

2018年

ZHU GUAN
主观题

TI

强化精讲讲义

刑法



官方微博



官方微信

内部资料 学员专享

2018 年主观题精讲阶段刑法授课讲义

徐光华

目 录

导论：刑法主观题如何备考.....	2
第一部分 核心考点串讲.....	2
第二部分 历年试题解析.....	4
第三部分：经典试题演练.....	9

导论：刑法主观题如何备考

一、如何备考刑法主观题

1. 主观题的复习能够离开客观题吗？
2. 主观题的考察是主观性还是客观性，可能存在哪些认识及备考的误区？
3. 主观题的考察内容会超过客观题（前阶段）的知识点吗？
4. 如何重拾前一阶段刑法所学的知识点？
5. 《刑事审判参考》的分析路径：请百度查找“刑事审判参考指导案例第 1180 号 韦某抢劫案”

二、《刑法主观题——徐光华 2018》一书应如何复习

1. 书的基本结构、内容
2. 该书的配套内容的学习：《徐光华考前 143 题 2018》《考前一本通 2018》《徐光华讲刑法 2018》《系统强化阶段刑法讲义 徐光华》
3. 徐光华本人今年的案例：（共计 22 个）
 - （1）竹马法考模拟题：2 个。（配视频讲解）
 - （2）《刑法主观题 徐光华》7 个；《主观题模拟卷》3 个。（已经出版，配套讲解，众合官网 APP 免费下载）
 - （3）《主观题面授班》共 6 个左右。（此授课讲义）
 - （4）主观题冲刺班：2 个。（10 月 13、14 日，众合网络班有）
 - （5）竹马法考直播课程重要案例：2 个。（10 月 16 日下午，竹马法考）
4. 答题的基本要求：整洁、清晰、先写结论后写理由、分层次要点阐述。

第一部分 核心考点串讲

考点 1：防卫意识、避险意识在认定正当防卫、紧急避险中的作用

- （1）防卫认识：认识到不法侵害正在进行；——认识到有人在干坏事
- （2）防卫意志：防卫人出于保护国家、¹公共利益、本人或者他人的人身、财产和其它权利免受正在进行的不法侵害的目的。（既不仅是为了保护合法利益，“黑吃黑”的情况下仍然可以实施正当防卫，如毒品的持有人对于抢劫毒品的人可以实施正当防卫）²——你打坏人并不是为了泄愤，而是为了保护特定的利益

对于正当防卫是否需要主观条件，也就是是否需要防卫认识、防卫意志，存在不同的观点。2011 年起，这一问题进入司法考试层面。通说观点：成立正当防卫，既需要有防卫认识，也需要防卫意志，主观上不具备防卫意识的偶然防卫不成立正当防卫，应以犯罪论处。³

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

¹ 2016 年卷二 A. 为保护国家利益实施的防卫行为，只有当防卫人是国家工作人员时，才成立正当防卫（错误）——只要是为了保护国家利益，就可以与不法侵害作斗争，不论防卫人是否属于国家工作人员

² 对于非法利益遭受侵犯，能实施防卫行为成立正当防卫。如果允许“黑吃黑”存在，司法权在将来的行使就会受到影响，社会秩序就会受到破坏。2014 年卷二 8. 甲深夜盗窃 5 万元财物，在离现场 1 公里的偏僻路段遇到乙。乙见甲形迹可疑，紧拽住甲，要甲给 5000 元才能走，否则就报警。甲见无法脱身，顺手一拳打中乙左眼，致其眼部受到轻伤，甲乘机离去。甲伤害乙的行为属于正当防卫，不构成犯罪。

³ 2016 年卷二 52. 甲、乙共同对丙实施严重伤害行为时，甲误打中乙致乙重伤，丙乘机逃走。——甲误打中乙属偶然防卫，但对丙成立故意伤害罪未遂。本题坚持了通说的观点，认为偶然防卫成立故意犯罪。还需要注意的是，并不是所有的结果无价值主义者都认为偶然防卫成立正当防卫，黎宏教授在其最新的刑法教科书中认为偶然防卫成立犯罪未遂。（黎宏：《刑法学总论》，法律出版社 2016 年第 2 版，第 138 页）

亡。——如果认为正当防卫主观上必须有防卫意识，本案中，丙杀害乙并没有防卫意识，就不成立正当防卫；如果认为正当防卫主观上不需要防卫意识，丙在客观上杀害了不法侵害人乙，丙的行为则成立正当防卫。⁴

考点2：事实认识错误

具体的事实错误之对象错误、打击错误

(1) 对象错误——行为人误把甲对象当作乙对象加以侵害（杀害），而甲、乙对象处于同一犯罪构成内。

**认错人了——主观错误。——行为人意欲侵害的具体对象在案件中从未出现过。

(2) 打击错误——**人看清楚了，但枪法不准（又称方法错误、行为误差）⁵——客观错误

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

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

考点3：共同犯罪、间接正犯、片面共犯的区别——兼谈片面共犯的几个问题

考点4：共犯（结果）的“脱离”。——对“一人既遂、全体既遂”的部分修正

共犯的脱离，是同时消除已经实施的共犯行为与结果之间的物理的因果性与心理的因果性。⁶脱离人不对结果承担刑事责任，成立犯罪中止（未遂），但脱离者与其他人之间的共犯关系的存在是不容否认的客观事实，只是不对后续的既遂结果承担责任。

而在教唆犯的情形下，由于教唆犯是“犯意”的引起者，教唆者欲脱离共犯而成立犯罪中止，除了要中止自己的行为，还应阻止同案犯成立犯罪既遂。

注意：一般认为，只要参与了共谋，说明各行为人对共同犯罪的主观影响力都存在，犯罪意图被推动了，所以，中途退出也不能脱离共同犯罪。除非是共谋实施犯罪后，已经明确告知其他共犯人自己不想再参与了，并且得到了其他共犯人的同意，此种情形下的退出可以成立犯罪中止，即使他人的行为已经既遂。例如，甲、乙共谋实施抢劫，甲后来欲中止，便对乙说：“我不干了，你自己去吧！”乙同意，独自一行抢劫既遂，甲的行为成立抢劫罪的犯罪中止。而在教唆犯的情形下，由于教唆犯是“犯意”的引起者，教唆者欲脱离共犯而成立犯罪中止，除了要中止自己的行为，还应阻止同案犯成立犯罪既遂。

考点5：犯罪未遂与犯罪中止的区分

考点6：自首、立功的实质解释

如何理解自动投案、如实供述自己的犯罪事实？如何理解供述的犯罪事实与法律问题的界限？

如何理解特别自首中，交代司法机关尚未掌握的本人其他罪行？

⁴ 也有一种观点认为，此种情形不属于偶然防卫，就是正当防卫。理由在于，甲、乙二人是共同实施不法侵害，是共同犯罪，甲、乙的行为是共同的，甲着手实施了不法侵害，就意味着乙着手实施了不法侵害，丙对甲或乙的反击，都属于正当防卫，丙开枪致乙死亡的行为具有成立正当防卫的可能。

⁵ 在打击错误这一问题上，具体符合说与法定符合说的结论不一致。但是，在对象错误这一问题上，具体符合说的学者修改了自己的观点，与法定符合说的学者观点保持一致。

⁶ 消除心理上的因果性，是指脱离者必须让同案犯认识到，接下来你是“孤军奋战”。例如，甲邀请乙一同前往杀害丙，在去往杀人的途中，乙明确告诉甲表示反悔，不再参与共同犯罪，甲当然认识接下来是自己“孤军奋战”。即便甲后来将丙杀害，乙的行为依然成立犯罪中止。又如，甲为盗窃乙的财物而委托丙望风，在甲入室之后的第5分钟，丙因为心脏病发作陷入昏厥。不知情的甲在30分钟后盗窃既遂。丙虽然因为身体的原因，事实上无法为甲望风，但其帮助行为对甲的心理影响仍然存在，盗窃既遂和其望风行为之间存在关联性，应当成立盗窃罪既遂的帮助犯。

考点7：构建以被害人为中心的财产犯罪体系

- (1) 抢劫与敲诈勒索的区分：对被害人的控制程度。
- (2) 盗窃与诈骗的区分：取走财物是否和被害人沟通。
- (3) 盗窃与抢夺：秘密还是公开（另一种观点：和平与粗暴）

考点8：自杀行为的刑法评价**考点9：贪污罪中变相侵吞公共财产及其与非法经营同类营业罪的区别****考点10：受贿罪若干问题**

- (1) 受贿罪中“为他人谋取利益”的理解
- (2) 特定关系人收受他人贿赂对国家工作人员的影响

第二部分 历年试题解析

一、历年真题：2016、2017 年真题详解**2016 年卷四案例：**

案情：赵某与钱某原本是好友，赵某受钱某之托，为钱某保管一幅名画（价值 800 万元）达三年之久。某日，钱某来赵某家取画时，赵某要求钱某支付 10 万元保管费，钱某不同意。赵某突然起了杀意，为使名画不被钱某取回进而据为己有，用花瓶猛砸钱某的头部，钱某头部受重伤后昏倒，不省人事，赵某以为钱某已经死亡。刚好此时，赵某的朋友孙某来访。赵某向孙某说“我摊上大事了”，要求孙某和自己一起将钱某的尸体埋在野外，孙某同意。

二人一起将钱某抬至汽车的后座，由赵某开车，孙某坐在钱某身边。开车期间，赵某不断地说“真不该一时冲动”，“悔之晚矣”。其间，孙某感觉钱某身体动了一下，仔细察看，发现钱某并没有死。但是，孙某未将此事告诉赵某。到野外后，赵某一人挖坑并将钱某埋入地下（致钱某窒息身亡），孙某一直站在旁边没做什么，只是反复催促赵某动作快一点。

一个月后，孙某对赵某说：“你做了一件对不起朋友的事，我也做一件对不起朋友的事。你将那幅名画给我，否则向公安机关揭发你的杀人罪行。”三日后，赵某将一幅赝品（价值 8000 元）交给孙某。孙某误以为是真品，以 600 万元的价格卖给李某。李某发现自己购买了赝品，向公安机关告发孙某，导致案发。

问题：

1. 关于赵某杀害钱某以便将名画据为己有这一事实，可能存在哪几种处理意见？各自的理由是什么？

关于赵某杀害钱某以便将名画据为己有这一事实，可能存在两种处理意见。其一，认定为侵占罪与故意杀人罪，实行数罪并罚。理由是，赵某已经占有了名画，不可能对名画实施抢劫行为，杀人行为同时使得赵某将名画据为己有，所以，赵某对名画成立（委托物）侵占罪，对钱某的死亡成立故意杀人罪。其二，认定成立抢劫罪一罪。理由是，赵某杀害钱某是为了使名画不被返还，钱某对名画的返还请求权是一种财产性利益，财产性利益可以成为抢劫罪的对象，所以，赵某属于抢劫财产性利益。（第一种观点是主流观点）

需要说明的是，对于财产性利益能否成为抢劫罪的对象，可能存在不同的观点。但现已有不少学者承认，财产性利益能够成为抢劫罪的对象。

2. 关于赵某以为钱某已经死亡，为毁灭罪证而将钱某活埋导致其窒息死亡这一事实，可能存在哪几种主要处理意见？各自的理由是什么？

赵某以为钱某已经死亡，为毁灭罪证而将钱某活埋导致其窒息死亡，属于事前的故意或概括的故意。对此现

象的处理，主要有两种观点：其一，将赵某的前行为认定为故意杀人未遂（或普通抢劫），将后行为认定为过失致人死亡，对二者实行数罪并罚或者按想象竞合处理；理由是，毕竟是因为后行为导致死亡，但行为人对后行为只有过失；其二认为，应认定为故意杀人既遂一罪（或故意的抢劫致人死亡即对死亡持故意一罪）；理由是，前行为与死亡结果之间的因果关系并未中断，前行为与后行为具有一体性，故意不需要存在于实行行为的全过程。答出其他有一定道理的观点的，适当给分。

【历年真题对比】

对于事前的故意，理论上对此问题存在不同的观点：**第一种观点认为**，行为人的第一行为成立故意杀人罪未遂，第二行为成立过失致人死亡罪；其中有人认为成立想象竞合犯，有人主张成立数罪。**第二种观点认为**，如果在实施第二行为之际，对于死亡持未必的故意（或间接故意），则整体上成立一个故意杀人既遂；如果在实施第二行为之际，相信死亡结果已经发生，则成立故意杀人未遂与过失致人死亡罪。**第三种观点认为**，将两个行为视为一个行为，将支配行为的故意视为概括的故意，只成立一个故意杀人既遂。**第四种观点认为**，将前后两个行为视为一体，视为对因果关系的认识错误处理，只要因果关系的发展过程是在相当的因果关系之内，就成立一个故意杀人既遂。（通说的观点是第三种）——注意：2012年司法考试卷四案例分析题，对上述三种观点都进行了考查。2015年卷四也对此问题进行了考查。

3. 孙某对钱某的死亡构成何罪（说明理由）？是成立间接正犯还是成立帮助犯（从犯）？

孙某对钱某的死亡构成故意杀人罪。孙某明知钱某没有死亡，却催促赵某动作快一点，显然具有杀人故意，客观上对钱某的死亡也起到了作用。即使认为赵某对钱某成立抢劫致人死亡，但由于孙某不对抢劫负责，也只能认定为故意杀人罪。

倘若在前一问题上认为赵某成立故意杀人未遂（或普通抢劫）与过失致人死亡罪，那么，孙某就是利用过失行为实施杀人的间接正犯（因为此时赵某仅存在过失，而孙某存在杀人的故意，孙某的杀人故意赵某并不知晓）；倘若在前一问题上认为赵某成立故意杀人既遂（或故意的抢劫致人死亡即对死亡持故意），则孙某成立故意杀人罪的帮助犯（从犯），这可以认为二人具有杀人的共同故意，成立共同犯罪。

4. 孙某向赵某索要名画的行为构成何罪（说明理由）？关于法定刑的适用与犯罪形态的认定，可能存在哪几种观点？

孙某索要名画的行为构成敲诈勒索罪。理由：孙某的行为完全符合本罪的构成要件，因为利用合法行为使他人产生恐惧心理的也属于敲诈勒索。⁷

一种观点是，对孙某应当按 600 万元适用数额特别巨大的法定刑，同时适用未遂犯的规定，并将取得价值 8000 元的赝品的事实作为量刑情节，这种观点将数额巨大与特别巨大作为加重构成要件；（将数额较大、数额巨大、数额特别巨大作为特殊的犯罪构成要件，即加重构成，承认不同犯罪构成要件存在犯罪未遂形态）

另一种观点是，对孙某应当按 8000 元适用数额较大的法定刑，认定为犯罪既遂，不适用未遂犯的规定，这种观点将数额较大视为单纯的量刑因素或量刑规则。（不承认数额较大、数额巨大、数额特别巨大为犯罪构成要件，认为这属于量刑规则，即根据实际结果来量刑，而不承认其存在未遂形态）

需要说明的是，第二种观点在刑法理论上已经有一定的影响力，得到了部分学者的赞同。有学者指出：“我国现行刑法理论没有区分加重的犯罪构成与量刑规则，因而导致犯罪形态的认定与量刑出现偏差。刑法分则条文单纯以情节（特别）严重（恶劣）、数额（特别）巨大、首要分子、多次、违法所得数额巨大、犯罪行为孳生之物数量（数额）巨大作为法定刑升格条件时，只能视为量刑规则；刑法分则条文因为行为、对象等构成要件要素的特殊性使行为类型发生变化，进而导致违法性增加，并加重法定刑时，才属于加重的犯罪构成。加重的犯罪构成存在未遂犯，量刑规则不存在未遂犯。”⁸

