

第一部分 刑诉法相关理论问题探究

第二部分 刑法总论基本问题探究

刑事法肄论

Practice Collection on Criminal Law

徐留成 著

第三部分 疑难刑法实务问题探究

第四部分 综合类刑事问题探究

第五部分 立法完善问题探究

新华出版社

刑事法肄论

Practice Collection on Criminal Law

徐留成 著

新华出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事法肆论 / 徐留成著. —北京: 新华出版社, 2008. 4

ISBN 978-7-5011-8328-9

I. 刑… II. 徐… III. ①刑法—研究—中国②刑事诉讼
法—研究—中国 IV. D924. 04 D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 040424 号

刑事法肆论

作 者: 徐留成

责任编辑: 尚惠敏

封面设计: 杨晓蕾

出版发行: 新华出版社

地 址: 北京石景山区京原路 8 号

网 址: <http://www.xinhupub.com>

邮 编: 100040

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市亨利印刷有限公司

开 本: 850mm×1168mm 1/32

印 张: 10.25

字 数: 230 千字

版 次: 2008 年 4 月第一版

印 次: 2008 年 4 月第一次印刷

书 号: ISBN 978-7-5011-8328-9

定 价: 21.00 元

社购书热线: (010)63077122 中国新闻书店电话: (010)63072012

图书如有印装问题, 请与印刷厂联系调换 电话: (010)89383083



此照片是笔者1994年5月在郑州大学法学院参加硕士学位论文答辩时与答辩委员会全体成员和导师及师兄兄弟们的合影。

前排左起：刘德法教授、鲁嵩岳教授、赵秉志教授、高铭暄教授、马克昌教授、叶高峰教授、张绍谦教授；后排左起：李宏建、司明灯、徐留成、马松建、史卫忠、郭玉峰。中国法学会刑法学研究会首任会长、现名誉会长高铭暄教授和中国法学会刑法学研究会现任会长赵秉志教授是答辩委员会成员，中国法学会刑法研究会名誉会长马克昌教授是答辩委员会主席，叶高峰教授和张绍谦教授、鲁嵩岳教授、刘德法教授是笔者的硕士生导师。当年的法学英语老师现留学美国，师兄马松建博士现为郑州大学法学院教授，师弟史卫忠博士现为最高人民检察院公诉厅公诉三处处长，师弟李宏建现为广东省高级人民法院刑三庭副庭长，师弟司明灯现为河南省高级人民法院刑一庭法官、庭办主任。笔者先后从事律师、检察官和法官职业，在辛勤耕耘的道路上非常感谢各位德学双馨业师们的授业解惑和师兄兄弟的支持和鼓励！因此，笔者十分珍惜这张合影。

这张相片始终珍挂在笔者的书房和卧室，现作为本书的首页，以鞭策笔者更加努力地研究刑事法学的理论与实践。百尺竿头，更进一步！

序

徐留成同志把自己多年来发表的论文整理成书,请我作序。我对刑事法律本来有些外行,但是在阅读了本书的内容后便愉快地应允了。原因之一是他目前正在我的指导下做法理学博士后研究,我感到他所探索的问题有很多涉及法理学,甚至法哲学。此外,徐留成博士在多年从事律师、检察官、法官的职业生涯中边实践边思考,在繁忙工作的同时对学术研究孜孜不倦,是值得鼓励的。

本书共分五个部分,包含 29 个专题,涉及刑法、刑事诉讼法的理论与实践问题。本书的内容有以下三个显著特点:

一、理论与实际相结合。作者结合办案中遇到的实际问题,在书中提出若干具体解决办法,做到知行合一。作者在《制作起诉书应注意的若干问题》专题中提出,为便于诉讼,应当在起诉书中写明被告人的昵称和抓获被告人的时间等,否则,不便查明犯罪事实,不便计算被告人刑期的起止时间。在《如何把握证据确实充分》专题中,作者运用哲学的原理与方法,对证据确实、充分的内涵进行了分析,提出证据的确实是质的要求,证据的充分是量的要求。在《“回扣”的所有权归属是否影响受贿罪的定罪》专题中提出,归属被告人所在单位的,可定贪污罪;回扣的所有权不归属被告人所在单位的,则可定受贿罪。在有身份的人与无身份的人共同犯罪的问题上,作者在进行比较研究的基础上提出“共同犯罪构成符合说”,认为只要有身份的人与无身份的人存在共同犯罪的故意,并共同实施了纯正身份犯的客观行为的,均以纯正身份犯论处。结合司法实际探讨理论,从而为解决疑难实务问题提出了一些新的思路。

