

刑事判例研究

XING SHI
PAN LI YAN JIU

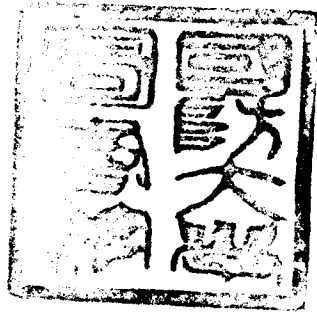


国防大学出版社



国防大学 2 063 4538 3

刑事判例研究



国防大学出版社

GDB53/31

(京)新登字 120 号

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事判例研究/世平等著. —北京: 国防大学出版社,
1997. 5

ISBN7-5626-0799-0

I. 刑

II. 世

III. 刑事诉讼—审判—案例—研究—中国

IV. D925.25

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (97) 第 09137 号

国防大学出版社出版发行

(北京海淀区红山口甲 3 号)

邮编: 100091 电话: (010) 66769235

颐航印刷厂印刷 新华书店经销

1997 年 5 月第 1 版 1997 年 5 月第 1 次印刷

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 8.625

字数: 213 千字 印数: 1—4000 册

定价: 13.00 元

《刑事判例研究》编审委员会

顾 问

左 兵

编审委员会主任

李 克

编审委员会副主任

朱 江 齐雨晨 张家广 刘兰芳 王振峰
石金平

编审委员会委员

牛少兴	张凤林	黄宝耀	宋艳华	索洪钢
鲍建南	刘长华	王占庆	刘秀虎	张嘉林
魏 健	宁福林	侯建中	于广龙	高汉先
高干之	陈 琦	佟小陵	焦建国	辛尚民

主 编

齐雨晨

副主编

世 平

序

北京市海淀区法院院长李克主持编写的《刑事判例研究》一书业已完稿，有幸先览其文，甚为欣喜。北京市海淀区是人文荟萃之地，50多所高等学府和众多科研机构座落在这里，科技、文化、经济水平相对发达。近年来，该院一直以建一流队伍、创一流业绩为目标，利用得天独厚的地缘条件，营造理论联系实际的学术气氛，着力提高审判业务素质，培养既能审好案件又有较高理论素养的专家型法官，本书即为成果之一，实属可喜可贺。通观本书，特点如下：

一、选择题材独特。目前，个案分析的书籍，其中不少选择的并非判决生效的案件，往往是为论证自己的论点而虚构的，其真实性较差，并且其研究对象多为对假设案件事实如何适用法律。而本书的研究对象均为海淀区法院适用法律生效的判决。法律的价值在于适用，法院的判决就是适用法律的具体表现。作者从近年来海淀法院审结的大量刑事案件中精选出24个疑难、复杂的案件，针对不同见解，运用刑法学理论的一些基本概念和基本原理，进行深入分析、研究，这不论对立法、司法解释的完善，还是对提高审判实务，均有好处。

二、研究方法新颖。以1979年刑法颁布为标志，新中国刑法学研究步入其繁荣阶段，其间硕果累累。在个案研究方面，出版了大批案例分析作品，这对刑法的基本知识和基本理论的普及起到了很好的作用。本书的特色是从每一个判决中引出一个或数个理论问题，以刑法规范为基础，将判决置于刑法学理论这一背景

之下，展开多层次的研究，使其从个案判决走向理论的高度概括，具有典型意义，更容易为读者所理解和掌握运用。

三、作者群体互补。本书是海淀法院法官与中国人民大学、北京大学的法律专业博士生共同研究的成果。海淀法院的法官具有较丰富的审判实务经验和社会洞察力，精心挑选了具有实践意义和理论价值的判例，并提出研讨课题，与有较深理论功底和研究能力的博士生反复研讨，共同撰写完成，较好地发挥了双方各自的优势。这不仅为在校攻读学位的学生提供理论与实践相结合的极好机会，促进学科理论升华，同时对提高现有法官队伍的理论素养、造就专家型法官队伍，提高刑事审判工作的水平，推动刑法判例研究的发展，都将产生积极的影响。我期望审判实践部门与法学教学研究部门有更多的同志携手合作，对刑法理论和实践中的有关重大问题，开展更加深入的研究，取得更多的科研成果。

