

犯罪和刑事责任

修订刑法实施以前玩忽职守 给国有企业造成严重损失的 行为是否构成犯罪

一、主要案情

犯罪嫌疑人郭某，男，39岁，中国某建设开发总公司二公司项目部经理。

1994年至1996年间，犯罪嫌疑人郭某任某工程总队二大队十一项目部（国有企业）经理，负责承建某干休所工程。该工程总队二大队于1998年与军队脱钩，1999年更名为中国某建设开发总公司二公司。郭某在任工程总队二大队十一项目部经理期间，对工作严重不负责任，购料不进行预算，发料没有手续，材料员以外的人员插手购料，长期不进行账目清理，管理混乱。干休所工程竣工后，经审计显示：造成材料亏损4 213 808元，人工亏损1 886 676元，机械费亏损56 543元，企业管理亏损673 785元。扣除正常亏损，最终造成公共财产亏

损5 630 299 元。此外，因由其管理的材料员李某长期不清理借款数额，造成 260 多万元采购借款未报销，其中 120 多万元的支票和汇款购料无发票；有发票的 130 多万元购料款未办理报销手续，材料超购部分下落不明。

根据中国某建设开发公司的举报，郭某于 2000 年 5 月 24 日被抓获。

二、分歧意见

郭某的行为系玩忽职守性质，对此没有异议，但由于 1979 年刑法、1997 年刑法及刑法修正案对玩忽职守罪的规定前后有所变化，因此，在本案如何适用法律，郭某是否应当承担刑事责任问题上，产生了不同意见：

第一种意见认为，不应追究郭某的刑事责任。主要理由是：郭某的行为发生在 1994 年至 1996 年之间，对其处理是在 2000 年 6 月。在此期间，刑法进行了修改，依据 1979 年刑法，应以玩忽职守罪追究郭某的刑事责任，但 1997 年刑法对玩忽职守罪作了重要修改，将犯罪主体由国家工作人员限定为国家机关工作人员，由于郭某不属于国家机关工作人员，因此，依据修订刑法，对郭某不应追究刑事责任。但 1999 年 12 月 25 日颁布的刑法修正案对刑法第 168 条作了重大修改，规定国有公司、企业的工作人员，由于不负责任或者滥用职权，造成国有公司、企业破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。根据这个规

定，应以国有公司人员失职罪追究郭某的刑事责任。尽管根据郭某行为时法与裁判时法都可以追究其刑事责任，但在行为时法与裁判时法之间还介入了修订刑法，而修订刑法却未将郭某的行为规定为犯罪，依据有利于被追诉人的原则，对郭某不应追究刑事责任。

第二种意见认为，应当追究郭某的刑事责任。主要理由是：本案涉及对刑法溯及力从旧兼从轻原则的理解。郭某的行为发生在 1994 年至 1996 年，依据 1979 年刑法，应定玩忽职守罪。对其行为裁判时则应依据刑法修正案，定国有公司人员失职罪，由于国有公司人员失职罪的法定刑重于玩忽职守罪，根据从旧兼从轻原则，应以玩忽职守罪追究郭某的刑事责任。这里有一个问题需要澄清，即行为时法和裁判时法之间如果还出现过有关法律规定，不应属于比较范围。从旧兼从轻是指行为时法和裁判时法的比较，而在行为时法和裁判时法之间出现的法律，显然与行为的实施或对行为处理均无直接的关系，因而无需将其列入比较的范围。

第三种意见认为，对郭某的行为应当追究刑事责任，但理由与第二种有所区别。其主要理由是：1979 年刑法和 1997 年刑法可以认为系两部法律，二者之间存在新旧之别。1979 年刑法相对于 1997 年刑法属于旧法。1999 年的刑法修正案不应视为一部独立的法律，而只是对 1997 年修订刑法的修正和补充，二者是一个整体。所以，这种意见认为，本案只涉及到两部法律，即 1979 年刑法和 1997 年修订的新刑法。从旧兼从轻的原则也应在这二者之间得到体现。具体到本案来说，如果对郭某的裁判时间是在 1997 年刑法实施后 1999 年刑法修正案

