

界 银 行 贷 款 资 助 项 目

A COLLECTION OF COMPLICATED CRIMINAL CASES — COMMENTS & ANALYSIS

刑事疑难案例法理评析

主编/苏惠渔 杨兴培

3

法律出版社

■世界银行贷款资助项目

刑事疑难案例法理评析

主 编 苏惠渔 杨兴培

撰稿人 (以姓氏笔划为序)

邓海燕 刘宪权 阮传胜 孙万怀

苏惠渔 何 萍 陆世友 杨兴培

郑 伟 薛进展

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事疑难案例法理评析/苏惠渔,杨兴培主编. - 北京:
法律出版社, 2000. 9

(犯罪与刑罚理论专题研究)

世界银行贷款资助项目

ISBN 7-5036-3204-6

I. 刑… II. ①苏…②杨… III. 刑法-案例-理论-研
究-中国 IV. D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 69068 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任编辑/张宇东

责任编辑/何 萍

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/11.5 字数/280 千

版本/2000 年 10 月第 1 版

2000 年 12 月第 2 次印刷

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱. pholaw@public. bta. net. cn

电话/88414899 88414900 (发行部) 88414121 (总编室)

出版声明 版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-3204-6/D · 2923

定价: 21.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

说 明

经过我们刑法教研室全体同仁的齐心协力,《刑事疑难案例法理评析》一书终于撰写完稿了。在此出版之际,特缀数语,以表心迹,略述本书之旨。

刑法是关于犯罪和刑罚的法律规范,它是刑事立法者为了维护既定的统治关系和管理秩序,根据社会现实生活中违法犯罪的情形,预先作出的禁止性和惩罚性的规定。当社会现实生活中一旦出现刑法规定的犯罪情形,刑事司法就根据预先存在的刑法规定,对犯罪行为作出定性评价和刑罚处罚。在整个刑事司法实践活动中,正确定罪是恰当处罚的前提和基础,在刑事司法实践活动中据有重要的地位。

刑法规范总是原则的、抽象的、简洁的。刑事立法者在刑法中不管设置多少个犯罪条文和设定怎样的构成要件,总是无法穷尽整个社会现实生活中复杂多样的犯罪情形,社会现实生活中总会有一些无法简单、直接与刑法规定“对号入座”的疑难案例。于是,对这些疑难案例的正确定性,在刑事司法实践中就会造成了一定的操作困难。然正因为如此,也为刑法理论多角度、多侧面地思考开辟了广阔的思维空间,成了刑法理论源于法律、源于现实,又高于法律、高于现实的用武之地。

刑法学者根据自己对法律的理解,根据自己的生活经验和学识水平,从理论的角度对刑法规定进行注解,对现实的违法犯罪行为进行评价,然后根据刑法的规定,与现实的违法行为相匹配,作

出某种行为是犯罪还是非罪,是此罪还是彼罪,从而完成从理论上对某种违法行为的定性评判。学者不是法官,学术观点也不是判决。但学者可以成为法官的“参谋”,学术观点也可以成为法官的判决参考。这是因为法官应当成为学者,他必须精于对法律的理解,法官的判决也必须要有理论的支撑。本书正是基于这样的初衷而展开对一些疑难案例的思考和讨论的。

对疑难案例的评析,是学者自己观点和理论的延伸,也是刑法理论与司法实践相结合的一种表现形式。自从有了法律以后,各种以法论案、以案说法的书籍随之问世,何其多也!本书能否在众多的案例评析书籍中稍有独到之处,还有待于读者去品味、去评判。但本书的撰写者却都以此为目标,以此为动力。既然称之为疑难案例,那么站在不同的角度,根据自己对法律的不同理解,对同一个案例产生不同的见解就不足为奇了。这里对每一个案例的评析,仅仅代表了评析者个人的观点和理论修养水平。如果这种观点和由这种观点所引发的理论阐述,能给我们的刑法理论学习提供一些新的素材,能给我们的司法实践提供点滴有用的参考,那我们所得慰藉莫大焉。

