

领导干部学法用法丛书

LINGDAO GANBU

XUEFAYONGFA CONGSHU

刑事法

主编 郝铁川 顾肖荣
林荫茂 柯葛壮 / 著

上海人民出版社

领导干部学法用书

主编 郝铁川 顾肖荣
林荫茂 柯葛壮 / 著

刑事法

上海人民出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

刑事法/林荫茂,柯葛壮著.

—上海:上海人民出版社,2002

(领导干部学法用法丛书/郝铁川,顾肖荣主编)

ISBN 7-208-04376-0

I. 刑... II. ①林...②柯... III. ①刑法-中国-干部教育-学习参考资料②刑事诉讼法-中国-干部教育-学习参考资料 IV. ①D924.04②D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 082741 号

责任编辑 曹培雷

特邀编辑 徐静琳

封面装帧 甘晓培

目 录

1. 刑法概述	2
1.1 刑法和刑法的基本原则	2
1.2 犯罪特征和犯罪构成	5
1.3 刑罚和量刑	7
2. 国家工作人员	10
2.1 国家机关工作人员和“以国家工作人员论” 的人员	10
2.2 国有单位中从事公务的人员	11
2.3 国有单位委派到非国有单位从事公务的人员	12
2.4 其他依照法律从事公务的人员	14
2.5 “从事公务”是国家工作人员的本质属性	16
3. 单位犯罪	17
3.1 单位主体	18
3.2 单位意志和单位利益	21
3.3 直接负责的主管人员和其他直接责任人员	25
4. 贿赂犯罪	28
4.1 受贿罪	28
4.2 单位受贿罪	30
4.3 斡旋受贿行为	31
4.4 行贿罪	31
4.5 单位行贿罪	33
4.6 对单位行贿罪	33

4.7	介绍贿赂罪	34
4.8	重点认识几个问题	35
5.	贪污类犯罪	43
5.1	贪污罪	44
5.2	礼物不交公的贪污罪	46
5.3	挪用公款罪	48
5.4	私分国有资产罪、私分罚没财物罪	51
5.5	巨额财产来源不明罪	54
5.6	隐瞒境外存款罪	56
5.7	重点认识几个问题	57
6.	渎职犯罪	70
6.1	滥用职权罪	72
6.2	玩忽职守罪	76
6.3	国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪	80
7.	妨害对国有公司、企业管理秩序罪	84
7.1	非法经营同类营业罪	85
7.2	为亲友非法牟利罪	88
7.3	国有公司、企业、事业单位人员失职罪和 滥用职权罪	90
7.4	徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪	92
8.	我国新刑事诉讼法的主要特色	96
8.1	吸收无罪推定原则,实行疑罪从无	97
8.2	完善强制措施,取消收容审查	98
8.3	加强检察监督,改革免于起诉	99
8.4	改革审判方式,增强控辩对抗	100
8.5	实行简易程序,提高司法效率	101
8.6	改革辩护制度,律师提前介入	102

8.7 扩大自诉范围,保护被害人利益	103
9. 检察机关的自侦案件	105
9.1 自侦案件的法定范围	105
9.2 自侦案件的机动范围	107
10. 对犯罪嫌疑人、被告人的强制措施	108
10.1 拘传	108
10.2 取保候审	109
10.3 监视居住	110
10.4 拘留	112
10.5 逮捕	113
11. 犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利	115
11.1 作为诉讼参与人的诉讼权利	116
11.2 作为当事人的诉讼权利	116
11.3 犯罪嫌疑人、被告人特有的诉讼权利	118
12. 检察机关对刑事案件的审查起诉	120
12.1 法定不起诉	121
12.2 裁量不起诉	122
12.3 存疑不起诉	123
13. 人民法院的审判制度和审判程序	125
13.1 审级制度和审判管辖制度	125
13.2 公开审判制度	128
13.3 审判程序	129
后 记	136

