

人民法院出版社

新世纪审判实践与 案例评析

吉罗洪 主编



新 世 纪

审判实践与案例评析

下

吉罗洪 主编

人 民 法 院 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

新世纪审判实践与案例评析(上、下)/吉罗洪主编. —北京:人民法院出版社, 2006. 1

ISBN 7-80217-157-1

I. 新… II. 吉… III. 审判—案例—研究—中国
IV. D925.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 135467 号

新世纪审判实践与案例评析 (下)

主编 吉罗洪

责任编辑 陈 健 赵作棟

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 85250580 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市恒艺印务公司

经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5

字 数 252 千字

印 张 9.375

版 次 2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80217-157-1

定 价 50.00 元(上、下)

版权所有 侵权必究

序

向着更高的目标迈进

法官欲担当重任，必先锤炼品格、培养能力。应当具备坚定的理想信念、过硬的司法水平、严明的组织纪律、良好的道德操守、饱满的工作热情；必须致力于提高庭审驾驭、适用法律、裁判技能、学习研究、说服教育、克制约束等多种能力。不断总结审判经验，深入研讨案件中的疑难问题，广泛交流司法工作体会，是提高法官综合素质的有效途径。北京市房山区人民法院通过编撰典型案例汇编、建立重点调研课题申报和法官联席会议等制度，总结审判实践经验，营造法律研讨氛围，这些制度和措施对于提升人员素质、加强队伍管理有着重要的作用。希望他们继续努力，不断丰富和完善这些制度。

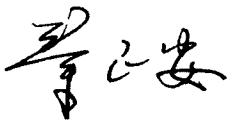
裁判文书、案例分析、调查报告既是法官智慧的结晶，又是一种重要的“法律资源”。进一步拓展公开渠道，既能使广大公众了解和理解法官的裁判和法院的工作，又能为法律界人士提供丰富的法律素材。对于提高全民法律素养，充分实现司法资源共享，推进法治建设进程将起到积极的作用。

北京市房山区人民法院近年来获得了“全国模范法院”等诸多荣誉称号，在已有成绩的基础上，他们立足实际，不懈追求，继续牢固树立“公正与效率”意识，坚持司法为民原则，求真务实，人才强院，坚持争优创先，扎扎实实地开展各项工作。尤为可贵的是，北京市房山区人民法院深刻领会司法的内涵不仅在于提高司法

水平、促进审判质量和效率的提升，更在于实现全心全意为人民服务的宗旨，促进和谐社会的建立，提出并努力实践“要使当事人切身感受到司法的公正和高效，感受到党的关怀和温暖”的目标，彰显了更高的境界和追求。

北京市房山区人民法院的法官们勤于思考，不辍笔耕，撰写了大量学术论文和案例分析，以法律人特有的严谨治学，以法官特有的智慧求索，在法治的田野上努力地耕耘。借此机会祝愿北京市房山区人民法院在取得已有成绩的基础上，继续致力于锻造一支政治坚定、业务精通、作风优良、清正廉洁的法官队伍，向着更高的目标迈进。

北京市高级人民法院院长



2005 年 10 月

前 言

审判经验需要不断地积累，研究成果需要大家共享，这是司法活动和社会生活的客观需求。为此，我们向读者奉献出我们的作品。

本书汇集了北京市房山区人民法院 2003 年至 2004 年间优秀的论文和审判案例。全书分为上下册，上册收录了 41 篇论文，为房山法院在学术论文研讨会上的优秀论文和在学术期刊上刊载的部分论文。这些论文主要涉及民商法理论与审判实务研究以及现代司法理念等问题。下册收录了 46 篇案例，是从 2003 年和 2004 年《房山法院审判案例汇编》中评选出的优秀案例。为积累审判经验，提高审判人员的职业素养，保持审判活动的连续性和稳定性，房山法院建立了审判案例汇编制度，由审判人员将自己审理的疑难、新型或者影响较大的案件撰写成案例，对审判活动和裁判结果进行总结、积累和记录。两年来，本院的审判案例汇编已经收录全院几十名法官编撰的 200 余篇案例，这 46 篇案例即是从中择优评选出来的。书中按刑事、民商事、行政和执行等各类案件进行分类汇编。

我们汇编这些论文和案例主要出于以下考虑：一是通过对审判实践中出现的新型、疑难案例和存在问题的深入思考，将法官审判实践过程中逐渐积累的有关事实认定、法律适用、审判工作方法等方面的知识以文字的形式积累，促进审判经验上升到理性，从而进一步指导审判。二是通过这种方式，实现审判资源的共享，促进审判实践和理论研究的结合。美国近代著名法官霍尔姆曾说，法律的生命不在于逻辑而在于经验。但是由于审判经验的积累需要较长的时间，且审判经验层次丰富，具有多样性，因此将已有的审判资源

