

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



(第二辑)

主编 谢望原 赫兴旺

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

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

(第二辑)



主 编 谢望原 赫兴旺
主编助理 王立志 季理华 邹 兵

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2辑/谢望原, 赫兴旺主编.

北京: 中国法制出版社, 2008. 1

(中国人民大学刑事法律科学研究中心系列丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0344 - 3

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 (2008) 第 002712 号

中国刑法案例评论 (第2辑)

ZHONGGUO XINGFA ANLI PINGLUN (DI 2 JI)

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

印张/33.75 字数/444 千

版次/2008 年 2 月第 1 版

2008 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0344 - 3

定价: 75.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66010405

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

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

中国刑法案例评论

第二辑

主 编:谢望原 赫兴旺

主 编 助 理:王立志 季理华 邹兵

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、中国法学会刑事诉讼法学研究会副会长

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、教研室主任、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

张小虎,中国人民大学法学院教授、博士生导师、中国法学会犯罪学研究会副会长、国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心犯罪学研究所所长

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执行主任、中国刑法研究所所长

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、北京市人民检察院第二分院副检察长

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

肖中华,中国人民大学法学院教授、中国法学会刑法学研究会理事、贵州大学法学院前任院长、中国人民大学法学院院长助理

田宏杰,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刑法现代化研究所所长

赫兴旺,中国人民大学法学院教授、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主任、刑法教研室副主任

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、中国人民大学法学院美国法研究所副所长

付立庆,中国人民大学法学院讲师、法学博士

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、新疆财经大学法学院副教授

邹 兵,中国人民大学法学院刑法专业博士研究生、西南大学法学院讲师

《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

刑法学者或者司法官、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

中国刑法案例评论(第二辑)

目 录

Contents

第一编 总则一般疑案

1. 醉酒的人犯罪刑事责任研究 高庆国 (3)
——王某醉酒后伤人、杀人案
2. 无意识状态下的紧急避险实例研究 陈 璇 (13)
3. 从一个案例谈不纯正不作为犯罪问题 郑志军 常玉峰 (25)
4. 以危险为视角的不能未遂犯分析 赫兴旺 马渊杰 (33)
——从三则案例谈起
5. 因果关系对行为性质的影响 谭劲松 (51)
——手段行为与犯罪结果之间同样应具备刑法意义上的因果关系
6. 如何认定“审判时怀孕的妇女” 景 景 (60)
——从杨某故意杀人案和韩某贩卖毒品案谈起
7. 对罪行极其严重的未成年犯罪人能否判处无期徒刑 王剑波 (72)
——从田某等抢劫案谈起
8. 既有漏罪又有新罪如何适用数罪并罚问题 孟庆华 (84)
——被告人舒某两次脱逃案
9. 论赔偿从宽的依据 司明灯 常 晖 (94)
10. 浅议数额犯的若干问题 金 果 (103)

第二编 总则疑案之共同犯罪

1. 论无刑事责任能力之人在“共同犯罪”中的地位 ... 肖吕宝 韩瑞丽 (115)
2. 共犯与身份关系的辨正 郝艳兵 (128)

——从一则案例谈起

3. 共同过失犯罪成立依据、范围及刑事责任探析 … 张二军 崔 静 (147)
4. 共同犯罪中身份、停止形态的认定 …………… 王利宾 (159)
——刘某伙同他人窃取财物案
5. 过失共同正犯探析 …………… 邹 兵 (172)
——从雷某某、孔某某以危险方法致人死亡案出发
6. 抢劫罪共犯的不同形态及实行过限之刑事责任探讨 …………… 黄 烨 (185)

