

TRIAL

2004年
第一辑

(总第二辑)

审判研究

STUDY

《审判研究》编辑委员会
编

- 陈兴良 金融诈骗犯罪的法律适用问题
杨振山 孙东雅 民事优先权制度研究(上)
孙南申 简析外商投资企业之清算程序与司法审查
莫洪宪 叶小琴 恐怖主义之定义分析
董炳和 域名纠纷的司法解决与商标法的变革
最高人民法院政治部 江苏省高级人民法院
关于审判组织改革问题的调研报告
张屹 罪刑相适应原则司法实现研究
宋航 非金融机构受托理财行为的效力及其法律规制



法律出版社
LAW PRESS

2004年 第一辑

(总第二辑)

T R I A L

审判研究

S T U D Y

《审判研究》编辑委员会 编



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

审判研究·2004年第1辑/《审判研究》编辑委员会编.
—北京:法律出版社,2004.2

ISBN 7-5036-4714-0

I. 审… II. 审… III. 审判—研究—中国
IV. D925.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第006296号

法律出版社·中国

责任编辑/柯恒

装帧设计/王际勇

出版/法律出版社

编辑/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/787×960毫米 1/16

印张/15 字数/240千

版本/2004年3月第1版

印次/2004年3月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法规出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/law@lawpress.com.cn

rpc8841@sina.com

读者热线/010-63939631

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4714-0/D·4432

定价:20.00元

《审判研究》编辑委员会

主 任：公丕祥

副主任：丁巧仁

委 员：公丕祥 丁巧仁 蔡则民 孙南申
田 幸 曹立久 刘荣康 李克军
徐立新 马汝庆 马志相 帅巧芳
刘 华 李飞坤 张年庚 张培成
陆洪生 陆国甫 周晖国 胡道才
鲁国强 叶兆伟 刘亚平 张 屹
范 群 何 方 陆鸣苏 褚红军
沈 莹 周茸萌 刘媛珍 吴立香
刁海峰

主 编： 刁海峰

副 主 编： 蔡绍刚 朱建新

编辑部主任： 朱建新（兼）

副 主 任： 魏 明

执 行 编 辑： 孙晋琪

目

录

Trial Study

2004 年第 1 辑(总第 2 辑)

专家论坛

- 1 陈兴良/金融诈骗犯罪的法律适用问题
19 杨振山 孙东雅/民事优先权制度研究(上)
59 孙南申/简析外商投资企业之清算程序与司法审查
69 莫洪宪 叶小琴/恐怖主义之定义分析
80 董炳和/域名纠纷的司法解决与商标法的变革

调查报告

- 95 最高人民法院政治部 江苏省高级人民法院
/关于审判组织改革问题的调研报告
111 褚红军 何春兰/再审事由审查程序的法定化
——申诉复查制度改革的必由之路

专题研究

- 150 张 屹/罪刑相适应原则司法实现研究
170 宋 航/非金融机构受托理财行为的效力及其法律规制

司法改革

- 179 吴惠林 王骥男/刑事诉讼审级制度改革的理论与实践

各抒己见

- 187 雷新勇/合同义务转移与债务承担
——以《合同法》第 84 条为中心

目

录

2004 年第 1 辑(总第 2 辑)

Trial Study

贷款诈骗罪的非法占有目的寻解/马 黎 197

裁判文书

中化江苏公司与盐城天地公司、中化盐城公司 207

保证合同纠纷案

——江苏省高级人民法院(2002)苏民二再终字第 045 号

民事判决书及评析

审判参考

江苏省高级人民法院关于刑事审判证据和 216

定案的若干意见(试行)

专家论坛

金融诈骗犯罪的法律适用问题

陈兴良*

金融诈骗犯罪是司法实践中认定起来较为困难的犯罪,这和法律规定本身不够完善有关系,更主要的原因是金融诈骗犯罪往往和多种金融法律关系纠合在一起,罪与非罪的区分和此罪与彼罪的区分,都会产生一些疑难问题,需要我们认真加以研究。

