

法律 应用研究

最高人民法院法律政策研究室 编

6

2002



专家论坛

立法、司法聚焦

刑法应用问题研究

刑事诉讼法应用问题研究

民事诉讼法应用问题研究

案例评析

立法问题研究

中国法制出版社

2002 年第 6 辑

法律应用研究

最高人民检察院法律政策研究室 编

中国法制出版社

责任编辑 王淑敏

图书在版编目 (CIP) 数据

法律应用研究/最高人民检察院法律政策研究室编.

- 北京: 中国法制出版社, 2002.12

ISBN7-80083-826-9

I. 法… II. 最… III. 法律-应用-研究-中国

IV. D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 045522 号

法律应用研究 2002 年第 6 辑

FALU YINGYONG YANJIU

编者/最高人民检察院法律政策研究室

经销/新华书店

印刷/保定市印刷厂

开本/850×1168 毫米 32

印张/7

字数/150 千

版次/2002 年 12 月北京第 1 版

2002 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN7-80083-826-9/D·791

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031)

定价: 10.00 元 (全套 6 册 定价: 60.00 元)

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话: 66062752)

《法律应用研究》编辑委员会

主 编:戴玉忠

副 主 编:陈国庆 穆红玉

编 委:(以姓氏笔画为序)

王守安 王保权 王建平 罗庆东

周苏民 线 杰 韩耀元

特约编委:

张朝霞 赵屹松 李兴友 刘夏平 苑瑞先

高宗仁 聂晓生 张东军 罗昌平 尹 吉

黄生林 丁芙蓉 林贻影 于 峰 郝广谦

阎河川 廖焱清 丁维群 曾伊山 罗绍华

张远南 郝伟民 冉鄂兰 陆云生 安 南

吕万明 梁晓淮 路晋军 房建忠 杨 波

李文渝 焦甸凉 程相会

特约编辑:

王昭峰 王济民 党效群 崔 峰 郭庆文

刘树元 张 尧 樊忠诚 吴毓韬 唐有朝

糜方强 张继政 滕 忠 刘志成 牟义军

郭献民 李少波 段志凌 周作学 全 莉

李永利 王艳阳 杜树生 孙穆堃 马天山

邢效武 冯耀辉 李宁玉 李玉莲 朱金荣

汪红杰 尚 丽 刘 明

通讯编委:

林文新 胡 俊 柏利民 贾济东 税明泽

董 林

执行编辑:罗庆东 王建平 张玉梅

前 言

为推动法律应用研究和司法解释工作，为各级检察机关、公安机关、审判机关、司法行政部门具体应用法律工作提供权威、准确的指导和研究意见，同时也为学术研究提供有价值的参考，最高人民检察院法律政策研究室编辑了《法律应用研究》丛书。

《法律应用研究》立足于司法实践，突出应用性、权威性，主要宗旨是通过对法律应用问题的研究提出适用法律意见，为执法、办案等工作提供指导，同时为制定司法解释提供实践和理论依据。

《法律应用研究》定期编辑出版，每辑根据实际需要设置“专家论坛”、“立法、司法聚焦”、“刑法应用问题研究”、“刑事诉讼法应用问题研究”、“民事行政法律应用问题研究”、“立法、司法解释释义”、“案例评析”、“立法问题研究”、“资料库”等栏目。

我们热忱欢迎法律专家、学者以及从事立法、司法实务工作的同志为《法律应用研究》撰写有关文章、案例，共同推动法律应用研究和司法解释工作，繁荣法律研究园地。

最高人民检察院法律政策研究室

2002年2月



目 录

专家论坛

- 金融刑法罪数形态探微/屈学武 (1)
- 试论我国证据制度的理论基础问题/周士敏 (32)

立法、司法聚焦

- 我国检察机关的法律监督性质和地位/戴玉忠 ... (43)
- “入世”与检察工作
- “入世”后司法解释可能呈现出的发展
趋势/秦醒民 (54)
- 刍议加入 WTO 与中国民事行政检察监督
之应对/徐汉明 (62)

