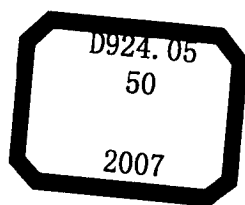


XINGFASHIYONGYINANPOJIE

刑法适用疑难破解

黄祥青 © 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA



XINGFASHIYONGYINANPOJIE

刑法适用疑难破解

黄祥青 © 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法适用疑难破解/黄祥青著. —北京:法律出版社,

2007. 2

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7047 - 3

I. 刑… II. 黄… III. 刑法—法律适用—研究—中国

IV. D924. 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 005659 号

©法律出版社·中国

责任编辑/周丽君

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/11.5 字数/270 千

版本/2007 年 2 月第 1 版

印次/2007 年 2 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

苏州公司/0512 - 65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7047 - 3

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序一*

我国刑法 1997 年修订 10 年来,随着经济、社会的快速发展,刑事司法实践出现许多新问题,大量属于法律适用中的疑难一类。黄祥青同志作为上海市高级人民法院刑事审判二庭庭长,在刑事审判第一线,注意收集问题、肯于解析难题、不断积累经验、不辞辛劳笔耕,置于案头的《刑法适用疑难破解》一书,就是他的又一力作,让人欣喜。

通览全书,我认为本书具有较高的刑法理论水平和司法实践参考价值。其显著特点如下:

第一,刑法理论与司法实践紧密结合,析案说法,以理服人。具体表现在两个方面:一是注重运用刑法理论分析、解决司法疑难问题,把实践问题纳入法的理性评判范围,使其在法理上获得阐释与支撑。二是善于从新鲜实践素材中归纳、提炼一般认识规律,形成新的理论认识成果,也推进了理论的发展。如书中论及如何认定贩卖、运输毒品罪的既未遂形态,作者引入过程行为犯、即成行为犯和结果犯等范畴,甄别彼此异同,分析确立不同既遂形态作为实践判

* 本序作者张军,最高人民法院副院长,中国法学会刑法学研究会副会长。

断的依据。基于此,论证了贩卖毒品罪的既遂形态在理论上属于即成行为犯,在实践中一般宜按买卖双方携带毒品进入交易现场实施交易作为既遂的标志来掌握。在讨论误认尸块为毒品予以运输的行为如何定罪时,将其纳入刑法上“不能犯”的视野,论析了被告人的运输行为属于相对不能犯中的对象不能犯类型,犯罪对象错误并不影响定罪,从而得出结论,该行为仍然应当认定为运输毒品罪(未遂)。很明显,在司法实践中适时引入刑法理论分析问题,不仅能帮助我们迅速厘清析案思路,而且有益于增强司法裁判的说服力。实践中不断发生的新情况、新问题,对现行理论也时常提出一些挑战。及时发现、悉心研究这些新情况和新问题,又为丰富、完善和发展刑法理论提供了鲜活的素材和不竭的动力。如作者提出“不可罚的教唆行为”这一新的理论命题,就是在比较、研究实践中发生的求杀行为、伪证行为,以及伪造居民身份证等诸多危害行为及案例的基础上,归纳共同特征、论证不可罚的理由,最后阐释了在现行共犯理论中确立新范畴的必要性。由此可见,司法实践离不开刑法理论的指导,刑法理论也需要在司法实践中不断得到检验、丰富和发展。法官在其中大有可为,肯思考、会总结的法官尤其会有所建树。

第二,勇于创新,观点务实,并且注重提炼、总结析案思路和法律适用方法。例如,在我国1997年修订后刑法刚刚实现罪刑法定原则立法化的背景下,许多著述都在强调按照法条文字的明确规定处罚危害行为,祥青同志针对未成年人参与绑架杀人等严重危害行为,大胆提出“判断危害行为在刑法中有无明文规定,应以实质上有无完全符合的犯罪构成为标准,而不能单纯囿于法条的字面含义作判断”的见解,认为上述行为完全符合故意杀人罪的构成条件,可以且应当以故意杀人罪追究行为人的刑事责任。这一观点既坚持了罪刑法定原则的精神内核,又提出了解决具体问题的可行方案,比较

