

文川docsriver.com入驻商家巨力袋鼠合作店

刑事庭审 攻防答辩要点

周文涛

主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事庭审攻防答辩要点 / 周文涛主编 . — 北京 : 中国检察出版社, 2020.7

ISBN 978-7-5102-2429-4

I . ①刑… II . ①周… III . ①刑事诉讼—审判—辩论

IV . ① D925.218.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2020) 第 065603 号

刑事庭审攻防答辩要点

周文涛 主编

出版发行 : 中国检察出版社

社 址 : 北京市石景山区香山南路 109 号 (100144)

网 址 : 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

经 销 : 新华书店

印 刷 : 北京玺诚印务有限公司

开 本 : 710mm × 960mm 16 开

印 张 : 27.25

字 数 : 497 千字

版 次 : 2020 年 7 月第一版 2020 年 7 月第一次印刷

书 号 : ISBN 978-7-5102-2429-4

定 价 : 89.00 元

作者简介

1. 周文涛，男，1980年3月出生，湖北黄冈人，汉族，毕业于华中科技大学，研究生学历，刑法学硕士，中共党员，现任湖北省人民检察院四级高级检察官，曾以402分成绩通过司法考试。

2008年加入检察事业，2010年加入公诉部门工作至今，办理各类重大疑难复杂刑事案件600余件，其中张某某故意伤害刑事抗诉一案于2015年9月被最高人民检察院评为全国刑事申诉优秀案件。个人曾在多项业务竞赛中获得佳绩，曾连续三年被评为优秀公务员，荣立个人三等功2次。

2. 刘国，男，1968年6月出生，黑龙江省鸡西市人，汉族，毕业于黑龙江工业学院，大学学历，中共党员，现任黑龙江省鸡西市人民检察院公诉一处处长，四级高级检察官，鸡西市院教育培训中心兼职教师。

1992年加入检察事业，先后在渎检、反贪、控申、侦监、公诉等岗位工作至今，办理各类案件1000余件，2003年获得黑龙江省“优秀检察官”称号，2007年获得“十佳侦查监督能手”称号，多次荣立个人三等功。

3. 詹文成，男，1982年12月出生，江西婺源人，汉族，毕业于南开大学，本科学历，中共党员，现任江西省人民检察院检察官

助理。

2007年加入检察事业，先后在婺源县人民检察院，江西省人民检察院工作。2009年加入公诉部门工作至今，办理各类重大疑难复杂刑事案件500余件。2014年被评为江西省检察业务专家，2017年在第六届全国优秀公诉人竞赛中被评为全国公诉标兵。2018年11月，荣获第七届“江西十大法治人物”提名奖。

4. 李华振，男，1976年出生，汉族，毕业于西南政法大学，研究生学历，法律硕士，中共党员，现任上海市人民检察院检察官，上海市优秀公诉人。2005年加入检察事业至今，办理各类重大疑难复杂刑事案件500余件，有较丰富的办案经验。先后荣获上海检察机关优秀公诉庭、优秀法律文书、上海检察教育培训精品提名课程，在《中国检察官》《检察日报》等发表文章10余篇。

5. 王玉荀，女，1982年出生，汉族，研究生学历，法律硕士，中共党员，现任湖南省人民检察院员额检察官，全国优秀公诉人，湖南省十佳公诉人，多次在全省公诉人论辩赛以及公诉人与律师论辩赛获奖。2005年进入检察院后一直在公诉岗位工作，有较丰富的办案经验。

6. 梅红，女，1982年7月出生，新疆乌鲁木齐人，汉族，中共党员，2005年7月毕业于兰州财经大学，大学本科管理学学士，2014年毕业于兰州大学，法律硕士。职务：甘肃省人民检察院四级高级检察官。工作经历：2005年7月至2006年12月在定西市邮政局计划财务部工作；2006年12月至2009年11月在定西市人民检察院政治部、反贪局工作；2009年11月至2019年初曾在甘肃省人民检察院纪检组监察处、公诉二处工作，2019年初调整至第五检察部工作。

7. 吴晓敏，女，1979年12月出生，湖北宜昌人，汉族，毕业于中南财经政法大学，研究生学历，法学硕士，中共党员，现任江苏省人民检察院四级高级检察官。

吴晓敏同志2005年参加检察工作以来一直从事公诉工作，办理各类重大疑难复杂刑事案件100余件。先后被评为“检察岗位能手”“省优秀公诉人”“省扫黄打非工作先进个人”“全省检察专门人才”“省院优秀导师”，被本院嘉奖1次，3次年度考核优秀。

8. 王贤则，男，1990年1月出生，江西南昌人，汉族，研究生学历，法律硕士，中共党员，现任北京市人民检察院检察官助理。2012年7月至2017年8月，任职于北京市海淀区人民检察院工作；2017年8月至今，以全市第一名的成绩遴选至北京市院工作。工作以来，始终在公诉岗位承担审查起诉、审查逮捕任务，其间办理了各类重大疑难复杂案件500余件，无一错案，并取得较好的社会效果。个人曾多次被评为优秀公务员。

9. 赵海英，女，1971年11月出生，毕业于中南财经大学本科，法学学士学位，现任湖北省宜昌市人民检察院检察官。长期从事公诉、侦查监督工作，其间办理过多起大要案。曾立二等功1次，三等功1次，曾获宜昌市先进检察官、宜昌市“巾帼耀检徽”榜样女性、宜昌市“三八”红旗手荣誉称号。

10. 金业凯，男，1986年11月出生，湖北随州人，毕业于湖北警官学院，大学本科学历，法学学士，湖北省随州市人民检察院公诉部检察官助理。2014年1月开始从事检察工作，在各个岗位上均能较好地完成组织赋予的工作和任务，曾多次获得奖励和荣誉：荣获2015年度全省检察机关侦查监督信息化应用“大比武”活动

“优秀选手”称号；荣获2017年度全市政法工作突出个人称号；荣获2017年度“随州楷模”称号；2016、2017年连续两年公务员考核优秀等次。

11. 张智华，男，1987年1月出生，朝鲜族，吉林延吉人，毕业于华东理工大学，研究生学历，国际法硕士，2008年加入中国共产党，曾任延边朝鲜族自治州人民检察院刑事检察部助理检察员，2018年11月赴韩国高丽大学攻读法学博士学位，中朝双语普法公众号“法律之门”的创建者。

