

张明楷:刑法分则个罪观点 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__E5_BC_A0_E6_98_8E_E9_94_B4__c36_482475.htm

1.放火罪。既遂标准是独立燃烧说，即，当放火行为导致对象物在离开媒介物的情况下能够独立燃烧时，就是烧毁，即既遂。2.爆炸罪。行为人采取爆炸方法引起火灾，因为火灾而危害公共安全的，应认定为放火罪，而不是爆炸罪；采用爆炸方法决堤制造水患，危害公共安全的，时决水罪，而不是爆炸罪。3.破坏交通工具罪。处于贪利动机窃取交通工具的关键部件，足以发生使其倾覆或毁坏危险的，成立破坏交通工具罪。4.交通肇事罪。“因逃逸致人死亡”，应限于过失致人死亡，除了司法解释所规定的情形外，还应包括连续造成两次交通事故的情形，即已经发生交通事故后，行为人在逃逸过程中又因为过失发生交通事故，导致他人死亡。5.各种金融诈骗罪与（普通）诈骗罪的关系问题。有一点需要提请考生特别注意，由于司法解释对各种金融诈骗罪起刑点的数额较诈骗罪的数额高，如贷款诈骗罪起刑点数额是1万元以上（即数额较大的起点），而诈骗罪起刑点数额是2000元以上（即数额较大的起点），因此，当行为人进行贷款诈骗，在2000元以上而不满1万元的，应当成立诈骗罪，而不是无罪。其中的道理，我刚在前面已经讲过，特殊诈骗罪的成立以构成普通诈骗罪为前提，当行为人的诈骗行为的数额没有达到各具体诈骗罪的要求，而达到了普通诈骗罪的要求，即2000元以上时，应认定为普通诈骗罪。6.在被害人承诺伤害的情况下，对造成重伤的应该认定故意伤害罪，因为造成重伤的行为通常是对生命

造成了危险的行为，而经被害人承诺的故意杀人毫无例外地成立故意杀人罪；对基于被害人承诺造成轻伤的，不宜认定为故意伤害罪。7. 在非法拘禁罪中，犯罪对象对自己的行为自由有一定的认识，知道自己人身自由被强制性地剥夺和限制。因此，非法拘禁罪的犯罪手段和形式并不重要，只要实质性地限制了被害人的行为自由，就成立非法拘禁罪。8. 行为人绑架他人之后，直接向被绑架人索取财物，不成立本罪，而应该成立抢劫罪；行为人在以实力支配、控制他人之后，才产生勒索财物的意图而向第三人勒索财物的，按照绑架罪来予以认定。同样，收买被拐卖的妇女儿童之后，对其以暴力、胁迫手段予以控制，然后向其家人或者有关人员勒索财物或提出其它不法要求的，也认定为绑架罪。9. 出卖亲生子女，换取该子女的身价的，应按照拐卖妇女儿童罪来认定；拐卖儿童的，即使征得了儿童的同意，也成立拐卖儿童罪；而拐卖妇女时，如果征得了妇女的同意或者妇女主动要求出卖自己的，原则上不成立犯罪。10. 行为人不以出卖为目的收买了被拐卖的妇女儿童后，对其实施了强奸、非法拘禁等行为，后来又将其出卖的，认定为拐卖妇女儿童罪即可。如果对被害人实施伤害的，则应该按照故意伤害罪和拐卖妇女儿童罪进行数罪并罚。11. 行为人为了收买妇女儿童，而教唆、帮助他人实施拐卖妇女儿童，然后又收买了该被拐卖的妇女、儿童，应该按照拐卖妇女儿童罪和收买被拐卖的妇女儿童罪进行数罪并罚。12. 刑法第241条第6款规定，“可以不追究刑事责任”是指“可以不追究收买被拐卖的妇女儿童罪”的刑事责任。对于其它行为，如强奸、非法拘禁等，还要予以追究。13. 实施破坏选举的行为，其手段又触犯其他罪名的