第一个问题:关于金融诈骗犯罪中的非法占有

犯罪目的是指通过实施犯罪行为所要达到的犯罪结果,往往存在于直接故意的犯罪中。犯罪结果是犯罪目的的客观化,犯罪目的实现了,就转化为犯罪结果。对直接故意犯罪来说,犯罪目的是其重要的内容。

刑法理论上,犯罪目的可以分为两种,一种是包含在直接故意当中的目的。在这种情况下,犯罪目的是直接故意犯罪当中不可缺少的组成部分,认定直接故意犯罪的时候就包含了。例如直接故意杀人,目的就是要非法剥夺他人生命,这个目的包括在杀人故意当中。这种目的由于被直接故意本身所包含,法律上往往没有另外加以规定。盗窃、诈骗、抢夺,都具有非法占有他人财物的这种目的,但都被这些犯罪故意所包含。盗窃故意本身就包括非法占有他人财物这一主观目的,刑法没有单独加以规定,也没有必要,它本身就包含了。

另外一种超出了直接故意内容的目的,这种目的和直接故意是有所不同,不能被直接故意所包含。这种目的在刑法当中往往有规定,必须具备这种特定

* 北京大学法学院教授、博士生导师。

目的,才能构成犯罪。这在刑法理论上称作目的犯。目的犯的目的内容是行为人主观上想要去实施的某一种行为,这种行为对于成立这种犯罪来说不需要,但是目的需要。例如,走私淫秽物品罪,《刑法》规定以牟利或者传播为目的。按照这个规定,走私淫秽物品本身并不当然构成本罪,只有是出于牟利或者传播这样的目的走私的才构成本罪,可以说,不是为了牟利或者传播,即使走私,也不构成本罪。是否以牟利和传播为目的,就成为区分罪与非罪的界限。牟利或者传播是行为人的主观目的,走私物品是为了贩卖牟利或者在公众当中传播。但是,对于构成本罪来说,并不需要行为人去实施牟利行为或者传播行为,只要主观上有这种目的就可以,不一定要把这个目的付诸实施。因此,在理论上就把这种目的叫做超过的主观要素,就是这种目的超过其走私的客观行为。《刑法》中对这种目的犯规定还是比较多的,例如很多条文都规定了以营利为目的,像《刑法》第217条规定的侵犯著作权罪,只有以营利为目的实施了所列举的四种行为的,才构成犯罪,如果不是以营利为目的,即使实施了这四种行为,也不能构成犯罪。营利是目的,但实际上是不是已经赢利了,并不影响本罪成立。

在另外一些情况下,《刑法》没有明确规定是否具备某种特定目的才能构成犯罪,但理论上往往认为这种犯罪的构成也需要具备犯罪目的,如果没有这种目的则不构成犯罪,这是非法定的目的犯。由于具有非法定性,法律没有规定,到底要不要这个目的,在理论上往往存在争议。例如伪造货币罪,我国《刑法》规定伪造货币的就构成伪造货币罪。在外国刑法中,往往规定以行使为目的或者意图流通而伪造货币才构成犯罪。换句话说,虽然客观上伪造了一张货币,但是主观上并不是为了去使用它,而是为了收藏,也不构成伪造货币罪。但是,我国的《刑法》中没有这样的规定,从法条上看,那么,是否可以解释为只要伪造了,不管出于什么目的,都构成伪造货币罪呢?我的回答是否定的。在此应当作限制性解释,尽管法条没有规定,仍然要求具有行使目的。虽然这种不是为了行使而伪造货币的情况是非常个别的,但在理论上不能排除这种情况。伪造货币以行使为目的,这只是一种目的,并不要求你行使,你只要伪造了,你的目的是为了行使,就可以构成伪造货币罪,至于你有没有实际行使并不影响本罪成立。从这个意义上说,这种行使的主观目的是超过的主观要素。犯罪中存在一个如何处理主观和客观关系的问题。一般情况下,主观和客观应当是相一致的,比如说客观上是杀人行为,主观上具有把这个人杀死的目的,主客观是统一的。但是,在目的犯的情况下,法律所规定的这个目的超出了法律所规定的本罪的客观行为。

