# Table of Contents

[书名页](#p2)

[版权页](#p3)

[序](#p5)

[目录](#p8)

[一、侵犯公民人身权利、民主权利罪](#p13)

[（一）故意杀人罪](#p13)

[1 轻型危害结果情况下故意杀人罪的认定](#p13)

[2 未遂形态下被告人对他人死亡后果的主观认定](#p16)

[3 被害人有明显过错应作为对被告人从轻处罚情节](#p20)

[4 因恋爱杀人行为的认定](#p25)

[（二）过失致人死亡罪](#p30)

[5 交通肇事罪与过失致人死亡罪的区分](#p30)

[6 客观归责理论在过失致人死亡案件中的适用](#p33)

[7 轻微暴力致人死于心脏病的行为定性分析](#p40)

[（三）故意伤害罪](#p45)

[8 故意伤害与正当防卫的区分](#p45)

[9 被害人在追溯期限内提出控告、公安机关应当立案而不予立案的，不受追诉期限的限制](#p48)

[10 教唆犯中实行过限的认定](#p56)

[11 故意伤害案件中疑罪从无的适用](#p60)

[12 在防卫人住处制止正在进行的严重暴力犯罪的行为应认定为特殊防卫](#p63)

[13 自动投案时供述避重就轻的不应认定为自首](#p68)

[14 夫妻间故意伤害案件的量刑考量](#p71)

[（四）过失致人重伤罪](#p76)

[15 被告人危险驾驶的行为造成被害人重伤不构成以危险方法危害公共安全罪](#p76)

[（五）强奸罪](#p81)

[16 关于强奸罪中“违背妇女意志”的认定](#p81)

[17 强奸案中仅有间接证据是否可以定罪](#p84)

[18 共同强奸均未遂不构成轮奸](#p89)

[19 特殊关系强奸案中缓刑的适用](#p95)

[20 性侵未成年人“零口供”案件的证据标准](#p99)

[21 父亲多次强奸亲生女儿应认定为属于强奸罪中“情节恶劣”的情形](#p104)

[22 强奸罪中奸淫幼女“情节恶劣”的认定](#p110)

[23 强奸罪中“情节恶劣”的认定](#p114)

[（六）强制猥亵罪](#p120)

[24 猥亵行为本身亦是强制行为的强制猥亵罪认定](#p120)

[（七）非法拘禁罪](#p125)

[25 非法拘禁罪与绑架罪的区别](#p125)

[26 对他人的活动范围进行了具有明确指向性限定的是否构成非法拘禁罪](#p127)

[27 非法拘禁罪和敲诈勒索罪的数罪并罚问题](#p132)

[（八）侵犯公民个人信息罪](#p137)

[28 为实施电信诈骗而获取的公民个人信息该如何认定](#p137)

[29 侵犯公民信息犯罪中入罪标准的认定](#p144)

[30 侵犯公民个人信息罪中个人信息界定及情节认定](#p149)

[二、侵犯财产罪](#p157)

[（一）抢劫罪](#p157)

[31 抢劫数额巨大的承兑汇票未贴现的行为如何认定](#p157)

[32 暴力手段抢劫过程中“逼迫打欠条”行为应如何定性](#p162)

[33 盗窃少量财物后以暴力抗拒抓捕的行为定性分析](#p166)

[34 行为人采用轻微暴力劫取被害人财物行为的认定](#p172)

[35 后续介入的“转化型抢劫”的认定](#p176)

[36 区分抢劫罪与敲诈勒索罪的“两个当场”标准](#p179)

[37 如何适用《两抢意见》第五条的兜底条款认定盗窃行为转化为抢劫罪](#p184)

[38 出质人以暴力手段抢回质押物行为的定性和数额认定](#p188)

[（二）抢夺罪](#p194)

[39 抢夺罪中“夺取他人财物时因被害人不放手而强行夺取的”认定](#p194)

[（三）盗窃罪](#p200)

[40 利用系统漏洞恶意“抢红包”是否构成盗窃罪](#p200)

[41 挂失并取走本人银行卡内他人款项行为的定性](#p203)

[42 使用他人遗忘在ATM机内银行卡取钱之行为认定](#p208)

[43 擅自处分他人财物，让不知情第三人收购行为的性质分析](#p212)

[44 通过受害人的微信给自己充话费等侵犯财产行为性质的认定](#p216)

[45 微信盗刷行为的性质认定](#p218)

[46 骗取他人银行卡号及密码以窃取他人财物行为性质的认定](#p224)

[47 履行职务完成后被告人“顺手牵羊”行为的认定](#p228)

[48 公司员工窃取公司财物应认定盗窃罪还是职务侵占罪](#p232)

[49 采用破坏性手段盗窃财物的行为如何认定](#p236)

[50 持卡人将已出售的信用卡内钱款非法占为己有行为性质的认定](#p241)

[51 从他人遗留于ATM机内已通过身份识别的卡上取款的行为应如何定性](#p248)

[52 共享单车发生全损时其损失价格的认定](#p252)

[53 入户盗窃罪中既遂的认定](#p258)

[54 扒窃未得逞行为的定性和证明标准](#p260)

[55 盗窃犯罪所使用的车辆是否应作为作案工具予以没收](#p266)

[（四）诈骗罪](#p272)

[56 疫情防控期间对诈骗案件的网络远程审判](#p272)

[57 非法占有目的在诈骗罪中的认定](#p277)

[58 虚构事实唆使他人挪用资金行为的性质认定](#p281)

[59 诈骗罪中主、从犯的认定](#p286)

[60 冒充微博“大V”股票评析师，向“粉丝”推荐股票营利行为性质分析](#p291)

[61 “明知他人实施电信网络诈骗”中“明知”的认定](#p295)

[62 骗取临时保管人“自愿”交付涉案财物行为性质的认定](#p300)

[63 网店刷单失败，“刷单掮客”是否构成诈骗犯罪](#p304)

[64 未实施与合同内容相关的经济活动，合同仅作为其实施诈骗的一种手段，应认定为诈骗罪](#p307)

[65 以欺骗方式取得的廉租房使用权是否属于《刑法》第二百六十六条规定的“财物”](#p311)

[66 以诈赌手法获取他人部分财物并签署借条的行为性质认定及金额认定](#p314)

[67 诈骗罪与合同诈骗罪的区分](#p320)

[68 诈骗罪与合同诈骗罪的区分](#p323)

[69 对网上购买的商品“调包”后退货骗取货款的行为应当认定为盗窃罪还是诈骗罪](#p327)

[70 诈骗罪与集资诈骗罪的认定界限](#p331)

[71 诈骗数额的认定及区分](#p335)

[72 诈骗罪的构成和认定](#p339)

[73 电信网络诈骗罪犯罪数额的认定](#p344)

[74 诈骗案如何认定签订合同过程中是否存在关联的第三人](#p349)

[75 对非法占有目的的辩解是否影响如实供述的成立](#p353)

[76 诈骗罪中主从犯的认定与量刑](#p358)

[（五）职务侵占罪](#p363)

[77 帮助他人删除因侵占单位资金在计算机信息系统中产生的存款异常数据的行为性质认定](#p363)

[（六）挪用资金罪](#p369)

[78 村民小组组长能否构成挪用资金罪犯罪主体](#p369)

[79 国有企业改制情形下挪用型犯罪的定性](#p373)

[（七）敲诈勒索罪](#p379)

[80 抢劫罪与敲诈勒索罪的区分与认定](#p379)

[81 “知假买假”型敲诈勒索罪中被告人主观故意的认定](#p383)

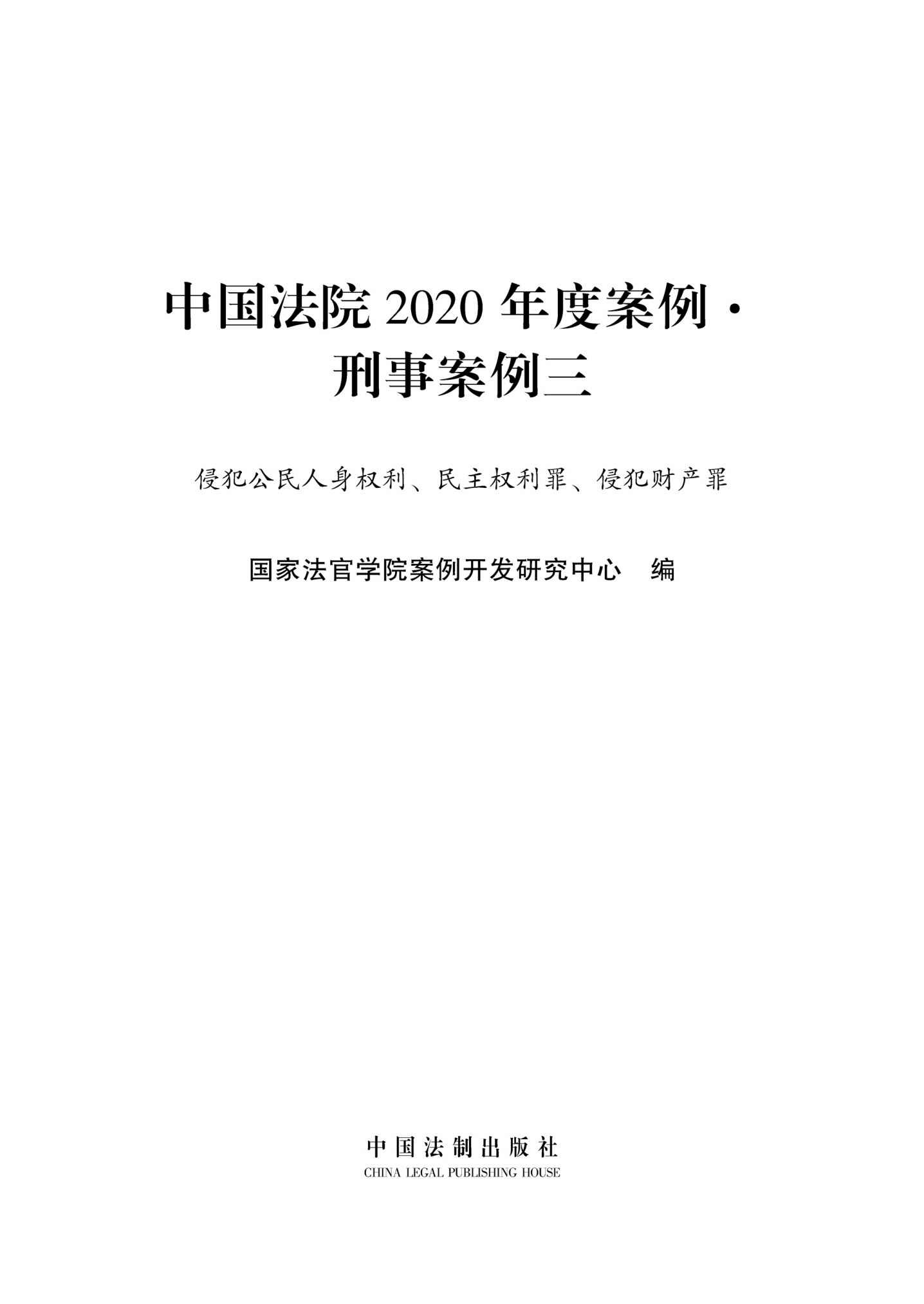
[（八）拒不支付劳动报酬罪](#p389)

[82 拒不支付劳动报酬罪与劳务合同纠纷之鉴别](#p389)

[83 拒不支付劳动报酬罪责任主体的法律认定](#p394)

[中国法院2012～2020年度案例系列](#p399)





图书在版编目（CIP）数据

中国法院2020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，最高人民法院司法案例研究院编.—

北京：中国法制出版社，2020.4

ISBN 978-7-5216-0927-1

Ⅰ.①中…

Ⅱ.①国…②最…

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（2020）第034107号

策划编辑：李小草（lixiaocao2008@sina.cn）

责任编辑：王熹（wx2015hi@sina.com）　　　　封面设计：温培

英 李宁

中国法院2020年度案例·刑事案例三

ZHONGGUO FAYUAN 2020 NIANDU ANLI·XINGSHI ANLI SAN

编者/国家法官学院，最高人民法院司法案例研究院

经销/新华书店

印刷/

开本/730毫米×1030毫米 16开　　　印张/18.75 字数/249千

版次/2020年4月第1版　　　　　　　　2020年4月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5216-0927-1　　　　　　　　　　　定价：65.00

元

北京西单横二条2号

邮政编码

100031　　　　　　　　　　　　　　　传真：010-

66031119

网址：http：//www.zgfzs.com　　　　编辑部电话：010-66010493

市场营销部电话：010-66033393　　　 邮购部电话：010-66033288

（如有印装质量问题，请与本社印务部联系调换。电话：010-66032926）

序

坚持和完善中国特色社会主义法治体系，是党的十九届四中全会作

出的一项重要部署。作为其核心组成部分，高效的法治实施体系所要实

现的就是让静态的法律制度在实践中得到良好实施。《中国法院年度案

例》丛书的价值追求，即公开精品案例，研究案例所体现的裁判方法和

价值理念，提炼裁判规则，助推司法标准统一。

《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

版的一套大型年度案例丛书。丛书由国家法官学院案例开发研究中心具

体承担编辑工作，每年年初定期出版。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。作为一种全新的案例研究产品，

《中国法院年度案例》丛书旨在加强完善中国特色案例指导制度，探索

编辑案例的新方法、新模式，以弥补当前各种案例出版物的不足。该丛

书2012～2019年已连续出版8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执行工作的发展进程，顺应审判执

行实践的需要，响应读者需求，2014年度新增3个分册即金融纠纷、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，2018年度、2019年度将刑事案例扩充为4个分册。现国家法官学

院及时编撰推出《中国法院2020年度案例》系列丛书，共23册。

当前市面上的案例丛书百花齐放，又有裁判文书网，可以查询各级

法院、各类的裁判文书，还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，各具特色。而《中国法院年度案例》丛书

则以开放务实的态度、简洁明快的风格，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

审结的典型案例近万件，使该丛书有广泛的选编基础，可提供给读者新

近发生的全国各地多种类型的代表性案例。二是方便检索。为体现以读

者为本，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，迅速找到目标案例。

中国法制出版社始终全力支持《中国法院年度案例》丛书的出版，

给了作者和编辑们巨大的鼓励。2018年、2019年连续推出数据库增值服

务，2020年继续提供数据库增值服务并充实完善数据内容。购买本书，

扫描前勒口二维码，即可在本年度免费查阅往年同类案例数据库。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

中也难以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，不断扩大案例

研究领域，实现中国特色案例研究事业新发展。

从今年起，《中国法院年度案例》改由国家法官学院与最高人民法

院司法案例研究院共同编辑。最高人民法院司法案例研究院是中编办批

准设置的最高人民法院的司法案例专门研究机构，与国家法官学院合署

办公，在最高人民法院领导下，秉持服务司法审判实践、经济社会发

展、法学教育研究、中外法学交流、法治中国建设的办院宗旨，坚

持“服务、创新、合作、开放、共享”工作原则，依托国家法官学院开展

司法案例的收集、生成、研究、发布和国际交流工作。司法案例研究院

的加入，必将使本套丛书的编辑力量更加壮大，案例质量将进一步提

升。

国家法官学院副院长

最高人民法院司法案例研究院负责人

[一、侵犯公民人身权利、民主权利罪](#p13)

[（一）故意杀人罪](#p13)

[1 轻型危害结果情况下故意杀人罪的认定](#p13)

[2 未遂形态下被告人对他人死亡后果的主观认定](#p16)

[3 被害人有明显过错应作为对被告人从轻处罚情节](#p20)

[4 因恋爱杀人行为的认定](#p25)

[（二）过失致人死亡罪](#p30)

[5 交通肇事罪与过失致人死亡罪的区分](#p30)

[6 客观归责理论在过失致人死亡案件中的适用](#p33)

[7 轻微暴力致人死于心脏病的行为定性分析](#p40)

[（三）故意伤害罪](#p45)

[8 故意伤害与正当防卫的区分](#p45)

[9 被害人在追溯期限内提出控告、公安机关应当立案而不](#p48)

[予立案的，不受追诉期限的限制](#p48)

[10 教唆犯中实行过限的认定](#p56)

[11 故意伤害案件中疑罪从无的适用](#p60)

[12](#p63)

[在防卫人住处制止正在进行的严重暴力犯罪的行为应](#p63)

[认定为特殊防卫](#p63)

[13 自动投案时供述避重就轻的不应认定为自首](#p68)

[14 夫妻间故意伤害案件的量刑考量](#p71)

[（四）过失致人重伤罪](#p76)

[15](#p76)

[被告人危险驾驶的行为造成被害人重伤不构成以危险](#p76)

[方法危害公共安全罪](#p76)

[（五）强奸罪](#p81)

[16 关于强奸罪中“违背妇女意志”的认定](#p81)

[17 强奸案中仅有间接证据是否可以定罪](#p84)

[18 共同强奸均未遂不构成轮奸](#p89)

[19 特殊关系强奸案中缓刑的适用](#p95)

[20 性侵未成年人“零口供”案件的证据标准](#p99)

[21 父亲多次强奸亲生女儿应认定为属于强奸罪中“情节恶](#p104)

[劣”的情形](#p104)

[22 强奸罪中奸淫幼女“情节恶劣”的认定](#p110)

[23 强奸罪中“情节恶劣”的认定](#p114)

[（六）强制猥亵罪](#p120)

[24 猥亵行为本身亦是强制行为的强制猥亵罪认定](#p120)

[（七）非法拘禁罪](#p125)

[25 非法拘禁罪与绑架罪的区别](#p125)

[26](#p127)

[对他人的活动范围进行了具有明确指向性限定的是否](#p127)

[构成非法拘禁罪](#p127)

[27 非法拘禁罪和敲诈勒索罪的数罪并罚问题](#p132)

[（八）侵犯公民个人信息罪](#p137)

[28 为实施电信诈骗而获取的公民个人信息该如何认定](#p137)

[29 侵犯公民信息犯罪中入罪标准的认定](#p144)

[30 侵犯公民个人信息罪中个人信息界定及情节认定](#p149)

[二、侵犯财产罪](#p157)

[（一）抢劫罪](#p157)

[31 抢劫数额巨大的承兑汇票未贴现的行为如何认定](#p157)

[32 暴力手段抢劫过程中“逼迫打欠条”行为应如何定性](#p162)

[33 盗窃少量财物后以暴力抗拒抓捕的行为定性分析](#p166)

[34 行为人采用轻微暴力劫取被害人财物行为的认定](#p172)

[35 后续介入的“转化型抢劫”的认定](#p176)

[36 区分抢劫罪与敲诈勒索罪的“两个当场”标准](#p179)

[37](#p184)

[如何适用《两抢意见》第五条的兜底条款认定盗窃行](#p184)

为转化为抢劫罪

[38 出质人以暴力手段抢回质押物行为的定性和数额认定](#p188)

[（二）抢夺罪](#p194)

[39 抢夺罪中“夺取他人财物时因被害人不放手而强行夺取](#p194)

[的”认定](#p194)

[（三）盗窃罪](#p200)

[40 利用系统漏洞恶意“抢红包”是否构成盗窃罪](#p200)

[41 挂失并取走本人银行卡内他人款项行为的定性](#p203)

[42 使用他人遗忘在ATM机内银行卡取钱之行为认定](#p208)

[43](#p212)

[擅自处分他人财物，让不知情第三人收购行为的性质](#p212)

[分析](#p212)

[44](#p216)

[通过受害人的微信给自己充话费等侵犯财产行为性质](#p216)

[的认定](#p216)

[45 微信盗刷行为的性质认定](#p218)

[46](#p224)

[骗取他人银行卡号及密码以窃取他人财物行为性质的](#p224)

[认定](#p224)

[47 履行职务完成后被告人“顺手牵羊”行为的认定](#p228)

[48 公司员工窃取公司财物应认定盗窃罪还是职务侵占罪](#p232)

[49 采用破坏性手段盗窃财物的行为如何认定](#p236)

[50](#p241)

[持卡人将已出售的信用卡内钱款非法占为己有行为性](#p241)

[质的认定](#p241)

[51 从他人遗留于ATM机内已通过身份识别的卡上取款的](#p248)

[行为应如何定性](#p248)

[52 共享单车发生全损时其损失价格的认定](#p252)

[53 入户盗窃罪中既遂的认定](#p258)

[54 扒窃未得逞行为的定性和证明标准](#p260)

[55 盗窃犯罪所使用的车辆是否应作为作案工具予以没收](#p266)

[（四）诈骗罪](#p272)

[56 疫情防控期间对诈骗案件的网络远程审判](#p272)

[57 非法占有目的在诈骗罪中的认定](#p277)

[58 虚构事实唆使他人挪用资金行为的性质认定](#p281)

[59 诈骗罪中主、从犯的认定](#p286)

[60 冒充微博“大V”股票评析师，向“粉丝”推荐股票营利行](#p291)

[为性质分析](#p291)

[61 “明知他人实施电信网络诈骗”中“明知”的认定](#p295)

[62 骗取临时保管人“自愿”交付涉案财物行为性质的认定](#p300)

[63 网店刷单失败，“刷单掮客”是否构成诈骗犯罪](#p304)

[64](#p307)

[未实施与合同内容相关的经济活动，合同仅作为其实](#p307)

[施诈骗的一种手段，应认定为诈骗罪](#p307)

[65](#p311)

[以欺骗方式取得的廉租房使用权是否属于《刑法》第](#p311)

[二百六十六条规定的“财物”](#p311)

[66](#p314)

[以诈赌手法获取他人部分财物并签署借条的行为性质](#p314)

[认定及金额认定](#p314)

[67 诈骗罪与合同诈骗罪的区分](#p320)

[68 诈骗罪与合同诈骗罪的区分](#p323)

[69 对网上购买的商品“调包”后退货骗取货款的行为应当认](#p327)

[定为盗窃罪还是诈骗罪](#p327)

[70 诈骗罪与集资诈骗罪的认定界限](#p331)

[71 诈骗数额的认定及区分](#p335)

[72 诈骗罪的构成和认定](#p339)

[73 电信网络诈骗罪犯罪数额的认定](#p344)

[74](#p349)

[诈骗案如何认定签订合同过程中是否存在关联的第三](#p349)

[人](#p349)

[75 对非法占有目的的辩解是否影响如实供述的成立](#p353)

[76 诈骗罪中主从犯的认定与量刑](#p358)

[（五）职务侵占罪](#p363)

[77](#p363)

[帮助他人删除因侵占单位资金在计算机信息系统中产](#p363)

[生的存款异常数据的行为性质认定](#p363)

[（六）挪用资金罪](#p369)

[78 村民小组组长能否构成挪用资金罪犯罪主体](#p369)

[79 国有企业改制情形下挪用型犯罪的定性](#p373)

[（七）敲诈勒索罪](#p379)

[80 抢劫罪与敲诈勒索罪的区分与认定](#p379)

[81 “知假买假”型敲诈勒索罪中被告人主观故意的认定](#p383)

[（八）拒不支付劳动报酬罪](#p389)

[82 拒不支付劳动报酬罪与劳务合同纠纷之鉴别](#p389)

[83 拒不支付劳动报酬罪责任主体的法律认定](#p394)

一、侵犯公民人身权利、民主权利

罪

（一）故意杀人罪

1 轻型危害结果情况下故意杀人罪的认定

——梁某故意杀人案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市西城区人民法院（2018）京0102刑初182号刑事判决书

2.案由：故意杀人罪

【基本案情】

被告人梁某于2016年6月19日10时许，在北京市西城区某胡同本人

经营的报刊亭内，因存在矛盾与被害人王某发生口角、肢体冲突，被告

人梁某持金属刀扎入被害人王某后颈部。后被告人梁某于当日被民警抓

获。经鉴定，被害人王某身体所受损伤程度为轻微伤。

【案件焦点】

在故意杀人犯罪中，犯罪行为仅造成轻微危害后果的，如何根据在

案证据定罪，认定犯罪形态，并确定量刑幅度。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院经审理认为，本案被告人梁某使用金属刀扎

入被害人王某的后颈部深达10厘米，从该客观行为来看被告人主观目的

就是想剥夺被害人的生命。因为被告人作为正常的成年人应当意识到用

尖刀扎入被害人后颈部这一要害部位会导致被害人的死亡。可见，被告

人梁某主观上有杀人的故意，客观上实施了杀人的行为，主、客观相一

致，符合故意杀人罪的构成要件，其行为应当构成故意杀人罪。关于被

告人梁某的辩护人所提的梁某的行为属于故意杀人罪犯罪中止辩护意

见，经查，本案中被告人梁某在扎了被害人王某一刀后被现场证人曹某

发现，曹某立刻对梁某进行制止并报警，在此情况下梁某虽然没有再对

被害人行凶，但也没有及时叫救护车对被害人进行抢救，说明其对被害

人是否死亡的后果采取一种漠不关心的态度，可见被告人并非是主动放

弃犯罪而是被动地不再行凶，不符合犯罪中止形态的特征，故对该辩护

意见不予采纳。被告人梁某故意杀人的行为，侵犯了公民的生命权利，

已构成故意杀人罪，且情节较轻，依法应予以惩处。

北京市西城区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百三十二

条、第二十三条第一、二款、第六十一条之规定，作出如下判决：

被告人梁某犯故意杀人罪，判处有期徒刑四年。

【法官后语】

1.被告人梁某的行为是否构成故意杀人罪

被告人梁某当庭辩解称其只是想教训被害人并没有想杀死被害人。

客观方面是认定和分析犯罪主观要件的重要依据，是主观要件的外化，

通过对行为人客观外在活动的考察，可以确定行为人的主观意图。从客

观方面看，本案中，被告人梁某将被害人王某推倒在地后，将金属刀具

用作作案工具，刺扎的对象选择了人体要害部位——后颈部，刀刃整个

都扎进去且深达10厘米，说明其使用的力度很大。虽然被告人梁某不承

认杀人，但从其客观行为来看就是想剥夺被害人的生命。因为被告人梁

某是正常的成年人，其应当意识到用尖刀扎入被害人脖子这一要害部位

会导致被害人的死亡。梁某不但用刀扎被害人的脖子而且是用力扎，可

见梁某就是想致被害人于死地。

此外，从其作案时和作案后的一些言语可以推断出其故意杀人的目

的：梁某在公安机关也多次供述称“我当时就想扎死他”“王某平时总是

骂我，我忍无可忍就是想弄死他”“我想扎死他就扎死他吧，我自己活着

也很累，我有股骨头坏死，折磨多年一直没有治好，活得真的没啥意

思”等。可见，被告人梁某主观上有杀人的故意，客观上实施了杀人的

行为，主客观相一致，符合故意杀人的构成要件，其行为应构成故意杀

人罪。

2.被告人梁某是犯罪未遂还是犯罪中止

故意杀人罪在主观方面必须有杀人的故意，包括直接故意和间接故

意。直接故意杀人有未遂，间接故意杀人则不存在未遂问题。本案的辩

护人认为梁某是犯罪中止，理由是梁某本可以再用刀扎被害人王某，但

却主动放弃，并且在现场等待民警到来，没有逃离现场。

犯罪未遂是指已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而

未得逞。犯罪中止是指在犯罪过程中，自动放弃犯罪或者自动有效地防

止犯罪结果发生的。

本案中被告人使用金属刀具扎入被害人的要害部位，不但是已经着

手实施犯罪，而且犯罪行为已经完成了。被害人之所以没有死，并不是

被告人希望的结果，而是因为刀具沿颈后中部斜刺入左颈前，未穿破皮

肤，未伤及颈部重要血管及神经，未伤及食管、气管等重要器官，后经

医生的紧急抢救才保住了性命。说简单些就是刀扎得比较“寸”——没有

伤到重要器官，被害人“命大”，这种情况是被告人无法预料的是意志以

外的因素。另外，梁某扎王某时，证人曹某正好在现场，见此情况立刻

制止并报警，梁某也没有机会再实施伤害。梁某在扎了人后等待民警的

过程中没有积极呼叫救护车对王某进行紧急抢救，其主观心态还是在追

求被害人的死亡，没有放弃想要被害人死亡的念头，不属于自动放弃犯

罪，不能认定犯罪中止，而应当认定犯罪未遂。

3.被告人梁某的行为能否认定情节较轻

关于故意杀人罪“情节较轻”没有相应的司法解释。司法实践中一般

是指防卫过当致人死亡的，出于义愤杀人的，因受被害人的长期迫害而

杀人的等。本案中，被告人梁某没有预谋，出于激情杀人，被害人的伤

害后果为轻微伤，可以认定情节较轻，可以在三年以上十年以下量刑。

编写人：北京市西城区人民法院 马越 冀敏

2 未遂形态下被告人对他人死亡后果的主观认定

——陈某故意杀人案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市昌平区人民法院（2018）京0114刑初679号刑事判决书

2.案由：故意杀人罪

【基本案情】

2018年4月30日晚，被告人陈某在北京市昌平区兴寿镇西营村一饭

馆与被害人郝某吃饭期间，因饮酒一事发生矛盾，后二人回到西新城村

虎振门业公司宿舍。5月1日凌晨1时许，被告人陈某趁郝某在床上睡觉

之际，持宿舍内的尖嘴钳扎郝某头部多下，后欲再次持砖头殴打郝某时

被他人拦下。经鉴定，本次外伤致郝某左侧颞骨凹陷性骨折、脑挫裂伤

等损伤，损伤程度符合轻伤一级。

案发后，被告人陈某报警称自己杀人了并在现场等候。2018年8月

27日，被告人陈某的亲属与被害人郝某达成赔偿协议并履行，被害人郝

某对被告人陈某予以谅解。

北京市昌平区人民检察院指控被告人陈某犯故意杀人罪。陈某及其

辩护人对指控事实基本无异议，但认为指控罪名不当。被告人没有杀人

动机，只想教训对方，在作案工具选择上不存在蓄谋，且致害行为有节

制，案发后积极救助被害人，主观上缺乏追求被害人死亡的积极因素，

客观上仅造成轻伤后果，间接故意杀人不存在未遂形态，故应以被告人

行为造成实际损害的结果定性其危害行为，认定陈某构成故意伤害罪。

【案件焦点】

未发生被害人死亡结果情形下，如何根据在案证据认定被告人行凶

时对死亡结果所持心态，被告人陈某的行为构成故意杀人罪还是故意伤

害罪。

【法院裁判要旨】

北京市昌平区人民法院经审理认为，被告人陈某及其辩护人对本案

应定性故意伤害罪的意见，经查证，在案有陈某的供述，多名证人证言

以及“110”接警单等证据相互印证，足以证明以下事实：首先，被告人

陈某作为正常成年人，在认识因素上应当预见到被害人在熟睡状态下丧

失反抗能力，用铁钳尖嘴部位反复多次扎进头部可能会发生他人死亡的

结果；其次，被告人陈某趁被害人熟睡持尖嘴钳反复多次扎进对方头部

致伤，在明知被害人伤重倒地时称“下辈子再偿还”，但见被害人清醒后

为继续泄愤仍欲二次行凶被他人拦下，后主动报警称“我杀人了”；对死

亡结果的意志因素认定，应坚持主客观相一致原则，上述事实足以证明

陈某实施报复时具有剥夺他人生命的直接故意，被告人及辩护人的意见

事实及法律依据不足，不予采纳。被告人陈某故意非法剥夺他人生命，

其行为已构成故意杀人罪，依法应予惩处。陈某具有犯罪未遂、自首、

事后救助、赔偿并取得被害人谅解等情节，依法予以减轻处罚。

北京市昌平区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百三十二

条，第二十三条，第六十七条第一款，第六十一条，第六十四条，作出

判决如下：

一、被告人陈某犯故意杀人罪，判处有期徒刑四年；

二、在案扣押被告人陈某的作案工具钳子一把、砖头一块，予以没

收。

被告人陈某未提起上诉，上述判决已于上诉期满后生效。

【法官后语】

本案认定难点在于法律适用，应认定被告人的行为构成故意杀人罪

还是故意伤害罪？这也是控辩双方争议焦点问题。根据《刑法》规定，

故意杀人是指故意非法剥夺他人生命，故意伤害是指故意非法损害他人

身体健康。故意杀人罪（未发生被害人死亡结果）与故意伤害罪在客观

上均表现为故意实施侵害他人身体行为，区别在于二者所持主观故意内

容不同，前者要求行为人在实施侵害行为时主观上积极追求他人死亡结

果发生，后者则主观上仅追求损害他人身体健康结果发生或不追求、对

死亡结果持放任心态。因此，综合全案，影响案件定性的决定因素在于

被害人死亡结果未发生前提下，如何判定被告人在行为当时对被害人死

亡结果持直接故意还是间接故意心态。

辩方意见认为，案件起因由喝酒产生口角引发，从产生矛盾到案发

的时间间隔及作案工具选择上，被告人陈某属临时起意，激情犯罪，在

行为方式上，被告人持械趁被害人熟睡多次扎对方头部，其作为正常成

年人，在认识因素上应当预见到该行为可能产生对方死亡的结果，但对

于被害人死亡结果的意志因素，结合被告人报案陈述、到案后稳定供述

以及证人证言、被告人事后救助行为，可以证明被告人陈某缺乏追求被

害人死亡结果的直接故意，其对死亡结果发生持放任的间接故意，并在

客观上造成被害人受轻伤一级的危害后果，故应以故意伤害罪对被告人

定罪处罚。

应当说，从被告人与被害人平时交往情况、当天事件起因、事后救

助行为等方面，辩护人认为被告人并非积极追求被害人死亡，对结果发

生持放任心态具有一定合理性。但笔者认为，认定被告人主观故意方

面，除考虑上述因素外，还应注重对被告人作案时在特定情境中语言、

行为等内心外化表现进行考察，坚持主客观相一致原则，寻找裁判突破

点。具体在本案而言，被告人陈某在作案时机选择上为被害人熟睡时，

毫无反抗能力；在作案工具选择上为尖嘴铁钳，足以致人伤亡；在打击

部位选择上为被害人头部且反复多次扎进拔出，足以致命；在认为被害

人无大碍后欲继续泄愤持械殴打被阻；在案发现场称“下辈子再偿还”、

报警称“自己杀人”，综合以上行凶情节及被告人临场意识、表现，能够

认定被告人陈某行为时具有置死被害人的直接故意，而非放任心态，至

于其事后救助送医举动，不影响对其行为当时的主观意志认定。因此，

如果说从犯罪情节上认为被告人构成故意伤害罪尚有可能，但从被告人

本人在行为时语言、后续殴打行为等内心外化表现方面分析，在主观内

容意志因素上，其对被害人死亡结果持直接故意认定准确，对其判处故

意杀人罪法律适用正确。

编写人：北京市昌平区人民法院 于广丹

3 被害人有明显过错应作为对被告人从轻处罚情节

——龙文某故意杀人案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省高级人民法院（2018）湘刑终156号刑事判决书

2.案由：故意杀人罪

【基本案情】

更多法律资料分享微信：15678922341

被告人龙文某与妻子石成某及女儿租住在湖南省花垣县城某间房屋

内。石成某嫌弃龙文某挣不到多少钱，经常讲龙文某没什么用，要和龙

文某离婚，龙文某不同意离婚，双方为此产生矛盾。2016年11月份起，

石成某与其同学左某生的关系日渐亲密。2017年1月，石成某向左某生

表示想离婚后，二人确定情人关系。二人并于2017年2月19日在花垣县

某宾馆开房发生性关系。龙文某对此不知情。

因石成某连续两个晚上都没回来，2017年2月20日晚上8点多钟，龙

文某带着三岁多的女儿，来到石成某打工的某专卖店找石成某，叫她回

来和孩子住一个晚上，讲明天就离婚。龙文某事后称其讲这话目的是让

石成某回来，好再求她不要闹离婚。回到出租屋后，两人为离婚之事发

生争吵、打斗，龙文某左颈部、右胸锁关节、胸骨处、左肩、双膝关节

髌骨均有皮肤擦伤，其中双膝挫伤构成轻微伤。21日凌晨，龙文某因石

成某执意离婚，遂生杀死她再自杀之念。龙文某在争吵中将石成某推倒

在地，尔后双手用力掐住其颈部，致其当场死亡。21日早上，龙文某送

走女儿后，购回农药和白酒在出租屋内喝农药意图自杀。因药效尚未完

全发作，龙文某于当日10时许坐车回到其老家。当日下午，龙文某将在

出租屋掐死石成某之事告诉家人，并要求报警。龙文某的家人在确认石

成某死亡后报警。当日19时许，公安民警到龙文某家中将其抓获。

附带民事诉讼原告人诉称，被告人应赔偿被扶养人生活费178950元

及精神抚恤金20000元，共计198950元。

【案件焦点】

本案显然应认定被害人的行为对被告人龙文某在激情下杀死被害人

有明显过错，那么，能否因此对被告人予以从轻处罚。

更多法律资料分享微信：15678922341

【法院裁判要旨】

湖南省湘西土家族苗族自治州中级人民法院经审理认为：被告人龙

文某因不满妻子石成某要求离婚，将石成某杀死，其行为构成故意杀人

罪。龙文某及其辩护人提出龙文某系自首的理由成立，予以采纳。本案

系家庭矛盾纠纷引发，对龙文某可酌情从轻处罚。龙文某辩护人请求对

龙文某从轻处罚的辩护意见成立，予以采纳。附带民事诉讼原告人提出

由被告人赔偿被扶养人生活费及精神抚恤金共计198950元，因该两项费

用均不属刑事附带民事诉讼赔偿范围，不予支持。该院一审判决：

一、被告人龙文某犯故意杀人罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终

身；

二、驳回附带民事诉讼原告人田运某、吴配某的诉讼请求。

附带民事诉讼原告人提起上诉，后因在二审中龙文某父母积极代为

赔偿被害方经济损失而谅解被告人，并因此撤回上诉。

龙文某及其辩护人上诉称，龙文某具有自首情节，被害人出轨有过

错，已积极赔偿取得被害方谅解，请求从轻处罚。

湖南省高级人民法院经审理认为：被害人石成某婚内与他人建立情

人关系并执意与龙文某离婚，对案件的发生负有过错。原判以龙文某犯

故意杀人罪具有自首情节，系婚姻家庭纠纷而起，被害人有过错，予龙

文某从轻处罚判处无期徒刑适当。二审期间，龙文某获得被害方对龙文

某的谅解，对龙文某可以在一审量刑基础上再酌情从轻处罚。该院二审

判决：

一、维持原审判决第一项中对上诉人龙文某定罪部分的刑事判决；

更多法律资料分享微信：15678922341

二、撤销原审判决第一项中对上诉人龙文某量刑部分的刑事判决；

三、上诉人龙文某犯故意杀人罪，判处有期徒刑十五年，剥夺政治

权利三年。

【法官后语】

本案两审法院对于被告人予以从轻处罚的理由实际上是一样的：被

告人具有自首情节，系婚姻家庭纠纷而起，被害人有过错。区别在于一

审法院没有在判决书中明确表述被害人有过错是对被告人予以从轻处罚

的理由之一。但两审法院均对被告人予以从轻处罚，真正的、关键性理

由还是被告人具有自首情节，被害人有过错。

对于本类故意杀人案件，法院应否以被害人有明显过错为由对被告

人予以从轻处罚，是值得探讨的重要话题。对此，可以从三个方面来分

析。

1.准确理解罪责刑相适应原则

根据罪责刑相适应原则，刑罚的轻重不是单纯地与犯罪分子所犯罪

行相适应，而且也与犯罪分子承担的刑事责任相适应，也即在犯罪与刑

罚之间通过刑事责任这个中介来进行调节。

罪责刑相适应原则涉及罪行、刑事责任和刑罚三个基本范畴之间的

关系。罪行（符合犯罪构成的主客观事实情况）是行为人承担刑事责任

的前提，也是决定行为人刑事责任轻重的决定性依据。但行为人的个人

情况所决定的主观恶性（再犯可能性、人身危险性）也是影响刑事责任

的重要因素。刑罚作为实现刑事责任的基本方式，应当受行为人所犯罪

行及其所决定的刑事责任的轻重的制约，在主要考虑犯罪分子所犯罪行

更多法律资料分享微信：15678922341

的轻重并据以决定刑罚轻重的同时，亦适当考虑犯罪分子的个人情况对

刑事责任和刑罚轻重的影响，从而使罪行、刑事责任和刑罚之间保持均

衡和成比例的状态。《刑法》第六十一条的规定，是罪责刑相适应原则

在刑罚适用方面的具体要求和体现。

2.被害人对犯罪行为的发生有明显过错的，应作为对被告人从轻处

罚的情节

对《刑法》第六十一条规定中的“情节”进行准确理解，是正确适用

的前提。应该认为，犯罪事实和犯罪性质（定罪事实部分）在定罪时已

经对法定刑幅度的确定发生了作用，在量刑时再予以考虑，就会违反禁

止重复评价的原则。该条“情节”一词是放在“犯罪的事实”和“犯罪的性

质”之后列举的，法条对“情节”用顿号将它同前者分开，而且不用“犯

罪”一词对其加以修饰和限制，这是因为如果用“犯罪”来修饰“情节”，

就会把罪前和罪后的那些表明行为人危险性的主客观事实情况排除于量

刑情节根据之外，所以，该条所指的“情节”只能理解为量刑情节，包括

法定情节和酌定情节。

法定量刑情节在刑法总则与分则中均有大量的规定，是人民法院量

刑时应当考虑的重要因素。酌定量刑情节，不是法律明确予以规定的，

但是根据立法精神和有关刑事政策，从审判实践经验中总结出来，存在

于案件事实当中，能够反映行为的社会危害性和行为人的人身危险性的

情况，并在司法实践中推广使用的裁量时灵活掌握、酌情适应的情节。

酌定量刑情节目前普遍认为包括犯罪动机、手段、时间、地点、对象、

结果、个人情况、一贯表现和犯罪后的态度等。案件系因婚姻家庭纠纷

而起，被害人有过错，在我国目前只能作为酌定量刑情节。

根据罪责刑相适应原则之要求，被害人有明显过错的，理所当然应

更多法律资料分享微信：15678922341

该作为量刑时必须予以充分考虑的酌定量刑情节，对被告人原则上应该

予以从轻处罚。否则，明显对被告人不公平，明显难以实现惩罚和预防

犯罪的目的，明显难以确保裁判法律效果和社会效果有机统一。

本案中，认定被害人对于故意杀人犯罪行为的发生有直接的明显过

错，应该没有争议。因此，人民法院以被害人有明显过错为由对被告人

龙文某予以从轻处罚，应认为完全符合罪责刑相适应原则之本质要求。

3.本案是典型的激情犯罪，被告人龙文某的人身社会危险性不大

综上所述，本案实际上是以被害人有明显过错等为由，对被告人予

以从轻处罚，符合我国《刑法》规定，充分体现了罪责刑相适应原则要

求，法律效果与社会效果做到了有机统一。

编写人：湖南省湘西土家族苗族自治州中级人民法院 王平 胡基厚

4 因恋爱杀人行为的认定

——环某故意杀人案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

云南省宾川县人民法院（2018）云2924刑初125号刑事附带民事判

决书

2.案由：故意杀人罪

【基本案情】

更多法律资料分享微信：15678922341

被告人环某与受害人邓某某于2015年认识后发展为男女朋友关系，

双方交往相处过程中，邓某某多次向环某提出分手，都遭到环某拒绝。

2018年4月16日，邓某某通过电话再次提出与环某分手，环某劝解无果

后心生愤恨，欲与邓某某做个了断，要么继续保持男女朋友关系，要么

将邓某某杀死。环某在宾川县金牛镇金牛路甲超市通过微信支付方式购

买水果刀一把，到金牛镇乙小区丙足浴城找到邓某某，与邓某某协商继

续保持男女朋友关系，邓某某拒绝后，环某拿出水果刀朝邓某某头面部

猛刺数刀，直至刀子被折断，造成邓某某面部皮肤裂伤、上唇部贯通创

伤。

邓某某受伤后，在宾川县人民医院住院治疗13天，支付医疗费人民

币5343.18元。经法医鉴定和评估：受害人邓某某所受伤伤情为轻伤一

级；后期医疗费评估为人民币5000元；三期评定误工期为33日、护理期

为13日、营养期为11日。为此，邓某某支付伤情鉴定费、后期医疗费评

估及三期评定费人民币2600元以及其住院治疗、检查伤情和进行相关鉴

定、评估等事宜的相应交通费。

案发后，被告人环某打电话向宾川县公安局金牛派出所投案；公安

民警在案发现场提取了作案工具水果刀一把。

【案件焦点】

环某因与邓某某之间的恋爱关系而泄愤对邓某某实施的杀人行为是

否构成故意杀人罪，主观上希望死亡结果发生而因客观原因未造成死亡

的法律后果是否构成犯罪未遂。

【法院裁判要旨】

更多法律资料分享微信：15678922341

云南省宾川县人民法院经审理认为：被告人环某无视国家法律，为

泄愤持刀故意非法剥夺他人生命，其行为已构成故意杀人罪。被告人环

某由于意志以外的原因，致使杀人犯罪未得逞，属犯罪未遂，可以比照

既遂犯从轻处罚。被告人环某在开庭审理过程中翻供，供述案件事实避

重就轻，应当酌情从重处罚。作案工具，应当予以没收。因被告人环某

的犯罪行为致使受害人邓某某遭受的经济损失，应当依法赔偿。公诉机

关的指控成立，予以支持；量刑建议适当，予以采纳。邓某某要求环某

赔偿医疗费、误工费、护理费、住院伙食补助费、营养费、鉴定费、交

通费的诉讼请求，有事实和法律依据，予以支持；但要求赔偿误工费、

护理费、住院伙食补助费的标的过高。邓某某要求赔偿的后期医疗费及

整容费，虽未实际发生，但根据医疗证明可适当予以赔偿。被告人环某

请求从轻处罚的辩解意见，有事实和法律依据，予以采纳；提出的其余

辩解意见，不予采纳。

依据《中华人民共和国刑法》第二百三十二条、第二十三条、第四

十七条、第六十四条、第三十六条第一款，《中华人民共和国刑事诉讼

法》第九十九条第一款、第一百零一条[[1]](#p156)，《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，《中华人民共和国民法通则》第一百一十九条，《最高人民法院关

于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十七条第一款、

第十九条、第二十条、第二十一条、第二十二条、第二十三条、第二十

四条之规定，判决如下：

一、被告人环某犯故意杀人罪（未遂），判处有期徒刑五年；

二、被告人环某赔偿附带民事诉讼原告人邓某某医疗费、误工费、

护理费、住院伙食补助费、营养费、鉴定费、交通费、后期医疗费及整

容费共计人民币20573.18元。赔偿款限期于判决生效后一个月内付清；

更多法律资料分享微信：15678922341

三、提取在案的水果刀一把，予以没收，由宾川县公安局处理。

【法官后语】

本案环某和邓某某因2015年认识后恋爱并确定为男女朋友关系，二

人在相处过程中，因邓某某多次向环某提出分手后遭到拒绝，环某心生

愤恨，于2018年4月26日，在邓某某再次向其提出分手的情况下对邓某

某实施的一起故意杀人案。

从本罪构成的四要件进行分析，主体要件上，环某符合我国《刑

法》规定的达到法定刑事责任年龄、具备刑事责任能力的一般身份的犯

罪主体。客体方面，环某对邓某某实施的杀人行为侵害了邓某某的生命

权。主观方面，因邓某某多次提出分手，环某不愿与其分手，遂提出要

与邓某某进行了断，要么继续做男女朋友，要么在无法继续做男女朋友

的时候将其杀掉，主观上已具有剥夺邓某某生命权的故意。客观方面，

环某在与邓某某相见之前，已预先买好了一把水果刀，为即将实施的杀

害行为准备了犯罪工具，并且在足浴城找到邓某某并遭到拒绝与其和好

打击的情况下从沙发后面用左手将邓某某脖子勒住，右手对邓某某实施

了捅刀杀人行为，不计后果的向邓某某的头面部猛刺数刀，直至水果刀

被折断才停止捅刀行为，手段残忍，造成邓某某面部皮肤裂伤、上唇部

贯通创伤，伤情达轻伤一级的后果。邓某某的受伤后果与环某的侵害行

为具有直接因果关系，故环某无视国家法律，为泄愤持刀故意非法剥夺

他人生命的行为符合故意杀人罪的构成要件。

环某在实施故意杀人过程中因水果刀折断遂停止实施侵害行为，主

观上是明知自己的行为会造成死亡的结果，并且希望、放任死亡结果发

生，最终因水果刀折断而停止继续实施杀人行为，系主观意志以外的原

因导致最终未发生死亡结果，应属于犯罪未遂，可以比照既遂犯从轻处

更多法律资料分享微信：15678922341

罚或者减轻处罚。

编写人：云南省宾川县人民法院 张晓英

更多法律资料分享微信：15678922341

（二）过失致人死亡罪

5 交通肇事罪与过失致人死亡罪的区分

——杨世某过失致人死亡案

【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（2018）桂1229刑初103

号刑事判决书

2.案由：过失致人死亡罪

【基本案情】

2018年1月12日17时许，被告人杨世某将一辆无牌绿色货车停靠在

大化县七百弄乡保上村申洞屯水泥路上给车辆加水。其间被害人杨芝某

到车边向杨世某请求搭载顺风车，被杨世某拒绝。由于水管距离取水池

较远，杨世某便启动车辆欲向前行驶。在启动车辆前，杨世某没有提前

观察车辆周边人员情况，启动后因操作车辆离合器不当致使车辆发生后

溜，导致仍留置在车辆附近的杨芝某被车辆后右轮碾压，并因抢救无效

而死亡。经检验，杨芝某符合在交通事故中造成失血性休克死亡。

案发后，被告人杨世某打电话告知车主杨某事故情况，杨某随后到

达案发现场并拨打“110”报警电话和“120”急救电话；杨世某在现场等待

更多法律资料分享微信：15678922341

公安人员到场后主动并如实交代了自己的罪行；2018年1月13日，杨世

某与杨芝某的家属达成协议，并按照协议的约定赔偿了杨芝某家属全部

赔偿款（共计人民币八万元），取得了被害人家属的谅解。

【案件焦点】

本案应认定为交通肇事罪还是过失致人死亡罪。

【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，被告人杨世

某在公共交通管理范围外的道路驾驶车辆，在启动车辆的过程中，因疏

忽大意没有提前观察车辆周边人员情况，且操作车辆离合器不当导致车

辆发生后溜，致被害人杨芝某被其驾驶的车辆碾压致死，其行为已触犯

《中华人民共和国刑法》第二百三十三条之规定，构成过失致人死亡

罪。公诉机关指控被告人杨世某犯罪的事实清楚，罪名成立，本院予以

确认。杨世某到案后如实供述自己的罪行，依法可以从轻或者减轻处

罚。杨世某案发后赔偿给被害人家属全部的约定赔偿款，取得了被害人

家属的谅解，本院酌情对其从轻处罚。杨世某犯罪情节较轻，另根据杨

世某犯罪的事实、性质、对社会的危害程度及悔罪表现，本院决定对其

从轻处罚并适用缓刑。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、第四十五条、第四十七条、第七十二条、第七十三

条、第六十一条、第六十二条及《最高人民法院关于审理交通肇事刑事

案件具体应用法律若干问题的解释》第八条之规定，判决如下：

被告人杨世某犯过失致人死亡罪，判处有期徒刑二年，缓刑二年。

【法官后语】

更多法律资料分享微信：15678922341

交通肇事罪，是指违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致

人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的行为。《最高人民法院关

于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第八条规定，

在实行公共交通管理的范围外，驾驶机动车辆或者使用其他交通工具致

人伤亡或者致使公共财产或者他人财产遭受重大损失，构成犯罪的，分

别依照《刑法》第一百三十四条、第一百三十五条、第二百三十三条等

规定定罪处罚。因此，交通事故是否发生在公共交通管理的范围内，是

判断交通肇事罪与非罪的标准之一。

我们认为，公共交通管理范围内，应当是指纳入公安交通管理机关

管理范围内的道路。所谓“道路”，根据《道路交通安全法》第一百一十

九条规定，“是指公路、城市道路和虽在单位管辖范围但允许社会机动

车通行的地方，包括广场、公共停车场等用于公众通行的场所”。司法

实践中，则应根据案件的具体情况来分析案中的交通事故是否发生

在“道路”上。

本案中，被告人杨世某将一辆无牌绿色货车停靠在大化县七百弄乡

保上村申洞屯水泥路上，结合现场勘验情况和农村生活实际来进行分

析，该水泥路应当认定为相关组织和该屯村民为了方便出行和相互交往

而建设的道路，有一定的特定用途，即不具有完全的公众开放性，应当

认定为不属于公安交通管理机关管理范围内的道路。

据此，再结合被告人杨世某在启动车辆的过程中，因疏忽大意没有

提前观察车辆周边人员情况，且操作车辆离合器不当导致车辆发生后

溜，致被害人杨芝某被其驾驶的车辆碾压致死的事实来进行分析，本案

符合过失致人死亡罪的构成要件，应当认定为过失致人死亡罪。

编写人：广西壮族自治区大化瑶族自治县人民法院 韦群玲

更多法律资料分享微信：15678922341

6 客观归责理论在过失致人死亡案件中的适用

——刘香某过失致人死亡案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市海淀区人民法院（2018）京0108刑初1789号刑事判决书

2.案由：过失致人死亡罪

【基本案情】

2015年5月6日，被害人汪某（女，殁年24岁）在被告人刘香某所经

营的北京市大兴区甲美容有限公司实施吸脂手术，过程中被害人汪某因

注射麻醉药物导致其不适。被告人刘香某与其朋友王某某等人（被告人

王某某已被法院以伪证罪判决）将被害人汪某送往北京市乙医院（位于

北京市大兴区）治疗，后因汪某病情严重，被转入重症监护室治疗。5

月8日16时许，被告人刘香某不顾医务人员的病危劝告，冒充被害人汪

某的姐姐，在医院的《病危病重通知书》《自动出院或转院告知书》上

签字，强行将被害人汪某接出医院，并用私家车将其送回被害人汪某的

暂住地（被害人汪某对此未予反对），导致被害人汪某未得到及时医

治。同日22时许，由于病情严重，被害人汪某联系王某某，王某某与被

告人刘香某取得联系后，将被害人汪某先后送往丙医院、丁医院（位于

北京市海淀区）进行救治，被害人汪某未及时如实告知医生自己的致病

原因及前期治疗经过，后被害人汪某于次日16时许在丁医院死亡。经鉴

定，被害人汪某系急性药物中毒导致多器官功能衰竭死亡。

更多法律资料分享微信：15678922341

被告人刘香某于2016年11月20日被抓获。在本案审理期间，被告人

刘香某在家属帮助下赔偿被害人汪某家属人民币七十万元整。

【案件焦点】

在被害人自身对于犯罪行为及死亡后果的发生存在一定过错的情况

下，如何确定被告人的刑事责任。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为，被告人刘香某在自己经营的美

容机构内对被害人汪某实施吸脂手术，向被害人汪某体内注射利多卡因

等药物，导致被害人汪某急性药物中毒，后将汪某送至医院进行救治

时，又不顾医生劝阻强行将被害人汪某接出医院，导致被害人汪某因药

物中毒未及时获得有效医治而死亡，其行为已构成过失致人死亡罪，应

予惩处。北京市海淀区人民检察院指控被告人刘香某犯过失致人死亡罪

的事实清楚，证据确实、充分，指控罪名成立。

影响被告人量刑的因素可以分为罪前、罪中和罪后三类。在罪前因

素中，被告人刘香某无犯罪前科，系初犯。在罪中因素中，本案的吸脂

手术本质上是对注意义务具有较高要求的专业行为，虽然不能认定被告

人刘香某构成非法行医罪，但不可否认该涉案行为与违反一般注意义务

行为之间存在差别，即在量刑时应酌予考虑被告人的过失程度，同时也

应考虑被害人在丙医院及丁医院对医生也隐瞒了在乙医院接受治疗的情

况，在一定程度上不利于医生及时开展更为有效的治疗这一事实。在罪

后因素中，被告人刘香某迄今拒不供认被害人汪某在其美容院内注射涉

案药物的事实，且在侦查阶段拒不如实供述，误导侦查方向。被告人刘

香某当庭虽口称认罪，但并无积极诚恳之悔罪态度。但考虑到其在家属

更多法律资料分享微信：15678922341

帮助下，赔偿被害人汪某的家属人民币七十万元，被害人家属对其表示

谅解。本院对被告人刘香某酌予从轻处罚。

对被告人刘香某依照《中华人民共和国刑法》第二百三十三条之规

定，判决如下：

被告人刘香某犯过失致人死亡罪，判处有期徒刑四年。

【法官后语】

1.被害人汪某的死亡后果应当归责于被告人刘香某

事实因果关系的存在是依法追究被告人相关刑责的必要而非充分条

件。本案情况较为复杂，不仅要查清死亡结果是否该归责于被告人刘香

某，还得查清在多大程度上要归责于被告人刘香某。为厘清被告人刘香

某的行为对死亡结果的成因力有无及大小，必须从刑法规范角度，对其

行为的归责问题进行分析。

（1）被告人刘香某的违法行为制造了法不容许的危险

进入刑法规制视野的行为都必须具有违法性，同时具有社会危害

性，即要制造不被法律所容许的危险。被告人刘香某的涉案行为中，有

充分证据得以证实，且应当被予以刑法评价的有以下两处：①制造主要

危险的行为：被告人刘香某在实施吸脂手术的过程中，对被害人汪某注

射了利多卡因等药物。根据《处方常用药品通用名目录》，利多卡因属

于处方类药物；根据卫生部印发的《医疗美容项目分级管理目录》，脂

肪抽吸术属于美容外科项目；根据《医疗美容服务管理办法》及《医疗

美容项目分级管理目录》，医疗美容项目须由具有专门资质的美容医疗

机构或医疗机构设置医疗美容科室中的具有专门资质的医务人员实施。

更多法律资料分享微信：15678922341

被告人刘香某所经营的甲美容有限公司仅是普通美容院，并非医疗美容

机构，无医疗机构执业许可证，其本人也不具备执业医师资格，然而，

被告人刘香某仍旧在自己经营的美容机构内对被害人汪某注射了利多卡

因等药物，对被害人汪某的身体健康造成了直接危害，危及其生命，制

造了法不容许的危险。该危险一直存续至被害人汪某死亡时止。②阻止

他人降低危险的行为：如果被害人汪某在乙医院重症监护室继续接受治

疗，或者被转院至其他医院治疗，则其因注射了利多卡因等药物所招致

的危险严重程度会被降低。但被告人刘香某在因其先行行为产生了救助

义务的情形下，且在明知乙医院下达病危通知书，被告人汪某出院有生

命危险的关键时刻，仍不顾医生劝阻，将汪某带出医院，送回暂住地。

被告人刘香某的行为客观上中断了被害人获取救治的机会，阻止了他人

降低危险的行为。

（2）被害人汪某的死亡结果与被告人刘香某的上述风险制造行为

存在常态关联

①被害人的死亡结果系由被告人刘香某的涉案行为所直接导致。

2015年8月29日，北京市公安局海淀分局刑事侦查支队委托北京中正司

法鉴定所对被害人汪某的死亡原因进行鉴定。鉴定报告认为吸脂手术行

为与汪某的死亡后果之间存在因果关系，被鉴定人汪某因急性药物中毒

导致多器官功能衰竭死亡。现已查明该吸脂手术系在被告人刘香某所经

营的甲美容有限公司内实施，故可以肯定被告人刘香某的吸脂手术行为

与被害人的死亡结果之间存在事实因果关系。

②上述因果关系并未被第三方因素中断。被害人汪某虽被送往多个

医院接受治疗，但现有证据均不能证明这些医院存在任何医疗事故行

为，接诊医生均依照行业标准，尽到了谨慎的注意义务。即是说，医生

的治疗行为只是尽可能地降低急性药物中毒对被害人汪某生命健康的危

更多法律资料分享微信：15678922341

险，而不是增加该危险，在客观上是延缓了被害人汪某的死亡，而非加

速其死亡。因此被害人汪某的死亡结果不能归责于医务人员。

③被害人汪某自身存在一定过错，但并不能对死亡结果自我答责。

被害人汪某同意做吸脂手术，并不代表其愿意接受药物中毒的风险，更

不代表其应当对自己的死亡后果负责。如果被害人汪某是在正规的美容

医疗机构内，由具有合法资格的医生实施吸脂手术，医院会充分告知其

手术可能存在的风险，且医院有能力也有义务将手术风险控制在合理的

范围内。但被告人刘香某及其经营的美容机构无资质，事实上也无能力

将手术风险控制在合理范围内。且根据证人证言可知，被告人刘香某及

另外一名女性在送被害人到乙医院时身着粉红色护士制服，被害人也曾

经让被告人给其做过面部的美容项目，这些都足以让被害人对被告人刘

香某产生错误的信任而同意做吸脂手术。正如某些非法行医的案件那

样，被害人可能出于省钱、省事或者专业知识缺乏等原因，对非法行医

者的资质及治疗风险没有给予足够的注意，但并不能因此认为被害人应

该独自承担非法行医所造成的死伤后果。此时被害人并无过错，而是体

现出一定的被害倾向性。

被害人虽未反对从乙医院出院，在丙医院及丁医院对医生也隐瞒了

在乙医院接受治疗的情况，但并未增加药物中毒所导致的风险，仅是在

一定程度上不利于减少该风险。简言之，被害人在受到身体伤害之后，

是否自主治疗，以及如何治疗并非法定义务，除非被害人后续有自我损

害行为，否则均未增加先行侵害行为所导致的风险。

被害人之所以实施上述明显违反常理的行为，系基于对被告人刘香

某的错误信任。虽然因为侦查人员的原因，被害人汪某的手机内未恢复

到任何其与被告人刘香某及证人王某某等人的通信记录，这与汪、刘二

人之间相互认识多月，且多有往来的事实明显冲突，但考虑到被害人汪

更多法律资料分享微信：15678922341

某在死后，其手机系由王某某转交刘香某，不排除相关信息已被删除的

可能性。但即使没有被害人与被告人的直接手机通信信息，上文在事实

认定部分也根据其他证据论证了被害人汪某极度信任被告人刘香某，相

信刘香某能给其治疗，愿意配合刘香某的某些言行的事实。

故可以作出以下论断，即被害人汪某在同意做吸脂手术时虽对被告

人刘香某过于信任，但事出有因，被害人汪某在被接出乙医院时虽未反

对，但系基于对被告人刘香某的错误信任，整个出院行为系由被告人刘

香某主导，且被害人汪某也未有放弃治疗，企图自杀的意思表示，不足

以认定被害人汪某需对手术风险及出院行为自我答责；被害人汪某仅在

丙医院、丁医院中的不配合医生询问的反常行为中存在一定过错，但仍

系源于对被告人刘香某的错误信任以及自己无钱医疗，迫切需要被告人

刘香某的救治这一客观现状所致，也未将风险扩大，不足以将被告人刘

香某所制造的法不容许的风险正当化。

2.关于罪名适用

（1）现有证据尚不足以认定被告人刘香某实施了非法行医的营业

行为

非法行医罪属于营业犯，需有证据证明被告人刘香某在非法行医故

意支配下，以医疗机构名义面对不特定多数人，多次实施医疗行为，侵

害了公共卫生安全及被害人身体健康的双重法益。而现有证据中，虽有

证人证言提到，被害人汪某跟他们说她在被告人的店内看到过她给别的

人做吸脂手术，在被告人刘香某的手机中也提取到其在案发后多次向他

人推销医疗美容服务的相关信息对此类事实予以佐证，但这些均系间接

证据，尚未形成完整证据链条，且黄某某等人的证言均证明被告人是要

免费给被害人做美容手术，故现有证据不足以认定被告人刘香某实施了

更多法律资料分享微信：15678922341

非法行医的营业行为。基于存疑有利于被告人原则，只能将被害人汪某

的吸脂手术行为作为一个独立的行为予以刑法评价。

（2）被告人刘香某构成过失致人死亡罪

被告人刘香某实施了导致被害人汪某死亡的行为。被告人刘香某给

被害人汪某实施吸脂手术，导致其药物中毒，且在被下达病危通知书的

情形下，不顾医生劝阻，强行将被害人接出医院，送回暂住地，后虽又

将被害人送至医院，但并未挽救被害人的生命。被告人刘香某的行为具

有实质上的违法性，被害人汪某的死亡结果应该归责于被告人刘香某，

上文已经充分论述，此处不再赘述。

关于被告人刘香某的主观认识问题，可以分为以下两个阶段：①被

告人刘香某在明知其经营的美容机构无资质，事实上其也无能力将手术

风险控制在合理范围内的情况下，对被害人汪某实施吸脂手术，在药物

中毒后，立刻将其送往医院救治，说明此时被告人刘香某并不希望被害

人汪某死亡，但是在实施手术时应当预见到手术风险而没有预见，或者

虽然预见却轻信可以避免。②在明知被下达病危通知书的情形下，不顾

医生劝阻，将被害人汪某从乙医院接出并送回暂住地时，可以断定，被

告人刘香某应当知道自己的接出医院行为可能会导致被害人的死亡，但

在意志因素上，鉴于被害人汪某自己并未反对出院，且被告人刘香某并

非对被害人汪某不管不问，而是让王某某帮助处理此事，事实上王某某

也于当晚又将汪某送医治疗，故难以认定被告人刘香某对被害人的死亡

后果具有放任的故意。

根据本案证据，无法认定被告人刘香某对于被害人汪某的死亡后果

存有直接或者间接故意，但足以认定其具有过失。综上，应当认定被告

人刘香某构成过失致人死亡罪。

更多法律资料分享微信：15678922341

编写人：北京市海淀区人民法院 吴扬传

7 轻微暴力致人死于心脏病的行为定性分析

——白某明过失致人死亡案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市房山区人民法院（2018）京0111刑初629号刑事判决书

2.案由：过失致人死亡罪

【基本案情】

2017年10月14日13时许，在北京市房山区青龙湖镇晓幼营村被告人

白某明家院门口处，被害人白某生（男，殁年61岁）与被告人白某明的

妹夫王某成（另案处理）因琐事发生口角后对骂，白某明等人听到吵架

声后从家中出来亦与白某生对骂，在此过程中，被告人白某明踹了白某

生一脚致其倒地，白某生起身后又继续与白某明等人对骂，后在欲冲进

白某明家院内时突然倒地昏迷，经抢救无效于当日死亡。经北京市房山

区公安司法鉴定中心鉴定，被害人白某生符合冠状动脉粥样硬化性心脏

病死亡，情绪激动、外伤可以是冠心病发作诱因。2017年10月22日，民

警将被告人白某明从其家中传唤到案。

【案件焦点】

轻微暴力致人死于心脏病的行为如何定性。

更多法律资料分享微信：15678922341

【法院裁判要旨】

北京市房山区人民法院经审理认为：被告人白某明明知被害人白某

生曾做过心脏搭桥手术，应当预见到吵架并踢踹白某生会造成其伤亡后

果，但因疏忽大意未能预见，造成白某生倒地、情绪激动诱发心脏病死

亡，其行为已构成过失致人死亡罪，依法应予惩处，但综合本案的证据

及事实，应认定为过失致人死亡情节较轻的情形。北京市房山区人民检

察院指控被告人白某明犯有过失致人死亡罪的事实清楚，证据确实、充

分，罪名成立，本院予以支持。关于被告人白某明所提“其没有踢踹过

被害人白某生，其无罪”的辩解及其辩护人所提“公诉机关指控白某明踹

倒白某生不能排除合理怀疑，本案事实不清，证据不足，达不到证据确

实、充分的定罪要求，不应认定白某明有罪”的辩护意见，经查，与被

告方和被害方均无利害关系的证人刘桃某、于洪某明确指认被告人白某

明将白某生踹倒在地，证人王某成亦证明白某明有抬腿踢向白某生方向

的动作且听到白某生说“他揍我”等言语，综合在案证据，能够认定被告

人白某明和白某生吵架后踢踹白某生致其倒地并诱发心脏病死亡，故被

告人白某明的辩解及其辩护人所提辩护意见均不能成立，本院不予采

信。关于辩护人所提“向相关医生核实对白某生的抢救及抢救可能造成

的后果”的申请，经查，证人佘某已就抢救过程及可能造成的后果进行

了说明；关于辩护人所提“向有专门医学知识的人核实鉴定意见中外伤

形成的原因”的申请，经查，北京市房山区公安司法鉴定中心已在鉴定

意见中明确“面部、左上肢、右足背损伤为皮肤挫伤、皮下出血，按

压、抓捏可以形成，损伤程度轻微，系非致命性损伤”，“胸部损伤为皮

肤挫伤，结合解剖见双侧肋骨多发骨折，仅左侧第4肋骨折处深层肋间

肌少量出血，余骨折部位周围软组织未见明显出血，濒死期、死后受到

钝性外力作用可以形成”，该鉴定意见的论证分析并无不当，且公诉机

关亦未将白某生的相关外伤作为指控的依据，故对其该两项申请本院均

更多法律资料分享微信：15678922341

不予准许。

综上，北京市房山区人民法院根据被告人白某明犯罪的事实，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

二百三十三条、第六十一条之规定，作出如下判决：

被告人白某明犯过失致人死亡罪，判处有期徒刑一年六个月。

【法官后语】

从本案查明的事实来看，被告人白某明对于被害人白某生患有心脏

病是明知的，其在这种情况下将白某生踢踹倒地，致使白某生起身后欲

冲进白某明家时心脏病发作死亡。其行为究竟应当如何定性，是定性为

过失致人死亡，还是故意伤害致人死亡，抑或故意杀人？从庭审过程来

看，本案的争议还是比较大的。控方认为白某明的行为构成过失致人死

亡罪，辩方则认为其行为不构成犯罪，而被害方则认为白某明的行为构

成故意杀人罪。因此，本案存在着罪与非罪、此罪与彼罪的争议。

就本案而言，罪与非罪判定的关键在于白某生的死亡和白某明的踢

踹行为之间有没有刑法上的因果关系？应该说，综合全案证据，是能够

认定被告人的踢踹行为和被害人诱发心脏病之间还是有因果关系的。这

主要基于以下两点理由：首先，虽然此前双方已经争吵了一段时间，被

害人情绪也比较激动，但还未达到激化的程度，直到被告人将被害人踢

踹倒地后，被害人的情绪才达到最激动的地步，因此才有了他起来以后

想往被告人家院子里冲的行为，这才最终诱发了心脏病致被害人死亡。

其次，在被告人把被害人踢倒在地后，被害人接着起身想往里冲，接着

心脏病发作，这是一系列的连续的过程，也没有证据证明其间介入了其

他因素，因此，可以认定是被告人踢踹行为直接诱发了被害人的心脏病

更多法律资料分享微信：15678922341

从而导致死亡。综合而言，应当能把被害人的死亡归责于被告人白某

明。

当然，本案在认定被告人的踢踹行为和被害人的死亡之间有因果关

系的情况下，还得考虑被告人当时所持主观心态，才能准确区分此罪与

彼罪。从在案证据来看，被告人在踢踹被害人之前，对被害人有心脏病

是明知的。也就是说，被告人对踢踹被害人可能会致其死亡，应当是有

预知的，但是从当时的情况以及一般的生活经验来看，应当得不出被告

人想致被害人于死地的结论。这是因为：首先，被告人和被害人之间此

前虽然有矛盾，但矛盾并不大，被告人并没有追求被害人死亡的动机和

故意。其次，被告人和被害人之间具有亲属关系，且被告人作为晚辈，

一般而言也不会作出杀害长辈的大逆不道的行为。综合判断本案案情，

可以认定，被告人虽然有踢踹被害人的故意，但造成被害人的死亡结果

是违背其意志的，应当属于过于自信的过失，以过失致人死亡罪定罪处

罚才较为适当。

当然，本案属于多因一果导致被害人死亡，应当认定为过失致人死

亡情节较轻的情形。这主要有以下几点理由：第一，被害人死亡的直接

原因是心脏病，而不是被告人踢踹致死，所以和轻微暴力直接致被害人

死亡的情形还是有所差异的；第二，被害人在本案当中多多少少还是有

一定责任的，毕竟从案件的起因、到最终诱发心脏病，他自己在这个过

程中的一系列行为也有一定的作用力；第三，从酒精检测报告来看，被

害人案发当天也喝酒了，虽然现有证据不足以证实其死亡跟喝酒有因果

关系，但从常识来看，这也应当是导致情绪激动的一个因素；第四，案

发当天，不仅仅有被告人白某明和被害人发生过口角和肢体冲突，被害

人的死因也不能完全归责于被告人。综合上述情节，法院将本案认定为

过失致人死亡情节较轻的情形，对被告人判处有期徒刑一年六个月是较

更多法律资料分享微信：15678922341

为适当的。这从被告人在开庭审理时不认罪，但在法院作出判决以后服

判息诉也能得到印证。

编写人：北京市房山区人民法院 陈艳飞

更多法律资料分享微信：15678922341

（三）故意伤害罪

8 故意伤害与正当防卫的区分

——黄某故意伤害案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区钦州市钦南区人民法院（2018）桂0702刑初35号刑

事附带民事判决书

2.案由：故意伤害罪

【基本案情】

2017年7月5日12时许，被告人黄某在钦州市钦南区黄屋屯镇屯显村

委上那潭村三队×号家中一楼和其嫂黄某艳因家庭矛盾发生争吵并动手

殴打黄某艳，后黄某返回三楼其房间内。黄某艳被打受伤后打电话叫其

弟弟黄某彰帮忙报警。约半小时后，黄某彰与黄某金一起来到被告人黄

某的住宅一楼欲找黄某理论，后黄某彰从该住宅一楼东侧楼梯口角落处

拿了一把锄头上到三楼楼梯口转角处时被被告人黄某持刀捅伤其右腹

部。案发后，黄某在现场等候处理。

经法医鉴定：黄某彰因被锐器刺伤右腹部，引起肝脏破裂，腹部积

血，医院予行手术治疗，其损伤程度鉴定为重伤二级。

更多法律资料分享微信：15678922341

另查明，黄某彰受伤后，于2017年7月5日至2017年7月20日在钦州

市第二人民医院住院治疗，共15天，住院治疗费共计45168.40元；住院

期间由家属一人护理；出院医嘱：注意休息，加强营养；黄某彰在钦州

市正大司法鉴定中心进行损伤程度鉴定，鉴定费用800元。

【案件焦点】

在双方争执过程中如何界定正当防卫的边界。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区钦州市钦南区人民法院经审理认为，对被告人黄某

提出其行为属于正当防卫，不构成故意伤害罪的辩解意见，以及辩护人

提出被告人黄某的行为符合正当防卫，不负刑事责任，公诉机关指控罪

名不成立的辩护意见。经查，本案被害人虽持锄头上到三楼，但并不存

在对被告人生命有威胁的防卫情形，理由如下：首先，被告人居住的是

三楼，门口出来是客厅还有两层的门锁，当时被告人在三楼就听到有家

人阻拦被害人上楼的声音，且他刚和黄某艳发生争执会意识到可能是黄

某艳家人上门，从一楼到三楼有足够的时间让被告人躲避，但是被告人

却持刀具出来，主观有伤害他人的故意。其次，被害人持锄头上到三楼

后，被告人和被害人都称对方不认识，当时双方都没有发生对话，被告

人见到陌生人都没有问话就持刀捅向了被害人，被告人具有主动伤害他

人的故意。而本案中被害人持的是长柄的锄头，被告人持的是短柄的水

果刀，被告人能捅到被害人，说明被害人已经离被告人很近，没有足够

的距离持锄头打击被告人，证据还证实了被告人是在没有受到打击的情

况下捅了被害人。被告人当时并不存在不法侵害，被告人的行为属于假

想防卫。被告人主观上有伤害他人的故意，客观上实施了伤害他人的行

为，符合故意伤害罪的构成要件。

更多法律资料分享微信：15678922341

被告人黄某的犯罪行为造成了附带民事诉讼原告人黄某彰的经济损

失，依法应予赔偿。

广西壮族自治区钦州市钦南区人民法院依照《中华人民共和国刑

法》第二百三十四条第二款、第六十七条第一款、第六十一条、第六十

二条、第四十七条、第三十六条第一款，《中华人民共和国民法通则》

第一百零六条、第一百一十九条，《最高人民法院关于审理人身损害赔

偿案件适用法律若干问题的解释》第十七条、第十九条、第二十条、第

二十一条、第二十三条、第二十四条的规定，作出如下判决：

一、被告人黄某犯故意伤害罪，判处有期徒刑三年六个月；

二、被告人黄某赔偿附带民事诉讼原告人黄某彰医疗费、误工费、

护理费、住院伙食补助费、营养费、鉴定费，共计人民币51347.4元。

【法官后语】

《刑法》第二十条规定，为了使国家、公共利益、本人或者他人的

人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵

害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。

正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应

当减轻或者免除处罚。对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及

其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤

亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。

对本案被告人行为是否构成正当防卫的认定：根据对《刑法》第二

十条的理解与适用，为了使国家、公共利益或者他人的人身、财产和其

他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不

法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。从公诉机关提供

更多法律资料分享微信：15678922341

的证据材料分析，首先本案的证据证实被害人有持锄头上到三楼，虽然

被害人持锄头上到三楼，但是并不存在对被告人生命有威胁的防卫情

形，理由如下：被告人居住的是三楼，门口出来是客厅还有两层的门

锁，当时被告人在三楼就听到有家人阻拦被害人上楼的声音，且他刚和

被害人亲戚发生争执会意识到可能是被害人亲戚家人上门，从一楼到三

楼有足够的时间让被告人躲避，但是被告人却持刀具出来，主观有伤害

他人的故意。其次被害人持锄头上到三楼后，被告人和被害人都称对方

不认识，当时双方都没有发生对话，被告人见到陌生人都没有问话就持

刀捅向了被害人，被告人具有主动伤害他人的故意。而本案中被害人持

的是长柄的锄头，被告人持的是短柄的水果刀，被告人能捅到被害人，

说明被害人已经离被告人很近，被害人没有足够的距离持锄头打击被告

人，证据还证实了被告人是在没有受到打击的情况下捅了被害人。不法

侵害必须正在进行时，而被告人当时并不存在不法侵害，被告人的行为

属于假想防卫。被告人主观上有伤害他人的故意，客观上实施了伤害他

人的行为，完全符合故意伤害罪的构成要件。综上，被告人的行为构成

了故意伤害罪。

编写人：广西壮族自治区钦州市钦南区人民法院 项钦

9 被害人在追溯期限内提出控告、公安机关应当立案

而不予立案的，不受追诉期限的限制

——陈德某故意伤害案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

更多法律资料分享微信：15678922341

广东省茂名市中级人法院（2018）粤09刑终114号刑事附带民事判

决书

2.案由：故意伤害罪

【基本案情】

1996年11月6日，被告人陈德某在高州市分界镇谢宵西便村因地界

纠纷与被害人陈昭某、陈建某发生争执时持刀将陈昭某、陈建某砍伤。

案发后，公安机关接到报案后出警侦查，但被告人陈德某逃离现场，并

先后潜逃到深圳、东莞等地。2006年8月7日，被害人陈昭某到高州市公

安局分界镇派出所报警，分界镇派出所向陈昭某出具报警回执。2015年

12月9日高州市公安局收到陈昭某控告被告人陈德某故意伤害的信访材

料。2016年4月11日被害人向高州市公安局报案，高州市公安局于2016

年4月12日立案侦查，并于同日将被告人陈德某列为网上追逃人员。

2016年6月4日，东莞市公安局厚街派出所民警于东莞市沙田镇稔州村一

小卖部内将被告人陈德某捉获。

被害人陈昭某受伤后于1996年11月6日至12月13日在高州市分界广

南医院住院37天，用去医疗费19471.7元，住院期间由其妻子李小某和

小舅子李国某护理。被害人陈建某受伤后于1996年11月6日至12月22日

在高州市分界广南医院住院，住院46天，用去医疗费13657.7元，住院

期间由其父亲陈某福和大姐陈某护理。

【案件焦点】

1.对于被告人陈德某1997年9月30日以前实施的犯罪行为，被害人

在追溯期限内提出控告、公安机关应当立案而不予立案的，是否受追诉

更多法律资料分享微信：15678922341

期限的限制；2.本案定罪量刑、民事赔偿等实体问题的处理。

【法院裁判要旨】

广东省高州市人民法院经公开审理认为：被告人陈德某无视国家法

律，故意伤害他人身体致二人受重伤，其行为已构成故意伤害罪，应予

以刑罚。对于被告人陈德某的辩护人关于本案已超过诉讼时效不应当追

究被告人陈德某刑事责任的辩护意见。经查，本案发生后，公安机关即

时出警处理，有证人陈某福的证言、被害人陈昭某、陈建某的陈述、被

告人陈德某的供述以及法医检验鉴定证明书等证据证实。并且公诉机关

提供了高州市公安局出具的关于被害人陈昭某、陈建某伤情鉴定书的说

明材料二份，确认该检验鉴定证明书为该局技术中队法医程柏某于1996

年11月28日和1996年12月10日所出具。茂名市公安司法鉴定中心也证实

送检两张“检验鉴定证明书”上书写的字迹与程柏某书写的样本字迹均是

同一人所写。上述证据足以说明案发后公安机关对本案已立案侦查，并

对被害人的伤情作了鉴定。另外，被害人陈昭某于2006年8月7日再次到

分界派出所报警，有报警回执及民警莫登某的证言等证据证实。因此，

本案发生后公安机关已立案侦查，事实清楚，证据充分，只因被告人陈

德某潜逃而未能抓获归案，故本案不存在超过追诉期限问题。被告人陈

德某故意伤害被害人陈昭某、陈建某，致两人受重伤，除应承担刑事责

任外，还应承担赔偿被害人经济损失的民事责任。本案中陈德某应当承

担赔偿的项目包括：医疗费、误工费、护理费、住院伙食补助费、合理

的交通费和营养费等费用。因此，对于附带民事诉讼原告人提出的精神

损害抚慰金、残疾赔偿金、被扶养人生活费等诉讼请求不属于刑事附带

民事诉讼赔偿范围，不予支持。综上所述，参照《广东省2017年度人身

损害赔偿计算标准》，结合被害人陈昭某、陈建某提供的医疗费单据，

被告人陈德某应当赔偿附带民事诉讼原告人陈昭某的各项经济损失合计

更多法律资料分享微信：15678922341

人民币共38872.98元。被告人陈德某应当赔偿附带民事诉讼原告人陈建

某的各项经济损失合计人民币共36926.16元。依照1979年《中华人民共

和国刑法》第一百三十四条、第七十七条，《中华人民共和国刑事诉讼

法》第九十九条[[2]](#p156)，《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》第一百三十八条第二款、第一百五十五条第二款，《中

