

21 世纪高等院校
法学系列精品教材

刑事疑案演习 (二)

● 张明楷 编

 中国人民大学出版社

21

世纪高等院校

法学系列精品教材

书 目

刑事疑案演习 (一) 张明楷 编

● 刑事疑案演习 (二) 张明楷 编



ISBN 978-7-300-12454-4

ISBN 978-7-300-12454-4



9 787300 124544 >

定价: 39.00元

21世纪高等院校
法学系列精品教材

刑事疑案演习 (二)

张明楷 编

中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事疑案演习 (二) / 张明楷编.
北京: 中国人民大学出版社, 2010. 7
(21 世纪高等院校法学系列精品教材)
ISBN 978-7-300-12454-4

I. ①刑…
II. ①张…
III. ①刑事犯罪-案例-分析-中国-高等学校-教材
IV. ①D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 134399 号

21 世纪高等院校法学系列精品教材

刑事疑案演习 (二)

张明楷 编

Xingshi Yi'an Yanxi

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)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京鑫丰华彩印有限公司

规 格 170 mm×228 mm 16 开本

版 次 2010 年 7 月第 1 版

印 张 22.75 插页 2

印 次 2010 年 7 月第 1 次印刷

字 数 397 000

定 价 39.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

| 前 言 |

和《刑事疑案演习（一）》一样，本书所收录的 25 篇案例分析论文，都由清华大学法学院本科生所写。这些案例分析论文，是 2007 级本科生选修我于 2009 年下半年开设的《刑法研讨与案例分析》课程的最终成果。

在指导写作和编写本书时，让我感到最为难的，不是“实质”问题，而是“形式”问题，或者说，不是写作内容问题，而是写作规范问题。分析案例的学生们容易明确焦点问题，可以得出基本结论，能够提出主要理由，顺利调整文章结构。但是，有的学生不能作通顺表述（平时看书太少的缘故），有的学生只能作口语记载（平时说话太多的原因）。更为麻烦的是，他们对论文注释缺乏基本常识。尽管我在第一节课时就反复强调，对任何引用和参考的观点都必须按照出版社的要求作注释（记得我讲过这样一句话：“不要怕注释多，如果谁的论文完全由引文组成，算他有本领”），可是，依然有少数学生在写作时对引用的观点不作注释。虽然被我发现的地方已经补充了注释，但由于我的阅读范围有限，不能保证本书的注释达到了规范要求，恳请刑法学界的同仁和读者谅解。

和《刑事疑案演习（一）》一样，在出版前，我只是对每篇论文作了一些技术性处理，删除了少数论文的部分内容，但论文的基本观点与主要理由没作修改。尽管每篇论文都经过了学生们的反复修改，但结论不可取、论证不充分、逻辑不严谨、表述不顺畅、注释不规范等问题依然存在于部分论文中，所以，我和我的学生们特别期待读者的不吝指教。

张明楷

2010 年 4 月 23 日于清华明理楼

| 目 录 |

1. 客观归责与不作为浅析	1
2. 第三者责任范围与客观归责	15
3. 客观归责理论的运用	32
4. 不作为犯罪之探讨	47
5. 结果回避可能性与作为可能性	60
6. 间接故意的理论分析	77
7. 故意与过失的区别	91
8. 抢劫过程中的偶然防卫	108
9. 承诺、立功和帮助伪造证据罪的相关问题	123
10. 共同正犯与对象不能犯	135
11. 正犯与共犯的区别以及认识错误	146
12. 帮助犯的认定	160
13. 爆炸罪与破坏易燃易爆设备罪、盗窃罪与故意毁坏财物罪的区别	175
14. 绑架罪与相关犯罪的区别	187