本罪的行为是伪造,伪造要求有伪造的故意,但是它不仅仅要有伪造故意和伪造行为,而且还要求有行使的目的,这个行使的目的就超过了伪造的行为,所以称之为超过的主观要素。又比如虚开增值税发票罪,《刑法》同样也没有规定以骗取税款为目的,立法的时候可能没有考虑到不是为了骗取税款而虚开增值税发票的情况。但前些年,就出现了不是以骗取税款为目的而虚开增值税发票的案件,例如有一个大公司下面的两个子公司,相互之间虚开增值税发票,他们的目的不是为了拿这个虚开的增值税发票去骗税,而是为了虚增业绩。因为作为上市公司,需要表明自己公司有很高的营业额。如果只从《刑法》规定来看,只要是虚开就可以构成本罪。但是,这种虚开不是以骗取税款为目的,而《刑法》第205条所规定的虚开增值税发票罪惩治的是为了骗取税款而虚开的行为。在这种情况下,对上述案件怎么处理,我认为像这种不是为了骗取税款而虚开增值税发票的行为不应当以虚开增值税发票罪定罪,如果对这种妨碍发票管理的行为要定罪,应当另外加以规定。因为虚开增值税发票罪比较重,妨碍发票管理是比较轻的罪。如果这种观点能够成立,也就意味着虚开增值税发票应当是目的犯,应当是以骗取税款为目的,不是以骗取税款而虚开的,不应当构成本罪。《刑法》中这种非法定目的犯的情况比较多,实践当中,在认定的时候可能会出现争议。我认为,从立法精神出发,某些条款当中,尽管没有规定以特定的目的作为犯罪必备条件,但从立法精神出发还是应当承认这是非法定的目的犯。只有这样才能正确区分罪与非罪。当然,比较理想的做法是立法对这些特定的目的加以明确规定,这样可以给司法机关正确认定犯罪提供一个法律根据。

金融诈骗中的犯罪目的是非法占有。这是不是所有的金融诈骗罪都必须具备的犯罪构成要件?因为《刑法》关于金融诈骗的规定当中,有些规定了以非法占有为目的,另外一些却没有规定。比如《刑法》第192条集资诈骗罪规定以非法占有为目的;《刑法》第193条贷款诈骗罪也规定了以非法占有为目的;但是《刑法》第194条票据诈骗、金融凭证诈骗罪、第195条信用证诈骗罪、第196条信用卡诈骗罪都没有规定以非法占有为目的。这种情况下,非法占有为目的的是不是金融诈骗罪构成的必备要件?这个问题在理论上存在两种观点:一种观点认为,按照法律的字面规定,有些犯罪规定要有这个目的,有些犯罪没有规定要有这个目的,应当根据法律规定有无分别认定。因为如果需要的话,法律会规定,法律没有规定就等于不要求有这种目的,根据法律的有无规定来区分金融诈骗罪是否需要非法占有的目的。这个观点,一度有相当多的人赞同,实践中也有

