分析提纲

一、甲乙丙搬走电器涉嫌盗窃罪的共同正犯

二、丁的中途加入涉嫌盗窃罪的共同正犯

三、张三、李四伪造卡片从机器取走汽油涉嫌构成盗窃罪的共同正犯

四、张三、李四二人未付款逃离涉嫌诈骗罪的共同正犯

五、二人与赵六扭打涉嫌转化型抢劫罪的共同正犯

六、张三刺杀赵六却杀死李四的可罚性

七、洪水来袭，郭某将手风琴留在原处，构成故意毁财罪未遂犯

八、Y对X 未施救涉嫌故意杀人罪

**一、甲乙丙搬走电器涉嫌盗窃罪的共同正犯**

《刑法》第二百六十四条 盗窃公私财物，数额较大的，或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的，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。

首先讨论共同定罪原则和实行过限的问题。

在共同故意犯罪的情况下，各共同犯罪人在共同故意的支配下，使各犯罪人之间的主观意志融合为一体，并将各犯罪人的行为引向共同客体，合力通谋，相互作用，共同造成犯罪结果，因而在法律上发生连带的刑事责任，应当实行共同定罪原则。根据共同故意犯罪的共同定罪原则，各共同犯罪人对共同犯罪故意内无论是本人的行为还是他人的行为造成的犯罪结果都要承担刑事责任。[[1]](#footnote-1)

其中，在共同正犯的场合，由于各正犯者相互利用、补充其他人的行为，便使自己的行为与其他人的行为成为一体导致了结果的发生（即结果应当归属于每一个人的行为）。因此，即使只是分担了一部分实行行为的正犯者，也要对共同的实行行为所导致的全部结果承担正犯的责任。[[2]](#footnote-2)因此在本案中，甲乙丙共同计划并实施盗窃行为，三人应对在共同的犯罪故意内的行为所造成的结果都承担刑事责任。

但是，如果超出了共同犯罪故意的范围，就不能对他人行为承担刑事责任，这里面就有一个实行过限的问题。实行过限,又称为共同犯罪中的过剩行为,是指实行犯实施了超出共同犯罪故意的行为。[[3]](#footnote-3)共同犯罪故意是建立在对共同犯罪具有同一认识的基础之上的，因此，如果其他共同实行犯对此行为不知情，该行为属于超出共同故意的行为。实行过限处理的基本原则是对过限的犯罪行为应当由实行者本人承担刑事责任，其他共同犯罪人对此不承担刑事责任。

**（一）构成要件该当性**

**1.客观构成要件**

（1）**行为对象。**盗窃罪的行为对象是“公私财物”，即他人（或公或私）所有的财物。一方面，要满足财物归他人所有而不归行为人所有的“他人性”的特征，另一方面，要满足“财物”即有财产价值之物的特征。在本案中，电视、音箱、电脑等一些电器是属于商店主人所有的动产，且具有一定财产价值。符合“公私财物”的特征。

另外，本案还涉及到是否是入户盗窃的问题：根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第三条“非法进入供他人家庭生活，与外界相对隔离的住所盗窃的，应当认定为‘入户盗窃’。”因此，上锁的商店虽然是封闭的场所，但是并非是供家庭生活的住所，而是营业性场所，进入封闭的商店进行盗窃不属于入户盗窃。

**（2）窃取行为。**是指秘密窃取公私财物的行为，即未经原占有人同意而转移物的占有。在本案中，在店老板为躲避洪水，锁上商店逃离后。甲乙丙通过打碎玻璃，钻窗户进入商店，搬走大量店内电器并离开。三人对原本处于店主占有下的电器，在未得到原占有人同意的情况下，打破其旧占有状态，建立起自己新的占有关系。这种未经同意而使他人丧失对财物的合法控制，而置于本人的非法控制之下的行为，属于窃取。

**（3）各个部分的行为贡献能够被组合起来予以归责。**

①甲乙丙均有实施造成结果发生，且具有因果关系的参与行为。

乙打破玻璃，乙丙一同潜入商店搬运电器。甲开车拉人载物，并在乙丙搬运电器时一直坐在驾驶座上等候，便于出现危险时能拉着赃物迅速逃离。因此三人各自分担一部分盗窃行为，相互配合、利用和补充：到达商店，进入商店，搬运电器，载着电器逃离现场，这一系列的行为的整体才能实现占有的转移，保证盗窃的圆满进行。因此三人的行为共同引起和导致了结果的实现。

②三人分工协作对犯罪事实形成功能性支配。

根据犯罪事实支配理论，对犯罪事实过程具有决定性影响的关键人物或核心角色，具有犯罪事实支配性，是正犯。在此框架内，行为人甲乙丙三人分工协作，对彼此的行为相互利用和补充从而完成电器的占有转移，保证盗窃的圆满进行。三人通过功能性支配，支配整个犯罪事实，成立共同正犯。

**2.主观构成要件**

**（1）共同故意。**甲乙丙共同谋划，趁发洪水之际，盗窃电器商店。三人对对自己未经允许而非法转移电器占有的客观行为，有明确的认知，并积极主动地追求结果的发生。而且三人具有共同的犯罪故意，即存在三人共同实施行为的意思。因此具有共同的盗窃故意。

**（2）非法占有目的。**是指排除权利人，将他人的财物作为自己的财物进行支配，并遵从财物的用途进行利用、处分的意思。[[4]](#footnote-4)因此，非法占有目的由“排除意思”和“利用意思”构成。

本案中，甲乙丙具有排除他人的所有权人地位并取而代之，以类似所有人的地位去利用、处分财物的意思。同时，三人也认识到自己对于电器并不享有可主张的民事权利。

**（3）秘密性。**盗窃行为是以秘密方式实施的，因此属于秘行犯。对于盗窃罪的秘密应从客观和主观两个方面把握，具体有特定性[[5]](#footnote-5)、主观性[[6]](#footnote-6)、和相对性[[7]](#footnote-7)三个特点。在本案中，三人虽然是在公开场合，但是在财物所有人不在场且自认为秘密的心理状态下进入商店，搬运电器，符合秘密性的要求。

**（二）违法性**

无违法阻却事由

**（三）有责性**

无责任阻却事由

**（四）盗窃共同犯罪数额的认定**

**1.共犯数额认定的相关立法**

1998年最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第七条“审理共同盗窃犯罪案件，应当根据案件的具体情形对各被告人分别作出处理：(一)对犯罪集团的首要分子，应当按照集团盗窃的总数额处罚。(二)对共同犯罪中的其他主犯，应当按照其所参与的或者组织、指挥的共同盗窃的数额处罚。(三)对共同犯罪中的从犯，应当按照其所参与的共同盗窃的数额确定量刑幅度，并依照刑法第二十七条第二款的规定，从轻、减轻处罚或者免除处罚。”

但本该解释已经于2013年4月4日失效，被《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》所废止。而新的解释并没有对共犯的数额认定做出明确规定，对盗窃罪的共犯数额认定留下了空白。

在司法实践中一般是适用《刑法》第26条[[8]](#footnote-8)，按照犯罪人参与犯罪的总数额进行认定，同时考虑行为人在共同犯罪中所起作用。[[9]](#footnote-9)

