

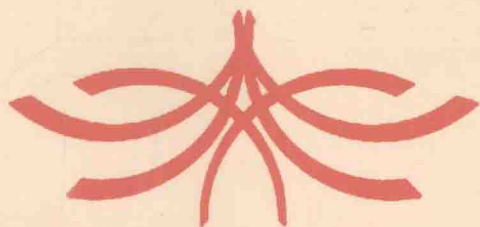
重庆市人民检察院第一分院、西南大学/主办

STUDY ON HARD CRIMINAL CASES

主 编 张新民

副主编 孙 琳 邹 兵

刑事疑难案件研究



中国政法大学出版社

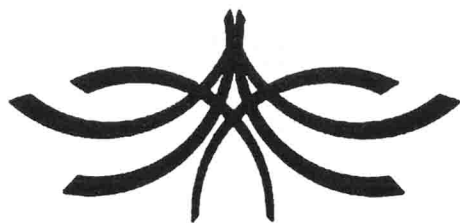
重庆市人民检察院第一分院、西南大学/主办

STUDY ON HARD CRIMINAL CASES

主 编 张新民

副主编 孙 琳 邹 兵

刑事疑难案件研究



中国政法大学出版社

2014·北京

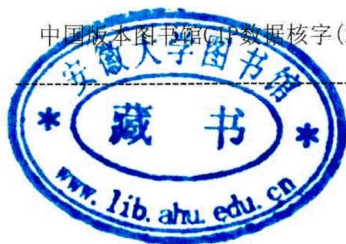
- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

刑事疑难案件研究/张新民主编. —北京:中国政法大学出版社, 2014. 12
ISBN 978-7-5620-5741-3

I. ①刑… II. ①张… III. ①刑事犯罪—案例—重庆市 IV. ①D927.719.405

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第271068号



- 出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱 zhengfadch@126.com
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm × 1230mm 1/32
印 张 9.75
字 数 225 千字
版 次 2014 年 12 月第 1 版
印 次 2014 年 12 月第 1 次印刷
定 价 36.00 元

编著委员会

主 任

王 冲 重庆市人民检察院第一分院副检察长

副主任

张新民 西南大学法学院院长、教授、博士生导师

委 员

张 丽 重庆市人民检察院公诉二处处长

张步文 西南大学法学院副院长、教授

陈璋剑 重庆市人民检察院第一分院公诉二处处长

赵学刚 西南大学法学院副院长、教授

孙 琳 重庆市人民检察院第一分院公诉一处副处长，西南大学法学院副院长（挂职）

曹忠鲁 重庆市人民检察院第一分院公诉一处副处长

邹 兵 重庆市人民检察院第一分院公诉一处副处长（挂职），西南大学法学院副教授

马洪伟 重庆市人民检察院第一分院公诉二处副处长

李海燕 重庆市人民检察院第一分院公诉二处副处长

主 编 张新民

副主编 孙 琳 邹 兵

编著说明

法学研究与司法实践的深度交流、合作是现代法治发展的必然要求。2013年，教育部、中央政法委、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发出通知，决定实施高等学校与法律实务部门人员互聘“双千计划”。该计划拟在2013年至2017年期间，选聘一千名左右有较高理论水平和丰富实践经验的法律实务部门专家到高校法学院系兼职或挂职任教，承担法学专业课程教学任务；同时，选聘一千名左右高校法学专业骨干教师到法律实务部门兼职或挂职，参与法律实务工作。2013年10月以来，作为首批参与“双千计划”的单位之一，西南大学和重庆市人民检察院第一分院围绕该计划建立了良好的交流机制与合作平台。为了促进司法人员密切关注实务与理论发展动向，总结办案经验，提升法律素养，提高应对疑难复杂案件的综合能力，同时也为推动法学研究，加快法学教育模式的改革步伐，经仔细研究，双方决定从2014年开始合作编著《刑事疑难案件研究》一书。

本书主要以重庆市人民检察院第一分院及其辖区近年办理



的真实、疑难刑事案件为研究对象，对其中涉及的刑事实体法和刑事程序法在适用过程中的典型、疑难问题，如因果关系、不作为犯罪、原因自由行为理论的司法适用、故意杀人罪、抢劫罪、强奸罪、抢劫罪、盗窃罪、赌博罪、非法证据排除、见证人、监视居住等，进行了深入探讨。本书作者主要是重庆市人民检察院第一分院公诉部门参与办案的公诉人，另外还包括西南大学法学院刑事法方向的研究生。希望本书对刑事司法实践和法学理论研究提供有益的参考价值。