些人在处理案件的时候持赞同观点。另外一种观点相反,认为只要是金融诈骗罪,无论《刑法》条文中是否规定,以非法占有为目的都是金融诈骗罪必不可少的条件。这两种观点,我个人同意第二种。现在出现了几个问题,前面讲过犯罪目的有两种,一种是直接故意所包含的,另一种是超出了直接故意的范围。那么,非法占有的目的对于金融诈骗罪来说到底是这两种当中的哪一种?我认为,非法占有目的是应当包含在故意诈骗犯罪当中的,诈骗故意里面必然包含以非法占有为目的,没有非法占有的目的就不是诈骗行为。也就是说,《刑法》当中规定是诈骗就不需要再另外规定非法占有的目的。《刑法》关于盗窃、普通的诈骗、抢夺中都没有规定以非法占有为目的,它本身就包含在里面了,没有必要规定。即使是超出了主观故意的那些目的,就是目的犯的目的,如果没有规定,都可以在理论上把这些解释进去。像这种直接故意范围内所包含的目的,更是这种犯罪必须具备的,无论是法律有无规定。因此,从刑法关于非法占有目的来看,并不是那些没有规定的,法律不要求,而是那些法律有规定的是一种提示。这里涉及对法律的解释问题,法律为何在有些地方有规定,有些地方没有规定,第一种观点把它理解为有规定的就要,没有规定的就不要。我认为,不能作这样的解释,没有规定也需要。之所以规定,它有另外的意图,例如《刑法》第192条集资诈骗罪,规定了非法占有的目的,之所以要规定非法占有的目的,就是为了把集资诈骗罪和非法吸收公众存款罪相区分。因为非法吸收公众存款也是一种集资,这两种犯罪的区分主要就在于有没有非法占有的目的,非法占有为目的的是此罪与彼罪区分的法律要件,如果不规定非法占有的目的,就很难把集资诈骗和非法吸收公众存款罪相区分。在贷款诈骗罪中,《刑法》规定了非法占有的目的,之所以规定,主要是为了把贷款诈骗和那些在贷款当中弄虚作假的行为加以区分。贷款要办理很多手续,提供很多资料,有些贷款单位为了获得银行贷款可能弄虚作假,但是,他主观上并没有去骗取贷款,也就是非法占有贷款,没有非法占有的目的。在这种情况下,非法占有目的是否存在就成为罪与非罪的界限。由此可见,在有规定的情况下,非法占有目的对于犯罪的成立当然是重要的,在没有规定的情况下,也是犯罪成立必不可少的要件。如果没有非法占有的目的,这种诈骗本身就不可能构成。

金融诈骗罪与普通诈骗罪之间是一种法条竞合关系。构成金融诈骗就必然符合普通诈骗罪的特征。如果《刑法》没有专门规定金融诈骗罪,那么,对于金融诈骗行为理所当然应当按照普通诈骗罪来处理。《刑法》第266条规定的普通诈

诈骗罪,是一个普通法,金融诈骗罪是一个特别法,按照特别法优于普通法的法律原则,应当按照特别法来定罪。金融诈骗必然是具备了普通诈骗的法律特征,普通诈骗中非法占有的目的是必不可少的内容,所以金融诈骗罪应当具备非法占有目的。过去,各地做法也不一样,但从现在的情况看,这个问题已经通过最高人民法院的《关于审理金融犯罪案件的会议纪要》得到了解决。这种会议的纪要实际上就是司法解释,其中,《纪要》就明确讲,非法占有目的对于金融诈骗罪构成是必不可少要件。关键是在司法实践中如何认定非法占有目的,这个问题比较困难一些。金融诈骗罪中非法占有为目的的认定,直接影响到罪与非罪的界限。尤其是在信用证诈骗罪中,《刑法》规定了四种行为:第一是使用伪造、变造的信用证或者附随的单据、文件,第二是使用作废的信用证,第三是骗取信用证,第四是以其他方法进行信用证诈骗活动。其中,第二种使用作废的信用证,诈骗的故意和非法占有的目的都比较明显,但是像第一种情况,能不能说客观上实施了这种行为就构成了信用证诈骗罪呢?不能这样说。这里有两个概念应当加以区分,骗开信用证,因为开信用证必须办理手续,而且手续必须是真实的,在开信用证过程中搞了一些假手续,等于这个信用证是骗开的,但这个行为本身不等于就是信用证诈骗行为,信用证诈骗行为根本的内容是要通过骗开信用证来非法占有信用证项下的有关款项,目的是占有而不是通过虚假手段获得信用证。信用证的问题比较复杂,因为中国和国外的情况不一样,国外的信用证有一种融资的功能,长期的信用证要 180 天以后才归还信用证项下的款项,这里存在一个时间差,在这 180 天内可以占用这笔资金。实践当中,有些信用证诈骗案件的行为人确实是为了非法占有信用证项下的款项,但也有些案件行为人主观上是为了非法使用信用证项下的款项,在开信用证的时候弄虚作假,但主观上不是想占有这个款不还,有些案件是循环开虚假的信用证。有一个案件,被告人是国有公司的法定代表人。这个公司没有投资,而是和银行有关人员互相勾结,通过虚开信用证的方法,使用信用证项下的款项,到期了再新开,再归还,这样循环,银行也知道没有信用证项下的贸易,附随单据都是虚假的,但是把钱给他了,前后大概一个多亿,最后银行的负责人员和被告人被抓了,给他定信用证诈骗罪。这个案件就涉及主观目的问题,被告人主观上是不是为了非法占有信用证项下的款项?从表面上看,他确实伪造了一些信用证的附随单据,这个信用证本身也是假的,但他的目的是为了暂时使用信用证项下的这些钱,而且到时他就归还,归还再开,这个银行也知道,说是诈骗银行,银行本身就知道,而且银行也是通过总行集

