

## 2018 主观题刑法案例分析

### 答题基础方法和练习

注意：本讲义属于前期基础练习临时使用，后面会邮寄采分点教材和案例集。

#### 练习要求

- 1、自己先写，写的过程中记录时间（计时写），以后每次做题都需要计时！【刑法案例分析可以扩充回答，所以用时在 35 分钟左右，不超过 40 分钟，民法一般在 30—35 分钟，其他案例分析一般 25—30 分钟。】
- 2、对照答案和材料，看看标注的关键词是否答全，是否遗漏。
- 3、听讲解课程。
- 4、把遗漏、用词不规范的部分对照题目再写一遍。
- 5、以上要求快，要多练习才有效果，知识点都会，就是要多写多练。

#### 刑法案例分析做题步骤

##### 一、读题

- 1、勾出所有行为
- 2、每个行为加上数字（确保答题不漏），如果是综合性提问，行为标记的同时需要加上人物的前缀。
- 3、每个行为都要标记，不构成犯罪也要标记！
- 4、犯罪情节、主观目的（内心想法），结果是否发生，既遂未遂等都要标记！

【必须：只读一遍！就对照着标记部分答题！不准二次全部读案例，否则时间不够！】

## 二、答题

按照行为的顺序评价每一个行为，不构成犯罪的行为也要评价，不要漏！评价要注意三段论和法言法语！

- 1、大前提：犯罪构成（主体、主观、客观、客体，每个罪的特殊分析）。
- 2、小前提：概括复述题目中的行为、犯意等表述。
- 3、结论：构成 XXX 罪，有 XXX 情节，注意观点展示（结论务必全、可能性都写上，按照不同观点展示结论、写错不扣分，写漏才扣分），结论还要写结果加重、转化犯等。
- 4、再分析共同犯罪，他们共谋 XX，有共同犯意，成立共同犯罪、X X 有教唆/帮助/实行行为，属于。。。犯，从犯、胁从犯、主犯也需要点出来。
- 5、犯罪形态分析：既遂未遂结合因果分析、中止注意和共同犯罪的结合。
- 6、刑罚：量刑情节（自首、累犯、年龄、立功等）！有多个行为一定要评价数罪并罚！
- 7、检查是否有漏行为，遗漏情节评价。

## 2014 年刑法案例分析真题

案情：国有化工厂车间主任甲与副厂长乙（均为国家工作人员）共谋，在车间的某贵重零件仍能使用时，利用职务之便，制造该零件报废、需向五金厂（非国有企业）购买的假象（该零件价格 26 万元），以便非法占有货款。甲将实情告知五金厂负责人丙，嘱丙接到订单后，只向化工厂寄出供货单、发票而不需要实际供货，等五金厂收到化工厂的货款后，丙再将 26 万元货款汇至乙的个人账户。

丙为使五金厂能长期向化工厂供货，便提前将五金厂的 26 万元现金汇至乙的个人账户。乙随即让事后知情的妻子丁去银行取出 26 万元现金，并让丁将其中的 13 万元送给甲。3 天后，化工厂会计准备按照乙的指示将 26 万元汇给五金厂时，因有人举报而未汇出。甲、乙见事情败露，主动向检察院投案，如实交待了上述罪行，并将 26 万元上交检察院。

此外，甲还向检察院揭发乙的其他犯罪事实：乙利用职务之便，长期以明显高于市场的价格向其远房亲戚戊经营的原料公司采购商品，使化工厂损失近 300 万元；戊为了使乙长期关照原料公司，让乙的妻子丁未出资却享有原料公司 10% 的股份（乙、丁均知情），虽未进行股权转让登记，但已分给红利 58 万元，每次分红都是丁去原料公司领取现金。

问题：

请分析甲、乙、丙、丁、戊的刑事责任（包括犯罪性质、犯罪形态、共同犯罪、数罪并罚与法定量刑情节），须答出相应理由。

司法部答案：

甲、乙利用职务上便利实施了贪污行为，虽然客观上获得了 26 万元，构成贪污罪，但该 26 万元不是化工厂的财产，没有给化工厂造成实际损失；甲、乙也不可能贪污五金厂的财物，所以，对甲、乙的贪污行为只能认定为贪污未遂。甲乙犯贪污罪后自首，可以从轻或者减轻处罚。甲揭发了乙为亲友非法牟利罪与受贿罪的犯罪事实，构成立功，可以从轻或者减轻处罚。

应该的答题模式：

一、甲：1、甲是国家工作人员身份、以非法占有为目的、利用职务上的便利，欲将 26 万元国有化工厂的公款据为己有、构成贪污罪。2、甲和乙之间有共同故意、有共谋和共同的贪污行为，构成共同犯罪。3、由于最后国有化工厂没有实际损失，甲和乙是贪污罪未遂。4、甲主动向检察院投案，如实交待罪行，构成自首，可以从轻或者减轻处罚。5、甲还向检察院揭发乙的其他犯罪事实，属于检举假发同案犯其他的犯罪事实，构成立功，可以从轻或者减轻处罚。

司法部答案：

乙长期以明显高于市场的价格向其远房亲戚戊经营的原料公司采购商品，使化工厂损失近 300 万元的行为构成为亲友非法牟利罪。乙以妻子丁的名义在原料公司享有 10% 的股份分得红利 58 万元的行为，符合受贿罪的构成要件，成立受贿罪。对于为亲友非法牟利罪与受贿罪以及上述贪污罪，应当实行数罪并罚。

应该的答题模式：

二、乙：1、乙有国家工作人员身份、以非法占有为目的、利用职务上的便利，欲将 26 万元国有化工厂的公款据为己有，和甲在构成贪污未遂的共同犯罪，2、对于贪污罪乙同时还有自首情节，可以从轻或者减轻处罚。3、乙利用职务之便，长期以明显高于市场的价格

向其远房亲戚戊经营的原料公司采购商品，使化工厂损失近 300 万元，构成亲友非法牟利罪，4、乙和妻子丁有受贿的故意、客观上收受原料公司享有 10%的股份分得红利 58 万元的行为（也可以说收受干股），成立受贿罪，是共同犯罪。5、乙有三个犯罪行为，符合三个犯罪构成，应该以为亲友非法牟利罪与受贿罪以及贪污罪，实行数罪并罚。

