

刘树德 著

EXPLANATION
ON ISSUES OF
CRIMINAL BY
CASES

刑法 诸问题 案解



人民法院出版社

THE PEOPLE'S COURT PRESS

刑法诸问题案解

刘树德 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法诸问题案解/刘树德著. - 北京: 人民法院出版社, 2003.1

ISBN 7-80161-474-7

I. 刑… II. 刘… III. ①刑法—案例—研究—中国
②刑事诉讼法—案例—研究—中国 IV. ①D924.05
②D925.205

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 109741 号

刑法诸问题案解

刘树德 著

责任编辑 胡玉莹

出版发行 人民法院出版社

地址 北京市朝阳区安慧北里 (亚运村) 安园甲 9 号 (100101)

电话 (010) 65290566 (责任编辑) 65290516 (出版部)
65290558 65290541 65290543 (发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印刷 保定华鑫印刷有限公司

经销 新华书店

开本 850×1168 毫米 大 32

字数 220 千字

印张 9.125

印次 2003 年 1 月第 1 版 2003 年 1 月第 1 次印刷

书号 ISBN 7-80161-474-7/D·474

定价 18.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

前 言

作为身处法院工作的我，相比于纯学术人而言，就多了一种身份来参与法律人共同话语的建构。当然，此种“双重”身份可能在某些时候会发生冲突，因而我必须“有所为而有所不为”。

为了法治的共同目标，无论是作为学术人还是司法人，我均应勤勉地、热情地参与。缘于此，我利用整日与裁判文书打交道的便利，开始结合案例思考些问题，探寻抽象法治与具体的契合及转化，于是就有了《刑法诸问题案解》。所谓“案解”，具体包括“就案论案”（of case）和“以案论理”（by case）两方面内容。全书的内容大体按照刑法总论到刑法各论的顺序编排。特别应予以说明的是，部分文章先前被修改或者调整后作为“职务作品”或“公共产品”刊载在最高人民法院刑一、二庭编的《刑事审判参考》上。

人民法院出版社陈建德博士、胡玉莹编辑为该书的出版做了辛勤而有效的工作，深表谢意。

刘树德

2002年11月26日

于鲁谷零点寒舍

目 录

前 言	(1)
案例一 文某盗窃案	
——“亲亲相隐”的司法考量	(1)
案例二 何肃黄、杨柯传播淫秽物品牟利案	
——刑法的“虚拟空间”效力	(9)
案例三 郑小栓诈骗案	
——侵占罪“行为时法”的确定	(17)
案例四 何建华等非法制造爆炸物案	
——犯罪概念“但书”的司法平衡功能	(22)
案例五 陆某等诽谤案	
——不成文犯罪构成要件及要素的认定	(45)
案例六 杨道明、韩怀友生产、销售不符合安全标准的产品案	
——罪过形式确定的“行为时”标准	(58)
案例七 程乃伟绑架案	
——特殊减轻适用范围之合理控制	(64)
案例八 王某等聚众斗殴案	
——“有利于被告人原则”视角认定自首的构成	(71)
案例九 钱某受贿案	
——“双规”期间交待犯罪事实的司法处置	(79)

案例十 陈德福走私普通货物案

——单位犯罪自首的认定…………… (85)

案例十一 鄂尔古丽·买买提盗窃案

——累犯、数罪并罚制度中“刑罚执行完毕”的理解 … (90)

案例十二 郭某非法储存爆炸物案

——选择性罪名设置的不平衡…………… (97)

案例十三 吴某绑架案

——立法原意寻找的文本途径…………… (106)

案例十四 张东升放行偷越国境人员案

——罪名适用的“法律真实”准据…………… (113)

案例十五 殷玉俊走私、受贿案

——“兼容犯”立法及司法适用…………… (120)

案例十六 周兆钧非法行医案

——加重情节“不衔接”的合理解释…………… (135)

案例十七 林何等爆炸案

——具体危险犯之危险判断…………… (139)

案例十八 宋强抢劫案

——复合行为要件自身因果关系的认定…………… (150)

案例十九 陈建明等销售伪劣产品案

——生产、销售伪劣产品罪“销售金额”的计算…………… (157)

案例二十 林烈群等销售有害食品案

——销售有毒有害食品罪“明知”的认定…………… (166)

案例二十一 吴晓丽贷款诈骗、妨害公务案

——“非法占有目的”的认定…………… (175)

案例二十二 林凯鸿信用证诈骗案

——签订合同骗取信用证项下资金的定性…………… (187)