体研究同意给他用的,在这种情况下定他信用证诈骗罪确实有些问题。

非法占有为目的的是行为人的主观意图,这里涉及一个问题,司法实践中,认定犯罪时比较注重客观行为,比较注重证据证明这种客观行为是否存在,但是主观意图怎么来证明,这方面显得比较缺乏。行为人主观意图的证明是很重要的,我看过很多判决书,列举了很多证据,证明他客观上有这些行为,但就这个罪来说,客观上有这些行为还不足以定罪,关键看主观上是否明知,而这却没有证据证明。这样的一种认定,从证据上来说是不完整的。就像共同犯罪中的帮助犯,他去杀人,我给他提供一把刀,既要有证据证明他杀人用的就是我给他的那把刀,又必须证明我主观上明知他要去杀人而把刀借给他,这样才构成杀人共犯。司法实践中,就行为人主观作出证明,这是很大的课题。有的司法人员对行为人主观上故意或者明知的证明,往往缺乏充分的重视。

有些犯罪,主观的东西不需要证明,只要证明客观的行为就够了,但并不是每一种犯罪都是只要证明客观行为,主观目的就不需要证明了,不是这样的。像我们所讲的目的犯,还要证明目的。牟利和传播是目的,只知道走私人,如果没有证据证明是以牟利或者传播为目的,犯罪不能成立。即使是在一般的犯罪当中,有些主观故意,有些明知,都需要证明,如果不能证明他是明知,那么,即使在客观上有这个行为,也不能够定犯罪。但是,我们证明这种主观意图的证据意识比较薄弱。

主观的心理状态是行为人的一种心理活动,如果靠被告人来证明,问他有没有犯罪目的,他肯定说没有,但也不排除被告人认罪态度好,什么都交代,但是不能依照他的口供来证明。因此,主观的意图必须要以客观行为来证明,应当注意一种方法,这就是推定。过去理论上和司法实践中,对于推定的研究比较少,而这种司法推定在英美法系国家是广泛采用的,主要是用来证明行为人主观罪过的一种方法,这是很值得研究的。这种推定就是根据已知的或者客观的事实来推断行为人主观上的某种心理状态,即使你不承认,但有客观行为来证明。比如走私淫秽物品罪,以传播为目的,问他是不是,被告人回答不是。但是能够从客观上推定有这个目的。走私淫秽物品,10张或者20张,内容都不一样,说是为了自己看,还不能驳倒他,如果内容都一样,还说是为了自己看,不是为了传播,他的话显然不能成立。如果走私大量相同的淫秽物品,就可以推定他主观上有传播的目的,不需要去问他了,因为有这个客观事实摆在那里。

