

审判前沿

②

新类型案件 审判实务

□北京市高级人民法院/编

2003年第2辑

(总第4辑)

栏目要览

【案例研究】

存单质押纠纷法律问题研究

从儿子申请撤销父亲结婚登记案析行政诉讼原告资格制度之发展

【疑案研究】

“陷阱取证”法律性质探讨

执行和解的适用及其效力

监护人一方擅改未成年子女姓名的侵权认定

【案例分析】

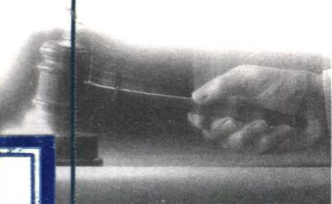
盗窃计算机软件加密行为的定性问题研究

房屋认购金的性质认定研究

浅析期货交易纠纷案中相关法律问题

【参阅案例】

普通营业餐厅对就餐顾客的物品不附随保管的义务



法律出版社
LAW PRESS

第2辑
(总第4辑)

审判前沿

新类型案件审判实务

□北京市高级人民法院/编



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿.第2辑:新类型案件审判实务/北京市高级人民法院编. - 北京:法律出版社,2003.4
ISBN 7-5036-4197-5

I. 审… II. 北… III. 审判-案例-研究-中国
IV. D925.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 019054 号

法律出版社·中国

责任编辑/唐素芬

装帧设计/杨 芝

出版/法律出版社

编辑/法律应用出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/10.125 字数/262 千

版本/2003 年 7 月第 1 版

印次/2003 年 12 月第 2 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律应用出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939640 63939641 传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4197-5/D·3915 本辑定价:20.00 元

2003年第2辑
(总第4辑)

审判前沿

新类型案件审判实务

编辑委员会

主 任：秦正安
副 主 任：池 强 王振清 王 明 贺 荣
委 员：(按姓氏笔划排列)
田玉玺 刘兰芳 吉罗洪 孙国明
李大元 李振奇 张柳青 张鲁民
徐 扬 谭京生

编 辑 部

主 编：贺 荣
副 主 编：张 悦 辛尚民
编 辑：毕东丽 薛 峰 曾宏伟 唐 明
范跃如 乔新生 万 钧 张 灵
张新平

目 录

案例研究

◆牵连犯处断与法院变更指控罪名问题实务研究

——李某伪造金融票证、国家机关证件案相

关法律问题的探讨…………… 杨子良 张素莲(3)

◆产品质量责任主体之认定与赔偿问题研究

——杨某诉爱立信(中国)有限公司产品质量

纠纷案法律问题研究…………… 李 戈(21)

◆存单质押纠纷法律问题研究

——中电租赁公司与外经贸信托投资公司存

单质押纠纷案法律问题研究…………… 何 波(33)

◆试论存单纠纷中金融机构的保证责任

——建行门头沟支行诉北京三寓企业公司借

贷纠纷案法律问题研究…………… 湛建国 赵 可(48)

◆论有仲裁协议案件的诉讼管辖

——中国某开发公司诉美国某设计公司设计

合同纠纷案法律问题研究…………… 周光国(56)

◆从对连带责任人的追加论我国必要共同诉讼

制度的完善

——徐某诉王某某、李某、孙某、刘某某人身

- 损害赔偿案法律问题研究…………… 陶志蓉(68)
- ◆有独立请求权的第三人若干法律问题研究
——郭甲、郭乙等与郭某析产继承再审查法律
问题研究…………… 范跃如(79)
- ◆从儿子申请撤销父亲结婚登记案析行政诉讼
原告资格制度之发展
——田某诉某区民政局申请撤销其父结婚登
记案法律问题研究…………… 程 虎(88)