【历年真题对比】

2006 年卷二 15. 下列哪种行为构成敲诈勒索罪？（B）

A. 甲到乙的餐馆吃饭，在食物中发现一只苍蝇，遂以向消费者协会投诉为由进行威胁，索要精神损失费 3000

⁷ 第 274 条 【敲诈勒索罪】敲诈勒索公私财物，数额较大或者多次敲诈勒索的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑，并处罚金。

⁸ 张明楷：《加重构成与量刑规则的区分》，载《清华法学》2011 年第 5 期。

元。乙迫于无奈付给甲 3000 元

B. 甲到乙的餐馆吃饭，偷偷在食物中投放一只事先准备好的苍蝇，然后以砸烂桌椅进行威胁，索要精神损失费 3000 元。乙迫于无奈付给甲 3000 元

C. 甲捡到乙的手机及身份证等财物后，给乙打电话，索要 3000 元，并称若不付钱就不还手机及身份证等物。乙迫于无奈付给甲 3000 元现金赎回手机及身份证等财物⁹

D. 甲妻与乙通奸，甲获知后十分生气，将乙暴打一顿，乙主动写下一张赔偿精神损失费 2 万元的欠条。事后，甲持乙的欠条向其索要 2 万元，并称若乙不从，就向法院起诉乙

5. 孙某将赝品出卖给李某的行为是否构成犯罪？为什么？

孙某出卖赝品的行为不构成诈骗罪，因为孙某以为出卖的是名画，不具有诈骗故意。

2017 年卷四案例

案情：甲生意上亏钱，乙欠下赌债，二人合谋干一件“靠谱”的事情以摆脱困境。甲按分工找到丙，骗丙使其相信钱某欠债不还，丙答应控制钱某的小孩以逼钱某还债，否则不放人。

丙按照甲所给线索将钱某的小孩骗到自己的住处看管起来，电告甲控制了钱某的小孩，甲通知乙行动。乙给钱某打电话：“你的儿子在我们手上，赶快交 50 万元赎人，否则撕票！”钱某看了一眼身旁的儿子，回了句：“骗子！”便挂断电话，不再理睬。乙感觉异常，将情况告诉甲。甲来到丙处发现这个孩子不是钱某的小孩而是赵某的小孩，但没有告诉丙，只是嘱咐丙看好小孩，并从小孩口中套出其父赵某的电话号码。

甲与乙商定转而勒索赵某的钱财。第二天，小孩哭闹不止要离开，丙恐被人发觉，用手捂住小孩口、鼻，然后用胶带捆绑其双手并将嘴缠住，致其机械性窒息死亡。甲得知后与乙商定放弃勒索赵某财物，由乙和丙处理尸体。乙、丙二人将尸体连夜运至城外掩埋。第三天，乙打电话给赵某，威胁赵某赶快向指定账号打款 30 万元，不许报警，否则撕票。赵某当即报案，甲、乙、丙三人很快归案。

问题：

请分析甲、乙、丙的刑事责任（包括犯罪性质即罪名、犯罪形态、共同犯罪、数罪并罚等），须简述相应理由。

参考答案：

1. 甲、乙构成共同绑架罪。（1）甲与乙预谋绑架，并利用丙的不知情行为，尽管丙误将赵某的小孩作为钱某的小孩非法拘禁，但是甲、乙借此实施索要钱某财物的行为，是绑架他人作为人质，进而勒索第三人的财物，符合绑架罪犯罪构成，构成共同绑架罪。（2）甲、乙所犯绑架罪属于未遂，可以从轻或者减轻处罚。理由是：虽然侵犯了赵某小孩的人身权利，但是没有造成钱某的担忧，没有侵犯也不可能侵犯到钱某的人身自由与权利，当然也不可能勒索到钱某的财物，所以是绑架罪未遂。

2017 年司法考试结束后，不少考生对甲、乙成立“绑架罪未遂”持不同意见，认为绑架罪只要控制人质就是犯罪既遂，即便是本案，也属于对象错误，不影响绑架罪既遂的认定。不可否认，这种观点有其一定的合理性。但是，司法部官方答案亦有相当的合理性。通说的观点认为，绑架罪是目的犯，行为人控制人质后，只要主观上有向人质的家属勒索财物的目的，就成立绑架罪既遂。¹⁰“勒索财物的目的”主要存在于行为人的内心即可，不要求实施、实现，但至少也要有实施的可能性，如果客观上完全没有实施的可能性，就不宜认定为绑架罪（既遂）。本案中，行为人原计划是绑架钱某的小孩，进而向钱某勒索财物。如果真是绑架了钱某的小孩，当然有向钱某勒索财物的可能性，即便没有向钱某实施勒索财物的行为，也成立绑架罪既遂。但是，如果绑架了赵某的小孩，想借此利用钱某的担心而勒索财物，这根本就没有可能性，故从这一意义上看，甲、乙的行为成立绑架罪（未遂）有其合理性。台湾学者林东茂指出：绑错人，成立何罪？例如，计划绑架富翁甲，但却错绑穷人乙，发现错误后，随即释放，是否掳人勒索既遂？如果依照实务意见，“绑人既遂就是掳人勒索既遂”，那么，绑错人也是掳人勒索既遂。

⁹ 本案中，已经不是有理由索赔的问题，而是捡到他人手机并不想还，因为要他人提供对价（3000 元）再还，这种情形下，返还变得没有任何意义了，实质上是不还。因此，属于侵占。但由于金额未达侵占罪的标准，故无罪。

¹⁰ 刑法理论上及实务上，都认为绑架罪是目的犯，控制人质后，只要有勒索财物或者其他目的的，就成立绑架罪，目的实现与否再所不问。

赎既遂。这判断不免太过严峻。行为人既无意绑架穷人，如何对之勒索？合理的看法是，针对错绑的对象乙，成立妨害行动自由罪；针对甲，成立绑架勒索的不能犯未遂（不罚）。¹¹

考生可能会进行类比的是，这属于对象错误，是认错人了，应成立犯罪既遂。这种理解可能存在一定的问题。例如，甲想杀乙，认错人了，杀了丙。这种情形下，刑法禁止的是杀人行为，无论“乙”还是“丙”都属于刑法所保护的对象，甲的行为当然成立故意杀人罪（既遂）。或者说，甲想非法拘禁乙、但却拘禁了丙，无论“乙”还是“丙”的人身自由，都属于刑法所保护的对象，甲的行为成立非法拘禁罪（既遂）。但绑架罪中，甲欲绑架钱某的孩子，并以此要挟钱某，主观上是想建立起“拘禁钱某的孩子”与“以此为基础恐吓钱某交付财物”这二者之间的关联、目的，但本案中，实际的情况是“拘禁赵某的孩子”与“以此为基础恐吓钱某交付财物”，也就是说，你这个目的根本不可能实现，连实现的可能性都没有，怎么可能成立绑架罪既遂呢？只能认定为是绑架罪（未遂）。这就比如甲想杀张三，结果张三家没有人，这种情形下，至少“案件当时”行为人杀害被害人的可能没有，只能认定为是故意杀人罪的未遂。又比如，赌博罪是“以营利为目的”的犯罪，至于目的实现与否，不影响赌博罪的成立。但是，甲想赌博，看见乙、丙、丁等人在麻将馆打麻将，以为他们是赌博，就参与进来。打完麻将之后，才知道，乙、丙、丁是娱乐为目的，根本就没有营利的想法。甲的行为当然构成赌博罪的未遂（也可能认为无罪），因为其“营利目的”根本就没有实现的可能性。

有考生会类比历年司法考试真题 2010 年卷二 16. 甲持刀将乙逼入山中，让乙通知其母送钱赎人。乙担心其母心脏病发作，遂谎称开车撞人，需付五万元治疗费，其母信以为真。甲的行为成立绑架罪的既遂。本案中，甲主观上有控制乙后，向让乙母亲担忧、勒索财物的目的，即便这一目的在本案中未实现，但有实现的可能性。控制乙这一事实本身确实完全可能让乙的母亲担忧，应成立绑架罪既遂。至于这一目的是否实现，不影响绑架罪的成立。

审判实践中，对于和本案相类似的案件，也是以绑架罪（未遂）论处的。例如，2016 年 1 月份，三人预谋后欲绑架农场主蒋某某索要赎金，并准备了摩托车、面包车、胶带、电击棍等作案工具。2016 年 1 月 24 日至 2 月 2 日间，三被告人误将蒋某某作为绑架对象，先后多次驾车守候在农场门前路段、蒋某某上下班往返经过大石桥市的路段、蒋某某的住宅附近，伺机实施绑架。均因意志以外的原因犯罪目的未能得逞。辽宁省大石桥市人民法院认为，三人以勒索财物为目的，使用暴力手段绑架他人，其行为已构成绑架罪。三被告人在实施犯罪过程中，因意志以外的原因犯罪目的未能得逞，系犯罪未遂。小石系自首。法院判决小石有期徒刑三年六个月，并处罚金人民币 10000 元；小莫有期徒刑四年，并处罚金人民币 10000 元；小超有期徒刑四年，并处罚金人民币 10000 元。¹²

2. 在甲与乙商定放弃犯罪时，乙假意答应甲放弃犯罪，实际上借助于原来的犯罪，对赵某谎称绑架了其小孩，继续实施勒索赵某财物的行为，构成敲诈勒索罪与诈骗罪想象竞合犯，应当从一重罪论处。理由是：因为人质已经不复存在，其行为不仅构成敲诈勒索罪，同时构成诈骗罪。因为乙向赵某发出的是虚假的能够引起赵某恐慌、担忧的信息，同时具有虚假性质和要挟性质，因而构成敲诈勒索与诈骗罪的想象竞合犯，应当从一重罪论处，并与之前所犯绑架罪（未遂），数罪并罚。

历年真题中也有类似的真题，2007 年卷二 63 A. 甲将王某杀害后，又以王某被绑架为由，向其亲属索要钱财。甲除构成故意杀人罪外，还构成敲诈勒索罪与诈骗罪的想象竞合犯。又如，2010 年卷四案例分析题，6 月 26 日，赵某将钱某约至某大桥西侧泵房后，二人发生争执。赵某顿生杀意，突然勒钱某的颈部、捂钱某的口鼻，致钱某昏迷。赵某以为钱某已死亡，便将钱某“尸体”缚重扔入河中。6 月 28 日凌晨，赵某将恐吓信置于钱某家门口，谎称钱某被绑架，让钱某之妻孙某（某国有企业出纳）拿 20 万元到某大桥赎人，如报警将杀死钱某。孙某不敢报警，但手中只有 3 万元，于是在上班之前从本单位保险柜拿出 17 万元，急忙将 20 万元送至某大桥处。赵某蒙面接收 20 万元后，声称 2 小时后孙某即可见到丈夫。本案中，赵某向孙某勒索 20 万元的行为是敲诈勒索罪与诈骗罪的想象竞合犯。一方面，赵某实施了胁迫行为，孙某产生了恐惧心理，并交付了财物。所以，赵某的行为触犯了敲诈勒索罪；另一方面，钱某已经死亡，赵某的行为具有欺骗性质，孙某产生了认识错误；如果孙某知道真相就不会受骗、不会将 20 万元交付给赵某。

¹¹ 参见林东茂：《刑法综览》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 358 页。注：台湾刑法中的绑架勒索罪相当于大陆刑法中的绑架罪。

¹² 隋冠卓：《三男子预谋绑架绑五次没得手，落网才知认错人》，载《辽沈晚报》2017 年 1 月 13 日。

3. 丙构成非法拘禁罪和故意杀人罪，应当分别定罪量刑，然后数罪并罚。

(1) ①丙哄骗小孩离开父母，并实力控制，是出于非法剥夺他人人身自由目的而实行的行为，所以构成非法拘禁罪。②因为丙没有参加甲、乙绑架预谋，对于甲、乙实施绑架犯罪不知情，所以不能与甲、乙构成共同绑架罪，而是单独构成非法拘禁罪。

丙犯非法拘禁罪，是甲、乙共同实施绑架罪的一部分——绑架他人作为人质，甲、乙对于丙的非法拘禁行为负责。甲、乙、丙在非法拘禁罪范围内构成共同犯罪；甲、乙既构成绑架罪又构成非法拘禁罪，从一重罪论处；丙则因为没有绑架犯罪故意，仅有非法拘禁罪故意，所以只成立非法拘禁罪。

请注意历年真题的对比：2016 年卷二 15. 甲为勒索财物，打算绑架富商之子吴某（5 岁）。甲欺骗乙、丙说：“富商欠我 100 万元不还，你们帮我扣押其子，成功后给你们每人 10 万元。”乙、丙将吴某扣押。本案中，甲具有绑架（非法拘禁+勒索财物）的故意，而乙、丙只有索债（非法拘禁）的故意，就绑架罪而言，乙、丙并不知道，甲属于绑架罪的间接正犯。但甲与乙、丙在非法拘禁罪的层面成立共犯。

本资料由中华考试网制作 www.zhkw.com QQ: 948509293

(2) 答案一：丙为控制小孩采取捆绑行为致其死亡，构成故意杀人罪。①这是一种具有高度危险的侵犯人身权利的行为，可能造成死亡的结果，可以评价为杀人行为，丙主观上对此有明知并持放任的态度，是间接故意杀人，因而构成故意杀人罪。②甲、乙对于人质的死亡没有故意、过失，没有罪责。具体来说，丙的杀人故意行为超出了非法拘禁之共同犯罪故意范围，应当由丙单独负责，甲乙没有罪过、罪责。

刑法第 238 条第 2 款规定：“犯前款罪（非法拘禁），致人重伤的，处三年以上十年以下有期徒刑；致人死亡的，处十年以上有期徒刑。使用暴力致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪处罚。”根据这一规定，丙的行为已经超出了非法拘禁的范围，应成立故意杀人罪。再者，该款前半段中的“致人死亡”仅应解释为是由于“拘禁”的意图过失致人死亡，因为，其法定刑仅为“十年以上有期徒刑”。如果是故意使用暴力致人死亡的，应成立故意杀人罪，依故意杀人罪的规定处罚，最高可判处死刑。

根据司法部第二次发布的详细解释：如果将这一情节理解为丙恐被人发觉非法拘禁犯罪，于是产生杀人犯意，因此才用胶带捆绑小孩双手并将嘴缠住，以致小孩窒息死亡，对这种另起犯意的情形自然应当数罪并罚，即非法拘禁罪与故意杀人罪。如果将上述情节理解为小孩哭闹不止要离开时，丙为了能够继续拘禁小孩，防止被他人发现导致小孩被解救，于是实施暴力行为让小孩安静，则这种情形就属于在非法拘禁过程中，为继续拘禁他人而使用暴力，对此就应适用《刑法》第 238 条第 2 款后段的规定，“使用暴力致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条、第二百三十二条的规定定罪处罚”，成立故意杀人罪一罪。

答案二：丙构成过失致人死亡罪。丙应当预见到自己的行为可能造成小孩死亡，但是丙不希望也不容忍小孩死亡，主观上是疏忽大意过失，构成过失致人死亡罪。但过失造成被害人死亡是出于拘禁的目的，可以认为成立非法拘禁罪的结果加重犯，根据刑法第 238 条第 2 款的规定：“致人死亡的，处十年以上有期徒刑。”应认定为非法拘禁（致人死亡）罪一罪。