刑法应用问题研究

- 数罪并罚制度适用之研究/时延安 (74)
- 交通肇事罪的司法认定/李兰英 (100)
- 关于认定和处理合同诈骗犯罪若干问题的
意见/隋光伟 岳志刚 (121)

刑事诉讼应用问题研究

- 受贿罪的证据特点、证明要求及
最低证明标准探讨/李英民 (129)
- 试论我国刑事证据开示制度/靳明臣 (137)
- 证据开示制度的实践运作/



岳金矿 于振辉 王云光	(143)
公诉标准化模式初探/王文伟 袁清彪 牛振华	(155)
再审抗诉法律实务问题研究/李孝廉 黄常明 ...	(162)
检察实践	
转变诉讼监督理念专题调研报告/南京市检察院 “执法理念”专题调研组	(177)
论检察机关职务犯罪侦查工作的 立体化建设/赵东平	(190)
立法问题研究	
增设国家赔偿请求权撤回制度的 立法思考/罗 超	(196)
案例评析	
汪某的行为是否构成滥用职权罪 ——兼谈滥用职权罪损失结果的认定/马晓静	(204)

金融刑法罪数形态探微

屈学武*

金融刑法,指我国现行刑法典、单行刑事立法、附属刑事立法中所规范的发生在金融交易、金融监管、金融调控过程中的金融犯罪、相关刑事责任及其处罚的法律规范的总和。我国现行金融刑法由现行刑法总则相关规定、刑法分则第三章第四节第五节、全国人大常委会《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》以及有关金融附属刑法构成。综观整个中国现行金融刑法,所设置的各类金融犯罪达34种以上。在罪数形态上,金融犯罪既有同于一般刑事犯罪的共相性特征;又有其自身独有的殊相性特征,值得深入探究。

一、罪数形态论概述

罪数,指根据有关刑法规定及其解释论,刑事立法及刑事司法上对行为所构成的刑事犯罪的法定或认定数目。

* 作者系中国社会科学院法学研究所研究员。



刑法理论上,对区分一罪与数罪的标准有:(1)主观标准说。包括犯意说、故意标准说、目的标准说;(2)客观标准说。包括自然行为说、法律行为说、结果(法益)标准说、法规说、因果关系说等;(3)犯罪构成标准说。又称构成要件标准说、主客观统一标准说。要求行为人基于数个犯意、实施了数个符合分则构成要件的犯罪行为、侵犯了数个法益,才能构成数罪。上述三种观点中,构成要件标准说为我国刑法学界通说观点。

然而,行为即便符合上述通说观点,亦即行为确实符合数个犯罪构成、成立数罪,司法上也未必尽皆实行数罪并罚。实践中,除单纯一罪根本不存在并罚的问题外,就刑法理论角度看,实质一罪、法定一罪、裁定一罪也不并罚。

值得强调的是,罪数问题,就其实质意义看,不仅仅是一个犯罪论、刑罚论问题;更是一个涉及到刑法价值取向标准的问题,从而它对未来刑事立法的完善,有其特定意义。特别是我国刑法对于各种数罪情况,基本上没有抽象而原则的总则性规定。只在分则的个罪中,结合具体犯罪对一些属于法条竞合、牵连犯的处罚原则作了随机性规定。^①因而,从刑事法理角度看,加强对此类犯罪形态及其定罪论、刑罚论的研究,以为将来的立法完善服务,很有必要。

① 以德国、日本为代表的大陆法系国家的刑事法例则不然,他们往往在刑法总则中对法条竞合、牵连犯、想象竞合犯的构成、处罚原则等作出明文规定。我国总则对此没有任何规定,分则罪状中也没有明确出现结合犯、集合犯、徐行犯等法律语例,但确有一些规定符合某些罪数形态特征。因而从学理视角看,一方面,我国分则上可谓存在某些特殊的罪数形态规定;另一方面,惟其相关术语没有明确规制于法典之中,因而此类概念从性质上讲,尚属法学概念而非法律概念。