2013年加入检察事业，遂加入公诉队伍，先后办理普通刑事案件200余件，重特大刑事案件30多件，参与重特大职务犯罪案件专案组多起。个人曾获延边州检察系统公诉人竞赛优秀辩手、优秀演讲家等称号。

12. 王萍，女，1980年2月出生，宁夏中卫人，汉族，毕业于宁夏大学，研究生学历，法学硕士，中共党员，现任宁夏回族自治区中卫市人民检察院公诉处检察官。2010年加入检察事业，2014年加入公诉部门工作至今，办理各类重大疑难复杂刑事案件百余件。

13. 向燕妮，女，1985年7月出生，湖北巴东人，土家族，毕业于南京工业大学，研究生学历，法学硕士，现任建始县人民检察院公诉部三级检察官。

2011年9月参加检察工作以来，先后在侦查监督科、案件管理办公室等部门工作，2016年3月加入公诉部门工作至今，办理各类刑事案件一百五十余件。个人曾在多项业务竞赛中获得佳绩，荣立州个人三等功1次。

14. 向丹，女，1987年7月19日出生，湖北鹤峰人，土家族，毕业于湖北民族学院，大学本科学历，法学学士，中共党员，现任湖北省恩施市人民检察院检察官助理，已通过国家司法考试。

2011年加入检察事业，2011年至今一直在公诉部门工作，办理各类刑事案件400余件，办理了恩施境内影响较大的李某某等29人涉嫌寻衅滋事案，被害人众多的殷某某涉嫌非法吸收公众存款案，均取得良好的社会效果、法律效果。个人曾在各项活动中取得优异成绩，被三次评为优秀公务员。

15. 何海林，男，1987年2月出生，湖南衡南县人，汉族，本科学历，法学学士，中共党员，现任海南省海口人民检察院第三检察部检察官。2011年从事检察工作，2014年加入侦查监督部门工作至今，办理各类疑难复杂案件300余件，其中办理的许某某买卖国家机关证件案于2017年被海南省人民检察院评为全省十佳法律文书，个人多次在各类专项工作中评为先进个人，获得三等功1次，嘉奖2次。

16. 刘万丽，女，1982年8月出生，山东曹县人，汉族，毕业于湘潭大学，诉讼法学博士研究生，中共党员，现任河南省人民检察院公诉三处检察官助理，河南财经政法大学刑事司法学院兼职讲师。

2008年考入省检察院工作，在公诉部门工作至今，办理了马高潮以危险方法危害公共安全案、孔刚等组织领导黑社会性质组织案等国内、省内影响极其恶劣的重大案件；担任副主编公开出版了业务指导书籍《毒品犯罪办案指南》，在《郑州大学学报》等CSSCI期刊公开发表论文十余篇，以主要执笔人身份多次参与承办高检院重点课题。

17. 马宏武，男，1981年7月出生，回族，宁夏西吉县人，法学本科学历，现任宁夏回族自治区吴忠市红寺堡区人民检察院检察官。

2006年通过司法考试，2011年9月加入检察事业，2015年加入公诉队伍，办理各类重大疑难复杂刑事案件300余件。个人曾在省内刑事申诉业务竞赛中获得佳绩，曾多次被评为优秀公务员、政法综治先进个人。

前言



本书的编撰者都是司法一线的办案人员。他们的日常工作，要么在阅卷、要么在提审、要么就是在讨论案件，如果这三者都不是，那肯定是在法庭支持公诉。

推进以审判为中心的诉讼制度改革，是当下司法改革的新要求，是党的十八届四中全会部署的重大任务，“以审判为中心”的核心就是以庭审为中心，因此，庭审的重要性不言而喻。对于庭审中的控辩双方来说，庭审的主要活动就是“举证、质证和辩论”，而该活动又是围绕控辩双方的攻防要点逐一开展进行的。对于不同的案件，攻防要点虽有不同，但在编者看来，一个具体罪名下的攻防要点却是有限的，而且也是有规可循的。因此，编者结合十多年的庭审经验将刑事案件庭审答辩攻防要点进行提炼汇总，为司法一线人员提供参考，节省时间和精力，这是编撰此书的初衷。

本书以刑法通说理论观点为基础，通过对每个罪名近 200 个判决案例的分析研究，结合以往庭审辩论经验，从中甄选出最符合当下司法实践的判例，然后从这些判例中提炼出答辩模板，也就是刑事案件庭审答辩攻防要点。这种攻防答辩要点，也是十多年前，作为公诉新人的我，在不会画瓢时最想找到的葫芦。

本书参考书目及资料主要有：裁判文书网的相关裁判文书、中华人民共和国刑法、《刑法学》（高铭暄、马克昌、赵秉志主编）、《刑法学》（张明楷主编）、《刑事办案法律适用全解》（周文涛主编）、《刑事审判参考》《人民司法》《最高法公报》《两高指导案例》等及

相关微信公众号的实务文章，在此对以上著作及文章的作者表示感谢。

本书在体例上分为三编：第一编为刑法总则部分的攻防要点，主要包含第一章犯罪构成庭审辩论常见攻防要点，第二章刑罚运用庭审辩论常见攻防要点。第二编为刑法分则部分个罪的庭审辩论攻防要点，主要围绕着 100 多个常见罪名展开，这 100 多个常见罪名的内容对于司法办案来说基本够用，其他罪名在司法办案中相对少见。第三编为刑事诉讼结构（主体）、证据及程序方面的庭审辩论攻防要点。

特别感谢本书的全体作者，他们是：周文涛、刘国、詹文成、李华振、王玉荀、梅红、吴晓敏、王贤则、赵海英、金业凯、张智华、王萍、向燕妮、向丹、何海林、马宏武、刘万丽；全书由周文涛发起、组织编撰并统稿定编。

感谢中国检察出版社第四编辑室主任史朝霞的大力支持，感谢编辑的辛勤工作，没有他们的关怀，本书就不可能有现在的美好形象。虽然编者对本书的文稿从内容到形式进行了数十次的校对、检查和勘正，但难免百密一疏，不足之处敬请不吝批评指正。本书主编周文涛微信号：husterzhou（大师兄），微信公众号：刑法学堂（xingfaxuetang），联系邮箱：xingfaxuetang@qq.com。

