是基于高尚的动机。

2017年卷二53.甲、乙合谋杀害丙，计划由甲对丙实施砍杀，乙持枪埋伏于远方暗处，若丙逃跑则伺机射杀。案发时，丙不知道乙的存在。为防止甲的不法侵害，丙开枪射杀甲，子弹与甲擦肩而过，击中远处的乙，致乙死亡。——如果认为正当防卫主观上必须有防卫意识，本案中，丙射杀乙并没有防卫意识，就不成立正当防卫；如果认为正当防卫主观上不需要防卫意识，丙在客观上射杀了不法侵害人乙，丙的行为则成立正当防卫。²¹³

4. 对象条件：针对不法侵害人本人（本人是指实施实行行为的人，包括人身与财产）。——**正对不正**²¹⁴

5. 限度条件：没有“**明显**”超过必要限度造成**重大损害**——大体制止不法侵害，可以略有超过。

防卫过当的判断应坚持整体判断。防卫行为是否明显超过必要限度造成重大损害，应以防卫行为所造成的最终结果来评价。²¹⁵（防卫过当的行为人，对被防卫人有救助义务）

【延伸阅读】对非法限制他人人身自由并伴有侮辱、轻微殴打的行为，不应当认定为刑法第二十条第三款规定的“严重危及人身安全的暴力犯罪”。也正因为如此，于欢辱母杀人案，未认定为正当防卫。参见2018年6月最高人民法院第十八批指导性案例于欢故意伤害案。

（二）特殊防卫

对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及**其它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（我加的：如果符合正当防卫的成立条件），不属于防卫过当，不负刑事责任。

（1）适用特殊防卫的前提条件：不限于上述犯罪；但必须严重危及人身。

（2）性质：法律注意规定。特殊防卫并不特殊，它仍然需要符合正当防卫的各项条件。**特殊防卫仅仅是正当防卫的表现形式之一**。²¹⁶

2005年卷二59.刑法第20条第3款规定：“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其它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。”关于刑法对特殊正当防卫的规定，下列哪些理解是错误的？（ACD）

A. 对于正在进行杀人等严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，没有造成不法侵害人伤亡的，不能称为正当防卫

B. “其它严重危及人身安全的暴力犯罪”的表述，不仅说明其前面列举的抢劫、强奸、绑架必须达到严重危及人身安全的程度，而且说明只要列举之外的暴力犯罪达到严重危及人身安全的程度，也应适用特殊正当防卫的规定

C. 由于特殊正当防卫针对的是严重危及人身安全的暴力犯罪，而这种犯罪一旦着手实行便会造成严重后果，所以，应当允许防卫时间适当提前，即严重危及人身安全的暴力犯罪处于预备阶段时，也应允许进行特殊正当防卫

D. 由于针对严重危及人身安全的暴力犯罪进行防卫时可以杀死不法侵害人，所以，在严重危及人身安全的暴力犯罪结束后，当场杀死不法侵害人的，也属于特殊正当防卫

【小案例】李华与邹某酒后一同乘车到达邹某位于福州市晋安区岳峰镇村榕城公寓4楼C118的暂住处。二人在邹某暂住处发生争吵，李华被邹某关在门外，便酒后滋事，用力踢踹邹某暂住处防盗门，强行进入房间与邹某发生肢体冲突，引来邻居围观。此时，暂住在该楼5楼C219单元的赵某，听到叫喊声，下楼查看，见李华把邹某摁在墙上并殴打其头部。为制止李华的伤害行为，赵某从背后拉拽李华，致其摔倒在地。起身后，李华又要殴打赵某，并进行言语威胁，赵某即将李华推倒在地，并朝倒地的李华腹部踩了一脚。后赵某拿起房间内的凳子欲砸向李华，被邹某拦下，随后赵某被其女友劝离现场。经法医鉴定，李华腹部横结肠破裂，伤情属于重伤二级。邹某伤情属于轻微伤。

本案中，李华强行踹门进入他人住宅，将邹某摁在墙上并用手机击打邹某头部，其行为属于“正在对他人的人身进行不法侵害”的情形。赵宇在这种情况下，上前制止李华殴打他人，其目的是为了阻止李华继续殴打邹某，其行为具有正当性、防卫性，属于“为了使他人的人身免受正在进行的不法侵害”的情形。首先，从防卫行为上看，赵宇在制止李华正在进行的不法侵害行为过程中始终是赤手空拳与李华扭打，其实施的具体行为仅是阻止、拉拽李华致李华倒

²¹³ 也有一种观点认为，此种情形不属于偶然防卫，就是正当防卫。理由在于，甲、乙二人是共同实施不法侵害，是共同犯罪，甲、乙的行为是共同的，甲着手实施了不法侵害，就意味着乙着手实施了不法侵害，丙对甲或乙的反击，都属于正当防卫，丙开枪致乙死亡的行为具有成立正当防卫的可能。

²¹⁴ 2016年卷二6.B.为制止正在进行的不法侵害，使用第三者的财物反击不法侵害人，导致该财物被毁坏的，对不法侵害人不可能成立正当防卫——错误，只要是针对“不法侵害人”本人（人身或财产）实施防卫行为，均可以成立正当防卫，至于通过防卫人自己的力量还是他人的力量，在所不问。当然，本案中，行为人借他人之力来与不法侵害作斗争，损害了第三者的利益，也可谓紧急避险。因此，可以认为是正当防卫与紧急避险的竞合。

²¹⁵ 例如，2013年卷二7甲对正在实施一般伤害的乙进行正当防卫，致乙重伤（仍在防卫限度之内）。乙已无侵害能力，求甲将其送往医院，但甲不理睬而离去。乙因流血过多死亡。本案中，虽然当时仅造成了重伤，似乎在限度之内，但最终造成了死亡结果，应将整体评价为防卫过当。

²¹⁶ 特殊防卫并不“特殊”，只是立法将对抗比较猛烈（造成不法侵害人死亡、重伤）的部分防卫行为专门取了一个名称“特殊防卫”，其目的在于提醒司法人员，对于造成不法侵害人死亡的案件，只要不法侵害本身也是较为严重的，不属于防卫过当。这类行为本来就应该属于正当防卫，只是司法实践中，司法人员一旦看到不法侵害人死了，就想追究防卫人的刑事责任，立法规定特殊防卫，就是想纠正司法实践中的这种错误。

地，情急之下踩了李华一脚，虽然造成了李华重伤二级的后果，但是，从赵宇防卫的手段、打击李华的身体部位、在李华言语威胁下踩一脚等具体情节来看，不应认定为“明显超过必要限度”；其次，从行为目的上看，赵宇在制止李华殴打他人的过程中，与李华发生扭打是一个完整、连续的过程，整个过程均以制止不法侵害为目的。李华倒地后仍然用言语威胁，邹某仍然面临再次遭李华殴打的现实危险，赵宇在当时环境下踩李华一脚的行为，应当认定为在“必要的限度”内。

二、紧急避险

正当防卫与紧急避险的区别：

	正当防卫	紧急避险
1. 起因条件	人为的不法侵害	危险来源多样：包括自然力破坏、动物侵袭、人生理病理造成的危险以及人所实施的违法犯罪行为。 ²¹⁷
2. 限制条件	并无不得已的规定	不得已而为之
3. 对象条件	不法侵害者本人（人身或财产）	无辜的第三人的合法权益 ²¹⁸
4. 限度条件	可以等于或者大于不法侵害可能造成的损害，只要不高于于悬殊。	所造成的损害必须小于或等于所避免的损害（要尊重无辜第三人）
5. 主体条件	行为主体范围上无特殊限制	紧急避险中避免本人危险的主体不包括职务、业务上负有特定责任的人。

2015年卷二4. 鱼塘边工厂仓库着火，甲用水泵从乙的鱼塘抽水救火，致鱼塘中价值2万元的鱼苗死亡。仓库中价值2万元的商品因灭火及时未被烧毁。甲承认仓库边还有其他几家鱼塘，为报复才从乙的鱼塘抽水。关于本案，下列哪一选项是正确的？（B）

- A. 甲出于报复动机损害乙的财产，缺乏避险意图²¹⁹
- B. 甲从乙的鱼塘抽水，是不得已采取的避险行为
- C. 甲未能保全更大的权益，不符合避险限度要件
- D. 对2万元鱼苗的死亡，甲成立故意毁坏财物罪

2017年卷二4. 关于正当防卫与紧急避险的比较，下列哪一选项是正确的？（D）

- A. 正当防卫中的不法“侵害”的范围，与紧急避险中的“危险”相同
- B. 对正当防卫中不法侵害是否“正在进行”的认定，与紧急避险中危险是否“正在发生”的认定相同
- C. 对正当防卫中防卫行为“必要限度”的认定，与紧急避险中避险行为“必要限度”的认定相同
- D. 若正当防卫需具有防卫意图，则紧急避险也须具有避险意图²²⁰

2018年真题：甲的邻居乙家中着火，甲便冲入乙家救火。因火势太大，甲无法将位于乙家中的婴儿丙（1岁）带出，甲便将丙从二楼窗户上扔下了。后甲自己从大火中逃出，赶紧将被摔伤的丙送往医院，最终造成丙轻伤。问：甲的行为是否属于紧急避险？——不属于。紧急避险是排除犯罪性事由，即客观上符合犯罪构成要件，但不构成犯罪。本案中，甲并没有创造不被法律所允许的风险，相反，甲降低了丙的风险，否则丙将被烧死，从这一意义上看，甲的行为在客观上都不符合犯罪构成要件，故不属于紧急避险。再者，紧急避险是将风险转嫁给无辜的第三者，本案中，小孩子本身就是面临风险的人，并不是把小孩的风险转嫁给了其他无辜的第三者。

²¹⁷ 2016年卷二6C. 为摆脱合法追捕而侵入他人住宅的，考虑到人性弱点，可认定为紧急避险。——错误，对于他人的合法行为，因无危险可言，所以不能主张紧急避险以保护其利益。比如警察依法逮捕犯罪嫌疑人，则犯罪嫌疑人就无刑法上的危险可言，当然也就不能主张紧急避险。

²¹⁸ 2016年卷二6D. 为保护个人利益免受正在发生的危险，不得已也可通过损害公共利益的方法进行紧急避险。——正确。紧急避险是以损害无辜第三者的利益来避免自己面临的危险，其中，无辜第三者的利益包括国家的利益，例如，行为人面临歹徒的追杀，情急之下夺过警察的摩托车就跑，造成摩托车（公共财产）损毁，成立紧急避险。

²¹⁹ 由于工厂仓库着火情况紧急，可以说甲具有避险认识（避险认识即行为人认识到危险的存在）；为保护出现危险的利益而抽水救火的行为可谓甲具有避险意志（避险意志即行为人是为了保护他人的利益遭受危险）。因此甲具有避险意图。至于甲是出于报复动机损害乙的财产，那是避险的动机，避险动机与避险意图完全可以同时存在于同一案件中，这并不影响避险意图的成立。例如，乙面临危险状态，甲救助了乙，保护了乙的生命。但甲之所以保护乙，是因为甲、乙有一个共同的仇人丙，甲希望将乙救活之后，若干年之后乙有机会再去杀仇人丙。即便甲具有不正当的动机去救乙，但不能否认甲救助乙的行为的正当性。

²²⁰ 实际上就是说，如果认为正当防卫具有防卫意图，那么就要承认紧急避险也应具有避险意图。即一个学者对某一类问题的立场保持一致。用通俗的话比喻就是，如果你认为张三实施正当防卫需要具有防卫意识，那么李四实施正当防卫当然也需要具有防卫意识。我国立法对正当防卫、紧急避险的规定也保持了一致性，均要求主观上应具有防卫意图、避险意图。刑法第20条第1款（正当防卫）规定：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。”第21条第1款（紧急避险）规定：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已采取的紧急避险行为，造成损害的，不负刑事责任。”

三、其它违法性阻却事由

(一) 被害人承诺

被害人的承诺符合如下条件时，才阻却行为的违法性：

1. 承诺者对被侵害的**法益**具有处分权。****考点：对于财产，可以无限度地承诺，对于人身权利，只能承诺到轻伤以下，自由、名誉可以承诺。但被害人仅能承诺**个人利益**，²²¹不能承诺社会利益。**

2014年卷二 61D. 甲经过犯罪嫌疑人乙的同意，毁灭了对乙有利的无罪证据——甲成立帮助毁灭证据罪

2015年卷二 86. 甲送给国有收费站站长吴某3万元，与其约定：甲在高速公路另开出口帮货车司机逃费，吴某想办法让人对此不予查处，所得由二人分成。后甲组织数十人，锯断高速公路一侧隔离栏、填平隔离沟（恢复原状需3万元），形成一条出口。路过的很多货车司机知道经过收费站要收300元，而给甲100元即可绕过收费站继续前行。——锯断隔离栏的行为，即使得到吴某的同意，也构成故意毁坏财物罪。锯断隔离栏属破坏交通设施，在危及交通安全时，还触犯破坏交通设施罪。

2. 承诺者必须对所承诺的事项的意义、范围具有理解能力。——幼儿、精神病人的承诺无效，未成年人对重大事项如“摘取器官”没有承诺能力

2012年卷二 16. 下列哪一行为不应以故意伤害罪论处？（D）

- A. 监狱监管人员吊打被监管人，致其骨折
- B. 非法拘禁被害人，大力反扭被害人胳膊，致其胳膊折断
- C. 经本人同意，摘取17周岁少年的肾脏1只，支付少年5万元补偿费
- D. 黑社会成员因违反帮规，在其同意之下，被截断1截小指头

3. 承诺必须出于被害人的**真实**意志，戏言性的承诺、基于强制或者威压做出的承诺，不阻却违法性。

(1) 承诺的动机错误，承诺仍然有效力。****此种情形下，承诺人知道谁在侵害他。（没人逼你，你完全可以选择不同意）²²²——骗得不够狠，就算这样被骗，被害人也完全可以不放弃权利的。**

(2) 因为受骗而承诺的，承诺无效。侵害人的行为成立犯罪。****此种情形下，承诺人不知道行为人实施了什么行为或者不知道行为人是谁。（你受骗了，知道真相，你不会同意）——骗得够狠，如果被骗内容属实的话，一般被害人面临这样的情境，都会同意。**

4. 必须存在**现实**的承诺，事后承诺无效。

2012年卷二 17. A. 强行与卖淫幼女发生性关系，事后给幼女500元的，构成强奸罪

5. 承诺至迟必须存在于**结果**发生时。

6. 经承诺所实施的行为不得超出承诺的范围。

7. 承诺的对象是符合构成要件的事实。包括对**结果、行为主体、行为方式**的同意，如果没有同意，则不能阻却行为的犯罪性。²²³

2014年卷二 15. 关于故意杀人罪、故意伤害罪的判断，下列哪一选项是正确的？（B）

A. 甲的父亲乙身患绝症，痛苦不堪。甲根据乙的请求，给乙注射过量镇定剂致乙死亡。乙的同意是真实的，对甲的行为不应以故意杀人罪论处

B. 甲因口角，捅乙数刀，乙死亡。如甲不顾乙的死伤，则应按实际造成的死亡结果认定甲构成故意杀人罪，因为死亡与伤害结果都在甲的犯意之内

C. 甲谎称乙的女儿丙需要移植肾脏，让乙捐肾给丙。乙同意，但甲将乙的肾脏摘出后移植给丁。因乙同意捐献肾脏，甲的行为不成立故意伤害罪

D. 甲征得乙（17周岁）的同意，将乙的左肾摘出，移植给乙崇拜的歌星。乙的同意有效，甲的行为不成立故意伤害罪

²²¹ 个人利益的犯罪主要是指刑法分则侵犯财产罪、侵犯公民人身权利、民主权利罪。

²²² **2015年卷二 63C.** 甲为灾民募捐，一般人捐款几百元。富商经过募捐地点时，甲称：“不少人都捐一、二万元，您多捐点吧。”富商信以为真，捐款2万元——甲的行为不构成犯罪。德国巴伐利亚州高等法院曾处理过一起案件：被告人在向被害人征集捐款时，向后者展示了他伪造的其他人捐款数目的名单，以激起被害人的攀比欲，后者果真支付了高额捐款（“攀比捐款案”）。法院判决该案成立诈骗罪，理由是造成了被害人的经济损失，如果被告人不展示那个名单，被害人就不会支付这么高的捐款。这一建立在经济的财产说上的判决，遭到了主流学说几乎一致的抵制，例如，德国学者拉克纳（Lackner）即指出，诈骗罪并不保护财产权人的攀比欲望，被害人在攀比捐款案中完全是自我答应的。因此，仅当被告人没有将捐款用于正当救济的目的，而将之据为己有，也就是说，捐助的社会目的未能兑现，进而使得捐助者的捐助行为在客观上失去应有意义时，才能成立诈骗罪。此即德国刑法界主流学说中所谓的**目的失败论**

（Zweckverfehlungslehre）。依照这种目的失败论，尽管被害人发生了经济财物上的价值减少，也有可能不构成诈骗罪，因为被害人对财物价值减少是有意识的；仅当捐助、补助的社会目的失败时，才能否定被害人在处分财产上的自我答应，进而认定诈骗罪。

²²³ 此外，必须说明的是，承诺是指对行为方式、结果等的承诺，而非仅仅是指对行为的承诺。例如，乙明知甲醉酒开车仍然坐该车，出现交通事故导致乙死亡，甲的行为仍然成立交通肇事罪。乙虽然同意坐甲的车，但并没有同意牺牲自己的生命。

(二) 推定的承诺²²⁴

2008年卷二5. 关于被害人承诺, 下列哪一选项是正确的? (D)

- A. 儿童赵某生活在贫困家庭, 甲征得赵某父母的同意, 将赵某卖至富贵人家。甲的行为得到了赵某父母的有效承诺, 并有利于儿童的成长, 故不构成拐卖儿童罪
- B. 在钱某家发生火灾之际, 乙独自闯入钱某的住宅搬出贵重物品。由于乙的行为事后并未得到钱某的认可, 故应当成立非法侵入住宅罪
- C. 孙某为戒掉网瘾, 让其妻子丙将其反锁在没有电脑的房间一星期。孙某对放弃自己人身自由的承诺是无效的, 丙的行为依然成立非法拘禁罪
- D. 李某同意丁砍掉自己的一个小手指, 而丁却砍掉了李某的大拇指。丁的行为成立故意伤害罪²²⁵

(三) 自救行为

[注意: [正当防卫行为与自救行为的差异](#)]:

针对“正在进行”的不法侵害采取的“自卫”行为, 是防卫性质; 在法益“已经受害”后运用自己的力量“恢复其权益”的行为, 是自救性质。即自救行为不符合正当防卫的“当场性”时间要件, 而是“事后”。

(四) 义务冲突

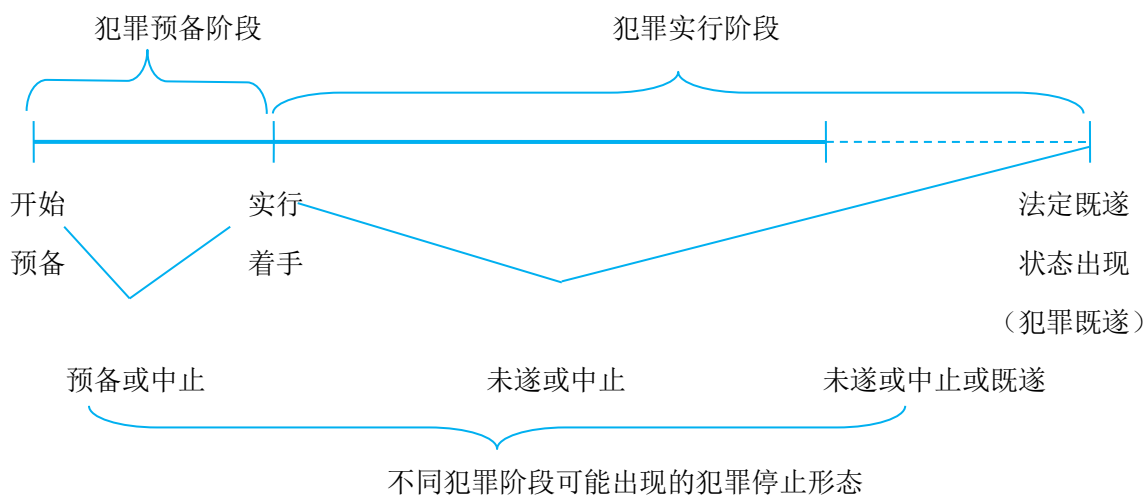
2015年卷二52.C. 甲在火灾之际, 能救出母亲, 但为救出女友而未救出母亲。如无排除犯罪的事由, 甲构成不作为犯罪——正确²²⁶

(五) 危险接受

1. [自己危险化](#)的参与。是指, 被害人的行为是导致侵害结果发生的直接原因, 或者说, 被害人自己支配了侵害结果的发生, 行为人的行为[不构成犯罪](#)。例如, 在校大学生甲、乙、丙相约来到一河边渡口游泳, 丙提出到水最深的地方看河水到底有多深, 甲、乙表示同意。因害怕危险, 三人决定手牵手试水, 由于三人手未拉稳, 乙、丙二人被水冲至沙滩边后获救, 甲沉入水中死亡。本案中, 三人牵手试水的行为, 对各自都是一种危险行为, 死者甲的行为也不符合过失致人死亡罪, [乙、丙也不构成犯罪](#)。

2. 基于合意的[他者危险化](#)。给被害人造成侵害结果的是他人的行为, 被害人认识到并且同意被告人行为给自己带来的危险(即被害人仅承诺了危险, 而没有承诺侵害结果)。即危险结果的掌控权不在被害人支配之下, 行为人支配了结果, 仍然应以犯罪论处。例如, 甲与乙(女)冬天驾驶轿车到某水库南侧游玩。为了近距离观赏野鸭子, 甲查看冰层约有30公分, 又在冰面上向前走了大约七八十米, 便提议驾车穿过冰面到对岸, 乙表示同意。甲即驾驶该车载乙向水库北岸行驶, 当车行至河岔中心偏北侧时, 汽车落入冰下水中, 乙溺水死亡。——甲的行为构成过失致人死亡罪, 因为危险完全掌控在甲手中, 甲的过失行为支配了侵害结果的发生。

第十章 故意犯罪的停止形态



²²⁴ 基于推定承诺的行为, 是指行为时虽然没有被害人的承诺, 但为救助被害人的紧急事项, 可以推定如果被害人知道行为时的紧急情况就会当然作出承诺, 而法律上认可基于对被害人意思的推定而实施的行为。推定的承诺行为不以被害人的实际意思表示为标准, 而是以客观的处于同一情况下的第三人是否会同意为标准, 即对于在现实上无法获得被害人同意的推定的被害人承诺, 应当考虑假设存在一个深思熟虑的第三人, 是否会同意该行为。

²²⁵ 明显超出了承诺的范围, 成立故意伤害罪。

²²⁶ 救助父母是法律明确规定的义务, 甲在能够作为情形下没有作为符合违法性构成要件, 在没有排除犯罪事由的情况下, 甲构成不作为犯罪。本案中, 对女友没有法定的救助义务, 只是有道德上的救助义务, 而对于母亲则是法定的救助义务。换言之, 这两种义务之间并不存在冲突, 因为法定的救助义务应优先于道德上的救助义务而履行。

注意：犯罪停止形态是针对直接故意犯罪而言的。**犯罪停止形态不具有可转换性**。2003年卷二/42题/C选项丙对仇人王某猛砍20刀后离开现场。2小时后，丙为寻找、销毁犯罪工具回到现场，见王某仍然没有死亡，但极其可怜，即将其送到医院治疗。丙的行为成立犯罪未遂。²²⁷

****考点提示：**对于**一个具体的犯罪行为**而言，只要出现了任何犯罪停止形态，都不可能出现其他犯罪停止形态。就同一起犯罪而言，不可能并存两个犯罪形态，犯罪形态之间是排斥关系，而非并存关系。例如，出现了犯罪既遂形态，不可能回到犯罪中止；出现了犯罪未遂，也不可能再出现犯罪既遂。犯罪停止形态的要件是：

(1) 主观上：犯意消除。行为人“自认为”自己的犯罪行为实施完毕了（如自己停止下来，或者被他人制止后停止下来），结果也出现了或者不可能继续向前发展，事态不会继续向前发展。

(2) 客观上：行为人的行为停止了。

一、犯罪预备

（一）预备犯的成立条件

1. 客观上：有犯罪预备行为，但未能着手实行犯罪。
2. 主观上：为了实行犯罪。
3. 未能着手实行犯罪是由于犯罪分子意志以外的原因。

（二）预备犯和犯意表示、未遂犯的区别

****犯罪预备与犯罪未遂的区分：**行为是否着手。着手的标志，要**同时符合**这两项：

- (1) **犯罪对象**是否出现；
- (2) 行为人开始实施刑法分则的**动词（实行行为）**。

有的一些特殊情形：如诬告陷害罪，只要实施了该行为足以使被害人被追诉就认为是该罪的犯罪既遂；有的情形下，即使对象没有出现，如果具有法益侵害紧迫性、严重性，也认为是已经着手了，例如持枪炮的严重故意杀人行为，犯罪对象没有出现，但已经实施了开枪的，也成立犯罪未遂。

2010年卷二5.甲与一女子有染，其妻乙生怨。某日，乙将毒药拌入菜中意图杀甲。因久等未归且又惧怕法律制裁，乙遂打消杀人恶念，将菜倒掉。关于乙的行为，下列哪一选项是正确的？（B）²²⁸

- | | |
|---------|----------------|
| A. 犯罪预备 | B. 犯罪预备阶段的犯罪中止 |
| C. 犯罪未遂 | D. 犯罪实行阶段的犯罪中止 |

2006年卷二54.下列哪些选项是错误的？（ACD）

A. 甲、乙二人合谋抢劫出租车，准备凶器和绳索后拦住一辆出租车，谎称去郊区某地。出租车行驶到检查站，检查人员见甲、乙二人神色慌张便进一步检查，在检查时甲、乙意图逃离出租车被抓获。甲、乙二人的行为构成抢劫（未遂）罪

B. 甲深夜潜入某银行储蓄所行窃，正在撬保险柜时，听到窗外有响动，以为有人来了，因害怕被抓就悄悄逃离。甲的行为构成盗窃（未遂）罪

C. 甲意图杀害乙，经过跟踪，掌握了乙每天上下班的路线。某日，甲准备了凶器，来到乙必经的路口等候。在乙经过的时间快要到时，甲因口渴到旁边的小卖部买饮料。待甲返回时，乙因提前下班已经过了路口。甲等了一阵儿不见乙经过，就准备回家，在回家路上因凶器暴露被抓获。甲的行为构成故意杀人（未遂）罪

D. 甲意图陷害乙，遂捏造了乙受贿10万元并与其他人通奸的所谓犯罪事实，写了一封匿名信给检察院反贪局。检察机关经初查发现根本不存在受贿事实，对乙未追究刑事责任。甲欲使乙受到刑事追究的意图未能得逞。甲的行为构成诬告陷害（未遂）罪

2015年卷二5.下列哪一行为成立犯罪未遂？（D）

- A. 以贩卖为目的，在网上订购毒品，付款后尚未取得毒品即被查获²²⁹
- B. 国家工作人员非法收受他人给予的现金支票后，未到银行提取现金即被查获
- C. 为谋取不正当利益，将价值5万元的财物送给国家工作人员，但第二天被退回
- D. 发送诈骗短信，受骗人上当后汇出5万元，但因误操作汇到无关第三人的账户²³⁰

²²⁷ 类似的真题是：2014年卷二54. D. 甲、乙共同杀害丙，以为丙已死，甲随即离开现场。一个小时后，乙在清理现场时发现丙未死，持刀杀死丙。本案中，甲、乙的第一个行为成立故意杀人罪未遂，后来乙的行为单独成立一个新的犯罪，故意杀人罪既遂，乙实施了两罪。

²²⁸ 本案中，犯罪对象（甲）未出现，行为处于预备阶段，主动停止下来的，属于预备阶段的犯罪中止。

²²⁹ 本案中，犯罪对象毒品并没有出现，行为人的行为成立犯罪预备。

²³⁰ 本案中，行为人并没有得到该财物，应认定为是犯罪未遂。

(三) 貌似预备行为, 但为实行行为的情况。组织、领导、参加恐怖组织罪, 煽动分裂国家罪

2016年卷二 D. 丁资助林某从事危害国家安全的犯罪活动, 但林某尚未实施相关犯罪活动即被抓获。丁属于资助危害国家安全犯罪活动罪(既遂)²³¹

【说明】: 刑法之所以将部分犯罪的预备行为规定为独立的犯罪行为, 主要原因在于, 对于部分较为严重的犯罪, 其预备行为如果不规定为独立的犯罪, 根据刑法总则规定认定为预备犯就“可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚”, 从宽的力度可能非常大。为了防止司法人员滥用自由裁量权, 对部分严重犯罪的预备行为规定为独立的犯罪并设定独立的法定刑。

二、犯罪未遂

(一) 犯罪未遂的成立条件

1. 行为人已经着手实行犯罪。

2. 犯罪没有既遂。****考点:** 要注意一些特殊类型的犯罪的既遂。如绑架罪、拐卖妇女、儿童罪, 只要控制人质就是犯罪既遂。挪用公款罪, 一般挪用达到一定时间就是既遂。²³² 对于一些违禁品、危险品的流转型犯罪, 只要完成了交付就成立犯罪既遂, 如贩卖毒品罪, 只要完成了毒品的交付, 即便没有收到货款, 也是犯罪既遂。²³³

[犯罪既遂要求行为与结果之间具有因果关系]: 虽然造成了既遂犯所要求的结果, 但由于与行为之间没有因果关系, 因此, 不能以犯罪既遂论处。²³⁴

2004年卷二 4. 下列案例中哪一项成立犯罪未遂?

