



公诉疑案

公诉疑案研究

GONGSU YI 'AN YANJIU

主编◎张智辉 殷玉谈



中国检察出版社

面对各种各样扑朔迷离的案件事实，公诉人必须运用法律思维进行仔细的审查和反复的推敲，并运用法律的原理拨开迷雾，寻找案件事实与法律规定的最佳对接点，进而对案件的性质作出准确的判断。



公诉疑案

公●诉●疑●案 研究

GONGSU YI 'AN YANJIU

主编◎张智辉 殷玉谈



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

公诉疑案研究/张智辉 殷玉谈主编. —北京:中国检察出版社, 2009. 3
ISBN 978 - 7 - 5102 - 0065 - 6

I. 公… II. ①张…②殷… III. 公诉 - 案例 - 研究 - 中国 IV. D925. 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 030243 号

公诉疑案研究

张智辉 殷玉谈 主编

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68682164(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 720mm×960mm 16 开

印 张: 22 印张 插页 4

字 数: 407 千字

版 次: 2009 年 5 月第一版 2009 年 5 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0065 - 6/D · 2045

定 价: 40.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

《公诉疑案研究》编委会

主 编 张智辉 殷玉谈

副主编 刘致宏 金晓慧

编 委	樊 明	杨茂文	武振兴	孙 蔚
	周 淳	丁 晶	毛旭飞	秦 丽
	陶 然			

序 言

在公诉实践中有许多鲜活的案件。这些案件,既挑战着法律的规范,也考问着公诉人的睿智。因为这些案件,具有非类型性、非预设性、非完整性等特点。刑法中规定的犯罪,都是类型化了的行为,其构成要件被高度概括而成,人们在观念形态中很容易认识和理解。但是公诉人面临的案件常常是没有经过人为取舍的带着各种各样的不规范因素的活生生的客观事实。这些由一系列客观事实构成的案件,并不都是按照立法者和执法者所预想的犯罪模式出现的。并且,能够证实案件所有事实特征的证据有时甚至是残缺的、不充分的、不完整的或者是可以作多种解释的,以致案件的某些真实情况呈现出不完整的、似是而非的样态。面对各种各样扑朔迷离的案件事实,公诉人必须运用法律思维进行仔细的审查和反复的推敲,并运用法律的原理拨开迷雾,寻找案件事实与法律规定的最佳对接点,进而对案件的性质作出准确的判断。

这种客观存在的案件事实的非类型性,使人们对案件的性质及其法律适用产生了不同的看法,导致实践中争议相持不下。同一个案件,有的人从这个方面看,或者按照这样的方式进行取舍,会认为涉案人员的行为应当构成甲罪;有的人从另一个方面看,或者按照另外的方式进行取舍,就可能认为涉案人员的行为应当构成乙罪;甚至有的人按照不同的价值观来衡量,会认为不构成犯罪。在各自不同的观点

中寻找最佳的方案来适用法律,当然是执法者的责任。问题是如何确定判断的标准,即拿什么来衡量各种可能的方案中哪一个是最正确的?

从理论上讲,判断案件性质的根据是法律的规定,标准自然是案件的基本事实与法律的规定最相符合。要在实际案件的审查判断中准确把握这个标准,就必须探寻法律规定的精神,研读案件事实的真谛,在事实与法律之间寻求最佳对接点。这是公诉人的基本功,也是优秀公诉人必须具备的法律素养。

我在天津市人民检察院挂职期间,要求参加 2008 年全市优秀公诉人评选活动的每一位选手结合自己办理的公诉案件撰写一篇案件分析文章,并仔细地阅读了这些文章,就其中提出的问题和作者交换了意见。在案件研讨的基础上,经天津市人民检察院公诉处全体同志的共同努力,形成了这本书。书中对案件事实的描述力求客观真实,对案件中争议的法律问题力求运用法律规定和法学原理进行分析论证,以求准确适用法律。当然,对每个案件的分析论证以及所得出的结论,都是作者自己的认识,是否正确,还有待明智的读者公断。不过,本书为读者提供了若干鲜活的实际案例,应该会有某种新鲜感。书中也提供了一些案例分析的路径,对于公诉人乃至所有法律人的法律思维,也许会有一定的启迪意义。

