

中国人民大学刑事法律科学研究中心系列丛书

学术顾问 高铭暄 王作富

编委会主任 戴玉忠

THE REVIEW OF CHINA'S CRIMINAL CASES

中国刑法案例 评论

(第一辑)

主编 谢望原 赫兴旺

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

D924.05

51

:1

2007

中国人民大学刑事法律科学研究中心系列丛书



THE REVIEW OF CHINA'S CRIMINAL CASES

中国刑法案例 评论

(第一辑)



主 编 谢望原 赫兴旺
主编助理 王立志 季理华 张亚平

责任编辑:冯雨春

图书在版编目(CIP)数据

中国刑法案例评论. 第一辑/谢望原, 赫兴旺主编.

—北京:中国法制出版社, 2007. 1

(中国人民大学刑事法律科学研究中心系列丛书)

ISBN 978 - 7 - 80226 - 706 - 0

I. 中… II. ①谢…②赫… III. 刑法 - 案例 - 分析 - 中国 IV. D924. 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 163240 号

中国刑法案例评论(第一辑)

ZHONGGUO XINGFA ANLI PINGLUN(DIYIJI)

主编/谢望原 赫兴旺

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787 × 960 毫米 16

版次/2007 年 1 月第 1 版

印张/43.75 字数/574 千

2007 年 1 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 80226 - 706 - 0

定价:79.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话:66010405

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288

中国刑法案例评论

第一辑

学术顾问:

高铭暄,中国人民大学荣誉教授、博士生导师、国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心名誉主任、中国法学会副会长、中国法学会刑法学研究会名誉会长

王作富,中国人民大学荣誉教授、博士生导师、国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心专职顾问、中国法学会刑法学研究会顾问、北京市刑法学会副会长

编委会主任:戴玉忠,中国人民大学法学院教授、博士生导师、国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心主任、最高人民检察院副部级专职检察委员会委员、最高人民检察院司法体制改革领导小组成员、中国法学会刑事民事诉讼法学研究会副会长、中国法学会常务理事

编委会成员:(排名不分先后)

谢望原,中国人民大学法学院教授、博士生导师、国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心副主任、区际刑法研究所所长、中央反商业贿赂领导小组专家咨询组成员、中国法学会刑法学研究会理事、中国监狱学会常务理事

赫兴旺,中国人民大学法学院副教授、法学博士、刑法教研室副主任、国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心办公室主任

张小虎,中国人民大学法学院教授、博士生导师、中国法学会青少年法制教育研究会执行会长、中国犯罪学研究会常务理事

刘明祥,中国人民大学法学院教授、副院长、博士生导师、国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心副主任、中国刑法研究所所长、中国检

察学会理事

黄京平,中国人民大学法学院教授、博士生导师、国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心执行主任、中国法学会刑法学研究会副会长、北京市海淀区人民检察院副检察长

韩玉胜,中国人民大学法学院教授、博士生导师、国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心副主任、犯罪和监狱学研究所所长、中国监狱学会副会长、北京市怀柔区人民检察院副检察长

冯军,中国人民大学法学院教授、院长助理、博士生导师、国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心副主任、外国刑法研究所所长

田宏杰,中国人民大学法学院教授、博士生导师

主编助理:

王立志,中国人民大学法学院刑法专业博士研究生、河南省政法管理干部学院讲师

季理华,中国人民大学法学院刑法专业博士研究生、新疆财经学院法学院讲师

张亚平,中国人民大学法学院刑法专业博士研究生、河南大学法学院讲师

时延安,中国人民大学法学院副教授、法学博士、国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心办公室副主任

