

总主编 ■ 公丕祥

参阅案例研究

刑事卷 第二辑

主 编 周继业 张 屹 赵秉志
副主编 蔡绍刚 刘志伟



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

总主编 公丕祥

参阅案例研究

刑事卷 第二辑

● 主 编 周继业 张 屹 赵秉志

● 副主编 蔡绍刚 刘志伟

● 编辑部

主 任 谢国伟

副 主 任 马 荣 蔡绍刚 王俊平

执行编辑 陈晓钟 程 浩 袁 彬

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

参阅案例研究. 刑事卷. 第2辑/周继业, 张屹, 赵秉志主编.
—北京: 中国法制出版社, 2011. 5
ISBN 978 - 7 - 5093 - 2600 - 8

I. ①参… II. ①周… ②张… ③赵… III. ①审判 - 案例 - 汇编 - 中国②刑事诉讼 - 审判 - 案例 - 汇编 - 中国 IV. ①D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 028039 号

策划编辑 罗莱娜

责任编辑 周琼妮

封面设计 李 宁

参阅案例研究——刑事卷

CANYUE ANLI YANJIU——XINGSHIJUAN

主编/周继业 张屹 赵秉志

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/787×960 毫米 16

版次/2011 年 4 月第 1 版

印张/19.75 字数/26 千

2011 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2600 - 8

定价: 50.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66017726

传真: 66031119

编辑部电话: 66067023

邮购部电话: 66033288

序

公丕祥*

案例既是复杂的事实认定和法律适用过程的结果，又蕴涵着丰富的法律精神和法学理念，体现了法官的审判经验、思维方法和司法价值观念。随着我国依法治国基本方略的不断推进，法律调整的领域和层面不断拓展和深化，社会矛盾越来越多地以诉讼的形式表现出来，进入司法诉讼过程，司法审判领域中新类型案件层出不穷，传统案件中新问题、疑难问题不断涌现，审判工作难度逐步增大。案例特别是典型案例作为审判活动的重要载体，其丰富的理论与实践价值越来越受到法学理论界和司法实务界的关注。

案例的价值之所以引起日益广泛的关注，至少有以下几个方面原因：首先，案例是总结审判经验，指导审判实践的重要方式。典型案例中蕴涵着法官群体的司法经验，体现了案件的裁判理念、办案思路、解决问题的法律方法以及法律适用的路径。通过案例进行审判业务指导，可以促进法官之间的相互交流，在审判活动中参考典型案例的办案思路或裁判理念，进而有利于建构适用法律问题的正确思维方式。其次，案例是统一法律适用标准、提高审判质量的重要手段。通过及时发布典型案例，辅之以充分深入的说理进行案例指导，可以引导法官认同并借鉴从典型案例中归纳出的法律原则或规则，有利于法官在司法实践中形成对同类案件处理的一般原则，保证同类判决结果总体上的一致性，从而有助于维护法律适用标准的统一性，增强司法裁判的权威性和公信力。第三，案例是法学研究和法学教育的有益素材。法律科学本质上属于应用科学。在法学研究领域，最具实践价值的法律问题，归根结底来自于司法实务，来自于具体案件。无论是法学家抑或法官，其对法律的理解、阐释与适用，对规则的创制、构想与运用，最终

* 法学博士，江苏省高级人民法院党组书记、院长，二级大法官。

都离不开对案例素材的具体讨论。应当说,案例是法学研究和法学教育亟待开发的一笔宝贵学术资源。第四,案例是促进立法发展的重要途径。司法审判活动是一个充满了能动创造的、与时俱进的过程,社会发展对法律规则的完善提出的要求,很大程度上是通过诉讼反映出来的。司法判决对法律精神的阐释、发现、推进,是法律发展的重要原动力之一,它与立法是一个互为因果、互相促进的过程。因此,立法和解释性规范的出台,其实证基础往往来源于具体的案件,依靠案例的积累。案例对于促进法律的成长,为立法、解释性规范的出台积累宝贵的实践经验,具有重要价值。

