

刑事案例研究 与 司法问题释疑

龚培华 主编

上海交通大学出版社

刑事案例研究与司法问题释疑

主 编：龚培华

副 主 编：项 谷 陈为钢

学术审定：游 伟

上海交通大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事案例研究与司法问题释疑/龚培华主编. —上海:上海交通大学出版社, 2005

ISBN7—313—04045—8

I. 刑... II. 龚... III. 刑事诉讼法—案例—分析—中国 IV. D925.205

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 056695 号

刑事案例研究与司法问题释疑

龚培华 主编

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 877 号 邮政编码 200030)

电话:64071208 出版人:张天蔚

常熟市文化印刷有限公司印刷 全国新华书店经销

开本:880mm×1230mm 1/32 印张:10.125 字数:285 千字

2005 年 8 月第 1 版 2005 年 8 月第 1 次印刷

印数:1~3 050

ISBN7—313—04045—8/D·113 定价:18.00 元

版权所有 侵权必究

编写说明

当前,“法治”已成为现代社会的主流话语,司法的功能和作用日益扩大,司法的能动性也越来越强。纵观我国近年来的立法发展,可以看到诸多新类型的案例在推动我国法律创制、解释等方面发挥了积极的作用。尽管从法律形式和司法运作等方面看,我国属于成文法国家,但随着社会主义法制建设进程的不断推进,刑法理论界和司法实务界越来越重视案例及判案的研究。刑事法律是相对静止的,而刑事司法却在不断发展、变化的。司法实践表明,刑事案例特别是判案,是刑事立法的司法化成果,是推动刑事立法、刑事法律理论发展的重要动力。

案例的直观性,能够使司法工作人员了解立法者的原意;案例的典型性,能够使司法工作人员拓宽思路、全面分析问题;案例的示范性,能够使司法工作人员统一认识、正确适用法律。所以,那些来源于实践、说理透彻、论证严密的案例研究一直受到司法工作人员和法学研究人员的重视和欢迎。为此,我们在广泛收集检察办案实践中出现的案例和司法问题的基础上,编辑了《刑事案例研究与司法问题释疑》一书,旨在展示不同观点、研析疑难案例、阐述刑法学理、营造研究氛围。

本书由上海检察官协会组织编写,交通大学出版社聘请华东政法学院司法研究中心主任游伟先生担任学术审稿人。在编写本书时,我们注意把握以下几点:第一,案例的典型性。本书所采集的案例基本上是在检察办案过程中存在较大争议的案例,而且这些争议问题又涉及到对刑法适用中一类问题的理解;第二,案例的实用性。在编辑时,我们既注意全面反映案件的客观情况,又罗列了司法实践部门的不同争议观点,重点放在对法律适用问题的解析上,使读者能举一反三、学以致用;第三,案例的理论性。本书中案例的作者大都是长期从事检察实践工作,又具有较深理论功底和较强研究能力的检察官。他们以案例为对象,在刑法学理论和原理的层面上展开研究,以点带面,触类旁通,

使刑法理论和司法实践得到较为全面的结合。

我们有意将案例收集和司法讨论作为一项经常性的工作,将不断推出新版。希望读者予以关注。由于我们水平有限,在本书编辑中难免有不当之处,希望司法实务界的同仁和刑法理论界的专家予以批评指正。

编者

2005年6月

目 录

案例部分

犯罪和刑事责任.....	3
明知道对方欲上门挑衅,并在自己家中实施伤害对方行为应如何 定性.....	3
搭车被“宰”,并在他人拿出手机时伤害他人的行为应如何定性	7
犯罪的预备、未遂和中止.....	10
情节犯未遂及其可罚性	10
对盗窃共犯能否按照各自参与程度区分既遂与未遂	14
窃得月饼券部分出售行为是犯罪未遂还是既遂	19
被害人反抗并提出“其他建议”后,行为人停止强奸的应如何 定性	23
绑架他人后,感觉索财无望逃离现场行为是否构成犯罪中止.....	26
共同犯罪	30
介绍虚开增值税专用发票行为是否以“从犯”论处	30
预谋盗窃后,一共犯当众携带刀具,并在盗窃过程中使用凶器 致人死亡的是否超越共同故意范围	33
自首与立功	37
交代自己行贿事实,导致他人受贿被发现的是否成立立功.....	37

