

(第五辑)

刑事案例研究

与

司法问题释疑

龚培华 主编

上海交通大学出版社

刑事案例研究与司法问题释疑

(第五辑)

龚培华 主 编

上海交通大学出版社

内 容 提 要

本书具有案例的典型性、实用性和理论性。

案例的直观性,能够使司法工作人员了解立法者的原意;案例的典型性,能够使司法工作人员统一认识,正确运用法律。所以,那些源于实践、说理透彻、论证严密的案例研究一直受到司法工作人员和法学研究人员的欢迎。本书收集了上海司法实践中的新类型案件,以供读者及时了解新类型案件。

图书在版编目(CIP)数据

刑事案例研究与司法问题释疑. 第五辑/龚培华主编. —5 版. —上海:上海交通大学出版社,2009

ISBN 978-7-313-04045-9

I. 刑… II. 龚… III. 刑事诉讼法—案例—分析—中国 IV. D925. 205

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 066387 号

刑事案例研究与司法问题释疑

(第 五 辑)

龚培华 主编

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 951 号 邮政编码 200030)

电话: 64071208 出版人: 韩建民

立信会计出版社常熟市印刷联营厂印刷 全国新华书店经销

开本: 880mm×1230mm 1/32 印张: 11.375 字数: 324 千字

2005 年 8 月第 1 版 2009 年 2 月第 5 版 2009 年 2 月第 6 次印刷

ISBN 978-7-313-04045-9/D·113 定价: 25.00 元

版权所有 侵权必究

编写说明

当前,法治已成为现代社会的主流话语,司法的功能和作用日益扩大,司法的能动性也越来越强。纵观我国近年来的立法发展,可以看到诸多新类型的案例对我国法律创制、解释等方面发挥了积极的作用。尽管从法律形式和司法运作等方面看,我国属于成文法国家,但随着社会主义法制建设进程的不断推进,刑法理论界和司法实务界越来越重视案例研究的重要意义。刑事法律是相对静止的,而刑事司法却是始终发展、变化的。司法实践表明,刑事案例是联结刑事立法和刑事司法的桥梁,是推动刑事立法、刑事法律理论发展的重要动力。

案例的直观性,能够使司法工作人员了解立法者的原意;案例的典型性,能够使司法工作人员拓宽思路、全面分析问题;案例的示范性,能够使司法工作人员统一认识,正确适用法律。所以,那些来源于实践、说理透彻、论证严密的案例研究一直受到司法工作人员和法学研究人员的欢迎。为此,我们在广泛收集检察办案实践中出现的案例和司法问题的基础上,编辑了《刑事案例研究与司法问题释疑》一书,旨在展示不同观点,研析疑难案例,阐述刑法学理,营造研究氛围。

本书由上海市检察官协会组织编写。在编辑本书时,我们注意把握以下几点:

第一,案例的典型性。本书所采集的案例基本是在检察办案过程中存在较大争议的案例,而且这些争议问题又涉及对刑法适用中的一类问题的理解。

第二,案例的实用性。在编辑时,我们既注意全面反映案件的客观情况,又罗列了司法实践部门的不同争议观点,重点放在对法律适用问题的理解上,使读者能举一反三、学以致用。

第三,案例的理论性。本书中案例的作者大多是长期从事检察实践工作,又具有较深理论功底和较强研究能力的检察官。他们以案例

为对象,在刑事法学理论和原理的层面上展开研究,以点触面,触类旁通,使刑事法理论和司法实践得到较为全面的结合。

需要说明的是,随着犯罪形势的不断演变,司法实践中出现了越来越多的新型犯罪案件,对这些犯罪行为如何准确定罪量刑,无论是理论界还是司法实务部门,都有一个逐步认识和深化的过程,尚未形成定论。我们将这些案件的案例分析文章也收入本书,供理论界和实务部门借鉴参考或进一步研究之用。