案例二十三 戴某等侵犯商业秘密案

——TRIPs 协议中反思侵犯商业秘密的刑事应对…………… (198)

案例二十四 石立启非法经营案	
——“违反国家规定”的构成要件属性·····	(205)
案例二十五 孙某非法拘禁案	
——“人质型”非法拘禁的定性·····	(214)
案例二十六 田磊等非法拘禁案	
——“使用暴力致人伤残”的合理解释·····	(223)
案例二十七 辜正平非法拘禁案	
——非法关押借款人以外的第三人来收款的定性·····	(230)
案例二十八 杨志、唐亮绑架案	
——绑架过程中又劫走财物的定性·····	(236)
案例二十九 杜某抢劫案	
——转化型抢劫是否适用加重构成法定刑·····	(242)
案例三十 崔均国等组织、领导、参加黑社会性质组织案	
——黑社会性质组织的认定·····	(251)
案例三十一 吴自柱等重大环境污染事故案	
——重大环境污染事故罪主观罪过的认定·····	(270)
案例三十二 黄建须徇私枉法案	
——渎职罪主体本质的认识·····	(275)
代跋：学术乎？权力乎？·····	(281)

案例一 文某盗窃案

——“亲亲相隐”的司法考量

一、案件概要

被告人文某之母王某是文某的惟一法定监护人。1999年7月间，文某因谈恋爱遭到王某反对，被其母赶出家门。之后，王某换了家里的门锁。数日后，文某得知其母回娘家，便带着女友撬锁开门入住。过了几天，因没钱吃饭，文某便同女友先后三次将家中康佳21英寸彩电一台、荣事达洗衣机一台、容声冰箱一台、华凌分体空调四台变卖，共得款3150元。案发后，公安机关将空调一台和洗衣机一台追回发还王某，其余物品获赔14500元。

被告人文某及其辩护人对指控的事实均无异议。文某的辩护人提出：被告人文某偷盗家中物品卖钱，是因其母把他赶出家门，没有给生活费，其法定代理人有严重过错；被告人文某偷盗的是自己家中的物品，不属非法占有，应依照最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第一条第（四）项的规定，宣告被告人无罪。

西湖区人民法院审理认为：法定代理人王某是被告人文某的惟一法定监护人，在文某成年以前有抚育义务。文某过早谈恋爱，固有不对，但王某把他赶出家门，不给生活费，管教方法不当，有悖我国婚姻法和未成年人保护法的规定，没有正确履行监护人的职责。被告人文某尚未成年，是家庭财产的共有人，偷拿自己家中物品变卖，不属非法占有。公诉机关指控被告人文某犯盗窃罪不能成立，辩护人的辩护意见予以采纳。依照《中华人民共和国刑法》第十三条、最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第一条第（四）项、《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百六十二条第（二）项的规定，于2000年3月13日判决如下：被告人文某无罪。

宣判后，文某服判，未上诉，检察机关亦未抗诉，判决发生法律效力。

二、“亲亲相隐”的司法考量

“亲亲相隐”的合理内容在世界许多国家刑法关于盗窃罪的规定中有所体现。有的国家刑法间接作了相关的规定，例如，《意大利刑法典》第627条规定：“共同所有人、股东或共同继承人，为自己或其他人获取利益，使共有物脱离持有人的控制，将其据为己有的，经被害人告诉，处以2年以下有期徒刑或者4万至40万里拉罚金。针对可替代物实施上述行为的，如果该物的价值未超过行为人自己所拥有的份额，不予处罚。”有的国家刑法作了直接的明文规定，例如，《法国刑法典》第311—12条规定：“进行盗窃属下列情形的，不得引起刑事追究：1. 盗窃尊、卑直系亲属之财物；2. 盗窃配偶之财物，但夫妻已分居或者允许分别居住之情况除外。”《德国刑法典》第247条规定：“同居和家庭之间的盗窃。如果通过盗窃或者侵占使亲属、监护人或者