“干部”不是刑法上的概念。约定俗成,人们将“干部”理解为国家机关工作人员或各行各业的领导人员。刑法上与“干部”概念相关但不能等同的是“国家工作人员”。干部学刑法用刑法,从自身角度而言,主要是学习有关国家工作人员这一特定主体可能涉及的犯罪罪名、犯罪构成,了解这些罪名主要的刑法理论问题和司法实践中的运用问题,以及与国家工作人员涉嫌犯罪有关的刑事诉讼程序和制度。学习的目的在于帮助干部知法不犯法,教育、管好自己周围的、属下的干部以及自己的家属不犯法,依法正确行使职权,并运用法律武器,维护自己的合法权益,积极与各种犯罪行为作斗争。可见,本书是有针对性、有选择性地介绍刑法和刑事诉讼法的。

本书所称刑事法包括刑法和刑事诉讼法。在介绍这两个法的具体内容之前,有必要将刑法和刑事诉讼法的一些基本的问题择要地介绍一下,以利于比较完整地理解刑法和刑事诉讼法。全书共分十三章,第一章为刑法概述,主要介绍刑法和罪刑法定、犯罪本质和犯罪构成以及刑罚和量刑;第二章至第七章主要从实体法角度介绍“国家工作人员”范围、“单位犯罪”认定、国家工作人员常见犯罪,包括贿赂犯罪、贪污挪用类犯罪、渎职犯罪和国有单位人员犯罪等;第八章为新刑事诉讼法的特色,概述刑事诉讼法;第九章至第十三章主要从程序法角度介绍检察机关的自侦案件、对犯罪嫌疑人、被告人的强制措施、犯罪嫌疑人和被告人的诉讼权利、检察机关对刑事案件的处理决定、人民法院的审判制度和审判程序等。

1. 刑法概述

1.1 刑法和刑法的基本原则

刑法是以国家名义颁布的,规定什么行为是犯罪以及如何追究刑事责任的法律规范的总和。我国刑法是在 1979 年 7 月颁布实施的,1997 年 3 月进行修订,修订后的刑法自 1997 年 10 月 1 日起施行至今。修订后的刑法由总则和分则两编及附则组成,共 452 条。另有两个附件。总则共分五章,分别是:第一章刑法的任务、基本原则和适用范围;第二章犯罪;第三章刑罚;第四章刑罚的具体运用;第五章其他规定。分则共分十章,分别是:第一章危害国家安全罪;第二章危害公共安全罪;第三章破坏社会主义市场经济秩序罪;第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪;第五章侵犯财产罪;第六章妨害社会管理秩序罪;第七章危害国防利益罪;第八章贪污贿赂罪;第九章渎职罪;第十章军人违反职责罪。修订后的刑法实施后,第九届全国人民代表大会常务委员会又先后通过三个刑法修正案,分别是:1999 年 12 月 25 日通过的刑法修正案(关于惩治破坏社会主义市场经济秩序的犯罪);2001 年 8 月 31 日通过的刑法修正案(二)(关于惩治毁林开垦和乱占滥用林地的犯罪);2001 年 12 月 29 日通过的刑法修正案(三)(关于惩治恐怖活动的犯罪)。

刑事立法总是根据犯罪的变化和打击犯罪的需要而不断进行立、改、废。干部学刑法、用刑法,特别应当注意这种立法的变

化。例如,1999年的刑法修正案修改了刑法第168条的规定,将“徇私舞弊”从犯罪构成要件修改为法定量刑从重情节。原来刑法第168条规定,国有公司、企业直接负责的主管人员,徇私舞弊,造成国有公司、企业破产或者严重亏损,致使国家利益遭受重大损失的,构成徇私舞弊造成破产亏损罪;而刑法修正案中“徇私舞弊”不再作为犯罪构成要件,规定“国有公司、企业的工作人员,由于严重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”,就构成犯罪,而徇私舞弊犯罪的,从重处罚。

我们不仅要注意刑事立法的变化,还要关心最高人民法院和最高人民检察院就刑法适用问题进行的司法解释,大量的司法解释同样是司法机关认定犯罪的依据。例如,挪用公款罪,是否包括挪用公物;挪用公款给私营公司使用是否属于挪用公款归个人使用;等等,这些问题只有在司法解释中才能找到答案。所以,学刑法、用刑法,最基本的是先学好刑法典本身,其他包括刑法修正案、司法解释,才能对某一行为是否犯罪、犯何罪、处何刑作出正确判断。