生效前，则应认为其不构成犯罪。这是基于（未修正前的）1997 年刑法作出的判断。如果裁判时间发生在 1999 年刑法修正案生效后，则应追究其刑事责任。理由还是基于 1997 年刑法作出的判断，但这时的刑法是经过修正的。因此，就本案来讲，不发生第二种意见所述的三部法律之间如何贯彻从旧兼从轻原则的问题。但是第二种意见所陈述出的思想是可资借鉴的。假设，1999 年颁布的是一部单行法律而非修正案，那么第二种意见就是完全正确的。

三、评析意见

笔者同意第二种意见。理由如下：

郭某任项目经理负责干休所工程是在 1994 年至 1996 年，而此案是在 2000 年 5 月案发。期间，经历了 1979 年刑法、1997 年刑法及 1999 年刑法修正案三部法律。由于这三部法律对玩忽职守罪的规定有所不同，因此，正确把握刑法从旧兼从轻的原则，准确适用法律将直接关系到郭某行为的罪与非罪。

本案的关键是如何理解从旧兼从轻的原则。笔者认为，新和旧是相对而言的。从旧并不意味着只要曾经制定过的法律，就在适用之列。除明文规定外，法律不溯及既往。旧法应指在犯罪行为发生时适用的法律；而新法则指在处理案件时正在适用的法律。对犯罪行为结束后到处理前这段时间适用的法律，不应在考虑之列。这是因为，法律是立法者保持社会稳定，以维护统治的工具。法律规定受政治、经济、文化、意识等多方面因素的影响而随时变化，以适应社会发展的需要。法律的适

用应在当时的社会大背景下进行，有很强的阶段性、社会性。从旧兼从轻原则的确立是一定立法意图的表现。笔者认为，旧法的界定反映犯罪行为发生及进行时，人们对该行为的普遍观念；而新法的界定则反映出在处理该行为时，人们对其的看法和认识。

尽管 1997 年刑法对国有公司、企业人员玩忽职守的行为没有明确规定为犯罪，根据从旧兼从轻的原则和法无明文规定不为罪的原则，郭某的行为不构成犯罪。但是笔者认为，这是法律制定时的一个疏漏。随着法律的颁布实施，实践中反映出处理国有公司、企业人员玩忽职守的问题没有法律依据。这样，在 1999 年刑法修正案中增加了国有公司、企业、事业单位人员失职罪和滥用职权罪，弥补了法律规定上的缺陷。而本案的案发是在 2000 年 5 月 无论是按照 1979 年刑法还是 1997 年刑法，郭某的行为都应受到刑事追究。由于 1979 年刑法规定的玩忽职守罪的法定刑轻于 1999 年刑法修正案规定的国有公司、企业、事业单位人员失职罪和滥用职权罪的法定刑，根据从旧兼从轻的原则，应以玩忽职守罪追究郭某的刑事责任。

四、处理结果

人民检察院依据 1979 年刑法，对郭某以玩忽职守罪提起公诉，人民法院判决认定郭某犯玩忽职守罪，依法判处有期徒刑 1 年 缓刑 1 年。

（王燕）

多人共同殴打他人在无共同故意的 情况下其中一人持刀行凶 致人死亡应如何认定

一、主要案情

刘某某于 1989 年 11 月 10 日 21 时许，骑车行至本市某变电公司附近时，被一男青年调戏。后刘在孙某家找到其男友杨某某，并对在场的孙某、张某、孙某某诉说了自己被人调戏一事。后刘某某、杨某某伙同孙某、张某、孙某某来到刘被劫处，孙某将路经此处的马某（男，19 岁，农民）拦住，经刘某某辨认后，孙某、杨某某、张某、孙某某便先后对马某进行拳打脚踢。期间，孙某掏出随身携带的尖刀猛刺马某胸部、腿部数刀，致马某左胸、左腿被刺伤，造成马某开放性血气胸导致失血性休克死亡。