周文涛

2019年7月7日

于武汉东湖旁

目 录

第一编 刑法总则部分庭审辩论攻防要点

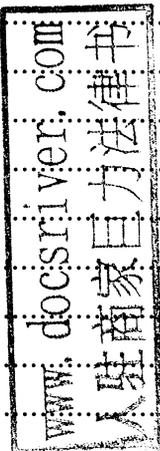
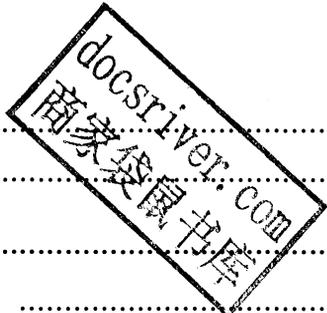
第一章 犯罪构成庭审辩论攻防要点	3
一、自然人犯罪主体	3
二、单位犯罪主体	6
三、犯罪主观方面	10
四、共同犯罪	12
五、正当防卫、紧急避险	14
六、犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止	17
第二章 刑罚运用庭审辩论攻防要点	22
一、累犯	22
二、自首	25
三、立功	31
四、缓刑	34
五、时效	35

第二编 刑法分则庭审辩论攻防要点

第一章 危害公共安全类犯罪庭审辩论攻防要点	41
一、放火罪	41
二、投放危险物质罪	48
三、以危险方法危害公共安全罪	52

四、交通肇事罪	60
五、危险驾驶罪	66
六、重大责任事故罪	74
第二章 暴力犯罪庭审辩论攻防要点	80
一、故意杀人罪	80
二、过失致人死亡罪	85
三、故意伤害罪	89
四、过失致人重伤罪	93
五、强奸罪	96
六、强制猥亵、强制侮辱罪	106
七、猥亵儿童罪	109
八、非法拘禁罪	114
九、绑架罪	117
十、刑讯逼供、暴力取证罪	120
十一、聚众斗殴罪	123
十二、寻衅滋事罪	127
十三、组织、领导参加黑社会性质组织罪	131
第三章 侵犯财产类犯罪庭审辩论攻防要点	139
一、抢劫罪	139
二、抢夺罪	145
三、聚众哄抢罪	149
四、敲诈勒索罪	153
五、盗窃罪	158
六、故意毁坏财物罪	167
七、破坏生产经营罪	168
第四章 侵占罪、职务侵占罪、贪污罪庭审辩论攻防要点	170
一、侵占罪	170

二、职务侵占罪	171
三、贪污罪	173
第五章 毒品犯罪庭审辩论攻防要点	178
一、毒品犯罪法律适用若干具体问题	178
二、走私、贩卖、运输、制造毒品罪与非法持有毒品罪	184
三、包庇毒品犯罪分子罪；窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪	191
四、走私制毒物品罪、非法买卖制毒物品罪	194
五、非法种植毒品原植物罪	196
六、容留他人吸毒罪	200
第六章 诈骗类犯罪庭审辩论攻防要点	207
一、诈骗类犯罪分类索引及犯罪基本构造	207
二、诈骗罪	207
三、集资诈骗罪	215
四、贷款诈骗罪	220
五、票据诈骗罪、金融凭证诈骗罪	223
六、信用证诈骗罪	230
七、信用卡诈骗罪	232
八、有价证券诈骗罪	235
九、保险诈骗罪	237
十、合同诈骗罪	240
第七章 挪用公款罪及贿赂类犯罪庭审辩论攻防要点	252
一、挪用公款罪	252
二、受贿罪	255
三、单位受贿罪	265
四、行贿罪	266
五、贿赂犯罪其他罪名	268



第八章 渎职类犯罪庭审辩论攻防要点	270
一、滥用职权罪、玩忽职守罪	270
二、玩忽职守罪	272
三、故意泄露国家秘密罪、过失泄露国家秘密罪	272
四、徇私枉法罪	273
五、民事、行政枉法裁判罪	275
六、执行判决、裁定失职罪；执行判决、裁定滥用职权罪；枉法 仲裁罪	277
七、私放在押人员罪	277
八、失职致使在押人员脱逃罪	280
九、徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪	280
十、徇私舞弊不移交刑事案件罪	280
十一、滥用管理公司、证券职权罪	282
十二、徇私舞弊不征、少征税款罪	282
十三、徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪	284
十四、违法提供出口退税凭证罪	284
第九章 涉税类犯罪庭审辩论攻防要点	285
一、逃税罪	285
二、抗税罪	287
三、逃避追缴欠税罪	288
四、骗取出口退税罪	289
五、虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪	292
六、虚开发票罪	295
七、伪造、出售伪造的增值税专用发票罪	297
八、非法出售增值税专用发票罪	298
九、非法购买增值税专用发票、购买伪造的增值税专用发票罪	299
十、非法制造、出售非法制造的用于骗取出口退税、抵扣税款 发票罪	300

十一、持有伪造的发票罪	301
第十章 黄赌类犯罪庭审辩论攻防要点	306
一、赌博罪；开设赌场罪	306
二、聚众淫乱罪；引诱未成年人聚众淫乱罪	312
三、组织卖淫罪；强迫卖淫罪；协助组织卖淫罪及引诱、容留、介绍卖淫罪；引诱幼女卖淫罪	313
四、制作、贩卖、传播淫秽物品罪	320
第十一章 其他金融类犯罪庭审辩论攻防要点	334
一、非法吸收公众存款罪	334
二、伪造、变造金融票证罪	339
三、妨害信用卡管理罪	340
四、窃取、收买、非法提供信用卡信息罪	342
五、内幕交易、泄露内幕信息罪	344
六、利用未公开信息交易罪	348
七、违法发放贷款罪	350
八、吸收客户资金不入账罪	351
九、洗钱罪	352
 第三编 刑事诉讼结构、证据、程序庭审辩论攻防要点 	
第一章 刑事诉讼结构	361
第二章 刑事诉讼证据	365
第三章 刑事诉讼程序	395