照管人受到侵害或者被害人与行为人生活在同居的共同体中，该行为只有根据请求才予追究。”《日本刑法典》第 244 条规定：“配偶、直系血亲或者同居的亲属之间犯第 235 条之罪、第 235 条之二之罪或者这些罪的未遂罪的，免除刑罚。前项规定的亲属以外的亲属之间，犯前项规定之罪的，告诉的才能提起公诉。对于非亲属的共犯，不适用前两项的规定。”《加拿大刑法典》第 329 条规定：“（1）在适用本条第（2）款规定时，夫妻同居期间不构成盗窃对方合法财产罪。（2）丈夫或妻子意图遗弃或者已经遗弃对方，或者正与对方分居期间，以欺诈手段取得或转移对方合法所有的财产构成盗窃罪，如果此由他人来实施亦构成盗窃罪。（3）任何人，在夫妻同居期间，故意为下列行为的，构成盗窃罪：（a）帮助夫妻一方，以如果两人不为夫妻则构成盗窃的方式处理另一方的合法财产；或（b）从夫妻一方收受另一方合法财产，并且已以如果两人不为夫妻则构成盗窃的方式从另一方获得该财产。”《美国模范刑法典》规定：“自配偶之窃取罪，不能以对配偶犯窃取罪作为抗辩。但对家庭用品、个人用品、或其他通常配偶双方手边之财物之不法使用，以两者已分居后所犯时为限，构成窃取罪。”

从以上规定看出，各国刑法对亲属相盗的处理方式并不一致，具体包括：一是采取自诉原则，即亲属相盗只有在告诉的情况下才当盗窃罪处理。例如，《德国刑法》第 247 条规定：“盗窃或侵占家属、监护人的财物，或被害人与行为人同居于一室的，告诉乃论。”二是不予定罪，即亲属相盗不以盗窃罪论处。例如，《加拿大刑法》第 329 条规定：“夫妻同居期间不构成盗窃对方合法财产罪。”三是采取自诉与免除相结合的原则，即对一部分亲属相盗免除处罚，而另一部分亲属相盗则告诉的才处理。例如，《日本刑法》第 244 条规定：“配偶、直系亲属或者同居的亲属之间犯盗窃罪的，免除处罚。在此范围之外的亲属之间犯盗窃罪

的，告诉的才提起公诉。”四是不做直接的规定，例如中国刑法、俄罗斯刑法。此外，还有免除处罚的，例如，《奥地利刑法》第141条规定，盗窃行为“使自己之配偶、直系血亲、兄弟、姊妹或同居亲属蒙受不利益者，不罚”。

各国刑事立法与司法对亲属相盗予以特别对待的理由何在，德日等大陆法系刑法学界存在以下学说：一是可罚的违法性阻却事由说，认为近亲属之间与社会上一般的人与人之间的关系不同，具有更加紧密的联系，已形成一种消费共同体，所以，在亲属之间大家都私下承诺，即使相互之间侵害了财物的所有与占有，也有不视为违法的一面；而且，亲属间对财物的所有、占有关系并不一定明确。因此，亲属相盗使盗窃行为的违法性减少，结果就达不到盗窃罪所要求的可罚的违法性的程度。二是责任阻却事由说，认为在家庭内部个人特有财产的意识淡薄，大家已形成一种共同体，要求家庭成员不拿亲属的财物是不可能的，也就是说不能期待亲属间不相互进行盗窃，因此，亲属相盗因为无期待可能性而阻却责任。三是人的处罚阻却事由说，认为亲属相盗是符合盗窃罪的构成要件的违法有责行为，但“法律不进入家庭”，即亲属间犯财产罪时，国家不积极干预，交由亲属间自己处理，这对维持亲属间的关系和家庭内部的秩序有利。基于这种政策的考虑，才把亲属相盗作为一种人的身份上的处罚阻却事由。正因为如此，法律才规定对不具有亲属关系的共犯，不给予这种恩惠。^①我国学者认为，对亲属相盗作有别于一般盗窃的处理，有多方面的原因或理由。从被盗财物的性质而言，亲属或家庭成员之间对财产的所有、占有关系往往不是十分明确，有的甚至是大家共有的财产；从被害人的感受而论，一旦发现财物是被自己的亲属或家庭成员所盗，大多不愿意使行为人受刑事追究，

^① 参见刘明祥：《财产罪比较研究》，中国政法大学出版社2001年版，第201-202页。

而愿意作为自己亲属或家庭内部的事务来处理；从行为人一方来看，盗窃亲属或家庭成员的财物与盗窃其他人的财物，在心理感受上也有较大差别，很多人往往缺乏违法性认识；从社会公众的态度来说，传统观念一般认为，亲属相盗是亲属之间或家庭内部的事，“清官难断家务事”，交由亲属或家庭内部自行处理能为公众所接受；从刑事政策的立场来说，法律（包括刑事法律）是用来调整社会关系的，对财产关系的保护应该充分尊重财产所有者或占有者的意愿，要考虑有利于维护社会秩序。^①

