



司考过关丛书

主观卷典型案例 高分突破

● 北京万国学校司考培训中心组编

人大版司考过关丛书

主观卷典型案例高分突破

北京万国学校司考培训中心组编

主 编 房保国

编写人员 骆 勇 房保国 储夫瑶 蒋学跃
李建伟 袁登明 李奋飞 夏 凡
王海疆 张 晗 张 倩 季 宏
吴 鹏 姜天翠 白 硕 陈 娜

中国人民大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

主观卷典型案例高分突破/北京万国学校司考培训中心组编.
北京:中国人民大学出版社,2003
(人大版司考过关丛书)

ISBN 7-300-04857-9/D·859

I. 主…

II. 北…

III. 案例-分析-中国-法律工作者-资格考核-自学参考资料

IV. D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 065152 号

该套图书,正文使用特制有色纸印刷,
封面压有人大社社标印纹,否则均为盗版,
欢迎举报。举报电话:010-62515275

人大版司考过关丛书

主观卷典型案例高分突破

北京万国学校司考培训中心组编

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号 邮政编码 100080

电 话 010-62511242(总编室) 010-62511239(出版部)

010-62515351(邮购部) 010-62514148(门市部)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 中煤涿州制图印刷厂

开 本 787×1092 毫米 1/16

版 次 2003 年 7 月第 1 版

印 张 23

印 次 2003 年 7 月第 1 次印刷

字 数 581 000

定 价 32.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

编写说明

按照《2003年国家司法考试大纲》的规定,主观卷案例分析放在试卷四中考查,在题型上,由论述、案例分析、实例分析或法律文书等类型试题组成,约8至10题,本卷分值共100分;在考试科目上,本卷包括:刑法(约占卷面分值的20%~25%)、刑事诉讼法(约占卷面分值的15%~20%)、民商法(约占卷面分值的35%~40%)、民事诉讼法(约占卷面分值的15%~20%)、行政法与行政诉讼法(约占卷面分值的12%~15%),从而将试卷四主观题的考查严格限定于这五部分。

同时,根据2003年6月司法部发言人赵大程的答记者问和中国普法网司法考试在线咨询所显示的消息,“试卷四增加无标准答案型的试题”,对此落实到试卷四的题型上,将体现为以下两点:一是在法律文书写作中,将出现固定答案分值70%左右,无标准答案分值30%左右,如对判决书改错后,再由考生写一份诉状,其中30%分值虽无标准答案,但一定有评分标准。二是对综合主观案例,除了按往年直接给出答题点、标准答案外,还增加了除答题点之外的主观题答卷标准以及法言法语表述的主观衡量分值。一句话,无标准答案型试题,只是针对原先卷四仅依靠标准答题点评分的不足,对主观题的答题格式、答题的法言法语等“答题点”之外的方面作出要求。当然也有可能出论述题。

在评卷方式上,为适应今年考试试题类型的变化,保证评卷结果的公平和公正,司法部将适当调整主观试题的评卷方式:一是在对案例分析试题的评判过程中,通过建立各专业专家组,监督、抽查评卷标准执行、运用情况的做法,加大评卷质量控制力度。二是进一步提高了评卷人员的资质,确保试卷评判的客观、公正和准确。三是对主观试题实行“双线”评阅取平均的阅卷方式。所谓“双线”评阅试卷,是指对同一试题,组织两人分别评阅给分,两评卷人的评阅成绩差距过大时由专家组进行三评,决定最终得分。同时,对于考生合理的答案均给分,并对思维、逻辑、文字等因素也适当给分。评卷方面,为适应今年主观试题评卷方式的变化,司法部还将加强对试卷评判工作的全程监控,特别是在评卷质量、成绩登录等方面,通过制定严密的工作程序和严格的工作要求,以保证评卷工作规范、有序。

正是与上述考试大纲和今年的考查趋势相适应,本书收录了刑法学案例52例,刑事诉讼法学案例31例,民商法学案例41例,民事诉讼法学案例30例,行政法与行政诉讼法学案例14例,共计168例,并按专题进行了归类。在撰写体例上,按照“案情简介”、“问题”、“答题点”、“解题精析”、“正确答案”和“相关法条”的格式编排,在对案情作简要介绍的基础上,对每道案例涉及的知识点进行详细的解析,然后指出本题的正确答案和相关法条。在叙述上,力求做到语言精练,逻辑清晰,论述充分,直击考点。

对于法律文书部分,《大纲》要求应试人员对试题所提供的事实材料进行加工整理,并按试题要求将其制作为相应的法律文书,应试人员应做到格式规范、文字通顺、标点正确、无语法错误等。本书共计收集了10份常用的典型刑事和民事司法文书,对每项司法文书的格式作了列举。

本书主要针对的是试卷四案例分析、实例分析和司法文书写作的主观题部分，本书是集体合作的产物，感谢中国人民大学韩海涛女士，北京万国学校执行校长骆勇的悉心指导，祝愿广大考生顺利通过考试！