付立庆,中国人民大学法学院讲师、法学博士

《中国刑法案例评论》总序

刑法学是一门应用性极强的科学。研究刑法学,除了从法哲学高度揭示其内在规律及其规范的价值蕴含,还必须运用抽象而艰深的刑法学原理来解析刑事司法实务中的具体案件。惟其如此,刑法学的研究最终才能实现其应有价值。事实上,世界上两大法系各国均十分重视案例研究。不但英美法系国家刑事审判以判例为重要依据,其刑法学主要奠基于典型案例的研判,而且一些重要的大陆法系国家早已建立刑事判例制度,且经典案例也是其刑法学说的重要根据。我国虽然不承认判例的普遍法律效力,但很久以来,我国最高人民法院就在《最高人民法院公报》上公布典型刑事案件,用以指导我国的刑事司法实践。近若干年来,我国刑法理论界也越来越重视案例研究,出版了诸多以典型刑事案件为研究对象的著述。但是,无须讳言,我国的案例研究视野与研究水平仍然有待拓宽和提高。

基于此种考虑,为了使抽象的刑法学理论真正能够与刑事司法实践完美结合,既为我国刑事司法部门提供具体案件认定或处理的理论指导,又为刑法学者和刑事司法部门的专家提供一个对刑法学进行实证研究的学术阵地,国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心决定出版《中国刑法案例评论》。

《中国刑法案例评论》的基本定位是:力求刑法理论与刑事司法实践完美而紧密结合,既是刑法学者的重要理论阵地,又是刑事司法实践部门和律师实务部门的重要参考或指导用书,还是一般公民学习和了解刑法理论与刑事案件定性的重要读物。

《中国刑法案例评论》每卷栏目或板块将根据稿件内容灵活安排,但主要将分别研究探讨以下问题:

1. 根据我国当前刑事司法实践在定罪与量刑方面的疑难问题,约请知名刑

法学者或者法官、律师以具体案例阐释解决刑事案件的理论根据;

2. 针对司法实践中已经刑事判决的真实案件进行探讨,总结其成功判决根据,分析其不当判决理由,为司法机关今后正确适用刑法提供理论根据;

3. 针对最新刑法立法(包括修正案)与刑法解释(立法解释与司法解释)做出评论,研究最新立法与司法问题,总结其成功之处,指出其不足所在,并对如何完善刑法立法与刑法解释提供理论支持;

4. 选取真实刑事案件,以刑法理论为根据,对其进行分析评论,提出正确解决思路;

5. 选取域外著名刑事案件与重要刑法问题,以具体案件所在国家或地区的刑法立法和理论为根据,对该具体案件与刑法问题进行分析评论,从而为我国处理类似案件或推进刑法理论研究提供借鉴;

6. 其他对刑事司法实践与理论研究有重要意义的实例问题。

哲人歌德曾经有言:理论总是灰色的,实践之树常青。刑法学理论也难免总是落后于刑事司法实践。经验证明,对发生在现实生活中的活生生具体刑事案件进行研究,既能有效提高刑事司法实践与刑事律师实务水平,又能促进与推动刑法学理论研究的发展。我们真诚欢迎国内外广大刑事法学者、刑事立法与司法实务部门以及律师界的专家以各自行业的特有风格为本书撰稿——学者可以对具体刑事案件侧重思辨性学理研究,法官可依审判经验与刑法学说不偏不倚论案说法,检察官则可以从证明犯罪成立的立场就具体案件发表高见,而律师当然也可以从刑事辩护的角度就具体案件进行无罪或罪轻的阐释!总之,我们热切地期待着您富有逻辑与新意的刑事案例研究文章!我们也坚信通过我们大家的努力与精诚合作,能够积极推动和促进我国的刑事法制建设!

