# 一、刑法的规范形式

1、

* 约法三章：如“杀人者死”；
* 三大纪律八项注意：如“不拿群众一针一线”、“说话和气”等。

**“若……则……”是刑法规范的基本结构。**

同样是“构成要件+后果”，刑法与民法有什么区别？

跟随构成要件的法律后果是不一样的。

刑法的特点：

1.刑法所保护的社会关系的范围更加广泛，也是其他部门法的防线；

2.刑法的强制性最为严厉。

2、

刑法是规定犯罪与刑罚的法律。

刑法是规定犯罪、刑事责任与刑罚的法律。

刑罚：对于生命、自由、财产科处带有痛苦性的恶害为内容的叫做刑罚。刑罚是对犯罪的反作用，是对实施了犯罪的人所科处的制裁。

* 主刑：管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑
* 附加刑：罚金、剥夺政治权利、没收财产、驱逐出境
* 通常不能同时施加两种主刑。罪行较轻的附加刑也可单独使用。

犯罪：因为有了刑罚作为某个行为的法律后果，这个可引动刑罚的行为才因而被我们称为犯罪。

所谓犯罪就是“针对其实施而应予科处刑罚的行为”

**内在矛盾：刑罚处罚的正是包括刑法在内的所有法律所保护的对象。**

3、

禁止规范、命令规范、容许规范

* 禁止规范：

第二百三十二条　【故意杀人罪】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。

* 命令规范：

第二百六十一条　【遗弃罪】对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有扶养义务而拒绝扶养，情节恶劣的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。

* 容许规范：容许实施某种原被禁止的行为

第二十条　【正当防卫】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。

【例子1】爸爸妈妈同时落水，但只能救一个。此时另一个救不了并不能被认为是不作为犯罪。【义务冲突】

【例子2】小女孩被压在房屋下，要救她只能锯断双腿，但她有芭蕾梦，说“你不要救我让我死吧，我宁愿死也不要锯断双腿”，救助人员该怎么办？

【例子3】一个人生命垂危，必须输血，但他由于宗教信仰始终不同意输血，医生们该怎么办？

【例子4】自杀者是否应该阻拦？

* 行为规范

面向一般公众。

禁止规范和命令规范，都是向公民提出一种禁止性的要求或者命令性的要求。从这个角度，可以把刑法称作一种行为规范。

一般公众怎么会天天带着一本刑法细细研究来避免自己犯罪呢？应该靠普法才对！

* 裁判规范

面向司法者。【主要】

裁判规范的接收者是司法机关，包括作为刑事追诉机关的公安和检察院，以及作为审判机关的法院。

刑法规范的变动对谁影响更大？修法对执法、司法会产生怎样的结果？

一般认为刑法的功能是“惩罚犯罪，保护人民”，但事实上刑法也是约束司法机关的工具。

# 二、刑法的内部体系

1.总则、分则和附则【3编】

2.总则与总论

3.总论与分论

第二百三十六条　【强奸罪】以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的，处三年以上十年以下有期徒刑。

【例子】张三强奸李四。

如果张三是13岁呢？

如果张三受到王五怂恿呢？

如果张三突然打退堂鼓了呢？

如果在场的还有王五放风、王六实施暴力呢？

编-章-节-条-款-项

**体系解释**

1.第一百七十条　【伪造货币罪】伪造货币的，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或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产

(一)伪造货币集团的首要分子;

(二)伪造货币数额特别巨大的;

(三)有其他特别严重情节的。

2.2000年最高法司法解释：“货币”是指“可在国内市场流通或者兑换的人民币和境外货币”。

（本条的位置是在“第四节 破坏金融管理秩序罪”里，再上位是“第三章 破坏社会主义市场经济秩序罪”，因为未在我国流通的货币显然不会对我国市场经济造成破坏。）

3.2010最高法：假币犯罪的对象包括“正在流通的境外货币”。

（范围扩大，可能是因为国际事务，对外开放程度不断增大。）

除了章-节-条-款-项，

注意分号的意思。

注意但书。

# 三、刑法的外部体系

1.法律体系的位阶

2.各个部门法有各自调整的社会关系

3.刑法调整内容的独特性

几乎一切社会关系都在刑法的调整范围内。刑法涵盖内容之广泛以至于很多人认为刑法议题的讨论几乎是没有门槛的。但事实上刑法不同法条门槛高低不齐。

刑法对社会关系的调整手段和其他部门法截然不同。

其他部门法提供的是“正常人类”的行为规范，告诉人干什么事应该怎么干；而刑法并并不是告诉人“应该怎么做”，而是不能做什么。违反刑法的人首先已经违反了其他部门法，并在此基础上触犯了底线。人们会根据其他部门法的变更来改变行为，但对于犯罪者来说，刑法的变更不一定使犯罪人的行为改变。

在刑法中运用理性人假设进行分析只占很少一部分，因为很多犯罪人并非理性人。

公法与私法：

划分标准之一：权力来源和行使的方式

划分标准之二：保护的利益和目的

刑法如何归类？

公法、私法、刑法

任意法与强行法

1、任意法：合同

2、强行法：伤害、强奸

3、刑事和解、告诉乃论

按理说刑法是国家惩治犯罪人，不存在私了，但早些年出现有刑事和解的现象。

例如说1988年国家文件，“被拐卖时是少女，被发现时愿意与买主一起生活的，不进行解救，当地应立即为其办理户口登记与结婚登记。”当时还有讨论要不要返还买主的价款。

强奸犯和女方结婚了，怎么解决？

但买一个“媳妇”和国外的买性奴、生育机器有区别吗

法律责任与刑罚的谴责性

1、民事责任：弥补受害者物质与精神上受到的损害

2、行政责任：预防此类行为再次出现

3、刑事责任：在目的、性质、程序上与前两者不同

4、刑罚的痛苦、非难和谴责

刑罚是在施加恶害，类似于“以暴制暴”，一定要让人感受到痛苦，在肉体和精神上折磨犯罪人。民事和行政责任并没有如此强烈的痛苦性与谴责性。

# 四、刑罚的渊源

1、刑法典

2、单行刑法

以决定、条例、规定等形式颁布的对漏洞进行补充或者修改规定。现行有效的单行刑法只有1998年颁布的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》

3、附属刑法

刑法的理论分类

1、广义的刑法和狭义的刑法

2、普通刑法与特别刑法

3、固有刑法和行政刑法

固有刑法，像杀人、盗窃等等这样的古今中外固有的犯罪，而有些犯罪是随社会变迁有时有罪过一段时间就无罪了，对于这类犯罪的法规范上的研究容易成为废纸。

**4、行为刑法与行为人刑法**

**是因为行为而处罚他，还是因为他的行为表现出他是一个怎样的人而处罚他。**

**把行为人都看成抽象的人，只根据行为来处罚。这样有利于保护犯罪人的人权，但很难真正解决犯罪问题。**

**龙勃罗梭开启了对“犯罪原因”的研究，“天生犯罪人”的研究。例如纳粹《惯犯法》将矛头指向特定人，例如流浪汉、酒鬼等，认为这一类人更容易造成犯罪。**

5、国内刑法与国际刑法

国际刑法：维护人类共同利益，国际公认，例如反人类罪、战争罪。

# 五、刑法的沿革

（一）1949年之前的刑法

在晚清以前，万法合一，以刑为主。

晚清时，变法修律，学习日本。

“三板斧”：派人留学、日本专家来华、翻译日本的著作。

五十年间战乱频繁：“国家不幸诗家幸”，“枪炮作响法无声”。法律被边缘化。民国时代法律人并非失踪，而是从未登上历史舞台。

孙中山：法律不是建国的工具，而是治国的工具。

动荡的社会可以说是没有法治的，因为在某种意义上“变法”与“法治”是对立的。

（二）1949年建国之后的刑法

学习苏联三板斧→中苏交恶。

无法无天的时代。

蒋政府的法统是基本没变过的，民国时积累了一批法学人才都被带去台湾了。而新中国成立把民国时代的法律成果扫进历史的垃圾堆，吃了大亏。

改革开放后，1977年在没有法律的情况下教授法学课。靠着一点点苏联的遗产，紧急组织人大教授编教材，筚路蓝缕。

苏联的衰弱导致中国的法学界理论见底。+\_+

（三）刑法的修改

例如“一百三十三条之一”、“第一百三十三条之二”

## 一、刑法的功能

霍布斯、洛克

哈特

法秩序是社会秩序的一部分

自然科学的研究使人类意识到世界是有某种内在秩序的。自然界的规律使人能够对自然界的未来进行预测；对应社会中的规范使人能获得对未来的预期。通过规范创造秩序。

一致性、连续性、确定性。

不符合人们交往习惯的行为，例如奇装异服，虽然并不违法，但你依然受到某种谴责，一般是精神上的。这也是一种规范。这种道德律是一种自律，自己对自己在心理上的谴责。而法律是一种典型的他律，不关注人的内心，而约束人外部的行为。

法规范与其他诸如道德规范不同的地方在于：违反法律后会有外部的惩罚。

刑法是维护和保障包括法秩序在内的整个社会秩序

例如对于考试作弊，一直管不住，终于最后纳入刑法。

例如合同，我正好想利用合同来骗你，你给了钱我拿起就走，靠法秩序？不，本身我就抱着违反民法的意图去的，只能靠把这种行为纳入刑法。

刑法也管不住了怎么办？

刑法的功能之一，是面向个人保护社会

行为规范。

通过形成和保障秩序，刑法给个人以自由。

法律之下方有自由。

打击犯罪一定需要刑法吗？

不一定，“刑不可知，则威不可测”，民众不敢犯事。

在罪犯面前，法官拥有巨大无比的权力。

在巨大的国家机器面前，每个人都可能成为“犯罪人”。个人在国家机器面前往往是渺小的。

罪刑法定原则

刑法是犯罪人的人权保障的大宪章

裁判规范。

刑法的功能之二，是面向国家保护个人

个人面对国家才不会恐惧。

## 二、刑法的任务

刑法保护道德和风俗？

道德和风俗是一种自律的规范，刑法刚出现的时候，和公众道德、价值观相一致，是保护道德感和善良风俗的。例如中世纪残杀异教徒，雅典处死苏格拉底，正是因为这些人与社会普遍风俗格格不入。

犯罪被理解为对人类和平生活的破坏和侵犯

刑法并非保护道德和风俗本身，而是保护其背后的人类的和平生活。

贝卡里亚：社会危害性

行为被称为犯罪，并非因为其违反了道德，而是因为其危害了社会。

会有一些违反社会风俗、违反道德的行为，但其并未对人们共同生活的社会造成了危害。

实定化。

这里的危害指的是实在的危害。

同性恋

同性恋对社会其他人有怎样的影响呢？

刑法在一定程度上和道德风俗相离，这也使得很多违反道德的行为出罪化。

聚众淫乱罪

风化犯罪：维护道德信仰？

神秘力量被除魅，多神之争的时代

多神之争：价值观多元的时代，到底该保护谁的价值？

例如：我拿钱让你组织支持同性恋的游行，而你却拿着我的钱去组织反对同性恋的游行，那么你算是在“作恶”吗？

**刑法保护什么？**

1、刑法保护机制

费尔巴哈：近代刑法学之父

绝对权

社会危害性在费尔巴哈这里具体化为对权利的侵犯。

刑法的任务进一步具体化，明确化。

2、刑法保护法益

犯罪侵害法益。

民法上讲的权利：人造性，人为赋予。

权利和利益：“盗窃他人财物，数额较大的，处……”，“数额较大”一词就不是权利论，权利无大小之分，不能说我对一杯水的所有权就小于你对一辆车的所有权。

利益更偏向于事实上给人带来的好处，而不是规范上应然的权利观。利益有很多，但并非每一个利益上都有权利。例如白嫖，性工作者被侵害的是利益，而非权利。

法秩序的光芒之下的现实的生活才是刑法保护的对象。

于是刑法保护的范围被扩大，但造成结果是一些不应该被保护的也被纳入了。

法秩序认可的利益

制度

环境犯罪

争议：环保局到山里村庄，发现村庄靠砍树为生……

代际利益……

# 一、刑罚的正当性与目的

**（一）报应刑论（无目的的绝对主义）**

刑罚的启动不需要任何目的，不需要对社会有用或者有效的目的进行考虑。要通过让罪犯承担痛苦的方式使他得到报应，即刑罚是犯罪的回报。

刑罚目的：没有目的，或者平衡罪责。

同态复仇：以眼还眼。

代表人：康德、黑格尔

**1.康德：**

正义不实现，人间不值得。刑罚报应就是在实现正义。

岛国假设：孤岛上的社会，马上就要解散了，但在社会解体之前，有一个杀人犯还没被处以死刑，康德认为，必须先对他执行死刑再解散。显然社会已然解体，对杀人犯处以死刑已经没有任何社会意义，但出于对正义的维护，依然要这样做。

**2.黑格尔：**

否定之否定。犯罪是对刑法的否定，而刑罚就是否定的否定，通过这种二次否定，重建法秩序和规范效应。

当你拿起棍子去吓唬人时，你已经不把他当作一个有着尊严和荣誉观的人了，而是把他看成一条能用棍子威慑的狗。

**2.5宗教理论：**

刑罚是人代替上帝执行正义。

**3.报应理论的优点：**

1. 满足民众朴素心理，在社会心理学上给人留下深刻印象；
2. 给刑罚设定上限，限制权力恣意地行使，限制复仇意志。

**4.问题：**

1. 法益不再需要保护的地方，报应仍然存在（岛国假设）；
2. 纯粹的报应只能在宗教环境上实现，被害人的痛苦一般不能得到减轻和弥补；当人民成为公权力的主体的时候，国家就不能再承担维护宗教利益的任务；
3. 人的犯罪不一定完全是自我意志的体现（报应论假设罪犯是认识意志自由的主体），很多犯罪人的犯罪并非自我决定而是“被决定”的……
4. 无助于罪犯改造和秩序恢复；

整个社会系统，制度设计都是有目的和意义的，刑法作为社会系统制度体系的一部分理应有其合理目的和意义……

**（二）特殊预防（有目的的相对主义）**

刑罚目的：预防个别罪犯再犯

代表人：冯·李斯特

刑罚落在犯罪人的身上不是因为他过去做了什么，而是为了防止他以后再做恶。

“教育刑”的产生。

**再社会化理念**：刑罚类似于药品，对症下药，因材施教，教育和矫正

1. 第一类：需要矫正的人进行矫正，使之再度社会化
2. 第二类：进行一定的矫正（eg.例如过失犯……）
3. 第三类：不可矫正者，无法社会化的人，让其无害化（极度危险的犯罪人）

人的形象：犯罪学从古典旧派到新派，人的形象发生重大变化——不再是抽象的人，而是一个个具体的人，“有病”的人。

从李斯特开始，刑罚开始从哲学走向科学。开始转向具体的犯罪和犯罪人，关心犯罪的原因。

犯罪是杀不完的，社会如果所有人都固守秩序，社会将变得死气沉沉，没有活力。例如改革，并非所有改革都是自上而下的，很多企业家都是从旧秩序风险的边缘开始尝试的……

新派的核心：**犯罪是有原因的**。

李斯特：最好的社会政策就是最好的刑事政策。

**问题：**

刑可能过于罪，也可能轻于罪。

没有办法考虑对犯罪人判处刑罚的幅度与界限。

例如：甲不堪老婆的羞辱，一怒之下杀害其妻子，这样的人再犯几率几乎为零……

教化犯罪人，使其重归社会，充满人道主义光辉，但也有人道主义灾难的隐患：

1. 国家刑罚权没有了限制；
2. 国家教化和改造个人的正当性？

国家是否有权把一个人改造成“理想公民”？

1. 没有任何一个国家提出过成功的再社会化理论，犯罪者从监狱里出来之后反而更容易犯罪。监狱对一个人的教化效果并不理想。

**（三）一般预防论（有目的的相对主义）**

因为有了犯罪，并且为了不再有犯罪，

**1.消极的一般预防**

认可刑罚的报应理论，并且指出其社会功能。

刑法目的：对潜在犯罪人起威吓作用

代表人：费尔巴哈

每个人都有犯罪的可能，都会由于欲望而做出越轨的行为，但他们会权衡越轨行为和刑罚，从而导致潜在犯罪人选择不犯罪。

心理强制说，要有痛苦才有恫吓。

人的形象又发生了变化，李斯特那里的犯罪人是一个疾病缠身，不得不犯罪的人，而费尔巴哈这里的犯罪人是一个精于算计的经济人形象。

问题：

* 没有办法设立刑罚的边界和上限——到底刑罚多高才能吓退潜在犯罪人？

会导致重刑主义，功利主义难以量化计算，但也催生了罪刑法定原则，把人吓住要写清楚。但孔子认为“刑不可知则威不可测”，关键在于理解法律对于人的心理机制，写清楚意味着条文之外是自由的，孔子这种让人在任何时候都不自由。——法律之下方有自由。

* 杀鸡儆猴：将个人作为工具

**2.积极的一般预防**

刑罚目的：向人们证明法规范的牢不可破、不可违反，进而培养和维护公民的法忠诚。

消极预防把人看成潜在犯罪人，人性本恶；而积极预防认可人性善的成分，一般人都会遵守法律秩序，但如果有人破坏规范而共同体没有反应，共同体的信赖和秩序会受到破坏，因而要对其进行惩罚，证明规范的不可违反，进而人可以继续按规范行事。

克服了把人当客体的问题。

积极的一般预防会认为刑法的目的是维护规范，而犯罪的本质也不是法益侵害，而是打破了规范，如果容许违反规范会导致期待落空，社会秩序混乱……对犯罪人施加刑罚实际上是对其违反法规范的一种反弹，从而证明法规范依然是有效的。

**综合运用三个理论来分析刑法条文和社会现实。**

**一般预防与特殊预防的比较**

1）一般预防说明即使这个行为人没有再犯危险性，也不能不处罚，否则可能会激起模仿的兴趣，人们对法规范的忠诚就会遭遇破坏。

2）一般预防倾向于使用尽量明确的估量，只有行为的特征和后果被清楚明确地估量，才有可能起到对公众的作用。

3）一般预防很难被证实，但也很难被证伪。无论是积极的还是消极的，它们都缺乏刑罚的界限。重刑主义会造成国家的恐怖。

4）一般预防在涉及到关于人的尊严的问题上，受到更大的压力。为了吓唬猴把人当成鸡。特殊预防遇到的问题是国家改造一个人的权力从何而来？

5）一般预防在刑法处理的阶段没有下文。

相较于特殊预防，一般预防和报应理论都缺乏激励效果，就暴力犯罪来说，对其进行惩罚就行了，例如把人放进监狱就ok了，而不管刑罚如何执行。

一般预防和特殊预防都以报应理论作为特殊的边界。这是一种综合理论。

有人认为，法律应该在不同阶段考虑不同理论。在设刑的过程，要以考虑一般预防为主；在判刑的过程，要以考虑报应为主；在行刑的阶段，要以考虑特殊预防为主。

目的的合理性不能当然地推出手段的合理性。为何一定要用刑罚的手段，这是不得不回到报应论中，来自于自身的罪行来报应到自己的身上。

**刑法的基本原则**

版本一

罪刑法定、刑法适用平等、罪刑均衡

版本二

罪刑法定、法益保护、责任主义

唯有“罪刑法定”原则没有争议。

1.

法无明文规定不为罪（无法无罪）

法无明文规定不处罚（无法无罚）

反对国家没有依据对公民施加刑罚，面对国家机器保障公民的自由与安全，

立法总是滞后的，而刑法又作为最后手段，因此刑法典一定是有漏洞的。

当一个恶行出现的时候，当舆论铺天盖地的时候，裁判者如何抑制自己执行正义的冲动呢？

无法无罪的观念说明了，刑法一定是有漏洞，利用漏洞去逃避处罚，也是允许的。形式保护的碎片性，这是为了抵御国家权力恣意行使所必须付出的代价。只有忍受漏网之鱼，才可能换来人权保障。李斯特：“刑法是犯罪人的大宪章。”

刑法和民商法不同，民商法可以类推，也可以适用“公序良俗”一类的大口袋。

很多民愤的根源在于司法者判决不当，而非法律本身有问题。

2.历史演变

（1）世界范围

1215年英国大宪章

1789法国《人权宣言》

1810《法国刑法典》

1948《联合国世界人权宣言》

1950《欧洲人权公约》

（2）我国

晚清新刑律规定了律有正条

民国延续晚清

1979年刑法明确的规定了类推适用

1997年废除

3.思想基础

（1）政治上的自由主义

核心思想就是法治和限权。

（2）民主和分权思想

刑罚的合理性只能来自于经由选举产生的议会机构里，因为它代表了作为国家权力主体的人民（主权在民）。公众的正义感只能通过民主程序法定化才能实现。

（3）一般预防

（4）罪责原则

为刑罚的界限服务，而不是服务于刑罚的目的。而这一点也必须是以罪刑法定原则为前提的。

4.基本内容

（1）禁止类推

同类相推，建立在同类事物之间的类似性的逻辑基础上。

禁止类推适用，但允许类推解释，也就是扩张解释。日常用语、口语的可能文义的射程，判断扩张解释的边界。

（2）禁止溯及既往（事后法）

（3）禁止习惯法

（4）内容的明确性

刑法规定必须明确，不明确则无效，这是罪刑法定原则对立法的要求。

中国刑法很多地方存在模糊，中国独特的解决方法是通过**司法解释**。

**罪刑法定与刑法解释**

（一）文义解释

法律多多少少都会有一些弹性表述，各个条文之间的相互作用，都可能欠缺明晰的界限，并且固定不变的文字面对瞬息万变的现实，也是乏力的，因此法律需要解释。

如何处理刑法解释与罪刑法定的关系。

文义解释实际上承担一种边界的划定的功能，其他的解释方法，如体系解释等不能跳出这个边界。

（二）历史解释

例如非法持有毒品罪，吸毒不犯罪，但吸毒者不可避免必然持有毒品，那么非法持有毒品罪到底是打击什么呢？

一人持有毒品，可能有走私、贩卖、运输等可能，但现有证据不足以证明这些罪名，所以非法持有毒品罪只是为了堵截，类似于巨额财产来源不明罪。

（三）体系解释

* 通过A规定中的文字获得B规定中的含义。比如强奸罪和猥亵罪之间，性交就被排除在猥亵之外。有时候恰恰同一个词语有不同含义，才能体现出解释。比如引用、容留、介绍他人卖淫，按照刑法还是治安管理处罚法来处理，需要有所区分。
* 体系解释相比而言，没有什么固定的立场，起到的是助攻作用。它的适用其实是非常灵活的。

（四）目的解释

* 入户抢劫加重规定：对户的理解。加强了对住宅安宁的保护，这是人基本权利的自由。家是人最后的城堡。家和其他场合是不一样的。非法侵入住宅罪和非法搜查罪，有相近的地方，房子和衣服都是人外在最后保护的壳。设在住所内的赌场，是否被视为入户抢劫的户？
* 解释条文时，最终要问：法律设定条文的目的何在？法律解释会有目的性的思考。它往往和文义解释发生重大冲突。例子：抢劫罪中有重大条款持枪抢劫。仿真枪抢劫能否被认定为持枪抢劫？这是从文义角度提出的质疑。刑法当中真假的问题，不仅仅设计到文义解释的范畴，还涉及到目的解释的范畴。真假不是不重要，而是重要到成为核心要素还是辅助要件？这里的区别涉及到保护的法益。抢劫罪既关乎财产法益，也关乎人身法益。对于被害人压制威吓的程度升格了。所以车老师认为可以纳入部分假枪。但是在其他场合，可能就不能这么处理。
* 殴打假肢，能不能构成故意伤害罪？可能就不能构成故意伤害罪，因为假肢不算人的器官，不是故意伤害罪的保护对象。但是如果猥亵了别人的假肢，可能就构成猥亵罪，因为已经让人的心理感受到了羞耻和侮辱。所以区分要看具体场合。
* 生活中的骗和敷衍无边无际，刑法就是要挑选出刑事可罚性的那些诈骗。诈骗罪的边际非常宽广。诈骗罪是一种“斗智罪”。诈骗罪的法益保护目的就是保护财产，它不保护意思自由。比如酒托，喝了酒，不构成诈骗罪。

### 刑法的适用范围

刑法的适用范围：刑事管辖权，和国家主权紧密联系

## （一）刑法的空间效力

**属地管辖：**

**第六条　【属地管辖权】凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用本法。**

**凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，也适用本法。**

**犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。**

注意四点：

1. 我国领域包括领陆、领水、领空；
2. 船舶、航空器也被视为本国领土；
3. 驻外使领馆也被视为本国领土；
4. 行为和结果有一项在国内即属于属地管辖的范围。

例外注意三点：

1. 外交人员和有豁免权的外国人（外交上对等原则）；
2. 民族自治领域可以变通；
3. 港澳行政区不受我国刑法的管辖。

**属人管辖：**

**第七条　【属人管辖权】中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法，但是按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的，可以不予追究。**

**中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法。**

以人的国籍为标准，不管人的身体是在国内还是在国外。主要是**指犯罪人的国籍**，而不是被害人的国籍。最高刑在三年以下可以不予追究。

**三年以下不予追究的例外：国家工作人员和军人，都适用本法。**这是提出的更高要求。

如果已经在外国被处罚了，是否还是要处罚呢？

多数国家基于主权的原则，不承认外国刑事判决的决定。但是会作为量刑考虑的情节。

**第十条　【对外国刑事判决的消极承认】凡在中华人民共和国领域外犯罪，依照本法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。**

**保护管辖：**

**第八条　【保护管辖权】外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的，可以适用本法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。**

* 以保护本国利益为原则，作为对属人管辖和属地管辖的补充。属地管辖是基础，属人管辖是补充，保护管辖是更补充的补充。
* 问题在于，保护管辖有时候很难实现。
* 这种行为在当地不受处罚的除外。

**普通管辖：**

**第九条　【普遍管辖权】对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用本法。**

对于中国缔结或参加国际条约。国际刑法的原则。基于人类普遍的正义感，如反人类罪、战争罪等。但是普遍管辖有时候是难以实现的。

## （二）刑法的时间效力

1. 刑法的生效时间

公布即生效；公布时间与生效时间分开。

1. 刑法的失效时间

明令失效；自然失效。

1. 刑法的溯及力

* 对于生效前的行为如何处理，即新法能否溯及既往
* 刑法生效之后对于生效之前**犯罪但尚未审判**或**审判但尚未作出结果**的效力如何？
* 在溯及力上各国的原则：从旧；从新；从新兼从轻（先适用新法，如果旧法的处罚新，就用旧法）；从旧兼从轻（新法原则上不具有溯及力，如果适用新法处罚较轻时，适用新法）
* 我国原则上采用**从旧兼从轻**的原则：从旧突出了罪行法定的特点，用新法中较轻的，综合来看，是按照有利于被告的方向来处理。从旧兼从轻基本上适用于刑法，因为刑法是对被告人很不利的，其他法律不一定是这样的。

**第十二条　中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律;如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。**

**本法施行以前，依照当时的法律已经作出的生效判决，继续有效。**

**犯罪论体系**

# 第一讲 犯罪论体系概述

## 一、犯罪构成理论：四要件与三阶层

### （一）四要件（耦合式的）

1. 犯罪客体：刑法所保护而为犯罪所侵犯的社会主义社会的关系
2. 犯罪客观方面：行为、因果关系、犯罪的时间地点
3. 犯罪主体：具有法定刑事责任年龄、是否具备刑事责任能力
4. 犯罪主观方面：故意、过失、犯罪行为的动机

1949年废除“六法全书”后，苏维埃刑法理论进入我国，我国派人学习。1979年制定旧刑法时，基本沿用苏联刑法理论，其核心就是四要件犯罪构成理论。主要是苏联和我国传统的代表。

### （二）三阶层（顺序逻辑性的）

**1.构成要件该当性（符合性）**——→**找法、构成要件式思维而非社会危害式思维**

* 该当：源自“该当何罪”，要符合刑法分则规定的特定的行为类型的构成要件的各种特征。
* 不是法律效果的总体的构成要件，这是法技术意义上的概念。根据刑法所规定的犯罪类型成为构成要件，构成犯罪肯定要符合分则规定中众多的构成要件中的一个，包含各种要素和特征。比如抢劫罪构成要件：暴力、胁迫和其他方法、公私财物为对象。
* 构成要件可以分为客观构成要件和主观构成要件。客观构成要件包括行为、结果、因果关系；主观构成要件包括故意要素、目的要素。
* 不能够从一般性的法律原则中推导出来，这一点不适用于刑法。
* 在恶性事件面前，思维方式应该是先找法、找构成要件，而非在心里先根据其社会危害性或者有多“可恶”对其进行定罪。

**2.违法性**

行为必须具有违法性，必须是法秩序不能容忍的行为。

* 在符合构成要件后，还必须是违法的行为。通常情况下，符合了构成要件，就推定为违法。但是也有例外情况出现：在符合构成要件后，又发现了案件中存在正当的事由即**违法阻却事由/违法排除事由/正当化事由**。例如正当防卫，符合故意杀人的构成要件，但正当防卫是一个违法阻却事由。
* 违法阻却事由来源于全部法秩序中的法律制度，而不仅仅限制于刑法。

比如公民扭送犯罪人员到派出所；执行法官闯入拒不履行债务人的家中；家长有对子女的教育责打权。（这是对等的，如果没有家长的教育，人肯定会自然死亡，家长有义务救落水的孩子，反过来，家长也要承担起教育的责任和义务。很多关系都是从父母子女关系中推演出来的，比如说人养狗）

* 不法概念：同时包括了行为、构成要件、违法性三个条件。使用不法概念的时候，包含了这三个部分。违法性和不法的差异：违法性只是单讲一个行为的合法性。不过这两个概念也常常混用。

**3.有责性**

责：对行为人的非难和谴责。

* 对行为人的犯罪行为进行谴责的可能性。行为人必须要对此承担责任，必须要由此使行为人受到谴责。不管是故意还是过失，都是可谴责的，除非是意外事件和不可抗力，不用被谴责。一个人在社会生活中是被期待应该小心谨慎地展开自己的活动。
* 在有责性阶段，审查的要件**包括两个部分**：

1. **罪责能力**，比如精神病人不能辨认和控制自己的行为，12岁以下的儿童不具有责任 能力（这是不容推翻的假设）；这是立法上的拟制，而非事实上的确认。

2）**免责事由**有两类：

a）不可避免的违法性认识错误：

不知道行为是被法律禁止的。一般人是被推定认识法律的，都有知道行为违法的可能性。但是比如这个人在山区、不认字，具有不可避免的理由，这可以成为一个免责根据。

b）免责性的紧急避险：

紧急避险一般是在违法性阶段考虑的，要抢救的利益大于被损害的利益。但有时候利益可能是等价的，分不出高下，比如为了自己的生命杀死别人，这种行为还是违法的。行为性质认为是违法。在责任阶段，还是选择宽恕他，免除他的责任。

* 一个免责的行为，在法秩序其实是不被批准和认可的，仅仅是没有接受惩罚而言。对于被害人而言，我没有义务去接受这一切。比如一个人抢走药片为了自己活，这是违法的，所以我可以进行正当防卫。一个不法侵害符合正当防卫的要件。这是法律设计的精巧性，赋予每一个人自由的边界。

4.（其他可罚条件）

* 客观处罚条件，如两国之间相互保证使用刑法手段保证外国代表及其象征。客观处罚条件的出发点不是基于行为的刑事可罚性，而完全是基于其他公共政策的考量，比如外交行为。比如人大代表开会期间的羞辱性攻击，不按照侮辱处理。