房保国谨记

2003 年 6 月

目 录

第一编 刑法学 (52 例)

1. 刑法概说 3 例	(1)
2. 排除犯罪的事由 (正当防卫、紧急避险) 3 例	(4)
3. 故意犯罪形态 (犯罪未遂) 2 例	(10)
4. 共同犯罪 1 例	(13)
5. 罪数 2 例	(14)
6. 刑罚裁量 2 例	(16)
7. 危害国家安全罪 1 例	(19)
8. 危害公共安全罪 3 例	(20)
9. 破坏社会主义市场经济秩序罪 6 例	(25)
10. 侵犯公民人身权利、民主权利罪 5 例	(34)
11. 侵犯财产罪 14 例	(41)
12. 妨害社会管理秩序罪 6 例	(59)
13. 贪污贿赂罪 1 例	(66)
14. 渎职罪 1 例	(68)
15. 刑法其他问题 2 例	(70)

第二编 刑事诉讼法学 (31 例)

1. 刑事当事人 1 例	(73)
2. 刑事管辖 3 例	(75)
3. 回避制度 1 例	(82)
4. 刑事证据 2 例	(84)
5. 强制措施 3 例	(88)
6. 辩护代理 2 例	(97)
7. 附带民事诉讼 1 例	(104)
8. 侦查程序 2 例	(107)
9. 审查起诉 4 例	(113)
10. 一审程序 5 例	(122)
11. 二审程序 4 例	(133)
12. 再审程序 1 例	(140)
13. 死刑复核 1 例	(142)
14. 执行程序 1 例	(144)

15. 典型刑事司法文书 5 份	(145)
------------------------	-------

第三编 民商法学 (41 例)

1. 民法总则 9 例	(150)
2. 继承法 3 例	(172)
3. 婚姻法 2 例	(179)
4. 担保法 3 例	(184)
5. 合同法 18 例	(195)
6. 企业公司法 6 例	(239)

第四编 民事诉讼法学 (30 例)

1. 主管管辖 6 例	(255)
2. 诉、诉权 2 例	(264)
3. 当事人 3 例	(267)
4. 民事证据 3 例	(274)
5. 法院调解 1 例	(280)
6. 财产保全、先予执行 2 例	(282)
7. 一审程序 3 例	(285)
8. 二审程序 2 例	(291)
9. 再审程序 1 例	(294)
10. 特别程序 1 例	(296)
11. 督促程序 1 例	(298)
12. 公示催告程序 1 例	(300)
13. 破产程序 1 例	(302)
14. 执行程序 2 例	(307)
15. 涉外民事诉讼 1 例	(310)
16. 典型民事司法文书 5 份	(311)

第五编 行政法与行政诉讼法学 (14 例)

1. 行政复议 4 例	(318)
2. 行政诉讼 7 例	(329)
3. 国家赔偿 3 例	(351)

第一编 刑法学 (52 例)

刑法概说 3 例

(一)

[案情简介]

张某于 1997 年 12 月 1 日因涉嫌贪污罪被依法逮捕。经审讯, 张某交代 1997 年 8 月曾奸淫一幼女, 经查属实; 张某共贪污四次, 总款额达 5 万元, 其中有三次发生在 1997 年 10 月 1 日以前。

[问题]

对张某所犯的两罪, 如何适用新、旧《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》) 的规定?

[答题点]

1. 刑法的溯及力问题;
2. 新、旧《刑法》在有关罪名的量刑变化;
3. 关于连续犯的刑法理论。

[解题精析]

从案情显示看, 张某无疑犯了奸淫幼女和贪污两罪。但是张某的犯罪行为由于发生在新、旧《刑法》交替的时段, 所以在量刑上具有一定的特殊性。新的《刑法》是 1997 年 3 月 14 日修订, 并于 1997 年 10 月 1 日施行的; 而旧的《刑法》是 1979 年 7 月 1 日通过, 1980 年 1 月 1 日施行的。根据“从旧兼从轻”的《刑法》原则, 当时的法律和修订后的《刑法》都认为是犯罪, 并且按照修订后的《刑法》总则第四章第八节的规定应当追诉的, 原则上按当时的法律追究法律责任, 即修订后的《刑法》不具有溯及力。但是如果当时的法律处刑比修订后的《刑法》重, 则应适用修订后的《刑法》, 修订后的《刑法》具有溯及力。

从新旧法适用的时间看, 奸淫幼女的行为发生在 1997 年 8 月, 处于旧法实施时期, 因为新、旧《刑法》对该罪的处刑没有变化, 所以张某所犯奸淫幼女罪, 应该按照刑法溯及力中关于“从旧兼从轻”原则的规定, 适用原 (1979 年) 《刑法》。

