



刑事疑案

探究

主 编◎李 翔 副主编◎项先权

SHANGHAI
PEOPLE'S
PUBLISHING HOUSE

 上海人民出版社



刑事疑案

探究

主 编◎李 翔 副主编◎项先权

SHANGHAI
PEOPLE'S
PUBLISHING HOUSE

 上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事疑案探究/李翔主编. —上海: 上海人民出版社,
2008

ISBN 978 - 7 - 208 - 08078 - 2

I. 刑... II. 李... III. 刑事犯罪—案例—分析—中国
IV. D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 133626 号

责任编辑 苏莉莉 毕 胜

封面设计 傅惟本

刑事疑案探究

主编 李 翔 副主编 项先权

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 720 × 1000 1/16 印张 19.5 插页 2 字数 338,000

2008 年 9 月第 1 版 2008 年 9 月第 1 次印刷

印数 1—4,250

ISBN 978 - 7 - 208 - 08078 - 2/D · 1421

定价 30.00 元

主 编 简 介

李翔,男,汉族,1976年6月出生,江苏省泗洪县人。1995年9月—2005年6月分别就读于苏州大学、华东政法大学、中国人民大学并获学士、硕士、博士学位。2005年7月进入华东政法大学法律学院工作,担任讲师。2006年4月进入华东政法大学博士后流动站,2006年8月破格晋升为副教授、硕士研究生导师,2007年11月被任命为上海市杨浦区人民检察院副检察长、检察委员会委员、检察员,2008年4月博士后按期出站。兼任华东政法大学比较刑法与国际刑法研究所所长。主要研究方向为中国刑法学(经济刑法)、比较刑法学和国际刑法学。在《学术论坛》、《法学论坛》、《刑法论丛》、《公安研究》、《法学》、《法学家》、《理论界》、《中国刑事法杂志》、《河北法学》、《江西社会科学》、《法制日报》、《检察日报》及《人民法院报》等报刊上发表专业论文70余篇,其中多篇被人大报刊复印资料全文转载。主持《国际刑法中国化问题研究》、《国际反腐败与国内法协调问题研究》、《和谐社会语境下的刑事和解制度研究》、《刑事法治视域下的社会信用问题研究》等多项课题研究。独著、合(译)著、参著《情节犯研究》、《联合国反腐败公约——国际社会治理腐败的法律基石》、《美国联邦刑事法典及其规则》、《权力制约与反腐倡廉的理论与制度研究》、《当代新型犯罪比较研究》、《商业领域犯罪的刑法规制及其防范》、《刑法学》、《刑法案例与学理研究》等著作、教材16部(本)。

项先权,男,浙江新台州律师事务所主任,高级律师,中国人民大学法学博士,浙江大学博士后研究人员,1983年起从事律师职业,浙江省律师事业突出贡献奖获得者。兼任中华全国律师协会知识产权委员会委员、华东政法大学比较刑法与国际刑法研究所副所长、浙江省律师协会理事、台州市律师协会副会长、台州市人民政府法律顾问、台州仲裁委员会首席仲裁员、台州市人民检察院民主监督员、中国人民大学浙江校友会副会长、华东政法大学浙江校友会副会长。研究领域涉及公司法、知识产权法、合同法、经济刑法等,多年来办理各类重大刑事案件数百起,编著有《刑事辩护法律理论与律师实务》、《商业领域犯罪的刑法规制及其防范》、《知识产权法律理论与律师实务》、《最新公司法理论与律师实务》、《房地产法律理论与律师实务》、《身边物权法》等著作。

前 言

刑法学是一门理论性和实践性都很强的学科,学习和研究刑法学的方法也很多,案例分析法则是众多方法中实用性较强的方法。通过分析一定数量的疑难案例,解释一般法学教材中的难点问题以及对司法实践具有重要意义但是一般教材没有展开说明或者没有说明的理论问题,以拓展学生视野,激发学生学习兴趣。本书可供法学本科生和低年级刑法学硕士研究生使用,也可作为公司、企业法律顾问以及公安、检察、法院、律师事务所等实务部门专业人士的参考用书。本书在编写过程中聘请了刘宪权(华东政法大学法律学院院长、教授、法学博士、博士生导师,兼任中国法学会刑法学研究会副会长)、杨兴培(华东政法大学法律学院教授、博士生导师)为本书的学术顾问。