是为序。

刘家琛

1997年4月 于北京

目 录

前 言	(1)
简析贩运伪造的国家货币罪	
——郭宝林购买、携带、使用假人民币案评析	(3)
单位购买伪造的增值税专用发票罪的认定	
——张力购买、虚开假增值税发票、抵扣税款案评析	(12)
挪用公款罪、牵连犯详解	
——甄素梅挪用公款、伪造印章案评析	(23)
盗卖重要技术成果行为定罪量刑研究	
——阎安良盗窃字模软件案评析	(33)
侵犯著作权犯罪认定及处罚	
——平凡盗印五笔字型教材案评析	(47)
侵占罪与盗窃罪之比较	
——申秀珍利用工作便利窃取商场货款案评析	(60)
抢夺罪的既遂与未遂	
——苏洪斌抢夺他人皮箱案评析	(73)
侵占、贪污、盗窃三罪辨析	
——唐莉利用职务之便占有公款案评析	(79)
偷开汽车与盗窃汽车的认定	
——张培盗窃皇冠小轿车案评析	(93)
调包行为的定性问题	
——刘树林调包香烟案评析	(104)

刑事责任年龄与刑事责任能力的内在区别与联系

——魏某某等盗窃案评析…………… (116)

脱逃罪的既遂与未遂

——陆旭在提讯中跑出检察院大门案评析…………… (129)

刑法分则中组织犯的特征及其认定

——陈书林组织他人卖淫案评析…………… (140)

私下调汇案的定性问题

——齐爱儒私下调换巨额美元案评析…………… (155)

诈骗罪与贪污罪的界限及其他若干问题的认定

——李夏等人利用支票诈骗案评析…………… (166)

贪污罪还是挪用公款罪

——旋兰成转移公司资金归个人使用案评析…………… (177)

行贿罪主观要件的认定

——张怀俊送工程甲方负责人4万元人民币案评析…………… (186)

贪污罪“利用职务上的便利”的认定

——陈伟窃取共管保险箱财物案评析…………… (200)

受贿罪“利用职务上的便利”的认定

——郭文广联系贷款中收受好处费4万元人民币案评析…………… (206)

是经营不当还是挪用公款

——康国茂等经营亏损案评析…………… (220)

贪污罪与非罪的若干界限

——廖俊“贪污”案评析…………… (227)

是特异功能还是借迷信诈骗钱财

——张香玉借迷信诈骗财物案评析…………… (241)

非法运输爆炸物罪相关罪名法条竞合之认定

——缪志雨携带900克铵梯炸药至北京案评析…………… (248)

刑法分则罪名中“买卖”及相关用语的含义

——曹某某购买三支电击钢珠手枪案评析…………… (258)

前 言

法律的价值在于适用，而法院判决就是法律适用的具体表现形式，因而，判例研究在古今中外都受到普遍的重视，成为法学研究的重要组成部分。判例首先表现为一项综合性的审判活动，因而判例研究，对检验审判工作质量、提高审判水平具有重要意义。判例在我国尽管不像实行判例法国家那样，可以作为法院处理同类案件的直接依据，但是它对审理同类案件，尤其是本院审理同类案件还是有启发和参考作用的。同时，判例又是法律现象与案件事实之间联络的桥梁，或者说是直观、动态的法律现象，成为刑法学理论的主要研究对象之一。我国刑法学界都特别重视判例的研究，从某种角度讲，这是刑法学领域中的微观研究，从具体判例入手，探索规律，总结经验，逐步发展和完善刑法学理论的基本概念、基本原理。

本书即基于以上思路，由海淀区人民法院的审判人员从历年来审结的数千件刑事判决中选出 24 个判例。入选判例基本上都从不同角度、不同层次反映出审判实务和刑法学理论方面的难点和热点问题，具有较高的研究价值，为刑法学理论研究提供了课题和较丰富的素材。经法院审判人员与中国人民大学法学院和北京大学法学院的部分刑法学博士生共同研讨，从每一个判例中引申出一个法律问题，并上升到刑法学理论高度，作多侧面、全方位的研究，共同完成本书写作工作。新刑法通过后，又增加了以新刑法为审判依据研讨部分，使本书的内容更加丰富。

