

刑事审判

的一般思路

刑事法律适用问题二十讲

发现法律的缺陷不算高明，通过解释使有缺陷的法律
在千变万化的案件中得到合理适用，才是执法者的真智慧

◎ 苗有水 著



最高人民法院法官审判实务精品丛书

ZHIGAORENMINFAYUAN FAPUANSHENPANSHIWU JINGPINCONGSHU

人民法院出版社

最高人民法院法官审判实务精品丛书

刑事审判的一般思路

——刑事法律适用问题二十讲

苗有水 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事审判的一般思路——刑事法律适用问题二十讲/苗有水著. —北京: 人民法院出版社, 2006. 8
(最高人民法院法官审判实务精品丛书)
ISBN 7-80217-311-6

I. 刑… II. 苗… III. 刑事诉讼法-法律适用-分析-中国 IV. D925.205

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 082802 号

刑事审判的一般思路

——刑事法律适用问题二十讲

苗有水 著

策划编辑 钱小红 苗有水
责任编辑 钱小红
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 85250520 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5
字 数 438 千字
印 张 16.375
版 次 2006 年 8 月第 1 版 2006 年 8 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80217-311-6
定 价 32.50 元

版权所有 侵权必究

作家简介

苗有水，男，1966年9月生，浙江省台州市人。1988年毕业于杭州大学法律系，获法学学士学位；1988年8月至1990年9月在浙江省黄岩市人民法院工作，任助理审判员、审判员；1993年7月毕业于北京大学法律学系刑法学专业，获法学硕士学位；1993年8月至1994年9月任浙江省黄岩市人民法院刑庭审判员；1994年考取北京大学法律学系刑法学专业博士研究生，1997年7月获法学博士学位。1997年至2002年在最高人民法院刑一庭、刑二庭工作，任助理审判员。在此期间，1999年8月被派往英国伦敦大学亚非学院法律系学习，2000年7月回国，获商法专业硕士学位。2002年8月起任最高人民法院审

判员，同月起至今担任最高人民法院立案庭审判长。

著有《保安处分与中国刑法发展》（专著）、《在大案要案的背后——媒体关注与司法审判的对白》（合著）、《经济刑法教程》（合著）、《刑法刑事诉讼法适用问题研究》（合著）、《侵犯知识产权罪研究》（合著）、《刑法若干实务问题与典型案例释论》（合著）等学术著作。在《人民司法》、《法律适用》、《中外法学》、《法学与实践》、《法学天地》、《烟台大学学报》、《中央政法干部管理学院学报》、《中央检察官管理学院学报》、《贵州法学》、《刑事法评论》、《我国当前经济犯罪研究》、《刑法修改研究论文集》等法学杂志及论文集上发表专业论文三十余篇。

曾参加《最高人民法院、最高人民检察院、海关总署关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》、《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》、《最高人民法院于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》等法律文件的起草工作。



审判实践中，法官们往往期待立法机关制定的法律能够为疑难复杂案件提供明确和惟一正确的答案。而事实上，由于成文法的天然局限性，我们的法律不可能是一套逻辑严密、包罗万象且没有缺陷的规范体系。加上执法条件、司法人员的素质、司法环境以及社会公众的法治观念等因素的影响，我们的法治现实恰恰印证了一句古老的法律格言：立法难，执法更难！人们越来越清楚地认识到，立法者制定的法律，只有在司法活动中准确地适用于个案，才能彰显其生命力。而法律解释，包括有权解释和学理解释，则是架构于立法和司法之间的桥梁。从这个意义上说，发现法律的缺陷不算高明，通过解释使有缺陷

