# Table of Contents

[书名页](#p3)

[版权页](#p3)

[序](#p5)

[目录](#p7)

[一、侵犯公民人身权利、民主权利罪](#p11)

[（一）故意杀人罪](#p11)

[1.故意杀人罪的犯意推定](#p11)

[（二）过失致人死亡罪](#p16)

[2.暴力程度较轻的伤害行为致人死亡案件的定性分析](#p16)

[3.被害人拉拽车门被碾压致死应定性为故意杀人罪、故意伤害罪还是过失致人死亡罪](#p18)

[4.暴力行为诱发被害人疾病致人死亡的行为如何定性](#p22)

[5.实施一般殴打行为致人摔倒后死亡的定性](#p25)

[6.发生冲突但并未产生肢体接触致他人死亡如何认定](#p28)

[7.过失致人死亡罪与重大责任事故罪的区别与联系](#p30)

[（三）故意伤害罪](#p34)

[8.被告人主观恶意及社会危害性的因素，在具体量刑情节中的适用](#p34)

[9.故意伤害致死与故意杀人既遂在司法实践中的区分](#p36)

[10.轻微暴力致人死亡构成故意伤害罪的判断](#p39)

[11.故意伤害罪（致死）与过失致人死亡罪的区分](#p44)

[12.打击错误致人死亡应该如何定罪处罚](#p46)

[13.间接伤害行为的定性](#p48)

[（四）过失致人重伤罪](#p53)

[14.无证驾驶内燃观光车发生交通事故致人重伤的罪名认定](#p53)

[（五）强奸罪](#p56)

[15.关于强奸罪中“违背妇女意志”的认定](#p56)

[16.恋爱期间女方反悔，男方使用暴力与之发生性关系的定性](#p59)

[17.强奸罪中胁迫程度的认定标准](#p63)

[18.幼女自愿与第一人发生性行为后被第二人强奸是否构成轮奸](#p66)

[19.主观放弃和客观阻碍交叉，如何认定强奸犯罪形态](#p70)

[（六）强制猥亵罪](#p75)

[20.无证据与“一对一”证据相互印证时如何处理](#p75)

[（七）绑架罪](#p79)

[21.挟持近亲属的行为是否可以构成绑架罪](#p79)

[（八）非法拘禁罪](#p83)

[22.非法拘禁他人并要求写下欠条构成何罪](#p83)

[23.非法拘禁致人死亡的司法认定](#p86)

[（九）其他](#p91)

[24.购买公民个人驾驶信息，为车辆违章人员处理违章从中牟利如何定罪](#p91)

[25.以组织未成年人进行有偿陪侍为目的的非法限制人身自由行为的认定分析](#p93)

[二、侵犯财产罪](#p96)

[（一）抢劫罪](#p96)

[26.根据GPS追到被抢夺车辆遇暴力抗拒抓捕，是否属于转化型抢劫罪中的“当场”](#p96)

[27.殴打他人滋事过程中，当场取走他人财物的定性](#p99)

[28.以被害人“诈赌”为由强行索要财物的行为构成抢劫罪](#p103)

[29.以犯意、时间、地点的同一性来判定抢劫犯罪的“连续性”](#p107)

[30.谎称嫖娼进入卖淫女居住房间实施抢劫行为的认定](#p110)

[31.入户抢劫的限制解释](#p113)

[32.在抢劫逃跑过程中入户劫取用于逃跑的交通工具构成一次入户抢劫](#p117)

[33.转化型抢劫未遂的分析](#p120)

[34.转化型抢劫罪中的须鉴定人出庭作证的情形](#p123)

[35.先行行为既遂与否不影响转化型抢劫的成立](#p127)

[36.用于放租的空置房屋能否认定为“入户抢劫”之“户”](#p129)

[（二）盗窃罪](#p132)

[37.秘密向储值卡充值并部分消费的犯罪数额认定](#p132)

[38.盗打彩票的性质认定](#p134)

[39.犯罪既遂后退赃不应影响行为定性](#p138)

[40.财物保管人以虚构事实秘密窃取他人财物的行为应认定为盗窃罪](#p140)

[41.“消费型”网络盗窃犯罪的认定](#p143)

[42.盗窃案件中“非法占有目的”的认定](#p146)

[43.网络盗窃犯罪形态的认定标准](#p150)

[44.盗窃后为抗拒抓捕当场使用暴力时暴力程度对转化抢劫犯罪的影响](#p152)

[45.盗窃手机后使用手机网银消费行为的定性](#p154)

[46.窃取电信公司内部宽带账户转卖构成何种罪名？](#p158)

[47.缺少被告人供述的情况下如何认定共同犯罪的事前通谋](#p162)

[48.房东从家里捡到租客的财物该如何定性](#p166)

[49.拾得手机后使用支付功能进行消费如何定性](#p169)

[50.实施盗窃后将赃物藏匿于盗窃现场是否构成盗窃既遂](#p171)

[51.支付宝作为第三方交易平台的网购中对调包行为的认定](#p174)

[（三）诈骗罪](#p177)

[52.被害人与案外人达成协议是否影响犯罪既遂及犯罪金额认定](#p177)

[53.共谋并共享资源分头实施电信诈骗犯罪数额按照团伙全部罪行认定](#p180)

[54.“网络关键词”诈骗犯罪中签订合同对行为定性的影响](#p184)

[55.诈骗共同犯罪中主犯的认定](#p187)

[56.“租车质押借款型”诈骗对象的认定](#p191)

[57.出具欠条能否阻却诈骗罪的成立](#p193)

[58.利用伪基站设备实施诈骗，竞合情况下如何认定罪名](#p196)

[59.租车类诈骗行为不符合合同诈骗罪的构成要件](#p199)

[60.非法充值并使用电子消费卡行为的定性](#p202)

[61.连环诈骗中诈骗数额如何认定](#p206)

[62.案发前已支付的利息应从诈骗数额中扣除](#p210)

[63.重婚与诈骗行为交叉案件中罪名的认定](#p213)

[64.对团伙“碰瓷”行为的要件分析](#p217)

[65.受他人之雇使用“伪基站”发送诈骗短信行为的定性](#p221)

[66.民间借贷、合同诈骗罪及诈骗罪的区分](#p225)

[67.如何分辨行为人占有货款前是否具有非法占有目的](#p229)

[68.销售型电信诈骗的定性](#p232)

[69.虚拟财产是否具有经济价值](#p237)

[70.使用“伪基站”设备发送诈骗短信构成诈骗罪](#p239)

[71.诈骗案件行为人的主观故意如何分析认定](#p242)

[（四）职务侵占罪](#p247)

[72.职务侵占罪的主体条件如何认定](#p247)

[（五）挪用资金罪](#p251)

[73.村民小组长挪用征地补偿款是否构成挪用公款罪](#p251)

[74.国家出资企业中的国家工作人员身份如何认定](#p253)

[75.农村集体组织人员挪用征地补偿款应如何定性](#p256)

[（六）敲诈勒索罪](#p260)

[76.以非法拘禁、轻微殴打手段索要财物行为的性质](#p260)

[77.定罪应结合具体案情，不能孤立地从犯罪构成要件角度评价](#p264)

[78.因经济纠纷引发的敲诈勒索案件中非法占有目的的认定及敲诈勒索既有既遂，又有未遂情况下如何量](#p267)

[79.数额犯罪案件中既未遂共存且均单处成罪的量刑](#p270)

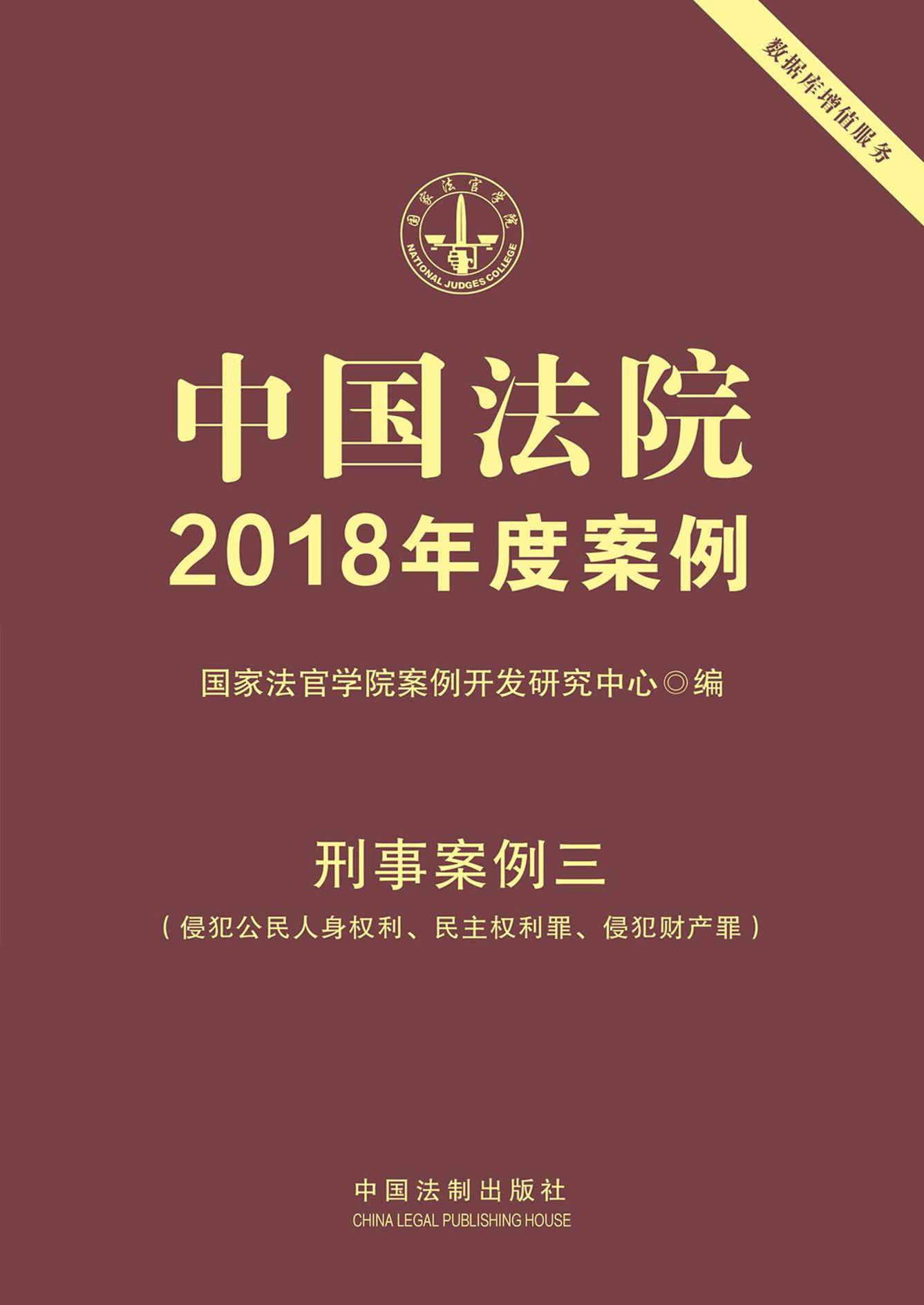
[80.虚构事实致被害人产生恐惧心理下的索财行为的定性](#p273)

[（七）故意毁坏财物罪](#p277)

[81.故意毁坏财物罪与“任意损毁公私财物型”的寻衅滋事罪之界分](#p277)

[（八）拒不支付劳动报酬罪](#p281)

[82.恶意欠薪企业丧失独立法人格，且未进行清算的，是否认定为拒不支付劳动报酬罪单位犯罪](#p281)





更多书籍微信：15678922341

图书在版编目（CIP）数据

中国法院2018年度案例.刑事案例.三，侵犯公民人身权利、民主权利罪、

侵犯财产罪/国家法官学院案例开发研究中心编.—北京：中国法制出版社，

2018.1

ISBN 978-7-5093-9139-6

Ⅰ.①中… Ⅱ.①国… Ⅲ.①刑事犯罪-案例-汇编-中国 Ⅳ.①D920.5

中国版本图书馆CIP数据核字（2017）第296919号

策划编辑：李小草（lixiaocao2008@sina.cn）

责任编辑：王熹 封面设计：温培英 李宁

中国法院2018年度案例·刑事案例三

ZHONGGUO FAYUAN 2018 NIANDU ANLI·XINGSHI ANLI SAN

编者/国家法官学院案例开发研究中心

经销/新华书店

印刷/更多书籍微信：15678922341

开本/730毫米×1030毫米 16开 印张/17.25 字数/223千

版次/2018年3月第1版 2018年3月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-9139-6 定价：56.00元

北京西单横二条2号

邮政编码 100031 传真：66031119

网址：http：//www.zgfzs.com 编辑部电话：66010493

市场营销部电话：66033393 邮购部电话：66033288

（如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010-66032926）

更多书籍微信：15678922341

序

法律的生命在于实施，而法律实施的核心在于法律的统一适用。《中国法院年度案

例》丛书出版的价值追求，即是公开精品案例，研究案例所体现的裁判方法和理念，提炼

裁判规则，为司法统一贡献力量。

《中国法院年度案例》丛书，是国家法官学院于2012年开始编辑出版的一套大型案例

丛书，之后每年年初定期出版，由国家法官学院案例开发研究中心具体承担编辑工作。此

前，该中心坚持20余年连续不辍编辑出版了《中国审判案例要览》丛书近90卷，分中文版

和英文版在海内外发行，颇有口碑，享有赞誉。现在编辑出版的《中国法院年度案例》丛

书，旨在探索编辑案例的新方法、新模式，以弥补当前各种案例书的不足。该丛书2012～

2017年已连续出版6套，一直受到读者的广泛好评，并迅速售罄。为更加全面地反映我国

司法审判的发展进程，顺应审判实践发展的需要，响应读者需求，2014年度新增3个分

册：金融纠纷、行政纠纷、刑事案例，2015年度将刑事案例调整为刑法总则案例、刑法分

则案例2册，2016年度新增知识产权纠纷分册，2017年度新增执行案例分册。现国家法官

学院案例开发研究中心及时编撰推出《中国法院2018年度案例》系列丛书，将刑事案例扩

充为4个分册，共23册。

总的说来，当前市面上的案例丛书百花齐放，既有判决书网，可以查询各地、各类的

裁判文书，又有各种专门领域的案例汇编书籍，以及各种案例指导、案例参考等读物，十

分活跃，也各具特色。而《中国法院年度案例》丛书则试图把案例书籍变得“好读有用”，

故在编辑中坚持以下方法：一是高度提炼案例内容，控制案例篇幅，每个案例基本在3000

更多书籍微信：15678922341

字以内；二是突出争议焦点，剔除无效信息，尽可能在有限的篇幅内为读者提供有效、有

益的信息；三是注重对案件裁判文书的再加工，大多数案例由案件的主审法官撰写“法官

后语”，高度提炼、总结案例的指导价值。

同时，《中国法院年度案例》丛书还有以下特色：一是信息量大。国家法官学院案例

开发研究中心每年从全国各地法院收集到的上一年度审结的典型案例超过10000件，使该

丛书有广泛的选编基础，可提供给读者新近发生的全国各地的代表性案例。二是方便检



索。为节约读者选取案例的时间，丛书分卷细化，每卷下还将案例主要根据案由分类编

排，每个案例用一句话概括裁判规则、裁判思路或焦点问题作为主标题，让读者一目了

然，迅速找到需求目标。

中国法制出版社始终全力支持《中国法院年度案例》的出版，给了作者和编辑们巨大

的鼓励。2018年新推出数据库增值服务。购买本书，扫描前勒口二维码，即可在本年度免

费查阅使用上一年度案例数据库。我们在此谨表谢忱，并希望通过共同努力，逐步完善，

做得更好，真正探索出一条编辑案例书籍、挖掘案例价值的新路，更好地服务于学习、研

究法律的读者，服务于社会，服务于国家的法治建设。

本丛书既可作为法官、检察官、律师等司法实务工作人员的办案参考和司法人员培训

推荐教程，也是社会大众学法用法的极佳指导，亦是教学科研机构案例研究的精品素材。

当然，案例作者和编辑在编写过程中也不能一步到位实现最初的编写愿望，可能会存在各

种不足，甚至错误，欢迎读者批评指正，我们愿听取建议，并不断改进。

更多书籍微信：15678922341

[一、侵犯公民人身权利、民主权利罪](#p11)

[（一）故意杀人罪](#p11)

[1.故意杀人罪的犯意推定](#p11)

[（二）过失致人死亡罪](#p16)

[2.暴力程度较轻的伤害行为致人死亡案件的定性分析](#p16)

[3.被害人拉拽车门被碾压致死应定性为故意杀人罪、故意伤害罪](#p18)

[还是过失致人死亡罪](#p18)

[4.暴力行为诱发被害人疾病致人死亡的行为如何定性](#p22)

[5.实施一般殴打行为致人摔倒后死亡的定性](#p25)

[6.发生冲突但并未产生肢体接触致他人死亡如何认定](#p28)

[7.过失致人死亡罪与重大责任事故罪的区别与联系](#p30)

[（三）故意伤害罪](#p34)

[8.被告人主观恶意及社会危害性的因素，在具体量刑情节中的适](#p34)

[用](#p34)

[9.故意伤害致死与故意杀人既遂在司法实践中的区分](#p36)

[10.轻微暴力致人死亡构成故意伤害罪的判断](#p39)

[11.故意伤害罪（致死）与过失致人死亡罪的区分](#p44)

[12.打击错误致人死亡应该如何定罪处罚](#p46)

[13.间接伤害行为的定性](#p48)

[（四）过失致人重伤罪](#p53)

[14.无证驾驶内燃观光车发生交通事故致人重伤的罪名认定](#p53)

[（五）强奸罪](#p56)

更多书籍微信：15678922341

[15.关于强奸罪中“违背妇女意志”的认定](#p56)

[16.恋爱期间女方反悔，男方使用暴力与之发生性关系的定性](#p59)

[17.强奸罪中胁迫程度的认定标准](#p63)

[18.幼女自愿与第一人发生性行为后被第二人强奸是否构成轮奸](#p66)

[19.主观放弃和客观阻碍交叉，如何认定强奸犯罪形态](#p70)

[（六）强制猥亵罪](#p75)

[20.无证据与“一对一”证据相互印证时如何处理](#p75)

[（七）绑架罪](#p79)

[21.挟持近亲属的行为是否可以构成绑架罪](#p79)

[（八）非法拘禁罪](#p83)

[22.非法拘禁他人并要求写下欠条构成何罪](#p83)

[23.非法拘禁致人死亡的司法认定](#p86)

[（九）其他](#p91)

[24.购买公民个人驾驶信息，为车辆违章人员处理违章从中牟利如](#p91)

[何定罪](#p91)

[25.以组织未成年人进行有偿陪侍为目的的非法限制人身自由行为](#p93)

[的认定分析](#p93)

[二、侵犯财产罪](#p96)

[（一）抢劫罪](#p96)

[26.根据GPS追到被抢夺车辆遇暴力抗拒抓捕，是否属于转化型抢](#p96)

[劫罪中的“当场”](#p96)

[27.殴打他人滋事过程中，当场取走他人财物的定性](#p99)

[28.以被害人“诈赌”为由强行索要财物的行为构成抢劫罪](#p103)

[29.以犯意、时间、地点的同一性来判定抢劫犯罪的“连续性”](#p107)

[30.谎称嫖娼进入卖淫女居住房间实施抢劫行为的认定](#p110)

[31.入户抢劫的限制解释](#p113)

[32.在抢劫逃跑过程中入户劫取用于逃跑的交通工具构成一次入户](#p117)

[抢劫](#p117)

[33.转化型抢劫未遂的分析](#p120)

[34.转化型抢劫罪中的须鉴定人出庭作证的情形](#p123)

[更多书籍微信：15678922341](#p123)

[35.先行行为既遂与否不影响转化型抢劫的成立](#p127)

[36.用于放租的空置房屋能否认定为“入户抢劫”之“户”](#p129)

[（二）盗窃罪](#p132)

[37.秘密向储值卡充值并部分消费的犯罪数额认定](#p132)

[38.盗打彩票的性质认定](#p134)

[39.犯罪既遂后退赃不应影响行为定性](#p138)

[40.财物保管人以虚构事实秘密窃取他人财物的行为应认定为盗窃](#p140)

罪

[41.“消费型”网络盗窃犯罪的认定](#p143)

[42.盗窃案件中“非法占有目的”的认定](#p146)

[43.网络盗窃犯罪形态的认定标准](#p150)

[44.盗窃后为抗拒抓捕当场使用暴力时暴力程度对转化抢劫犯罪的](#p152)

[影响](#p152)

[45.盗窃手机后使用手机网银消费行为的定性](#p154)

[46.窃取电信公司内部宽带账户转卖构成何种罪名？](#p158)

[47.缺少被告人供述的情况下如何认定共同犯罪的事前通谋](#p162)

[48.房东从家里捡到租客的财物该如何定性](#p166)

[49.拾得手机后使用支付功能进行消费如何定性](#p169)

[50.实施盗窃后将赃物藏匿于盗窃现场是否构成盗窃既遂](#p171)

[51.支付宝作为第三方交易平台的网购中对调包行为的认定](#p174)

[（三）诈骗罪](#p177)

[52.被害人与案外人达成协议是否影响犯罪既遂及犯罪金额认定](#p177)

[53.共谋并共享资源分头实施电信诈骗犯罪数额按照团伙全部罪行](#p180)

[认定](#p180)

[54.“网络关键词”诈骗犯罪中签订合同对行为定性的影响](#p184)

[55.诈骗共同犯罪中主犯的认定](#p187)

[56.“租车质押借款型”诈骗对象的认定](#p191)

[57.出具欠条能否阻却诈骗罪的成立](#p193)

[58.利用伪基站设备实施诈骗，竞合情况下如何认定罪名](#p196)

[59.租车类诈骗行为不符合合同诈骗罪的构成要件](#p199)

[更多书籍微信：15678922341](#p199)

[60.非法充值并使用电子消费卡行为的定性](#p202)

[61.连环诈骗中诈骗数额如何认定](#p206)

[62.案发前已支付的利息应从诈骗数额中扣除](#p210)

[63.重婚与诈骗行为交叉案件中罪名的认定](#p213)

[64.对团伙“碰瓷”行为的要件分析](#p217)

[65.受他人之雇使用“伪基站”发送诈骗短信行为的定性](#p221)

[66.民间借贷、合同诈骗罪及诈骗罪的区分](#p225)

[67.如何分辨行为人占有货款前是否具有非法占有目的](#p229)

[68.销售型电信诈骗的定性](#p232)

[69.虚拟财产是否具有经济价值](#p237)

[70.使用“伪基站”设备发送诈骗短信构成诈骗罪](#p239)

[71.诈骗案件行为人的主观故意如何分析认定](#p242)

[（四）职务侵占罪](#p247)

[72.职务侵占罪的主体条件如何认定](#p247)

[（五）挪用资金罪](#p251)

[73.村民小组长挪用征地补偿款是否构成挪用公款罪](#p251)

[74.国家出资企业中的国家工作人员身份如何认定](#p253)

[75.农村集体组织人员挪用征地补偿款应如何定性](#p256)

[（六）敲诈勒索罪](#p260)

[76.以非法拘禁、轻微殴打手段索要财物行为的性质](#p260)

[77.定罪应结合具体案情，不能孤立地从犯罪构成要件角度评价](#p264)

[78.因经济纠纷引发的敲诈勒索案件中非法占有目的的认定及敲诈](#p267)

[勒索既有既遂，又有未遂情况下如何量刑](#p267)

[79.数额犯罪案件中既未遂共存且均单处成罪的量刑](#p270)

[80.虚构事实致被害人产生恐惧心理下的索财行为的定性](#p273)

[（七）故意毁坏财物罪](#p277)

[81.故意毁坏财物罪与“任意损毁公私财物型”的寻衅滋事罪之界分](#p277)

[（八）拒不支付劳动报酬罪](#p281)

[82.恶意欠薪企业丧失独立法人格，且未进行清算的，是否认定为](#p281)

[拒不支付劳动报酬罪单位犯罪](#p281)

[更多书籍微信：15678922341](#p281)

一、侵犯公民人身权利、民主权利罪

（一）故意杀人罪

1. 故意杀人罪的犯意推定

——刘某某故意杀人案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2016）京01刑终539号刑事附带民事裁定书

2.案由：故意杀人罪

【基本案情】

2015年10月26日18时许，被告人刘某某在北京市石景山区四平台某号门前，因不满其

弟刘某洪多次拒绝商议房屋产权分配一事，遂持事先准备的刀（单刃带锯齿刀具）刺扎刘

某洪颈部、头面部数刀，致刘某洪头部、颈部多处皮裂伤，左侧颈外静脉断裂，鼻中隔贯

通伤，并在刘某洪使用右前臂抵挡的过程中，刺扎其右前臂，致刘某洪右前臂下段贯通

伤，导致其右腕部尺动脉、尺神经断裂，桡动脉部分断裂，右前臂下段桡侧腕屈肌、尺侧

腕屈肌、掌长肌、示中环小指屈指深浅肌腱断裂。同时，被告人刘某某还持刀向同在现场

的刘某洪的朋友苗某香颈部刺扎两刀，致苗某香头部、左颈面部刀割伤、左手小指外伤。

经鉴定，刘某洪面部、颈部、右前臂皮肤瘢痕长度状况构成轻伤二级；右前臂血管损伤情

况构成轻伤二级；右腕关节活动受限状况构成轻伤二级；右手功能受限状况构成轻伤二

级。经鉴定，苗某香的损伤程度属轻微伤。被告人刘某某于2015年10月26日委托其侄子刘

某拨打报警电话投案，并于2016年4月27日被民警电话传唤到案。作案工具刀被扣押。针

对上述指控，公诉机关提供了被害人陈述、证人证言、鉴定书、被告人供述等证据，认为

被告人刘某某的行为已构成故意杀人罪，提请法院依法惩处。

因被告人刘某某的行为，造成附带民事诉讼原告人刘某洪经济损失医疗费、住院伙食

补助费、误工费、护理费、交通费共计人民币56097.09元；造成附带民事诉讼原告人苗某

香经济损失医疗费、住院伙食补助费、误工费、护理费共计人民币20347.39元。

被告人刘某某辩称只记得扎了刘某洪的胳膊，自己当时没有杀人的故意，不构成故意

杀人罪。被告人刘某某的辩护人认为从被告人刘某某的行为起因及后果等方面来看，被告

人的行为系故意伤害罪而非故意杀人罪，同时刘某某具有自首情节，被害人存在一定过

错。

【案件焦点】

被告人犯罪时的主观方面如何认定。

【法院裁判要旨】

北京市石景山区人民法院经审理认为：被告人刘某某未能正确处理亲属

间的矛盾，故意杀害他人，情节较轻，其行为已构成故意杀人罪，依法应予

惩处。北京市石景山区人民检察院指控被告人刘某某犯故意杀人罪的事实清

楚，证据确实、充分，指控的罪名成立。由于刘某某的犯罪行为，给附带民

事诉讼原告人刘某洪、苗某香造成的经济损失，刘某某依法应予赔偿。鉴于

被告人刘某某已经着手实行犯罪，由于意志以外的原因未得逞，系犯罪未

遂，故对被告人刘某某依法从轻处罚。对于被告人刘某某及其辩护人提出的

刘某某不具有杀人的主观故意、不构成故意杀人罪等辩护意见，经查：在案

证据被害人刘某洪、苗某香陈述，辨认笔录，物证刀具，司法鉴定意见书等

证据相互印证，能够证实被告人刘某某主观上具有非法剥夺他人生命的故

意，客观上实施了持刀刺扎他人身体要害部位的行为，刘某某的行为符合故

意杀人罪的犯罪构成要件，被告人刘某某及其辩护人的上述辩护意见，无事

实及法律依据，本院不予采纳。对于被告人刘某某的辩护人提出的刘某某具

有自首情节的辩护意见，经查，被告人刘某某虽系主动投案，但到案后未如

实供述主要犯罪事实，不符合法律对于自首的相关规定，故被告人刘某某的

辩护人的上述辩护意见，本院不予采纳。对于附带民事诉讼原告人刘某洪提

出的赔偿医疗费、住院伙食补助费的请求，符合法律规定且有相关单据予以

证明，本院根据实际票据予以支持；对于刘某洪提出的赔偿护理费、交通

费、误工费的请求，本院根据刘某洪所受伤情酌予考虑；对于刘某洪提出的

赔偿后续治疗费的请求，尚未实际发生，可待发生后另行提起民事诉讼解

决。对于附带民事诉讼原告人苗某香提出的赔偿医疗费、住院伙食补助费、

护理费的请求，符合法律规定且有相关单据予以证明，本院根据实际票据予

以支持；对于苗某香提出的赔偿误工费的请求，本院根据苗某香所受伤情酌

予考虑；对于苗某香提出的赔偿后续治疗费的请求，尚未实际发生，可待发

生后另行提起民事诉讼解决。

北京市石景山区人民法院依据《中华人民共和国刑法》第二百三十二

条、第二十三条、第三十六条第一款、第六十四条、第六十一条及《中华人

民共和国民法通则》第一百一十九条之规定，作出如下判决：

一、被告人刘某某犯故意杀人罪，判处有期徒刑三年。

二、被告人刘某某于本判决生效后十日内赔偿附带民事诉讼原告人刘某

洪医疗费、住院伙食补助费、误工费、护理费、交通费等经济损失共计人民

币五万六千零九十七元九分。

三、被告人刘某某于本判决生效后十日内赔偿附带民事诉讼原告人苗某

香医疗费、住院伙食补助费、误工费、护理费等经济损失共计人民币二万零

三百四十七元三角九分。

四、驳回附带民事诉讼原告人刘某洪、苗某香的其他诉讼请求。

五、扣押在案的作案工具刀具一把，予以没收。

刘某洪、苗某香对判决民事部分不服，提出上诉。

北京市第一中级人民法院在审理过程当中，上诉人刘某洪、苗某香申请

撤回上诉。北京市第一中级人民法院认为原审法院作出的判决认定事实清

楚、证据确实、适用法律正确、判决赔偿数额合理、审判程序合法，应予维

持。刘某洪、苗某香撤回上诉的申请符合法律规定，本院依法准许。依照

《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第（一）项及《最高

人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第三百零五条第

一款、第三百零八条之规定，裁定如下：

准许上诉人刘某洪、苗某香撤回上诉。

【法官后语】

故意伤害罪与故意杀人罪的主要区别在于行为人是否具有非法剥夺他人生命权的主观

故意，认定故意杀人罪不能客观归罪，即仅考虑行为的后果。因行为人的犯意是认定其是

否犯罪以及犯何种罪的重要考量因素，故公诉机关除了要证明行为人实施了犯罪行为且造

成了犯罪事实，该犯罪行为与犯罪事实之间存在因果关系以外，还需要证明行为人主观上

具有犯罪意图。故意杀人罪的主观方面包括直接故意和间接故意。如果没有故意剥夺他人

生命的心理态度，也就不构成故意杀人罪。在刑事诉讼中，由于犯意是被告人在过去的主

观心态，具有隐晦性，这给犯意的证明增加了难度。联合国《反腐败公约》第二十八条规

定：“根据本公约确定的犯罪所需具备的明知、故意或者目的等要素，可以根据客观实际

情况予以推定。”被告人实施犯罪的主观方面事实，在一定案件范围内应当采用“推定”，

即根据法律的规定，由已知事实的存在直接推定未知事实的存在，除非有充分的相反的证

据予以推翻。 [[1] 在](#p15)还原案件事实过程当中，法官应当根据在案证据所证明的案件事实，

包括行为人选择的行为时间、地点、手段、作案工具，结合被害人伤口的深度和长度等方

面综合判断行为人犯罪时的主观故意，虽然带有一定程度的推定，但这种推定是建立在一

系列客观证据基础之上的，故亦不失其客观性。本案虽然属于亲属间的矛盾引发，且两名

被害人的伤情经鉴定为轻伤二级及轻微伤，但从行为人自述的犯意产生时的想法、作案工

具的危险性、被害人被刺扎的部位、次数、力度以及行为人刺扎被害人时的言语表达等方

面来看，行为人具有非法剥夺他人生命权的主观故意。具体分析如下：第一，行为人供述

能够证实其于案发前购买刀具时已经产生拿刀刺扎被害人解恨的想法。行为人供述、物证

刀具、鉴定书等证据相互印证，能够证实行为人所购刀具为单刃带锯齿刀具，仅刀刃部分

已长达17厘米。作为一名成年人，行为人在购买刀具时对于持上述刀具刺扎人体要害部位

的后果系明知。第二，被害人陈述以及鉴定书等证据相互印证，能够证实被害人受伤部位

主要集中在面部、颈部等处，均系人体要害部位。第三，被害人陈述，鉴定书等证据相互

印证，能够证实行为人刺扎被害人数刀，造成被害人多处贯通伤，可见行为人刺扎被害人

时的力度之大。以上证据相互印证，足以证实行为人具有非法剥夺他人生命的主观故意。

此外，英国刑法学者克罗斯和琼斯曾指出：“如果被告人的法庭外供述是可采的话，根据

本人所作的不利于本人的供词可能是真实的假定，对这种法庭外供述就应给予极大的重

视。” [[2]](#p15) 本案中，行为人在侦查期间的供述能够证实其于案发前购买刀具时已经产生拿刀

刺扎被害人解恨的想法，并且在刺扎两名被害人时依然有类似表达，也从一个侧面反映出

行为人当时的主观心理状态。综上，应当认定行为人构成故意杀人罪。

编写人：北京市石景山区人民法院 路琳艳

[[1]](#p14) 陈光中主编：《证据法学》，法律出版社2015年版，第366页。

[[2]](#p15) ［美］鲁珀特·克罗斯、菲利普·A.琼斯：《英国刑法导论》，［美］理查德·卡德

修订，赵秉志等译，中国人民大学出版社1991年版，第57页。

（二）过失致人死亡罪

2. 暴力程度较轻的伤害行为致人死亡案件的定性分析

——谢维良过失致人死亡案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市昌平区人民法院（2016）京0114刑初416号刑事判决书

2.案由：过失致人死亡罪

【基本案情】

被告人谢维良于2015年1月至5月，多次纠缠、骚扰曹雨某之妻刘银某。2015年12月8

日早晨，被告人谢维良到曹雨某、刘银某的租住处即北京市昌平区沙河镇松兰堡村东新街

××号自建楼五层508室再次纠缠刘银某未果。后于当日10时29分许，当曹雨某开门取鞋返

回508室时，被告人谢维良跟随曹雨某进入室内，曹雨某手持菜刀砍击被告人谢维良，谢

维良后退，二人即在门外的东西走廊互殴，其间被告人谢维良将刀夺走。互殴约一分钟

后，曹雨某倒地，被告人谢维良持刀站在曹雨某旁边，当曹雨某坐起时，被告人谢维良持

拳打击曹雨某头面部数下。之后，曹雨某起身向西走去，被告人谢维良紧随其后，二人在

南北走廊再次互殴，后曹雨某低头坐在地上，被告人谢维良又将曹雨某推倒，曹雨某倒地

后身体呈现严重病症，被告人谢维良随即对曹雨某进行急救，并喊人报警。在民警赶到现

场时，被告人谢维良仍在对被害人曹雨某实施急救，后配合民警接受传唤。被害人曹雨某

被殴打后因情绪激动、外伤、劳累等因素诱发冠心病致呼吸循环衰竭于当日死亡，殁年38

岁。

【案件焦点】

被告人谢维良对被害人实施的殴打行为是否构成故意伤害罪中的伤害行

为。

【法院裁判要旨】

北京市昌平区人民法院经审理认为：被告人谢维良应当预见自己的行为

可能导致被害人曹雨某伤亡的危害结果发生，因其疏忽大意而没有预见，以

致发生被害人死亡的结果，其行为已构成过失致人死亡罪，依法应予惩处。

北京市昌平区人民检察院指控被告人谢维良犯过失致人死亡罪的事实清楚，

证据确实、充分，罪名成立。被告人谢维良在犯罪后自动投案并如实交代自

己的主要犯罪事实，系自首，故依法对其从轻处罚。应根据被告人谢维良犯

罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依法裁判。

北京市昌平区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百三十三条、

第六十七条第一款、第六十一条之规定，作出如下判决：

被告人谢维良犯过失致人死亡罪，判处有期徒刑六年六个月。

【法官后语】

本案的争议焦点是：被告人谢维良对被害人实施的殴打行为是否构成故意伤害罪中的

伤害行为。简要分析如下：

1.主观方面。首先，根据监控录像、被告人谢维良的供述、证人刘银某等人的证言，

被告人谢维良在跟随被害人曹雨某进入房间时并未主动攻击，而是在曹雨某持刀砍击其身

体时才进行反击；谢维良在案发前并不明知曹雨某患有心脏病。可见，无法认定在案发前

被告人谢维良已有伤害曹雨某的动机和意图，亦无法认定在之后的互殴中被告人谢维良已

认识到其行为会造成被害人死伤的严重后果。其次，被告人谢维良在打斗过程中保持着一

定的克制，如在将刀夺过来时未持刀砍击曹雨某，当曹雨某倒地时未趁机殴打曹雨某，当

曹雨某坐在东西向走廊西端时只是推了曹雨某一下。而且，当曹雨某出现生命危险时，被

告人谢维良即对其实施急救，而不是攻击或者逃跑。可见，被告人谢维良对曹雨某身体器

官严重受伤或者死亡的危害结果，在内心是排斥的，即被告人既不希望也不放任这样的危

害结果发生。但是，被告人谢维良作为智力正常的成年人，应当预见到其殴打行为可能导

致被害人伤亡的危害结果发生，因其疏忽而未能预见，最终导致被害人死亡结果发生，其

主观上存在疏忽大意的过失。另指出，从一般社会生活意义上理解，谢维良确有伤害曹雨

某的“故意”，但该“故意”并非刑法意义上故意伤害罪中的“伤害故意”。一般社会生活意义

上的“故意”，旨在使得被殴打人身体出现痛感，而刑法意义上故意伤害罪中的“伤害故

意”，通常旨在使被害人身体器官遭受较重损伤。

2.客观方面。首先，被害人曹雨某死亡的直接原因是心脏病发作致呼吸循环衰竭，内

在原因是自身患有心脏病，被告人谢维良的殴打行为仅是诱发心脏病发作的因素，而殴打

行为所造成的损伤并非致命伤，曹雨某的外伤尚未达到轻伤以上的严重程度。其次，被告

人谢维良未使用菜刀伤害曹雨某，其对自己的暴力行为进行了一定的克制。所以，可认定

被告人谢维良对被害人曹雨某实施的殴打行为在暴力程度上是较为轻微的。故意伤害（致

人死亡）罪与过失致人死亡罪，在致人死亡的罪过形式上同属于过失，两罪相区别的关键

点在于暴力行为的暴力轻重程度不同。故意伤害（致人死亡）罪是典型的结果加重犯，其

中的危害行为首先应当符合“基本的犯罪构成”，即危害行为必须达到犯罪的程度，否则缺

失结果加重的基础行为条件；在逻辑上，从危害行为致人轻伤、重伤、死亡的递进关系来

看，暴力程度一般也是由轻到重的递进关系，故意伤害致人死亡的殴打行为应属暴力程度

最为严重，通常能够直接造成轻伤以上的人体损伤程度。暴力程度较为轻微且未直接造成

轻伤以上危害后果的殴打行为，尤其是在被害人自身存在特异体质或者其他外在因素介入

的情况下才导致被害人重伤、死亡后果发生的，不应认定为故意伤害罪中的故意伤害行

为，比如本案中被告人谢维良实施的殴打行为。

综上，应以过失致人死亡罪追究被告人谢维良的刑事责任。

编写人：北京市昌平区人民法院 王式宽

3. 被害人拉拽车门被碾压致死应定性为故意杀人罪、故意伤害

罪还是过失致人死亡罪

——张玉某过失致人死亡案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2015）二中刑初字第1709号刑事判决书

2.案由：过失致人死亡罪

【基本案情】

被告人张玉某与被害人李某某（女，殁年36岁）存在不正当关系，李某某曾向张玉某

索要钱财。2015年6月5日8时50分许，张玉某驾驶轿车（车牌号码：京N9××××）在北京市

西城区某胡同行驶，李某某从该车右侧人行道跑过来追上车辆，张玉某明知李某某用手抓

拽该车副驾驶车门跟跑，仍继续驾车行驶，致使李某某在该胡同23号院门前西北侧路边倒

地，并被该车碾压背部左侧，致创伤失血性休克当场死亡。

后被告人张玉某使用他人手机报警，并在案发现场等待，于案发当日被公安机关抓

获。

【案件焦点】

对被告人行为应当定性为故意杀人罪、故意伤害罪还是过失致人死亡

罪。

【法院裁判要旨】

北京市第二中级人民法院经审理认为：被告人张玉某在明知被害人抓拽

其驾驶车辆副驾驶车门跟跑的情况下，已经预见到继续驾车行驶可能致使被

害人伤亡的后果，仍低速驾车继续行驶，最终造成被害人倒地后被碾压致死

的严重后果，其行为构成过失致人死亡罪，依法应予惩处。鉴于被告人张玉

某使用他人手机报警并在案发现场等待，被抓捕时无拒捕行为，积极赔偿被

害人近亲属经济损失并取得谅解等情节，本院依法对其从轻处罚。北京市人

民检察院第二分院指控被告人张玉某驾车过程中致李某某死亡的犯罪事实清

楚，证据确实、充分，法院依法对指控的罪名予以变更。对辩护人所提应当

以过失致人死亡罪追究张玉某刑事责任的辩护意见，法院酌予采纳；对辩护

人所提被告人主动投案、积极赔偿并获得谅解等辩护意见酌予采纳。关于被

告人称不知道有人抓其车门、开车过程中没注意到车辆有起伏的辩解，经

查，手机短信记录照片、银行账户清单及被告人张玉某供述等证据能够相互

印证，证明张玉某对被害人李某某出现在案发现场具有合理预知；根据案发

的时间、地点、被害人抓拽车门的位置等现场情况，被告人张玉某作为一名

具有驾驶经验的司机，有足够的时间和能力看到李某某抓拽其车门；证人张

某、刘小某的证言和报警录音等证据亦能够印证张玉某事发时明知李某某追

赶车辆的事实，在案证据足以证明其明知被害人抓拽其车门跟跑仍继续行驶

的事实，张玉某的上述辩解与在案证据及驾驶常识相悖，不予采信。关于辩

护人所提张玉某到案后如实交代犯罪行为，应认定为自首的辩护意见，经

查，被告人张玉某归案后对其驾车过程中明知李某某抓拽其车门跟跑及车辆

碾压过李某某身体等事实，一直未予如实供述，其不符合自首的法定构成要

件，故对上述辩护意见不予采纳。

北京市第二中级人民法院根据根据被告人张玉某犯罪的事实、性质、情

节及对于社会的危害程度，依照《中华人民共和国刑法》第二百三十三条、

第四十五条、第四十七条、第六十一条及《最高人民法院关于适用〈中华人

民共和国刑事诉讼法〉的解释》第一百五十七条之规定，作出如下判决：

被告人张玉某犯过失致人死亡罪，判处有期徒刑四年。

宣判后，被告人张玉某未提出上诉，公诉机关亦未提出抗诉，判决已发

生法律效力。

【法官后语】

关于张玉某行为的定性，有三种意见，第一种意见认为机动车具有高度危险性，李某

某已经处于走投无路状态下，张玉某明知李某某抓拽车门而继续驾车前行，对于该行为会

造成被害人死亡结果持听之任之的态度，具有故意杀人罪的间接故意，张玉某的行为构成

（间接）故意杀人罪。第二种意见认为案发地点是居民胡同，车速不高，造成被害人死亡

的可能性不大，被告人主观上系放任伤害后果的发生，而非放任死亡后果的发生，张玉某

的行为构成故意伤害罪（公诉机关所持观点）。第三种意见认为张玉某在明知被害人抓拽

其驾驶车辆副驾驶车门跟跑的情况下，已经预见到继续驾车行驶可能致使被害人伤亡的后

果，但轻信被害人会自行撒手，其主观上属于过于自信的过失，张玉某的行为构成过失致

人死亡罪。

在被害人死亡的情况下，区分（间接）故意杀人罪、故意伤害罪和过失致人死亡罪的

关键在于行为人对于被害人伤亡后果的认识因素和意志因素。所谓认识因素，是指行为人

是否预见到或者是否应当预见到会发生危害社会的结果；所谓意志因素，是指行为人对于

危害后果主观上所持的态度。

本案中，被告人张玉某与被害人李某某曾为情人关系，李某某事发前曾多次给张玉某

发短信请求张帮助自己，张玉某采取了置之不理的态度，在案无证据证明二人之间有明显

矛盾，案发当天，张玉某驾车离开的目的系为摆脱李某某的纠缠，张玉某没有追求李某某

伤亡的直接故意。因此，本案的关键是间接故意和过失的区分。

间接故意是指已经预见到危害后果会发生，而放任该结果的发生；过失则是指已经预

见到危害后果可能会发生，而轻信可以避免，或者是应当预见到危害后果可能会发生，因

为疏忽大意而没有预见到。在认识因素上，行驶中的机动车具有高度危险性，本案中，张

玉某作为一个有多年驾龄的成年人，明知被害人李某某拉拽其车门跟跑，仍然继续驾车行

驶，其主观上对于该行为可能会造成被害人与车辆发生碰撞或者被碾压的结果，有能力预

见，不属于疏忽大意的过失。判断危害后果会发生还是可能会发生，要根据案发时的现场

情况，结合一般人的认知能力和认知水平，评价危害结果发生的盖然性。本案案发地点系

居民胡同，虽然未进行车速鉴定，但是从监控录像反映时间来看，被害人拉拽车门的时间

大于5秒，根据公安机关出具的工作说明，李某某接触车至其倒地约23.5米，如果按照5秒

时间计算，张玉某车速是16.92公里/小时，也就是张玉某的平均车速小于16.92公里/小

时，张玉某的车速并不快。被害人作为心智正常的成年人，明知车辆在行驶过程中抓拽车

门会造成自身的危险仍然实施，被害人追车并抓拽车门的行为与被告人未停车的行为互相

作用发生了本案。正是基于以上两个理由，被告人张玉某的行为造成被害人伤亡后果只是

一种可能性，尚未达到必然发生或者具有高度盖然性的程度，在认识因素上不符合间接故

意的特征。在意志因素上，被告人张玉某在被害人拉拽车门后仍低速行驶，开车过程中没

有明显的为甩开被害人而加速的行为，根据案发时的客观情况和社会一般人的认知标准，

被害人有足够的时间和现实条件自动放手，被告人张玉某有合理理由认为被害人会采取适

当措施避免自己遭受伤害，在汽车缓慢行驶过程中被害人会自动放手。张玉某基于对自身

驾驶技术的自信和轻信被害人会自动放手而避免严重后果的发生，继续驾车低速行驶，最

终造成被害人被碾压致死，其主观上对于被害人死亡后果系过于自信的过失。

综上，在被害人拉拽车门时被告人驾车匀速且低速行驶致被害人被碾压死亡的情况

下，被告人主观上无放任被害人伤亡的间接故意，对被害人死亡结果持过失的心态。

编写人：北京市第二中级人民法院 王洪波

4. 暴力行为诱发被害人疾病致人死亡的行为如何定性

——詹某过失致人死亡案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省广州市白云区人民法院（2016）粤0111刑初1193号刑事判决书

2.案由：过失致人死亡罪

【基本案情】

2016年1月12日23时许，被告人詹某在广州市白云区三元里街华园新村×号一楼宿

舍，因电视机音量问题与冯某某发生争执，詹某手推冯某某致冯胸部撞击衣柜倒地，后经

抢救无效死亡。经鉴定，冯某某胸部外伤损伤程度属轻伤二级；冯某某系左胸部受钝性外

力冲击诱发冠心病急性发作死亡。

案发后，被告人詹某打电话报警，并在现场等候。

2016年7月11日，被告人詹某的家属赔偿被害人冯某某的家属人民币80000元，被告人

詹某取得被害人冯某某家属的谅解。

【案件焦点】

被告人詹某的暴力行为诱发被害人疾病致其死亡，是否应当认定詹某构

成犯罪，若构成犯罪，应定性为故意伤害罪还是过失致人死亡罪。

【法院裁判要旨】

广州市白云区人民法院经审理认为：詹某的行为构成过失致人死亡罪，

理由如下：第一，被告人詹某与被害人为同事关系，双方因电视机音量发生

口角，继而相互推搡，并在被害人倒地后按住被害人的肩膀，在看到被害人

停止挣扎后，放开被害人的身体。从被告人詹某的主观故意分析，被告人詹

某的行为不是直接殴打行为，且具有节制性，以出气教训对方为目的，不具

有伤害他人身体的故意。第二，法医学尸体检验鉴定意见书及被告人供述证

实被害人在被被告人詹某推搡倒地后因冠心病急性发作死亡，被告人詹某的

行为客观上造成了被害人死亡结果的发生，被告人詹某作为成年人应当预见

到自己的行为可能造成危害被害人的安全，因疏忽大意而没有预见，被告人

詹某的行为主观上应当认定为过失。综上，可以认定被告人詹某的过失行为

造成了被害人死亡的后果，其行为符合过失致人死亡罪的法律特征，应当以

过失致人死亡罪追究刑事责任。

被告人詹某过失致一人死亡，其行为已构成过失致人死亡罪，公诉机关

指控被告人詹某犯故意伤害罪罪名不当，本院予以纠正。被告人詹某有自首

情节，依法可从轻或减轻处罚。被告人詹某的家属已赔偿被害人家属，并获

得了被害人家属对被告人詹某的谅解，可酌情对被告人詹某从轻处罚。辩护

人的相关辩护意见，本院在量刑时综合予以考虑。

广州市白云区人民法院综合考虑被告人詹某犯罪行为的性质、情节、危

害后果及认罪态度，决定对被告人詹某减轻处罚并适用缓刑。依照《中华人

民共和国刑法》第二百三十三条、第六十七条第一款、第七十二条、第七十

三条之规定，作出如下判决：

被告人詹某犯过失致人死亡罪，判处有期徒刑二年，缓刑三年。

一审宣判后，被告人未提出上诉，公诉机关未提出抗诉，判决发生法律

效力。

【法官后语】

本案中，主要的争议焦点被告人詹某的暴力行为诱发被害人疾病致其死亡，是否应当

认定詹某构成犯罪，若构成犯罪，应定性为故意伤害罪还是过失致人死亡罪。应综合考虑

以下两个方面：

1.詹某的伤害行为与被害人死亡之间是否存在刑法意义上的因果关系

本案中，被告人詹某因电视机音量问题与被害人发生争执，继而相互推搡，在被害人

倒地后，为控制被害人而压在被害人身上。法医学尸体检验鉴定意见显示死者系左胸部受

钝性外力冲击诱发冠心病急性发作死亡。此时，无论被告人主观上对被害人死亡的伤害结

果能否预见，对被害人的伤害结果是否积极追求，其伤害行为均已实施，并且诱发了被害

人冠心病急性发作，亦出现了被害人死亡的后果，系刑法上行为人伤害行为和被害人自身

疾病叠加的“多因一果”情形，詹某的伤害行为与被害人死亡之间存在刑法意义上的因果关

系。

2.如上述因果关系成立，詹某对被害人死亡的伤害结果主观上是出于故意还是过失

被告人詹某与被害人属同事关系，被告人詹某推搡被害人，属于日常矛盾激化经常采

取的手段，并非采取直接殴打等严重暴力，其暴力行为具有节制性，不具有伤害他人身体

的故意。虽然行为人的暴力行为只是导致被害人死亡的诱因，但是被害人系60岁左右的老

年人，行为人作为具有完全行为能力的成年人，基于一般的社会常识，应该预见到自己的

行为可能会造成被害人引发疾病造成死亡的结果发生，但行为人仍然对被害人实施了伤害

行为，其伤害行为与被害人的死亡结果之间存在因果关系，行为人对被害人的死亡结果应

该预见到而没有预见，在主观上是有过失的，其行为应以过失致人死亡罪定性。

综上，行为人暴力行为诱发疾病造成被害人死亡的伤害结果的情形，应当综合行为人

的行为性质，暴力程度，被害人自身疾病的诱发机制及体表特征等因素来考虑，来认定伤

害行为和伤害结果之间是否存在刑法意义上的因果关系，并据此判断行为人伤害行为在主

观上是出于故意还是过失，恪守罪责刑相统一的司法原则来对行为人定罪量刑。

编写人：广东省广州市白云区人民法院 何凤祥

5. 实施一般殴打行为致人摔倒后死亡的定性

——徐某过失致人死亡案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省潮州市中级人民法院（2016）粤51刑终124号刑事裁定书

2.案由：过失致人死亡罪

【基本案情】

被告人徐某与被害人吴某良原系亲戚、朋友关系，双方不存在矛盾或积怨。

2015年6月11日晚上9点多，吴某良邀请徐某、徐某贤、李某、刘某贵等人到潮州市潮

安区庵埠镇安南路甲酒吧喝酒。至同月12日凌晨1时左右，吴某良与徐某、徐某贤、李

某、刘某贵等人又转至潮州市潮安区庵埠镇潮安大道乙酒吧继续喝酒。其间，吴某良无故

拿酒泼徐某，徐某遂与刘某贵走到乙酒吧外面停车场的池塘边坐。

当天凌晨2点多，吴某良及徐某贤、李某等人喝完酒后离开乙酒吧走到停车场时，因

吴某良挑衅导致吴某良与徐某发生口角并互相推搡、踢打。其间，徐某挥手打中吴某良胸

颈部一下，致吴某良倒地且头部后枕部碰撞到地面。徐某见状即停手并蹲下去问吴要不要

回去，吴某良称睡一下再走，徐某遂离开现场。随后，在场的徐某贤等人将吴某良扶上三

轮车后送到庵埠镇安南路某出租屋310房间内睡觉，徐某也返回该处睡觉。

后来，吴某良出现呕吐、头痛症状，但因被认为系醉酒而没有及时送医。至当天下午

6时许，吴某良被发现在出租屋内死亡。出租屋经营者谭某文遂于当天晚上以吴某良可能

酒精中毒致死为由报警，民警到场后将在场的徐某等人带回调查。徐某在公安机关未确定

犯罪嫌疑人，尚在一般性排查询问时主动交代自己的罪行。

经鉴定：吴某良系运动中的头部以后枕部为接触点与静止的钝性物作用致颅脑严重损

伤而死亡。

另查明：案发后，被告人徐某一方已就赔偿问题与被害人吴某良的家属自行达成协

议，由徐某一方赔偿吴某良家属因吴某良死亡而遭受的全部经济损失合计人民币110000

元，吴某良家属对徐某表示谅解。

【案件焦点】

行为人实施一般殴打行为致被害人倒地受伤后死亡，其行为构成故意伤

害罪还是过失致人死亡罪。

【法院裁判要旨】

广东省潮州市潮安区人民法院经审理认为：被告人徐某因小故与人冲突

过程中，因疏忽大意而致一人死亡，其行为已构成过失致人死亡罪，应依法

予以惩处。公诉机关指控被告人徐某的行为构成故意伤害罪不当，应予纠

正。被告人徐某有自首情节，予以从轻处罚。鉴于被害人对引发本案存在一

定的过错，且徐某在赔偿后取得被害人家属的谅解，对徐某予以酌情从轻处

罚。依照刑法有关条款之规定，判决如下：被告人徐某犯过失致人死亡罪，

判处有期徒刑三年。

宣判后，潮州市潮安区人民检察院提出抗诉，称徐某的行为构成故意伤

害罪而非过失致人死亡罪。

潮州市中级人民法院经审理认为：原审判决定罪正确，量刑恰当，审判

程序合法，遂裁定驳回抗诉，维持原判。

【法官后语】

故意伤害致死与过失致人死亡罪的区分是司法实践中经常遇到但又争议较大的问题。

二者在客观上都造成了被害人死亡的结果，主观上对死亡结果均出于过失。区分二者的关

键在于行为人主观上有无伤害他人身体健康的故意。故意伤害致死的行为人在主观上有伤

害他人身体健康的故意，过失造成的死亡结果，则是故意伤害罪的加重情节。而过失致人

死亡罪的行为人在主观上既无伤害他人身体健康的故意，更无剥夺他人生命的故意，对他

人伤亡的结果是疏忽大意或者过于自信的心理状态。刑法通说认为，一般生活上的“故

意”不等于刑法意义上的伤害故意，一般殴打行为不等于刑法意义上的伤害行为。因此，

不能将所有的“故意”殴打致人死亡的案件，都认定为故意伤害致死。如果行为人只具有一

般殴打的意图，并无伤害的故意，只是由于某种原因或条件引起死亡结果，就不能认定为

故意伤害致死；如果行为人主观上对死亡结果具有过失，就应认定为过失致人死亡罪。

司法实践中，要查明行为人主观上有无伤害他人身体健康的故意比较困难，尤其是在

推搡中打一拳、踢一脚致人死亡的情况下，要认定行为人主观上有无伤害的故意就更加困

难，也没有现成的标准可以套用。但是，由于主观故意总是通过客观行为予以体现出来，

因此我们可以通过对案件的起因、有无预谋、有无使用工具、打击部位、打击力度、有无

节制、双方的关系等多方面进行综合分析判断，从而准确认定行为人案发时的主观故意，

进而避免客观归罪。

就本案而言，（1）从案件的起因和有无预谋看，本案是因被害人吴某良酒后挑衅而

引发的激情犯罪案件，徐某在遭到挑衅后与吴某良互相推搡、踢打，并在此过程中将吴某

良打倒在地，徐某事先没有伤害吴某良的预谋。（2）从目的动机看，徐某在与吴某良互

相推搡、踢打过程中，为逞一时意气而挥手打中吴某良胸颈部，但此举只是一时意气所

致，并不当然意味着徐某有伤害的故意和目的。（3）从有无使用工具看，徐某并没有使

用工具，而只是徒手打中吴某良。（4）从打击部位和力度看，徐某并没有有选择性地刻

意打击吴某良的要害部位，而是随机打中吴某良的胸颈部一下。虽然客观上吴某良被打后

即跌倒，由此可以推断该打击有一定的力度，但由于该打击在正常情况下一般不会直接致

人损伤，因此不能由此片面推断出徐某有伤害吴某良的故意。（5）从有无节制方面看，

徐某在吴某良倒地后即停手，没有继续上前实施殴打，行为较为克制，可说明其并没有伤

害吴某良的故意。（6）从死因看，吴某良是被打后因外因自然力的作用，后脑着地致颅

脑严重损伤而死亡，而不是被打中胸颈部后发生病变而直接引起死亡。（7）从双方的关

系看，徐某与吴某良系亲戚、朋友关系，平时关系较好，不存在矛盾或积怨。徐某此次酒

后因小故与吴某良发生口角并互相推搡踢打，从情理上分析，难以认定徐某有伤害吴某良

的故意。综上，结合本案起因、有无预谋、打击部位、有无节制、双方的关系等综合分析

判断可知，在案证据不足以认定徐某主观上具有伤害吴某良的故意，法院依法认定徐某的

行为构成过失致人死亡罪是正确的。

编写人：广东省潮州市中级人民法院 江瑾 沈斌

6. 发生冲突但并未产生肢体接触致他人死亡如何认定

——刘小某过失致人死亡案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省平顶山市叶县人民法院（2017）豫0422刑初208号刑事判决书

2.案由：过失致人死亡罪

【基本案情】

2016年10月6日18时许，被害人周万某酒后因自己家养的鸡被药死，与被告人刘小某

在叶县下集村小山头陈组村中周彬家西侧的水泥路上发生争执，在争执过程中，被告人刘

小某猛然转身用言语威胁，并疾步逼近周万某，周万某为躲避刘小某而重心不稳仰面倒

地，后被同村村民从地上扶起并搀扶回到其家中。

次日早晨6时许，周万某被发现在其屋内死亡。经鉴定，被害人周万某符合枕部着地

所致严重颅脑损伤死亡。公诉机关认为，刘小某的行为已构成过失致人死亡罪，应依照

《中华人民共和国刑法》第二百三十三条之规定追究其刑事责任。

被告人刘小某对犯罪事实供认不讳。辩护人提出被告人主观恶性较小，积极赔偿被害

人亲属并取得谅解，悔罪态度较好。

【案件焦点】

被告人刘小某肢体没有接触周万某，是构成过失致人死亡罪还是构成意

外事件。

【法院裁判要旨】

河南省平顶山市叶县人民法院经审理认为：被告人刘小某在与被害人发

生争执的过程中，猛然转身逼近被害人，致使被害人仰面倒地因严重颅脑损

伤而死亡，其行为已经构成了过失致人死亡罪。公诉机关所控罪名成立，应

予支持。关于辩护人提出的被告人主观恶性较小，积极赔偿被害人亲属并取

得谅解，悔罪态度较好的辩护意见经查属实，予以采纳。被告人刘小某犯罪

情节较轻，自愿认罪、悔罪，已经赔偿被害人亲属经济损失并取得谅解，经

社区矫正机构评估具备适用社区矫正条件，可对其从轻判处并适用缓刑。据

此依照《中华人民共和国刑法》第二百三十三条、第七十二条、第七十三

条、第六十一条之规定，判决：

被告人刘小某犯过失致人死亡罪，判处有期徒刑一年六个月，缓刑两

年。

【法官后语】

本案的焦点问题是定性问题。如何正确认识被告人刘小某当时是否应当预见被害人周

万某死亡的结果是本案定性的关键。公诉机关认为，被告人刘小某的行为应当定性为过失

致人死亡罪，其主要依据是认为刘小某猛然转身逼近被告人周万某，因周万某当时是酒

后，被告人刘小某应当具有预见性，因此，被告人刘小某是一种过失。

合议庭围绕本案是构成过失致人死亡罪还是意外事件认真研究：

过失致人死亡罪和意外事件二者的共同点在于：一是客观上行为人的行为都引起了他

人死亡的结果；二是主观上行为人都没有预见这种结果的发生。区分这二者之间的关键在

于行为人在当时的情况下，对于死亡结果的发生，是否应当预见。如果应当预见，但是由

于疏忽大意的过失而没有预见，则属于过失致人死亡。如果是由于不能预见的原因而引起

死亡的，就是刑法上的意外事件，行为人对此不应负刑事责任。

过失致人死亡罪在客观方面表现为因过失致使他人死亡的行为。构成该罪，在客观方

面应当具备三个因素：一是客观上必须发生致使他人死亡的实际后果。二是行为人必须实

施过失致人死亡的行为。行为人的行为可能是有意识的，或者说是故意的，但对致使他人

死亡结果发生是应当预见因疏忽大意没有预见或已经预见而轻信可以避免，即是过失。本

罪属结果犯，行为的故意并不影响其对结果过失的认定。三是行为人的过失行为与被害人

死亡的结果之间必须具有间接的因果关系，即被害人死亡是由于行为人的行为造成的。

本案中，因为被告人刘小某与被害人周万某发生争执，周万某年龄较大且系酒后，刘

小某猛然转身疾步逼近当事人，同时伴有言语威胁，导致周万某猝不及防，重心不稳摔

倒，枕部着地致使严重颅脑损伤死亡。本案中其一发生了被告人刘小某行为导致周万某死

亡的实际后果，其二被告人刘小某虽然是故意逼近周万某的，在酒后，应当具有预见性，

但刘小某对于周万某重心不稳的死亡结果存在应当预见而没有预见的过失。其三被告人刘

小某的行为与被害人周万某的死亡二者之间存在着因果关系。

通过本案可以看出在审理过失致人死亡罪案件的过程中，一定要认真、细致、客观的

分析被告人的主观心理和客观表现，结合案件的相关证据互相印证，准确定性，作出正确

的判决。

编写人：河南省平顶山市叶县人民法院 王青丽 吴晓磊

7. 过失致人死亡罪与重大责任事故罪的区别与联系

——彭细某过失致人死亡、梁宗某重大责任事故案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省惠州市大亚湾经济技术开发区人民法院（2016）粤1391刑初158号

刑事判决书

2.案由：过失致人死亡罪、重大责任事故罪

【基本案情】

2016年3月10日，被告人梁宗某在某海湾海边开始经营摩托艇生意，供游客出租或乘

坐。2016年5月5日10时30分许，被告人彭细某向梁宗某承租了一条摩托艇，并驾驶该摩托

艇在某岛附近海域驾驶游玩。尔后，又有乘客被害人叶某乘坐梁宗某驾驶的摩托艇出海游

玩。被告人彭细某驾驶摩托艇载着潘其某返回岸边时，因操作不当，碰撞到梁宗某驾驶摩

托艇的左后方，导致游客叶某的颅脑损伤、心脏右移、纵隔疝合并双肺挫伤、脾脏、右肾

破裂大失血而死亡。被告人彭细某、梁宗某均无水上摩托艇的驾驶资质，且梁宗某无经营

出租水上摩托艇的营业资格。案发后，彭细某、梁宗某委托家属与被害人叶某的家属在大

亚湾区霞涌街道办的调解下就赔偿事宜达成协议，被害人叶某家属接受赔偿53万元。其中

彭细某赔偿了12.8万元，梁宗某赔偿16万元（另梁宗某支付了抢救费8000元、殡仪馆停尸

费3000元），霞涌街道办垫付资金缺口24.2万元，并已实际履行，被害人的家属对彭细

某、梁宗某的行为表示谅解。经鉴定，被害人叶某的损失程度及形态特征符合钝性外力作

用所致，水上摩托艇碰撞可以形成。经惠州港口海事处认定，彭细某应负本次事故的主要

责任，梁宗某应负次要责任。案发后，被告人彭细某、梁宗某明知他人报警而在医院或现

场等待，抓捕时无拒捕行为，且如实供述了犯罪事实。

【案件焦点】

被告人梁宗某的行为构成重大责任事故罪还是过失致人死亡罪。

【法院裁判要旨】

广东省惠州市大亚湾经济技术开发区人民法院经审理认为：被告人彭细

某在驾驶摩托艇过程中，因没有操作经验，未充分注意安全，存在疏忽大意

的过失，致一人死亡，其行为已构成过失致人死亡罪。被告人梁宗某非法经

营水上摩托艇的娱乐项目，在经营活动期间发生事故导致一人死亡，属于生

产安全事故，符合重大责任事故罪和过失致人死亡罪的构成要件，按照适用

法律的规则，在法条竞合的情况下，特别法优于普通法，故本案被告人梁宗

某应构成重大责任事故罪。

被告人彭细某明知他人报案而在现场等待，抓捕时无拒捕行为，归案后

如实供述自己的罪行，可视为自首，且积极赔偿被害人家属的损失，得到被

害人家属的谅解，予以减轻处罚。被告人梁宗某明知他人报案而在现场等

待，抓捕时无拒捕行为，归案后如实供述自己的罪行，可视为自首，且积极

赔偿被害人家属的损失，得到被害人家属的谅解，予以从轻处罚。

广东省惠州市大亚湾经济技术开发区人民法院依照《中华人民共和国刑

法》第二百三十三条、第一百三十四条、第六十七条第一款之规定，作出如

下判决：

一、彭细某犯过失致人死亡罪，判处有期徒刑一年。

二、梁宗某犯重大责任事故罪，判处有期徒刑十个月。

【法官后语】

本案的争议焦点在于被告人梁宗某行为构成过失致人死亡罪还是重大责任事故罪。

首先，我们要弄清楚过失致人死亡罪与重大责任事故罪的联系与区别。二者的相同点

在于：主观方面均表现为过失，客观方面表现为过失行为造成法定的后果。二者的区别在

于：一是犯罪主体不同。重大责任事故罪的主体范围带有明显的“身份”特征，即一切直接

从事和直接指挥生产、作业的人员，包括对安全事故负有责任的个体、包工头和无证从事

生产、作业的人员，属特殊主体。而过失致人死亡罪的主体为一般主体，凡达到法定责任

年龄且具备刑事责任能力的自然人均可构成本罪。二是过失行为不同。与犯罪主体相对

应，只有生产过程中的违章行为，才能导致责任事故，重大责任事故罪行为人违反的是生

产作业活动的相关规定，是对职业范围内所要求注意义务的违背；而过失致人死亡罪对过

失行为的范围没有特殊规定，泛指违反日常生活中所应注意的一般义务的行为。三是二者

的犯罪后果不同。重大责任事故罪的法定结果是发生重大伤亡事故或者造成其他严重后

果，包括人员伤亡或财产损害，而过失致人死亡罪的法定结果仅指致人死亡。四是二者的

犯罪客体不同。重大责任事故罪侵犯的客体是生产作业安全，过失致人死亡罪的犯罪客体

是被害人的生命权。

本案中，被告人梁宗某属于无证从事水上摩托艇经营活动的人员，违反有关安全管理

的规定，未建立完善的安全管理制度，在经营活动中发生重大安全事故，致一人死亡，同

时符合重大责任事故罪和过失致人死亡罪两个罪名。从两个罪名的联系和区别可以看出，

二者是包容性的法条竞合关系，过失致人死亡罪属于一般条款的规定，重大责任事故罪属

于特殊条款的规定，此种情形应当适用特别法优于普通法的原则，处以重大责任事故罪。

本案细致地区分了二被告人的主体身份及应负的注意义务，进而对二被告人的行为进

行了准确的定性，这既体现了司法公平正义，也对社会行为提供了正确的司法导向。

编写人：广东省惠州市大亚湾经济技术开发区人民法院 彭佳贝

（三）故意伤害罪

8. 被告人主观恶意及社会危害性的因素，在具体量刑情节中的

适用

——陈永某等故意伤害案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区南宁市武鸣县人民法院（2016）桂0122刑初224号刑事判

决书

2.案由：故意伤害罪

【基本案情】

2015年9月2日24时许，陶海某、苏炳某、陈映某、曾庆某、苏成某等人到南宁市武鸣

县城厢镇渡头桥社区玩耍，在渡头居民一排××号门前凉亭处，见陈淑某等几名女子在门

前站立，陶海某以为陈淑某是卖淫女，用手摸陈的胸部，引起陈的反感，陈淑某的父亲陈

志某过来劝阻，双方发生争吵。不久，被告人陈永某（陈淑某之弟）、李某、黄纯某伙同

潘洵某、潘炳某、马光某、黄某、潘洵某乘一辆小轿车、一辆面包车到达现场，陈永某等

人与陶海某、陈映某等人理论并引起双方打架。陈永某持一把砍刀、李某持小刀、黄纯某

从面包车上拿出铁棍分发给其他人参与打架。打斗中，陶海某右腹、背部受伤。陶海某、

陈映某等人见对方人多又持具械就跑开了。陈永某、李某、黄纯某、潘洵某、潘炳某、马

光某听说同伴黄某受伤被送往武鸣县人民医院治疗，就分乘两辆小车前往看望，途中发现

陈映某正在撤离现场，潘洵某驾面包车撞倒陈映某，陈映某起身逃跑至渡头市场杂货行，

陈永某等六人下车追上并持刀、钢管等具械对陈映某进行围打，致使陈映某头颅、右肩胛

下角等全身多处损伤。陶海某、陈映某受伤后由朋友送往武鸣县人民医院抢救。经武鸣县

公安局法医鉴定，陶海某损伤程度达重伤二级；陈映某损伤程度达轻伤一级。案发后，陈

永某家属代其赔偿被害人陶海某、陈映某等人经济损失共63000元，取得了被害人的谅

解。另查明，2015年11月30日，公安机关电话通知被告人陈永某、李某、黄纯某三人前往

刑侦大队协助办案，三人到达刑侦队后，如实供述了本案事实。

【案件焦点】

如何衡量被告人主观恶意及社会危险性的因素，适用从轻或减轻的量刑

情节。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区南宁市武鸣县人民法院经审理认为：被告人陈永某、李