通过这种方式实现共享是短时间大范围地提高审判经验的有效途径。三是通过这种方式全面展示审判人员的学术水平，并以此为契机来提高审判人员综合素质。建设一支高素质法官队伍，培养和造就一批复合型 and 专家型法官是加强人民法院基层基础建设的重要内容，是全面推进人民法院各项工作的根本途径，是“依法治国，建设社会主义法治国家”的客观需要。司法审判强调实践理性。审判经验的总结与推广可以推动各个层面法官与法官之间的相互学习，取长补短，增长见识，融会贯通，从而提高法官的综合素质。通过这种交流和推广，不仅能发挥审判经验的辐射力，提升法官认定事实、适用法律以及从事审判管理的能力，而且能够弥补规则和司法审判实践的脱节，是现阶段加强司法能力建设的途径之一。

千里之行，始于足下。本书的出版仅仅是全院素质建设的另一个起点，我们将继续积累审判经验，通过有效的制度保障学术活动进一步开展，并有计划地将这些学术成果出版发行，以实现审判实践的总结、积累和记录，并将这种对审判的总结、积累工作形成一种良性的循环和全院自觉的意识，成为继续发展的宝贵财富。由于时间和水平有限，本书难免存在一定的缺点和错误，望各界人士予以批评指正。

编 者

2005 年 10 月

目 录

一、刑事审判篇

利用猜得的密码支取所盗工资卡上存款的行为应如何定性	
——被告人马某某盗窃案	(2)
对“供犯罪所用的本人财物”如何认定的问题	
——被告人王某等盗窃案	(6)
对“入户抢劫”中“入户”的理解	
——被告人刘某、连某某强奸、抢劫案	(11)
量刑情节的分类与先后顺序	
——被告人张某某敲诈勒索案	(19)
签订、履行合同失职被骗罪与玩忽职守罪的区别	
——被告人王某某玩忽职守案	(25)
被告人酒后乱扔石块致人轻伤的行为不构成犯罪	
——豆某某涉嫌故意伤害无罪案	(34)
关于虚开增值税专用发票罪构成的几个问题	
——被告人曹某某、李某某、杨某某虚开增值税 专用发票案	(38)
对违法票据付款、违法发放贷款犯罪的定性问题	
——被告人高某某对违法票据付款、 违法发放贷款案	(49)
挪用公款案件在事实认定和法律适用上的几个问题	
——被告人胡某某挪用公款案	(65)

二、民商事审判篇

居间合同的相关问题

- 原告王某某诉被告高某某居间合同纠纷案 (76)

浅议反诉的相关构成要件

- 原告尹某某诉被告李某某、宋某某人身
损害赔偿案 (81)

如何确定雇工在雇佣劳动中受伤后的赔偿责任主体

- 原告张某某诉被告郑某某、A 公司
人身损害赔偿案 (85)

见义勇为受损应否获得经济补偿

- 原告沈某某、高某某诉被告李某某、李某
民事补偿案 (88)

超过事前约定多支出的赡养费用能否向其他赡养 义务人追索

- 原告赵甲诉被告赵乙其他赡养关系纠纷案 (98)

企业担保书是否等同于订立保证合同的要约

- 原告中国北京 A 公司 D 批发部诉被告
北京市 B 供销社保证合同纠纷案 (101)

股东不满管理人员损害公司利益时如何行使代表权

- 原告董某某诉被告吴某某损害公司
利益纠纷案 (106)

赡养纠纷中的精神赡养

- 原告张某某诉被告孙甲、孙乙、孙丙、
孙丁赡养纠纷案 (115)

认定医疗事故的法律适用问题

- 原告蒋某诉被告某医院医疗侵权纠纷案 (119)

受托人越权办理委托事务如何承担责任

- 原告刘某诉被告王某、陈某某委托合同纠纷案 (124)

学校对在校学生受伤承担何种责任

- 原告邱某诉被告某学校、王某人身损害赔偿纠纷案 (131)

对证据性质如何认定的问题

- 原告 A 建材供销公司诉被告 B 路桥建设有限公司买卖合同纠纷案 (138)

如何理解合同条款

- 原告某村农工商经济联合社、某乡政府诉被告某集团租赁合同纠纷案 (143)

法官释明权的应用

- 原告 A 公司诉被告 B 公司租赁合同纠纷案 (148)

公平原则在审判中的适用

- 原告王某诉被告 A 农业机械公司劳动争议纠纷案 ... (155)

交通支队做出的事故责任认定并不必然作为直接认定

案件事实的依据

- 原告张甲等四人诉被告方某、王某道路交通事故人身损害赔偿纠纷案 (160)