的法律在千变万化的案件中得到合理适用，才是执法者的真智慧。

值得欣慰的是，在我们周围，正在形成一个善于能动地解释和适用法律的职业化法官群体。作为审判岗位上的骨干力量，他们长期磨练在审判工作第一线，不断总结着实践经验。同时，他们多年以来一直参与法官培训，在讲坛上发挥着核心师资的作用。他们以审判实务为视角，通过艰苦思索，培育了一整套具有自身品格的应用法学理论。苗有水同志就是这个群体中杰出的一员。他多年以来致力于应用刑法理论研究，其研究心得除了在《人民法院报》、《人民司法》、《法律适用》等报刊上发表外，主要是以授课的形式在各种培训班上公之于众。《刑事审判的一般思路——刑事法律适用问题二十讲》一书，是其在讲稿基础上修订而成的专题论文集。我最先读了该书的样稿，很乐意将它推荐给从事刑事司法实务工作和理论研究的同仁们。

本书包含二十个专题，这些专题主要涉及刑事审判庭、立案庭的审判业务，有的对于刑事侦查和检察工作也有一定的参考价值。本书所收入的专题在内容上大略包括三类：一是刑事实体问题，如职务型经济犯罪的司法认定，走私犯罪的认定及法律适用，审理抢劫、抢夺刑事案件相关法律适用问题等；二是刑事程序问题，如刑事自诉案件立案、刑事诉讼中的证明等；三是其他与刑事审判有关的综合性问题，如涉诉上访老户的产生原因、诱惑侦查的法理评价等。这些专题分析了当前刑事司法实践中常见的数百个具体的疑难问题。例如，全国人大常委会于2002年12月28日颁布的《关于〈中华人

民共和国刑法》第九章渎职罪主体适用问题的解释》是否适用于刑法第九章以外的刑法条款中规定的“国家机关工作人员”概念？如何区分刑法第385条规定的“利用职务上的便利”与刑法第388条规定的“利用本人职权和地位形成的便利条件”？以暴力手段劫取被有关国家机关扣押的本人所有物是否构成抢劫罪？人民警察、治安联防队员设置圈套诱骗他人参赌后又前去“抓赌”的行为应当如何定性？等等。作者力图理论联系实际，对这些具体问题提出自己的见解，并且重在提供研究问题、解决问题的思路和方法。

本书的特点可得而言者至少有四：第一，立足于刑事司法实务。本书涉及的大量具体问题，多数是从刑事司法实务中提炼而来的，据以论证的素材来源于司法实践，研究目标也是为了解决司法实践中的疑难问题，因而，司法实践始终是本书的源泉和归宿。第二，注重实用性和可操作性。作者在写作过程中尽量避免空洞抽象的理论分析，而是注重实际，讲究解决问题的具体效果，努力使论证说理具有较高的针对性、严谨性和可接受性。在论证和解决具体问题时，作者借助于大量的真实案例进行分析，努力向读者提供运用法律和刑事法学理论解决实务问题的最佳视角。第三，力求体现权威性。本书不仅维护法律和最高人民法院司法解释及有关文件的权威性，而且力图运用大量的第一手资料、通过准确规范的学理解释来传递权威人士、权威部门的声音，使那些业已取得广泛共识的理论观点在刑事司法实务界得到推广，从而正确地引导司法实践。收入本书的专题中，有不少是以作者本人承办或者参与起草的司法



解释以及司法解释性文件（如最高人民法院、最高人民检察院、海关总署《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》、《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》、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》等）为基础展开的，作者在书中阐述了起草司法解释和文件的背景及有关条款的原意，以利于读者更准确地把握最高司法机关发布的规范性文件的精神实质。第四，语言风格上讲究朴实无华、通俗易懂，但不失生动活泼。其中不乏精彩的创新之笔，展示了较高水准的学术理性。

苗有水同志曾经在基层人民法院从事刑事审判工作，博士研究生毕业后，到最高人民法院担任刑事法官，得以有机会接触大量的具体案件。繁忙的工作并没有使他被具体案件和浩繁的卷宗材料所淹没，而是继续思考一些亟待解决的理论问题。他利用业余时间，读书思考，笔耕不辍，经常有作品奉献给读者。对于作者的这种勤勉敬业精神，我深感钦佩。当然，书中的某些见解可能未必尽善，但瑕不掩瑜。希望本书的出版能为繁荣我国应用刑法学研究发挥积极的作用。