疑案探讨

- ◆强迫交易罪若干问题研究
——对两起强迫交易案件有关法律问题探讨
…………… 伍 红 向国慧(103)
- ◆试论贞操权的侵权认定及相关赔偿问题
——张某诉刘春生损害赔偿案法律问题研究…… 马 强(117)
- ◆“陷阱取证”法律性质探讨
——北大方正公司、红楼计算机研究所诉高
术公司、高术天力公司侵犯软件著作权
案有关证据问题的探讨…………… 周 翔(133)
- ◆专利权权属纠纷案件的诉讼时效适用
——中国协和医科大学整形外科医院与宋某
专利权属案法律问题研究…………… 刘晓军(152)
- ◆执行和解的适用及其效力
——对一起强制执行案件中当事人和解协议
之履行及其违约处理的法律思考
…………… 田玉玺 丁亮华(168)
- ◆监护人一方擅改未成年子女姓名的侵权认定
——赵某诉李某恢复其子姓名纠纷案法律问
题探讨…………… 陈 琼(180)

◆关于管辖权异议案件若干问题的探讨

——对两起管辖权异议案件相关法律问题研究

..... 阎洪升 郭 燕(184)

案例分析

◆盗窃计算机软件加密狗行为的定性问题研究

——郝显纯破坏生产经营案法律问题分析

..... 杨晓明 阎 肃(197)

◆以变相传销进行非法经营案审理中的几个法

律问题

——杨树青等人非法经营案评析..... 孙丽芳 易珍春(203)

◆集资诈骗罪的司法认定

——曹予飞、龚聪颖、高振宇集资诈骗案分析

..... 于同志 陈伶俐(209)

◆房屋认购金的性质认定研究

——王某诉鸿安房地产公司买卖合同纠纷案

评析..... 李旭辉(218)

◆游泳池中溺水死亡案审理中的几个法律问题

——董某等诉 61195 部队招待所人身损害赔偿

偿案评析..... 张嘉林(225)

◆浅析铁路旅客运输过程中因第三人侵权产生

人身损害的法律責任

——石某某诉方某人身损害赔偿案法律问题分析

..... 郭 奕(230)

◆浅析期货交易纠纷案中相关法律问题

——吴某诉北京金鹏期货经纪有限公司期货

纠纷案分析..... 彭文毅(235)

◆买卖不破租赁相关问题的探讨

——某金属工贸公司与某实业有限公司租赁

- 合同纠纷案分析…………… 康临芳(241)
- ◆具有诉讼实施权是民事诉讼当事人适格的前提
——王建中诉北京晓庆文化艺术有限责任公司
追索欠款纠纷案评析…………… 赵文军 马宏敏(247)

观点争鸣

- ◆因他人上坟烧纸引发相邻树林失火,土地所有者是否承担民事责任…………… 孙吉旭 曾 昕(257)
- ◆在校大学生在宿舍被烧伤学校应否承担赔偿责任…………… 刘乃毓(261)
- ◆债权人对双方未约定还款期限的债权可随时主张权利…………… 刘国承(265)
- ◆原告主体被注销被告提出反诉是否应终结诉讼…………… 范顺来 郑亚琴(268)
- ◆保险人说明义务的履行及举证责任的承担…………… 高 峙 郑洪清(271)

参阅案例

- ◆行政管理机关的民事行为侵犯他人合法权益应承担相应民事责任…………… 高亭言(277)
- ◆连续性履行合同的违约方仅对已过履行期限的合同内容承担违约责任…………… 高亭言(282)
- ◆普通营业餐厅对就餐顾客的物品不附随保管的义务…………… 高亭言(286)

法律文书之窗

- ◆国家旅游局诉深圳市城市建设开发(集团)公司侵权纠纷案民事判决书
——北京市高级人民法院(2001)高经终字第

270 号民事判决书	(291)
◆漓江出版社诉中国物价出版社侵犯专有出版 权纠纷案民事判决书 ——北京市第一中级人民法院(2001)一中知 初字第 76 号民事判决书	(300)
征稿启事	(311)