本书由华东政法学院刑法教研室的全体教师参加撰写,他们是:

苏惠渔 教授,中国刑法学会副总干事,研究生导师。

陆世友 教授,研究生导师。

杨兴培 教授,刑法教研室主任,研究生导师。

刘宪权 教授,刑法教研室副主任,研究生导师。

郑伟 博士,副教授,刑法教研室副主任,研究生导师。

薛进展 副教授,刑法教研室副主任,研究生导师。

何萍 讲师,硕士研究生。

孙万怀 教师,硕士研究生。

阮传胜 刑法学研究生。

邓海燕 刑法学研究生。

苏惠渔 杨兴培
2000年6月于上海

目 录

一、危害国家安全罪	1
1. 李某非法提供经济情报构成何罪?	1
2. 黄易河向敌特机关写信欲陷害他人案	7
二、危害公共安全罪	15
3. 李某用爆炸物炸伤他人应如何定性?	15
4. 击打驾驶员的行为应如何认定?	20
5. 毒死耕牛再出售有毒牛肉应如何定性?	26
6. 为制止违法行为而强行超车,造成严重后果应如何 处理?	33
三、破坏市场经济秩序罪	41
7. 伪劣产品如何认定	41
8. 程某擅自转售进口免税轿车能否构成走私罪?	47
9. 非法修改并发布股票交易数据应如何定性?	58
10. 私自兑换不能流通的外币应构成何罪?	65
11. 违法发放贷款罪的主体认定	72
12. 胡某的行为应如何定性?	78
13. 这起违法贷款案如何认定?	83
14. 戴美祥的行为应如何定性?	91
15. 已经被终审判决否定的犯罪指控,能否被用来 再指控他人?	97
16. 本案是否构成虚开增值税专用发票罪和偷税罪?	106
17. 黄某占有、损毁公司技术资料应如何定性?	113

18. 王某等人的“强卖”行为该定何罪?	120
四、侵犯公民人身权利罪	126
19. 费谷崎故意杀人案	126
20. 聚众殴打他人是否都应对致人死亡的后果承担 责任	133
21. 夫妻关系成立之后和存续期间,丈夫强行与妻 子同居能否构成强奸罪?	139
22. 先强奸后通奸应当如何认定处理?	150
23. 本案是强奸未遂还是强奸中止?	157
24. 罗某的行为如何定性?	165
五、侵犯财产罪	172
25. 强索合法财物是否构成抢劫罪?	172
26. 全瑞宝抢劫、杀人案的性质认定	179
27. 王某的行为是否构成转化型抢劫罪	186
28. 转化的抢劫罪是否有既遂、未遂之分?	194
29. 该“调包”行为如何定性?	200
30. 窃取他人信用卡磁条信息构成犯罪吗?	205
31. 以代为保管为由,骗取在押犯的钱财构成何罪?	212
32. 蒋某、沈某侵占案的法律适用	219
六、妨害社会管理秩序罪	227
33. 赵某等聚众斗殴案如何定性?	227
34. 寻衅滋事罪的认定	234
35. 律师能否构成伪证罪?	241
36. 蔡某戴铐越窗逃跑能否构成脱逃罪?	247
37. 刘某拒不执行法院判决的行为如何定性?	254
38. 身为巡警目睹他人持刀行凶而不制止,该当何罪?	260
39. 没有医学知识私开诊所非法行医骗取财物的行为 如何定性?	267

40. 杨某接送运输毒品者的行为应当如何认定?	273
41. 不吸毒就不能构成非法持有毒品罪吗?	279
42. 刘某开办茶庄组织卖淫案	287
43. 贩卖淫秽物品案的定罪标准及形态认定	294
七、危害国防利益罪	302
44. 冒充军人,强行搜取小偷钱财的行为应如何认定? ...	302
八、贪污贿赂罪	309
45. 此案如何定性?	309
46. 缪某的行为是否构成挪用公款罪、贪污罪?	316
47. 律师梁某私下收受钱物能否构成受贿罪?	323
48. 本案是收受回扣还是侵吞公款?	334
49. 本案是挪用公款罪还是违法票据行为?	341
九、渎职罪	350
50. 彭某的行为构成何种渎职罪?	350

