

05司考刑法学总论要点 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/482/2021_2022_05_E5_8F_B8_E8_80_83_E5_88_c36_482087.htm 刑法结构和简单的适用法律规则 分则条文的结构通常分两部分：罪状和法定刑。适用分则各条处理刑事案件的最简单方法是：行为人的行为实现了条文的前半部分“罪状”，就应当适用该条文的后半部分“法定刑”处罚。对于“罪状”，也可以称之为“犯罪构成”或“构成要件”。据此：1. 犯罪既遂，指犯罪人的行为完整地实现了刑法分则条文所规定的全部犯罪构成事实。例如，张三要杀李四且将李四杀死，就完全实现了“故意杀人且已将人杀死”这一法定犯罪构成事实，把张三杀人的事实与法定的杀人罪构成“对号入座”，就应判定张三故意杀人罪既遂，直接按照所触法条（《刑法》第232条故意杀人罪）规定的法定刑处罚。犯罪既遂是刑法分则所规定的某种犯罪构成的完成形态，也是依照分则条文规定的法定刑（法律后果）进行处罚的标准形态。2. 预备、未遂、中止是刑法设定的犯罪进程的非标准形态。因为每个罪的法定刑是根据行为完整实现该罪罪状确定的。假如行为人实施了某种程度的行为，但未能完整实现罪状时，就需要与完整实现罪状的情况（既遂）区别对待。刑法总则对此作出统一的规定，这就是关于预备、未遂、中止的制度。3. 相对于惩罚完整的犯罪（既遂）而言，对不完整犯罪的惩罚，是刑法的扩张情况，犯罪构成的修正形态。4. 犯罪实行，指行为人实施分则条文规定的某一犯罪构成事实。如张三对李四杀害，就属于分则第232条规定的故意杀人行为。5. 犯罪预备，指行为人在开始实施

分则条文规定的某一犯罪构成事实之前，而准备工具、制造条件的行为。6. 实行行为与预备行为区别的要点：是分则条文直接禁止或处罚的行为，还是总则第19条一般规定的“准备工具、制造条件的行为”。犯罪预备与犯意表示的区别二者的区别是有无犯罪的准备活动。单纯的犯罪思想流露，不罚。例如，在日记中骂人；日常的不服气、泄愤等。但是，如果通过言行进行犯罪预备或者实行，就超出了犯意流露的范围。如勾引共犯，打听情况，就具有预备的性质。其原理是：“无行为无犯罪”。因为只有行为才能对外界发生影响、产生危害。无行为，则不产生影响和危害，不属于犯罪。预备行为与实行行为的区别区别二者的关键是行为人是否实施了分则条文（罪状）规定的犯罪行为。例如，杀人的实行行为是剥夺生命，而为杀人进行准备活动，如，买刀、磨刀，寻找毒药，跟踪守候等，就是预备行为。实质的区别在于：能否直接侵害法益。例如买刀、磨刀，寻找毒药等行为本身，不可能致人死亡。相对于故意杀人罪而言，这仅仅是预备行为。再如，盗窃罪的实行行为是秘密窃取；而此前“踩点”、练习扒窃技能、准备工具，属于预备行为。抢劫的实行行为是暴力、胁迫取财；在此前，蹲点守候、尾随、接近被害人等行为，属于预备行为。注意：如果行为人实行了某一分则条文规定的犯罪行为，即使是为实行另一犯罪作准备的，也是实行行为。例如，为杀人而制造枪支或者偷窃枪弹的，其行为本身属于非法制造枪支罪或者盗窃枪支罪的实行行为。如果行为人盗枪之后又使用该枪支杀人的，有2个实行行为（盗窃枪支和故意杀人），构成2个罪（盗窃枪支罪和故意杀人罪）。如果行为人买刀然后又使用该刀杀人的，

只认为是一个实行行为，构成一罪。因为刑法中没有规定“买刀罪”。“买刀”不是实行行为而是预备行为。未遂犯与预备犯的区别是否“着手”实行犯罪。（一）未遂犯与预备犯的共同点和不同点：共同点：1. 都没有既遂，属于未完成罪；2. 都是因为意志以外的原因没有既遂。区别：是否已“着手”实行犯罪，这是犯罪未遂与预备犯的根本区别。预备犯是准备实行犯罪，由于遭到意志以外原因的阻止，未能开始实行犯罪。而未遂犯是已经着手实行犯罪，由于意志以外的原因而没有既遂。例如，张三、李四共谋抢劫出租车，二人携刀搭乘一辆出租车，伺车驶到僻静处动手抢劫。不料被司机识破，径直将张三、李四载至公安局。在此案件中，张三、李四是抢劫罪的预备犯。他们虽有种种活动，但都是实施抢劫的准备活动，而并未开始实行抢劫行为。（二）要领：具体掌握“着手”和预备行为

1. 已“着手”实行犯罪，指犯罪分子已经开始实行刑法分则条文所规定的某种犯罪行为。因为不同的犯罪其犯罪行为不同，自然着手的特点不同，所以不能一概而论，需具体掌握。抢劫罪着手是开始实行暴力、胁迫劫取财物之行为时，故意杀人罪的着手是开始非法剥夺他人生命之行为时；盗窃罪着手是开始秘密窃取行为之时等。
2. 即使是同一性质犯罪，其犯罪的方式方法不同，着手的特点也不同，如同是故意杀人罪，刀杀、棒杀通常以持刀持棒追击被害人或开始击打之际为着手，在毒杀场合通常以开始向食物中投放毒物为着手。
3. 因为预备行为在分则中没有具体规定，了解常见预备行为，对区别预备犯与未遂犯具有重要意义。预备行为包括（1）准备工具；（2）制造条件。所谓准备工具，指准备为实行犯罪使用的各种物品，