二、金融刑法中的实质一罪

实质一罪，指以一个犯罪意思实施了一个行为、侵害了数个法益及数个犯罪的直接客体，但所实现的犯罪构成仅仅一个，因而法律将其规制为一种犯罪的情况。

（一）金融想象竞合犯与法条竞合犯

想象竞合乃相对于实质竞合而言，又称想象数罪，指行为人以一个罪过（故意或过失）、实施一个犯罪行为而侵害了数个受刑事法律保护的法益、触犯数个分则罪名的犯罪形态。例如一人开一枪打死一人、打伤一人的情况即属典型的异种想象数罪；而一母以一锅毒饼毒毙三女的案情即属典型的同种想象数罪。此种场合，有的国家，如德国、日本刑法典已分别通过其总则第52条、第54条确认应对其定一罪并“按照其最重的刑罚处断”。由此可见，在德国、日本刑法之中，想象数罪不仅是实质一罪，由于其刑法的明文规制，它已由实质一罪演化成了法定一罪。而我国刑法总则对此没有明文规定，因而“想象数罪”在我国刑法之中，仅为实质一罪，上述“从一重处断”的定罪处罚原则，也仅仅停留在国人的学理共识上。然而，我国司法实践中，沿用上述学理原则定罪判刑的判例看来为数不少。

法条竞合是指一种犯罪行为同时为数个法条、法规所调控的情况。包括一个行为同时为两个法规所包容式竞合或交叉式竞合规定。由于数个法条都对一种行为作出了犯罪规定，因而，法条竞合也发生行为人基于一个罪过、实施一个行为，却触犯了数个分则罪名的情况。例如刑法第266条所规定的（一般）诈骗罪与刑法第192条规定的集资诈骗罪即属包容式竞合，后者本为前者所包容，因而后者属特别法条、前者属普通法条。刑法第219条所规定的侵犯



商业秘密罪与刑法第 398 条所规定的泄露国家秘密罪却属交叉式竞合：二罪的行为方式及行为对象本属多样的、可选择的。但当其行为人既采用了披露（泄露）他人商业秘密的方法来侵犯商业秘密、该商业秘密恰巧又属国家秘密时，两罪行为方式及行为对象就竞合成一种犯罪“行为”。鉴于这一种行为同时为两个法条所规定、所调控，此类情况当属法条竞合。

对法条竞合的定罪处罚原则，我国刑法总则上没有特别规定。就学理角度看，一般采用特别法（条）优于普通法（条）的定罪原则。实践中，当其两法条对某一行为的调控专属性不确定，难以区分孰为特别、孰为普通时，可按重法优于轻法的原则定罪判刑。此外，尽管我国刑法总则上未对法条竞合的定罪处罚原则作出特别规定，分则上却有特别规定之法例。如我国金融刑法第 183 条的规定即是。该条第 1、2 款分别规定：“保险公司的工作人员利用职务上的便利，故意编造未曾发生的保险事故进行虚假理赔，骗取保险金归自己所有的，依照本法第 271 条的规定定罪处罚”。“国有保险公司工作人员和国有保险公司委派到非国有保险公司从事公务的人员有前款行为的，依照本法第 382 条、第 383 条的规定定罪处罚”。上述第 1 款规定实则道明：当其一个行为既可适用刑法第 198 条保险诈骗罪、又可适用刑法第 271 条职务侵占罪时，直接适用刑法第 271 条。第 2 款规定亦然，指当其一个行为既可适用保险诈骗罪规定、又可适用贪污罪规定时，按贪污罪定罪处罚。

基于上述对想象竞合与法条竞合犯的认识，这里不妨先检视一下现有金融犯罪研究著述中涉及到的、有关金融犯罪中的想象数罪与法条竞合的学理观点。有学者认为，盗窃他人信用卡并据此骗取财物的行为，“既触犯刑法第 196 条信用卡诈骗罪，又触犯刑法第 264 条盗窃罪，即属于

