

★ ★ ★ ★ ★
全新改版 震撼上市

2019^年

国家统一法律职业资格考试
专题攻略

主观题

命题分析与解题指导

法律考试中心 / 组编
叶晓川 王贤文 / 主编
钱 程 / 副主编

法律版 法考大纲授权出版机构

- ◎ 2018年法考主观题精析与讲解
- ◎ 交叉学科综合模拟案例精编
- ◎ 主观题考点考查分布与预测



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

2019^年

国家统一法律职业资格考试
专题攻略

主观题

命题分析与解题指导

法律考试中心 / 组编
叶晓川 王贤文 / 主编
钱 程 / 副主编

编写组

曹兴明 张 博 周洪江
董 扬 刘 威 龙 明



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

2019 年国家统一法律职业资格考试专题攻略·主观题
命题分析与解题指导 / 法律考试中心组编; 叶晓川, 王
贤文主编. -- 北京: 法律出版社, 2019(2019.3 重印)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9052 - 8

I. ①2… II. ①法… ②叶… ③王… III. ①法律工
作者—资格考试—中国—自学参考资料 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 301085 号

2019 年国家统一法律职业资格考试专题攻略:

主观题命题分析与解题指导

2019 NIAN GUOJIA TONGYI FALÜ ZHIYE ZIGE

KAOSHI ZHUANTI GONGLÜE;ZHUGUANTI

MINGTI FENXI YU JIETI ZHIDAO

法律考试中心 组编

叶晓川 王贤文 主编

策划编辑 徐 菲

责任编辑 徐 菲 宋杰鹏

装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 永清县金鑫印刷有限公司

责任校对 郭艳萍

责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律考试·职业教育出版社

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16

印张 23.75

字数 477 千

版本 2019 年 1 月第 1 版

印次 2019 年 3 月第 2 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9052-8

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本书法律法规简称表

	法规全称	本书简称
1	《中华人民共和国刑法》	《刑法》
2	《中华人民共和国合同法》	《合同法》
3	《中华人民共和国民法总则》	《民法总则》
4	《中华人民共和国仲裁法》	《仲裁法》
5	《中华人民共和国物权法》	《物权法》
6	《中华人民共和国企业破产法》	《破产法》
7	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》	《破产法解释(二)》
8	《中华人民共和国民事诉讼法》	《民事诉讼法》
9	《中华人民共和国人民调解法》	《人民调解法》
10	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》	《民诉解释》
11	《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》	《民事证据规定》
12	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》	《公司法解释(二)》
13	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》	《公司法解释(三)》
14	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》	《公司法解释(四)》
15	《中华人民共和国票据法》	《票据法》
16	《中华人民共和国行政诉讼法》	《行政诉讼法》
17	《中华人民共和国行政处罚法》	《行政处罚法》
18	《中华人民共和国行政强制法》	《行政强制法》
19	《中华人民共和国城乡规划法》	《城乡规划法》
20	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》	《刑诉解释》
21	《中华人民共和国刑法修正案(七)》	《刑法修正案(七)》
22	《中华人民共和国刑法修正案(八)》	《刑法修正案(八)》