**2.共犯数额认定的相关学说**

学术界对共犯数额认定标准有以下几种观点:1. 分赃数额说：主张各共同犯罪人只对自己实际分得赃物的数额承担刑事责任；2.分担数额说：主张各共同犯罪人对本人“应当分担”的数额负责；3.参与数额说：主张各共同犯罪人应对本人实际参与的犯罪数额承担刑事责任； 4.犯罪总额说：主张以共同犯罪的总数额作为确定各共同犯罪人的刑事责任的标准；5.平均数额说：主张各共同犯罪人都应平均分担共同犯罪的数额；6.综合评价说：主张考虑全案因素,确定各共同犯罪行为的大小,而不单纯以某一数额作为定罪量刑的根据。[[10]](#footnote-10)

分赃数额说过分强调了各共犯人的独立性忽视了其整体性，况且分赃数额并不能准确的反映各共犯人的地位和作用，违反了共犯刑事责任承担的理论。分担数额说割裂了共同犯罪刑事责任整体性，而如何确定所谓的百分比也是缺乏操作性和科学性的；平均数额说采取平均主义，实际上是抹杀共同犯罪与单独犯罪的区别，否定共同犯罪人刑事责任的差别。综合评价说在确定刑事责任有无的问题上，是按照参与犯罪总额定还是个人参与数额定并不明确，缺乏可操作性。犯罪总额说有利于确定共同犯罪人刑事责任的有无,却难以较好地区分各共同犯罪人刑事责任的大小、因此同样存在缺陷。[[11]](#footnote-11)

因此，本文赞同广义的“参与数额说”即“参与总额说”[[12]](#footnote-12)，即共同犯罪人对自己实际参与的总数额承担刑事责任。

**3.甲乙丙的盗窃数额认定**

根据对于共同正犯来说，参与数额是指直接参加实施盗窃的犯罪总数额，它不限于个人直接盗窃的数额，而且包括他人共同盗窃的数额。[[13]](#footnote-13)甲乙丙的均分赃款对于责任认定并不产生影响，分赃数额是事后对犯罪所得的处理而不是犯罪构成的内容，分赃结果对行为人的行为性质也没有影响，所以不能把它作为定罪量刑的根据。[[14]](#footnote-14)三人应当对实施盗窃的总数额承担刑事责任。

在本案中，甲乙丙盗窃所得电器价值10000元左右，已经达到普通盗窃所要求的“数额较大”的标准[[15]](#footnote-15)。

**（五）盗窃罪的从重处罚**

乙为进入商店用砖头打碎了商店玻璃，采用破坏性手段进行盗窃。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第十一条第一款“采用破坏性手段盗窃公私财物，造成其他财物损毁的，以盗窃罪从重处罚；同时构成盗窃罪和其他犯罪的，择一重罪从重处罚。”因此，打碎玻璃作为盗窃的手段行为，虽然没有达到故意毁坏财物罪的定罪处罚标准，但从整体犯罪行为的本质和行为人的犯罪目的角度来考量，可作为盗窃罪从重处罚的情节进行考量。

根据共同定罪原则，虽然打碎玻璃是乙一人所为，但是这个行为没有超出三人的共同故意的范围。且打碎玻璃是进入商店搬运电器的必然前提，与其他人的其他行为互为补充，结合成为一个整体，共同导致了结果的发生。因此三人均应对打碎玻璃的行为承担责任，从重处罚。

**（六）甲携带凶器盗窃属于实行过限**

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第三条“携带枪支、爆炸物、管制刀具等国家禁止个人携带的器械盗窃，或者为了实施违法犯罪携带其他足以危害他人人身安全的器械盗窃的，应当认定为‘携带凶器盗窃’。 ”

所谓携带是指，在从事日常生活的住宅或者居室以外的场所，将某种物品带在身上或者置于身边附近，将其置于现实的支配之下的行为。携带凶器盗窃不要具有随时使用凶器的可能性，只要能评价为携带即可。

所谓凶器中的管制刀具，根据《对部分刀具实行管制的暂行规定》第二条“本规定所管制的刀具是：**匕首**、三棱刀(包括机械加工用的三棱刮刀)、带有自锁装置的弹簧刀(跳刀)以及其它相类似的单刃、双刃、三棱尖刀。”

因此本案中， 甲随身携带**匕首**以应对突发的紧急情况，属于“携带凶器盗窃”。

但是由于乙和丙对此均不知情，因此携带刀具是超出三人共同犯罪故意的范围，属于实行过限。根据实行过限处理的基本原则，甲携带刀具盗窃的行为应由实行者本人承担刑事责任，乙丙对此不承担刑事责任。

**（七）结论**

**甲乙丙成立对盗窃罪的共同正犯。其中，三人均应对打碎玻璃的行为承担责任，而只有甲对携带刀具盗窃的行为承担刑事责任。**

**二、丁的中途加入涉嫌盗窃罪的共同正犯**

《刑法》第二百六十四条 盗窃公私财物，数额较大的，或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的，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。

首先讨论两个问题：

其一，共同犯罪的意思联络的形式。

所谓意思联络，指的是“各犯罪人认识到自己不是在单独地实施犯罪，而是在和其他人相互配合共同实施犯罪。”[[16]](#footnote-16)共同的行为意思，不要求数人之间直接形成，通过某个行为人分别向其他行为人联络的，也存在共同的行为意思。[[17]](#footnote-17)共同的行为意思，不要求一定以明示[[18]](#footnote-18)的方法产生，也有可能是暗示[[19]](#footnote-19)或容忍[[20]](#footnote-20)的方式，只要行为人相互之间形成默契就行了。

其二，共同正犯的意思联络的时点要求。

对于进行意思联络的时间，一般为着手前，但如果在实行行为进行时产生意思联络，也可以构成共同犯罪[[21]](#footnote-21)。我国刑法理论认为，共同犯罪可以分为事前同谋的共同犯罪与事前无通谋的共同犯罪。[[22]](#footnote-22)在刚着手或实行犯罪的过程中形成共同犯罪故意的，则是事前无通谋的共同犯罪。这种事前无通谋的犯罪，可能成立承继的共同犯罪。其中，承继的共同正犯是指行为人已经开始实施犯罪实行行为,而在整个犯罪没有结束的状态下,又有他人通过意思联络与之形成共同行为决意,实施行为继续犯罪的形态。[[23]](#footnote-23)

在本案中，丁在甲乙丙实施盗窃行为的过程中，以共同实施的意思参与犯罪，构成承继的共同正犯。

**（一）构成要件该当性**

**1.客观构成要件**

**（1）承继的时间范围。**承继的正犯是在犯罪的实行行为已经开始但尚未结束之前加入到犯罪的实行当中来。本案中，丁是在甲乙丙三人正在实施盗窃行为时加入进来，满足实行行为已经开始但尚未结束之前的时间要求。

**（2）每个共同正犯实现部分犯罪的外表特征**

丁与乙丙一同搬运电器数次直至车厢已经装满，具有实现盗窃罪的外表特征。

**（3）行为之间能够互相归责**

①丁与甲乙丙都实施了造成结果发生，且具有因果关系的参与行为

根据案情，“丙就从屋内通过窗户向外递出一台电视交给丁，丁又把电视搬运到越野车上。如此往复搬运数次，车厢已经装满。” 因此丙丁对彼此行为相互利用，将电器顺利地从货架搬到车上，并和甲乙的行为互为补充，共同导致了结果的发生，实施了具有因果关系的参与行为。