刑法的基本原则是贯穿于刑法的立法、司法的全过程,具有普遍遵守的、为刑法所独有的、具有全局性、根本性的准则。修订后的刑法第3条至第5条,规定了刑法的三项基本原则,即罪刑法定原则、法律面前人人平等原则、罪、责、刑相适应原则。

刑法第3条规定了罪刑法定原则,即“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处罚;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处罚”。

根据罪刑法定原则,有两点是值得干部学法用法注意的,一是我国修订后的刑法禁止适用类推。1979年刑法有类推制度,规定“本法分则没有明文规定的犯罪,可以比照本法分则最相类

似的条文定罪判刑,但是应当报请最高人民法院核准”。1997年刑法取消了类推制度,根据罪刑法定原则,禁止适用类推。二是刑法的溯及力采从旧兼从轻原则。即刑法第12条第1款规定的:“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。”从旧兼从轻原则同样适用于刑法修正案的溯及力。关于刑事司法解释的时间效力问题,最高人民法院和最高人民检察院规定:“司法解释是最高人民法院对审判工作中具体应用法律问题和最高人民检察院对检察工作中具体应用法律问题所作的具有法律效力的解释,自发布或者规定之日起施行,效力适用于法律的施行期间。对于司法解释实施前发生的行为,行为时没有相关司法解释,司法解释施行后尚未处理或者正在处理的案件,依照司法解释的规定办理。对于新的司法解释实施前发生的行为,行为时已有相关司法解释,依照行为时的司法解释办理,但适用新的司法解释对犯罪嫌疑人、被告人有利的,适用新的司法解释。对于在司法解释施行前已办结的案件,按照当时的法律和司法解释,认定事实和适用法律没有错误的,不再变动。”

刑法第4条规定了法律面前人人平等原则,即“对任何人犯罪,在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权”。根据这一原则,任何人犯罪都要受到刑法的追究;具有相同情节的犯罪人,在处罚上平等对待,不因地位、身份、权势、功劳、金钱而享有特权。需要指出的是,法律面前人人平等原则,与刑法对具有国家工作人员身份的身份犯犯罪的设定以及身份犯量刑轻重的规定并不矛盾,因为这是科学地针对身份犯的行

为社会危害性而预先在刑法中作出的规定。

刑法第5条规定了罪责刑相适应原则,即“刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应”。根据这一原则,要求刑罚的轻重必须与犯罪的社会危害性和犯罪人的人身危险性相适应。

1.2 犯罪特征和犯罪构成

修订刑法第12条规定:“一切危害国家主权、领土完整和安全,分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度,破坏社会秩序和经济秩序,侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产,侵犯公民私人所有的财产,侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利,以及其他危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪,但是情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”刑法对犯罪的定义揭示了犯罪的三个基本特征,即社会危害性、刑事违法性和应受惩罚性。这三个基本特征是一切犯罪都必然具备的。其中,社会危害性是犯罪的本质特征。社会危害性是刑事违法性和应受惩罚性的基础,没有社会危害性的行为,不会在立法上规定为犯罪,同时,社会危害性又受刑事违法性和应受惩罚性的制约,行为是否具有社会危害性,还需根据刑法判断。

犯罪的三个特征,特别是社会危害性这一犯罪本质特征,是干部理解刑法所有规定的前提,更是区分罪与非罪的总标准。社会危害性不是固定不变,但受到立法稳定性的限制。特别是在政治体制和经济体制改革过程中,有许多新情况、新问题需要全面认识、综合把握,要善于透过现象看本质。例如,认定贷款纠纷还是贷款诈骗犯罪是司法实践中的难点,需要综合考虑主

客观各个方面,不能仅仅因为贷款到期没有偿还,贷款过程使用虚假报表,就断定行为人具有非法占为己有的诈骗故意和诈骗行为。贷款到期没有偿还可能有多种原因,如因经营不善,致使企业亏损,无法偿还;因市场行情发生变化,没有取得预期收益而无法归还;也有主观上不愿按时归还、肆意挥霍贷款无法归还等情况。贷款过程采用虚假报表也有不同目的的,有的以非法占为己有为目的,有的因不具备贷款条件又急于贷款,而贷款确实用于贷款规定的项目用途的。对于确有证据证明行为人不具有非法占为己有的目的,确因不具备贷款条件而采用了欺骗手段获取贷款,案发时有能力履行还贷义务,或者案发时不能归还贷款是因为意志以外的原因,如因经营不善、被骗、市场风险等,不应以贷款诈骗罪定罪处罚。