	法规全称	本书简称
23	《中华人民共和国刑法修正案(九)》	《刑法修正案(九)》
24	《中华人民共和国宪法》	《宪法》
25	《人民检察院刑事诉讼规则》	《检察院规则》
26	《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》	《民间借贷司法解释》
27	《中华人民共和国个人独资企业法》	《个人独资企业法》
28	《中华人民共和国担保法》	《担保法》
29	《中华人民共和国保险法》	《保险法》
30	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》	《物权法解释(一)》
31	《中华人民共和国侵权责任法》	《侵权责任法》
32	《关于民事诉讼证据的若干规定》	《民事证据规定》
33	《中华人民共和国合伙企业法》	《合伙企业法》
34	《中华人民共和国行政许可法》	《行政许可法》
35	《最高人民法院关于审理行政许可案件若干问题的规定》	《关于审理行政许可案件若干问题的规定》
36	《中华人民共和国国家赔偿法》	《国家赔偿法》
37	《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》	《非法证据排除规则》
38	《中华人民共和国立法法》	《立法法》
39	《中华人民共和国民法通则》	《民法通则》
40	《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》	《城镇房屋租赁合同解释》
41	《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》	《民间借贷解释》
42	《中华人民共和国政府信息公开条例》	《政府信息公开条例》
43	《中华人民共和国治安管理处罚法》	《治安管理处罚法》
44	《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》	《严格排非规定》
45	《中华人民共和国监察法》	《监察法》
46	《中华人民共和国税收征收管理法》	《税收征收管理法》
47	《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》	《商品房买卖合同解释》

目 录

一、单项选择题	51
二、多项选择题	52
三、不定项选择题	54
四、简答题	55
五、论述题	56
六、案例分析题	58
七、综合题	59
八、论述题	60
九、案例分析题	61
十、综合题	62
十一、论述题	63
十二、案例分析题	64
十三、综合题	65
第一编 2018 年主观题考题精析与讲解	
刑法	
第一节 2018 年考题精析与讲解	(1)
一、2018 年主观题命题分析	(1)
二、2018 年刑法主观题	(1)
三、2018 年刑法主观题解析	(2)
第二节 考点考查分布及分析	(7)
一、历年考点分布情况	(7)
二、2019 年法考主观题预测	(8)
刑事诉讼法	
第一节 2018 年考题精析与讲解	(10)
一、2018 年主观题命题分析	(10)
二、2018 年刑事诉讼法主观题	(11)
三、2018 年刑事诉讼法主观题解析	(12)
第二节 考点考查分布及分析	(15)
一、历年考点分布情况	(15)
二、2019 年法考主观题预测	(16)
民法	
第一节 2018 年考题精析与讲解	(18)
一、2018 年主观题命题分析	(18)
二、2018 年民法主观题	(18)
三、2018 年民法主观题解析	(19)
第二节 考点考查分布及分析	(23)

	一、历年考点分布情况	(23)
	二、2019 年法考主观题预测	(24)
23	《中华人民共和国民事诉讼法》 民事诉讼法与仲裁制度	
第一节	2018 年考题精析与讲解	(25)
25	一、2018 年主观题命题分析	(25)
26	二、2018 年民事诉讼法与仲裁制度主观题	(25)
27	三、2018 年民事诉讼法与仲裁制度主观题解析	(26)
第二节	考点考查分布及分析	(29)
29	一、历年考点分布情况	(29)
30	二、2019 年法考主观题预测	(30)
33	《中华人民共和国侵权责任法》 商 法	
第一节	2018 年考题精析与讲解	(31)
31	一、2018 年主观题命题分析	(31)
32	二、2018 年商法主观题	(31)
32	三、2018 年商法主观题解析	(32)
第二节	考点考查分布及分析	(37)
37	一、历年考点分布情况	(37)
38	二、2019 年法考主观题预测	(38)
41	《中华人民共和国行政诉讼法》 行政法与行政诉讼法	
第一节	2018 年考题精析与讲解	(39)
39	一、2018 年主观题命题分析	(39)
40	二、2018 年行政法与行政诉讼法主观题	(40)
40	三、2018 年行政法与行政诉讼法主观题解析	(40)
第二节	考点考查分布及分析	(43)
43	一、历年考点分布情况	(43)
45	二、2019 年法考主观题预测	(45)
47	《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》 第二编 案例分析题	
81	刑 法	
第一节	真题研究	(46)
第二节	主观题重要考点整理	(51)
55	一、犯罪既遂(故意犯罪的完成形态)	(51)