#### 司法部答案：

丙将五金厂的 26 万元挪用出来汇给乙的个人账户，不是为了个人使用，也不是为了谋取个人利益，不能认定为挪用资金罪。但是，丙明知甲、乙二人实施贪污行为，客观上也帮助甲、乙实施了贪污行为，所以，丙构成贪污罪的共犯（从犯）。

#### 应该的答题模式：

三、丙、1、丙事先明知甲、乙二人实施贪污行为，客观上为他们实施帮助行为，所以构成贪污罪，和甲乙是共同犯罪，丙是从犯、帮助犯。2、丙将五金厂的 26 万元挪用出来汇给乙的个人账户，不是为了个人使用，也不是为了谋取个人利益，不能认定为挪用资金罪。

#### 司法部答案：

丁将 26 万元取出的行为，不构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪，因为该 26 万元不是贪污犯罪所得，也不是其他犯罪所得。丁也不成立贪污罪的共犯，因为丁取出 26 万元时该 26 万元不是贪污犯罪所得。丁将其中的 13 万元送给甲，既不是帮助分赃，也不是行贿，因而不成立犯罪。丁对自己名义的干股知情，并领取贿赂款，构成受贿罪的共犯（从犯）。

#### 应该的答题模式：

四、丁、1、丁和乙有受贿的故意、客观上收受原料公司享有 10%的股份分得红利 58 万元的行为（也可以说收受干股），成立受贿罪，是共同犯罪，丁应该认定为从犯。2、丁之前帮助乙将 26 万元取出的行为，由于是事后的，事先并不知情，所以不构成贪污罪的共犯。3、丁取钱的行为也不构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪，因为该 26 万元不是贪污犯罪所得，也不是其他犯罪所得。4、由于丁之前不成立共同犯罪，那 26 万也不是犯罪所得，所以丁将其中的 13 万元送给甲的行为不成立犯罪。

#### 司法部答案：

戊作为回报让乙的妻子丁未出资却享有原料公司 10%的股份，虽未进行股权转让登记，但让丁分得红利 58 万元的行为，是为了谋取不正当利益，构成行贿罪。

#### 应该的答题模式：

五、戊为了谋取使乙长期关照原料公司，这个不正当利益，让乙的妻子丁未出资却享有原料公司 10%的股份，虽未进行股权转让登记，但让丁分得红利 58 万元，这个行为是一种变相的行为，即送干股的形式，并且丁和乙均知情，戊构成行贿罪。

## 2015 年刑法案例分析真题

案情：高某（男）与钱某（女）在网上相识，后发展为网恋关系，其间，钱某知晓了高某一些隐情，并以开店缺钱为由，骗取了高某 20 万元现金。

见面后，高某对钱某相貌大失所望，相处不久更感到她性格古怪，便决定断绝关系。但钱某百般纠缠，最后竟以公开隐情相要挟，要求高某给予 500 万元补偿费。高某假意筹钱，实际打算除掉钱某。

随后，高某找到密友夏某和认识钱某的宗某，共谋将钱某诱骗至湖边小屋，先将其掐昏，然后扔入湖中溺死。事后，高某给夏某、宗某各 20 万元作为酬劳。

按照事前分工，宗某发微信将钱某诱骗到湖边小屋。但宗某得知钱某到达后害怕出事后被抓，给高某打电话说：“我不想继续参与了。一日网恋十日恩，你也别杀她了。”高某大怒说：“你太不义气啦，算了，别管我了！”宗某又随即打钱某电话，打算让其离开小屋，但钱某手机关机未通。

高某、夏某到达小屋后，高某寻机抱住钱某，夏某掐钱某脖子。待钱某不能挣扎后，二人均误以为钱某已昏迷（实际上已经死亡），便准备给钱某身上绑上石块将其扔入湖中溺死。此时，夏某也突然反悔，对高某说：“算了吧，教训她一下就行了。”高某说：“好吧，没你事了，你走吧！”夏某离开后，高某在钱某身上绑石块时，发现钱某已死亡。为了湮灭证据，高某将钱某尸体扔入湖中。

高某回到小屋时，发现了钱某的 LV 手提包（价值 5 万元），包内有 5000 元现金、身份证和一张储蓄卡，高某将现金据为己有。

三天后，高某将 LV 提包送给前女友尹某，尹某发现提包不是新的，也没有包装，问：“是偷来的还是骗来的”，高某说：“不要问包从哪里来。我这里还有一张储蓄卡和身份证，身份证上的人很像你，你拿着卡和身份证到银行柜台取钱后，钱全部归你。”尹某虽然不知道全部真相，但能猜到包与卡都可能是高某犯罪所得，但由于爱财还是收下了手提包，并冒充钱某从银行柜台取出了该储蓄卡中的 2 万元。

**问题：**

请根据《刑法》相关规定与刑法原理分析高某、夏某、宗某和尹某的刑事责任（要求注重说明理由，并可以同时答出不同观点和理由）。

**司法部答案：**

（一）高某的刑事责任

1. 高某对钱某成立故意杀人罪。是成立故意杀人既遂还是故意杀人未遂与过失致人死亡罪的想象竞合，关键在于如何处理构成要件的提前实现。

答案一：虽然构成要件结果提前发生，但掐脖子本身有致人死亡的紧迫危险，能够认定掐脖子时就已经实施杀人行为，故意存在于着手实行时即可，故高某应对钱某的死亡承担故意杀人既遂的刑事责任。

答案二：高某、夏某掐钱某的脖子时只是想致钱某昏迷，没有认识到掐脖子的行为会导致钱某死亡，亦即缺乏既遂的故意，因而不能对故意杀人既遂负责，只能认定高某的行为是故意杀人未遂与过失致人死亡的想象竞合。

