

197

刑法疑难争议问题 与司法对策

龚培华 肖中华 著



A0971228

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法疑难争议问题与司法对策/龚培华, 肖中华著. —北京:
中国检察出版社, 2002.5

ISBN 7-80086-954-7

I. 刑… II. ①龚…②肖… III. 刑法-法律解释-中国
IV. D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 021108 号

刑法疑难争议问题与司法对策

龚培华 肖中华 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

电子邮箱: zgjccbs@263.net

电 话: (010)68650027(编辑) 68650015(发行) 68636518(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市印刷厂

开 本: A5

印 张: 20.875 印张

字 数: 577 千字

版 次: 2002 年 7 月第一版 2002 年 7 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80086-954-7 /D·954

定 价: 38.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序

赵秉志*

龚培华和肖中华两位青年刑法学者合作撰写的《刑法疑难争议问题与司法对策》一书，即将由中国检察出版社出版，这是值得祝贺的事情。他们两位都是中国人民大学毕业的研究生，与我交往的时间较长，所以对于他们的学习工作经历，我是比较了解的：龚培华同志是1989年来到中国人民大学攻读刑法专业硕士学位的，期间就初步显露出了较强的科研能力和分析解决刑法实务问题的能力。1992年硕士毕业后，他到上海市人民检察院从事检察实务工作，至今近十年。他不仅在刑法实务方面积累了丰富的实践经验，而且不断结合实践需要研究检察工作中的疑难争议问题，逐渐成长为专家型的检察官。肖中华同志是我指导的硕士和博士研究生，1999年博士毕业后被分配到北京市高级人民法院刑二庭工作，后又调至上海社会科学院法学研究所专门从事刑法理论与实务研究。在校期间，肖中华同志就非常刻苦勤奋地钻研刑法，表现了他在刑法研究方面的敏捷才思。他至今在各种学术刊物上发表学术论文70余篇，其中有相当部分获得中国刑法学界同仁的好评。他所撰写的《犯罪构成及其关系论》（已由中国人民大学出版社出版），曾经获得2000年中国人民大学“优秀博士论文”奖。在研究志趣上，肖中华同志亦比较热衷于刑法实务领域，特别是对于修订刑法中的一些适用问题，他投入了大量的时间和精力，取得了较为丰硕的成果。应作者之约，我欣然为《刑法疑难争议问题与司法对策》一书作序。我认为该本著作总体上的特点可以概括为这样几点：

* 国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心主任，中国人民大学法学院教授、博士生导师，中国刑法学研究会会长。

1. 面向刑事司法实务

刑法学研究的主要目的和根本宗旨是促进刑事司法的发展与完善，为刑事司法服务理应是刑法学研究的重要内容。可以说，实践性和应用性是刑法的生命，是刑法学得以发展和繁荣的源泉。离开实践性和应用性，刑法学也就成了无源之水、无本之木。

《刑法疑难争议问题与司法对策》一书分上下两篇，对刑法总则和分则中的各种实务疑难问题进行了深入、细致的研究，鲜明地体现了实务性、实用性的特点。从内容上看，我认为，作者选择的均是当前刑法实务中争议比较大、问题比较多的课题。比如，罪刑法定原则的司法化问题，首先是一个全新的课题，尽管过去人们隐约认识到罪刑法定存在在实践中如何切实贯彻的问题，但真正专门对这一课题进行研究的著述目前还没有。作者将之作为开篇第一章，引入在刑法解释和认定不作为犯罪中如何贯彻罪刑法定原则等内容，具有开拓性，也直接回答了实务中的操作问题。又如，单位犯罪在修订后的刑法中以总则与分则相结合的方式作了规定，修订刑法施行后，实践中逐渐产生了一系列认定中的疑难争议问题，从而成为刑法适用的热点问题之一。作者辟专章对之进行了研讨，提出了诸多具有实践指导价值的观点。其他如身份犯与共同犯罪、转化犯、死刑、法条竞合等问题，均是理论上和实务中都比较棘手的问题，作者对这些问题均从实践的角度阐述了灼见。刑法分则罪刑规范的适用，是刑法适用的重点。在该书中，作者用十章的篇幅对实践中存在较多疑难争议的分则适用问题进行了剖析，提出了不少独到的见解。