危害公共安全罪	39
公交车司机驾车时与乘客打斗造成事故的应如何定性	39
劳动安全设施质量是否属于工程质量	43
妨害对公司、企业的管理秩序罪	49
不具有国有公司、企业董事、经理身份的人能否成为非法经 营同类营业罪的共犯	49
刑法实施以前,国有公司业务员失职被骗行为如何定性	54
为亲友非法牟利罪的构成条件应如何把握	58
为他人牟利是否属于刑法规定的“以牟利为目的”	64
破坏金融管理秩序罪	72
以假充真侵占门票款项的行为应如何定性	72
金融诈骗罪	77
如何认定票据诈骗罪中的“以非法占有为目的”	77
侵犯知识产权罪	81
如何认定侵犯商业秘密罪的基本构成要件	81
扰乱市场秩序罪	87
侵吞他人委托承运的货物应如何定性	87
非法印制药品外包装、说明书的行为应如何定性	91
以语言威胁他人高价购买商品的行为应如何定性	95
侵犯公民人身权利、民主权利罪	100
以招募演员之名迫使儿童行乞行为应如何定性	100

侵犯财产罪	104
偷看他人卡号和密码后伪造借记卡并使用的行为应如何定性.....	104
诱骗他人丢弃财物,并乘人不备拿走财物的行为应如何定性.....	107
在他人盗取活期存折之后,伙同冒领存款的行为应如何定性.....	114
事先无盗窃共谋、事后帮助他人撬开所盗保险箱并分赃的 应如何定性.....	122
伪造超市代币购物券骗购货物的行为应如何定性.....	126
骗走车主后驾车逃逸的行为应如何定性.....	129
裱画时揭下真迹返还赝品的行为应如何定性.....	134
为索赔而故意制造交通事故的行为应如何定性.....	139
携带凶器实施抢夺后又使用凶器抗拒抓捕的行为应如何定性.....	142
以购物为名抢走商品的行为是诈骗还是抢夺.....	149
被遗放在相邻房间的财物是遗忘物还是遗留物.....	153
业主管理委员会是否属于刑法意义上的“单位”.....	157
非法侵入他人股票账户进行恶意交易,造成他人股票损失的 行为应如何定性.....	161
非法侵入并操作他人股票账户造成损失的行为应如何定性.....	164
扰乱公共秩序罪	168
非法侵入网络并实施破译、窃取、修改账号、密码的行为构成 何罪.....	168
用编造虚假恐怖信息的方法敲诈钱财的行为应如何定性.....	171
将尸体头颅割下的行为是否构成侮辱尸体罪.....	176
妨害司法罪	179
为非法持有毒品的犯罪人窝藏毒品的行为应如何定性.....	179
服刑罪犯获准探假时外逃的行为能否构成脱逃罪.....	183

妨害国(边)境管理罪·····	186
骗取出境证件用于组织偷渡的行为应如何定性·····	186
走私、贩卖、运输、制造毒品罪·····	191
为非法持有毒品的犯罪人转移毒品的行为应如何定性·····	191
贪污贿赂罪·····	194
国有公司经理通过私有公司经营相关业务,获取非法利益 的行为应如何定罪·····	194
骗取住房公积金的行为应如何定性·····	202
用公款为个人购买保险的行为应如何定性·····	205
利用职务便利加价销售商品房,使关系公司获利的行为应如何 定性·····	209
利用职务上的便利,让他人代替自己行贿的行为应如何定性·····	213
挪用非特定公物是否构成挪用公款罪·····	217
将国有单位“账外小金库”资金私分的行为应如何定性·····	220
刑法意义上“国有资产”的范围应如何界定·····	225
以国有企业名义注册登记的经营资金借贷的企业性质应 如何认定·····	245
渎职罪·····	249
索贿且不征应征税款的行为应定一罪还是数罪·····	249
海关工作人员利用职务便利共同走私的行为应如何 定性·····	255
国有公司负责人是否属于“国家机关工作人员”·····	261
帮助犯罪分子逃避处罚罪是否应以被帮助人构成犯罪为 前提·····	266

