

欧阳春 著

在法律_的边缘上

56个刑事疑难案例评议

辽海出版社

欧阳春
著

00281

在法律_的边缘上

56个刑事疑难案例评议

辽海出版社

F1487/17

图书在版编目(CIP)数据

在法律的边缘上：56个刑事疑难案例评议/欧阳春著.
沈阳：辽海出版社，2000.8

ISBN 7-80649-256-9

I. 在… II. 欧… III. 刑事诉讼法-案例-分析-中国
IV. D925.25

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 32847 号

辽海出版社出版发行

(沈阳市和平区十一纬路 25 号 邮政编码 110003)

沈阳市宏业印刷厂印刷

开本：850×1168 毫米 1/32 字数：280 千字 印张：12

印数：1-7000 册

2000 年 8 月第 1 版

2000 年 8 月第 1 次印刷

责任编辑：刘宏元 张 树 责任校对：陈文本

刘守超

封面设计：刘冰宇

版式设计：李 夏

定价：16.00 元

序



欧阳春同志在繁忙的工作与学习之余撰写了《在法律的边缘上——56个刑事疑难案例评议》一书。我与作者同事多年，对其勤奋钻研的精神深有所了解。在本书出版之际，特写几句话。

欧阳春同志到最高人民检察院研究室工作已经多年，算是一位年轻的老同志了，在工作研究中，表现出较强的钻研精神。作者勤奋好学，工作之余认真研究业务与理论问题。在本书之前，他已单独或与人合作发表了若干有价值的文章。欧阳春同志注重对研究分析角度与方法的思考，他的研究更注重结合现实中出现的问题，结合对具体的有“个性”案例的分析，来阐述他对法律规定、理论观点的认识，并试图提出和建立新的理解分析方式。他在此以前于《人民检察》上发表的《建议制定控告申诉法》(1992年)、《试论在我国建立判例制度》(1994年)、《被害人应成为刑事诉讼当事人》(1995年)等文章中就已经体现了他的这种研究趣向。

刑法修订之后，司法实践中出现了许多新问题、新情况，疑难案件大量出现。作者认为传统刑法理论提供的理解分析方法不注意案件所蕴含的具体特征，只注重犯罪行为与法律规定之间形式上的一般相关

性。通览此书,感觉到作者表现出了可贵的理论探索精神。本书有几点是值得读者注意的:1. 作者对案例的分析有时采用了语义逻辑分析的方法。语言是思想的直接现实,是思想的外在化与符号化。思想观点的不同,有时会表现为语言问题。如在“龙某收受红包案”一文中,作者把受贿罪中通常被认为是构成要件的“利用职务之便”与“为他人谋取利益”都理解为状语而不是谓语,这种分析是否成立和为人普遍接受暂且不说,起码我个人以为作者的分析是“自足”的。2. 基于个人与国家之间的相对关系,作者以刑事行为概念作为犯罪的在先概念,从而提出行为对象、行为对象性、行为性质等概念,突出行为对象与犯罪对象的非同一性,及行为对象性是犯罪的特征属性,这在“周某冒领他人寄存行李案”一文中表现明显;强调行为性质之于行为人与国家的不同,反对忽视行为主体属性及对行为的自我价值认识,并认为这也是影响定罪与量刑的非常重要因素。3. 作者对“日常生活理性”给予极高的重视。在作者看来,刑法学是人文理论的一部分,应充分体现出它的属人性,即所研究的人应是具体的、主体的人,具有特定社会情境所决定的日常生活理性,而不是抽象的思想符号。作者对传统理解分析方式的批评未必十分公允,但确实道出了它的弊病。总之,尽管作者在后记中非常谦虚,认为本书“不是学术著作,只是学习体会”,但其替代传统分析方式的倾向是明显的,与通常所见的此类著述的确不同。