(111)	二、犯罪未遂(故意犯罪的未完成形态)·····	(51)
(111)	三、犯罪中止·····	(52)
(116)	四、紧急避险·····	(54)
(181)	五、事实认识错误·····	(55)
(181)	六、共同犯罪·····	(56)
(181)	七、想象竞合犯·····	(58)
(153)	八、结合犯与牵连犯·····	(59)
(157)	九、结果加重犯·····	(60)
(158)	十、因果关系·····	(61)
(159)	十一、自首(分为一般自首与特别自首)·····	(61)
(130)	十二、立功·····	(62)
(130)	十三、抢劫罪与其他犯罪的区别·····	(63)
(131)	十四、盗窃罪(罪与非罪、既遂标准及与相关犯罪的界限)·····	(68)
(131)	十五、诈骗罪(客观表现、与相关犯罪的界限)·····	(70)
(132)	十六、故意杀人罪·····	(72)
(133)	十七、绑架罪·····	(73)
(133)	十八、信用卡诈骗罪·····	(76)
(134)	十九、敲诈勒索罪·····	(77)
(134)	二十、贪污罪·····	(79)
(134)	二十一、受贿罪·····	(82)
(137)	二十二、危险驾驶罪、交通肇事罪、以危险方法危害公共安全罪·····	(83)
(143)	二十三、组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪·····	(84)
(143)	二十四、减刑与假释·····	(85)
(147)	二十五、《刑法修正案(九)》重要考点梳理·····	(87)

刑事诉讼法

(148)	第一节 真题研究·····	(88)
(152)	第二节 主观题重要考点整理·····	(93)
(124)	一、管辖(公安机关、检察院、人民法院的管辖范围)·····	(93)
(126)	二、辩护制度·····	(95)
(126)	三、刑事证据·····	(97)
(126)	四、强制措施·····	(101)
(129)	五、附带民事诉讼·····	(104)
(130)	六、立案、侦查程序·····	(105)
(131)	七、审查起诉程序·····	(108)

(12)	八、一审程序	(111)
(32)	九、二审程序	(113)
(42)	十、死刑复核程序	(116)
(22)	十一、执行制度:暂予监外执行	(118)
(62)	十二、刑事诉讼特别程序	(118)
(82)	民 法	
(02)	第一节 真题研究	(122)
(03)	第二节 主观题重要考点整理	(127)
(10)	一、民事法律行为	(128)
(10)	二、物权变动	(129)
(50)	三、共有	(130)
(60)	四、诉讼时效	(130)
(80)	五、担保竞存	(131)
(05)	六、混合担保(既有物保又有人保)	(131)
(35)	七、抵押权	(132)
(45)	八、保证	(133)
(50)	九、占有返还请求权与返还原物请求权	(133)
(77)	十、善意取得	(134)
(95)	十一、合同中的疑难问题	(134)
(58)	民事诉讼法	
(63)	第一节 真题研究	(137)
(48)	第二节 主观题重要考点整理	(143)
(23)	一、仲裁法	(143)
(78)	二、民事诉讼基本原则	(147)
(23)	三、管辖制度	(148)
(88)	四、回避制度	(150)
(60)	五、当事人制度	(150)
(60)	六、证据制度	(152)
(20)	七、保全和先予执行	(154)
(70)	八、其他辅助和保障制度	(156)
(101)	九、一审程序	(156)
(101)	十、二审程序	(159)
(201)	十一、特别程序	(160)
(801)	十二、督促程序	(161)