华人民共和国侵权责任法》第三条、第四条第一款、第六条第一款、第

十五条第一款第六项，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一

款，参照《广东省2017年度人身损害赔偿计算标准》的规定，作出如下

判决：

一、被告人陈德某犯故意伤害罪，判处有期徒刑五年；

二、限被告人陈德某在本判决发生法律效力之日起一个月内赔偿附

带民事诉讼原告人陈昭某的医疗费、护理费、误工费、伙食补助费、营

养费、交通费合计38872.98元；

三、限被告人陈德某在本判决发生法律效力之日起一个月内赔偿附

带民事诉讼原告人陈建某的医疗费、护理费、误工费、伙食补助费、营

养费、交通费合计36926.16元；

四、驳回附带民事诉讼原告人陈昭某、陈建某的其他诉讼请求。

陈德某上诉称：一、本案已超过刑事追诉期限以及民事诉讼时效，

依法不能追究其刑事责任和民事责任。二、本案两份“检验鉴定证明

书”不能作为认定被害人构成重伤的依据，原判决以此作为定罪量刑依

据，事实不清，证据不足。

广东省茂名市中级人民法院经审理认为：

一、关于本案是否超过追诉期限（刑事）、诉讼时效期间（民事）

的问题。（一）《中华人民共和国刑法》总则第四章第八节“时效”的规

定，既是关于刑罚消灭事由的规定而具有实体法性质，又是关于司法机

关启动刑事诉讼程序的规定而具有程序法性质，因而不是单纯的实体法

规定，所以，具有溯及力。《中华人民共和国刑法》第十二条第一款规

定：“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律

不认为是犯罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依

照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事

责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。”《中

华人民共和国刑法》自1997年10月1日起施行，故在本案中，上诉人陈

德某的行为属于“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为”。是否

应当追诉，依照《中华人民共和国刑法》总则第四章第八节的规定，而

不是依照1979年《中华人民共和国刑法》的规定。原判决适用1979年

《中华人民共和国刑法》第七十七条，是适用法律错误，应予纠正。

（二）《中华人民共和国刑法》第八十八条第二款规定：“被害人在追

诉期限内提出控告，人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予

立案的，不受追诉期限的限制。”在本案中，《检验鉴定证明书》复印

件证实：1996年11月8日广东省高州县公安局法医师对“陈超某”（根据

其他证据，实为陈昭某）进行了检验，于1996年11月28日作出《检验鉴

定证明书》，案情摘要为：“被他人砍伤，入分界卫生院治疗。”足以认

定，被害人陈昭某最迟于1996年11月8日已向公安机关提出控告，是在

追诉期限内提出控告。公安机关于2016年4月12日决定对被害人陈昭

某、陈建某被故意伤害案立案侦查。此前，公安机关应当立案而不立

案。本案的情形符合《中华人民共和国刑法》第八十八条第二款的规

定，所以，不受追诉期限的限制。（三）由于司法机关追诉上诉人陈德

某的行为的期限并未超过，原审附带民事诉讼原告人陈昭某、陈建某因

上诉人陈德某的故意伤害犯罪行为遭受物质损失而要求民事赔偿的请求

权的诉讼时效期间也未超过。

二、关于本案实体处理的问题。（一）刑事部分。上诉人陈德某故

意伤害他人身体，致被害人二人重伤，其行为构成故意伤害罪，依照

1979年《中华人民共和国刑法》第一百三十四条第二款的规定，应处三

年以上七年以下有期徒刑。上诉人陈德某归案后如实供述其故意伤害被

害人陈昭某、陈建某的犯罪行为，依法可以从轻处罚。本案是民间矛盾

激化引发，根据宽严相济的刑事政策，对上诉人陈德某可以酌情从轻处

罚。根据本案证据，上诉人陈德某在本案犯罪行为发生前后均没有其他

犯罪记录，结合本案的具体情况，对其可以酌情从轻处罚。原判决对上

诉人陈德某定罪正确，应予维持；但量刑偏重，应当依法改判。（二）

附带民事部分。上诉人陈德某的犯罪行为致使原审附带民事诉讼原告人

陈昭某、陈建某遭受物质损失，应当依法赔偿。原判决附带民事诉讼处

理正确，应予维持。综上所述，原判决认定事实和定罪正确，附带民事

判决正确，审判程序合法。原判决相应部分应予维持。但是，原判决适

用1979年《中华人民共和国刑法》第七十七条，是适用法律错误，应予

纠正。而且，原判决对上诉人陈德某量刑不当，应当撤销原判决相应部

分，予以改判。依照《中华人民共和国刑法》第十二条第一款、第八十

八条第二款，1979年《中华人民共和国刑法》第一百三十四条第二款，

《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条[[3]](#p156)第一款第一项、第二

项之规定，作出如下判决：

一、维持广东省高州市人民法院（2016）粤0981刑初316号刑事附

带民事判决第一项的定罪部分、第二项、第三项；

二、撤销广东省高州市人民法院（2016）粤0981刑初316号刑事附

带民事判决第一项的量刑部分；

三、上诉人（原审被告人）陈德某犯故意伤害罪，判处有期徒刑三

年。

【法官后语】

陈德某与陈昭某、陈建某发生争执时与持刀将陈昭某、陈建某砍成

重伤的事实基本清楚，陈德某构成故意伤害罪证据充分，罪名成立。因

为陈德某的犯罪行为发生在1996年，而公安机关正式立案是在2016年4

月12日，从犯罪行为发生之日到现在已经超过十年期限，对陈德某的犯

罪行为是否应当追诉是本案的争议焦点。《刑法》第十二条规定：“中

华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是

犯罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总

则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但

是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法……”《刑法》自

1997年10月1日施行，本案中陈德某的行为发生在1996年11月5日，故陈

德某的行为属于“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为”，是否

应当追诉应依照《刑法》总则第四章第八节的规定，而陈德某应当承担

什么样的刑事责任则应当适用1979年《刑法》的规定。《刑法》总则第

四章第八节“时效”的规定，既是关于刑罚消灭事由的规定而具有实体法

性质，又是关于司法机关启动刑事诉讼程序的规定而具有程序法性质，

因此具有溯及力。

本案亦不符合《最高人民法院关于适用刑法时间效率规定若干问题

的解释》第一条所规定的情形。《最高人民法院关于适用刑法时间效率

规定若干问题的解释》第一条规定，对于行为人1997年9月30日以前实

施的犯罪行为，在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者

在人民法院受理案件以后，行为人逃避侦查或者审判，超过追诉期限或

者被害人在追诉期间内提出控告，人民法院、人民检察院、公安机关应

当立案而不予立案，超过追诉期限的，是否追究行为人的刑事责任，适

用修订前的《刑法》第七十七条的规定。上述司法解释规定中，“适用

修订前的刑法第七十七条的规定”的一个前置条件是“超过追诉期限

的”，即“超过追诉期限的”才能适用修订前《刑法》第七十七条的规

定。因为上述司法解释是从1997年刑法颁布之际的定位来论述的，这里

的“超过追诉期限”应当理解为1997年《刑法》颁布之前已经超过追诉期

限的情形。本案案发于1996年11月6日，直至1997年9月30日，陈德某的

行为并未超过追诉期限，因此并不属于上述司法解释第一条所规定的情

形。现行《刑法》第八十八条第二款规定，被害人在追诉期限内提出控

告，人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案的，不受追

诉期限的限制。本案中，在案证据证实被害人陈昭某最迟于1996年11月

8日已向公安机关提出控告。陈昭某、陈建某被陈德某砍成重伤，依照

当时《刑法》的规定，故意伤害他人身体，致人重伤的，处三年以上七

年以下有期徒刑。根据现行《刑法》第八十七条的规定，法定最高刑为

五年以上不满十年有期徒刑的，经过十年不再追诉。本案案发于1996年

11月6日，案发之日至被害人陈昭某向公安机关提出控告，并没有超过

十年的追诉期限，属于在追诉期限内提出控告。高州市公安局于2016年

4月12日决定对被害人陈昭某、陈建某被故意伤害一案立案侦查，证实

此前公安机关应当立案而不予立案。因此，本案不受追诉期限的限制。

本案陈德某的行为构成故意伤害罪，应当按照1979年《刑法》第一

百三十四条的规定追究刑事责任。现行《刑法》于1997年10月1日起实

施，而陈德某的犯罪行为发生在《刑法》实施之前，根据《刑法》第十

二条规定，应当适用1979年《刑法》中故意伤害罪的规定对陈德某进行

刑事处罚。陈德某在1996年11月6日与陈昭某、陈建某发生争执时持刀

将陈昭某、陈建某砍成重伤，依据1979年《刑法》第一百三十四条“故

意伤害他人身体的，处三年以下有期徒刑或者拘役。犯前款罪，致人重

伤的，处三年以上七年以下有期徒刑；致人死亡的，处七年以上有期徒

刑或者无期徒刑。本法另有规定的，依照规定”的规定，对其应当在“处

三年以上七年以下有期徒刑”法定刑幅度内进行量刑。考虑到本案案发

至今时间久远，且被告人陈德某一直没有其他违法犯罪行为等因素，决

定对其从轻处罚，判处三年有期徒刑。

编写人：广东省茂名市中级人民法院 李锦杰

10 教唆犯中实行过限的认定

——汪某某、沈某某故意伤害案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市高级人民法院（2017）京刑终238号刑事裁定书

2.案由：故意伤害罪

【基本案情】

被告人汪某某、沈某某于2016年11月19日23时20分许，在北京市朝

阳区崔各庄乡奶西村××号西侧路边，因故与程某某（男，殁年45岁）发

生争执，后汪某某在沈某某指使下殴打程某某。其间，汪某某用尖刀猛

刺程某某胸部、右腿部各一刀。经鉴定，程某某因被单刃锐器刺击胸

部，伤及主动脉根部，致心包填塞死亡。

【案件焦点】

共同犯罪中，基于教唆犯概然性的教唆，实行犯的实行行为导致被

害人的死亡后果，则教唆犯是否需要对这一死亡结果共同承担责任。

【法院裁判要旨】

北京市第三中级人民法院经审理认为，对于被告人汪某某之辩护人

所提汪某某在共同犯罪中系从犯、系被教唆，及被告人沈某某之辩护人

所提本案属实行犯过限，沈某某在共同犯罪中主观过错较小、起次要作

用、属从犯等辩护意见，经查，首先，二被告人均系完全刑事责任能力

的成年人，均应具备常人的行为分辨能力和控制能力。在案证据证明，

沈某某在案发时对汪某某说“弄他一下”，汪某某即在该指使下与程某某

产生冲突，用尖刀扎刺程某某。据此，应认为汪某某、沈某某系即时商

定共同产生了攻击伤害程某某的主观故意，并由汪某某实施了对程某某

的伤害行为，造成了程某某死亡。对此犯罪后果汪某某、沈某某应共同

承担责任。其次，再结合本案“沈某某于案发前约汪某某与其取钱”“沈

某某未取到钱又去找程某某交涉”“沈某某与程某某遇到汪某某后即要求

汪某某弄程某某一下”等在案被告人供述亦可知，沈某某对程某某不满

在先，其指使汪某某攻击伤害程某某居中，汪某某刀刺程某某在后。据

此，应认为汪某某、沈某某二人之犯意形成及犯罪实施具有同步性和一

致性，也可认为沈某某对汪某某伤害程某某之行为及后果持放任、纵容

的主观态度。综上，沈某某应就共同犯罪后果承担同等责任，故上述辩

护意见不予采纳。

北京市第三中级人民法院判决如下：

一、被告人汪某某犯故意伤害罪，判处有期徒刑十五年，剥夺政治

权利三年；

二、被告人沈某某犯故意伤害罪，判处有期徒刑十一年，剥夺政治

权利二年；

三、被告人汪某某、沈某某连带赔偿附带民事诉讼原告人王某某、

程某甲、杜某某、程某乙丧葬费、交通费、住宿费、误工费共计人民币

六万三千二百三十九元（限判决生效之日起一个月内给付）；

四、驳回附带民事诉讼原告人王某某、程某甲、杜某某、程某乙的

其他诉讼请求；

五、在案扣押的装饰刀及刀鞘，依法予以没收。

沈某某以量刑过重为由提起上诉。二审法院同意一审法院裁判意

见。

北京市高级人民法院裁定如下：

驳回沈某某的上诉，维持原判。

【法官后语】

共同犯罪中，各犯罪人之间有共同的犯意，对于危害结果具有确定

的认识，其犯罪行为与犯罪结果也与犯意保持一致。但在司法实践中，

在处理共同犯罪案件时，经常会遇到实行犯实施的与共谋的犯罪不一致

的行为，即在共同的犯意形成之后，共犯各方对原来共谋的犯意做出调

整或改变；或者由于共谋的犯意本身涵义的不确定，以至于最终的犯罪

结果具有不确定性。实行犯在共同犯罪中实施的行为与最初预谋的行为

出现的这种差异，通常表现为“不及”或“过剩”情况，在“不及”状态下，

犯罪属于未遂状态；在“过剩”状态下，则会出现实行过限的问题。

我国《刑法》及有关司法解释对于共同犯罪中的实行过限没有明确

规定，所以应当结合刑法条文及共同犯罪的刑法理论进行分析。实行过

限是指共同犯罪人实施了超出共同犯罪故意的行为。由于行为人只有在

对危害结果主观上有罪过的情况下才负刑事责任，所以，在共同犯罪

中，如果某一行为属于实行过限行为，实行过限犯罪人应当对其犯罪行

为引起的后果承担刑事责任，而其他共同犯罪人不对该过限行为引起的

后果承担责任。

共同犯罪中有共同实行犯罪、教唆犯罪、帮助犯罪等情形，每种情

形的实行过限都有着不同的判定原则。具体到本案中，被告人汪某某是

受被告人沈某某指使，属于教唆犯罪，因此本文将着重分析教唆犯中的

实行过限的认定。

在判定被教唆人的实行过限时，必须对教唆犯的教唆内容进行认真

审查。如果教唆犯的教唆内容较为确定，如当面明确要求用什么犯罪手

段、达到什么犯罪结果或从反面明确禁止实行犯采用什么手段、不得达

到什么犯罪结果等，在这种情况下认定被教唆人是否实行过限较为容

易。但在司法实践中，教唆内容通常较为概括，通常使用“收拾”“教

训”“摆平”“给我办他”“给他点儿厉害”等内涵外延较为模糊的词语发布教

唆指令。前述教唆语句在不同的心态和语言环境中，或经不同文化素

质、阅历背景的人理解，其含义往往有所不同，甚至是在程度和方向上

出现较大差异。

在刑法理论上，一般把前述内容较为概括的教唆称为概然性教唆。

由于教唆内容不太明确，甚至毫无界限，实际的危害结果取决于实行行

为的具体实施状况，轻伤、重伤甚至死亡的危害结果都有可能发生，但

无论哪一种结果的出现都是由教唆犯的授意所引起的，均可涵盖在教唆

犯的犯意中，因此教唆犯的罪责范围应当包括被教唆人在不确定的故意

范围内所造成的一切危害结果。

具体到本案，首先，沈某某当场要求汪某某“弄”被害人一下，至于

怎么“弄”及“弄”到什么程度，沈某某未明确提出，亦未对同案人员汪某

某可使用什么手段、教训被害人的部位，及防止出现什么样的后果或程

度进行即时提示。其次，作为伤害行为的具体实施者，同案人汪某某在

听到沈某某“弄”的指令后，既未进一步向同案人询问意图伤害被害人的

大体程度，也未在攻击被害人加以自我约束以控制伤害程度。综上，应

认为沈某某、汪某某二人在共同作案过程中，对教唆目标和实行行为均

持放任态度，对被害人的身体健康与生命予以漠视，即沈某某的概然性

教唆与汪某某的实行行为及导致的后果，与案发前的诱因及案发时的暴

力程度相统一，故不能认定汪某的持刀伤害行为属过限行为，教唆者沈

某某仍应对被害人的死亡承担刑事责任。

编写人：北京市第三中级人民法院 范爱礼 董肖肖

11 故意伤害案件中疑罪从无的适用

——陈学某被诉故意伤害宣告无罪案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

吉林省四平市梨树县人民法院（2018）吉0322刑初301号刑事判决

书

2.案由：故意伤害罪

【基本案情】

2016年12月21日13时20分许，自诉人张锦某回家取东西，在自己家

楼下楼宇门的台阶处受伤，后其报警称系他人殴打所致。

自诉人意见：2016年12月21日13时20分许，自诉人回家取东西，将

车停放在粮建粉楼院内甲幼儿园南侧，自诉人刚要上楼，被告人陈学某

从甲幼儿园出来跑到自诉人跟前，口出狂言：我开校车，你管我我就弄

死你！并趁自诉人没有反应过来、不备之际，猛地将自诉人推倒在台阶

上致自诉人左膝受伤，法医鉴定：厮打中可以形成，构成轻伤二级。被

告人故意伤害原告致轻伤，其行为触犯了刑法第二百三十四条之规定构

成故意伤害罪，依法应当承担刑事责任，由此给原告造成的各项经济损

失，依法应当承担赔偿责任。故请求依法追究被告人故意伤害罪的刑事

责任，判令被告人赔偿原告各项经济损失10万元。

自诉人代理人的意见是：根据现有的证据，能够证明被告陈学某将

自诉人殴打致轻伤的犯罪事实，应赔偿自诉人的各项合理经济损失。

【案件焦点】

被告人陈学某是否构成犯罪的问题。

【法院裁判要旨】

吉林省四平市梨树县人民法院经审理认为，自诉人张锦某在自家楼

下受伤后，虽其报警后指认是被告人陈学某将其殴打致伤，其原因是因

为其向陈学某的老板举报其没有校车驾驶资格的矛盾所引发，但被告辩

称自诉人张锦某当天因酒后自行摔倒在楼宇门口的台阶上，其上前询问

时，“张锦某张口骂我，我随后就上楼走了，根本没有跟他发生过肢体

接触，他纯属诬陷我。”从庭审查明的事实证据看，自诉人张锦某提到

的案件起因并没有得到甲幼儿园老板的证实，被告人陈学某辩称根本没

有打他，他自己喝多了，坐在台阶处，现场也没有其他证人证实双方厮

打的情节。公安机关及检察院以事实不清、证据不足不予立案，自诉人

的伤究竟是自行摔伤，还是被陈学某打伤，现有证据无法证实双方的说

法，虽鉴定结论意见认为自诉人的伤在厮打中可以形成，但并不具有唯

一性、排他性，存在事实不清，证据不足，自诉人指控的罪名不能成

立。其民事请求不予保护。故对自诉人的指控及其诉讼代理人的意见不

予支持，对被告人提出的辩解及辩护人提出的自诉人指控被告人犯故意

伤害罪事实不清、证据不足的辩护意见，予以采纳。经本院2018年第十

六次审委会讨论决定，故依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百条

第三项和《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四项之规定，判决如下：

一、被告人陈学某无罪；

二、被告人陈学某不承担民事赔偿责任。

【法官后语】

本案中没有直接证据证明被告人有罪，故应作无罪判决。其一，本

案中幼儿园老板证言与被害人张锦某的陈述有矛盾。从证言中可以看出

张锦某并没有跟幼儿园老板说过陈学某的驾驶证不能开校车的事，与自

诉人张锦某提到的案件起因不符。其二，鉴定意见书作为间接证据并不

能成为定罪依据，鉴定意见认为自诉人的伤在厮打中可以形成，现场也

没有其他证据证实双方厮打的情节，所以鉴定意见书并不具有唯一性、

排他性，也就是不能证明此伤是自诉人和被告人厮打所形成的。其三，

本案中位于客观中立的证人所反映的情况、过程，对查清事实没有起到

积极作用。其四，被告人对本案的事实情节不供认。疑罪从无是我国刑

事诉讼法的基本原则之一。

所谓疑罪是指犯罪嫌疑人是否够罪，即无法证实其有，也无法证实

其无。所谓疑罪从无，是指刑事案件中用来证明被告人有罪的证据不

足，对于被告人是否构成犯罪不能排除合理怀疑时，应作出有利于被告

人的判决。本案中首先在证据相互采信上存在重大问题，证人的证言和

自诉人的陈述在主要情节上存在矛盾性，导致整个案件在事实部分存在

疑问。其次，在损伤之间缺乏有直接证明力的证据，只有鉴定意见书和

自诉人陈述，使整个受伤害的事实缺乏证明力。故法院认为本案的事实

不清，证据不足，整个案件不能排除合理怀疑，根据疑罪从无的法律原

则，判决被告人陈学某无罪，且不承担民事赔偿责任。

编写人：吉林省四平市梨树县人民法院 王昱羲

12 在防卫人住处制止正在进行的严重暴力犯罪的行为

应认定为特殊防卫

——张某甲被诉故意伤害宣告无罪案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

天津市第一中级人民法院（2018）津01刑终326号刑事附带民事判

决书

2.案由：故意伤害罪

【基本案情】

张某甲在处理其兄张某乙的交通事故中，认为交警懈怠，遂找到了

无业人员周某某，请周某某向交警“打招呼”。周某某因张某甲虚报医药

费、向交警透漏周某某等，心生怨恨。

3月12日早上8时许，张某甲与其兄张某乙及赵某某在天津市西青区

精武镇牛坨子村鱼塘旁的小屋内正在闲聊，周某某纠集丛某某、张某、

陈某某，由丛某某驾车，并携带了陈某某事先准备好的两把砍刀，至天

津市西青区精武镇牛坨子村张某甲暂住处（分为里屋外屋）。四人首次

进入张某甲暂住处确认张某甲在屋后，随即返回车内，取出事前准备好

的两把砍刀。其中，周某某、陈某某二人各持一把砍刀，丛某某、张某

分别从鱼塘边操起铁锨、铁锤再次进入张某甲暂住处。张某乙见状上前

将走在最后边的张某截在外屋，二人发生厮打。周某某、陈某某、丛某

某进入里屋，三人共同向屋外拉拽张某甲，张某甲向后挣脱。此刻，周

某某、陈某某见张某甲不肯出屋，持刀砍向张某甲后脑部，张某甲即随

手在茶几上抓起一把尖刀捅刺陈某某胸部一刀，陈某某被捅后退到外屋

倒地。其间，丛某某持铁锨击打张某甲后脑处。周某某、丛某某见陈某

某倒地后也跑出屋外。张某甲将尖刀放回原处后发现张某仍在屋外与其

兄张某乙相互厮打，为防止张某乙被殴打，其到屋外，随手拿起门口处

的铁锨将正挥舞砍刀的周某某打入鱼塘中，周某某爬上岸后张某甲再次

将其打落水中，致周某某左尺骨近段粉碎性骨折，其所持砍刀落入鱼塘

中。此时，张某乙已经将张某手中的铁锤夺下，并将张某打落鱼塘中。

张某甲随即拨打电话报警并在现场等待。陈某某被送往医院后，因单刃

锐器刺破心脏致失血性休克死亡；张某甲头皮损伤程度构成轻微伤；周

某某左尺骨损伤程度构成轻伤一级。

【案件焦点】

张某甲致一死一伤行为定性为防卫过当还是正当防卫。

【法院裁判要旨】

天津市西青区人民法院经审理认为，张某甲故意伤害他人身体，致

一人死亡、一人轻伤，其行为已构成故意伤害罪。鉴于被害人一方对案

件的起因负有一定责任，对此情节予以酌情考虑。

天津市西青区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百三十四

条之规定，判决：

张某甲犯故意伤害罪，判处有期徒刑十二年六个月。

张某甲以其构成正当防卫为由提出上诉。

天津市第一中级人民法院经审理认为：上诉人张某甲为了使本人或

者他人的人身权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的

行为，属于正当防卫。虽然张某甲在防卫过程中造成了不法侵害人一死

一伤的后果，但不属于防卫过当，不负刑事责任。

天津市第一中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二十条第

一款、第三款，《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百三十六条第一款

第二项之规定，判决如下：

一、撤销天津市西青区人民法院（2016）津0111刑初576号刑事附

带民事判决；

二、上诉人张某甲无罪。

【法官后语】

笔者认为，张某甲的行为系特殊防卫，不属于防卫过当，理由如

下：

第一，张某甲实施了致人一死一伤行为的前提是遭到了周某某等四

人的不法侵害，且该不法侵害具有现实性和紧迫性。根据我国《刑法》

第二十条的规定，成立正当防卫的前提是正当权利正在遭到不法侵害。

本案中，从案发时双方人员力量对比来看，周某某、陈某某等四人均提

前准备了作案工具，进入现场时两人分别手持长约50厘米的砍刀，一人

持铁锨，一人持铁锤，而张某甲一方是并无任何准备的三人，其中一人

（赵某某）因腿部有残疾未参与；从时间紧迫性来看，周某某一方共四

人闯入屋内后即对张某甲实施拖拽，并在张某甲转身向后挣脱时，使用

所携带的凶器砸砍张某甲后脑部，此时张某甲的人身安全已受到严重威

胁且处在高度危险之中。故对张某甲而言，案发时存在不法侵害，且不

法侵害具有现实性、紧迫性。

第二，张某甲为免受正在进行的不法侵害，采取的制止不法侵害的

行为，具有正当性，属于正当防卫。本案中，张某甲在自己的人身安全

正遭到不法侵害严重威胁之时，在精神极度恐惧和慌张的状态下，为制

止正在进行的不法侵害，顺手从身边抓起一把平时生活所用刀具捅刺不

法侵害人，具有正当性，属于正当防卫。需要强调，张某甲为蒙古族

人，平时在住处放一把切肉用的刀具，符合其生活习惯。且本案中证人

赵某某的证言、张某乙的证言均能与张某甲的供述相互吻合，足以证实

张某甲捅刺陈某某所用的刀具系张某甲平时生活所用刀具，而不是事先

准备好用来与周某某等人打斗的工具。

第三，从案发地点来看，是张某甲居住的私人场所。本案中，周某

某等四人前往报复的场所为张某甲暂住地的小屋内。张某乙发生交通事

故后，张某甲为了方便照顾其兄张某乙，就搬到该处居住，且至案发前

已经居住了几个月。周某某等四人持砍刀、铁锨、铁锤闯入的地点是张

某甲的私人居住场所，因此，闯入行为本身就具有违法性。

第四，本案存在正在进行的“严重危及人身安全的暴力犯罪”，虽然

造成了侵害人一死一伤的后果，但属特殊防卫，不负刑事责任。我国

《刑法》第二十条第三款规定，对正在进行的行凶、抢劫、强奸、绑架

以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害

人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。从该规定的设置看，

对“严重危及人身安全的暴力犯罪”的判断应该是与行凶、抢劫、强奸、

绑架四种犯罪行为暴力危害程度相当的犯罪行为，判断时应准确把握以

下两个方面的内容：一是防卫行为是否明显超过必要限度，应以普通人

的认识水平并结合现场实际情况判断，而不是以法官的标准从事后的角

度精准分析侵害程度来确定防卫行为是否超过必要限度。二是判断防卫

行为是否系特殊防卫应以侵害行为可能造成的危害程度是否与正在进行

的《刑法》第二十条第三款规定的数种犯罪相当，而不是以实际危害结

果是否与上述犯罪相当。本案中周某某等四人分别持两把砍刀、一把铁

锨、一把铁锤突然闯入张某甲住处，直接向张某甲实施了拖拽及用砍刀

砍击其后脑部、用铁锨砸击其后脑部的行为。张某甲面对四名分别手持

足以致其死伤凶器的被告人，且在头部已经受到攻击的情况下，不能苛

求其在精神高度紧张、情况极为紧迫的情况下对可能遭受何种程度的侵

害作出精准判断，即不能以周某某一方的侵害行为仅造成张某甲轻微伤

的后果来反推张某甲采取的防卫措施已明显超过受到的损害。同时，综

合侵害方所持凶器、人数、已经实施的行为以及实施行为的场所等情

形，周某某一方实施的侵害行为的危险程度与现行《刑法》第二十条第

三款规定的数种犯罪的暴力危险程度相当。

综上，张某甲在人身安全受到严重危胁的情况下采取防卫行为，导

致一死一伤的后果，属于特殊防卫。

编写人：天津市第三中级人民法院 路诚

13 自动投案时供述避重就轻的不应认定为自首

——闻明某故意伤害案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

吉林省江源林区基层法院（2018）吉7605刑初19号刑事判决书

2.案由：故意伤害罪

【基本案情】

2017年9月26日18时许，林蛙养殖户刘崇某让其儿子刘祥某将自家

吉FL2×××号“五菱”牌面包车横放在距刘崇某看护房不远处的三岔子林

业局三岔子林场施业区150林班9小班的林道上。约在18时30分，村民姜

某龙驾驶一辆轻型卡车，与同村村民刘某、刘顺某欲前往三岔子林业局

三岔子林场施业区151林班姜某成与他人合伙经营的林蛙养殖沟系内帮

忙捡拾林蛙，行至刘祥某面包车停放处时，因其车辆未能通过，与刘祥

某、刘崇某发生争吵，姜某龙遂打电话通知姜某成前来解决。约在19时

30分，被告人闻明某驾驶面包车，与姜某成、张某等人一同来到刘祥某

面包车停放处，姜某成与刘崇某商议欲驾车通过路段未果，双方发生口

角，在姜某成的提议下，被告人闻明某与姜某成、张某等人将刘祥某吉

FL2×××号面包车掀翻，双方进而发生殴斗，厮打过程中，被告人闻明

某使用刘崇某携带的砍柴刀将刘崇某右肩部砍伤。经鉴定，刘崇某右侧

肩峰开放性骨折；右侧肩峰背侧疤痕长18cm，右侧肩胛骨肱骨大结节

开放性骨折，评定为轻伤二级。左手环指刀砍伤，评定为轻微伤。

【案件焦点】

被告人闻明某犯罪后自动到公安机关投案时，仅供述其参与相互殴

斗过程，没有如实供述自己将他人砍伤的事实，是否能认定为自首。

【法院裁判要旨】

吉林省江源林区基层法院经审理认为：被告人闻明某故意伤害他人

身体，致人轻伤，其行为已构成故意伤害罪，公诉机关指控的罪名成

立，本院予以认定。被告人闻明某在案发后能如实供述犯罪事实，依法

可从轻处罚；案件审理期间，在本院的主持调解下，被告人闻明某一次

性赔偿附带民事诉讼原告人刘崇某全部经济损失共计人民币8万元，已

履行完毕，并得到了附带民事诉讼原告人的谅解，对被告人闻明某依法

可酌情从轻处罚。关于辩护人提出的本案被害人刘崇某具有明显过错，

被告人闻明某系偶犯、初犯，认罪态度好、有悔罪表现，且赔偿了被害

人的经济损失，得到了被害人的谅解，具有酌定从轻处罚情节的辩护意

见，本院予以采信；关于辩护人提出的被告人闻明某系投案自首，本院

认为，被告人闻明某虽然能到公安机关自动投案且供述了相互殴斗过

程，但没有如实供述自己将他人砍伤的事实。因此，此辩护不予以采

信。依据《中华人民共和国刑法》第二百三十四条第一款、第六十七条

第三款、第六十四条之规定，判决如下：

一、被告人闻明某犯故意伤害罪，判处有期徒刑六个月；

二、被告人闻明某作案使用的砍柴刀1把，予以没收。

【法官后语】

在认定自首的问题上，《刑法》规定外延较宽，造成在实践中把握

不一致，易造成同案不同判现象。下文结合自首制度的构成要件展开论

述，利于今后的实务操作。

本案处理重点主要在于被告人的行为是否能认定为自首。1998年5

月9日生效的《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》对自首中的“自动投案”“如实供述自己的罪行”认定作了专门

的规定。其后，2010年12月22日印发的《最高人民法院关于处理自首和

立功若干具体问题的意见》中又进一步明确了认定的标准。具体到本案

中，被告人犯罪后到公安机关的目的不一定是想投案自首，也可能是想

了解案件的情况，找公安机关内部的熟人来调解私了。被告人的主观目

的是内心活动，只能结合其外在的行为来加以认定。被告人到案后，仅

供述了其与被害人相互殴斗过程，没有如实供述其持刀将他人砍伤的事

实，所供述的内容避重就轻。如按其供述，本案就是一起民事侵权引发

的行政案件。在其后的侦查过程中，公安机关又收集了其他相关的证据

材料，随后又对被告人进行了讯问。被告人在证据材料面前如实供述了

全部的事实经过，承认是其持刀将被害人砍伤。本案在审理过程中，通

过对被告人的供述和其他证据材料形成的时间顺序进行综合分析判断，

被告人没有自动投案所要求的主动性，且缺少如实供述自己的主要犯罪

事实的要件，最终认定被告人不构成自首。

值得注意的是，自首是发生在犯罪以后，在通常情况下是犯罪分子

的一种悔罪表现，是其在犯罪以后对于犯罪的态度。这种悔罪态度并非

只停留在口头上，还要求犯罪分子要以积极的行动来表现出来。自首的

犯罪分子说明其人身危险性、再犯的可能性较小，所以，我国《刑法》

规定的自首制度中对于自首的犯罪分子可以从轻或减轻处罚。其中，犯

罪较轻的可以免除处罚。自首制度的设立是对犯罪分子的宽大处罚，所

以在实务中要严格审查，最大程度避免有的犯罪分子利用这一制度来逃

避法律的制裁。根据《刑法》和相关的司法解释的规定，在理论上自首

分为一般自首和特别自首。《刑法》第六十七条第一款规定的一般自首

同《刑法》第六十七条第二款规定的特别自首不同，在认定一般自首中

的如实供述应有限制条件，即在自动投案时如实供述自己的罪行。如不

加以限制，则在相关案件的办理中难以判断犯罪分子投案的动机、目

的。因为动机、目的是一个人的内心想法，是难以用证据证明的，只能

通过其外在的言行来综合认定。因此，犯罪分子是否能如实供述自己的

主要犯罪事实就是考量其自动投案有效性的重要依据。当然，人有趋利

避害的本能，犯罪分子隐瞒次要的犯罪事实或如实供述后作罪轻、基于

法律规定作无罪辩解的不影响对自首的认定。

编写人：吉林省江源林区基层法院 刘强

14 夫妻间故意伤害案件的量刑考量

——李某故意伤害案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市西城区人民法院（2018）京0102刑初371号刑事判决书

2.案由：故意伤害罪

【基本案情】

2017年7月30日晚，被告人李某在居住地北京市西城区家庭住所

内，因家庭琐事与妻子王某发生争吵，后持刀将王某左侧面部砍伤，经

法医鉴定，王某所受损伤程度属于轻伤一级。被告人李某将被害人送往

医院救治，并拨打“110”报警。同年7月31日，被告人李某在医院被查获

归案。另查明，在法院审理期间，被告人李某与被害人王某就本案的附

带民事赔偿部分达成调解协议，被害人王某对被告人李某的行为表示谅

解。

【案件焦点】

1.夫妻关系存续期间，在夫妻双方发生的故意伤害犯罪中，被害人

一方是否可以提起附带民事诉讼；2.假如被害人获得被告人家属的经济

赔偿，此情节是否可以成为对被告人从轻处罚的考量因素。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院经审理认为，被告人李某不能正确处理家庭

矛盾，持刀故意伤害他人身体，致人轻伤，侵犯了公民的人身权利，其

行为已构成故意伤害罪，应依法惩处。北京市西城区人民检察院指控被

告人李某犯故意伤害罪罪名成立。被告人李某的辩护人关于被害人存在

一定过错的辩护意见，经查，被告人李某与被害人因家庭矛盾发生争吵

及肢体冲突，被告人李某继而取来菜刀，用菜刀将被害人砍伤，被害人

的行为尚不构成刑法上的过错，该辩护意见本院不予采纳，其余辩护意

见，本院酌予采纳。鉴于被告人李某有自首情节，案发后积极赔偿了被

害人的经济损失，取得了对方的谅解，且本案是由家庭矛盾引发的，综

上，可对其从轻处罚。

北京市西城区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百三十四

条第一款、第六十七条第一款、第六十一条、第六十四条之规定，判决

如下：

一、被告人李某犯故意伤害罪，判处有期徒刑十个月；

二、在案扣押的作案工具菜刀一把予以没收。

【法官后语】

故意伤害案件中，被告人与被害人之间存在婚姻关系，且婚姻关系

尚在存续期间，由此双方在身份上具有关联性，在财产上具有混同性，

因此给处理刑事案件过程中如何处理民事赔偿带来困境。

1.婚姻关系存续期间，夫妻双方之间发生的故意伤害犯罪案件，被

害人一方有权利提起刑事附带民事诉讼

首先，婚姻关系存续意味着夫妻双方基于自愿基础以共同生活为目

的缔结了涵盖关乎人身权和财产权的婚姻关系。我国《婚姻法》第四十

六条规定夫妻一方因家庭暴力导致离婚的，无过错方可以请求经济赔

偿，同时《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题

的解释（一）》又明确提出人民法院判决不准离婚的案件，对于当事人

基于上述条款提出的损害赔偿请求，不予支持，同时在婚姻关系存续期

间，当事人不起诉离婚而单独依据该条规定提起损害赔偿请求的，人民

法院不予受理。但是需要明确的是，从宏观法律体系来看，婚姻法与侵

权法之间产生竞合的情况并不罕见，《最高人民法院关于适用〈中华人

民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》的内容是在于限制仅仅依据

《婚姻法》第四十六条的情况请求损害赔偿，并没有排除依据人身权利

受到侵害的行为提出赔偿请求，更没有否定被害方提起诉讼的权利。

其次，根据我国《刑事诉讼法》第一百零一条的规定，被害人由于

被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，有权提起附带民事诉讼。在故意

伤害犯罪案件中，被害人受到侵害的人身权利主要体现为生命健康权，

生命健康权具有专属性、排他性，任何人无法代为行使，更不允许任何

人以任何身份、任何理由加以干涉，配偶亦不例外。故而，法律对于公

民身份健康权的保护并不因为配偶权等其他权利的存在而弱化，婚姻关

系存续不影响对生命健康权的损害赔偿请求。

此外，婚姻关系存续期间，夫妻财产多以混同共有的形式存在，司

法实践中，这种情况确实对于个案的附带民事诉讼判决的财产执行部分

造成了困扰，但是这并不能成为剥夺被害人诉权的理由。

2.被告人本人或其家属对被害人进行经济赔偿，并取得被害人谅

解，可以成为对被告人从轻处罚的量刑情节

被告人及其家属对被害人进行经济赔偿是被告人对自己行为进行认

罪悔罪的一种外在表现形式，也是促使被告人家属监督、引导被告人采

用合法合理的方式处理家庭矛盾的一种方式，有利于受损的婚姻关系得

以修复，对于被告人改造和预防再次犯罪具有重要意义。此外，夫妻间

故意伤害犯罪行为等情况的发生往往会造成婚姻关系的破裂，因此双方

达成经济损害赔偿，就部分婚内财产的所有权进行约定，也可以在离婚

财产分割时得以实现，具有实际的赔偿意义，而不是仅有家庭财产“左

口袋出，右口袋进”的形式意义。

编写人：北京市西城区人民法院 冀敏

（四）过失致人重伤罪

15 被告人危险驾驶的行为造成被害人重伤不构成以危

险方法危害公共安全罪

——张某某过失致人重伤案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

天津市第一中级人民法院（2018）津01刑终592号刑事裁定书

2.案由：过失致人重伤罪

【基本案情】

2017年3月13日15时许，被告人张某某驾驶牌照号为津ALN5××的白

色东风日产牌小型轿车沿和平区南京路由西向东行驶至滨江道路口人行

天桥下时，遇袁某某（另案处理）驾驶津MV03××号东风牌小型面包车

沿南京路由西向东行驶至其车前方，因袁某某向右变更车道时阻碍了张

某某的正常行驶，张某某在多次鸣笛催促未果后加速前行并向右并道行

驶至袁某某车前方突然制动阻碍袁某某前行，后两车在天津市和平区南

京路营口道至长沙路路段（距离约550米）互相斗气追赶。其间张某某

驾驶车辆行驶到袁某某车辆前方时，在前方道路畅通的情况下故意突然

刹车，后继续前行通过营口道路口，袁某某在后追赶并在张某某车左道

欲超车时，张某某突然向左并道，随即又回到自己车道继续前行，袁某

某松了一下油门发现张某某又回到自己车道后继续加速在张某某左侧追

赶欲超车，两车行至南京路与长沙路交口时，张某某驾驶车辆突然向左

并道，此时袁某某未踩刹车，致使袁某某车右前部撞上张某某车左后

部，袁某某驾驶的小型面包车将在道路中间安全岛上等候信号灯的被害

人韩某某撞倒后侧翻到逆行车道。事故发生后，张某某下车查看被害人

情况并首先拨打“110”报警，随后有群众报警。民警赶至现场将被告人

张某某传唤到案。经法医鉴定，被害人韩某某之损伤为重伤二级。经交

通事故鉴定，张某某驾驶的津ALN5××东风日产牌小型轿车在事故发生

时的行驶速度为60km/h，袁某某驾驶的津MV03××号东风牌小型面包车

在事故发生时的行驶速度为65km/h。

在本案审理期间，被告人张某某的家属与被害人韩某某自行达成赔

偿协议，由被告人张某某家属先期一次性赔偿被害人韩某某经济损失30

万元，被害人韩某某撤回附带民事诉讼，并保留另案提起民事诉讼的权

利，对被告人张某某表示谅解。

【案件焦点】

本案争议焦点为被告人的行为构成以危险方法危害公共安全罪还是

过失致人重伤罪。

【法院裁判要旨】

天津市和平区人民法院经审理认为，被告人张某某因其他车辆阻碍

自己车辆前行，为报复、斗气而违反道路交通管理法规，在市区繁华路

段驾驶汽车与他人追逐竞驶，过失造成被害人重伤的后果，其行为构成

过失致人重伤罪。考虑被告人张某某在市区繁华路段追逐竞驶造成两车

相撞的情节，酌情从重处罚；案发后被告人主动拨打“110”报警，具有

自首情节，依法可从轻处罚；其在本案审理期间，积极赔偿被害人部分

经济损失，获得被害人的谅解，系初犯，可酌情从轻处罚。依照《中华

人民共和国刑法》第一百三十三条之一第一款、第三款、第二百三十五

条、第六十七条第一款规定，判决被告人张某某犯过失致人重伤罪，判

处有期徒刑二年。

本案宣判后，检察机关以被告人应当构成以危险方法危害公共安全

罪为由提起抗诉。

天津市第一中级人民法院经审理认为，被告人的危险驾驶行为造成

路上行人一人重伤的危害后果，但并未达到以危险方法危害公共安全的

危害程度，被告人构成过失致人重伤罪，其危险驾驶行为作为量刑情节

予以考虑，检察机关的抗诉理由不能成立。因此，裁定驳回抗诉，维持

原判。

【法官后语】

本案中争议焦点主要在于本案的犯罪行为如何定性。

公诉机关指控的罪名是以危险方法危害公共安全罪，主要理由是：

（1）张某某在天津市繁华路段与他人斗气追赶，抹并对方车辆，当时

道路上车流量多，其行为的危害性与放火、投毒等行为的危害性大致相

当；（2）张某某主观上系明知其行为会发生危害社会的后果而放任危

害后果发生的间接故意，依据是其在不具备并道条件的情况下强行并道

且在事故发生时并未采取制动的挽救措施；（3）客观上造成了两车不

同程度毁损，行人重伤的后果。

合议庭评议后认定本案构成过失致人重伤罪。理由是：被告人张某

某的主观上应为过于自信的过失，而非放任的故意。

张某某在危险驾驶过程中，由于其过于自信的过失而造成被害人重

伤的后果，符合过失致人重伤罪的犯罪构成。以危险方法危害公共安全

罪要求被告人主观上对其行为可能造成的危害后果至少持放任的态度，

属于间接故意。因此，分析本案被告人主观方面直接影响本案的定性。

从间接故意也就是放任的故意来看，是行为人明知自己的行为会发

生危害后果，其虽不追求危害后果的发生，也不采取措施避免，反而是

放任其行为最终造成危害后果。在间接故意的情况下，行为人对危害后

果的发生是“明知”，含义是明确知道，即对危害后果的发生以及会产生

什么样的危害后果应当是确信或者最低也应是有很大把握会发生。而过

于自信的过失是应当预见自己的行为可能造成危害社会的后果而轻信能

够避免，此时行为人对于危害后果的“可能”发生应是“预见”，也就是在

主观上并非确信，而是认为其行为可能发生危害后果也可能不发生危害

后果，对危害后果的预见程度较低，行为人对于自己的能力或技术过于

自信而轻信能够避免危害后果的发生，本身对危害后果持反对态度。

被告人为斗气而在市区繁华路段与他人驾驶车辆进行追逐竞驶，其

对于自己行为的危险性是有一定的明知的，但是对于其造成的危害后果

应该是持反对态度，不是积极追求或放任的主观故意，应认定为过失。

被告人危险驾驶的行为，造成路上行人重伤的后果，触犯了过失致人重

伤罪，根据《刑法》第一百三十三条之一的规定，有危险驾驶行为，同

时又构成其他犯罪的，应以处罚较重的规定定罪处罚，因此被告人应为

过失致人重伤罪。

综上，从被告人的行为以及正常人的心理分析，被告人在事故发生

前曾有过一次突然并道并随即回到自己车道的行为，并未发生危险，后

在长沙路口时其观察后视镜后又加速并道，对方没有踩刹车，最终两车

相撞，对方车辆压上行人，致事故发生。其在主观上对于其行为具有危

险性应当是明知的，这也符合追逐竞驶的危险驾驶行为的主观故意，但

是对于危害后果的发生，其应该是能够预见这种危险驾驶行为可能会发

生危害后果，轻信自己能够避免的主观心态，但对于其行为是否确定会

发生危害后果以及发生什么样的、多大范围的危害后果应当不是明知

的，因为这个后果是偶然的，且两车相撞对于被告人自身也有不确定的

危险性，因此，被告人仅因对方车辆曾阻碍其前行这一较小的矛盾，不

可能在明知两车会相撞或可能造成其他危害后果的情况下，放任危害后

果的发生以及放任对自身不确定危害后果的发生。

根据2009年《最高人民法院关于印发醉酒驾车犯罪法律适用问题指

导意见及相关典型案例的通知》，行为人明知酒后驾车违法、醉酒驾车

会危害公共安全，却无视法律醉酒驾车，特别是在肇事后继续驾车冲

撞，造成重大伤亡，说明行为人主观上对持续发生的危害结果持放任态

度，具有危害公共安全的故意，对此类醉酒驾车造成重大伤亡的，应依

法以以危险方法危害公共安全罪定罪。该通知中明确了对于醉酒驾车发

生事故后的持续冲撞造成重大伤亡的行为认定行为人对持续发生的危害

后果主观上有放任的间接故意，对于只有一次事故，发生后立即停车没

有继续冲撞的，一般不认为主观上存在故意。

因此本案认定被告人主观上是过于自信的过失，其在危险驾驶过程

中，由于其过于自信的过失而造成被害人重伤的后果，符合过失致人重

伤罪的法律规定。

编写人：天津市和平区人民法院 宋玉鑫 杨扬

（五）强奸罪

16 关于强奸罪中“违背妇女意志” 的认定

——黎某强奸案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区桂林市阳朔县人民法院（2018）桂0321刑初115号

刑事判决书

2.案由：强奸罪

【基本案情】

2018年4月23日晚，被告人黎某与被害人廖某（2002年12月4日出

生）在阳朔县葡萄镇一宵夜摊相遇，被告人以三千元每晚诱骗被害人到

葡萄镇新街西路××号三楼的卧室内与其发生性关系。双方发生一次性关

系后，因被告人未支付钱款，被害人遂准备离开，被告人则持卡刀威逼

被害人持续为其进行口交及发生性关系直至次日5时许，其间，被告人

用自己的手机录制过程视频并持刀将被害人全身多处划伤。后趁被告人

睡着之机，被害人离开现场后报警，公安机关民警在该卧室内将被告人

抓获，并缴获卡刀一把、手机一部。

【案件焦点】

强奸案中违背妇女意志如何认定。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区桂林市阳朔县人民法院经审理认为，被告人黎某违

背妇女意志，采取暴力手段强行与妇女发生性关系，其行为已触犯《中

华人民共和国刑法》第二百三十六条之规定，构成强奸罪。

广西壮族自治区阳朔县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二

百三十六条第一款、第四十五条、第四十七条、第六十四条、第六十七

条第三款的规定，判决如下：

一、被告人黎某犯强奸罪，判处有期徒刑四年六个月；

二、作案工具卡刀一把，依法予以没收。

【法官后语】

根据我国《刑法》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，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

本案中廖某不愿意和被告人黎某发生性关系，被告人黎某就违背了被害

人廖某的意志。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。本案中被告人的客观行为表

现在被告人黎某持卡刀威逼被害人廖某持续为其进行口交及发生性关

系，其间，被告人黎某还用自己的手机录制“过程”视频并持刀将被害人

廖某全身多处划伤，从而使被害人廖某不能反抗。

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。

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，是准确区分其罪与非罪的界限。

编写人：广西壮族自治区桂林市阳朔县人民法院 龙昭昕

17 强奸案中仅有间接证据是否可以定罪

——王月某强奸案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省福州市罗源县人民法院（2018）闽0123刑初187号刑事判决

书

2.案由：强奸罪

【基本案情】

2017年年初至12月期间，被告人王月某多次采用胁迫或食物诱骗方

式，将被害人陈某芳（年仅三岁多）拉到其位于罗源县松山镇岐后村岐

后×××号的家中性侵，具体情况如下：

1.2017年年初，被告人王月某采用食物诱骗方式将在其家附近玩耍

的陈某芳带到其家中性侵，造成陈某芳阴部出血，陈某芳遂哭闹不止。

事后王月某将陈某芳的下体及竹片进行清洗，并吩咐陈某芳穿上裤子，

让其离开。事后，陈某芳将遭到性侵的事实告诉其奶奶黄月某。

2.2017年10月份某一天，被告人王月某采用胁迫方式将在家附近玩

耍的陈某芳拉到其家中性侵，造成陈某芳阴部出血，陈某芳哭闹不止，

其哥哥陈某锋循声在王月某家中找到陈某芳，王月某拿出一根香蕉给陈

某锋食用，并告知陈某锋不要告诉奶奶。随后，王月某让陈某芳和陈某

锋自行离开。

3.2017年12月16日下午，被告人王月某采用胁迫及食物诱骗的方式

将在其家附近玩耍的陈某芳拉到家中，陈某芳遂大声哭闹，其哥哥陈某

锋循声在王月某家中找到妹妹陈某芳，王月某拿出一根香蕉给陈某锋食

用，并告知陈某锋不要告诉其奶奶。接着，王月某对陈某芳实施侵害，

造成陈某芳阴部出血。随后，王月某让陈某芳和其哥哥自行离开。

2018年4月18日，陈某芳经罗源县人民医院妇产科检查，诊断为未

见完整处女膜环，处女膜环已破裂，呈陈旧性损伤。

2017年12月18日14时许，罗源县公安局民警将被告人王月某传唤至

罗源县公安局松山派出所接受调查。

2017年12月18日16时许，罗源县公安局民警依法对王月某住所进行

搜查，在其家中搜查到两根竹制扁平竹片，一根长约30厘米，宽约2厘

米；一根长约20厘米，宽约1厘米。民警对两根竹片依法进行提取并扣

押。2018年3月20日15时许，罗源县公安局民警再次对王月某住所处进

行搜查，发现黑色裤子一条，白色毛巾一条，蓝色、青色相间方格花纹

的被套一件，绿色、粉色、蓝色相间方格花纹的被套一件，民警对两件

被套及一条毛巾依法进行提取并扣押。

另查，被害人及其家长与王月某在案发前没有矛盾。

【案件焦点】

全案仅有间接证据是否可以定罪量刑。

【法院裁判要旨】

福建省福州市罗源县人民法院经审理认为：被告人王月某明知被害

人陈某芳不满14周岁，仍然多次以满足性欲为目的，通过使用竹片与自

己的生殖器官对被害人陈某芳的生殖器官进行肆意捅摸与摩擦的方式对

儿童实施奸淫行为，其行为侵犯了妇女性的不可侵犯的权利及儿童的隐

私权，其行为已构成强奸罪。公诉机关指控的事实清楚，证据确实充

分，罪名成立。被告人王月某从侦查阶段就否认对陈某芳进行侵犯的事

实，并辩解其从未与被害人陈某芳发生过性关系，陈某芳亦从未到过其

住处，但被害人及其家长在案发前与被告人并无矛盾，报案时亦无其他

介入因素，且被害人对于细节的描述符合正常记忆认知、表达能力，如

被告人实施性侵的大致时间、地点、方式等内容基本一致，因被害人年

幼、报案及作证距案发时间较长等客观情况，具体表达存在不尽一致之

处完全正常。因此，根据被害人陈某芳的陈述及证人陈某锋的证言、辨

认笔录及辨认现场视频、被告人房间的勘验笔录可以证实被害人陈某芳

与证人陈某锋可以明确指出被告人王月某住所及屋内的情况，并非被告

人所称的从未到过家中且不知道家具的摆放，故对被告人的辩解，本院

不予采纳。被告人的辩护人提出的对被害人陈某芳、证人陈某锋的辨别

是非能力、表达能力有异议，本院予以采纳。辩护人提出的询问两个未

成年人时没有法定代理人在场，但根据法律规定，当法定代理人有合理

原因不能到场时，可以由合适成年人到场，故对辩护人提出的程序瑕疵

的辩护意见本院不予采纳；辩护人提出的证人的录音录像没有当庭呈

堂，不能作为定案依据，本院已召开过庭前会议，辩护人亦当场看过同

步视频，基于对证人的保护没有当庭播放符合法律规定，且公诉机关已

将录音录像整理成书面材料并当庭宣读，辩护人也表示宣读的书面材料

与录音录像相一致，故对辩护人提出的该意见本院不予采纳；辩护人提

出的公安发问方式均系结论性发问不合法，但综观全案笔录，公安机关

并未采取诱导性或设论性的发问，故对辩护人该辩护意见不予采纳；辩

护人认为证人陈某锋系经过长时间被串供才形成的证词，但根据被害人

家人陈述，陈某锋一直是比较内向的孩子，最初一直不肯配合的原因系

受被告人威胁而并非被家人所指使，故对辩护人提出是所谓经过长时

间“导演”串供的辩护意见本院不予采纳；辩护人提出第一起犯罪事实并

无目击证人，但根据被害人陈某芳的陈述、证人黄月某、林某某的证

言，可以证实2017年年初时被害人陈某芳下体流血的情况已被周围邻居

熟知，且流血的原因系被被告人王月某诱骗至家中侵犯后所致，虽然证

人黄月某、林某某的证言系传来证据，但该证据系在被告人犯罪发生后

即得知的有关情况，证明力较强，故对辩护人提出的无目击证人的辩护

意见本院不予采纳；辩护人提出公安机关搜索提取的物证均不能作为本

案有罪证据使用，但福州市公安局物证鉴定所三份鉴定书表述的仅为客

观事实，并非有罪或无罪的定案依据，故对辩护人该辩护意见不予采

纳；辩护人提出公诉机关两次退回补充侦查皆系“事实不清、证据不

足”，但通过庭审，公诉机关对此已作出说明，退回公安机关补充侦查

的原因系公安机关移送公诉机关审查起诉时涉案的犯罪行为仅有一次，

但公诉机关根据被害人、证人的笔录认定被告人性侵被害人的次数不止

一次，故两次退回公安机关补充侦查，因此对辩护人提出该辩护意见本

院不予采纳；辩护人提出的所谓“站在道德的高度办案”，本案系被告人

多次以食物引诱或胁迫的方式对一名不满14周岁的留守儿童实施侵犯，

被告人的行为令人发指、罄竹难书，全案是在以事实为依据，以法律为

准绳的基础上作出的结论，事实清楚、证据确实充分，不存在所谓

的“道德审判”，故对辩护人该辩护意见本院不予采纳。性侵未成年案件

具有客观证据、直接证据少，被告人不认罪等特点，本案中，被害人及

其家长与被告人在案发前并无矛盾，案发过程自然，被害人及其兄长的

证言符合案发实际和儿童心理，证明力强，综合全案证据，足以排除合

理怀疑。根据《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于

依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》的规定，对不满12周岁的儿童多

次实施猥亵的，要依法从严惩处，因此，对被告人行为的综合评判应当

认定为“强奸幼女情节恶劣”。被告人王月某犯罪时已满75周岁，依法可

以从轻处罚。据此，依据《中华人民共和国刑法》第二百三十六条第二

款、第三款第一项，第十七条之一，第六十四条之规定，经审判委员会

研究决定，判决如下：

一、被告人王月某犯强奸罪，判处有期徒刑十年六个月；

二、扣押在案的一个长约20厘米、宽约1厘米的竹制扁平竹片，一

根长约30厘米、宽约2厘米、其中一头为爪子形状的竹制扁平竹片，一

件蓝色、青色相间方格花纹的被套，一件绿色、粉色、蓝色相间方格花

纹的被套、一条白色毛巾由扣押单位依法处理。

一审宣判后，检察院未抗诉，被告人未上诉。

【法官后语】

本案处理难点有二，其一是对于未成年人陈述的采信度，本案中被

告人全盘否定犯罪事实，从侦查阶段到审判阶段均系“零口供”，在案证

据均系间接证据，均无直接证据证明被告人实施了强奸行为，且所有证

人证言均系传来证据，证人证言中大都系听被害人所述后的表达，虽然

客观真实，但亦并未直接能够证明被告人的犯罪行为。作为隐蔽性极强

且发生在邻里之间的强奸犯罪，被害人又是年仅三岁多的小女孩，其陈

述的可采信存疑，是否能够正确表达其遭受的不法侵害在案件侦查期间

遇到了较大的阻力。从检察机关补充侦查时的视频可以看出，被害人的

认知能力有限，对于案发地点的描述也模棱两可，但她却可以清晰地指

出被告人家中家具的摆放位置，而根据被告人的供述，被害人从未到过

其家中，故被告人的供述无法合理解释被害人能够清晰表述其家中物品

的摆放，故本院在审理过程中对于被告人的供述并未采信，而对于被害

人的陈述，本院系根据其身心特点、认知能力有别于成年人的标准予以

判断的。其二在于全案无一直接证据，医院的处女膜完全破损证明仅能

证明小女孩曾受到过不法侵害，但并无证据指向被告人，且被告人作案

次数多，时间间隔长，所有直接证据均灭失，并且被告人自始至终均否

认其作案的事实，是否能够构成奸淫幼女至“情节恶劣”，本院在证据上

反复斟酌后认为，被告人作案的次数能够符合被害人陈述，故认定

其“情节恶劣”，最终经过审委会研究，决定判处其有期徒刑十年六个

月，被告人最终认罪伏法。

编写人：福建省福州市罗源县人民法院 陈希鹏

18 共同强奸均未遂不构成轮奸

——王某等强奸案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省三台县人民法院（2018）川0722刑再1号刑事判决书

2.案由：强奸罪

【基本案情】

2016年3月25日16时许，被告人王某、张某、李某、任某某与何某

某以将被害人左某带回广安上班为由，将左某从三台县玉林乡场镇带往

三台县潼川镇甲宾馆。在前往甲宾馆的途中，被告人王某、张某、李

某、任某某与何某某共谋强奸左某。进入甲宾馆705房间后，被告人王

某、张某、李某、任某某采取勒脖、蒙头、按手、捆脚、摸胸部、摸阴

部等方式准备强奸左某，因被害人左某反抗未得逞。被告人李某便提议

买“春药”给左某吃，让左某在药物的作用下引发性欲后同意与他们发生

性关系，被告人李某与何某某在被告人王某处拿到五十元钱后在三台县

潼川镇西门口乙宾馆楼下一成人用品店购买到伟哥并得知药效要吃药一

个小时后才发挥，回到宾馆后被告人王某、张某、李某、任某某按住左

某手脚强行喂药给左某吃，左某吃药后趁五人不注意之机在厕所内将药

吐出。被告人王某、张某、李某、任某某与何某某见左某服药后，就坐

在宾馆房间等待药效发作。其间，被告人李某、任某某两人因女朋友打

电话离开，走时言明最多一小时内回来。后左某趁被告人王某、张某与

何某某喊外卖开门付钱不注意之机逃出甲宾馆705房间。

【案件焦点】

行为人主观上具有轮奸的共同犯罪故意，客观上共同着手实施了奸

淫被害人的行为，但均因意志以外原因奸淫未逞，各行为人是否具有轮

奸情节。

【法院裁判要旨】

四川省三台县人民法院经审理认为：被告人王某、张某、李某、任

某某违背妇女意志，采取暴力手段共同强行与妇女发生性关系，其行为

已构成强奸罪，且系轮奸。被告人王某、张某、李某、任某某已着手实

施犯罪，因其意志以外的原因而未得逞，属犯罪未遂，可以比照既遂犯

从轻或减轻处罚。在共同犯罪中，四被告人作用地位相当，不宜划分主

从。四被告人犯罪时均未满十八周岁，系未成年人犯罪，应当从轻或减

轻处罚。遂判决：

一、被告人王某犯强奸罪，判处有期徒刑三年，缓刑五年；

二、被告人张某犯强奸罪，判处有期徒刑三年，缓刑五年；

三、被告人李某犯强奸罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年；

四、被告人任某某犯强奸罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年。

一审宣判后，四川省绵阳市人民检察院以该判决适用法律错误为由

提出抗诉，认为被告人虽然主观上具有轮奸故意，客观上共同实施了暴

力手段，但客观上没有造成轮奸的危害后果，不符合轮奸。四川省绵阳

市中级人民法院裁定四川省三台县人民法院再审。

四川省三台县人民法院再审审理认为：被告人王某、张某、李某、

任某某违背妇女意志，采取暴力手段共同强行与妇女发生性关系，其行

为已构成强奸罪。被告人王某、张某、李某、任某某已着手实施犯罪，

因其意志以外的原因而未得逞，属犯罪未遂，可以比照既遂犯从轻或减

轻处罚。在共同犯罪中，四被告人作用地位相当，不宜划分主从。四被

告人犯罪时均未满十八周岁，系未成年人犯罪，应当从轻或减轻处罚。

遂改判被告人王某犯强奸罪，判处有期徒刑二年六个月，缓刑四年；被

告人张某犯强奸罪，判处有期徒刑二年六个月，缓刑四年；被告人李某

犯强奸罪，判处有期徒刑二年六个月，缓刑三年；被告人任某某犯强奸

罪，判处有期徒刑二年六个月，缓刑三年。

【法官后语】

本案对被告人王某、张某、李某、任某某是否构成轮奸，存在分

歧。一种观点认为，四被告人以轮奸的共同故意对被害人实施强制行

为，后因被害人逃脱未能对其实施奸淫，四被告人均构成强奸未遂，并

具有轮奸的情节。另一种观点认为，四被告人虽然主观上具有轮奸的共

同犯罪故意，客观上共同着手实施了奸淫被害人的行为，但因被害人逃

脱致使四被告人被迫停止犯罪行为，结果上未造成被害人被奸淫的危害

结果，故四被告人的行为仅构成强奸未遂，不成立轮奸情节。生效的法

律文书采纳了后一种观点，其主要理由有二：

1.轮奸系加重情节，需主客观相一致才构成该情节

首先，轮奸是指二男以上出于共同强奸的故意，轮流强奸（或奸

淫）同一妇女（或幼女）的行为。因当两人以上轮流奸淫的情形出现，

与一人奸淫（含一人奸淫数次）相比，对女性的身心伤害更大，有着更

为严重的危害性，故《刑法》第二百三十六条第三款第四项规定，轮奸

是强奸罪的加重量刑情形之一。

轮奸是典型的共同犯罪，轮奸情节的构成需要符合以下条件：犯罪

主体上，要求一般都是男性（二男以上）；主观上，要求行为人有共同

强奸的意思联络，不仅行为人自己具有强奸被害人的故意，而且明知其

他行为人也具有对被害人强行奸淫的故意；客观上，要求二人以上的行

为人违背同一被害人意愿对其先后实施奸淫行为；侵害的客体是同一妇

女的性自由权利。轮奸情节成立与否应根据主客观相一致的原则，二者

缺一不可。一方面，只有客观上有轮流奸淫行为，但没有主观上轮奸的

故意，就不能认为轮奸成立；另一方面，只有主观上具有轮奸的故意，

而无被害人客观上遭受了两人以上轮流奸淫的结果，无论多少人企图参

与强奸，都不满足轮奸的客观条件，不成立轮奸情节，只构成普通强奸

罪的共同犯罪，否则，将成立单纯地客观或主观归罪。

本案中，虽然被告人王某、张某、李某、任某某共同预谋对左某轮

流强行发生性关系，但无一人实施强行奸淫的实行行为，被害人左某的

性自由权利未受到两次以上的实质侵害，轮奸的客观条件不存在，故不

成立轮奸情形。

其次，罗马法有句格言“任何人不因思想而受处罚”，强调的就是不

能主观归罪，国家不能对任何人的思想进行刑事处罚，只有当行为人受

犯意支配侵害了刑法所保护的法益，才能构成犯罪。我国立法对轮奸加

重处罚，也是因为轮流奸淫的客观事实给被害人的法益造成的严重伤害

较一人奸淫相比，对女性的身心伤害更大，立法惩治的是轮奸造成的实

质性的严重法益侵害结果，而非轮奸奸淫的意图。

本案中，四被告人受轮奸的犯意支配，共同着手实施轮流奸淫被害

人的行为，但只实施了强制行为即受外力阻碍被迫停止，并未侵害被害

人的性自由权利，不存在刑法所保护的危害结果，更未达到适用加重的

法定刑的程度。一审审理时仅将四被告人主观上具有轮奸的意图而未综

合考虑构成轮奸需二人以上实施奸淫行为的客观要件，将四被告人认定

为有轮奸情节，系主观归罪。

2.轮奸非科刑一罪，不存在独立的既未遂

我国《刑法》中仅有强奸罪，而无轮奸罪，立法上将轮奸行为作为

强奸罪加重处罚的一种法定情形，解决的是行为人构成强奸罪后所要适

用的法定刑档次和刑罚轻重的问题，而不是犯罪形态问题。轮奸只是强

奸犯罪的量刑情节，轮奸的构成必须以强奸犯罪既遂为基础，若强奸犯

罪本身处于犯罪中止或犯罪未遂状态，即强奸罪的客体在客观上未实际

遭受侵害，无客观的犯罪结果，也就不能产生刑罚加重的犯罪结果。

犯罪未遂，则是犯罪的一种未完成形态而已。轮奸非独立的一罪，

按照通说观点，只有独立的犯罪才有停止形态，轮奸不是独立的罪名，

就没有独立的既未遂问题。当前，我国仅对抢劫罪的七种处罚情节（抢

劫致人重伤、死亡除外）明确规定存在既遂、未遂问题，这一规定肯定

了情节加重犯存在独立的即未遂。但因共同正犯的犯罪既遂与未遂问题

是较为复杂的问题，轮奸作为强奸罪的加重情节，能否直接套用抢劫罪

的加重情节存在独立的既遂和未遂，不可一概而论，应从共犯的原理、

侵害的法益具体分析。如果轮奸也有独立的既未遂，对轮奸中一人奸淫

得逞，一人奸淫未得逞的情形，根据共同犯罪中“一人既遂、全体既

遂”的原理，对全案行为人均应以轮奸既遂认定；根据轮奸的犯罪构

成，因被害人的性自由权利未达到二次、轮流的实质性侵害，未产生法

律所保护的轮奸的危害后果（与普通一人强奸造成的危害后果无异），

应评价为轮奸未遂。对同一犯罪情形根据不同原理得出的结论是矛盾

的。故在尚无司法解释肯定“轮奸”这一情节加重犯亦有既遂、未遂时，

笔者对轮奸可以区分既遂、未遂持否定态度。

一审审理时将四被告人评价为轮奸未遂，一是忽视了轮奸并非独立

的一种犯罪，不存在犯罪的未完成形态，二是直接套用了抢劫罪中情节

加重犯存在独立既未遂的规定，直接认为轮奸这一情节加重犯亦可以区

分既遂、未遂，对四被告人科以轮奸的法定刑幅度，致使量刑失衡。

综上，本案四被告人仅成立强奸未遂，不能认定为轮奸。当然，鉴

于四被告人主观恶性较普通强奸罪深，若仅对四被告人作为一般强奸罪

未遂予以处罚，显然打击力度不足。笔者认为，应根据本案的犯罪事

实、性质、情节和对于社会的危害程度，对四被告人在科以强奸罪未遂

的法定刑幅度内取较高点的刑期，让该案做到与普通强奸罪有所区分，

实现罪责相适应。

编写人：四川省三台县人民法院 杨钢 蒋金廷

19 特殊关系强奸案中缓刑的适用

——吕忠某强奸案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市石景山区人民法院（2018）京0107刑初187号刑事判决书

2.案由：强奸罪

【基本案情】

2018年2月8日7时许，被告人吕忠某酒后强行进入其前妻王某某居

住的位于北京市石景山区鲁谷七星园小区×号楼×单元×号房间，后采取

持螺丝刀扎伤王某某腹部、殴打、掐脖子等暴力行为及言语威胁等方

式，强行与被害人王某某发生性关系，致王某某颈部软组织挫伤、左腹

部皮肤裂伤。经鉴定，王某某的损伤程度属轻微伤。当日9时许，王某

某报警，后公安机关于同日将吕忠某查获。

在本案审理过程中，被告人吕忠某向被害人王某某道歉并取得王某

某的谅解。

【案件焦点】

1.与被害人具有特殊关系，被告人行为是否构成强奸；2.该案是否

可以适用缓刑。

【法院裁判要旨】

北京市石景山区人民法院经审理认为：被害人王某某在公安机关的

陈述与当庭的陈述一致，且与证人吕某某在公安机关的证言及当庭证言

能够相互印证，足以证实吕忠某因多年酗酒打人而引发妻子和儿女的不

满，后王某某与吕忠某离婚；案发当日，吕忠某酒后多次试图进入王某

某居住的楼内但均遭到王某某的拒绝，后吕忠某强行进入王某某家中，

采取持螺丝刀扎伤王某某、推搡、掐脖子等暴力方式及言语威胁的手段

使得王某某无法反抗且不敢反抗，后吕忠某强行与王某某发生性关系的

事实。

被告人吕忠某违背妇女意志，采用暴力及言语威胁的手段强行与妇

女发生性关系，并造成轻微伤的后果，其行为已构成强奸罪，应依法予

以惩处。北京市石景山区人民检察院指控被告人吕忠某犯强奸罪的事实

清楚，证据确实、充分，指控的罪名成立。鉴于吕忠某当庭表示认罪、

悔罪，且取得被害人谅解，可对其酌情从轻处罚并依本案的具体情节对

其适用缓刑。吕忠某的辩护人关于被告人与被害人原系夫妻关系、吕忠

某无犯罪记录的辩护意见，与查明的事实相符，予以采纳；关于公诉机

关指控吕忠某犯强奸罪证据不足的辩护意见，与查明的事实不符，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》第二百三十

六条第一款，第七十二条第一款，第七十三条第二款、第三款，第六十

四条，第六十一条之规定，判决如下：

一、被告人吕忠某犯强奸罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年；

二、作案工具螺丝刀一把，予以没收。

【法官后语】

1.特殊关系中的强奸

本案中被告人与被害人原系夫妻关系，离婚后双方仍有联系且离婚

后曾发生过性关系，被告人曾提出其与被害人系“假离婚”，但是该特殊

关系并不影响本案的事实认定。强奸罪是指以暴力、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。违背妇女意志是强奸

罪的本质特征，不因特殊关系而阻却强奸行为成立。目前，仅在婚姻正

常存续期间这一特殊关系中，基于夫妻同居义务，丈夫一般情况下不能

成为强奸罪的主体，但该夫妻同居义务是从自愿结婚行为推定出来的伦

理义务，亦不是法律规定的强制性义务，因此不能扩大理解。本案中被

告人与被害人已依法解除婚姻关系，被告人违背被害人意志，采用暴力

及言语威胁的手段强行与其发生性关系，严重侵害了被害人的人身权利

和性权利，符合强奸罪的构成。

2.缓刑的适用

强奸罪作为《刑法》重点打击的暴力犯罪，在立法上的量刑幅度为

三年以上十年以下有期徒刑，若存在若干严重情形之一的，处十年以上

有期徒刑、无期徒刑或者死刑。缓刑的适用条件为犯罪分子被判处拘役

或者三年以下有期徒刑且犯罪分子具有悔改表现，没有再犯的危险，社

会危险性小。从法条、实践角度考量，强奸罪均可适用缓刑。

从法条上看，决定是否可以适用缓刑的是判决的刑期，而非罪名，

强奸罪的法定刑是三年以上有期徒刑，即原则上，强奸罪最低刑期为三

年有期徒刑，如果判处三年有期徒刑，可适用缓刑。与此同时，宣告刑

与法定刑是有区别的，如犯罪分子实施强奸行为，但其有犯罪未遂、中

止或者自首等情节的，虽然以强奸罪定罪，但是可以在法定刑之下从轻

减轻处罚的。所以，强奸罪是有可能在三年之下量刑的，亦可适用缓

刑。

从北京法院审判实践上看，2018年审结810件强奸案件中126件适用

缓刑，2017年审结865件强奸案件中131件适用缓刑，2016年审结1026件

强奸案件中130件适用缓刑。通过梳理上述判决，笔者发现强奸罪中适

用缓刑的情形一般是自首、犯罪未遂、中止、从犯且积极赔偿被害人损

失，得到被害人谅解。较少非自首且既遂的强奸案件适用缓刑。

具体到本案中，被告人与被害人原为夫妻，两人存在感情基础，两

人离婚、发生强奸的起因都是被告人酗酒，被害人不满，希望被告人可

以戒酒。庭审中，被告人对于自己多年因酗酒给前妻及儿女造成的伤害

表示悔恨，被害人考虑到二人曾是夫妻关系且被告人此次亦是酒后失

德，愿意对其表示谅解，不再追究他的刑事责任并恳请法院给他一个改

过自新的机会，甚至在庭审中，被害人主动表示愿意作为被告人的保证

人，虽不符合法律规定的保证人条件，但足见其确已谅解被告人。庭审

中，被告人之女曾旁听庭审，女儿对母亲的关爱，对父亲的心疼，被告

席上父亲的悔恨与懊恼，被害人席上母亲的不舍与谅解，再加上法官进

行社会调查时被告人老家司法局反馈的被告人一贯的良好表现，足以证

明被害人充分谅解被告人，且对该案被告人适用缓刑社会危险性较小。

法律条文本身是冰冷的，但是关于法律的精神确是有温度的，刑罚

要与社会效果相统一，基于此，本案适用缓刑。

编写人：北京市石景山区人民法院 谢亚琼

20 性侵未成年人“零口供” 案件的证据标准

——李某恩强奸案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省茂名市中级人民法院（2017）粤09刑终166号刑事判决书

2.案由：强奸罪

【基本案情】

被害人莫某某出生于2004年9月13日，广东省化州市合江镇明星塘

旺村人。原审被告人李某恩出生于1939年1月7日，与被害人莫某某同

村。2015年6月1日17时许，被害人莫某某从外面步行回家。当莫某某快

到家时，原审被告人李某恩从路边走出来，强行将莫某某抱到莫某泽

（莫某某称呼其“七爹”）房屋后面，以给一元钱诱骗莫某某与其发生性

关系，但莫某某不同意。于是，李某恩先将莫某某压在墙上实施强奸，

然后再将莫某某推倒在地上实施强奸。

【案件焦点】

在性侵未成年人犯罪案件中，被告人拒不认罪的情况下，如何根据

在案证据定罪。

【法院裁判要旨】

广东省化州市人民法院经审理认为，公诉机关指控被告人李某恩犯

强奸罪的事实不清、证据不足，指控的罪名不成立。被告人李某恩关于

其没有强奸莫某某的辩解及其辩护人关于公诉机关指控被告人李某恩犯

强奸罪的事实不清、证据不足的辩护意见依法有理，予以采纳。

广东省化州市人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百

九十五条第三项[[4]](#p156)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》第六十一条、第七十四条第八项、第一百零四条的规

