

疑难刑事问题 司法对策

第三集

赵秉志 主编

Y
N
X
S
W T
S F D C

吉林人民出版社

疑难刑事问题 司法对策

(第三集)

赵秉志 主编

吉林人民出版社

(吉)新登字 01 号

疑难刑事问题司法对策(第三集)

主 编	赵秉志	封面设计	尹怀远
责任编辑	于二辉	版式设计	于二辉
责任校对	于二辉	责任排版	李冬梅

出 版 者	吉林人民出版社 (长春市人民大街 124 号 邮编 130021)
发 行 者	吉林人民出版社
制 版 者	吉林人民出版社激光照排中心 0431—5637018
印 刷 者	长春新华印刷厂

开 本	850×1168 1/32
印 张	12.875
字 数	290 千字
版 次	1999 年 6 月第 1 版
印 次	1999 年 9 月第 2 次印刷
印 数	5 200—10 300 册

标准书号	ISBN 7-206-03179-X/D·827
定 价	18.50 元

如图书有印装质量问题,请与承印工厂联系。

撰 稿 人

赵秉志	肖中华	王秀梅
田宏杰	于志刚	许发民
刘志伟	瞿中东	孙 勤
杜 澎	孙宇飞	孙立夫

前 言

法律之公正包括刑法之公正，不仅仅体现在法律文本上的公正和法律面前人人平等，更应当体现为司法上的公正。只有司法的公正才能真正体现法律公正，也只有司法上的公正才能最终贯彻立法的公正和法律面前人人平等之立法与司法原则。

但是，法律文本的简洁化用语方式、法条的有限容量、法律术语与生活常用语之间的差异性等因素，导致立法之意图并不能为司法工作人员统一理解；同时，各级各地司法工作人员个人业务素质的参差不齐、执法水平和认识能力的地区性差异，以及宏观性量刑方法与量刑标准的不统一，导致同一法律文本或者同一法条规定适用于不同司法区域时经常得到相差悬殊乃至完全不同的结果。这种立法文本与司法现实的不一致性，或者说立法意图难以转化为执法结果的司法现状，在我国现实的刑事司法活动中表现得尤为明显。

基于以上立法意图与司法现状之间的不协调乃至实际冲突，我们认为，闭门造车式的纯刑法理论与逻辑推理固然有其意义，然而无论如何也不能给予推崇和太高的评价。基于此，从解决现实司法困惑和促进刑事司法公正的角度出发，更为理性地关注司法现实和社会公正，从而以保障人权、促进法治进步和社会有序发展为己任来关注刑事司法活动中的疑难问

题，正确诠释刑法典和相关司法解释，准确处理司法疑难与司法困惑问题，进而尽可能地减少司法误判、错判并平衡地区性执法差异，应当是刑法理论研究者不可推卸的职责。也正基于此，我们认为，有责任心的刑法理论研究者应当以促进刑法典发挥应有社会效应并以此促进社会文明发展为己任，而不应当刻意地走纯思辨的理论研究之路，更不应当游离于社会现实尤其是司法实践。

基于以上考虑，在有目的的考虑近年来刑事司法实践中所出现的各种刑事疑难问题的基础上，我们邀约一批具有较深理论功底和一定司法经验的中青年学者专家，针对现实存在的有争议的刑事司法疑难问题，有的放矢，对其加以理论论证和规范解释，力争给予令人信服的司法处置对策，并希望以此来减少刑事司法活动中的定性不准与量刑畸轻畸重情况，从而提高司法质量和效率。

本着理论研究服务于司法实践的撰写目的，本套《刑事疑难问题司法对策》丛书并不苛求体系上的完整与内容上的面面俱到，不作无病之呻吟，而是针对实际问题，深入浅出，力图以有限的篇幅和容量涉及并解决尽可能多的司法难点、焦点与疑点问题。也正由于此，本书之内容选择与体系编排将取决于司法实践的需要而不追求无谓的教科书式的理论完整性，并将伴随着某一时期司法疑难问题出现的多与少等实际情况而不断编写与出版。

在本书面世之际，我们要特别感谢吉林人民出版社有关领导和法律编辑室主任刘树炎先生的大力支持，尤其是刘树炎先生在丛书的设计、内容与特点等方面都给予了有见解、有价值的指导，并为编辑本书付出了辛勤的劳动，这些都是我们应当铭记在心并深表谢忱的。