自2005年8月以来,《刑事案例研究与司法问题释疑》已连续出版四辑。除继续保持本书案例典型性、实用性和理论性等特点外,在第五辑的编撰过程中,我们还注重搜集上海司法实践中的新类型案件,将在城区主干道驾车“碰瓷”骗取钱财行为,盗卖他人房产行为,利用互联网盗窃Q币等“虚拟财产”行为、盗窃机动车号牌后敲诈车主等行为的定性问题形成案例文章,收入本书,以供读者及时了解上海新型犯罪动态。由于我们水平有限,在本书编辑中有不当之处希望司法实务界的同仁和刑事法理论界的专家予以批评指正。

编者

2009年1月

目 录

案例部分

正当防卫	3
被抢后驾车撞击嫌疑人的行为是否属于正当防卫	3
犯罪的预备、未遂和中止	10
网络盗窃款被银行冻结情形的犯罪形态如何认定	10
将他人挎包窃离原位置后即被抓获的行为是既遂还是未遂	15
数罪并罚	20
税务专管员帮助他人偷税并收受贿赂的是否应数罪并罚	20
收受好处后以单位名义将公款供其他单位使用的， 是一罪还是两罪	25
选择性罪名应如何理解和适用	29
危害公共安全罪	35
在城区主干道驾车“碰瓷”骗取钱财的行为如何认定	35
当场以放火为手段勒索他人财物的行为应如何认定	40
妨害对公司、企业的管理秩序罪	45
伪造银行结算凭证骗取公司登记的行为应如何定性	45

破坏金融管理秩序罪	51
使用假币罪中的“明知”应如何认定	51
金融诈骗罪	56
陪同他人用盗窃来的信用卡取款的行为应如何定性	56
扰乱市场秩序罪	61
无力履行合同、归还欠款后,在外躲债行为应如何定性	61
虚构事实变卖他人房屋并使买家取得产权的行为如何认定	66
盗卖他人房产的行为应如何定性	70
无履约能力而先行收受服务费并拒不退还的行为如何认定	75
擅自开展无实物交割黄金保证金交易业务的行为如何定性	80
被害人自行诱惑查证而打假的,对被诱惑者是否追究 刑事责任	85
诱骗他人接受服务并暴力威胁收取高额费用的如何定性	93
代客排队购买火车票的行为如何定性	98
侵犯公民人身权利、民主权利罪	102
销售的河豚鱼被不当食用导致死亡的,对销售行为 应如何定性	102
如何界定故意伤害致人死亡与过失致人死亡	107
没有犯意联络的强奸行为可否构成轮奸	111
以剥夺人身自由为手段的抢劫罪与绑架罪应如何区分	115
绑架他人并骗取第三方财物的行为应如何定性	121
侵犯财产罪	126
强行拉住被害人双手并夺取所戴戒指的行为应如何定性	126
窃得银行卡后为取得密码当场使用暴力的行为应如何定性	130
如何区分抢劫罪和敲诈勒索罪中的“威胁”	135

以债权债务凭证为对象的抢劫行为如何认定·····	141
盗窃后逃逸途中被发现并抗拒抓捕的行为如何认定·····	147
利用互联网盗窃 Q 币等“虚拟财产”的行为是否构成盗 窃罪·····	152
保安人员利用值班之际窃取公司专人保管的财物应如何 定罪·····	156
偷窥密码后截留信用卡提现的行为应如何定性·····	161
骗他人拿出财物并乘机窃走的行为应如何定性·····	168
骗取信任后顺手牵羊的行为应如何定性·····	172
受国家工作人员委托处理财物的人隐匿款项的行为如何 定性·····	176
冒用他人名义制发领料单领取公司生产原料的行为如何 定性·····	181
注销他人借用自己的银行卡并占有卡内钱款的行为 如何定性·····	186
侵占罪中的代为保管应如何理解·····	193
擅自转让三资企业机动车牌照额度的行为应如何定性·····	199
盗窃机动车号牌后敲诈车主的行为应如何定性·····	205
为索回赌资敲诈钱款的行为应如何定性·····	209
扰乱公共秩序罪·····	214
协助民警执行公务的社保队员能否成为妨害公务罪的 行为对象·····	214
寻衅滋事罪中的“随意殴打他人”如何认定·····	221
妨害司法罪·····	228
指使证人做部分虚假陈述的行为如何认定·····	228
被窝藏人未归案情形下能否追究窝藏人的刑事责任·····	233