## 二、四要件和三阶层的比较

### （一）专业化程度

* 三阶层更能体现出刑法理论本身的特点。只有系统的学习才能把握，这是专业术语，范围狭窄，有较高的门槛，是刑法专业独有的。
* 四要件理论大众化色彩浓厚，一望而知，不是刑法独有的专业术语，甚至不是法律独有的。特别是中国大众化哲学的影响。这和理论创建之初的社会环境有关，要求简单通俗易懂，赶快投入实际工作。所以门槛较低。

### （二）体系化程度

* 四要件的体系化程度不能令人满意。两种理论的基本要素是共通的，但是体现理论体系化程度的不是基本要素，而是基本要素以什么样的逻辑联系起来。
* 四要件理论在逻辑上基本是沉默的，是一种要素集合式的思维方法，给出的说明是任性和随意的。
* 而三阶层具有先后的步骤性，是一种位阶体系式的思维方式，若无前者就无后者，呈现出递进性的位阶关系。

## 三、三阶层犯罪论体系：学说发展与思想基础

### （一）古典犯罪论体系：主客观二分

* 20世纪初，德国学者提出，主要的两个人物是李斯特和贝林。古典犯罪论体系对于不法和责任的理解，主要是从客观和主观的方面来理解：“**不法是客观的，责任是主观的。**”责任包括了故意和过失（心理责任论）。构成要件被想象成价值完全中立的阶层，因为它纯粹是客观的要素。
* 受到当时自然科学发展对自然主义和科学主义的崇拜的影响。把法学理论也置于理想状态当中，从经验中可以计算，解剖成客观的一面和主观的一面。
* 比如说故意和过失，被归纳在责任的体系里，这是一种能被观测到的心理事实。
* 中性无色。

### （二）新古典犯罪论体系

* 第一次世界大战后，出现了新的发现：认定一个行为是盗窃，必须加入规范性的主观要素，即非法占有目的。对客观行为的性质做出描述是不够的，没有办法认定性质，必须经过了主观方面要素的考虑。**主观要素逐渐渗入到构成要素当中**。这时候不仅要看是故意盗窃还是过失盗窃，而要看是否有非法占有目的。然而再考虑杀人罪，杀死一个人需要问问他“你为什么杀人”吗？
* **价值中立能实现吗？很多都带有主观判断的色彩**。比如什么叫残忍，什么叫淫秽，不可能纯粹客观中立地去认定。在责任部分，故意的概念代表了可谴责程度和状态，罪责也不是纯粹主观心理的活动，而带有规范性（规范责任论）。
* 背后的时代史和思想史：新康德主义的思想流行。这种价值哲学认为**人文科学的构建和理解和自然科学是不一样的，认为要区分实然和应然、区分事实和价值**。事实之上还有价值，法学需要对事实进行价值评价。
* **违法性也出现了超法规的阻却事由**，如被害人同意，有些国家规定在刑法典中，有些国家没有。这使得价值评判开始进入到对于不法性质的认定之中。不法性质的认定还包括了法外的东西，法定性有所溢出。价值对于现实的东西有引导和塑造的作用。
* 法学要有价值哲学的观念。认定不法时，不是单纯从客观的方面来讲，而是认为它有社会危害性；对责任的理解，也是认为有一种可谴责状态。对**不法和责任**的划分进一步演变为**社会危害性和可谴责性**的划分。
* 故意和过失不再是一种事实理解，而是成为一种可谴责程度的标准。

### （三）目的论犯罪论体系

* 行为的概念得到了新的发展，从而改写了犯罪论体系的面貌。威尔哲尔提出的目的论犯罪体系，对现在改变最大。和古典与新古典的分歧在于：古典和新古典把故意理解成责任的组成部分，故意包括了不法的意识和事实上的认识意识；目的论把事实的认识意识（拿）和不法的意识（知道不能拿仍拿）相分离，要保留事实的认识意识，把故意提升到构成要件当中，把不法意识仍然保存在责任当中，所以故意的基本要素和所有的主观要素都被放在构成要件中，组成了构成要件中的主观构成要件。
* **故意的内容包括两个方面，一个是事实的认识，一个是对法的认识**。
* 不法变成了客观不法和主观不法的统一体，完全改变了之前的理解。
* 目的论的改变，主要是由于目的行为概念所激发的变革。人的目的之下身体的举止。只有在目的的支配下，才能用语言表达杀人行为。故意在古典阶段被认为是责任的形式，建立在哲学的现象学和本体论的基础上。开始带来了人的不法理论，这是人的行为，围绕着人展开。

### （四）新古典暨目的论犯罪论体系（通说）

* 今天的通说（多数说）。在新古典体系中，综合结合的范围内寻求发展。融合了既有康德的价值观念，也有威尔德尔关于本体论的观点。把目的论体系中的目的行为概念抛弃了，但又接纳了体系性的成果——在构成要件阶段，在不法阶段考虑故意。目的论体系最大的贡献就是把故意放在构成要件当中。最能够体现客观色彩的就是构成要件中的结果，早期认为，不法内涵中，结果占了很重要的地位。主观部分体现在，对行为的理解是不可能拿掉主观的要素的。不法不仅仅是结果的不法，也是行为的不法，包含了行为人对不法的主观意识。不法表明的是行为的无价值和结果的无价值，责任表明的是态度上的无价值。
* 结果无价值——结果非价值——结果的不法

行为无价值——行为非价值——行为的不法

* 通说中把不法当做行为的不法，把责任当做态度的非价。不法处理的是行为，行为处理的是行为人。它通常符合人们对事情做评价的顺序。先评价做的对不对（不法），再说要不要承担责任。

### （五）目的理性（功能性）犯罪论体系（晚近）

* 目的理性/功能主义的犯罪论体系强调的是犯罪论体系的功能性，指的是犯罪论体系究竟是为了什么特定的目的服务，有学者认为是刑事政策。后来又出现了新的发展，比如客观规则理论的发展。
* 责任里面的基本要素，比如责任年龄、认识状况、紧急避险等等，考虑的目的是谴责有没有意义和必要。功能责任论加进了预防的因素，有学者强调特殊预防（不可能再犯罪，他就没有责任。责任=预防+罪责。比如一个人荒岛杀人为谋生，特殊预防没有必要，他就没有责任。这个责任和我们通常讲的责任是不一样的），有学者理解为一般预防（一个人有没有责任要看惩罚他有没有一般预防的效果。这个人可能会成为整个社会承担责任的替罪羊，成为一个工具。责任的理解和可谴责性又不一样了，指的就是有人承担）。

## 四、三阶层犯罪论体系：思考特点与实践优势

### 1.提供路标指引和检验清单

* 路标就是箭头，一方面，按照箭头一步步排查认定，可以避免思考问题时的遗漏，犯罪最怕的就是考虑不当的问题，有利于减少司法适用的随意性；另一方面，能够比较高地节约思考成本，形成思考套路。比如在构成要件部分，先审查客观构成要件，再审查主观构成要件，好处在于审查一个客观要素要比主观要素（实践中很大程度依赖口供）更加容易。如果反过来就很容易把人入罪。越依赖主观要件先行，就越依赖被告人的口供，就越容易造成刑讯逼供。

### 2.保障法律适用的正义性与安定性

* 共同犯罪是指两人以上的故意犯罪。按照四要件，应该认为这里面的人不能小于14岁，按照这种理解就会出现困难。比如18岁的A教唆13岁的B入室盗窃，就不构成共同犯罪。按照三阶层，不是没有达到14岁就否定掉犯罪，先讨论不法，只看行为，13岁和31岁没有区别，到了责任阶段，再各算各的，就不会出现违背法感情的事例。
* 由于不法和责任的区分，还区分了紧急避险的正当化事由和免责事由，正当化的紧急避险（可以被法秩序接受）和不正当的紧急避险（不可以被法秩序接受，但是可以被宽恕），对不同行为作出不同评价，类似的情形相同对待，保障了法的正义和安定性。

### 3.制约司法恣意，实现审查透明化

* 从法治立场看，分阶段认定的犯罪认定体系，有助于制约司法恣意。按照步骤，整个过程是可以被重复检验的，不同意见之间可以进行对话，制约了司法恣意。如果司法者是任意的探查，后面要件受到前面要件的不当影响。

### 4.评价公民行为，呼吁对法的忠诚

* 界分出三个阶层，各个阶层能使人们认识到不同的法律评价和要求，会给人们带来不同的指示。构成要件的明确能够使人们达成自由协调的状态。独立的构成要件阶层传递给公民的指示。不是考虑危害性，而是考虑构成要件。在刑法上，裸聊是自由的。
* 三个阶层递进式区分的作用和效果：

1. 构成要件阶段：把各种不同类型的行为特征区分开来。不会因为这些犯罪都共享正

当化事由而变得相同起来，他们在构成要件阶段仍然各有面目。通过具体描绘行为类型的方式，起到了一般预防的功能。构成要件是违法和有责的类型。

1. 违法性阶层：虽然有正当防卫和紧急避险，虽然最后都是无罪，但是杀死蚊子与正

当防卫杀死同学是有本质上的区别的（损害了法益，一般性条款禁止的特征，和刑法发生了关联，只是法秩序最后还是接受了你）。正当防卫成立与否不影响你杀人的性质，正当防卫的杀人还是杀人。先有一般性界定，再谈到正当化事由。

1. 责任阶层：在前面，终局的标志为不法。不法和责任阶层的区分，恰恰是在说，通

常情况下，做错事要被谴责，但是人类社会有例外的情况。

### 5.区分举证责任

* 三阶层下控方和辩方的举证责任：控方要有充分的证据，辩方要提出合理怀疑。
* 构成要件：控方证明你现场用刀杀死了人；
* 违法性阶层：辩方提出正当防卫。对于正当化事由，不是控方提出，而是辩方提出。证明程度只要达到优势证据的程度（50%）就可以了，而不用达到没有瑕疵。控方再要证明不存在正当防卫，程度要达到更高（90%）。谁先提出不一样，证明的程度也不一样。以前的四要件理论体系中对于正当防卫的举证安排非常混乱。

# 行为论

行为刑法：刑罚发动的根据是因为行为。对犯罪性质的认定，指向行为而不是行为人。与之相对的是行为人刑法。目前世界上主流的是行为刑法。

一个理想的行为概念应当有以下功能：

## 一、行为的地位与功能

### （一）基础要素的功能

需要有一个上位概念可以涵摄实践当中所有的行为形式，例如故意、过失、不作为犯等举止。

行为是它们所共通的基础要素和上位概念。行为概念应该有分类的功能。

### （二）联结要素的功能

* 三个阶层：构成要件该当性、违法性、有责性。要联结要素应当构成主线和支柱，在每一个要件中重复出现。
* 在体系上提出了两方面的要件：

1. 相对于构成要件、违法、有责而言，**行为概念具有一定的中立性和独立性**，“行为”本身不带有价值评价，做好事是行为，做坏事也是行为，**不能提前介入三个阶层中去**，不能与不法、责任的内容相互重叠，否则就是修饰对象和修饰语之间的逻辑混乱；
2. 行为概念本身至少**要有一定的实质内容**，因为要经过三个阶段的检验，至少要有可附着的基础。

犯罪是一种构成要件该当的违法且有责的行为。

1. 构成要件该当

**行为**

1. 违法
2. 有责

### （三）排除（分界）要素的功能

构成要件阶段之前，就把刑法上一些不需要评价的概念排除出去，即这个概念本身就要能够区分行为和非行为。但是迄今为止，这样的行为概念还没有出现，没有形成明确的通说。

**把“非行为”排除出去**。

## 二、行为概念之争

### （一）因果行为论/自然行为论

* 行为是基于**人的意识**而被引起的**物理性的因果性的外界变动**。

**意识——→外界的变动**

* 它与当时最早出现的古典犯罪论体系相适应。一开始是**贝林和李斯特的观念**。受到19世纪盛极一时的自然主义和科学主义的影响。
* 该理论中的“行为”有以下几个方面的特征：

1. **有意性**，是有人的主观意思在的；
2. **有体性**，知觉上的可知性；
3. **因果性**，有意性是因，外在的行为变动是果。

* 评价：

1. 从**排除要素**讲，还是比较称职的：可以把人脑海中的单纯思想，或者没有意识的比如膝跳反射从行为中排除出去；
2. 从**基础要素**的功能来看，可能有点吃力：难以包涵未遂犯、不作为犯等行为模式，比如在未遂犯的场合由于没有出现结果，就很难圆满地说明因果流程；比如说更麻烦的不作为，感觉不到外部世界的物理性变动，有变化的可能是内心的意识，很难区分不需要罚的单纯的思想活动；
3. 作为一个**联结要素**的功能很难发挥，因为**本身不具有在刑法上有重要意义的实质内容**。按照因果行为论，行为人的行为是人的意识引起的物理性的因果性的外界变动，那什么是侮辱行为呢？主观上有言语攻击他人的意图，引发侮辱人嘴唇开合、声带振动、传出声音，导致被侮辱人愤怒……无法观察到侮辱罪的“客观世界变动”。

* 贝林自己也承认了**因果行为论是无血肉的幽灵**。它之所以缺乏，背后的结果和思潮，是**因为把人的行为当作一种物理现象去分析研究**的，采用自然科学的观察方式。

### （二）目的行为论

* 行为就是一个人**追求和实现自己目的**的过程。

**目的——→实现目的**

* 把行为理解成人对主观目的的追求和实现。由德国刑法学家威尔哲尔提出，在一定意义上摆脱了自然的思维方式。康德认为人类行为不是受因果律支配的，而是受自我目的支配的。预见到了行动的后果，设定不同的目标，在有目标的情况下，操纵自己的活动。这是人类行动的整个实现过程。**更强调主观目的的支配性。**二战结束后，目的行为论风行一时。后来目的行为论的概念被放弃了，但它还是撬动了犯罪论体系的大厦。
* 评价：

1. **作为基础要素**和上位概念，没有办法涵射所有刑法要处罚的行为：比如过失犯的场合，目的存在在何处，就存在困难；在不作为犯的场合，没有一个实际的因果关系。假设的因果关系不会实际发生，没有对外部因果流程的支配。

例如张三把李四推入水中，李四的父亲看到水里的儿子，不去救，结果李四死了。实际的因果关系是张三推李四导致李四死亡，不作为犯是假设中的因果关系，假如父亲救了李四，他就不会死，但这并不是实际发生的因果关系。

1. **作为界限和排除要素**，功能发挥得也不好：比如说人类很多行为是下意识的行为，并非每一时刻都是目的所支配的。但是在刑法上，半意识下意识的行为也可以触发刑法。

### （三）社会行为论（通说）

* 占据多数说和通说。
* 把一种规范的评价性的要素（**社会意义**或社会重要性）作为判断行为的重要标准。因果行为论比较强调不掺杂价值，体现因果性的无价值；目的行为论强调存在论意义上的目的性。
* **社会行为论带有某种折中的惩罚性，没有完全排除因果概念中强调的人的有意性，也没有很强调目的性。所以社会行为论是规范论。价值论的行为概念**。
* 关于社会行为论的评价：
  1. 作为**基础要素**：很符合。各种都可以被囊括进概念。
  2. 作为**联结要素**：本身具有一定的实体内容。但是用社会的评价来界定一个行为，很难与三阶层中法的评价区分开来，很难出现中立或独立。
  3. 作为**界限要素**：也难以发挥功能。需要排除掉一些行为，比如说反射行为，直接遭遇外部物理作用的行为，应当从行为概念中排除出去。这种行为不能从刑法上讲，但是从社会意义的角度看，楼顶掉人砸死人是有意义的。

### （四）人格行为论

* 只有一个**外在的行为显示了一个人的人格**，才算是刑法上的行为。
* 把行为作为人格的显现。在那些只有动物的属性、单纯的思想、被推下楼等情况中，就不存在这样的自我控制，就不被视为行为，因为它没有表现出人格，没有人格的显现。
* 在德国有考夫曼、日本也有学者，支持从人格的角度理解行为。
* 从理想要素的概念评价，可能会出现困难：
* 比如扳道工睡着导致事故，行为人甚至没有认识到危险状况，很难说显现出某种人格，无认识行为下的不作为犯。
* 比如醉酒状态下，没有办法确定其中人的意识性或者有意性。但从人格的行为论者角度，表明了人的心理器官对外界的适应能力，也把它划归为人格的体现。
* 人格这个词和社会这个词一样，内涵有时候过于模糊或不好把握。显得特别广，界限分割的功能很难得到实现。

### （五）消极行为论

* **行为就是对可避免之事的不避免。**
* 消极的行为论或者否定的行为论是从新的角度出发，把行为分为可避免的和不避免的。
* 早先学者主要是从构成要件中考虑可避免性的，后来又被其他学者吸收发展，作为行为概念的标准。
* 人们可以通过不间断的干涉，从流程避免可能性，这样就像**蝴蝶效应**一样，什么都成立可避免的。
* 为了限缩概念，有学者提出了保证人概念，作为保证人应该避免，但是却不避免，才构成犯罪。又有学者指出，保证人已经沉入构成要件中了，不作为人本来就在构成要件当中。后来不断发展，加入现代心理学理论，提出没有被实施的反控制。但是还是遭到了批评。各种行为概念往往会顾此失彼。有没有选择空间能够选择他行为的出现？如果有空间而不作为，就是在行为。当判断一个人有没有责任做到时，已经进入了不法和责任的判断对象。行为概念和三阶层之间变得暧昧不清。

### （六）算了论

* 放弃行为概念？
* 放弃教义学的努力，理论上的构建。在构成要件里面行使那些功能就好了，在实践上这种理论之争没有什么意义，干脆放弃。但是这个结局令人难以接受，很多行为是可以明显区分处罚和不应当处罚的。
* 还有四阶层说。三阶层中行为不作为一个独立的第一阶层，把行为要件弱化了，不作为检验阶层，而只是发挥一些局部的界限功能就足够了，比如膝跳反应。

## 三、常见的行为与非行为的界分

### （一）非行为

**1.非条件反射动作**

反射行为被理解为纯生理的现象，没有人的意识参与在里面。

**2.机械动作**

受他人物理作用影响，没有自己的意识自愿参与其中。

**3.本能动作**

重大疾病或者梦游。

### （二）行为

**1.自动化行为：**

行动惯性或者思维定势的主导下，成为了当然的习惯。

例如老司机开车，人平常走路先迈哪只脚……不同于膝跳反射，这种习惯一开始还是在人的意志支配下逐渐形成的。

**2.冲动行为：**

尽管外人可能说“这个人失去控制了”、“他不理智了”。和理性人的假设不符，但依然是行为，只不过可能成为量刑减轻的理由。

**3.精神胁迫行为：**

区分物理性强制，例如别人推我，我撞到前面的人不属于行为。

例如用丑闻来胁迫我，我按你说的做，依然视为行为。

你用刀架在我脖子上让我实施强奸，我的强奸视为行为吗？

减刑免刑事由。

在他人暴力的间接强制下，刑法认为人还是没有完全丧失意志自由。但是作为被害人被抢劫时，认为一个人没有意思自由的选择空间，敲诈勒索则是有意思自由的选择空间的。

这和认定行为人的逻辑是有区别的。前面这么设定是为了跟着能做出不法的评价，但是后面的情况刑法是不会鼓励公民和抢劫犯以命相搏的。刑法会发挥政策导向的功能。

**4.忘却行为**

被期待实施某种行为，而忘做某种行为。比如父母把小孩落在高温的车子里，父母应当被追究刑事责任。

过失的不作为犯。

**5.原因自由行为**

专门为醉酒、吸毒设计的行为类型。

自由地选择进入一个不自由的状态中，例如醉酒、吸毒。尽管在行为当时是不自由的，丧失辨认控制能力，但导致行为人陷入这种状态的原因是自由的。

一般根据**意行同在**的原则，不能拼合出一个故意杀人的行为，比如不小心弄掉的花盆弄死了想杀的人。但喝酒是例外，虽然是一种意行不同在的行为，但要往前追溯，对于导致自己陷入无责任能力状态是有责任的。

# 第一节 构成要件概述

## 一、构成要件的含义

### 1.不法构成要件

**为犯罪行为所固有的。盗窃、杀人、诈骗、强奸是不同的不法构成要件。**

* **甄别功能**：现实中很多不法行为，有民事、行政、刑事等等，在这里的不法构成要件就是把刑事不法和其他不法分离开。
* 一个行为是否构成犯罪，不能根据其民事是否不法来判断，不能说“这是民事上的不当得利，所以不是盗窃罪犯罪”。
* **指示功能**：公民行为因此有一个指引。一般预防功能。
* **违法推定功能**：符合不法构成要件的行为，可以推定其违反法秩序，除非有违法阻却事由。

理论价值：在不法构成要件理论出现之前，有很多杂乱无章的犯罪认定方法，不法构成要件将其归纳进一个体系中。

### 2.整体的不法构成要件

把构成要件和第二个阶层的违法性合在一起。积极赋予立法根据的和消极排除不法的成文或不成文的正当化事由统称为不法构成要件。

### 3.犯罪构成要件（广义的构成要件）

三个阶层都在里面。

### 4.保障性构成要件（最广义的构成要件）

除了三个阶层之外，还包括了比如诉讼条件、中止犯、自首情节等考虑事项。

“保障”的是被告人的人权。

## 二、构成要件与社会相当性

威尔哲尔提出。

**社会相当性**：在一个特定的国家或民族历史形成的共同体当中，**受到各种道德、习俗、惯例的影响，能够被公众接受的行为**。

符合社会相当性的行为，即使符合构成要件也不能被认为是犯罪。

* 例如汽车刚发明时，很多人都对这个东西很恐惧，认为它制造了一种社会危险；又如受到领导关照的人过节给领导送礼物。

问题：标准过于模糊。

达姆提出的观点：**行为人类型**。某一个行为可能符合了一个构成要件，但是**行为人的形象和公众想象的犯罪人典型形象相去甚远**，那么该行为就被排除符合构成要件。这个理论的核心是解释者心中先有一个想象的理想状态的图像。这个解释方法带有边界的模糊性。但是这是一种出罪的方法，有利于被告，出罪的时候不要求出罪理由的明确化。

* 比如国外的保护胎儿堕胎罪，医生为了挽救孕妇的生命而为孕妇堕胎。
* 比如嫖宿幼女罪中，幼女的形象，幼女首先是妓女，也就是以卖淫为业者。如果案件中的幼女不符合卖淫女形象，她就不能成为对象，适用嫖宿幼女罪就是用性交易表象掩盖强奸幼女之实。

上述两种方法都是思考方法，而非某种标准。

发展出新的概念：**被允许的风险**：高空作业，车辆驾驶……例如拳击比赛，危险性极高，但这种比赛却被允许。

**法益侵害性**：要考虑法益的东西到底有没有真正受到伤害。从法益限制的角度对其进行限制，比社会相当性更加细致。

* 扒窃的场合是不计算犯罪数额的，通常的盗窃是要计算犯罪数额的，为什么？
* 同样是微不足道的事情，为什么送一盒巧克力没关系，偷十块钱就有关系呢？

通过社会相当性很难进行解释，但是法益的角度可以，更有说服力。

## 三、行为无价值与结果无价值

**一个不法构成要件中应当包括行为无价值和结果无价值两个内容**。

一个实害性的犯罪要求行为无价值与结果无价值。

* 只有行为无价值没有结果无价值被称为未遂犯。只有结果无价值而没有行为无价值的结果就是无罪。
* 例如杀人犯，对着胸口连捅数刀，但没把人捅死。有行为无价值，没有结果无价值，成立杀人罪的未遂。
* 行为无价值是必备条件，至少能成立未遂犯。
* 过失犯可能存在过失行为无价值。刑法中的典型是故意犯的既遂状况，同时具备行为无价值与结果无价值。
* 行为无价值与结果无价值的客观机能，不能简单与主观客观相匹配，是从另外一个角度理解构成方法。
* 行为无价值特别为威尔哲尔等目的论者所强调。但今天目的行为论本身被放弃了，但目的行为论者所提出的观点，以人为不法的中心内容的观点。行为无价值的观念是以人为中心的。在人格的问题上，怎样揉入不法的内涵当中。
* 批评的声音表现在**不法和罪责**的区分当中，这二者之间能否真正分离，还有争议。
* 有人认为讨论不法时就离不开责任能力，例如精神病人根本就不知道什么是法什么是不法；
* 有人认为不法是统一适用于所有人的，行为是否不法与行为人对法的认识无关，“不法是客观的，责任是主观的”。一个没有罪责能力的人同样可以用法规范说明他的动机。责任能力是立法者的拟制，而非事实，精神病人、小朋友不能当然认为是接收不到法规范指令。

## 四、构成要件的犯罪类型

### 1.故意犯VS过失犯

**区分标准：行为人的主观故意**

**第十四条　【故意犯罪】明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。**

* **希望、放任**
* **例如放火：在森林里扔了个烟头，是否引发火灾与我无关，转身离去，属于放任型的故意犯。**

**第十五条第一款　【过失犯罪】应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果的，是过失犯罪。**

* **疏忽大意的过失、过于自信的过失**

**区分的意义：**

* **制约国家刑罚权；区分不法程度：**
* **无故意无过失者，不罚**

**第十六条　【不可抗力和意外事件】行为在客观上虽然造成了损害结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不是犯罪。**

例如：（1）我约你出来爬山，你被雷劈死了；（2）我看今天电闪雷鸣，约你到高山上。

（3）停车场铺了一个凉席，凉席下面有个人，甲开车轧了过去（甲是否应该预见那里有人）。

* **过失无规定者，不罚**

**第十五条第二款 过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。**

例如：过失毁坏财物，是不负刑事责任的。

* **故意犯或过失犯的刑罚轻重有别**

**第二百三十二条　【故意杀人罪】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。**

**第二百三十三条　【过失致人死亡罪】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。**

* **未遂的处罚限于故意犯**

例如：有人开车快要撞到我了，我躲过去，他不构成犯罪；如果他是故意撞我的，即使我躲过去，他依然成立犯罪。

* **共同犯罪的成立限于故意犯**

**第二十五条　【共同犯罪的概念】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；应当负刑事责任的，按照他们所犯的罪分别处罚。**

例如：（1）甲乙两人一起玩弹弓，其中有一发弹丸不幸打中了丙，无法确定是谁打中的，只能认定二人都无罪；（2）甲乙故意向丙射击，其他条件不变，二人都有罪（未遂罪）。

### 2.作为犯VS不作为犯

区分标准：行为的表现形式

在不纯正的不作为犯的认定时有意义。

不作为犯：

纯正的不作为犯：违反法律的命令规范。

例如：法律诫命的特定行为是提供证据，而处罚的是行为人的“拒绝提供”。

**第三百一十一条　【拒绝提供间谍犯罪、恐怖主义犯罪、极端主义犯罪证据罪】明知他人有间谍犯罪或者恐怖主义、极端主义犯罪行为，在司法机关向其调查有关情况、收集有关证据时，拒绝提供，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。**

不纯正的不作为犯：有作为义务者以不作为的方式违反了法律的禁止规范，以行为人具有防止结果发生的特定义务（保证人地位）为前提。

**故意杀人罪：可以是作为地故意杀人，也可以是不作为地故意杀人。**

### 3.行为犯VS结果犯：

**区分标准：不法构成要件的满足是否以结果出现为必要。**

（1）**行为犯**不以行为在外界产生一定的变动或影响为必要，**行为本身即满足不法构成要件**（伪证罪、非法侵入住宅罪）；

（2）**结果犯**是指**在构成要件中以出现一定的结果为必要**，且行为与结果之间必须具备**因果关系与客观归责**，犯罪才能既遂（杀人罪、伤害罪）。

**结果加重犯：犯罪行为发生了法律规定的严重结果而加重其法定刑。**

**第二百三十四条　【故意伤害罪】故意伤害他人身体的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。**

**犯前款罪，致人重伤的，处三年以上十年以下有期徒刑；致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。本法另有规定的，依照规定。**

结果加重犯成立要件：

1.实施基本犯罪行为，造成了加重结果（加重结果表现为四种情形）

（1）基本犯为抽象危险犯

**第一百四十四条　【生产、销售有毒、有害食品罪】在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的，处五年以下有期徒刑，并处罚金;对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金;致人死亡或者有其他特别严重情节的，依照本法第一百四十一条的规定处罚。**

（2）基本犯为具体危险犯

**第一百一十四条　【放火罪、决水罪、爆炸罪、投放危险物质罪、以危险方法危害公共安全罪之一】放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。**

**第一百一十五条　【放火罪、决水罪、爆炸罪、投放危险物质罪、以危险方法危害公共安全罪之二】放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。**

（3）基本犯为实害犯，加重结果**性质相同程度更重**

**第二百三十四条　【故意伤害罪】故意伤害他人身体的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。**

**犯前款罪，致人重伤的，处三年以上十年以下有期徒刑;致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。本法另有规定的，依照规定。**

（4）基本犯为实害犯，加害结果**性质更为严重**

**第二百五十七条　【暴力干涉婚姻自由罪】以暴力干涉他人婚姻自由的，处二年以下有期徒刑或者拘役。**

**犯前款罪，致使被害人死亡的，处二年以上七年以下有期徒刑。**

2.基本犯罪行为与加重结果之间除应具备**因果关系**外，还应存在**特殊危险性**及**直接的关联性**。

例如：（1）甲强奸乙，乙羞愤自杀，乙的死亡是否是甲行为的加重结果？

（2）甲入室强奸乙，甲离去后，乙到阳台上呼救，结果由于双手被捆绑而重心不稳摔到楼下，乙的死亡是否是甲行为的加重结果？

3.行为人的主观罪过：对加重结果至少有过失

|  |  |
| --- | --- |
| 基本犯+加重结果 | 说明 |
| 故意+过失 | 最为典型，如故意伤害致死（§234） |
| 过失+过失 | 如重大飞行事故罪（§131） |
| 故意+故意？ | 有争议，抢劫致人重伤、死亡？（§236）虐待致人重伤、死亡？（§260） |
| 过失+故意？ | 无此类型 |

多数观点认为加重结果应该在过失的基础上，如果加重结果是故意犯，应该成立另一个罪名。

### 4.实害犯VS危险犯

区分标准：法益或行为客体受侵害程度。

（1）**实害犯**指行为必须对法益造成客观可见的损害结果，始能既遂（杀人罪、伤害罪、毁坏财物罪等）。

（2）**危险犯**只须行为对法益惹起危险状态，无须实害结果发生即能成立犯罪。（遗弃罪）危险犯的危险状态升高往往形成实害犯。

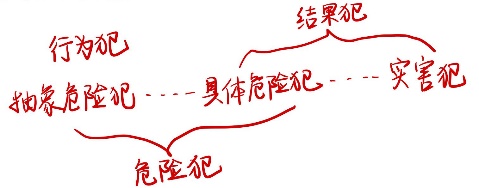
**具体危险犯**：对法益发生一定的具体的危险状态作为构成要素的犯罪。行为因**对法益客体造成了实害的密接可能性**而具有可罚性。行为人对此具体危险状态须有认识。具体危险犯本质上是**结果犯**，结果即为构成要件所描述的具体危险。

**第一百一十六条　【破坏交通工具罪】破坏火车、汽车、电车、船只、航空器，足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。**

**抽象危险犯**：所处罚者是对法益客体带有典型危险的行为方式。人们经由对无数事例的反复观察与经验归纳之后，鉴于该行为所带来的**典型性危险**，故直接由立法方式推定“只要从事该行为即有危险性”，因此条文中不再以行为在个案中确实已经招致一定的危险状态为必要的构成要件要素。司法实践中无须法官就具体情节的危险性有无进行认定。在本质上属于行为犯。