张智辉

2009 年 1 月

一、危害公共安全罪

泼洒柴油未点燃的行为性质分析

——谢某放火案 / 3

二、破坏金融管理秩序罪

非法吸收公众存款罪的几个问题

——方舟集团、郝某等非法吸收公众存款案 / 13

三、金融诈骗罪

金融凭证诈骗案的法理探究

——李某金融凭证诈骗案 / 25

四、侵犯知识产权罪

商业秘密的理解与认定

——李某侵犯商业秘密案 / 37

非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪的认定

——褚某某非法制造、销售非法制造的注册商标标识案 / 43

五、扰乱市场秩序罪

私自篡改数据骗领健身卡出售行为性质的认定

——王某伪造、倒卖伪造的有价票证案 / 51

伪造水票赠券出售获利行为性质的认定

——张某某等伪造、倒卖伪造的有价票证案 / 59

表见代理与合同诈骗罪的关系

——王某合同诈骗案 / 68

合同诈骗罪中“合同”的形式及主观要件的认定

—— 陈某合同诈骗案 / 77

违法提供、使用他项权证贷款行为如何定性

—— 佳明集团合同诈骗案 / 85

连环合同诈骗案中的被害人如何确定

—— 刘某合同诈骗案 / 96

六、侵犯公民人身权利、民主权利罪

杀人、伤害与取财行为并存案件的定性

—— 吴某某故意杀人(未遂)和盗窃案 / 107

聚众斗殴案件的法律适用问题

—— 解某等故意杀人案 / 117

不纯正不作为犯作为义务来源之辨析

—— 陈某等过失致人死亡案 / 125

关于防卫过当的思考

—— 张某等故意伤害(致人死亡)案 / 137

故意伤害还是正当防卫

—— 王某某故意伤害案 / 146

索债型非法拘禁罪和勒索型绑架罪的区别

—— 李某等绑架案 / 156

索债型拘禁犯罪的性质

—— 王某等绑架案 / 165

绑架罪认定中的几个问题

—— 张某等绑架案 / 173

绑架罪与敲诈勒索罪、抢劫罪之辨析

—— 何某某等绑架案 / 181

强奸案件中的几个问题

—— 王某抢劫、强制猥亵妇女案 / 189

七、侵犯财产罪

转化型抢劫罪是否存在未完成形态

—— 刘某抢劫(中止)案 / 197

抢劫罪认定中的几个问题

—— 马某等抢劫案 / 205

非典型性抢劫行为

——王某等抢劫案 / 214

入户抢劫如何界定

——刘某某等抢劫案 / 224

捡拾银行卡在 ATM 机上取款的行为性质分析

——张某盗窃案 / 231

以敲诈勒索为目的盗窃他人财物应如何定性

——岳某敲诈勒索案 / 240

盗窃罪与诈骗罪之辨析及共同犯罪之身份问题

——王某、高某、杨某诈骗案 / 250

非户籍民警办理假户口应如何定性

——张某某诈骗案 / 258

将理货员错放的集装箱拉出堆场的行为如何定性

——梁某某、王某某侵占案 / 269

“本单位所有财物”的刑法定位

——袁某某等职务侵占案 / 277

职务侵占犯罪定性争议引发的思考

——刘某职务侵占案 / 282

彩票销售人员“空打彩票”行为如何定性

——王某挪用资金案 / 294

八、妨害国(边)境管理罪

组织偷越国(边)境罪与骗取出境证件罪的认定

——何某某等组织偷越国(边)境案 / 305

九、贪污贿赂罪

贪污罪和挪用公款罪区别的标志

——邹某贪污案 / 315