作者请我提出批评意见,这让我为难,因为对于一种新理解分析方式的理论探索,依据现存的理论和思维方式去批评是十分容易的,但无意为之。

作者在《刑事行为论》中试图提供一种新的分析框架,把传统

刑法学理论所提供的解释分析方法弃之东隅，就应树立自己明确的、系统的分析模式。当然，这对处于探索开始阶段的作者是有点苛求。这应是作者今后努力追求的方向。

本书是欧阳春同志的第一部个人专著，我预祝他在今后的工作、学习中取得更大的进步。

最高人民法院研究室副主任 法学博士

陈国庆

目录



序	1
1) 酒后逗孩子玩耍,不慎失手使孩子摔 落于地而死,应如何认定	1
2) 第二次伤害(1)	9
3) 第二次伤害(2)	16
4) 趁被害人与罪犯搏斗拾走被害人财物, 应如何认定	24
5) 持有作为抵押物的毒品如何认定	28
6) 出借公款存折作抵押如何定性	32
7) 储蓄所内拾得他人遗忘的财物并 据为己有应如何处理	41
8) 此案中的村委会主任是国家 工作人员吗	46
9) 不知妓女是幼女而嫖宿的, 应如何认定	60
10) 带走、损毁原所属公司的技术资料 应如何认定	65
11) 单位犯罪还是自然人犯罪	71

12) 胡某盗卖他人股票牟利案	78
13) 盗窃后异地拒捕应如何认定	85
14) 法院要求检察机关追加罪名双方发生 分歧意见时应当如何处理	92
15) 非法占有本单位用于还债的钱款应如何认定	98
16) 非法占有追回的赃款如何认定	107
17) 购买大量假冒名牌卷烟欲以销售牟利的 应如何认定	113
18) 关某税务工作玩忽职守案	117
19) 龙某收受红包案	124
20) 警察擅追他人,致人死亡,应负何责	141
21) 居间介绍买卖假币应如何认定	148
22) 用电子计算机窃取银行财物定何罪	152
23) 熊某盗用工行联行密押贪污案	156
24) 买卖伪造的机动车罚没证应如何定性	160
25) 周某冒领他人寄存行李案	164
26) 秘密拷贝他人的技术资料应如何认定	172
27) 明知是盗窃的活期存单而冒名提款并分赃 应如何定性	178
28) 郑某的行为是否构成犯罪	183
29) 挪用未注册公司的资金的行为如何认定	187

30	对阎某的行为应如何认定	192
31	此案可否适用抢劫罪的加重条款处罚	197
32	史某、冯某的行为应如何定罪处罚	200
33	荣某非法侵占溢货案	205
34	是经济纠纷还是合同诈骗	209
35	丈夫拘禁“第三者”并索要钱物的行为 应如何定性	214
36	孙某、韩某索取贿赂、敲诈勒索案	223
37	替单位要回债款又非法占有的行为 如何认定	231
38	赵某的渎职行为如何认定	238
39	为未注册登记的企业收取加工费并非法占有 已有的行为如何认定	244
40	违法承包工程而又非法转包工程的是否构成 非法经营罪	248
41	叶某等人敲诈他人财物案	254
42	伪造诉讼事实,骗取法院领导批准对当事人 司法拘留的行为如何认定	260
43	无伤害后果应否定罪	265
44	郎某运输毒品案	268
45	向信用卡虚增存款并取出的行为如何认定	274

46) 销毁欠条的行为如何认定	278
47) 是聚众斗殴还是寻衅滋事	282
48) 史某等三人的行为应如何认定	285
49) 以借用电话为名拿走手机的行为 应如何定性	292
50) 许某的行为如何认定	296
51) 在核准死缓一审判决后,是否可以自行再审	301
52) 陈某的行为如何认定	305
53) 诈骗还是赌博	310
54) 李某枉法裁判案	315
55) 勾结妓女引诱过往司机,然后予以罚款并私分, 应如何处理	320
56) 法律真的无情吗	327
附录一 刑事行为论	336
附录二 试论检察权	357
给咖啡加点糖(代后记)	372

1) 酒后逗孩子玩耍,不慎失手使孩子摔落于地而死,应如何认定

基本案情

犯罪嫌疑人:彭某,男,32岁,某煤矿工人。

彭某于5年前结婚,2年后有了一个男孩。孩子长到3岁时,活泼可爱。但是这个孩子身体不是十分好,时常闹些小病。彭某十分疼爱孩子,平时在家里总是与孩子在一块玩闹。

2000年春节期间的一天,彭某外出拜年,在朋友家喝酒。这天彭某的酒喝得比平时有点多了,但并没有完全醉。彭某回家后,见孩子一人在客厅里玩,媳妇到街上买东西去了,其母亲在厨房里收拾,便与往常一样抱起孩子亲亲,并与孩子逗乐。由于这天比平时喝得多点,一时酒劲上来,失手没有抱住孩子。孩子头冲地摔下,虽然送医院抢救,但终因伤势过重而死亡。