**第一百二十八条　【非法持有、私藏枪支、弹药罪、非法出租、出借枪支罪】违反枪支管理规定，非法持有、私藏枪支、弹药的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制;情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。**

（“你只要拿着它，迟早是个祸害。”）



### 5.继续犯VS状态犯

区分标准：依行为人意思维持及违法情状的时间。

（1）**状态犯**的不法内涵在于招致违法状态，行为一旦造成法定的违法情况，犯罪行为即属既遂，通常也完成终了。（杀人罪、伤害罪、重婚罪）

（2）**继续犯**指行为所造成违法情状的时间，取决于行为人的意思的犯罪类型。**不仅违法情况的出现，而且其持续，同样是实现构成要件的行为。**违法情况出现时，行为既遂，但是直到行为人结束行为时，行为始告终了。（非法拘禁罪、非法侵入住宅罪）

区分意义：刑法时间效力及承继共同犯罪问题

### 6.一般犯VS特别犯VS亲手犯

区分标准：**行为人的资格或身份**

一般犯：最为典型常见（杀人、伤害）

特别犯（身份犯）：例如刑讯逼供罪、贪污受贿罪

亲手犯：行为人必须直接并亲自实施构成要件行为始能构成犯罪，不能假手他人实施。只有行为人自己直接亲自实施，才能满足某些特定构成要件所预定的不法内涵。（重婚罪、伪证罪）

# 第二节 客观构成要件

## 一、客观构成要件的结构与内容

* **主体（行为人要素）**：有些案件中主体要被特别强调出来。比如贪污贿赂等身份犯。通常来说刑法上的犯罪主体对于性别不会有歧视和优待，但是在保护被害人方面有区别。被害人的特殊性规定也会一定程度上影响到犯罪主体，例如强奸罪的被害人要求是“妇女”，犯罪主体只能是男子。
* **行为客体**
* **犯罪行为**
* **结果（结果犯）**：这并不是一个普遍要求。结果是构成要件结果。
* 比如杀人罪要求出现人死亡的结果。
* 比如伪证罪，要求的是只要实施伪证行为，主观上意图陷害他人，并不要求被害人实际上被遭到伤害作为必要条件。
* **因果关系与客观归责**：因果关系作为总则中的一般性条文被提炼出来。主体和举止行为动作是可以关联的，但是举止和结果之间的关系的关联要如何构建，这是刑法当中讨论的基于因果关系而把结果归责给犯罪人。
* **举止特征（行为情况和方式）**：分别散落在刑法分则中的各个条文当中。必须要从分论的角度加以探讨。不是仅仅通过法益本身就能确定的，而是具体的行为方式的特征。存在目的解释和文义解释之间的争论。
* 例如抢劫罪中规定的“其他方法”，就必须和暴力方法相当。

## 二、描述性构成要件特征（要素）和规范性构成要件特征（要素）

### 描述性：

感性的表象：

* 例如妇女、未成年人等

### 规范性：

精神的理解，带有评价性：

* 有法律的评价：例如国家工作人员
* 也有文化的评价：例如淫秽物品、侮辱、残忍手段等，需要司法者将社会文化填补进去才能完成对构成要件的理解

### 两者的混合：

人：既是描述性构成要件，也是规范性构成要件，什么时候成为“人”由法律予以规定。

## 三、因果关系

### （一）刑法上的因果关系

* 结果：指的是对于规范所保护的法益客体的负面改变。而这一负面改变的结果被界定在一个特定的时间点，损害事件的其他所有情况均不需加以考虑。
* 在进行刑法上结果的认定时，不能说，为什么B你要制造这个雕像？你如果不制造这个 雕像，那么我A就不会把你的雕像打碎了。同理，一个杀人犯不能反驳说：为什么受害者他母亲要把受害者生下来，如果受害者没有出生，我就不会杀害他了。
* 时间视角：事前观察法与事后观察法之区分。
* 事前观察法是危险的，会出现这种情况：在（正要采取）相应行为时，从行为人的角度甚至从内行的观察者的角度，都无法辨认出这种状况，就会持论到：这种事实的发生流程是无法预见的，因而无法避免。（直接否认因果关系的存在，然而从事后观察，它并非“无法避免”）
* 在构成要件的范围之内，连接行为和结果的关系，以结果的发生作为条件，可以把侵害结果追溯到行为人的举止上。
* A出现之后，可以预期B；B的出现可以归因于A——A和B两个事件之间可以相互预期和解释。
* 这是一个元问题级别的存在。无论是物理学还是哲学，因果概念始终处于争论的学说中。但是，在法学领域中，基本上法和不法还是按照经验可以识别的人类共同体作为研究和适用的对象，可以置这些重大问题于一边。
* **符合经验世界的自然法则**。

### （二）因果关系的证明

**条件说（等值理论）：**

**对于引发结果而言，某一举止不可想象它不存在，即若无前者则无后者的关系。**

* 由于造成结果的各个条件，各个条件是没有高低远近之分的，各个条件之间是等值的。
* 很多人认为条件说根本就没有回答问题，该公式只能指出某个已经被证明的因果关系。换言之，人们是在**答案不证自明**的前提下运用这个公式的。
* 第二个批评是等价值的特征，有人认为它开启了过于宽阔的规则空间，各种条件都会成为结果的原因。

**合乎法则的条件说：**

如果按照公认的自然法则，某个结果和某个行为之间存在着不可避免的联系的话，那么之后，人们便可将该举止视为该结果的原因。

不是所有条件都是因果关系判断的对象，要按照人们熟悉的经验法则，即**“不可避免”**的关系（也许一些不清晰的问题，雾霾对人们的伤害可能得存疑有利于被告）。

**修正的若无前者则无后者公式：**

在给定的情况下，倘若某个举止是人们不得不考虑的，没有这种举止的话，按照公认的因果法则，具体结果就不必加以考虑了，那么该举止则是促成结果的原因。

所谓结果不必加以考虑，意味着：在这个公式中，基于已给定的情况，结果的发生在因果上也许不再是可解释的。

这是今天的主流判断。合乎法则的条件说其实也还是做不到，但它诚实地承认了自己做不到。在因果关系存疑的场合，不能通过公式而只能通过自然科学的试验得出，如果自然科学试验不能得出，那么只能罪疑惟轻，否定因果关系。

人对周遭世界的认识是有限度的，在难以证明的地方（例如自然科学无法解释的地方），能不能由法官通过自然心证的方式进行认定？

* 有人认为法官没有这样的科学判断的能力，且违反了罪疑惟轻的原则；当因果关系存疑的时候应当认为是没有因果关系。
* 另一些人认为前者说法完全不切实际，是一种理想化的观点，因为人类的有限理性、自然科学能确定的因果关系太少了（例如北京的雾霾是如何发生的，新冠疫情是哪里来的等等）；

应该要看学术上的主流意见、多数学说。但是学术上也是翻来覆去的，这样的认定完全处于不确定的状态当中，法的安定性遭到极大破坏。

【案例】桥倒塌，重大安全责任事故，有人发现厂家提供的钢索当初未做质量检测，又有人发现钢索外面未按要求安装防水螺帽，究竟该如何归因难以认定。

【案例】“风水”“迷信”问题：道士给甲的住宅调理风水，收取巨额钱款，是否能构成诈骗？

【案例】甲在香港作为风水先生出名，回到内地到处讲座，跟客户一对一聊，帮助客户“调风水”，后来发现甲是和美容院老板娘相勾结，了解到客户的信息。美容院老板娘是否构成诈骗的共犯？

## 四、具体的因果关系问题

### 结果的具体性：

结果是刑法上所要避免的损害，是对法益的负面的改变。关键是你的行为是否增进了负面的程度，或者将负面的时间点提前。

例如有人奄奄一息，甲一巴掌将其气血打通，又多活了七十年，甲就不能构成故意伤害。又如中医的针灸、拔罐、刮痧一类的。

反之如安乐死，哪怕就差几秒就咽气了，也是故意杀人的行为。

不作为的场合问题可能会变得比较复杂，救助人有救助的义务，如果不救可能会早死几分钟，这是不是不作为杀人呢？这一点在实践中会有困难，因为这让人的法感情有困难。

例如通过电击，还能让奄奄一息的病人起神经反射，延长几分钟的存活时间，但如果不电击一分钟之后就死了，这是不是不作为杀人呢？

更常见的如癌症患者，在医院里浑身插满管子，能多活一个月，但每天的治疗过程相当痛苦，医生往往会和家属、本人商量，让把病患接回家好吃好喝地供着准备上路。

### 假设的因果关系

即使没有我的行为，结果也一定会发生。死亡结果注定要出现，不能用六楼的冰箱解释一楼邻居的死亡，相互几起事件之间的可预期性和可解释性。刑法关注的不是抽象的死亡结果，而是具体的构成要件的出现，关注的是实际的死因和具体的死法。

例如甲要杀死乙，追到机场将其杀死，结果后来乙将要乘坐的飞机失事。假如没有甲的行为，乙依然会死。飞机失事就是假设因果关系。

尽管法益上的结果都是生命丧失，但甲杀害导致的死亡和飞机失事导致的死亡并非同一结果。这就是结果的具体性。

所谓假设的因果流程，也就是按照这种流程，同样的结果可能将以另一种方式随后发生。这种假设的因果流程根本上不会起到任何作用。需要考虑的只是事实上存在的、对于因果地解释结果的发生不可或缺的那些情况。与之相反，根本尚未实现的那些情况，在因果的解释中也是不需要考虑的。在案例1b中，对于B的死亡，有毒的咖啡是原因，但将之认定为原因并不与B作为一个（假定的）反正终究要死的人相抵触。同样,将服用有毒咖啡认定为原因，也和若毒剂在B身体中失效，然后B出门时可能会遭到埋伏在其家门口的C的伏击、射杀没有关系。因为C准备射杀B，对于从因果上解释B死于7点30分毫无帮助。

预备的原因：我们还可以联想到这种场合，即某个“预备的原因”本来能够按照其既定时间和地点而导致具体结果的，而此时,在该场合,我们仍然不能采用假设的情况。具体到案例2中，人们不考虑B砸石头的行为，结果也仍然会存在，那么这时,如果我们纯粹就是应用“若无前者，即无后者”公式的话，就会得出结论：因果关系不成立。可是,这个结论显然是错误的，因为冰雹实际上并没有撞到郁金香上，因此，就不可以将之用来解释这一具体的损害性变化。故而,冰雹就不是真正的原因，由此而导致的结果是，若砸石头也不是原因的话，岂不是郁金香无缘无故就被损坏了？

若人们以修正的方式来运用“若无前者，即无后者”公式的话，那么问题就可以得到解决了：哪些给定的情况可以因果地解释郁金香受损这个事情？砸石头。如果人们对砸石头的事情不予考虑，那么，在给定的情况下这个损坏就不再是可解释的了，这样，人们便应将砸石头认定为原因。冰雹本来也会撞击到郁金香上,这并没成为真实的情况,而仅仅是个想象中的情况，故而,它对于解释因果关系并不是重要的。

### 反常的因果关系

反常的非典型的因果流程。

例如甲看乙久坐，让他出去转转，结果乙刚出门就被雷劈。

又如有特殊体质的人，轻推了一下导致心脏病发死亡。

按照条件说，所有造成结果的条件其实是等价的。从事后的角度看，是符合造成死亡的原因的，因果流程没有问题。这种反常的因果关系仍然认定为因果关系的成立。

### 超越的因果关系（中断）

**一个举止被另外一个举止所超越**，斧子先砍死了被下毒的人。问题在于，很多时候人们不能判断前者的因素是否在后面的时候发挥着作用。如果前一个的作用力还在持续的发挥作用当中，那么前一个因果流程还是可以被评价为原因。

甲和乙都想杀死丙，甲下毒丙喝下了，毒性尚未发作乙将其劈死。

倘若人们无法排除原来所造成的条件对于具体结果的发生仍然具有的因果上的解释力，那么，该因果流程就没有中断。在案例5中，D之所以能够成功射杀Q，乃是因为Q中了毒过于虚弱，以至于无法在遇到D的时候安全地逃走。在该案中，F所首先引发的因果流程并没有中断,而是继续发挥作用。原因在于：在这一给定的情况下，如果人们不考虑Q的中毒，就不足以解释Q的死亡。

### 累积的因果关系

给定的情况下，要想因果性地解释，就必须考虑两个或两个以上的多个因素。

比如张三下的毒和李四下的毒加起来能把王五毒死。这种情况下，任何必要的条件都被视作发生的原因。也就是说张三和李四下毒都是王五死亡的原因。

### 替代的（可选择的）因果关系

张三和李四下的毒都足以让王五死亡。每个条件都能独立地解释发生，成为替代的或可选择的或双重的因果关系。为了避免得出显然不合理的结论，进行修正。在给定的情况下，按照公认的因果法则的标准去检验结果，**如果若干个行为可以相互替代，那么这几个行为都应当视为结果发生的原因。任何一个能够单独性地解释结果的条件，都被视为原因，而不取决于是否还有其他条件也能做到这一点。**

在给定的情况下，若人们在按照公认的因果法则的标准保留结果发生的前提下，如果若干行为虽可替代性地不予考虑，但不可累积性地加以排除，那么，这几个行为中的每个，都应认定为结果的原因。

如果有两个条件都能导致结果发生，但是在实际上无法证明到底是哪个条件发生了作用。比如张三李四同时开枪，但是无法查清是哪个子弹，所以按照罪疑惟轻，不把子弹归给任何一个人，假设每个人都是射空子弹的主人，两个人都按照故意杀人未遂来处理。

### 救助的因果关系

如果有一个条件很可能阻止行为的发生，**中断了极有可能获救的因果的流程**的行为，就被视作被害人死亡的原因。因为如果不这样，就没有办法完整地解释被害的结果。

例如被害人处于险境之中，比如溺水了，行为人把木板撞回原来的轨迹，结果没有抓到木板，就死掉了。

## 五、客观归责

在针对某一特定行为的不作为的情况下，特定的结果也许没有发生，但是，这并不意味着当事人的行为也是出于避免结果发生的考虑而采取不作为的举动的。这样，若规范中事先规定了要避免结果的发生，那么，仅当出于避免结果发生的考虑而不能采取的那种行为，才能够被认定为其需要为结果承担刑事责任。

### （一）因果关系与客观归责

最初相当性是在因果关系的阶层里，但仔细研究后，相当性脱离出来。归因与归责相脱离。

“归因（事实认定） **+** 归责（规范评价）”

下雨天甲劝乙到森林里散步，他被雷劈死。因果关系成立，不能归责的原因是甲没有杀人的故意吗？

应该认为，事件发生在客观上带有偶然力，不是人的力量能够支配的。这不应该在刑法中被评价为杀人的举止。

“偶然”应属于“不幸”，而刑法关注的是“不法”。

甲企图通过这种偶然力杀害乙，不能成立客观归责。

### （二）客观归责的两个规则集

结果是否是由于行为人所支配或创设的一个法所不允许的风险的实现。

风险：按照人们的预料可能会出现的结果

风险与因果的判断是对立的——**风险是事前的判断，因果是事后的判断**

风险是基于对条件的判断上，但这种条件是不一定会被实现

原因：如果没有某种概念，我们就没有推断成结果的发生的原因

风险：事前提升了结果发生的可能性

正确的结果分析一定包含了事前风险的要素

若某个引发结果的风险未能满足任何可将该风险（一般地）视为容许的前提条件，那么该风险就是不被容许的。

风险：指的是按照人们的预料，（至少是）极有可能导致结果发生的这样一种情况。因此风险判断在时间上是因果分析的对立面。

**任何事实情况，只要它可以被事后地认定为是原因，那么同时，它事前也必定是风险因素。**

* 在这里，这种风险判断仅仅是通过一个“极有可能”来做出的，之所以可以做出这种判断，一方面是因为科学还没有能力提供一种相关的决定性法则，比如，对于人们如何得病这种流程，也无法做出绝对的判断；另一方面,人们的判断经常只能建立在对所有条件有限度的认知的基础之上，而且，这些条件是否发生还可能是不确定的，或者它们之间已经产生的因果的相关性也还可能会被其他进一步出现的条件再次打断或取消。
* 当行为发生的时候，行为人或者第三人是否以及可能在多大程度上能够识别出这种风险因素，则是另外一个问题，对于这个问题的回答，则牵涉到这种最终实现的风险是否可以归属到行为人的故意或者过失上去。

**具体的风险和日常的社会举止：**日常的社会举止在“正常情况”下完全是没有危险的，但从这个论断中并不能就推断出，这种社会举止在具体情况下也是没有危险的。倘若有人认为某个举止是没有危险的，就将之推广适用到一般情况下,并进而认为,这种举止在具体情况下也在客观上是容许的，那么，无疑就是荒唐的。

* 通常而言，在一条清晰而宽敞的马路上，以1OOkm/h的速度驾车行驶，可能是容许的，但是，在具体的情况下，如有行人横穿马路，或者路上有一层薄冰，人们就不能再以1OOkm/h行驶了。

#### 1.创设不允许的风险并实现

（1）不允许的风险

如果现有的规则没有将行为框进去，没有在被允许的范围之内，那么就是不允许的风险。

（2）创设不允许的风险

没有创设（增加）危险：散步、爬楼梯、吃饭喝水等，对于刑法而言是不重要的，没有人认为这些行为会创设危险。但偶然也会出现意外结果，喝水呛死等。即使偶然有意外出现，也不能在法律上禁止这些行为。

如果一种危险本就存在，但行为人以不易察觉的方式增加这种危险，也不认为是创设危险。例如在洪水中倒一杯水。

**客观目的性**：对于结果必须有客观上的支配可能性。例如天上掉馅饼就不算是客观目的。

结果在刑法上被追溯到举止上，那这个举止首先要包含可以支配结果出现的危险程度，关键在于举止在客观上是否可以被支配。刑法上的目的，首先在客观上要有支配可能性。要有一个理性观察者的角色，不仅要有社会一般人的认知，还包含了具体行为人的特殊认知。客观规则理论最被人诟病之处：真的能从社会一般人的角度看吗？从具体行为人的角度，主观的因素已经潜入客观因素当中了。

* 端毒蘑菇的服务员是生物系的，知道蘑菇是有毒的，常人都不知道，都认为是无毒的，但服务员仍送给顾客。
* 老虎的危险并非我所创设的，但我摸清了老虎的规律，于是我故意让甲走老虎经常出没的路。一般人是无法创设这种危险的。
* 特殊认知：客观归责之刺。

#### （1）创设不允许的危险

**·创设危险：是否创设？是否危险？**

例如我劝你喝水，你呛死了，这就不是一个危险；如果你被雷劈死了，这不是人创设的。

**·被允许风险界限内的危险**

例如开车，非常危险，也是人创造的，但社会愿意为此危险买单，因而是被允许的风险界限内的危险。界限在哪儿？法律法规。例如《道路交通安全法》、《航空法》等。

**·降低（构成要件内的）危险**

所创设的风险仍然在结果当中实现了，这个结果没有偏离原来设定的因果流程。

例如张三用石头砸王五，李四推王五，王五没死但是还是被石头砸伤。死亡变成了受伤，在**同一个因果流程中**降低了危险。

结果归于张三身上，因而因果关系轮不到李四，也就无需考虑如何为李四脱罪。

这和紧急避险有所区分，这里是风险降低，而紧急避险实际上是风险替代。孩子要被张三放的大火烧死，李四为了救他推他下楼结果孩子摔伤了。这是紧急避险，为了挽救更大的利益而损害较小的利益。这是风险的替换。与原来被大火烧死的因果流程相比，脱离了原有的轨道。推定的被害人同意也是风险的替代，而不是风险的降低。如果是被砍伤的人在医院被烧死，这就属于重大因果流程的偏离，一开始的危险没有在结果当中现实化。

推小孩实际上创造了一种新的危险，李四构成故意伤害罪，但在违法性阶层紧急避险用来为李四出罪。

【例子】上海学校封禁学生为何不构成非法拘禁？

#### （2）风险的实现

**·危险没有实现的时候，排除归责**

新的因果流程插入进来：

1.张三猛砍李四，杀害未遂，李四住院，李四住院期间发生火灾，李四被烧死。张三的砍是否增加了李四被烧死的概率？恐怕没有。出现了因果关系的重大偏离。不能把李四死亡的结果归于张三的头上。

2.上述张三用石头砸王五的例子，李四推王五并未让因果关系发生重大偏离。

3.张三将李四推入河中，企图溺死李四，但李四下落撞到桥墩而死。李四并未按照张三设想的方式死去，但仍处于正常的因果关系范围内。要求客观归责，并不是看张三的计划是怎样的，而要看张三的行为客观上是否创设了不允许的风险并实现。

4.张三是个变态嗜血魔，见到血就兴奋癫狂，并且本人知道自己的病。本案中，张三希望看到血光飞溅的快感，用锤子砸击李四，但并未致命。他看到血后，陷入疯狂，开始继续砸击李四，李四死亡。张三第一锤与后续的几锤之间没有发生重大因果偏离。

5.张三给李四开错药了，李四去医院，在医院感染新冠病毒，最终发展为重症肺炎。

**·不允许性风险没有实现时，排除归责**

1.工厂没消毒，工人染病。但事后查明，这种病菌是一种新型病毒，即使工厂消毒也无法杀死。那么工人染病还能否归责于工厂？遵守不遵守都会导致这种结果，那么遵守的意义就虚化了。

2.例如超速驾驶，导致车提前到达了下落小孩的落点从而撞死小孩。驾驶人创造了不允许的风险并造成了危害。但禁止超速这一规范并非是禁止车在某个时间到达某个地点。因而不能归责于驾驶人的超速。

**·不符合注意规范保护目的，排除归责**

**第一百三十三条　【交通肇事罪】违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的，处三年以上七年以下有期徒刑；因逃逸致人死亡的，处七年以上有期徒刑。**

交通运输管理法规就是前置规范，前置规范的保护目的就是注意规范的保护目的。

陈全安交通肇事案

例如李四没有开灯停车在道边，张三骑车也没开灯撞了上去。要求开夜灯是为了避免自己撞到他人，而不是避免别人的交通事故。

在案例3中，我们讨论了通常没有危险、但在个案中却完全具有危险乃至需要加以禁止的社会日常举止，为了和这种所谓社会日常举止相区分，我们可以得出规范上没有危险的举止方式。这种举止方式从一开始就在规范的保护目标之外。如果某种举止方式按照其本质从本身上就不能损坏由构成要件所保护的法益，换言之，这种举止方式是不适格的，那么，它就处于规范的保护目标之外。

#### 2.构成要件的效力范围

**·第三人责任范围**

跟结果有关的，是属于第三人专属管辖的领域，比如消防队、抢险救助队，这片地不受局外其他人干预，在这片领域中，他的结果就由他来负责。

撞车案例：车灯毁坏，没有开灯在道边，结果被撞。但是这样做是警察让做的，已经进入了警察专属的领域，在这种情况下，不能再归责给你。举例醉驾挪车。

**·被害人自我答责（自陷风险）**

自杀一般不被认为是违法。

例如俩人相约飙车，张三出事故死亡，李四对此也有因果关系。为什么最后不用李四负责呢？因为一个理性的人，对于飙车的危险状态是可以自己决定的，都是在自己控制和负责的范围内出现的问题。

又如俩人相约殉情，结果一个自杀了，另一个没自杀，能否归责？

先看是否创设了不允许的风险，再看该风险对应法规范的保护范围。

客观归责层面检验完毕，可以认为行为人至少有过失。

因为比如不可抗力和意外事件，这就不是人能创造的风险。

# 第三节 主观构成要件

过失犯没有主观构成要件。

## 一、故意

**第十四条 明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。**

**故意犯罪，应当负刑事责任。**

明知：认识要素

希望或者放任：意志要素

直接故意：明知+希望，积极追求结果发生。

间接故意：明知+放任。

故意的时点：行为人实施构成要件行为的当时。

例如：张三想炸学校，带着炸药在路上不慎引爆，就不能认为是故意犯。

事实上的故意提前到构成要件阶层，违法性认识保留在责任阶层。

主观构成要件推定主观不法。

* 构成要件故意——不法。
* 责任故意——可谴责。

## 二、故意的学理类型

### 1.累积的故意：

认识到自己的行为同时会实现多个构成要件，任何一个构成要件都能归到他的头上。

### 2.择一的故意：

认识到自己的行为可能会实现多个构成要件之一。

例如盗伐者向后面的执法者和狗开一枪，企图击中人或狗，但并不试图一箭双雕。如果打中狗，则构成故意毁坏财物的既遂和杀人未遂。

### 3.概括的故意

？不是专门针对某一个特定的利益，而是有意识地为任何数量的法律去创设危险。

张三掐死李四，但不确定是否死亡，于是又将李四扔进水坑。这两个故意可以为一个杀人故意所包含，成为概括的杀人故意。

如果没有掐死，但是以为掐死了，仅仅是为了毁尸灭迹而扔进水坑，这种情况涉及到因果流程，造成死亡的是第二个过程，但这里行为人没有故意。

出现了错误的认知，错误就是主观和客观的不一致，会不会因为错误排除概括的杀人故意？

* 客观构成要件：有没有出现重大因果偏离？本来准备掐死，结果是另一个行为导致的溺死。
* 主观构成要件：也应该有事实判断和价值判断，错误存在是存在，但这个错误对于故意的认定是否重要？不重要的话，继续对行为人进行归责。

### 三、故意的对象

明知指向的是客观构成要件的情状。

* 客观构成要件
* 加重构成
* 加重结果

主观构成要件要覆盖到客观构成要件上面。这也就是传统所讲的主客观相统一原则。

在结果犯的场合，因果流程也需要被主观所认识。

比如抢劫罪规定了很多加重刑，下列情形会导致十年以上：入户抢劫、交通工具上抢劫、持枪抢劫等。在这些导致法定刑升格的条件中，也是有区分的：

* 有一些是加重构成要件，比如入户抢劫、交通工具上抢劫、持枪抢劫，在基本犯的抢劫之外，对抢劫行为又做出了额外的特征规定，**加重构成要件也是构成要件的表现形式，也需要被人的行为所认识**，若行为人没有认识到这是银行（认识错误），就不能在法定刑之上进行量刑。
* 还有一部分是加重结果要件，比如抢劫致人重伤或死亡，**结果的出现导致法定刑上升，这个部分不是需要故意指向的对象**，不需要被意志希望和放任。这个部分虽然有认识，但可能没有意志，通常是过失，被称为结果加重犯。加重结果是裁判量刑考虑的因素，满足罪责原则。
* 过失：疏忽大意的过失（无认识）、过于自信的过失（有认识）。

### 四、故意的认定

#### 1.认识论

可能性理论：行为人可以认识到构成要件的实现是有可能性的，就足以成立间接故意。

风险理论：从一般人的视角来看，行为人的行为造成危险的可能性。

可能性理论，讲的是人的认识对象指向了**事实**意义的因果流程，风险理论指的是行为人的认识对象指向行为，创设**法秩序**的风险。

避免理论：实现构成要件是可能的，但是却没有表现出打算避免结果的意思，也就是不排斥，那么就是要么希望发生，要么放任。

#### 2.意志论

容忍理论：

认真对待理论：

无所谓理论：

* 德国皮带案：张三李四抢劫王五，本商量用皮带勒住王五脖子不让他动弹，但想想害怕把王五勒死又算了，结果抢劫当天，王五反抗激烈，张三李四不得已拿出皮带勒住王五，结果王五被勒死。

两人认真思考过使用皮带的危险，但结果还是用上了皮带，这是一种间接故意吗？

* 马戏团新手练飞刀扎伤人，是故意还是过失？结果是不是也在容忍和接受范围之内？
* 小青年研究人不吃不喝能活多少天？把人饿成重伤，是故意饿成重伤还是过失饿成重伤？一定要出现结果才知道一个人能撑多久，最后的结果是一个人撑不下去，一定程度上是希望结果发生。
* 司机与乘客打架，司机的罪名，以危险方法危害公共安全罪（这个罪容易被滥用），交通肇事罪，这两个罪出现的时候有时客观上看不出差别，但是一个是故意一个是过失，量刑差异很大。法官把他的心态理解为间接故意，按照危险方法危害公共安全罪处罚。孙友明案件，被判成以危险方法危害公共安全罪，后来才出现危险驾驶罪。危险驾驶罪作为划时代的立法。民众的心理预期、法律文化的观感是会改变的。

实务中，举证自己有理由轻信自己能够避免结果发生，否则就是间接故意。

例如：三个小伙恶作剧，把水库边的一位妇女推入水中，该妇女溺水而亡。双方无任何恩怨。依然应当认定为故意杀人。

### 五、动机

引起行为的心理动因。

动机通常不会影响定罪，但会影响到量刑。

比如有些人犯罪可能会是因为受到警察圈套，尤其是在毒品案件中，利用特勤人员进行执法。在英美国家中，警察圈套可能被作为抗辩事由。

我们国家的司法解释将其区分为两种：

* 犯意引诱：引诱不想贩毒的人去贩毒；
* 数量引诱：本来想贩毒，但引诱下贩毒的数量更大。

在我国，不管是犯意引诱还是数量引诱，都不能免除刑事责任，但是在犯意引诱中，通常会从轻处罚。数量引诱其实也应该从轻处罚，只是在考量是犯意比数量更坚决。

动机的性质本身，有时候也会影响到量刑。

同样是杀人，可能基于各种动机。德国刑法典中，就把谋杀和故意杀人规定为不同的刑罚。谋杀和普通的故意杀人，在杀人故意上是没有差别的，谋杀多出的，就是杀人的动机。比如**出于谋财等卑鄙的动机蓄意杀人**，判得就比普通的杀人重。有的是因为琐事突然起了纠纷**义愤杀人或者激情杀人**。要看为什么会去有预谋地杀人。

妇女因为家暴杀人，受虐妇女综合征，在杀人动机上一定会考虑家暴因素，在量刑上会有影响。

贾敬龙杀人案、张扣扣杀人案，复仇是一个典型的动机，在当下如何评价复仇因素是一个很复杂的问题，司法程序中的报应刑其实就可以起到抚慰家属的作用，如果私力报仇也可以的话，司法功能就毫无意义了。

### 六、目的

人指引和追求自己的行为所想要达到的目标，追求的是结果的现实化。

包含在故意中的目的和故意之外的目的。

例如违规制造销售枪支罪，“以非法销售为目的”；走私淫秽物品罪，“以牟利或传播为目的”等等。

·这一类犯罪叫做目的犯。

·隐含的目的犯：如行贿罪、受贿罪等。

·非法定的目的犯：如伪造货币罪（以行使为目的）、虚开增值税专用发票罪（以骗取税款为目的）、诈骗罪（以非法占有为目的）。

目的犯分为两种：

1.断绝的结果犯：其目的通过行为人的构成要件行为本身或者作为其附随现象，自然被实现，不需要为其实现实施新的行为。

实质上是行为犯。但客观上这种行为本身是有结果的，只不过这种结果不是犯罪构成要件。例如诬告陷害罪。

其目的是否发生属于主观的超过要素，不可一概而论：对于阴谋犯来说，其目的属于超过的主观要素，因为该目的是阴谋行为所实现不了的，只有在阴谋的基础上发展成为实行行为，目的才能被实现；对于行为犯来说，其目的不属于超过的主观要素，因为该目的是行为本身可能实现的。