由于我国的判例研究工作还处于起步阶段，本书入选的判例

不一定十分恰当，研讨意见也仅为一家之言，加之水平所限，缺点和不足之处在所难免，诚恳欢迎司法界同行和理论界专家不吝赐教。

我们在编写本书过程中，得到国防大学出版社董炜博士的大力支持与鼓励，这使本书得以早日问世，在此谨致衷心的感谢！

编 者

1997年5月

简析贩运伪造的国家货币罪

——郭宝林购买、携带、使用假人民币案评析

事实及判决理由

一、被告人郭宝林，于1994年11月9日11时许，窜至北京市海淀区大坑沿4号李文颐家，翻墙入院，破窗入室进行盗窃，窃得：松下牌F55录像机一台、手表一块及香烟等物品，总价值人民币4000余元。被告人将录像机变卖后挥霍，其余大部分物品已起获。同年12月8日，当被告人郭宝林再次到李文颐家行窃时，被当场抓获。

二、被告人郭宝林于1994年11月份，在广州市购买伪造的人民币，并携带假人民币1200元到北京市海淀区使用。至结案时假币已被收缴。

法院认为，被告人郭宝林盗窃公民所有的合法财产，数额巨大，其行为已构成盗窃罪；被告人郭宝林明知是伪造的国家货币仍加以贩运，其行为已构成贩运伪造的国家货币罪，应与其所犯盗窃罪并罚。最后，法院依法判决被告人郭宝林犯盗窃罪，判处有期徒刑5年；犯贩运伪造的国家货币罪，判处有期徒刑3年，罚金人民币2000元。决定执行有期徒刑7年。

〔引自北京市海淀区人民法院（1995）海刑初字第170号刑事判决〕

理论评析

本案中被告人郭宝林触犯了两个罪名：盗窃罪与贩运伪造的国家货币罪。第一个罪名属常见罪，该罪的理论剖析在法学界已很深入，在此不赘。笔者只对第二个罪名有关问题作一深入研讨，并着重分析贩运伪造的国家货币罪的客观行为特征。该罪客观行为，国内目前主要的几本专著及教科书表述不尽一致，反映出大家对该罪认定上的一些差异。有人认为：“贩运伪造的国家货币罪，是指明知是伪造或者变造的国家货币而非法贩运的行为。本罪的行为不是行为人本人直接伪造、变造国家货币，而是‘贩运’他人伪造、变造的国家货币，也就是将明知是假国家货币从甲处贩运到乙处而从中牟利的行为。”^① 并认为过失犯罪不能构成本罪。有学者认为：“所谓贩运伪造的国家货币，是指把伪造的货币从一地运往另一地的活动，一般地说，这主要是指帮助伪造者进行贩运活动。如果伪造者携带、运输自己伪造的货币，到另一地方使用，只定一个伪造国家货币罪就够了，不能再定一个贩运伪造的国家货币罪。”^② 有论者认为：“贩运伪造的国家货币是指明知是伪造的假货币，非法外运销售或使用的行为。行为人所贩运的必须是伪造的国家货币，如果不是伪造的或者虽然是伪造的但并非是我国的货币，均不属于贩运伪造的国家货币的性质。贩运的货币可以是自己伪造的，也可以是他人伪造的，还可以是购买来的，无论哪种情况，对构成本罪都无影响。”^③ 考察上述几种对贩运伪造的国家货币行为的论述，可见第一种观点强调行为的营利性目的，行为是使伪造的国家货币发生位移，行为的对象是他人伪造的货币。第二种观点不同于前者之处在于它并不强调行为的营利目的。

① 参见林准主编：《中国刑法教程》第423—424页。

② 参见王作富著：《中国刑法研究》第486—487页。

③ 参见刘白笔、刘用生著：《经济刑法学》第302页。

第三种观点回避了行为的营利目的，但在“贩运”的具体行为上又增加了“销售”与“使用”两种行为。因此，仅就该罪的客观方面而言，以下问题有待澄清：

1. 贩运行为是否是故意行为且具有营利目的？
2. 贩运行为是否包括购买、出售、使用、持有等行为？
3. 贩运对象是否一定是他人伪造的货币？贩运自己伪造的货币作何处理？