彭某被法院以过失致人死亡罪判处3年有期徒刑。

分析意见

本案是笔者听一位同事所说。他从北京回家探亲,听一位在

法院工作的中学同学讲了这个案例。当时,笔者的感觉既荒谬,也可悲,更是糊涂。干了10多年法律工作,到头来还得重新去问基本问题:什么是司法?为什么司法?怎样司法?

本案的实际处理结果,按我同事所言,实际上与上述是不同的,是另外一个罪名和严重得多的刑罚。由于这个判决让笔者感到太沉重,也不具有理论上的可分析性,所以笔者写了上述的处理结果。在笔者与一些同行聊天中谈到此案例时,他们一般倾向笔者写的这个罪名,但反对笔者的无罪观点。我的同事没有说明此判决是否是生效判决。既然没有分歧意见,所以本文也就没有这一部分,“意见分析”也就变成了“分析意见”。

按照主流刑事法律理论话语,彭某的行为是完全可以构成过失致人死亡罪的。从社会危害性上看,彭某酗酒是种不良行为,其酒后行为导致了一个人生命的终结。从形式要件角度看——把犯罪构成论看做一种形式分析框架倒是接近犯罪构成论的本质——更是不成问题,彭某行为的“四大件”全齐:其主观上的过失明显也是存在的,即彭某主观上对行为的危害后果有疏忽大意的过失。根据刑法第18条第4款的规定,醉酒的人应负刑事责任。既然彭某的行为符合刑法的规定,根据罪刑法定原则,对彭某追究刑事责任,有什么不妥呢?

刑法理论中的主流话语概念一般强调行为必须具有社会危害性才能认定构成犯罪。但由于“社会危害性”这个概念缺乏可操作性,即作为一个价值判断工具,具有多义性从而缺乏可操作性,无法解决司法实践中大量出现的难以确定罪与非罪的问题。因而,有学者对此提出了反思性检讨,提出应坚持法治的形式理性。但是,不运用这个多义性的分析工具,单纯根据法律规定去判断刑事行为是否构成犯罪,也存在无法解决的困难:1. 犯罪首先是个价值判断问题,既然搁置“社会危害性”这个价值分析工具,就必须有同

样性质的分析工具来替代,形式理性论似乎未完成这个任务;2.如果仍然坚持犯罪构成论这个形式框架分析理论,也不能合理地解决罪名适用问题,本书中的不少论述说明了笔者这一观点;3.我国的刑法规定仍然相当简略,本身具有解释的多义性,无法单独担当起这一任务。

刑法分则的规定只能是对犯罪行为特征的规定,而刑法分则并未圆满地解决这个问题。刑法总则的任务之一是解决刑事责任的有无问题。这个问题就是一个价值判断问题。刑事立法与司法总是受一定刑法理论资源限制的,因为立法者是根据一定的刑事法律理念进行立法活动,司法者是根据一定刑事法律理念去理解并适用刑事法律。在司法实践中,司法者实际上一般是依据形式主义的方法去适用刑事法律的,此即是明显的例子。不过,它总是表述为是依据“罪刑法定原则”而行事的。在刑事立法与刑事司法之间,必须有合理、科学的理论资源,才能完成刑事法治的目标。

对刑事行为的价值认识是不能回避的。虽然“社会危害性”概念及其衍生的理论是本体性的而缺乏认识论上的可操作性,应予扬弃,但简单地抛弃不是解决问题的办法。应赋予“社会危害性”概念以认识论的意义。社会危害性在刑事法律认识中表现为“刑事行为的可罚性”。刑事可罚性的存在,是依据一定的价值认识观念。笔者在本书附录的《刑事行为论》中认为,当国家认为此行为不予否定,而在社会中被“类复制”会危害社会秩序时,刑事行为就具有可罚性,即应追究行为人的刑事责任。