编著者在案例的选择上遵循真实性、新颖性和典型性原则,写作体例上分为案情介绍、理论争议、法理分析三个部分。对于借鉴他人的研究成果在书中都予以注明并在此表示感谢。由于编著者水平有限,再加上时间仓促,错误之处在所难免,恳请广大同仁批评指正。

本书的编写得到了浙江省新台州律师事务所和上海人民出版社的大力支持,华东政法大学刑法专业硕士研究生朱攀峰、朱燕佳、韩玉协助主编做了大量文字编校工作,在此一并致谢!

目 录

第一章 危害国家安全罪

1. 李某叛逃案
——叛逃罪司法认定的相关问题 1
2. 付某为境外窃取、非法提供国家秘密、情报案
——为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪的
几个相关问题研究 5

第二章 危害公共安全罪

1. 张某爆炸案
——爆炸罪的正确定性 10
2. 陈某投放危险物质案
——界定“公共安全” 14
3. 叶某投放危险物质案
——投毒行为的定性及量刑问题 18
4. 陆某等以危险方法危害公共安全案
——危害公共安全罪与他罪的区分 22
5. 莫某等人破坏交通工具案
——以爆炸手段破坏交通工具行为如何定性 27
6. 杨某交通肇事案
——交通肇事罪的正确定性 31

第三章 破坏社会主义市场经济秩序罪

1. 王某等生产、销售伪劣产品案
——生产、销售伪劣产品罪与其他罪名的区别 35
2. 李某生产、销售伪劣产品案
——界定共同犯罪 39
3. 张某抽逃出资案
——抽逃出资罪的认定问题 44
4. 林某、史某集资诈骗案
——集资诈骗罪和非法吸收公众存款罪的区分问题 48

5. 陈某、邹某贷款诈骗案	
——单位贷款诈骗案如何处理	51
6. 李某金融凭证诈骗案	
——金融凭证诈骗罪与盗窃罪的区别	55
7. 刘某、王某、庄某金融凭证诈骗案	
——共同犯罪是否以同一罪为必要	59
8. 王某保险诈骗案	
——保险诈骗罪的未遂	65
9. 项某、孙某侵犯商业秘密案	
——侵犯商业秘密罪的认定问题	69
10. 陈某“合同诈骗”案	
——合同诈骗罪的认定问题	74
11. 沈某“非法经营”案	
——非法经营罪和诈骗罪的区别	78
12. 孙某强迫交易案	
——强迫交易罪客观方面诸特征分析	81
13. 张某强迫交易案	
——强迫交易罪与抢劫罪的区别	85

第四章 侵犯公民人身权利、民主权利罪

1. 李某故意杀人案	
——相约自杀行为的定性	89
2. 吴某故意杀人案	
——帮助他人自杀行为的定罪量刑问题研讨	91
3. 王某过失致人死亡案	
——在未领取《医疗机构执业许可证》的乡村卫生室工作的乡村医生 行医致人死亡的行为应如何定性	95
4. 李某故意伤害案	
——故意伤害罪与过失致人死亡的界限问题	99
5. “百密一疏”等强奸案	
——关于奸淫幼女的行为是否要求以明知作为构成要件	102
6. 王某强奸案	