合同成立时间如何认定

- 原告王某诉被告 A 建材公司居间合同纠纷案 (168)

单方变更合同内容需承担违约责任

- 原告戴某诉被告甲大学教育服务合同纠纷案 (174)

怠于履行举证义务的当事人承担举证不利后果

- 原告钱某某诉被告北京 A 假日酒店有限责任公司买卖合同纠纷案 (179)

保证合同、质押合同以及委托合同的區別

- 原告田某某诉被告北京市 A 粮食收储库委托合同纠纷案 (188)

农村道路使用权不清引发的法律问题

- 原告王某某诉被告张某排除妨碍、赔偿损失案 (195)

是否应给付被害人死亡赔偿金

——原告刘甲、刘乙、宋某某、丁某某诉被告

王某某人身损害赔偿纠纷案 (202)

房地产开发公司为社区公共利益处分了房屋所有者的

部分权益时应如何处理

——原告张某某诉被告北京市 A 房地产开发有限公司

财产权属纠纷案 (208)

对本人的误认不构成表见代理

——北京 A 汽车销售公司诉被告王甲、祁某某租赁

合同纠纷案 (211)

法官释明权的行使

——北京 A 农贸有限公司诉被告北京 B 种植有限

责任公司一般买卖合同案 (216)

合同正式签订前的“流程汇签表”不具有合同性质

——北京市房山 A 商贸有限公司与被告北京 B 文化

传播有限责任公司经营合同纠纷案 (221)

鉴定结论不明时,如何利用已知的案情及法律

法规审理案件

——原告安某某诉被告丁某某合伙协议纠纷案 (227)

以当事人在实际履行中的意思表示确认合同

约定定金的性质

——北京 A 信息咨询中心诉北京 B 专修学院

其他经营合同纠纷案 (231)

相邻关系中的环境污染问题

——原告孙某某、隗某某诉被告王某某

相邻关系纠纷案 (240)

租赁合同的双方当事人违约应如何承担责任

——北京市 A 粮油商贸公司诉被告李某某

租赁合同纠纷案 (245)

村民的民主权利应向谁行使

- 原告王某某诉被告房山区 A 村村民委员会民事
其他纠纷案 (250)

三、行政审判篇

司法变更权的适用及相关法律问题

- 原告许某某不服被告 A 公安分局处罚裁决案 (254)

确认无效之判在实务中的适用

- 原告杨某要求确认北京市 A 交通管理处
决定违法案 (260)

履行法定职责案件中的相关程序保护

- 原告李某某诉被告北京市房山区某镇人民政府
履行法定职责案 (266)

侵犯村民民主自治权利不属于行政诉讼的受案范围

- 王某诉北京市房山区 A 镇人民政府
不服停职决定案 (273)

四、执 行 篇

对案外人的执行异议要进行听证

- 北京 A 塑料制品有限公司申请执行北京 B 音响
有限公司案 (278)

案外人提出与执行标的的无关的异议不能获得支持

- 字甲申请执行字乙案 (282)

■ 一、

刑事审判篇

1

利用猜得的密码支取所盗工资卡 上存款的行为应如何定性

——被告人马某某盗窃案

〔基本案情〕

被告人马某某在 A 公司打工。2004 年 5 月 28 日 14 时许，马某某在该公司更衣室内用捡到的钥匙打开该公司职工林某的更衣柜，盗窃钱包一个，内有现金 60 余元、牡丹卡 2 张、工资卡 1 张（卡内存有人民币 1066.2 元）。马某某于次日 8 时许持所盗工资卡到储蓄所支取人民币 1050 元，后被查获归案。

〔审理结果〕

法院经审理认为，被告人马某某犯盗窃罪，依法判处其拘役五个月，并处罚金人民币一千元。

〔案例评析〕

本案在审理过程中的主要争议在于被告人马某某持盗来的工资卡，利用猜得的密码，到储蓄所支取人民币的行为应定性为信用卡诈骗罪、诈骗罪还是盗窃罪。

对此，笔者认为：

首先，该案不应认定为信用卡诈骗罪。

信用卡诈骗罪是指以非法占有为目的，利用信用卡虚构事实或隐瞒真相，骗取公私财物数额较大的行为。该罪要求行为人直接或

间接地利用信用卡去实施骗取财物的行为，而信用卡的涵义和范围则是依据相关金融法规来确定的。

1996年1月26日中国人民银行发布的《信用卡业务管理办法》第三条规定：本法所称信用卡是指中华人民共和国境内各商业银行向个人和单位发行的信用支付工具，信用卡具有转账结算，存取现金，消费信用等功能。