在我国,如何充分发挥案例对司法审判工作的指导作用,这历来为我国司法实务界和法学理论界所关注。新中国成立后,最高人民法院一直重视案例在维护司法统一性方面的重要作用。从1983年开始,最高人民法院通过内部文件下发案例的形式,指导全国法院的审判工作。自1985年起,最高人民法院开始在《最高人民法院公报》上刊载案例。这些裁判范例具有典型性、真实性、公开性和权威性的特点,对于指导各级人民法院审理相关案件具有重要的参考价值和借鉴作用。2005年,最高人民法院在《人民法院第二个五年改革纲要》中明确提出建立和完善案例指导制度的改革任务。随着“二五改革纲要”的实施,改革和完善中国案例制度进入了一个新的发展阶段。

多年来,江苏省高级人民法院一直非常重视案例在审判工作中的指导作用。2003年开始,逐步建立了较为完善的案例指导制度,总结发布了许多具有重要司法价值的典型案例,在全国产生了一定的影响。江苏省高级人民法院审判委员会《参阅案例》发布的指导性案例得到了司法实务界和法学理论界的广泛认同,在统一司法尺度、指导审判实践、提高审判质量效率等方面发挥了重要的功用。江苏的案例研究工作有着鲜明的特点:一是注重健全案例工作网络建设。通过建立案例遴选报送工作运行机制,提高了案例研究的组织化程度,保证了案例资源及时开发和案例研究的广泛基础。二是注意发挥法官的集体智慧。不断培养三级法院优秀法官收集案例线索或案例素材的自觉意识,对于可能形成指导性案例的资源、案例线索和案例素材,有组织地对所涉相关法律适用和法学理论问题进行研究讨论,确保优秀典型案例的正确裁判与及时发掘。三是注重案例的典型性。通过定期或不定期组织法官对困扰审判实践的疑难案件和新类型案件进行研讨,及时发现各审判领域内具有典型意义的、能够对同类案件的审判活动起示范和导

向作用的案件。四是注重裁判规则与理念的引导。案例对审判实践的指导更多的是一种引导。这种引导既有裁判理由、裁判思路的规则性引导，又有裁判理念的价值性引导。《参阅案例》发布的指导性案例，除介绍案情与审判过程外，还附注法理评析，详细解释相关的法律原理，展示法官的审理思路，将法官丰富的审判经验上升为对法律适用的理性思考，从而引导广大法官正确把握指导性案例的裁判规则和理念，加强司法智慧的培育。

当前，我国法学理论界和司法实务界各自的研究存在着较为突出的脱节现象。解决脱节问题，加强司法实务界与法学理论界合作与交流的关键点正在于案例研究。案例研究是促进法学理论界和司法实务界全面合作和相互促进与融合的最佳渠道与形式。就司法实务界来说，超越个案审判视野，进行法律适用的理性思考，研究案例所体现的法律规则、法律原理、法律精神，对于破解新时期司法难题，提高司法能力，提升司法公信和司法权威，促进我国法治建设，都具有重要的价值意义。就法学理论界来说，对社会纠纷集中的典型案例进行研究，分析法官在法律解释、法律推理过程中的思路方法，对于法学研究面向司法实务，培养实务型应用型人才，对司法实务提供应有的智力支持亦有重要意义。正是基于这样的考虑，江苏省高级人民法院与北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院、南京师范大学法学院、南京大学法学院、苏州大学法学院在充分酝酿讨论的基础上，决定共同合作编写《参阅案例研究》丛书，以期充分发挥合作各方各自的优势，对近年来江苏法院的典型指导性案例进行深度研究，使其中蕴涵的内在价值能够在更广范围内、更深层次上得以被发现、被接受、被适用。