，通常应该从一重罪重处罚。14. 以故意伤害、故意杀人的方法干涉他人婚姻自由的，按照故意杀人罪、故意伤害罪来处理；一贯以暴力干涉婚姻自由，其中有某次造成被害人死亡或者重伤的，应该按照故意伤害罪或故意杀人罪和暴力干涉婚姻自由罪进行数罪并罚。15. 拐骗儿童后产生出卖或者勒索财物的目的，进而出卖儿童或者以暴力、胁迫手段对儿童进行势力支配以勒索财物的，应分别认定为拐卖儿童罪或绑架罪，与拐卖儿童罪进行数罪并罚。16. 债权人利用胁迫手段迫使债务人还债，而债务人以对财物的占有和债权人对抗，这种对抗具有合法的理由，则债权人可能成立敲诈勒索罪；如果对抗没有合法的理由，就不成立敲诈勒索罪。17. 使用暴力手段当场非法占有、控制他人房屋的，使用暴力迫使他人当场写出免除债务的承诺书的，宜认定为抢劫罪。18. 占有型的财产犯罪中，行为人主观上具有排除权利人的占有和所有，使财物成为自己所有的财物之意思，同时一般还有遵从该财物的机能和特性加以利用、处分的意思。这些区别于毁坏型的犯罪。如以毁坏的意图将他人的财物盗窃出来加以毁坏的，成立故意毁坏财物罪。19. 行为人对被害人实施暴力，要求其交出财物，但被害人身无分文，行为人强令被害人立即从家里拿来财物，或者一道前往其家中而取得财物的，成立抢劫罪；行为人实施暴力后发现被害人身无分文，然后强令被害人日后交付财物，原则上认定抢劫罪和敲诈勒索罪，进行数罪并罚。20. 行为人出于其他犯罪目的对被害人实施暴力，致使被害人死亡或者昏迷，然后产生非法占有的犯罪故意，进而取走财物的，不是抢劫罪。强奸之后产生非法占有的故意，趁被害人昏迷而非法占有其财物的，应该认定为强奸罪

和盗窃罪，数罪并罚。行为人出于其他犯罪故意实施暴力行为，在此过程中产生非法占有故意，并抢走或者夺走被害人财物的，则成立抢劫罪。21. 转化型抢劫罪中暴力、胁迫行为的对象没有别的限制。行为人在被害人家里盗窃财物，出门遇见人，以为是事主，为抗拒抓捕而实施暴力或者胁迫的，仍然成立抢劫罪。22. 行为人在实施诈骗、盗窃、抢夺中，尚未取得财物就被他人发现，为了继续非法取得财物而使用暴力或者以暴力相威胁的，直接认定为抢劫罪。23. 抢劫罪中，使用暴力致人死亡，“致人死亡”包括过失致人死亡和故意杀人两种情况。在故意杀人而抢劫的情况下，没有将人杀死的，则成立抢劫罪结果加重犯的未遂。24. 抢劫罪原则上以被害人是否丧失了对财物的控制为标准，即只要行为人强取财物的行为使被害人丧失了对财物的控制，就是抢劫罪的既遂。刑法第263条规定的8种法定刑升格情形中，仍然存在抢劫罪未遂的情况，没有使被害人丧失对财物的控制的，仍然成立抢劫罪的未遂。25. 对于入户诈骗、抢夺而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，应认定为入户抢劫；行为人以入户抢劫为目的，入户后迫使被害人离开其居住地点，从而强取财物的，认定入户抢劫。抢劫致人重伤或者死亡的，不论是抢劫本身的手段行为造成，还是转化型抢劫中的行为造成，都认定为这里的加重结果犯。26. 携带凶器抢夺的，只要行为人对凶器有实际的控制和支配即可。如甲使乙携带凶器与自己同行，具有紧急时候使用的意图，即使甲亲手抢夺被害人财物，也认定携带凶器抢夺。27. 甲乙合谋，然后由认识丙的甲将丙骗到外地游玩，由乙给丙家人打电话索要财物，否则就“撕票”。不成立绑架罪，而成立敲诈勒索罪。28. 敲诈勒索罪

中，被害人出于恐惧的心理给其财物的，成立敲诈勒索罪的既遂；如果被害人出于同情或怜悯的，则成立敲诈勒索罪的未遂。29. 数人共同管理某种财物，而且相互之间存在主从关系，一般认为下位者不存在对财物的占有，如果下位者非法占有的，成立盗窃罪；但是，若下位者有上位者的明确委托和熟悉关系的委托，则下位者非法占有的，成立侵占罪。30. 盗窃罪中，窃取行为不必具有秘密性，相反是指采用非暴力、非胁迫的手段（平和手段），违反财物占有的意志，将财物转移为自己或者第三人占有。31. 盗窃罪的既遂标准，原则上是失控说，即只要被害人丧失了对自己财物的控制，不管行为人是否控制了财物，都应当认为是盗窃罪的既遂。如行为人以不法所有的目的，在火车上将他人的财物扔到偏僻等地方的轨道旁，意图以后再去捡回。不管行为人是否真去捡回，也成立盗窃罪的既遂。在认定盗窃罪的既遂时，还要根据财物的体积大小、形状、被害人的控制状况来认定，一般来所，体积小、易于控制的财物，以行为人实际控制为犯罪既遂；体积大、不易控制的财物，以脱离被害人的控制范围为犯罪既遂。32. 意图盗窃大量财物，但实际上盗窃到了不足以成立犯罪的财物，因为认为价值低廉的财产损失不认为是财产犯罪的既遂标准，所以，上述情形应该认定为犯罪未遂。33. 诈骗罪中，被害人因为认识错误而处分财物，这里“处分”有：直接交付财物、承诺行为人取得财物，或者承诺转移财产性利益，或者承诺免除行为人的债务、或者免除自己应该缴纳的费用。34. 使用欺诈手段使他人陷于错误认识而骗取财物，即使向被害人支付了相当价值的物品，也宜认定为诈骗罪，如欺骗他人购买数万元的物品。35. 双重买卖的情