15. 为索取担保金而非法拘禁他人的行为性质	200
16. 尾随他人拾其弃包后殴打他人的行为性质	209
17. 连续犯罪与事后抢劫罪问题的研究	224
18. 不法原因给付与侵占罪、诈骗罪的认定	239
19. 三角诈骗与相关财产罪的辨析	256
20. 盗用电信资费的行为定性	269
21. 诈骗罪和盗窃罪的区别	281
22. 利用时间差套取银行现金的行为性质	294
23. 冒领他人存款的行为性质	311
24. 窝藏共犯人案件的法律适用	325
25. 徇私枉法罪及其量刑情节的法律适用	338

| 细 目 |

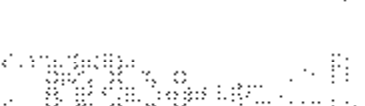
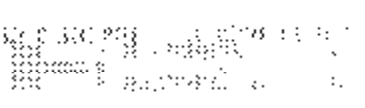
1. 客观归责与不作为浅析	1
一、案例	1
二、争议问题	1
三、客观归责理论初探	2
四、乙行为的定性	9
五、甲成立不作为的间接故意杀人罪	10
六、结论	13
2. 第三者责任范围与客观归责	15
一、基本案例	15
二、争议问题	15
三、理论分析	16
四、结论	29
3. 客观归责理论的运用	32
一、案例	32
二、争议问题	33
三、理论分析	34
四、结论	46
4. 不作为犯罪之探讨	47
一、案例	47
二、争议问题	47

三、观点透析	48
四、结论	59
5. 结果回避可能性与作为可能性	60
一、案例	60
二、争议问题	60
三、理论分析	61
四、结论	76
6. 间接故意的理论分析	77
一、案例	77
二、争议问题	77
三、理论分析	78
四、结论	90
7. 故意与过失的区别	91
一、案例	91
二、争议问题	91
三、理论分析	92
四、结论	107
8. 抢劫过程中的偶然防卫	108
一、案例	108
二、争议问题	108
三、陈某的行为不属于抢劫致人死亡	109
四、陈某的行为属于偶然防卫	113
五、结论	121
9. 承诺、立功和帮助伪造证据罪的相关问题	123
一、案例	123
二、争议问题	124

三、被害人承诺相关理论与分析	124
四、立功相关制度与分析	129
五、帮助伪造证据罪相关理论与分析	130
六、结论	134
10. 共同正犯与对象不能犯	135
一、案例	135
二、争议问题	135
三、本罪的法益侵害性	136
四、从共同正犯处罚的依据讨论本案所涉违法性问题	138
五、盗窃未遂与对象不能犯的研究	142
六、结语	145
11. 正犯与共犯的区别以及认识错误	146
一、案例	146
二、争议问题	146
三、乙具有杀害丁的犯罪故意	147
四、甲在本案中的地位	150
五、结论	158
12. 帮助犯的认定	160
一、案例	160
二、争议问题	160
三、帮助犯的认定	161
四、协助组织卖淫罪的认定	171
五、结论	174
13. 爆炸罪与破坏易燃易爆设备罪、盗窃罪与故意毁坏财物罪的区别	175
一、案例	175
二、争议问题	176
三、泄漏天然气行为的认定	176

四、取走财物行为的认定	179
五、结论	186
14. 绑架罪与相关犯罪的区别	187
一、案例	187
二、争议问题	187
三、刘三、刘四的行为成立绑架罪	188
四、刘某的行为成立故意伤害罪	197
五、结论	199
15. 为索取担保金而非法拘禁他人的行为性质	200
一、案例	200
二、争议问题	201
三、学理分析	201
四、结论	208
16. 尾随他人拾其弃包后殴打他人的行为性质	209
一、案例	209
二、争议问题	209
三、徐某的行为是否成立抢劫罪的既遂?	210
四、徐某的行为是否构成抢夺罪的既遂?	216
五、本文观点	217
六、结论	223
17. 连续犯罪与事后抢劫罪问题的研究	224
一、案例	224
二、争议问题	224
三、连续犯理论	226
四、事后抢劫罪	231
五、展开讨论	237
六、结论	238

18. 不法原因给付与侵占罪、诈骗罪的认定	239
一、案例	239
二、争议问题	239
三、乙的行为认定	240
四、丙的行为认定	255
五、结论	255
19. 三角诈骗与相关财产罪的辨析	256
一、案例	256
二、争议问题	256
三、本文观点及初步论证	257
四、对其他观点的反驳	265
五、结论	268
20. 盗用电信资费的行为定性	269
一、案例	269
二、争议问题	269
三、案件分析	270
四、结论	280
21. 诈骗罪和盗窃罪的区别	281
一、案例	281
二、争议问题	281
三、理论分析	282
四、本案结论	293
22. 利用时间差套取银行现金的行为性质	294
一、案例	294
二、争议问题	295
三、第一阶段的行为评价	295
四、第二阶段的行为评价	297