——丈夫强奸妻子的行为能否构成强奸罪	109
7. 黄某等非法拘禁案	
——为索取债务劫持他人的行为如何定性	112
8. 黄某诬告陷害案	
——诬告陷害罪认定中应注意的问题	115
9. 张某、杨某诽谤他人案	
——诽谤罪与诬告陷害罪、侮辱罪的界限	118
10. 周某刑讯逼供致人死亡案	
——刑讯逼供致人死亡的认定	122
11. 周某暴力取证案	
——暴力取证罪与非罪的界限	125
12. 钟某破坏选举案	
——认定破坏选举罪中应当注意的问题	127
13. 李某暴力干涉婚姻自由案	
——暴力干涉婚姻自由罪和寻衅滋事罪的界限	130
14. 王某等遗弃案	
——对无法定扶养义务人能否定遗弃罪	132

第五章 侵犯财产罪

1. 郭某抢回自己汽车案	
——抢劫罪客体的认定	136
2. 杨某等绑架案	
——绑架过程中劫取被害人随身财物的定性	140
3. 侯某、匡某抢劫何某事中参与案	
——承继共犯的罪责承担	145
4. 李某抢劫案	
——转化型抢劫罪的认定	150
5. 许某盗窃案	
——利用 ATM 机故障恶意取款的行为如何认定	154
6. 杜某、郑某等人内外勾结实施盗窃案	
——盗窃罪和贪污罪的区别	159
7. 黄某等诈骗案	

——设置圈套诱人参赌,骗取钱财的行为认定	163
8. 李某侵占案	
——擅自将合法持有的他人信用卡内余额取走行为的定性	167
9. 张某等职务侵占案	
——国有储运公司门卫伙同他人监守自盗的行为如何认定	171
10. 耿某设圈套敲诈勒索案	
——帮助他人实施犯罪后再指使别人敲诈犯罪人的行为定性	175
11. 熊某敲诈勒索案	
——敲诈勒索罪与抢劫罪、绑架罪的界限	178
12. 李某故意毁坏财物罪	
——盗窃罪与毁坏财物罪的区别	181

第六章 妨害社会管理秩序罪

1. 窦甲等“聚众斗殴”案	
——聚众斗殴罪的转化问题	185
2. 瞿某传授犯罪方法案	
——传授犯罪方法罪和教唆犯罪的区别	189
3. 赖某医疗事故案	
——医疗事故罪的正确定性	194
4. 孟某医疗事故案	
——具有执业资格的医生根据民间验方、偏方制成药物诊疗,造成就 诊人死亡的行为如何定性	199
5. 黄某非法行医案	
——非法行医罪的认定问题	202
6. 周某等侮辱尸体案	
——非法买卖尸体行为如何定性	206
7. 周某、羊某帮助毁灭、伪造证据案	
——包庇罪与帮助毁灭、伪造证据罪的区别	210
8. 周某等脱逃案	
——脱逃罪的认定问题	213
9. 张某骗取出境证件案	
——行为人本案中的身份以及让他人控告之犯罪事实的认定	

问题	216
10. 李某贩卖、运输毒品案	
——因毒品犯罪被判处的刑罚尚未执行完毕又犯贩卖、运输毒品罪 的,是否适用刑法第 356 条的规定从重处罚	220
11. 唐某非法持有毒品案	
——居间介绍毒品买卖行为如何定性	224
12. 李某组织卖淫案	
——从“组织同性卖淫案”谈刑法扩张解释的运用	227
13. 张某协助组织卖淫案	
——不作为形式的协助行为如何认定	231
 第七章 危害国防利益罪	
1. 范某聚众冲击军事禁区案	
——聚众冲击军事禁区罪的认定问题	236
2. 杨某冒充军人招摇撞骗罪	
——冒充军人招摇撞骗罪的司法认定	240
 第八章 贪污贿赂罪	
1. 徐某贪污案	
——侵吞国有单位未认可的外欠货款可否构成贪污罪	244
2. 窦某等贪污案	
——将期货交易风险转嫁给单位的行为如何定性	249
3. 王某挪用公款案	
——如何认定挪用公款“归个人使用”	252
4. 白某等挪用公款案	
——挪用公款罪中的共同犯罪问题	256
5. 蒋某受贿案	
——国有企业改制后被委派的国家工作人员身份是否改变	262
6. 陆某受贿案	
——如何理解斡旋受贿罪中“利用本人职权或者地位形成的便利 条件”	266
7. 刘某行贿案	