在对有些实务问题的研究中，作者还注意以实践中的典型、不典型案例为依托，对各种实际问题予以正面回答，突出实务实用。比如，在有关单位犯罪的探讨中，作者以案例分析的方式逐一分析了“个人为单位利益实施危害行为，究竟是单位犯罪还是个人犯罪”等问题。

2. 力求全面阐述规范内容

刑法适用中的各种宏观和微观问题浩如烟海，繁杂迭出。但

是，刑事司法实务工作总是丰富、具体、多变的。从司法实务的角度出发，刑事司法指导用书对于实务问题的合理阐释，越是完备充分，越是明确具体，便越具有实践价值，越受到司法工作人员的欢迎。因此，是否具有相对的全面性和系统性，是衡量注释刑法著作是否具有权威性的首要标准。然而，刑法实用性著作的编撰在全面性、系统性的要求上是具有极大的困难的。这一方面是因为法律规范稳定性与社会生活多变性之间的矛盾总是固有的，立法和司法中新的问题和情况总是层出不穷；另一方面，即使刑法适用的疑难争议问题是相对固定的，但对其进行概念、范畴和理论的阐述本身是不可能绝对周延的。不管法律多么完备健全或明确具体，刑法原理原则多么缜密，在法律适用中总会存在许多空间需要不断地加以研究探讨。所以，一部好的刑法适用著作，应当尽可能全面地囊括刑法立法、立法解释和司法解释所有内容，力求全面地阐释这些规范的内容。在这一方面，《刑法疑难争议问题与司法对策》一书所作的努力是值得赞赏的。

《刑法疑难争议问题与司法对策》一书在论述有关问题的时候，都力求全面囊括包括刑法典、单行刑法和刑法修正案在内的所有刑法规范和最新的刑法有关立法解释和司法解释的全部内容，从而保证了著作在资料运用上的完整性和权威性。在编撰的过程中，作者还本着为司法实务提供正确切实的指导和参考的宗旨与目的，结合刑法立法解释和司法解释的相应规定，并注意参考其他有关法律和权威性、通行性的论述（如最高人民法院刑事审判第一、第二庭编《刑事审判参考》系列），对于各种现实存在的刑事司法实务疑难争议问题进行了非常翔实、有力的研究探讨，并对当前司法实践中尚未出现、但今后可能出现的一些司法难点、疑点、焦点问题进行了前瞻性分析，进而得出符合或贴近立法原意的司法操作见解。对于一些由于司法实践经验积累尚不充分而理论研讨尚未形成共识的疑难争议问题，作者们也以法理分析为基础，合乎逻辑地提出倾向性的意见。这种严谨的研究和写作风格，在相当程度上保证了本书观点和结论的可信度和准确率。

在保证全面阐释规范内容的同时,《刑法疑难争议问题与司法对策》一书又十分注意突出重点难点。对于各种司法实务问题的研讨评析,该著作不是教科书式的平铺直叙,而是厚薄有别、详略得当。从总体上看,在总则中,对于内容丰富、适用普遍的刑法基本制度,予以了重点研讨和较大篇幅的论证;在分则中,对于常见多发、复杂的重点犯罪和易发生争议与困惑的重点问题,也以较大篇幅进行系统研析论述。

3. 把握理论高度解析论证

理论联系实际,是刑法学研究的重要方法。离开理论研究实际问题,就会缺乏科学指导,研究结论停留于问题的表面而没有深度;脱离实际搞纯粹的理论研究,就会迷失方向。《刑法疑难争议问题与司法对策》一书的出发点和归宿都是刑事司法实务,但是作者十分重视从刑法理论的高度阐明实务问题,做到观点明确,说理通达,论证充分,从而紧密地把理论与实际结合起来,使著作既有实务针对性,又不失理论探索性。例如,关于已满14周岁不满16周岁的人绑架杀人的应否承担故意杀人罪的刑事责任的问题,目前没有司法解释予以规定,实务中对此争论很大,既有持肯定意见,也有持否定意见的。持肯定意见的理由一般只是“司法实践的需要”;持否定意见的理由是“绑架杀人只定绑架罪一罪,而绑架罪不属相对责任年龄段的人负刑事责任的范围”。《刑法疑难争议问题与司法对策》的作者对此持肯定回答,并提出如下理由:刑法确立相对责任年龄段的人负刑事责任的范围,其重要理论根据就在于,已满14周岁不满16周岁的人对于一些大是大非、社会危害很大的危害行为的性质,已具备了辨认和控制能力,立法者将故意杀人等八种犯罪行为作为已满14周岁不满16周岁的人负刑事责任的罪种作了明确列举,旨在表明立法者认为或推定这一年龄段的人对故意杀人等八种行为理应具备刑事责任能力;而绑架杀人中的杀人行为,与一般场合(构成故意杀人罪的场合)下的杀人行为本质一样,如果说已满14周岁不满16周岁的人对于一般场合下的杀人行为具有辨认和控制能力,那么就没有理由否认这一年龄段的人具有