如为杀人而购买刀、枪、毒药。所谓制造条件，指为实行犯罪制造机会或创造条件，如进行犯罪前的调查；排除实行犯罪的障碍；前往犯罪现场或者诱骗被害人赴犯罪地点；跟踪或者守候被害人；勾引共同犯罪人；商议或者拟定实施犯罪的计划等。从某种意义上讲，准备工具也属于制造条件的一种方式。例如，张三为杀人而准备了大量的毒药，尚未投放即被告发。李四埋伏在路旁伺机拦路抢劫，未遇到被劫者即被警察抓获，就属于犯罪预备。能犯的未遂与不能犯未遂以实际能否达到既遂状态为标准划分：1. 能犯的未遂，有实际可能达到既遂的未遂。例如，甲枪杀乙，被乙逃脱。如果甲击中乙，能将乙杀死，这种情形有既遂的可能，但因为意志以外的原因没有既遂，是能犯的未遂。类似情况如，投放致死量的毒药被识破而未遂的；偷窃财物时因被发现而未遂的。2. 不能犯的未遂，因事实认识错误，不可能达到既遂的情形。根据表现形式不同，又可分为：（1）如手段（工具、方法）不能犯的未遂：如使用假农药（本人不知是假的）投毒杀人的；误用哑弹炸人的；在铁道上放不足以颠覆列车的物品破坏交通工具、交通设施的等等。（2）对象不能犯的未遂：如盗开无钱的保险柜的；把贗品误认作真品窃取的；误把尸体当作活人杀害的；误把男人当作女人实施强奸行为的；误把动物当人枪杀等。不能犯的未遂，从主观方面讲，往往是由于事实认识错误造成，从犯罪过程的形态上讲，行为人因为认识错误这种意志以外的原因而未能得逞，属于犯罪未遂。区分能犯未遂与不能犯未遂的意义。现在仅仅是罪行轻重的问题。在极端重视客观危害的时代，有人主张不能犯未遂不认为犯罪，因为不能犯未遂实际上没有既遂的可能

，其侵害法益的危险性就小得多。但是，在现代，重视主观恶性、人身危险性，通说认为不能犯未遂也应当定罪处罚。

3. “迷信犯”、“愚昧犯”与不能犯未遂的区别。“迷信犯”或者“愚昧犯”，是指使用迷信或愚昧的方式犯罪，按照科学的观念根本不可能对法律利益造成损害的情况。如用诅咒方法杀人，给仇人捏个小面人，然后扎了许多针，又念咒又下油锅，希望仇人死亡。行为人恶意是相当深的，但显然不会对人身造成实际损害。区别的要点是：（1）迷信犯、愚昧犯是行为人犯了常识错误，如认为能把人咒死、发气功弄死，这种认识从常识上讲是错误的。而不能犯未遂没有犯常识错误，如毒药能毒死人，炸弹能炸死人，这种认识从常识上讲，并没有错误。（2）迷信犯、愚昧犯预定实施的行为与实际实施的行为是一致的。如想通过诅咒的方法杀人，实际使用的也是诅咒的方法。不能杀死人，不是因为实际使用的方法与预定的方法不一致，而是犯了常识错误，诅咒方法根本就不能致人于死。相反，在不能犯未遂的场合，行为人实际使用的犯罪方法与预想使用的犯罪方法不一致，以致犯罪不能既遂，如用错了药。区别的意义在于涉及到罪与非罪。对于不能犯的未遂，认为构成犯罪，按照未遂犯处罚。而对于“迷信犯”或者“愚昧犯”，即使按照现代观念也认为不构成犯罪。犯罪中止的时间条件（时间性）发生在犯罪过程中。所谓犯罪过程，就是从犯罪预备开始到犯罪既遂以前的全过程。这是犯罪中止的时间性条件。如果犯罪已经既遂，则不存在犯罪中止问题。1. 犯罪人在犯罪既遂后返还原物、赔偿损失的，不成立犯罪中止。例如，甲把学校电脑偷回家后感到了后悔，又主动将电脑放回原处，属于犯罪既遂后

的悔罪表现，不成立中止。再如，甲盗窃他人钱财后，基于悔罪，又将被盗钱财、物品寄回给事主的。

2. 犯罪明显告一段落归于未遂后，有抢救被害人的表现或者放弃新一轮加害行为的，不是中止。例如，甲正在用菜刀砍杀妻子乙，被邻居阻止，并夺下刀子。事后，在邻居的批评、指责下，甲随同邻居一起将乙送医院抢救。乙没有死亡。因为甲故意杀人罪已经未遂，所以事后的参与抢救行为不认为是中止。又如，甲下毒要害死其妻，但其妻吃了毒药后，没有死亡，其罪行也没有暴露，这时行为人决定不再继续害死其妻。这种情况还是构成未遂，因为犯罪已告一段落，已经结束，我们要追究的是他原来的加害行为。再如，犯罪人经过精心策划，将其女友带到一个悬崖边，要求与其女友重新和好，若女友不与其和好，就把她推下悬崖，到悬崖后，女友不同意和好，他就把女友推下了悬崖。女友跌下悬崖后并未摔死，犯罪人在路过悬崖时发现其女友没死，坐在那里哭，犯罪人也就没有采取进一步的加害行为。这种情况还是构成未遂，因为犯罪人预想的加害过程已告一段落，已经结束。

3. 在犯罪过程中，自动放弃可重复加害的行为可以成立中止。这一概念与上述问题有些相似，但有本质的区别：一是犯罪的自然过程，尤其是犯罪人预想的犯罪过程并没有结束；二是没有遇到意志以外的原因；三是放弃的是可重复加害的行为。例如，一个人把被害人骗进山洞，准备用石头把他砸死，砸了一石头后，被害人哀求，犯罪人就没有继续扔石头，在这种情况下，犯罪过程并未明显告一段落，中止发生在犯罪过程中，应认为是中止。又如，一个黑社会老大要杀被害人，在打了两枪后，有其他人求情，他就没打第三枪，这种情况也应