定，作出如下判决：

被告人李某恩无罪。

广东省化州市人民检察院抗诉称，现有证据相互印证，已形成基本

的证据链，足以证明李某恩的行为已构成强奸罪，罪应当罚。

广东省茂名市中级人民法院经审理认为：本案证明原审被告人李某

恩强奸被害人莫某某的直接证据有被害人陈述；被害人陈述与医院诊断

证明书以及证人陈某玉、陈某秀、董某梅、莫某禄证言相互印证，证明

力进一步得到了补强，全案证据形成完整、闭合的证据链，足以认定被

告人实施了强奸被害人的犯罪行为。本案的揭发过程比较自然，没有证

据证实被害人及其亲属诬陷原审被告人。原审被告人辩解与在案证据相

矛盾，辩解不合理。综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑，证

据确实、充分。对于抗诉机关提出的抗诉，予以支持。李某恩奸淫不满

十四周岁的幼女，其行为构成强奸罪，依法从重处罚。被告人李某恩是

已满七十五周岁的人，故意犯罪，可以从轻或者减轻处罚。原判决认定

事实和适用法律错误，应予改判。

广东省茂名市中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百三

十六条第一款、第二款、第十七条之一，《中华人民共和国刑事诉讼

法》第二百二十五条[[5]](#p156)第一款第二项、第三项的规定，作出如下判决：

一、撤销广东省化州市人民法院（2016）粤0982刑初字第439号刑

事判决；

二、原审被告人李某恩犯强奸罪，判处有期徒刑三年。

【法官后语】

本案争议的焦点问题是公诉机关指控被告人李某恩犯强奸罪的证据

是否确实、充分。同其他刑事案件相比，性侵犯罪由于其本身具有犯罪

地点、过程比较隐蔽；取证难、固证难；证据相对单一，客观证据、直

接证据少；供证矛盾等特殊性。而在被告人作无罪供述的情况下，通常

直接证据仅有被害人关于案件过程的相关陈述，故而在认定事实时会遭

遇较多证据方面的瓶颈。尤其是在性侵未成年人犯罪案件中，由于未成

年被害人年幼，在认知、辨识能力及表达能力等方面存在较大局限性，

导致要查清案件事实，更是难上加难。在此类被告人拒绝认罪的案件

中，可以结合未成年人的身心特点，按照有别于成年人的标准，根据在

案的其他证据材料，坚持主观确信与客观真实相统一，运用逻辑和经验

规则，对全案证据进行综合审查判断，在被害人陈述的犯罪事实基础

上，通过间接证据的印证和补强，准确认定事实。

具体到本案中，首先，本案的揭发过程比较自然。被害人莫某某于

2015年6月1日下午被李某恩强奸后，回家告诉了自己的祖母，其祖母在

2015年6月2日早上叫亲属带被害人去医院检查，诊断出莫某某会阴稍红

肿及处女膜陈旧性裂。当天中午亲属将莫某某被强奸一事告知了莫某某

的父亲莫某禄，莫某禄得知相关情况后便立即带被害人到派出所报案。

公安机关于当晚19时许传唤李某恩询问，李某恩否认强奸莫某某。同

日，公安机关决定对此案立案侦查。2015年9月16日，李某恩因涉嫌犯

强奸罪被化州市公安局刑事拘留，同年9月17日被取保候审。整个案件

揭发、侦破过程比较自然，符合正常的事件发展逻辑。

其次，被害人陈述内容自然合理，可信度高，且在关键环节得到了

印证。该案被害人莫某某在公安的多份笔录中均称是被李某恩强奸，对

遭受性侵害的时间、地点、方式等基本事实和情节的陈述稳定自然，结

合被害人年龄及认知能力，若不亲身经历，难以编造，虽然在数次陈述

中对一些细节的具体描述存在前后不一致的情况，但与其年龄、心智发

育等相符，属正常情况，所以真实可靠程度较高。更重要的是被害人莫

某某关于遭受到李某某性侵害的陈述在两个关键环节得到了印证，证明

力得到了进一步补强。一是性侵害行为开始阶段。被害人莫某某2015年

6月2日在侦查机关的第一次陈述中就提到了当她被李某恩抱着的时候，

她的同学李某燕看到并叫了其名字，而莫某某没有回答。而李某燕作为

证人在2015年7月16日的证言中亦提到案发当天同一时间、地点看到李

某恩抱着莫某某，并问莫某某在做什么，莫某某没有反应等，所描述的

事情发生的时间、地点、经过等细节均与被害人的陈述相印证。被害人

莫某某的陈述在先，李某燕的证人证言印证在后，且结合被害人莫某某

与证人李某燕的年龄、心智发育程度以及在案证据等，可排除两人捏造

事实诬陷李某恩以及事先串供、合谋等可能性，故莫某某关于遭受性侵

害开始阶段的陈述具有真实性。二是性侵害行为结束之后。被害人莫某

某陈述其在被李某恩强奸之后回家将此事告诉了她的奶奶陈某玉。陈某

玉在第二天早上即带莫某某到医院检查，经医院诊断证明“莫某某会阴

稍红肿；处女膜陈旧性裂”，与莫某某关于遭到性侵害的陈述相互印

证。同时，陈某玉、董某梅、莫某禄等证人证言也印证莫某某关于遭受

性侵害之后的陈述。鉴于被害人在上述两个关键环节的陈述内容得到了

证人证言与医院诊断证明等间接证据的印证和补强，再综合考量被害人

对被性侵过程的陈述以及多名证人证言、医院诊断证明等其他在案证据

的佐证，可以认定被害人陈述的犯罪事实。

最后，被告人的供述与辩解与在案证据相矛盾。本案中，被告人李

某恩的供述与辩解本身存在与在案证据相互矛盾而又不能作出合理解释

的地方。如被告人李某恩一直否认强奸被害人，其在供述中称2015年6

月1日17时到20时一直在家，哪里都没有去过，没有和被害人接触过。

但证人李某燕的证言证实当天下午17时许看见李某恩抱着被害人莫某

某，与被害人陈述的时间、地点相印证。证人李某燕的证言，一方面加

强了被害人陈述的可靠性，另一方面削弱了被告人无罪辩解的真实性。

此外，被告人在侦查阶段供述与被害人家庭没有矛盾，在二审开庭审理

时又称两家有矛盾，但又无法提供其他证据证实。本案现有证据没有证

实被害人家庭与被告人家庭之间存在矛盾，而且按照常理，被害人及其

亲属不会以捏造性侵害事实而牺牲一个年仅11周岁幼女的清白和名誉去

诬陷一个未实施过犯罪行为的已经70多岁的无辜老人。被告人的辩解没

有证据支持。

综上，尽管被告人李某恩从归案到开庭审判均作无罪辩解，但通过

对在案证据的综合审查和判断，发现全案证据与犯罪事实之间并无矛盾

之处。相反，结合全案其他证据，如证人证言、医院诊断证明书等，虽

然这些证据不能直接证明被告人李某恩强奸莫某某的犯罪事实，但均能

不同程度印证被害人所陈述的被告人的犯罪行为。综合全案证据，以被

害人陈述为核心，各证据能够相互印证，已经形成一个协调有序并一致

的证据体系以及闭合的证据锁链，通观整个案件事实发展脉络均合乎逻

辑和经验规则，指向被告人李某恩强奸莫某某的犯罪事实清楚，锁定被

告人作案的证据确实充分，可以定案。

编写人：广东省茂名市中级人民法院 杨彩珍

21 父亲多次强奸亲生女儿应认定为属于强奸罪中“情

节恶劣” 的情形

——祖某云强奸、故意伤害案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

云南省高级人民法院（2018）云刑终1010号刑事裁定书

2.案由：强奸罪、故意伤害罪

【基本案情】

云南省昆明市人民检察院以被告人祖某云犯故意伤害罪、强奸罪，

提起公诉。公诉机关共指控了三起犯罪事实：

1.1999年10月1日上午，被告人祖某云与被害人刘某甲因债务纠纷

被刘某甲、刘某乙兄弟殴打，当晚21时许，祖某云带领多人手持工具来

到刘某甲居住的昆明市小坝西村××号出租房，在该出租房门口巷子中，

祖某云使用钝器打击刘某甲头部，致刘某甲当场倒地昏迷，后送甲医院

医治，经抢救无效于1999年10月2日死亡。经（官）公（司）鉴（病

理）〔1999〕347B号鉴定文书认定，死者刘某甲系颅脑损伤死亡。

2.2013年7月至2014年6月期间，被告人祖某云多次使用暴力、威胁

等方式强迫其亲生女儿祖某某（1999年5月21日出生）与其发生性关

系。2014年6月7日，祖某云在晋宁县昆阳镇狗头山上强行与祖某某发生

性关系，后祖某某于次日12时许向公安机关报案。

3.2014年6月8日23时许，被告人祖某云逃窜至鲁甸县江底乡，携菜

刀至鲁甸县火德红乡莲花岩社×号黄某甲、黄某乙（两人均系祖某某的

舅舅）家中，借口寻找祖某某与两人发生争吵，后将两人砍伤。经鲁甸

县公安司法鉴定中心鉴定，黄某乙人体损伤为轻伤一级、黄某甲人体损

伤为轻伤二级。

针对公诉机关指控的第一起事实，被告人祖某云辩称公诉机关出示

的证据不真实，指控其伤害刘某甲致死不属实，其并未带人殴打被害人

刘某甲，刘某甲的死亡不是其造成的。祖某云辩护人提出，指控的第一

起犯罪事实证据只有证人证言和被告人的无罪供述，证据不足，不能认

定。针对指控的第二起、第三起事实，被告人祖某云均无异议。其辩护

人提出了被告人祖某云到案后能如实供述犯罪事实，自愿认罪，认罪态

度好，请求法庭对被告人祖某云从轻处罚。

【案件焦点】

1.公诉机关指控的第一起故意伤害犯罪事实是否能认定；2.针对本

案强奸罪是否应当从轻处罚。

【法院裁判要旨】

云南省昆明市中级人民法院经审理认为，针对公诉机关指控的第一

起事实，公诉机关对指控被告人祖某云故意伤害被害人刘某甲致其死亡

的事实出示了刑事案件受理信息登记表、尸体照片、户籍证明、落款为

2017年12月11日的刘某甲死亡案件专家会诊意见书、2017年询问的证人

黄某琼、刘某斌、刘某乙、黄某巧的证言、被告人祖某云的供述、落款

为2017年12月7日的（官）公（司）鉴（病理）字〔1999〕347B号尸体

检验鉴定意见书等指控证据。因指控该起犯罪事实的案发时间为1999

年，但是尸体检验鉴定意见书、刘某甲死亡案件专家会诊意见、证人证

言等关键性证据的形成时间均是在2017年，故上述证据的客观性、真实

性存疑。本案无其他直接证据证实被告人祖某云对被害人刘某甲实施了

伤害行为，在案的其他间接证据亦不能形成完整的证据锁链证实该起犯

罪事实，故本院认为公诉机关的该项指控事实不清、证据不足，指控罪

名不成立，本院不予认定。辩护人所提“公诉机关指控第一起犯罪事实

的证据不足，不能认定被告人有罪”的意见成立，本院予以采纳。

针对公诉机关指控的第二起事实，在案证据足以证明被告人祖某云

以暴力、胁迫手段强奸妇女，其行为已构成强奸罪。公诉机关指控被告

人祖某云犯强奸罪犯罪事实清楚，证据确实、充分，指控罪名成立，本

院予以确认。

针对公诉机关指控的第三起事实，在案证据足以证明被告人祖某云

故意伤害他人身体，致两人轻伤，其行为已构成故意伤害罪。公诉机关

指控被告人祖某云犯故意伤害罪的犯罪事实清楚，证据确实、充分，指

控罪名成立，本院予以确认。

综上所述，被告人祖某云作为被害人祖某某的亲生父亲及监护人，

利用与祖某某共同生活的便利，违背被害人祖某某的意志，多次采用暴

力、胁迫手段对其未成年女儿祖某某实施强奸，其行为违背人伦，给祖

某某的身心健康造成极其严重的伤害，且犯罪手段卑劣，情节恶劣，依

法应予严惩，庭审中虽其自愿认罪，但不足以对其从轻处罚，辩护人所

提被告人祖某云到案后如实供述犯罪事实，自愿认罪，认罪态度好，请

求对其从轻处罚的辩护意见不能成立，本院不予采纳。被告人祖某云在

其女儿祖某某报警后，为泄愤报复，故意携带菜刀至祖某某的亲属黄某

乙、黄某甲家中，将二人砍至轻伤，其主观恶性深、人身危险性大，社

会危害性严重，依法应对其从重处罚。本案中，被告人祖某云犯强奸

罪、故意伤害罪，依法应当数罪并罚。据此，本院根据被告人祖某云的

犯罪事实、性质、情节及社会危害程度，依照《中华人民共和国刑法》

第二百三十六条第三款第一项、第二百三十四条第一款、第六十九条、

第五十七条、第五十八条之规定，判决如下：

被告人祖某云犯强奸罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身；犯故

意伤害罪，判处有期徒刑三年，数罪并罚，决定执行无期徒刑，剥夺政

治权利终身。

宣判后，被告人祖某云在法定期限内提出上诉，云南省高级人民法

院二审裁定维持原判，判决生效。

【法官后语】

1.坚持证据裁判、无罪推定、疑罪从无原则

以审判为中心的刑事诉讼制度改革，要求在刑事案件的审理过程

中，围绕证据这一核心，严格坚持证据裁判、无罪推定、疑罪从无原

则。

本案中，公诉机关指控第一起犯罪事实为被告人祖某云殴打刘某甲

致其死亡的事实。对于该起事实，被告人祖某云作无罪辩解，辩称其未

实施伤害行为。其辩护人也作无罪辩护，称指控证据不足以证实该起犯

罪事实。法院在审理时发现，该案的案发时间为1999年，但指控证据中

的“（官）公（司）鉴（病理）字〔1999〕347B号尸体检验鉴定意见

书”的落款为2017年12月7日，意味着该鉴定书形成的时间与案发时间足

足相差了18年。尸体检验鉴定意见书是证实死者死因的客观证据，对于

澄清事实、明辨是非、揭露犯罪、定罪量刑起着十分重要的作用，该鉴

定意见书与案发时间相差悬殊，其客观性确实存疑。公诉机关为了对该

意见书的证明力进行补强，还出示了“刘某甲死亡案件专家会诊意见”欲

说明专家会诊的意见与尸体检验鉴定意见书对于死者的死因认定结果一

致，可以相互印证其内容的客观性。但法院认为该会诊意见是各专家在

尸体检验鉴定意见书及尸检照片等证据的基础上提出的个人意见，属于

主观性证据，其基础和依据同样来自尸体检验鉴定意见书，故该会诊意

见并不能补强尸体检验鉴定意见书的证明力，对该两份证据均不应采

信。

此外，本案中证人黄某琼、刘某斌、刘某乙、黄某巧的证言的询问

时间也均为2017年。我院认为，证人证言作为言词证据，是证人事后关

于案件情节的描述，存在根据利害关系重新取舍的可能，有易变的特

点。本案证人在距离案发时间多年后所作证言，且证人都并非亲眼所见

案发情况，各证人证言的内容也均有模糊、不确定的情形，说明证人均

不同程度存在记忆不清晰的情况，证明力较弱，也不应采信。

综上，本案在以上证据的客观性存疑，不予采信的情况下，其他在

案证据达不到认定该起故意伤害事实的确实、充分的证明标准，无法排

除合理怀疑，无法得出祖某云实施了殴打刘某甲致其死亡的唯一性结

论。公诉机关指控的该起犯罪事实不能成立。

2.加强未成年人保护，严惩性侵未成年犯罪

本案的强奸犯罪中，被告人和被害人是亲生父女关系，被告人在长

达一年左右的时间内，多次对还未成年的被害人实施强奸，对被害人的

心理造成的极大伤害。《刑法》第二百三十六条规定：“以暴力、胁迫

或者其他手段强奸妇女的，处三年以上十年以下有期徒刑……”该条第

三款还列举了五种应当法定刑升格的情形——应处十年以上有期徒刑、

无期徒刑或者死刑。但是，该款第一项规定的“强奸妇女、奸淫幼女情

节恶劣的”，与该款第二项至第五项明确列举加重情节或加重后果不

同，此项属于原则性规定，法律和司法解释都没有明确的规定到底哪些

属于情节恶劣的情形，这就需要法官行使自由裁量权，根据案件的具体

情况对需要加重处罚的被告人科以与其犯罪行为的严重性相适应的刑

罚。但鉴于原则性规定本身的模糊性，具体适用时容易产生争议，需要

确定一定的适用标准，

根据罪责刑相适应原则，在同一法定刑档次内的量刑情节所体现的

罪责应当相当，故认定“情节恶劣”的标准，刑法第二百三十六条第三款

第二至五项所列情形的严重程度相当。本案中，被告人长期多次对未成

年被害人进行强奸，并在强奸后利用被害人的其他家庭成员的生命安全

对被害人实施威胁，迫使其不敢报警，使被害人长期生活在恐惧中，对

其身心造成极大伤害。另外，最高人民法院、最高人民检察院、公安

部、司法部联合下发的《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》第

二十五条明确规定“……对未成年人负有特殊职责的人员、与未成年人

有共同家庭生活关系的人员、国家工作人员或者冒充国家工作人员，实

施强奸、猥亵犯罪的……”属于依法从严惩处的情形。本案中，被告人

祖某云与被害人系亲生父女关系，是被害人的监护人，属于与被害人有

共同家庭生活关系的人员，其利用与被害人共同生活的便利，长期使用

暴力及威胁方式对被害人实施强奸行为，其行为严重违背人伦，给被害

人的身心健康造成极其严重的伤害，依法应当严惩。综上，一审法院经

审理认为，较普通强奸犯罪而言，本案的危害后果更加严重，犯罪手段

卑劣，社会影响更恶劣，其犯罪严重程度与刑法第二百三十六条第三款

第二至五项所列情形的严重程度相当，应认定本案属于强奸罪中“情节

恶劣”的情形。因此，对被告人适用强奸罪的法定刑升格刑罚幅度，判

处无期徒刑，符合罪责刑相适应原则，也体现了本院加强未成年人保

护，严惩性侵未成年犯罪的决心。

3.贯彻宽严相济的刑事政策

被告人祖某云在其女儿报案后，为泄愤又窜至祖某某的亲属家对被

害人的两位舅舅实施报复，致二人轻伤。被告人为实施伤害行为提前准

备作案工具菜刀，打击部位亦为被害人的颈部等重要身体部位，可见其

主观恶性极深，人身危险性极大，社会影响极其恶劣，依法应当从重处

罚，故法院以故意伤害罪对其量刑时，在三年以下有期徒刑幅度内对其

顶格判处刑罚，判处有期徒刑三年。

综合全案来看，对被告人祖某云以强奸罪，判处无期徒刑，以故意

伤害罪，判处有期徒刑三年，数罪并罚，决定执行无期徒刑的处刑结

果，综合考量了被告人认罪悔罪态度较差、主观恶性深、犯罪情节恶

劣、犯罪手段卑劣、犯罪后果严重等情节，认为被告人虽在庭审中当庭

认罪，有酌定从轻处罚的情节，但不足以对其从轻处罚。体现了宽严相

济的刑事政策。

编写人：云南省昆明市中级人民法院 蒋志梅

22 强奸罪中奸淫幼女“情节恶劣” 的认定

——张某某强奸案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省宜宾市中级人民法院（2018）川15刑终204号刑事附带民事

裁定书

2.案由：强奸罪

【基本案情】

2017年11月30日18时许，被告人张某某将陈某某（女，6岁）、胡

某某（女，6岁）哄骗至其租住的房屋中，先后对陈某某、胡某某实施

奸淫。当晚，公安机关将张某某抓获到案。

另查明，2017年11月初，张某某采用同样方式，在自己租住房中还

曾对陈某某实施奸淫。张某某于2003年6月20日因强奸未满14周岁的幼

女被判处有期徒刑九年，于2011年刑满释放。

【案件焦点】

张某某奸淫幼女两人、三次，具有强奸的犯罪前科，其行为是否属

于刑法规定的“情节恶劣”情形，是否应在十年以上量刑。

【法院裁判要旨】

四川省珙县人民法院经审理认为，张某某奸淫幼女两人，其行为触

犯了《中华人民共和国刑法》第二百三十六条第一款、第二款，构成强

奸罪。但张某某的犯罪行为不属于第二百三十六条第三款第一项规定

的“情节恶劣”。张某某如实供述犯罪事实，属坦白，且自愿认罪，可以

从轻处罚。张某某具有犯罪前科，酌情从重处罚。据此，依照《中华人

民共和国刑法》第二百三十六条第一款、第二款、第六十七条第三款、

第三十六条第一款和《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》第一百五十五条第一款、第二款的规定，作出如下判

决：

一、张某某犯强奸罪，判处有期徒刑九年；

二、张某某赔偿陈某某检查费15元、交通费280元、误工费560元，

共计855元，在判决生效后一个月内付清；

三、张某某赔偿胡某某检查费15元、交通费280元、误工费560元，

共计855元，在判决生效后一个月内付清。

本案判决后，公诉机关根据最高人民法院、最高人民检察院、公安

部、司法部《关于依法惩治性侵害未成年人犯罪的意见》（以下简称

《性侵意见》）第二十五条第四、五、七项的规定，认为该案适用法律

错误，量刑不当，张某某的行为属于第二百三十六条第三款第一项

中“情节恶劣”的情形，应在十年以上量刑，对本案提起抗诉。

四川省宜宾市中级人民法院在审理过程中，公诉机关申请撤回抗

诉，四川省宜宾市中级人民法院认为：原判认定事实和适用法律正确，

量刑适当。依照《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》第三百零七条、第三百零八条的规定，作出如下裁定：

准许四川省宜宾市人民检察院撤回抗诉。

【法官后语】

本案的关键在于张某某的行为是否属于《刑法》第二百三十六条第

三款规定的“情节恶劣”，是否应在十年以上量刑。2013年10月23日最高

人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部出台了《性侵意见》，但

该意见未对“情节恶劣”进行明确规定。综合全案来看，张某某的行为不

应根据《性侵意见》认定为“情节恶劣”。

第一，《刑法》在法律位阶、效力上均高于《性侵意见》，在适用

时应首先遵守、适用《刑法》规定，在后者不违背前者的情况下，才能

将《性侵意见》作为指导。《性侵意见》规定对于性侵未成年人应从严

从重处罚，但此处的从严从重不应等同于刑期的“升档”，而是指在法定

刑范围内从严从重处罚，在量刑上不能根据“性侵意见”随意“升档”从重

处罚。

第二，《刑法》第二百三十六条第二款已对第一款进行了补充，性

侵未满十四周岁的未成年人应在三年以上十年以下有期徒刑内从重处

罚，第三款单独规定了五种应判处十年以上有期徒刑至死刑的情形，第

三款第一项规定的“情节恶劣”的认定带有主观因素，第二项至第五项情

形的规定比较明确。结合本案，张某某性侵幼女的行为，符合该条第一

款、第二款的规定，量刑时应在有期徒刑三年至十年间从重处罚。

第三，从第二百三十六条第三款内部逻辑性、刑责相适应上看，第

三款第二项至第五项规定的强奸妇女、幼女多人的、在公共场所强奸妇

女的、二人以上轮奸的、致被害人重伤、死亡以及其他严重后果的，这

些情形均属于主观恶性、社会危害性较大，犯罪后果较严重的行为。该

款第一项中规定的“情节恶劣”的情形，应和第二项至第五项在主观恶

性、社会危害性、犯罪后果等各方面相当，刑责相适应的情况下，才能

在十年以上量刑。

综上，张某某的行为在主观恶性、社会危害性、犯罪后果等各方面

并没有达到该款第二项至第五项的程度，如将其行为认定为“情节恶

劣”，则不能达到刑责相适应的效果。在适用《性侵意见》时，不能随

意扩大法律解释，将指导意见作为量刑“升档”处罚的依据，注重刑法的

保护机能的同时，也应注重刑法的保障机能，坚持宽严相济的刑事政

策，对被告人实行罪刑责相适应的正确定罪量刑，公正司法。

编写人：四川省珙县人民法院 周娟

23 强奸罪中“情节恶劣” 的认定

——叶某秋猥亵儿童、强奸案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省潮州市潮安区人民法院（2018）粤5103刑初406号刑事判决

书

2.案由：猥亵儿童罪、强奸罪

【基本案情】

1.猥亵儿童罪

被告人叶某秋与未成年被害人方某某（女，2005年10月31日出生）

系同村人，被告人叶某秋因与被害人方某某之父有来往而认识被害人，

后叶某秋在与方某某来往中为满足淫欲，萌生猥亵方某某之念，2015年

至2017年，在明知方某某系未满十二周岁的情况下，被告人叶某秋先后

多次在潮州市潮安区浮洋镇某村老人青年活动中心、其本人经营的杂货

店内，乘无人之机，用手抚摸、插入被害人方某某的阴部等方式猥亵方

某某，事后威胁恐吓被害人不准将其猥亵行为告诉方某某的家人。

2.强奸罪

前因被告人叶某秋自2015年开始多次对被害人方某某实施猥亵行为

未被发现，2017年正月，被告人叶某秋在明知未成年被害人方某某系未

满十四周岁幼女的情况下，萌生奸淫方某某之念，后于2017年至2018年

1月，先后多次在潮州市潮安区某村被告人叶某秋的老厝内，通过威胁

恐吓、给予钱款的方式与方某某发生性关系。2018年2月，因被害人方

某某身体不适到医院检查时发现怀孕，其家属遂报警。

被告人叶某秋于2018年2月11日被公安机关抓获归案。

【案件焦点】

1.被告人叶某秋是否有自首情节；2.被告人叶某秋所犯的强奸罪部

分能否认定为“情节恶劣”并判处十年以上有期徒刑的刑罚。

【法院裁判要旨】

广东省潮州市潮安区人民法院经审理认为：被告人叶某秋为满足自

己的淫欲，采用下流手段，对儿童实施猥亵；并在明知系不满十四周岁

的幼女，仍对其实施奸淫，其行为已分别构成猥亵儿童罪、强奸罪，依

法应予以数罪并罚。

公诉机关指控被告人叶某秋犯猥亵儿童罪、强奸罪，事实清楚，证

据确实、充分，罪名成立。

被告人叶某秋实施强奸犯罪，致附带民事诉讼原告人方某某怀孕到

医院检查、引产并支付相关检查、手术费用，应对方某某因此产生的经

济损失负民事赔偿责任。附带民事诉讼原告人方某某一方提供的相关医

疗费单据证明其在潮州市妇幼保健院检查及进行人流引产手术，支付医

疗费用共计人民币1051.7元，故其请求被告人叶某秋赔偿医疗费用人民

币1051.7元，依法有据，应予支持，该款从被告人叶某秋一方预交的赔

偿款中抵偿。附带民事诉讼原告人方某某请求被告人叶某秋赔偿其精神

损失费人民币100000元的诉求，不属附带民事诉讼受理范围，不予支

持。

被告人叶某秋对不满十二周岁的儿童实施猥亵犯罪，且多次奸淫不

满十四周岁的幼女，致幼女怀孕，依法应当从重处罚；鉴于其归案后能

如实供述自己的罪行，其一方能积极赔偿被害人方某某的经济损失，依

法对其予以从轻处罚。

公诉机关提出上述量刑建议，经查，根据法律的规定及本案事实，

公诉机关的量刑建议恰当，予以采纳。

综上，依照《中华人民共和国刑法》第二百三十七条第一款、第三

款，第二百三十六条第二款、第三款第一项，第六十七条第三款，第六

十九条第一款，第五十六条第一款，第五十五条第一款，第三十六条第

一款，《中华人民共和国侵权责任法》第十五条第一款第六项，《中华

人民共和国刑事诉讼法》第九十九条[[6]第](#p156)一款，《中华人民共和国民事

诉讼法》第六十四条第一款，《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》第一百三十八条，第一百五十五条第一款、第

二款，《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的

解释》第十九条之规定，判决如下：

一、被告人叶某秋犯猥亵儿童罪，判处有期徒刑二年六个月；犯强

奸罪，判处有期徒刑十二年，剥夺政治权利三年；总和刑期十四年六个

月，决定执行有期徒刑十四年，剥夺政治权利三年；

二、被告人叶某秋应赔偿附带民事诉讼原告人方某某医疗费人民币

1051.7元，该款从被告人叶某秋一方预交的赔偿款中抵偿。

【法官后语】

1.关于被告人叶某秋是否有自首情节的问题

本案被告人叶某秋的辩护人在庭审中提出被告人叶某秋在猥亵儿童

犯罪中系在侦查机关侦查强奸犯罪时主动交代其猥亵儿童的罪行，有自

首情节的辩护意见。出庭公诉人提出被告人叶某秋没有自首情节的公诉

意见。从本案证据看：

本案中被害人方某某家属于2018年2月10日报警，公安机关于同日

以方某某被强奸立案侦查，被害人方某某于同日在陈述其被叶某秋强奸

时，又向公安机关交代了其还被叶某秋猥亵的事实；被告人叶某秋于

2018年2月11日被抓获后才交代其猥亵被害人方某某的犯罪事实，在此

之前公安机关已经掌握了其猥亵被害人的犯罪事实，并不存在主动交代

公安机关事先尚未掌握的犯罪事实的情况，故被告人叶某秋在猥亵儿童

犯罪中不存在自首情节。

2.关于本案是否应当认定被告人叶某秋所犯强奸罪“情节恶劣”的问

题

本案公诉机关指控被告人叶某秋在强奸犯罪中，“奸淫不满十四周

岁的幼女，情节恶劣”，并建议对被告人叶某秋所犯的强奸罪部分以强

奸罪判处十二年以上十四年以下有期徒刑。辩护人提出被告人叶某秋在

实施强奸犯罪的过程中并没有采取暴力、威胁等手段，而是采取给予钱

款的方式，多次与被害人发生性关系并导致被害人怀孕，该情节并未达

到情节恶劣的程度，且被告人存在如实供述、认罪态度良好的情节，请

求对其在三年至十年有期徒刑的法定刑期内予以从轻处罚的辩护意见。

那么，本案公诉机关对强奸罪部分的上述指控是否成立？对此，法庭经

审理后认为：

《刑法》第二百三十六条第三款规定：“强奸妇女、奸淫幼女，有

下列情形之一的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑：（一）强

奸妇女、奸淫幼女情节恶劣的；（二）强奸妇女、奸淫幼女多人的；

（三）在公共场所当众强奸妇女的；（四）二人以上轮奸的；（五）致

使被害人重伤、死亡或者造成其他严重后果的。”其中，对于第二项至

第五项加重处罚的成立条件，规定较为明确。而对奸淫幼女致被害人怀

孕，是否可以认定为第五项规定的“其他严重后果”，或第一项规定

的“情节恶劣”，由于刑法没有明确规定，各地法院理解掌握的标准不尽

一致。《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于依法惩

治性侵害未成年人犯罪的意见》（以下简称《性侵意见》）第二十五条

规定，针对未成年人实施强奸、猥亵犯罪，应当从重处罚，并明确规定

了“更要依法从严惩处”的七种情形。该七种情形，从特殊身份犯罪主

体、特定犯罪场所、危害性大的犯罪手段及行为、特别弱势犯罪对象、

相对严重犯罪后果、被告人有性侵前科劣迹等方面，对一些酌定从严处

罚情节予以明确，上述规定的情形与普通的奸淫幼女相比，或者严重挑

战社会伦理道德底线，或者更加隐蔽，未成年被害人更难以抗拒和向有

关部门揭露，或者社会影响更为恶劣，或者更加严重冲击被害人的心理

安全感，甚至在一定范围内造成社会恐慌，或者危害后果更严重，对被

害人伤害更大，或者行为人主观恶性更深、人身危险性更大。其中，该

条第六项规定，造成未成年被害人轻伤、怀孕、感染性病等后果的情

形，是“更要依法从严惩处”的情形之一。在本案中，被害人的父母均在

外地打工，被害人自幼跟随其祖母在本村生活，是留守儿童，属于弱势

群体。被告人叶某秋与被害人方某某系同村人且系邻居，叶某秋与方某

某之父有来往从而认识方某某，也知道方某某现年只有13岁，叶某秋趁

与方某某单独相处之机，采用言语威胁、给予钱款诱骗等手段，对方某

某实施猥亵、奸淫，严重挑战社会伦理道德底线，同时，叶某秋对方某

某多次实施奸淫，持续时间长，在对方某某实施奸淫之前还有猥亵行

为，时间长达三年，叶某秋的行为社会危害性大，社会影响特别恶劣。

叶某秋的行为不但造成方某某怀孕，同时还符合《性侵意见》第二十五

条第三项规定的“采取暴力、胁迫、麻醉等强制手段实施奸淫幼女、猥

亵儿童犯罪的”和第五项规定的“多次实施强奸”的两种“更要依法从严惩

处”的情形，可以认定为属于“情节恶劣”。叶某秋实施犯罪的整个过程

体现出较深的主观恶性和较大的社会危害性，总体上与《刑法》第二百

三十六第三款第二项至第四项所列的单项加重情节的危害程度相当，可

以认定为“情节恶劣”。因此，公诉机关的指控成立，辩护人提出的辩护

意见据理不足，不予采纳。综上，法院判决对本案定性、情节的认定准

确。

编写人：广东省潮州市潮安区人民法院 郑小伟

（六）强制猥亵罪

24 猥亵行为本身亦是强制行为的强制猥亵罪认定

——马某某强制猥亵案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2018）京02刑终581号刑事裁定书

2.案由：强制猥亵罪

【基本案情】

2017年7月24日19时许，被告人马某某跟随被害人赵某某，进入北

京市丰台区卢沟桥南里××号院×楼×门楼道内，对赵某某以突然从身后

强行搂抱、摸胸的方式进行猥亵。

2017年9月5日18时许，被告人马某某跟随被害人晁某某进入北京市

卢沟桥甲小区×号楼×单元三层楼道内，对晁某某以突然从身后强行搂抱

的方式进行猥亵，被害人喊叫后其逃跑。

2017年9月16日23时许，被告人马某某跟随被害人李某某进入北京

市丰台区晓月苑一里×号楼×门二层楼道内，对李某某以突然从身后强行

摸臀部的方式进行猥亵，被害人喊叫后其逃跑。

2017年9月18日21时许，被告人马某某跟随被害人徐某某进入北京

市丰台区卢沟桥甲小区×号楼×单元二层至三层楼道内，对徐某某以强行

搂抱并摸下体的方式进行猥亵，被害人喊叫后其逃跑。

2017年9月28日20时30分许，被告人马某某跟随被害人彭某某至北

京市丰台区卢沟桥晓月苑二里×号楼×单元×××号门口，对彭某某以突然

从身后强行摸其胸部及下体的方式进行猥亵，后其逃跑。

2017年9月30日20时许，被告人马某某跟随被害人王某某进入北京

市丰台区卢沟桥晓月苑三里×号楼×单元三层至四层楼道内，对王某某以

突然强行搂抱并摸下体的方式进行猥亵，被害人喊叫后其逃跑。

2017年10月12日18时许，被告人马某某跟随被害人黎某某进入北京

市丰台区晓月中路×号院×楼×门三层楼道内，将黎某某绊倒并欲摸其上

身，因被害人喊叫未能得逞，后其逃跑。

2017年10月12日19时许，被告人马某某跟随被害人陈某某进入北京

市丰台区卢沟桥南里×楼×单元三层楼道内，对陈某某以突然从身后强行

捂嘴并摸胸的方式进行猥亵，被害人挣扎喊叫后其逃跑。

【案件焦点】

1.强制猥亵罪的强制性在司法实践中如何认定；2.强制猥亵行为是

否必须同时具备作为手段行为的强制行为和作为目的行为的猥亵行为。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为：被告人马某某无视国家法律，

违背妇女意志，强制猥亵多人，其行为已构成强制猥亵罪，依法应予惩

处。北京市丰台区人民检察院指控被告人马某某犯强制猥亵罪的罪名成

立。辩护人提出的起诉书指控的前六起行为均系一般猥亵，不应认定为

强制猥亵罪的辩护意见，经查，在案证据能够证明被告人利用被害妇女

独自在黑暗的楼道内行走之际，强行搂抱或绊倒被害人身体对其实施猥

亵，用体型优势钳制住被害人身体致使被害人不能反抗，或者趁被害人

不备突然从身后对其强行实施摸胸部、下体、臀部等猥亵行为，导致被

害人在突然受到侵害的情况下根本来不及反抗，被告人的相关猥亵行为

均具有明显的强制性，依法应当认定为强制猥亵罪，故对辩护人的上述

辩护意见本院不予采纳。辩护人提出的对被告人马某某判处有期徒刑一

年以下的量刑意见，本院认为，被告人马某某在同一区域多次尾随陌生

女性实施猥亵行为，甚至在同一天内连续作案，不仅对多名被害人造成

了损害，亦对案发地周边社区居民的出行安全造成不良影响，犯罪情节

较为严重，社会危害性大，故辩护人所提量刑建议与被告人的犯罪情节

不符，对此本院不予采纳；辩护人提出的其他辩护意见，本院酌予采

纳。起诉书指控的第七起犯罪事实，被告人马某某已经着手实行犯罪，

由于其意志以外的原因而未得逞，系犯罪未遂，针对该起事实，本院对

被告人马某某比照既遂犯从轻处罚。鉴于被告人马某某自愿认罪，对起

诉书指控的部分犯罪事实能够如实供述，且积极赔偿被害人黎某某的经

济损失并得到谅解，本院对其予以从轻处罚。

北京市丰台区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百三十七

条第一款、第二十三条、第六十七条第三款、第六十一条之规定，作出

如下判决：

被告人马某某犯强制猥亵罪，判处有期徒刑二年三个月。

马某某对判决不服，提起上诉。

北京市第二中级人民法院同意一审法院裁判意见，裁定：驳回马某

某的上诉，维持原判。

【法官后语】

本案被告人在相对集中时间于相对固定区域内多次采用搂抱、摸

胸、摸下体等方式实施猥亵行为。控辩双方对于被告人在前六起事实中

的行为定性存在不同意见，辩护人认为被告人在实施搂抱、摸胸、摸下

体等行为时未采取暴力、胁迫或其他强制性方法，故前六起事实仅为一

般猥亵行为。

强制猥亵罪，是指以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵他人的行

为。行为的强制性必须达到使他人不能反抗、不敢反抗或不知反抗的程

度。从强制性的体现方式来看，强制猥亵罪可以分为两类。典型的强制

猥亵、侮辱行为具有双重实行行为，即作为手段行为的暴力、胁迫或者

其他方法，和作为目的行为的猥亵、侮辱行为。但是也有非典型原型：

有时暴力行为本身同时也是猥亵、侮辱行为，如强脱被害人衣服；一些

强制猥亵行为本身也是暴力行为，如强行搂抱、抠摸、抓掐等。在这些

暴力、猥亵合二为一的行为中，被害人往往因为事发突然、猝不及防而

来不及反抗，因而属于违背被害人意志的强制行为，应以强制猥亵、侮

辱罪论处。[[7]](#p156)

本案控辩双方存有争议的前六起事实即属于非典型的强制猥亵行

为，即被告人所实施的猥亵行为本身即具有强制性。在案证据能够证明

被告人系利用被害妇女独自在黑暗的楼道内行走之际，强行搂抱被害人

身体对其实施猥亵，用体型优势钳制住被害人身体致使被害人不能反

抗，或者趁被害人不备突然从身后对其强行实施摸胸部、下体、臀部等

猥亵行为，导致被害人在突然受到侵害的情况下根本来不及反抗，被告

人的相关猥亵行为本身均具有明显的强制性，依法应当认定为强制猥亵

罪。

《治安管理处罚法》第四十四条规定：“猥亵他人的，或者在公共

场所故意裸露身体，情节恶劣的，处五日以上十日以下拘留……”对一

般的猥亵行为给予相应行政处罚即可。可以说，一般的猥亵行为和强制

猥亵行为的区分主要在于有无强制性或者强制性程度上。对于猥亵行为

本身即具有强制性的情况，被告人是否构成犯罪一定要考虑实施行为的

时间与地点、猥亵行为的特点与部位、猥亵对象等因素来综合判断强制

性的程度。

编写人：北京市丰台区人民法院 胡洋 杨堃

（七）非法拘禁罪

25 非法拘禁罪与绑架罪的区别

——周某等非法拘禁案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市集美区人民法院（2018）闽0211刑初154号刑事判决

书

2.案由：非法拘禁罪

【基本案情】

2017年6月18日20时许，被告人周某、周某某、张某在厦门市集美

区侨英街道东安东山里××号×××室内，与被告人周某的男朋友王某因商

谈周某打胎的补偿费用问题发生争执。后，被告人张某打被害人王某脸

部一掌，并与被告人周某、周某某持事先准备的绳子捆绑被害人王某的

双手，用胶布封住王某的嘴巴，限制其人身自由。其间，被告人周某为

阻止被害人王某逃跑，拉拽致被害人王某倒地受伤。次日0时许，被害

人王某被接到报警赶至现场的公安民警解救。经鉴定，被害人王某受

伤，致左下颏部挫擦伤，所受损伤构成轻微伤。

2017年6月19日，被告人周某、周某某被公安机关抓获，被告人张

某自动向公安机关投案。到案后，被告人周某、周某某、张某均如实供

述上述犯罪事实。案发后，被告人周某、周某某、张某取得被害人王某

的谅解。

【案件焦点】

本案被告人行为如何定性。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市集美区人民法院经审理认为：

公诉机关指控被告人周某、周某某、张某犯非法拘禁罪的事实清

楚，证据确实、充分，指控罪名成立。公诉机关量刑建议适当，应予采

纳。对被告人周某、周某某、张某适用缓刑不至于再危害社会，可适用

缓刑。依照《中华人民共和国刑法》第二百三十八条第一款、第六十四

条、第六十七条第一款、第三款、第七十二条第一款之规定，判决如

下：

一、被告人周某犯非法拘禁罪，判处拘役六个月，缓刑十个月；

二、被告人周某某犯非法拘禁罪，判处拘役五个月，缓刑九个月；

三、被告人张某犯非法拘禁罪，判处拘役四个月，缓刑八个月；

四、暂扣于公安机关的作案工具绳子三段、胶带卷一个、胶带二

团、移动电话一部、水果刀一把予以没收。

【法官后语】

非法拘禁罪，是指以拘押、禁闭或者其他强制方法，非法剥夺他人

人身自由的犯罪行为。非法拘禁罪侵犯的客体是他人的身体自由权亦即

在法律范围内按照自己的意志决定自己身体行动的自由权利。公民的身

体自由，是公民正常工作、生产、生活和学习的保证，失去身体自由，

就失去了从事一切正常活动的可能。

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，或者绑架他人作为人质的行为。

绑架罪与非法拘禁罪在客观方面均表现为行为人以暴力、胁迫和其

他方法非法剥夺和限制人身自由，但在客观上的相似性并不能混淆两者

之间的质的区别，二者的差别主要有以下几点：（1）在主观上，表现

为行为人主观犯意的目的和故意的内容不同。绑架罪的主观动机是勒索

钱财或其他非法利益，绑架扣押人质只是实现主观目的的手段，而非法

拘禁罪的主观意图就是为了非法限制他人人身自由。（2）在客观方

面，表现为对被害人人身自由限制性程度不同，使用方式方法也有差

异。在绑架案中，行为人一般都采取超强度的暴力等手段，致使被害人

不能反抗，无法反抗和不敢反抗，一般在被害人被掳离住所置于偏僻荒

野之处，给被害人的心理造成极大恐慌。而非法拘禁罪一般表现为行为

人低强度限制人身自由。（3）在案件发生的因果关系上，绑架罪表现

为行为人和被害人之间没有恩怨和其他往来，行为人的目的就是通过绑

架的实施达到勒索钱财的目的，或者通过扣押人质获取其他非法利益，

而非法拘禁罪较多的表现为行为人与被害人之间因纠纷和其他利益关系

而产生，在案发的起因上，被害人往往有过错。

编写人：福建省厦门市集美区人民法院 柯鹭珊

26 对他人的活动范围进行了具有明确指向性限定的是

否构成非法拘禁罪

——王某甲、兰永某非法拘禁案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

重庆市第一中级人民法院（2018）渝01刑终263号刑事附带民事裁

定书

2.案由：非法拘禁罪

【基本案情】

被告人王某甲系甲公司副总经理，被告人兰永某系该公司员工。该

公司与被害人周某甲实际经营的乙采矿厂产生债务纠纷。2014年11月，

被告人王某甲在获悉其他债权人向湖北某法院申请执行乙采矿厂财产

后，安排公司员工李复某、寇海某、冉广某等人前往参与协商债务问

题。11月21日下午，周某甲与李复某等人共同乘车返回重庆。当晚，周

某甲入住被告人兰永某等人居住的公司宿舍。王某甲要求兰永某每天跟

随周某甲不要让他离开视线，同时要求李复某、寇海某、冉广某在下班

后跟随周某甲。回到该宿舍后，兰永某将其居住的卧室腾出由周某甲居

住，兰永某等人则睡在客厅及客厅阳台。在该宿舍居住期间，周某甲到

甲公司与王某甲协商解决债务纠纷或者因吃饭等事由外出时，兰永某等

人均跟随周某甲一同外出。12月7日，王某甲、兰永某、冉广某与周某

甲来到梁平县考察周某甲在该处的炼铁厂情况，在得知该厂已被拍卖且

周某甲尚在该处拖欠巨额债务后返回。12月8日13时许，周某甲与兰永

某等人外出吃饭后，周某甲跟随兰永某从楼外公路经悬空过道拟进入楼

道。在进入该楼门口前，周某甲从悬空过道跳下。兰永某发现后，将周

某甲送医院抢救并通知王某甲。周某甲经抢救无效于当日死亡。经鉴定

周某甲系高坠致颅脑损伤死亡。

周某甲去世后，甲公司向周某乙支付5万元。12月26日周某乙为周

某甲尸检支付服务费5200元。截至2017年12月10日，周某乙等人尚欠尸

体停放费236520元。

【案件焦点】

二被告人未使用暴力手段而对被害人的活动范围进行了具有明确指

向性限定的是否构成非法拘禁罪。

【法院裁判要旨】

重庆市渝北区人民法院经审理认为：被告人王某甲安排被告人兰永

某及其他员工跟随周某甲的行为是对周某甲居住期间的相关活动的概括

指示。庭审中，王某甲亦供述其目的是保证双方协商债务时能够确保对

方到场。该目的只有在时刻掌握周某甲所在位置的情况下方能实现，而

这种对周某甲位置的掌握是通过公司员工的跟随行为实现的。

被告人王某甲安排兰永某等人实施的上述行为是对公民人身自由的

限制行为。兰永某等人对各自实施的行为的目的具有同一性的认识即完

成王某甲交办的工作，确保公司债权实现。被告人王某甲的要求已经对

被害人周某甲的活动区域进行了划定。被告人王某甲、兰永某对自身行

为所侵害的法益持放任态度。王某甲对兰永某等人的安排及兰永某等人

的具体行为已将周某甲限制在一定场所，使其不能或明显难以离开、逃

出，直接支配并导致了被害人周某甲人身自由受限的结果发生，属于采

用其他方法限制被害人行为自由。

即使被害人周某甲系自愿返回重庆并入住甲公司宿舍，但不包含其

自愿将自身活动范围限制在他人的管控范围内的意思表示，不足以赋予

被告人采取措施限制人身自由的合法性依据，也不足以阻却被告人行为

与周某甲自由受限间的因果关系。

故被告人王某甲为索要公司债务，安排被告人兰永某跟随周某甲，

非法剥夺他人人身自由，二被告人的行为均已构成非法拘禁罪。被告人

王某甲，系主犯，具有自首情节；兰永某系从犯，系累犯，具有自首情

节。

重庆市渝北区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百三十八

条第一款、第三款、第二十五条第一款、第二十六条第一款、第四款、

第二十七条、第六十七条第一款、第六十五条第一款、第三十六条第一

款，《中华人民共和国民法通则》第一百零六条第二款、第一百一十九

条、第一百二十一条、第一百三十一条，《中华人民共和国民事诉讼

法》第一百四十四条，《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》第一百五十五条第二款，最高人民法院《关于审理人

身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第八条第一款、第十七条第

三款、第二十二条、第二十七条、第二十八条，作出如下判决：

一、被告人王某甲犯非法拘禁罪，判处有期徒刑一年九个月；

二、被告人兰永某犯非法拘禁罪，判处有期徒刑一年六个月；

三、附带民事诉讼被告单位甲公司赔偿附带民事诉讼原告人王某

乙、周某乙、周某丙丧葬费、被扶养人生活费、误工费、交通费、服务

费用共计79366.65元（已支付5万元）；

四、驳回附带民事诉讼原告人的其他诉讼请求。

一审宣判后附带民事诉讼原告人提出上诉。

重庆市第一中级人民法院同意一审法院裁判意见。故依照《中华人

民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条[[8]](#p156)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】

自由包括意志自由和行动自由，且该自由是现实存在并具有实现可

能的。因此，对侵犯自由的行为不能单纯地理解为传统的捆绑、幽禁等

严重限制公民人身自由的行为。而《刑法》第二百三十八条的规定也表

明我国刑事司法对非法索取债务这一过当的自力救济行为持坚决的否定

态度。若行为人对相对人的活动范围进行具有明确指向性的限定，如专

门指派人员跟随、限定活动空间等，则应当认定该限定对相对人构成意

志压迫；同时，在外在表现上，相对人貌似活动范围未受限制，但其无

时无刻不在他人的监管之下，无法自主选择。

与本案相类似的部分索债型非法拘禁案件中，可能由于行为手段非

暴力性、限制空间非固定性等因素，使得被害人没有强烈的反抗意识，

甚至自愿服从于行为人的具体安排。但自由作为公民的基本权利，不得

受他人的非法限制。当相对人已然处于行为人划定的区域内时，其意志

亦受到相应影响。相对人的接受更多的是对对方行为侵害的放任或者是

对自身状态的默认。并且，在索债型非法拘禁中，作为债务人的相对

人，从法理及道义上均处于劣势，更自然甚至顺从地接受行为人的安

排。同时，刑法规定的剥夺并非绝对、完全的褫夺，只要被害人在行为

人的控制之下，被害人的自由意志遭受严重损害而不能够自由活动且足

以控制被害人活动空间的情况下，即构成非法拘禁罪。被害人的自由意

志也随之受到限制导致其某些“自愿性”的表示不足以免除被告人行为的

社会危害性。因此，相对人的自愿接受行为不构成违法性阻却事由。

同时需要说明的是，对非法拘禁案件审判中的被害人伤亡情况应当

鉴别被害人的一般自救行为与明显不具有自救意图的行为。判断上述两

种行为的差别，应当对被害人的具体行为和行为时的客观环境进行综合

分析，并结合其他证据适度推断行为意图。本案证据证实，被害人周某

甲在死亡前一日接洽铁厂运营情况。在返程途中周某甲情绪明显低落，

继而在第二日坠楼身亡。从现场监控视频反映，被害人跳下的悬空过道

连接楼道与公路，且在其坠亡时没有甲公司人员在场，而公路上不时有

车辆、行人经过。事发时正值当日中午，从现场条件来看，被害人转身

即可奔向公路，进而呼救或者自行逃脱。故无法排除被害人系因债务缠

身，无法偿还而产生轻生想法，故不应认定非法拘禁致人死亡。

编写人：重庆市渝北区人民法院 刘杨

27 非法拘禁罪和敲诈勒索罪的数罪并罚问题

——巢利某、李许某非法拘禁、敲诈勒索案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

吉林省四平市梨树县人民法院（2018）吉0322刑初374号刑事判决

书

2.案由：非法拘禁罪、敲诈勒索罪

【基本案情】

2018年9月24日凌晨，被告人巢利某发现其妻徐某某与褚某某关系

暧昧，便与被告人李许某在原梨树县酒精厂附近将正在一起行走的被害

人褚某某、徐某某扣留、殴打并带至梨树镇烧烤一条街附近，被告人李

许某逼迫被害人褚某某跪在路边30分钟左右并威胁和殴打被害人褚某

某。后被告人巢利某、李许某租车将被害人褚某某、徐某某带到四平市

接到巢立某（李许某妻子）后，共同回到四棵树乡付家街村巢利某家，

被告人巢利某又逼迫褚某某跪在厨房30分钟左右，同时反锁屋门一直将

被害人褚某某、徐某某拘禁在屋内。9月24日早7时许，被告人巢利某、

李许某逼迫被害人褚某某与其父母联系后，被告人巢利某、李许某以被

害人褚某某与被害人徐某某有不正当两性关系及褚某某吸毒并教唆他人

吸毒为由，向被害人褚某某的父母索要人民币200000元。被害人褚某某

的父母报警后，公安机关于同日12时许将被害人褚某某、徐某某解救。

案发后，被告人巢利某、李许某被公安机关抓获。

公诉人意见：被告人巢利某、李许某以强制方法，非法剥夺他人人

身自由；以非法占有为目的，对被害人实施要挟的方法，强行索取他人

财物，数额巨大，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第二百三十八

条、第二百七十四条、第二十五条、第六十九条之规定，应当以非法拘

禁罪、敲诈勒索罪（未遂）追究其刑事责任。

【案件焦点】

被告人巢利某、李许某非法拘禁罪和敲诈勒索罪是否可以数罪并罚

的问题。

【法院裁判要旨】

吉林省四平市梨树县人民法院经审理认为，被告人巢利某、李许某

以强制方法，非法剥夺他人人身自由；以非法占有为目的，对被害人实

施要挟的方法，强行索取他人财物，数额巨大，公诉机关指控的事实清

楚，证据充分，罪名成立，应予支持。虽被告人巢利某辩解其没有向被

害人要钱的行为，但通过证人吕长某证实对被害人实施拘禁行为时，听

到了被害人说最多能给拿6万元的事实，在二被害人被拉到被告巢利某

家里时，又给被害人褚某某父母打电话，提到让其拿20万元解决此事的

事实，该行为得到被害人褚某某、徐某某的证实，证人褚国某、任立某

也证实要钱的情节，故对被告人巢利某敲诈勒索的事实能够认定。视本

案二被害人具有明显过错，二被告人向被害人褚某某父母索要钱款也是

在气头上所实施，且属未遂。故对二被告人可从轻处罚并适用缓刑，故

依照《中华人民共和国刑法》第二百三十八条、第二百七十四条、第二

十三条、第二十五条、第六十九条、第五十二条、第五十三条、第七十

二条、第七十三条之规定，判决如下：

一、被告人巢利某犯敲诈勒索罪（未遂），判处有期徒刑一年六个

月，并处罚金人民币1000元；犯非法拘禁罪，判处拘役三个月。决定执

行有期徒刑一年六个月，缓刑二年，并处罚金人民币1000元；

二、被告人李许某犯敲诈勒索罪（未遂），判处有期徒刑一年六个

月，并处罚金人民币1000元；犯非法拘禁罪，判处拘役三个月。决定执

行有期徒刑一年六个月，缓刑二年，并处罚金人民币1000元。

【法官后语】

本案在敲诈勒索和非法拘禁是数罪并罚还是牵连为一罪的问题上产

生了分歧。

牵连犯，是指行为人实施某一犯罪，而其手段行为或者结果行为又

触犯其他罪名的情况。例如，以伪造公文的形式骗取他人'财物，诈骗财

物的目的行为构成诈骗罪，伪造公文的手段行为构成伪造公文罪，两个

犯罪形成目的与手段的牵连关系，构成牵连犯。再如，行为人盗窃枪支

弹药以后又加以隐藏的，盗窃枪支的行为构成盗窃枪支、弹药罪，是目

的行为，隐藏枪支、弹药的行为构成私藏枪支弹药罪，是结果行为，两

个犯罪之间形成目的与结果的牵连关系，构成牵连犯。各国刑法典大多

都无牵连犯的规定，规定牵连犯的国家，一般都规定不实行数罪并罚，

而是从一重罪处断。我国《刑法》中没有牵连犯的规定，理论上一般认

为对牵连犯不实行数罪并罚，而是从一重罪处断。牵连犯具有以下特

征：（1）数罪必须出于一个犯罪目的，犯罪目的不同于犯罪构成中的

主观方面的故意，在一个犯罪目的支配下实施的牵连犯罪行为，其故意

内容可以不同，但都必须是故意。过失犯罪不成立牵连犯。（2）必须

实施了两个以上独立的犯罪行为，行为人必须实施了两个以上独立的犯

罪行为且触犯不同的罪名。如果只有一个犯罪行为，即使触犯了不同罪

名，也不是牵连犯而是想象竞合犯。犯罪行为的个数可根据犯罪构成判

断。触犯不同的罪名，即行为的异质性，也就是说，方法行为与目的行

为、原因行为与结果行为是异质数罪。如只触犯同一罪名，是连续犯而

不是牵连犯。（3）数个犯罪行为须有牵连关系，牵连关系是指行为人

所实施的数个犯罪行为之间具有方法与目的或原因与结果的密切联系。

本案中，行为人在街上实行非法拘禁的行为时并没有敲诈勒索的故意，

故不能认定为敲诈勒索的手段行为，后来将被害人拉回家中锁在屋内，

并给其家人要钱的行为可以认定为具有牵连关系，但非法拘禁的行为在

之前已经完成，所以后一犯罪可认定为敲诈勒索罪，故本案应当数罪并

罚。

编写人：吉林省四平市梨树县人民法院 王昱羲

（八）侵犯公民个人信息罪

28 为实施电信诈骗而获取的公民个人信息该如何认定

——王甲等诈骗、侵犯公民个人信息案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区钦州市中级人民法院（2018）桂07刑终39号刑事裁

定书

2.案由：诈骗罪、侵犯公民个人信息罪

【基本案情】

2017年5月，被告人王甲、王乙、王丙、王丁伙同王戊（另案处

理）经事前商量，准备了一批笔记本电脑、银行卡、手机等作案工具，

驾驶小汽车来到灵山县陆屋镇路东村委会上炳岭村被告人王甲的岳父凌

某珊住处使用电脑通过QQ诈骗的方式实施电信网络诈骗。被告人王

甲、王乙、王丙、王丁先各自使用笔记本电脑在网上查找目标企业的相

关信息，后用事先准备好的QQ号添加目标企业的QQ号，再向目标企业

QQ群管理员发送诈骗邮件，骗取目标企业的员工通讯录，得到通讯录

后统一汇总到被告人王甲使用的笔记本电脑中，后由被告人王甲给目标

企业公司的管理人员发送诈骗短信，骗取管理人员往其指定的账户内转

账。其间，被告人王甲、王乙、王丙、王丁先后三次采用上述方式诈骗

他人金额共计人民币60800元。具体如下：

1.2017年5月11日，被告人王甲、王乙、王丙、王丁采取QQ诈骗的

方式，骗得广州甲贸易有限公司的管理人员从该处公司账户将人民币

44800元汇入被告人王甲事前准备的户名为刘某的中国工商银行卡内，

后被告人王甲安排被告人王乙到灵山县陆屋镇中国农业银行ATM机将

钱领出。

2.2017年5月25日上午，被告人王甲、王乙、王丙、王丁采取QQ诈

骗的方式，骗得被害人李某将人民币6000元汇入被告人王甲事前准备的

户名为丁某伟的中国工商银行卡内，后被告人王甲安排被告人王丙到灵

山县陆屋镇中国农业银行ATM机将钱领出。

3.2017年5月25日下午，被告人王甲、王乙、王丙、王丁采取QQ诈

骗的方式，骗得被害人施某雅将人民币10000元汇入被告人王甲事前准

备的户名为赵某芳的中国工商银行卡内，后被告人王甲安排被告人王乙

到灵山县陆屋镇中国农业银行ATM机将钱领出。

2017年5月26日15时许，钦州市灵山县公安局刑事侦查大队民警接

到群众举报后在陆屋镇陆东村委会路口加油站处将被告人王甲、王乙、

王丙、王丁抓获，并当场扣押到一批笔记本电脑、银行卡、手机等作案

工具及赃款人民币13060元。同日，民警在灵山县陆屋镇陆东村委会上

炳岭村被告人王甲的岳父凌某珊住宅处，当场扣押到被告人王甲使用的

一台实施电信网络诈骗的笔记本电脑。该笔记本电脑内存放有企业通讯

录78份，其中包含公民个人信息11718条。这些公民个人信息均来源于

被告人王甲、王乙、王丙、王丁先各自使用笔记本电脑在网上查找目标

企业的相关信息，后用事先准备好的QQ号加目标企业的QQ号，再向目

标企业QQ群管理员发送邮件，骗取到目标企业的员工通讯录，得到通

讯录后再统一汇总到被告人王甲所使用的笔记本电脑中。

另查明，2017年5月27日，被告人王甲、王乙、王丙、王丁因本案

被灵山县公安局刑事拘留。2017年6月21日，公安机关将追回的赃款人

民币6000元发还给被害人李某。

【案件焦点】

被告人王甲、王乙、王丙、王丁为了实施电信诈骗采取非法手段获

取公民个人信息的行为是否构成侵犯公民个人信息罪，且处段原则是应

当择一重罪论处还是数罪并罚。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区钦州市灵山县人民法院经审理认为：被告人王甲、

王乙、王丙、王丁以非法占有为目的，合伙采用虚构事实的方式骗取他

人钱财，金额达人民币60800元，数额巨大，四被告人的行为均构成诈

骗罪；另被告人王甲、王乙、王丙、王丁合伙非法获取公民个人信息共

计11718条，情节严重，四被告人的行为均构成侵犯公民个人信息罪。

公诉机关指控四被告人犯诈骗罪、侵犯公民个人信息罪事实清楚、证据

确实充分，指控的罪名均成立。被告人王甲、王乙、王丙、王丁均一人

犯数罪，均应数罪并罚。

辩护人对此提出被告人王甲的行为不构成侵犯公民个人信息罪，被

告人王甲属于牵连犯，应择一重罪处罚的辩护意见。四被告人事前先通

过非法手段骗取企业公司的通讯录，再将骗取到的个人信息资料汇总到

被告人王甲处，再由被告人王甲进一步实施诈骗。破案后，在被告人王

甲的电脑硬盘中发现企业通讯录78份，其中涉及公民个人信息的内容达

11718条。根据《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理电

信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》中的规定“违反国家

有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，窃取或者以其他方法非

法获取公民个人信息，符合刑法第二百五十三条之一规定的，以侵犯公

民个人信息罪追究刑事责任。使用非法获取的公民个人信息，实施电信

网络诈骗犯罪行为，构成数罪的，应当依法予以并罚”。在本案中，被

告人王甲、王乙、王丙、王丁通过非法的手段获取公民个人信息，后又

利用这些个人信息实施诈骗。四被告人的行为同时符合诈骗罪和侵犯公

民个人信息罪的构成要件，应当以诈骗罪和侵犯公民个人信息罪对四被

告人实行数罪并罚。综上所述，对辩护人的上述辩护意见，本院不予采

纳。

在诈骗罪的共同犯罪中，被告人王甲提出犯意并积极纠集被告人王

乙、王丙、王丁实施，起主要作用，是主犯；被告人王乙、王丙、王丁

起辅助作用，是从犯。依法应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。在侵犯

公民个人信息的共同犯罪中，被告人王甲提出犯意并与被告人王乙、王

丙、王丁一起积极实施，均起主要作用，均是主犯。四被告人归案直至

庭审过程中均如实供述主要犯罪事实，依法可以从轻处罚。鉴于被告人

王甲没有法定减轻处罚且没有全部退赃，关于辩护人建议对其适用缓刑

的辩护意见，本院不予以采纳。

广西壮族自治区钦州市灵山县人民法院依照《中华人民共和国刑

法》第二百六十六条、第二百五十三条之一第一款、第三款、第二十五

条第一款、第二十六条第一款、第四款、第二十七条、第六十七条第三

款、第六十九条第一款、第三款、第六十三条第一款、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》第一条和《最高人民法院、

最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题

的解释》第一条、第二条、第五条第五项、第十一条的规定，判决如

下：

一、被告人王甲犯诈骗罪，判处有期徒刑四年二个月，并处罚金人

民币10000元；犯侵犯公民个人信息罪，判处有期徒刑六个月，并处罚

金人民币3000元。总和刑期四年八个月，并处罚金人民币13000元，决

定执行有期徒刑四年六个月，并处罚金人民币13000元；

二、被告人王乙犯诈骗罪，判处有期徒刑二年九个月，并处罚金人

民币5000元；犯侵犯公民个人信息罪，判处有期徒刑六个月，并处罚金

人民币3000元。总和刑期三年三个月，并处罚金人民币8000元，决定执

行有期徒刑三年，并处罚金人民币8000元；

三、被告人王丙犯诈骗罪，判处有期徒刑二年九个月，并处罚金人

民币5000元；犯侵犯公民个人信息罪，判处有期徒刑六个月，并处罚金

人民币3000元。总和刑期三年三个月，并处罚金人民币8000元，决定执

行有期徒刑三年，并处罚金人民币8000元；

四、被告人王丁犯诈骗罪，判处有期徒刑二年九个月，并处罚金人

民币5000元；犯侵犯公民个人信息罪，判处有期徒刑六个月，并处罚金

人民币3000元。总和刑期三年三个月，并处罚金人民币8000元，决定执

行有期徒刑三年，并处罚金人民币8000元；

五、责令被告人王甲、王乙、王丙、王丁共同退赔人民币44800元

给广州甲贸易有限公司；退赔人民币10000元给被害人施某雅（公安机

关扣押有人民币7060元）。

宣判后，四被告人提出上诉。

广西壮族自治区钦州市中级人民法院裁定驳回上诉、维持原判。现

该判决已经生效。

【法官后语】

本案处理的焦点在于，在为实施诈骗行为而事前以非法手段获取公

民个人信息行为的定性。此行为是否单独构成侵犯公民个人信息罪，并

与诈骗罪数罪并罚。

公民个人信息，是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其

他信息结合识别特定自然身份或者反映自然人活动情况的各种信息，包

括姓名、身份证件号码、通信通讯联系方式、住址、账号密码、财产状

况、行踪轨迹等。侵犯公民个人信息罪，是指通过窃取或者其他方法非

法获取公民个人信息。

判断是数罪并罚还是择一重罪处罚，就要判断前行为是否侵犯了法

律所保护的客体，造成法益侵害。我国《刑法》规定成立侵犯公民个人

信息，要求具有“情节严重”，被告人王甲、王乙、王丙、王丁四人通过

非法的手段获取公民个人信息，侵犯公民个人信息的数量巨大，属于情

节严重，其行为已符合侵犯公民个人信息罪的构成要件，应当以侵犯公

民个人信息罪定罪处罚，是既遂，该非法窃取的行为已终了。行为人利

用非法获取的公民个人信息用于实施诈骗，该行为是另起的犯意，是前

一行为实行终了后才以诈骗的犯意实施诈骗行为，前一行为虽然是在后

罪的犯罪预备阶段中，但是该行为触犯了另一法律，造成了另一实害结

果，前后两行为不存在密切联系，因此前一行为只是为后罪的实施提供

了实行基础，但是前行为在获取公民个人信息时已终了，而后一行为，

即利用获取到的信息对被害人进行诈骗的行为才是后罪的实行行为。虽

然前一行为的实施是为更好的实施诈骗，但是在该阶段实施的单独的行

为触犯了另一法条，构成了另一犯罪，应单独评价，而不是与后一诈骗

行为进行整体评价，所以本案中的前一行为应当以侵犯公民个人信息定

罪处罚，并与后罪数罪并罚。

在本案中，有观点认为被告人王甲、王乙、王丙、王丁四人实施的

行为可以整体评价在一个犯意里，即诈骗罪的犯意，四被告人实施的前

一行为是为了后一诈骗行为能够顺利进行，两个行为具有牵连性，应构

成牵连犯。《刑法》分则对于特定犯罪的牵连犯有明文规定的处断原

则，应严格按相关条文规定裁判；如没有明文规定，则按照从一重罪论

处，即原则上，择一重罪处罚，并且按照该重罪论处时，还可以从重处

罚；例外的是数罪并罚。牵连犯是指犯罪行为与目的行为侵犯不同罪

名，原因行为与结果行为触犯不同罪名。本案中四被告人经事前商量，

准备作案工具在某软件上网搜公司名字，再登录QQ进行搜索公司的

群，找到管理员的QQ后通过邮箱发送虚假信息，骗取对方公司的通讯

录，通过该非法手段获取到企业通讯录78份，公民个人信息的内容达

11718条，行为人采用这一非法手段行为的目的是获取通讯录，非法占

有公民个人信息。而后一行为仅是利用了前一行为获取的公民个人信息

去实施诈骗，目的是非法占有他人财产，显然前后两个行为目的不同。

具有不同目的的两个行为不能整体评价到一个犯罪构成中，两个行为分

别触犯了不同的罪名，因此应当数罪并罚而不是择一重罪处罚。

综上所述，本案的四被告人通过非法手段获取公民个人信息，然后

又利用这些信息实施电信网络诈骗，依据《最高人民法院、最高人民检

察院、公安部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》中的规定：“违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信

息，窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息，符合刑法第二百五十

三条之一规定的，以侵犯公民个人信息罪追究刑事责任。使用非法获取

的公民个人信息，实施电信网络诈骗犯罪行为，构成数罪的，应当依法

予以并罚”。应当以诈骗罪和侵犯公民个人信息罪对四被告人实施数罪

并罚。在本案中四被告人先后实施了两个不存在牵连关系的犯罪行为，

且基于不同的主观目的，分别符合侵犯公民个人信息罪和诈骗罪的犯罪

构成要件，应该按照数罪并罚的原则进行定罪处罚。

编写人：广西壮族自治区灵山县人民法院 蒙金凤

29 侵犯公民信息犯罪中入罪标准的认定

——王春某侵犯公民个人信息案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省成都市武侯区人民法院（2018）川0107刑初596号刑事判决

书

2.案由：侵犯公民个人信息罪

【基本案情】

2017年4月底至2017年6月10日期间，被告人王春某在位于成都市武

侯区的四川甲建设集团有限公司成都一分公司担任销售副总，后于2017

年7月初到位于成都市金牛区的乙装饰公司继续担任销售副总。在此期

间，被告人王春某为开展电话营销业务，在其所在的甲公司的电脑上拷

贝以及通过互联网购买和同行交换等方式非法获取内容包括小区名称、

业主姓名、业主房屋所在的楼栋号、单元号、门牌号以及房屋面积、业

主联系电话号码等内容的信息，并将上述信息交给业务经理及业务员通

过打电话或者发短信的方式推销房屋装修业务。在使用上述信息过程

中，被告人王春某还以出售、交换等方式将12756条信息提供给他人，

并从中获利人民币2700元。2017年9月14日，公安民警在本市一环路北

三段某茶楼内将王春某抓获，并从其身上查获随身携带的一部“苹果

6S”手机及一个“JELLICO”牌U盘，从被告人王春某持有的手机和U盘中

共计查获47万余条前述信息。

【案件焦点】

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事

案件适用法律若干问题的解释》第五条第一款第三项规定的“财产信

息”应如何理解和适用。

【法院裁判要旨】

四川省成都市武侯区人民法院经审理认为：被告人王春某为开展电

话营销业务，以购买或者交换的方式向他人获取公民个人信息，又将公

民个人信息予以出售或者提供他人，数量达12756条，情节严重，其行

为已经构成侵犯公民个人信息罪。成都市武侯区人民检察院指控被告人

王春某犯侵犯公民个人信息罪的部分事实清楚，证据确实、充分，罪名

成立，依法予以支持；但公诉机关指控被告人王春某非法获取及出售的

公民个人信息属财产信息的指控意见，武侯区人民法院认为，公民的房

产信息一般可理解为财产信息，但本案中，被告人王春某使用上述公民

信息用于推销装修房屋业务，并非用于实施针对人身或者财产的侵害行

为，故适用一般公民个人信息的入罪标准更为合适；同时关于公诉机关

指控被告人王春某的犯罪行为属情节特别严重的意见，经查，现有从被

告人王春某处查获的信息共计达47万余条，但结合在案的证人证言及被

告人的供述均证实王春某在公司的电脑上拷贝了部分公民信息，现有证

据无法证实被告人王春某实际非法获取的公民信息数量，结合《最高人

民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律

若干问题的解释》的相关规定，公诉机关指控被告人王春某的行为属情

节特别严重证据不足，据此，对公诉机关指控被告人王春某的行为属侵

犯公民财产信息情节特别严重的指控意见不予支持。被告人王春某当庭

认罪，量刑时酌情从轻处罚。关于被告人王春某辩解其将获取个人信息

提供他人获取利益的行为不应认为出售的辩解与在案证据不符，不予采

信。关于辩护人提出的被告人王春某侵犯的不属于财产信息，其行为不

属于情节特别严重的意见与庭审查明事实和认定一致，对该指控意见予

以采信；结合被告人王春某的犯罪情节、悔罪态度以及具备社区矫正条

件的情形，依法决定对被告人王春某适用缓刑，辩护人建议适用缓刑辩

护意见予以采纳。据此，为维护社会秩序，保护公民的人身财产权利不

受侵犯，惩罚犯罪，依照《中华人民共和国刑法》第二百五十三条之

一、第五十二条、第五十三条、第六十四条、第七十二条、第七十三条

之规定，作出如下判决：

一、被告人王春某犯侵犯公民个人信息罪，判处有期徒刑一年六个

月，缓刑二年，并处罚金人民币八千元；

二、继续追缴被告人王春某犯罪所得人民币二千七百元，上缴国

库；扣押在案的犯罪工具手机及U盘依法予以收缴。

【法官后语】

随着信息化建设的推进，个人信息的价值日益凸显，个人信息安全

成为全社会高度关注的问题。《最高人民法院、最高人民检察院关于办

理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称

《解释》）对侵犯公民个人信息罪的定罪量刑标准和相关法律适用做了

全面、系统的规定，并区分信息类型设置了差异化的入罪数量标准，但

随之而来的是司法实践中按照何种标准对个人信息进行定性的问题，本

案即是对“财产信息”如何理解的典型案例。笔者认为，对《解释》第五

条第一款第三项“五十条以上”的入罪标准应坚持严格适用的立场和主客

观相一致的要求。

1.严格把握“财产信息”的适用范围

《解释》第五条第一款第三项规定财产信息的入罪数量标准为“五

十条”，入罪标准门槛较低，而现实生活中存在大量非法获取、出售或

者提供财产信息用于电话推销、数据分析等活动，若机械地适用该条

款，必然会把大量出售、提供五十条以上五千条以下公民个人信息的行

为作为犯罪行为予以打击，有矫枉过正的嫌疑，故应当严格把握财产信

息的适用范围，给行政处罚留有一定空间。

实践中，财产信息与人身安全、财产安全直接相关、系高度敏感信

息，从交易价格来看，财产信息比一般信息昂贵。因此，《解释》第五

条明确规定非法获取、出售或者提供财产信息五十条以上的，即构成犯

罪。鉴于财产信息的入罪标准已经极低，实践中宜严格把握其范围，只

宜理解为身份认证信息（一组确认用户操作权限的数据，包括账号、口

令、密码、数字证书等）和财产状况信息等与支配现有财产直接相关的

信息。对于虽然也涉及公民个人财产的其他信息，但已不在自己支配范

围内的财产信息，通常不宜考虑在内，实践中可以以信息的交易价格情

况作为参考，判断是否纳入“财产信息”的范畴。

身份认证信息包括银行账户、第三方支付结算账户、证券期货等金

融服务账户；财产状况信息包括存款、房产、车辆、股份等信息。本案

中，行为人通过在就职公司的电脑上拷贝、在互联网上购买以及同行交

换等方式非法获取的个人信息中包含小区名称、业主姓名、业主房屋所

在的楼栋号、单元号、门牌号以及房屋面积、业主联系电话号码等内

容，均属于客观上的财产信息。

2.坚持主客观相一致的原则

非法获取、出售或者提供的财产信息，因为用途的不同，导致对权

利人侵害程度的差异。如果行为人因该公民个人信息具有某种财产属

性，而将其用于实施相关的犯罪活动，如实施盗窃、诈骗等行为，使权

利人的人身、财产安全处于高风险状态或者已经造成实质危害，即行为

人的主观目的和客观行为相统一，该信息可以认定为财产信息，以《解

释》第五条第一款第三项定罪量刑。

若行为人非法获取、出售或者提供财产信息未被用于犯罪活动，其

主观目的是用于合法经营活动，如推销、数据分析等，即行为人的主观

目的和客观行为没有达成统一，该信息不宜认定为财产信息，应对其适

用一般公民个人信息的入罪标准。

本案中，行为人获取的房产信息已较为具体，通常认定为“财产信

息”并无不当。但是，综合考虑本案的具体情况，将相关信息不认定为

《解释》所称的“财产信息”，主要考虑如下：（1）如前所述，鉴于征

信信息、财产信息等敏感信息的案件入罪门槛较低，应当对其严格适

用，以控制打击数量和打击范围，如类似本案中行为人将相关个人信息

用于房屋装修推销，在社会实践中具有普遍性和广泛性，若仅根据相关

信息符合财产信息的客观标准，就作为定罪量刑的依据，会导致罪责罚

不一致的情况发生；（2）犯罪的本质特征是社会危害性，主观方面的

罪过和客观方面的行为相互统一为社会危害性。就本案而言，行为人获

取的房产相关信息能够识别特定自然人的身份和反映特定自然人活动情

况，具有高度敏感性，符合“财产信息”的一般特征，但行为人的主观目

的是推销房屋装修业务，并非用于实施针对人身或者财产的侵害行为，

并未将权利人置于危险之中，社会危害性相对较小，故适用一般公民个

人信息的入罪标准更为合适。

综上所述，在侵犯公民个人信息犯罪中，若涉案个人信息较具体，

符合“财产信息”的一般特征，但行为人的主观目的仅为推销而非用于实

施针对人身或财产的侵害行为，应对其适用一般公民个人信息的入罪标

准。

编写人：四川省成都市武侯区人民法院 施洪波

30 侵犯公民个人信息罪中个人信息界定及情节认定

——赵某某等侵犯公民个人信息案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

云南省昆明市中级人民法院（2018）云01刑终581号刑事裁判书

2.案由：侵犯公民个人信息罪

【基本案情】

被告人秦某某于2012年10月在昆明成立昆明某某装饰工程有限公

司，并担任该公司法人代表。公司为招揽生意、拓展业务，需要获取昆

明市各小区房产业主的信息，并通过拨打业主电话营销的方式来获取装

修资源。自2015年11月起，被告人秦某某让公司员工通过购买、收受、

交换等方式非法获取昆明市住宅小区房产业主的信息。2017年6月23日0

时许，公安机关对昆明某某装饰工程有限公司依法进行搜查，并对公司

使用的五台涉案可疑电脑主机进行提取扣押。2017年7月19日，经勘验

检查，以上五台电脑内存储的公民个人信息其创建时间均为2015年11月

后，涉案电脑主机合计含有非法获取的昆明市住宅小区公民个人批量信

息205881条。

被告人秦甲系昆明某某装饰工程有限公司行政部经理，系被告人秦

某某次子，其于2017年2月下旬到昆明某某装饰工程有限公司成为除秦

某某以外的公司其他直接负责的人员以来，为拓展公司业务，获取装修

资源，通过微信购买、交换、收受等方式共计为公司非法获取公民个人

批量信息81780条。

被告人游某某系昆明某某装饰工程有限公司业务部业务主管，其于

2017年3月下旬到该公司上班以来，为拓展公司业务，谋取个人经济利

益，通过微信购买、交换、贩卖公民个人信息，并将非法获取的公民个

人信息存储在自己的手机。2017年7月14日，经勘验检查，发现其微信

收藏、微信分身收藏、手机内存累计非法购买、交换、贩卖、收受获取

昆明市住宅小区公民个人批量信息为202648条。

被告人赵某某于2016年3、4月起，从其上班的“好×××”公司电脑上

拷贝部分公民个人信息到其使用的手机上，2016年6月“好×××”公司市场

营销部解散后，赵某某将其使用过的电脑上的100多个小区几万条公民

个人信息拷贝到其使用的手机上储存以待出售。2016年9月，赵某某到

昆明市宅××装饰设计有限公司上班，同年10月，赵某某负责购买公民个

人信息的工作。2015年10月29日至2017年3月17日期间，赵某某使用其

注册微信通过红包转账15400元分17次向缪某购买公民个人信息；2017

年3月，赵某某用其微信通过转账方式向游某某购买公民个人信息，之

后并伙同游某某共同贩卖公民个人信息获利。2017年7月14日，经勘验

检查，赵某某手机内存、微信收藏、U盘中储存有718112条公民个人批

量信息条。

【案件焦点】

侵犯公民个人信息犯罪中，如何根据在案证据认定涉案个人信息范

围、类型及情节。

【法院裁判要旨】

云南省昆明市官渡区人民法院经审理认为，被告人赵某某、游某某

违反国家有关规定，为了牟取非法利益，采用购买、收受、交换等非法

手段获取公民个人信息，情节特别严重，其行为已触犯刑律，构成侵犯

公民个人信息罪，依法应当判处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚

金。公诉机关起诉指控被告人赵某某、游某某犯侵犯公民个人信息罪，

认定事实清楚，证据确实充分，适用法律正确，指控罪名成立。被告人

秦某某、秦甲采用购买、收受、交换等方式非法获取小区公民个人批量

信息的目的，是为其经营的昆明某某装饰工程有限公司合法的公司装修

业务才非法获取公民个人信息，且其获取的公民个人信息属于《最高人

民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律

若干问题的解释》第五条第一款第三项、第四项规定以外的公民个人信

息，根据该司法解释第六条的规定，应认定为刑法第二百五十三条之一

规定的“情节严重”，并非属于公诉机关补充指控的“情节特别严重”。被

告单位昆明某某装饰工程有限公司，在经营过程中，为合法经营活动而

非法购买、收受、交换公民个人信息，情节严重，其行为已触犯刑律，

构成侵犯公民个人信息罪，依法应当对其判处罚金；被告人秦某某、秦

甲作为被告单位昆明某某装饰工程有限公司的直接负责的主管人员和其

他直接责任人员，其行为均已触犯刑律，构成侵犯公民个人信息罪，依

法应当判处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。公诉机关

起诉指控被告人赵某某、游某某犯侵犯公民个人信息罪，认定事实清

楚，证据确实充分，适用法律正确，指控罪名成立；公诉机关指控被告

单位昆明某某装饰工程有限公司及被告单位的直接负责的主管人员和其

他直接责任人员即被告人秦某某、秦甲犯侵犯公民个人信息罪，认定事

实清楚，证据确实充分，指控罪名成立，但适用法律不当。综合考虑各

被告人的犯罪事实、性质、情节和对社会的危害程度及悔罪表现，判

决：

一、被告人赵某某犯侵犯公民个人信息罪，判处有期徒刑三年，并

处罚金十万元；

二、被告人游某某犯侵犯公民个人信息罪，判处有期徒刑二年，并

处罚金三万元；

三、被告单位昆明某某装饰工程有限公司犯侵犯公民个人信息罪，

判处罚金十万元；

四、被告人秦某某犯侵犯公民个人信息罪，判处有期徒刑二年，缓

刑三年，并处罚金五万元；

五、被告人秦甲犯侵犯公民个人信息罪，判处有期徒刑一年零六个

月，缓刑二年，并处罚金三万元；

六、公安机关扣押在案的供犯罪使用的被告人秦某某、秦甲、游某

某、赵某某的手机各一部及赵某某的U盘一个、存储卡一张，以及被告

单位昆明某某装饰工程有限公司的五台电脑（详见扣押物品清单），予

以没收，上缴国库。

被告人赵某某提出上诉。

云南省昆明市中级人民法院经审理查明的事实与一审一致，并补充

认定上诉人赵某某具有立功情节，并认为一审认定事实清楚，证据确实

充分，定罪准确，量刑适当，一审法院未认定上诉人赵某某构成立功，

故依法予以改判被告人赵某某侵犯公民个人信息罪，判处有期徒刑三

年，并处罚金十万元，并维持其他原审被告人的一审定罪量刑。

【法官后语】

《最高人民法院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干

问题的解释》（以下简称《侵息解释》）已对侵犯公民个人信息罪的定

罪量刑和有关法律适用标准问题予以规定，而在司法实践中，准确认定

公民个人信息及其类型、数量、用途直接影响到行为是否可能构成犯罪

以及罪刑轻重。

1.公民个人信息的认定

《侵息解释》第一条对“公民个人信息”范畴予以界定，即公民个人

信息是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别

特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息，包括姓名、

身份证件号码、通信通讯联系方式、住址、账号密码、财产状况、行踪

轨迹等。上述定义中虽已列举多项个人信息种类，但未明确这些公民个

人信息所对应的特征，面对纷繁复杂的信息内容，在审判实践中应从以

下两个基本特征把握个人信息的认定：其一，个人信息应具有识别性，

即个人信息应能够直接或间接识别出具体的特定个人；其二，个人信息

应具备一定私密性，系个人不愿为他人所知的私人信息。

2.公民个人信息类型的划分

《侵息解释》第五条以信息对公民人身、财产安全的影响程度为依

据，从个人信息分类的角度对不同信息的定罪量刑标准进行了细化，即

高度敏感信息、相对敏感信息、普通信息。高度敏感信息包括行踪轨迹

信息、通信内容、征信信息、财产信息；相对敏感信息，包括住宿信

息、通信记录、健康生理信息、交易信息；普通信息是上述两类之外的

其他公民个人信息，如住址信息、联系方式等。结合本案被告人所出

售、提供、购买或收受的个人信息为批量住宅小区业主信息（包括姓

名、电话号码、房号），首先，该信息不能当然反映出个人财产权属情

况；其次，该信息亦不能当然锁定个人活动情况，故不符合高度敏感与

相对敏感的特征，故应当认定为普通信息，本案审理中也已对此予以明

确，防止了敏感信息认定泛化，保持了刑法对公民个人信息保护的谦抑

性。

3.“情节严重”“情节特别严重”的认定

从《侵息解释》内容上看，对“情节严重”的认定采单层次与多层次

结合，即第五条第一款主要从信息类型和数量、违法所得数额、信息用

途、主体身份、主观恶性等方面判断情节严重与否。对“情节特别严

重”的认定除在数额或数量上要求达到情节严重相应标准十倍以上外，

还着重表现在因侵犯公民个人信息而导致被害人死亡、重伤、精神失常

或者被绑架等人身伤害或者造成被害人或社会重大经济损失，恶劣社会

影响等财产损失、社会秩序混乱的严重后果。本案被告人赵某某、游某

某违反国家有关规定，为牟取非法利益，采用购买、收受、交换等非法

手段获取小区业主信息，该信息属普通信息，信息数量远超入罪标准

5000条的十倍以上，故认定二被告人行为系“情节特别严重”。

4.“合法经营”“其他情节严重的情形”的认定

《侵息解释》第六条与第五条的规定是特殊条款和普通条款的关

系。该规定的立意是针对购买、收受公民个人信息从事广告推销等活动

的情形，秉持刑法的谦抑性，体现宽严相济，故从《侵息解释》的条文

体系解释而言，该条的“合法经营”在把握上应与“违法犯罪”范畴相对

应，即对于经营者购买个人信息的目的是正常业务开展，而非从事电信

诈骗、转卖牟利等违法犯罪活动，即应认定为“合法经营”。当然，该公

民个人信息类型仅限于普通信息。本案被告人秦某某、秦甲采用购买、

收受、交换等方式非法获取小区公民个人批量信息的目的，是为其经营

的昆明某某装饰工程有限公司合法的公司装修业务开展，且其获取的公

民个人信息属普通信息，应认定为“情节严重”，故被告单位昆明某某装

饰工程有限公司，在经营过程中，为合法经营活动而非法购买、收受、

交换公民个人信息，情节严重，被告人秦某某、秦甲作为公司的直接负

责的主管人员和其他直接责任人员依法承担相应刑事责任。在该条款法

律适用上，也应在证据上从严认定“合法经营”，并综合行为人主观目

的、获取手段、信息类型、信息数量、行为方式等方面衡量危害程度，

把握是否达到与该条第一款中列举营利数额5万元、具有同类前科劣迹

或具有同等性质程度的兜底条款之“其他情节严重的情形”，否则过宽的

界定有放纵犯罪之虞，反之又会违背该条文的立法本义。

认定行为人非法获取、出售、提供、购买、收受小区业主信息是否

达到侵犯公民个人信息罪入罪标准以及是否构成“情节特别严重”，应当

严格按照《侵息解释》的相关规定，结合在案证据严格认定信息类型，

数量、信息用途、主体身份、主观恶性、违法所得数额等方面综合判断

认定。尤其针对当前普遍发生的企业为合法经营活动购买、收受公民个

人普通信息的行为，应在考虑信息时代信息流通之价值所在的情况下，

根据行为人主观恶性、获利大小、信息数量等因素综合衡量其行为的社

会危害性，这也是刑事审判贯彻体现宽严相济刑事政策的应有之义。

编写人：云南省昆明市官渡区人民法院 和蓉

[[1]](#p27) 对应现行《刑事诉讼法》第一百零一条第一款、第一百零三条。

[[2]](#p51) 对应现行《刑事诉讼法》第一百零一条。

[[3]](#p53) 对应现行《刑事诉讼法》第二百三十六条。

[[4]](#p100) 对应现行《刑事诉讼法》第二百条。

[[5]](#p101) 对应现行《刑事诉讼法》第二百三十六条。

[[6]](#p116) 对应现行《刑事诉讼法》第一百零一条。

[[7]](#p123) 王政勋：《强制猥亵、侮辱罪构成要件的法教义学分析——基于原型范畴理

论的研究》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2018年第4期。

[[8]](#p131) 对应现行《刑事诉讼法》第二百三十六条。

二、侵犯财产罪

（一）抢劫罪

31 抢劫数额巨大的承兑汇票未贴现的行为如何认定

——李四某、李小某抢劫案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省焦作市中级人民法院（2018）豫08刑终85号刑事判决书