②四人分工协作对犯罪事实形成功能性支配。

根据犯罪事实支配理论，对犯罪事实过程具有决定性影响的关键人物或核心角色，具有犯罪事实支配性，是正犯。在此框架内，虽然丁是中途加入，但丁和丙相互配合，与甲和乙互为补充，形成一个高度统一，不可分割的整体，共同完成盗窃行为。四人都对犯罪事实起到不可或缺的作用，通过功能性支配，支配犯罪事实，成立共同正犯。

**2.主观构成要件**

**（1）共同故意。“**丁看到几个人的行为后，立刻明白了一切。丁和丙是熟识的朋友，两人相顾点头后”丁加入了盗窃。因此，丁对于盗窃行为是有认识的，并且积极主动地加入，追求危害结果的发生。而且如上文所说，通过某个行为人分别向其他行为人一暗示方式联络的也成立意思联络。通过丁与丙相顾点头，所有行为人达成共同的犯罪故意。

**（2）非法占有目的和秘密性的分析同上。**

**（二）违法性**

无违法阻却事由

**（三）有责性**

无责任阻却事由

**（四）承继的责任范围**

关于承继的共同正犯，后行为人对参与之前的前行为人的行为产生的结果是否承担责任有肯定说和否定说的分野。本文采否定说：首先，前行为人实施的行为已经造成后果时，后行为人的行为不可能成为该结果的原因，后行为人不应对与自己行为没有任何因果关系的结果承担责任。此外，后行为人虽然了解前行为人的行为及其结果，但这并不表明二人对结果有共同故意，也不表明该结果由二人共同造成。[[24]](#footnote-24)因此，丁应当为其参与之后行为所产生的结果承担责任，对之前乙的破窗行为和甲的携带凶器行为都不承担责任。

丁参与之后的盗窃数额，不是其分赃所得的小音箱的价值（800元左右）。这只是事后对犯罪所得的处理而不是犯罪构成的内容，对行为人的行为性质也没有影响。如上所说，本文采“参与总额说”，即丁应对其参与盗窃之后，四人所得的总数额承担责任。

**（五）结论**

**丁成立盗窃罪的共同正犯，只对其参与之后的盗窃总数额承担责任。**

**三、张三、李四伪造卡片从机器取走汽油涉嫌构成盗窃罪的共同正犯**

《刑法》第二百六十四条 盗窃公私财物，数额较大的，或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的，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。

**（一）预判断**

本案中，张三和李四使用伪造卡片从自助机加油，可能涉嫌盗窃罪和诈骗罪。“机器能否被骗”这一经典问题是诈骗罪与盗窃罪的分野，使二者的范围发生消长：主张机器能够被骗的，则扩张了诈骗罪的范围而限缩了盗窃罪的范围；反之，主张机器不能被骗的，则限缩了诈骗罪的范围而扩张了盗窃罪是范围。

本文认为，基于机器不能表达意思，不具有意志这一逻辑前提[[25]](#footnote-25)，机器不能被骗。对于持假卡加油、机器误读的情形，行为人成立盗窃罪。

首先，对于机器而言，其不存在独立的意志。诈骗要求受骗者因欺骗行为导致陷入或者维持认识错误，进而处分财产机器没有自然人一样的认识、辨别能力,只能依照人所发出的特定的指令而作出反应。指令正确,就会有预定的动作出现；指令不正确，机器就不会作出所预定的反应。[[26]](#footnote-26)因此机器无意志，无法陷入认识错误并对行为人作出转移占有的同意。

因此，从这个角度说，诈骗行为首先必须是指向人的行为[[27]](#footnote-27)。如果将机器认定为诈骗人或受骗人，则导致诈骗丧失其定型性，从而使诈骗罪的构成要件丧失罪刑法定主义机能。[[28]](#footnote-28)

其次，机器误读而作出的同意不可作为原占有人的有效的同意。机器本身不能占有，而是替加油机的管理者进行的占有。而机器作出的同意也只是其对于正确指令而执行的预定动作。机器因为误读而作出预定动作，没有满足指令正确这一前提，即违背了程序设置者(代表原占有人)的同意。因此，在本案中，机器误读作出的加油行为是违背加油站管理者的意愿的，这一同意不具有法律效力。张飒李四实施的行为是未经原占有人同意而进行的占有转移。

**（二）构成要件该当性**

**1.客观构成要件**

（1）**行为对象。**盗窃罪的行为对象是“公私财物”，即他人（或公或私）所有的财物。一方面，要满足财物归他人所有而不归行为人所有的“他人性”的特征，另一方面，要满足“财物”即有财产价值之物的特征。在本案中，汽油属于加油站管理人员所有且具有一定财产价值。符合“公私财物”的特征。

**（2）窃取行为。**是指秘密窃取公私财物的行为，即未经原占有人同意而转移物的占有。在本案中，张三和李四通过使用假卡，机器误读，进行加油。基于上文的分析，二人的行为对原本处于加油站管理人员占有下的汽油，在未得到原占有人同意的情况下，打破其旧占有状态，建立起自己新的占有关系。这种未经同意而使他人丧失对财物的合法控制，而置于本人的非法控制之下的行为，属于窃取。

**（3）各个部分的行为贡献能够被组合起来予以归责。**

①张三和李四均有实施造成结果发生，且具有因果关系的参与行为。

张三和李四两人一同驾车行进，张三因车子没油而使用李四送给他的一张伪造的加油卡，通过自助机器为汽车加油。李四伪造卡片，张三使用卡片加油。二人的行为前后相承，相互利用、补充和作用，共同引起并导致了结果发生，使盗窃圆满完成。

②二人分工协作对犯罪事实形成功能性支配。

根据犯罪事实支配理论，对犯罪事实过程具有决定性影响的关键人物或核心角色，具有犯罪事实支配性，是正犯。在此框架内，李四伪造卡片，张三使用卡片加油。二人的行为前后相承，相互利用、补充和作用，共同组成了完整的盗窃事实，发挥了支配性的作用，是正犯。

**2.主观构成要件**

**（1）共同故意。**张三，李四均对持卡窃取汽油的行为有认识，同时希望危害结果的发生，存在故意心态。虽然未提及两人对于持卡窃取汽油进行共同谋划，但是李四将假卡送给张三，张三收下，两人已经对使用假卡来加油形成默契，存在意思联络。因此二人具有共同的盗窃故意。