愿本套丛书的出版能够为我国刑事司法的公平、公正尽些许之力。

赵秉志谨识

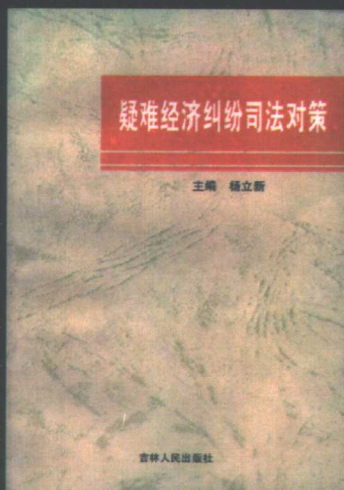
1998年12月

于中国人民大学法学院



赵秉志 1956 年生，河南南阳人。新中国首届刑法学博士。现任中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师、国际刑法研究所副所长。兼任中国法学会刑法学研究会副总干事、全国人大内务司法委员会青少年专门小组成员、最高人民检察院研究室顾问等多种学术职务。1991 年被国家授予“做出突出贡献的中国博士学位获得者”称号，1995 年被评为“全国十名杰出青年法学家”。出版专业书籍（含独著、主编、合著、合译）《犯罪主体论》、《刑法研究系列》、《刑法争议问题研究》、《新刑法典的创制》、《新刑法教程》、《新刑法全书》等百余种，在中外报刊上发表论文、文章近 400 篇。主持、参加了近 20 项国家或部委级科研项目，论著曾 10 余次获国家级、部委级或院校的奖励。

最新实用 法律读本



疑难经济纠纷司法对策
(1—3 集)

总定价:50.40 元



疑难民事纠纷司法对策
(1—10 集)

总定价:224.00 元

目 录

第一篇 犯罪总论	(1)
1. 不作为犯罪的因果关系	(3)
2. 成立犯罪故意, 行为人主观上必须 认识到哪些方面? ——兼评刑法理论界关于犯罪 故意认识内容的观点	(22)
第二篇 刑罚总论	(51)
1. 死刑缓期执行制度的司法适用 ——兼及相关立法之评析	(53)
第三篇 破坏社会主义市场经济秩序罪	(67)
1. 合同诈骗罪的认定	(69)
第四篇 侵犯公民人身权利、民主权利罪	(81)
1. 故意杀人罪认定中的疑难问题	(83)
2. 如何正确认定故意伤害罪	(123)
第五篇 侵犯财产罪	(139)
1. 论抢劫罪适用中的几个问题	(141)
2. 侵占罪的司法适用疑难问题	(154)

第六篇 妨害社会管理秩序罪	(207)
1. 非法侵入计算机信息系统罪的司法适用	(209)
2. 制作、传播破坏性计算机程序罪的司法适用	(239)
3. 如何认定组织他人偷越国(边)境罪	(268)
4. 骗取出境证件罪司法适用问题研析	(313)
第七篇 职务犯罪	(329)
1. 国家工作人员的认定	(331)
2. 如何正确认定徇私枉法罪	(349)
3. 如何正确认定枉法裁判罪	(358)
第八篇 其他犯罪问题	(365)
1. 具有国际犯罪性质的劫持航空器犯罪探讨 ——劫持航空器犯罪的司法适用	(367)
2. 如何正确认定破坏交通工具罪	(376)
3. 以其他危险方法危害公共安全罪的司法适用	(382)
第九篇 刑事疑难案例评析	(391)
1. 如何认定间接故意的不作为犯罪行为 ——间接故意不作为致人死亡的定性问题	(393)

第一篇 犯罪总论

1. 不作为犯罪的因果关系

不作为理论与因果关系理论的异常艰深，使不作为犯罪因果关系问题更趋复杂疑难。笔者结合下列案例对不作为犯罪因果关系作初步研究。

案件基本情况：1994年6月30日晚，被告人宋福祥酒后回到家中，因琐事与其妻李霞发生争吵厮打。李霞说：“三天两头吵，活着还不如死了。”被告人宋福祥说：“那你就去死。”后李霞在寻找准备自缢用的凳子时，宋喊来邻居叶宛生对李霞进行规劝。叶走后，二人又发生吵骂厮打。李霞又寻找自缢用的绳子，宋福祥意识到李要自杀，但却无动于衷，放任不管。直到听到李垫脚用的凳子响声后，宋才起身过去，但其仍未采取有效措施或呼叫近邻，而是离开现场到一里以外的父母家中去告诉自己父母，待其家人赶到时，李霞已无法抢救而死亡[此案载于中国高级法官培训中心、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览（1996年刑事审判卷）》，中国人民大学出版社1997年版，第34-37页]。

一、不作为犯罪因果关系之有无

不作为犯罪是否存在因果关系，在刑法理论上素有争论，撇开具体论述上的差异，学者间的观点大致可分为两派，即积

极说与消极说。积极说认为,不作为犯罪与作为犯罪一样,其不作为行为与危害结果之间具有因果关系。消极说则认为,不作为本身没有任何积极举动,对外界现象不产生影响力,因此谈不上因果关系。如有人明确指出:“不作为不是客观存在的行为,在自然界的状态中是‘无’是‘空’……无中不能生有,无作为,自无结果,不作为不是结果的原因,只是促成结果产生的条件。”^① 不过,亦有人肯定部分不作为与危害结果之间具有因果关系。^② 笔者认为,应当承认不作为犯罪因果关系的存在,上述积极说的观点是完全正确的,它满足了司法实践的需要,也有助于刑法因果关系理论的科学化和完整性。