按照事前分工，看护小孩属于丙的责任，小孩的安全由丙负责，甲乙二人均不在现场，没有可能保证防止、避免小孩死亡，所以，甲、乙不构成过失致人死亡罪。

司法部公布的答案之所以给出两种答案，就是因为本案中，丙的行为究竟是故意还是过失，并不是特别清晰。

[案例]管新军案。2004 年底，被害人李某某之姐李某某 1 在赌博过程中向同案人潘某某 1 借款人民币 10 多万元，后同案人潘某某 1 与被告人管新军等人多次向李某某 1 追讨债务未果。2005 年 6 月 2 日凌晨 3 时许，被告人管新军受同案人潘某某 1 的指使，伙同同案人侯某某、“傻忠”、“阿棉”（均另案处理）等人，携带一支霰弹枪和二把蔑刀，乘坐两辆汽车，共同来到广州市花都区新华镇公园前路与宝华路交界处的美味轩家乡甜品店，持霰弹枪和刀具冲入该甜品店内，由同案人持猎枪向正在店内吃宵夜的被害人李某某右小腿打了一枪，致被害人李某某受伤倒地（经法医鉴定，李志所受损伤符合霰弹枪作用所致右胫腓骨折及右小腿异物残留，关节活动度丧失超过 50%，其损伤程度为重伤）。后将被害人李某某抬上正在店外等候的汽车上，将其挟持到花都区梯面镇收费站附近一空置的房屋内关押。法院认为，行为人将被害人李某某打成重伤的行为，已经超出了“拘禁”行为所要求的手段，并非单纯的“拘禁”行为，应成立故意伤害罪。¹³

¹³ 广东省广州市中级人民法院刑事附带民事判决书，（2006）穗中法刑一初字第 145 号。

笔者个人认为，如果是小孩已经逃跑，那么丙是为了更好地实现对小孩的控制（拘禁），而对小孩实施“用手捂住小孩口、鼻，然后用胶带捆绑其双手并将嘴缠住”，可以认为丙的行为属于刑法第 238 条第 2 款所规定的“非法拘禁致人死亡”的结果加重犯。历年真题中，2004 年卷二 82. 甲拐骗了 5 名儿童，偷盗了 2 名婴儿，并准备全部卖往 A 地。在运送过程中甲因害怕他们哭闹，给他们注射了麻醉药。由于麻醉药过量，致使 2 名婴儿死亡，5 名儿童处于严重昏迷状态，后经救治康复。甲的行为成立拐卖儿童罪的加重犯，拐卖儿童罪是侵犯人身自由的犯罪，行为通常具有持续性，运送行为本身也是拐卖行为的一部分；在运送儿童的过程中，为了防止儿童哭闹而注射麻醉药致人重伤、死亡的，理当属于拐卖行为造成被拐卖的儿童重伤、死亡。

第三部分：经典试题演练

案例一：盗窃与诈骗

1. 李某在商场排队买单时，见前一顾客张某正掏出手机支付宝的二维码给售货员，后面的李某迅速拿起自己的手机，在后排扫了张某的二维码，进而使张某支付了 5 万元钱。张某对此毫不知情。（事实一）

2. 李某用上述的 5 万元钱开办了一个色情网站，吸引了不少用户前来。根据网站规则，要浏览色情图片，必须先交付 50 元注册费。李某在该网站设置了木马病毒，使得注册用户苏某在支付 50 元时，实际上被扣除了 5000 元，但苏某毫不知情。随着用户的增多，该色情网站的浏览量逐步增大，李某便在该网站上以出售商品的名义非法获取顾客的钱财，网站上架了一款存储了大量色情视频的笔记本电脑（标价：10000 元），顾客巫某向该网站支付了 10000 元之后，李某并没有发货。（事实二）

3. 李某进入某大学教室，中午放学期间，教室空无一人，看到课桌上有一部 NOKIA 手机（私人定制版，实际价值 50 万元，但李某认为仅值 5000 元），他误以为该手机是学生遗忘在教室的，实际上该手机是学生乐某的，乐某正在上卫生间。李某在拿该手机时，乐某在教室后面目睹了一切，但害怕惊动李某而不敢吱声。李某打开手机后发现，该手机的支付宝捆绑了信用卡，遂持该手机前往商场购物 5 万元，使用该手机捆绑的信用卡进行支付。后李某将该手机以 5000 元的价格卖给他人。（事实三）

4. 李某顺着该手机信息，来到乐某的宿舍，发现该宿舍仅有吴某一人在。便欺骗吴某说：“我是乐同学的老乡，他叫我来拿一下笔记本电脑。”吴某信以为真，便将李某的笔记本电脑交给李某。离开该宿舍后，李某看到宿舍楼门口停了一辆电动车，便将该电动车上的一部手机拿走，此时车主邹某大喊：“这是我的，你不能拿。”李某不予理会，拿着手机，骑上电动车就跑。后来，李某在操场内的跑道上行走时，发现操场外的路上有一个足球（实为陶某所有），就对路人张某说：“那是我的足球，劳驾您扔给我。”张某将足球扔给李某后，李某将足球据为己有。（事实四）

5. 李某前往该高校旁边的购物超市，购买了一箱郎酒（一箱 6 瓶，每瓶 400 元），李某将其中的两瓶替换为茅台（每瓶 3000 元）。收银员以为其购买的是一箱郎酒，就收了 2400 元后，让李某离去。李某离开收银台时，还偷偷地将该收银台的收款二维码替换成自己的二维码，导致后来其他顾客扫码付款的款项全部进入了李某的账户。（事实五）

6. 李某通过上述方式得到巨款后，进入某奔驰 4S 店，欲购买一辆奔驰 S600 汽车。后发现价格太高，便欺骗销售员说：“让我自己单独去试驾一下该车吧！”销售员信以为真，便将该车钥匙交给李某，让其单独试驾。李某将该车开出 4S 店后并未折返，而是将车径直开回自己家中。（事实六）

7. 上一案例（事实六）中，如果李某是通过分期付款方式购买该汽车，合同约定，每月支付 10 万元，在购车款完全付清之前，该车的所有权归 4S 店所有。李某在第 1 个月使用该车时，被路上的铁钉刺坏了轮胎，就将该车放在路边修理店维修。修理店员工秦某将该车上的一个车载备用胎（价值 5000 元）私下拿走，并将李某遗忘在该车上的一张信用卡拿走，秦某后持卡在 ATM 机上取款 10 万元，李某并不知情。汽车修好后，李某将车开走。一个月后，李某便将该车变卖，不再支付欠 4S 店的购车款，拒不接听 4S 店的催款电话。（事实七）

问题：（不考虑数额大小对犯罪的影响）

1. 事实一中，李某的行为构成何罪？请说明理由。
2. 事实二中，李某对于 5000 元构成何罪？对于 10000 元构成何罪？请说明理由。
3. 事实三中，李某拿走手机的行为是否构成盗窃罪，如果其主观上认为手机仅价值 5000 元，应如何处理？李某持该手机捆绑的信用卡购物的行为如何认定？请说明理由。
4. 事实三中，如果李某盗窃手机的事实被公安机关抓获，在关押期间，其如实交代了盗窃手机后使用该手机捆绑的信用卡购物消费的事实，对于这一行为，是否成立特别自首？请说明理由。
5. 事实四中，李某对该笔记本构成何罪？拿走电动车及手机的行为构成何罪？李某拿走足球的行为构成何罪？是否存在不同的观点？请说明理由。
6. 事实五中，李某对于两瓶茅台酒构成何罪？偷换二维码的行为构成何罪？是否存在不同的观点？请说明理由。
7. 事实六中，李某对该奔驰汽车构成何罪？如果 4S 店工作人员坐在车上陪同李某试乘试驾该车的，李某趁该 4S 店工作人员临时在路边小便之机，悄悄将该汽车开走的，成立何罪？请说明理由。
8. 事实七中，李某对出售该分期付款车辆的行为构成何罪？秦某拿走该车的备用轮胎、拿走信用卡取款的行为构成何罪？如果该案中，修车店老板拒不返还该车，将车据为己有的，如何处理？请说明理由。
9. 李某实施上述犯罪行为，被公安机关抓获后，公安机关对其办理了取保候审。在取保候审期间，李某逃往境外，在公安机关发布通缉令后，李某主动回国，前往公安机关，这种行为能否认定为自首？请说明理由。

答案及解析：

1. 李某偷扫他人二维码的行为构成盗窃罪。盗窃罪的本质在于，取走被害人财物没有与被害人进行沟通，被害人并没有“交付”财产给犯罪行为人的主观意愿、客观行为。本案中，李某偷扫他人的付款二维码，被害人张某对被支出的 5 万元钱毫不知情，李某的行为成立盗窃罪。该类案件在审判实践中较为突出，一般也都以盗窃罪论处。

2. 李某对于前 5000 元，成立盗窃罪，对于后 10000 元，成立诈骗罪。盗窃与诈骗的共通之处在于，都是非法获取了被害人的财物。二者的区别在于，取走被害人的财物，被害人是否知情，是否与被害人进行过沟通。盗窃罪，是指行为人取走被害人的财物，并没有经过被害人的同意，行为人取走被害人的财物是违反了被害人的意愿，是在被害人不知情的情况下实施的。而诈骗罪，行为人取走被害人的财物，与被害人进行了较为充分的沟通，被害人对于自己占有的财物如何转移至犯罪行为人的控制之下，主观上是知情的，客观上也实施了交付行为。本案中，被害人在支付 50 元注册费时，被李某设置的木马病毒扣除了 5000 元，对该 5000 元的支出，被害人毫不知情，李某的行为成立盗窃罪。而对于后续被害人购买电脑而向该网站支出 10000 元，被害人是知情的，被害人“自愿”将其账户中的 10000 元转移至李某的网站，故李某的行为成立诈骗罪。

3. 李某拿走该手机的行为成立盗窃罪，虽然其主观上认为该手机是他人“遗忘”在教室的，但需要说明的是，即便是他人“遗忘”在教室的手机，也不属于刑法上的“遗忘物”（即无人占有的财物）。在教室这一特定的空间的财物（手机），一般推定是由教室的管理者占有，也认为是有人占有的财物。所以，李某取走该手机的行为成立盗窃罪。该案仍然符合盗窃罪的“秘密窃取”这一本质特征。行为人李某主观上认为没有被被害人发现，说明其主观上仍然有畏惧之心，仍然是秘密窃取，成立盗窃罪。

李某盗窃手机的行为，应认定为盗窃“数额较大”，而非“数额特别巨大”。该案中，虽然手机的实际价值“数额特别巨大”，但李某主观上并没有认识到该手机价值“数额特别巨大”，仅能认识到“数额较大”。在主观客观相统一的范围内，应认定为盗窃“数额较大”。实践中，类似的天价葡萄案、太空豆角案亦是如此。

李某持该手机捆绑的信用卡购物的行为应认定为是盗窃罪。李某属于盗窃信用卡并使用，根据刑法第 196 条第 3 款的规定，成立盗窃罪。可能有人 would 认为，该案中，李某并没有使用真实的信用卡。这种理解是错误的，现今，使用信用卡消费并不要求使用物理性质的信用卡，而只需要将信用卡捆绑手机就可以了。换言之，以往我们都将各种银行卡放入钱包，而现在随着手机技术、网络技术的发达，我们更多地是将银行卡捆绑手机。从这一意义上看，只是信用卡的支付、使用方式发生了变化，实质内容并没有发生变化。

4. 如果李某盗窃手机的事实被公安机关抓获,在关押期间,其如实供述了盗窃手机后使用该手机捆绑的信用卡购物消费的事实,不成立特别自首。理由在于,后续使用信用卡,也认为是盗窃信用卡并使用,成立盗窃罪,属于交代同种罪行,不成立特别自首。其次,就算认为后续使用信用卡的行为成立信用卡诈骗罪,是异种罪行,也不成立特别自首,因为前罪行与后罪行密切相关。

自首(包括特别自首在内)的本质在于节约国家司法资源。司法解释规定:异种罪行必须与司法机关已经掌握的罪行没有法律上、事实上的密切关系。例如,司法实践中,涉及人身、财产的犯罪,如在敲诈勒索、绑架、故意杀人、抢劫、故意伤害、交通肇事等案件中,被害人的人身安全,其随身携带财物的下落,作案工具的来源、去向等事实,均是与行为人实施的犯罪行为紧密关联的事实。在供述司法机关已掌握的犯罪事实过程中,另外供述上述司法机关未掌握的犯罪事实的,即使实施上述事实的行为单独构成另一犯罪,由于该行为与司法机关已经掌握的行为具有密切关系,也不构成自首。¹⁴司法解释作上述规定的重要原因在于,如果行为人已经被司法机关抓获的A罪与其后续主动供述的B罪具有事实与法律上的密切联系,即便其不主动交代B罪,由于A罪与B罪之间具有的密切联系,司法机关也很容易查获B罪,行为人对B罪的交代对节约司法资源的意义非常有限。

5. 李某拿走笔记本电脑的行为,一种观点(多数)认为成立盗窃罪,这种观点认为,李某的室友吴某对李某的笔记本电脑没有处分权,吴某交付电脑的行为不属于诈骗罪所要求的“处分财产”,李某的行为成立盗窃罪。另一种观点认为成立诈骗罪,这种观点认为,室友吴某对李某的笔记本电脑有处分权,李某的行为成立诈骗罪。但一般认为,在学生集体宿舍这一特定的空间,每个人对自己本人的财物具有支配与控制权,其他人原则上不占有、控制自己的财产,也就不具有对财产的处分权。

电动车及电动车上的手机,根据社会一般观念,推定为有人占有的财物,其他人取走该财物的,属于取走了他人占有的财物。一种观点认为,李某“公然取走”被害人的财物,应成立抢夺罪。这种观点的主要是源于我国社会几千来“明抢暗偷”的观念,认为行为人敢“公然”取走被害人财物,表明其对法秩序、被害人的一种敌视的态度、观念。另一种观点认为,构成盗窃罪。这种观点认为,盗窃不限于秘密窃取,包括公然的。无论是秘密还是公然,只要是以和平方式取走被害人的财物,均成立盗窃罪。

李某拿走足球的行为,成立盗窃罪。路人张某对足球无处分权,谈不上自愿处分财产,也就不成立盗窃罪。李某取走足球的行为,对于足球的所有权人而言,是没有与其进行过沟通的。故其行为成立盗窃罪。

6. 李某拿走超市的茅台酒,一种观点(多数)认为成立盗窃罪。该种观点认为,诈骗罪所要求的“自愿处分财产”,要求被害人要有处分意识,即要对其处分的财产有认识。而本案中,被害人根本不知道有两瓶“茅台酒”的存在,故不能认为被害人有处分意识,不能认为处分了财产,李某的行为成立盗窃罪。另一种观点(少数)认为,该种行为成立诈骗罪。这种观点认为,应对诈骗罪所要求的“处分意识”作扩大解释,本案中,被害人虽然不知道里面装的是“茅台酒”,但知道里面是“酒”,也可以认为被害人知道自己处分的财产,这属于处分财产的行为,李某成立诈骗罪。

李某偷换二维码的行为,一种观点(多数)认为成立盗窃罪。这种观点认为,该案中,最终遭受损失的是商家,李某取走商家的“财物”是没有与商家进行沟通的,换言之,商家根本不知道自己的财产损失,没有交付、处分财产的意识,谈不上处分财产,故李某的行为成立盗窃罪。审判实务中多持此观点。例如,一方面,其在本质上并不符合诈骗罪“骗取他人财物”的本质特征,缺乏成立诈骗罪所必需的处分意识和处分行为,被害人对于其财产被非法转移占有完全没有意识,根本没有想到其财产将进入行为人账户;另一方面,虽然顾客的钱款并未首先进入商家账户而是直接进入行为人账户,但是至少在顾客扫码支付的那一瞬间,无论在社会观念上还是在所有权上,该钱款都属于商家所有和占有,行为人通过秘密手段取得对该钱款的非法占有,本质上属于秘密窃取行