2. 关于拿走钱某的手提包和 5000 元现金的行为性质，关键在于如何认定死者的占有。

答案一：高某对钱某的手提包和 5000 元现金成立侵占罪，理由是死者并不占有自己生前的财物，故手提包和 5000 元现金属于遗忘物。

答案二：高某对钱某的手提包和 5000 元现金成立盗窃罪，理由是死者继续占有生前的财物，高某的行为属于将他人占有财产转移给自己占有的盗窃行为，成立盗窃罪。

3. 将钱某的储蓄卡与身份证交给尹某取款 2 万元的行为性质。

答案一：构成信用卡诈骗罪的教唆犯。因为高某不是盗窃信用卡，而是侵占信用卡，利用拾得的他人信用卡取款的，属于冒用他人信用卡，高某唆使尹某冒用，故属于信用卡诈骗罪的教唆犯。

答案二：构成盗窃罪。因为高某是盗窃信用卡，盗窃信用卡并使用的，不管是自己直接使用还是让第三者使用，均应认定为盗窃罪。

## 应该的答题模式

### （一）高某的刑事责任

1. 高某对钱某**成立故意杀人罪**。高某与夏某、宗某共谋杀害钱某有杀人的故意，计划先掐昏然后溺死，但事实是高某、夏某将钱某直接掐死，属于认识错误的中“**结果提前实现**”。要区分他们成立故意杀人既遂还是故意杀人未遂（预备）与过失致人死亡罪的想象竞合犯要认定他们是否已经着手实施犯罪。即认定掐钱某脖子时，是否属于故意杀人的着手。**认定是否行为人着手的标准是：犯罪行为是否对法益造成现实紧迫的危害。对此应该有两种分析：**

一：虽然**构成要件结果提前发生**，但脖子属于要害部位，掐脖子本身有致人死亡的**紧迫危险**，能够认定掐脖子时就已经着手杀人行为，同时具有杀人的故意（故意存在于着手实行时即可），故高某应对钱某的死亡承担故意杀人既遂的刑事责任。

二：高某、夏某掐钱某的脖子时只是想致钱某昏迷，**并没有直接掐死的故意**，主观构成要件不符合，不能认定为故意杀人既遂，只能认定高某的行为是故意杀人未遂（预备）与过失致人死亡的**想象竞合**，从一重罪论处。

按照题目表述、我认为掐脖子的行为已经对生命法益造成现实紧迫的危害，已经符合故意杀人罪的着手条件，所以成立故意杀人罪既遂。

2. 高某**不构成帮助毁灭证据罪**。高某发现钱某已经死亡后，为了湮灭证据，将钱某尸体扔入湖中的行为，不构成帮助毁灭证据罪，因为此罪**犯罪主体不含本犯**，自己毁灭自己的犯罪证据不具有**期待可能性**，这一行为属于不可罚的事后行为。

3. 高某杀死钱某后，主观具有**非法占有为目的**，客观有拿走钱某的手提包、5000 元现金、身份证和一张储蓄卡的行为，按照犯罪对象是**无人占有财物还是他人占有**的财物的不同，可以得出不同结论，关键在于如何认定**死者的占有**，有如下两种意见：

一认为死者不可以占有随身财物，高某对钱某的手提包和 5000 元现金**成立侵占罪**。理由是死者并不占有自己生前的财物，那么钱某死后，其身上的财物本质上属于**遗忘物**，高某将钱某的遗忘物非法占为己有的行为，成立侵占罪。

二认为死者可以占有随身财物：高某对钱某的手提包和 5000 元现金**成立盗窃罪**。理由是死者继续占有生前的财物，那么钱某死后，在短时间内，其身上的财物仍属于他人占有之物，高某的行为属于将他人占有财产转移给自己占有，成立盗窃罪。

我认为高某事后回来取财，死者已经丧失占有，成立侵占。

4. 高某将钱某的储蓄卡与身份证交给尹某，教唆其取款 2 万元，涉及信用卡诈骗罪和盗窃罪，具体区分有不同的观点。

一、如果认为死者不能占有财物，而储蓄卡是侵占所得，那么高某构成**信用卡诈骗罪的教唆犯**。高某让尹某拿着钱某的身份证和信用卡取款的行为，属于**捡拾信用卡并使用**的行为，根据《刑法》规定，成立信用卡诈骗罪。

二、如果认为死者能占有财物，而储蓄卡是盗窃所得，那么高某构成**盗窃罪的教唆犯**。高某让尹某拿着钱某身份证和信用卡取款的行为，就属于盗窃信用卡并使用的行为，根据《刑法》规定，成立盗窃罪。另有**学理上观点认为“机器不能被骗、人可以被骗”**、按照题中表述，尹某在柜台用他人身份证、信用卡取款，**造成银行工作人员有认识错误、交付取款的**

财物，符合信用卡诈骗罪的犯罪构成，也可以按照信用卡诈骗罪处罚，但是刑法和司法解释有明确规定，盗窃信用卡并使用，都按照盗窃罪定罪。

### 司法部答案：

#### （二）夏某的刑事责任

1. 夏某参与杀人共谋，掐钱某的脖子，构成故意杀人罪既遂。（或：夏某成立故意杀人未遂与过失致人死亡的想象竞合，理由与高某相同）

2. 由于发生了钱某死亡结果，夏某的行为是钱某死亡的原因，夏某不可能成立犯罪中止。

### 应该的答题模式

#### （二）夏某的刑事责任

1. 夏某参与共谋杀害钱某，夏某掐钱某的脖子，致钱某死亡构成故意杀人罪既遂。（或：夏某成立故意杀人未遂与过失致人死亡的想象竞合，理由与上题高某相同）

2. 虽然夏某掐死钱某后误以为钱某仅仅是昏迷，在将钱某扔入湖中之前突然反悔先行离开，但由于之前已经发生了钱某死亡的结果，夏某的行为和钱某的死亡存在因果联系，夏某虽然有中止行为的意思，但已经发生犯罪结果以后不可能成立犯罪中止。（注意没有构成的行为也要评价，宁可多，不要漏）

### 司法部答案：

#### （三）宗某的刑事责任

宗某参与共谋，并将钱某诱骗到湖边小屋，成立故意杀人既遂。宗某虽然后来没有实行行为，但其前行为与钱某死亡之间具有因果性，没有脱离共犯关系；宗某虽然给钱某打过电话，但该中止行为未能有效防止结果发生，不能成立犯罪中止。