A. 甲对胡某实施诈骗行为, 被胡某识破骗局。但胡某觉得甲穷困潦倒, 实在可怜, 就给予其 3000 元钱, 甲得款后离开现场。

2009年卷二 15. 甲将自己的汽车藏匿, 以汽车被盗为由向保险公司索赔。保险公司认为该案存有疑点, 随即报警。在掌握充分证据后, 侦查机关安排保险公司向甲“理赔”。甲到保险公司二楼财务室领取 20 万元赔偿金后, 刚走到一楼即被守候的多名侦查人员抓获。——保险诈骗罪的未遂

3. 未得逞是由于意志以外的原因所造成的——**欲达目的而不能**。****考点:** “能”/“不能”应以犯罪分子本人的判断为标准, 即使行为人本人的判断是错误的。(犯罪中止: 能达目的而不欲)

2009年卷二 52. 甲欲枪杀仇人乙, 但早有防备的乙当天穿着防弹背心, 甲的子弹刚好打在防弹背心上, 乙毫发无损。甲见状一边逃离现场, 一边气呼呼地大声说: “我就不信你天天穿防弹背心, 看我改天不收拾你!” 关于本案, 下列哪些选项是正确的? (BC)²³⁵

A. 甲构成故意杀人中止

B. 甲构成故意杀人未遂

C. 甲的行为具有导致乙死亡的危险, 应当成立犯罪

D. 甲不构成犯罪

2012年卷二 8. 甲欲杀乙, 将乙打倒在地, 掐住脖子致乙深度昏迷。30 分钟后, 甲发现乙未死, 便举刀刺乙, 第一刀刺中乙腹, 第二刀扎在乙的皮带上, 刺第三刀时刀柄折断。甲长叹“你命太大, 整不死你, 我服气了”, 遂将乙送医, 乙得以保命。经查, 第一刀已致乙重伤。——甲是故意杀人罪的未遂犯。²³⁶

²³¹ 刑法第 107 条(资助危害国家安全犯罪活动罪)将帮助行为(资助)正犯化, 规定为独立的罪名, 只要实施了资助行为的, 不再作为帮助犯(共犯)论处, 而是作为独立的罪名。

²³² 犯罪既遂(完成)与否的标准, 不是以犯罪分子的主观想法为标准, 而是以刑法的规定为标准。例如, 绑架罪中, 犯罪分子控制了人质, 但没有勒索到财物, 虽然他本人认为犯罪行为还没有最终完成, 但该罪是侵犯人身权利的犯罪, 成立绑架罪的犯罪既遂。贩卖毒品罪, 只要完成了毒品的交付就是既遂。此外, 司法解释将走私类犯罪既遂标准适度提前化, 具有下列情形之一的, 应当认定为犯罪既遂: (1) 在海关监管现场被查获的; (2) 以虚假申报方式走私, 申报行为实施完毕的; (3) 以保税货物或者特定减税、免税进口的货物、物品为对象走私, 在境内销售的, 或者申请核销行为实施完毕的。

²³³ 2014 年卷二 57. B. 吸毒者甲用毒性物质与贩毒者乙交换毒品。乙的行为属于非法买卖危险物质罪、贩卖毒品罪, 应数罪并罚——行为人只要完成了任何一个危险物品(如毒性物质、毒品)的流通, 就成立犯罪既遂。

²³⁴ 2013 年卷二 61. A 甲曾借给好友乙 1 万元。乙还款时未要回借条。一年后, 甲故意拿借条要乙还款。乙明知但碍于情面, 又给甲 1 万元。甲虽获得 1 万元, 但不能认定为诈骗既遂。——甲成立诈骗罪未遂

²³⁵ 本案中, 至少站在甲的立场上来看, 他“不能”杀死乙, 而准备以后的机会, 对甲而言, 是欲达目的而不能, 成立犯罪未遂。

²³⁶ 有人认为, 甲在无法用刀捅死乙的情况下, 还可以用其他方式杀死对方, 一般人也不会认为刀把断了就必须放弃杀人意图, 而行为人特意放弃并予以积极救助的, 应成立故意杀人罪中止。但是, 这一观点没有看到犯罪人对被害人连捅三刀没有成功后, 这一结局对行为人心理上和客观上所造成的障碍、影响; 同时, 这一观点还对题目设定的条件附加了新的条件进行讨论, 从而得出成立犯罪中止的结论。然而, 本题中行为人在主观上已经认为无法达致既遂结果(“你命太大, 整不死你, 我服气了”), 在此认识下放弃侵害行为, 只能是犯罪未遂。

该案是审判实践中真实发生的案例, 法院判决理由指出: “被告人在用绳子猛勒被害人脖子致其昏迷后, 发现被害人没死, 又先后多次重复实施杀害行为, 已造成了伤害后果, 其非完全自动放弃杀人的想法。因此, 被告人在实施故意杀人犯罪的过程中由于意志以外的原因而未得逞, 应认定为犯罪未遂。” [福建省上杭县人民法院刑事判决书, (2008)杭刑初字第 238 号。] 如果成立犯罪中止, 因犯罪行为主动放弃犯罪, 从刑事政策的角度要予以“嘉奖”, 本案中, 行为人穷尽了几乎他认为可以采取的手段仍然杀不死被害人, 在发现被害人“命大”时停止犯罪的, 其将犯罪停下来的动机不具有异常性、自律性; 在这里, 刑法规范对被告人的提示没有发挥作用, 将费尽功夫都达不到既遂的犯罪停止下来的, 如果在刑法上也要予以奖励, 会使得他人效仿类似行为, 无助于一般预防, 所以, 对行为人按照犯罪

(二) 未遂犯的类型

1. 实行终了的未遂、未实行终了的未遂

(1) 实行终了的未遂：犯罪人已将其认为达到既遂所必需的全部行为实行终了，但由于意志以外的原因未得逞。

(2) 未实行终了的未遂：由于意志以外的原因，犯罪人未能将他认为达到既遂所必需的全部行为实行终了。

2. 能犯未遂与不能犯未遂²³⁷

(1) 能犯未遂：有既遂的可能性，只是由于遇到了意志以外的原因而没有既遂。

(2) 不能犯未遂：由于行为人对有关犯罪事实的认识错误，而使该犯罪行为在**在当时不可能达到既遂**的情况。²³⁸

3. 迷信犯与不能犯 **考点：不能犯只有绝对没有法益侵害危险，才不作为犯罪处理。

2005年卷二7. 甲深夜潜入乙家行窃，发现留长发穿花布睡衣的乙正在睡觉，意图奸淫，便扑在乙身上强脱其衣。乙惊醒后大声喝问，甲发现乙是男人，慌忙逃跑被抓获。——甲的行为属于强奸未遂。²³⁹

类似的例子：行为人误以为夜间坐在公园长椅上的长发飘飘的人为女子，将该人按倒在地试图强奸时，发现被害人实为男性的，根据我国文化，长发飘飘的人一般多为女子，行为人一般不会出现差错，出现差错，误将男人当女人是偶然的，因此，应当认为该行为具有强奸女性的危险，在这种情形下认定行为人构成强奸的未遂犯是合适的。

未遂处理就是理所当然的。

²³⁷ 需要说明的是，理论上不能犯可以分为相对不能与绝对不能，这里的不能犯属于相对不能的情形，应成立犯罪。由于犯罪未遂的前提是行为人已经着手实行犯罪，而实行行为必须具有导致法益侵害结果发生的危险性行为。故此，若某种行为完全不可能导致现实法益侵害结果的发生，原则上不应作为未遂犯处理。如在荒山野外，误将稻草人当作仇人而开枪射击，也不可能导致他人伤亡的，不成立犯罪未遂，此属于绝对不能，无罪。再比如，误将保健品当作砒霜毒害他人，也应是无罪。从历年司法考试真题反馈的信息看：没有考过不构成犯罪的绝对不能犯。

2016年卷二53C. 丙见商场橱窗展示有几枚金锭（30万元/枚），打开玻璃门拿起一枚就跑，其实是值300元的仿制品，真金锭仍在。丙属于犯罪未遂——该选项正确，本案中，真金锭仍然存在，说明行为在客观上有导致被害人30万元财产损失的危险性，因此，不能仅以实际损失300元认定，而应认定为盗窃罪（或抢夺罪）的未遂。

²³⁸ 司法考试层面，严格区分了可罚的不能犯、不可罚的不能犯，前者当然构成犯罪，后者不构成犯罪。不能犯是否可罚（构成犯罪），需要综合判断行为造成法益侵害的可能性大小、行为本身对国民造成的不安感、类似行为他人如果继续效仿有无可可能侵害法益等。一般认为，只有行为绝对没有造成法益侵害的可能性的不能犯，可以考虑不作为犯罪处理。

²³⁹ 理论上有一种观点（少数观点）采取绝对的客观未遂论，认为本案无罪，但没有成为司法考试答案。即便未来的司法考试考这种无罪的观点，也是考两种观点时，将无罪作为观点之一。

“误将男人当成女人实施强奸，或者误将尸体当作活人进行杀害”，此种情形下，虽然犯罪对象没有出现，但行为人的主观恶性已经外化为客观行为，从规范行为的角度看，应该以犯罪论处。当然，有学生天真地认为，这类案件既然犯罪对象没有出现，就不应该作为犯罪处理。试想想，想强奸被害人，仅在预备阶段（没有遇见犯罪对象）都应以犯罪预备论处。明知对方是尸体而实施侮辱行为的，都应以侮辱尸体罪论处。上述案件怎么可能无罪。更有学生认为，如果采用三阶层的犯罪构成理论，上述“误将男人当成女人实施强奸，或者误将尸体当作活人进行杀害”的案件就不构成犯罪，这更是荒谬至极。德、日刑法学界采用阶层性的犯罪构成，但仍有相当学者坚持认定该行为是以犯罪未遂论处。该类案件是否应该以犯罪论处，实际上是两种刑法立场的对立：行为无价值论的学者更多地强调刑法应规范人们的行为，因此，只要主观恶意外化为客观行为，就值得动用刑罚处罚；而结果无价值论的论者更多地强调惩罚犯罪的目的是为了保护法益（结果），如果行为没有造成结果（法益侵害）的可能性，或者可能性很小，基于结果无价值论的立场，可以考虑无罪。但当今刑法学界，绝对的、极端的行为无价值论或结果无价值论几乎没有学者赞成，而是肯定刑法既是规范人们的行为（行为无价值），同时也认同刑法是保护法益（结果无价值），只是有的学者更注重前者，有的学者更注重后者。但需要注意的是，行为无价值论至少在当前社会得到了相当部分的学者赞同，并且近年来，我国刑法学者努力学习的日本刑法学，行为无价值论有扩张的趋势。有兴趣的同学可以阅读日本刑法学者关哲夫的《结果无价值论与行为无价值论的对立及其趋向——以围绕基本立场的对立为视角》，王充译，《吉林大学社会科学学报》2016年第5期。也可以参考劳东燕：《结果无价值论与行为无价值论之争的中国展开》，《清华法学》2015年第3期；周光权：《行为无价值二元论与未遂犯》，《政法论坛》2015年第2期。

行为无价值论与结果无价值论两种立场，会对刑法学中的问题产生不同的认识。例如，对于偶然防卫，行为人虽然主观上没有防卫意识（具有犯罪的故意），并基于此而实施了行为，但在客观上却起到了保护法益的效果。行为无价值论的论者更多地认为，行为人的主观恶性已经外化为客观行为，从规范行为的角度看，这种行为值得刑法处罚，因此，不能认定为是正当防卫，而应该作为犯罪处理（这是我国刑法学界的通说观点）。而结果无价值的论者则强调，虽然偶然防卫中行为人基于犯罪故意且实施了行为，但行为并没有侵害法益，反而保护了法益，不宜以犯罪论处。又比如，对于未遂犯与既遂犯，其主观恶性、客观行为均相同，只是是否造成法益侵害的结果不同，行为无价值论的论者可能更多地强调未遂犯、既遂犯在行为上相同，强调规范行为的必要性，因此，主张对未遂犯不宜从宽或者从宽的力度不宜太大。而结果无价值论的论者更多地强调未遂犯、既遂犯在造成结果上的差异，未遂犯既然没有造成既遂结果，就必须从宽甚至要大力度地从宽处罚，极端的结果无价值论者甚至主张未遂犯不构成犯罪。显然，对于未遂犯，不可能不从宽，也不可能无原则地从宽甚至不作为犯罪处理，各国刑法都规定了未遂犯应较之既遂犯要从宽处理，但究竟从宽的程度是多少，倾向于行为无价值论立场的国家的刑法可能从宽的力度较小，而倾向于结果无价值论的国家的刑法从宽的力度会更大，立法本身就是行为无价值论与结果无价值论的调和，只能说哪一种观点更占上风，但无论如何，极端的行为无价值论或结果无价值论的立场鲜有学者支持。在我国，针对“误将尸体当作活人进行杀害”案件，即便是结果无价值论的支持者，清华大学黎宏教授，也仍然认为应以犯罪论处，而不是认为无罪。参见黎宏：《刑法学》，法律出版社2012年版，第636页。

2012年卷二53. 因乙移情别恋, 甲将硫酸倒入水杯带到学校欲报复乙。课间, 甲、乙激烈争吵, 甲欲以硫酸泼乙, 但情急之下未能拧开杯盖, 后甲因追乙离开教室。丙到教室, 误将甲的水杯当作自己的杯子, 拧开杯盖时硫酸淋洒一身, 灼成重伤。关于本案, 下列哪些选项是错误的? (ACD)

- A. 甲未能拧开杯盖, 其行为属于不可罚的不能犯²⁴⁰
- B. 对丙的重伤, 甲构成过失致人重伤罪
- C. 甲的行为和丙的重伤之间没有因果关系
- D. 甲对丙的重伤没有故意、过失, 不需要承担刑事责任

三、犯罪中止

(一) 犯罪中止的成立条件

1. 时间条件: 发生在犯罪过程中。

(1) 包括犯罪预备阶段、实行阶段。

(2) 犯罪既遂以后, 返还原物、赔偿损失, 只能算犯罪后的悔罪表现, 不能成立犯罪中止。

例外: 被动受贿后及时(只要案发前)上交的, 无罪。(当然, 闻风退赃的, 成立受贿罪)

2013年卷二54. 关于故意犯罪形态的认定, 下列哪些选项是正确的? (AC)

- A. 甲绑架幼女乙后, 向其父勒索财物。乙父佯装不管乙安危, 甲只好将乙送回。甲虽未能成功勒索财物, 但仍成立绑架罪既遂
- B. 甲抢夺乙价值1万元项链时, 乙紧抓不放, 甲只抢得半条项链。甲逃走60余米后, 觉得半条项链无用而扔掉。甲的行为未得逞, 成立抢夺罪未遂
- C. 乙欲盗汽车, 向甲借得盗车钥匙。乙盗车时发现该钥匙不管用, 遂用其他工具盗得汽车。乙属于盗窃罪既遂, 甲属于盗窃罪未遂
- D. 甲在珠宝柜台偷拿一枚钻戒后迅速逃离, 慌乱中在商场内摔倒。²⁴¹保安扶起甲后发现其盗窃行为并将其控制。甲未能离开商场, 属于盗窃罪未遂

2. 主观条件: 中止的自动性。——“能”达目的而“不欲”。迷途知返, 需要嘉奖。

犯罪中止的主要表现: 这是犯罪中止与犯罪未遂区分的关键。

中止的动机是否高尚, 不影响犯罪中止的成立。

- (1) 真诚悔悟, 良心发现而停止。
- (2) 因被害人的哀求、对被害人怜悯、第三人的劝说而停止。
- (3) 因为害怕受到法律制裁、神的处罚、鬼怪的纠缠而停止。
- (4) 害怕受到刑法处罚。(例外: 如果刑法处罚马上起作用的, 如警察就在身边, 停止下来成立未遂)
- (5) 基于目的物的障碍(不存在)。

****考点:** 针对特定物实施犯罪, 如果特定物不存在, 成立犯罪未遂; 但针对可替代物实施犯罪, 如果存在具有可替代性的对象, 不继续实施犯罪的, 成立犯罪中止。²⁴²

针对人身权利的犯罪中, 特定对象没有出现而放弃的, 属于犯罪未遂。²⁴³(人身法益具有特定性, 不可替代)

- (6) 基于嫌恶之情、遇到熟人(但如果是遇到太熟的人如父母, 停止下来属于未遂)放弃。

²⁴⁰ 本案中, 虽然没有造成被害人的伤害, 但行为人泼浓硫酸的行为, 会使一般公众产生不安感, 有法益侵害的可能性, 应认定为是可罚的不能犯, 成立犯罪未遂。

²⁴¹ 就盗窃罪而言, 针对小件物品(如本案中的钻戒)实施的, 只要握在手中或者藏在隐蔽处, 就认为行为人已经控制了财物, 成立犯罪既遂。

²⁴² 例如, 甲想到乙家中偷特定物(齐白石的画), 但进入乙家后, 发现乙家中根本没有这个画, 仅有价值5000元的黄金。甲放弃了犯罪行为, 应成立犯罪未遂。因为甲进入乙家是带着特定目的(偷齐白石的画)而来的, 特定目的落空之后, 甲的行为不可能既遂, 故成立犯罪未遂。相反, 如果甲是以图财为目的进入乙家盗窃, 发现乙家中根本没有钱, 但有价值5000元的黄金, 甲没有拿走黄金而离开了现场, 甲的行为则成立犯罪中止。甲是基于图财的主观故意而实施盗窃, 既然是图财, 只要是财物就可以, 没有现金, 黄金也可以替代现金, 拿走黄金也完全能够满足甲的主观想法, 甲没有实施该行为而停止下来的, 成立犯罪中止。又再如, 甲欲杀害其仇人丙, 进入丙家后, 发现丙并不在家, 丙已经把房子出租给了乙, 乙开门之后, 甲才发现目标人(丙)不在, 而乙并不是甲要杀的对象, 在甲心中, 乙并不能代替丙, 故甲的预期计划落空了, 甲的行为成立犯罪未遂。这种情形下, 甲并没有认识错误(对象错误), 因为甲并没有将“乙”认成是“丙”。

²⁴³ 2009年卷二5. 甲因父仇欲重伤乙, 将乙推倒在地举刀便砍, 乙慌忙抵挡喊着说: “是丙逼我把你家老汉推下粪池的, 不信去问丁。”甲信以为真, 遂松开乙, 乙趁机逃走。甲的行为成立犯罪中止。——行为人甲因父仇欲重伤乙, 其主观目的就是为了报仇, 这一目的是明确的。但乙说“是丙逼我把你家老汉推下粪池的”, 也不是说乙不是甲的仇人, 即使乙的话是真实的, 也说明乙实施了将甲的父亲推下粪池的行为。甲此时还是可以继续报仇, 实现其犯罪目的, 但甲自动放弃实施, 因此, 成立犯罪中止。当然, 如果甲将丁认为是乙, 丁说: “你搞错人的, 推你父亲进粪池的是乙, 我是丁, 你父亲被推下粪池与我没有任何关系。”甲信以为真, 按照甲的想法, 丁与其父亲的死亡无任何关系, 甲放走丁的行为成立犯罪未遂, 因为甲的复仇目的当时的情况下无法实现。

应试技巧：若考题仅指明犯罪分子遇到了障碍，他停止下来了，一般可以认为这个障碍不是特别大，犯罪行为可以继续，他停止下来的，成立犯罪中止。如果题目特别指明了，在遇到障碍时，犯罪分子自己都明确表态：障碍太大，犯罪无法继续进行，停止下来的，成立犯罪未遂。

2012年卷二54. 关于犯罪停止形态的论述，下列哪些选项是正确的？（ABCD）

- A. 甲（总经理）召开公司会议，商定逃税。甲指使财务人员黄某将1笔500万元的收入在申报时予以隐瞒，但后来黄某又向税务机关如实申报，缴纳应缴税款。单位属于犯罪未遂，黄某属于犯罪中止
- B. 乙抢夺邹某现金20万元，后发现全部是假币。乙构成抢夺罪既遂²⁴⁴
- C. 丙以出卖为目的，偷盗婴儿后，惧怕承担刑事责任，又将婴儿送回原处。丙构成拐卖儿童罪既遂，不构成犯罪中止
- D. 丁对仇人胡某连开数枪均未打中，胡某受惊心脏病突发死亡。丁成立故意杀人罪既遂²⁴⁵

2010年卷二57. 关于犯罪中止，下列哪些选项是正确的？（2010-2-57，多）（AB）

- A. 甲欲杀乙，埋伏在路旁开枪射击但未打中乙。甲枪内尚有子弹，但担心杀人后被判处死刑，遂停止射击。甲成立犯罪中止
- B. 甲入户抢劫时，看到客厅电视正在播放庭审纪实片，意识到犯罪要受刑罚处罚，于是向被害人赔礼道歉后离开。甲成立犯罪中止
- C. 甲潜入乙家原打算盗窃巨额现金，入室后发现大量珠宝，便放弃盗窃现金的意思，仅窃取了珠宝。对于盗窃现金，甲成立犯罪中止²⁴⁶
- D. 甲向乙的饮食投放毒药后，乙呕吐不止，甲顿生悔意急忙开车送乙去医院，但由于交通事故耽误一小时，²⁴⁷乙被送往医院时死亡。医生证明，早半小时送到医院乙就不会死亡。甲的行为仍然成立犯罪中止

3. 客观条件：必须有中止行为。

2016年卷二53 B. 乙持刀拦路抢劫周某。周某说“把刀放下，我给你钱”。乙信以为真，收起刀子，伸手要钱。周某乘乙不备，一脚踢倒乙后逃跑。乙属于犯罪未遂²⁴⁸

4. 中止的有效性。²⁴⁹

(1) 只要你实施了中止行为，危害（既遂）结果也没有出现，你就是犯罪中止；如果出现了危害（既遂）结果，就是犯罪既遂。

(2) 在实施中止行为的过程中，如果介入因素独立（100%）地导致了危害结果的出现，你还是犯罪中止。²⁵⁰

2004年卷二2. 药店营业员李某与王某有仇。某日王某之妻到药店买药为王某治病，李某将一包砒霜混在药中交给王某。后李某后悔，于第二天到王家欲取回砒霜，而王某谎称已服完。李某见王某没有什么异常，就没有将真相告诉王某。几天后，王某因服用李某提供的砒霜而死亡。李某的行为属于：（B）

- A. 犯罪中止
- B. 犯罪既遂
- C. 犯罪未遂
- D. 犯罪预备

²⁴⁴ 可能有人认为，为什么抢“假”的财物也成立犯罪既遂？理由在于：这种行为依然破坏了他人对“假币”的非法占有，应成立抢夺罪。虽然是假的财物，只要达到一定的“量”，即值得刑法所保护的度，应以犯罪既遂论处。本案中达到了一定的量，20万元假币。如果本案为20元假币，可以认定为犯罪未遂。对比的试题是：2016年卷二53C 丙见商场橱窗展示有几枚金锭（30万元/枚），打开玻璃门拿起一枚就跑，其实是值300元的仿制品，真金锭仍在。丙属于犯罪未遂。该案中，成立犯罪未遂的原因，不是因为其获取的财物是“假金锭”，而是因为“假”的“量”也比较少，仅有300元。

²⁴⁵ 想打杀人，实际上是吓死了人，属于因果关系的错误，不影响故意杀人罪既遂的成立。

²⁴⁶ 在犯罪分子心中，现金与珠宝都属于财物，是可替代的，不需要具体地、个别地考察，只要获取了其中任何一个，均成立犯罪既遂。

²⁴⁷ 本案中，虽然介入了交通事故这一因素，但交通事故并不是独立地（100%）导致了死亡结果出现，交通事故仅耽误了一个小时（而非长时间），只是对死亡结果有一定的影响力。交通事故并不能中断甲的行为与乙的死亡结果之间的因果关系，甲的行为成立犯罪既遂。

²⁴⁸ 虽然乙暂时中止了自己的犯罪行为，但是，如果周某不给钱，乙仍然会继续自己的犯罪行为。乙的行为并没有终局性的停止下来，不成立犯罪中止。本案中，只能说行为人暂停了自己的犯罪行为，不能说中止了自己的犯罪行为。

²⁴⁹ 有效防止犯罪结果的发生，不以行为单独实施为必要，行为人将被害人送至医院，在医生的努力下防止了既遂结果的发生，也成立犯罪中止。但是，行为必须作出了真挚的努力，其行为对防止犯罪结果发生起到了决定性作用，否则不成立犯罪中止。例如，行为人在其放火行为还没有既遂的情况下，喊了一声“救火啊”，然后便逃走了，即使他人将火扑灭，也不成立犯罪中止。

²⁵⁰ 如果介入因素没有100%导致既遂结果出现，说明前行为与既遂结果之间有因果关系，行为人的行为成立犯罪既遂。案例：行为人在被害人的茶杯中投了毒，被害人饮用后毒性发作，这时行为人很后悔，开车送被害人去医院。途中，开车太快而交通肇事，造成车内被害人死亡。——故意杀人罪的中止与交通肇事罪

2014年卷二53. 甲为杀乙，对乙下毒。甲见乙中毒后极度痛苦，顿生怜意，开车带乙前往医院。但因车速过快，车右侧撞上电线杆，坐在副驾驶位的乙被撞死。关于本案的分析，下列哪些选项是正确的？（AB）A. 如认为乙的死亡结果应归责于驾车行为，则甲的行为成立故意杀人中止；B. 如认为乙的死亡结果应归责于投毒行为，则甲的行为成立故意杀人既遂。

2015年卷二6. 甲以杀人故意放毒蛇咬乙，后见乙痛苦不堪，心生悔意，便开车送乙前往医院。途中等红灯时，乙声称其实自己一直想死，突然跳车逃走，三小时后死亡。后查明，只要当时送医院就不会死亡。——甲不对乙的死亡负责，成立犯罪中止。在本案中，行为人在中止的过程中，出现了介入因素“突然跳车逃走”这一异常因素，导致了乙的死亡结果，甲当然不对乙的死亡结果承担责任。甲成立犯罪中止。

2003年卷二42D.丁为了杀害李四而对其投毒,李四服毒后极端痛苦,于是丁将李四送往医院抢救脱险。经查明,毒物只达到致死量的50%,即使不送到医院,李四也不会死。丁将被害人送到医院的行为和被害人的没有死亡之间,并无因果关系。——丁的行为成立犯罪中止。²⁵¹

【重要提高】即使在因果关系发展的**短暂**进程中,行为人一度**误以为**或者**估计**犯罪已经既遂,但在能够继续实施犯罪行为的情况下放弃犯罪或者自动有效防止犯罪结果发生的,也宜认定为犯罪中止。如下均成立犯罪中止:

(1)乙以杀人故意掐住妻子X的脖子。在X脸色青紫、小便失禁时,乙便以为X已经死亡,进而松手观望。随后X苏醒要水喝,乙倒水喂给X喝,放弃杀X的念头。

(2)丙为了杀害丈夫Y,在Y睡觉时将煤气阀门打开,然后到邻居家。20分钟后,丙估计Y已经死亡,于是回到家。到家后发现Y躺在床上表情痛苦,顿生悔意,将Y送往医院抢救脱险。

5. 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。

问题:“造成损害”应理解为中止前的犯罪行为造成损害,而不是中止行为(抢救行为)本身造成了损害:

(1)丙以强奸故意对被害人使用暴力,被害人为了避免强奸,提出将自己的3000元现金给丙,丙拿走3000元现金,放弃了强奸行为。——丙是强奸罪的犯罪中止,其犯罪行为没有造成损害,应当免除处罚

(2)甲将被害人锁在屋内并打开天然气后,离开现场。但后来又产生中止之意,在室外将被害人家的门窗砸破,挽救了被害人的生命,却给被害人造成价值近万元的财产损失。对此不能认定为“造成损害”,其犯罪行为并没有造成损害,应当免除处罚。这是抢救行为造成了被害人损害

(3)乙向被害人的食物投放了毒药,被害人疼痛难忍,没有取得驾驶证的乙顿生悔意,立即开车将被害人送往医院,但途中过失导致汽车撞向电线杆,使被害人身受重伤,被害人送往医院后,经抢救脱险。——乙的行为是故意杀人罪的犯罪中止,其犯罪行为没有造成损害。后抢救行为如果构成犯罪的(如交通肇事罪),单独成立犯罪

重要:加重构成、量刑规则与犯罪既遂、未遂

1.多数学者认为“加重构成”存在既、未遂的区分,少数学者否定。犯罪既遂、未遂、中止不仅仅是针对基本犯罪而言,对于加重犯,也应承认其犯罪未遂(中止)形态。例如,甲在公共交通工具上抢劫,即便分文未抢到,也应成立抢劫罪的加重犯(在公共交通工具上抢劫)的犯罪未遂,而非抢劫罪基本罪的未遂。又如,甲欲在公共场所强奸妇女,刚将妇女衣服脱光准备实施奸淫行为时,该妇女告诉甲:“在公共场所强奸妇女的,属于强奸罪的加重情节,判刑很重。”甲害怕,遂将妇女带至隐蔽处实施奸淫行为。对于基本的强奸罪,甲当然成立犯罪既遂,但甲属于加重强奸罪(当众强奸妇女)的犯罪中止。²⁵²(基本犯罪与加重构成之间是“质变”)

2.多数学者否认“量刑规则”存在既、未遂的区分。有学者指出,我国现行刑法理论没有区分加重的犯罪构成与量刑规则,因而导致犯罪形态的认定与量刑出现偏差。刑法分则条文单纯以情节(特别)严重(恶劣)、数额(特别)巨大、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时,只能视为量刑规则。例如,盗窃他人2000元(数额较大)、5万元(数额巨大)、50万元(数额特别巨大)的行为类型或特征是完全相同的,所不同的只是违法程度。刑法分则条文因为行为、对象等构成要件要素的特殊性使行为类型发生变化,进而导致违法性增加,并加重法定刑时,才属于加重的犯罪构成。加重的犯罪构成存在未遂犯,量刑规则不存在未遂犯。²⁵³周光权教授亦赞同此观点,认为加重构成是特殊的犯罪构成,有既遂或者未遂问题;但是,量刑规则只是“有无”的问题,没有既遂与未遂,因此不能说“某人盗窃数额巨大未遂”。²⁵⁴例如,行为人以数额特别巨大的财物为盗窃目标,实际上仅得到了数额较大的财物,只应认定为盗窃罪(数额较大),而不是盗窃数额特别巨大(未遂)。当然,也有少数学者认为,财产犯罪(如盗窃罪)所规定的数额巨大、数额特别巨大不是量刑规则,而是加重构成,亦存在既、未遂形态。²⁵⁵(量刑规则中的“数额较大”“数额巨大”是“量”变)

²⁵¹ 从甲的角度看,甲认为犯罪行为“能”造成死亡结果,但他还是将被害人送往医院,符合“能达目的而不欲”,成立犯罪中止。

又如:2016年卷二53A.甲以杀人故意将郝某推下过街天桥,见郝某十分痛苦,便拦下出租车将郝某送往医院。但郝某未受致命伤,即便不送医院也不会死亡。甲属于犯罪中止

或许有同学会问,要成立犯罪既遂,除了要造成既遂结果之外,还要求行为与既遂结果之间存在因果关系。而本案中,认定行为成立犯罪中止,但中止行为与结果不出现之间并不存在因果关系,为什么犯罪中止的认定不需要因果关系?其中理由在于,犯罪既遂是不利于被告人的犯罪停止形态,应从严认定,要求因果关系。而犯罪中止是有利于被告人的规定,没有必要这么严格要求。

²⁵² 徐光华:《犯罪既遂标准的层次性之提倡》,载《刑法论丛》2013年第4期;徐光华:《经济犯罪之犯罪既遂与未遂——以我国刑法分则立法模式为视角》,载《政治与法律》2009年第2期。

²⁵³ 张明楷:《加重构成与量刑规则的区分》,载《清华法学》2011年第5期。

²⁵⁴ 周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2016年版,第101页。

²⁵⁵ 王新明合同诈骗案(最高人民法院指导案例62号),该案的“裁判要旨”指出:“在数额犯中,犯罪既遂部分与未遂部分分别对应不同法定刑幅度的,应当先决定对未遂部分是否减轻处罚,确定未遂部分对应的法定刑幅度,再与既遂部分对应的法定刑幅度进行比较,选择适用处罚较重的法定刑幅度,并酌情从重处罚;二者在同一量刑幅度的,以犯罪既遂酌情从重处罚。”

综上，可以认为。对于加重犯，多数学者认为其存在既、未遂的区分，少数学者否认其存在既、未遂的区分，仅根据结果来定罪。而对于量刑规则，一般认为不存在既、未遂的区分，仅以结果定罪即可。但对于刑法的一些规定，究竟属于加重构成，还是属于量刑规则，可能存在不同的理解。例如，对于财产犯罪中所规定的“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”，究竟是加重构成，还是量刑规则，可能存在不同的观点，多数学者认为这是量刑规则，不存在既、未遂的区分；少数学者认为，这是加重构成，亦存在既、未遂的区分。

2013年卷二8. 甲深夜进入小超市，持枪胁迫正在椅子上睡觉的店员乙交出现金，乙说“钱在收款机里，只有购买商品才能打开收款机”。甲掏出100元钱给乙说“给你，随便买什么”。乙打开收款机，交出所有现金，甲一把抓跑。事实上，乙给甲的现金只有88元，甲“亏了”12元。关于本案，下列哪一说法是正确的？(D)

- A. 甲进入的虽是小超市，但乙已在椅子上睡觉，甲属于入户抢劫
- B. 只要持枪抢劫，即使分文未取，也构成抢劫既遂
- C. 对于持枪抢劫，不需要区分既遂与未遂，直接依照分则条文规定的法定量刑刑即可
- D. 甲虽“亏了”12元，未能获利，但不属于因意志以外的原因未得逞，构成抢劫罪既遂

2016年卷四: 孙某向赵某敲诈勒索价值800万的名画，但实际上只得8000元的赝品。关于法定刑的适用与犯罪形态的认定，可能存在哪几种观点？²⁵⁶

一种观点是，对孙某应当按800万元适用数额特别巨大的法定刑，同时适用未遂犯的规定，并将取得价值8000元的赝品的事实作为量刑情节，这种观点将数额巨大与特别巨大作为加重构成要件。

另一种观点是，对孙某应当按8000元适用数额较大的法定刑，认定为犯罪既遂，不适用未遂犯的规定，这种观点将数额较大视为单纯的量刑因素或量刑规则。

2017年卷二5. 甲冒充房主王某与乙签订商品房买卖合同，约定将王某的住房以220万元卖给乙，乙首付100万元给甲，待过户后再支付剩余的120万元。办理过户手续时，房管局工作人员识破甲的骗局并报警。根据司法解释，关于甲的刑事责任的认定，下列哪一选项是正确的？(B)²⁵⁷（自己思考一下，你觉得哪种做法更合理？）

- A. 以合同诈骗罪220万元未遂论处，酌情从重处罚
- B. 以合同诈骗罪100万元既遂论处，合同诈骗120万元作为未遂情节加以考虑
- C. 以合同诈骗罪120万元未遂论处，合同诈骗100万元既遂的情节不再单独处罚
- D. 以合同诈骗罪100万元既遂与合同诈骗罪120万元未遂并罚

第十一章 共同犯罪

一、共同犯罪概述

违法是连带的，责任是个别的：评价犯罪的过程通常是，先确定数个参与人的行为是否造成法益侵害事实（违法性的判断），然后就该违法事实确认能否谴责行为人（责任的判断）。各参与人为了实现自己的犯罪而结合在一起，行为之间根据支配作用共同引起法益侵害的事实。法益侵害的事实与各参与人具有物理上、心理上的因果性。虽然这种因果性就各参与人而言并非完全等价，但是具有因果关系这一点却无法否认。这种引起法益侵害的连带因果性便决定了各参与人违法的连带性。但如何承担责任，不同人的责任年龄与责任能力并不相同，需要分别判断。

（一）共同犯罪的几个特征：

1. 主客观统一性。要求二人²⁵⁸以上既有共同故意，又有共同行为（共谋也属于行为，行为包括作为、不作为）。
2. 共同犯罪的整体性。二人以上在共同故意的支配下形成的一个整体，不是个人行为的简单相加。——“部分行为全部责任”

²⁵⁶ 第274条【敲诈勒索罪】敲诈勒索公私财物，数额较大或者多次敲诈勒索的，处三年以下有期徒刑、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，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑，并处罚金。

²⁵⁷ 是否承认合同诈骗罪中的“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”存在未遂呢？刑法理论上更多地是认为这是量刑规则，而不考虑既、未遂的区分。以实际骗取到的财物多少来决定量刑。所以，就认定为诈骗罪100万（数额特别巨大）既遂。司法解释也基本上（不完全）赞同这一观点。2011年最高人民法院、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条规定：“诈骗既有既遂，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，以诈骗罪既遂处罚。”本案中，无论是成功的100万，还是未成功的120万，均属于“数额特别巨大”，因此，部分是数额特别巨大（既遂），部分是数额特别巨大（未遂）。根据司法解释规定，应认定为合同诈骗100万既遂，未遂的120万作为量刑情节。

²⁵⁸ “人”既可以是自然人，也可以是单位，还可以是自然人与单位。但单位犯罪时，单位与其直接负责的责任人员之间不成立共同犯罪。

****考点：**共同犯罪不分你我，所有人都必须对整体的结果承担刑事责任；**如果不是共同犯罪，每个人只需要对自**

己所实施的行为单独承担刑事责任，不需要考虑其他人的行为。（非常重要！）

【历年真题】

2008年四川卷二6.甲、乙上山去打猎，在一茅屋旁的草丛中，见有动静，以为是兔子，于是一起开枪，不料将在此玩耍的小孩打死。在小孩身上，只有一个弹孔，甲、乙所使用的枪支、弹药型号完全一样，无法区分到底是谁所为。对于甲、乙的行为，应当如何定性？（D）²⁵⁹

- A. 甲、乙分别构成过失致人死亡罪
B. 甲、乙构成过失致人死亡罪的共同犯罪
C. 甲、乙构成故意杀人罪的共同犯罪
D. 甲、乙不构成犯罪

2010年卷二6.A.甲、乙应当预见但没有预见山下有人，共同推下山上一块石头砸死丙。只有认定甲、乙成立共同过失犯罪，才能对甲、乙以过失致人死亡罪论处——错误。²⁶⁰

【提升性试题】甲、乙两人相约在一阳台上，选中离阳台8.5米左右处一个树干上的废瓷瓶为目标比赛枪法（共用一支JW-20型半自动步枪）。两人轮流各射击子弹3发，均未打中，但其中一发子弹穿过树林，将离阳台100余米的行人丙打死，无法查清是谁的子弹。问题：

（1）如果认为共同犯罪必须是“共同故意犯罪”，则甲、乙二人不成立共同犯罪，各行为人罪责自负，由于不能查清谁的行为打中了被害人，二人均无罪。——共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪，这是刑法的明确规定

（2）如果认为“共同过失犯罪”也成立共同犯罪，则甲、乙二人成立共同犯罪，各共犯人均需要对整体的结果（死亡结果，即共同犯罪的结果）承担责任，二人均成立过失致人死亡罪。

3. 共同犯罪人的差异性。各共犯人所起作用决定刑罚轻重。

4. 共同故意的时间。****考点：**只要前行为人的犯罪行为还没有结束，中途加入进来的人可以成立共同犯罪。但中途加入进来的人不对前行为人先前单独所造成的加重结果（重伤、死亡）承担刑事责任。²⁶¹