而张某犯的贪污行为虽然有三次发生在旧法实施时, 一次发生在新法实施时, 按照刑法关于连续犯的理论, 应该按照新法来处罚。《刑法》第 89 条规定, 追诉期限从犯罪之日起计算; 犯罪行为有连续或者继续状态的, 从犯罪行为终了之日起计算。在追诉期限以内又犯罪的, 前罪追诉的期限从犯后罪之日起计算。《刑法》这里规定的就是连续犯这种情形。理论上连续犯是指基于同一的或者概括的犯罪故意, 连续数次实施犯罪行为, 触犯同一罪名的情况。所以, 张某的贪污犯罪行为应该按照最后一次 (发生在新法实施时) 的时间计算。根据新《刑法》第 382、383 条的规定, 张某构成贪污罪。

[正确答案]

1. 我国《刑法》第 12 条规定了从旧兼从轻的溯及力原则。

2. 张某所犯奸淫幼女罪适用原（1979年）《刑法》，因为新、旧《刑法》相比，对该罪的处刑没有变化。

3. 张某所犯贪污罪，其行为分别发生在新《刑法》实施前后，属于连续犯，应按照新《刑法》定罪处罚。

〔相关法条〕

《刑法》第12、87、88、89、236、382、383条。

（二）

〔案情简介〕

卞某，23岁，外国人，系某国在医科大学的留学生。某年5月13日，卞某遭到医科大学另一外国留学生安某拳打后，蓄意报复。6月10日晚7时许，卞某得知安某在留学生宿舍1楼104会客室会客，便手持木棒，到会客室敲门。安某将门打开后，卞某用木棒击打安某。安某挣脱后，会同在该校的本国留学生翁某、风某、莫某等7人，手持木棒、手杖等器械，聚集在留学生宿舍2楼走廊西端。卞某也和某国留学生朱某、穆某、白某等5人手持木棒和尖型菜刀等，聚集在留学生宿舍2楼走廊中部208房间门前，双方形成对峙状态。后双方发生殴斗。在厮打中，卞某手持的木棒被打掉，随手用尖型菜刀乱刺，刺中对方留学生翁某的上腹部，创伤透入胸腔，将肝脏刺成局部破损，经抢救无效，于次日下午死亡。

〔问题〕

1. 卞某的行为构成何种犯罪？请简要说明理由。
2. 可否适用我国《刑法》追究其刑事责任？

〔答题点〕

1. 聚众斗殴罪的构成要件；
2. 聚众斗殴致人重伤、死亡的定罪量刑；
3. 《刑法》的适用范围。

〔解题精析〕

从卞某行为之初与行为的过程看，表面上具备聚众斗殴罪的构成形态。所谓聚众斗殴罪，是指聚众斗殴，扰乱社会公共秩序的行为。本罪的犯罪客体是社会公共秩序，以及他人的人身健康和公私财产安全。这里的“公共秩序”，是指根据法律及社会公共道德所确立的正常的公共生活规则，其范围包括公共场所和非公共场所。本罪的客观方面表现为处于私仇宿怨，争霸一方或者其他流氓动机而聚众进行斗殴，扰乱社会公共秩序的行为。“斗殴”，是指互相打斗。斗殴行为不仅包括斗殴双方已经交手打斗，而且还包括为斗殴所作的准备凶器、赶往斗殴地点，以及到达斗殴地点却及时被制止的行为。聚众斗殴俗称为“打群架”，其形式主要表现为两伙或者两伙以上的不法分子处于争霸一方或者其他流氓动机，纠集人员，约定时间、地点进行殴斗，或者偶然相遇进行打斗后，再纠集同伙进行群殴的行为。聚众斗殴一般双方进行准备，例如纠集人员，准备刀枪棍棒，在殴斗时大打出手，参与者少则十几人、几十人，多则上百人。这种聚众斗殴行为不但会造成社会秩序的严重混乱，往往还会发生致人重伤、死亡的严重后果，社会危害性极大。

在本案中，卞某为了报复先行挑衅，并与对方安某都结伙在留学生楼里进行聚众斗殴，侵犯了公共安全、正常的生活秩序和人身健康安全，由于同时具有聚众和斗殴两种行为，并且在主、客观上都符合本罪的要求，所以从结果看，无疑是构成聚众斗殴罪的。但是，卞某

在斗殴的过程中，使用菜刀乱刺，将被害人刺死。依照《刑法》第 292 条的规定，聚众斗殴，致人重伤、死亡的，应根据情况分别以故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。卞某在用菜刀刺人时，主观故意不明确，但对他人的死、伤均持放任态度，因此，对被害人死亡应负（间接）故意杀人罪的刑事责任。所以，综合考虑行为过程、结果，以及法律规定，卞某构成故意杀人罪。

这里必须注意的是聚众斗殴罪的定罪受到犯罪后果的极大影响。如果行为人在进行聚众斗殴犯罪中致人伤害、死亡的，由于其不但具有聚众斗殴扰乱社会公共秩序的目的，而且还具有伤害或者剥夺他人生命权利的目的，因此，对其应作以下的处理：（1）行为人在实施聚众斗殴犯罪中故意伤害致人轻伤的，对其按聚众斗殴罪定罪处罚，不实行数罪并罚。（2）行为人在实施聚众斗殴犯罪中故意伤害致人重伤的，对其按故意伤害罪定罪处罚。（3）行为人在实施聚众斗殴犯罪中故意伤害致人死亡的，对其应按故意伤害（致死）罪定罪处罚。（4）行为人在实施聚众斗殴犯罪中故意杀人致人死亡的，对其按故意杀人罪定罪处罚。