纸面上的法属于静态的“死法”，往往需要通过司法者的运用才能转化为动态的“活法”。尽管亲属相盗在我国现行的纸面上的法中没有规定，但并不意味着司法实践中就绝对排除反映和体现其旨趣的做法。从实践来看，对发生在亲属之间的盗窃的案件的定性 with 处理存在不同的意见，有的作刑事案件追究刑事责任，有的作民事侵权纠纷处理，有的作治安处罚，有的不作任何处罚。为此，1998年3月17日施行的最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第一条第（四）项明文规定：“偷拿自己家的财物或者近亲属的财物，一般可不按犯罪处理；对确有追究刑事责任必要的，处罚时也应与在社会上作案的有所区别。”我认为，司法机关在处理发生于亲属之间的盗窃案件时切实遵循该司法解释的原则，既符合我国刑罚双重目的相统一原理，也能较好地贯彻我国的刑事政策。具体来说，（1）我国刑罚的目的是特别预防与一般预防的统一，因此，在司法实践中，是否有利于对犯罪人的改造往往是审判人员在对此类案件定罪与否时所考虑的重要因素。盗窃自己家里或者近亲属的财物，由于发生的原因是多方面的，情况比较复杂，案发后被害人出于各种考虑，往往不希望司法机关追究行为人的刑事责任。同时，

^① 参见刘明祥：《财产罪比较研究》，中国政法大学出版社2001年版，第203页。

盗窃自家或者近亲属财物易于赔偿被害人损失，易取得被害人谅解。因此，如果盗窃自己家里的财物或者近亲属的财物，未造成大的损失，一般可不追究刑事责任。既然对犯罪人处以刑罚并不是刑罚的最终目的，刑罚的最终目的是通过实施刑罚来改造犯罪人，那么在大多数情况下，对此类行为不予判刑往往比判刑的社会效果要好，也有利于对行为人的改造，从而更好地实现刑罚的双重目的。(2) 惩办与宽大相结合是我国的刑事政策。行为具有一定的社会危害性是追究刑事责任的必要前提，社会危害程度是定罪量刑时考虑的重要情节之一。尽管盗窃罪作为侵犯财产犯罪的一种，盗窃财产的数额无疑是定罪量刑的重要标准，但是在盗窃数额相同的情况下，盗窃对象、盗窃财物种类、用途、对被害人造成的损失等也决定着社会危害性的大小。从盗窃对象来看，盗窃自己家里和近亲属的财物与在社会上的盗窃相比，行为人的主观恶性相对不深，同时行为没有侵犯社会公众的利益，因此，此种行为往往受到社会危害性程度的评价相对较小。司法机关原则上对发生在亲属之间的盗窃案件不作犯罪处理，显然主要是基于刑事政策宽大层面的考虑。此外，该司法解释第一条第(四)项的规定也符合刑法谦抑性原则。刑法作为其他部门法的保障法，刑罚只能作为最后手段来加以使用。司法机关原则上不处罚发生在亲属之间的盗窃案件，显然有助于缩小刑罚的适用面，防止不必要的适用刑罚。司法机关若主动强行对所有发生在亲属之间的盗窃案件进行干预，显然会过度消耗刑罚成本，同时还可能因刑罚的过度使用将给被告人和被害人带来不必要的消极作用。

在此需指出，在司法实践中也并不排除对发生在亲属之间的特定的盗窃案件进行刑事追究的可能性。该司法解释第一条第(四)项只是概括性的规定“对确有追究刑事责任必要的，处罚时也应与在社会上作案的有所区别”，并未对“确有必要”的情

形作出明确的列举，而是由司法人员根据具体案件酌情裁量。从司法实践来看，下列情形应追究被告人的刑事责任：多次实施盗窃亲属之间财物，屡教不改的；盗窃亲属之间财物数额巨大的；盗窃亲属之间财物进行违法犯罪活动的；被盗财物的亲属要求追究刑事责任的，等等。总之，司法人员在具体办理发生在亲属之间的盗窃案件时，应综合考虑被告人的犯罪可能性和行为的社会危害性以及整个案件事实来确定是否追究被告人的刑事责任。即使确定追究被告人的刑事责任，也应与在社会上作案的加以区别，更大程度的倾向考虑从轻、减轻处罚或者免除处罚，以及多适用管制轻刑和缓刑，以便家庭的稳定和对犯罪人的改造。也就是说，如果对于盗窃家庭成员或者近亲属财产的行为完全不管，该追究的不予追究，则显然是对犯罪分子放纵，也就不能充分地实现刑罚的双重目的。