第三编 分则一般疑案

1. 陈某某信用证诈骗案的法理辨析 …………… 谢望原 (203)
——以刑事辩护为视角
2. 牟其中信用证诈骗罪的法律分析 …………… 周建军 (213)
3. 李某张某行为如何定性 …………… 王立志 (228)
4. 屠才良遗弃案法理辨析 …………… 赵 剑 吴 琳 (253)
5. 用冷水泼人脸的方法抢得财物案件的定性 …………… 袁剑克 (266)
6. 暴力犯罪后“捎带财物行为”的定性及理性分
析 …………… 韩玉胜 沈玉忠 (277)
7. 对盗窃罪既遂与未遂界定问题的再探讨 …………… 顾校荣 黄 皓 (290)
——从两起案例说起
8. 以他人名义买车后谎称丢失骗保的行为的认定 …………… 陈颖璐 (299)
9. 杜某招摇撞骗、诈骗案 …………… 饶明党 (311)
——兼论刑法第 279 条之完善
10. 帮助毁灭、伪造证据罪的司法裁判研究 …………… 于同志 (324)
——苏某等人帮助毁灭证据案法律适用问题探讨
11. 多某某挪用公款案 …………… 赵瑞昱 (344)
——关于单位挪用公款归他人使用情况的定性问题
12. 丁某挪用公款案法律问题研究 …………… 罗鹏飞 (357)
13. 事后受贿问题的若干思考 …………… 赵越超 (366)
14. 滥用职权罪中的超越职权行为是否必须以行为人为

具有职权为前提	张利兆 凤 丹 (376)
---------------	---------------

第四编 分则疑案之侵占犯罪

1. 侵占应当交由国家机关管理的财物的行为性质	王 静 (387)
2. 从一桩案例看职务侵占罪与公司、企业人员受 贿罪的界定	刘 春 (407)
3. 论侵占罪中占有的含义	张 果 (414)
——以若干侵占案件为例	

第五编 分则疑案之网络犯罪

1. 李某、徐某网络盗窃案	吴光侠 朱铁军 (427)
——如何认定窃取网络中虚拟财产的盗窃数额和犯罪形态	
2. “网络赌博”之刑法定性研究	蔡桂生 (435)
——陈某某等赌博案之分析	
3. 盗打电话充值 Q 币的行为如何定性	黄 寒 (446)
4. 由全球首宗 BT 公诉案件谈 P2P 的刑事规制	关 壮 (459)

第六编 刑法立法与解释点评

1. 死刑适用解释若干问题探讨	马松建 (475)
2. 刑事司法解释的溯及力辨析	黄明儒 (495)
3. 刑法谦抑性的的贯彻与悖反	熊永明 (505)
——对《刑法修正案(六)》的总体考量	
4. 论中国刑法中“致人死亡”的立法完善	许 霞 (515)

附 录

《中国刑法案例评论》稿约与撰写体例	(527)
-------------------------	-------

The Review of China's Criminal Cases

第一编

总则一般疑案

醉酒的人犯罪刑事责任研究

——王某醉酒后伤人、杀人案

◎ 高庆国*

目 次

一、基本案情

二、争议焦点

三、观点透析

（一）原因自由行为的概念和特征

（二）原因自由行为理论的产生

（三）原因自由行为罪过形式的认定

（四）本案的结论



一、基本案情

犯罪嫌疑人王某，男，25岁，汉族，高中文化程度，农民。

* 河南工程学院讲师，刑法学硕士。

王某嗜酒如命，而且醉酒后经常惹事生非。2007年4月7日，王某与好友张某在一家饭店拼酒力，两斤多白酒进肚后，王某大醉，大发酒疯，争执中手持白酒瓶将张某砸成重伤，又手握瓶底已破碎的酒瓶当场将前来劝架的酒店服务员扎死一人。酒醒后，王某对砸伤张某、扎死酒店服务员的事实全然不知。

E、争议焦点

本案中，对于犯罪嫌疑人王某的行为如何定性，存在两种意见：

第一种意见认为，王某的行为不构成犯罪。理由是：第一，犯罪嫌疑人王某在酒醒后交待，“对砸伤张某，扎死酒店服务员的事实全然不知”。可见，王某醉酒后，是在完全丧失刑事辨认和控制能力的情况下，“大发酒疯，争执中手持白酒瓶将张某砸成重伤，又手握瓶底已破碎的酒瓶将前来劝架的酒店服务员当场扎死一人。”也就是说，王某在实施刑法意义上的危害行为时，处于完全无刑事责任能力状态，属于完全无刑事责任能力人。第二，我国刑法第18条第4款规定：醉酒的人犯罪，应当负刑事责任。这里的醉酒指生理醉酒。我国刑法传统理论通说认为：人醉酒以后的辨认能力和控制能力并非完全丧失，而是有所减弱；醉酒者是自招刑事责任能力减弱或丧失状态，从形势政策的角度看，不能因不追究刑事责任予以鼓励。可见我国刑法中规定的“醉酒的人犯罪，应当负刑事责任”，是指醉酒的人，醉酒后在尚未完全丧失辨认和控制能力的情况下（只是有所减弱），在故意或过失的罪过支配下，实施了犯罪行为，应当负刑事责任；而且，从形势政策的角度看，应当负完全的刑事责任。但本案中，犯罪嫌疑人王某在醉酒后处于完全无刑事责任能力状态，是在主观上没有罪过的情况下，客观上实施了危害行为。所以，根据主客观相统一的原则，犯罪嫌疑人王某的行为不构成犯罪。