一、贩运伪造的国家货币是否一定是故意行为

必须明知是他人伪造或变造的国家货币而加以贩运的才能以该罪论处。理由如下：

首先，这是由我国刑法的主客观相一致的原则决定的，该原则要求对行为人追究刑事责任，必须把行为的主观因素和客观因素有机结合起来，既反对客观归罪，又反对主观归罪。所谓客观归罪，就是定罪量刑时只考察行为在客观上是否造成了危害结果，而不看主观上对于造成这一结果是出于故意或者过失。所谓主观归罪，是指只考察行为人主观上有无故意，不顾其在客观上是否实施了危害社会而依法应受刑罚处罚的行为。主客观相一致的形式，在各种具体犯罪中是有所不同的。从主观方面讲，有的犯罪要求是故意才能构成，如强奸罪；有的不仅要求故意，还须具有目的，如反革命罪；有的故意与过失均可构成，有的则纯粹由过失构成。从客观方面讲，有的要求造成一定的法定危害后果，有的只要求实施一定行为即可，而有的则以造成一定危险状态为限度。主观上没有故意或过失，客观上无论造成何种危害结果，均不能以犯罪论。所以，所谓的主客观相结合，实际上就是行为人的主观因素故意与过失同行为人客观行为及其不同表现形态的结合。社会危害性是行为犯罪的根据与标准，是主客观的统一。因此，过失行为由于其可责难性比故意行为要小，法律就将对它的处罚局限在一定范围内。相比之下，故意行为突出反映了行为人

的反社会性质，可责难性大，对其客观上要求较宽，刑法处罚的多为故意犯。就贩运伪造的国家货币罪而言，如果行为人根本不知其携带为假币，显然不能定罪；如果知道是假币而疏忽地加以贩运，由于主观上恶性不明显，也不宜以犯罪论；必须是明知是假币仍加以贩运，才适合定罪。

其次，这反映了对刑法中行为的科学认识。对于行为的认识，“自十九世纪以来，西方国家刑法学者从自然主义的法律观出发，强调行为概念的客观方面，认为行为纯系客观的、实在的概念，因而主张因果行为论，认为行为是由意思所引起的外界的自然因果过程”^①。而现代某刑法学者认为因果行为论失之肤浅，并将行为概念延及主观方面，创立了目的行为论，即“刑法上的行为是指行为人为达成某种目标而在现实的目的上，由意志所支配、操纵的身体活动”。由于因果行为论解释不了不作为，目的行为论又不能说明过失行为，因此，社会行为论出而匡正。此说以行为对社会的价值立论，认为行为是有社会意义的人类举动。而反对者则认为，依照此说，行为在未受到刑法评价之前，需要先受到社会规范的评价，不免有重复评价之弊。但由于它立足全面，可以说明各种行为形态，因而为现代西方国家多数学者赞同。行为理论发展至今，我们认为应归纳为“由行为人的心理活动所支配的危害社会的身体动静”^②，具体说有三个特征：1. 危害行为是行为人的身体动静。2. 此动静是由行为人的心理态度所支配的。3. 由行为人的心理态度支配的身体动静，必须对社会具有危害性。从这种认识出发，我们认为贩运假币的行为，既然需要动用刑罚予以惩戒，不仅是身体的动静，即将假币从甲地移至乙地，而且这种动静还是以行为人对假币的明知为前提条件，这样的行为才具有

① 参见《犯罪通论》第151页。

② 参见高铭喧主编：《中国刑法学》第427页。

一定程度的社会危害性，而有以犯罪论的必要。

二、贩运行为是否包括购买、出售、使用、持有等行为

贩运行为有何特征？其中包含哪些具体行为？或者说贩运行为与收购、出售、使用、持有行为关系如何界定？我国权威的刑法教材认为，“所谓贩运伪造的国家货币，是指将伪造的货币从一地运往另一地。其运送的方法是自己携带，交火车托运，或者蒙蔽他人，交他人携带。”^①可以看出，这一定义只强调贩运行为的位移点，从语义上看，“贩”是指“买货出货”，“运”是指搬运^②，因此，“贩运”一词应理解为：买货之后搬运一段距离再卖掉。这样，“贩运”一词就理应包括购买假币与出售假币的行为，将购买假币并运输一定距离然后再出售的行为定为“贩运伪造的国家货币罪”也就理所当然。我国现行刑法仅规定伪造国家货币罪及贩运伪造的国家货币罪两个罪名，因此贩运伪造的国家货币罪从行为上看就很复杂，购买、运输、出售等行为一应俱全地囊括其中，直至1995年6月全国人大常委会通过《关于惩治严重破坏金融秩序的犯罪的决定》对上述行为加以分别规定为罪名为止。那么，如何区别出售与使用？运输与持有有何不同呢？我们认为，出售就是把假币卖掉，由于假币的买方知道是在买伪造的货币，双方成交价一定低于假币的票面额之和。如果此假币原系行为人购得，成交额必须高于购入价，这样行为人才有利可图。“使用”假币则与此不同，使用假币时，对方并不知道货币是伪造的，大多是在购物过程中，将假币当成真币收下，因此假币面额等同于真币数额。出售假币时，买卖双方都是违法的，而使用假人民币，使用方是非法的，收入方是受害人，因此出售假币与使用假币是不同的。如上所述，运输假币是把伪造的货币从一地运往另一地，具体形式