一、危害国家安全罪

1. 李某非法提供经济情报构成何罪？

一、案情介绍

被告人李某(女),系某石油地质科学研究所技术员。李某的丈夫是我国派驻香港的工作人员,经批准李某前往香港探亲,并小住一段时间。在香港期间的社交场所,李某结识了以商人身份出现的美国某情报机关的特务麻某。当麻某了解到李某的身份,便想方设法与她靠近,经常用金钱拉拢她。在交往的过程中,李某也了解到了麻某的真实身份,但她还是经不起金钱的诱惑,向麻某透露了我国石油矿区的分布、石油开采的计划等等属于国家级的秘密和情报。当麻某得知李某探亲期满即将回国的时候,更是赤裸裸地以提供全部旅费并以出高价收买为诱饵,指示李某回内地后继续搜集有关政治、经济情报。黄某又经不起金钱的诱惑,一口答应。回内地后,李某接连到了多个省、市,为麻某收集其所需情报,为此李某得到了巨额港币回报。后该案为我国安全机关破获。

二、分歧意见和问题所在

本案应当如何适用法律,存在着多种意见。第一种意见认为应当以泄露国家秘密罪论处,理由是李某身为科研机构的工作人员,掌握着国家的机密材料,已经负有保守秘密的义务。李某故意泄露国家秘密,已符合了故意泄露国家秘密罪的构成要件。第二种意见认为,李某不但泄露国家秘密,更在于其主动收集国家秘

密,换取外国情报机构的高额报酬,应当以为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪论处。

我们认为本案的关键在于李某涉及国家秘密的行为性质到底属于简单地泄露秘密还是属于为境外非法刺探、非法提供国家秘密,对刑法中诸多涉及国家秘密的犯罪在理论上如何加以区分?

三、法理评析

随着国际斗争尖锐性和国内生活复杂性的发展,国家秘密与国家安全的关系日益紧密,保守国家秘密成了宪法规定的我国公民的一项权利和义务。《中华人民共和国保守国家秘密法》第3条规定:“一切国家机关、武装力量、政党、社会团体、企业事业单位和公民都有保守国家秘密的义务。”《中华人民共和国国家安全法》第19条、第20条也规定:任何公民和组织都应当保守所知悉的国家安全工作的国家秘密;任何个人和组织都不得非法持有属于国家秘密的文件、资料和其他物品。任何违反国家保密法规,非法持有国家秘密、泄露国家秘密、为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密的行为,都会给国家和人民的利益造成极大的危害。这些危害具体表现在对国家领土完整、主权统一和国家安全的损害,或者表现在造成国内政治、经济和社会秩序的混乱。例如国家一项外交政策的拟订,如果提早泄露为外部知晓,就会导致国外的敌对势力及早采取相对措施,从而有损于我国的国家安全;再如国家一项重大政治策略的制订,如果提早泄露,就有可能产生社会动荡;又如国家一项重大经济政策的酝酿讨论,如果被非法泄露,就会造成社会经济生活的波动,甚至造成市场秩序的紊乱。因此,我国刑法设立了多个与国家秘密有关的犯罪规定,运用刑罚与涉及国家秘密的犯罪行为作斗争。这些犯罪规定包括了刑法第111条为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪,第282条第1款非法获取国家秘密罪,第282条第2款非法持有国家绝密、机密文件、资料、物品罪,第398条故意泄露国家秘密罪

和过失泄露国家秘密罪。第 431 条第 1 款非法获取军事秘密罪,第 431 条第 2 款为境外窃取、刺探、收买、非法提供军事秘密罪,第 432 条故意泄露军事秘密罪和过失泄露军事秘密罪。这些规定组成了一道严保国家政治、经济、军事、文化、科技等重要国家秘密的屏障。