2.案由：抢劫罪

【基本案情】

李四某提议并与李小某共同预谋抢劫被害人周瑞某的承兑汇票，

2017年5月24日18时许，李四某和李小某窜至沁阳市怀庆办事处甲小区4

号楼电梯内，李四某捂住周瑞某的嘴，李小某用李四某购买的电击棒击

打周瑞某的左腹部，周瑞某因害怕而假装晕倒，李四某、李小某将周瑞

某随身携带的挎包抢走，包内装有现金2000元、银色苹果5手机1部、金

额2582223.2元的承兑汇票26张。经沁阳市价格认证中心鉴定，该手机

价值300元。案发后，承兑汇票均已追回并发还周瑞某。

【案件焦点】

抢劫数额巨大的承兑汇票，因行为人意志以外的原因未能贴现的，

应如何认定。

【法院裁判要旨】

河南省沁阳市人民法院经审理认为：被告人李四某、李小某以暴力

方法抢劫他人财物，数额较大，其行为均构成抢劫罪。河南省沁阳市人

民检察院指控的罪名成立，但指控抢劫公私财物数额巨大不当，应以本

院查明的事实为据予以刑事处罚。本案系共同犯罪，李四某提议并准备

作案工具，在犯罪中起主要作用，系主犯，应按照其所参与的全部犯罪

予以处罚。李小某在犯罪中起次要作用，系从犯，依法应当从轻处罚。

李四某、李小某到案后均如实供述罪行，依法均可以从轻处罚。违法所

得依法应予追缴并发还被害人。

河南省沁阳市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十三

条、第二十五条、第二十六条第一款、第四款、第二十七条、第六十七

条第三款、第六十四条，作出如下判决：

一、被告人李四某犯抢劫罪，判处有期徒刑六年，并处罚金人民币

5000元。被告人李小某犯抢劫罪，判处有期徒刑五年，并处罚金人民币

4000元；

二、违法所得人民币2000元、银色苹果5手机1部依法予以追缴并发

还被害人。

河南省沁阳市人民检察院以抢劫数额巨大的承兑汇票未贴现的行为

应认定为抢劫数额巨大且未遂为由提出抗诉。

河南省焦作市中级人民法院经审理认为：李四某、李小某以暴力方

法抢劫他人财物，共计抢劫现金2000元、银色苹果5手机1部、金额

2582223.2元的承兑汇票26张，数额巨大，其行为均已构成抢劫罪。其

中抢劫的金额为2582223.2元的承兑汇票，由于犯罪分子意志以外的原

因而未得逞，是犯罪未遂，可以减轻处罚。本案系共同犯罪，李四某提

议并准备作案工具，在犯罪中起主要作用，系主犯，应按照其所参与的

全部犯罪予以处罚。李小某在犯罪中起次要作用，系从犯，依法应当从

轻处罚。李四某、李小某到案后均如实供述罪行，依法均可以从轻处

罚。抗诉理由成立，应予支持。

河南省焦作市中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六

十三条、第二十五条、第二十三条、第二十六条第一款、第四款、第二

十七条、第六十七条第三款、第六十四条之规定，作出如下判决：

一、维持河南省沁阳市人民法院（2017）豫0882刑初1935号刑事判

决的第二项；

二、撤销河南省沁阳市人民法院（2017）豫0882刑初1935号刑事判

决的第一项；

三、被告人李四某犯抢劫罪，判处有期徒刑七年，并处罚金人民币

30000元。被告人李小某犯抢劫罪，判处有期徒刑五年，并处罚金人民

币10000元。

【法官后语】

本案主要涉及抢劫数额巨大的承兑汇票，由于意志以外的原因，未

予贴现或转让的情形，是否应同时认定抢劫数额巨大和未遂的问题。笔

者认为，应当同时认定抢劫数额巨大和犯罪未遂。具体理由如下：

1.贴现行为属于事后不可罚行为，无需单独进行刑法评价

抢劫承兑汇票后，转让、贴现银行承兑汇票的行为，虽然符合《刑

法》第一百九十四条第一款第三项规定，属于冒用他人的汇票进行金融

票据诈骗活动，骗取财物数额较大的行为，但抢劫汇票行为与转让、贴

现行为密不可分，截取、控制汇票后，行为人需要对票据进行转让、贴

现才能获取财产性利益，非法占有财产的目的最终得以实现，因此抢劫

行为与转让、贴现的行为是一个整体，后行为是前行为的延续，所实施

的后行为所造成的结果都可归因于抢劫行为，被抢劫犯罪所包含在内，

属于事后不可罚行为，故不需要单独进行刑法评价，不成立数罪。

2.票面数额应计入抢劫数额

一是承兑汇票与信用卡功能有异，财产移转占有的方式同样有异，

实施抢劫后将承兑汇票贴现或转让直接造成被害人积极财产的直接减

少，抢劫行为人积极财产的直接增加，而使用、消费信用卡则造成被害

人消极财产的增加，抢劫行为人积极财产的直接增加，前者财物占有的

移转方向是由被害人到抢劫行为人，后者则是消极财产由抢劫行为人移

转到被害人，因此便不能简单地对信用卡进行扩张解释，将承兑汇票包

含入内，直接适用抢劫信用卡犯罪的相关规定。

二是尽管抢劫信用卡数额巨大由于行为人意志以外的原因无法实际

使用、消费的部分，不计入抢劫数额，却作为量刑情节考虑。这一规定

不仅使抢劫信用卡犯罪的惩处体系更加完备，更使抢劫数额的认定思路

更加明晰，即之所以作为量刑情节考虑，是因为这种情节值得刑法评

价，这种情节表明了法益侵害的危险性，但未计入抢劫数额是因为这种

法益侵害的危险性相对而言不具紧迫性。然而，在抢劫数额巨大的承兑

汇票由于意志以外的原因未贴现或转让的情形，抢劫的对象是承兑汇票

所代表的财产，不是承兑汇票起代表财产作用的载体本身，尽管只要行

为人不贴现或转让，被害人的财产最终就不会受损失，但是，被害人对

承兑汇票丧失占有不仅仅简单意味着丧失了对起代表财产作用的载体本

身的占有，更加意味着产生了载体本身所代表的财产被转让的危险，这

是丧失对载体本身所代表的财产的占有的危险，是对承兑汇票所代表的

财产产生侵害的危险，并具有紧迫性。既然法益侵害的危险具有紧迫

性，就应将承兑汇票所记载的金额认定为行为人的抢劫数额。

三是承兑汇票不仅具有财产价值，支付功能强大，而且在一定程度

上如同货币一样流通，行为人抢劫了承兑汇票就应当评价抢劫了财物，

并且应当按照票面数额认定抢劫数额，但承兑汇票虽然流通性强，毕竟

不是货币，或者说不能被评价为货币，应做出相似但又有异于抢劫货币

的处理，鉴于其流通性强、有待贴现或转让的特性，抢劫了承兑汇票虽

应按票面数额计入抢劫数额，但不宜按票面数额认定为既遂，而应将贴

现或转让作为既遂未遂的认定标准。

3.应同时认定抢劫数额巨大和未遂

首先，依据《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意

见》第十条规定：“……刑法第二百六十三条规定的八种处罚情节中

除‘抢劫致人重伤、死亡的’这一结果加重情节之外，其余七种处罚情节

同样存在既遂、未遂问题，其中属抢劫未遂的，应当根据刑法关于加重

情节的法定刑规定，结合未遂犯的处理原则量刑”，抢劫数额巨大的承

兑汇票的行为存在既遂、未遂的问题。

其次，抢劫记名、可挂失的有价支付凭证的，不能把是否取得凭证

作为区别既遂、未遂的标准。因为行为人抢劫这种有价证券后，并不意

味着已经获得了对凭证所记载财产的完全控制，行为人还必须去相关机

构兑付财产，实际非法获取财产实现抢劫犯罪的目的，构成抢劫既遂。

承兑汇票作为一种记名、可挂失有价支付凭证，在贴现以前，其票面数

额只具有财产权利上的象征意义，抢劫行为人劫得承兑汇票后，并不意

味着已经获得了对承兑汇票所记载财产的完全控制，只有将承兑汇票兑

现或者转让才能非法占有他人财产。

最后，抢劫罪既侵犯财产权利又侵犯人身权利，具备劫取财物或者

造成他人轻伤以上后果两者之一的，均属抢劫既遂；既未劫取财物，又

未造成他人人身伤害后果的，属抢劫未遂。抢劫行为人劫取记名、可挂

失的承兑汇票后，在冒名贴现时被人发觉或在行为人冒领以前义务人挂

失或在劫取承兑汇票后立马被人抓获等原因，导致行为人没能最终控制

承兑汇票中记载的钱财，若没有造成被害人轻伤以上后果，就属于因意

志以外的原因而未能具备既遂的全部要件，应构成未遂；如果抢劫承兑

汇票后顺利贴现的则构成犯罪既遂。本案中，被告人李四某、李小某把

他人的数额巨大的承兑汇票抢到手仅仅是完成了抢劫行为的一部分，并

没有实际控制、非法占有他人财产，且没有造成被害人轻伤以上后果，

应同时认定为抢劫数额巨大和未遂。

编写人：河南省焦作市中级人民法院 李元成 李小源

32 暴力手段抢劫过程中“逼迫打欠条” 行为应如何定性

——常某等抢劫、常某诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省焦作市中级人民法院（2017）豫08刑终106号刑事裁定书

2.案由：抢劫罪、诈骗罪

【基本案情】

2016年1月24日19时许，被告人常某指使孔某（已判决）、姬某

（已判决）窜至焦作市解放区世纪新城东门口，以代还信用卡为由让被

害人刘某向其提供的光大银行信用卡内转账23000元，姬某遂掰弯信用

卡扔在地上，孔某捡起信用卡逃跑。

2016年3月27日15时许，被告人常某、毋某、许某伙同毋某某（另

案处理）等人经事先预谋，在焦作市解放区××国际××××房间，采取砍

刀刀背拍、电警棍电击及其他恐吓的方式抢劫了被害人荆某、李某和王

某现金共计21500元。后常某、许某、毋某某在荆某没有现金的情况

下，迫使荆某在焦作市上白作乡闫河村打了一张10000元的欠条。

【案件焦点】

对被告人常某、许某以非法占有为目的，采用暴力手段，强迫他人

出具10000元欠条的行为，应如何定性，应判定为敲诈勒索罪还是抢劫

罪。

【法院裁判要旨】

河南省焦作市中级人民法院经审理认为，被告人常某、毋某、许某

以非法占有为目的，采用暴力手段抢劫他人财物，其中被告人常某、许

某抢劫他人财物31500元，被告人毋某抢劫他人财物21500元，三名被告

人的行为均已经构成抢劫罪；被告人常某以非法占有为目的，以让他人

代还信用卡为名骗取他人财物23000元，数额较大，其行为已构成诈骗

罪。在被告人所抢劫的财物中，其中有10000元系当场使用暴力，强迫

他人出具的欠条，被告人未实际得到10000元，对于该10000元欠条，被

告人已经着手实行抢劫罪，由于其意志以外的原因未得逞，是抢劫犯罪

未遂，可以比照既遂犯从轻处罚。依照相关法律规定，判决如下：

一、被告人常某犯诈骗罪，判处有期徒刑十个月，并处罚金人民币

7000元；犯抢劫罪，判处有期徒刑六年零七个月，并处罚金人民币8000

元。数罪并罚后，决定执行有期徒刑六年零十一个月，并处罚金人民币

15000元；

二、被告人毋某犯抢劫罪，判处有期徒刑五年，并处罚金人民币

5000元；

三、被告人许某犯抢劫罪，判处有期徒刑五年零十一个月，并处罚

金人民币7000元；

四、责令被告人常某、毋某、许某退赔被害人荆某、李某、王某人

民币21500元。

一审判决后，被告人常某、毋某不服判决，提出上诉。二审法院审

理后维持原判，现判决已经生效。

【法官后语】

本案审理过程中，对被告人常某、毋某、许某以非法占有为目的，

采用暴力手段抢劫被害人荆某、李某和王某21500元的行为，构成抢劫

罪，无异议；但是，对被告人常某、毋某、许某以非法占有为目的，采

用暴力手段，强迫荆某出具10000元欠条的行为，应如何定性，存在很

大争议：第一种意见认为构成敲诈勒索罪；第二种意见认为构成抢劫

罪。本案判决支持第二种意见，具体分析如下：

1.在本案既定主体、客体的前提下，被告人的主观方面为直接故意

非法强索占有他人财物，均符合二罪名的该项构成要件，所以在认定时

需主要对客观方面进行分析。

（1）从实现威胁的现实可能性看，抢劫罪的威胁具有当场付诸实

施的现实可能性，即如果被害人拒不交出财物，犯罪分子就会立即实施

暴力；而敲诈勒索罪的暴力威胁不具有当场实施的现实可能性。

（2）从非法取得财物的时间看，抢劫罪是当场取得财物；而敲诈

勒索罪取得财物的时间，一般是在发出威胁、要挟后的一定期限内，但

是也可以在实施威胁、要挟的当场。

（3）从暴力程度看，抢劫罪的暴力手段必须达到抑制被害人反抗

的程度。因为抢劫罪的本质是通过暴力、胁迫或其他方法使被害人不能

反抗或不知反抗，从而劫取财物；而敲诈勒索罪中的暴力行为虽然也是

手段行为，但其目的是索要财物，不是排除被害人的反抗，而是用来对

被害人的心理施压，使被害人不敢反抗，让被害人在不甘愿的情况下被

迫交付财物或提供财产性利益。

综上，如果行为人的行为同时具备了“两个当场”的特征，即当场实

施威胁，当场取得财物，应以抢劫罪论处。本案中，被告人当场对被害

人采取暴力手段索要钱财，并以拘禁的方法限制被害人的自由，采取砍

刀刀背拍、电警棍电击及其他暴力的方式，以此逼迫被害人打欠条，从

犯罪时间看，各被告人的行为符合抢劫罪的“两个当场”特征；从暴力行

为看，其是为了排除阻力，劫取财物，符合抢劫罪的特征应以抢劫罪定

罪处罚。

2.在确定了被告人常某、许某定罪抢劫罪后，即需认定其应定性为

抢劫罪既遂还是未遂。对该标准的认定，理论界一直存在争论，基本上

有三种观点：一是认为抢劫罪是侵犯财产罪，应当以是否抢得财物作为

既遂与未遂的标准；二是认为抢劫罪虽然是侵犯财产罪，但同时也侵犯

了人身权利，因此，不论是否抢得财物，只要在抢劫过程中侵犯了被害

人的人身权利，造成了人身伤亡，就成立犯罪既遂；三是认为抢劫罪是

双重客体，在不同的情况下以不同的标准区分既遂与未遂，即抢劫行为

没有造成人身伤亡时，以是否抢得财物作为标准；如果抢劫行为造成人

身伤害或者伤亡，则不论是否取得财物，都成立抢劫罪的既遂。而不论

持哪种观点，对本案中10000元欠条，被告人常某、毋某、许某，并没

有实际抢得钱款，也没有造成人身伤亡。因此，应以抢劫罪未遂定罪量

刑。

编写人：河南省焦作市解放区人民法院 冯嵘

33 盗窃少量财物后以暴力抗拒抓捕的行为定性分析

——盖某抢劫案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2018）京02刑终353号刑事裁定书

2.案由：抢劫罪

【基本案情】

2018年1月23日6时30分许，在北京市房山区拱辰街道明源北里×号

楼底商被害人金某经营的甲水果店门前，被告人盖某盗窃金某放在水果

店门前地上货物中的一袋“米多奇牌香米饼”后离开。金某发现遂上前追

赶并拽住盖某以阻止其离开现场，盖某为摆脱金某，遂对金某进行殴

打，造成被害人金某左眼下睑、左面部及右面部散在片状皮肤挫伤多

处，下唇口腔黏膜破损。经北京市房山区公安司法鉴定中心鉴定，被害

人金某身体所受损伤程度为轻微伤。2018年1月23日6时57分，拱辰派出

所民警接警后赶到现场将盖某控制并带到派出所接受调查。

【案件焦点】

盗窃少量财物后暴力抗拒抓捕能否转化为抢劫罪。

【法院裁判要旨】

北京市房山区人民法院经审理认为：被告人盖某盗窃他人财物，当

场使用暴力抗拒抓捕，其行为已构成抢劫罪，依法应予惩处。北京市房

山区人民检察院指控被告人盖某犯有抢劫罪的事实清楚，证据确实、充

分，罪名成立，本院予以支持。被告人盖某的盗窃数额虽明显低于“数

额较大”的标准，但其所使用的暴力行为并非单纯的摆脱行为，而是攻

击性较强的故意殴打行为，且致被害人轻微伤，其行为符合转化型抢劫

的构成要件，应以抢劫罪追究其刑事责任。鉴于被告人盖某实施盗窃行

为时因其意志以外的原因未得逞，系犯罪未遂，可比照既遂对其减轻处

罚。关于被告人盖某所提“其没有盗窃被害人的财物”的辩解，经查，在

案被害人的陈述、证人证言以及现场监控录像等证据能够形成完整的证

据链，证实盖某盗窃了金某放置在其水果店门前雪饼一袋的事实，故其

辩解不能成立，本院不予采信。关于辩护人所提建议对被告人盖某适用

缓刑的辩护意见，经查，被告人无认罪悔罪表现，不符合宣告缓刑的条

件，故对其该项辩护意见，本院不予采纳，对于其所提其他相关辩护意

见，本院酌予采纳。

北京市房山区人民法院根据被告人盖某犯罪的事实、犯罪的性质、

情节和对于社会的危害程度，依照《中华人民共和国刑法》第二百六十

三条，第二百六十九条，第二十三条，第五十二条，第五十三条，第六

十一条之规定，作出如下判决：

被告人盖某犯抢劫罪，判处有期徒刑一年六个月，并处罚金人民币

三千元。

宣判后，被告人盖某在法定期限内提出上诉。

北京市第二中级人民法院经审理认为，上诉人（原审被告人）盖某

盗窃他人财物，为抗拒抓捕当场使用暴力致人轻微伤，其行为已构成抢

劫罪，依法应予惩处。鉴于盖某所犯抢劫罪具有未遂情节，可对其依法

减轻处罚。一审法院认定盖某犯抢劫罪的事实清楚，证据确实、充分，

根据其犯罪的事实、犯罪的性质、情节及对于社会的危害程度所作的判

决，定罪及适用法律正确，量刑适当，审判程序合法，应予维持。依照

《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条[[1]](#p397)第一款第一项之规

定，裁定如下：驳回盖某的上诉，维持原判。

【法官后语】

我国《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，

按照《刑法》第二百六十三条（即抢劫罪）的规定定罪处罚。该条即通

常所说的转化型抢劫的法律依据。本案中，检察机关以抢劫罪对盖某提

起公诉，但该案特殊之处在于，被告人盖某仅仅是顺手牵羊盗窃了一包

价值28元的香米饼，对被害人所造成的损伤也仅仅是轻微伤。如果以抢

劫罪判处三年以上有期徒刑，从普通老百姓朴素的公平正义观念来看，

总觉得量刑过重。因此，对本案的处理也存在不同的观点。

第一种观点认为，先行的盗窃、诈骗、抢夺行为，必须达到数额较

大，即构成犯罪的情况下才能转化，否则不能转化，盖某的行为不宜按

犯罪处理。第二种观点认为，不应以“数额较大”作为转化的限定条件，

有时虽然财物的数额不是较大，但是，暴力行为严重，甚至造成严重后

果的，应认为具备了转化的条件。本案中，盖某所使用的暴力情节不严

重、危害不大的，不应认定为犯罪。第三种观点认为，先行的盗窃、诈

骗、抢夺行为既不要求数额较大，也不要求构成犯罪，即不论财物数额

大小均可转化为抢劫罪。

在上述三种观点中，第一种观点系对法条进行文义解释，认为《刑

法》明确表述为“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”，而不是“盗窃、诈骗、抢夺

行为”，而“数额较大”等情形又是成立盗窃、诈骗、抢夺罪的法定条

件，其转化的前提条件理应达到“数额较大”等够罪的程度，否则，不能

成立转化型抢劫罪。当然，这种观点也可以理解为是罪刑法定原则的要

求，法律明文规定为“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”，就应当按照法律的规定

执行，不宜突破法律的规定进行解释。但是，如果进行体系解释，就可

以发现此种观点并不周延。这是因为转化型抢劫罪也属抢劫罪，而普通

抢劫罪的成立并没有数额限制，而要求转化型抢劫罪有数额限制，显然

不合理。而且，如果以先行行为够罪为条件，则不仅没有评价先前的盗

窃、诈骗和抢夺行为，连后续的“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”的行为也没有评价。实质上，转化

型抢劫罪与普通抢劫罪只是在暴力、胁迫与取得财物的先后顺序上有差

别，其侵害的法益和对法益造成的危险和损害并无实质性不同。所以，

转化型抢劫罪和普通抢劫罪在成立犯罪的条件上也不应该有差别。

至于前述第二种观点，认为先行的盗窃、诈骗、抢夺行为不必达到

数额较大的观点基本上是正确的，但是又将暴力程度严重，造成严重后

果作为转化为抢劫罪的条件，则有进一步商榷的空间。这种观点实际上

是混淆了犯罪成立与犯罪既遂的标准。转化型抢劫罪的入罪条件不应以

造成严重后果为要件，而应以其当场所使用的暴力和以暴力相威胁的是

否足以压制被害人反抗为成立要件。如果足以压制被害人反抗，则成立

转化型抢劫罪，如果不足以压制，则不宜按照抢劫罪定罪处罚。

相比较而言，我们认为，第三种观点是正确的。事实上，最高人民

法院对于此种情形在不同阶段也有不同认识。最高人民法院于2005年6

月8日发布的《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意

见》（以下简称《两抢意见》）规定，行为人实施盗窃、诈骗、抢夺行

为，未达到“数额较大”，为窝藏赃物、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；

但具有下列情节之一的，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；（2）

入户或在公共交通工具上盗窃、诈骗、抢夺后在户外或交通工具外实施

上述行为的；（3）使用暴力致人轻微伤以上后果的；（4）使用凶器或

以凶器相威胁的；（5）具有其他严重情节的。而最高人民法院于2016

年1月6日发布的《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《指导意见》）则规定，根据《刑法》第二百六十九条

的规定，“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”，依照抢劫罪定罪处罚。“犯盗

窃、诈骗、抢夺罪”，主要是指行为人已经着手实施盗窃、诈骗、抢夺

行为，一般不考察盗窃、诈骗、抢夺行为是否既遂。但是所涉财物数额

明显低于“数额较大”的标准，又不具有《两抢意见》第五条所列五种情

节之一的，不构成抢劫罪。相比较而言，《两抢意见》所持观点是：成

立转化型抢劫罪原则上应达数额较大标准，例外的五种情形则不要求达

到数额较大标准。而《指导意见》则修正了前述观点，实际上所持观点

是：成立转化型抢劫罪原则上不考虑数额和盗窃、诈骗、抢夺行为的既

未遂，例外情况下则应考虑。笔者认为《指导意见》所持观点是正确

的，更能够体现立法本意、更切合司法实践需要。申言之，尽管《刑

法》将转化型抢劫表述为“犯盗窃、诈骗、抢夺罪”，但并不意味着行为

人在事实上已经构成盗窃、诈骗、抢夺罪，更不要求已经构成前三种犯

罪的既遂，而仅仅是要求行为人有犯盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪的故意与

行为，如此解释，方能体现盗窃、诈骗、抢夺向抢劫的转化过程，如果

严格限定为构成盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪，则明显限缩了转化型抢劫罪

的成立条件，不利于对法益的保护。因此，只要行为人具有盗窃、诈

骗、抢夺的故意并实施了盗窃、诈骗、抢夺行为，不论非法占有财物的

数额大小均具备了转化的前提条件。当然，是否构成犯罪，还要综合考

虑其犯罪的事实、犯罪的手段、暴力造成的后果等情节进行判断。

本案当中，盖某虽然仅盗窃了少量财物，但其当场使用暴力对被害

人进行了殴打，且其暴力行为不仅是为了摆脱抓捕，同时还试图通过施

加暴力对金某产生威慑，使金某不敢报警，目的就是抗拒抓捕，符合转

化型抢劫罪的构成要件，应当以抢劫罪追究其刑事责任。当然，因其实

施盗窃过程中被发现，未取得财物，应认定为未遂并对其减轻处罚，从

而实现罚当其罪。

编写人：北京市房山区人民法院 陈艳飞

34 行为人采用轻微暴力劫取被害人财物行为的认定

——邱某抢劫案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市海淀区人民法院（2018）京0108刑初2554号刑事判决书

2.案由：抢劫罪

【基本案情】

被告人邱某于2018年8月23日21时许，在北京市海淀区甲饭店×××房

间外，趁被害人蔡某放松警惕之机，敲门进入屋内，采用暴力方法劫取

人民币1240元，并致被害人鼻皮肤挫伤，经鉴定为轻微伤。

【案件焦点】

行为人采用轻微暴力劫取被害人财物行为的认定。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：

被告人邱某以暴力方法抢劫他人财物，其行为已构成抢劫罪，应予

惩处。北京市海淀区人民检察院指控被告人邱某犯抢劫罪的事实清楚，

证据确实充分，指控罪名成立。

关于被告人邱某及其辩护人称邱某没有实施抢劫的辩解及辩护意

见，法院认为，尽管邱某始终辩称自己是在交友软件上谈好后才去找的

被害人，但被害人对此予以否认，相关交友软件上亦无双方曾交流的信

息，故邱某的上述辩解可信度低；同时，被害人在被抢劫后第一时间即

联系了酒店和其同事，并报警，上述行为并无可疑迹象，故结合全案证

据综合分析，可以认定邱某实施了抢劫犯罪行为。因此，本院对上述辩

解及辩护意见不予采纳。

北京市海淀区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十三

条、第五十三条、第六十四条之规定，作出如下判决：

一、行为人邱某犯抢劫罪，判处有期徒刑三年，罚金人民币六万

元；

二、在案扣押的人民币一千二百四十元发还被害人蔡某。

【法官后语】

抢劫罪是指犯罪人以非法占有为目的，使用暴力、胁迫或者其他方

法抢夺他人财物，数额较大的行为。本案中根据被害人陈述，犯罪人趁

其不备将其眼镜夺走，在抢夺眼镜的过程中导致被害人鼻皮肤挫伤，后

拿起地上皮鞋冲被害人比划，吓唬其，攥着被害人胳膊让其拿钱，随后

又实施了摸屁股兜搜身等行为拿走被害人财物的行为，法院结合证据认

定犯罪人实施的上述行为属于“暴力抢夺他人财物”，故依法认定犯罪人

的行为构成抢劫罪。

本案在审理过程中最大的争议问题是，犯罪人实施的上述行为是否

属于抢劫罪中的“暴力”？这个问题涉及对抢劫罪中的“暴力”理解和认

定。

1.暴力的内涵

关于“暴力”的含义，学界尚未对其有统一的界定。有学者将暴力分

为广义、狭义两种。[[2]](#p397)广义的暴力既包括有形的暴力，也包括无形的暴

力（譬如“冷暴力”和语言暴力等），既有对物的，也有对人的。狭义的

暴力仅指有形的和对人的暴力。暴力的目的都是排除或者抑制他人的反

抗。《刑法》中将暴力手段认定为成立抢劫罪的必要客观条件之一。抢

劫罪中的暴力作为犯罪手段之一，应当指狭义的暴力，通常是指行为人

为了实现犯罪目的，排除被害人的反抗，而采取的有形的、外部的并且

作用于被害人的强制性力量。此处的暴力，应当具备现实性，换言之，

即在客观上要求能够让被害人感受到内外现实的压力，遂按照行为人的

要求交付或者放弃自己的财物。

2.暴力的程度及认定

（1）暴力的程度标准

抢劫罪中对暴力程度的要求为“足以抑制”对方的反抗，要达到使被

害人不敢反抗、不能反抗或不知反抗的程度，并不要求实际上抑制了对

方的反抗。那么像本案中犯罪人采用轻微暴力劫取被害人财物，是否达

到抢劫罪中“暴力”的程度标准呢？笔者认为，抢劫罪中的暴力目的是排

除被害人的反抗，并没有要求实际上造成受害人的人身受损。换言之，

即犯罪人采用暴力具有让被害人产生畏惧心理从而不能反抗或者不知反

抗即可。本案中犯罪人明知被害人眼睛近视，先是将被害人眼镜夺走，

后又实施了恐吓、攥被害人胳膊、摸兜、搜身等行为，足以让被害人产

生了畏惧心理，被害人又因眼睛高度近视看不清，故不敢反抗、不能反

抗，所以结合案情，犯罪人虽采取的是轻微暴力，但是仍符合抢劫罪中

暴力的要求。司法实践中类似的情况还有行为人用力拉住受害人的手强

行将行为人手上的戒指掰下，或者强行抢夺被害人的包，被害人不放手

几经争夺的情况。[[3]此](#p397)时的暴力已经强制排除了被害人保护财物的可能

性了，故属于抢劫罪的客观构成要件。

（2）暴力程度的认定

在司法实践中，如何判断暴力的程度是认定抢劫罪的一个难题。对

暴力程度的判断则涉及抢劫罪暴力行为的上下限问题。

就抢劫罪中暴力的上限，我国《刑法》第二百六十三条已经明确规

定，“以暴力、胁迫或者其他方法抢劫公私财物的，处三年以上十年以

下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑、无

期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产：……（五）抢劫致人重伤、

死亡的……”2001年5月23日，最高人民法院《关于抢劫过程中故意杀人

案件如何定罪问题的批复》中指出：“行为人为劫取财物而预谋故意杀

人，或者在劫取财物的过程中，为制服被害人反抗而故意杀人的，以抢

劫罪定罪处罚……”综上所述，暴力的上限为致人死亡，其中包含：过

失致人死亡、为劫取财物而预谋故意杀人、实施抢劫后为灭口而故意杀

人。

就暴力程度的下限，一般来说则不必是达到了危害被害人的人身安

全，或迫使其不能反抗的状态，而在于其暴力手段是否达到了足以抑制

被害人保护其财务的实际可能性。[[4]](#p398)如果达到了实际可能性，则可以认

定为抢劫罪的暴力。本案中，犯罪人实施的一系列犯罪行为已经迫使被

害人将自己的财物乖乖交给犯罪人，故可认定为已经达到了排除被害人

保护财物的可能性。

综上，被告人的行为符合抢劫罪的构成要件，应认定为抢劫罪。法

院对被告人的行为认定为抢劫罪是适当的。

编写人：北京市海淀区人民法院 周宇蕾

35 后续介入的“转化型抢劫” 的认定

——王甲、王乙抢劫案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

浙江省缙云县人民法院（2018）浙1122刑初3号刑事判决书

2.案由：抢劫罪

【基本案情】

2016年7月11日晚，被告人王甲、王乙与殷某一起玩耍时，殷某提

议去附近西瓜地里偷西瓜吃，王乙未去。王甲和殷某两人到被害人卢某

某的西瓜地里偷西瓜时，殷某被卢某某抓住。王甲遂跑回王乙的出租

屋，纠集王乙各持一把西瓜刀赶回西瓜地并持刀威胁卢某某放人。卢某

某不肯放，二人就持刀上前割殷某衣服帮助其逃脱，在此过程中造成卢

某某左手受伤。经鉴定，卢某某的人体损伤程度为轻微伤。

【案件焦点】

被告人王乙在他人抗拒抓捕过程中以暴力手段介入，能否认定

为“转化型抢劫”。

【法院裁判要旨】

浙江省缙云县人民法院经审理认为，对于被告人王乙及其指派辩护

人所提被告人王乙未参与王甲和殷某的盗窃行为，系事后为帮助殷某脱

逃才持刀到达现场，在主观上亦无伤害被害人卢某某的故意，不构成抢

劫罪的辩解和辩护意见，经查，在案证据能够证实被告人王甲与殷某共

同实施盗窃，在殷某被被害人卢某某抓获后，王甲为帮助殷某抗拒抓

捕，伙同被告人王乙各持一把西瓜刀返回西瓜田，持凶器对卢某某相威

胁并造成卢某某轻微伤。其中王乙虽未参与前期的盗窃行为，但其明知

殷某因盗窃被抓获，仍与王甲一起持凶器去劫夺殷某，二被告人之行为

符合《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》第五条第三项、第四项的情形，应以抢劫罪定罪处罚，二被告人

构成抢劫罪的共犯。故对被告人王乙及其指派辩护人的上述辩解、辩护

意见不予采纳。被告人王甲、王乙明知殷某因盗窃被抓，为帮助其抗拒

抓捕而持凶器相威胁并当场使用暴力，造成被害人轻微伤，其行为已构

成抢劫罪，依法应予惩处。鉴于二被告人犯罪时已满十六周岁未满十八

周岁，且存在犯罪未遂、坦白、赔偿被害人损失并获得谅解等情节，决

定对二被告人减轻处罚并宣告缓刑。

浙江省缙云县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十九

条、第二百六十三条、第二十三条、第十七条第一款、第三款、第二十

五条第一款、第六十七条第三款、第七十二条第一款、第三款、第七十

三条第二款、第三款、第五十二条的规定，作出如下判决：

一、被告人王甲犯抢劫罪，判处有期徒刑十个月，缓刑一年，并处

罚金人民币2000元；

二、被告人王乙犯抢劫罪，判处有期徒刑十个月，缓刑一年，并处

罚金人民币2000元。

【法官后语】

《刑法》第二百六十九条规定，犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃

物、抗拒抓捕或者毁灭证据而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照

第二百六十三条规定的抢劫罪定罪处罚。《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》（以下简称《两抢意

见》）第五条第三项、第四项亦规定，行为人实施盗窃、诈骗、抢夺行

为，未达到“数额较大”，为窝藏赃物、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；

但具有下列情节之一的，可依照刑法第二百六十九条的规定，以抢劫罪

定罪处罚：……（3）使用暴力致人轻微伤以上后果的；（4）使用凶器

或以凶器相威胁的……本案中，殷某与被告人王甲实施盗窃时，殷某被

卢某某当场抓获，王甲为帮助殷某脱逃，持凶器回到现场对卢某某进行

威胁并造成卢某某轻微伤，对该行为依照抢劫罪定罪处罚无异议。关键

在于被告人王乙未参与殷某和王甲的盗窃行为，其是为了帮助殷某脱

逃，伙同王甲一同持凶器来到现场劫夺殷某，被告人王乙是否构成抢劫

罪？

法院认为，本案中殷某被卢某某当场抓获后，被告人王甲为了帮助

殷某逃脱，离开现场回到附近王乙的出租屋拿凶器，并叫上王乙共同回

到现场帮助殷某抗拒抓捕。这个“当场”存在空间和时间上的延续性，仍

属于为抗拒抓捕“当场”使用暴力或以暴力相威胁的范畴。被告人王甲、

王乙以暴力手段劫夺殷某这一后续行为，与王甲和殷某实施盗窃，殷某

被抓获这一先行行为是连续的过程，王甲、王乙实施后续行为的目的就

是帮助殷某抗拒抓捕，不能割裂看待。再则，王乙虽未参与盗窃的先行

行为，但其对王甲、殷某去实施盗窃这一事实是清楚的，且在明知殷某

因盗窃被抓后仍伙同王甲持凶器到现场劫夺殷某，参与了抗拒抓捕行

为，与王甲成立转化型抢劫。

本案中还需注意的一个问题是转化型抢劫罪是否存在未遂形态。缙

云县人民法院认为，转化型抢劫罪系盗窃、诈骗、抢夺等行为因特定事

由转化为抢劫罪，其犯罪形态就应当按照普通抢劫罪的犯罪形态来认

定，故而应与普通抢劫罪一样存在未遂形态。且从罪责刑相适应角度考

量，转化型抢劫罪的行为人在犯罪性质转化前只具有盗窃、诈骗、抢夺

的主观故意，主观恶性程度相较普通抢劫罪而言明显要小。若不肯定转

化型抢劫罪存在未遂形态，以本案为例，被告人造成被害人轻微伤，且

未盗得财物，如系普通抢劫罪，根据《两抢意见》，属犯罪未遂；但若

因转化抢劫的行为而导致认定抢劫既遂，其处罚就比普通抢劫重，明显

与罪责刑相适应原则不符。

编写人：浙江省缙云县人民法院 刘凯

36 区分抢劫罪与敲诈勒索罪的“两个当场” 标准

——赵某、李某抢劫案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院（2018）闽02刑终457号刑事裁定书

2.案由：抢劫罪

【基本案情】

被告人赵某、李某和唐某（另案处理）合谋以搭乘载客摩托车并以

假摔的方式向摩托车载客工索要钱财，后于2017年9月23日1时许，在厦

门市翔安区上吴村附近雇佣摩托车载客工被害人徐某驾驶二轮摩托车前

往厦门市同安区西柯镇，当摩托车行至同安区西柯镇浦头村浦头北路浦

头里××号门口旁的减速带附近时，唐某按照事先分工跳下车并假装摔

倒。徐某停车后，被告人赵某即拔走徐某的摩托车钥匙，并用手击打徐

某戴在头上的安全帽。尔后，被告人赵某、李某和唐某将徐某带到附近

的高速路桥下，逼迫徐某将身上的现金和证件拿出放在地上，并动手搜

出徐某放在摩托车油箱旁边袋子里的现金放在地上，后迫使徐某通过手

机微信转还被告人李某支付的车费人民币100元。唐某在徐某用手机转

账时趁机记下支付密码，后拿着徐某的手机，将徐某手机微信里的钱款

人民币900元转账到自己的手机微信里。随后，被告人赵某、李某和唐

某取走地上的现金300元，被告人赵某又脚踢徐某身体；在徐某哀求

下，被告人赵某等三人给徐某留下人民币30元后逃离现场。

2017年9月23日，被告人赵某、李某被民警抓获，民警分别向被告

人赵某、李某扣押OPPO A59m、OPPO R9m手机各1部。

【案件焦点】

以假摔方式向摩托车载客工索要钱财，是敲诈勒索行为还是抢劫行

为。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市同安区人民法院经审理认为，关于本案被告人赵某、

李某的行为定性问题。经查：1.被告人赵某、李某和唐某在作案前即合

谋以搭乘载客摩托车并以假摔的方式向摩托车载客工索要钱财，表明三

人在主观上具有非法占有摩托车载客工财物的目的。2.赵某拔走被害人

的摩托车钥匙，致使被害人无法连人带车脱离现场；用手击打被害人戴

在头上的安全帽，属于对被害人实施暴力行为，既从身体上对被害人造

成伤害，也从精神上对被害人形成压制；作为年纪较大且身材瘦小的被

害人，面对年轻男性的被告人赵某等三人，在夜深人静的偏僻地点，在

遭到摩托车钥匙被拔走及被殴打头部的情形下，被害人徐某已不能也不

敢进行反抗，对自己的财物也已无意思决定自由，因而任由被告人赵某

等三人取走、转走现金和微信钱款。综上，被告人赵某、李某和唐某主

观上具有非法占有被害人徐某财物的目的，客观上当场使用暴力和胁迫

手段，当场劫取被害人徐某的财物，其行为符合抢劫罪的构成要件，已

经构成抢劫罪。故被告人赵某、李某及辩护人提出被告人的行为不构成

抢劫罪的辩解、辩护意见，理由、依据不足，不予采纳。

福建省厦门市同安区人民法院依照《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、第六十四条之规

定，判决如下：

一、被告人赵某犯抢劫罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币三

千元；

二、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；

三、责令被告人赵某、李某退赔被害人徐某人民币1270元；

四、扣押在公安机关的OPPO A59m、OPPO R9m手机各1部予以没

收。

赵某持原审辩解提起上诉。

福建省厦门市中级人民法院同意一审法院裁判意见，作出如下裁

定：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案重点问题在于以假摔方式向摩托车载客工索要钱财的行为是构

成敲诈勒索罪还是抢劫罪？关于这个问题，存在两种不同的意见：

第一种意见认为被告人的行为构成敲诈勒索罪。理由如下：被告人

主观上只有索要钱财的故意，没有共同抢劫的故意；本案被告人赵某只

是用手轻拍被害人的安全帽三下，未采用其他暴力手段，不足以使被害

人不敢反抗或者不能反抗；本案被告人未强行劫取被害人的财物，只是

偷窃和索取被害人的财物。因此，本案被告人的行为不构成抢劫罪，而

应该是敲诈勒索罪。

第二种意见认为被告人的行为构成抢劫罪。被告人主观上具有非法

占有被害人徐某财物的目的，客观上当场使用暴力和胁迫手段，当场劫

取被害人徐某的财物，其行为符合抢劫罪的构成要件，已经构成抢劫

罪。

笔者赞同第二种意见，认为被告人的行为构成抢劫罪。

1.本案符合“两个当场”的标准。

“两个当场”的标准即当场实施暴力，当场拿到钱财。在一些敲诈勒

索案件中，取得钱财与暴力威胁没有明显的当场性，往往是以日后实施

的暴力相威胁要求当场交付财物，或者以当场实施暴力相威胁要求其日

后交付财物，由于实施暴力和取财行为未同时实施，这就给予被害人以

选择的余地或者寻求救济的机会。但在本案中，被告人赵某拔走被害人

的摩托车钥匙，致使被害人无法连人带车脱离现场，被害人没有回旋的

余地，行为人必然要当场实施暴力，当场就拿到钱财。

2.暴力程度足以压制反抗。

“两个当场”标准要求暴力必须达到一定的程度，即只要暴力在客观

上具有剥夺被害人保护自己财物的实际可能的，才属于抢劫罪中的暴

力。如果暴力行为轻微，不足以抑制被害人的反抗，则不具备“两个当

场”的实质要求，不构成抢劫罪。这是因为，抢劫罪的“当场施暴、当场

取财”，要求施暴与取财之间具有直接的因果关系，也即是因为“当场的

暴力行为”抑制住了被害人的反抗，而劫取了被害人的财物。如果不是

基于“当场的暴力行为”导致被害人不知反抗、不能反抗、不敢反抗，即

使当场实施轻微暴力取得了财物，也不符合“两个当场”的标准，不能构

成抢劫罪。本案中，被告人的暴力程度明显达到足以压制被害人反抗的

程度。赵某拔走被害人的摩托车钥匙，致使被害人无法连人带车脱离现

场；用手击打被害人戴在头上的安全帽，属于对被害人实施暴力行为，

既从身体上对被害人造成伤害，也从精神上对被害人形成压制；作为年

纪较大且身材瘦小的被害人，面对年轻男性的被告人赵某等三人，在夜

深人静的偏僻地点，在遭到摩托车钥匙被拔走及被殴打头部的情形下，

被害人徐某已不能也不敢进行反抗，对自己的财物也已无意思决定自

由，因而任由被告人赵某等三人取走、转走现金和微信钱款。

综上，区分抢劫罪与敲诈勒索罪，除了要判断“两个当场”的形式特

征——当场实施暴力，当场拿到钱财，还在注意判断“两个当场”的实质

内涵——暴力程度足以压制反抗。

编写人：福建省厦门市同安区人民法院 林碰狮 潘艺晴

37 如何适用《两抢意见》第五条的兜底条款认定盗窃

行为转化为抢劫罪

——黎东某抢劫、吴裕某被诉过失致人死亡宣告无罪案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省茂名市中级人民法院（2018）粤09刑终126号刑事判决书

2.案由：抢劫罪、过失致人死亡罪

【基本案情】

2016年8月23日凌晨2时许，被告人吴裕某在其鱼塘巡查时发现被告

人黎东某、黎达某、黎晓某三人在偷钓鱼并叫起来，黎东某、黎达某、

黎晓某便立刻逃跑，其中黎东某、黎达某往鱼塘边田里跑去，黎晓某则

跳入鱼塘往鱼塘东南侧的排水口游去，吴裕某看到后便从塘基处向鱼塘

东南侧的排水口追去，黎晓某看到吴裕某在排水口处，便折返游回原来

跳水的位置，吴裕某又从塘基追过来，黎晓某见状又折返游回排水口处

并从排水口附近的水泥斜坡处走上来，吴裕某见状就从地上捡起两块小

石头丢向黎晓某，同时从地上捡起一根约1米长的树杈拦在水泥斜坡处

不让黎晓某逃走。黎东某、黎达某见状，商量将吴裕某推入鱼塘，创造

机会让黎晓某逃走。接着黎东某、黎达某就从田边冲过来从后面推吴裕

某跌入鱼塘，由于动作过大黎东某一同跌入鱼塘。吴裕某跌落过程中，

撞到在斜坡下段距水面较近位置的黎晓某，二人沿斜坡滚入水中。黎东

某爬上岸后与黎达某逃离现场。在水中，黎晓某双手拉着吴裕某腰间的

衣服，吴裕某用手推开黎晓某双手，自己爬上塘基，缓了一口气便呼

喊：“快来救人啊！”但没人回应。吴裕某就回家叫醒其妻帮忙打电话报

警。十几分钟后，派出所民警到场，与吴裕某在鱼塘里打捞，没有发现

黎晓某。直到当天下午17时许，在鱼塘内打捞起黎晓某的尸体。经鉴

定，黎晓某符合生前入水死亡。

【案件焦点】

如何适用《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》（以下简称《两抢意见》）第五条的兜底条款认定盗窃

行为转化为抢劫罪。

【法院裁判要旨】

广东省茂名市电白区人民法院经审理认为，被告人吴裕某在追捕过

程中疏忽大意，没有尽到合理注意义务致他人死亡，构成过失致人死亡

罪。被告人黎东某与黎达某为了使同伙逃脱，合力推撞鱼塘主下水，以

致同伙黎晓某一同跌入鱼塘而溺水死亡的危害后果，构成过失致人死亡

罪。

广东省茂名市电白区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百

三十三条，《中华人民共和国侵权责任法》第六条第一款、第十五条第

一款第六项、第十六条及《中华人民共和国刑事诉讼法》第九十九条[[5]](#p398)

第一款的规定，作出如下判决：

一、被告人黎东某犯过失致人死亡罪，判处有期徒刑四年；

二、被告人吴裕某犯过失致人死亡罪，判处有期徒刑二年；

三、被告人吴裕某赔偿附带民事诉讼原告人黎振某、何亚某丧葬费

人民币41433元；

四、驳回附带民事诉讼原告人黎振某、何亚某要求赔偿精神抚慰

金、死亡赔偿金的诉讼请求。

原审附带民事诉讼原告人黎振某、何亚某，原审被告人黎东某、吴

裕某均不服，提起上诉。

广东省茂名市中级人民法院经审理认为，黎东某伙同黎达某、被害

人黎晓某秘密窃取吴裕某的财物，被吴裕某发现后，为抗拒抓捕，黎东

某、黎达某当场使用暴力，属于《两抢意见》第五条第五项规定的情

形，应以抢劫罪定罪处罚。吴裕某的行为与黎晓某死亡的后果之间不存

在刑法上的因果关系，吴裕某无罪。

广东省茂名市中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六

十九条、第二百六十三条、第六十七条第三款，《中华人民共和国刑事

诉讼法》[[6]第](#p398)二百二十五条第一款第一项、第二项，第二百二十六条第

一款，第一百九十五条第二项，《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》第三百二十五条第一款第七项之规定，作出

如下判决：

一、撤销广东省茂名市电白区人民法院（2017）粤0904刑初450号

刑事附带民事判决；

二、上诉人黎东某犯抢劫罪，判处有期徒刑四年；

三、上诉人吴裕某无罪；

四、上诉人吴裕某不承担民事赔偿责任。

【法官后语】

本案的处理重点主要在于黎东某的行为能否适用《两抢意见》第五

条的兜底条款，转化为抢劫罪。根据《两抢意见》第五条规定，转化型

抢劫罪的成立不要求先前的盗窃行为达到法律规定的“数额较大”标准，

盗窃少量财物的行为也可以成立转化型抢劫罪。本案远未达到法律规定

的“数额较大”标准，发生在户外鱼塘附近，没有经鉴定意见证实行为人

致吴裕某轻微伤以上的后果，行为人亦没有使用凶器或以凶器相威胁，

因此不具有《两抢意见》第五条所列前四种情节。此时能否适用兜底条

款？

一是从体系解释和立法原意来看。从《两抢意见》第五条第四项规

定来看，该项未要求必须造成危害后果，而是造成对被害人人身安全的

严重威胁，则构成抢劫罪。从《两抢意见》第十一条规定来看，在驾车

抢夺过程中，如果被害人不放手，行为人驾车强拉硬拽的行为是高度危

险的，可能对被害人人身造成严重的危害后果。可见，从立法原意的角

度，对于这种有可能对被害人人身安全造成严重危害后果的高度危险行

为，立法者认为其社会危害性已经达到了抢劫罪的程度。案发时，在凌

晨2时许的黑夜里，人烟稀少，光线条件不好，吴裕某独自一人在鱼塘

边上面对盗窃行为人实施拦截抓捕，此时黎东某从吴裕某的后面故意将

吴裕某从塘基推跌入鱼塘之中，鱼塘水深，鱼塘水面距离塘基的斜坡较

高，且吴裕某当时已满66周岁。在这样的情况下，黎东某不顾他人人身

安全，采用袭击的方法将一位老年人推进鱼塘水中，该行为高度危险，

足以对吴裕某人身造成严重的危害后果，甚至危及生命安全。黎东某行

为的危害性达到了转化型抢劫的程度。

二是从犯罪行为侵害的法益来看。在财产方面，表面上黎东某等三

人偷到的是价值人民币24元的两条鱼，涉案金额不高，但实际上其偷盗

的对象不是个人所有的两条鱼，而是农村承包经营户经营中的鱼塘里的

鱼，并且由于基本每晚都有人偷钓鱼，被害人几乎每天晚上都要去巡塘

一次到两次，因此行为人的偷钓鱼行为实际上已经给被害人的合法经营

造成不小的伤害，其侵害的不能简单理解为价值24元的公私财产，而是

农村承包经营户的经营利益。在人身方面，黎东某主观上实际是为了保

护自己及同伙人不被追究刑事责任的不法利益而故意为之，客观上不顾

抓捕人的人身安全将其推跌入鱼塘，根据主客观一致的原则，黎东某的

行为属于抗拒抓捕行为。黎东某为了抗拒抓捕，当场使用暴力，给抓捕

人的人身安全造成严重威胁，此时黎东某的行为侵害的法益是抓捕人的

人身权利，应认定为抢劫罪。

三是从文义解释来看。黎东某为抗拒抓捕，当场使用暴力，故意推

吴裕某从塘基跌入鱼塘之中，虽然没有证据证实致吴裕某轻微伤以上后

果，但是该行为高度危险，足以对吴裕某人身造成严重的危害后果，甚

至危及生命安全，应当归结为“严重情节”。

综上，本案应当属于《两抢意见》第五条第五项规定的“具有其他

严重情节的”情形，黎东某的行为应认定为转化型抢劫。

编写人：广东省茂名市中级人民法院 柯雅丽

38 出质人以暴力手段抢回质押物行为的定性和数额认

定

——散某、姜某抢劫案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖北省襄阳市中级人民法院（2019）鄂06刑终1号刑事附带民事裁

定书

2.案由：抢劫罪

【基本案情】

2017年9月27日至28日期间，被告人散某以其女友沈硕某的白色“奥

迪”牌汽车（号牌为鄂F9Y×××）为质押，先后向王耀某、范加某借款

20000元和80000元。同年10月1日，被告人散某以用车接沈硕某为由，

将质押在范加某处的白色“奥迪”牌汽车开走并拒不还款。同年10月15日

至18日期间，被告人散某通过朋友王云某介绍，又将白色“奥迪”牌汽车

质押给甲典当行乔江某处先后借款40000元。同月19日，因无力偿还乔

江某借款，经乔江某同意后，被告人散某再次经王云某介绍将白色“奥

迪”牌汽车质押给乙典当行被害人朱天某借款70000元。同日17时许，被

告人散某向被害人朱天某提出还款赎车，并以人多不便为由要求独自驾

驶被质押车辆找女友沈硕某拿钱，被害人朱天某遂让侄子朱俊某陪同前

往，被告人散某驾驶质押车辆载被害人朱俊某、被告人姜某行至襄阳市

紫贞公园附近时，被告人散某、姜某再次以人多不便为由要求朱俊某下

车等候，遭朱俊某拒绝后，被告人姜某强行将被告人朱俊某拽下车，被

告人散某趁机欲将质押车辆开走时，被被害人朱俊某扑在车辆引擎盖上

予以阻止，被告人姜某遂又上前拉扯被害人朱俊某，双方随即发生争

执，被告人姜某用随身携带的水果刀将被害人朱俊某刺伤，被告人散某

亦持胡椒喷雾剂喷向被害人朱俊某面部，待被害人朱俊某松手后，被告

人散某、姜某随即驾驶抢得的质押白色“奥迪”牌汽车逃离现场。

【案件焦点】

1.被告人散某、姜某是否构成抢劫罪；2.若被告人散某、姜某构成

抢劫罪，则其犯罪数额是以质押物的价值还是债权损失的数额来认定。

【法院裁判要旨】

湖北省襄阳市高新技术产业开发区人民法院经审理认为，被告人散

某、姜某以非法占有为目的，当场以暴力方法劫取质押给他人的车辆，

金额为70000元，数额巨大，其行为均已构成抢劫罪。公诉机关指控被

告人散某、姜某犯抢劫罪事实清楚，证据确实、充分，指控罪名均成

立，本院均予以支持。被告人散某及其指定辩护人、被告人姜某均辩

称，被告人散某、姜某主观上没有抢劫的故意，两人的行为不属于抢劫

罪。经查，证人乔江某、王云某的证言；被害人朱天某、朱俊某的陈述

及被告人散某、姜某的供述能证实，被告人散某将其女友沈硕某的轿车

质押给被害人朱天某获取借款70000元后，为非法从被害人朱天某处取

回质押车辆，编造取款赎车的事由，在无法将跟随人员朱俊某骗离的情

况下，伙同被告人姜某使用暴力手段，当场劫取已质押的车辆，并致被

害人朱俊某轻微伤，其行为符合抢劫罪的犯罪构成要件，依法均成立抢

劫罪，被告人及其辩护人的上述辩解及辩护意见均不能成立，本院均不

予采纳。被告人散某的辩护人提出，被告人散某与被害人朱天某之间的

质权自始无效。经查，质权自出质人交付质物时设立，本案中被告人散

某已向被害人朱天某交付质物车辆，被害人朱天某据此取得合法占有、

保管质物的权利，依法应受法律保护，辩护人的上述辩护意见不能成

立，本院不予采纳。被告人姜某的辩护人又提出姜某系从犯。经查，在

抢劫共同犯罪过程中，二被告人作用、地位相当，可不区分主从犯，辩

护人的辩护意见不能成立，本院不予采纳。被告人姜某的辩护人关于不

应将车辆鉴定价值认定为本案抢劫数额的辩护意见依法成立，本院予以

采纳。综上，根据被告人散某、姜某的犯罪事实、性质、情节和对社会

的危害程度，依照《中华人民共和国刑法》第二百六十三条第四项、第

二十五条第一款、第五十五条第一款、第五十六条第一款、第六十一

条、第六十四条以及《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》第一百五十五条第一款、第二款，《中华人民共和国侵

权责任法》第六条、第十六条，《最高人民法院关于审理人身损害赔偿

案件适用法律若干问题的解释》第十七条第一款、第十九条、第二十

条、第二十一条、第二十二条、第二十三条、第二十四条之规定，判决

如下：

一、被告人散某犯抢劫罪，判处有期徒刑十二年，剥夺政治权利三

年，并处罚金人民币20000元；

二、被告人姜某犯抢劫罪，判处有期徒刑十二年，剥夺政治权利三

年，并处罚金人民币20000元；

三、责令被告人散某、姜某于本判决发生法律效力第二日起十日

内，共同向被害人朱天某退赔违法所得人民币70000元；

四、被告人散某、姜某于本判决生效后十五日内共同赔偿附带民事

诉讼原告人朱俊某各项经济损失共计人民币6031.52元；

五、驳回附带民事诉讼原告人朱俊某的其他诉讼请求。

被告人散某、姜某不服一审判决提出上诉，湖北省襄阳市中级人民

法院同意一审法院裁判意见，驳回被告人散某、姜某上诉，维持原判。

【法官后语】

随着社会经济的不断发展，物上权利逐渐多样化，实践中出现了多

种以非法方式取回他人占有财物的行为，本案就是一起随着质押行为的

产生而出现的，出质人以暴力手段抢回处于他人占有的质押物的新情

况，本案在审理时，存在着出质人抢回质押物的行为如何定性以及犯罪

数额如何认定的问题。

1.出质人以暴力手段抢回质押物的行为定性

出质人以暴力手段抢回质押物与一般抢劫罪具有行为方式上的共

性，但由于质押物的特殊性，使其行为定性存在一定困难。本案的争议

焦点就在于质押物能否成为抢劫罪的犯罪对象，本案就存在被告人散

某、姜某的行为不构成抢劫罪以及被告人散某、姜某的行为构成抢劫罪

两种观点。本案一审、二审法院均认为二被告人构成抢劫罪。理由是当

占有人依双方合意或法律规定等正当事由合法占有财物时，为维护财产

秩序，对侵犯此种合法占有的行为均给予法律上的否定性评价，应当认

定质押物可以成为抢劫罪的犯罪对象。首先，从质押法律关系本身来

看，质权自出质人交付质物时设立，出质人承担在不履行到期债务时债

权人对其质押物价款优先受偿的法律后果。在担保的债务数额及时间范

围内，债权人对质押物的合法占有应优先于质押物所有权。质押物处于

债权人的合法占有之下，出质人以暴力手段取得质押物的行为使得债权

人丧失对该质押物的质权，债权的实现难以得到保障，且出质人抢劫质

押物的行为亦表明其不愿履行债务的意图，债权实现的可能性几乎彻底

丧失。其次，从维护国家财产秩序的角度出发，合法占有的事实状态禁

止他人任意侵害，他人无权擅自改变质押物的当前状态，不得通过非法

手段转移占有。若对此行为不加以刑法规制，则无法对质押法律关系进

行有效保护，正常财产权利的实现也将缺乏保障。因此，质押财物可以

作为抢劫罪的犯罪对象，出质人抢劫质押物的行为构成抢劫罪。

2.出质人抢劫质押物的犯罪数额认定

在认定本案的犯罪数额时，本案又存在以该汽车的价值认定犯罪数

额和以债权损失数额作为犯罪数额两种观点，本案一审、二审法院均采

取了第二种观点，理由是出质人的主观目的是使债权人丧失另行主张债

权的基础，而债权人的实际损失为债权损失数额。质押是出质人向债权

人转移某项财产的占有权，以作为履行债务的担保，当债务履行不能

时，债权人有权将质押物拍卖或者折价，并对所得价款享有优先受偿

权。出质人抢劫质押物的目的不是恢复对质押财产的占有，而是为了消

灭质权从而使债权人无法实现其债权，进而达到免除自身债务的目的。

出质人从其抢劫行为中的实际获利也并非质押物的价值，而是通过非法

手段改变债权人对该质押物的占有，使其无法通过折价、拍卖、变卖质

押物在其债权范围内享有优先受偿权，而出质人则获得了相应的违法所

得，作为被害人的债权人实际损失的仅是其所享有的债权数额。抢劫罪

应当以给公私财产所有权造成的直接损害为数额标准，债权人享有的是

对质押物的占有而非所有权，从行为人实际控制与被害人实际损失的财

产性利益对等的角度分析，出质人抢劫质押物的犯罪数额应当认定为主

合同的标的数额，而非质押合同的标的物价值。综上，本案中二被告人

的犯罪数额认定为债权数额，即以车辆所担保的7万元债权作为犯罪数

额。

编写人：湖北省襄阳市高新技术产业开发区人民法院 王旻 陈诗梦

（二）抢夺罪

39 抢夺罪中“夺取他人财物时因被害人不放手而强行

夺取的” 认定

——陆某抢夺、盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区横县人民法院（2018）桂0127刑初148号刑事判决

书

2.案由：抢夺罪、盗窃罪

【基本案情】

被告人陆某以非法占有为目的，于2017年6月期间驾驶机动车在横

县横州镇、广西壮族自治区灵山县灵城镇抢夺他人财物共四次，涉案金

额2550元，在其中一起抢夺中导致被害人死亡；在灵山县灵城镇盗窃他

人财物一次，涉案金额1700元。具体如下：

1.抢夺事实

（1）陆某因没有钱花销，便想到通过骑摩托车载客时将乘客的包

挂在车头处，到目的地乘客下车后便骑车逃离的方法抢走乘客的包从而

获得包内财物。2017年6月12日16时许，陆某在横县横州镇公园路南城

百货门前公交车站牌处见到被害人陈桂某背着一个袋子，于是搭讪陈桂

某，在陈桂某同意乘车后将陈桂某的袋子挂在其摩托车的车把处，随后

驾驶二轮摩托车送陈桂某前往横州镇海棠社区。到海棠社区路口即御江

华庭小区路口斜坡处，陆某停车，并在陈桂某下车后取袋子前驾车离

开，陈桂某见状一手抓住陆某左腰部衣服，一手抓住车尾，陆某发觉后

便刹车，陈桂某则因惯性往前摔倒，陆某随即驾车逃离现场。陈桂某摔

倒致颅脑受伤被送到医院抢救，后于2017年7月22日死亡。经法医鉴

定，陈桂某因颅脑损伤入院，入院时存在肺炎及高血压等自身基础性疾

病，且由于年龄较大，上述原因共同导致陈桂某免疫力下降，经治疗各

项指标仍无法纠正，陈桂某最终因全身多发性感染导致脓毒性休克而死

亡。陆某抢得陈桂某的袋子内有现金850元、手机一台等物品，陆某将

现金850元占为己有后将其他物品烧毁。破案后，公安机关追回被抢现

金850元，现已移交本院。

（2）2017年6月11日中午，陆某在横县横州镇环城东路城东派出所

路口处见到步行的老年女性被害人黄佩某，便搭讪黄佩某，后驾驶二轮

摩托车送黄佩某回家（位于环城东路）。到黄佩某家后不久，黄佩某要

外出，陆某便驾驶摩托车送黄佩某，同时将黄佩某的旅行包挂在其摩托

车的车把处。到城东派出所门前路段处，陆某谎称遗忘电话本在黄佩某

家，又驾车送黄佩某回家。黄佩某下车到家里寻找电话本时，陆某驾车

逃离现场。陆某抢得黄佩某的旅行包一个，包内有现金100元、手机一

台等物品。破案后，公安机关已将被抢手机追回并发还黄佩某。

（3）2017年6月12日下午，陆某在横县横州镇槎江路某鞋店门前见

到步行的老年女性被害人梁居某，便搭讪梁居某，后驾驶二轮摩托车送

梁居某回家（位于横县汽车总站宿舍），同时将梁居某的布袋挂在其摩

托车的车把处。到横县汽车总站宿舍处，梁居某下车，陆某谎称先驾驶

摩托车到附近加油站加油，从而逃离现场。陆某抢得梁居某的布袋一

个，袋内有现金100元、手机一台等物品。破案后，公安机关已将被抢

手机追回并发还梁居某。

（4）2017年6月21日16时许，被告人陆某在灵山县灵城镇乙大酒店

附近路段见到老年女性被害人陈爱某，便搭讪陈爱某，后驾驶二轮摩托

车送陈爱某前往二运站，同时将陈爱某的手提袋挂在其摩托车的车把

处。到某便利店门口处时，陆某以需要买东西为由让陈爱某到便利店帮

忙购买，陈爱某随即下车往便利店走，陆某趁机驾车逃离现场。陆某抢

得陈爱某的手提袋一个，袋内有现金1500元、手机一台等物品。

2.盗窃事实

2017年6月22日11时许，陆某在灵山县灵城镇中医院公交站路段见

到老年女性被害人谢玉某，便搭讪谢玉某，后驾驶二轮摩托车送谢玉某

回到灵城镇海峰路××号家中。到谢玉某家后不久，谢玉某离家外出买

菜，陆某便趁机盗走谢玉某的现金1700元。

【案件焦点】

陆某抢夺被害人陈桂某财物后是否因被害人不放手而强行夺取致陈

桂某死亡，陆某的行为是否转化为抢劫。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区横县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百

六十七条第一款、第二百六十四条、第六十九条第一款、第三款、第六

十七条第二款、第三款、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抢夺刑事案件适用法律若干问题的解释》第四

条第一款第一项，《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》第四条之规定，判决如下：

一、被告人陆某犯抢夺罪，判处有期徒刑十二年八个月，没收财产

二万元；犯盗窃罪，判处有期徒刑六个月，并处罚金二千元；决定执行

有期徒刑十三年，并处罚金二千元，没收财产二万元；

二、随案移送被告人陆某的违法所得八百五十元，返还被害人陈桂

某亲属；责令被告人陆某退赔被害人黄佩某经济损失一百元，退赔被害

人梁居某经济损失一百元，退赔被害人陈爱某经济损失一千五百元，退

赔被害人谢玉某经济损失一千七百元。

陆某持原审辩解提起上诉。

广西壮族自治区南宁市中级人民法院经审理认为：上诉人陆某以非

法占有为目的，多次驾驶机动车抢夺他人财物，数额较大，并导致一名

被害人死亡，属于有其他特别严重情节，其行为已构成抢夺罪；陆某以

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。关于被告人陆某所提被害人陈桂某死亡与其无关、一审量刑过重的

上诉意见，原判已经做出充分且正确的评判，本院予以认可，不再赘

述。综上，原审法院根据陆某犯罪的事实、性质、情节及对于社会的危

害程度作出的判决，定罪及适用法律正确，量刑适当，审判程序合法，

应予维持。

广西壮族自治区南宁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[[7]第](#p398)一款第一项，作出如下裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案存在争议的问题是行为人陆某抢夺被害人陈桂某财物的行为是

否转化为抢劫。判断陆某的行为是否转化为抢劫，主要看陆某夺取被害

人财物时是否存在因被害人不放手而强行夺取的行为。综合本案证据判

定陆某的主观方面、客观方面，结合有利于被告人的原则，陆某的行为

不属于转化型抢劫。主要理由如下：

1.行为人陆某夺取被害人财物时不存在因被害人不放手而强行夺取

的行为。从现场监控视频看，陆某将被害人陈桂某送到目的地，趁陈桂

某下车还未来得及拿挂在摩托车车把处的袋子时，便驾车缓慢离开，陈

桂某见状一手抓住陆某左腰部衣服，一手抓住车尾，陆某发觉后便刹

车，陈桂某因惯性往前摔倒，陆某随即驾车逃离现场。当时陆某车速缓

慢，根据常识，摆脱被害人纠缠的最直接最有效的方式是加速驾车离

开，而非刹车。其刹车仅仅是因为陈桂某拉住其衣服和车尾，而不是为

了摆脱陈桂某的拉扯强行夺取财物。

2.没有证据证实陆某是为了摆脱陈桂某的拉扯而刹车。陆某实施刹

车行为的目的是什么？从监控视频看，当时陆某驾车慢慢离开，陈桂某

见状便抓住陆某的衣服和车尾。从当时的车速看，刹车行为不必然导致

陈桂某惯性前倾摔倒，反之，当陆某发现被抓住衣服后立刻刹车可能是

为了防止发生陈桂某受伤的结果，陆某刹车的目的存在合理怀疑，在没

有直接、充分的证据证实陆某是为了摆脱陈桂某的拉扯而刹车的情况

下，从有利于被告人的原则，不应认定陆某是为了摆脱陈桂某的拉扯而

刹车。

3.陈桂某死亡的结果不是陆某故意导致的。故意包括直接故意和间

接故意。陆某并未实施能够直接导致陈桂某死亡的行为。在此，仅就陆

某是否存在间接故意进行讨论。对陈桂某的死亡结果，陆某是否存在间

接故意，关键在于陆某是否明知其刹车行为可能会导致陈桂某伤亡的结

果仍然放任该结果发生。从当时的情况看，相较于继续驾车离开，刹车

更有可能避免发生陈桂某伤亡的结果。当“继续驾车离开”和“刹车”两种

方式都有可能导致陈桂某受伤的结果时，陆某选择了一个可能性较小的

方式。可见，陆某并不希望发生陈桂某伤亡的结果，对于陈桂某死亡的

结果，陆某不存在间接故意。

编写人：广西壮族自治区横县人民法院 罗俏 莫庆铿

（三）盗窃罪

40 利用系统漏洞恶意“抢红包” 是否构成盗窃罪

——税某等盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

重庆市渝北区人民法院（2018）渝0112刑初48号刑事判决书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

2016年12月中旬至12月27日期间，被告人税某、杜某某、徐某某三

人使用手机参与重庆某有限公司甲直播平台的手机在线网上“抢红包”活

动。在此过程中，税某发现该直播平台网上“抢红包”活动存在服务器系

统技术漏洞后，由税某制作了可以重复领取同一红包内“××币”的软件工

具，其后，税某将该软件工具发给杜某某、徐某某，并教授二人前述软

件工具的使用方法。随即三名被告人违反甲直播平台规则，使用该软件

工具在“抢红包”活动时段，盗刷该平台大量“××币”。同时，为迅速提升

账号等级（等级越高，每日可提现的金额越高），三人采取用“××币”兑

换“钻石”，多次以互赠“钻石”礼物的方式互刷等级。最终，三名被告人

按照1000个“××币”兑换1元人民币的比率进行兑换，并通过各自的多个

微信账号进行提现。经查实，被告人税某共提现人民币5万余元，被告

人杜某某共提现人民币3万余元，被告人徐某某共提现人民币2万余元。

案发后，税某、杜某某、徐某某分别向被害单位退赔，并取得了被害单

位的谅解。

【案件焦点】

1.本案三被告人利用系统漏洞恶意“抢红包”是否构成盗窃罪；2.如

构成盗窃罪，是否构成共同犯罪。

【法院裁判要旨】

重庆市渝北区人民法院经审理认为：被告人税某、杜某某、徐某某

以非法占有为目的，采用秘密手段窃取他人财物，数额较大，其行为均

已构成盗窃罪。公诉机关指控的事实清楚，证据确实、充分，罪名成

立，量刑建议适当。被告人税某被判处有期徒刑以上刑罚，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，是累犯，予以从重