《参阅案例研究》丛书精选了近年《最高人民法院公报》发布的江苏省案例以及江苏省各级人民法院通过江苏省高级人民法院审判委员会《参阅案例》发布的部分具有代表性和典型性的指导性案例，分刑事、民事、商事和行政四卷，每卷按照不同案件类型按序编排。所选案例诠释的法律问题在所涉法学领域具有较高的研究价值，这其中所体现的审判经验对于今后的司法审判工作具有较为重要的指导或参考借鉴作用。每个案例分要点提示、案例索引、基本案情、法院审判、裁判要旨、法理评析、法条指引等七个部分进行编写。要点提示主要展现案件重要的裁判规则、裁判方法和裁判思想；案例索引用于指明生效裁判作出过程的全部案号；基本案情概要介绍法院查明的事实和当事人的诉辩主张、争议焦点等内容；法院审判是法院对于案件的审判过程、裁判结果、适用法律和主要裁判

理由；裁判要旨由审理案件的法官亲自撰写，重点对其裁判观点、理由、结果进行分析论证；法理评析则由合作各高校聘请相关领域法学专家学者对案件涉及的法律问题进行深入的分析研究，重点阐述其中涉及的法学理论问题；法条指引作为附文部分，编列案例裁判所涉及的主要法律条目。其中，裁判要旨与法理评析两部分针对案例核心问题进行点评，既展现了法官的审理思路，也站在法学研究角度对有关同类案件的法律推理方法和裁判主旨进行了归纳和提炼。从不同立场、不同角度、不同侧面向读者展示了案例所体现的法律原则、法律精神以及裁判方法、裁判理念等核心价值，而这也正是本丛书所期望带给读者的独特体验所在。

法院在适用法律，拟定判决之际，通过阐明其疑义、补充其漏洞，创造新的制度，使自己获得创造法律的功能，进而促进法律的成长。换言之，法律通过司法过程而成长，其实质是通过法官运用法律进行裁判而成长。而研究因裁判而形成的案例，是法学专家学者参与法律形成及成长的权利与义务，其目的在于从法学方法论的立场去阐释、检验法律的解释适用，发现蕴涵于个案的法律原则，进而促进法律的进步和发展。因此，将案例研究作为联系司法实务界与法学理论界的重要途径之一，这是必要且必须的。基于此，我希望本丛书的面世，能够为法学理论界和司法实务界的便捷沟通打开一扇全新之门，使我们从此可以更好的交流往来。

是为序。

目 录

Contents

- 001 谢立强假想防卫过失致人重伤案..... 1
- 行为人基于事实认识错误而实施防卫行为，是假想防卫，对伤害后果存在过失。
- 【法理评析】 假想防卫若干问题探讨
 ——评谢立强假想防卫过失致人重伤案
 李希慧 邱帅萍 / 6
- 002 陈都兴交通肇事案 17
- 交通肇事后遗弃被害人的行为与被害人死亡结果之间不存在因果关系的，不构成故意杀人罪。
- 【法理评析】 刑法中因果关系的认定
 ——以陈都兴交通肇事案为视角
 李希慧 邱帅萍 / 20
- 003 荣永嘉传播淫秽物品案 31
- 利用互联网传播淫秽电子信息的行为特征及证据认定。
- 【法理评析】 传播淫秽物品罪客观要件研究
 ——以荣永嘉传播淫秽物品案为视角
 李希慧 邱帅萍 / 35
- 004 陈民非法处置查封的财产案 46
- 以非法处置查封、扣押、冻结的财产的方式拒不执行判决、裁定的行为应如何定性。
- 【法理评析】 非法处置查封、扣押、冻结的财产罪若干问题分析

——评陈民非法处置被查封的财产案

李希慧 邱帅萍 / 49

005 孙静故意毁坏公私财物案 58

行为人客观上实施了占有本公司的财物的行为，并进行了破坏，不能据此推断行为人主观上具有非法占有的目的，更不能进而认定行为人的行为性质符合刑法关于职务侵占罪的规定。因为职务侵占罪的成立不仅要求行为人客观上实施了占有行为，而且要求主观上具有非法占有的故意，即不仅是对财物本身物理意义上的占有，更体现为占有人遵从财物的经济用途，将自己作为财物的所有人对财物进行处分并获益的意图。否则，如果行为人仅仅实施了占有行为，并不能据此推定非法占有故意的存在，在有毁坏财物的行为存在的情况下，认定为故意毁坏公私财物罪为宜。