——采取违规手段谋取不确定利益是否构成行贿罪	271
8. 樊某介绍贿赂案	
——替他人“行贿”的定性	275
9. 吴某巨额财产来源不明案	
——财产来源不明,定罪后又查清来源该如何处理	279
10. 张某等私分国有资产案	
——单位派出机构以自己的名义私分公司财产的行为定性	282

第九章 渎职罪

1. 刘某滥用职权案	
——玩忽职守和滥用职权的区别	287
2. 江某玩忽职守案	
——警察目睹他人行凶而不制止的行为定性	291

第十章 军人违反职责罪

1. 胡某逃离部队案	
——现役军人携带枪支、弹药逃离部队偷越国(边)境的行为定性 ...	295
2. 凌某为境外机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供军事秘密案	
——为境外机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供军事秘密罪的认定	297

参考文献	300
------------	-----

第一章 危害国家安全罪

1. 李某叛逃案*

——叛逃罪司法认定的相关问题

案情介绍

被告人李某原系某一国有军工企业高新技术开发公司总经理。在任职期间利用职务便利,通过做假账等方式,贪污人民币 150 万元,美金 10 万元,港币 58 万元,后通过其在海外的亲戚黄某将其不法财产转移到国外。一次,李某随某市考察团赴东南亚考察办厂事宜,途中叛逃到某国,后经引渡回国接受审判。人民法院认定李某构成叛逃罪与贪污罪。

理论争议

对于本案李某的行为主要有以下争议:一种观点认为,李某的行为主观上没有危害国家安全的故意,客观上没有危害到国家安全,因此不符合叛逃罪的犯罪构成,不构成叛逃罪;另一种观点认为,李某虽然不积极希望危害国家安全的结果发生,但对此危害结果却持放任态度,且李某作为军工企业的领导,其身份的特殊性决定了一旦叛逃就是对国家安全的侵害,因此应该以叛逃罪认定。此外,对如何理解“在履行公务期间,擅离岗位,叛逃境外或者在境外叛逃”,以及此条规定是否合理,理论上也存在一些争议。

法理分析

我国现行《刑法》第 109 条第 1 款规定:国家机关工作人员在履行公务期间,擅离岗位,叛逃境外或者在境外叛逃,危害中华人民共和国国家安全的,处 5 年以下

* 案例来源:赵秉志主编:《中国刑法案例与学理研究》第 2 卷,法律出版社 2004 年版,第 54 页。

有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利;情节严重的,处5年以上10年以下有期徒刑。第2款规定:掌握国家秘密的国家工作人员犯前款罪的,依照前款的规定从重处罚。上述叛逃罪的规定是由1979年刑法第94条分解而来,将不宜以“投敌叛变”论处的公务人员叛逃境外或者在境外叛逃的行为单独规定为叛逃罪,其目的是为了在对外交往中不加区分地使用“敌人”的概念而引起不必要的麻烦,也是为了准确定罪量刑的需要,且细化了量刑的幅度,更加符合罪刑法定原则的精神。^①本罪的犯罪构成如下:主体是特殊主体,即“国家机关工作人员”;主观方面为故意;客体为中华人民共和国国家安全;客观方面表现为在履行公务期间,擅离岗位,叛逃境外或者在境外叛逃。下面逐一进行分析。

一、主观方面的“故意”是否包括“间接故意”