¹⁴ 案例:甲杀害乙后,又给乙家里打电话,谎称乙被绑架,意图勒索财物,乙家属报警,甲被抓获。在关押期间,甲如实供述了杀乙的事实,也不成立自首。理由在于:甲供述的杀乙的事实,与其被抓获的敲诈勒索罪密切相关。又比如,因受贿被采取强制措施后,又交代因受贿为他人谋取利益行为,构成滥用职权罪的,应认定为同种罪行。“事实上的密切关联”,是指已掌握的犯罪与未掌握的犯罪之间存在手段与目的等关系,且易结合发生的情形。如因持枪杀人被采取强制措施后,又交代其盗窃或私自制造枪支的行为。因为有枪才能实施持枪杀人行为,且枪支本身属于违禁品,故交代枪支来源而另行构成的涉枪犯罪,应当认定为与故意杀人罪属于同种罪行。“法律上密切关联”的犯罪,是指不同犯罪的构成要件有交叉或者不同犯罪之间存在对合(对向)关系、因果关系、目的关系、条件关系等牵连关系。例如,行贿罪和受贿罪、收买被拐卖的妇女、儿童罪与拐卖妇女、儿童罪,洗钱罪与毒品犯罪、黑社会性质组织犯罪等上游犯罪,掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪与为获得赃物而实施的抢劫罪、盗窃罪等犯罪,窝藏、包庇罪与被窝藏、包庇的行为人之前所犯的罪。

为，构成盗窃罪，至于其仅实施偷换二维码行为而未进一步实施其他行为，并不影响其在本质上是秘密窃取手段取得他人财物的事实，正是他设定了整个盗窃行为的因果流程。¹⁵另一种观点认为，该类案件成立诈骗。这种观点认为，这是一种特殊类型的诈骗。该案财物的处分者是顾客，顾客“自愿”将自己手机中的钱款转移至李某的二维码，可以认为是诈骗。认为行为人虚构事实即偷换商家二维码的行为，致使顾客产生错误认识，基于错误认识而处分财产，导致商家产生损失，成立诈骗罪，即顾客处分了商家的财产。¹⁶

7. 李某对该奔驰汽车成立诈骗罪。理由在于，如果4S店工作人员基于错误认识而同意让李某单独试驾该车，说明其“处分”了该车。诈骗罪所要求的“处分”不是指处分所有权，而只要处分占有即可，只要将自己占有的财产放弃、脱离占有即可。

如果4S店工作人员坐在车上陪同李某试乘试驾该车的，李某趁该4S店工作人员临时在路边小便之机，悄悄将该汽车开走的，应成立盗窃罪。理由在于，如果4S工作人员是陪同试乘试驾的，说明其主观上并没有处分财产的想法，没有放弃占有该车的想法。李某趁4S店工作人员小便时，将车辆悄悄开走，应成立盗窃罪。

8. 李某出售该分期付款购得的车辆，应成立侵占罪。侵占罪的本质在于，变“合法持有”为“非法所有”。该案中，李某仅支付了部分购车款就可以使用该车，这一行为本身是符合合同约定的，并不违法，其是“合法持有”该车辆，后擅自处分该车辆的，应成立侵占罪。

修理工秦某取走车上备用轮胎、信用卡的，其行为性质属于“盗窃”。但是，仅盗窃一张信用卡本身，并不成立犯罪。根据刑法第196条第3款的规定，盗窃信用卡并使用的，成立盗窃罪。不区分对机器、对人使用。故修理工秦某的行为应成立盗窃罪。该题需要明白的是，汽车上的财物，根据社会一般观念，都认为是由汽车的主人占有，其他人取走该财物的，应成立盗窃罪。换言之，修理工在修理汽车时，并不需要使用该车的备用胎、车上的信用卡，这些财物与“修车”本身没有任何关系，根据社会一般观念，仍然应该由车主占有。

修车店老板拒不返还该车，将车据为己有的，应成立侵占罪。修理店老板是基于合法的理由（修理汽车）而占有该车，如果后来想将合法占有的财物变为非法占有，则符合侵占罪的构成，应以侵占罪论处。可能有人认为，取走该汽车内的备用轮胎、手机等财物的，仅成立盗窃罪（重罪），而拒不返还汽车的，却要认定为侵占罪（轻罪），这似乎并不合理。笔者认为，李某将汽车交给修车店修理，修车店确实占有了该车辆本身，拒不返还该车辆的行为，李某是知情的，成立侵占罪并无不妥。而修理店员工取走了该车上的手机、钱包等财物，由于修理汽车本身并不需要占有这类财物，也就是没有委托保管权，此外，取走该财物被害人毫不知情，甚至事后都不知情。行为人在被害人不知情的情况下，取走了该财物的，成立盗窃罪更为妥当。

9. 李某的行为不成立自首。自首的实质在于节约国家司法资源，而本案中，李某犯罪后是被公安机关抓获的，已经浪费了国家司法资源，不成立自首。其在取保候审期间如果逃跑，再次回到司法机关，还认定为成立自首的话，无异于鼓励犯罪分子被采取强制措施后逃跑，以便再次成立自首。这显然是不妥当的。该案的原型为《刑事审判参考》第1081号指导案例，吴某强奸、故意伤害案——行为人在取保候审期间犯新罪而逃跑，被公安机关依法通缉后又自动投案并如实供述罪。该案的裁判要旨指出：吴某因涉嫌犯强奸罪而被取保候审，在此期间内逃跑，其后自动投案的行为不应认定为自首。吴某因涉嫌犯故意伤害罪，在未被讯问、采取强制措施之前逃跑，后又自动投案并如实供述自己犯罪事实的，可以认定为自首。因此，对其所犯故意伤害罪可认定为自首，对其所犯强奸罪不应认定为自首。

案例二：其他财产犯罪（敲诈勒索罪、绑架罪、其他犯罪）

赵某、孙某持刀，欲绑架李某，并向其丈夫钱某非法索要财物100万。赵某主观上是非法索要财物，但欺骗孙某说是索要赌债。二人将李某捆绑后，赵某走出门外给李某的丈夫钱某打电话，要其送100万过来，否则将杀害他的妻子李某。此时，钱某突然出现在赵某的身边，赵某赶紧将钱某抓住，将钱某、李某夫妻二人捆绑在一起。钱某迫于无奈，通过手机银行给赵某的银行卡转入100万元。后赵某、孙某将李某、钱某夫妻二人释放。（事实一）

¹⁵ 周铭川：《偷换商家支付二维码获取财物的定性分析》，载《东方法学》2017年第2期。

¹⁶ 张庆立：《偷换二维码取财的行为宜认定为诈骗罪》，载《东方法学》2017年第2期。

赵某、孙某尝到犯罪的甜头后，欲进一步实施犯罪行为。赵某对孙某说：“你去童某的单位警告一下童某，要他现在就支付 10 万元钱，如果不给钱的话，我们下周将会对其采取行动。但别把动作搞得太大了。”孙某按赵某的意思进入被害人童某的单位，但起初童某对孙某的威胁完全不予理会，孙某恼羞成怒，将童某打成重伤，并以当场实施进一步侵害为要挟，要求童某当场支付 10 万元。童某出于无奈，将 10 万元通过手机银行转入孙某的账户。孙某得款后离去。孙某将该事实真相告知赵某，赵某非常气愤地说：“你做得太过分了，怎么能打得这么严重呢？”但赵某、孙某均分了这 10 万元。（事实二）

赵某后来找到一份正当职业——“快递小哥”，其在顺风快递担任传送带（流水线）上的捡货员，负责货物的分拣。在传送带运行过程中，赵某发现某一快递盒中可能有一个手机（实为 IPONE Xs，价值 10000 元），便私下放入自己的包中，躲过了公司的重重视频监控，将该手机带出了快递公司。在出公司大门时，公司保安徐某发现了赵某的行为（保安的工作职责还包括对出公司大门的员工进行检查，以防私自带快递出公司），但考虑到自己上个月的奖金被扣而对公司颇有怨言，就没有进行严格检查，让赵某走出了公司大门。（事实三）

赵某因涉嫌上述犯罪而被公安机关立案调查，在公安机关对其取保候审期间，其妻子熊某感到绝望，认为这么多年的感情可能白废了，自己不可能再和一个犯罪分子共度余生了。熊某欲向赵某提出分手，并跑回娘家。赵某为了使熊某能回家，绑架了熊某的弟弟熊二（5 岁），并给其妻熊某打电话：“如果你不回来，我就不放你弟弟。”三天后，熊某被迫回家，赵某因此也将熊二送回自己的家中。（事实四）

上一事实中，赵某接熊某回家的路上，赵某被方某的摩托车撞倒，赵某仅有皮外伤，并无大碍。但赵某却向方某索要 10000 元，否则将此事交由公安机关处理，方某考虑到自己没有驾照，如果被公安机关处理的话就更麻烦了，于是赔偿了赵某 10000 元。（事实五）

赵某后来骑摩托车和熊某一起回家，在回家的路上，因为超速等违章行为而被交警扣押，并被交警告知第二天来交 500 元罚款才可以将车领回。赵某当天晚上来到摩托车被扣的停车场，将该摩托车（价值 1 万元）偷走，被值班的人员武某发现，为了抗拒抓捕，将值班人员武某打成重伤后骑摩托车逃跑。（事实六）

问题：

1. 事实一中，赵某、孙某的行为分别构成何罪，是否成立共同犯罪？对于赵某的行为，如何定罪，是否存在不同的观点？如果赵某外出打电话给李某的丈夫钱某期间，被捆绑的李某欲挣脱绳子逃跑，孙某为了防止李某的逃跑，将绳子拉得更紧以进一步控制李某而过失造成李某重伤，赵某是否需要对该重伤结果承担责任？请说明理由。

2. 事实一中，如果赵某外出打电话给李某的丈夫钱某期间，被捆绑的李某已经挣脱绳子逃跑，孙某为了阻止李某的逃跑，故意使用暴力将李某打成重伤，能否认定为非法拘禁罪的结果加重犯？如果被害人在被拘禁期间，长期受到虐待，不堪忍受而跳楼自杀的，能否认定为非法拘禁罪的结果加重犯，并请对比抢劫致人重伤这一结果加重犯进行说明。

3. 事实二中，赵某、孙某的行为构成何罪，是否成立共同犯罪？赵某是否需要对该重伤结果承担责任？如果存在不同观点，请阐述不同观点及其理由。

4. 事实三中，赵某取走该快递的行为是否属于利用了职务上的便利，应以何罪论处，是否存在不同的观点？公司保安徐某的行为是否应以共同犯罪论处？请说明理由。

5. 事实四中，赵某绑架熊二的行为能否以绑架罪论处？对于绑架罪的“绑架目的”应如何理解？请说明理由。

6. 事实五中，赵某的行为如何认定？请说明理由。

7. 事实六中，赵某的行为如何认定，可能存在几种不同的观点？请说明理由。

答案及解析：

1. 赵某是基于非法索要财物而绑架他人，成立绑架罪。孙某是基于“索债”的目的而绑架他人，没有侵犯财产的故意，仅成立非法拘禁罪。二人在非法拘禁罪的范围内成立共同犯罪。成立共同犯罪，并不需要各共犯人的罪名完全一致，当今刑法理论的多数观点持因果共犯论，认为只要各行为人的行为对共同的结果有因果联系，有原因力，而且各行为人的行为彼此“依靠”，就可以认为行为人之间成立共同犯罪。从这一意义上看，部分犯罪共同说是认定成立共同犯罪的多数观点，即只要各行为人的行为部分是共同的即可，行为之间存在重合。

赵某的行为还可能涉嫌抢劫罪。一般认为绑架罪是三面关系：犯罪行为人、被绑架的人质（被控制）、人质的亲友（未被控制的第三人）；抢劫罪是两面关系：犯罪行为人、被害人（都被犯罪行为人控制）。本案中，起初赵某是控制了李某，欲向李某的丈夫钱某（未被控制）索要财物，应构成绑架罪，这是三面关系。但是，后来赵某还控制了钱某，李某、钱某都被赵某控制了，应成立抢劫罪。从这一意义上看，该案存在两种观点：一种观点认为，即便未控制钱某都应该成立绑架罪，控制了钱某，更应该成立绑架罪，与抢劫罪存在竞合关系。这种观点的理论基础是强调不同犯罪之间的竞合。有学者指出，抢劫罪与绑架罪不是一种对立关系，事实上不排除在绑架的过程中同时触犯抢劫罪的情形。例如，甲以勒索财物为目的绑架乙后，当场威胁乙的亲属丙说，“如果不交付赎金便杀害乙”。甲的行为不仅对乙成立绑架罪，而且对丙成立抢劫罪。¹⁷另一种观点认为，该案仅成立抢劫罪，因为抢劫罪是两面关系，犯罪行为人——被控制的人，本案即是如此。该案认为绑架罪与抢劫罪是对立关系，既然成立抢劫罪，就不可能成立绑架罪。

如果赵某外出打电话给李某的丈夫钱某期间，被捆绑的李某欲挣脱绳子逃跑，孙某为了防止李某的逃跑，将绳子拉得更紧以进一步控制李某而过失造成李某重伤，赵某需要对该重伤结果承担责任。理由在于，无论认为赵某的行为是构成绑架罪，还是抢劫罪，都要求对人质进行了实质的控制。孙某控制人质的行为并不违反赵某的主观意愿，赵某应对该重伤结果承担责任。如果认为赵某的行为成立绑架罪，那么，赵某成立绑架罪与过失致人重伤罪的想象竞合犯。¹⁸如果认为赵某的行为成立抢劫罪，那么，赵某成立抢劫致人死亡的结果加重犯。

2. 孙某的行为不成立非法拘禁罪的结果加重犯。刑法第 238 条第 2 款规定：犯前款罪（非法拘禁罪），致人重伤的，处三年以上十年以下有期徒刑；致人死亡的，处十年以上有期徒刑。使用暴力致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条（故意杀人罪）、第二百三十二条（故意伤害罪）的规定定罪处罚。根据该条规定，非法拘禁罪的结果加重犯的法定刑偏低，故应对非法拘禁罪致人重伤、死亡这一结果加重犯所要求的“重伤、死亡”进行限制解释，应理解为是拘禁行为本身导致了被害人重伤、死亡，并且，行为人主观上是基于过失。本案中，孙某故意使用暴力将李某打成重伤，应单独评价为故意伤害罪，不应认定为非法拘禁罪的结果加重犯。

如果被害人在被拘禁期间，长期受到虐待，不堪忍受而跳楼自杀的，可以认定为非法拘禁罪的结果加重犯。根据我国刑法第 238 条的规定，非法拘禁罪的基本罪的法定刑为 3 年以下有期徒刑，而这种被害人“长期受到虐待，不堪忍受而跳楼自杀”的行为，仅认定为非法拘禁罪的基本犯，将会导致量刑畸轻。当然，笔者并非认为非法拘禁过程中，被害人“自杀”的行为都认定为非法拘禁致人死亡的结果加重犯，而是认为，如果拘禁行为与被害人自杀的关联性较为紧密的话，可以认定为非法拘禁罪致人死亡的结果加重犯，以期实现罪刑相适应。从这一意义上看，适度扩大“非法拘禁致人死亡”这一结果加重犯，有限度地承认被害人自杀也属于结果加重犯的范围，其目的是为了实现量刑合理，有其合理性。当然，对比抢劫罪及其抢劫致人死亡这一结果加重犯，可以发现，抢劫罪的基本罪的法定刑为“三年以上十年以下有期徒刑”，抢劫致人死亡这一加重犯的法定刑为“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”。抢劫案件中，被害人自杀的案件，即便不认定为抢劫罪的结果加重犯而认定为基本犯，也可以判处最高十年有期徒刑，也能实现罪刑相当而不至于导致量刑畸轻。