【法理评析】 “非法占有目的”的内容及认定问题研究

——兼议与“毁坏目的”的关系

赵秉志 张伟珂 / 61

006 郁小红拒不执行判决、裁定案 71

拒不执行人民法院生效的判决裁定，是造成“执行难”的主要原因之一，它不仅削弱了司法裁判的公信力，也损害了法律的尊严和国家的权威，但我们深信，根除这一痼疾的最有力的武器还是法律，本案例即是对此作出的诠释。只要我们积极行动起来，用好法律武器，对那些有能力而拒不执行人民法院判决裁定的人施以适当的刑罚打击，“执行难”问题就能逐步解决，社会的诚信意识和公平有序的交易秩序就会逐步形成。

【法理评析】 “执行难”期待法律规范的合理解释与完善

赵秉志 张伟珂 / 74

007 顾红松过失致人重伤案 87

行为人在具有注意义务和注意能力的情况下，应当预见到自己的行为可能发生危害社会的后果而没有预见到，或者轻信能够避免，构成犯罪过失；如果危害行为和危害结果具有刑法上的因果关

系,在刑法明文规定的情况下,应当构成过失犯罪。此外,被害人过错不能影响加害人行为性质的罪与非罪认定,但是可以成为影响量刑的因素之一。

【法理评析】 过失犯罪的刑事责任认定
——以顾红松过失致人重伤案为视角
赵秉志 张伟珂 / 91

008 马荣富、翟建峰抢劫案..... 101

实施犯罪后为同案犯提供藏匿处所,被抓获后如实供述,公安机关根据供述促使同案犯自首,如实供述的行为不能认定为立功。

【法理评析】 共同犯罪人协助抓捕型立功的司法认定
赵秉志 张伟珂 / 104

009 贾胜、贾波聚众斗殴转化为故意杀人案..... 117

根据我国《刑法》第二百九十二条第二款的规定,聚众斗殴,致人重伤、死亡的,应该按照故意伤害罪、故意杀人罪转化定罪。对聚众斗殴过程中致人重伤、死亡的直接责任人员进行转化定罪应坚持主客观相统一原则,而不能简单以结果进行定罪;对首要分子是否一并转化定罪,须结合具体情节考察致人重伤、死亡的结果是否超出其概括故意的范畴。

【法理评析】 聚众斗殴致人重伤、死亡问题研究
赵秉志 张伟珂 / 122

010 朱友鹏传播淫秽物品牟利案..... 133

行为人明知是淫秽电子信息而在自己管理的网站上提供直接链接,以此提高网站的访问量,扩大网站影响,从而赚取广告费,应认定其以牟利为目的传播淫秽物品,传播数量达到法定标准的构成传播淫秽物品牟利罪。

【法理评析】 利用互联网传播淫秽物品牟利罪中“牟利目的”的认定
董桂武 刘志伟 / 137

011 吴清等以危险方法危害公共安全案..... 145

行为人在公路上并排高速行驶,相互追逐,对公共危险存在放

任态度,具有间接故意,应该构成《刑法》第一百一十四条规定的以危险方法危害公共安全罪。

【法理评析】 危险驾驶行为的定性

董桂武 刘志伟 / 149

012 韩庭龙放火案..... 154

法院变更罪名的做法在司法实践中具有一定代表性,因此需要明确其适用条件,以保障其在司法实践中的规范运行。法院变更罪名的条件有二:一是确保被告人充分行使辩护权,二是变更后的诉讼结果有利于被告人。只有满足这两个条件,才能由法院直接对指控罪名加以变更。本案中,韩某的行为从犯罪构成来讲,应构成放火罪,从法律效力来看,变更有利于韩某。因此,将指控罪名故意杀人(未遂)变更为放火罪(预备),更具科学性与合理性。