第一编 刑法总则部分庭审辩论 攻防要点

www.docsriver.com

人驻商家巨力法律书

第一章 犯罪构成庭审辩论攻防要点

一、自然人犯罪主体

1. 辩方提出：被告人作为单位办事处负责人，为单位筹措资金而向社会不特定人群非法吸收资金，且所吸收的资金均交归单位负责人，被告人仅从中获得提成，应构成单位犯罪。

答辩要点：被告人应以自然人犯罪论处，理由如下：第一，涉案的办事处属于刑法意义上的单位。根据《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》关于“单位的分支机构或者内设机构、部门实施犯罪行为的处理”规定：以单位的分支机构或者内设机构、部门的名义实施犯罪，违法所得亦归分支机构或者内设机构、部门所有的，应认定为单位犯罪。不能因为单位的分支机构或者内设机构、部门没有可供执行罚金的财产，就不将其认定为单位犯罪，而按照个人犯罪处理。

第二，被告人朱某某的行为属于公司设立后，以实施犯罪为主要活动的情形。被告人朱某某设立农机专业合作社许昌办事处后，以合作社名义，通过口口相传等公开宣传方式向社会不特定人群非法吸收资金人民币 1222 万元，造成集资参与人集资经济损失人民币 870.2 万元；所吸收款项交于农机专业合作社负责人马某某，并从中获得高额提成。根据《关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》第 2 条的规定：个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的，或者公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处。被告人朱某某设立办事处后，仅开展了非法吸收公众存款活动这一项违法犯罪行为，符合司法解释关于不以单位犯罪而应以自然人犯罪论处的规定。

[参考案例：(2016)豫 1002 刑初 510 号刑事判决书（朱某某非法吸收公众存款）]

2. 辩方提出：各被告人以员工身份，按照单位负责人的指示开展公司业务，违法所得利润归公司所有，本案应属于单位犯罪。

答辩要点：各被告人均应以自然人犯罪论处。理由如下：第一，被告人程某某的行为属于公司设立后，以实施犯罪为主要活动的情形。根据《关于审理

单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》第2条的规定：个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的，或者公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处。本案中，被告人程某某设立科技有限公司后一直处于筹备阶段，直到作为技术部门主管的被告人郭某某进入公司并研发数据采集等一系列软件后，公司才以采集并出售公民个人信息为主要经营项目并非法获利，同时招聘其他被告人分工负责出售公民个人信息用于盈利的相关事宜。所以，可以认定被告人程某某的科技有限公司设立后，以实施违法犯罪为主要活动。

第二，作为公司员工的其他被告人明知被告人程某某实施违法犯罪活动，仍为程某某实施违法犯罪行为提供帮助。为打击侵害公民个人信息的犯罪，2009年《刑法修正案（七）》增设了第253条之一，设立了“出售、非法提供公民个人信息罪”和“非法获取公民个人信息罪”两项罪名，2015年《刑法修正案（九）》设立“侵犯公民个人信息罪”后，对侵犯公民个人信息的行为构成犯罪进行了详细的规定。程某某设立公司后，被告人郭某某应聘至公司从事公民个人信息数据的研发、采集，被告人廖某某、陈某某、文某某在履行公司软件开发和维护、市场推广，及日常管理和制订公司规划，推广新产品软件、向各大门户网站推广公司开发经营各类软件、解决客户在使用公司软件产品中遇到的问题和提出的疑问进行回复等事项中，均明知公司所经营的项目涉及在网络上非法采集和出售公民个人信息，但为了获取高额利益仍帮助被告人程某某从事该非法活动，致使公民个人信息被严重侵害。因此，被告人程某某设立公司后以实施违法犯罪为主要活动，其他被告人明知程某某实施违法犯罪活动却积极提供帮助，与程某某构成共同犯罪，均应以自然人犯罪论处。

[参考案例：(2017)鄂1321刑初223号(程某某、郭某某侵犯公民个人信息)]

3. 辩方提出：被告人朱某某作为公司法人代表，出售假冒注册商标53%VOL500ml贵州茅台酒、假冒注册商标52%VOL500ml防伪新型五粮液白酒，并附有加盖公司发票专用章的送货单和酒类流通随付单，应当认定为单位犯罪。

答辩要点：被告人朱某某应以自然人犯罪论处，理由如下：第一，被告人朱某某的行为不能体现一人独资有限责任公司意志。但根据《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》中关于单位犯罪问题的规定：根据《刑法》^①和最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》的规定，以单位名义实施犯罪，违法所得归单位所有的，是单位犯罪。虽然被告人朱某某系一人独资公司的法人代表，但该公司2006年9月设立后至案发时一直从事

① 本书所指《刑法》为根据《刑法修正案（十）》修正的《中华人民共和国刑法》。



饮料生意，经营及纳税均正常，且财务人员制作及保管的公司所有账册中均未有酒类生意的记载。第二，在案证据证实违法所得未归属公司。尽管朱某某作为一人独资公司的法定代表人，较难确定违法所得由朱某某支配的行为不属于公司行为；但是朱某某合法设立并正常经营的公司的纳税正常，朱某某实施违法行为所获的违法所得未进入公司账户、未作为纳税依据，而是进入朱某某的个人账户由其个人支配。因此，不能认定为违法所得归属公司所有。

[参考案例：(2012)徐刑(知)初字第8号(朱某某销售假冒注册商标的商品罪)]

4. 辩方提出：被告人注册设立公司后，以公司名义与其他公司签订投资协议并获得其他公司投资款的行为构成单位犯罪。

答辩要点：被告人的行为应以自然人犯罪论处，理由如下：第一，被告人设立的公司系其实施犯罪的工具。被告人成立公司后税务申报为零，公司基本账户无业务资金往来，无实际生产经营行为，该公司系仅其实施犯罪的工具。第二，被告人设立公司后，以实施违法犯罪为主要活动。被告人在不能具体实施投资的情况下，以公司名义与其他公司签订投资协议并骗取其他公司投资款后由其个人支配，被发现后仍然以同样的理由继续骗取其他公司与其签订投资合同并向其投资，投资款未用于合同约定的项目建设和经营，仍然由其个人支配。根据最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》第2条的规定：个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的，或者公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处。

[参考案例：(2016)川刑终67号(张某甲、张某乙共同诈骗罪二审刑事裁定书)]