认定为中止。4. 中止时间性条件掌握有一个疑难问题，即危险犯已既遂但行为人自动放弃犯罪，是否还有成立（结果加重犯）中止的机会？例如，妇女甲在工地做饭，听说二组人骂其夫，她就把毒药放进饭里，送到二组工地。但在二组人吃饭之前，她因为害怕又把饭给倒了。作为危险犯其行为已构成既遂，她是否构成中止？作为危险犯，虽然危险已经发生，但他自动有效地防止了犯罪结果的发生，还是可以构成中止的。因为中止的犯罪过程指的是犯罪自然过程，既遂是一个法律过程。在本案，危险犯的法律过程已经结束，但其自然过程还没有结束，所以还可以构成中止。危险犯犯罪过程的结束是不自然的，虽然有分歧，但通说认为危险犯既遂后还是可以构成中止。中止犯与预备犯、犯罪未遂区别三者的区别是是否具有自动性。自动性的认定：没有遭遇到足以使犯罪不能进行下去的障碍。1. 自动性的要点是犯罪人自主放弃犯罪或自主防止危害结果发生。自主是相对于遭遇到意志以外的障碍不能得逞或被迫撤退而言的。这又涉及细微分寸的把握。我国理论和实务的尺度是：行为人在没有遭遇到足以使犯罪不能进行下去的外界障碍的情况下，停止犯罪或阻止结果发生的，就认为具有自动性。例如，张三投毒杀害其妻，其妻服毒后痛苦万状，张三心生怜悯之情，速将其妻送医院救治，其妻未死。张三的中止行为具有自动性。2. 自主中止犯罪的原因（1）出于真诚的悔悟；（2）对被害人的怜悯；（3）受到别人的规劝；（4）害怕受到刑罚的惩罚等。但是，不管出于何种原因，只要是犯罪分子认为自己能够把犯罪进行到底而自动停止犯罪行为，或者自动有效地防止犯罪结果发生的，就认为具有自动性。3. 自动性是相对

于意志以外的原因而言的，在同一案件认定中，二者是非此即彼的关系。犯罪分子意志以外的原因主要有：（1）被害人的反抗；（2）第三者的阻止；（3）自然力的阻碍；（4）物质的阻碍；（5）犯罪人能力不足；（6）认识发生错误等。例如，张三意图强奸而使用暴力将被害妇女按倒，未能性交即被赶来的警察抓获，就属于因第三者的阻止而使得犯罪（强奸）未得逞；再如李四进入银行却打不开保险柜以致一无所获，就属于物质障碍及自身能力不足的原因而未得逞。

4. 特别需要注意的是：（1）在进行了犯罪准备后，放弃了着手实行的，应当认定为中止犯。例如，甲准备了毒药杀害其夫，因为害怕而未敢下毒，后来放弃杀人念头，将毒药扔掉。因为尚未着手就自动放弃犯罪，属于在预备过程的中止。（2）犯罪撤退不是犯罪中止。在进行了犯罪准备，没有着手实行的情况下，因为情况有变，主动撤退，但未放弃犯罪意图的，不是中止。例如，甲乙二人预谋盗窃某银行，在白天“踩点”之后，晚上前来行动。发现银行有很多人在加班，不便下手，便撤走打算改日再来行窃。这属于犯罪撤退，不是犯罪中止。因为犯罪人遭遇到意志以外的原因，并未放弃犯罪意图。应当认定为犯罪预备。再例如：甲携匕首去杀人的途中，因肚子疼痛难忍而回家，是预备犯。（3）行为人仅仅是考虑犯罪的时机、条件不成熟而暂时停止犯罪，待时机、条件成熟后再实施的，也是犯罪的撤退。因为犯罪人继续犯罪的危险性依然存在，不能成立犯罪中止。（4）即使客观上不能完成犯罪，但自认为能够完成犯罪的情况下，自动停止的，也是自动中止。例如甲将过期失效的农药（本人不知过期失效）投放到乙杯中，意图杀乙。后改主意

，在乙喝水之前将杯中水倒掉。虽然因为农药已经失效，客观上不可能完成犯罪（杀害乙），但甲并不知道，在自认为能完成犯罪的情况下放弃犯罪的，可成立犯罪中止。（5）着手实行犯罪以后在客观上能够完成犯罪，但行为人自认为出现意志以外的原因，不能够完成犯罪的情况下，而撤离的，属于“犯罪撤退”，不成立犯罪中止。

5. 因真诚悔悟而放弃犯罪

自然是典型的自动性，但是认定自动性不以真诚悔悟为必要。只有行为人是“自主”放弃就认为具有自动性。

未完成形态责任和其他说法

1. 未完成罪的责任 因为完成罪（既遂）是刑法设定的标准处罚形态，所以对于未完成罪，应当比照既遂适当从宽处罚。具体而言：（1）对于预备犯，可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。（2）对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。（3）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。在这个意义上，对于未完成罪的认定其实最终落实到法定量刑情节和幅度上。

2. 未完成罪只对直接故意犯罪有意义 因为过失、间接故意，通常只有犯罪成立与否的问题，也即在既遂场合才成立犯罪。未完成的，通常不认为犯罪。只有在直接故意场合，才惩罚未完成罪。

认定共犯，重点把握有无共同犯罪的故意

1. 我国学说通常以主观上有无共同犯罪故意作为标准认定共犯。共同故意包含两层意思：（1）各共同犯罪人对共同犯罪持犯罪性质相同的故意心态；（2）各共同犯罪人相互之间有意思联络，对互相协作犯罪亦持故意心态。如果缺乏“性质相同的犯罪故意”，即使共同作案也不成立共犯。例如，甲以杀人故意，乙以伤害故意共同加害丙，甲乙二人在故意杀人罪上不成立共同犯罪。甲构