案例研究

牵连犯处断与法院变更指控 罪名问题实务研究

——李某伪造金融票证、国家机关证件案
相关法律问题的探讨^①

杨子良^② 张素莲^③

一、据以研究的案例

被告人李某系某外国公司驻北京代表处首席代表。2001年3月间,被告人李某受托为5人办理赴外商务签证。为了骗取出境签证,李某伪造了多份房屋产权证明书、多张银行存单,以及多份企业法人营业执照,并将其伪造的上述材料连同其他真实材料送往某外国驻华使馆,后该外国使馆为李某申报的5人办理了签证。经查,李某所伪造的材料并非该外国办理签证所必备的材料。李某在为5人办理签证的过程中约

① 为便于研究,本案例经笔者技术处理。

② 北京市第二中级人民法院刑二庭法官,在职博士研究生。

③ 北京市第二中级人民法院研究室法官,在职博士研究生。

定收取费用人民币 20 万元,但李某未及收取费用即案发,实际未获取非法利益。

公诉机关以上述事实指控被告人李某犯骗取出境证件罪。一审法院审理后则认为,被告人李某的行为构成伪造金融票证、伪造国家机关证件与骗取出境证件的牵连,按从一重处断原则,应对被告人的行为以伪造金融票证罪、伪造国家机关证件罪实行并罚。

二、关于牵连犯的处断问题

(一)对牵连犯的理论界说

上述案例中,被告人李某采取伪造国家机关证件及金融票证的方法,为他人办理出境签证,其行为分别构成伪造国家机关证件罪、伪造金融票证罪及骗取出境证件罪(未遂)。按牵连犯的理论,被告人李某所犯上述三罪构成手段与目的之牵连犯。因此,如何处理本案涉及的牵连犯问题,则有必要对相关理论进行界说。

一般认为,牵连犯是指行为人以实施某一犯罪为目的,而其犯罪方法或结果行为又触犯其他罪名的犯罪形态。对于如何处断牵连犯,历来多有争议。

从相关立法文献看,在国外刑事立法中,明确规定牵连犯处断原则的立法有德国旧刑法、日本现行刑法及西班牙现行刑法。在我国刑事立法中,有清末以降的旧中国、新中国 1979 年刑法第 22 稿草案、以及我国台湾地区所谓的旧刑法。上述立法文献中,对牵连犯的处断无一例外地继承了费尔巴哈《巴伐利亚刑法典(草案)》的传统,采取从一重处断原则。不过其中有的立法文献又有所创新,在从一重处断的基础上增加可以并处轻罪的附加刑,日本现行刑法即是如此。在英美法系的刑事立法中,不仅对牵连犯未作规定,而且对有牵连关系的数罪一律实行并罚。我国 1979 年刑法、全国人大常委会补充规定、现行刑法及相关司法解释亦未对牵连犯作明文规定,但对存在牵连关系的数罪,却采取了从一重处断与并罚这两种原则。

从理论争议看,除上述处断原则外,还有法定处断与从一重处断

并用说、从一重处断与数罪并罚择一说。综合上述立法文献及理论争议,可以将有关牵连犯处断原则的争议观点归纳如下:

1. 从一重罪处断说。即主张按牵连关系中的一重罪定罪处刑。德国旧刑法、旧中国刑法及我国台湾地区旧刑法即采用此说。我国现行刑法第399条也采用此说。

2. 从一重罪从重处断说。该说主张选择牵连关系中的一重罪定罪,且在该罪应当适用的法定刑幅度内再从重处罚,未定的罪作为从重处罚的情节考虑。我国1979年刑法第191条采用此说,我国大陆刑法学界也有部分学者支持此说。^①