### 应该的答题模式

#### （三）宗某的刑事责任

1. 宗某参与共谋，并将钱某诱骗到湖边小屋，成立故意杀人既遂。

2. 宗某虽然在犯罪过程中有中止的意思，明确告知退出共同犯罪，并且中途退出没有参与实行阶段，但由于其参与了共谋，要成立共同犯罪的犯罪中止必须消除影响。宗某虽然给钱某打过电话，对结果的发生贡献了因果力，后又给钱某打电话想阻止犯罪结果的发生，但该中止行为未能有效防止结果发生，不能成立犯罪中止，对他应该适用共同犯罪的部分实行，全部责任，一人既遂，全体既遂的原则。

### 司法部答案：

#### （四）尹某的刑事责任

1. 尹某构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。因为从客观上说，该包属于高某犯罪所得，而且尹某的行为属于掩饰、隐瞒犯罪所得的行为；尹某认识到可能是高某犯罪所得，因而具备明知的条件。

2. 尹某冒充钱某取出2万元的行为性质。

答案一：构成信用卡诈骗罪。因为尹某属于冒用他人信用卡，完全符合信用卡诈骗罪的构成要件。

答案二：构成盗窃罪。尹某虽然没有盗窃储蓄卡，但认识到储蓄卡可能是高某盗窃所得，并且实施使用行为，属于承继的共犯，故应以盗窃罪论处。

## 应该的答题模式

### （四）尹某的刑事责任

1. 尹某构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。主观上尹某认识到这些财物可能是高某犯罪所得，因而具备明知的条件。客观上，该包属于高某犯罪所得，而且尹某的行为属于掩饰、隐瞒犯罪所得的行为。

2. 尹某冒充钱某取出2万元的行为性质。

一：构成信用卡诈骗罪。如认为信用卡是侵占所得，则尹某属于冒用他人信用卡，成立信用卡诈骗罪，并与高某成立信用卡诈骗罪的共同犯罪。

答案二：构成盗窃罪。如认为信用卡是盗窃所得，尹某虽然没有盗窃储蓄卡，但认识到储蓄卡可能是高某盗窃所得，并且实施使用行为，与高某成立盗窃罪的共同犯罪，属于承继的共犯。

## 2016年刑法案例分析真题

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？

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？

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）？

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？

5. 孙某将赝品出卖给李某的行为是否构成犯罪？为什么？

### 司法部答案：

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。



### 应该的答题模式：

1. 关于赵某想把自己代为保管的名画据为己有，用花瓶猛砸钱某头部，想伤害钱某这一事实，可能存在两种处理意见：

(1) 赵某对钱某成立侵占罪与故意杀人罪，实行数罪并罚。在赵某杀钱某之前，画已经由赵某保管，其已经占有了名画，画没有在钱某手中，他不可能针对没有名画的钱某实施抢劫行为。赵某对钱某主观上有杀人的故意，客观上实施了用花瓶砸钱某头部的杀人行为，成立故意杀人罪，同时使得赵某将保管的名画据为己有，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。

(2) 赵某对钱某仅成立抢劫罪一罪。赵某对钱某实施杀人行为，主观故意是为了将保管的名画据为己有，不被返还，因为钱某可以对赵某行使名画的返还请求权，要求赵某将名画返还，这种返还请求权不是财产，而是一种财产性利益，财产性利益也可以成为抢劫罪的对象，所以赵某属于对钱某抢劫财产性利益，成立抢劫罪。

### 司法部答案：

2. 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。

### 应该的答题模式：

2. 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，在刑法理论上属于事前的故意或者概括的故意。刑法理论对这种情况有以下处理意见：

(1) 第一行为即用花瓶猛砸钱某的头的行为成立故意杀人未遂（或普通抢劫未遂），第二行为即赵某挖坑并将钱某埋入地下（致钱某窒息身亡）的行为成立过失致人死亡罪，对二者实行数罪并罚或者按想象竞合处理；

(2) 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，认定为一个故意杀人既遂（或故意的抢劫致人死亡即对死亡持故意一罪）；

(3) 如果在实施第二行为时对死亡有间接故意（或未必的故意），则成立一个故意杀人既遂（或故意的抢劫致人死亡即对死亡持故意一罪）；

(4) 将两个行为视为一体，作为对因果关系的认识错误来处理，只要存在相当的因果关系，就认定为一个故意杀人既遂（或故意的抢劫致人死亡即对死亡持故意一罪）。应当认为，第一行为即赵某用花瓶猛砸钱某的头的行为与钱某死亡的结果之间的因果关系并未中断，而且客观结果的发生与行为人意欲发生的结果完全一致，故应肯定赵某的行为成立故意杀人既遂（或故意的抢劫致人死亡即对死亡持故意一罪）。

### 司法部答案：

3. 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，但由于钱某不对抢劫负责，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；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）。

### 应该的答题模式：

3. 孙某明知钱某没有死亡，却催促赵某动作快一点，具有杀人故意，客观上对钱某的死亡也起到了作用，孙某对钱某的死亡成立故意杀人罪，主要有下面处理意见：

（1）如果认为赵某对钱某成立抢劫致人死亡，但孙某是承继的共犯，对参与进来之前赵某的行为不负责任，所以不对抢劫行为负责，只对钱某死亡的行为负责，所以只能认定为故意杀人罪。

（2）如果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，那么孙某明知钱某没有死亡，反而催促不知情的赵某动作快点，达到了利用赵某的过失杀人的程度，成立利用过失行为实施杀人的间接正犯。

（3）如果在前一问题上认为赵某成立故意杀人既遂（或故意的抢劫人死亡即对死亡持故意），那么孙某帮赵某将钱某抬至汽车的后座，在埋钱某的过程中一直催促赵某快点，有帮助的效果，因此孙某成立故意杀人罪的帮助犯（从犯）。

### 司法部答案：

4. 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。一种观点是，对孙某应当按 800 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；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。

### 应该的答题模式：

4. 孙某向赵某索要名画的行为构成敲诈勒索罪。他利用赵某的违法事实威胁去公安机关告发，使赵某产生恐惧心理，举报他人违法犯罪行为是公民的合法行为，利用合法行为使他人产生恐惧心理的也属于敲诈勒索。

