

DIANXING
YINAN
ANLI
PINGXI

典型疑难案例评析

最高人民法院法律政策研究室编

1999 年
第 1 辑
总第 1 辑

中国检察出版社

典型疑难案例评析

最高人民检察院法律政策研究室编

(1999 年第 1 辑)

中国检察出版社

典型疑难案例评析

1999 年第 1 期(总第 1 辑)

顾问 张 穹 王作富

储槐植 樊崇义 王利明

主编 戴玉忠 敬大力 陈国庆

编辑委员会委员 (按姓氏笔划为序)

王伦轩 王建明 孙 力 周苏民

夏道虎 彭 东 潘 君 穆红玉

编辑人员 周苏民 王守安

一、刑 法

(一)犯罪和刑事责任

以驾车行驶的方式防止不法侵害 能否构成正当防卫

一、主要案情

被追诉人:仝某,男,43岁,案发前系某剧院经理。

1995年5月9日21时许,剧院录像厅工作人员富某(男,28岁)驾驶仝某私人的黄色微型面包车由南往北行走时,被酒后站在马路中间的常某强行拦住,后常某、张某、许某(三人均已被行政拘留)、田某(以上四人当时均刚喝过酒)强行上车。富某一再解释该车不是出租车,常某等四人不听劝阻。富某无奈将四人拉至剧院广场上,停车后,常等四人坚持让富送他们。富表示不同意。田某首先对富某进行殴打。常某举自行车对富某追砸,其他二人也对富进行殴打。田某将司机一侧的车玻璃打碎,又将车牌子拆下一个,并扬言要把车推走。这时,仝某闻讯赶到现场,出面劝说。在劝解无效后,仝某便驾驶被砸车准备到派出所报案。当车行至广场北出口时,田某突然双脚登上汽车前面的保险杠并扒在车前挡风玻璃上,一边威胁仝某停车,一边与仝某抢汽车方向盘,由于仝某视线受田某的阻挡,汽车呈曲线向前行进。最后撞在一美食城附近的马路沿上,田某被弹出摔在马路上,造成颅脑损伤而死。

一、刑 法

(一) 犯罪和刑事责任

以驾车行驶的方式防止不法侵害 能否构成正当防卫

一、主要案情

被追诉人：全某，男，43岁，案发前系某剧院经理。

1995年5月9日21时许，剧院录像厅工作人员富某（男，28岁）驾驶全某私人的黄色微型面包车由南往北行走时，被酒后站在马路中间的常某强行拦住，后常某、张某、许某（三人均已被行政拘留）、田某（以上四人当时均刚喝过酒）强行上车。富某一再解释该车不是出租车，常某等四人不听劝阻。富某无奈将四人拉至剧院广场上，停车后，常等四人坚持让富送他们。富表示不同意。田某首先对富某进行殴打。常某举自行车对富某追砸，其他二人也对富进行殴打。田某将司机一侧的车玻璃打碎，又将车牌子拆下一个，并扬言要把车推走。这时，全某闻讯赶到现场，出面劝说。在劝解无效后，全某便驾驶被砸车准备到派出所报案。当车行至广场北出口时，田某突然双脚登上汽车前面的保险杠并扒在车前挡风玻璃上，一边威胁全某停车，一边与全某抢汽车方向盘，由于全某视线受田某的阻挡，汽车呈曲线向前行进。最后撞在一美食城附近的马路沿上，田某被弹出摔在马路上，造成颅脑损伤而死。

三、评析意见

正当防卫是我国刑法规定的排除犯罪性的行为。正当防卫的表现形式多种多样。本案所涉及的主要法律问题是,以驾车行驶的方式制止不法侵害,能否构成正当防卫。之所以会产生这种疑问,是因为在一定意义上,驾驶人员是一种特殊主体,驾驶车辆本身具有潜在危险。我们认为,在一定情况下,驾车行驶可以成为正当防卫的一种方式。就本案而言,全某的行为符合正当防卫要件,属于正当防卫:

1. 有不法侵害发生。即有针对国家、集体、他人或本人的合法权益实施侵害的不法行为。这是实行正当防卫的前提,也是正当防卫区别于假想防卫和犯罪行为的重要特征之一。本案中,全某驾车行驶的防卫行为正是针对田某等人先前的不法侵害而实施的。没有田某等人的不法侵害,全某也不会实施该防卫行为。前述第一、二两种意见,之所以认定全某的行为构成故意伤害、交通肇事罪,显然是忽视了全某实施防卫行为的前提,没有把田某等人的不法侵害行为充分地考虑进去,从而混淆了正当防卫与故意、过失犯罪的界限。

2. 不法侵害正在发生。根据刑法规定,只有针对的是正在发生的不法侵害才能实施正当防卫。否则,就是防卫不适时,从而丧失防卫的正当性。上述第一、二两种意见,之所以把全某行为认定为犯罪,其中一个的重要原因就是认为。当全某驾车去报案时,已经脱离了不法侵害。换言之,不法侵害已经结束。至于田某随后的扒车行为也不能算是不法侵害。因为当时田某扒在车上,不可能再对全某产生实际危害。然而,我们认为本案中,当全某对田某四人的无理殴打劝解无效后,驾车前去报案,暂时甩开了常某等三人,但却被田某拦住并强行扒车。而这时常某三人仍在对富某进行殴打。田某四人均系共同不法侵害,我们分析时不能将四人间的关系人为割裂。在全某驾车前去报案,不仅田某强行扒车,威胁

仝某停车,并与仝某抢夺汽车方向盘,而且其他三人殴打富某也未停止,综合田某四人的行为,作为一个整体,其不法侵害仍在继续,并未停止。对于这种正在进行的不法侵害,被侵害人完全有权实施防卫。因此,仝某在车和人身面临严重威胁的情况,继续驾车行驶以防卫的行为并无不当。

3. 行为人有为了使国家、集体、本人或他人利益免受正在进行的不法侵害而实施防卫的主观心理,即行为人有防卫意图。综合本案,仝某是在田某强行扒车并威胁要把车推走或烧毁以及杀死仝某的情况下,才继续驾车行进的。在这个过程中,仝没有任何挑拨防卫的意图和表示,就是为了防卫汽车和自己人身免受不法侵害。其主观心理符合正当防卫的要求。

4. 正当防卫是针对不法侵害者本人实施的。在本案中,田某不仅积极地参与了对富某的无端殴打、砸碎仝某汽车玻璃等不法行为,而且还强行扒车阻止仝某报案、威胁烧毁汽车并杀死仝某。应该说,田某是对富某、仝某实施侵害的主要不法分子,仝某在田某扒车并实施侵害时,驾车对田某本人实施防卫是完全合法的。

5. 防卫并没有过当,即对不法侵害人造成的损害没有超越法律所规定的程度。我国刑法第20条第2款规定:“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的,应当负刑事责任。”这是关于正当防卫的一般性规定。据此规定,构成防卫过当必须同时具备两个条件:一是从性质上看,须明显超过必要限度;二是从后果看,须造成重大损害。结合本案,仝某的防卫行为造成田某死亡的后果,可以说是出现了重大损害。但是我们要分析的是仝某的行为是否明显超过了必要的限度。至于什么是必要限度,刑法界通说采用的是“基本相适应说和必要说的统一说”。所谓基本相适应是指防卫人的防卫行为从手段、强度等方面要与不法侵害行为基本相适应。本案中,田某继殴打富某、砸烂车玻璃后,又强行扒车与仝某抢方向盘并威胁要杀死仝某,烧毁汽车。在此情况下,仝某不敢停车,继续驾车躲避并防卫田某继续进行的不法侵害,从手段上来讲,基