想象竞合犯”。^① 对此结论性观点，我们不能苟同。理由是：既盗窃又使用（诈骗）信用卡的行为，原本不是一个刑法意义的行为，即原本并不符合想象竞合犯和法条竞合犯所要求的仅实施了“一个行为”的特征；然而，“既盗窃又使用”的行为虽然本不是一个（而是数个）行为，但经由刑法第 196 条对其作了特别规定之后，本来可以视作一个行为了。但它却没有触犯数个法条、数个罪名。

刑法第 196 条第 4 款特别规定：“盗窃信用卡并使用的，依照本法第 264 条的规定定罪处罚”。——据此规定可见，盗窃他人信用卡并骗取财物的行为，由于其已被法定成了一个行为，它就并未触犯刑法第 196 条（信用卡诈骗罪）的犯罪规定^②——仅仅触犯了刑法第 264 条盗窃罪的规定。有鉴于此，但凡盗窃他人信用卡并据此骗取财物的行为，既不是想象竞合犯、也非法条竞合犯——因为此类行为仅仅由一个法条，即刑法第 264 条调控，因而当属单纯一罪——盗窃罪并按单纯一罪的单罚原则处罚。

另有学者在其著述中主张“在履行合同时，签发空头支票支付货款，也属于想象竞合犯”；认为“在这种情况下，签发空头支票这一犯罪行为，一方面是合同诈骗的实质行为，另一方面是票据诈骗的构成行为，所以这一行为既构成合同诈骗罪，又构成票据诈骗罪”；该学者还论及“对此，有的观点认为‘应属于牵连犯，目的行为是合同诈骗，手段行为是票据诈骗，应该从一重罪处罚’。我们认为，这一观点实则是混淆了想象竞合犯和牵连犯的概念，

^① 胡启忠：《金融犯罪论》，西南财经大学出版社 2001 年 5 月版，第 158 页。

^② 刑法第 196 条第 1 款分四项列举规定了信用卡诈骗罪的行为方式，但此四项规定中均不含有盗窃信用卡并使用者。倒是该条第 4 款明文规定应将其归诸于刑法第 264 条并按盗窃罪的法定刑处罚。



前者是一行为触犯数罪名，后者是数行为触犯数罪名。以签发空头支票的方式支付合同货款，显然是一行为触犯两罪名，而不是两个行为两个罪名，所以并不是牵连犯”。^①

——对上述罪例分析，我们一方面赞同本例不属于牵连犯的观点，因为本例之行为的确仅仅一个而非牵连犯所要求的数个。另一方面，关于本例属于想象竞合犯的观点也是值得商榷的。就最典型意义看，本例不当认定为刑法学理上的想象竞合犯而宜确认为法条竞合。理由是：法条竞合与想象竞合犯的本质区别点在于：（1）一行为、一后果是否同时为数个不同法条所调控。是则为法条竞合、否则非法条竞合；（2）一个犯罪行为所侵犯的法益或危害对象是一个还是数个。一般而言，一个为法条竞合犯；数个为想象竞合犯。上文例举的一人以一枪死一伤一的案例，其行为就既触犯了数个法条、也触犯数个罪名，但其所以不是法条竞合而是想象竞合，就在于其不仅仅触犯了数个法条和数个罪名，还侵犯了数个法益、产生了数个刑法意义的危害后果。

本案却不然，在履行合同时，以签发空头支票的方法来假支付货款、以骗取他人钱财的行为，乃由刑法第194条票据诈骗罪和刑法第224条合同诈骗罪所交叉规定的危害行为。该行为按194条的表述是“以签发空头支票”的方法来“骗取财物的”；按224条的表述是“履行合同过程中”，“以其他方法骗取对方当事人财物的”。而前述学者自己也在其同一著述中称其为“一方面是合同诈骗的实质行为，另一方面是票据诈骗的构成行为”。由此可见，此一行为在事实上已为数法条所调控，符合法条竞合犯的特征；另一方面，无论从合同诈骗罪的视角看还是票据诈骗罪视角看，本案