是为序。

沈玉咏

2006年7月11日

目 录

序	◁ 1
---	-----

第一讲 刑事审判的境界和思路

一、刑事审判的三种境界	◁ 1
二、刑事审判的一般思路	◁ 4
三、结语：徒法不能以自行	◁ 15

第二讲 职务型经济犯罪的司法认定

一、职务犯罪主体的界定	◁ 17
(一) 国家机关工作人员的认定	◁ 17
(二) 关于国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员的认定	◁ 22
(三) 关于“其他依照法律从事公务的人员”的认定	◁ 26

二、贪污罪的司法认定	◁ 30
(一) 贪污罪的既遂与未遂	◁ 31
(二) “受委托管理、经营国有财产”的认定	◁ 35
(三) 国家工作人员与非国家工作人员勾结共同非法占有单位财物行为的认定	◁ 39
(四) 共同贪污犯罪中“个人贪污数额”的认定	◁ 42
三、审理受贿犯罪案件面临的争议问题	◁ 43
(一) 关于“利用职务上的便利”的认定	◁ 44
(二) “为他人谋取利益”之解读	◁ 47
(三) “利用本人职权或地位形成的便利条件”的认定	◁ 51
(四) 离职国家工作人员收受财物行为的处理	◁ 53
(五) 共同受贿犯罪的认定	◁ 57
(六) 以借款为名索取或者非法收受财物行为的认定	◁ 62
(七) 涉及股票受贿案件的认定	◁ 63
四、挪用公款罪审判中的疑难问题	◁ 64
(一) 单位决定将公款给个人使用行为的认定	◁ 64
(二) 挪用公款供其他单位使用行为的认定	◁ 66
(三) 国有单位领导向其主管的具有法人资格的下级单位借公款归个人使用的认定	◁ 70
(四) 挪用有价证券、金融凭证用于质押行为性质的认定	◁ 72
(五) 挪用公款归还个人欠款行为性质的认定	◁ 73
(六) 挪用公款用于注册公司、企业行为性质的认定	◁ 74
(七) 挪用公款后尚未投入实际使用的行为性质的认定	◁ 75
(八) 挪用公款转化为贪污的认定	◁ 78
五、如何认定巨额财产来源不明罪	◁ 81
(一) 行为人不能说明巨额财产来源合法的认定	◁ 82
(二) “非法所得”的数额计算	◁ 83

第三讲 关于审理渎职刑事案件适用法律的几个问题

一、渎职罪主体的概念、种类及其立法嬗变	◁ 85
二、从司法解释和立法解释看渎职罪的犯罪主体	◁ 86
三、关于滥用职权罪和玩忽职守罪的主观要件	◁ 96
(一) 滥用职权罪在主观方面既包括故意, 又包括过失	◁ 97
(二) 玩忽职守罪主观方面既包括过失, 也不排除故意	◁ 99
四、关于渎职犯罪中的徇私舞弊问题	◁ 101
(一) 如何理解徇私舞弊要件在渎职犯罪中的性质	◁ 102
(二) 如何理解徇私舞弊的内涵	◁ 103
五、关于渎职犯罪之“前提罪”的处理对于认定渎职犯罪的影响	◁ 105
六、如何认定渎职犯罪的结果要件	◁ 110
(一) 关于“重大损失”范围	◁ 111
(二) 关于经济损失的计算时间	◁ 112
(三) 当公共财产作为债权存在时如何认定“重大损失”	◁ 114
七、关于渎职犯罪行为与危害结果之间的因果关系	◁ 115
八、其他问题	◁ 118
(一) 玩忽职守罪的追诉时效	◁ 118
(二) 国有公司、企业人员渎职犯罪的法律适用	◁ 119

第四讲 生产、销售伪劣商品犯罪审判实务中的疑难问题

一、“伪劣产品”的概念解读	◁ 123
二、关于“伪劣产品”司法认定的几个具体问题	◁ 126
(一) 如何合理把握“以假充真”的范围	◁ 126
(二) 如何认定“以不合格产品冒充合格产品”	◁ 128