成故意杀人罪；乙构成故意伤害罪。也有学者认为，甲乙二人在伤害上具有共同性，因此，可以成立故意伤害罪的共犯。但是，学者在二人不构成故意杀人罪共犯上面没有分歧。

2. 原理：主客观相统一，即使在共同犯罪中，共犯人仅对故意范围内的其他共犯人的行为承担罪责。

3. 具体掌握：过限行为。在共同犯罪中，有犯罪人实施超出共同犯罪故意范围的犯罪，就过限的部分不成立共犯。例如，甲乙二人盗窃商场，甲盗窃后放火销毁罪迹，乙望风不知。甲的放火行为属于共犯中的“过限行为”。甲单独对放火行为负责。乙不知情也未实施放火行为，对此不负责任。因此，甲乙构成盗窃罪共犯，甲同时还构成放火罪，数罪并罚。这方面的考题还有：甲请乙为其在丙家盗窃时望风，乙同意。某日晚，甲乙按约定前往丙家，乙在门外望风，甲进入丙家后，见丙一人在家，便对丙实施暴力，抢劫了丙的1万元现金。对本案应如何认定？答案是：甲乙在盗窃罪范围内构成共犯；甲成立抢劫罪，乙成立盗窃罪。

注意过限的类型：（1）共同伤害中有人实施杀人行为的；（2）在共同盗窃、诈骗、抢夺中有人单独实施暴力转化为抢劫的；（3）在共同寻衅滋事、聚众斗殴中有人重伤或杀害他人的；（4）教唆帮助他人犯罪，实行犯实行过限的。

间接正犯 间接正犯又可称为间接实行犯，是指把他人当工具利用的情况。利用者与被利用者不成立共同犯罪。包括：（1）利用无责任能力人犯罪。例如，甲教唆15岁的乙盗窃，因为乙未达到刑事责任年龄，与甲不构成共犯。对此，认为教唆人甲属于把乙（无责任能力者）当犯罪工具使用的情况，甲属于实行犯，即正犯。只不过不是直接实行，而是间接实行，故称为间接正犯。（2）利用

他人过失或不知情的行为犯罪。例如，甲医生欲杀害病人丙，将一支毒针交给乙护士，谎称是治病的药物，让乙护士给丙注射。乙护士不知是毒药，给丙注射，致丙死亡。甲医生与乙护士不是共犯。甲医生是间接实行犯。乙护士视为因为不知情，实为被利用的工具。如果有过失的，可以成立过失犯罪。如医疗事故罪。作用大小是划分共同犯罪人种类的主要标准我国刑法以共同犯罪人在共同犯罪中所起的作用为主要标准，同时兼顾其分工，将共同犯罪人分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯4种。

三十五、主犯种类及其刑事责任

1. 主犯包括以下3种犯罪分子：（1）组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的首要分子；（2）在聚众性犯罪中起组织、策划、指挥作用的首要分子。注意：在聚众犯罪性质轻微、只实际追究首要分子一个人刑事责任的场合，没有必要认定该首要分子是主犯；（3）在犯罪集团或者一般共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。

2. 主犯责任（或处罚原则）：根据《刑法》第25条规定，对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚；对于其他主犯，应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚。例如，某贩毒集团共贩卖10万克海洛因，对该集团的首要分子应当按照贩卖10万克海洛因处罚。再例如，甲乙二人盗窃汽车一辆，价值20万元，销赃得款10万元，甲分得9万元，乙分得1万元。甲应当按照总额20万元处罚；乙也应当按照犯罪总额20万元适用刑罚。

共犯责任的原理

1. “一部行为，全部责任”。各共同犯罪人对共同犯罪行为及其危害结果的责任。

2. “区分主从，适用处罚原则”。对主犯、从犯区别对待体现在在各共同犯罪人应对共同犯罪的整体行为及其危害结果负刑事责

任的基础上，再根据各共同犯罪人在共同犯罪中所起的作用，区分出主犯、从犯、胁从犯和教唆犯，分别按照刑法规定的相应处罚原则，予以处罚。

从犯种类及其刑事责任

1. 种类：

(1) 在共同犯罪中起次要作用的实行犯。注意：实行犯并非一律是主犯，作用确实很小的，可以认定为从犯。

(2) 在共同犯罪中帮助他人实行犯罪的帮助犯。注意：分则条文把某种帮助行为单独规定为犯罪的，不适用共犯规定，如事后的窝藏包庇行为、窝赃销赃行为、帮助毁灭伪造证据行为、协助组织卖淫行为等。

2. 责任：

对于从犯，应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。

胁从犯及其刑事责任

胁从犯指被胁迫参加犯罪的犯罪分子。即犯罪人是在他人的暴力强制或者精神威逼之下被迫参加犯罪的。犯罪人虽有一定程度选择的余地，但并非自愿。注意：被诱骗参加犯罪的人，不是胁从犯。如果知情的，一般属于共犯中的从犯；如果不知情的，因为缺乏共同犯罪故意，不成立共同犯罪。《刑法》第28条规定，对于胁从犯，应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚。

从犯与胁从犯的共同点是都只起到了较小的作用，他们的区别是：从犯是自愿、主动参加犯罪的；而胁从犯是不自愿或不完全自愿参加犯罪的，具有一定的被动性。

教唆犯及其刑事责任

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

2. 责任：

(1) 被教唆人实施了被教唆的罪，成立共同犯罪，对教唆犯按照他在共同犯罪所起的作用处罚。如果起主要作用的，按主犯处罚；如果仅起到次要作用的按从犯处罚。但在实际上，教唆犯一般起主要作用，一般按主犯处罚。