**（2）非法占有目的。**是指排除权利人，将他人的财物作为自己的财物进行支配，并遵从财物的用途进行利用、处分的意思。[[29]](#footnote-29)因此，非法占有目的由“排除意思”和“利用意思”构成。

本案中，张三和李四具有排除他人的所有权人地位并取而代之，以类似所有人的地位去利用汽油的意思。同时，二人也认识到自己对于汽油并不享有可主张的民事权利。

**（3）秘密性。**盗窃行为是以秘密方式实施的，因此属于秘行犯。对于盗窃罪的秘密应从客观和主观两个方面把握，具体有特定性、主观性、和相对性三个特点。在本案中，张三李四虽然在公共场合实施盗窃，但是盗窃的相对人是加油加油站的管理人员。二人在管理人员不在场的情况下，在自认为秘密的心理状态下刷假卡加油，符合秘密性的要求。

**（三）违法性**

无违法阻却事由

**（四）有责性**

无责任阻却事由

**（五）结论**

**张三、李四伪造卡片从机器取走汽油涉嫌构成盗窃罪的共同正犯。**

**四、张三、李四未付款逃离涉嫌诈骗罪的共同正犯**

《刑法》第二百六十六条 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。

**（一）预判断**

本案中张三和李四驾车至赵六的加油站，打算加完油不给钱就跑掉，并趁赵六加油时接电话的间隙开车溜走。这里涉及到举动诈骗的认定问题。

从形式上说，诈骗罪的实行行为包括虚构事实和隐瞒真相。虚构事实是指捏造客观上并不存在的或者不可能发生的事实，一般是采取言词的方式，但在刑法理论上存在一种所谓举动诈骗，即以利用身体的外部举动而实施欺骗行为。举动诈骗是虚构事实（作为形式的诈骗）还是隐瞒真相（不作为形式的诈骗）存在争议。

举动诈骗通常体现在无钱食宿的案件中，分为犯意先行型的无钱食宿和非犯意先行型的无钱食宿。后者的点餐行为不是诈骗，而在吃完以后不想付款，这是一种逃费行为，一般不构成犯罪。而对于犯意先行型的无钱食宿，在食宿之前已经决定不给钱，在这种主观心理支配下，行为人订餐食用或者订房住宿的举动本身"就使对方陷入了认识错误"成为诈骗罪的欺骗行为。[[30]](#footnote-30)

有观点认为：在这种情况下，行为人有保证人地位[[31]](#footnote-31)。，虽然行为人表面上存在举动的虚假表示，虚构了会付款的事实。但在这种情况下其实际上是隐瞒不想付款的主观意思，

该行为属于不作为诈骗。“进入餐馆订餐费用，在通常观念上总认为食客对于餐费有支付能力，故若食客明知自己身无分文，根本无能力支付，但竟不明告店主，使店主依据通常观念而误认食客有支付能力，结账时又无钱可付，自可构成不作为之。[[32]](#footnote-32)

另有观点认为：根据社会现实中日常的交易习惯，顾客进入餐厅一般会直接点餐，基本无人事先告知服务人员自己身上带了足够的钱，一般的饭店也不会在确认顾客带钱之后才提供饭菜。[[33]](#footnote-33)因此，进入餐馆点餐而被认为具有支付能力是自然的心理预设。

本文赞同后者观点，即这种犯意先行型的无钱食宿是作为形式的诈骗。前者观点将行为人的告知义务建立在民法中诚实信用原则上，可能会导致罪与非罪的界线在一般的民事欺诈行为与诈骗罪中的欺骗行为之间滑动，这无疑是十分危险的。[[34]](#footnote-34)行为人在日常交易规则并不具有告知义务，行为人的点餐行为使服务人员误认为其具有支付意思和支付能力，因此行为人成立作为诈骗。

本案的情况类似于犯意先行型的无钱食宿。在日常的交易过程中，一般是先加油后付钱，张三和李四在进入加油站要加油时并无告知赵六其是否会付钱的义务，但是其加油行为使赵六误认为二人有支付能力且会支付邮费，而陷入认识错误，属于虚构事实（作为形式）的诈骗。

**（二）构成要件该当性**

**1.客观构成要件**

**（1）对象。**诈骗罪的客体是财物。本案中张三、李四骗取的是汽油，满足对象要求。

**（2）行为。**从实质上说，欺骗行为是使对方陷入处分财产的认识错误的行为。[[35]](#footnote-35)从形式上说，诈骗罪的实行行为包括虚构事实和隐瞒真相。如上所述，张三和李四通过加油这一举动的虚假表示，捏造二人会在加油后付款而客观上并不存在的事实，赵六陷入了认识错误。

**（3）结果。**诈骗罪的结果是被害人产生认识错误处分财产，诈骗人由此非法获得他人财物并使被害人遭受财产上的损失。本案中，由于赵六误以为二人在加油后会正常付款，因此为汽车加油，对汽油进行处分。

这里需要讨论的是，当汽油进入汽车之后，但二人未逃离加油站属于诈骗的既遂还是未遂。按照我国刑法传统观点认为，既遂是犯罪构成要件齐备。具体到本案则应为诈骗罪的结果实现——被害人处分财产，财产占有转移。“占有”是指事实上的支配、现实的支配。本案中赵六为张三李四汽车加油，当汽油进入张三李四汽车之时，张三和李四已经实现对汽油的事实上的控制。而赵六拦住二人只是对自己的损失的挽回，不影响其已经失去对汽油的占有的认定。因此，加油完成时，赵六的处分行为业已完成，实现了汽油的占有转移，符合结果要件。

**（4）行为之间能够互相归责**

①张三和李四都实施了造成结果发生，且具有因果关系的参与行为

张三和李四一同前来加油，并趁赵六接电话的空隙未付钱就逃跑。因此二人的行为高度一致，共同引起并导致了结果的发生，实施了具有因果关系的参与行为。

②二人都亲自实施构成要件行为对犯罪事实形成行为支配。

根据犯罪事实支配理论，对犯罪事实过程具有决定性影响的关键人物或核心角色，具有犯罪事实支配性，是正犯。在此框架内，二人的行为高度一致，不分彼此，都亲自实施了构成要件行为，通过对行为的支配从而支配整个犯罪事实，是正犯。

**2.主观构成要件**

**（1）共同故意。**张三、李四明知是诈骗行为而故意实施，存在诈骗故意。此外，虽然二人没有明确的犯意沟通，但是无论从之前已经共同实施的行为还是二人加油时的表现都可以看出二人对骗油行为有认识，且已经形成骗油的默契，有共同实施诈骗的故意。

**（2）目的。**除了故意以外，诈骗罪必须是以非法占有为目的。张三和李四主观上对于汽油有非法占有目的。

**（三）违法性**

无违法阻却事由

**（四）有责性**

无责任阻却事由

**（五）结论**

**张三、李四未付款逃离成立诈骗罪的共同正犯。**

**五、张三李四与追出的赵六扭打起来，涉嫌转化型抢劫罪共同正犯**

《刑法》第二百六十三条 以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的，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，并处罚金或者没收财产：(一)入户抢劫的；(二)在公共交通工具上抢劫的；(三)抢劫银行或者其他金融机构的；(四)多次抢劫或者抢劫数额巨大的；(五)抢劫致人重伤、死亡的；(六)冒充军警人员抢劫的；(七)持枪抢劫的；(八)抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资的。