(三) 如何把握生产、销售伪劣商品案件的鉴定问题	◁ 129
三、生产、销售伪劣商品犯罪案件中“销售金额”的计算	◁ 131
四、如何认定伪劣商品的“货值金额”及生产、销售伪劣产品罪的未遂形态	◁ 132
五、生产、销售、使用“瘦肉精”的行为如何定罪处罚	◁ 136
六、如何正确处理生产、销售假烟刑事案件	◁ 142
七、关于生产、销售伪劣商品的共同犯罪问题	◁ 146
八、关于生产、销售伪劣商品刑事案件的罪数问题	◁ 147

第五讲 走私犯罪的认定及法律适用

一、走私犯罪的概念和构成	◁ 150
(一) 如何认定走私犯罪行为人的主观故意	◁ 150
(二) 如何把握走私犯罪的客观行为	◁ 155
二、关于几种特殊走私犯罪行为的分析认定	◁ 156
(一) 如何解决走私旧汽车、切割车等货物、物品行为的定罪问题	◁ 156
(二) 如何认定利用购买的加工贸易登记手册、特定减免税批文等涉税单证进口货物行为的性质	◁ 157
(三) 如何认定在加工贸易活动中骗取海关核销行为的性质	◁ 158
(四) 关于走私珍贵动物制品行为的处罚问题	◁ 159
(五) 在我国领海查获的以他国或者港、澳、台地区等其他法域为目的地的走私行为是否构成走私罪	◁ 161
三、共同犯罪视域内的走私犯罪	◁ 161
(一) 如何认定刑法第 156 条规定的“与走私罪犯通谋”	◁ 161
(二) 关于海上走私犯罪的共犯问题	◁ 162
(三) 如何区分走私犯罪的共犯和放纵走私罪	◁ 162

(四) 单位与个人共同走私普通货物、物品案件的处理	◁ 164
四、关于单位走私犯罪的几点思考	◁ 165
(一) 关于单位走私犯罪的成立要件	◁ 165
(二) 关于单位走私犯罪主体的范围	◁ 167
(三) 关于单位走私犯罪的主管人员或者直接责任人员又构成自然人走私犯罪的如何追究刑事责任问题	◁ 169
(四) 关于单位走私犯罪的直接责任人员为数人的情况下能否区分主从犯的问题	◁ 170
(五) 关于对单位走私犯罪如何认定自首的问题	◁ 170
(六) 关于单位走私犯罪案件诉讼代表人的确定及其相关程序问题	◁ 173
五、走私犯罪的停止形态	◁ 174
六、关于走私犯罪案件的管辖问题	◁ 175

第六讲 办理合同诈骗犯罪案件的相关 法律适用问题

一、合同诈骗罪的概念和基本特征	◁ 177
(一) 本罪侵犯的客体	◁ 177
(二) 本罪的客观方面	◁ 178
(三) 本罪的主体	◁ 178
(四) 本罪的主观方面	◁ 179
二、合同诈骗之“合同”的范围	◁ 181
(一) 合同诈骗之“合同”在类型上是否仅限于经济合同	◁ 181
(二) 合同诈骗之“合同”在形式上是否包括口头合同	◁ 183
三、关于合同诈骗罪“以非法占有为目的”的分析	◁ 186
(一) “非法占有”含义的界定	◁ 186

(二) “非法占有目的”产生的时间	◁ 187
(三) “非法占有目的”的认定	◁ 189
四、关于合同诈骗罪的犯罪手段	◁ 191
五、合同诈骗罪与其他犯罪的界限	◁ 192
(一) 合同诈骗罪与伪造、变造金融票证罪的界限	◁ 192
(二) 合同诈骗罪与诈骗罪的界限	◁ 193
(三) 合同诈骗罪与金融诈骗罪的界限	◁ 193