《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出：要围绕社会主义法治建设重大理论和实践问题，推进法治理论创新，发展符合中国实际、具有中国特色、体现社会发展规律的社会主义法治理论，为依法治国提供理论指导和学理支撑；健全政法部门和法学院校、法学研究机构人员双向交流机制，实施高校和法治工作部门人员互聘计划。我们将继续以“双千计划”为基础，进一步完善合作机制，以《刑事疑难案件研究》为平台，力争为我国依法治国提供有价值的理论指导和学理支撑。当然，因水平有限，本书难免有错漏之处，望各方不吝批评指正。

《刑事疑难案件研究》编著委员会

2014年10月15日

目 录

编著说明	1
追打被害人致其溺水死亡案：不作为犯罪中的先行 行为与因果关系	王云鹏 1
不作为犯义务来源问题研究	
——以唐某某过失致人死亡案为例	周婉洁 10
被害人行为介入情况下刑法因果关系及刑事责任归咎	
——以樊某某抢劫案为例	陈振东 徐 浩 22
习某某过失致人死亡案：多因一果案件中因果 关系的认定·行为人主观罪过的认定	罗 婷 37
原因自由行为理论司法应用困境解析	
——王某故意杀人案证据问题探讨	史 辉 47
同时犯与共同犯罪的区分与处罚	
——以陈某、雷某运输毒品案为视角	曹忠鲁 57
关于司法实践中自首认定问题的思考	
——以彭某等六人盗窃案为切入点	邱 净 67



张某交通肇事案：“交通肇事后逃逸”的认定 和适用	赵媛媛	77
集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪的界限 ——以陈某某等十二人集资诈骗案为视角	关倚琴	85
利用未公开信息交易罪的认定问题探析 ——以季某某案为例	蔡颖 张珏	96
故意杀人既遂与故意伤害致人死亡主观认识内容的界分 ——以何某故意杀人案为例	彭俊伟 张海军	108
强奸罪疑难问题解析 ——以罗某、钟某共同强奸案为例	龙燕	118
王某某绑架案：绑架罪行为方式分析	袁流东	127
肖某抢劫案：入户抢劫的司法认定	康钦平	135
限制刑事责任年龄未成年人能否构成转化型抢劫罪 ——以王某故意杀人案为例	杨新慧	144
廖某某盗窃案：盗窃网银U盾用卡内钱财购物 是否应定性为盗窃	潘基俊	156
诈骗案中非法占有目的的司法认定 ——以被告人逯某某诈骗案为例	李建龙	164
蒋某某诈骗案：以“打假牌”的方式骗取他人 钱财行为的定性	马洪伟	179
张某某等加工、生产、销售盐酸曲马多片的 行为如何定性	张丽 张广超	189
王某某贩卖毒品案：以贩卖为目的在购买毒品 现场被抓获是否认定贩卖毒品罪的未遂	李芊	197

杨某、罗某聚众斗殴致人死亡案：聚众斗殴转化 定罪依据·刑法因果关系中的介入因素	张海军	206
赵某窝藏案：窝藏罪中“亲亲相隐”的处理 问题	卓力多	215
公款行贿的法律适用研究 ——以李某某滥用职权案为例	刘 爽	222
民族地区刑事和解制度法律适用研究 ——以索某某故意杀人案为例	丁罗漪	232
论我国刑事见证人制度 ——以周某贩卖毒品案为例	刘 宇	248
非法证据排除规则的适用与完善 ——以何某运输毒品案为例	张雨岚	258
非法证据排除规则在审查起诉阶段的适用问题 ——以张某某、王某贩卖毒品案为例	刘莎莎	267
新刑诉背景下监视居住的困境与完善 ——以李某某贩卖毒品案为例	梁张倩·罗 婷	291

追打被害人致其溺水死亡案：不作为犯罪 中的先行行为与因果关系

王云鹏*

一、基本案情

2013年1月9日晚，被害人王某（男，殁年35岁）在重庆市某区某镇“真情年代”KTV内消费时与冯某某发生抓扯，公安人员出警后平息该纠纷。2013年1月12日中午，被告人周某某等人在冯某某家吃饭时，冯某某提出找王某索要被打伤所产生的医药费。当日16时许，周某某与冯某某等人前往某采沙场寻找王某。冯某某和周某某登上王某正在作业的采沙船。正当冯某某与王某交涉之时，周某某捡持一铁棒追打王某，王某为躲避周某某的追打而跳入水中，游行一段距离后沉入湖底。周某某见状未予以施救并驾车逃离现场。当日22时30分许，王某的尸体被打捞出水。经法医学尸体检验，王某系溺水死亡。