犯罪构成是指“刑法所规定的、决定某一具体行为的社会危害性及其程度而为该行为构成犯罪所必需的一切客观和主观要件的总和”。^① 犯罪构成是认定犯罪的唯一法律标准,凡是符合某种犯罪构成的,就构成犯罪。犯罪构成是区分罪与非罪、此罪与彼罪、重罪与轻罪、一罪与数罪的法律标准。任何犯罪的犯罪构成都包括犯罪主观要件、犯罪主体要件、犯罪客观要件、犯罪客体要件,通称犯罪四要件,具体犯罪正是在四个要件上有千姿百态的表现或规定。受贿罪有受贿罪的犯罪构成要件,贪污罪有贪污罪的构成要件,可以说,学刑法,主要就是学会分析各个犯罪的构成要件。犯罪构成要件是刑法规定的,某一犯罪由怎样的构成要件组成,不仅要根据刑法分则中具体罪名的法条内容去确定,还要根据刑法总则的有关规定去确定。例如,刑法分则第305条对伪证罪的犯罪构成要件有具体规定,其中犯罪主

^① 《中国刑法词典》,学林出版社1989年第1版,第125页。

体要件是刑事诉讼中的证人、鉴定人、记录人、翻译人,但其中能够成为证人的不一定能够成为犯罪主体,因为,刑法总则规定了犯罪主体必须达到刑事责任年龄。证人作证的年龄和犯罪主体的责任年龄是不同的。犯罪构成要件中还特别要注意“情节严重”、“数额较大”这样一些概念,因为在有的犯罪中,它们是犯罪构成要件,如刑法第 387 条的单位受贿罪;在有的犯罪中是量刑情节,如刑法第 382 条、第 383 条贪污罪。

犯罪客体要件,是指被犯罪行为所侵犯的合法权益。犯罪客观要件,是指成立犯罪所必须具备的客观事实特征,如犯罪行为、犯罪时间、犯罪地点、犯罪对象、犯罪结果等。犯罪主体要件,是指实施犯罪行为的主体本身必须具备的条件,包括法定责任年龄和辨认控制能力,有的犯罪,其犯罪主体还必须具备特殊身份,如国家工作人员身份。犯罪主体包括自然人主体和单位犯罪主体。犯罪主观要件,是指犯罪主体对其实施的危害行为及其危害结果所持的心理态度,包括故意和过失,有的犯罪还包括犯罪目的和犯罪动机。

1.3 刑罚和量刑

我国刑罚分为主刑和附加刑。主刑包括管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑。附加刑包括罚金、剥夺政治权利、没收财产。量刑是根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对社会的危害程度,依照刑法有关罪名下的法定刑裁量。本书介绍的有关国家工作人员的犯罪,在刑罚运用上除常见的自由刑适用外,还常涉及没收财产刑、罚金刑的适用,在刑事追诉中还常涉及退赔、追缴赃款赃物这样一些概念。

没收财产刑是没收犯罪分子个人所有的财产,不得没收属

于犯罪分子家属所有或者应有的财产。没收财产有没收全部财产和没收部分财产两种情况。没收全部财产时,应当对犯罪分子个人及其扶养的家属保留必需的生活费用。没收财产以前即判决生效前犯罪分子所负的正当债务,需要以没收的财产偿还的,经债权人请求,应当偿还。

罚金刑是根据犯罪情节决定罚金数额,如违法所得数额、造成损失的大小、犯罪分子缴纳罚金的能力等。刑法没有明确规定罚金数额标准的,罚金的最低数额不能少于一千元。

法定刑中有并处没收财产或罚金的,则在判处主刑的同时,必须附加判处相应的财产刑,如果法定刑中是可以并处没收财产刑或罚金刑的,则根据案件具体情况及犯罪分子的财产状况,决定是否适用财产刑。