第二百六十九条　犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第二百六十三条的规定定罪处罚。

**（一）构成要件该当性**

**1.前提条件。**如上所述，张三李四构成诈骗罪的共同正犯。

**2.为抗拒抓捕。**“抗拒抓捕”是指抗拒公安机关、失主或者其他公民的抓捕或者扭送。[[36]](#footnote-36)本案中，张三和李四二人为抗拒赵六的阻拦和抓捕而扭打在一起。

**3.当场使用暴力。**

所谓当场。一般是指实施盗窃、诈骗、抢夺的犯罪现场。但现场发现犯罪人并随之追赶的过程，应视为现场的延伸。本案中，张三李四正要开车逃离，赵六就追来阻拦二人，属于逃离现场时被人发现，是当场。

所谓使用暴力，根据《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第五条[[37]](#footnote-37)，对于使用暴力有数额和情节上的要求。本案中李四与赵六扭打在一起，张三使用匕首刺向赵六。上文已述，匕首属于凶器中的管制刀具一类，符合第四项“使用凶器或以凶器相威胁”之情形。

**4.行为之间能够互相归责**

（1）张三和李四共同引起和导致了结果出现的危险。

（2）二人都亲自实施构成要件行为对犯罪事实形成行为支配。根据犯罪事实支配理论，成立共同正犯。

**5.共同故意**

**首先，**张三和李四对使用暴力有人认识，并积极主动追求暴力对赵六可能带来的伤害结果的实现，存在故意的主观心态。其次，张三和李四岁没有明确的意思联络，但已形成默契，在共同的犯罪故意下一同使用暴力。最后，根据张三和李四的关系和行为表现可以知道，李四对于张三使用匕首的行为有所认识和预期，二者共同犯罪故意是建立在同一认识的基础之上的。因此，使用匕首的行为不超出共同故意，根据共同钉子原则，二者对此共同承担责任。

**（二）违法性**

无违法阻却事由

**（三）有责性**

无责任阻却事由

**（四）结论**

**张三李四与追出的赵六扭打起来，由诈骗转化为抢劫罪共同正犯，但根据《刑事诉讼法》第15条[[38]](#footnote-38)，犯罪人李四已经死亡，不追究刑事责任。**

**六、张三刺杀赵六却杀死李四的可罚性**

**（一）预判断**

张三在使用匕首实施暴力时，原本刺向赵六却刺中了李四，发生了具体的事实认识错误——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。

具体的事实认识错误可分为对象错误[[39]](#footnote-39)和打击错误[[40]](#footnote-40)两种情形。二者的区分关键在于着手时行为人对被害人是否有认识错误，如果没有，则属于打击错误；若是在着手一刻开始就认错人，即为对象错误。在本案中，张三持刀刺向赵六即行为着手时，并未出现认识错误。只是因为赵六与李四正处于厮打之中，情况比较混乱复杂。张三在行为过程中行为发生偏差，致使本欲发生于赵六的侵害结果转移到李四上。因此误伤李四，属于打击错误。

对于具体的事实错误，主要存在具体符合说与法定符合说之争。前者认为：行为人所认识的事实与实际发生的事实具体地相一致时，才成立故意的既遂犯；后者认为：行为人所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。掐着强调客观事实与行为人的主观认识的一致性，而后者更重视法益的性质并不重视法益主体的区别。

本文采具体符合说。首先，具体符合说在构成要件的基础之上,重视法益主体的个别性、具体性（尤其是人身法益的专属性是构成要件的重要事实）。其次，法定符合说对于虽然法定符合说有利于平等的保护法益，但是法定符合说中的数故意说与责任主义的冲突，有扩大故意犯之嫌，且其对意外事件等情形也不能做出合理解释。最后，具体符合说可以遵从定罪的教义逻辑，而避免陷入先定后审的伦理妥协。

因此，在打击偏差的情况下,对本欲侵害的客体构成犯罪未遂,对非欲侵害的客体在主观上具有过失的情况下构成过失犯罪,但由于是统一行为,因而属于想象竞合犯，应从一重罪处罚[[41]](#footnote-41)。本案中，张三的刺杀行为出现打击错误，构成对赵六的故意杀人罪未遂和对李四的过失致人死亡的想象竞合。

**A.对赵六的故意杀人罪未遂可以被抢劫罪所包含，存在包容竞合，根据整体法优于部分法，按照抢劫罪定罪处罚。在此不再作详细论述。**

**B.张三刺死李四涉嫌过失致人死亡**

《刑法》第二百三十三条 过失致人死亡的，处三年以上七年以下有期徒刑；情节较轻的，处三年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。

**（一）构成要件该当性**

**1.客观上构成要件**

**（1）结果**。过失致人死亡的结果是被害人的死亡。李四被刺死，符合结果。

**（2）行为**。过失致人死亡的行为的性质是由结果界定的。本案中，张三误刺的行为导致了李四的死亡后果，是过失致人死亡的行为。

**（3）对象。**本案存在打击错误，打击错误必须要有特定侵害对象。本案中张三行为指向的的对象是赵六，但是实际的侵害对象是李四。没有超出同一犯罪构成范围，存在打击错误。

**（4）因果关系和客观归责**

根据条件说，如果没有张三使用匕首行刺，李四就不会被刺死，满足因果关系。

张三刺向扭打在一起的赵六和李四，对李四的生命制造了法所不允许的风险。李四被刺死，风险实现，且无其他排除客观归责的事由。

**2.主观构成要件**

李四在刺向赵六时，他的行为指向的对象是赵六，没有想到匕首会因为赵六的反抗躲闪而刺中同伴李四。因此李四对自己行为所会造成的危害后果应当预见而没有遇见，最终造成了李四死亡结果的发生，其这个结果是违背张三的主观愿望的。张三对李四的死亡存在疏忽大意的过失。

**（二）违法性**

无违法阻却事由

**（三）有责性**

无责任阻却事由

**（五）结论**

**张三对李四成立过失致人死亡罪。**

**（六）罪数**

如上所述，在打击偏差的情况下,对本欲侵害的客体构成犯罪未遂,对非欲侵害的客体在主观上具有过失的情况下构成过失犯罪,成立想象竞合，应从一重罪处罚。本案中，张三对于赵六的故意杀人未遂可以被抢劫罪所包含。因此应该构成抢劫罪和过失致人死亡的想象竞合，从一重罪，按照抢劫罪定罪处罚。

**七、洪水来袭，郭某将手风琴留在原处，构成故意毁财罪未遂犯**

《刑法》第 275 条 故意毁坏公私财物,数额较大或者有其他严重情节的,处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金;数额巨大或者有其他特别严重情节的,处三年以上七年以下有期徒刑。

此处涉及到不能犯未遂的问题。

不能犯未遂是指犯罪行为本身所具有的某种特征，或者行为人的主观上的认识错误，使得某种犯罪不可能达到既遂状态。日本的未遂犯与不能犯的区分是罪与非罪的区分，未遂犯都是能能犯未遂，不能犯都是不可罚的。德国刑法确认了不能犯未遂的可罚性, 因此, 不能犯是未遂犯的一种类型。[[42]](#footnote-42)而在我国传统的刑法理论中的不能犯，既包括了应当作为犯罪未遂处理的情形[[43]](#footnote-43)，也包括了不可罚的不能犯。