2012年卷二10.关于共同犯罪的论述，下列哪一选项是正确的？（B）

A. 甲为劫财将陶某打成重伤，陶某拼死反抗。张某路过，帮甲掏出陶某随身财物。2人构成共犯，均须对陶某的重伤结果负责

B. 乙明知黄某非法种植毒品原植物，仍按黄某要求为其收取毒品原植物的种子。2人构成非法种植毒品原植物罪的共犯

C. 丙明知李某低价销售的汽车系盗窃所得，仍向李某购买该汽车。2人之间存在共犯关系²⁶²

D. 丁系国家机关负责人，召集领导层开会，决定以单位名义将国有资产私分给全体职工。丁和职工之间存在共犯关系²⁶³

²⁵⁹ 本案中，甲、乙均有过失，但无故意，故不成立共同犯罪。既然不成立共同犯罪，各行为人仅需就自己的行为单独承担责任，不需要考虑他人的行为。甲的过失行为是否造成了被害人死亡结果：（1）造成了，成立过失致人死亡罪；（2）没有造成，无罪，因为过失犯罪必须造成结果才能定罪处罚。在这一事实（甲的行为是否造成了被害人死亡结果）都未查清的情况下，应是存疑有利于被告，故甲无罪，同样的道理，乙也是无罪。

²⁶⁰ 本案，二行为人均有过失，但过失犯罪是不成立共同犯罪的，故甲、乙二人仅需就自己的行为单独承担刑事责任，不需要考虑他人的行为。甲的行为是：基于过失推了一块石头，并且这块石头砸死了人，这一事实非常清楚，故甲的行为成立过失致人死亡罪。同理，乙的行为也成立过失致人死亡罪。本案中，并不需要认定甲、乙二人成立共同过失犯罪，就能追究甲、乙二人的刑事责任。

²⁶¹ 例如，在甲抢劫的过程中，甲将被害人打成重伤、昏迷状态后，正在取被害人身上的财物，此时乙加入进来，乙的行为成立抢劫罪的共犯，但乙不对甲之前实施的重伤结果承担责任，即不对抢劫致人重伤承担刑事责任。之所以不对“重伤”结果承担责任，主要原因在于，乙的行为与重伤结果之间没有因果关系，一个人无需对自己行为没有因果关系的结果负责。可能有人认为，乙只是参与了从被害人身上取走财物的行为，仅成立盗窃罪。这种观点是不正确的，虽然乙仅仅参与了取财行为，但乙参加的是甲的抢劫行为的一个组成部分，从这一意义上看，乙成立抢劫罪的共同犯罪。

²⁶² 李某的盗窃行为已经结束，丙的行为不可能成立共同犯罪。丙购买李某的汽车的，成立掩饰、隐瞒犯罪所得罪。

²⁶³ 本案为单位犯罪（私分国有资产罪），仅处罚单位领导、直接责任人员，职工不构成犯罪，当然也不成立共犯。

(二) 共同犯罪与犯罪构成的关系²⁶⁴

1. 二人以上在同一犯罪构成的前提下，分别具有不同的加重情节或者减轻情节的，不影响共同犯罪的成立。例，甲教唆乙去路边抢劫，乙入户抢劫。

2. 如果二人以上持不同的故意共同实施了某种行为，只就他们所实施的性质相同的部分（或重合部分）成立共同犯罪（部分犯罪共同说）。

重合性质的情况有四种：

(1) 法条竞合：如盗窃、抢夺武器装备、军事物资罪与盗窃罪、抢夺罪。

(2) 两罪侵犯的法益相同，严重犯罪包含了非严重犯罪的内容时：故意杀人罪和故意伤害罪，绑架罪与非法拘禁罪，抢劫罪和抢夺罪，抢劫罪与盗窃罪，抢劫罪与敲诈勒索罪。

(3) 两种犯罪侵犯的法益不完全相同，但一种犯罪所侵犯的法益包含了另一种犯罪侵犯的法益：为境外窃取、刺探收买、非法提供国家秘密、情报罪与非法获取国家秘密罪。当然在非法获取国家秘密罪的范围内成立共犯。

(4) 在法定转化犯的情况下，部分人实施了转化行为的，就转化前的犯罪成立共同犯罪。

2000年卷二70. 下列哪些情形成立共同犯罪？(ABCD)

A. 甲与乙共谋共同杀丙，但届时乙因为生病而没有前往犯罪地点，由甲一人杀死丙

B. 甲在境外购买了毒品，乙在境外购买了大量淫秽物品，然后，二人共谋共雇一条走私船回到内地，后被海关查获²⁶⁵

C. 甲发现某商店失火后，便立即叫乙：“现在是趁火打劫的好时机，我们一起去吧？”乙便和甲一起跑到失火地点，窃取了商品后各自回到自己家中

D. 医生甲故意将药量加大10倍，护士乙发现后请医生改正，医生说：“那个家伙（指患者）太坏了，他死了由我负责”。乙没有吭声，便按甲开的处方给患者用药，导致患者死亡

3. 特别注意：共同犯罪的成立，采**部分犯罪共同说**（最新司法考试方向）。只要两行为人的**客观上的行为**是共同的（不存在谁支配、控制谁的问题），共同推进犯罪的进行，各行为人主观上对行为的意义能够基本了解（知道自己是在干坏事），交换意思、互相帮助，即便两个人的罪名完全不一致，甚至有一方最终因为没有达到责任年龄而不构成犯罪，二者也成立共同犯罪。²⁶⁶

达到刑事责任年龄的人与未达刑事责任年龄的人在共同实行犯罪的情况下，如果未达刑事责任年龄人**处于被利用（支配、控制）的状态**，二者也不成立共同犯罪，而是间接正犯。²⁶⁷

结论：共同犯罪是心连心、手拉手，两厢情愿。共同犯罪不要求“天长地久”，只要求“曾经拥有”。间接正犯是“你不懂我的心”、“借刀杀人”。

2012年卷二9. 甲（15周岁）求乙（16周岁）为其抢夺作接应，乙同意。某夜，甲抢夺被害人的手提包（内有1万元现金），将包扔给乙，然后吸引被害人跑开。乙害怕坐牢，将包扔在草丛中，独自离去。关于本案，下列哪一选项是错误的？(D)

A. 甲不满16周岁，不构成抢夺罪

B. 甲与乙构成抢夺罪的共犯

C. 乙不构成抢夺罪的间接正犯

D. 乙成立抢夺罪的中止犯

²⁶⁴ 同学们都知道，成立共同犯罪不要求各行为人的罪名完全相同，但理由何在，需要明白。

成立共同犯罪不要求各行为人所构成的罪名完全相同，可以通过如下两个案例来说明。

案例1：甲、乙二人共谋伤害丙，甲望风，乙上楼将丙打成重伤。

案例2：甲、乙二人共谋伤害丙，实际上乙暗藏杀机，甲在楼下望风，乙上楼将丙打死。

案例1中，甲、乙成立故意伤害罪的共同犯罪，二人均需要对伤害结果承担责任，不存在任何疑问。在案例2中，甲仅具有伤害的故意，乙具有杀人的故意。如果否认甲、乙二人成立共同犯罪，则甲仅对自己的行为承担刑事责任，而不对乙实施的行为承担刑事责任。而甲并没有着手实施伤害行为，而仅实施了共谋伤害的行为，至多成立故意伤害罪（预备）。这显然是不妥当的，案例2中的甲比案例1中的甲处罚还要轻，难以令人接受。

又比如：案例3：甲、乙两人共同盗窃，甲在楼下放风，乙在楼上盗窃，乙得到5000元，即便甲一分钱没有分到，甲、乙是共同犯罪，甲的盗窃金额也是5000元。

案例4：甲、乙两人共同盗窃，甲在楼下放风，乙在楼上盗窃，乙得到5000元，甲知道乙盗窃成功后告知乙要先行离去。后乙下楼时被主人发现后将主人打成轻伤，乙成立抢劫罪。但甲、乙在盗窃罪的范围内成立共同犯罪。如果不承认二者成立共同犯罪，甲仅对自己的盗窃行为负责，但甲本人实际上是没有拿到钱的，其盗窃金额就会变成零元，这显然是不合理的。二人在前半程成立盗窃罪的共同犯罪，犯罪数额是5000元。虽然二人的罪名不同，但在重合的范围内，应成立盗窃罪的共犯。

²⁶⁵ 甲、乙成立走私毒品罪、走私淫秽物品罪两罪的共犯。但是若双方均不知道对方走私的具体物品，仅存在共谋雇船走私的行为，则在普通走私的范围内成立共同犯罪。

²⁶⁶ 共同犯罪只是实施犯罪的一个方法类型，是为了实现自己的犯罪而利用他人的行为，因而扩大自己行为的因果影响范围的一种形式，完全属于共犯人相互之间的“个别利用关系”，因此，只要有共同的行为就够了，至于参与行动的人是不是具有责任能力，对是否具有共同行为没有任何影响。

²⁶⁷ 例如，甲（19周岁）、乙（13周岁）共同实施了故意杀人行为，虽然乙没有达到刑事责任年龄，但乙对杀人行为的基本意义是能够理解的，不能认为甲操控了乙，故甲、乙二人成立共同犯罪。但如果甲（19周岁）、乙（3周岁）共同实施了故意杀人行为，虽然甲、乙在客观上共同实施了杀人行为，但乙年龄太小，对自己行为的基本意义不能够理解，可以认为，甲在操纵、支配乙的行为，甲成立故意杀人罪的间接正犯。

2014年卷二16. 甲男(15周岁)与乙女(16周岁)因缺钱,共同绑架富商之子丙,成功索得50万元赎金。甲担心丙将来可能认出他们,提议杀丙,乙同意。乙给甲一根绳子,甲用绳子勒死丙。关于本案的分析,下列哪一选项是错误的?(C)²⁶⁸

- A. 甲、乙均触犯故意杀人罪,因而对故意杀人罪成立共同犯罪
 B. 甲、乙均触犯故意杀人罪,对甲以故意杀人罪论处,但对乙应以绑架罪论处
 C. 丙系死于甲之手,乙未杀害丙,故对乙虽以绑架罪定罪,但对乙不能适用“杀害被绑架人”的规定
 D. 对甲以故意杀人罪论处,对乙以绑架罪论处,与二人成立故意杀人罪的共同犯罪并不矛盾

2017年卷四. 甲生意上亏钱,乙欠下赌债,二人合谋干一件“靠谱”的事情以摆脱困境。甲按分工找到丙,骗丙使其相信钱某欠债不还,丙答应控制钱某的小孩以逼钱某还债,否则不做人。——甲、乙成立绑架罪,丙成立非法拘禁罪,甲、乙、丙在非法拘禁的范围内成立共同犯罪。

二、不成立共同犯罪的情形

1. 过失犯罪不成立共同犯罪。**例外规定: 交通事故后, 车主、乘客、单位的主管人员指使肇事司机逃逸致被害人因得不到救助而死亡的, 以交通肇事罪的共犯论处。**²⁶⁹

2004年卷二87. 甲、乙二人系某厂锅炉工。一天,甲的朋友多次打电话催其赴约,但离交班时间还有15分钟。甲心想,乙一直以来都是提前15分钟左右来接班,今天也快来了。于是,在乙到来之前,甲就离开了岗位。恰巧乙这天也有要事。乙心想,平时都是我去后甲才离开,今天迟去15分钟左右,甲不会有什么意见的。于是,乙过了正常交接班时间15分钟左右才赶到岗位。结果,由于无人看管,致使锅炉发生爆炸,损失惨重。甲、乙的行为:(BD)²⁷⁰

- A. 属共同犯罪 B. 属共同过失犯罪 C. 各自构成故意犯罪 D. 应按照甲、乙所犯的罪分别处罚

2. 同时犯(同时不同心)不成立共同犯罪。²⁷¹(每个人只对自己的行为单独承担刑事责任,不需要考虑他人的行为)

3. 实行过限(共犯过剩)。

(1) **非重合性过限(质的过剩)**。是指预谋的犯罪与过限行为构成的犯罪之间不具有重合性。例如,甲、乙共同盗窃,甲在盗窃过程中又临时起意强奸了女主人。甲成立强奸罪、盗窃罪,乙仅成立盗窃罪,二者在盗窃罪的范围内成立共同犯罪。****考点:**由过限行为人对其实施的过限行为单独承担刑事责任。A(盗窃罪)——B(强奸罪)

(2) **重合性过限(结果加重犯、量的过剩)**。是指预谋的犯罪(伤害)与过限行为(伤害致死或杀人)构成的犯罪之间具有重合性。例如,甲、乙共谋伤害丙,甲在楼下望风,乙在实施故意伤害行为时,过失导致了被害人的死亡结果,乙的行为过限了,成立故意伤害(致人死亡)罪这一结果加重犯。甲虽然没有实施“致死”的行为,但甲、乙二人共同的“伤害”行为本身是一种具有致人死亡的高度危险性的行为,质言之,伤害行为本身蕴含着“死亡结果”的种子。甲应该对共同“伤害”行为所可能衍生出的“死亡”结果有预见可能性,还和乙共同实施伤害行为,甲当然需要对该衍生结果(死亡)负责,甲亦构成故意伤害(致人死亡)罪。²⁷²也就是说,所有行为人都需要对过限结果承担

²⁶⁸ 刑法第239条规定,绑架过程中,杀害被绑架人的,定绑架罪一罪,处无期徒刑或者死刑。

甲、乙二人在客观上共同实施了绑架行为、杀人行为,故甲、乙二人既成立绑架罪的共犯,也成立故意杀人罪的共犯。但从责任的角度看,由于甲只有15周岁,无法对绑架行为承担责任,仅对故意杀人罪承担责任。而乙年满16周岁,既需要对绑架行为,也需要对杀人行为承担责任,而刑法第239条规定,绑架后杀人的,仅定绑架罪一罪,故乙成立绑架罪。本案中,二人成立绑架罪、故意杀人罪的共犯,但二人成立的罪名不同,其原因在于,是否成立共犯仅考虑“客观不法行为”层面的内容,定罪是需要考虑“客观不法行为”和“责任”两个层面的内容。

²⁶⁹ 承认交通肇事罪存在共犯,这是2000年11月10日最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的明确规定。理由是:第一,车辆驾驶人员肇事引发交通事故虽是过失的,但在交通肇事后的逃逸行为却是故意的。尽管前后在主观方面发生变化,有所不同,但刑法并未因此对故意逃逸的行为单独定罪,而是将“交通肇事后逃逸”以及“因逃逸致人死亡的行为”规定为交通肇事罪的加重处罚情节,以一罪论处。第二,指使者虽未帮助或教唆实施肇事行为,但在明知肇事已发生的情况下,仍指使、教唆肇事人实施逃逸行为。最终,肇事行为与共同逃逸行为造成了被害人死亡的后果,指使者和肇事者对肇事后的逃逸具有共同的故意,故指使者应与肇事者共同对这一后果承担刑事责任,并且只能以交通肇事罪的共犯论处。我国共同犯罪仅承认共同故意犯罪,交通肇事罪是过失犯罪,但是交通肇事因逃逸致人死亡的本质是不作为的故意杀人,基于法律的特别规定作为交通肇事罪的加重处罚要件,所以单独看因逃逸致人死亡的行为完全可以成立共同犯罪。

²⁷⁰ 刑法第25条第1、2款分别规定:共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。二人以上共同过失犯罪,不以共同犯罪论处。有的考生提出,根本不存在“共同过失犯罪”概念;有的考生提出:“既然D是正确的,B就不应该作为正确答案。”这都是没有熟读刑法条文,没有全面理解共同犯罪所得出的不当结论。该案中,二人是“共同过失犯罪”,但不是“共同犯罪”。

²⁷¹ 例如,甲、乙二人在没有意思联络的情形下同时从不同的方向故意朝丙开一枪,丙死亡,身上只有一颗子弹,无法查明是甲的还是乙的枪击行为所致。此种情形下,甲、乙二人不成立共同犯罪,每个人只对自己的行为单独承担责任。甲实施了开枪行为(着手杀人)是确定的,存在两种可能性:1、造成了被害人死亡,成立故意杀人罪既遂;2、子弹未打中,成立故意杀人罪未遂。现在无法查清是第1种还是第2种可能,只能选择有利于被告人的可能,成立故意杀人罪未遂。同理,乙也成立故意杀人罪未遂。本案中,甲、乙不成立共同犯罪,每个人只对自己的行为负责,甲开枪杀人这是事实,至少应该是故意杀人罪着手,至于是否打中被害人,存在打中与未打中两种可能,查不清楚的情况下,选择利于被告的“未打中”,成立故意杀人罪未遂。

²⁷² 类似的道理,A以强奸的故意、B以抢劫的故意共同对C实施暴力,由A的行为导致C死亡。A、B成立共同正犯,均对C的死亡承担责任(A承担强奸致死的责任,B承担抢劫致死的责任)。因为强奸=暴力+奸淫;抢劫=暴力+取财;从这个意义上看,两行为人具有共同实

刑事责任。A【故意伤害罪】——A+【故意伤害罪（致人死亡）】

【小案例】郭玉林等抢劫案——在共同抢劫中，部分行为人引起的致人重伤、死亡后果，其余未在现场的行为人应否对此后果承担责任。判决理由指出：抢劫罪²⁷³其本身就蕴含着暴力伤害或者暴力威胁的故意，而且这种暴力伤害或者威胁正是作为非法劫取他人财物的手段要件而存在的。也就是说，暴力伤害或者暴力威胁是实施抢劫犯罪所必不可少的，在共同抢劫犯罪中，即使部分行为人不希望使用暴力或者仅仅使用暴力威胁，但对其他共同犯罪人可能使用暴力应当是有预见并予以认可的。因此，要求抢劫犯罪的共同犯罪人共同对其他共同犯罪人使用暴力造成的伤亡后果承担责任，并不违背主、客观相一致原则。

2016年卷二7. 甲、乙、丙共同故意伤害丁，丁死亡。经查明，甲、乙都使用铁棒，丙未使用任何凶器；尸体上除一处致命伤外，再无其他伤害；可以肯定致命伤不是丙造成的，但不能确定是甲造成还是乙造成的。关于本案，下列哪一选项是正确的？（D）

- A. 因致命伤不是丙造成的，尸体上也没有其他伤害，故丙不成立故意伤害罪
- B. 对甲与乙虽能认定为故意伤害罪，但不能认定为故意伤害（致死）罪
- C. 甲、乙成立故意伤害（致死）罪，丙成立故意伤害罪但不属于伤害致死
- D. 认定甲、乙、丙均成立故意伤害（致死）罪，与存疑时有利于被告的原则并不矛盾²⁷⁴

2017年卷二7. 甲欲杀丙，假意与乙商议去丙家“盗窃”，由乙在室外望风，乙照办。甲进入丙家将丙杀害，出来后骗乙说未窃得财物。乙信以为真，悻然离去。对甲应以故意杀人罪论处，对乙以非法侵入住宅罪论处。两人虽然罪名不同，但仍然构成共同犯罪。理由：甲主观上有“入户”杀人的故意，是非法侵入住宅罪与故意杀人罪的吸收犯，应成立故意杀人罪。乙主观上只有“入户”盗窃的故意，但由于其所谓的“盗窃”行为根本不具有侵犯他人财产法益的可能，故只能认定为非法侵入住宅罪。甲、乙二人至少在“非法侵入住宅罪”（即“入户”）的范围内可以成立共同犯罪。²⁷⁵

4. 事前无通谋，事后提供窝藏、包庇、窝赃、销赃帮助的，不构成共同犯罪。

5. 间接正犯不构成共同犯罪。间接正犯是指：利用他人作为犯罪工具来实施犯罪，自己不参与实行行为（即犯罪事实支配）。“间接正犯的正犯性，主要表现在处于优势地位的间接正犯对于被利用者（行为媒介）的支配性，隐身于幕后的操纵者。如果没有支配、控制和决定犯罪，就不具备正犯的起码条件”。也就不是间接正犯。²⁷⁶

三、片面共犯

共同犯罪是“两厢情愿”、“心心相印”，而片面共犯是“一厢情愿”。片面共犯是指，参与同一犯罪的人中，一方认识到自己是在和他人共同犯罪，而另一方没有认识到有他人和自己共同犯罪（一厢情愿）。片面共犯中，各行为人没有“共同”的故意，能否以共同犯罪论处，理论上还存在一定的争议。如果肯定共同犯罪的物理的因果性，那么，片面共犯也可以共同引起法益侵害，因而成立共同犯罪。如果认为共同犯罪必须要“交互”意思联络，认为共同犯罪的归责原则是“交互”归责，那么，片面共犯就不成立共同犯罪。刑法理论上多肯定片面的帮助犯。片面共犯主要有如下情形：

1. 片面的共同实行犯（正犯），即实行的一方没有认识到另一方的实行行为，即彼此之间没有“意思交互”。

例如，乙欲对丙实施抢劫行为，甲在乙不知情的情况下，使用暴力将丙打昏，乙进入丙家后，发现丙处于昏迷状态，取走了丙的财物。该案中，无论是甲暴力打伤丙的行为，还是乙的取走财物行为，客观上都属于抢劫罪的实行行为（正犯行为）。从客观行为上看，如果没有甲的行为，乙不可能顺利实施取走财物的行为。从主观上看，甲确实也明白乙的行为。从这一意义上看，似乎肯定甲成立抢劫罪的共同犯罪（共同正犯），进而让甲对整体行为承担责任。乙不知道甲在帮助自己，故乙不可能与甲成立共同犯罪，乙仅成立盗窃罪。当然，也有学者反对甲成立片面的共犯，认为共犯需要各行为人思想上交换意思，本案中，甲根本就没有与乙“交换思想”，故甲仅对自己的暴力致人伤害行为单独承担责任，成立故意伤害罪。

2. 片面的教唆。被教唆者没有意识到自己被教唆的情况。刑法理论上多否认片面的教唆犯。

施暴力（伤害）的故意。

²⁷³ 抢劫罪=故意伤害罪+取财。各行为人都需要对共同抢劫（包含共同故意伤害）行为所衍生出的死亡结果承担责任。

²⁷⁴ 虽然查不清是谁造成了被害人死亡结果，但能肯定是甲、乙、丙三个中的一个，既然是共同犯罪，所有行为人都需要对共同行为（伤害）所导致的结果（伤害），包括重合性结果（死亡结果）承担刑事责任。本案中，甲、乙、丙共同实施伤害行为的犯罪事实是确定的，既然如此，他们就都需要对共同伤害行为的衍生结果（死亡）承担责任。

²⁷⁵ 如果将本题中的杀人地点改为“办公室”，我国刑法中并没有非法侵入办公室罪。则即便依据部分犯罪共同说，也无法认定甲、乙成立共同犯罪，因为他们的犯罪并没有共同的重合。

²⁷⁶ 换言之，间接正犯中，被利用者对自身行为的基本意义都不能够理解，即“人格不独立”。而在共同实行犯罪中，各共犯人即便没有达到刑事责任年龄，但对于自己行为的社会意义、危害性质还是基本能够理解的，即“人格独立”，各行为人成立共同犯罪。但在教唆犯中，由于教唆者是犯罪意图的引起人、推动人，教唆者的责任要大些，如果被教唆的人没有达到刑事责任年龄（14周岁），就可以认为被教唆者处于被利用、被支配的工具的地位，教唆者成立间接正犯。可以认为，法考对于共犯的成立范围采取了双重标准，对于共同实行犯罪而言，即便有人没有达到刑事责任年龄，只要他对自己行为的基本含义能够理解，也成立共同犯罪。但对于教唆犯而言，他要和被教唆者成立共同犯罪，被教唆者一般要达到最低限度的年龄14周岁。

例如，甲将乙的妻子丙与他人通奸的照片和一支枪放在乙的桌子上，欲教唆乙杀害丙。乙发现后立即产生杀人故意，将丙杀死。但乙并没有认识自己是被甲“教唆”而实施犯罪。

3. 片面的帮助行为。即实行的一方没有认识到另一方的“帮助”行为（非实行行为）。

例如，甲明知乙正在追杀丙，由于其与丙有仇，便暗中设置障碍物将丙绊倒，从而“帮助”乙顺利地杀害丙。乙并不知道甲在帮助他，没有与甲共同犯罪的故意。对乙单独定故意杀人罪，不适用共同犯罪的规定，不认定为主犯、从犯。如果肯定甲的片面帮助行为也是共犯，甲需要对共同的整体行为承担责任，甲构成故意杀人罪既遂。如果否认片面帮助犯成立共犯，甲仅需要对自己的行为单独承担责任，但单纯的将丙绊倒行为本身，似乎难以被追究刑事责任。从这一意义上看，否认片面的帮助犯，意味甲无从被追究刑事责任，这并不妥当，毕竟，甲对乙的杀人行为确实有“贡献”。因此，肯定片面的帮助犯是共犯，这是刑法理论上的通说观点。

片面的帮助行为与片面的共同实行犯不同，单独地看帮助行为一般不是危害行为，较为中立，而实行行为一般是刑法上的危害行为。即使否认片面的共同实行犯成立共犯，毕竟其参与了实行行为，该行为本身通常具有法益侵害性，也可以对其定罪处罚。但帮助行为没有直接侵害法益，貌似中立、无害，如果否认片面帮助犯成立共犯，对于帮助者的帮助行为将难以单独定罪，这将会违背罪刑相适应的原则，所以应当承认片面的帮助犯。

案例：甲明知乙（二人无通谋）将要入室抢劫丙的财物，便提前将丙殴打致重伤（这是抢劫罪的实行行为，手段行为）；乙进入丙家后发现丙昏迷，便窃取了财物。（1）如果承认片面的实行犯（正犯），对甲应当适用共同犯罪的规定，即甲不仅应当对自己行为造成的重伤结果负责，而且应当对乙造成的财产损失结果负责，因为甲对全程都知情，即甲不仅对自己实施的行为，对乙实施的行为也知情，二人的行为又都视为抢劫的实行行为（手段行为、目的行为）。对甲的行为宜认定为抢劫既遂，适用抢劫致人重伤的法定刑，乙仅成立盗窃罪。（2）但如果否认片面的实行犯（正犯），由于不成立共犯，每个人仅需对自己认识到且实施的行为承担责任。乙只认识到了自己在盗窃，没有认识到甲的存在，乙的行为成立盗窃罪。甲仅对自己的重伤行为承担责任，而不需要对乙的行为承担责任，甲的行为应成立故意伤害罪。但即便否认片面的实行犯（正犯），不认为甲的行为是抢劫的手段，也不能否认甲的行为对乙的盗窃实施了“加功”，所以，甲还构成盗窃罪的帮助犯。再者，如果甲仅仅是将丙殴打昏迷，未达轻伤，如果否认片面的帮助犯，甲将丙打昏的行为本身将无从定罪，但甲对乙的盗窃行为起到了帮助作为这一客观事实确实存在，对甲作无罪处理并不合适。从这一意义上看，片面的帮助犯必须得到承认。

2017年卷二54. 甲知道乙计划前往丙家抢劫，为帮助乙取得财物，便暗中先赶到丙家，将丙打昏后离去（丙受轻伤）。乙来到丙家时，发现丙已昏迷，以为是丙疾病发作晕倒，遂从丙家取走价值5万元的财物。关于本案的分析，下列哪些选项是正确的？ACD

- A. 若承认片面共同正犯，甲对乙的行为负责，对甲应以抢劫罪论处，对乙以盗窃罪论处
- B. 若承认片面共同正犯，根据部分实行全部责任原则，对甲、乙二人均应以抢劫罪论处
- C. 若否定片面共同正犯，甲既构成故意伤害罪，又构成盗窃罪，应从一重罪论处
- D. 若否定片面共同正犯，乙无须对甲的故意伤害行为负责，对乙应以盗窃罪论处

四、共同犯罪的形式

（一）任意的共犯、必要的共犯

对合（对向）型犯罪属于必要的共犯，主要包括：

（1）各方行为在法律上均被规定为犯罪，但罪名不同。拐卖妇女、儿童罪与收买被拐卖的妇女、儿童罪；受贿罪与行贿罪。

（2）各方行为均在法律上规定为犯罪，且罪名相同。例如，非法买卖枪支、弹药、爆炸物罪；非法买卖危险物质罪。

（3）一方行为在法律上没有明文规定为犯罪（不属于共同犯罪）。例如，销售侵权复制品罪与购买侵权复制品行为（无罪行为）。²⁷⁷

对合型犯罪不适用刑法总则关于共同犯罪的规定，直接按刑法分则的处罚标准进行处罚。但对合型犯罪中，只要对合双方的行为在客观上是犯罪行为，双方仍属于广义的共犯。²⁷⁸

²⁷⁷ 此类行为中，买方的行为在客观上不构成犯罪，刑法仅惩罚卖方，由于一方行为在客观上都不是犯罪，所以不以共同犯罪论处。这种情形又被称为“片面的对向犯”。

²⁷⁸ 例如，拐卖妇女与收买被拐卖妇女，双方都是犯罪，可以认为买卖双方成立共同犯罪。双方仅仅是在买卖行为这一层面成立共同犯罪，不宜说双方成立拐卖妇女罪的共同犯罪，或者成立收买被拐卖的妇女罪的共同犯罪。

对合型犯罪之所以原则上成立共犯，主要原因在于，对合双方都明知对方的“心”，二者共同故意推进了犯罪的进行，二者成立共犯。例如，行贿人、受贿人对于相对方的行为都明知，二者成立共犯。

2009年卷二56. 刘某专营散酒收售，农村小卖部为其供应对象。刘某从他人处得知某村办酒厂生产的散酒价格低廉，虽掺有少量有毒物质，但不会致命，遂大量购进并转销给多家小卖部出售，结果致许多饮者中毒甚至双眼失明。下列哪些选项是正确的？（BC）

- A. 造成饮用者中毒的直接责任人是某村办酒厂，应以生产和销售有毒、有害食品罪追究其刑事责任；刘某不清楚酒的有毒成份，可不负刑事责任
- B. 对刘某应当以生产和销售有毒、有害食品罪追究刑事责任
- C. 应当对构成犯罪者并处罚金或没收财产
- D. 村办酒厂和刘某构成共同犯罪²⁷⁹

2012年卷二55. 下列哪些选项中的双方行为人构成共同犯罪？（BCD）

- A. 甲见卖淫秽影碟的小贩可怜，给小贩1000元，买下200张淫秽影碟
- B. 乙明知赵某已结婚，仍与其领取结婚证
- C. 丙送给国家工作人员10万元钱，托其将儿子录用为公务员
- D. 丁帮助组织卖淫的王某招募、运送卖淫女²⁸⁰

（二）事前通谋的共同犯罪、事前无通谋的（又称中途加入进来的）共同犯罪

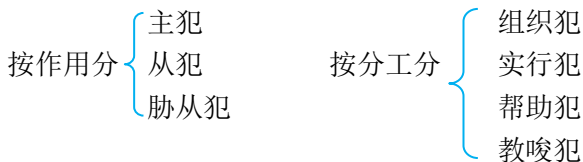
2007年卷二53. 周某为抢劫财物在某昏暗场所将王某打昏。周某的朋友高某正好经过此地，高某得知真相后应周某的要求提供照明，使周某顺利地将王某钱包拿走。关于本案，下列哪些选项是正确的？（ACD）

- A. 高某与周某构成抢劫罪的共同犯罪
- B. 周某构成抢劫罪，高某构成盗窃罪，属于共同犯罪
- C. 周某是共同犯罪中的主犯
- D. 高某是共同犯罪中的从犯

（三）简单共犯和复杂共犯

（四）一般共同犯罪、特殊共同犯罪

五、共同犯罪人的分类和刑事责任



****考点：**同一分类下面，人物之间是排斥关系；不同分类下面，人物之间可能存在交叉。例如，主犯本身不是从犯，这是同一个分类下面的；但教唆犯可能是主犯，二者属于不同分类下面的。

（一）主犯及其刑事责任

1. 主犯的种类

- （1）组织、领导犯罪集团的首要分子。
- （2）其它在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。

2. 主犯与首要分子的关系——二者是交叉关系。

（1）首要分子不一定是主犯。****理由：**有的聚众类犯罪，刑法分则规定仅惩罚首要分子，其他人不用承担刑事责任，如果首要分子只有一个人的话，只是他一个人构成犯罪，连共犯都不构成，谈何主犯、从犯之分。

（2）主犯不一定是首要分子。****理由：**主犯只是起的作用比较大，而首要分子主要是一种“官”，或者说“首长”。有的情形下，虽然你干活比较积极，属于主犯，但就不是“官”（首要分子）。

****特别注意：**犯罪集团的首要分子是主犯。理由：在犯罪集团中，肯定不是一个犯罪，而是多个人犯罪，这种情况下，犯罪集团的首要分子与其他犯罪分子当然成立共同犯罪，那么，他当然是主犯。

²⁷⁹ 村办酒厂与刘某这种买卖假酒行为中，单纯的购买者刘某的行为并非刑法所禁止的不法行为，而成立共同犯罪要求二行为人的行为在客观上均是刑法所禁止的不法行为，故二者不成立共犯。当然，刘某事后将假酒卖给小卖部的行为，刘某成立销售有毒、有害食品罪。

²⁸⁰ 丁的行为，原本属于组织卖淫罪的帮助犯，在刑法分则将其拟制为正犯后（法律拟制），其和组织卖淫者之间的共同犯罪关系仍然存在，只是对其不能再引用第27条关于“对于从犯，应当从轻、减轻或者免除处罚”的规定，从而可以认为协助组织卖淫者和组织卖淫者成立共同正犯（如果没有该法律拟制规定，组织卖淫者和协助组织者之间是正犯和帮助犯的关系）。有考生可能认为，既然刑法分则已经将协助组织卖淫的行为拟制为正犯，设立了独立罪名，就不应认为其与组织卖淫者之间存在共犯关系。其实，这种拟制只是处断做法上的特别规定，并不能改变协助组织者与组织者事实上的共犯关系。

(二) 从犯及其刑事责任

1. 类型：起次要作用的实行犯、起辅助作用的帮助犯。
2. 注意：帮助犯都是（100%）从犯！有的情况下刑法将帮助行为作为独立的犯罪作了规定，这就是一个独立的罪名了，不属于帮助犯，如资助恐怖活动罪。
3. 处罚：对于从犯，应当从轻、减轻或者免除处罚。
4. 在共同犯罪中，只有主犯没有从犯的现象是存在的，但只有从犯没有主犯的现象是不存在的。

(三) 胁从犯及其刑事责任。胁从犯本身不是主犯，但可以转化为主犯

(四) 教唆犯及其刑事责任

1. 教唆犯的成立条件：教唆特定的人实施特定的犯罪，从无（犯罪意图）到有（犯罪意图）。²⁸¹

(1) 教唆的对象合格：教唆的对象是具有规范意识，可能形成反对动机的人（用通俗的话来说，明白大是大非）。指使、利用没有规范意识的人实施犯罪的，教唆行为不成立教唆犯，而只能成立间接正犯。——一般认为，被教唆者应年满14周岁，如果被教唆者年龄太小，可以认为教唆者操控、支配了被教唆者，因而成立间接正犯。²⁸²

[考点]：教唆犯既可能是主犯，也可能是从犯。

(2) 教唆的对象特定：必须有教唆行为。“教唆”行为的实质是引起他人的犯罪故意；教唆行为必须是唆使他人实施较为特定的犯罪行为，让他人实施完全不特定的犯罪的，难以认定为教唆行为。（引起他人特定的犯罪故意），强化犯意属于帮助犯。