5. 辩方提出：经营公司的被告人在无真实货物交易的情况下给某公司虚开销售货物增值税专用发票被该公司抵扣税款，达到虚开税款数额巨大标准。辩方提出应认定为单位犯罪。

答辩要点：被告人应以自然人犯罪论处，理由如下：《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》中关于单位犯罪问题的规定：根据《刑法》和最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》的规定，以单位名义实施犯罪，违法所得归单位所有的，是单位犯罪。因此，单位犯罪的目的性很明确，即为了单位整体的利益。如果不是为了单位整体的利益而是为了个人利益，尽管以单位的名义实施了犯罪，也只构成自然人犯罪。虚开增值税专用发票的违法所得汇入被告人汪某某的公司账户后，被汪某某转至其私人银行卡及其掌控的代账会计的银行卡上，再通过上述私人银行卡将钱回转至需票公司指定的私人银行卡上。虽然被告人汪某某指使代账会计为需票公司开具增值税专用发票，但其实施上述行为并非为公司整体利益，而是为个人利益所实

施。因此，应以自然人犯罪论处。

[参考案例:(2015)鄂孝感中刑终字第00067号(汪某某虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票案)]

6. 辩方提出:被告人以单位名义与他人订立虚假的公司之间工业用地及房产买卖合同,并虚假转移资金,在民事诉讼调解书作出后以单位名义申请法院执行而构成虚假诉讼的行为应认定为单位犯罪。

答辩要点:被告人的行为应以自然人犯罪论处。《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》中关于单位犯罪问题的规定:根据《刑法》和最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》的规定,以单位名义实施犯罪,违法所得归单位所有的,是单位犯罪。因此,区分自然人犯罪和单位犯罪的关键是违法所得的归属。如果违法所得归自然人所有,即使以单位名义实施,也应认定为自然人犯罪。被告人的行为并非为单位利益。同案犯在资不抵债的情况下与被告人等人通谋设立公司,并以公司名义与其他公司订立虚假工业用地及房产买卖合同拟进行虚假诉讼,以实现帮他人转移资产和确保被告人等人债权实现之目的。所以,被告人等人进行虚假诉讼的违法所得均不是归单位所有,应以自然人犯罪论处。

[参考案例:(2017)浙10刑终1005号(周某某虚假诉讼案)]

二、单位犯罪主体

1. 辩方提出:单位财务负责人虽以单位名义办理承兑汇票相关事宜,但无证据证实其将涉案承兑汇票贴现所得用于公司经营,应认定为自然人犯罪。

答辩要点:本案应以单位犯罪论处,理由如下:第一,根据法律规定,以单位名义实施犯罪且违法所得归单位所有的,构成单位犯罪;盗用单位名义实施犯罪但违法所得由个人所有的,构成个人犯罪。根据最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》第2条规定:个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的,或者公司、企业、事业单位设立后,以实施犯罪为主要活动的,不以单位犯罪论处。第3条规定:盗用单位名义实施犯罪,违法所得由实施犯罪的个人私分的,依照刑法有关自然人犯罪的规定定罪处罚。《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》中关于单位犯罪问题的规定:根据《刑法》和最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》的规定,以单位名义实施犯罪,违法所得归单位所有的,是单位犯罪。第二,申请商业承兑汇票体现了单位意志。被告人郑某某以甲公司名义向银行申请1000万元商业承兑汇票,虽然占股14.53%的郑



某某提供了300万元的质押担保，且其身份为公司财务负责人，从占股比例和任职情况来看，郑某某的行为都不能被认为是个人意志。此外，甲公司缴纳了200万元的保证金，占股85.47%的时任甲公司法定代表人黄某某提供了连带保证责任。所以郑某某申请银行开具承兑汇票的行为体现了单位意志。第三，现有证据不能证实违法所得由郑某某个人私分。现有证据证实银行向甲公司开具了承兑汇票，汇票到期后，甲公司缴纳的200万元保证金用于抵扣汇票，甲公司也支付了部分款项。所以不能排除违法所得归甲公司所有的可能。综上，郑某某虽然具体实施了骗取承兑汇票的违法犯罪行为，但该行为体现的是单位意志，违法所得既无证据证实系被郑某某所有，又不能排除违法所得归单位所有的可能，本案应认定为单位犯罪。

[参考案例：(2016)浙0382刑初1218号（郑某某骗取贷款、票据承兑、金融票证案）]

2. 辩方提出：行为人虽以公司名义为他人虚开增值税专用发票，因违法所得进入公司账户后又被取出，不能认定为违法所得归公司所有，应以自然人犯罪论处。

答辩要点：本案应以单位犯罪论处，理由如下：第一，被告人的行为体现单位意志。被告人黄某某作为公司的法定代表人，在经营管理公司期间，违反国家增值税专用发票管理规定，以公司名义为他人虚开增值税专用发票，其行为体现的是单位意志。第二，违法所得归单位所有。一是黄某某与需票方事先约定违法所得归公司所有。二是黄某某以公司名义开具增值税专用发票后，事先约定的利润实际进入公司账户。虽然公司为弥补进项，采用其他方式将进入公司账户的利润取出，但该行为是虚开增值税专用发票的行为实施完毕后，公司作为所有者对其财产的支配，不能成为违法所得由黄某某个人支配的依据，也不能阻断违法所得归公司所有的依据。

[参考案例：(2013)松刑初字第81号（黄某某虚开增值税专用发票案）]

3. 辩方提出：公司法人代表隐瞒公司无履行能力的情况，以公司名义签订供货合同，公司以履行小部分供货义务骗取更多货款，法人代表将所骗的违法所得挪作他用的行为，不能认定违法所得归单位所有，应以自然人犯罪论处。

答辩要点：本案应以单位犯罪论处，理由如下：第一，被告人王某某的行为体现了单位意志。虽然，甲公司系一人独资公司，公司所有决策均由王某某决定。但该公司符合《刑法》所规定的单位犯罪要件，应以单位犯罪对待。王某某作为甲公司的直接责任人，虚构事实、隐瞒甲公司没有实际履约能力，并代表甲公司与乙公司签订供货合同。合同签订后，甲公司收到乙公司支付的预付款后以公司名义实际履行小部分供货行为。并以此行为欲骗取乙公司支付更