根据我国《刑法》第 6 条和第 11 条的规定，凡是在中华人民共和国领域内犯罪的，除享有外交特权和豁免权的外国人外，均应适用我国《刑法》。卞某是一普通外国留学生，不属于享有外交特权和豁免权的外国人，自应适用我国《刑法》追究其刑事责任。

【正确答案】

1. 卞某构成故意杀人罪。因为卞某的行为从表面看是一种聚众斗殴的行为，但是依照《刑法》的相关规定，聚众斗殴，致人重伤、死亡的，应根据情况分别以故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。卞某在用菜刀刺人时，主观故意不明确，但对他人的死、伤均持放任态度，因此，对被害人死亡应负（间接）故意杀人罪的刑事责任。所以，综合考虑行为过程、

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。”根据上述规定，我国公民在我国领域外犯罪的，无论按照当地法律是否认为是犯罪，亦无论罪行是轻是重，以及是何种犯罪，也不论其所犯罪行为侵犯的是何国或何国公民的利益，原则上都适用我国《刑法》。只是按照我国《刑法》的规定，该中国公民所犯之罪的法定最高刑为3年以下有期徒刑的，才可以不予追究。所谓“可以不予追究”，不是绝对不予追究，而是保留追究的可能性。同时，《刑法》第10条规定：“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。”本案中，李某和王某的行为构成重大的犯罪（杀人和抢劫），完全应当追究刑事责任，也符合我国《刑法》关于属人管辖的标准和要求。

【正确答案】

我国《刑法》对李某、王某应当适用。李某、王某的行为，属于中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯罪的情况。根据我国《刑法》第7条的规定，中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外触犯我国刑法所规定的犯罪的，均适用我国刑法。李某、王某受雇在美国轮船上工作，在轮船停泊巴西时杀人并抢劫他人财物，依法构成应处三年以上有期徒刑的犯罪，所以应当依照《刑法》第7条适用我国《刑法》予以定罪处刑。

【相关法条】

《刑法》第7、10条。

排除犯罪的事由（正当防卫、紧急避险）3例

（一）

【案情简介】

2001年3月13日下午，陈某因曾揭发他人违法行为，被两名加害人报复砍伤。陈某逃跑过程中，两加害人仍不罢休，持刀追赶陈。途中，陈某多次拦车欲乘，均遭到出租司机拒载。当两加害人即将追上时，适逢一中年妇女丁某骑一摩托车（价值9000元）缓速行驶。陈某当即哀求丁某将自己带走，但也遭拒绝。眼见两加害人已经逼近，情急之下，陈某一手抓住摩托车，一手将丁某推下摩托车（丁某倒地，但未受伤害），骑车逃走。陈某骑车至安全地方（离原地约2公里）停歇一会后，才想到摩托车怎么处理。陈某将摩托车尾部工具箱的锁撬开，发现内有现金3000元和一张未到期的定期存单（面值2万元），陈某顿生贪欲，将3000元现金和存单据为己有。并将摩托车推至山下摔坏。几日后，陈某使用伪造的身份证，在到期之前将存单中的2万元取出，此后逃往外地。

【问题】

试分析陈某上述各行为的性质，并说明理由。

【答题点】

1. 紧急避险的成立条件；
2. 侵占罪的构成要件及其与盗窃罪的区别；
3. 故意毁坏财物罪的构成要件；
4. 诈骗罪的构成要件与盗窃罪的区别。

【解题精析】

1. 陈某抢下丁某摩托车的行为属于紧急避险。《刑法》第21条规定，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。在本案中陈某被加害人砍伤的情况下，加害人仍穷追不舍似乎要置其于死地或妄图施加更为严重的伤害，而且在加害人已经逼近其的紧急情形下，陈某夺取丁某的摩托车便于自己逃脱被害的行为，是符合法定的紧急避险的规定的。而且丁某被推倒在地并没有受到伤害，这种情形说明陈某的紧急避险行为没有超过必要的限度，当时没有给丁某造成故意或过失的额外伤害。陈某这时的行为应该免于刑事的追究。