行为人危害的法益、诈骗的对象毕竟为一个而非数个，因而本案不符合想象竞合犯的特征而属法条竞合。就本案而言，鉴于票据诈骗罪虽然没有行为的前提条件限制，即法条上虽然对本罪没有关于履行合同的还是一般性地购物付款抑或清偿其他债务的限制性条件规定，但事实上，实践中只要冒用虚假票据，无论是购物付款、清偿其他债务、充当定金等，都是广义的（假）签约或履约行为，就此意义看，票据诈骗罪与合同诈骗罪孰为特别法条、孰为普通法条，难以斟酌。但有一点是肯定的，在票据诈骗罪中，“签发空头支票”是该罪罪状明文或者说专门规定的；而此类行为在合同诈骗罪中，却须通过对该条的“以其他方法骗取对方当事人财物的”解读来释定。然而，“签发空头支票”的欺骗行为既然已由特别法条作了专门规定，一般而言，此类特别诈骗手段就应从 224 条的“其他”口袋之中剔除。就此意义看，为诈骗钱财而采用签发空头支票的方式来假签约、履约的手法，宜适用刑法第 194 条。意即，此类场合，194 条当视作 224 条的特别法条。因而对本案宜定性为法条竞合并以票据诈骗罪定罪处罚。

然而，金融犯罪中也并非不发生想象竞合犯。事实上，就拿前述案例看，如果将其稍作修改，就可改作相当典型的同种数罪。例如：某 A、B 两人约定将其以 4:6 比例按份共有的一项价值百万元的货物售让给某 C。三人约定：某 C 应在提货的同时，一次性地按 4:6 的比例按份同时支付 A 与 B 的全部货款。C 于是一次性地签发了一张“足额”空头支票令 A 与 B 一起去银行兑现并按份分取各人应得价款。C 开具支票后，先行提走了货物。A 与 B 去银行扑空后方知同时受骗。从而，某 C 在事实上采取了以一次性地签发一张空头支票的方法（即以一个行为），同时诈骗了 A 与 B 两人、侵害了两个对象的法益、触犯了两个票据诈骗罪的罪



名。本案即属典型的同种数罪想象竞合犯。

(二) 金融犯罪中的数额加重犯、情节加重犯与刑法学理上的结果加重犯

刑法学理上的结果加重犯是指行为人原本只有一个基本故意,针对这一个基本故意仅仅实施了一个行为,不料行为却发生了超越其原犯意的加重危害后果,而行为人的行为与此加重后果之间具有刑法意义的因果关系的犯罪形态。^①例如故意伤害致死即属典型的结果加重犯。这当中,行为人具有导致他人伤害这一基本故意;然而因其伤害而致他人死亡的后果是行为人始料不及的。惟其如此,刑法上才确认其为故意伤害致死。否则,如其致人死亡的后果也是故意的(无论直接故意还是间接故意),行为人肯定该当故意杀人罪而非故意伤害致死。由此可见,结果加重犯具有如下构成特征:首先,行为人的罪过形式有两个:对其导致的基本危害后果是故意的;对其加重结果是过失的。其次,行为人对其加重结果是始料不及的、过失的;再次,行为人的基本行为与加重结果之间须有刑法上的因果关系。

由上述严格意义的结果加重犯构成特征可见,金融犯罪中的数额加重犯、情节加重犯,不是严格意义的结果加重犯。数额加重犯乃刑罚对数额犯的加重。而数额犯本有广狭二义之分,广义的数额犯既包括将数额度规制为定罪基本情节者,也包括将数额度规制为加重量刑情节者。据此,广义的数额犯可分类为基本定罪情节的数额犯与加重

① 所谓严格意义的结果加重犯,指在我国刑法学界占据主流地位的学术观点。广义看,大陆法系一些国家的刑法规定及其国内外某些刑法学者认可的结果加重犯除上述形式外,还包括:(1)加重结果既包括过失、又包括故意者,如丹麦、挪威刑法的规定;(2)将加重结果的罪过形式确认为超故意者,如意大利刑法典的规定;(3)基本结果与加重结果都可以是过失者,如早期《联邦德国刑法典》第309条关于失火致人死亡罪。