(3) 必须有教唆故意。过失不可能成立教唆犯。

(4) 间接教唆的，也属于教唆犯。例如，甲教唆乙，让乙教唆丙实施抢劫罪，甲的行为便是间接教唆。

【争议】乙有普通抢劫的故意，甲唆使乙实施更为严重的持枪抢劫。一种观点认为甲的行为成立“持枪抢劫”的教唆犯，另一种观点认为，甲的行为成立帮助犯。我的学生牛奇川对这一问题查阅了大量的资料，并形成了自己的结论，认为应以教唆犯论处更为妥当，我完全赞同。²⁸³

2. 教唆犯的认定：原则上以被教唆的犯罪认定教唆者的罪名。*考点：刑法分则对教唆行为作了独立罪名规定的，需要注意，教唆他人吸毒罪是一个独立的罪名；教唆他人分裂国家的，成立煽动分裂国家罪。

3. 教唆犯的责任：按他所起的作用认定为主、从犯；²⁸⁴教唆不满十八周岁的人²⁸⁵犯罪，从重处罚。

²⁸¹ 教唆犯是指以授意、怂恿、劝说、利诱或者其他方法故意唆使他人犯罪的人，教唆行为的实质是引起他人的犯罪故意。在他人已有犯意的情况下教唆他人犯罪，属于强化犯意，是帮助犯，而非教唆犯。

²⁸² 一般认为，教唆犯所教唆的对象（即被教唆的人）应是达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的人。否则不成立教唆犯，而成立间接正犯。例如，成年人唆使严重精神病患者杀人的，成立故意杀人罪的间接正犯；成年人唆使8岁儿童窃取他人财物的，成立盗窃罪的间接正犯。需要特别指出的是，在共同实行犯罪的情形下，即使有人未达到刑事责任年龄，只要该人对其行为的基本意义能够理解，意志不是受他人操控，各行为人之间可能成立共同犯罪，例如，16周岁的甲和13周岁的乙共同抢夺的案件，也成立抢夺罪的共犯。但是，在教唆犯的情形下，严格要求被教唆者达到一定的年龄，二者才成立共同犯罪。其理由主要在于，在教唆的情况下，毕竟教唆犯是犯罪意图的推动者，如果被教唆者起初连犯罪意图都没有，如果被教唆者还未达刑事责任年龄或者刑事责任能力的话，就相当于教唆者的工具，在此意义上，可以说教唆者“支配”了被教唆者，教唆者是间接正犯（非教唆犯），二者非共犯关系。

²⁸³ 以下是他的理由：

(1) 从犯罪故意的角度看，帮助行为仅仅是辅助行为，具有从属性，应当是在正犯的犯罪故意和犯罪行为的界限内（量刑规则上的提升仅仅是一种量变，不改变犯罪故意的性质）帮助正犯更好地实施犯罪。一旦突破了正犯本来的故意或行为（犯罪构成要件上的提升是一种质变，普通抢劫和持枪抢劫是两种不同的故意）就不再仅仅是帮助行为，而演变成了一种具有主导性的行为。普通抢劫的故意与持枪抢劫的故意是两种不同的故意，普通抢劫的故意并不能涵盖持枪的故意，否则也不会把持枪抢劫规定为抢劫罪的加重构成要件。若A要实行抢劫罪向B寻求帮助，若B提供刀具可以认为其是在A的犯罪故意中的，认定B是抢劫罪的帮助犯没有问题，若B直接向A提供枪支，这显然超出A的犯罪故意和寻求帮助的预期，在这种情况下A接受了枪支实施抢劫行为应当认定B为加重抢劫罪的教唆犯。但是反观故意杀人罪，故意杀人的故意和行为可以包含故意用刀杀人，也可以包含故意用枪杀人（因为枪杀在故意杀人行为中是一种被公众普遍认知的杀人方式，所以不被规定为加重构成要件），在故意杀人的情形中，正犯A向帮助犯B寻求帮助时，不论B提供的是刀还是枪，均应当认定为故意杀人的帮助犯。

(2) 从行为人的恶性的角度来看，帮助犯的主观恶性原则上一般要小于正犯，教唆犯因为是犯罪行为的起因，所以其恶性一般会与正犯相当甚至超过正犯。反观唆使欲行使基本抢劫罪的正犯实行持枪抢劫行为的行为人，其恶性可以认为是超过行使普通抢劫罪的正犯。所以若正犯实行了持枪抢劫罪，将行为人认定为加重抢劫罪的教唆犯可能更合适，可以更好地体现其主观恶性。

(3) 思考量刑上是否可以做到合理，帮助犯的量刑不应当高于正犯，教唆犯的量刑是可以高于正犯的。综合考虑行为的主观恶性和社会危害性，唆使他人实行具有加重构成要件的加重犯罪的行为人比只想实行基本犯罪的正犯人的恶性和社会危害性都应当更大，所以在量刑上至少不应低于正犯，在这一点上认定为教唆犯可以做到。

教唆行为与煽动行为的区别，煽动行为不能认为是刑法上的教唆犯。即如果是煽动实施泛泛而谈的犯罪，一般不认为成立教唆犯，但如果煽动实施特殊的如分裂国家，则成立相应的煽动分裂国家罪，这是刑法的特别规定。——煽动：针对的是不特定的人；教唆：针对的是特定的人。

²⁸⁴ 教唆犯与被教唆犯之间，也要视其在共同犯罪所起的作用，认定主犯、从犯。多人共同教唆他人犯罪的，对教唆者之间，也可以区分主犯、从犯，从而做到科学量刑。

²⁸⁵ “教唆不满十八周岁的人犯罪的，应当从重处罚”，其中，“不满十八周岁的人”当然包括不满十四周岁的人，这样解释并不违反罪刑

4. 如果被教唆的人没有犯被教唆的罪，对于教唆犯可以从轻或者减轻处罚。即教唆未遂（刑法第 29 条第 2 款）

[重点]：如果被教唆的人着手实行了犯罪，但由于意志以外的原因未得逞，教唆者当然属于教唆未遂。问题是，如果被教唆的人没有着手实施犯罪，对于教唆犯如何处罚，能否适用刑法第 29 条第 2 款之规定？存在两种观点：

第一种观点，教唆犯的行为仍然成立犯罪，属于教唆未遂。这种观点的理论依据是共犯独立性，共犯独立性说认为，行为者的危险性一旦通过一定的行为流露出来，即可认定其有实行行为，所以教唆、帮助行为本身就是行为人自己犯意的遂行表现，教唆犯、帮助犯等共犯本身就有实行行为性，这就是独立的犯罪行为。行为无价值论者多主张此观点。

第二种观点认为，教唆犯的行为无罪。（司法考试此种观点是主流）这种观点的理论依据是共犯从属性，共犯从属性说认为，只有单纯的教唆、帮助行为，并不构成犯罪；必须是被教唆、被帮助的人着手实施犯罪时，共犯才成立。结果无价值论者多主张此观点。²⁸⁶

2013 年卷二 9. 《刑法》第 29 条第 1 款规定：“教唆他人犯罪的，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。教唆不满十八周岁的人犯罪的，应当从重处罚。”对于本规定的理解，下列哪一选项是错误的？（D）

- A. 无论是被教唆人接受教唆实施了犯罪，还是二人以上共同故意教唆他人犯罪，都能适用该款前段的规定
 - B. 该款规定意味着教唆犯也可能是从犯
 - C. 唆使不满 14 周岁的人犯罪因而属于间接正犯的情形时，也应适用该款后段的规定
 - D. 该款中的“犯罪”并无限定，既包括一般犯罪，也包括特殊身份的犯罪，既包括故意犯罪，也包括过失犯罪
5. 教唆犯与传授犯罪方法罪（第 295 条）

**考点：教唆犯是具有目的性的，使一个良民变成犯罪分子，没有独立的罪名；但是传授犯罪方法罪是较为中立的，仅仅是将犯罪方法传授给行为人，至于被传授对象是否实施特定的犯罪，在所不问，该行为本身就是一个独立的罪名。

有的情形下：行为人实施传授犯罪方法行为，对传授的对象也具有目的性的，希望他从“良民”变成“犯罪分子”，这时候他就既构成传授犯罪方法罪，同时也是特定犯罪的教唆犯。从这一意义上看，传授犯罪方法的行为，有可能成立具体犯罪的教唆犯，二者之间可能存在竞合。

2008 年四川卷二 7. 根据《刑法》规定，关于教唆犯的表述，下列哪一选项是正确的？（A）

- A. 教唆未成年人贩卖毒品的，成立贩卖毒品罪，应当从重处罚
- B. 教唆犯都是主犯
- C. 教唆他人吸食、注射毒品的，成立引诱他人吸毒罪的教唆犯²⁸⁷
- D. 传授犯罪方法的行为，一律不成立教唆犯

2009 年卷二 6. 关于教唆犯，下列哪一选项是正确的？（D）

- A. 甲唆使不满 16 周岁的乙强奸妇女丙，但乙只是抢夺了丙的财物一万元后即离开现场，甲应成立强奸罪、抢夺罪的教唆犯
- B. 教唆犯不可能是实行犯，但可能是帮助犯
- C. 教唆他人吸食、注射毒品的，成立吸食、注射毒品罪的教唆犯
- D. 有的教唆犯是主犯，但所有的帮助犯都是从犯

6. 教唆犯与间接正犯的区别。前者没有直接支配犯罪，后者直接支配犯罪。“间接正犯是处于幕后，作为优势支配者，通过其意思支配控制犯罪进程的人，所以对其行为能够以直接正犯看待。教唆犯是使他人产生犯罪意思的人，是参与他人犯罪，对犯罪进程不能控制，对他人的犯罪不能进行实质上的行为支配、意思支配或者功能性支配的人，在犯罪中的作用远远逊色于正犯，不是共同犯罪的核心角色”。从这一意义看，在教唆犯的情况下，教唆者毕竟是犯罪意图的引起、推动人，所以，如果被教唆人年龄太小，可以认为，被教唆者是受到了教唆者的支配。因此，在教唆犯的情况下，一般认为，被教唆者应达到最低年龄 14 周岁，低于此年龄的，教唆者就认为是支配了被教唆者，成立间接正犯。

法定原则，也是刑法当然解释的当然要求。

²⁸⁶ 实际上，在共犯从属性学说内部，也存在对从属程度的不同要求，有的主张被教唆者必须着手后未遂，对教唆者才能认定为是教唆未遂，即教唆者从属于被教唆者的实行行为。有的主张只要被教唆者实施了预备行为而未完成，教唆者就属于教唆未遂，即教唆者从属于被教唆者的预备行为。

²⁸⁷ 该教唆行为有独立的罪名，教唆他人吸毒罪。

2013年卷二55. 关于共同犯罪, 下列哪些选项是正确的? (A B)

- A. 乙因妻丙外遇而决意杀之。甲对此不知晓, 出于其他原因怂恿乙杀丙。后乙杀害丙。甲不构成故意杀人罪的教唆犯²⁸⁸
- B. 乙基于敲诈勒索的故意恐吓丙, 在丙交付财物时, 知情的甲中途加入帮乙取得财物。甲构成敲诈勒索罪的共犯
- C. 乙、丙在五金店门前互殴, 店员甲旁观。乙边打边掏钱向甲买一羊角锤。甲递锤时对乙说“你打伤人可与我无关”。乙用该锤将丙打成重伤。卖羊角锤是甲的正常经营行为, 甲不构成故意伤害罪的共犯
- D. 甲极力劝说丈夫乙(国家工作人员)接受丙的贿赂, 乙坚决反对, 甲自作主张接受该笔贿赂。甲构成受贿罪的间接正犯²⁸⁹

(五) 帮助犯

1. 帮助犯, 是指帮助正犯的情况。成立帮助犯, 要求有帮助的行为与帮助的故意, 共犯从属性说还要求被帮助者实行了犯罪。

中立的帮助行为。²⁹⁰

(1) 出租车司机甲明确得知乘客乙要前往附近某地杀人, 仍将其运往目的地, 甲构成帮助犯。

(2) 商店老板甲看到大街上乙丙在打架, 乙突然进到商店要求买把菜刀。甲明知乙拿菜刀要行凶仍卖给乙, 乙果然拿刀将丙砍成重伤, 甲构成帮助犯。

(3) 甲、乙、丙组成盗窃团伙, 租住在出租屋, 每天到附近饭馆吃饭。饭馆老板丁明知他们吃完饭要外出盗窃仍给他们提供服务。丁不构成帮助犯。

2. 如果刑法分则对特定的帮助行为已经作了专门规定, 规定了独立的罪名与法定刑, 将帮助行为正犯化, 则直接依据该特别规定定罪量刑。

2016年卷二56. 乙成立恐怖组织并开展培训活动, 甲为其提供资助。受培训的丙、丁为实施恐怖活动准备凶器。因案件被及时侦破, 乙、丙、丁未能实施恐怖活动。关于本案, 下列哪些选项是正确的? (ABCD)²⁹¹

- A. 甲构成帮助恐怖活动罪, 不再适用《刑法》总则关于从犯的规定
- B. 乙构成组织、领导恐怖组织罪
- C. 丙、丁构成准备实施恐怖活动罪
- D. 对丙、丁定罪量刑时, 不再适用《刑法》总则关于预备犯的规定

3. 片面帮助。在提供物理或者心理帮助时, 只要对正犯的实行行为有所认识, 并单方面具有帮助的意识, 即使正犯对此没有认识, 帮助犯与正犯没有意思联络, 该帮助行为也可以达到使正犯实行行为容易实施的效果, 可以成立帮助犯, 因此, 应当肯定片面帮助犯的概念。片面共犯的实质在于, 知情的一方行为人主观上是“一厢情愿”。例如, 甲知道乙进入丙家盗窃, 便在丙家外主动为乙望风, 乙并不知情。此时, 甲看到丙回家, 便拉住丙聊天, 使乙的盗窃行为能够顺利进行。甲的行为属于片面的帮助犯, 甲应对乙的盗窃行为承担责任。本案中, 如果否认片面的帮助犯, 就无法对甲追究刑事责任, 这并不合理。所以, 刑法理论的通说观点是承认片面的帮助犯。

²⁸⁸ 这是强化他人犯意, 属于帮助犯。

²⁸⁹ 一种观点认为, 甲直接实施了犯罪, 并不是利用乙而实施犯罪。甲成立利用影响力受贿罪的直接正犯。另一种观点认为, 甲事实上对其丈夫(国家工作人员)并没有影响力, 不能影响其职务行为的行使, 但甲仍然收受他人的财物, 可能涉嫌诈骗罪(如果明知自己没有影响力而收受他人财物)或侵占罪(收受财物后才知道自己没有影响力, 没有退回财物)。一般认为, 利用影响力受贿罪也是贿赂犯罪, 其实质在于影响国家工作人员的职务行为, 而本案中根本没有影响到国家工作人员的职务行为, 不应认为成立利用影响力受贿罪。故, 后一种观点是多数观点。

²⁹⁰ “中立”的日常行为, 客观上对他人的犯罪行为起到了帮助作用, 能否成立帮助犯? 理论上存在争议。一般认为, 应当通过综合考虑他人的犯罪的紧迫性、行为对法益侵害所起的作用大小以及行为人对他人实行犯罪的确切程度的认识等要素, 来得出妥当结论。

²⁹¹ 刑法对帮助恐怖活动行为作了专门规定, 即刑法第120条之一(帮助恐怖活动罪)。故对于甲的提供资助行为, 不需要再适用刑法总则关于从犯的规定, 而直接适用刑法第120条的规定。或许有人认为, 甲虽然实施了帮助行为, 但被帮助者乙(实行者, 正犯)并没有实施具体的恐怖活动, 根据共犯从属性理论, 甲的行为似乎不应以犯罪论处。这种理解是错误的, 刑法第120条之一将帮助恐怖活动的行为规定为独立的罪名, 并规定了较重的法定刑(比恐怖活动犯罪的从犯要重很多), 主要是为了突出对这类行为的打击, 将其规定为独立的正犯(实行犯), 而不需要以共犯(帮助犯)论处, 适用共犯从属性理论。

相关司法解释也说明了这一观点, 2009年11月4日最高人民法院《关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第5条、2010年5月7日最高人民法院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第1条均规定: 刑法第一百二十条之一规定的“资助”, 是指为恐怖活动组织或者实施恐怖活动的个人筹集、提供经费、物资或者提供场所以及其他物质便利的行为。刑法第一百二十条之一规定的“实施恐怖活动的个人”, 包括预谋实施、准备实施和实际实施恐怖活动的个人。根据这一规定, 被帮助者是否实施恐怖活动, 不影响对帮助者是否定罪。

4. 未遂的帮助犯与帮助犯未遂。

“未遂的帮助犯”，是指帮助者一开始就以被帮助者的实行行为未遂而告终来实施帮助的。换言之，这种帮助行为本身根本就不可能让被帮助者成功地完成犯罪。例如，甲欲前往张某家中盗窃。乙送甲一把擅自配制的张家房门钥匙，并告甲说，张家装有防盗设备，若钥匙打不开就必须放弃盗窃，不可入室。甲用钥匙开张家房门，无法打开，本欲依乙告诫离去，但又不甘心，思量后破窗进入张家窃走数额巨大的财物。本案中乙提供的钥匙根本就不可能起到作用，这是一把没用的钥匙。故乙的行为成立“未遂的帮助犯”。

“帮助犯未遂”指的是，帮助行为本身是有可能使被帮助的犯罪行为达到既遂的，但是，因为意志以外的原因导致犯罪未遂。例如，乙欲杀人，甲提供一把装有子弹的枪给乙，但乙带上这把枪后，仍然没有将被害人丙给杀害，被害人趁机逃走了。应该说，提供“装有子弹的枪”是有可能使被帮助的行为既遂的。应认定为帮助犯未遂。

注意：对未遂的教唆、教唆未遂也应作相同的理解。未遂的教唆犯，是指教唆他人实施根本就不可能既遂的行为，例如，甲将空枪交给乙，叫乙去射杀丙，由于该行为一开始就不可能既遂，故属于未遂的教唆犯。教唆未遂，是指教唆他人实施有可能既遂的犯罪，只是因为意志以外的原因而未遂，例如，甲将有子弹的枪交给乙，叫乙去射杀丙，但乙因枪法不准而未能成功，甲属于教唆未遂。除此之外，陷害教唆实际上也是一种未遂的教唆。如行为人以使他人受到刑事处罚为目的，诱使他人犯罪，而被教唆人着手实行后，抓捕被教唆人，使其难以达到既遂的，就是陷害教唆。由于真正的教唆犯除了引起他人的犯罪意思外，还希望被教唆者完成犯罪而使法益遭到破坏，而陷害教唆的教唆犯欠缺使被教唆者实施犯罪既遂的意思，因此不成立教唆犯。

六、共同犯罪与身份

（一）真正身份犯（影响定罪的身份）的共同犯罪

1. 无身份者与有身份者的共同犯罪²⁹²

2. 具有不同构成身份的人共同犯罪：**原则上择一重罪处罚**。因为共同利用了两个人身份，就应该触犯了两个罪。

注意司法解释的**特别（例外）规定**：公司、企业或者其它单位中，不具有国家工作人员身份的人（普通员工，职务侵占罪）与国家工作人员（国家工作人员身份，贪污罪）勾结，**分别利用各自的职务便利**，共同将本单位财物非法占为己有的，按照主犯的性质定罪。不能区分主从犯的，定贪污罪。——司法解释是以主犯定罪。

处理步骤：

（1）先看利用了谁的身份，如果是利用了具有国家工作人员身份的，两人都定贪污罪。

（2）均利用了各自身份的，看谁是主犯，按主犯的性质定罪。如果难以区分主从犯，应当：按职务高低确定主从犯；职务相同的，看行为人的职权与财物的占有关系。

（3）如果仍无法区分主从犯的，按高身份即国家工作人员身份，均定贪污罪。——这实际上是想象竞合犯，从一重处。

（二）不真正身份犯（影响量刑的身份）的共同犯罪²⁹³

七、共同犯罪与犯罪停止形态

1. 原则：部分行为全部责任，一人既遂、全体既遂。²⁹⁴

2. 共同犯罪与犯罪中止

（1）全体共犯人均中止犯罪时，符合中止犯的条件，均成立犯罪中止。

（2）部分共犯人欲中止犯罪，要成立犯罪中止，不仅仅中止自己的行为，还要阻止共同的犯罪行为达到既遂。此种情形下，其它共犯人不成立犯罪中止，而是构成犯罪未遂或犯罪预备。

特别注意：对于亲手犯（如强奸罪、脱逃罪）的共同犯罪中，犯罪停止形态如何认定。例如，甲、乙共同强奸A、B，甲强奸了A，乙正在脱裤子强奸B时，警察赶到。对此案存在两种观点：一种观点认为，甲、乙均成立犯罪既遂；一种观点认为，甲成立既遂、乙成立未遂。司法考试真题贯彻了前一观点，2018年真题：甲乙丙三人合谋放火制造事故后越狱，最后只有丙越狱成功。——甲、乙均构成脱逃罪既遂。

²⁹² 普通公民与国家工作人员一起实施贪污行为的，普通公民可以成为贪污罪的共犯。

²⁹³ 量刑情节只对有身份的人适用。例如，刑法第238条第4款规定，国家机关工作人员利用职权实施非法拘禁行为的，从重处罚。该“国家机关工作人员身份”即为不真正身份（影响量刑的身份），如果国家机关工作人员与非国家机关工作人员共同实施非法拘禁行为的，二者均成立非法拘禁罪，但前者应从重处罚，后者不需要从重处罚。

²⁹⁴ 在共同犯罪中，一人既遂时，所有共犯人均既遂，是以所有共犯人对犯罪结果的发生都贡献了因果力为前提。如果部分共犯人对犯罪既遂结果的发生没有贡献因果力，即便其他人实施犯罪完毕达到既遂，没有贡献因果力的人也仅成立未遂或中止。

3. 共犯（结果）的“脱离”。——对“一人既遂、全体既遂”的部分修正

共犯的脱离，是同时消除已经实施的共犯行为与结果之间的物理的因果性与心理的因果性。²⁹⁵脱离人不对结果承担刑事责任，成立犯罪中止（未遂），但脱离者与其他人之间的共犯关系的存在是不容否认的客观事实，只是不对后续的既遂结果承担责任。

(1) 在教唆犯的情形下，由于教唆犯是“犯意”的引起者，教唆者欲脱离共犯而成立犯罪中止，除了要中止自己的行为，还应阻止同案犯成立犯罪既遂。教唆他人犯罪之后，仅告知被教唆者中止犯罪，而被教唆者将犯罪完成的，教唆者仍然成立犯罪既遂。理由在于：教唆者点燃了被教唆者这把“火”（犯意），欲中止犯罪，必须将火扑灭。

(2) “共同共谋”型共同犯罪的情况下，部分行为人退出共犯，并告知其他共犯人，可以不对后续既遂结果承担责任。一般认为，只要参与了“共谋”，说明各行为人对共同犯罪的主观影响力都存在，犯罪意图被推动了，所以，中途退出也不能脱离共同犯罪。除非是共谋实施犯罪后，已经明确告知其他共犯人自己不想再参与了，并且得到了其他共犯人的同意，此种情形下的退出可以成立犯罪中止，即使他人的行为已经既遂。例如，甲、乙共谋实施抢劫，甲后来欲中止，便对乙说：“我不干了，你自己去吧！”乙同意，独自一人抢劫既遂，甲的行为成立抢劫罪的犯罪中止。

(3) 在帮助犯的情况下，帮助者是“火上浇油”，只要将“油”撤出，即便他人将犯罪行为实施至既遂，帮助者也不需要承担犯罪既遂结果的责任。例如，甲欲盗窃，乙为了讨好甲，将万能钥匙借给甲。后乙反悔，从甲处要回钥匙，甲用其他方法盗窃成功。乙的帮助行为提前撤出，并且在后来没有起到实质作用，乙的行为成立盗窃罪中止。

2009年卷二51. 甲欲去乙的别墅盗窃，担心乙别墅结构复杂难以找到贵重财物，就请熟悉乙家的丙为其标图。甲入室后未使用丙提供的图纸就找到乙价值100万元的珠宝，即携珠宝逃离现场。关于本案，下列哪些说法是正确的？（CD）

- A. 甲构成盗窃罪，入户盗窃是法定的从重处罚情节²⁹⁶
- B. 丙不构成犯罪，因为客观上没能为甲提供实质的帮助
- C. 即便甲未使用丙提供的图纸，丙也构成盗窃罪的共犯²⁹⁷
- D. 甲、丙构成盗窃罪的共犯，甲是主犯，丙是帮助犯

2011年卷二55. 关于共同犯罪的判断，下列哪些选项是正确的？（ABD）

- A. 甲教唆赵某入户抢劫，但赵某接受教唆后实施拦路抢劫。甲是抢劫罪的共犯
- B. 乙为吴某入户盗窃望风，但吴某入户后实施抢劫行为。乙是盗窃罪的共犯
- C. 丙以为钱某要杀害他人而为其提供了杀人凶器，但钱某仅欲伤害他人而使用了丙提供的凶器。丙对钱某造成的伤害结果不承担责任
- D. 丁知道孙某想偷车，便将盗车钥匙给孙某，后又在孙某盗车前要回钥匙，但孙某用其它方法盗窃了轿车。丁对孙某的盗车结果不承担责任

2013年卷二54. 关于故意犯罪形态的认定，下列哪些选项是正确的？（ ）

- C. 乙欲盗汽车，向甲借得盗车钥匙。乙盗车时发现该钥匙不管用，遂用其他工具盗得汽车。乙属于盗窃罪既遂，甲属于盗窃罪未遂——正确

2017年卷二6. 甲欲前往张某家中盗窃。乙送甲一把擅自配制的张家房门钥匙，并告甲说，张家装有防盗设备，若钥匙打不开就必须放弃盗窃，不可入室。甲用钥匙开张家房门，无法打开，本欲依乙告诫离去，但又不甘心，思量后破窗进入张家窃走数额巨大的财物。关于本案的分析，下列哪一选项是正确的？（D）

- A. 乙提供钥匙的行为对甲成功实施盗窃起到了促进作用，构成盗窃罪既遂的帮助犯
- B. 乙提供的钥匙虽未起作用，但对甲实施了心理上的帮助，构成盗窃罪既遂的帮助犯
- C. 乙欲帮助甲实施盗窃行为，因意志以外的原因未能得逞，构成盗窃罪的帮助犯未遂
- D. 乙的帮助行为的影响仅延续至甲着手开门盗窃时，故乙成立盗窃罪未遂的帮助犯

²⁹⁵ 消除心理上的因果性，是指脱离者必须让同案犯认识到，接下来你是“孤军奋战”。例如，甲邀请乙一同前往杀害丙，在去往杀人的途中，乙明确告诉甲表示反悔，不再参与共同犯罪，甲当然认识接下来是自己“孤军奋战”。即便甲后来将丙杀害，乙的行为依然成立犯罪中止。又如，甲为盗窃乙的财物而委托丙望风，在甲入室之后的第5分钟，丙因为心脏病发作陷入昏厥。不知情的甲在30分钟后盗窃既遂。丙虽然因为身体的原因，事实上无法为甲望风，但其帮助行为对甲的心理影响仍然存在，盗窃既遂和其望风行为之间存在关联性，应当成立盗窃罪既遂的帮助犯。

²⁹⁶ 根据当年的刑法，“入户盗窃”不属于刑法所规定的从重处罚情节。即便2011年通过的《刑法修正案（八）》规定了“入户盗窃”，“入户盗窃”也不属于法定的“从重处罚”情节，而是盗窃罪的入罪标准之一。

²⁹⁷ 二者成立共犯不存在争议，因为二人曾经具有共同的故意。存在的问题是，丙是否成立盗窃罪既遂，一种观点认为，即便没有使用图纸，丙仍然具有心理上的影响力。周光权教授指出，丙所绘制的图纸，甲虽然没有使用，但丙的帮助行为使得甲盗窃时，心理上更为从容，故丙的精神帮助行为仍然存在。另一种观点认为，图纸事实上没有起到作用，连心理上的影响力也不存在，因为被害人家里结构非常简单，图纸连备用的作用都没有，因此，丙的行为成立犯罪未遂。从这一意义上看，心理上的影响力的有无，判断起来有时会有部分争议。

又如，甲欲盗窃，但又担心如果被被害人抓获，便向乙借刀，以防盗窃过程中被发现。虽然甲在盗窃过程中没有实际使用该凶器，但凶器被携带着，时刻准备着抗拒抓捕，对甲盗窃行为的顺利进行有着持续的影响力，可以认为有心理上的影响力，乙的行为成立盗窃罪既遂。

2018年真题。甲、乙、丙、丁四人共谋盗窃，甲还提供了作案用的汽车。后甲谎称母亲生病，表示不能前往盗窃，并将该意思告知乙、丙、丁，并得到了乙、丙、丁的同意。后乙、丙、丁利用甲提供的汽车去盗窃成功。事后，甲开车经过盗窃现场，见乙、丙、丁盗窃成功后出来，开车将乙、丙、丁送回家中。——甲的行为成立盗窃罪既遂。

【小案例】《刑事审判参考》指导案例第949号，刘星抢劫案。刘星伙同薛占全预谋抢劫杀人，并在预备阶段准备工具、制造条件，构成共同犯罪。刘星虽然中途放弃犯罪，未参与抢劫犯罪的实行过程，但其未制止薛占全继续实施犯罪行为，亦未能有效避免危害结果的发生，与薛占全抢劫行为所致的危害结果未脱离因果关系，不能成立犯罪中止。

第十二章 单位犯罪

一、单位犯罪的概念与成立条件

1. 主体（合法性）。

- (1) 任何单位，包括司法机关、行政机关；
- (2) 私营、独资企业要成为单位犯罪的主体，必须具有法人资格；
- (3) 单位的内部机构或者分支机构，可以成为单位犯罪的主体。²⁹⁸

2. 主观方面。必须是为了单位的利益（或单位的全体员工的利益、或者单位的绝大多数员工的利益）实施犯罪行为。****考点：**单位犯罪不排除过失犯罪的可能性，如工程重大安全事故罪。

3. 客观方面。该行为由单位的决策机构按照单位的决策程序决定，并由直接责任人员实施，以单位名义实施犯罪，**犯罪所得为单位所有**（但不排除以各种理由将非法所得分配给单位全体员工享有。例如，刑法第396条私分国有资产、私分罚没财物罪）。

[注意]：行为范围不限于和单位的职务或业务活动相关，有时甚至是和单位的职务或业务活动完全无关。

4. 法律特征——法定性。²⁹⁹****考点：**

- (1) 传统型犯罪（自然犯）的主体一般是自然人；³⁰⁰
- (2) 金融诈骗罪中，贷款诈骗罪、信用卡诈骗罪、有价证券诈骗罪的主体只能由自然人构成；
- (3) 以往的司法解释认为：单位实施贷款诈骗罪的，追究单位合同诈骗罪的刑事责任。但根据最新的立法解释，单位实施了非单位犯罪（即犯罪主体不是单位的犯罪），直接追究直接责任人员的刑事责任。即单位实施贷款诈骗的，宜追究直接责任人员贷款诈骗罪的刑事责任。³⁰¹

(4) 《刑法修正案（九）》增加了如下犯罪的主体包括单位：虐待被监护、看护人罪，拒不执行判决、裁定罪。

302

2005年卷二4. 下列有关单位犯罪的说法哪一项是错误的？（AD）

- A. 信用卡诈骗罪的主体可以是单位，但贷款诈骗罪的主体只能是自然人
- B. 行政机关可以成为单位犯罪的主体
- C. 不具备法人资格的私营企业不能成为单位犯罪的主体
- D. 经企业领导集体研究决定并实施的盗窃电力的行为，可以成立单位犯罪，但不对单位判处罚金，只处罚作出该决定的单位领导和直接实施盗窃行为的责任人员³⁰³

²⁹⁸ 例如，我国的各商业银行是统一的独立的企业法人，其分支机构不是独立的法人，但是其分支机构（分行、支行、分理处、储蓄所等）可以以自己的名义独立地进行经营活动，独立地参加诉讼，可以成为单位犯罪的主体。

²⁹⁹ 公司、企业、事业单位、机关、团体等单位实施刑法规定的危害社会的行为，刑法分则和其他法律未规定追究单位的刑事责任的，对组织、策划、实施该危害社会行为的人依法追究刑事责任。——2014年全国人大常委会关于《中华人民共和国刑法》第三十条的解释（2014年4月24日第十二届全国人民代表大会常务委员会第八次会议通过）

³⁰⁰ 2015年卷二91. 朱某系某县民政局副局长，率县福利企业年检小组到同学黄某任厂长的电气厂年检时，明知该厂的材料有虚假、残疾员工未达法定人数，但朱某以该材料为准，使其顺利通过年检。为此，电气厂享受了不应享受的退税优惠政策，获取退税300万元。——该案成立诈骗罪，系自然犯，只能追究自然人的刑事责任，不能追究单位的刑事责任。

³⁰¹ 2015年卷二54B. 《刑法》第一百七十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——错误，虽然单位不构成伪造货币罪，可以追究直接责任人员伪造货币罪的责任

2017年卷二14.B. 单位以非法占有为目的骗取银行贷款的，不能以贷款诈骗罪追究单位的刑事责任，但可以该罪追究策划人员的刑事责任。

³⁰² 2015年卷二54C. 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。——当年，官方答案认为该选项错误，根据后来通过的《刑法修正案（九）》，该选项内容正确。

³⁰³ 最高人民检察院《关于单位有关人员组织实施盗窃行为如何适用法律问题批复》指出：“单位有关人员为谋取单位利益组织实施盗窃行为，情节严重的，应当依照《刑法》第264条的规定以盗窃罪追究直接责任人员的刑事责任。”

二、单位犯罪的类型

(一) 纯正的单位犯罪、不纯正的单位犯罪

1. 纯正的单位犯罪：是指只能由单位实施而不可能由自然人单独实施的犯罪。如单位受贿罪，违规制造、销售枪支罪，妨害清算罪。纯正的单位犯罪虽然只能由单位构成，但犯罪行为还必须由自然人实施，这种情况下，仍然要处罚自然人。（刑法第 327 条的非法出售、私赠文物藏品罪的主体只能是国有博物馆、图书馆等单位；此外，单位受贿罪、单位行贿罪都是纯正的单位犯罪）

2. 不纯正的单位犯罪：是指在某种犯罪既可以由单位实施也可以由自然人实施的情况下，由单位所实施的犯罪。如生产、销售伪劣产品罪，集资诈骗罪、票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪、信用证诈骗罪、保险诈骗罪既可以由单位构成，也可以由自然人构成。