2.短缩的二行为犯：为了实现目的，需要行为人或者第三者实施与其构成要件行为不同的行为。

实质上是单行为犯而不是复行为犯。短缩的二行为犯的目的是故意以外的主观要素。

例如走私淫秽物品罪，犯罪故意以内的目的（目的1）是淫秽物品得以非法入境，故意之外的犯罪目的（目的2）是牟利或传播。即使没有后一目的，走私淫秽物品罪的故意仍然是存在的，而后一目的也是可以独立存在的。

目的1与构成要件行为（行为1）有对应关系，目的2的实现还需要行为2，而行为2并非构成要件。这种短缩的二行为犯的目的是一种超过的主观要素。

### （七）同意

#### 被害人同意

推定的被害人同意

指的是被害人/权利人的同意。从法律规定看，有的国家在刑法典总则中一般性地规定被害人同意，有的国家在分则条文中做出规定。意大利刑法典就规定，得到对方同意的行为不处罚。德国刑法典关于身体侵害类犯罪中，除了违反善良风俗的，得到对方同意不违法。我国组织出卖人体器官罪中，未得到同意的，按照故意杀人或故意伤害处罚。有的刑法典中，规定得同意仍然要受处罚，有受托杀人罪。

#### 同意的地位：

* 同意是构成要件之一：例如嫖宿幼女罪，幼女的统一作为构成本罪的构成要件之一。
* 同意对构成要件没有影响：例如奸淫幼女罪。
* 同意作为出罪事由：
* 一是排除构成要件：例如男女同意发生性关系，自始不成立强奸罪；例如我请你来我家喝茶，自始排除非法侵入住宅罪。—→“合意”
* 二是排除违法性：例如我同意你打我一拳，结果导致我视网膜脱落，这种情况下无法排除故意伤害的构成要件，而是在违法性阶层排除违法。—→“承诺”

也有人认为同意没有二元论，都是在构成要件阶层排除违法性。例如我同意你打我一拳，打了我很痛快，那么对我就没有造成伤害，因而排除故意伤害罪。刑法保护的法益到底是什么？客观、物质上流血受伤就是流血受伤，没有可以争议的。也有学者认为，肉体只有在精神的支配下才有保护的价值，法律并非仅保护那一团肉，因此只有受害人认为自己受伤害了才算受伤害。

#### 同意的权限：

同意不是关于所有构成要件，而是有权处分的部分。也就是说，同意人要具有对同意事项的处分权。超个人的法益就不具有同意的可能，比如国家机密等。同意的效力和法条保护的法益有关，例如刑讯逼供罪，保护的不仅是被告人的法益，还保护整个司法秩序，因而被告人的同意不能出罪。

重婚罪：以前设置在妨害婚姻家庭罪的条目之下，保护的是国家的一夫一妻的秩序，那么配偶的同意就没有出罪的效力了；现在设置在个人自由条目下，配偶的同意或许就有更高的效力。

#### 同意需要表达出来吗？

* 意思表示说
* 意思方向说

#### 强制之下无同意

“**目的违法**”（如胁迫他人从事违法行为）、“**手段违法**”（如于欢案中催债者逼迫他人还债；比较而言，在债务人拒绝支付修理费，承揽人行使留置权的行为，便不构成手段不法）或“**二者结合的违法**”（如与他人车辆剐蹭后发现对方饮酒，便以报警为要挟，要求对方赔偿自己损失，此时报警这一手段和要求赔偿这一目的都可能是合法的，但将其结合便有可能构成不法）的分类。

#### 错误之下无同意：

是不是所有错误都会导致同意无效？

* 全部无效说
* 法益错误说：

并非所有的错误都会导致同意无效，只有那些**与法益相关的错误才会导致同意无效**。对于牺牲掉的法益的种类、性质、危害程度有错误认识的话，这个同意才是无效的，其他的与法益无关的错误不会导致法益失效。其他的这些错误是动机错误。

但是法益错误说有两个比较麻烦的案例点：

一种是**无私目的**的场合，比如说母亲被医生告知可以捐献眼角膜救治失明的儿子，结果眼角膜没有给儿子而是给第三人了，本案中母亲对于眼角膜被剥离没有错误认知，只是动机落空，所以母亲不会受到刑法的保护，这个结果令人很难接受；

另一种是所谓**紧急状况**的场合，比如张三在宿舍养了藏獒，室友骗张三藏獒跑了，必须要打死，否则就会伤人，张三同意了，在这种情况下张三对于藏獒被打死没有错误认知，但是张三还是不会受到刑法的保护，这也会带来不好的影响，让人难以接受。

法益错误说的理论基础，防范两种风险和危机：

第一个问题，刑法把法益错误和动机错误等同对待的话，可能会导致**构成要件保护目的的转移和泛化**。在故意伤害罪中，通说认为保护目的是身体健康不受损害。自愿挨打还钱，如果刑法认为同意无效，进而追求故意伤害罪的责任的话，那么这里在保护的目的，可能就不是身体健康本身，而是利用身体进行交易的自由，故意伤害罪的保护法益就出现了泛化，最后变成保护人的一般性活动自由不受欺骗，变成可以保护这些东西能够自由地交易。

第二个问题，就是会导致**人身法益的商品化**。身体被评价为可以获得对价的财产，因为诈骗罪是保护财产的。在这种场合下，如果动用刑罚手段，为被害人的动机保驾护航的话，就会变成刑法在鼓励和支持这种交易。这显然是不值得追求的，会涉及到一些基本价值的冲突。允许器官买卖其实也会有负的外溢性，如果器官买卖被漂白，可以允许的话，由此会产生供需关系，要获得器官的货源并不是那么容易的，就会刺激暴力犯罪铤而走险。

* 自杀是否是一种不法行为？人有没有自杀的自由？人的生命是否是一种社会利益？自杀会不会触及社会利益？
* 为什么得到同意杀人的场合要罚？

法理逻辑无法解决，最有说服力的或许是处于刑事政策的考量，死人不会说话，难以取证死者的“同意”，社会风险极大。

* 受同意故意伤害致人重伤，罚吗？

同意是否违背善良风俗？

例如，张三为骗取保险，同意李四砍掉自己的双脚。

同意本身是否违背善良风俗VS被同意的行为是否违背善良风俗。

有人提出要看被同意的行为是否使用了**特别残忍的手段**。

同意能力：

例如14岁以下的幼女不具有性同意能力。

【两小无猜条款】现实中经常有那种十五六岁的精神小伙和小两岁的女同学谈恋爱、上床，这似乎和“两小无猜”的形象有很大出入。

精神病人有性同意能力吗？

# 案例分析框架：

## 构成要件：

1.客观构成要件：

结果：

主体：例如身份犯

行为：是否满足构成要件对行为方式、手段、对象等特征的要求，例如抢劫罪必须有暴力或胁迫。

因果关系：结果是否由行为人所引起

客观归责

2.主观构成要件：

构成要件故意（主客观一致的判断）：

* 对客观构成要件内容有认识和意志：犯罪人知道自己在干什么，并且想要干这个（知·欲）。
* 故意与行为同步

超过的主观要素？

* 例如某些目的犯（短缩的二行为犯）：

目的犯分为两种：

1.断绝的结果犯：其目的通过行为人的构成要件行为本身或者作为其附随现象，自然被实现，不需要为其实现实施新的行为。

实质上是行为犯。但客观上这种行为本身是有结果的，只不过这种结果不是犯罪构成要件。例如诬告陷害罪。

其目的是否发生属于主观的超过要素，不可一概而论：对于阴谋犯来说，其目的属于超过的主观要素，因为该目的是阴谋行为所实现不了的，只有在阴谋的基础上发展成为实行行为，目的才能被实现；对于行为犯来说，其目的不属于超过的主观要素，因为该目的是行为本身可能实现的。

2.短缩的二行为犯：为了实现目的，需要行为人或者第三者实施与其构成要件行为不同的行为。

实质上是单行为犯而不是复行为犯。短缩的二行为犯的目的是故意以外的主观要素。

例如走私淫秽物品罪，犯罪故意以内的目的（目的1）是淫秽物品得以非法入境，故意之外的犯罪目的（目的2）是牟利或传播。即使没有后一目的，走私淫秽物品罪的故意仍然是存在的，而后一目的也是可以独立存在的。

目的1与构成要件行为（行为1）有对应关系，目的2的实现还需要行为2，而行为2并非构成要件。这种短缩的二行为犯的目的是一种超过的主观要素。

故意检验完毕，若不成立故意犯，要先检索刑法分则有无规定过失犯罪，再去看是否成立过失。

## 违法性

## 责任的判断

## 刑罚启动的诉讼条件

# 违法性

## 第一节 违法性总论

### 违法性的概念

* 犯罪一开始就是构成要件该当，违法并且有责的行为。违法在第二个阶段。违法指的是一个行为在符合构成要件之后，第二个阶段的价值属性。
* 检验一个符合构成要件的人的行为，与整体的法秩序之间是否存在矛盾和冲突。
* 法秩序的禁止或者命令，称为行为规范。当与行为规范和命令出现冲突时，就是违法的。
* 满足行为无价值、结果无价值就符合构成要件了，但不一定就违反了法秩序。

### 构成要件符合性与违法性

二者为何不能合并？

* 在刑法分则里，并未明确写违法阻却事由。例如，故意杀人罪，并未写“除正当防卫外”，所以就不能认为它是构成要件；
* 我拍死一只蚊子，找不到符合的构成要件，因而我无罪，但如果我杀死的是一个人，只不过最后是因为正当防卫而无罪化，二者很显然是有区别的，不能说这两种情况是同一类情况。

### 违法性与责任

违法性指的是一般的对于规范的违反，而责任指的是规范被违反后，对于行为人进行的责难。

构成要件和不法通常对于行为评价，而有责针对行为人的无价值进行评价。

* 构成要件是对行为的评价，不管是谁杀人，都是杀人，因而构成要件具有一般性、抽象性；
* 违法性，是否是正当防卫、紧急避险要在具体个案中进行斟酌，要看当时的事情来由、凶器甚至天气，因而违法性判断是一般而具体的；
* 责任，考虑个别场合下，张三杀人和李四杀人有何区别，他俩谁有责任、谁没有责任，有没有超法规的责任阻却事由，等等，是个别而具体的。

### 违法性与不法

违法性就指第二阶层。

不法是构成要件该当性和违法性的合称。

### 形式违法性论与实质违法性论

形式解释论：**先进行形式判断，在符合形式判断的基础上再进行实质判断。**

例如，领导小孩考上北大，办升学宴，我去送了点礼物，是否构成贿赂？

形式上来看，构成；但实质来看，贿赂打击的是权钱交易，打击的是金钱和公权力的对价，因而即使没有请托，依然可以推定其感情投资的意图。可是，升学宴这种人情往来，其收礼的对价是日后的喜宴，而非公权力。

### 主观违法性论与客观违法性论

主观违法性论：法规范同时具有评价规范和决定规范双重属性。

* 评价规范：司法者用来评价的。
* 决定规范：人们用来决定他们行为的。

因而主观违法论者认为，接收不到规范内容的人，是不能认为他违反规范的。不法和责任能力是分不开的。

客观违法论：把法律的评价规范放在一个更优越的地位。

违法性的判断不以责任能力为前提。

今天，不法里面有了主观化的因素，责任里面有了客观化的因素，责任和不法相分离，这个争论已经在学术争论中去中心化了。它不是基石性的问题。

即使不具有刑法上能力的人，也可以习得一些规范。把不法和责任做大体上这样的区分，还是能够成立的。毕竟责任能力是一种法律上的拟制，而非是事实。

### 违法性判断：

（一）违法性判断的性质：一般的和具体的

（二）违法性判断的对象

（三）违法性判断的方法

* 法秩序的统一性。
* 一个行为违法的时候，首先它是无价值的，其次它在刑法、民法、商法等各个法秩序当中都是不法的，他才是违法的。

## 第二节 违法阻却事由概说

### 一、一般原理与体系化

所有的违法阻却事由都能找到一个普遍的原理吗？

#### （一）一元论

#### 1.目的说：

行为是为了立法者所承认的正当目的所实施的正当手段。

问题：太空洞，什么也没说。

#### 2.利益衡量：

违法性阶段都是在进行利益衡量。我们解决的就是各种利益冲突。构成要件的符合已经表明法益侵害性。是否存在其他利益与这个被损害的利益实现对冲？如果有新的利益或者更大的利益，就会与前述利益冲突。

#### 3.价值衡量：

把利益衡量说进一步发展成为价值衡量说：比较的对象不仅仅是利益，而是把利益融合到价值之中。比如对于安乐死而言，究竟是生命的价值更高还是对生命的自我决定权更高。这很难但从利益的角度来看，而是涉及到价值的比较。

涉及到中国文化的义利之辨。天平中不仅有利益的部分，还有国家秩序、司法秩序、社会关系等放在考虑之中。

#### （二）多元论

#### 1.二元论

麦斯德尔提出

1. 利益优越原则：其他的都被归入利益优越原理。都是由于一个利益优越于另一个利益，经过比较衡量得出；
2. 利益欠缺原则：被归入的主要是被认为是违法阻却事由的被害人同意。

两种被害人同意，一种是违法性阶段，一种是在构成要件阶段。被害人承诺由于利益欠缺，缺乏违法性。

#### 3.三元论

雅各布斯提出

1. 第一原理：受到攻击的被害者，从他的角度出发，使得攻击行为正当化。例如被害人同意。
2. 第二原理：另一种是基于攻击的被害人。发出侵害的被害人、承受构成要件结果的被害人，因为侵害人被防卫后又成为被害人。基于受到伤害而反击。遭受不法侵害的被害人。

昆山反杀案中，龙哥（死者）一开始是侵害人的身份，张三反击，将其杀死，龙哥又成了被害人。构成要件阶层，考虑其作为被害人的身份；到了违法性阶层，还要考虑其加害人的身份。

1. 关系到社会的团结义务，可能会涉及到紧急避险。

为了躲避自己可能遭受的损害，将其转嫁到李四身上。

#### 3.法秩序协调下的多元论

法确证原理、自我保护原理、比例原则、均衡性原则等。

具体案情，适用具体原理。

### 二、主观的正当化要素

构成要件为“负”，违法性阶层就得找到一个“正”来对冲，才能正当化。

#### （一）是否必要

关于要不要主观要素，其实还是有争议。有人认为主观的正当化要素是不必要的。持一种纯粹的客观上的立场，只要客观上是好的，就是可以成立的。主要是从结果出发，通常也是结果无价值论者的观点，他们直接否认主观不法的存在，自然也不需要主观的正当化要素去中和。相反，绝大部分观点认为，承认今天的构成要件包括主客观构成要件的情况下，就需要承认主观的正当化要素，这样才能抵消不法。

#### （二）具体内容

观点一认为：主观的正当化要素，存在于对每个客观正当化要素的认识当中，只要认识到客观的正当化要素，就足够了。客观的正当化要素，在紧急避险、正当防卫等每一个不同的场合都是不一样的。仅仅要求对客观化状况的认识，即为已足。

这个观点的困难在于，法条中明确规定了反击的目的，有一个目的性的要求。不仅知道我在攻击他，还要知道我防卫他的意图。从实定法的结构出发，这两方面其实都是主观的正当化状况的内容，不仅要认识到状况，还要具备意图。

假如有了这个目的，又夹杂了其他意思，那夹杂的意图和目的，不会成为否定前面的原因和目的的理由。

例如，我看见张三打李四，我上去帮忙。

我的主观意思：1.认识到张三正在侵害李四；2.我要去救李四；3.刚好我早就想打张三了。第三个意图不影响正当防卫的成立。

正当防卫：

* 认识：我认识到有人在对我进行侵害。
* 意图：我想使自己免遭侵害。

例如，如果我不是为了使自己免遭侵害，而是想借机打他，就不能构成正当防卫。

#### （三）后果

缺乏防卫意思的后果：

偶然防卫：

客观上我在防卫他人法益，但主观上我并没有这个意思。

结果无价值论：依然成立正当防卫

反说：不成立正当防卫

折中说：构成未遂犯

## 第三节 违法阻却事由个论

**义利之辨：中国从古以来就有的争辩，仁人志士往往提倡义大于利，甚至成为一个国家治理水平的评判标准。包括我国建国前三十年和后三十年的发展，也涉及义利之辨。“宁要社会主义一棵草，不要资本主义一根苗”，意识形态为先，经济利益为后，实则就是一种义大于利。改革开放后，以经济发展为中心，实则是以利为先，可也滋生了很多过去没有的社会问题。**

### 一、正当防卫

**第二十条 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。**

**正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。**

**对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他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。**

既要考虑到超实定的法原则，也要考虑具体法条。

1. 对利益的侵犯：很多国家的法条没有规定保护国家公共利益的正当防卫。我国是社会主义国家，社会公共利益位于很高的地位，立法要对此进行宣示。
2. 对权利的侵犯

#### 正当防卫的法理基础：

1. **利益论**：保护的利益与受损害的利益相比，具有优越性。

问题：与紧急避险相比，李四拿武器来打我，只是造成了我轻伤或重伤额风险，但我正当防卫将其反击成重伤，利益衡量显然变得宽松很多。

解释：

* 1. 面临李四武器的威胁，不仅我身体健康利益受到威胁，而且我的滞留现场的利益（一般行动自由）也受到了侵害，我不得不进行躲闪、还击，我的身体不能自由。
  2. 李四实施的是不法侵害，我受到保护的是合法利益，因而我的身体利益优越于李四的身体利益。
  3. 我除了身体利益受到损害，我的尊严也收到了侵犯。
  4. 法秩序确证的利益，李四攻击我，破坏了法秩序，我通过防卫，确证和维护法秩序的不可侵犯性，因而我不仅保护了我自己，还保护了法秩序。
  5. 李四引起的双方利益冲突，本可以避免的身体利益，由于是李四挑起事端，有点类似于自陷风险，其值得保护性降低了。

问题：

1. 一般自由、法秩序、尊严等能否与利益通约？
2. 这些本质上很不一样的东西，不能因为扣上“利益”的帽子就可以在一起进行比较并且还能比较出结果。
3. 正当防卫者有没有退避义务？原则上防卫人没有躲避义务。“正无须向不正让步。”按照利益论要求，退避显然是更有利益的，理应有退避义务。重复论证的瑕疵：我和李四的身体都是利益，不能说我反击侵害李四的利益就不是利益。当学者使用“正当”一词进行论证时，就已经滑向了权利论的话语中。
4. **权利论**：权利，天然带有保护的强制力。防卫权是一个由基本权导出的权利。

优点：很好地说明正当防卫为什么不同于紧急避险，不能像紧急避险那样严格进行利益衡量。也解决了为什么正当防卫没有退避义务的原因，因为这是我的权利。

缺点：难以区分正当防卫和自救行为（私力救济），正当防卫只能针对有限的权利正在遭受侵害的情况下成立，像债权就不能用正当防卫。同样是权利，为什么有的可以派生出防卫权，有的就不行？如果侵害人是精神病人、小孩子，往往要求防卫人适度防卫，为什么对于面对无责任能力人就有这样的要求？

1. 车浩论：情境是紧急状态，是一种与和平状态、法律状态相对立的状态，在有法律保护的状态下，对公民的保护由国家进行，这种保护有两个方面，一是规范层面的保护，二是事实层面，我受人威胁时需要在事实上有人来保护我。只有这样，我才同意让渡出我的自由形成国家权力。但在紧急状态下，国家事实上和经验上的保护是缺席的，危险是立即的，可警察无法立即赶到现场。因而个人在某种程度上退回到自然状态。当面临外部的攻击，公民赖以自保的只有自己的力量，是生物本能层面的自我保全。

国家即使在事实和经验层面无法到达，但规范层面的保护依然存在。这种生物本能的反击获得了规范的承认，我的防卫并非“狗咬狗”，我依然是法权主体。

不应该只考虑防卫人一端，也要考虑加害人一端。李四实施不法侵害，当李四侵害他人是，就预设了一个被防卫反击的风险，这就类似于李四自陷风险，自我答责。

为什么我不能防卫到李四女儿头上？因为李四自陷风险、自我答责，和李四女儿无关。

为什么面对无责任能力人也能成立正当防卫？因为无论是小孩子，还是喝醉的人，面对老虎、藏獒都不会上手攻击，所以其攻击行为仍然是自陷风险；防卫要限缩的原因是这类人对风险的认知能力下降。

为什么债权等权利不能正当防卫？因为这种权利不能成为一种生物本能的自我保全。

强调“不法侵害”，是对法秩序而言的，对防卫人来说，他只能意识到“侵害”。李四侵害他人时，不仅面临受害人反击的风险，还会面临国家法秩序惩罚的风险。有人说防卫人代替国家行使刑罚权，但试想，李四强奸张三，张三将其踢成重伤，李四得到了张三的惩罚，但依然要受到国家刑罚惩罚。

李四摘我的苹果，我坐在轮椅上，没有任何方法阻止他，只有一把枪，我将其击毙，不能构成正当防卫，甚至不能构成防卫过当。夫妻之间的防卫限度也要受到限制。因为加害人自陷风险，根本不能料想到自己会被痛下杀手。

#### 正当防卫成立条件：

**第二十条 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。**

**正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。**

**对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他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。**

#### （一）不法侵害

**1.侵害人的行为：**

不是说所有造成损失都叫侵害，必须是人的行为。

例如膝跳反射、梦游、被人推下楼等不受人意志控制的举动，不叫侵害，不能成为正当防卫的对象。

可以考虑主张紧急避险。

对动物的攻击就不能主张正当防卫，除非该动物的攻击是由于人的唆使。

不作为的方式实施的侵害：

* 首先行为人需要有保证人地位，例如婴儿即将饿死，母亲在一旁不管不顾，旁人可以强迫其进行喂食。
* 张三到我家做客，聊到12点也不离开，张三经过我的同意进入房间，因而在这层意义上不属于非法侵入住宅，但其无正当理由拒不退出属于不作为的非法侵入住宅，我将其驱逐，可以构成正当防卫。

假想防卫：本不存在侵害，错误认为存在侵害，即对前提事实发生错误认识。

**2.不法**

不法不仅仅限于刑事不法，也包含行政不法、民事不法。

由于动物的攻击行为无法用法进行评价，因而不法不评价动物的行为，除非其受人唆使。

#### （二）正在进行

**1.不法侵害的开始时点**

迫在眉睫、即将发生

具体的危险

再不对行为人进行反击，危险就会降临在我头上，就没有反击的机会了。

例如吵架的两个人，其中一个人突然拿出一把枪，就可以认定为迫在眉睫、即将发生。

例如警察追到嫌犯，让嫌犯摇下车窗，举起手，这时，嫌犯开始到怀里摸东西，警察不可能等他把东西掏出来看看是不是枪械，一般喊“不许动”后嫌犯仍然去怀里摸，警察就可以开枪防卫。

区分：

* 不法侵害开始时点
* 着手实施犯罪的时点：例如故意杀人，仅仅摸枪是不够的，必须到举起枪瞄准准备扣动扳机才到着手阶段，着手时点是预备阶段和的分水岭。

当犯罪进入着手阶段，防卫人已经没办法防卫了，因而不法侵害的开始时点和着手时点并不等同。

例如粪坑案，有人说这是事前防卫，张三从粪坑往上爬并不能认为是不法侵害正在进行。从着手犯罪上说，从粪坑往上爬确实不能认定为着手实施强奸；但从不法侵害开始时点上说，如果这个时候不允许女方进行防卫，那么张三爬上来后，女方就没有机会防卫了。

**2.不法侵害的结束时间**

小偷入室盗窃，已经逃出房屋，应当认为盗窃已经既遂，但当小偷到马路上，行人看到进行追赶，能否说小偷已经犯罪既遂，不法侵害已经结束，行人不能主张正当防卫？

不法侵害结束时点要比犯罪既遂时点认定更宽松，但这种宽松并非无限制的。

例如盗窃已经过去很久，在街上被主人发现，主人上前将其控制，这个不叫正当防卫，而是自救行为，路人见义勇为叫做扭送行为。

争议：

【提前设置防卫设施，现场发挥防卫作用。】

为防止盗窃，门口安装捕鼠夹，或者养狗；

布置设施的时间早于侵害时间，但依然可以构成正当防卫，因为设施发生作用是在侵害发生时。

【针对曾经反复事实，在未来也有很大概率实施的，能否进行预防性防卫】

家暴问题：丈夫酗酒，经常殴打妻子。某一次，丈夫醉酒归来，妻子趁丈夫尚未开始侵害行为，将其勒死。

构成正当防卫：若不及时防卫，就会丧失防卫机会。

不构成：防卫边界无边无际。

受虐妇女综合征：不在不法层面排除违法性，而在责任阶层减轻罪责。

现实当中认定出现困难时，什么时候结束，通常很有争议。通常来说事前防卫争议不大，假想性的防卫，争议不大；争议大的是，假如结束后，受害人会认为还没有结束，比如昆山反杀案，就会有争议。怎么认定不法侵害还在进行？有人认为开始逃跑了就不能进行正当防卫了。

车老师认为，大量防卫过当的案件出现，原因之一是对于正当防卫的判断过严。

一方面要看**是否受到继续侵害、持续侵害、反复侵害**，也就是加害人能否继续再来侵害受害人；同样的是，要看**加害人是否明确、让人信服地表达出放弃进行侵害的意思**，之所以做出这样的要求，是因为这场争斗本来就是由不法侵害人引起的，他就具有证明的责任。

#### （三）防卫行为

防卫行为通常指向的对象只能是不法侵害人。针对不法侵害人，不一定要针对人身。

古龙的小说中，如楚留香打碎水母阴姬的镜子而不是打人，这是紧急避险还是正当防卫？车老师认为可以用正当防卫解释，通过攻击对方的财产，实际上是为了影响对方的攻击行为。

**1.必要性特征（防卫行为是否超出限度）**

**正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。**

为了制止这个不法侵害，从客观的事前的一般理性的判断来看，防卫行为必须是适当的。首先必须是**要能够有效地制止不法侵害**，比如扎破门口车子的车胎，对于使得对方挪车是无效的，这就不符合有效性的要求。

不需要防卫人冒着某种防卫不足的风险，去充分评价自己防卫的手段和性质，不能对防卫人提出过高的要求。**只要这个手段是制止侵害的必要手段就足够了**。不一定不必须是防卫性的方式处理，比如说要先用逃跑躲避侵害。从利益最大化的角度来说，跑肯定是最好的风险最小的，仅仅从利益的角度没有办法说明你不需要躲。只要是能够制止住不法侵害所必要的行为，就可以，不需要一定选择最轻微的方式。

**2.社会伦理限制（行为是否具有防卫性质）**

1. 特别轻微的侵害：

比如节假日期间，游客过于喧闹，影响了学习生活，于是就往陈明楼下砸东西。这是不行的。要制止游客这样的行为，也得采取一个合适的方法。

1. 微财杀人或明显失衡：

比如高位截瘫者为了保护财产一枪崩死偷果子的小孩，虽然他不这样做，就没有其他任何办法保护自己的财产，可是，要保护的利益如此微小，但是却伤害了这么大的利益，也是不合适的。这不仅是事实层面强度的必要性，还涉及到伦理规范。

1. 无罪责能力者的侵害：

* 考虑到社会团结的义务：当一个人精神病发作，他依然是社会的一份子，没必要对其采用强硬手段对待；
* 从法秩序维护原则上，小孩的攻击没有在很大程度上动摇法秩序。对小孩实施反击，法秩序并不会完全因此受到维护；
* 从不法侵害人自我答责的角度，首先不法侵害人对于自己行为的后果要有一个大致的预期，无责任能力的人无法做到这一点。

所以，一般认为对于无罪责能力者，防卫人要先采取躲避性防卫或防御性防卫，只有才无可奈何的情况下才能采取相对和缓的防卫。

1. 防卫者对攻击者具有保证人地位

为对方提供保护的保证人，面对受保护人的攻击和侵害，保护者只享有一定程度的正当防卫权。这特别适合父母子女与配偶之间。

要先行回避，适当地忍受侵害。因为考虑到保证人之间有特殊的照管、照料以及团结义务，为了维护这个共同体，要保持克制。激烈的反击形式通常不允许出现在家庭之中。

当然如果实在找不到更和缓的手段，也是可以进行正当防卫的。

1. 挑唆防卫

事先故意或者过失地进行挑唆，促使不法侵害人对自己进行侵害，然后再防卫。

这在理论上一直有争议。有人主张挑唆防卫一样可以成立正当防卫，挑唆行为虽然不当，但是还构不成非法侵害，所以仍然可以正当防卫。不能因为挑唆就进行侵害，君子动口不动手，法秩序要求你要经得住挑唆。对于没有达到不法侵害的挑唆，要求用相对容忍克制的态度去面对，还是有良好导向的。相反的观点认为，挑唆防卫是一种滥用权利的行为。关于滥用权利，这个法理还没有得到充分研究。

这种情况与职业打假有一定的类似之处，关于职业打假的案子，基本上形式上对职业打假人都是予以支持的，但是否涉嫌敲诈勒索，还有争议。要考虑法秩序的统一性，民事和刑事有这么大的差异，也要考虑中国当下特定的时期，虽然可恨，但是是否也一定程度上推动了规范。滥用权利的法律和挑唆防卫相似。即使我知假买假，你也不应该卖假。

小结：正当防卫考虑的因素

* 1. 防卫的前提事实条件（正当防卫的状况）：考察有没有侵害、侵害的不法性、侵害的起点和终点
  2. 手段的均衡性/必要性：正当防卫比紧急避险成立的条件要宽。手段的均衡性是就手段本身而言的，并不是利益上的比较。防卫手段的必要性是在诸多手段当中，从事实层面考虑，轻微的手段足以制止了，不需要直接杀了他。必要性是事实上的手段的强度。
  3. 防卫手段的要求性/需要性（社会伦理的限制）：比如微财杀人、保证人地位之间的、挑唆等情形。这些情形是要从非常具体的场合去考虑，在个案中衡量，没有一个明确统一的标准。需要性/要求性是从规范的角度。

处理经验、事实和规范的关系时，社会科学会简单推翻过去的结论，但是在法学领域，尤其是刑法学领域，是很特殊的。法学是一个规范性的学科，这个规范不是从事实方面推出的，而是从更高的价值当中推出的。不能因为杀人量增长，就认为禁止故意杀人的法条是无用的。实际的情况，也会影响价值观的选择，比如上车要先下后上，但是在有鳄鱼的亚马逊河就要先上后下。正当防卫手段的需要性要考虑各种案例。

#### （四）主观的正当化要素

正当防卫要求防卫人要有一个防卫的意识。行为人在主观上必须是为了制止和防御不法侵害而实施的行为。

在有些国家会有争议，因为法条没有对主观提出明确要求。但是我国刑法第20条明确提出了目的，不仅要有一般的对防卫状况的认识，还要有更为积极的防卫目的。

有些主张结果无价值论的学者，认为不需要主观正当化的要素，偶然防卫也可以成立正当防卫，只要结果好就好，因为他们认为构成要件中就不包括主观的构成要件，在违法性阶段也不需要用主观构成要件去中和它。

如果从客观不法和主观不法来理解，即结果无价值论和行为无价值论结合，那么就需要一个防卫的意图，为了什么而防卫，要有防卫的目的。

#### （五）防卫过当

**正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。**

要成立防卫过当，前提是行为具有防卫性质，例如微财杀人就不具有防卫性质，因而也就不能成立防卫过当；另一个性质是不成立正当防卫，因而在违法性阶层无法阻却违法，只能在罪责阶层看有没有值得宽宥的理由。