二、对实体法的研究与对程序法的研究相结合。司法实务中,实体和程序相

生相伴,密不可分。作者在研究中没有将刑法与刑事诉讼法截然分开,而是将二者融为一体,并结合实际、结合刑事政策提出解决问题的办法。开篇一题《发挥刑事检察职能,为经济建设服务》,较早提出有关宽严相济刑事政策的思想观点,实为难得。结合宽严相济刑事政策,作者提出应当完善老年人和未成年人的刑罚制度,认为对年满70周岁的老年人亦不应当适用死刑。《值得学习研究的十个检察业务问题》既涉及程序问题,也涉及实体问题,为完善检察业务提出在处理挪用公款案件中要关注使用公款人的刑事责任等建议。这样的实体程序一体化研究,得出的结论有利于司法操作。

三、把对司法实践中问题的感受与立法建议相结合。立法针对具有普遍性的问题制定普遍规则,但实践是复杂的,立法的缺陷往往通过司法实践才能被发现。作者从实际出发,对完善刑事立法提出了不少较为务实的建议。例如,《罪名法定论》提出,刑法典或刑法修正案的条文首部应当冠以法定罪名,以克服罪名在解释和适用上的不统一。作者根据办案中遇到的相关问题,研究一题《置疑刑法中〈以走私罪论处〉的规定》,对刑法第155条规定“以走私罪论处”提出质疑,认为走私罪是个类罪名,如规定以走私罪论处,难以对应某个具体罪名定罪,实践中难以操作。另外,该条只规定“固体废物”而无规定液态废物和气态废物,也不够全面。该题原文发表不久,《刑法修正案(四)》第3条和第5条克服了刑法原第155条的弊端,补充规定了液体废物和气体废物的相关内容。这种从司法实践中发现立法缺陷,从而提出完善立法建议的研究方法,值得提倡。

作为作者的导师,我希望作者能够充分发掘自己身边的资源,研究问题,总结经验,不断进步,为我国刑事法律的进一步完善做出自己的贡献。

是为序。

信春鹰

2007年10月于北京

目录

CINIENTS

第一部分 刑法相关理论问题探究

专题一	发挥刑事检察职能,为经济建设服务-----	3
专题二	公诉案件证明责任减轻问题研究-----	8
专题三	制作起诉书应注意的若干问题-----	22
专题四	如何把握证据确实充分-----	35
专题五	值得学习研究的十个检察业务问题-----	44

第二部分 刑法总论基本问题探究

专题一	刑法身份与身份犯新探-----	55
专题二	单位身份犯初论-----	79
专题三	罪名法定论-----	88

第三部分 疑难刑法实务问题探究

专题一	论赌资犯罪的数额认定-----	105
专题二	混合主体共同犯罪疑难实务问题研究-----	110
专题三	操纵证券交易价格罪主观罪过探析-----	148

专题四	贪污公款后用之于公应否扣除及可否以自首论	155
专题五	赃物可以成为贪污罪的犯罪对象	162
专题六	受贿罪既遂与未遂的疑难问题研究	166
专题七	回扣的所有权归属是否影响受贿罪的定罪	176
专题八	医生收“红包”是否属于商业贿赂	179
专题九	反腐败该不该严惩行贿者	191
专题十	论走私犯罪案件中身份犯的认定	202
专题十一	伪造货币罪构成特征比较研究	213