【法理评析】 法院变更罪名问题研究

刘 炯 刘志伟 / 158

013 章勇等敲诈勒索、诈骗案..... 168

在司法实践中,敲诈勒索罪与抢劫罪、绑架罪等相似罪名之间的界限有时比较模糊。因此,在认定敲诈勒索罪时,一定要在准确把握敲诈勒索的行为构造的基础上,注意区分其与相似罪名的区别。其中敲诈勒索罪与抢劫罪最本质的区别在于行为是否同时具有行为暴力性、两个当场性以及威胁程度抑制性。若行为同时具备上述三个特征,就应当认定为抢劫罪,否则就属于敲诈勒索罪。而敲诈勒索罪与绑架罪则存在以下四个区别:一是勒索财产的对象不同;二是处分财产的心理不同;三是犯罪成立的标准不同;四是对被害人的强制手段与程度不同。根据上述认定标准,本案章某等人的行为构成敲诈勒索罪更为适宜。

【法理评析】 敲诈勒索罪的司法认定研究

刘 炯 刘志伟 / 175

014 王年英等非法拘禁案..... 185

非法拘禁行为致人死亡是非法拘禁罪的结果加重犯,其构成非

法拘禁罪的结果加重犯必须满足三个条件：一是非法拘禁行为与死亡结果的因果性；二是非法拘禁行为与死亡结果之间时空上的连续性；三是非法拘禁行为人对被害人死亡结果具有过失。非法拘禁致人死亡除了构成非法拘禁罪的结果加重犯，也构成过失致人死亡罪，对此应按照法条竞合的原则进行处理，即以非法拘禁罪的结果加重犯论处。此外，还必须注意非法拘禁罪的结果加重犯与转化犯的区别（尤其是对“暴力”的认定）。

【法理评析】 非法拘禁罪的结果加重犯探析

——以致人死亡为例

刘 炯 刘志伟 / 189

015 徐凯国受贿案..... 200

被告人利用职务之便，为他人谋取利益，不归还他人“垫付款”的行为虽与典型的“索取方式”有一定的区别，但亦属索贿性质，依法构成受贿罪。司法实践中，一些犯罪分子为了逃避法律制裁，千方百计以合法形式掩盖非法目的，把实质上属受贿犯罪的赃款以借款、垫付款等形式表现出来。在界定受贿还是借款性质时，应从有无正当合理的“借款”、“垫付款”事由、双方平时关系和经济往来情况、事后有无归还意思表示和行为以及是否有归还的能力和没有归还的原因等方面进行综合判定，从实质上加以认定。

【法理评析】 一种索贿犯罪的新形式

刘 炯 刘志伟 / 204

016 汤果果、徐科盗窃互联星空充值卡案..... 208

虚拟财产能否成为犯罪侵犯的对象存在众多争议。本案被告人窃取的互联星空充值卡不是虚拟财产，本质上是一种权利凭证，属刑法意义的财产，可以成为盗窃罪侵犯的对象。被告人采取秘密手段，通过修改充值卡密码非法取得对互联星空充值卡的支配权，窃取了本应用货币购买的充值卡，侵犯了被害单位的财产权，符合盗窃罪的犯罪构成，依法构成盗窃罪。

【法理评析】 与虚拟财产相关的盗窃行为的定性

王俊平 陈 冉 / 213

017 阎怀民、钱玉芳贪污、受贿案..... 222

通常情况下，行贿方对受贿方取得财物的结果持追求或明知的主观心理，财物作为贿赂的物化形态，在易手后的直接占有者，应为行贿方所选择或知晓，方才符合行贿人的行为目的。本案被告人利用职务之便以单位名义向他人索款，并将他人汇至其开设的单位账户中款项秘密占为己有的行为，缺乏索贿行为中被索贿人对索贿人行为意图的认知和向索贿人付款之行为指向的目的特征，不属受贿罪性质，应以贪污罪定性。