国家秘密是指关系到国家政治、经济、国防、文化、科技的安全和利益,依照法定程序确定,在一定时间和一定范围只限于特定人员知悉的事项。国家根据国家秘密对国家安全和利益的影响程度,将国家秘密划分为绝密、机密和秘密三个等级。国家秘密的内容涉及到国家政治、经济、国防、军事、文化、科技等各个领域。刑法根据涉密犯罪的主体资格、涉密犯罪的范围、涉密犯罪的行为特征和国家秘密的涉及内容,对涉密犯罪作了多层次、多元化的规定。从涉密犯罪的主体资格上,刑法规定有国家工作人员、军事人员和社会一般成员的涉密犯罪;从涉密犯罪的范围上,刑法规定有对境内的涉密犯罪和为境外的涉密犯罪;从涉密犯罪的行为特征上,刑法规定有窃取、刺探、收买、非法提供、非法持有、泄露等涉密犯罪行为;从涉密犯罪的对象内容上,刑法规定有一般的国家秘密和特定的军事秘密。尽管从理论上说,上述刑法规定的各种涉密犯罪存在着相互交叉的法条竞合现象,但是从犯罪构成的规格来看,它们各有自己的侧重点。首先从涉密犯罪的行为特征上看,窃取、刺探、收买而非法提供,窃取、刺探、收买而非法获取与非法持有,泄露具有明确的行为界限,它们是各自不同的涉密犯罪的客观表现;其次从涉密犯罪的主体资格上看,国家工作人员、军事人员和社会一般成员的范围有着明确的身份限定;其三从涉密犯罪的发生范围上看,涉外的涉密犯罪与涉内的涉密犯罪可谓泾渭分明;其四从涉密犯罪的对象内容上看,军事秘密虽然也隶属于国家秘密,但实际上它已从国家秘密中分离出来具有相对的独立性。

通过上述我们对国家秘密和刑法规定的透视和分析,我们就

可以按图索骥和寻宗归元的方式对本案进行由表入里的法理评析。

1. 李某的身份是石油地质科研所的技术人员,在我国目前政治体制还未进行大规模地实质性的改革,党政不分、政企政事不分的情况下,李某是否属于国家工作人员,这在理论上必定具有分歧意见。但是有一点却是十分明确的,即李某绝对不具有刑法规定的军人违反职责罪的军人身份。根据刑法第 450 条的规定,军人违反职责罪的主体资格包括:(1)中国人民解放军的现役军官、文职干部、士兵及具有军籍的学员;(2)中国人民武装警察部队的现役警官、文职干部、士兵及具有警籍的学员;(3)执行军事任务的预备役人员和其他人员。行为人不具有军人身份,不管其实施的行为特征如何,也不管其行为涉及的秘密是否属于军事秘密,均不属于构成军人违反职责罪规定的涉密犯罪。更何况李某泄露的和其非法收集的秘密,只涉及到石油矿区的分布和石油开采的计划等等,显然不属于法律上所说的军事秘密。根据《中国人民解放军保密条例》规定,军事秘密是指在一定时间和一定范围内,只限特定人员知悉的关系到国防和军队安全和利益的事项。行为涉及的对象内容不属于军事秘密,不管行为人是否具有军人身份,也不管行为人实施的行为特征如何,均不能构成涉及军事秘密的犯罪。由此,我们可以确定李某与我国刑法规定的军人违反职责罪中的涉及军事秘密的犯罪均不发生联系。

2. 李某从香港回到内地,积极奔波,接连到多个省、市,收集有关属于国家秘密的石油方面的秘密,显然与刑法第 282 条规定的非法获取国家秘密罪发生联系。所谓非法获取国家秘密罪,是指使用窃取、刺探、收买的方法,非法获取国家秘密的行为。非法获取国家秘密后又非法持有,在刑法理论上属于吸收犯,非法持有的行为已被非法获取的行为所吸收,不具有犯罪的独立性。李某的行为从形式上看,显然符合非法获取国家秘密罪的行为特征。但