某、黄纯某故意伤害他人身体，致一人重伤、一人轻伤，其行为确已构成故

意伤害罪。公诉机关指控被告人陈永某、李某、黄纯某犯故意伤害罪成立。

被告人陈永某、李某、黄纯某在本案均起主要作用，均是主犯，均应按其全

部犯罪处罚；被告人陈永某、李某、黄纯某案发后经公安机关电话通知，即

到公安机关投案，归案后也能如实供述自己的犯罪事实，是自首，依法可减

轻处罚；鉴于本案被害人具有严重过错、三被告人归案后能赔偿被害人的经

济损失并获得谅解，亦可酌情对三被告人从轻处罚。辩护人关于陈永某具有

自首情节、是初犯、能赔偿被害人的损失，且被害人有过错，应可对被告人

减轻处罚的辩护意见，有事实和法律依据，本院予以采纳。

武鸣县人民法院根据上述判案理由，依照《中华人民共和国刑法》第二

百三十四条第二款、第十四条、第二十五条、第二十六条、第六十七条第一

款的规定，作出如下判决：

一、陈永某犯故意伤害罪，判处有期徒刑八个月。

二、李某犯故意伤害罪，判处有期徒刑八个月。

三、黄纯某犯故意伤害罪，判处有期徒刑八个月。

【法官后语】

本案中犯罪人陈永某、李某、黄纯某故意伤害他人身体，致一人重伤、一人轻伤，根

据《刑法》第二百三十四条的规定，法定刑为三年以上十年以下有期徒刑，就本案而言，

具体量刑情节涉及以下几个问题：

自首情节的认定。陈永某、李某、黄纯某在案发后经公安机关电话通知到案，并如实

供述了案件事实，因此可以认定为自首。根据《刑法》第六十七条的规定，犯罪以后自动

投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。

因此对于自首的认定是能否刑期降格的前提条件。

被害人谅解及被害人过错是衡量被告人主观恶意及社会危害性的重要因素。自首情节

在量刑上并不必然就会减轻处罚，还需考虑行为人的主观恶性及社会危害性，而获得被害

人谅解及被害人存在过错是法官衡量这一因素的重要标杆，是法官据以量刑上是否考虑定

罪时从轻或者减轻处罚的重要因素。本案中被害人陶海某在街上见到陈淑某等几名女子在

门前站立，陶海某用手摸陈的胸部，引起陈的反感，陈淑某的父亲陈志某过来劝阻，双方

发生争吵，最终发生双方打架。被害人陶海某公然羞辱妇女的行为是引发本案的重要诱

因，因此法官判定被害人陶海某等人在本案中是存在重大过错的；且案发后，陈永某家属

代其赔偿被害人陶海某、陈映某等人经济损失共63000元，取得了被害人的谅解。综合以

上因素，可以看出陈永某等三人的主观恶性和社会危害性是较小的，法官在综合以上情节

的基础上最后才给予陈永某等三人减轻处罚的判决，分别判处三人有期徒刑八个月。

编写人：广西壮族自治区南宁市武鸣区人民法院 黄品雁

9. 故意伤害致死与故意杀人既遂在司法实践中的区分

——杨某故意伤害案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2016）京02刑初91号刑事判决书

2.案由：故意伤害罪

【基本案情】

2016年4月20日23时许，在北京市西城区光彩胡同××号暂住地内，被告人杨某酒后因

琐事与被害人侯某（女，殁年25岁）发生争执，后互殴。在互殴过程中，被告人杨某持刀

刺扎侯某左胸部一刀，后杨某拨打“120”急救电话，并将侯某送至北京丰台右安门医院抢

救，侯某经抢救无效后死亡，经鉴定，侯某因被刺破胸壁，伤及左肺上、下叶，导致急性

失血性休克死亡。在抢救期间，被告人杨某通知侯某的母亲王某至医院，明知王某报警而

在抢救室门口等待民警，于2016年4月21日凌晨归案。

【案件焦点】

故意伤害致死与故意杀人既遂在司法实践中应如何区分。

【法院裁判要旨】

北京市第二中级人民法院经审理认为：被告人杨某不能正确处理情感纠

纷，持刀刺扎被害人左胸部一刀并致被害人死亡，其行为已构成故意伤害

罪，依法应予惩处。鉴于被告人杨某明知被害人的母亲报警仍在抢救室门口

等待，抓捕时无拒捕行为，到案后能如实供述所犯罪行，以自首论；积极赔

偿被害人近亲属经济损失并取得谅解；扎伤被害人后积极将被害人送至医院

抢救等情节，本院依法对其从轻处罚。随案移送物品，本院依法一并处理。

故依照《中华人民共和国刑法》第二百三十四条、第四十五条、第四十七

条、第五十五条第一款、第五十六条第一款、第六十七条第一款、第六十一

条、第六十四条，《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问

题的解释》第一条、第三条及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑

事诉讼法〉的解释》第一百五十七条之规定，作出如下判决：

一、被告人杨某犯故意伤害罪，判处有期徒刑十一年（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2016

年4月21日至2027年4月20日），剥夺政治权利二年。

二、随案移送的物品依法予以没收。

一审宣判后，被告人杨某未上诉，公诉机关未抗诉，该判决现已生效。

【法官后语】

故意伤害致人死亡与故意杀人既遂，在刑法学理层面易于区分，但因二者在客观上均

造成了被害人死亡的结果，而真实的主观心态又深藏于行为人的内心，只能通过考虑全部

案件事实综合认定，故在司法实践中区分故意伤害罪与故意杀人罪具有相当大的难度。

在司法实践中，认定故意伤害罪与故意杀人罪时，不可轻易相信被告人自身对实施犯

罪行为时主观心态的描述，而应当采取从客观到主观的路径，要综合考虑案件的全部事

实，对客观行为、事实进行分析，进而探求、认定被告人实施犯罪行为时主观故意的内

容。在实践中，只有查明以下内容，才能说明行为是杀人性质还是伤害性质，才能说明行

为人故意的内容：（1）行为人与被害人平时的关系？是素不相识还是互相认识，是素有

仇怨还是关系较好？（2）行为人有无犯罪预谋？如果有预谋，是如何预谋的？（3）犯罪

实施的时间、地点与场合，是特意选择的时间还是随机的时间？（4）使用何种犯罪工

具？犯罪工具的杀伤力如何？犯罪工具是预先选择还是随手取得？（5）打击的部位是哪

里？是要害部位还是非要害部位？是随手打击某部位，还是特意选择某部位？（6）打击

的力度如何？行为人是使用最大力量进行打击，还是注意控制力度？（7）犯罪行为有无

节制？在被害人不反抗或者丧失反抗能力的情况下，行为人是否继续打击？（8）行为人

是否抢救被害人，对死亡结果表现出何种态度？以上几个层面，就单个而言可能有些倾向

于故意伤害的内容，有些倾向于故意杀人的内容，不能仅凭一个层面或者几个层面就作出

认定，要根据全案的事实、证据，综合分析各个层面，作出符合实际的主观责任认定。

就本案而言，虽然被告人杨某使用的犯罪工具是尖刀，扎刺的部位也是人身体的要害

部位胸部，扎刺的力度也很大，直接贯穿左肺部上叶及左肺下叶，但结合本案的全部案情

可知，被告人与被害人系同性恋人，两人共同居住，平时关系较好；案发时被告人与被害

人饮酒后因感情琐事发生口角，进而相互厮打，被告人对实施的犯罪并不存在预谋；案发

地为二人共同居住的出租房，案发时间与发生口角及厮打的时间上具有连贯性，被告人对

实施犯罪的时间、地点、场合不存在特意的选择；作案工具没有经过特意的准备与选择，

为家庭中使用的普通水果尖刀，可以随手取得；打击的部位虽为胸部，但在案证据不排除

被告人系随手打击某部位的可能性；扎刺的力度虽然很大，但被告人对犯罪行为还是有节

制的，扎了被害人一刀后，立即停止实施犯罪行为；在被害人受伤后，对被害人积极救

治，拨打“120”急救电话并将被害人送至医院抢救后，再次拨打“120”请求再派救护车转院

进行抢救的要求；以上事实、证据足见被告人没有积极追求或放任被害人死亡结果发生的

主观故意，故不符合故意杀人罪的法定构成要件，不应评定为故意杀人罪，应以故意伤害

罪定罪处刑。

编写人：北京市第二中级人民法院 王敏

10. 轻微暴力致人死亡构成故意伤害罪的判断

——邱云峰故意伤害案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院（2016）京03刑初157号刑事判决书

2.案由：故意伤害罪

【基本案情】

2016年2月24日下午，被告人邱云峰与被害人戴留某（男，殁年61岁）在饮酒过程中

发生争执。后邱云峰在北京市朝阳区金盏乡金盏东村某餐厅北侧路边用拳击打戴留某头面

部，在戴留某坐在地上时，又用脚踹戴留某上半身，致戴留某倒地伤及头部后于当日死

亡。经鉴定，戴留某符合醉酒状态下倒地，伤及头枕部偏左部位引起硬膜下血肿、蛛网膜

下腔出血、脑疝致呼吸循环衰竭死亡。头部损伤系戴留某死亡的主要原因。

邱云峰作案后逃离现场，于同年2月25日被民警抓获。

【案件焦点】

轻微暴力致人死亡是否构成故意伤害（致人死亡）罪。

【法院裁判要旨】

北京市第三中级人民法院经审理认为：被告人邱云峰故意伤害他人身

体，致人死亡，其行为已构成故意伤害罪，依法应予惩处。邱云峰曾因故意

犯罪被判处有期徒刑，刑罚执行完毕后五年内再犯应当判处有期徒刑以上刑

罚之罪，系累犯，应依法从重处罚。鉴于被告人邱云峰到案后能够如实供述

主要犯罪事实以及本案的具体情况，依法可对其予以从轻处罚。

被告人邱云峰犯故意伤害罪，判处有期徒刑十五年，剥夺政治权利三

年。

宣判后，被告人邱云峰表示服从判决，于法定期间内未提出上诉。

【法官后语】

实践中，被告人实施拳打脚踢等轻微暴力行为导致被害人死亡的案件的定性问题，应

当结合具体案件进行分析，有的认定为过失致人死亡罪，有的认定为故意伤害（致人死

亡）罪，有的不作为犯罪处理（意外事件）。

根据当前的司法实践，轻微暴力行为直接导致被害人死亡的结果，一般认定为故意伤

害（致人死亡）罪，也可以视情况认定为过失致人死亡罪；轻微暴力行为作用下结合其他

外在因素共同作用致被害人死亡的，一般认定为过失致人死亡罪；轻微暴力作用于特殊体

质的被害人，诱发严重疾病导致死亡的，根据打击的部位及力度判断，打击行为较为明

显、打击部位比较重要的一般认定为过失致人死亡罪，暴力行为不明显、打击部位不重要

的一般认定为意外事件。本案即涉及轻微暴力致人死亡定性的问题。

1.因果关系的判断

危害行为与危害结果之间的因果关系是构成要件该当性的重要内容，也是确定刑事责

任的客观基础。如果危害行为与危害结果之间不存在因果关系，行为人无须为危害结果的

发生承担刑事责任。对案件中危害行为与危害结果之间的因果关系的判断可以从以下三个

方面进行考察：

第一，事实因果关系的判断，即判断实行行为与危害结果之间引起与被引起的关系，

如果没有被告人的行为，就不会发生危害结果，则行为与结果之间存在因果关系。

第二，规范因果关系的判断，行为人的行为造成了被害人死亡的危害结果仅仅是事实

上的判断，规范层面的判断要解决的是该行为是否违反了刑法规范。

第三，结果归属的判断，只有当结果归属于危害行为时，行为人才应当对危害结果负

责，需要特别注意的是是否有介入因素的问题，介入因素的出现可能会导致因果关系的中

断。

基于上述理论分析，邱云峰在被害人坐在斜坡上时脚踹被害人上半身的行为与被害人

死亡的结果具有刑法上的因果关系。主要理由如下：

第一，邱云峰主要实施的伤害行为中有两次拳击被害人头面部、脚踹坐在斜坡上的被

害人上半身，特别是脚踹上半身的行为导致被害人头部着地，从而造成颅脑损伤的结果，

继而导致被害人的死亡，邱云峰的行为与危害结果之间存在引起与被引起的事实上的因果

关系。

第二，邱云峰的行为违反刑法规范，没有任何合法性根据，其所实施的行为是不法

的，是刑法所禁止的。

第三，本案在审理过程中，辩护人曾经提到邱云峰的行为并非被害人的直接死因，醉

酒对被害人的死亡具有促进作用，延误治疗系被害人死亡的诱因，本案存在延迟救助的情

形。但醉酒并非本案的介入因素，邱云峰与被害人一同饮酒，案发时邱云峰明知被害人醉

酒而实施暴力行为，二者在顺序上来看，醉酒也并非介入因素。被害人在被打伤之后，尚

未得到救助即死亡，因此本案也不存在延误治疗的介入因素。

由此可见，能够认定邱云峰拳打、脚踹被害人的行为与被害人死亡的结果之间存在刑

法意义上的因果关系。

2.对死亡结果的主观心态的判断

被害人因行为人实施的行为倒地死亡的类型分为以下几种：第一，被害人因被告人推

搡、掌推、强力转身、甩手等行为倒地磕碰而死亡的案件，这种情况下行为人对被害人死

亡结果的出现是不希望的，同时由于被告人所实施的主要是一些防御行为，没有积极侵害

的意图，这种情况可以定性为意外事件；第二，被害人因行为人的一般殴打而倒地磕碰而

死亡的案件，多表现为行为人推了被害人一下，打了被害人一巴掌、拍了被害人一下等情

形，行为人对被害人死亡的结果同样是不希望的，但由于行为人实施了一些主动的打击行

为，且应当预见到这些行为可能会使被害人倒地发生危险，但没有预见到，因此可以认定

为过失致人死亡；第三，行为人积极实施伤害被害人的行为，虽明知自己的行为会造成被

害人受伤，仍然希望这种危害结果产生，应当预见到被害人可能倒地磕碰头部，但没有预

见这种可能，从而因打击被害人导致被害人倒地磕碰地面死亡，这种情况下行为人对伤害

结果是积极追求的，但对死亡结果则是疏忽大意的过失，此时行为人的行为应当认定为故

意伤害致人死亡。

本案中，邱云峰实施了两次拳击被害人头面部的行为，且在将被害人打倒坐在水泥斜

坡上、趁被害人在打电话没有防备的时候，踹击坐在水泥地面的被害人的上半身，此时邱

云峰应当预见到自己踹击醉酒状态、没有防备且坐于斜坡上的被害人的行为可能导致被害

人头部磕碰地面致伤亡结果出现，但是没有预见到这一结果发生，因而邱云峰对被害人死

亡结果的出现是疏忽大意的过失。

3.殴打故意与伤害故意的区分

轻微暴力行为如果具有高度致害危险性，可以认定为故意伤害（致人死亡）罪，如果

不具有高度致害危险性，认定为过失致人死亡罪。具有高度致害危险性的行为即故意伤害

行为，不具有高度致害危险性的行为即一般意义上的殴打行为。客观行为反应主观心态，

殴打故意与伤害故意的区分，可以通过考察案发起因、被告人与被害人的关系、殴打部

位、殴打力度、殴打次数、殴打工具、双方力量对比、殴打后的行为等方面综合判断。一

是殴打的工具，持械打击被害人的行为可以直接认定为伤害故意，赤手空拳打击被害人的

行为则需要结合其他方面的因素。二是打击部位、打击力度及打击次数，虽是拳脚打击被

害人，但打击重要部位、大力打击或者长时间、持续打击等，可能认定为故意伤害。三是

双方力量对比，如果力量对比悬殊，如壮年人殴打老弱被害人，可能会构成故意伤害。区

分殴打故意与伤害故意还应当结合其他方面的因素。

本案中，被告人邱云峰虽然未持械殴打被害人，但首先，被害人作为年过六旬的老

人，两人的力量对比较为悬殊，在力量对比悬殊的情况下，邱云峰两次拳击被害人头面

部，此时邱云峰系殴打的故意还是伤害的故意尚且难以分辨，但在将被害人打倒在地，被

害人坐在水泥斜坡上手持电话没有防备之时，邱云峰再次上前脚踹被害人上半身的行为，

很难认为此时邱云峰是想给被害人造成肉体上疼痛的一般殴打的故意，且在被害人头部出

血后，被告人邱云峰亦未对被害人进行救助。综合邱云峰打击被害人的部位、力度、次数

等，可以认定邱云峰系伤害的故意。

4.故意伤害致死与过失致人死亡的区分

从法律规定上来说，故意伤害致死与过失致人死亡二者都要求行为人对死亡结果的出

现持过失的主观心态。在判断行为人的行为系故意伤害还是一般殴打之后，故意伤害致人

死亡和过失致人死亡的区分也稍显明朗。但在一些具体的案件中，二者仍具有迷惑性。下

面将结合张润某过失致人死亡在 [[1] 案](#p52)件进行分析。

两个案件的相同之处在于均为行为人实施了打击被害人的行为，致使被害人倒地磕碰

头部，行为人离开后，被害人因颅脑损伤死亡；两名被告人对被害人死亡的结果均持过失

的主观心态。但两名被告人行为的定性及所获刑罚差距甚远，主要的原因在于二人所实施

的行为不同，张润某虽同样用拳击打被害人头部，但只实施了一次，且事发于被害人先对

张润某进行击打，张润某在打击被害人头部制止了被害人的行为后即停止了侵害，结合其

殴打被害人的次数及案发前后的情形，其对被害人仅是一般殴打的故意，并非伤害的故

意。而本案被告人邱云峰对被害人实施的行为不仅仅是殴打，已经具有了伤害的故意，邱

云峰明知被害人身后是水泥地斜坡，应当预见到被害人在被踹后会磕碰头部，仍对被害人

实施了脚踹上半身的行为，故应当对造成的死亡结果承担的是故意伤害致死的责任。

综上，在判断轻微暴力行为致人死亡的定性时，应当从因果关系的判断入手，在明确

危害行为与危害结果之间存在因果关系的基础上判断行为人对死亡结果的出现是过失还是

故意，判断行为人是故意杀人还是其他犯罪；在明确行为人对死亡结果的出现持过失心态

的基础上进一步判断行为人实行的行为系故意伤害行为还是一般殴打行为，进而判断轻微

暴力致人死亡系故意伤害致死还是过失致人死亡。

编写人：北京市第三中级人民法院 李冕

11. 故意伤害罪（致死）与过失致人死亡罪的区分

——肖凤来故意伤害案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2016）京02刑初89号刑事判决书

2.案由：故意伤害罪

【基本案情】

2016年5月1日21时许，在北京市东城区某小区××号楼2单元门前，被告人肖凤来因琐

事与孙建某（男，殁年56岁）发生口角并互殴。其间，孙建某先动手击打肖凤来，肖凤来

先后多次用拳头猛击孙建某头面部、胸部等部位，将孙建某击倒在地，致孙建某重度颅脑

损伤死亡。

案发后肖凤来拨打110电话报警，民警将肖凤来带至派出所了解情况，后肖凤来申请

回家并保证随传随到，因不清楚孙建某伤情，民警同意肖凤来回家。后经与被害人家属联

系得知孙建某伤情较重，民警电话通知肖凤来，肖凤来自行到达派出所接受处理。

【案件焦点】

肖凤来的行为构成故意伤害罪还是过失致人死亡罪。

【法院裁判要旨】

北京市第二中级人民法院经审理认为：被告人肖凤来因琐事故意伤害他

人身体，并致人死亡，其行为已构成故意伤害罪，依法应予惩处。鉴于被告

人肖凤来作案后主动投案且如实供述自己的罪行，系自首；积极赔偿被害人

近亲属的经济损失，并获得谅解；本案事出有因等情节，依法对肖凤来减轻

处罚。北京市人民检察院第二分院指控被告人肖凤来犯故意伤害罪的事实清

楚，证据确实、充分，指控的罪名成立。关于辩护人所提肖凤来主观上没有

伤害的故意，本案应定性为过失致人死亡罪的意见，经查，肖凤来与孙建某

在发生口角后多次发生肢体冲突，且从肖凤来殴打的次数、力度来看，肖凤

来主观上具有追求孙建某身体受伤害的故意，临床损伤程度鉴定临时意见表

明案发时肖凤来在客观上已经造成了孙建某不低于轻伤的后果，肖凤来的伤

害行为与孙建某的死亡后果有直接因果关系，故上述意见不能成立，不予采

纳。关于辩护人所提被害人存在一定的过错，并且存在被延误治疗的情形的

辩护意见，经查，虽然被害人孙建某在与被告人肖凤来互骂进而互殴过程中

有一定的挑衅性语言、行为，但不构成刑法意义上的过错，亦无证据显示存

在延误治疗的情形，故该辩护意见不能成立，不予采纳。辩护人所提具有自

首情节等辩护意见，本院在量刑时酌予考虑。

北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百三十四

条、第四十五条、第四十七条、第五十五条第一款、第五十六条第一款、第

六十七条第一款、第六十一条、第六十四条，《最高人民法院关于处理自首

和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条、第三条及《最高人民法院关

于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第一百五十七条之规定，判

决：被告人肖凤来犯故意伤害罪，判处有期徒刑八年。

【法官后语】

本案争议的焦点是肖凤来的行为构成故意伤害罪还是过失致人死亡罪。

其辩护人认为被告人肖凤来主观上没有伤害的故意，不追求孙建某死亡的结果，本案

应定性为过失致人死亡罪。

要对本案定性就要明确区分故意伤害罪和过失致人死亡罪，构成这两个罪名的被告人

在主观上均没有造成被害人死亡的故意，对于被害人死亡的结果均持过失心态（如持故意

心态则构成故意杀人罪）。客观上被告人均实施了伤害被害人的行为。但故意伤害罪和过

失致人死亡罪存在不同：（1）两罪中的被告人均对被害人死亡的结果持过失心态，但构

成故意伤害罪的被告人对造成被害人伤害的结果持故意心态，构成过失致人死亡罪的被告

人并不追求被害人受伤害的结果，在整个伤害过程中均持过失心态。（2）故意伤害（致

死）罪系故意伤害罪的结果加重犯，构成故意伤害罪是故意伤害（致死）罪的前提条件。

过失致人死亡罪无构成故意伤害罪这一前提条件。

在本案中，首先，从本案的监控录像及证人证言可以看出，肖凤来与孙建某发生口角

后二人并未发生肢体冲突，但肖凤来并没有离开案发现场，而是选择打电话叫家人将孩子

带走，其继续留下与孙建某解决此事。并在侦查机关与当庭供述中均表示当时已做好发生

肢体冲突的准备，并对孙建某说“不是你趴下就是我趴下”。这两个行为可以表明肖凤来此

时主观上已经具有伤害孙建某的故意。在本案的互殴过程中，孙建某是先动手的一方，但

整个互殴过程共分四段，在每一段中肖凤来均占据上风，孙建某由于醉酒，实际上无法制

止肖凤来离开，但肖凤来在第一段到第三段互殴过后均未选择离开，而是继续留下。且在

监控录像中可以看出，肖凤来对于孙建某的殴打力度显然大于孙建某对其的殴打，从肖凤

来的殴打次数及殴打力度来看，肖凤来的行为已经不是出于一般殴打的意图而过失或意外

的导致孙建某死亡，而是追求或放任孙建某身体受伤的结果发生。因此肖凤来主观上具有

伤害孙建某的故意，孙建某受伤并不超出肖凤来的预期。其次，在孙建某受伤被送医后，

法医给孙建某做了临床损伤程度鉴定临时意见，根据该意见可知在案发当时肖凤来的行为

已经造成被害人孙建某不低于轻伤的后果，肖凤来的伤害行为与孙建某的死亡后果有直接

因果关系，结合肖凤来主观上具有伤害孙建某的故意，肖凤来在此时实际上已经构成故意

伤害罪，符合故意伤害（致死）罪的前提条件。再次，肖凤来没有阻止伤害后果发生的意

愿和行为。在孙建某被肖凤来击打倒地后肖凤来并未拨打120等急救电话，而是拨打110电

话报警，等待警察来处理问题、辨明是非。此时，孙建某已经倒地，但肖凤来并无任何救

治行为。可见，孙建某受伤的结果并不违背肖凤来的意愿。

综上，肖凤来的行为构成故意伤害罪。

编写人：北京市第二中级人民法院 刘万琨

12. 打击错误致人死亡应该如何定罪处罚

——张某泉故意伤害案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省潮州市中级人民法院（2016）粤51刑初14号刑事判决书

2.案由：故意伤害罪

【基本案情】

2015年9月17日0时许，被告人张某泉为向张某波追讨欠款，携带一支可拆成二截的自

制“铁枪”，驾驶摩托车窜到饶平县黄冈镇某地×号张某波租住房屋附近，将张某波拦住。

张某泉与张某波发生争吵，张某波的朋友被害人郑某佳等人在旁劝架。其间，张某泉从摩

托车上拿出两截自制“铁枪”，将之连接成一支长约1.8米、双头锋利的“铁枪”，挥动着去

劈打在其身前的张某波。“铁枪”没劈中张某波，但张某泉在挥动“铁枪”向后甩的同时却刺

中站在其身后的郑某佳。郑某佳被刺中左大腿后流血倒地，当场死亡。作案后，张某泉驾

车携带“铁枪”逃离现场。当天晚上10时许，张某泉在亲属的陪同下主动到饶平县公安局城

南派出所投案。

经法医鉴定：郑某佳符合被他人用利器刺伤左大腿大血管致失血性休克死亡。

【案件焦点】

打击错误致人死亡的，应该如何定罪处罚。

【法院裁判要旨】

广东省潮州市中级人民法院经审理认为：被告人张某泉故意伤害他人身

体，致一人死亡，其行为已构成故意伤害罪，应依法予以处罚。被告人张某

泉前因故意犯罪被判处有期徒刑，刑罚执行完毕以后，在五年以内故意再犯

应当判处有期徒刑以上刑罚之罪，是累犯，应依法予以从重处罚。被告人张

某泉犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行，系自首，依法予以从轻处

罚。依照《中华人民共和国刑法》第二百三十四条第二款、第六十五条第一

款、第六十七条第一款的规定，判决如下：被告人张某泉犯故意伤害罪，判

处有期徒刑十二年。

一审宣判后，被告人张某泉未提出上诉，公诉机关亦未抗诉，该判决已

发生法律效力。

【法官后语】

本案是一宗比较典型的“打击错误”案。所谓打击错误，是指行为人对自己意欲侵害的

某一对象实施侵害行为，由于行为本身的差误而导致实际侵害对象与其本欲侵害的对象不

一致。打击错误又可分为不同犯罪构成要件间的打击错误和同一犯罪构成要件内的打击错

误。前者如某人从高处投掷石块意欲砸毁甲的汽车，却因瞄不准而误将过路的行人乙砸

死。后者如本案中张某泉用铁枪打张某波却误伤并致郑某佳死亡。我国刑法理论对于不同

犯罪构成要件间的打击错误的情形应该如何处理，争议不大。通说认为，对实际发生的结

果阻却故意的成立，在行为人主观上有过失且刑法有处罚过失犯的规定时，成立过失犯

罪，与其所预见事实的未遂犯，形成想象数罪，按从一重罪处断的原则处理。但对于同一

犯罪构成要件内的打击错误的情形应该如何处理，在刑法理论界存在一定的争议。主要有

两种观点：具体符合说与法定符合说。具体符合说认为，在打击错误的情况下，行为人所

认识的事实与实际发生的事实具体地相一致时，才成立故意的既遂犯；法定符合说则认

为，在打击错误的情况下，行为人所认识的事实与实际发生的事实，只要在犯罪构成范围

内是一致的，就成立故意的既遂犯，就不影响对其行为性质的判断及刑事责任的承担。笔

者赞同法定符合说，即在同一犯罪构成要件内的打击错误不阻却故意的成立，不能改变行

为人的行为性质。

本案中，张某泉出于伤害他人的故意，实施了故意伤害的行为，结果误伤并致郑某佳

死亡，其行为完全符合故意伤害罪的构成要件，应负故意伤害罪的刑事责任。虽然张某泉

由于失误而导致实际侵害对象与其本欲侵害的对象不一致，但由于张某泉主观上具有伤害

故意，客观上也实施了故意伤害行为，而且其故意伤害行为也造成了他人死亡的危害后

果，二者侵犯的法益和社会危害性相同，二者在刑法规定的故意伤害罪的犯罪构成范围内

也是完全一致的，因而其行为构成故意伤害罪而非过失致人死亡罪。

编写人：广东省潮州市中级人民法院 江瑾 刘新燕

13. 间接伤害行为的定性

——李双全故意伤害、非法持有枪支案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区柳州市中级人民法院（2016）桂02刑终403号刑事裁定书

2.案由：故意伤害罪、非法持有枪支罪

【基本案情】

1.非法持有枪支的事实

涉案经改装的射钉枪自2014年9月起一直由被告人李双全持有并用于日常打猎。该改

装的射钉枪，经装填射钉弹、弹丸，实施射击，可以顺利击发。

2.持枪致人重伤的事实

2015年6月28日凌晨约1时30分至2时期间，被告人李双全携带经改造过的射钉枪，与

李贤某、李发某、李祥某（三人另案处理）分别驾驶两辆两轮电动车由柳江县穿山镇某农

庄出发沿路寻找野猫。当李双全等四人来到柳江县穿山汽车站对面的新公路口穿山镇中心

小学北侧围墙时，通过手电筒灯光发现了一只野猫，同时也看到围墙边距离野猫后方不远

处有一个布棚。停下车后，李贤某在新公路口沿着穿山镇中心小学北侧围墙边自东向西直

接举枪朝猫的方向开枪射击一、二枪，紧接着被告人李双全从李贤某手上抢过射钉枪也朝

野猫的方向开枪射击一、二枪，随后李祥某从被告人李双全手上拿过枪同样朝猫的方向开

枪射击一、二枪，李发某未开枪。射击结束，在捡野猫过程中李双全等四人听见布棚里有

人在呻吟喊：“唉哟、唉哟、痛啊……”。四人走近布棚，发现布棚大门朝东面，没有任何

遮挡，布棚内木床上有一人上半身赤裸，左侧胸口流血。被告人李双全和其余三人见状即

携带改装的射钉枪和野猫驾驶电动车离开现场。

案发时谭某甲在布棚内睡觉，因受伤疼痛醒来通过床头还在播放的小型影碟机的亮光

发现自己左侧胸口位置有一小伤孔正在流血，便抓起身边的毛巾按压伤口后打电话给其兄

谭某乙，谭某乙赶到现场并将其送往医院救治。谭某甲中枪醒后至其兄谭某乙到达案发中

心现场期间都没有听到枪声。医院诊断为，被害人胸部枪伤：心脏破裂、急性心包填塞、

胸骨骨折、后纵隔异物残留。经鉴定，被害人谭某甲本次所受损伤程度为重伤二级。

被害人所在布棚是其兄谭某乙搭建，至案发时已有三年时间。被害人于2015年2月开

始一直居住在该布棚内，帮助其兄看守和出售树苗。

2015年7月19日，被告人李双全主动到公安机关投案。

【案件焦点】

被告人李双全间接伤害的行为如何定性。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区柳江县人民法院经审理认为：被告人李双全与他人持枪

打猫时，看到猫的后方有布棚，布棚内可能住有人且开枪射击可能射伤人的

情况下，仍然开枪多次射击，结果导致住在布棚内的被害人胸部被枪击伤，

损伤程度为重伤二级；又违反国家对枪支的管理规定，非法持有以火药为动

力发射弹丸的射钉枪一支，其行为分别构成故意伤害罪和非法持有枪支罪。

公诉机关指控的事实清楚、罪名成立，予以支持。对于被告人关于被害人的

伤不是其所致，其行为不构成故意伤害罪以及辩护人关于公诉机关指控被告

人李双全犯故意伤害罪，事实不清，证据不足，指控的罪名不能成立的辩

解、辩护意见，从李双全等四人的供述、证人黄振某的证言、鉴定意见、医

院的疾病证明书、出院记录以及现场勘查笔录，可以证实被害人左侧胸口所

受损伤为枪伤，是被告人李双全伙同同案人李贤某、李祥某开枪射击所致。

被告人李双全伙同他人在交通要道上朝可能有人存在的布棚方向开枪射击，

主观上应当预见其开枪行为可能导致打伤人的结果，但持放任伤人结果发生

的态度；客观上结伙开枪行为导致了被害人受伤的结果，侵犯了被害人的身

体健康权。因此，被告人、辩护人的辩解、辩护意见不成立，不予采纳。被

告人李双全犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行，是自首，依法予以从

轻处罚。辩护人关于被告人具有自首情节的辩护意见与查明的事实一致，予

以采纳。综合考虑被告人犯罪的事实、性质、情节和对社会的危害程度，依

照《中华人民共和国刑法》第二百三十四条第二款、第一百二十八条第一

款、第六十七条第一款、第六十九条第一款、第六十四条之规定，判决如

下：

一、被告人李双全犯故意伤害罪，判处有期徒刑四年；犯非法持有枪支

罪，判处有期徒刑六个月；数罪并罚，决定执行有期徒刑四年三个月；

二、扣押在案的改装射钉枪一支依法予以没收销毁。

李双全对判决不服，提起上诉。

广西壮族自治区柳州市中级人民法院经审理裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

1.本案中，关于被害人的伤是否是枪伤，以及枪伤是否是被告人李双全伙同同案人李

贤某、李祥某开枪射击所致的问题，笔者作如下分析：

根据审理查明的事实，结合李双全等四人的供述可知，被害人在被李双全等四人发现

前其左侧胸口已受伤；结合证人黄振某的证言可知，案发时间段不存在案外人开枪的情

况；结合鉴定意见、医院的疾病证明书、出院记录等材料可证明被害人左侧胸口所受损伤

为枪伤；综上，同时结合人在熟睡中如果被子弹击中胸口必然因疼痛醒来，除非被击中致

命部位而当场死亡或失血性休克的常理，可推定被害人的枪伤是因李双全、李贤某、李祥

某三人开枪射击的行为所致或者在该三人开枪射击之前被害人已受枪伤。

再结合被害人的陈述可知，其在中枪醒后至其兄谭某乙到达案发中心现场期间都没有

听到任何枪响，说明其不可能是在李双全等三人开枪射击前被子弹击中胸口而受伤。据此

可推定，被害人的枪伤是被告人李双全伙同同案人李贤某、李祥某开枪射击所致。

2.本案中，关于被告人李双全的行为如何定性的问题，笔者认为，被告人李双全伙同

他人在主要交通要道旁靠近围墙边的草地上开枪打猫，案发时间是凌晨约2时，开枪地点

附近都是杂草且没有路灯照明，不存在不特定多数人的可能性，所以被告人的开枪行为未

危及公共安全，其行为不构成过失以危险方法危害公共安全罪；另外，被告人伙同他人在

交通要道上开枪射击前已看到不远处的布棚，作为心智正常的成年人，李双全明知布棚内

可能住有人，也明知开枪射击可能会射伤布棚内的人，但其与同案人为追求射死猫的目的

而共同实施的开枪射击的行为，放任射伤他人后果的发生，客观上造成被害人受伤的后

果，其行为完全符合故意伤害罪的构成要件。

编写人：广西壮族自治区柳州市柳江区人民法院 林海生

[[1]](#p43)

2013年5月13日14时许，被告人张润某在北京市西城区白纸坊东街十字路口东北

角，因骑自行车险些与被害人甘永某（男，殁年53岁）相撞而与其发生口角。其间，被害

人甘永某先动手击打被告人张润某，后二人互殴，张润某使用拳头击打到甘永某面部致其

倒地摔伤头部，甘永某于2013年5月27日经抢救无效死亡。经鉴定，被害人甘永某符合重

度颅脑损伤死亡。被告人张润某作案后于2013年6月3日被公安机关查获归案。生效判决判

处被告人张润某犯过失致人死亡罪，判处有期徒刑六年［北京第二中级人民法院（2014）

刑初字第00406号］。

（四）过失致人重伤罪

14. 无证驾驶内燃观光车发生交通事故致人重伤的罪名认定

——方之某过失致人重伤案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

山东省东营市河口区人民法院（2016）鲁0503刑初249号刑事判决书

2.案由：过失致人重伤罪

【基本案情】

2015年9月20日18时20分左右，被告人方之某驾驶某牌四轮内燃观光车，沿河口区西

湖路由南向北行驶至德胜街路口处时，与由东向西步行过公路的被害人丁德某相撞，致使

丁德某受伤。经鉴定，被害人丁德某的损伤程度系重伤一级。被告人方之某负该事故的主

要责任。公诉机关指控被告人方之某的行为构成过失致人重伤罪。

被告人方之某对公诉机关指控的犯罪事实不持异议。其辩护人认为被告人方之某的行

为构成交通肇事罪。

【案件焦点】

驾驶观光车辆发生交通事故致人重伤，该行为如何定性——应为交通肇

事罪还是过失致人重伤罪。

【法院裁判要旨】

山东省东营市河口区人民法院经审理认为：目前我国对观光车辆的管理

还属空白地带，致使该类车辆无法办理机动车挂牌业务，同时也没有明确规

定此类车辆相应的驾驶资质，因此以交通肇事罪对被告人方之某定罪处罚于

法无据。被告人方之某作为完全刑事责任能力人，其在驾驶该类车辆上路行

驶时，因疏忽大意未尽到相应的安全注意义务，致使一人重伤，其行为与结

果之间存在直接因果关系，其行为构成过失致人重伤罪。被害人丁德某对事

故的发生有一定过错，可酌情减轻被告人方之某的刑事责任。被告人方之某

明知他人报警，仍在现场等候处理，且归案后如实供述犯罪事实，系自首，

且积极赔偿被害人及亲属的经济损失，并取得对方谅解，确有悔改表现，可

从轻处罚。

山东省东营市河口区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百三十

五条、第六十七条第一款、第七十二条第一款、第七十六条之规定，判决如

下：

被告人方之某犯过失致人重伤罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年。

【法官后语】

被告人方之某无驾驶资格证驾驶无牌照四轮内燃观光车，发生交通事故，致一人重

伤，发生事故时驾驶速度为52～56km/h，因无证驾驶无牌照机动车、未尽安全注意义务

而负事故主要责任；被害人丁德某因行人过马路未走人行横道、未确保安全而负事故次要

责任。

交通肇事罪与过失致人重伤罪属于法条竞合，是一般与特殊的关系，经鉴定，肇事车

辆属于机动车范畴，但是目前我国对观光车辆的管理还处于空白，没有明确规定此类车辆

应具备的驾驶资质，公安机关出具的说明也证实肇事车辆无法办理机动车挂牌业务，事故

发生后，以被告人方之某因无驾驶资格驾驶机动车或明知是无牌证机动车辆而驾驶构成交

通肇事罪来定罪处罚，且据此作出责任认定，对当事人的要求过高，因为无证驾驶无牌车

辆不是被告人主观故意造成的，而是目前对此监管不到位导致的，而且对无牌、无证的行

为属于重复评价，违反了对一个情节不可重复评价的原则。国家未明确规定内燃观光车可

以上路行驶，被告人方之某作为完全刑事责任能力人，其在驾驶该类车辆过程中具有更高

的注意义务，然而其未尽到相应的安全注意义务，在驾驶车辆过程中致使一人重伤，为疏

忽大意的过失，且其行为与结果之间存在直接因果关系，其行为构成过失致人重伤罪。

编写人：山东省东营市河口区人民法院 祁萌

（五）强奸罪

15. 关于强奸罪中“违背妇女意志” 的认定

——孙某强奸案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

安徽省马鞍山市中级人民法院（2016）皖05刑终66号刑事裁定书

2.案由：强奸罪

【基本案情】

被告人孙某因在某夜总会唱歌与被害人曹某（女，26岁）相识，互相留有电话号码，

偶有交往。2015年7月7日晚，被告人孙某与其老板王某等人在马鞍山市雨山区某夜总会唱

歌、喝酒期间，被告人孙某打电话喊来被害人曹某。曹某进包厢后与孙某等人一起唱歌、

喝酒，后醉酒并呕吐，其同事陈某遂要求孙某等人送其回家。当晚11点30分许，被告人孙

某与王某等人将曹某送至雨山区某酒店，孙某用自己的身份证登记开房，并与王某等人将

曹某搀扶进8520房间休息。后王某等人离开酒店前往夜总会继续唱歌、喝酒，被告人孙某

则谎称工地有事要先走，未与王某等人返回夜总会。当晚11时44分许，被告人孙某以未带

房卡为由，要求酒店工作人员打开被害人曹某所入住的8520房间。孙某进入该房间后，不

顾曹某的哭叫、反抗，强行与之发生性关系，后离开现场。

2015年9月11日，被告人孙某主动到公安机关投案。案发后，被告人孙某的亲属代其

赔偿被害人曹某人民币2万元。

【案件焦点】

强奸罪中“违背妇女意志”如何认定。

【法院裁判要旨】

安徽省马鞍山市雨山区人民法院经审理认为：强奸罪的客观表现为以用

暴力、胁迫或者其他手段强行与妇女发生性交的行为，其所侵犯的客体是妇

女性的不可侵犯的权利，即妇女按照自己的意志决定性行为的权利，因而被

害人的真实意愿，是判断强奸罪成立与否的关键要素。从案发当晚性行为发

生的情况和环境、发生性关系时被害人的表现、事后被害人的态度和告发情

况来看，被告人孙某和被害人曹某发生性关系违背了曹某的意志。被告人孙

某在被害人饮酒过量、反抗能力减弱的情况下，违背被害人曹某意志，强行

与被害人发生性交，其行为符合强奸罪的犯罪构成。

关于孙某的辩护人提出的孙某与被害人曹某谈到1000元、2000元的事，

此时被告人与被害人谈钱的行为应属于事后行为，不影响对事发时被害人主

观意愿的认定。

关于孙某的辩护人提出的孙某系自首的辩护意见，经查，被告人孙某案

发后虽主动前往公安机关投案，但并未如实供述自己的犯罪事实，不符合自

首的构成要件。

马鞍山市雨山区人民法院判决：被告人孙某犯强奸罪，判处有期徒刑三

年。

宣判后，被告人孙某不服提出上诉。

安徽省马鞍山市中级人民法院经审理后裁定：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

“违背妇女意志”是强奸罪的关键的构成要件，其直接决定了被告人的行为是否构成犯

罪。由于强奸案件具有隐私性较强的特点，是否违背妇女意志往往很难鉴别，这一问题长

期以来一直困扰司法机关。“违背妇女意志”是指未经妇女同意而强行与之发生性交的行

为。判断是否违背妇女意志，关键要看妇女对发生性行为是否同意，至于妇女表示同意是

发生在性交之前还是性交过程中，均不影响同意的成立。但是女方无明显反抗行为或反抗

意思表示时，不得推定为默示状态下的不违背妇女意志。笔者认为，对妇女是否同意不能

以其有无反抗为标准。由于犯罪分子在实施强奸时的客观条件和采用的手段不同，对被害

妇女的强制程度也相应的有所不同，因此，不能简单地以被害妇女当时有无反抗意思表示

作为认定其是否同意的唯一条件。对妇女未做反抗或者反抗表示不明显的，要纵观全案，

具体分析，综合认定。

具体到本案，本案中被告人孙某与被害人曹某发生性关系存在“一夜情”的表象，如被

告人孙某与被害人之前相互留有微信，偶有交往，被害人曹某当天晚上应被告人孙某邀请

愿意前来一起唱歌喝酒，案发后被害人曹某并没有第一时间报警。但是上述情形并不能得

出被害人曹某自愿与被告人孙某发生性关系的结论，理由如下：

1.从被害人的状态来看，被害人曹某在被送到酒店时处于醉酒状态。被害人曹某在夜

总会喝酒时已经喝醉，并多次呕吐，其被送到酒店时自己不能独立行走，呈醉酒状态，且

系被孙某等多人扶进酒店8520房间。此时的被害人曹某已经失去了正常的辨识、判断与反

抗能力。此时的被告人孙某对此一直是明知的，其利用被害人醉酒的状态与之发生性关

系。

2.从本案的案发过程来看，被告人孙某欲与被害人曹某发生性关系的意图明显，但是

被害人曹某没有与其发生性关系的明确意思表示。被告人孙某曾向被害人曹某提出过发生

性关系，但一直未果。案发当晚在夜总会喝酒时，其亦向曹某提出想发生性关系，但曹某

未同意。后孙某和他人将醉酒的被害人曹某送至酒店休息后谎称工地有事独自返回酒店房

间，在没有房卡的情况下让酒店保安将房间门打开，并两次嘱咐酒店服务员若有人问起就

说已经退房。该种进入房间的行为应视为一种强行进入的行为，带有一定暴力性的行为，

并没有获得被害人曹某的同意，在这之后双方发生性关系，显然不能认为是被害人自愿。

3.从发生性关系时被害人的表现来看，除被害人曹某陈述其有哭叫、反抗行为之外，

证人张某、沙某的证言亦能证实孙某与曹某同时在8520房内时，曹某有哭叫的表现。一定

程度上能够反映被告人孙某与被害人曹某发生性关系并非系被害人曹某自愿。

4.从事后被害人的态度和告发情况来看，被害人曹某事后的反应较为激烈，即刻用酒

店电话拨打给其同事陈某，告知自己被强奸一事。陈某来到酒店欲上楼找人，在遭到阻拦

时发火说小姑娘被强奸了，且曹某在和警察一起离开时质问其为何昨晚她大叫那么多次没

有人应她。曹某在其同事到来之后，多次打电话要求孙某回来处理无果的情况下，距案发

3小时左右向公安机关报案，符合被强奸后的女性心理特征。因此，不能武断地以报案时

间来判断案发时被害人的主观心态。本案中，被害人一直称自己被强奸，并且在案发后多

次要求被告人孙某前来处理，故应该视为其已经表达了发生性关系系违背其意志。

编写人：安徽省马鞍山市雨山区人民法院 刘洋

16. 恋爱期间女方反悔，男方使用暴力与之发生性关系的定性

——李某强奸案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省信阳市中级人民法院（2017）豫15刑终字247号刑事裁定书

2.案由：强奸罪

【基本案情】

2015年7月以来，被告人李某与李某某谈恋爱期间，二人发生矛盾，李某某不想再和

李某交往。2016年6月30日下午，被告人李某到李某某单位质问并殴打李某某，将李某某

眼镜腿打断，李某某顾及面子，便同意和李某一起回到自己位于淮滨县某小区×号楼×单

元××××的家中。在李某某租住的房屋内，被告人李某先是对李某某脸打，然后让李某某

脱光衣服，强行与李某某发生性关系，继而用皮带对李某某身上进行抽打，导致李某某左

大腿、后背等部位受伤。经淮滨县公安局物证鉴定室鉴定：李某某的损伤程度符合轻微

伤。

信阳市淮滨县人民检察院以被告人李某犯强奸罪向信阳市淮滨县人民法院提起公诉。

被告人李某辩称：“被害人是自愿和我发生性关系，我没有强迫她，我无罪。”

被告人李某的辩护人辩称：公诉机关指控被告人李某犯强奸罪的事实不清，证据不

足。认定被告人李某与被害人李某某发生性关系违背妇女意志无证据支持。根据疑罪从无

的原则，应当宣告被告人李某无罪。

【案件焦点】

恋爱期间女方反悔或另找对象，男方使用暴力与之发生性关系如何认

定。

【法院裁判要旨】

河南省信阳市淮滨县人民法院经审理认为：被告人李某犯强奸罪，当庭

出示的证据有被害人陈述、被告人供述、证人证言、视听资料等能够相互印

证，可以证实被告人李某在与李某某发生性关系前采用了扇脸等暴力手段，

违背被害人的意志，强行与被害人发生性关系，因此被告人李某的行为已构

成强奸罪。淮滨县人民检察院指控的罪名成立。被告人李某辩称的被害人李

某某系自愿与其发生性关系的辩解意见本院不予采信。被告人李某辩护人辩

称的公诉机关指控被告人李某犯强奸罪的证据不足的意见，本院不予采纳。

被告人李某系初犯、偶犯，可酌定从轻处罚；被告人李某强奸被害人并致被

害人轻微伤，可酌定从重处罚。依照《中华人民共和国刑法》第二百三十六

条、第六十一条的规定，经本院审判委员会讨论决定，判决如下：

被告人李某犯强奸罪，判处有期徒刑三年六个月。

李某对判决不服提起上诉，上诉称原审认定事实错误、证据不足；其与

被害人发生性行为是基于双方自愿，不存在强奸行为。请求宣告无罪。

河南省信阳市中级人民法院经审理认为：上诉人李某采取暴力、胁迫手

段强奸妇女，其行为已构成强奸罪。关于李某的上诉理由，经查，原判认定

其违背被害人的意志，强行与被害人发生性关系的事实，有相关证人证言、

法医学人体损伤程度鉴定书及被害人陈述等予以证实，且上述证据能够相互

印证，足以认定。李某的上诉理由不能成立，其请求本院不予支持。原判认

定事实清楚，证据确实、充分，审判程序合法，量刑适当。依照《中华人民

共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第（一）项之规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

根据我国《刑法》的有关规定，强奸罪是指行为人以暴力、胁迫或者其他手段，违背

妇女意志，强行与妇女发生性交的行为。要正确认定强奸罪，主要把握它的本质特征，因

为本质特征是区分罪与非罪，此罪与彼罪及量刑轻重的关键。

强奸罪的本质特征是违背妇女意志，强行与妇女性交，即违背妇女意志是强奸罪的内

在本质特征，犯罪手段的强制性是这一本质特征的外在表现。因为违背妇女意志属于主观

上的思想问题，要查明是否违背妇女意志，不能从主观上去判断，只有从客观行为来考

察。

1.违背妇女意志的理解

所谓“违背妇女意志”，是指违背妇女不愿与行为人发生性交的真实意思表示。它违背

的是妇女“不同意性交的意志”。如果妇女同意与行为人性交的，行为人的行为则不构成强

奸罪。因为这是妇女自愿的行为，并没有违背自己的意愿，属于道德问题，但女性是幼女

的除外。具体到本案中李某某不愿意和被告人李某发生性关系，被告人李某就违背了被害

人李某某的意志。而“违背妇女意志”的外在表现是：行为人对妇女采用暴力、胁迫或者其

他手段，使妇女不能反抗或不敢反抗。这些行为手段在我国刑法中已经作了明确规定。

2.强奸罪本质特征的客观表现

任何一种犯罪的本质特征，都依靠犯罪的客观行为即客观表现来作判断，也只有研究

犯罪的客观表现才具有实用价值和意义。根据我国《刑法》第二百三十六条的规定，强奸

罪本质特征的客观表现在于，采取暴力、胁迫或者其他手段实施奸淫行为。这里的“暴

力、胁迫或者其他手段”是强奸罪本质特征的客观行为手段，是客观表现中的重要一面，

它对准确认定强奸行为具有重要作用。本案中的被告人的客观行为表现在对被害人李某某

进行殴打，还拍摄被害人的裸体照和裸体视频进行胁迫，从而使被害人不能反抗。

3.准确认定奸淫行为是否违背妇女意志

违背妇女意志是构成强奸罪的前提条件。（1）强奸罪中妇女意志的违背仅限于性交

当时，即实施性交行为当时妇女不同意进行，这是违背妇女意志在时间上的限制和要求。

如果妇女与行为人性交当时并不反对，事后又因其他原因而以各种理由反悔，则不能认定

是违背妇女意志。（2）是否违背妇女意志，不能以被害妇女作风好坏划分。任何妇女对

是否性交、与谁性交都有权自己决定，“作风不好”的妇女的性权利同样受法律保护。比如

通奸妇女、卖淫妇女，她们也一样享有不与他人性交的权利。（3）是否违背妇女意志，

不能以被害妇女有无反抗表示作为必要条件。

4.通奸与强奸的界限

通奸是指一方或者双方有配偶的男女之间，自愿发生性交的行为。通奸不同于强奸，

通奸双方发生性交是自愿的，并不违背妇女意志，不符合强奸罪的构成要件。另外，通奸

在性质上属于道德品质问题，它虽然有害于社会婚姻家庭关系，且行为人应当受到社会的

谴责。但我国《刑法》并未将通奸行为纳入追究刑事责任的范畴。通奸与强奸的本质区别

是：性行为是否违背妇女意志。

（1）男女双方先是通奸，后来女方不愿继续通奸，而男方纠缠不休，并以暴力或以

败坏名誉等手段进行胁迫，强行与女方发生性行为的，以强奸罪论处。这类案件实质是通

奸转化为强奸的问题，要着重审查转化后的性交行为，是否违背妇女意志和采取了强制手

段，来认定是否成立强奸罪。

（2）第一次性行为违背妇女的意志，但事后并未告发，后来女方又多次自愿与该男

子发生性行为的，一般不宜以强奸罪论处。可以说是强奸转化为通奸而不以强奸论。但需

明确的是：如果第一次强奸妇女后，行为人对被害妇女实施精神上的威胁，迫使其继续忍

辱屈从的，应当以强奸罪论处。因为此时第一次和后来多次的性交行为，都违背了妇女的

意志，且实施了强制手段，依法已构成强奸罪。

（3）“半推半就”性交行为的认定。“半推半就”是指妇女对于行为人与之性交，既有

不愿意的表示，也有愿意的表示。主要从男女双方平时的关系、性行为发生的时间、地点

和环境、事发后女方的态度、在什么情况下告发、告发与案发时间的长短等事实和情节，

仔细审查，作全面分析，不是确系违背妇女意志的，一般不宜按强奸罪认定。如果确实系

违背妇女意志的，以强奸罪论处。

（4）利用从属关系、教养关系和职权等特定关系与妇女发生的性行为，不能都视为

强奸。如果行为人利用以上特定关系，以克扣妇女生活费、解除劳动合同、乘人之危等相

威胁，迫使妇女容忍其奸淫的，应认定为强奸罪。如果行为人利用职权引诱女方，女方基

于互相利用与之发生性行为的，则不定强奸，而以通奸论处。

5.正确区分强奸与未婚男女在恋爱中发生的性行为

未婚男女在恋爱过程中自愿发生的性行为，属于道德评价问题，不是犯罪，更不能作

强奸论处。有相当部分未婚而有性行为的男女属“早恋”，最明显的是中学生。这就涉

及“不满十四周岁的幼女”恋爱的问题。如果恋爱女性是幼女，且恋爱男方是明知的，不论

幼女是否自愿性交，一般按强奸罪论处。另外，未婚男女在恋爱过程中，如果使用了不明

显的强制手段与恋爱女方发生性交，事后并未告发，而后来由于双方恋爱关系终止或感情

破裂，女方告发男方强奸的，一般不宜认定为强奸。但是，如果恋爱中的女方反悔或另找

对象，男方使用暴力与之发生性关系，按强奸罪论处。本案中的被害人李某某和被告人刚

开始一段时间是恋人关系，后明确表示不再是恋人关系，而被告人在此阶段殴打、胁迫被

害人李某某与之发生性关系，应以强奸论处。

经过以上论述，我们可以认识到，正确把握强奸罪必须认清强奸罪的本质特征，准确

区分其罪与非罪的界限。对于实践中出现诸如少男与幼女性行为和恋爱期间的性行为的定

性和处理，应依照立法意旨、罪刑法定等法律原则和精神作出认定。

编写人：河南省淮滨县人民法院 江法团

17. 强奸罪中胁迫程度的认定标准

——宋红武、杨某强奸案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖北省当阳市人民法院（2016）鄂0582刑初118号刑事判决书

2.案由：强奸罪

【基本案情】

2015年5月以来，被告人宋红武伙同女友即被告人杨某在当阳市育溪镇某街××号宋红

某房屋内采取欺骗、恐吓、威胁等手段让宋氏家族人员包括其侄女宋某信奉封建迷信。同

年6月至8月初，宋红武利用封建迷信控制宋某的思想，先后在当阳市育溪镇上街××号宋

红某的房屋内、租住的宜昌市某小区××房屋内迷惑、胁迫宋某与其发生性关系八次，其

中杨某参与帮助脱掉宋某的衣服促成宋红武强奸宋某一次。

【案件焦点】

宋红武利用封建迷信控制宋某的思想与其发生性关系是否能认定达到强

奸罪中胁迫的程度。

【法院裁判要旨】

湖北省当阳市人民法院经审理认为：被告人宋红武违背妇女意志，利用

封建迷信，对被害人进行恐吓、欺骗后，胁迫被害人多次与其发生性关系，

被告人杨某帮助宋红武与被害人发生性关系一次，二被告人的行为均已构成

强奸罪，属共同犯罪。在共同犯罪中，宋红武起主要作用，系主犯；杨某起

帮助作用，系从犯，依法应减轻处罚，其辩称在犯罪中作用较小的辩护意见

本院予以采纳。宋红武的辩护人辩称宋红武未采取暴力、犯罪性质相对较

轻，经查，宋红武的供述、被害人陈述及多名证人的证言等证据表明，宋红

武系利用封建迷信控制被害人思想，并以杀死被害人女儿等胁迫手段多次奸

淫妇女，犯罪动机卑劣，社会影响极坏，严重侵害了妇女的身心健康，与其

他暴力手段强奸妇女的性质并无区别，不能以此作为从轻处罚的情节考虑，

对该辩护意见本院不予采纳。宋红武、杨某到案后如实供述犯罪事实，当庭

认罪，属坦白，均可从轻处罚。宋红武的辩护人辩称宋红武认罪态度好可从

轻处罚的意见，本院予以采纳。宋红武有犯罪前科，酌情从重处罚。据此，

湖北省当阳市人民法院对被告人宋红武依照《中华人民共和国刑法》第二百

三十六条第一款、第二十五条、第二十六条、第六十七条第三款，对被告人

杨某依照《中华人民共和国刑法》第二百三十六条第一款、第二十五条、第

二十七条、第六十七条第三款之规定，作出如下判决：

一、被告人宋红武犯强奸罪，判处有期徒刑五年。

二、被告人杨某犯强奸罪，判处有期徒刑一年。

【法官后语】

强奸罪中的胁迫，是指对被害人进行威胁、恫吓，达到精神上的强制，使妇女不敢反

抗的方法。根据我国刑法第二百三十六条的规定，胁迫是强奸罪的手段之一。在现实生活

中，可以被称之为胁迫的情况其实非常广泛，从暴力胁迫到非暴力胁迫，从亲属人身安全

到揭发隐私、毁损名誉等相要挟，各种轻重不同的敲诈充斥其间。那么，我们依据何种标

准判断哪种情况成立强奸罪，哪种情况不成立强奸罪呢？这便涉及胁迫的程度如何认定的

问题。

在胁迫的程度存在差异的情况下，有些被害人的“同意”可能不是真正的同意（被害人

是被迫的），而有些被害人的同意则可能是真正的同意（被害人是自愿的），前者就是屈

从，而后者才是同意。屈从可以推翻被害人的承诺，使行为人的行为构成强奸罪。然而，

如果凡是被害人遭受胁迫，哪怕显著轻微的胁迫，行为人就构成强奸罪，这种结论恐怕也

无法被人接受。在这种情况下，从一般人的角度来看，可以认为被害人具有相对的意志自

由，仍然可以对同意还是不同意进行选择，一旦选择了同意，那么就是有效的。这样就出

现如何区分同意和屈从的问题，当被害人遭受来自行为人的压力时，何时是真正的同意，

何时是屈从呢？笔者认为，“同意和屈从”不能作为判断胁迫的程度进而认定行为人的行为

是否构成强奸罪的标准。一方面，如果将屈从理解为被害人遭受到不敢反抗程度的胁迫，

那么屈从只不过是不敢反抗的同语反复而已，并没有回答何种程度的胁迫使被害人不敢反

抗的问题；另一方面，如果将屈从理解为被害人由于一定压力不情愿同意的所有情况，那

将导致绝大多数有效的同意转变为屈从，进而使行为人的行为构成强奸罪，就连卖淫女都

可以说卖淫是迫于生计，从而导致嫖客都构成强奸罪，这个结论显然不合理。

编写人：湖北省当阳市人民法院 童涛

18. 幼女自愿与第一人发生性行为后被第二人强奸是否构成轮奸

——沈春成强奸案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省无锡市梁溪区人民法院（2016）苏0213刑初167号刑事判决书

2.案由：强奸罪

【基本案情】

2016年5月7日，马某某（男，2001年5月20日出生，已判决）在歌厅唱歌时与被害人

孟某某（女，2002年9月14日出生）相识，后马某某与孟某某以恋爱名义相处，其间双方

曾自愿发生过性关系。被告人沈春成与马某某系朋友关系。2016年5月11日晚，被告人沈

春成和马某某、奚某某、被害人孟某某等人在无锡市人民医院附近见面，随后先后至歌

厅、酒吧玩耍，在玩耍的过程中被告人沈春成了解到被害人孟某某不满14周岁。2016年5

月12日凌晨，被告人沈春成和马某某、奚某某、被害人孟某某回到无锡市人民医院附近，

被告人沈春成提议在宾馆开房休息，得到马某某、奚某某、被害人孟某某的同意，后被告

人沈春成用自己的身份证登记住宿，四人入住无锡市人民医院对面的某宾馆8801房间，马

某某与被害人孟某某、被告人沈春成与奚某某分别同睡一床休息，在此过程中，马某某与

被害人孟某某先后在床上和卫生间发生性关系，被告人沈春成见状后，亦产生与被害人孟

某某发生性关系的想法，遂向马某某提出并让马某某去洗澡，马某某随后进入卫生间，被

告人沈春成即强行与被害人孟某某发生了性关系。

被告人沈春成到案后如实供述了自己的罪行。

2016年9月22日公诉机关向法院提起公诉，指控马某某于2016年5月间，在明知被害人

孟某某不满14周岁的情况下，分别在无锡市惠山区某小区××号302室、本案所涉的梁溪区

某宾馆8801房间，先后3次与被害人孟某某发生性关系。公诉机关认为：马某某奸淫不满

十四周岁的幼女，应当以强奸罪追究其刑事责任，并从重处罚。马某某犯罪时已满十四周

岁不满十六周岁，应当从轻或者减轻处罚。马某某归案后如实供述自己的罪行，可以从轻

处罚。法院于2016年12月依法判决马某某犯强奸罪，判处有期徒刑二年，缓刑三年。

【案件焦点】

被告人沈春成的强奸行为是否构成轮奸。

【法院裁判要旨】

江苏省无锡市梁溪区人民法院经审理认为：被告人沈春成明知被害人是

不满十四周岁的幼女而与之发生性关系，其行为已构成强奸罪，且应当从重

处罚。被告人沈春成归案后如实供述自己的罪行，依法可以从轻处罚。公诉

机关指控被告人沈春成犯强奸罪的事实清楚，证据确实、充分，适用法律正

确，指控罪名成立。

对于公诉机关指控被告人沈春成构成轮奸一节，本院认为不能成立，理

由是：轮奸是指二男以上在同一段时间内，共同对同一妇女（或幼女）连续

地轮流或同时强奸（奸淫）的行为，成立轮奸，不仅要有轮流或同时强奸

（奸淫）的行为，还要求行为人具有轮流或同时强奸（奸淫）的共同故意。

就本案而言，首先，被告人沈春成与马某某没有轮奸的共同故意。本案中，

无证据证明在涉案人员马某某与被害人孟某某自愿发生性行为之前或发生性

行为过程中，被告人沈春成与马某某具有同时或轮流强奸孟某某的合意，被

告人沈春成的强奸故意系其单方产生，马某某作为未满十六周岁的未成年

人，其无能力阻止被告人沈春成的行为发生，其未进行反抗的行为不能视为

与被告人沈春成达成的合意，马某某与被害人孟某某发生性关系的行为不在

被告人沈春成的意志范围内，被告人沈春成强奸被害人孟某某的行为亦不在

马某某的意志范围内，本案不具有成立轮奸所要求的主观要件。轮奸是强奸

罪的一种特殊形式，为加重类型，共同轮奸行为人既要对自己的奸淫行为和

结果承担责任，也要对他人的奸淫行为和结果承担责任，本案中涉案人员马

某某在幼女自愿的情况下，与幼女发生性关系，侵害了幼女性的决定权，以

强奸论，涉案人员马某某的行为不可能对此后发生的被告人沈春成的奸淫行

为和结果承担责任，也就不可能认定涉案人员马某某的行为为轮奸，被告人

沈春成一个人的行为明显不属于刑法所规定的“二人以上轮奸”，沈春成不构成

轮奸罪。其次，本案被害人与马某某发生性行为，被害人系自愿，系因被害

人未满十四周岁依强奸论，与轮奸行为中前后二次均是强行发生性行为危害

性不同，不宜升格为轮奸。因此，被告人沈春成的强奸行为不属于轮奸。

关于被告人沈春成提出被害人孟某某刚开始虽不愿意发生性关系，后又

自愿配合发生了性关系的辩解意见，被告人沈春成明知被害人是不满十四周

岁的幼女，与之发生性关系，其行为已构成强奸罪，且现有证据均能够证明

被告人沈春成违背被害人的意志，用胁迫手段强奸被害人，对该辩解意见不

予采信。

关于辩护人提出被告人沈春成系普通强奸，不应当认定为轮奸，并有无

违法犯罪前科、如实供述自己的罪行等从轻处罚情节的意见，与事实和法律

规定相符予以采纳。

无锡市梁溪区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百三十六条第

一款及第二款、第五十六条第一款、第六十七条第三款之规定，判决如下：

被告人沈春成犯强奸罪，判处有期徒刑五年六个月，剥夺政治权利二

年。

【法官后语】

本案的焦点在于被告人沈春成的强奸行为是否构成轮奸，为了正确处理本案，需从以

下几个方面考虑：

1.认定构成轮奸的前提是行为人有共同强奸的故意

根据刑法理论，轮奸是指二男以上在同一段时间内，共同对同一妇女（或幼女）连续

地轮流或同时强奸（奸淫）的行为，成立轮奸。也就是说，二名以上的行为人对奸淫同一

妇女或幼女有共同强奸的故意，使得被害女性同时或者在短时间间隔内遭受了轮流奸淫的

侵害，而且轮奸的行为人由于存在共同犯罪的意思沟通和行为的分担，互相之间更加胆大

妄为，更加肆无忌惮，加重了对被奸淫女性的侵害。因此，法律规定“二人以上轮奸的”不

是从重出发的情节，而是一种加重处罚的情节。在本案中，首先，被告人沈春成与马某某

事前没有共同奸淫被害人的合谋，马某某与被害人发生性关系时，被害人系自愿，马某某

并无强行与其发生性关系的意愿，当发生性关系结束时，马某某的行为已经结束，其行为

与之后沈春成的强奸行为没有联系；其次，当被告人沈春成提出也想与被害人发生性关系

时，马某某虽然没有制止，但是考虑到马某某系未满16周岁的未成年人，面对20岁出头的

被告人沈春成，出于惧怕心理其表示无力反抗，可见马某某当时并没有同意沈春成奸淫被

害人的意思，因此，可以认定沈春成提出奸淫被害人系其单方意思表示，并未与马某某达

成合意。

2.在幼女自愿的情况下与其发生性关系和传统的“强奸”有所区别

我国《刑法》第二百三十六条第二款规定：“奸淫不满十四周岁的幼女的，以强奸

论，从重处罚。”该规定的是因为幼女本身生长发育、思维方式均尚不成熟，难以判断自

己行为的正确性，对性行为的认识不够全面，因此法律通过这样的规定对幼女进行了保

护。本案马某某与被害人相互自愿发生性关系，实际上侵害的法益即由这种法律规定。马

某某的行为与普通的以暴力、胁迫手段强行与女性发生性关系是有区别的。首先，被告人

沈春成在看到马某某与被害人发生性关系以后也想与被害人发生性关系，并以暴力、胁迫

的手段对被害人进行强奸，其应当仅对自己的强奸行为负责。其次，在一般的轮奸情节

中，被害人遭受了二次以上的轮流奸淫，其心理和生理上的创伤相对本案被害人遭受的侵

害来说更为严重。因此，本案不宜认定为轮奸。

3.根据刑法罪责刑相适应原则，本案被告人不宜定轮奸

刑法“罪责刑相适应原则”的意思就是犯多大的罪，就应当承担多大的刑事责任，重罪

重罚，轻罪轻罚，罪刑相称，罚当其罪。轮奸是强奸罪的一种特殊形式，是加重处罚的情

节，共同轮奸行为人既要对自己的奸淫行为和结果承担责任，也要对他人的奸淫行为和结

果承担责任，法定刑起点为十年。本案被告人沈春成与马某某、被害人在同一房间，目睹

了马某某与被害人发生性关系后，临时产生了与被害人发生性关系的冲动。马某某与被害

人自愿在他人面前发生性关系，一定程度上造成了被告人犯意的提起。若本案认定被告人

沈春成构成轮奸，其将面临十年以上刑罚，显然不符合刑法罪责刑相适应的原则。

编写人：江苏省无锡市梁溪区人民法院 张宏元 倪曼丽

19. 主观放弃和客观阻碍交叉，如何认定强奸犯罪形态

——周某、邹某强奸案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江西省萍乡市中级人民法院（2016）赣03刑终182号刑事判决书