不可罚的不能犯一般包括三种情况：一是方法不能；二是对象不能；三是主体不能。本案中郭某希望利用洪水来损害手风琴，但是洪水并未淹到二楼，可能构成方法不能的不能犯——行为人具有实现犯罪的意思，但是其采用的方法不可能导致结果的发生。

判断行为是否构成未遂犯，首先必须考虑现实行为是否具有侵害法益的危险性。[[44]](#footnote-44)本文采用抽象的危险说，以行为人在行为当时所认识到的事实为基础，以一般人的见地判断有无危险。如果按照行为人的计划实施行为具有发生结果的危险性，就是未遂犯；即使按照行为人的计划实施行为也不具有发生行为的危险性，则是不能犯。[[45]](#footnote-45)

本案中，以郭某在行为当时所认识到的事实为基础，以一般人的见地判断：按照郭某的计划，将手风琴留在海拔较低的二楼，存在被洪水淹没，造成损坏的危险性，成立未遂犯。**（一）构成要件该当性**

**1.犯罪决意。**郭某希望通过将手风琴放在二楼的方式，达到淘汰旧琴的目的。因此郭某对自己的不作为会导致的危害结果有认识，并且希望危害结果的发生。因此主观上行为人是在其杀毁财故意的支配下进行的，具备犯罪决意。

**2.犯罪是否着手**

**（1）行为。**本罪的行为表现为毁坏财物，对于财物毁坏的具体有两种情形：一是物理性的毁坏，即物体完整性遭到破坏；二是功能性毁坏，即效用的部分或者全部的丧失。毁坏的行为既可以是作为，也可以是不作为。本案中，在手风琴面临被洪水淹没而效用受损的危险时，郭某将琴留在原地，没有搬离，涉嫌以不作为方式的毁坏财物。

**（2）不作为。**这里要检验行为人是否在能够采取防止结果发生的措施的情况下，但却未以作为方式采取该措施。首先，检验客观上的作为可能性。如果任何人处于该情境皆不可能做到，当然也不可能要求行为人去做。在本案中，郭某作为搬乐器的负责人，已经将二楼除手风琴以外的所有乐器搬至顶楼，其当然也有将手风琴搬至顶楼的作为可能性。其次，检验具体行为人的作为能力。在洪水还未来临时，郭某有足够的时间和能力将手风琴搬至顶楼。最后，检验行为人是否不作为。在本案中，在手风琴面临被洪水损害的危险时，郭某没有搬离手风琴并在一旁观看，成立不作为。

**（3）保证人地位。**负有防止结果发生的特别义务的人称为“保证人”，其中特别义务就是作为义务。作为义务的发生根据主要有：基于对危险源的支配产生的监督义务；基于与法益无助（脆弱）状态的特殊关系产生的保护义务；基于对法益的危险发生领域的支配产生的阻止义务。[[46]](#footnote-46)

本案中，作为曲艺团成员的郭某，负责在撤离前将二楼的乐器搬到大楼最顶层的五楼，以免被洪水损害。因此属于基于与法益无助（脆弱）状态的特殊关系产生的保护义务，具体来讲是基于制度或者体制产生的保护义务。当具体的制度、体制将法益保护义务托付给特定行为人时，行为人负有保护义务。作为曲艺团的成员，团体内部的具体应急制度将乐器的保护义务托付给郭某，其对于保护乐器有保证人地位。

**（4）不作为的着手。**关于不作为犯的着手，学理上存在行为主体具有作为可能性的最初阶段、可以防止结果发生的最后阶段、延迟履行作为义务，给被害人造成直接危险或者使原来的危险增大，这三种观点。本文采取第三种观点，即不履行义务的行为导致法益产生了紧迫危险（危险结果）时，是不作为犯的着手。

本案中，洪水即将袭击曲艺团大楼，手风琴没有被搬走，留在海拔较低的二楼，其面临着被毁损的急迫危险，行为已经的着手；

**3.犯罪未得逞。**随着时间推移，洪水上涨但是只淹没大楼一层的台阶，并没有淹到二楼，造成手风琴受损的结果。

**4.犯罪未得逞是由于行为人意志外的原因。**犯罪人意志以外的原因，是指始终违背犯罪人意志的，客观上使犯罪不可能既遂，或者使犯罪人认为不可能既遂从而被迫停止犯罪的原因。

本案中，手风琴没有损毁的原因是洪水没有上升至二楼。这是郭某没有预期的，即意志以外的因素使得客观上犯罪已经不可能既遂。

（二）**违法性**

无违法阻却事由

**（三）有责性**

无责任阻却事由

**（四）结论**

**郭某将手风琴留在原处，成立故意毁财罪的未遂犯。**

**八、Y对X 未施救涉嫌故意杀人罪**

《刑法》第二百三十二条 故意杀人的，处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑；情节较轻的，处三年以上十年以下有期徒刑。

**（一） 构成要件该当性**

**1.客观构成要件**

**（1）结果：**故意杀人罪的结果是被害人的死亡。本案中，X死亡，满足结果要求。

**（2）不作为。**这里要检验行为人是否在能够采取防止结果发生的措施的情况下，但却未以作为方式采取该措施。首先，检验客观上的作为可能性。如果任何人处于该情境皆不可能做到，当然也不可能要求行为人去做。在本案中，Y回家后看到因服药而昏睡在地的X，Y此时完全可以通过报警送医等方式对X进行救助。其次，检验具体行为人的作为能力。X半小时后才死亡，因此Y有足够时间进行救助，且并不存在任何阻碍其报警送医的不利客观条件，其有作为能力。最后，检验行为人是否不作为。本案中，Y静静地坐在昏迷的X身边，未采取任何措施，成立不作为。

**（3）保证人地位。**如上所述，负有防止结果发生的特别义务的人称为“保证人”，其中特别义务就是作为义务。

这里要讨论两个问题：

其一，在夫妻一方自杀的情况下，另一方是否有救助义务？

**肯定者中一部分人**认为《婚姻法》所规定的夫妻间的抚养义务不仅包括了日常生活中的相互扶持，也包括一方处于危险时的救助。**另有一部分人**认为的私法上的扶养义务并不应被类推到公法的刑法领域，但从共同体关系的角度对这一义务进行理论确认：夫妻间刑法作为义务从实质上解释为基于密切共同体关系产生的作为义务。基于这一长期稳定的亲密关系，在一方生命受到侵害时，另一方当然有义务予以救助。若对于另一方如此重要的法益都不负担任何保护义务，有违夫妻关系结合之本意。**否定者**认为：根据法律，我们每一个人都有行动自由的权利，因而每一个人都必须对自己的行为负责。作为夫妻关系的一方，在他方作为一个具有独立生活能力的人在进行任何行为时，他方没有干涉权利亦没有阻止的义务。英国法院在行为人不救助自杀配偶的Commonwealthv.kon2案中认为, 夫妻间有不同于父母对孩子的救助义务。婚姻关系要求配偶的愿望能够得到尊重，特定情况下的作为义务的履行效果的双面性[[47]](#footnote-47)否定了不救助自杀配偶的行为人的救助义务。