所谓刑法上的故意,是指明知自己的行为会造成危害社会的结果,但却希望或者放任这种危害结果发生的心理态度。其中“间接故意”即属于“放任危害社会的结果发生”。对于叛逃罪的主观方面是否应包含间接故意,有的学者认为,基于直接故意和间接故意主观恶性上的区别,为了定罪量刑的准确性,本罪的主观方面只能是直接故意,虽然叛逃的动机可能多种多样(向往国外的物质生活、出于对祖国的仇恨等),但是犯罪动机却不能影响犯罪的主观方面。^②有的学者认为,不论是直接故意还是间接故意,都可以作为本罪的主观方面。我们认为,如果排除了间接故意可以作为本罪主观方面的可能,那么现实中有很多类似的叛逃行为就得不到刑法的有效规制。例如本案中的被告人,从其先行犯罪行为(贪污犯罪)来看,其叛逃的主要目的是为了在国外安心挥霍非法所得,以及逃避我国刑法对贪污犯罪的处罚。所以,他的主观心态中并没有“希望”危害我国国家安全。但是,被告人身为军工企业的总经理,应该对自己叛逃到外国去会造成何种危害结果有着清醒的认识,但却不管不问,只顾自身的利益而实施了叛逃行为,明显是放任了危害结果的发生,而且他的行为同样给我国的国家安全造成了很大的威胁。若否认了间接故意可以构成本罪,显然会让行为人逍遥法外。所以我们同意第二种观点,认为本罪的主观方面既可以是直接故意也可以是间接故意。

二、有关“危害中华人民共和国国家安全”的认定

何谓“国家安全”?何谓“危害国家安全”的行为?按照《中华人民共和国国家安全法》(以下简称《国家安全法》)的相关规定,是指境外机构、组织、个人实施或者

① 参见邓超英、叶小琴主编:《危害国家安全罪办案一本通》,中国长安出版社2007年版,第136页。

② 参见邓超英、叶小琴主编:《危害国家安全罪办案一本通》,中国长安出版社2007年版,第141页。

指使、资助他人实施的,或者境内组织、个人与境外机构、组织、个人相勾结实施的下列危害中华人民共和国国家安全的行为:(1)阴谋颠覆政府,分裂国家,推翻社会主义制度的;(2)参加间谍组织或者接受间谍组织及其代理人的任务的;(3)窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密的;(4)策动、勾引、收买国家工作人员叛变的;(5)进行危害国家安全的其他破坏活动的。鉴于现在尚无有关“危害国家安全行为”的立法、司法解释,因此有的学者认为,就应该以《国家安全法》的相关规定作为判断的依据。^①还有的学者认为,根据刑法中的危险犯理论,行为人不管在叛逃后是否已经造成了危害国家安全的结果,还是根据其投奔的境外组织或者机构的性质、投奔的目的、投奔的方式、行为人的身份等可以很明确地判断其“将要”且“必然会”造成危害国家安全的后果,均可以认定其构成叛逃罪。

我们认为,我们不能照搬照抄有关国家安全方面的法律法规中的条文,来解释相关刑法问题。由于立法意图、立法所要涵盖的内容、立法技术等方面的差异,各部门法之间即使是对相同问题的规定,也是存在不同含义的。《国家安全法》中有关“危害国家安全行为”的规定,实际上是对刑法分则第一章“危害国家安全罪”中所有罪名的客观方面表现的概括性理解。但各个罪名之间的量刑幅度是不同的,如果均按照上述规定去定罪量刑的话,必然会造成轻重不分、畸轻畸重的现象。因此,不能僵化地以《国家安全法》去认定,而是应该具体问题具体分析,根据行为人的客观表现、主观心态等去进行判断。所以,根据上述第二种观点,借鉴有关“危险犯”的理论无疑是解决此问题的恰当方法。所谓危险犯是指以行为人实施的危险行为造成法律规定的发生某种危害结果的危险状态为既遂标志的犯罪。大陆法系国家刑法理论的通说认为,结果是对法益的侵害或者侵害的危险。^②危险犯还可以进一步分为具体的危险犯和抽象的危险犯,具体的危险犯中的危险,是在司法上以行为当时的具体情况为根据,认定行为具有发生侵害结果的危险;抽象的危险犯中的危险,是在司法上以一般的社会生活经验为根据,认定行为具有发生侵害结果的危险。^③在本案中,被告人李某系某一国有军工企业高新技术开发公司总经理,担任着重要领导职务,区别于普通的国家机关工作人员,必定掌握着有关军工高新技术的国家机密,其叛逃行为必然对我国国家安全构成侵害的危险。而根据大陆法系的理论,“危险”也是危害结果的一种。另外,李某叛逃很大程度上是为了规避其