关于法定刑的适用与犯罪形态的认定：

（1）一种观点是，孙某主观上是想敲诈勒索价值 800 万元的名画，但因为赵某给的是赝品所以未遂，因此对孙某应当按 800 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；

（2）另一种观点是，孙某主观上是想敲诈勒索，实际上也敲诈勒索到了价值 8000 元的财物，敲诈勒索行为既遂，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。

### 司法部答案：

5. 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。

## 下面部分需要大家自己练习上述的答题要求和方法

下面的答案是在司法部答案的基础上进一步优化后的答案，供大家参考

### （2013 年真题）

案情：甲与余某有一面之交，知其孤身一人。某日凌晨，甲携匕首到余家盗窃，物色一段时间后，未发现可盗财物。此时，熟睡中的余某偶然大动作翻身，且口中念念有词。甲怕被余某认出，用匕首刺死余某，仓皇逃离。（事实一）

逃跑中，因身上有血迹，甲被便衣警察程某盘查。程某上前拽住甲的衣领，试图将其带走。甲怀疑遇上劫匪，与程某扭打。甲的朋友乙开黑车经过此地，见状停车，和甲一起殴打程某。程某边退边说：“你们不要乱来，我是警察。”甲对乙说：“别听他的，假警察该打。”程某被打倒摔成轻伤。（事实二）

司机谢某见甲、乙打人后驾车逃离，对乙车紧追。甲让乙提高车速并走“蛇形”，以防谢某超车。汽车开出 2 公里后，乙慌乱中操作不当，车辆失控撞向路中间的水泥隔离墩。谢某刹车不及撞上乙车受重伤。赶来的警察将甲、乙抓获。（事实三）

在甲、乙被起诉后，甲父丙为使甲获得轻判，四处托人，得知丁的表兄刘某是法院刑庭庭长，遂托丁将 15 万元转交刘某。丁给刘某送 15 万元时，遭到刘某坚决拒绝。（事实四）

丁告知丙事情办不成，但仅退还丙 5 万元，其余 10 万元用于自己炒股。在甲被定罪判刑后，无论丙如何要求，丁均拒绝退还余款 10 万元。丙向法院自诉丁犯有侵占罪。（事实五）

问题：

1. 就事实一，对甲的行为应当如何定性？理由是什么？
2. 就事实二，对甲、乙的行为应当如何定性？理由是什么？
3. 就事实三，甲、乙是否应当对谢某重伤的结果负责？理由是什么？
4. 就事实四，丁是否构成介绍贿赂罪？是否构成行贿罪（共犯）？是否构成利用影响力受贿罪？理由分别是什么？
5. 就事实五，有人认为丁构成侵占罪，有人认为丁不构成侵占罪。你赞成哪一观点？具体理由是什么？

### 司法部答案：

1. 甲携带凶器盗窃、入户盗窃，应当成立盗窃罪。如暴力行为不是作为压制财物占有人反抗的手段而使用的，只能视情况单独定罪。在盗窃过程中，为窝藏赃物、抗拒抓捕、毁灭罪证而使用暴力的，才能定抢劫罪。甲并非出于上述目的，因而不应认定为抢劫罪。在本案中，被害人并未发现罪犯的盗窃行为，并未反抗；甲也未在杀害被害人后再取得财物，故对甲的行为应以盗窃罪和故意杀人罪并罚，不能对甲定抢劫罪。

2. 甲、乙的行为系假想防卫。假想防卫视情况成立过失犯罪或意外事件。在本案中，甲、乙在程某明确告知是警察的情况下，仍然对被害人使用暴力，主观上有过失。但是，过失行为只有在造成重伤结果的场合，才构成犯罪。甲、乙仅造成轻伤结果，因此，对于事实二，甲、乙均无罪。

3. 在被告人高速驾车走蛇形和被害人重伤之间，介入被害人的过失行为（如对车速的控制不当等）。谢某的重伤与甲乙的行为之间，仅有条件关系，从规范判断的角度看，是谢某自己驾驶的汽车对乙车追尾所造成，该结果不应当由甲、乙负责。

4. ①丁没有在丙和法官刘某之间牵线搭桥，没有促成行贿受贿事实的介绍行为，不构成介绍贿赂罪。②丁接受丙的委托，帮助丙实施行贿行为，构成行贿罪（未遂）共犯。③丁客观上并未索取或者收受他人财物，主观上并无收受财物的意思，不构成利用影响力受贿罪。

5. (1) 构成。理由：①丁将代为保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还，完全符合侵占罪的犯罪构成。②无论丙对 10 万元是否具有返还请求权，10 万元都不属于丁的财物，因此该财物属于“他人财物”。③虽然民法不保护非法的委托关系，但刑法的目的不是确认财产的所有权，而是打击侵犯财产的犯罪行为，如果不处罚侵占代为保管的非法财物的行为，将可能使大批侵占赃款、赃物的行为无罪化，这并不合适。

(2) 不构成。理由：①10 万元为贿赂款，丙没有返还请求权，该财物已经不属于丙，因此，丁没有侵占“他人的财物”。②该财产在丁的实际控制下，不能认为其已经属于国家财产，故该财产不属于代为保管的“他人财物”。据此，不能认为丁虽未侵占丙的财物但侵占了国家财产。③如认定为侵占罪，会得出民法上丙没有返还请求权，但刑法上认为其有返还请求权的结论，刑法和民法对相同问题会得出不同结论，法秩序的统一性会受到破坏。

## 优化答案

1. (1) 甲**携带凶器盗窃、入户盗窃，应当成立盗窃罪**。刑法规定入户盗窃、携带凶器盗窃均**不要求数额较大**便可成立盗窃罪，甲携匕首到余家盗窃，属于携带凶器、入户盗窃，及时**没有偷到东西，也成立盗窃罪**。(2) 甲刺死余某**不构成抢劫罪**。甲将余某刺死的行为不属于刑法 263 条规定的压制财物占有人反抗而使用的手段，只是担心被余某认出，所以不构成抢劫罪。(3) 甲刺死余某**不构成转化抢劫**。刑法 269 条规定，在盗窃过程中，为窝藏赃物、抗拒抓捕、毁灭罪证而使用暴力的，才能定抢劫罪。余某睡觉翻身说梦话，甲担心余某认出而进行灭口，既不是为了窝藏赃物，也不是为了抗拒抓捕和毁灭罪证，所以甲的行为不能转化为抢劫罪。(4) 甲将余某刺死的行为属于**另起犯意**，应以**故意杀人罪**论处。(5) 在本案中，被害人并未发现罪犯的盗窃行为，并未反抗；甲也未在杀害被害人后再取得财物，故对甲的行为应以**盗窃罪和故意杀人罪并罚**，不能对甲定抢劫罪。