是,非法获取国家秘密罪在主观方面表现为行为人意图知悉和拥有国家秘密,行为人意图知悉和拥有国家秘密,又将服务于什么目的,对于行为人来说还没有确定,对于司法机关来说也无法查实。而本案的行为人李某非法收集国家秘密的目的十分清晰确定,已超出了非法获取国家秘密罪的范畴。因此,显然已不能构成非法获取国家秘密罪。

3. 李某在香港经不起麻某的金钱诱惑,向麻某透露了我国石油矿区的分布、石油开采的计划等等属于国家秘密内容的信息,其行为无疑是一种泄露国家秘密的行为。尽管刑法第 398 条关于泄露国家秘密罪的规定,在主观方面不论故意还是过失均可构成,但是泄露国家秘密罪在主观方面还是有一个明确的限制,即如果行为人为故意泄露国家秘密,其行为的范围仅限于面向境内的人员或组织。如果行为人明知泄露的国家秘密已面向境外的机构、组织和人员,那么这种泄露已等于为境外的机构、组织和人员非法提供这种国家秘密,此时也就超出了故意泄露国家秘密罪的范畴。只有过失泄露国家秘密,仍然在过失泄露国家秘密罪的范围,不发生超越而另构成他罪的问题。当然,在这里也需要指出一下,如果本案不存在与境外的联系,那么李某是否是国家工作人员,对于构成故意泄露国家秘密罪是不发生影响的。尽管我国刑法将国家秘密罪规定为国家机关工作人员违反国家保密法规,泄露国家秘密的行为。但是这一犯罪的主体资格没有太大的法律意义。因为刑法第 398 条第 2 款有规定,非国家机关工作人员违反国家保密法规,泄露国家秘密,同样以该罪论处。从刑法理论的角度而言,具有一般犯罪主体资格的自然人可以构成的犯罪,本身意味着任何一个国家工作人员都可构成。但反过来,具有国家工作人员特殊犯罪主体资格的自然人可以构成的犯罪,并不意味着任何一个具有一般犯罪主体资格的社会普通成员都可构成,例如贪污罪、受贿罪等等。因此,刑法第 398 条对犯罪主体资格条件的限制,实际上名存

实亡,毫无法律意义。由于本案的李某明知麻某是一个美国情报机构的特工人员,仍然向其透露机密内容,虽不属过失泄密,但也不在故意泄露国家秘密罪的范围之内。特别是在李某从香港回到内地之后,继续为麻某收集情报材料,更超越了泄露行为的限制范围,尽管其行为特征有部分与泄露国家秘密罪发生竞合,但却不能构成泄露国家秘密罪。

4. 犯罪构成是一种刑事立法确立犯罪的规格,是一种刑事司法认定犯罪的模式。说是刑事立法确立犯罪的规格,无非就是刑事立法对某一种行为应否成立犯罪在犯罪构成的主观要件和客观要件方面确立了明确的标准;说是刑事司法认定犯罪的模式,无非就是刑事司法将查清、查明的犯罪事实作为一种“原材料”往犯罪构成这一“规格模型”中填装。填装符合、材料充足者,即为犯罪。从本案的全部行为过程和行为内容来看,李某的行为已完全符合了刑法第 111 条为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪的全部构成要件。

所谓为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪,是指行为人故意为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供国家或者情报的行为。本罪在主观方面表现为故意的罪过形式,即行为人是明知而故犯。本罪在客观方面表现为行为人为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或情报的行为。从本案的主观方面分析,李某在和麻某交往的过程中,已经明知麻某名为商人,实为美国情报机关的特工人员。在这种情况下,作为已掌握、知悉国家机密的李某来说,理应退避三舍,远离可疑之人。但李某却在金钱进攻面前,还是放弃了防御,向麻某透露了国家机密,这完全可以认定李某已具有明知故犯的心理状态。也许对于李某来说,其目的是为了获取经济利益。但对为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪来说,行为人主观上只要具有明知故犯的心理状态就已足够了。从本案的客观方面分

