

刑法基础与实务专题研究

李秋月——著

辽宁人民出版社

需要全本请访问 www.ertongbook.com



刑法基础与实务专题研究

李秋月 —— 著

辽宁人民出版社

© 李秋月　2020

图书在版编目（CIP）数据

刑法基础与实务专题研究 / 李秋月著. —沈阳：辽宁人民出版社，2020.11
ISBN 978-7-205-10039-1

Ⅰ. ①刑… Ⅱ. ①李… Ⅲ. ①刑法—研究 Ⅳ. ①D914.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2020)第236916号

出版发行：辽宁人民出版社
地址：沈阳市和平区十一纬路25号　邮编：110003
电话：024-23284321（邮　购）　024-23284324（发行部）
传真：024-23284191（发行部）　024-23284304（办公室）
http://www.lnpph.com.cn
印　　刷：辽宁鼎籍数码科技有限公司
幅面尺寸：170mm×230mm
印　　张：15.75
字　　数：240千字
出版时间：2020年11月第1版
印刷时间：2020年11月第1次印刷
责任编辑：祁雪芬
装帧设计：姿　兰
责任校对：刘再升
书　　号：ISBN 978-7-205-10039-1
定　　价：48.00元

前　言

刑法是我国重要的部门法之一，在打击犯罪、保护人民权利方面发挥着重大的作用。随着法制建设不断完善、司法制度进一步发展，刑法的相关理论只有与时俱进，才能适应社会对刑法越来越高的要求。

本书凝聚了作者多年专业工作经验和一线的教学实践经验，突出“理论性、实践性、创新性”，在内容安排上尽力做到既体现刑法的基础理论，又体现刑法的实践性，既注重理论水平的提高，也有利于读者的专业发展。

本书以专题的形式阐述了我国现阶段刑法领域中亟待加以改革和完善的问题，主要包括侵犯公民个人信息罪的刑法规制、终身监禁制度在我国的理论与实践、拐卖妇女罪的相关法律问题思考、非法行医罪的理论与实务、网络谣言的刑法规制、死刑不引渡原则法律问题分析、集资诈骗罪的法律问题研究、数罪并罚制度、正当防卫的防卫限度问题分析、安乐死相关法律问题探讨、受贿罪的理论与实践等问题。每个专题的阐述都具有比较完整的体系，包括基础理论、立法与执法现状、存在的问题以及如何完善的建议。该研究成果对我国刑事司法改革以及相关理论都具有重要的参考价值与借鉴作用，对司法实践也会有很好的指导意义。

作　者

2020年7月

需要全本请访问 www.ertongbook.com

目 录

前 言……001

第一章 侵犯公民个人信息罪的刑法规制 ……001
一、侵犯公民个人信息罪的基础理论 ……003
（一）个人信息的认定和分类……004
（二）个人信息与个人隐私的区别 ……006
（三）侵犯公民个人信息罪的理论内涵 ……008
（四）公民个人信息刑法保护现实需求 ……009
二、侵犯公民个人信息罪的立法现状和瓶颈 ……010
（一）侵犯公民信息罪的立法现状 ……011
（二）侵犯公民个人信息罪的立法瓶颈 ……012
三、国外公民个人信息法律保护考察及给我国的借鉴……015
（一）国外个人信息的法律保护考察 ……016
（二）对国外公民个人信息法律保护的借鉴 ……018
四、侵犯公民个人信息罪的刑法完善构想 ……018
（一）扩展犯罪行为方式……019
（二）完善刑罚设置 ……021
（三）增设过失泄露个人信息罪 ……022

第二章 职务侵占罪的刑法学理分析 ……024
一、职务侵占罪基础理论 ……024
（一）职务侵占罪的含义分析……024

（二）职务侵占罪的构成要件……025
（三）职务侵占罪与相关罪的区别 ……027
二、职务侵占罪存在的问题 ……030
（一）非国家工作人员的范围尚不明确 ……030
（二）对于侵占的行为方式规定不够具体 ……031
（三）“利用职务上的便利”含义模糊 ……032
（四）法定刑的设置不合理……033
三、国外关于职务侵占犯罪的立法现状及给我国的借鉴……034
（一）国外关于职务侵占犯罪的立法现状 ……034
（二）国外职务侵占罪立法给我国的借鉴 ……037
四、完善职务侵占罪存在问题的设想 ……038
（一）明确职务侵占罪的主体范围 ……038
（二）职务侵占罪的行为方式具体化 ……039
（三）明确利用职务便利的含义 ……040
（四）重新设置职务侵占罪的法定刑 ……041