3. 从一重刑并处附加刑处断说。此说主张对牵连关系的数罪分别量刑,然后选择其中一个重刑处罚,同时,如果轻刑中有附加刑,如没收,还可以附加判处。定罪则以重罪论处。此说与从一重罪处断说相比,有两点区别,其一是前者是按一重刑处罚,后者是按一重罪处罚。按一重刑处罚,在重罪的法定刑下限比轻罪的法定刑下限低时,不得在其轻罪的法定刑的下限以下判处刑罚;^②按一重罪处罚,在重罪之最低度刑较轻罪之最低度刑轻时,仍得量至轻罪最低度刑以下。^③其二是前者可以并处轻罪之附加刑,后者则不能并处。采用从一重刑并处附加刑说的有日本刑法,我国1992年全国人大常委会通过的《关于惩治偷税、抗税犯罪的补充规定》第4条、第6条规定也与此说相符。

4. 从一重罪加重处断说。此说主张选择有牵连关系的数罪中的一个重罪,并在相应法定刑基础上加重刑罚。如我国现行刑法第321条第1款、第2款规定:运送他人偷越国(边)境的,处5年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金;有下列情形之一的,处5年以上

① 参见赵秉志主编:《海峡两岸刑法总论比较研究》下卷,中国人民大学出版社1999年7月第1版,第765页。

② 参见[日]木村龟二主编:《刑法学词典》,上海翻译出版公司1991年版,第402页。

③ 韩忠谟著:《刑法原理》,我国台湾地区1981年版,第346页。

10 年以下有期徒刑,并处罚金:在运送他人偷越国(边)境中造成被运送人重伤、死亡,或者以暴力、威胁方法抗拒检查的,处 7 年以上有期徒刑,并处罚金。在这里,以暴力、威胁方法抗拒检查与运送他人偷越国(边)境构成手段与目的的牵连关系,法律规定按重罪运送他人偷越国(边)境罪定罪并在其原法定刑上加重刑罚处罚。

5. 数罪并罚说。此说主张对有牵连关系的数罪实行数罪并罚。英美法系刑事立法中普遍采取此说,我国现行刑法第 318 条、第 321 条、第 157 条,以及全国人大常委会《关于惩治走私罪的补充规定》第 10 条第 2 款、《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第 3 条第 3 款、第 5 条第 2 款、第 8 条第 3 款等规定也采取了此说。

6. 法定处断与从一重处断并用说。此说主张对于法律未明文规定处断原则的牵连犯,适用从一重处断原则;对于法律明文规定了对于牵连犯处断原则的,依照法律规定处理,可能采取从一重处断,也可能采取数罪并罚的处断原则。此说不仅为部分理论工作者所主张,受传统观点影响,司法实务部门也有不少人秉持此说。至于此说中的从一重处断,具体是指从一重罪从重处断,还是其他情况,此说也语焉不详。

7. 从一重处断与数罪并罚择一说。此说主张以罪行轻重为标准,对重罪的牵连犯,采用数罪并罚原则,对轻罪的牵连犯,则采用从一重处断原则。至于轻罪重罪标准,以及从一重处断的具体内容,此说未作进一步阐述。目前我国部分学者持此说。^①

笔者认为,上述观点均有一定不足。在笔者看来,上述第一至第三种观点均存在以下不足:第一,会导致处罚偏轻,轻纵罪犯。就其中第二种观点(按一重罪从重处断)而言,它在某些情况下确实能达到与数罪并罚相同的后果,例如,某甲以伪造国家机关证件的方法招摇撞骗,分别构成伪造国家机关证件罪与招摇撞骗罪,前罪在“三年