多货款。因此，王某某的隐瞒事实、以履行小部分供货行为骗取乙公司更多货款的行为体现了单位意志。第二，王某某以公司名义实施的诈骗行为所获得的违法所得归单位所有。乙公司是向甲公司支付的预付款，甲公司以履行小部分供货合同骗取的乙公司货款也是由乙公司支付给甲公司的，所以违法所得归单位所有。第三，王某某将大部分货款用于个人他用的行为属于王某某及甲公司违法犯罪行为实施完毕之后对赃款的处置，不影响王某某及甲公司的定罪。

[参考案例：(2015)一中刑终字第0315号(王某某合同诈骗案)]

4. 辩方提出：自然人独资有限责任公司的法定代表人在明知所生产组装的手机使用的是未授权某商标，依然组织、指导员工组装、生产假冒某注册商标的手机。但该行为的决策过程并未在公司相关文件中记载，不能体现公司意志，本案应以自然人犯罪论处。

答辩要点：本案应以单位犯罪论处，理由如下：第一，被告人所在公司不属于为实施违法犯罪行为而开设，也不属于公司设立后以违法犯罪为主要活动的情形。被告人所在公司是具有工商、税务登记的合法企业，公司设立后雇用多名工人、开设两条生产线正常开展生产经营。公司除组装某牌手机外，也受他人委托代为加工授权牌子的手机。第二，被告人实施的生产、组装假冒某注册商标手机的行为体现了单位意志。虽然该行为的决策过程未在公司相关文件记载，但公司的法定代表人、厂长、工程师等能代表公司做出决策的主要负责人均参与其中，并分工负责生产、组装假冒某注册商标手机。所以，可以认定该行为体现的是单位意志。第三，违法所得归单位所有。本案中侵权产品加工费均交归公司财务、进入公司账户，且无证据证实被告人将违法所得私分。

[参考案例：(2011)深中法知刑终字第1号(周某某、王某某、林某某犯假冒注册商标案)]

5. 辩方提出：被告人明知南昌分公司无融资业务仍非法吸收公众存款，所吸款项用于团队提成和维系公司实施非法吸收公众存款犯罪活动的日常支出，属于司法解释所规定的公司设立后以实施违法犯罪为主要活动的情形，应以自然人犯罪论处。

答辩要点：本案应以单位犯罪论处，理由如下：第一，公司不属于为违法犯罪而设立的情形，也不属于设立后以实施违法犯罪为主要活动的情形。从公司的设立来看，公司是依法成立后合法经营，不符合《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》第2条所规定的情形。第二，实施违法犯罪行为符合单位意志。从实施危害行为的主体来看，本案系以南昌分公司名义与投资者签订《合作开发(经销商)合同书》、向投资者出具《收据》，并承诺还款，并非被告人以个人名义所实施。从实施违法犯罪行为的目的来看，融资



是为解决公司资金出现缺口的问题。第三，违法所得归单位所有，并由单位支配。从所吸收的款项去向来看，本案所吸款项均进入公司账户；从所吸款项用途来看，除用于向团队成员支付提成、给集资人返本付息并支付红利等维系公司继续开展非法吸收公众存款活动外，其余所吸款项用于偿还公司债务、进货。虽然部分所吸款项支出属于犯罪成本，但该犯罪成本仍是为公司解决资金而支出。此外，所吸款项由公司支配。再者，无证据证明被告人将所吸款项归个人支配。

[参考案例:] (2016)赣0102刑初948号(罗某某非法吸收公众存款案)]

6. 辩方提出：因村委会系群众自治组织，不符合《刑法》规定的单位范畴，所以身为村党支部书记兼村委会主任的被告人将村集体土地使用权转让给他人的行为，应以自然人犯罪论处。

答辩要点：本案应以单位犯罪论处，理由如下：第一，涉案的村民委员会属于《刑法》规定的单位犯罪中的单位。首先，1999年7月3日起施行的最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》第1条规定：《刑法》第30条规定的公司、企业、事业单位，既包括国有、集体所有的公司、企业、事业单位，也包括依法设立的合资经营、合作经营企业和具有法人资格的独资、私营等公司、企业、事业单位。其次，2010年修订的《中华人民共和国村民委员会组织法》第8条第2款规定：村民委员会依照法律规定，管理本村属于村民集体所有的土地和其他财产，引导村民合理利用自然资源，保护和改善生态环境。《中华人民共和国土地管理法》第10条规定：农村集体所有的土地依法属于村民委员会经营、管理……因此，涉案土地属于江门市蓬江区××镇××村民委员会经营、管理。再次，2009年8月27日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十次会议《关于修改部分法律的决定》修正的《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》规定：村民委员会等村基层组织人员协助人民政府从事下列行政管理工作……村民委员会等村基层组织人员从事前款规定的公务，利用职务上的便利，非法占有公共财物、挪用公款、索取他人财物或者非法收受他人财物，构成犯罪的，适用《刑法》第382条和第383条贪污罪、第384条挪用公款罪、第385条和第386条受贿罪的规定。最后，2008年11月21日印发的最高人民法院、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2条明确规定《刑法》第163条、第164条规定的“其他单位”包括村民委员会。第二，涉案的违法犯罪行为体现了单位意志。经村民代表会议表决决定将村集体管理的土地使用权转让给他人，体现了村委会这一单位的集体意志。第三，违法所得归单位所有。出让涉案土地后所得款项全部进入村委会账户，由村

委会支配，村委会将涉案收入作为公共事务开支就是对其所有的财产的支配。

[参考案例:(2017)粤0703刑初325号(李某某非法转让、倒卖土地使用权案)]

7. 辩方提出:麻醉科作为单位内设科室,收受他人贿赂后由科室内部成员私分,违法所得未用于单位,应以自然人犯罪论处。

答辩要点:本案应以单位犯罪论处,理由如下:第一,单位内设科室属于《刑法》所规定的单位犯罪范畴。最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》的规定,以单位名义实施犯罪,违法所得归单位所有的,是单位犯罪。以单位的分支机构或者内设机构、部门的名义实施犯罪,违法所得亦归分支机构或者内设机构、部门所有的,应认定为单位犯罪。第二,麻醉科以科室名义收取回扣,且回扣均是用于科室内部分配的行为体现了单位意志和违法所得归单位所有的单位犯罪的构成要件。虽然所收回扣用于科室内部分配,但该行为属于犯罪既遂后科室对违法所得的处置,不影响科室构成单位犯罪。