作案后，当杨某某、张某、孙某某、刘某某从孙某口中得知其持刀伤人后，均对其埋怨，并返回发案现场查看情况。后孙某畏罪潜逃，杨某某、张某、刘某某先后到公安机关投案自首，因孙某在逃，杨某某等人被责令听候处理。1999 年 9 月

22 日，孙某被抓获归案，公安机关以孙某等 5 人犯有故意伤害罪向检察机关移送起诉。

二、分歧意见

对孙某等 5 人的行为应如何定性，存在以下不同意见：

第一种意见认为，孙某、杨某某、张某、孙某某、刘某某构成故意伤害罪。理由是：上述 5 人在主观上有共同伤害马某的故意，客观上实施了共同伤害马某的行为，危害结果的发生与 5 人的行为之间存在因果关系，故应以故意伤害罪追究刑事责任。

第二种意见认为，孙某构成故意伤害罪，杨某某、张某、孙某某、刘某某不构成犯罪。理由是：杨等四人虽参与了殴打马某的行为，但未造成伤害后果。马某的死亡系孙某的行为所致，与杨某某等 4 人的行为之间没有直接的、必然的因果关系。作为共同伤害案件，原则上应以后果论，在伤害后果是何人所致能够分清的情况下，应当追究加害人的刑事责任，至于其他参与者可以视情节轻重给予行政处罚。

三、评析意见

就本案而言，笔者同意第二种意见，但理由不尽相同，现阐述如下：

（一）杨某某等 4 人与孙某主观上没有共同的犯罪故意。确切地说，在此案发生、发展的过程中，双方主观故意的内容

不尽相同。当杨某某等人听了刘某某被人调戏的诉说后，出于气愤，赶到案发现场，在刘某某的指认下，对马某拳打脚踢，此时其主观上仅是一种殴打他人的故意，目的是叫马某受皮肉之苦，并无损害马某健康权的意图。这一点，从他们事先既没有预谋，也没有携带任何犯罪工具上明显地表现出来。尤其当事后从孙某的口中得知其持刀伤人后，杨某某等 4 人异口同声地埋怨他不该动刀行凶；孙某畏罪潜逃后，杨某某等人先后到公安机关投案自首，这些情况充分表明，杨某某等 4 人自始至终没有损害马某健康权的故意。诚然，这并非否定一般的殴打行为也可能造成伤害后果，而是说在通常情况下，实施殴打他人行为的人一般不以损害他人健康为目的。至于孙某，事先其主观上或许没有伤害他人的犯罪故意，携带的作案工具也并非为犯罪预备，但随着事态的发展，在共同殴打他人的过程中，其主观上故意的内容发生了变化，即由一般殴打转为重创他人的故意，并当即实施了持刀行凶的行为，造成了致人死亡的严重后果。尽管其实施伤害他人行为的动机是为朋友杨某某帮忙，为刘某某出气，但其使用的方法和造成的结果并非杨某某等 4 人所追求的。因此，不应将没有共同故意的人按照共同犯罪处理。特别是在共同伤害案件中，不能将出于同一动机但目的各不相同的人简单地一概而论。

（二）孙某的行为属于共同违法行为中的实行过限。按照共同犯罪理论，超出共同犯罪故意内容的实行过限行为，由行为人本人对后果承担刑事责任。这种情形通常表现在以实施某一犯罪为目的的共同犯罪人中，某个（或某些）行为人又实施了超出共同故意范围的行为，就如以盗窃为目的的共同犯罪