本是相适应的。而且田某扒上车后,全某为避免出现大的危害后果,将车速降低,这种防卫强度与田某的侵害强度应该说也是基本相适应的。从防卫的必要性上来讲,全某目睹了富某惨遭无端殴打、汽车被砸的情况,驾车报案时,又被田某强行扒车、抢夺方向盘并以杀死相威胁。这时,全某如果按照田某要求停车,势必遭到田某等人进一步殴打,被打伤、打死以及车被砸毁、推走都是可能的。在这种情况下,全某采取继续驾车行驶躲避侵害,防卫自身的做法是完全必要的。总之,无论是从防卫手段、强度各方面,全某的防卫都是符合基本相适应和必要性相统一的法律精神要求的。因此全某的防卫没有明显超过必要的限度。所以,其防卫行为也就不能认为是过当行为。

(北京市海淀区人民检察院)

对跨越修订刑法实行日期的继续犯罪 连续犯罪以及其他同种数罪的行为 如何适用法律

一、主要案情

被追诉人：李某，某市工商银行某支行某储蓄所主任。

1996年12月至1997年11月，李某利用职务之便，先后三次挪用本所储户存款19.9万余元，借给个体户罗某经商使用，赚钱后二人分红。

二、分歧意见

本案被追诉人李某自1996年12月至1997年11月利用职务之便，先后三次挪用本所储户存款19.9万余元的行为，属连续犯罪行为。在司法实践中，对连续犯在适用法律时，一般是以一罪追诉，涉及数额的累计计算，按总数额处罚，不涉及数额的从重处罚，不数罪并罚，对此不存在争议。本案的特殊性在于，被追诉人李某的连续犯罪行为跨越了修订刑法施行日期即1997年10月1日。根据修订刑法第12条的规定，对修订刑法施行以前的行为，应根据从旧兼从轻的原则适用法律。那么对李某是应该分别对修订刑法施行以前的行为根据从旧兼从轻的原则适用应适用的法律，对修订刑法施行以后的行为适用修订刑法，还是应该一律按从旧兼从轻的原则适用应适用的法律，或者一律适用修订刑法，以及分别适用法律后要不要数罪并罚，成为疑问，由此引出了对跨越修订刑

法施行日期的继续犯罪、连续犯罪以及其他同种数罪的行为应如何适用法律的问题。

一种观点认为,对于修订刑法实施以前的行为和修订刑法实施以后的行为,应分别情形,统一适用修订刑法,以一罪追诉,或者分别适用原刑法和修订刑法,以数罪追诉。如有的学者认为,对于罪名、构成要件、情节以及法定刑均没有变化的;或者罪名、构成要件无变化、但修订刑法的情节或法定刑比原刑法轻的;或者罪名、构成要件和法定刑都发生变化,但修订刑法的法定刑比原刑法轻的;或者罪名、构成要件发生变化,但法定刑没有变化的,均应适用修订刑法,以一罪追诉,没有必要数罪并罚。对于罪名、构成要件变化或无变化,但修订刑法的情节或法定刑比原刑法重的,按照从旧兼从轻的原则,对于修订刑法实施以前的行为,适用原刑法,对于修订刑法实施以后的行为,适用修订刑法,以数罪追诉,数罪并罚。还有学者进一步认为,对于罪名、构成要件、情节或法定刑变化的,对于修订刑法实施以前的行为,根据从旧兼从轻的原则,适用修订刑法或原刑法,对于修订刑法实施以后的行为,适用修订刑法,如罪名相同,应以一罪追诉,如罪名不同,应以数罪追诉。

另一种观点认为,对于修订刑法实施以前的行为和修订刑法实施以后的行为,统一适用修订刑法,或者统一适用原刑法,以一罪追诉,没有必要数罪并罚。如有学者认为,从理论上和法律规定上看,在一般情况下,连续或继续犯罪都是一罪,这是没有问题的。那么在跨越新旧刑法的情况下,是否应根据新旧法的不同规定,作为两罪处理呢?没有这种必要。以一罪适用修订刑法,即使对被告人有不利之处,可以通过量刑上的掌握来解决。还有的学者认为,对连续犯、继续犯,只要行为是在修订刑法施行后才终了的,一概适用修订刑法,而不论修订刑法对刑罚如何规定。根据罪刑法定原则,对犯罪应适用行为时的法律,而所谓“行为时”,实际就是行为终了时。