2.案由：强奸罪

【基本案情】

2016年2月，被害人谢某通过微信认识邹某。2月28日晚21时许，邹某和周某相约到萍

乡市市区步行街某KTV唱歌，周某问邹某有没有女的带出来玩，邹某便在微信群中发信

息问是否有人愿意去唱歌，被害人谢某表示愿意去。邹某与谢某约好唱歌后，便开车到市

邮政局附近接到谢某，一起来到KTV和周某等人唱歌。23时30分许，谢某提出离开，周

某见状说一起走，于是，邹某驾驶其小轿车（车牌为赣JW××××）送谢某、周某等五人回

家。周某坐在副驾驶座位，并要谢某也坐到副驾驶座位，谢某不愿意，周某将谢某拉到副

驾驶座位坐在其双腿中间。在某菜市场附近，坐在后座的三人下车，周某开始摸谢某的胸

部、阴部、亲谢某的脸，谢某反抗躲闪，将周某的手拿开，用手肘撞周某，并警告周某不

要这样，邹某看到周某对谢某的行为后没有制止。周某称其家住上栗，要求邹某将车往上

栗方向开，邹某明知周某的家在市区朝阳南路，仍然直接将车子开往上栗方向。途中，谢

某一直反抗，周某要谢某坐到车子后排座去，谢某从副驾驶位置爬到后排座位上后，周某

也跟着爬到后排座位和谢某坐在一起，并继续摸谢某的胸部、阴部。谢某不停地反抗。周

某强行将谢某的裤子脱至膝盖位置，并将自己的裤子脱下一点，因周某的生殖器没有勃

起，其便强行抓住谢某的手摸自己的生殖器，等生殖器勃起来后便去顶谢某的阴部想插

入，谢某用手推周某拼命反抗，还在周某右肩处咬了一口，边哭边大喊自己还是处女并对

邹某大喊要其制止周某，邹某回头看了一眼，仍未制止。后周某将谢某的双手抓住放在其

肩膀处，用生殖器强行在谢某的外阴部位摩擦并准备插入，因遭到剧烈反抗，生殖器未能

插入，周某便停止进一步的强奸行为，并对邹某说“没搞头，回去”。周某便让邹某停车换

由自己驾车返回萍乡市区。行至萍乡电大附近时，周某下车回家，邹某继续开车将谢某送

回市邮政局附近。

【案件焦点】

周某停止强奸的行为究竟属于犯罪中止还是犯罪未遂。

【法院裁判要旨】

江西省萍乡市安源区人民法院经审理认为：被告人周某违背妇女意志，

强行与他人发生性关系；被告人邹某明知周某有与他人发生性关系的意思表

示，仍然为周某创造时间和空间条件、提供帮助，当周某强行与他人发性性

关系时，未予制止，二人的行为构成强奸罪。被告人周某已着手实施强奸行

为，因为被害人反抗、阴茎未能勃起而未得逞，系由于其意志以外的原因，

应当认定为犯罪未遂，可以比照既遂犯从轻或减轻处罚。在共同犯罪中，被

告人周某系犯罪行为的实施者，起主要作用，系主犯，应当按参与的全部犯

罪进行处罚；被告人邹某起辅助作用，系从犯，应当从轻或减轻处罚。二被

告人的朋友与被害人达成赔偿协议，且已履行完毕，被害人对二被告人的行

为表示谅解，可酌情对二被告人从轻处罚。二被告人归案后，能如实供述犯

罪事实，可从轻处罚。综上，根据本案的犯罪事实、犯罪情节、二被告人的

主观恶性及行为的社会危害性，依照《中华人民共和国刑法》第二百三十六

条第一款，第二十五条第一款，第二十六条第一款、第四款，第二十七条，

第二十三条，第六十七条第三款之规定，判决：

一、被告人周某犯强奸罪，判处有期徒刑一年。

二、被告人邹某犯强奸罪，判处有期徒刑六个月。

周某上诉及其辩护人辩护提出：1.根据案情发展和查明的事实，周某的行

为属犯罪中止，一审法院认定的因其生殖器不能勃起而放弃侵害行为是没有

事实根据和证据支持的，认定犯罪未遂不当。2.周某认罪悔罪，受害人对其行

为予以谅解，请求二审法院对其判处缓刑。

邹某上诉提出：其在本案中没有积极帮助周某对被害人实施奸淫行为，

自始至终都只是在开车，碍于师徒情面没有制止周某的行为，属于消极地不

作为，在主观上并没对被害人实施奸淫的故意，主观恶性不大，也没有对被

害人造成严重后果，请求二审法院免予刑事处罚或判处缓刑。

萍乡市中级人民法院经审理后认为：上诉人周某违背妇女意志，强行与

他人发生性关系；上诉人邹某明知周某欲强行在车上与他人发生性关系，仍

然开车绕行以提供帮助，为周某创造时间和空间条件，当周某强行与他人发

性性关系时，未予制止，二人的行为均已构成强奸罪，应依法处罚。在共同

犯罪中，上诉人周某系犯罪行为的实施者，起主要作用，系主犯，应当按参

与的全部犯罪处罚；上诉人邹某起辅助作用，系从犯，依法应当减轻处罚。

二上诉人在共同强奸犯罪过程中，自动放弃本可以继续实施的犯罪行为，属

犯罪中止，依法应当减轻处罚。二上诉人归案后，能如实供述犯罪事实，系

坦白，依法可从轻处罚。二上诉人的亲友与被害人达成赔偿协议，且已履行

完毕，被害人对二人的行为予以谅解，均可酌情从轻处罚。经委托社区矫正

机构对周某进行判前社会调查，评估意见认为周某符合社区矫正条件。原审

判决认定事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，审判程序合法，但原审认

定本案属犯罪未遂不当，属适用法律有误，应予以改判。根据上诉人周某、

邹某的犯罪事实、性质、情节及社会危害程度，判决：

一、撤销萍乡市安源区人民法院（2016）赣0302刑初360号刑事判决。

二、上诉人（原审被告人）周某犯强奸罪，判处有期徒刑八个月，缓刑

一年。

三、上诉人（原审被告人）邹某犯强奸罪，免予刑事处罚。

【法官后语】

在本案审理过程中，对于上诉人周某停止强奸的行为究竟属于犯罪中止还是犯罪未遂

存在较大争议。一种意见认为，周某已着手实施强奸行为，因为被害人反抗、阴茎未能勃

起而未得逞，系由于其意志以外的原因，应当认定为犯罪未遂；另一种意见认为，当时被

害人的反抗并不激烈，周某在将被害人的裤子已脱下的情况下，如果想强行插入也是可以

的，从萍乡市区去上栗县行车时间长达40分钟左右，周某完全有继续作案的可能性，但主

动停止了强奸行为，应当认定为犯罪中止。

笔者认为，在主观放弃和客观阻碍交叉的强奸犯罪中，要判断被告人停止强奸的行为

究竟属于犯罪中止还是犯罪未遂，关键是看其停止犯罪的主要原因，如果主要是被告人在

有可能实施犯罪的情况下主动放弃，应当认定为中止；如果主要是因为被害人反抗等客观

原因而无法继续犯罪，则应当认定为未遂。

就本案而言，认定上诉人周某构成强奸中止主要基于以下几个原因：

1.上诉人周某已经着手实行强奸行为，而且行为并没有得逞达到既遂，即中止行为发

生在“犯罪过程中”。犯罪中止存在两种情况：一是未实现终了的中止，即在预备阶段或者

实行行为还没有实行终了的犯罪过程中自动放弃犯罪；二是实行终了的中止，即在实行行

为终了的情况下自动有效地防止犯罪结果发生。故犯罪中止可以分为“预备阶段的中

止”和“实行阶段的中止”，其分水岭便是“行为的着手”。具体到本案，周某在车内有对被

害人摸胸部、阴部等行为，根据这些情节已经足以认定周某已经开始强奸罪的着手。因而

在行为人着手以后，如果自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪发生，就成立犯罪中止。

2.上诉人周某的行为具备“中止的自动性”。所谓犯罪中止的自动性，是指犯罪中止必

须是行为人在自认为（确信）当时能够完成犯罪的情况下，基于本人的意志而决定停止犯

罪行为，或者主动防止危害结果的发生。在刑法理论上，犯罪中止要求“根据自己的意

思”，而停止犯罪，这是犯罪中止必须具备的条件，但是，如何理解这一条件，理论和司

法实务上都存在不同的认识，归纳起来主要有以下几种观点：（1）绝对自动论。认为自

动放弃必须是在没有任何外界因素影响的情况下，主动放弃犯罪。（2）内因决定论。认

为内因是变化的根据，外因是变化的条件，外因通过内因而起作用。（3）主要作用论。

认为各种外界因素对犯罪人犯罪意志的影响不可能等同，有的足以迫使行为人停止犯罪，

有的却不能改变其犯罪意图。（4）无意义论。认为“引起犯罪中止的原因对于中止犯的成

立没有意义”。犯罪意图的产生与消灭，都是基于一定的原因。（5）综合考察论。认为在

具有外界因素的场合，判断犯罪没有完成或危害结果没有发生，究竟是行为人被迫停止犯

罪，还是自动放弃犯罪，既不能纯粹从外界因素方面着眼，单纯考虑外界因素的影响，而

不承认行为人主观上的决定作用；也不能一味强调行为人的意志作用，而忽视外界因素的

强制作用，而应当根据行为人对事实的认识情况，结合外界因素的性质及表现形式，区分

不同情形，加以认定。笔者认为，行为人所实施的任何行为的意志，包括决定中止犯罪的

意志，都不可能是凭空产生的，完全否定客观因素对行为人放弃犯罪意图、停止犯罪所起

的影响作用是没有道理的。所要探讨的问题只是在决定停止犯罪行为的当时有无客观因素

影响以及影响的程度，因此第五种观点要求具体分析客观因素对行为人意志的影响，以及

影响程度，将其作为区别犯罪中止形态与犯罪未遂形态的根据之一是比较合理的。具体到

本案，上诉人周某没有明显的暴力行为，被害人的反抗也并不激烈，周某停止强奸行为的

原因是多方面的，既有被害人的反抗，也有生殖器方面的原因，还有周某觉得没意思主动

放弃，可以认定其是主动中止犯罪。

3.上诉人周某的行为具备中止的客观性。从萍乡市区去上栗县行车时间长达40分钟左

右，周某完全有继续作案的可能性，在强奸行为未实行终了的情况下，周某真实地放弃犯

罪行为，而不是等待时机继续实施，符合客观性的要求。这一点并无讨论的必要。

4.上诉人周某的行为具备中止的有效性，行为人不仅应当自动放弃犯罪或者采取积极

措施防止，也必须是最终有效地防止犯罪结果发生。这一点在本案例也并无争议。

综上，周某、邹某属于犯罪中止。

编写人：江西省萍乡市中级人民法院 钟琰 尹淑艳

（六）强制猥亵罪

20. 无证据与“一对一” 证据相互印证时如何处理

——张庆某被诉强制猥亵宣告无罪案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2016）京02刑终193号刑事判决书

2.案由：强制猥亵罪

【基本案情】

2015年3月15日20时许，袁某某到北京市大兴区西红门镇甲诊所内看病，张庆某询问

了袁某某的症状后给其输液治疗尿路感染。次日20时许，袁某某再次来到甲诊所就医，自

述胃疼。张庆某给其输液继续治疗尿路感染。输液过程中，张庆某带听诊器来到输液室给

袁某某做腹部检查。后在袁某某继续输液过程中，其男友张利某到场，袁某某告知张利某

张庆某在检查过程中曾对其阴部有抠摸行为。后张利某找张庆某质问此事，张庆某予以否

认。双方发生争执，遂报警。后双方被带至公安机关接受调查。

【案件焦点】

张庆某除对袁某某进行腹部检查之外，是否存在借检查之机，对袁某某

实施强制猥亵的行为，从而构成强制猥亵罪。

【法院裁判要旨】

北京市大兴区人民法院经审理认为：被告人张庆某违背妇女意志，强行

猥亵妇女，其行为已构成强制猥亵妇女罪，依法应予以惩处。北京市大兴区

人民检察院指控被告人张庆某犯强制猥亵妇女罪的罪名成立。北京市大兴区

人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百三十七条第一款、第十二条之

规定，作出如下判决：

被告人张庆某犯强制猥亵妇女罪，判处有期徒刑一年。

张庆某的上诉理由为：其未对被害人实施猥亵行为，原判认定的事实不

清，证据不足。张庆某辩护人的意见为：现有证据不能证明张庆某存在强制

猥亵的行为，张庆某无罪。北京市人民检察院第二分院的出庭意见为：原判

认定张庆某犯强制猥亵妇女罪的事实清楚，证据确实、充分，定性准确，量

刑适当，建议二审驳回上诉，维持原判。

北京市第二中级人民法院经审理认为：本案能证明张庆某存在强制猥亵

行为的证据，仅有被害人袁某某的陈述。证人张利某的证言系传来证据，源

于被害人袁某某对该事实的陈述，在案微信聊天记录亦仅能证明袁某某在事

后对张利某陈述过该事实。在案法医物证鉴定意见可证明张庆某的手部曾与

袁某某的身体有过接触，但控辩双方均认可张庆某在对袁某某的腹部进行按

压检查时，张庆某的手部曾与袁某某的皮肤有过接触，鉴定意见中的DNA的

混合结果，无法排除系因上述腹部按压检查行为所导致。综上，在案证据无

法形成排他、唯一的结论，无法形成完整的定罪证据链条。据此，认定张庆

某对袁某某实施强制猥亵的证据不足。北京市大兴区人民法院判决认定上诉

人（原审被告人）张庆某犯强制猥亵妇女罪的证据不足，应依法改判，并宣

告张庆某无罪。本院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第五十三条、第一

百九十五条第（三）项、第二百二十五条第一款第（三）项之规定，判决如

下：

一、撤销北京市大兴区人民法院（2015）大刑初字第1456号刑事判决主

文，即被告人张庆某犯强制猥亵妇女罪，判处有期徒刑一年。

二、上诉人（原审被告人）张庆某无罪。

【法官后语】

本案重点在于“一对一”证据情况下的案件如何处理。

“一对一”证据常见于言词证据，包括被告人供述、被害人陈述、证人证言等单个证据

或者上述证据形成相对立的单方集合证据，也即对于案件事实，双方各执一词，而又无其

他证据与之印证的证据。“一对一”证据无法形成待证事实的完整证据链。法官可能会基于

事实的发展逻辑形成其内心确信，形成判决被告人有罪的倾向，但仔细分析，这种确认是

缺乏证据基础的违心确认，如果对被告人宣判有罪，则是对证据裁判原则和疑罪从无原则

的悖逆。

证据裁判原则和疑罪从无原则是法官进行刑事审判活动必须坚持的基本原则，近几年

出现的冤假错案的共同点均是在审判过程中未坚持证据裁判原则和疑罪从无原则。党的十

八届四中全会提出推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革，其中一项核心要求就是全面贯

彻证据裁判原则。“证据裁判原则”是判决案件应坚持的基本原则，指对案件事实的认定，

必须依据在案证据，没有证据支撑不能认定案件事实及对被告人定罪量刑，其基本内容包

括：仅有指控事实及罪名，却没有证据支持的不能定罪处罚；指控犯罪依靠的是不确实的

证据，不能定罪处罚；证据未经法庭质证、辩论查证属实的，不能定罪处罚。“疑罪从无

原则”即在审的案件事实不清，证据不足，据以定罪的证据之间、证据与案件事实之间存

在矛盾，或者根据认定案件事实的过程不符合逻辑和经验规则，全案证据不能得出被告人

有罪的唯一结论。无论是证据裁判原则还是疑罪从无原则，均要求证据的确实充分标准，

证据形成证据链条的完整。我国《刑事诉讼法》第五十三条规定了重证据，重调查研究，

不轻信口供的原则，并确定证据确实充分的标准：（1）定罪量刑的事实都有证据证明；

（2）据以定案的证据均经法定程序查证属实；（3）综合全案证据，对所认定事实已排除

合理怀疑。《最高人民法院关于〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第一百零五条对

上述标准又进一步具体化：（1）证据已经查证属实；（2）证据之间相互印证，不存在无

法排除的矛盾和无法解释的疑问；（3）全案证据已经形成完整的证明体系；（4）根据证

据认定案件事实足以排除合理怀疑，结论具有唯一性；（5）运用证据进行的推理符合逻

辑和经验。只有符合上述证据的认定标准，才能对被告人认定有罪。在无其他证据与“一

对一”证据相互印证时，即无法达到证据确实充分的标准时，应依法宣告被告人无罪。

就本案而言，张庆某否认指控犯罪的供述一直稳定，无论在一审还是二审期间，其均

未做过有罪供述；而被害人袁某某作为报案人，一直陈述张庆某在对其身体检查的过程有

猥亵行为；这就形成“一对一”的局面。而本案被害人袁某某的男友，证人张利某的证言系

对被害人袁某某的转述，微信聊天记录证明袁某某在事后对张利某陈述过该事实。法医物

证鉴定意见证明张庆某的手部曾与袁某某的身体有过接触，存在二人的DNA混合结果，

但该混合结果是否系张庆某的猥亵行为所致无法确定，因张庆某曾在检查袁某某腹部时，

曾与袁某某的皮肤接触过，被害人对此也未予否认。综上，本案无证据能够与张庆某的供

述或者被害人袁某某的陈述相互印证，无法形成完整的定罪证据链条，证据未达到确实充

分的标准，且在案证据无法形成排他、唯一的结论，故应依法宣告张庆某无罪。

编写人：北京市第二中级人民法院 刘克河

（七）绑架罪

21. 挟持近亲属的行为是否可以构成绑架罪

——胡群明绑架案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江西省萍乡市中级人民法院（2016）赣03刑终113号刑事裁定书

2.案由：绑架罪

【基本案情】

被害人黄某（案发时年约7岁）系王某与其前夫之子。2015年1月15日王某与被告人胡

群明登记结婚。二人在共同生活中，感情不睦，胡群明在外打工期间，认为妻子对其缺少

关心，得知王某的房贷已经还清却对自己有所隐瞒后，胡群明非常生气。9月29日晚，胡

群明来到萍乡市安源区安源镇某小区×栋×单元602室王某住处门口，候至第二日凌晨4时

许，王某一直拒绝开门，胡群明遂关掉王某家电闸离开。上午8时许，胡群明再次来到王

某住处门口等候，待王某打开家门去修电闸之时，进入房间将黄某抱到6楼楼顶，将黄某

的头肩部搁在楼顶栏杆上，脚离开地面，威胁王某，不断数落王某并要王某跪下道歉，不

然就将黄某从楼上扔下，王某无奈跪下对胡群明磕头并要求胡群明将黄某放下，胡群明不

答应还在不停责怪王某，二人僵持了一段时间，王某亲友苏云某和小区物业人员也在规劝

胡群明将孩子放下，但胡群明始终没有将孩子放下，苏云某怕事态失控，趁胡群明不备将

胡群明及黄某一起抱住，黄某掉落楼顶地面上后被小区物业工作人员抱走救下。苏云某和

小区物业人员将胡群明带至楼下等待公安民警，随后民警将胡群明带至办案机关。

【案件焦点】

胡群明挟持继子黄某的行为是否构成绑架罪。

【法院裁判要旨】

江西省萍乡市安源区人民法院经审理认为：被告人胡群明因与被害人黄

某母亲王某夫妻感情不和，为发泄个人情绪，绑架被害人黄某作为人质，其

行为严重侵害了被害人的人身权利，构成绑架罪，鉴于被害人黄某肉体并未

受到伤害，可认定为情节较轻，依法应处以五年以上十年以下有期徒刑，并

处罚金。关于胡群明提出其主动放下人质、系犯罪中止的辩解意见，因被害

人黄某在被获救之前一直处于胡群明的控制之下，胡群明的行为已构成犯罪

既遂，故该辩解意见，不予采纳。被告人胡群明曾因犯盗窃罪被判处有期徒

刑，刑罚执行完毕后，五年以内再犯应当判处有期徒刑刑罚之罪，系累犯，

应当从重处罚；归案后，能如实供述自己的犯罪事实，系坦白，可从轻处

罚。关于控辩双方提出胡群明系自首的控辩意见，经查，苏云某将胡群明及

黄某推开后，苏云某和小区物业人员将胡春明控制并带至小区楼下，等候公

安机关的到来，胡群明并不具备逃离现场的条件，故不能认定胡群明自动投

案，对该控辩意见，不予支持。鉴于本案系因家庭纠纷引起，被害人的法定

代理人对胡群明的行为表示谅解，可酌情对其从轻处罚。综上，依照《中华

人民共和国刑法》第二百三十九条第一款、第六十五条第一款、第六十七条

第三款、第五十三条之规定，认定被告人胡群明犯绑架罪，判处有期徒刑五

年，并处罚金人民币一万元。

上诉人胡群明上诉及其辩护人辩护提出：1.上诉人的行为不构成绑架罪；

2.上诉人的行为是犯罪中止，且有自首情节，并获得谅解，应从轻处罚；3.一

审量刑过重，请二审依法改判。

萍乡市中级人民法院经审理认为：上诉人胡群明因与被害人黄某母亲王

某夫妻感情不和，为发泄个人情绪，抱着被害人黄某立于六楼楼顶边沿栏杆

处作为人质，以要将黄某扔下楼要挟其妻王某认错，其行为严重侵害了被害

人的人身权利，已构成绑架罪，应依法惩处。鉴于被害人黄某被及时救下，

身体并未受到伤害，可认定为情节较轻，依法应处五年以上十年以下有期徒

刑，并处罚金；同时，本案系因家庭纠纷引起，被害人的法定代理人对胡群

明的行为表示谅解，可酌情对其从轻处罚。上诉人胡群明曾因犯盗窃罪被判

处有期徒刑，刑罚执行完毕后，五年以内再犯应当判处有期徒刑刑罚之罪，

系累犯，应当从重处罚；关于胡群明及其辩护人提出的不构成绑架罪的意

见，因与本案事实、证据及相关法律不符，不予支持；关于胡群明及其辩护

人提出的犯罪中止和有自首情节的意见，因与原审中的辩解意见相同，且原

判已作不予支持的合法、客观评价，故本院不予重复评述。原审判决认定事

实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当，审判程序合法。依照《中

华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第（一）项的规定，裁

定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

在本案审理过程中，对于上诉人胡群明挟持继子黄某的行为是否构成绑架罪存在两种

意见。一种意见认为，本案是因家庭矛盾引发，胡群明并非以勒索财物或抗拒抓捕为目的

挟持被害人，且被害人黄某是胡群明的继子，不宜以犯罪论处；另一种意见认为，胡群明

因与黄某的母亲王某夫妻感情不和，为发泄个人情绪，抱着黄某立于六楼楼顶边沿栏杆处

作为人质，以要将黄某扔下楼要挟其妻王某认错，其行为严重侵害了被害人的人身权利，

已构成绑架罪。

笔者认为，要判断挟持近亲属的行为是否构成绑架罪，关键是看行为人的主观恶性和

暴力程度，如果行为人是一时冲动且暴力程度较轻，对受害近亲属的身心健康影响较小，

可以不以犯罪论处，如果行为人是为了不正当的目的，有预谋的对受害近亲属实施暴力或

胁迫行为，对其身心健康造成较大影响的，则可以绑架罪论处。

就本案而言，上诉人胡群明因家庭矛盾而绑架亲属作为人质，其行为已构成绑架罪，

主要理由如下：

1.绑架罪是指勒索财物或者其他目的，使用暴力、胁迫或者其他方法，绑架他人的行

为。绑架的目的不限于勒索财物或政治目的、抗拒抓捕等，其他非法目的也可以成为绑架

动机。具体到本案，胡群明因为与妻子存在家庭矛盾，为了让对方“服软”，而劫持继子，

其绑架人质的目的非常明确，符合绑架罪的主观要件。

2.绑架罪的客观方面表现为使用暴力、胁迫或者其他的方法，绑架他人的行为。“暴

力”，是指行为人直接对被害人进行捆绑、堵嘴、蒙眼、装麻袋等人身强制或者对被害人

进行伤害、殴打等人身攻击手段。“胁迫”，是指对被害人实行精神强制，或者对被害人及

其家属以实施暴力相威胁。“其他方法”，是指除暴力胁迫以外的方法，如利用药物、醉酒

等方法使被害人处于昏迷状态等。这三种犯罪手段的共同特征是使被害人处于不能反抗或

者不敢反抗的境地，将被害人非法绑架离开其住所或者所在地，并置于行为人的直接控制

之下，使其失去行动自由。法律只要求行为人具有绑架他人其中一种手段就构成本罪。具

体到本案，胡群明将年仅七岁的继子黄某立于六楼楼顶边沿栏杆处作为人质，以要将黄某

扔下楼要挟其妻王某认错，其行为严重危害到了黄某的人身安全和身心健康，且对社会和

谐及公序良俗造成了极其负面的影响，其行为符合绑架罪的客观要件。

3.由于对绑架罪的立法本意涵盖的内容在执行理解上有较大偏差，在司法实践中往往

导致两个极端，要么在十年以上有期徒刑量刑，要么就按免予刑罚处罚处理，中间未设过

渡刑。两者量刑差距之大，导致司法裁决的混乱。而本案鉴于被害人黄某被及时救下，身

体并未受到伤害，可认定胡群明情节较轻，同时本案系因家庭纠纷引起，被害人的法定代

理人对胡群明的行为表示谅解，可酌情对其从轻处罚。上诉人胡群明曾因犯盗窃罪被判处

有期徒刑，刑罚执行完毕后，五年以内再犯应当判处有期徒刑刑罚之罪，系累犯，应当从

重处罚。

编写人：江西省萍乡市中级人民法院 钟琰 彭竣

（八）非法拘禁罪

22. 非法拘禁他人并要求写下欠条构成何罪

——刘某等非法拘禁、敲诈勒索案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省泰州市高港区人民法院（2016）苏1203刑初211号刑事判决书

2.案由：非法拘禁罪、敲诈勒索罪

【基本案情】

1.非法拘禁

因黄某未经被告人刘某、华某夫妇同意，将欠被告人刘某债务的吴伟某带出去游玩一

周未归，2016年5月21日，在得知黄某、吴伟某在浙江省海宁市后，被告人刘某、华某商

议去海宁寻找被害人黄某及吴伟某并将二人带回泰兴。当晚被告人刘某、华某纠集被告人

殷某、季某、严某、钱锡某及吴某、陆思某（均另案处理）寻找黄某、吴伟某二人，上述

八人分乘两辆车前往浙江省海宁市。

2016年22日凌晨2时许，被告人刘某、华某、殷某及吴某在浙江省海宁市海州某宾馆

413房间，对黄某辱骂、扇耳光、用脚踹，后八人强行将黄某及吴伟某从该宾馆带至泰州

市高港区胡庄镇某村被告人刘某的老家，并将黄某的轿车一并开回。途中，被告人华某在

微信群发信息要求被告人殷某等人殴打黄某。

2016年5月22日凌晨6时左右，在被告人刘某老家一楼客厅，被告人刘某、华某等人对

黄某进行辱骂。在被告人刘某、华某暗示下，被告人殷某、季某、严某、钱锡某及吴某、

陆思某对黄某轮番进行殴打，并逼迫黄某下跪，致黄某右耳外伤性鼓膜穿孔。至当日13时

许，被告人刘某才允许黄某离开。经鉴定，被害人黄某的损伤程度已构成轻微伤。

2.敲诈勒索

2016年5月22日上午，被害人黄某被被告人刘某、华某等人带至泰州市高港区胡庄镇

某村刘某的老家后，被告人刘某、华某指使被告人殷某、季某、严某、钱锡某及吴某、陆

思某等人对黄某实施殴打。后被告人刘某、华某将黄某带至三楼书房，以索要路费、油费

及欠款为由，逼迫黄某写下向吴某借款人民币60000元的借条，并以其轿车作为抵押。当

日13时许，被告人刘某将黄某的轿车扣押后，让黄某回家取钱。当晚，被告人刘某、华某

等人凭借条向黄某索要钱财，后因黄某的家人报警而未得逞。经查，黄某曾在被告人刘

某、华某夫妇经营的手机店分期付款购买手机1部，未付款金额为人民币6230元；曾在被

告人刘某、华某夫妇经营的网吧消费及借款合计人民币18636元。案发后，被告人刘某、

华某、殷某、季某被抓获归案并如实供述自己的罪行；被告人严某、钱锡某主动向公安机

关投案并如实供述自己的罪行；被告人刘某的近亲属己赔偿黄某的医疗费、误工费等各项

损失合计人民币120000元，并取得谅解。

【案件焦点】

非法拘禁他人，并要求被害人当场写下欠条，构成抢劫罪还是敲诈勒索

罪。

【法院裁判要旨】

江苏省泰州市高港区人民法院经审理认为：被告人刘某、华某、殷某、

季某、严某、钱锡某共同非法拘禁他人，并实施殴打、侮辱行为，其行为均

已构成非法拘禁罪，且系共同犯罪。被告人刘某、华某以非法占有为目的，

敲诈勒索他人财物，数额较大，其行为均已构成敲诈勒索罪，且系共同犯

罪。被告人刘某、华某、殷某、季某、严某、钱锡某在共同犯罪中均系主

犯，应当按照其所参与的全部犯罪处罚，其中被告人殷某、季某、严某、钱

锡某作用相对较小，酌情从轻处罚。被告人严某、钱锡某自动投案，如实供

述自己的罪行，系自首，依法从轻处罚。被告人刘某、华某、殷某、季某归

案后如实供述自己的罪行，依法从轻处罚。被告人刘某、华某已经着手实施

敲诈勒索，因意志以外的原因而未得逞，系犯罪未遂，依法比照既遂犯从轻

处罚；被告人刘某、华某近亲属积极赔偿被害人，并取得被害人谅解，酌情

从轻处罚；被告人刘某、华某犯有数罪，应当数罪并罚。被告人季某有犯罪

前科，酌情从重处罚。被告人华某、严某、钱锡某所在社区经调查后认为，

其一贯表现良好，适用缓刑对其所居住社区无重大不良影响，故可给予其一

定的缓刑考验期限。

泰州市高港区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百三十八条第

一款，第二百七十四条，第二十五条第一款，第二十六条第一款、第四款，

第二十三条，第六十七条第一款、第三款，第六十九条第一款、第三款，第

七十二条第一款、第三款的规定，判决如下：

一、被告人刘某犯非法拘禁罪，判处有期徒刑八个月；犯敲诈勒索罪，

判处有期徒刑一年，并处罚金人民币五千元；决定执行有期徒刑一年六个

月，并处罚金人民币五千元。

二、被告人华某犯非法拘禁罪，判处有期徒刑八个月；犯敲诈勒索罪，

判处有期徒刑一年，决定执行有期徒刑一年六个月，缓刑二年，并处罚金人

民币五千元。

三、被告人殷某犯非法拘禁罪，判处有期徒刑七个月。

四、被告人季某犯非法拘禁罪，判处有期徒刑七个月。

五、被告人严某犯非法拘禁罪，判处有期徒刑七个月，缓刑一年。

六、被告人钱锡某犯非法拘禁罪，判处有期徒刑六个月，缓刑一年。

【法官后语】

本案处理的重点是如何正确理解抢劫罪和敲诈勒索罪的犯罪构成及区别。首先，抢劫

罪和敲诈勒索罪虽然都有非法占有的故意，但敲诈勒索犯意的产生有其特定的原因，行为

人往往掌握被害人的一定事由，具有“事出有因”的法定特征，这个“因”可能是合法事由，

也可能是掌握的被害人的隐私或是虚构的，行为人利用这些事由来对被害人进行敲诈和勒

索；而抢劫罪中，行为人一般只具有非法获取财物的目的，不用理由和借口，直截了当地

劫取财物。其次，敲诈勒索与抢劫相比在时间、空间上的跨度较大，其暴力威胁方式稍

缓，程度较轻，时限稍宽，不足以达到被害人不能、不敢反抗，无法报案的余地，获取财

物也不具有当场性。而抢劫罪在时间跨度上较短，取得财物一般具有当场性，并且在暴力

程度也与敲诈勒索罪具有较大区别。最后，敲诈勒索属于故意犯罪中的预谋犯，行为的实

施常常伴有一定原由，因此行为对象往往具有特定性，而抢劫的对象可能预谋时会选择某

一类人，如妇女或老人等弱势群体，但被劫取财物的人不具备与一定事由的相关性，对象

常常是不特定的。

具体到本案中，刘某、华某因黄某未经其同意将吴伟某带出去游玩未归而生气，因此

产生让其承担此次找他的油费、过路费、人工费等费用的想法，事出有“因”；虽也采用了

一定的暴力手段，但打人是为了教训黄某，并不是以此来要钱，且黄某手机未被没收，打

完欠条后黄某仍在此处休息，未达到不能反抗、无法报案的境地，故被告人的行为不符合

抢劫罪的构成要件，应以敲诈勒索罪追究其刑事责任。

编写人：江苏省泰州市高港区人民法院 韩燕

23. 非法拘禁致人死亡的司法认定

——王鹏等非法拘禁案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2016）京02刑终743号刑事裁定书

2.案由：非法拘禁罪

【基本案情】

2015年6月21日至同年6月28日期间，被告人王鹏为替他人索取债务，伙同刘安某（在

逃）指使被告人梁仁贵、吕士平等人在北京市丰台区木樨园某大厦等多处地点对被害人魏

某进行拘禁，限制其人身自由，讨要欠款，期间有侮辱、体罚行为。2015年6月28日11时

许，被害人魏某在被拘禁地点跳楼自杀后死亡。被告人王鹏于2015年7月30日被北京市公

安局丰台分局刑事侦查支队查获。被告人梁仁贵、吕士平于2015年7月16日被北京市公安

局丰台分局刑事侦查支队查获。

【案件焦点】

被告人王鹏、梁仁贵、吕士平是否构成非法拘禁致人死亡的结果加重

犯。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为：被告人王鹏、梁仁贵、吕士平无视

国家法律，结伙非法剥夺他人人身自由，并具有侮辱、体罚行为，致被害人

魏某跳楼自杀后死亡。北京市丰台区人民检察院指控被告人王鹏、梁仁贵、

吕士平犯非法拘禁罪的事实清楚，证据确实、充分，罪名成立。经查，被告

人王鹏、梁仁贵、吕士平等人为索取债务长时间对被害人魏某进行拘禁，且

期间存在体罚、侮辱行为，被害人魏某受到长时间拘禁并受到体罚、侮辱

后，因不堪忍受而跳楼自杀后死亡，被告人实施的犯罪行为与被害人的死亡

后果之间存在因果关系。鉴于被告人梁仁贵、吕士平在共同犯罪中起辅助作

用，系从犯，故本院分别对该二名被告人予以从轻、减轻处罚。

北京市丰台区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百三十八条第

一款、第二款、第三款，第二十五条第一款，第二十七条，第五十五条第一

款，第五十六条第一款，第六十一条之规定，作出如下判决：

一、被告人王鹏犯非法拘禁罪，判处有期徒刑十二年，剥夺政治权利二

年。

二、被告人梁仁贵犯非法拘禁罪，判处有期徒刑十年，剥夺政治权利二

年。

三、被告人吕士平犯非法拘禁罪，判处有期徒刑九年，剥夺政治权利一

年。

王鹏、梁仁贵、吕士平均认为被害人的死亡结果与自己无关，提起上

诉。

北京市第二中级人民法院经审理认为：上诉人（原审被告人）王鹏、梁

仁贵、吕士平无视国家法律，结伙非法剥夺他人人身自由，致使被害人跳楼

自杀后死亡，其行为均已构成非法拘禁罪，依法应当予以惩处。鉴于梁仁

贵、吕士平系从犯，同时考虑二上诉人的具体罪责，分别对梁仁贵予以从轻

处罚、对吕士平予以减轻处罚。北京市人民检察院第二分院所提建议二审法

院驳回上诉，维持原判的审查意见成立，本院予以采纳。经查，三上诉人伙

同他人对被害人魏某进行长时间的非法拘禁，并对其实施侮辱、体罚等行

为，致使魏某在被拘禁地点跳楼自杀后死亡，三上诉人的非法拘禁行为与被

害人魏某的死亡后果存在刑法上的因果关系，应当对魏某的死亡后果承担相

应的刑事责任。梁仁贵、吕士平系被王鹏纠集参与到非法拘禁犯罪过程中，

故王鹏在共同犯罪中起主要作用，系主犯。原审法院根据王鹏、梁仁贵、吕

士平犯罪的事实、性质、情节、对于社会的危害程度及在共同犯罪中的地

位、作用，所作出的判决，定罪及适用法律正确，量刑适当，审判程序合

法，应予维持。

北京市第二中级人民法院依据《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二

十五条第一款第（一）项之规定，裁定如下：

驳回王鹏、梁仁贵、吕士平的上诉，维持原判。

【法官后语】

本案的争议焦点在于被告人王鹏、梁仁贵、吕士平是否构成非法拘禁致人死亡的结果

加重犯。

笔者认为，非法拘禁致人死亡的结果加重犯应当具备三个构成条件：第一，非法拘禁

行为与被害人的死亡之间具有时空上的连续性；第二，行为人对被害人的死亡结果在主观

上具有过失；第三，被害人死亡的结果与非法拘禁行为有刑法上的因果关系。下面进行具

体分析。

1.非法拘禁行为与被害人的死亡之间具有时空上的连续性

如果被害人在脱离行为人的控制后又自杀死亡，或由于其他因素的介入而导致被害人

死亡，则由于造成被害人死亡结果的事件发生在事后，只能认定非法拘禁是引起被害人死

亡的其中一个因素，不属于非法拘禁罪的结果加重犯。而本案中被害人魏某的自杀死亡发

生在其被非法拘禁期间。

2.行为人对被害人死亡的结果在主观上具有过失

依照主客观相一致的原则，认定行为人应对某种行为或后果承担刑事责任，其主观方

面必须存在罪过。根据我国《刑法》对非法拘禁罪的规定，只有行为人对被害人死亡的结

果是具有过失的，其才有可能构成非法拘禁致人死亡的结果加重犯。

行为人是否能够预见到危害结果可能出现是判断其是否具有过失的关键。非法拘禁罪

具有一定的特殊性，由于行为人剥夺或限制了被害人的人身自由，因此行为人对被害人的

人身安全应当负有一定的保护义务，而该义务是由被告人的先行行为（即非法拘禁）引起

的。同时，非法拘禁行为往往持续时间较长，且多伴有殴打、侮辱、体罚等情节，极易使

被害人的精神遭受打击，正常的判断和认识能力下降，从而导致产生自杀的风险。而行为

人有义务阻止该风险的发生，如果该风险实际发生，则可以认定行为人是具有过失的。

要考察行为人能否预见被害人死亡结果发生的可能性，应当根据主客观相一致的原

则，根据案件的事实和证据以及行为人的自身能力来综合判断。如果被害人在被非法拘禁

期间曾表明要自杀或者有过自杀行为而被制止，或者被害人情绪、举动明显异常有自杀的

征兆等，那么可以认定行为人对被害人的死亡结果应当预见到，即行为人具有过失。

本案中，被害人魏某在被拘禁期间，曾给其家属发短信表露出自杀的意图，且王鹏等

人也知晓此事，同时被害人在非法拘禁期间情绪一度沮丧、异常，王鹏等人应当预见到其

有自杀的可能性，但未及时阻止，因此王鹏等人对被害人的死亡结果存在过失。

3.被害人死亡的结果与非法拘禁行为有刑法上的因果关系

结果加重犯的犯罪构成系修正的犯罪构成，即加重结果也是犯罪构成要件的要素，只

有基本犯罪行为和加重结果之间具有刑法上的因果关系，行为人才能成立结果加重犯。

在认定非法拘禁行为与被害人死亡之间有无刑法上的因果关系的问题上存在多种观

点，在此不作赘述。笔者认为，只要非法拘禁行为及常与之伴随的侮辱、殴打行为是导致

被害人死亡的主要原因，即可认定非法拘禁行为与被害人死亡结果之间具有刑法上的因果

关系。非法拘禁过程中，被害人死亡的原因具有复杂性，我们需要从中判断出导致其死亡

的最重要的因素，将其作为导致被害人死亡的主要原因，且只有该因素与被害人的死亡结

果之间具有刑法上的因果关系。若非法拘禁行为及过程中的侮辱、殴打行为是造成被害人

自杀的主要原因，那么应当认定具有刑法上的因果关系。

本案中，导致被害人魏某自杀的因素如下：王鹏等人的非法拘禁行为及对其的侮辱、

体罚行为；王鹏等人向其追讨债务；被害人魏某筹钱未果。魏某的债务实际上是帮其姐夫

所借，魏某身为工薪阶层，本身无能力偿还，而借给其钱款的人也知晓以上情况，在魏某

被非法拘禁之前，也曾多次被催债。王鹏等人对魏某进行长时间的拘禁，并在大庭广众之

下采用多种方式对魏某进行侮辱、体罚，导致其精神绝望，产生了巨大心理压力，最终不

堪忍受而跳楼自杀。在此，被害人魏某自杀的主要原因就是王鹏等人的非法拘禁行为及对

其的侮辱、体罚行为，其他因素只是次要原因。因此，应当认定王鹏等人的行为与被害人

魏某的死亡具有刑法上的因果关系。

编写人：北京市丰台区人民法院 李洋

（九）其他

24. 购买公民个人驾驶信息，为车辆违章人员处理违章从中牟利

如何定罪

——陈和某非法获取公民个人信息案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

贵州省贵阳市南明区人民法院（2016）黔0102刑初988号刑事判决书

2.案由：非法获取公民个人信息罪

【基本案情】

2015年8月，被告人陈和某在贵州省兴仁县通过购买的方式，从江西省吉安市永丰县

交警大队辅警刘某（另处）处，以每本人民币80元的价格非法获取他人登记在全国公安综

合信息应用平台中的驾驶证信息。之后其利用该驾驶证信息，为多部车辆违章扣分，并以

每分人民币130～145元的价格向违章车辆的车主收取费用并从中牟利。截止到案发，其通

过上述方式非法扣取68名公民驾驶证分数共计485分。

【案件焦点】

被告人陈和某以购买的方式获取多名公民个人驾驶信息，并利用该信息

为车辆违章人员处理违章是否属于非法获取公民信息的行为。

【法院裁判要旨】

贵州省贵阳市南明区人民法院经审理认为：被告人陈和某以购买方式非

法从他人处获取68名公民个人驾驶信息，并利用该信息违法为车辆违章人员

处理违章从中牟利，非法扣取公民驾驶证分数共计485分，情节严重，其行为

已构成非法获取公民个人信息罪，依法应处三年以下有期徒刑或拘役，并处

或单处罚金。公诉机关指控的基本事实清楚，证据确实、充分，罪名成立，

本院予以确认。公诉机关提出被告人陈和某从中牟利8万元，因证据不充分，

本院不予采信。被告人陈和某认罪态度和悔罪表现较好，本院可酌情对其从

轻处罚。其辩护人提出被告人陈和某系初犯、主观恶性不大、认罪悔罪态度

较好，建议人民法院对其从轻处罚的意见有理，本院予以采纳。依照《中华

人民共和国刑法》第二百五十三条之一第二款、第五十二条之规定，判决如

下：

被告人陈和某犯非法获取公民个人信息罪，判处有期徒刑一年一个月，

并处罚金人民币五千元。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对公民个人信息的理解。违反国家有关规定，出售或者提供公

民个人信息，情节严重的构成非法获取公民个人信息罪。本罪所侵犯的客体是公民的隐私

权，侵犯的对象是公民个人信息。所谓公民个人信息，是指以任何形式存在的、与公民个

人存在关联并可以识别特定个人的信息，包括姓名、年龄、有效证件号码、婚姻状况、工

作单位、学历、履历、家庭住址、电话号码等能够识别公民个人身份或者涉及公民个人隐

私的信息和数据资料。当前，一些犯罪分子为追逐不法利益，利用互联网大肆倒卖公民个

人信息，已逐渐形成庞大“地下产业”和黑色利益链条。买卖的公民个人信息包括户籍、银

行、电信开户资料等，涉及公民个人生活的方方面面，部分国家机关和金融、电信、交

通、教育、医疗以及物业公司、房产中介、保险、快递等企事业单位的一些工作人员，将

在履行职责或者提供服务过程中获取的公民个人信息出售、非法提供给他人。获取信息的

中间商在互联网上建立数据平台，大肆出售信息谋取暴利。非法调查公司根据这些信息从

事非法讨债、诈骗和敲诈勒索等违法犯罪活动。此类犯罪不仅严重危害公民的信息安全，

而且极易引发多种犯罪，成为电信诈骗、网络诈骗以及滋扰型“软暴力”等新型犯罪的根

源。甚至与绑架、敲诈勒索、暴利讨债等犯罪活动相结合，影响人民群众的安全感，威胁

社会稳定。为有效遏制、惩治侵害公民个人信息犯罪，切实保障广大人民群众的个人信息

安全和合法权益，促进社会协调发展，维护社会稳定，应当对这类侵害公民权益情节严重

的行为追究刑事责任。

编写人：贵州省贵阳市南明区人民法院 周叶 赵钧

25. 以组织未成年人进行有偿陪侍为目的的非法限制人身自由行

为的认定分析

——楚跃某等组织未成年人进行违反治安管理活动案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

浙江省温州市中级人民法院（2016）浙03刑终568号刑事判决书

2.案由：组织未成年人进行违反治安管理活动罪

【基本案情】

2015年9月22日前后的一天，被告人楚跃某等人以“到茶吧做服务员”为名将刘梦某、

吕笑某（时年均满15周岁、未满16周岁）从河南省汝州市骗至浙江省瑞安市。裴艳某（时

年满15周岁、未满16周岁）被他人从河南省骗至浙江省瑞安市交给被告人楚跃某。后在瑞

安市一居民楼内，被告人楚跃某以言语威胁、跟踪监视、经济控制等手段；被告人楚秋某

以跟踪监视、经济控制等手段，非法限制刘梦某、吕笑某、裴艳某的人身自由，迫使刘梦

某、吕笑某、裴艳某不能、不敢离开。被告人楚跃某安排上述被害人等在瑞安玉海一带酒

楼、KTV里进行有偿陪侍活动，从中获利。被告人吴某某明知上述情况仍受被告人楚跃

某指使，帮助跟踪监视三被害人。2015年10月3日，被害人吕笑某家属得知该情况后报

警。被告人吴某某、楚秋某、楚跃某先后被公安机关抓获。

开庭审理过程中，被告人楚跃某、楚秋某、吴某某对公诉机关的指控的事实和证据均

无异议。

【案件焦点】

被告人楚跃某等人所实施的犯罪行为构成非法拘禁罪，还是组织未成年

人进行违反治安管理活动罪。

【法院裁判要旨】

浙江省瑞安市人民法院经审理认为：被告人楚跃某、楚秋某、吴某某结

伙非法剥夺他人人身自由，其行为均构成非法拘禁罪。被告人楚跃某、楚秋

某系主犯，认罪态度较好；被告人吴某某系从犯，归案后能如实供认犯罪事

实。依法判决：

一、被告人楚跃某犯非法拘禁罪，判处有期徒刑十个月。

二、被告人楚秋某犯非法拘禁罪，判处有期徒刑七个月。

三、被告人吴某某犯非法拘禁罪，判处拘役四个月，缓刑六个月。

宣判后，楚跃某不服，提出上诉。

浙江省温州市中级人民法院经审理认为：上诉人楚跃某采取言语威胁、

跟踪监视、经济控制等方式，组织未成年人在娱乐场所进行营利性陪侍活

动；楚秋某、吴某某明知楚跃某从事上述行为仍提供帮助，其行为均已构成

组织未成年人进行违反治安管理活动罪。原判认定有误，应予以纠正。楚跃

某上诉请求理由不足，不予采纳。依法判决：

一、撤销浙江省瑞安市人民法院（2016）浙0381刑初443号刑事判决。

二、上诉人（原审被告人）楚跃某犯组织未成年人进行违反治安管理活

动罪，判处有期徒刑十个月。

三、原审被告人楚秋某犯组织未成年人进行违反治安管理活动罪，判处

有期徒刑七个月。

四、原审被告人吴某某犯组织未成年人进行违反治安管理活动罪，判处

拘役四个月，缓刑六个月。

【法官后语】

本案的争议焦点在于被告人楚跃某等人所实施的犯罪行为构成非法拘禁罪还是组织未

成年人进行违反治安管理活动罪。《刑法》第二百三十八条规定：“非法拘禁他人或者以

其他方法非法剥夺他人人身自由的，处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权

利……”。《刑法修正案（七）》第八条规定：“……组织未成年人进行盗窃、诈骗、抢

夺、敲诈勒索等违反治安管理活动的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严

重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”

本案的审理过程中，一、二审法院作出的裁判对被告人犯罪行为定性截然不同，其主

要原因是在于适用刑法时使用的刑法解释方法遵循的原则和方法不同。一审法院认为被告

人楚跃某、楚秋某、吴某某的行为系结伙非法剥夺他人人身自由，故认定构成非法拘禁

罪。但二审法院认为被告人的犯罪行为系刑法上“组织行为”，故认定构成组织未成年人进

行违反治安管理活动罪，并对一审判决予以撤销改判。

实践中，非法拘禁行为往往基于特定目的而实行，非法拘禁罪总是与其他罪名交叉存

在。关于组织未成年人进行违反治安管理活动罪中“组织行为”的具体内容，《刑法》分则

没有具体明确。模糊性法律规范可以通过解释予以释明。法律解释方式有很多种，但都在

围绕法律规范和法律的目的而展开。解释者在各种法律解释方法之间所作的选择，也是在

围绕法律文本与法律目的的关系进行。罪刑法定原则是刑法的生命。它既是立法机关制定

刑法、司法解释、适用刑法必须遵循的原则，也是任何解释者必须遵循的原则。刑法解释

的目标是刑法条文的真实含义。刑法的解释规范和准则，应依照刑法的规范保护任务进行

体系解释和目的解释，不断探求规范原意和规范目标。解释者心中永远充满正义，目光不

断往返于规范与事实之间，以正义理念为指导，追求公平正义的解释结论。

编写人：浙江省瑞安市人民法院 张浩杰

二、侵犯财产罪

（一）抢劫罪

26. 根据GPS追到被抢夺车辆遇暴力抗拒抓捕，是否属于转化型

抢劫罪中的“当场”

——李智豪抢劫、抢夺、以危险方法危害公共安全案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市朝阳区人民法院（2016）京0105刑初39号刑事附带民事判决书

2.案由：抢劫罪、抢夺罪、以危险方法危害公共安全罪

【基本案情】

被告人李智豪预谋以购车为名抢车，在网上看到被害人谢军某发布的出售二手车信息

后，通过电话同对方取得联系，并约定了看车地点。2015年3月11日15时许，李智豪携带

枪支来到约定地点北京市朝阳区孙河乡某洗浴场所门前停车场，谢军某的侄子谢某某、弟

弟谢营某驾驶欲售车辆前来商谈车辆买卖问题。后李智豪提出试驾，谢营某坐上副驾驶位

置予以陪同，谢某某在车外等候，李智豪开车进行试驾。在试驾过程中，李智豪提出让谢

营某进行驾驶，自己要查看车辆的其他问题。利用谢营某下车不备之机，李智豪迅速驾车

逃离。谢营某见状立即打电话告知了谢某某，谢某某赶紧找了其他车辆和谢营某去追赶，

追了一段没有发现李智豪的去向。谢某某随即打电话将该情况告知了谢军某。谢军某使用

手机根据被抢车辆上安装的GPS，对被抢车辆进行定位，自己开车去追，同时让朋友刘万

某开车帮忙追赶被抢车辆。谢军某用电话告诉刘万某被抢车辆的位置信息，刘万某开车带

领秦万某按照谢军某的指示一直追赶被抢车辆，后在西城区右安门附近将驾车的李智豪截

住。李智豪见状掏出枪支对刘万某、秦万某进行威胁，刘万某、秦万某被迫让开道路，李

智豪遂驾车逃离。当日18时30分许李智豪在朝阳区三里屯地区被公安机关抓获归案。

【案件焦点】

本案是否构成转化型抢劫罪，即是否属于法条中规定的“当场”。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为：被告人李智豪携带枪支抢夺汽车，

为抗拒抓捕而使用枪支进行威胁，其行为已构成抢劫罪。北京市朝阳区人民

检察院指控被告人李智豪犯抢劫罪的事实清楚，证据确实、充分，指控罪名

成立。

根据被告人李智豪犯罪的事实、犯罪的性质、情节以及对于社会的危害

程度，北京市朝阳区法院判决如下：

被告人李智豪犯抢劫罪，判处有期徒刑十年，剥夺政治权利二年，罚金

人民币二万元。

（其他案情与判决内容略）

【法官后语】

对于“当场”的理解把握，具体而言应当综合考虑以下三个标准：时空的接续性、前后

行为的关联性、追捕行为的继续性。

1.时空的接续性。“当场”从字面上看，就是当时和现场，包含了时间和空间两方面的

要素，是时间上连续性和空间上连接性的统一体，前后行为在时间和空间上应当紧密联

系，不能间断或者完全脱离。具体来说，前后行为在空间上应当具有连接性，即暴力、胁

迫行为发生在盗窃、诈骗、抢夺行为现场或者与之紧密联系的场所；在时间上应具有连续

性，即暴力、胁迫行为必须发生在盗窃、诈骗、抢夺行为之后，前后连续而未间断。只有

在前提行为与暴力、胁迫之间存在不间断的时空联系时，才能转化为抢劫罪。如果两者之

间在时空关系上发生了中断，则失去了转化的可能性，不能转化为抢劫罪。一般来说，如

果行为人作案时并未被发觉和追捕，而在其他时间或地点被发现、追捕的，应当认为不符

合“当场”的条件，不能转化为抢劫罪。但是，对“当场”的理解不能过于机械，不能要求前

后行为在同一时间点、同一地点上重合，二者之间应当允许存在短时间、短距离的间隔。

比如行为人在超市内扒窃他人手机一部，三分钟后被害人发现被盗而在超市门口追赶上行

为人，行为人为抗拒抓捕而实施暴力，在这种情况下，仍然认为具有时间上的继续性和空

间上的连续性。

2.先后行为之间的关联性。前后行为除了时空上的紧密联系外，还要求具有引起与被

引起的关联性，即事后的暴力、胁迫行为是因为前面的盗窃、诈骗、抢夺等行为而引起

的，如果不是因为盗窃等前行为导致行为人被追捕，而是因为其他事由，即使行为人也同

样是因为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而使用暴力或者以暴力相威胁，其前行为也不

能转化为抢劫罪。

3.追捕事态的继续性。从犯罪过程上看，前行为（盗窃、诈骗、抢夺）—被发现—被

追捕—实施暴力或者以暴力相威胁是一个连续的过程，追捕的事态是持续不间断的。只要

行为人始终处于追捕人耳目所及的控制范围内，即使行为人一时躲避藏匿、暂时脱离了追

捕人的视线，但只要追捕行动未停止，并最终发现了行为人，整个追捕过程仍然具有继续

性，行为人此时为抗拒抓捕等而使用暴力或者以暴力相威胁的，仍然属于“当场”的范围，

构成转化型抢劫罪。如果行为人成功脱逃，事后被他人发现而被追捕，或者因为其他犯罪

行为被抓捕，即使当场使用的暴力或者以暴力相威胁，该暴力行为相对于前行为而言不再

是“当场”实施，失去了转化的时空条件。持续不断的追捕过程既包括行为人尚未离开前行

为现场或者刚离开现场就被人发觉并立即抓捕，也包括发现行为人并对其实施一定时间的

监视后再实施抓捕。只要行为人始终处于追捕人的视线范围之内，不论持续多久，追捕的

距离有多长，其暴力行为均属于当场实施。

本案的特殊之处在于，被害人一方追赶被告人时，不是用肉眼直接观察到被告人，而

是通过被抢车辆上的GPS导航对被告人进行追赶，且实施抢夺的地点距离被告人被截获的

地点有十数公里之远。被告人被拦截后为抗拒抓捕而持枪威胁，这种情况是否能认定为转

化型抢劫罪中的“当场”？

根据上面的分析，只要被告人始终在视线范围之内，追捕行为一直处于持续状态，那

么就视为案发现场一直在延长，截获被告人的地方就可以视为“当场”。被告人的行踪始终

在视线可及的范围内，是判断追赶行为是否持续的一个标准。掌握被告人行踪是实质要

点，至于观察的方式，不能也没有必要局限于肉眼观察。随着经济社会的发展和科技水平

的提高，除了最基本的肉眼观察外，也可以借助于各种仪器和设备进行观察，这是与客观

社会生活现状相符的。就像追赶行为本身，没有必要限定于仅靠双腿追赶，借助于自行

车、汽车及其他设备并不违背追赶行为的本质。因此，本案中借助GPS来掌握被告人的行

踪，完全可以视为被告人在追赶人的视线范围之内。本案中，李智豪驾车逃离抢夺现场，

谢营某立即电话告知谢某某，二人随即驾车追赶。在没有追上之后，谢某某给车主谢军某

打了电话，告知相关情况。谢军某立即根据被抢车辆上的GPS使用手机对车辆进行定位，

自己进行追赶，并让朋友刘万某进行追赶，后刘万某根据GPS定位一直追赶并在右安门附

近拦截住了李智豪。可以看出，被害人一方的追赶行为一直处在持续状态之中，中间虽有

中断，但这种中断是很短暂的而不是长时间的，不影响追赶行为的整体连续性，被告人的

行踪也始终在被害人一方的掌握之中。因此，虽然被告人抢夺地距离被截获地有十数公里

之远，这段距离应该被视为抢夺现场的延长。在这种情况下，被告人李智豪被堵截拦停后

持枪威胁被害人一方的追赶人员，属于“当场”以暴力相威胁，构成转化型抢劫罪。

编写人：北京市朝阳区人民法院 徐清岱

27. 殴打他人滋事过程中，当场取走他人财物的定性

——冯海剑抢劫案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

天津市第一中级人民法院（2016）津01刑终451号刑事附带民事裁定书

2.案由：抢劫罪

【基本案情】

被告人冯海剑与被害人冯某某系同村村民。2015年11月16日凌晨3时许，冯海剑与其

同事在天津市蓟县渔阳镇某羊汤店内吃饭时，冯某某也到该饭店吃饭。冯海剑遂邀请冯某

某共同饮酒、吃饭。其间，冯某某将随身携带的现金进行展示。后冯海剑、冯某某因琐事

发生争执，冯海剑在该饭店内、外对冯某某进行殴打。冯海剑在殴打冯某某的过程中，翻

查冯某某身上的口袋，将冯某某裤子口袋内的人民币6700元翻走。经天津市公安局蓟县分

局物证鉴定所鉴定，冯某某双侧面部、双眼损伤程度均为轻微伤。后冯海剑被传唤到案。

案发后，公安民警从被告人冯海剑租房处扣押赃款人民币2900元，发还被害人冯某

某。

另查，附带民事诉讼原告人冯某某未住院治疗，开支医疗费用人民币495.98元。

公诉机关认为被告人冯海剑以非法占有为目的，采取暴力手段劫取他人财物并致他人

轻微伤，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第二百六十三条，犯罪事实清楚，证据确

实、充分，应当以抢劫罪追究其刑事责任。

附带民事诉讼原告人冯某某诉称：1.要求从重追究刑事附带民事诉讼被告人的刑事责

任；2.要求刑事附带民事诉讼被告人赔偿原告人各项经济损失10259.18元。

被告人冯海剑对起诉书指控的事实和罪名均有异议，辩称其当时并不知道被害人冯某

某身上有钱，认为其构成寻衅滋事罪。就附带民事诉讼部分，被告人表示同意赔偿。被告

人冯海剑的辩护人发表如下辩护意见：1.本案中被告人殴打被害人的目的，不是为了要抢

被害人钱财，被告人殴打被害人的行为和被告人从被害人身上拿钱的行为没有直接的因果

关系，被告人在打被害人时无抢劫的动机，故检察机关指控被告人犯抢劫罪不能成立。2.

被告人拿钱的行为符合盗窃罪的构成要件，应以盗窃罪追究被告人的刑事责任。

【案件焦点】

1.被害人在被殴打的过程中是否系不知反抗；2.被告人冯海剑殴打被害人

冯某某，并取走被害人财物行为的定性。

【法院裁判要旨】

天津市蓟县人民法院经审理认为：被告人冯海剑采用暴力手段殴打他人

过程中，以非法占有为目的，当场取走他人财物，其行为侵犯了公民的人身

权利和财产权利，已构成抢劫罪，应予惩处。关于被告人辩解其是从地上捡

到的被害人钱财，因在案视听资料显示案发时，被告人冯海剑翻查被害人口

袋，并将口袋内的部分物品扔到地上，被害人、证人郭某某均证实被告人冯

海剑将被害人口袋内的现金放到自己口袋内，故对被告人冯海剑的辩解，本

院不予采信。关于被告人辩解其不构成抢劫罪，构成寻衅滋事罪，关于辩护

人发表的被告人不构成抢劫罪，构成盗窃罪的意见，因被告人冯海剑因琐事

与被害人发生争执后，殴打被害人实施寻衅滋事行为，在被害人未失去知

觉，利用被害人不能反抗的处境，以非法占有为目的，劫取被害人财物，同

时符合了抢劫罪的构成要件，应依照处罚较重的犯罪定罪处罚，即应以抢劫

罪论处，故对此辩解、辩护意见，本院不予采纳。蓟县人民检察院指控事实

清楚，证据确实、充分，罪名成立，本院予以支持。对附带民事诉讼原告人

冯海剑的合理诉求，本院予以支持。

天津市蓟县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十三条、第

六十四条，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理寻衅滋事刑事案件适

用法律若干问题的解释》第七条，《中华人民共和国刑事诉讼法》第九十九

条第一款，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解

释》第一百五十五条第一款、第二款之规定，判决如下：

一、被告人冯海剑犯抢劫罪，判处有期徒刑三年十个月；并处罚金人民

币五千元。

二、责令被告人冯海剑退赔被害人经济损失人民币3800元。

三、被告人冯海剑于判决生效后十日内给付附带民事诉讼原告人冯某某

医疗费495.98元。

四、驳回附带民事诉讼原告人冯某某的其他诉讼请求。

宣判后，冯海剑不服，以原审判决量刑过重为由提出上诉。

天津市第一中级人民法院经审理认为：上诉人冯海剑殴打他人并当场取

走他人财物，其行为已构成抢劫罪，应依法予以处罚。因其行为给原审附带

民事诉讼原告人冯某某造成的经济损失，其应承担赔偿责任。原审判决认定

的事实清楚，证据充分，定罪准确，量刑适当，附带民事判决合理，审判程

序合法。上诉人冯海剑的上诉理由不成立，本院不予采纳。依照《中华人民

共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第（一）项之规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

1.本案所侵犯的犯罪客体

抢劫罪侵犯的客体是他人财产和人身权利，有些发生在公共场所的抢劫罪会在一定程

度上破坏公共秩序，但是与侵犯他人财产和人身权利的严重性相比，抢劫罪所破坏的公共

秩序是次要的。本案发生在凌晨3时30分左右，冯海剑不仅在店内对被害人进行殴打，后

又将被害人拖拽到店外对被害人面部、眼部进行殴打。结合案发的时间、暴力程度，本案

已经超出了寻衅滋事罪中破坏公共秩序暴力程度的限度，对人身权利侵犯的社会危害性远

比对公共秩序的破坏的社会严重性严重。

2.被告人冯海剑的主观目的

在强拿硬要型寻衅滋事中，行为人也会强取他人财物，但是其主观目的并不是占有他

人财物，而是其取乐的一种手段，行为人追求的是在强拿硬要的过程中精神上的刺激。抢

劫罪行为人的目的就是占有他人财物。本案中，被告人冯海剑将被害人身上的口袋翻遍，

将上衣口袋内的彩票及钥匙随便扔到地上，但是却将被害人下衣口袋内的现金放到自己口

袋之中。事发当天到派出所之后，被告人未供述翻被害人钱财的行为，直到2015年12月1

日距事发半月后，民警再次对其讯问时，仍辩解6700元系其工资，后交代是被害人掉到地

上，其捡起来的。证人郭某某亦证实被告人冯海剑将被害人全身的口袋全部翻遍，将被害

人身上的钱财拿走的事实。证人王某某亦证实被告人冯海剑翻被害人口袋的行为。综上，

被告人冯海剑并非追求精神上的刺激，而是出于非法占有他人财物的目的。

3.案发过程中被害人冯某某是否失去知觉

本案中，被害人陈述与证人郭某某的证言相互吻合，证实在冯海剑殴打被害人的过程

中，被害人一直骂冯海剑，故被害人并未失去知觉，而是无力、不能反抗。根据《最高人

民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第八条规定，行为人实施

伤害、强奸等犯罪行为，在被害人未失去知觉，利用被害人不能反抗、不敢反抗的处境，

临时起意劫取他人财物的，应以此前所实施的具体犯罪行为与抢劫罪实行数罪并罚；在被

害人失去知觉或者没有发觉的情形下，以及实施故意杀人犯罪行为之后，临时起意拿走他

人财物的，应以此前所实施的具体犯罪与盗窃罪实行数罪并罚。

综上，被告人冯某某殴打他人，在被害人未失去知觉的情况下，当场取走他人财物的

行为构成抢劫罪。

编写人：天津市蓟州区人民法院 赵卿

28. 以被害人“诈赌” 为由强行索要财物的行为构成抢劫罪

——沈中平等抢劫案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省邵阳市中级人民法院（2016）湘05刑终174号刑事判决书

2.案由：抢劫罪

【基本案情】

2015年7月下旬，被告人杨永生的妻子刘艳某在竹舟江街上与被害人舒俊某等人赌博

时先后三次输了近五万元钱，便将此事告诉了被告人杨永生；杨永生怀疑舒俊某“搞名

堂”（出老千、诈赌）。2015年7月24日晚，被告人杨永生打电话给被告人沈中平，称其妻

打牌被舒俊某捉了“四爷”（指打牌出老千、诈赌），输了几万元钱，要沈中平喊人到竹舟

江去捉舒俊某诈赌的现行。沈中平开车纠集苏某、于大某、李明某等人，到竹舟江街上将

舒俊某喊上车并带至一偏僻处。沈中平称杨永生被舒俊某诈赌输了五万元钱，要舒俊某赔

偿五万元；同伙李明某持钢管殴打舒俊某，并将舒俊某的手臂打伤；舒俊某只好答应打电

话筹钱。次日凌晨，舒俊某的亲友将2万元现金交给沈中平等人后，舒俊某才得以脱身。

之后，被告人沈中平将上述2万元分给杨永生、苏某、于大某等人各3000元，剩余的2000

元归其自己所有。当日，舒俊某到医院检查，发现其右尺桡骨骨折，便将受伤情况告知沈

中平，并要求退还2万元及支付医药费。几日后，沈中平等人到医院将2万元退还给了舒俊

某。经司法鉴定，舒俊某右尺桡骨骨折，右大腿皮肤组织挫伤，已构成轻伤二级。案发

后，沈中平等人将2万元退给了舒俊某。

此外，被告人沈中平在刑事拘留期间主动向公安提供了在逃人员沈某的联系电话等信

息，公安机关根据其线索于2015年12月9日在绥宁县城某超市楼上的住房内将沈某抓获。

但沈某的犯罪事实未查证属实，检察机关已对沈某作出存疑不诉处理。

【案件焦点】

1.以被害人诈赌为由当场强行索要财物的行为是否构成抢劫罪；2.提供线

索的立功如何认定。

【法院裁判要旨】

湖南省绥宁县人民法院经审理认为：被告人沈中平、杨永生、苏某、于

大某以非法占有为目的，使用暴力和威胁手段当场劫取他人财物，数额较

大，其行为均已构成抢劫罪。公诉机关指控的罪名成立。被告人及辩护人提

出不构成抢劫罪的辩护意见与客观事实不符，不予采纳。在共同犯罪中，被

告人沈中平、杨永生起主要作用，系主犯；被告人苏某、于大某起次要作

用，系从犯。被告人沈中平、杨永生刑满释放后五年内再犯应当判处有期徒

刑以上刑罚之罪，系累犯，依法应从重处罚。被告人沈中平的辩护人提出沈

中平具有立功情节的辩护意见，不予采纳。根据《中华人民共和国刑法》第

二百六十三条、第二百七十七条第一款、第五款，第二十五条第一款，第二

十六条第一款、第四款，第二十七条，第六十五条第一款，第六十七条第三

款，第六十九条第一款、第三款，第五十二条，第五十三条第一款之规定，

判决如下：

一、被告人沈中平犯抢劫罪，判处有期徒刑四年，并处罚金人民币五千

元。

二、被告人杨永生犯抢劫罪，判处有期徒刑三年六个月，并处罚金人民

币五千元。

三、被告人苏某犯抢劫罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币三千

元。

四、被告人于大某抢劫罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币三千

元。

一审宣判后，被告人沈中平、杨永生、苏某、于大某以不是抢劫为由提

起上诉。

湖南省邵阳市中级人民法院经审理认为：一审判决认定的事实清楚，证

据确实、充分。上诉人杨永生之妻刘艳某称自己曾与舒俊某等人在一起赌博

输了5万元，杨永生怀疑是舒俊某耍手段导致其妻输钱，然后伙同沈中平、苏

某、于大某等人以舒俊某诈赌为由强行将舒俊某带走，并实施殴打、威胁行

为，当场劫取2万元人民币，随后进行分赃。案发当日，上诉人及刘艳某未与

舒俊某进行赌博。上诉人等人的行为符合抢劫犯罪构成的“当场实施暴力、威

胁手段”和“当场劫取财物”的明显特征，依法应当以抢劫罪追究其刑事责任。

上诉人及辩护人提出不构成抢劫罪的意见不予采纳。上诉人沈中平主动向公

安机关提供在逃人员沈某的电话号码等信息，公安机关根据其提供的线索成

功将在逃人员沈某抓获归案。根据《最高人民法院关于处理自首和立功具体

应用法律若干问题的解释》第五条和《最高人民法院关于处理自首和立功若

干具体问题的意见》第五条之规定，应当认定上诉人沈中平有立功表现。根

据《中华人民共和国刑法》第二百六十三条，第二百七十七条第一款、第五

款，第二十六条第一款、第四款，第二十七条，第六十五条第一款，第六十

八条，第六十九条第一款、第三款，第五十二条，第五十三条第一款与《最

高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第五条；

《最高人民法院关于处理自首和立功若干具体问题的意见》第五条以及《中

华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第（一）（二）项之规

定，判决如下：

一、维持湖南省绥宁县人民法院（2016）湘0527刑初37号刑事判决第

一、二、三、四项对被告人沈中平、杨永生、苏某、于大某犯抢劫罪和被告

人于大某犯妨害公务罪的定罪部分以及该判决第二、三、四项对被告人杨永

生、苏某、于大某的量刑部分，撤销该判决第一项对被告人沈中平的量刑部

分；

二、上诉人（原审被告人）犯抢劫罪判处有期徒刑三年，并处罚金人民

币四千元。

【法官后语】

1.四被告人以被害人诈赌为由当场强行索要财物的行为构成抢劫罪

本案被告人杨永生因怀疑是舒俊某耍手段导致其妻输钱，而伙同被告人沈中平、苏

某、于大某等人以舒俊某诈赌为由强行将舒俊某带走，并实施殴打、威胁行为，要求被害

人交出自己的财物，由于被害人的财物不在身边，不得不同意被害人通知其他人送来财

物，也不得不与被害人一起等待财物的到来，被害人一直处于被告人的控制当中，直至将

2万元交给被告人后才得以脱身，属于当场劫取财物行为。故四被告人的行为符合“当场使

用暴力、胁迫方法当场强行取得财物”的抢劫罪特征，应当按照《中华人民共和国刑法》

第二百六十三条的规定定罪处罚。

2.被告人沈中平在刑事拘留期间主动向公安机关提供了涉嫌在逃人员沈某的电话号码

等信息，公安机关根据其线索将沈某抓获归案，应当认定为立功情节

《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第五条规定，犯

罪分子到案后协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人（包括同案犯），应当认定为有立功表

现。同时，《最高人民法院关于处理自首和立功若干具体问题的意见》第五条更具体规

定，犯罪分子具有下列行为之一，使司法机关抓获其他犯罪嫌疑人的，属于《最高人民法

院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第五条规定的“协助司法机关抓捕

其他犯罪嫌疑人”：（1）按照司法机关的安排，以打电话、发信息等方式将其他犯罪嫌疑

人（包括同案犯）约至指定地点的；（2）按照司法机关的安排，当场指认、辨认其他犯

罪嫌疑人（包括同案犯）的；（3）带领侦查人员抓获其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）

的；（4）提供司法机关尚未掌握的其他案件犯罪嫌疑人的联络方式、藏匿地址的，等

等。本案被告人沈中平主动向公安机关提供线索，使公安机关成功抓获逃犯沈某，且沈某

此前确系公安机关网上登记的在编逃犯，符合最高人民法院关于“提供司法机关尚未掌握

的其他案件犯罪嫌疑人的联络方式、藏匿地址”而“协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人”的

行为，应当认定沈中平有立功表现。

编写人：湖南省绥宁县人民法院 彭文

29. 以犯意、时间、地点的同一性来判定抢劫犯罪的“连续性”

——许仁林、王海棠抢劫案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市翔安区人民法院（2016）闽0213刑初50号刑事判决书

2.案由：抢劫罪

【基本案情】

2015年9月27日凌晨0时许，被告人许仁林伙同许某、王家某（均另案处理）经事先合

谋，从许某位于翔安区马巷镇甲村的暂住处步行外出伺机抢劫。见王海棠独自在马巷镇乙

村丙大厦对面人行道行走，三人遂上前将王海棠围住强行搜身，抢走一部手机。经鉴定，

被抢手机价值人民币（以下币种相同）385元。被告人王海棠被抢后，主动要求参与抢

劫，并提议由其带路至人多的地方继续抢劫。同日凌晨2时许，四人步行至乙村菜市场附

近的丁电器店门口，将一名男子围住进行人身控制，后抢走一包香烟和一个充电宝（均无

法鉴定价值）。之后，四人在附近继续寻找目标，发现被害人万某某后强行将其拉至“戊

造型会所”店门口进行搜身、殴打，抢走一部手机和现金80余元。经鉴定，被抢手机价值

2421元。

2015年10月22日20时许，被告人许仁林及王家某在厦门市海沧区东孚镇己村南×号出

租房内被公安机关抓获；同日21时许，许某在翔安区马巷镇甲村上××号403室内被公安机

关抓获，并被缴获赃物充电宝；同年11月4日17时许，被告人王海棠在泉州市晋江市青阳

镇庚网吧被公安机关抓获，并于同日被寄押至泉州市看守所，11月5日被押解回厦门。二

被告人归案后均对犯罪行为供认不讳。

案发后，公安机关已追缴被抢的两部手机，并将万某某的手机发还。

本案在审理中，许某的家属向法院退缴赃款80元。

【案件焦点】

本案中被告人许仁林的行为是构成一次抢劫、二次抢劫还是多次抢劫。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市翔安区人民法院经审理认为：被告人许仁林、王海棠以非