量刑总是在罪名确定的前提下根据法定刑裁量,而法定刑大多有两个或两个以上的幅度,幅度中又有不同刑种,所以,裁量刑罚,具体适用哪一个幅度、选择哪一个刑种、确定什么刑期,还有一个量刑情节的认定过程。量刑情节一般分为法定量刑情节和酌定量刑情节,这些情节都分别对刑罚起着或重或轻的作用。如“自首”、“立功”、“累犯”、“主犯”、“从犯”、“预备犯”、“未遂犯”、“中止犯”等都属于法定量刑情节,用于在法定刑幅度内从轻、从重裁量刑罚或在法定刑幅度下减轻裁量刑罚。又如“情节严重”、“情节特别严重”、“情节较轻”、“特别重大损失”、“数额特别巨大”等,这些法定量刑情节一般是用于选择法定刑幅度的(但在有些犯罪中是定罪情节,如“情节严重”),这些法定量刑情节的认定标准,可以参见相关的司法解释。酌定量刑情节,是由审判法官灵活掌握的对刑罚轻重具有影响的情节,如认罪态度、悔罪表现、犯罪动机、退赔全部赃款、挽回损失等。特别值得注意的是,在本书介绍的国家工作人员犯罪中,较有特点的法定和

酌定量刑情节是很多的,如“犯罪后有悔改表现、积极退赃的”、“挪用公款数额巨大不退还的”、“索贿的”、“行贿人在被追诉前主动交代行贿行为的”、“介绍贿赂人在被追诉前主动交代介绍贿赂行为的”、“致使国家利益遭受特别重大损失的”、“在案发前全部归还本金和利息的”等等。

退赔和追缴的对象都是犯罪赃款赃物,如违法所得。但主动退赔或是经责令退赔均属于犯罪分子退赔行为,与被司法机关追缴是不同的,退赔反映了犯罪分子的认罪悔罪态度和主动挽回多少损失,而追缴只是说明挽回了多少损失,并不反映犯罪人的态度,两者对量刑的影响力是不同的。我国刑事政策充分重视犯罪人积极退赔的情节。

2. 国家工作人员

刑法第 93 条规定：“本法所称国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、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，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。”

“国家工作人员”在刑法上具有刑法特定含义和范围，是某些犯罪的特殊主体身份。通常来说，国家工作人员犯罪比非国家工作人员犯罪在法定刑或量刑上要重。如刑法第 382 条和第 383 条“贪污罪”比刑法第 271 条“职务侵占罪”要重；刑法第 384 条“挪用公款罪”比刑法第 272 条“挪用资金罪”要重；刑法第 385 条“受贿罪”比刑法第 163 条“公司、企业人员受贿罪”要重等等。领导干部犯罪并不一定就是“国家工作人员”犯罪。根据刑法第 93 条规定，关键需把握“从事公务”的概念以及“国家工作人员”的类型。

2.1 国家机关工作人员和“以国家工作人员论”的人员

根据刑法第 93 条规定，国家工作人员包括两类：一类是国家机关工作人员，即在国家机关中从事公务的人员；另一类是“以国家工作人员论”的人员，包括三种：在国有单位中从事公务

的人员、国有单位委派到非国有单位从事公务的人员以及其他依法从事公务的人员。

国家机关工作人员指国家机关中从事公务的人员。国家机关是指国家为行使其职能而设立的各种机构,是具有国家权力的机构,包括:国家立法机关、行政机关、审判机关、检察机关、公安机关、国家安全机关、军队中的各级机关。

“以国家工作人员论”的人员包括 1. 国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员(以下称“国有单位中从事公务的人员”);2. 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(以下称“国有单位委派到非国有单位从事公务的人员”);3. 其他依照法律从事公务的人员。

2.2 国有单位中从事公务的人员

国有单位中从事公务的人员,该国有单位仅指国有公司、国有企业、国有事业单位和人民团体。

国有公司、企业,是指国家独资的公司、企业和由这种全资国有公司、企业共同投资成立的国有公司、企业。国有公司、企业不包括国家控股的公司、企业,无论是相对控股还是绝对控股。2001年5月26日最高人民法院公布施行的《关于在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员利用职务便利非法占有本公司财物如何定罪问题的批复》中明确提出:“在国有资本控股、参股的股份有限公司从事管理工作的人员,除受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派从事公务的以外,不属于国家工作人员。”

国有事业单位是指完全由中央或地方政府的财政预算拨