虽然刑事行为是国家的刑事法律意志的认识对象,但在现实中同时也是社会公众意识认识的对象。国家是社会的产物。虽然从权力角度看,刑事行为是否构成犯罪,或者说,刑事责任的是否存在及其大小的认定,完全是国家意志的事情,但是,国家意志的认识真可以忽视社会公众意识的认识吗?首先,根据法律本质的人文



主义性质,这是不可能的,因为这在实际中就表现为司法专横,这与法治精神相违背。其次,如果对这个问题的回答是肯定的,就意味着国家与社会的直接、完全的对立。法律是阶级斗争妥协的产物,即使在存在利益的阶级性、集团性对立的私有制国家里,这种对立也总是存在着缓和性,如根据英国1985年的《刑事起诉法》(《Act of Criminal Prosecution》),检察官在决定是否起诉一个罪行(offence)时,不仅要是否符合法律规定,证据是否达到起诉标准,而且必须考虑“是否符合公共利益或有利于公共秩序”,美国的检察官的自由裁量权比诸其英国同行就更大。在德国近年来进行的司法改革中,检察官的自由裁量权已经扩大到中等严重程度的罪行,即如果起诉不利于公共利益,检察官可以对轻罪乃至部分中等程度的罪行(offence)不予起诉而采取刑罚替代措施^①,虽然其表面原因是因为统一后日益加重的财政负担,但在实质上是对法定起诉主义的改良,是对形式理性观点的修正。这个法律之外的考虑实际上就是对社会公众意识和对刑事行为的价值认识的尊重。在我们这个公有制占主导的社会主义社会里,刑事司法就更应当重视社会公众意识对刑事行为的价值认识,考虑到社会公众意识是否是认为应当予以处罚,只有这样,才能真正实现法律的社会主义民主性。

那么,刑事行为是怎样被法律和社会公众意识所认识呢?

刑事行为不仅仅是以其所包含的动作作为认识对象,而且以其所包含的全部属性整体地成为认识对象,因为刑事行为的性质是其在时间性、空间性(毋宁说是在社会关系场中)、行为对象、行为方式等方面对主体的价值呈现;因为,刑事行为在社会认识中的“类复制”不单纯是动作的复制;或者说,社会公众意识对刑事行为

^① 参见《海外司法改革的走向》,中国方正出版社,2000年版。

的认识判断,不会仅仅止于犯罪行为所包含的动作,还会针对行为人的社会属性(身份及其性质、行为能力等)及对行为的自我价值认识(如目的、动机)、行为对象及其属性、行为对象性(客观的和主观的)等。对刑事行为的分析是以犯罪行为(由于社会公众意识的加入)所创造的外部关系所构成的“犯罪行为场”为中介的。刑法分则的规定虽然简略,但实际上是以价值判断为基础的,在立法技术上就体现为对权益的保护,而不再以行为的伦理性为基础,如吸毒、婚外通奸、“反动”言论(不以宣传、诋毁为目的)、卖淫嫖娼、赌博(以此为业才构成犯罪)等不构成犯罪,这是真正的法制进步。

具体到本案,虽然彭某的行为形式上符合法律规定的条件,但其是否具有刑事可罚性呢?

如果我们不把人仅仅作为一个符号,而充分考虑到行为人及作为行为对象的人的社会属性,承认社会公众意识在刑事法律认识中的意义,不倒果为因,以形式分析取代对刑事行为的价值分析,我们是不难得出“不宜追究彭某刑事责任”的结论。

如果坚持形式理性,彭某的行为“构成”过失致人死亡罪是没有问题的,但这个结论没有论刑事可罚性这个前提的存在,从而也就成了“问题”。我们常讲法制的社会效益,实际上是国家意志对刑事行为的评价与社会公众意识的评价相符。从这个角度来评析此案的判决,是存在问题的。

彭某的行为是造成了他人的死亡,不错,但这个行为对象不是抽象、单纯的生物存在,他是彭某的孩子,不是他人的孩子。或许有人说“即使是彭某自己的孩子,也有自己的法律权利,也是国家公民;彭某的行为侵犯了这个小公民的生命权”。这种说法十分动人而且具有某种诗意,不过是对犯罪行为构成要素之一——行为对象的抽象、孤立的认识。在此刑事行为中,主观对象性是什么或行为人对行为对象及结果的价值认识被忽视了。