十三、再审程序	(161)
---------	-------

十四、执行程序	(163)
---------	-------

十五、民事诉讼法的基本理念	(165)
---------------	-------

商 法

第一节 真题研究	(167)
----------	-------

第二节 主观题重要考点整理	(174)
---------------	-------

一、公司的设立	(174)
---------	-------

二、公司的章程	(175)
---------	-------

三、公司的资本	(176)
---------	-------

四、公司转投资、担保及其限制	(177)
----------------	-------

五、分公司与子公司	(177)
-----------	-------

六、公司法人人格否认制度	(177)
--------------	-------

七、公司的股东	(178)
---------	-------

八、股东的权利	(179)
---------	-------

九、股东义务	(182)
--------	-------

十、任职资格	(183)
--------	-------

十一、公司董事、监事、高级管理人员义务	(183)
---------------------	-------

十二、收益分配	(184)
---------	-------

十三、财会制度	(184)
---------	-------

十四、公司合并与分立、增资与减资	(185)
------------------	-------

十五、公司的解散	(186)
----------	-------

十六、公司的清算	(187)
----------	-------

十七、有限责任公司的设立条件	(187)
----------------	-------

十八、公司的组织机构	(188)
------------	-------

十九、有限责任公司的股权转让	(191)
----------------	-------

二十、特殊的有限公司	(192)
------------	-------

二十一、股份有限公司的股份转让	(193)
-----------------	-------

二十二、上市公司的特别规定	(194)
---------------	-------

二十三、普通合伙企业法律制度	(195)
----------------	-------

二十四、有限合伙企业	(201)
------------	-------

二十五、破产概述	(202)
----------	-------

二十六、重整程序	(211)
----------	-------

二十七、和解程序	(212)
----------	-------

二十八、破产清算程序	(212)
------------	-------

行政法与行政诉讼法

第一节 真题研究	(214)
第二节 主观题重要考点整理	(223)
一、行政法基本原则	(223)
二、行政主体与行为主体	(225)
三、行政许可	(226)
四、行政处罚	(229)
五、行政强制	(231)
六、行政公开	(234)
七、行政复议	(235)
八、行政诉讼	(236)
九、国家赔偿	(245)

第三编 论 述 题

第一节 最近五年论述题的命题特点分析	(249)
第二节 真题研究	(251)
第三节 考点分析	(257)
一、论述题的命题范围	(257)
二、论述题的复习思路	(259)
第四节 论述题的解题思路:模板法答题	(261)
一、自由型评论式论述题	(261)
二、限定型说明式论述题	(263)
三、综合型论述题	(265)
四、时政型论述题的万能模板	(266)
五、模板使用	(267)
第五节 突破预测题	(275)

第四编 法律 文 书

第一节 法律文书题冲刺指导	(284)
第二节 突破预测题	(285)

第五编 精编案例预测题

第一节	刑法案例	(297)
第二节	民法案例	(300)
第三节	商法案例	(311)
第四节	民法、商法学科交叉案例	(319)
第五节	行政法与行政诉讼法案例	(327)
第六节	刑事诉讼法案例	(334)
第七节	刑法、刑事诉讼法交叉学科案例	(345)
第八节	行政法与刑法、刑事诉讼法交叉案例	(348)
第九节	民事诉讼法案例	(356)
第十节	民法、民事诉讼法交叉学科案例	(364)

一、2018 年主观题命题分析

2018 年法考的刑法专题为“一问一答”+“观点展示”类题目,在命题思路和考查方式上沿用司考的模式,注重对基础知识的考查。具体体现在以下几个方面。

1. 仍旧遵循“重者恒重”的原则,对传统核心考点进行命题,如共同犯罪、财产性犯罪、故意伤害、故意杀人、结果加重犯等。主观题分数恒定,没有客观题变化大,所以考题围绕传统的核心考点进行命题,考生备考的时候一定要注重核心考点的掌握。

2. 注重理论与实践能力结合,考查法律人分析问题解决问题的能力。案例均为生活中常见的“桥段”,只要考生认真分析事实,一定能够得出相应的结论。

3. 综合性更强,预计 2019 年会与刑诉等关联学科进行联合命题,生活中没有只考查一个部门法的案件,法考的改革也重视与实务接轨,所以大家在复习刑法的过程中,要认真研习本书刑法部门内容,尤其是最后的综合型命题。

二、2018 年刑法主观题

【案情】(本题 30 分)