(二) 一般单位犯罪与特殊单位犯罪：前者是指任何公司、企业、事业单位、机关、团体都可能实施的犯罪；后者是指刑法对作为犯罪主体的单位作出特殊限制的单位犯罪，如第 327 条非法出售、私赠文物藏品罪的主体为国有博物馆、图书馆等单位。

三、对单位犯罪的处罚

**考点：(1) 双罚制时，对单位只能适用罚金刑而不能适用没收财产；(2) 单罚制时，³⁰⁴仅处罚自然人。

四、不以单位犯罪论处的情形

1. 个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位。³⁰⁵
2. 公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的。
3. 盗用单位名义实施犯罪，违法所得由实施犯罪的个人私分的，依照刑法有关自然人犯罪的规定定罪处罚。
4. 法律没有规定可以由单位构成的犯罪。

**考点：记忆口诀：单位犯罪是良家妇女为了家庭偶尔卖淫

五、单位行为主体变更的处理

1. 单位犯罪后，单位没了的（如被吊销、撤销、注销），只追究自然人（理由在于：干坏事的人还没死，还存在）
2. 单位犯罪后，单位被合并的，既追究单位责任，也追究自然人的责任。被告只列原单位的名字。

六、单位犯罪的其它问题

一个单位犯罪内部主要成员之间的定罪量刑。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它直接责任人员，可不区分主犯、从犯，按照其在单位犯罪中所起的作用判处刑罚，也就是说，对其主要成员可以认为是共同犯罪。但单位本身和其内部成员之间不是共同犯罪，因为成员本身就是单位的一分子。

2008 年四川卷二 92. 关于单位犯罪，下列选项错误的是：（ACD）

- A. 甲注册某咨询公司后一直亏损，后发现为他人虚开增值税专用发票可以盈利，即以此为主要业务，该行为属于咨询公司单位犯罪
- B. 乙公司在实施保险诈骗罪以后，因为没有年检而被工商管理局吊销营业执照。案发后对该公司不再追诉，只能对原公司中的直接负责的主管人员和其它直接责任人员追究刑事责任
- C. 丙虚报注册资本成立进出口公司，主要从事正当业务经营，后经公司股东集体讨论，以公司的名义走私汽车，利益均分。由于该进出口公司成立时不符合法律规定，该走私行为属于个人犯罪
- D. 丁等 5 名房地产公司领导以公司名义非法经营烟草业务，所得利益归 5 人均分。该行为属于单位犯罪

2018 年真题：关于单位犯罪的说法，下列正确的有？（ABC）

- A. 甲、乙为了实施走私而成立了单位，后该公司实施了走私犯罪。公司的走私行为不能认定为是单位犯罪
- B. 某国有公司高管集体研究决定，将该单位的 50 万元在 5 个高管中平均分配。该行为不能认定为单位犯罪（私分国有资产罪）
- C. 甲公司实施单位犯罪后，甲公司被乙公司兼并了。既要追究甲公司原直接责任人的刑事责任，亦应追究甲公司的刑事责任
- D. 甲实施拐卖儿童行为，借用其所在的单位的车及司机帮忙运送被拐卖儿童，该单位参与拐卖儿童的行为亦构成单位犯罪

³⁰⁴ 具体情形：并非为本单位谋利益，而是以单位名义实施的私分国家资产、私分罚没财物等犯罪；单位的过失犯罪（如第 137 条工程重大安全事故罪）；处罚单位会损害无辜者的利益（如第 161 条违规披露、不披露重要信息罪）。

³⁰⁵ 单位成立或运行过程中虽然有些瑕疵（如公司成立时虚报注册资本，或者公司成立后逃税），但只要不是以犯罪为主要活动，均不影响其可以成立单位犯罪。

³⁰⁶ 2015 年卷二 54 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——正确。

第十三章 罪数论

罪数的区分，即行为是成立一罪还是数罪，其标准是行为符合几个犯罪构成。标准的一罪是：一个犯意、一个行为、造成一个结果、侵害一个法益、具备一个犯罪构成。必须注意如下问题：

1. 行为人仅实施了一个行为，原则上只能定一罪。³⁰⁷

例外：骗了出口退税行为同时触犯了逃税罪的，应以骗取出口退税罪和逃税罪数罪并罚；走私过程中，如果走私了不同物品的，应数罪并罚。³⁰⁸

2. 禁止重复评价（处罚）。一个行为只能在一个构成要件中评价一次。

例如，以杀人为手段将被害人杀害，然后取财的案件，不能认定为是故意杀人罪与抢劫罪数罪，因为杀人行为已经作为抢劫罪的手段行为了，只能认定为抢劫罪（致人死亡）。又比如，绑架后，又抢走被控制的人质身上的钱的，不能以绑架罪与抢劫罪数罪并罚，应择一重罪处罚，因为不能将控制人质的行为既评价为绑架罪的实行行为，又评价为抢劫罪的手段行为。

3. 我国刑法原则上是不承认同种数罪的，因此，实施了多次盗窃行为，即使每个盗窃行为都可以独立成罪，也成立一个盗窃罪。³⁰⁹

4. 行为仅侵犯了一个法益，定一罪。（财产犯罪如果针对普通财物，事后处理赃物的行为不成立新罪；但如果是针对特殊物品如枪支、文物等的，应数罪并罚）

****注意：如果没有刑法、司法解释的特别规定，原则上实施了两个行为应该定两罪。**

2016年卷二5. 吴某被甲、乙合法追捕。吴某的枪中只有一发子弹，认识到开枪既可能打死甲也可能打死乙。设定吴某对甲、乙均有杀人故意，下列哪一分析是正确的？（A）³¹⁰

- A. 如吴某一枪没有打中甲和乙，子弹从甲与乙的中间穿过，则对甲、乙均成立故意杀人罪未遂
- B. 如吴某一枪打中了甲，致甲死亡，则对甲成立故意杀人罪既遂，对乙成立故意杀人罪未遂，实行数罪并罚
- C. 如吴某一枪同时打中甲和乙，致甲死亡、乙重伤，则对甲成立故意杀人罪既遂，对乙仅成立故意伤害罪
- D. 如吴某一枪同时打中甲和乙，致甲、乙死亡，则对甲、乙均成立故意杀人罪既遂，实行数罪并罚

2011年卷二56. 关于罪数的认定，下列哪些选项是错误的？（ABCD）

- A. 引诱幼女卖淫后，又容留该幼女卖淫的，应认定为引诱、容留卖淫罪³¹¹
- B. 既然对绑架他人后故意杀害他人的不实行数罪并罚，那么对绑架他人后伤害他人的就更不能实行数罪并罚³¹²
- C. 发现盗得的汽车质量有问题而将汽车推下山崖的，成立盗窃罪与故意毁坏财物罪，应当实行并罚
- D. 明知在押犯脱逃后去杀害证人而私放，该犯果真将证人杀害的，成立私放在押人员罪与故意杀人罪，应当实行并罚³¹³

2017年卷二8. 关于罪数的判断，下列哪一选项是正确的？（A）

- A. 甲为冒充国家机关工作人员招摇撞骗而盗窃国家机关证件，并持该证件招摇撞骗。甲成立盗窃国家机关证件罪和招摇撞骗罪，数罪并罚
- B. 乙在道路上醉酒驾驶机动车，行驶20公里后，不慎撞死路人张某。因已发生实害结果，乙不构成危险驾驶罪，仅构成交通肇事罪
- C. 丙以欺诈手段骗取李某的名画。李某发觉受骗，要求丙返还，丙施以暴力迫使李某放弃。丙构成诈骗罪与抢劫罪，数罪并罚
- D. 已婚的丁明知杨某是现役军人的配偶，却仍然与之结婚。丁构成重婚罪与破坏军婚罪的想象竞合犯

³⁰⁷ 行为是一个还是数个，应以法律的规定为标准，而不应该以我们的眼睛为标准。

³⁰⁸ **2016年卷二54 B.** 乙走私毒品，又走私假币构成犯罪的，以走私毒品罪和走私假币罪实行数罪并罚。

³⁰⁹ 判决宣告以后，无论再犯新罪，还是发现漏罪，即便是与已经判决的罪同种类的，也应该数罪并罚。道理其实非常简单：甲因盗窃5000元财物被判处有期徒刑2年，在判决宣告后刑罚执行期间，甲又实施了盗窃5000万财物的行为，虽然新犯罪与已经判处的罪是同一罪名，但不可能因为前罪已经是盗窃罪，后行为就不并罚。

³¹⁰ 本案中，行为人仅实施了一个行为，不能数罪并罚。

³¹¹ 刑法第359条规定了两个独立的罪名，引诱、容留、介绍卖淫罪与引诱幼女卖淫罪。这实际上是将引诱幼女卖淫的行为从引诱卖淫罪中独立出来了。刑法第359条第1款：引诱、容留、介绍卖淫罪；第2款：引诱幼女卖淫罪。对于选择性罪名（罪名中带顿号的），即便是针对不同的对象，实施了多个行为，也只能认定为一罪。例如，引诱妇女张三卖淫、容留妇女李四卖淫、介绍妇女王五卖淫，都属于刑法第359条第1款规定的选择性罪名（即罪名中有顿号），仅能认定为引诱、容留、介绍卖淫罪一罪。更简单的理解是：如果多个行为分别规定在刑法不同条款中，则应数罪并罚；如果多个行为规定在刑法中的同一条款且是一个罪名（选择性罪名），则仅定一罪。

³¹² 在当年司法考试时，原刑法第239条并没有规定绑架后再伤害他人的，成立绑架罪一罪。故绑架后再伤害他人的，应数罪并罚。故该选项错误。但2015年生效的《刑法修正案（九）》规定，犯绑架罪，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。根据该修订所知，绑架罪可以包容故意杀人行为和故意伤害致人重伤、死亡行为。实际上，即便根据2015年的《刑法修正案（九）》，该选项依然是错误的，因为《刑法修正案（九）》仅仅是规定了绑架罪可以包容：故意伤害致人重伤、死亡，故意杀人。而没有规定可以包容故意伤害致人轻伤，因此，绑架过程中致人轻伤的，应数罪并罚。

³¹³ 行为人仅仅实施了一行为，成立私放在押人员罪与故意杀人罪（帮助犯）的想象竞合。

一、实质的一罪——本来就是一罪，因为仅有一个行为

(一) 继续犯(持续犯)——非法拘禁罪、非法持有枪支罪
犯罪既遂以后，不法状态、不法行为一直持续一段时间。

1. 继续犯的特点：行为、不法状态一直持续；犯罪行为必须在一定时间内不间断地持续存在，并不是瞬间性的存在；继续犯仅侵害了一个法益；主观上出于一个罪过。

2. 继续犯所引起的相关效果：只要犯罪行为还在继续，中途加入进来的成立共同犯罪；继续犯的追诉时效从犯罪结束时开始计算。

(二) 想象竞合犯

1. 特点：一行为触犯了数罪名。具体来说：基于一个故意、过失或者概括的故意，实施了一个危害行为；一个行为符合数个构成要件，造成了多个危害结果，同时触犯了数个不同的罪名。

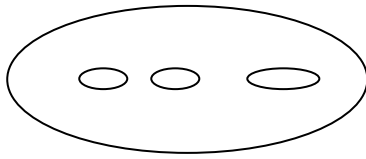
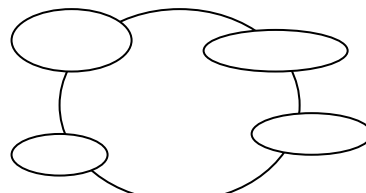
2. 处罚原则。****考点**：择一重罪处罚。但考生一般不需要知道究竟哪个罪是重罪。

2006年卷二10.甲盗窃正在使用中的铁路专用电话线，在构成犯罪的情况下，对甲应按照下列哪一选项处理？(C)

- A. 破坏公用电信设施罪
- B. 破坏交通设施罪
- C. 盗窃罪与破坏交通设施罪中处罚较重的犯罪
- D. 盗窃罪与破坏公用电信设施罪中处罚较重的犯罪

3. 想象竞合犯与法条竞合³¹⁴

法条竞合的类型

包容竞合	交叉竞合
诈骗罪、贷款诈骗罪 	过失致人死亡罪与医疗事故罪中致人死亡、交通肇事罪中致人死亡 

法条竞合的处理原则。原则上，法条竞合应是先适用特别法。有部分学者建议如果特别法太轻，选择适用重法。

	想象竞合	法条竞合
相同点	一行为触犯数罪名(行为的竞合)	一行为触犯数罪名(法条的竞合)
不同点	所触犯的两个罪名之间原来没有任何关系，如盗窃罪与破坏电力设备罪，只是由于行为人实施了特殊的行为，例如盗窃正在使用中的电力设备，才使我们将此二罪联系起来。	两个罪名之间天然就存在交叉或者包容关系，一眼就能够看出来，或者稍作分析就能够看出来。例如，贷款诈骗罪与诈骗罪，我们一看就知道，贷款诈骗罪是诈骗罪的“儿子”，二者之间存在包容关系；又比如，交通肇事罪与过失致人死亡罪，交通肇事罪的案件的绝大多数是致人死亡的，稍作分析我们就知道，交通肇事案件有相当一部分属于过失致人死亡罪，二者之间存在交叉关系。

³¹⁴ 法条竞合：一行为触犯数法条，数法条在法益上往往具有包容或交叉关系。想象竞合：行为的竞合，换言之，不是因为现实生活中特定的人实施偷使用中的铁路专用电话线的行为，盗窃罪与破坏交通设施罪根本没有任何关系，两者不可能有关联。法条竞合：法条的竞合，两罪之间必然存在密切联系，不看案件事实，只看两个法条就可以看出两罪之间有密切联系。

	<p>想象竞合是行为人的一行为偶然地符合多个罪名，它与法律条文如何规定本身无关，而与犯罪人实施犯罪的行为有关，所以是一种动态竞合。对于想象竞合，行为人的行为究竟符合哪些犯罪的构成要件，需要在判决书中明确列举出来，以便让人判断行为人所触犯的多个罪名孰轻孰重，以及法官对从一重罪处罚的把握是否准确，以防止司法人员不当行使司法权。——临时的竞合</p>	<p>法条竞合，形式上存在竞合关系，但在适用法律时，一旦选择甲罪，就排斥乙罪的适用，判决中只需要列举适用的罪名即可，对于没有适用的罪名，可以不予理会。例如，在道路上开车过失撞死他人，仅适用交通肇事罪就可以，无需解释为什么不适用过失致人死亡罪，因为特别法优于一般法。——永恒的竞合</p>
	<p>损害的一般是<u>两个客体</u>：如盗窃正在使用中的电力设备。如果定盗窃罪，那么破坏电力危害公共安全的属性则没有评价。如果定破坏电力设备罪，仅评价了破坏电力设备危害公共安全的属性，并没有评价行为的侵财属性。因此，无论是以其中哪一罪论处，对行为的评价都是不完整的。（一行为造成数个结果）</p>	<p>损害的是一个客体，或者说使用一个罪评价就可以了。例如，行为人实施贷款诈骗行为，虽然既符合诈骗罪的构成要件，也符合贷款诈骗罪的构成要件，但仅以特别法贷款诈骗罪一罪就足以评价该行为，而不会出现想象竞合犯中以一罪论处会出现评价上的不完整。（一行为造成的两个法益侵害高度一致）</p>
<p>注意答题的技巧：如果题干中没有给出具体的案例，仅给出了法条，要你判断是法条竞合还是想象竞合，选法条竞合（因为想象竞合是由于特定行为的出现所造成的，而法条竞合是法条本身错综复杂的规定）。此外，在想象竞合的情况下，行为触犯的两罪如果不是因为特定的行为，根本没有任何关联，例如，盗窃罪与破坏电力设备罪是毫不相干的两罪。但是，在法条竞合的情况下，两罪之间存在必然的（100%）联系，换言之，不看案情，只看这两个罪（如贷款诈骗罪与诈骗罪）就应该知道两罪之间的联系非常紧密。</p>		

2013年卷二56. 关于想象竞合犯的认定，下列哪些选项是错误的？(ABCD)

- A. 甲向乙购买危险物质，商定4000元成交。甲先后将2000元现金和4克海洛因（折抵现金2000元）交乙后收货。甲的行为成立非法买卖危险物质罪与贩卖毒品罪的想象竞合犯，从一重罪论处³¹⁵
- B. 甲女、乙男分手后，甲向乙索要青春补偿费未果，将其骗至别墅，让人看住乙。甲给乙母打电话，声称如不给30万元就准备收尸。甲成立非法拘禁罪与绑架罪的想象竞合犯，应以绑架罪论处³¹⁶
- C. 甲为劫财在乙的茶水中投放2小时后起作用的麻醉药，随后离开乙家。2小时后甲回来，见乙不在（乙喝下该茶水后因事外出），便取走乙2万元现金。甲的行为成立抢劫罪与盗窃罪的想象竞合犯³¹⁷
- D. 国家工作人员甲收受境外组织的3万美元后，将国家秘密非法提供给该组织。甲的行为成立受贿罪与为境外非法提供国家秘密罪的想象竞合犯

（三）结果加重犯

结构：基本犯罪+加重结果=结果加重犯

1. 行为人实施了基本犯罪行为，但造成了加重结果（超出犯罪既遂所要求的结果），基本犯罪行为与加重结果之间具有直接³¹⁸因果关系。——行为人的行为还是一个，如故意伤害致人死亡。

2017年卷二2. 关于危害结果，下列哪一选项是正确的？(C)

- A. 危害结果是所有具体犯罪的构成要件要素³¹⁹
- B. 抽象危险是具体犯罪构成要件的危害结果

³¹⁵ 甲的行为成立非法买卖危险物质、贩卖毒品罪，数罪并罚。

³¹⁶ 绑架罪和非法拘禁罪之间，“天然”就存在竞合关系，绑架罪=非法拘禁罪+敲诈勒索罪，二者属法条竞合。

³¹⁷ 甲的行为成立抢劫罪未遂与盗窃罪，数罪并罚，甲属于另起犯意（盗窃）。

³¹⁸ “直接”强调“加重结果”是“基本犯罪行为”本身所导致的，如抢劫的手段行为或者目的行为所导致的。如下情形不能认定为是结果加重犯：（1）行为人在实施基本行为之时或之后，被害人自杀自残、或因自身过失等造成严重后果的，因缺乏直接性要件，不宜认定为结果加重犯。（2）基本行为结束后，行为人的其他行为导致严重后果发生的，不应认定为结果加重犯。（3）在故意伤害等暴力案件中，伤害行为只是造成轻伤，但由于医生的重大过失行为导致死亡的。2007年卷二12. A. 甲欲强奸某妇女遭到激烈反抗，一怒之下卡住该女喉咙，致其死亡后实施奸淫行为。——甲的行为不构成强奸罪的结果加重犯，因为甲“一怒之下卡住妇女的喉咙”并不是为了更好地实施奸淫，即不是强奸的手段行为，而是出于泄愤，所以，该行为应独立评价为故意杀人罪，而不宜作为强奸罪的结果加重犯。

换言之，加重结果是基本犯罪内在危险的现实化。

³¹⁹ 对危害结果可作多义的理解，司法实务重视的是影响定罪的危害结果（作为构成要件要素的危害结果）与影响量刑的危害结果，这些危害结果是具体的、现实的、可测量的。刑法中存在大量的行为犯（亦称抽象危险犯），行为一经实施，就认为存在抽象危险，就构成犯罪，而不需要再去具体判断是否存在危险，更不需要造成危害结果。典型的如危险驾驶罪（第133条之一）中的醉酒驾驶。

- C. 以杀死被害人的方法当场劫取财物的，构成抢劫罪的结果加重犯
D. 骗取他人财物致使被害人自杀身亡的，成立诈骗罪的结果加重犯³²⁰

2. 行为人对基本犯罪一般持故意，但也有可能是过失（如刑法第132条铁路运营安全事故罪）；对加重结果至少持过失（故意伤害致人死亡），有可能持故意（抢劫致人重伤、死亡）。

[注意]：结果加重犯的认识错误。A本欲伤害B，但由于发生认识错误而伤害C，导致C死亡的，也成立结果加重犯。又如，甲实施放火行为，因过失导致他人重伤、死亡的，也应认定为结果加重犯。

3. 法定性：刑法就发生的“加重结果”（必须是加重“结果”，而不是“情节”³²¹）规定了加重的刑罚。结果加重犯的罪名并没有发生变化，还是基本罪名。

刑法如果没有对某一加重结果明确予以加重评价，即使该结果实际发生，该犯罪也不可能是结果加重犯，例如，盗窃行为致人死亡的，不成立结果加重犯，而应成立盗窃罪与过失致人死亡罪的想象竞合。

4. 刑法对特定犯罪规定结果加重犯主要是基于如下理由：

(1) 基本犯罪行为本身具有导致加重结果的高度可能。例如，伤害行为易导致死亡结果，故规定了故意伤害（致人死亡）罪这一结果加重犯。放火行为容易造成超出既遂（目的物独立燃烧）之外的严重结果（人员伤亡、财产损失），故刑法规定了放火罪的结果加重犯。刑法规定结果加重犯的重要原因在于，基本犯罪行为本身具有造成加重结果的高度可能性，所以，对此专门规定了结果加重犯。刑法第234条规定了故意伤害罪的结果加重犯——故意伤害（致人死亡）罪，其法定刑为“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”，比故意伤害罪与过失致人死亡罪的法定刑相加还要重，主要是考虑到行为人实施这类伤害行为具有造成死亡结果的高度可能性，这种行为的法定刑当然偏重。

(2) 结果加重犯通常系“重罪”。例如，抢劫致人死亡、放火造成严重后果，其基本罪抢劫罪、放火罪本身就是重罪。

2016年卷二13. 陈某欲制造火车出轨事故，破坏轨道时将螺栓砸飞，击中在附近玩耍的幼童，致其死亡。陈某的行为被及时发现，未造成火车倾覆、毁坏事故。关于陈某的行为性质，下列哪一选项是正确的？（C）³²²

- A. 构成破坏交通设施罪的结果加重犯
B. 构成破坏交通设施罪的基本犯与故意杀人罪的想象竞合犯
C. 构成破坏交通设施罪的基本犯与过失致人死亡罪的想象竞合犯
D. 构成破坏交通设施罪的结果加重犯与过失致人死亡罪的想象竞合犯

2002年卷二43. 下列哪些情形不属于结果加重犯？（ABCD）

- A. 侮辱他人导致他人自杀身亡
B. 监管人员对被监管人进行殴打与体罚虐待致人死亡
C. 强制猥亵妇女致人死亡
D. 遗弃没有独立生活能力的人致其死亡

2015年卷二8. 关于结果加重犯，下列哪一选项是正确的？（C）

- A. 故意杀人包含了故意伤害，故意杀人罪实际上是故意伤害罪的结果加重犯³²³
B. 强奸罪、强制猥亵妇女罪的犯罪客体相同，强奸、强制猥亵行为致妇女重伤的，均成立结果加重犯³²⁴
C. 甲将乙拘禁在宾馆20楼，声称只要乙还债就放人。乙无力还债，深夜跳楼身亡。甲的行为不成立非法拘禁罪的结果加重犯

D. 甲以胁迫手段抢劫乙时，发现仇人丙路过，于是立即杀害丙。甲在抢劫过程中杀害他人，因抢劫致人死亡包括故意致人死亡，故甲成立抢劫致人死亡的结果加重犯

³²⁰ 该案是实践中有影响的徐王玉被电信诈骗案。2016年8月21日，因被诈骗电话骗走上大学的费用9900元，伤心欲绝，郁结于心，最终导致心脏骤停，虽经医院全力抢救，但仍不幸离世。2017年7月19日上午，山东省临沂市中级人民法院对被告人陈文辉、郑金锋、黄进春、熊超、陈宝生、郑贤聪、陈福地诈骗、侵犯公民个人信息案一审公开宣判，判处各被告人无期徒刑、有期徒刑不等的刑罚。并没有将徐王玉死亡认定为诈骗罪的结果加重犯。参见山东省临沂市中级人民法院刑事判决书，（2017）鲁13刑初26号。

此外，刑法没有对诈骗罪规定结果加重犯。刑法第266条：“诈骗公私财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑、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，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十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。”

³²¹ 如果刑法仅规定了情节加重的，并规定了加重的刑罚，也不认为是结果加重犯，而是情节加重犯。如强奸罪（刑法第236条）的情节加重犯，强奸妇女多人的、轮奸的。此外，既然结果加重犯有加重的法定刑，所以一般认为，结果加重犯是重罪。

³²² 虽然甲的破坏交通设施行为造成了乙的死亡这一加重结果，但是，该结果并不是由于交通工具倾覆、毁坏所致，换言之，不是破坏交通工具内在风险的现实化，不能认定为破坏交通设施罪的结果加重犯，只能认定为破坏交通设施罪（基本犯）与过失致人死亡罪的想象竞合。

³²³ 二者虽然在客观上都造成了死亡结果，但前者主观上是杀人的故意，后者主观上是伤害的故意。

³²⁴ 强制猥亵、侮辱罪是轻罪，没有结果加重犯。

二、法定的一罪——立法上的一罪

本来是多个罪，但法律硬性地规定为一罪。

- (一) 结合犯
- (二) 集合犯

指犯罪构成预定了数个同种类行为的犯罪。**注意集合犯的特点：法定性**

种类 { 常习犯：具有常习性的行为人反复多次实施行为的。（我国刑法无规定）
 职业犯：将一定的犯罪作为职业或业务反复实施的。（336 条非法行医罪）
 营业犯：**以营利为目的**的反复实施一定犯罪的。（303 条赌博罪）

三、处断的一罪（裁判的一罪）：——司法上的一罪

- (一) 连续犯³²⁵
- (二) 牵连犯

****考点：**

- (1) 牵连关系不仅仅是客观上的牵连，行为人主观上要有牵连的意思。
- (2) 牵连犯必须是行为人实施了两个犯罪行为，如果行为人仅实施了一个犯罪行为，无所谓牵连犯的问题。

(3) 在客观上存在目的行为与方法或手段行为的牵连（即主从关系）或者原因行为与结果行为的牵连（即**高度伴**
随性）。³²⁶

[应试技巧]：从考试的角度来看，现在尽量不考牵连犯择一重罪处罚，即便你两行为联系得非常紧密，也应该数罪并罚。因为现在的观点是严格限制牵连犯的成立范围。³²⁷

2008 年四川卷二 11. 刘某利用到国外旅游的机会，购买了手枪 1 支、子弹若干发自用，并经过伪装将其邮寄回国内。**后来**刘某得知丁某欲搞一支枪抢银行，即与丁某协商，以 1 万元将其手枪出租给丁某。丁某使用该手枪抢劫银行时被抓获。对刘某的行为应如何处理？（C）

- A. 以非法买卖危险物质罪与抢劫罪实行并罚
- B. 以非法买卖危险物质罪与非法出租枪支罪实行并罚
- C. 以走私武器、弹药罪与抢劫罪实行并罚
- D. 以走私武器、弹药罪、非法出租枪支罪、抢劫罪实行并罚

（三）吸收犯

1. 吸收关系的类型：

(1) 重行为吸收轻行为。伪造货币后又使用、出售该货币的，定伪造货币罪。

(2) 实行行为吸收预备行为。入户抢劫行为，非法侵入他人住宅本身就是一个犯罪行为，属于抢劫罪的预备行为，但仅定抢劫罪一罪。

(3) 主行为吸收从行为。甲乙共同犯罪，甲先是起帮助作用，后来参与进来实行。

2. 吸收犯与不可罚的事后行为。****事后不可罚**主要指的是财产犯罪后处分赃物的行为，还包括实施犯罪之后毁灭证据的行为。

3. 吸收犯与牵连犯。****考点：**牵连犯与吸收犯的区别：吸收犯是更为紧密的牵连犯。吸收犯中，两罪之间的联系性非常紧密，分也分不开。³²⁸

³²⁵ 是指基于一个犯罪故意（同一的或者概括的故意）连续实施性质相同的数个行为，触犯同一罪名的情况。数行为具有连续性，不仅仅是客观上具有连续性，主观上也具有连续性。典型的连续犯如，连续一段时间内杀死了十个人，或者连续一个月，每天实施盗窃行为。

³²⁶ 所谓高度伴随性，是指在现实生活中，前后两个牵连的行为之间具有通常性。只有当某种手段通常用于实施某种犯罪，或者某种原因行为通常导致某种结果行为时，才宜认定为牵连犯。例如，伪造国家机关印章后去实施诈骗行为，在实践中具有通常性，就是牵连犯。但是，如果将军区司令员杀害后偷走他的印章，再冒充军人招摇撞骗的，这种类型的犯罪在现实生活中不具有通常性，通常人们实施招摇撞骗不会将司令员杀害，因此，不属于牵连犯。从此意义上看，现今刑法理论要严格限制牵连犯的成立范围，一般认为，牵连犯以法律、司法解释的明确规定为标准。2014 年司法部指定用书案例：为了抢劫银行而盗窃枪支，然后利用所盗窃枪支抢劫银行的，应认定为数罪，不应认定为牵连犯；为了冒充军人招摇撞骗而盗窃军车，然后驾驶冒充军人招摇撞骗的，应当认定为数罪，而不能认定为牵连犯。

2015 年卷二 88D. 吴某实施了贪污、受贿两个行为，贪污罪与受贿罪成立牵连犯，应从一重罪处断。——该选项错误

2016 年卷二 C. 丙先后三次侵入军人家中盗窃军人制服，后身穿军人制服招摇撞骗。对丙应按牵连犯从一重罪处罚。——该选项错误

2017 年卷二 8. A. 甲为冒充国家机关工作人员招摇撞骗而盗窃国家机关证件，并持该证件招摇撞骗。甲成立盗窃国家机关证件罪和招摇撞骗罪，数罪并罚（该选项正确）

³²⁷ 之所以刑法理论上要严格限制牵连犯的范围，其理由在于，牵连犯的情况下，行为人实施了两个行为，却被判处一罪，在一定程度违反了责任主义的原则。例如，伪造国家机关印章再去招摇撞骗的，仅定招摇撞骗罪一罪，而相反，单纯的不伪造国家机关印章而招摇撞骗的，也是定招摇撞骗罪一罪。故刑法理论上还是更多地主张，原则上两个行为就应该定两个罪，即便是牵连犯应择一重罪处罚，也应该严格限制牵连犯的成立范围。

³²⁸ 还有一个区别标准：看侵犯客体以及作用对象是否具有同一性，即吸收犯要求行为人实施的数个犯罪行为必须侵犯同一或相同的直接客

2010年卷二55. 下列哪些情形属于吸收犯?(AD)

- A. 制造枪支、弹药后又持有、私藏所制造的枪支、弹药的
- B. 盗窃他人汽车后, 谎称所盗汽车为自己的汽车出卖他人的³²⁹
- C. 套取金融机构信贷资金后又高利转贷他人的³³⁰
- D. 制造毒品后又持有该毒品的

【附】: 罪数论的相关总结:

(一) 原理: 原则上, 一行为一罪, 数行为数罪。即便刑法理论的通说观点认为牵连犯实施了两个行为, 应择一重罪处罚, 但两个行为定一罪, 在一定程度上违反了罪刑相适应原则, 刑法理论上也在严格限制牵连犯的成立范围。需要注意的是, 虽然立法有的时候会有一些例外规定, 例如, 对两行为规定为一罪, 如绑架并杀人的, 仅定绑架罪一罪, 拐卖妇女过程中强奸妇女的, 仅定拐卖妇女罪一罪。这种特别规定并没有放纵犯罪行为, 刑法提高了其法定刑, 同样可以实现罪刑均衡。

但是, 需要说明的是, 刑法第239条规定, 绑架并杀人的, 仅定绑架罪一罪, 虽然立法规定了较重的法定刑, 但毕竟行为人实施了两个行为, 仅认定为绑架罪一罪, 最终定罪并没有完全反映犯罪行为类型, 即从最终定罪(绑架罪)本身看不出行为人实施了杀人行为。从这一意义上看, 一行为就定一罪、数行为就定数罪, 可以较好地反映出行为类型, 应成为立法的常态。

(二) 部分特殊情形的罪数问题:

1. 一行为被认定为数罪

(1) 刑法第204条。骗取出口退税, 同时触犯逃税罪的, 数罪并罚。

(2) 2006年最高人民法院《关于审理走私刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》第5条。针对不同对象实施同一走私行为的, 数罪并罚。

2. 数行为被认定为一罪

(1) 刑法第239条。绑架过程中杀害被绑架人或者故意伤害致人重伤、死亡的, 仅定绑架罪一罪。

(2) 刑法第240条。拐卖妇女过程中强奸妇女的, 仅定拐卖妇女罪一罪。

(3) 刑法第241条。收买被拐卖的妇女、儿童后, 又出卖的, 仅定拐卖妇女、儿童罪一罪。

(4) 刑法第318、321、347条。组织、运送他人偷越国边境、走私毒品过程中, 妨害公务的, 不需要数罪并罚。其他犯罪过程中妨害公务的, 则应并罚。

(5) 中介组织收受他人贿赂后提供虚假证明文件的, 仅定提供虚假证明文件罪一罪, 作为加重量刑情节。

(6) 针对假币、假发票、假货(如假冒注册商标的商品、侵犯著作权的作品)实施了一连串行为的, 只要这些行为之间具有关联性, 原则上仅定一罪。——(详见刑法分则讲义)

体, 并且指向同一的具体犯罪对象。

³²⁹ 通说的观点认为, 盗窃后销售赃物的行为属于事后不可罚行为, 仅成立盗窃罪一罪。另一种观点认为, 事后以欺诈方式销售赃物的行为, 如果认为购买者有财产损失的, 对购买者另成立诈骗罪。

笔者赞同通说的观点。这主要是考虑到, 买受人并没有财产损失, 可以通过善意取得制度得到该财物。这种观点也为司法解释所认可, 2011年最高人民法院、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》第十条规定: 他人善意取得诈骗财物的, 不予追缴。根据该司法解释, 同样可以认为, 他人善意取得盗窃的财物的, 不予追缴。实际上, 民法虽然形式上不认可对赃物的善意取得, 但实际上也是在一定程度上认可的, 《物权法》第107条规定: “所有权人或者其他权利人有权追回遗失物。该遗失物通过转让被他人占有的, 权利人有权向无处分权人请求损害赔偿, 或者自知道或者应当知道受让人之日起二年内向受让人请求返还原物, 但受让人通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得该遗失物的, 权利人请求返还原物时应当支付受让人所付的费用。权利人向受让人支付所付费用后, 有权向无处分权人追偿。”根据该规定, 即便原所有权人有权追回, 也应支付受让人所付的费用。