(2) 如果被教唆人没有犯被教唆的罪的，教唆犯独自构成犯

罪，但可以从轻或者减轻处罚。（3）教唆不满18岁的人犯罪，应当从重处罚。注意，如果被教唆人没有达到刑事责任年龄的，教唆犯属于间接正犯，不属于教唆犯。3. 教唆犯的罪名问题。对于教唆犯，应当按照所教唆的犯罪确定罪名，如果教唆他人犯盗窃罪，就认定为盗窃罪（教唆），如果教唆他人犯杀人罪，就认定为故意杀人罪（教唆）。刑法中没有“教唆罪”这样的罪名。4. 仅仅宣扬反动落后思想意识，对他人产生不良影响的，使他人堕落走向犯罪道路的，不认为是教唆犯。因为教唆犯必须有教唆他人犯罪的行为。5. 教唆无刑事责任能力人犯罪。教唆者是间接正犯，与被唆使者不是共犯。6. 法律专门把某种具有教唆形式的行为直接规定为犯罪的，直接按照有关规定定罪处罚，不按教唆犯认定处罚：

（1）《刑法》第104条第2款规定：“策动、胁迫、勾引、收买国家机关工作人员、武装部队人员、人民警察、民兵进行武装叛乱或者武装暴乱的，依照前款（武装叛乱、暴乱罪）的规定从重处罚。”（2）《刑法》第307条规定：“以暴力、威胁、贿买等方法阻止证人作证或者指使他人作伪证的，”是妨害作证罪的行为。（3）《刑法》第353条规定：“引诱、教唆、欺骗他人吸食、注射毒品的”构成引诱、教唆、欺骗吸毒罪。教唆未遂包括：1. 被教唆人拒绝教唆的；2. 接受教唆但没有实施犯罪的；3. 被教唆人所犯之罪与教唆没有因果关系的；4. 被教唆人所犯之罪与教唆的罪性质根本不同的。如甲教唆乙强奸丙女，乙没有对丙女实施强奸却实施了抢劫行为的。特殊主体与共犯1. 特殊主体是针对单个人实行犯罪而言的。因此不具备某特殊主体犯罪主体资格的人，不可能构成该罪。2. 但是，如果没有特定身份的人与有

特定身份的人共同犯罪，可以构成特殊主体的共犯。常见的有：（1）行为人与国家工作人员勾结，利用国家工作人员的职务便利，共同侵吞、窃取、骗取或者其他手段非法占有公共财物的，以贪污罪共犯论处。（2）行为人与公司、企业或者其他单位的人员勾结，利用公司、企业或者其他单位人员的职务便利，共同将该单位财物非法占为己有，数额较大的，以职务侵占罪共犯论处。（3）挪用公款给他人使用，使用人与挪用人共谋，指使或者参与策划取得挪用款的，以挪用公款罪的共犯定罪处罚。（4）女人帮男人强奸妇女的，可构成强奸罪共犯（帮助犯或教唆犯）。

3. 极为特殊的情况：以主犯确定案件性质。公司、企业或者其他单位中，不具有国家工作人员身份的人与国家工作人员勾结，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，按照主犯的犯罪性质定罪。

4. 对于不真正的身份犯，没有身份的人不可能共担从重或从轻的情节。共同犯罪中的认识错误

1. 对于共犯中的错误问题，原则上也适用关于单独犯错误理论来解决，即根据法定符合说解决。例如，甲乙丙共谋杀害张三，在实行犯罪时，甲误把李四认作张三而杀害，乙丙均成立故意杀人罪的共犯，承担犯故意杀人既遂罪责。

2. 在共同犯罪中还会发生共犯人之间相互发生的一些认识错误，具有一定的特殊性，通常根据主客观相统一原理加以认定。如果共同作案时，各犯罪参与者故意性质（或内容）不一致的，各人也仅在具有故意的范围内承担刑事责任。对于其他犯罪人实施的超出本人故意范围的行为不负（共犯的）刑事责任。例如，甲、乙共谋杀害在博物馆工作的丙，两人潜入博物馆同时向丙各开一枪，甲击中丙身边的国家重点保护的

珍贵文物，造成文物毁损的严重后果；乙未击中任何对象。甲、乙在故意杀人范围内成立故意杀人罪的共犯。甲又过失造成文物毁损的结果，不在乙故意范围内，对过失毁损文物的后果甲单独承担责任，乙不承担责任。再如，甲以杀人的故意乙以伤害的故意刀砍丙致丙受伤的，二人仅在重合限度内（故意伤害）成立共犯，乙对甲故意杀人（未遂）不负刑事责任。甲成立故意杀人罪（未遂）而乙成立故意伤害罪。如果甲以杀人的故意乙以伤害的故意刀砍丙致丙死亡的，同理，甲单独承担故意杀人既遂的责任，乙仍仅在故意伤害（致人死亡）限度内承担罪责。但是，在造成加重结果的场合，只要一人的行为（如抢劫）造成了被害人重伤、死亡（加重结果），全体参与抢劫的共犯人均共同负（抢劫）结果加重责任。

3. 在教唆他人犯罪的场合，被教唆人实施的行为与教唆人表达的内容不一致时，发生教唆错误。对于教唆错误，同样采取“法定符合说”认定：（1）如果在构成要件的范围内一致，不影响教唆成立。例如，甲教唆乙入户盗窃丙，乙实行时误入丙的邻居丁家窃取了财物，不影响甲成立盗窃罪的教唆犯。如果在构成要件范围内完全不同时，则教唆人属于“教唆未遂”（被教唆人没有犯被教唆罪），如甲教唆乙到丙家盗窃，乙没有实施盗窃却对丙实施了强奸。甲属于教唆未遂（盗窃罪），乙属于强奸罪。类似例子还有，甲雇乙杀丙，乙仅对丙进行故意伤害的，甲成立故意杀人罪的教唆未遂，乙成立故意伤害罪。（2）如果被教唆人所犯的罪与教唆的罪部分一致部分不一致时，在重合限度内可成立共同犯罪，如甲教唆乙盗窃丙，乙对丙实际进行了抢劫，则甲乙二人在盗窃限度内成立共犯，甲成立盗窃罪的教唆犯且