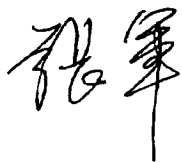
符合我国刑事法治建设的实际进程。事实上,其后颁布的有关立法解释和司法解释性文件,采纳了上述意见。又如,在职务侵占罪的认定中,对于单位临时工、合同工等能否成为本罪的主体,法条罪状表述中“将本单位财物非法占为己有”的“己”,是否只能解释为仅指自己、本人?作者详细论述了在罪刑法定原则的框架下进行扩张解释的必要性及其适用限度。在抢劫罪情节加重犯的认定中,对于如何准确认定“入户抢劫”、“在公共交通工具上抢劫”,以及“多次抢劫”等,作者又从实现罪刑相当原则的立场,阐述了适用限制解释的可行性。在数罪并罚等刑罚适用部分,作者还论述了对法条中“以上”、“以下”含义进行补正解释的合理性。在侵犯知识产权罪一章,作者重点论证了“典型与近似犯罪构成转换定罪规则”。在贪污罪一章,作者通过剖析多则实例,说明“罪质分析法”在定罪量刑中的运用问题。不难看出,祥青同志正在努力探索、归纳刑法适用的一般思路和方法,积淀、总结刑事审判的实践经验和规律。可以肯定的是,这种努力和探索对于提升法官的专业素养和司法能力,都是十分有益的。

第三,全书行文流畅、用词精当、逻辑严谨、可读性强。从全书内容看,所述及的数以百计的法律适用问题及其分析、论证意见,从一个角度真实记录了1997年修订后刑法实施十年来刑事司法的发展,以及祥青同志锲而不舍、潜心钻研的心路历程。全书没有剪贴、拼凑之沽名钓誉和浮躁之气,可以说,透过字里行间,看得到的是祥青同志认真的工作态度和严谨的治学作风。

当然,由于本书所探讨的大多是较为新颖或者疑难、复杂的理论和实务问题,对祥青同志所提出的某些观点,难免会存在不同意见,需要结合刑法理论,特别是刑事司法实践的发展进一步论证和完善。但是,无论如何,祥青同志能在日常繁忙的审判工作中做个“有

心人”，随时发现、提出问题，形成自己的认识，同时引起大家共同关注、思考、研究解决这些问题，却是殊为可贵的。最后，真诚祝愿祥青同志在专家型法官的道路上一路前行。

是为序。

A handwritten signature in black ink, consisting of two characters: '张' (Zhang) and '军' (Jun), written in a cursive style.

二〇〇六年十二月

序二*

黄祥青博士的《刑法适用疑难破解》一书即将由法律出版社出版,嘱我写序。我通读了书稿,又看了最高人民法院张军副院长为该书所做的序。确如张军在序中所评价的那样,“祥青同志在日常繁忙的审判工作中做了‘有心人’,随时发现、提出问题,形成自己的认识,同时引起大家共同关注、思考、研究解决这些问题,殊为可贵”。诚哉斯言。

从我国 1979 年第一部刑法颁布,到 1997 年刑法修订,不到 30 年的时间。在这期间,我国的刑事法治有了很大的进步,刑法理论也已经有了很大的发展。但不可否认的是,相对于刑事法治与刑法理论发达的国家而言,我国的刑事法治与刑法理论都还处在一个较低的水平上。在这当中,刑法理论工作者与刑法实践工作者的互动是十分重要的:刑法理论工作者应当更多地关注司法实践,从中汲取刑法理论的营养;刑法实践工作者也应当从实务问题的研究,从而为刑法理论提供更多的素材。唯有如此,我国的刑法理论才有

* 本序作者陈兴良,北京大学法学院教授,博士生导师,中国法学会刑法学研究会副会长。

出路。而在当前,我国的刑法理论与司法实践之间还是存在一定隔膜的:刑法理论工作者往往从概念到概念,从法条到法条,难以深入到司法实践中去,更谈不上对司法实践的理论指导。而刑法实践工作者往往就案论案,不能提出问题并进行法理上的分析。这种现状确实是不能令人满意的,当然要改变与突围却谈何容易。我记得张明楷教授在谈到日本刑法学界的现状时指出:就刑法总论研究而言,教授的理论水平要高于法官;就刑法各论研究而言,法官的理论水平要高于教授。因此,在法治发达国家,包括法官、检察官在内的刑法实践工作者,都具有相当高的理论水平,他们创制的判例具有准法律的效力,是刑法理论研究不可或缺的法律素材。