2013年1月25日，公安机关在重庆市某区“巴黎公舍”某号房间将被告人周某某抓获归案。

重庆市某中级人民法院审理后认为，被告人周某某持角铁

* 重庆市人民检察院第一分院公诉一处。



追打王某并致其跳入湖中，对王某负有法定的救助义务，当王某出现溺水征象时，周某某不予救助而逃离现场，放任死亡结果的发生，符合故意杀人罪的构成要件。依照《中华人民共和国刑法》第232条之规定，以被告人周某某犯故意杀人罪判处其无期徒刑，剥夺政治权利终身。

一审宣判后，周某某提出上诉，重庆市高级人民法院依法公开开庭审理后，驳回上诉，维持原判。

二、争议焦点

本案的争议焦点在于周某某的行为应如何定性，围绕这个焦点，有两个问题需要进行分析：（1）先行行为的范围，（2）不作为犯罪中因果关系的证明。周某某构成何罪，存在三种分歧意见：

第一种意见认为，周某某的行为构成过失致人死亡罪。周某某主观上是为了帮助冯某某讨要医药费，虽然有持角铁追打的行为，但并无任何伤害行为。被害人被逼跳水，与周某某的行为虽有因果关系，但与被害人溺水死亡无直接因果关系，且从事发时间、地点、被害人的职业（采砂工）、现场人数及周某某对当时情况的认知来看，对被害人死亡的结果，周某某主观上是不希望发生且不能预见的，应定过失致人死亡罪。

第二种意见认为，周某某的行为构成故意伤害罪。周某某为了帮助其朋友讨要医药费，主观上有伤害他人身体的故意，客观上实施了持角铁追打被害人的行为，并致被害人溺水死亡结果的发生。被害人跳水后死亡是周某某追打行为引起的，有法律上的因果关系，构成故意伤害罪。

第三种意见认为，周某某的行为构成故意杀人罪。周某某持角铁追打被害人属正当、合法行为，由此行为而致被害人

处于危险境地，负有法律上的救助义务。周某某目睹被害人跳河并沉入水中，却未实施任何救助行为，对被害人的死亡具有放任的故意，构成不作为的故意杀人罪。

三、观点透析

笔者同意第三种意见，本案周某某属于不作为犯罪，构成故意杀人罪。理由如下：

（一）周某某持角铁追打被害人的行为在法律上产生其对被害人处于危险状态时的救助义务

本案的关键在于确认周某某对跳水而面临死亡危险的被害人是否具有法律上的救助义务，即是否存在作为的义务。一般认为，不作为犯罪的义务来源包括：法律明文规定的义务，职务或业务要求的义务，法律行为引起的义务，先行行为产生的义务。考察周某某持角铁追打被害人的行为，应当属于来源于先行行为产生的救助义务。

构成不作为犯罪必须具备三个条件：一是不作为犯罪以行为人为负有特定义务为前提；二是行为人能够履行特定义务而不履行的；三是行为人不履行特定义务，从而发生了危害后果。本案中，首先，周某某实施了将被害人置于危险境地的先行行为。被害人因为周某某持角铁追打的行为而被逼跳入水中，生命已经处于危险状态，而追打的先行行为系周某某本人亲自实施，故对被害人的危险具有救助义务。在场的其他目击者，因未实施伤害或意图伤害被害人的先行行为，不具备防止被害人死亡的刑法意义上的义务。其次，周某某具备救助被害人的能力，这里的救助能力，不仅包括自己亲手施以援助，也包括向在场其他人员求救及报警等手段。最后，周某某的先行行为造成了实际危险状态的存在。由于周某某的持角铁追打行为，造



成被害人跳入水中，后因体力不支而沉水，生命安全处于极度危险状态，如果没有及时救助，溺水死亡是必然的结局。

（二）周某某对被害人死亡的后果具有放任的主观心态

周某某明知其不履行救助义务可能发生他人死亡的后果，且有能力履行而不履行，致使危害后果发生，在过错形式上属于故意。那么周某某的行为属于直接故意还是间接故意？笔者认为，在不作为犯罪中，不作为者对危害结果的过错形式只能是间接故意。如果被害人跳水后，周某某继续实施加害行为，或者阻挠被害人上岸，此时就是直接利用溺水这一客观条件致使被害人死亡，则属于直接故意杀人的范畴。间接故意不作为犯罪是行为人明知自己的不作为可能会发生危害后果，并且放任该结果发生的犯罪形态。本案中，周某某明知被害人跳水后，因体力不支游行一段时间后沉入水中，可能会发生溺水死亡的后果，却没有采取任何救助措施，既没有拨打报警电话，也没有向在场其他人员求救，更没有本人施救，而是驾车逃离现场，对被害人的死亡持放任态度。