属于被教唆人（乙）犯了被教唆的罪，乙成立抢劫罪。对此，按照“教唆??实行过限”处理原则解决也可得出相同结论。

（3）如果甲教唆乙盗窃丙，乙对丙盗窃未遂时，则该共同犯罪未遂，甲也仅承担“犯罪未遂”的罪责。（4）被教唆人犯罪时造成加重结果的，如抢劫致人重伤死亡的，其教唆犯一般应共同承担责任。

4. 对于帮助犯的错误，一般可参照上述教唆犯错误的解决办法。例如，甲、乙共谋盗窃丙家，甲在户外放哨乙进入丙家却实施了抢劫，甲在盗窃限度承担罪责；或甲以为乙欲伤害丙而借刀给乙使用，乙却使用该刀对丙实施故意杀人罪行为，甲仅在故意伤害（致死）限度内承担罪责。对此，按照“帮助??实行过限”的处理原则解决也可得出相同结论。

5. 教唆、利用他人犯罪时发生了细枝末节的错误一般不影响教唆的性质：

（1）如甲以为乙不满16周岁（未达到刑事责任年龄）而唆使乙盗窃，而乙实际已满16周岁的；或者相反，甲以为乙已满16周岁（达到刑事责任年龄）而唆使乙盗窃，而乙实际未满16周岁的，对甲均按照盗窃罪之教唆犯处理。

（2）甲以为乙是无刑事责任能力人而唆使乙犯罪，乙实际具有刑事责任能力的，或者相反，甲以为乙是有刑事责任能力人而唆使乙犯罪，乙实际不具有刑事责任能力的，对甲均按照教唆犯处理。

（3）甲以为乙不知情而利用去犯罪，而乙实际知情的，对甲仍以教唆犯处理。

共同犯罪中的犯罪形态认定 犯罪形态就是指犯罪的既遂、预备、未遂和中止。在共同犯罪中，有时犯罪形态认定比较复杂。大体按照以下两种情况解决：

（一）通常根据共犯“一部行为、全部责任”的原则认定：

1. 在共同实行犯罪的场合：

（1）如果其中一人使犯罪既遂的，共同犯罪整体

既遂。对其他共犯人不需要考虑未完成罪的问题，只是考虑作用大小区分主犯、从犯。例如，甲乙二人共谋杀害丙，共同持刀刺杀丙，甲刺中丙心脏，致丙死亡，乙仅仅刺中腿部。乙作为共犯人之一，同甲共同承担故意杀人既遂罪责。不因为乙仅仅扎中腿部，不是致死原因，而认为成立未遂。（2）如果整个共同犯罪归于未遂的，全体共同犯罪人都都成立犯罪未遂。（3）如果全体共犯人之一致中止犯罪的，自然所有共同犯罪人都成立犯罪中止。

2. 在复杂共同犯罪的场合，通常整个共同犯罪的进程“从属于实行犯”的进程。具体而言：

（1）如果实行犯实行犯罪既遂的，教唆犯或者帮助犯也就按既遂犯处理。（2）如果实行犯实行未遂的，教唆犯或者帮助犯也是未遂犯，适用《刑法》第23条未遂犯的规定处罚。（3）在犯罪预备的场合，因为还没有人着手实行犯罪，实行犯实际上还没有出现。如果打算实行犯罪的人因为意志以外的原因没有着手的，属于预备犯，其帮助犯、教唆犯也属于预备犯。

（二）部分共犯人中止在共犯与犯罪形态问题上，部分共犯人中止，部分不愿或者没有中止的情况比较复杂。例如，甲乙丙共同盗窃，作案时甲感到害怕提出不干了，乙丙不同意执意要继续犯罪。或者如，甲乙共谋盗窃，甲借来一辆手推车交给乙，约好晚上去盗窃。回家后甲后悔了。到约定的时间甲没有去参与盗窃，乙单独实施了盗窃。对于这类共同犯罪中出现部分停止犯罪部分不停止犯罪的情况，认定时注意把握两个原则：

（1）必须具有有效性。缺乏有效性不能单独成立中止。这个有效性包括有效地阻止犯罪结果发生；或者有效地消除自己先前行为对犯罪所起的作用。这是部分共犯人成立犯罪中止需要具备的一个条

件。拿上面提到的例子说明：甲提供了推车，但没有按约定去参加实行犯罪，乙使用手推车盗窃既遂。问甲是犯罪的预备、未遂、既遂还是中止？正确答案是既遂。为什么？因为虽然甲有停止犯罪的行为，但他仅仅是单方面停止参与实行，没有消除自己对犯罪的作用（提供手推车），缺乏有效性，所以乙利用他提供的犯罪工具犯罪既遂，甲也随之作为帮助犯而成立既遂。再如有一个司法考试题，甲乙商定盗窃仓库，由甲事先配制好仓库钥匙，交给乙，并约定晚上一同作案。到时间甲因为有事没有去。乙使用甲的钥匙打开仓库门，盗窃了财物。事后还要分赃款给甲，甲没有要。问甲是犯罪预备、未遂、既遂还是中止。正确答案是既遂。这个考题答案是既遂的道理也是因为甲的中止行为缺乏有效性。不能单独成立中止。值得探讨的是，上述两例中的甲可不可以认为是中止实行犯罪？因为提供推车也好提供钥匙也好，都不过是预备行为，说他有预备行为当然没有问题，但是，他毕竟主动退出了犯罪实行。从共犯的角度讲，提供推车或者钥匙是一种帮助行为，本身不是实行行为。因此说他中止实行行为应当还是可以的。但是，作为帮助犯其犯罪形态从属于实行犯，实行犯既遂，帮助犯也随之既遂。因此答案是既遂也是正确的。不过这是作为帮助犯从属于实行犯的既遂。如果上述两例中的甲要成立中止，应当有效消除自己对共同犯罪的作用。即至少要收回自己提供的犯罪工具推车或钥匙。才可以单独成立犯罪中止。在教唆他人犯罪的场合，教唆犯要想独自成立犯罪中止，必须有效消除被教唆人的犯罪故意。作为实行犯只要本人自动中止犯罪预备活动或者在着手实行犯罪过程中自动放弃犯罪，通常就具有有效性，单独成立