五、综合评价：一罪还是数罪	306
六、结论	310
23. 冒领他人存款的行为性质	311
一、案例	311
二、争议问题	311
三、争议问题理论分析	312
四、结论	324
24. 窝藏共犯人案件的法律适用	325
一、案件	325
二、争议问题	326
三、张某和周某入室行凶的行为性质	326
四、张某窝藏周某的行为性质	329
五、结论	337
25. 徇私枉法罪及其量刑情节的法律适用	338
一、案例	338
二、争议问题	339
三、理论分析	339
四、结论	350

1. 客观归责与不作为浅析

杜 沙

内容提要：本文主要根据客观归责理论分析案例。客观归责属于客观构成要件的范畴，是判断结果能否归责于行为的问题。行为人的特别认知属于主观要素，与能否将结果客观归责于行为并无关涉。在通过客观归责的阻却事由否定了对行为人的客观归责，进而不能认定为作为犯之后，仍需从侵害法益的实质层面判断行为人是否成立不作为犯。本文根据客观归责的阻却事由否定了甲、乙进行客观归责，然后根据不作为的理论认定甲的行为符合不纯正不作为犯的成立条件，其负有制止对被害人丙的法益的危险的义务，却没有制止，而其特别认知亦可评价为间接故意，因此，最终甲构成不作为的间接故意杀人罪。

关键词：客观归责 阻却事由 特别认知 不作为

一、案例

一种蘑菇长期被人们食用，餐厅也普遍使用这种蘑菇做菜，但这种蘑菇的亿分之一有毒。某大学生物系研究生甲在乙餐厅打工端盘子时，发现自己端给客人丙的蘑菇可能有毒，但他并没有告诉客人丙，也没有告诉餐厅有关人员，仍然将蘑菇送给了丙。丙吃后死亡。

二、争议问题

本案中，客人丙的死亡结果究竟应该客观归责于谁的行为，取决于客观归责的三个判断标准：制造不被容许的风险、实现不被容许的风险以及该风险没有超出构成要件的保护范围。而行为人能否被客观归责的前提又是其是否负有防止危险结果

发生的义务，从这个角度讲，甲并不能被客观归责。而餐厅乙表面上似乎负有这样的义务，然而，其并没有真正制造风险，因此，也排除了对乙的客观归责。甲的“特别认知”又该如何处理？特别认知对客观归责是否有影响？这需要考虑到犯罪构成体系中主客观构成要件的相对独立性。甲虽然不能被客观归责，但其是否成立不作为犯？这又要判断甲是否符合不作为犯的成立条件及甲对丙的法益侵害性等问题。

三、客观归责理论初探

（一）客观归责理论概述

一般认为，客观归责理论产生于20世纪70年代的德国刑法学界^①，以Roxin为代表。^②其实在此之前，关于客观归责理论的研究早已有之，从黑格尔经Larenz到Honig，都对这一问题有所论述，但“黑格尔的归责思想是意志责任，即主观归责思想，亦即归责是行为主观面的问题”；“Larenz的客观归责结论，也并未能偏离这个主观归责主流理论”^③；而“Honig的客观归责理论兼具主观归责思想”^④。所以，在Roxin之前，众多学者的客观归责理论都不免打上主观归责的烙印，直到Roxin才将客观归责理论纯粹化、体系化。

Roxin认为客观归责原则包含三个判断标准：制造不被容许的风险、实现不被容许的风险以及该风险没有超出构成要件的保护范围。^⑤笔者认为，客观归责其实是对犯罪的判断增加了一定的条件，通过这三个标准来限制犯罪构成。亦即，客观归责是犯罪构成要件（客观构成要件）中增加的一个要素，它的存在，使犯罪构成更加严格。易言之，客观归责就是指当一定的行为与结果出现，并且在一般的判断下二者存在因果关系时，进一步讨论能否把这一结果归责于行为的问题。即“从各式各样的因果流程中，将经由行为主体所造成的外界变动，视为他的杰作，并归责给这个行为主体”，也就是说，“归责就是将某些客观事物算在行为主体的账上”^⑥。