本案中，还需要区别间接故意与过于自信的过失。间接故意与过于自信的过失区别的关键是行为人对危害后果所持的不同态度。间接故意对危害后果的发生并不持排斥态度；过于自信的过失行为人对危害结果的发生是持否定或排斥态度。另一区别是在认识因素上，间接故意是“明知”，过于自信的过失是“预见”，表明行为人对危害后果发生的可能性的认识程度上有一定差别。间接故意的行为人认识到结果发生的可能性较大。本案发生的时间是1月，气温、水文等条件较为恶劣，且被害人是在没有采取任何防护措施的情况下仓促跳水，溺水死亡的可能性远远大于安全上岸的可能性，周某某作为有正常判断、认知能力的成年人，对此应当有清晰的认识。

（三）周某某的不作为与被害人死亡结果之间具有刑法上的因果关系

所谓刑法上的因果关系，是指实行行为和构成要件结果之间所具有的—定的原因和结果之间的关系。在不作为类的犯罪中，死亡结果应当是行为人的先行行为引起的，且死亡结果与先行行为之间应具有刑法上的因果关系。这是追究周某某刑事责任的客观依据。本案中，虽然被害人跳水看似是其自主选择的结果，死亡的直接原因也是溺水死亡而非其他外力因素，但没有周某某的持角铁追打的行为，被害人就不会跳水；跳水后，如果周某某积极利用现场条件实施救助行为，被害人也不会溺水身亡。追打—跳水—不救助—溺水死亡，是被害人死亡的因果关系锁链，正是因为周某某没有实施救助义务，从而引起了死亡结果的发生。据此，周某某具备对被害人死亡承担刑事责任的客观基础。

（四）不作为犯罪中先行行为的范围

本案中，周某某实施了持角铁追打被害人的先行行为，其作为性和有责性较为明显，但是在大量的不作为犯罪案件中，先行行为的范围划分并不明朗，法律对先行行为并无明文规定，先行行为引起的不作为犯罪的构成要件是开放性的，那么在处罚范围方面容易造成司法实践中处罚该类犯罪标准不一、范围不清和界限不明的问题。由于对先行行为的成立范围缺乏一个具体的合理的限定标准，在司法实践中对具体案件的处理往往出现两个极端：或缩小刑罚的调整范围，对本应因其先行行为负有作为义务而构成犯罪的案件不作刑事追究，客观上导致纵容犯罪；或扩大处罚范围，扩张行为犯罪化的程度边界，客观上导致刑法的泛化和刑罚的膨胀。鉴于此，必须对先行行为的范围进行分析。



1. 先行行为是否限于违法行为。对此,刑法理论上存在争论:第一种观点主张先行行为限于违法行为,认为“前行为除必须具备导致结果发生之迫切危险外,尚须具备义务违反性,始足以构成保证人地位,至如一个符合客观注意义务或合法之前行为,或如一个合乎交通规则与客观义务之前行为,即不致形成保证人地位”。^{〔1〕}第二种观点主张先行行为只要足以产生某种危险,就可以成为不作为的义务来源,而不必要求先行行为必须具有违法的性质,即先行行为的性质既可以是合法行为,也可以是一般违法行为和犯罪行为,在先行行为是犯罪行为的情况下,先行行为与不作为之间具有牵连关系,构成牵连犯。^{〔2〕}第三种观点主张先行行为应是合法行为和一般违法行为,原则上不应包括犯罪行为。笔者赞同第三种观点,认为先行行为可以是合法行为和一般违法行为,但不能是犯罪行为。因为犯罪是已经刑法规范予以否定评价的行为,无论其结果性还是行为性,甚至其所包含的危险状态,都不再是一种客观中立的、未经刑法评价的状态。先行行为引起的危险状态是一种作为行为事实的危险状态,其行为性并未经过刑法规范的否定评价,所导致的危险状态也不具“不法”的特征。所以,二者在刑法规范的价值评价上具有完全不同的属性。