犯罪中止。在共同实行的场合，其中有部分共同犯罪人要成立犯罪中止的，必须有效的阻止其他犯罪人把犯罪实行到既遂。如果实施了阻止其他犯罪人犯罪的行为，但是没有成功，还是被其他犯罪人把犯罪实行到既遂的。对于想中止犯罪并且实行了中止行动的人如何定性，有2种观点：A. 同样成立犯罪既遂，理由是缺乏有效性。B. 成立犯罪未遂。后一种观点有一定道理，但是也存在问题。因为想中止犯罪的人是阻止犯罪没有成功（未遂），结果反倒成了犯罪（没有成功）未遂，有点滑稽。因此采取A. 种观点较为稳妥。（2）部分共犯中止行为的效力，只及于中止者本人，不及于其他的共同犯罪人。例如，甲教唆乙杀人，乙接受教唆后进行了犯罪的准备，但后来改变了主意，决定放弃犯罪。乙单独成立犯罪中止，并且其中止的效力只及于他本人。不及于甲（教唆犯）。甲不成立犯罪中止。再如甲乙共谋劫机外逃。购买了刀子、仿真手枪、航班机票，甚至还进行了演练。临到登机之前，甲感到害怕，就到公安机关自首了。公安机关根据甲举报，将乙抓获。甲的中止行为具有有效性，成立（预备过程中的）犯罪中止；但其中止的效力不及于乙，乙构成犯罪预备，是预备犯。值得注意的是，为什么乙是预备犯而不是未遂犯？因为劫机犯罪尚未着手实行。对乙而言，是在犯罪准备过程中，由于意志以外的原因（被甲告发）而未能着手实行犯罪，所以是预备犯。其中包含着预备与未遂的区别，值得注意。

罪数与数罪并罚的一般规则

1. 确定罪数的一般标准：犯罪构成说。即凡是行为人以一个犯意，实施一个行为，符合一个犯罪构成的，就是一罪，凡是以数个犯意实施数个行为，符合数个犯罪构成的就是数罪。
2. 一罪一

罚，数罪并罚。例如，甲构成投放危险物质罪和寻衅滋事罪，应当对甲所犯二罪分别定罪量刑，实行数罪并罚。需要注意的是，对于同种数罪，如果单纯从罪数的角度考虑，属于数罪。但是，我国司法习惯对判决宣告前的同种数罪通常不实行数罪并罚，在起诉、审判确认数个同种犯罪事实之后，综合考虑或累计犯罪数额按一罪处罚。但是对罪犯在刑罚执行期间的“漏罪”和“新罪”，与原判决合并处罚时，即使是同种数罪也实行并罚。

罪数与数罪并罚的特殊情况（一）貌似数罪实际为一罪的情况不数罪并罚

1. 想象竞合犯；
2. 继续犯；
3. 结果加重犯。

（二）数行为按一罪定罪处罚的情况（处断的一罪）

1. 牵连犯；
2. 吸收犯；
3. 连续犯。

（三）法定一罪或加重犯不数罪并罚

1. 结合犯；
2. 集合犯；
3. 加重犯。

例如：《刑法》第358条第4项规定“强奸后迫使卖淫的”，仍然只按照强迫卖淫罪一罪定罪处罚。强奸罪和强迫他人卖淫罪本是刑法上各自独立的犯罪，但如强奸行为与强迫卖淫行为有联系的，依《刑法》第358条的规定，只成立强迫他人卖淫一罪，适用较重的刑罚。在这种场合，强奸罪实际成为强迫他人卖淫罪的法定加重处罚的情节，不再单独成立一罪。

犯罪的个数还是处罚的个数

1. 想象竞合犯是一行为同时触犯数罪名，属于实质的一罪，从一重罪处罚。因此“犯罪”的个数与“处罚”的个数是一致的。问题不大。
2. 牵连犯是数行为犯数罪，属于实际的数罪处断的一罪。例如，甲伪造公文并使用该伪造公文实行诈骗犯罪，对此就“犯罪个数”而言，应当是数罪（伪造公文罪和诈骗罪二罪）；就“处罚”的个数而言，是从二罪中“择一重罪”处断。因为犯罪个数与处罚个数不一致，存在技术上的麻烦：（1）如

果在试题中不指明要求回答犯罪的个数还是处罚的个数，考生将难以应答；（2）在制定标准答案时，如果出题人想要回答的是犯罪个数，给的正确答案是构成二罪；如果出题人想要回答的是处罚问题给的正确答案可能是诈骗罪一罪。从历年试题的情况看，标准答案在这方面不统一，依然是个令人无奈的问题。其他处断的一罪如吸收犯、连续犯也存在同样的麻烦。

拘役的特点（相对于有期徒刑）（1）由公安机关就近执行；（2）每个月可以回家1至2天；（3）参加劳动的可以酌量发给报酬。

死刑适用

1. 不能适用死刑的对象，《刑法》第49条规定：“犯罪的时候不满十八周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑”。（1）所谓“审判时”是自侦查羁押时起；（2）在羁押期间因人工、自然流产的，仍按孕妇对待；（3）包括不适用“死缓”。
2. 死缓制度。（1）适用条件：刑法第48条：“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期二年执行”。要件：罪行极其严重、应当判处死刑；不是必须立即执行。（2）死缓核准执行死刑的条件：如果故意犯罪，查证属实的，由最高人民法院核准，执行死刑。实体条件：是否是故意犯罪：该故意犯罪达到构成犯罪的程度即可，不必要是严重故意犯罪；不包括过失犯罪。（3）死缓不是独立刑种，而是死刑的执行制度。