法占有为目的，伙同他人采用暴力手段强行劫取他人财物，其中，被告人许

仁林参与抢劫两次，劫得财物价值共计人民币2886元，被告人王海棠参与抢

劫一次，劫得财物价值共计人民币2501元，其行为均已构成抢劫罪。公诉机

关指控的罪名成立。在案证据可以证实被告人许仁林与许某、王家某在着手

实施抢劫犯罪前三人仅合谋共同抢劫钱物用于三人吃饭花费，并没有形成与

三人以外的其他人员一起实施抢劫的共同犯罪概括故意，他们在抢劫王海棠

的财物得手构成犯罪既遂后，又与王海棠合谋共同抢劫他人财物系另行形成

犯罪合意，故被告人许仁林不属于基于同一犯意在同一地点连续实施数次犯

罪情形，其行为应认定为两次抢劫。本案系共同犯罪。被告人王海棠作为本

案第一起抢劫犯罪的被害人，在遭到不法侵害后，未通过合法途径维护权

益，反而主动要求参与抢劫犯罪，并积极实施带路、搜身等行为，在共同犯

罪中与同案犯作用相当，不予认定为从犯，辩护人关于被告人王海棠系从犯

的辩护意见不予采纳。二被告人到案后能如实供述自己的罪行，庭审时自愿

认罪，具有坦白情节，依法可以从轻处罚。部分赃物被追缴并发还被害人，

且同案犯已退缴赃款，可酌情对二被告人从轻处罚。被告人王海棠被异地羁

押一日，依法可予折抵刑期。据此，依照《中华人民共和国刑法》第二百六

十三条、第二十五条第一款、第六十七条第三款之规定，判决如下：

一、被告人许仁林犯抢劫罪，判处有期徒刑四年，并处罚金人民币二千

元。

二、被告人王海棠犯抢劫罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币一千

元。

【法官后语】

《最高人民法院关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》中关于“多

次抢劫”的认定规定：《刑法》第二百六十三条第（四）项中的“多次抢劫”是指抢劫三次

以上。对于“多次”的认定，应以行为人实施的每一次抢劫行为均已构成犯罪为前提，综合

考虑犯罪故意的产生、犯罪行为实施的时间、地点等因素，客观分析、认定。要正确区分

本案抢劫行为是属一次抢劫、二次抢劫还是三次抢劫，主要应当从以下三个方面加以区

分：（1）行为人主观上是基于同一犯意还是多个独立犯意；（2）行为人实施行为的时间

上是否具有连续性或同时性；（3）行为人实施行为的空间上是否具有相近或同一性。只

有行为人的行为同时符合上述三个方面的要求，才可能成立一次抢劫。从在案证据可以分

析得出，作案时间上，被告人许仁林及其同伙实施抢劫的时间是在2015年9月27日凌晨0时

至2时许，这个过程中他们在不断寻求作案目标，时间上是有连续性的，可视为时间具

有“同一”性；作案地点上，被告人实施抢劫的地点是从乙村丙大厦对面人行道行走至乙村

菜市场，地点具有集中性、延伸性，可视为地点具有“同一性”；但是本案在主观犯意上需

要注意，被告人许仁林及同案犯许某、王家某的供述可以证实在着手实施抢劫犯罪前三人

仅合谋共同抢劫钱物用于三人吃饭花费，并没有形成与三人以外的其他人员一起实施抢劫

的共同犯罪概括故意，故其三人在对王海棠实施抢劫行为是一个主观犯罪故意，在抢劫王

海棠的财物得手构成犯罪既遂后，王海棠要求加入，他们三人又与王海棠合谋共同抢劫他

人财物系另行形成犯罪合意，这是两个相互独立的共同犯罪故意，故不具有“犯意的同一

性”，不能视为基于同一犯意在同一地点连续对三名被害人实施抢劫，不能认定为一次抢

劫，但是在王海棠加入后四名行为人基于同一犯意在同一地点连续对另外两名被害人实施

的抢劫行为可认定为一次抢劫，故本案被告人许仁林的犯罪行为应综合评价为二次抢劫行

为。

编写人：福建省厦门市翔安区人民法院 吴梅双

30. 谎称嫖娼进入卖淫女居住房间实施抢劫行为的认定

——张德雨、吴天昊抢劫案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

辽宁省沈阳市铁西区人民法院（2016）辽0106刑初368号刑事判决书

2.案由：抢劫罪

【基本案情】

被告人张德雨与吴天昊于2015年12月期间，经预谋抢劫，二人准备作案工具，由被告

人吴天昊在网上物色抢劫目标并与被害人聊天约见面，由被告人张德雨实施抢劫。

2015年12月12日零时许，被告人张德雨以嫖娼为名在沈阳市铁西区建设东路××号×××

室，与事先由被告人吴天昊网上物色的被害人于某某见面后，使用“勒死狗”等作案工具将

被害人于某某手脚捆绑，抢走其人民币500余元，甲牌、乙牌手机各一部。后由被告人吴

天昊将甲牌手机销赃后获赃款1550元。经鉴定，涉案两部手机共计价值人民币5515元。涉

案乙牌手机已被公安机关追缴并返还被害人。

2015年12月17日15时许，被告人张德雨以嫖娼为名在沈阳市铁西区建设东路××室，

与事先由被告人吴天昊网上物色的被害人杨某见面后，使用刀、胶带等作案工具将被害人

杨某手脚捆绑后，抢走其人民币475元、100美元、手机一部、钱包等财物。经鉴定，涉案

手机价值人民币5130元。涉案手机、钱包、100美元及人民币300元已被公安机关追缴并返

还被害人。

【案件焦点】

卖淫女所居住并用于卖淫的房间能否界定为入户抢劫中的“户”。

【法院裁判要旨】

辽宁省沈阳市铁西区人民法院经审理认为：被告人张德雨、吴天昊共同

以非法占有为目的，入户采用暴力手段抢劫他人财物，其行为均已构成抢劫

罪，系共犯。对被告人及其辩护人有关本案不构成入户抢劫的辩解及辩护意

见，法院经审理认为，二被害人所租住的房屋系本人日常生活租住的地点，

租期为一年，小区为封闭小区，24小时有保安，两处案发地点在时间上具有

长期固定的特征，在地点上为封闭式住宅小区，能够满足日常生活的需要，

且与外界相对隔离，故符合入户抢劫中“户”的条件。依照《中华人民共和国刑

法》第二百六十三条、第二十五条第一款、第六十八条、第六十七条第三

款、第六十四条之规定，法院作出判决如下：

一、被告人张德雨犯抢劫罪，判处有期徒刑十年七个月，并处罚金人民

币一万元；

二、被告人吴天昊犯抢劫罪，判处有期徒刑七年九个月，并处罚金人民

币一万元。

【法官后语】

本案的重点问题在于对入户抢劫中“户”的理解与界定。

根据《最高人民法院关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》及最高人民法

院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》的规定，入户抢劫，是指为

实施抢劫行为而进入他人生活的与外界相对隔离的住所，其特征表现为供他人家庭生活和

与外界相对隔离两个方面，前者为功能特征，后者为场所特征。一般情况下，集体宿舍、

旅店宾馆、临时搭建的工棚等不应认定为“户”，但在特定情况下，如果确定具有上述两个

特征时，也可以认定为“户”。

在对具有生活及经营特征的房屋的认定问题上，《最高人民法院关于审理抢劫刑事案

件适用法律若干问题的指导意见》规定：“对于部分时间从事经营、部分时间用于生活起

居的场所，行为人在非营业时间强行入内抢劫的，或者以购物等名义骗开房门入内抢劫

的，应认定为入户抢劫；对于部分用于经营，部分用于生活且之间有明确隔离的场所，行

为人进入生活场所实施抢劫的，应认定为入户抢劫；如场所之间没有明确隔离，行为人在

经营时间入内实施抢劫的，不应认定为入户抢劫，但在非经营时入内实施抢劫的，应认定

为入户抢劫。”

《刑法》将入户抢劫作为抢劫罪的结果加重犯进行规定，主要是考虑到：一是保护的

必要性，“户”是公民安身立命的场所，是公民保护自身基本人身和财产安全的庇护所，因

此刑法有必要特殊保护；二是对危害的处罚性，入户抢劫同时危及他人的人身权、财产权

及家庭的安全性，被害人在户内遭到抢劫往往很难向外求救，损害容易扩大也容易失控，

因此其危害程度更大于普通抢劫行为。因此从立法的本意上看，在认定是否为“入户抢

劫”时，不仅要看“户”是否具有生活功能的客观标准，还要考虑被害人对家庭安全性的依

赖程度，结合两者的主、客观标准进行认定。

在本案中，被害人居住的是封闭式的小区，其房屋是基本正常生活起居的地点，在使

用空间与生活内容上与外界相对隔离。虽然被害人在网络上发布卖淫信息，但该信息相对

较为私密，一方面体现在该信息并非通过正常途径可以获得，例如本案中正是由于被告人

了解卖淫的相关信息，并曾关注过采取本案的方式进行抢劫的相关案情才能够找到二被害

人并与其联系卖淫的相关事宜，另一方面被害人在发布卖淫信息时并未明确约定到其家中

从事卖淫嫖娼活动，相反，被害人与被告人多次联系，确认无误后才约定到其家中。当

然，这种约定主要是因为被害人要确认被告人是否是警察的身份，但仍可以看出被害人在

从事卖淫行为时在主观上是持谨慎态度的。被告人之所在选择到被害人家中实施抢劫，主

要是因为被害人的家相对隐闭，一般外界很难知道，同时也是由于卖淫行为，除了被害人

也不可能有其他人救助，因此同其他抢劫行为相比，本案被告人在主观上具有更重的社会

危害性。而被害人则更注重房间对其本人提供的保护，注重房屋的安全与私密性。因此认

定为入户抢劫更符合刑法保护的法益。

综上，以嫖娼为名义进入被害人居住的房屋实施抢劫的行为，嫖娼行为并不能阻却被

告人入室实施抢劫的主观目的和客观行为，对此种行为应以“入户抢劫”进行认定。

编写人：辽宁省沈阳市铁西区人民法院 张志强

31. 入户抢劫的限制解释

——陈浩等抢劫、盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省丹阳市人民法院（2016）苏1181刑初638号刑事判决书

2.案由：抢劫罪、盗窃罪

【基本案情】

2015年12月10日下午1时许，被告人陈浩、谭英才、谭奇龙等人驾驶一辆黑色轿车，

至丹阳市访仙镇永丰村顾家塘村，使用药物药狗。三被告人跟踪一条中毒的草狗闯入祁生

某家敞开的大门，进行搜寻。祁生某予以阻拦，被告人谭英才、谭奇龙，采用身体抵压、

手拉衣服的方式，将祁生某控制后，陈浩进入厨房将狗抢走。三被告人在逃跑的过程中，

被害人祁生某的侄子祈荣某前来阻止，抓住陈浩不松手，谭奇龙、陈浩以摆脱的方式逃脱

抓捕，谭奇龙将祈荣某拽倒在地并对祈荣某踹了一脚，顺利逃离现场。经鉴定祈荣某的伤

情为轻微伤，被抢草狗价值300元。

被告人陈浩、谭奇龙归案后均如实供述上述事实。被害人祁生某得到了三被告人的赔

偿并给予了谅解。被害人祈荣某得到了三被告人的赔偿。

另查明，2015年12月1日凌晨0时许，被告人陈浩等人驾驶一辆黑色轿车，至丹阳市吕

城镇顺发电热厂门口，采用药物药狗的方式，药死一条草狗，后被厂门卫发现，被告人陈

浩等人采用剪刀、弓弩威胁等方式，将狗强行抢走，该狗价值300元。

还查明，2015年12月1日至2015年12月10日，被告人陈浩、谭英才、谭奇龙、谭英

某、韩某某、杨明某等人时分时合，驾驶一辆黑色轿车，多次至丹阳市吕城镇、访仙镇、

皇塘镇、常州市奔牛镇等地，采用药物药狗的方式，先后盗窃作案十余次，窃得各种狗20

余条，价值6580元，销售给收购死狗的商贩。其中陈浩作案9次、涉案金额4900元，谭英

才作案6次、涉案金额1980元，谭奇龙作案6次、涉案金额1980元，谭英某作案7次、涉案

金额2280元，韩某某作案3次、涉案金额2100元，杨明某作案4次、涉案金额1900元。

被告人陈浩、谭英才、谭奇龙对抢劫指控没有实质异议，但均辩解没有入户抢劫的故

意。

【案件焦点】

本案是否应当适用入户抢劫情形。

【法院裁判要旨】

江苏省丹阳市人民法院经审理认为：被告人陈浩、谭英才、谭奇龙尾随

中毒濒临死亡的狗至祁生某敞开的住所进行搜寻，临时起意控制祈生某夺取

该狗，虽然在户内有抢劫行为，但作案手段简单，时间短暂，暴力程度较

轻，目标单纯，所得的财物价值小，难以认定三被告人事先具有入户抢劫的

犯罪故意，评定为普通抢劫即可达到罪刑均衡。

江苏省丹阳市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十三条、

第二百六十四条、第六十九条、第六十七条第一款及第三款、第六十四条的

规定，作出如下判决：

一、被告人陈浩犯抢劫罪，判处有期徒刑四年十个月，并处罚金人民币

二千元，犯盗窃罪，判处拘役六个月，并处罚金人民币一千五百元，数罪并

罚，决定执行有期徒刑四年十个月，并处罚金人民币三千五百元；

二、被告人谭英才犯抢劫罪，判处有期徒刑三年五个月，并处罚金人民

币一千五百元，犯盗窃罪，判处拘役五个月，并处罚金人民币一千元，数罪

并罚，决定执行有期徒刑三年五个月并处罚金人民币二千五百元；

三、被告人谭奇龙犯抢劫罪，判处有期徒刑三年二个月，并处罚金人民

币一千元，犯盗窃罪，判处拘役五个月，并处罚金人民币一千元，数罪并

罚，决定执行有期徒刑三年二个月，并处罚金人民币二千元；

四、被告人谭英某犯盗窃罪，判处拘役五个月十五日，并处罚金人民币

一千五百元；

五、被告人杨明某犯盗窃罪，判处拘役五个月，并处罚金人民币一千

元；

六、被告人韩某某犯盗窃罪，判处拘役五个月，并处罚金人民币一千

元；

七、责令被告人退赔各被害人赃物折价款。

各被告人在法定上诉期限内没有提出上诉，丹阳市人民检察院没有提出

抗诉，判决已生效。

【法官后语】

如被认定为“入户抢劫的”法定刑将很重，实践中往往容易形成轻罪重判的局面，本案

法院为了完全体现罪刑相适应的原则，从严界定本案的犯罪构成，对被告人的行为不予评

定为《刑法》第二百六十三条第一项“入户抢劫的”情形，符合立法目的和人们的常识。

1.以抢劫故意入户后实施抢劫的，才能认定为“入户抢劫”

2000年《最高人民法院关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解释》、2005年

《关于审理抢劫、抢夺刑事案件具体应用法律若干问题的意见》对“入户抢劫”进行了定

义，限制了入户抢劫的范围，但存在不协调处。2016年《关于审理抢劫刑事案件适用法律

若干问题的指导意见》指出，“认定‘入户抢劫’，要注重审查行为人‘入户’的目的，将‘入

户抢劫’与‘在户内抢劫’区别开来。以侵害户内人员的人身、财产为目的，入户后实施抢

劫，包括实施盗窃、诈骗等犯罪而转化为抢劫的，应当认定为‘入户抢劫’。因访友办事等

原因经户内人员允许入户后，临时起意实施抢劫，或者临时起意实施盗窃、诈骗等犯罪而

转化为抢劫的，不应认定为‘入户抢劫’”。这项规定解决了部分不协调的问题，但是，由

于成文法过于原则抽象的问题，难以涵盖丰富多样的现实案例，并不能完全解决罪刑相适

应的问题。

笔者认为，“入户抢劫”的法条表述意味着行为人入户就是为了抢劫，入户后立即实施

抢劫，只有以抢劫故意入户后实施抢劫的，才能认定为“入户抢劫”。以抢劫目的入户，一

般行为人有充分的犯罪预备活动，共犯人之间计划周详，分工明确，抢劫的危害性显著加

大，正因为如此，才有必要适用“入户抢劫的”法定刑。

本案被告人之间不存在周密计划，事先分工，入户后也没有立即实施抢劫，而是先寻

找死狗，目的也仅是获取该狗，不宜认定被告人以抢劫故意而入户。

2.需要从入户方式上限制解释“入户”，使得入户抢劫的罪责与法定刑相适应

法律真实的理念认为只有行为反映出来的真实才能作为犯罪嫌疑人罪过的确定依据。

通常情况下，行为人不会不经踩点漫无目的地进入开放的户内实施抢劫，因为防备松弛意

味着没有什么值钱的东西可供抢劫。以非暴力、胁迫的方式随意进入敞开的房门盗窃，或

者尾随宠物家禽牲畜等进入敞开的房门盗取该物，在户内遇有阻止，从而起意实施抢劫

的，均不宜认定为“入户抢劫”。

本案中，被害人的住所处于偏僻农村，大门常处于敞开状态，说明其平常不是很介意

住房的隔离性、封闭性和私密性。当日，三被告人跟踪中毒濒临死亡的狗至被害人的住

所，随意入门进行搜寻，考察被告人入户方式的随意性，分析其后续的具体实行行为，运

用经验法则可以判断被告人作案心态，得到合乎常理的心证：当时被告人并不是为了抢劫

而“入户”的。

3.从实质上考察犯罪的社会危害，做到罚当其罪

犯罪的刑事可罚性即犯罪的社会危害性是刑罚首要考察方面。法律规定的抢劫罪加重

犯中体现危害后果的情节有两个，即抢劫致人重伤、死亡及抢劫财物数额巨大。而将入户

抢劫科以有期徒刑十年以上刑罚，刑罚设置的目的是将这种严重暴力抢劫行为科以严厉的

刑罚，不是单纯从危害后果上配置刑罚，更主要是因为“户”是公民安身立命的场所，有必

要予以特殊保护。然而，对于既未造成他人严重伤害，又未劫得数额巨大的财物的，仅因

行为发生在户内，就一概处以有期徒刑十年以上刑罚，亦不符合公众的直观感受。

本案虽然表面上似乎符合“入户抢劫的”情形，但是，究其实质，其作案手段简单，入

户方式随意，暴力程度轻，其抢劫犯罪的社会危害性一般，如果适用“入户抢劫的”加重情

形，处以有期徒刑十年以上刑罚，难免存在量刑畸重问题。

编写人：江苏省丹阳市人民法院 钱东升

32. 在抢劫逃跑过程中入户劫取用于逃跑的交通工具构成一次入

户抢劫

——窦从丽抢劫、盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省连云港市中级人民法院（2016）苏07刑终291号刑事裁定书

2.案由：抢劫罪、盗窃罪

【基本案情】

1.抢劫的事实

2015年10月8日15时许，被告人窦从丽在连云港市赣榆区柘汪镇东林子村，通过翻墙

入室的方式进入孙成某家中，窃得手机2部、黄金坠子1个，在翻墙逃跑时被孙成某发现，

被告人窦从丽为抗拒抓捕，当场持手枪状物体威胁孙成某并逃跑。在逃跑过程中，被告人

窦从丽持手枪状物体强行进入赣榆区柘汪镇东林子村李宜某家中躲藏，在准备离开时持手

枪状物体威胁李宜某，要求其把家中的摩托车推到大门外并点火启动，被告人窦从丽遂骑

该摩托车逃窜。该车次日被发现丢弃于村外路边。经鉴定，手机2部及黄金坠子价值合计

人民币1515元，摩托车价值人民币6150元。

2.盗窃的事实

（1）2015年10月5日，被告人窦从丽在连云港市赣榆区青口镇青年路二巷×号门口，

窃得张某停放在该处的黑色摩托车1辆，价值人民币3000元。2015年10月8日，该车在连云

港市赣榆区柘汪镇东林子村（即上述抢劫案发现场）被发现，公安机关在该摩托车后备箱

上提取到被告人窦从丽指印一枚。案发后，摩托车被发还给被害人。

（2）2015年10月8日12时许，被告人窦从丽在连云港市赣榆区柘汪镇东林子村李以某

家，窃得人民币1000元及充电宝1个。

【案件焦点】

1.劫取李宜某摩托车行为如何认定；2.劫取摩托车行为与前面抢劫财物行

为的关系如何，即劫取摩托车行为与前面转化型抢劫是一次还是两次抢劫；3.

被告人的行为是否构成入户抢劫。

【法院裁判要旨】

江苏省连云港市赣榆区人民法院经审理认为：被告人窦从丽在实施盗窃

犯罪逃跑过程中被发现，为抗拒抓捕而当场以暴力相威胁，并强行进入他人

住宅，在室内以暴力相威胁强行劫取他人财物，其行为侵犯了公民的人身权

利和私有财产所有权，已构成抢劫罪；被告人窦从丽秘密窃取他人财物，数

额较大，其行为侵犯了公民的私有财产所有权，已构成盗窃罪，均应依法追

究其刑事责任。被告人窦从丽在实施盗窃犯罪被发现后，当场使用暴力相威

胁，在逃跑过程中非法进入他人住宅，并持枪状物劫取他人财物，其行为是

前面犯罪的延续过程，应以抢劫罪定罪处罚，非法侵入住宅的行为是抢劫罪

的加重情节，构成入户抢劫。被告人窦从丽在刑罚执行完毕五年内再犯应当

判处有期徒刑以上刑罚之罪，系累犯，依法予以从重处罚；被告人窦从丽在

判决宣告前犯数罪，依法实行数罪并罚。

据此，连云港市赣榆区人民法院依据《中华人民共和国刑法》第二百六

十三条第一款第（一）项、第二百六十四条、第五十五条第一款、第五十六

条第一款、第六十五条第一款、第六十九条第一款及第三款、第六十四条之

规定，判决如下：

一、被告人窦从丽犯抢劫罪，判处有期徒刑十二年，剥夺政治权利三

年，并处罚金人民币一万元；犯盗窃罪，判处有期徒刑七个月，并处罚金人

民币五千元，决定执行有期徒刑十二年二个月，剥夺政治权利三年，并处罚

金人民币一万五千元。

二、责令被告人窦从丽于本判决生效后十日内退赔被害人经济损失共计

人民币2594元。

一审判决后，被告人窦从丽不服一审判决向连云港市中级人民法院提起

上诉。上诉人窦从丽的主要上诉理由是：上诉人偷盗后被村民发现追逃，因

害怕抓到遭殴打慌乱冲进一户人家躲藏，借车作为逃跑工具，没有抢劫故

意，一审对其抢劫罪量刑过重，与公诉意见量刑差距太大。

连云港市中级人民法院二审认为：

一、关于上诉人窦从丽提出其没有抢劫故意的上诉理由，经查，上诉人

窦从丽在实施盗窃犯罪被发现后，当场使用暴力相威胁，在逃跑过程中非法

进入他人住宅，并持枪状物威胁劫取他人财物，一审对其入户抢劫定罪处罚

并无不当，故其上诉理由不能成立，本院不予采纳。

二、上诉人窦从丽在实施盗窃犯罪逃跑过程中被发现，为抗拒抓捕而强

行进入他人住宅，并以暴力相威胁强行劫取他人财物，其行为已构成抢劫

罪；被告人窦从丽秘密窃取他人财物，数额较大，其行为已构成盗窃罪，均

应依法追究其刑事责任。原审判决认定事实清楚，证据充分，程序合法，定

罪准确，量刑适当。

综上，连云港市中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二

百二十五条第一款第（一）项之规定，作出刑事裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案中，主要存在三方面的争议问题，具体分析如下：

1.关于劫取李宜某摩托车行为的认定。被告人窦从丽上诉称其当时是借车逃跑，没有

抢劫的故意。综合本案事实来看，被告人窦从丽虽然当时口头上说是借，并向李宜某索要

并记下电话号码，但当时手持枪状物相威胁，李宜某并没有不借的自由，是在被暴力胁迫

的情况下将摩托车交给被告人，其行为应当定性为抢劫。

2.劫取摩托车行为与前面抢劫财物行为的关系。即劫取摩托车行为与前面转化型抢劫

是一次还是两次抢劫的问题。最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干

问题的意见》中规定，为抢劫其他财物，劫取机动车辆当作犯罪工具或者逃跑工具使用

的，被劫取机动车辆的价值计入抢劫数额；为实施抢劫以外的其他犯罪劫取机动车辆的，

以抢劫罪和实施的其他犯罪数罪并罚。由上述规定来看，被告人并未彻底逃离犯罪现场，

其一直处于构成转化型抢劫后逃跑被追捕的状态，在此过程中劫取逃跑用的交通工具应当

认定为一次抢劫犯罪，被劫取摩托车的价值计入抢劫数额。

3.关于是否构成入户抢劫的问题。被告人窦从丽在入户盗窃后翻墙逃跑时被被害人孙

成某发现，被告人窦从丽为抗拒抓捕，当场持手枪状物体威胁孙成某并逃跑，构成转化型

抢劫，但其暴力威胁行为发生在户外，故单独看此行为并不构成入户抢劫，但与后面强行

进入李宜某家并劫取摩托车的行为一并可构成入户抢劫，理由如下：被告人窦从丽在抢劫

逃跑过程中抢劫机动车辆当作逃跑工具使用，应当是前面转化型抢劫的延续。由此，被告

人窦从丽在被追捕的过程中持枪状物强行进入李宜某家，其入户时主要目的为躲避抓捕和

逃跑，但为逃跑而抢劫交通工具仍在其目的范围内。从立法本意和行为的社会危害性看，

入户是抢劫罪的加重情节，此规定是为了更好地保护“户”的安宁，被告人窦从丽持枪状物

强行入户，并抢劫逃跑用的交通工具，既侵犯了公民“户”的安宁，也侵犯了公民的人身、

财产安全，根据罪刑相适应的刑法基本原则，被告的行为应当构成入户抢劫。

编写人：江苏省连云港市赣榆区人民法院 张成增

33. 转化型抢劫未遂的分析

——蔡庆某抢劫案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省平江县人民法院（2017）湘0626刑初45号刑事判决书

2.案由：抢劫罪

【基本案情】

2016年9月27日6时许，被告人蔡庆某在平江县开发区某菜市场寻找盗窃目标，发现一

家店铺面粉台子下一个棕色花纹挎包，并趁被害人向明某不注意，将该挎包盗走（挎包内

有现金21570元）。蔡庆某盗走挎包刚走几步就被旁边贩菜的群众发现，群众告知了向明

某，向明某随即追赶，见被发现，蔡庆某从某饺子馆后门向市场外逃跑，市场内群众李平

某、张正某闻讯追赶蔡庆某。被告人蔡庆某在逃跑过程中将盗取的挎包丢在了北京饺子馆

前门旁。李平某、张正某仍然继续追赶蔡庆某，并将其堵在了一处楼梯间。此时，被告人

蔡庆某从口袋内拿出一把折叠式水果刀，将刀打开朝向李平某、张正某。趁两人不敢接近

时，蔡庆某继续逃跑，仍被群众合力堵住。蔡庆某见逃跑无望遂将刀收回口袋，后被群众

抓获。

【案件焦点】

被告人蔡庆某是否构成抢劫罪，是否属于犯罪未遂。

【法院裁判要旨】

湖南省平江县人民法院经审理认为：被告人蔡庆某以非法占有为目的，

秘密窃取他人财物，且数额较大，在实施盗窃的过程中，为抗拒抓捕而当场

以暴力相威胁，其行为已构成抢劫罪，应当以抢劫罪追究其刑事责任。蔡庆

某实施盗窃被发现后，遭群众追捕时丢弃了被盗财物，在对追捕群众持刀相

威胁后，仍被群众合力围堵，见逃跑无望时主动收回刀具，未造成人员受伤

的后果，属犯罪未遂，依法可以减轻处罚。被告人蔡庆某到案后能如实供述

其犯罪事实，属坦白，依法可以从轻处罚。辩护人关于被盗财物不属数额较

大的辩护意见，与本案的事实不相符，其不构成转化型抢劫罪的辩护意见，

不符合法律规定，不予采纳。辩护人关于抢劫犯罪未遂，有坦白等情节，请

求减轻或从轻处罚的辩护意见，应予以采纳。公诉机关指控被告人蔡庆某犯

抢劫罪的罪名成立，提供的证据确实、充分，提请依法判处的公诉意见，应

予以支持。依照《中华人民共和国刑法》第二百六十九条、第二百六十三

条、第二十三条、第六十七条第三款之规定，以抢劫罪判处被告人蔡庆某有

期徒刑二年六个月，并处罚金人民币五千元。

【法官后语】

本案的争议焦点为：第一，被告人蔡庆某是否构成抢劫罪；第二，是否属于犯罪未

遂。关于焦点一，根据《刑法》第二百六十九条的规定，转化型抢劫是指由盗窃、诈骗、

抢夺在特定条件下转化为抢劫罪的一种特殊情况，须同时符合以下三个条件：（1）必须

实施了盗窃、诈骗、抢夺的行为；（2）必须是在实施盗窃、诈骗、抢夺行为的过程中，

当场使用暴力或者以暴力相威胁，“当场”主要是指盗窃、诈骗、抢夺的作案现场；（3）

使用暴力或者以暴力相威胁必须是为了窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证。只有同时具备

这三个条件，才能适用本条规定。根据本案案情，被告人蔡庆某以非法占有为目的，秘密

窃取他人财物，挎包内有两万余元现金，达到了数额较大的标准，在实施盗窃的过程中，

被被害人发现，被告人蔡庆某在逃跑过程中，为抗拒抓捕，从口袋内拿出一把折叠式水果

刀，当场以暴力相威胁，从主、客观条件上看，被告人蔡庆某的行为属于典型的转化型抢

劫，故蔡庆某的行为构成抢劫罪。

关于焦点二，即被告人蔡庆某的行为是否属于抢劫未遂。根据本案案情，被告人蔡庆

某在实施盗窃过程中，窃得一棕色挎包，包内有现金两万余元，后被人发现，蔡庆某随即

逃跑，在被追赶的过程中，当场将挎包丢弃，后在被继续追赶的过程中，掏出一把水果刀

指向追捕群众，后被群众合力堵住，蔡庆某见逃跑无望遂将刀收回口袋，后被群众抓获。

关于转化型抢劫是否具有既遂与未遂的不同形态，在司法实践中，主要有两种不同意见：

一种观点认为，转化型犯罪是从一个犯罪向另一个犯罪的转化，一经转化即构成既遂，不

存在未遂的情况。另一种观点认为，根据罪责刑相适应的原则，转化型抢劫与抢劫罪具有

同质性，侧重点在于对他人人身的危害性，转化型抢劫应按照普通抢劫罪的全部构成要件

来认定既遂与未遂。本案合议庭更倾向于第二种观点，本案被告人蔡庆某盗窃到他人的挎

包后即被当场发现，后被追赶，因为意志以外的原因，被告人将挎包丢弃（该挎包后被在

场群众捡到送交公安机关），蔡庆某在被继续追赶的过程中，拿出水果刀相威胁，后被群

众合堵，见逃跑无望又主动将水果刀收回。本案被告人蔡庆某未实际取得财物，未造成他

人人身伤害，应属于抢劫未遂，可比照既遂从轻或者减轻处罚，也是罪责刑相适应刑法原

则的体现。

编写人：湖南省平江县人民法院 艾方方

34. 转化型抢劫罪中的须鉴定人出庭作证的情形

——王忠安抢劫案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

云南省昆明市官渡区人民法院（2016）云0111刑初444号刑事判决书

2.案由：抢劫罪

【基本案情】

2015年9月24日8时许，被告人王忠安伙同“小琴”（在逃）及两名昭通籍男子（在逃）

在昆明市官渡区盘龙江小人桥旁通过“抽奖卖手表”的方式行骗，王永某被引诱来抽奖，因

王永某钱没带够，王忠安等人又以演戏的方式引诱王永某用其手上戴着的金戒指作为抵押

物来抽奖，王永某将戒指褪下交给“小琴”后，“小琴”趁机拿着王永某的金戒指逃离现场，

随后王忠安为帮助“小琴”逃走，故意用雨伞遮挡王永某的视线，并用雨伞和拳头击打王永

某的头部和胸部，后被经过现场的民警看到并抓获。经鉴定王永某的伤情为轻微伤；王忠

安抢劫的金戒指价值人民币3060元。

公诉机关起诉被告人犯抢夺罪转化为抢劫罪的犯罪事实，当庭宣读和出示被告人供

述、被害人陈述、证人证言、鉴定意见等证据。

主要证据：1.被告人王忠安的供述及辩解；2.被害人王永某的陈述；3.证人曹继某、

张永某的证言；4.物证指认照片：被告人王忠安对涉案的黄金戒指进行了指认；5.云南正

大（2015）临床鉴字第15348号司法鉴定意见书证实王永某的伤情鉴定为轻微伤；6.云南

省珠宝玉石质量监督检验研究院作出的鉴定书证实涉案戒指是千足金；7.官发改价鉴

（2015）423号价格鉴定结论书证实涉案金戒指价值人民币3060元；8.鉴定人谭某到庭后

对被害人伤情鉴定意见书所作出的解释。

对上述认定的事实及罪名，被告人王忠安当庭辩解本案系诈骗罪，请求从轻处罚。

辩护人则认为被告人不构成犯罪。理由如下：1.公诉机关指控其犯抢劫罪是转化型犯

罪，本案中被告人王忠安诈骗数额未达到“数额较大”的认定标准（云南省诈骗公私财物达

到数额较大的量刑起点为5000元）。2.被告人致被害人轻微伤的伤情鉴定意见存疑。故对

公诉机关提交的鉴定意见书（金戒指的鉴定意见书、被害人伤情鉴定书）的结论均不予认

可，并申请对涉案金戒指及被害人的伤情进行重新鉴定。综上，辩护人认为本案中被告人

王忠安伙同他人实施的诈骗行为属于情节较轻、危害不大、不宜犯罪论处的情形，故认为

被告人王忠安无罪。

【案件焦点】

1.王忠安是否构成犯罪；2.王忠安构成何种罪；3.须鉴定人出庭作证的情

形。

【法院裁判要旨】

云南省昆明市官渡区人民法院经审理认为：公诉机关指控证据系公安机

关依照法定程序依法收集，内容客观真实，证据之间能够形成证据锁链，均

系合法、有效证据，昆明市官渡区人民法院予以确认。法院认定的事实与公

诉机关指控的事实一致。

昆明市官渡区人民法院认为：被告人王忠安无视国家法律，伙同他人诈

骗财物，为了抗拒抓捕、窝藏赃物而当场使用暴力，其行为已触犯刑律，构

成抢劫罪。公诉机关起诉指控被告人王忠安犯抢劫罪，认定事实清楚，证据

确实充分，指控罪名成立，昆明市官渡区人民法院予以支持。但是，针对公

诉机关指控认为本案系被告人犯抢夺罪转化为抢劫罪的指控意见，法院认

为，依据指控及庭审查明的事实，被告人等人以非法占有为目的，系诱骗被

害人交出财物参与抽奖，该行为符合认定为诈骗的犯罪特征，本案应属因诈

骗行为转化型抢劫罪，而不是抢夺罪转化型抢劫罪。

针对被告人王忠安认为其行为不构成抢劫罪的辩解，昆明市官渡区人民

法院认为，依据被告人的供述、被害人的陈述、鉴定意见、证人证言、物证

照片等证据能够形成完整的证据锁链证实被告人王忠安等人实施诈骗行为后

被受害人发现，被告人王忠安为帮助同伙窝藏赃物、抗拒抓捕当场使用雨伞

和拳头击打被害人，造成被害人轻微伤，被告人王忠安的行为符合认定为转

化型抢劫罪的构成要件，被告人王忠安不构成抢劫罪辩解观点系法律认识错

误。

针对被告人王忠安的辩护人的辩护意见，昆明市官渡区人民法院认为，

辩护人未能提交有效证据予以证明鉴定机构、鉴定人员及鉴定程序不合法，

亦未能提出证据证明存在人民法院应予准许重新鉴定的情形，因此，昆明市

官渡区人民法院认为，本案中的鉴定机构及鉴定人员均具有相应的鉴定资

质、鉴定程序合法，昆明市官渡区人民法院对本案中鉴定机构所作出的鉴定

意见、检测报告、鉴定结论均予以确认。

被告人王忠安因帮助同伙窝藏赃物、抗拒抓捕使用暴力击打被害人，造

成被害人轻微伤，昆明市官渡区人民法院认为，虽被告人的诈骗行为未达

到“数额较大”的标准，但被告人使用暴力致人轻微伤，其行为不属情节较轻、

危害不大、不宜犯罪论处的情形，应以抢劫罪定罪处罚。

鉴于被告人王忠安所抢劫的财物已退还，可酌情从轻处罚。据此，昆明

市官渡区人民法院根据被告人王忠安的犯罪事实、性质、情节和对社会的危

害程度及悔罪表现，依照《中华人民共和国刑法》第二百六十九条、第二百

六十三条、第六十七条第三款之规定，判决如下：

被告人王忠安犯抢劫罪，判处有期徒刑三年，并处罚金六千元。

【法官后语】

本案实质问题是因涉及被告人是否构罪、构成何种罪名而引起的需要鉴定人出庭作证

的情形。公诉机关指控本案系转化型抢劫，应当以抢劫罪定罪处罚。

辩护人认为本案中被告人无罪，辩护人所持观点的主要依据是2005年6月8日最高人民

法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》中关于转化抢劫的认定，

内容如下：“行为人实施盗窃、诈骗、抢夺行为，未达到‘数额较大’，为窝赃赃物、抗拒

抓捕或者毁灭罪证当场使用暴力或者以暴力相威胁，情节较轻，危害不大的，一般不以犯

罪论处；但具有下列情形之一的，可依照刑法第二百六十九条的规定，以抢劫罪定罪处

罚。（1）盗窃、诈骗、抢夺接近‘数额较大’标准的……（3）使用暴力致人轻微伤以上后

果的……”。

辩护人认为被告人所实施的诈骗行为，未达到“数额较大”，其当场使用暴力或者以暴

力相威胁属于情节较轻，危害不大的情形，故被告人不构成犯罪。据此，被告人申请对公

诉机关提交指控的鉴定意见书：（1）涉案金戒指的鉴定书；（2）被害人伤情系轻微伤的

伤情鉴定书，对以上鉴定书申请重新鉴定。辩护人紧紧抓住转化型抢劫罪中的构成要件进

行辩驳，意图证实被告人无罪。

具体到本案中，被害人的伤情鉴定意见对本案的定罪尤为重要。因此，昆明市官渡区

人民法院结合被告人重新鉴定的申请以及公诉机关要求鉴定人出庭作证的申请，依法通知

鉴定人出庭针对诉讼涉及的专业问题进行说明，鉴定人谭某到庭后接受公诉人、辩护人、

合议庭的质询，对被害人的伤情鉴定意见书作出了合理的解释，辩护人未能提交有效证据

予以证明鉴定机构、鉴定人员及鉴定程序不合法，亦未能提出证据证明存在人民法院应予

准许重新鉴定的情形，故法院采纳了鉴定书中的鉴定意见，认定被告人伙同他人实施诈骗

行为，为了抗拒抓捕、窝藏赃物而当场使用暴力，其行为已触犯刑律，构成抢劫罪。

关于被告人的认罪态度问题，王忠安对行为性质的辩解属于法律认识的错误，并不影

响对其如实供述自己犯罪行为的认定，综合本案的事实和情节，可对其从轻处罚。

编写人：云南省昆明市官渡区人民法院 杨婉菱

35. 先行行为既遂与否不影响转化型抢劫的成立

——李某抢劫案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省成都市金牛区人民法院（2016）川0106刑初233号刑事判决书

2.案由：抢劫罪

【基本案情】

2015年11月18日5时许，被告人李某在成都市金牛区花照壁中横街××号某小区2期1栋

1单元的单元楼梯间内将被害人毕某停放在此的一辆牌照为川C23××××灰色电动自行车盗

出，并将车移至单元楼外的消防通道后的雨棚外后被群众发现。为抗拒抓捕，被告人李某

与群众发生扭打并当场使用一黄色手柄的十字改刀进行暴力威胁。后被告人李某被群众制

服并挡获。现场查获其作案用工具和被盗电动自行车。经鉴定，涉案电动自行车价值人民

币1800元。另查明，公安机关现场查获作案工具液压钳一把、T字型开锁工具两把、金属

锥子一把、剪刀一把、改刀一把及被盗电动自行车，上述物品扣押在案。案发后，被盗电

动自行车已经发还给被害人毕某。

【案件焦点】

先行行为既遂是否是构成转化型抢劫的先决条件。

【法院裁判要旨】

四川省成都市金牛区人民法院经审理认为：被告人李某以非法占有为目

的，在实施盗窃时为抗拒抓捕而当场使用暴力，其行为已经构成抢劫罪。公

诉机关对被告人李某犯抢劫罪的指控成立。

被告人李某在刑罚执行完毕后五年内再犯应当判处有期徒刑刑罚之罪，

是累犯，应当从重处罚。

被告人李某在实施盗窃过程中为抗拒抓捕而当场使用暴力，其性质已经

发生转化，因未实际占有被盗电动自行车，且尚未造成轻伤以上人身伤害后

果，属于犯罪未遂，可以从轻处罚。

成都市金牛区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十九条、

第二百六十三条、第六十五条第一款、第二十三条、第六十七条第三款、第

五十二条、第五十三条、第六十四条之规定，判决如下：

一、被告人李某犯抢劫罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币三千

元；

二、扣押在案的作案工具液压钳一把、T字型开锁工具两把、金属锥子一

把、剪刀一把、改刀一把予以没收。

宣判后，被告人未提起上诉，公诉机关亦未提起抗诉，一审判决已经发

生法律效力。

【法官后语】

本案涉及的主要法律问题在于：转化型抢劫是否要求先行行为既遂？

《刑法》第二百六十九条规定：“犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或

者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照本法第二百六十三条的规定定罪处

罚。”并未规定转化型抢劫是否要求先行盗窃、诈骗、抢夺行为构成既遂。

笔者认为：在司法实践中，对转化型抢劫的认定应从三个方面来加以把握。

第一，转化的前提是已实施了盗窃行为，而就先行行为是否必须独立构成盗窃罪，理

论界和实务界尚存争议，主要观点有三，其一认为只要先行实施盗窃行为，为窝赃、拒

捕、毁证而当场实施暴力或以暴力相威胁，结合全案又不属于“情节显著轻微、危害不大

的”都应按《刑法》第二百六十九条定罪；其二认为《刑法》第二百六十九条的“犯盗

窃……罪”未有限定财物要达到“数额较大”。如果财物数额虽未达到较大，而暴力行为严

重的，应适用《刑法》第二百六十九条；其三认为先行行为必须独立构成盗窃罪，后为窝

赃、拒捕、毁证实施暴力行为或以暴力行为相威胁方可认定为转化型抢劫；笔者认为，从

立法意图上来理解，“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”，并不限于盗窃、诈骗、抢夺的犯罪行为，

而是主观上有犯盗窃、诈骗、抢夺罪的故意，客观上实施了盗窃、诈骗、抢夺行为。抢劫

罪本身触犯的是人身权利及财产权利双重客体，是一种严重的刑事犯罪，立法本身并未强

调数额较大限制，转化型抢劫的目的条件是为了窝藏赃物、抗拒抓捕或毁灭罪证，只有暴

力或暴力相威胁的情节不严重、危害不大的，才符合《刑法》第十三条但书的规定。

第二，转化的目的条件是了窝藏赃物、抗拒抓捕或毁灭罪证。行为人犯罪目的具有双

重性，其一是以非法占有公私财物目的，其二是为窝藏赃物、抗拒抓捕或毁灭罪证。后者

是最主要、直接的目的。如果行为人在盗窃过程中，不是出于窝藏赃物、抗拒抓捕或毁灭

罪证的目的，而是出于其他目的，则不属于转化抢劫，构成其他罪的，按相应的犯罪处

理。

第三，转化的客观条件是当场使用暴力或以暴力相威胁。“当场”应理解为盗窃的作案

现场，行为人逃离现场时即刻被人发现在视线范围内进行紧追的过程，属于现场的延伸，

也就视为当场。

以上三个条件，须同时具备，方可认定为转化型抢劫，本案中，被告人盗窃被害人停

放在单元楼梯间的电动车，符合《刑法》第二百六十九条规定的先行条件，转移赃物途中

被群众发现，符合“当场”的要求，为抗拒抓捕与群众发生扭打并当场使用一黄色手柄的十

字改刀进行暴力威胁，符合转化型抢劫的目的条件及行为条件，故本案被告人李某的行为

构成抢劫罪，因其实际未取得被盗财物的控制权，又未造成他人轻伤以上人身损害结果，

故以未遂论。

编写人：四川省成都市金牛区人民法院 叶潇

36. 用于放租的空置房屋能否认定为“入户抢劫” 之“户”

——李双峰强奸、抢劫、敲诈勒索案

【案件基本信息】

1.裁定书字号

广东省广州市越秀区人民法院（2016）粤0104刑初396号刑事判决书

2.案由：强奸罪、抢劫罪、敲诈勒索罪

【基本案情】

2015年12月18日15时许，被告人李双峰以租房为由，通过网络中介平台，联系上被害

人邹某，由邹某带其进入邹某位于广州市越秀区某小区2105室看房。在该房内被告人李双

峰持水果刀威胁被害人邹某，致使被害人邹某不敢反抗后，用胶带捆绑被害人邹某，脱掉

被害人邹某衣物，拍摄被害人邹某裸照，强行与被害人邹某发生性关系，并将被害人邹某

包内的现金1000元、银行卡1张抢走后逃离现场。同日21时，被告人李双峰到银行取款未

果后致电被害人亲属邹某都，以威胁公开被害人邹某裸照为由，索要70000元。同年12月

19日，被告人李双峰被公安人员抓获归案，并缴获作案工具水果刀1把、赃款现金200元、

移动电话1台、银行卡1张。

【案件焦点】

被告人以“假看房、真抢劫”的目的，骗取被害人的同意，由被害人带领进

入被害人自有空置房屋，在“看房”过程中对被害人实施抢劫，是否属于“入户

抢劫”情形。

【法院裁判要旨】

广东省广州市越秀区人民法院经审理认为：被告人李双峰违背妇女意

志，以暴力、胁迫手段强行与妇女发生性关系，其行为构成强奸罪。被告人

李双峰以非法占有为目的，以暴力、胁迫的方法劫取他人财物，其行为构成

抢劫罪。被告人李双峰以非法占有为目的，以胁迫手段强行索取他人财物，

数额较大，其行为构成敲诈勒索罪。被告人李双峰犯数罪，依法应数罪并

罚。公诉机关的指控事实清楚，证据确实、充分，罪名成立，本院予以支

持。被告人李双峰的敲诈勒索行为属于犯罪未遂，对该节事实可以比照既遂

犯从轻处罚。被告人李双峰能自愿认罪，可予从轻处罚。对于“入户抢劫”情节

不予认定，故法定刑量刑档不上升至十年以上。综合本案其他情节，判决被

告人犯强奸罪，判处有期徒刑六年。犯抢劫罪，判处有期徒刑五年，并处罚

金二千元。犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑一年六个月，并处罚金三千元。决

定执行有期徒刑十一年，并处罚金五千元。另有没收、追缴、发还等事项的

判决从略。

【法官后语】

根据最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》之规

定，入户抢劫要注意三方面问题：（1）符合“户”的标准；（2）“入户”目的要有非法性；

（3）暴力或暴力胁迫须发生在户内。本案被告人确实在入室前就具有实施抢劫的犯罪故

意，其入室前也已随身携带刀具、绳索、透明胶带等作案工具，本案暴力行为确实发生在

室内，符合上述后两点规定。至于用于放租的空置房屋是否能认定为“户”，笔者主张适

用“法益分析法”，回到立法本意分析加重处罚“入户”犯罪之法益本身。

刑法之所以要为“入户”抢劫设置更重的量刑档，保护的法益是公民对住宅安全的信赖

保护利益。住宅安全是公民自由和安全的“最后堡垒”，是公民心理上最为安全的场所。是

否突破被害人对住宅安全的信赖，是认定是否构成“入户抢劫”的判断标准。

在本案中，被害人作为一名女性，带领一位自称想要租房的陌生男子进入自己的房

屋，在陌生男子在被害人的授权下进入房屋的那一刻起，该房屋就不再对该陌生男子起到

安全防御作用，此刻，在被害人与被告人之间，涉案房屋不具有住宅安全信赖保护功能，

故不属于“入户抢劫”的“户”。并且，基于住房安全的信赖保护利益，“入户”的行为只要是

合法进入的，如邻居串门、上门维修电器等，都只能是“在室”犯罪，并非“入户”犯罪。只

有违背了被害人的意愿，强行进入，暴力破坏具有坚固防御作用之门、窗、墙壁进入室

内，侵犯到被害人的住宅安全信赖利益，才构成“入户抢劫”。

编写人：广东省广州市越秀区人民法院 黄鸿志 郭玉

（二）盗窃罪

37. 秘密向储值卡充值并部分消费的犯罪数额认定

——丁天文盗窃、贾连某、汝海某掩饰、隐瞒犯罪所得案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

黑龙江省鹤岗市工农区人民法院（2016）黑0403刑初1号刑事判决书

2.案由：盗窃罪，掩饰、隐瞒犯罪所得罪

【基本案情】

2013年6月9日至2014年3月29日，被告人丁天文和贾连某、汝海某在被害人温丽某经

营的鹤岗市工农区甲商店分别任收银员、导购员期间，丁天文趁无人之机多次进入会计

室，用财务专用电脑虚假充值价值人民币222.99万元的储值卡76张。丁天文先后找到贾连

某、汝海某共同套现，二人分别与丁天文用该储值卡购买店内商品、低价销售该储值卡以

及当顾客用现金购买商品时在销货单上体现用该储值卡冲抵的方式获取顾客消费现金，之

后丁天文与贾连某、汝海某对半分取赃款。三人共使用该储值卡38张，其中丁天文犯罪数

额人民币33.1291万元，贾连某的犯罪数额人民币20.9189万元，汝海某的犯罪数额人民币

6.3384万元。案发后，丁天文退赔人民币12万元、贾连某退赔人民币10.3万元，汝海某退

赔人民币7.35万元。

经侦查，被告人丁天文、贾连某于2014年4月25日分别在鹤岗市工农区乙商城、甲商

店被公安机关抓获；被告人汝海某于2014年4月26日主动到公安机关投案。

【案件焦点】

丁天文秘密向储值卡充值并部分消费，其犯罪数额应如何认定。

【法院裁判要旨】

黑龙江省鹤岗市工农区人民法院经审理认为：被告人丁天文作为收银

员，不具有为储值卡充值的职权，其多次秘密进入会计室，盗用财务专用电

脑为其从顾客手中回收的应上交财务而未上交的储值卡再次充值，后与贾连

某、汝海某分别以低价销售储值卡、用储值卡购买店内商品以及当顾客用现

金购买商品时在销货单上体现用该储值卡冲抵现金等方式，使用了部分储值

卡，其行为符合盗窃罪的犯罪构成条件，应当以盗窃罪追究其刑事责任。贾

连某、汝海某明知经手丁天文的储值卡不是丁天文合法取得的，仍通过该卡

套取财物，从而获取利益，二人行为符合掩饰、隐瞒犯罪所得罪的犯罪构成

条件，应当以掩饰、隐瞒犯罪所得罪追究其刑事责任。检察机关指控丁天

文、贾连某、汝海某犯职务侵占罪，指控罪名有误，应予纠正。

甲商店储值卡仅限在甲商店内使用，虽然不记名、不挂失，但流通范围

特定，被害人不是持卡顾客而是发行该卡的甲商店实际经营者，可以由被害

人自主避免损失，且丁天文充卡而不消费即不能给被害人造成财物损失，造

成损失也只能通过使用该卡在店内消费，故应按给被害人造成的实际损失计

算盗窃数额，即已消费储值卡的金额人民币33.1291万元。按照刑法谦抑原

则，汝海某掩饰、隐瞒犯罪所得犯罪数额为人民币6.3384万元，情节严重。

被告人丁天文、贾连某无前科劣迹、系初犯，三被告人如实供述自己罪

行，当庭自愿认罪，有悔罪表现，主动退赔，可以从轻处罚；被告人汝海某

系自首，可减轻处罚。检察机关关于对三被告人主从犯的指控意见及辩护人

提出的其他辩护意见不予采纳。根据法律规定，作出如下判决：

一、被告人丁天文犯盗窃罪，判处有期徒刑五年八个月，并处罚金人民

币二万元；

二、被告人贾连某犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪，判处有期徒刑三年，缓刑

四年，并处罚金人民币一万元；

三、被告人汝海某犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪，判处有期徒刑二年，缓刑

三年，并处罚金人民币五千元。

【法官后语】

本案的主要争议点在于确定丁天文以非法占有为目的，秘密向储值卡充值并部分消

费，其盗窃的犯罪数额应如何认定。合议庭在讨论案件时提出三种观点。第一种认为：丁

天文秘密进入财务室对其持有的本应上交而未上交的储值卡进行充值，体现其主观上具有

非法占有甲商店财物的目的，客观上这些被充值的储值卡脱离了甲商店的实际控制，丁天

文取得了这些储值卡的实际处分权，其犯罪数额应认定为人民币222.99万元。第二种认

为：丁天文充卡是犯罪预备行为，已消费部分构成既遂，未消费部分构成未遂，故丁天文

犯罪数额为人民币222.99万元，其中既遂部分人民币33.1291万元，未遂部分人民币

189.8609万元；第三种认为：丁天文的犯罪数额应认定为给失主造成的实际损失，即人民

币33.1291万元。

该案经提交审委会，最终采用第三种观点，理由如下：参照盗窃信用卡并使用，按使

用数额认定盗窃数额的规定及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适

用法律若干问题的解释》第五条规定：“……（一）盗窃不记名、不挂失的有价支付凭

证、有价证券、有价票证的，应当按票面数额和盗窃时应得的孳息、奖金或者奖品等可得

收益一并计算盗窃数额；（二）盗窃记名的有价支付凭证、有价证券、有价票证的，已经

兑现的，按照兑现部分的财物价值计算盗窃数额；没有兑现，但失主无法通过挂失、补

领、补办手续等方式避免损失的，按照给失主造成的实际损失计算盗窃数额。”甲商店储

值卡仅限在甲商店内使用，虽然不记名、不挂失，但流通范围特定，且被害人不是持卡顾

客而是发行该卡的甲商店，可以由甲商店自主避免损失，且丁天文充卡而不消费即不能给

甲商店造成财物损失，造成损失也只能通过使用该卡在店内消费，故应按给被害人造成的

实际损失计算盗窃数额，即已消费储值卡的金额人民币33.1291万元。

编写人：黑龙江省鹤岗市工农区人民法院 陈芯芯

38. 盗打彩票的性质认定

——沈阳盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2016）京01刑终452号刑事裁定书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

2015年，被害人李某通过与延庆区福利彩票发行中心签订北京市福利彩票销售站授权

协议书，取得了福利彩票代销资格，销售站地址为延庆区永宁镇镇政府对面某超市门口。

被告人沈阳的朋友孙某在该销售站上班，负责销售彩票。2015年7月28日，被告人沈阳在

该销售站买完彩票后，趁孙某外出时，抱着无钱购买彩票又想中奖的侥幸心理，在未交纳

彩票投注金的情况下，从电脑中私自打印出票面金额共计人民币7万元的“快3”彩票。次

日，被告人沈阳向孙某交付彩票投注金人民币5000元，孙某为被告人沈阳垫付彩票投注金

人民币500元。同年8月26日，被告人沈阳趁孙某离开彩票销售站外出时，再次采取同样方

式从电脑中打印出票面金额共计人民币5.95万元的“快3”彩票，上述彩票均未中奖。案发

后，孙某就上述人民币12.4万元向其雇主李某出具欠条。李某将被告人沈阳两次私自打印

产生的人民币12.4万元彩票投注金垫付给北京市福利彩票销售中心，被告人沈阳未赔偿因

私自打印彩票给李某造成的损失。2015年10月16日，李某报案称在2015年7、8月间，其雇

佣的彩票销售人员孙某利用职务之便将彩票销售款人民币12.4万元据为己有，在办理孙某

涉嫌职务侵占一案过程中，公安机关发现被告人沈阳有作案嫌疑，后于2015年11月12日在

北京市延庆区某小区底商某办公室将被告人沈阳传唤至公安机关接受讯问。

2016年1月7日，李某就本案涉及的人民币12.4万元彩票投注金向延庆区人民法院提起

民事诉讼，要求孙某偿还欠款人民币12.4万元及利息。同年3月15日，延庆区人民法院作

出（2016）京0119民初565号民事判决：1.孙某于判决生效后七日内偿还李某彩票款人民

币12.4万元，其中人民币6万元自2015年8月12日起，按中国人民银行同期贷款利率计算利

息至判决指定的还款期限内付清之日止；2.驳回李某的其他诉讼请求。

【案件焦点】

被告人沈阳受托看管店面，不付款擅自打印彩票的行为，应当认定为盗

窃罪还是侵占罪。

【法院裁判要旨】

北京市延庆区人民法院经审理认为：彩票投注设备经专业人员操作才可

打印出彩票，占有该设备本身并不能直接占有彩票对应的财产价值，孙某对

被告人沈阳的委托仅限于照看店面，其并未允许沈阳不交纳彩票投注金而打

印高额彩票并兑奖，沈阳的行为已经超出其代为保管的范围。构成侵占罪的

前提条件是行为人业已合法持有他人财物，突出特点是“变合法持有为非法所

有”，盗窃罪一般表现为以秘密窃取的方法，将公私财物转移到自己控制之

下，并非法占有的行为。沈阳自始未取得涉案财产的合法占有权，故其行为

不符合侵占罪的特征。沈阳明知自己无力付款而彩票资金属他人所有，仍以

非法占有为目的，不付款而擅自打印彩票，数额巨大，属于采取秘密手段窃

取他人财物，符合盗窃罪的构成要件。沈阳曾因盗窃罪被判处刑罚，应酌予

从重处罚。

北京市延庆区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四条、

第六十四条、第六十一条之规定判决：

一、被告人沈阳犯盗窃罪，判处有期徒刑四年，并处罚金人民币八千

元；

二、责令被告人沈阳退赔被害人李某犯罪所得人民币十二万四千元。

北京市第一中级人民法院经审理认为：经一审庭审举证、质证并确认的

销售员报表、证人孙某、李某等人证言均能证明沈阳在福利彩票代销点负责

人李某、销售人员孙某不在场的情况下，私自从电脑中打印巨额“快3”彩票，

致使李某垫付北京市福利彩票销售中心钱款共计人民币12.4万元。沈阳以非法

占有为目的，窃取他人财物，数额巨大，其行为已构成盗窃罪。沈阳曾因盗

窃犯罪被判处刑罚，故对其酌予从重处罚。一审法院根据沈阳犯罪的事实，

犯罪的性质、情节及对于社会的危害程度所作出的判决，事实清楚，证据确

实、充分，定罪及适用法律正确，量刑适当，审判程序合法，应予维持。

北京市第一中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二

十五条第一款第（一）项之规定，裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

彩票，是指国家特许发行、依法销售，印有号码、图形或者文字，供人们自愿购买并

按照特定规则取得中奖权利的凭证。彩票既是合同，反映彩票发行人与购彩人之间的买卖

关系，又是购彩人享有权利的书面凭证，属于有价证券。依照我国法律规定，彩票应按面

值发行销售，禁止溢价或者折价。但是，彩票的价值不能等同于彩票的票面价值。每注彩

票的销售价格并非彩票本身的对价，而是机会利益、或称中奖可能性的对价。彩票的价值

应当既包括成立合同需支付的对价，又包括合同指向的对象，即票面价值和中奖可能性的

集合。此外，根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干

问题的解释》第五条的规定，不记名、不挂失的有价证券的价值应当包括票面数额和可得

收益。彩票作为一种有价证券，当然也不例外。

我国的彩票，除即开型彩票外，一般通过电脑系统发行销售，彩票代销机构虽然占有

彩票投注设备，但对彩票没有代为保管的权利。盖因彩票以政府信用为基石，具有无因

性，谁持有谁享有权利，彩票发行人仅能依据持有彩票的事实，履行兑奖义务。

侵占罪是易占有为非法所有的行为，核心是代为保管的认定，犯罪对象是代为保管的

他人之物。结合本案来看，只有在彩票代销站对彩票有代为保管之权利的前提下，才需要

考虑被告人沈阳受托照看店面，擅自打印彩票的行为是否超出代为保管范围。首先，沈阳

主观上是以获得彩票为目的，其行为对象是彩票，而非彩票销售款。前文有述，彩票代销

机构并不能“无偿”合法占有彩票，沈阳代为保管更无从谈起。其次，按照福利彩票代销合

同示范文本，福利彩票销售人员必须接受上岗前培训，并取得福利彩票销售资格。孙某作

为彩票销售站销售人员，应当接受过相应的岗前培训，并明知“彩票代销者不得委托他人

代销彩票”。对于“看管店面”的理解，孙某与沈阳各执一词，且无其他证据能够证明。基

于孙某的销售人员身份，认定其在委托沈阳看管店面时，不包含允许其代为销售彩票的意

思表示，更为符合客观实际。且沈阳两次未付款私自打印彩票后，均未主动告诉孙某，如

果孙某有让其帮忙销售彩票的意思表示，上述行为显然不符合常理。第三，沈阳系利用孙

某外出，得以接触到彩票投注设备的便利条件，实施不付款私自打印彩票的行为，其中，

孙某不在场是犯罪行为得以实施的关键。换言之，沈阳是依托看管店面之名，实施窃取财

物之实，其行为本质更符合盗窃罪的特点。

编写人：北京市第一中级人民法院 魏小项

39. 犯罪既遂后退赃不应影响行为定性

——顾天扬盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2016）京01刑终97号刑事裁定书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

2010年10月间，被告人顾天扬所在的北京甲公司承接了原北京乙智能卡系统有限公司

（后更名为“乙（中国）信息科技有限公司北京分公司”）负责的丙加油站管理系统实施项

目部分工作，顾天扬作为卡软件系统构架师负责该系统的研发工作。2011年至2012年，被

告人顾天扬先后在北京市海淀区丁大厦、昌平区沙河镇戊创新基地B1楼项目组所在地，

多次使用私自编写的程序，对其事先购买的上千张加油卡进行非法充值，后又倒卖上述加

油卡牟利。2013年12月18日，被害单位向公安机报案称，在对丙加油站管理系统卡数据库

日常分析和交易稽核中，发现存在有异常充值的个人记名和不记名卡且消费，涉及金额人

民币50余万元。次日，被告人顾天扬主动到公安机关投案，供称其通过自己购买的多张加

油卡虚增充值数额人民币700余万元后变卖，并于当天退还被害单位人民币550万元。经依

法审查，顾天扬非法充值共计人民币6998980元。后被告人顾天扬及其家属又向被害单位

退赔人民币150万元，被害单位对被告人顾天扬的行为表示谅解。

在二审审理期间，顾天扬的辩护人提出，顾天扬主动退还的人民币650万元系案发前

退赃，不应计算在犯罪数额内。

【案件焦点】

被害单位在报案时仅称其财产损失为人民币50万元，被告人顾天扬主动

退还的人民币650万元，应否认定为案发前退赃，不计算在犯罪数额之内。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：被告人顾天扬以非法占有为目的，

秘密窃取公私财物，数额特别巨大，其行为已构成盗窃罪，应予惩处。关于

犯罪数额，在案证据中有被告人顾天扬向公安机关提交的涉案加油卡的卡号

记录，被害单位根据上述卡号亦出具了相关卡的详细充值记录，故可依据上

述两份证据，按照涉案加油卡的总计充值金额减去被告人顾天扬购卡的全部

金额的计算方式，最终得出本案的犯罪金额应为人民币6998980元。鉴于顾天

扬在犯罪后自动投案，能够如实供述自己的罪行，系自首；且已退赔被害单

位的全部损失并得到被害单位的谅解，依法从轻处罚。

北京市海淀区人民法院根据《中华人民共和国刑法》第二百六十四条、

第六十七条第一款、第五十五条第一款、第五十六条第一款、第五十三条之

规定判决：被告人顾天扬犯盗窃罪，判处有期徒刑十四年六个月，剥夺政治

权利四年，并处罚金人民币十五万元。

北京市第一中级人民法院经审理认为：中石油天然气股份有限公司报案

前，顾天扬以非法占有为目的，利用工作便利，通过对丙天然气股份有限公

司加油卡管理系统中存储、处理或者传输的数据进行删除、修改、增加的操

作，已经完成了对丙天然气股份有限公司人民币699万余元财物的非法占有，

属于盗窃犯罪已完成形态。顾天扬在立案当天主动退还钱款的行为，系盗窃

既遂后所实施的退赃行为，属于量刑情节，不影响对顾天扬盗窃他人财物行

为性质的认定。一审法院根据顾天扬犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于

社会的危害程度所作出的判决，事实清楚，证据确实、充分，定罪及其适用

法律正确，量刑适当，审判程序合法，应予维持。

北京市第一中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二

十五条第一款第（一）项之规定裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

关于盗窃罪的既遂标准，在理论界有很多种说法，其中控制说和失控说最受关注。控

制说认为行为人实际控制财物即为既遂，失控说认为被害人失去对财物的控制方为既遂。

无论是控制说还是失控说，都是对被盗财产实际状态的客观表述，不受财产权利人对于财

产状态认知程度的影响。如果被害人预估的损失数额较小，但实际财产损失远远高于预

估，法院不会因此减轻对被告人的处罚；同理，如果被害人预估的损失数额巨大，但实际

财产损失远远低于预估，法院也不会因此加重对被告人的处罚。而且，还原事实真相本身

就需要一个过程，我们不能要求被害人在报案时，对于自身财产损失状况的认知必须是明

确且固定的，同样，法院也不可能仅依据被害人报案时的损失金额认定犯罪数额。

结合本案来看，被告人顾天扬通过使用私自编写的程序对上千张加油卡非法充值，窃

取被害单位钱款，与一般盗窃行为相比较，上述手段更加隐蔽，由此造成的财产损失更加

不易被发觉。虽然被害单位报案时称其财产损失为人民币50万元，但被告人顾天扬以非法

占有为目的，通过技术手段实际套取被害单位人民币700万元时，已经构成盗窃罪既遂。

同时，此种既遂状态不受侦查机关对该行为是否立案以及立案具体情况的影响。因此，被

告人顾天扬其后的退赃行为，只能作为量刑情节考虑，不影响对其行为性质的认定。

需要说明的是，顾天扬在犯罪后主动投案，如实供述自己的全部犯罪事实，构成自

首，且其在家属的协助下积极退赔全部赃款，并取得被害单位的谅解，上述行为应当在量

刑时予以体现。

编写人：北京市第一中级人民法院 魏小项

40. 财物保管人以虚构事实秘密窃取他人财物的行为应认定为盗

窃罪

——刘玉某盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省金堂县人民法院（2016）川0121刑初339号刑事判决书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

被害人骆某某家的房屋于2008年垮塌后，即搬至邻居即被告人刘玉某家中居住，并将

所属的房产证、户口本、低保存折等交由刘玉某保管，其间，被告人刘玉某陪同骆某某取

款时，获知骆某某低保存折密码。2013年5月，骆某某搬离刘玉某家中至村上修建的低保

房屋内居住，而被告人刘玉某虚构低保金已停止发放的事实，截留骆某某交由其保管的低

保存折，之后，通过事先获知的存折密码，将政府逐月发放予骆某某的低保金取走，2013

年5月至2016年4月8日累计取走资金合计9930元。2016年4月初，被害人骆某某得知自己的

低保金仍在继续发放，并被他人领取至2016年4月8日后，于2016年4月10日前往派出所报

案，被告人刘玉某闻之该事实后，主动联系被害人骆某某告知实情，并于次日在公安机关

全额退还被害人骆某某赃款，其行为得到被害人骆某某的谅解。

被告人刘玉某对公诉机关指控事实无异议，当庭自愿认罪。

【案件焦点】

财物保管人以虚构事实秘密窃取他人财物行为的定性。

【法院裁判要旨】

四川省金堂县人民法院经审理认为：被告人刘玉某以非法占有为目的，

秘密窃取他人财物9930元，数额较大，其行为已构成盗窃罪。公诉机关指控

被告人刘玉某盗窃罪罪名成立，予以确认。公诉机关当庭出示的证据不能证

明被害人骆某某搬离被告人刘玉某家中，即2013年5月之前的低保资金由谁领

取，或者是否由骆某某委托刘玉某领取，故2013年5月之前低保资金流水金额

均不宜认定为被告人刘玉某的犯罪金额。公安机关尚未掌握被告人刘玉某的

犯罪事实时，被告人刘玉某即主动向被害人骆某某陈述实情、退还赃款，并

于接到公安机关民警通知后，主动前往公安机关如实供述秘密窃取骆某某低

保金的事实，故应当认定为自首，依法可以从轻或者减轻处罚；被告人刘玉

某主动、全额退还赃款，其行为得到了被害人的谅解，依法可以酌情从轻处

罚；本院综合被告人刘玉某的主观恶性、社会危险性，采纳辩护人关于对刘

玉某从轻处罚、并适用非监禁刑的辩护意见。综上，为保护公私财产权利不

受非法侵害，金堂法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四条、第六

十七条第一款、第五十二条、第五十三条之规定，判决被告人刘玉某犯盗窃

罪，判处管制一年，并处罚金2000元。

判决宣告后，被告人没有上诉，公诉机关未提起抗诉，该判决已发生法

律效力。

【法官后语】

财物保管人以虚构事实秘密窃取他人财物的行为应定性为盗窃罪。

本案中，被害人骆秀英居于对被告人刘玉某的信任，将低保存折交由刘玉某保管，并

将密码告知被告人，故被告人刘玉某对存折内存款具有一定控制支配力，但其系听从被害

人安排行使该支配权，属于低保存折内资金的占有辅助者，被害人才是存款资金的所有

人，对低保存折内存款享有排他性支配权。被告人刘玉某以非法占有为目的，通过虚构事

实的方式，占有低保存折期间，利用存折与密码前往银行取款的行为，虽符合现行银行业

的法律法规，但相对于不知情的被害人而言，属秘密窃取，故应以转移占有之罪即盗窃罪

对被告人刘玉某定罪处罚。

在司法实践中，认定行为人的犯罪行为是此罪还是彼罪，应当抓住众多行为中具有决

定性意义的关键环节，抓住行为人行为的本质特征，即主观意图（犯罪目的），而不能迷

惑于犯罪行为的表象。从现代各国刑事立法例和刑法理论的学说来看，基本上均以犯罪目

的作为盗窃罪的必备要件。因此，对于盗窃罪犯罪目的的科学认识和正确结论，是正确认

定盗窃罪主观方面特征，进而正确认定盗窃罪的前提性条件。 [[1] 犯](#p176)罪分子为达到非法占

有他人财物为目的，使用欺骗手段，使受害者相信已不再拥有财物，但实际上该财物真实

存在且仍然属于受害者所有，由此可见，犯罪分子实施的欺骗行为是为给盗窃创造条件，

或者系盗窃行为的延伸行为的，行为人所取得的财物，不是财物所有人在受蒙蔽的情况下

自愿交付给行为人的，其行为的本质特征仍然是秘密窃取，符合盗窃罪的构成要件要求，

应当认定为盗窃罪。

编写人：四川省金堂县人民法院 杨敬渊

41.“消费型” 网络盗窃犯罪的认定

——马文翔盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2016）京02刑终33号刑事判决书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