① 参见江维龙:《危害国家安全罪若干问题探讨》,《法学》1999年第8期。

② 参见[日]平野龙一:《刑法总论I》,有斐阁1972年版,第118页。

③ 参见张明楷:《危险犯初探》,载《清华法律评论》第1辑,清华大学出版社1998年版,第125页。

在国内犯下的贪污罪之处罚,所以为了寻求外国政府的庇护,很有可能通过出卖国家机密的手段来获得自身的安全。因此,李某的行为符合抽象的危险犯之情形,应该认定其叛逃行为已侵犯了国家安全。

三、如何理解“在履行公务期间,擅离岗位,叛逃境外或者在境外叛逃”,以及是否应对此条进行修改^①

(一)对“履行公务期间”的理解以及是否应当修改

严格意义上的“在履行公务期间”是指执行公共事务、处理公共事务期间,即国家机关工作人员、掌握国家秘密的国家工作人员上班期间、出差期间、执行任务期间。^②对于这种观点,有的学者认为是不妥当的,因为实践中有很多国家机关工作人员在下班或者休假期间叛逃的,若严格按照上述定义,必然会造成打击面过窄。因此建议对立法作出修改。^③我们认为,我们既不能按照严格意义上的“履行公务期间”作为判断标准,也不能因为存在着有很多国家机关工作人员在下班或者休假期间叛逃的现象而贸然对立法作出修改,这其实是从一个极端走向另外一个极端。所以,可以通过司法解释的方式对其进行界定。“履行公务”不仅包括从事具体的公务方面的工作,还包括与“公务”有着实际联系的期间。例如,行为人为某单位领导,其在离职学习期间,虽然名义上是不履行公务了,但实际上单位很多事情还需要他来过问、决策、批准等,因此应该认定为是“履行公务”。若行为人因身体原因长期在家休养,虽然名义上还是某单位的领导,但是实际上已经很长时间没有过问单位事宜了,就不应认定为“履行公务”。对于上述的国家机关工作人员在下班或者休假期间叛逃的是否可以认为是在“履行公务期间”,通过这个理论也可以得到很好的解决。“下班”、“休假”不等同于“离职”、“退休”,工作人员在一定时间内还是要回到工作岗位上,而且若其负责的事项出现了问题,不管是下班还是休假,都要立刻回到岗位上去处理,因此,他们还是与“公务”有着实际联系的。所以也应该将“下班”、“休假”作为“履行公务期间”加以认定。

这里还有个问题需要说明,就是一般的国家机关工作人员和掌握国家秘密的国家工作人员是不同的。掌握国家秘密的国家工作人员,不管其是在离职学习、下班、休假,甚至是退休(解除脱密年限的除外)期间,只要存在着泄露国家机密的可能,都应该认定是“履行公务期间”。我们是基于掌握国家秘密的国家工作人员职