处罚。三被告人到案后均如实供述，系坦白，予以从轻处罚。三被告人

均已取得被害单位的谅解，酌情予以从轻处罚。

重庆市渝北区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四

条、第六十七条第三款、第六十五条第一款、第五十二条、第五十三

条、第六十四条之规定，判决如下：

一、被告人税某犯盗窃罪，判处有期徒刑一年十个月，并处罚金

5000元；

二、被告人杜某某犯盗窃罪，判处有期徒刑一年六个月，并处罚金

4000元；

三、被告人徐某某犯盗窃罪，判处有期徒刑一年五个月，并处罚金

3000元；

四、责令被告人税某退赔被害单位重庆某有限公司经济损失

51973.545元（已退50900元）、责令被告人杜某某退赔被害单位重庆某

有限公司经济损失39554.042元（已退33100元）、责令被告人徐某某退

赔被害单位重庆某有限公司经济损失23961.422元（已退）。

【法官后语】

1.本案被告人的行为符合盗窃罪的构成要件。（1）使用了秘密窃

取的行为方式。我国刑法通说认为盗窃需要秘密窃取。秘密窃取包括两

种情形，一是被害人客观上没有发觉，同时行为人自认为被害人未发

觉；二是被害人客观上已经发觉，而行为人自认为被害人未发觉。

（2）税某的行为使甲直播平台对“红包”资金的支配权转移至其手上。

盗窃罪的另一构成要件是财物现实支配权的转移。（3）三被告人主观

上具有非法占有的目的。在认定财产性犯罪行为人主观上是否具有非法

占有为目的时，主要可以从行为人以下几个客观方面的行为加以认定：

是否以自有的方式支配财产；是否肆意挥霍财物；是否抽逃、转移资

金、隐匿财产，逃避返还资金等情形。

2.税某与杜某某、徐某某虽然在盗窃过程中有过交集，税某也为另

外两名被告人实施盗窃提供了一些方便，如将自己制作的软件工具发送

给二人并教授二人软件的使用方法等，但是三被告人的行为明显各自独

立，任何一人均不具有占有、控制、支配其他两人所获款项的主观故意

以及客观行为。

3.本案是由直播平台自身系统漏洞而引发的，但这并不能阻却对被

告人行为的追责。首先，无论从三被告人供述的自己行为当时的主观想

法看，还是从制造软件，连续积极反复盗刷“××币”的客观行为反映，三

被告人在行为当时的非法占有故意是明显的。其次，盗窃罪中行为人秘

密窃取的方式，是相对于财物的管理者或所有者而言，本案中，三被告

人利用系统漏洞，连续盗刷“××币”并最终成功提现，其不告而取的行为

符合盗窃罪的构成要件，应以盗窃罪定罪处罚。

4.关于本案的量刑，由于是直播平台系统漏洞而引发，所属公司对

本案的发生存在一定的过错，该过错使抢红包活动处于一种疏于管理的

状态，由此引发了巨大的金钱诱惑，应减轻被告人的罪责。被告人系偶

然发现平台活动存在漏洞后实施犯罪行为的，其主观恶性相较预谋型盗

窃犯罪小。被告人的犯罪情节较轻，其利用系统漏洞刷取“××币”，与采

取破坏性手段实施的盗窃行为相比，社会危害性较小。本案事发相当偶

然，类似情况难以复制，对被告人处以较为轻缓的刑罚便能达到刑罚的

预防目的。

编写人：重庆市渝北区人民法院 刘杨 陈俊霖

41 挂失并取走本人银行卡内他人款项行为的定性

——黄某盗窃案

【案件基本信息】

1.裁定书字号

四川省成都市中级人民法院（2018）川01刑终1049号刑事裁定书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

被告人黄某系成都市甲信息技术有限公司（以下简称甲公司）行政

司机。2017年11月中旬，黄某应甲公司总经理李某要求，将自己一张平

安银行卡（卡号6230582000054××××××）及U盾交给公司财务人员盛

某，用于公司使用。2017年11月15日、11月18日、11月20日，公司使用

该账户共计收款102.1万元。黄某收到短信提示后，于2017年11月20日

到银行将该卡挂失并补办新卡。11月20日至22日，黄某将其中16.8万余

元用于还款、消费等。11月21日、22日，黄某将其中65万元转入自己光

大银行卡内（卡号6214921603××××××），并将其中60万元用于炒股，

并亏损18万余元。11月22日，黄某使用其中20万元用于购买一辆川

RW××××别克君越轿车。12月5日，黄某将其中5万元用于信用卡还款。

2017年11月20日，黄某以办ETC为名，让甲公司法定代表人喻某在空白

A4纸上签名捺印，后黄某在该纸上虚构喻某向其偿还借款103万元。

2017年11月27日，喻某报案。2017年12月7日，黄某与喻某在高新区锦

城大道乙茶楼见面时被警察挡获。

【案件焦点】

1.挂失并取走本人银行卡内他人款项的行为是否构成犯罪；2.如构

成犯罪，构成何罪。

【法院裁判要旨】

四川省成都市高新技术产业开发区人民法院经审理认为，对于黄某

及其辩护人所提卡中钱款是由银行替其代为保管，黄某有权要求银行进

行兑付，其不存在非法占有，没有通过秘密方式窃取他人财物，不构成

犯罪的辩解、辩护意见，经查，首先，证人证言能够证实黄某将银行

卡、U盾及密码交给甲公司使用，该卡内的102余万元款项系甲公司资

金，而非黄某个人收入，该事实与黄某在公安机关的前几次供述能够相

互印证。其次，黄某将银行卡、U盾及密码交给公司财务人员保管的事

实表明甲公司仅是借用黄某的账户，账户由甲公司财务人员实际控制，

以方便公司账户外资金的提取和周转，并没有让黄某保管账户内资金的

意思。最后，黄某在未告知公司任何人员的情况下，故意挂失并重新补

办银行卡，将卡内的钱款转出并用于购买汽车、偿还贷款及赌博耗用

等，其主观上明显具有非法占有的故意。综上，黄某的行为符合盗窃罪

的构成要件，故对黄某及其辩护人所提黄某不构成盗窃罪的辩解、辩护

意见不予采纳。被告人黄某以非法占有为目的，采取秘密手段窃取他人

财物102余万元，数额特别巨大，其行为已构成盗窃罪。黄某没有退赔

被害人损失的行为，且当庭拒不认罪，缺乏悔罪表现，应予严惩。在量

刑时还考虑到被告人黄某系初犯，酌定从轻处罚。

四川省成都市高新技术产业开发区人民法院依照《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、第六十四条之规

定，作出如下判决：

一、被告人黄某犯盗窃罪，判处有期徒刑十一年，并处罚金人民币

60000元；

二、将扣押在案的移动电话二部予以没收；将扣押在案的被告人黄

某用赃款购买的别克牌轿车及钥匙、冻结的银行账户资金、扣押在案的

现金均返还被害单位成都市甲信息技术有限公司；继续追缴被告人黄某

的违法所得返还被害单位；不足部分，责令被告人黄某退赔。

黄某持原审辩解提起上诉。

四川省成都市中级人民法院经审理认为：上诉人黄某以非法占有为

目的，秘密窃取他人财物1021000元，其行为已构成盗窃罪，且数额特

别巨大。经查，本案在案证据充分证实，黄某是以非法占有为目的，采

取被害人所不知晓的秘密手段窃取了他人实际所有和控制的财物，原判

以盗窃罪定罪并在法定的量刑幅度内综合全案情节对黄某判处了与其所

犯罪行相适应的刑罚，量刑适当。故黄某的上诉理由，不能成立，应予

驳回。

四川省成都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[[8]第](#p398)一款第一项的规定，作出如下裁定：

驳回黄某的上诉，维持原判。

【法官后语】

现实生活中，亲朋好友间、公司与员工间不乏借用他人银行卡，或

借用他人身份证办理银行卡或账户存放现金，并由存款人自己保管银行

卡和密码的情形，此时若账户名义人利用自己是银行卡法定所有人的身

份，持本人身份证到银行挂失、补卡并以此将实际存款人存入该账户的

钱款私自提取据为己有，该行为是否构成犯罪、构成盗窃罪还是侵占罪

存在争论。在理论分析基础上，结合行为人非法占有目的产生时间、实

际存款人的行为表现等具体案件事实，本案应定性为盗窃罪。

“存款”系存款债权。货币是种类物，储户将货币存入银行后，取款

时银行归还的并非原来的货币，而是其他等额货币，故存款行为完成

后，系由银行取得所存现金的所有权及对现金的占有，储户取得请求银

行还本付息的权利即存款债权，该权利在本质上是一种财产性利益，作

为财产性利益的存款债权可以成为侵犯财产罪的犯罪对象，成为占有的

对象。

存款债权实际归属于实际存款人。（1）存款债券的所有。存款人

将现金存入银行后所取得的对银行的存款债权并不能因为其存入的是名

义人账户就认为将所有权转移给了账户名义人，实际存款人主观上并无

转移存款债权所有权的意愿，客观上亦不能因为违反存款实名制规定就

认定其实施了转移存款债权所有权的行为，故存款债权始终由实际存款

人所有。（2）对存款债权的控制支配及占有。一方面，本案中由实际

存款人自己保管银行卡和密码，从一般的社会观念可推知，事实上是由

实际存款人控制支配存款债权。另一方面，由谁占有存款债权的问题还

要考量行为人主观上是否有占有的意思。本案中，名义人明知存款人借

用银行卡的目的和用途，其之所以将卡借给存款人使用也是基于其与存

款人的特殊关系，认可存款人可自由存取款，将银行卡密码交由存款人

保管，更是表明其对存款人占有存款债权的认可，其自身并无占有存款

债权的意思。故从主客观方面分析，存款债权的控制支配及占有由实际

存款人享有，且存款人现实的控制支配明显强于名义人根据法律拟制所

取得的内容仅为有处分财产可能性的支配力，名义人非借助于其他（构

成犯罪的）手段行为不能取得控制支配权，从此意义上说实际存款人对

存款债权的占有是排他的。此外，存款债权亦非由账户名义人代为保

管。保管成立的前提条件是双方有保管的合意，就本案而言，实际存款

人一直自己保管银行卡及密码和U盾，表明实际存款人并不想账户名义

人控制支配存款债权，实际存款人根本没有委托存款名义人代为保管、

管理卡内资金的意思及行为表示，存款债权的实际控制是以银行卡及密

码仍由实际存款人控制的方式实现，双方未成立代为保管的关系。综

上，本案不符合侵占罪所要求的“他人所有，本人占有，代为保管”特

性，不构成侵占罪。

挂失补卡行为属于盗窃罪中的“秘密手段”。账户名义人以自己身份

证向银行申请挂失、重新办卡、设置密码，继而转移实际存款人对存款

债权的占有并取走存款的行为对于不知情的被害人即实际存款人而言确

系以和平手段秘密窃取，账户名义人可以实施上述行为只是银行管理上

的规定，是否违反银行行业规定并不影响对其行为秘密性的认定。

综合以上分析，账户名义人是以非法占有为目的，采取被害人所不

知晓的秘密手段窃取了他人实际所有和占有控制的财物，应以法定刑较

重的盗窃罪对行为人定罪处罚。

需说明的是，实践中有与本案相似但细节有所不同的案例，如被告

人挂失银行卡的目的是不愿将银行卡继续提供给实际存款人使用，在此

过程中得知卡内有资金，后产生非法占有卡内资金的犯罪故意，实际存

款人与其协商取消挂失未果，最终被告人将卡内资金占为己有。上述案

例犯罪故意的产生时间、挂失后的具体事实等与本案有异，以致对卡内

资金控制占有的认定及最终结论与本案不同。故在审理类似案件时不能

一概而论，应结合如非法占有目的的产生时间、账户名义人能否实际控

制银行卡等具体案件事实综合分析认定。

编写人：四川省成都市青羊区人民法院 谌辉

四川省成都市中级人民法院 李抒璟

42 使用他人遗忘在ATM机内银行卡取钱之行为认定

——杨某某盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省巩义市人民法院（2018）豫0181刑初565号刑事判决书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

2018年1月8日14时40分许，在巩义市农商银行西村支行内，被告人

杨某某发现ATM机处于操作页面，遂从被害人王某某遗忘的河南省农

村信用社金燕卡（不具有透支功能）中取出5000元，王某某发现钱被取

后报警，杨某某将5000元现金及银行卡归还被害人。

公诉机关认为，被告人杨某某的行为已构成信用卡诈骗罪。

被告人杨某某及其辩护人认为其不构成信用卡诈骗罪而构成盗窃

罪。

【案件焦点】

盗用遗忘在ATM机上银行卡使用，是构成诈骗罪还是构成盗窃

罪。

【法院裁判要旨】

河南省巩义市人民法院经审理认为，被告人杨某某以非法占有为目

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

控的犯罪事实成立，予以支持。

被告人杨某某及其辩护人认为其不构成信用卡诈骗罪而构成盗窃罪

的辩解辩护意见，经查，信用卡诈骗罪系采用虚构事实或者隐瞒真相等

方法，利用信用卡骗取公私财物的行为，侵犯的客体是我国信用卡管理

制度和公私财产所有权。信用卡并不等同于一般的银行储蓄卡。故只有

冒用他人信用卡才会损害到我国的信用卡管理制度。利用他人遗忘在银

行ATM机上一般储蓄卡窃取他人钱财的行为侵害了公私财产的所有

权，并不符合信用卡诈骗罪的构成要件。被告人杨某某采取了自以为不

被他人发觉的方法占有他人财物，侵害的客体是王某某的财产权。被告

人杨某某利用普通的储蓄卡，其操作取款的行为在其主观上是以为不被

他人发觉的，这就符合了秘密窃取的特征，至于受害人王某某有没有收

到银行短信提醒并不影响对该行为的认定。因此，将被告人杨某某利用

他人遗忘在银行ATM机上的储蓄卡窃取他人钱财的行为定性为盗窃罪

符合其主客观构成要件，应当以盗窃罪定罪处罚。故该辩解辩护意见成

立，本院予以采纳。公诉机关指控罪名有误，予以纠正。

被告人杨某某已退还赃款，取得谅解，当庭自愿认罪，可酌情从轻

处罚。

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

十三条之规定，判决如下：

被告人杨某某犯盗窃罪，判处罚金人民币三千元。

【法官后语】

被告人杨某某的行为模式与典型信用卡诈骗罪的行为模式不同。因

为其并无猜测、破译以及输入密码的环节，之前被害人王某某已经完成

了此环节。密码是银行系统识别信用卡是否为合法持卡人持有的关键证

据，“拾得信用卡并使用”的行为定性为信用卡诈骗罪，其实质就是行为

人输入密码得到了银行系统的确认，使银行产生错误认识处分了卡中款

项，从而侵犯了银行管理秩序，由于被告人未破译密码，故不符合诈骗

罪的行为模式。同时，被告人杨某某无冒充和使用信用卡以欺骗银行的

行为。在ATM机取款这种行为中，ATM机的身份识别环节就是插入银

行卡后的密码输入，如果密码输入正确，ATM机就判断使用人为信用

卡的合法持有人，所以在ATM机上冒用他人身份的唯一特征就是通过

输入密码达到欺骗目的。本案中，被害人王某某已经输入密码，完成了

ATM机的身份识别，被告人杨某某不需要输入密码即不需要进行身份

识别就可从ATM机中取款，不存在被告人杨某某“冒充”被害人犯罪故

意，亦缺乏欺骗银行完成身份识别的行为。

利用他人输入密码的银行卡取款的行为应定性为盗窃罪。从主客观

相一致的角度分析，被告人杨某某在ATM机上操作取款时主观心态应

为非法秘密占有的心态，其显然没有骗取的故意，也断无隐瞒自己不是

持卡人真相的必要，其行为不存在任何欺骗的意图，根本没有要获取对

方信任的意图，而是明知卡内存款系他人财物，仍希望通过秘密取款的

手段窃取卡内财物并占为己有的盗窃故意。从被告人杨某某的客观行为

上来看，被害人已经输入正确密码，银行完成了身份验证，银行的审核

义务也已终结，此时被告人杨某某自认为其行为不会使财物的所有者、

保管者或者经手者发觉，暗中取走财物，符合盗窃罪的客观要求。从侵

害的法益来看，信用卡诈骗罪侵害的是双重法益，即正常的银行管理秩

序和公私财产所有权，而盗窃罪只侵犯后者。被告人杨某某从ATM机

中取款的行为并没有虚构事实隐瞒真相，使银行陷入错误认识处分卡中

款项，未对银行管理秩序造成威胁。从已经完成审核义务的银行ATM

机中取出款项，如同从无人在场的他人处拿走财物一样，本质上是一种

秘密窃取行为，仅仅侵犯了被害人的财产法益，定性为盗窃罪更为妥

当。

综上，对于此类盗窃罪与信用卡诈骗罪的认定与区分一定要从主客

观相一致的角度去综合评判，抓住诈骗类犯罪“欺骗”核心特征，盗窃类

犯罪“秘密”核心特征，并区分侵犯客体的不同方能正确地对某一行为作

出正确的定性与分析。

编写人：河南省巩义市人民法院 雷鸣

43 擅自处分他人财物，让不知情第三人收购行为的性

质分析

——罗某盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省无锡市锡山区人民法院（2018）苏0205刑初408号刑事判决

书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

被告人罗某于2018年3月21日联系经营苗木生意的杨某到无锡市锡

山区锡北镇劲丰村罗巷收购树木，先正常收走当地村民80余棵树木。当

杨某看到刘某家那片香樟树树林问是谁家的时，被告人罗某在没有通知

刘某的情况下即称这些树可以卖，杨某遂选取了107棵香樟树（价值人

民币8560元）让人运走，后杨某付给罗某树款2700元和中介费若干。事

后，被告人罗某没有告知刘某卖树的事情，也没有将钱给刘某。

归案后，被告人罗某如实供述了自己盗窃的主要事实。案破后，赃

款人民币2700元已被扣押在公安机关。

【案件焦点】

行为人没有处分权，却擅自处分他人的树木，让不知情的买主收购

的行为定性。

【法院裁判要旨】

江苏省无锡市锡山区人民法院经审理认为：被告人罗某以非法占有

为目的，秘密窃取他人财物，数额较大，其行为已构成盗窃罪。被告人

罗某虽非自动投案，但归案后能如实供述自己盗窃的基本事实，依法可

以根据其供述的程度相应从轻处罚。被告人罗某已部分退赔，可酌情从

轻处罚。江苏省无锡市锡山区人民检察院起诉指控被告人罗某犯盗窃

罪，事实清楚，证据确实、充分，指控的罪名成立，本院予以支持。

被告人罗某提出其行为不构成盗窃罪的辩解意见，本院认为，盗窃

罪主观上必须具有非法占有的目的，客观上必须采取秘密窃取的手段。

本案中，被告人罗某在被害人不知情的情况下，没有合法根据地将被害

人种植的树木出售给他人，采取了秘密窃取的手段，即使事先与他人商

量而采用不为被害人所知的手段获取被害人的财物，也改变不了秘密窃

取的性质，况且根据现有证据并不能证明罗某事前与他人进行了共谋；

根据现有证据，罗某销赃得款后并没有将该款交给被害人，而由自己持

有，具有非法占有的主观故意，即使事后将赃款分给他人，也属于对赃

款的事后处理，并不改变非法占有的性质。被告人罗某提出的该项辩解

意见，本院不予采纳。在此告诫被告人罗某，被害人在先前租赁的土地

上种植树木，对种植的树木享有所有权，依法应予保护。即使租赁土地

发生争议，对于争议土地及其附着物也要通过合法途径解决，况且罗某

并非相关组织的负责人，无权擅自处理，罗某“一气之下”的非法行为应

当受到法律的制裁。希望被告人罗某能够认罪服法。

辩护人提出“被告人罗某在侦查阶段如实供述自己的罪行”“罗某已

退出违法所得赃款”“罗某是初犯、偶犯”“请求从轻判处”的辩护意见，

符合事实和法律规定，本院予以采纳。辩护人提出“罗某年纪较大，请

求从轻判处”的辩护意见，本院认为，罗某并未达到法定从宽处罚的年

龄，辩护人提出的该项辩护意见，本院不予采纳。辩护人提出“适用缓

刑”的辩护意见，本院根据本案的具体事实、情节和被告人罗某的悔罪

表现，结合被害人的意见，认为对罗某不宜宣告缓刑。辩护人提出的该

项辩护意见，本院不予采纳。

据此，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、第六十四条之规定，判决如下：

一、被告人罗某犯盗窃罪，判处拘役四个月，并处罚金人民币一千

元；

二、暂扣于公安机关的退赔款人民币2700元，发还给被害人刘某；

三、尚未追缴的赃物价值人民币5860元，责令被告人罗某退赔给被

害人刘某。

【法官后语】

本案的争议焦点在于行为人没有处分权，却擅自处分他人的树木，

让不知情的买主收购的行为定性。

笔者认为，罗某的行为构成盗窃罪。理由如下：

1.盗窃罪中的窃取，是指行为人违反被害人的意志，将他人占有的

财物转移为自己或者第三者占有的行为。本案中罗某对涉案香樟树没有

处分权。被害人刘某在先前租赁的土地上种植香樟树，对种植的树木享

有所有权，依法应予保护。即使租赁土地发生争议，对于争议土地及其

附着物也要通过合法途径解决，罗某并非相关组织的负责人，无权擅自

处理涉案香樟树。罗某在未有树木处分权的情况下，在树木所有人刘某

不知情的情况下，违背刘某的意愿，向收购树木的杨某出售香樟树，出

售款项未交给被害人，而由本人据为己有，具有非法占有的主观故意，

即使事后将赃款分给他人，也属于对赃款的事后处理，并不改变非法占

有的性质。

2.罗某在本案中属于盗窃罪的间接正犯。间接正犯又称“间接实行

犯”，是指行为人利用无责任能力的人或无犯罪意思的人实施犯罪行

为，以达到自己的犯罪目的。间接正犯通常包括利用无责任能力人犯罪

和利用他人过失或不知情的行为犯罪。间接正犯与被利用的人缺乏共同

犯罪故意，我国刑法理论上一般认为不成立共犯，而由利用者对被利用

者的行为独立承担刑事责任。因为间接正犯不同于一般的正犯，相对于

利用人来说，其实行行为是间接的，突出了利用人的故意和被利用人

的“工具性”。本案中，罗某明知自己对香樟树没有处分权，却欺骗树木

收购者杨某“这些香樟树可以卖”，利用不知情的杨某将树木挖走，从而

获取卖树的钱款。这种场合下，罗某利用无犯罪意思的杨某挖树，以实

现窃取树木的目的，该行为与罗某自行窃取树木的行为并无二致，故罗

某的行为构成盗窃罪。

编写人：江苏省无锡市锡山区人民法院 王万钰 张建华

44 通过受害人的微信给自己充话费等侵犯财产行为性

质的认定

——黄某某盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

陕西省西乡县人民法院（2018）陕0724刑初113号刑事判决书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

2018年6月28日，被告人黄某某趁其煤矿工友吴某某上工之机，使

用吴某某手机将吴某某微信支付密码修改后，通过吴某某的微信号给其

自己手机号1774925××××话费充值100元（实际支付金额99.9元），后黄

某某将该支付记录予以删除。同月30日，黄某某再次趁吴某某上工之

机，从吴某某床下箱子内钱包中找到吴某某的身份证和银行卡，使用吴

某某手机将吴某某银行卡账号绑定在其自己名为“奋斗”的微信号上，后

将吴某某身份证、银行卡放回原处。同年7月24日晚9时许，黄某某通过

从吴某某该银行卡账户中向自己微信钱包充值五笔共计2900元；26日早

7时许，黄某某再次使用同样方式从吴某某银行卡账户向自己微信钱包

充值两笔共计2550元。以上，被告人黄某某实施盗窃三次，盗窃金额合

计5549.9元，所盗金额全部被其用于个人开销。案发后，黄某某于2018

年8月14日主动到公安机关投案。审理过程中，被告人黄某某将盗窃所

得5549.9元退缴至法院。

【案件焦点】

行为人通过受害人的微信给自己充话费、给自己的微信钱包充值的

行为，构成诈骗罪还是盗窃罪。

【法院裁判要旨】

陕西省西乡县人民法院经审理认为，被告人黄某某以非法占有为目

的，采用秘密手段窃取他人财物5549.9元，数额较大，其行为已构成盗

窃罪，公诉机关指控被告人黄某某的犯罪事实清楚，证据确实充分，罪

名成立，对被告人黄某某应以盗窃罪予以刑罚处罚。被告人黄某某多次

实施盗窃，应酌情从重处罚。但被告人黄某某案发后主动投案，并如实

供述其犯罪事实，系自首，依法可从轻处罚。被告人黄某某退缴了全部

赃款，可酌情从轻处罚。对辩护人关于被告人具有自首情节并已退赃应

从轻处罚的辩护意见本院予以采纳。鉴于被告人认罪、悔罪态度较好，

宣告缓刑对其所居住社区没有重大不良影响，可适用缓刑。公诉机关和

辩护人的量刑建议适当，本院予以采纳。

陕西省西乡县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四

条、第五十二条、第六十四条、第六十七条第一款、第七十二条第一

款、第七十三条第二款、第三款，《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》第一条第一款、第三条

第一款、第十四条之规定，判决如下：

一、被告人黄某某犯盗窃罪，判处有期徒刑六个月，宣告缓刑一

年，并处罚金5549.5元；

二、被告人缴至本院的退赔款5549.9元，发还被害人吴某某。

【法官后语】

行为人在受害人不注意之际，通过受害人的微信分别给自己充话

费、给自己的微信钱包充值，数额较大，其行为的定性是本案依法裁判

的关键。行为人通过社交媒体微信实施侵害受害人的行为，虽只是借用

了微信实施犯罪，但其行为仍然是侵犯他人财物、危害社会，其本质没

有变，其行为完全符合盗窃的实质要件，构成盗窃罪，不构成诈骗罪。

盗窃罪的主体是一般犯罪主体。构成盗窃罪必须具备以下条件：（1）

行为人具有非法占有公私财物的目的。（2）行为人实施了秘密窃取公

私财物的行为。秘密窃取，是指采用不易被财物所有人、保管人或者其

他人发现的方法，将公私财物占为己有的行为，如溜门撬锁、挖洞跳

墙、潜入他人室内、掏兜割包、利用网络技术窃取等。秘密窃取是盗窃

罪的重要特征，也是区别其他侵犯财产罪的主要标志。（3）盗窃的公

私财物数额较大的，或者多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃

的。数额较大，是盗窃行为构成犯罪的基本要件。如果盗窃的财物数额

较小，一般应当依照治安管理处罚法的规定予以处罚，不需要动用刑

罚。但对于一些特定的盗窃行为，只要实施了该盗窃行为，即使达不到

数额较大的条件，因该行为本身的社会危害性，也规定其构成犯罪。如

本案的黄某某就是多次实施盗窃受害人吴某某财物。

编写人：陕西省西乡县人民法院 程谞涛

45 微信盗刷行为的性质认定

——易某某盗窃案

【案件基本信息】

1.裁定书字号

广东省广州市中级人民法院（2018）粤01刑终1779号刑事裁定书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

2016年12月起，被告人易某某在广州市黄埔区××大道××号××梯××

房内编写手机android系统的木马程序，后将该木马植入其他应用程序后

发布到网上的“机锋论坛”“木蚂蚁论坛”等供用户下载。当用户下载该应

用后，被告人易某某便通过后台盗取用户的微信账户和密码。随后，将

微信账户中的零钱以及其绑定的银行卡内的资金用于网上消费或在境外

赌博网站进行赌博，进而将资金据为己有。其中，盗窃既遂人民币

68814.28元，因被害单位广州腾讯科技有限公司（以下简称腾讯公司）

拦截，盗窃未遂人民币4233元。

2017年3月16日，公安机关在上址将被告人易某某抓获，并在其住

处内缴获电脑、手机、身份证件、银行卡、U盾等作案工具（经鉴定，

被告人易某某用于作案的他人居民身份证中，“陈某某”的证件属假

证，“朱某某”“刘某甲”“潘某某”的证件属真证。在其住处查获的电脑

中，经提取鉴定后认定其中的某些应用软件具有获取微信的账号、密

码、支付密码并上传服务器等功能）。

案发后，被害单位腾讯公司先行赔付其中14名被害人的部分款项共

计人民币41722元。

被告人易某某对公诉机关指控的犯罪事实无异议，辩解其只构成盗

窃罪，不构成信用卡诈骗罪，并表示愿意退赃。

辩护人的主要辩护意见：1.对公诉机关指控被告人易某某的犯罪事

实没有异议，但认为被告人易某某的行为只构成盗窃罪。因本案被告人

仅具有盗窃的主观故意，不能认定其构成信用卡诈骗罪。2.本案盗窃金

额为7万多元，按照法律规定，应在三年以下有期徒刑的幅度内量刑。

【案件焦点】

微信盗刷行为应构成盗窃罪还是信用卡诈骗罪。

【法院裁判要旨】

广东省广州市黄埔区人民法院经审理认为，公诉机关指控被告人易

某某犯盗窃罪的事实清楚、证据确实、充分，惟指控其构成信用卡诈骗

罪不当。本案被告人易某某利用被害人手机中了木马病毒后窃取到被害

人的微信登录账户、密码及支付密码。该支付密码是被害人通过微信绑

定银行卡而设定的。支付密码不是银行卡密码，其发出的指令是针对腾

讯公司。腾讯公司收到该指令后，向银行发出，银行根据之前的绑定协

议，最终完成支付。在此过程中，实际上作出错误认识的是腾讯公司，

银行并没有被骗，不存在认识错误。故被告人易某某的行为妨害的是腾

讯公司的管理秩序，而非金融管理秩序。因此，被告人易某某仅构成盗

窃罪。被告人易某某及其辩护人认为其只构成盗窃罪的辩解及辩护意

见，予以采纳。

广东省广州市黄埔区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百

六十四条、第二十三条第一款、第六十七条第三款、第六十四条、第五

十二条、第五十三条第一款以及《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》第一条第一款及第二款、

第十二条第二款、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、第五条、第八条，作出如下判决：

一、被告人易某某犯盗窃罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币

二万元；

二、没收公安机关扣押的组装电脑1台（含主机和显示器）、组装

电脑主机1台、三星牌C5200手机1台、三星牌G5810手机2台、华为牌手

机1台、红米2A手机1台、中国工商银行卡（卡号：

6212263602078××××××）1张、“陈思某”身份证1张、中国建设银行卡1

张（卡号：6217003320041××××××）及U盾1个；

三、责令被告人易某某于本判决发生法律效力第二日起十五日内一

次性退赔被害单位广州腾讯科技有限公司人民币41722元、退赔被害人

徐某某人民币680元、退赔被害人陈某人民币10000元、退赔被害人汪某

人民币2000元、退赔被害人谭某人民币6400元、退赔被害人杨某某人民

币880元、退赔被害人李某某人民币1000元、退赔被害人刘某乙人民币

1300元、退赔被害人孟某人民币4734.88元、退赔被害人段某某人民币

11.4元、退赔被害人吕某某人民币130元。

宣判后，被告人易某某对一审判决的事实认定和量刑均没有异议，

但因退赃问题仍坚持提出上诉。在二审法院审理过程中，被告人易某某

申请撤回上诉。

广东省广州市中级人民法院经审理认为，原判认定被告人易某某犯

盗窃罪的事实清楚，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。被告人易某某申请撤回上诉的要求符合法律规定，

应予准许。

广东省广州市中级人民法院依照《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、第三百零八条的

规定，裁定如下：

准许上诉人易某某撤回上诉。

【法官后语】

本案的难点在于微信盗刷行为的定性问题，即该行为构成盗窃罪还

是信用卡诈骗罪的问题。

1.盗窃罪和信用卡诈骗罪的构成要件分析

从主体上看，两罪均要求犯罪主体是一般主体，即被告人已达到刑

事责任年龄、具有刑事责任能力。

从主观方面上看，两罪均要求行为人具有非法占有的主观故意。

从客体上看，信用卡诈骗罪侵犯的客体是复杂客体，既表现为对国

家有关金融票证管理制度的侵犯，具体而言就是对信用卡管理制度的侵

犯，同时也表现为对银行及与信用卡相关关系人的财产所有权的侵犯。

该罪的犯罪对象仅针对信用卡这一特定的对象。而盗窃罪侵犯的客体是

公私财物的所有权，犯罪对象是公私财物。

从客观方面上看，信用卡诈骗罪在客观上表现为使用伪造的信用

卡，使用以虚假身份证明骗领的信用卡，使用作废的信用卡，或者冒用

他人信用卡，或者利用信用卡恶意透支，诈骗公私财物，数额较大的行

为。该罪要求必须有使用信用卡并实施了诈骗的行为。而盗窃罪在客观

方面则主要表现为行为人秘密窃取公私财物，数额较大，或者多次盗

窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃的行为。该罪强调行为人是以秘密

窃取的方式取得财物。两罪在客观方面的表现有明显区别。

2.本案的犯罪构成分析

本案中被告人实际上分别针对被害人的微信钱包零钱及微信钱包绑

定的银行卡资金实施了非法占有的犯罪行为。公诉机关分别指控被告人

针对被害人的微信钱包零钱实施的盗刷行为构成盗窃罪，指控被告人针

对被害人的微信钱包绑定的银行卡资金实施的盗刷行为构成信用卡诈骗

罪。而被告人及辩护人的辩解辩护意见则认为本案仅构成盗窃罪。

从犯罪客体来看，被告人针对被害人的微信钱包零钱实施的盗刷行

为仅侵犯了被害人的财产利益；从客观方面来看，被告人利用木马程序

通过后台盗取被害人的微信账户和密码后，以平和隐蔽、不为人知的秘

密手段，将被害人微信钱包零钱里的资金用于网上消费或在境外赌博网

站进行赌博，进而将资金据为己有，实现了财产的所有权转移，系秘密

窃取他人财物的盗窃行为，符合盗窃罪的客观构成。故被告人针对被害

人的微信钱包零钱实施的盗刷行为明显构成盗窃罪。

同样地，被告人针对被害人的微信钱包绑定的银行卡资金实施的盗

刷行为亦应构成盗窃罪。有观点认为，本案中被告人非法取得的财物实

际上就是被害人银行账户中的资金，其行为实际上是冒用他人信用卡实

施诈骗的行为。诚然，被害人的银行账户确实因为被告人的犯罪行为而

遭受损失，但是被害人直接受损的并非银行账户，而是微信支付账户，

只是这个微信支付账户刚好绑定了银行卡账户而已。因此，此种盗刷行

为实际上仍然针对被害人的财产利益，而非对国家有关金融票证管理制

度的侵犯，其犯罪对象并非针对信用卡。再看本案的客观方面，如前文

所述，被告人实际上仍然系实施了秘密窃取他人财物的盗窃行为，同样

应构成盗窃罪。

综上，利用微信支付密码实施的微信盗刷行为应构成盗窃罪。

编写人：广东省广州市黄埔区人民法院 黎小燕

46 骗取他人银行卡号及密码以窃取他人财物行为性质

的认定

——李某盗窃案

【案件基本信息】

1.裁定书字号

陕西省安康市中级人民法院（2018）刑终字第107号刑事裁定书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

被告人李某与被害人王某富系姨表兄弟关系，2017年12月10日，被

告人李某以平利农商银行广佛支行通知王某富修改银行卡密码为由，骗

取王某富银行卡及密码。当日被告人李某即持王某富银行卡在平利县广

佛镇邮政银行ATM机上，请谌某军帮忙，分三次取走王某富现金8000

元。所得赃款用于日常生活支出。2018年1月23日，王某富发现银行卡

内资金减少，向公安机关报案。归案后，被告人李某将赃款8000元退还

给王某富。案件在审理中，王某富书面谅解了被告人的行为。

【案件焦点】

盗窃信用卡犯罪中，被告人李某骗取他人银行卡号及密码以窃取他

人财物，如何区分盗窃罪与诈骗罪、信用卡诈骗罪的定性。

【法院裁判要旨】

陕西省平利县人民法院经审理认为，被告人李某以非法占有为目

的，采取秘密手段窃取他人财物，数额较大，其行为己构成盗窃罪，公

诉机关指控被告人李某犯罪事实清楚、证据确实充分、罪名准确，予以

支持。案发后，被告人自愿认罪，积极退缴赃款，认罪、悔罪态度较

好，可依法从轻处罚。被告人与被害人系近亲属关系，案发后获取了被

害人的书面谅解，可酌情从宽处罚。被告人一贯表现较好，初次犯罪，

亦可酌情对被告人从轻处罚。为维护社会治安秩序，保护公民合法财产

不受侵犯，根据本案被告人李某的犯罪事实、犯罪性质、情节和犯罪对

于社会的危害程度，依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四条、第

五十二条、第六十四条、第六十一条，《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》第八条之规定，作

出如下判决：

一、被告人李某犯盗窃罪，单处罚金人民币5000元；

二、被告人李某盗窃所得赃款8000元予以追缴并返还给被害人王某

富。

陕西省平利县人民检察院不服一审判决提起抗诉。

陕西省安康市中级人民法院经审理认为：原审被告人李某以平利农

商银行广佛支行通知王某富修改银行卡密码为由，骗取王某富银行卡，

并利用其知晓的密码，采用秘密窃取的方式，在ATM取款机取走王某

富现金8000元，其行为已构成盗窃罪，应依法惩处。对检察机关关于被

告人的行为应构成信用诈骗罪的支持抗诉意见和辩护人关于被告人行为

应构成诈骗罪的辩护意见，经查，被告人李某骗取他人银行卡并冒用的

行为，目的是窃取他人财产，骗取银行卡只是盗窃他人财物的手段，是

为了秘密窃取他人卡里的存款，而非用于信用卡诈骗活动，故其行为依

法应构成盗窃罪，而非信用卡诈骗罪或诈骗罪。对检察机关的支持抗诉

意见和辩护人关于被告人行为定性的辩护意见不予支持。关于抗诉机关

提出的抗诉意见，经查，被告人与被害人是姨表兄弟，不属于《中华人

民共和国刑事诉讼法》规定的“近亲属”的范围，原审援引《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》

第八条确有不当。对抗诉机关此点抗诉意见，予以支持。但本案被告人

与被害人系亲戚关系，案发后被告人自愿认罪，积极退缴赃款，认罪、

悔罪态度较好，且已取得被害人的书面谅解，可依法从轻处罚。原审对

其定罪正确，量刑适当，故对抗诉机关的其他抗诉意见不支持。关于辩

护人请求对被告人从轻处罚的辩护意见，经查，原判已经考虑被告人系

初犯偶犯，认罪态度较好，案发后退赔退赃，且已经取得被害人谅解等

情节，对其从轻处罚，故此辩护意见不予采纳。

陕西省安康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[[9]第](#p398)一款第一项之规定，作出如下裁定：

驳回抗诉，维持原判。

【法官后语】

本案被告人骗取他人信用卡，并且以秘密的方式在ATM机上盗取

现金8000元。对此控辩双方均无异议，但关于被告人行为的定性，审判

实践中经常有分歧。

1.第一种意见：被告人的行为应当构成信用卡诈骗罪，理由如下：

（1）《刑法》第一百九十六条规定：有下列情形之一，进行信用

卡诈骗活动，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元

以上二十万元以下罚金……该条第三项就规定了“冒用他人信用卡的”。

（2）《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》第五条规定：“……刑法第一

百九十六条第一款第三项所称‘冒用他人信用卡’，包括以下情形：……

（二）骗取他人信用卡并使用的……”。

2.第二种意见：本案应当定性为盗窃罪，而不是信用卡诈骗罪，笔

者持此种观点，理由如下：

（1）从法条的规定来看，《刑法》第一百九十六条规定“有下列情

形之一，进行信用卡诈骗活动，数额较大的”，构成信用卡诈骗罪，也

就是说，构成信用卡诈骗罪必须符合三个条件：①符合四种情形之一；

②进行诈骗活动；③数额较大。而本案被告人虽然骗取了他人的银行

卡，但只是盗取了现金，并未进行诈骗活动。《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》第五条只是对《刑法》第一百九十六条规定的“冒用他人信用卡”的

解释，并未对入罪条件做进一步解释。

（2）从被告人的犯罪手段和行为方式来看，盗窃罪是以他人持有

的财物为侵犯对象，即以秘密窃取的方法将他人持有的财物转移到行为

人实际控制之下。而诈骗罪，是以虚构事实或隐瞒真相的方式，使他人

看起来好像是“自愿”交付财物。本案中，李某取得他人银行卡确实是骗

取，但取得银行卡并不是其最终目的，而只是其取得他人财物的手段行

为，其最终目的是获得被害人卡内的现金，其取得被害人财物的方式，

是通知秘密盗取的方式，在被害人并不知晓的情况下，在ATM机上取

款8000元，该行为符合盗窃罪“秘密窃取”的客观要件，而不符合信用卡

诈骗罪要求的“进行诈骗活动”的定罪要求。更不符合诈骗罪的“自愿交

付”的条件。

（3）从被告人的犯罪行为侵犯的客体来看，盗窃罪是单一客体，

被告人侵犯的只是被害人的财物所有权。而信用卡诈骗罪是双重客体，

行为人往往既侵犯了被害人的财产所有权，又侵犯了金融票证管理秩

序。而本案中，被告人的行为只侵犯了被害人的财物所有权，银行的财

物和管理秩序并没有受到侵害。

编写人：陕西省安康市中级人民法院 张晔

47 履行职务完成后被告人“顺手牵羊” 行为的认定

——余志某盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区隆安县人民法院（2018）桂0123刑初120号

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

被告人余志某系隆安县甲机动车检测有限责任公司清障施救队（以

下简称公司）队长，2018年3月18日12时许，其与队员雷兆某接到公司

交给的任务，开拖车到百色往南宁方向高速公路一交通事故现场，将一

辆车牌为云D83×××的事故货车拖到隆安县甲机动车检测站的涉案车辆

停车场停放。当天中午12时42分到达停车场后，被告人与雷兆某两人即

下车解开固定在拖车叉与事故车辆前桥上的铁链，收起拖车的车叉，将

拖车与事故车辆分开。在收起拖车叉的过程中，余志某爬上事故车辆副

驾驶偷走死者范先某遗留在副驾驶室里的一个装有现金57000元的挎

包，并将挎包藏放在拖车的驾驶室里。卸车后，余志某将拖车开到检测

站的拖车停车区停放，之后，将挎包里的现金57000元取走，并拿到城

厢镇宝塔村“长岭”（地名）自家养鸡场里的一间房屋内藏放。事后，死

者家属报警，公安机关通过查看检测站监控，锁定拖车公司余志某、雷

兆某为嫌疑人，遂叫检测站负责人胡稻某电话通知余志某、雷兆某到检

测站，余志某、雷兆某接到电话后立即赶往检测站，民警即传唤余志

某、雷兆某两人到隆安县公安局接受调查，余志某向公安机关如实供述

其犯罪事实，随后将57000元退还给受害人家属。

另查明，《道路交通事故处理程序规定》规定，交通警察勘验事故

现场完毕后，应当清点并登记现场遗留物品。现场遗留物品能够现场发

还的，应当现场发还并做记录；现场无法确定所有人的，应当妥善保

管，待所有人确定后，及时发还。本案涉及的交通事故发生后，南宁市

公安局交通警察支队高速公路一大队即派交警苏某等人到现场处理，其

对车牌为云D83×××的事故货车进行了清理、收集并拍照保存，除了装

有2000多元的钱包外，并未发现有其他物品。交警将财物登记后，带回

交警大队保管，随后发还给死者家属。任何拖车队及停车场均无权保管

故障车辆上的物品。

【案件焦点】

被告人余志某在履行职务完成后，“顺手牵羊”的行为应定性为盗窃

罪还是职务侵占罪。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区隆安县人民法院经审理认为：被告人余志某以非法

占有为目的，利用工作便利秘密窃取他人财物，共计57000元，数额巨

大，其行为已构成盗窃罪，公诉机关指控被告人犯盗窃罪的犯罪事实清

楚、证据确实充分，指控罪名成立。对被告人及辩护人提出被告人应当

构成职务侵占罪，而非盗窃罪的辩护意见，经查，发生交通事故时，由

交通警察勘验事故现场，清点并登记现场遗留物品；公司无权处理事故

车上的财物，其职责仅是将事故车拖回停车场，保管车辆。是故被告人

将他人财产占为己有并非利用职务之便，对被告人及辩护人关于本案应

定性为职务侵占罪的意见，本院不予采信。被告人到案后能如实供述自

己的罪行，依法可以从轻处罚；被告人已经退回被害人的全部经济损

失，可以酌情从轻处罚；本案中，被告人窃取他人财物系临时起意，应

与一般蓄谋已久的盗窃有所区别，且其已经将涉案款项如数退还给被害

人，鉴于被告人犯罪情节较轻，有明显的悔罪表现，没有再犯罪的危

险，同时经隆安县司法局对被告人进行缓刑调查评估，认为其适合社区

矫正，可以对其适用非监禁刑，宣告缓刑对其所居住社区没有重大不良

影响，本院决定对被告人从轻处罚，并宣告缓刑。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、第六十一条、第

六十二条、第六十七条第三款、第七十二条、第七十三条以及《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》第一条、第十四条之规定，判决如下：

被告人余志某犯盗窃罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年，并处罚金

五千元。

判决后，被告人表示服从判决，不上诉；公诉机关亦不抗诉，案件

已经发生法律效力。

【法官后语】

本案中，对于行为人的职务、职权范围，事故发生后交警的处理范

围，各方并无争议。本案争议的焦点在于被告人在履行职务完成后，顺

手牵羊的行为应定性为盗窃罪还是职务侵占罪。根据我国《刑法》第二

百六十四条、第二百七十一条的规定，盗窃罪与职务侵占罪的主要区别

在于被告人是否利用职务上的便利将财物占为己有，若是，则构成职务

侵占罪，若不是，则构成盗窃罪。综合本案证据，笔者认为本案中被告

人的行为构成盗窃罪。主要理由如下：

1.盗窃罪与职务侵占罪有以下几个明显的区别：首先，盗窃罪是以

秘密窃取的方式实施犯罪，行为人在主观上自认为不会被他人发现，而

职务侵占罪的行为人主观上不需要以此方式实施，不论秘密与否。其

次，盗窃罪侵犯的对象是他人占有的财物，即该财物系他人实际支配

的，而职务侵占罪侵犯的对象系行为人能够实施保管、处分的财物。最

后，职务侵占罪的主体是特定人员，具有一定的职务便利，而盗窃罪的

主体没有这方面的限制。

2.本案中，发生交通事故时，由交通警察勘验事故现场，清点并登

记现场遗留物品，因车上人员已经死亡，故清点的物品暂时由交通警察

保管；而公司并没有权利处理事故车上的财物，其职责仅是将事故车拖

回停车场，保管车辆。该事实有《道路交通事故处理程序规定》、广西

坛百高速公路有限公司（甲方）与隆安县甲机动车检测有限责任公司

（乙方）签订排障施救委托协议书、证人南宁市公安局交通警察支队高

速公路一大队分管事故处理副大队长苏某的证言、证人隆安县甲机动车

检测有限责任公司负责人胡稻某的证言等证据予以证实。

3.所谓的职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用

职务上的便利，将本单位的财物非法占为己有，数额较大的行为。其客

观方面表现为行为人是利用职务上的便利，而职务上的便利，是指本人

的职权范围内，或者因执行职务而产生的主管、经手管理单位财物的便

利条件。本案中，行为人并没有保管事故车辆上的物品的职务，且其系

已将事故车辆拖到停车场后，才发现涉案钱包并秘密窃取，并非在运输

事故车的过程中发现并窃取的，其拖车的职务行为已经完成，因此其行

为不构成职务侵占罪。本案应当定性为盗窃罪。

编写人：广西壮族自治区隆安县人民法院 李常增

48 公司员工窃取公司财物应认定盗窃罪还是职务侵占

罪

——黄某、李某某盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区防城港市防城区人民法院（2018）桂0603刑初239

号刑事判决书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

被告人李某某是广西某日化有限公司仓库管理员，负责原料松节

油、煤、酒精、醋酐的过磅、进出仓；被告人黄某是该公司门卫。二被

告人经共同商议窃取该公司松节油变卖，由黄某负责在3点至6点值守夜

班时关闭公司值班室监控并电话通知李某某，由李某某负责找三轮车到

公司拉松节油运送出去存放，后再由李某某找货车将松节油拉到南宁变

卖。2017年8月至10月期间，二被告人按照上述方式多次盗窃该公司松

节油变卖得款约67200元，赃款二人平分。

2017年12月14日，公安机关在某公司值班室将被告人黄某抓获归

案，在该公司仓库将被告人李某某抓获归案。

【案件焦点】

1.公司员工窃取公司财物变卖，应认定是盗窃罪还是职务侵占罪；

2.本案窃取数额如何认定。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区防城港市防城区人民法院经审理认为，关于本案盗

窃数额的问题。首先，公诉机关指控二被告人盗窃的松节油数量，是根

据被害单位广西某日化有限公司提供的仓单、过磅单等票据，按照进货

吨数扣减售出、车间领用、盘点剩余数量等计算而得，但据此并不能认

定公司缺失的油量全部为二被告人所盗窃，故不能排除其他合理怀疑而

得出唯一性结论。其次，关于辩护人提出根据通话记录、监控视频及言

词证据相重叠部分计算盗窃次数，进而根据油桶可盛吨数计算数量的意

见。经查，言词证据涉及的盗窃次数不能相互吻合，且被告人供述油桶

并未装满，按照侦查实验得出的油桶吨数计算并不客观、严谨，故按照

辩护人的意见也不能查实盗窃的数量。对公诉机关提交的侦查实验笔录

与本案关联性不大，本院不予采纳。第三，赃物销赃后无法追回，不能

进行实物鉴定，被害单位也不能提供被盗松节油的状态品质，故公诉机

关提交的价格鉴定不客观，本院不予采纳。综上，根据疑点利益归于被

告人原则，应以二被告人供述的销赃价款认定本案盗窃金额，故本院认

定二被告人盗窃某公司松节油数额约为67200元。

被告人黄某、李某某以非法占有为目的，结伙多次秘密窃取他人财

物，数额巨大，其行为构成盗窃罪。公诉机关指控的罪名成立。关于李

某某的辩护人提出本案应定性为职务侵占罪的意见。经查，二被告人虽

是被害单位员工，但均不具备对某公司的松节油进行管理、控制、支配

的权利。二被告人仅是利用了自己熟悉的工作环境进行盗窃，且被盗的

松节油并未存储在密封地点，而是存储于露天油罐中且未上锁，只需用

手扳开油罐开关接上油管便可灌油。因此二被告人在本案中的行为不属

于利用职务便利。对辩护人的上述辩护意见，本院不予采纳。在共同犯

罪中，黄某、李某某事先通谋达成共同犯意，相互配合，李某某负责运

输变卖松节油、黄某负责关闭监控、打开大门望风，事后二人平分赃

款，二被告人均起主要作用，均系主犯，依法应按照其所参与的全部犯

罪处罚。辩护人提出李某某是从犯的辩护意见，本院不予采纳。黄某当

庭翻供否认其具有非法占有为目的的故意，不构成坦白。李某某到案后

如实供述犯罪事实，是坦白，依法可以从轻处罚。黄某、李某某的犯罪

行为给被害人造成的经济损失尚未返还，应予退赔。

广西壮族自治区防城港市防城区人民法院依照《中华人民共和国刑

法》第二百六十四条，第二十五条第一款，第二十六条第一款、第四

款，第五十二条，第五十三条，第六十四条，第六十七条第三款之规定

作出如下判决：

一、被告人黄某犯盗窃罪，判处有期徒刑三年十个月，并处罚金人

民币二万元；

二、被告人李某某犯盗窃罪，判处有期徒刑三年八个月，并处罚金

人民币二万元；

三、责令被告人黄某、李某某退赔人民币六万七千二百元给被害单

位广西某日化有限公司。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对二被告人窃取公司财物的行为如何定罪，

窃取财物的数额如何认定。

辩护人提出二被告人窃取公司财物的行为构成职务侵占罪。从犯罪

的主体及所依托的身份、职务关系以及在犯罪过程中所体现的犯罪行为

看，李某某是公司的仓库管理员，其工作职责是负责管理松节油及过

磅、进出仓；黄某是公司的保安，其工作职责是掌管公司大门的进出权

限、监控设备的管理，掌握重点要害部位和设施布局情况。二人均是公

司的工作人员，利用各自的职务之便，相互配合，窃取本单位财物，构

成职务侵占罪。

法院审理认为，二被告人虽是被害单位员工，但均不具备对公司的

松节油进行管理、控制、支配的权利。二被告人仅是利用了自己熟悉的

工作环境进行盗窃，且被盗的松节油并未存储在密封地点，而是存储于

露天油罐中且未上锁，只需用手扳开油罐开关接上油管便可灌油。因此

二被告人在本案中的行为不属于利用职务便利，而是构成盗窃罪。

关于窃取财物数额的问题。辩护人提出根据通话记录、监控视频及

言词证据相重叠部分计算盗窃次数，进而根据油桶可盛吨数计算数量的

意见，法院认为言词证据涉及的盗窃次数不能相互吻合，且被告人供述

油桶并未装满，按照侦查实验得出的油桶吨数计算并不客观、严谨，故

按照辩护人的意见也不能查实盗窃的数量。赃物销赃后无法追回，不能

进行实物鉴定，被害单位也不能提供被盗松节油的状态品质，故公诉机

关提交的价格鉴定不客观。综上，从有利于被告人的角度考虑，应以二

被告人供述的销赃价款认定本案盗窃金额约为67200元。

编写人：广西壮族自治区防城港市防城区人民法院 陈家恩

49 采用破坏性手段盗窃财物的行为如何认定

——王某、吴某盗窃、故意毁坏财物案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省达州市达川区人民法院（2018）川1703刑初号刑事判决书

2.案由：盗窃罪、故意毁坏财物罪

【基本案情】

1.2018年3月24日凌晨3点左右，被告人王某、吴某行至通川区凉水

井街××号巷子梦园春附近，趁无人经过之机盗得被害人朱某车牌号为

×××的红色山羊牌踏板摩托车一辆。其后，二人将摩托车推到通川区金

沙滩何四娃旅馆楼下，同年4月15日在通川区大观园摩托车门市将该摩

托车龙头锁更换。经鉴定，被盗摩托车价值1762.8元。

2.2018年4月17日凌晨，被告人王某、吴某驾驶盗得的红色山羊牌

踏板摩托车，从通川区金沙滩何四娃旅馆出发至达川区南外城区寻找作

案目标，用平口起子撬毁19辆轿车车窗，并在5辆车（被害人分别为丁

某、张某、肖某、王某甲、邵某）内窃得了财物，盗窃财物价值共计

14592.42元，所损毁的5辆车的车窗玻璃价值4315元；其余14辆车内均

因无财物而未能窃得任何财物，所毁坏的14辆车的车窗价值共计

7001.03元。

3.2018年4月13日3时许，被告人王某潜入巴中市中心医院15楼寻找

盗窃目标，趁被害人赵某熟睡之机将被害人赵某放在84号病床（系其母

亲的病床）上的红色提包内的一部灰色VIVO-Y66i手机和该红色小提包

（内有一张邮政储蓄银行卡）盗走，随后逃离作案现场。被告人王某盗

得上述财物后，将红色小提包连同包内的其他东西一并扔进巴河里，然

后乘坐出租车到了巴中市巴州区江北大道甲宾馆附近的中国银行自动取

款机，从银行卡里面盗走现金共计15100元，后将盗得的15100元全部用

于“炸金花”赌博输掉。经鉴定，被盗灰色VIVO-Y66i手机价值970元。

4.2018年3月31日凌晨2时许，被告人吴某乘坐出租车前往被害人杨

某在巴中市巴州区南坝社区南龛坡半山腰修建的一栋别墅外，通过攀爬

院外的树木进入该别墅院墙内，潜入别墅二楼实施盗窃，在该别墅二楼

楼梯口附近的房间内盗走一个黑色夹包（内有证件）和1000元现金后原

路返回，并将黑色夹包及包内证件丢弃。

【案件焦点】

关于被告人王某、吴某采取破坏车窗的方式实施盗窃行为，盗窃过

程中未取得财物的，是否应当认定为故意毁坏财物罪。

【法院裁判要旨】

四川省达州市达川区人民法院经审理认为，对于二被告人所提的二

人采取破坏车窗的方式实施盗窃，盗窃过程中未取得财物的，应当认定

为盗窃罪的辩解，经查，被告人王某、吴某为盗取车内财物，以砸车窗

的方式破坏了19辆轿车的车窗，在5辆车内窃得了财物，其余14辆车内

均因无财物而未能窃得任何财物。二被告人基于盗窃财物的犯罪目的，

实施了砸坏车窗和盗窃财物两个行为，即以破坏车窗为手段实施了14次

盗窃行为，应当成立盗窃罪和故意毁坏财物罪的牵连犯。但鉴于车内均

无财物或者无有价值的财物，未达到盗窃罪的“数额较大”入罪标准，故

二被告人实施的14次砸窗盗窃行为均不构成盗窃罪。但由于二被告人主

观上有毁坏财物的故意，客观上也实施了毁坏财物的行为，且造成了损

坏车窗的法益侵害后果，毁坏的车窗价值共计7001.03元，故对于这14

次犯罪行为，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》第十一条第一款第三项的规定，应认定

为故意毁坏财物罪。

依照《中华人民共和国刑法》第二百六十四条、第二百七十五条、

第二十五条、第六十一条、第六十四条、第六十五条第一款、第六十九

条第一款、第六十七条第三款及《最高人民法院、最高人民检察院关于

办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第十一条之规定，作出如

下判决：

一、被告人王某犯盗窃罪，判处有期徒刑二年十个月，并处罚金人

民币二万元；犯故意毁坏财物罪，判处有期徒刑六个月；决定执行有期

徒刑二年十一个月，并处罚金人民币二万元；

二、被告人吴某犯盗窃罪，判处有期徒刑一年五个月，并处罚金人

民币一万元；犯故意毁坏财物罪，判处有期徒刑六个月；决定执行有期

徒刑一年六个月，并处罚金人民币一万元；

三、责令被告人王某退赔被害人赵某人民币16070元，责令被告人

吴某退赔被害人杨某人民币1000元，同时责令被告人王某、吴某共同退

赔被害人丁某人民币400元，退赔被害人张某人民币25元，退赔被害人

肖某人民币300元；

四、公安机关扣押的其他物品，由达州市公安局达川区分局依法处

理。

【法官后语】

破坏车窗盗窃车内财物的犯罪行为在我国司法实践中较为常见，该

行为规定在《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》（以下简称《解释》）第十一条，属于“采用

破坏性手段盗窃财物”的行为。但是对该类行为如何认定，在司法实践

中却大相径庭，有按照盗窃罪一罪从重处罚的，有单独按照盗窃罪定罪

处罚的，还有如本案例中的做法——按照故意毁坏财物罪和盗窃罪数罪

并罚的；究其根本在于，法官对于《解释》的理解不同。因此，有必要

规范和统一该类行为的定罪量刑问题。

根据《解释》第十一条之规定，对破坏性盗窃行为有三种处理模

式：

第一种情形规定在《解释》第十一条第一项：即“采用破坏性手段

盗窃公私财物，造成其他财物损毁的”，对该情形通常只需“以盗窃罪从

重处罚”即可。但在该解释的后半句作出了补充规定，即具有造成财物

毁损结果的破坏性盗窃行为，“同时构成盗窃罪和其他犯罪的”，不能直

接认定为盗窃罪，而应当“择一重罪从重处罚”。此种破坏性盗窃行为在

处断结果上应当是一罪，对其他罪行的否定性评价只需要在刑罚后果中

体现即可。

第二种情形规定在《解释》第十一条第二项：即“实施盗窃犯罪

后，为掩盖罪行或者报复等，故意毁坏其他财物构成犯罪的”，对该情

形应当“以盗窃罪和构成的其他犯罪数罪并罚”。司法实践的经验表明，

犯罪行为人在实施盗窃犯罪后，除对所窃取财物的销赃行为外，还可能

伴有基于报复或者毁灭罪证等目的的毁坏其他财物的行为，这种盗窃后

的毁坏行为属于独立于盗窃行为之外的其他犯罪行为。此种情形下犯罪

行为人实施了多个犯罪行为，触犯数个罪名，属于实质的数罪，应当数

罪并罚。但需要注意的是，办案法官应将此与事后不可罚的行为相区

别，从而防止错判漏判。

第三种情形规定在《解释》第十一条第三项：即“盗窃行为未构成

犯罪，但损毁财物构成其他犯罪的”，对该情形应当“以其他犯罪定罪处

罚”。这一规定旨在说明，当实施以盗窃作为手段的犯罪时，应当全面

评价盗窃行为的法律属性；并且，在犯罪行为达不到盗窃类型犯罪的入

罪标准时，若盗窃过程中的毁损行为符合其他罪名的犯罪构成，应当以

罪刑法定为基本原则，不能仅从犯罪目的上主观归罪。

结合本案来看，王某、吴某的采用破坏性手段（砸车窗）盗窃车内

财物，同时造成车窗的损毁，但鉴于车内并无其他财物可供盗窃，在该

情形下二被告人的行为不构成盗窃罪，故不宜适用《解释》第十一条第

一项的规定，而应该适用第十一条第三项的规定，在盗窃行为不构成犯

罪，但损毁财物行为构成其他犯罪的情况下，以故意毁坏财物罪对二被

告人定罪处罚。

编写人：四川省达州市达川区人民法院 廖娇

50 持卡人将已出售的信用卡内钱款非法占为己有行为

性质的认定

——宋志某等盗窃案

【案件基本信息】

1.裁定书字号

北京市第二中级人民法院（2018）京02刑终221号刑事裁定书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

1.2017年2月，被告人宋志某用自己的身份信息办理了一张尾号

9088、户名为宋志某的工商信用卡，后伙同张甲将该卡卖给他人；3月5

日，北京某仪市政工程有限公司财务孙某某因被诈骗将人民币168万元

打入尾号8879、户名为李某某的账号内；3月6日，该笔赃款中的人民币

30万元从李某某账号转移到上述宋志某的工商信用卡内；同日，被告人

宋志某到北京市昌平区工商银行昌平支行将该卡挂失、补办；次日，被

告人宋志某在北京市丰台区赵公口工商银行将该卡销户；被告人宋志某

分多次从卡内取款人民币30万元。

2.2017年3月5日，被告人宋志某陪同杨某某在北京市朝阳区农业银

行望盛园支行，以杨某某的身份信息办理了一张尾号9778、户名为杨某

某的农业信用卡，杨某某以人民币200元的价格将该卡卖给宋志某。后

宋志某伙同张甲、朱某将该信用卡卖给他人；3月7日，谭某某因受骗将

人民币38400元打入他人提供的上述杨某某的农业信用卡内；3月8日，

杨某某接到宋志某的通知后，伙同张甲、朱某在北京市密云区农业银行

行宫支行将该卡挂失、补办，后将卡内余额人民币共计2.8万余元分多

次取出，三人分赃后将该卡销户。

【案件焦点】

持卡人将已出售的信用卡内钱款非法占为己有，行为性质如何认

定。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为，被告人宋志某、张甲、朱某、

杨某某以非法占有为目的，采取秘密手段盗窃他人财物，被告人宋志

某、张甲盗窃他人财物，数额巨大，被告人朱某、杨某某盗窃他人财

物，数额较大，其行为均已构成盗窃罪，应予处罚。北京市丰台区人民

检察院指控被告人宋志某、张甲、朱某、杨某某犯盗窃罪的事实清楚，

证据确实充分，罪名成立。鉴于被告人张甲曾因故意犯罪被判处有期徒

刑以上刑罚，在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，故对其予以从重处罚；被告人朱某之前所受的刑事处

罚，本院在量刑时酌情予以考虑；鉴于被告人张甲、朱某、杨某某到案

后能够如实供述犯罪事实，认罪态度较好，已追缴被告人宋志某、杨某

某部分违法所得，故对四名被告人均予以从轻处罚。

被告人宋志某以非法占有为目的，将信用卡卖给他人，后通过补

办、取款、销卡等方式将卡内钱款占为己有，其行为系盗窃；另，被告

人与被害人之间并无委托保管关系，且涉案财物非遗忘物或埋藏物，被

告人的行为不符合侵占罪的构成。

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，第六十一条、第六十四条之规定，作出如下判

决：

一、被告人宋志某犯盗窃罪，判处有期徒刑七年，并处罚金人民币

七千元；

二、被告人张甲犯盗窃罪，判处有期徒刑四年，并处罚金人民币四

千元；

三、被告人朱某犯盗窃罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币二

千元；

四、被告人杨某某犯盗窃罪，判处有期徒刑一年三个月，并处罚金

人民币二千元；

五、责令被告人宋志某、张甲、朱某、杨某某退赔违法所得，返还

各被害人；

六、随案移送违法所得人民币七万一千元以及在案冻结账户款项，

均并入本判决第五项执行；

七、随案移送手机、信用卡等物品，均依法予以处理。

被告人张甲、朱某、杨某某未上诉，被告人宋志某不服原审判决，

提起上诉。上诉期间，被告人宋志某撤回上诉。

北京市第二中级人民法院裁定如下：准许上诉人宋志某撤回上诉。

北京市丰台区人民法院（2017）京0106刑初1458号刑事判决自本裁定送

达之日起发生法律效力。本裁定为终审裁定。

【法官后语】

“螳螂捕蝉黄雀在后”，被告人宋志某、张甲等人的盗窃案就是一起

典型的“案中案”。宋志某、张甲等人以自己的名义申领信用卡，同时开

通网银、短信提醒等功能；后将该卡出售给其他犯罪人员；查询到涉案

信用卡有钱款进账后，立即使用本人的身份证对信用卡进行挂失、补

卡、取现、注销等操作，将卡内钱款非法占为己有。该行为应该如何定

性？

第一种观点认为，宋志某、张甲等人明知他人为实施犯罪行为而向

其购买信用卡，但仍予以提供，应当以共同犯罪论处，认定为诈骗。

第二种观点认为，宋志某、张甲等人使用自己的真实身份信息申领

信用卡，之后通过合法途径进行补卡，卡内钱款再次回归到其持有的信

用卡中，此时其将卡内钱款占为己有，并且没有将钱款归还的意思，行

为应认定为侵占。

第三种观点认为，宋志某、张甲等人虽然通过银行补办了信用卡，

但并不代表着实际用卡人将信用卡内的钱款交给宋志某等人保管，因此

宋志某、张甲等人的行为构成盗窃。

笔者同意第三种观点。盗窃、侵占、诈骗均属于侵财型犯罪，从刑

法的法条规定来看，三者区别显著。但在实际案例中，却经常出现界限

模糊的情况。以下就将结合本案例，就盗窃、代为保管的侵占、诈骗之

边界存在的一些争议问题进行探讨。

1.盗窃罪与侵占罪的关系

盗窃罪只能是盗窃他人占有的财物，对自己占有的财物不可能成立

盗窃罪；代为保管的侵占是侵占自己占有的他人财物。张明楷认为，判

断财物由谁占有、是否脱离占有，是判断行为成立侵占罪还是盗窃罪的

关键。对二者的区分，笔者认为首先应当明晰二者在构成上的区别：

（1）犯罪的主体不同。代为保管型侵占罪的行为主体必须是代为

保管他人的财物的人，或者说是他人财物的占有者；而盗窃罪为一般主

体。

（2）犯罪行为的对象不同。代为保管型侵占罪的行为对象是自己

代为保管的他人财物。代为保管是指受委托而占有，包括事实上的占有

与法律上的占有。事实上的占有，要求行为人对财物具有事实上的支配

权，不要求物理上的控制，而且此种占有应当是绝对的支配权，而非他

人占有的辅助者。法律上的占有，实质行为人虽然没有事实上占有财

物，但在法律上对财物具有支配权。例如，不动产的名义登记人，在法

律上占有该不动产。不论事实上的占有还是法律上的占有，都应当以财

物的所有权人与行为人之间存在委托关系为前提，当然，委托关系不一

定要有成文的合同，根据生活规则，事实上存在委托关系即可。盗窃行

为的对象是他人占有的财物。

（3）犯罪的前提不同。侵占罪的行为人在侵占他人财物之前，必

须已经实际持有或者控制他人财物；而盗窃罪中，行为人在实施盗窃行

为之前，被盗财物仍处于物主的实际持有或者直接控制之下，由于盗窃

者的秘密窃取行为才使被盗财物脱离物主的实际持有或者控制。

（4）犯罪目的产生的时间不同。侵占行为人非法占有的目的，发

生在实际持有或者控制他人财物之后；而盗窃行为人的不法目的，则发

生在秘密窃取他人财物之前，即行为人是为了非法占有才去实施的后续

行为。

（5）犯罪客观方面不同。侵占罪的行为，是对自己已实际持有或

者控制的他人的托管物，拒不交出或者拒不退还，从而实现非法占有，

其手段可以是秘密的，也可以是公开或者半公开的；而盗窃罪的行为则

是通过秘密手段使财物脱离所有人的控制，从而实现非法占有。

通观以上，本案中，宋志某、张甲等人对涉案信用卡中的钱款具有

法律上的占有，但其与财物所有人之间不存在委托保管的关系；且宋志

某、张甲等人非法占有的主观故意产生于办卡之前，即为了实现非法占

有而实施了开卡、卖卡等行为，故应认定为盗窃而非侵占。

另外，我国对信用卡实行实名制，即必须由本人使用自己的身份证

件申领信用卡，而且，信用卡是建立在登记持卡人的个人信用基础上

的，只有持卡人才享有信用卡内含的支付、结算、消费等金融交易功

能，按照《商业银行信用卡业务监督管理办法》的规定，信用卡仅限于

合法持卡人本人使用，持卡人不得出租或者转借信用卡及其账户，也就

是说，即使得到持卡人的同意或者授权，实际用卡人的行为也是违法

的，只不过不一定违反《刑法》而已。但在现实生活中，实际用卡人不

是持卡人的现象并不鲜见，其持有和使用信用卡，一般是取得持卡人的

同意。卡的出售、借用关系，无论合法抑或违法，一经达成，都会限制

持卡人对卡内资金的支配和控制，因此不能仅凭持卡人的身份便认为其

取得已经被出售、借出的卡内资金的控制和占有。就本案而言，被告人

宋志某、张甲等人违反信用卡的管理规定将自己的信用卡出售给他人使

用，之后密切关注卡内余额，在发现卡内进入钱款后迅速挂失、取款、

销户，后携款逃匿的行为，亦印证了上述“权限限制”原则。

本案中，被告人宋志某、张甲等人对外出售信用卡的目的就是获取

之后信用卡上可能汇入的钱款，其非法占有的目的产生于售卡（甚至是

办卡）之时，而非产生于钱款进入涉案信用卡之后；被告人将信用卡出

售给他人使用，实际用卡人将钱款汇入该卡，但实际用卡人并没有将财

产转移给持卡人占有，亦没有委托持卡人代为保管；因持卡人挂失、补

卡、取现等行为导致实际用卡人失去对卡的控制，在事实占有之前，卡

内钱款并不在持卡人的控制之下；在持卡人权利被限制的情况下，其仍

将卡内钱款秘密转移，该行为应认定为盗窃而非侵占。

2.盗窃罪与诈骗罪的关系

在司法实践中，盗窃罪与诈骗罪交错缠混。诈骗案件中经常伴有隐

蔽手段，以防止诈骗手段被轻易揭穿；而盗窃案件中也往往伴有欺诈的

行为，通过欺诈的行为可以使盗窃行为更顺利的实施，隐蔽手段和欺诈

手段可能会交叉出现。区分盗窃罪与诈骗罪的关键在于行为人是否实施

了使他人陷入错分财产的认识错误的欺骗行为，以及被害人是否基于认

识错误处分了财产。需要注意的是，实践中较为多发的“以借打手机为

名进而非法占有”的行为——被害人将手机借给行为人使用，并不是处

分手机的行为，即使行为人当时手握手机，被害人也并未将自己的手机

交付给行为人占有。

要准确对本案进行定性，首先需要解决三个方面的焦点问题：一是

被害人究竟是谁；二是行为针对的对象是什么；三是行为的性质是窃取

还是骗取。

（1）本案的直接被害人是实际用卡人。实际用卡人从宋志某、张

甲等人手中购买信用卡，其认为自己对该卡具有了控制权。之后，实际

用卡人将自己的犯罪所得转入该卡，后该卡内钱款被宋志某、张甲等人

转移。不论该卡内钱款的性质，实际用卡人的“财产”受到侵害。

（2）本案中行为针对的对象是涉案信用卡中的钱款。信用卡本身

是没有价值的，但如果掌握了信用卡的相关信息，就可以占有该银行账

户中的钱款。宋志某、张甲等人通过使用自己的身份证件，对涉案信用

卡进行了挂失、补办，之后使用新的信用卡将卡内钱款取出占为己有。

（3）从行为类型来看，宋志某、张甲等人的行为是取得型财产犯

罪，而非自愿交付型财产犯罪。众所周知，盗窃罪财产的获取是违背被

害人意愿，是行为人自己将被害人的财物取走，系取得型财产犯罪；而

诈骗罪是第三人或是被害人基于错误认识、将财产自愿交付给行为人或

行为人指定的第三人，是自愿交付型财产犯罪。本案中，实际用卡人始

终认为涉案信用卡由其本人控制，从未陷入错误认识，也从未有过将钱

款给付给被告人的意愿，因此不能认定为是诈骗罪。其钱款之所以进入

被告人的腰包，是因为被告人在实际用卡人不知情的情况下，秘密的利

用其个人身份信息对信用卡进行了挂失、补卡、取现、销卡，使实际用

卡人失去了对卡的控制，上述行为完全符合盗窃罪转移占有的法律特

征。

编写人：北京市丰台区人民法院 吴恬

51 从他人遗留于ATM机内已通过身份识别的卡上取款

的行为应如何定性

——张某盗窃案

【案件基本信息】

1.裁定书字号

江苏省常州市中级人民法院（2018）苏04刑终133号刑事裁定书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

2017年5月25日21时27分，被告人张某在常州市武进区湖塘镇八佰

伴浦发银行ATM自动存取款机上，从被害人石某遗忘在此的浦发银行

卡（卡号为62252304007×××××）上提取现金人民币5000元。案发后，

被告人张某已退出全部赃款并发还被害人。

【案件焦点】

被告人拾得的信用卡系被害人已经输好密码后遗留在ATM机中，

被告人可直接取款，该行为应该如何定性。

【法院裁判要旨】

江苏省常州市武进区人民法院经审理认为，被告人张某以非法占有

为目的，在他人遗留于ATM机内的信用卡上秘密输入取款金额并取款

人民币5000元，其行为已构成盗窃罪。被告人能够实施这一行为缘于卡

主已经通过身份识别将该卡置于可直接取款的操作程序中，并未冒用他

人信用卡，其行为符合盗窃罪的构成要件，应当以盗窃罪定罪量刑。常

州市武进区人民检察院起诉指控被告人张某犯信用卡诈骗罪，定性不

当，本院予以纠正。辩护人关于被告人张某的行为符合盗窃罪的构成要

件，且系初犯、偶犯、主观恶性不大、已退赃并取得谅解，可从轻处罚

的辩护意见，予以采纳。

江苏省常州市武进区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百

六十四条、第六十七条第三款之规定，作出如下判决：

被告人张某犯盗窃罪，判处罚金人民币一万元。

一审宣判后，常州市武进区人民检察院向常州市中级人民法院提起

抗诉称：一审判决被告人张某犯盗窃罪，适用法律确有错误，应认定为

信用卡诈骗罪。

江苏省常州市中级人民法院经审理认为，张某在他人遗留于ATM

机内的银行卡上，实施了输入取款金额并取得他人数额较大的钱款的行

为，已构成盗窃罪。能够实施这一行为是因为卡主已经通过身份识别将

该卡置于可直接取款的操作程序中，张某此时取款并不是基于银行或

ATM机的错误认识，其行为符合盗窃罪的特征，故抗诉机关的抗诉理

由不能成立，不予采纳。

江苏省常州市中级人民法院作出如下裁定：

驳回抗诉，维持原判。

【法官后语】

关于本案的处理，有两种观点。第一种观点认为构成盗窃罪。理由

在于：（1）信用卡诈骗罪应符合诈骗罪的构成要件，诈骗罪的被害人

只能是自然人，刑法理论和实践认为“机器不能被骗”，不存在被欺骗而

处分财物的可能性，行为人在ATM机上取款的行为是以非法占有为目

的，违背被害人的意志，取得他人财物，符合盗窃罪的构成要件。

（2）输入密码是ATM机验证身份的唯一环节。行为人利用他人已经输

入密码的银行卡取款，不存在输入密码而导致银行程序误认为其是合法

持有人的情态，客观上不属于冒用他人信用卡的行为。

第二种观点认为构成信用卡诈骗罪。理由在于：《最高人民检察院

关于拾得他人信用卡并在自动柜员机上使用的行为如何定性问题的批

复》中规定，拾得他人信用卡并在自动柜员机上使用的行为，属于《刑

法》第一百九十六条第一款第三项规定的“冒用他人信用卡”的情形，构

成犯罪的，以信用卡诈骗罪追究刑事责任。《刑法》意义上的信用卡也

包括借记卡，从他人遗忘在ATM机上正处于操作状态的银行卡中取

款，属于冒用他人信用卡的行为，推定银行的付款行为是善意的，被骗

者是银行，符合信用卡诈骗的犯罪构成。

本案同意第一种观点。主要有以下几点：

1.本案不属于拾得后“冒用”信用卡的行为。《最高人民检察院关于

拾得他人信用卡并在柜员机上使用的行为如何定性问题的批复》明确指

出，属于《刑法》第一百九十六条第一款第三项规定的“冒用他人信用

卡”的情形，构成犯罪的，以信用卡诈骗罪追究刑事责任。《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》第五条规定，“拾得他人信用卡并使用的”属于“冒用

他人信用卡”的信用卡诈骗行为。笔者认为，上述的解释和批复比较含

糊，并未区分拾得信用卡并使用的情形，利用遗忘在ATM机上已经输

入密码的信用卡取款，是否属于“冒用”有待商榷。冒用是指行为人冒充

合法持卡人的身份，拾得后冒充合法持卡人使用为该罪的典型特征，犯

罪流程的核心环节是“密码的获取与确认”和“使银行陷入错误认识”，在

ATM机上冒用他人身份的唯一特征就是通过输入密码达到欺骗目的，

输入正确的密码，银行就默认持卡人系信用卡合法所有人。而上述案件

中，行为人并无猜测、破译以及输入密码的环节，合法持卡人已经完成

了此环节，即完成了身份验证过程，行为人不需要进行身份识别就可从

ATM机中取款，输入取款数不具有身份验证效用，故行为人并未实施

冒用持卡人身份的行为。

2.行为人主观上具有秘密窃取的故意。从主客观相一致的角度上，

行为人在ATM机上操作取款时，主观心态是明知卡内款项属于他人所

有，仍希望通过秘密取得的手段窃取卡内财物并据为己有的盗窃故意。

客观上采用不使财物所有者、经手者发觉的方法，暗中取走财物，符

合“秘密窃取”的盗窃特征。从侵害的法益上看，信用卡诈骗罪的实质是

行为人输入密码得到银行系统的确认，使银行产生错误认识处分了卡中

款项，从而侵犯了银行管理秩序和公私财物，而盗窃罪只侵犯被害人的

财产权益。本案中被告人从已完成审核义务的ATM机中取款，并未对

银行管理秩序造成威胁，本质上是一种秘密窃取行为，定性为盗窃罪更

为妥当。

编写人：江苏省常州市武进区人民法院 高婷

52 共享单车发生全损时其损失价格的认定

——邹进某等盗窃，邹德某掩饰、隐瞒犯罪所得案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省成都市中级人民法院（2018）川01刑终1161号刑事裁定书