① 参见许永安：《客观归责理论研究》，1页，北京，中国人民公安大学出版社，2008。

② 参见许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，191页，北京，法律出版社，2008。

③ 许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，186页，北京，法律出版社，2008。

④ 许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，191页，北京，法律出版社，2008。

⑤ 参见许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，192页，北京，法律出版社，2008。

⑥ 转引自许永安：《客观归责理论研究》，5页，北京，中国人民公安大学出版社，2008。

那么,为何要有客观归责这一要素的存在,其存在的意义何在?易言之,它是为了解决怎样的问题而产生的?我国有学者认为,“客观归责理论将因果关系与归责问题相区别,因果关系以条件说为前提,在与结果有条件关系的行为中,只有当行为制造了不被允许的危险,而且该危险是在符合构成要件的结果中实现(或在构成要件的保护范围内实现)时,才能将该结果归责于行为。”^①笔者认同这样的观点,客观归责是在完成了因果关系的判断之后,再通过三个标准来认定能否将结果归责于行为。因此,客观归责是对客观构成要件符合性的限定,同行为、结果、因果关系等都属于客观构成要件要素。

(二) 客观归责理论下的本案分析

上文所提到的 Roxin 关于客观归责的三个标准,在具体案例中应该如何判断和适用呢?“客观归责判断,是在构成要件行为已完成因果流程之后,再做反面的排除归责判断。”^②由此,也可看出,客观归责与因果关系是两个要素的判断,不能混为一谈,客观归责实质上是对客观构成要件的限制,是从反面来限定客观构成要件符合性。同时,这种排除归责的判断,或者说归责阻却事由的判断,与犯罪构成要件中的违法性阻却事由、有责性阻却事由相类似,都是在完成了常规的判断后,进一步从整体上审查案件事实时,对发现的异常情况的处理。

综上所述,对客观归责的判断通常是从反面来考察,看是否存在客观归责的阻却事由,如果存在,则否定客观归责的成立,进而否定客观构成要件符合性。显然,客观归责的阻却事由,就是每一个判断标准的否定,但是实际情况却复杂得多,在这三大阻却事由之下又包含许多具体的判断规则,因为对于具体案例的操作,需要更细化的规则,而不是泛泛、笼统的概括。现将 Roxin 客观归责的阻却事由理论,构图说明(见下图)^③。

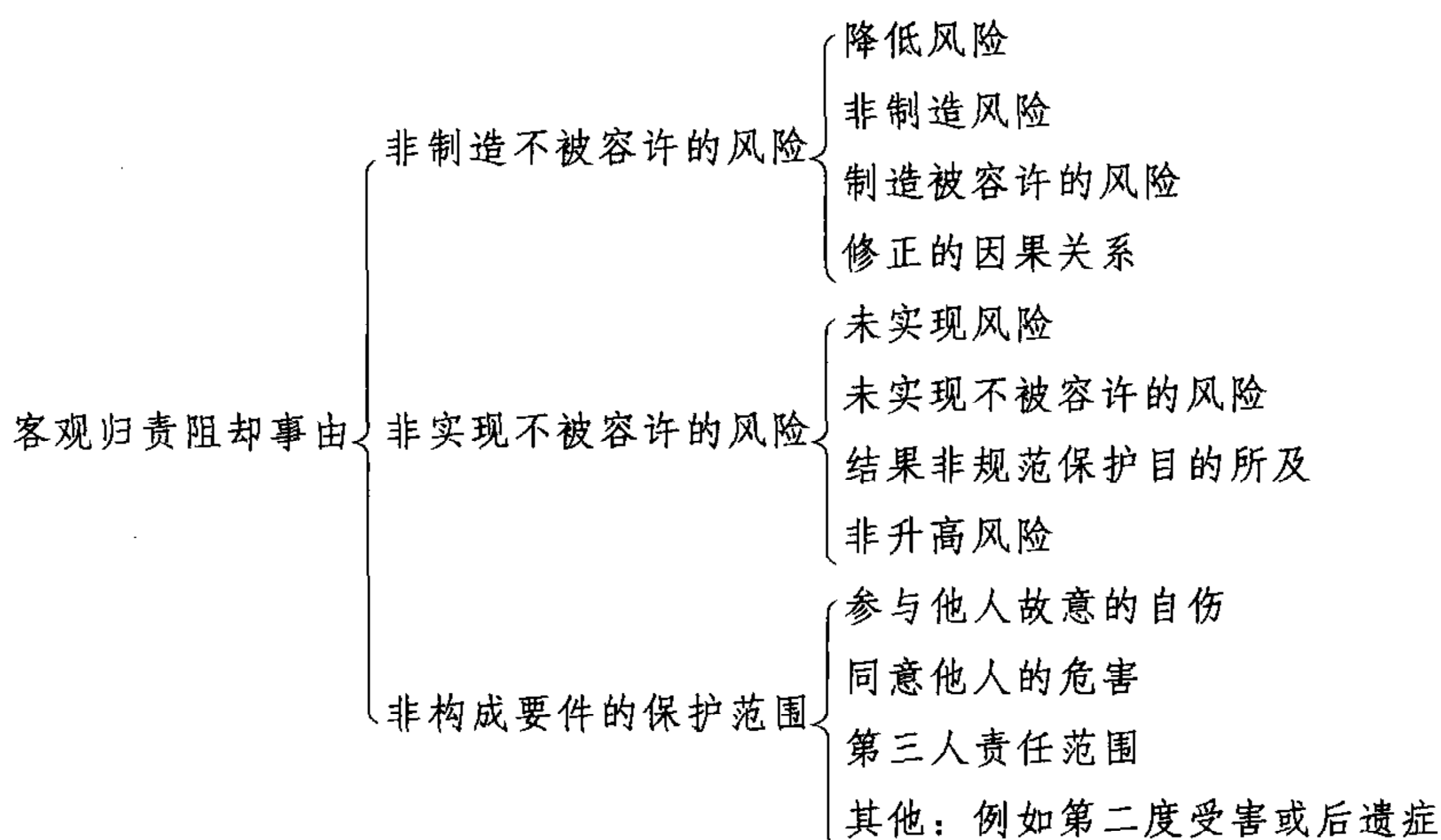
在以下每条具体的客观归责阻却事由之下,又有很详尽的论述以及一些经典案例与之对应^④,考虑到内容庞杂,而开篇所述案例只可能涉及其中的某条规则,所以在此不再一一介绍。那么,本案例属于以上某个阻却事由的情况吗?笔者认为,可以将本案例的情况归为“非构成要件的保护范围”中的“第三人责任范围”这一