妨害国(边)境管理罪·····	239
帮助他人骗取边境通行证的行为应如何定性·····	239
走私、贩卖、运输、制造毒品罪·····	245
以贩卖为目的运输毒品的行为应如何定性·····	245
组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪·····	250
以“性交”以外的方式提供性服务的行为能否认定为卖淫·····	250
制作、贩卖、传播淫秽物品罪·····	254
利用网吧内的局域网传播淫秽物品应如何定罪处罚·····	254
被组织者少于三人是否可以构成组织淫秽表演罪·····	260
贪污贿赂罪·····	266
增设环节重复审计并收取“介绍费”的行为如何认定·····	266
国家工作人员向特定关系人低价销售本单位房屋的行为	
如何认定·····	271
让妻子接受他人请客赴国外旅游的是否属于受贿犯罪·····	277
私自承揽单位交办工作并从中获利的行为如何定性·····	283
被同伙欺骗将贪污赃款误认为贿金予以收受的行为	
应如何定性·····	288
低价受让股权并分红的行为是否构成受贿罪·····	293
民办高校履行招生职责的人员是否属于国家工作人员·····	298
渎职罪·····	303
烟草稽查员放纵事先通谋的销售假烟行为应如何定性·····	303
刑事诉讼·····	309
减刑后发现原审判决计算剥夺政治权利期限有误的	

能否抗诉·····	309
如何审查、运用指纹证据·····	313
如何判断侦查实验结果在刑事诉讼中的证明力·····	318
共犯口供能否作为定罪的主要证据·····	324
被告人供述不稳定的如何运用间接证据认定故意杀人案·····	329
电子证据如何鉴证·····	333
如何证明赃物犯罪中的“明知”·····	339

释疑部分

国家工作人员在 2002 年 4 月 28 日以前实施的“个人 决定以单位名义将公款供其他单位使用,并谋取个人 利益”的行为如何适用法律·····	347
程序交叉案件如何进行程序选择·····	350
公、法认识分歧的案件如何进行程序选择·····	352

案例部分

正当防卫

被抢后驾车撞击嫌疑人的行为 是否属于正当防卫

一、基本案情

2006年7月14日上午,李某驾驶轿车在路口遇红灯后在机动车直行车道停下(前方已停有三辆机动车,离路口约15米),突然有人从右边车窗外伸手将其放在副驾驶室座位上的皮包拎走(包内有人民币4000余元等财物)。李某抬头发现右侧机动车转弯车道上有一辆二轮摩托车驶过,怀疑自己的包是被摩托车上的两人所抢,随即将汽车从直行道转至右侧转弯道向前行驶追赶。在近人行横道处,汽车正面左部与摩托车后侧相撞,致使摩托车倒地侧滑。坐在摩托车后座的陈某与摩托车一起摔倒在地,坐在前座的摩托车驾驶员被抛起后摔倒在前方,但随即爬起从十字路口横穿武宁路沿曹杨路由北向南逃跑。李某驾车绕过躺在地上的陈某继续追赶但未追到,后返回现场。陈某被送往医院抢救无效死亡。

二、分歧意见

对李某的行为如何定性存在四种不同意见:

第一种意见认为,李某的行为属于交通肇事,但不构成犯罪。理由

是:李某发现财物被抢,随即展开追赶的行动是依法保护自己的财产权,违反交通规则,在追逐过程中发生的交通事故,李某由于负次要责任,不符合交通肇事罪定罪要求。因此李某的行为不构成犯罪。

第二种意见认为:李某的行为构成过失以危险方法危害公共安全罪。理由是:李某应当知道在交通繁忙的闹市路口驾车追人具备潜在的事故危险,但显然没有尽到一名驾驶员和普通公民应有的注意义务,为了追回自己的财物,违反交通规则,在闹市交通高峰期以驾车方法造成危害后果,放任公共安全危险的发生。其行为构成过失以危险方法危害公共安全罪。