2.案由：盗窃罪，掩饰、隐瞒犯罪所得罪

【基本案情】

2017年9月初，被告人李某某、邹进某、余某某与陈某（系未成年

人，另案处理）预谋盗窃摩拜单车进行切割并变卖。被告人李某某提供

一辆微型货车供被告人邹进某等人使用，被告人邹进某、余某某伙同陈

某遂购置一台切割机，租赁一仓库，并准备在仓库内用切割机进行切

割。同年9月14日至9月15日，被告人邹进某、余某某伙同陈某到地铁站

附近等地盗窃共41辆摩拜单车拉至租用的仓库。在仓库内，被告人邹进

某、余某某、邹德某、陈某将盗窃来的摩拜单车全部切割。同年9月16

日凌晨，四人将摩拜单车GPS锁和座垫丢弃，后将其他部件进行出售未

果后丢弃。经现场清点，共有41辆摩拜单车被盗窃并切割。经鉴定，摩

拜豪华版共享单车损失价格为2028元/辆，摩拜lite2.0版共享单车损失价

格为1776元/辆，合计损失人民币82896元。

【案件焦点】

在没有公开市场交易的情况下，当共享单车因盗窃后切割发生全损

的情况下，如何正确认定摩拜单车骑行押金与其价值之间的关系，如何

正确认定其重置成本和经济使用年限，从而正确认定其损失价格。

【法院裁判要旨】

四川省成都市双流区人民法院经审理认为，对被告人余某某及被告

人邹进某、李某某的辩护人提出本案鉴定报告存在重大瑕疵，提出重新

鉴定申请的意见，经查本案摩拜单车的价格鉴定意见系具有法定资质的

成都市价格认证中心依法作出，该鉴定程序及鉴定意见符合法律规定，

并依法及时告知了四被告人，四被告人均未就该鉴定意见向侦查机关提

出异议，且辩护人未提出足以反驳该鉴定意见的证据，故该鉴定意见依

法应予采信。被告人邹进某、李某某、余某某伙同他人以非法占有为目

的，采用秘密手段窃取他人财物，数额巨大，三被告人的行为均已构成

盗窃罪，且系共同犯罪，三人均积极参与，不宜区分主从；被告人邹德

某明知是犯罪所得的赃物而帮助切割、转移，予以掩饰、隐瞒，其行为

已构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。

四川省成都市双流区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百

六十四条、第三百一十二条第一款、第十八条第三款、第二十五条第一

款、第五十二条、第五十三条、第六十七条第三款、第六十四条，作出

如下判决：

一、被告人邹进某犯盗窃罪，判处有期徒刑四年，并处罚金人民币

二万元；

二、被告人李某某犯盗窃罪，判处有期徒刑三年十个月，并处罚金

人民币二万元；

三、被告人余某某犯盗窃罪，判处有期徒刑三年六个月，并处罚金

人民币一万五千元；

四、被告人邹德某犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪，判处有期徒刑一年，

并处罚金人民币五千元；

五、对扣押在案的作案工具货车一辆依法予以没收。

邹进某、李某某、余某某持被盗单车价格鉴定意见存在严重瑕疵为

由提起上诉，其上诉理由主要有：摩拜公司出具的关于成本的《情况说

明》，没有提供权属证书，而被告人的辩护人在一审庭审中已提供百度

上记载的摩拜单车成本在千元以下，该记载应作为损失价格的依据；鉴

定采用公开市场价值标准确定损失价格存在错误，摩拜单车是一种定制

产品，无公开市场因素介入，鉴定时未考虑特殊定制产品的特殊性；鉴

定意见未考虑摩拜单车押金为299元一台因素，该押金与该商品的真实

价格相符。

四川省成都市中级人民法院经审理认为，摩拜单车属于北京摩拜科

技有限公司所有是众所周知的事实，骑行者不享有摩拜单车的所有权，

其有权就案涉共享单车购置价格出具《情况说明》，百度上记载的摩拜

单车成本来源于第三方，无法核实其真实性，故该《情况说明》应予采

信，对百度记载摩拜单车成本不予采信。鉴定报告采用公开市场价值标

准鉴定涉案单车损失价格，采取的评估方法，符合国家发展和改革委员

会价格认证中心出台的《毁坏财物损失价格认定规则》等涉案财物鉴定

规范的规定。抵押金299元与共享单车的价格不相符，该押金仅是骑行

者获得骑行摩拜单车资格的前提条件，在押金骑行模式下，不支付押金

就不能骑行单车，不能将押金视为单车价格。因此，该鉴定意见，依法

应予采信，三人的上诉理由，均不能成立，应予驳回。

四川省成都市中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第

二百三十六条第一款第一项的规定，作出如下裁定：

驳回邹进某、李某某、余某某的上诉，维持原判。

【法官后语】

共享单车作为一种分时租赁模式，是一种新型绿色环保共享经济形

态之一。自2016年共享单车在全国部分大城市推出以来，在缓解城市拥

堵，解决市民出行“最后一公里”等出行难题等方面发挥了重要作用。但

由于共享单车的特殊性，针对共享单车盗窃犯罪也逐渐增多，在中国裁

判文书网登载的盗窃共享单车案件中，初步统计2017年为34件，2018年

为118件，同比增加了84件，增幅高达248.06%[。[10]](#p398)而其中，控辩双方

争议最大的仍然是单车的价格问题。[[11]](#p398)在现行《毁坏财物损失价格认

定规则》体系下，作为运营的自行车专用设备经济寿命参考年限在全国

尚未统一。在2017年8月3日交通运输部等10部门联合发布的《关于鼓励

和规范互联网租赁自行车发展的指导意见》和2017年11月6日中国通信

工业协会发布的《基于物联网的共享自行车应用系统总体技术要求》中

均未解决这个问题。由此，带来法律适用上的问题，本案无论在一审和

二审，控辩双方争议焦点核心始终围绕全损共享单车的价值如何确定的

问题。本案的审理，对引导公众正确认识共享单车的押金、价值、租

金，对打击盗窃共享单车犯罪，增强公民法治意识，促进共享经济发展

具有十分重要的现实意义和理论价值。

1.骑行押金与单车价格的关系问题。关于押金的性质问题，有学者

认为是定金，有人认为是一种特殊的担保物权。实际上，押金并不属于

定金或担保物权，定金可以转化为交易价款，而单车公众不享有所有

权，只能享有骑行时段的使用权，押金不作为购买单车的价款一部分。

根据《基于物联网的共享自行车应用系统总体技术要求》的资金管理要

求，用户智能终端侧资金包括押金、用户余额及其他虚拟资产（如红

包、卡、券等），用户应能对资金进行管理操作，包括对押金进行支

付、退回操作及其明细查询；通过网银、支付宝、微信等方式对用户余

额进行充值操作及其明细查询；对虚拟资产进行查询。因此，单车押金

也不属于担保物权，因为骑行者对押金随时可以退回。因此，在支付押

金骑行单车模式下，该押金是骑行者获得骑行单车资格的前提条件，不

支付押金，就不能扫码骑行单车。而且很多单车目前都提供了免押金无

门槛骑行服务，因此不能将押金与单车价格相提并论，两者没有必然联

系。骑行者不能将单车视为一般财物，错误认为交了押金单车就是自己

的了，骑行结束后不按要求归还单车，拿押金抵就可以了。

2.共享单车与普通自行车的价值差异问题。虽然共享单车和自行车

在使用功能上一致，但相较一般自行车，共享单车加装了单车定位装

置、扫码开锁装置。两个装置，应计入单车的采购价格，因此就一般的

自行车而言，共享单车的价格要高于自行车。而且从全国的相关案例来

看，盗窃并损害共享单车，达到全损的，很容易犯盗窃罪，而盗窃普通

的自行车因数额达不到，不以犯罪论处。因此，不能将普通自行车的价

格与共享单车的价格混为一谈。

3.全损共享单车重置成本的确定问题。由于共享单车在公开市场上

并没有价格作为参考，只有单车运营商从单车生产商批发时的购进价

格，而且由于是对口生产和采购，其采购渠道具有唯一性，故本案案涉

单车重置成本应采用摩拜公司购进时的批发价格。

4.成新率如何确定的问题。该问题涉及已经使用年限和经济使用年

限两个方面。已经使用年限主要通过新购进共享单车首次投入市场时的

时间与被全损时的时间差确定。而经济使用年限，则需要确定作为运营

的自行车专用设备经济寿命参考年限。参考《四川省涉案财物价格鉴证

操作规程（修订版）》（川发改物价〔2010〕580号）规定，自行车专

用设备经济寿命参考年限为10～14年，自行车折旧年限参考为8～10

年，非机动车的最低残值为该车基价的5%。但该规定的自行车使用年

限是作为普通自用型自行车，对作为投入运营的自行车使用年限，却没

有规定。本案中，鉴定机构结合摩拜单车的品牌、品质和共享使用的特

点，确定共享单车经济使用年限和使用时间进而得出的单车价格符合

《四川省涉案财物价格鉴证操作规程（修订版）》的规定。但对于共享

单车这一特殊物品，其使用年限是否需要统一规定，还需要出台相关的

行业标准予以进一步规范。

编写人：四川省成都市中级人民法院 徐贵勇

53 入户盗窃罪中既遂的认定

——郭某盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河北省唐山市路南区人民法院（2018）冀0202刑初204号刑事判决

书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

2018年5月11日10时许，被告人郭某携带技术开锁专用工具到唐山

市路南区仁泰里×××楼×单元××××室门前，敲门后认为该户内无人，即

使用工具将防盗门门锁打开进入室内欲行盗窃，被在房内的房主唐耀某

发现并制服。后侦查人员从郭某身上查获技术开锁专用工具及贵重首

饰。被告人郭某对公诉机关指控的事实未提异议，当庭表示认罪。

另查明，被告人郭某因犯盗窃罪，于2017年5月3日被苏州市姑苏区

人民法院判处有期徒刑一年二个月，并处罚金人民币三千元，2018年1

月1日被刑满释放。

【案件焦点】

入室盗窃犯罪中，既遂与未遂应如何认定。

【法院裁判要旨】

河北省唐山市路南区人民法院经审理认为：被告人郭某以非法占有

为目的，入户盗窃他人财物，其行为已构成盗窃罪，应予处罚。唐山市

路南区人民检察院指控被告人郭某犯盗窃罪，事实和罪名成立。被告人

郭某曾因盗窃罪被判处有期徒刑以上刑罚，在刑罚执行完毕五年内又犯

应当判处有期徒刑以上刑罚之罪，根据《中华人民共和国刑法》第六十

五条第一款的规定，系累犯，本院依法对其从重判处；被告人郭某犯罪

因意志以外原因未得逞，属犯罪未遂，本院对其比照既遂犯从轻处罚；

被告人郭某当庭自愿认罪，本院酌情对其从轻判处。

河北省唐山市路南区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百

六十四条、第二十三条、第五十二条、第五十三条、第六十一条、第六

十二条、第六十四条、第六十五条之规定，判决如下：

一、被告人郭某犯盗窃罪，判处有期徒刑一年二个月，并处罚金人

民币5000元；

二、作案工具专业开锁工具一套、手套一个，予以没收；扣押在案

的其他物品由公安机关依法处置。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对入室盗窃犯罪中，既遂的认定。

1.本案被告人郭某当庭表示门是其打开的，综合被告人的犯罪史，

且被告人携带专用开锁工具打开被害人家门的行为应认定为盗窃。

2.本案卷宗仅有被害人陈述及被害人邻居证言证实被告人郭某使用

开锁工具打开被害人家门并进入家中被被害人制服，但现场勘验笔录等

其他证据无法证实被告人确实进入被害人家中，且被告人并不承认其已

经进入被害人家中。本案被告人郭某当庭表示门是其打开的，但其并未

进入屋内便被被害人制服。因本案被告人郭某是否进入屋内，其并未开

始翻动物品并无争议。其行为属于我国《刑法》第三十三条规定的“已

经着手实施犯罪、由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞”应当认定为

犯罪未遂。

3.对入户盗窃既遂如何认定的问题，笔者认为，入户盗窃是行为

犯，因为入室盗窃不仅仅侵害了盗窃罪所保护的合法财产权，同时也侵

害了受害人的居住安全。行为犯也存在既遂与未遂，一旦行为人具有盗

窃的主观目的，入户后翻动物品，因其已经侵害了盗窃罪所保护的合法

财产权，同时也侵害了受害人的居住安全，即可认定为入户盗窃既遂。

故本案中，被告人打开门锁后，无论是否进入被害人家中，其并未对被

害人家中的物品进行翻动，即被告人只是对侵害“居住安全”达到了既

遂，而对侵害“财产权”并未达到既遂，故应认定为盗窃罪的未遂。假使

有证据证明被告人已经进入了被害人家中并具有翻动行为，就应当认定

被告人系入户盗窃的既遂。当行为人采用某种方式非法入户，并着手实

施盗窃，即行为人完成了“入户”和“盗窃”两个复合行为，就可认定为既

遂，这样不仅符合入户盗窃是“行为犯”的法律特征，也便于司法机关在

司法实践中统一判断标准。

编写人：河北省唐山市路南区人民法院 邸然

54 扒窃未得逞行为的定性和证明标准

——郑全某盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2018）京01刑终705号刑事裁定书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

2018年3月31日17时许，被告人郑全某在昌13路公交车行驶至北京

市昌平区水屯站附近时，在公交车上盗窃被害人刘某包内财物，因被发

现而未得逞，后被民警查获。

【案件焦点】

行为人实施扒窃但未得逞的行为是否应该认定扒窃未遂，行为人不

承认自己实施了盗窃行为的情况下如何根据在案证据认定案件事实。

【法院裁判要旨】

北京市昌平区人民法院经审理认为，被告人郑全某以非法占有为目

的，扒窃他人财物，其行为已构成盗窃罪，依法应予惩处。北京市昌平

区人民检察院指控被告人郑全某犯盗窃罪的事实清楚，证据确实、充

分，罪名成立。关于被告人郑全某所提其没有实施盗窃及其辩护人所提

现有证据不确实、充分，被告人郑全某无罪的意见，经查，在案有刘某

的陈述和独小某、独早某的证言以及监控录像等证据可以相互印证，足

以证实被告人郑全某上车后紧贴在刘某身后实施盗窃，并已将刘某的挎

包拉链拉开后被发现的事实，被告人及其辩护人的意见，本院不予采

纳。关于辩护人所提被告人郑全某盗窃系未遂，不符合《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》

（以下简称《盗窃解释》）第十二条所规定的盗窃未遂应定罪的三种情

形，故不应认定有罪的意见，本院认为，被告人郑全某的行为属于扒

窃，根据《中华人民共和国刑法》规定，扒窃即构成盗窃罪，辩护人的

意见无事实及法律依据，不予采纳。被告人郑全某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，依法从重处罚。鉴于被告人郑全某系盗窃未遂，依法予以

从轻处罚。依据《中华人民共和国刑法》第二百六十四条，第六十五

条，第二十三条，第五十二条，第五十三条之规定，判决如下：

被告人郑全某犯盗窃罪，判处有期徒刑一年，并处罚金人民币一千

元。

宣判后郑全某持原审辩解提起上诉。北京市第一中级人民法院经审

理认为：上诉人郑全某以非法占有为目的，扒窃他人财物，其行为已构

成盗窃罪，依法应予惩处。郑全某曾因犯罪被判处有期徒刑以上刑罚，

刑满释放后五年内又犯新罪，系累犯，依法应对其从重处罚。鉴于郑全

某因意志以外原因犯罪未得逞，系犯罪未遂，可依法对其从轻处罚。原

审法院根据郑全某犯罪的事实，犯罪的性质、情节和对于社会的危害程

度所作出的判决，认定事实清楚，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

百三十六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】

本案存在两个争议问题，一是本案证据是否能认定盗窃事实的存

在，二是上诉人郑全某扒窃未得逞是否能认定为盗窃罪。

1.根据《刑事诉讼法》的规定，认定犯罪事实需要达到证据确实、

充分的标准。只有被告人供述，没有其他证据的不能认定被告人有罪和

处以刑罚，没有被告人供述，证据确实、充分的，可以认定被告人有罪

和处以刑罚。证据确实充分并不要求刑事诉讼中要穷尽所有证据，而证

据确实、充分需要符合三个条件：

（1）定罪量刑的事实都有证据证明

本案中，能证明被告人实施了盗窃行为的事实包括被害人刘某的陈

述以及证人独小某的证言。二人都详细描述了案发的具体过程，即被告

人郑全某正在用手拉刘某身上背包的拉链，这一行为即是刑法上的扒窃

行为。

（2）据以定案的证据均经法定程序查证属实

此项标准要求据以定案的证据首先要具有证据资格，是经合法程序

收集的证据，排除了刑讯逼供等非法证据的可能性。其次证据能够较为

真实地反映案件事实。具体来讲，就是证据之间以及证据与事实之间不

存在矛盾，或者矛盾能够得到合理排除，证据之间能够相互印证。从本

案来讲，并不存在需要排除的非法证据，所有证据都是经侦查机关经过

合法程序取得的，因此在证据能力上不存在瑕疵。而在证明力的问题

上，需要我们进行证据真实性的考量来判断证据是否可以采信。本案中

能直接证明犯罪行为的证据包括被害人刘某的陈述以及证人独小某的证

言，对于单个证据真实性的审查判断法律并没有规定明确的标准，实际

上法律也不可能罗列出所有证据类别的真实性判断标准，证据证明力的

判断离不开审判人员的主观判定。具体而言，在证据证明力的判断上，

一方面要从逻辑上入手，即判断证据是否有逻辑上的漏洞，另外也要善

于运用经验法则判断证据的可信度。本案案发自然，不存在虚假报案的

可能性，被害人的陈述和证人独小某的证言均具体而清晰地描述了案发

过程，证据自身不存在前后矛盾的情形。且二人的描述能够相互印证，

在诸多细节上也是一致的，这就增强了证据的可信度。

（3）综合全案证据，对所认定事实已经排除合理怀疑

所谓“排除合理怀疑”即法官对于被告人的犯罪事实已经产生了内心

确信，及没有证据支持对犯罪事实的任何合理怀疑。本案中，能够否定

犯罪事实存在的仅有被告人辩解。其辩称其在公交车上仅是站在被害人

旁边，并碰了被害人一下，随即被被害人认为是盗窃，其认为背包上并

没有鉴定出有其指纹，故不能认定其就翻动了被害人的包。针对被告人

的辩解，仍需要通过综合全案进行考量。本案中客观证据较少，能够证

明案件事实存在与否的直接证据仅有被害人陈述、证人证言及被告人辩

解，双方各执一词。事实上这也是大多数扒窃案件的特点，扒窃具有私

密性、即时性的特点，虽然犯罪嫌疑人是在公共场所实施的，但是其往

往利用公共场所的嘈杂性掩饰犯罪行为，被害人往往难以察觉，能够留

下的痕迹也较少。在盗窃既遂的案件中，往往有赃物来佐证犯罪事实，

但是在扒窃过程中被发现而未得逞的，就缺少赃物证明，且被害人在发

觉被偷盗后通常第一时间翻看自己是否遗失财物，故指纹等痕迹证据很

难留存。如果对所有此类案件的认定都依赖于客观证据的采集，一方面

是给侦查机关提出了不切实际的工作要求，增加办案难度，另一方面也

不利于对此类犯罪的惩戒，难以达到较好的审判效果和社会效果。对于

本案来说，被告人是在实施行为的过程中被察觉，并被扭送至公安机关

的，其行为有证人证言予以直接证明，此外监控录像虽然没有拍到其偷

盗时的手部动作，但是其身体位置及大致动作和证人的陈述都是一致

的，证人证言逻辑上不存在矛盾。且从经验上讲，证人与其并不相识，

没有利害关系，刻意捏造事实并诬赖他的可能性极低。被告人的辩解不

能引起合理怀疑，故对被告人的犯罪事实可以认定。

2.扒窃未遂是否能以盗窃罪追究刑事责任

扒窃作为一种特殊的盗窃类型，法律并未具体规定其入罪标准和既

未遂形态。《刑法修正案（八）》将扒窃作为盗窃罪的独立罪状纳入刑

法的处罚范围，并且不以数额作为入罪标准。

（1）扒窃是否有既遂、未遂形态

有观点认为，扒窃的认定不需要危害结果的发生，即只要实施了犯

罪行为即构成既遂。笔者认为，扒窃本质上还是盗窃行为，盗窃是很典

型的以被害人财物损失作为犯罪既遂形态的结果犯，扒窃的特殊性在于

其行为方式具有特殊性，其侵犯的法益是他人对财产的所有权。《刑

法》之所以将扒窃脱离普通盗窃单独罗列出来且不以数额为入罪标准，

是因为该行为具有多发性和更强的社会危害性。扒窃行为的实施完毕并

不当然意味着危害结果的发生，盗窃罪的危害后果是被害人遭受财产损

失，扒窃行为与危害后果之间具有分离性，存在时间和空间上的间隔，

因此扒窃存在未遂形态，不能脱离犯罪的危害后果而一律将扒窃行为认

定为盗窃既遂。

（2）对扒窃未遂的认定

在本案中，被告人在实施扒窃过程中被发觉从而导致犯罪未得逞属

于典型的未遂形态，本案关键在于如何理解《盗窃解释》第十二条的规

定，即扒窃未遂是否应当追究刑事责任。该条规定，“盗窃未遂，具有

下列情形之一的，应当依法追究刑事责任：（一）以数额巨大的财物为

盗窃目标的；（二）以珍贵文物为盗窃目标的；（三）其他情节严重的

情形……”有观点认为根据该司法解释，扒窃未遂不属于依法应当追究

刑事责任的三种情形，即对不是以数额巨大财物或者国家珍贵文物为盗

窃目标的盗窃未遂，不应定罪处罚。对此种观点笔者持否定态度。《刑

法修正案（八）》之所以将扒窃行为规定为犯罪，表明了扒窃这种行为

具有严重的社会危害性，法律并未要求数额巨大，仅有扒窃行为就已经

达到了犯罪的程度，所以即使未遂也应定罪处罚。而且司法实践中，扒

窃行为多是当场抓获才有可能案发，如果对于扒窃未遂一律不按犯罪处

理，则很难实现刑法上对于扒窃行为的惩治。

笔者认为，扒窃作为盗窃的一种，其当然适用《盗窃解释》，但是

对于扒窃未遂是否应当一律追究刑事责任还是应该结合个案的具体情况

加以分析。考虑到法律和司法解释的统一性，应结合《盗窃解释》第十

二条第三项的规定判断其是否具有其他严重情节。如果行为人实施了扒

窃行为未得逞，但情节显著轻微的，可以不追究刑事责任。但是在存在

一些严重情节的情况下，即使犯罪未得逞，也应追究其刑事责任。比如

是否有扒窃的犯罪前科，是否严重扰乱公共秩序，是否对被害人造成了

人身威胁等。

编写人：北京市第一中级人民法院 胡柳青青

55 盗窃犯罪所使用的车辆是否应作为作案工具予以没

收

——谢某、付某盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省泉州市中级人民法院（2018）闽05刑终721号刑事判决书

2.案由：盗窃罪

【基本案情】

经被告人谢某提议，被告人付某于2017年3月1日、19日凌晨，驾驶

闽CQ×××号小轿车载被告人谢某到福建省泉州市洛江区万安街道院前社

区和双阳街道，由被告人谢某采用探窗勾取的方式，盗窃被害人唐某一

部OPPO A59 32G手机（经鉴定价值人民币1540元，币种下同）、一部

玫瑰金色OPPO A57 32G手机（经鉴定价值1700元），盗窃被害人钟某

一部银灰色华为P8 32G手机（经鉴定价值300元）、一部白色VIVO Y67

32G手机（经鉴定价值1730元），盗窃被害人周某一部金色OPPO

R7

puls32G手机（经鉴定价值400元）。以上三起盗窃得来的手机均由被告

人谢某卖给他人，非法获利1800元，被告人付某分得600元。

2017年3月25日凌晨，被告人谢某在泉州市洛江区万安街道院前×××

号出租屋，采用探窗勾取的方式，盗窃被害人李某一部银灰色OPPO

A59 32G手机（经鉴定价值1660元），后以200元卖给他人。

2017年8月24日凌晨，被告人付某独自驾驶闽CQ×××号小轿车到泉

州市鲤城区浮桥街道仙景社区兴学巷××号×××室，盗窃被害人杨某一部

黑色OPPO R11 64G手机（经鉴定价值1600元），后以1300元卖给他

人。

被告人谢某、付某于2017年8月24日10时许分别被公安机关抓获。

案发后，被告人谢某的朋友代为退出非法所得4495元、被告人付某的亲

属代为退出非法所得4435元，公安机关已将上述款项发还相应被害人。

福建省泉州市中级人民法院经审理另查明，上诉人付某驾驶的闽

CQ×××号小轿车的登记车主为其妻戴某，是家庭共有的财物。

【案件焦点】

闽CQ×××号小轿车是否应作为作案工具予以判决没收。

【法院裁判要旨】

福建省泉州市洛江区人民法院经审理认为：被告人谢某、付某的行

为均已构成盗窃罪，均属数额较大。被告人谢某是主犯，被告人付某系

从犯，依法从轻处罚。被告人付某是累犯，依法予以从重处罚。被告人

谢某、付某虽不具有自首情节，但在归案后如实供述自己主要的犯罪事

实，依法予以从轻处罚。

福建省泉州市洛江区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百

六十四条、第二十五条第一款、第二十六条第四款、第二十七条、第六

十五条第一款、第六十七条第三款、第六十四条以及《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》第一

条、第三条第一款、第二款、第十四条的规定，作出如下判决：

一、被告人谢某犯盗窃罪，判处有期徒刑九个月，并处罚金四千

元；

二、被告人付某犯盗窃罪，判处有期徒刑九个月，并处罚金四千

元；

三、责令被告人谢某退出违法所得一千四百元、被告人付某退出违

法所得一千九百元，上缴国库；

四、没收作案工具手电筒四把、胶带三卷、闽CQ×××号车辆一部，

由扣押机关依法处理，上缴国库。

一审宣判后，被告人付某不服，提出上诉。

福建省泉州市中级人民法院经审理认为，案发后，上诉人付某与原

审被告人谢某均已退出全部违法所得并发还被害人，原审法院又责令谢

某退出违法所得一千四百元、付某退出违法所得一千九百元不当，应予

纠正。上诉人付某及其辩护人提出闽CQ×××号小轿车的车主是与本案无

关的案外人戴某，不宜判令没收之意见，经查，本案中的闽CQ×××号小

轿车不属于刑法意义上的作案工具，且现有的证据证实该车辆是上诉人

付某家庭共有财产，故不宜判决没收该车辆，上诉人付某及其辩护人对

此提出的诉、辩意见，以及出庭检察员提出原判将闽CQ×××号小轿车作

为作案工具予以判决没收不当，建议二审法院依法撤销该部分判决的意

见，均可以成立，予以采纳。原判定罪准确，量刑适当，审判程序合

法。但部分判决不当，应予纠正。

福建省泉州市中级人民法院依照《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、第六十四条和《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》第一条第一款、第二条第一项、第三条第一款、第二款、第十四条

及《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条[[12]](#p398)第一款第一项、

第二项的规定，判决如下：

一、维持福建省泉州市洛江区人民法院（2018）闽0504刑初67号刑

事判决第一、二项；

二、撤销福建省泉州市洛江区人民法院（2018）闽0504刑初67号刑

事判决第三、四项；

三、没收作案工具手电筒四把、胶带三卷等，由扣押机关依法处

理，上缴国库。

【法官后语】

“作案工具”主要的法律出处是《刑法》第六十四条所规定的“供犯

罪使用的本人财物”，但《刑法》并未明确需要达到何种程度才能认定

为财物在犯罪中被使用，同时，理论界对于没收作案工具行为的性质并

未达成共识。这导致实务中各个地区的裁判者在作案工具的认定标准和

没收原则的掌握上各行其是，有的严格采取全面没收主义，对在犯罪过

程中使用的衣物、车辆等全部予以没收；有的贯彻相对宽松主义，只对

主要的作案工具进行没收；有的在把握不准是否认定为作案工具时，以

适用有利于被告人原则为由，对应当没收的作案工具不予没收。

笔者认为，参考我国台湾地区的实践，以及综合理论界的研究成

果，可将“作案工具”界定为是指犯罪分子为犯罪而准备或者对其犯罪行

为的成立起实质性作用的本人财物。在作案工具的认定上，可具体从犯

罪性、关联性和功能性三个层面进行把握。所谓犯罪性，是指工具必须

是为了犯罪而准备或者在犯罪过程中被使用、且持有行为具有社会危害

性的才能被认定为作案工具。而关联性，是指惟有与犯罪行为密不可分

才能被认定为作案工具。具体有两项要求：一是必须为行为人所掌控；

二是在实行行为中与犯罪的进展紧密关联。至于功能性，是强调从工具

是否存在其他用途，从而根据不同的功能性，来确认是否属于犯罪工

具。对其理解，可从以下两个方面进行把握：一是了解其主要用途；二

是考虑工具的使用程度。例如，长期用于载客运输的大客车偶尔用于运

载赃物或者假冒注册商标罪中的生产鞋类的生产流水线偶尔用于制作假

鞋，若对其也以作案工具名义进行没收，势必对行为人家庭成员的生活

造成重大影响，亦不利于行为人的积极改造，有违立法初衷。

本案中，上诉人付某驾驶的闽CQ×××号小轿车，虽然具备犯罪性，

即在犯罪过程被使用。但该车系付某与其妻戴某的家庭共有财产，且登

记车主为戴某，因此缺乏关联性，另外功能性也有所欠缺，不宜作为作

案工具予以没收。

编写人：福建省泉州市洛江区人民法院 林前枢 林毅高

（四）诈骗罪

56 疫情防控期间对诈骗案件的网络远程审判

——张某诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省南通市港闸区人民法院（2020）苏0611刑初55号刑事判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

2020年1月28日至30日，新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间，被

告人张某在口罩紧缺的情况下，利用被害人急购口罩的心理，至各微

信、QQ群内散发有大量口罩出售的虚假信息，骗得被害人陆开某、骆

某、徐正某共计人民币9520元。分述如下：（1）2020年1月29日，被告

人张某在“××汽车客户服务群”微信群内发布虚假口罩销售信息，骗得被

害人陆开某定金人民币1000元，后将对方删除。（2）2020年1月29日，

被告人张某在“口罩厂”QQ群内添加被害人骆某为好友，谎称有口罩出

售，骗得被害人骆某定金人民币3000元，后将对方删除。（3）2020年1

月30日，被告人张某在“××服装” QQ群内发布虚假口罩销售信息，骗得

被害人徐正某定金人民币5520元，后将对方删除。2020年2月4日，被告

人张某家属代为退出全部赃款，后由公安机关分别发还给三被害人。

因新型冠状病毒感染肺炎疫情防控需要，南通市港闸区人民法院适

用刑事速裁程序进行独任审理，并依托互联网在法院设立刑事庭审主

场，检察院、看守所、法律援助中心设立分场，四点连线，实行“无接

触”开庭审理，公诉人、被告人及其辩护人通过远程视频参与了庭审，

犯罪证据电子化后，通过网络实时传输并展示。庭审同步进行网络全媒

体直播。

【案件焦点】

人民法院通过远程视频庭审能否做到充分保障被告人的诉讼权利，

能否查清案件事实，是否违反了程序正义、直接言词原则。

【法院裁判要旨】

江苏省南通市港闸区人民法院经审理认为，被告人张某以非法占有

为目的，利用网络手段虚构事实骗取三被害人财物共计人民币9520元，

数额较大，其行为已构成诈骗罪。

被告人张某在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，应当从重处罚；其在控制突发传染病疫情期

间，假借销售用于预防、控制突发传染病疫情用品口罩的名义，诈骗他

人财物，依法从重处罚；其到案后如实供述自己的罪行，可以从轻处

罚；其承认指控的事实，愿意接受处罚，依法从宽处理；其多次实施诈

骗，酌情从重处罚；其家属代为退出全部赃款，酌情从轻处罚。鉴于被

告人张某自愿认罪认罚，且被害人的损失已经得到弥补，可按照公诉机

关的量刑建议对被告人处罚。辩护人关于对被告人张某从轻处罚的意

见，本院予以采纳。

根据《中华人民共和国刑法》第二百六十六条、第六十五条第一

款、第六十七条第三款、第六十四条，《最高人民法院、最高人民检察

院关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用

法律若干问题的解释》第七条以及《中华人民共和国刑事诉讼法》第十

五条的规定，判决如下：

被告人张某犯诈骗罪，判处有期徒刑一年六个月，并处罚金人民币

一万元。

【法官后语】

2003年非典疫情期间，最高人民法院、最高人民检察院发布了《关

于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律

若干问题的解释》，该解释第七条明确规定：在预防、控制突发传染病

疫情等灾害期间，假借研制、生产或者销售用于预防、控制突发传染病

疫情等灾害用品的名义，诈骗公私财物数额较大的，依照刑法有关诈骗

罪的规定定罪，依法从重处罚。

而针对我国的新型冠状病毒肺炎疫情，最高人民法院、最高人民检

察院、公安部、司法部联合制定了《关于依法惩治妨害新型冠状病毒感

染肺炎疫情防控违法犯罪的意见》，该意见明确规定，假借销售疫情防

控名义诈骗的应依法严惩。本案中，被告人张某在新型冠状病毒疫情防

控期间，假借销售用于预防、控制突发传染病疫情用品口罩的名义，诈

骗三被害人财物。本案是一起典型的涉疫情诈骗犯罪，人民法院根据相

关司法解释对被告人从重处罚，符合疫情防控的需要，也可借助本案起

到社会警示的作用。

同时，考虑到案件审理时处于疫情防控期间，为了快速、高效审结

案件，法院采用速裁程序，通过远程视频方式审理。

有观点认为，网络远程审判违反了传统刑事诉讼理论、程序正义理

论、直接言词原则，不利于查清案件事实，不利于保护被告人诉讼权

利。传统刑事诉讼、程序正义理论强调，审判应当在控辩审三方同时在

场的情况下进行对席审判，被告人享有质证权，有权对控方的证据进行

质证。直接言词原则，是指法官必须在法庭上亲自听取当事人、证人及

其他诉讼参与人的口头陈述，案件事实和证据必须由控辩双方当庭口头

提出并以口头辩论和质证的方式进行调查。

笔者认为，网络远程审判符合程序正义理论、直接言辞原则、审判

公开原则，符合当代世界简化司法潮流。主要体现在以下几点：

第一，法院、检察院、辩护人、被告人“四点连线”，“隔空”开庭，

是刑事审判远程庭审的有益尝试。随着信息网络技术的迅猛发展，各地

法院积极探索远程审判方式，民事案件网上开庭比较常见，刑事案件也

有“两点”“三点”连线远程庭审、远程审讯的做法，但刑事审判“四点连

线”尚属首次，具有标志性意义。对简单案件采用远程视频审理方式，

是信息技术与法院审判工作的深度融合。

第二，按照传统刑法理论以及程序正义原则，强调控辩双方以及法

官三方同时在场，且要充分保障被告人的质证权利。该案虽是远程视

频“隔空”庭审，但法院已经事先将涉案证据电子化，庭审中通过网络将

证据直接推送到各方电子显示屏上，充分保证了举证、质证的顺利进

行。考虑到被告人通过网络质证，可能不够全面、清晰，法院已为被告

人指定法律援助律师，其质证权能够得到充分保障，远程庭审既不影响

案件事实的发现，也不影响被告人权利的保护。

第三，基于疫情防控期间，从快打击涉疫情犯罪的需要，因当事人

认罪态度良好，签署了认罪认罚具结书，该案采用速裁程序。但考虑到

远程视频“隔空”审理并不同于传统意义上的“现场性”，依然保留法庭调

查、法庭辩论环节，庭审细致程度达到了简易程序要求，能充分查明案

件事实。

第四，符合直接言词原则，远程视频虽然物理隔离，不具有物理上

的现场性，但通过远程视频，利用现有的计算机网络技术实时传输声

音、视频图像，使得法官、公诉人、被告人、律师在不同的地点同步完

成审理，各诉讼参与主体依然可以通过网络在庭审中直接对话，询问、

举证、质证、辩论等程序可正常进行，并不违反直接言词原则。

第五，远程视频庭审符合比例原则，该案审理期间正处于疫情防控

的关键时期，基于生命健康安全的考虑，要求 “面对面”的诉讼活动暂

停，但延期或中止审理，并不利于打击犯罪，且有些犯罪本身就是利用

疫情意图达到非法目的，远程视频庭审能及时打击防疫物资诈骗犯罪，

有助于疫情防控工作。“隔空”审理的方式，充分考虑到办案方式与社会

公共利益、疫情防控、保障人权之间的“三大平衡”关系，在合理限度内

平衡了各方因素，也符合诉讼经济原则。

第六，该案依托互联网采用网上直播，符合审判工作的原则。依托

中央电视台等权威媒体，60余家全媒体参与直播，样式新颖、播放便

利，上千万名观众在线观看、评论，发挥庭审的警示和教育功能，有利

于积极引导人们遵纪守法，为疫情防控工作的顺利开展营造良好的法治

环境和社会环境。

第七，远程审判符合当代世界简化司法潮流。比如，澳大利亚、美

国等国家都存在电子法庭、远程审判的应用和推广。在事实清楚、证据

充分的简单刑事案件中，运用远程审判的方式，可作为传统庭审方式的

延伸补充，既节约司法成本，又提高审判效率。特别是突发疫情期间，

针对案情简单、被告人认罪的案件，采用网络远程审判方式，既能避免

交叉感染，又能快速高效审理案件。

编写人：江苏省南通市港闸区人民法院 王冯 王小燕

57 非法占有目的在诈骗罪中的认定

——王考某诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

青海省湟中县人民法院（2018）青0122刑初33号刑事判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

2013年，被告人王考某担任法定代表人的湟中甲农机服务专业合作

社在评定2013年青海省农牧民专业合作社省级示范社时，因该合作社本

身的条件未达到规定的要求，故被告人王考某采用虚报合作社入社成员

名单、注册资金、伪造大会纪要、章程等材料的方式将不符合条件的湟

中甲农机服务专业合作社上报，致使该合作社非法获批2013年青海省农

牧民专业合作社省级示范社资质，并被纳入2014年青海省农牧民专业合

作社组织省级示范社项目扶持资金分配名单，后被告人王考某持部分以

该合作社、本人及他人名义购买的农机具票据先后两次去湟中县农村合

作经济经营管理站报账，非法骗取2014年青海省农牧民专业合作社组织

省级示范社项目扶持资金450000元，并将所得部分赃款用于购买凯迪拉

克轿车。

案件审理阶段，被告人王考某的亲属向本院积极退还赃款100000

元。

【案件焦点】

1.被告人王考某作为法定代表人的湟中甲农机服务专业合作社被评

为省级示范农牧民专业合作社后而获取扶持资金主观上是否以非法占有

为目的；2.被告人王考某个人资金是否与合作社的资金混同，其所有的

凯迪拉克轿车是否用所骗得的扶持资金购买。

【法院裁判要旨】

青海省湟中县人民法院经审理认为：关于被告人王考某当庭辩称其

行为不构成刑事犯罪，不应以诈骗罪追究刑事责任及称因其个人与合作

社的资金混同，其所有的凯迪拉克轿车并非用所报得的扶持资金购买的

辩解，及其辩护人认为王考某具有非法占有为目的的主观犯罪事实不

清、证据不足；另有证据证明王考某获取的扶持资金用于购买农机、农

业器械及支付人工工资等事项，故认为公诉机关指控被告人王考某骗取

政府扶持资金450000元的证据不足，事实不清，罪名不能成立的辩护意

见。经查，《青海省农牧民专业合作社省级示范社扶持管理暂行办法》

中明确规定了申报农牧民专业合作社省级示范社评定的标准，根据相关

证人的证言可知，被告人王考某在明知其负责的湟中甲农机服务专业合

作社并不符合该评定标准的情况下撰写申报书，在申报书中虚拟合作社

成员数，并伪造合作社成员名册、出资清单、设立大会纪要、章程，被

评定为农牧民专业合作社省级示范社，后有相关文件、湟中县农村合作

经济经营管理站的情况说明、票据13张等证据与相关证人证言相印证，

证明被告人王考某用不符合报账要求的票据报得扶持资金450000元的事

实，上述证据均能与被告人王考某的供述相互印证。故被告人王考某通

过虚构事实，隐瞒真相的欺骗方式，使自己负责的湟中甲农机服务专业

合作社被评定为农牧民专业合作社省级示范社，后将规定必须以合作社

名义购买且专款专用的扶持资金用个人及他人购买农机具票据报账的行

为，符合诈骗罪的客体及客观要件的条件。其上述行为是明知而为，其

主观的非法占有目的明显，符合诈骗罪的主观要件的条件，罪名成立；

被告人未当庭提交其除经营湟中甲农机服务专业合作社外的其他收入情

况，无相关证据表明该车系扶持资金以外的收入所得购买。故对被告人

王考某及辩护人当庭无罪的辩解、辩护意见，本院不予采纳。

青海省湟中县人民法院依据《中华人民共和国刑法》第二百六十六

条、第六十四条、第六十七条第三款之规定，判决如下：

一、被告人王考某犯诈骗罪，判处有期徒刑五年，并处罚金20000

元。

二、被扣押的xts款凯迪拉克轿车依法予以没收，上缴国库。

【法官后语】

本案处理重点主要在于被告人王考某是否以非法占有为目的骗取专

款专用的扶持资金。

非法占有为目的，指排除权利人、将他人财物作为自己的所有物进

行支配，并遵从财物的（经济）用途，对之进行利用或处分的意思。

在实践中的认定需要依靠客观事实，不要盲目地仅从客观行为的欺

诈性和侵犯财产罪所保护的法益进行主观推论，关键是看主观目的在客

观上的表现，要结合欺诈行为前后的主观条件和客观条件，综合判断被

告人主观上具有非法占有的目的。诈骗罪中主要以行为人获取财物时是

否采用了虚构事实、隐瞒真相等诈骗手段来认定。诈骗犯罪中被告人承

认具有非法占有目的的是很少的，所以需要运用刑事推定对其主观目的

进行认定。认定非法占有为目的所依据的基础事实的证据数量应该较多

且真实可靠。在诈骗案件中证据数量过少很难形成完整的证据链，只有

达到排除合理怀疑的程度，才能从中寻找到反驳被告人辩解的方法。

本案中被告人王考某在明知其负责的湟中甲农机服务专业合作社并

不符合该评定标准的情况下，因在申报书中采用虚拟合作社成员数，伪

造合作社成员名册、出资清单等方式被评定为农牧民专业合作社省级示

范社，且其获得扶持资金后用于个人消费及为他人购买农机具票据报

账，上述事实有有关部门出具的文件以及10余张票据、15个证人的证言

相佐证，足以认定其具有非法占有的目的。因此，在司法实务操作中，

认定是否具有非法占有的主观故意，应当遵循主客观相一致的原则，既

要避免仅仅凭借损失结果客观归罪，也不能单纯依据被告人供述主观臆

断，而应当根据案件的具体情况具体分析。

在以“非法占有目的”为要件的诈骗犯罪中，确认非法占有即系非法

所有。可以很好地发挥“非法占有目的”在界定诈骗罪与非诈骗罪、诈骗

罪与其他犯罪界限中的区分作用。实现立法规定诈骗罪主观要件的应有

功能与价值，体现了立法者的本意。有利于全面认识诈骗罪非法占有目

的的内涵，以实现我国刑法的公平性和正义性。

编写人：青海省湟中县人民法院 郭琪

58 虚构事实唆使他人挪用资金行为的性质认定

——韦某职务侵占、覃莉某等挪用资金、莫某诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区南宁市中级人民法院（2017）桂01刑终381号刑事

判决书

2.案由：职务侵占罪、挪用资金罪、诈骗罪

【基本案情】

2010年1月起，被告人覃莉某担任甲公司出纳，覃莉某与被告人莫

某于2011年1月确定男女朋友关系。2012年5月至2014年2月间，莫某多

次以投资工程项目、跟有关部门疏通关系等事由向覃莉某提出借款要

求，覃莉某遂利用担任甲公司出纳的职务便利，在被告人甲公司会计韦

某的配合下，先后挪用甲公司资金2905000元。其中，莫某收到覃莉某

给予的487000元用于投资等用途，谎称跟有关部门疏通关系骗取覃莉某

350000元后非法占为己有（韦某职务侵占的事实略）。

【案件焦点】

莫某虚构事实唆使覃莉某挪用公司资金提供借款的行为，应当认定

为职务侵占罪，还是认定为诈骗罪。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区南宁市西乡塘区人民法院经审理认为：被告人韦某

身为公司人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额

巨大，已构成职务侵占罪。被告人覃莉某、韦某身为公司人员，利用职

务上的便利，挪用本单位资金归个人使用，超过三个月未还，均已构成

挪用资金罪。被告人莫某以非法占有为目的，利用覃莉某的职务便利，

将甲公司人民币35万元非法占为己有，数额较大，已构成职务侵占罪；

被告人莫某伙同覃莉某，通过覃莉某的职务便利，挪用甲公司资金归个

人使用，超过三个月未还，已构成挪用资金罪。

广西壮族自治区南宁市西乡塘区人民法院依照《中华人民共和国刑

法》第二百七十一条第一款、第二百七十二条第一款、第二十五条第一

款、第二十六条第一款、第四款、第二十七条、第五十三条、第六十四

条、第六十五条第一款、第六十七条第三款之规定，判决如下：

一、被告人韦某犯职务侵占罪，判处有期徒刑九年，犯挪用资金

罪，判处有期徒刑二年六个月，决定执行有期徒刑十一年；

二、被告人覃莉某犯挪用资金罪，判处有期徒刑五年六个月；

三、被告人莫某犯职务侵占罪，判处有期徒刑三年，犯挪用资金

罪，判处有期徒刑三年，决定执行有期徒刑五年六个月；

四、公安机关从被告人覃莉某处扣押的人民币一万元，发还被害单

位甲公司；

五、责令被告人韦某退赔被害单位甲公司人民币六百四十七万八千

一百六十六元；

六、责令被告人覃莉某、韦某退赔被害单位甲公司人民币二百七十

七万五千元，被告人莫某与被告人覃莉某对其中的七十一万七千元承担

连带退赔责任。

一审宣判后，韦某提出上诉，韦某及其辩护人提出的主要意见为韦

某的行为不构成职务侵占罪，且一审判决认定的犯罪数额有误。

广西壮族自治区南宁市中级人民法院经审理认为：韦某利用担任公

司会计的职务便利，将本单位钱款5833726元非法占为己有，数额巨

大，其行为已构成职务侵占罪。覃莉某、韦某共同利用担任公司出纳、

会计的职务便利，挪用本单位资金归个人使用，超过三个月未还，数额

达人民币2905000元，数额较大不退还，其行为均已构成挪用资金罪。

莫某伙同覃莉某，通过覃莉某的职务便利，挪用甲公司资金487000元归

个人使用，超过三个月未还，其行为已构成挪用资金罪；莫某以非法占

有为目的，虚构借款事实骗取覃莉某信任，唆使覃莉某挪用甲公司资金

350000元后非法占为己有，其行为已构成诈骗罪。原审判决认定上诉人

韦某职务侵占的数额有误、认定原审被告人莫某构成职务侵占罪的定性

有误、量刑偏轻，予以改判。

广西壮族自治区南宁市中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》

第二百六十六条、第二百七十一条第一款、第二百七十二条第一款、第

二十五条第一款、第二十六条第一款、第四款、第二十七条、第五十三

条、第六十四条、第六十五条第一款、第六十七条第三款、第六十九条

第一款，《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条[[13]第](#p398)一款、

第二百二十六条第一款之规定，判决如下：

一、维持广西壮族自治区南宁市西乡塘区人民法院（2015）西刑初

字第66号刑事判决的第二项、第四项、第六项；

二、撤销广西壮族自治区南宁市西乡塘区人民法院（2015）西刑初

字第66号刑事判决的第一项、第三项、第五项；

三、上诉人（原审被告人）韦某犯职务侵占罪，判处有期徒刑八年

六个月，犯挪用资金罪，判处有期徒刑二年六个月，决定执行有期徒刑

十年六个月；

四、原审被告人莫某犯诈骗罪，判处有期徒刑三年，犯挪用资金

罪，判处有期徒刑三年，决定执行有期徒刑五年六个月；

五、责令被告人韦某退赔被害单位甲公司人民币五百六十三万三千

七百二十六元。

【法官后语】

本案争议的焦点在于莫某的行为定性，具体来说，即莫某以非法占

有为目的，虚构事实要求覃莉某挪用公司资金提供借款35万元的行为，

应当认定为职务侵占罪还是诈骗罪的问题。综合本案事实和证据，笔者

认为莫某的行为分别构成挪用资金罪、诈骗罪。主要理由如下：

1.挪用资金罪、职务侵占罪是真正身份犯，只有具备身份的人才能

成为正犯，无身份的教唆犯、帮助犯只能在正犯触犯的罪名范围内构成

身份犯罪。

真正身份犯是指法律明文规定的、以行为人的特殊主体资格作为定

罪客观构成要件的犯罪。根据我国《刑法》第二百七十一条、第二百七

十二条的规定，职务侵占罪、挪用资金罪的行为主体应当是“公司、企

业或者其他单位的人员”，只有具备上述身份的人员单独或共同实施的

职务侵占、挪用资金行为才能构成职务侵占罪、挪用资金罪，不具备上

述身份的人员不能单独或共同实施职务侵占罪、挪用资金罪的实行行

为，只能成为相应犯罪的教唆犯、帮助犯。本案中，覃莉某系甲公司出

纳，具有管理、经手公司资金的职务便利，对于覃莉某利用担任公司出

纳的职务便利，挪用本单位数额较大的钱款借贷给莫某的行为构成挪用

资金罪并无争议，覃莉某属于挪用资金罪的正犯；莫某并非甲公司员

工，不符合职务侵占罪、挪用资金罪的主体构成要件，对于莫某多次要

求覃莉某利用担任公司出纳的职务便利挪用公司资金提供借款的行为，

只能认定莫某在覃莉某构成的挪用资金罪范围内成立教唆犯、帮助犯。

也就是说，在莫某对覃莉某挪用资金实施的教唆、帮助行为没有触犯其

他犯罪的情况下，应当认定莫某犯挪用资金罪；如果莫某实施的教唆、

帮助行为超过挪用资金罪的构成要件范围，同时触犯其他犯罪的，也不

能当然认定莫某的行为构成职务侵占罪等其他真正身份犯罪。

2.在有身份者为正犯，无身份者对正犯实施的教唆、帮助行为同时

触犯其他犯罪的情况下，应依照处罚较重的规定对无身份者予以定罪处

罚。

在有身份者与无身份者共同犯罪，有身份者为身份犯的正犯，无身

份者为身份犯的共犯，同时无身份者的行为构成其他非身份犯的正犯的

情况下，可以认定无身份者的一个行为同时触犯两个以上罪名，构成想

象竞合犯，依照处罚较重的规定定罪处罚。就本案而言，莫某虚构办理

工程转包手续需要跟有关部门疏通关系的事实，骗取覃莉某的信任，唆

使覃莉某挪用公司资金35万元后，莫某将钱款非法占为己有。莫某的行

为属于挪用资金罪的教唆犯和诈骗罪的正犯的想象竞合，其中挪用资金

罪适用的法定刑幅度为“三年以下有期徒刑或者拘役”，诈骗罪适用的法

定刑幅度为“三年以上十年以下有期徒刑”，应当按照诈骗罪对莫某的该

部分行为进行定罪处罚。因本案一审判决后莫某未提出上诉，检察机关

也未提出抗诉，二审法院根据上诉不加刑的刑法原则，最终认定莫某的

行为构成挪用资金罪和诈骗罪，作出终审判决。

编写人：广西壮族自治区南宁市中级人民法院 高怀

59 诈骗罪中主、从犯的认定

——黄承某等诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区河池市罗城仫佬族自治县人民法院（2018）桂1225

刑初12号刑事判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

1.2017年3月15日，被告人黄承某、何雪某密谋到罗城仫佬族自治

县四把镇四把街，以“做法消灾”的迷信手段骗取他人钱财。被告人黄承

某、潘新某、何雪某、罗彩某到四把镇四把街后，先由何雪某、罗彩某

到四把街寻找被骗对象，潘新某负责在后面跟踪放哨和用摩托车伺机接

送被骗对象回家取款。被告人何雪某、罗彩某在四把街上物色到被害人

卢秀某后，以化灾为由将卢秀某骗至四把镇四把街通往四把镇苗洛甫屯

方向去的一处山脚偏僻处，由负责扮演算命先生的黄承某在“化灾”的过

程中用装有冥币的塑料袋将卢秀某装有现金48500元的黑色塑料袋换

掉，得手后，四人立即逃离现场，并将诈骗所得的现金48500元分赃，

除留出100元作为买饮用水外，其余赃款由四人平分。案发被告人潘新

某已将12100元退还给被害人卢秀某。

2.2017年4月14日，被告人黄承某、罗彩某、何雪某、潘新某再次

到罗城仫佬族自治县四把镇四把街后，先由何雪某、罗彩某到四把街寻

找被骗对象，潘新某负责在后面跟踪放哨和用摩托车伺机接送被害人回

家取款。被告人何雪某、罗彩某在四把街上物色到被害人吴青某后，并

以化灾为由将吴青某骗至四把镇养老院围墙外一处桑叶地，由负责扮演

算命先生的黄承某在“化灾”的过程中用装有冥币的塑料袋将吴青某装有

现金4000元的黑色塑料袋换掉，得手后，四人立即逃离现场，并将诈骗

所得的现金4000元平均分赃。案发被告人潘新某已将1000元退还给被害

人吴青某。

3.2017年4月19日10时许，被告人黄承某、罗彩某、何雪某、潘新

某到广西柳城县冲脉镇冲脉街后，先由何雪某、罗彩某到冲脉街上寻找

被骗对象，潘新某负责在后面跟踪放哨和用摩托车伺机接送被害人回家

取钱或到信用社取款。被告人何雪某、罗彩某在冲脉街物色到被害人廖

金某后，以化灾为由将廖金某骗至冲脉镇冲脉街附近一处草坪，由负责

扮演算命先生的黄承某在“化灾”的过程中用装有冥币的塑料袋将廖金某

装有现金20000元的黑色塑料袋换掉，得手后，四人立即逃离现场，并

将诈骗所得的现金20000元平均分赃。案发被告人潘新某已将5000元退

还给被害人廖金某。

另查明，被告人潘新某于2017年5月26日0时许电话报警投案，如实

供述自己的犯罪事实，其行为构成自首。被告人潘新某的亲属将潘新某

参与诈骗分得的全部赃款18100元，分别退还了被害人卢秀某12100元，

吴青某1000元，廖金某5000元，并取得了被害人的谅解。庭审后，被告

人罗彩某的亲属将罗彩某参与诈骗分得的全部赃款18100元交到法院退

还被害人。

【案件焦点】

诈骗罪共同犯罪中，如何运用在案证据认定主、从犯。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区河池市罗城仫佬族自治县人民法院经审理认为：被

告人黄承某、罗彩某、何雪某、潘新某以非法占有为目的，采取虚构事

实、隐瞒真相的方法，多次实施诈骗，共计骗取他人人民币72500元，

数额巨大，其行为已触犯我国刑律，构成诈骗罪。公诉机关指控被告人

黄承某、罗彩某、何雪某、潘新某犯诈骗罪成立，应依法追究其刑事责

任。在共同诈骗犯罪中，被告人黄承某扮演算命先生的角色并调包，被

告人罗彩某、何雪某负责物色诈骗对象和带诈骗对象到预定的作案地

点，被告人潘新某扮演摩的司机负责接送诈骗对象回家取款和跟踪放

哨，四被告人分工协作、互相配合，每个人都是完成整个诈骗行为不可

缺少的角色，均起主要作用，均系主犯，应按照其参与的全部犯罪处

罚。公诉人认为被告人潘新某负责放风和接送被害人，属从犯，以及辩

护人黄昌某提出被告人罗彩某在本案中所起的作用相对较小，系从犯的

辩护意见，均与本院查明的事实不符，本院不予采纳。被告人黄承某、

何雪某归案后，能如实供述自己的罪行，系坦白，依法可从轻处罚；被

告人罗彩某当庭如实供述自己的罪行，自愿认罪，可以酌情从轻处罚。

被告人潘新某有自首情节，依法可从轻或减轻处罚。被告人潘新某的亲

属和被告人罗彩某的亲属分别代二被告人退赔被害人的经济损失各

18100元，视为被告人潘新某、罗彩某退赔，可对被告人潘新某、罗彩

某酌情从轻处罚。综上，本院决定对被告人潘新某减轻处罚，对被告人

黄承某、何雪某、罗彩某从轻处罚。将公安机关依法收缴扣押被告人黄

承某诈骗所得的部分赃款5000元发还给被害人，挽回被害人的部分经济

损失，可对被告人黄承某酌情从轻处罚。被告人黄承某提出的与此相符

的意见，本院予以采纳。被告人黄承某、罗彩某、何雪某曾因犯诈骗

罪、被告人潘新某曾因犯盗窃罪被判处有期徒刑，在刑罚执行完毕后五

年内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪，属累犯，应当从重处罚。

广西壮族自治区河池市罗城仫佬族自治县人民法院依照《中华人民

共和国刑法》第二百六十六条、第四十五条、第四十七条、第五十二

条、第五十三条、第二十五条第一款、第二十六条第一款、第四款、第

六十五条第一款、第六十七条第三款、第六十一条、第六十二条、第六

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、第二条第一款第四项

的规定，作出如下判决：

一、被告人何雪某犯诈骗罪，判处有期徒刑三年零十个月，并处罚

金人民币一万元；

二、被告人黄承某犯诈骗罪，判处有期徒刑三年零八个月，并处罚

金人民币一万元；

三、被告人罗彩某犯诈骗罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币

一万元；

四、被告人潘新某犯诈骗罪，判处有期徒刑二年零六个月，并处罚

金人民币一万元；

五、将被告人罗彩某的亲属代罗彩某交来的退赔款18100元按比例

发还被害人，其中发还给卢秀某12100元、吴青某1000元、廖金某5000

元；

六、将扣押在案的被告人黄承某诈骗赃款5000元按比例发还被害

人，其中发还给卢秀某3344.80元、吴青某275.80元、廖金某1379.20

元；

七、责令被告人何雪某、黄承某、罗彩某、潘新某共同退赔尚未退

赔的被害人经济损失，其中被害人卢秀某20955.20元、被害人吴青某

1724.20元、被害人廖金某8620.80元；

八、对被告人黄承某、罗彩某、何雪某、潘新某用于作案的冥币予

以没收。

【法官后语】

本案被告人黄承某、罗彩某、何雪某、潘新某以非法占有为目的，

采取虚构事实、隐瞒真相的方法，多次实施诈骗，共计骗取他人人民币

72500元，数额巨大，其行为已触犯我国刑律，构成诈骗罪。这一定性

是无疑问的。被告人黄承某、何雪某归案后，能如实供述自己的罪行，

系坦白，依法可从轻处罚；被告人罗彩某当庭如实供述自己的罪行，自

愿认罪，可以酌情从轻处罚。被告人潘新某有自首情节，依法可从轻或

减轻处罚。被告人潘新某的亲属和被告人罗彩某的亲属分别代二被告人

退赔被害人的经济损失各18100元，视为被告人潘新某、罗彩某退赔，

可对被告人潘新某、罗彩某酌情从轻处罚。综上，法院决定对被告人潘

新某减轻处罚，对被告人黄承某、何雪某、罗彩某从轻处罚。将公安机

关依法收缴扣押被告人黄承某诈骗所得的部分赃款5000元发还给被害

人，挽回被害人的部分经济损失，可对被告人黄承某酌情从轻处罚。被

告人黄承某、罗彩某、何雪某曾因犯诈骗罪、被告人潘新某曾因犯盗窃

罪被判处有期徒刑，在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，属累犯，应当从重处罚。对上述的认定，合议庭的意见是

一致的。

本案的关键和难点在于，公诉机关认为被告人潘新某负责放风和接

送被害人，属从犯，经合议庭评议，认为被告人潘新某在共同诈骗犯罪

中系主犯，与公诉机关的认定不一致。

我国《刑法》第二十六条规定在共同犯罪中起主要作用的，是主

犯。起主要作用是指在共同犯罪中直接实施犯罪的行为，而且其行为是

犯罪结果发生的主要原因，或是事前拉拢、勾结他人，提起犯意，出谋

划策的教唆犯；《刑法》第二十七条规定在共同犯罪中起次要或者辅助

作用的，是从犯。起次要作用或辅助作用是指：（1）虽直接实施犯罪

行为但对整个犯罪的预谋、实施和完成，所起的作用不大；（2）只为

共同犯罪的实施创造便利条件、提供帮助。

结合本案，被告人潘新某与其他三名被告人事先共同密谋以“做法

消灾”的迷信手段骗取他人钱财，事中四名被告人共同到乡镇街上进行

诈骗，由何雪某、罗彩某寻找诈骗对象，潘新某负责扮演摩托车拉客的

司机接送诈骗对象回家取款并跟踪放哨，黄承某负责扮演的“算命先

生”在“化灾”的过程中用装有冥币的塑料袋将诈骗对象装有现金的塑料

袋换掉，得手后，四人立即逃离现场，诈骗所得赃款由四人平分。四被

告人分工协作、互相配合，每个人都是完成整个诈骗行为不可缺少的角

色，均起主要作用，均系主犯。

综上，被告人潘新某在本案中起主要作用，系主犯。

编写人：广西壮族自治区河池市罗城仫佬族自治县人民法院 吴代华

60 冒充微博“大V” 股票评析师，向“粉丝” 推荐股票营

利行为性质分析

——李某、王某诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省无锡市锡山区人民法院（2017）苏0205刑初778号刑事判决

书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

2016年6月至2017年8月，被告人李某单独或伙同被告人王某及刁某

（另案处理）在没有任何股票分析能力的情况下，在无锡市锡山区某小

区××号×××室及苏州住处，冒用微博“大V”股票评析师或者其助理的名

义，关注其“粉丝”，利用“粉丝”对该股票评析师的信任，向“粉丝”推荐

股票并约定获利后分成，共计诈骗201296元。其中被告人王某涉案金额

6183元。

归案后，被告人李某、王某如实供述了自己诈骗的事实。案破后，

被告人李某、王某向公安机关退出全部赃款。

【案件焦点】

冒充微博“大V”股票评析师，向股票评析师的“粉丝”推荐股票营利

的行为，构成诈骗罪还是非法经营罪。

【法院裁判要旨】

江苏省无锡市锡山区人民法院经审理认为：被告人李某单独或分别

伙同被告人王某及刁某以非法占有为目的，假冒股评师名义向他人骗取

钱财，其行为已构成诈骗罪，其中李某诈骗数额巨大，王某诈骗数额较

大。在共同犯罪中，被告人李某起主要作用，系主犯，应当按照其所参

与的全部犯罪处罚；被告人王某起次要作用，系从犯，应予从轻处罚。

被告人李某、王某在公安机关侦查阶段虽非自动投案，但归案后均如实

供述了自己的犯罪事实，依法可以从轻处罚。被告人李某、王某已退出

赃款，均可酌情从轻处罚。无锡市锡山区人民检察院起诉指控被告人李

某、王某犯诈骗罪，事实清楚，证据确实、充分，指控的罪名成立，本

院予以支持。

关于被告人李某的辩护人提出李某的行为不构成诈骗罪的辩护意

见，本院审查认为，李某具有隐瞒真相、虚构事实的行为。李某没有股

票相关从业经历，自己也没有买卖过股票，对股票交易并不熟悉，并非

股票方面的专业人士，但其冒充有一定著名度的股评师，且使用“话

术”，骗取被害人的信任，李某指导被害人买卖股票具有一定的盲目

性、欺骗性。另外，股票市场交易价格往往一日数变，具有波动性，在

短期盈利上具有偶然性和不确定性，而李某设定的条件只对盈利分成而

不对亏损承担责任，确保了其只会获利。被害人基于李某隐瞒真相，虚

构事实的行为，根据李某所谓的推荐而买卖股票，一旦股票正好盈利，

即产生错误认识，认为“股评师”确实具有盈利能力，为了继续能与有一

定著名度的股评师合作以继续获取利益，从而自愿将已获得的部分盈利

交给“股评师”李某，李某具有非法占有被害人财产的故意。被告人李某

的行为符合诈骗罪的法律特征。辩护人提出的该项辩护意见，本院不予

采纳。辩护人提出被害人并没有报案，说明在被害人眼里，李某的行为

并未到需要诉诸刑事惩罚的程度的辩护意见，本院认为，被害人是否立

即报案，并不影响案件的定罪和量刑，辩护人提出的以被害人的视角判

断李某的行为不需要追究刑事责任的辩护意见，本院不予采纳。

被告人王某的辩护人提出王某系初犯，属于共同犯罪的从犯，归案

后认罪态度较好，且涉案金额较小，社会危害性较小，自愿退赔，请求

从宽处罚的辩护意见，经查属实，本院予以采纳。

据此，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、第二十六条第一款和第四款、第二十七条、第六十七条第三

款、第六十四条之规定，判决如下：

一、被告人李某犯诈骗罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币一

万五千元；

二、被告人王某犯诈骗罪，判处罚金人民币五千元。

【法官后语】

本案的争议焦点为冒充微博“大V”股票评析师，向股票评析师的“粉

丝”推荐股票营利行为，构成诈骗罪还是非法经营罪。一种意见认为，

李某等人未经法定机关批准，向客户推荐股票营利，属于扰乱国家证券

市场的非法经营行为，情节严重，构成非法经营罪。另一种意见认为，

李某、王某以非法占有为目的，骗取他人钱财，其行为构成诈骗罪。我

们同意第二种意见。理由如下：

诈骗罪的基本构造为：行为人的欺诈行为—被害人产生错误认识—

被害人基于错误认识而处分财产—行为人获得财产—被害人遭受财产损

害。本案中李某等人的行为符合诈骗罪的构成要件。

1.李某等人有欺骗的行为。李某等人没有股票相关从业经历，自己

也没有买卖过股票，对股票交易并不熟悉，并非股票方面的专业人士，

但为非法占有他人钱财，将购买的微博账户模仿“大V”股评师信息进行

修改，从而冒充有一定知名度的股评师，“粉丝”误认为是“大V”股评师

本人向他们推荐股票，李某等人推荐的股票有些是自己选择的，有些是

其他人推荐的。对推荐的股票也不是很了解，也不做分析，故指导被害

人买卖股票具有一定的盲目性、欺骗性。

2.被害人基于李某等人的欺诈行为作出错误的处分财产行为。基于

李某等人冒充“大V”股评师的行为，“大V”粉丝误认为有水平的股评师

对他们进行指导，产生错误认识，根据李某所谓的推荐而买卖股票，一

旦股票正好盈利，认为“股评师”确实具有盈利能力，为了继续能与有一

定著名度的股评师合作以继续获取利益，从而自愿将已获得的部分盈利

交给“股评师”李某。

3.李某等人具有非法占有被害人财产的主观故意。股票市场交易价

格往往一日数变，具有波动性，在短期盈利上具有偶然性和不确定性，

而李某设定的条件只对盈利分成而不对亏损承担责任，确保了其只会获

利，不会亏损，故李某等人具有非法占有的目的。

编写人：江苏省无锡市锡山区人民法院 张建华 王万钰

61 “明知他人实施电信网络诈骗” 中“明知” 的认定

——湛开某诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省三明市中级人民法院（2018）闽04刑终264号刑事判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

2016年11月至2017年1月，被告人湛开某明知他人实施电信网络诈

骗，仍帮助转移诈骗犯罪所得，用其事先准备好的POS机将诈骗款项刷

卡消费到POS机绑定的翟亚某卡号为6228271611242××××××的中国农业

银行卡，后驾驶鄂K88×××号小轿车到湖北省孝感市、安陆市等地迅速

将该银行卡上的诈骗所得从ATM机或银行柜台取出，取现金额一旦超

过当天中国农业银行规定的额度，则使用中国农业银行U盾将余款转账

到翟亚某卡号为6217002720004××××××的中国建设银行卡上继续取现，

并从中抽取3%—7%提成后，将剩余款项交给他人。2016年11月17日至

2017年1月16日，湛开某帮助转移诈骗款项3653479.18元，获利102589

元。其间，被害人林某甲被骗款项24700元被刷卡消费到翟亚某卡号为

6228271611242××××××的中国农业银行卡。

2017年1月14日16时许，尤溪县公安局民警在湖北省安陆市当场抓

获取款结束的被告人湛开某，现场缴获并扣押翟亚某卡号为

6228271611242××××××中国农业银行卡1张、翟亚某卡号为

6217002720004××××××中国建设银行卡1张、农业银行U盾1个、华为手

机1部、苹果手机1部、鄂K88×××号天籁小车1部、现金206100元。2017

年1月16日，尤溪县公安局扣押湛开某从翟亚某卡号为

6228271611242××××××中国农业银行银行卡上取出的现金22950元。

【案件焦点】

帮助电信网络诈骗犯罪转移犯罪所得犯罪中，被告人拒不供认其主

观明知他人实施电信网络诈骗，如何认定其“明知”。

【法院裁判要旨】

福建省尤溪县人民法院经审理认为，湛开某主观上明知他人实施电

信网络诈骗犯罪，仍帮助转移诈骗犯罪所得，涉案金额达3653479.18

元，数额特别巨大，已构成诈骗罪。湛开某曾因电信网络诈骗受过刑事

处罚，应从重处罚。湛开某在共同犯罪中起辅助作用，是从犯，应当减

轻处罚。

福建省尤溪县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六

条、第六十一条、第二十五条第一款、第二十七条、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》第一条规定，判决如下：

一、湛开某犯诈骗罪，判处有期徒刑九年八个月，并处罚金人民币

四万元；

二、湛开某违法所得人民币十万二千五百八十九元，继续予以追

缴，没收上缴国库；

三、扣押在尤溪县公安局的人民币二十二万九千零五十元，由尤溪

县公安局返还被害人林某甲人民币二万四千七百元，余款人民币二十万

四千三百五十元，未查到被害人，由尤溪县公安局予以没收，上缴国

库；

四、扣押在尤溪县公安局作案工具银行卡二张、华为手机一部、农

业银行U盾一个，由尤溪县公安局予以没收，扣押在尤溪县公安局的苹

果手机一部、鄂K88×××号天籁小车一部，由尤溪县公安局依法处理。

湛开某持原审辩解提起上诉。

福建省三明市中级人民法院经审理认为：原判认定湛开某犯诈骗罪

的事实清楚，证据来源合法，内容客观真实。二审期间，湛开某的亲属

代其预缴罚金40000元，并退缴违法所得102589元。鉴于在二审期间，

湛开某能够自愿认罪认罚，退清全部违法所得，有一定悔罪表现，依法

可对其减轻处罚。

福建省三明市中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第

二百三十六条第一款第二项之规定，作出如下判决：

一、维持原审判决的第四项；

二、撤销原审判决的第一、二、三项；

三、湛开某犯诈骗罪，判处有期徒刑六年六个月，并处罚金人民币

四万元；

四、湛开某退出的违法所得人民币十万二千五百八十九元，予以没

收，上缴国库；

五、扣押在尤溪县公安局的人民币二十二万九千零五十元，由尤溪

县公安局返还被害人林某甲人民币二万四千七百元，余款人民币二十万

四千三百五十元，由尤溪县公安局依法处理。

【法官后语】

根据《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理电信网络

诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》（法发〔2016〕32号，以下

简称《意见》）第四条第三项规定，“明知他人实施电信网络诈骗犯

罪，具有下列情形之一的，以共同犯罪论处，但法律和司法解释另有规

定的除外：1.提供信用卡、资金支付结算账户、手机卡、通讯工具的；

……8.帮助转移诈骗犯罪所得及其产生的收益，套现、取现的。上述规

定的‘明知他人实施电信网络诈骗犯罪’，应当结合被告人的认知能力，

既往经历，行为次数和手段，与他人关系，获利情况，是否曾因电信网

络诈骗受过处罚，是否故意规避调查等主客观因素进行综合分析认

定。”根据《意见》的规定，在被告人否认主观明知的情况下，通过刑

事推定来认定被告人主观明知。对此，一审、二审均认定被告人主观上

明知。

具体到本案中，在案证据印证证实，2016年下半年，湛开某萌生帮

别人刷卡取现赚钱的想法，并准备了作案工具POS机、户名为翟亚某中

国农业银行卡、农业银行U盾、中国建设银行卡、手机卡、华为手机。

2016年11月开始，湛开某持有POS机及翟亚某卡号为

6228271611242××××××中国农业银行卡，等待上游犯罪行为人的通知，

一旦诈骗钱款转入上游犯罪行为人的银行账户，湛开某就将该银行账户

内的资金通过POS机刷卡消费到翟亚某卡号为6228271611242××××××的

中国农业银行卡内，并频繁在孝昌县及远离其居住地三十四公里远的安

陆市、孝感市不同银行的ATM机及柜台取款，当天进账款项当天立即

取出，且将所驾驶车辆停在离银行较远的地方，后步行或打车到银行取

款。且湛开某曾因帮助电信网络诈骗分子取款被湖北省孝昌县人民法院

以诈骗罪判刑，其曾供述其知道帮忙刷卡取现的钱是诈骗款，涉案POS

机及银行卡均为其控制使用。2016年11月17日至2017年1月16日，翟亚

某卡号为6228271611242××××××中国农业银行账户进账3653479.18元。

综上，应认定湛开某明知上游实施电信网络诈骗犯罪，仍帮助转移诈骗

犯罪所得3653479.18元，应当以诈骗罪的共犯论处。

电信网络诈骗犯罪一般都是多人共同犯罪，分工较细，环节较多，

流程较长，形成较为完整的犯罪链条，通过本案判决准确认定了共同犯

罪，该案对依法惩处该类帮助犯罪具有重要意义。

编写人：福建省尤溪县人民法院 陈其乐 詹学积

62 骗取临时保管人“自愿” 交付涉案财物行为性质的认

定

——钟雲某诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省晋江市人民法院（2018）闽0582刑初568号刑事判定书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

2017年2月3日8时许，被告人钟雲某虚构需要拉鞋楦到其他厂使用

的事实，骗取福建晋江甲鞋服有限公司（以下简称甲公司）厂区保安人

员的信任，继而到租赁该公司厂区四楼的被害单位泉州乙鞋业有限公司

（以下简称乙公司）的车间外，拉走乙公司570个价值合计9921元的鞋

楦。

2017年3月17日，钟雲某被抓获，同年4月6日，钟雲某赔偿泉州乙

公司鞋楦损失6210元，泉州乙公司表示予以谅解并不再追究钟雲某的责

任。

【案件焦点】

骗取临时保管人“自愿”交付涉案财物属诈骗行为还是盗窃行为。

【法院裁判要旨】

福建省晋江市人民法院经审理认为，对于公诉机关提出被告人钟雲

某以非法占有为目的，采用秘密手段窃取被害单位乙公司财物，应当以

盗窃罪追究其刑事责任的指控。经查，在案证据证实保安人员虽受雇于

甲公司，且雇佣公司平时未指令保安人员保管被害单位的涉案财物，但

案发时系春节期间，保安人员在案发期间曾打电话向被害单位核实相

关“事实”，登记拉货人身份、手机号码、货物信息等行为，是在实际履

行财物保管、管理职责，故甲公司雇佣的保安人员于案发时系被害单位

乙公司涉案财物的保管人。故公诉机关指控被告人钟雲某的行为构成盗

窃罪有误，予以更正。被告人钟雲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，依法应予惩处。

福建省晋江市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六

条、第六十七条第三款之规定，作出如下判决：

被告人钟雲某犯诈骗罪，判处拘役四个月，并处罚金人民币五千

元。

公诉机关认为原一审判决认定事实证据不足，适用法律确有错误为

由，向福建省泉州市中级人民法院提出抗诉，福建省泉州市中级人民法

院以原审判决认定钟雲某犯诈骗罪的部分事实不清、证据不足为由，裁

定将本案发回重新审判，晋江市人民法院另行组成合议庭，重新审理后

认为，根据新补充的证据材料确证实雇佣单位未书面约定保安人员保管

涉案财物，亦未口头指令保安人员保管被害单位乙公司的涉案财物，但

不影响保安人员在案发期间实际履行保管职责的事实认定，原一审判决

认为被告人钟雲某的行为构成诈骗罪的定性准确，量刑适当，故公诉机

关的指控及抗诉系对盗窃罪和诈骗罪二者犯罪构成存在法律认识的偏

差，予以更正，维持原一审的判决。

【法官后语】

盗窃罪、诈骗罪均属于平和型取得财产类犯罪。盗窃罪即以非法占

有为目的，通过采用秘密手段，在违背他人意志的情况下，获取他人数

额较大财物的犯罪行为；诈骗罪即以非法占有为目的，通过虚构事实或

隐瞒真相的方法，使得被害人陷入错误认识，进而“自愿”交付数额较大

财物的犯罪行为。可见，盗窃罪和诈骗罪区分的核心要点在于被害人是

否有“自愿”交付财物的处分行为。

法律意义上的处分行为，应当结合被害人的主观认识、客观表现来

进行综合分析认定：

1.主观上对财物具有控制占有意识。被害人不仅认识到涉案财物的

存在，且认识到该财物由其实际控制并占有，即视为被害人对财物具有

占有意识。即使该财物系赃物或其他无权占有，为了维护社会秩序的平

和稳定性，财物的现实占有人的占有权仍应当受到法律保护。

2.客观上对财物具有转移占有行为。被害人不仅将财物自愿转移占

有，且有对方或者第三方对该财物进行接收。只有待转移、接收行为完

成后，整个交付行为才结束。

回到本案，公诉机关指控被告人钟雲某采取秘密手段让有权处分该

批鞋楦的乙公司老板失去对该批鞋楦的控制，其行为应定性为盗窃罪，

原一审、发回重审合议庭都认为被告人钟雲某虚构需要拉鞋楦到其他厂

使用的事实骗取保安人员自愿交付临时保管的涉案财物，其行为应定性

为诈骗罪。笔者同意原一审及发回重审合议庭的审判观点。虽然保安人

员系甲公司所雇佣，且雇佣单位未书面约定或口头指令保安人员负责保

管租赁在其处的被害单位所有涉案财物，但根据保安人员的证言证实春

节停工期间有规定外来车辆要拉走东西需要核实登记拉货人身份、货物

信息等，主观上保安人员具有保管、管理财物的意识，且保安人员在案

发期间曾经打电话向被害单位核实相关“事实”，登记拉货人身份、手机

号码、货物信息等行为，客观上是在履行财物保管、管理职责。可见，

保安人员系涉案财物的实际占有人，其交付涉案财物的行为系被骗后自

愿处分行为，如果不是保安人员受骗处分，被告人钟雲某根本无法取得

涉案财物。

值得注意的是，法律的生命不在逻辑，而在经验。法律事实的判断

不仅仅是基于既定合同、言词证据等书面材料进行简单推理演算，隐藏

在法律背后的生活经验、交易习惯、文化习俗等，才是对法律事实进行

准确判断的事实基础。如果忽视对个别案件具体案情的具体分析，无视

商业行为中交易习惯的存在，藐视群众生活中经验常识的积累，只是简

单按照法律条文的规定，进行刻板对照、照本宣科，必然导致司法逻辑

上的混乱和失败。具体到本案，虽然没有书面合同证据证实雇佣单位有

指令保安人员对涉案财物进行保管，但本案案发时间恰好是春节期间，

被害单位将涉案财物放置于雇佣单位场地内且未另行派人进行监管，是

基于对租赁合同附随义务的信任，将涉案财物实际托管给雇佣单位的保

安人员，二者形成事实层面的财物托管、保管关系，从侧面证实保安人

员系涉案财物的实际占有人，进而判断其交付涉案财物的行为系处分行

为。

编写人：福建省晋江市人民法院 陈晓颖

63 网店刷单失败，“刷单掮客” 是否构成诈骗犯罪

——林来某被诉诈骗案

【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（2018）粤0104刑初185号刑事判决

书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

2016年2月20日至22日，被告人林来某使用化名黄珑某在广州市越

秀区环市中路×××号三楼与广州市甲生物科技有限公司法定代表人罗某

进行合作，由罗某出钱，由被告人林来某联系刷单团队，对天猫平台甲

旗舰店发起虚假刷单交易。罗某通过支付宝向被告人林来某指定的支付

宝账号转账合计人民币72829.5元。经罗某确认，发起的虚假刷单交易

逾6千单。

2月22日，罗某向公安机关报案，称被告人林来某逃匿。2017年8月

19日，被告人林来某被公安人员抓获归案。

【案件焦点】

1.被告人林来某是否构成犯罪；2.“刷单”这一行为如何定性。

【法院裁判要旨】

广东省广州市越秀区人民法院经审理认为：本案中，被害人罗某是

淘宝店主，雇请被告人林来某为其经营的淘宝店铺通过“刷单”方式，虚

假提高信誉，其目的就是“刷单”，罗某不存在因他人欺骗而产生错误认

识。根据罗某提交证据显示，经被告人林来某联络刷单团队，已在罗某

店铺按约定发起6040单虚假交易和支付记录，林来某已履行约定。至于

罗某主张刷单的交易全部失败导致货款损失，缺乏证据证明损失实际发

生以及具体金额，亦不能证实货款系被告人林来某获取。林来某虽有逃

匿行为，系事后被罗某追究责任导致的避债行为，不能反推林来某事前

就具有诈骗刷单款的故意。指控林来某犯诈骗罪不能成立。

广东省广州市越秀区人民检察院随即书面申请撤回起诉，法院裁定

准许撤回起诉。

【法官后语】

本案中，林来某作为“刷单掮客”，受雇于罗某帮忙寻找刷单团队并

负责接洽和费用支付，后经由林来某联络操作，刷单已发起六千余起，

与支付金额数量相当。公诉机关未能提供六千余起刷单后续是否发生退

费、费用退向何处等关键证据。从被告人林来某一方来看，证明不了有

诈骗行为的存在，也证明不了有非法占有的故意；从被害人罗某一方来

看，不存在错误认识，实际财产损失也不明。不能仅凭被告人事后逃匿

反推被告人有骗取钱财的主观故意，故对被告人林来某的指控不能成

立。办理刷单失败时“掮客”是否承担刑事责任的案件时，必须查明三个

问题：

第一，店商主是否产生错误认识，这种错误认识是否系由刷单掮客

引起。指控被告人构成诈骗罪，首先被告人必须有诈骗的行为。从被害

人罗某陈述及聊天记录等书证可以证实，被害人罗某将涉案款项给被告

人林来某的目的，就是让其帮忙寻找刷单团队，给自己的网店以刷单方

式虚假交易、提升信誉。罗某并不是因被告人林来某的欺骗而产生错误

认识。如果说其中存在欺诈行为，反而是被告人与被害人试图一起欺诈

淘宝公司及其他消费者。

第二，刷单是否确已失败，货款为何方占有。刷单是电商平台均明

令禁止的违规行为，本身就存在非常大的风险，是淘宝店主在选择刷单

时必须要考虑和面对的。根据最高人民法院的观点，行为人将资金用于

高风险经营活动，造成客观无法返还的，不能以合同诈骗罪定罪处罚。

刷单后有无损失，不能仅凭店主口头申报，而应当在电商平台查明交易

情况；损失钱款去向何处，也不能直接推定是为林来某获取，应根据平

台交易线索，顺藤摸瓜查明钱款退向何人账户。在未对交易线索进行调

查时就推定钱款为被告人占有，属有罪推定。

第三，掮客逃匿行为是事后避债，还是事前蓄谋携款潜逃。林来某

在受到罗某的施压后，确有逃避罗某追债的行为。但罗某的行为是委托

他人把钱投入一个明知是高风险的领域，在投资失败之后，要求中间人

承担一切后果，此时林来某的逃匿，与实施诈骗行为之后携款潜逃并不

一样。民事上的逃债和诈骗后的逃匿有区别，不能仅以被告人有事后逃

匿行为，就反推其有诈骗意图。

本案是一件电商“刷单掮客”在刷单没有顺利进行的情况下，被电商

主举报诈骗的案件。刷单不成功，未必是犯罪引起，有可能只是电商平

台管制导致；即使存在蓄意诈骗犯罪，犯罪人既可能是掮客，也有可能

是刷单团队。在具体案件中，应当对被害人有无被骗、被谁骗、钱款去

向何处等问题予以查明。

编写人：广东省广州市越秀区人民法院 郭玉 林子枫

64 未实施与合同内容相关的经济活动，合同仅作为其

实施诈骗的一种手段，应认定为诈骗罪

——陈艺某诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省泉州市中级人民法院（2018）闽05刑终1035号刑事判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