在贿赂犯罪中获得巨额利益是共犯还是中间人

——于某受贿案 / 323

介绍贿赂罪司法认定中若干问题探讨

——何某、管某等人受贿、行贿案 / 334

一、危害公共安全罪

泼洒柴油未点燃的行为性质分析

——谢某放火案

一、案情简介

2007年9月28日早，犯罪嫌疑人谢某（女，1964年9月17日出生，某地皮革有限公司员工）的女儿（母女在一个单位打工）因用工问题与本公司生产部长周某发生矛盾，被辞退。当日中午，谢某的女儿回家后，将该事告知其母，谢某找到公司索要其女的工资（当时公司欠发其女3个月的工资），与周某发生口角，心中气恼，遂起杀害周某的歹念。当日13时30分许，谢某携带柴油桶一个、打火机四个来到公司成型车间。该车间处于公司的中心位置，周围是厂房，车间面积约有500平方米。当时，车间内放有制鞋所用的胶、处理剂、鞋帮等易燃物品，且有170余名工人正在上班。谢某打开油桶，将柴油泼洒自己一身，拿出一个打火机，意欲点燃自己，抱住周某，与周同归于尽。在奔向周某时，柴油自谢某的身体流到地面，谢某不慎滑倒，被该车间工人发现，遂将其制止，夺下打火机，并迅速报警，谢某被抓获。

二、争议观点

针对本案，对谢某的行为构成犯罪没有争议，但对触犯的具体罪名以及犯罪的形态存在较大争议。

（一）此罪与彼罪之争

第一种观点认为谢某的行为构成故意杀人罪。理由是：谢某的主观故意为杀害周某，其放火行为直接指向周某本人，尽管当时车间工人很多，但谢某仅

将柴油泼洒到自己身上，未能实施具体的点燃行为就被制止，其行为还未达到足以危害公共安全的程度，应认定为故意杀人罪。

第二种观点认为构成以危险方法危害公共安全罪。理由是：谢某虽以杀害周某为目的，但其选择的柴油、打火机等工具具有一定的危险性，特别是当时车间有很多工人在上班，且车间内还有许多易燃物品，其行为足以危害到不特定多数人的生命、财产，应从危害公共安全的角度来选择罪名的应用，不应认定为故意杀人罪。但是，此种以自己的身体为媒介物的犯罪方法，近似放火，又与以往的放火罪认定的方法不尽相同，故应认定为以危险方法危害公共安全罪。

第三种观点认为构成放火罪。在认同前述第二种观点对故意杀人罪否定的理由的同时，认为不能因为谢某以自己的身体为引燃点，就否定放火行为，其所使用的柴油、打火机都是在实施具体的放火行为，故应认定为放火罪。

一直以来，以放火的方法杀害特定人应当如何认定是司法界争论的焦点：

一部分人的观点认为，认定这类案件应以行为人有无杀人的故意及其放火行为是否指向特定的对象为标准。具有杀人的故意，放火行为指向的是特定的人，应定故意杀人罪；反之，没有杀人的故意，放火行为的目标不是特定的人，而是不特定的多数人，则构成放火罪。如果把放火为了烧死特定的人当做放火罪处理，会轻纵罪犯。

多数人的观点认为，应当区别对待以放火为手段杀害特定人，不足以造成火灾危害公共安全的，构成故意杀人罪。行为人虽然以放火为手段，目的杀害特定人，但已经或者可能引起火灾危害公共安全的，实际上是一个放火行为同时触犯放火罪和故意杀人罪两个罪名，属于想象竞合犯，应择一重处。根据刑法对这两种犯罪法定刑的规定，最低刑都是3年有期徒刑，最高刑均为死刑，难以分清孰重孰轻。考虑到用放火的危险方法杀人，不仅侵害特定人的生命权利，而且在客观上危及不特定的多数人的人身安全和重大公私财产的安全，比一般故意杀人罪更为严重恶劣。为此，以危害公共安全的放火罪处罚，更能显示出这种杀人的特殊危险性。