第二种意见认为，王某的行为构成犯罪。理由是：我国刑法第18条第4款规定：醉酒的人犯罪，应当负刑事责任。这里的醉酒指生理醉酒，病理醉酒不在此列。就生理醉酒而言，如果醉酒人因可归责于自己的原因导致醉酒，进而实施严重危害社会行为的，应负完全刑事责任。本案中，犯罪嫌疑人王某“嗜酒如命，而且醉酒后经常惹事生非”，却仍然于“2007年4月7日，与好友张某在一家饭店拼酒力，两斤多白酒进肚后，王某大醉，大发酒疯，

争执中手持白酒瓶将张某砸成重伤，又手握瓶底已破碎的酒瓶将前来劝架的酒店服务员当场扎死一人”，可见王某属于“因可归责于自己的原因（嗜酒如命，拼酒力）导致醉酒”，并在醉酒状态下实施了严重危害社会的行为，造成“一死、一重伤”的严重危害结果。尽管王某酒醒后，交待“对砸伤张某，扎死酒店服务员的事实全然不知”，即实施犯罪行为时完全丧失辨认和控制能力，但因王某对“使自己醉酒后处于无责任能力状态存在罪过”，是因可归责于自己的原因导致醉酒，进而实施严重危害社会行为的，应负完全的刑事责任，构成犯罪。其主观罪过可根据王某导致自己醉酒的原因行为“拼酒力”时的主观方面来认定：如果王某已经预见到会醉酒，但持希望或放任态度的，犯罪主观方面认定为故意，构成故意伤害罪和故意杀人罪；如果王某已经预见到会醉酒，但轻信能够避免而饮酒致醉或者应当预见，而没有预见，导致醉酒的，犯罪主观方面应认定为过失，构成过失致人重伤罪和过失致人死亡罪。

三、观点透析

我国刑法第18条第4款规定，醉酒的人犯罪，应当负刑事责任。这里的醉酒指生理醉酒，病理醉酒不在此列。一般认为，病理醉酒不负刑事责任，但是，行为人如果明知自己病理醉酒，利用自己病理醉酒的状态伤害他人的，应认为具备刑事责任能力。就生理醉酒而言，如果醉酒人因可归责于自己的原因导致醉酒，进而实施严重危害社会行为的，应负完全刑事责任；如果醉酒人因不可归责于自己的原因导致醉酒进而实施严重危害社会行为的，则根据行为人实施危害行为时的辨认和控制能力的具体状态，确定其刑事责任能力。我国刑法传统理论通说认为：人醉酒以后的辨认能力和控制能力并非完全丧失，而是有所减弱；醉酒者是自招刑事责任能力减弱或丧失状态，从形势政策的角度看，不能因不追究刑事责任予以鼓励。

我国刑法第18条第4款的规定被认为是我国立法对原因自由行为的规定，是类似于大陆法系国家刑法中原因自由行为的立法例。根据我国刑法理论和司法实践，中国刑法中的“原因自由行为”是指基于故意或过失使自己处于无责任能力或限制责任能力状态，并在此状态下实施了某一犯罪构成客观方面要件的行为。这里“基于故意或过失使自己限于无责任或限制责任能