3. 赵某的行为构成敲诈勒索罪，孙某的行为成立抢劫罪。如果认为敲诈勒索罪与抢劫罪是竞合关系，二者在敲诈勒索罪的范围内成立共同犯罪（多数观点）；如果认为敲诈勒索罪与抢劫罪是对立关系，孙某的行为已经超出了赵某的故意内容，二者不成立共同犯罪（少数观点）。对于孙某殴打童某致人重伤的行为，赵某不需要对该重伤结果承担责任。

该案中，赵某主观上没有当场对被害人童某实施侵害的想法，只是如果被害人不交付财物的话，未来将对其实施不利的行为。也就是说，赵某给了被害人寻求救助、回旋的空间。故赵某的行为仅成立敲诈勒索罪。而孙某当场对被害人使用暴力、当场取走被害人的财物，应成立抢劫罪。现多数观点认为，抢劫罪与敲诈勒索罪都是侵害被害人的财产，但二者的区别在于对被害人的影响不同：抢劫罪使被害人不知、不敢、不能反抗，其对被害人人身和控制程度是 100%；敲诈勒索罪对被害人人身和控制程度没有达到 100%，给了被害人回旋的空间。也就是说，敲诈勒索罪中的处分自由，是一种不充分的、有瑕疵的自由：面对行为人的压迫，被害人仍有保卫财产的可能。

¹⁷ 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2016 年版，第 986 页。

¹⁸ 注意：第 239 条规定为，绑架过程中，杀害被绑架人，或者故意伤害被绑架人，致人重伤、死亡的，处无期徒刑或者死刑，并没收财产。根据这一规定，绑架罪本身并没有包容过失致人重伤，绑架行为过失造成被害人重伤的，成立绑架罪与过失致人重伤罪的想象竞合犯。

相对于抢劫罪是反抗无用且不敢反抗，敲诈勒索罪就是反抗有用且应能反抗。¹⁹既然未 100%控制被害人的都成立敲诈勒索罪，那么 100%控制被害人的，更应该成立敲诈勒索罪，同时亦触犯了抢劫罪，抢劫罪与敲诈勒索罪之间存在竞合，抢劫罪是性质更为严重的敲诈勒索罪。当然，也有学者认为，抢劫罪与敲诈勒索罪之间是对立关系，二者之间不存在竞合。如果持这种观点，那么，赵某和孙某之间就不成立共同犯罪。

对于孙某殴打被害人致重伤的行为，赵某不需要承担责任。因为赵某仅仅具有犯敲诈勒索罪的故意，敲诈勒索罪是不包括对人使用严重暴力的。因此，对于孙某实施的严重暴力行为，已经超出了赵、孙二人之前共谋的共同故意之外，赵某对此不需要承担责任。

4. 赵某取走该快递的行为不属于利用了职务上的便利，成立盗窃罪（多数观点）；也有观点认为，赵某利用了职务上的便利，应成立职务侵占罪。对于快递员私下拿走单位快递的行为，究竟以盗窃还是职务侵占罪论处，审判实务的做法较为混乱。盗窃罪的立案标准最低为 1000 元，职务侵占罪为 60000 元，不同的处理将会带来重大差异。笔者认为，“利用职务上的便利”应适度进行缩小解释，否则容易放纵犯罪。如果这类案件认定为职务侵占罪的话，那么，低于 60000 元的行为将无从定罪，显然不利于保障私营企业的财产权。单位员工只有拿走了完全属于其经营、保管、控制之下的财产，才可以认为是利用了职务上的便利，认定为职务侵占罪。本案中，行为人赵某仅仅是快递运输的流程中的一员，而且并没有独自控制该快递包裹。从案情的表述来看，行为人即便手中握有快递，要离开单位，还要摆脱层层监控（如视频监控、保安等）。因此，可以认为赵某没有利用职务上的便利，而是利用了工作上的便利，赵某的行为应以盗窃罪论处。当然，也有学者主张对“利用职务上的便利”作扩大解释，认为只要是有一定的管理权限，甚至经手权限的，都认为是利用职务上的便利，进而认定为职务侵占罪。

公司保安徐某的行为属于盗窃罪的片面共犯，属于片面的帮助犯，应以盗窃罪的共犯论处（帮助犯）。徐某明知赵某盗窃快递，仍然暗中帮助赵某，但赵某对此帮助毫不知情，属于片面的帮助犯。对于片面帮助犯是否成立共犯，刑法理论上的多数观点持肯定态度，因为这种帮助行为对赵某的犯罪确实起到了帮助作用，如果不承认共犯的话，徐某自己的单独行为将无从定罪，这显然是不合理的。

5. 赵某绑架熊二的行为，审判实务的多数观点认为不构成绑架罪，也有少数学者认为成立绑架罪。从形式上的来，赵某为了实现特定的目的（让老婆回家）而绑架了熊二，似乎应以绑架罪论处。但从实质上看，我国刑法对绑架罪规定了较重的法定刑，我国刑法中的绑架罪的法定刑甚至重于故意杀人罪，过度地扩张绑架罪的适用会导致部分案件量刑畸重。也正基于此，刑法理论与审判实务中都主张对绑架罪进行限制解释，以限制绑架罪的适用，包括：将绑架罪的目的限制解释为重大不法目的，将行为方式限制解释为对人质实施重大不法侵害或威胁。本案中，行为人主观上并没有重大不法目的，也未对人质实施重大不法侵害或威胁，不以绑架罪论处是合适的。

20

审判实践中，将绑架罪的目的限制解释为重大不法目的，实现其他诸如恢复婚恋关系、索要少量财物、要求见特定人等目的的不认定为绑架罪。有论者指出，如果罪犯绑架人质仅仅是索要少量财物或者其他微不足道的不法要求，对被勒索人而言，因为很容易满足其不法要求，被绑架人人身安全所蒙受的风险就大大降低，不宜认定为绑架罪。²¹最高人民法院的指导案例亦认可这一观点：“绑架罪应是勒索巨额赎金或者其他重大不法要求的绑架类型。因为被害人拖欠工资、债务，而索要少量超出工资、债务范围的钱财的，或者由于冲动、无知、愚昧扣押人质索取少量钱财的，或者扣住岳母要求媳妇回家的，等等，显然不具有与绑架罪的严厉评价相当的不法程度，完全可以按照非法拘禁罪或者敲诈勒索罪论处。”²²没有对人质实施重大侵害或威胁，适用其他轻罪。有学者指出：“从法定刑评价的相称性来讲，应当对绑架罪的绑架手段作严格解释，将其解释为行为人主观上企图以杀害、伤害被绑架者相威胁的可能危及被绑架者生命、健康安全的行为，不宜包括单纯的剥夺他人人身自由的行为。”²³最高人民法院对相关案件的评述也指出：“在绑架案中，行为人一般都采取超强度的暴力等手段，给被害人的

¹⁹ 车浩：《抢劫罪与敲诈勒索罪之界分：基于被害人的处分自由》，载《中国法学》2017年第6期。

²⁰ 参见徐光华：《“以刑制罪”视阈下绑架罪的定性量刑——以大样本绑架释放人质案件为例》，载《政法论坛》2018年第5期。

²¹ 阮齐林：《绑架罪的法定刑对绑架罪认定的制约》，载《法学研究》2002年第2期，第37页。

²² 《刑事审判参考》指导案例第435号。

²³ 黄丽勤：《索债型非法拘禁案件的定性分析》，载《法学》2012年第4期，第145页。

心理造成极大恐慌。而非法拘禁罪一般表现为低强度限制被害人的人身自由。”²⁴

6. 一种观点认为，赵某的行为无罪（多数）；另一种观点认为，赵某的行为成立敲诈勒索罪（少数）。

虽然赵某仅有皮外伤，但仍有理由向方某进行索要赔偿。当然，具体应索赔多少，并无一个确定的数额。实务中，索赔金额是双方讨价还价的结果，要价过高本身不是犯罪，最终支付多少赔偿仍然更多地取决于他人的自愿，不应以犯罪论处。“权利受到侵犯时，被害人维权时，究竟应该向侵权方索赔多少才应以犯罪论处，这是一个很不确定的概念，因此，哪怕要价过高，也需要经过双方讨价还价，而且国民的观念中，漫天要价已经成为一种较为普遍的现象，在目前的维权法律渠道并不畅通的情况下，这种漫天要价维权的行为具有一定的普遍性，不宜以犯罪论处”。²⁵当然，也有观点认为，赵某的行为应以敲诈勒索罪论处，赵某虽然有理由索要赔偿，但要价过高，且利用了方某没有驾照将该事故交由警方处理相要挟。

7. 一种观点认为，赵某的行为没有侵犯他人的财产所有权，仅构成故意伤害罪（多数观点）。另一种观点认为，赵某的行为应成立抢劫罪，其行为既侵犯了被害人的财产权，也侵害了人身权（少数观点）。

刑法理论的多数观点认为，财产犯罪的保护法益是保护财产所有权，盗窃、抢劫本人所有而被他人合法占有的财产，不应以财产犯罪论处。少数观点主张，盗窃罪的保护法益是占有权，即便自己所有的财物，只要处于他人的合法占有之下，盗窃、抢劫该财物的，也应以财产犯罪论处。两种观点均有其合理性，但在中国当前立法及社会现状背景下，前者更具有合理性。我国财产犯罪量刑的主要参考标准是被盗财物的数额，如果盗窃自己所有的财物也成立盗窃罪，一旦财物价值数额特别巨大（如盗窃自己所有被公安机关扣押的货车），以盗窃罪论处可能会判处无期徒刑，导致量刑畸重。审判实践中，对于盗窃自己所有的财物，尽量排斥财产犯罪的适用，转而适用其他轻罪。

近年来，我国刑法理论对财产罪的保护法益，围绕着所有权说、占有说、形形色色的折衷说展开了激烈争论。不同学说的主要分歧在于，行为人“非法取回本人所有而被他人合法占有的财物”能否以财产罪论处。虽然占有说逐渐成为有力学说，并对所有权说进行了批判，主张该类案件应以财产罪论处。²⁶但审判实践似乎并不认可，财产罪的保护法益如果坚持占有说，易扩大处罚范围且导致量刑畸重，审判实践中对仅侵犯占有的案件，排斥财产罪的适用，转而适用轻罪（非财产罪）以实现罪刑均衡。例如，刘洪江妨害公务案中，其抢回自己所有但被交管部门扣押的汽车（24300元），法院判处妨害公务罪，有期徒刑7个月。判决指出，若以抢劫罪论处，不符合罪刑相适应原则。²⁷《刑事审判参考》指导案例第205、339、404、428、856号等相似案例也持此意见，审判实践在“以刑制罪”理念下优先考虑适当的刑罚再选择罪名的现象具有一定的典型性。虽然理论上学者持反对意见，认为“如果某种行为明显符合某种犯罪的构成要件，则不能以法定刑过重为由，将某种行为认定为其他轻罪或者宣告无罪”。²⁸但审判实践中对样本案例的定罪确仍然贯彻着“以刑制罪”，重视量刑合理而忽略了定罪。²⁹

案例三：侵犯人身法益的犯罪

甲、乙二人系男女朋友，因为双方的父母长期通过暴力阻止他们继续来往，甲、乙二人实在受不了父母的暴力干涉，后来他们相约一起跳楼自杀。但乙胆子小，不敢自杀，就对甲说：“你先把我从楼上推下去，自己再跳。”后甲将乙推下去之后，造成乙死亡，看到血腥的场面自己不敢跳楼。（事实一）

甲后来又组织、领导了一起聚众斗殴活动，在聚众斗殴过程中，甲这方的积极参加者丙将对方的陈某殴打致死，丙主观上仅有伤害的故意，对被害人的死亡结果持过失的心态。（事实二）

甲、丙二人又共谋去教训他们共同的仇人曹某，二人约定好不能弄出人命。甲在楼下望风，丙前往曹某家对曹某实施伤害行为，用拳头猛烈殴打曹某的鼻梁骨几下后，因曹某有严重的血液疾病而导致出血过度，最终死亡。（事实三）

²⁴ 广西壮族自治区巴马瑶族自治县人民法院刑事判决书，（2014）巴刑初字第92号。

²⁵ 徐光华：《典型案件的同案异判看过度维权与敲诈勒索罪》，载《法学杂志》2013年第4期。

²⁶ 张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年版，第941页。

²⁷ 北京市第一中级人民法院（2009）一中刑终字第3502号刑事裁定书。

²⁸ 张明楷：《骗取自己所有但由他人合法占有的财物构成诈骗罪》，载《人民检察》2004年第10期。

²⁹ 徐光华：《“以刑制罪”视阈下财产罪保护法益的再认识》，载《中国法学》2016年第6期。

此时，在卧室睡觉的曹某的妻子被惊醒了，丙欲强奸曹某的妻子杨某，但觉得自己一个人力量有限，便打电话叫甲上来一起实施强奸行为，甲在电话中明确表示反对丙再实施强奸行为，催丙赶紧下楼。丙说：“那你等我一下，我强奸后就下来。”丙将杨某打成昏迷状态（重伤），实施了强奸行为，并拿走了杨某身上随身佩戴的一个金项链（价值 5000 元）。一个月后，杨某被检查出已经怀孕了，经 DNA 检测，是因为丙的强奸行为导致。（事实四）

甲、丙二人又计划实施绑架富二代万某的行为，在控制万某之后，准备向其父亲索要财物，但其父亲表示不愿意出钱营救万某。甲、丙二人非常气愤，甲持刀准备把被害人万某杀死，但丙坚决反对，丙夺过甲手中的刀，并将万某放走。（事实五）

问题：

1. 事实一中，甲的行为构成何罪？对于参与他人自杀的案件，如教唆自杀、相约自杀、帮助自杀的案件，是否应以犯罪论处？请说明理由。
2. 对于父母暴力干涉婚姻自由而导致被害人自杀的案件，能否认定为结果加重犯？请说明理由。
3. 事实二中，甲、丙的行为构成何罪？是否存在不同的观点？请说明理由。
4. 事实三中，甲、丙是否需要死亡结果负责任，能否成立故意伤害（致人死亡）罪这一结果加重犯？请说明理由。
5. 事实四中，甲、丙的行为如何认定？请说明理由。
6. 事实五中，甲杀害万某（未遂）的行为，是应单独评价，还是应被绑架罪包容？对于甲的杀人行为，丙是否需要承担责任？如果甲、丙在绑架的过程中，绑架对象发生了错误，无法向特定人索要财物，如何认定？请说明理由。

答案及解析：

1. 甲的行为成立故意杀人罪。因为甲亲手实施了杀人行为，将乙推下楼，支配了风险及结果，应以故意杀人罪论处。

对于参与他人自杀的案件，如教唆自杀、相约自杀、帮助自杀的案件，由于没有支配风险及结果，不应以故意杀人罪论处。

自杀本身并不构成犯罪，但与自杀有关的行为，如教唆、帮助、相约、欺骗他人自杀的，能否以故意杀人罪论处，存在不同的观点。一般认为，行为之所以以犯罪论处，在于该行为支配、控制了风险，进而导致了结果。对于自杀关联行为，能否以犯罪论处，关键是看该关联行为是否支配、控制了风险的进程。自杀的决定权、风险支配权在自杀者本人，教唆、帮助、相约自杀的行为不构成犯罪，换言之，即便教唆、帮助、相约他人自杀，自杀者也完全可以不自杀，也就是说，起决定性、支配性作用的是自杀者本人。但是，如果欺骗他人自杀、逼迫他人自杀、亲手杀害他人，行为人直接支配了风险，应成立故意杀人罪，因为行为人支配了风险，或者使被害人认识不到风险，行为人的行为应该成立故意杀人罪。当然，也有学者认为，教唆他人自杀的，引起了他人的自杀决意，应以故意杀人罪论处。但笔者认为，考虑到故意杀人罪是一种重罪，生命无论是对自杀者本人，还是对于社会而言，均具有非常重大的意义，自杀者本人一般也都有较为清楚的认识，追究教唆、帮助、相约自杀者故意杀人罪的刑事责任可能并不妥当。回到本案，甲实施的不仅仅是相约自杀，而是实施了杀人的实行行为，换言之，没有甲的行为，乙在本案中不会自己跳楼自杀，甲支配了该风险及结果，以故意杀人罪论处是多数观点。