1. 量的防卫过当：

超过了时间上的界限的防卫。例如防卫人在现场难以判断不法行为是否结束，当事人可能因为恐惧、紧张、慌乱、愤怒等情绪没有察觉不法侵害已然终止于是防卫过当，在国外有专门立法减轻其处罚，我国无此规定，可以在责任阶层，运用期待可能性的理论，减轻其责任，也可以运用预防必要性理论，即使施加刑罚，也不可能使一个人下次遇到危险情况能冷静思考。

1. 质的防卫过当：

防卫内容本身强度过当，手段过当。有很多防卫手段ABCDE可以选择，虽然不要求从最轻微的A选起，但行为人偏偏选择了最极端的E。如果用了更极端的XY，可能就根本不构成正当防卫，比如说微财杀人，这明显触及了社会的伦理底线。

过去很多年，除非构成无限防卫权，正当防卫致人死亡都一律构成防卫过当。很多学者批评这是唯结果论。但如果法官把正当防卫的条件放得很宽，可能在打架斗殴等案件中，很容易流向死亡。

例如于欢案，侵害的是人格尊严和自由，但是选择的防卫手段指向了生命，一般情况下认为，这个手段是过当的。

有没有可能在一种极端的情况下，自由和尊严能够和生命等量齐观，以至于即使杀人也不会防卫过当。生命是没有办法被量化的，但是自由以极端的方式被侵害，也是可以要命的，比如长期的非法拘禁。

侵犯自由与尊严，这种损害强度和性质在不同案件中会有不同，例如奴隶性质的非法拘禁，被拘禁人将行为人杀死，并不能被认为是超过必要限度。

一种观点是侵害手段和防卫手段基本相当、相适应，另一种观点是必要性说，只要是为了制止不法侵害所必要的就构成正当防卫。现在逐渐往必要性说转型。

最高法意见中，只要没有造成重伤以上结果，就一律不构成“重大损害”，这又倒向了另一个唯结果论。例如张三上来抢我的圆珠笔，为了夺回圆珠笔，我把他车砸了，这显然不合适。

#### （六）无限防卫权（特殊防卫权）

**对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他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。**

理解第三款的争议非常大，有人认为这是一种特殊规定，也称为无过当防卫权。

也有人认为这是一个注意规定，并没有超出第二款。

张明楷教授在于欢案前认为这是特殊规定，现在又认为这是注意规定。

第三款特殊的地方在于对不法侵害的类型做了一个具体的构成要件化的理解。第一款中的不法侵害是一个反构成要件的概念，构成要件是用法律概念从生活当中剪裁出来一些行为，只要是侵害，而且有不法就行了。构成要件适用的主体是犯罪人，而正当防卫是防卫人的行为，没必要用构成要件去规制防卫人的行为，而是其拥有一个非定型化的印象就可以进行防卫。

因此第三款和第二款是不一样的，第二款规定了通常情况下一个防卫行为是否过当要放在具体情境下进行判断，但面对强奸、抢劫等法定情形，无需考虑其侵害程度有多高，直接就可以适用无限防卫权。

### 二、紧急避险

* **第二十一条 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。**

**紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。**

**第一款中关于避免本人危险的规定，不适用于职务上、业务上负有特定责任的人。**

#### 紧急避险的法理和分类：

#### （一）正当化根据：利益权衡

紧急避险，当某个利益陷入危险状态，只有损害或放弃其他利益才能排除危险状态，这就是紧急避险。

#### （二）正当化的紧急避险和免责的紧急避险

我国法条对于利益之间的大小比较没有明确的规定，但是有一些国家有规定：当挽救的利益，大于要损害的利益的时候，才能够认定成立一个违法性阶段的紧急避险，才可以是正当化的紧急避险；假如挽救的利益等于或小于损害的利益，就很难在违法性阶段予以正当化了，只能在责任阶段考虑减免他的责任。这种情形称为免责的紧急避险。

#### （三）攻击性紧急避险和防御性紧急避险

前者通常表现为攻击第三者来进行避险。

对人造成的损害进行避险，一般都能成为正当防卫，这时应当先考察正当防卫，因为正当防卫的构成要件更宽，但并不绝对。

例如粪坑案，使用正当防卫说理的时候会遇到麻烦，但用防御性紧急避险进行说理是更通顺的；又如酒店偶然听到顾客要在晚上洗劫本店，提前在饭菜中使其昏倒，正当防卫也较难适用，但紧急避险就可以考虑适用。

#### 紧急避险的成立条件

#### （一）避险状况

1.危险

2.正在发生

要比正当防卫中的侵害行为正在发生的认定更宽。

例如经常攻击人的精神病人，酗酒家暴的丈夫等，就和摇摇欲坠的危楼一样，当他出现在我面前时，我也可以认为这是正在发生的危险。

#### （二）避险行为

1.不得已（是否超过必要限度）

正当防卫中没有不得已的要求，没必要详尽考虑除了A手段之外是否有其他手段。

能够用其他方式处理就不能用避险手段，例如医生喝了点酒，突然急诊电话打来，若能打到车或者有人能送自己过去，他就不能以急诊作为醉驾的理由。

2.利益权衡（是否属于不应有的损害）

（1）利益比较的优越性

a. 法益位阶

* 生命之间的比较？
* 无辜第三者的身体侵害？

①首先要确定法益的位阶：

所涉及的法益在整个法秩序中，抽象价值有一个高低的序列。

通常刑法所保护的法益，比其他法领域所保护的法益价值高。在刑法内部，认为身体、名誉、自由等人格性法益会高于所有权等财产性法益。人身法益优位于财产法益。在人身法益内部，身体等法益又比自由等法益更为优越。生命或身体比财产更重要。

②在同一种法益的内部，还要考虑量的大小。

比如为了保护宝马车压坏了自行车。在所有权上没有高低，但是在财产价值上有差异。

③当保护的利益和损害的利益分属于不同的法益时，有可能也会考虑受损害的具体程度，也会做出区分。

例如醉驾危害公共安全，是不限于特定群体的，但是醉驾是为了保护某个病人，面对的是具体的危险。公共安全危险现实化的程度，就没有眼前的人的危险现实化程度高。尽管在法益质上难以比较，但是在具体的程度上还是有区分的。所以说，紧急避险是利益权衡，而不是简单的法益权衡。法益位阶的高低仅仅是其中的一个参数。

又如说生命能不能比较的问题，生命的价值是和尊严、道德的理解捆绑在一起的。生命是一种目的而不是手段。不能让老头成为小伙生存下去的手段。一般要守住底线：不能把人作为手段来达成目标，不能把人或物与之衡量，生命不能进行质或者量的比较，既不允许在两个个体之间衡量，也不允许在人数之间衡量。用他人的生命换来拯救自己的生命，这在违法性上都是仍就算违法的，只是在责任层面考虑期待可能性和责任必要性。

关于**为了救一个人，去侵犯另外一个无辜第三人的身体**：比如摘取他的器官。这不是在两个命之间进行衡量，而是一个肾和一条命之间的衡量，多数意见认为这种衡量也是不可以的。基本理由是这样的做法，还是违反了法秩序中作为主体的人的基本的自由和人类的尊严。这和康德提出的人是目的不是手段是密不可分的。这是一个重要的法学原则。这背后共同涉及的都是人格尊严，例外地构成了对人格尊严的限制。

紧急避险是一个经济学上的正当化事由，但涉及到人格尊严的时候，这种功利主义往往要让步于道德哲学。

b. 不同法益主体的利益受损

当为了保护一个主体的利益而侵害了多个主体的利益时，要将多个利益相加与要保护的利益之间进行衡量。

当保护利益与侵害利益属于同一个主体时，就谈不上紧急避险正当化了。保护的时候，不一定保护的是自己的利益，也有可能是见义勇为保护其他人的利益。这时候就不是紧急避险，而是推定的被害人同意，从他的角度考虑，肯定是为了更重要的财产能够忍受轻度的损耗。

c. 强制性紧急避险

比较有争议的是强制的紧急避险，可能存在紧急避险，比如说检察官被迫强奸女大学生，还有被绑架的富翁被迫杀人作为投名状。

有人认为可以成立正当化的紧急避险，对于受到危险的受害者来说，也就是被强奸的人来说，是谁造成的没什么区别，关键是遭到了损害，对于富翁来说，应该认为成立紧急避险。

另一种看法认为，这不能成立正当化的紧急避险，而是免责的紧急避险，犯罪人是沦为一个犯罪工具。**如果允许富翁的行为正当化，那么就是合法化的行为，就意味着被勒死的人不能进行正当防卫**，最多只能对逼他杀人的绑匪进行紧急避险，不能对直接杀她的人进行紧急避险。

还有一种观点，直接否认这是一种紧急避险。因为如何理解这种紧急避险中的危险具有争议，通常的危险是自然界的灾害，或者有时是人的不法侵害。按照这个危险是有些不同的，这里面并没有包含人的自由意志的决定，对方劈来一刀，他已经表现出他的意志，自由意志已经下了决心了，如果不避免就一定会发生。但有人拿枪指着我让我强奸时，这个人会不会扣动扳机是不确定的。高度不确定的行为，是没有办法与前面那些被评价成危险的东西等量齐观的。这里处理的问题是，被胁迫的犯罪能不能构成紧急避险。不是说它是对的，而是说它是可以从轻处理的，作为一个独立的免责事由：

**第二十八条　【胁从犯】对于被胁迫参加犯罪的，应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚。**

（2）手段与目的的相当性

例如劫富济贫。不能成立紧急避险，是因为共同富裕不能通过劫富济贫来实现。

#### （三）避险意图

#### 避险过当

**第21条第2款 紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。**

1. 行为具有避险性质（有危险且有避险意图）
2. 超过必要限度：不属于“不得已”，是否适合以及是否是最小损害手段
3. 造成不应有的损害：不符合利益比较的优越性

#### 特殊情形

**第21条第3款 第一款中关于避免本人危险的规定，不适用于职务上、业务上负有特定责任的人。**

1. 负有特定责任的人：限制适用，并非绝对排除适用，例如消防员在火场中损害财物以求保护自己生命。

2. 攻击性紧急避险：相对于防御性紧急避险，攻击性避险损害无辜第三人的利益，要求使用相对侵害较小的手段。

3. 自招危险：类似于挑唆防卫。有观点认为这是一种原因自由行为，不自由状态是由自由状态下的自己招致的，因而否定其正当防卫或紧急避险的性质。但也有其他观点。

### 三、其他正当化事由

1. 法令/职务行为：如死刑执行官、军人服从命令杀人等。

2. 正当业务行为：例如医疗行为，如果医疗行为不能成为终极的正当化事由，引出病患知情同意理念。

3. 推定的被害人同意：例如拳击比赛。又如邻居家没人，失火了，我砸破门窗进去救火，这就是推定如果主人在场肯定也会同意的。

4. 安乐死：人能不能自我选择体面而有尊严地死去？相对应的，尊严死：消极地，放弃治疗。

5. 义务冲突：例如经典问题，爸爸妈妈同时落水该救谁。

6. 扭送：

**《中华人民共和国刑事诉讼法》第八十四条规定：对于有下列情形的人，任何公民都可以立即扭送公安机关、人民检察院或者人民法院处理：**

**（一）正在实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的；**

**（二）通缉在案的；**

**（三）越狱逃跑的；**

**（四）正在被追捕的。**

7. 责打权：父母对子女的责打权，边界在哪儿？

8. 自救行为：请求权受到侵害，难以受到及时国家保护，私力救济。

# 责任论

责任主义、罪责原则：对一个人施加刑罚的后果要以他具有责任为前提，不能仅以他做错了某事就施加刑罚。

这一原则是相对于没有这个观念之前，施加刑罚是直接根据结果的，不考虑故意、过失等东西，只看结果，这就是结果责任。结果责任意味着只有不法就直接导向了刑罚后果，没有经过责任这一关。

责任主义认为还要有责任这个独立于不法阶层的单独的考虑。责任概念同时就具有了**证明和限制刑罚的双重作用**。刑罚不能高于责任的幅度，在这个幅度之下，综合考量各种因素，确定各种刑罚的具体因素。报应刑主要体现的就是罪责原则，起到一个边界的作用。罪责刑相适应的原则。

保安处分：如强制医疗、强制戒毒、收容教育等，不是刑罚，但其强度相当于刑罚甚至甚于刑罚，但一般不受责任主义的约束。例如精神病人，责任层面上其没有责任能力，不合刑罚要求，但从保安处分的角度出发，其依然有社会危害性，这时候将其送进精神病院，送进去多少年不是考虑其杀了几个人或者毁坏了多少财物，而是几年能将其治好就关几年，并非责任主义。

## 一、罪责理论的演进

### 1.心理罪责论

从心理事实角度，罪责存在于行为人对于行为的主观心理关系。行为人内心的故意和过失，现于外者即为罪责。

停留在事实的层面，对于那些犯下罪行并且主观上也能辨认自己行为的人，例如11岁的小孩子将同伴推下楼，他知道会将同伴杀死，但依然不负责任。

并且对于行为人的心理状态我们是难以认知的，心理学、神经科学没有那么发达。

这比结果归罪还是有进步的。

### 2.规范责任论（通说）

罪责本质在于**意思决定及意思活动的可非难性（可谴责性）**。罪责不在于心理状态，而在于对该心理状态能够在规范上予以谴责。

对人实施一种行为的可谴责性。这实际上是建立起一种规范的结构，是由社会一般人看来你是怎么做这件事情的。从法学规范的角度看，不回答具体的心理活动流程。**规范不是诉诸科学，而是诉诸社会**，我们一般人看来是这样的，具备这样的故意形态。规范责任论的核心在于可谴责性和可非难性。

### 3.预防罪责论（新说）/功能责任论/机能责任论

**将刑罚的预防目的加入罪责对其改造**。过去说有责任就是可谴责的，而现在说责任，是说这里面有**预防的必要性**。当一个人做完行为后，如果要进行惩罚，如果表现不出预防必要性，就没有责任。

这是**增加了预防的要素，而不是替代**。

* **雅科布斯**：罪责之有无取决于能否起到一般预防的作用。定位在一般预防上面。特别是积极的一般预防。如果对于实现一般预防效果是有好处的话，就是有责任的。如果社会有更好的办法实现预防的话，就不需要找替罪羊，就没有责任。

它也因此受到了批评，因为把人当做工具，当做替罪羊。

例如有财物被毁坏了，由谁来负责是最好的？有人被黑社会杀了，抓不到犯人，就从帮派中随便抓一个人出来枪毙；就好比现在某地出现大规模疫情，就让当地官员负责。

“责任”变成了“负责”，从后果上来说，谁来负责对解决社会冲突效果最好谁就有责任，而不是看谁具有可谴责性。

* **罗克辛**：以“责任”概念统领第三阶层的判断。**包括欠缺罪责和欠缺预防必要性两种类型**。前者如欠缺责任能力或不可避免的禁止错误等排除罪责事由；后者如防卫过当等，从预防目的处罚认为欠缺处罚必要性作为宽恕罪责事由。更强调特殊预防的作用。惩罚这个人能否起到特殊预防的效果。它认为免责的紧急避险，由于慌张而造成的防卫过当，归入了预防必要性之外。这对于预防没有什么效果。这侧重从特殊预防出发，兼顾一般预防。

## 二、责任能力

#### 年龄

**第十七条　【刑事责任年龄】已满十六周岁的人犯罪，应当负刑事责任。**

**已满十四周岁不满十六周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投放危险物质罪的，应当负刑事责任。**

**已满十二周岁不满十四周岁的人，犯故意杀人、故意伤害罪，致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾，情节恶劣，经最高人民检察院核准追诉的，应当负刑事责任。**

**对依照前三款规定追究刑事责任的不满十八周岁的人，应当从轻或者减轻处罚。**

**因不满十六周岁不予刑事处罚的，责令其父母或者其他监护人加以管教；在必要的时候，依法进行专门矫治教育。**

**第十七条之一　【刑事责任年龄】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。**

我国分成三个阶段：12岁以下：完全无责任能力；16岁以上：完全责任能力；12—16周岁、精神病人、聋哑盲：限制责任能力。

不同国家对起点的规定有差异。我们国家存在一个**刑事法网不够严密但过分严厉**的情况，厉而不严。我国的入罪门槛是比较高的，但是相应的刑罚的力度是比较大的。少年犯罪的情况出现时，社会就会出现议论，有人认为应该降低门槛，有人认为只是个案。

**刑事责任的背后是意思选择自由的问题**，一个人能否选择自己做不做一件事的自由。这个14周岁是一个规范性的14岁，从社会的观点看，而不是从事实层面看这个个案中的儿童发育到什么情况。规范科学有独特的处理问题的方式。最近有法律与认知科学结合研究的热潮，龙布罗梭提出天生犯罪人，之后有很多犯罪学的研究。把犯罪和人的大脑结合起来研究。那么对于不一样的人，还能否对人施加同样的刑法？整个刑法的基础会受到挑战。

无责任能力

限制责任能力：

12~14；

14~16：只有这八种有规定。但是在我国还有别的罪，比如说绑架他人之后杀害的，直接处死刑，可是17条没有规定绑架罪。就出现了争论，17条规定的到底是八种罪还是八种行为。法工委出台的意见明确了，**17条第二款规定的不是八种罪名而是八种行为**。所以撕票、绑架妇女儿童造成死亡的，还是要承担刑事责任的。但是定罪定的仍然是绑架罪，按照这个罪名定，只是根据17条第二款追究责任。

完全责任能力：16岁以上，但未满18岁依然从轻或减轻处罚。

收容教养的问题：在必要的时候，这一点一直模糊不清。收容教养这种制度，也实施得有问题。少管所关了两类人：一类人是真正的少年犯，纯粹的定罪量刑的少年犯；还有一类是假少年犯，14岁以下的，一部分被关进去，还有没有被定罪量刑的也被放进去。少管所鱼龙混杂，效果堪忧。

还有工读学校，是中国一类特殊的机构。中国原来有劳动教养制度，关押的人是大错不犯、小错不断。纳粹的时候有惯犯法，这个明面上治理是针对行为，但是在水下治理针对的是行为人。中国利用的就是劳动教养制度，比如一个人老是上访。前几年被废止了。但是之前很多的情况被直接上升到刑法里面了。卖淫嫖娼人员的收容教育。

#### 精神病人

**第十八条　【特殊人员的刑事责任能力】精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任，但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗；在必要的时候，由政府强制医疗。**

**间歇性的精神病人在精神正常的时候犯罪，应当负刑事责任。**

**尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的，应当负刑事责任，但是可以从轻或者减轻处罚。**

**醉酒的人犯罪，应当负刑事责任。**

由于某些疾病，责任能力会减弱或者丧失。由于精神的疾患而导致的精神异常的状态，辨认或控制能力减弱或丧失。这和意志自由的部分联系在一起，因为他没有意志自由，没法选择，所以没法谴责他。

出现过异化的情形，把上访户强制医疗。

精神病其实也是一个很有意思的东西。有人说，精神病人和罪犯都是被制造出来的被流放的人。现在有人提出了“可交谈性”。

有些人是间歇性精神病，借病耍疯，还是要负责，但是可能可以减轻。

#### 醉酒

国外发展出了原因自由行为来克服意行同在的原则。

醉酒分为生理性醉酒和病理性醉酒。有人沾一点酒就会陷入混乱状态，这个一般是归入精神病的状态，我国的醉酒指的是生理性醉酒。

#### 生理功能丧失

生理功能的丧失，又聋又哑又盲的人犯罪。盲人是可以直接减轻的，但是聋哑人必须是又聋又哑的人，才能直接减轻。

## 三、违法性认识错误：直接的禁止错误

违法性认识就是有没有认识到自己的行为是违法的。有违法性认识必要说和违法性认识不要说。违法性认识必要说背后的观念是不知者不怪。违法性认识不要说背后是不知法者不免责的观念。因为假定是人应该了解刑法，且担心这个成为罪犯逃脱罪责的借口。违法性认识的历史演变：从不要到要。以往通说：违法性认识不要说。少数说：违法性认识必要说（正逐渐有力）。

违法性认识必要说的法律后果：按照“可避免”与“不可避免”的区分而有不同效果，在此点上与构成要件错误有别。不可避免的，排除行为人罪责；可避免的禁止错误，仅构成减免罪责的事由，视个案情形酌减刑度。

注意：“可避免性”的判断基准与“咨询义务”。应综合判断行为人的社会地位、个人能力及价值观的合理运用等。在合法性有疑问的场合，行为人应负“咨询义务”。

在很长一段时间，我们国家没有刑法。后来制定出来的1979年刑法典也只有几条。强调条文要简洁通俗易懂，不能用不知法作为借口。过去说公民对法律有认识错误可以减轻刑罚，后来就被删掉了。但是从1979年到今天，飞速发展，刑法大修，生活当中法盲无处不在。再要求老百姓完全理解，就是强人所难，再追究责任就是不教而诛，违反了罪责原则。

早年刑法的核心领域被自然犯的条文所占据。核心刑法主要体现在人身犯罪和财产犯罪中。现在在自然犯中出现了**大量的法定犯**。法与时俱转，法盲数量剧增，违法性认识才成为问题。违法性认识错误也被认为是禁止错误，对于这件事是否被法律禁止有错误认识：一种是对相关法规范处于无知状态，比如官员的情妇不知道自己不能受贿；还有一种是误认为法规范已经失效了，比如开公司的人以为法已经失效；还有对法规范的适用范围发生错误理解，比如离婚期间强奸妻子的丈夫；对自己的职务范围产生错误认识，比如老师以为自己可以打学生。

构成要件故意和违法性认识错误的比较：

1）构成要件故意：明知发生危害社会的结果。构成要件故意中的“危害社会的结果”不是指行为人的主观看法，而是指一种客观化了的社会评价事实，即刑法分则条文中规定的事实。

2）违法性认识：行为是否违反刑法规范。违法性认识不是故意中的认识内容，而是责任要素。行为人不知道自己行为在刑事上违法时，不影响故意的成立。例如不知道自己是在杀人，欠缺故意；不知道杀人违法，欠缺违法性认识。例如甲将美国带回来的畅销书，大量复印之后贩卖，认为在我国现在的社会状况下，这是很正常的事情。

## 四、期待可能性（预防必要性的替代？）

有期待行为人不实施违法行为的可能性，你做合法的事情是否是可以期待的。思想基础是国家为了体谅人性弱点而给予的同情。

起源：

德国1895年癖马案：马有特殊情况，可是老板还是要求马车夫骑马上路，结果疯马撞伤了人，要不要追究马车夫的责任。法官说，**很难期待这个人在抗拒命令失去工作和接受命令忍受风险之间，做出前者的选择。**围绕这个案子产生了大量讨论，产生了规范责任论的概念。讲的也就是能不能谴责这个人，法律和社会可以期待你这么做，但是你没有这么做，所以谴责你。

现状：德国基本放弃，日本非常流行，大陆几近滥用。但是今天，在实际的适用中被放弃了，因为它作为直接适用的理由太粗糙了，很容易被滥用。比如许霆案，很多人用期待可能性为许霆辩护。原始的超级概念被抛弃后可以作为一种法理基础：比如防卫过当和避险过当的法理基础。也有人从预防必要性的角度解释，但是通说还是从期待可能性的角度来说。比如说为了保住自己的命，把别人推下水。期待可能性是国家刑法面对脆弱的公民抔一把同情之泪。虽然你做的事情是不对的，但是还是原谅你了。

# 错误论

## 一、错误分类

（一）事实错误和法律错误：

经典分类，框架性

（二）构成要件错误、禁止错误（违法性认识错误）、正当化事由错误

第二个主要是在违法性和责任阶层出现的主客观不一致，第三个就是在违法性阶层

（三）正当化事由错误

1、容许错误（间接的禁止错误）

2、容许构成要件事实错误

## 二、构成要件错误

### 1、构成要件错误概述

**对自己的行为当时所指向的法定的构成要件出现了错误认知**。它的法定后果就是排除故意，可能成立过失。行为人的主观认识和客观不一致，这个错误认知指向的是构成要件。行为人并不确知自己所做的事情，或者说行为时未能正确认识和法定构成要件要素，本质上属于事实错误。

比如一个人开枪打死别人的狗，但是不知道这条狗是有主人的狗，对于这个财物的性质出现了认识错误，因为我国刑法不处罚过失毁坏财物罪，所以就是无罪。（没有认识到狗属于“公私财物”，以为是无主之物，排除了故意毁坏财物罪的故意）

比如错把别人雨伞当成自己的拿走，未经他人同意，将他人之物置于自己占有之下，客观上符合了盗窃的要件，但是主观上我以为这是我自己的，我的知与欲并未真实指向客观构成要件，这就可以排除盗窃罪的故意。如果事后发现了是别人的伞，但是认为伞不错，就留下了，那么就构成侵占罪。

法律后果：排除故意，可能成立过失。

### 2、对象错误和打击错误

#### 对象错误：

（1）**法益等价的对象错误**：

甲打算杀乙，错误地把丙当成乙杀掉了。

乙和丙的生命同等需要保护。

（2）**法益不等价的对象错误**：

打猎时误把行人当成野猪打死了。

行人和野猪分属于不同的法益内容。

**在等价的场合，这种错误不影响对行为人行为性质的定罪**，例如上述案例甲仍然构成故意杀人罪的既遂，又如张三想杀死舍友李四，结果王五和李四换床睡觉，杀死了王五，张三仍然成立故意杀人罪的既遂。此处的故意的知与欲，张三只需认识到自己在杀人并追求杀人的结果即成立故意。

**法益不等价的对象错误指向的法律后果：**

**意欲者未遂，误中者过失。**

例如甲想要杀死乙，结果把沙发上睡觉的狗当成了乙，杀死了狗。那么甲成立杀人未遂和故意毁坏财物的过失。

#### 打击错误（打击偏差、手段错误）：

* 张三瞄准李四开枪，结果王五恰好路过，打死了王五。
* 张三想要砸毁李四家的玻璃，结果王五刚好从中探头，打中了王五的头。
* 张三拿出飞刀向射向花瓶，结果射中了旁边的保姆。

差别在于行为人对自己行为攻击的对象没有错误认识，例如想要攻击的是李四、是玻璃、是花瓶，行为人对此没有错误认知。

* *对象错误属于眼神不好，打击错误属于学艺不精*。

（1）多数意见认为，在打击错误的场合下一律使用**意欲者未遂，误中者过失**。于是打击错误的法律后果，和法益不等价的对象错误的法律后果是一样的。打击错误的场合不需要区分法益客体是否等价。

例如案例一，同时成立故意杀人的未遂和过失杀人的既遂。

（2）也有少数意见认为，要看意欲者和误中者是否为等价法益客体，如果说法益客体等价时，可以成立故意、既遂。

* 法定符合说：要杀的是人，结果杀的也是人，主客观相一致。
* 具体符合说：要杀的人是A，结果杀的人是B，主客观不统一。

有时候会存在争议，比如张三在李四车安炸弹，发动机点火时就会爆炸，想炸李四，结果炸死了借车的王五。这是对象错误还是打击错误？要想达到结果，还要借助被害人自己启动汽车的行为。被害人成为了行为人杀死他自己的工具，但是被害人是被行为人所利用的。一个重要标准是，**行为已经着手实行的时候，对构成要件有没有错误认识**。

在爆炸案中，什么时候算实行行为开始？

* + 1. 如果是安炸弹的那一刻就算着手实行，对于谁来点油门没有错误认识，那就是打击错误，相当于开枪后，子弹飞了一会打中别人了，对李四杀人未遂，王五过失致人死亡；
    2. 如果是算启动汽车那一刻才算着手实行，那么就是对行为对象有错误认知，那就是对象错误，对王五故意杀人既遂。

与择一的故意的区别：

打击错误是“误中”，而择一的故意是对两个对象都有故意。

打击偏差的时候，一个行为触犯两个罪名，故意杀人未遂和过失致人死亡既遂想象竞合，从一重罪论处。

择一故意的场合，开枪打出去既有打死警察的故意，也有打死警犬的故意，如果打死警察就有故意杀人的既遂和毁坏财物的未遂，也是想象竞合，从一重罪论处。

#### 其他构成要件错误类型

（1）因果流程错误：

因果流程不在行为人的设想或操作范围内。

今天也遭到质疑，因为过去对客观归责理论不发达。审查顺序：先考察因果关系与客观归责（客观要件）之间有没有存在重大的偏离。之后再审查故意（主观要件）。若客观上符合，再审查主观，若客观排除，则无需再审查主观。

比如甲伤乙，乙在送医途中车祸而死，乙的死客观上不能归责给甲，不需要再审查主观错误；

比如甲给乙吃安眠药，等其熟睡后把他从车上推下去，结果乙因为对安眠药过敏而死。这里存在重要意义的偏离，按照甲的计划，他想将案子伪装成一种意外，不追求用安眠药将人杀死，因此因果流程出现重大偏离，不能把乙的死亡结果归责给甲的行为，存在的是杀人未遂和过失致人死亡，不需要再审查错误；

但是比如甲企图淹死乙，把乙从桥头推下，结果乙下落时撞到桥墩死亡，这就没有重大意义上的偏离，因为应当考察到下落过程中有这样的可能，那么还是可以归责给甲，这就是因果流程偏离不重要的情况。

但是实际死亡的方式和具体计划有出入，主观和客观的确有不一致，确实有错误，关键问题在于这个错误重不重要，多数意见认为，这个错误不重要，因为**客观上实施的行为，它一般性隐藏的风险都是可以预见到的，那么这都在行为人认识和容忍范围之内，在目的上出现了偏离就不那么重要了**。

所以有人认为，因果流程错误的意义不那么重要了。

着手时点认定：投毒型杀人：下毒的时候，投毒的时候不算是着手时点，要开始喝有毒的水的时候才算，因为法益危险迫在眉睫的时候才能认定为着手实施阶段。狗误食毒物，针对实际遭受损害的是狗，这是毁坏财物罪，狗要吃毒物的时刻才是着手时点。极少数观点认为投毒的时候就是着手时点，那时候认为乙会吃没有认识错误，这就是打击偏差。这和爆炸案场合的原理是一样的。

**复数行为**：以为杀死了其实还没死，为了毁尸，将其推入河中，实际上被淹死。

处理方式：

概括故意说认为故意杀人既遂，两个行为被概括入故意杀人；

独立双行为说认为两个是独立的，把第一个行为当做故意杀人未遂，第二个行为当做过失致人死亡，然后数罪并罚；

第一行为关键说认为第一个行为更加关键，后一个行为归根结底是前一个行为的后续，决定性因素在第一个行为就埋下了，所以按照一个故意杀人既遂来处理。也有可能认为第一行为性质上并不能延展出第二个行为被河水淹死的风险，因此就不能把死亡结果归到这身上，就是故意杀人未遂；犯罪计划说就是在第一行为说的基础上，考虑和整个作案计划之间能不能大致相吻合，没有特别溢出犯罪计划。

复数行为就是要解决，通常情况下，主客观相一致的场合要意行同在，但复数行为阶段就是说能不能在规范上评价为同在，把结果在规范上放在杀人意思的涵摄之下。

（2）行为主体的错误

为避免麻烦不救落水者，结果发现落水者是他的儿子。有父子关系的话，不救人就是不作为杀人，如果不是父子关系，不救人不是不作为杀人。

又如不知道自己属于国家机关工作人员，收受贿赂。

（3）行为本身的错误

演员不知道道具枪被换成了真枪，而仍然按照导演指示对女主角丙开枪射击，导致丙身亡。客观上已经是杀人行为，对行为的性质到底是什么有错误认知。

错误的竞合：甲想要杀死警察乙，但是错把身穿警服的丙当做乙，开枪射杀丙的时候有失准头，正好射中了在丙身后穿便衣的乙。

考察行为人实施构成要件行为当时的知与欲。扣动扳机时，认知到的是，射杀的是乙但其实是丙。又出现了打击性的错误。能不能评价成故意杀人的既遂？如果按照前面细分的观点，对于乙的死亡是过失致人死亡，对于丙是故意杀人未遂。