第三种意见认为:李某的行为构成过失致人死亡罪。理由是:李某从直行车道变道至转弯车道并直行追击,其没有停顿,最终导致特定对象死亡的结果,在陈某倒地后李某也没有停车察看,反而继续驾车追赶另一名在逃人员。说明李某对于被追和被撞人员的生命、身体健康视而不见,证实其实实施行为中对于可能造成伤亡后果应当预见而没有预见,主观上存在疏忽大意的过失。因此,李某的行为构成过失致人死亡罪。

第四种意见认为:李某的行为构成故意伤害罪(致死)。理由是:李某为了追回被抢财物采取必要的追索行为是合理的,但是其明知轿车与二轮摩托车间力量不平衡对比,撞车后一人死亡,放任危害结果的发生。因此李某的行为构成故意伤害罪(致死)。

三、法理研究

1. 李某罪与非罪的界定兼论对生命权的保护

有观点认为,在严厉打击“两抢一盗”的刑事政策下,特别是基于当前“飞车抢夺”犯罪日益猖獗的态势,对于被害人追回财物采取的过错行为不应过于苛责,一般不追究行为人刑事责任为妥。

在遭受不法侵害后,法律允许并鼓励被害人通过自己的行为抓捕不法侵害人,挽回损失。因此李某驾车追赶摩托车符合法律规定,是合法正当的行为。但是法律对公民的人身、财产等合法权益的保护具有

普遍性。被害人所采取的救济手段应当具有适当性,救济的权益和侵害之间应具有相当性。一旦权利使用过限造成危害后果的,同样应当依法惩处。本案中李某主观上存在明显过错,其作为一名驾驶员,对驾驶机动车辆高速撞击摩托车所存在的高度危险性是明知的,对可能造成他人伤亡的危害后果也是有所认识的。客观上实施了撞击的行为,造成了一人死亡的严重危害后果,并且撞击行为与死亡后果具有刑法上的因果关系,具有刑事可罚性,构成犯罪,应承担刑事责任。

本案中死者陈某尽管涉嫌抢夺人民币4000余元,但在实施抢包以及随后逃跑的过程中,都没有使用暴力或是凶器来威胁李某,依据刑法的相关规定,最高可判处三年有期徒刑,但却付出了生命的代价。死者的抢夺行为理应受到法律制裁,但这种制裁应当是依照程序的,是有限度的。生命权是人最基本的权利,根据法律的价值位阶原则,生命权大于财产权,这是一个常识,无需证明;这是一个真理,无需阐释。刑法对生命权的保护应当优先于财产权。财产权如果丧失还有弥补的可能,而生命一旦失去就再无法挽回。在法治社会,一个人的生命非经法定事由和法定程序不能人为地予以剥夺,即使犯罪嫌疑人和罪犯亦是如此。抢夺是一项侵财性犯罪,而撞车则属于伤害他人生命身体。李某在维护自己财产权的同时,却剥夺了他人的生命权,其行为所造成的严重后果远远大于其所救济的财产权益,具有一定的社会危害性,并不属于刑法第13条但书的规定“情节显著轻微”,构成了犯罪。

2. 交通肇事和以危险方法危害公共安全的排除

交通肇事罪和以危险方法危害公共安全罪侵犯的客体是公共安全,也即不特定的多数人的生命、健康和重大公私财产的安全^①。而本案中李某的行为对象特定,目标明确,其开车撞击的直接指向为二轮摩托车上的两名男子,侵犯的客体是公民个人的生命权利。在当时特定的时间和场合,并不构成对公共安全的危险,客观上也没有造成不特定人员的伤亡后果。另外交通肇事是以违反交通运输管理法规为前提,

^① 余剑. 新刑法适用案例指导丛书——危害公共安全罪[M]. 北京:法律出版社,1999:

或酒后肇事,或疲劳驾驶,或抢行等造成交通事故;以危险方法危害公共安全则表现为在闹市区开车横冲直撞、不计后果,李某开车直接撞击摩托车的行为均不符合上述情形。因此李某行为的性质可以排除交通肇事和以危险方法危害公共安全。