王某作为组织者,组织了某县社会基层组织,刘某、林某、丁某想报名参加。某日,王某、刘某在某酒店聚餐,消费 3000 元。在王某结账时,收银员吴某悄悄调整了 POS 机上的数额,将消费 3000 元篡改成 30,000 元,交给王某结账。王某和林某没有注意,随大流支付了 30,000 元。(事实一)

王某离开后发现多付了钱,与刘某林某找吴某还钱,吴某拒不归还。王某、刘某将吴某

【说明】本书 2018 年法考主观题内容,均为考生记忆版本,仅供参考,不作为唯一依据。

第一编

2018 年主观题考题精析与讲解

刑法

第一节 2018 年考题精析与讲解

一、2018 年主观题命题分析

2018 年法考的刑法考题为“一问一答”+“观点展示”类题目,在命题思路和考查方式上沿用司考的模式,注重对基础知识的考查。具体体现在以下几个方面:

1. 仍旧遵循“重者恒重”的原则,对传统核心考点进行命题,如共同犯罪、财产性犯罪、故意伤害、故意杀人、结果加重犯等。主观题分数恒定,没有客观题变化大,所以考题围绕传统的核心考点进行命题,考生备考的时候一定要注重核心考点的掌握。
2. 注重理论与实践结合,考查法律人分析问题解决问题的能力。案例均为生活中常见的“桥段”,只要考生认真分析事实,一定能够得出相应的结论。
3. 综合性更强,预计 2019 年会与刑诉等关联学科进行联合命题,生活中没有只考查一个部门法的案件,法考的改革也重视与实务接轨,所以大家在复习刑法的过程中,要认真研习本书刑法部门内容,尤其是最后的综合型命题。

二、2018 年刑法主观题^①

【案情】(本题 30 分)

王某作为组织者,组织了某黑社会性质组织,刘某、林某、丁某积极参加。某日,王某、刘某在某酒店就餐,消费 3000 元。在王某结账时,收银员吴某偷偷调整了 POS 机上的数额,故意将 3000 元餐费改成 30,000 元,交给王某结账。王某果然没有注意,输入密码支付了 30,000 元。(事实一)

王某离开前发现多付了钱,与刘某去找吴某还钱,吴某拒不返还。王某、刘某恼羞成

^① 本书 2018 年法考主观题内容,均为考生记忆版本,仅供参考,不再一一说明。

怒,准备劫持吴某让其还钱。在捆绑吴某过程中,不慎将吴某摔成重伤,因为担心酒店其他人员报警,故放弃挟持,离开酒店。(事实二)

在王某和刘某下楼往出走的时候,在门口被武某等四名保安拦截。王某遂让刘某打电话叫人过来帮忙。刘某给林某、丁某打电话,并私下叫二人带枪过来,林某二人将枪支藏在衣服里,来到酒店门口护送王某上私家车,武某等人见状遂让四人离开。王某上车时气不过,让刘某“好好教训这个保安”,随即开车离开。刘某随即让林某、丁某二人开枪,武某中弹身亡。事后查明,其中一人朝武某腿部开枪,未击中腿部,另一人朝武某腹部开枪,但无法查明谁朝腿部开枪、谁朝腹部开枪。事后查明只有一颗子弹击中武某腹部,导致其死亡,但无法查明击中腹部的这颗子弹是谁射击的。(事实三)

【问题】

1. 关于事实一中吴某的行为定性,存在不同见解,你是如何认定的,须说明理由。
2. 关于事实二中王某、刘某对吴某构成何罪? 须说明理由。
3. 在事实三中,王某、刘某、林某、丁某对武某的死亡构成何罪? 其中对王某的行为有几种处理意见? 均须说明理由。

三、2018 年刑法主观题解析

【答题要点】

1. (1) 关于吴某的行为,有如下 3 种观点:

① 吴某依法构成诈骗罪,既遂数额为 27,000 元。

理由:王某被吴某欺骗,以为自己消费了 30,000 元,便支付了 30,000 元,事后才知道自己仅消费了 3000 元。吴某的行为完全符合诈骗罪“使用欺骗方式使他人基于错误认识处分财物”的构成要件,诈骗金额为 27,000 元。

② 吴某依法构成盗窃罪。

理由:王某知道自己消费了 3000 元,在支付 3000 元时,没有注意到刷卡机显示的金额是 30,000 元。对于多支付的 27,000 元王某没有处分意识,吴某的行为符合刑法关于盗窃罪的构成要件,依法成立盗窃罪。

③ 吴某依法构成诈骗罪,既遂数额为 27,000 元。

理由:王某知道自己消费了 3000 元,在支付 3000 元时,没有注意到支付数额多了个零(是 30,000 元),支付了 30,000 元。吴某依法成立诈骗罪,因为要具有处分意识,要求意识到所处分财物的存在。而王某在处分资金时,意识到了自己处分自己的资金在支付餐费。处分意识并不要求意识到具体数额。因此,王某有处分意识,吴某构成诈骗罪。

(2) 我赞同第②种见解,王某处分资金时,需要意识到所处分资金的存在,也即要认识到处分多少资金,关于事实一中王某对多支付的 27,000 元没有处分意识,吴某刷走 30,000 元依法符合我国刑法关于盗窃罪“窃取公私财物数额较大”的构成要件。

【法理分析与解题思路】

针对王某知道自己消费了 3000 元,在支付 3000 元时,没有注意到支付数额多了个零(是 30,000 元),支付了 30,000 元。在生活实践中,收银员将 POS 机递给顾客让顾客付款,顾客一般不会看 POS 机显示屏上的数字,而是先输入密码、点击确认支付,收银员将机打小票撕下来递给顾客,让顾客签字,顾客此时一般才会看下支付的数额。王某应该也是如此,在输入密码、确认支付时,没有看 POS 机显示屏上的数字(30,000)。当吴某将机打小票递给王某签字时,王某可能没看小票上的数字,也可能看了但没注意到多了一个零。对此有两种处理意见:

第一种处理意见,吴某构成盗窃罪。

理由:盗窃罪与诈骗罪的区分在于,盗窃罪缺少诈骗罪行为结构中的第三步“基于认识错误而处分财物”。该要件由处分行为与处分意识组成。在客观上王某有处分 30,000 元资金的行为,表现为输入密码确认支付。在主观上,王某没有处分意识。处分意识是指意识到将自己占有的财物处分给对方占有。这就要求意识到当前存在所处分的财物。就处分资金而言,处分意识是指意识到当前存在所处分的资金。王某在主观上只有处分 3000 元餐费的意思,没有处分 30,000 元的意思,没有意识到自己在处分 30,000 元。由于王某缺乏处分意识,因此吴某构成盗窃罪。

第二种处理意见,吴某构成诈骗罪。

理由:要具有处分意识,要求意识到所处分财物的存在。而王某在处分资金时,意识到了自己在处分自己的资金,在支付餐费。处分意识并不要求意识到具体数额。因此,王某有处分意识,吴某构成诈骗罪。笔者赞同第一种处理意见。这是因为,司考 2016 年真题(最高人民法院公布的臧金泉案)“甲向乙发一个支付链接,显示支付 1 元钱,乙点击支付后,实际支付了 10,000 元钱。”答案是甲构成盗窃罪,因为乙虽然有处分意识,但只有处分 1 元钱的意思,而没有处分 10,000 元的意思。这表明,处分资金时,要求意识到所处分资金的存在,也即意识到处分多少资金,意识到所处分资金的数额大小。