第三章 终身监禁制度在我国的理论与实践 ……043
一、终身监禁的相关含义解析 ……044
（一）终身监禁的概念……044
（二）终身监禁与其他刑罚的关系 ……045
（三）终身监禁在我国适用的意义 ……047
二、终身监禁制度在我国的现状与存在的问题 ……049
（一）终身监禁在我国的现状……049
（二）终身监禁存在的问题……050
三、终身监禁在国外的立法实践及对我国的启示 ……053
（一）终身监禁在国外的立法实践 ……053
（二）国外相关规定对我国的启示 ……055

四、我国终身监禁制度的未来展望 ……057
（一）完善终身监禁与我国国情相统一 ……057
（二）扩大终身监禁的适用范围 ……058
（三）明确终身监禁的举证责任主体 ……059
（四）规范法官在庭审中对适用终身监禁的自由裁量权 ……060

第四章 拐卖妇女罪的相关法律问题思考 ……062
一、拐卖妇女罪基本问题 ……064
（一）关于拐卖妇女罪概念的理论分析 ……065
（二）拐卖妇女犯罪的构成要件 ……065
（三）研究拐卖妇女罪的必要性 ……067
二、我国关于拐卖妇女罪的现状以及存在的问题 ……067
（一）我国关于拐卖妇女罪的现状 ……068
（二）我国拐卖妇女罪存在的问题 ……070
三、国外关于拐卖妇女犯罪的有关规定以及对我国的启示 ……073
（一） 国外对于拐卖妇女犯罪的有关规定 ……073
（二）国外的立法规定对我国的启示 ……075
四、对我国拐卖妇女罪存在问题提出完善的建议 ……076
（一）明确拐卖妇女罪既遂与未遂之间的界限 ……076
（二）规范拐卖妇女罪侵犯对象的界定 ……077
（三）完善拐卖妇女罪的刑罚配置 ……078

第五章 非法行医罪的理论与实务 ……079
一、非法行医罪的基础理论 ……080
（一）非法行医罪的含义解析 ……080
（二）非法行医罪的成因 ……080
（三）非法行医罪的犯罪构成 ……081

二、非法行医罪的现状及司法实践中存在的问题 ……084
（一）非法行医罪的现状 ……084
（二）非法行医罪在司法实践中存在的问题 ……085
三、域外关于非法行医罪的相关规定及对我国的启示 ……089
（一）域外关于非法行医罪的相关规定 ……089
（二）域外国家相关规定对我国的启示 ……090
四、非法行医罪的立法完善 ……091
（一）明确犯罪主体的范围 ……091
（二）严格“情节严重”的界定标准 ……092
（三）优化非法行医罪的量刑等级 ……093
（四）规范非法行医的司法鉴定机构和标准 ……094

第六章 网络谣言相关法律问题探讨 ……095
一、网络谣言基础理论 ……097
（一）网络谣言的含义 ……097
（二）网络谣言的特征 ……098
（三）网络谣言的刑法规制必要性分析 ……100
二、我国网络谣言的刑法规制现状及存在的问题 ……101
（一）我国网络谣言的刑法规制现状 ……101
（二）我国网络谣言的刑法规制存在的问题 ……102
三、国外网络谣言法律规制现状及对我国的启示 ……105
（一）国外网络谣言法律规制的现状 ……105
（二）国外网络谣言法律规制对我国的启示 ……109
四、我国网络谣言的刑法规制的具体策略 ……110
（一）完善我国刑法中现有网络谣言罪名的类型 ……110
（二）明确网络谣言的刑法规制中入罪的标准 ……111
（三）建立健全我国有关网络谣言的刑法罪名体系 ……112