国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心

2006年9月18日

第一编 刑法总则疑案

1. 从一桩案例看我国刑法共同犯罪规定要旨 屈学武 吴光侠 (3)
——按杀人犯要求将小孩带离现场是否构成共犯
2. 关于刑法第 20 条第 3 款的若干问题思考 游涛 (11)
——被告人吴某某正当防卫案
3. 被假释犯罪分子漏罪、新罪处理中的若干疑难问题 杨子良 (23)
——郝某某合同诈骗、诈骗案
4. 结果加重犯基本问题研究 于同志 (33)
——王某某强奸案法律适用问题探讨
5. 牵连犯自首的认定 任国库 (56)
6. 从“黄某某故意伤害案”看公民的私力救济方式 汪 娟 (65)
7. “受委托管理、经营国有财产”的认定 欧阳永强 刘 涛 (73)
——甲某冒领汇款案
8. 张某等人故意杀人、抢劫案 方文军 (82)
——“到案前”协助抓获重大同案犯罪嫌疑人构成重大立功
9. 石某某等非法获取国家秘密案 王 拓 刘 璐 (93)
——揭发与自己犯罪有关联的他人犯罪行为能否认定为立功
10. 刑事附带民事诉讼中被告人的确定与处理 黎 璠 (108)
——对某二审判决的分析
11. 论监守自盗行为的定性 李 斌 (115)
——身份共犯罪名认定问题

第二编 刑法分则疑案

1. P 为境外窃取、非法提供国家秘密罪辨析…………… 谢望原 (131)
——以刑事辩护为视角
2. 行为人私自存放爆炸物行为的定性探析…………… 胡云腾 徐 峰 (138)
3. 爆炸罪停止形态论析…………… 刘凤岭 (146)
——兴某某爆炸案
4. 肇事交通工具单位主管人员能否构成交通肇事罪的主体…………… 王松波 (157)
——兼论过失共同犯罪
5. 邮政储蓄所营业员伪造存折转移客户存款的定性分析…………… 黄 皓 顾校荣 (172)
6. 为权利而斗争…………… 王剑波 邢晓冬 (184)
——从帅某骗保案谈起
7. 由家庭暴力引起的故意杀人案认定中的几个问题…………… 季理华 (196)
8. 法外开恩与男性视角质疑…………… 林 海 (206)
——“受虐妇女杀夫案”分析
9. 虐待过程中的故意伤害罪…………… 许 霞 (221)
10. 谈对刑法第 292 条第 2 款的理解…………… 王延永 景 景 (234)
——由一起聚众斗殴案件引起
11. “婚内强迫性行为”与强奸罪的对比分析…………… 刘 隽 (244)
——兼论“婚内强奸”犯罪化的刑罚效益
12. 王某“强奸”王某某一案的认定…………… 陈灏珺 (257)
13. 抢劫罪、敲诈勒索罪与绑架罪的区别…………… 赵子强 (267)
——从一则案例说起
14. 从一案例看绑架期间夺取财物行为的认定…………… 赵 宇 (275)
15. 安民诈骗案司法认定中的难点释疑…………… 赵 剑 (283)
——“骗”、“窃”、“夺”交织行为如何定性问题理论探微

16. 审判员索取并涂改借条进行诉讼诈骗行为的认定 罗 灿 (294)
17. 张某诈骗案 宋皓东 (307)
18. 以上访要挟政府是否构成敲诈勒索罪 郑礼华 (314)
19. 对我国刑法中“容留”的几点认识 周海洋 (323)
20. 多次受贿若干问题的探讨 沈玉忠 (331)
- 以查某受贿案为视角

第三编 司法实案研析

1. 交通肇事罪中的违章行为与危害后果的因果关系
如何认定 朱 平 (347)
- 宋某交通肇事案
2. 强奸精神病妇女是否符合“情节恶劣”的规定 龙显雄 (356)
3. 如何理解刑法第 239 条绑架罪中规定的“杀害被
绑架人”的含义 聂洪勇 (363)
- 王某绑架案
4. 刑法上婚姻的含义 李立众 (374)
- 论重婚罪的成立范围
5. 入户盗窃未遂的定罪问题研究 朱铁军 (390)
6. 从一则案例谈我国刑法中的“亲属相盗”问题 孙春雨 (397)
7. 设置赌博圈套骗取他人财物的性质认定 丁天球 (414)
8. 挪用资金罪的司法认定 臧德胜 陈德玲 (422)
- 被告人林某某挪用资金案的法律问题研讨
9. 挪用资金归个人使用的认定 罗鹏飞 (431)
- 侯某挪用资金、职务侵占案法律问题研究
10. 对行为含义的解析直接影响犯罪的构成 付 艳 (438)
- 以一起倒卖伪造的有价票证案为例
11. 杜某某非法行医案分析 黄小明 (445)
- 非法行医罪的主体要件分析及量刑考量