本文赞同夫妻间存在救助义务，因为从社会评价的角度出发，夫妻之间存在着长期稳定的相互信任的依赖关系，这一关系是家庭稳定、社会安定的基础，对它的破坏必然违背社会的期待，在社会意义上是无价值的，需要刑法加以干涉。[[48]](#footnote-48)但是此救助义务产生于夫妻共同体关系，而非《婚姻法》所规定的抚养义务。抚养义务应仅限于夫妻互相在经济上的供养和生活上的扶助，而不宜作扩大解释。

其二，夫妻一方自杀时另一方的救助义务能否成为一方自杀情形下另一方因不救助而成立故意杀人罪的作为义务来源？本文持否定态度。

首先，从纯正不作为犯与不纯正不作为犯的区别分析：根据不作为相关理论，不作为包括不实施某种行为和不防止某危害结果的发生两种情况，不实施某种行为，构成纯正不作为犯，不防止某危害结果的发生，构成不纯正不作为犯。即纯正不作为犯的作为义务是一种行为义务，更多强调义务的履行，而不纯正不作为犯的作为义务一般指刑法禁止结果的防止义务。[[49]](#footnote-49)基于长期稳定亲密的夫妻共同体关系，夫妻应该对双方进行生活的扶助，并在一方处于危险时给予适当的救助。但是刑法并不能将防止妻子自杀死亡的后果发生的义务加诸丈夫身上，这对于丈夫而言过于苛刻，缺乏合理的期待可能性。

其次，从不作为犯与其对应的作为犯的等价性分析：不救助而引起的自杀者死亡与故意杀人行为并不具有等价性。自杀与他杀，消极“不救助”与积极“实施”，存在本质上的区别。

在“宋福祥故意杀人案”[[50]](#footnote-50)中，陈兴良教授认为宋福祥对于自杀的妻子不予救助违反了夫妻间的救助义务。但是这种由夫妻关系推导出的救助义务是不救助罪或者保护者遗弃罪的等纯正不作为犯中的作为义务而不是不作为的故意杀人罪这一不纯正不作为犯的作为义务。但是，由于我国没有规定不救助罪，因此从被告人违反救助义务的事实并不能得出其构成不作为的故意杀人的结论。[[51]](#footnote-51)

由此可见，有必要不纯正不作为犯罪的义务来源进行严格限制，否则不作为犯的成立范围就会过于扩大，道德和法律的界限会被混淆, 刑法的谦抑性也就无法保持。夫妻间的救助义务是一种行为义务，系纯正不作为犯的义务来源[[52]](#footnote-52)。

**综上，Y 没有避免X死亡的保证人地位。**

本案中的，X因为儿子去世而自愿服下药，Y没有防止X死亡结果发生的义务，故意杀人罪的不纯正不作为犯罪的义务来源不存在。同时，因为我国没有规定不救助罪，因此X虽然有给予适当救助义务的行为义务，但是刑法上对此不作出评价，也不成立纯正不作为犯。

**2.主观构成要件**

Y看见地上的空药瓶与纸条上的话，对于自己的不作为会产生的X的死亡后果是由认识的。但是Y决定尊重X的意愿，不采取任何措施，等待X的死亡，对死亡结果存在故意的主观心态。

**（二）结论**

**Y没有避免X死亡的保证人地位，不构成故意杀人罪。**

1. 陈兴良：《规范刑法学》（教学版）北京：中国人民出版社，2015.10，第113页 [↑](#footnote-ref-1)
2. 张明楷：《刑法学》（第五版）北京：法律出版社，2016.12，第395页 [↑](#footnote-ref-2)
3. 陈兴良：《论共同犯罪中的实行过限》，载《法学杂志》1989年第6期 [↑](#footnote-ref-3)
4. 张明楷：《刑法学》（第五版），北京：法律出版社，2016年，第957页。 [↑](#footnote-ref-4)
5. 秘密意味着人所不知，是在暗中背着他人进行的。盗窃罪的秘密窃取是指财物所有人或保管人不在场，或虽然在场但未注意、察觉或防备的情况下实施盗窃。 [↑](#footnote-ref-5)
6. 盗窃罪之所谓秘密，是指行为人自以为采取了一种背着财物所有人或保管人的行为。因此，这种秘密具有主观性。在某些情况下，行为人在众目睽睽之下扒窃，自以为别人没有发现，是在秘密窃取，但实际上已在他人注视之下。这时，行为人仍然可以被视为是在秘密窃取。 [↑](#footnote-ref-6)
7. 秘密与公然之间的区别是相对的，秘密窃取之秘密，仅仅意味着行为人意图在财物所有人或保管人不在场、未注意的情况下将财物据为己有，但这并不排除盗窃罪也可能是在光天化日之下而实施。 [↑](#footnote-ref-7)
8. 《刑法》第二十六条 组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的或者在共同犯罪中起主要作用的，是主犯。三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织，是犯罪集团。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。对于第三款规定以外的主犯，应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚。 [↑](#footnote-ref-8)
9. “上海市黄浦区人民检察院诉崔勇、仇国宾、张志国盗窃案”，载《最高人民法院公报》 2011年第9期 [↑](#footnote-ref-9)
10. 赵秉志（主编）：《刑法争议问题研究》，河南：河南人民出版社，1996 年，第 449-450 页。 [↑](#footnote-ref-10)
11. 方嘏风：“数额型共同犯罪中的共犯应如何承担刑事责任”，载《法律适用》1994年第一期，第14页 [↑](#footnote-ref-11)
12. 于逸生，董玉庭：“论盗窃共犯刑事责任认定”，载《学术交流》2002 年第 6 期，第 31 页 [↑](#footnote-ref-12)
13. 陈兴良：《规范刑法学》（教学版），北京：中国人民出版社，2015年，第315页 [↑](#footnote-ref-13)
14. 杨丽敏：犯罪数额若干问题研究[D]. 吉林：吉林大学，2005.04.13 [↑](#footnote-ref-14)
15. 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条“盗窃公私财物价值一千元至三千元以上，三万元至十万元以上、三十万元至五十万元以上的，应当分别认定为刑法第二百六十四条规定的‘数额较大’、‘数额巨大’、‘数额特别巨大’。” [↑](#footnote-ref-15)
16. 赵秉志：《刑法总则》，北京：中国人民大学出版社，2007年，第317页。 [↑](#footnote-ref-16)
17. 张明楷:《刑法学》(第五版)，北京：法律出版社，2016年，第 396页 [↑](#footnote-ref-17)
18. 明示的方法就是指共犯行为人通过其各自的客观外部行为将其犯罪意思明确无疑地表露给对方，并且承受方也通过明确表示接纳了这一意思表露，存在意思交流。 [↑](#footnote-ref-18)
19. 暗示的方法就是指共同犯罪人将自己的共同犯罪意思不明确地表现在客观外部，他人根据习惯或经验可以推定某人已产生共同犯罪的意思。 [↑](#footnote-ref-19)
20. 容忍的方式救治指在共同实行犯罪时，部分共犯人透露出新的犯罪故意被其他共犯人认识到，这种具有转化为新的共同故意的可能性被其他犯罪人认容，并共同实施了服从于新的故意的共犯行为 （实行或帮助）。表现的是消极的认可和接纳，主观意志特征是间接故意，即对共犯意思的整体放任，对犯罪预期的概括接纳，这是容任的方式存在的心理基础。 [↑](#footnote-ref-20)
21. 林山田：《刑法通论（下册）》，北京：北京大学出版社，2012年，第39页。 [↑](#footnote-ref-21)
22. 张明楷:《刑法学》(第五版)，北京：法律出版社,2016年，第 430 页 [↑](#footnote-ref-22)
23. 参见张森、杨佩正:《承继犯研究》,载吴振兴主编:《犯罪形态研究精要》(Ⅱ).法津出版社2005年版.第486页 [↑](#footnote-ref-23)
24. 张明楷:《刑法学》(第五版)[M].北京：法律出版社,2016，第 434 页 [↑](#footnote-ref-24)
25. 陈兴良：“利用柜员机故障恶意取款行为之定性研究”，载中外法学2009年第一期 [↑](#footnote-ref-25)
26. 黎宏：“机器不能成为诈骗罪对象”，载检察日报2005年2月24日 [↑](#footnote-ref-26)
27. （日）西田典之：《日本刑法各论》（第3版），刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社2007年版，页149-150 [↑](#footnote-ref-27)
28. 张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，北京：清华大学出版社，2006 年，页90 - 91。 [↑](#footnote-ref-28)
29. 张明楷：《刑法学》（第五版），北京：法律出版社，2016.12，页957。 [↑](#footnote-ref-29)
30. 张明楷：“论诈骗罪的欺骗行为”载甘肃政法学院学报，2005年第3期 [↑](#footnote-ref-30)
31. 在我国告知义务的来源主要有：基于法律规定产生的告知义务（如《保险法》规定的保险人对投保人的告知义务）、基于合同产生的告知义务、基于契约以外的特别信赖关系产生的告知义务、基于先行行为产生的告知义务，基于诚实信用原则产生的告知义务。 [↑](#footnote-ref-31)
32. 林山田：《刑法各罪论（上册）》[M].台湾：台北作者，1999 年，第 411 页 [↑](#footnote-ref-32)
33. 张艳丽：“论不作为诈骗罪的认定与界分”载法制与社会，2015年第25期 [↑](#footnote-ref-33)
34. 张小旭：“论不作为诈骗行为的界限”载西南科技大学学报（哲学社会科学版），2013年第2期 [↑](#footnote-ref-34)
35. 张明楷：《刑法学》[M].北大：法律出版社，2016.12，第1000页 [↑](#footnote-ref-35)
36. 陈兴良：《规范刑法学》（教学版）[M].北京：中国人民出版社，2015.10，页113 [↑](#footnote-ref-36)
37. 五、关于转化抢劫的认定