对绑架过程中杀害被绑架人的行为具有辨认和控制能力。这种理论论证是具有很强的说服力的，不仅能够启迪广大司法工作人员的理论思维，而且其分析内容可直接为司法裁判所参考引用。

总之，《刑法疑难争议问题与司法对策》是一部具有较高理论层次、侧重实务研究的优秀作品，对于刑事司法实务水平的提高和刑法理论研究的深入，都将起到重要的促进和推动作用。

赵 秉 志

2002年3月15日于中国人民大学贤进楼

作者简介

龚培华，男，1964年5月出生，上海市人。1985年毕业于华东政法学院，获法学学士学位。1992年毕业于中国人民大学法学院刑法学专业，获法学硕士学位。曾为美国加州州立理工大学访问学者。现任上海市人民检察院检察长办公室主任。兼任上海检察官培训中心客座教授、上海市社科院法学研究所特约研究员、上海市刑法学研究会理事。在《法学》、《中国法学》、《政治与法律》等刊物上发表论文40余篇。参与编著《刑事疑案研究》（中国检察出版社1992年版）、《新中国犯罪学研究综述》（中国法制出版社1993年版）、《刑法改革与刑事司法新课题》（安徽人民出版社2001年版），合著《法条竞合论》（复旦大学出版社1993年版）等。

肖中华，男，1970年11月生，江西丰城人。1991年毕业于江西大学法律系，获法学学士学位。1996年毕业于中国人民大学法学院刑法专业，获法学硕士学位。1999年毕业于中国人民大学法学院刑法专业，获法学博士学位。曾在北京市高级人民法院刑二庭工作。现为上海社会科学院副研究员、硕士生导师，兼任国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心研究员、中国人民大学国际刑法研究所研究员。个人专著有：《犯罪构成及其关系论》（中国人民大学出版社2000年版）、《侵犯公民人身权利罪》（中国人民公安大学出版社1998年第1版，2002年再版）；合著著作有：《伤害犯罪的定罪与量刑》、《中国特别刑法研究》、《香港刑法学》、《刑法完善专题研究》、《刑法新教程》、《现代世界毒品犯罪及其惩治》、《新刑法典的创制》、《中国刑法案例与学理研究》、《中国刑法实用》等40余部。在《法学研究》、《中国法学》、《法学评论》、

《法律科学》等学术期刊上发表学术论文 70 余篇。2001 年 10 月起在《检察日报》与赵秉志教授一起开辟“刑法适用热点难点问题”对话专栏。2001 年国家哲学社会科学基金青年项目“刑法基本原则及其司法化”课题负责人。

目 录

序	(1)
---------	-------

上篇 刑法总则疑难争议问题与司法对策

第一章 罪刑法定原则及其司法化	(3)
第一节 罪刑法定原则概说	(3)
第二节 罪刑法定原则的司法化	(11)
第二章 刑法溯及力理论及其应用	(42)
第一节 “跨法犯”的法律适用	(42)
第二节 刑法新旧的选择及轻重的比较	(44)
第三节 刑法司法解释的溯及力	(47)
第四节 非刑事法律（附属刑法规范）的溯及力	(49)
第三章 正当防卫理论及其应用	(52)
第一节 防卫行为的性质	(52)
第二节 正当防卫的范围	(54)
第三节 防卫过当的认定	(60)
第四章 单位犯罪理论及其应用	(66)
第一节 单位犯罪的理论纷争	(66)
第二节 单位犯罪的立法沿革及特点	(68)
第三节 单位犯罪的概念与构成要件	(76)
第四节 单位犯罪与共同犯罪	(79)
第五节 单位犯罪有关个案分析	(82)
第五章 共同犯罪理论及其应用	(91)
第一节 共同犯罪的性质和范围	(91)
第二节 真正身分犯与共同犯罪	(93)
第三节 共同犯罪之定罪例外	(106)