2. 由于陈某在抢下摩托车的当时是一种紧急避险的行为。所以，他对于摩托车及其上之财物的占有是一种合法的占有，他这种将合法占有变为非法占有的行为符合侵占罪的构成要件，即以非法占有为目的，将他人埋藏物、遗忘物、保管物占为己有，拒不退还的行为。本罪的犯罪对象是行为人已经合法持有的公私财物，包括行为人代为保管的他人财物和他人的遗忘物或者埋藏物。这里的“行为人代为保管的他人财物”，是指行为人基于合法的委托保管关系、租赁关系、借用关系、质押关系等，使他人的财物合法地处于自己的合法控制之下。这里的“他人的遗忘物”，是指在一定时间内脱离财物所有人或者持有人控制的财物，而且是财物所有人明知或者知道该财物遗忘于特定地点，如果及时采取措施，将很快恢复对该财物的控制。本罪的客观方面表现为将代为保管的他人的财物非法占为己有，数额较大，拒不退还，或者将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交出的行为。在本案中，陈某为了紧急避险而占有了丁某的摩托车和车上的财物，属于一种暂时的借用关系，他应负有合理保管的义务。但是他却对车上的钱加以侵吞并故意毁坏摩托车，这些都构成客观要件中的“非法占为己有”的法定情节，即采取侵吞、盗窃、骗取、扣留或者其他手段，将他人财物非法据为己有。

本题的难点在于将摩托车上的财物据为己有的定性。有些人可能会将陈某把丁某的现金和存折占为己有的行为定性为盗窃罪，其原因就在于没有认识到丁某的现金和存折在陈某产生非法占有故意之前已经处于陈某的合法控制之下，可以视为“代为保管的财物”。

3. 故意毁坏财物罪，是指故意毁坏公私财物，数额较大或者有其他严重情节的行为。本罪的犯罪客体是公私财物的所有权，犯罪对象是公私财物，包括生产资料、生活资料；动产、不动产等。虽然这里陈某毁坏了交通工具，但是由于并没有危害到交通运输安全，所以不能以破坏交通工具罪定罪，这里的交通工具摩托车只是作为私人财产的一部分，没有公共性。本罪的客观方面表现为故意毁坏公私财物，数额较大或者具有其他严重情节的行为。“毁坏公私财物”，包括毁灭公私财物和损坏公私财物两种情况。本案中陈某是“损坏公私财物”，即使私人财物部分丧失其价值或使用价值。

4. 陈某利用伪造的身份证将存单中的钱取出，是一种使债务人（银行）产生错觉向其履行债务的行为，本质上是一种以非法占有为目的，使用虚构事实、隐瞒真相的方法，骗取数额巨大的公私财物的行为，应认定为诈骗罪。之所以不是盗窃罪，是因为盗窃的客观方面是行为人秘密窃取，即采取自认为不被他人发觉的方法，将他人财物暗中占有。这里显然不是盗窃。而陈某伪造身份证取钱的行为，只是一种手段行为，是诈骗行为的一个步骤，所以陈某的伪造证件的行为与诈骗行为具有牵连关系，对行为人应以诈骗罪定罪处罚。这里，虽然存单也是财产权的证明，属于前述侵占罪的客体，但是由于对于存单上财物加以侵占的特

殊性，需要用身份证加以证明特定权属关系，所以行为人不得不用伪造的诈骗方式实现非法占有，已经不是单纯的侵占了，而发展为诈骗这一新罪的形态。

【正确答案】

1. 陈某将丁某推倒后骑车逃走的行为属于紧急避险行为。因为，陈某为了使本人的人身权利免受正在发生的危险，不得已给丁某造成损害，但该损害并没有超过必要限度，未给丁某造成不应有的损害。

2. 陈某将丁某的3 000元现金和存折据为己有的行为构成侵占罪。因为，陈某在危险消除后即负有归还丁某摩托车（当然包括尾部工具箱中的现金和存折）的责任，而在尚未归还以前，陈某负有妥善保管摩托车及相关财物的义务。据此，该摩托车可视为由陈某代为保管的财物。陈某以非法占有为目的，将代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还，构成侵占罪。

3. 陈某毁坏摩托车的行为构成故意毁坏财物罪。至于陈某用伪造的身份证将丁某存折上的钱取走的行为属于占有他人存折后的后续行为，不予单独定罪。

4. 陈某使用伪造的身份证取出存单中的2万元钱的行为构成诈骗罪。

【相关法条】

《刑法》第21、264、266、270、275条。

(二)

【案情简介】

1996年8月，孙某与同乡赵某去甘肃永登县收购皮毛。下午6时许，暮色已沉，孙某和赵某路经永登县某山村小道时，被顾某和杨某挡住去路，以“我们有刀有枪，你们是给钱还是要命”等言语相威胁，索要钱财。孙某向其求情，要求让路。顾某见孙某、赵某不给钱，突然对孙某拳打脚踢，致使孙某鼻子流血。孙某在与顾某扭打过程中，顺手掏出随身携带的割皮毛用的单面刃刀，在顾某身上连刺数刀，将其刺倒。接着，孙某见杨某与赵某正在厮打，便上前相助，在杨某身上连刺数刀。顾某、杨某被刺后，均当场死亡。经法医鉴定：顾某系被他人用单面刃刀刺破肺脏及股动、静脉致大失血而死亡；杨某系被他人用单面刃刀刺穿肝脏致大失血而死亡。