还有学者干脆指出,对跨越 1997 年 10 月 1 日的连续犯罪、继

续犯罪如何适用法律是一个很特殊的问题,无论如何适用都可能存在弊端,两害相权取其轻,以笼统定一罪适用从旧兼从轻原则为宜。

还有一种观点认为,对跨越 1997 年 10 月 1 日的继续犯罪、连续犯罪以及其他同种数罪应如何适用法律,法律没有明确具体规定。但是,尽管法律没有明确具体规定,但对这类案件的处理,不能违反法律的现有规定。首先,对于犯罪嫌疑人 1997 年 9 月 30 日以前的行为,必须根据修订刑法第 12 条的规定,决定适用当时的法律或者修订刑法,不能因为其连续或者继续到 1997 年 10 月 1 日以后,就决定适用修订刑法,否则违反修订刑法第 12 条的规定。其次,对于犯罪嫌疑人 1997 年 10 月 1 日以后的行为,必须适用修订刑法,不能因为其是由 1997 年 9 月 30 日以前的行为连续或者继续而来,就与 1997 年 9 月 30 日以前的行为一样来根据修订刑法第 12 条的规定决定适用当时的法律或者修订刑法,否则,违反刑法第 452 条的规定。因此,只有对犯罪嫌疑人 1997 年 9 月 30 日以前的行为根据修订刑法第 12 条的规定决定适用当时的法律或者修订刑法,而对 1997 年 10 月 1 日以后的行为适用修订刑法,才不违反法律的现有规定。同时,按上述办法适用法律,对于构成数罪的,应当数罪并罚,即使当时的法律与修订刑法所规定的罪名相同,也应以数罪论处。尽管这种做法与目前实践做法不尽一致,但并不违反法律的现有规定,相反符合法律的现有规定精神。因为修订刑法第 69 条、第 70 条、第 72 条关于数罪并罚的规定;并没有明确规定同种数罪不能并罚,相反对于特殊情况如判决宣告以后刑罚执行完毕以前发现漏罪或者又犯新罪,即使是同种数罪,也要并罚。对此,理论和实践上都不存疑义。犯罪嫌疑人开始于 1997 年 9 月 30 日以前,连续或者继续到 1997 年 10 月 1 日以后的犯罪行为依法分别构成同种数罪的案件,属新旧法律衔接适用过程中的特殊情况,数罪并罚,理论和实践上应当也不存在疑问。

三、评析意见

我们认为,对于犯罪嫌疑人开始于1997年9月30日以前,继续或者连续到1997年10月1日以后的犯罪行为如何适用法律,确是一个比较特殊的问题,法律没有明确具体规定。前述的各种观点都有其合理的方面,同时也都存在缺憾。究其原因,主要还是源于法律规定的不明确性与司法实践的作法的冲突,同时也涉及对修订刑法所规定的罪刑法定原则如何正确理解、执行。

第一种观点,主张应分别情形统一适用修订刑法以一罪追诉,或者分别适用原刑法和修订刑法以数罪追诉,既遵循了司法实践的现有作法,又坚持了修订刑法第12条所规定的从旧兼从轻精神,应该说考虑的是比较全面的。但毕竟是一种折衷的作法,其主张在修订刑法所规定的情节、法定刑比修订前刑法重的时候,按从旧兼从轻原则对1997年9月30日以前的行为适用原刑法,对1997年10月1日以后的行为适用修订刑法,并数罪并罚,这种作法,难说会令司法机关接受。