应当说，前述谢某案中的三种观点均注意到放火罪与故意杀人罪的区别着重点在于是否危害公共安全，这是应该予以肯定的。三种观点的焦点在于：第一种观点认为谢某的行为不足以危害公共安全，而第二种、第三种观点认为谢某的行为足以危害公共安全。笔者认为谢某的行为足以危害公共安全，因为汽油、柴油等作为一种极易燃烧的物品，只要有星星之火，就足以造成一场火灾，火灾一旦酿成，伤亡人数、财产损失都难以预料。虽然，谢某的主观故意是杀害特定人周某，但其携带易燃物品和火种到车间这种公共场所，且将柴油泼洒到自己的身体上，其行为已经使当时在场的不特定的多数人的生命、健康

和大量的财产安全面临着重大危险。

基于上述分析,笔者认为谢某的行为已构成放火罪。

1. 从主体要件看。放火罪的主体为一般主体。由于放火罪的社会危害性很大,所以《刑法》第17条第2款规定,已满14周岁不满16周岁的人犯放火罪的,应当负刑事责任。谢某已达到刑事责任年龄,且有责任能力,符合主体要件要求。

2. 从主观要件看,放火罪在主观方面表现为故意,即明知自己的放火行为会引起火灾,危害公共安全,并且希望或者放任这种结果发生的心理态度。本案中,谢某明知所在车间处于单位的中心位置,周围是厂房,车间内放有制鞋所用的胶、处理剂、鞋帮等易燃物品,且有170余名工人正在上班。在此情形下,其向自身泼洒柴油,意欲打燃打火机,作为车间的工人其对自己的行为会引起火灾是明知的,虽然其直接的心理追求是用此种方法杀害周某,但其放任了火灾危及其他不特定多数人以及重大财产损失的危害后果。

放火罪中,放火的动机是多种多样的,如因个人的某种利益得不到满足而放火,因对批评、处分不满而放火,因泄愤报复而放火,为湮灭罪证、嫁祸于人而放火,因恋爱关系破裂而放火,因家庭矛盾激化而放火,等等。不论出于何种动机,都不影响放火罪的成立。

3. 客体要件。本罪侵犯的客体是公共安全,即不特定多数人的生命、健康或重大公私财产的安全。前述对谢某的行为侵犯了公共安全已有分析,不再赘述。

4. 客观要件。本罪在客观方面表现为实施放火焚烧公私财物,危害公共安全的行为。放火的行为方式,可以是作为,即用各种引火物,直接把公私财物点燃;也可以是不作为,即故意不履行自己防止火灾发生的义务,放任火灾的发生。本案中,谢某向自身泼洒汽油,意欲打燃打火机,实施了具体的放火行为,且属于作为方式。

(二) 犯罪形态之争

前述认定谢某构成故意杀人罪的观点认为其犯罪形态属于犯罪未遂,理由是谢某的行为因意志以外的原因未得逞;认定以危险方法危害公共安全罪的观点认为属于犯罪既遂,理由是谢某的行为足以危害公共安全。针对此两种罪名的犯罪形态争议不大,对犯罪形态的争议主要集中在持放火罪的观点上。

第一种观点认为应该定放火罪的未遂,理由是,对于放火罪而言,目前理论上和实践中按“独立燃烧说”判断具体危险。谢某未点燃自己的身体,没有使目的物燃烧,并且没有造成危害后果,因此认为是放火罪的未遂。

第二种观点认为应该定放火罪的未遂,但不认同第一种观点的理由,认为危害公共安全犯罪的“着手”时间是比较靠前的,尽管目前理论上和实践中按

“独立燃烧说”判断具体危险，但针对以人的身体为点燃目标的，且以泼洒柴油的危险方式来实施犯罪的案件，不应僵板地理解独立燃烧说，而应具体问题具体分析。就本案而言，谢某泼洒汽油、拿出打火机，已经着手实施犯罪，因工人及时制止未得逞，应认定为未遂。这种以人体为燃点的特殊放火方法，应以打火机打燃为既遂与未遂的分界岭，如若谢某将打火机打燃，及时被制止也应认定为既遂，而不应以将被害人的身体点燃为既遂。