还查明：顾某、杨某在当日拦截孙某、赵某之前，曾将拉车上山装草的蓝某两姐妹拦住，要强行坐车上山。蓝某姐妹不允，顾某、杨某就破口谩骂，还挡住去路。蓝某姐妹无奈，只得拉车回村。随后，顾某、杨某又将路经此处的一对老夫妇王某、戚某拦住，声称他们是“马路上的小龙头”，抢夺王某骑的自行车，戚某上前阻止，被顾某、杨某3次摔倒在地，正在纠缠之际，顾某、杨某看见孙某、赵某走过来，才放走王某、戚某夫妇，去拦截孙某和赵某。

【问题】

1. 孙某的行为是否构成犯罪？为什么？
2. 如果孙某的行为构成犯罪，应以什么罪名定罪处罚？

【答题点】

1. 正当防卫与防卫过当各自的构成要件与区别；
2. 故意杀人罪的构成要件；
3. 防卫过当的法定量刑情节。

[解题精析]

在本案中，顾某和杨某恶意拦路抢劫、勒索钱财，对过路人的身、财产企图进行不法侵害，这种行为属于可以被受侵扰人实施正当防卫的行为。我国《刑法》第20条第1款规定：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。在本案中，孙某在受到威胁并且被打的情况下，进行适度的反抗是一种正当防卫；但是如果这种反抗超过必要的限度，就有可能构成防卫过当，按照《刑法》第20条第2款的规定：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。所以判断其行为是正当防卫还是防卫过当，关键的标准在于防卫行为的限度，这是个合理性的、度的把握问题。

正当防卫有四个要件：(1) 必须有危害社会的不法行为的发生，这种不法侵害行为，通常指犯罪行为，当然也可以是其他违法的侵害行为。(2) 这种侵害行为必须正在实施，即侵害行为处于过程之中，已经开始，又尚未结束。(3) 防卫行为必须是不法侵害人实施的。(4) 防卫行为的目的是为了合法权益，既可以是国家的、公共的合法权益，也可以是自己或他人的个体的合法权益。防卫行为不能明显超过必要限度而造成重大损害，否则构成防卫过当。防卫过当显然也符合正当防卫的前四个条件，但是不符合正当防卫的最后一个条件，即“不能明显超过必要限度造成重大损害”。

对于必要限度的考察，应该掌握：(1) 以制止不法侵害的必要为限度；(2) 防卫行为与侵害行为在性质、强度、手段和后果上要基本相适应，不存在大的差异。防卫的必要限度包括三种情形：(1) 保护较微小的合法权益，不允许防卫行为造成重大伤害，对于没有直接危及人身的不法侵害，一般不宜采用重伤甚至杀害的手段去防卫。(2) 制止强度较轻的不法侵害，一般不允许防卫行为采取过重的强度。(3) 采取较缓和的防卫手段足以制止不法侵害的，一般就不允许采取激烈的防卫手段。而且，我们还要从不法侵害的强度、造成损害的手段、工具的性质等因素以及不法侵害行为发生的时间上的缓急（比如防卫者在紧急情况下瞬间很难判断侵害行为的性质和危害程度，更难恰如其分地选择适当的手段和强度）等情节来综合考虑是否构成防卫过当。

在本案中，由于在时间、地点上被侵害人孙某处于比较无助的状态，不法侵害人顾某又先使用了暴力。虽然顾某开始侵害只是拳打脚踢并未使用刀枪，看上去侵害强度似乎不大，但是由于情况紧急，防卫人孙某无法判断侵害人身上是否携带刀枪，无法判断其侵害强度有多大，所以为了自卫，孙某顺手掏出自己的单面刀刃，将侵害人刺伤使其丧失侵害能力是必要的。但是，孙某却用刀在侵害人要害部位连刺数刀，致使侵害人当场死亡，其防卫强度明显超出了侵害的强度和正当防卫的必要限度，给侵害人造成了过重侵害，属于防卫过当。同时，孙某又加入赵某和杨某的打斗中，在二比一侵害人力量明显悬殊的情况下，即防卫方处于明显优势本可以用强度较小的方式制服侵害方，防卫一方孙某却用刀在侵害人杨某的要害部位连刺数刀，致使杨某也当场死亡。由于防卫行为明显超过了必要限度，给侵害人造成了不相当的重大损害，所以也属于防卫过当。

防卫过当构成犯罪，但是它不属于独立的罪名，而是一个法定的减轻或免除刑事处罚的情节。我国《刑法》第20条第2款规定：“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。”在本案中，孙某属于防卫过当的杀人，其主观上是间接故意，即明知自己行为可能致人死亡（对侵害人要害部位连刺数刀）而放任这种

结果的发生，所以构成故意杀人罪。但是考虑孙某防卫过当的情节，被杀死者对孙某和赵某的侵害性质与强度，以及被杀死者的其他违法犯罪行为（顾某和杨某当日还拦截蓝某两姐妹，抢劫王某自行车等），比照《刑法》第232条规定的故意杀人罪的法定刑，即死刑、无期徒刑或10年以上有期徒刑或3年以上10年以下有期徒刑，判处孙某较轻的刑罚（可以在最低刑以下）或免于刑事处罚。