我之所以在本序中如此烦琐地谈及刑法理论工作者与刑法实践工作者之间的关系,是因为两者对于刑事法治建设与刑法理论发展负有共同的使命。黄祥青博士在本书中为我们展示的是他对刑法适用中的疑难问题的思考,这种思考对于我国刑法理论具有独特的贡献。《刑法适用疑难破解》一书涉及刑法总论与各论的29个专题,既有理论性的题目,也有实践性的题目。本书的内容既不是刑法教科书的详写,也不是刑法专著的略写,而是从司法实践中提出问题,并从刑法理论上加以解答,具有明显的针对性,对于刑事审判具有重要的指导意义。例如,在1997年刑法修订以后,对于单位贷款诈骗行为能否以贷款诈骗罪论处,这是一个在刑法理论界存在较大争议的问题。因为刑法分则第193条并未规定单位可以成为贷款诈骗罪的主体,因而有些学者主张根据罪刑法定原则,单位贷款诈骗行为不能定罪处罚。另一些学者则认为,单位不能成为贷款诈骗罪主体,但并不妨碍对单位直接负责的主管人员和直接责任人员追究刑事责任。这里既涉及罪刑法定原则的司法适用,又涉及单位犯罪中单位责任与自然人责任之间的关系。关于这个问题,我记得是

上海市高级人民法院首次提出单位贷款诈骗行为从客观表现来看,完全符合罪的构成要件,应以合同诈骗罪追究单位与自然人的刑事责任的观点,这一观点的首倡者在我印象中就是黄祥青博士,并且为最高人民法院所采纳。2001年1月21日《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》指出:“根据刑法第30条和第139条的规定,单位不构成贷款诈骗罪。对于单位实施的贷款诈骗行为,不能以贷款诈骗罪定罪处罚,也不能以贷款诈骗罪追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任。但是,在司法实践中,对于单位十分明显地以非法占有为目的,利用签订、履行借款合同诈骗银行或其他金融机构贷款,符合刑法第224条规定的合同诈骗罪构成要件的,应当以合同诈骗罪定罪处罚。”在本书中,黄祥青对这一找法活动做了分析,认为定罪实际上是一项理性的找法活动,即应当将具体危害行为置于整个刑法系统中,寻找有无完全符合或者该当的犯罪构成。判断一个危害行为在刑法中有无明文规定,应当坚持运用原则性与灵活性相结合的思路或方法。其原则性就是必须坚持以有无完全相符合的犯罪构成为判断标准,不因各种非难而动摇;其灵活性则是应当在整个刑法系统中多层面、多角度地寻找有无完全相符合的犯罪构成,不能囿于直观对应的一个刑法条文或相关规定而简单地作出判断结论。我以为,黄祥青的上述论断是具有方法论意义的,它涉及如何正确地解释刑法,因而对于贯彻罪刑法定原则具有重要启迪。

黄祥青1997年毕业于武汉大学法学院,获法学博士学位。此前曾经在苏州大学法学院任教,博士生毕业后选择到上海司法机关参加工作,由此获得了一个将刑法理论适用于司法实践的平台,并且卓有成效,成为上海法院系统,乃至全国法院系统颇有名气的刑法实务专家。记得在1998年的一个深秋,我到上海出差,第一次与黄祥青见

面,那时他刚参加法院工作不久,当时一起见面谈论甚洽的还有游伟、刘华、龚培华等人。他(她)们是上海刑法学界的一个小圈子,经常讨论一些刑法理论问题,并且具有明显的“海派”文化的地域特征,即注重刑法理论的应用性。我虽然当时还醉心于形而上的刑法哲学,但因偶尔造访上海参与他(她)们的讨论,对我的理论兴趣也有一定的感染。转眼之间,七八年过去,物是人非,变化之大令人感叹。当时在华东政法学院任教的游伟教授,现担任上海市第一中级人民法院副院长;当时在上海社会科学院法学研究所任职的刘华研究员,现担任上海市高级人民法院副院长;当时在上海市人民检察院研究室工作的龚培华,现任上海市人民检察院研究室主任;黄祥青开始是升任上海市高级人民法院刑庭副庭长,继而转任刑二庭庭长。尽管游伟、刘华都像黄祥青一样由刑法理论研究转而从事刑法实务工作,并且担任领导职务,在上海刑事司法界具有重要的影响。但我想,他(她)们不会忘记七八年前的聚会。许多对于学者来说是一个观点选择的问题,而对于他(她)们来说则已经是一个案件处理结果的拍板、刑事政策的决策问题,可以通过司法活动将法治理念现实化。这是一种角色的转换。我期待他(她)们站稳刑法实践工作者的立场,心里仍然保有刑法理论工作者的情怀,保持学者的纯真。对于我来说,他(她)们仍然是我的良师益友,尽管我身为学者更多地从事理论思考,但我和他(她)们仍然保持着精神上的某种默契,志趣上的某种投缘。黄祥青博士的书,使我坚信:他(她)们没有离开刑法学界,而是以一种独特的方式为刑法理论作出自己的贡献。