第四节	共谋而未实行者可否成立共犯·····	(112)
第五节	片面共犯的处理·····	(114)
第六节	实行过限的认定·····	(122)
第六章	犯罪停止形态理论及其应用·····	(127)
第一节	犯罪预备的认定·····	(127)
第二节	犯罪未遂的认定及处罚·····	(130)
第三节	犯罪中止的认定·····	(140)
第七章	罪数形态理论及其应用·····	(144)
第一节	实质的一罪形态·····	(144)
第二节	处断的一罪形态·····	(146)
第三节	法定的一罪形态·····	(153)
第八章	死刑制度的应用·····	(174)
第一节	死刑概说·····	(174)
第二节	中国死刑立法及其争论的回顾与评价·····	(184)
第三节	死刑司法适用的疑难争议问题·····	(201)
第九章	法条竞合理论及应用·····	(214)
第一节	法条竞合的特征·····	(214)
第二节	法条竞合的法律适用原则·····	(226)
第十章	国家工作人员的认定·····	(234)
第一节	国家机关工作人员的理解与适用·····	(234)
第二节	准国家工作人员的理解与适用·····	(240)
第三节	相关法律解释评说·····	(243)

下篇 刑法分则疑难争议问题与司法对策

第一章	重大责任事故犯罪及其认定·····	(249)
第一节	重大责任事故犯罪立法概览·····	(249)
第二节	交通肇事罪的认定·····	(251)
第三节	工程重大安全事故罪的认定·····	(264)
第二章	生产、销售伪劣商品罪、商标犯罪及其认定·····	(268)
第一节	生产、销售伪劣商品罪的立法沿革·····	(268)

第二节	生产、销售伪劣产品罪的认定·····	(276)
第三节	生产、销售特种伪劣商品犯罪的认定·····	(283)
第四节	商标犯罪的认定·····	(294)
第五节	生产、销售伪劣商品罪及商标犯罪中的 罪数问题·····	(300)
第三章	妨害对公司、企业的管理秩序罪及其认定 ·····	(304)
第一节	妨害对公司、企业的管理秩序罪概述·····	(304)
第二节	妨害公司、企业设立犯罪的认定·····	(313)
第三节	妨害公司、企业经营管理犯罪的认定·····	(323)
第四章	特殊诈骗罪及其认定 ·····	(377)
第一节	集资诈骗罪及其认定·····	(377)
第二节	金融凭证诈骗罪及其认定·····	(383)
第三节	信用证诈骗罪及其认定·····	(388)
第四节	保险诈骗罪及其认定·····	(403)
第五节	合同诈骗罪及其认定·····	(407)
第六节	骗取出口退税罪及其认定·····	(425)
第七节	特殊诈骗罪认定中的几个共性问题·····	(430)
第五章	侵犯人身权利罪及其认定 ·····	(436)
第一节	故意杀人罪的认定·····	(436)
第二节	故意伤害罪的认定·····	(445)
第三节	强奸罪的认定·····	(452)
第四节	绑架罪的认定·····	(465)
第五节	拐卖妇女、儿童罪的认定·····	(477)
第六节	诬告陷害罪的认定·····	(483)
第六章	侵犯财产罪及其认定 ·····	(492)
第一节	侵犯财产罪的共性问题·····	(492)
第二节	抢劫罪的认定·····	(504)
第三节	侵占罪的认定·····	(516)
第七章	妨害司法罪及其认定 ·····	(527)
第一节	妨害证据的犯罪及其认定·····	(527)

第二节	妨害司法程序的犯罪及其认定·····	(531)
第三节	破坏监管秩序的犯罪及其认定·····	(534)
第八章	妨害国(边)境管理罪及其认定·····	(542)
第一节	组织他人偷越国(边)境罪的认定·····	(542)
第二节	运送他人偷越国(边)境罪的认定·····	(544)
第三节	偷越国(边)境行为的认定·····	(546)
第四节	骗取出境证件罪的认定·····	(547)
第五节	妨害国(边)境管理罪既遂与未遂的认定·····	(549)
第六节	妨害国(边)境管理罪一罪与数罪的认定·····	(552)
第九章	贪污贿赂罪及其认定·····	(556)
第一节	贪污罪的认定·····	(556)
第二节	挪用公款罪的认定·····	(572)
第三节	受贿罪的认定·····	(592)
第四节	贪污受贿财物用于业务行为的定性·····	(602)
第十章	渎职罪及其认定·····	(606)
第一节	渎职罪认定中的共性疑难问题·····	(606)
第二节	玩忽职守罪及其认定·····	(620)
第三节	私放在押人员罪及其认定·····	(638)
后 记	·····	(648)