2. (1) 甲、乙的行为系**假想防卫**。甲、乙误将便衣警察程某当成劫匪，进而对程某殴打实施所谓的正当防卫，造成程某的无辜损害，而**本来就不存在不法侵害**。所以甲、乙属于假想防卫。(2) 甲、乙殴打程某的行为**无罪**。假想防卫不可能构成故意犯罪，视情况成立**过失犯罪或意外事件**。在本案中，甲、乙在程某明确告知是警察的情况下，二人不相信，仍然对被害人使用暴力，主观上有过失。但是，过失行为只有在造成**重伤、死亡结果**的场合，才构成犯罪，过失致人轻伤的，不构成犯罪。甲、乙仅造成轻伤结果，因此，对于事实二，甲、乙均无罪。

3. (1) 甲、乙**不对谢某的重伤结果负责**。(2) 理由：甲、乙高速驾车走走蛇形，结果是被害人谢某受重伤，**介入因素**是被害人谢某追赶时刹车不及追尾。谢某在驾车时追赶时，因刹车不及与甲乙车辆追尾相撞，说明谢某没有与前车保持安全距离，以及对车速控制不当，谢某具有过失行为，谢某的追尾是**异常的**，且是自己受伤的**主要原因**，故谢某**中断**甲乙告诉驾车走蛇形和谢某重伤之间的**因果关系**，谢某的重伤与甲乙的行为之间，仅有条件关系，从规范判断的角度看，是谢某自己驾驶的汽车对乙车追尾所造成，该结果不应当由甲、乙负责，谢某的重伤应由其自行负责。

4. (1) 丁**不构成介绍贿赂罪**。丁没有在丙和法官刘某之间牵线搭桥，没有在行贿人和受贿人之间居间介绍，没有促成行贿受贿事实的介绍行为，不构成介绍贿赂罪。(2) 丁**构成行贿罪（未遂）的共犯**。丁接受丙的委托，帮助丙实施行贿行为，构成行贿罪共犯，但因为法官刘某拒绝接受贿赂，丁属于行贿罪未遂的共犯。(3) 丁**不构成利用影响力受贿罪**。事实四中，丁只是帮助丙转交行贿赂款，丁客观上并未索取或者收受他人财物，主观上并无收受财物的意思，不构成利用影响力受贿罪。

5. (1) 我认为**构成侵占罪**。理由：①基于不法原因而委托给付的财物也属于代为保管他人财物，丁将代为保管的他人财物**非法占为己有，数额较大，拒不退还**，完全符合侵占

罪的犯罪构成。②无论丙对 10 万元是否具有返还请求权，10 万元都不属于丁的财物，因此该财物属于“**他人财物**”。③虽然民法不保护非法的委托关系，但刑法的目的不是确认财产的所有权，而是**打击侵犯财产的犯罪行为**，如果不处罚侵占代为保管的非法财物的行为，将可能使大批侵占赃款、赃物的行为无罪化，这并不合适。

(2) 我认为**不构成侵占罪**。理由：①10 万元为贿赂款，丙没有返还请求权，该财物已经**不属于丙**，因此，丁没有侵占“他人的财物”。②该财产在丁的**实际控制**下，不能认为其已经属于国家财产，故该财产不属于代为保管的“他人财物”。据此，不能认为丁虽未侵占丙的财物但侵占了国家财产。③如认定为侵占罪，会得出民法上丙没有返还请求权，但刑法上认为其有返还请求权的结论，刑法和民法对相同问题会得出不同结论，法秩序的统一性会受到破坏。

## (2012 年真题)

案情：镇长黄某负责某重点工程项目占地前期的拆迁和评估工作。黄某和村民李某勾结，由李某出面向某村租赁可能被占用的荒山 20 亩植树，以骗取补偿款。但村长不同意出租荒山。黄某打电话给村长施压，并安排李某给村长送去 1 万元现金后，村长才同意签订租赁合同。李某出资 1 万元购买小树苗 5000 棵，雇人种在荒山上。

副县长赵某带队前来开展拆迁、评估工作的验收。李某给赵某的父亲（原县民政局局长，已退休）送去 1 万元现金，请其帮忙说话。赵某得知父亲收钱后答应关照李某，令人将邻近山坡的树苗都算到李某名下。

后李某获得补偿款 50 万元，分给黄某 30 万元。黄某认为自己应分得 40 万元，二人发生争执，李某无奈又给黄某 10 万元。

李某非常恼火，回家与妻子陈某诉说。陈某说：“这种人太贪心，咱可把钱偷回来。”李某深夜到黄家伺机作案，但未能发现机会，便将黄某的汽车玻璃（价值 1 万元）砸坏。

黄某认定是李某作案，决意报复李某，深夜对其租赁的山坡放火（李某住在山坡上）。

树苗刚起火时，被路过的村民邢某发现。邢某明知法律规定发现火情时，任何人都有报警的义务，但因与李某素有矛盾，便悄然离去。

大火烧毁山坡上的全部树苗，烧伤了李某，并延烧至村民范某家。范某被火势惊醒逃至屋外，想起卧室有 5000 元现金，即返身取钱，被烧断的房梁砸死。

问题：

1. 对村长收受黄某、李某现金 1 万元一节，应如何定罪？为什么？
2. 对赵某父亲收受 1 万元一节，对赵某父亲及赵某应如何定罪？为什么？
3. 对黄某、李某取得补偿款的行为，应如何定性？二人的犯罪数额应如何认定？
4. 对陈某让李某盗窃及汽车玻璃被砸坏一节，对二人应如何定罪？为什么？
5. 村民邢某是否构成不作为的放火罪？为什么？
6. 如认定黄某放火与范某被砸死之间存在因果关系，可能有哪些理由？如否定黄某放火与范某被砸死之间存在因果关系，可能有哪些理由？（两问均须作答）