量刑情节的数额犯，学理上又称后者为数额加重犯。而情节加重犯也是对情节犯的刑罚加重。据此，情节加重犯也属广义的情节犯之一，指将一定严重情节规制为加重量刑情节者。然而，金融犯罪中的数额加重犯与情节加重犯都有一个共同特征，那就是其罪过形式仅仅一个——故意。刑法学理上的严格意义的结果加重犯却要求其须有两个罪过形式和两个性质不同的危害后果，这些都是金融犯罪中的数额加重犯和情节加重犯所没有的。可见，此二者都不是严格意义的结果加重犯。当然，广义看，由于数额加重犯与情节加重犯也在量刑上有所加重，从这一角度看，它们可谓广义的结果加重犯。

（三）金融犯罪中的继续犯、状态犯与徐行犯

继续犯指以一个犯罪意思与行为实施犯罪，而实施行为及既成不法状态须同时持续相当时间，犯罪始告成立的犯罪形态。继续犯有下述特征：（1）行为人基于一个犯罪意思行为。（2）犯罪行为在时间上没有间隔地继续着；（3）犯罪行为与不法状态同时继续、而不只是不法状态单独继续。例如“非法拘禁罪”，即属最典型的继续犯。行为人是基于一个故意而行为；非法拘禁他人这种犯罪行为与不法限制他人人身自由这种不法状态同时而没有间隔地继续着。由于继续犯实质为一罪，因而刑罚上只能按一罪处罚。

我国金融刑法分别规制的“持有假币罪”、“违法发放贷款罪”、“用账外客户资金非法拆借放贷罪”可谓犯罪行为与不法状态同时继续着的、相当典型的继续犯。除此而外，有学者认为，金融刑法上所规定的非法吸收公众存款罪、违法向关系人发放贷款罪等也属于刑法学理上的继续犯。^① 对此观点，我们认为值得商榷。这是因为这几种犯罪

^① 林亚刚：《金融犯罪罪数形态的探讨》，《法商研究》2000年第4期。



不符合继续犯所要求的“犯罪行为须与不法状态同时继续”的特征。例如，就非法吸收公众存款罪而言，其时间特征就表现为：实施该罪犯罪行为本身并没有时间上的持续性要求，恰恰相反，该罪属于犯罪行为先行结束、不法状态单独继续的状态犯。

状态犯的典型特征是：属于构成要件的犯罪行为先行结束、不法状态单独继续着。如盗窃罪即属典型的状态犯：属于盗窃罪构成要件的盗窃行为先行结束之后、非法占有他人财产的不法状态仍然单独继续着。非法吸收公众存款罪也一样，其构成要件所要求的行为表现为以“作为”方式实施的“非法吸收”公众存款这一吸收行为，至于该存款因而已经并正在某机构户头上这一“状态”本身，并不是非法吸收公众存款罪的实行行为。它仅属该罪实行行为结束之后、自身单独继续着的不法状态而已。

此外，现行金融刑法第186条第1款所规定的违法向关系人发放贷款罪的构成要件行为，严格地说可谓包含着继续犯与状态犯两种形式。因为按照该罪罪状规定，违法向关系人放贷的行为方式有二：其一、违反法律、行政法规规定，向关系人发放信用贷款、造成较大损失的行为；其二、违法向关系人发放担保贷款的条件优于其他借款人同类贷款条件、造成较大损失者。由此规定可见，这里之第一种行为方式属于继续犯：行为人非法放贷多久、借款人非法受贷多久，犯罪行为与不法状态就同时持续多久，因而属于继续犯。第二种行为方式则不然，违法以“更优厚的条件放贷”这一行为本身并不需要时间上的持续性，因而在以优厚条件放完贷款以后，犯罪行为即告结束；借款人仍然享有、抑或使用着该笔贷款的事实——只是不法状态的单独继续而非犯罪行为与不法状态的同时继续。可见，以本罪法定的第二种行为方式行为者更符合状态犯的