从本案的整个事实来看，被告人文某在作案时年龄为十七周岁，虽然已经符合追究刑事责任的年龄要求，但属于未成年人，况且其没有独立生活能力，其母亲是惟一法定监护人，无论被告人文某谈恋爱是对是错，其母亲都有抚养的义务，不得让其脱离监护单独居住，更不得迫使其离家出走，放弃监护职责。被告人文某因谈恋爱引起其母亲不满而被赶出家后，无生活来源，于是趁其母亲不在家的时候，将家中物品偷偷卖出，其目的也只是为了保障自己及女友的生活，且家庭共有财产有被告人文某的份额。因此，被告人文某的再犯罪可能性小、主观恶性浅，其实施的盗窃行为具有较小的社会危害性，尚未达到追究刑事责任的程度，属于情节轻微的情形，因此，原审法院宣告被告人文某无罪是正确的。此外，在司法实践中还应注意掌握“近亲属”的范围，“近亲属”是指夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姐妹。偷窃近亲属的财物应包括偷窃已分居生活的近亲属的财物，也包括偷窃共同生活的其他非近亲属的财物。

“亲亲相隐”如同任何事物都具有两面性，有必要加以“扬弃”。换言之，“亲亲相隐”的合理成分应予以批判性地吸收，并在明确“亲亲指什么”、“什么罪能隐”以及“亲亲相隐的后果是什么”等问题的基础上，在刑法典中通过特定的刑法规范来加以体现。在“亲亲相隐”的合理内容被法典化之前，司法过程中予以适当的考量应是必需的。

案例二 何肃黄、杨柯传播 淫秽物品牟利案

——刑法的“虚拟空间”效力

一、案件概要

1999年7月至11月间，被告人何肃黄利用被告人杨柯为其提供和自己申请的国际互联网免费主页空间，在商丘信息港建立“酷美女国际乐园”、在武汉建立“酷美女”、在四川青衣江建立“色情艺廊”、在安阳信息港建立“六库全书”四个色情网站。被告人杨柯在商丘信息港和国外的服务器上建立“色情写真图库”和“全球色情引擎”两个色情网站。两被告人共在上述网站中刊载淫秽图片7200余幅、淫秽小说94篇、淫秽小电影2部，并共同对上述网站进行维修、更新。为了牟取非法利益，两被告人利用上述色情网站为国外公司做广告，先后收到汇款519.28美元（未兑付）。

被告人何肃黄、杨柯辩称：淫秽图片没有7200余幅。他们的辩护人均提出：刑法对利用国际互联网传播淫秽物品的定罪无明文规定，不应按刑法处理；两被告人没有明显的牟利目的；认

定淫秽图片 7200 余幅与事实不符；两被告人认罪态度较好，应从轻处罚。

商丘市梁园区人民法院审理认为：被告人何肃黄、杨柯以牟利为目的，在国际互联网上传播淫秽物品，情节严重，其行为已构成传播淫秽物品牟利罪。检察机关指控的罪名成立。鉴于两被告人认罪态度较好，确有悔罪表现，可从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第三百六十三条第一款、第二十五条、第七十二条、第六十四条的规定，于 2000 年 9 月 4 日判决如下：

一、被告人何肃黄犯传播淫秽物品牟利罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚金人民币一万元；被告人杨柯犯传播淫秽物品牟利罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚金人民币一万元。

二、违法所得美元五百一十九元二角八分予以追缴，犯罪工具计算机两部、软盘五十张、硬盘一个予以没收。

宣判后，两被告人没有上诉，检察机关没有抗诉，判决发生法律效力。

二、虚拟空间——网络的刑法适用

互联网的历史可以追溯到 20 世纪 70 年代，当时美国军方为了防止中心指挥系统受到袭击后导致整个通讯联系的瘫痪，投资开发了“网络之网络”（即后来的国际互联网）。20 世纪 90 年代初，互联网走向普及化和商业化，以前所未有的速度席卷全球。随着计算机技术的发展和网络技术的应用，人类进入一个全新的网络时代。网络社区最初由一些技术人员组成，大家讨论、发布的都是些技术信息，相互之间的关系简单而纯净。互联网的迅速普及，“小众化”的网络社区逐步被湮没。未来的世界是网络世界。网络是个繁杂的“社会”、无限的虚拟世界。自 1994 年我国