【法理评析】 以单位名义索要“赞助款”占为己有的行为定性

王俊平 陈 冉 / 228

018 张世鹏等人在承销彩票过程中作弊非法经营案..... 240

“非法经营”既包括主体未取得合法经营资格而所为的经营，也包括主体合法取得经营资格但经营手段不合法的经营行为。本案被告人依法取得销售彩票的资格后，违反国家关于彩票管理的有关规定，违反彩票发行应遵守公开、公平、公正的原则，故意设置记号，并将中奖秘密告知事先安排购买彩票的人员，进行非法获利，属《刑法》第二百二十五条中“其他严重扰乱市场秩序的行为”，应以非法经营罪定罪处罚。

【法理评析】 欺骗性彩票经营行为的定性

王俊平 陈 冉 / 251

019 王世清票据诈骗罪..... 264

票据具有文义性、无因性、流通性的特征，票据的权利义务关系应以票据上的文字记载为准，票据关系与作为其前提的原因关系相分离。被告人冒用已办理了贴现手续的汇票到银行质押贷款的行为构成票据诈骗罪。

【法理评析】 合理解决票据诈骗罪认定中的几类关系

——以指导案例所涉及的相关法律问题为视角

敦 宁 王志祥 / 270

020 闫林玩忽职守案..... 279

玩忽职守罪与滥用职权罪在性质上均属渎职罪的范畴，二者在侵犯的客体、危害后果、主观方面基本相同，本质区别在于职责的义务性和权限的范围性不同。

【法理评析】 科学把握滥用职权罪与玩忽职守罪的区分标准
——以指导案例为切入点的理论探讨

王志祥 敦 宁 / 281

021 张泉彩集资诈骗案..... 290

集资诈骗罪系从诈骗罪中分离出来的罪名，其显著特征在于行为方式的特殊性和诈骗对象的不特定性，即使用诈骗方法向不特定多数人 or 较广范围内的所有人进行非法集资。

【法理评析】 目的与手段
——集资诈骗罪司法认定的关键点

敦 宁 王志祥 / 294

案例一**谢立强假想防卫过失致人重伤案*****► 要点提示**

行为人基于事实认识错误而实施防卫行为，是假想防卫，对伤害后果存在过失。

► 案例索引

一审：江苏省无锡市北塘区人民法院（2001）北刑初字第33号（2001年4月29日）。

二审：江苏省无锡市中级人民法院（2001）锡刑终字第93号（2001年7月25日）。

► 基本案情

公诉机关：江苏省无锡市北塘区人民检察院。

被告人：谢立强。

1999年12月6日晚11时许，被告人谢立强起身入厕，见陌生人史江淮（男，16岁，送奶员）骑自行车从其居住的无锡市新市场后1号门口经过，认为其形迹可疑，遂尾随其后查看。见史江淮向前骑至一拐角处，将自行车停靠在該

* 案例报送单位：无锡市北塘区人民法院；一审合议庭成员：张啸明、陈宝萍、袁国芳；二审合议庭成员：朱蓉、叶飞、徐振华；报送人：张啸明；责任编辑：戚康生、顾韬。

处路灯下，右向拐进小弄，至新市场后7号门口，用手开门旁的窗户。谢立强跟至史江淮身后约五、六米处停下，查问史是干什么的，史答：“你管我是干什么的！”谢听后未作声，返身至一邻居家，对邻居讲“有贼，快跟我去捉贼！”并从门后取得一根晾衣用的铁叉返回现场，见史江淮正欲推自行车离开，遂用铁叉向史头部打去，正击中史的嘴部，致史江淮7颗牙齿脱落。随后赶至的邻居认出史江淮系送奶员，谢立强也发现了自行车倒下后从篓筐中散落在地的奶瓶，才知道史原来是送牛奶的。经法医鉴定，史江淮的损伤已构成重伤。案发后，谢立强已赔偿史江淮的经济损失1万元。

► 法院审判

无锡市北塘区人民检察院以被告人谢立强犯故意伤害罪向无锡市北塘区人民法院提起公诉。被告人谢立强对起诉书指控的事实没有异议，但辩称其行为属见义勇为，主观上将史江淮认作小偷只是想制止史的偷窃行为，但方法用错，愿意赔偿被害人损失。其辩护人辩称，被告人的动机是正义的，主观恶性较小；被害人本身的行为误导了被告人，致使被告人产生了被害人是小偷的错误判断，有一定的客观原因；建议适用《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第六十三条第二款的规定对被告人减轻处罚，并适用缓刑。