被告人马文翔于2014年9月至11月，利用其掌握的北京甲服务有限公司（以下简称甲

商城）发行的乙卡卡号及MD5值，通过互联网进行破解，获得对应的密码，在甲商城网

上商城非法消费，金额共计人民币135878.5元。被告人马文翔于2014年12月8日被北京市

公安局网络安全保卫总队民警抓获归案。涉案物品已起获并扣押在案。

公诉机关认为，被告人马文翔的行为构成盗窃罪。

马文翔辩称，甲商场的卡号和密码是其从他人处购得，其行为不构成盗窃罪。

【案件焦点】

在案证据在不能证明马文翔侵入网上商城数据库窃取购物卡卡号和MD5

值的情况下，马文翔通过互联网对MD5值进行破解，获得对应的密码，并在

网上商城非法消费，是否构成盗窃罪。

【法院裁判要旨】

北京市东城区人民法院经审理认为：被告人马文翔以非法占有为目的，

秘密窃取他人钱财，数额巨大，其行为侵犯了他人的财产权利，已构成盗窃

罪，依法应予刑罚处罚。在案的证人证言、书证、勘验笔录、鉴定意见及电

子数据等证据能够形成完整的证据链，证实被告人马文翔实施了利用互联网

破解乙卡密码，并在甲商场网上消费，导致他人财产遭受损失的行为。

北京市东城区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四条，

第五十二条，第五十三条，第六十四条及最高人民法院、最高人民检察院

《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第十四条之规定，作出

如下判决：

一、被告人马文翔犯盗窃罪，判处有期徒刑四年六个月，并处罚金人民

币五千元。

二、责令被告人马文翔退赔北京甲服务有限公司经济损失人民币十三万

五千八百七十八元五角。

三、扣押及冻结在案的钱款并入退赔项执行。

四、随案移送物品予以没收。

马文翔持原审意见提起上诉，并认为原判认定犯罪数额有误。

北京市第二中级人民法院经审理认为：上诉人（原审被告人）马文翔以

非法占有为目的，秘密窃取他人钱财，数额巨大，其行为侵犯了他人的财产

权利，已构成盗窃罪，依法应予惩处。对于上诉人马文翔所提甲商场的卡号

和密码是其从他人处购得，其不构成盗窃罪，原判认定犯罪数额有误，量刑

过重的上诉理由，及其辩护人所提马文翔的行为不构成盗窃罪，原判认定犯

罪数额有误的辩护意见，经查，在案证据能够证明马文翔利用其掌握的乙通

卡卡号及MD5值，通过互联网进行破解，获取对应密码，在甲商城网上商城

非法消费，导致他人财产遭受损失，马文翔的犯罪行为符合盗窃罪的构成要

件，原判认定马文翔盗窃的数额均有证据证实，故马文翔的上诉理由及其辩

护人的辩护意见不能成立。鉴于马文翔能够当庭认罪，其家属代为退赔全部

赃款，本院对其酌予从轻处罚，予以改判。

北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四

条、第五十二条、第六十一条、第六十四条，《中华人民共和国刑事诉讼

法》第二百二十五条第一款第（一）项和第（二）项及《最高人民法院、最

高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第十四条，

《最高人民法院关于适用财产刑若干问题的规定》第一条、第二条第一款之

规定，作出如下判决：

一、维持北京市东城区人民法院（2015）东刑初字第00943号刑事判决第

四项，即随案移送物品予以没收。

二、撤销北京市东城区人民法院（2015）东刑初字第00943号刑事判决第

一项、第二项、第三项，即被告人马文翔犯盗窃罪，判处有期徒刑四年六个

月，并处罚金人民币五千元；责令被告人马文翔退赔北京甲服务有限公司经

济损失人民币十三万五千八百七十八元五角；扣押及冻结在案的钱款并入退

赔项执行。

三、上诉人（原审被告人）马文翔犯盗窃罪，判处有期徒刑三年六个

月，罚金人民币四千元。

四、扣押在案的人民币十三万五千八百七十八元五角退赔北京甲服务有

限公司；冻结在案的马文翔丙银行6217004540001××××××账户内的钱款折抵罚

金后余款连同马文翔丁银行6228480898451××××××账户内的钱款发还马文翔。

【法官后语】

本案所涉及犯罪由系列行为组成，一是侵入甲商场计算机网络服务器获取乙卡卡号和

MD5值的窃取数据行为；二是利用互联网破译MD5值的破解密码行为；三是使用已破解

的密码和相对应的卡号在甲商城网上商城购买实体卡或电子卡券的消费行为。在案缺少被

告人实施窃取计算机服务器内乙卡卡号和MD5值行为的证据，不能排除被告人辩解其支

付相应对价从“上家”购得乙卡卡号和MD5值的可能。案件争议的焦点在于，在不能证明被

告人有窃取数据行为的情况下，应如何认定被告人破解密码行为和网上消费行为的性质。

第一种意见认为，“上家”窃取卡号和MD5值后卖给马文翔的行为应构成盗窃罪，马文

翔将收购的卡号和MD5值通过互联网进行破解得到对应密码后，在网上商城消费兑换成

实体购物卡或电子券并高价出售，属于收购或代为销售赃物的行为，仅构成掩饰、隐瞒犯

罪所得罪。第二种意见认为，马文翔是否窃取卡号和MD5值以及是否破解MD5值，均不

影响对其盗窃行为的认定。

笔者同意第二种意见，窃取网络服务器数据行为和破解密码行为使行为人取得对乙卡

内财物的实际控制，可以随时对卡内财物作出实体处分，使持卡人面临丧失卡内财物的紧

迫危险。但由于此时卡内金额并没有减损，且卡密码未被更改，持卡人仍可以正常消费使

用自己乙卡内金额，持卡人并未失去对卡内财物的控制，行为人不构成盗窃罪既遂。当马

文翔利用持卡人的卡号和密码在甲商城网上商城购买戊购物卡、己卡等实体卡后，持卡人

不再能够支配处分卡内相应财物，从而丧失对卡内被盗用金额的实际占有。马文翔通过消

费行为，控制并占有了持卡人卡内的财物，并取得财产性利益，构成盗窃罪既遂。因此，

本案中网络盗窃犯罪的核心行为，既不是“上家”从网上商城服务器中窃取数据的行为，也

不是破解MD5值的行为，而是马文翔将破解的卡号和密码在网上商城兑换成实体购物卡

或电子购物券的消费行为。

值得注意的是，网络盗窃案件与传统盗窃案件在犯罪的着手上存在差别，不应将盗窃

的既遂简单理解为行为人转移了财物的场所，更不能将取得理解为行为人藏匿了财物，而

应理解为行为人事实上占有了财物。

编写人：北京市第二中级人民法院 丛卓义

42. 盗窃案件中“非法占有目的” 的认定

——常某某盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市丰台区人民法院（2016）京0106刑初1250号刑事判决书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

被告人常某某与被害人王世某原系朋友关系，王世某借常某某手机使用，并约定于

2016年2月4日归还。2016年2月4日9时许，常某某因找不到王世某，担心拿不回手机，就

产生拿取王世某的财物用于交换回其手机的想法，并且认为如果这样，即便其手机拿不回

来，其也不亏。后常某某伙同其另一朋友王安某（另行处理）采取卡片捅锁的方式进入北

京市丰台区某写字楼×楼212号王世某的暂住地内，拿取被害人王世某的笔记本电脑一

台、望远镜一个、手表一块。经鉴定，上述笔记本电脑和望远镜价值共计人民币1880元。

【案件焦点】

被告人常某某是否具有非法占有目的，其行为是否构成盗窃罪。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为：被告人常某某以非法占有为目的，

入户窃取他人财物，其行为已构成盗窃罪。北京市丰台区人民检察院指控被

告人常某某犯盗窃罪的主要事实清楚，证据确实、充分，罪名成立。关于辩

护人所提的被告人常某某不具有非法占有目的、入户的初衷不是为了盗窃、

其行为不构成盗窃罪的辩护意见，经查，涉案公寓楼道内的监控录像、被害

人陈述、证人证言以及被告人常某某的供述均可以证实被告人常某某在明知

被害人王世某不在房间的情况下，仍采取卡片捅锁的方式进入被害人王世某

的房间，并窃取被害人王世某的电脑、望远镜以及手表等财物，后将上述电

脑等财物带回老家并试图予以使用；被告人常某某在庭审中明确供认其入户

的目的是拿被害人的电脑换回手机，说明其入户之前已产生占有被害人财物

以用于交换的主观追求；其在侦查阶段和庭审中均明确供称如果王世某不将

手机还于其，其也“不亏”，表明其基于概括的非法占有目的窃取被害人王世某

的财物，至于其作案动机和窃得财物之后对非法所得的处置（如用非法所得

来换回自己的物品）均不影响对其行为性质的认定；本案中亦未有证据证明

被告人常某某在窃取财物的事前、事中明确告知被害人王世某其要拿走王世

某的财物以换回自己的手机；被害人王世某借用被告人常某某的手机未按时

归还不能成为其入户窃取财物合法化的抗辩理由，其自力救济方式已触犯了

刑法的规定；综上，辩护人的上述辩护意见本院不予采纳。鉴于本案事出有

因，且涉案物品已返还给被害人，被告人常某某属犯罪情节轻微，可依法对

其免予刑事处罚。

北京市丰台区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四条、

第三十七条以及第六十四条之规定，作出如下判决：

一、被告人常某某犯盗窃罪，免予刑事处罚。

二、随案移送的作案工具卡片一张予以没收。

【法官后语】

本案中，控辩双方的争议焦点在于，被告人常某某是否具有非法占有的目的。何为刑

法上的“非法占有目的”？理论上存在诸多见解，一般来说，是指行为人没有占有他人财产

的合法根据，或者说没有使受骗者转移财产给行为人或者第三人的合法根据，而排除他人

对财物的支配，将财物事实上置于自己的支配。实践中，判断行为人是否具有刑法上的非

法占有目的，一般须从以下几个方面去判断：

一是行为人是否事实上占有了该物。盗窃案件中，行为人是否得到了对财物的事实上

的支配权，是判断其是否具有非法占有目的的一个前提条件，只有“占有”了，才有进一步

探讨是非法占有还是合法占有的必要性。就事实上的支配而言，它不尽是单纯物理的、有

形的支配，对财物的现实掌握也不是占有的要件，占有的存在与否应当根据物的性质、时

间、地点和社会习惯等因素，按照社会上的一般观念来判断。具体到本案，被告人常某某

进入被害人王世某的房间拿走了王世某的笔记本电脑等物品，并将这些物品携带至其老家

并试图予以使用，对于这些物品已经形成事实上的支配，所以说常某某具备“占有”涉案财

物的要件。

二是行为人占有财物是否有合法依据。这里的“法”应该是广义的，包括所有涉及财产

所有权合法取得制度的法，最重要的是民法，当然也不仅限于民法，只要是侵害盗窃罪所

保护的法益的，就可以认定为非法。具体到本案，被告人常某某取得上述物品是否有合法

依据？被告人及其辩护人均称是因为被害人王世某借走了被告人的手机久不归还，被告人

才不得已拿取被害人的物品以换回自己的手机，但是这样的辩解不足以抗辩其行为的违法

性，被告人常某某在明知被害人王世某不在房间的情况下，采取捅锁的方式侵入被害人王

世某的暂住地，未经王世某同意，擅自拿取其房间内的物品，其对该财物的取得很明显是

不具有合法依据的。

三是行为人是否具有占有控制之意。非法占有的本义是占有控制之意，至于利用、处

分或者毁坏是行为人非法占有之后的“自由”处分行为，非法占有目的可以不论行为人是否

利用、处分或者毁坏财物而占有财物，只要行为人具有占有控制之意即可。判断行为人是

否具有占有控制涉案财物的意图，需要从其事前、事中、事后的表现来识别，即行为人事

前、事中、事后的表现能否证明或者推断出其具有占有控制之意或者没有占有控制之意

（比如拿取财物的事前和事中是否明确征得被害人的同意或者已明确告知被害人其拿取财

物的目的并非真正占有控制，事后是否第一时间告知被害人上述情况）。具体到本案，被

告人常某某在庭审中明确供认其入户的目的是拿被害人的电脑换回手机，说明其入户之前

已产生占有被害人财物以用于交换的主观追求；其还明确供称如果王世某不将手机还于

其，其也“不亏”，表明其是有占有被害人财物的故意的。至于其作案动机和窃得财物之后

对非法所得的处置，如用非法所得来换回自己的物品，均不影响对其行为性质的认定。

故此，本案能认定被告人常某某具有非法占有目的，其秘密窃取他人财物的行为已构

成盗窃罪。

编写人：北京市丰台区人民法院 丁青青

43. 网络盗窃犯罪形态的认定标准

——陆伟某、陆健某盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省佛山市禅城区人民法院（2016）粤0604刑初780号刑事判决书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

“甲商城”是甲公司的网上商城，他人在“甲商城”注册后成为会员，并能充值作为账户

预存款在商城购物，但不得提现。会员采取预存款支付的方式在商城购买商品后，该公司

商品部将进行派单，物流部核实订单号后联系第三方物流公司配送商品。被告人陆伟某系

甲公司的客服人员，负责客户服务工作，其职责包括接受客户电话、提供咨询、处理客户

的投诉与建议等。2016年1月14日，被告人陆伟某利用工作形成的便利条件，私自登录户

名为15870××××××的客户账号，用账户内的预存款在该公司“甲商城”以6849元的价格购买

一台手机（后发货），并将被告人陆健某的电话号码13630××××××作为收件人的联系方

式。随后，被告人陆伟某通过微信告知被告人陆健某上述情况，并商定即日起由被告人陆

健某收取被告人陆伟某采取上述方式购买的手机，销赃后由二被告人平分赃款。

2016年1月16日，被告人陆伟某采取重置密码或尝试使用默认密码“111111”的方式私

自登录被害人郭容某等人的账户，用预存款购买十七台手机，金额共计108362元，但因被

该公司审核订单时发现异常而未发货。同年1月18日，被告人陆健某收到已发货的一台手

机，继而找到罗某某（另案处理）让其帮忙销赃。经罗某某介绍，该手机销赃得款5750

元，由被告人陆伟某、陆健某平分。

2016年1月19日，甲公司员工高卓某前往佛山市公安局禅城分局高新派出所报案，称

其公司有几笔可疑订单，怀疑是被告人陆伟某所为。该所民警通过审查怀疑有同案人员，

要求甲公司再发出一台手机，该公司遂发出一台手机。1月20日，民警在禅城区张槎小学

门口进行预伏，抓获前来收货的被告人陆健某及罗某某，扣押上述手机。同日，民警在甲

公司抓获被告人陆伟某，并在钟叶某处扣押一台手机。

破案后，扣押的两台手机由公安机关发还给高卓某，该公司将购机款全额返还至各被

害人位于“甲商城”的账户。2016年8月5日，被告人陆伟某的亲属代为赔偿甲公司6849元，

并取得谅解。

【案件焦点】

二被告人行为的犯罪形态如何认定。

【法院裁判要旨】

广东省佛山市禅城区人民法院经审理认为：二被告人的部分盗窃行为属

盗窃未遂。“甲商城”是该甲公司的网上商城，他人可在该商城注册会员，并在

账户内充值钱款作为预存款。预存款处于会员与甲公司共同控制的状态下。

正常情况下，在该公司将商品交第三方物流发货前，商品仍处于该公司的有

效控制之下，从而会员并未实际丧失对其财产的控制，故应以会员及甲公司

对财产共同失控作为本案既遂的标准。被告人陆伟某、陆健某所购买的其中

部分手机，甲公司或未发货，或根据公安机关的预先安排发货，且事后均通

过系统操作恢复会员账户内预存款的原有数额，故财产一直处于甲公司的控

制之下，视为会员并未实际丧失对其财产的控制，应认定为未遂。另对事实

不清、证据不足部分的犯罪金额予以扣除，最终认定二被告人盗窃他人财

物，共价值人民币108362元（其中既遂金额6849元，未遂金额101513元），

数额巨大。法院综合考虑各种量刑情节，判处被告人陆伟某有期徒刑一年十

一个月，并处罚金人民币3000元；判处被告人陆健某有期徒刑一年八个月，

并处罚金人民币2000元。

【法官后语】

网络盗窃是盗窃的特殊形式之一，其既遂标准应当与普通盗窃的既遂标准相同，但同

时应注意到其特殊之处。在网络盗窃中，被盗财物一般由网络服务者（财产占有者）和财

产所有人同时控制，只要财物最终仍然在服务提供者的控制之下，行为人便未实际取得任

何利益。所以，对于采取网络手段实施盗窃的行为，既遂与否不能单纯以财产所有人是否

失去控制为标准，只有当财产所有者与网络服务者（财产占有者）共同失控，才是财产真

正失控的形成。

该案当中的预存款在“甲商城”具有支付交易的功能，通过交易可转化为有形财产，具

有财产性权益，类似于电子货币。会员对预存款享有所有权，甲公司一直实际占有、保管

被害人的预存款。陆伟某、陆健某合谋私自登录会员账户后将预存款用于购物，是一种利

用网络将无形资产转化为有形财产实施盗窃的方式，其本质上既侵犯了会员的财产所有

权，也侵犯了甲公司对预存款代为保管的权利。陆伟某用预存款购物，导致会员账户内预

存款的数额减少，只是让会员失去对预存款的控制。甲公司在会员下单后进行订单审核，

核实无误后才会将商品交第三方物流公司配送，所以在其发货前财产一直处于甲公司的控

制之下，陆伟某、陆健某无法实际获得利益。

综上，该案综合考虑网络盗窃的特殊性，以财产所有人与网络服务提供者对财物的双

重失控为标准，作出陆伟某、陆健某的行为存在犯罪未遂形态的认定具有合理性，体现了

罪责刑相适应的原则。

编写人：广东省佛山市禅城区人民法院 金淋云

44. 盗窃后为抗拒抓捕当场使用暴力时暴力程度对转化抢劫犯罪

的影响

——张柏某盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河北省任丘市人民法院（2017）冀0982刑初123号刑事判决书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

2014年9月3日，张柏某乘坐江苏淮安至北京的大客车行驶至106国道任丘市北辛庄乡

北代河路段时，趁乘客胡某熟睡之机盗窃其随身携带的手提包一个，被胡某发现，在胡某

抓住张柏某肩膀过程中，张柏某为逃脱抓捕，用嘴咬了胡某左臂一口，后被车上乘客制服

并当场抓获。从胡某被咬手臂照片显示情况来看，没有破伤和明显齿痕，亦未做伤情鉴

定。公诉机关以张柏某犯抢劫罪向法院提起公诉。

张柏某于2008年曾因犯盗窃罪被江苏省淮安市楚州区人民法院判处有期徒刑一年。

【案件焦点】

张柏某在盗窃后为逃脱抓捕当场用嘴咬被害人的行为是否应以抢劫罪定

罪处罚。

【法院裁判要旨】

河北省任丘市人民法院经审理认为：张柏某在公共交通工具上扒窃公民

财物，其行为已构成盗窃罪。公诉机关指控的犯罪事实成立，但指控张柏某

的行为构成抢劫罪罪名欠妥。最高人民法院《关于审理抢劫刑事案件适用法

律若干问题的指导意见》规定，对于以摆脱的方式逃脱抓捕，暴力强度较

小，未造成轻伤以上后果的，可以不认定为“使用暴力”，不以抢劫罪论处。该

案中张柏某着手实施盗窃犯罪后，为了逃脱抓捕，咬了被害人胡某左臂一

口，从胡某被咬手臂照片显示情况来看，没有破伤或明显齿痕，亦未做伤情

鉴定，暴力强度较小，不宜认定为转化型抢劫犯罪的“使用暴力”，更不宜以在

公共交通工具上抢劫定罪处罚，以盗窃罪从重处罚更为适宜。张柏某曾因犯

盗窃罪被判处有期徒刑一年，有同种犯罪前科，酌予从重处罚；其着手实施

犯罪后，因意志外的原因未能得逞，属于犯罪未遂，可比照既遂犯从轻处

罚；其归案后能够如实供述所犯罪行，依法予以从轻处罚。

河北省任丘市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四条、

第二十三条、第六十七条第三款和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和

国刑事诉讼法〉的解释》第二百四十一条第一款第（二）项的规定，判决如

下：

被告人张柏某犯盗窃罪，判处有期徒刑十一个月，并处罚金人民币一千

元。

【法官后语】

本案处理重点是张柏某在盗窃后为逃脱抓捕当场用嘴咬被害人的暴力行为，应如何定

罪量刑。最高人民法院《关于审理抢劫刑事案件适用法律若干问题的指导意见》（以下简

称《抢劫指导意见》）关于转化型抢劫犯罪的认定部分规定，入户或者公共交通工具上盗

窃、诈骗、抢夺后，为了窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证，在户内或者公共交通工具上

当场使用暴力或者以暴力相威胁的，构成“入户抢劫”或者“在公共交通工具上抢劫”。本案

中，张柏某的行为符合“公共交通工具上盗窃”“抗拒抓捕”“当场”的规定情形，但关于张柏

某用嘴咬被害人的行为是否属于转化抢劫中的“使用暴力”是该案的关键点。《抢劫指导意

见》关于转化型抢劫犯罪的认定部分规定，对于以摆脱抓捕的方式逃脱抓捕，暴力强度较

小，未造成轻伤以上后果的，可不认定为“使用暴力”，不以抢劫罪论处。本案中，张柏某

在被抓住肩膀的情况下为挣脱抓捕使用嘴咬被害人符合“以摆脱抓捕的方式逃脱抓捕”，在

未给被害人做伤情鉴定的情况下，若按照公诉机关的指控认定张柏某用嘴咬被害人的行为

符合“使用暴力”的情形，那么张柏某构成转化型抢劫，且应按“在公共交通工具上抢劫”进

行量刑，判处十年以上刑罚。本案中，从被害人被咬手臂照片显示情况来看，没有破伤或

明显齿痕，属暴力强度较小，不宜认定为转化型抢劫犯罪的“使用暴力”，更不宜以在公共

交通工具上抢劫定罪处罚，为体现罪刑相适应原则，以盗窃罪从重处罚更为适宜。

编写人：河北省任丘市人民法院 王立军

45. 盗窃手机后使用手机网银消费行为的定性

——张某盗窃、信用卡诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

重庆市永川区人民法院（2016）渝0118刑初291号刑事判决书

2.案由：盗窃罪、信用卡诈骗罪

【基本案情】

2015年6月13日14时许，被告人张某在重庆市永川区甲网吧，向被害人张某某借打电

话，取得张某某的手机。其后，张某发现张某某专注上网，遂趁张某某不注意之机，将手

机带离网吧。事后，张某将该手机遗失。经鉴定，上述手机价值1700元。

2015年12月3日22时许，被告人张某在重庆市永川区乙网吧，向被害人刘某借打电

话，取得刘某的手机，并从刘某处得知开机密码。其后，张某发现刘某专注上网，遂趁刘

某不注意之机，将手机带离网吧。事后，张某在使用该手机时，发现手机内装有丙银行网

银客户端，经尝试该密码与手机开锁密码一致，遂从该软件绑定的伍某某（系刘某母亲）

银行卡中盗走10568.35元，其中转账8000元至本人银行卡，以Q币充值的方式消费2568.35

元。事后，张某将手机遗失。经鉴定，上述手机价值570元。

【案件焦点】

盗窃信用卡并使用与冒用他人信用卡的区分。

【法院裁判要旨】

重庆市永川区人民法院经审理认为：被告人张某以非法占有为目的，秘

密窃取他人财物，数额较大，其行为已构成盗窃罪；非法获取他人银行卡信

息资料，并通过互联网终端冒用，数额较大，其行为已构成信用卡诈骗罪，

应负刑事责任。被告人张某盗窃他人手机后，再通过互联网终端冒用他人信

用卡信息资料的行为，属信用卡诈骗行为，构成信用卡诈骗罪，对相关辩护

意见予以采纳。关于辩护人提出的二次盗窃不能累计金额的辩护意见，本院

认为，盗窃罪系数额犯，数额与次数均是犯罪社会危害性的重要表征，金额

累计计算才符合形式逻辑与实质合理性，对该辩护意见不予采纳。被告人张

某二次盗窃的金额达数额较大标准，构成盗窃罪。被告人张某盗窃手机后再

冒用他人信用卡信息资料的行为，分别符合盗窃罪与信用卡诈骗罪构成要

件，系犯数罪，应数罪并罚。被告人张某到案后如实供述自己的罪行，系坦

白，可以从轻处罚。

重庆市永川区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四条、

第一百九十六条第一款第（三）项、第六十七条第三款、第六十九条、第五

十二条、第五十三条、第六十四条，《最高人民法院、最高人民检察院关于

办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条第二款

第（三）项，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解

释》第二百四十一条第一款第（二）项之规定，作出如下判决：

一、张某犯盗窃罪，判处拘役五个月，并处罚金3000元；犯信用卡诈骗

罪，判处有期徒刑七个月，并处罚金20000元。数罪并罚，决定执行有期徒刑

七个月，并处罚金23000元。

二、责令张某退赔被害人张某某经济损失1700元、退赔被害人伍某某经

济损失10138.35元。

【法官后语】

1.盗窃信用卡并使用的以盗窃罪论处系法律拟制

根据我国《刑法》及相关司法解释的规定，信用卡诈骗罪的犯罪形式包括使用伪造的

信用卡、以虚假的身份证明骗领的信用卡、使用作废的信用卡、冒用他人信用卡以及恶意

透支。冒用他人信用卡，字面含义是非持卡人以持卡人名义使用信用卡。依据中国人民银

行制定的《支付结算办法》规定，信用卡仅限于合法持卡人本人使用，持卡人不得出租或

转借信用卡。只要非持卡人未经同意使用他人信用卡的行为均是冒用。盗窃信用卡后使用

的也是冒用他人信用卡的行为，原本也应定性为信用卡诈骗。只不过法律将该情形排除在

冒用他人信用卡之外，拟定以盗窃罪论处。

2.法律拟制不包括非法获取信用卡信息资料并使用的情形

2009年出台的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害信用卡管理刑事案件具

体应用法律若干问题的解释》第五条第二款第三项规定，窃取、收买、骗取或者以其他非

法方式获取他人信用卡信息资料，并通过互联网、通讯终端等使用的属冒用他人信用卡的

情形，数额较大的构成信用卡诈骗罪。根据上述司法解释，法律拟制不包括非法获取信用

卡信息资料并使用的情形。因为盗窃信用卡并使用的以盗窃罪论处，系1997年修订的《刑

法》所规定。新的司法解释已经明确将非法获取信用卡信息资料并使用的定性为信用卡诈

骗，从而排除在法律拟制之外。司法解释是对法律条文的解读与明确，系有权解释，对司

法实践具有约束力。上述解释以后，需要严格区分盗窃信用卡并使用与非法方式获取信用

卡信息资料并使用的情形，前者系盗窃行为，后者则属于信用卡诈骗行为。

3.法律拟制限于盗窃实体卡更符合立法精神

依照罪刑法定原则要求，存在法律拟制的情况下，盗窃信用卡并使用的应当以盗窃罪

论处。然而，该情形毕竟是通过冒用信用卡方可侵犯财产所有权。这是信用卡诈骗罪的实

质所在，是该罪名区别于其他侵财犯罪的关键要素。只有通过秘密窃取方式侵犯财产所有

权的行为，才能认定为盗窃。将通常意义上的信用卡诈骗行为定性为盗窃，不仅会存在理

解上的障碍，更不利于实务操作。既然法律拟制不能违反，那么将其限定为实体卡的情

形，则不仅符合了罪刑法定要求，也实现了立法初衷与实质合理性。这也与有关司法解释

将非法获取信用卡信息资料并使用的认定为信用卡诈骗的精神不谋而合。

4.使用网银消费的行为系冒用他人信用卡

信用卡作为具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等功能的载体，以记载的

信息资料为区分标识。信用卡的信息资料也是持卡人财产安全的保障。在以信用卡为媒介

的犯罪中，起实质作用的系信用卡信息资料，信用卡不过是物质载体。随着网络的发达，

无卡交易愈发普及，利用信用卡信息资料侵财的现象愈发突出。

手机网银是信用卡信息资料多样化运用的典型例证。手机网银不存在信用卡这一物质

载体，以其存储的信用卡信息资料即可侵犯财产所有权。盗窃手机后再通过手机网银消费

的行为，属于非法获取信用卡信息资料并通过网络终端使用的冒用他人信用卡行为，应当

定性为信用卡诈骗。

5.盗窃手机后又使用网银消费的系实质数罪

构成要件作为犯罪类型化标尺，理应成为一罪与数罪的区分标准。根据构成要件标

准，凡符合数个犯罪构成的即为数罪。盗窃手机后再利用手机网银消费的行为系实质数

罪。首先，实施了数个具有刑法意义的行为，分别为盗窃与冒用他人信用卡；其次，分别

符合数个不同犯罪构成。盗窃数额较大，符合盗窃罪构成要件；冒用他人信用卡数额较

大，符合信用卡诈骗罪构成要件。该情形系实质数罪，但能否数罪并罚则需视具体情形而

定。如果盗窃行为与信用卡诈骗行为符合牵连犯特征，应择一重罪处罚。除此之外，因利

用网银侵财的行为不属于事后不可罚行为，应当数罪并罚。本案中，被告人在盗窃手机

后，发现手机银行客户端绑定有银行卡，遂予以冒用。该情形不符合牵连犯特征，应当以

盗窃罪与信用卡诈骗罪实施并罚。

综上所述，法律拟制仅限于对象为实体卡的情形。盗窃手机后再通过网银侵犯他人财

产所有权的，因不具有信用卡这一物质载体，不属于法律拟制的情形。本案情形属于非法

获取信用卡信息资料并使用的信用卡诈骗行为，数额较大的，应当定性为信用卡诈骗罪。

编写人：重庆市永川区人民法院 马秋生

46. 窃取电信公司内部宽带账户转卖构成何种罪名？

——许赞某、汤焯某盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省广州市中级人民法院（2016）粤01刑终1513号刑事裁定书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

广州市越秀区人民检察院指控，2014年5月至9月，被告人汤焯某利用其在中国电信股

份有限公司广州分公司的工作便利，伙同被告人许赞某多次非法侵入中国电信业务系统

内，通过解除宽带账号和设备端口的绑定等手段盗取中国电信内部宽带账号19个（共价值

人民币74900元），后向社会高价出售牟利。另外，公安机关在被告人许赞某家中缴获另

外2个被盗取的中国电信宽带账号（共价值人民币26730元）。

广州市越秀区人民检察院以被告人许赞某、汤焯某犯盗窃罪向广州市越秀区人民法院

提起公诉。

被告人许赞某对公诉机关指控的事实和罪名均不持异议。其辩护人的辩护意见是：中

国电信所谓被盗的19个账号均为免费，不涉及资费，没有证据证明因19个账号被人非法获

取而造成损害。

被告人汤焯某及其辩护人辩称指控的19个宽带账号解除绑定是其操作的，但是其没有

伙同被告人许赞某入侵电信内部业务系统，认为其行为不构成犯罪。

【案件焦点】

1.涉案公司内部使用的宽带账号是否具有价值，以非法手段获得宽带账号

是否构成犯罪；2.如果构成犯罪，被告人是构成非法获取计算机信息系统数

据、非法控制计算机信息系统罪或是职务侵占罪或是盗窃罪。

【法院裁判要旨】

广东省广州市越秀区人民法院经审理查明：2014年5月至9月，被告人汤

焯某与许赞某合伙通过盗取中国电信内部宽带账号后出售牟利。被告人汤焯

某利用其在中国电信股份有限公司广州分公司的工作便利，负责侵入中国电

信业务系统，通过解除宽带账号和设备端口的绑定等手段，盗取中国电信内

部宽带账号19个（共价值人民币67090元），后由被告人许赞某负责向社会高

价出售牟利。

另查，公安机关在被告人许赞某家中查获被盗取的中国电信宽带账号2

个，共价值人民币26730元。

广东省广州市越秀区人民法院认为，被告人许赞某、汤焯某以非法占有

为目的，采用秘密窃取的方法，窃取国有企业财物，数额较大，其行为均已

构成盗窃罪。公诉机关指控被告人许赞某、汤焯某犯盗窃罪的罪名成立，本

院予以支持；惟指控的部分数额不当，本院不予支持。根据两被告人的具体

犯罪行为、危害后果、认罪态度等情节，依照《中华人民共和国刑法》第二

百六十四条、第二十五条第一款、第五十三条、第六十四条之规定，判决：

一、被告人许赞某犯盗窃罪，判处有期徒刑二年六个月，并处罚金人民

币50000元。

二、被告人汤焯某犯盗窃罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币50000

元。

（其他判项略）

一审宣判后，被告人许赞某、汤焯某不服该判决，上诉至广东省广州市

中级人民法院。该院于2016年10月8日裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

在本案的审理过程中，对于本案是否构成犯罪以及构成何种罪，合议庭产生了四种不

同意见：第一种意见认为，涉案的宽带账户不具有价值，本案不构成犯罪。中国电信被盗

的19个宽带账户原本就是供内部人员免费使用，不能向公众出售，被盗取后也没有对中国

电信造成损害，因此被告人的行为不构成犯罪。第二种意见认为，被告人非法入侵中国电

信业务支撑系统，通过解除宽带账号和设备端口的绑定等手段盗取中国电信内部宽带账

号，已经形成了对中国电信内部网络系统的非法控制，本案应以非法获取计算机信息系统

数据、非法控制计算机信息系统罪定罪。第三种意见认为，被告人汤焯某盗取中国电信内

部宽带账号19个，是利用职务上的便利，将本单位的财产占为己有，本案应以职务侵占罪

定罪。第四种意见认为，被告人汤焯某采用秘密进行的方式，窃取了被害公司具有经济价

值的无形财产，直接侵犯了国有企业的财产所有权，本案应以盗窃罪定罪。

笔者同意第四种观点，理由是：

1.涉案宽带账户具有财产价值，符合侵财罪的客体要求。宽带账号虽然看似只是一个

用户名和密码的组合，好像并不具有价值，但宽带账户决定了上网产生的流量费用的归

属。换言之，宽带账户不是简单的一个“保险箱钥匙”，而是整个“保险箱”以及里面的财

产。获得了电信公司内部的账户，也就获得了原属于他们的流量，而这个流量是需要一定

的费用来购买的无形资产，像水电一样。因此，宽带账户是具有价值的，被告人用非法手

段获得中国电信内部的宽带账户，直接侵犯了国有企业的财产所有权，构成犯罪。

2.职务侵占和盗窃的核心区别在于是否利用职务上的便利。利用职务上的便利是指利

用自身的职权，或者利用自身因执行职务而获取的主管、管理、经手本单位财物的便利条

件。所谓“主管”，是指行为人在一定范围内拥有调配、处置本单位财产的权力；所谓“管

理”，是指行为人对本单位财物直接负有保管、处理、使用的职责，亦即对本单位财产具

有一定的处分权；所谓“经手”，是指行为人虽然不负有主管或者管理本单位财物的职责，

但因工作需要而在特定的时间、空间内实际控制本单位财物。

如果行为人只是由于自身工作的原因熟悉作案环境或者比较容易接触到他人主管、管

理、经手的本单位财物，那么上述所形成的便利条件应该属于工作便利，而非职务便利。

在本案中，被告人汤焯某的工作职责是网络监控中心负责技术维护，也就是发现和处

理电信网络故障，保障网络正常进行。被告人汤焯某并不具有主管、管理、经手公司内部

宽带的职责，也不具有解绑公司内部宽带账户的权力，其与非法占有的单位宽带账户没有

职责上的权限或直接关联，只是利用了自己作为电脑维修人员的技术以及易于进入公司电

脑系统的工作便利，因此被告人实施犯罪的行为方式没有利用自身的职务便利。

另外，职务侵占罪与盗窃罪的客体存在重大差别。职务侵占罪既侵犯了单位的财产权

利，而且还侵犯了单位人员的职务廉洁性。盗窃罪所侵犯的法益仅为他人财产权利。本案

中被告人利用了自己作为电脑维修人员的技术以及易于进入公司电脑系统的工作便利对宽

带账户解绑，并没有侵犯职务的廉洁性，其行为应认定为盗窃罪。

从罪刑相适应的角度，职务侵占罪的“数额较大”起点为6万元，“数额巨大”起点为100

万元。这与盗窃罪“数额较大”起点1千元至3千元，“数额巨大”起点3万元至10万元比较，

差距巨大。被告人用窃取的方式偷了本单位的财物，其危害程度并不比窃取外单位或者他

人的财物轻，若是定为职务侵占罪相较盗窃罪量刑反而轻了，不符合罪刑相适应原则。张

明楷教授在其编写的《刑法学》书中甚至认为，只有将利用职务便利的盗窃、诈骗行为排

除在职务侵占罪以外，对之以盗窃罪、诈骗罪论处，才能够实现罪刑相适应。

3.非法侵入计算机系统与盗窃是手段与目的关系，属于牵连犯，从一重罪处罚。被告

人非法入侵中国电信业务支撑系统，对中国电信内部网络系统进行非法控制的目的是要将

中国电信内部宽带账号解绑后出租给他人，被告人的手段行为与目的行为分别触犯了不同

犯罪，成立牵连犯。刑法理论上一般认为，对牵连犯应从一重罪处罚，在本案中，盗窃罪

与非法侵入计算机系统罪量刑相当，目的行为吸收手段行为，对被告人应以盗窃罪论处。

综上，被告人以非法占有为目的，秘密窃取电信公司具有经济价值的无形财产，数额

较大，其行为已构成盗窃罪。

编写人：广东省广州市越秀区人民法院 黄莹 郭榕榕

47. 缺少被告人供述的情况下如何认定共同犯罪的事前通谋

——黄华添、黄礼政盗窃、掩饰、隐瞒犯罪所得案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区南宁市良庆区人民法院（2016）桂0108刑初274号刑事判

决书

2.案由：盗窃罪、掩饰罪、隐瞒犯罪所得罪

【基本案情】

1.南宁市良庆区人民检察院指控：2016年3月11日2时许，被告人黄礼政、黄华添伙同

奚书某（另案处理）驾驶黄华添的面包车去到南宁市良庆区凤凰路甲项目工地，将该工地

内的1000多斤电缆线盗走，后把所盗电缆线拉到南宁市玉洞大道坛泽村路口以人民币

12000元的价格销赃给梁远某经营的废品收购店。

2.2016年3月30日2时许，被告人黄礼政、黄华添伙同奚书某（另案处理）驾驶黄华添

的面包车去到南宁市良庆区乙项目工地，将该工地堆放在路边的1620kg电缆线分两次盗

走，后把所盗电缆线拉到南宁市玉洞大道坛泽村路口以人民币32000元的价格销赃给梁远

某经营的废品收购店。经南宁市价格认证中心鉴定，乙项目工地被盗电缆线于鉴定基准日

的参考价格为人民币66330元。破案后，被盗1620kg电缆线已发还被害单位。被告人黄礼

政于2016年4月10日被公安机关抓获归案；被告人黄华添于2016年5月5日被公安机关抓获

归案。

当庭出示和宣读了接受刑事案件登记表、户籍证明、抓获经过、情况说明等书证，证

人梁远某、岑秀某、黄建某的证言及辨认笔录，被害单位工作人员杨某、郭某某的陈述，

价格鉴定结论书，被告人黄华添、黄礼政的供述及辨认笔录，现场辨认笔录及照片等证

据。并认为被告人黄华添、黄礼政以非法占有为目的，秘密窃取他人财物，数额巨大，其

行为应当以盗窃罪追究其刑事责任。

被告人黄华添对指控的事实有异议，辩称：没有参与第一次盗窃，车是其借给黄礼政

的，但是不知道他的用途。也没有联系过收废品店的老板，其手机之所以有与老板的通话

记录是因为黄礼政借其手机使用。监控视频里的人其不认识。被告人黄礼政及辩护人对公

诉机关指控的事实及罪名均无异议。

【案件焦点】

被告人黄华添是否参与了第一起盗窃，是否参与事前通谋或者参与共同

盗窃行为。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区南宁市良庆区人民法院经审理认为：被告人黄华添、黄

礼政以非法占有为目的，合伙秘密窃取他人财物，数额巨大，其行为均已构

成盗窃罪，公诉机关指控罪名成立。被告人黄华添明知是他人盗窃所得的赃

物仍予以转移，其行为已构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。被告人黄华添一人犯

数罪，应数罪并罚。公诉机关指控被告人黄华添参与第一起盗窃的事实，经

查，被告人黄华添在侦查机关从未供述参与第一起犯罪事实，庭审中也一直

否认参与第一起盗窃，仅有黄礼政的供述提到黄华添在第一起犯罪事实中参

与了盗窃，虽有通话记录及监控视频，但黄华添辩称是到达废品店后黄礼政

借用其手机拨打，监控视频看不清犯罪嫌疑人的容貌，无其他证据相印证，

故现有证据不能证明黄华添与黄礼政有盗窃的事前通谋。根据证人证言、被

告人黄礼政的供述、辨认笔录及通话记录均证实被告人黄华添与黄礼政一起

拉电缆线卖给收废旧品店，且黄华添庭审中也供认黄礼政开车接其到收废旧

品店，其借手机给黄礼政联系收废旧品的老板，销赃所用的车是黄华添所

有。因此，被告人黄华添主观上明知电缆线是盗窃所得而帮助转移，其行为

符合掩饰、隐瞒犯罪所得的构成要件。故对公诉机关指控被告人黄华添参与

第一次盗窃，不予支持。对于被告人黄华添辩称没有参与第一起盗窃的辩护

意见，本院予以采纳。被告人黄华添曾因故意犯罪被判处有期徒刑以上刑

罚，刑罚执行完毕后，在五年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的，

是累犯，应当从重处罚。被告人黄华添对指控的第二起犯罪事实自愿认罪，

可酌情从轻处罚。被告人黄礼政如实供述，认罪态度较好，可以从轻处罚。

被告人黄礼政退赔被害单位经济损失，可酌情从轻处罚。辩护人辩称被告人

黄礼政归案后认罪态度好，积极退赔被害单位经济损失的辩护意见，本院予

以采纳。

广西壮族自治区南宁市良庆区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第

二百六十四条、第三百一十二条、第六十九条、第二十五条第一款、第六十

五条第一款、第六十七条第三款、第五十二条、第五十三条、第六十四条之

规定，作出如下判决：

一、被告人黄华添犯盗窃罪，判处有期徒刑三年二个月，并处罚金人民

币二千元；犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪，判处有期徒刑八个月，并处罚金人民

币二千元。数罪并罚，决定执行有期徒刑三年六个月，并处罚金人民币四千

元。

二、被告人黄礼政犯盗窃罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币三千

元。

三、被告人黄礼政退赔至本院的人民币一万二千元，发还被害单位南宁

市良庆区凤凰路甲项目工地。

【法官后语】

本案涉及盗窃罪、掩饰、隐瞒犯罪所得罪两个罪名，公诉机关指控两起盗窃事实，共

同作案的第三名同案人未被抓获，被告人黄华添在侦查机关从未供述参与第一起犯罪事

实，庭审中也一直否认参与第一起盗窃，在缺乏直接证据的情况下，只能根据现有的间接

证据进行分析。本案例的指导性意义在于在多人实施的既有盗窃行为又有销赃行为的案件

类型中，如何运用证据分析被告人在犯罪既遂前是否形成意思联络，将正犯与掩饰、隐瞒

犯罪所得的行为人之间的事前联系与“事前通谋”正确区分。“事前通谋”要求在犯罪既遂前

形成意思联络。根据《最高人民法院关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案

件适用法律若干问题的解释》第五条规定：“事前与盗窃、抢劫、诈骗、抢夺等犯罪分子

通谋，掩饰、隐瞒犯罪所得及其产生的收益的，以盗窃、抢劫、诈骗、抢夺等犯罪的共犯

论处。”然而何种情形属于“事前通谋”，实践中存在较大分歧。本案对“事前通谋”的认定

有较大的参考价值。

从本案证据上看，黄华添从侦查阶段至庭审阶段一直否认参与第一起盗窃，仅承认参

与第二起盗窃，综合分析与第一起盗窃事实有关的主要证据：被告人黄礼政的供述称本案

为黄华添、黄礼政、奚书某（在逃）三人共同作案，而黄华添的供述称本案第一起为黄礼

政、奚书某二人实施盗窃，其只是在盗窃后与二人拉被盗电缆去卖；手机通话记录证实三

同案人之间在案发前后多次通话；被害单位人员的陈述证实电缆线被盗的时间地点，与被

告人黄礼政供述一致；收购被盗电缆线的废旧店老板的证言及辨认笔录证实销赃的人为黄

华添、黄礼政、奚书某；盗窃现场监控视频证实有两人到过案发现场盗窃电缆线的整个过

程，但看不清视频中两人的具体相貌，经当庭播放质证，黄华添称不认识视频中的两人。

经查，被告人黄华添在侦查机关从未供述参与第一起犯罪事实，庭审中也一直否认参

与第一起盗窃，仅有黄礼政的供述提到黄华添在第一起犯罪事实中参与了盗窃，虽有通话

记录及监控视频，但黄华添辩称是到达废品店后黄礼政借用其手机拨打，监控视频看不清

嫌疑人的容貌，无其他证据相印证，故现有证据不能证明黄华添与黄礼政有盗窃的事前通

谋。根据证人证言、被告人黄礼政的供述、辨认笔录及通话记录均证实被告人黄华添与黄

礼政一起拉电缆线卖给收废旧品店，且黄华添庭审中也供认黄礼政开车接其到收废旧品

店，其借手机给黄礼政联系收废旧品的老板，销赃所用的车是黄华添所有。因此，可以认

定被告人黄华添主观上明知电缆线是盗窃所得而帮助转移，其行为符合掩饰、隐瞒犯罪所

得的构成要件。故对公诉机关指控被告人黄华添参与第一次盗窃，不予支持。对于被告人

黄华添辩称没有参与第一起盗窃的辩护意见，予以采纳。

综上所述，“事前通谋”要求在犯罪既遂前形成意思联络。“事前通谋”在行为上表现为

共犯之间的沟通联络行为，在认识上表现为不仅正犯意识到自己的犯罪行为将得到帮助犯

的支持，而且帮助犯也认识到自己将为正犯提供帮助。盗窃的行为人与掩饰、隐瞒犯罪所

得行为人的犯意完全不同，前者的犯罪故意是非法占有他人财物，而后者的犯罪故意则是

通过收购、转移犯罪所得获取利润。

编写人：广西壮族自治区南宁市良庆区人民法院 韦肖依

48. 房东从家里捡到租客的财物该如何定性

——朱存某盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

浙江省台州市天台县人民法院（2016）浙1023刑初552号刑事判决书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

1.2016年9月的一天，被告人朱存某在天台县坦头镇东横岭头村家中卫生间，盗走租

客即被害人曹世某放在卫生间洗脸盆上的一个飞利浦电动剃须刀。该剃须刀现已追回并发

还被害人。

2.2016年9月30日16时30分左右，被害人魏清某回到租住的被告人朱存某家中，在院

子里收了被褥往一楼租住的房间走去，在路过客厅的移门时，不小心将夹在腋下装着现金

5790元的塑料袋掉在地上。被告人朱存某遂捡起塑料袋并将钱占为己有。当晚在公安民警

的盘问下，被告人朱存某承认在地上捡到了该笔钱，并将该5790元还给被害人。

浙江省天台县人民检察院指控被告人朱存某的行为均已触犯了《中华人民共和国刑

法》第二百六十四条之规定，构成盗窃罪。

被告人朱存某对起诉书指控的犯罪事实和罪名均无异议。

【案件焦点】

被告人的第二部分罪行的定性问题。

【法院裁判要旨】

浙江省台州市天台县人民法院经审理认为：被告人朱存某以非法占有为

目的，秘密窃取他人财物，数额较大，其行为已构成盗窃罪。公诉机关指控

被告人的罪名成立。考虑到本案被告人是捡走被害人掉在地上的钱，与其他

的盗窃行为有一定的区别，被告人的主观恶性相对较小，且归案后认罪态度

较好，已退赔赃款并取得被害人谅解，故被告人的犯罪情节轻微不需要判处

刑罚，依法可以免予刑事处罚。依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四

条、第三十七条之规定，对被告人朱存某以犯盗窃罪，免予刑事处罚。

一审宣判后，被告人在法定期限内未提起上诉，检察机关亦未提出搞

诉，一审判决已发生法律效力。

【法官后语】

本案的争议焦点主要是对于被告人朱存某的行为该如何定性问题，主要有两种意见：

一种意见认为被告人朱存某是以非法占有为目的，秘密窃取他人财物，构成盗窃罪。另一

种意见认为被告人朱存某将被害人魏清某的遗忘物非法占为己有，但未采用秘密窃取的方

式，不符合盗窃罪“秘密窃取”的犯罪手段，并不符合盗窃罪的构成要件。被告人对于他人

遗失物的非法占有从本质上看属于侵占的行为方式，但侵占罪属于自诉案件且本案涉及的

数额又未达到刑法追诉标准，故被告人朱存某的该行为既非侵占罪又非盗窃罪，从全案看

应当对被告人朱存某宣告无罪。笔者同意第一种意见。

侵占罪与盗窃罪这两种侵财犯罪主观上都具有非法占有他人财物的目的，特别是侵占

他人遗忘物构成的侵占罪与盗窃罪在客观方面有时较为接近，在司法实践中容易混淆，需

要进一步的明确辨析。要区分两罪，应在准确认定犯罪事实、通盘掌握全案细节的基础

上，从以下三个方面进行判断分析：

1.非法占有他人财物的故意认识内容不同。盗窃罪中的行为人主观上明知自己的行为

是使财物脱离财物所有人或管理人控制或者持有的行为。而侵占罪的行为人主观上是认识

到自己的行为是在财物所有人或者管理人没有控制或者持有状态下，自己可以对其进行实

际控制。简而言之，盗窃罪的行为人是明知财物所有人或持有人控制着财物，即认识到财

物并非遗忘物；侵占罪的行为人认为财物所有人或持有人没有控制财物，即认为财物为遗

忘物。故分辨盗窃罪与侵占罪首先需要解决的问题是判断犯罪对象是否为遗忘物。只有犯

罪对象被认定为刑法意义上的遗忘物，才可能成为侵占罪的犯罪对象。如果犯罪对象脱离

了所有人的占有，应从该物所处的位置、时间、与周围环境的关系及一般社会公众的日常

生活准则等因素综合判断是否属于遗忘物，并不能一概而论。虽然客观上可见的事实持有

状态，通常表现为人与物之间有较为接近的空间，但总体而言，只要求财物放置于持有人

可以支配的空间即可，即使人与物的距离较远，也不影响持有支配关系的成立。从本案分

析，由于客厅移门离被害人的租住房间很近，被害人隔了几秒钟就出来，几分钟内就发现

钱袋子不见了，到处找钱袋子，如果被告人没有捡起钱袋子，被害人是完全能够发现掉落

在地上的钱袋子，故涉案财物并不属于刑法意义上的遗忘物。

2.犯罪的客观行为表现不同。盗窃罪的行为表现主要是以秘密窃取的方法，将他人持

有或控制的公私财物转移到自己的控制之下。侵占罪的行为表现是对自己实际控制之下的

他人财物拒不退还或者交出，从而实现非法占有。故侵占罪与盗窃罪还有一个重大的区别

是行为人非法占有之时，财物是否属于行为人控制范围之内，如果财物在之前就属于行为

人的控制范围之内，即构成侵占罪，反之，则构成盗窃罪。具体到本案，由于客厅移门离

被害人的租住房间很近，被害人将被褥放到床上后马上出来去屋外的小房子上厕所，时间

间隔很短，且该客厅移门属比较封闭的空间，外人不能随意进出，该客厅移门尚属于被害

人的可控制、支配范围内。故被告人产生非法占有之时，涉案财物仍在被害人的控制、支

配范围之内，不构成侵占罪。

3.对盗窃罪“秘密窃取”的正确认识。所谓秘密窃取，是指行为人主观上自认为采取不

会被财物的所有者、保管者或者经手者发觉的隐秘方法，暗中窃取其财物。通常认为秘密

窃取是盗窃罪区别于其他犯罪的最主要特征。认定秘密窃取的关键是综合考虑作案时的各

种情况，正确认定行为人的主观故意，而不能以失主实际是否发觉作为判断是否为秘密窃

取的标准。本案，被告人当时亲眼目睹被害人的钱袋子掉在地上，发现里面是钱就很快地

捡起钱袋子，并马上从家里出来，清点了共有5000多元，回家后就将钱藏在储物棚里的一

口水缸内。被害人询问其有没有看到钱袋子，被告人坚决予以否认。以上一连串的行为说

明被告人当时认识到该钱袋子属被害人所有，但是产生了非法占有的故意，后捡起钱袋子

并将钱藏匿的行为，说明被告人是明知道被害人没有发觉其捡钱的举动，试图将钱非法据

为己有，符合盗窃罪“秘密窃取”的行为方式。

综上，公诉机关指控被告人的第二笔犯罪事实成立，被告人的行为构成盗窃罪。但考

虑到本案被告人是捡走被害人掉在地上的钱，与其他的盗窃行为有一定的区别。相对而

言，被告人的主观恶性相对较小，且归案后认罪态度较好，已退赔赃款并取得被害人谅

解，故被告人的犯罪情节轻微不需要判处刑罚，依法可以免予刑事处罚。

编写人：浙江省台州市天台县人民法院 林桂燕

49. 拾得手机后使用支付功能进行消费如何定性

——徐某某盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省南通市海安县人民法院（2016）苏0621刑初394号刑事判决书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

被告人徐某某于2016年7月15日20时许，在海安县人民西路甲超市门前，拾得张某某

遗失的手机1部，后于同日晚21时许，使用该手机上支付宝的当面付功能，在海安县人民

中路乙超市、海安县丙便利店内消费合计人民币2922元。

案发后，被害人报警。海安县公安局经侦查确定被告人徐某某有作案嫌疑，于2016年

7月16日依法传唤被告人徐某某到案。归案后，被告人徐某某如实供述了上述事实，并赔

偿了被害人张某某的全部经济损失。该手机已由公安机关发还被害人。

【案件焦点】

拾得手机后使用支付功能进行消费如何定性。

【法院裁判要旨】

江苏省南通市海安县人民法院经审理认为：关于行为人控制了手机能否

就达到控制手机内支付宝等软件功能的目的。支付宝作为一种网络支付平

台，相较于有形的财物而言，是无形的、可远程操控的。手机只是被害人可

以进行支付宝功能操作的载体之一，因此行为人即使控制了手机也并不必然

控制手机内的支付宝等软件功能，该软件功能并非是手机本身的价值。

本案中被告人是在被害人不知情的情况下，通过消费的方式转移了支付

宝内的资金，达到非法占有的目的，使得被害人失去对支付宝内资金的有效

控制，此行为是一种秘密窃取行为，应当构成盗窃罪。

江苏省南通市海安县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十

四条，第六十七条第三款，第七十二条第一款、第三款之规定，作出如下判

决：

被告人徐某某犯盗窃罪，判处拘役二个月，缓刑四个月，并处罚金人民

币三千元。

【法官后语】

本案审理过程中，对被告人徐某某的行为应当如何定性产生了争议。一种观点认为，

被告人拾得手机，用该手机内支付宝功能进行消费，就像拾得他人钱包，消费钱包内的现

金一样，被告人拒不退还，才构成侵占罪。另一种观点认为此行为应构成盗窃罪。我们采

纳了后一种观点。侵占罪与盗窃罪的区别在于，侵占罪是指将他人遗忘物、埋藏物或代为

保管的他人财物非法占为己有，数额较大，拒不退还的行为。盗窃罪是指以非法占有为目

的，采取秘密手段窃取他人数额较大财物的行为。本案争议的关键是手机内的支付宝功能

是否属于手机本身的价值，如果属于手机本身的价值则构成侵占罪，如果不属于则不能构

成侵占罪。那么，我们就要分析手机内支付宝功能与手机本身的关系，行为人控制了手机

能否就达到控制手机内支付宝等软件功能的目的。支付宝作为一种网络支付平台，相较于

有形的财物而言，是无形的、可远程操控的。手机只是被害人可以进行支付宝功能操作的

载体之一，被害人的手机丢失了，他还可以通过互联网在其他具有计算机功能的智能终端

设备上重新登录支付宝、修改密码或挂失银行卡，达到控制其支付宝内资金的目的。因此

行为人即使控制了手机也并不必然控制手机内的支付宝等软件功能，该软件功能并非是手

机本身的价值。本案中，被告人徐某某是在被害人不知情的情况下，通过消费的方式转移

了支付宝内的资金，达到非法占有的目的，使得被害人失去对支付宝内资金的有效控制，

此行为是一种秘密窃取行为，应当构成盗窃罪。

编写人：江苏省南通市海安县人民法院 卢雨阳

50. 实施盗窃后将赃物藏匿于盗窃现场是否构成盗窃既遂

——潘家军盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省南京市江宁区人民法院（2016）苏0115刑初411号刑事判决书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

2016年2月2日，李茂某安排王兴某、潘家军、王德某驾驶苏G3××××号货车从连云港

出发，运输水产品至江苏省内多地进行销售，王兴某负责收取货款和记录账目，潘家军与

王德某负责驾驶车辆和搬运货物。2月4日凌晨，王兴某、潘家军、王德某驾车至南京市江

宁区甲物流市场，准备将剩余水产品交给李茂某儿子李昊某经营的乙水产商行。2月4日8

时许，在交接水产品过程中，潘家军利用王兴某、王德某离开车辆之机，窃得王兴某放置

于货车副驾驶上方储物箱中的货款144200元，并藏匿于货车后方的水产箱内。王兴某、王

德某返回后，发现货款丢失，随即报警。2月4日11时至12时，公安机关对苏G3××××号货

车进行勘验，在驾驶室后水产车厢14号水产箱隔板夹层中发现上述货款人民币144200元，

后将该款发还李昊某。

公诉机关认为，潘家军以非法占有为目的，秘密窃取他人财物，数额巨大，其行为已

构成盗窃罪，且系犯罪既遂。潘家军对公诉机关的指控不持异议。辩护人认为潘家军将货

款藏匿于货车，财物仍在被害人控制范围之内，没有形成对于盗窃财物事实上的控制，属

于盗窃未遂。

【案件焦点】

潘家军将盗窃的货款藏匿于盗窃所在货车后方水产箱内是否属于犯罪未

遂。

【法院裁判要旨】

江苏省南京市江宁区人民法院审理认为：被告人潘家军以非法占有为目

的，秘密窃取他人财物，数额巨大，其行为已构成盗窃罪。

关于被告人潘家军是否构成犯罪未遂的争议，经审查认为：第一，潘家

军所盗窃货款系由王兴某保管的财物，且王兴某将财物专门放置于驾驶室储

物箱内，并非随意放置于货车内的物品，不能以货款是否还在货车内判断被

害人是否已经失去对于财物的控制。第二，潘家军盗窃货款的行为当场未被

发现，且现场没有监控、安检等阻止潘家军携带货款离开现场的制约条件，

保管人王兴某已经丧失了对财物的控制，潘家军已经实现了其非法占有目

的。第三，在潘家军取得货款至王兴某等人返回现场，潘家军有充分时间对

财物进行事实上的处分，潘家军实际上已经实现了对于财物的控制，其可以

选择携款离开或者进行藏匿，其就近将货款藏匿于货车后水产箱内的行为是

在实际控制财物基础上的后续移转行为，不影响对于犯罪既遂的认定。综

上，被告人潘家军已经实现对于货款的非法占有目的，属于犯罪既遂。

江苏省南京市江宁区人民法院依照《中华人民共和国刑事》第二百六十

四条、第六十七条第三款的规定，作出如下判决：

被告人潘家军犯盗窃罪，判处有期徒刑三年六个月，罚金人民币一万四

千元。

【法官后语】

本案的主要争议在于被告人潘家军的行为是否属于犯罪未遂。盗窃犯罪的既遂标准主

要在于行为人的非法占有目的是否实现，主要包括原占有人对于财物的失控和行为人对于

财物的控制两方面的内容。

现代社会，由于财物形式的多样性和控制形式的广泛性，判断是否仍然被原占有人控

制，不能单纯以是否有携带、上锁、监控、安检等具体的控制手段为标准。对于盗窃犯

罪，应当以是否仍然存在于原占有人和社会公众通常认可的存放空间内为标准判断其是否

失控，且该标准足以使行为人和社会公众认识到占有相应财物属于非法占有即可。

关于行为人的控制，在盗窃犯罪中具体到不同的案情会存在不同的判断，但是空间和

时间应当是最为重要的判断标准。（1）空间，与原占有人的失控相对应，如果财物仍然

在原占有人认可的存放空间内，原占有人仍然可以实现有效的控制，就不存在原占有人失

控的情况，行为人的控制也就无从谈起。但如果存在安检、监控等较为有力的安保手段的

情况下，原占有人进行防范的空间可能会大于其认可的存放空间，在此行为人控制财物的

空间应当在原占有人的防范空间之外。（2）时间，行为人实际取得财物时间的长短是其

是否实现控制的重要条件。在行为人盗窃行为被当场发现的情况下，即使其已取得财物，

但由于发现的即时性，其不可能真正实现控制下的非法占有目的。本案中，潘家军在取得

财物后，其在充足的时间内，将财物藏匿于原占有人可以实现有效控制的空间之外，是在

事实控制基础上对于财物的处理，其行为属于犯罪既遂。

编写人：江苏省南京市江宁区人民法院 刘耀东

51. 支付宝作为第三方交易平台的网购中对调包行为的认定

——张某某盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

天津市滨海新区人民法院（2016）津0116刑初60310号刑事判决书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

2016年3月16日至25日，被告人张某某冒名张春强网购了被害人王金某的7支鱼竿、23

支鱼漂。货到后被告人张某某将包装从侧面拆开后取出鱼竿及鱼漂等物品，并将次质鱼竿

等物品封好后退货，同时在支付宝申请退款成功。经鉴定，被盗渔具价值7554元。

2014年8月至9月，被告人张某某冒名李天采取上述手段盗窃被害人吴志某的2支化氏

鱼竿、9只鱼漂，价值3500元。2015年12月，被告人张某某冒名张春强采取上述手段盗窃

被害人刘学某的6支鱼竿，价值6608元。后被告人张某某被抓获归案，现已退赔王金某、

刘学某、吴志某各一万元，并得到被害人谅解。

【案件焦点】

支付宝作为第三方交易平台的网购中对调包行为的认定。

【法院裁判要旨】

天津市滨海新区人民法院经审理认为：被告人张某某以非法占有为目

的，多次采取调包网购货品并申请退款的方式非法占有他人财物，数额较

大，其行为已构成盗窃罪，应予惩处。考虑到被告人张某某到案后能坦白罪

行，且已全部退赔被害人损失并得到谅解，可依法从轻处罚。公诉机关指控

的罪名成立，量刑建议恰当，本院予以支持。

天津市滨海新区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四

条、第六十七条第三款的规定，作出如下判决：

被告人张某某犯盗窃罪，判处拘役五个月，并处罚金一万元。

【法官后语】

在侵财犯罪中判断占有关系是关键，刑法中的占有强调事实上的支配，需有占有意识

和实际控制力，在淘宝网交易规则下，支付宝作为第三方平台，虽对交易钱款具有物理上

的占有，但因主体不适格，缺乏占有意识，不成立占有，其作用等同于电子钱包，仍应认

定为买方占有。这种情形下网购中的调包行为，实际包括调包和退款两个行为，其中退款

行为并没有转移占有，行为人只是拿回自己的钱款而已；而调包行为则构成盗窃罪。

1.支付宝作为第三方交易平台是否成立占有

占有是被害人对财物事实上的支配。这种支配需具有占有意思和实际控制力来操控财

物对象。支付宝账户作为第三方交易平台，在交易中具有中介性质，虽然有时对钱款拥有

物理意义上的控制，但这种控制是缺乏占有意思的，性质上等同于电子钱包，其主体不适

格不成立占有。根据淘宝网交易规则，买方购物付款是付到个人的支付宝账户里，只有两

种情形下才会真正付款给卖方：第一，在买方点击确认收货并输入支付密码；第二，在买

方签收后在规定时间内未确认收货，系统将货款自动转给卖方。

对于第一种情形，虽然买方此时对钱款不能任意地转入或转出，但如要真正付款还需

买方确认并输入密码，买方仍对钱款有实际的控制力，此时可以认定钱款由买方占有；对

于第二种情形，在规定时间未确认收货而自动转账，可以看作买方对该钱款处置权利的放

弃，那么，此时钱款依然由买方占有。买方与第三方交易平台之间的关系类似于买方左右

口袋的关系，买方拥有一定实际控制力。所以，此时认定为买方占有比较合适。

2.本案包括几个行为

本案的买方在接到货物后利用快递员的疏漏以次充好调包，再以退货骗取卖方退款，

最后达到非法占有鱼竿的目的，一个交易行为中实际包括买方的两个行为：一是调包货物

的行为，行为对象是鱼竿，目的在于占有鱼竿；二是骗取货款的行为，行为对象是货款，

目的在于退回货款。这两个先后的行为是独立的两个行为。

3.应定盗窃罪还是诈骗罪

根据诈骗罪的构成要件，买方的诈骗行为是为了骗取被害人的财物，被害人在因行为

人的欺骗行为陷入认识错误后，将自己占有的财物处分给了行为人。盗窃罪是指违反被害

人的意志，将他人占有的财物转移为自己或第三者占有。那么，被害人是否有处分意识成

为判断诈骗罪与盗窃罪的重要标志。对于被告人的两个行为，笔者认为：第一，对于调包

行为，在卖方不知情的情形下转移占有，成立盗窃罪，调包行为只是借助于网络交易而

已，其原理与现实中的面对面交易是一样的；第二，对于退款行为，买方编造卖方自己未

收到货，隐瞒自己实际收到货却调包的事实，让卖方陷入认识错误而退款，看似符合诈骗

罪的构成要件，但应注意的是，此时钱款仍由买方占有，卖方的处理行为不属于处分财物

的行为，因此并不构成诈骗罪，买方只是拿回实际属于自己占有的钱款并不构成犯罪。综

上，本案被告人的行为构成盗窃罪一罪。

编写人：天津市滨海新区人民法院 施丹

[[1]](#p142)

郑高键、梁文彩：《刑事疑难案例司法认定与法理评析》，法律出版社2015年

版，第341页。

（三）诈骗罪

52. 被害人与案外人达成协议是否影响犯罪既遂及犯罪金额认定

——马婧诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

辽宁省大连市中级人民法院（2016）辽02刑终587号刑事裁定书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

2013年5月至8月间，马婧在瓦房店市等地，向王永某虚构自己在大连有担保公司的事

实，将自己从汽车租赁公司租赁来的三辆车谎称系别人抵押给其的，以该三辆车向王永某

抵押借款，骗取王永某人民币66.08万元占为己有。立案侦查前，马婧共返还王永某人民

币20.6万元。在上述期间，马婧还以自己购买的一辆甲牌车、一辆乙牌车向王永某抵押借

款合计人民币177.6万元。

【案件焦点】

1.如何认定本案的既遂和未遂；2.被害人与案外人就该案所涉车辆的处理

达成协议是否影响本案定罪与犯罪金额的认定。

【法院裁判要旨】

辽宁省瓦房店市人民法院经审理认为：马婧以非法占有为目的，虚构事

实，隐瞒真相，骗取他人财物，数额巨大，其行为侵犯了他人财产权，构成

诈骗罪。公诉机关指控马婧犯罪部分事实清楚、证据确实、充分，指控罪名

成立。关于马婧租赁的3辆车，有证人吕永某、王甲、徐博某、王乙等人证

言，王永某陈述，汽车租赁合同，银行交易明细等多份证据互相印证，形成

完整的证据链条，足以证明马婧虚构了其在大连开有担保公司的事实，隐瞒

了其从汽车租赁公司租赁来3辆汽车的真相，使王永某产生错误认识，进而处

分财产，马婧骗取王永某人民币66.08万元。该事实马婧在侦查阶段多次供述

中均予以供认，与其他证据相互印证，足以认定；现其当庭翻供，但不能合

理说明翻供原因，其辩解与全案证据矛盾，故对其翻供不予采信。对马婧及

其辩护人认为马婧以该3辆车抵押借款不构成犯罪的辩护意见，不予采纳。关

于马婧及其辩护人认为立案前取得的证据无效的质证意见，经查，无法律依

据，不予采纳。立案侦查前，马婧返还给被害人王永某的20.6万元，应从犯罪

数额中扣除。关于马婧购买的2辆车（甲牌车、乙牌车），应当认定马婧对该

2辆车拥有所有权，其有权将该2辆车抵押给他人。故该2辆车抵押借款数额

177.6万元，应从犯罪数额中扣除。综上，马婧诈骗数额为45.48万元（66.08万

元-20.6万元）。对马婧及其辩护人认为马婧以该2辆车抵押借款不构成犯罪的

辩护意见，予以采纳。对公诉机关指控马婧诈骗数额“特别巨大”的公诉意见，

不予支持。

辽宁省瓦房店市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六

条、第五十二条、第五十三条、第六十四条之规定，作出如下判决：

一、马婧犯诈骗罪，判处有期徒刑十年，并处罚金人民币十万元。

二、责令马婧自本判决生效后十日内将违法所得人民币四十五万四千八

百元退赔给被害人王永某。

马婧持以下意见提起上诉：有新证据证实，在案发前其用从汽车公司租

赁来的三辆汽车向王永某抵押贷款的事宜已经由王永某、徐博某、何某达成

协议并解决完毕，不应再行认定本节犯罪事实构成犯罪；马婧用自行购买的

甲牌、乙牌2辆车抵押给王永某借款177.6万元。而该两辆车的价格高于177.6

万元，足以抵销本案的涉案金额。综上，请求宣告马婧无罪。辩护人除提出

上述相同辩护意见外，还提出王永某已经处分了走私车辆5辆，马婧并未给王

永某造成实际损害结果的辩护意见。

辽宁省大连市中级人民法院经审理，确认一审法院认定的事实和证据。

二审期间，马婧的辩护人出示两份证据：1.证人何某于2015年3月10日自书的

证人证言：“2013年12月份，我同意负责马婧偿还案涉的69万元，并与王永某

进行了协商，后王永某同意并由徐博某将案涉车辆开走。”2.徐博某于2016年8

月24日自书的证人证言：2013年12月份，其接到何某和王永某电话，说押车

款69万元由何某负责转给王永某，当天下午就到王永某处将车开了回来。

辽宁省大连市中级人民法院经审理认为：马婧以非法占有为目的，虚构

事实、隐瞒真相，骗取他人财物，数额巨大，其行为侵犯了他人财产所有

权，已构成诈骗罪。关于马婧及其辩护人提出的上诉前马婧用租赁的3辆汽车

向王永某抵押贷款的事宜已经协商解决完毕，不应再行认定为刑事犯罪，马

婧用自行购买的甲牌、乙牌2辆车抵押给王永某借款，现该两辆车已经由王永

某处理，足以抵销本案的涉案金额，未给王永某造成实际损失，请求宣告马

婧无罪的上诉理由和辩护意见，经查，自马婧用其租赁的汽车隐瞒真相向王

永某抵押借款并取得借款时，本案犯罪已经既遂；本案立案时间为2014年10

月11日，案发前未偿还的金额均应当计入犯罪金额，且截至2015年5月4日王

永某陈述，截至当日何某仍未替马婧偿还案涉款项，案涉款项还得向马婧索

要，故王永某与案外人如何协商并不影响本案定罪与犯罪金额的认定；现无

据证实案外的甲牌、乙牌车辆的价值，且用该两辆甲牌、乙牌车抵押借款与

本案原审认定的犯罪事实系不同的法律关系，无法用案外财产的价值抵销本

案的犯罪金额。马婧的上诉理由和辩护人的辩护意见，无事实和法律依据，

不予支持。综上，原判认定的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑

适当，审判程序合法。

辽宁省大连市中级人民法院依据《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百

二十五条第一款第（一）项之规定，作出如下裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案二审阶段的关键问题有两点：1.如何认定本案的既遂和未遂；2.王永某与案外人