第四部分 综合类刑事问题探究

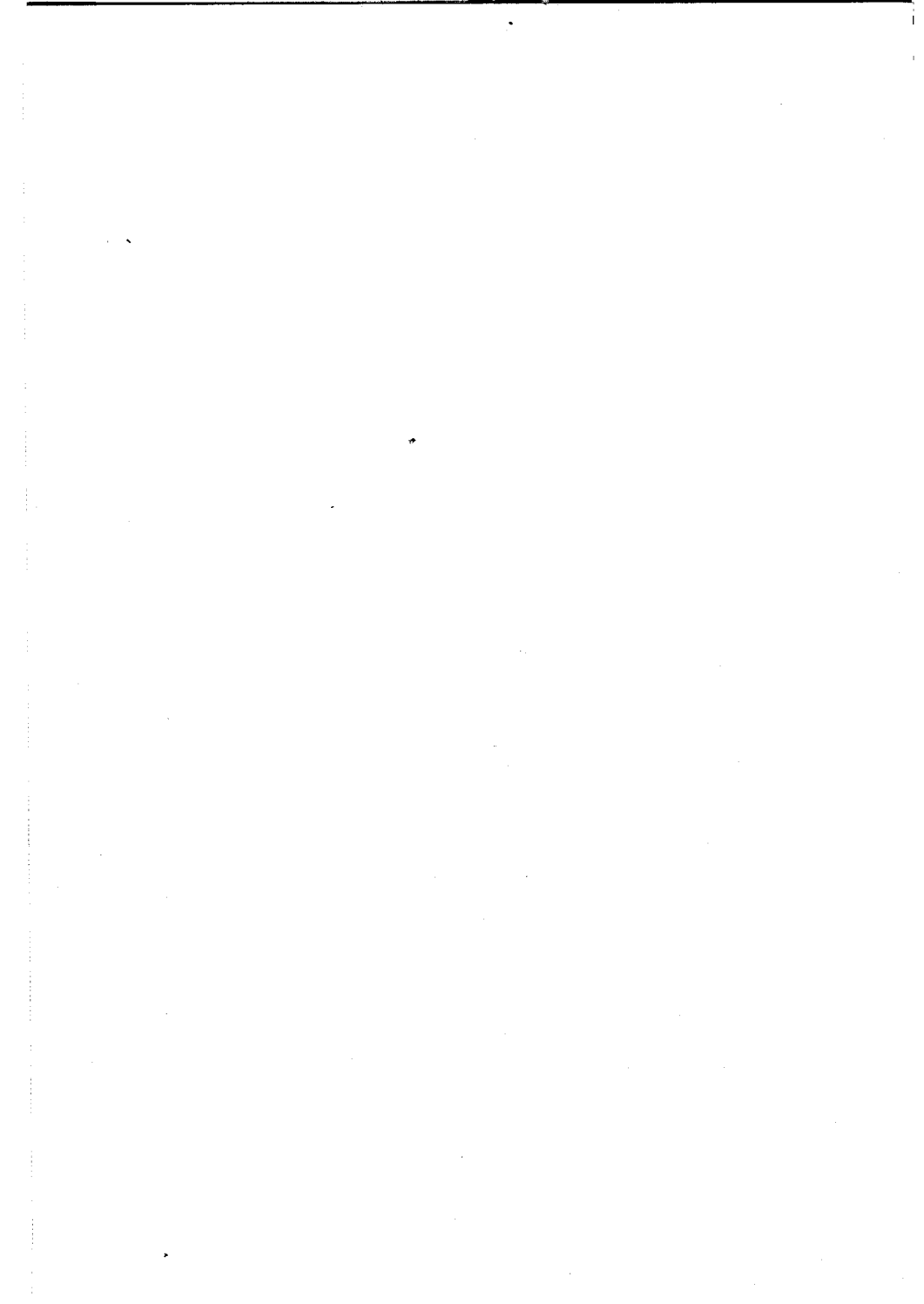
专题一	试论刑事自由裁量的理论定位	231
专题二	论已核准死囚犯应享有的实体权利	238
专题三	蒙古国刑法的渊源、特点和启示	251

第五部分 立法完善问题探究

专题一	不妨改“公诉人”为“公诉员”	265
专题二	从宽严相济刑事政策谈老年人刑罚制度的完善	267
专题三	从宽严相济刑事政策谈未成年人刑罚制度的完善	279
专题四	刑法中规定“以走私罪论处”的失当及修改	293
专题五	金融诈骗罪立法完善构想	297
专题六	挪用公款罪的立法完善	303
专题七	共同犯罪与身份的立法完善	308
后记		313

第一部分

刑事诉讼法相关问题探究



专题一 发挥刑事检察职能，为经济建设服务

——正确处理打击与保护的关系，严惩罪犯的同时确保无罪的人不受刑事追究

充分发挥人民检察院的检察职能，严惩犯罪分子，为具有中国特色的社会主义市场经济服务，是我党和国家的一贯政策，也是检察机关的办案方针。然而，只注重打击而不重视保护也是不足取的。这是因为，严惩犯罪分子，威慑、警戒了社会上那些不稳定的不法分子，是直接为经济建设服务；而保障有罪者的合法权益和确保无罪的人不受刑事追究，则直接保护了劳动力，同样也是为经济建设服务。广东省珠海市香洲区人民检察院在贯彻刑法和刑诉法的实践中，既注重打击又注重保护，切实为经济建设服务，收到了良好的社会效果。