³³⁰ 本案中, 行为人仅实施了刑法上的一个行为(高利转贷行为), 仅构成高利转贷罪一罪, 不存在吸收犯的问题。

第三篇 刑罚论

第十四章 刑罚的体系

类型 对比事项	管制	拘役	有期徒刑	无期徒刑	死刑	
					死刑缓期 二年执行	死刑 立即执行
执行机关	社区矫正	公安机关就近执行	监狱(剩余刑期在 <u>三个月以下</u> 的,由看守所代为执行;对未成年犯在未成年犯管教所执行刑罚)	监狱或其它执行场所	监狱	法院
是否关押	否	关押,每月可以回家1-2天	关押	关押	关押	关押
待遇	同工同酬	参加劳动的,可以酌量发给报酬;并且可以每月回家1-2天。	无偿参加劳动	无偿参加劳动	无偿参加劳动	
刑期的起算及折抵	从 <u>判决执行</u> 之日起计算;先前羁押的,一日折抵两日	从 <u>判决执行</u> 之日起计算;先前羁押的,一日折抵一日	从 <u>判决执行</u> 之日起计算;先前羁押的,一日折抵一日	无期徒刑被减为有期徒刑的,有期徒刑的刑期从被裁定减刑之日起计算	从 <u>判决确定</u> 之日起计算考验期,先前羁押期限不折抵考验期	
是否适用假释制度	否	否	是	是	被减为无期徒刑、有期徒刑的,可以假释	
期限	3个月以上,2年以下。数罪并罚不超过3年	1个月以上6个月以下,数罪并罚不超过1年	6个月以上15年以下,数罪并罚不超过20年。 ³³¹			
最低实际执行刑期	不少于1/2	不少于1/2	不少于1/2	不少于13年	不少于15年,不含死刑缓期两年的考验期。(限制减刑的死缓有特别规定)	

**考点:

(1) 刑罚执行机关: 法院管要钱(财产刑)和要命(死刑立即执行)的; 公安机关管关剩余刑期三个月以下、拘役、剥夺政治权利; 监狱管关剩余刑期三个月以上的。但是, 缓刑犯、假释犯、管制犯、暂予监外执行的要实行社区矫正。³³²

³³¹ 数罪中, 总和刑期达到35年以上的, 数罪并罚的上限为25年。

³³² 被剥夺政治权利的人, 可以自愿接受社区矫正。2012年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《社区矫正实施办法》第32条规定: 对于被判处剥夺政治权利在社会上服刑的罪犯, 司法行政机关配合公安机关, 监督其遵守刑法第五十四条的规定, 并及时掌握有关信息。被剥夺政治权利的罪犯可以自愿参加司法行政机关组织的心理辅导、职业培训和就业指导活动。《刑事诉讼法》第259条规定:

(2) 所有的判决都从判决执行之日起计算，但死缓与有期徒刑的缓刑考验期从判决确定之日起计算，独立适用剥夺政治权利的，从判决确定之日起计算。

(3) 如果被告人被判处刑罚的犯罪行为和被行政拘留的行为系同一行为，其被行政拘留的日期可以折抵刑期；亦即行政拘留 1 日折抵有期徒刑或拘役 1 日，折抵管制 2 日。

一、管制

1. 管制犯应遵守的规定：（刑法第 39 条的规定）³³³

(1) 遵守法律、行政法规，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、示威自由的权利；

(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) 《刑法修正案（八）》增加：可以在判决时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。违反禁止令的，由公安机关依照《中华人民共和国治安管理处罚法》的规定处罚。——禁止令是一种非刑罚处罚措施（保安处分措施）

2012 年卷二 56. 关于禁止令，下列哪些选项是错误的？（ACD）

A. 甲因盗掘古墓葬罪被判刑 7 年，在执行 5 年后被假释，法院裁定假释时，可对甲宣告禁止令

B. 乙犯合同诈骗罪被判处缓刑，因附带民事赔偿义务尚未履行，法院可在禁止令中禁止其进入高档饭店消费

C. 丙因在公共厕所猥亵儿童被判处缓刑，法院可同时宣告禁止其进入公共厕所³³⁴

D. 丁被判处管制，同时被禁止接触同案犯，禁止令的期限应从管制执行完毕之日起计算

二、拘役

三、有期徒刑

四、无期徒刑

五、死刑

(一) 死刑的适用制度：死刑立即执行、死刑缓期执行。

(二) 不得适用死刑的犯罪人——包括死刑立即执行和死刑缓期两年执行

1. 犯罪的时候不满 18 周岁的人。——指“行为时”（审判的时候不满 18 周岁不适用死刑）

2. 审判的时候怀孕的妇女。——（犯罪的时候怀孕的妇女可能适用）**考点：审判的时候解释为羁押期间；怀孕的妇女解释为包括流产的妇女。³³⁵

3. 老年人犯罪限制适用死刑。在刑法第四十九条中增加一款作为第二款“审判的时候已满七十五周岁的人，不适用死刑，但以特别残忍手段致人死亡的除外。”

(三) 死缓制度

1. 执行死刑。——考验期内“故意犯罪且情节恶劣的”，报最高人民法院核准，立即执行死刑。³³⁶如果是一般的故意犯罪，则死缓考验期重新计算。

2. 减为无期徒刑。减为无期徒刑的条件是二年期满没有“故意犯罪”，即使有一般的违法行为甚至是过失犯罪行为，也应当减为无期徒刑。

3. 有重大立功表现的，减为有期徒刑 25 年。³³⁷（经过若干次减刑后，最低不得少于 15+2=17 年）

4. 死缓犯限制减刑。《刑法修正案（八）》（2011 年 5 月）的补充规定：限制减刑。第 50 条第 2 款对被判处死刑缓期执行的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死

对被判处剥夺政治权利的罪犯，由公安机关执行。执行期满，应当由执行机关书面通知本人及其所在单位、居住地基层组织。

³³³ 缓刑、假释也应当遵守（1）（3）（4）（5），第（2）项权利仍然享有；管制犯的第（2）项权利是受到了限制的；剥夺政治权利的人，完全没有第（2）项权利。

³³⁴ 对于基本的人权，不能禁止。2014 年卷二 2. 甲怀疑医院救治不力致其母死亡，遂在医院设灵堂、烧纸钱，向医院讨说法。D. 如以寻衅滋事罪判处甲有期徒刑 3 年、缓刑 3 年，为有效维护医疗秩序，法院可同时发布禁止令，禁止甲 1 年内出入医疗机构。——该选项错误。

³³⁵ 如果流产的妇女因为另外一个事实被起诉的，则有可能适用死刑。例如，甲因为抢劫被逮捕，在羁押期间流产，流产后在看守所杀了十人，对此故意杀人行为，是有可能适用死刑的。

³³⁶ 此规定为《刑法修正案（九）》新增设，

³³⁷ 刑法第 80 条：无期徒刑被减为有期徒刑的，有期徒刑的刑期从被裁定减刑之日起计算。另外，死缓减为有期徒刑的，期限从考验期满后计算有期徒刑的刑期。

刑缓期执行的犯罪分子，人民法院根据犯罪情节等情况可以**同时决定对其限制减刑**。³³⁸（侧重**行为**性质）

5. 死缓犯终身监禁（不得减刑）。《刑法修正案（九）》（2015年11月）对贪污罪、受贿罪所规定的终身监禁：贪污、受贿数额特别巨大，并使国家和人民利益遭受特别重大损失的，被判处死刑缓期执行的，人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后，终身监禁，不得减刑、假释。

考点提示：时间效力。死缓限制减刑、不得减刑的规定可以适用于《刑法修正案（八）》、《刑法修正案（九）》生效之前的犯罪行为。因为这类规定是有利于被告的规定，是死刑立即执行的替代方式，也是国家基于减少死刑执行的立法。

【最高人民法院指导案例4号】王志才故意杀人案。被告人王志才与被害人赵某某（女，殁年26岁）在山东省潍坊市科技职业学院同学期间建立恋爱关系。2008年10月9日中午，王志才在赵某某的集体宿舍再次谈及婚恋问题，因赵某某明确表示二人不可能在一起，王志才感到绝望，愤而产生杀死赵某某然后自杀的念头，即持赵某某宿舍内的一把单刃尖刀，朝赵的颈部、胸腹部、背部连续捅刺，致其失血性休克死亡。山东省高级人民法院经依法重新审理，于2011年5月3日作出（2010）鲁刑四终字第2-1号刑事判决，以故意杀人罪改判被告人王志才死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，同时决定对其限制减刑。该案的判决表明，限制减刑可以适用于《刑法修正案（八）》生效之前的犯罪行为。

六、罚金刑

1. 无论是罚金刑还是没收财产，都是针对其个人合法的财产。另外，行为人仅实施了一个犯罪行为，不可能既判罚金刑，又判没收财产。

2. 执行机关：财产刑由第一审人民法院执行。——各大诉讼法的规律是相通的，财产由法院管。

3. 应在判决指定的期限内（判决发生法律效力第2日起最长不超过3个月）一次或者分期缴纳。期满不缴纳的，强制缴纳。不能按规定缴纳的，发现有财产的，随时追缴。如果由于遭遇不能抗拒的灾祸缴纳确实有困难的，可以酌情减少或者免除。

4. 承担民事赔偿的犯罪分子，又被处罚金的，其财产先承担民事赔偿。在民事责任和刑事责任发生竞合时，为了保护被害人的合法权益，法律规定在犯罪分子财产不足时，实行“先民后刑”原则。³³⁹

七、没收财产

1. 没收财产与没收犯罪物品的区别。没收财产是没收犯罪人合法所有并且没有用于犯罪的财产。

根据刑法第64条规定，犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收。

刑法第64条是程序性没收，没收的对象包括：犯罪工具、违法所得和违禁品。不属于刑罚中的没收财产。

2016年卷二8. 《刑法》第64条前段规定：“犯罪分子**违法所得**的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔”。关于该规定的适用，下列哪一选项是正确的？（B）

- A. 甲以赌博为业，但手气欠佳输掉200万元。输掉的200万元属于赌资，应责令甲全额退赔³⁴⁰
- B. 乙挪用公款炒股获利500万元用于购买房产（案发时贬值为300万元），应责令乙退赔500万元
- C. 丙向国家工作人员李某行贿100万元。除向李某追缴100万元外，还应责令丙退赔100万元
- D. 丁与王某共同窃取他人财物30万元。因二人均应对30万元负责，故应向二人各追缴30万元³⁴¹

2. 没收财产的类型：没收全部财产、没收部分财产。³⁴²

3. 执行中的问题

（1）没收全部财产的，应当对犯罪分子个人及其扶养的家属保留必要的生活费用。（包括老、小）

（2）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。

（3）没收财产以前（是指判决**生效**以前，最高人民法院《关于适用财产刑若干问题的规定》）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。

³³⁸ 限制减刑是指：人民法院依照刑法第五十条第二款规定限制减刑的死刑缓期执行的犯罪分子，缓期执行期满后依法减为无期徒刑的，实际执行刑期不能少于二十五年，缓期执行期满后依法减为二十五年有期徒刑的（即有重大立功表现的），最终多次减刑后也不能少于二十年。

³³⁹ 刑法第36条。注意：此处没有列明“经权利人申请”。原因在于，既然犯罪分子被判处承担民事赔偿，被害人（权利人）肯定是提起了民事诉讼的，即申请了的。

³⁴⁰ 甲赌博输掉的200万元，并不是“违法所得”，而是供犯罪之用的财物，相当于杀人的凶器，当然应该被没收，但不属于“没收违法所得”。也不是责令甲退赔这200万元，应是对赢得这200万元的相对方进行追缴。

³⁴¹ 需要注意的是，追缴或者责令退赔的财物一定是“非法的”。丁与王某共同盗窃的30万元属于非法的，应被责令退赔。但如果还要再追缴30万元，就会涉及非法财产之外，二人的合法财产。

³⁴² 一般认为，没有列明具体金额的是没收全部财产，列明了具体金额的是没收部分财产。

(4) 执行机关：第一审人民法院。

(5) 不同种类的附加刑应分别执行，同种类的合并执行。《刑法修正案(八)》规定：数罪中有判处附加刑的，附加刑仍须执行，其中附加刑种类相同的，**合并执行**，种类不同的，分别执行。即行为人犯数罪依法同时并处罚金和没收(全部、部分)财产的，应当分别执行；判处两个没收部分财产的，应合并执行。但是，对一个犯罪判处没收全部财产，对另一个犯罪判处没收部分财产的，只需要执行没收全部财产。——附加刑全部执行到位³⁴³

2011年卷二57. 关于数罪并罚，下列哪些选项是符合《刑法》规定的？

D. 丁在判决宣告前犯有3罪，被分别并处罚金3万元、7万元和没收全部财产。法院不仅要合并执行罚金10万元，而且要没收全部财产(该选项正确)

2012年卷二12. 甲因走私武器被判处15年有期徒刑，剥夺政治权利5年；因组织他人偷越国境被判处14年有期徒刑，并处没收财产5万元，剥夺政治权利3年；因骗取出口退税被判处10年有期徒刑，并处罚金20万元。关于数罪并罚，下列哪一选项符合《刑法》规定？(D)

- A. 决定判处甲有期徒刑35年，没收财产25万元，剥夺政治权利8年
- B. 决定判处甲有期徒刑20年，罚金25万元，剥夺政治权利8年
- C. 决定判处甲有期徒刑25年，没收财产5万元，罚金20万元，剥夺政治权利6年
- D. 决定判处甲有期徒刑23年，没收财产5万元，罚金20万元，剥夺政治权利8年

八、剥夺政治权利

1. 剥夺政治权利的内容(刑法第54条)

(1) 选举权和被选举权。另外，请注意：《中华人民共和国村民委员会组织法》规定，依照法律被剥夺政治权利的人没有参加村委会的选举权和被选举权。

(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。(在私营企业中没有障碍，包括担任董事长)

2. 适用情形：

(1) 死刑、无期徒刑、危害国家安全的犯罪分子应当附加剥夺政治权利；严重破坏社会秩序的犯罪分子(如放火、杀人等，任何犯罪，实际上都有可能严重破坏社会秩序)，可以附加适用剥夺政治权利。这是**刑法总则**第56条的规定，刑法分则在具体罪名中，一般不再一一列出是否剥夺政治权利。

(2) 独立适用剥夺政治权利。独立适用剥夺政治权利，是作为一种不剥夺罪犯人身自由的轻刑，适用于罪行较轻、不需要判处主刑的罪犯。独立适用剥夺政治权利的条文均规定在**刑法分则**当中。

2012年卷二14. 甲系海关工作人员，被派往某国考察。甲担心自己放纵走私被查处，拒不归国。为获得庇护，甲向某国难民署提供我国从未对外公布且影响我国经济安全的海关数据。关于本案，下列哪一选项是错误的？(C)

- A. 甲构成叛逃罪
- B. 甲构成为境外非法提供国家秘密、情报罪
- C. 对甲不应数罪并罚
- D. 即使《刑法》分则对叛逃罪未规定剥夺政治权利，也应对甲附加剥夺1年以上5年以下政治权利

3. 剥夺政治权利的效力的几个问题：**(效力问题)**

(1) 附加剥夺政治权利的，其效力当然适用于主刑执行期间，期限从主刑执行完毕后起计算。例如，甲被判处有期徒刑3年，剥夺政治权利5年，那其在有期徒刑3年期间及释放后的5年均无政治权利。

(2) 被判处有期徒刑、拘役、管制而没有附加剥夺政治权利的，在执行期间仍然享有政治权利。判处主刑未附加剥夺政治权利的，罪犯准予行使选举权，但其它权利受限制。

4. 剥夺政治权利的起算

独立适用剥夺政治权利	管制附加剥夺政治权利	有期徒刑、拘役附加剥夺政治权利的；	死刑、无期徒刑附加剥夺政治权利终身	原判死缓减为无期徒刑	死刑缓期二年执行、无期徒刑减为有期徒刑附加剥夺政治权利的
------------	------------	-------------------	-------------------	------------	------------------------------

³⁴³ 有学生认为，一人犯两罪，分别被判处有期徒刑和没收全部财产的，没收全部财产的吸收罚金刑，这种理解是错误的，罚金刑、没收财产应分别执行。例如，甲犯A罪，仅被判处罚金刑100万元，甲仅有10万元，那么甲需要交纳10元，还欠的90万元罚金可以晚些时间缴纳，罚金刑可以针对的是未来的钱。而如果甲犯A罪(罚金刑100万)、B罪(没收全部财产)，甲仅有10万元，这种情形下，如果没收全部财产可以吸收罚金刑，那么，甲仅需要被没收全部财产10万元，这显然是不合理的，正确的做法是，没收全部财产后，还需要另外交纳100万罚金。

限为 1 年以上 5 年以下。从判决 确定 之日起计算。	从判决执行之日起计算，与管制的刑期相同。	附加剥夺政治权利 1 年以上 5 年以下。从有期徒刑、拘役执行完毕之日起或自有期徒刑假释之日起算，剥夺政治权利的效力及于主刑执行期间。（例如，某人被判处有期徒刑 5 年，附加剥夺政治权利 5 年，他实际上被剥夺政治权利 10 年）	应当剥夺政治权利终身，不存在起算问题。	其附加剥夺政治权利，期限不变，仍为终身。	期限相应减为 3—10 年。从减刑后有期徒刑执行完毕之日或假释之日起起算，剥夺政治权利效力及于减刑后有期徒刑执行期间。
总结： 附加剥夺政治权利， 从罪犯离开羁押场所起计算 。例如，被假释的犯罪分子，其被判处被剥夺政治权利的，从其被释放出来之日起计算。					

九、驱逐出境

十、非刑罚处罚措施

（一）禁止令

1. 禁止令的性质：是一种非刑罚处罚措施（或者说，刑罚执行监管措施）。2011 年《刑法修正案（八）》增设了禁止令。

人民法院根据犯罪情况，认为从促进犯罪分子教育矫正，有效维护社会秩序的需要出发，确有必要禁止其在管制执行期间从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人，可以在判处管制的同时，宣告禁止令。法院在适用禁止令时，应当根据犯罪分子的犯罪原因、犯罪性质、犯罪手段、犯罪后的悔罪表现、个人一贯表现等情况，充分考虑与犯罪分子所犯罪行的关联程度，有针对性地决定禁止其在管制执行期间“从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人”的一项或者几项内容。

2. 禁止令的期限。禁止令的期限，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三个月，宣告缓刑的，禁止令的期限不得少于二个月。判处管制的犯罪分子在判决执行以前先行羁押以致管制执行的期限少于三个月的，禁止令的期限不受前款规定的最短期限的限制。

3. 禁止令的对象、执行期限。禁止令仅适用于**管制犯、缓刑犯**，从管制、缓刑执行之日起计算。

4. 禁止令之时间效力。最高人民法院《关于中华人民共和国〈刑法修正案（八）〉时间效力问题的解释》第一条第一款规定：对于 2011 年 4 月 30 日以前犯罪，依法应当判处管制或者宣告缓刑的，人民法院根据犯罪情况，认为确有必要同时禁止犯罪分子在管制期间或者缓刑考验期内从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定人的，适用修正后刑法第三十八条第二款或者第七十二条第二款的规定，施加禁止令。也就是说，**对于 2011 年 4 月 30 日以前的犯罪行为，可以依照刑法修正案（八）的规定在宣判的同时决定禁止令**。

5. 具体禁止令。对判处管制或者宣告缓刑的未成年被告人，可以根据其犯罪的具体情况以及禁止事项与所犯罪行的关联程度，对其适用“禁止令”。对于未成年人因上网诱发犯罪的，可以禁止其在一定期限内**进入网吧等特定场所**。性侵未成年人案件的犯罪行为人，对于判处刑罚同时宣告缓刑的，可以根据犯罪情况，同时宣告禁止令，禁止犯罪分子在缓刑考验期内从事与未成年人有关的工作、活动，禁止其进入中小学校区、幼儿园园区及其他未成年人集中的场所，确因本人就学、居住等原因，经执行机关批准的除外。³⁴⁴

【最高人民法院指导案例 14 号】董某某、宋某某抢劫案。被告人董某某、宋某某（时年 17 周岁）迷恋网络游戏，平时经常结伴到网吧上网，时常彻夜不归。2010 年 7 月 27 日 11 时许，因在网吧上网的网费用完，二被告人即伙同王某（作案时未达到刑事责任年龄）到河南省平顶山市红旗街社区健身器材处，持刀对被害人张某某和王某实施抢劫，抢走张某某 5 元现金及手机一部。后将所抢的手机卖掉，所得赃款用于上网。河南省平顶山市新华区人民法院于 2011 年 5 月 10 日作出（2011）新刑未初字第 29 号刑事判决，认定被告人董某某、宋某某犯抢劫罪，分别判处有期徒刑二年六个月，缓刑三年，并处罚金人民币 1000 元。同时禁止董某某和宋某某在 36 个月内进入网吧、游戏机房等场所。

（二）从业禁止（职业禁止）

《刑法修正案（九）》规定，因利用职业便利实施犯罪，或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚的，人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要，禁止其**自刑罚（主刑）执行完毕之日或者假释之日起从事相关职业，期限为三年至五年**。³⁴⁵——（特殊预防性措施）

³⁴⁴ 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》。

³⁴⁵ 《刑法修正案（九）》同时规定：“被禁止从事相关职业的人违反人民法院依照前款规定作出的决定的，由公安机关依法给予处罚；情节严重的，依照本法第三百一十三条（拒不执行判决、裁定罪）的规定定罪处罚。其他法律、行政法规对其从事相关职业另有禁止或者限制性规定的，从其规定。”——该规定只能适用于《刑法修正案（九）》生效之后的犯罪行为，即 2015 年 11 月 1 日以后的犯罪行为。

2015年最高人民法院《关于办理危害生产安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第16条：对于实施危害生产安全犯罪适用缓刑的犯罪分子，可以根据犯罪情况，禁止其在缓刑考验期限内从事与安全生产相关联的特定活动（禁止令）；对于被判处刑罚的犯罪分子，可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要，禁止其自刑罚执行完毕之日或者假释之日起三年至五年内从事与安全生产相关的职业（从业禁止）。

2016年卷二9. 关于职业禁止，下列哪一选项是正确的？（B）

- A. 利用职务上的便利实施犯罪的，不一定都属于“利用职业便利”实施犯罪³⁴⁶
- B. 行为人违反职业禁止的决定，情节严重的，应以拒不执行判决、裁定罪定罪处罚
- C. 判处有期徒刑并附加剥夺政治权利，同时决定职业禁止的，在有期徒刑与剥夺政治权利均执行完毕后，才能执行职业禁止
- D. 职业禁止的期限均为3年至5年³⁴⁷

2014年卷二2. 甲怀疑医院救治不力致其母死亡，遂在医院设灵堂、烧纸钱，向医院讨说法。结合社会主义法治理念和刑法规定，下列哪一看法是错误的？（D）

- A. 执法为民与服务大局的理念要求严厉打击涉医违法犯罪，对社会影响恶劣的涉医犯罪行为，要依法从严惩处
- B. 甲属于起哄闹事，只有造成医院的秩序严重混乱的，才构成寻衅滋事罪
- C. 如甲母的死亡确系医院救治不力所致，则不能轻易将甲的行为认定为寻衅滋事罪
- D. 如以寻衅滋事罪判处甲有期徒刑3年、缓刑3年，为有效维护医疗秩序，法院可同时发布禁止令，禁止甲1年内出入医疗机构

（三）社区矫正

1. 社区矫正是一种不使罪犯与社会隔离并利用社区资源教育改造罪犯的方法，是所有在社区环境中管理教育罪犯方式的总称。

2. 适用对象。

- (1) 罪行比较轻微的罪犯，包括被判处管制、缓刑的服刑人员；
- (2) 罪行虽然比较严重，但是经过改造证明确有悔改，不致再危害社会的服刑人员，例如，被假释的服刑人员；
- (3) 有特殊情况，暂予监外执行的服刑人员。对于前两类服刑人员实行社区矫正，就体现了对犯罪分子的区别对待。
- (4) 被剥夺政治权利的人，可以适用社区矫正。

第十五章 刑罚的裁量

一、量刑概述

二、法定量刑情节

三、酌定量刑情节

四、累犯

（一）一般累犯的构成条件：（同时符合以下前三项）

- 1. 主观条件：前后两罪都是故意犯罪（罪名相同也没有关系）。
- 2. 刑度条件：前罪是有期徒刑以上刑罚的犯罪，后罪是应当被判处有期徒刑以上的犯罪。
- 3. 时间条件：后罪发在前罪的刑罚（主刑）执行完毕或赦免以后5年之内。
- 4. 不满十八周岁的人犯罪的除外。******只要有一个罪是在不满十八周岁的时候犯的，就不成立累犯。——这是2011年5月1日《刑法修正案（八）》新增加的规定。

****考点：**

- (1) 缓刑考验期内或期满再次犯罪的，或者假释考验期内再犯罪的，不构成累犯，理由在于原判刑罚还没有实际执行；³⁴⁸

³⁴⁶ 利用职务上的便利实施犯罪，当然属于“利用职业便利”实施犯罪，“职务”本身就是源于一定的“职业”，“利用职业便利实施犯罪包括利用职务便利实施犯罪”。

³⁴⁷ 职业（从业）禁止的期限原则上为3年至5年，但是，其他法律、行政法规有特别规定的除外。例如，《证券法》第233条规定：“违反法律、行政法规或者国务院证券监督管理机构有关规定，情节严重的，国务院证券监督管理机构可以对有关责任人员采取证券市场禁入的措施。前款所称证券市场禁入，是指在一定期限内直至终身不得从事证券业务或者不得担任上市公司董事、监事、高级管理人员的制度。”

³⁴⁸ 之所以成立累犯要求前罪刑罚执行完毕，主要原因在于，前罪刑罚执行完毕，意味着犯罪行为人接受了监狱的教育改造，在此基础上仍然继续犯罪，当然成立累犯，从重处罚。而如果前罪判的是缓刑，无论在缓刑考验期内还是考验期满再次犯罪的，由于前罪没有进行过教育改造，故不成立累犯。

(2) 假释考验期满后再次犯罪的，成立累犯，理由在于，原判刑罚视同执行完毕，再次犯罪的，成立累犯。

(二) 特别累犯的成立条件

1. 前后犯罪都是危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质组织犯罪。³⁴⁹
2. 时间及刑度都没有特别要求。

特别提示：刑法明文规定，未成年人不构成一般累犯。但对于未成年人，是否构成特别累犯，存在不同观点，多数观点认为，也不成立特别累犯。虽然理论上对这一问题展开了讨论，但在审判实践中，笔者查阅了中国裁判文书网，目前为止未发现这样的案件，因为未成年人要实施危害国家安全、恐怖活动、黑社会性质组织犯罪还是有难度的。

2011年卷二9. 2009年1月，甲（1993年4月生）因抢劫罪被判处有期徒刑1年。2011年3月20日，甲以特别残忍手段故意杀人后逃跑，6月被抓获。关于本案，下列哪一选项是正确的？（B）

- A. 根据从旧兼从轻原则，本案不适用《刑法修正案（八）》
- B. 对甲故意杀人的行为，应当从轻或者减轻处罚
- C. 甲在审判时已满18周岁，可以适用死刑
- D. 甲构成累犯，应当从重处罚

2009年卷二10. 关于累犯，下列哪一选项是正确的？（B）

A. 甲因故意伤害罪被判七年有期徒刑，刑期自1990年8月30日至1997年8月29日止。甲于1995年5月20日被假释，于1996年8月25日犯交通肇事罪。甲构成累犯

B. 乙因盗窃罪被判三年有期徒刑，2002年3月25日刑满释放，2007年3月20日因犯盗窃罪被判有期徒刑四年。乙构成累犯

C. 丙因危害国家安全罪被判处五年有期徒刑，1996年4月21日刑满释放，2006年4月20日再犯同罪。丙不构成累犯

D. 丁因失火罪被判处三年有期徒刑，刑期自1995年5月15日至1998年5月14日。丁于1998年5月15日在出狱回家途中犯故意伤害罪。丁构成累犯

2015年卷二10. 关于累犯，下列哪一选项是正确的？（D）

- A. 对累犯和犯罪集团的积极参加者，不适用缓刑³⁵⁰
- B. 对累犯，如假释后对所居住的社区无不良影响的，法院可决定假释
- C. 对被判处无期徒刑的累犯，根据犯罪情节等情况，法院可同时决定对其限制减刑³⁵¹
- D. 犯恐怖活动犯罪被判处有期徒刑4年，刑罚执行完毕后的第12年又犯黑社会性质的组织犯罪的，成立累犯

(三) 累犯的法律后果：从重处罚；不得适用缓刑、假释。

(四) 特别再犯制定

刑法第356条：因走私、贩卖、运输、制造、非法持有毒品罪被判过刑，又犯本节（刑法第六章第七节“走私、贩卖、运输、制造毒品罪”）规定之罪的，从重处罚。

****考点提示：**同时符合刑法第356条与累犯的条件（即在5年之内再次实施毒品犯罪的），要同时引用刑法第356条与刑法第65条（累犯）。³⁵²

【问题】 未满18周岁的人不构成累犯，基于当然解释，也不构成毒品犯罪的再犯。根据刑法的规定，不满18周岁的人犯罪，不构成累犯，也即不需要从重处罚。因此，不满十八周岁的人，哪怕前后犯罪是非常严重的犯罪（如故意杀人罪），也不认为是累犯，不需要从重处罚。从处罚的必要性上来看，如果不满18周岁的人，前后犯罪都是毒品犯罪，更没有从重处罚的必要性，因此，不满18周岁的人，也不适用刑法第356条所规定的毒品犯罪的再犯，不需要从重处罚。

【小案例】 《刑事审判参考》指导案例第1034号，姚某贩卖毒品案——不满18周岁的人因毒品犯罪被判处有期徒刑以下刑罚，其再次实施毒品犯罪的，是否能够认定为毒品再犯。判决认为，不能认定为毒品再犯而予以从重处罚。具体理由如下：（1）符合立法精神和本意。未成年人轻罪犯罪记录消灭制度作为人民法院一项重要的改革项目和措施被确定下来。从中央政法委和最高法院的相关文件中可见，实现未成年人轻罪犯罪记录的消灭是改革和立法的本意，未成年人轻罪犯罪记录封存制度的建立不仅仅是为了使犯罪记录暂时处于保密状态，不允许查询、限制查询，更是为了在实质上禁止对未成年人轻罪犯罪记录的重复使用，从而避免其以罪犯身份出现在公众面前，帮助未成年人

³⁴⁹ 特别累犯对罪名没有限制，只是对犯罪类型限定为上述三种。例如，甲参与了某黑社会性质组织的一次抢劫罪，也认为是黑社会性质犯罪。

³⁵⁰ 刑法第七十四条规定：“对于累犯和犯罪集团的首要分子，不适用缓刑。”

³⁵¹ 限制减刑仅针对死缓犯。

³⁵² 如果前后毒品犯罪间隔时间在5年以内，当然符合刑法第356条的规定，但同时也符合刑法第65条的规定。虽然不需要也不可能对行为人从重处罚两次，但判决必须同时列明第65条（累犯）的规定，以防他后来被适用缓刑、假释，因为累犯是不能缓刑、假释的。

尽快回归社会，健康成长。(2)符合未成年人轻罪犯罪记录封存制度的本质特征和设立目的。被封存的犯罪记录应当保密这一前提决定了该犯罪记录所反映的犯罪行为应当免于被重复利用和评价，否则保密便无从谈起。如果被封存的犯罪记录能够被重复利用和评价，封存制度实际上就被虚化，制度设立的目的也难以实现。即使未成年犯罪人再犯罪，司法机关也不得引用其前科犯罪记录，其前科亦不能作为适用累犯或者再犯的原因而对其从重或者加重处罚。

五、自首——节约国家的司法资源

推荐阅读文章，徐安住：《自首制度疑难问题的司法认定——基于〈刑事审判参考〉28个示范案例的实证分析》，载《湖南大学学报》（社会科学版）2012年第1期。

（一）一般自首的构成要件

1. 自动投案。本质：想将自己置于司法机关的合法控制之下。——“我想坐牢”，能逃而不逃，自愿接受审查、裁判

(1) 投案对象：无限制。包括向个人投案，例如，向村长、治保主任等投案。

(2) 投案方式：无限制。

(3) 罪行未被司法机关发觉，仅因形迹可疑被有关组织或者司法机关盘问、教育后，主动交代自己的罪行。但是，有关部门、司法机关在其身上、随身携带的物品、驾乘的交通工具等处发现与犯罪有关的物品的，不能认定为自动投案。

(4) 有意识地将自己置于司法机关的控制之下。——现场待捕型自首，能逃而不逃

第一，犯罪后主动报案，虽未表明自己是作案人，但没有逃离现场，在司法机关询问时交代自己罪行的；

第二，明知他人报案而在现场等待，抓捕时无拒捕行为，供认犯罪事实的。

(5) 因特定违法行为被采取劳动教养、行政拘留、司法拘留、强制隔离戒毒等行政、司法强制措施期间，主动向执行机关交代尚未被掌握的犯罪行为的；³⁵³

(6) 交通肇事案件中的自首：交通肇事后保护现场、抢救伤者，并向公安机关报告的，应认定为自动投案，构成自首的，因上述行为同时系犯罪嫌疑人的法定义务，对其是否从宽、从宽幅度要适当从严掌握。交通肇事逃逸后自动投案，如实供述自己罪行的，应认定为自首，但应依法以较重法定刑为基准，视情决定对其是否从宽处罚以及从宽处罚的幅度。

**考点提示，如下情形不能认定为自首：

(1) 被亲友绑送归案的，不成立自首。³⁵⁴

(2) 被动归案后逃跑，然后又回司法机关投案的，不成立自首（理由：没有节约国家司法资源）；主动归案后逃跑，又回到司法机关投案的，成立自首（理由：节约了国家司法资源）。

【小案例】被告人徐勇与其表兄陈某等人在陈某家饮酒时，因陈某怀疑徐勇此前想偷陈某妻子的电瓶车，二人发生争执并扭打。陈某持啤酒瓶击打徐勇头部，徐勇遂拔出随身携带的弹簧刀刺死陈某。被告人徐勇作案后在亲属的规劝下，表示先回家与妻子告别再去投案，但回家后即醉倒，其亲属主动报案后，协助公安人员将昏睡的徐勇带至公安机关。次日，徐勇醒酒后即如实供述了犯罪事实。徐勇的行为成立自首。刑事审判参考指导案例第1078号。

【小案例】《刑事审判参考》指导案例第82号，杨永保等走私毒品案——仅因形迹可疑被公安机关盘问后即如实缴代罪行的应认定为自首。1998年12月30日，被告人杨永保、陈兴助在缅甸勐古被毒贩雇用运送海洛因到中国境内。同月31日清晨，杨永保、陈兴助分别将毒贩交给的海洛因吞匿于腹内，然后进入中国境内，与毒贩安排带路的李春明（同案被告人，已判刑）等一起从云南省畹町乘车至芒市机场，欲乘飞机前往内地。在机场安检时，杨永保、陈兴助被我公安人员盘查，即交代体内藏毒的事实。后公安人员分别从杨永保体内查获海洛因486克，从陈兴助体内查获海洛因441克。从本案来看，杨永保、陈兴助在机场接受的是例行安全检查，其携带毒品的罪行尚未被公安机关发觉，仅因形迹可疑受到盘问，即如实缴代了体内藏毒的罪行。这种情形符合司法解释的相关规定，因而应当视为自动投案。又由于杨永保、陈兴助所交代的罪行属如实供述，因而构成自首。