被告人陈艺某自2017年7月以来，在江西省南昌市甲小区3栋一单元

×××租房等地，利用互联网创建“乙公司”网站，发布虚假的商品销售信

息，诱使在网上购物的“丙公司”等单位的王慧某、刘洪某等人将“货

款”“订金”汇入指定的银行账户内。至2017年9月17日被查获时，共计诈

骗得款464702元。

【案件焦点】

利用合同诈骗是否都构成合同诈骗罪。

【法院裁判要旨】

福建省安溪县人民法院经审理认为，被告人陈艺某以非法占有为目

的，采用虚构事实的方法，骗取公民财物，其行为已构成诈骗罪；被告

人陈艺某利用互联网发布虚假信息，对不特定多数人实施诈骗，且其曾

因电信网络诈骗犯罪受过刑事处罚，诈骗数额接近数额特别巨大，属有

其他特别严重情节。公诉机关指控被告人陈艺某犯诈骗罪的罪名成立。

被告人陈艺某曾因故意犯罪被判处有期徒刑，假释期满以后在五年以

内，再故意犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪，是累犯，依法从重处

罚。

福建省安溪县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六

条、第六十五条、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》第二条，作出如下判

决：

一、被告人陈艺某犯诈骗罪，判处有期徒刑十年三个月，并处罚金

人民币一十万元；

二、继续追缴被告人陈艺某的违法所得款人民币224702元，与公安

机关暂扣款项人民币240000元，合计人民币464702元，发还给被害人或

被害单位合计人民币123720元，余款人民币340982元，暂查无被害人，

予以没收上缴国库；上述罚金、违法所得款均应在判决生效后十日内缴

纳；

三、没收被告人陈艺某被扣押的作案工具。

被告人陈艺某不服一审判决，提出上诉。

福建省泉州市中级人民法院经审理认为：上诉人陈艺某以非法占有

为目的，利用电信网络发布虚假信息实施诈骗，骗取他人财物计人民币

464702元，其行为已构成诈骗罪。其诈骗犯罪数额接近数额特别巨大，

且曾因电信网络诈骗犯罪受过刑事处罚，属于具有其他特别严重情节。

上诉人陈艺某曾因故意犯罪被判处有期徒刑，在假释期满以后，五年内

再故意犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪，是累犯，依法应当从重处

罚。原判认定事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，量刑适当。审判

程序合法。上诉人陈艺某及其辩护人以原判认定事实不清，定性及适用

法律错误等诉请改判的理由缺乏事实和法律依据，均不予采纳。

福建省泉州市中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六

十六条、笫六十五条、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》第二条以及《中

华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条[[14]第](#p398)一款第一项的规定，

作出如下裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

随着信息社会的发展，司法实践中利用互联网实施诈骗犯罪的案件

呈现高发态势，许多诈骗犯罪不再是简单地利用虚假信息直接骗取他人

财物，而是借由虚假公司、虚假合同等更有诱骗性的形式骗取财物，本

案例涉及的主要问题就是利用合同诈骗是否都构成合同诈骗罪。

合同诈骗罪与诈骗罪是特殊与一般的法条竞合关系，从司法实践上

来看，两个罪名易交叉混淆，在区分界定上存在一定难度。具体到本案

中，被告人陈艺某以非法占有为目的，通过互联网发布虚假信息，虚构

企业单位与他人签订买卖合同，骗取他人的货款、定金等款项，从表面

上看，其行为同时满足了诈骗罪与合同诈骗罪的犯罪构成要件，但从被

告人为实施诈骗而虚构企业单位等信息的犯意和对不特定多数人实施诈

骗的手段来分析，其实质上只是披着合同诈骗“外衣”的电信诈骗，应定

性为诈骗罪更符合罪责刑相适应的原则。本案中，单从犯罪主体、犯罪

客体无法区分两罪区别，下面笔者将从犯罪客观方面对诈骗罪与合同诈

骗罪进行区分：两罪均是通过欺骗的方式让被害人产生错误认识而自愿

将财物交予被告人，但诈骗罪的犯罪手段是多样化的，立法并未对诈骗

时间、方式、行为等作出列举，而合同诈骗罪的犯罪行为仅限于《刑

法》第二百二十四条所规定的五种情形，且设置了在签订、履行合同过

程中利用合同进行诈骗的行为条件限制。从上述分析我们可以得出，诈

骗罪可以利用合同进行诈骗，其侧重的是合同这一形式，而合同诈骗罪

必须利用合同进行诈骗，从其规定的五种情形分析，其更侧重合同内容

和合同履行的诈骗。本案中，被告人陈艺某自始就以非法占有他人财物

为故意，虚假的营业执照、合同等都是其为实施诈骗而做的准备，其犯

意的产生和实施都是在签订合同前，其自始至终均未有履行合同的意思

表示和行为，且合同的主体、内容等均为虚假的，合同本身没有任何实

质性意义，在本案中仅作为诈骗的一种手段、形式。同时，被告人陈艺

某实施诈骗的对象是不特定多数人，诈骗手段具有非接触式特点，属于

电信诈骗，是诈骗罪中的酌情从重情节，笔者认为电信诈骗具有独特的

信息技术属性和犯罪对象范围，可以视为未单列罪名的特殊诈骗类型，

相比合同诈骗罪，电信诈骗的追诉标准低、量刑重，显然，以诈骗罪

（认定具有电信诈骗情节）对被告人陈艺某的行为进行定罪量刑更符合

罪责刑相适应的原则。综上，被告人陈艺某的诈骗行为应认定为诈骗罪

而非合同诈骗罪。

编写人：福建省安溪县人民法院 王志杰 王铁军

65 以欺骗方式取得的廉租房使用权是否属于《刑法》

第二百六十六条规定的“财物”

——程某、杨某诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省大邑县人民法院（2018）川0129刑初252号刑事判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

2010年4月1日，被告人程某、杨某共谋后，利用虚假租房证明及收

入证明等材料，向大邑县房产管理局申请“大邑县城镇低收入家庭住房

保障房”，后成功申请位于大邑县晋原镇内蒙古大道××号××栋×单元×楼

×号的保障性住房（廉租房）一套。由于2010年该廉租房未分配，2011

年11月3日程某隐瞒已成功申请廉租房的事实，又与大邑县住房保障办

公室签订了大邑县城镇最低收入与低收入家庭租金补贴协议，并领取

2010年全年租金补贴960元。2011年11月7日在首次缴纳租金后，杨某入

住该房。此后，程某、杨某违反国家政策规定，既持续占有廉租房，又

持续领取低收入家庭租金补贴。事发后，大邑县房产管理局于2017年1

月将该房收回。经鉴定，该套保障性住房于2011年11月至2016年12月市

场租金认定价格共计17966元。

另查明，2017年8月16日，被告人杨某到公安机关投案。2017年8月

22日，被告人程某到公安机关投案。2018年7月23日，被告人程某向大

邑县房产管理局补缴租金差额7264.3元。2018年8月9日，被告人程某退

赔违法所得9107.5元。

【案件焦点】

人民法院对当事人以欺骗方式取得的廉租房使用权，是否应将其认

定为《刑法》第二百六十六条规定的“诈骗公私财物”中的“财物”。

【法院裁判要旨】

四川省大邑县人民法院经审理认为：被告人程某、杨某相互伙同，

以非法占有为目的，骗取公共财物，数额较大，其行为已构成诈骗罪，

且系共同犯罪，应当依法处罚。程某、杨某在共同犯罪中，作用地位相

当，不宜区分主从犯。公诉机关指控二被告人犯罪的定性和适用法律正

确，本院予以支持。杨某有犯罪前科，量刑时酌定从重处罚。程某、杨

某的辩护人均提出二被告人有自首情节的辩护意见，经查，二被告人虽

系自动到案，但到案后未如实供述犯罪事实，故不属于自首，对该辩护

意见本院不予采纳；还提出二被告人退赔全部赃款，当庭自愿认罪，建

议对其从宽处罚的辩护意见，该辩护意见与庭审查明的事实相符，本院

予以采纳；程某的辩护人提出程某系从犯的辩护意见与庭审查明的事实

不相符，本院不予采纳。

四川省大邑县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六

条、第二十五条、第七十二条、第七十三条、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、被告人程某犯诈骗罪，判处拘役六个月，宣告缓刑一年，并处

罚金人民币3000元；

二、被告人杨某犯诈骗罪，判处拘役六个月，宣告缓刑一年，并处

罚金人民币3000元；

三、对被告人程某、杨某退缴在案的违法所得人民币9107.5元，予

以没收，上缴国库。

宣判后，公诉机关未抗诉，被告人未上诉，判决已发生法律效力。

【法官后语】

本案犯罪事实简单明了，被告人也自愿认罪，但在案件合议庭评议

与专业法官会议讨论过程中，大家对案涉廉租房“使用权”是否属于我国

《刑法》第二百六十六条规定的“诈骗公私财物”中的“财物”产生了认识

分歧。

当合议庭对刑法上的“财物”进行重新审识和界定时，出现了以下疑

惑：（1）刑法上的“财物”，到底是指“财”和“物”的分离态，

即“财”是“财”，“物”是“物”，还是指“财”和“物”的组合态，即不作区

分，笼统地称为“财物”；（2）刑法上的“财物”，到底是一个感性直观

概念，还是一个理性抽象概念；（3）刑法上的“财物”，到底是一个严

谨的法律术语，还是一个非法律性质的世俗用语；（4）刑法上的“财

物”，到底是指外在的有形物，还是指包括无形物在内的一切可衡量价

值；（5）刑法上的“财物”，到底是指合法财物，还是指包括非法财物

在内的一切财物。

上述疑问具体到本案，主要表现在二被告骗取的不是房屋本身，而

是房屋使用权，它既不同于有形财物，也与完整意义上的民法物权有很

大差别。于是乎，有人试图用民法上的物或物权理论来揭示房屋使用权

是一种特殊的财物，并客观地指出它是一种价值利益——财产性权益。

不过，我们很快就会发现价值利益与刑法财物之间并不具备一一对应关

系，缺乏一致性和统一性。本案几经讨论，合议庭最终还是采纳了价值

利益说，并认为，社会、科技在飞速发展与进步，我国《刑法》第二百

六十六条规定的“财物”也在以不同形态、方式演进，由于法律的滞后性

决定了我国刑法不可能列明一切形态的财物，在判断是否是刑法上的财

物，应坚持与时俱进的原则，紧抓财物的本质特征则可，而不是面面俱

到。综上，本案被告人骗取廉租房使用权，本质上侵犯的是房屋所有权

（通常包含占有、使用、收益、处分四处权能）。使用权是一项独立的

财产性权益，能够满足人的某种（些）需求，能够产生一定的社会经济

收益，具备“财”和“物”的双重特质和功能，并可用金钱货币进行价值量

化。因此，应将以欺骗方式取得的廉租房“使用权”，认定为我国《刑

法》第二百六十六条规定的“诈骗公私财物”中的“财物”。基于上述认识

和考量，合议庭对二被告人作出了有罪判决。

本案对刑法“财物”进行的解读和透视，不仅有利于深化法律认识、

进一步明确法律术语内涵与外延，而且也有利于打击此类犯罪、维护财

产安全、促进社会稳定，同时还可为类案提供裁判思路和价值参考。

编写人：四川省大邑县人民法院 张秀萍 殷家蓉 王建华

66 以诈赌手法获取他人部分财物并签署借条的行为性

质认定及金额认定

——王某甲等诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省无锡市锡山区人民法院（2017）苏0205刑初747号刑事判决

书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

2017年10月1日至10月7日期间，被告人王某甲提议并伙同被告人杨

某、王某乙、浦某等人，多次约被害人张某玩纸牌“牛牛”进行赌博，其

间采取故意报大或报小牌面等方式，控制赌博输赢，骗取被害人张某钱

财。其中，被告人王某甲诈骗6次，既遂金额7800元、未遂金额114000

元；被告人杨某参与诈骗6次，既遂金额7800元、未遂金额114000元；

被告人王某乙参与诈骗3次，未遂金额108000余元；被告人浦某参与诈

骗2次，未遂金额108000余元；被告人赵某参与诈骗1次，未遂金额

108000元。其间，被害人张某转账给被告人王某甲7800元。后经结算，

被害人张某应王某甲要求写下金额分别为20000元、94000元的借条2

张，合计欠款114000元。被告人王某甲、杨某多次向被害人张某催讨上

述赌债，张某感觉被骗遂于2017年10月11日向公安机关报警。被告人王

某甲得知该消息后携带上述借条复印件，与被告人杨某至派出所门口，

欲找张某催讨赌债。公安机关口头询问确认两人身份后将被告人王某

甲、杨某传唤至派出所接受询问调查，后被告人杨某主动交代了诈骗的

事实。案破后，被告人王某甲退还被害人1万元。

【案件焦点】

1.通过诈赌的方式赢取他人财物构成“赌博罪”还是“诈骗罪”；2.赌

博本身就有输钱的客观概率，且本案所骗钱款部分已交付，部分写成借

条的情况下，犯罪数额如何认定及如何量刑。

【法院裁判要旨】

江苏省无锡市锡山区人民法院经审理认为，被告人王某甲等人以非

法占有为目的，采取隐瞒真相、虚构事实等手段，控制赌博输赢，从而

骗取他人钱财，其行为均构成诈骗罪，且系共同犯罪。其中，被告人王

某乙、浦某、赵某已经着手实行犯罪，由于意志以外的原因而未得逞，

系犯罪未遂，数额巨大，可比照既遂犯减轻处罚；被告人王某甲、杨某

诈骗既遂部分数额较大，诈骗未遂部分数额巨大但可对该部分减轻处

罚。

关于被告人王某甲辩护人所提借条上的部分金额系被害人手气确实

不佳所致，本案社会危害性不大的辩护意见，经查，各被告人在具体的

行为过程中，无论是合伙让被害人输，通过偶尔让被害人赢的方式制造

存在正常赌博输赢几率的假象，还是被害人本身牌面不好无需额外施加

控制，均属于整个诈骗过程中不同的行为表现，也在各被告人的控制范

围内，共同服务于诈骗目的的实现，且最终清算后以借条的形式对当天

所骗钱财的金额加以固定，后续被告人也是向被害人催讨借条上载明的

金额，故以借条为依据来认定相关涉案诈骗金额。各被告人以赌博之

名，行诈骗之实，并将所骗钱款固定为借条，企图将非法所得以借条的

形式合法化，此类行为不仅有违社会文明风尚，也容易引发其他诉讼，

社会危害性较大，应予惩处。相关辩护意见，不予采纳。

江苏省无锡市锡山区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百

六十六条、第二十五条第一款、第二十六条第一款和第四款、第二十七

条、第二十三条、第六十七条第一款和第三款、第六十八条、第七十二

条第一款和第三款，作出如下判决：

一、被告人王某甲犯诈骗罪，判处有期徒刑一年，并处罚金人民币

五千元；

二、被告人杨某犯诈骗罪，判处有期徒刑八个月，并处罚金人民币

三千元；

三、被告人王某乙犯诈骗罪，判处有期徒刑六个月，并处罚金人民

币三千元；

四、被告人浦某犯诈骗罪，判处拘役四个月，并处罚金人民币二千

元；

五、被告人赵某犯诈骗罪，判处拘役三个月，缓刑六个月，并处罚

金人民币二千元。

【法官后语】

1.关于本案定性

对此有两种意见，第一种意见认为，赌博犯罪活动中往往也伴有欺

骗活动，本案中各被告人在赌博过程中设置圈套诱骗被害人赌博输钱，

被告人、被害人的行为均是赌博行为，应认定为赌博罪。

第二种意见认为，赌博活动只是被告人实施诈骗行为的一种载体和

手段，被告人通过在赌博过程中合伙使用诈术使被害人陷入手气不佳而

输钱的错误认识，从而骗取被害人钱财，系以赌博之名，行诈骗之实，

犯罪对象特定、欺诈手段明显、非法占有的犯罪目的明确，各被告人的

行为特征更符合诈骗罪构成要件。

笔者同意第二种意见。区分赌博罪与诈骗罪最主要有两个方面：一

是主观目的：赌博罪以营利为目的，诈骗罪则是以非法占有为目的；二

是取得财物的方法及人的认知：赌博罪是利用赌博工具决定双方输赢，

哪一方取得财物是不特定的，参赌各方对结果无法预判及控制，但对可

能出现的财产损失皆明知并自愿接受；诈骗罪的重要特征在于“骗”被害

人“自愿”交付财物，被害人往往由于骗术而对财产损失存有错误认识或

者根本没有察觉，相关处分财产的行为是违背其本心的。赌博犯罪活动

伴有的欺骗，一般是为了引诱他人参与赌博，而赌博活动本身仍是主要

凭借赌博结果具有的偶然性、利用输赢概率的不平衡而赢得财物，其最

终目的仍在于通过赌博达到营利目的。本案中，“赌博”的输赢已经完全

由被告人掌控，被告人虚构“对赌”事实，隐瞒合伙弄虚作假的真相，掩

盖意图非法占有他人财物的真正目的，从而使被害人深信彼此是在赌

博，输赢全凭运气，自愿依赌博规则交付财物，这本质上仍是诈骗行

为。如果因被告人使用了赌博的形式进行诈骗就将相关行为认定为赌博

罪，是对被害人权益的罔顾，也是对犯罪行为的轻纵。

2.关于犯罪数额的认定及对犯罪手法危害性的考量

有意见认为，对最后一笔诈骗事实不能直接以借条上的金额来认定

涉案诈骗数额，因为其中包含了被害人本身手气不佳产生的损失，该部

分损失并非因各被告人使用欺诈手段而获取，不应计入犯罪数额。

合议庭认为，诚然，赌博活动本身存在输钱的客观概率，但作为诈

骗的一种手段，整个赌博过程必然是作为一个整体服务于犯罪目的的实

现。本案中的赌博输赢结果系由各被告人掌控，即各被告人可针对实际

赌博结果自由选择是否进行干预和调整。各被告人在具体的行为过程

中，无论是合伙让被害人输，通过偶尔让被害人赢的方式制造存在正常

赌博输赢几率的假象，还是被害人本身牌面不好无需额外施加控制，均

属于整个诈骗过程中不同的行为表现，也在各被告人的控制范围内，共

同服务于诈骗目的的实现，且最终清算后以借条的形式对当天所骗赌债

的金额加以固定，后续被告人也是向被害人催讨借条上载明的金额，故

可以借条为依据来认定相关涉案诈骗金额。本案中，王某甲、杨某诈骗

既遂7800元，数额较大，未遂部分数额巨大，但因未遂情节可减轻处

罚，故按照既遂部分确定基准刑，未遂部分作为量刑情节。王某乙、浦

某诈骗既遂部分根据现有证据查明的事实不能单独构罪，故王某乙、浦

某、赵某均为诈骗未遂，数额巨大，因为未遂、从犯等法定从宽处罚情

节，减轻一档至三年以下有期徒刑确定基准刑。

值得注意的是，在具体量刑时合议庭充分注意到本案犯罪手法的社

会危害性：各被告人以纸牌“牛牛”的方式进行诈骗，这一形式本身即属

于赌博违法行为，有违社会文明风尚；被告人诈骗频率较为密集，且诈

骗金额越来越大，最后一次高达10万余元，主观恶性较大；被告人让被

害人写下借条这一行为，表明被告人后续会凭借该借条去索要欠款，甚

至可能起诉至法院，将非法所得以借条的形式合法化，且被告人也已经

实际用积极的行动在进行催债。若非被害人及时发觉进行报警，公安机

关最终破案，则很大可能这将变成一起看似合法的民间借贷纠纷，对社

会经济秩序和司法秩序都将可能造成混淆和破坏，在民间借贷乱象横生

的当下特别需要引起重视，在量刑时从严把握。

编写人：江苏省无锡市锡山区人民法院 顾瑜

67 诈骗罪与合同诈骗罪的区分

——郭某某诈骗案

【案件基本信息】

1.裁定书字号

福建省福州市鼓楼区人民法院（2019）闽0102刑初第122号刑事判

决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

2018年2月5日，被告人郭某某在明知没有取得林则徐纪念馆店面经

营权，且林则徐纪念馆没有对外招标挂租的情形下，在福州市鼓楼区达

明路甲咖啡店内以福建乙创意有限公司的名义与被害人黄某签订林则徐

纪念馆合作协议。合同签订后，被害人黄某分六次陆续转账共计人民币

58500元给被告人郭某某作为林则徐纪念馆的投资款。后被害人黄某发

现被骗，经多次向被告人郭某某催还，从2018年6月9日起至2018年9月

19日被害人黄某向公安机关报案止，被告人郭某某陆陆续续归还被害人

黄某人民币共计24800元，尚欠人民币33700元未归还。至2018年10月29

日公安机关对其立案前尚欠人民币24200元未归还。2018年11月14日，

被告人郭某某被公安机关抓获。

【案件焦点】

在诈骗犯罪活动中，以合同形式开展诈骗行为并实施诈骗的，究竟

定性为一般的诈骗行为，还是特殊的合同诈骗行为。

【法院裁判要旨】

福建省福州市鼓楼区人民法院经审理认为，被告人郭某某以非法占

有为目的，采用虚构事实的手段骗取他人钱款人民币33700元，数额较

大，其行为已构成诈骗罪。公诉机关指控被告人郭某某的犯罪事实清

楚，证据确实、充分，但指控的罪名有误，应予纠正。本案中，被告人

郭某某在事先明知福建乙创意有限公司未取得林则徐纪念馆店面经营权

且林则徐纪念馆没有对外招标挂租的情况下，仍与被害人黄某签订合作

协议，其目的只是通过此种方式确保被害人黄某对其产生信任感从而汇

给其钱款，其行为符合诈骗罪的构成要件。被告人郭某某如实供述自己

的罪行，且已退还全部赃款并取得被害人的谅解，可以从轻处罚。据

此，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、第七十二条第一款、第三款、第七十三条第一款、第三款之规定，

判决如下：

被告人郭某某犯诈骗罪，判处有期徒九个月，缓刑一年，并处罚金

人民币三千元。

【法官后语】

本案处理重点主要在于诈骗罪与合同诈骗罪的区分。从目的解释和

历史解释角度来看，最早关于合同诈骗罪的规定出现于1996年出台的

《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》

（以下简称《1996解释》，现已废止）第二条规定：“……利用经济合

同诈骗他人财物数额较大的，构成诈骗罪……”作出这一规定的时代背

景是当时市场经济尚处于起步阶段，出现了大量利用经济合同实施的诈

骗行为，严重扰乱了市场经济发展秩序。后制定1997年《刑法》时，立

法机关考虑到合同诈骗的特殊性和复杂性，将合同诈骗罪从诈骗罪中分

离出来，并置于扰乱市场秩序罪章节中，现行《刑法》对此进行了延

续。根据现行《刑法》第二百二十四条规定，对合同诈骗犯罪可作以下

理解：首先，合同诈骗犯罪必须发生在签订、履行合同过程中，即“合

同”是合同诈骗罪不可或缺的客观构成要件要素，缺少“合同”这个基本

构成要素的诈骗行为不构成合同诈骗罪。其次，行为人必须实施与合同

约定内容相关的经济活动，即具有与签订、履行合同相关的筹备、管

理、经营活动。刑法分则将合同诈骗罪规定在第三章“破坏社会主义市

场经济秩序罪”中，将诈骗罪规定在第五章“侵犯财产罪”中，这一体例

安排体现出立法者对合同诈骗罪与诈骗罪的评价指标在侧重点上不同。

即合同诈骗罪作为破坏社会主义市场经济秩序犯罪，尽管犯罪客体包括

市场经济秩序和公民的财产权利，但罪责评价更侧重于对市场经济秩序

的破坏；而诈骗罪的客体仅是公民的财产权利，罪责评价紧紧围绕行为

对公民财产权利侵害的主客观程度。最后，合同系导致被害人陷入认识

错误并作出财产处理的主要原因。“合同”对被害人作出财产处理的主导

作用主要体现在两个方面：一是基于合同约定的利益内容，导致被害人

作出财产处理。二是基于合同的保障功能，导致被害人作出财产处理。

如果被害人陷入认识错误而作出财产处理与行为人和被害人订立的合同

无关，则不构成合同诈骗罪。换言之，必须同时满足以上三个条件方能

成立合同诈骗罪。而诈骗罪作为一般罪名，只要求行为人以非法占有为

目的诈骗公私财物即可。

具体到本案中，被告人郭某某在事先明知福建乙创意有限公司未取

得林则徐纪念馆店面经营权且林则徐纪念馆没有对外招标挂租的情况

下，仍与被害人黄某签订合作协议，其行为虽然是采取了合同的外观，

但并未实施与合同约定内容相关的经济活动，因为本案中的合同根本无

法实际履行，也就无法实施与签订、履行合同相关的筹备、管理、经营

活动，即不符合上述合同诈骗罪的第二要件。此外，本案被告人郭某某

的主观目的是骗取钱财，其手段行为除利用签订合同进行诈骗外，还实

施了虚构事实、隐瞒真相等行为，签订合同行为只是诈骗行为的延续，

是实施诈骗的一个手段。综上所述，应将本案定性为诈骗罪为宜。

编写人：福建省福州市鼓楼区人民法院 张玉娇 罗增湧

68 诈骗罪与合同诈骗罪的区分

——吴某诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市海淀区人民法院（2017）京0108刑初1229号刑事判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

1.2015年1月14日，被告人吴某虚构工信部领导司机的身份及职

级，以可以为被害人王某（男，34岁）的妻子办理北京户口为由，骗取

被害人王某人民币300000元。

2.2015年4月至8月间，被告人吴某虚构丰台区甲大酒店歌舞厅的官

方背景以及优惠条件，以让被害人王某、和某（男，38岁）入股为由，

在北京市海淀区平安银行花园路支行等地，骗取被害人王某人民币共计

400000元，骗取被害人和某人民币500000元。

2016年9月25日，被告人吴某被公安机关抓获归案。赃款未退赔。

【案件焦点】

被告人吴某以入股歌舞厅为由，骗取被害人的钱款应定性为诈骗罪

还是合同诈骗罪。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为，被告人吴某以非法占有为目

的，虚构事实、隐瞒真相，骗取他人财物，数额特别巨大，其行为已构

成诈骗罪，应予惩处。北京市海淀区人民检察院指控被告人吴某犯罪的

事实清楚，证据确凿，但指控被告人吴某犯合同诈骗罪的罪名有误，依

法予以更正。被害人王某、和某以及部分证人均明确说明被告人吴某曾

对外宣称自己有工信部的关系，被告人吴某亦在公安机关明确供认过对

被害人王某称自己能够利用工信部的关系办事，可见，被告人吴某利用

了与被害人王某的同事关系，通过虚构自己的身份、背景和办事能力获

取了被害人王某的信任，在此基础上以办理户口为由骗取钱款；被告人

吴某虽然与王某等人签订了合同，但其不仅对被害人王某、和某隐瞒了

KTV的实际经营者，还虚构了KTV的官方背景、夸大了KTV的优惠条

件，若非如此其无法顺利地从被害人处获取钱款。可见，被害人仍是在

被告人吴某虚构的身份以及KTV的官方背景、优惠条件的基础上，陷入

了认识错误并“自愿”处分了财产，故这种财产处分行为并不是基于被害

人与被告人吴某签订的合同的保障功能；再从钱款流向看，被告人吴某

在银行账户没钱时先虚构办理户口一事，收取被害人王某的钱款后进行

挥霍，后又对被害人王某谎称合作KTV一事，先收取被害人王某的钱

款、再收取被害人和某的钱款，而其收到钱款后又向被害人隐瞒了钱款

去向，并将有关钱款自行消费或转给他人。可见，被告人吴某系在骗取

被害人钱款的主观意图支配下，虚构了能够办理户口、合作经营KTV等

事由，与被害人签订的合同只不过是实现其目的的“道具”，故其行为并

没有侵犯市场经济秩序，而是侵犯了被害人的财产权利，应以诈骗罪追

究其刑事责任。依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六条、第五十

五条第一款、第五十六条第一款、第五十三条第一款、第六十四条之规

定，判决如下：

一、被告人吴某犯诈骗罪，判处有期徒刑十二年，剥夺政治权利一

年，罚金人民币二十四万元；

二、责令被告人吴某向被害人王某退赔人民币七十万元、向被害人

和某退赔人民币五十万元。

【法官后语】

在实际办案中，因诈骗罪和合同诈骗罪在入罪门槛上有所不同，在

一些地方，合同诈骗罪法定刑上档的数额可能会比诈骗罪高，因此，被

告人和辩护人常常出于辩护策略考虑将诈骗罪辩称为合同诈骗罪。从立

法过程看，合同诈骗罪是从诈骗中分离出来，意在打击利用经济合同实

施诈骗严重扰乱市场经济秩序的行为。从司法实践看，合同诈骗罪和诈

骗罪经常被混为一谈，甚至有一种观点认为只要是利用合同，甚至于口

头合同骗取被害人财物就应当认定为合同诈骗罪。但笔者不同意上述观

点，认为诈骗罪和合同诈骗罪还是存在本质区别的，在司法实践中要结

合具体案情和证据准确认定，做到罚当其罪。具体而言，诈骗罪和合同

诈骗罪应均是被害人基于对被告人虚构事实的信任，“自愿”处分财物，

但在实践中还是有所区别，应当结合案件实际情况分析，避免由于认定

两个罪名而数罪并罚造成对被告人的刑罚过重。在实践中，诈骗罪和合

同诈骗罪都要求被告人有非法占有的目的，都实施了欺诈行为，区别在

于合同诈骗罪侵犯的客体是市场经济秩序，而诈骗罪侵犯的是财产权

利，更进一步地说，区别诈骗罪与合同诈骗罪要从以下几个方面综合分

析：

第一，是否有“合同”。随着经济社会的发展，这里的“合同”不仅指

书面的经济合同，还包括口头的经济合同，只要对双方权利义务有明确

约定即可，但这里仅仅指经济合同，不受市场秩序调整的合同，比如与

身份有关系的合同、劳务合同、行政合同等不属于合同诈骗中的“合

同”范围。

第二，合同是否真实存在。合同诈骗罪要求行为人实施了与合同约

定内容相关的经济活动，即行为人要有履行合同的条件，或者为了履行

合同而积极准备条件、进行日常的经营管理等活动。如果行为人并未为

合同履行进行准备、制造条件、进行经营管理等活动，而是仅以签订、

履行合同为名，将钱款用于与合同内容无关之处，合同就是一个骗取钱

财的“道具”，行为人的这种行为根本不可能会侵犯到正常的市场经济秩

序，就不能成立合同诈骗罪。

第三，交付财物的原因。诈骗类的犯罪要求被害人陷入认识错误

而“自愿”处分了财物，但合同诈骗罪中的认识错误必须基于合同的权利

义务或者说是基于合同的保障功能而产生的认识错误，在此基础上“自

愿”给付财物的才能构成合同诈骗罪。而被害人的认识错误是建立在对

被告人虚构的身份、办事能力、官方背景之上，并非基于合同的保障功

能，只能以诈骗罪追究刑事责任。

第四，行为方式。合同诈骗罪的行为方式包括虚构签订合同的主

体、虚构担保抵押、部分履行诱使对方签订履行合同、收受对方货物后

逃匿等行为，而诈骗罪的行为方式仅靠虚构事实、隐瞒真相，完全没有

履行或者部分履行合同的能力或者意思。

在本案中，被害人对于被告人的信任是建立在被告人吴某自称的工

信部的关系基础之上的，被害人答应入股也是基于对吴某虚构歌舞厅官

方背景信任，并不是基于入股合同的保障性功能，换句话说，如果吴某

不虚构有关事实，而是要求与被害人合作并说明市场经营风险，被害人

是不会同意入股的。从实际履行合同过程看，吴某并无经营行为并将钱

款用于他用，实际上还是诈骗行为，应以诈骗罪追究刑事责任。

编写人：北京市海淀区人民法院 张小平

69 对网上购买的商品“调包” 后退货骗取货款的行为应

当认定为盗窃罪还是诈骗罪

——李某某诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

重庆市渝北区人民法院（2018）渝0112刑初1405号刑事判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

2018年4月20日，被告人李某某在天猫商城苏宁自营店购买iPhone 8

64G手机一部后，将手机包装盒打开，用一部旧的iPhone 7 32G手机进

行替换，再重新恢复包装盒，于同年4月25日成功申请退货。

2018年5月13日，被告人李某某在天猫商城苏宁自营店购买iPhone X 64G手机一部后，通过上述同种方式将手机包装盒内新手机换成一模

型机，再重新恢复包装盒，于同年5月18日成功申请退货。

2018年6月16日，被告人李某某在天猫商城苏宁自营店购买iPhone X 256G手机一部后，通过上述同种方式将手机包装盒内新手机换成一模

型机，再重新恢复包装盒，于同年6月20日成功申请退货。

2018年6月27日，被告人李某某在天猫商城苏宁自营店购买iPhone X 256G手机一部后，通过上述同种方式将手机包装盒内新手机换成一模

型机，再重新恢复包装盒，于同年6月27日成功申请退货。

经鉴定，上述四部手机共计价值28708元。

2018年7月13日，被告人李某某被公安机关抓获归案，到案后如实

供述了上述事实。案发后，李某某已经对被害人进行了赔偿，并获得谅

解。

【案件焦点】

被告人李某某在网上购买商品后，通过“调包”替换原有商品实现非

法占有，继而通过网上提交虚假的退货将替换后的“商品”退还，对上述

行为应认定为盗窃罪还是诈骗罪。

【法院裁判要旨】

重庆市渝北区人民法院经审理认为：被告人李某某以非法占有为目

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。公诉机关指控的犯罪事实清楚，证据确实、充分，罪

名成立。李某某到案后如实供述罪行，予以从轻处罚。其案发后积极赔

偿被害人损失，并取得谅解，酌情予以从轻处罚。

重庆市渝北区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六

条、第六十七条第三款、第五十二条、第五十三条、第六十四条，作出

如下判决：

一、被告人李某某犯诈骗罪，判处有期徒刑十个月，并处罚金3000

元；

二、责令被告人李某某退赔被害人重庆苏宁物流公司损失（已退

赔）。

宣判后，被告人未上诉，公诉机关未抗诉。

【法官后语】

网购侵财案件中，行为人的犯罪手段分成“线上线下”两部分，具有

明显的“亦骗亦盗”特点。一方面，行为人通过线上操作购物软件虚构事

实，使被害方对财产处分产生错误判断。另一方面，行为人在被害方不

知晓的情况下，通过线下操作实现对案涉财物的占有转移。对上述网购

侵财行为应当进行整体评价。

一方面，驱使行为人作出“盗窃”和“诈骗”行为的主观认识是单一

的，都是以实现对他人财物的占有为目的。同时，行为人在分别实施上

述行为时，都是以实现对他人财物的占有为目的，“诈骗”与“盗窃”行为

必须有序进行，缺一不可。另一方面，由于网购行为线上线下交互进行

的特征，行为人为实现其犯罪目的，也必然在线上线下分别实施犯罪行

为。抛开线上操作，网络侵财也就无从谈起；没有线下行为的配合，行

为人无法实现对财物的实际占有。

结合盗窃罪与诈骗罪在法益保护意图上的区别，应当以被害人是否

具有处分意思作为认定该类行为性质的关键，即被害人是否意识到财产

的占有状态改变的事实，并自愿促成或者默认该状态的改变。

在网购中，当事双方的交流均是通过购物软件完成，特别是网上商

城购物更是一种模块化操作。对于被害方而言，造成财产权利损失的行

为大都是在其不知晓的情况下实施的，因此容易造成被告人系通过秘密

手段窃取他人财物的判断。但是，不能简单地将当事双方在购物软件上

的操作是机械性点击认定为双方意思表示的隔绝，毕竟网购软件的设计

是以方便购物体验、促成交易为前提，因此网购软件对操作者的回应就

是网络商家的处分意思。同时，由于网购商品在交付后必然与卖方相分

离，而行为人提出退货申请时，双方原有的买卖合同关系转而被委托关

系替代，即卖方委托行为人依照购物软件提示将商品寄还。网络商家在

派员到场核实或者通过购物软件作出同意退货的消息提示都是其处分意

思及处分行为的具体表现。被告人的虚假退货申请是造成被害单位作出

财产处分行为的根本原因，虽然被告人实施的“调包”行为直接促成涉案

财物的占有转移，但这只是实现对手机非法占有的手段。如果将被告人

的行为认定为盗窃罪，既割裂了被告人行为手段的整体性，又忽略了被

害单位在犯罪过程中的介入效果，无法全面、客观地反映整体案件事

实。因此，本案应当认定为诈骗罪。

编写人：重庆市渝北区人民法院 刘杨 廖小萍

70 诈骗罪与集资诈骗罪的认定界限

——徐某某诈骗案

【案件基本信息】

1.裁定书字号

北京市高级人民法院（2019）京刑终72号刑事裁定书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

2011年8月至2017年3月，被告人徐某某以其实际控制的甲（北京）

投资顾问有限公司（以下简称甲公司）为平台，向被害人虚构出售收藏

品，而后高价回收，按期返款等事实，先后骗取李惠某等24名被害人购

买收藏品的价款共计人民币1500余万元，其中人民币500余万元用于提

取现金，人民币70余万元用于个人消费，余款用于向其他人偿还债务、

返还本息等。涉案赃款尚未退赔。

【案件焦点】

本案应认定为诈骗罪还是集资诈骗罪。

【法院裁判要旨】

北京市第一中级人民法院经审理认为，对于被告人徐某某关于其不

具有骗取被害人钱款的主观故意及其辩护人关于徐某某不具有非法占有

的主观故意，其行为符合非法吸收公众存款罪构成要件的辩护意见，经

查：徐某某明知自己的行为已经涉嫌违法犯罪，且亏损越来越大的情况

下，承诺的回收价格越来越高，并将骗取的资金大量用于个人消费或提

取现金，最终导致资金链断裂，致使被害人遭受巨额经济损失。上述行

为充分证明徐某某不仅具有非法占有被害人钱款的主观故意，且实施了

虚构事实，骗取他人钱款的客观行为，符合诈骗犯罪的构成要件。徐某

某及其辩护人的辩解和辩护意见均缺乏事实及法律依据，均不予采纳。

对于北京市人民检察院第一分院指控徐某某犯集资诈骗罪的公诉意

见，经查：徐某某骗取钱款的过程，不仅在宣传内容上不具有吸收资金

的特性，在宣传方式上亦不符合向社会公开宣传的要求，而且其主要使

用虚构事实的手段骗取钱款而非以承诺返本付息、给付回报的方式吸收

资金，骗取的钱款也被其直接非法占为己有，没有体现吸收聚集资金的

过程。故其行为不符合集资诈骗罪中关于非法性、公开性、利诱性和社

会性的构成要件。公诉机关指控徐某某犯集资诈骗罪的定性不符合法律

规定，不予采纳。

被告人徐某某以非法占有为目的，虚构事实，骗取他人财物，其行

为已构成诈骗罪。徐某某所犯诈骗罪，数额特别巨大，情节特别严重，

依法应予惩处。

北京市第一中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十

六条，第五十七条第一款，第五十九条，第六十一条，第六十四条之规

定，作出如下判决：

一、被告人徐某某犯诈骗罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，

并处没收个人全部财产；

二、责令被告人徐某某退赔犯罪所得，按比例发还各被害人。

被告人徐某某持原审辩解提起上诉，北京市高级人民法院经审理同

意一审法院裁判意见，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百三十

六条第一款第一项之规定，裁定如下：

驳回徐某某的上诉，维持原判。

【法官后语】

本案处理重点在于诈骗罪与集资诈骗罪的认定界限。构成集资诈骗

罪的前提是符合非法集资非法性、公开性、利诱性、社会性四个基本要

件。

1.非法性要件。非法集资的非法性是指“未经有关部门依法批准或者

借用合法经营的形式吸收资金”。第一，非法集资吸收资金时会依托非

法或借用合法的机构或平台，并对外宣传投资项目，而诈骗犯罪可以以

个人或单位的名义单独实施，采取的手段也是虚构事实。第二，吸收资

金一般理解为将众多投资人的资金聚集在一起用于企业经营、对外投资

或者在形成一定的规模后将资金非法据为己有。在吸收资金的过程中，

往往伴随聚集资金的过程。但本案中，被害人的大量资金被徐某某直接

提现或消费，非法据为己有，体现不出吸收聚集资金的过程。

2.公开性要件。非法集资的公开性是指“通过媒体、推介会、传单、

手机短信等途径向社会公开宣传”，其与普通诈骗案件中向众多人员虚

构事实的主要区别在于公开程度和宣传的内容。第一，徐某某通过员工

拨打电话的方式仍属于点对点的宣传方式，在范围上、公开程度上与传

统以广告、群发短信等宣传方式仍有一定差距。第二，从客户资源看，

徐某某拨打电话仍局限在乙公司以及其他公司的客户资源，而不是随机

向社会不特定多数人进行宣传。第三，从被害人与被告人接触的主动性

上看，非法集资案件的被害人在投资之前往往没有与被告人直接接触，

而是根据公开宣传的信息主动向被告人投资，但本案的被害人在电话中

直接被被告人诱骗，先与被告人接触，后被骗取钱款。第四，从宣传的

内容看，“向社会公开宣传”包括以各种途径向社会公众传播吸收资金的

信息。但是，徐某某拨打电话的诱骗理由均为推销或回购收藏品、纪念

币，还有部分被害人并未涉及返利的内容，甚至还有部分人未经电话推

销直接来到公司。

3.利诱性要件。非法集资的利诱性是指“承诺在一定期限内以货币、

实物、股权等方式还本付息或者给付回报”，其与普通诈骗案件的主要

区别在于承诺内容的不同。前者主要以承诺还本付息的形式吸引投资人

投入资金，基本不存在虚构事实的环节，但后者让被害人投入资金的主

要方式是虚构事实。本案中，徐某某实施诈骗的主要手段是假卖假买，

买空卖空，即先向被害人兜售收藏品，然后承诺当日加价回收，按期将

回收款返还给被害人，或者承诺将被害人购买的收藏品代为出售或拍

卖，将出售款和拍卖款返还给被害人，从而诱骗被害人向其支付购买收

藏品的钱款，存在一个虚构真实商品买卖的环节，而不是以承诺还本付

息的方式吸引被害人投资。

4.社会性要件。非法集资的社会性是指通过宣传一个投资项目让社

会公众共同参与投资，而本案是徐某某针对每一名被害人都虚构了具体

事实。虽然其虚构的事实在形式上存在重合之处，但是每一名被害人的

损失都可以单独构成一个诈骗案件。而且，非法集资案件的社会性还要

求社会传播面非常广，涉及范围特别大，危害后果特别严重。本案在社

会波及面的层次上，显然达不到非法集资案件的要求。

编写人：北京市第一中级人民法院 王岩 赵羚男

71 诈骗数额的认定及区分

——黄时某等诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省平远县人民法院（2018）粤1426刑初46号刑事判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

被告人黄时某于2017年12月中旬开始担任电信诈骗团伙“取款仔”，

负责将上线提供的诈骗犯罪款项取现，并按取款额的3%获得报酬。被

告人周方某、冯某东分别于2017年12月下旬、2018年1月初，经黄时某

介绍担任“取款仔”，并按取款额的2%获得报酬，黄时某另外获得周方

某、冯某东取款额的1%作为介绍费，并负责监视周方某、冯某东取大

额钱款。每次取款，黄时某、周方某、冯某东通过专用的诺基亚手机接

收上线指示，领取背面贴有密码的银行卡，到ATM柜员机取现后将钱

款和银行卡交还上线，然后再从上线处获取约定的报酬。

2018年1月4日至1月6日，韩某华、钟某明、邓某妹、黄某英、周某

明、沙某芬、汤某七名被害人相继以各种理由被诈骗共329980元。黄时

某参与对七名被害人的被骗款（总额共329980元）取款活动，取现

176750元（含周方某、冯某东的取现金额，黄时某本人取现56800

元）；周方某参与对被害人韩某华、钟某明的被骗款（总额共120000

元）取款活动，取现70000元；冯某东参与对被害人周某明、沙某芬、

汤某、黄某英的被骗款（总额共160000元）取款活动，取现49950元。

另查明，2017年12月22日至2018年1月6日期间，黄时某、周方某、

冯某东还利用上线提供的6张银行卡对其他诈骗所得赃款进行频繁取

现，取现金额合计654400元（包括对上述七名被害人被诈骗资金的取现

金额176750元）。黄时某取现654400元（含周方某、冯某东取现金额，

黄时某本人18次取现共334900元，其中，2017年12月22日～12月28日8

次共取现145500元），周方某取现508900元（自2017年12月29日后三人

取现金额，其中周方某本人11次取现共219600元），冯某东于2018年1

月6日5次取现共99900元。

【案件焦点】

各被告人的犯罪数额如何认定。

【法院裁判要旨】

广东省平远县人民法院经审理认为，关于诈骗数额的认定问题，侦

查机关调取的2017年12月22日～2018年1月6日期间的取款监控视频、涉

案银行卡流水、被告人供述、被害人陈述等证据相互印证，足以形成证

据链证实公诉机关指控的犯罪数额已经剔除他人取款的金额，亦证实三

被告人利用上线提供的银行卡频繁取现共654400元，除取现涉案七位被

害人的部分款项共176750元外，所取其他款项共477650元亦应认定为诈

骗所得款。三被告人属诈骗团伙之共犯，除应对已查明的七位被害人的

被骗总额按参与时间分别承担共同犯罪责任外，还应对三人所取的无法

查明具体被害人的其他诈骗所得款按参与时间分别承担共同犯罪责任。

关于诈骗数额区分的问题，黄介绍周、冯加入诈骗团伙充当职业取款

人，系周、冯的上线，并抽取1%的报酬作为介绍费用，应按三被告共

同参与诈骗期间的犯罪总额计算黄时某的诈骗金额。故黄的犯罪数额应

为七名涉案被害人的被骗总额及上述期间不明被害人的被骗款477650

元；周明知他人团伙实施电信诈骗仍加入团伙充当职业取款人，是共同

犯罪，故其犯罪数额应为七名被害人的被骗总额329980元及上述期间三

被告人所取不明被害人的被骗款332150元；冯犯罪数额应为涉案三明被

害人的被骗总款160000元（由其取现49950元）及不明被害人的被骗款

49950元。

广东省平远县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十六

条、第二十五条第一款、第二十六条、第二十七条、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、公安部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》第二条第二款第六项、第六条第一款之规定，判决如下：

一、被告人黄时某犯诈骗罪，判处有期徒刑十年，并处罚金60000

元；

二、被告人周方某犯诈骗罪，判处有期徒刑六年，并处罚金40000

元；

三、被告人冯某东犯诈骗罪，判处有期徒刑二年十个月，并处罚金

20000元；

四、作案工具予以没收，责令三被告人退赔七名被害人查明的损

失。

【法官后语】

电信诈骗犯罪（以下简称电诈犯罪）具有团伙作案、分工明确、信

息化犯罪、跨区域作案、受害人广布、抓捕难度大、取证成本高、赃款

转移快等特点，部分被害人被骗后放弃报案或者报案后侦查取证难等情

况，最终导致能形成证据链证实电诈犯罪的金额远远低于其实际诈骗数

额，这一定程度上也促使电诈犯罪的“经久不衰”。另外，电诈犯罪与其

他诈骗犯罪一样，都是以数额或情节作为量刑的依据，把握犯罪数额或

情节成为审理案件的关键，为此，在审理此类案件时，除了能查明被害

人及其被骗的金额，还应结合该类犯罪的特性，结合全案的证据进行查

明，综合判断其他没有明确被害人，但是同属于诈骗所得的金额，一并

计算在诈骗犯罪数额中，在定罪量刑上打击电诈犯罪。回归到本案，根

据此类犯罪的特征，再结合本案中三被告人在电诈团伙中充当“取款

仔”的角色分工，应当从以下四个方面把握该类电诈犯罪的犯罪数额：

1.从电诈团伙的犯罪性质及分工入手，本案三被告人在电诈团伙承

担着“取款人”的角色，所取的款项是团伙的其他成员通过电信诈骗所骗

取的汇款和转账，虽然本案只有七名被害人的报案，但是公安机关侦破

及法院查明的犯罪数额远超七名被害人的损失，结合在案证据，在排除

其他非诈骗犯罪数额的可能，再剔除他人取款数额的情况下，剩余数额

应认定为本案三被告人为电诈犯罪团伙取款的数额。

2.从加入电诈犯罪团伙的时间入手，结合在案证据，以参与犯罪的

时间截点作为计算三被告人犯罪数额的起点。

3.从三被告的犯罪地位入手，被告人周方某、冯某东均为黄时某介

绍加入电诈团伙，故应当按照各自在电诈犯罪团伙中的主从关系区分犯

罪数额。

4.从参与犯罪的次数入手，三被告人成对或者单独取款，黄时某作

为介绍人并抽取报酬提成，应按照三被告人的所有取款金额认定犯罪数

额，周方某、冯某东则按照取款次数及金额分别计算犯罪数额。

针对本案核心的争议焦点，作出上述的裁判结果及其说理，一方面

是以事实为根据，以法律为准绳，以查明的犯罪数额为最终定罪量刑的

重要依据；另一方面是针对电诈犯罪打击难度大，人民群众深恶痛绝的

客观情况，以查明的各被告最高诈骗金额作为量刑依据，能起到一定程

度的警示作用。

编写人：广东省平远县人民法院 黄煜明

72 诈骗罪的构成和认定

——王福某诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

吉林省白山市浑江区人民法院（2018）吉0602刑初142号刑事判决

书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

1.2017年9月12日，被告人王福某谎称其是白山市市长助理，并使

用曾用名“王甲”，以给被害人王乙办理工作调转为由，在白山市甲购物

中心附近，骗取被害人王乙人民币100000元。案发后，追缴赃款人民币

93000元，返还给被害人王乙。

2.2017年12月22日，被告人王福某使用曾用名“王甲”，以给被害人

孙贵某儿子“办工作”为由，通过张甲在白山市浑江区浑江大街浑江农村

商业银行门前，骗取被害人孙贵某人民币100000元。

3.2017年4月，被告人王福某谎称其是白山市市长助理，并使用曾

用名“王甲”，以给被害人孙海某亲属办理退休为由，先后三次共骗取被

害人孙海某人民币15000元。

【案件焦点】

被告人提出其没有诈骗过他人财物，如何根据在案证据定罪。

【法院裁判要旨】

吉林省白山市浑江区人民法院经审理认为：

一、关于被告人王福某提出其没有诈骗过孙贵某财物的问题。经

查，被害人孙贵某陈述证实其通过张甲认识了一名自称叫王甲（王福

某）的男子，给其儿子办工作，通过张甲给了王甲人民币100000元，后

来发现被骗。证人张甲证言证实孙贵某通过其让王甲（王福某）给他儿

子办工作，其在白山市鱼市附近的农商银行将孙贵某给的100000元给了

王甲，之后知道被王甲骗了。证人黄某证言证实孙贵某通过张甲给他儿

子办工作，孙贵某给张甲100000元钱。证人张乙证言证实2017年12月22

日上午，王甲（王福某）到我们银行咨询公司开户事宜，谈完其送王甲

到二楼时，王甲交给其一个纸拎兜，说里面是现金让其帮忙保管，其就

将该纸兜交给我同事时惠某，让时惠某放入单位的保险柜内。当日下

午，王甲将款取走。证人时惠某证言证实2017年12月22日上午，张乙交

给其一个纸拎兜，说是客户（王福某）的，里面是钱，让其放在银行的

保险柜内暂时保管。当天13时许，客户将该纸拎兜取走。证人马某证言

证实其未承诺过王甲能给别人安排到银行工作，王甲也没给过其钱财。

监控录像证实2017年12月22日上午，王福某与张甲在白山市浑江区浑江

大街浑江农村商业银行门前及银行内的行迹全过程，并证实王福某手里

始终拿着一个纸拎兜，后交给张乙，张乙交给时惠某，当日13时许，王

福某到银行将该纸兜取走。上述证据形成一个完整的证据链条证实被告

人王福某实施诈骗孙贵某的犯罪事实，故对被告人王福某提出其没有诈

骗孙贵某财物的辩解本院不予采纳。

二、关于被告人王福某提出其没有诈骗过孙海某财物的问题。经

查，被害人孙海某陈述证实其被王福某以给其亲属办理退休为由，先后

三次共骗其人民币15000元，并说出王福某的联系电话是1566298××××

和1708917××××。辨认笔录证实经孙海某辨认，诈骗其15000元的人是

王福某。鉴定书证实与孙海某通话的人为王福某。上述证据形成完整的

证据链条，证实被告人王福某诈骗被害人孙海某的事实经过，被告人王

福某虽不供认，足以认定。故对被告人王福某提出其没有诈骗孙海某的

辩解本院不予采纳。

吉林省白山市浑江区人民法院经审理认为，被告人王福某以非法占

有为目的，多次以虚构事实、隐瞒真相的方法，骗取他人财物（人民币

215000元），数额巨大，其行为已构成诈骗罪。公诉机关指控被告人王

福某犯诈骗罪，事实清楚，证据确实、充分，罪名成立。被告人王福某

曾因故意犯罪被判处有期徒刑以上刑罚，在刑罚执行完毕后五年内，再

犯应当判处有期徒刑以上刑罚的故意犯罪，属累犯，故对其予以从重处

罚。鉴于被告人王福某当庭对公诉机关指控的第一起犯罪自愿认罪，且

案发后，追缴赃款93000元，返还被害人，故对其予以从轻处罚。依照

《中华人民共和国刑法》第二百六十六条、第五十二条、第五十三条、

第六十四条、第六十五条之规定，判决如下：

一、被告人王福某犯诈骗罪，判处有期徒刑八年，并处罚金人民币

八万元；

二、责令被告人王福某退赔被害人王乙人民币7000元；退赔被害人

孙贵某人民币100000元；退赔被害人孙海某人民币15000元。

【法官后语】

随着改革开放的不断深入和社会主义市场经济体制的完善，我国金

融体制也发生了重大变革，金融业务大大扩展且日益多元化、国际化，

各种现代化的金融手段和信用工具被普遍应用，金融已经广泛深刻地介

入我国经济并在其中发挥着越来越重要的作用，成为国民经济的“血液

循环系统”，是市场资源配置关系的主要形式和国家宏观调控经济的重

要手段。金融的安全、有序、高效、稳健运行，对于经济发展、国家安

全以及社会稳定至关重要。如果金融不稳定，势必会危及经济和社会的

稳定，影响改革和发展的进程。保持金融的稳定和安全，必须加强金融

法制建设，依法强化金融监管，规范金融秩序，依法打击金融领域内的

各种违法犯罪活动。依照我国刑法和学理通说，诈骗罪是指出于非法占

有的目的，采用虚构事实或隐瞒真相的方法，骗取数额较大公私财物的

行为。犯本罪，数额较大的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并

处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以

下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处

10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。诈骗罪客观

方面的构成要件是，行为人以虚构事实或隐瞒真相的方法，做出具有让

对方陷入错误认识并基于该错误处分财物的具体行为，对方基于处分动

机上的错误处分了财物，错误认识和交付财物之间应具备直接因果关

系。

诈骗罪主观方面的构成要件是故意，即明知自己的行为会使他人陷

入错误认识进而发生侵害他人财物的结果，并且希望这种结果发生，还

应具有非法占有他人财物的目的。

关于非法占有目的这一诈骗罪主观构成要件的要素之一，我国刑法

并没有对此予以明文规定，但在我国审判实践和学理通说中，以及在日

本、德国和英国刑法和判例中，普遍认为成立诈骗罪应具有非法占有的

主观目的。因为诈骗犯罪属于目的犯，非法占有目的对于说明行为的法

益侵害性与主观罪过性具有重要意义，需要通过该要素来区分罪与非

罪、此罪与彼罪。非法占有目的的基本含义是指，排除权利人，将他人

的财物作为自己的所有物进行支配、利用、处分的意思。非法占有目的

核心是“排除意思”。诈骗的故意和非法占有目的是各自独立的主观构成

要件要素，不能混为一谈。审理诈骗案件，需要按照最高人民法院《关

于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》提出的标准来审视事实

和证据，分辨案件事实到底是经济纠纷、民事欺诈还是诈骗犯罪，是否

可以排除一切合理怀疑。应检验行为是否符合诈骗罪的犯罪构成要件，

证据是否确实充分，有书证的，应当重书证，不应以言词证据轻易定

罪。区分诈骗犯罪与民事纠纷或民事欺诈的关键，在于以下两点：

1.客观上有无虚构对交付财物动机起实质作用的事实。诈骗罪行为

人虚构的是主要事实，是决定受害人作出判断的主要依据，受害人自愿

交付财物的行为是建立在完全虚假的事实基础上，而民事欺诈当中行为

人只是虚构了辅助事实，不足以影响被骗者的判断力而作出违背自己真

实意思的交付财产的决定；

2.行为人实施行为时是否具有非法占有目的。诈骗罪主观上必须具

有非法占有目的。民事欺诈是通过夸大事实等欺诈行为而使对方产生错

误认识，做出对自己不利而对欺诈行为人有利的行为，其本质是不法获

利。

具体到本案，被告人王福某以非法占有为目的，多次以虚构事实、

隐瞒真相的方法，骗取他人财物（人民币215000元），数额巨大，其行

为已构成诈骗罪。

编写人：吉林省白山市浑江区人民法院 于长城

73 电信网络诈骗罪犯罪数额的认定

——李耀某等诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省郑州市中级人民法院（2018）豫01刑终198号刑事裁定书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

被告人李耀某为实施诈骗犯罪，于2014年12月在郑州市专门成立郑

州甲科技有限公司。被告人李耀某确立了公司的诈骗方法、运营模式、

部门设置、诈骗分成比例、奖励方法、层级关系。被告人李耀某管理公

司、参与培训工作人员、负责客服部等，通过网络招收所谓的工作人

员，其中包括被告人宋聚某、段清某、韩志某、张某、杨延某、赵晓

某、许道某、张珍某、成盼某、武云某、王静某（后九人在逃）、翟占

某、吕静某（二人另案处理）等人，上述被告人经李耀某以及所属团队

培训后，通过QQ、微信等聊天交友工具，使用女性的身份和虚假的姓

名，按照被告人李耀某事先拟订好的实施诈骗时应对各种可能问题的标

准参考答语——话术，向聊天对象谎称郑州甲科技有限公司能帮助开办

淘宝网店，有数百款淘宝热销货源，帮助给货源，不需要加盟开网店人

进货，如果有顾客在店里下单，只需要把顾客的订单信息发给公司客

服，公司帮忙将货发到买家手中。同时公司专门安排专业网店指导老师

全程指导，加盟开网店人只需投入很少时间就会赚钱，并推出三种不同

服务标准服务套餐，分别收费1080元、1480元、1980元，三种套餐除了

都承诺上述服务以外，还承诺对客户的网店进行推广，保证客户的网店

一定有访问量和销量。以此骗取聊天对象信任，使他们向李耀某银行账

户、支付宝账户汇款购买服务套餐。被告人李耀某将收到被害人的每一

笔汇款按照事先约定的比例与业务员、业务主管、业务经理分成。被告

人李耀某及其团伙的被告人均未按照事先的承诺为被害人进行任何真正

的、有价值的服务，而是对被害人进行敷衍、欺骗、拖延。

经河南省新密市人民法院认定，以被告人李耀某为首的犯罪团伙共

诈骗张鑫某等2837名被害人4096059元，部分用于购买车辆和房产。

被告人李耀某、宋聚某、段清某于2016年5月10日被传唤到案。案

发后被告人李耀某家属已退还部分赃款，并返还部分被害人，被告人段

清某、宋聚某在审理过程中共同退赃12920元。

【案件焦点】

对本案未取证的被害人人数和犯罪数额应当如何认定。

【法院裁判要旨】

河南省新密市人民法院经审理认为，被告人李耀某、宋聚某、段清

某以非法占有为目的，以加盟甲科技有限公司开设网店，帮助建设网

店、提供货源、发货等服务为由骗取被害人加盟费用，其中李耀某诈骗

数额特别巨大，宋聚某、段清某诈骗数额较大，三被告人的行为均已构

成诈骗罪。新密市人民检察院指控被告人李耀某、宋聚某、段清某犯诈

骗罪，罪名成立。

关于被告人李耀某及其辩护人辩称诈骗数额应当以有被害人陈述予

以印证的数额认定的辩解辩护意见，经查证，该案涉及被害人人数众

多，在案被告人李耀某银行交易明细证实李耀某多个银行账户有1080

元、1480元、1980元（三种服务套餐收费标准数额）汇入，与公诉机关

指控的依据支付宝记录认定数额（三种服务套餐收费标准数额）的证据

相佐证，在案部分被害人陈述证实因通过甲科技有限公司加盟开网店被

骗取加盟费，骗取的数额与该公司套餐数额相印证；在案扣押的部分加

盟合同，能够证实三被告人以加盟网店为由骗取被害人加盟费用的事

实；QQ聊天记录证实被告人以女性身份与被害人聊天骗取被害人信任

后，以开网店为由骗取被害人钱款；支付宝转账记录证实涉案的被害人

通过支付宝向被告人李耀某支付加盟网店的费用；以上事实与三被告人

在侦查机关的供述能够印证。故依据《最高人民法院、最高人民检察

院、公安部关于办理电信网络诈骗犯罪等刑事案件适用法律若干问题的

意见》第六条规定，确因被害人人数众多等客观条件限制，无法逐一收

集被害人陈述的，可以结合已收集的被害人陈述及经查证属实的银行交

易记录、第三方支付结算账户交易记录、通话记录、电子证据等证据，

综合认定被害人人数及诈骗资金数额。因此依据本案中支付宝转账记

录、银行交易明细，最终认定李耀某诈骗数额为4084619元，故对该辩

解辩护意见，本院不予采信。

关于被告人宋聚某、段清某辩称诈骗数额没有那么多的意见，经查

证，从被告人段清某手机中提取QQ截图、被告人段清某供述、支付宝

记录及被害人李志某等人陈述予以证实，均证实段清某作为业务员实施

诈骗，共计九人，数额为12920元，被告人宋聚某供述段清某系其手下

业务员，能够与被告人段清某供述予以证实，故对二被告人的辩解意

见，本院不予采信。

河南省新密市人民法院依据《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、第四款，第二十七条，第

六十四条，第六十七条第三款，第七十二条第一款、第三款，第七十三

条第二款、第三款之规定，经新密市人民法院审判委员会讨论决定，作

出如下判决：

一、被告人李耀某犯诈骗罪，判处有期徒刑十三年，并处罚金人民

币600000元；

二、被告人宋聚某犯诈骗罪，判处有期徒刑八个月，缓刑一年，并

处罚金人民币5000元；

三、被告人段清某犯诈骗罪，判处有期徒刑六个月，缓刑一年，并

处罚金人民币4000元。

李耀某持原审辩解提起上诉。

河南省郑州市中级人民法院经审理认为，关于李耀某的上诉理由及

其辩护人的辩护意见，经查，李耀某组织、指挥电信网络诈骗犯罪团伙

多次实施诈骗，涉及被害人人数众多，范围广，原判综合李耀某银行交

易明细及在案部分被害人陈述，在案扣押的加盟合同，QQ聊天记录，

支付宝转账记录等，能够证明涉案的被害人通过支付宝向被告人李耀某

支付加盟网店的费用及数额；原判已经根据李耀某家属案发后已退赔部

分被害人损失，酌情对其从轻处罚，量刑适当，故该上诉理由及其辩护

意见不予采纳。

上诉人（原审被告人）李耀某、原审被告人宋聚某、段清某以非法

占有为目的，虚构事实、隐瞒真相，骗取他人财物，其中李耀某诈骗数

额特别巨大，宋聚某、段清某诈骗数额较大，三人的行为均已构成诈骗

罪。原判认定事实清楚，证据确实充分，定罪准确，量刑适当，审判程

序合法。上诉人李耀某的上诉理由及其辩护人的辩护意见不予采纳。

河南省郑州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[[15]](#p398)第一款第一项之规定，作出如下裁定：驳回上诉，维

持原判。本裁定为终审裁定。

【法官后语】

在审理电信网络诈骗罪的过程中，犯罪数额的认定是对被告人进行

定罪量刑的重要标准，而由于电信网络诈骗犯罪涉及的被害人人数众

多，诈骗罪的犯罪数额无法全部由银行交易明细、电子转账凭证等与被

害人的陈述相互佐证，在仅有部分犯罪人陈述与银行交易明细、电子转

账凭证等证据相互佐证的情况下如何认定诈骗犯罪的犯罪数额往往是案

件的争论点。审判实践中对电信网络诈骗犯罪数额的认定存在两种倾

向：第一种是依据已经查实的被害人人数及相应的数额来认定；第二种

是结合全案的书证、电子证据以及被害人陈述、被告人供述等综合认定

犯罪数额。传统的诈骗罪的犯罪数额认定采用的是第一种审查认定方

式，第二种则是根据电信网络诈骗罪不同于传统型诈骗犯罪的特点对犯

罪数额进行认定。

《最高人民法院、最高人民检察院、公安部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》规定：“办理电信网络诈骗案

件，确因被害人人数众多等客观条件的限制，无法逐一收集被害人陈述

的，可以结合已收集的被害人陈述，以及经查证属实的银行账户交易记

录、第三方支付结算账户交易记录、通话记录、电子数据等证据，综合

认定被害人人数及诈骗资金数额等犯罪事实。”该规定明确了电信网络

诈骗犯罪的数额认定应当与传统的诈骗犯罪数额审查认定标准有所区

别，即在仅有部分被害人陈述与银行交易明细、电子转账凭证等证据相

互佐证的情况下也应当结合全案证据综合认定诈骗犯罪数额。但是根据

罪行法定原则，不能仅根据被告人接收诈骗款项时使用的银行账户资金

来推定被告人的犯罪数额，此种做法将会加重对被告人的处罚。在结合

被告人接收诈骗款项的银行交易明细、网络支付交易凭证、被害人与被

告人的联系记录等共性的客观证据和已经收集的被害人陈述等综合认定

未被取证的被害人人数和诈骗数额的情况下，应当允许被告人对相关款

项和数额的合法来源进行说明。

本案虽然仅有部分被害人的陈述，但是在认定未被取证的被害人人

数及犯罪数额时已经综合被告人银行交易明细、在案扣押的加盟合同、

QQ聊天记录、支付宝转账记录等共性的客观证据及在案部分被害人陈

述，足以证明涉案的被害人通过支付宝向被告人支付“加盟网店”的费用

及数额。

编写人：河南省新密市人民法院 苏春慧

74 诈骗案如何认定签订合同过程中是否存在关联的第

三人

——洪某诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区钦州市中级人民法院（2019）桂07刑终37号刑事裁

定书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

2017年10月13日21时许，被告人洪某使用伪造的房产证，与被害人

陈某在钦州市钦北区钦州湾大道××号甲饭店一楼大堂签订《房产借款抵

押合同》，以虚构的房屋即钦州市钦南区乙小区×栋×单元1006室作为抵

押，骗取陈某合计90000元（其中现金4万元于当晚交由洪某，5万元于

次日通过银行账户转账给洪某）。

另查明，被告人洪某在钦州市不动产登记局无房屋权属档案。2018

年5月27日，被告人洪某在钦州市钦北区丙KTV会所被公安民警抓获，

同日，被告人洪某因本案被刑事拘留。

被告人洪某辩解其不曾伪造房产证，陈某介绍他向张某借钱，他向

张某借了5万元，陈某作为担保人并通过银行账户转账5万元给他，他借

款后向张某偿还了35000元，伪造的房产证是张某提供的，签订合同过

程中，张某也在现场，其不应构成诈骗罪。

【案件焦点】

洪某的行为如何定性。

【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，关于被告人洪

某辩解其不曾伪造房产证，陈某介绍他向张某借钱，其向张某借了5万

元，陈某作为担保人并通过银行账户转账5万元给他，其借款后向张某

偿还了35000元，伪造的房产证是张某提供的，其不应构成诈骗罪的辩

护意见。经查，洪某在侦查阶段多次供述其伪造房产证并作为抵押，与

陈某签订了《房产借款抵押合同》，向陈某“借款”合计90000元（其中4

万元系现金支付，5万元系通过银行转账），其供述与陈某的陈述相互

吻合，洪某在庭审时辩解其系向张某借款5万元，假的房产证由张某提

供，其未能提供相关证据证实“张某”该名男子的存在，亦未能提供证据

证实其系向张某借款5万元；其次，洪某在庭审时辩解陈某介绍他向张

某借钱，陈某作为洪某的担保人，其借款后偿还了张某35000元，经

查，洪某在庭审时承认其没有钱全部偿还陈某的3万元借款，与陈某的

供述相互吻合，陈某在得知洪某未能如约还款的情况下介绍其向他人借

款，并愿意作为洪某借款的担保人，有悖于正常人的一般理解，且其辩

解2017年10月13日借款后偿还了张某35000元，与其在侦查阶段供述

的“偿还了陈某利息合计28800元”相互矛盾，洪某亦未能提供相关证据

证实其偿还款项的具体数额，且洪某的翻供无事实依据，理由不成立，

故对洪某所提上述辩解意见，均不予采纳。

广西壮族自治区钦州市钦北区人民法院依照《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、第六十一条、第六十

四条以及《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》第一条第一款之规定，判决如下：

一、被告人洪某犯诈骗罪，判处有期徒刑四年，并处罚金人民币五

千元；

二、责令被告人洪某退赔人民币90000元给被害人陈某。

洪某持原审辩解提起上诉。

广西壮族自治区钦州市中级人民法院经审理认为，洪某以非法占有

为目的，虚构事实，骗取他人财物，数额巨大，其行为已触犯《中华人

民共和国刑法》第二百六十六条的规定，构成诈骗罪。原审法院根据洪

某犯罪的事实、犯罪的性质、情节及对社会的危害程度，对其判处有期

徒刑四年，并处罚金人民币五千元，是在法定刑幅度内处罚且罪刑相适

应，并无不当。原判认定事实清楚，证据确实充分，定罪准确，适用法

律正确，量刑适当，审判程序合法。广西壮族自治区钦州市中级人民法

院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第一项、

第二百四十四条的规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案处理重点主要在于签订合同过程中是否存在关联第三人的认

定。我国《刑事诉讼法》第五十条第二款规定，“证据必须经过查证属

实，才能作为定案的根据”。第五十五条规定，“对一切案件的判处都要

重证据，重调查研究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据

的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据确实、充

分的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。证据确实、充分，应当符合以

下条件：（一）定罪量刑的事实都有证据证明；（二）据以定案的证据

均经法定程序查证属实；（三）综合全案证据，对所认定事实已排除合

理怀疑。”

具体到本案，被告人洪某庭审中的辩解存在以下几个疑点：

（1）“张某”是否确有其人或者是否存在关联性存疑，根据洪某与被害

人陈某签订的《房产借款抵押合同》，合同的当事人系洪某与陈某，未

出现“张某”，“张某”是否在场或存在关联存疑；（2）借款事实存疑，

洪某庭审辩解其是向“张某”借款5万元，其借款后向“张某”偿还了35000

元，根据洪某的前述辩解，房产证系“张某”伪造，“张某”自己伪造洪某

的房产证而向洪某借款，显然有悖于常识；（3）担保人存疑，洪某庭

审辩解陈某作为其向洪某借款的担保人，但洪某在庭审时也承认其没有

钱全部偿还陈某之前所借的非涉案款项3万元，陈某在得知洪某未能如

约还款的情况下介绍其向他人借款，并愿意作为洪某借款的担保人，有

悖于正常人的一般理解。被告人洪某也未能提供证据佐证其辩解。反

之，洪某在侦查阶段的供述与《房产借款抵押合同》的内容、陈某的陈

述相一致，即洪某以伪造的房产证作为抵押，向陈某借款合计9万元。

通过排除合理怀疑，综合分析判断可以认定本案不存在关联的第三人及

洪某借由其伪造的房产证诈骗的犯罪事实。

编写人：广西壮族自治区钦州市钦北区人民法院 邱瑛淇

75 对非法占有目的的辩解是否影响如实供述的成立

——回博某诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2018）京02刑终635号刑事判决书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