12. 家庭成员或近亲属之间侵犯财产犯罪该如何处理? 吴小军 (454)
——以一起职务侵占案为例
13. 无隶属关系的职务低者利用职务高者之职务便利能否
构成斡旋受贿罪 赵瑞罡 (466)
——尹智富受贿案法律问题评析
14. 职务犯罪中“畏罪自杀”案件的处理 程 昊 任能能 (481)
15. 存疑案件如何把握证据确实、充分的证明标准 ... 王培忠 陆建红 (490)
——陈某强奸案
16. 本案的证据情况是否达到了定罪标准? 郭立锋 (500)
——兼谈刑事证据的采信思路

第四编 立法与解释点评

1. 《刑法修正案(六)》评析 冉巨火 (517)
2. 非法鉴定胎儿性别行为不入罪之缘由 王立志 (528)
3. 枉法仲裁罪的理解与适用 闫志旻 裴 艳 (567)

第五编 境外刑法与刑案

4. 英国刑法核心理论问题论要 [英] William Wilson 著 (583)
罗 灿 译 谢望原校
5. 被害人行为的介入与因果关系 [日] 山口厚著 付立庆 译 (597)
6. 德日刑法中的遗弃犯罪及其借鉴 钱叶六 胡嘉金 (610)
——从出租车司机洪某遗弃他人致死案开始谈起
7. 从英国对性犯罪法律的修改看强奸罪概念的变化 杜 江 (621)
8. 香港的白领犯罪辩护 Simon N. M. Young 著 李明明译 (628)
——对李明治案的分析

第六编 新型案例

1. 由虚拟至现实的嬗变 赫兴旺 严玲玲 (657)
——网络虚拟财产的刑法意义
2. 我国商标权犯罪实证研究 蔡桂生 (669)

附 录

- 《中国刑法案例评论》稿约与撰写体例 (684)

The Review of China's Criminal Cases

第
一
编

刑法总则疑案

从一桩案例看我国刑法共同犯罪规定要旨

——按杀人犯要求将小孩带离现场是否构成共犯

◎ 屈学武* 吴光侠**

目 次

一、基本案情

二、争议焦点

三、观点透析

(一) 被告人戴某应与于某构成共同故意杀人罪

(二) 戴某应被认定为从犯

(三) 被告人戴某的行为不再构成包庇罪

一、基本案情

被告人于某，女，1967年12月2日生，农民，因本案于2001年8月14

* 中国社会科学院法学研究所研究员、刑法室主任、教授、博士生导师。

** 中国社会科学院法学研究所博士后研究人员，最高人民法院审判员、高级法官。

日被刑事拘留, 同月 28 日被逮捕。

被告人戴某, 男, 1976 年 9 月 26 日生, 农民。拘留、逮捕时间同上。

山东省某市人民检察院起诉书指控被告人于某犯故意杀人罪、被告人戴某犯包庇罪, 于 2002 年 6 月 21 日向某市中级人民法院提起公诉。

经山东省某市中级人民法院一审审理查明: 被告人于某因与丈夫阚某关系不睦, 2000 年外出打工, 并与被告人戴某相识, 后二人非法同居。其间, 二人商定结婚事宜, 于某因回原籍离婚不成, 便产生使用安眠药杀害丈夫的念头, 并将此告知了戴某。2001 年 8 月, 于某因母亲有病, 同戴某一起回到家中。8 月 13 日上午, 于某与其 10 岁的儿子及戴某在药店买安眠药未果。下午, 三人回到家中, 于某又以给戴某介绍对象为名, 到秦淮药店买回 6 片安眠药, 乘其丈夫外出买酒之际将安眠药碾碎, 并告诉戴某要乘机治死其丈夫阚某。当晚, 于某与丈夫阚某及其儿子和戴某一起喝酒、吃饭, 待阚某酒醉后, 于某乘机将碾碎的安眠药冲兑在水杯中让阚某喝下。因阚某呕吐, 于某怕药物起不到作用, 就指使戴某将她的儿子带出屋外。之后, 于某用毛巾勒躺在床上的丈夫的脖子, 用双手掐其脖子, 致其机械性窒息死亡。当戴某见阚某死亡后, 将于某用的毛巾带离现场后扔掉。