是为序。

陈兴良

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

二〇〇六年十二月十九日

目 录

刑法总则篇

第一章 罪刑法定与刑法明文规定的判断标准	(3)
一、字面含义判断法及其不足之处	(3)
二、确立犯罪构成判断法的依据和理由	(6)
三、单位危害行为的定罪问题	(9)
第二章 罪刑相当原则的理解与适用	(13)
一、罪刑相当原则表述的适当性	(14)
二、“罪”的蕴涵及其包容性	(15)
三、“刑”的内涵与外延	(20)
四、“相当性”的标准与具体判断	(22)
第三章 刑罚轻重的比较与择法适用	(27)
一、犯罪主体范围的调整与刑罚轻重的变化	(28)
二、罪的分解、合并与刑罚轻重的变化	(32)
三、自首、立功规定的不同与刑罚轻重的变化	(33)
四、主刑、附加刑的不同配置与刑罚轻重的变化	(34)
五、法定刑幅度的明细化与刑罚轻重的变化	(36)
第四章 正当防卫与紧急避险的司法认定	(38)
一、正当防卫“必要限度”的理解与判断	(38)
二、紧急避险“必要限度”的具体判断	(47)

第五章 刑法上“不能犯”的定罪与量刑	(52)
一、基本案情与争议问题	(52)
二、关于“不能犯”的定罪问题	(54)
三、关于“不能犯”的处罚问题	(55)
第六章 不可罚的教唆行为	(58)
一、不可罚的教唆行为的概念与特征	(59)
二、提出不可罚的教唆行为之命题的动因与法理	(60)
三、确立不可罚的教唆行为之命题的理论与实践价值	(62)
第七章 单位共同犯罪的司法认定	(65)
一、单位共同犯罪的主体资格问题	(65)
二、单位共同犯罪的责任人范围与责任分担问题	(68)
三、单位与自然人共同犯罪的处罚问题	(72)
四、单位共同犯罪认定中的例外情形	(74)
第八章 量刑的一般规则	(78)
一、主辅事实依序裁判规则	(79)
二、轻重罪行区别对待规则	(81)
三、同类案件同等处罚规则	(82)
四、同案被告人处罚协调规则	(85)
第九章 多种量刑情节的适用原则与方法	(88)
一、适用多种量刑情节的常用方法及其问题	(89)
二、适用多种量刑情节应遵循的总体原则	(91)
三、多个同向量刑情节并存时的适用方法	(93)
四、多个逆向量刑情节并存时的适用方法	(95)
五、数罪与减轻处罚情节并存时的适用方法	(98)
六、适用多种量刑情节的几个技术性问题	(100)

第十章 量刑规范及其方法的选择	(102)
一、构建我国量刑指南的一般方法	(102)
二、对一般方法的评析与借鉴	(103)
三、关于构建我国量刑指南的基本思路与方法的 思考	(106)
第十一章 自首与立功的司法认定	(108)
一、自首成立条件的理解与认定	(108)
二、“仅因形迹可疑被盘问、教育”的理解与认定	(116)
三、“协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人”的理解 与认定	(121)
四、“犯罪后自首又有重大立功表现”的理解与认定	(124)
第十二章 附加剥夺政治权利执行期间重新犯罪的 处罚问题	(126)
一、对相关批复合理性的反思	(126)
二、附加刑并罚的条件与方法	(130)
三、完善附加刑并罚制度的建议	(133)
第十三章 刑罚适用的几个具体问题	(134)
一、刑法中“以上”、“以下”含义的补正解释问题	(134)
二、减轻处罚的标准与具体裁判问题	(136)
三、盗窃罪累犯的加重处罚问题	(138)
四、受过国外刑罚处罚者的累犯认定问题	(140)
五、跨法犯的择法适用问题	(141)
第十四章 少年刑事审判的几个问题	(144)
一、对少年犯的处罚原则	(144)
二、附加财产刑的适用问题	(146)
三、累犯从重、加重处罚制的适用限制问题	(147)