## 三、禁止错误

广义上的禁止错误：违法性认识错误，还包括容许错误和容许构成要件错误

狭义上的禁止错误：违法性认识错误

例如大家都卖盗版书，没人管，张三也卖，以为不违法，结果被抓住了。这是纯正的违法性认识错误。

又如张三和同学闹矛盾，将其U盘格式化、在其字画上题字，并认为自己没干什么错事，并没有毁坏财物。这并非违法性认识错误，首先是对自己行为性质有错误认识，“我的行为不叫做毁坏”，这是一种构成要件的涵摄错误，其次才有违法性错误认识。因此不适用违法性认识错误的法律后果。

涵摄是一种法律评价，因而对于行为人而言，涵摄错误并不重要，只要行为人知道不经人同意不能乱动其U盘、乱涂乱画其字画就可以了，行为人不必知道什么叫做刑法上的“毁坏”、什么叫做“占有”，不影响犯罪故意的认定。

通说认为，应当考虑到违法性错误的可避免性。当一个人努力去认识法律，仍然作出了违法行为，那么在认定时，他并未与法秩序相对抗，因而让其负担责任就违反责任主义。

## 四、正当化事由错误

容许错误（法律性质）：法律上不存在的容许规范，但行为人以为其存在。

例如学长以为自己有权体罚晚辈，医生以为自己有权实施安乐死等。

容许构成要件错误（事实性质）：事实上不存在正当化事由，但行为人误以为其存在。

例如假想防卫、假想避险等。

问题：如何处理“假想防卫”或“假想避险”？成立故意犯还是过失犯？处理的理论基础是什么？对于用武器伤害张三有明确的认知，也追求这一点，但是紧急状态的事实并不存在，违法性救不了，只能掉到责任阶层。按照故意伤害罪处罚，但毕竟和平白无故打人差异很大，他是为了救人，却也得出故意伤害罪，处理结果可能并不合适。考虑到对前提要件的认识发生错误，还是应该在结果中体现出这个错误的功能。按照故意伤害处理，不能收到一般预防或者特殊预防的目的，是为了帮助他人，可责难性也不一样。所以它和一般的故意伤害是不一样的。在假想防卫和假想避险的场合，在责任阶段，会被规范地评价为过失的行为，这不是故意伤害罪构成要件本身的过失，而是对成立正当防卫的前提事实的认识有过失。在构成要件阶段是故意，但在违法性阶段发生了错误认识，最后在责任阶段把它评价为过失。对于故意的体系性双重安排，通常都是保持一致，但是在假想防卫时会出现两次，这种投射在假想防卫场合有重要的意义。

双重错误

表面上看起来，行为人同时发生了容许错误以及容许构成要件错误。

比如学生甲偷了班里的足球，教师乙误以为是乙偷的，认为自己有权利和责任惩罚乙，致将其扇打耳光致使其昏迷。在这里是否存在“容许构成要件错误”，为什么？责打权和惩罚权的前提事实发生了错误，也以为有假想的责打权。假想中的正当防卫的成立条件如果是真的存在的，那么才是存在假想的正当防卫。也就是假想者为真实，才可以被正当化，享受责任减免的优惠。假设足球真的是乙偷的，老师有没有责任打耳光呢？你有惩罚权，可以去惩罚。对于正当化事由是否存在错误认识，这是容许错误。

容许构成要件错误要满足，一旦误认为的事实真实存在，就成立正当化事由，例如前述假想防卫，一旦侵害事实真实存在，就成立正当防卫，但在这里，无论足球是否是乙偷的，老师都不能责打他，所以不存在容许构成要件错误。

# 未完成罪

A.决意→B.预备→C.着手实行→D.完成行为→E.发生结果

案例：小明决心杀死小兰（A），并购置毒鼠强（B），将毒药倒入小兰即将饮用的饮料中（C），搅拌完成后离去（D），小兰饮用半小时后毒发身亡（E）。

预备犯

未遂犯

中止犯

行为犯←抽象危险犯

结果犯←具体危险犯

←实害犯

## 第一节 犯罪预备

### 一、概念理解

预备犯实质上是预备阶段的未完成犯，这里的未完成犯是指未能着手进入实行阶段。

预备阶段停止犯罪可能是因为自愿性的中止，也可能是因为非自愿性的未遂。**只有后者才构成预备犯。**

### 二、预备犯的特征

1.**主观上为了实行犯罪。**因此，为了预备的预备不是预备。例如有了有钱买毒药杀人，而将手机卖掉的行为不是刑法上的预备。

2.**客观上实施了犯罪预备行为**。准备工具；制造条件。

例如为了抢劫时有力量先大睡三天喝了两箱红牛，为了杀人壮胆喝了一斤茅台，是不是预备行为？客观中性的行为不易认定为犯罪预备行为。

为了杀死情人，抹上有毒的唇膏，是不是预备行为？这是杀人预备还是自杀预备？

3.**事实上未能着手实行犯罪**。

4.**未能着手是由于意志以外的原因。**

### 三、预备犯的处罚：两种立法技术

A：分则中专门设置预备犯或阴谋犯。

B：总则中设定一般原则。

**第二十二条　【犯罪预备】为了犯罪，准备工具、制造条件的，是犯罪预备。**

**对于预备犯，可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。**

我国司法实践中，几乎不处罚。刑法第22条成为僵尸条款。

理由：预备行为不具有侵害法益的紧迫性；与日常行为很难区分；国家刑罚权的发动过度提前；公民自由和权利难以保障。

### 四、区分犯罪预备与犯意流露

表露犯意后进一步商量计划、寻找共犯的，才构成预备。

## 第二节 未遂

### 一、刑法规定

**第二十三条　【犯罪未遂】已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的，是犯罪未遂。**

**对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。**

### 二、为什么要处罚未遂犯（处罚根据）

#### 客观说：

未遂犯处罚的根据在于行为侵害法益的危险性。未遂行为因为有极高的概率和可能性导致不法结果的实现而应受处罚。

纯粹的客观说得出的推论：一是不能犯的未遂缺乏可罚性，因为根本不可能实施犯罪；二是危险性与结果在客观上截然不同，所以相对应的处罚原则也应该不同。因此处罚上不是“得减”（可以），而应当是“必减”（必须）。

#### 主观说：

未遂犯处罚的根据在于行为所显露出来的行为人主观上的法敌对意识与反社会性格。

纯粹的主观说得出的推论：一是不能犯的未遂也应处罚；二是未遂犯的处罚应该完全等同于既遂犯。

#### 折中说：

未遂犯处罚的根据在于行为人主观上基于与法敌对的意思而着手实行行为，客观上足以震惊大众的法意识和法信赖，并且破坏法秩序的安定与和平。

折中说的推论：一是不能犯未遂的情况要区别对待；第二是未遂犯与既遂犯的处罚程度应有区别。

从刑法规定来看，我国采用的是折中说。

### 三、犯罪未遂的要件

#### （一）犯罪决意

为什么先检验犯罪决意？

例如拿棍子靠近一个人举起来，被警察发现并控制。该怎么判定？

#### （二）已经着手实行犯罪

问题：什么是着手？预备与未遂如何区分？

学说之争：客观说、主观说、折中说

客观说：

形式客观说：开始实施严格意义上的刑法分则规定的构成要件行为。

实质客观说：开始实施与构成要件具有必要关联性的行为，或者开始实行对构成要件保护法益形成直接危险性的行为。又分为实质的行为说与实质的结果说：

1）实质的行为说是指开始实施具有实现犯罪的现实危险性的行为，比如从行为的角度逼近杀人的行为，比如拿出手枪瞄准对方时就已经着手了，而不会扣下扳机的那一刻，瞄准的那一刻对于生命已经构成了直接而巨大的威胁，但如果仅仅是扬起扁担距离最终的行为还有很大的变数；

2）实质的结果说是指当行为侵害法益的危险性达到紧迫程度时才算着手。

主观说：

按照行为人的犯意及其犯罪计划，认为已经实行者，即为着手。行为人自己认为已经开始犯罪了才算。

折中说：

既要考虑认识，也要考虑有没有直接的危险。行为人依其对犯罪的认识（或计划），而开始实行足以实现犯罪构成要件或招致法益直接受侵害的行为，即属着手。这种看法以行为人的主观想象为基础，混合了实质客观说中对受保护客体的直接侵害观点。认为从行为人的整体计划观察，再辅以发生客观的事实，最终判断行为是否已经形成对法益的直接危险。

评价：折衷说诚然会带来证据上的判断困难，但是如果放弃了主观审查，则很多客观事实无法判断其意义。比如张三在李四背后扬起小棍子到底是要干什么，是要杀人还是伤害还是恶作剧，客观上很难判断，因为在还没出现结果时就停止了，连构成要件都没有构成，审查行为没有办法启动。如果不考虑主观因素，有时候根本无法考察客观构成要件。

* 例1：甲以盗窃的目的，持刀具正在撬开乙住宅的铁门时，被发现抓捕。通常认定为盗窃罪已经着手实行了。因为盗窃罪要转移他人财产，首先要打破他人对财物的控制，这种行为已经对此造成了松动。
* 例2：甲向乙家通过“申通快递”寄送炸弹。有人认为寄出就算着手，他已经没有别的事情要做了；有人认为要接收的时候为止，因为过程中还有很多变数。
* 例3：甲想要杀乙，（1）埋伏路边，不算（2）装好弹药，不一定（3）瞄准经过的乙，算（4）扣动扳机。
* 例4：甲为了杀乙，（1）在乙的茶水中加入了安眠药，打算等乙昏睡后将其勒死；（2）在乙的茶水中下剧毒。
* 这两个在行为人的犯罪计划中是不一样的，在第一种情况下，还需要一个独立的行为才能死亡，危险度要遥远一些，但是第二种情况下，下了毒就只要等待结果就行了。但是就算是下毒案件，也不一定，还有很多的判断因素影响。
* 例5：甲打算强奸独居的乙，深夜后破门而入闯入乙家。这个争论也很激烈。强奸和盗窃不一样，强奸要求要有一个强制暴力的行为，门踹开离强奸行为还很遥远。如果只是宿舍，但是其实已经有了直接的威胁，认定为强奸的着手还是可以接受的；但如果住在大庄园里，离床还有一公里，可能就不能认定。着手认定特别依赖个案当中的理解。
* 例6：甲打算对出租车司机乙实施抢劫，准备到偏僻地方后下手，但是在经过收费路口时被发现。
* 例7：甲发短信威胁乙半夜12点去小山坡等他与之发生关系，否则将其裸照公开，乙报警后警察在小山坡将等候的甲抓获。强奸行为也包括隐私与名誉相威胁吗？胁迫行为已经对对方发出了，但是发出之后对于实际的强奸罪的意志自由压制的危险性，只有乙去的时候才会表现出来。如果乙一笑置之，或者报警，她的性的意思自由没有受到压制，法益还没有受到紧迫危险的程度。
* 例8：甲生下一女有缺陷，甲对其不予喂养直至其饿死。不作为犯的着手时点的认定也有其特殊性。有人认为，再不作为，法益时刻就无法避免受到损害，比如小孩奄奄一息时，就是着手时点；有人认为，是下定决定的那一刻，比如我出门的那一刻；有人认为，就是按照作为的判断就行，没什么特殊，不用设置最晚行为等概念。

#### （三）犯罪未得逞

与犯罪既遂相区别

犯罪未得逞就是犯罪尚未既遂，也就是犯罪构成要件没有齐备。

不要将犯罪“未得逞”单纯地理解为犯罪目的没有达到。

在一些犯罪中，只要行为人实施行为，就成立既遂，但是行为人实施行为的目的最终并不一定得到满足。例如，诬告陷害罪的主观要素中包括“意图使他人受追究”；走私淫秽物品罪具有“牟利的目的”，即使没有牟利也算既遂。但是即使最终他人未被追究或最终未能牟利，也不能说是犯罪未遂，而是犯罪既遂（超过的主观要素）。这些目的都没有得逞，但是犯罪已经既遂了。

#### （四）未得逞是由于犯罪人以外的意志（与犯罪中止相区别）

1、抑制犯罪意志的原因。例：听到警笛声，以为是来抓自己的，仓皇逃跑。这是一种造成犯罪计划能否继续施行下去的一种恐惧、不确信。

2、抑制犯罪行为的原因。例：被警察或其他人发现而制止。

3、抑制犯罪结果的原因。例：将被害人推入河水中，以为必淹死后离开，但被害人被路人经过救起。

如果看到某个电视画面，勾起了重新做人的想法，犯不下去了，这仍然是一种自愿性的放弃犯罪行为，是犯罪中止。那些因素只是放弃犯罪行为的动机而已。

### 四、未遂犯的成立范围

#### （一）过失犯有无未遂？

过失犯比如甲超速违规开车，拐弯时失控，冲向路人乙，幸亏乙身手矫健及时跳开而幸免于难。

按客观归责理论，所有构成要件行为（含故意和过失）共同特点是“制造法所不容许的风险”，而既遂与未遂的区别在于前者更进一步“实现了法所不容许的风险”。

按照法理，也存在过失犯的未遂，但是一般立法上通常不会处理。我国轻伤过失不罚。因为生活中人不小心的情形太多了，一般只要外界的因素阻止掉了，就不会再追究过失犯的行为。只是故意不遵守交通行为，进行行政处罚，而不是按照刑法上进行处罚。没有结果，就不认定过失了。

#### （二）行为犯有无未遂？

一般情况下，行为犯中只要行为人着手实施构成要件中的行为，即已认为实现该不法要件，因此，一般着未遂犯主要是针对结果犯而言。但是也有一些行为犯，着手后还未能立即完成者，在概念上就存在成立未遂的可能性，只是一般不处罚而已。

比如甲企图诬告陷害乙，便向有关机关寄出诬告信，但是中途因邮递疏忽而丢失。

比如有妇之夫甲隐瞒婚史，与不知情的乙女去登记结婚，但是因工作人员疏忽打错了姓名、盖错了章，甲乙在法律上没有婚姻关系。

### 五、未遂犯的分类

（一）实行终了的未遂与未实行终了的未遂

1. 实行终了的未遂：犯罪人已经完成其计划中的犯罪行为，但是结果最终没出现。

2. 未实行终了的未遂：犯罪人还没有完成其犯罪计划中的行为，就由于其他原因而中断了。

（二）不能犯

1、定位：未遂犯的一种还是有别于未遂犯？

复习未遂犯处罚的根据：

1. 主观说：行为人因显示了与法的敌对意思而可罚；
2. 客观说：行为欠缺实现不法构成要件的危险性而不罚；
3. 混合说：行为人基于与法的敌对意思而着手实行行为，足以震惊大众的法意识和法信赖，并且造成破环法秩序的安宁与和平。

结论：不能犯与未遂犯不同。**不能犯是指行为本质上不可能出现犯罪结果，也没有任何法益侵害危险的行为。**行为人虽然有与法的敌对意思，但是还不足以震惊大众的法意识和法信赖，不足以破环法秩序的安宁与和平，和普通的未遂是不一样的。因此不作为未遂犯处理，而是直接得出不处罚的结论。

以往我国通说实际上是把不能犯视作未遂犯的一种特殊形式，对各种不能犯最后还是按照未遂犯予以处罚，这导致不能犯的概念缺乏实益。实际上，应该将不能犯与未遂犯区分开来，严格限缩不能犯的成立范围，对不能犯一般不予处罚。这才使得不能犯概念具有实益。

2. 认定标准：

（1）手段不能与对象不能：这里的不能是指恒常的无用或终极的不存在。手段不能：手段是否恒常的无用，行为人是否错认自然法则；对象不能：攻击对象是否恒常的、终极的不存在，而非偶然的不存在。比如黑夜中开枪，却发现床上没有人，这只是偶然的情况，不算不能犯。

（2）行为客观上欠缺危险性，不可能震惊大众的法意识。

（3）行为人主观上出于重大无知而误认其实现的可能性。

按未遂犯处理的场合：

例12：甲欲杀乙，开枪射击，但甲高度近视，因此子弹偏离了乙大约三米左右。

例13：甲夜入乙卧室，用刀对其被窝猛砍，但是（1）乙其实一夜未归；（2）乙被下毒已经在被窝里死去多时。

例14：甲抢夺刚从银行里出来的乙的皮包，但是乙早把钱塞在袜子里，皮包里都是报纸。

例15：甲想要下毒杀乙，误将砂糖当成毒药下到乙的饮料里按不能犯处理的场合

例16：甲认为多喝菊花茶可以促使堕胎。

例16：甲想要下毒杀乙，故意投放大量砂糖当毒药。这是经典案例，就是普通的未遂犯。

例17：甲每天都爬到凯原楼楼顶用石子打飞机。

（三）迷信犯

有的国家把迷信犯直接视为不能犯，但是这个似乎更高级一点，是超自然的手法。我国按照迷信犯和不能犯都是不罚的。

行为人基于迷信，以灵异等超自然手段来实现刑法的构成要件。我国通说认为迷信犯属于不能犯的一种；德国通说认为迷信犯不同于不能犯。

（四）幻觉犯（误想犯）

行为人以误解法律，对本来有利于自己的法律，做了不利于自己的理解。本质上是一种反面的禁止错误（违法性认识错误）

例：甲攻击乙，乙奋力反击将甲杀死，乙以为自己犯了故意杀人罪。

## 第三节 中止

### 一、中止犯的成立条件

1. 中止的时间性：犯罪着手之后，犯罪既遂之前
2. 中止的自动性：自动放弃犯罪或自动有效地防止犯罪结果发生。

**未遂：欲达而不能 中止：能达而不欲**

1. 中止的客观性：客观上有中止行为
2. 中止的有效性：既遂结果不能出现

### 二、区分：实行终了的中止（既了）与未实行终了的中止（未了）

区分是为了回到法条上规定的终止的两种形态：自动地防止犯罪结果的发生和自动地放弃犯罪。

推车上山是实行行为没有终了，上山之后相当于已经终了了，因为小车可以自动掉下去，只能自动有效防止犯罪结果发生。这两种情况是不一样的。

**问题1：何谓实行终了（如何达到峰顶）？**

（一）客观说：

客观上足以招致行为结果就可以了。

依客观事实而定，行为人已经完成客观上足以招致结果发生的行为。

（二）主观说：

按照犯罪人的主观想象，相信如果不继续采取行动，犯罪结果就不会自然出现，就属于未了阶段。自认为已经完成了所有必要的步骤，只需要静静等待结果出现，就可以认为是既了。

依行为人对犯罪实行的主观想象为基准。如果依行为人的犯罪计划及其对整体犯罪行为的主观想象，行为人自认为尚未完成所有达到犯罪目的必要的步骤的话，也就是行为人相信若不继续采取行动就还不会发生犯罪结果的话，就处于实行行为未完成的未了阶段；反之，如行为人自认为已经做好了所有必定或可能导致犯罪结果发生的行为，则已处于实行行为完成的既了阶段。

案例：甲乙同居后吵架，甲欲杀乙，将毒药注入冰箱内的“王老吉”，问甲此时的杀人行为是否已经完成？

问题2：如果采主观说，应以哪个时点的主观想象为基准？（来判断实行行为完成或既了的时间）哪个时点认为该做的事情都已经做完了？是行为开始之际，还是最后实行行为完成之际？

这个问题尤其出现在重复性侵害的场合，比如拿枪重复开枪杀人。

案例：杀手甲受雇开枪射乙，自认一枪即可将其击毙，但第一枪后未中，遂补开一枪，亦未中。此时，甲发现乙长得很像自己初恋情人，一时手软，决定放弃离开。

如果按照行为开始之际，开完一枪就结束了，虽然没有打中，也已经成立杀人未遂。实行行为结束，结果没有出现，成立未遂。如果把最后作为基点，杀死对方无所谓几枪，杀人计划中要打中他为止，如果最后一枪还没打中，他要人死的计划还没完成，这时候他可以开却不开了，可以认定为犯罪中止。中止和未遂差别很大，以哪个时点作为开始，对于认定未遂还是中止具有重要意义。

案例a：如甲准备再扣扳机时，发现乙的发型与雇主给的照片不符，仔细观察后，发现原来对方不是乙而是丙，于是放弃。

就开枪杀人的目标而言，他目标失败，客观上不好再开枪，这就是犯罪未遂问题。前面是即使是长得像初恋情人，仍然可以杀死他，是可选择的，是能达而不欲。后面是欲达而不能。

问题3：对未了中止与既了中止的区分实益？

对于前者，行为人消极放弃犯行的继续进行，即成立中止犯；后者则需要行为人积极有效地防止结果发生，始为中止。二者的共同点是要求结果的不发生与行为之间有因果关系。

问题4：行为人为防果发生已积极努力，但是最终结果不出现是因为其他因素时，行为人是否成立中止？

案例：甲将乙开枪射伤后，心生悔意，赶回来想将乙送往医院，但是乙已经先一步被邻居送走。

考虑一方面在客观上出现了犯罪结果没有发生，类似于中止犯的局面，另一方面，行为人又表现出了想要避免犯罪结果发生的意愿。但是，客观状况和主观意愿之间并不存在因果关系。中止犯的条件肯定是不符合的，但是量刑时可能会比照中止犯处理，有些理论称为准中止犯。

### 三、中止犯的处罚原则

刑法第24条第2款：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。

注意：我国采取“必减”原则。优惠的力度很大。考虑到主观不法上，有积极放弃犯罪的意图。刑事政策上，给一个回头的桥梁。

比较：预备犯、未遂犯与中止犯的处罚原则

体系上通常放在三个阶层之外而处理，作为一种个人刑罚减免的自由，是很个体化的。在案例的写作过程中，一般在讨论完构成要件、违法性、责任后，讨论中止。

# 过失犯

**第十五条　【过失犯罪】应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果的，是过失犯罪。**

**过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。**

**第十六条　【不可抗力和意外事件】行为在客观上虽然造成了损害结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不是犯罪。**

过失和故意的关系：

体现在客观归责上，在一般人看来创设法不允许的风险。只要是在客观上创设了法所不允许的风险，就至少有过失。主观构成要件有故意，就是故意犯。

过失可以看做是故意的低阶形态。

而这种风险，一般人如果根本没有办法识别和预见，客观上没有预见的可能性，那么就是意外事件的范畴；如果预见了，但这种情况社会一般人都没有能力去避免，那就是不可抗力。

## 一、概况

（一）过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。

（二）过失犯主要表现为结果犯。

（三）有认识过失与无认识过失，都违反了客观注意义务。

1、“应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见”：违反注意义务表现为没有预见（预见义务）。

2、“已经预见而轻信能够避免”：违反注意义务表现为未能回避（回避义务）。

（四）作为过失与不作为过失

过失的不作为的杀人。比如妈妈忘了喂小孩。

（五）过失犯的阶层体系

1、不法构成要件阶层，检验行为人是否违反了社会生活中一般人都应当注意的义务，由此得出是否存在过失行为的结论（客观注意义务）

2、责任阶层，以行为人个人的能力和水平为标准，判断行为人有无符合客观注意义务的个人能力，由此得出是否具备过失罪责的结论（主观注意义务）。

3、过失犯的双重定位：不法构成要件阶层的过失形态与责任阶层的过失的罪责形态。

## 二、过失犯的构成要件阶层

#### （一）构成要件结果

比如杀人要有死亡结果的出现。

#### （二）行为与结果之间的因果关系（条件说）

行为和死亡结果之间有什么因果联系。故意犯和结果犯的客观构成要件阶层是合一的，这个阶层结束之后，过失就已经成立。

有些国家，伤害、杀人没有具体的举止的要求，没有具体规定行为的特征。不像抢劫规定了专门的举止特征，往往很难找到过失犯。但是杀人、伤害、毁坏财物等，可能是过失的，也可能是故意的，他们的客观构成要件是相通的，唯一的差别是主观上有没有故意。这一类犯罪中，过失犯的检验和一般的检验完全是一样的。

#### （三）行为与结果之间的客观归责

1. 制造法所不容许的风险（违反注意义务）

（1）容许的风险与信赖原则

有些行为的确危险，但是社会生活的发展容忍了这种危险，这就是法所容许的风险，比如开汽车，只要遵守了相应的原则，就是法所可允许的风险。

有了具体的规则，人们之间就有了信赖关系，例如红灯停绿灯行，人们只要遵守交通规则，就不会有交通危险。我们信赖别人都会遵守交通规则。

但开车有谨慎小心的义务，即使有行人闯红灯，也应该刹车。所以在交通事故中，即使没有违反交通规则的细则也可能要负责，因为没有违反细则却违反了原则，而不是极端的撞死白撞，要看具体的规则。

（2）注意规范的来源

注意义务的来源不仅仅来源于法条规范行业细则，还来源于一般的生活中的经验。比如开水应该远离婴儿。对生活经验要有很高的想象力。法律既要看逻辑也要看经验。注意到底要注意到什么程度？

2. 实现法所不容许的风险

过失犯本来就是客观归责理论的大本营。

（1）注意规范的保护目的

要注意要小心的规范所想要达到的保护目的，是不是为了防止本案当中结果的出现。比如没带驾照违反交通规则，但是没带驾照设立的规范和案件中防止撞死草丛中的人的目的是不一样的。比如没系安全带和死亡结果之间有没有因果关系。

（2）义务违反的关联性（结果避免之可能性与风险升高）

如果尽到了注意义务，结果仍然要发生，意味着义务的违反和结果的发生没有关联性。这就是欠缺义务违反的关联性，不能够进行客观归责。比如一个卡车在路上行驶，发现卡车轮胎进入了非机动车道一厘米，醉汉在冰雪中倒在轮胎中压下去了。如果不进去一厘米，能不能压死人，这个结论可能查不清。当你遵守注意义务时，结果是否会发生，还是不太确定，通常认为罪疑惟轻，做对被告有利的推定。存疑的时候认定欠缺义务违反的关联性。比如医生救护患者时出现了一点点违反规定的地方，最后病人死亡，但是如果医生正常做病人会不会死，也是存疑的。

（3）构成要件效力范围（被害人自我答责或他人负责）

比如相约飙车翻车死亡。你的死亡要不要我来承担责任，就有自陷风险或者自我答责的疑问。

## 三、过失犯的违法性阶层

#### （一）过失行为本身的正当防卫问题

过失犯本身能不能成立正当防卫？正当防卫主观上要有防卫的意识。比如阳台上不小心碰掉花盆，刚好砸死抢劫犯。一种观点认为，没有主观上的正当化要素，不能成立正当防卫。相反观点认为，过失犯在构成要件中的检验，基本都集中在客观构成要件中，所以在一定意义上，过失犯的构成要件就是客观构成要件，没有主观构成要件的处理，所以在不法阶层，也只要起到客观上能够应对紧急状况的效果就可以了。

一般的违法性包括行为不法与结果不法两部分，违法阻却事由要求同时具备客观和主观的正当化要素。当行为人主观上欠缺防卫认识和防卫意图时，不能主张正当防卫。但是，也有不同观点认为，过失犯的不法主要是客观的不法，因此正当化事由也不需要主观的正当化要素，只要具备客观的紧急状况，过失犯就可以成立正当防卫。

法律效果。在故意犯的场合，欠缺防卫意思的后果，存在既遂说与未遂说之争。在过失犯的场合同样如此。如采未遂说，过失未遂不罚，最后结论无罪。一种观点认为，虽然结果不法被消除了，但是行为不法仍然保留。所以可以按照未遂去处理，比如构成过失伤害的未遂，只是因为过失伤害未遂不罚

#### （二）正当防卫附随过失结果

1、与上述问题（一）不同，行为人已经认识到防卫情状，并具有防卫意思，但是在防卫过程中，除了实现故意追求的构成要件之外，还过失地实现了其他构成要件。

2、法律效果：根据故意犯与过失犯不法层次高低关系，过失犯阻却违法的认定，应该比故意犯为宽。如此时故意可以成立阻却违法，则过失也可以阻却违法。

例：张三持花瓶攻击李四头部，李四想打落张三的花瓶，不小心同时打伤了张三的手臂。

对花瓶的反击，可主张正当防卫排除（阻却）故意毁坏财物罪的不法。对手臂的反击，如果故意重伤也可以被正当化，则过失致人重伤也可以。

在防卫过程中，处理实现了追求的构成要件，还实现了过失的构成要件。故意的不法程度比过失高。

## 四、过失犯的责任阶层

1、要素与故意犯基本相同

责任能力、违法性认识、期待可能性等

2、过失犯构成要件考查的是客观注意义务的违反，过失犯责任考察的是依照行为人的隔热能力，有无可能去认知客观上的注意义务的存在以及据此采取符合义务要求的举止。

如因生理缺陷或心理缺陷或临时性惊骇过度等因素。

# 不作为犯

构成要件检验中多出了要检验保证人地位。优先看能不能成立作为，作为不能成立时再考虑不作为。

## 一、作为犯v.不作为犯

区分标准：行为的表现形式。有时候很难判断，比如医生关掉生命机。这是一个作为还是不作为？这对于医生来说是不作为。对普通人来说是作为。要在具体案件中视情况而定。

作为犯是以积极的作为方法实现犯罪；不作为犯是以消极不作为实现犯罪

区分意义：前者不需要考虑行为人的保证人地位，后者以保证人地位作为构成犯罪的前提。

适用方式：通常先考虑作为方式可否满足构成要件，不成功时再考虑不作为。

医生因救治无望而关掉维持生命现象的心肺机器，与放弃口对口的人工救助方式，本质上一样，因其具有中止救治的判断权限以及救助义务，因而属于不作为。但是普通人关掉，先考虑作为。

## 二、纯正不作为犯v.不纯正不作为犯

纯正不作为犯的本质在于违反法律的命令规范。法律诫命的特定行为是提供证据，而处罚的是行为人的“拒绝提供”。

不纯正不作为犯的本质在于有作为义务者以不作为的方式违反了法律的禁止规范，以行为人具有防止结果发生的特定义务（保证人地位）为前提。故意杀人、故意伤害等不作为没有写在法律条文中。但是有保证人地位的人，可以通过解释的方式说明这是不纯正的不作为。

**第三百一十一条　【拒绝提供间谍犯罪证据罪】明知他人有间谍犯罪或者恐怖主义、极端主义犯罪行为，在司法机关向其调查有关情况、收集有关证据时，拒绝提供，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。**

## 三、作为义务与保证人地位

### （一）学说：

早期学说：形式义务，包括法律规定、契约承担以及危险前行为等。把违反了民法中的东西直接导出刑法的后果，这肯定是不对的。

主流学说：实质义务。转而出现实质上的思考，不是仅仅按照契约约定的。理论上五花八门。这些理论都是从案件中归纳出来的。社会到底要对谁提出要求，你不救人就是杀人？家庭派生的理论原型可以派生多远？