明知也需要推定,关于明知,最高法院研究室作了一个解释,分为已经知道

和应当知道,已经知道是指有证据证明他知道或他自己承认知道。应当知道这个词我认为会引起误解,应当知道是以不知道为前提的,你说不知道,但是你是应当知道的。刑法中规定是应当预见而没有预见,那么这个应当预见就是说他他没有预见为前提,而应当知道以他不知道为前提,说他不知道但却是应当知道的,而不是不应当知道的,因此,应当知道用来作为明知的一种描述,我认为是不确切的,容易给人造成误解。实际上想表达的意思,我觉得是推定知道,应当叫做已经知道(有证据证明知道)和推定知道。有证据证明知道,是他本人承认或者有客观的证据证明,另外一种是他说不知道,但我们推定他知道。推定就是根据一些已知的客观事实来推定他是知道的。这里也有一个明知认定当中的推定问题,非法占有的目的同样也要靠这种推定。有些金融诈骗案件中,他已经把这个钱占有了,占有的事实很清楚,但占有的目的不清楚,被告人又拒不供认,就需要靠推定。但这个问题理论上研究得不够,推定要有推定的规则,也就是说在什么情况下可以推定出什么结论。这些推定的规则还没有建立起来,而国外这方面的规则很完善。从有关的司法解释和法律规定来看,实际上还没有明确提出推定的概念,但是在不知不觉中已经采用了这种方法。关于金融诈骗罪非法占有的目的,实际在有关的司法解释里面也采用了推定的方法,最高法院《关于审理金融犯罪案件的会议纪要》就明确规定了非法占有的目的是指具有下列情形之一:第一,明知没有归还能力而大量骗取资金的;第二,非法获取资金后逃跑的;第三,肆意挥霍、骗取资金的;第四,使用骗取的资金进行违法犯罪活动的;第五,抽逃、转移、隐匿资金以逃避返还的;第六,隐匿、销毁帐目或者搞假破产、假倒闭以逃避返还资金的;第七,其他非法占有资金拒不返还的。这七种情况都是指客观行为。我认为这就为司法机关推定行为人主观上是否具有非法占有目的提供了一个法律根据。按照推定的规则,只要有上述七种行为中的一种,就可以认定你有非法占有的目的。在这种情况下,非法占有目的不再需要从被告人口供当中获得,而从他的客观行为中获得。例如明知没有归还能力而大量骗取资金,可以推定主观上有非法占有的目的。因为,本来已经亏损了,没有归还能力,还用虚假手段来获取资金,你得到这个资金将来不可能归还,就推定你主观上有非法占有的目的,而不需要再考虑其他的问题了。这种推定,我认为是很重要的。推定的问题涉及一些逻辑学和证据学的问题,需要从理论上进行研究,如果研究出一些推定的规则,对于司法机关正确认定行为人主观方面的犯罪构成要件是很有帮助的。