中，有的犯罪人又实施了强奸妇女的行为一样。对于共同犯罪中的实行过限行为，由实施者本人承担责任，无论在理论界还是司法部门都没有争议。而本案的特殊性在于杨某某等人共同实施的是一种违法行为，孙某在违法活动中又实施了犯罪行为，而且违法行为和犯罪行为属于同一性质（侵犯人身权），仅仅是程度不同。在这种情况下，是否存在实行过限值得探讨。笔者以为，在共同进行违法活动的过程中，某个人又实施了犯罪行为，造成更为严重的危害结果，如果这种结果的发生不是共同行为人所追求的，那么就可以参照共同犯罪中实行过限的处理原则，追究行为人个人的刑事责任，本案就属于这种情形。

（三）杨某某等4人的行为同致人死亡的危害结果之间没有直接、必然的因果联系。首先，杨某某没有指使或教唆孙某持刀行凶的行为。当杨某某听了女友刘某某的诉说后，基于气愤说“找他去，教训教训他”，并未携带也未指使他人携带任何足以致人损伤的犯罪工具，其他参与人对杨某某的意思也并没产生误解，孙某也不例外。至于其随身携带着尖刀，杨某某等人并不知晓，持刀行凶更是出于其个人的意志。其次，杨某某等人并未对孙某实施的伤害行为给予帮助。尽管除刘某某外，其他人均参与了对孙某的殴打，但这种殴打行为并非是孙某持刀行凶的必要条件。在殴打马某的过程中，杨某某等人均没有见到孙某持刀行凶，因此更谈不上对孙某的伤害行为给予帮助。再次，杨某某等人的殴打行为与被害人马某死亡之间没有刑法意义上的因果联系。马某死亡的原因是胸部刀刺伤，导致失血性休克死亡。鉴定结论表明，马某的死亡与杨某某等人

的殴打行为之间，没有必然的因果联系。按照罪责自负原则，杨某某等人不应对伤害致死的后果承担刑事责任。

需要说明的是，在共同伤害案件中，如果行为人主观上有共同的犯罪故意（即损害他人健康），并为实施犯罪准备了犯罪工具，则持工具行凶的伤害后果应由参与者共同承担刑事责任。此外，在伤害后果无法确认系何人所为的情况下（此种情况在多人参与的伤害案件中经常遇到），只要参与者主观上存在损害他人健康的故意，客观上实施了加害行为，就应一并追究刑事责任，不应以伤害后果是何人所为无法查清为由不起诉或降格作行政处理。诚然，伤害案件错综复杂，案情各异，因此，要具体问题具体分析，只有这样，才能做到实事求是，不枉不纵。

四、处理结果

人民检察院以故意伤害罪对孙某提起公诉，对杨某某等 4 人依法作了不起诉处理。人民法院以故意伤害罪判处孙某无期徒刑。

（刘祥林 王美荣）

服刑前购买的猎枪，释放后继续持有，是否属于累犯

一、主要案情

1992年，李某购买了一支自制单筒猎枪，并一直存于家中。1994年8月，李某因犯盗窃罪被法院判处有期徒刑7年。2001年初，被减刑数月，提前释放。2001年4月16日，其因被他人滋扰向公安机关报案，民警在侦查时，在其所驾驶的出租车上发现自制单筒猎枪，遂对李某进行盘查，李某如实交代了购买、私藏枪支的事实。

二、分歧意见

该案在审理过程中，对于李某的行为涉嫌非法持有枪支罪没有异议，但对李某是否构成累犯存在两种不同意见。

第一种意见认为李某不构成累犯。理由是：（1）李某的枪支是在1992年购买的，当时《中华人民共和国枪支管理办法》尚未颁布，其行为属于违法，但不构成犯罪。（2）李某

1994 年因犯罪被判刑收监，1996 年《中华人民共和国枪支管理办法》实施时，其正在服刑，无法执行该《办法》，因此不能认定为故意非法持有、私藏枪支。（3）李某提前释放后没有实施任何新的犯罪行为，不符合刑罚执行完毕或者赦免以后 5 年内重新犯罪的累犯条件。（4）刑法规定累犯从重原则的目的是为了惩罚那些主观恶性较深，不接受改造的犯罪人。鉴于本案的特殊情况，如果对李某适用累犯条款，予以从重处罚，不符合立法的本意。