一、打击与保护并重、实体法与程序法并重，牢固树立严格依法审查逮捕和起诉、切实为经济建设服务的思想

首先，从国际社会上，人权问题的呼声越来越高，打击犯罪的同时，注重保护人权也不容忽视。当今社会，人权问题不仅日益成为国际贸易的非关税壁垒，而且也成为国际外交上的障碍，甚至成为某些国家干涉别国内政的借口。为此，我国现行刑事诉讼法明确规定了无罪推定原则，与国际立法接轨，符合民主法制原则。香洲区人民检察院在实施新刑法和新刑事诉讼法的实践中，不仅重视打击犯罪，还注重保护人

本题与李秉勇（广东省珠海市香洲区人民检察院检察长助理）合作。

权。不仅要保护无罪者的人权,还要保护有罪者的人权。为提高思想认识,香洲区人民检察院掀起了学习新刑法和新刑诉法的高潮,同时注重新的司法解释,从认识上、理论上划清罪与非罪、此罪与彼罪的界限。为此,香洲区人民检察院刑一科订有《最高人民法院公报》、《最高人民检察院公报》、《人民司法》、《人民检察》等十余种报刊杂志,组织干警认真学习。遇到疑难案件集体讨论,重大疑难案件推行总结制度。在执法观念上,既重实体法也重程序法,打击与保护并重,从过去的决不放纵一个坏人转变到现在决不冤枉一个好人的执法观念上来,切实为经济建设服务。

其次,在办案程序上,严格依照法定程序,对负有罪责的人快捕快诉,对无罪疑罪的人及时结案,从时限上保障经济犯罪嫌疑人、被告人的人权。据统计,香洲区人民检察院在1998、1999两年共受理呈捕破坏社会主义市场经济秩序案70宗98人,批准逮捕61宗85人,不批准逮捕9宗13人(其中,受理呈捕走私案41宗61人,批准逮捕36宗53人,不批准逮捕5宗8人);受理移送审查起诉破坏社会主义经济秩序案69宗103人,另加追诉的3宗5人,共72宗108人,其中起诉71宗107人,全作了有罪判决,不起诉1宗1人。香洲区人民检察院在审查逮捕、起诉案件中,该捕者捕,不该捕者不捕,该诉者诉,该不诉者不诉,无一错案,无一超期办案。捕者快,不捕者也快;诉者快,不诉者也快。做到了公正执法、文明执法,为香洲区院在1999年度被评为广东省“五好”检察院、人民满意的检察院奠定了基础。

二、该打击时严惩不急为企业保驾护航

邓小平同志讲,一手抓打击犯罪,一手抓改革开放,两手都要抓,两手都要硬。在改革开放取得巨大成就的今天,个别人因人生观、价值观扭曲,崇拜金钱,道德水平低下,为捞到好处,不择手段,以身试法,企图

破坏现存的合法经济秩序。为了巩固改革开放的成果,对这些触犯刑律的不法分子应严惩不怠,以维护企业正常经营。例如,犯罪嫌疑人陆某职务侵占一案。犯罪嫌疑人陆某利用其担任珠海某商行业务经理之便,私自将商行价值人民币3800元的货物提走,并低价抛售,携款潜逃,后被我公安机关抓获。1998年12月,香洲区人民检察院受理该案后,当事人多次求情,向香洲区人民检察院提出申请,要求按自诉案件处理。承办人员耐心向当事人解释,陆某的行为已构成职务侵占罪,与直接向法院起诉的告诉才处理的普通侵占案件不同,当事人不能撤诉,只能由检察机关提起公诉,依法惩处。随后,承办人员认真审查案件,主动完善证据材料,迅速向香洲区人民法院提起公诉。1999年1月25日,香洲区法院依法开庭审理了此案。法庭上,公诉人根据事实和法律,客观地分析案情,揭露犯罪,弘扬法制。在法庭上旁听的商行负责人非常感动,特意制作了锦旗,上书“维护法纪,为民请命”,向香洲区人民检察院表示感谢。由此可见,香洲区人民检察院通过处理此案,对企业起到了保驾护航的作用,收到了良好的社会效果。