① 张明楷:《刑法学》,3版,164页,北京,法律出版社,2007。

② 许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,16页,北京,法律出版社,2008。

③ 参见许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,15页,北京,法律出版社,2008。

④ 参见许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,192~203页,北京,法律出版社,2008。



项。所谓第三人责任范围就是指，“在防止结果的发生属于他人的责任领域时，该结果不属于行为人的行为所符合的构成要件的保护目的之内的结果，不能将结果归责于行为人。”^① Roxin 举过这样一个案例来说明此种情况：甲夜间驾驶卡车，但车后灯不亮，被警察拦下开罚单，为保护其他车辆安全，警察放置手电筒在车道上照明。随后警察要求甲开到下个加油站，并拟驾警车跟随其后，在甲车尚未发动前，警察拿走手电筒，这时，另一辆卡车撞上未开车灯的甲车，另一辆卡车上的乘客当场死亡。Roxin 认为，“连警察都会犯错，一般人民更无注意义务，当时警察已经继受了交通安全的维护义务，因此接下来发生的危险，都是警察的责任。”^② 也就是说，在警察拦下甲后，风险的防范义务就转嫁到了警察，其有防止危险结果发生的义务，如果警察未尽这样的义务，而制造并实现了不被容许的风险，就要对警察进行客观归责，而不是对甲。相类似地，在本案例中，对蘑菇是否有毒负有检查义务的显然是餐厅，而不是甲。餐厅有保证自己食品安全的义务，也就是说餐厅有义务防止蘑菇中毒这一危险结果。然而，餐厅却疏于这一防范义务，制造并实现了不被容许的风险，所以应将丙的死亡结果客观归责于餐厅乙，而非学生甲。

综上所述，客观归责的适用，很重要的一点是区分责任应当归于谁的问题，而要解决这一问题，就要审查是否存在“背后的第三人”在主导着危险结果的发生，比较行为人与第三人哪一方负有防止危险结果发生的义务，即由谁保障危险不被现

① 张明楷：《刑法学》，3版，165页，北京，法律出版社，2007。

② 许玉秀：《主观与客观之间——主观理论与客观归责》，203页，北京，法律出版社，2008。