2. 对于父母暴力干涉婚姻自由而导致被害人自杀的案件，可以认定为结果加重犯。一般认为，刑法中所规定的结果加重犯，如抢劫致人死亡、强奸致人死亡、故意伤害致人死亡，是不包括被害人自杀的。但是，暴力干涉婚姻自由、虐待而导致被害人自杀的，可以考虑成立结果加重犯。刑法第 257 条（暴力干涉婚姻自由罪）规定：“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。”第 260 条（虐待罪）规定：“虐待家庭成员，情节恶劣的，处二年以下有期徒刑、拘役或者管制。犯前款罪，致使被害人重伤、死亡的，处二年以上七年以下有期徒刑。”刑法理论与审判实践之所以将“自

杀”认定为是上述两条文所规定的“致人死亡”，从而认定为结果加重犯，主要是考虑到，这两种类型的犯罪发生在家庭成员之间，犯罪行为具有持续性、长期性，对被害人会形成很大的压力，与被害人自杀的关联性很紧密。当然，这并不意味着只要是暴力干涉婚姻自由、虐待的案件，出现被害人自杀的情况，一律认定为结果加重犯，而是要综合评判暴力干涉、虐待与被害人自杀之间的关联，进而认定结果加重犯。

3. 一种观点认为，甲、丙的行为成立故意杀人罪，这种观点将刑法第 292 条第 2 款的规定认定为是法律拟制规定。另一种观点认为，甲、丙的行为成立故意伤害（致人死亡）罪，这种观点将刑法第 292 条第 2 款的规定理解为法律注意规定。

刑法第 292 条第 2 款规定：聚众斗殴，致人重伤、死亡的，依照本法第二百三十四条（故意伤害罪）、条二百三十二条（故意杀人罪）的规定定罪处罚。如果认为这一规定是法律拟制规定，即法律特别规定，那么意味着，聚众斗殴过程中只要致使他人死亡，无论行为人主观上是故意还是过失，都应以故意杀人罪论处。类似的拟制规定如，刑法第 267 条第 2 款规定，“携带凶器抢夺的，以抢劫罪论处”，该规定将性质严重的“抢夺”行为认定为“抢劫”罪。如果认为刑法第 292 条第 2 款为法律注意规定，也就意味着该款规定并没有改变故意伤害罪、故意杀人罪的认定规则，只是再次提醒、注意。那么，聚众斗殴过程中，只有故意导致被害人死亡的，才能认定为是故意杀人罪，而过失导致被害人死亡的，不能认定为故意杀人罪。笔者认为，刑法第 292 条第 2 款理解为是法律注意规定可能更妥当，基于此，聚众斗殴过程中过失导致被害人死亡的行为，不能认定为故意杀人罪。不可否认，立法者有创设规范的权力，将不属于 A 罪的行为拟制为构成 A 罪，例如，将性质严重的抢夺（携带凶器抢夺）拟制为抢劫罪，但是，这种权力也不宜过大。如果将聚众斗殴过程中过失致人死亡的案件，拟制为故意杀人罪，就属于拟制的力度过大，不仅改变了罪名的认定，甚至跨越了犯罪过失与故意的范围，容易导致将立法的权力解释得过大。当然，如何理解刑法上的法律注意规定与法律拟制规定，确实存在不同的认识。

4. 丙的行为成立故意伤害罪与过失致人死亡罪的想象竞合，甲仅成立故意伤害罪，不需要对死亡结果负责。

本案中，丙的行为导致被害人死亡结果的，并不具有高度盖然性，不能认定为故意伤害（致人死亡）罪这一结果加重犯。甲、丙虽然共同实施故意伤害行为，对于丙的伤害行为，如果是高度可能的情况下导致的死亡结果，需要承担责任；如果这种可能性不大，甲不需要对该“过限”结果承担责任。该案原型系《刑事审判参考》第 1080 号指导案例，裁判要旨指出：构成故意伤害（致人死亡）罪的行为，应当在客观上具有高度的致害危险性。从法理上讲，故意伤害致人死亡是故意伤害罪的结果加重犯。结果加重犯是刑法规定的一种特殊犯罪类型，一般以行为人对加重结果的发生“有客观的预见可能性”而“主观上却没有预见”作为构成要件。既然加重结果发生有着“客观的预见可能性”，则意味着基本行为应当具有引发严重伤害甚至可能导致死亡结果发生的高度危险性。从立法上看，刑法对故意伤害致死行为规定了“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”这样严厉的法定刑，其处罚的对象也理应是在客观上具有高度危险性的暴力行为，而不可能是轻微的暴力行为。刑法第 234 条规定了故意伤害罪的结果加重犯——故意伤害（致人死亡）罪，其法定刑为“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”，比故意伤害罪与过失致人死亡罪的法定刑相加还要重，主要是考虑到行为人实施伤害行为具有造成死亡结果的高度可能性，这种行为的法定刑当然偏重。

5. 甲、丙的行为构成强奸（致人重伤）罪，二人在此范围内成立共犯。虽然甲没有参与强奸行为，但甲在楼下等丙，在客观上起到了望风的效果，也在心理上给予了丙帮助，应成立强奸罪的共同犯罪。此外，强奸罪本身是包括暴力手段的，因此，对于丙的暴力行为导致被害人重伤的，甲亦需要对该重伤结果承担责任，甲也构成强奸（致人重伤）罪的结果加重犯。

丙强奸导致被害人怀孕的，不能认定为是强奸“造成其他严重后果”这一加重情节。笔者在中国审判法律应用支持系统中查到了 2012 年以来强奸致被害人怀孕的案件共计 9 件。从这些案件的判决来看，除其中一件多次强奸数名“未成年少女”并致一名被害人怀孕案件的管辖法院综合认定强奸致被害人怀孕的危害结果为严重外，其余 8 个案件的管辖法院一致认为，强奸致被害人怀孕情形不属于强奸罪的结果加重情节。理由在于：不论是强奸还是通奸，只要是男子在没有采取避孕措施情况下与妇女发生了性关系，就可能致女方怀孕，这是生理常识，

可以说是每个强奸案件都有可能发生的附随后果。

丙取走被害人身上财物的行为，应成立盗窃罪，不构成抢劫罪，甲不对此行为负责。丙之前将被害妇女殴打致重伤昏迷的行为，已经作为强奸罪的手段行为进行了评价，不宜再作为抢劫罪的手段行为重复评价。

6. 甲杀害万某（未遂）的行为，应被绑架罪包容，仅认定为绑架罪一罪。刑法第 239 条第 2 款规定：犯绑架罪，杀害被绑架人的，或者故意伤害被绑架人，致人重伤、死亡的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。其法定刑存在一定的幅度“无期徒刑或者死刑”。而原刑法第 239 条规定，绑架过程中，杀害被绑架人的，仅处“死刑”这一绝对确定的法定刑。因此，对于绑架过程中，故意杀害被绑架人未遂的，也适用这一规定而适用死刑，会导致量刑畸重。但是，现行刑法第 239 条第 2 款已经规定了更为宽泛的法定刑幅度，刑法理论与审判实务也多认为，绑架过程中故意杀害被绑架人未遂的，认定为绑架罪一罪，也不会导致量刑畸重。

对于甲的杀人行为，丙不需要承担责任。甲的杀人行为，与绑架行为本身并无关联，虽然该行为发生在绑架过程中，但并不是绑架所必须的，故丙不需要对该杀人行为承担责任。此外，本案中，丙对甲的杀人行为持强烈反对态度。

如果甲、丙在绑架的过程中，绑架对象发生了错误，即绑错了人，应认定为是绑架罪未遂。不少人对“绑架罪未遂”持不同意见，认为绑架罪只要控制人质就是犯罪既遂，即便是本案，也属于对象错误，不影响绑架罪既遂的认定。不可否认，这种观点有其一定的合理性。通说的观点认为，绑架罪是目的犯，行为人控制人质后，只要主观上有向人质的家属勒索财物的目的，就成立绑架罪既遂。³⁰“勒索财物的目的”主要存在于行为人的内心即可，不要求实施、实现，但至少也要有实施的可能性，如果客观上完全没有实施的可能性，就不宜认定为绑架罪（既遂）。本案中，行为人原计划是绑架富豪万某的小孩，进而向万某勒索财物。如果真是绑架了万某的小孩，当然有向万某勒索财物的可能性，即便客观上没有向万某实施勒索财物的行为，也成立绑架罪既遂。但是，如果绑架了赵某的小孩，想借此利用万某的担心而勒索财物，这根本就没有可能性，故从这一意义上看，甲、乙的行为成立绑架罪（未遂）有其合理性。台湾学者林东茂指出：绑错人，成立何罪？例如，计划绑架富翁甲，但却错绑穷人乙，发现错误后，随即释放，是否成立掳人勒索既遂？如果依照实务意见，“绑人既遂就是掳人勒索既遂”，那么，绑错人也是掳人勒索既遂。这判断不免太过严峻。行为人既无意绑架穷人，如何对之勒索？合理的看法是，针对错绑的对象乙，成立妨害行动自由罪；针对甲，成立掳人勒索的不能犯未遂（不罚）。³¹考生可能会进行类比的是，这属于对象错误，是认错人了，应成立犯罪既遂。这种理解可能存在一定的问题。例如，甲想杀乙，认错人了，杀了丙。这种情形下，刑法禁止的是杀人行为，无论“乙”还是“丙”都属于刑法所保护的对象，甲的行为当然成立故意杀人罪（既遂）。或者说，甲想非法拘禁乙、但却拘禁了丙，无论“乙”还是“丙”的人身自由，都属于刑法所保护的对象，甲的行为成立非法拘禁罪（既遂）。但绑架罪中，甲欲绑架万某的孩子，并以此要挟万某，主观上是想建立起“拘禁万某的孩子”与“以此为基础恐吓万某交付财物”这二者之间的关联、目的，但本案中，实际的情况是“拘禁其他人的孩子”与“以此为基础恐吓万某交付财物”，也就是说，你这个目的根本不可能实现，连实现的可能性都没有，怎么可能成立绑架罪既遂呢？只能认定为是绑架罪（未遂）。这就比如甲想杀张三，结果张三家没有人，这种情形下，至少“案件当时”行为人没有杀害被害人的可能性，只能认定为是故意杀人罪的未遂。

案例四：侵犯公民人身权利犯罪

甲（女）欲出卖妇女韦某，将韦某拘禁在甲家中的地下室，准备寻找买主。后甲将该情况告诉乙，并表示邀请乙加入。乙帮助甲在地下室看管妇女韦某，甲外出寻找买主。乙在看管韦某时，韦某激烈反抗欲逃走，乙为了防止其反抗，将其打成重伤。之后，乙对韦某实施了强奸。甲知道乙对韦某实施了伤害、强奸行为之后，批评了乙。后甲、乙二人坐火车将韦某卖给丙，路途花费 5000 元，仅得款 3000 元。（事实一）

韦某被拐卖的事情被公安机关知悉，甲主动写信给公安机关，告知该事是毛某（仅 15 周岁）所为，公安机关将毛某刑事拘留 3 天后查明了事实真相，发现不是毛某所为，于是将毛某释放。毛某在公安机关被关押 3 天，精神受到了一定的影响，回家前一星期，跳楼自杀。后甲因拐卖韦某被司法机关拘留，在拘留期间，甲检举揭发

³⁰ 刑法理论上及实务上，都认为绑架罪是目的犯，控制人质后，只要有勒索财物或者其他目的的，就成立绑架罪，目的实现与否，在所不问。

³¹ 参见林东茂：《刑法综览》，中国人民大学出版社 2009 年版，第 358 页。注：台湾刑法中的掳人勒索罪相当于大陆刑法中的绑架罪。

了其邻居熊某曾经对其强奸的犯罪事实，但欺骗司法机关是熊某与一个陌生男子共同对其实施了轮奸行为，事实上是熊某一个人对其实施强奸，后司法机关查清了熊某强奸的事实。（事实二）

警察乐某在讯问熊某时，对其使用暴力逼取口供，过失导致了熊某重伤。（事实三）

甲出狱后，成为一名影视圈的明星。结识了诸多商业大佬、政府高官，在交往中，诸多商业大佬和政府高官都主动加甲的微信，并将电话号码告知甲。后甲将知悉的商业大佬、政府高官的手机号、微信号整理成册，在网上出售。此外，甲还利用其朋友警察魏某的工作便利，多次要求魏某查询政府官员的开房记录，后将开房记录（与其他女性的不正当开房记录）出售给他人。（事实四）

贺某曾因赌博而欠甲赌债 10 万元。但甲一直找不到贺某，甲、乙合谋绑架贺某的邻居熊二的孩子熊二，以向贺某索要赌债。甲、乙将熊二捆绑后，乙看守熊二，甲外出向熊某联系索要赌债。乙在看守熊二时，因用绳子捆绑过度，过失导致了熊二的死亡。（事实五）

本资料由中华考试网制作 www.zhkw.com QQ: 948509293

问题：

1. 事实一中，甲、乙二人的行为应如何认定？甲、乙和丙之间是否成立共犯？请说明理由。
2. 事实二中，甲对毛某的行为是否构成诬告陷害罪，是否需要承担对毛某的自杀结果承担责任，能否评价为诬告陷害罪的结果加重犯？甲将熊某的强奸行为说成是轮奸，是否构成立功、诬告陷害罪？请说明理由。
3. 事实三中，乐某刑讯逼供过失造成熊某重伤的行为应如何处理，可能存在几种不同的观点？请说明理由。
4. 事实四中，甲出售的是他人主动告诉他的电话号码、微信号，是否构成侵犯公民个人信息罪？查询高官的开房记录并出售的行为，是否构成侵犯公民个人信息罪？请说明理由。
5. 事实五中，甲、乙的行为如何认定，对于造成熊二死亡的结果应如何承担责任？请说明理由。

答案及解析：

1. 甲、乙二人的行为均属于拐卖妇女致人重伤的结果加重犯，二者成立共同犯罪。拐卖妇女罪的本质在于侵犯妇女的人身权利，尤其是人身自由，而这通常会伴随着对被害妇女的暴力控制，也正是基于此，刑法规定了拐卖妇女致人重伤、死亡的结果加重犯。本案中，虽然乙实施了殴打被害妇女致重伤的行为，但这一行为是为了控制妇女进而拐卖，是案件当时拐卖妇女所必须的行为。甲应对乙实施的这一重伤害行为承担责任，二人均成立拐卖妇女罪的结果加重犯，系共同犯罪。

乙强奸妇女韦某的行为作为拐卖妇女罪的加重情节，甲对此强奸行为不承担责任。虽然刑法规定，拐卖妇女罪可以包容强奸罪，并规定了加重的法定刑，但强奸并不是拐卖妇女罪所必须的。乙的强奸行为应由其本人承担责任，甲不对此承担责任。

甲、乙将妇女卖出 3000 元，成本却花了 5000 元，也不影响拐卖妇女罪的成立。拐卖妇女罪是侵犯公民人身权利的犯罪，只要控制妇女，侵犯了其人身权利，就构成拐卖妇女罪的既遂。至于是否营利，不影响拐卖妇女罪的成立。