否认不作为犯罪因果关系的观点认为,不作为并非客观存在的行为,这实际上是基于因果行为论而推导出来的错误理论。行为理论中的因果行为论以自然、机械的眼光看待刑法上的危害行为,主张“刑法上之行为无非基于意思发动而影响的及于外界之人类的行动”;或“由于意思而惹起之客观的身体活动,及基于客观活动所发生之因果过程”^③,据此不作为自然欠缺有体性而被排除于“行为”的范畴之外。^④ 但是,行为理论发展至今,几乎没有学者不再把不作为视为行为的基本表现形式之一了。这也宣告了因果行为论形式化地理解行为的具体性在方法论上的失败。因此,如果一面承认不作为是行为的基本表现形式之一,一面又认为不作为不是客观存在的行为(或其形式),就显然陷入自相矛盾的境地。如果我们要维持不

① 胡正诂:《从哲学上的因果关系看刑法上的因果关系》,载《江西大学学报》1982年第1期。

② 参见韩忠谟著:《刑法原理》,台湾1981年版,第125页以下。

③ 参见洪福增著:《刑法理论之基础》,台湾三民书局1977年版,第40页。

④ 不作为是否仅限于身体的静止,还是个值得研究的问题。笔者认为,积极的身体动作(如采取伪造账簿的方法偷税)也可能属于不作为,因而不作为欠缺生动“有体性”并非绝对。

作为应当包容于行为之中的这样一个理论现状，我们就不得不去回答不作为为什么是行为（是行为本身还是行为表现形式，并不重要）？问题的关键在于，用什么样的方法去理解不作为的行为性？或曰，如何在作为与不作为之间寻找到共通的危害行为之性质？这正是检验各种行为理论科学性的标志之一。对此问题，有学者指出，作为与不作为的违法性之本质，“在于法益之侵害、危险、超越社会相当性。法益之侵害、危险，即一定结果的发生，有由于引起外界之变动所致者，有由于不引起外界之变动所致者”，不作为不引起外界之变动，“但从其侵害法益或发生危险的价值言，亦具有论理的存在性，刑法上以其不为法所命令之行为，为构成要件之评价对象，其不作为亦具有行为性。”^① 笔者认为，不作为的行为性应当也只能从社会价值的角度予以考量，不作为并非所谓“行为”之否定，而是“为”之否定；不作为之否定“为”，如同作为否定“不得为”一样，皆是侵犯刑法所保护的某种合法权益（法益），所不同的是，否定“为”之不作为违反命令（诫命）规范，否定“不得为”之作为违反禁止规范，但否定的价值在社会关系中的体现具有等价性。上述论者从“法益之侵害、危险”超越相当性的视角揭示了不作为与作为的共性，美中不足的是未能把“法益之侵害”与“外界变动”统一起来。实际上，即便是身体静止的不作为，其侵害法益，也没有不同时“引起外界变动”的。在作为犯规范构造中，法律是要求人们不要去破坏现状，因而作为犯的作为行为引起外界变动颇为直观。而在不作为犯的规范构造中，法律则要求人们去改变现状（当然法律只要求有作为义务且有作为可能性的人这样做）。那么，行为人

① 陈朴生：《不作为犯之构造》，载台湾《刑事法杂志》第25期第3卷。

不予改变现状，外界有没有变动呢？回答当然是肯定的。但是，不作为引起外界变动，乃是不防止既存风险的进一步恶化或实现，与作为引起外界变动表现为现状的良好状态被破坏或遭受进一步损害，在表征上有异。前列实例中，被告人宋福祥作为特定义务人，^① 当其妻二次寻找自缢工具时，在有可能防止其妻自缢身亡结果发生的情况下，起先时是不予阻止其妻自缢；后当其妻上吊于门框上时当场见而不救，这一不作为行为实际上是行为人忤逆了法律对他应消除风险的期待，在论理上侵害了其妻的生命权利，事实上也引致了其妻自缢身亡的这一结果或“外界之变动”。

由上分析可见，不作为的行为性或不作为亦能侵害法益、引起外界变动的特征，决定了不作为犯罪因果关系是客观存在的。

在肯定不作为犯罪存在因果关系的前提下，有必要说明，不作为犯罪因果关系存在于具体犯罪中是有限制的，亦即只有存在构成结果的不作为犯中才存在因果关系，^② 而并非任何不作为都有因果关系的问题。这恰恰是肯定部分不作为与危害结果之间具有因果关系的论者所试图说明的。但实际上“不作为犯罪存在因果关系”与其乃有限制地存在并无矛盾，因而特别地提出所谓部分不作为犯罪因果关系意义不大。不作为犯有纯正不作为与不纯正不作为犯之分。刑法理论上一般认为，不纯

^① 对此案例中被告人宋福祥有无防止其妻自杀的义务，笔者持肯定观点，但笔者认为其义务来源既不在于法律明文规定，也不在于公序良俗，而在于与其妻李霞的争吵厮打行为，即先行行为。

^② 刑法因果关系是仅限于研究危害行为与客观构成要件的危害结果之间的联系，还是也包括危害行为与非构成结果之间的联系，有进一步研究的必要。笔者在此采通说观点。但是，实际上，从实务角度来说，危害行为与非构成结果的因果联系也是十分重要的。例如故意杀人未遂，只造成被害人重伤，这一重伤结果与杀人行为之间的因果联系同样得到重视。