第七讲 审理假币犯罪案件的若干难点

一、假币犯罪的范围以及惩治假币犯罪的刑法规范	◁ 196
二、伪造货币罪的概念及其构成	◁ 198
(一) 伪造货币罪的概念	◁ 198
(二) 关于伪造货币罪的犯罪对象	◁ 199
(三) 关于伪造货币罪的客观行为	◁ 203
三、持有、使用假币罪的认定	◁ 204
四、如何计算假币犯罪的数额	◁ 206
(一) 关于数额认定标准	◁ 206
(二) 关于假币犯罪数额的计算方法	◁ 206
(三) 关于在伪造假币或者出售假币等犯罪的现场以外查获的假币是否计入犯罪数额的问题	◁ 207
(四) 伪造货币尚未制造出成品的如何对半成品计算犯罪数额	◁ 207
五、假币犯罪的一罪与数罪	◁ 210
六、关于假币犯罪的综合治理问题	◁ 211

第八讲 侵犯知识产权犯罪相关司法 解释的理解与适用

一、我国惩治侵犯知识产权犯罪的立法和司法解释概况	◇ 216
二、人民法院审理侵犯知识产权刑事案件的基本情况	◇ 218
三、侵犯知识产权犯罪的定罪标准	◇ 219
(一) 关于假冒注册商标罪	◇ 219
(二) 关于销售假冒注册商标的商品罪	◇ 223
(三) 关于非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪	◇ 227
(四) 关于假冒专利罪	◇ 229
(五) 关于侵犯著作权罪	◇ 230
(六) 关于销售侵权复制品罪	◇ 232
(七) 关于侵犯商业秘密罪	◇ 234
四、侵犯知识产权犯罪的量刑标准	◇ 237
(一) 关于违法所得数额的认定	◇ 237
(二) 关于非法经营数额的认定	◇ 238
(三) 关于销售金额的认定	◇ 239
(四) 关于货值金额的认定	◇ 239
(五) 关于重大损失数额的认定	◇ 240
五、侵犯知识产权犯罪的罪数及共同犯罪问题	◇ 241

第九讲 审理交通肇事刑事案件有关争议问题

一、惩治交通肇事罪的立法和司法解释的现状	◇ 244
二、交通肇事罪的构成要件	◇ 245
(一) 如何理解交通肇事罪的主体范围	◇ 245
(二) 在公共交通管理范围以外的场所使用交通工具 致人死亡的行为应当如何定性	◇ 246



(三) 如何把握交通肇事罪的结果要件	◁ 249
(四) 如何理解违反交通运输法规行为与肇事结果之间的因果关系	◁ 250
三、关于“交通运输肇事后逃逸”以及“因逃逸致人死亡”的理解	◁ 251
(一) “逃逸”的概念及其种类	◁ 251
(二) 从周某某交通肇事案看“逃逸”的认定	◁ 255
(三) 关于“因逃逸致人死亡”的理解	◁ 256
四、关于交通肇事刑事案件中的共同犯罪问题	◁ 258

第十讲 绑架罪的认定和法律适用难点解析

一、绑架罪的概念和基本特征	◁ 260
二、已满 14 周岁不满 16 周岁的人实施绑架致被绑架人死亡或杀害被绑架人的，是否应负刑事责任	◁ 262
三、如何把握“致使被绑架人死亡或者杀害被绑架人”的内涵	◁ 267
四、绑架过程中又劫取财物行为的定性	◁ 270
五、绑架后又以特别残忍手段致人残疾行为的定性	◁ 271
六、索债型绑架案件的司法认定	◁ 273
(一) 为索要非法债务而绑架他人，是否应认定为非法拘禁罪	◁ 273
(二) 对于难以查清债权债务关系的索债型绑架行为应当如何认定	◁ 274
(三) 关于行为人主观上是否以索要债务为目的的认定	◁ 274
七、如何界定绑架罪的既遂与未遂	◁ 276
八、绑架罪与其他犯罪的区别	◁ 279
(一) 绑架罪与抢劫罪的区别	◁ 279