2. 甲对毛某的行为构成诬告陷害罪，但不需要对毛某的自杀结果承担责任，不成立结果加重犯。虽然毛某未达拐卖妇女罪的刑事责任年龄，但是，诬告没有刑事责任能力的人，也有使他卷入刑事诉讼的风险，其人身权利（自由）会面临一定的侵害（风险），构成诬告陷害罪。诬告陷害罪是侵犯公民人身权利的犯罪。此外，任何犯罪都有其保护法益，刑法也为其配置了相应的法定刑。诬告陷害罪是侵犯人身法益的犯罪，刑法对诬告陷害罪并没有规定致人死亡的结果加重犯，从这一意义上看，诬告导致他人自杀身亡的，并不是诬告陷害行为所通常会导致的结果，甲不对这一结果承担责任，不构成结果加重犯。

甲将熊某的强奸行为说成是轮奸，从检举揭发了熊某的强奸行为这一意义上看，确实属于立功，但捏造了轮奸这一事实，又构成诬告陷害罪。该行为具有立功、诬告陷害双重属性，换言之，仅揭发熊某的强奸行为是立功，但捏造轮奸是诬告陷害，立功与诬告陷害存在竞合。

3. 一种观点认为，乐某的行为构成刑讯逼供罪与过失致人重伤罪的想象竞合，择一重罪处罚。另一种观点认为，构成刑讯逼供罪与故意杀人罪的想象竞合，应以故意杀人罪论处。

刑法第 247 条规定，刑讯逼供、暴力取证致人伤残、死亡的，依照本法第二百三十四条（故意伤害罪）、第二百三十二条（故意杀人罪）的规定定罪从重处罚。（1）如果认为本规定属于注意规定，那么，对刑讯逼供或暴力取证行为，以故意杀人罪、故意伤害罪定罪处罚的条件是，除了要求该行为致人死亡、重伤外，还要求行为人主观上具有杀人、伤害的故意。本案中，行为人并没有故意，故不能转化为故意伤害罪，仅能认定为刑讯逼供罪与过失致人重伤罪的想象竞合。（2）如果认为本规定属于法律拟制规定，那么，只要是刑讯逼供或者暴力取证致人重伤、死亡的，无论行为人主观上是“故意”还是“过失”导致被害人重伤、死亡的，均应转化为故意伤害罪、故意杀人罪。换言之，尽管“过失导致被害人死亡的行为”原本不符合故意杀人罪的成立条件，但法律仍然赋予其故意杀人罪的法律效果。如果持此种观点，乐某构成刑讯逼供罪与故意杀人罪的想象竞合，应以故意杀人罪论处。国家法律职业资格考試认为该规定为法律拟制规定，而非注意规定。但这种观点在审判实践中并没有得到认同，刑法理论上也有不少学者对此提出反对意见。

4. 甲出售的是他人主动告诉他的电话号码、微信号，构成侵犯公民个人信息罪。侵犯公民个人信息罪的“个人信息”的来源可以是多样的，并不限于非法的方式，基于合法方式获取的他人个人信息而出售或提供的，也可能构成侵犯公民个人信息罪。公民个人信息的范围远大于隐私的范畴。公民个人信息不要求具有个人隐私的特征。即便相关信息已经公开，不属于个人隐私的范畴，但仍有可能成为“公民个人信息”。对于行为人非自愿公开或者非主动公开的公民个人信息，行为人获取相关信息后出售、提供的行为，可以根据情况以侵犯公民个人信息罪论处。实践中，有些公开信息并非权利人自愿公开，如个人信息被他人通过信息网络或者其他途径发布；有些信息并非权利人主动公开，如有关部门为救济、救助或者奖励而公示的公民个人信息；有些信息的扩散并非权利人的意愿，如权利人发现个人信息被收集后主动要求行为人删除。上述情形中，获取相关信息的行为可以认定为合法，但后续的出售或者提供行为明显违背了权利人意愿，对其个人隐私和生活安宁造成侵犯，对其中情节严重的行为完全可以适用侵犯公民个人信息罪予以惩治。

甲查询高官的开房记录并出售的行为，构成侵犯公民个人信息罪。他人的开房内容，即便涉及违法甚至犯罪行为，但通过非正常手段去查询他的开房信息并用于出售的，也属于侵犯公民个人信息，应以犯罪论处。

【特别提示】最高人民法院、最高人民检察院于 2017 年一共发布了 13 个典型案例，其中涉及到的行为方式主要有：

- （1）以“调查公司”的名义向他人出售公民个人信息，包括个人户籍、车辆档案、手机定位、个人征信、旅馆住宿等各类公民个人信息。
- （2）利用银行工作人员的权限在银行专用网络内，非法查询公民个人银行征信信息用于出售。
- （3）购买学生信息用于出售。
- （4）买卖大量含有公民姓名、收货地址、手机号码等内容的网购订单信息。
- （5）通过黑客软件侵入邮局内网，在邮局内网窃取邮局内部的公民个人信息用于出售。
- （6）加入涉及个人信息交换买卖的 QQ 群，通过购买、交换等方式获取大量公民个人信息，再在群里发布广告招揽买家。
- （7）一家为全国 4500 多家酒店提供网络服务的公司因系统存在安全漏洞，致使全国高达 2000 万条宾馆住宿记录泄露。犯罪嫌疑人非法下载上述住宿信息后用于出售。
- （8）民警利用其在派出所工作的职务之便，使用已调离的前所长的数字证书查询公安系统内公民个人信息用于出售。

5. 甲、乙的行为构成绑架罪，二者成立共同犯罪。2000 年《最高人民法院关于对为索取法律不予保护的债务，非法拘禁他人行为如何定罪问题的解释》规定：“行为人为索取高利贷、赌债等法律不予保护的债务，非法扣押、拘禁他人的，依照刑法第二百三十八条的规定定罪处罚。”以索债为目的拘禁、扣押他人，说明行为人仅想要回自己的债权，无非法占有目的，仅侵犯了被害人的人身权，故仅以非法拘禁罪论处。按理说，非法债务是不受法律保护的债务，行为人以索取非法债务为目的而拘禁、扣押他人，即侵犯了被害人的人身权，也侵犯了被害人的财产权，本应以绑架罪论处。而司法解释之所以将此种行为解释为非法拘禁罪，主要是基于中国刑法中的绑架罪的法定刑过重，司法解释的精神在于，限制绑架罪的范围。只要找到一定的理由拘禁他人，哪怕这个理由

具有不合理性（如索取非法债务），也应该以非法拘禁罪论处。但是，对于这一过度扩张适用非法拘禁罪、限制绑架罪的司法解释，也应有其适用的特定空间，而不应无限地扩张适用。在如下情形下的索债，可以考虑以绑架罪论处：（1）行为人索取的数额如果超过债务部分数额很大，则应将超出部分以绑架罪论处。最高人民法院的相关意见指出，“在司法实践中应当注意行为人为索取明显超出债务数额的财物而非法扣押、拘禁他人的，因其行为已带有‘借机勒索’的性质，可以依照刑法第二百三十九条第一款规定的绑架罪定罪处罚”。³²（2）索债时，扣押与债务人没有共同财产关系、扶养、抚养关系的第三者作为人质的，成立绑架罪。³³本案即是第（2）种情形，应以绑架罪论处。

乙造成熊二死亡的行为，是绑架、控制人质所必须的，甲亦应对该致人死亡的结果有预见可能性，应承担刑事责任。但刑法第 239 条并未规定绑架过失致人死亡的结果加重犯，该行为绑架罪与过失致人死亡罪的想象竞合。³⁴

案例五：贪污贿赂罪（受贿罪）

国家工作人员甲明知方某有求于自己，虽然并不愿意帮方某办事，但仍然接受了方某提供的价值 5 万元的红包。同时，方某为此还将自己位于闹市区的一套房子免费提供给甲的情妇乙租住，没有收取租金，实际市场租金应为 3 万元，甲对此亦知情。（事实一）

包工头孙某为了谋取不正当利益，欲送给甲 10 万元，甲明确表示反对。后孙某将该 10 万元送给了甲的情妇乙，希望能借助乙的力量影响甲。甲后来得知其情妇乙收了这 10 万元，要求乙将这 10 万元退回，乙坚决反对，甲就不再过问。此外，甲所在单位的新进公务员丙，为了加强与甲的感情联络，在中秋佳节之际，送给甲 5 万元。（事实二）

私人老板孟某为了与甲联络感情，分别于去年的端午节、中秋节给甲送去各 1 万元，共计 2 万元。今年为了让甲给其所在的个人合伙企业违法审批某一事项，又给甲送去 5 万元，并请求甲给予关照。甲事后对该事项违规审批，造成恶劣后果。得到甲的关照后，孟某害怕甲再次向其索要更多的财物，又主动送给甲一张以孟某名义办理的银行卡，卡内金额为 5 万元，但孟某故意告诉甲错误的密码。当天晚上，孟某将该银行卡中的 5 万元钱，通过手机银行转入自己的其他账户。监察委员会根据群众举报，知悉甲收受了他人财物（前述 2+5=7 万元），但不知道行贿者具体是谁。监察委员会对甲采取了留置措施，甲在留置期间，承认了受贿的事实，并主动告知监察委员会行贿人是孟某，同时向监察委员会交代了受贿后违规审批滥用职权这一事实。甲最终被法院判处受贿罪、滥用职权罪。（事实三）

甲的妻子丁是某公立高校的副校长、教授、博士生导师，担任本科生 2018 级法学（1）班班主任期间，多次收受某司法考试培训机构市场代表吴某的回扣共计 5 万元，建议学生购买该培训机构的教材、报该机构的辅导班，并多次在课堂上违心地向学生推荐该机构。此外，学生付某欲专升本，因为分数不够，希望丁给予关照，丁欺骗付某说：“这事情我不能直接管，需要找教务处长，你要不先将 10 万元钱放到我这里，我帮你转交给教务处长，并帮你说说好话。”付某将 10 万元钱交给丁，丁通过本人的职权就帮付某办成了此事，并没有经过教务处长，10 万元钱也据为己有。（事实四）

丁的小同学王某因涉冤假错案而被司法机关错误关押，欲找丁给该法院院长郭某打招呼，希望法院按照国家赔偿法的规定依法处理自己的赔偿申请。王某给丁送去 10 万元，丁将其中的 5 万元送给郭某。郭某收受该 5 万元的一年后，因巡视组前往法院巡查，郭某主动将该 5 万元退还给了纪检部门。（事实五）

法院院长郭某退休后因涉嫌巨额财产来源不明罪被司法机关立案调查，郭某的妻子徐某（无业）明知司法机关调查的巨额财产 2000 万是郭某贪污、受贿所得，拒不向司法机关交代。郭某一审被判处巨额财产来源不明罪后，在二审期间，主动交代了该 2000 万中 1000 万是贪污所得，另外 1000 万是受贿所得。其中，1000 万元受贿款中，有 50 万是因为在职时帮助梁某谋取利益，退休后主动向梁某索要的。（事实六）

³² 李兵：《〈关于对为索取法律不予保护的债务非法拘禁他人行为如何定罪问题的解释〉的理解与适用》，载最高人民法院刑事审判庭主办：《中国刑事审判指导案例——侵犯公民人身权利、民主权利罪》，法律出版社 2009 年版。

³³ 之所以认定为绑架罪，重要原因在于，此种情形下的索债行为危害性特别严重，已经超出了一般的索债。

³⁴ 刑法第 239 条：以勒索财物为目的绑架他人的，或者绑架他人作为人质的，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；情节较轻的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

犯前款罪，杀害被绑架人的，或者故意伤害被绑架人，致人重伤、死亡的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。

问题：

1. 事实一中，甲的上述行为是否构成受贿罪？请说明理由。

2. 事实二中，甲、乙、孙某行为应如何认定？丙的行为是否构成行贿罪？请说明理由。

3. 事实二中，如果甲后来得知其情妇乙收了这 10 万元，要求乙将这 10 万元退回，乙假意答应退回，但实际上没有退回。甲、乙的行为应如何认定？请说明理由。

4. 事实三中，甲的受贿金额如何认定？甲向监察委员会交代相关事实如何认定？请说明理由。

5. 事实四中，丁的行为应如何认定？请说明理由。

6. 事实五中，丁、王某、郭某的行为应如何认定？请说明理由。

7. 事实六中，郭某的行为应如何认定，犯罪金额如何计算？徐某的行为应如何认定？请说明理由。

答案与解析：

1. 甲虽然并不愿意帮方某办事，但仍然接受了方某提供的价值 5 万元的红包，构成受贿罪，该红包是其职权的对价。受贿罪是侵犯国家工作人员职务廉洁性的犯罪，其实质是“权钱交易”。甲虽然不愿意为方某谋取利益，但明知他人有求于己，仍然收受他人财物，应当认为已经向请托人传递了“为其谋取利益”的信号，应构成受贿罪。2016 年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第 13 条规定，明知他人有具体请托事项，进而收受他人财物的，应认定为“为他人谋取利益”，成立受贿罪。

收受他人给予的免费住房，不用交付租金，亦构成受贿罪，其对象是财产性利益。受贿罪的对象不限于财物，还包括财产性的利益。财产性利益包括可以折算为货币的物质利益如房屋装修、债务免除等，以及需要支付货币的其他利益如会员服务、旅游等。后者的犯罪数额，以实际支付或者应当支付的数额计算。实际上，无论是收受他人提供的现金用于租房，还是直接接受他人交付的免费租住的房屋，其本质都是权钱交易，应以受贿罪论处。

2. 甲明知情妇乙收受了 10 万元，虽然提出反对意见，但仍然未退回，二人成立受贿罪的共犯。2016 年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第 16 条规定，特定关系人索取、收受他人财物，国家工作人员知道后未退还或者上交的，应当认定国家工作人员具有受贿故意。根据这一规定，可以认为甲有受贿的故意，应以受贿罪的共犯论处。司法解释之所以作出这一规定，其理由在于，国家工作人员明知其特定关系人（如情妇）收受他人财物而不退还，就视同其本人认可了这一事实，会用未来的权力帮助行贿者，行贿者行贿的目的也是看中了国家工作人员这一权力。国家工作人员明知特定关系人收受了他人财物而不退还，给行贿人传递的信号是似乎认可权钱交易，推定是为为他人谋取利益。

甲收受丙提供的 5 万元，构成受贿罪，丙不构成行贿罪。2016 年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第 13 条规定，国家工作人员索取、收受具有上下级关系的下属或者具有行政管理关系的被管理人员的财物价值三万元以上，可能影响职权行使的，视为承诺为他人谋取利益。据此，可以认为，司法解释对受贿罪所要求的“为他人谋取利益”进行了极度扩大的解释，甲的行为构成受贿罪。但丙在此案中并不构成行贿罪，行贿罪所要求的“为谋取不正当利益”，司法解释并未对其进行扩大解释，此案中，丙送 5 万元给甲时，没有明确的利益诉求，不宜解释为“为谋取不正当利益”，故不构成行贿罪。

孙某为了谋取不正当利益而给予有影响力的人乙以财物，构成对有影响力的人行贿罪。该案中，孙某并不是直接给国家工作人员甲以财物，也并没有让其情妇乙转交财物给甲的想法，只是为了谋取不正当利益而给予有影响力的人以财物，应构成对有影响力的人行贿罪。

3. 如果甲后来得知其情妇乙收了这 10 万元，要求乙将这 10 万元退回，乙假意答应退回，但实际上没有退回。甲不构成犯罪，乙构成利用影响力受贿罪。此种情形下，甲没有受贿的故意，也没有让特定关系人乙受贿的故意，并且，乙之前收受他人 10 万元的行为并不是甲指使的，甲的行为不构成犯罪。反过来想，这种情形下还对甲定罪，合适吗？

4. 甲之前收受私人老板孟某的财物的行为，应全额认定为受贿金额，共计 1+1+5=7 万元。2016 年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第 15 条规定：“对多次受贿未经处理的，累计计算受贿数额。国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益前后多次收受请托人财物，受请托之前收受的财物数额在一万元以上的，应当一并计入受贿数额。”虽然孟某的前两次送的各 1 万元，没有提出具体的利益诉求，但是，甲之所以为孟某谋取利益，不仅仅是后来送的 5 万元现金，也还是考虑了之前送的 2