就该案所涉车辆的处理协议是否影响本案定罪与犯罪金额的认定。

犯罪既遂是犯罪的一种基本形态，是指行为人所实施的行为已经齐备了刑法分则对某

一具体犯罪所规定的全部构成要件。诈骗罪是指以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒

真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。本案中，马婧将租赁的3辆汽车谎称是自

己所有的车辆，隐瞒真相向王永某抵押借款并取得借款，已经符合诈骗罪全部犯罪构成要

件，已属既遂。事后王永某处分车辆所获款项是否足以抵销犯罪金额以及王永某是否遭受

实际损失并不影响本案的既遂。

关于王永某与案外人就该案所涉车辆的处理协议是否影响本案定罪与犯罪金额的认定

问题，本案一审阶段，已将马婧购买的两辆车认定为其所有，并向王永某抵押借款的金额

未计入到犯罪金额中。因此王永某处分该两辆案外车辆所获价值与否及价值高低均与本案

无关，无法抵销本案的犯罪金额。虽然王永某与案外人就案涉车辆达成了处理协议，但截

至本案办理期间王永某向公安机关陈述时，案外人仍未替马婧偿还案涉款项，案涉款项还

需向马婧索要，故王永某与案外人如何协商并不影响本案的定罪，亦不影响犯罪金额的认

定。

编写人：辽宁省大连市瓦房店市人民法院 沈海洁

53. 共谋并共享资源分头实施电信诈骗犯罪数额按照团伙全部罪

行认定

——张安甲等诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省江阴市人民法院（2016）苏0281刑初1596号刑事判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

2016年3月，被告人张安甲、林某由被告人林某提议并经二人事先合谋，利用购得的

学生家长信息，虚构可以领取教育补贴等事实，冒充学校老师、教育局领导，采用拨打电

话的电信技术手段实施诈骗。尔后，被告人林某从网上购得了学生家长信息，被告人张安

甲、林某共同购置了电脑、打印机以打印上述信息，被告人张安甲纠集了被告人赵国某，

被告人张安甲、林某共同纠集了被告人张安乙并传授其犯罪方法，分别购买了手机、电话

卡、银行卡等作案工具并共同使用，以被告人张安甲、赵国某为一组在江苏省苏州市吴江

区汾湖镇甲小区××幢702室实施诈骗，以被告人林某、张安乙为一组在江苏省苏州市吴江

区汾湖镇乙小区××幢801室实施诈骗。在实施诈骗过程中，被告人张安甲、林某作为“二

线”接打电话，被告人赵国某作为“一线”或者“二线”接打电话，被告人张安乙作为“一

线”接打电话，其中，“一线”负责冒充学校老师，向学生家长虚构可以领取教育补贴进而

引导学生家长与“二线”联系，“二线”负责引导学生家长至银行自动取款机查询并诱使学生

家长将银行卡内的钱款转账至指定账户，所骗取的钱财由“一线”分得20%，“二线”分得

70%，负责取款的人员分得10%。2016年3月底至4月初，被告人张安甲、林某等人采用上

述手段骗得被害人肖国某、郭元某共计人民币32729元。具体事实分述如下：

1.2016年3月31日，被告人张安甲、赵国某采用上述手段，骗得在江苏省江阴市打工

的被害人肖国某人民币14870元，其中“一线”“二线”角色均由被告人赵国某充当，而其分

赃仍按照“一线”标准执行。

2.2016年3月31日，被告人林某、张安乙采用上述手段，骗得在广东省汕头市打工的

被害人郭元某人民币17859元，其中“一线”角色由被告人张安乙充当、“二线”角色由被告

人林某充当。

【案件焦点】

本案共同犯罪范围及犯罪数额的认定。

【法院裁判要旨】

江苏省江阴市人民法院经审理认为：被告人张安甲、林某、赵国某、张

安乙以非法占有为目的，采用虚构事实、隐瞒真相等手段，骗取他人财物，

数额较大，四被告人的行为均确已构成诈骗罪，系共同犯罪。被告人张安

甲、林某、赵国某、张安乙利用拨打电话发布虚假信息，对不特定多数人实

施诈骗，予以从严惩处。被告人张安甲、林某在共同犯罪中起主要作用，系

主犯，应当按照其二人所参与的全部犯罪处罚，鉴于其二人归案后如实供述

自己的罪行，均予以从轻处罚。被告人赵国某、张安乙在共同犯罪中起次要

作用，系从犯，被告人张安乙归案后能如实供述自己的罪行，均予以从轻处

罚。

关于本案共同犯罪范围的认定：1.被告人张安甲、林某经事先合谋采用拨

打电话的电信技术手段对不特定多数人实施诈骗，后被告人林某由外地至江

苏省苏州市与被告人张安甲会合；2.被告人张安甲帮助被告人林某安排住宿并

纠集了被告人赵国某实施诈骗，二人又共同纠集了被告人张安乙实施诈骗并

传授犯罪方法；3.在实施诈骗之前及过程中，被告人张安甲、林某共享由被告

人林某从他人处获取的学生家长信息，共同购置、使用电脑及打印机以打印

上述信息，共同使用手机、电话卡、银行卡等作案工具，相互帮助、协作，

在骗得钱财后相互吃请。因此，被告人张安甲、赵国某与被告人林某、张安

乙虽然分组分头实施诈骗，但应认定各被告人之间存在共同的犯罪故意及共

同的犯罪行为，属于共同犯罪。

关于各被告人地位作用及犯罪数额的认定：1.被告人张安甲、林某由被告

人林某提议，经事先合谋实施诈骗并纠集了被告人赵国某、张安乙，为实施

犯罪准备工具、创造条件，组织、指挥并作为“二线”积极实施诈骗活动，分得

赃款较多，其二人在共同犯罪中各有侧重，地位作用相当，均起主要作用，

系主犯，应当按照四被告人在其二人的组织、指挥下所实施的全部罪行处

罚，即对四被告人所骗取的全部财物人民币32729元承担责任。2.被告人赵国

某、张安乙受纠集实施诈骗活动，分得赃款较少，在共同犯罪中起次要作

用，系从犯，被告人赵国某应当对其直接参与实施的骗取被害人肖国某人民

币14870元财物的行为承担责任，被告人张安乙应当对其直接参与实施的骗取

被害人郭元某人民币17859元财物的行为承担责任。3.被告人赵国某、张安乙

虽均系从犯，但各自的行为强度及对犯罪结果所起的作用不同，归案后的表

现及供述自己罪行的阶段不同，从轻处罚幅度亦应加以区别。

依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六条、第二十五条第一款、第

二十六条第一款及第四款、第二十七条、第六十四条、第六十七条第三款及

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干

问题的解释》第一条、第二条第一款第（一）项之规定，作出如下判决：

一、被告人张安甲犯诈骗罪，判处有期徒刑一年九个月，并处罚金人民

币一万元。

二、被告人林某犯诈骗罪，判处有期徒刑一年九个月，并处罚金人民币

一万元。

三、被告人赵国某犯诈骗罪，判处有期徒刑一年，并处罚金人民币六千

元。

四、被告人张安乙犯诈骗罪，判处有期徒刑十个月，并处罚金人民币五

千元。

五、追缴被告人张安甲、林某违法所得人民币27629元，不足部分责令张

安甲、林某予以退赔，连同扣押在案的人民币5100元，发还被害人肖国某人

民币14870元，发还被害人郭元某人民币17859元，被告人赵国某、张安乙对

各自涉案部分承担连带退赔责任。

六、扣押在案的作案工具，予以没收。

一审宣判后，四被告人未在法定上诉期内提出上诉，检察院亦未抗诉，

一审判决已发生法律效力。

【法官后语】

本案处理过程中的核心问题是对于共同犯罪范围的认定以及各被告人地位作用及犯罪

数额的认定，上述问题的产生主要基于被告人张安甲提出其没有参与同案人员林某、张安

乙所实施骗取人民币17859元的诈骗行为，也未从中分得赃款，其不应对该部分指控承担

责任的辩解意见。

根据本案查明的事实可以确认被告人张安甲与林某之间曾有实施电信诈骗活动的合

谋，并纠集人员、传授犯罪方法，共享开展诈骗活动的基础信息，为实施犯罪准备工具、

创造条件，共同使用作案工具，相互帮助、协作，在骗得钱财后相互吃请，虽系分组分头

实施诈骗，但可以认定被告人张安甲与其他被告人之间存在共同的犯罪故意及共同的犯罪

行为，属于共同犯罪。根据被告人张安甲、林某积极实施诈骗活动的行为，结合其分赃情

况，均应当认定为主犯，应当按照四被告人在其二人的组织、指挥下所实施的全部罪行处

罚，即对四被告人所骗取的全部财物承担责任；被告人赵国某、张安乙可认定为从犯，分

别对其所参与的部分诈骗犯罪承担责任。

综上，本案裁判方法可归纳理解为：行为人为实施电信诈骗进行事先共谋，共享非法

获取的公民个人信息，共同纠集人员并准备工具、创造条件，虽然分组分头实施电信诈

骗，仍应认定为共同犯罪，对于主犯应当按照团伙在其组织、指挥下实施的全部罪行处

罚，对于从犯则应当按照其所参与部分处罚。

编写人：江苏省江阴市人民法院 成志昀 宋相呈

54.“网络关键词” 诈骗犯罪中签订合同对行为定性的影响

——吴剑等诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省无锡市中级人民法院（2016）苏02刑终330号刑事裁定书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

被告人吴剑、张加路、刘凯经事先合谋，在无锡市新吴区通过网络指使他人伪造了无

锡Z网络科技有限公司、北京Q网络科技有限公司、深圳S投资有限公司等单位企业法人营

业执照和印章，用于实施网络“关键词”诈骗。诈骗过程中，被告人吴剑、张加路、刘凯分

别冒充上述公司工作人员，与网络“关键词”持有人取得联系，虚构有买家欲高价收购

该“关键词”的事实，诱骗其前往谈判，在谈判过程中，继而虚构“关键词”网络资源需制作

网络监测报告、专利证书、国际端口申诉等配套产品才能交易的事实，从而骗取该“关键

词”持有人的制作费用。

2015年6月至10月，被告人吴剑、张加路、刘凯时分时合，采用上述手法，先后5次骗

取李某甲、华某、李某乙等人的制作费用共计人民币500800元。其中，被告人吴剑、张加

路参与诈骗5次，涉案金额人民币500800元；被告人刘凯参与诈骗4次，涉案金额人民币

245800元。

【案件焦点】

“网络关键词”诈骗犯罪中签订合同对行为定性的影响。

【法院裁判要旨】

无锡高新技术产业开发区人民法院经审理认为：被告人吴剑、张加路、

刘凯结伙诈骗他人财物，其中，被告人吴剑、张加路诈骗数额特别巨大，被

告人刘凯诈骗数额巨大，均已构成诈骗罪，且系共同犯罪。被告人吴剑、张

加路结伙伪造国家机关证件，其行为均已构成伪造国家机关证件罪，且系共

同犯罪。被告人吴剑、张加路一人犯数罪，应实行数罪并罚。被告人吴剑、

张加路归案后如实供述了自己的主要罪行，被告人刘凯如实供述了自己的全

部罪行，依法予以从轻处罚；被告人吴剑、张加路、刘凯归案后退出部分赃

款，有一定的悔罪表现，酌情予以从轻处罚。

依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六条、第二十五条第一款、第

六十七条第三款、第六十九条、第六十四条以及1997年修订的《中华人民共

和国刑法》第二百八十条第一款之规定，以诈骗罪、伪造国家机关证件罪，

分别判处被告人吴剑有期徒刑十年并处罚金人民币十万元、有期徒刑六个

月，决定执行有期徒刑十年三个月，并处罚金人民币十万元；判处被告人张

加路有期徒刑十年并处罚金人民币十万元、有期徒刑六个月，决定执行有期

徒刑十年三个月，并处罚金人民币十万元；以诈骗罪，判处被告人刘凯有期

徒刑四年，并处罚金人民币四万元。被告人吴剑、张加路、刘凯退缴在案的

人民币170300元，由公安机关返还被害人。责令被告人吴剑、张加路、刘凯

继续退赔违法所得的财物，并返还被害人。

张加路对判决不服，提起上诉。

江苏省无锡市中级人民法院经审理认为：原审判决认定上诉人张加路、

原审被告人吴剑、刘凯犯诈骗罪，以及张加路、吴剑犯伪造国家机关证件罪

的定罪和量刑事实清楚，证据确实、充分，适用法律正确，量刑适当，诉讼

程序合法，应予维持，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

合同诈骗罪的本质是被害人基于合同陷入错误认识而交付财物。“网络关键词”诈骗是

近年来频频出现的诈骗形式，其利用“关键词”持有人的投资心理，虚构有买家需要购买关

键词，从中编造借口要求持有人支付“服务费用”，骗取持有人钱款。一些“关键词”诈骗犯

罪人还会与持有人签订所谓的收购合同，以此博取其信任，本案就属于这样的情形。笔者

认为，从本案的事实与证据分析，应当认定为诈骗罪而非合同诈骗罪。本案中，涉及两项

相对独立的行为内容，第一项是被告人与被告人签订收购合同，促使被害人相信有人愿意

购买其持有的关键词，第二项是被告人要求被害人完善关键词，并提出很多完善的项目，

包括制作关键词检测报告、申请专利、注册国际端口、制作B2B证书等，继而被告人冒充

第三方技术服务公司的人员诱使被害人交付制作费用。被害人被骗取的正是后者所谓完善

关键词的费用。被告人与被害人虽然签署了收购合同，但合同内容主要是买家向被害人收

购关键词，并支付高额的收购费用。由于该合同只是作为诱骗被害人上当的手段，对被害

人设置的义务很少，只是要求被害人及时交付关键词。简言之，这个合同是被告人向被害

人交付收购关键词的钱款的协议，而不是被害人向被告人交付服务费用的协议，即双方并

没有基于完善关键词再签订合同。可见，被害人支付财物并不是基于双方签订的收购合

同，更谈不上基于履行收购合同过程中支付财物。因此，本案不符合合同诈骗罪的特征，

而是由于被告人的欺骗行为，使被害人产生“有人收购关键词并且需要完善关键词”的错误

认识而交付财产，应认定为诈骗罪。

编写人：江苏省无锡市中级人民法院 楼炯燕

55. 诈骗共同犯罪中主犯的认定

——杨跃某诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省郏县人民法院（2016）豫0425刑初93号刑事判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

检察机关指控：2015年10月至同年12月，被告人杨跃某与伊川县白元乡谢庄村居民李

正某（另案处理）预谋后，以做正当期货生意抽取交易费进行分红为幌子，诱骗郏县薛店

镇韩庄村村民韩孝某提供场地、设备与其二人合伙，在郏县东城区民生路甲珠宝店二楼非

法开设期货交易点。杨跃某在乙财经网站上下载模拟版丙行情期货交易软件负责操作，后

李正某找来操盘手李丽某（另案处理）负责操作。该交易点成立后，在李正某、杨跃某的

操纵下，用丙期货模拟盘进行虚假期货交易，杨跃某佯装购买予以配合，诱骗韩孝某、周

运某等人购买“橡胶1601”“橡胶1605”模拟期货品种，从中骗取韩孝某8万元、周运某21.3

万元、周爱某2.575万元、周建某0.24万元、安某1.575万元、傅群某2万元、周文某5.9万

元，共计41.59万元。其中，杨跃某、李正某通过转账收受周运某、韩孝某被骗款项中，

李正某转账存入李利某河南农村信用社账户6万元，转账存入李瑶某河南农村信用社账户5

万元。

被告人杨跃某辩称，在郏县设立的期货交易点正常经营期间，他不常在郏县，他听李

正某说收到20多万元，他认为公诉机关指控的数额过高；他的行为构成赌博罪，且在犯罪

中应为从犯，请求对其从轻判处。

辩护人李龙某认为，对杨跃某的行为构成诈骗罪无异议。另辩称，是李正某联系杨跃

某到郏县做生意，主要资金及人员由李正某支配，应认定杨跃某为从犯。部分金额不能落

实，犯罪数额应为19.47万元。

辩护人周亚某辩称，首先，被告人杨跃某从事模拟期货交易，是以正规期货交易平台

数据为准，杨跃某无法操控使他人盈亏，没有非法占有的故意，且客户不存在限于错误认

识而自愿处分财产的行为，故杨跃某的行为不构成诈骗罪；其次，杨跃某通过非法经营期

货交易业务赚取非法利益，侵犯了国家对期货行业的监管秩序，其行为构成非法经营罪；

第三，杨跃某的犯罪数额应按诸被害人转账，被告人所实际获取的数额认定；第四，杨跃

某系初犯、偶犯，认罪态度较好，建议对其从轻处罚。

【案件焦点】

1.杨跃某是否构成诈骗罪；2.杨跃某是否为主犯。

【法院裁判要旨】

河南省郏县人民法院经审理认为：被告人杨跃某结伙以非法占有为目

的，明知其操纵的期货交易平台为模拟软件，客户通过该系统注入资金不会

进入真正的期货交易市场，而是转入其所控制的银行账户内的情况下，其采

用虚构事实、隐瞒真相的手段骗取客户注入资金，数额巨大，其行为已构成

诈骗罪。公诉机关关于应以诈骗罪追究被告人杨跃某刑事责任，同时认为，

杨跃某在共同犯罪中，起主要作用，系主犯的意见正确，予以支持。鉴于被

告人杨跃某归案后能如实供述自己的罪行，依法可对其从轻处罚；积极退还

被害人大部分赃款，取得被害人谅解，依法可酌情从轻处罚。根据本案的事

实、犯罪性质、情节和对社会的危害程度，以及被告人的认罪态度、退赃情

况，依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六条、第二十五条第一款、第

二十六条第一款及第四款、第六十七条第三款、第五十二条、第五十三条、

第六十四条，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体

应用法律若干问题的解释》第一条、第九条之规定，判决如下：

一、被告人杨跃某犯诈骗罪，判处有期徒刑五年，并处罚金人民币4万

元；

二、向被告人杨跃某追缴赃款人民币41.59万元。杨跃某已退还的赃款26

万元（含侦查机关扣押杨跃某现代胜达轿车一辆的变价款18万元及杨跃某家

属退还的8万元和案发后冻结在案的李瑶某河南农村信用社账户3.5406万元及

其孳息、李利某河南农村信用社账户0.5921万元及其孳息），按比例退赔被害

人韩孝某、周运某、周爱某、王焕某、周建某、安某、傅群某、周文某。剩

余赃款继续追缴，仍按比例退赔各被害人。

一审宣判后，被告人未上诉，检察机关未抗诉，判决现已发生法律效

力。

【法官后语】

本案在审理过程中，争议的焦点在于被告人杨跃某的行为是构成诈骗罪还是非法经营

罪，以及在共同犯罪中无法查清由谁提议犯罪的情形下，怎么认定主犯。

1.诈骗罪与非法经营罪的区别

诈骗罪是指以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公

私财物的行为。该罪侵犯的客体是公私财物所有权；客观上表现为使用欺诈方法骗取数额

较大的公私财物；犯罪主体是一般主体，凡达到法定刑事责任年龄、具有刑事责任能力的

自然人均能构成本罪；在主观方面表现为直接故意，并且具有非法占有公私财物的目的。

非法经营罪，是指未经许可经营专营、专卖物品或其他限制买卖的物品，买卖进出口

许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件，以

及从事其他非法经营活动，扰乱市场秩序，情节严重的行为。该罪侵犯的客体是国家限制

买卖物品和经营许可证的市场管理制度，主观上以谋取非法利润为目的。

在本案中，被告人杨跃某结伙以非法占有为目的，下载模拟版期货交易软件，利用虚

假期货交易实施诈骗，并佯装购买予以配合，提供所谓的期货账号，骗取客户注入资金。

该虚拟交易平台和国家的期货交易并不连接，客户通过该系统注入资金不会进入真正的期

货交易市场，而是转入杨跃某所控制的银行账户内。杨跃某主观上有非法占有客户资金的

故意，客观上实施了骗取客户资金的行为，其行为属于诈骗行为，而不是非法经营行为，

故构成诈骗罪。

2.共同犯罪中主犯的认定

《刑法》第二十六条第一款规定，主犯是指组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的或者

在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。由此，我们可以将主犯分为两种，即组织、领导犯

罪集团进行犯罪活动的犯罪分子，以及在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。

那么，究竟如何认定共同犯罪人的作用是主要还是次要，在具体司法实践中经常发生

混淆甚至错误，这就必然导致主犯与从犯认定中的随意性，并进而影响到罪刑相适应原则

的适用。笔者认为，概括来讲，所谓“起主要作用”是指共同犯罪人对共同犯意的形成、共

同犯罪行为，以及共同犯罪的危害结果所具有的决定性作用。根据刑法中“主客观相统

一”的原则，我们可以分别从主、客观两方面来具体说明这种决定性的作用。从主观上来

看，主犯的作用主要表现在促成共同犯罪故意，并使之强化；从客观上来看，主犯的作用

主要表现在对共同犯罪行为及其危害结果所起的决定和推动作用。

本案中，辩护人称是李正某联系杨跃某到郏县做生意，主要资金及人员由李正某支

配，应认定杨跃某为从犯。但从具体案件事实来看，被告人杨跃某与李正某事先共谋，杨

跃某下载模拟版期货交易软件，利用虚假期货交易实施诈骗，并佯装购买予以配合，提供

所谓的期货账户，骗取被害人资金，在骗取被害人资金过程中发挥了积极作用，起主要作

用，应认定为主犯。故法院对该辩解及辩护意见未予采纳。

编写人：河南省平顶山市中级人民法院 万方

河南省平顶山市郏县人民法院 蔡文利 马唷清

56.“租车质押借款型” 诈骗对象的认定

——姜军某诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省溧阳市人民法院（2015）溧刑二初字第315号刑事判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

2015年5月17日，被告人姜军某隐瞒自己欲将汽车抵押换取赃款挥霍的事实，以租赁

汽车的名义从车主石祖某手中取得汽车一辆。5月19日，被告人姜军某谎称已经过车主同

意，将该车抵押给他人骗得人民币3万元。2015年6月4日，石祖某支付人民币3万元从他人

手中赎回该车。经鉴定，该车价值人民币27555元。

2015年5月31日，被告人姜军某隐瞒自己欲将汽车抵押换取赃款挥霍的事实，以租赁

汽车的名义从车主杜忠某手中租赁得轿车（苏DQ××××）一辆。2015年6月2日，被告人姜

军某伪造杜忠某向其借款的借条，谎称经车主同意抵押，将该车抵押给常州市某金融公

司，骗得人民币4万元。经鉴定，该车价值人民币72018元。

综上，被告人姜军某诈骗数额为99573元。

2015年8月3日，被告人姜军某被公安机关抓获，后如实供述了自己的罪行。

【案件焦点】

姜军某以租赁方式取得的汽车作为抵押取得借款的行为是否构成诈骗

罪；其所诈骗的对象以及数额如何认定。

【法院裁判要旨】

江苏省溧阳市人民法院经审理认为：被告人姜军某以非法占有为目的，

虚构事实隐瞒真相，骗取他人钱财，数额巨大，其行为已构成诈骗罪。公诉

机关指控被告人姜军某犯诈骗罪，事实清楚，证据确实充分，罪名成立，应

予支持。关于本案被害人及诈骗数额的认定，经审理认为，被害人应为两位

车主；诈骗数额应为两辆车辆实际鉴定价值。

依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六条，第六十七条第三款，第

五十二条，第五十三条，第六十四条之规定，判决如下：

一、被告人姜军某犯诈骗罪，判处有期徒刑四年，并处罚金人民币2万

元。

二、责令被告人姜军某退赔被害人石祖某人民币27555元；责令被告人姜

军某退赔被害人杜忠某人民币72018元。

【法官后语】

实践中，行为人以租赁所得车辆作为抵押取得借款用于挥霍，一般存在两个虚构事

实，隐瞒真相的行为存在。首先，隐瞒自己欲将汽车抵押换取赃款挥霍的事实，以租赁名

义取得车辆；其次，虚构车主同意抵押的事实，将车辆抵押取得借款。其行为符合诈骗罪

的构成要件。但是对于该类型案件构成诈骗罪的被害人及诈骗数额的认定却一直存有争

议。

第一种观点认为，行为人构成诈骗罪，诈骗对象为抵押权人即债权人，诈骗金额为借

款金额。理由是行为人虚构车辆为其本人所有或登记车主同意抵押的事实，使债权人同意

以该车辆作为抵押物出借借款，事发后行为人已将借款挥霍并无法偿还，其主观上具有非

法占有该笔借款的目的，客观上实施了诈骗行为。

第二种观点认为，行为人构成诈骗罪，诈骗对象为车主，诈骗金额为该汽车的价值。

理由是行为人隐瞒自己欲将汽车抵押换取赃款挥霍的事实，以租赁名义取得车辆，其主观

上具有非法占有该车辆的故意，客观上采取了隐瞒真相的方法，其在取得车辆后再将车辆

质押的行为属于事后销赃，为不可罚的事后行为。

笔者认为第二种观点更为合理，从本案的被害人及诈骗数额的认定来看：

第一，被告人姜军某先隐瞒自己欲将汽车抵押换取赃款挥霍的事实，以租赁汽车的名

义从车主手中取得汽车，再伪造借条，谎称经车主同意抵押，将该车抵押给他人取得赃

款，后一行为具有销赃性质，与盗窃、抢夺等侵犯财产权益犯罪中获得赃物后将赃物倒

卖、使用等销赃行为性质有一致之处。

第二，在被告人姜军某将汽车抵押给他人的过程中，债权人明知车主并非姜军某，也

未尽审查义务，仅仅凭借姜军某伪造的借条和电话询问就办理了借款抵押手续，其原因在

于姜军某将汽车实物放置在债权人处，债权人认为自己的借款有了实物担保的保障，故对

姜军某的虚假理由和出具的伪造的借条没有仔细审核，其主观心态上愿意借钱给姜军某的

理由主要是有实物担保，这一事实并非姜军某所伪造和虚构，故该借款抵押行为中被告人

虽然也有欺骗行为，但债权人并非主要是基于姜军某的欺骗行为而交付财物，出借人尽管

受到一定的欺骗，但借贷关系还是真实存在的。

第三，本案中实际造成被害人——两位车主损失为两辆涉案车辆，犯罪数额应为赃车

的实际鉴定价格，认定被告人姜军某诈骗被害人石祖某、杜忠某人民币99573元。

编写人：江苏省溧阳市人民法院 段云松 王乔

57. 出具欠条能否阻却诈骗罪的成立

——吴某诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市房山区人民法院（2016）京0111刑初496号刑事判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

2015年6月，被告人吴某得知王胜某需要毛石料，遂与被害人张禾某约定，以60元/

吨、75元/吨的价格向张禾某分别购买机器开采的毛石料和手工开采的毛石料，送到后现

金结清。后吴某与王胜某约定，以35元/吨的价格向王胜某出售毛石料，并送至北京市房

山区石楼镇坨头村西的一个大院内。2015年6月23日、24日，张禾某按照吴某的要求将机

器开采的毛石料6车（净重200.9吨）、手工开采的毛石料2车（净重67.85吨）送至该大

院。在前述8车毛石料卸完后，被告人吴某编造理由拒不向张禾某现金结账，在张禾某的

要求下出具了17100元的欠条，承诺于2016年6月24日21时前还款。后被告人吴某在收取王

胜某支付的毛石料款人民币6000元后逃匿。经鉴定，涉案268.75吨毛石料的市场价格共计

人民币17143元。

2015年8月4日、12月9日及12月17日，被告人吴某冒用他人的名义从陈秀某经营的北

京市房山区长沟供销合作社某饭店订购饭菜、烟酒及11张一百元面值的充值卡，被告人吴

某在收取上诉物品后逃匿。经鉴定，涉案饭菜、烟酒共计价值人民币1115元。

【案件焦点】

在被告人给被害人出具欠条的情况下，能否阻却诈骗罪的成立。

【法院裁判要旨】

北京市房山区人民法院经审理认为：被告人吴某以非法占有为目的，采

取虚构事实，隐瞒真相的方法，骗取他人财物，数额较大，其行为已构成诈

骗罪，应依法予惩处。北京市房山区人民检察院指控被告人吴某犯诈骗罪的

事实清楚，证据确实、充分，罪名成立，本院予以支持。被告人吴某曾因故

意犯罪被判处有期徒刑，在刑罚执行完毕后，五年以内再犯应当判处有期徒

刑以上刑罚之罪，系累犯，依法应予从重处罚。鉴于被告人吴某对起诉书所

指控的第二起犯罪当庭自愿认罪，可对其酌予从轻处罚。被告人吴某所提“在

起诉书所指控的第一起犯罪中，其给被害人张禾某出具了欠条，其行为不构

成犯罪”的辩解，经分析在案证据，可以证实，一方面，被告人吴某以明显低

于市场价的价格将涉案毛石料销售给王胜某，且在收到王胜某所付人民币

6000元后，并未将钱给付张禾某；另一方面，其虽给被害人张禾某出具了欠

条，但并未按照欠条所承诺的时间还款，而是以虚构事实、逃匿、更换电话

号码等方式拒绝付款，足以证实其以非法占有为目的，并采取虚构事实、隐

瞒真相的方法骗得他人财物，其行为符合诈骗罪的构成要件，故其辩解不成

立，本院不予采信。综上，根据被告人吴某犯罪的事实、犯罪的性质、情节

和对于社会的危害程度，对其依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六

条、第六十五条第一款、第五十二条、第五十三条、第六十一条、第六十四

条之规定，判决如下：

一、被告人吴某犯诈骗罪，判处有期徒刑一年三个月，并处罚金人民币

五千元。

二、责令被告人吴某退赔人民币一万八千二百五十八元，发还被害人张

禾某一万七千一百四十三元，发还陈秀某一千一百一十五元；责令被告人吴

某退赔一百元面值的充值卡十一张，发还被害人陈秀某。

【法官后语】

本案争议的焦点在于，在被告人确实应被害人的要求按照市场价出具欠条的情况下，

案件应认定为一个普通的民事案件，还是一个已经触犯刑律的诈骗行为。

刑罚是可能剥夺罪犯自由甚至是生命的最严厉的惩罚方式，因此，通常而言，刑法应

当作为最后的救济手段。换言之，刑法的谦抑性原则要求刑罚不能过度介入人们正常的经

济交易活动，只有在普通法律不能够达到维护相应社会利益的情况下，才能动用刑法进行

规制。从这项原则出发，就维护被害人的权益而言，本案似乎完全可以根据欠条通过民事

诉讼来实现。然而，判断一个行为是否构成犯罪，显然不能以能否通过民事诉讼等其他非

刑事的方式来实现权益的维护为标准。如果根本没有履行合同的目的和行为，仅是打着交

易的幌子行非法占有之实，则应通过刑法来规制，否则，将不利于被害人财产的保护和整

个市场交易的安全和稳定。具体到本案，在买卖毛石料这起行为中，被告人吴某实际上是

将价值一万七千余元的毛石料以六千元的价格卖给他人，其所实施的一系列行为并不是正

常的通过赚取差价盈利的商业活动，而是一种违背理性经济人的“亏本买卖”，而且其在整

个过程中并未付出任何对价，相反，其将别人的物品贱卖他人后自己收取钱款并据为己

有，非法占有的目的非常明显。当然，在本案中，由于被告人的不守信行为引起被害人的

警觉，被害人坚持要求被告人出具欠条并跟随其去拿钱，被告人虽然给被害人出具了欠

条，但是其出具欠条的目的并不是真想给付货款，而是作为逃跑的“缓兵之计”。事实上，

被告人也是在让被害人等着拿钱的过程中逃匿的，事后还更换了联系方式。这些行为足以

证实其买毛石料是虚，骗取钱财是实，出具欠条是其脱身逃匿的“障眼法”，而非作为将来

履行义务的凭据。

综合全案证据而言，本案中被告人出具的欠条并非是对将来履行义务的承诺，而是一

种脱身逃匿的手段，并不能阻却犯罪行为的成立。

编写人：北京市房山区人民法院 陈艳飞

58. 利用伪基站设备实施诈骗，竞合情况下如何认定罪名

——杨某等诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

浙江省绍兴市越城区人民法院（2016）浙0602刑初870号刑事判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

2016年2月以来，被告人杨某受雇于“佛祖”（身份不明），在QQ群招募被告人罗显

某、王新某，在绍兴市越城区利用“伪基站”设备向周边手机用户强制发送假借甲银行之名

向客户提示积分兑换的诈骗短信。

经检验，上述伪基站可对中国移动和中国联通的GSM900MHz的基站设备产生同频干

扰。

经中国移动通信集团浙江有限公司绍兴分公司检测，该“伪基站”设备在绍兴市越城区

发送诈骗短信10686条，非法占用中国移动绍兴分公司的通信频率，局部阻断中国移动通

信网络信号。

上述事实有公安治安监控截图、QQ聊天截图、扣押决定书、扣押清单及照片、无线

电发射设备委托检验报告、破坏通信网络分析报告及被告人杨某、罗显某、王新某的供述

等证据予以证实。

【案件焦点】

本案发生法条竞合和想象竞合的情况下，如何准确适用法律定罪量刑。

【法院裁判要旨】

浙江省绍兴市越城区人民法院经审理认为：被告人杨某、罗显某、王新

某合伙非法使用“伪基站”设备对不特定多数人发送诈骗短信，具有其他严重情

节，其行为均已构成诈骗罪。第一，主观方面，被告人的真实意图系诈骗，

其可能意识自己的行为占用了无线电频率，但未必能意识到破坏了公用电信

设施。第二，客观方面，伪基站使用时“非法占用电信频率的方式”符合“扰乱

无线电通讯管理秩序罪”的构成要件，“破坏正在使用中的公用无线通信网络，

造成用户通信中断”又符合“破坏公用电信设施罪”的构成要件。然而，结合司

法解释研究上述两个罪名的具体构成即可见，“非法占用电信频率”仅为破坏手

段的其中一种，对于本案类似的“伪基站”案件，扰乱无线电通讯管理秩序罪系

特殊法，破坏公用电信设施罪系普通法，根据法条竞合的适用原则，特殊法

优于普通法。最后，根据相关司法解释的规定，本案又构成诈骗罪（未

遂）。故本案系扰乱无线电通讯管理秩序罪与诈骗罪相竞合，按照“从一重处

断”的原则，并结合被告人的犯罪动机、主观故意，应认定三被告人的行为构

成诈骗罪。

浙江省绍兴市越城区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十

六条、第二十五条第一款、第二十三条、第六十八条、第六十四条，《最高

人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的

解释》第五条第一款、第二款第（一）项之规定，作出如下判决：

一、被告人杨某犯诈骗罪，判处有期徒刑一年八个月，并处罚金人民币

三千元；

二、被告人罗显某犯诈骗罪，判处有期徒刑一年四个月，并处罚金人民

币二千元；

三、被告人王新某犯诈骗罪，判处有期徒刑一年二个月，并处罚金人民

币二千元。

【法官后语】

实践中，利用“伪基站”发送诈骗短信的，许多法院是按诈骗罪予以判决，但也有法院

是按扰乱无线电通讯管理秩序罪或者破坏公用电信设施罪判处。如何适用上述罪名，笔者

认为应当考虑以下问题：

1.《刑法修正案（九）》出台之后，对于“伪基站”的案件，破坏公用电信设施罪和扰

乱无线电通讯管理秩序罪之间的关系

笔者认为两者应属“法条竞合”的关系。“扰乱无线电通讯管理秩序罪”的客观行为指：

擅自设置、使用无线电台（站）或者擅自使用无线电频率，“破坏公用电信设施罪”的破坏

手段指：采用截断通信线路、损毁通信设备或者删除、修改、增加电信网计算机信息系统

中存储、处理或者传输的数据和应用程序等，故“非法占用电信频率”仅为破坏手段的其中

一种。本案中，“扰乱无线电通讯管理秩序罪”与“破坏公用电信设施罪”系特殊法与普通法

之关系。

2.破坏公用电信设施罪、扰乱无线电通讯管理秩序罪的主观故意如何认定

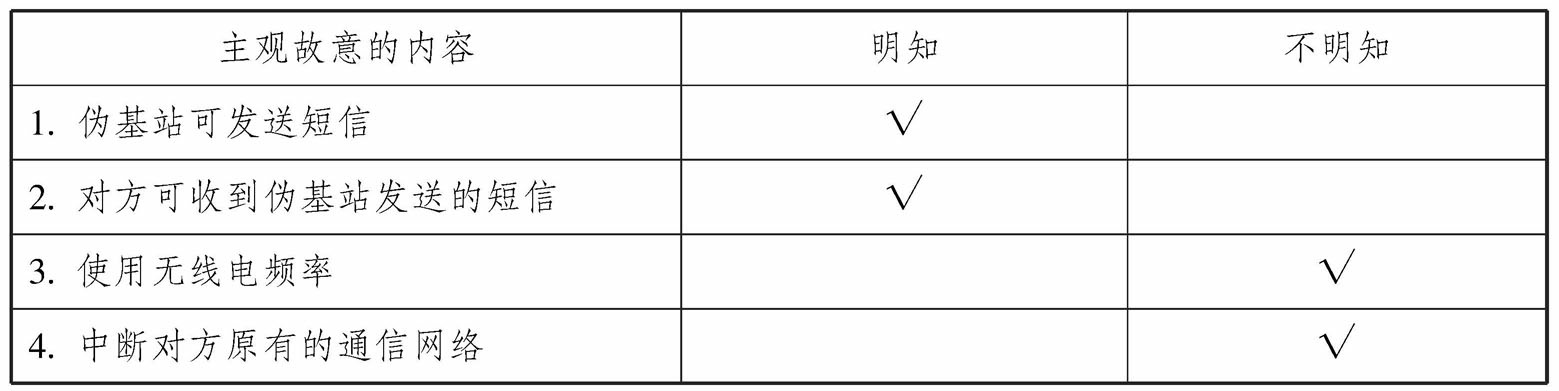
实践中，被告人文化程度普遍较低，对于电子设备的认知程度有限，一般是按照他人

的指示按步骤进行操作（用智能手机通过无线网络连接发射器—智能手机上打开网页输入

设备的IP地址，显示操作界面—输入要发送的短信内容等—用手机测试移动基站的频点，

在操作界面上输入该频点—发送短信），对于伪基站工作的原理也不甚清楚，对于主观故

意可归纳为（根据被告人的供述）：



其中第3、4点的主观故意问题，笔者认为，被告人发送短信时需要通过手机测试移动

基站的频点，通过该操作可以推定被告人应当知道其擅自使用了无线电频率，但“中断用

户通信”这一后果，需要被告人了解伪基站的工作原理的情况下方能知晓，根据生活常

识，难以对一般社会公众推定为明知。

3.扰乱无线电通讯管理秩序罪与其他罪名想象竞合的问题

实践中，使用“伪基站”发送短信的情况有多种，主要包括：商业广告、赌博广告、软

件病毒及诈骗短信（也可能含木马病毒等）。因此，非法使用“伪基站”设备还可能同时构

成虚假广告罪、破坏计算机信息系统罪、诈骗罪等其他罪名，根据想象竞合的处理原则，

应当从一重处断。

编写人：浙江省绍兴市越城区人民法院 车佳妮

59. 租车类诈骗行为不符合合同诈骗罪的构成要件

——吴浩然诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市朝阳区人民法院（2016）京0105刑初1842号刑事判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

1.被告人吴浩然伙同他人于2015年9月25日21时许，来到位于北京市朝阳区的甲租赁

有限责任公司朝阳公园店，以租车的方式，支付租金和车辆押金共计人民币3000元，骗取

该被害单位白色乙牌轿车一辆，经鉴定价值人民币57000元。

2.被告人吴浩然伙同他人于2015年9月27日13时许，来到位于北京市大兴区的北京丙

汽车租赁有限公司亦庄店，以租车的方式，支付租金人民币1184元和车辆押金人民币4000

元，骗取该被害单位丁牌汽车一辆，经鉴定价值人民币93000元。

被告人吴浩然于2016年1月15日被扭送至公安机关，民警从其处起获白色平板移动电

话一部，现扣押在案。涉案丁牌轿车后经起获并发还被害单位，涉案乙牌轿车未起获。案

件审理期间，被告人吴浩然家属代为缴纳人民币20000元在案。

公诉机关提供了证人证言、被害单位出具的书证、鉴定意见、被告人供述等证据材

料，认为被告人吴浩然以非法占有为目的，虚构租车事实，骗取被害单位财产，数额巨

大，其行为已构成诈骗罪。

对于公诉机关指控的事实和罪名，被告人吴浩然当庭持有异议，辩称其没有诈骗的主

观故意；辩护人亦对指控事实和罪名提出异议，认为被告人吴浩然系以真实身份租车，主

观上没有诈骗的故意，被告人吴浩然系被他人欺骗，其行为不构成诈骗罪。

【案件焦点】

吴浩然实施的租车类诈骗行为的性质是合同诈骗还是普通诈骗行为。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为：被告人吴浩然伙同他人以非法占有

为目的，虚构租车事实，骗取被害单位财物，数额巨大，其行为已经触犯刑

法，构成诈骗罪，依法应予惩处。北京市朝阳区人民检察院指控被告人吴浩

然犯诈骗罪的事实清楚，证据确实、充分，罪名成立。在案证据已形成完整

的证据锁链，足以证实被告人吴浩然主观上具有将涉案车辆占为己有和非法

处分的故意，被告人吴浩然假借租车的名义，伙同他人骗取被害单位车辆后

非法处分，使得涉案车辆脱离被害单位的控制，导致被害单位的财产损失，

其行为符合诈骗罪的构成要件。故相关辩解和辩护意见，不予采纳。

北京市朝阳区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六条、

第二十五条一款、第五十二条、第五十三条、第六十一条、第六十四条及

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干

问题的解释》第一条之规定，作出判决：

一、吴浩然犯诈骗罪，判处有期徒刑三年十个月，罚金人民币五千元。

二、责令吴浩然退赔甲租赁有限责任公司人民币五万四千元。

三、在案之人民币二万元和在案金立牌白色平板移动电话一部之变价

款，予以执行本判决主文第二项。

判决宣告后，被告人吴浩然未提起上诉。

【法官后语】

实践中，租车类诈骗案件在法律适用层面有不小的争议，存在合同诈骗罪与诈骗罪的

定性之争。

合同诈骗罪作为诈骗罪的特殊罪名，根据对合同诈骗罪的条文和立法原意的理解，该

罪名系刑法对市场经济秩序和从事市场经营主体的权益的保护。结合经济学的观点来看，

市场经营主体是以营利为目的，从事商品生产经营和服务活动的经济实体，其必须依法取

得市场经营资格，须从事具有盈利性质的经营活动，并且能够独立地享有民事权利和承担

民事责任。且行为所涉及的合同应限于经济合同，合同内容是通过市场经济行为来获取经

营利润。而市场经济秩序的法益体现是市场经济模式、结构和有序运行状态所依赖的活动

准则和行为规范，消费者所从事的购买商品等行为无法从刑事违法角度扰乱和破坏市场经

济秩序。

构成要件方面，合同诈骗罪的主体要求双方均为从事市场经营活动的主体，诈骗罪的

主体则是一般主体；合同诈骗罪中所签订、履行的合同内容限于经济合同，诈骗罪中的合

同形式和内容则更加多样；合同诈骗罪需对市场经济秩序造成侵犯，诈骗罪则无此要件。

本案中，行为人虽与作为被害单位的租车公司签订了书面的租车合同，但其并不具有从事

市场经营活动的主体地位，该租车合同区别于市场经营主体间的经济合同，系一般的民事

租赁合同，其假借消费者的身份虚构车辆租赁行为继而骗取被害单位车辆，仅侵犯了被害

单位对车辆的所有权，并未扰乱市场经济秩序。因此，本案不符合合同诈骗罪的构成要

件，仅成立普通的诈骗罪。

编写人：北京市朝阳区人民法院 何宝明

60. 非法充值并使用电子消费卡行为的定性

——陈通达、马庆永诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院（2016）京03刑终683号刑事裁定书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

马庆永通过技术手段破解北京甲餐饮管理有限公司朝阳分公司（营业场所为北京市朝

阳区×号楼×层101部分）乙美食广场美食卡密钥后，通过重新写入的方式对美食卡进行非

法充值并交由陈通达等人使用。2015年3月19日至11月5日，被告人陈通达利用经非法充值

的美食卡，在乙美食广场内商户进行消费、刷卡套现，在收银台进行退款，涉及金额共计

人民币199249.5元（其中有5970元美食城未向商户结算，该部分陈通达套现所得人民币

5400元），给被害单位造成经济损失人民币190279.5元。

【案件焦点】

被告人的行为应当定性为盗窃罪还是诈骗罪。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为：被告人马庆永利用技术手段破解美

食卡后伪造了卡内存有一定金额的事实，后陈通达隐瞒该真相持卡在美食城

进行使用，商户和收银员在误以为卡内余额为真实取得的情况下基于交付意

思向被告人交付财物，最终使美食城遭受经济损失。本案中被告人财物的获

得是基于受骗者对财物的自愿处分而非违背被害人意思的秘密转移，故本案

被告人的行为符合诈骗罪的构成要件，应以诈骗罪定罪处罚。故北京市朝阳

区人民检察院指控罪名不当，法院予以改正。北京市朝阳区人民法院作出判

决如下：

一、被告人陈通达犯诈骗罪，判处有期徒刑五年，罚金人民币一万元。

二、被告人马庆永犯诈骗罪，判处有期徒刑三年，罚金人民币六千元。

三、责令被告人陈通达、马庆永退赔北京甲餐饮管理有限公司朝阳分公

司的经济损失人民币十九万二百七十九元零五角。

四、继续追缴被告人陈通达的违法所得人民币五千四百元，发还陈淑

某。

五、在案之人民币十九万六千二百七十九元零五角用于执行本判决第三

项，余款折抵罚金刑；在案之美食卡二十一张，解码器二个，予以没收；电

脑主机一台，发还北京丙技术有限公司；美食卡二张退回公诉机关处理。

后陈通达、马庆永对判决不服提起上诉，北京市第三中级人民法院经审

理裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案审理过程中，法学领域关于“偷换商店收款二维码案” [[1]](#p245) 正展开激烈的争论，该

案与本案存在一个共同的难点，即行为过程中既存在“窃”的成分又有“骗”的因素，那么到

底是何种行为使行为人实现了对财物的占有，成为解锁该类案件的关键。

根据刑法理论，盗窃罪是指以非法占有为目的，秘密窃取他人财物的行为。“窃取”是

违反被害人的意志，打破他人对财物的支配，建立新的支配关系的过程。盗窃罪的基本构

造为：行为人实施窃取财物→财物占有转移→被害人失去对财物的控制。诈骗罪是指以非

法占有为目的，使用欺骗方法，骗取数额较大的公私财物的行为。诈骗罪的基本构造为：

行为人实施欺骗行为→对方陷入认识错误→对方基于认识错误交付财物→行为人取得财物

→被害人遭受经济损失。两罪在主观上均以非法占有为目的，但在客观构成要件方面存在

明显的区别，故区分两罪的关键点在于厘清：第一，占有转移是否基于交付行为；第二，

交付是否基于认识错误。

1.非法占有的实现基于具有处分意思的交付行为，不属于窃取

盗窃罪中被害人不具有处分财物的意思，财物的占有转移违背了被害人的意思，而诈

骗罪中行为人取得财物是基于对方在处分意思下的交付行为，因此，欲对行为作出正确定

性，需厘清案件中占有转移是如何实现的。

支持盗窃罪的观点认为，美食卡内金额系秘密窃取而非交付，持卡使用乃是盗窃行为

的延续。本案中行为人避开美食城，通过技术手段获取了美食卡内代表一定价值的“密

码”，重新写入后为美食卡内充入了相应的金额，其后便可以正常使用美食卡。基于卡内

金额随时可以使用和退款的状态，相应钱款实际上已处于行为人的控制和支配之下，行为

人在美食城使用美食卡的行为只是盗窃行为的延续，不能改变行为的定性。因此，本案中

行为人违反被害人的意志，通过技术手段秘密窃取了美食城的钱款，符合盗窃罪的犯罪构

成要件。

根据前述观点，行为人采用技术手段非法充值完成后，便取得了对卡内金额的控制，

盗窃行为便告终结，犯罪达到既遂。但若行为人充值完成后尚未使用便案发，在未取得实

际财物、获得任何利益的情况下认定其犯罪既遂，既与一般社会观念不符，也不满足盗窃

既遂中取得“控制”的要求。显然将占有转移的时间点确立在非法充值完成后并不妥当，而

应根据财物占有的实际状态来确定。

第一，行为人对财物的实际占有是通过商户、收银员的交付行为实现的。虽然本案

中，被告人非法充值，使得美食卡内获得可以使用的金额，但不能认为被告人已经“窃

取”了卡内金额对应的钱款，因为被告人并未实际占有财物，美食城也没有对财物失去控

制。财物占有的转移是通过被告人持卡使用的行为完成，发生于商户、收银员的交付行为

之后，该行为是犯罪构成要件的重要组成部分，不能将该行为简单解释为盗窃行为的后续

行为。

第二，商户和收银员对财物进行了自愿交付。交付行为的核心在于处分意思。处分意

思要求处分人对于其处分的财物具有认识，认识到交付行为会导致物的所有权的变更。盗

窃罪中被害人不具有处分意思，因此行为人获得财物违背了被害人的意愿。典型的如以借

打电话为名进行非法占有的行为，因被害人将手机交给行为人使用的行为并不是对手机的

处分行为，故而行为人构成盗窃，而非诈骗。本案中，被告人取得商品和套现钱款、退

款，是基于商户和收银员的交付行为，无论是收银员还是商户对于交付的对象、数额以及

所有权转移的结果具有清楚的认识，因此财物的转移占有系其自愿处分的结果，行为人获

得财物不违背其主观意愿，不符合盗窃罪中的“窃取”。

2.是否陷入认识错误，以认识结果有无违背客观事实为标准

诈骗罪是一种交互性犯罪，被害人因被告人的欺骗行为陷入认识错误，并基于该认识

错误而交付财物。有观点认为，陷入认识错误的前提是其有能力、有条件进行正确认识，

如果其仅仅基于正常的工作流程进行操作，对于判断结果不存在过错，便不能认定其“受

骗”。本案中，美食卡内金额来源无法辨别，商户和收银员基于正常工作流程的交付不属

于认识错误。行为人持有的美食卡是事先在美食城购买的真实美食卡。卡内金额虽然是行

为人通过非法手段输入的，但是这些卡片在使用中与正常的卡片无异，卡内金额是否通过

正常充值获得无法辨别。行为人退款、取现、消费时，对方只是按照正常的工作流程基于

卡内数额向其支付商品或钱款，交付过程中对方并未陷入认识错误，即本案中不存在谁被

欺骗的问题。

但是，是否存在认识错误需以客观事实为标准，无论处分人有无能力进行正确认识，

只要其认识上违背了客观事实，并基于该认识作出了财产处分行为，就符合诈骗罪中

的“认识错误”。一张连验钞机和专业人士都无法验出真伪的假钞，一件制假技艺高超的赝

品，无论人类有无能力进行辨别，也无法否定其“虚假”的客观属性。如果行为人使用上述

物品进行诈骗，我们不能因他人缺乏辨别的能力，而否认其陷入认识错误的事实。因此，

回归本案中，美食卡内金额的来源商户和收银员无法辨别，但金额非通过正常渠道支付对

价获得，而是通过技术手段虚构而来，这属于客观事实。被告人在使用美食卡的过程中，

商户和收银员没有认识到这一事实，误认为其为正常取得，从而向其交付商品和钱款，我

们应当肯定其“陷入认识错误”。

综上，本案被告人马庆永利用技术手段破解美食卡后伪造了卡内存有一定金额的事

实，后陈通达隐瞒该真相持卡在美食城进行使用，商户和收银员在误以为卡内余额为真实

取得的情况下基于交付意思向被告人交付财物，最终使美食城遭受经济损失。本案中被告

人财物的获得是基于受骗者对财物的自愿处分而非违背被害人意思的秘密转移，故本案被

告人的行为符合诈骗罪的构成要件，应以诈骗罪定罪处罚。

编写人：北京市朝阳区人民法院 张小旭

61. 连环诈骗中诈骗数额如何认定

——高鑫诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市石景山区人民法院（2016）京0107刑初10号刑事判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

2013年7月至2015年4月，被告人高鑫向被害人张甲、张乙、马富某、王春某等人谎

称，其认识的人与加油站有关系，能够按照1∶1.2或者1∶1.3的比例办理加油卡的事实，

分别诱使被害人张甲、张乙、马富某、王春某通过支付现金或向高鑫名下的甲银行卡

（6212××××8259）以及其丈夫王某名下的乙银行卡（6222××××3815）等银行卡转账的方

式，付款用于购买加油卡。在履行一段时间的承诺后，被告人高鑫无力返还现金或加油

卡。在被害人张乙追讨过程中，被告人高鑫返还张乙现金87万元、油卡91张（价值7万

元）。经核对双方账本及银行转款记录，被告人高鑫骗取被害人张甲人民币338.811万

元，骗取被害人张乙人民币60.95万元，骗取被害人马富某人民币34.2万元，骗取被害人王

春某人民币22.61万元。2015年4月25日，被告人高鑫到北京市公安局石景山分局古城派出

所投案。

被告人高鑫对北京市石景山区人民检察院指控其犯诈骗罪的事实及罪名均未提出异

议，表示自愿认罪；因其系自首，希望对其依法减轻处罚。被告人高鑫的辩护人刘明的辩

护意见是：1.高鑫系自首；2.认可公诉机关按高鑫收取的款额减去返还被害人油卡的金额

作为诈骗数额的计算方法，但认为赵雪某、郝聪某获利的数额应冲抵张甲的本金，故张甲

的损失数额应为245.86万元；被害人张乙没有损失反而获利84万元，故应收回返还给其他

被害人；被害人王春某的损失应为10.8万元；3.高鑫诈骗的对象为同学、朋友等熟人，危

害人数有限；4.本案被害人应知不可能存在如此高额返还加油卡的事实，仍为了个人利益

给付高鑫巨额钱款让高鑫办理加油卡，故被害人有一定过错。综上，建议法院对高鑫依法

减轻处罚。经当庭质证，被告人高鑫与其辩护人刘明对被害人张甲、张乙、马富某、王春

某的陈述提出异议，否认被害人所述的诈骗数额。

【案件焦点】

连环诈骗中诈骗数额如何认定。

【法院裁判要旨】

北京市石景山区人民法院经审理认为：

第一，被害人张甲、张乙、马富某、王春某所述的诈骗数额是被害人自

己根据其个人判断得出的，在计算方法上与公诉人、辩护人确有不同之处。

本院认可并依据控、辩双方按高鑫收取的款额减去返还被害人油卡的金额作

为诈骗数额的计算方法，结合被害人陈述、被害人付款及收取加油卡的账

本、被告人高鑫的记录本及银行转款记录，对被告人高鑫收款数额、返还被

害人油卡金额一一进行了核对，确认了被告人高鑫的诈骗数额，故被告人高

鑫与其辩护人对被害人陈述所持异议成立，本院予以采信。

第二，被告人高鑫的辩护人关于高鑫系自首的辩护意见，与本院查明的

事实一致且符合法律规定，本院予以采纳。

第三，郝聪某、赵雪某均是独立的个体，该二人自己出资办理加油卡的

获利部分与被害人张甲无关，故辩护人刘明关于用郝聪某、赵雪某获利部分

冲抵张甲被骗本金的主张不能成立，本院不予采纳。

第四，本院依据控、辩双方的计算方法，结合被害人张乙的陈述、付款

的银行记录及收取加油卡的账本、被告人高鑫的记录本，对被告人高鑫收取

张乙款项的数额、返还被害人张乙油卡金额一一进行了核对，得出张乙被骗

的数额，并非辩护人所述张乙没有损失反而获利的事实，故辩护人刘明关于

应将张乙获利数额收回，返还其他被害人的主张不能成立，本院不予采纳；

同理辩护人主张被害人王春某被骗数额为10.8万元的主张亦不能成立，本院不

予采纳。

第五，尽管以1∶1.2或1∶1.3的比例办理加油卡存在不合常理的现象，但

该诱惑是被告人高鑫主动向被害人提出的，在相当长的时间里高鑫用如约返

还加油卡的事实使被害人得到了确信，且即便在高鑫无力返还加油卡的情境

下高鑫都没有向被害人陈述实情，故本案被害人为个人获利令高鑫办理加油

卡并无过错可言，因此辩护人刘明关于被害人有过错的主张不能成立，本院

不予采纳。

第六，被告人高鑫尽管系自首，但其行为给被害人造成的数额特别巨大

的损失尚未退赔，故被告人高鑫及其辩护人刘明要求对高鑫减轻处罚的意

见，本院不予采纳。

北京市石景山区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六

条、第六十七条第一款、第五十五条第一款、第五十六条第一款、第五十二

条、第五十三条、第六十四条、第六十一条及《最高人民法院关于适用财产

刑若干问题的规定》第五条之规定，判决如下：

一、被告人高鑫犯诈骗罪，判处有期徒刑十四年六个月，剥夺政治权利

三年，并处罚金人民币一万五千元。

二、责令被告人高鑫退赔被害人张甲人民币三百三十八万八千一百一十

元；退赔被害人张乙人民币六十万九千五百元；退赔被害人马富某人民币三

十四万二千元；退赔被害人王春某人民币二十二万六千一百元。

【法官后语】

1.焦点问题：连环诈骗中诈骗数额如何认定

本案的焦点问题是高鑫的诈骗数额如何认定。诈骗罪是指以非法占有为目的，使用欺

骗方法，骗取数额较大的公私财物的行为。本案中，高鑫虚构事实骗取多名被害人数百万

元人民币的钱款，虽然其间通过“拆东墙补西墙”的方式偿还部分被害人部分钱款，但高鑫

明知自己没有归还能力却大量骗取钱款，可认定其具有“非法占有”目的，符合诈骗罪的构

成要件，构成诈骗罪。与一般诈骗行为不同的是，高鑫“拆东墙补西墙”的诈骗行为属于连

环诈骗，在认定其诈骗数额上不同于一般的诈骗罪。

连环诈骗也被称为“拆东墙补西墙”的诈骗，是指诈骗分子连续诈骗，不断地以后一次

诈骗所得的财物偿还前一次诈骗所留亏空的行为。连环诈骗的特点是边骗边还，因此也被

简称为拆骗。 [[2] 对](#p245)于连环诈骗来说，定罪并没有问题，存在争议的只是如何计算诈骗数

额的问题。

2.法律及相关文件规定

连环诈骗中诈骗数额如何认定，我国现有的法律及司法解释没有明确规定，但可参考

以下相关法律文件：（1）《最高人民法院研究室关于申付强诈骗案如何认定诈骗数额问

题的电话答复》（1991年4月23日）：“河南省高级人民法院：你院豫法（研）请〔1991〕

15号《关于申付强诈骗案如何认定诈骗数额的请示》收悉。经研究，答复如下：同意你院

的倾向性意见。即在具体认定诈骗犯罪数额时，应把案发前已被追回的被骗款额扣除，按

最后实际诈骗所得数额计算。但在处罚时，对于这种情况应当做为从重情节予以考

虑。”（2）《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

（法释〔2010〕18号）第五条第三款规定：“集资诈骗的数额以行为人实际骗取的数额计

算，案发前已归还的数额应予扣除……”。虽然本条意在规范集资诈骗罪的数额认定，但

鉴于集资诈骗罪的构造与诈骗罪大致相同，均是“行为人实施欺骗行为→使对方陷入认识

错误→对方基于认识错误处分财产→行为人或第三者取得财产→被害人遭受财产损失”，

因此集资诈骗罪的数额认定方法对连环诈骗中诈骗数额的认定具有参考价值。（3）《最

高人民法院关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》 [[3] （](#p245)已废止）第九条规

定：“对于多次进行诈骗，并以后次诈骗财物归还前次诈骗财物，在计算诈骗数额时，应

当将案发前已经归还的数额扣除，按实际未归还的数额认定，量刑时可将多次行骗的数额

作为从重情节予以考虑。”虽然该文件被以“依据已被修改，刑法及相关司法解释已有明确

规定”的理由废止，但在其后颁布的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事

案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2011〕7号）中并无关于连环诈骗数额如何

认定的相关规定，所以仍有参考价值。

3.连环诈骗的诈骗数额认定方法：未偿还数额说

参考以上文件不难看出，在我国连环诈骗的诈骗数额采取的是“未偿还数额说”，即按

照最后一次诈骗使得被害人实际支出的数额，加上前数次诈骗尚未偿还的数额计算实际诈

骗数额；对前数次诈骗已经偿还的累积数额，作为量刑情节考虑。

本案中，被告人高鑫的诈骗数额即是按照高鑫收取的款额减去返还被害人油卡的金额

作为诈骗数额的计算方法，符合以上“未偿还数额说”。因此，法院的判决是正确的。

编写人：北京市石景山区人民法院 侯丽雅

62. 案发前已支付的利息应从诈骗数额中扣除

——刘超某信用卡诈骗、诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省平顶山市郏县人民法院（2016）豫0425刑初字第92号刑事判决书

2.案由：信用卡诈骗罪、诈骗罪

【基本案情】

被告人刘超某系郏县某单位纪检组长，自2011年2月至2013年10月，先后在甲银行股

份有限公司郏县支行、乙银行股份有限公司郏县支行、丙银行股份有限公司平顶山分行郏

县支行、丁银行股份有限公司郏县支行申领了五张额度为10万元不等的信用卡归自己使

用。之后，刘超某分别透支信用卡本金9.974963万元、7.244659万元、13.572752万元、

1.99953万元、2.99985万元。后银行多次催收，刘超某也未在规定的期限内还款。

2014年3月至2015年3月，被告人刘超某虚构修建洗浴中心、资金周转困难等理由，隐

瞒个人真实资金状况，以2.5分至3分不等的月息，先后分别向李建某、李晓某、张军某等

九人借款共计105.4万元。后刘超某支付李建某、李晓某、张军某、严会某四人利息共计

14.4万元。刘超某将所得款项余款用于购买彩票和偿还其所欠他人债务的本息，致使李建

某等九人共计损失91万元。

刘超某在拖欠他人巨额债务无法归还的情况下，写下绝笔书，于2015年农历正月初三

离开家去了昆明、西双版纳和郑州等地，以图逃避债务追要。后在2015年10月30日，刘超

某在郑州市经济开发区大李庄村被郑州市公安局抓获归案。

【案件焦点】

在借贷型诈骗罪中，案发前以利息名义给付的钱款是否应从诈骗数额中

扣除。

【法院裁判要旨】

河南省平顶山市郏县人民法院经审理认为：被告人刘超某以非法占有为

目的，使用信用卡恶意透支，数额巨大，并且经发卡银行催收后仍不归还，

侵犯了国家的金融管理制度和公私财产所有权，其行为已构成信用卡诈骗

罪；被告人刘超某以非法占有为目的，虚构事实，骗取他人款项共计91万

元，数额特别巨大，侵犯了公私财产的所有权，其行为已构成诈骗罪。公诉

机关关于应以信用卡诈骗罪、诈骗罪追究被告人刘超某刑事责任，刘超某犯

数罪，应对其数罪并罚的意见正确，予以支持。被告人刘超某归案后能如实

供述自己信用卡诈骗的犯罪事实，依法可对其从轻处罚。故辩护人提出的建

议对刘超某从轻判处的辩护意见，与法院查明的事实相符，予以采纳。刘超

某作为一名工作人员，为购买彩票以许诺高息向同事、朋友或经朋友介绍大

量借取款项，在明知再借客观上已经无法归还的情况下，虚构事实向他人借

款，致使被害人的损失无法挽回，给社会造成恶劣影响，法院在量刑时予以

考虑。

根据本案的事实、犯罪性质、情节和对社会的危害程度，以及被告人的

认罪态度，依照《中华人民共和国刑法》第一百九十六条第一款第四项、第

二款，第二百六十六条，第六十七条第三款，第五十二条，第五十三条第一

款，第六十四条，第六十九条及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理

诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条之规定，判决如下：

一、被告人刘超某犯信用卡诈骗罪，判处有期徒刑六年，并处罚金人民

币10万元；犯诈骗罪，判处有期徒刑十一年，并处罚金人民币10万元；总和

刑期有期徒刑十七年，并处罚金人民币20万元，决定执行有期徒刑十六年，

并处罚金人民币20万元。

二、责令被告人刘超某退赔郏县甲银行9.974963万元，退赔郏县乙银行

7.244659万元，退赔丙银行平顶山分行13.572752万元，退赔郏县丁银行

4.99938万元，退赔李建某8.8万元，退赔李晓某8.8万元，退赔张军某11.3万

元，退赔严会某19.2万元，退赔孙鹏某1.9万元，退赔李旭某5万元，退赔高怡

某5万元，退赔王宏某25万元，退赔王进某6万元。

宣判后，刘超某未提出上诉，检察机关亦未抗诉，判决现已发生法律效

力。

【法官后语】

本案中，对刘超某的行为构成诈骗罪不存在争议，系典型的借贷型诈骗。本案争议的

主要焦点是刘超某案发前已支付的利息对其诈骗数额是否产生影响。

1.案发前已支付的利息不属于犯罪成本

犯罪成本，是指行为人为达到犯罪目的在实施犯罪行为后所付出的经济代价。首先，

被告人刘超某虚构事实理由，取得被害人的信任，被害人主动将本金交给被告人，此时被

告人已完成了其诈骗行为，犯罪目的已经实现，他的全部犯罪成本此时已经花费完成。被

告人刘超某在犯罪目的实现后，却陆续支付了部分利息，其主观上不具有非法占有全部所

骗款项的故意。故可将已支付利息认为是其以利息的形式支付部分款项的行为。其次，借

贷型诈骗中受益人恰恰是被害人，被告人给付被害人的利息实际上是减少了被害人的损

失，而诈骗数额是以被害人实际损失数额为准。因此，案发前支付的利息不应作为犯罪成

本，而应折抵未还本金以确定最终的诈骗数额，从而体现罪刑相适应的原则。

2.案发前已支付的利息应从本金中扣除

根据《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体法律若干问题的解释》第五条第

三款的规定，行为人为实施集资诈骗活动而支付的利息，本金未归还可予折抵本金。《最

高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意

见》第五条第一款也规定，集资参与人本金尚未归还的，所支付的回报可予折抵本金。根

据上述司法解释的规定，对于本金未还清的，集资诈骗罪的诈骗数额是所借本金扣除已还

本金及已付所有利息后的数额；而对于本金已还清的，案发前所付利息应当作为违法所得

予以追缴。

因此，在对借贷型诈骗罪犯罪数额的认定上，在此类犯罪的相关法律或司法解释未就

案发前已付利息对诈骗数额产生何种影响作出具体规定之前，可以参照上述规定，将案发

前已付利息折抵未付的本金，以确定最终的诈骗数额。

故对于本案，法院对案发前刘超某所支付的利息从本金中予以扣除，以实际骗取的数

额计算诈骗数额。

编写人：河南省平顶山市中级人民法院 万方

河南省平顶山市郏县人民法院 蔡文利 马唷清

63. 重婚与诈骗行为交叉案件中罪名的认定

——赵子飞重婚、诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市顺义区人民法院（2016）京0113刑初475号刑事判决书

2.案由：重婚罪、诈骗罪

【基本案情】

被告人赵子飞与景传某于2008年在山东省登记结婚。2013年11月至2016年，被告人赵

子飞在景传某不知情的情况下，与于连某在北京市顺义区以夫妻名义共同生活至案发，并

育有一女。2013年11月底，赵子飞与于连某同居后、办婚宴酒席之前，以“如果信任她、

要好好过日子，就将钱给赵子飞保管用于共同生活”为由，要求于连某将家中果园租金11

万元交由赵子飞保管，于连某遂将自己存有11万元的银行卡交给赵子飞。

赵子飞在与于连某共同生活期间，于2014年虚构做陶瓷生意的事实，骗取于连某之母

陈桂某人民币共计约24万元；2015年1月至3月，赵子飞虚构做陶瓷生意及购买低价房屋的

事实，骗取于连某之兄于某某人民币共计13万元。后于某某报警，被告人赵子飞被查获。

赃款已挥霍。

【案件焦点】

行为人在重婚期间取得对方钱款的行为应认定为重婚一罪、诈骗一罪还

是应数罪并罚。

【法院裁判要旨】

北京市顺义区人民法院经审理认为：被告人赵子飞以非法占有为目的，

虚构事实、隐瞒真相骗取他人财物，数额巨大，其行为侵犯了公民的财产权

利，已构成诈骗罪，应予惩处。被告人赵子飞有配偶而又与他人以夫妻名义

同居生活，其行为侵犯了《中华人民共和国婚姻法》规定的一夫一妻婚姻制

度，已构成重婚罪，亦应惩处。被告人赵子飞在判决宣告以前一人犯数罪，

应数罪并罚。北京市顺义区人民检察院对被告人赵子飞犯有诈骗罪、重婚罪

的指控罪名成立。对于被告人赵子飞所提其取得于连某11万元系二人共同生

活期间的日常花销费用、并非诈骗的辩解，本院认为，结合在案证据，被告

人赵子飞在与于连某共同生活后，将于连某11万元由其掌控支配并用于共同

生活花销，系以夫妻名义共同生活的一种财产管理方式，不应认定诈骗，被

告人相关辩护意见本院予以采纳，对公诉机关关于赵子飞诈骗于连某11万元

的指控不予认定，对公诉机关其他指控事实予以认定。鉴于被告人赵子飞到

案后如实供述犯罪事实，本院依法对其从轻处罚。

北京市顺义区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六条，

第二百五十八条，第五十二条，第五十三条，第六十九条第一款、第三款，

第六十四条，作出如下判决：

一、被告人赵子飞犯诈骗罪，判处有期徒刑四年八个月，并处罚金人民

币五千元；犯重婚罪，判处有期徒刑六个月；决定执行有期徒刑五年，并处

罚金人民币五千元。

二、责令被告人赵子飞退赔被害人陈桂某人民币二十四万元、退赔被害

人于某某人民币十三万元。

一审宣判后，被告人未提出上诉，公诉机关未提出抗诉，现已发生法律

效力。

【法官后语】

平时老百姓所说的骗婚，一般指一方以婚姻为幌子，诈骗对方财物的行为。实践中，

利用男女感情骗取钱财的犯罪较为常见，这类行为往往涉及重婚罪、诈骗罪、伪造国家机

关证件罪等罪名，但是因为每个案件的情节不同，在罪名认定方面往往也不能一概而论，

而应结合具体案件进行具体分析认定。本案中，赵子飞骗取陈桂某24万元、于某某13万元

的事实控辩双方并无争议，在案证据可以认定，唯独对取得于连某11万元及重婚事实的罪

名认定，存在三种不同意见：

第一种意见认为，赵子飞骗取于连某11万元的行为应单独评价为诈骗罪，与重婚罪数

罪并罚。理由是，赵子飞与于连某开始同居时于连某家中尚未出租果园，于连某经济条件

一般，无法认定赵子飞与于连某同居的目的系为了日后骗取钱款，此时赵子飞的行为已经

符合重婚罪的构成要件。二人同居后于连某获得了果园租金11万元，赵子飞方才产生了诈

骗故意、实施了诈骗行为，故重婚行为与诈骗行为无因果关系，应分别评价，数罪并罚。

第二种意见认为，赵子飞取得于连某11万元的行为与重婚行为系牵连犯，应从一重罪

处罚，即认定为诈骗罪一罪。理由是，重婚罪的构成要件之一为“以夫妻名义共同生活”，

本案中，赵子飞骗取11万元之前仅与于连某同居了不到一个月时间，且未办婚宴，骗取11

万当时无法认定为“以夫妻名义共同生活”，尚不符合重婚罪构成要件。而且赵子飞与于连

某认识三四天后即同居，不到一个月开始索要钱款，可见其与于连某生活并非基于稳定的

感情基础。赵子飞取得于连某银行卡后，立即将钱款全部取出，其本人银行卡中同日存入

9万元，其转移财产的行为显露了其将钱款“非法占为己有”的故意。此外，根据二人生活

水平，几年来的生活支出与11万元的数额相差甚远，赵子飞关于将11万元用于共同生活支

出的辩解不能成立。从赵子飞银行卡转账记录看，存在从顺义汇款、在山东取款的情况，

不排除赵子飞通过重婚手段骗取钱款贴补家用或自行挥霍的可能，故赵子飞重婚行为系骗

取钱款的手段行为，应认定为诈骗一罪。

第三种意见认为，赵子飞取得于连某11万元发生在重婚期间，不可割裂评价，且赵子

飞取得该11万元未采取欺诈手段，应认定为重婚一罪。我们同意第三种意见。理由是，第

一，从行为特点上，赵子飞的行为不符合骗婚的特征。传统的骗婚犯罪具有诈骗的明显特

征，如说媒、相亲、订婚、结婚及脱逃程序均经过精心策划，行为人在骗取被害人的信任

后，以结婚需要礼金、订婚钱、女方金银首饰、女方父母赡养费等理由索要钱财，随后以

探亲、家中有事等理由进行脱逃。本案中赵子飞的行为则不具备上述特征，赵子飞在取得

11万元后并未逃匿，而是与于连某长期共同生活达二年多，还育有一女，在于连某之兄于

某某报案后，赵子飞仍然与于连某一起生活了三个月，直至二人因还钱问题发生激烈争

吵，赵子飞方才携女返回山东老家，故从赵子飞的行为上分析，其还是愿意与于连某一起

生活的，不符合典型的骗婚特征。第二，从取财手段上，赵子飞取得11万元时并未采

用“虚构事实、隐瞒真相”等欺诈手段。赵子飞向于连某索要11万元的理由是为了让于连某

日后好好与其过日子，二人均非初婚，从某种意义上，赵子飞掌控于连某钱款是为了获得

婚姻的安全感，于连某也正是为了彰显其对赵子飞的真心才将11万元交给赵子飞，故赵子

飞取得该11万元并无“骗”的成分。对于赵子飞隐瞒自己已婚事实的行为，已在重婚罪中进

行了评价，且赵子飞骗取陈桂某、于某某钱款的手段是虚构做陶瓷生意以及能够购买低价

房屋的事实，其隐瞒已婚事实并非实施诈骗以及取得于连某11万元而使用的手段。第三，

从生活惯例上，由妻子管理家庭财产是我国家庭关系中较为常见的财产管理方式。在我

国，“男主外、女主内”“男人挣钱、女人持家”是较为传统的家庭模式，夫妻之间一方特别

是女方管理、支配家庭财产的情况很常见。本案中，赵子飞以如果想好好过日子就将钱交

给她为由要求管理于连某的钱款是女方掌握家庭财政权的具体体现，不能因为赵子飞和于

连某的事实婚姻是非法的就认定这种正常掌管财产的行为是诈骗行为，且二人共同生活后

均无正当职业，生活开销均由赵子飞负责，该11万元至少有相当一部分用于二人共同生

活，如果将该11万元认定为赃款而要求赵子飞全部返还给于连某，对于赵子飞亦是不公平

的。

编写人：北京市顺义区人民法院 曹咏

64. 对团伙“碰瓷” 行为的要件分析

——李合某等诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省柘城县人民法院（2016）豫1424刑初770号刑事判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