2. 先行行为是否限于有责行为。刑法理论上存在肯定说与否定说之争。肯定说认为,先行行为作为法律事实之一的法律行为,必须反映人的意志,是基于一定的心理活动而作出的能够引起刑事法律关系产生的人的行为,故先行行为必须出于故

〔1〕 林山田:《刑法通论》,三民书局1986年版,第236页。

〔2〕 蔡墩铭:《刑法总则争议问题研究》,五南图书出版公司1988年版,第60~61页。

意或过失才能发生作为义务。^{〔1〕}否定说认为，先行行为不限于有责行为，无责即无意识状态下的行为也能构成先行行为。^{〔2〕}笔者比较赞成“否定说”的观点，先行行为不限于有责行为，无责行为也能够成为先行行为。先行行为是刑事义务的来源，是行为人负有实施防止某种损害结果发生的行为的根据，而非行为人不履行刑事义务的行为，因此先行行为不属于刑事归责的义务，根本不必考虑其是否是有责还是无责。

3. 先行行为是否限于作为。刑法理论在这个问题上也存在两种观点：一种观点主张只限于以积极行为来实施，而不能用消极行为来实施。^{〔3〕}另一种观点则认为，先行行为可以是作为也可以是不作为。^{〔4〕}本文比较赞同第二种观点。因为先行行为是行为人负有作为义务而成立不作为犯罪的根据和条件，这时不作为犯之所以具有刑事可罚性就在于行为人的先行行为引起了某种程度的危险状态，致使刑法法益处于发生实际损害的威胁之中，但行为人应履行义务而不履行，以致发生了行为人的先行行为所引起的作为不作为犯罪结果的实际损害结果。但这种实害结果并不是行为人实施的先行行为造成的，而是由先行行为所引发的，即实害结果对合法权益的积极的侵害力是由于先行行为所引发的事物普遍的因果联系中客观存在着或潜伏着的趋向危害结果的因果链所造成的，因此这种积极的侵害力当然可以由作为引起，也可以由不作为引起。

（五）不作为犯罪中因果关系的认定

所谓不作为犯罪的因果关系，是指存在于不作为与它所引

〔1〕 冯军：《刑事责任论》，法律出版社1996年版，第50页。

〔2〕 熊选国：《刑法中行为论》，人民法院出版社1992年版，第186页。

〔3〕 李学同：“论不作为犯罪的特定义务”，载《法学评论》1991年第4期。

〔4〕 参见陈兴良：《刑法哲学》，中国政法大学出版社2004年版。



起的危害结果之间的一种内在的、本质的、合乎规律的引起与被引起的联系。从刑法规范的角度看，不作为犯因果关系的判断标准与作为犯因果关系的判断标准应当是一致的。因为二者都是对犯罪构成客观要件中的行为与结果之间引起与被引起关系的判断，只不过不作为与作为的表现形式不同而已。所以，研究不作为犯因果关系的判断标准，首要的仍是在总体上如何合理地确定刑法因果关系之判断标准，第二步才是将之运用于不作为犯罪当中。

正确判断不作为犯罪的因果关系有着重要的意义。如何正确判断不作为犯罪中的行为与结果之间具有因果关系？笔者认为，考察时应兼顾有无条件关系及相当关系。条件关系说的主张是，如果行为与结果之间存在无前者就无后者的条件关系，就存在因果关系。条件关系说有其偏颇之处，例如甲的杀人行为直接导致乙的死亡，但如果工厂不制造用作凶器的刀，就不会有甲持这把刀杀人的行为。相当关系说的主张是，和结果的发生有相当的概率关系的行为是这个结果的原因。即甲现象存在，乙现象就存在，则甲与乙就是具有因果关系。相当关系说的偏颇之处是以经验法则为判断因果关系的依据。对于因果关系的判断，仅仅采用条件关系而否定相当关系，或仅仅采相当关系而否定条件关系，都是不适当的，只有二者并存，才使刑法理性化。^{〔1〕}

不作为犯罪与危害结果之间的因果关系的认定与作为犯罪有所差别，应着重从以下几个方面进行分析：

首先，必须确定行为人对危害结果的发生负有特定的避免义务。这种特定的避免义务的存在是决定不作为行为成立的条件，本身并不是因果关系的问题，但它的确定对于判断不作为犯罪中的法律因果关系的有无却是十分必要的，是判断不作为

〔1〕 陈兴良主编：《刑事法评论》（第3卷），中国政法大学出版社1998年版，第233页。