被告人回博某案发前系北京市房山区甲养老院（以下简称养老院）

护理部职员。在2016年9月至2017年6月，回博某虚构其父亲回亚某

（男，70岁）病重、赎房本等需要用钱的事实，骗取该养老院职员白云

某等17人、住院老人崇淑某等9人及养老院共计人民币500420元。案发

后，回博某的家属退赔被害人娄劲某人民币5000元。回博某于2017年6

月14日被公安机关传唤到案。被告人回博某称：其对公诉机关指控的主

要借款事实没有异议，但其给被害人出具了借条，并非不想归还借款，

其行为不是诈骗。

北京市第二中级人民法院经公开审理查明：2016年9月至2017年6

月，上诉人（原审被告人）回博某虚构其父亲回亚某病重、赎房本等需

要用钱的事实，骗取养老院职员白云某及住院老人崇淑某、冯建某、巩

海某、边锦某、代玉某、李瑞某等26人钱款共计人民币482820元。其他

事实与一审查明事实一致。

【案件焦点】

诈骗罪中，被告人未如实供述部分诈骗事实，且辩解自己没有非法

占有的目的，能否认定其成立如实供述。

【法院裁判要旨】

北京市房山区人民法院经审理认为：被告人回博某以非法占有为目

的，骗取多人财物，数额特别巨大，其行为已构成诈骗罪，依法应予惩

处。鉴于被告人回博某到案后如实供述其主要犯罪事实，其对犯罪行为

性质的辩解不影响坦白的认定，本院对其予以从轻处罚。判决如下：

一、被告人回博某犯诈骗罪，判处有期徒刑十年六个月，剥夺政治

权利二年，并处罚金人民币三万元；

二、责令被告人回博某退赔人民币四十九万五千四百二十元，发还

各被害人；

三、未随案移送的扣押物品，由扣押机关依法处理。

北京市房山区人民检察院以回博某不具有坦白情节、原审法院适用

法律错误为由提出抗诉。北京市人民检察院第二分院支持抗诉的意见

是：回博某对基本犯罪事实供认不讳，未如实供述的数额仅占全部数额

的23%，其在一审庭审过程中承认购买实时彩的情况，与查明的钱款去

向能够吻合，不影响对其如实供述主要犯罪事实的认定；原审认定犯罪

数额有误。

北京市第二中级人民法院经审理认为：关于北京市房山区人民检察

院的抗诉意见，经查，回博某到案后能够如实供述本案所涉大部分犯罪

事实，且所供述钱款去向与查明的事实基本一致，可以认定为如实供

述，故该抗诉意见不当，本院不予采纳。上诉人（原审被告人）回博某

以非法占有为目的，虚构事实、隐瞒真相，骗取他人钱财，其行为已构

成诈骗罪，且数额巨大，依法应予惩处。原审判决认定回博某犯诈骗罪

的基本事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，审判程序合法，惟认定

回博某的犯罪数额及适用法律有误，本院依法予以改判。判决如下：

一、撤销北京市房山区人民法院（2018）京0111刑初532号刑事判

决；

二、上诉人（原审被告人）回博某犯诈骗罪，判处有期徒刑九年，

剥夺政治权利一年，并处罚金人民币九千元；

三、责令上诉人（原审被告人）回博某退赔人民币四十七万七千八

百二十元，发还各被害人；

四、扣押在北京市公安局房山分局的住院证明一张予以没收存档，

手机二部、笔记本一台予以变卖，变价款并入退赔项执行。

【法官后语】

本案争议焦点在于被告人是否成立如实供述。如实供述是指如实交

代自己的主要犯罪事实。对如实供述的理解应从“量”和“质”两个维度展

开。具体到本案中，“量”的问题是指如何理解“主要”，未如实供述部分

诈骗事实是否还能认定为如实交代主要犯罪事实；“质”的问题是指如何

理解“犯罪事实”，行为人的非法占有目的是否属于其应当交代的犯罪事

实。

关于上述“量”的问题，最高人民法院《关于处理自首和立功若干具

体问题的意见》规定了按“较重情节”和“较大数额”认定的原则，即行为

人多次实施同种罪行的，“主要”犯罪事实是指其如实交代的犯罪情节重

于未交代的犯罪情节或如实交代的犯罪数额多于未交代的犯罪数额。本

案中，被告人如实供述的诈骗数额多于未如实供述的数额，因此不应以

其未如实供述部分诈骗事实为理由否认坦白的成立。

关于上述“质”的问题，首先，应当明确的是，行为人对非法占有目

的的辩解是对“犯罪事实”还是对“行为性质”的辩解，如果是仅针对行为

性质的辩解，则不影响如实供述的成立。犯罪事实是指犯罪构成要件对

应的待证事实，对其评价的结论是“存在”或“不存在”；行为性质是刑法

对犯罪事实的法律评价，对其评价的结论是“应当”或“不应当”。根据这

一区分标准，行为人主观上是否存在拒不归还的意图是心理事实的问

题，行为人对这一心理事实有无的辩解是对主观构成要件对应的犯罪事

实的辩解，主观构成要件也是犯罪构成不可割裂的部分，因此本案被告

人辩解自己具有归还借款的意愿是对犯罪事实的辩解进而影响行为性质

的评价，不是仅针对行为性质的辩解。

其次，行为人未如实交代自己具有非法占有目的的心理事实，能否

认定其如实供述犯罪事实。笔者认为，行为人应当如实供述的犯罪事实

主要是指客观犯罪事实。一方面，刑法中“坦白从宽”的制度意义主要在

于通过行为人如实供述客观犯罪事实，司法机关得以及时收集、固定、

审查客观证据，建立和完善证据链条，节约司法资源，至于行为人如实

供述内心事实，真诚认罪悔罪属于认罪认罚从宽制度的设立宗旨。另一

方面，针对明知、目的等主观要件的证明困难问题，司法实践中多采用

通过客观基础事实进行推定的证明方法，免除了公诉方对被告人心理事

实的证明责任，只要被告人对主要的客观犯罪事实如实供述，司法机关

就可以在客观事实的基础上认定被告人有无非法占有目的，因此行为人

对心理事实的辩解并不会对定罪过程产生影响。既然推定机制降低了公

诉方的证明难度，使被告人负担了一定的证明责任，则在如实供述的认

定上就不宜过于严苛地要求被告人如实供述主观的心理事实。但应当明

确的是，如果行为人未如实供述据以推定其非法占有目的的客观事实，

例如，虚构自己具有偿还能力或隐瞒自己肆意挥霍钱款的事实，不应当

认定其如实供述犯罪事实。本案中，被告人虽然辩解自己主观上并非不

想归还借款，但能够如实供述其将钱款用于赌博的客观事实，足以推定

其具有非法占有目的，应当认定其成立如实供述，具有坦白情节。

编写人：北京市第二中级人民法院 易大庆 何朕

76 诈骗罪中主从犯的认定与量刑

——谢桂甲、王伦某诈骗案

【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（2018）闽0213刑初103号刑事判决

书

2.案由：诈骗罪

【基本案情】

2017年7月26日至8月11日，被告人谢桂甲明知“战神”（另案处理）

等人实施电信网络诈骗犯罪，为谋取非法利益，其仍提供其本人及蓝小

某、夏赵某、谢桂乙名下的微信、支付宝或银行账户给“战神”用于接收

赃款并取现交给“战神”或“战神”指定的接头人，数额共计人民币（币种

下同）169002.74元。

2017年8月9日16时许，被害人廖兴某因被电信诈骗而向对方提供的

夏赵某名下支付宝账户转账2000元，后该赃款经夏赵某的建设银行账户

转入蓝小某卡号为6230582000042××××××的平安银行账户内。公安机关

在被害人廖兴某报警后，随即将上述账户冻结止付。同年8月11日下

午，“战神”电话通知被告人谢桂甲将该平安银行账户内的10000元提现

并转交给其指定的接头人。当晚21时许，被告人谢桂甲经公安机关电话

通知后主动到案接受调查。当晚22时30分许，被告人王伦某明知“瘦

爸”等人实施电信网络诈骗，为谋取非法利益，仍受指使与被告人谢桂

甲电话联系接收赃款。被告人谢桂甲遂与被告人王伦某约定在海南省儋

州市那大镇甲小区旁的中国邮政储蓄银行门口交接赃款，并协助公安机

关当场抓获被告人王伦某。二被告人归案后对各自的犯罪行为供认不

讳。

【案件焦点】

谢桂甲在本案中起到的是否是次要作用，是否认定为从犯。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市翔安区人民法院经审理认为：被告人谢桂甲为谋取非

法利益，明知系他人实施电信网络诈骗所得款项，仍积极为诈骗分子转

移并提取诈骗所得款项，数额共计人民币169002.74元，数额巨大；被

告人王伦某明知系他人实施电信网络诈骗所得款项，仍积极为诈骗分子

转移诈骗所得款项，数额共计人民币10000元，数额较大，其行为均已

构成诈骗罪。公诉机关指控的罪名成立。本案系共同犯罪，被告人谢桂

甲积极提供多个账户用于直接接收诈骗款项，并多次根据指示取款给诈

骗分子，对诈骗后果的产生起重要作用，系主犯。被告人王伦某在共同

犯罪中起次要作用，系从犯，依法应当从轻处罚。辩护人关于被告人谢

桂甲应认定为从犯的辩护意见，不予采纳。被告人谢桂甲案发后自动投

案，并如实供述自己的罪行，具有自首情节，依法可以减轻处罚。被告

人王伦某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。被告人谢桂甲协助公安机关抓捕同案犯，具有

立功情节，依法可以从轻处罚。二被告人自愿认罪认罚，均可以从宽处

罚。公诉机关提出对被告人谢桂甲在有期徒刑二年六个月至三年六个月

的幅度内处刑并处罚金、对被告人王伦某在有期徒刑七个月至八个月的

幅度内处刑并处罚金的量刑建议，均予以采纳。据此，根据二被告人的

犯罪情节、危害后果及悔罪表现，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、第四款，第二十七

条，第六十七条第一款、第三款，第六十八条，第六十四条之规定，作

出如下判决：

一、被告人谢桂甲犯诈骗罪，判处有期徒刑二年六个月，并处罚金

人民币五千元；

二、被告人王伦某犯诈骗罪，判处有期徒刑八个月，并处罚金人民

币二千元；

三、冻结在案的蓝小某名下卡号为62305820000042××××××的平安

银行卡内的赃款人民币11858.52元，其中人民币2000元用于退赔被害人

廖兴某；余款人民币9858.52元，予以没收；

四、扣押在案的作案工具平安银行卡1张（户名：蓝小某，账户：

6230582000042××××××）、黑色VIVO牌手机1部、黑色三星牌直板手机

1部，均予以没收；

五、扣押在案的被告人王伦某的个人所有的银色MEIZU牌手机1

部，用于执行上述第二项判决的财产刑（罚金）。

判决作出后，公诉机关未抗诉，被告人谢桂甲、王伦某未上诉，判

决已发生法律效力。

【法官后语】

随着网络时代的到来，信息科技大大改变了现代生活方式，网络犯

罪也如影随形。网络犯罪呈现犯罪主体分散、行为方式虚拟、犯罪结果

泛化等特点，给传统刑法理论的适用带来挑战。本案着眼利用电信网络

实施的诈骗案中的共同犯罪问题，探讨网络共犯行为的责任认定，具有

一定的典型性和示范意义。

1.共同犯罪人的类型。共同犯罪是一种犯罪的特殊形态，指二人以

上共同故意犯罪。我国《刑法》总则第二章第三节对共同犯罪问题进行

了规定，以各共同犯罪人在共同犯罪中所处的地位和所起的作用为主要

标准，将共同犯罪人分为四种，即主犯、从犯、胁从犯和教唆犯。其中

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。从犯是指在共同犯罪中起次要或者辅助作用的犯罪分

子。

2.主从犯的认定。认定主犯、从犯的关键是对主要作用的评价。“主

要作用”是指在共同犯罪中对共同犯罪的形成、实施与完成起决定或重

要作用。对于犯罪分子是否发挥主要作用，应从主客观方面进行综合判

断：主观方面要考察犯罪分子对共同犯罪故意的形成起何种作用；客观

方面要分析犯罪分子实施了哪些具体犯罪行为，结合具体的行为表现与

分工，把行为人的分工和在共同犯罪中的作用联系起来，重视犯罪行为

对犯罪结果的因果作用。

3.共同犯罪人的量刑标准。《刑法》第二十六条、第二十七条规定

对共同犯罪中的主犯，应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪

处罚。对于从犯，应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。在具体量刑时，

则要区分共同犯罪中，各个犯罪分子的罪责、情节和所得数额的大小，

分别予以不同的处罚。在具体案件中还要考虑自首、立功等量刑情节，

依法进行处罚。

4.对于本案定罪与量刑的述评。在本案中，二被告人主观明知款项

为电信网络诈骗的非法所得，仍积极为诈骗分子转移并提取、转移诈骗

所得款项，其行为均已构成诈骗罪。

（1）二被告人的主从犯认定。被告人谢桂甲明知款项为他人实施

电信网络诈骗的非法所得，仍积极提供多个账户用于直接接收诈骗款

项，并多次根据指示取款给诈骗分子，为诈骗分子转移并提取诈骗所得

共计169002.74元人民币，在主观上明知电信网路诈骗的性质并为了谋

取非法利益积极参与诈骗活动，客观上具有接收、转移诈骗所得的行

为，对诈骗活动的完成起关键性作用，导致诈骗分子实现非法获取他人

财物的目的，对诈骗后果的产生起重要作用，因此，认定谢桂甲为主

犯。被告人王伦某明知系他人实施电信网络诈骗所得款项，仍积极帮助

诈骗分子转移诈骗所得款项10000元人民币，在共同犯罪中起次要作

用，系从犯。

（2）二被告人的量刑。被告人谢桂甲虽然为主犯但在案发后自动

投案，能够如实供述自己的罪行，具有自首情节，后在案件侦办过程

中，积极协助公安机关抓捕同案犯，具有立功情节，依法可以从轻处

罚。被告人王伦某系共同犯罪中的从犯，并且其在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。遵循

罪责刑相适应的基本原则，二被告人自愿认罪认罚，均可以从宽处罚。

编写人：福建省厦门市翔安区人民法院 朱孟慧

（五）职务侵占罪

77 帮助他人删除因侵占单位资金在计算机信息系统中

产生的存款异常数据的行为性质认定

——喻麒某、刘某职务侵占，帮助毁灭、伪造证据案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

重庆市涪陵区人民法院（2018）渝0102刑初49号刑事判决书

2.案由：职务侵占罪，帮助毁灭、伪造证据罪

【基本案情】

2013年9月，被告人喻麒某被重庆甲集团有限公司（以下简称甲公

司）聘请为员工，在该公司托管的涪陵乙中学（以下简称涪陵乙中）食

堂担任微机充值员，负责给学生饭卡充值并收费。喻麒某在工作中偶然

发现该公司工作电脑中的充值系统存在漏洞，发现在使用该充值系统给

学生充值饭卡时，如果将学生饭卡放在发卡器上，在充值电脑上给学生

充值后迅速将饭卡拿开，学生饭卡上将显示充值成功，但该笔充值金额

不能进入充值系统中的出纳报表，该笔现金可以侵占自用。2014年3月3

日至2017年5月5日，被告人喻麒某采取上述方法，非法侵占甲公司资金

人民币2282616元。

甲公司充值系统软件于2015年2月12日升级后，被告人喻麒某仍使

用上述方法非法侵占甲公司资金导致服务器电脑中的查询报表内出现存

款异常数据。被告人喻麒某于2016年发现上述存款异常数据后找到被告

人刘某等人商量如何删除存款异常数据，被告人刘某经研究找到了采用

计算机技术制作程序脚本并运行的方法来删除服务器电脑中的存款异常

数据。2016年10月至2017年5月期间，被告人刘某在明知存款异常数据

系喻麒某非法侵占公司资金证据的情形下，多次在喻麒某侵占甲公司资

金后帮助其删除存款异常数据共计9626条，对应喻麒某侵占的资金人民

币1927436元。

案发后，公安机关于2017年5月12日抓获被告人喻麒某，并扣押了

喻麒某赃款人民币3683元，喻麒某近亲属向甲公司退出赃款人民币

108000元。被告人刘某于2017年6月14日主动到公安机关投案。

重庆市涪陵区人民检察院认为，被告人喻麒某利用职务上的便利，

将本单位资金占为己有，数额巨大，应当以职务侵占罪追究其刑事责

任；被告人刘某违反国家规定，对计算机信息系统中存储的数据进行删

除操作，后果特别严重，应当以破坏计算机信息系统罪追究其刑事责

任。被告人喻麒某系坦白，被告人刘某系自首。建议依照《中华人民共

和国刑法》第二百七十一条第一款，第二百八十六条第二款，第六十七

条第一款、第三款之规定处罚。

被告人喻麒某对公诉机关指控的事实及罪名均无异议；被告人刘某

对公诉机关指控的事实及破坏计算机信息系统罪的罪名均无异议，辩称

其不构成其他罪名。

【案件焦点】

对刘某行为的性质如何认定，即行为人在他人实施侵占公司资金的

行为后，明知他人侵占公司资金且计算机信息系统中的存款异常数据系

因他人的侵占行为而产生的情形下，多次帮助他人删除存款异常数据的

行为应认定为破坏计算机信息系统罪、职务侵占罪的共犯还是帮助毁

灭、伪造证据罪。

【法院裁判要旨】

重庆市涪陵区人民法院经审理认为：被告人喻麒某利用职务上的便

利，将本单位资金非法占为己有，数额巨大，其行为已构成职务侵占

罪；被告人刘某多次帮助喻麒某毁灭、伪造证据，情节严重，其行为已

构成帮助毁灭、伪造证据罪。重庆市涪陵区人民检察院指控被告人喻麒

某犯罪的罪名成立；指控被告人刘某犯罪的事实清楚，证据确实、充

分，但指控被告人刘某构成破坏计算机信息系统罪的罪名不当，应予以

变更。被告人喻麒某到案后如实供述自己的罪行，可以从轻处罚；其退

出部分赃款，可以酌情从轻处罚。被告人刘某犯罪以后自动投案，如实

供述自己的罪行，是自首，可以从轻处罚。遂作出判决：

被告人喻麒某犯职务侵占罪，判处有期徒刑五年六个月，并处没收

财产人民币二十万元；被告人刘某犯帮助毁灭、伪造证据罪，判处有期

徒刑六个月；将扣押在案的人民币3683元发还被害单位重庆甲集团有限

公司，责令被告人喻麒某退赔被害单位重庆甲集团有限公司损失人民币

2170933元，没收扣押在案的犯罪工具台式电脑主机1台、黑色华硕笔记

本电脑1台、移动硬盘2个。

宣判后，被告人喻麒某、刘某未上诉，公诉机关亦未抗诉，判决已

发生法律效力。

【法官后语】

本案争议的焦点在于对刘某行为的性质认定，笔者认为，本案中刘

某的行为构成帮助毁灭、伪造证据罪。

1.刘某的行为不符合破坏计算机信息系统罪的全部构成要件

根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害计算机信息系

统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》第十一条之规定，认定是否

系后果严重或后果特别严重中的“经济损失”应理解为直接经济损失和用

户为恢复数据、功能支出的必要费用。本案中，刘某删除的存款异常数

据虽涉及被告人喻麒某侵占的公司资金1927436元，但该1927436元的损

失并非系刘某的删除行为给公司直接造成的经济损失，而系由喻麒某的

侵占行为直接造成，刘某删除的存款异常数据只是喻麒某侵占公司资金

后产生的数据痕迹。被告人刘某的行为不符合前述司法解释规定的“后

果严重”或“后果特别严重”的标准，不具备破坏计算机信息系统罪的全

部构成要件，不应认定刘某构成破坏计算机信息系统罪。

2.刘某的行为不符合职务侵占罪共犯的构成要件

刘某系在喻麒某侵占公司资金后才帮助其删除数据，即刘某帮助喻

麒某删除数据时喻麒某的犯罪实行行为已经完成。要认定刘某构成共同

犯罪中的帮助犯必须是刘某与喻麒某具有事前通谋。本案中，刘某虽然

明知喻麒某在侵占公司资金，但无明确证据能够证实刘某就共同侵占公

司资金与喻麒某有沟通、谋划并形成犯罪合意或者刘某以其行为或语言

向喻麒某表明自己决意参与该犯罪，故难以认定二人具有共同的侵占公

司资金的犯罪故意，刘某不构成共同犯罪的帮助犯。

那么，能否将刘某删除数据的行为认定为喻麒某实现侵占目的必不

可少的“平账”行为，从而将该行为作为喻麒某侵占公司资金行为的组成

部分，认定二人成立共同犯罪？

职务侵占罪与贪污罪在客观构成要件上类似，其既、未遂也应当根

据2003年最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》

对贪污罪既、未遂的认定的规定，以实际控制说为准，是否平账并非认

定既、未遂的标准，如行为人直接侵吞款项并挥霍殆尽，即使未平账也

应认定为既遂。

本案中，喻麒某并非必须经过刘某删除数据的行为才能实现侵占公

司资金的目的，只要其实际取得了对未入账资金的控制权即成立既遂，

而不受是否平账、是否删除数据影响。因此，刘某删除数据的行为并非

喻麒某侵占公司资金行为的组成部分。

综上，刘某不构成职务侵占罪的共同犯罪。

3.刘某帮助喻麒某删除存款异常数据的行为应定性为帮助毁灭、伪

造证据罪

刑法第三百零七条第二款规定的帮助毁灭、伪造证据罪中帮助的行

为既可以发生在诉讼中，也可以发生在诉讼启动前。该罪系情节犯，刑

法规定的“情节严重”在司法实践中主要包括：动机卑劣的；多次进行帮

助的；帮助重大案件当事人的；因其帮助行为导致诉讼活动无法进行、

中止的；造成错案的；影响恶劣的；等等。

本案中，刘某在喻麒某实施了侵占公司资金的行为后，明知喻麒某

侵占公司资金以及存款异常数据就是喻麒某侵占公司资金的证据，也明

知自己删除数据的行为是帮助喻麒某毁灭犯罪证据而多次帮助喻麒某删

除存款异常数据，应认定为“情节严重”，符合帮助毁灭、伪造证据罪的

构成要件，定性为帮助毁灭、伪造证据罪更为妥当、贴切。

编写人：重庆市涪陵区人民法院 钟华

（六）挪用资金罪

78 村民小组组长能否构成挪用资金罪犯罪主体

——朱绵某挪用资金案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

海南省澄迈县人民法院（2018）琼9023刑初86号刑事判决书

2.案由：挪用资金罪

【基本案情】

被告人朱绵某于2013年11月至2016年11月担任澄迈县金江镇潘村村

委会潘村村民小组组长。2015年，潘村村委会两委干部讨论同意将所属

潘村、玉宛村村民小组的沙场承包给邱某使用，后邱某与潘村村民小组

分别于2015年8月1日、9月2日，签订《合同协议书》《协议书》，约定

承包款每年15万元，承包期限为10年，其中第一年需支付15万元承包

款、15万元押金及15万元道路损坏修复保证金。签订协议后，邱某陆续

将2015年、2016年的承包款及押金、道路损坏修复保证金共计60万元交

给朱绵某，朱绵某将以上款项以潘村村民小组的名义收取。随后，朱绵

某将其中的24万元存入潘村村民小组账户，将其中的9万元转交玉宛村

村民小组，剩余的27万元由朱绵某保管在自己的银行账户内。

2016年4月30日，因邱某缺少资金周转，朱绵某在未经过潘村村民

小组同意的情况下，从户名为朱绵某、尾号3366的朱绵某中国工商银行

账户内取出现金2万元借给邱某用于生意资金周转，邱某于2016年11月

25日将此款项归还；2016年8月5日，因林鸿某缺少资金周转生意，朱绵

某从户名朱绵某、尾号3366的中国工商银行账户取出10万元，2016年8

月9日从户名为朱绵某、尾号3366的中国工商银行账户取出现金10万

元，以上共计20万元借给林鸿某用于生意资金周转。林鸿某于2017年5

月16日通过王某将该笔款项20万元转账到朱绵某尾号3366的中国工商银

行账户。

经海南公平司法鉴定中心鉴定，朱绵某2015年至2016年期间经手挪

用的沙场承包金金额为22万元。

2017年5月16日，朱绵某从其尾号3366的中国工商银行账户中取出

27万元集体资金，后存入户名为朱绵某、尾号9308的工商银行定期存款

账号。

【案件焦点】

1.村民小组长能否构成挪用资金罪犯罪主体；2.朱绵某的行为如何

定罪。

【法院裁判要旨】

海南省澄迈县人民法院经审理认为，被告人朱绵某在担任潘村村民

小组组长期间，利用经手、保管集体资金的便利，私自将集体资金22万

元挪用给他人用于营利活动，数额较大，超过三个月未还，其行为已构

成挪用资金罪。公诉机关指控的事实清楚、证据确实、充分，罪名成

立，应予支持。鉴于被告人朱绵某到案后如实供述自己的罪行，且被挪

用的款项已全部被冻结，应视为退回，认罪、悔罪态度好，可以适用缓

刑。

综上，依据《中华人民共和国刑法》第二百七十二条第一款、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、

第三款的规定，判决如下：

一、被告人朱绵某犯挪用资金罪，判处有期徒刑九个月，缓刑一

年；

二、被冻结的被告人朱绵某尾号为9308工商银行账户内的赃款人民

币22万元及潘村村民小组沙场承包款人民币5万元共计人民币27万元，

返还澄迈县金江镇潘村村委会潘村村民小组。

【法官后语】

1.关于村民小组长能否构成挪用资金罪犯罪主体的问题。1999年6

月25日发布的《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》规定，村民小组组长利用职务上的

便利，将村民小组集体财产非法占为己有，数额较大的行为，应当依照

刑法第二百七十一条第一款的规定，以职务侵占罪处罚，即村民小组组

长可成为职务侵占罪主体。虽然没有相关司法解释明确村民小组组长亦

可成为挪用资金罪主体，但是从职务侵占罪和挪用资金罪的定义看，两

罪的犯罪主体完全一致，由此，村民小组组长原则上也可以成为挪用资

金罪的犯罪主体。从民事诉讼的角度，村民小组是适格的诉讼主体。

《村民委员会组织法》第十条确认村民小组存在的合法性；《土地管理

法》第十一条规定“农民集体所有的土地依法属于村农民集体所有的，

由村集体经济组织或者村民委员会经营、管理；已经分别属于村内两个

以上农村集体经济组织的农民集体所有的，由村内各该农村集体经济组

织或者村民小组经营、管理；已经属于乡（镇）农民集体所有的，由乡

（镇）农村集体经济组织经营、管理。”据此可认定村民小组是村集体

经济组织，拥有土地所有权、使用权，并以此财产承担一定的法律后

果，属民事诉讼法规定的诉讼主体资格第三类当事人，即其他组织。审

判实务中，2005年最高人民法院对河北省高级人民法院《关于村民小组

诉讼权利如何行使的几个问题的请求报告》的答复中明确赋予村民小组

诉讼主体资格。村民小组组长的职务行为也就是村民小组的民事行为。

所以，村民小组组长可承担民事责任，同样也可以承担刑事责任。村民

小组组长是可以成为挪用资金罪的犯罪主体的。

2.《刑法》第二百七十一条职务侵占罪是指公司、企业或者其他单

位的人员，利用职务上的便利，将本单位数额较大的财物非法占为己有

的行为。第二百七十二条挪用资金罪是指公司、企业或者其他单位的工

作人员，利用职务上的便利，挪用本单位数额较大的资金，归个人使用

或者借贷给他人，超过三个月未还，或者虽未超过三个月，但数额较

大，进行营利活动或者非法活动，或者是在法定期限内未还或者不退还

的行为。从职务侵占罪与挪用资金罪的犯罪构成要件看，两罪有一定相

似性，区分两罪的关键在于犯罪的主观方面表现是否具有非法占为己有

的目的。挪用资金罪是以非法挪用本单位资金为目的，主观上有以后还

要归还的打算；职务侵占是以非法占有本单位财物为目的，主观上不存

在要归还的打算。由此可见，本案被告人朱绵某的主观方面将直接影响

其行为构成挪用公款罪还是职务侵占罪。如果其使用公款时主观上没有

打算以后归还的话，即认定其具有非法占有目的，那么就是侵吞公款，

就应以职务侵占罪定罪；如果其当时主观上有以后要归还的打算，就是

没有非法占有目的，就应以挪用资金罪定罪。关于本案的罪与他罪的问

题。本案中从公诉机关所提供的证据看，及根据庭审调查及对被告人讯

问，被告人当时主观上确实没有非法占有目的，只有挪用资金目的，且

被告人已经将全部挪用的资金退还，有从轻处罚情节。故法院以挪用资

金罪对被告人朱绵某定罪量刑为有期徒刑九个月、缓刑一个月是妥当

的。

3.挪用资金类犯罪，在审理过程中一定要注意挪用的资金的去向，

并在判决书主文中及时予以处理，不然可能会造成漏判情况。

编写人：海南省高级人民法院 李周伟

海南省澄迈县人民法院 赵明伟

79 国有企业改制情形下挪用型犯罪的定性

——缑某挪用资金案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省安阳市中级人民法院（2017）豫05刑终308号刑事判决书

2.案由：挪用资金罪

【基本案情】

被告人缑某自2000年3月被安阳市交通局任命为国有企业安阳市汽

车大修厂厂长，2003年1月任安阳市汽车大修厂党委书记。2004年7月16

日，安阳市汽车大修厂（以下简称大修厂）提出改制申请，进入企业改

制阶段。2006年8月20日的改制方案中载明改制形式为通过产权交易市

场进行公开交易，以整体出让形式改制。由受让方承接该厂全部资产及

债务，全部接收原单位的职工和离退休人员。2007年9月4日，安阳市交

通局与以被告人缑某为代表的27名自然人签署了大修厂国有产权转让协

议，协议载明：由受让方承接标的企业的全部资产、负债；受让方应尽

快组建新公司，新公司组建完成后，该协议规定的受让方的权利、责

任、义务由新公司承担；该协议从安阳市国有企业改革领导小组办公室

正式批复之日起开始生效；生效后，原企业所遗留的债权债务原则上由

新公司继承等内容。后安阳市国有企业改革领导小组办公室于2007年11

月20日批复，原则同意上述转让协议和改制方案。2007年12月29日，由

出资最多的股东缑某召集主持了尚未工商注册的甲公司首次股东大会，

会议推荐缑某为公司董事长、法定代表人，讨论通过了公司章程草案，

确认了股东出资方式及出资额。2008年3月7日，工商部门核准大修厂企

业名称变更为甲公司的登记申请，并明确待换发营业执照后生效；2008

年6月26日，甲公司取得营业执照，大修厂变更为自然人投资的安阳市

甲汽车销售服务有限公司。

2007年，杨某等人准备以安阳乙房地产开发有限责任公司的名义开

发大修厂地块，由刘某等人负责前期手续。此间，大修厂从杨某个人处

借款600万元用于职工安置。大修厂在收到600万元后向杨某个人出具了

借款收据，随后将其中230万元用于职工安置，剩余的370万元仍在大修

厂账上。

2008年3月，刘某向缑某提出借用大修厂未用完的职工安置资金，

被告人缑某在未经大修厂集体研究，也未告知杨某的情况下，通知会计

将大修厂未用完的职工安置资金370万元挪用给刘某个人使用。

【案件焦点】

国有企业改制获得批复后，新公司尚未注册成立前，原任国有企业

领导职务的犯罪主体是否具备国家工作人员身份，涉案款项是否应认定

为公款。

【法院裁判要旨】

河南省安阳市龙安区人民法院经审理认为，对于被告辩护人所提

2008年3月大修厂转让协议和改制方案已经上级批准生效，大修厂债权

债务已全部转让到新公司股东名下，被告人缑某并非代表国企领导行使

职权，370万元非大修厂公款的辩护意见，经查，2008年3月大修厂仍在

改制过程中，转让协议虽已批准，但新公司在2008年6月26日取得工商

营业执照，此前大修厂的国有企业性质并未改变，被告人缑某主体身份

应以国家工作人员论，且涉案款项370万元仍在大修厂账上，应属国有

企业大修厂的公款，故对被告辩护人的辩护意见均不予采纳。被告人缑

某身为国有企业从事公务的人员，利用职务之便，挪用公款归刘某个人

使用，进行营利，情节严重，其行为已构成挪用公款罪。

河南省安阳市龙安区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百

八十四条第一款之规定，判决如下：

被告人缑某犯挪用公款罪，判处有期徒刑五年六个月。

宣判后，原审被告人缑某不服，提出上诉。

河南省安阳市中级人民法院经审理认为：转让协议已经生效，370

万元在协议生效后至新公司成立前，应属于尚未注册成立公司的资金，

缑某在公司成立阶段挪用资金利用的是其公司董事长的职务便利。上诉

人缑某利用职务上的便利，挪用本单位资金借贷给他人，数额较大、超

过三个月未还，其行为构成挪用资金罪。原审判决认定缑某犯挪用公款

罪，属适用法律不当，本院予以纠正。上诉人缑某辩护人的辩护意见，

部分予以采纳。依照《中华人民共和国刑法》第二百七十二条，《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》第六条、第十一条第二款，《中华人民共和国刑事诉讼法》

第二百二十五条[[16]第](#p398)一款第二项之规定，判决如下：

一、撤销河南省安阳市龙安区人民法院（2017）豫0506刑初226号

刑事判决；

二、上诉人（原审被告人）缑某犯挪用资金罪，判处有期徒刑三

年。

【法官后语】

本案的争议焦点决定了对缑某犯罪行为的定罪量刑，即以挪用公款

罪量刑还是以挪用资金罪处以刑罚。

笔者认为，在涉及对国企改制中的挪用公款罪或挪用资金罪定性

时，必须整体把控，一是要充分论证犯罪主体身份的认定；二是要明确

涉案款项的性质，确定被侵犯的是何种社会关系；三是要充分把握国企

改制的时间节点，避免因时间节点的界分而发生主体资格和犯罪对象性

质的转变，同时要考虑到国企改制的特殊性及有关政策因素。下面笔者

将就本案具体分析以上三个问题。

1.犯罪主体身份的认定

缑某作为新公司的董事长，在进行犯罪行为时已非代表国企领导行

使职权，而是利用其民营企业领导的职务便利。充分厘清大修厂改制的

各个时间节点后可知，转让协议的生效要件已于2007年11月20日安阳市

国有企业改革领导小组办公室批复转让协议和改制方案后达成，按约由

受让方承接大修厂全部资产及债务，故大修厂企业改制完成时间早于缑

某挪用370万元钱款的时间。缑某在大修厂进行改制过程中其仍具备“国

家工作人员”的身份，而在该行为结束时，其已转化为新公司董事长的

身份，此时产生的挪用资金行为的主体资格已不符合挪用公款罪的构成

要件。

2.涉案款项性质的认定

370万元应当作为新成立公司资产，而非公款性质。根据上述事

实，在转让协议生效后至新公司成立前，该370万元应属于尚未注册成

立公司承接的资产债务，也就不符合挪用公款罪的构成要件。根据《最

高人民检察院关于挪用尚未注册成立公司资金的行为适用法律问题的批

复》，挪用尚未注册成立公司资金的行为以挪用资金罪定罪处罚。而对

于争议较大的甲公司正式工商注册登记的时间晚于缑某挪用资金的时

间，且款项在大修厂的账上亦非银行临时开设的账户上的问题，笔者认

为，认定款项是否具备公款性质，应按照实际情况认定，不应以工商登

记作为唯一标准，不能因为新公司未注册而否认款项的性质。《刑事审

判参考》指导案例83号的意见“将名为国有实为个人的单位财产占为己

有不构成贪污罪”即为印证。

3.把握国企改制时间节点对罪名的影响

犯罪主体的身份并非一成不变，款项的性质也随着相关程序的进行

而发生变化。大修厂改制完成，与原所属单位市交通局已脱离关系，国

企性质已经发生变更。该点要充分考虑国企改制的特殊性及相关政策性

因素。如《最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干

问题的规定》第三条规定，政府主管部门在对企业国有资产进行行政性

调整、划转过程中发生的纠纷，当事人向人民法院提起民事诉讼的，人

民法院不予受理。《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干

问题的解释（三）》第二条规定，因企业自主进行改制引发的争议，人

民法院应予受理。该两个司法解释均印证了主流观点，即人民法院受理

企业改制中基于平等民事主体关系而发生的民事纠纷，但对于政府及其

相关部门主导的企业改制，其权利转移等事项并非企业自身所能决定

的，由此发生的纠纷，应当由政府有关部门按照企业改制的政策规定统

筹解决。政府主导企业改制时一般均由相关政府会议纪要、指导性文件

和通知等作为改制依据。这既说明了国企改制区别于普通的企业改制有

其特殊性与复杂性，也要求我们在进行案件考量时综合考虑并理解有关

文件精神。因而对于大修厂的改制要充分考虑其是在市交通局主导下进

行的国有产权转让，且转让协议和改制方案已获批复，并已召开了新公

司的首次股东大会等事宜，应当认定大修厂改制已经完成，其国企性质

已经发生变更。此时犯罪主体及犯罪对象的性质亦因国企改制完成的时

间节点而发生了转变。

综上，缑某挪用本单位资金借贷给他人，数额较大、超过三个月未

还，其行为符合挪用资金罪的构成要件，应以挪用资金罪定罪论处。

编写人：河南省安阳市中级人民法院 刘丽杰 申江波

（七）敲诈勒索罪

80 抢劫罪与敲诈勒索罪的区分与认定

——陈金某等敲诈勒索案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省泰州医药高新技术产业开发区人民法院（2018）苏1291刑初

54号刑事判决书

2.案由：敲诈勒索罪

【基本案情】

2017年11月25日下午，被告人陈金某与被告人田玉某、钱正某、帅

某合谋以“抓兔子”的方式获取他人财物。当晚，被告人陈金某、田玉

某、钱正某邀约被害人张煜某至泰州市江州路某饭店吃饭。其间，被告

人陈金某、田玉某陪张煜某喝酒，意图将其喝醉。饭后三被告人发现张

煜某仍然清醒，遂又将张煜某带至某KTV包房内轮番对其敬酒，直至将

张煜某喝醉。后被告人陈金某等人假借打牌名义，谎称张煜某输钱，要

求张煜某写下6万元欠条。因张煜某不肯配合签字，被告人陈金某用包

房内一空啤酒瓶将张煜某头部砸伤，后又将被告人帅某喊至现场，一起

逼迫张煜某写欠条。当晚23时许，四名被告人将张煜某带至被告人田玉

某开设的××积分兑换商城店内，仍以张煜某打牌输钱为由要求其写欠

条。其间，被告人陈金某用店内的棒球棍打了张煜某肩部一下，并安排

田玉某、帅某二人在该店内看守张煜某。次日11时许，在张煜某写下3

万元借条并承诺回家筹钱后，被告人陈金某等人将张煜某放走并安排被

告人帅某跟随张煜某回家筹钱。

同年11月27日13时许，被告人陈金某、田玉某、钱正某至张煜某家

中向其要钱时被公安机关抓获。当日15时许，被告人帅某至公安机关投

案。四名被告人归案后均如实供述了上述犯罪事实。案发后，四名被告

人已赔偿被害人张煜某经济损失，取得被害人张煜某的谅解。

【案件焦点】

被告人的行为如何定性。

【法院裁判要旨】

江苏省泰州医药高新技术产业开发区人民法院经审理认为，被告人

陈金某、田玉某、钱正某、帅某以非法占有为目的，采用暴力、胁迫等

手段，勒索他人财物，数额较大，其行为已构成敲诈勒索罪，且系共同

犯罪，均应依法惩处。被告人陈金某在共同犯罪中起主要作用，是主

犯，应当按照其所参与或者组织、指挥的全部犯罪处罚。被告人田玉

某、钱正某、帅某在共同犯罪中起次要作用，是从犯，均依法予以从轻

处罚。被告人陈金某、田玉某、钱正某、帅某已经着手实施犯罪，由于

意志以外的原因而未能得逞，是犯罪未遂，均比照既遂犯从轻处罚。被

告人陈金某、田玉某、钱正某归案后如实供述自己的罪行；被告人帅某

自动投案，如实供述自己的罪行，是自首，依法均予以从轻处罚。被告

人陈金某曾因吸毒被行政处罚，酌情予以从重处罚。本案被告人陈金某

等四名被告人合谋以“抓兔子”的方式获取他人财物，在确定对其同学张

煜某下手后，采用让张煜某喝醉酒，以其打牌输钱为由，采用暴力、胁

迫的方法逼迫张煜某出具欠条（张煜某实际出具借条），四名被告人的

行为不符合抢劫罪“当场劫取财物”的犯罪构成要件，且被害人张煜某出

具的借条仅是一种债权债务凭证，不属于抢劫犯罪的对象，四名被告人

的主观故意以及实施的系列行为符合敲诈勒索罪的构成要件。公诉机关

指控罪名不当，予以纠正。鉴于被告人陈金某、田玉某、钱正某、帅某

案发后已经赔偿被害人损失，取得被害人谅解，故均给予一定的缓刑考

验期限。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、第二十六条第一款、第四款、第二十七条、第二十三条、第六十

七条第一款、第三款、第七十二条第一款、第三款之规定，判决如下：

一、被告人陈金某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑一年三个月，缓刑

一年六个月，并处罚金人民币八千元；

二、被告人田玉某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年三

个月，并处罚金人民币六千元；

三、被告人钱正某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年三

个月，并处罚金人民币六千元；

四、被告人帅某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑九个月，缓刑一年，

并处罚金人民币四千元。

【法官后语】

抢劫罪是指以非法占有为目的，以暴力、胁迫或者其他方法，当场

强行劫取他人财物的行为；敲诈勒索罪是指以非法占有为目的，对被害

人以威胁或者要挟的方法，强行索取公私财物数额较大的行为。两罪都

有着既侵犯财产权益又侵犯人身权益的特征，但也存在严格区分。一般

认为，抢劫罪必须符合“两个当场”的要求，即当场实施暴力、当场取

财。敲诈勒索罪是以当场实施的暴力或者将来可能实施的暴力或侵害行

为相威胁，要求被害人于当场或者于规定的时间、地点内交付财物的行

为。

刑法原理在论及抢劫罪的实施方法时，并非形式化地讨论是否使用

暴力、胁迫及其他方法，而是从实质性的视角来界定行为人实施的暴力

行为是否使被害人“不能反抗”“不敢反抗”以及“不知反抗”。因而对“当

场”的判断除了在传统意义上强调暴力与取财的同时性，也不应忽视行

为人实施暴力的程度。抢劫罪中当场实施暴力的程度必须达到足以压制

被害人反抗的程度。也即抢劫罪中达到足以压制被害人反抗的暴力程度

应当是两个“当场”考量中的关键要素。

四名被告人采用暴力、胁迫的方法逼迫被害人出具欠条，结合被告

人在庭审中的供述，被告人陈金某在KTV持啤酒瓶打了被害人，后在田

玉某的店里用棒球棍打了被害人一下，后没收被害人手机、看守被害人

要求其写欠条，不让其离开。被害人于次日11时许，写下3万元借条并

承诺回家筹钱后，被告人陈金某等人才将人放走并安排帅某跟随被害人

回家筹钱。行为人的种种行为对被害人的身体和精神确实造成了一定程

度的强制，并且这种强制伴随着行为人对被害人的看守从KTV到被告人

田玉某的店里一直在持续，但本案中，被告人陈金某持啤酒瓶、棒球棍

对被害人的击打，同时伴有言语威胁，该种暴力威胁程度没有严重威胁

到被害人的人身安全，而使其完全丧失意志自由，被迫作出交付财物的

决定，也即尚未达到足以压制被害人反抗的程度，在此种情形下对被害

人形成的身体或者精神强制也不应认定为可以不受时空转变的限制，因

此，判决认定各被告人行为不符合抢劫罪两个“当场”的特征。

编写人：江苏省泰州医药高新技术产业开发区人民法院 钱心璐

81 “知假买假” 型敲诈勒索罪中被告人主观故意的认定

——姜志某等敲诈勒索案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省泉州市中级人民法院（2018）闽05刑终668号刑事裁定书

2.案由：敲诈勒索罪

【基本案情】

2017年2月20日、21日、3月11日、26日、27日、28日、29日、30

日、31日及4月1日，被告人姜志某、许新某、刘解某、刘国某、李某、

李百某、聂某、洪某、刘长某及“廖某”（另案处理）等人经预谋，分分

合合，先后到泉州市辖区内的晋江市、南安市、惠安县、丰泽区、洛江

区等地乡镇，寻找便利店、小超市等商店内售卖的过期酒水后喝下，再

以身体不适为由，要求过期酒水经营者即被害人一方带至医院进行检查

治疗，并采取不赔偿解决就要带人砸店、向相关部门举报等方式威胁、

恐吓被害人，以此敲诈勒索钱财。其中，以被告人姜志某、许新某、刘

解某、刘国某、李某共参与实施敲诈勒索犯罪11次，涉案金额共计

13.175万元；被告人李百某共参与实施敲诈勒索犯罪10次，涉案金额共

计12.54万元；被告人聂某、洪某、刘长某共参与实施敲诈勒索犯罪8

次，涉案金额共计11.4万元。

在上述犯罪集团中，本案九被告人分工明确，其中，以被告人姜志

某为主负责确定行车方向、与被害人一方“谈判”及组织分赃等；被告人

许新某或参与“谈判”、组织分赃，或负责喝酒假装身体不适等事宜；被

告人刘国某、刘解某、聂某等人负责驾车或喝酒假装身体不适，被告人

李某、洪某、李百某负责喝酒假装身体不适，被告人刘长某负责照顾被

告人李某、拿东西等。

2017年2月至3月期间，晋江市卫生和计划生育局发现三起类似的疑

似食物中毒事件，相同患者重复出现，且均不配合流行病学调查，不符

合常理，遂通报给晋江市公安局。晋江市公安局经摸排及初步调查后，

于2017年4月2日，在泉州市丰泽区一宾馆抓获各被告人，并扣押相应作

案工具及赃款4.01万元。

案件审理期间，被告人姜志某等人共退出赃款76655元，其中，被

告人许新某、刘解某分别预缴罚金。

【案件焦点】

被告人姜志某等人明知被害人所售卖的酒水已过期，仍购买并饮

下，后称身体不适、不赔偿解决就砸店、举报，以此索要钱财，应认定

为依法维权还是以非法占有为目的的敲诈勒索罪。

【法院裁判要旨】

福建省晋江市人民法院经审理认为，对于被告人姜志某等人及相关

辩护人提出是依法维权、并无非法占有目的的相关意见，根据在案证据

可知，本案被告人在短时间内每日采用相同方式作案，且作为消费者也

未采用依法依规的方式进行维权，在获取敲诈款项后由参与人共同分

配，故其饮用过期酒进行“索赔”的目的并非“依法维权”而是“不法获

利”。故被告人的上述辩解及辩护人的辩护意见，均不予采纳。

被告人姜志某、许新某组织、领导被告人刘解某、李某、李百某、

聂某、洪某、刘长某，以非法占有为目的，采用威胁、要挟手段，强行

索要他人数额巨大的财物，其行为均构成敲诈勒索罪，公诉机关指控罪

名成立。对各被告人应依法予以惩处。

因被告人刘国某患有严重疾病，对其裁定中止审理。后福建省晋江

市人民法院综合本案的犯罪事实、情节及社会危害性，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、第六十五条第一款、第六十七条第三款、第六十四条之规定，判决

如下：

一、被告人姜志某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑五年六个月，并处

罚金人民币一万五千元；

二、被告人许新某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑四年九个月，并处

罚金人民币一万五千元；

三、被告人刘解某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑四年六个月，并处

罚金人民币一万二千元；

四、被告人李某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑五年四个月，并处罚

金人民币一万二千元；

五、被告人李百某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑四年八个月，并处

罚金人民币一万二千元；

六、被告人聂某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑三年六个月，并处罚

金人民币一万元；

七、被告人洪某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑三年六个月，并处罚

金人民币一万元；

八、被告人刘长某犯敲诈勒索罪，判处有期徒刑三年三个月，并处

罚金人民币一万元；

九、随案移送的赃款人民币4.01万元及被告人姜志某等人退出的赃

款人民币76655元，按比例分别予以发还被害人；

十、责令被告人姜志某、许新某、刘解某、李某、李百某、聂某、

洪某、刘长某共同退赔相应被害人的经济损失；

十一、未随案移送的作案工具，均由扣押机关予以没收，上缴国

库。

判决后，姜志某、李百某等人以其行为是知假买假并索赔的民事行

为、原判量刑过重等理由，提出上诉。

福建省泉州市中级人民法院经审理认为，姜志某等人犯敲诈勒索罪

的事实清楚，相关证据均经原庭审质证，且能相互印证，可作为定案依

据，证据确实充分，予以确认。同时，认同一审法院的审理意见，认为

本案事实清楚，证据确实充分，定罪及适用法律准确，量刑适当，审判

程序亦合法，李百某等人及辩护人提出不构成敲诈勒索罪等诉、辩意见

与查明事实及相关法律规定不符，均不能成立，不予采纳。

福建省泉州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[[17]](#p398)第一款第一项的规定，作出如下裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案主要的争议焦点在于，被告人姜志某等人的行为应认定为是行

使消费者权利的依法维权行为，还是以非法占有为目的的敲诈勒索行

为？

行为人的主观故意，往往应从其客观行为上推断。回归到本案，九

名被告人分分合合，经预谋三次从外省驾车至泉州地区，在较短时间

内，每日采用相同的作案方式，即分组寻找过期酒，并在明知是过期酒

的情况下饮下，后假借身体不适，以揭发售卖过期酒的这一不当行为及

砸店等对被害人进行要挟，对被害人一方实行精神强制，使其产生恐惧

害怕心理，进而被迫交出财物；而根据我国法律规定，作为普通消费

者，在购买产品发现产品过期，可以采取与销售者协商或向相关部门反

映等方式，依法维护自身权利，但本案被告人在明知购买的酒水过期的

情况下，故意喝下，且在喝下后借此为由向被害人强行索要财物；同

时，本案被告人之间分工明确，由相对固定的人员连续每日饮用过期

酒，在入院治疗时亦多未使用其真实姓名，且在被害人支付钱款后并未

进行治疗即离开医院、所得赃款亦所有人进行分配而非仅限于“喝酒身

体不适者”。从上述情况、事实亦可看出，本案被告人饮用过期酒的目

的并非“依法维权”而是“不法获利”。

在市场经济中，职业打假（打劣）案件居高不下，部分“职业打假

人”成为“职业索赔人”，从以往的“个体化”打假走向“集团化”运营，成员

之间有明确分工，并在“打假”过程中娴熟地走“买、谈、举报、诉

讼”的“一条龙”程序。在故意购买假、劣产品后，提出不正当、不合理

的索赔要求，正当经营的被害人一方不满足其要求后，即或个人言语威

胁、现场撒泼，或假举报利用相关行政部门查处等，对被害方多方施

压，进行假索赔、真敲诈。而被害方因考虑息事宁人或自认理亏，往往

采取赔钱了事的方式，这也使得打假人可以从中谋取暴利，长此以往，

更助长了其嚣张气焰及继续“打假”的信心。诸如本案的案发，并非因被

敲诈一方的营业者报警，而是因相关部门认为偶合性较为少见、不符合

常理，故通报给公安机关。因此，企业、公司或者个体等在市场经营过

程中，应当合法合规正当经营，对经营范围的商品产品应当确保质量安

全，遇到此类事情，亦应依法依规保障自身合法权益。

编写人：福建省晋江市人民法院 林雅思

（八）拒不支付劳动报酬罪

82 拒不支付劳动报酬罪与劳务合同纠纷之鉴别

——林某拒不支付劳动报酬案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

云南省安宁市人民法院（2017）云0181刑初537号刑事判决书

2.案由：拒不支付劳动报酬罪

【基本案情】

被告人林某自2015年12月承包安宁市太平街道办事处云南省甲医院

项目一期后续工程的劳务施工，截至2016年11月共拖欠郑某、张某等30

名农民工工资432043元。经安宁市人力资源和社会保障局下发责令整改

通知书后，仍采取逃匿的方式拒不支付劳动报酬。案发后，被告人林某

的家人已经将其拒不支付的劳动报酬432043元全额付清。另查明，被告

人林某于2015年12月9日与青海乙劳务有限公司签订《劳务作业内部承

包责任合同》，以人工费综合单价包干的方式承包云南省甲医院项目一

期后续工程的劳务施工。被告人林某与郑某签订《甲医院景观分项工程

承包协议书》，在第一条中约定承包方式为包工，第五条中约定了承包

费用工资额结算的方式。

【案件焦点】

拒不支付劳动报酬罪与劳务合同纠纷如何区别。

【法院裁判要旨】

云南省安宁市人民法院经审理认为，拒不支付劳动报酬罪，是指以

转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者的劳动报酬或者有能力支付而不

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。被告人林某分包劳务工程，本案被害人为其提供劳务后，被告

人林某采取逃跑的方式回到福建，经政府有关部门通知仍拒不支付劳动

者的劳动报酬432043元，其行为已触犯国家刑律，构成拒不支付劳动报

酬罪，应依法惩处。被告人林某虽与郑某签有《甲医院景观分项工程承

包协议书》，但根据协议约定的内容以及实际履行的情况看，该协议实

质为，郑某、张某等三十人为被告人林某提供劳务，完成被告人林某分

包的劳务工程，故而郑某、张某等人有获得劳动报酬的权利。同时，根

据被害人陈述、证人张新某等人的证言、被告人的供述及安宁市人力资

源和社会保障局出具的证据材料，被告人林某在未支付完毕三十名工人

劳动报酬的情况下，擅自离开云南省回到福建省，经政府有关部门要

求，拒不处理拖欠工资事宜，已形成事实上的逃跑行为，被告人林某用

工但拒不支付劳动报酬，其行为符合拒不支付劳动报酬罪的认定要件，

应追究其刑事责任。被告人林某到案后如实供述案件基本事实，依法可

以从轻处罚。公诉机关指控的犯罪事实清楚，证据确实、充分，罪名成

立，所提被告人林某家人案发后帮其将拖欠的工资全额付清、建议对其

酌情从轻处罚的建议及相关量刑建议，云南省安宁市人民法院予以采

纳。被告人林某的辩解意见及其辩护人所提的无罪辩护意见，云南省安

宁市人民法院不予采纳。

云南省安宁市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百七十六

条之一、第六十七条第三款、第六十一条、第五十二条、第五十三条之

规定，判决如下：

被告人林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20000元。

【法官后语】

拒不支付劳动报酬罪是《刑法修正案（八）》的新增罪名。在此之

前，处理欠薪问题的方式主要包括：一是由劳动争议处理机构调解，二

是由劳动争议仲裁机构仲裁，三是劳动者与用人单位协商解决，四是劳

动者向人民法院提起诉讼。但由于制度的不健全和用工单位的恶意拖

欠，造成劳动者无法追索其应得工资的情况频频出现，久拖不决，并由

此引发了许多社会问题。为了加大对一些严重损害劳动者利益行为的惩

处力度，2011年2月25日，拒不支付劳动报酬罪正式列入《刑法修正案

（八）》，规定于《刑法》第二百七十六条之一，至此，恶意欠薪行为

被纳入刑法的规制范围。

本案审理过程中，被告人林某及其辩护人一直围绕着林某拖欠的是

工程款而非工人工资的问题进行辩解和辩护，提出张某、郑某系小包工

头，二人与林某就工程款如何支付均有约定，进而林某不构成拒不支付

劳动报酬罪。这其实涉及的是拒不支付劳动报酬罪中刑民交叉领域的问

题。在理论界，学者认为刑民交叉主要有三种类型：一是过渡型交叉，

即对单个行为只能进行单一法律（刑法或民法）判断，但到底需要运用

何种法律进行判断时难以确定或者容易存在认识上的不一致。二是竞合

型交叉，即对单数的自然行为可以同时进行刑法和民法判断，但判断之

后出现刑事法律事实与民事法律事实的部分或完全竞合。三是牵连型交

叉，即对有牵连性的多个行为可以同时进行刑法和民法判断，但判断之

后出现刑事法律事实与民事法律事实的牵连。从拒不支付劳动报酬罪来

看，根据《刑法》第二百七十六条之一的规定，本罪引发的刑民交叉问

题属于牵连型交叉，该行为同时符合在民事领域构成以“劳动报酬”为标

的的合同之债并以之为前提。

第一，何为劳动报酬。劳动报酬，顾名思义是劳动者付出体力或脑

力劳动所得的对价。《刑法》第二百七十六条之一的规定并未将拒不支

付劳动报酬罪的主体局限于劳动法、劳动合同法规定的用人单位。因

此，不宜以劳动法和劳动合同法调整的范围来界定该法律条款的劳动者

和劳动报酬，从而得出该条法律规定仅适用于双方建立了劳动关系情况

下发生的恶意欠薪的结论。

第二，何种关系下产生劳动报酬。劳动者基于劳动关系能够获得劳

动报酬，但是不能反过来说劳动者的劳动报酬只能从属于劳动关系，因

为劳动关系仅仅是劳动用工关系的一种情形，劳动者基于劳务关系获得

的同样是劳动报酬。例如，建筑工程施工领域小包工头招用的民工，按

照包工头指令从事建筑工程施工，获得的工资也是劳动报酬。这与劳动

关系中劳动者获得的劳动报酬之间不存在本质上的差异。

第三，劳动法和劳动合同法调整的劳动关系领域以外的用工行为如

何定性。虽然近年来，随着我国劳动用工制度的改革，在劳动关系领域

里已实行全面的劳动合同制，但在劳动法和劳动合同法调整的劳动关系

领域以外，仍存在各种形式的劳动用工。不论是劳动合同形式的用工关

系还是其他形式，都是通过使用他人劳动，扩大雇主事业范围或者活动

范围，用人单位和雇主因此获得利益。雇主作为接受劳动的受益者，也

应承担对劳动者按时支付劳动报酬的义务。实践中，雇主出于最大限度

实现自身利益并尽可能减轻己方负担、规避对劳动者责任的考虑，往往

更多选择不与招用的劳动者建立正式劳动关系，而采用其他用工关系，

比如雇佣关系、劳务关系等。建筑工程施工领域这种情况尤为突出。一

方面，这是建筑工程施工活动用工的临时性、阶段性特点和实际需要所

决定的；另一方面，也是用工者出于减轻对工人所负责任的一种现实考

量。这种情况下如果仅仅用劳动关系来限定《刑法》第二百七十六条之

一的适用范围，会导致大量的在其他用工方式之下的劳动者合法权益无

法得到法律所提供的充分保障和有效救济。

第四，从民法的视角判断本罪的客体认定。民法属于调整型实体

法，主要通过对权利义务的规定来建立行为规范，而刑法属于保护型实

体法，主要通过假定及制裁来建立行为规范。虽然二者均是建立行为规

范，均是保护公平和效率，但刑法具有适用层面的最后性和补充性。所

以刑法的适用仅出现在具有法益最后保护作用的刑事诉讼中。对于拒不

支付劳动报酬罪的认定而言，民法对本罪的客体构成要件的认定上起重

要辅助性作用。拒不支付劳动报酬罪侵犯的是双重客体，既侵犯了劳动

者获得劳动报酬的权利，又扰乱了市场经济秩序，其中，对于劳动者获

得劳动报酬的权利需要结合民法的相关规定进行判断。劳动者获得劳动

报酬的权利来源于以“劳务”为标的的合同，此类合同最鲜明的特征是

以“劳务”和“报酬”进行交换，主要有雇佣合同、劳动合同、承揽合同、

保管合同、委托合同、居间合同以及行纪合同等类型。要判断是否构成

拒不支付劳动报酬罪则需要运用民法的规定从以下几个方面进行判断：

其一是判断被害人与被告人之间是否形成以“劳务”为标的的合同。如果

双方是买卖关系，则不存在拒不支付劳动报酬的问题。其二是判断“劳

动报酬”的性质。以民事合同为基础加以判断劳动报酬的性质，将之限

定为合同相对方对劳务本身所支付的对价，可以更有力地保障更多劳动

者的合法权益，实现本罪设立的意义。

综上所述，本案被拖欠劳动报酬的张某等劳动者，通过自己的劳动

获得报酬，其虽与林某签订有工程协议，但从该协议内容上看，实质上

仍然是以“劳务”为标的的合同，劳动者用自己的“劳务”和林某的“报

酬”进行交换。林某作为劳动者付出劳动的受益人，最终用逃匿的方式

拒不支付劳动者的劳动报酬，经劳动部门责令支付仍不支付，法院经审

理后作出了上述判决。

编写人：云南省安宁市人民法院 彭惠

83 拒不支付劳动报酬罪责任主体的法律认定

——张某某拒不支付劳动报酬案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市平谷区人民法院（2017）京0117刑初305号刑事判决书

2.案由：拒不支付劳动报酬罪

【基本案情】

甲集团为承建乙公司在平谷区丙广场B43、B35项目的建设工程，

成立了丁分公司负责工程建设，并任命张某某为总负责人，约定自负盈

亏。2013年5月至2015年8月，被告人张某某在负责承建期间，因拖欠工

人工资，导致工人多次上访讨要工资，平谷人社局向被告人张某某下达

责令（限期）改正通知书，责令张某某支付，被告人张某某未在规定期

限内支付，且经平谷人社局、平谷公安分局多次电话、短信通知，仍拒

绝到场解决问题，系逃匿。经平谷人社局调查，有600余名工人被欠付

工资，金额达3000余万元。被告人张某某在承建项目期间，将乙公司拨

付的部分工程款挪作他用。

【案件焦点】

1.张某某是否可以作为拒不支付劳动报酬罪的责任主体；2.拒不支

付劳动报酬罪的行为表现方式。

【法院裁判要旨】

北京市平谷区人民法院经审理认为：被告人张某某以逃匿的方法逃

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仍不支

付，其行为已构成拒不支付劳动报酬罪，应依法惩处。张某某作为实际

的用工主体，与工人形成事实的劳动关系，是欠薪的主体；平谷人社局

对案件立案后，虽然甲集团曾派人参与协调问题，最终在张某某被捕后

也以抵押借款的方式支付了工人工资，但张某某本人作为实际责任人，

应积极出面解决问题，而其经平谷人社局多次通知后仍拒不到场，属于

本罪规定的逃匿。

北京市平谷区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百七十六

条之一第一款、第六十七条第三款、第五十二条、第五十三条、第六十

一条及《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、第四条之规定，作出如下判

决：

被告人张某某犯拒不支付劳动报酬罪，判处有期徒刑二年，罚金人

民币二十万元。

【法官后语】

本案中，被告人张某某具备拒不支付劳动报酬罪的主体资格，其作

为工程的实际控制人，通过隐匿等方式拒不履行支付劳动报酬罪的作为

义务，经过有关部门责令支付仍不支付，符合拒不支付劳动报酬罪的犯

罪构成要件。

1.拒不支付劳动报酬罪犯罪主体的认定

本罪的犯罪主体是与劳动者形成劳动关系的相对方即用工者。“用

工者”是指招收劳动者，使用劳动者的劳动能力，并且按照劳动者提供

的劳动量支付工资和其他待遇的一方主体，包括自然人和用人单位。具

体而言，既包括年满16周岁具有刑事责任能力的自然人，也包括在中华

人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织以及与

劳动者建立劳动关系的国家机关、事业单位、社会团体。根据《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》

第八条之规定，用工单位的实际控制人实施拒不支付劳动报酬行为，构

成犯罪的也以拒不支付劳动报酬罪追究刑事责任，同时，我国《劳动

法》与《劳动合同法》承认事实劳动关系，即只要是与劳动者建立事实

上的劳动关系的用人方，均可成为本罪的犯罪主体。

本案中，被告人张某某为承建丙项目，与甲集团协商成立了丁分公

司，约定自负盈亏，而丁分公司非独立法人，不能成为单位犯罪主体，

作为真正用工主体的张某某虽然和工人间没有直接签署劳动合同，但是

其作为实际的用工方，和工人在施工中形成了事实劳动关系，按照“谁

用工谁负责”的原则，张某某具有支付劳动报酬的义务，乙公司与丁分

公司之间是否存在纠纷，不能对抗张某某与劳动者之间的劳务关系，不

能免除张某某应承担的支付劳动报酬的责任。因此，张某某具备拒不支

付劳动报酬罪的主体资格。

2.拒不履行支付劳动报酬罪的表现方式

被告人在客观方面拒不履行支付劳动报酬义务的表现方式主要有两

种：第一种是以转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者劳动报酬；第二

种是被告人有能力支付而不支付劳动者劳动报酬，两种行为均要求数额

较大。这两种行为的区别在于在第一种表现方式中，被告人通过积极行

为导致自己实际支付能力下降，拒绝履行支付义务，而在第二种表现方

式中，被告人虽拒绝履行支付义务，但没有通过积极行为降低现实支付

能力，表明了被告人消极性的一面。

本案中，张某某作为工程的直接责任人，应积极出面解决问题，劳

动部门在2016年5月31日向张某某本人留置送达了责令改正通知书后，

曾多次联系张某某到平谷解决问题，其间，公安机关也曾多次联系张某

某，但张某某以各种理由推脱，直到于2017年1月14日被公安机关抓获

之前，其一直未露面，其间导致甲集团被迫垫付农民工工资，可以认定

张某某通过“隐匿”的方式逃避支付工人的工程款，虽然其提出人身遭到

非法拘禁的辩解，但是缺乏证据支持，所以能够认定其通过隐匿的方式

拒不履行作为义务，符合拒不支付劳动报酬罪的行为特征。

编写人：北京市平谷区人民法院 郑淑君 岳冠华

[[1]](#p168) 对应现行《刑事诉讼法》第二百三十六条。

[[2]](#p174) 李小华、骆元卡：《司法实践中抢劫罪认定若干问题分析》，载《百色学院

学报》2011年第8期。

[[3]](#p175) 周璐：《抢夺罪与抢劫罪辨析》，载《湖北警官学院学报》2014年第12期。

[[4]](#p175) 李浩东：《抢劫罪中暴力若干问题研究》，载《华北水利水电大学学报（社

会科学版）》2016年第1期。

[[5]](#p185) 对应现行《刑事诉讼法》第一百零一条。

[[6]](#p186) 此处指2018年修订前的《刑事诉讼法》。

[[7]](#p197) 对应现行《刑事诉讼法》第二百三十六条。

[[8]](#p206) 对应现行《刑事诉讼法》第二百三十六条。

[[9]](#p226) 对应现行《刑事诉讼法》第二百三十六条。

[[10]](#p255)

设定关键词：共享单车；查询位置：事实；刑事案由：盗窃罪；登录时

间：2019年5月9日，资料来源：中国裁判文书网。

[[11]](#p256) 通过类案检索比对，相关案件中被告人对共享单车的价格争议最大，虽然

每个案件中都有鉴定，在2016年11月14日至2018年6月21日，全面法院判决的24件32

辆涉案摩拜单车来看，鉴定价格最低为1169元每辆，最高为3229元每辆，均价为

2082.45元每辆，鉴定价格差异较大。

[[12]](#p269) 对应现行《刑事诉讼法》第二百三十六条。

[[13]](#p283) 对应现行《刑事诉讼法》第二百三十六条。

[[14]](#p309) 对应现行《刑事诉讼法》第二百三十六条。

[[15]](#p348) 对应现行《刑事诉讼法》第二百三十六条。

[[16]](#p376) 对应现行《刑事诉讼法》第二百三十六条。

[[17]](#p386) 对应现行《刑事诉讼法》第二百三十六条。

中国法院2012～2020年度案例系列

国家法官学院 最高人民法院司法案例研究院 编

简便易用、权威实用——打造“好读有用” 的案例

1. 权威的作者：国家法官学院案例开发研究中心持续20余年编辑了

享誉海内外的《中国审判案例要览》丛书，2012年起推出《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。

2. 强大的规模：2012、2013年各推出15本，2014年推出18本，2015

年推出19本，2016年推出20本，2017年推出21本，2018、2019、2020年

推出23本，含传统和新近的所有热点纠纷，所有案例均是从全国各地法

院收集到的上一年度审结的近万件典型案例中挑选出来的，具有广泛的

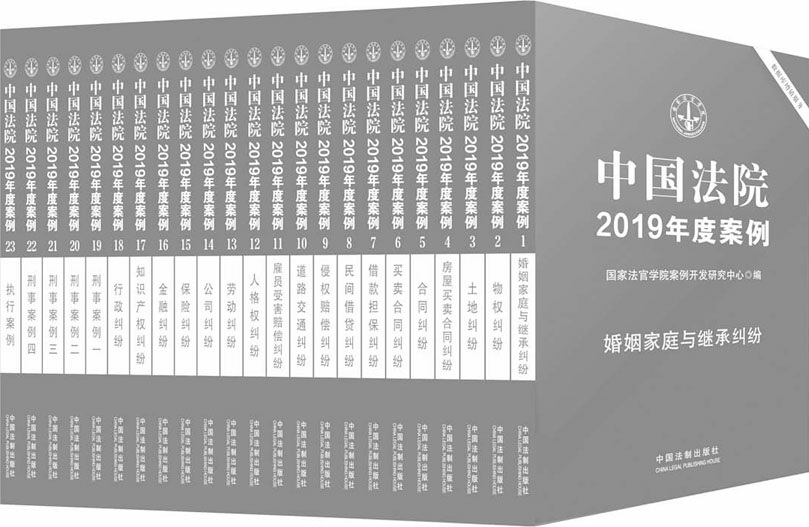
选编基础和较强的代表性。

3. 独特的内容：不再有繁杂的案情，高度提炼案情和裁判要旨，突

出争议焦点问题。不再有冗长的分析，主审法官撰写“法官后语”，展现

裁判思路方法。





1.婚姻家庭与继承纠纷

2.物权纠纷

3.土地纠纷（含林地纠纷）

4.房屋买卖合同纠纷

5.合同纠纷

6.买卖合同纠纷

7.借款担保纠纷

8.民间借贷纠纷

9.侵权赔偿纠纷

10.道路交通纠纷

11.雇员受害赔偿纠纷（含帮工受害纠纷）

12.人格权纠纷（含生命、健康、身体、姓名、肖像、名誉权纠

纷）

13.劳动纠纷（含社会保险纠纷）

14.公司纠纷

15.保险纠纷

16.金融纠纷



17.知识产权纠纷

18.行政纠纷

19.刑事案例一

20.刑事案例二

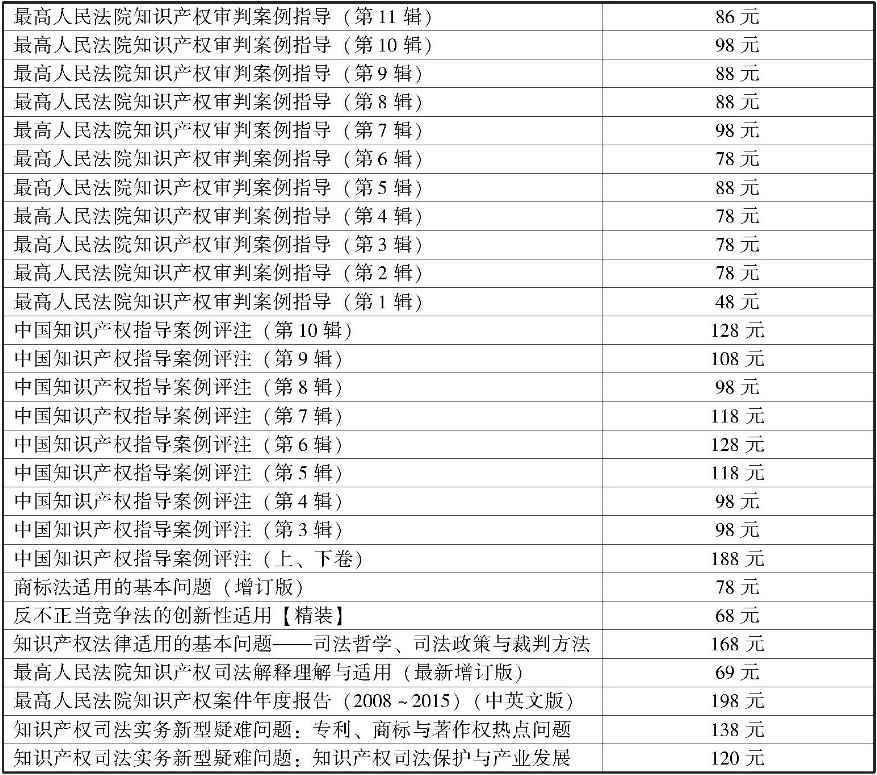
21.刑事案例三

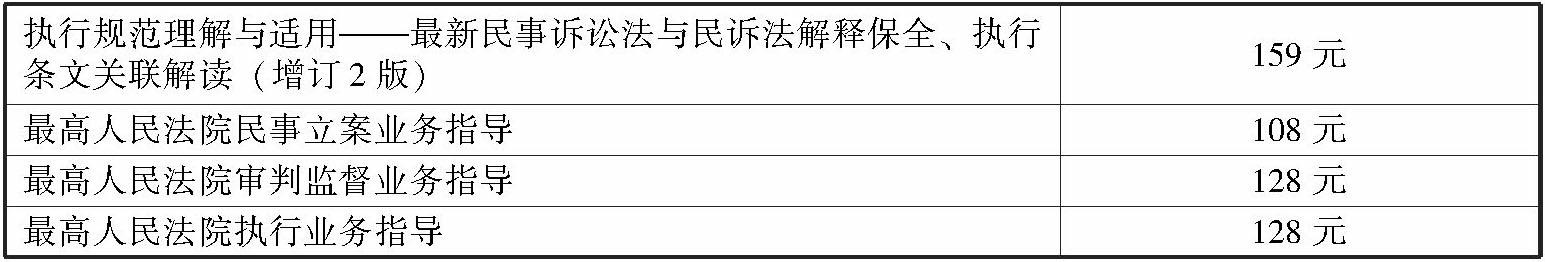
22.刑事案例四

23.执行案例

最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用系列

最高人民法院知识产权审判实务系列





最高人民法院审判指导书系

# Document Outline

* [书名页](#p2)
* [版权页](#p3)
* [序](#p5)
* [目录](#p8)
* [一、侵犯公民人身权利、民主权利罪](#p13)
  + [（一）故意杀人罪](#p13)
    - [1 轻型危害结果情况下故意杀人罪的认定](#p13)
    - [2 未遂形态下被告人对他人死亡后果的主观认定](#p16)
    - [3 被害人有明显过错应作为对被告人从轻处罚情节](#p20)
    - [4 因恋爱杀人行为的认定](#p25)
  + [（二）过失致人死亡罪](#p30)
    - [5 交通肇事罪与过失致人死亡罪的区分](#p30)
    - [6 客观归责理论在过失致人死亡案件中的适用](#p33)
    - [7 轻微暴力致人死于心脏病的行为定性分析](#p40)
  + [（三）故意伤害罪](#p45)
    - [8 故意伤害与正当防卫的区分](#p45)
    - [9 被害人在追溯期限内提出控告、公安机关应当立案而不予立案的，不受追诉期限的限制](#p48)
    - [10 教唆犯中实行过限的认定](#p56)
    - [11 故意伤害案件中疑罪从无的适用](#p60)
    - [12 在防卫人住处制止正在进行的严重暴力犯罪的行为应认定为特殊防卫](#p63)
    - [13 自动投案时供述避重就轻的不应认定为自首](#p68)
    - [14 夫妻间故意伤害案件的量刑考量](#p71)
  + [（四）过失致人重伤罪](#p76)
    - [15 被告人危险驾驶的行为造成被害人重伤不构成以危险方法危害公共安全罪](#p76)
  + [（五）强奸罪](#p81)
    - [16 关于强奸罪中“违背妇女意志”的认定](#p81)
    - [17 强奸案中仅有间接证据是否可以定罪](#p84)
    - [18 共同强奸均未遂不构成轮奸](#p89)
    - [19 特殊关系强奸案中缓刑的适用](#p95)
    - [20 性侵未成年人“零口供”案件的证据标准](#p99)
    - [21 父亲多次强奸亲生女儿应认定为属于强奸罪中“情节恶劣”的情形](#p104)
    - [22 强奸罪中奸淫幼女“情节恶劣”的认定](#p110)
    - [23 强奸罪中“情节恶劣”的认定](#p114)
  + [（六）强制猥亵罪](#p120)
    - [24 猥亵行为本身亦是强制行为的强制猥亵罪认定](#p120)
  + [（七）非法拘禁罪](#p125)
    - [25 非法拘禁罪与绑架罪的区别](#p125)
    - [26 对他人的活动范围进行了具有明确指向性限定的是否构成非法拘禁罪](#p127)
    - [27 非法拘禁罪和敲诈勒索罪的数罪并罚问题](#p132)
  + [（八）侵犯公民个人信息罪](#p137)
    - [28 为实施电信诈骗而获取的公民个人信息该如何认定](#p137)
    - [29 侵犯公民信息犯罪中入罪标准的认定](#p144)
    - [30 侵犯公民个人信息罪中个人信息界定及情节认定](#p149)
* [二、侵犯财产罪](#p157)
  + [（一）抢劫罪](#p157)
    - [31 抢劫数额巨大的承兑汇票未贴现的行为如何认定](#p157)
    - [32 暴力手段抢劫过程中“逼迫打欠条”行为应如何定性](#p162)
    - [33 盗窃少量财物后以暴力抗拒抓捕的行为定性分析](#p166)
    - [34 行为人采用轻微暴力劫取被害人财物行为的认定](#p172)
    - [35 后续介入的“转化型抢劫”的认定](#p176)
    - [36 区分抢劫罪与敲诈勒索罪的“两个当场”标准](#p179)
    - [37 如何适用《两抢意见》第五条的兜底条款认定盗窃行为转化为抢劫罪](#p184)
    - [38 出质人以暴力手段抢回质押物行为的定性和数额认定](#p188)
  + [（二）抢夺罪](#p194)
    - [39 抢夺罪中“夺取他人财物时因被害人不放手而强行夺取的”认定](#p194)
  + [（三）盗窃罪](#p200)
    - [40 利用系统漏洞恶意“抢红包”是否构成盗窃罪](#p200)
    - [41 挂失并取走本人银行卡内他人款项行为的定性](#p203)
    - [42 使用他人遗忘在ATM机内银行卡取钱之行为认定](#p208)
    - [43 擅自处分他人财物，让不知情第三人收购行为的性质分析](#p212)
    - [44 通过受害人的微信给自己充话费等侵犯财产行为性质的认定](#p216)
    - [45 微信盗刷行为的性质认定](#p218)
    - [46 骗取他人银行卡号及密码以窃取他人财物行为性质的认定](#p224)
    - [47 履行职务完成后被告人“顺手牵羊”行为的认定](#p228)
    - [48 公司员工窃取公司财物应认定盗窃罪还是职务侵占罪](#p232)
    - [49 采用破坏性手段盗窃财物的行为如何认定](#p236)
    - [50 持卡人将已出售的信用卡内钱款非法占为己有行为性质的认定](#p241)
    - [51 从他人遗留于ATM机内已通过身份识别的卡上取款的行为应如何定性](#p248)
    - [52 共享单车发生全损时其损失价格的认定](#p252)
    - [53 入户盗窃罪中既遂的认定](#p258)
    - [54 扒窃未得逞行为的定性和证明标准](#p260)
    - [55 盗窃犯罪所使用的车辆是否应作为作案工具予以没收](#p266)
  + [（四）诈骗罪](#p272)
    - [56 疫情防控期间对诈骗案件的网络远程审判](#p272)
    - [57 非法占有目的在诈骗罪中的认定](#p277)
    - [58 虚构事实唆使他人挪用资金行为的性质认定](#p281)
    - [59 诈骗罪中主、从犯的认定](#p286)
    - [60 冒充微博“大V”股票评析师，向“粉丝”推荐股票营利行为性质分析](#p291)
    - [61 “明知他人实施电信网络诈骗”中“明知”的认定](#p295)
    - [62 骗取临时保管人“自愿”交付涉案财物行为性质的认定](#p300)
    - [63 网店刷单失败，“刷单掮客”是否构成诈骗犯罪](#p304)
    - [64 未实施与合同内容相关的经济活动，合同仅作为其实施诈骗的一种手段，应认定为诈骗罪](#p307)
    - [65 以欺骗方式取得的廉租房使用权是否属于《刑法》第二百六十六条规定的“财物”](#p311)
    - [66 以诈赌手法获取他人部分财物并签署借条的行为性质认定及金额认定](#p314)
    - [67 诈骗罪与合同诈骗罪的区分](#p320)
    - [68 诈骗罪与合同诈骗罪的区分](#p323)
    - [69 对网上购买的商品“调包”后退货骗取货款的行为应当认定为盗窃罪还是诈骗罪](#p327)
    - [70 诈骗罪与集资诈骗罪的认定界限](#p331)
    - [71 诈骗数额的认定及区分](#p335)
    - [72 诈骗罪的构成和认定](#p339)
    - [73 电信网络诈骗罪犯罪数额的认定](#p344)
    - [74 诈骗案如何认定签订合同过程中是否存在关联的第三人](#p349)
    - [75 对非法占有目的的辩解是否影响如实供述的成立](#p353)
    - [76 诈骗罪中主从犯的认定与量刑](#p358)
  + [（五）职务侵占罪](#p363)
    - [77 帮助他人删除因侵占单位资金在计算机信息系统中产生的存款异常数据的行为性质认定](#p363)
  + [（六）挪用资金罪](#p369)
    - [78 村民小组组长能否构成挪用资金罪犯罪主体](#p369)
    - [79 国有企业改制情形下挪用型犯罪的定性](#p373)
  + [（七）敲诈勒索罪](#p379)
    - [80 抢劫罪与敲诈勒索罪的区分与认定](#p379)
    - [81 “知假买假”型敲诈勒索罪中被告人主观故意的认定](#p383)
  + [（八）拒不支付劳动报酬罪](#p389)
    - [82 拒不支付劳动报酬罪与劳务合同纠纷之鉴别](#p389)
    - [83 拒不支付劳动报酬罪责任主体的法律认定](#p394)
* [中国法院2012～2020年度案例系列](#p399)