    行为人实施盗窃、诈骗、抢夺行为，未达到“数额较大”，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证当场使用暴力或者以暴力相威胁，情节较轻、危害不大的，一般不以犯罪论处；但具有下列情节之一的，可依照刑法第二百六十九条的规定，以抢劫罪定罪处罚；（1） 盗窃、诈骗、抢夺接近“数额较大”标准的；（2）入户或在公共交通工具上盗窃、诈骗、抢夺后在户外或交通工具外实施上述行为的；（3）使用暴力致人轻微伤以上后果的；（4）使用凶器或以凶器相威胁的；（5）具有其他严重情节的。 [↑](#footnote-ref-37)
38. 《刑事诉讼法》第十五条 有下列情形之一的，不追究刑事责任，已经追究的，应当撤销案件，或者不起诉，或者终止审理，或者宣告无罪： （一）情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪的；（二）犯罪已过追诉时效期限的；（三）经特赦令免除刑罚的；（四）依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；（五）犯罪嫌疑人、被告人死亡的；（六）其他法律规定免予追究刑事责任的。 [↑](#footnote-ref-38)
39. 是指行为人误把甲对象当做乙对象加以侵害,而甲对象与乙对象处于同一犯罪构成内,行为人的认识内容与客观事实仍属于同一犯罪构成的情况。 [↑](#footnote-ref-39)
40. 是指由于行为本身的差误，导致行为人所欲攻击的对象与实际受害的对象不一致，但这种不一致没有超出同一犯罪构成。 [↑](#footnote-ref-40)
41. 陈兴良:《规范刑法学》（教学版）北京：中国人民大学出版社，2015年，第86页。 [↑](#footnote-ref-41)
42. 陈兴良：“不能犯与未遂犯——一个比较法的分析”，载《清华法学》2011年第四期。 [↑](#footnote-ref-42)
43. 陈兴良认为在不能犯未遂的情况下，追究刑事责任的原因是：行为人主观上有明显的犯罪故意并且已经外化为犯罪行为，仅仅因为方法不当或者目标错误而未能发生法定的犯罪结果，所以不能犯未遂同时具备了主观罪过和客观行为这两个犯罪构成中最基本的因素，决定了不能犯未遂具有一定的法益侵害性，是不能犯未遂承担刑事责任的根据。 [↑](#footnote-ref-43)
44. 张明楷:《刑法学》(第五版)，北京：法律出版社,2016年，第 354 页。 [↑](#footnote-ref-44)
45. [日]牧野英一：《刑法总论（上卷）》，有斐阁，1958年，第331页 [↑](#footnote-ref-45)
46. 张明楷：《刑法学》（第五版），北京：法律出版社，2016年，第153页 [↑](#footnote-ref-46)
47. 如果作为义务人不顾受益人的愿望而作为，有可能导致侵犯他人自由的民事责任；相反，如果作为义务人尊重受益人的愿望而不作为，又有可能承担刑事责任。 [↑](#footnote-ref-47)
48. 张莉琼：“夫妻间刑法作为义务的法理分析”，载《法学评论》2008年，页136-142 [↑](#footnote-ref-48)
49. 叶慧娟：《见危不助犯罪化的边缘性审视》，北京：中国人民公安大学出版社，2008 年，第 270~271 页。 [↑](#footnote-ref-49)
50. 中国高级法官培训中心、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览》（1996年刑事审判卷），中国人民大学在出版社1997年版，第34页。 [↑](#footnote-ref-50)
51. 陈兴良：《判例刑法教程》，北京：北京大学出版社，2015年，第149页 [↑](#footnote-ref-51)
52. 也有学者认为，在特殊情形下，夫妻间的救助义务可以成为不纯正不作为犯的义务来源：（1）受害方非出于自愿选择而处于不能自救的危险状态之中, 其生命的维持需要依赖配偶, 而配偶基于夫妻关系承担了对其的生活照料、生命维持义务, 该义务具有排他性；（2）不作为一方能履行而故意或者过失不履行自己对配偶的生活照料义务, 使配偶生命处于危险之中;（3）受害配偶一方由于生理或客观原因无力自救。 [↑](#footnote-ref-52)