【正确答案】

1. 孙某的行为构成防卫过当。因为在侵害人力量明显悬殊的情况下，即防卫方处于明显优势本可以用强度较小的方式制服侵害方的情况下，防卫一方孙某却用刀在侵害人杨某的要害部位连刺数刀，致使杨某也当场死亡。孙某的防卫强度明显超出了侵害的强度和正当防卫的必要限度，给侵害人造成了过重侵害，属于防卫过当。

根据刑法的相关规定，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。所以，孙某的行为构成了犯罪。

2. 孙某属于防卫过当的杀人，其主观上是间接故意，即明知自己行为可能致人死亡（对侵害人要害部位连刺数刀）而放任这种结果的发生，所以构成故意杀人罪。应以故意杀人罪定罪；但是考虑到刑法对于防卫过当可以减轻或免除处罚的规定，以及本案中杨某等人的恶意侵害行为在先，可以对孙某在量刑上予以减轻。

【相关法条】

《刑法》第20、232条。

(三)

【案情简介】

青年朴某，高中毕业后因没有考上大学，又不愿意参加工作，成为无业游民。朴某不久结识一帮“铁哥们儿”。因为“铁哥们儿”好赌，朴某就自告奋勇，利用其住房独门独户十分隐蔽的有利条件，每天晚上邀请“铁哥们儿”到其住所打麻将赌钱。朴某本人自称“手气背”，从不参加赌钱，只是为其他“铁哥们儿”提供水、食等方面服务，遇到紧急情况，朴某还及时通风报信。作为回报，朴某则要求几个参加赌博的哥们儿每天给其几百元的“好处费”。久而久之，这种交易已经成为惯例。

同村青年安某，素来游手好闲，不务正业。一次偶然的机，安某发现了朴某的“秘密”。安某灵机一动，料定朴某不敢声张，想出一个“大发一笔而不担风险”的主意。1999年5月2日深夜1时许，安某蒙面持猎刀闯入朴某房中，抢走赌资8000余元。朴某吃了一个“哑巴亏”，又不敢报案，只得暗中查访。终于，在几个哥们的帮助下，认定5月2日抢劫赌资的就是近来突然阔绰起来的安某。

朴某对此没有声张，伺机报复安某。1999年11月5日，朴某借口一点鸡毛蒜皮的小事与安某发生口角。口角中，朴某突然亮出准备已久的铁棍准备行凶。安某一见势头不妙，转身就逃。一会儿朴某追上，安某看无路可逃，便回头央求朴某“放一马”，朴某哪里肯听，举起铁棍照安某肩部就砸，意想打废安某一只胳膊。安某情急之下顺手拾起一根木棍招架，想夺路而逃，殴斗中，安某木棍戳伤了朴某的眼睛，而朴某用铁棍打伤了安某的右肩。事后经医院诊断，朴某右眼外伤失明，而安某右肩粉碎性骨折，终生残废。

【问题】

1. 朴某在此案中构成何罪？如何处理？

2. 安某蒙面进赌场抢夺赌资的行为构成犯罪吗？构成何罪？为什么？
3. 安某在殴斗中戳伤朴某眼睛，造成其右眼失明，是否构成犯罪？为什么？

【答题点】

1. 赌博罪、故意伤害罪、抢劫罪的构成要件；
2. 数罪并罚和正当防卫的理论。

【解题精析】

1. 按照《刑法》第303条的规定，所谓赌博罪是指以营利为目的，聚众赌博、开设赌场或者以赌博为业的行为。在本案中朴某利用自己住房的便利条件，为他人提供赌博场所，并以收取一定的好处费得利，构成赌博罪的法定情形。

在认定赌博罪时，我们要清楚它的各个构成要件。一般来说，赌博罪侵犯的客体是社会风尚和公共秩序，它不光影响正常的生产、工作和生活，也往往是诱发其他犯罪的温床，对社会危害很大。赌博罪的客观方面表现为：聚众赌博、开设赌场或者以赌博为业的行为。所谓聚众赌博，是指组织、招引多人进行赌博，本人从中抽头渔利。这种人俗称“赌头”，赌头本人不一定直接参加赌博。所谓开设赌场，是指提供赌博的场所及用具，供他人在其中进行赌博，本人从中营利的行为。开设赌场营利包括两种方式：其一是开设赌场者不直接参加赌博，以收取场地、用具使用费或抽头获利；其二是开设赌场者直接参加赌博，如设置游戏机、吃角子老虎机等赌博机器或者雇用人员与顾客赌博。只有“开设赌场”的人，即赌场老板或合伙开办经营赌场者才构成犯罪，普通雇员不属于开设赌场的人。所谓以赌博为业，是指嗜赌成性，一贯赌博，以赌博所得为其生活来源，这种人俗称“赌棍”，只要具备聚众赌博、开设赌场或以赌博为业的其中一种行为，即符合赌博罪的客观要件。赌博罪的主体为凡是达到法定刑事责任年龄、且具备刑事责任能力的自然人。赌博罪在主观方面表现为故意，并且以营利为目的。即行为人聚众赌博、开设赌场或者一贯参加赌博，是为了获取钱财，而不是为了消遣、娱乐。以营利为目的并不是说行为人一定要赢得钱财，只要是为了获取钱财，即使实际上未能赢得钱财甚至输了钱，也不影响行为人具备赌博罪的主观要件。

