

检察实务丛书之四

刑法理论与 与司法实务

XINGFALILUN YU SIFASHIWU

龚培华◎著

上海社会科学院出版社

检察实务丛书之四

D924.04

G393

刑法理论 与司法实务

XINGFALILUN YU SIFASHIWU

龚培华·著

上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法理论与司法实务/龚培华著. —上海:上海社会科学院出版社, 2002

(检察实务丛书)

ISBN 7-80618-991-2

I. 刑... II. 龚... III. ①刑法—法的理论—研究—中国
②刑法—法律适用—中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 049136 号

刑法理论与司法实务

作 者: 龚培华

责任编辑: 周 河

封面设计: 闵 敏

出版发行: 上海社会科学院出版社

(上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020)

经 销: 新华书店

印 刷: 上海社会科学院印刷厂

开 本: 850 × 1168 1/32

印 张: 11

插 页: 2

字 数: 270 千字

版 次: 2002 年 7 月第 1 版 2002 年 7 月第 1 次印刷

印 数: 2000

ISBN 7-80618-991-2/D·240

定价: 25.00 元

版权所有 翻印必究

序

人类社会进入了一个新的纪元。社会主义市场经济的发展和依法治国方略的实施,使检察事业面临着新的发展机遇和挑战。抓住新机遇,迎接新挑战,需要我们用理性来思考,并不断地研究新情况、解决新问题,以提升我们的理论。这种理论就是有中国特色的社会主义检察理论,它将指导我们在检察工作中更好地贯彻江泽民总书记“三个代表”的重要思想,更准确地把握体现国家意志的宪法和法律的精神,更全面地取得“三个效果”的统一,最终使检察工作更好地服务于社会主义市场经济发展的需要。

检察理论创新和实践创新是检察事业发展的需要。检察理论的发展以实践为渊源,是在不断提高对检察工作的认识水平和对检察价值的理解水平中实现的。这种发展是对检察工作实践经验的总结和提炼,是一个不断研究新情况,解决新问题,创造新经验的过程,要求我们对检察实践不断地总结、加工、制作和提升。当然,这一过程是不可能自发推进的,而应有组织、有规划地推进,这才有助于检察理论体系的形成和整体进步。

规划出版《检察实务丛书》是一件十分有意义的工

作,它将为检察理论的发展创造条件,为检察专家人才的培养建立平台。参加这套丛书编撰的,都是上海市检察战线上的开拓者和耕耘者,他们具有系统而深入的专业知识,坚实而宽广的实践基础,有一定的理论造诣,较高的分析能力。因此,这套丛书中的每一卷,既是这些检察官理论研究的结晶,更是他们实践经验的升华。

值此《检察实务丛书》出版之际,就要同读者见面的时候,我衷心地希望检察理论事业蓬勃发展,硕果累累,有更多的检察人才脱颖而出,在检察工作中发挥应有的作用。

吴光裕

2001年2月



龚培华，1964年5月出生于上海，法学硕士，上海市检察业务专家。1985年毕业于华东政法学院，1992年毕业于中国人民大学。曾任上海市人民检察院法律政策研究室副主任，现任上海市人民检察院办公室副主任兼检察长办公室主任。中国法学会会员、中国检察官协会会员、上海市刑法学研究会理事。

1987年起先后在《法学》、《中国法学》和《文汇报》等发表论文50余篇。参与编著《刑事疑案研究》、《新中国犯罪学研究综述》、《刑法改革与刑事司法新课题》、《刑事立法与司法适用》等，专著《法条竞合论》、《刑法疑难争议问题及司法对策》。

目 录

序	吴光裕
---------	-----

上 篇

刑法理论与应用

第一章 刑法溯及力理论与应用	3
第一节 “跨法犯”的法律适用	3
第二节 刑法新旧的比较	5
第三节 刑法处刑轻重的比较	7
第四节 刑法司法解释的溯及力	9
第五节 非刑事法律的溯及力	11
第二章 正当防卫理论与应用	14
第一节 防卫行为的性质	14
第二节 正当防卫的范围	17
第三节 防卫过当的认定	23
第三章 故意犯罪阶段形态理论与应用	29
第一节 犯罪预备的认定	29
第二节 犯罪未遂的认定及处罚	32
第三节 犯罪中止的认定	43
第四章 共同犯罪理论与应用	48
第一节 共同犯罪的性质和范围	48