“适用财产刑”司法解释要点

1. 刑法条文中“并处”和“可以并处”的掌握：刑法规定“并处”没收财产或者罚金的犯罪，在对犯罪分子判处主刑的同时，必须依法判处相应的财产刑；刑法规定“可以并处”没收财产或者罚金的犯罪，应当根据案件具体情况及犯

罪分子的财产状况，决定是否适用财产刑。2. 判决罚金数额的依据：应当根据犯罪情节，如违法所得数额、造成损失的大小（案情），并综合考虑犯罪分子缴纳罚金的能力（经济能力），依法处罚罚金。另外需注意：根据《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》（1999年10月）“被告人的执行能力不能作为是否判处财产刑的依据”。3. 罚金额的底线：刑法没有明确规定罚金数额标准的，罚金的最低数额不能少于一千元。对未成年人犯罪应当从轻或者减轻处罚罚金，但罚金的最低数额不能少于五百元。4. 罚金额并罚方法：相加。依法对犯罪分子所犯数罪分别处罚罚金的，应当实行并罚，将所判处的罚金数额相加，执行总和数额。5. 罚金与没收财产刑并罚的方法：相加或吸收。同时并处罚金和没收财产的，应当合并执行（相加）；但并处没收全部财产的，只执行没收财产刑（吸收）。但是根据《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》，“被告人犯数罪，应当避免处罚罚金的同时，判处没收部分财产”。6. 单处罚金刑结案的条件：（1）犯罪情节较轻；（2）适用单处罚金不致再危害社会；（3）具有下列情形之一：A. 偶犯或者初犯；B. 自首或者有立功表现的；C. 犯罪时不满十八周岁的；D. 犯罪预备、中止或者未遂的；E. 被胁迫参加犯罪的；F. 全部退赃并有悔罪表现的；G. 其他可以依法单处罚金的情形。

剥夺政治权利刑 1. 内容：《刑法》第54条。2. 附加适用：（1）《刑法》第56条规定：“对于危害国家安全的犯罪分子应当附加剥夺政治权利”；（2）刑法第56条规定：“对于故意杀人、强奸、放火、爆炸、投毒、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪分子，可以附加剥夺政治权利”；（3）《刑法

》第57条规定：“对于被判处死刑、无期徒刑的犯罪分子，应当剥夺政治权利终身”。在附加适用的场合，一般适用于性质严重或者处刑严重的犯罪

3. 独立适用：一般适用于较轻的犯罪。独立适用剥夺政治权利的，依照刑法分则的规定。

累犯的种类、要件和责任

1. 一般累犯的要件：（1）前后罪都是故意犯罪；（2）前后罪都是判处有期徒刑以上刑罚之罪；（3）后罪发生的时间在前罪刑罚执行完毕或者赦免以后5年以内。注意：对于被假释的犯罪分子，自假释期满之日起计算5年以内，而不是自假释之日起计算。如果前罪被判处缓刑并且原判刑罚没有执行，此后即使再犯应当判处有期徒刑以上故意罪的，也不成立累犯。理由是前罪的刑罚没有被执行，不符合“刑罚执行完毕”，所以不成立累犯。同理，如果是在服刑期间或假释期间再次犯罪的，因为不具备“刑罚执行完毕”的条件，也不构成累犯。

2. 特殊累犯的要件：（1）前罪与后罪都是危害国家安全罪；（2）后罪发生在前罪刑罚执行完毕或者赦免以后。

3. 累犯的责任：（1）从重处罚；（2）不得缓刑；（3）不得假释。

自首与坦白的区别

是否自动投案。自动投案如实交待的是自首；被动归案如实交待的是坦白。注意：行为人因为形迹可疑稍加盘问即交代的，属自动投案，如实交待的成立自首。例如，甲曾因抢劫杀人被通缉，因为打架被行政拘留，谎称身份证丢失，引起怀疑。公安认为甲与网上被通缉罪犯身份相似，经多方核查未能识破。甲交代曾经抢劫杀人的事实，属于形迹可疑经盘查交代，应认定为自首。

特殊自首与坦白的区别

是否供述不同种罪行。供述司法机关尚未掌握的不同种罪行的，以自首论；供述同种罪行的，是坦白，酌定从轻

处罚。此外，自首与坦白还有一点区别：自首是法定量刑情节；坦白是酌定量刑情节。在数罪并罚案件中自首的适用

1. 犯有数罪的犯罪嫌疑人仅如实供述所犯数罪中部分犯罪的，只对如实供述的犯罪认定为自首。比如甲自动投案如实供述了自己的盗窃罪行，但是隐瞒了起诈骗罪行，被检举或被公安人员查出。甲仅在盗窃罪上成立自首；在该诈骗罪行上不成立自首。
2. 被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人主动供述不同种罪行的，在该主动供述罪行上成立自首，但是其效力不及于其当初被采取强制措施的罪行。比如，甲因故意杀人罪的嫌疑被逮捕，在审查其故意杀人罪行期间，甲主动交待司法机关不掌握的另一起强奸罪行。甲在该强奸罪行上成立（特殊）自首，但是其故意杀人罪行并不因此而成立自首。

在数罪并罚分别定罪量刑时，仅对该强奸罪认定自首，从轻减轻处罚。

重大立功与一般立功的区别是否“重大”。该“重大”指：

1. 指犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑以上刑罚；
2. 该案件案件在本省、自治区、直辖市或者全国范围内有较大影响等。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com