2015年7月，被告人李合某伙同李成某、卢某、张广某、张贵某，驾驶车牌号码为皖

SG××××的黑色轿车利用自行车“碰瓷”的方式，进行四次诈骗行为。1.在柘城县陈青集镇

毛堂村东地，谎称与被害人章春某驾驶的机动三轮车发生碰撞，乘机骗取被害人章春某现

金5800元。2.在柘城县陈青集镇许大庄南地，谎称与被害人王义某驾驶的机动三轮车发生

碰撞，乘机骗取被害人王义某现金50元。3.在柘城县陈青集镇打油李村南地附近，谎称与

被害人徐建某驾驶的机动三轮车发生碰撞欲诈骗被害人徐建某的钱财，因被害人徐建某要

报警，五被告人未能得逞。4.在柘城县洪恩乡至陈青集镇公路上，谎称与被害人刘思某驾

驶的机动三轮车发生碰撞，乘机骗取被害人刘思某现金1800元。

2016年，被告人李合某伙同李成某、卢某、张贵某、蒋祥某（另案处理），驾驶车牌

号码为皖SG××××的黑色轿车利用自行车“碰瓷”的方式，再次进行诈骗。4月22日窜至柘城

县陈青集镇丁庄西地附近，谎称与被害人刘善某驾驶的机动三轮车发生碰撞，乘机骗取被

害人刘善某现金1200元；5月4日，窜至柘城县陈青集镇打油李村附近，谎称与被害人曹保

某驾驶的机动三轮车发生碰撞，乘机骗取被害人曹保某现金800元。

另查明，被告人卢某提供的作案车辆皖SG××××轿车，该车车主为胡继某，于2013年

1月28日购置入户。胡继某系被告人卢某之子，1994年5月20日出生。案发后被告人卢某之

弟卢甲将涉案数额9650元全部退给柘城县公安局，已由公安机关发还给各被害人。

【案件焦点】

五名被告人的行为是否符合诈骗的构成要件，能否以诈骗罪追究其刑事

责任。

【法院裁判要旨】

河南省柘城县人民法院经审理认为：被告人李合某、李成某、卢某、张

贵某、张广某预谋后，以非法占有为目的，利用“碰瓷”的方式，虚构被碰撞的

事实，利用他人无证驾驶、无号牌机动车辆害怕被处罚的心理，借机多次骗

取他人财物，数额较大，其行为均已构成诈骗罪。公诉机关指控五被告人犯

有诈骗罪，事实清楚，证据充分，罪名成立，本院予以支持。关于第一起诈

骗数额问题，被告人李合某、李成某、卢某及其辩护人均认为该起诈骗数额

是4000元，而不是5800元的观点，经查，被害人章春某陈述被骗5800元，其

陈述符合情理，且有妻子李艳某的证言予以印证，同时，被告人张贵某、张

广某对诈骗数额5800元无异议，而且被告人李合某、李成某、卢某及辩护人

认为该起诈骗数额是4000元，但均未提供相关证据证实，故本起诈骗数额应

认定为5800元，上述被告人及辩护人的观点，本院不予采信。关于作案车辆

问题，因该车车主胡继某系被告人卢某之子，该车购买时胡继某刚满18周

岁，现有证据不能证实二人不在一起居住生活，不能证实该车是胡继某本人

出资购买，从本案作案次数较多，作案时间跨度较长的情况来看，被告人卢

某对该车具有管理和支配权，应认定为作案工具，予以没收，上缴国库。因

此，被告人卢某辩护人认为该车应发还车主胡继某的观点，本院不予采纳。

被告人李合某系被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子，刑罚执行完毕后，在

五年内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的，构成累犯，依法应当从重处

罚。被告人卢某在归案后认罪态度较好，且退回全部诈骗赃款，具有悔罪表

现，可酌情从轻处罚，故其辩护人认为应对其从轻处罚的观点，本院予以采

纳。

河南省柘城县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六条，

第二十五条第一款，第五十二条，第五十三条第一款，第六十四条，第六十

五条第一款之规定，判决如下：

一、被告人李合某犯诈骗罪，判处有期徒刑一年三个月，并处罚金5000

元；

二、被告人李成某犯诈骗罪，判处有期徒刑一年，并处罚金4000元；

三、被告人卢某犯诈骗罪，判处有期徒刑九个月，并处罚金3000元；

四、被告人张贵某犯诈骗罪，判处有期徒刑一年，并处罚金4000元；

五、被告人张广某犯诈骗罪，判处有期徒刑八个月，并处罚金3000元；

六、作案工具皖SG××××轿车一辆、自行车一辆予以没收、上缴国库；

七、赃款1850元予以没收上缴国库。

一审宣判后，被告人未提出上诉，公诉机关未提起抗诉，该判决现已发

生法律效力。

【法官后语】

“碰瓷”是北京方言，泛指一些投机取巧，敲诈勒索的行为。例如，故意和机动车辆相

撞，骗取赔偿。碰瓷案件的社会影响非常恶劣：碰瓷案件对公共交通安全形成威胁，因为

碰瓷的前提是必须造成交通事故，而造成交通事故他们一般不会选择单方事故，这样就会

有对方，发生了事故就会有财产的损失、人员的伤亡，这样务必会给道路交通增加不稳定

因素，危害他人的生命财产安全。“碰瓷”案件的行为人以非法侵占他人财物为目的，凭借

各种欺骗的手段，隐瞒故意制造交通事故的真相，使被害人产生认识错误，误以为事故是

由于自己的过错而发生，从而自愿地将财物交付给行为人。在刑法相关的司法解释中，诈

骗罪是专门指以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒事实真相的方法，使被害人信以为

真，“自愿”将自己所有或者持有的财物交给行为人或者放弃自己的财产权，从而骗取数额

较大的公私财物的行为，其中个人诈骗公私财物2000元以上的，都属于“数额较大”。

该罪的重点在于以欺骗的手段骗取数额较大的公私财物的行为，专指行为人故意虚构

或者隐瞒事实真相，使人产生错觉，信以为真，从而“自愿”地将财物交出，使财物的所有

权由被害人转移到犯罪人手里。这里指的“自愿”是被害人受骗所致的结果，并非其本意，

骗取的财物数额较大的才构成犯罪。诈骗罪中受害人是在受蒙骗的情况下，“自觉地”交出

财物，受害人是没有任何心理压力的；甚至是幻想着能够获取很多的利益，例如早些年

的“巫婆神汉”诈骗、电话中奖诈骗，以及“股神”诈骗等等。这些案例的共性即为被害人不

明事实，“自觉”交出财物。从司法实践可以知道：行为人的主要表现方式一般是虚构事实

和隐瞒真相。虚构事实是指捏造某种客观上不存在的事实，隐瞒真相是指掩盖某种客观上

存在的事实。二者虽然行为方式有一定的区别，但其本质是一样的，都是欺骗受害人以达

到其“交出钱财”的目的。在“碰瓷”案件中，行为人通过使被害人以为确实是自己的原因造

成了“交通事故”，也就是陷入了错误认识，从而“自愿”支付赔偿金，产生财产损失，尤其

是在一些案件中，被害人甚至主动要求“私了”，非常“情愿”地交出财物。因此，“碰瓷”案

件符合诈骗罪的犯罪构成，很多情况下的“碰瓷”案件都应当定为诈骗罪。

本案中，被告人李合某、李成某、卢某、张贵某、张广某预谋后，以非法占有为目

的，利用“碰瓷”的方式，虚构被碰撞的事实，利用他人无证驾驶、无号牌机动车辆害怕被

处罚的心理，借机多次骗取他人财物，数额较大，其行为均已构成诈骗罪。公诉机关指控

五被告人犯有诈骗罪，事实清楚，证据充分，罪名成立。法院对其定罪处罚，符合罪责刑

相适应的刑法原则。

编写人：河南省商丘市柘城县人民法院 张悦

65. 受他人之雇使用“伪基站” 发送诈骗短信行为的定性

——郭某等诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖北省长阳土家族自治县人民法院（2016）鄂0528刑初27号刑事判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

2015年12月，被告人郭某在厦门打工期间，通过微信结识了昵称“陈678”的网友。之

后在微信聊天中，“陈678”邀约被告人郭某帮其用车载“伪基站”发短信，言明每天报酬800

元。2016年1月4日，被告人郭某邀约同在厦门打工的被告人管某，按照“陈678”的安排，

到贵州省碧江区“甲汽车租赁部”租用一辆“贵DF××××”号轿车，开到重庆市永川县城后，

将“陈678”提供的一套“伪基站”设备安装到该车上。随后，二被告人按照“陈678”的指使

（通过微信联系）驾驶该车经重庆巫山、湖北巴东、兴山、宜昌、长阳等县、市区，沿途

发送大量假冒乙银行客服的短信：“【乙银行】温馨提醒：截止当日18：00将从您的银行

卡上扣去年费1980元。详询400696××××（400696××××、400696××××）。”被告人郭某每

次发送短信后，均及时删除了发送记录（包括与“陈678”的联系信息）。其中，2016年1月

12日，二被告人在湖北兴山县利用“伪基站”发送前述内容的短信，该县居民李某丽的母亲

收到后于次日告知李某丽，李某丽拨打400696××××电话询问时，被对方诱骗将银行卡拿

到银行柜员机上办理，在按对方提示操作过程中，其尾号××71乙银行卡上的10110元现金

被转走；同年1月13日，二被告人在宜昌城区利用“伪基站”发送前述诈骗短信，夷陵区居

民杨某收到短信后，按照提示的号码打电话询问时，亦被对方诱骗将银行卡拿到柜员机上

办理，在按对方的要求操作时，其尾号××09的丙银行卡被转走现金6878元，尾号××53的

丁银行卡被转走现金4058元。同日，夷陵区居民李某华收到该诈骗短信后，被对方以相同

的方式骗转其尾号××47丁银行卡上的现金5038元。

2016年1月14日上午9时许，被告人郭某、管某在龙舟坪镇发送诈骗短信时，被乙银行

工作人员发觉后报警。县公安局侦查人员经过排查，发现一辆车牌号为贵DF××××轿车有

重大嫌疑，随后在宜都市红花套镇将该车辆查获，现场抓获二被告人，并在该车后备箱内

发现“伪基站”设备。

公诉机关认为二被告人违反国家规定，擅自设置、使用无线电台，干扰无线电通讯秩

序，情节严重。其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第二百八十八条第一款规定，应当

以扰乱无线电通讯管理秩序罪追究其刑事责任。公诉机关还认为，鉴于二被告人的上线未

被抓获，赃款去向未查清，证实二被告人诈骗的证据尚缺乏唯一性、排他性，本着有利于

被告人的原则，对二被告人不宜以诈骗罪处罚。被告人郭某、管某及其辩护人对公诉机关

指控的罪名无异议。辩护人提出，本案应按照有利于被告人的原则，以指控的罪名对被告

人处罚，不能以诈骗罪处罚。

【案件焦点】

被告人郭某、管某受雇使用“伪基站”帮他人发送诈骗短信，在幕后主犯未

到案、赃款未查获的情况下，如何定罪处罚，即是以扰乱无线电通讯管理秩

序罪处罚，还是以诈骗罪处罚。

【法院裁判要旨】

湖北省长阳土家族自治县人民法院经审理认为：被告人郭某、管某发送

诈骗短信诈骗三被害人钱款26084元的事实，有提取的短信内容、银行交易明

细、证人证言、被害人陈述、被告人供述等证据证实，且能相互印证，已形

成完整的证据链，足以认定。最高人民法院、最高人民检察院《关于办理诈

骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第七条规定：“明知他人实施诈骗

犯罪，为其提供信用卡、手机卡、通讯工具、通讯传输渠道、网络技术支

持、费用结算等帮助的，以共同犯罪论处。”被告人郭某、管某明知他人实施

电信诈骗犯罪，为获取一定利益（报酬），依他人幕后指使，使用“伪基站”发

送诈骗信息，帮助骗取财物，故对二被告人应予共同犯罪论处。二被告人的

行为致使三被害人被骗财物26084元，数额较大，已构成诈骗罪。同时，二被

告人违反国家规定，擅自设置、使用无线电台（站）发送虚假信息，干扰无

线电通讯秩序，情节严重，亦构成扰乱无线电通讯管理秩序罪。对此，应依

照处罚较重的规定对二被告人处罚。二被告人所涉的该两罪虽然均系在三年

有期徒刑以下处罚，但其主观直接故意和目的在于帮助他人骗取钱财以获取

利益，且这种通过发送虚假短信、针对不特定多数人实施的诈骗，根据最高

人民法院、最高人民检察院《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题

的解释》第二条第一款第一项的规定，属于酌情从严惩处的情形。故对二被

告人依法应以诈骗罪处罚，公诉机关指控对二被告人以扰乱无线电通讯管理

秩序罪处罚不当，辩护人提出应以指控的罪名处罚而不能以诈骗罪处罚的辩

护意见不能成立。在共同犯罪中，被告人郭某直接受他人幕后指使并使用“伪

基站”发送诈骗短信，被告人管某系受被告人郭某的邀约帮助开车，故被告人

管某所起作用相对较小，可酌情从轻处罚。二被告人归案后能如实供述犯罪

事实，依法可从轻处罚。被告人管某主动缴纳罚金，有一定悔罪表现，可酌

情从轻处罚。遂判决：

一、被告人郭某犯诈骗罪，判处有期徒刑一年十个月，并处罚金人民币

3000元。被告人管某犯诈骗罪，判处有期徒刑一年四个月，并处罚金人民币

2000元。

二、责令被告人郭某、管某共同退赔被害人李某丽人民币10110元、杨某

人民币10936元、李某华人民币5038元。

宣判后，二被告人未上诉，公诉机关未抗诉，一审判决发生法律效力。

【法官后语】

近年来，电信诈骗已呈高发态势，人民群众深恶痛绝。由于电信诈骗具有集团化、专

业化、跨境跨地区作案等特点，首要分子往往在幕后组织操纵整个犯罪实施，并采取雇用

人员发送诈骗信息、拨打诈骗电话并接听回拨电话、赴各地转款提现等，一旦得手，便会

迅速转移赃款，致使案件难以侦破，被害人损失难以追回。同时，“伪基站”设备是未取得

电信设备进网许可和无线电发射设备型号核准的非法无线电通讯设备，具有搜集手机用户

信息、强行向手机不特定用户发送短信等功能，使用过程中会非法占用公众移动通讯频

率，局部阻断公众移动通讯信号，不仅破坏正常电信秩序，影响电信运营商正常经营活

动，危害公共安全，而且严重影响用户手机正常使用，损害公民财产权益、侵犯公民隐

私，社会危害性严重。

为有效打击此类犯罪，司法机关先后出台了多项相关专门规定。例如：《最高人民法

院、最高人民检察院、公安部、国家安全部关于依法办理非法生产销售使用“伪基站”设备

案件的意见》（公通字〔2014〕13号），《最高人民法院关于审理破坏公用电信设施刑事

案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2004〕21号），《最高人民法院、最高人民

检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释〔2011〕7号）等。

根据上述相关规定，明知他人利用“伪基站”设备实施犯罪，为其提供相关帮助的，要以共

同犯罪论处，且可能构成诈骗罪、破坏公用电信设施罪、扰乱无线电通讯管理秩序罪、非

法获取公民个人信息罪、破坏计算机信息罪等，同时构成数罪的，应依照处罚较重的规定

处罚。因此，遇到此类案件，我们要在查明案件事实的基础上，依据相关法律规定，认真

分析研判，做到准确定性，罚当其罪。

需要注意的是，如认定构成破坏公用电信设施罪，行为人造成的危害公共安全后果须

达到（法释〔2004〕21号）司法解释规定的程度；如认定构成扰乱无线电通讯管理秩序

罪，行为人的危害行为须达到“情节严重”的程度。《刑法修正案（九）》将“造成严重后

果”修改为“情节严重”，已降低了入罪门槛，实际上是为了更有效地打击此类犯罪。虽然

目前还无司法解释对“情节严重”作出具体规定，但使用“伪基站”发送非法内容的短信或诈

骗短信等，显然应属于“情节严重”应有之范畴。

根据法释〔2011〕7号司法解释规定，利用发短信等对不特定多数人实施诈骗，诈骗

数额难于查证，发送诈骗信息五千条以上的，以诈骗罪（未遂）定罪处罚；诈骗数额达到

较大以上标准，通过发虚假短信等对不特定多数人实施诈骗的，酌情从严惩处。据此，对

于使用“伪基站”进行电信诈骗，诈骗数额难以查清的，若发送诈骗短信达到五千条以上，

又构成其他犯罪的，应按照处罚较重的规定进行处罚；发送诈骗短信未达到五千条，没有

造成危害公共安全后果的，则应以扰乱无线电通讯管理秩序罪处罚；诈骗数额确定且达到

较大以上的，构成诈骗罪、扰乱无线电通讯管理秩序罪，造成危害公共安全后果的还构成

破坏公用电信设施罪，也应从一重处罚。

具体到本案，本案二被告人受雇使用“伪基站”帮他人发送诈骗短信，虽然幕后主犯未

到案，赃款未查清，但二被告人明知受雇事项系违法犯罪行，依法应以共同犯罪论处。二

被告人的行为未造成危害公共安全的后果，不构成破坏公用电信设施罪。但其违反国家规

定，擅自设置、使用无线电台（站）发送诈骗信息，干扰无线电通讯秩序，属于情节严

重，已构成扰乱无线电通讯管理秩序罪。被告人发送的诈骗短信是否达到五千条以上虽因

删除已无法认定，但已查实被害人被骗财物26000余元，数额达到较大以上，故二被告人

也同时构成诈骗罪。二被告人所涉的该两罪虽然法定刑相同，但考虑其主观直接故意和目

的在于帮助他人骗取钱财以获取利益，且这种通过发送虚假短信、针对不特定多数人实施

的诈骗，属于法释〔2011〕7号司法解释规定的从严惩处情形，故根据主客观相一致和从

一重处的法理，本案对二被告人应以诈骗罪定罪处罚。

编写人：湖北省长阳土家族自治县人民法院 田开文

66. 民间借贷、合同诈骗罪及诈骗罪的区分

——翟某斌诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省安阳中级人民法院（2016）豫05刑终179号刑事判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

被害人赵某某在滑县新区经营某矿业科技发展公司。2011年5、6月，赵某某在饭局上

认识河南省林州市的翟某卿，翟某卿自称是中国煤炭工业协会某部门的副司长，在煤炭行

业有很广的人脉关系，并称认识做露天煤矿开采的翟某斌，并介绍了翟某斌在吕梁市交口

县的小流域治理项目。后翟某卿将赵某某介绍给被告人翟某斌认识。2011年年底，翟某

卿、翟某斌和赵某某在北京见面，被告人翟某斌称其正在山西省吕梁市交口县开发小流域

综合治理项目，以此为由开挖煤矿，利润丰厚，但需要资金投入，三人商议让赵某某先期

投资，以优惠价合伙开发该项目。翟某斌承诺让赵某某一个月内进场施工。赵某某以银行

承兑汇票和转账的方式，先后两次给翟某卿人民币500万元，由翟某卿转交给被告人翟某

斌做投资，翟某卿将其中的415万元交给被告人翟某斌；2012年2月，被告人翟某斌联系赵

某某让其再出资100万元，当月25日，赵某某经询问翟某卿后再次经翟某卿给被告人翟某

斌人民币100万元做投资。后翟某斌称吕梁项目暂停，改做沁源县灵空山镇西务村小流域

治理项目。2012年4月，赵某某联系被告人翟某斌后到山西省沁源县灵空山镇西务村查看

项目进展情况，经实地查看，赵某某发现受骗遂提出撤资并向翟某卿和被告人翟某斌催要

投资款600万元，二人托拒不还钱。

【案件焦点】

被告人翟某斌以非法占有为目的，编造事实，隐瞒真相，骗取被害人515

万元巨额投资款，在被害人未能按时进场施工发现被骗追要钱款时，被告人

的行为是否构成诈骗罪。

【法院裁判要旨】

河南省滑县人民法院经审理认为：被告人翟某斌以非法占有为目的，编

造事实，隐瞒真相，以所谓的“小流域治理项目”为幌子，以能够开采煤矿、利

润丰厚为诱饵，利用被害人投资赚钱的急切心理，并利用被害人与中间介绍

人翟某卿是老乡及被害人对翟某卿身份的信任，使被害人相信其有小流域治

理项目并能很快进场施工采矿，骗取被害人515万元巨额投资款，在被害人未

能按时进场施工发现被骗追要钱款时，被告人翟某斌仍拒不归还，其行为已

构成诈骗罪，且诈骗数额特别巨大。

被告人翟某斌虽对诈骗的事实予以否认，但经查，其所称的吕梁项目其

并没有实际参与，其所称的沁源县灵空山西务村的小流域治理项目，仅仅是

其擅自进行的初步勘探，并没有经过国家相关部门的审批，根本不具有实际

履行性，更不能在其承诺的期限内进场施工，被告人翟某斌在没有实际工程

的情况下，仍然利用对方想承揽工程的心理，以先期投资为借口向对方索要

钱财，在被害人发觉被骗向其索要时仍拒不偿还；其所谓的“只是向翟某卿的

借款，和赵某某无关”，只是其以合法的形式掩盖非法目的的手段而已；其所

谓的“与山西甲公司签订的合作框架协议”只是合作项目的一个意向，其目的也

只是为掩盖其诈骗行为的本质，而故意人为地制造出一个“项目”，且山西甲公

司很快得知该项目国家已不再审批，遂与被告人翟某斌终止了该协议。故被

告人关于“其不具有非法骗取他人财物的主观故意，是正常民间借款”的辩解意

见不能成立。

河南省滑县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六条、第

六十四条之规定，作出如下判决：

一、被告人翟某斌犯诈骗罪，判处有期徒刑十四年，并处罚金人民币50

万元。

二、责令被告人翟某斌于判决生效后十日内将诈骗所得的515万元退赔给

被害人赵某某。

翟某斌不服一审判决，向河南省安阳中级人民法院提起上诉。

河南省安阳市中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百

二十五条第一款第（一）项之规定，作出如下裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案审理过程中，被告人翟某斌辩称其行为“系正常的民间借贷，无非法占有目的，

不构成诈骗罪”，因此本案审理重点在于认定被告人借小流域治理为名，使被害人相信能

够开采煤矿、获取利润，进而投入资金的行为，属于正常的民间借贷，还是违法的犯罪行

为，若触犯刑法，是合同诈骗罪还是诈骗罪。

1.罪与非罪：以借款之名，行诈骗之实

近年来，诈骗犯罪的手段行为从“单纯虚构事实”到“披着民事行为外衣”，使民事行为

与刑事犯罪混杂交错。

民间借贷是一种民事法律行为，借贷双方通过签订书面借贷协议或达成口头协议形成

特定的债权债务关系，从而产生相应的权利和义务。债权债务关系是中国民事法律关系的

重要组成部分，这种关系一旦形成便受法律的保护。诈骗罪是行为人通过虚构事实或隐瞒

真相，使受害人陷入处分财产的错误认识，受害人基于认识错误处分了财产，行为人或第

三人获得财产，被害人遭受财产损失，且数额较大。笔者以为，诈骗罪与民间借贷——罪

与非罪之间的区分主要表现在两个方面：一是客观上是否采取虚构事实或隐瞒真相的行为

方式，使被害人陷入错误认识；二是主观上是否具有非法占有目的。除此之外，还应当考

虑行为人与贷款人之间的关系、借款的原因等。

结合到本案中，行为人明知国家禁止以小流域治理项目为名开采煤矿，在没有实际参

与吕梁项目，仅与山西甲公司签订合作框架协议，后山西甲公司终止协议，沁源县灵空山

镇西务村小流域综合治理项目不存在履行可能性的情况下，利用被害人投资赚钱的急切心

理，编造中间人身份，赢取被害人信任，以开采煤矿、利润丰厚为诱饵，刻意隐瞒国家不

再审批该项目、该项目无实际运行可能的事实，使被害人错误认为小流域治理项目存在并

能施工开采，从而作出转款515万元的处分行为，后被害人发现并追要钱款，行为人拒不

归还，该行为性质上触犯刑事法律的诈骗的规定。

（1）被告人翟某斌与被害人赵某某，是经自称中国乙协会某部门的副司长翟某卿介

绍认识的，翟某斌称正在吕梁市开发小流域综合治理项目，能以此为名开挖煤矿，获取丰

厚利润，需资金投入，可优惠合作，使被害人产生错误认识，“自愿”地出借、投资，从而

骗取被害人数百万元。

（2）从客观上看，2011年，被告人翟某斌自称在山西省吕梁市交口县开发小流域综

合治理项目，经法庭查实，吕梁项目原准备由闫祖某开发，但因国家政策未运作成功，翟

某斌并未参与该工程。2012年，吕梁项目未成后，翟某斌又向被害人赵某某称改做沁源县

小流域治理项目，但该村并未同意翟某斌开发该项目，该项目也因政策原因终止。为继续

掩盖其诈骗事实，应对赵某某的实地查看，翟某斌私自在沁源县西务村山上打了几个勘探

孔，被当地村委会发现后制止。被告人所称的项目均未经过相关部门审批，未有正式的合

同和协议，最后均未付诸实施，被告人实施虚构项目、隐瞒无实际履行能力的行为方式，

使被害人陷入错误认识，“自愿”投资，符合诈骗罪的客观表现。从主观上看，被害人察觉

被骗后向被告人讨要钱款时，被告人以各种理由推托拒不还款，反映出其有非法占有的目

的，符合诈骗罪的主观表现。

2.此罪与彼罪：合同诈骗罪还是诈骗罪

合同诈骗是指以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物的

行为。合同诈骗罪中的“合同”一般应具有合同的基本条款，包括合同的标的、数量、质

量、价款或报酬、履行期限、地点及方式、违约责任和解决争议的方法等，符合合同法关

于合同条款的规定。本案中，被告人翟某斌与被害人仅就投资小流域治理项目达成投资意

向，并未就具体的合同条款达成合意，更未签订有效的合同，故被告人翟某斌的行为不符

合合同诈骗罪的特征，应以诈骗罪论处。

编写人：河南省安阳市滑县人民法院 杜鸿

67. 如何分辨行为人占有货款前是否具有非法占有目的

——曹瑞诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江西省赣州市章贡区人民法院（2016）赣0702刑初247号刑事判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

公诉机关指控：1.2015年4月15日，被告人曹瑞向被害人温丰某谎称有渠道可以购买

150公斤氧化铽的货物（稀土矿的制成品），温丰某遂于2015年4月17日、18日共向曹瑞支

付货款45.45万元。曹瑞将该货款全部用于赌博或归还债务。

2.2015年4月22日，被告人曹瑞在赣州市章贡区甲会所内参与赌博并将赌资输掉。为

继续进行赌博，被告人曹瑞虚构手中有一批氧化镨钕的货物可转让出售，骗得刘达某和刘

建某分别支付货款定金人民币11万元和15万元。被告人曹瑞将收到的货款定金全部用于赌

博。案发后，被告人曹瑞归还刘建某0.28万元。

3.2015年11月19日，被告人曹瑞向被害人刘某虚构手中有100公斤氧化铽的货物可转

让出售，骗取被害人刘某支付货款20.2万元，并将其中的12.2万元用于个人消费和还债。

2015年11月30日，被告人曹瑞归还刘某剩余货款8万元。

综上，被告人曹瑞骗取他人财物共计83.37万元。

被告人曹瑞在庭审中针对第一起事实辩称，温丰某打电话向其要货，其打了定金给厂

家林某；针对第三起事实辩称，刘某向其要货，其也打了电话向林某订货。

辩护人提出的辩护意见是：第一、三起诈骗中，被告人曹瑞非法占有该两笔货款的主

观故意和意图不明确，应不予认定。

法院审理查明：2015年4月21日至22日，被告人曹瑞在赣州市章贡区甲会所内与赖世

某、钟晓某进行赌博，并将赌资输掉。为继续进行赌博，曹瑞虚构手中有一批氧化镨钕的

货物可转让出售，骗得被害人刘建某、刘达某分别支付的货款15万元、11万元，曹瑞将收

到的货款全部用于赌博。案发后，曹瑞归还刘建某0.28万元。

【案件焦点】

被告人曹瑞在占有货款前是否具有非法占有的目的。

【法院裁判要旨】

江西省赣州市章贡区人民法院经审理认为：关于公诉机关对被告人曹瑞

诈骗被害人温丰某45.45万元的指控，经查，温丰某的证言仅能够证实，其通

过曹瑞订货并支付了货款，曹瑞一直谎称发了货，但截至案发其也未收到

货。而据曹瑞供述，其是在向稀土矿产品生产商林某（身份信息不详）确认

了货源后才收取了温丰某的货款，还向林某支付了28万元定金，后因陷入赌

博又将定金索回。曹瑞关于支付定金的供述有相应的银行转账凭证相印证，

因公诉机关提起公诉时未能提供林某的证言，经本院建议补充侦查后仍未能

提供，因此，被告人曹瑞是否向林某订货及支付的28万元是否属于订货定金

无法查实，只能根据有利于被告人的原则，采信曹瑞的供述，并据此认定曹

瑞与温丰某之间达成了真实的交易意向，然后向林某订货并支付定金28万元

的事实。根据查明的事实，曹瑞未通过虚构事实或者隐瞒真相的方法骗取货

款，其事后索回定金用于赌博或者还债等行为也不足以推定其在事前即具有

非法占有的目的，温丰某也并非基于受骗而交付财物，所以，曹瑞的该起行

为不符合诈骗罪的犯罪构成。因此，公诉机关的这一指控证据不足，不予支

持。对辩护人提出的该起事实不应认定为诈骗罪的辩护意见，予以采纳。

同理，关于公诉机关对被告人曹瑞诈骗被害人刘某12.2万元的指控，经

查，刘某的证言仅能够证实，其通过曹瑞订货并支付了货款，但曹瑞一直借

故拖延交货，截至案发也未收到货。而据曹瑞供述，其收到刘某的货款后，

向林某订了货并支付了3万元定金，因林某方面的原因一直没有出货。因公诉

机关未能提供林某的证言及相关转账凭证，被告人曹瑞的上述供述内容的真

伪无法查实，只能根据有利于被告人的原则，采信曹瑞的供述，并据此认定

曹瑞与刘某之间达成了真实的交易意向，然后向林某订货并支付定金3万元的

事实。因此，公诉机关的这一指控证据不足，不予支持。对于辩护人提出的

该起事实不应认定为诈骗罪的辩护意见，予以采纳。

被告人曹瑞以非法占有为目的，虚构事实、隐瞒真相，骗取被害人刘建

某、刘达某人民币25.72万元，其行为已构成诈骗罪，应依法惩处。公诉机关

指控被告人曹瑞犯诈骗罪的罪名成立。被告人曹瑞的诈骗金额为25.72万元，

属于诈骗数额巨大，对公诉机关指控被告人曹瑞诈骗数额特别巨大的意见，

不予支持。

江西省赣州市章贡区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十

六条、第六十四条的规定，作出如下判决：

一、被告人曹瑞犯诈骗罪，判处有期徒刑五年四个月，并处罚金人民币

五万元。

二、责令被告人曹瑞退赔违法所得人民币二十五万七千二百元，返还被

害人刘建某人民币十四万七千二百元，返还被害人刘达某人民币十一万元。

【法官后语】

诈骗是指以非法占有为目的，采取虚构事实、隐瞒真相的方法，骗取公私财物的行

为。其中以非法占有为目的的主观要件和虚构事实、隐瞒真相的客观行为是界定罪与非罪

的重要标准，缺少其中任一要件都不能构成诈骗罪。本案处理的重点在于查清被告人曹瑞

在占有货款前是否具有非法占有的目的。根据现有证据，被告人曹瑞与温丰某、刘某均出

于真实的意思表示达成了交易意向，被告人曹瑞也联系了生产商林某订货并支付定金，可

以证明被告人曹瑞在事前没有非法占有温丰某、刘某货款的主观意图，也没有虚构其有购

货渠道的客观行为，因此，被告人曹瑞的第一、三起行为不构成诈骗罪。

诈骗与经济纠纷不同。经济纠纷是指经济主体在正常的经营活动中因签约、履约而产

生的争议。在实践中，诈骗者常常以合同作为其虚构事实、隐瞒真相的手段，使得其主观

目的难以把握，与经济纠纷的界限模糊、难以区分。因此，要从诈骗罪的构成要件出发，

现有证据是否能证明被告人具有非法占有的主观目的和不想、不能履约进而逃匿的客观行

为，结合考虑认定。

在经济快速发展的今天，衍生出了多种投资手段和方式，同时也带来相应的风险和不

确定性。在与他人签订买卖合同前，要详细了解对方情况，如供货渠道是否可靠、供货链

是否充裕、诚信度如何，等等；详细约定双方权利义务；实时跟进合同进展，发现可疑问

题及时沟通，学会用法律武器维护自己的合法权益。

编写人：江西省赣州市章贡区人民法院 张荻琳

68. 销售型电信诈骗的定性

——王甲等诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省广州市中级人民法院（2016）粤01刑终1907号刑事裁定书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

2013年起，同案人瞿兆某为了谋取非法利益，成立广州更美商贸科技公司（以下简称

更美公司），先后聘用被告人林剑某、王甲担任公司总经理，被告人瞿祥某担任负责人

事、行政、采购和监听等后勤部门的主管、同案人徐某担任财务部门主管、覃金某担任话

务部门主管、被告人周传某及同案人伍波某担任回访部主管，被告人瞿高某担任公司财务

出纳、被告人段光某、邓林某担任话务部组长、被告人方剑某、何观某、陈顺某担任回访

部组长、被告人徐新某担任公司审计、被告人王乙作为监听组长及被告人江泽某、陈境某

作为避免业务员做私单的监听组组员、被告人董小某、李国某、杨思某及同案人王旭某等

人（均另案处理）担任回访人员，利用广播电视、互联网等媒体投放广告，在全国范围内

吸引客户，待取得被害人联系方式等资料后，通过话务部人员以电话营销的方式与之联

系，向其推销声称具有丰胸、增高、壮阳等功效的产品并进行一次销售，在获取被害人身

体状况等详细信息后又通过回访部人员进行二次销售，引诱被害人对自身的身体状况和产

品功效上陷入错误的认识，从而一步步购买没有相应宣传效果的产品，经统计共骗取927

名被害人货款共计人民币8493940元，且上述损失均无法追回。

其中，话务部、回访部人员根据公司培训针对不同产品和客户状况制定的“话术”模

式，使用假名与被害人联系，并和其他同事互相配合，不断冒充和升级各种身份，包括助

理、科长、效果监督科人员以及“甲医药研究院”“乙附属医院药剂总监”“香港药剂总

监”“丙医院男性科（研究院）”“华南总区健康协会”“亚洲美胸协会会长”“亚洲男性协会会

长”“丁广州总部效果指导中心”“戊研究员行政部”等机构及相应的总监、主任、会长、院

长、专家等权威身份，频繁使用“药物”“加大用药量”“病变”“血常规匹配、药物匹配”等医

药用词与被害人沟通交流，并针对被害人的身体状态进行虚假诊疗，诱骗被害人购买本不

需要的高价产品。其间，上述销售人员还使用了要求被害人拍摄身体部位的照片发回公

司，谎称经有关外国权威专家检测发现病变以及帮助被害人向公司申请减免产品费用、被

海关扣押需要支付费用等方式，使被害人信以为真不断购买更多高价产品。

另查明，更美公司不具备经营药品的资质，其所销售的壮阳、丰胸、减肥、增高产品

均不属于药品。此外，缴获的产品中，“××荷香茶”“××老师荷芝茶”以及标明由“庚生物技

术有限公司”生产的瓶装百合康牌维生素C片等，均为假冒伪劣产品。

【案件焦点】

本案被告人的行为是虚假宣传、民事欺诈，还是构成诈骗罪。

【法院裁判要旨】

广东省广州市天河区人民法院经审理认为：关于本案的定性，经查，多

名被害人的报案陈述，伍波某、李兴聪等多名同案人的供述，瞿祥某、徐新

某、段光某、邓林某、王乙、方剑某、董小某、何观某、陈顺某、李国某等

多名被告人的供述，被告人周传某在侦查阶段的供述及涉案公司的销售话术

模板、电脑系统记录等证据相互印证，足以证实更美公司的涉案人员经过组

织、培训，虚构医疗、研究机构的员工、主任、院长等身份对被害人进行电

话营销并相互配合抬单，其间针对被害人不同身体状况进行虚假诊断，并在

销售中使用“药物”“病变”等用词，虚构和夸大被害人的病情和诊疗情况，诱骗

被害人购买本不需要的、价格虚高的产品。在本案中，被害人基于对被告人

的虚构专业身份及诊疗的信赖，继而对自己身体状况、病情及治疗需要产生

错误认识，因而交付财物造成经济损失。故虚构上述事实才是被告人骗取财

物的关键手段，销售产品只是辅助手段，故产品本身质量是否合格、是否具

有一定的价值并不影响诈骗事实的认定。而本案的被告人王甲、林剑某、瞿

祥某、瞿高某、周传某、段光某、邓林某、徐新某、王乙、江泽某、陈境

某、方剑某、董小某、何观某、陈顺某、李国某、杨思某均已入职涉案公

司，分别是公司的管理人员、销售人员（监听销售人员）或者经手涉案款项

的财务人员、审计人员，是涉案更美公司日常运营和开展销售工作的其中一

个组成环节，均不同程度地参与了上述有组织的诈骗犯罪，应当知道涉案公

司以上述诈骗手法进行牟利，具有非法占有的主观故意，故均应以诈骗罪论

处。

广东省广州市天河区人民法院依照《中华人民共和国刑法》以及《最高

人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的

解释》的相关规定，判处王甲等十七名被告人有期徒刑一年四个月缓刑两年

至十二年六个月不等的刑期，并处人民币五千元至十五万元不等的罚金（具

体判决内容略）。

一审宣判后，被告人王甲、林剑某、瞿祥某、周传某、邓林某、瞿高

某、段光某、何观某、陈顺某不服，向广东省广州市中级人民法院提起上

诉。

广东省广州市中级人民法院经审理认为：本案涉案人数众多，组织严

密，分工明确，相互配合，其虚构各种专业身份行骗，夸大被害人病情，使

被害人产生对病情错误认识，继而交付财物。各上诉人获取被害人财物的主

要手段系虚构上述事实，而推销相关产品只是一种辅助手段，故该行为符合

诈骗罪的犯罪构成。上诉人伙同原审被告人以非法占有为目的，结伙虚构事

实骗取他人财物，数额特别巨大，其行为均已构成诈骗罪。一审判决认定的

犯罪事实清楚，证据确实充分，定罪和适用法律正确，量刑适当，审判程序

合法，遂作出裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

销售型诈骗具有相当的隐蔽性和迷惑性，本案就是销售型诈骗的典型代表。

1.销售型诈骗中“虚构事实，隐瞒真相”与虚假宣传不同

“虚假宣传”是指在商业活动中，经营者利用广告或者其他方法对商品或服务做出与实

际内容不相符的虚假信息，导致消费者误解的行为。虚假宣传的内容是夸大产品或服务本

身的质量、性能，并不针对消费者本人的情况。而销售型诈骗的作案手法概括为“虚构事

实，隐瞒真相”，这种手段并不仅限于对产品质量、性能本身的夸大和吹嘘，还包括虚构

一切有助于实现其诈骗目的的事实，例如虚构权威身份，夸大被害人的实际情况，刻意营

造紧急状况、骗取被害人同情等。因此，虚假宣传只是诈骗犯罪活动可能采取的手段之

一。

本案中，被告人实施的虚构事实的行为不仅限于虚假宣传，还包括了虚构身份、虚假

诊疗、“抬单”、退款骗局等，被告人实施上述一系列的虚构事实手段，都是按照更美公司

统一培训及提供的“销售话术模板”的要求。最高人民法院、最高人民检察院、公安部制定

的《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》以及广东省高级人民法

院、广东省人民检察院、广东省公安厅制定的《关于办理电信网络诈骗刑事案件若干问题

的指导意见》其中在认定诈骗主观故意方面均规定，制作、提供、使用诈骗术语清单可以

认定被告人明知实施电信网络诈骗犯罪。

2.刑事销售型诈骗不同于民事违法领域的“欺诈”

（1）虚构的事实不同

诈骗罪和民事欺诈的行为人都虚构了一些事实情况，这些事实可以区分为基本事实和

辅助事实。基本事实是消费者作出购买产品的决定的主要判断依据，而辅助事实则是一些

枝节情况，对消费者作出判断不构成决定性的影响。诈骗行为人虚构的是基本事实；而民

事欺诈行为人仅仅虚构了辅助事实。

（2）履行承诺的意愿和能力不同

民事欺诈行为人主观上有履行承诺的意愿，客观上有推动履约的行动，履约也具有现

实可能性；而诈骗行为人根本不打算实现承诺或没有能力实现承诺。本案被告人虚构事实

销售产品，根本没有能力也没有打算为被害人实现丰胸、减肥、壮阳等需求，故符合诈骗

犯罪特征。

（3）承担责任的方式不同

民事欺诈行为人往往具备一定的承责条件和承责意愿，相对积极地承担责任。而诈骗

行为人根本没有打算承担产品责任、违约责任，或仅仅是迫于法律的威慑而被动承担责

任。

本案被告人设立公司，但工商登记的股东和负责人均非公司实际控制人，只是挂名

的；公司没有大额固定资产，收取客户的货款也不是存入公司账户，而是存入个人账户，

由实际控制人所控制。可见被告人根本没有承责意愿，故符合诈骗犯罪特征。

编写人：广东省广州市天河区人民法院 梁皓 张凯

69. 虚拟财产是否具有经济价值

——陈超某诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河北省赵县人民法院（2016）冀0133刑初13号刑事判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

被告人陈超某在甲网络游戏的乙服务器注册了一个叫“神秘人”的ID玩游戏，平时经常

与其他玩家进行线上或者线下交易装备，熟知甲网络游戏线下交易的规则，也明知线下交

易不受游戏商的保护，容易追回卖出的装备，因而产生犯意。2015年8月26日晚上，被告

人陈超某以某微信号线下联系一个游戏ID号为“醉卧南山”的玩家即被害人赵某某，通过4

次微信转账的方式，在线下将甲网络游戏中自己所有的六只“神兽”和三件“装备”以17500

元的价格卖给被害人赵某某。2015年8月28日，即交易完成后的第三天，被告人陈超某向

游戏客服谎称游戏ID被骗，申请将出卖的游戏装备追回，并向游戏客服提供了其游戏ID

详细注册信息及本人的详细个人资料证明，游戏商客服在审核完信息资料后将被告人陈超

某出售给赵某某的六只“神兽”和三件“装备”为被告人陈超某追回。追回后，被告人陈超某

也没有将卖装备的钱还给被害人赵某某。2015年8月28日凌晨，被害人赵某某玩游戏时收

到甲游戏客服中心发来的通知，称其通过线下购买的六只“神兽”和三件“装备”被游戏玩家

所有者申诉追回。随后赵某某发现这些装备都被系统收回了。后来赵某某多次试图与陈超

某取得联系，却发现陈超某把自己的QQ、微信、电话号码全部屏蔽了，发短信也不回

复。赵某某无奈之下只得报警。警方受理后通过调取陈超某游戏ID的详细信息和两人的

聊天记录、转账记录，锁定了被告人陈超某并对其采取了强制措施。2015年11月24日，被

告人陈超某和被害人赵某某达成和解协议，退赔了被害人赵某某的损失并对被害人进行了

补偿共计人民币30000元，取得了被害人赵某某的谅解。

【案件焦点】

被告人陈超某卖给被害人赵某某的三件“装备”和六只“神兽”是否具有经济

价值，其出卖后通过客服再追回的行为如何认定。

【法院裁判要旨】

河北省赵县人民法院经审理认为：被告人陈超某以非法占有为目的，使

用了欺骗游戏客服的方法，向客服谎称游戏ID被骗，申请将卖出的游戏装备

追回，使具有处分能力的客服陷入错误认识因而作出处分财产的决定，骗取

了被害人即装备实际所有人数额较大的财物，侵犯了被害人的财产权利。本

案中虽然受骗者和财产损失者不是同一人，但是受骗者与财产处分人属于同

一人，即游戏商客服，本案可成立三角诈骗关系，被告人的行为仍然构成诈

骗罪，应予惩处。赵县人民检察院指控被告人罪名成立，适用法律得当，本

院应予采纳。被告人案发后能够积极与被害人协调，达成谅解协议，获得被

害人谅解，应从轻处罚；被告人自愿认罪如实陈述，确有悔罪表现，应从轻

处罚。被告人系初犯、偶犯，悔罪态度较好，经庭前调查，被告人一贯表现

较好，宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响，可以适用缓刑。其辩护人

的辩护意见本院予以采纳。

河北省赵县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六条、第

六十七条第三款、第七十二条的规定，作出如下判决：

被告人陈超某犯诈骗罪，判处有期徒刑八个月，缓刑一年，并处罚金人

民币5000元。

【法官后语】

本案中的网络游戏装备属于网络虚拟财物，系游戏玩家耗费大量的上网时间、费用及

购买游戏点卡，投入经济成本，在游戏过程中取得的。上述虚拟物品，可以在游戏玩家范

围内进行出售，实现虚拟财产与现金的交易。虚拟财产可以进行虚拟现金或者实际现金交

易，但是该交易往往是通过一种私下协商现金交易的方式进行的，因为线上受游戏商保护

的交易方式需要给游戏商缴纳一定费用。由于没有具体市场价，所以目前物价鉴定机构无

法对涉案的虚拟物品进行价格鉴定。但虚拟财产具有经济价值，这一点是确定无疑的。故

虚拟财产也应当作为刑法保护的对象之一。

再看本案中陈超某出卖“装备”后通过客服找回的行为，他利用了客服无法知悉线下交

易的具体情况，但是又具有处分财物能力的特点，欺骗客服作出了错误处分，继而导致该

财产权的转移，完成诈骗行为。故法院最后以诈骗罪追究被告人陈超某的刑事责任。被告

人陈超某实施的一系列行为属于典型的“三角诈骗”。我国的刑法分则中并没有对“三角诈

骗”的明文规定，只是以诈骗罪笼统概括了。三角诈骗的成立，要求受骗人具有处分被害

人财产的权限或者处于可以处分被害人财产的地位。如果受骗人不具有这种权限与地位，

其将被害人财产转移给行为人的行为，便不属于诈骗罪中的财产处分行为。由于不具有处

分行为，行为人的行为就只能成立盗窃罪。所谓具有处分被害人财产的权限或地位，不仅

包括法律上的权限或地位，应根据社会的一般观念，以其事实上是否得到了被害人的概括

性授权为基准，至于是否得到了被害人的概括性授权，则应根据受骗人是否属于被害

人“阵营”、是否财物的占有者或者辅助占有者、其转移财产的行为外表上（排除被骗的因

素）是否得到社会一般观念的认可、受骗人是否经常为被害人转移财产等因素进行判断。

在司法实践当中，三角诈骗的形式多种多样，较为常见的三角诈骗形式主要是信用卡

诈骗和诉讼诈骗。同时，在判决时还应当注意区分三角诈骗与盗窃罪的间接正犯的差异。

编写人：河北省赵县人民法院 杜西

70. 使用“伪基站” 设备发送诈骗短信构成诈骗罪

——鄢某辉诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

贵州省开阳县人民法院（2017）黔0121刑初69号刑事判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

2016年11月16日11时左右，被告人鄢某辉驾驶轿车从贵州省安顺市窜至贵阳市辖区

内，其利用安装在车内的无线电发射设备，沿贵阳市白云区、观山湖区、云岩区、南明

区、花溪区方向行驶，并沿途发送“尊敬的甲银行用户：你的信用卡已达提额标准额度可

提升5万元，请致电010-5716××××进行办理”的诈骗短信。同年11月17日10时左右，被告

人鄢某辉又驾驶轿车从贵州省龙里县向贵阳市方向行驶，并利用车内无线电发射设备，发

送诈骗短信，当其驾车行驶到贵阳市南明区沙冲路段时，被公安民警现场抓获。并当场从

其驾驶的轿车上查获“伪基站”设备一套（包括手机一部、伪基站一台、伪基站钥匙一

把）。经查明，被告人鄢某辉通过“伪基站”累计发送25620条诈骗短信。同时，公安机关

从其查获的存储硬盘中查出了操作系统，并发现了安装的GSMS伪基站控制软件，从中查

获5932条诈骗短信。同时查明，被告人鄢某辉曾因犯贩卖毒品罪于2009年6月25日被广东

省深圳市福田区人民法院判处有期徒刑一年零六个月，并处罚金人民币一千元，2010年8

月23日刑满释放。被告人鄢某辉对指控的事实均无异议。

【案件焦点】

非法使用“伪基站”设备发送诈骗短信的行为构成破坏公用电信设施罪还是

诈骗罪。

【法院裁判要旨】

贵州省开阳县人民法院经审理认为：被告人鄢某辉以非法谋利为目的，

驾驶机动车辆从江西省上饶市窜至贵州省贵阳市辖区内，采取车载无线电发

射设备累计发送诈骗短信25620条，其行为已构成诈骗罪。本案中，被告人鄢

某辉发送的诈骗信息为25620条，已达五千条以上，且诈骗数额难以查证，依

照最高人民法院、最高人民检察院《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若

干问题的解释》第五条的规定，属于犯罪未遂；被告人鄢某辉有犯罪前科，

在庭审中认罪态度较好，依法对其处罚。贵州省开阳县人民法院依照《中华

人民共和国刑法》第二百六十六条、第二十三条、第六十七条第三款、第六

十四条之规定，作出如下判决：

一、被告人鄢某辉犯诈骗罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币二千

元。

二、随案移送的作案工具手机一部、伪基站一台、伪基站遥控钥匙、连

接线予以没收，上缴国库。

【法官后语】

所谓“伪基站”，是指由发射器、电脑、天线、测频手机等组成的未取得电信进网许可

和无线电发射设备型号核准的非法无线电通信设备。它能够搜取以其为中心一定半径范围

内的手机卡信息，并任意冒用他人手机号码，甚至是冒用银行、通信运营商等官方号码强

行向手机用户发送短信，使用过程中会非法占用公众移动通信频率，局部阻断公众移动通

信网络信号，同时窃取公众手机号码及IMSI号码。近年来，各地非法生产、销售、使

用“伪基站”设备实施违法犯罪活动较为猖獗。不法分子使用“伪基站”设备，非法获取手机

用户信息，强行向不特定的手机用户发送垃圾短信、诈骗短信，破坏正常的通讯秩序，影

响公民日常生活，对公共安全造成了一定危害。为有效遏制此类犯罪蔓延，2017年6月27

日，最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于办理扰乱无线电通讯管理秩序等刑

事案件适用法律若干问题的解释》，加大了对“伪基站”等违法犯罪的打击力度。由于此类

案件的作案手段、危害后果与一般的诈骗案件既有共性，又有一些差异，因此在本案审理

过程中对使用“伪基站”发送诈骗短信，干扰通讯秩序的行为如何定罪量刑，存在不同的认

识。具体分析如下：

关于本案的定性，主要有两种意见：

1.观点之一：认为鄢某辉的行为构成破坏公用电信设施罪

《刑法》第一百二十四条第一款规定：破坏广播电视设施、公用电信设施，危害公共

安全的，处三年以上七年以下有期徒刑；造成严重后果的，处七年以上有期徒刑。《最高

人民法院关于审理破坏公用电信设施刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称

《电信解释》）第一条、第二条分别对破坏公用电信设施罪中分属两个量刑幅度的相应情

形作了具体规定。根据《电信解释》规定，本案被告人鄢某辉非法使用“伪基站”设备，向

不特定对象发送诈骗短信25620条的行为，构成破坏公用电信设施罪。

2.观点之二：认为鄢某辉的行为构成诈骗罪

《刑法》第二百六十六条对诈骗罪规定了三个量刑幅度，分别是三年以下有期徒刑、

拘役或者管制、三年以上十年以下有期徒刑和十年以上有期徒刑或者无期徒刑。根据最高

人民法院、最高人民检察院《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以

下简称《诈骗解释》）第五条第二款第（一）项规定，利用发送短信、拨打电话、互联网

等电信技术手段对不特定多数人实施诈骗，诈骗数额难以查证，但发送诈骗信息五千条以

上的，应当认定为《刑法》第二百六十六条规定的“其他严重情节”，以诈骗罪（未遂）定

罪处罚。本案中，鄢某辉明知其发送的是诈骗短信，仍然积极通过“伪基站”设备向不特定

多数人发送多达25620条短信，以达到非法占有他人财物的目的，其行为符合《刑法》第

二百六十六条和《诈骗解释》的规定，不仅构成诈骗罪（未遂），而且属其他严重情节的

情形。

3.法院认为，对被告人鄢某辉应以基准刑较重的诈骗罪定罪处罚

想象竞合犯也称观念的竞合、想象的数罪，是指基于一个罪过，实施一个犯罪行为，

同时侵犯数个犯罪客体，触犯数个罪名的情况。对想象竞合犯，除法律或司法解释有明确

规定外，一般采取的是“从一重罪处罚”原则，按行为所触犯的数个罪名中法定刑最重的罪

名定罪处刑。本案中，鄢某辉基于一个非法占有的罪过，实施了同一个利用“伪基站”设备

发送诈骗短信的犯罪行为，触犯了破坏公用电信设施罪和诈骗罪两个罪名，属于想象竞合

犯，应当对被告人从一重罪处罚。因被告人所触犯的破坏公用电信设施罪的基准刑最高为

三年以上七年以下有期徒刑，而被告人所触犯的诈骗罪的基准刑为三年以上十年以下有期

徒刑，所以应当对其以基准刑较重的诈骗罪进行定罪和量刑。

编写人：贵州省开阳县人民法院 蒲田

71. 诈骗案件行为人的主观故意如何分析认定

——陆生某诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区大化瑶族自治县人民法院（2016）桂1229刑初94号刑事

判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

1.2016年2月5日，被告人陆生某到大化瑶族自治县（以下简称大化县）兴隆巷被害人

唐毓某经营的“甲电动助力车行”，以购买电动车为由要求先使用后支付货款，骗取唐毓某

信任，将一辆乙牌电动车骗走后转卖，获款2000元并用于购买毒品、日常花销。经鉴定，

该辆乙牌电动车价值2850元；

2.2016年3月19日，被告人陆生某到大化县大化镇文化路被害人韦克某经营的“丙摩托

车修理店”，以购买电动车为由要求先使用后支付货款。陆生某在支付给韦克某200元押金

后，将一辆新组装的丁牌电动车骗走后转卖，获款2000元并用于购买毒品、日常花销。经

鉴定，该辆丁牌电动车价值2750元；

3.2016年4月10日，被告人陆生某到大化县大化镇南十字路口被害人韦生某经营的“戊

专卖”店，以购买电动车为由要求先使用后支付货款，骗取韦生某信任，将一辆戊牌电动

车骗走后转卖，获款2200元并用于购买毒品、日常花销。经鉴定，该辆戊牌电动车价值

3200元；

4.2016年4月13日，被告人陆生某到大化县被害人覃某经营的“己电脑经营部”，以购

买电脑为由要求先使用后支付货款，骗取覃某信任，取走一台电脑并转交他人。经鉴定，

该台笔记本电脑价值2832元；

5.2016年4月16日，被告人陆生某到大化县大化镇育才路被害人韦昌某经营的“庚电动

车行”，以购买电动车为由要求先使用后支付货款，骗取被害人韦昌某信任，将一辆庚牌

电动车骗走后转卖，获款2000元并用于购买毒品、日常花销。经鉴定，该辆电动车价值

2780元。

【案件焦点】

诈骗案件行为人的主观故意如何分析认定。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区大化瑶族自治县人民法院经审理认为，被告人陆生某明

知自己无购买能力，仍以先使用后付款的理由骗取被害人的信任，使被害人

基于错误的认识交付财物给其。在取得财物后，陆生某以各种理由拒绝付

款，故其以非法占有为目的，虚构事实骗取他人财物的犯罪意图明确、事实

清楚，且犯罪数额较大，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第二百六十

六条之规定，犯罪事实清楚，证据确实充分，应当以诈骗罪追究其刑事责

任。公诉机关指控被告人陆生某犯诈骗罪的事实与罪名成立，予以确认。被

告人陆生某案发后能如实供述自己的罪行，依法可以从轻处罚。综上，根据

被告人陆生某犯罪的事实、性质、情节、对社会的危害程度及悔罪表现，依

照《中华人民共和国刑法》第二百六十六条、第六十七条第三款、第四十五

条、第四十七条、第五十二条、第五十三条、第六十四条、第六十一条、第

六十二条和《最高人民法院关于适用财产刑若干问题的规定》第一条、第二

条之规定，判决如下：

一、被告人陆生某犯诈骗罪，判处有期徒刑一年零六个月，并处罚金人

民币8000元；

二、责令被告人陆生某退赔被害人唐毓某经济损失人民币2850元，退赔

被害人韦克某经济损失人民币2750元，退赔被害人韦生某经济损失人民币

3200元，退赔被害人覃某经济损失人民币2832元，退赔被害人韦昌某经济损

失人民币2780元。

一审宣判后，被告人陆生某未提出上诉，大化瑶族自治人民检察院亦未

抗诉，判决已发生法律效力。

【法官后语】

通常认为，诈骗罪是指以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数

额较大的公私财物的行为。

分析诈骗罪的构成，我们首先需要确定行为人的主观目的。在实际的刑事案例中，行

为人往往辩称自己没有非法占有的故意。那么我们就需要运用刑事推定的方法予以解决。

所谓推定，是指根据事实之间的常态联系，基于某一确定的事实，而推断另一事实的

存在。其中，已查明的事实为事实基础，原未查明而需要推定的事实为推定事实。刑事推

定的法律实质就在于改变传统的、一般意义上的用证据直接证明犯罪事实的做法，当不存

在直接证据或者仅凭直接证据不足以证明待证事实时，通过刑事推定，可以使犯罪构成中

某些无法通过证据直接加以证明的要素得到确认，简化认定事实的环节，缓解诉讼证明上

的困难，从而切实降低刑事诉讼的社会成本，提高诉讼效率，对于认定和打击犯罪，防止

犯罪分子逃脱刑事追究具有重要意义。

本案中被告人先后五次以“先使用后付款”的理由将货物先行提走，五次行为发生的日

期均集中在三个月内，且均没有付款的意思表示。因此，我们可以推定出本案被告人明知

自己无购买能力而以“先使用后付款”的借口非法占有货物，具备诈骗罪的主观构成要件，

结合其他犯罪构成要件，应当以诈骗罪追究其刑事责任。

编写人：广西壮族自治区河池市大化瑶族自治县人民法院 韦群玲

[[1]](#p203) 该案中行为人偷偷将商店的支付二维码换成自己的，这样顾客支付给商店的钱就

进入了行为人的账户。

[[2]](#p209) 王作富主编：《刑法分则实务研究（中）》（第五版），中国方正出版社2013年

版，第671页，转引自陈兴良：《合同诈骗罪的特殊类型之“两头骗”：定性与处理》。

[[3]](#p210) 该司法解释于1996年12月24日最高人民法院审判委员会第853次会议讨论通过，并

于2013年1月18日依据《最高人民法院关于废止1980年1月1日至1997年6月30日期间发布的

部分司法解释和司法解释性质文件（第九批）的决定》法释〔2013〕2号废止。

（四）职务侵占罪

72. 职务侵占罪的主体条件如何认定

——代科职务侵占案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河北省邯郸市中级人民法院（2016）冀04刑终84号刑事判决书

2.案由：职务侵占罪

【基本案情】

河北甲建筑安装工程有限责任公司（2013年11月6日更名为河北甲建设工程有限公

司，以下简称甲公司）于2011年9月27日成立甲成都分公司，郭继某任该分公司的负责人

和法人代表，但不负责任何业务，由被告人代科负责分公司的全部业务。被告人代科在担

任成都分公司负责人期间，利用经手、管理本公司财务的职务便利，自2013年7月至12

月，将本公司先后收取朱某、张国某、马如某的项目保证金共计141万元，擅自转入其本

人银行卡内。案发后，检察机关仅冻结该账号内90134.74元，余款1319865.26元被其分别

提取现金消费或转账隐匿，予以侵吞。河北甲建设工程有限公司退还保证金给付马如某90

万元、给付张国某21万元、给付朱某30万元。

【案件焦点】

代科是否符合职务侵占罪的主体条件。

【法院裁判要旨】

河北省邯郸市邯山区人民法院经审理认为：被告人代科在河北甲公司成

都分公司任职期间，利用职务便利，侵占公司财物，数额巨大，其行为已构

成职务侵占罪。依照《中华人民共和国刑法》第二百七十一条第一款、第六

十四条的规定，认定被告人代科犯职务侵占罪，判处有期徒刑十一年；责令

被告人代科退赔被害单位河北甲建设工程有限公司人民币141万元。

被告人代科上诉提出，代科系借用甲公司资质，与甲公司是平等主体的

民事合同关系，不是管理与被管理的关系，不符合职务侵占罪的主体资格；

甲公司与代科系独立核算，自负盈亏，甲公司不参与经营，其涉案款项不是

甲公司的财物，没有侵占甲公司的钱款。

河北省邯郸市中级人民法院经审理认为：本案相关证据可证实，代科是

甲公司成都分公司的实际负责人，对外代表甲公司从事业务，可视为甲公司

的工作人员；该案项目保证金是打入甲公司在成都设立的账户，可视为甲公

司的钱款，且事实上甲公司在案发后也赔偿了他人，有实际损失，代科利用

掌握该账户的便利条件，将该款予以侵吞，其行为符合职务侵占罪的特征。

鉴于新的相关司法解释将职务侵占罪的量刑数额标准已修改，依据《中华人

民共和国刑法》从旧兼从轻的原则，对上诉人代科量刑刑期予以改判。邯郸

市中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百七十一条第一款、第六

十四条，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用

法律若干问题的解释》第十一条第一款，《中华人民共和国刑事诉讼法》第

二百二十五条第一款第（一）（二）项、第二百三十三条之规定，作出如下

判决：

一、维持河北省邯郸市邯山区人民法院（2015）邯山刑初字第160号刑事

判决第二项，即责令被告人代科退赔被害单位河北甲建设工程有限公司人民

币141万元。

二、撤销河北省邯郸市邯山区人民法院（2015）邯山刑初字第160号刑事

判决第一项。

三、上诉人（原审被告人）代科犯职务侵占罪，判处有期徒刑六年六个

月。

【法官后语】

本案处理的重点在于对被告人代科的身份认定问题，其是否符合职务侵占罪的主体条

件。《刑法》第二百七十一条规定，公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便

利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大

的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产。因此根据刑法规定，职务侵占罪的主体是

特殊主体，即公司、企业或者其他单位人员，且要求利用职务上的便利，即上述人员还需

要具备一定的职务。

具体到本案中，在一审、二审时，关于被告人代科的身份问题均出现了比较大的争

议，主要原因就在于对代科身份及其与甲公司之间的关系如何认定上有不同认识。第一种

观点认为，本案中代科与甲公司之间是挂靠关系，代科系借用甲公司的资质，在成都成立

分公司，以甲公司的名义独立经营，与甲公司之间是平等的民事主体之间的关系，其不是

甲公司的员工，在公司中也没有职务，其占有款项没有利用职务上的便利，不构成职务侵

占罪。第二种观点认为，甲公司成立成都分公司后，任命郭继某为法人代表，公司业务全

部由代科负责，郭继某不具体负责公司业务，代科为实际负责人，应当认为代科负责公司

全部业务的权限是由甲公司授权的，成都分公司是由甲公司成立的，与甲公司之间存在一

定的管理关系，代科占有项目保证金后也由甲公司对被害人进行了赔偿，故代科系利用职

务上的便利非法占有了项目保证金，其行为符合职务侵占罪的构成要件。

笔者赞同第二种观点。对于职务侵占罪行为主体的认定，不能只看行为人所具有的身

份，只要行为人事实上在从事公司、企业或者其他单位的员工所从事的事务，原则上就应

认定为本罪的行为主体。虽然代科有借用甲公司资质自己开展业务的意图，实际上成都分

公司的全部业务也都由代科负责，但是成都分公司是由甲公司成立的，法人代表是甲公司

任命的，两者之间存在明显的管理与被管理的关系，不能认为两者是挂靠关系。代科所具

有的管理成都分公司全部业务的权限，其是来源于甲公司的授权，即代科是在甲公司同意

并授权的前提下开展工作的，其开展业务的行为实质上也是一种职务行为。代科上诉提出

的甲公司不参与成都分公司的经营，不是甲公司不能参与经营，而是基于甲公司对代科的

授权所确定的各自管理范围的问题。综合本案看，代科实际是受甲公司委托全面管理成都

分公司的事务，其占有项目保证金的行为是其利用职务便利所实施的行为，符合职务侵占

罪的构成要件，故二审法院维持了原判决对代科的定罪。

值得注意的是，本案审理期间发布了新的司法解释，修改了职务侵占罪的量刑数额标

准，根据从旧兼从轻的原则，二审法院依照新的量刑标准对代科的刑期予以改判。

编写人：河北省邯郸市中级人民法院 路遥

（五）挪用资金罪

73. 村民小组长挪用征地补偿款是否构成挪用公款罪

——王立玉挪用资金案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区钦州市钦北区人民法院（2016）桂0703刑初8号刑事判决

书

2.案由：挪用资金罪

【基本案情】

2009年下半年，钦州市钦南区人民政府组织征地工作组征收钦南区沙埠镇大石古村委

良屋洞村良上队800多亩土地用于建设白石湖片区。征地完成后，2010年7月1日，钦州市

国土资源局钦南分局土地征收征用中心汇3351多万元（人民币，下同）征地补偿款到钦南

区沙埠镇大石古村委良上队的农业银行对公账户（账号为：207381101040××××××），该

账户由时任良上队队长的被告人王立玉和会计王中某（另案处理）共同管理。在管理和发

放征地补偿款过程中，王立玉和王中某经商量后决定挪用该账户内的征地补偿款用于购买

理财产品，然后私分理财收益。2011年2月22日，王立玉和王中某在甲银行钦州郊区支行

用王立玉的身份证开办一张储蓄卡（由王立玉和王中某共同管理密码，卡号为：

6228481521009××××××），并从良上队农行对公账户转2500万元征地补偿款到该卡。2011

年2月25日，王立玉和王中某在甲银行钦州市郊区支行用卡上的2500万元征地补偿款购买

理财产品。通过购买理财产品，这2500万元征地补偿款获得10万元左右收益。王立玉和王

中某将其中6.2万元理财收益私分，王立玉分得3.1万元。

2011年8月2日，王立玉和王中某又以同样的方式挪用2300万元征地补偿款购买理财产

品，获得了6万元左右收益。王立玉和王中某将其中3万元理财收益私分，王立玉分得1.5

万元。

王立玉和王中某先后两次挪用的2500万元、2300万元和剩余的理财收益在案发前已转

回良上队农行对公账户。

【案件焦点】

生产队长挪用本村征地补偿款构成挪用公款罪还是挪用资金罪。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区钦州市钦北区人民法院经审理认为：被告人王立玉伙同