第二种意见认为李某的行为构成累犯。理由是：（1）被告人非法持有枪支的行为虽然开始于 1992 年，但结束于 2001 年 4 月，其持有枪支的行为经历了一个由违法向犯罪转变的过程，在法律已经明确规定持有猎枪系违法犯罪的前提下，李某依然非法持有，应当属于故意犯罪。（2）《中华人民共和国枪支管理办法》于 1996 年颁布实施，尽管李某当时正在服刑，无法执行该《办法》，但在提前释放以后，理应主动、及时地将持有的猎枪上交公安部门，但却并未交出，其行为属于对国家法律的抗拒。（3）根据刑法规定，在刑罚执行完毕或者赦免以后 5 年内又犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的，属于累犯。李某在提前释放后持有该枪支的行为属于一种新的犯罪行为，因此，符合累犯成立的条件，应该认定为累犯。

三、评析意见

本案涉及到对跨法继续犯、连续犯的法律适用问题和对持有行为的认识问题。笔者同意第二种意见，即李某的行为构成

累犯。理由如下：

（一）李某在主观上有抗拒国家法律、非法持有枪支的故意。我国对枪支、弹药的管理有着严格的规定，禁止任何人非法持有枪支。即使在 1996 年《中华人民共和国枪支管理办法》颁布以前，有关枪支、弹药管理的法令、法规也明确规定了这一内容。这就是说，李某在 1992 年私自购买猎枪时，也清楚自己的行为是违法的，当时其主观上便有非法持有枪支的故意。1996 年《中华人民共和国枪支管理办法》的颁布，将非法持有猎枪的行为界定为犯罪行为，因此，持有枪支的性质随之发生变化，即由违法转变为犯罪。对于这一点，李某应当清楚，然而他却无视国家法律的规定，继续非法持有枪支，因此，应当认为其主观上具有非法持有枪支的犯罪故意。

（二）李某客观上实施了以不作为的形式危害社会的行为。笔者认为，非法持有枪支的行为属于不作为犯罪的范畴。所谓不作为犯罪是指具有法定或者职务上的特定义务，能够履行而不履行，因而造成危害结果发生的行为。根据法律的规定，李某有将私自购买的猎枪及时上交公安机关的义务，且在提前释放之后，具备能够履行的条件，但却未履行，完全符合不作为犯罪成立的条件。应当指出的是，不作为犯罪与作为犯罪在表现形式上有着本质的区别。作为犯罪是指积极地实施法律所禁止的行为；而不作为犯罪是指消极地不履行法律规定的义务。对于作为犯罪来说，具有某种举动是犯罪成立的客观要件，对于不作为犯罪来说，则不需要这个条件，行为人只要不履行特定义务，造成危害结果发生，犯罪即告成立。因此那种认为李某在提前释放以后，没有实施新的危害社会的行为，所

以不构成累犯的观点，实际上是混淆了作为犯罪与不作为犯罪的界限。需要强调的是，对于危害结果的发生，应当做广义的理解，它包括有形的损害和无形的损害。特别是对行为犯、危险犯而言，只要实施了某种行为，或者造成某种危险状态存在，犯罪即达到既遂，危害结果当然也就同时发生。就本案而言，李某非法持有枪支拒不交出的行为，本身就是对公共安全的一种潜在的威胁。尤其是当他受到别人的滋扰后，即将猎枪放在驾驶的出租车上。尽管其本意或许是防止他人的不法侵害，然而这种预备行为，无疑也对社会管理和公共安全造成危害。尽管李某没有使用该枪支实施其他的犯罪行为，也尚未用该枪支对滋扰者进行反击或者伤害，但并不能否定其行为已经危害了社会。