需要说明的是,吴某不可能构成信用卡诈骗罪。根据刑法规定,信用卡诈骗罪的行为类型有四种:使用伪造的信用卡或骗领的信用卡使用作废的信用卡;冒用他人信用卡;恶意透支。这四种行为类型的共同前提是,行为人在使用信用卡时均事先取得占有了信用卡。王某在刷卡时将卡交给吴某,虽然刷卡这个动作是由吴某完成的,但是王某就在面前,卡在王某的实际控制范围内,由王某占有。信用卡虽然在刷卡那一刻在吴某手里,但吴某只是一种占有的辅助手段,并没有占有这张卡,因此,吴某不构成信用卡诈骗罪。换言之,要构成信用卡诈骗罪,要求行为人使用信用卡,但反过来,行为人使用了信用卡,并不必然就构成信用卡诈骗罪。这个逻辑关系不要混淆。另外,本题可以从多角度进行答题,只要是符合法律人的法治思维即可得分。

【答题要点】

2. 事实二中王某、刘某对吴某的行为依法成立非法拘禁罪(未遂),属于防卫过当,应

当减轻或者免除处罚。

理由:依据我国刑法及相关规定,防卫行为明显超过必要限度造成重大损害的应当负刑事责任,对于防卫过当行为应当减轻或者免除处罚。事实二中,王某、刘某的行为属于制止不法侵害,属于防卫行为,但王某、刘某采取劫持手段剥夺他人人身自由则属于防卫过当,成立非法拘禁罪,由于未能控制吴某,属于非法拘禁罪未遂。

【法理分析与解题思路】

本题答案不唯一,分两种情况分析:

(1)王某、刘某当场就发现吴某对其实施了财产犯罪,当场要求归还多给的资金。此时,王某、刘某的行为属于制止不法侵害,属于防卫行为。这是因为,就财产犯罪而言,即使犯罪人实施财产犯罪既遂后,只要被害人当场能够挽回财物,仍然视为犯罪人的不法侵害在继续进行,被害人挽回财物的行为不视为事后防卫。因此,王某、刘某的行为不是事后防卫,而是防卫适时。但是,要成立正当防卫,不仅要求在时间条件上防卫适时,还要求在限度条件上不能防卫过当。吴某对王某实施的是盗窃罪(或诈骗罪)这是针对财产法益的犯罪,而非人身法益的犯罪,而且是平和手段的犯罪,而非暴力犯罪,因此,对该罪防卫时,在防卫手段上应严格限制。如果仅仅是轻微暴力或短暂的限制人身自由,则不属于防卫过当。如果是剥夺人身自由或致人重伤,则属于防卫过当。王某、刘某采取劫持手段,属于剥夺人身自由,属于防卫过当,构成非法拘禁罪。在实施非法拘禁罪的同时,过失致人重伤,构成非法拘禁罪致人重伤这一结果加重犯。由于致人重伤是拘禁行为本身的暴力导致的,而不是拘禁之外的暴力导致的,因此不构成法律拟制的故意伤害罪。此外,由于王某、刘某未能实际控制吴某,因此二人的非法拘禁罪构成未遂。对于防卫过当,“应当减轻或免除处罚”,这种情况属于参考答案的情况。

(2)王某、刘某在离开现场后才发现吴某对其实施了财产犯罪,然后返回现场要求归还多给的资金。此时,王某、刘某便失去了正当防卫的时间条件。此后的行为不涉及正当防卫或防卫过当的问题。二人构成非法拘禁罪(未遂)致人重伤。此时,二人不构成抢劫罪,理由是,成立抢劫罪,要求行为人具有非法占有他人财物的目的。王某、刘某没有非法占有吴某财物的目的,目的是挽回财产损失,讨回被吴某非法取得的财物。二人不构成绑架罪,理由是,成立绑架罪要求行为人具有向第三人非法勒索财物的目的。其一,王某、刘某没有非法占有目的。其二,王某、刘某针对的是吴某本人,而非第三人。