（四）完善网络谣言的刑事处罚措施 ……113

第七章 死刑不引渡原则法律问题分析 ……116

一、死刑不引渡原则理论解析 ……117

（一）死刑不引渡原则的概念、性质和地位 ……117

（二）死刑不引渡原则的历史发展 ……118

（三）死刑不引渡原则的理论基础 ……118

二、死刑不引渡原则在我国适用的现状及存在的问题 ……119

（一）死刑不引渡原则在我国适用的现状 ……119

（二）死刑不引渡原则在我国的适用中存在的问题 ……121

三、国外死刑不引渡原则的立法和实案及其对我国的启示 ……124

（一）国外死刑不引渡原则的立法和实案 ……124

（二）国外死刑不引渡原则的立法和实案对我国的启示 ……126

四、对我国适用死刑不引渡原则的几点思考 ……128

（一）完善我国对人权的保障 ……128

（二）加快与关键国家缔约的脚步 ……129

（三）进一步减少有关死刑的罪名数量 ……130

第八章 集资诈骗罪的相关法律问题研究 ……132

一、集资诈骗罪基础理论 ……132

（一）集资诈骗罪内涵的界定 ……132

（二）集资诈骗罪的历史沿革 ……133

（三）集资诈骗罪的构成要件 ……135

二、集资诈骗罪立法现状及相关立法存在的问题 ……136

（一）集资诈骗罪的立法现状 ……136

（二）集资诈骗罪相关立法存在的问题 ……137

三、 国外对集资诈骗罪立法的规定以及对我国的启示 ……140

（一）国外对集资诈骗罪在立法上的规定 ……141
（二）对我国的启示 ……142
四、完善我国集资诈骗罪立法的建议 ……143
（一）降低集资诈骗罪的起点刑 ……143
（二）放宽对非法占有目的的认定 ……143
（三）完善对诈骗方法的规定 ……144

第九章 数罪并罚制度研究 ……147
一、数罪并罚制度概述 ……148
（一）数罪并罚制度的概念 ……148
（二）数罪并罚制度的特征 ……149
（三）数罪并罚原则 ……151
二、我国刑法数罪并罚若干问题探讨 ……155
（一）无期徒刑的并罚规则 ……155
（二）不同种有期自由刑的并罚规则 ……159
（三）决定执行刑期的限度 ……163
（四）附加刑的并罚规则 ……164
（五）数个有期自由刑部分附加剥夺政治权利的并罚规则 ……168
三、不同法律条件下适用数罪并罚原则若干问题探讨 ……172
（一）判决宣告前的同种数罪的并罚探讨 ……172
（二）原判之罪为数罪的情况下发现漏罪的并罚探讨 ……175
（三）刑罚执行完毕以前发现数个漏罪的并罚探讨 ……179
（四）刑罚执行期间再犯数个新罪的并罚探讨 ……182
（五）刑罚执行期间再犯新罪且发现漏罪的并罚探讨 ……183

第十章 正当防卫的防卫限度问题分析 ……186
一、正当防卫的防卫限度的基本理论 ……187

需要全本请访问 www.ertongbook.com

（一）正当防卫的防卫限度的含义解析 ……187
（二）正当防卫的防卫限度的内容 ……187
（三）正当防卫的防卫限度的特征 ……189
二、正当防卫的防卫限度的现状及困境 ……190
（一）正当防卫的防卫限度的现状 ……190
（二）我国正当防卫的防卫限度的困境 ……191
三、国外正当防卫的防卫限度的法律规制及借鉴 ……194
（一）国外正当防卫的防卫限度的法律规制 ……194
（二）国外正当防卫的防卫限度的法律规制对我国的启示 ……195
四、完善我国正当防卫的防卫限度的建议 ……196
（一）对正当防卫的必要限度做出界定 ……196
（二）改变“唯结果论”的思维模式 ……197
（三）区分特殊防卫的防卫限度 ……198

第十一章 安乐死相关法律问题探讨 ……199
一、安乐死基本问题概述 ……200
（一）安乐死的概念 ……200
（二）安乐死的沿革 ……201
（三）安乐死的种类 ……202
二、我国关于安乐死的现状及存在的问题 ……203
（一）我国关于安乐死的现状 ……203
（二）我国关于安乐死存在的问题 ……205
三、国外关于安乐死的现状及对我国的启示 ……206
（一）国外关于安乐死的现状 ……206
（二）国外关于安乐死的现状对我国的启示 ……208
四、我国关于安乐死的构建 ……209
（一）我国关于安乐死的立法构建 ……209