1999年3月1日中国人民银行发布的《银行卡业务管理办法》第二条规定：本办法所称银行卡，是指由商业银行向社会发行的具有消费信用、转账结算、存取现金等全部或部分功能的信用支付工具。第五条规定：银行卡分为信用卡和借记卡。第六条规定：信用卡按是否向发卡银行交备用金分为贷记卡、准贷记卡两类；贷记卡是指发卡银行给予持卡人一定的信用额度，持卡人可在信用额度内先消费后还款的信用卡；准贷记卡是指持卡人必须先按发卡银行的要求交存一定金额的备用金，当备用金不足支付时，可在发卡银行规定的信用额度内透支的信用卡。

从以上表述可知，首先出现的是信用卡，随着社会的进步和发展，后来才出现借记卡。在立法上，随着借记卡的出现，才有了二者的合称，即银行卡这个新概念，进而制定了《银行卡业务管理办法》。从定义可知，信用卡具有该法法条所规定的全部功能，借记卡只是具有部分功能的信用支付工具，即借记卡没有透支功能而信用卡具有透支功能。信用卡诈骗就是利用信用卡所体现的信用及透支功能而实现的，信用卡所具有的透支功能被滥用后，产生的社会危害性大于普通的诈骗罪，所以我国《刑法》规定把信用卡诈骗从普通诈骗罪中分离出来。从以上规定中，我们可以理解《刑法》的信用卡诈骗罪指的是银行卡中具有透支功能的信用卡，不包括借记卡。而本案中被告人马某某所持工资卡系借记卡，因此本案显然不能定性为信用卡诈骗罪。

那么本案是否应该认定为诈骗罪？有观点认为马某某盗窃借记卡的行为，属“事前不可罚行为”，而其后的冒用行为则构成诈骗

罪。把行为人在一个盗窃的主观犯意下所实施的行为，从事前和事后两种行为加以分析，虽然也是符合《刑法》中关于牵连犯的理论。但笔者认为行为的个数是以刑法对某个具体犯罪的客观行为的具体界定为标准来判断的。马某某实施盗卡行为后到银行取款消费等一系列行为均是为达到其盗窃目的所为的一个整体行为，我们不能人为地把其分割，不能孤立地分析。盗窃借记卡后冒领，虽然冒领有诈骗性质，但从实质上分析，其在后的冒领行为是把借记卡转化为实际财物的行为，是盗窃行为的继续。当行为人盗窃了借记卡后，在还没有得到借记卡中财物时，还不能说盗窃行为已经完成。之所以把冒领支取行为看成盗窃行为的继续，是因为该种行为仍符合秘密窃取的特征，虽然冒领时必然有人在场，但秘密性是相对于借记卡的权利人而言的。而该种借记卡可以即时兑现，金融机构一般只认卡不认人，冒领支取的行为人不用任何证明手续即可兑现，并且被骗的单位不负任何责任，所以虽然冒名本身也是诈骗，但银行并不因为这种诈骗而将财物交付，故这种情况下不能成立诈骗罪。因此，笔者认为，行为人的支取行为与先前的盗窃行为是一个完整的盗窃行为，刑法应对其作完整的评价，认定其构成盗窃罪。在这一完整的盗窃行为中，即使行为人所实施的欺骗手段触犯其他罪名，这一手段行为也包含在盗窃行为之中，按牵连犯理论也应认定为盗窃罪，而不是诈骗罪。

本案按盗窃罪定性是正确的。

[裁判文书节略]

经审理查明：被告人马某某在 A 公司打工。2004 年 5 月 28 日 14 时许，被告人马某某在该公司更衣室内用捡到的钥匙打开该公司职工林某（男，22 岁）的更衣柜，盗窃钱包一个，内有现金 60 余元、牡丹卡 2 张、工资卡 1 张（卡内存有人民币 1066.2 元），于次日 8 时许持所盗工资卡到本区良乡东街邮局储蓄所支取人民币 1050 元。后被查获归案。

本院认为：被告人马某某法律意识淡薄，以秘密手段窃取他人财物，数额较大，其行为已构成盗窃罪，依法应予惩处。北京市房山区人民检察院指控被告人马某某犯盗窃罪的罪名成立，本院予以支持。鉴于被告人马某某犯罪时尚未成年，认罪态度较好，依法予以从轻处罚。指定辩护人的相应辩护意见本院予以采纳。本院根据被告人马某某犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四条，第四十二条，第四十四条，第十七条第一、三款的规定，判决如下：

被告人马某某犯盗窃罪，判处拘役五个月，并处罚金人民币一千元（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日，即自2004年6月2日起至2004年11月1日止，罚金于判决生效后30日内缴纳）。