释疑部分

国务院批转有关部委规章的《通知》是否属于“国家规定”	275
入户抢劫中“户”的范围应当如何界定	277
对“混杂场所”或“前店后院”式的场所进行抢劫的能否认定 为入户抢劫	279
在他人户内对第三人实施抢劫的行为能否认定为入户抢劫	280
“户”与“室”的区别标准是什么	281
如何界定“入户抢劫”中的“入户”	282
转化型入户抢劫的成立条件如何把握	284
改变罪名导致案件由公诉转为自诉的如何处理	288
判决生效后发现遗漏累犯情节的如何处理	290
刑罚执行期间发现漏罪或再犯新罪的如何处理	292
已有生效民事判决能否再行追究当事人的刑事责任	295
对“补正裁判文书失误用的刑事裁定书”能否提出上诉或 申请再审救济	298
审判过程中部分共犯同案被告人又犯新罪的应如何处理	300
犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址,身份不明的,拘留期限如何 计算	303
依法决定不起诉、撤案或者中止审理的案件,赃款、赃物应当 如何处理	306
在审查起诉期间,对被不起诉人刑事赔偿案件的审理工作应否 中止	309
对身份不明犯适用法律不当的生效裁判应如何处理	311

案例部分



犯罪和刑事责任

明知道对方欲上门挑衅,并在自己家中 实施伤害对方行为应如何定性

一、基本案情

被告人赵某与被害人周某等人曾于1999年12月10日因琐事发生争执、互殴。同年12月28日,双方再次在某舞厅相遇,赵某即用玻璃杯砸伤周某朋友、王某后逃离现场。此后,周某、王某多次伙同他人上门交涉且敲、踢赵家房门,但因赵某不开房门或未在家,双方没有见面,事态未扩大。

2000年1月4日晚,被告人赵某返回家中并告知邻居梁某等:如有人上门打架就帮他报警。赵某又要求他堂兄和同事留在其家中,并称晚上有人会来挑衅。

当晚7时许,被害人王某、周某等人到被告人赵某住处,要求赵开门,赵某关灯称“已睡觉”并拒绝开门。王、周两人即踢开房门冲入室内。赵某遂用榔头击打两名被害人,其堂兄则关房门,赵某邻居等打电话“110”报警。

经法医鉴定:被害人王某因外伤致头面部7处挫裂伤,疤痕长度累计16.8cm,构成轻伤;周某因外伤致头皮裂伤,左顶部遗留一疤痕2cm,左手臂软组织挫裂伤(分别长2cm及3cm),属轻微伤。

二、分歧意见

第一种意见认为,被告人赵某的行为构成故意伤害罪。理由是:

首先,本案是双方因琐事发生纠纷行为的延续,被告人没有防卫的正当目的;其次,被告人在案发当天就已经预计到被害人会上门找他,并告知其堂兄等三人同在家中,且被告人事先已告诉邻居有人来闹事时就拨打“110”报警,可见被告人早有防备。而正当防卫一般是针对突发事件进行的,像本案这种事先有所准备的行为不是正当防卫而是预谋斗殴;最后,被害人一方并没有持有凶器,但是被告人一方人多势众并持有器械。被告人在没有伤害对方必要的情况下,采取了暴力伤害对方的方法,证明其主观上有故意伤害他人身体健康的故意。所以被告人赵某的行为不属于正当防卫,而应构成故意伤害罪。

第二种意见认为,被告人赵某的行为属于正当防卫,理由是:

首先,被害人王某、周某曾多次纠集多人上门,且有重敲、踢打被告人房门的行为,这表明被害人有不法侵害行为,被告人对此防卫,目的正当;其次,从被告人的行为来看,其用榔头进行防卫击打对方的行为是在被害人踢开房门冲入室内才开始,以此将被害人制服。民警赶到现场时被告人已经停止了对被害人的击打。所以被告人的伤害行为始于被害人破门而入的不法侵害,止于侵害被制止之后,防卫适时;最后,被告人虽然手持榔头进行防卫,但是其防卫的对象是破门而入实施侵害的被害人。在当时房门被踢开,两个男子冲进来的紧急情况下,要求被告分清对方是否持械是不现实的。被告人一人持榔头击打两名被害人致一人轻伤、一个轻微伤,虽然造成了一定的危害结果,但尚未超过必要的限度,仍在合理的范围之内,因此被告人赵某是正当防卫。

三、法理研究

我们同意第二种意见,被告人赵某的行为符合正当防卫的构成要件,且未超过必要限度。理由如下:

(1) 被告人与被害人在此前发生的民事纠纷不应成为被害人破门侵入被告人住宅的正当理由,被害人的行为属于不法侵害行为。根据事实,被告人与被害人在此前存在的仅是民事纠纷,但是被害人选择的解决方法却是多次纠集多人到被告人家门口,重敲、踢打房门,显然这不是正当协商或依法解决的方式。根据我国法律规定,公民的住宅权利不受侵犯。即使是民事纠纷的一方当事人也无权非法侵入他人住宅,所以本案被害人行为的不法侵害性质明确。