上篇 刑法总则疑难争议问题
与司法对策

第一章 罪刑法定原则及其司法化

第一节 罪刑法定原则概说

一、罪刑法定原则的起源和变迁

罪刑法定乃近现代刑法的根本原则。目前世界各成文法国家的刑法，几乎都将之予以了明文规定，有的国家甚至在宪法中对之加以规定。

但是，罪刑法定首先是一种观念、一种思想，然后才成为一种刑法制度。目前较为公认的看法是，罪刑法定的思想渊源于中世纪的英国大宪章。1215年英王约翰在贵族、僧侣、平民等各阶层结成的大联盟的强烈要求下，签署了一个“特许状”，这就是著名的大宪章。该宪章第39条规定：“凡自由民除经其贵族依法判决或遵照内国法律之规定外，不得加以扣留、监禁、没收财产、褫夺其法律保护权，或加以放逐、伤害、搜索或逮捕。”英国大宪章中所表达的罪刑法定思想，在英国1628年的《权利请愿书》和1689年的《权利法案》中被得到再次确认。随着人权思想的进一步发展，罪刑法定的思想被传播到北美，被北美费城殖民地总会的1774年宣言和1776年《弗吉尼亚权利法案》所采纳。其中，《弗吉尼亚权利法案》第8条明确规定：“……除了国家法律或者同等的公民的裁判外，任何人的自由不应受到剥夺。”美国独立后，1787年《美利坚合众国宪法》第5条修正案规定：“对任何人，不依正当的法律程序不得剥夺其生命、自由和财产。”其第14条修正案又进一步规定：“无论何州不经正当法律程序不得剥夺任何公民的生命、自由或者财产。”

罪刑法定真正在立法上得到确立，是在资产阶级登上政治舞台之后。1789年法国大革命之后，其《人权宣言》第8条规定：“法律只应当制定严格地、明显地必需的刑罚，而且除非根据在违法行为之前规定、公布并且合法地适用的法律，任何人都不受处罚。”这一规定为法国1791年宪法和1791年刑法典所采用。1810年的《法国刑法典》继续宣示这一原则，在第4条规定：“没有在犯罪行为时以明文规定的法律，对任何人均不得处以违警罪、轻罪和重罪。”法国刑法典被大陆法系各国奉为刑法典的圭臬，其关于罪刑法定原则的规定，自然也为欧陆各国所纷纷效仿。在法国刑法典之后，1871年《德国刑法典》第2条、1889年的《意大利刑法典》第1条、1882年施行的《日本刑法》第1条，都相继规定了罪刑法定原则。

从当今世界各国的刑法立法和司法现状来看，早期的绝对罪刑法定原则已受到严峻的挑战。代之而起的相对罪刑法定原则，已成为各国刑法改革的重要成果或发展方向。

绝对的罪刑法定原则是一种严格的、不容任意选择或变通的罪刑法定，它要求对犯罪和刑罚的法律规定，必须是绝对确定的；司法机关和司法人员只能被动地执行法律，而没有任何自由裁量的权力。其基本内容是：其一，绝对禁止适用类推和扩大解释，把刑法条文对犯罪种类、犯罪构成要件的明文规定，作为对现行案件定罪的惟一根据。对于法律没有明文规定的行为，不论其危害性的大小，概不能通过类推或扩大解释以犯罪论处。其二，绝对禁止适用习惯法，把成文的刑法典和刑法法规作为刑法的惟一渊源。对于刑法上没有明文规定的行为，不允许通过适用习惯来定罪量刑。其三，绝对禁止刑法溯及既往，把从旧原则作为解决刑法溯及力问题的惟一原则。对于行为人行为的定性和处罚，只能以行为当时有效的法律为依据，行为后颁布的新法一概没有溯及既往的效力。其四，绝对禁止法外施刑和不定期刑，要求刑罚的名称、种类、幅度，都必须由法律加以确定，并且刑期必须是绝对确定的，既不允许存在绝对的不定期刑，也不允许规定相对的不定期刑。