### （二）分类

有两种：一种是保护性保证人，针对特定法益有保护义务；

#### 1、针对特定法益：保护型保证人与保护义务

（1）特定近亲关系。

（2）生活共同体：同居。

（3）危险共同体：一起登山、潜水。性命相托。

（4）自愿承担或接管保护义务者：保姆、导游、救生员等。张大妈接管小孩。

（5）特殊公职人员：警察见死不救，看着人被打死。警察能不能构成不作为的强奸？不作为是反复在规范表达和生活经验之间循环回转。

家庭派生出来的。假如妻子自杀，不让丈夫救，算不算不作为杀人，这一直都有争议。这是否有隐含对不作为杀人的同意？假如是叫丈夫杀死自己，那么是典型的得同意杀人。丈夫与妻子的关系，和婴儿的派生有一些不一样，到了问题的边缘，刑法上的义务要到什么程度。夫妻感情好不好也会有一定的影响，这些都是有争议的。只有父母和婴儿之间没有争议。比如子女不救父母是不是不作为的杀人？假如义务冲突，儿子对母亲和老婆都掉水里怎么办。假如是女朋友的话，没有刑法上的救助义务，而对母亲有救助义务。子女对父母的义务是怎么建构出来的？会出现中外语境的差异。养儿防老，孩子对父母有照料的保护型关系，对父母照料就犹如父母对小孩小时候的照料，所以也有刑法上的救助义务。中国的情况下，要做出一个这样的判例来，要敢于下判。中国父母对小孩家庭的嵌入是很深的。从正义伦理上，中国不救父母是很难过关的。

#### 2、针对危险源：监督型保证人与安全义务

这不同于保护型保证人。

（1）特定危险物的监管者：比如家里养了一条疯狗，应该看住它，不能放纵狗咬人。比如精神病人、锅炉、火车。

（2）管护他人者

（3）危险前行为？最有争议。

解铃还须系铃人。危险紧密衔接的违反义务的行为（争议较大）。危险是你自己制造的，就要有防止行为的危险被现实化的义务。不法的违反义务的行为。后面要防御的危险通常是前面的构成要件所制造的危险还没有用尽的危险。已经评价过违反义务之债危险的行为，如果现实化评价为既遂没有问题，但是还有评价要消除一个危险是不合适的。要评价的是前面构成要件阶段没有包进去的溢出的风险。比如摔下花瓶致人死亡，前面的行为已经包括了可能致人重大伤亡的风险，前面创造的已经足以进行评价，不需要再下去救他。

合法行为创造的危险一般不产生保证人义务，例如正当防卫将人打成重伤，就没有救助义务。

## 四、不作为犯的构成要件阶层

### （一）客观构成要件

1、结果

2、不为法规范期待之行为（不作为）

客观上没有作为可能性，或者没有作为能力，就排除法规范期待作为。

3、不作为与结果之间的因果关系：条件理论的变体

因果关系是一个条件理论的变体。作为的场合是说，若无前者，必无后者，这是实际上发生的。但是不作为的场合是说，如果你做了就不会死，这是一个想象中的规范上的场合。

4、客观归责

5、保证人地位

审核争议比较大，难度比较大。不作为犯场合的保证人：分为保护型的保证人和监督型的保证人：

1）保护型的保证人是针对脆弱无助法益有保护义务，比如父母对子女；

2）监督型保证人指的是对危险源的监督，理论上也有把危险前行为归入，一般指的是违反义务的行为。完全是合法的行为，主流观点认为不会产生保证人地位。

最严重的可能是犯罪行为。犯罪行为是否会产生保证人地位？通常情况是不会的，因为不会要求杀人犯及时救助被害人，否则就成立一个额外的杀人。但是也不尽然，有时候可能前面的构成要件行为没有完全涵摄后面的风险，有额外的风险。比如非法拘禁他人，是一个犯罪行为，假如楼中突然起火，使得被拘禁者面临新的危险，如果你不给他开锁导致他死亡。死亡结果不是拘禁直接导致人死亡，无法逃生的困境就是危险前行为造成的，就是那个构成要件除不尽的风险，就构成保证人地位，就是不作为的杀人。也有可能是不构成犯罪的危险前行为，不是犯罪但可能是过错，比如以为屋子里没人，结果把室友反锁在屋子里，出现火灾无处可逃的情况。

（二）主观构成要件

同作为犯。如果对保证人地位没有认识，那么排除故意。比如不知道河里落水的是自己的儿子。

## 五、不作为犯的违法性阶层

考虑因素原则上同作为犯。比如说不作为的方式实施紧急避险，也是可以的。

**特殊事由：义务冲突。**

在法所要求的数个义务之间产生冲突时，以违反某一义务为代价来履行另一义务。这是一个重要的正当化事由。比如唐山大地震的场合，就是一个义务冲突的场合。首先这两种义务必须发生冲突，不能是一先一后。

义务冲突通常是作为义务之间的冲突。当作为义务与不作为义务之间冲突时，通常是按能否成立紧急避险考虑。比如喂小孩是作为义务，结果家里没有奶粉了，就偷来其他人的奶瓶喂小孩。这是一个义务的冲突，是紧急避险的问题，通常就不叫做义务冲突。

## 六、不作为犯的责任阶层

考虑因素原则上同作为犯。

# 共同犯罪

最令人感到绝望的一章，在中国很乱，中国的立法规定主要采纳了类似于英美刑法理论对于共同犯罪作为主从犯的解释，但是从民国继承下来的优势正犯和共犯二元方式。这两套分析架构同时出现在理论和实践中。

**第二十五条 【共同犯罪】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;应当负刑事责任的，按照他们所犯的罪分别处罚。**

中国的共同犯罪是共同故意犯罪，没有共同过失犯罪。实践中也有共同过失犯罪的情况，比如一起练打气枪，击中了路人，既不是追求也不是放任，不知道是谁打中的，就都是过失，实际上就是共同过失。共同过失的犯罪在理论上和生活上都是存在的，但是在法律上不承认，法律上仅仅指的是共同故意犯罪，这是立法对理论的限制。所以，按照单个人来计算，分别处罚，不当做共同犯罪的成员来对待。

**第二十六条 【主犯】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。**

规定了几种共同犯罪人的类型。主犯是组织领导犯罪，要有犯罪集团，较为固定的犯罪组织。一般的犯罪团伙不等于犯罪集团。其他主犯就是各种共同犯罪中，起到主要作用的就叫做主犯。对于主犯，按照集团所犯的全部罪行处罚。前提是必须是犯罪集团的老大。非集团的处罚原则：是要组织和指挥犯罪，才负责任。

**第二十七条 【从犯】在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯。**

**对于从犯，应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。**

从犯是共同犯罪中起到次要或者辅助作用的。处罚原则是从轻、减轻或者免除处罚、主从犯的二分，传统理论认为主要是解决量刑阶段的问题，但是不解决到底犯什么罪。

正犯和共犯解决定罪，主要是看有没有实施刑罚分则所规定的构成要件行为。拿刀杀人的符合了构成要件是正犯，买刀递刀的不能被评价为杀人行为，是共犯。但是越来越多理论认为，仅仅看形式上谁实施构成要件行为是不够的，有人没有实施构成要件行为也是正犯。外国（德国）有说要看在犯罪当中是不是起到主要作用。主要作用的判断就实质化了，缺乏形式的标准。

**第二十八条 【胁从犯】对于被胁迫参加犯罪的，应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚。**

**第二十九条 【教唆犯】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。**

**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。**

## 一、共同犯罪的定义

**刑法第25条：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的，不以共同犯罪论处，应当负刑事责任的，按照他们所犯的罪分别处罚。**

### （一）定罪层面的二元参与体系：正犯和共犯

* 正犯和共犯的字眼：二元区分的方式在理论和观念上始终是很强大的，民国的立法也是如此。学术界目前仍然用这个来理解，尽管在法条中中国没有出现正犯的字眼。对犯罪结果有原因力的人做出区分。所谓的二元参与体系，与之相对的是单一正犯体系。也就是在认定犯罪的层面上，不区分正犯和共犯，而是把所有的共犯也评价为正犯。只要对结果的归属做出贡献的人，都是正犯。
* 正犯划分为直接正犯、间接正犯、共同正犯。直接正犯和间接正犯通常也被放在单独正犯的层面下考虑。直接用刀捅死的是直接正犯，而不是直接依靠自己之手是间接正犯。同时正犯，张三和王五同时向李四开枪，但是对两人来说，没有犯意的沟通和联络，不构成共同犯罪。而共同正犯的表现形式一定是由多人来实现的，而不是单个人。
* 共犯划分为教唆犯和帮助犯。这是现在普遍承认的共犯的两种形式。共犯不是直接实施犯罪的人，这涉及到为什么这样的人要承担行为责任？对他们处罚的根据是什么？在正犯尤其是直接正犯的场合，是直接实施暴力行为，实施了构成要件行为。单独看起来，他只是说一些鼓动的话或者递武器，单看这个行为并没有办法进行惩罚。这是定罪层面的二元体系。
* 必要的共同犯罪/必要的共犯（相对于任意的共同犯罪，可以一个人完成也可以多个人完成）：必要共同犯罪讲的是构成要件的实现通常需要两个以上的人为必要，仅仅一个人无法完成。比如说，规定聚众型犯罪，聚众持械越狱。
* 还有对合犯，不同的人用不同的方式来参与和实施犯罪情态。对合犯的情况下，要考虑双方的情况。比如说买卖类型的犯罪，买卖枪支、公文证件等等。参与者有没有超越角色影响到是否对他惩罚的结果？比如监狱狱警故意疏于管理放走犯人。本来是不追究被放走的人的，但是如果被放走的人和狱警之间有勾连，可能就涉及到对监管人员的教唆的问题，可能就涉及到共同犯罪。
* 还有些场合针对特定法益的保护，特定法益的承担者即使超越了本身的法益的角色，由于是被特殊保护的，可能也不会去惩罚他。比如强奸罪，即使幼女同意，甚至是引诱，行为人也构成犯罪，这就是特殊保护。幼女即使是一个唆使人，超越了对被害人角色的设定，但是由于有特殊保护，也不会去惩罚她。

### （二）量刑层面的体系：主犯、从犯、教唆犯

* 通说认为主犯、从犯、教唆犯是一个量刑的体系，根据起到作用的大小来定。有很多人认为，我国规定主犯和从犯问题，没有解决定罪问题，只解决了量刑问题，因为主犯的规定讲还是在共同犯罪中起主要作用。定罪要看正犯和共犯的区分来解决。仅仅是依靠形式上的标准，有时无法完整地涵盖正犯，有人只是实现了部分的行为。国外对理论提出反思。从形式走向实质。我国也在讨论理论和实践的融合。

## 二、共犯形式

### （一）任意共犯与必要共犯

* 任意共犯：一人可以实施的犯罪，由二人以上共同实行。
* 必要共犯：刑法分则规定，必须由二人以上共同实行的犯罪。例：聚众斗殴罪；聚众淫乱罪；组织、参加恐怖组织罪。比如组织型的犯罪，组织、领导、参加恐怖组织罪，具有组织型的就不可能是一个人，这属于必要共犯。
* 对向犯（对合犯）：双方行为互为条件，互相作用，以对方的对向行为为必要条件。例如重婚罪、行贿罪与受贿罪、贩卖淫秽物品（只处罚一方）。

### （二）简单共犯与复杂共犯

* 以犯罪是否有分工作为区分标准

### （三）一般共犯与特殊共犯

* 特殊共犯指的是有组织犯罪；此外都是一般共犯
* 有组织犯罪：组织、领导、参加恐怖组织罪；组织、领导、参加黑社会性质组织罪；入境发展黑社会组织罪

## 三、共同犯罪的成立条件

* 三个成立条件：二人以上；共同犯罪行为；共同的犯罪故意。

### （一）二人以上

1、“人”是否必须具备刑事责任能力？比如13岁的甲与16岁的乙共同强奸；比如16岁的甲与15岁的乙合伙入室盗窃。

* 人不必要共同具有刑事责任能力。即使有一个人没有达到刑事责任年龄，也可以对另一个人处罚。只是从责任的层面上免除一个人而已。盗窃不属于规定可以惩罚的的八种罪名，但是在不法层面还是可以成立，只是在责任的层面分别论处。

2、“人”是否仅限于自然人？比如甲公司董事会决定与乙联手开办地下赌场；丙公司和丁公司决定共同走私，是否构成共同犯罪。

* **第30条：公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为，法律规定为犯罪的，应当负刑事责任。**
* **第31条：单位犯罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。**

**本法分则和其他法律另有规定的，依照规定。**

* 刑法有关于单位犯罪的规定。单位犯罪也被称为法人犯罪，只不过我国可能更宽泛一点。这个单位可能不是法人。单位被拟定和自然人一样有责任和地位，单位本身能够单独构成犯罪，也可以和其他自然人或单位成立共同犯罪。一个自然人与一个单位，或两个单位之间都可以成立共同犯罪。单位是与自然人并列的另一种犯罪主体。

1. 单位意志
2. 以刑法分则明文规定为限：合同诈骗罪，集资诈骗罪等
3. 双罚制

* 单位犯罪成立的要点：自然人不仅要求客观行为，还要有主观要件，行为的有益性。但是单位犯罪要看这反映的是单位的意志还是这几个人个人的意志，要看资金流向利益归属等很多因素；不是所有自然人的犯罪都是可以由单位实施的，这需要以法条的明文为必要；
* 单位犯罪在我国是双罚制，既罚单位又罚个人。

### （二）共同的犯罪行为

1、行为形式：共同的作为；共同不作为；作为与不作为

* 共同的作为比如一起打人；共同不作为比如夫妻一起看小孩被饿死；作为与不作为比如丈夫暴打儿子妻子袖手旁观。
* 关于不作为如何才算共犯，迄今没有达成共识。有人认为不作为是违反了保证人地位，所以只要是不作为的犯罪原则上都是正犯。有人认为不作为在事实层面，在事实层面无法支配因果流程，没有办法成为正犯，最多只能成立共犯。有人认为要根据不同情况来看，又有根据作用力大小、上位者和下位者、保护型保证人还是监督型保证人。

1. 二元参与体系：正犯与共犯的区分

* 如何区分正犯和共犯在理论上有两类阵营，一种是主观说，一种是客观说：

1. 从主观层面来区分正犯和共犯，在德国司法实务界仍然处于主流地位。也就是说每个人对结果所起的作用都是等价的，它并没有摆脱条件说因果关系的桎梏，没有办法划分责任的大小，这是主观说背后对应的因果关系的看法。而客观归责理论是对条件说的升级版，但是在实践中还有很长的路要走。既然客观上所有条件都是等价的，就只能在主观上区分。如果行为人按照自己的意志对于构成要件做出控制。如果是按照自己的意志，就是正犯，如果是认为我是为了别人的利益干的，那么就是视为共犯。
2. 早期的客观说是形式的客观说，今天的客观说主要是实质的客观说，关键是看谁对行为事实有支配性的地位。对于这个的支配是区分正犯和共犯的标准。早期形式的客观说没有办法回答间接正犯的关系，现在可以。

* 正犯：支配性、主角，加入了很强的评价的色彩。支配又分为行为支配、意思支配、功能支配：

1. 行为支配：简单说就是**直接正犯**。
2. 意思支配：虽然我不是实施构成要件行为的人，但是我对于实施构成要件行为的人有支配力。我在主观意思层面支配着实施构成要件行为的人。他是我的工具，我操纵着他。通过他人去实现构成要件，通过支配他人的意识来达到对行为的支配。这种情况下，幕后者和台前者不构成共同犯罪。台前者不构成犯罪或者构成的是其他罪名。比如被利用传播淫秽物品的情况。还有特殊的幕后者，也就是正犯背后的正犯，前台的人也是完整构成独立的犯罪，幕后者仍然保持对前台的支配，但是它也有所不同，主要体现在前台这的可替换性。
3. 功能性支配：讲的是在共同犯罪中，彼此之间的行为对于犯罪结果的实现有相互补充相互支持的功能性的关系。比如在抢劫中，一个人实施暴力行为，一个人取得财物，相互配合，相互之间有功能性的关系，有支持和补充的作用。

* 共犯：非支配性、配角，虽然推动构成要件的实现，但是就对构成要件发生的影响来看，只是边缘性的人物，所以就是共犯。
* 共犯的处罚根据的问题：在二元的犯罪参与体系下所说的正犯，严格地限缩在构成要件的范围之下。限制的正犯概念肯定对应扩张的正犯概念。

1. 对于限制的正犯概念而言，刑法分则条文规定仅仅是处罚限制的正犯，要处罚教唆者和帮助者的时候，总则的条文中规定了帮助犯、教唆犯，这就叫做刑罚的扩张适用。这是法律根据，而这些人被处罚的理论根据，因为他们对惹起的结果有原因力，说明这种行为本来是有不法的，具有了可罚的基础，这个说法的背后意味着共犯的处罚是和正犯无关的，产生的结果不必依附于正犯，对应的是共犯相对于正犯的独立性。
2. 不法的参与，和主行为人共同来行使，你的不法在于引发了主行为。处罚根据落脚点就不是落在结果上，而是落在主行为人的身上，共犯的处罚根据依附在主行为人之上。这衍生出的是共犯相对于正犯的从属性。通常而言从属性讲的是不法层面的从属性，在责任层面上是独立于正犯的。这也就是限制从属说。从属只需要从属到不法。共犯能带动正犯，只要在不法层面能带动就可以了，责任的层面分开算。

3、共犯的处罚根据

4、身份犯：

* 犯罪行为支配标准要让位于身份义务。只有某些特定的主体才可以犯罪。
* 比如不是所有人都可以去贪污的。但是贪污一般都是老婆帮忙收的，家属收受贿赂的过程中，实际上是起着支配性作用的。但是正犯还是算国家公务人员而不是他的老婆。因为老婆连构成要件的主体都不符合，没有办法成立正犯。

5、单独正犯：直接正犯（行为支配）、间接正犯（意思支配）、同时正犯

6、间接正犯（意思支配）

在意思上控制他人。

**（1）利用错误（构成要件阶层）**

* 比如说利用他人构成要件的错误。台前的工具本身是欠缺犯罪故意的，只是被利用去实施犯罪。利用无犯罪故意者。例：欺骗他人按开门按钮，欺骗警察谎称某人是现行犯。
* 有的时候有犯罪故意，但是没有想要的特定的犯罪故意。利用无特定犯罪故意者。例：甲乙盗墓，甲发现另有其他盗墓者丙藏身于一个名贵古董后，但是乙不知道，便怂恿乙开枪破坏古董，乙开枪致丙死。
* 有时是利用有故意无目的的工具。例：甲乙共同在网络上传播淫秽物品，但是乙并不知道甲有牟利目的。对于传播淫秽物品牟利罪的人而言，另一个人就是被他利用了。

**（2）利用正当化行为（违法性阶层）**

* 欺骗对方存在一个紧急的状态，使得对方以为果然存在，成立假想防卫。这是在违法性阶层工具被利用。

**（3）利用无罪责者的行为（责任阶层）**

* 无责任能力者：并非所有利用未达到法定年龄者均成立间接正犯。一种情况是欺骗一个很小的小孩，给妈妈下毒，这是一种利用形态。另一种情况是十三岁混混少年杀人，不法共同构成，责任互相评价，对他不是间接正犯，而只是一个教唆犯，这成立共同犯罪。教唆是因为对方的影响没有达到控股的地步，关键的部分还是自己占了大头；但是如果大脑已经被对方支配控制欺骗了，这是被利用为工具。十四岁以下的儿童，有被教唆但是自己是正犯的有自己的主见的，也有小孩的脑子是完全被支配的。情况二下，大人是故意杀人的间接正犯，小孩只是工具；情况三下，大人和小孩构成共同犯罪，小孩是故意杀人的正犯只是不处罚，大人是教唆犯。
* 陷入不可避免的违法性错误者。典型的比如针对邪教组织的时候，完全是被支配控制的。战争犯罪的审判中，经常会用到间接犯罪的法理。

**（4）正犯背后的正犯**

* 极端的杀手组织当中，尤其是恐怖主义组织当中。杀手在前台，肯定完整地构成正犯。但是这和以往间接正犯的模型有一些不一样。不只是杀手构成犯罪，而且杀手背后的一哥一姐也构成正犯。杀手是一个执行组织命令具有可替代性的工具。包括在战争的场合。这体现的是台前者的可替换性。

7、功能性支配：共同正犯

（1）成立条件

* 共同正犯行为。

每个参与人的行为是否都实现了部分的构成要件举止特征；各个参与行为之间是否具有功能性的补充。

* 共同行为决意。
* 第一，在客观上共同地实施行为；第二，主观上具有共同的行为决意。各个参加者对于共同实施的犯罪行为，都要有一个认知，而且至少有一个在默示基础上的同意。所有的参加者都是基于共同的行为决议，既为自己也为他人，实施犯罪。之所以叫做功能性，是因为要发挥不可或缺的作用。比如要抢劫，双方在行为上互相支持。

（2）承继的共同正犯

* 在行为的实施过程中又加入进来，后加入者和前者形成共同正犯。不要求在行为前就形成明确的合意，有可能是在行为实施之后。但是加入进来的人，应该是在犯罪既遂之前。在犯罪既遂之后，原则上不可以再认定共同正犯。因为行为本身的时点终结为既遂之时。除非有一段时间的持续犯，比如非法拘禁持续存在。不过这个理论上仍然有争议。

（3）共同正犯的过限

* 对共同犯罪尤其是两人都是正犯的情况而言，其实对方的行为就代表了自己。两个人就好像一个是手一个是脚，两个人就像一个人，只不过是做出了不同的功能的贡献。所以**每个人的行为要在共同犯罪的限度之内才能彼此负责任**。如果有人超出了或偏离了行动计划，就只能由他自己负责，其他人不能够再承担责任。这个叫做共同正犯的过限。比如两人一起入室盗窃，一人见色起意强奸，只能把盗窃算在两个人头上，强奸不行。比如一起入室盗窃，但一人转化为入室抢劫，如果反对了就不能把入室抢劫算在自己的头上，如果有一个默示的同意，就可以归责给两个人。行动的合意是可以在行动的过程中形成的，是可以有变化的，但是变化要得到双方的认可和同意，才能算作两个人的作品，否则只能由偏离者承担。

### （三）共同的犯罪故意

1、犯意联络

（1）时间：在行为前或行为中，但不能在行为后

（2）内容：比较具体清楚。合意的内容要具体清楚。如果各干各的不能叫犯意的联络。犯意会关系到适用那个构成要件，这会涉及到罪名。但是它不要求非常严格。

2、不存在犯罪故意的情形

（1）共同过失犯罪

（2）一方故意而另一方过失。一人故意开枪杀人，一人过失开枪，一人故意一人没有，不能按照共同故意犯罪，也不能按照共同过失犯罪。

（3）同时犯：没有犯意的联络。

（4）片面共犯：趁对方被追杀时下脚绊；关电梯。例：甲乙有仇，一日在马路上看到丙在追杀乙，故意开车挡在乙车前，丙追上来将乙杀死。例：甲知道乙要入室抢劫丙的财物，为了帮乙（乙不知情），提前将丙打昏，乙入室后发现丙已经昏迷，便取财离去。

成全了张三杀李四，但是张三不知道。一方在客观上对另外一方起到了支持和帮助的作用，但是双方并没有形成犯意联络，这就是片面共犯。

（5）实行犯过限：共谋入室盗窃后抢劫或强奸

## 四、教唆犯

* 教唆犯和帮助犯是共犯最为典型的表现形式。在事件当中并不是起到决定性关键性作用的人。只是配角而不是主角。
* 教唆行为：形式多种多样，可以是书写、语言、行为等等，只要能够起到引起他人犯意的效果就可以。通常认为是在一个人的犯罪决议从零到一的过程中，发挥了作用。如果在打人的过程中说你不打在街上都没法混了，语言可能起到的是强化对方犯意的过程，假如从一到二，就不是教唆的认定，而是认为是精神上的帮助犯，犯意得到强化和加强。**对于升格的构成要件，可以认为是教唆，**比如原本是抢劫演化为持枪抢劫，这是新的强大化的犯意。
* 教唆故意（双重教唆故意）教唆故意只需间接故意即可。教唆故意必须包括：

1. 完成一确定的故意且违法的主行为。确定地想要少年去杀死同学。
2. 使主行为人萌生行为决意。故意的内容包括使得对方没有意图到有意图，努力使对方产生犯罪意图，产生的还是特定犯罪行为完成和既遂的意图。

* **第29条：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。**

**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。**

* 这和我们讲过的基本原理存在冲突，也就是共犯的从属性。一方面意味着他处于从属地位，不是一个主角，起到的是次要的作用。但是认为应当按照所起的作用处罚，起到的是怎样的作用要看在具体犯罪中。主犯起主要作用，从犯起次要作用。对于正犯和共犯区分时，共犯永远起次要作用，不是主角。可是在这个条文中，可能还要看具体案件，有可能他就是主角。可以从轻处罚，又显示了它的从属性。所以29条非常特殊，理论上有教唆犯的二重性，究竟是从属性还是独立性还是兼而有之。
* 一种解释：把这句话中的教唆当做广义上的教唆，有可能是严格的狭义的共犯上的教唆犯，也可能是以及教唆形式呈现出来的间接正犯。如果起主要作用就是支配了对方的大脑，那就变成了支配他人的幕后的间接正犯。如果是间接正犯，那就容易理解这个条文。
* 另一种解释：把“没有犯被教唆的罪”理解为如果没有犯被教唆的罪达到既遂状态，那么就可以从轻或减轻处罚。（张明楷的解释）

## 五、帮助犯

* 帮助行为：罪行法定讲的是正犯的行为必须有明确的特征。帮助只是要求在客观上有帮助的效果，对主行为有推动的作用就可以了。
* 有时候是想要帮助，但是没有发生实际效果，甚至有可能帮倒忙。如果没有因果关系的话，也可以成立帮助犯，因为很难讲当时的支持，比如递上万能钥匙，结果门是开的，这对于客观上的行窃成功没有效果，但是精神上无形中可能有促进效果。这也是有学术争议。
* 帮助故意和教唆故意是双重故意。知道自己在做什么，知道这个行为的效果，两重意思都要具备，否则不足以认定一个完整的单独犯的故意。
* 这几年存在争议，因为有一些现实情况。很多行为客观上看起来对犯罪行为有促进作用，但是这种行为在社会生活中又大量存在，那能不能认定为犯罪？比如告诉司机我是要炸清华的，滴滴司机去就是了，不管你是去干什么，就把你送过去了。这一类行为在生活中大量存在。比如银行转账时流露出转账意图，或者寄快递的时候告诉快递员这是机密文件，或者去饭店大喊吃完饭要去翻墙犯罪，这算不算帮助犯？比如当年的快播案，快播主张自己只是提供平台，“技术无罪”，没有引导或者帮助对方怎么做，认为自己是中立的。车老师认为不能一刀切。因为这之所以有争议，是因为这和一般的帮助行为不太一样，这是被社会生活秩序基本所容忍的。如果和普通的一样认定，就要求这些行业的人进行严格的审查义务。
* 帮助故意（双重帮助故意）帮助故意只需间接故意即可。帮助故意必须包括：

1）实施并使一特定的故意且违法的主行为达致既遂，和

2）自己提供帮助。

## 六、共犯人分类及其刑事责任

（一）主犯

* **第26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。**

* 主犯有两种：

1. 组织、领导犯罪集团的首要分子，不论是否参与、策划甚至知道犯罪集团的罪行，都按照全部罪行对其处罚。要对所犯的全部罪行承担责任。
2. 其他在共同犯罪中起主要作用的人，按照其所参与或组织、指挥的全部犯罪处罚。

（二）从犯

* **第27条：在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯。**

**对于从犯，应当从轻、减轻或者免除处罚。**

* 起到的是配角的作用，得到的回报也从轻减轻。

（三）胁从犯

* **第28条：对于被胁迫参加犯罪的，应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚。**
* 被胁迫参加犯罪的。这也是我国的特殊规定。理论上也存在很大的争议。
* 仍然是按照共同犯罪来定罪，但是在量刑上面应该减轻或免除。从轻的意思是在法定刑的区间内选择刑期，减轻是刑减一等。

（四）教唆犯

* **第29条：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。**

**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。**

# 竞合论/罪数论

* 和分则条文的具体罪名结合起来。多个行为还是定一个罪。怎么选择标准和原则呢？定罪之后怎么量刑呢？通常的行为是把罪名涵摄到行为之下。法学整体是实践理性科学。一个行为还是数个行为，往往取决于判断的标准和原则。打倒李四是一个行为，掏出钱是另外一个行为。但是如果是基于拿钱的目的来打倒李四，那么其实就只是一个抢劫行为。一开始就面临着是从自然的眼光看待还是构成要件的眼光看待，主要是后者。
* 持续犯：一个持续的犯罪行为。
* 接续犯：还有行为性质很相近、间隔很短。每个房间都偷一些东西。
* 徐行犯：本来一次就可以实现的，但是基于某种原因多次实施。比如给丈夫每天下一点毒。
* 事后不罚行为：比如偷东西却把赃物卖掉，可能构成赃物犯罪。但是销赃行为直接认定为盗窃行为的事后不可罚。主要是考虑不具有对犯罪人不去实施后一行为的期待可能性。不可能期待一个人偷了东西还到派出所。
* 一个行为能不能评价为几个犯罪？几种竞合的类型。
  1. 法条竞合：诈骗和合同诈骗。各种诈骗类型，叫做特殊法条。这些法条之间恒定有天然的竞合。按照特殊法优先普通法的基本原则来适用。
  2. 想象竞合：由于具体个案的行为同时触犯了两个以上的罪名，损害到多个法益，叫做想象竞合。和法条竞合最本质的差异在于：逻辑上法条本身自带的不受个案影响的竞合关系；而想象竞合是决定于个案中的竞合事实，没有恒定的竞合关系。比如偷走对方的速效救心丸。
  3. 实质竞合：解决数罪。我国的原则：同种数罪不并罚。例如杀人罪，杀一个人判杀人罪，杀两个人也是杀人罪，在责任层面考虑杀人的数量。我国一个犯罪可以量到死刑。
  4. 牵连犯：两个罪之间有牵连。私刻印章是实现诈骗目的的手段。后来废除了，因为我国的分则条文有时从一重罪有时数罪并罚。

## 故意犯

#### 1.1客观构成要件：

结果：是否出现构成要件中的结果？

主体：是否满足构成要件对主体的特殊要求？（身份犯）

行为：是否满足构成要件对行为方式、手段、对象等特征的要求？

因果关系：结果是否由行为人所引起？（条件说）

客观归责

#### 1.2主观构成要件：

构成要件故意（主客观一致的判断）

* 对客观构成要件内容有认识和意志
* 故意与行为同步

超过的主观要素？

* 是否具有非法占有的目的等

#### 2. 违法性审查

是否存在违法阻却事由？

客观正当化要素、主观正当化要素

#### 3. 责任的判断

* 故意的责任形态？
* 刑事责任能力？
* 违法性认识？（禁止错误）
* 其他责任阻却事由？

#### 4. 犯罪或刑罚的排除事由

* 我国司法解释规定，“亲属间相盗的，一般不按犯罪处理。”
* 德国刑法第258条阻扰刑罚罪第6款：为使家属免受刑罚而为上述行为的，不处罚。

#### 5. 刑罚启动的诉讼条件

刑罚启动的告诉条件：是否属于自诉案件而被害人不告诉？

刑罚阻却的时效条件：是否超过追究时效？

## 打击错误与对象错误

#### 案例1（打击错误/偏差）

张三打算枪杀李四，但是枪法有失准头，没打中李四，却误中了站在李四旁边三米远的王五，致使其重伤。问张三的刑事责任。

张三基于枪杀李四的目的而开枪的行为，涉嫌构成针对李四的故意杀人罪（未遂）。

一、构成要件该当性

（一）主观构成要件

杀人的决意。张三打算枪杀李四，且举枪瞄准并开枪，认识到开枪致人死亡的行为风险并积极追求。

（二）客观构成要件

张三举枪瞄准并开枪射击，已经进入着手实行杀人行为的阶段。

二、违法性

本案中不存在违法阻却事由。

三、责任

本案中不存在责任阻却事由。

四、中止犯

本案中未出现李四死亡的结果，属于射击不准形成的打击偏差。未达到既遂，并不是由于张三自动放弃犯罪或者自动有效地防止结果发生，而是由于其意志以往的原因而未得逞。因此不构成中止犯。