第二种观点,坚持了司法实践的作法,也简单、灵活,便于操作,但其主张一律适用修订刑法或者一律适用原刑法的作法,则有不顾修订刑法第12条的规定或者违反罪刑法定之嫌。

第三种观点,完全遵循了修订刑法第12条的规定和罪刑法定,但与司法实践的作法则完全相背,虽合法,但难说合理,且也难以令司法机关接受。

我们认为,对跨越修订刑法施行日期的继续犯罪、连续犯罪以及其他同种数罪如何具体适用刑法,应区别不同情形,分别处理:对于开始于1997年9月30日以前,继续或者连续到1997年10月1日以后的行为,以及在1997年10月1日前后分别实施的同种数罪,如果原刑法和修订刑法都认为是犯罪,并且应当追诉,按照下列原则决定如何适用法律:(一)对于开始于1997年9月30日以前,继续到1997年10月1日以后终了的继续犯罪,应当适用

修订刑法一并进行追诉。。(二)对于开始于1997年9月30日以前,连续到1997年10月1日以后的连续犯罪,或者在1997年10月1日前后分别实施同种类数罪,其中罪名、构成要件、情节以及法定刑均没有变化的,应当适用修订刑法,一并进行追诉;罪名、构成要件、情节以及法定刑已经变化的,也应当适用修订刑法,一并进行追诉,但是修订刑法比原刑法所规定的构成要件和情节较为严格,或者法定刑较重的,应当酌情从轻处理。这样既坚持了司法实践的固有做法,即同种数罪不并罚,又坚持了维护公民合法权益与惩罚犯罪相同一的原则;既符合刑法第12条的规定,又符合刑法的一般理论。对此最高人民检察院已通过有关司法解释予以肯定,实践中应遵照执行。

(韩耀元)

在国有企业中从事公务但不具有 “国家干部”身份的人员是否 属于国家工作人员

一、主要案情

被追诉人：童某，男，63岁，原某国有无线电厂服务部经理。

童某担任服务部经理期间，利用职务便利，在与某围棋厂购销围棋的业务过程中，让对方虚开5万套围棋子的空头发票（计价值人民币85050元），并以支付预付款的名义分别于1993年12月13日和1994年2月28日将本单位公款45000元和40050元先后汇至围棋厂，并于1994年2月28日通过填制转帐凭单，将该款记入商品销售成本科目。围棋厂厂长王某分两次将套出的现金8万余元送至童某办公室及家中，童即予以侵吞。

二、分歧意见

对于本案的定性存在着较大的认识分歧。一种意见认为童某的行为构成侵占罪。其理由是：童某虽然属于在国有企业中从事公务的人员，但不是经组织人事部门审批并填写过干部履历表的国家干部，因此其不属于国家工作人员，其利用职务之便侵吞公共财物的行为应当以侵占罪论处。另一种意见认为童某的行为构成贪污罪。其理由是：童某系受上海某国有无线电厂的委派，担任服务部经理，具有管理国有资产的职权，属于国有企业中的管理人员；并且童某在无线电厂享受干部工资待遇，又多次填写中共中

央组织部干部履历表,系国家干部编制,具有国家工作人员身份,其利用职务之便侵吞公款的行为应以贪污罪处罚。

三、评析意见

本案的行为发生于 1993 年至 1994 年,并且一审和二审都是在修订刑法实施以前进行的,所以当时适用的实体法是 1995 年 2 月 28 日全国人大常委会通过的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》。根据《决定》规定,童某如果属于国家工作人员,那么对其行为应当以贪污罪论处,如果其不属于国家工作人员,则对其只能以侵占罪定罪处罚。所以,本案中分歧的焦点即在于对行为人主体身份的认定上。那么,根据童某行为时的法律规定,其是否属于国家工作人员呢?答案是肯定的。