## 参考答案

1. (1) 村长**构成非国家工作人员受贿罪**。村长出租荒山是**村民自治组织事务**，不是接受乡镇政府从事公共管理活动，村长此时**不具有国家工作人员身份**，**不构成受贿罪**，而构成非国家工作人员受贿罪。(2) 黄某、李某构成**对非国家工作人员行贿罪**。既然村长此时不是国家工作人员，那么黄某、李某也就不构成行贿罪。

2. (1) 赵某父亲与赵某构成**受贿罪共犯**。赵某**明知**父亲收受钱财，而同意关照李某，

承诺为李某**谋取利益**，赵某与其父亲构成受贿罪的共犯。(2) 赵某父亲**不成立**利用影响力受贿罪。根据刑法 388 条，只有在离退休人员利用过去的职务便利收受财物，且与国家工作人员没有共犯关系的场合，才有构成利用影响力受贿罪的余地。

3 (1) 黄某、李某构成**贪污罪共犯**。根据刑法规定，**非国家工作人员与国家工作人员相勾结，伙同贪污**的，构成贪污罪的共犯，黄某、李某取得补偿款的行为构成贪污罪，二人是贪污罪共犯。(2) 黄某、李某的**犯罪数额都是 50 万**。**共同犯罪中，部分实行，全部责任**，每个共犯人都要对共同犯罪的总数额负责。因为二人共同利用了黄某的职务便利骗取公共财物，二人要对共同贪污的犯罪数额负责，犯罪数额都是 50 万元，而不能按照各自最终分得的赃物确定犯罪数额。

4. (1) 陈某构成盗窃罪的**教唆犯**，属于**教唆未遂**。陈某教唆李某去黄某家盗窃，构成盗窃罪的教唆犯，但李某到黄某家伺机作案，却一直没有发现机会，即被教唆的人李某没有犯被教唆的罪，教唆者陈某属于教唆未遂。(2) 李某构成**故意毁坏财物罪**。李某虽然接受盗窃教唆，但并未按照陈某的教唆造成危害后果，对汽车玻璃被砸坏这一结果，属于**另起犯意，超过共同故意之外的行为**，由李某自己对故意毁坏财物罪负责。

5. 邢某不构成不作为的放火罪。虽然消防法规定发现火情时，任何人都有报警的义务，但是，报火警的义务**没有被刑法确认**，另外**报火警的义务也不等于救火义务**，同时，仅在行为人**创设了危险或者具有保护、救助法益**的义务时，其他法律、法规规定的义务，才能构成刑法上的不作为的**义务来源**。本案中火情是黄某造成的，邢某仅是偶然路过，其并未创设火灾的危险，因此邢某**并无刑法上的作为义务，不构成不作为的放火罪**。

6. 黄某放火与范某死亡之间，介入了被害人范某的行为。

肯定因果关系的大致理由：(1) 根据**条件说**，当“**无 A 即无 B 时**”，则可以认为 A 是 B 的条件，A 与 B 之间存在条件关系，亦即**因果关系**。本题根据条件说，可以认为放火行为和死亡之间具有“无 A 就无 B”的条件关系。所以黄某放火和范某死亡之间存在因果关系。(2) 被害人在当时情况下，来不及精确判断返回住宅取财的危险性，所以不能绝对的认为被害人当时返回住宅取财的行为是异常的。所以，被害人范某的行为**不能中断**黄某放火与范某死亡的因果关系。(3) 被害人在当时情况下，返回住宅取财**符合常理**。所以，可以认为，范某的行为是**正常的**，**不能中断**黄某放火与范某死亡之间的因果关系。

否定因果关系的大致理由：(1) 由于条件说存在不足，所以在个别情况下，用相当因果关系理论修正条件说是必要的。根据相当因果关系说，在通常情况下，某种行为产生某种结果被认为是相当的场合，就认为该行为与该结果具有因果关系。所以，放火和被害人死亡之间不具有**相当性**，不具有因果关系。(2) 被告人实施的放火行为**并未烧死范某**，范某为抢救数额有限的财物返回高度危险的场所，**违反常理**。(3) 被害人是精神正常的成年人，对自己行为的后果非常清楚，因此要对自己的选择负责。(4) 被害人试图保护的**法益价值有限**。只有甲对乙的住宅放火，如乙为了抢救婴儿而进入住宅内被烧死的，才能肯定放火行为和死亡后果之间的因果关系。本题中，范某是为了回到住宅取出 5000 元，对于一般人而言，都不会为了保护几千元而不惜冒着生命危险冲进火海，所以黄某的放火行为和范某的死亡不具有因果关系。

## （2010 年真题）

案情：

被告人赵某与被害人钱某曾合伙做生意（双方没有债权债务关系）。2009 年 5 月 23 日，赵某通过技术手段，将钱某银行存折上的 9 万元存款划转到自己的账户上（没有取出现金）。钱某向银行查询知道真相后，让赵某还给自己 9 万元。

同年 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。

28 日下午，钱某的尸体被人发现（经鉴定，钱某系溺水死亡）。赵某觉得罪行迟早会败露，于 29 日向公安机关投案，如实交待了上述全部犯罪事实，并将勒索的 20 万元交给公安人员（公安人员将 20 万元退还孙某，孙某于 8 月 3 日将 17 万元还给公司）。公安人员李某听了赵某的交待后随口说了一句“你罪行不轻啊”，赵某担心被判死刑，逃跑至外地。在神通缉的过程中，赵某身患重病无钱治疗，向当地公安机关投案，再次如实交待了自己的全部罪行。

问题：

1. 赵某将钱某的 9 万元存款划转到自己账户的行为，是什么性质？为什么？
2. 赵某致钱某死亡的事实，在刑法理论上称为什么？刑法理论对这种情况有哪几种处理意见？你认为应当如何处理？为什么？
3. 赵某向孙某索要 20 万元的行为是什么性质？为什么？
4. 赵某的行为是否成立自首？为什么？
5. 孙某从公司拿出 17 万元的行为是否成立犯罪？为什么？