^① 参见赵秉志主编:《刑法争议问题研究》上卷,河南人民出版社 1996 年 10 月第 1 版,第 486—487 页。

以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利”的法定刑幅度内判处有期徒刑2年,后罪在“三年以上十年以下有期徒刑”的法定刑幅度内判处有期徒刑7年,按数罪并罚可并处9年有期徒刑,而按从一重罪从重处罚也可判处有期徒刑9年,此时两种处断方法的结果相同。但在另一些情况下,从一重罪从重处罚则不能达到数罪并罚的严厉程度,例如,某乙以伪造金融票证的方法骗取出入境证件,分别构成伪造金融票证罪和骗取出入境证件罪,前罪在“五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金”的法定刑幅度内判处有期徒刑3年零6个月,并处罚金,后罪在“三年以下有期徒刑,并处罚金”的法定刑幅度内判处有期徒刑2年零6个月,并处罚金,如果按数罪并罚原则处断可判处5年零6个月,并处罚金;按从一重罪从重处断最高只可判处有期徒刑5年,并处罚金。此时从一重罪从重处断不如数罪并罚的处罚重。值得注意的是还有一些情况,牵连关系的数罪法定刑和处断刑均相同,分不清孰轻孰重,此时从一重罪从重处断无从适用。例如,某丙以伪造国家机关证件的方法招摇撞骗,分别构成伪造国家机关证件罪与招摇撞骗罪,两罪均在“三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利”的法定刑幅度内判处有期徒刑2年,此时即不能从二罪中区分轻重。既然从一重罪从重处断会导致轻纵犯罪,而它比从一重罪处断重,也不比从一重刑并处附加刑处断结果轻,那么从一重罪处断和从一重刑并处附加刑处断也会导致轻纵犯罪。第二,由于牵连犯理论复杂,不易操作,实践中会导致同罪异罚、执法不一的后果。第三,可能在追诉时效和管辖权等方面出现难题。^①

由于在以往相当长的一段时期内,以至现在,我国刑法理论和司法实践均主张对牵连犯采用从一重罪处断,包括从一重罪从重处断,^②

① 详见杨子良文:《论牵连犯处罚原则》,载《法制日报》1997年4月5日第7版。

② 参见高铭喧主编:《刑法学原理》第2卷,中国人民大学出版社1993年12月第1版,第602页。

而且有学者对从一重罪从重处断进行系统论证,^① 笔者特此对从一重罪从重处断说的某些论证作详细评论。

据从一重罪从重处断说的学者论证,对牵连犯从一重罪从重处断有以下几条理由:第一,牵连犯数罪中有主从关系,因而在处罚上应当与普通数罪有别。第二,牵连犯的危害性比普通数罪轻,目的行为未实施时,手段行为的危害并未显示,而目的行为已实施时,手段行为的危害又已经吸收于目的行为的危害中。第三,对牵连犯数罪并罚会导致重复评价,即对目的行为和手段行为各评价二次。第四,手段行为实际是目的行为的预备,只不过此处预备行为与实行行为即目的行为在性质上不同,但这种性质的不同不应当影响处罚的方法。性质相同的预备行为与实行行为均存在时,只处罚实行行为,至多把预备行为作为对实行行为量刑的一个情节考虑,对于性质不同的牵连犯,也应当如此处罚。第五,对牵连犯从一重罪从重处断,不会轻纵犯罪。

笔者认为,上述第一条理由不足以证明对牵连犯应当按从一重罪从重处断,因为牵连犯的特殊关系不足以说明其特殊社会危害性。第二条理由基本是理论假设,与事实不符,因为手段行为在目的行为未发生时仍可以独立构成犯罪,具有显著的社会危害性,当目的行为发生时,手段行为的社会危害性也不包含在目的行为之中,这样认定牵连犯的危害性轻于普通数罪就缺乏依据。第三条理由与司法实践不符,其担心完全属于多余,司法实践中对牵连犯数罪并罚时,完全可以分别量刑,而不对存在牵连的各行为重复评价。第四条理由试图通过数学上的替换方法来证明对牵连犯从一重罪从重处断的合理性,但违背了刑法学上犯罪构成原理。在普通预备行为与实行行为均存在时,应当无一例外地评价为一个犯罪行为,而在牵连犯罪的情况下,相当于预备行为的手段行为与相当于实行行为的目的行为却

^① 参见赵秉志主编:《海峡两岸刑法总论比较研究》下卷,中国人民大学1999年7月第1版,第765—767页。