(2) 被告人关门关灯躲在房中,不应视做“防卫挑拨”,而是避让行为。虽然被告方当时共有四人在房内,但被告人仍关灯关门躲在房中,并称已睡觉,拒不开门,这种做法的目的就是不希望被害方进来。如果把这种做法的目的认定为故意引被害方踢门闯入,根据现有证据尚不够充分。因为被告方在房内并没有刺激、挑动被害方闯入的言语行动,反而是表示已睡觉了,不愿开门。被告方已经避让,不存在“防卫挑拨”的事实。

(3) 被告人的关门行为并不表明被告人实施所谓“关门痛打”的行为。本案中,被告人在被害方破门入室后对其击打,并由被告人的堂兄关上房门,这种对行为难以认定为所谓的“关门痛打”行为。

首先,被告人关门的目的尚不明确。案发时,两名被害人并不是单独上门而是纠集了其他三人共同上门,即在被害人两人冲入室内时被害人一方尚有三人仍在门外。在这种情况下,被告人关上房门,存在阻止继续受到不法侵害的可能性。所以赵某关门的原因难以确定是所谓的为“痛打”而关门,因为关门防止受到进一步不法侵害的可能性确实存在。

其次,所谓的“关门痛打”所要达到的目的是为了对方难以逃脱,从而得以较持久地实施伤害行为。但是接报民警证实在民警赶到现场时被害方已经回到楼下。根据事实,在被害人破门入室之前就已经有人拨打“110”报警了,“110”接警赶到现场的时间大约为五分钟。可见,被害方并没有被关在房中受到持久的伤害。如果被告方是为了持久地伤害,其不可能在没有受到任何外力阻止(民警赶来)之前,就在短短的五分钟之内停止伤害。所以,被告方关门的行为无法认定为其有将

被害方关在房中持久伤害的故意。

(4) 针对不法侵害的防卫行为,只受是否超过必要限度的限制,而不受力量对比的限制。根据正当防卫理论,即使防卫方人数对比强于侵害方也应允许防卫,只要防卫在必要限度内即可。本案中在关上房门后,被告方与被害方的人数为四比二。但是双方的力量对比并不是区分行为是否属于正当防卫的关键。即使被告方在事先共有四人在房中,力量强于被害人,也不能否定被告人防卫的正当性。

综上,被告人持榔头击打两名被害人的行为是针对不法侵害行为,具有防卫的针对性。从时间上看,被告人的行为是在被害人踢开房门冲入房间以后实施的;从地点上看,被告人的行为发生在其家中;从持续状态看,民警赶到现场时已经停止击打;从紧迫程度看,两人已经踢开房门冲入,再不防卫必将遭到进一步侵害;从强度上看,被害方两人冲入住宅,被告人一人持械击打致一人轻伤一人轻微伤,尚未超过必要限度。所以,被告人的行为属正当防卫。

(张申杰)

猪车被“宰”，并在他人拿出手机时伤害 他人的行为应如何定性

一、基本案情

犯罪嫌疑人向某欲搭乘被害人林某某的摩托车去火车站，当时双方讲好价钱为 10 元。林将向拉至火车站背面的大三里塘村附近时，林对向称火车站已到。向付给林人民币 20 元，但发现不是车站时，即对林表示异议。林即带向从大三里塘村铁路围墙边的小路下车，随后穿过铁路来到铁通工区的外围墙边，并对向讲翻过围墙就是车站了。同时，林还对向某索要车费，向感到被骗。而此时林恰好拿出手机，向以为林要打电话叫人，于是从地上捡起一块红砖朝林的头部砸去（经鉴定系轻伤）。林的手机在抱头时掉落在地上，向捡起手机后往不远处的两名铁路职工跑去。

二、分歧意见

第一种意见认为，向某的行为属于假想防卫。理由是：

林某某不按约定舍近求远，多绕路，在向某多付 10 元车费情况下，也未将其直接送到目的地，反而将其带到离车站有一墙之隔的铁通工区的外围墙边，又索要车费。林的行为反常加上当时所处的环境，让身为外地人的向某产生误解：林某某想从中敲诈。林拿出手机的行为进而使向误认为林还想叫同伙过来。正是基于上述的错误认识，出于防卫之需，向某才动手将林某某打伤，其主观目的是为了维护自己的合法权益以免遭他人的非法侵犯。且向某事后主动报警的事实也证明了其当时并非故意为之的主观心态。