况下，将已经出卖某人的财物再次出卖的，如果并没有对财物的占有，行为人获取第三人的财物的，成立诈骗罪；如果行为人暂时占有出卖物，出卖给第三人，使得第二人受到损失的，认定为侵占罪。36. 向没有充分能力的机器、儿童、精神病人等，采取欺骗方法获取其财物的，认定为盗窃罪，而不是诈骗罪。37. 行为人借用他人手机，以借口走出被害人视线外，然后带着手机逃走的，成立盗窃罪，而非诈骗罪。38. 窝藏或者代为销售的赃物，行为人占为己有，而拒不退换，还是成立窝赃罪或销赃罪，不成立侵占罪。因为不存在合法委托关系，行为人不属于合法占有。39. 在侵占罪中，“非法占为己有”和“拒不退还”表达了相同的含义：将自己原来占有的财物变为自己所有的财物，可以表现为消费、出卖、赠与、抵偿债务，或者拒绝归还。40. 行为人合法占有他人的财物后，将该财物非法据为己有，在被害人请求返还时，虚构财物被盗等原因，使被害人免除返还义务的，仅认定为侵占罪。因为据为己有在前，后来的欺骗行为是为了进一步确保财物的所有，仅侵犯了被害人的同一种法益，属于不可罚的事后行为。41. 行为人实施窃取、刺探、收买国家秘密的行为当时，没有非法提供给境外机构、组织人员的故意，但是在实施该行为之后，非法获取国家秘密，并将之提供给境外机构、组织、个人的，成立刑法第111条的犯罪。42. 聚众斗殴致人重伤、死亡的，应该认定为故意伤害罪或者故意杀人罪，但是，注意，这里并不注重行为人的主观意志，不管行为人主观上是否具有故意伤害、故意杀人的犯罪故意。而且，这样情况下，一般仅追究首要分子和直接造成重伤、死亡结果的人员在故意杀人、故意伤害方面的刑事责任。43. 寻衅

滋事致人死亡的，按照主观情况认定为故意杀人罪或者过失致人死亡罪。故意造成他人伤害的，暴力胁迫取得数额较大财物的，成立故意伤害罪、抢劫罪或者敲诈勒索罪。44. 包庇黑社会性质组织罪中有：通风报信、隐匿、毁灭证据、阻止他人作证或指使他人作伪证，提供财物帮助逃匿、阻挠其他国家机关工作人员依法查禁等。注意与包庇罪、妨害作证罪、窝藏罪、帮助犯罪分子逃避处罚罪、妨害公务罪等区别。45. 在非法游行、示威、集会中，直接责任人员或者负责人员，携带危险物品参加的，认定为非法游行、示威、集会罪，从一重罪重处罚。在此之前就非法携带的，按照本罪和非法持有枪支罪等数罪并罚。46. 引诱未成年人淫乱的，未成年人实际参与的，或者观看的，也认定为引诱未成年人聚众淫乱罪。47. 辩护人、代理人在刑事诉讼中，要求证人改变以前作出的违背事实的证言的，不成立刑法第306条的犯罪。48. 在司法机关的追捕中，行为人出于某种原因而冒充犯罪嫌疑、被告人，向司法机关投案自首或者以其他方法使得司法机关认为其是所要追捕的犯罪嫌疑人，从而使真正的犯罪嫌疑人、被告人逃避的，按照窝藏罪或者包庇罪处理。49. 赃物犯罪中，“犯罪所得的赃物”，其中“犯罪”是指“已经既遂的犯罪”。行为人在本犯既遂之前故意参与的，按照共同犯罪处理。如果本犯实施了犯罪行为，取得了赃物，但是还没有既遂，行为人参与其中的，也成立共同犯罪。如甲得知乙受委托占有丙的财物，甲和乙共谋将财物出卖给他人，侵吞出卖款的，成立侵占罪的共犯。50. 对于未成年人实施与其能力不相符合的犯罪活动而不成立犯罪的、具备一定主体条件但行为的数额没有达到犯罪程度的，以及数人各自盗窃数额