五、结论

张三基于枪杀李四的目的而开枪的行为，构成故意杀人罪（未遂犯）

张三开枪误中王五的行为，涉嫌构成针对王五的过失致人重伤罪。

一、构成要件该当性

1. 结果。本罪成立要求出现重伤结果。在本案中张三开枪击中王五，致使其重伤。

2. 因果关系。在本案中，张三的开枪射击对王五重伤而言，是不可想象其不存在的必要条件，两者之间存在因果关系。

3. 客观归责。张三朝着李四开枪的行为，对李四周边的其他人也创设了法不允许的致人伤亡的风险，并且在王五的重伤结果中实现。

二、违法性

本案中不存在违法阻却事由。

三、责任

本案中不存在责任阻却事由。

四、结论

张三构成针对王五的过失致人重伤罪。

#### 案例2（对象错误）

张三打算枪杀李四，但是瞄准时看错了人，把站在李四旁边的王五当成了李四，朝着王五开枪，致使其死亡。问张三的刑事责任。

张三枪杀王五的行为，涉嫌构成针对王五的故意杀人罪。

一、构成要件该当性

（一）客观构成要件

1、结果。本案中出现了王五被枪杀的死亡结果。

2、行为。本案中张三实施了开枪射击的杀人行为。

3、因果关系与客观归责。本案中符合张三的行为是王五死亡的必要条件，创设并实现了致人死亡的风险，符合因果关系与客观归责。

（二）客观构成要件

故意。张三用枪瞄准王五并射击，能够清楚地认识到并追求行为的危害后果。这里存在一个对象错误，即张三本意是枪杀李四而非王五，只是误将王五当成了李四而射杀。但是这一对象错误不影响张三杀人故意的成立，因为它是一个处在故意杀人罪的构成要件范围之内的法益等价的对象错误，无论是李四还是王五，作为“人”都是杀人罪的保护法益客体，而张三想要杀死的，就是他瞄准并射击的“那一个人”。就此而言，张三对于“自己朝着某人开枪的行为会致使该人死亡”这一客观构成要件内容，没有错误认识。因此，张三具有故意杀人罪的故意。

二、违法性

本案中不存在违法阻却事由。

三、责任

本案中不存在责任阻却事由。

四、结论

张三构成针对王五的故意杀人罪。

#### 案例3

**某晚，张三带着爱犬“小白”（市价6000元）在小区里遛狗。路上遇到了朋友李四，也带着自己的爱犬“大黑”（市价10000元）外出散步。小白认识李四，就摇着尾巴很热情地向李四跑来，李四蹲下身去抚摸小白。跟在李四身边的大黑出于嫉妒，立刻将小白扑倒并对其撕咬。张三和李四均大声呵斥，努力制止但收效甚微。**

**张三情急之下，看到打球回来路过此地的王五手里拿着一只羽毛球拍（市价5000元），就顺手夺过来，用球拍去拨开大黑。但是大黑仍然死死咬住小白不放。张三情急之下，全力用球拍抽打大黑，但没有注意到，这时候王五跑过来想要回自己的球拍，结果张三球拍挥动时不小心击中了王五眼部，致其重伤。最后，大黑被球拍在其头部连续击打，流血而死，球拍也被打烂。**

**张三顾不上李四和大黑，抱起受伤的小白直奔动物医院。一路上小白血流不止，张三看见路边赵六家的院子里面挂着一件背心（市价30元），于是就冲进院子，见院内无人，情急之下也来不及找人解释，就直接把背心扯下来，给小白包扎止血，打算回头再向主人赔钱。此时，赵六在楼上看到有陌生人闯进院子里拿衣服，一边大声呼喊一边下楼查看。结果失足从楼梯上滚落下来，摔成骨折（重伤）。**

**在后院骑上摩托车正准备出门的赵小六，听到父亲赵六的喊叫，开着摩托车到了前院，看到有人在自家院子里面拿背心，于是踩足油门向张三撞去。张三被摩托车撞倒昏迷（重伤），小白也滚落在地。赵小六认为对方是偷东西不成又想要故意讹钱，没去理会，放下摩托车回屋里去照看摔伤的赵六。此时，院子门口经过一只流浪的疯狗“老灰”，看到在血泊中哀叫的小白，突然发狂冲进院子里，扑上去撕咬小白。赵小六看到了这一幕，但没有去管，因为在他看来，这是小偷的狗，出什么事都是自作自受，和自己无关。十分钟后，小白被老灰撕咬而死。事后查明，小白之前被大黑撕咬的伤势并不严重，若及时救治应能恢复。**

**问赵小六的刑事责任。**

A．赵小六开摩托车将张三撞成重伤，涉嫌构成故意伤害罪

一、构成要件该当性

（一）客观构成要件

1. 伤害行为与结果。伤害是指对他人的身体造成健康功能上的损害。赵小六用摩托车撞击张三致使其重伤昏迷，符合伤害他人身体的特征。（√）

2. 因果关系与客观归责。按条件说，没有赵小六的撞击，张三不可能重伤，赵小六的行为对张三重伤而言，是不可想象其不存在的必要条件，两者之间存在因果关系。 张三的行为创设了法所不容许的风险，并最终实现在张三受伤的结果之中，因此将张三的重伤结果在客观上归责于赵小六的行为。（√）

（二）主观构成要件

故意。本罪是故意犯，要求行为人认识到自己的行为会毁坏他人财物并希望或放任。本案中，赵小六明知自己行为的结果仍为之，具有伤害他人的故意。

二、违法性

赵小六的行为可能构成正当防卫

1. 不法侵害。正当防卫成立的前提事实条件。即在形式上表现为一个正在发生的、针对一个可以用来防卫的法益所实施的不法侵害。这里涉及到一个对“不法侵害”采取事前判断还是事后判断的问题。如果采取事前判断，一般人处在赵小六当时的情境下，看到陌生人闯入自家院落取走衣物，均会确信这是一个不法侵害，那么，这里就不存在赵小六的认识错误问题。相反，如果采取事后判断，则张三的行为，尽管在构成要件层面符合盗窃罪或者故意毁坏财物罪，但是在违法性层面，因为紧急避险而被阻却违法性，因此不属于“不法侵害”。由此，就产生了赵小六认识错误的问题。

这里存在理论分歧。如果采取事前判断，则本案中存在不法侵害，赵小六也没有认识错误，此时应继续检验正当防卫的其他条件。如果主张事后判断，则本案中不存在不法侵害，不成立正当防卫，但赵小六对此具有一个容许构成构成要件错误，直接跳到（三、责任）进行检验。

对于何时提出此类错误，刑法理论上观点各异，有主张在构成要件阶层提出，有主张在违法性阶层提出，有主张在责任阶层提出，还有认为应独立一个阶层专门处理。从该错误出现的第一时间来看，是在违法性阶层，因此从体系逻辑的融贯性上来看，建议在违法性阶层提出来，但是在责任阶段具体处理。

2.不法侵害正在进行。正当防卫成立的时间条件。即在形式上表现为一个正在发生的针对他人的不法侵害。本案中，张三进入院子正在取下背心给狗包扎，正在损害其财产利益。

3.必须针对“不法侵害人”进行防卫。正当防卫的对象条件。即防卫行为仅能针对不法侵害人，不能针对侵害者之外的第三人。本案中，赵小六用摩托车撞击张三，是针对不法侵害人的攻击。

4.防卫行为有必要性。一方面，防卫行为必须是能够有效地制止或排除不法侵害。另一方面，防卫也不要求“不得已”。赵小六对张三的防卫行为，能够有效制止其损害，但是否属于同等有效手段中损害最小者，可能会存在争议。如果认为该手段防卫强度过大，属于“明显超过必要限度”，不符合必要性条件，行为虽具有防卫性但属于防卫过当，否定成立正当防卫，结束违法性阶层的审查，进入到责任阶段的审查【进入到三（一）】。相反，如果认为符合必要性，则继续向下审查。

5.规范层面不是权利滥用。本案中，赵小六为了20元钱的背心而驾驶摩托车将他人撞成重伤，所保护的法益和防卫行为所损害的法益之间极度不成比例，突破了社会伦理限制，属于“微财杀人”型的权利滥用。权利滥用导致的审查结论，是行为自始即不具有防卫性，排除正当防卫。对于这种自始即不成立防卫的情形，也不属于防卫过当，在责任阶层审查时不必再考虑此种情形是否影响责任。

6．结论：赵小六不成立正当防卫。

三、责任

（一）防卫过当（期待可能性或者预防必要性）？

如果认为赵小六开摩托车将张三撞倒，属于防卫过当；且肯定存在不法侵害（对不法侵害的认定采取事前观点）；且如果从案情来看，防卫人是出于一种慌乱、紧张、惊恐的状态而实施的无知觉的防卫过当，则需要考虑防卫过当人的期待可能性或者预防必要性降低或者欠缺。责任降低时，可按故意犯从轻处罚；责任免除时，另外还需再检验过失致人重伤的构成要件。不过案情似乎看不出赵小六是处于“慌乱、紧张、惊恐的状态”。

（二）罪责

1. 违法性认识？

这里涉及到一个重要的理论争议。那就是不法意识在犯罪论体系中的位置。传统观点将故意放在责任阶层，并将不法意识放在故意之内，因此，不具备不法意识，即欠缺故意而排除犯罪。当代多数学说（除了日本的结果无价值论），都将故意提前到主观构成要件里面审查，而将不法意识作为独立的要素留在责任阶层里面。这样的话，欠缺违法性认识或者说不可避免的违法性认识错误，产生排除责任的效果；如果是可避免的违法性认识错误，那么结论就是减少甚至不影响责任。

（1）如果肯定存在不法侵害（事前观点），再认为本案属于有知觉的防卫过当或者权利滥用，对此，行为人可能提出误认为自己没有滥用或者误认为即使故意报复不法侵害人也是合法的抗辩，即主张一个关于正当化事由的边界错误，对此也按照违法性认识错误的规则处理（同属于法律类错误）。但是，认为有权利可以将窃取背心的小偷撞成重伤，这样的错误超出了社会一般人的认识，并非是不可避免的。对这种完全可避免的错误，不影响故意的罪责（至多是减少）。

（2）如果否定本案中存在不法侵害（事后观点），此时，行为人可能主张是误认为有不法侵害存在而进行防卫，这就是通常所说的“假想防卫”，对此涉及到容许构成要件错误的问题，也在罪责下面类推适用违法性认识错误的处理规则。

a.假想防卫？主张假想防卫（容许构成要件错误）的成立前提，是假设防卫人误以为存在的侵害事实果真存在的话，那么的确会因该不法侵害而构成一个正当防卫。只有满足了这个前提，才能主张假想防卫。

在本案中，即使肯定不法侵害，也不能成立正当防卫，即实现构成要件的行为也是不被容许的。在这种情况下，不能认定行为人成立一个容许构成要件的错误。

b.假想防卫过当？

也可能有观点认为本案是假想防卫，那也是一个假想防卫过当。对此如何处理，理论上存在争议。有的认为可以类推适用违法性错误的避免规则，有的观点认为是类推适用不具有期待可能性的防卫过当，认为对假想防卫过当不应予以任何宽待。

四、结论

## 过失犯

**构成要件该当性**

**违法性：**

注意问题：

1. 过失行为能否主张正当防卫？

（a. 结果无价值与行为无价值之争 b. 未遂与既遂之争）

2. 正当防卫随附的过失结果。例如，甲打算对一个本可以予以高度防卫的侵害行为进行低度防卫，结果防卫过程中过失造成了高度防卫的结果。

（依情形本可以枪杀对方，但仅仅用枪托敲击对方头部，结果走火杀死侵害人）

责任：

责任能力，违法性认识（可能性），预防必要性（或期待可能性）

#### 上述狗友案

D．张三挥动球拍时不小心击中了王五眼部致其重伤，涉嫌过失致人重伤罪

一、构成要件该当性

1. 结果。过失犯首先检验是否出现了构成要件要求的死亡结果。在本案中，王五眼部被击成重伤，出现了身体法益损害的结果。

2. 因果关系。按条件说，如果不是张三在王五跑过来时仍挥动球拍，那么就不会出现王五眼部受伤的后果，因此张三的行为对王五受伤而言，是不可想象其的必要条件，两者存在因果关系。

3. 客观归责。张三在球拍主人王五上来索要球拍的情况下，仍然不加注意地用力挥舞球拍，这种违反注意义务的行为很容易造成身边及过往他人的伤害。张三违反了注意义务，创设了一个法所不容许的风险，并且该风险在王五受伤的结果中得以现实化。这里也不能将王五上前的行为评价为被害人自陷风险。王五上前索要球拍，是行使权利的正当行为，在法律上应当得到支持，而不能评价为自陷风险。本案中王五受伤的结果客观上可以归责于张三。

二、违法性

张三的行为可能成立紧急避险？

1. 危险。本案中，小白被大黑咬住，张三的财产法益处于遭受损害的危险中

2. 危险正在发生。本案中，小白被大黑撕咬且不松口，再不阻止就可能导致小白的伤亡，该危险具有紧急性。

3. 避险行为。在本案中，本案中，李四作为大黑的主人也无法制止发狂的大黑，张三更缺乏有效的平和手段来阻止大黑对小白的继续撕咬。因此，通过使用球拍作为武器去抽打大黑来挽救小白，对张三而言，是在当时情境下不得已采取的能够发挥作用的手段，符合必要性的要求。

4. 利益权衡。小白虽然价值不菲也是张三的心爱之物，但是与王五的眼部重伤相比，仍然有价值重要性上的位差。为了救小白而造成王五眼部重伤，属于损害的利益大于避险要挽救的利益，因而不符合利益权衡的原则。

5. 小结：张三的行为不能成立紧急避险。

三、责任

本案中不存在责任阻却事由。

四、结论

张三挥动球拍时不小心击中了王五眼部致其重伤，构成过失致人重伤罪。

## 未遂犯

（零）先前预备性的检验

* 犯罪没有实现：有可能是结果未发生、或者欠缺因果关系、或者结果不能客观归责于行为等等。
* 刑法处罚未遂犯。

（一）构成要件该当性

1、犯罪决意

2、着手实行犯罪

（二）违法性

（三）有责性

（四）其他

张三扯下赵六院中的背心为小白包扎，涉嫌构成盗窃罪（未遂）

本案中张三扯下背心，是打算为小白包扎止血后再赶往医院，但是最终被撞昏在院子里，背心没有脱离开赵六的院子，没有出现盗窃罪中财物占有转移的构成要件结果，因此考虑未遂犯。盗窃罪的未遂犯是可罚的。

一、构成要件该当性

（一）主观构成要件（行为决意）

1．故意。故意是对客观构成要件的实现有认知和意欲。张三认识到自己未经允许进入他人院落并转移他人的背心占有的行为，并追求这一结果的发生。（√）

2. 非法占有目的。非法占有目的要求同时具备排除意思和僭用意思。张三打算用背心为小白包扎止血，并且决定事后再给背心所有人赔钱。这个地方是否有排除意思，可能会有争议。此外，是否具有（像所有人那样对待财物的）僭用意思，也会存在争议。如果肯定非法占有目的，则继续往下审查；如果否定，则直接跳到最后得出不成立盗窃罪的结论。

3. 自以为秘密。行为人主观上认为自己的行为具有相对于原占有人的秘密性，自以为没有为被害人发觉。至于客观上是否被发觉，不影响盗窃罪的成立。此处存在争议。如果肯定秘密性，则继续向下审查；如果否定，则中止审查，直接得出不构成盗窃罪的结论。转而审查抢夺罪。

（二）着手实行犯罪

认定未遂犯的关键在于判断行为是否已经越过预备，进入实行阶段，即着手的判断。依通说观点，如果行为人按照自身设想，其行为已经相当接近于构成要件实行行为，以至于不存在实质意义上的间隔行为就能顺利实现构成要件，对法益形成紧迫急切的现实危险。在本案中，背心原本在赵六家的院子里挂着，张三将背心扯下给小白包扎止血，改变了原有的存在状态，而且包扎之后是打算带狗离开的，已经开始在未得到同意的情况下去改变一个占有的原始状态，因此已经着手。

二、违法性

张三的行为可能构成紧急避险

此处可参照前面的分析。较简单，成立紧急避险，排除违法性。（×）

三、结论

张三扯下赵六院中的背心为小白包扎，不构成盗窃罪。（×）

B．张三扯下赵六院中的背心为小白包扎，涉嫌构成故意毁坏财物罪

注意：如果前面分析盗窃罪时，在构成要件阶层的审查因为不具备非法占有目的而不过关，直接得出不构成盗窃罪的结论。那么，就需要接下来再检验故意毁坏财物罪。相反，如果前面分析盗窃罪时肯定了构成要件的成立，只是在违法性阶段排除，那么就没有必要再检验故意毁坏财物罪了。

一、构成要件该当性

（一）客观构成要件

1. 财物。背心属于王五所有的动产。如果把“数额较大”视作财物的内在界定，那么当财物价值达不到5000元的立案标准，可以得出不符合“公私财物”的结论。直接在此处停止审查。如果把数额较大视作是构成要件之外的追诉条件，那么此处肯定背心属于可移动的他人之物即可，继续向下审查。（√）

2. 毁坏。关于毁坏行为的含义，理论上存在着物理外形的毁损或者功能效用的丧失等不同观点。本案中背心为狗包扎之后是否还能继续按照其原来的衣物用途使用。如肯定，则在此处停止审查；如否定，则继续向下审查。（√）

二、违法性

张三的行为可能构成紧急避险

此处可参照前面的分析。较简单，成立紧急避险，排除违法性。（×）

三、结论

张三扯下赵六院中的背心为小白包扎，不构成故意毁坏财物罪。（×）

## 不作为犯

1.1.客观构成要件

* 是否出现了构成要件结果？——结果
* 不作为：客观上有作为可能性，行为人也有作为能力，但未实施法所期待之行为；
* 评价的因果关系（以及客观归责）：行为人的作用能否几近确定地避免结果的发生
* 行为人是否有保证人地位？（保护者或监督者）

1.2.主观构成要件

* 故意：特别注意对保证人地位的认识（构成要件错误问题）
* 其他主观要素：目的、动机等

2.违法性

* 一般的正当化事由：注意特殊事由如义务冲突
* 作为义务的排除事由：以保证人地位与作为义务相区别为前提（作为义务与自身利益冲突而被排除？阻却违法之紧急避险？）

3.责任

* 责任能力，违法性认识（可能性），预防必要性（或期待可能性）

B．赵小六坐视小白在自家院子里被老灰咬死，涉嫌构成故意毁坏财物罪

一、构成要件该当性

（一）客观构成要件

1. 结果。在本案中，小白被老灰撕咬而死，对张三而言出现了财物损害的结果。（√）

2.不作为。本案中赵小六是有驱离老灰避免小白被咬死的作为可能性。他有这个作为能力，但是未实施期待行为。（√）

3. 因果关系与客观归责。成立不作为不需要一种事实上的因果关系，而是要具备一种假想的“准因果关系”，即能够以几近确定的高度可能性确认，如果行为人从事被期待的特定行为，则构成要件结果即不会发生。根据案情所述，小白之前被大黑撕咬的伤势并不严重，若及时救治应能恢复。也不存在可排除归责的事由。（√）

4. 保证人地位。此处涉及由先前行为奠定的保证人地位。因为赵小六将张三撞成重伤昏迷，导致小白处于无人照管救治的状态，在被老灰撕咬时也受不到保护。赵小六的前行为已经在对张三的故意伤害中评价，但故意伤害罪的构成要件，并不能收尽后续对于小白处于无助境地的风险。因此，对于自己的先前行为而将他人财物（小白）致于危险境地，而且危险发生在自己家院落这种排他性支配的空间内，赵小六要对此担负保证人义务避免法益受到损害，具有保护型保证人地位。

（二）主观构成要件

1. 故意。不作为犯的故意认定，要注意对保证人地位的认识。本案中张三对张三的狗在自己家院子里被野狗撕咬这一点有明确认知。对于该事件发生在自己的管控支配范围内以及小白的无助状态系由自己先前撞昏张三所引起这一点也有认识。

二、违法性

本案中不存在违法阻却事由。（√）

三、责任

除了责任能力之外，不作为犯的责任也要具备违法性认识。本案中，赵小六看到了小白被老灰撕咬但没有去管，“因为在他看来，这是小偷的狗，出什么事都是自作自受，和自己无关”。对此，存在一个关于作为义务的违法性认识错误。对此，还要进一步考察该错误是否可以避免，才能得出是否减免赵小六责任的结论。此处分析会有分歧。

四、结论

## 共同犯罪之一 共同正犯

1.1客观构成要件：

1、行为之外的其他构成要件要素（如结果、对象、身份等等）

2、共同正犯行为

1、各参与者是否实现部分构成要件特征

2、各参与行为之间是否能够相互归责

（1）各参与行为均对结果具有因果力

（2）各参与行为之间具有功能性的补充支持关系

1.2主观构成要件

1、共同犯罪的故意：

各正犯皆具备构成要件故意，且对共同行为有知与欲

2、其他主观要素:

如非法占有目的等

#### 案例

甲（15岁）和乙（18岁）两人相约去张三家偷东西。甲用工具撬开张三家的门锁后，在门外放风，乙入室取走2000元现金，两人一同离开。问案中人的刑事责任。

甲乙两人撬开张三家门锁后入室偷走2000元钱，涉嫌构成盗窃罪的共同正犯

一、构成要件该当性

（一）客观构成要件

1. 财物。

2.入户。

3. 共同正犯行为。

1、各参与者均实现部分构成要件特征。盗窃行为意味着打破他人占有并建立新的占有。甲实施了松动他人财物占有关系的撬门锁的行为，乙进一步打破并建立新的占有，进入房间将2000元钱带离房间。

2、各参与行为之间能够相互归责。甲乙两人的行为对于该2000元的失窃结果，均具有因果力，是不可想象其不存在的必要条件。各自的行为之间构成功能性的互补关系，乙入户取财是盗窃罪的核心行为，而没有甲撬门锁的行为，乙就无法进入房间取财，甲在门外放风的行为也为乙顺利取得财物提供了关键性的支持。

（二）主观构成要件

1、共同的盗窃故意

2、非法占有目的

3、自以为秘密

## 共同犯罪之二 教唆犯与帮助犯

基本原则：

* 共犯检验采取限制从属原则，先检验正犯是否成立，再检验共犯。
* 对正犯的检验，只需要满足构成要件该当且违法即可，不需要满足有责性。

判断流程：

（一）共犯构成要件该当性

1、客观构成要件

（1）正犯已经实行具有违法性的行为。

（2）参与行为

a. 教唆犯：教唆他人实行犯罪的行为

b. 帮助犯：帮助他人实行犯罪的行为

2、主观构成要件

（1）对于正犯的犯罪具有教唆或帮助的故意。

（2）具有参与正犯既遂的犯罪故意

（二）违法性

（三）有责性

## 间接正犯

先检验犯罪工具，即直接实施犯罪构成要件者，再检验利用他人犯罪者，即间接正犯

（一）利用者的构成要件该当性

1、客观构成要件

间接正犯参与因果关系且对其有支配性。由于犯罪工具欠缺可罚性或错误等，而肯定利用者有意思支配

2、主观构成要件

除犯罪故意和特别的主观构成要件之外，还必须对自己的犯罪支配有认知。

**案例作业2**

一、构成要件该当性

（一）客观构成要件

1.伤害结果：王某乙和李某某轻伤，出现了伤害结果。

2.伤害行为：刘某用刀砍王某乙和李某某，构成了伤害行为。

3.因果关系与客观归责：按条件说，如果刘某不用刀砍王李二人，二人就不会受伤，，两者之间有因果关系。刘某的行为创设了法不容许的致使他人健康权遭到损害的风险，并最终实现在王李二人受伤的结果之中，因此将二人受伤的结果在客观上归责于刘某的行为。

（二）主观构成要件

1.故意。本罪是故意犯，要求行为人认识到自己的行为会损害他人的身体和健康并希望或放任。本案中，对于王某乙和李某某的受伤，刘某具有认知且至少是持一种放任的态度，具备伤害他人的故意。

1. 违法性
2. 刘某的行为可能成立正当防卫
3. 不法侵害。王某乙、李某某扇刘某耳光的行为侵害了刘某的身体权，构成了对刘某的侵害。但是该行为是否构成不法需要判断这个扇耳光行为是否是正当防卫。刘某打王某耳光的行为构成了对王某的不法侵害，但是在王某来到水果店诉苦后，刘某侵害的行为已经结束，不法侵害确定结束，所以王某乙、李某某扇耳光的行为不是正当防卫，而是不法侵害。
4. 不法侵害正在进行。在本案中，王某乙和李某某扇了刘某两个耳光，从刘某的角度出发，不能苛责其在作出反击的时候是理性人的状态，在刘某被不法侵害后惊慌失措的时候，他有合理理由认为若其不立即反击，王某乙和李某某会继续实施不法侵害，此时王某乙和李某某的不法侵害正在进行。但是在王某乙被砍伤逃离后，李某某也转身逃走，此时李某某已确定性地不会侵害，不法侵害已经中止，刘某对李某某的伤害行为不是正当防卫。
5. 必须针对“不法侵害人”进行防卫。王某乙是扇刘某耳光的不法侵害人，防卫对象正确。
6. 防卫行为具备必要性。防卫行为必须是能够有效地制止或排除不法侵害，且不要求“不得已”。本案中，刘某用刀砍伤王某乙有效地避免了王某乙对其实施不法侵害，符合必要性。而刘某在被被扇了两个耳光的情况下选择用刀砍伤他人的头部，手段明显过激，且最终的结果是造成了王某乙轻伤，和刘某没有受伤之间差距较大，构成防卫过当。

综上，刘某对王某乙的行为构成防卫过当，对李某某的行为不构成正当防卫。

（二）紧急避险

1.危险：李某某扇了刘某耳光，有继续伤害的可能性。

2.危险的紧急性：李某某已经准备逃走，危险实则不存在，不具有紧急性。

综上，刘某对李某某的行为不构成紧急避险。

1. 有责性。

本案没有责任阻却事由。

综上，刘某的行为构成故意伤害罪，但可以减轻刑罚。

董某的行为或可构成故意伤害罪。

1. 构成要件该当性
2. 客观构成要件
3. 伤害结果：李某重伤二级，出现了伤害结果。
4. 伤害行为：董某踩李某的腹部，构成了伤害行为。
5. 因果关系与客观归责：按条件说，董某在客观上对李某的受伤发挥了直接作用。如果董某不踩李某腹部，李某就不会受伤，董某的行为对于李某的受伤而言是不可想象其不存在的必要条件，两者之间有因果关系。董某的行为创设了法不容许的致使他人健康权遭到损害的风险，并最终实现在李某重伤二级的结果之中，因此将李某受伤的结果在客观上归责于董某的行为。
6. 主观构成要件

1.故意。本罪是故意犯，要求行为人认识到自己的行为会损害他人的身体和健康并希望或放任。本案中，对于李某的受伤，董某具有认知且至少是持一种放任的态度，具备伤害他人的故意。

二、违法性

1. 董某的行为可能构成正当防卫。
2. 1. 不法侵害。正当防卫成立的起因条件（前提事实），即在形式上表现为一个正在发生的、针对一个可以用来防卫的法益所实施的不法侵害。李某殴打邹某的行为和李某起身欲殴打董某和邹某威胁到了董某和邹某的身体权，属于不法侵害。

2.不法侵害正在进行。正当防卫成立的时间条件，即在形式上表现为一个正在发生的针对他人的不法侵害。李某殴打邹某时，不法侵害正在发生，而李某被董某摔倒地上后，李某没有丧失不法侵害的能力，反而欲殴打董某和邹某并威胁，此时不法侵害没有中止。在董某二次将李某摔到地上时，李某没有丧失侵害的能力，董某有合理理由认为李某会继续起身反击，从而对他们实施不法侵害，此时不法侵害没有中止，不法侵害正在进行。

3. 必须针对“不法侵害人”进行防卫，不能针对侵害者之外的第三人。李某是殴打邹某和欲殴打董某的不法侵害人。

4．防卫行为具备必要性。本案中，董某将李某摔到地上猛踹一脚使李某确定性地丧失侵害能力，有效地避免了其进一步的侵害行为，符合必要性。而判断是否防卫过当需要从结果是否造成重大损害和手段是否明显超过必要限度两方面考虑。从结果的角度来看，李某重伤二级和邹某的轻微伤之间显著不均衡，董某的行为造成了巨大损害。但是在紧急状态下，董某为了保护邹某，防止在其离开以后李某继续伤害邹某，使邹某丧失行为能力是必要的，他踢邹某腹部的行为在手段上没有明显超过防卫的必要限度。

综上，董某的行为构成正当防卫，不负刑事责任。

王五或可构成刑讯逼供罪。

1. 构成要件该当性
2. 客观构成要件
3. 主体：刑讯逼供罪的主体是司法工作人员。王五是警员，符合主体要件。
4. 对象：行为对象是侦查过程中的犯罪嫌疑人和起诉、审判过程中的刑事被告人。本案中张三是绑架李四的犯罪嫌疑人，符合对象要件。
5. 手段：必须采用刑讯方法，即必须使用肉刑或者变相肉刑。本案中，王五运用了暴力和肉刑的手段，符合手段要件。
6. 行为：必须有逼供行为，即逼迫犯罪嫌疑人、被告人作出行为人所期待的口供。王五通过逼迫的方式迫使张三说出李四的藏身处的供词，符合行为要件。
7. 主观构成要件

1.故意：本罪是故意犯，要求行为人认识到自己的行为会损害他人的人身权利和国家司法机关的正常活动并希望或放任。本案中，对于张三的身体权利遭到损害和正常的司法秩序遭到破坏，王五具有认知且至少是持一种放任的态度，具有故意。

2.目的：本罪要求行为人有逼取口供的目的。王五对张三实施肉刑是为了得到李四的下落，即张三的口供，故符合目的要件。

1. 违法性

王五的行为或可构成紧急避险。

1. 危险。本案中，李四被绑架，李四的生命和健康权处于遭受损害的危险中。

2. 危险的紧急性。本案中，李四已经被绑架关押数天，且张三声称要将李四饿死，可以认为李四已经数日没有进食，再不将其解救，其会被饿死，该危险具有紧急性。

3. 避险行为。在本案中，王五作为警察无法察知李四的藏身处，王五缺乏更平和的手段来找出李四的藏身地，拯救李四。因此，通过刑讯逼供张三得到李四的藏身处来挽救李四的生命，对王五而言，是在当时情境下不得已采取的能够发挥作用的手段，符合必要性的要求。

4. 利益权衡。刑讯逼供罪损害的法益是张三的人身权利和国家的正常司法秩序，而挽救的法益是李四的生命。按照优越利益原则，以冲突法益的位阶关系判断，大致是生命>身体>自由>财产，故李四的生命权益是大于李四的身体权益的。国家的正常司法秩序作为一种抽象的法益，李四的生命权是具体的法益，在抽象和实际的比较上，从具体的危害程度上进行区分，可以认为李四的生命权益大于正常的司法秩序。

5. 避险意图。本案中具备主观正当化要素。张三是为了挽救李四的生命，避免李四被饿死而采取通过损害第三人利益的方式来避险。

故王五的行为成立紧急避险，不负刑事责任。