### 参考答案

1、赵某将钱某的 9 万元存款划转到自己账户的行为，被害人对财物已经失去了控制，成立盗窃罪。在我国，存款属于盗窃罪的对象，赵某通过技术手段，将钱某银行存折上的 9 万元存款划转到自己的账户上，虽然没有取出现金，但已经使得该笔钱款脱离了钱某的占有。赵某的行为完全符合盗窃罪的构成要件，而且是盗窃既遂。

2、赵某致钱某死亡的行为，在刑法理论上称为事前的故意。刑法理论对这种情况有以下处理意见：（1）第一行为即勒颈部、捂口鼻的行为成立故意杀人未遂，第二行为即将钱某“尸体”缚重扔入河中的行为成立过失致人死亡罪；（2）如果在实施第二行为时对死亡有间接故意（或未必的故意），则成立一个故意杀人既遂；否则成立故意杀人未遂与过失致人死亡罪；（3）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，认定为一个故意杀人既遂；（4）将两个行为视为一体，作为对因果关系的认识错误来处理，只要存在相当的因果关系，就认定为一个故意杀人既遂。应当认为，第一行为与结果之间的因果关系并未中断，而且客观发生的结果与行为人意欲发生的结果完全一致，故应肯定赵某的行为成立故意杀人既遂。

3、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。因此，赵某的行为也触犯了诈骗罪。但是，由于只有一个行为，故成立想象竞合犯，从一重罪论处。

4、赵某的行为成立自首。因为赵某在此案中有两次自动投案的行为，相关司法解释规定，“犯罪嫌疑人自动投案后又逃跑的，不能认定为自首”，在本案中，可以根据司法解释认定赵某的前一次投案后又逃跑的行为不能成立自首，但其后一次自动投案如实供述的行为成立自首。

5、孙某是国家工作人员。客观上利用了职务上的便利，从本单位保险柜挪出17万元作为个人使用，属于挪用公款的行为，但不成立挪用公款罪，因为孙某没有从事非法活动或者盈利活动，仅仅将公款挪用给个人使用，并且在三个月内已经归还，所以不构成挪用公款罪。

## （2008年真题）

案情：徐某系某市国有黄河商贸公司的经理，顾某系该公司的副经理。2005年，黄河商贸公司进行产权制度改革，将国有公司改制为管理层控股的股份有限公司。其中，徐某、顾某及其他15名干部职工分别占40%、30%、30%股份。在改制过程中，国有资产管理部門委托某资产评估所对黄河商贸公司的资产进行评估，资产评估所指派周某具体参与评估。在评估时，徐某与顾某明知在公司的应付款账户中有100万元系上一年度为少交利润而虚设的，经徐某与顾某以及公司其他领导班子成员商量，决定予以隐瞒，转入改制后的公司，按照股份分配给个人。当周某发现了该100万元应付款的问题时，公司领导班子决定以辛苦费的名义，从公司的其他公款中取出1万元送给周某。周某收下该款后，出具了隐瞒该100万元虚假的应付款的评估报告。随后，国有资产管理部門经研究批准了公司的改制方案。在尚未办理产权过户手续时，徐某等人因被举报而案发。

问题：

1. 徐某与顾某构成贪污罪还是私分国有资产罪？为什么？
2. 徐某与顾某的犯罪数额如何计算？为什么？
3. 徐某与顾某的犯罪属于既遂还是未遂？为什么？
4. 给周某送的1万元是单位行贿还是个人行贿？为什么？
5. 周某的行为是否以非国家工作人员受贿罪与提供虚假证明文件罪实行数罪并罚？为什么？

应该的答题模式：

1. 徐某与顾某构成贪污罪。

（1）私分国有资产罪，是指国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体，违反国家规定，以单位名义将国有资产集体私分给个人，数额较大的行为。

（2）贪污罪，是指国家工作人员，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。

（3）本题中，徐某、顾某及其他15位领导所就职的黄河商贸公司系国有企业，因此他们属于国家工作人员。他们所占的股分为40%、30%和30%，也就是说他们决定将100万元按



照股份分配给个人，实际上就是分配给这 17 个公司领导，他们的这一决定采用隐瞒的方式，并没有让公司的职工知晓，因而不符合私分国有资产的构成要件，故徐某与顾某构成贪污罪。

2. 徐某与顾某构成贪污罪的共同犯罪。根据共同犯罪中“部分行为全部责任的”原则，二人应对 100 万负责，而不应仅仅对二人各自所占的份额负责。此外，对周某行贿的 1 万元，是从公司公款中取出的，是二人先行贪污，然后行贿的，因此这 1 万元也应算作徐、顾二人贪污罪的犯罪数额中，所以徐某与顾某的犯罪数额应为 101 万元。

3. 本问题中，徐某与顾某的犯罪属于既遂还是未遂要分别认定。贪污罪是否既遂，要看是否已经非法占有公共财物。本题中，因为公司改制尚未完成，所以 100 万元还没有被二人非法占有。而用于行贿的 1 万元，已经从公司公款中支取，构成非法占有公共财物。因此，100 万元部分是贪污罪未遂，而 1 万元是贪污罪既遂。

4. 单位行贿与个人行贿的区别在于，是为单位谋取不正当利益还是为个人谋取不正当利益。本题中，贿赂周某的原因是让周某帮其隐瞒 100 万元的应付款问题，以便能够通过公司改制，由徐某、顾某将该笔金额非法占有，属于为个人谋取不正当利益。因此，周某送的 1 万元是个人行贿。

5. 周某的行为不应以提供虚假证明文件罪与非国家工作人员受贿罪并罚。周某是验资机构的中介人员、其非法收受他人财物后提供虚假的验资报告，行为符合提供虚假证明文件罪犯罪构成。同时收受财物行为也符合非国家工作人员受贿罪犯罪构成。但是依照《刑法》分则的特殊规定规定，这些中介人员收受财物后提供虚假证明文件的行为构成提供虚假证明文件罪一罪，无需数罪并罚。