第三种观点认为应该定放火罪的既遂，理由与第二种观点较为接近，但对既遂与未遂的危险方法程度要求有分歧，谢某已将柴油泼洒到自己的身体上，且拿出打火机意欲打燃，尽管被工人及时制止，但谢某所实施的都是具体的危险行为，加之当时的地理环境，其行为的危险性不言而喻，足以危害公共安全，应认定为既遂，而不应以将打火机打燃或者将被害人的身体点燃为既遂。

三、法理研讨

从前述对谢某放火案罪名、犯罪形态的争议中，我们不难得出较为统一的认识，即放火罪是以危险方法危害公共安全的犯罪，不管是否有危害结果均是既遂，只要达到相应的危险程度即可。与此同时，我们也能感受到，认定放火的关键是对放火罪具体危险程度的理解，究竟达到什么程度为既遂，达到什么程度为未遂，在具体实践中还是很难掌握的，所以还是有必要对放火罪的有关问题予以探讨。目前，与放火罪有关的问题集中在对其犯罪形态的讨论上，热点问题有二：

（一）由既遂与未遂之争引发的对“独立燃烧说”的质疑

我国对放火罪的讨论基本上是照搬日本，这里有必要简介一下日本学者关于放火罪既、未遂判断的主张，主要有：（1）独立燃烧说，即认为只要达到离开媒介物、目的物等继续保持燃烧状态即可；^①（2）效用丧失说，即认为要求因火力而烧毁了目的物的重要部分，并丧失了其本来的效用；^②（3）重要部分开始燃烧说（燃起说），即认为要求目的物已经燃烧起来，致使重要部分已经开始燃烧，并且达到不易熄灭的程度；^③（4）毁弃说，即认为要求因火力而使得目的物达到毁弃罪所要求的“损坏”程度；^④（5）部分损坏程度燃烧说，即认为在部分损坏程度燃烧到达时，火势就已经脱离了人的直接的支配可能性的

① 参见〔日〕《刑法Ⅲ各论》（第3版），2006年版，第315页。

② 参见〔日〕曾根威彦：《刑法各论》，弘文堂2001年版，第216页。

③ 参见〔日〕小野清一郎：《新订刑法讲义各论》（增补版），有斐阁1950年版，第75页。

④ 参见〔日〕大谷实：《刑法讲义各论》，成文堂2000年版，第373页。

范围，就已既遂。总体上说，着眼于公共危险犯的一面，往往倾向于独立燃烧说；若着眼于财产犯的一面，则往往倾向于效用丧失说。^①

我国受日本理论影响，认定放火罪的既遂与未遂的标准主要有物质毁损说、效用毁损说、公共危险说等多种观点。其中，以公共危险说为通说，认为既遂与未遂的区分应以行为人是否实施完毕刑法分则规定的某种罪的全部构成要件为标准，而不以行为人的犯罪目的是否实现为标准。也就是说，放火罪作为危害公共安全的危险犯，在犯罪构成上只要行为人实施了法定的放火行为，足以危害公共安全就构成既遂，而不必出现实际的损害结果。在认定是否达到足以危害公共安全的程度上，多采纳“独立燃烧说”，即只要放火的行为将目的物点燃后，已经达到脱离引燃媒介也能够独立燃烧的程度，即使没有造成实际的危害结果，也应视为放火罪既遂；反之，为未遂。^②

近年来，独立燃烧说不断受到质疑。较具代表的是对放火罪颇有研究的日本学者武田诚，他对主流学说和判例所持的“独立燃烧说”进行批判，认为以前的观点“独立燃烧=烧损=公共的危险的发生=既遂”是有问题的，因为这只是看到了放火罪的财产侵害的一面，而忽略了产生公共危险才是放火罪的本质，即使出现了独立燃烧或者烧损的状态，也不能说就已形成公共危险，是否形成公共危险，必须从实质上去判断。因此，形成独立燃烧的状态，还只是未遂的成立，只有实质的具体的公共危险的形成，才能说是放火罪的既遂。^③与此相呼应，我国亦有学者主张：“独立燃烧只是产生了作为未遂的危险，而不是已形成放火罪的既遂，这样就为行为人及时采取措施避免火势蔓延的放火罪的犯罪中止的成立提供了可能。否则，一形成独立燃烧的状态，即使行为人奋力扑灭火势而避免了火灾的发生，因为已经既遂而不能构成犯罪中止，这种结论不能接受。”^④“关于处理放火罪既、未遂的主张是，即使形成了独立燃烧的状态，在实质的具体的公共危险发生之前，也还只是成立未遂，只是我们不按照总则关于未遂的规定处理，而是直接按照第114条的3年以上10年以下处罚而已；行为人仍有成立犯罪中止的余地，按照刑法总则关于中止的规定，参照第114条的3年以上10年以下进行减免处罚；如果独立燃烧后，造成了严重后果，自然是按照第115条的规定，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。”^⑤