本题中王某、刘某构成非法拘禁罪的理由与《刑法》第238条第3款“为索取债务而非法扣押拘禁他人,以非法拘禁罪论处”无关。该款规定是指,债权人向债务人索取债务、主张债权。本案中,王某不是债权人,吴某也不是债务人,王某是吴某财产犯罪的被害人,吴某是财产犯罪的犯罪人,王某索要的是吴某的犯罪所得,而非吴某欠其的债务。王某构成非法拘禁罪,是依据非法拘禁罪的正常构成要件。

【答题要点】

3. (1)王某、刘某、林某、丁某针对武某的死亡依法以故意伤害罪(未遂)致人死亡论处。

理由:我国刑法及相关司法解释规定,两人以上共同故意犯罪的属于共同犯罪,对于共同犯罪处罚适用“部分实行、全部责任”。本案中王某指使刘某“教训”武某,刘某指使林某、丁某。作为教唆犯的教唆者,应以教唆犯论处。王某在共同犯罪中起主要作用,应以主犯论处,基于共犯从属性,刘某、林某、丁某三人对死亡结果均应负责,但由于林某、丁某二人构成的是故意伤害罪,而非故意杀人罪,因此四人均以故意伤害罪(未遂)致人死亡论处。

(2)王某依法成立组织黑社会性质组织罪、非法拘禁罪(未遂)致人重伤、故意伤害罪(未遂致人死亡),数罪并罚。针对王某是否对林某、丁某中的一人朝武某腹部开枪致其死亡的结果是否承担责任,有如下两种意见:

第一种处理意见,王某依法构成故意杀人罪。

理由:王某作为和社会组织性质的首要任务,指使手下好好“教训”武某,该范围比较模糊,故意杀人也在其大概范围内。无论林某、丁某谁开枪击中武某腹部,王某均对故意杀人罪既遂负责。王某既要故意伤害罪致人死亡负责,也要对故意杀人罪既遂负责,想象竞合,择一重罪论处,最终以故意杀人罪既遂论处。

第二种处理意见,王某依法构成故意伤害罪(未遂),承担致人死亡的刑事责任。

理由:成员实施的犯罪只要超出组织者的明确指示范围,便不属于黑社会性质组织的犯罪,而是成员个人的犯罪。成员林某或丁某实施故意杀人,超出了王某的明确指示范围。因为王某指示的是“好好教训”武某,意思是很明确的,也即只能故意伤害,不能故意杀人。因此对于林某或丁某的故意杀人,不需负责。

【法理分析与解题思路】

王某、刘某、林某、丁某针对武某的行为。

(1)林某、丁某。

第一,事后查明,其中一人朝武某腿部开枪未击中腿部,另一人朝武某腹部开枪,但无法查明谁朝腿部开枪、谁朝腹部开枪。朝腿部开枪,表明只有伤害的故意,构成故意伤害罪。朝腹部开枪,表明有杀人的故意,构成故意杀人罪。在无法查明谁实施故意伤害罪、谁实施故意杀人罪时,林某既可能实施故意伤害罪,也可能实施故意杀人罪,丁某同样既可能实施故意伤害罪,也可能实施故意杀人罪。对此应适用存疑时有利于被告人原则,也即在轻罪事实与重罪事实之间选择认定为轻罪事实。因此可以认定,林某实施了故意伤害罪的事实,也即朝向腿部开枪。丁某实施了故意伤害罪的事实,也即朝向腿部开枪。由于查明,朝向腿部开枪,并未击中腿部,因此二人的故意伤害罪均构成未遂。

第二,事后查明,是二人的子弹击中了武某的腹部,致其死亡,但无法查明是谁的子弹击中腹部。由于二人在开枪时,具有意思联络,并且具有相互协作关系,因此在制造违法事实上具有连带性,违法是连带的,因此构成共同犯罪,在故意伤害罪的范围内成立共同犯罪,并且是共同实行犯。基于“部分实行、全部责任”的原则,此时虽然无法查明谁的行为导致死亡结果,但无需查明,因为若是其中一人导致的,另一人也应对结果负责。因