为加大打击经济犯罪力度,珠海市香洲区人民检察院充分发挥审判监督职能,对经济犯罪的不适当判决符合抗诉条件者,坚决提请抗诉,实现准确执法。比如,珠海市香洲区人民检察院于1998年8月10日向香洲区法院提起公诉的被告人周某某贪污一案。香洲区人民检察院指控被告人周某某利用其任珠海某公司董事、总经理的职务之便,非法侵吞该公司公款人民币281400.08元。香洲区法院一审只认定其贪污人民币96400.08元,以贪污罪判处被告人周某某有期徒刑八年,并处没收财产人民币7万元,追缴被告人周某某的赃款人民币96400.08元。而对香洲区人民检察院起诉书指控另外185000元的犯罪事实以证据不足为由没有认定。珠海市香洲区人民检察院认为区法院一审判决对有证据足以证实被告人周某某贪污人民币185000元的犯罪事实不予认定显著错误,致量刑畸轻,符合抗诉条件,提请了抗诉。1999年8月26日,珠

海市中级法院二审判决维持了区法院一审判决中的财产刑部分和追缴赃款部分,而对自由刑部分,将一审判决改为判处有期徒刑十五年,并处罚金人民币21万元,追缴被告人周某某的赃款人民币281400.08元。改判的自由刑部分,比原来增加了七年,有力地打击了犯罪,维护了企业的经济利益,同时也树立了人民检察院的威信。

三、划清经济纠纷与经济犯罪的界限确保无罪的人不受刑事追究

古人云,法不足以徒行。仅有一部好的法律而不去严格执行,立法等于徒劳。经济纠纷与经济犯罪,仅两字之差,其性质相差甚远。前者存在着债权债务关系,属于经济生活中的正常现象;后者不存在债权债务关系,行为人具有非法占有对方财物的目的,属于非正常现象。这是区别二者的关键所在。司法实践中,错把经济纠纷当成经济犯罪来处理的现象时有发生。香洲区人民检察院处理这类案件特别慎重。从承办人员到科领导、院领导,严把办案质量关,划清经济纠纷与经济犯罪的界限,确保无罪的人不受刑事追究。例如,1998年11月16日,香洲区人民检察院受理公安机关呈捕的马某某职务侵占一案。公安机关认定马某某利用担任珠海市某经济技术发展公司副总经理的职务之便,侵占该公司财产人民币350267元,涉嫌职务侵占罪,呈请香洲区人民检察院批准逮捕。香洲区人民检察院经审查,认为此案的性质为公司内部人事、经济纠纷,马某某与其所在的公司存在着股权纠纷,不属于刑法调整的范围,认定马某某构成犯罪的证据不足,香洲区人民检察院于1998年11月23日依法作出了不批准逮捕的决定。对此决定,公安机关没有提请复议并于同年11月25日将马某某释放。马某某被释放后,同年12月27日致感谢信给香洲区人民检察院说:“我衷心感谢香洲区检察院秉公执法、匡扶正义,使蒙受不白之冤的我重获自由。”“在重获自由的今天,从内心里真诚地感谢香洲区检

察院的各级检察官,感谢你们能够排除干扰,秉公办案,勇敢保护公民的合法权益,坚决维护法律尊严。你们是一支作风正派,纪律严明的司法队伍,是正义的化身,当代法制建设的楷模。我坚决拥护人民的检察院,永远热爱人民的检察官!”不仅如此,他写感谢信的同时还送给香洲区人民检察院一巨幅横匾,上写“秉公执法,匡扶正义”。这就是合法权益被维护者的心声。马某某于1991年毕业于国防科技大学,获通讯专业硕士学位,是一位科技战线上的知识分子。科学技术是第一生产力,保护了科技工作者等于保护了生产力。可见,打击犯罪是为经济建设服务,确保无罪的人不受刑事追究同样也是为经济建设服务。