无锡市北塘区人民法院经公开开庭审理认为：被告人谢立强基于臆断，将事实上并不存在的不法侵害误认为存在，出于防卫的目的致人重伤，被告人谢立强对此应当预见而未预见，属疏忽大意的过失，已构成过失致人重伤罪。公诉机关指控谢立强犯故意伤害罪的定性不当，罪名不能成立。辩护人提出的被告人谢立强主观恶性较小的辩护意见予以采纳，作为酌情从轻的量刑情节予以考虑，提出的减轻处罚和适用缓刑的意见，因不符合法定条件，故不予采纳。据此，该院依照《刑法》第二百三十五条之规定，于2001年4月29日作出刑事判决如下：

被告人谢立强犯过失致人重伤罪，判处有期徒刑一年。

宣判后，无锡市北塘区人民检察院以原审判决认定罪名不正确，提起抗诉。其抗诉理由是：被告人谢立强持铁叉返回现场时，史江淮已经欲推车离去，当时并不存在不法侵害，其用铁叉对史江淮要害部位打击，致史重伤，并非出于防卫的目的，而是明知自己的行为会发生危害社会的结果，却希望这种结果发生，主观上具有伤害他人身体的故意，应以故意伤害罪定罪，当处三年以上十年以下有期徒刑。

无锡市中级人民法院经二审审理后认为：被告人谢立强出于主观臆断，将他人的正常行为误认为不法行为，后又出于见义勇为的正当动机，在实施防卫行为的过程中，造成他人重伤的严重后果，其行为确已构成过失致人重伤罪。原审人民法院认定谢立强犯过失致人重伤的犯罪事实清楚，证据充分，定罪准确，诉讼程序合法。被告人谢立强由于认识错误，将实际上并不存在的不法侵害误认为存在，对臆想中的不法侵害实行了防卫，并造成他人重伤，其行为属刑法理论中的假想防卫，是对事实的认识错误。谢立强实施加害行为时，虽然史江淮已准备离开现场，表面上似乎基于臆断的不法侵害已经结束，但是防卫制度的立法目的旨在保护公民的人身权利和财产权利不受侵犯，因此谢立强在确认史系小偷欲逃离作案现场、他人财物未追回时，持铁叉击打被害人，主观上是出于正义的目的，其臆断存在不法侵害符合常理。但依照情理分析：通常小偷受到盘问应有惊慌，但被害人没有这种表现，他有充分时间逃离却没有逃离，亦未反抗；谢立强也有条件进一步核实对方身份，但他由于抓贼心切，对此应当预见因疏忽大意而没有预见，其行为符合过失致人重伤罪的犯罪构成要件。故抗诉机关提出的被告人的行为构成故意伤害罪的抗诉理由不能成立，本院不予采纳。鉴于被告人谢立强出于正当动机，过失造成他人重伤，且在案发后已赔偿被害人的经济损失，根据其犯罪情节对其适用缓刑确实不致再危害社会，故依法可以宣告缓刑。该院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第（二）项，《刑法》第二百三十五条、第七十二条第一款的规定，于2001年7月9日作出刑事判决如下：

一、维持无锡市北塘区人民法院（2001）北刑初字第33号刑事判决的定性部分；

二、撤销无锡市北塘区人民法院（2001）北刑初字第33号刑事判决的量刑部分；

三、被告人谢立强犯过失致人重伤罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年。

► 裁判要旨

本案被告人谢立强的行为应定故意伤害罪还是过失致人重伤罪，争议较大。一种意见认为：被告人的行为应当定故意伤害罪。被告人在持铁叉打击被害人头部时，对其行为会造成的后果是明知且积极追求的，且此时被害人已经推车欲离开现场，被告人臆想中的不法侵害不仅不是正在进行，而且根本就不存在。被告人