① 参见[日]山中敬一：《刑法各论Ⅱ》，成文堂2004年版，第484页。

② 参见[日]大谷实：《刑法讲义各论》，成文堂2000年版，第373页。

③ [日]武田诚：《放火罪的研究》，成文堂2002年版，第56页。

④ 陈洪冰：“公共危险犯未完成形态论”，资料来源于中鼎网。

⑤ 陈洪冰：“公共危险犯未完成形态论”，资料来源于中鼎网。

司法实践表明,划分放火罪既遂与未遂的界限,仅按“独立燃烧说”来认定是不够的,应当在综合考虑“公共危险说”和“物质毁损说”的基础上,结合案件的具体情况,同时考虑法定的犯罪构成要件是否齐备,行为人危害公共安全的放火行为是否确已完成等情况来认定。因为有的放火后虽然能够独立燃烧,但由于犯罪分子以外的原因导致所放火被及时熄灭,如犯罪分子刚把火点燃就被大雨淋熄或被他人扑灭,就不能认定为既遂,还必须考虑被燃烧物是否已经燃烧起来或是否已经造成了被燃烧物的部分毁损问题。

(二) 危险状态出现后,主动排除危险状态的行为能否成立犯罪中止

从宏观角度看,放火罪能否成立中止犯的问题,归根结底就是危险犯有无犯罪中止形态问题。

自从危险犯于20世纪80年代末引入我国刑罚研究领域以来,就一直成为刑法的一个争论不休的新课题。通说的观点认为危险犯只要是危害行为实施完毕,出现了法定的危险状态,该类犯罪就已经既遂。其判断标准是行为人所实行的危害行为是否达到了足以造成一定的危害结果的客观危险状态。较为典型的案例是在破坏交通工具罪中,行为人将巨石放置在铁轨上后,在火车到达之前主动将巨石搬离。通说的观点是,只要行为人将巨石放置在铁轨上后,其危害行为就实施完毕,就足以造成一定的危害结果,法定的危险状态就出现了。行为人在此后的行为,只能是犯罪既遂以后的恢复和补救行为,不影响其行为既遂的定性。

伴随着对危险犯的不断认知和探讨,再结合对刑法理论的深入理解,加之对具体实例的研究,对危险犯就是既遂犯这一论断质疑的呼声此起彼伏,较多的学者们认为危险犯不仅存在既遂形态,而且存在其他的犯罪形态,有必要打破传统的思维定式,对危险犯进行重新审视。较具代表性的观点有三:第一种观点认为,通说缺少公平和正义这一法律的基本理念,忽略了行为人在危害结果尚未出现前的自动中止行为,没有考虑到行为人防止危害结果发生的表现,及其主观恶性相对减少的事实,武断地将此种情况与在铁轨上放巨石造成火车倾覆一样属于既遂。^①第二种观点认为,我国刑法对犯罪中止的时间限制,只要求发生在犯罪过程中,并没有规定必须在犯罪既遂之前。无论何种犯罪,只要存在着发生犯罪结果的可能性,在结果尚未发生之前,都应当给予行为人自动有效地防止犯罪结果发生的权利。如果行为人此时能抛弃犯罪意图,千方百

^① 陈平:“浅析危险犯之犯罪中止形态”,资料来源于中国法院网。