第二个问题:关于金融诈骗犯罪中的共犯问题

金融诈骗中的共犯问题有两种情况,第一种是金融诈骗分子互相勾结,也就是金融机构的内部人员和社会上的人互相勾结诈骗金融机构的财产,比如有的信用证诈骗、贷款诈骗、金融凭证诈骗、金融票据诈骗等等,在这种内外勾结进行金融诈骗的情况下,如果涉及不同罪名,怎么来处理?在什么情况下,他们构成共同犯罪?什么情况下他们构成不同的犯罪?这涉及有身份的人和无身份的人共同犯罪,如何定罪的问题。因为,《刑法》中规定的犯罪,有些是一般主体的犯罪,对于犯罪人没有身份上的要求,只要达到了法定的行为年龄,具备了行为能力就可以构成;另外一种特殊主体犯罪,对犯罪人的身份上有特殊的要求,没有这种身份的人不能构成这种犯罪。这就涉及有身份的人和无身份的人共同实施犯罪的问题。在经济犯罪中经常出现有身份的人和无身份的人内外勾结共同犯罪的情况。如果内外勾结的犯罪,法律规定是一个相同的犯罪,定罪比较容易,是主犯和从犯的问题。但是,一般情况下,规定了不同的罪名。1985年颁布的司法解释就规定对内外勾结进行盗窃、贪污,按照主犯的身份来定罪,如果主犯是国家工作人员,那么从犯也按照国家工作人员来定贪污罪,如果主犯不是国家工作人员,那么国家工作人员也按照盗窃的共犯来定,这个司法解释就是要解决特定身份主体的犯罪和无特定身份主体的人共同犯罪时,没有具体规定的问题。但是,这个司法解释出来以后,在理论上受到了批评。我也不同意这个司法解释的观点,司法解释所讲的按照主犯身份来定,我认为它不符合共同犯罪定罪的法理。主要的问题就在于主犯、从犯是一个解决共同犯罪量刑的问题(概念),而定这个罪还是那个罪是定罪(定性)的问题。定罪和量刑是两个不同的问题,逻辑上而言,定罪是前置于量刑的,首先应该解决定罪问题,主犯、从犯这种规定是按照犯罪人在共同犯罪中的作用来解决它的量刑问题,主犯从重,从犯从轻,量刑的问题是在已经解决定罪问题的基础上才提出来的,定贪污还是定盗窃,是定罪的问题,怎么能用量刑的概念来解决定罪的问题呢?不符合逻辑,已经定罪才有主犯和从犯。在共同犯罪情况下,共犯在实施犯罪中有分工,解决共同犯罪人定罪时要根据共犯和正犯来区分。共犯的特点是他本人没有实施刑法分则中所规定的犯罪的这些行为,而是对他人犯罪进行组织、策划或者提供便利和帮助。共犯和正犯之间往往有密切联系,例如教唆犯,他本人并没有去实施,为什么要定罪,因为真正实施犯罪行为的人的犯意是由教唆犯而产生的,教唆犯就要

对被教唆人所实施的行为负责任。共犯在法律性质上对于正犯有一种从属性,共犯的犯罪性质、罪名是取决于正犯的,帮助犯从属于被帮助犯的犯罪性质,这是解决共同犯罪人的一个定性问题的基本思路。

对于内外勾结进行盗窃和贪污的,以什么来解决定性的问题,司法解释讲的按照主犯的身份来定罪,这是一种观点。这种观点,我认为在法理上可能出现问题,而且在实际操作过程中也可能出现问题。例如按照主犯来定罪,那两个人都是主犯怎么办,还有一种说法,都应当按照有身份的人来定罪,就是按照正犯所触犯的罪名来定,如果非国家工作人员是共犯,也就是一个教唆、一个帮助,这样是可以的,但是如果是共同实行就不好办了,内外勾结进行盗窃或者贪污,国家工作人员也参与了犯罪的实行,他不单单是个共犯,是一个有身份的人和无身份的人共同的实行,这种情况下定罪可能有问题了。如我国《刑法》只有一个杀人罪,但是在外国刑法中,根据杀人的对象不同,往往分为两个不同的杀人罪,一个是普通杀人,一个是杀害近亲属。后者是独立的罪名,判的比较重,比如儿子杀害父亲,这是一个特殊主体的犯罪。如果儿子与他人勾结一起杀害自己的父亲,在这种情况下,严格来说,应该分别定罪比较好,被告人和死者之间有这种特殊关系就定这个罪,另外一个被告人与死者没有这个关系就按照普通杀人罪来定。因此,两个人共同实行同一个行为,根据他们的身份不同分别规定两个不同的犯罪,就应当按照两个不同的罪名来定,仍然是一个共同犯罪,但是罪名不一样。这个观点我个人比较赞同。以内外勾结共同进行盗窃或者贪污的,应该按照他的身份分别定罪,国家工作人员定贪污,非国家工作人员定盗窃,这种做法比较符合法理。但是,在实践当中如果按照这种方法来定,会导致量刑上的不平衡,这就是立法和司法解释的不同规定导致的,本来是贪污比盗窃重,按照法律规定来说,也是比盗窃要重,但通过司法解释,实际上是倒过来,盗窃比贪污要重,贪污按照法律要够 5000 元才构成犯罪,盗窃 1000 元就构成。在这种情况下,两个人共同实行,如果分开定罪,非法占有了 3000 元,结果是国家工作人员定贪污不构成犯罪,非国家工作人员定盗窃构成犯罪,这显然是不合理的。按照道理来说应该分开定罪,但分开定罪,由于现在的法律规定,又会造成两者之间量刑上的极不协调,造成不公平。在这种情况下作为变通的方法,还是都定贪污比较好些。理论和现实和法律规定有时候会发生对立,怎么处理好这种关系,是一个比较复杂的问题。