万元。所以，上述7万元应整体评价为受贿金额。

甲之后收受孟某银行卡的行为，应认定为是受贿罪未遂。孟某虽然送给甲以银行卡，但根本没有将卡内钱款给甲的想法，甲就不可能实际支配卡内的金额。2008年11月20日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》第8条规定：收受银行卡的，不论受贿人是否实际取出或者消费，卡内的存款数额一般应全额认定为受贿数额。使用银行卡透支的，如果由给予银行卡的一方承担还款责任，透支数额也应当认定为受贿数额。”根据这一规定，收受银行卡的，即便没有使用卡内金额的，也应该认定为受贿金额。但这一规定的前提是，行贿人、受贿人主观上就银行卡内的金额的归属达成了共识，且受贿人客观上具有使用卡内金额的实际可能。而本案中，孟某主观上并没有让甲实际使用该卡内金额的真实想法，甲也不可能支配卡内金额，这相当于孟某故意送了一张假的银行卡给乙。

甲交代孟某行贿行为，属于供述自己受贿犯罪行为的一个必要部分，不成立立功。立功是检举揭发他人的犯罪行为，而甲交代孟某对自己的行贿行为，实际上是交代甲自己受贿行为的必不可少的一个组成部分。当然，甲也不成立自首。因为就受贿行为而言，甲并没有主动投案。

甲交代自己犯滥用职权罪的犯罪事实，不构成特别自首。2010年12月28日最高人民法院《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》规定：已经被关押的犯罪行为人，如实交代本人的其他罪行的，成立特别自首。其中，其他罪行必须是与司法机关已经掌握的罪行没有法律上、事实上的密切关系。例如，司法实践中，涉及人身、财产的犯罪，如在敲诈勒索、绑架、故意杀人、抢劫、故意伤害、交通肇事等案件中，被害人的人身安全，其随身携带财物的下落，作案工具的来源、去向等事实，均是与行为人实施的犯罪行为紧密关联的事实。在供述司法机关已掌握的犯罪事实过程中，另外供述上述司法机关未掌握的犯罪事实的，即使实施上述事实的行为单独构成另一犯罪，由于该行为与司法机关已经掌握的行为具有密切关系，也不构成自首。

5. 丁多次收受某司法考试培训机构市场代表吴某的回扣共计5万元，该行为构成非国家工作人员受贿罪。虽然丁是国有高校的副校长，属于国家工作人员，但该收受5万元的行为，不是利用其副校长的身份，而是利用其普通教师的身份，不是公务活动，不能认为利用了职务上的便利。故丁的行为构成非国家工作人员受贿罪。2008年11月20日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》第5条规定：“学校及其他教育机构中的国家工作人员，在教材、教具、校服或者其他物品的采购等活动中，利用职务上的便利，索取销售方财物，或者非法收受销售方财物，为销售方谋取利益，构成犯罪的，依照刑法第三百八十五条的规定，以受贿罪定罪处罚。学校及其他教育机构中的非国家工作人员，有前款行为，数额较大的，依照刑法第一百六十三条的规定，以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。学校及其他教育机构中的教师，利用教学活动的职务便利，以各种名义非法收受教材、教具、校服或者其他物品销售方财物，为教材、教具、校服或者其他物品销售方谋取利益，数额较大的，依照刑法第一百六十三条的规定，以非国家工作人员受贿罪定罪处罚。”根据上述规定，无论是国有还是非国有医疗机构、学校中的医务人员、教师，仅利用“开处方”、“教学活动”之便，收受药品销售方、校服销售方等财物的，不应认为国家工作人员身份的职务行为，即此种职务行为与国家工作人员身份并不相关，仅成立非国家工作人员受贿罪。即便这类主体（医务人员、教师）本身是国家工作人员，但教学活动、医疗活动与是否具有国家工作人员身份并不直接相关，不应认定受贿罪。

丁收受学生付某10万元的行为，构成受贿罪，而非诈骗罪。该案中，丁虽然欺骗了学生付某，但主要还是基于其职务上的便利收受了学生付某的财物。试想，我们普通人能这么简单骗到学生付某吗？丁哪怕骗术再拙劣，甚至付某都识破了这个“骗局”，丁都能“骗”到这10万元钱。从这一意义上看，丁收受该财物主要是利用了其职务上的便利，成立受贿罪。该案的原型是《刑事审判参考》指导案例第1147号：吴六徕受贿案——以欺骗方式让行贿人主动交付财物的，应认定为索贿。

6. 丁收受王某的10万元，不构成受贿罪，不属斡旋受贿。根据刑法规定，斡旋受贿必须是为了谋取不正当利益而收受财物，丁收受王某的10万元是为其谋取正当利益，不应以受贿罪论处。《刑法》第三百八十八条规定“国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的，以受贿论处。”本条规定的是国家工作人员不是直接利用自己职务上的便利，而是通过其他国家工作人员职务上的便利，为他人谋利益，而且这种利益应是不正当的利益，这是构成受贿罪的必要要件，从刑法理论讲这属于斡旋受贿。之所以对斡旋受贿行为入罪规定为“谋取不正当利

益”，主要是考虑到斡旋受贿人本人并没有利用其职务上的便利，而是利用了工作上的便利。

丁将上述收受的 10 万元中的 5 万元送给郭某的行为，不构成犯罪，因为其主观上是为了谋取正当利益。行贿罪中，行贿人主观上是为了谋取不正当利益。

王某为了谋取自己的正常利益（正当的国家赔偿）而给予丁 10 万元，不构成行贿罪。

法院院长郭某收受丁给予的 5 万元，构成受贿罪，事后退还纪检部门的，也不影响受贿罪的成立。2007 年 7 月 8 日最高人民检察院《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第 9 条规定，“国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的，不是受贿。……国家工作人员受贿后，因自身或者与其受贿有关联的人、事被查处，为掩饰犯罪而退还或者上交的，不影响认定受贿罪”。根据这一规定，主观上并不想收受财物而实际上收受了财物，及时上交或退还的，无罪。如果行为人主观上有收受他人财物并为他人谋取利益的故意，之后没有实际上为他人谋取利益而退回贿赂的，仍然成立受贿罪。例如，请托人有求于国家工作人员甲，于某日在甲的办公室内将价值 10 万元的财物卡交给甲。甲当时完全可以拒绝，但并不拒绝。在此后的一周内，甲并没有繁忙的事务，但没有退还或者上交，一周后甲才将财物卡退还给请托人。这种情形下，甲的行为成立受贿罪，因为一周后将财物卡退还给请托人，并不表明他没有受贿故意。

7. 郭某的行为构成巨额财产来源不明罪，金额为 2000 万元。巨额财产来源不明罪定罪的标准是一审之前没有说明来源，该案中，即便二审期间郭某说清楚了财产的来源，也不能改变一审已经作出的成立巨额财产来源不明罪的判决。试问自己，一审的判决在当时判的时候有错吗？如果没有错，为什么要去纠正呢？

郭某的行为还构成贪污罪、受贿罪，金额分别为 1000 万元、950 万元，其退休后索要的 50 万元，应从受贿金额中扣除，与前述的巨额财产来源不明罪并罚。2000 年最高人民法院《关于国家工作人员利用职务上的便利为他人谋取利益离退休后收受财物行为如何处理问题的批复》中规定：“国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，并与请托人事先约定，在其离退休后收受财物，构成犯罪的，以受贿罪定罪处罚”。相反，如果没有事先约定，在职时利用职务上的便利为请托人谋取利益，而在离退休后收受原请托人财物或者索取请托人财物的，一般也不宜以受贿罪定罪处罚。之所以退休后受贿而退休前没有约定的，不以受贿罪论处，主要考虑到这类行为不属于严格意义上的权钱交易，不宜以犯罪论处。

案例六：共同犯罪

邮递员甲明知他人寄给张三的明信片上写有敲诈勒索的内容，还是将该明信片送给了受害人张三，导致受害人张三基于害怕而交付了财物。（事实一）

甲明知被害人郭某家中没有任何财物，故意教唆蒋某去郭某家实施盗窃行为。蒋某于某日晚上去郭某家实施盗窃行为，空手而归。（事实二）

甲、乙共谋前往被害人杨某家中盗窃。次日，在约定的时间，甲在被害人家楼下苦苦等待了近 20 分钟，仍未等到乙。甲独自一人前往被害人杨某家盗窃，盗窃成功后回家。（事实三）

甲后来教唆魏某去杀害李某，并给了魏某五万元，魏某答应了甲的要求。后魏某又将该笔业务“转包”给陈某，向陈某支付了 3 万元。后来甲决定中止该次杀人行为，并打电话给魏某。魏某当着甲的面随即打电话给陈某，要求中止此次犯罪行为，陈某在电话中假意答应中止此次犯罪行为，但挂完电话之后，当即前往李某家将李某杀害。（事实四）

甲欲前往被害人张某家中盗窃一幅齐白石的字画，但担心被害人张某别墅结构图复杂难以找到该字画，就请熟悉被害人张某家的丙绘制了一张张某家的结构图，以便顺利找到该幅字画。丙为甲绘制张某家的结构图，甲拿着该结构图前往张某家，刚打开门，发现别墅结构没有其预先想象的那么复杂，就没有使用丙提供的图纸，顺利地找到了该字画并将其偷走。（事实五）

问题：

1. 事实一中，邮递员甲送明信片的行为是否应以敲诈勒索罪的共犯论处？请说明理由。

2. 事实二中，甲的行为应如何定性？如果当天晚上，郭某偶然地将一财物放回家中，蒋某盗窃成功，甲的行为应如何定性？请说明理由。

3. 事实三中，甲、乙是否成立共同犯罪，乙的行为能否成立盗窃罪既遂？如果在甲进入被害人家盗窃之前，乙打电话给甲表示自己不再去实施盗窃，并得到了甲的同意，乙的行为是否成立犯罪中止？请说明理由。

4. 事实四中，甲、魏某的行为是否成立犯罪中止？请说明理由。

5. 事实五中，甲、丙是否成立共犯，丙的行为应如何定性？可能存在几种不同的观点？请说明理由。

答案及解析：

1. 虽然对于敲诈勒索行为，邮递员发挥了不可或缺的作用，但是，并不成立敲诈勒索罪的共犯。因为这种帮助是其正常的业务行为，通常就不定罪处罚。该问考查的是中立的帮助行为这一知识点。中立的帮助行为有其特殊性，即具有反复持续性、日常性、可替代性，且大多是履行民事义务或从事民事活动的行为，如果把这些行为都纳入犯罪的行列，势必会造成社会经济秩序的混乱，人人岌岌可危的状态。因此，一方面要实现法益保护的目，另一方面又要维护社会的发展，在法益保护和自由保障之间如何妥当地划定中立的帮助行为的可罚性范围，一直是理论和实务中富有争议的问题。

中立的帮助行为超越了其本身通常性、必要性的限度，而为正犯的实行行为提供帮助时应肯定帮助行为与实行行为之间的物理因果性，应以犯罪论处。如出租车的运输行为是应乘客的要求将其送至目的地，而犯罪人在搭乘出租车之后要求出租车司机留在原地等候一段时间再将其送至某地，让犯罪人更容易逃脱犯罪现场，随后等候犯罪人的行为就超出了其运输行为本身的通常性必要性的限度，应该肯定其运输行为与正犯者的实行行为之间的物理因果性。而本案中，邮递员的行为并未超越其本身的必要限度，可以考虑不以犯罪论处。

2. 甲的行为属于未遂的教唆，从处罚的必要性看，可以考虑不作为犯罪处理。“未遂的教唆”是指教唆人在教唆时已经预测被教唆人的行为最多只能达到未遂的情形，即行为人故意教唆他人实施不可能达到既遂的犯罪行为。例如，甲为干扰丙的正常生活，知道丙的家中一贫如洗，却教唆乙入室盗窃丙的财物。A 为考验 C 的胆量，教唆 B 用枪杀害 C，但 A 在 B 着手实行之前，将 B 枪里的子弹全部卸掉。对于未遂的教唆，多数学者主张不构成犯罪，因为未遂的教唆者的犯罪故意中不包含完成犯罪的意思，其自始就知道犯罪绝对不可能达到既遂状态，主观上不是为了实现犯罪的构成要件结果，就不成立教唆，不能以犯罪论处。

如果当天晚上，郭某偶然地将一财物放回家中，蒋某盗窃成功，甲的行为应成立盗窃既遂。虽然甲主观上并不希望蒋某盗窃成功，但蒋某的盗窃成功确实是甲的教唆行为所致，同时，甲对蒋某的教唆行为确实让蒋某感受到了教唆故意，甲主观上也认识到了这一点。从这一意义上看，甲应该对整体的结果承担责任。

3. 甲、乙二人成立盗窃罪的共同犯罪，因为二人已经进行了共谋。即便事后有人中途退出，也不影响共同犯罪的成立。共犯脱离指的是对后续结果的脱离，而不是指解除之前已经存在的共犯关系。

乙的行为可以成立盗窃罪既遂，因为乙脱离共犯关系的想法并没有告知甲，也没有得到甲的同意。至少，甲在盗窃时还可以期待“迟到的乙”，从这一意义上看，乙成立盗窃罪既遂。当然，也有少数观点认为，乙在后续的行为中没有因果力，不对后续既遂结果承担责任，应成立犯罪中止。

如果在甲进入被害人家盗窃之前，乙打电话给甲表示自己不再去实施盗窃，并得到了甲的同意，乙的行为成立犯罪中止。这种情形下，乙脱离共犯的意思已经得到了同伙的同意，并且，客观上也没有再继续实施犯罪，成立犯罪中止。一般认为，只要参与了共谋，说明各行为人对共同犯罪的主观影响力都存在，犯罪意图被推动了，所以，中途退出也不能脱离共同犯罪。除非是共谋实施犯罪后，已经明确告知其他共犯人自己不想再参与了，并且得到了其他共犯人的同意，此种情形下的退出可以成立犯罪中止，即使他人的行为已经既遂。例如，甲、乙共谋实施抢劫，甲后来欲中止，便对乙说：“我不干了，你自己去吧！”乙同意，独自一人抢劫既遂，甲的行为成立抢劫罪的犯罪中止。

4. 甲、魏某的行为均成立犯罪既遂。甲教唆魏某、魏某教唆陈某实施犯罪行为，教唆犯是“犯意”的引起者，必须要消除其影响力，即中止此次犯罪，才可以成立犯罪中止。本案中，甲、魏某虽然为防止犯罪既遂作出了自己的努力，但没有效果，应以犯罪既遂论处。而在教唆犯的情形下，由于教唆犯是“犯意”的引起者，教唆者欲脱离共犯而成立犯罪中止，除了要中止自己的行为，还应阻止同案犯成立犯罪既遂。

5. 甲、丙成立盗窃罪的共犯。无论丙的帮助行为是否在后来起到了作用，但前期至少有心理上的帮助作用，二者应成立盗窃罪的共犯。

甲后来并没有使用丙所绘的被害人家中的房屋结构图，对于丙的行为，存在两种意见：一种观点认为，即便没有使用图纸，丙仍然具有心理上的影响力。周光权教授指出，丙所绘制的图纸，甲虽然没有使用，但丙的帮助行为使得甲盗窃时，心理上更为从容，故丙的精神帮助行为仍然存在，丙的行为成立犯罪既遂。另一种观点认为，图纸事实上没有起到作用，连心理上的影响力也不存在，因为被害人家里结构非常简单，图纸连备用的作用都没有，因此，丙的行为成立犯罪未遂。