珠海市香洲区人民检察院在处理无罪、疑罪的经济案件时遵守“分工负责、互相配合、互相制约”的原则,注重与其它司法机关协调办案,以保证准确有效地执行法律。例如,珠海市香洲区人民检察院于1999年12月13日受理呈捕的犯罪嫌疑人吴某某职务侵占一案。公安机关认定,犯罪嫌疑人吴某某利用其担任珠海市某簿饼之家董事职务之便,侵吞该簿饼之家的营业款共计人民币57688元。经珠海市香洲区人民检察院审查认为,犯罪嫌疑人吴某某在簿饼之家占有股份,且其辩称扣取营业款的目的是将来归还债务,没有非法占有簿饼之家财物的目的,珠海市香洲区人民检察院对犯罪嫌疑人吴某某以证据不足作出不批准逮捕的决定。对此,公安机关有不同看法,先后提出复议和复核。在复议和复核期间,珠海市香洲区人民检察院承办人员一方面再一次认真审查案件,另一方面与公安机关承办人员进行研讨,最后达成了共识,经珠海市检察院复核决定维持了珠海市香洲区人民检察院不批准逮捕的决定。这样,就为准确执行刑法提高了思想认识,也提高了司法机关协同作战、协调办案的效率。

(根据同名论文《发挥刑事检察职能,为经济建设服务》整理,原文载于《珠海特区报》,2000年10月20日版。)

专题二 公诉案件证明责任减轻 问题研究

建国以来,我国法学界对证明责任的研讨,几乎从未停止过。对此问题的研讨,主要涉及证明责任的概念、证明责任的分配或证明责任的转移及证明主体等,但对证明责任减轻的研究尚未涉及,对此,我们谈谈自己的看法。

一、公诉案件证明责任减轻的一般理论

(一)证明责任概念综述

证明责任这个问题自古代罗马提出后已历经数千年,不同历史阶段的不同国家在确立证明责任时,都是既要考虑其法律文化传统的历史继承性,又要考虑本国的司法实践性。结果是:不同的法系不同的国家都承认证明责任的存在,但是对证明责任的理解却大不相同。即使在同一国内,不同学者对此问题的理解也不尽相同。就我国而言,关于证明责任概念的讨论,主要集中在证明责任与举证责任的关系上。其主要观点分述如下:

1.证明责任就是举证责任,二者是同一内容的不同表述。如《刑事诉讼法教程》认为:证明责任,也叫举证责任,是指谁提出证据证明案件有关事实的义务。^①又如:证明责任就是举证责任,是指关于

本题与赵军(广东省高级人民法院副厅长级专职审判委员会委员)合作。

① 转引自肖胜喜著:《刑事诉讼证明论》,中国政法大学出版社出版,1994年8月第1版,第35页。

刑事案件的犯罪事实,应该由谁来提出证据加以证明的问题。^①再如:举证责任,又称证明责任,是指在诉讼活动中搜集和提出证据,证明被告人有罪还是无罪、此罪还是彼罪、罪重还是罪轻的义务到底由谁来承担的问题。^②再如:举证责任又指证明责任或证明义务。其一般含义是对全部案件事实有提出证据证明的义务。其内容是:(1)依法定的程序和手段收集调查证据;(2)依法定的程序和手段审查判断证据;(3)依法定的程序提出证据,证明要证明的问题。^③证明责任也叫举证责任,是指司法机关或当事人应当收集或提供证据以证明案件事实的责任。证明责任包括收集、提供责任,调查责任和判断责任三种。^④

2.证明责任与举证责任是两个完全不同的概念。就汉语的解释而言,证明是指用可靠的材料来表示或判定人或事物的真实性,而举证则是指提出证据;证明是一个过程,举证是一个行为。显然,证明责任与举证责任也不相同。在西方的刑事诉讼中,两者的区别主要表现为:(1)二者的主体不同,证明责任始终由起诉方承担,而举证责任可由被告方承担;(2)证明标准不同,负证明责任的起诉方的证明,必须达到排除一切合理怀疑的程度,而负举证责任的被告方只须提出证据足以使事实构成争议即可;(3)法律后果不同,未履行证明责任,必然遭到败诉,而未尽举证责任,只是遭受损害,并非必然遭受不利判决;(4)基点不同,证明责任基于义务性,而被告方的举证责任基于必要性、利益性,因而具有权利性。

3.证明责任的概念不适用于我国的刑事诉讼。其理由是:(1)古罗

① 转引自肖胜喜著:《刑事诉讼证明论》,中国政法大学出版社出版1994年8月第1版,第35页。

② 汪纲翔:《论我国刑事诉讼中的举证责任》,西南政法学院编《刑事证据学论文选》。

③ 吴运才:《论刑事被告人举证责任》,西北政法学院学报1985年第2期。

④ 许定康等:《论证明责任》,《法学评论》1991年第4期。