^① 虽然这个问题对本案的定罪量刑没有影响,但是基于其在叛逃罪的犯罪构成中的重要性以及理论体系的完整性,我们也将这一问题加以阐述。

^② 赵秉志主编:《中国刑法案例与学理研究》第2卷,法律出版社2004年版,第54页。

^③ 侯国云、白岫云:《新刑法疑难问题解析与适用》,中国检察出版社1998年版,第345页。

务的特殊性以及保护我国国家安全的角度而得出这样的结论的。

(二) 对“擅离岗位,叛逃境外或者在境外叛逃”的理解以及是否应当修改

“擅离岗位,叛逃境外或者在境外叛逃”中,“擅离岗位”和“叛逃境外或在境外叛逃”是并列关系还是选择关系呢?也就是说,单纯的“擅离岗位”的行为能否构成叛逃罪?我们认为,“擅离岗位”行为是“叛逃境外或在境外叛逃”行为的上游行为,行为之间存在着一个前后相继或者交叉的关系,但重点却在“叛逃境外或在境外叛逃”上,而不是“擅离岗位”上。因此,单纯的“擅离岗位”的行为不能认定是叛逃罪,而要是存在“叛逃境外或在境外叛逃”的行为,则符合叛逃罪客观方面的要求。另外,对于“擅离岗位”的理解也存在着诸多争论,我们认为,为了避免这种无谓的争论,不如采纳江维龙在《危害国家安全罪若干问题探讨》一文中表达的观点,将“擅离岗位”这四个字去掉,使条文更加简洁明了。

综上所述,李某的行为符合叛逃罪的犯罪构成,法院的认定是准确的。

(作者:张新亚)

2. 付某为境外窃取、非法提供国家秘密、情报案*

——为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、
情报罪的几个相关问题研究

案情介绍

1997年8月,辽宁省某市输油管理处党委书记、纪检书记、工会主席、副处长付某的亲友吕某来锦州时与付某商量向境外机构提供情报以获取报酬,付某考虑后表示同意。为此,吕某给付某规定了化名,并提供照相机和数码相机各一架、数码录音笔一支及芯片5张等用作搜集情报。1997年8月至2002年5月期间,付某利用职务的便利,窃取、刺探、搜集国家秘密及相关情报。先后21次在不同时间、地点、采取不同方式向吕某提供涉及我国国家政治、经济、军事等大量国家秘密、情报。其中绝密级情报1份,机密情报7份,秘密情报26份。

某市中级人民法院以为境外窃取、非法提供国家秘密、情报罪,判处付某有期

* 案例来源:《中华人民共和国最高人民检察院公报》2003年第5期。

徒刑 11 年,剥夺政治权利 3 年。

理论争议

关于此案,一种观点认为,付某构成间谍罪,理由是付某接受吕某的任务,而吕某是为境外的机构工作的,属于“接受间谍组织及其代理人的任务”,危害了中华人民共和国国家安全,符合间谍罪的犯罪构成,应定为间谍罪。另外一种观点认为,付某构成境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪。

法理分析

为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪,是指为境外机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报,危害中华人民共和国国家安全的行為。

本罪侵犯的客体是国家安全、国家利益。

客观方面的行为方式是窃取、刺探、收买、非法提供这四种。窃取是指通过盗取文件或者使用计算机、电磁波、照相机等方式获得国家秘密或者情报;刺探,是指使用探听、侦察、骗取等方式获取国家秘密或者情报;收买,是指利用金钱、物质或者其他利益换取国家秘密或者情报;非法提供是指违反法律规定,未经有关部门批准,将国家秘密或者情报让境外机构、组织或者个人知悉。值得一提的是,通过互联网将国家秘密或者情报非法发送给境外的机构、组织、个人的,属于非法提供的范畴。^①

行为必须是为境外的机构、组织、人员而窃取、刺探、收买和非法提供。这里境外的机构、组织、个人,不一定要求是与我国为敌的国家的机构、组织或者个人,而是泛指任何非中华人民共和国的机构、组织和人员。如果是为境内的机构、组织或者个人或者出于其他目的窃取、刺探、收买以后,非法提供给境外的机构、组织、个人的,本罪仍然成立。

境外,是指中华人民共和国领域以外或者领域以内中华人民共和国尚未实施行政管辖的地域,包括尚未回到祖国怀抱的台湾地区。境外机构,是指中华人民共和国边境以外的国家和地区的官方机构,比如政府、军队或者其他国家机关设置的机构,也包括在中国境内的分支机构或者代表机构。境外组织是指中华人民共和国边境以外的国家或者地区的政党、社会团体以及其他企业事业单位,也包括这些

^① 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社 2007 年版,第 512 页。