国家工作人员是我国刑法的一个重要概念。对于什么是国家工作人员我国刑法历来有明确规定。1979 年 7 月 1 日五届人大二次会议通过的《中华人民共和国刑法》第 83 条规定:“本法所说的国家工作人员是指一切国家机关、企业、事业单位和其他依照法律从事公务的人员。”1982 年 3 月 8 日五届人大常委会第二十二次会议通过的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》规定:“本决定所称国家工作人员,包括在国家各级权力机关、各级行政机关、各级司法机关、军队、国营企业、国家事业机构中工作的人员,以及其他各种依照法律从事公务的人员”。可以看出,这两部法律对国家工作人员的规定,都是以主体身份的公务性为特征的,而不是以“国家干部”身份或其他什么为标准。即只要是在一定组织中依照法律从事公务的人员,都属于国家工作人员,而不论其是否具有“国家干部”的身份。所谓“从事公务”,是指在国家机关、公司、企业、事业单位、人民团体、社会团体中,行使组织、领导、监督、管理职能的活动以及经管单位财务的活动。本案中的童某,作为某国有无线电厂服务部经理,法定代表人,系在国有企业中从事公务的人员,根据上述刑事法律的规定,显然属于国家工作人员。

关于本案定性的两种意见之所以产生分歧,在于对国家工作人员标准的掌握上,不是依法以主体身份的公务性为标准,而是以行为主体是否具有“国家干部”身份为标准。这种情况是有其特定背景的:《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》第12条和第14条分别规定,国家工作人员犯本决定第9条、第10条、第11条规定之罪(分别为公司职员受贿、侵占公司财物、挪用公司资金)的,依照《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》处罚;有限责任公司、股份有限公司以外的企业职工有本决定上述三条规定的犯罪行为的,适用本决定。应当说,这部法律对国家工作人员并没有进行重新界定,但实践中关于如何划分国家工作人员和公司、企业人员的界限出现了不同的意见。1995年11月7日最高人民检察院《关于办理公司、企业人员受贿、侵占和挪用公司、企业资金犯罪案件适用法律的几个问题的通知》规定:公司、企业中的“国家工作人员”包括国有企业中的管理人员;公司、企业中由政府主管部门任命或者委派的管理人;国有企业委派到参股、合营公司、企业中行使管理职能的人员。这一解释是完全符合我国刑法关于国家工作人员的本质的规定的。而1995年12月28日最高人民法院《关于办理违反公司法受贿、侵占、挪用等刑事案件适用法律若干问题的解释》则规定:公司、企业中的“国家工作人员”是指在国有公司、企业或其他公司、企业中行使管理职权,并具有国家工作人员身份的人员,包括国有公司、国有企业代表,在中外合资、合作、股份公司、企业中,行使管理职权,并具有国家工作人员身份的人员。这一解释在强调国家工作人员“管理职权”的同时,又加了“国家工作人员身份”的限制。这不仅有违立法关于国家工作人员本质的规定,而且在逻辑上也犯了同语反复的错误,容易使人产生歧义。于是有的地方法院便将“具有国家工作人员身份”理解为经组织人事部门审批,并填写过干部履历表的国家干部。这样,是不是“国家干部”便成为一些法院认定国家工作人员的重要标准。这不但违反立法规定,而且也使很多案件在处理上产生严重的认识分歧,使一些案件

定性不当,出现对犯罪打击不力的现象,产生了不良的社会影响。本案之所以产生认识分歧,原因也正在于有人将是否具有“国家干部”身份作为国家工作人员的判定标准,以否定童某是“国家干部”,从而否认其是国家工作人员,进而认定其不能成为贪污罪的主体。

关于国家工作人员的概念,我国现行刑法也有明确规定。该法第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。”这一规定再次强调了国家工作人员主体身份的公务性,明确否定了以所谓“国家干部”身份作为国家工作人员标准的作法。根据这一规定,本案中的童某作为国有企业中从事公务的人员,显然属于国家工作人员的范围。

综上所述,本案中的童某,无论是根据其行为时的法律还是根据现行法律规定,都属于国家工作人员。其利用职务之便侵吞公共财物的行为,构成贪污罪,不能认定为侵占罪。

(王守安)