四、前科报告制度的适用问题	(147)
五、非监禁刑和非刑罚处理方法的适用问题	(148)
六、暂缓判决的适用问题	(149)
第十五章 “严打”刑事政策的掌握与运用	(152)
一、“严打”的范围问题	(152)
二、“两个基本”标准的理解与掌握问题	(153)
三、“从重从快”含义的理解与把握问题	(156)
四、“严打”有效性的掌握问题	(157)
第十六章 刑法上公正、效率及其关系的把握	(161)
一、公正的特性及其刑法意义	(161)
二、效率的含义及其价值定位	(167)
三、刑法上公正、效率价值的冲突与调和	(171)
第十七章 现代刑罚理论与刑罚观念	(174)
一、报应主义刑罚观及其构成要素分析	(175)
二、功利主义刑罚观及其方法论评说	(178)
三、两种刑罚观的相互借鉴与融合	(191)

刑法分则篇

第一章 交通肇事罪的司法认定	(195)
一、交通肇事罪的认定标准	(195)
二、肇事者逃逸的处罚问题	(197)
三、“因逃逸致人死亡”的理解与认定	(199)
第二章 信用卡诈骗罪的立法分析与司法认定	(201)
一、信用卡诈骗罪的适用范围	(201)
二、骗领、使用伪造的不同种信用卡行为的定罪	(204)
三、捡拾、冒用信用卡行为的定罪	(207)

四、盗窃、盗划信用卡行为的定罪·····	(210)
第三章 贩卖盗版光盘行为的司法认定 ·····	(213)
一、定性上的争议·····	(213)
二、法理上的辨析·····	(214)
三、问题的展开与评析·····	(217)
四、处罚标准的掌握问题·····	(220)
第四章 侵犯知识产权罪的司法认定 ·····	(223)
一、罪质要素的把握与准确定罪·····	(223)
二、罪量要素的法律地位与犯罪既、未遂形态的认定·····	(231)
三、共犯的范围与责任认定·····	(235)
第五章 刑法上财物控制关系的判定 ·····	(239)
一、控制行为及其构成要素·····	(240)
二、控制行为方式与既未遂形态的认定·····	(245)
三、控制行为认定中的几个特殊问题·····	(251)
第六章 抢劫罪情节加重犯的理解与认定 ·····	(259)
一、抢劫罪情节加重犯的特性与限制解释方法的选择·····	(259)
二、“入户抢劫”的理解与认定·····	(262)
三、“在公共交通工具上抢劫”的理解与认定·····	(268)
四、“多次抢劫”的理解与认定·····	(272)
第七章 职务侵占罪的立法分析与司法认定 ·····	(275)
一、单位合同工、临时工、实习生、兼职人员等能否成为本罪的主体·····	(275)
二、“利用职务上的便利”与“利用工作条件便利”的区别·····	(279)
三、“将本单位财物非法占为己有”的理解与认定·····	(283)

四、不同身份者共同侵占单位财物行为的定性	(287)
第八章 侵占罪的立法分析与司法认定	(293)
一、侵占行为的构成前提	(293)
二、“遗忘物”与“遗失物”的界限	(298)
三、“拒不退还”与“拒不交出”行为的具体认定	(301)
第九章 贩卖、运输毒品罪既未遂形态的区分标准	
与具体认定	(305)
一、关于犯罪既未遂标准的争论	(305)
二、确立即成行为犯标准的理由	(306)
三、贩卖、运输毒品罪既未遂形态的具体认定	(310)
四、故意犯罪既遂形态的设定依据	(311)
第十章 聚众斗殴中转化犯的范围与责任分析	(313)
一、基本案情与争议问题	(313)
二、确定转化犯范围与刑事责任的不同情况	(314)
三、对具体案件的分析评判	(317)
第十一章 贪污罪与近似职务犯罪的界限	(319)
一、为亲友非法牟利罪与贪污罪的界限	(320)
二、国有公司、企业人员(徇私舞弊)滥用职权罪	
与贪污罪的界限	(326)
三、私分国有资产罪与贪污罪的界限	(330)
第十二章 挪用公款罪的数额认定问题	(335)
一、挪用公款数额的认定范围	(335)
二、多次挪用公款数额的累计方法	(337)
三、挪用数额特别巨大公款行为的定罪条件	(341)
后记	(343)