第二节 身份犯与共同犯罪	50
第三节 共同犯罪单独定罪	59
第四节 片面共犯的认定	65
第五节 共同犯罪实行过限	67
第六节 过失共同犯罪	72
第五章 单位犯罪理论与应用	78
第一节 单位犯罪的理论纷争	78
第二节 单位犯罪的立法沿革及特点	80
第三节 单位犯罪的概念和构成要件	88
第四节 单位犯罪与共同犯罪	92
第五节 单位犯罪立法的司法应用	95
第六章 犯罪形态理论与应用	105
第一节 犯罪的完成形态	105
第二节 实质的一罪形态	109
第三节 处断的一罪形态	112
第七章 数罪处罚理论与应用	119
第一节 数罪适用并罚条款及其应用	119
第二节 数罪择一重处条款及其应用	125
第三节 数罪单独适用刑罚条款及其应用	127
第八章 法条竞合理论与应用	129
第一节 法条竞合的基本问题	129
第二节 法条竞合的关系形态	135
第三节 法条竞合的适用原则	140

下 篇

刑法立法与适用

第一章 重大事故犯罪及其认定	163
-----------------------------	------------

第一节	重大事故犯罪的共同特征	163
第二节	交通肇事罪及其认定	165
第三节	工程重大安全事故罪及其认定	173
第二章	妨害公司、企业管理秩序罪及其认定	178
第一节	虚报注册资本罪及其认定	178
第二节	虚假出资、抽逃出资罪及其认定	185
第三节	非法经营同类营业罪及其认定	190
第三章	侵犯财产罪及其认定	202
第一节	侵犯财产罪的共性问题	202
第二节	抢劫罪及其认定	215
第三节	诈骗罪及其认定	223
第四章	妨害司法罪及其认定	231
第一节	妨害证据的犯罪及其认定	231
第二节	妨害司法程序的犯罪及其认定	235
第三节	破坏监管秩序的犯罪及其认定	239
第五章	妨害国(边)境犯罪及其认定	248
第一节	组织他人偷越国(边)境罪的认定	248
第二节	运送他人偷越国(边)境罪的认定	250
第三节	偷越国(边)境行为的认定	252
第四节	骗出境证件罪的认定	253
第五节	妨害国(边)境犯罪既、未遂的认定	256
第六节	妨害国(边)境犯罪一罪数罪的认定	258
第六章	贪污贿赂犯罪及其认定	262
第一节	贪污罪及其认定	262
第二节	贿赂犯罪及其认定	271
第三节	贪污受贿财物用于业务行为的定性	278
第七章	挪用公款罪及其认定	282
第一节	挪用公款罪的主体认定	282

第二节	挪用公款罪的对象认定·····	287
第三节	挪用公款归个人使用的认定·····	289
第四节	挪用公款罪的数额计算·····	294
第五节	挪用公款罪的共犯认定·····	298
第六节	挪用公款罪的罪数认定·····	300
第八章	渎职罪及其认定·····	305
第一节	渎职罪法条分类及其相互关系·····	305
第二节	渎职罪的前提罪问题·····	307
第三节	渎职罪的一罪数罪问题·····	312
第四节	渎职罪的共同犯罪问题·····	319
附录:		
一、	刑法国家工作人员解释的理解与适用·····	325
二、	执法断想四则·····	339
1.	创新与程序的完美·····	339
2.	司法和积极作为与消极作为·····	340
3.	面对冲突的检察官·····	342
4.	刑事案例的展开·····	343

上 篇

刑法理论与应用

第一章 刑法溯及力理论与应用

刑法的溯及力是从属于刑法的时间效力的,是关于在刑法生效后,对于在其生效之前发生的、未经审判或者判决未确定的行为是否适用的问题。对于刑法的溯及力问题,在刑法理论上存在两种不同主张。一种主张刑法应具有溯及既往的效力;另一种主张刑法不应溯及既往。从我国现行刑法第12条的规定来看,我国刑法采用从旧兼从轻原则,即新法原则上不具有溯及既往的效力,但新法处罚较轻的除外。司法实践中,对于刑法的溯及力问题一般比较容易把握,但也存在着一些有争议的疑难问题。