（三）李某具备普通累犯成立的条件。如前所述，不作为犯罪成立的条件之一，是能够履行而不履行特定的义务。李某提前释放后，具备了将以往保存的猎枪立即上交公安机关的条件，但其能够履行而不履行，因而具备了不作为犯罪成立的条件。换句话说，从其提前释放后，重新控制其非法购买的猎枪时起，即开始实施了新的犯罪行为，尽管这种行为属于一种不作为的方式。根据我国刑法规定，被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子，在刑罚执行完毕或者赦免以后 5 年内，再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的，是累犯。李某在刚刚释放后，即实施了非法持有枪支的行为，完全符合累犯成立的时间条件。有的同志认为，1996 年《中华人民共和国枪支管理办法》颁布时，李某正在服刑，对法律的规定不了解，因此不应认为其非法持有枪支的行为属于故意犯罪。笔者对这种观点不能赞

同。对于法律的规定，公民有义务了解和掌握，服刑人员也不例外。况且，在《中华人民共和国枪支管理办法》颁布后，有关部门大张旗鼓地进行宣传，公安机关还发出了在规定的时间内，将个人持有的枪支及时上交的通告，劳改场所也进行过动员。因此，以李某正在服刑为理由，否定其主观上有非法持有枪支的犯罪故意的观点，不能成立。退一步讲，即便李某对法律的规定不了解，没有意识到非法持有枪支的行为是犯罪，也属于刑法理论上所称的“法律上的认识错误”，不影响定罪，只影响量刑。

四、处理结果

人民检察院以李某构成非法持有枪支罪，且系累犯，提起公诉，人民法院以非法持有枪支罪判处被告人李某有期徒刑 1 年。

（李海英 刘祥林）

在派出所门前犹豫是否投案自首时 被抓获能否认定为自首

一、主要案情

彭某（18岁）、苗某（17岁）于某日深夜共同盗窃一辆摩托车（经鉴定价值1840元）。因打不着火，即由苗某推车在前面走，彭某在后边观察情况。途中苗因形迹可疑被巡逻的公安人员盘查，并责令其去派出所说明问题。此时公安人员未发现尾随在后的彭某。彭跟随至派出所门外，在马路边坐下。苗某在派出所如实交代了伙同彭某盗窃摩托车的事实，公安干警遂带其出来抓捕同伙，刚一出门，发现彭某就坐在路边，遂上前将其抓获。彭未有任何逃跑、反抗的表示。据彭某交代，苗被抓后，他担心会供出自己，自己也跑不了，所以跟随到派出所门外，坐了有20分钟左右。正在犹豫是否投案的时候，民警出来将其抓住了。

二、分歧意见

此案在处理过程中，围绕彭某的行为是否具备属于投案自首，产生了两种不同的意见。

第一种意见认为，彭某不具备自动投案的情节，因此不属于自首。彭某跟随至派出所门外，有自首的时间和条件，但其并没有投案行为。其主观上存在主动投案和探听虚实两种可能。根据以事实为依据，以法律为准绳的原则，不应认定彭某的行为属于投案自首。

第二种意见认为，彭某具备自动投案情节，应当认为是自首。彭某在同伙被公安人员盘查时，没有畏罪潜逃，而是跟随到派出所门外，准备去自首。依据最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第1条第2款“经查实确实准备去投案，或正在投案途中被公安机关捕获的犯罪嫌疑人，应视为自动投案”的规定，彭某的行为应认定为自首。

三、评析意见

本案的焦点在于对彭某主观方面如何判断和对“准备去投案”如何理解。笔者同意第二种意见，彭某的行为应当认定为自首。

（一）彭某具备自动投案，接受司法机关处理的意志因素。自首是行为人主观意志在客观方面的表现。即行为人将自