① 参见高铭喧主编：《中国刑法学》第427页。

② 《新华字典》第114页、第555页。

表现各异，可以是自己携带、交火车托运，或者是蒙蔽他人、交他人携带等。什么是“持有”呢？通常认为，刑法中的行为有作为与不作为两种表现形式，作为是危害行为的一种基本形式，指实施刑法禁止实施的积极行为。对于作为，应该从三点来把握，首先，作为是危害行为的一种基本形式，必须具备危害行为不可缺少的三个基本特征，即具有一定程度的社会危害性、表现为人主观心理态度、身体动静；其次，作为必须是实施刑法禁止实施的行为；再次，作为必须表现为积极行为的身体举动。不作为是指行为人有刑法要求必须履行的某种特定义务、能够履行而没有履行的行为。不作为犯罪应从以下三点来认识：第一，不作为同作为一样，具有行为性，具有危害行为不可缺少的三个基本特征。第二，不作为以行为人有某种特定的义务并且能够履行的特定义务的行为。显然，运输假币的行为是以作为形式实施的，而持有假币则不宜归结为作为与不作为，它实际上是游离于作为与不作为之外的第三种犯罪形式，理由如下：“持有”，强调物品的自然位置，是物品对人身的一种附着状态。它的法律性质类似于民法上的“占有”，只是“持有”一词的自然属性要远大于其法律属性与社会属性。做为一种自然状态，它显然不同于“作为”犯罪，它缺乏积极的外部动作；但同时它又不同于“不作为”，从表面上看，“持有”行为比较接近“不作为”。“不作为”是以不履行义务为前提的，而“持有”行为并不与义务直接相关。因此，作为一种法定的独特的犯罪形式，“持有”可以看成是作为与不作为的结合，它的起始点是人的作为，而状态本身更接近于不作为，所以才会出现这种“既不同于一般的作为，也不同于一般的不作为”^①的行为。持有行为的特性问题在国外 60 年代已被提及，只是近年才引起国内法律界的关注，因此尚未有定论。从《决定》第 4 条将

① 参见储槐植著：《美国刑法》。

“持有”与“使用”并列使用看，立法者倾向于认为这是一种作为，但是这方面的学理探讨，仍有待深化。因此，在1996年5月《决定》通过以前，贩运伪造的国家货币的行为包括购买、出售、使用、持有等行为在内。由于《决定》明确规定了出售、购买、运输伪造的货币罪及持有、使用伪造的货币罪，并规定了相应的法定刑，因此《决定》实施后，贩运伪造的国家货币罪已被新罪名取代，原先的贩运行为也已拆解为其它若干犯罪。

三、贩运的对象是否一定是他人伪造的国家货币

这个问题可以引出三个小问题，第一，贩运自己伪造的货币如何处理？第二，伪造与变造有何不同？第三，贩运伪造的外币或港澳台货币如何处理？对于第一个问题，我们认为，行为人自己伪造国家货币，首先就构成了伪造国家货币罪，如果自己实施了贩运行为，则又同时构成贩运伪造的国家货币罪。由于伪造行为与贩运行为之间存在着手段与目的牵连关系，应按牵连犯从一罪重处的原则处罚。在《决定》实施前，由于伪造国家货币与贩运伪造的国家货币是作为选择性罪名而规定相同的法定刑，无所谓孰重孰轻，贩运行为是伪造行为的后续行为，因而定一个伪造国家货币罪即可；而《决定》实施之后，出售、购买、运输伪造的国家货币已作为一个独立的罪名，法定刑也不同于伪造货币罪，且轻于伪造货币罪，因此按牵连犯从一重处的原则，应按伪造货币罪论，从重处罚。

伪造与变造是两种不同的行为。我国在1951年公布的《妨害国家货币治罪暂行条例》将伪造货币和变造货币分别加以规定，对后者的处罚比前者轻。这反映出立法者对伪造与变造的态度，认为两者有轻重之别。1979年刑法典第122条只规定伪造货币罪而未规定变造货币罪，可以看作是上述立法精神的延续。而从1979年刑法典第167条将“伪造”、“变造”公文、证件、印章并列规定来看，立法的精神也是一贯的，即“伪造”有别于“变造”。如