彭某的行为确实造成了危害后果，可承受这一危害后果的是行为人本身，彭某是其自身行为的直接受害者。虽然我们常说“某某因自己的行为招致了惩罚”，但那是国家权力介入之后的结果，而不是其行为本身直接产生的，如某某贪污 100 万元，如果司法没有介入，他会给自己招致危害后果吗？如果行为人自伤或自杀，这也是对一个人的健康权与生命权的侵犯，是犯罪吗（自杀行为有时会构成道德情感上的不当）？我们无需忌讳谈人的存在本质的个体性与自利性，因为只有从这出发才能解释为何自伤、自杀不能构成犯罪（特殊情形下自伤是可以构成的，但那已经不是单纯的伤害行为了）。也许仍然存在反驳：“你说自伤、自杀行为不是犯罪，尚且不论，但伤害自己的孩子能说是与自伤相同吗？”当然不是，而且有很大的不同。如果彭某是出于故意，即使是间接故意，构成犯罪是没有问题的，因为行为的主观对象性在道德上发生了本质的变化。但是，相似是存在的，即危害后果是由行为人自己承担的。即使没有司法的介入，彭某难道没有受到惩罚吗？你不抓他，他还生不如死——我们只能从一般人性去认定彭某对孩子之死的态度——再予以追究刑事责任，是追求什么样的社会效益呢？在彭某所生活的社区，公众意识的评价会是怎样的呢？按一般情形，按照我们对人性的理解，这种认识恐怕是达不到应受惩处的程度的，只要我们不是躺在法条主义的席梦思床上。或许会有人说：“你这不也是推定吗？拿什么证明这点？”是的，我们只能这么推定，在这个物欲横流、追求感官官能满足的时代，如果我们还对人性抱有什么希望的话，那么我们必须而且只能以这种推定作为论述的基础！孩子死了，彭某的家庭蒙受巨大悲剧。彭某将终生生活在负疚心情之下，生活在这个悲剧的阴影之中。幸亏我们是无神论者，若按宗教观点，彭某的精神已经被他自己的行为判处了无期徒刑。

家庭是社会的基本单位，对发生在家庭内部的形式上具有违

法性的行为，行为人所在家庭的评价是社会公众意识认识的根本基础。在彭某家人没有请求司法介入之前，就直接适用国家的刑罚权，很不适宜。悲剧已经发生了，这完全是个意外事件——法条主义者是不会同意的，但作为从事法律工作 15 年的笔者同意这种认识——再制造一个罪犯，一个新的悲剧，有何社会教育意义；这个判决发挥了刑罚的特殊预防功能？你不惩罚他，他不愿也不会再犯啊！从刑罚的特殊预防功能角度看，这个有罪判决是无意义的。如果有人认为此案的判决发挥了刑罚的特殊预防功能，那只能说是对人性的亵渎，或者对这种人干脆保持沉默。偏见比无知更可怕，法条主义者即是有专业偏见的人（或许这种偏见很高雅）。只有如此，我们才能正确理解刑法规定告诉才处理的犯罪的意义。

阅读这种唠叨是乏味的，在此讲一趣闻，对理解上述观点不无裨益，也能消除阅读的疲劳。在比尔·克林顿初次竞选总统时，就有人指责他在性作风方面不道德。在一次接受一家电视台的直播采访时，主持人又问到比尔·克林顿这一问题，当时，比尔·克林顿夫人也在场，二人十分尴尬。这时，一个戏剧性事件发生了：头上一个物件掉下来，眼看要砸在比尔·克林顿头上，坐在丈夫身边的希拉里立刻推开比尔·克林顿。在躲开了这一“灾难”之后，受惊了的希拉里紧紧依偎在丈夫身上。这感动了在场的所有人，包括主持人，他没有再追问这个问题。据文章的作者说：“这个情形也感动了美国人民：‘是啊，人家老婆都不计较，作为旁人你计较什么’，比尔·克林顿的竞选对手也没有再就此问题指责他了……”对道德上的不当性判断与对法律上的不当性判断是十分相似的。

从社会效益角度，也就是从一般预防角度看，这种有罪判决有何意义呢？所谓的刑罚的一般预防功能，就是禁止他人对此行为的“类的复制”，这种“复制”并不仅仅是对动作的复制。如果不追究彭某行为的刑事责任，会鼓励他人“复制”这种行为吗？既然社会公众