³⁵³ 理由：在行政拘留、民事拘留期间，如果不如实供述犯罪事实，这些措施届满，行为人就会被释放。行为人主动交代罪行，属于主动将自己置于司法机关刑事措施控制之下。

³⁵⁴ 犯罪嫌疑人被亲友采用强制捆绑等手段送到司法机关，或者在亲友带领侦查人员前来抓捕时无拒捕行为，并如实供述犯罪事实的，不能认定为自动投案。但是，亲友“送首”的成立自首：并非出于犯罪嫌疑人主动，而是经亲友规劝、陪同投案的；公安机关通知犯罪嫌疑人的亲友，或者亲友主动报警后，将犯罪嫌疑人送去投案的，也应当视为自动投案。理由在于：如果离开犯罪人本人的意志是难以实现或者根本不可能实现的，所以，在本质上，这些归案行为仍然是基于犯罪人的意志而发生的。2010年12月28日最高人民法院《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》。司法解释对于“自动投案”的规定更加强调犯罪嫌疑人到案的非对抗性而不是主动性。

2. 如实供述自己的罪行。——自己涉案、参与的犯罪事实。³⁵⁵注意如下问题：

要求如实供述自己的罪行，其目的就是要求自首的行为人供述真实的案件事实，协助司法机关作出一个正确的判决书。

(1) 犯有数罪时，仅供述了部分罪行的，只能对部分罪行认定为是自首。

(2) 共同犯罪中，除如实供述自己的罪行，还应当供述所知的同案犯。根据 2010 年司法解释，应供述：第一，犯罪分子提供同案犯姓名、住址、体貌特征等基本情况；第二，提供犯罪前、犯罪中掌握、使用的同案犯联络方式、藏匿地址。³⁵⁶司法机关据此抓捕同案犯的，不能认定为协助司法机关抓捕同案犯，即不能认定为是立功，这是自首应供述的内容。

(3) 共同犯罪中的主犯，应当供述其所知道的其它同案犯的共同犯罪事实。

(4) 如实供述的必须是主要犯罪事实(承认自己干了这件事)，即犯罪构成要件的事实，对于细枝末节的事实(衣服、刀等)，即使没有供述，也认定为是自首。³⁵⁷

除供述自己的主要犯罪事实外，还应包括姓名、年龄、职业、住址、前科等情况。犯罪嫌疑人供述的身份等情况与真实情况虽有差别，但不影响定罪量刑的，应认定为如实供述自己的罪行。犯罪嫌疑人自动投案后隐瞒自己的真实身份等情况，影响对其定罪量刑的，不能认定为如实供述自己的罪行。

(5) 实施了多个同种犯罪行为时，供述内容应超过 50%。

(6) 如实供述自己罪行的时间：司法机关掌握其主要犯罪事实之前如实供述的，就可以认为是“如实供述自己的罪行”。犯罪嫌疑人自动投案时虽然没有交代自己的主要犯罪事实，但在司法机关掌握其主要犯罪事实之前主动交代的，应认定为如实供述自己的罪行。

(7) 如实供述自己的罪行后又翻供的，不能认定为是自首；但在一审判决前又能如实供述的，应当认定为自首。

(8) 被告人对行为性质的辩解不影响自首的成立。³⁵⁸

³⁵⁵ 但是，如果按照司法机关的安排，将同案犯约至指定地点、当场指认同案犯，或者带领侦查人员抓获同案犯的，则可认定为立功，因为此类协助，犯罪分子完全可以不予配合，而其一旦主动、积极协助，个人则要承受一定压力、承担一定风险，因此应当通过认定为立功予以“鼓励”。

³⁵⁶ “犯罪前、犯罪中”掌握、使用的同案犯“联络方式、藏匿地址”，则属于预谋、实施犯罪的范畴，也是犯罪分子应当供述的内容。不能认定为协助抓捕同案犯，即不能认定为立功，属于自首的范畴。

交代同案犯的“藏匿地址”，司法机关据此抓获同案犯的，应如何处理？理论上争议很大，审判实践中的做法：

(1) 提供“犯罪前、犯罪中”所掌握的同案犯“联系方式、藏匿地址”的，属于自首应供述的内容，不成立立功。例如，易翔等人盗窃一案，法院认为，2014 年 11 月初至 2014 年 11 月 12 日，被告人易翔与被告人李明连续共同盗窃作案 5 次，期间，二被告人一直共同居住，是共同犯罪行为的延续状态，故被告人易翔供述的被告人李明藏匿地址，不属于犯罪后掌握的同案犯的藏匿地址，属如实供述共同犯罪事实的范畴，不构成立功。(2015)晋市法刑终字第 243 号。刑事审判参考指导案例第 1169 号指出，公安机关根据赵双江供述将赵文齐抓获，赵文齐的藏匿地点属于赵双江在犯罪中掌握的同案犯藏匿地址，不能认定为协助司法机关抓捕同案犯，赵双江不构成立功。

又如，被告人刘帅、李汉军、李景超构成抢劫罪，李汉军、李景超分别主动向公安机关提供李景超、刘帅的 QQ 号，便于公安机关通过技术侦查手段抓获同案犯，但该 QQ 号系两被告人犯罪前、犯罪中已掌握的同案犯的联络方式，属于如实供述“应当提供的内容”，不构成立功。参见张军、黄尔梅主编：《最高人民法院自首、立功司法解释案例指导与理解适用》。

(2) 提供“犯罪后”同案犯的去向(藏匿地址)，司法机关据此抓获同案犯的，成立立功。陈三平、董湘东犯盗窃案的判决指出：原审被告人陈三平在关押期间提供同案人陈玲珑犯罪后的新的藏匿地址，陈玲珑系共同犯罪的主犯，批捕在逃，其犯罪后藏匿在新的住址，公安机关一直未将其抓获归案，公安机关据陈三平举报的陈玲珑的新的藏匿地址得以将其抓获。陈三平提供的同案人陈玲珑的藏匿地址不是犯罪前、犯罪中掌握、使用的，而是犯罪后的新的藏匿地址，其行为应当认定为立功。(2011)株中法刑二终字第 36 号。(以上问题，由我的研究生刘英锐提供，查阅了大量案例。在此表示感谢！)

又如，被告人梁延兵因毒品犯罪被抓获后，如实供述同案犯陈光虎共同贩卖毒品的犯罪事实，并提供陈光虎可能藏匿在其姐姐家的线索，公安机关据此将陈光虎抓获的，梁延兵成立立功。对于本案，一、二审法院认定梁延兵不能成立立功，认为其对同案犯藏匿地点的交代，只是其如实供述同案犯的行为。最高人民法院在对本案进行复核时，认定梁延兵成立立功。最高人民法院认为，同案犯陈光虎藏匿在其姐姐家这一事实，不是共同贩卖毒品的事实，该地点也并非贩毒地点，而是陈光虎的下落，其提供的同案犯藏匿地址精确、具体、详细，司法机关据此抓捕同案犯的，应该认为梁延兵协助抓捕同案犯，成立立功。《刑事审判参考》指导案例第 249 号。

³⁵⁷ 虽然被告人亲历犯罪，但是我们也要实事求是地承认被告人的个体差异，突发性犯罪、高度紧张下的犯罪等会导致被告人认识上发生偏差，记忆上出现失误。只要交代主要犯罪事实，作案的情节与证据不相吻合的，不影响如实供述的成立。

《刑事审判参考》第 363 号指导案例，周文友故意杀人案中，被告人周文友持尖刀与拿砍刀的受害人打，将受害人右侧胸肺、左侧腋、右侧颈部等处刺伤导致对方死亡，自己也身受重伤。被告人只承认捅了死者胸部一刀，明显与尸检结论不符。法院认为被告人归案后，供述了持刀杀害被害人的事实，供述一直稳定。犯罪的性质和主要情节清楚，犯罪的动机也讲明，应当认定对主要事实做了供述。

³⁵⁸ 行为的性质即行为的法律属性，例如，对自己的行为究竟是正当防卫、防卫过当、紧急避险、故意杀人中的哪一种，进行辩解。而自首只要求行为人交待“事实”问题，不要求交待“法律问题”，故对行为性质的辩解不影响自首的成立。对行为性质的辩解不影响自首的成立，但前提是，对事实本身进行了如实交代。

同样的证据、同样的事实，人们对其法律性质的认识未必一致。可能是罪与非罪的分歧，如是正当防卫还是防卫过当。可能是此罪与彼罪的分歧，可能是同一罪名不同量刑档次的分歧，如有没有特别严重的情节。可能是控辩双方、控审双方、辩审双方的分歧。可能是控、辩、审三方的分歧。可能是一审、二审之间的分歧。各种情形不一而足。对案件的定性是法官的权力所致，自首的成立不要求自首人对案件性质的认识与法官一致、与最后的裁判结果一致。

【小案例】《刑事审判参考》指导案例第1244号，许涛故意杀人案——自动投案后将性质恶劣的故意杀人行为编造为相约自杀，能否成立自首？该案中，审判实践对许涛的行为否认了自首的成立，认为其没有如实交代自己的犯罪行为，相约自杀与普通的故意杀人罪在刑法上的处理是完全不同的，这样会影响最终的定罪量刑。该案，西安市中级人民法院、陕西省高级人民法院均认可许涛的行为成立自首，最高人民法院经复核后认为，许涛的行为不成立自首。

【小案例】2011年6月某日，被告人谢某驾驶一辆大客车行驶至重庆市江津区双福街道恒大金碧天下高层小区道路幼儿园路段时，超速并越过中心线行驶，与相向行驶的一辆无牌摩托车相撞，造成摩托车驾驶员赵某、乘客王某二人当场死亡和两车受损的交通事故。经重庆市江津区公安局交通巡逻警察支队认定被告人谢某承担事故的主要责任。同日，谢某向重庆市江津区公安局主动投案，并如实供述了自己的犯罪事实。案发后，被告人谢某赔偿了被害人赵某家属人民币35000元，赔偿了被害人王某家属人民币50000元。谢某虽然在公安机关有自首情节，但在一审宣判前坚持认为其在此次事故中应负次要责任，对江津区公安局出具的《道路交通事故认定书》责任划分不服，拒不认罪。法院认为，被告人谢某犯罪后主动投案，在侦查及一、二审阶段中对自己的主要犯罪事实供认不讳，符合自首的成立要件。其在庭审中对自己在事故中所负责任的辩解是其依法行使辩护权的表现，并未对基本犯罪事实予以否认，亦未违背自首制度设立的本意和目的，仍应认定为自首。

2009年卷二53. 关于自首中的“如实供述”，下列哪些选项是错误的？（AD）

- A. 甲自动投案后，如实交代自己的杀人行为，但拒绝说明凶器藏匿地点的，不成立自首
- B. 乙犯有故意伤害罪、抢夺罪，自动投案后，仅如实供述抢夺行为，对伤害行为一直主张自己是正当防卫的，仍然可以成立自首
- C. 丙虽未自动投案，但办案机关所掌握线索针对的贪污事实不成立，在此范围外丙交代贪污罪行的，应当成立自首
- D. 丁自动投案并如实供述自己的罪行后又翻供，但在二审判决前又如实供述的，应当认定为自首

2015年卷二11. 下列哪一选项成立自首？（C）

- A. 甲挪用公款后主动向单位领导承认了全部犯罪事实，并请求单位领导不要将自己移送司法机关
- B. 乙涉嫌贪污被检察院讯问时，如实供述将该笔公款分给了国有单位职工，辩称其行为不是贪污
- C. 丙参与共同盗窃后，主动投案并供述其参与盗窃的具体情况。后查明，系因分赃太少、得知举报有奖才投案³⁵⁹
- D. 丁因纠纷致程某轻伤后，报警说自己伤人了。报警后见程某举拳冲过来，丁以暴力致其死亡，并逃离现场³⁶⁰

2017年卷二9. 关于自首，下列哪一选项是正确的？（B）

- A. 甲绑架他人作为人质并与警察对峙，经警察劝说放弃了犯罪。甲是在“犯罪过程中”而不是“犯罪以后”自动投案，不符合自首条件³⁶¹
- B. 乙交通肇事后留在现场救助伤员，并报告交管部门发生了事故。交警到达现场询问时，乙否认了自己的行为。乙不成立自首
- C. 丙故意杀人后如实交了自己的客观罪行，司法机关根据其交代认定其主观罪过为故意，丙辩称其为过失。丙不成立自首³⁶²
- D. 丁犯罪后，仅因形迹可疑而被盘问、教育，便交代了自己所犯罪行，但拒不交代真实身份。丁不属于如实供述，不成立自首

《刑事审判参考》第42号指导案例，张杰故意杀人案中，张杰与被害人争吵过程中拿菜刀砍对方颈部导致死亡。被告人有自动投案的情节，实际上是自已从厨房拿刀行凶的。供述时谎称是被害人从自家拿菜刀砍自己，自己被迫夺刀自卫。本案中被告人只有自动的投案行为，之后却隐瞒事实真相，推诿责任，不能成立自首。该案不是对行为性质的辩解，而是对事实本身都进行了隐瞒。

³⁵⁹ 这是自首的原因，不影响自首的成立。该选项来源于《刑事审判参考》第381号指导案例，董保卫、李志林等盗窃收购赃物案。被告人董保卫、李志林、董曙光共同盗窃，董曙光因为分赃很少，又听说举报能领奖金，遂向被盗单位举报自己与其他人盗窃该单位物品的情况，并由被盗单位人员带至公安机关报案。法院认定为自首。质言之，本案节约了司法资源。

³⁶⁰ 自动投案不仅要有主动投案的环节，而且还包含投案之后要接受审查、裁判。《刑事审判参考》指导案例第76号魏荣香、王招贵、郑建德故意杀人、抢劫、脱逃、窝藏案中，魏荣香杀人后主动向公安机关投案，并如实供述犯罪事实。但是逮捕羁押期间魏荣香在男友的帮助下从看守所逃跑，后被抓获，法院没有采纳有自首的情节的辩护，究其原因是行为人逃避审查、裁判。

³⁶¹ 刑法第67条规定，犯罪以后自动投案，如实供述自己罪行的，是自首。既然“犯罪以后”自动投案的，都能成立自首，那么“犯罪过程中自动投案的，更应成立自首。这是当然解释，似乎本案应成立自首。本案应不成立自首，但其原因不是因为其是在“犯罪过程中”投案，而主要是考虑到其不具有“自动性”，是在警方已经到场而“投案”，质言之，无路可逃，而不是“能逃而不逃”。“能逃而不逃”才符合“自动”投案的特征，本案更像是“被动（被迫）”归案。即该案不符合自首条件的原因不是因为是在“犯罪过程中”，而是因为没有“自动”投案。A选项的结论（不成立自首）是正确的，但理由（不属于犯罪后）是错误的，故A错误。

“自动投案”的本质是有意识地将自己置于司法机关的控制之下，而本案中，甲是必然会被司法机关抓获，无路可逃，不属于“自动投案”。审判实践中对该选项的类似案件，也没有认定为自首。

³⁶² 自首中“如实交待自己的罪行”只要交待客观事实就可以，即交待自己是如何将被害人打死的这一客观事实。至于这种行为究竟是“故意”还是“过失”，那是相当专业的法律评价、法律术语。犯罪分子本人不可能清楚刑法上的故意、过失之间的界限，也无须准确阐述这一行为究竟是故意还是过失。退一步讲，即便学过法律的人，对于某一行为究竟是故意，还是过失，有的时候都不是很容易区分。质言之，行为究竟在刑法上属于故意还是过失，是一种法律评价、规范评价。

(二) 特别自首(余罪自首)的成立条件

1. 主体: 被采取强制措施犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯。
2. 供述的内容:

(1) 如实供述司法机关尚未掌握的其它异种罪行的。³⁶³ (如果其供述的罪行与已被掌握的罪行属同种的, 虽然可以酌情从轻, 但不属于自首)

第一, 如何理解司法机关尚未掌握? 公安部发布的通缉令, 视同全国公安司法机关已经掌握。

第二, 如何理解异种罪行? 是否异种罪行, 应以刑法的规定为准, 而不是以犯罪分子本人的判断为标准。³⁶⁴ 异种罪行必须是与司法机关已经掌握的罪行没有法律上、事实上的密切关系。例如, 司法实践中, 涉及人身、财产的犯罪, 如在敲诈勒索、绑架、故意杀人、抢劫、故意伤害、交通肇事等案件中, 被害人的人身安全, 其随身携带财物的下落, 作案工具的来源、去向等事实, 均是与行为人实施的犯罪行为紧密关联的事实。在供述司法机关已掌握的犯罪事实过程中, 另外供述上述司法机关未掌握的犯罪事实的, 即使实施上述事实的行为单独构成另一犯罪, 由于该行为与司法机关已经掌握的行为具有密切关系, 也不构成自首。³⁶⁵

司法机关或其它办案机关所掌握线索针对的犯罪事实不成立, 在此范围外交代同种罪行的。³⁶⁶

综上, 成立特别自首, 行为人供述的罪行必须是司法机关尚未掌握、且短期之内难以掌握的。

【小案例】: 刑事审判参考指导案例第 1225 号。张才文等抢劫、盗窃案, 该案中, 被告人张才文伙同杨有军、梁绍兵、刘运林实施盗窃过程中, 杨有军超出共同盗窃的故意, 持铁棍将被害人李树新打死。张才文被抓获之后, 如实交代了杨有军的杀人事实, 法院没有认定为立功。裁判理由指出, 杨有军在共同犯罪中超出共同犯意, 实施致人死亡的行为, 是张才文、杨有军等人共同盗窃犯罪事实的密切关联行为, 属于张才文应当如实供述的内容。亦即属于盗窃罪的密切关联的事实, 不属于特别自首的异种罪行, 也不属于检举揭发他人犯罪行为而成立立功。裁判要旨指出: 杨有军致人死亡的行为, 恰恰就发生在共同盗窃犯罪的过程中, 与共同盗窃犯罪密不可分。杨有军的致人死亡行为是张才文供述自己共同盗窃行为时必须交代的同案犯的密切关联的行为, 如果要把共同盗窃的行为及后果交代清楚, 就不可避免地会涉及杨有军实行过限的致人死亡行为; 反之, 若张才文未交代杨有军的致人死亡行为, 则无法交代清楚其参与的共同盗窃事实。从这一意义上看, 张才文交代杨有军的杀人行为, 实际上就是交代自己的犯罪事实, 但由于张才文未自动投案, 不成立自首。

六、立功

刑法规定立功, 并对其减免处罚, 其主要理由在于: (1) 从法律上看, 行为人能揭发或阻止他人犯罪, 表明其人身危险性、再犯可能性降低; (2) 从政策上看, 行为人能揭发或阻止他人犯罪, 有利于节约司法资源。——对“立功”应限制解释为: 有利于查获犯罪, 包括预防、查获、制裁犯罪有关的举止。立功分为检举揭发型、提供线索型、协助抓捕型、阻止犯罪型和其他贡献型。“其他贡献型”立功, 是指与刑事案件无关的, 在日常生产生活中做出的有益于国家和社会的突出表现行为。行为人在案件审理期间积极救助意欲自杀人员的行为, 属于“具有其他有利于国家和社会的突出表现”, 应构成立功。

(一) 立功的具体内容——亲为性、合法性、有效性

1. 到案后检举、揭发他人犯罪行为(包括揭发同案犯的其他与本人不相关的犯罪行为)。
2. 提供侦破其它案件的重要线索。

³⁶³ 之所以在特别自首的情况下, 要求行为交待的必须是“异种罪行”, 其主要理由在于, 在我国同种数罪是不并罚的。例如, 甲因为盗窃 5000 万元被司法机关抓获(该罪不成立自首, 系被动归案), 在逮捕期间, 甲如实交待了自己的另外一起盗窃他人价值 3000 元财物的行为, 与前罪系同种罪名(盗窃罪)。根据我国刑法规定, 同种数罪是不并罚的, 甲的行为仅认定为盗窃罪一罪, 即盗窃罪(5000 万元+3000 元)一罪。如果将甲的行为认定为自首的话, 则盗窃罪(5000 万元+3000 元)就是自首, 可以从轻或者减轻处罚, 这显然是不合适的。其仅仅是就 3000 元进行了交待, 要将其(5000 万元+3000 元)认定为是自首, 进而从轻或者减轻处罚, 显然是不合适的, 有违罪刑均衡。

³⁶⁴ 例如, 甲因绑架罪被动归案, 后在拘留期间, 主动交待了另外一起绑架并杀害人质的案件。甲认为其后续交待的行为是绑架罪、故意杀人罪, 与之前被拘留的罪是不同罪名, 但根据刑法规定, 绑架后杀人的, 也仅定绑架罪。因此, 甲仍然属于交待同种罪行, 不成立特别自首。

³⁶⁵ 案例: 甲杀害乙后, 又给乙家里打电话, 谎称乙被绑架, 意图勒索财物, 乙家属报警, 甲被抓获。在关押期间, 甲如实供述了杀乙的事实, 也不成立自首。理由在于: 甲供述的杀乙的事实, 与其被抓获的敲诈勒索罪密切相关。又比如, 因受贿被采取强制措施后, 又交代因受贿为他人谋取利益行为, 构成滥用职权罪的, 应认定为同种罪行。“事实上的密切关联”, 是指已掌握的犯罪与未掌握的犯罪之间存在手段与目的等关系, 且易结合发生的情形。如因持枪杀人被采取强制措施后, 又交代其盗窃或私自制造枪支的行为。因为有枪才能实施持枪杀人行为, 且枪支本身属于违禁品, 故交代枪支来源而另行构成的涉枪犯罪, 应当认定为与故意杀人罪属于同种罪行。“法律上密切关联”的犯罪, 是指不同犯罪的构成要件有交叉或者不同犯罪之间存在对合(对向)关系、因果关系、目的关系、条件关系等牵连关系。例如, 行贿罪和受贿罪、收买被拐卖的妇女、儿童罪与拐卖妇女、儿童罪, 洗钱罪与毒品犯罪、黑社会性质组织犯罪等上游犯罪, 掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪与为获得赃物而实施的抢劫罪、盗窃罪等犯罪, 窝藏、包庇罪与被窝藏、包庇的行为人之前所犯的罪。

³⁶⁶ 例如, 司法机关因为 A 盗窃案件将甲抓起来了, 后来证据表明 A 盗窃案件并非甲实施。但在关押期间, 甲交待了自己的另外一起 B 盗窃案件。看似甲交待了同种罪行, 但由于之前的 A 盗窃案件不是甲实施的, 司法机关实际上相当于抓错了人, 甲在司法机关面前应该是“无罪”的, 在此背景下, 甲再交待任何罪行(包括 B 盗窃案件), 成立特别自首。

3. 阻止他人犯罪活动。

4. 协助司法机关抓捕其它犯罪嫌疑人（包括同案犯）：（1）按照司法机关的安排，以打电话、发信息等方式将其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）约至指定地点的；（2）按照司法机关的安排，当场指认、辨认其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）的；（3）带领侦查人员抓获其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）的；（4）提供司法机关尚未掌握的其他案件犯罪嫌疑人的联络方式、藏匿地址的，等等。

考点：不能认定为是立功的情形：

- a. 本人通过非法手段或者非法途径获取的；（非法）
- b. 本人因原担任的查禁犯罪等职务获取的；（职务行为）
- c. 他人违反监管规定向犯罪分子提供的；（非法）
- d. 负有查禁犯罪活动职责的国家机关工作人员或者其它国家工作人员利用职务便利提供的。（职务行为）
- e. 揭发具有对向（对合）关系的犯罪中的他人犯罪行为，是交代共犯人的犯罪事实，系自首，不能认定为是立功。

【小案例】《刑事审判参考》指导案例第 1125 号，李虎、李善东等故意伤害案——故意隐瞒自己参与共同犯罪的事实而以“证人”身份按照司法机关安排指认同案犯的行为是否构成立功。李虎、李善东等故意伤害他人后，李虎故意隐瞒自己参与共同犯罪的事实，而以“证人”身份按照司法机关安排指认同案犯李善东实施了伤害行为。李虎的行为不成立立功，立功的前提是，犯罪分子“到案后”协助司法机关抓获其他犯罪嫌疑人。而本案中，李虎并没有“到案”，因此，不能认定为是立功。

【小案例】《刑事审判参考》指导案例第 714 号，杨彦玲故意杀人案——如实供述自己所参与的对合型犯罪中对方的犯罪行为，不构成立功。被告人杨彦玲采用投毒手段杀害丈夫白建平，在继子白航饮用白建平服剩的有毒饮料时不予制止，且在医院救治白航时隐瞒真相不报，致白航中毒死亡，其行为已构成故意杀人罪，犯罪手段残忍，后果严重，应依法予以惩处。杨彦玲在侦查阶段对于重金属铊的来源、购买方式、汇款地点的供述系如实交代自己的犯罪行为，所涉及的内容均属本案相关犯罪事实，故其行为不构成立功。在本案中，被告人杨彦玲购买铊的行为和唐明才通过互联网出售铊的行为属于对合型犯罪，且杨彦玲购买铊的行为系其实施故意杀人的犯罪预备。杨彦玲如实供述了犯罪预备阶段自己所参与的对合型犯罪中对方的犯罪行为，属于其法定义务，因此，不构成立功。

（二）一般立功和重大立功的区别**考点提示：只要检举、揭发的他人犯罪行为在客观上是有可能判无期徒刑，即便该罪过了追诉时效，或者行为人主观上无罪责（如未达刑事责任年龄），都是重大立功。³⁶⁷

2012 年卷二 58. 警察甲为讨好妻弟乙，将公务用枪私自送乙把玩，丙乘乙在人前炫耀枪支时，偷取枪支送交派出所，揭发乙持枪的犯罪事实。——丙以非法方式获取他人犯罪线索的，不成立立功。

【小案例】《刑事审判参考》指导案例第 707 号，沈同贵受贿案——阻止他人犯罪活动，他人因未达刑事责任年龄而未被追究刑事责任的，行为人的阻止行为仍构成立功。被告人沈同贵在取保候审期间，制止窃取他人钱包的阿某的盗窃活动，之后因阿某未达到刑事责任年龄，公安机关未作为刑事案件处理。阿某虽不符合犯罪主体的成立要件，但其可以成为“阻止他人犯罪行为”立功中“犯罪行为”的主体；阿某盗窃他人钱包的行为，符合盗窃罪客观要件的外在表现形式，被盗钱包内有现金人民币 9800 元，已达到了盗窃罪的追诉标准，且数额巨大，是具备社会危害性且客观上侵害了刑法所保护利益的行为，属于“阻止他人犯罪活动”立功中“犯罪活动”的范畴；沈同贵对阿某的盗窃活动当场予以制止，使被害人的财产利益免受侵害。

（三）立功的法律后果

1. “自首”或者“一般立功”的：可以从轻、减轻处罚。（自首中，犯罪较轻的，可以免除处罚）
2. 有“重大立功”表现的：可以减轻或者免除处罚。
3. 自首的法律效果仅及于自首的本罪，立功的法律效果可以及于行为人所犯的所有罪。³⁶⁸
4. 揭发具有对向（对合）关系的犯罪中的他人犯罪行为，不能认定为是立功，属于自首应交待的内容。³⁶⁹

³⁶⁷ 2010 年 12 月 22 日最高人民法院《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》指出，被告人检举揭发或者协助抓获的人的行为构成犯罪，但因法定事由不追究刑事责任、不起诉、终止审理的，不影响对被告人立功表现的认定；被告人检举揭发或者协助抓获的人的行为应判处无期徒刑以上刑罚，但因具有法定、酌定从宽情节，宣告刑为有期徒刑或者更轻刑罚的，不影响对被告人重大立功表现的认定。

³⁶⁸ 例如，甲因为犯 A 罪被司法机关抓获，在拘留期间，甲如实交待了司法机关尚未掌握的其所犯的 B 罪，对 B 罪成立特别自首，仅就 B 罪可以从轻或者减轻处罚。又如，甲犯了 A、B、C 三罪，均被司法机关查获后被拘留，在拘留期间，甲向司法机关交待了乙所犯的 D 罪，这属于立功，对甲所犯的 ABC 三个罪都能享受到立功的法律效果，即可以从轻或者减轻处罚。

2014 年卷二 56. 1999 年 11 月，甲（17 周岁）因邻里纠纷，将邻居杀害后逃往外地。2004 年 7 月，甲诈骗他人 5000 元现金。2014 年 8 月，甲因扒窃 3000 元现金，被公安机关抓获。在讯问阶段，甲主动供述了杀人、诈骗罪行。关于本案的分析，下列哪些选项是错误的？（ABCD）C. 甲如实供述了公安机关尚未掌握的罪行，成立自首，故对盗窃罪可从轻或者减轻处罚——该选项的内容错误，在侦查阶段，甲交待了司法机关尚未掌握的罪行（诈骗罪、故意杀人罪），成立特别自首。自首的法律效果“可以从轻或者减轻处罚”仅及于自首的本罪，甲的盗窃行为并没有自首，是被抓获的，故甲的盗窃行为不能享受自首的法律效果“可以从轻或者减轻处罚”。

³⁶⁹ [案例]：（1）张三将自己持有的吸食毒品带去司法机关，交待自己的持有毒品的事实，可以成立非法持有毒品罪的自首。如果张三还

2012年卷二57. 下列哪些选项不构成立功？(ACD)

- A. 甲是唯一知晓同案犯裴某手机号的人，其主动供述裴某手机号，侦查机关据此采用技术侦查手段将裴某抓获
- B. 乙因购买境外人士赵某的海洛因被抓获后，按司法机关要求向赵某发短信“报平安”，并表示还要购买毒品，赵某因此未离境，等待乙时被抓获
- C. 丙被抓获后，通过律师转告其父想办法协助司法机关抓捕同案犯，丙父最终找到同案犯藏匿地点，协助侦查机关将其抓获
- D. 丁被抓获后，向侦查机关提供同案犯的体貌特征，同案犯由此被抓获

七、数罪并罚

(一) 数罪并罚之“数罪”的理解³⁷⁰

(二) 数罪并罚的原则——主要针对的是有期徒刑的数罪并罚

数罪并罚的几种情形

1. 判决宣告以前一人犯数罪的并罚。

判决宣告以前一人犯数罪的，除判处死刑和无期徒刑的以外，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，但是管制最高不能超过三年，拘役最高不能超过一年，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。

2. **漏罪并罚。**处理原则：先并后减，漏了等于没漏。****考点提示：**如果法院先前作出的判决是针对多个犯罪作出的，后又发现漏罪，就应该将漏罪与原来已经作出的判决“并”。

例如，甲犯有ABCD四个罪，法院先发现了A(8年)、B(10年)两罪，判决宣告**13年有期徒刑(判决1)**，刑罚执行3年后，发现甲还有C(5年)、D(7年)两个罪，并罚的方法应该是：将法院已经宣告的刑罚(13年，即判决1)与C罪、D罪并罚，³⁷¹即在13年以上20年以下，假定确定刑罚为17年(判决2)，然后减去已经执行的3年，意味着甲还须在监狱服刑14年。³⁷²

3. **新罪并罚。**处理原则：**先减后并，将剩余刑期和新罪并。**³⁷³

例如，甲犯A罪，被判处有期徒刑12年，已经执行刑罚7年后被假释，假释后的第3年又犯B罪(10年)。那么，并罚的方法是：先减，先计算出已判刑罚的剩余期限(12-7=5年)，再将与B罪(10年)按刑法第69条的规定并罚，即在[10, 15]这一幅度内确定应当适用的刑罚，那么意味着甲还应在监狱里面呆[10, 15]。

****无论是“先并后减”还是“先减后并”，减掉的都是已经实际执行的刑罚。**例如，甲在2000年判处有期徒刑三年缓刑三年，在缓刑考验期内2002年犯B罪被判处有期徒刑五年，因为A罪缓刑并没有实际执行，只需要撤销缓刑，三年和五年合并，就是五年以上八年以下有期徒刑。

4. 行为人在判决宣告后，刑罚执行完毕以前，既发现判决宣告前的漏罪，又在刑罚执行期间犯新罪，如何处理？

³⁷⁴

能交待是谁贩卖毒品给他，则成立立功。因为张三仅犯了非法持有毒品罪，他只要将自己持有毒品的事实交待就是自首，除此之外的事实并不是证明张三本人犯罪所必须的，因此，属于立功。

(2) 李四将自己家中受贿的20万元交给司法机关，说是自己受贿所得，由于没有具体的行贿人，不能认定受贿罪，当然不成立受贿罪的自首。李四要交成立受贿罪，必须把行贿人交待出来才行，因此，李四交待行贿人是认定其成立受贿罪的必不可少的组成部分，对于此交待，是行为人自首所必须交待的内容。因此，应认定为是自首。当然，交待行贿人也可以认为是交待了他人的犯罪行为，故也可以认定为是立功。基于此，可以认为是自首与立功的竞合。

(3) 2014年卷二12. 甲(民营企业销售经理)因合同诈骗罪被捕。在侦查期间，甲主动供述曾向国家工作人员乙行贿9万元，司法机关遂对乙进行追诉。后查明，甲的行为属于单位行贿，行贿数额尚未达到单位行贿罪的定罪标准。甲的主动供述构成立功，原因在于：本案中，甲代表单位行贿的行为(单位行贿)并不构成犯罪，因为该案并没有达到单位行贿的定罪标准。但国家工作人员乙的行为构成受贿罪，从这一意义上看，甲实际上是交待了他人的犯罪行为，应属于立功。

³⁷⁰ 判决宣告以前，同种数罪不并罚；判决宣告后，漏罪、新罪即便是与原判决之罪种类相同的，也要并罚。

³⁷¹ 注意，此处不是将C、D罪与A、B罪并罚，而是将C、D罪与已经宣判的13年并罚，其目的是为了维护法院已作出的判决的权威性。另一理由是，刑法第70条规定：“判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，发现被判刑的犯罪分子在判决宣告以前还有其它罪没有判决的，应当对新发现的罪作出判决，把前后两个判决所判处的刑罚，依照本法第六十九条的规定，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。”——也就是说，要找出法院曾经的判决，再和漏罪并罚。

³⁷² 之所以对漏罪采取先并后减，其理由在于，漏罪早就应该处理的，只是被犯罪分子隐瞒了，所以，发现了，就应该回到第一次判决的立场，先将漏罪C罪(5年)、D罪(7年)与原判决确定的刑罚(13年)并罚，**最低不少于13年，最高不超过20年。**可能有人问，为什么不是C罪、D罪和A罪、B罪并，这是因为，法院已经就A罪、B罪作出了一个判决13年，要尊重法院已经作出的判决的权威性。如果行为人在第一次审判前就交待自己的C罪、D罪，那当时就可以将A(8年)B(10年)C(5年)D(7年)四个罪并罚，这四个罪并罚，**最低应是10年，最高不超过20年。**这样一看，是不是行为人提前交待可能更有利于被告人呢？