第一节 “跨法犯”的法律适用

所谓“跨法犯”,是指行为始于新法生效之前而结束于新法生效后,跨越新旧两部刑法的情形。“跨法犯”的法律适用,事实上涉及刑法的溯及力。对此,理论和实践中存在不同的观点。

第一种观点认为,“跨法犯”涉及新旧刑法的适用,应采用从旧兼从轻原则。即原则上适用旧法,只有在新法比旧法处罚较轻的情况下适用新法。其理由是:“跨法犯”的行为始于新法生效之前,尽管新法生效后仍有部分行为,但只是初始行为的持续或连续,总体上应认为是新法生效之前的行为,所以不能排除从旧兼从轻原则的适用。

第二种观点认为,“跨法犯”的行为始于旧法有效期,终于新法

生效后。从行为的阶段性来看,一般应分别适用旧法和新法。其理由是:“跨法犯”的部分行为在旧法有效期内,部分行为在新法生效后。对新法生效前的行为,按从旧兼从轻原则,一般应适用旧法;而新法生效后的行为,则一般适用新法。

第三种观点主张,对“跨法犯”应一概适用新法。其理由是:“跨法犯”之所以跨越新旧刑法,是由于其行为处于连续或继续状态,从实施犯罪行为开始到行为终了为止这一过程中,行为人都是处于犯罪的状态,且“跨法犯”的犯罪行为终了于新法生效后。按刑法第89条规定:“追诉期限从犯罪之日起计算,犯罪行为有连续或者继续状态的,从犯罪行为终了之日起计算。”因此,对“跨法犯”应以新法生效后的犯罪行为对待,统一适用新法。

笔者认为,“跨法犯”是司法实践中客观存在的犯罪现象,其突出表现形式是继续犯和连续犯。所谓继续犯,亦称持续犯,是指犯罪行为在一定时间内呈继续状态的犯罪,其本质在于犯罪行为的继续,即某种行为在一定时间内处于实施过程中^①。所谓连续犯,是指行为人基于数个同一的犯罪故意,连续多次实施数个性质相同的犯罪行为,触犯同一罪名的犯罪形态^②。由于我国刑法对继续犯、连续犯的追诉期限采用以行为终了时有效的法律为准,因此,对“跨法犯”的法律适用,宜适用新法,即同意上述第三种观点。上述第一种观点以从旧兼从轻原则解决“跨法犯”的法律适用,事实上是无视新法生效后部分行为应当适用新法的情形。而第二种观点则将持续或连续的犯罪人为地划分为两个阶段,实践中必然导致一个案件中对同一罪名同时适用新旧两部法律的结果,因而也是不足取的。当然,对“跨法犯”一概适用新法,尽管有可资参考

^① 参见高铭喧主编:《刑法学原理》第2卷,中国人民大学出版社1993年版,第569页。

^② 参见姜伟著:《犯罪形态通论》,法律出版社1994年版,第291~292页。

的立法例,如联邦德国刑法典第2条第2款规定:“行为之际,处罚之规定有变更者,适用行为终了时之有效法律。”但是,在新法较旧法处罚为重时,似乎有违现代刑法溯及力的前提原则,即有利于被告人原则。因此,对于“跨法犯”在坚持适用新法的前提下,在具体处刑时,可作适当的调整,从而既体现有利于被告人原则,又便于司法操作。事实上,对于“跨法犯”的法律适用,是有可资参考的司法解释的。1998年12月2日,最高人民检察院下发了《关于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应如何具体适用刑法问题的批复》。该《批复》明确:“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类数罪在新旧刑法都认为是犯罪且应当追诉的情况下,应当一概适用修订刑法一并进行追诉。对于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,也应当适用修订刑法,但在提起公诉时,应当提出酌情从轻处理意见。”上述司法解释是合适的,对于“跨法犯”的法律适用,应以此司法解释为准。

第二节 刑法新旧的比较

在刑法的溯及力问题上,我国刑法采用从旧兼从轻原则。实践中,对于刑法新旧的比较在一般情况下是不存在争议的。但是,对于在行为终了时与处刑时之间还存在中间过渡法的情形,究竟应当如何比较新旧法律及如何选择适用法律,则存在争议。