一审法院认为, 被告人于某为达到与戴某生活的目的, 使用安眠药, 又用毛巾勒、手掐压颈部, 致其丈夫死亡, 其行为构成故意杀人罪, 公诉机关指控罪名成立, 且动机卑劣、后果严重, 应依法严惩。被告人戴某明知于某要治死其丈夫, 不但不加阻止, 反而将于某的儿子带离现场, 以便于某顺利实施犯罪; 在被害人死亡后, 又将作案用的毛巾带走, 二人共同逃离现场, 毁灭罪证。被告人戴某的行为符合共同犯罪的构成要件, 其行为已构成故意杀人罪。公诉机关指控其犯包庇罪, 罪名不当, 应予纠正。在犯罪中, 被告人戴某起辅助作用, 属从犯, 应予从轻处罚。据此, 作出如下判决:

一、被告人于某犯故意杀人罪, 判处死刑, 剥夺政治权利终身。

二、被告人戴某犯故意杀人罪, 判处有期徒刑十年。

一审判决后, 二被告人不服, 提出上诉。被告人于某辩称, 戴某没参与杀人。被告人戴某及其辩护人辩称, 于某杀人时其不知道, 一直没进屋, 认为无共同犯罪行为, 构不成故意杀人罪, 也不构成包庇罪。经二审法院审理, 基于与一审认定同样的事实和理由, 裁定驳回上诉, 维持原判。

E、争议焦点

在本案起诉和审理过程中,对被告人于某构成故意杀人罪没有争议,但对戴某的处理围绕以下问题存有分歧:(1)被告人戴某能否与于某构成共同犯罪?(2)在共同犯罪中如何认定主犯与从犯?戴某可否认定为从犯?(3)被告人戴某隐匿证据的行为是否仍构成包庇罪?

F、观点透析

通过对本案事实的分析,根据我国刑法有关共同犯罪的规定,笔者认为,被告人戴某能够与于某构成共同犯罪,可以认定于某是主犯、戴某是从犯,戴某的隐匿证据行为不再构成包庇罪。

(一) 被告人戴某应与于某构成共同故意杀人罪

根据我国刑法第25条第1款的规定,共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。根据我国刑法主客观相统一原则,有主观上的共同犯罪故意和客观上的共同犯罪行为,是构成共同犯罪的两个必要条件。

所谓共同犯罪故意,是指共同犯罪人通过意思联络,认识到他们共同的犯罪行为会发生危害社会的结果,并决意共同实施犯罪,希望或者放任该结果发生的心理态度。“共同”不仅有“相同”的含义,而且有“合意”的含义。它包括两方面内容:一是各共同犯罪人都有相同的犯罪故意,要求各共犯人都明知共同犯罪行为的性质、危害社会的结果,并且希望或者放任危害结果的发生。各共犯人均对同一罪持有故意,而不要求故意的形式和具体内容完全相同。就故意形式而言,双方均为直接故意、间接故意以及一方直接故意一方间接故意时,只要是同一犯罪的故意,都可成立共同犯罪。就故意的具体内容来说,只要求各共犯人具有法定的认识因素和意志因素,即使故意的具体内容不完全相同,如实行犯与帮助犯的故意,也可成立共同犯罪。二是各共犯人之间具有意思联络,都认识到自己不是在孤立地实施犯罪,而是在和他人一起共同犯罪。^①如果从民法合同的角度看,这可以视为二人以上的一种合同意向和合成。共同故意的形成过程,也就是一种合同的要约和承

^① 张明楷:《刑法学》,法律出版社2003年版,第325页。