析,李某向麻某透露国家机密,实际上就是在金钱的收买下,非法为麻某提供着国家秘密。特别是李某从香港回内地后,积极主动,到处收集情报,这实际上已完全符合为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪中刺探的行为特征。从法律意义上说,刺探就是指行为人通过各种途径和手段,非法探听、询问,获取国家秘密和情报的行为。为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪在罪名使用上是一个选择性的罪名,本案李某的行为只有刺探和非法提供,因此,其罪名应确定为为境外刺探、非法提供国家秘密、情报罪。作为“情报”,一般是指国家秘密以外的涉及国家政治、经济、国防、军事、文化、科技等方面尚未公开或不宜公开披露的、影响国家安全和利益的信息与材料。

当然还需要提及一下,李某在非法提供国家秘密的过程中,还接受了麻某的巨额港币报酬,这是否可以另行构成国家工作人员的受贿罪或公司、企业人员受贿罪?我们认为不能。李某之所以愿意非法刺探和提供国家秘密和情报,其目的就在于通过这一非法行为获得非法报酬。获取非法报酬已包括在李某的主观犯意的心理状态和非法实施的行为之中,所以不能另行再构成受贿罪。

(苏惠渔 杨兴培)

2. 黄易河向敌特机关写信欲陷害他人案

——间谍罪与其他犯罪的区分

一、案情介绍

被告人黄易河,男,38岁,原系某村党支部书记,1989年7月被逮捕。黄在担任本村党支部书记期间,从1989年起利用妻妹王某的丈夫外出到香港做工的机会,开始与王通奸。1992年3月,黄易河与王某在某市公园里发生两性关系时,被公安机关收容审

查。黄回村后被撤销了党支部书记职务。同年5月,王的丈夫张启远与堂兄张逢远一同从香港回村探亲。张启远回村后从亲友处得知妻子与黄易河通奸一事,便斥责警告了妻子王某,王向张表示今后与黄一刀两断。张启远与张逢远返回香港后,王仍与黄易河继续通奸,并将丈夫斥责自己之事告诉了黄。黄易河听后,怀疑是张逢远将他与王的奸情告诉张启远的,便对张逢远怀恨在心,决意伺机报复。1993年1月,黄易河给驻在香港的某敌特机关写信,说张逢远是中国共产党派驻香港的特工人员,专门负责搜集敌特情况(张逢远实际上是一个在香港工作的木工)。欲借敌特机关之手谋害张逢远。同年5月,黄易河再次给敌特机关写信,除重复前一封信的内容外,还要求敌特机关派人“回来商谈”。两封信均被我公安机关查获。经过侦查后,将黄易河逮捕。

二、分歧意见及问题所在

该案在诉讼过程中,对黄易河的行为应如何定性有几种不同意见:

第一种意见认为,对黄易河的行为应定特务罪。理由是:黄易河向敌特机关投寄信件,捏造事实,提供假情报,图谋通过敌特之手谋害张逢远。在第一封信寄出后,又再次投寄信件,要求与敌特机关接头,其主观犯意已由陷害他人发展到要参加敌特机关,其行为已经危害了国家的安全,危害社会主义制度和人民民主专政政权,构成特务罪。

第二种意见认为,对黄易河的行为应定诬告陷害罪。理由是:黄易河企图假敌特之手害死张逢远,在主观上有陷害他人,使他人受刑事处罚的故意;在客观上有捏造事实,写信向敌特机关诬告他人的行为。其行为符合诬告陷害罪的主客观特征。

第三种意见认为,对黄易河的行为应定故意杀人罪。理由是:黄易河向敌特机关写信的目的很明确,就是要借刀杀人,置张逢远于死地。他向敌特机关告发张逢远是我方派出的特工人员,足以