一种观点认为,刑法溯及力新旧刑法的比较是指行为时法与处罚时法的比较,即行为时法为当时的法律亦即旧法,处罚时法为新法。对于新旧刑法之间存在的中间过渡法,因其既不是行为时法(旧法),也不是处罚时法(新法),因此,在刑法溯及力新旧刑法的比较中,对中间过渡法可不予考虑,而只是简单地比较行为时法

与处罚时法。

另一种观点认为,刑法溯及力新旧刑法的比较,既要对行为时法与处罚时法作新旧比较,又要考虑中间过渡法的实际存在。中间过渡法相当于行为时法是新法,但相对于处罚时法则为旧法。因此,在新旧刑法的比较上,应当充分考察中间过渡法的实际存在;并且,在新旧法律的适用选择上,应当在坚持有利于被告人的原则下,决定新旧法律的适用。

笔者认为,在行为时法与处罚时法之间存在所谓中间过渡法,是由于立法变化所造成的客观法律现象。实践中突出的表现是:1979年刑法第187条规定了玩忽职守罪;1997年修订刑法对玩忽职守罪进行了分解,出现了包括刑法第168条徇私舞弊造成破产、亏损罪在内的一系列玩忽职守型犯罪条款;且1999年全国人大常委会通过的《刑法修正案》又对1997年刑法第168条作了修正,从而在此类玩忽职守型犯罪中先后出现了三部法律的规定。实践中,对于行为发生在1979年刑法有效期内,处罚在1997年刑法第168条修正之前的,或者行为发生在1997年刑法第168条期限内的,处罚在1999年刑法修正之后的,其新旧刑法的选择一般不成问题。但是,对于行为发生在1979年刑法有效期内,即1997年10月1日之前,而处罚在1999年刑法修正之后的,在新旧刑法的选择上便会产生上述争议。这里,我国刑法采用从旧兼从轻的溯及力原则,其所谓旧法,不应当是泛指相对于新法之旧法,而确切地应当是指行为时的法律。所谓新法,同样不是简单的相对于旧法的新法,而应当是指处罚时的法律。因此,所谓新旧刑法的比较,应当是指行为时刑法有关条文与处罚时刑法有关条文的比较。处于行为时与处罚时的中间过渡法,因其既不是行为时法,也不是处罚时法,因而在刑法溯及力新旧刑法的比较上不具有任何意义,在法律适用上是不应当予以考虑的。当然,如果行为发生于所谓行为时法,持续或连续并终止于中间过渡法,则此时的所谓中间过渡

法便成为行为时法,即成为与处罚时法相对应的所谓旧法。

综上可以作出如下结论:刑法溯及力理论上所谓新旧刑法的比较,实际上是行为时法与处罚时法的新旧比较;存在于行为时法与处罚时法中间的所谓中间过渡法,在刑法溯及力新旧刑法的比较上是无价值的,不应当予以考虑;并且,排除中间过渡法的适用,并不违背刑法溯及力有利于被告人的一般原则。因为在行为时法与处罚时法选择中,一般应当适用行为时法,但当处罚时法较行为时法为轻的,则适用处罚时法。可见,这一法律适用原则正是体现了有利于被告人的刑法溯及力的一般原则。

第三节 刑法处刑轻重的比较

在司法实践中,不但对刑法新旧比较有争议,对刑法处刑轻重同样也存在分歧。

一种观点认为,所谓处刑轻重,是指论罪该判刑罚的轻重。即不是抽象地比较具体罪名法定刑的轻重,而是具体地以某一犯罪行为对应新旧刑法的相关条文及法定刑,以实际可能判处的刑罚作轻重比较。

另一种观点认为,所谓处刑轻重,是就同一种犯罪行为,新旧刑法所规定的法定刑的轻重比较,即抽象的法定刑轻重比较,而不是实际可能判处刑罚的轻重比较。

刑法修订后,为解决司法实践中在刑法溯及力问题上处刑轻重的争议,最高人民法院于1997年12月23日通过了《关于适用刑法第12条几个问题的解释》。该《解释》明确:“刑法第12条规定的‘处刑较轻’,是指刑法对某种犯罪规定的刑罚即法定刑比修订前刑法轻。法定刑较轻是指法定最高刑较轻;如果法定最高刑相同,则指法定最低刑较轻。如果刑法规定的某一犯罪只有一个法定刑幅度,法定最高刑或者最低刑是指该法定刑幅度的最高刑