没有达到犯罪程度，而窝藏的数额加在一起达到了犯罪程度的，都不宜认定为赃物犯罪。但是，赃物销售之后的现金、作为赃物的货币兑换成另一种货币的，或者赃物经过了改造和改装，都不改变其作为赃物的性质，可以成为这里的赃物犯罪对象。

51. 暴力抗拒人民法院执行判决、裁定，杀害、重伤执行人员的，按照故意杀人罪、故意伤害罪来认定；国家机关工作人员收受贿赂或者滥用职权，实施本罪的，同时又构成受贿罪、滥用职权罪的，从一重罪重处罚。

52. 原则上，只要司法机关在关押当时符合法定程序和法定条件，就应认为是依法关押，被关押的被告人、犯罪嫌疑人、罪犯就能成为脱逃罪的犯罪主体。但是，行为人原本没有犯罪，司法机关的错误导致其被关押的，行为人单纯脱逃的，可以不认定为脱逃罪。所以，确实无罪的人单纯脱逃的，不宜认定为脱逃罪。

53. 脱逃罪的既遂判断标准是：行为人摆脱了监管机关和监管人员的实力支配。行为人脱逃，但是一直没有超出监管范围的，不成立该罪的既遂。

54. 骗取出境证件罪中，“为组织他人偷越国边境使用”属于主观要件，只要行为人具备该目的，实施了骗取出境证件的行为，即使没有实际用于组织他人出境的，也成立骗取出境证件罪。上述行为如果是组织偷越国边境的组织者实施的，则属于组织他人偷越国边境犯罪的预备行为。

55. 在非法行医罪中，“医生执业资格”是指“医师资格”和“医生执业资格”。行为人既不具备医师资格，也不具备“医生执业资格”，自然可以成立本罪。但是，行为人仅具有医师资格，没有执业资格的，也可以成立本罪。不可能存在没有医师资格而具备执业资格的情况。

56. 不具有医疗资格的人，偶然为他人医疗的，不成立非法行医罪。

，造成严重后果的，按照过失致人重伤罪、过失致人死亡罪来认定。57.从结局上看，实施了转移、运输行为但并没变更毒品的所在地，而其实毒品所在地曾经发生了变化，也成立运输毒品罪。58.走私毒品罪的既遂与未遂标准是：装在毒品船舶或者航空器是否到达本国领土；贩卖毒品罪的既遂是：行为人以出卖目的将毒品交付给他人，他人取得占有；运输毒品罪的既遂是：毒品被装载后进入运输状态。如果是邮寄的，交付邮局即为既遂。59.毒品犯罪中，既成立累犯，也成立刑法第356条的再犯，应该按照累犯处理。这里的再犯规定仅仅是用于不成立累犯的情形。60.运输毒品罪和非法持有毒品罪的区分在于是否与走私、贩卖、制造毒品罪紧密相关。如果行为人仅仅是了自己吸食，购买毒品后运到其他地方的，成立非法持有毒品罪。61.在饮食中将大烟壳（罌粟壳）掺入，可以认定为欺骗他人吸食毒品罪。62.在意欲卖淫者和卖淫场所的管理者之间进行介绍，也应认定为介绍卖淫罪。63.传播性病罪的成立不要求行为人具有将性病传染给他人的意图，但是，行为人具备该意图实施传播行为，如果没有将性病传播给他人，就成立传播性病罪；如果已经将性病传播给他人，造成伤害的，成立故意伤害罪。64.私分国有资产罪。如果将国有资产或者罚没财物私分给单位少数成员的，应认定为共同贪污行为。65.对于受贿罪：（1）首先应当明确，其法益或者说客体是国家工作人员职务行为的不可收买性，也可以说是国家工作人员职务行为与财物的不可交换性，简单说就是钱权不能交易。不可收买性包括两方面内容：其一，职务行为的不可收买性本身；其二，公民对职务行为不可收买性的信赖。（2）虽然刑法将贿赂的内容限定为财物，但应

当认为，这里的财物是指具有价值的可以管理的有体物、无体物以及财产性利益。因此，行为人请国家工作人员出去旅游的行为，如果被接受，也应认定为受贿。（3）对单纯受贿中要求的“为他人谋利”应理解为国家工作人员许诺为他人谋利，而不能要求是实实在在地谋取了利益。这里的许诺既可以是明示的，也可以是暗示的。（4）事后受贿的，如果符合受贿罪的要件，也成立受贿罪。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