97 年修订的《刑法》中,第 382 条第三款就对贪污的共犯作了明确的规定:

与前两款所列人员勾结,伙同贪污的,以共犯论处。这就解决了有身份人和无身份人共同犯罪如何定罪的问题。国家工作人员和非国家工作人员相勾结共同贪污,对非国家工作人员应当按照贪污的共犯来定罪。无身份的人不可能单独成为有身份的这种犯罪的实行犯,可以成为有身份犯罪的共犯,强奸罪的主体只能是男性,女性不能成为强奸罪的正犯,只能成为间接正犯,她可以教唆不满 14 周岁的人进行强奸,可以成为共犯。但不能成为正犯,按照这个规定对无身份的人应当按照有身份的人犯罪的共犯来处理,包括组织、教唆、策划、帮助,但是能不能包括共同实行?这仍然是有疑问的,如何理解共犯,刑法理论本身的概念就很混乱,至少在三种含义上使用,一是把其当作共同犯罪的简称;二是把共犯当作共同犯罪人的简称;三是在与正犯相对应的意义上来理解共犯,就是帮助或者教唆、组织。如果按照这一狭义的共犯来理解,382 条第三款所说的以共犯论处,是指以教唆、帮助、组织犯为主,但是不能包括共同实行,它解决的是共犯和正犯的关系,而不包括共同实行的关系,在这种情况下如何解决,仍然是一个值得研究的问题。

2002 年颁布了关于经济犯罪案件审理当中共同犯罪的司法解释,它讲到的问题是贪污和职务侵占如何定罪的问题。两者都是有身份的人才能构成的,但是这两种身份又不一样,在实践中就发生了这种不同身份的人互相勾结来侵占财物。比如,同一个单位里面,由国家机关或者国有公司、企业委派来的,是国家工作人员,这个企业本身是集体企业或者中外合资合作企业,企业的聘任人员,就不是国家工作人员,他们互相勾结侵占企业财物,应当怎么定罪,按照主犯的身份来定,首先要看利用谁的身份,如果只利用了国家工作人员的身份,没有利用另外一个人的身份,对另外一个人应当按照贪污的共犯来处理;如果只利用了非国家工作人员的身份,没有利用国家工作人员的身份,应当定职务侵占,现在复杂的就在于两个人共同利用职务的便利来占有这个财物,在这种情况下,按照我的理解应当分别定罪,因为国家工作人员的这个行为,法律已经单独定罪了,就应当按照这个罪来定,不是国家工作人员,《刑法》规定了职务侵占罪,就应当按照职务侵占罪来定。分别定罪比较合适,表明立法者对不同身份的人实施同一种行为而作出的不同的法律评价,由于这个问题有明确的司法解释,我们要按照司法解释来处理。

在金融诈骗犯罪中内外勾结进行犯罪的问题如何来定罪,同样也存在问题。比如,上海有一个案件,某商业银行负责某大企业的贷款业务员,和别人勾结起