王中某挪用本单位资金进行营利活动，数额巨大，其行为已触犯《中华人民

共和国刑法》第二百七十二条的规定，构成挪用资金罪。共同犯罪中，被告

人王立玉与王中某所起作用相当，是本案主犯，应按其参与的全部犯罪处

罚。鉴于被告人王立玉于案发前已全部归还其挪用的资金，有自首情节，且

已全部退出违法所得，确有悔改表现，依法可以从轻处罚。根据被告人王立

玉犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对社会的危害程度及其悔罪表现，决定

对其从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第二百七十二条、第二十五第

一款、第十六条第一款及第四款、第六十一条、第六十二条、第六十四条、

第六十七条第一款的规定，判决如下：

一、被告人王立玉犯挪用资金罪，判处有期徒刑四年。

二、追缴被告人王立玉违法所得46000元，上缴国库。

【法官后语】

关于本案如何定性的问题。《最高人民法院关于村民小组组长利用职务便利非法占有

公共财物行为如何定性问题的批复》明确了村民小组组长利用职务便利侵占村民小组集体

财产的，应以职务侵占罪定罪处罚，而不以贪污罪定罪处罚。因此，村民小组组长不符合

挪用公款罪的主体要件。村民小组作为集体经济组织，根据《土地管理法实施条例》第二

十六条第一款的规定，其所有的土地被征用所得的土地补偿款属于该集体经济组织所

有。“土地补偿款”本质上是土地所有权由集体所有转为国有，由国家支付给集体土地所有

权人的补偿，一旦支付到村民小组财务账户后，则成为村民小组的集体财产，由该村民小

组自主经营和管理。本案中，被告人王立玉挪用的土地补偿款已经拨付给村集体，土地补

偿款归村集体所有，故对被告人王立玉应定挪用资金罪。被告人和辩护人认为本案应定挪

用资金罪的辩护意见有事实和法律依据，理由成立。

关于本案挪用资金的数额是否累计的问题。本案中，被告人王立玉伙同王中某两次挪

用本单位资金，第一次于2011年2月22日挪用2500万元，同年6月23日归还；第二次于2011

年8月2日挪用2300万元，同年9月29日归还。两笔被挪用的资金均已于案发前归还。根据

《最高人民法院关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》第四条规定：“多

次挪用公款不还，挪用公款数额累计计算；多次挪用公款，并以后次挪用的公款归还前次

挪用的公款，挪用公款数额以案发时未还的实际数额认定。”被告人王立玉的犯罪行为不

符合上述规定的情形，但其挪用的是同一笔款项，应以其挪用的单笔最大数额即2500万元

来认定其犯罪数额。辩护人所提辩护意见理由成立，予以采纳。

关于被告人王立玉是否有自首情节的问题。经查，被告人王立玉于2015年10月12日接

到检察机关办案人员电话传唤后到案，经办案人员询问后主动交代其挪用集体资金的犯罪

事实，后检察机关于10月14日立案。根据《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法

律若干问题的解释》第一条“自动投案，是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发

觉，或者虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动、直接向公

安机关、人民检察院或者人民法院投案”的规定，被告人王立玉的行为属于自动投案，到

案后如实供述其犯罪事实，构成自首。辩护人所提被告人王立玉有自首情节的辩护意见有

事实和法律依据，予以采纳。

编写人：广西壮族自治区钦州市钦北区人民法院 陈元文

74. 国家出资企业中的国家工作人员身份如何认定

——李某挪用资金案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

新疆生产建设兵团乌鲁木齐垦区人民法院（2016）兵1101刑初20号刑事

判决书

2.案由：挪用资金罪

【基本案情】

新疆甲公司石河子中心分公司（以下简称甲石河子分公司）成立于2012年3月30日，

同日新疆甲大自然国际旅行社有限责任公司（以下简称新疆甲公司）聘任李某担任甲石河

子分公司负责人，任期三年；2015年2月28日，新疆甲公司聘任李某担任甲石河子分公司

经理，任期三年；2016年1月28日新疆甲公司解聘李某甲石河子分公司经理职务。2015年8

月至2016年1月，甲石河子分公司在收取旅游团款后，李某未按公司财务管理规定在团队

出发前向新疆甲公司缴清全部团款，将团款中596733元用于个人购买门面房。

乙国际实业集团有限公司（以下简称乙公司）系新疆生产建设兵团国有资产经营公司

全资子公司，乙公司与其他公司及个人共同出资成立了新疆甲公司，乙公司持股比例占新

疆甲公司注册资本的51%。

2016年4月23日，新疆生产建设兵团乌鲁木齐垦区人民检察院扣押被告人李某涉案款

610000元；同年5月10日将596733元退还新疆甲公司，新疆甲公司出具了收据。

【案件焦点】

如何认定被告人李某的主体身份。

【法院裁判要旨】

新疆生产建设兵团乌鲁木齐垦区人民法院经审理认为：被告人李某身为

国有控股公司的工作人员，利用职务上的便利，挪用公司的资金596733元用

于个人购买门面房，数额较大，其行为已构成挪用资金罪。公诉机关指控李

某的犯罪事实清楚，证据确实充分，但对本案的定性不符合《中华人民共和

国刑法》第九十三条规定的国家工作人员的范畴。被告人李某在案发前主动

向新疆甲公司党支部书记投案，到案后能如实供述犯罪事实，系自首，依法

可予从轻处罚。案发前赃款已全部退还，有悔罪表现，可酌情从轻处罚。宣

告缓刑对所居住社区没有重大不良影响，可以依法对其适用。

新疆生产建设兵团乌鲁木齐垦区人民法院依照《中华人民共和国刑法》

第二百七十二条第一款、第六十七条第一款、第七十二条第一款、第七十三

条第二款，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适

用法律若干问题的解释》第六条、第十一条第二款之规定，作出如下判决：

被告人李某犯挪用资金罪，判处有期徒刑十个月，缓刑一年六个月。

被告人李某没有上诉，新疆生产建设兵团乌鲁木齐垦区人民检察院没有

抗诉。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对国家工作人员身份的理解。挪用公款罪与挪用资金罪都是利

用职务上的便利，挪用本单位资金。二者的区别在于犯罪主体的不同，挪用公款罪的主体

限于国家工作人员，而挪用资金罪的主体是公司、企业或其他单位的工作人员，即非国家

工作人员。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理国家出资企业中职务犯罪案件具体

应用法律若干问题的意见》中第六条规定：“……经国家机关、国有公司、企业、事业单

位提名、推荐、任命、批准等，在国有控股、参股公司及其分支机构中从事公务的人员，

应当认定为国家工作人员。具体的任命机构和程序，不影响国家工作人员的认定。经国家

出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或者研究决定，代表其在国有控股、

参股公司及其分支机构中从事组织、领导、监督、经营、管理工作的人员，应当认定为国

家工作人员……”。被告人李某是否受国有公司、企业委派，是否代表国有公司、企业在

控股、参股的股份有限公司中从事公务，决定其身份是否属于国家工作人员，从而决定本

案的被告人李某究竟构成挪用公款罪，还是挪用资金罪。

具体到本案中，新疆甲公司系国有控股公司，并非国有独资公司，属于国家出资企

业。被告人李某无固定职业，受聘为甲石河子分公司负责人后，新疆甲公司未与其签订劳

动合同，也未发放社保及工资。李某负责分公司的业务经营管理工作，甲石河子分公司债

权、债务及员工工资社保均由李某自己负责，被告人李某所得利益仅为新疆甲公司的品

牌、旅游资质及产品的内部价格，按劳取酬。李某是经新疆甲公司研究后请示乙公司同意

后，由新疆甲公司任命，这一任命并非源于乙公司提名、推荐、任命、批准等，也不是经

国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或者研究决定。乙公司的“同意

你公司聘任李某为石河子中心分公司经理”的批文，只是履行的一项股东权利形式，实际

上李某所任职务与相关国有单位的意志行为并不具有关联性和延续性。国家出资企业中有

公司业务与国家公务之分，公司业务是代表国家出资企业整体利益的行为，而国家公务仅

仅代表国有资产的监督、管理组织从事监管的行为。公务活动主要体现为国有资产的组

织、领导、监督、经营、管理活动，而被告人李某作为分公司负责人，在企业中从事具体

经营、管理活动，与国有资产的组织、领导、监督、经营、管理活动有本质的区别。其系

新疆甲公司授权代表该公司利益在甲石河子分公司从事经营相关活动，属于公司业务经营

活动，不是专门从事国有资产的监督、管理活动，不具有公务性质。那么，对被告人李某

所从事的具体事务活动依法不能认定为公务，不是受国有公司、企业委托从事公务的人

员。其身份、行为、手段符合挪用资金罪的构成要件。因此被告人李某不符合挪用公款罪

的主体身份。

编写人：新疆生产建设兵团乌鲁木齐垦区人民法院 龙春平

75. 农村集体组织人员挪用征地补偿款应如何定性

——毛立某挪用资金案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

安徽省砀山县人民法院（2016）皖刑初字142号刑事判决书

2.案由：挪用资金罪

【基本案情】

2009年6月22日，砀山经济开发区毛李庄指挥部（以下简称毛李庄指挥部）成立，后

分为毛李庄指挥部和前毛庄拆迁指挥部（以下简称前毛庄指挥部）。被告人毛立某自2010

年7月参加毛李庄指挥部及前毛庄指挥部工作。毛李庄刘庄东队“刘东坑”被征用，2011年1

月1日，“刘东坑”征地补偿款167400元被存入任某在砀山县农村信用合作联社（现安徽砀

山农村商业银行股份有限公司人民支行，以下简称信用社），账号为

10006869281910200××××××的定活两便账户，该存折被被告人毛立某及其他村民签字领

取，同月21日，任某将该款取出交给被告人毛立某。因村民对征地补偿款的分配达不成一

致意见，该款一直由被告人毛立某保管。2011年9月，被告人毛立某用该款支付其承建的

甲安置小区3、4号楼工程材料款。同年10月19日，被告人毛立某将164700元存入其在信用

社、账号为10006025542710000××××××的个人结算户，将该存折交给开发区纪委书记孙某

某保管。2012年1月5日，被告人毛立某向信用社申请挂失该存折，同月14日，被告人毛立

某将其身份证和信用社补发的存折交给其妻去取款，取出现金164000元被其用于支付其承

包工程的材料款和工人工资。2016年1月9日，被告人毛立某将该款交出分发给村民。2016

年7月5日，宿州市砀山县人民检察院就犯罪嫌疑人毛立某的行为，以挪用公款罪向宿州市

砀山县人民法院依法提起公诉。

【案件焦点】

本案争议焦点系被告人毛立某挪用村集体土地征地补偿款的行为构成挪

用公款罪抑或挪用资金罪。

【法院裁判要旨】

安徽省砀山县人民法院经审理认为：被告人毛立某利用保管村集体征地

补偿款之便，先后两次挪用该款用于个人营利活动，数额较大，所征土地为

毛李庄刘庄东队集体所有，故该土地补偿款应属该农村集体经济组织所有，

该款项发放给村集体后，所有权亦应转变为毛李庄刘庄东队集体所有，被告

人毛立某的行为应构成挪用资金罪。公诉机关指控的事实存在，罪名不当，

予以更正。辩护人提出村集体征地补偿款属村集体所有的辩护意见符合法律

规定，予以采信；被告人毛立某的辩护人认为被告人毛立某的行为不构成挪

用公款罪的辩护意见成立，但被告人毛立某保管征地补偿款期间私自将该款

用于个人营利活动，属挪用资金行为，辩护人提出不属挪用的辩护意见不成

立，不予采纳。归案后，即如实供述自己的犯罪事实，系坦白；案发前，被

告人毛立某归还所挪用资金，案发后主动退缴孳息，有悔罪表现，依法予以

从轻处罚。

安徽省砀山县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百七十二条第

一款、第六十一条、第六十四条、第六十七条第三款、第七十二条第一款、

第七十三条第二款及第三款之规定，作出如下判决：

一、被告人毛立某犯挪用资金罪，判处拘役六个月，缓刑一年。

二、责令被告人毛立某将违法所得退赔被害人。

【法官后语】

本案争议焦点系被告人的行为是否构成挪用公款罪。本案被告人毛立某作为村集体组

织人员，于2010年至2014年7月参加毛李庄指挥部及前毛庄指挥部工作，在此期间两次挪

用其保管的“刘东坑”征地补偿款用于个人经营活动。挪用公款罪是指国家工作人员利用职

务便利挪用公款之行为，根据《刑法》第九十三条第二款及全国人大常委会关于该款的解

释，村民委员会等基层组织人员在协助人民政府从事土地征用补偿费用的管理工作时，属

于“其他依照法律从事公务的人员”，其利用职务上的便利，挪用公款构成犯罪的，以挪用

公款罪论处。据此，农村集体组织人员挪用其保管的征地补偿款构成挪用公款罪应满足以

下条件：行为人对于征地补偿款的保管属于协助人民政府从事行政管理工作的“公务”行

为，即行为人对于其保管的征地补偿款具有“公务”意义上的管理职责。

本案被挪用之征地补偿款所涉土地“刘东坑”系毛李庄刘庄东队集体所有，征收集体土

地的征地补偿款应属于农村集体经济组织集体所有财产，涉案征地补偿款由毛立某及其他

村民签字领取后，即属于农村集体经济组织所有的集体资产，政府相关部门对于该征地补

偿款的管理、发放职责已经履行完毕。被告人毛立某作为村集体经济组织人员，对于该征

地补偿款的保管及在村集体组织成员之间进行分配，属于村民自治范围的管理活动。被告

人毛立某虽然参与毛李庄、前毛庄指挥部工作，但并无协助政府管理土地征用补偿费用的

工作职责，其对征地补偿款的保管职责系村民自治范围内的管理活动，不属于“公务”意义

上的管理职责。综上，被告人毛立某挪用集体土地征地补偿款的行为不符合挪用公款罪的

构成要件。被告人毛立某保管征地补偿款期间私自将该款用于个人营利活动，属挪用资金

行为，应以挪用资金罪论处。

编写人：安徽省砀山县人民法院 胡贝贝

（六）敲诈勒索罪

76. 以非法拘禁、轻微殴打手段索要财物行为的性质

——徐改某等敲诈勒索案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

浙江省宁波市鄞州区人民法院（2016）浙0212刑初字第324号刑事判决书

2.案由：敲诈勒索罪

【基本案情】

2015年12月5日晚22时许，徐文某在“峰哥”（身份不详，在逃）开设的位于奉化市溪

口镇甲宾馆棋牌室的赌场内赌博作弊被发现，“峰哥”便与被告人徐改某、刘海某、刘兴某

及“东东”（身份不详，在逃）等人对徐文某及其朋友胡利某、马东某进行殴打、恐吓，并

让三人赔偿损失，逼迫三人各写下欠6500元的欠条并相互担保，才让三人离开。

次日凌晨0时许，被告人徐改某、刘海某、刘兴某及“峰哥”“东东”等人因担心拿不到

钱，至徐文某与胡利某所住的宾馆，将两人带至溪口镇乙宾馆303房间，限制他们人身自

由并对他们扇耳光、言语威胁，直至16时许，胡利某凑到3000元钱交给“峰哥”后，两人才

得以离开。之后三天内，胡利某又将3500元钱交给了“峰哥”。

同月11日14时许，被告人徐改某、刘海某、刘兴某及“峰哥”“东东”等人驱车宁波丙职

业技术学校门口，将仍没有付钱的徐文某带至奉化市溪口镇丁宾馆202房间并拘禁，其间

采用扇耳光、冲冷水澡等手段对其进行折磨，逼迫其付钱。当日23时许，徐文某家人报案

后，民警解救未果，三被告人等人又将徐文某带至溪口镇甲宾馆306房间内进行看管。至

次日凌晨10时许，徐文某被民警解救，被告人徐改某、刘海某、刘兴某被当场抓获。

【法院裁判要旨】

浙江省宁波市鄞州区人民法院经审理认为：被告人徐改某、刘海某、刘

兴某以非法占有为目的，采用暴力、威胁手段，强行索取他人财物，数额巨

大，其行为均已构成敲诈勒索罪。公诉机关对该罪名的指控成立。三被告人

已经着手实施犯罪，因意志以外的原因而部分未得逞，对该部分犯罪认定为

犯罪未遂，依法可以比照既遂犯减轻处罚。本案中，被告人徐改某、刘海

某、刘兴某为索取财物而实施非法拘禁他人等行为，是出于一个犯罪目的，

而犯罪手段又牵连地触犯了其他罪名，属手段牵连；对于牵连犯，不适用数

罪并罚，应当从一重罪处断。故公诉机关指控三被告人还构成非法拘禁罪，

应予以数罪并罚不当，予以纠正。在本院审理期间，三被告人均能如实供述

自己的罪行，认罪态度好，均可酌情从轻处罚。根据三被告人犯罪的事实，

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

二百七十四条、第二十五条第一款、第二十三条、第六十一条之规定，判

决：

一、被告人徐改某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑二年。

二、被告人刘海某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑二年。

三、被告人刘兴某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑二年。

【法官后语】

本案争议的焦点在于对被告人是否应当数罪并罚，及在索取钱款时使用了轻微暴力行

为是否构成抢劫罪。对此，在审理过程中，存在三种争议意见：

第一种意见即公诉机关的观点，认为被告人徐改某、刘海某、刘兴某构成敲诈勒索罪

和非法拘禁罪，应予以数罪并罚。公诉机关认为对被告人徐改某、刘海某、刘兴某的行为

应当分段评价，三被告人发现被害人徐某在赌博中作弊后，对徐文某和胡利某、马东某暴

力威胁，并逼迫三人写下欠条的行为，是敲诈勒索他人财物的行为，被告人徐改某、刘海

某、刘兴某构成敲诈勒索罪。此后，被告人徐改某、刘海某、刘兴某为讨要该赌债，对二

被害人限制人身自由并殴打的行为，是为索取赌博产生的非法债务而拘禁他人的行为，应

以非法拘禁罪定罪处罚，且因拘禁时间较短，其间发生的殴打行为应当作为定罪情节予以

考虑。

第二种意见认为被告人徐改某、刘海某、刘兴某构成抢劫罪。首先，三被告人主观上

具有非法占有他人财物的目的，因为三被告人与被害人之间并不存在债权债务关系，被害

人出具欠条的行为是在被殴打、胁迫的情况下发生的。其次，三被告人为占有他人财物，

当场对被害人本人使用了暴力，并实际劫得了财物。

第三种意见认为被告人徐改某、刘海某、刘兴某构成敲诈勒索罪。本案中三被告人基

于非法占有目的对被害人使用了暴力、拘禁自由等胁迫手段，同时被害人基于恐惧心理，

处分了自己的财产，遭受了财产损失，并且三被告人并非当场取得财物，系事后取得被害

人交付的财物，因此符合敲诈勒索罪的构成要件，构成敲诈勒索罪。

笔者同意第三种观点，认为对三被告人应当以敲诈勒索罪定罪处罚。理由如下：

1.被告人徐改某、刘海某、刘兴某与被害人之间不存在债权债务关系，不构成非法拘

禁罪

《最高人民法院关于对为索取法律不予保护的债务非法拘禁他人行为如何定罪问题的

解释》（以下简称《解释》）规定，行为人为索取高利贷、赌债等法律不予保护的债务，

非法扣押、拘禁他人的，以非法拘禁罪定罪。法律不予保护的债务一般是指债务的发生原

因违反法律的强制性规定，如“赌博之债”“嫖娼之债”等。本案的发生是由于被害人徐文某

在赌场内作弊，在被迫写下欠条后，三被告人向徐文某、胡利某等人索要损失赔偿款而引

发。由于三被告人向被害人索要了所谓的“债务”，且在此过程中实施了拘禁、扣押两被害

人的行为，表面上符合《解释》的规定，构成非法拘禁罪，但笔者认为本案并不构成非法

拘禁罪。

本案定性的关键在于该赔偿款是否属于赌债等法律不予保护的债务，赌债是指双方在

赌博的过程中产生的债务，赌博者系以偶然之机会，决定财物之输赢。结合案情分析，本

案中被告人徐改某、刘海某、刘兴某索要的钱款不属于赌债，本案中被告人徐改某、刘海

某、刘兴某仅在开设赌局中抽头渔利，并不参与赌博过程，其所谓的“损失款”仅是抽头渔

利部分的损失。三被告人虽然实施了暴力、威胁及拘押手段索要钱款的行为，但索要的钱

款不属于《解释》规定的赌债等非法债务的范畴，因为《解释》所指代的债务是真实存在

的自然之债或合同之债，而不能是行为人随意捏造或者强行勒索的结果，因此本案三被告

人的行为不构成非法拘禁罪。即使本案三被告人真实存在损失，被告人确实出于索要债务

的目的，索要的数额也应当与双方纠纷的数额相当，不应当明显超出合理限度，但显然本

案三被告人并非是以索债为目的索要“损失款”，而是以非法占有为目的勒索他人财物。

2.三被告人的行为不构成抢劫罪

本案中被告人徐改某、刘海某、刘兴某对被害人徐文某、胡利某当场使用了暴力，且

取得了被害人交付的财物，从表面上看，符合抢劫罪的特征，但我们认为，本案并不构成

抢劫罪。

抢劫罪的构成须符合罪犯直接以当场实现暴力或暴力侵害相威胁，抑制被害人的反

抗，强迫被害人当场交出财物。认定“足以抑制被害人反抗”应从暴力、胁迫的形态、手

段、时间、场所综合分析，一般要求必须达到使得被害人“不知反抗、不能反抗”的程度。

敲诈勒索罪的构成虽然也包括当场使用暴力、胁迫的行为方式，但敲诈勒索罪一般暴力程

度较轻微。因此区分敲诈勒索罪与抢劫罪主要在于考量使用的暴力是否能够达到足以抑制

被害人反抗，及是否当场取得财物。首先，本案中三被告人虽然使用了暴力，但暴力程度

较轻微，主要是扇耳光等轻微暴力方式，在索要钱财的过程中，被告人徐改某、刘海某、

刘兴某主要行为手段是拘禁被害人。其次，这种暴力行为也未能达到使被害人“不知反

抗、不能反抗”的程度，在被害人胡利某答应付款后，三被告人将徐文某、胡利某放回，

此时徐文某、胡利某等人完全可以采取报警或其他措施，也就是说被害人对是否交出钱款

有自主选择的可能性，在当时的情况下还有选择的余地。再次，三被告人并非当场取得财

物，胡利某是在被放回后分两次凑到了6500元交付给徐改某等人。其后，三被告人在拘禁

被害人徐文某时，也仅希望徐文某能够答应尽快筹钱还款，并非要当场取得钱财。最后，

在司法实践中，敲诈勒索犯罪相比较抢劫罪而言，一般都是事出有因，犯罪时间跨度较

长，而抢劫罪则无此特征，一般是即时性犯罪。综上分析可以看出，三被告人的行为并不

符合抢劫罪的行为特征，因此不构成抢劫罪。

3.敲诈勒索罪与非法拘禁罪的牵连关系

从全案分析，本案更符合敲诈勒索罪的特征，由于被告人与被害人之间既无法律意义

上的债务关系（如合同之债等），也没有自然之债（如法律不保护的赌债等），在二者不

存在债权债务关系前提下，三被告人以被害人徐文某作弊为由，向徐文某、胡利某、马东

某勒索钱款，且勒索数额高达万余元，并实际敲诈得款6500元，因此构成敲诈勒索罪。

由于三被告人在勒索财物的过程中又实施了非法拘禁的手段，符合牵连犯的特征。牵

连犯是指以实施某一犯罪为目的，而犯罪的方法行为或者结果行为又触犯了其他罪名的情

况。本案中被告人徐改某、刘海某、刘兴某客观方面实施了两个危害行为，一是以赔偿损

失为由，要挟勒索钱财的行为；二是将二被害人带至宾馆房间内非法限制人身自由的行

为。被告人实施的两个行为之间具有持续性和连续性，并且存在着手段与目的的关系，构

成牵连关系。本案中，三被告人以非法拘禁的手段来达到其勒索钱财的目的，分别触犯了

我国《刑法》中敲诈勒索罪和非法拘禁罪两个罪名，故应按牵连犯的处理原则来进行处

罚。我国刑法理论对牵连犯的处理采用吸收原则，即按数行为触犯的罪名中最重的一罪论

处。

由于三被告人非法拘禁被害人的时间较短，其间虽有轻微殴打侮辱情节，若以非法拘

禁罪定罪处罚，其殴打行为也是作为定罪的条件之一，不能作为加重情节，且司法实践中

对非法拘禁犯罪的处罚较轻，因此不宜以非法拘禁罪定罪处罚。根据浙江省高级人民法院

刑事审判庭《关于执行刑法若干问题的具体意见》（浙法刑〔1999〕1号）敲诈勒索公私

财物数额（量）较大或追究刑事责任起点是1500元，数额巨大的量刑起点是10000元。本

案中三被告人意图勒索财物达一万余元，并实际敲诈得款6500元，另外的钱款未实际得

逞，其主观恶性较大，犯罪情节较为恶劣，若以敲诈勒索罪定罪，在法定量刑幅度内应判

处较重的刑罚，即应当趋向有期徒刑三年的最高刑期处罚。综上可以得出结论，本案应当

以敲诈勒索罪追究被告人的刑事责任。

编写人：浙江省宁波市鄞州区人民法院 苏家成

77. 定罪应结合具体案情，不能孤立地从犯罪构成要件角度评价

——刘某甲等敲诈勒索案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

黑龙江省齐齐哈尔市甘南县人民法院（2016）黑0225刑初207号刑事判决

书

2.案由：敲诈勒索罪

【基本案情】

2016年6月24日，被告人刘某甲将与其妻有不正当男女关系的被害人陈某某骗到东阳

镇自己家中，先是对被害人陈某某实施打骂，继而伙同刘某乙、范某某以将陈某某从楼上

扔下相威胁，向陈某某索要钱财。陈某某被迫通过电话向其亲友借款50000元，刘某乙、

范某某分别下楼在东阳镇某地将上述钱款取回。在陈某某承诺第二天再给付10000元的情

况下，才被允许离开。

【案件焦点】

三被告人的行为构成什么罪名。

【法院裁判要旨】

黑龙江省齐齐哈尔市甘南县人民法院经审理认为：被告人刘某甲、刘某

乙、范某某以非法占有为目的，以打骂、恐吓相要挟，敲诈陈某某财物，数

额巨大，其行为已构成敲诈勒索罪。公诉机关对刘某甲、刘某乙、范某某指

控的犯罪事实清楚，证据确实、充分，罪名成立。法定刑为三年以上十年以

下有期徒刑，并处或者单处罚金。本案系共同犯罪，在共同犯罪中刘某乙、

范某某起辅助作用，系从犯；刘某甲、刘某乙、范某某到案后如实供述犯

罪，依法可以从轻处罚；积极退赃，取得被害人谅解，确有悔罪表现，可酌

情从轻处罚。公诉机关量刑建议适当，予以采纳。刘某甲、刘某乙、范某某

犯罪情节较轻，确有悔罪表现，没有再犯罪的危险，甘南县司法局调查评估

后认为三人对所居住社区没有重大不良影响，可以对其适用缓刑。依照《中

华人民共和国刑法》第二百七十四条、第二十五条、第二十六条、第二十七

条、第六十一条、第六十七条第三款、第七十二条的规定，判决如下：

一、被告人刘某甲犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年，并处

罚金人民币一万元（已缴纳）；

二、被告人刘某乙犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑二年，缓刑二年，并处

罚金人民币一万元（已缴纳）；

三、被告人范某某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑二年，缓刑二年，并处

罚金人民币一万元（已缴纳）。

【法官后语】

本案在合议庭合议及法官联席会评议时有三种观点：第一种观点认为三被告人的行为

构成抢劫罪，抢劫罪侵害的客体包括人身健康权、生命权，也包括财产权，三被告人以实

施加害人身健康及生命安全的行为相要挟，通过被告人本人直接获取钱财，符合抢劫罪的

犯罪构成要件；第二种观点认为三被告人的行为构成绑架罪，被告人有预谋地将被害人骗

至自己家中，限制了被害人的人身自由，以对被害人加害造成被害人的心理恐慌，进而通

过被害人从第三人处获得钱财，实现目的后放人，所取得钱财就是赎金，符合绑架罪的犯

罪构成要件；第三种观点认为三被告人的行为构成敲诈勒索罪，本案事出有因，三被告人

对被害人打骂及向被害人要钱的行为是一种泄愤，是为了弥补心里的不平衡，而一般抢劫

罪和绑架罪的犯罪目的是很直接的，就是为了钱财而去。

本案最终以敲诈勒索罪定罪。被告人刘某甲发现妻子与被害人陈某某有不正当男女关

系，便将陈某某骗到自己家中，对陈某某打骂。从这一情节可以看出，骗陈某某到被告人

家中去，虽限制了陈某某的人身自由、对陈某某进行了打骂，其目的在于泄愤。结合证人

证言、被害人陈述、被告人供述等证据可知，向被害人“要钱平事”，是三被告人临时起

意，其要钱的目的是一种“补偿”。从以上情节上看，第一，被告人对被害人打骂及限制人

身自由的行为事出有因，不是为了抢劫钱财而实施的侵害人身权利行为，也不是为了绑架

而实施的限制人身行为；第二，临时起意向被害人要钱的行为，虽有非法占有的故意，但

有别于抢劫罪、绑架罪的直接犯罪目的就是为了钱财。本案中单从犯罪构成要件角度评价

犯罪行为，似乎更接近抢劫罪、绑架罪，但本案有其发生的特殊前因，整个案件发展过

程、犯罪故意产生的时间均影响其定性。如不考虑具体案情单纯用犯罪构成要件去套用、

去定性，不免有失偏颇。

编写人：黑龙江省齐齐哈尔市甘南县人民法院 齐丽明

78. 因经济纠纷引发的敲诈勒索案件中非法占有目的的认定及敲

诈勒索既有既遂，又有未遂情况下如何量刑

——朱红宇敲诈勒索案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2015）一中刑再终字第03296号刑事判决书

2.案由：敲诈勒索罪

【基本案情】

被告人朱红宇伙同张全某（另案处理）于2011年7月，因与北京甲商业信息服务有限

责任公司（以下简称甲公司）合作中存在经济纠纷，在索取经济损失未果的情况下，以北

京甲商业信息服务有限责任公司在营销购物卡过程中有违规行为要向中国人民银行举报为

由，向北京甲商业信息服务有限责任公司索要人民币30余万元。2011年7月22日，北京甲

商业信息服务有限责任公司法定代表人林某通过网上银行向张全某个人账户中汇款人民币

3万元（赃款未收缴）。2011年7月25日，被告人朱红宇被抓获。

【案件焦点】

因经济纠纷引发的敲诈勒索案件中非法占有目的认定及敲诈勒索既有既

遂又有未遂情况下如何量刑。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院经审理认为：被告人朱红宇伙同他人，以非法占

有为目的，以要挟的方法，索取钱款的行为，已经构成敲诈勒索罪，且数额

特别巨大。依据《中华人民共和国刑法》的相关规定，判决如下：

一、被告人朱红宇犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑十年，并处罚金人民币

一万元。

二、尚未追缴之赃款继续予以追缴，追缴后发还被害单位北京甲商业信

息服务有限责任公司。

一审宣判后，朱红宇提出上诉。

北京市第一中级人民法院经二审审理后裁定：驳回上诉，维持原判。

上述裁判发生法律效力后，北京市高级人民法院于2015年6月5日作出

（2015）高刑抗字第278号再审决定，指令北京市第一中级人民法院对本案进

行再审。

北京市第一中级人民法院再审认为：本案中朱红宇伙同他人意图敲诈钱

款30余万元，实际索取到3万元，其意图敲诈的钱款由于意志以外的原因未全

部得逞，系犯罪未遂。对于未遂犯，依法可以比照既遂犯从轻或者减刑处

罚。鉴于朱红宇有犯罪未遂情节，且本案系双方存在经济纠纷引发，本院再

审依法对朱红宇减刑处罚。原判决未认定未遂导致量刑过重，本院再审依法

予以改判。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》《中华人民共和国刑法》的

相关规定，判决如下：

一、维持北京市西城区人民法院（2012）西刑初字第324号刑事判决中第

二项。

二、撤销本院（2012）一中刑终字第4065号刑事裁定及北京市西城区人

民法院（2012）西刑初字第324号刑事判决中第一项。

三、被告人朱红宇犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑六年，并处罚金人民币

一万元。

【法官后语】

1.因经济纠纷引发的敲诈勒索案件中被告人主观上非法占有目的的认定

因经济纠纷引发的敲诈勒索案件中行为人是否具有非法占有他人财物的目的，实践中

观点不尽一致。本案在处理中，以经济纠纷中当事人的权利是否处于合法有效、确定的状

态为标准，将经济纠纷划分为两类，一类是行为人的合法权利在引发刑事案件前可以明确

确定的经济纠纷，另一类是行为人的合法权利在引发刑事案件前不能明确确定，需要通过

其他纠纷解决机制予以明确的经济纠纷。对于行为人所主张的合法权利在引发刑事案件前

不能明确确定，需要通过其他纠纷解决机制予以明确的经济纠纷，因此时行为人所主张的

合法权利并没有法律确认，本质上处于一种不确定的状态，对于这种不确定状态的“权

利”主张，行为人应该在规范解决的框架之内寻求解决途径，而不能采取法律所不保护的

方式主张“权利”。本案中，在双方关于合同履行存在争议，且对方不予认可的情况下，朱

红宇所谓的合法权利并没有经过正当的法律程序确定，难以认定为合法权利。此时，朱红

宇采取威胁或者要挟的方式向对方索要数额明显超过其损失数额的钱款，应认定为具有非

法占有的目的。

2.以举报他人存在违法、违规行为，索要钱财的，其举报他人的行为应该评价为敲诈

勒索罪中的“威胁”行为

行为人举报他人存在违法违规行为，不能同时附着个人不合法的目的，如果附有个人

不合法的目的并将此目的告知于被害人的，即便其举报的行为经查证属实，考虑到被害人

所处的环境，此种举报行为仍可以评价为本罪中的威胁或者要挟行为。本案中，朱红宇在

前期与甲公司协商赔偿损失时未能达成一致意见，甲公司明确表示希望通过法律途径解决

彼此之间的纠纷，后朱红宇在得知该公司正在申请支付业务许可证，而此证是否能够如期

申请成功对支付公司的经营发展至关重要情况下，其以向中国人民银行举报公司存在违规

行为为由索要损失的钱款，导致中国人民银行对甲公司相关业务进行核查，核发支付许可

证延后，且在举报之后还以继续举报作为要挟，一般认为会对公司继续从事支付业务产生

影响，对公司法定代表人的内心也会产生一定的胁迫压力，公司法定代表人在此心理状态

下支付部分钱款给朱红宇，显然非出于自愿，系受到胁迫而给付。与此同时，尽管朱红宇

的举报经过人民银行查证属实，分析认为，举报属实不能否认该行为具有威胁或者要挟的

性质，考虑到甲公司当时所处的特殊经营阶段，只要举报在主观上使被害人产生了恐惧心

理并基于恐惧心理而给付钱款，就可以认定举报属于本罪的客观行为方式。

3.行为人主观上意图索取的钱款未全部实现的，如果对全部犯罪数额的非法占有目的

处于持续状态的，且以其行为继续实施索要的，全案应评价为未遂，并应对比既遂部分、

未遂部分犯罪数额对应的量刑轻重，综合全案其他情节，决定全案从轻或者减刑处罚

本案中，朱红宇意图索取的钱款数额为35万元，实际索取到3万元，且朱红宇在获得3

万元之后，并未放弃对其余钱款的非法占有故意，仍与同案犯去甲公司继续以“谈判”为

名，行索要剩余钱款之实，因其犯罪故意一直处于持续之中，故对整体的敲诈勒索犯罪行

为评价为未遂，更能全面评价行为人的主观恶性、社会危害性。量刑标准上，朱红宇的犯

罪行为发生在2011年7月，此时《刑法修正案（八）》已经实施，但司法解释对《刑法修

正案（八）》中敲诈勒索罪数额较大、巨大、特别巨大的认定标准并未明确。依据《刑法

修正案（八）》并结合《刑法修正案（八）》实施之前的《刑法》及2000年《最高人民法

院关于敲诈勒索罪数额认定标准问题的规定》（已失效），朱红宇的敲诈勒索数额应属于

《刑法修正案（八）》规定的数额特别巨大范围，法定刑在十年以上有期徒刑。按照刑法

规定的未遂处罚原则，可以从轻或者减刑处罚。而如果从轻处罚，考虑到毕竟既遂数额仅

为3万元，量刑稍显过重。本案中既遂部分的犯罪数额为3万元，其对应的量刑幅度为三年

以上十年以下有期徒刑，故本案具备减刑处罚的量刑空间，也即减轻一档量刑，此时并不

会导致全案的量刑失衡，也不会导致全案评价为未遂的量刑轻于对既遂部分作出的量刑，

从而导致对被告人的量刑偏轻，实际上本案在量刑中也要对两种情况下刑罚的轻重作出权

衡，并选择适用较重的刑罚。除此之外，再结合本案的案发原因、行为人采取的威胁、要

挟方式、程度等具体情况，对于全案减刑处罚，最终改判为有期徒刑六年。

编写人：北京市第一中级人民法院 黄晓丰

79. 数额犯罪案件中既未遂共存且均单处成罪的量刑

——辛玉某、曾广某敲诈勒索案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省揭阳市中级人民法院（2016）粤52刑终144号刑事裁定书

2.案由：敲诈勒索罪

【基本案情】

2015年10月中旬，被告人辛玉某利用和被害人陈某某交朋友之便，将陈某某的手机通

讯录、短信和手机中的照片备份到自己的手机中。2015年12月12日，辛玉某联系被告人曾

广某到广州市增城区一起密谋利用陈某某的裸照向其敲诈勒索钱财。随后，辛玉某准备了

作案的移动电话机并提供了陈某某的裸照及2张敲诈勒索纸条。次日，辛玉某、曾广某一

起到揭阳市。2015年12月14日，曾广某在揭阳市办理了号码为1587519××××的电话号码

卡，装在辛玉某的移动电话机上，后辛玉某拿1个装着陈某某的裸照和2张敲诈勒索纸条的

黑色袋给曾广某，让曾广某以送快递的方式将裸照交给陈某某，但陈某某接电话后没有接

收。随后，辛玉某、曾广某以要将陈某某的裸照发布给其亲属为由，多次通过拨打电话和

发短信要挟、勒索陈某某及其丈夫魏某某人民币（下同）20万元，后经讨价还价，最终将

勒索金额定为5万元，并限陈某某每月将5千元汇到曾广某的银行卡账号上。2015年12月21

日，陈某某迫于压力，向曾广某提供的银行卡汇款5千元。过后，曾广某仍然通过电话对

陈某某进行敲诈勒索。2016年1月18日、1月20日，曾广某、辛玉某先后被公安机关抓获归

案。

【案件焦点】

数额犯罪案件中既未遂共存且均单处成罪的量刑。

【法院裁判要旨】

广东省揭阳市榕城区人民法院经审理认为：被告人辛玉某、曾广某无视

国家法律，以非法占有为目的，使用威胁的方法，强行索取他人财物，数额

较大，其行为均已构成敲诈勒索罪。公诉机关指控被告人辛玉某、曾广某所

犯罪名成立，本院予以支持。被告人辛玉某、曾广某敲诈勒索的部分赃款因

意志以外的原因而未能得逞，属犯罪未遂，对该部分可以从轻处罚；归案后

如实供述自己的罪行，可以从轻处罚；当庭自愿认罪，可以酌情从轻处罚。

公诉机关建议本院对被告人辛玉某、曾广某在有期徒刑一年九个月以上二年

九个月以下量刑，符合法律规定，本院予以采纳。揭阳市榕城区人民法院依

照《中华人民共和国刑法》第二百七十四条、第二十五条第一款、第二十三

条、第六十七条第三款之规定，作出如下判决：

一、被告人辛玉某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑二年三个月，并处罚金

人民币六千元。罚金应于判决生效之日起十日内缴纳。

二、被告人曾广某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑二年三个月，并处罚金

人民币六千元。罚金应于判决生效之日起十日内缴纳。

案件宣判后，曾广某向揭阳市中级人民法院提出上诉。

广东省揭阳市中级人民法院经审理认为：上诉人曾广某、原审被告人辛

玉某无视国家法律，以非法占有为目的，使用威胁的方法，强行索取他人财

物，数额较大，其行为均已构成敲诈勒索罪。曾广某、辛玉某敲诈勒索的部

分赃款因意志以外的原因而未能得逞，属犯罪未遂，对该部分可以从轻处

罚；归案后如实供述自己的罪行，可以从轻处罚。上诉人曾广某及其辩护人

提出原审认定敲诈勒索数额为20万元是错误的，经查，原审法院认定敲诈勒

索的犯罪数额较大，并没有认定属于数额巨大的20万元，故该上诉及辩护属

于认识错误；另提出曾广某是从犯，请求二审法院从轻判处，经查，曾广某

与辛玉某密谋作案后，积极主动对被害人进行敲诈勒索，在犯罪过程中起主

要作用，均系主犯，故该上诉及辩护意见理由不成立，不予采纳。揭阳市中

级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第

（一）项之规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案中，既有犯罪既遂，又有犯罪未遂，在量刑时应当以犯罪既遂还是以犯罪未遂来

认定值得商榷。《刑法》第二十三条规定，已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的

原因而未得逞的，是犯罪未遂。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件

具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第六条规定，诈骗既有既遂，又有

未遂，分别达到不同量刑幅度的，依照处罚较重的规定处罚；达到同一量刑幅度的，以诈

骗罪既遂处罚。在《解释》出台前，对于数额犯罪，实践中的做法是以既遂的总数额作为

犯罪数额确定法定刑幅度，而未遂部分作为未遂情节予以考虑。根据犯罪形态的一般理

论，在既未遂并存且均构成犯罪的情况下，部分既遂即意味着整个犯罪既遂。然而这个适

用在具体案件中，有时会导致量刑失衡的问题，为了解决这一难题，《解释》第六条对诈

骗罪确定了不以既未遂累计的犯罪总额确定法定刑幅度，而以既遂部分和未遂部分分别对

应的法定刑幅度择一重处罚。上述择一重处罚的原则在最高人民法院、最高人民检察院出

台的有关办理知识产权、非法生产、销售烟草专卖品、盗窃等刑事案件的司法解释中均有

作出规定，虽然司法解释就办理敲诈勒索案件没有明确这一原则，但对于同类问题应当同

样处理，在既未遂并存且分别构成犯罪的案件中也应贯彻这一原则，即比照既未遂对应的

法定刑幅度，在较重刑幅度内确定刑罚。对于未遂部分，先考虑是否减轻处罚，确定对应

的法定刑幅度，再与既遂部分对应的法定刑幅度比对确定全案适用的法定刑幅度，将未作

评价的既遂数额或未遂数额作为量刑情节予以考虑。本案中，辛玉某、曾广某敲诈勒索的

金额是5万元，既遂5000元，未遂部分45000元，均属于犯罪数额较大的范畴，对应的法定

刑幅度均是“三年以下有期徒刑、拘役或者管制”，因此，对该案应以既遂认定，并对未遂

部分从轻处罚。

编写人：广东省揭阳市中级人民法院 林斯特

80. 虚构事实致被害人产生恐惧心理下的索财行为的定性

——郭某、张志某敲诈勒索案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

浙江省永嘉县人民法院（2016）浙0324刑初1384号刑事判决书

2.案由：敲诈勒索罪

【基本案情】

郭某、张志某预谋由张志某骑车故意与机动车发生碰撞，利用驾驶员酒后开车怕事的

心理借机索取财物，事先购买用于作案的红色颜料、自行车并进行踩点。2016年8月8日

晚，郭某将锁定的对象即许妙某约至永嘉县瓯北街道某KTV饮酒娱乐至次日凌晨，后故

意劝说许妙某酒后驾车。被告人张志某则在事先约定地点骑自行车碰撞许妙某驾驶的车

辆，制造虚假交通事故，以被撞伤为由向许妙某索要财物。因许妙某只准备将张志某送往

医院检查并仅愿意支付数百元赔偿款，张志某对此不满即在车上借机与许妙某及郭某发生

口角，郭某则配合张志某假意为许妙某出头而与其发生冲突，并趁机要求许妙某将车开至

偏僻山脚。后郭某假意将被告人张志某拽下车，相互配合制造张志某被郭某杀死的假象并

将“杀人”之事告知车上的许妙某，欲以此索要更多财物。随后郭某又提出“抛尸”并将假死

的张志某拖上车，许妙某见到张志某的衣服上有“血”且一动不动，因极度恐惧无法继续驾

驶车辆，改由郭某驾车载着许妙某及“尸体”（假死的张志某）到温州市鹿城区某山上，伪

造挖坑埋“尸”现场。之后郭某又以避免“埋尸现场”被发现为由，向许妙某提出要沉“尸”江

中，但许妙某已因张志某“被杀”心里极度恐惧要求先行回家，郭某送其回家后驾驶许妙某

的车辆上山将张志某接回。事后，郭某向许妙某提出自己愿意顶罪，并表示家中购置房

产、抚养孩子需要费用约30万元，要求许妙某准备安家费等，后因许妙某家属报警而未得

逞。2016年8月10日，郭某被公安机关抓获，后协助民警抓捕张志某归案。

【案件焦点】

郭某、张志某起意“自行车碰瓷”，未遂后相互配合伪造“杀人埋尸”事实，

致使被害人陷入恐惧心理，以期向被害人索要钱财的行为应认定为敲诈勒索

罪还是诈骗罪。

【法院裁判要旨】

浙江省永嘉县人民法院经审理认为：1.关于欺诈与胁迫。其一，郭某、张

志某采取了“碰瓷”“杀人埋尸”虚构事实的欺诈手段。郭某、张志某以“碰瓷”伪

造受伤假象实施勒索，行为方式具有胁迫性。其二，郭某、张志某上演“杀人

埋尸”最主要的目的是使被害人产生心理恐慌从而接受其要挟并获取财产。二

人未进行言语威胁，被害人却因其二人的举动所造成的虚伪事实陷入无比恐

慌境地，产生一种强度极高的恐惧心理，胁迫行为进一步升级，实则让索钱

行为更具震慑性、隐蔽性。2.关于“虚假性”与“恶害性”。郭某、张志某的行为

造成一种“虚假恶害”，致使被害人因此陷入巨大的心理强制并产生恐惧。假设

被害人因“杀人事件”交付财物，那么二人行为得逞的最主要因素则是被害人所

产生的恐惧心理，认为其对“杀人事件”负有责任，会因牵连被追责而“自愿

性”交付“安家费”。相反，本案“杀人埋尸”的虚假事实并未让被害人产生应该

将财物交付给郭某的错误认识并“自愿”交出财物。另外，二被告人自始至终均

属敲诈勒索的犯意，其采取的胁迫形式上前后发生变化，实质上均是为索财

服务。3.即便被害人陷入恐惧心理，又同时基于认识错误处分财产，那么在诈

骗罪与敲诈勒索罪之间形成想象竞合，也应择一重罪以敲诈勒索定罪处罚。

浙江省永嘉县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百七十四条、

第二十五条第一款、第二十三条、第六十八条、第六十七条第三款之规定，

作出如下判决：

一、被告人郭某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑一年八个月，并处罚金人

民币3000元。

二、被告人张志某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑一年八个月，并处罚金

人民币3000元。

【法官后语】

本案处理的关键在于对被告人实行欺骗与胁迫行为的认定问题。敲诈勒索与诈骗相

比，从犯罪手段分析，诈骗是采用虚构事实或隐瞒真相的方法，导致被害人产生错误认

识，并基于错误认识而“自愿”处分财物，具有行为人获取财物的“欺骗性”与被害人处分财

物的“错误性”两个显著特征；而敲诈勒索则是以“恶害”威胁或要挟的方法造成被害人心理

上的恐惧，而被迫交付财物或提供财产性利益，具有行为人获取财物的“胁迫性”与被害人

交付财物的“非自愿性”两个显著特征。敲诈勒索的胁迫方式本身既可以是明示的，也可以

是默示的；既可以是语言，也可以是文字或者动作、举动，只要足以使被害人产生恐惧心

理即可。关于敲诈勒索罪与诈骗罪的关系：行为人仅实施欺骗行为，被害人陷入认识错误

并产生恐惧心理而处分财产的，应认定为诈骗罪；行为人仅实施胁迫行为，被害人虽陷入

一定认识错误，但完全或主要基于恐惧心理处分财产的，应认定为敲诈勒索罪；行为同时

具有欺骗与胁迫性质的，被害人仅陷入认识错误并基于认识错误处分财产，而没有产生恐

惧心理的，应认定为诈骗罪；行为同时具有欺骗与胁迫性质，对方仅产生恐惧心理并基于

恐惧心理处分财产，而没有陷入认识错误的，应认定为敲诈勒索罪；行为同时具有欺骗和

胁迫性质，被害人既陷入认识错误又产生恐惧心理，进而处分财产的，在诈骗罪与敲诈勒

索罪之间形成想象竞合，从一重罪处罚。

具体到本案中，二被告人的犯意始于“碰瓷”利用被害人酒后怕事的心理索财，遭到被

害人“不自愿”的反抗从而转向“杀人埋尸”的戏码，二人始终未放弃索财的目的。事实上，

被害人确因虚假事实陷入极度恐惧心理，在强度极高的心理强制下又收到被告人索取“安

家费”的“信号”，被迫接受要挟，而非陷入错误认识自愿处分财物。退一步讲，即便被害

人陷入恐惧心理，又同时基于认识错误进行处分财产，那么二被告人的行为是在诈骗罪与

敲诈勒索罪之间形成想象竞合，也应择一重罪以敲诈勒索定罪处罚。

编写人：浙江省永嘉县人民法院 虞玲玲

（七）故意毁坏财物罪

81. 故意毁坏财物罪与“任意损毁公私财物型” 的寻衅滋事罪之界

分

——李启某故意毁坏财物案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省汕头市濠江区人民法院（2015）汕濠法刑初字第115号刑事判决书

2.案由：故意毁坏财物罪

【基本案情】

被告人李启某因怀疑其已故父亲坟墓被翁某家族损坏，后找修坟的工人吴某从中进行

协调未果，其遂起报复念头。2015年4月10日凌晨2时许，被告人李启某酒后持大铁锤先后

到濠江区达濠街道达濠后洋四巷×号吴某家和达濠晚仔田九巷×号翁某家，对其二人住宅

的不锈钢门、卷闸门等物品进行砸打。经汕头市濠江区物价局价格认证中心鉴定，被损坏

的不锈钢门、卷闸门等物品损失总价值为10618元。

2015年4月22日14时许，被告人李启某在其址于汕头市濠江区达濠街道海旁某商场楼

上××房的家中被汕头市公安局濠江分局抓获。

【案件焦点】

被告人李启某的行为是否同时符合故意毁坏财物罪以及寻衅滋事罪的构

成要件，能否认定为故意毁坏财物罪。

【法院裁判要旨】

广东省汕头市濠江区人民法院经审理认为：被告人李启某故意毁坏他人

财物，数额较大，其行为已构成故意毁坏财物罪，依法应予惩处。公诉机关

指控被告人李启某犯故意毁坏财物罪的罪名成立。被告人李启某的辩护人辩

称本案是因民间矛盾激化引发的犯罪，且被告人到案后能如实供述自己的罪

行，具有悔罪表现，经查，上述辩护意见有事实及法律依据，本院予以采

纳。遂依照《中华人民共和国刑法》的相关规定，作出一审判决：

被告人李启某犯故意毁坏财物罪，判处拘役五个月。

【法官后语】

对于本案，有以下三种不同的看法和观点：第一种观点认为，本案被告人李启某深夜

打砸他人房屋大门的行为，严重影响公共秩序，构成寻衅滋事罪。第二种观点认为，本案

被告人李启某在怀疑其已故家父的坟墓被翁某和吴某毁坏，遂起报复之心，打砸翁某和吴

某的房屋大门，其行为构成故意毁坏财物罪。第三种观点认为，被告人李启某的一个行为

同时符合了故意毁坏财物罪以及寻衅滋事罪的构成要件，同时触犯两个罪名，属于“想象

竞合犯”，采取“从一重处断”，本案被告人李启某的行为构成寻衅滋事罪。

1.故意毁坏财物罪与寻衅滋事罪的罪名辨析

故意毁坏财物罪，是指故意毁坏公私财物，数额较大或者有其他严重情节的行为。 [[1]](#p280)

寻衅滋事罪，是指无事生非，起哄闹事，肆意挑衅，随意骚扰，破坏社会秩序的行为。 [[2]](#p280)

由于寻衅滋事罪中包含着“任意毁损、占有公私财物”的行为方式，因此任意毁损型寻衅滋

事罪与故意毁坏财物罪在诸多方面非常类似，容易出现混淆。两罪在客观方面均表现为行

为人故意损坏公私财物的行为；两罪在一定程度上侵犯的客体相同，都侵犯了公私财产的

使用权或所有权；两罪的主体相同，都是一般主体，即达到刑事责任年龄且具备刑事责任

能力的自然人；两罪在犯罪情节上都要求达到“情节严重”程度。

虽然任意损毁型寻衅滋事罪与故意毁坏财物罪有很多相同点，但是两罪有着本质上的

区别：

第一，犯罪对象的选择不同。任意损毁型的寻衅滋事罪的行为人在实施犯罪之前，对

犯罪对象并没有明确的选择，对象一般是不特定的；而故意毁坏财物罪的犯罪对象一般是

特定的。第二，所侵犯的客体不同。任意损毁型的寻衅滋事罪的犯罪行为所侵犯的客体比

较复杂，不过其主要侵犯的客体为社会公共安全和公共秩序，“包括与财产有关的社会生

活的安宁或平稳” [[3]](#p280) ；故意毁坏财物罪所侵犯的客体是公私财物的使用权或所有权。第

三，对行为人的犯罪动机要求不同。任意损毁型的寻衅滋事罪对行为人要求是出于“流氓

动机”，即寻求精神刺激、哗众取宠，以引发他人注意、填补空虚、满足畸形欲望； [[4]](#p280) 而

故意毁坏财物对犯罪动机没有具体要求，可能是出于报复、嫉妒、泄愤等。第四，主观方

面要求不同。任意损毁型的寻衅滋事罪主观上不仅是为了将财物损毁，并且具有寻求精神

刺激的目的， [[5] 达](#p280)到破坏公共秩序的效果；而故意毁坏财物罪的行为人主观上出于故

意，就是为了将财物毁损。第五，客观行为方面不同。任意损毁型的寻衅滋事罪所选定的

行为对象是随机的，一般没有具体的事情起因，多数是无事生非，或者因日常生活中的偶

发矛盾纠纷，借题发挥；而故意毁坏财物罪客观上一般都有一定的起因，行为人所选定的

行为的对象也是特定的，即与自己有特定关系的人或物；在原因力方面，寻衅滋事原因力

弱些；而故意毁坏财物等故意犯罪的原因力相对较强。

在司法实践中，一般把主观上的“流氓动机”和客观上的“无事生非”作为区分寻衅滋事

罪与故意毁坏财物罪的处理原则之一。 [[6] 同](#p280)时，考察犯罪行为是否达到足以使一个正常

坚定性的旁观者担心自己的安全，是否达到危害公共秩序，也是作为区分寻衅滋事罪与故

意毁坏财物罪的处理原则。

2.对被告人李启某的行为的定性分析

根据以上的分析，本文认为被告人李启某的行为应当构成故意毁坏财物罪而不构成寻

衅滋事罪。理由如下：

首先，被告人的行为虽然发生在被害人的家门口，但没有侵犯公共秩序。被告人毁损

被害人的房屋门窗时，已经是夜深人静，巷道并没有其他行人，只有被害人及其家中人

员。因此被告人的行为不可能引起不特定公众的安全感缺失和社会秩序的混乱。被告人的

行为所侵犯的客体只能是公私财物所有权，故不符合寻衅滋事罪的客体要求。同时，被告

人选择的犯罪对象是特定的、明确的。被告人因怀疑其已故父亲的坟墓被毁与被害人有

关，遂想找被害人翁某及吴某出气，对其进行报复，砸烂被害人的门窗等。其犯罪对象显

然是明确和具体的，而不是随机选择犯罪对象。这也决定了被告人的行为侵犯的客体只能

是公私财物所有权。

其次，从被告人李启某主观方面来看，被告人是出于发泄怒火、报复被害人翁某及吴

某的动机而采取的毁坏财物的行为。在内心中，被告人的行为属于事出有因，并不是为了

满足耍威风、取乐等不正常的精神刺激或其他不健康的心理需要，追求精神刺激，填补精

神上的空虚，即非出于“随意”“任意”的“流氓动机、目的”。

综上，本文认为，本案中被告人李启某，在怀疑其家父坟墓被毁系被害人所为而引发

矛盾，并以打砸被害人的物品以达到其报复被害人的目的，属于事出有因，不符合寻衅滋

事罪的“无事生非”的主观心态，且损坏的财物数额较大，其行为只能认定为故意毁坏财物

罪。

编写人：广东省汕头市濠江区人民法院 陈浩炳

[[1]](#p278) 王作富：《刑法分则实务研究（中）》，中国方正出版社2013年版，第1025页。

[[2]](#p278) 张明楷：《刑法学（下）》，法律出版社1997年版，第814页。

[[3]](#p279) 张明楷：《寻衅滋事罪探究（上篇）》，载《政治与法律》2008年第1期。

[[4]](#p279) 周光权：《刑法各论》，中国人民大学出版社2011年版，第320页。

[[5]](#p279) 陈兴良：《规范刑法学》，中国政法大学出版社2003年版，第407页。

[[6]](#p279) 李圭连：《寻衅滋事罪与故意毁坏财物罪的界分与适用》，载《安徽警官职业学

院学报》2014年第5期。

（八）拒不支付劳动报酬罪

82. 恶意欠薪企业丧失独立法人格，且未进行清算的，是否认定

为拒不支付劳动报酬罪单位犯罪

——何艳某拒不支付劳动报酬案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省广州市越秀区人民法院（2016）粤0104刑初969号刑事判决书

2.案由：拒不支付劳动报酬罪

【基本案情】

2014年12月，被告人何艳某作为甲公司的法定代表人，在广州市越秀区沿江东路××

号首层××号独自控制、经营该公司。2015年4月起，何艳某在有能力支付甲公司员工劳动

报酬的情况下，先后多次拖欠陈嘉某等69名员工的劳动报酬。经广州市越秀区人力资源和

社会保障局多次责令何艳某支付所拖欠的员工劳动报酬后，何艳某仍拒不支付。2015年10

月，何艳某还在未支付拖欠的甲公司员工劳动报酬的情况下，变更个人住址及联系方式，

逃避支付义务。经核查，截至2015年11月，何艳某共拖欠陈嘉某等69名公司员工的劳动报

酬共计人民币428721.53元。2016年1月8日，何艳某在广州市白云区广州大道××号401房被

公安人员抓获归案。

另查明，被告人何艳某在经营甲公司时，该公司的经营收入由其个人保管、控制。何

艳某归案至今，一直未能向司法机关提供甲公司的会计凭证、会计账簿及财务会计报告。

【案件焦点】

恶意欠薪企业由企业主完全控制，没有独立财务账册，且未进行清算

的，能否认定为拒不支付劳动报酬罪单位犯罪。

【法院裁判要旨】

广州市越秀区人民法院经审理认为：被告人何艳某有能力支付而不支付

劳动者的劳动报酬，以逃匿的方法逃避支付劳动者的劳动报酬，数额较大，

经政府有关部门责令支付后仍不支付，其行为构成拒不支付劳动报酬罪。公

诉机关指控何艳某犯拒不支付劳动报酬罪的事实清楚，证据确实、充分，罪

名成立，本院予以支持。何艳某归案后能如实供述自己的罪行且当庭认罪，

依法可予以从轻处罚。本院根据何艳某的犯罪事实、性质、情节、对社会的

危害程度和认罪态度等因素，依照《中华人民共和国刑法》第二百七十六条

之一第一款，第五十二条，第五十三条，第六十七条第三款及《最高人民法

院关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条第

二项，第三条第一款第二项，第四条，第八条之规定，判决如下：

被告人何艳某犯拒不支付劳动报酬罪，判处有期徒刑一年，并处罚金人

民币十三万元。

宣判后，被告人何艳某没有提出上诉，检察机关亦没有抗诉，判决已经

发生法律效力。

【法官后语】

拒不支付劳动报酬罪，是指以转移财产、逃匿等方法，有能力支付而不支付劳动者的

劳动报酬，数额较大，经政府有关部门责令支付仍不支付的行为。虽然本罪刑法设置了个

人犯罪及单位犯罪两种刑责形式，但纵观实务界该方面已生效判决，难以找到认定单位构

成本罪的案例，基本是以个人犯罪判处，而在案证据显示，被告人大多成立了公司，为公

司的法定代表人兼或实际经营者。在存在实体公司的情况下，恶意欠薪的主体应认定为公

司还是企业主个人，即是否认定为单位犯罪，要看股东有无滥用公司法人独立地位逃避债

务，股东利用公司独立人格规避法律义务的，应“刺破公司面纱”，直接认定股东个人犯

罪。可以从以下几方面判断股东有无滥用公司法人独立地位逃避债务：

1.涉案公司法人格是否形骸化

公司法人格形骸化是指公司与股东完全混同，使公司成为股东或另一公司的另一个自

我，或成为其代理机构和工具，以至于形成股东即公司、公司即股东的情况。判断公司法

人格是否形骸化，可以从以下两方面考虑：

（1）公司是否完全由股东控制或支配

公司作为企业法人，具有法律上的独立人格，与股东个人分属不同法律主体。股东管

理公司事务须按照公司法及公司章程规定的程序和方式进行，应受股东会等公司内设机构

的约束，不得随意将个人意愿凌驾于公司之上。对于公司与股东之间不加区分，公司与股

东合二为一的“公司”，其本质上已经丧失公司的独立法人格，此时对公司与股东再作区分

已失去意义，并可能造成股东滥用公司独立人格及自身有限责任以逃避承责，损害债权

人、被害人合法权益的恶果。本案中，甲公司的股东虽有4人，但仅被告人何艳某1人为该

公司的实际控制人和经营者，其他3名股东均为挂名股东，该公司没有设立股东会、董事

会等机构，公司上下大小事务均由何艳某一人决定，公司独立人格丧失殆尽。

（2）公司与股东之间的财产是否混同

在现实生活中，很多经商人士虽然创建了经营实体，给该经营实体冠名某某有限责任

公司，并取得国家有权部门颁发的法人资格证，但因不了解、不熟悉我国公司法，在经营

管理公司时并未严格按照公司法的规定和精神要旨，设立公司章程，开设公司账户，制作

公司账册等，导致公司财产与股东个人财产混同。虽然部分公司开设了公司账户，但股东

个人生活费用亦从该公司账户里进行收支，仍然无法区分公司财产与股东个人财产。按照

《公司法》第六十三条关于一人有限责任公司的规定，当一人有限责任公司的股东不能证

明公司财产独立于股东自己的财产时，股东应当对公司债务承担连带责任。根据该条要

旨，实际上，无论是一人有限责任公司还是普通有限责任公司，当公司财产与股东个人财

产混同时，股东都应对公司债务承担责任，即此时应“揭开公司面纱”，否认公司法人格，

追究滥用公司法人格的股东责任，实现利益补偿。本案中，被告人何艳某在成立甲公司后

虽曾编制公司财务账册，但不久后便“遗失”财务账册，且未再重新记账，公司没有独立财

务账册，在案证据无法证实公司具有独立财产，何艳某应对公司债务承担责任。

2.涉案公司有无进行清算

为保护债权人的应有利益，公司法规定了公司的清算义务，公司在无法继续经营或资

不抵债时，应进行清算，以实现最大限度内对债权人的赔偿。若因股东怠于履行清算义

务，或隐匿、毁灭账册导致公司无法进行清算，则股东应对债权人、被害人承担责任。现

实中存在大量企业主在恶意欠薪后将公司一关了事，人去楼空，不履行清算义务，不变卖

公司资产，不处理后续事宜的现象，若均认定为拒不支付劳动报酬罪单位犯罪，则可能造

成对企业主的放纵，不利于督促企业主力挽狂澜。无义务则无责任，公司的清算义务因股

东介入而中止，此时不宜再追究公司责任或者以公司责任代替股东个人责任。本案中，被

告人何艳某在欠薪后藏匿，甲公司未宣告破产，未解散清算，公司内的部分有形资产被房

东等非员工人员哄抢，直接损害了员工的合法权益，何艳某应承担相应的责任。

综上所述，恶意欠薪企业由企业主完全控制，没有独立财务账册，且没有进行清算

的，属公司与股东之间主体混同、财务混同，应视为公司法人格消失，不认定为拒不支付

劳动报酬罪单位犯罪，由股东个人直接承担刑事责任。本案中，甲公司与被告人何艳某主

体混同、财务混同，且未进行清算，甲公司徒有公司之名而无法人格之实，刑事处理应透

过现象看本质，揭开甲公司的“面纱”而暴露出公司背后的全权掌控者何艳某，由何艳某依

法承担相应刑事责任。

编写人：广东省广州市越秀区人民法院 林旭群 潘文杰

# Document Outline

* [书名页](#p3)
* [版权页](#p3)
* [序](#p5)
* [目录](#p7)
* [一、侵犯公民人身权利、民主权利罪](#p11)
  + [（一）故意杀人罪](#p11)
    - [1.故意杀人罪的犯意推定](#p11)
  + [（二）过失致人死亡罪](#p16)
    - [2.暴力程度较轻的伤害行为致人死亡案件的定性分析](#p16)
    - [3.被害人拉拽车门被碾压致死应定性为故意杀人罪、故意伤害罪还是过失致人死亡罪](#p18)
    - [4.暴力行为诱发被害人疾病致人死亡的行为如何定性](#p22)
    - [5.实施一般殴打行为致人摔倒后死亡的定性](#p25)
    - [6.发生冲突但并未产生肢体接触致他人死亡如何认定](#p28)
    - [7.过失致人死亡罪与重大责任事故罪的区别与联系](#p30)
  + [（三）故意伤害罪](#p34)
    - [8.被告人主观恶意及社会危害性的因素，在具体量刑情节中的适用](#p34)
    - [9.故意伤害致死与故意杀人既遂在司法实践中的区分](#p36)
    - [10.轻微暴力致人死亡构成故意伤害罪的判断](#p39)
    - [11.故意伤害罪（致死）与过失致人死亡罪的区分](#p44)
    - [12.打击错误致人死亡应该如何定罪处罚](#p46)
    - [13.间接伤害行为的定性](#p48)
  + [（四）过失致人重伤罪](#p53)
    - [14.无证驾驶内燃观光车发生交通事故致人重伤的罪名认定](#p53)
  + [（五）强奸罪](#p56)
    - [15.关于强奸罪中“违背妇女意志”的认定](#p56)
    - [16.恋爱期间女方反悔，男方使用暴力与之发生性关系的定性](#p59)
    - [17.强奸罪中胁迫程度的认定标准](#p63)
    - [18.幼女自愿与第一人发生性行为后被第二人强奸是否构成轮奸](#p66)
    - [19.主观放弃和客观阻碍交叉，如何认定强奸犯罪形态](#p70)
  + [（六）强制猥亵罪](#p75)
    - [20.无证据与“一对一”证据相互印证时如何处理](#p75)
  + [（七）绑架罪](#p79)
    - [21.挟持近亲属的行为是否可以构成绑架罪](#p79)
  + [（八）非法拘禁罪](#p83)
    - [22.非法拘禁他人并要求写下欠条构成何罪](#p83)
    - [23.非法拘禁致人死亡的司法认定](#p86)
  + [（九）其他](#p91)
    - [24.购买公民个人驾驶信息，为车辆违章人员处理违章从中牟利如何定罪](#p91)
    - [25.以组织未成年人进行有偿陪侍为目的的非法限制人身自由行为的认定分析](#p93)
* [二、侵犯财产罪](#p96)
  + [（一）抢劫罪](#p96)
    - [26.根据GPS追到被抢夺车辆遇暴力抗拒抓捕，是否属于转化型抢劫罪中的“当场”](#p96)
    - [27.殴打他人滋事过程中，当场取走他人财物的定性](#p99)
    - [28.以被害人“诈赌”为由强行索要财物的行为构成抢劫罪](#p103)
    - [29.以犯意、时间、地点的同一性来判定抢劫犯罪的“连续性”](#p107)
    - [30.谎称嫖娼进入卖淫女居住房间实施抢劫行为的认定](#p110)
    - [31.入户抢劫的限制解释](#p113)
    - [32.在抢劫逃跑过程中入户劫取用于逃跑的交通工具构成一次入户抢劫](#p117)
    - [33.转化型抢劫未遂的分析](#p120)
    - [34.转化型抢劫罪中的须鉴定人出庭作证的情形](#p123)
    - [35.先行行为既遂与否不影响转化型抢劫的成立](#p127)
    - [36.用于放租的空置房屋能否认定为“入户抢劫”之“户”](#p129)
  + [（二）盗窃罪](#p132)
    - [37.秘密向储值卡充值并部分消费的犯罪数额认定](#p132)
    - [38.盗打彩票的性质认定](#p134)
    - [39.犯罪既遂后退赃不应影响行为定性](#p138)
    - [40.财物保管人以虚构事实秘密窃取他人财物的行为应认定为盗窃罪](#p140)
    - [41.“消费型”网络盗窃犯罪的认定](#p143)
    - [42.盗窃案件中“非法占有目的”的认定](#p146)
    - [43.网络盗窃犯罪形态的认定标准](#p150)
    - [44.盗窃后为抗拒抓捕当场使用暴力时暴力程度对转化抢劫犯罪的影响](#p152)
    - [45.盗窃手机后使用手机网银消费行为的定性](#p154)
    - [46.窃取电信公司内部宽带账户转卖构成何种罪名？](#p158)
    - [47.缺少被告人供述的情况下如何认定共同犯罪的事前通谋](#p162)
    - [48.房东从家里捡到租客的财物该如何定性](#p166)
    - [49.拾得手机后使用支付功能进行消费如何定性](#p169)
    - [50.实施盗窃后将赃物藏匿于盗窃现场是否构成盗窃既遂](#p171)
    - [51.支付宝作为第三方交易平台的网购中对调包行为的认定](#p174)
  + [（三）诈骗罪](#p177)
    - [52.被害人与案外人达成协议是否影响犯罪既遂及犯罪金额认定](#p177)
    - [53.共谋并共享资源分头实施电信诈骗犯罪数额按照团伙全部罪行认定](#p180)
    - [54.“网络关键词”诈骗犯罪中签订合同对行为定性的影响](#p184)
    - [55.诈骗共同犯罪中主犯的认定](#p187)
    - [56.“租车质押借款型”诈骗对象的认定](#p191)
    - [57.出具欠条能否阻却诈骗罪的成立](#p193)
    - [58.利用伪基站设备实施诈骗，竞合情况下如何认定罪名](#p196)
    - [59.租车类诈骗行为不符合合同诈骗罪的构成要件](#p199)
    - [60.非法充值并使用电子消费卡行为的定性](#p202)
    - [61.连环诈骗中诈骗数额如何认定](#p206)
    - [62.案发前已支付的利息应从诈骗数额中扣除](#p210)
    - [63.重婚与诈骗行为交叉案件中罪名的认定](#p213)
    - [64.对团伙“碰瓷”行为的要件分析](#p217)
    - [65.受他人之雇使用“伪基站”发送诈骗短信行为的定性](#p221)
    - [66.民间借贷、合同诈骗罪及诈骗罪的区分](#p225)
    - [67.如何分辨行为人占有货款前是否具有非法占有目的](#p229)
    - [68.销售型电信诈骗的定性](#p232)
    - [69.虚拟财产是否具有经济价值](#p237)
    - [70.使用“伪基站”设备发送诈骗短信构成诈骗罪](#p239)
    - [71.诈骗案件行为人的主观故意如何分析认定](#p242)
  + [（四）职务侵占罪](#p247)
    - [72.职务侵占罪的主体条件如何认定](#p247)
  + [（五）挪用资金罪](#p251)
    - [73.村民小组长挪用征地补偿款是否构成挪用公款罪](#p251)
    - [74.国家出资企业中的国家工作人员身份如何认定](#p253)
    - [75.农村集体组织人员挪用征地补偿款应如何定性](#p256)
  + [（六）敲诈勒索罪](#p260)
    - [76.以非法拘禁、轻微殴打手段索要财物行为的性质](#p260)
    - [77.定罪应结合具体案情，不能孤立地从犯罪构成要件角度评价](#p264)
    - [78.因经济纠纷引发的敲诈勒索案件中非法占有目的的认定及敲诈勒索既有既遂，又有未遂情况下如何量](#p267)
    - [79.数额犯罪案件中既未遂共存且均单处成罪的量刑](#p270)
    - [80.虚构事实致被害人产生恐惧心理下的索财行为的定性](#p273)
  + [（七）故意毁坏财物罪](#p277)
    - [81.故意毁坏财物罪与“任意损毁公私财物型”的寻衅滋事罪之界分](#p277)
  + [（八）拒不支付劳动报酬罪](#p281)
    - [82.恶意欠薪企业丧失独立法人格，且未进行清算的，是否认定为拒不支付劳动报酬罪单位犯罪](#p281)