（二）我国关于安乐死的程序化设计 ……210

第十二章 受贿罪的理论与实践 ……214

一、受贿罪概述 ……216

（一）受贿罪的内涵 ……216

（二）受贿罪的构成要件 ……217

（三）受贿罪的发展沿革 ……219

二、受贿罪的现状及存在的问题 ……220

（一）受贿罪的现状 ……220

（二）受贿罪存在的问题 ……221

三、国外对受贿罪的规定及对我国的启示 ……222

（一）国外对受贿罪的规定 ……223

（二）国外对受贿罪的规定对我国的启示 ……224

四、对受贿罪目前存在问题的思考 ……225

（一）对受贿罪罪状方面存在问题的完善 ……225

（二）完善受贿罪法定刑配置 ……227

（三）优化受贿罪从宽处罚的规定 ……228

参考文献 ……229

后 记 ……239

第一章 侵犯公民个人信息罪的刑法规制

在经历了农业社会、工业社会以后，随着信息社会的到来，我们的法学研究视角也开始慢慢转移到个人信息的法律保护上来。作为信息的一个重要的分支——个人信息，存在精神价值与经济价值，通过一定的数字化的个人信息，可以勾勒一个物理化的自然人，即通过个人信息可以全面呈现一个自然人的存在，从而使人成为数字化的人，所以个人信息成为信息社会的重要角色。在刑法领域，个人信息犯罪也随着社会的发展不断改变，犯罪对象从最初的个人信件到现在的行踪轨迹，犯罪的客观行为方式也从最初的窃取演进为出卖等。因此，本文将以侵犯个人信息罪为中心，通过对公民个人信息的刑法界定及初步理论分类、对侵犯公民个人信息的客观犯罪方式等的研究和解读，提出完善个人信息刑法保护的理论构想。

之所以以个人信息犯罪为研究对象，首先，是因为个人信息的重要性。在信息社会，个人信息是人的信息化的存在方式。个人信息被美国誉为“新石油”[①]。在这个时代，个人信息是最大和最有价值的资源之一，堪比石油和黄金。其次，是因为现实中个人信息犯罪的猖獗。大数据时代，如果说恐怖主义是全球安全的最大威胁，个人信息安全以其高危险性、传播迅速、波及面广的特点，无疑将是第二大威胁。更严重的是，个人信息安全威胁就在我们身边，没有时间和空间的限制。只要你打开网络，恶意程序、各类钓鱼网站、黑客攻击等危险就时时都可能泄露或窃取你的个人信息，网民在大量个人信息泄露的同时，财产损失也不断增加。腾讯公司曾承认，他们最关心的

① 郭溢．试论侵犯公民个人信息的犯罪［J］．法制博览，2017（23）：203.

就是用户的信息安全。避开网络，现实生活中骗取个人信息的方式也是花样翻新，从问卷调查到微信扫码。根据公开信息显示，互联网中各类平台的用户的账户基本信息逐渐成为不法分子的“香饽饽”，以购物平台为例，几乎所有的平台为刺激用户消费均会对购物信息收集并整合。不法分子通过收集我们的社会关系信息进行诈骗，使亲情、友情成为他们利用的工具。2011年至今，已有11.27亿用户个人信息被不同程度地私自泄露，不仅影响个人生活安宁，甚至个人财产也受到损失。根据这个数据，只要我们上网，个人信息就已经在不知不觉中被窃取甚至利用。再次，是因为理论研究薄弱。在理论研究上，个人信息犯罪是伴随着信息社会而出现的全新类型的犯罪，此种犯罪科技含量高，手段层出不穷，并且个人信息作为其犯罪对象是不同于物质的一种新型存在。我国对其研究几乎刚刚开始，就连一些基本的概念都众说纷纭，所以很有研究的必要。最后，是因为司法实践急需理论指导。例如，目前刑法中，购买、收受、交换、持有个人信息等对合中性行为并未被规定为犯罪，因而不能有效惩治这些严重的危害行为。

刑法作为仅次于宪法的部门法律，可以维护社会秩序，惩治犯罪行为，相较于其他法律有着独特的地位和作用。2016年以前立法没有根据该罪的发展现状增加新的条文，两高也没有根据建议出台对本罪的相关司法解释。直到2016年出台的《刑法修正案（九）》〔下文简称《刑（九）》〕对本罪条文进行一定程度的修改。对比旧法，新的解释有以下进步：为均衡刑罚配置增加“情节特别严重”的法定刑，却还是未能解决理论和司法实践的热门争议问题：刑罚规定仍有缺陷。实践仍然存在本罪刑罚过轻导致犯罪成本低的问题；越来越多的过失泄露个人信息的行为严重侵犯了公民个人信息的安全，有必要单独设过失泄露公民个人信息罪。