在本案中，朴某还构成故意伤害罪。朴某故意借一点鸡毛蒜皮的小事与安某发生口角，口角中，朴某突然亮出准备已久的铁棍准备行凶。这些都说明朴某有伤害对方的故意，而且从事后安某右肩被打成粉碎性骨折看，也造成了伤害的后果，损害了安某的身体健康与完整性。从《刑法》第234条的规定看，故意伤害罪，是指非法损害他人身体健康的行为。故意伤害罪侵犯的客体是他人的身体健康权利，客观方面表现为非法损害他人身体健康的行为。以伤害造成的后果为标准，伤害分为轻伤、重伤、伤害致死三种情况。轻伤、重伤的区分应当以最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发布的《人体重伤鉴定标准》和《人体轻伤鉴定标准（试行）》为统一标准。故意伤害罪的犯罪主体是一般主体，主观方面是故意，包括直接故意和间接故意。但是我们注意到，朴某并不构成故意杀人罪，因为从他的主观故意看，只是想打废安某的胳膊，并不想致安某于死地。

由于朴某一入犯有赌博和故意伤害二罪，且在法定期间（判决宣告前）所犯，根据《刑法》69条的规定，应该实行数罪并罚，即应当在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上，酌情决定执行的刑期。

2. 安某以非法占有他人财物（赌资）为目的，持凶器入室抢劫赌场并抢走8000元财物，属于《刑法》第263条规定的抢劫罪的法定情形，即以非法占有为目的，以暴力、胁迫或者其他方法，当场强行劫取公私财物的行为。抢劫罪侵犯的客体只限于动产。在本案中，

虽然赌资属于非法活动所得，朴某等人对赌资无合法的所有权。赌资应依法予以收缴，成为国家财产。但是此案犯罪对象财物（赌资）的所有权属，并不影响抢劫罪的构成，只要此财物的所有权并不归于抢劫者即安某即可。

3. 从案情中可知，朴某知道安某抢劫了自己的财物后一直怀恨并伺机报复，后来借口角乘机对安某行凶，其行为属于故意伤害并造成安某重伤。而安某面对故意行凶伤害的朴某，没有丝毫准备，并且在迫不得已的情况下，为防止自己被伤害和制止朴某的故意侵害行为，而使用木棍与朴某对抗，这符合《刑法》第20条第3款规定的特殊防卫的要求，即属于对正在进行行凶、杀人等严重危及人身安全的暴力犯罪所采取的防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。所以，对于安某与朴某的行为应当区别对待。

【正确答案】

1. 朴某在本案中构成赌博罪、故意伤害罪，应当实行数罪并罚。

2. 安某抢劫赌场赌资的行为，应构成抢劫罪。因为安某主观上具有非法占有他人财物的目的，客观上以暴力、胁迫（蒙面持刀）的手段入户抢劫财物，数额较大，符合《刑法》第263条的规定。虽然赌博的赌资属于非法财物应予以没收，但是抢劫罪的犯罪对象并不一定要求是合法财物，所以并不影响安某抢劫罪的构成。

3. 安某的行为不构成犯罪。按照《刑法》第20条第3款的规定，即对正在进行行凶、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。本案中安某殴伤朴某眼睛，系属自己人身受到暴力威胁情况下的自卫反击，彼此的损害程度相当，所以属于正当防卫。

【相关法条】

《刑法》第20、69、263、234、303条。

故意犯罪形态（犯罪未遂）2例

（一）

【案情简介】

甲于1992年3月1日犯抢劫罪，被判处有期徒刑3年。1999年5月7日，甲趁其妻上夜班之机，乔装打扮后外出作案。当甲来到一昏暗僻静之处，见前面有一妇女，便将其击倒后实施奸淫。奸毕又强抢该妇女的挎包一只，内有钱财若干，然后逃离现场。被害妇女连夜到公安机关报案。当被害妇女报案回到家中，发现自己的挎包已在家中桌上，知是自己丈夫所为，遂与丈夫发生争吵。甲知道所奸之人为自己妻子，所抢之物为自己家中财物，以为无事，第二天便偕同妻子，前往公安机关说明情况并主动讲清前晚所做之事。公安机关依此逮捕了甲。

【问题】

对于甲的一系列行为该如何认定？为什么？

【答题点】

1. 犯罪未遂的理论；
2. 强奸罪、抢劫罪的构成要件；
3. 自首、累犯、数罪并罚的理论。