[参考案例:(2017)云0302刑初432号(陈某某行贿案)]

三、犯罪主观方面

要准确认定行为人的主观方面,必须查明行为人的认识状态,即行为人是否对相应犯罪构成要件中的客观方面(即事实)有着明确的认识,以此为基础,再考察行为人的意志态度,从而判断行为人是否存在犯罪故意或过失,以及是直接故意、间接故意,还是疏忽大意的过失、过于轻信的过失。

1. 辩方提出:共同预谋并实施盗窃后离开,对同伙折返实施的第二次盗窃不知情,其仅参与了事后的销赃行为,不应当认定其对第二次盗窃具有盗窃故意。

答辩要点:被告人杨某某对第二次盗窃具有概括的故意,销赃行为也表明其对全部盗窃活动持认可态度,应当对两次盗窃均负刑事责任。主要理由如下:

首先,被告人杨某某在第一次盗窃中所起作用很大,客观上也为第二次盗窃的实施提供了极大的便利。杨某某与同案被告人在实施盗窃前进行了共谋与踩点,由于其曾经在被告公司工作过,因此,在组织、策划盗窃的过程中起到了较大的作用,客观上也为第二次盗窃的实施提供了极大的便利。

其次,被告人杨某某对实施盗窃犯罪主观上具有概括的故意,对盗窃的范围持放任的态度,同案被告人的盗窃行为可以认定为在其策划的共同犯罪范围内。概括的故意是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果,但对危害

结果的范围、侵害对象或行为的手段、性质等的认识处于不明确的状态，而希望或放任危害结果发生的心理态度。被告人杨某某作为犯意的提出者，能够明确地认识到其行为会造成他人财物损失的后果，但是对具体盗窃的数量、财物的总价值等危害结果范围的认识是不明确的，具有概括的故意。虽然被告人杨某某于盗窃后返途中离开，对其他被告人折返实施的第二次盗窃不知情，但是由于本案的两次盗窃在时间、地点上具有连续性，两次盗窃具有紧密的联系，应当认定包含在被告人杨某某的概括的故意之内。

最后，积极参与销赃也证明其对全部盗窃活动的认可，该危害后果的发生不但不违背其主观意愿，反而得到其默许。

综上所述，被告人杨某某对同案被告人的第二次盗窃行为虽没有明确、具体的认识，但该盗窃行为完全包含在其实施盗窃的概括故意之中，而非实行过限行为。

[参考案例：《刑事审判参考》第1214号案例]

2. 辩方提出：被害人具有重大过错，是被害人先持刀捅扎被告人，被告人在抢刀过程中无意伤到被害人致其死亡，没有伤害他人的主观故意。

答辩要点：虽然被告人王某某拒不供认，辩解是被害人徐某某首先持刀对其扎刺，两人在抢刀过程中被害人自行受伤倒地，因无目击证人证言等直接证据，形成“一对一”作案的局面。但是，通过对尸体检验报告、照片等客观证据的分析，可以从被害人的伤口形态、深度、位置等方面，有力地证明被害人的死因以及损伤机制，进而推断出被告人王某某是在刀尖朝向被害人的情况下，以极大力量向被害人胸腹部捅刺，从而证明了其故意伤害的主观目的和客观行为。

首先，从刀口深度分析。通过分析被害人伤口的长度、部位和皮肤破损状况，可以看出被害人的致命伤，即腹主动脉1.5厘米划伤，系横行伤口，基本处于一个平面，且对皮肤造成的破损深度为左侧较右侧深，能够认定该处划伤可以由近刀尖部形成，证明两人相向站立时刀尖朝向被害人一方。

其次，从伤口位置分析。致命伤即破裂的腹主动脉位于人体近脊柱的前侧，即在腹腔很深的位置，证明尖刀应系被他人用力刺入被害人的腹部。

最后，从伤口形状分析。根据法医学常识，双方互相夺刀时，如果一方具有明显的力量优势，形成的刀伤相对比较稳定；如果双方力量相当，由于对刀的作用力大小和方向不同，加之双方夺刀时的体位变化，形成的刀伤多不稳定，且伤口方向多不一，创道方向也可以发生较大变化。而本案被告人王某某与被害人徐某某，案发时二人的身高、体重和年龄相仿，在双方相向站立且同时发力夺刀的情况下，伤口、创道必然呈现明显的不规则形态。然而从尸体检验照

片可以看出，被害人所受致命伤的形态规则、创道稳定，并不符合双方夺刀过程中形成的刀伤特征。

综上所述，被告人王某某在刀尖朝向被害人的情况下，以极大力量持刀向其腹部稳定发力，贯入被害人腹腔很深的位置，其辩解与被害人的伤口深度、位置和形态均不符，明显违背了生活常理和经验法则，从而证明了其故意伤害的主观目的以及客观行为。

[参考案例：《刑事审判参考》第 1213 号案例]

3. 辩方提出：被告单位主要将银行贷款用于生产和偿还贷款，没有非法占有的目的，不构成贷款诈骗罪，应以骗取贷款罪论处。

答辩要点：虽然被告人武某某以及被告单位某公司有使用虚假资料骗取贷款的欺诈行为，但无充分证据证明其对骗取的贷款具有非法占有的目的。非法占有的目的具有很强的主观性，很难通过客观事实直接证明，但可以在一定程度上对其主观状态予以反映：

首先，分析贷款之前的经济状况。某公司的经济状况和借款缘由可以在一定程度上反映其后期还款能力和借款用途的真实性。本案的某公司是有明确主业的实体公司，虽有负债，但只是略有亏损，缺乏流动资金，确有引资的必要。

其次，分析获取贷款后的款项用途。某公司将 700 多万元用于生产和支付银行利息等，挪用其他贷款偿还前期债务或者套现使用。有证据证明贷款后生产规模明显扩大，但因金融危机、还原铁行情不好，价格波动大，不能排除银行资金损失与某公司经营亏损间的关联性，亦无证据证明被告人武某某有将贷款挪作个人使用或有挥霍的行为。