通过对国外相关法律和理论的研究，国际社会针对个人信息的法律保护存在的最大特征是个人信息保护的单独立法化。这种优势是显而易见的，通过单独立法，对不同的侵犯个人信息的行为予以或民事、或行政、或刑事的

规范，全方位地保护公民的个人信息。提到公民信息保护法，首先应当介绍的当属德国，德国从20世纪70年代开始就逐步认识到个人信息的收集与处理可能导致人民权利遭到前所未有的侵害，以《德国黑森州资料保护法》问世为标志，德国开启了个人信息保护的立法大幕，为国际社会树立了榜样。其中，1977年《德国联邦个人资料保护法》的立法体例为大陆法系国家所效仿，深深影响了大陆法系各国个人信息保护法的立法。1980年以后，互联网的浪潮席卷全球，英国、日本等各国纷纷制定自己的个人信息保护法。

近几年来，个人信息的刑法保护问题，随着信息社会的高速发展而日益凸显。在很长一段时间里，由于社会观念比较落后，信息产业刚刚兴起，信息方面科学技术不成熟，我国没有十分重视保护个人信息，立法规划也没有向前推进。我们在欣喜近几年立法成果的同时，不能停下探索的脚步。通过大量的案例研究和法律的比较考察，我国目前对于个人信息的法律保护仍有欠缺。本文将以个人信息的刑法保护研究为切入点，指出犯罪行为方式欠缺、该罪刑罚规定不足等的问题。考察域外立法之长，补我国规定之短，虚心借鉴，为我所用。种种尝试与努力，希望能对刑法对侵犯公民个人信息罪的规定有所裨益。

一、侵犯公民个人信息罪的基础理论

为了正确认识侵犯公民个人信息罪，首先就需要对公民个人信息有一个全面而准确的了解。本章首先针对作为本罪犯罪对象的个人信息的认定问题，介绍刑法中的个人信息的特征，同时提出了几种个人信息的分类，了解个人信息的特征和分类能帮助我们理解个人信息的内涵。同时，我们不能忽视个人信息与个人隐私存在的差别。其次，剖析了该罪的理论内涵。最后，指出侵犯公民个人信息刑法保护的现实需求。

（一）个人信息的认定和分类

刑法意义上的个人信息是指自然人姓名、出生日期、身份证号码、指纹、医疗记录、人事记录、财务情况、社会活动等直接或间接可以识别特定的自然人的信息。个人信息除了具有信息的一般法律特征，例如传播性、共享性、时效性外，还具有自身独特的特征：第一，刑法中规范的是侵犯公民个人信息罪，可以看出，个人信息的主体为自然人。首先，刑法规制侵犯公民个人信息罪的目的是保护自然人的人格并使其自由发展，因而将该罪划入分则中的第四章——侵犯公民人身权利、民主权利罪这一类罪中，所以，个人信息的主体应该只限自然人。其次，对于法人的信息刑法保护方面，有些学者担心刑法只保护自然人而不保护法人会出现法律漏洞。自然人的个人信息与法人的个人信息不同，对于法人来说不仅不应当保密，甚至必须披露。对于法人比较重要的信息当属商业秘密，对此，刑法中专门设立侵犯商业秘密罪来保护法人的商业秘密安全。最后，法人作为法律拟制的人，并不具有自然人的人格。对法人信息的保护侧重于法人在市场中的经济利益，通过刑法的保护，加强法人经济活动参与的积极性，促成其作为商事主体获益的最大化。对法人信息的保护如果等同于自然人，不仅没有达到促进其发展的目的，反而引起过度限制的不良后果，使法人信息不能自由流动，大大增加交易成本，反而抑制市场经济的发展。给法人信息留出充足且适当的空间，发挥法人信息的积极作用，经济基础决定上层建筑，不可本末倒置。至于本罪保护对象是否保护外国人的个人信息，目前，我国刑法的答案是否定的。我国在国际经济政治舞台上的地位不断提升，国际合作不断加深，应当同等地保护外国人的个人信息，将本罪保护的主体扩大将是一个双赢的选择。第二，个人信息具有鲜明的识别性。个人信息的识别性，是将个人信息与隐私区别开来的最重要特征。通常是指，个人信息本身与信息主体有唯一的联系，通过信息，我们可以确定该关系人，信息本身存在客观的确定性。识别

需要全本请访问 www.ertongbook.com