力”的行为是在自由的意思状态下实施的,称为原因中的自由行为,又称“原因行为”、先前行为。原因行为导致的符合犯罪构成要件的行为称为犯罪结果惹起行为,又称“结果行为”。结果行为之时,行为人处于无责任能力或限制责任能力状态。原因自由行为具有“实行行为与责任能力相分离、原因行为具有可责性、精神障碍状态具有暂时性”等特征,实施原因自由行为,构成犯罪的,应当负刑事责任,不得从轻、减轻或免除处罚。原因自由行为的罪过形式具有复杂性,包括行为人对原因自由行为导致精神障碍状态的主观态度和对结果行为导致的危害结果的主观态度;“原因自由行为的罪过形式研究”是我国刑法理论与司法实践中的难点,具有重大的理论和实践价值。

(一) 原因自由行为的概念和特征

1. 原因自由行为的概念

关于原因自由行为的概念,大陆法系学者中存在广义说与狭义说两种观点。广义说认为,原因自由行为是指“行为人因故意或过失而使自己陷于无责任能力或限制责任能力状态,且在此状态下实现构成要件”之行为。^①狭义说认为,“原因上的自由行为,是指由于故意或过失使自己置于无责任能力状态,然后在无责任能力的状态下导致构成要件的实现”之行为。^②狭义说和广义说分歧在于,对自陷限制责任能力状态而实施犯罪的,是否作为原因自由行为处理。依照我国的刑法理论,对于限制责任能力者实施犯罪行为的,应当从轻或减轻处罚。如果采取狭义说,必然会造成有人故意使自己陷入限制责任能力状态,从而实施某种犯罪行为,以图利用该种状态获得从轻或减轻处罚。而且无责任能力时行为人已不能控制自己的行为,而限制责任能力状态时,行为人一定程度上能控制自己的行为。因而从某种意义上说,利用限制责任能力状态实施某种犯罪行为成功的机率,较之利用无责任能力状态实施犯罪成功的机率更高,主观恶性更大,而且实践中,利用自己的限制责任能力状态实施平时不能或不敢实施的犯罪的人不在少数,对其一律从轻或减轻处罚,显然会放纵犯罪,因此,应将其作为原因自由行为的一种,使其负

① 林山田:《刑法通论》,台北三民书局1984年版,第176页。

② [日]木村龟二:《刑法学词典》,顾肖荣、郑树周等译,上海翻译出版公司1991版,第234页。

全部的刑事责任。可见，广义说更可取。

结合我国刑法理论，笔者认为，中国刑法中原因自由行为的概念应当表述为：基于故意或过失使自己处于无责任能力或限制责任能力状态，并在此状态下实施了某一犯罪构成客观方面要件的行为。

2. 原因自由行为的特征

(1) 实行行为与责任能力相分离。原因自由行为可分为“故意或过失使自己陷于精神障碍状态”的原因行为和“在此状态下实施了某一犯罪构成客观方面要件的行为”的结果行为。两行为前后相继，实施原因行为时具有责任能力，但原因行为不是构成要件行为；结果行为是构成要件行为，但结果行为时，行为人处于无责任能力或限制责任能力状态。

(2) 原因行为具有可责性。在原因自由行为中，原因行为必须是行为人的故意或过失行为，即陷于精神障碍状态具有可归责于行为人本身的属性。这是原因自由行为可罚性的心理根据和伦理基础。如果行为人由于不可抗力或意外事件（如被他人强行注射毒品或灌醉等）而陷于精神障碍状态，并实施了犯罪行为，则不属原因自由行为，只能根据行为人在实施危害行为时的责任能力状况确定其刑事责任。

(3) 精神障碍状态具有暂时性。原因行为所造成的精神障碍状态，一般犯罪后即可自行恢复。

(4) 实施原因自由行为，构成犯罪的，应当负刑事责任，不得从轻、减轻或免除处罚。

（二）原因自由行为理论的产生

现代刑法责任主义要求在确认犯罪和刑事责任时，所依据的只能是危害行为实施期间行为人责任能力的实际状况，即遵循“责任能力与实行行为同时存在”原则。如果在实施危害行为时处于精神障碍状态，则须对其减免刑罚。早在责任主义确立之前的17、18世纪的德意志普通法时代就论及到了原因自由行为的可罚性问题，当时有力的理论主张及法律规定是肯定其可罚性。但到了19世纪40年代，为了贯彻责任主义的观点即“行为与责任同时存在的原则”，便出现了原因自由行为不构成犯罪的主张。^① 随着责任主义的提出

^① 张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社1999版，第104页。