最后，分析款项到期后的还款意愿和实际还款效果。贷款借出时，被告人武某某与银行订立有《最高额保证合同》，为 2000 万元保理资金承担连带保证责任。贷款逾期后，武某某又书面承诺银行有权追索其名下 4 套房产，后因银行未办理抵押登记，名下房产出售后未能实际用于偿还银行贷款，认定被告人武某某故意逃避还款的证据不足。

因此，法院不认定其具有非法占有的目的是正确的。

[参考案例：《刑事审判参考》第 1208 号案例]

四、共同犯罪

1. 辩方提出：事先没有与诈骗上线就如何实施诈骗进行共谋，仅在客观上为诈骗上线提取了赃款，不构成诈骗罪的共同犯罪。

答辩要点：本案虽无证据证明提取赃款的被告人林某某等三人与诈骗上线之间存在整体的实施诈骗犯罪的意思联络，但综观全案，三名被告人仅是共谋的形式和内容有别于一般共同犯罪的共谋分工而已，并未改变三人的行为系组成共同犯罪不可缺少的重要组成部分的本质。主要理由如下：

首先，三被告人具有实施诈骗犯罪的共同故意和实行行为。共同犯罪中的共谋不要求必须共同谋议具体犯罪的时间、地点、手段等细节，只要参加犯罪基本问题的谋议，决定实行犯罪即可。共谋中的意思联络也并不要求在所有共同犯罪人之间都必须达成共识，只要实行犯与其他共同犯罪人之间存在意思联络即可。本案被告人林某某已被告知其所取款项系诈骗而来，并为诈骗上线提供了网上购买的银行卡。而其他两名被告人林某某、蓝某某则接受林某某的指使，帮助提取赃款，虽未被明确告知钱款系诈骗而来，但其两人与林某某同处福建安溪地区，对当地许多人从事虚构网络信息进行诈骗获取钱款的行为有较为清晰的认识：“这个钱肯定是黑钱，安溪在外面骗钱的情况很多，估计取的钱也是别人在外面骗的钱。”因此，其两人知道或应当知道林某某所指使行为的社会违法性，而不制止，反而继续参与并获利，应当认定三被告人与诈骗上线之间存在一定程度的犯罪联系，具有共同实施诈骗犯罪的主观故意，同时也实施了诈骗犯罪的共同实行行为。

其次，三被告人提取赃款的行为，是诈骗犯罪系列行为的一部分，是实现诈骗目的不可或缺的重要组成部分。本案与其他普通共同犯罪的区别在于各被告人的行为存在差异，具有时间、空间和手段的不同一性。但三被告人的行为仅是适应网络诈骗的特殊需要而导致的不同分工，他们的行为与上线的前期行为都是诈骗目的实现不可分割的组成部分，缺一不可。不能认为虚构事实让被害人将钱款转入预先设立的账户是诈骗，其他过程都是一种诈骗的辅助性行为。从柯某某等上线通过伪基站发送虚假信息诱骗被害人将钱款汇入林某某购买的银行卡上，到三人提取赃款，将现金汇入柯某某控制的银行卡上，整个过程都是诈骗犯罪的实行行为，这与在共同犯罪中未直接实行犯罪，只是对实行犯罪提供方便条件的帮助行为是有原则区别的。

[参考案例：《刑事审判参考》第1203号案例（2015）淮中刑二终字第00030号刑事附带民事裁定书]

2. 辩方提出：单纯接受财物，并未转达请托事项，没有与国家工作人员形成受贿的通谋，不构成受贿罪的共同犯罪。

答辩要点：共同犯罪的认定标准是“通谋+行为”，特定关系人是否构成受贿罪共犯，取决于双方有无共同受贿的故意与行为。

首先，被告人与国家工作人员存在受贿通谋。虽然特定关系人与国家工作

人员事先未就为请托人谋利并收受财物形成共同的犯意联络，但其对请托人系为感谢或讨好国家工作人员而给予其财物以及国家工作人员利用职务便利为请托人谋取了利益的事实是明知的，在明知的情況下仍收受请托人给予的财物并事先征得国家工作人员的同意或事后进行了告知，后者予以认可，足以认定其与国家工作人员形成了受贿的通谋。

其次，行为人客观上实施了部分受贿行为。就受贿罪而言，受贿由两部分组成：一是为他人谋利，二是收受他人财物。特定关系人收受财物的行为系国家工作人员受贿行为的组成部分，足以认定其共同参与了受贿犯罪的实施。因此，对其以受贿罪共犯论处是符合刑法规定和共同犯罪原理的。

[参考案例：《刑事审判参考》第 1143 号案例]

五、正当防卫、紧急避险

正当防卫起源于西方启蒙思想时期的自然法思想，现代演化为公民的权利（天赋人权）之一，当国家、公共利益、本人或他人的人身、财产和其他权利受到正在进行的不法侵害时，法律允许公民采取各种必要的防卫性措施，因此造成不法侵害人损害的，不负法律责任。设置正当防卫制度是为了保护法益，在性质上是正义对不正义，在价值取向上是正义不向非正义低头，因此不要求“穷尽一切手段”“迫不得已”，只要有不法侵害，即使有条件躲避或求助，公民仍然有权利实施正当防卫。正当防卫制度具有震慑犯罪的社会功能，将作出不法侵害行为的人置于随时被不特定公民予以防卫的境地，对不法侵害人而言属于自陷危险，从而警告那些潜在的犯罪分子不要胡作非为，震慑犯罪、保护法益。但是，基于法益的全面保护考量，我国的正当防卫制度确立为两种：一种是一般正当防卫（《刑法》第 20 条第 1 款），另一种是特殊正当防卫（《刑法》第 20 条第 3 款），后者是针对严重危及人身安全的暴力犯罪进行的防卫，不存在防卫过当的问题；前者是针对其他不法侵害进行的防卫，存在防卫过当的问题。

一般正当防卫成立的条件如下：

1. 必须存在不法侵害行为。（1）不法侵害包括犯罪行为、一般的违法行为和其他危害社会的行为。（2）只有那些具有攻击性、破坏性、紧迫性和持续性的不法侵害才有必要成为正当防卫的对象。（3）不法侵害必须客观存在。
2. 不法侵害必须正在进行。
3. 必须具有防卫意识（理论上争议）。
4. 必须针对不法侵害人本人实施。
5. 没有明显超过必要限度造成重大损失。