3. 过失致人死亡罪与故意伤害罪(致死)的选择

对于李某所触犯的罪名,大多数意见集中在过失致人死亡罪与故意伤害罪(致死),两个罪名的特征确实非常相近,容易混淆,下面就两罪各自的特点和区别展开论述。

(1) 过失致人死亡罪的观点及理由。过失致人死亡罪是指行为人由于过失致他人死亡的行为,本罪的客观方面表现为行为人的行为直接造成他人死亡的结果;主观方面是过失,表现为行为人对于造成他人死亡的结果是过于自信的过失或疏忽大意的过失。所谓疏忽大意的过失是指行为人应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果,因为疏忽大意而没有预见,以致发生这种结果的心理态度^①。

有观点认为,本案中李某作为一名驾驶员,对驾驶汽车高速撞击摩托车所造成的危害后果是应当而且能够预见的,但由于事发突然,驾驶汽车追赶摩托车是被抢者的自然反应,试图通过撞击方式阻止抢夺者逃跑也在情理之中,情急之下就使李某产生了疏忽的心里,对可能发生的危害后果没有预见,客观上最终导致了陈某的死亡,因此属于疏忽大意的过失犯罪,符合过失致人死亡罪的构成要件。

(2) 故意伤害罪(致死)的观点及理由。所谓故意伤害罪是指行为人明知自己的行为会造成他人伤害的结果,并且希望或者放任伤害结果的发生,但结果却出乎意料的(即过失)造成他人死亡。致人死亡的,属于故意伤害罪的结果加重。故意伤害致死的构成必须符合以下几个条件:①行为人主观上有伤害他人身体健康的故意;②行为人客观上实施了伤害他人身体健康的行为,造成了他人死亡的结果^②。

① 张世琦. 中国新刑法 422 个罪名例解[M]. 北京:人民法院出版社,2003.

② 余剑. 新刑法适用案例指导丛书——侵犯公民人身权利、民主权利罪[M]. 北京:法律出版社,1999:25.

李某作为一名司机,应当明知在汽车高速行驶时将摩托车撞倒肯定会造成对方伤害后果,却不计后果地撞击摩托车,这充分说明李某“明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且放任这种结果的发生。”其将摩托车撞倒,将二人撞飞,并没有下来察看,更没有对陈某采取积极抢救措施,导致陈某最终死亡,这充分说明李某明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且放任这种结果发生的,客观上也发生了危害结果,是故意犯罪。

(3) 李某构成故意伤害罪(致人死亡)。过失致人死亡罪和故意伤害罪(致人死亡)的相同点在于客观上都发生了死亡的结果,行为入主观上对死亡结果的发生都属于过失心态,即不希望也不放任死亡结果的发生,死亡结果的发生是出乎意料之外的。

两罪的不同点在于故意伤害致死具有伤害他人身体健康的故意为前提,过失致人死亡是故意伤害的加重结果。而过失致人死亡罪中,行为入既没有伤害的故意,也没有杀人的故意。在个案中区分两罪,需要根据具体案情进行具体分析,从行为入客观表现的具体行为到主观意识进行判断。尤其需要进一步分析李某在实施行为之时的主观心理态度,这是区分故意伤害致人死亡,或者是过失致人死亡的关键所在。入的主观心理,总是通过外部的客观行为表现出来^①。

从认识因素看,对于行为入预见能力的考察,要坚持主客观相统一的原则。根据行为本身的危险程度、行为的客观环境以及行为入的知识和实践水平,判断行为入在当时的情况下是否有能力预见结果的发生。就本案而言,存在着一系列反映李某明知可能造成的伤亡结果的因素:李某是智力发育正常的青年驾驶员,对于汽车的加速度性能和汽车摩托车之间的力量对比悬殊具有一定的认识;李某实施的打击强度高,对于撞击导致摩托车上人员摔下可以认识,尤其是在以汽车正面直接撞击摩托车尾部,更具有预见到伤亡结果发生的可能性。综合考虑以上因素,笔者认为,应当肯定李某在当时对于可能发生的伤亡结果具有预见能力,并且从程度上讲盖然性非常高,属于故意犯罪中的“明

^① 张耕. 刑事案例诉讼审评[M]. 北京:中国检察出版社,2005:146.