³⁷³ 之所以对新罪是先减后并，是因为新罪发生的时间是前罪刑罚已经执行一部分，不可能将新罪与前罪的刑罚并。只能将前罪目前为止剩下的刑期与新罪并罚，即先减后并。

³⁷⁴ 此种情况下，先处理漏罪，再处理新罪。

关于附加刑的执行：《刑法修正案（八）》规定：数罪中有判处附加刑的，附加刑仍须执行，其中附加刑种类相同的，合并执行**，种类不同的，分别执行。即：数罪分别被判处附加刑的，要全部执行到位。

5. 关于不同刑种的并罚。《刑法修正案（九）》规定：

(1) 数罪中有判处**有期徒刑和拘役的，执行有期徒刑**。

(2) 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**。（有期徒刑可以吸收拘役，但有有期徒刑、拘役不能吸收管制，因为管制属于非监禁刑罚，与监禁刑如有期徒刑、拘役的惩罚改造方式不同）

2011年卷二57. 关于数罪并罚，下列哪些选项是符合《刑法》规定的？（ABCD）

A. 甲在判决宣告以前犯抢劫罪、盗窃罪与贩卖毒品罪，分别被判处13年、8年、15年有期徒刑。法院数罪并罚决定执行18年有期徒刑

B. 乙犯抢劫罪、盗窃罪分别被判处13年、6年有期徒刑，数罪并罚决定执行18年有期徒刑。在执行5年后，发现乙在判决宣告前还犯有贩卖毒品罪，应当判处15年有期徒刑。**法院数罪并罚决定应当执行19年有期徒刑，已经执行的刑期，计算在新判决决定的刑期之内**³⁷⁵

C. 丙犯抢劫罪、盗窃罪分别被判处13年、8年有期徒刑，数罪并罚决定执行18年有期徒刑。在执行5年后，丙又犯故意伤害罪，被判处15年有期徒刑。法院在15年以上20年以下决定应当判处16年有期徒刑，已经执行的刑期，不计算在新判决决定的刑期之内

D. 丁在判决宣告前犯有3罪，被分别并处罚金3万元、7万元和没收全部财产。法院不仅要合并执行罚金10万元，而且要没收全部财产

2017年卷二55. 关于数罪并罚，下列哪些选项是正确的？（ABCD）

A. 甲犯某罪被判处有期徒刑2年，犯另一罪被判处拘役6个月。对甲只需执行有期徒刑

B. 乙犯某罪被判处有期徒刑2年，犯另一罪被判处管制1年。对乙应在有期徒刑执行完毕后，继续执行管制

C. 丙犯某罪被判处有期徒刑6年，执行4年后发现应被判处拘役的漏罪。数罪并罚后，对丙只需再执行尚未执行的2年有期徒刑³⁷⁶

D. 丁犯某罪被判处有期徒刑6年，执行4年后被假释，在假释考验期内犯应被判处1年管制的新罪。对丁再执行2年有期徒刑后，执行1年管制

八、缓刑制度

（一）缓刑的适用条件

1. 被判处**拘役或者3年以下有期徒刑**（针对的是**宣告刑**，而非法定刑）的人。³⁷⁷

2. 根据犯罪人的犯罪情节和悔罪表现，适用缓刑确实不致再危害社会。

3. 不是累犯和**犯罪集团**³⁷⁸的首要分子。

4. **宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响。**

符合上述4个条件的，仅仅是“可以”适用缓刑。但对“审判时”**不满十八周岁的人、怀孕的妇女和已满七十五周岁**的人，符合前述条件的，“应当”宣告缓刑。

2017年卷二56. 关于缓刑的适用，下列哪些选项是错误的？（ABD）

A. 甲犯抢劫罪，所适用的是“三年以上十年以下有期徒刑”的法定刑，缓刑只适用于被判处拘役或者3年以下有期徒刑的罪犯，故对甲不得判处缓刑

B. 乙犯故意伤害罪与代替考试罪，分别被判处6个月拘役与1年管制。由于管制不适用缓刑，对乙所判处的拘役也不得适用缓刑

C. 丙犯为境外非法提供情报罪，被单处剥夺政治权利，执行完毕后又犯帮助恐怖活动罪，被判处拘役6个月。对丙不得宣告缓刑

D. 丁17周岁时犯抢劫罪被判处有期徒刑5年，刑满释放后的第4年又犯盗窃罪，应当判处有期徒刑2年。对丁不得适用缓刑

³⁷⁵ 此句的意思是，这19年还包括了已经执行的5年，意即，19年减去5年（14年）为罪犯还要继续执行的刑罚。

³⁷⁶ 对于漏罪，根据刑法第70条的规定，是先并后减。刑法第70条规定：“判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，发现被判刑的犯罪分子在判决宣告以前还有其它罪没有判决的，应当对新发现的罪作出判决，把前后两个判决所判处的刑罚，依照本法第六十九条的规定，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。”本案中，“先并”意即将原罪6年有期徒刑和拘役并罚，而有期徒刑是可以吸收拘役的，故只执行6年有期徒刑。在此基础上“后减”，是指减去已经执行的4年，那么，丙只要执行尚未执行的2年有期徒刑。

³⁷⁷ **适用缓刑，对犯罪性质没有特别要求**。即使是故意杀人、故意伤害等暴力犯罪，或者数罪并罚，只要实际判处的刑罚是有期徒刑三年以下，就有可能适用缓刑。

³⁷⁸ 恐怖活动组织、黑社会性质组织的首要分子都属于犯罪集团的首要分子。

（二）考验期计算

（1）从判决确定之日起计算（注意：原则上主刑均是从判决执行之日起计算，但缓刑一开始并不存在执行的问题，所以是从判决确定之日起计算考验期）

（2）先前羁押的期限不能折抵缓刑考验期。理由：先行羁押期限也是人民法院考虑行为人是否有悔罪表现从而适用缓刑；判决确定后应当重新计算考验期进行考查，如果先行羁押的期限可以折抵考验期，对行为人的考察就变得没有意义了，尤其是先行羁押时间过长的。——如果缓刑被撤销，先行羁押的期限可以折抵刑期；但先行羁押的期限不可以折抵缓刑考验期。

（三）缓刑的法律后果

1. 成功的缓刑。——原判刑罚不再执行。

2. 失败的缓刑——撤销缓刑，原判刑罚仍须执行。原因，在缓刑考验期内：

（1）在缓刑考验期内犯新罪。³⁷⁹

（2）在缓刑考验期内发现漏罪。

（3）在缓刑考验期内有违法行为情节严重的。

（4）在缓刑考验期内违反国务院有关部门关于缓刑的监督管理规定，或者违反人民法院判决中的禁止令，情节严重的。³⁸⁰

2015年卷二59. 关于缓刑的适用，下列哪些选项是正确的？（ABCD）

A. 甲犯重婚罪和虐待罪，数罪并罚后也可能适用缓刑

B. 乙犯遗弃罪被判处管制1年，即使犯罪情节轻微，也不能宣告缓刑

C. 丙犯绑架罪但有立功情节，即使该罪的法定最低刑为5年有期徒刑，也可能适用缓刑³⁸¹

D. 丁17岁时因犯放火罪被判处有期徒刑5年，23岁时又犯伪证罪，仍有可能适用缓刑

（四）缓刑与战时缓刑的区别

1. 被判缓刑的人，是被法院确定有罪。即使缓刑考验期满，原判刑罚不再执行，也是有罪的人。

2. 宣告战时缓刑的人，如果在缓刑期间戴罪立功，可以撤销原判刑罚，不以犯罪论处。

2011年卷二10. 关于缓刑的适用，下列哪一选项是错误的？（D）

A. 被宣告缓刑的犯罪分子，在考验期内再犯罪的，应当数罪并罚，且不得再次宣告缓刑

B. 对于被宣告缓刑的犯罪分子，可以同时禁止其从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人

C. 对于黑社会性质组织的首要分子，不得适用缓刑

D. 被宣告缓刑的犯罪分子，在考验期内由公安机关考察，所在单位或者基层组织予以配合³⁸²

第十六章 刑罚的执行

一、刑罚执行的机关

二、减刑

（一）减刑的适用对象

被判处管制、拘役、有期徒刑（含缓刑）、无期徒刑的犯罪人。（特别注意：不包括死缓的犯罪分子，也不包括附加刑）³⁸³

（1）对于死缓犯依法减为无期徒刑、有期徒刑的，不是刑法第78条所规定的减刑。（这是刑种的变更）

³⁷⁹ 对于此新罪，也不得适用缓刑。缓刑考验期内犯罪，这表明了犯罪分子恶性大。如果在考验期内再犯新罪，就充分表明其仍具有再犯罪的危险，即便其新犯的罪属于轻罪，也不符合缓刑适用条件，不能再次适用缓刑。——（张明楷：《刑法学中的当然解释》，载《现代法学》2012年第4期。）

延伸阅读：此外，如果在“被判处缓刑后的上诉期内”，再犯新罪的，也应撤销未判决生效的缓刑。缓刑的适用如同给行为人带上一个“紧箍咒”，促使其自我约束和良好改造，避免收监执行成为现实。行为人在“缓刑判决尚未生效时”又犯新罪，足以说明初判缓刑已失去威慑和教育功能，应予以撤销缓刑。参见《包武伟危险驾驶案——被判处缓刑后在上诉期内又犯新罪的法律适用》，刑事审判参考指导案例第1073号。

³⁸⁰ 2014年卷二55. 关于刑罚的具体运用，下列哪些选项是错误的？（AB）C. 丙因无线在网吧玩游戏而抢劫，被判处有期徒刑1年缓刑1年，并处罚金2000元，同时禁止丙在12个月内进入网吧。若在考验期限内，丙仍常进网吧，情节严重，则应对丙撤销缓刑——该选项的内容是正确的，丙在缓刑考验期内违反了禁止令，情节严重，就应该撤销对其的缓刑适用

³⁸¹ 只要丙实际被判处三年以下有期徒刑就有可能对其适用缓刑。虽然绑架罪的法定最低刑是5年有期徒刑，但丙如果同时还具有立功表现，可以从轻或者减轻处罚，因此，丙有可能适用3年有期徒刑，从这一意义上看，丙有可能被适用缓刑。

³⁸² 应实行社区矫正。

³⁸³ 死缓减为无期徒刑或者有期徒刑，罚金刑的减免、附加刑的减免都不属于刑法第78条所规定的“减刑”。

(2) 附加刑的减刑也不是刑法第 78 条所规定的减刑。

(3) **被宣告缓刑的犯罪人**，如果在缓刑考验期内确有突出悔改或立功表现的，可以参照刑法第 78 条的规定，对原判刑罚予以减刑，同时相应地缩短其缓刑考验期限。——2016 年最高人民法院《关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》第 18 条。

(4) 被假释的罪犯，除有特殊情况，一般不得减刑，其假释考验期也不能缩短。

(二) 减刑的限度与幅度

1. 限度——即减刑以后实际执行的最低刑期³⁸⁴

(1) 判处管制、拘役、有期徒刑的，不能少于原判刑期的二分之一；

(2) 判处无期徒刑的，不能少于十三年；

(3) 被判死缓的，不能少于十七年（15+2 年）³⁸⁵

(4) 人民法院依照本法第五十条第二款规定限制减刑的死刑缓期执行的犯罪分子，缓期执行期满后依法减为无期徒刑的，不能少于二十五年，缓期执行期满后依法减为二十五年有期徒刑的，不能少于二十年。

2. 关于减刑、假释的几个对比：

(1) 不履行财产性判项的罪犯，减刑幅度从严掌握。对符合减刑条件的职务犯罪罪犯，破坏金融管理秩序和金融诈骗犯罪罪犯，组织、领导、参加、包庇、纵容黑社会性质组织犯罪罪犯，危害国家安全犯罪罪犯，恐怖活动犯罪罪犯，毒品犯罪集团的首要分子及毒品再犯，累犯等，**确有履行能力而不履行或者不全部履行生效裁判中财产性判项的罪犯，减刑幅度应从严掌握**。——2016 年《最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》第 11 条。

(2) 对于生效裁判中有财产性判项，罪犯确有履行能力而不履行或者不全部履行的，不予假释。参见《解释》第 27 条。

(3) 对职务犯罪、破坏金融管理秩序和金融诈骗犯罪、组织（领导、参加、包庇、纵容）黑社会性质组织犯罪等罪犯，不积极退赃、协助追缴赃款赃物、赔偿损失，或者服刑期间利用个人影响力和社会关系等不正当手段意图获得减刑、假释的，不认定其“确有悔改表现”。参见《关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》第 3 条。即不得假释，原则上也不得适用减刑（除非有立功表现）。理由在于：“确有悔改表现”是假释的条件；“确有悔改表现”或“立功”是减刑的条件。

可以这样理解：减刑是罪犯的基本权利，只要改造好就可以减轻，相当于“吃稀饭”的权利；而假释则是优等的权利，是将罪犯放出去，相当于“吃红烧肉”的权利。而“不退赃”是严重错误，“不履行财产性判项”是一般错误。据此可以认为，无论是严重错误（不退赃），还是一般错误（不履行财产性判项），都不能享受假释（即吃红烧肉）这一优等的权利。犯一般错误，基本权利减刑只是受到一定限制，即减刑的幅度应有所限制；犯严重错误，不能认定为确有悔改表现，减刑的权利被剥夺一半，因为减刑的理由是“确有悔改表现”或“立功表现”。

实际上，其他司法解释对于减刑、假释的规定，基本上也都是贯彻了这一精神。例如，2019 年最高人民法院《关于办理减刑、假释案件具体应用法律的补充规定》，对拒不认罪悔罪的，或者确有履行能力而不履行或者不全部履行生效裁判中财产性判项的，不予假释，“一般”不予减刑。

2010 年卷二 10. 关于减刑，下列哪一选项是正确的？（C）

- A. 减刑只适用于被判处拘役、有期徒刑、无期徒刑和死缓的犯罪分子
- B. 对一名服刑犯人的减刑不得超过三次，否则有损原判决的权威性
- C. 被判处无期徒刑的罪犯减刑后，实际执行时间可能超过十五年
- D. 对被判处无期徒刑、死缓的罪犯的减刑，需要报请高级法院核准³⁸⁶

³⁸⁴ 减刑的次数没有限制。

³⁸⁵ 2016 年最高人民法院《关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》第 23 条：被判处无期徒刑的罪犯假释时，刑法中关于实际执行刑期不得少于十三年的时间，应当从判决生效之日起计算。判决生效以前先行羁押的时间不予折抵。

2016 年最高人民法院《关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》第 23 条：被判处死刑缓期执行的罪犯减为无期徒刑或者有期徒刑后，实际执行十五年以上，方可假释，该实际执行时间应当从死刑缓期执行期满之日起计算。死刑缓期执行期间不包括在内，判决确定以前先行羁押的时间不予折抵。

³⁸⁶ 根据最高人民法院《刑诉法解释》第 362 条：“（一）对于被判处死刑缓期二年执行的罪犯的减刑、假释，由罪犯服刑地的高级人民法院根据省、自治区、直辖市监狱管理机关审核同意的监狱减刑建议书裁定，（二）对于被判处无期徒刑的罪犯的减刑、假释，由服刑地的高级人民法院根据省、自治区、直辖市监狱管理机关审核同意的监狱减刑、假释建议书裁定。-----”《中华人民共和国监狱法》第三十一条规定：“被判处死刑缓期二年执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，符合法律规定的减为无期徒刑、有期徒刑条件的，二年期满时，所在监狱应当及时提出减刑建议，报经省、自治区、直辖市监狱管理机关审核后，提请高级人民法院裁定。”“裁定”与“核准”是不同的两个概念，经“核准”的意思应该是，原法院已经作过判决，另一法院对原判决再来“核准”，第一次作出的应该是“判决”或者“裁定”，不宜说成是“核准”。

2013年卷二57. 关于减刑、假释的适用, 下列哪些选项是错误的?(ABCD)

- A. 对所有未被判处死刑的犯罪分子, 如认真遵守监规, 接受教育改造, 确有悔改表现, 或者有立功表现的, 均可减刑
- B. 无期徒刑减为有期徒刑的刑期, 从裁定被执行之日起计算³⁸⁷
- C. 被宣告缓刑的犯罪分子, 不符合“认真遵守监规, 接受教育改造”的减刑要件, 不能减刑³⁸⁸
- D. 在假释考验期限内犯新罪, 假释考验期满后才发现的, 不得撤销假释

三、假释

(一) 假释的条件

1. 对象条件: 被判处有期徒刑、无期徒刑。

注意: 死缓犯, 如果减为无期徒刑或者有期徒刑的, 可以假释。

2. 实质条件: 确有悔改表现, 不致再危害社会。

3. 执行刑期的限制: 被判处有期徒刑的犯罪分子, 执行原判刑期二分之一以上, 被判处无期徒刑的犯罪分子, 实际执行十三年以上。

注意: 有特殊情况, 经最高人民法院核准, 可以不受执行期限的限制。³⁸⁹2016年最高人民法院《关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》第24条规定: 刑法第八十一条第一款规定的“特殊情况”, 是指有国家政治、国防、外交等方面特殊需要的情况。

(二) 不得适用假释的条件——绝对不能假释, 报最高人民法院核准也不行

1. 累犯。

2. 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”判处十年以上有期徒刑、无期徒刑、死缓的犯罪分子, 不得假释。如何理解这一规定?³⁹⁰(即使被减刑后, 也不得假释)

3. 对于生效裁判中有财产性判项, 罪犯确有履行能力而不履行或者不全部履行的, 不予假释。³⁹¹

4. 职务犯罪、金融犯罪、黑社会性质犯罪等, 特定情形下, 不得假释。

根据2016年《最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》第3条规定: 对职务犯罪、破坏金融管理秩序和金融诈骗犯罪、组织(领导、参加、包庇、纵容)黑社会性质组织犯罪等罪犯, 不积极退赃、协助追缴赃款赃物、赔偿损失, 或者服刑期间利用个人影响力和社会关系等不正当手段意图获得减刑、假释的, 不认定其“确有悔改表现”。——即, 不得假释, 因为“确有悔改表现”是假释的条件, 也是减刑的条件(减刑的条件为“确有悔改表现”或“立功”)之一。

(三) 假释的考验期及其法律后果

1. 考验期及考验期满的法律效果。*假释考验期满, 原判刑罚视同执行完毕。

(1) 有期徒刑的考验期为剩余刑期。

(2) 无期徒刑的考验期十年。但是, 对于无期徒刑减为有期徒刑后再被假释的, 如果其有期徒刑尚未执行完毕的刑期少于十年的, 其考验期限为剩余刑期。

2. 假释考验期内应遵守的规定——刑法第84条, 此外, 在假释考验期限内, 依法实行社区矫正。

3. 假释撤销的原因

³⁸⁷ 甲2000年1月1日被判无期徒刑, 2010年5月1日经省高级人民法院裁定减为18年有期徒刑(裁定之日), 2000年8月1日裁定送至其服刑监狱(裁定执行之日)。其18年有期徒刑应从5月1日裁定之日计算更有利于罪犯, 另外, “裁定执行之日”本身是不确定的。

³⁸⁸ 最高人民法院《关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》, 被判缓刑的犯罪分子可以减刑, 缩短相应的考验期。但是, 本选项的意思是, 减刑的条件是应“认真遵守监规”, 但缓刑的犯罪分子并没有被实际关押, 他就无法“认真遵守监规”, 进而无法减刑。这种理解是错误的, “认真遵守监规”并不仅仅是指遵守“监狱”的规定, 还包括遵守“监管”规定, 缓刑的犯罪分子在外只要认真遵守监管规定的, 同样有机会获得减刑。

³⁸⁹ 2014年卷二55.D. 丁系特殊领域专家, 因贪污罪被判处有期徒刑8年。丁遵守监规, 接受教育改造, 有悔改表现, 无再犯危险。1年后, 因国家科研需要, 经最高法院核准, 可假释丁——该选项的内容是正确的。

³⁹⁰ 以往的司法解释认为, 要求一罪被判十年以上有期徒刑的, 不得假释。根据后来2011年最高人民法院《关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》第十八条的规定, 没有要求, 即上述犯罪, 无论是数罪并罚还是一罪被判十年以上有期徒刑, 都不得假释。例如, 故意杀人罪被判8年、抢劫被判6年, 数罪并罚11年, 不能假释。但如果故意杀人罪被判8年, 盗窃罪被判6年, 数罪并罚11年, 则可以假释, 因为盗窃罪不属于上述犯罪之列。

³⁹¹ “财产性判项”是指判决罪犯承担的附带民事赔偿义务判项, 以及追缴、责令退赔、罚金、没收财产等判项。

新的司法解释将生效裁判中财产性判项的履行情况作为可以减刑的综合考察因素之一。如果罪犯有能力履行而不履行, 或者不全部履行, 则应当从严适用减刑, 甚至不予减刑和假释, 增加规定法院交付执行时应一并移送罪犯财产性判项执行履行情况, 增加规定罪犯对刑罚执行中自觉履行财产性判项情况向刑罚执行机关报告的义务, 增加规定减刑、假释法院可以就财产性判项的执行履行情况向原执行法院进行核实, 还增加负责办理减刑、假释法院, 可以协助执行生效裁判中的财产性判项。

——2016年最高人民法院《关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》第27条。

(1) **假释考验期内犯新罪**——将剩余刑期与新罪并罚，即先减后并。(即使假释考验期满后才发现的，也应该撤销假释。)

(2) **假释考验期内发现漏罪**³⁹²——并罚，先并后减。(注意：假释考验期满后发现漏罪的，不能撤销假释)

(3) **假释考验期内违反法律、行政法规或者国务院有关部门有关假释的监督管理规定**

2015年卷二12.关于假释的撤销，下列哪一选项是错误的？(D)

- A. 被假释的犯罪分子，在假释考验期内犯新罪的，应撤销假释，按照先减后并的方法实行并罚
- B. 被假释的犯罪分子，在假释考验期内严重违反假释监督管理规定，即使假释考验期满后才被发现，也应撤销假释
- C. 在假释考验期内，发现被假释的犯罪分子在判决宣告前还有同种罪未判决的，应撤销假释
- D. 在假释考验期满后，发现被假释的犯罪分子在判决宣告前有他罪未判决的，应撤销假释，数罪并罚³⁹³

2017年卷二11.在符合“执行期间，认真遵守监规，接受教育改造”的前提下，关于减刑、假释的分析，下列哪一选项是正确的？(B)

- A. 甲因爆炸罪被判处有期徒刑12年，已服刑10年，确有悔改表现，无再犯危险。对甲可以假释
- B. 乙因行贿罪被判处有期徒刑9年，已服刑5年，确有悔改表现，无再犯危险。对乙可优先适用假释³⁹⁴
- C. 丙犯贪污罪被判处无期徒刑，拒不交代贪污款去向，一直未退赃。丙已服刑20年，确有悔改表现，无再犯危险。对丙可假释³⁹⁵
- D. 丁因盗窃罪被判处有期徒刑5年，已服刑3年，一直未退赃。丁虽在服刑中有重大技术革新，成绩突出，对其也不得减刑³⁹⁶

第十七章 刑罚消灭制度

一、追诉时效

(一) 追诉时效的期限

- 法定最高刑为不满五年有期徒刑的，经过五年；
- 法定最高刑为五年以上不满十年有期徒刑的，经过十年；
- 法定最高刑为十年以上有期徒刑的，经过十五年；
- 法定最高刑为无期徒刑、死刑的，经过二十年。如果二十年以后认为必须追诉的，须报请最高人民检察院核准。

[如何理解上述规定]：

(1) **“法定最高刑”**不是指实际判处的刑罚，是指判定应当适用的刑法条款的**相应量刑幅度的最高刑**，即法定刑。³⁹⁷ (注意，缓刑的适用对象是3年以下有期徒刑或者拘役，针对的是宣告刑，不是法定刑)

(2) 注意上述规定中的“不满”、“以上”的理解。³⁹⁸例如，甲犯一般的抢劫罪，其追诉时效期限是多久？——一般抢劫罪的法定最高刑为十年有期徒刑，其追诉时效为15年有期徒刑。

(3) 常见故意犯罪法定刑：[3年以下]、[3, 10]、[10, 死刑]三个量刑幅度；常见过失犯罪的法定刑：[3年以下]，[3年以上，7年以下]

³⁹² 新罪和漏罪既包括故意犯罪，也包括过失犯罪。

³⁹³ 在假释考验期满后，才发现被假释的犯罪分子在判决以前还有其他罪没有判决的，不得撤销假释，只能对新发现的犯罪另行侦查、起诉、审判，不得与前罪并罚。撤销假释的原因在于，漏罪必须是在假释考验期内被发现，如果假释考验期满才发现漏罪，则不需要撤销假释，直接追究发现的漏罪的刑事责任即可。其主要原因在于，行为人隐瞒自己的漏罪是人的本能，如果在假释考验期满内发现漏罪，才撤销假释。

³⁹⁴ 2016年最高人民法院《关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》第26条第2款：罪犯既符合法定减刑条件，又符合法定假释条件的，可以优先适用假释。这一规定的积极意义在于，假释是更有利于罪犯的规定，可以释放出来，优先适用假释实际上是有利于被告人的。

³⁹⁵ 丙的贪污罪被判无期徒刑，并不属于禁止假释之列的行为。但是，因为其“拒不交代贪污款去向，一直未退赃”，不能认定其“确有悔改表现”，不得假释。根据2016年《最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》第3条规定：对职务犯罪、破坏金融管理秩序和金融诈骗犯罪、组织（领导、参加、包庇、纵容）黑社会性质组织犯罪等罪犯，不积极退赃、协助追缴赃款赃物、赔偿损失，或者服刑期间利用个人影响力和社会关系等不正当手段意图获得减刑、假释的，不认定其“确有悔改表现”，不得减刑、假释。

³⁹⁶ 2016年最高人民法院《关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》第3条规定：对职务犯罪、破坏金融管理秩序和金融诈骗犯罪、组织（领导、参加、包庇、纵容）黑社会性质组织犯罪等罪犯，不积极退赃、协助追缴赃款赃物、赔偿损失，或者服刑期间利用个人影响力和社会关系等不正当手段意图获得减刑、假释的，不认定其“确有悔改表现”，不得减刑、假释。根据该规定，特定犯罪不退赃的，不得减刑、假释。但本选项中的盗窃罪并不属于此特定犯罪。

退一步讲，减刑的条件是有“确有悔改表现”或“立功”，即便不退赃表明行为人“没有悔改”，但有“立功表现”，可以减刑。

³⁹⁷ 例如，普通抢劫罪的法定刑为“3年以上10年以下”，其法定最高刑就是10年有期徒刑。而加重构成的抢劫罪的法定刑为10年以上有期徒刑至死刑，那么其法定最高刑就是死刑。

³⁹⁸ “以上”、“以下”是包括本数在内，“不满”不包括本数在内。

(二) 追诉期限的计算

1. 一般犯罪的追诉时效的计算：犯罪成立之日。
2. 连续犯或继续犯的计算：犯罪结束之日。
3. 追诉时效的延长（无限延长）——理由：社会关系没有趋于缓和

(1) 人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者人民法院受理案件以后，逃避³⁹⁹侦查或者审判的，不受追诉期限的限制。——不论经过多长时间，均要追诉（1979年刑法写的是“被羁押后”）。

(2) 被害人在追诉期限内提出控告，人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案的，不受追诉期限的限制。两个条件：被害人控告、司法机关应当立案而不立案。

(3) 经最高人民检察院核准。必须是法定最高刑为无期徒刑、死刑的；必须经过 20 年；必须由最高人民检察院核准。

4. 追诉时效的中断（重新计算）。**考点提示：在前罪的追诉时效期间内再次犯罪的，前罪的追诉时效重新计算。再犯的新罪的追诉时效，结合自身的法定刑来适用追诉时效。

2016 年卷二 10. 关于追诉时效，下列哪一选项是正确的？（B）

A. 《刑法》规定，法定最高刑为不满 5 年有期徒刑的，经过 5 年不再追诉。危险驾驶罪的法定刑为拘役，不能适用该规定计算危险驾驶罪的追诉时效

B. 在共同犯罪中，对主犯与从犯适用不同的法定刑时，应分别计算各自的追诉时效，不得按照主犯适用的法定刑计算从犯的追诉期限⁴⁰⁰

C. 追诉时效实际上属于刑事诉讼的内容，刑事诉讼采取从新原则，故对刑法所规定的追诉时效，不适用从旧兼从轻原则⁴⁰¹

D. 刘某故意杀人后逃往国外 18 年，在国外因伪造私人印章（在我国不构成犯罪）被通缉时潜回国内。4 年后，其杀人案件被公安机关发现。因追诉时效中断，应追诉刘某故意杀人的罪行⁴⁰²

2014 年卷二 56. 1999 年 11 月，甲（17 周岁）因邻里纠纷，将邻居杀害后逃往外地。2004 年 7 月，甲诈骗他人 5000 元现金。2014 年 8 月，甲因扒窃 3000 元现金，被公安机关抓获。在讯问阶段，甲主动供述了杀人、诈骗罪行。关于本案的分析，下列哪些选项是错误的？（ABCD）

- A. 前罪的追诉期限从犯后罪之日起计算，甲所犯三罪均在追诉期限内
- B. 对甲所犯的故意杀人罪、诈骗罪与盗窃罪应分别定罪量刑后，实行数罪并罚
- C. 甲如实供述了公安机关尚未掌握的罪行，成立自首，故对盗窃罪可从轻或者减轻处罚
- D. 甲审判时已满 18 周岁，虽可适用死刑，但鉴于其有自首表现，不应判处死刑

2015 年卷二 60. 关于追诉时效，下列哪些选项是正确的？（AC）

- A. 甲犯劫持航空器罪，即便经过 30 年，也可能被追诉
- B. 乙于 2013 年 1 月 10 日挪用公款 5 万元用于结婚，2013 年 7 月 10 日归还。对乙的追诉期限应从 2013 年 1 月 10 日起计算⁴⁰³

C. 丙于 2000 年故意轻伤李某，⁴⁰⁴直到 2008 年李某才报案，但公安机关未立案。2014 年，丙因他事被抓。不能追诉丙故意伤害的刑事责任

³⁹⁹ “逃避侦查与审判”，应限于积极的、明显的、致使侦查、审判工作无法进行的逃避行为，主要是指在司法机关已经告知其不得逃跑、藏匿甚至采取强制措施后而逃跑或者藏匿。

⁴⁰⁰ 主犯、从犯的追诉时效有必要区别对待，因为二者的社会危害性并不相同。

⁴⁰¹ 追诉时效属于刑法所规定的内容。另外，刑事诉讼法采用从新原则确实没错，例如，2014 年的 A 犯罪行为，2015 年的刑事诉讼法出台了一个关于审判程序的规定，该规定当然可以针对 A 犯罪行为，这仅是审判程序。但刑法采取的是从旧兼从轻原则，例如，1979 年刑法典规定，A 罪的追诉时效为 10 年，而 1997 年刑法规定 A 罪的追诉时效为 20 年，甲在 1980 年犯 A 罪，只能适用他犯罪之前就已经存在的刑法（1979 年刑法），其追诉时效为 10 年。如果可以适用新法（1997 年刑法），其追诉时效为 20 年，显然是不合适的。

⁴⁰² 根据刑法规定，追诉期限的计算，是结合我国刑法所规定的法定刑，因此，法定刑所对应的犯罪也应该是我国刑法中的犯罪，不能以国外的法律为标准。国外刑法对犯罪的规定很多与中国刑法差别太大了，例如，诸多社会危害性很轻微的行为，在国外是犯罪，但中国刑法不认为其是犯罪。

⁴⁰³ 刑法第 89 条规定，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。挪用公款归个人使用数额较大、超过三个月未还的，是挪用公款罪。本案中，行为人犯罪成立的时间应该是挪用公款之后的三个月，2013 年 4 月 10 日。挪用公款行为一直在持续，故似乎应从结束之日起开始计算追诉时效，即 2013 年 7 月 10 日。

但对于挪用公款罪的追诉时效，司法解释有特别规定。对于挪用公款罪的追诉时效，有专门规定，2003 年最高人民法院《关于挪用公款犯罪如何计算追诉期限问题的批复》规定，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，犯罪的追诉期限从挪用行为实施完毕之日起计算；挪用公款数额较大、超过三个月未还的，犯罪的追诉期限从挪用公款罪成立之日起计算。根据这一规定，该案的追诉时效应从犯罪成立之时 2013 年 4 月 10 日开始计算。

⁴⁰⁴ 法定最高刑为 3 年，追诉时效为 5 年。

D. 丁与王某共同实施合同诈骗犯罪。在合同诈骗罪的追诉期届满前，王某单独实施抢夺罪。对丁合同诈骗罪的追诉时效，应从王某犯抢夺罪之日起计算⁴⁰⁵

【小案例】《刑事审判参考》指导案例第1200号，袁明祥、王汉恩故意杀人案。对共同犯罪案件如何分别确定被告人的追诉期限？袁明祥、王汉恩共同实施故意杀人行为后，袁明祥未逃避侦查，王汉恩在被批准逮捕的情况下一直负案在逃。王汉恩不犯罪不受追诉时效的限制，不必然引起袁明祥也不受追诉期限的限制。裁判理由指出：应当对共同犯罪中各被告人的追诉时效分别评价判断，主要理由是：追诉时效是依照法律规定对犯罪分子追究刑事责任的有效期限，是解决某一犯罪行为经过一定的时限，是否还需要对犯罪分子起诉追究其刑事责任，设立时效制度的一项重要考虑是稳定既有的社会关系。追诉时效期限的长短，是根据犯罪分子所犯罪行对应的法定最高刑进行确定。是否受追诉期限限制，考察的是犯罪分子是否具有逃避侦查或者审判的情形，必然要求结合各被告人的具体情况进行个别化判断。



喜马拉雅-方圆众合教育辅导部



B站-方圆众合教育辅导部

欢迎大家扫码收听！

版权声明：本资料系众合学校资料中心精心编制，著作权归众合学校和授课教师所有，未经众合学校许可，任何人不得以任何方式复制、使用。众合学校保留追究侵权者法律责任之权利。发现者请与我校联系，全国售后热线：4008-9897-50

⁴⁰⁵ 在追诉期限以内又犯罪的，前罪追诉的期限从犯后罪之日起计算。对丁而言，其没有再实施犯罪，故其追诉期限从诈骗罪之日起计算。如果丁的追诉时效重新开始计算的话，显然对丁是不公平的，因为丁本人并没有重新实施犯罪。