

第2卷

刑事法

XINGSHI【陈兴良/主编】FANJIE

判解



法律出版社

【陈兴良/主 编】

【周光权/副主编】

刑事法判解

第2卷

2000年第1辑

法律出版社
2000年·北京

图书在版编目(CIP)数据

刑事法判解. 第2卷/陈兴良主编. —北京:法律出版社, 2000. 4

ISBN 7-5036-3071-X

I. 刑… II. 陈… III. 刑法-研究 IV. D914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 05722 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/李跃

责任校对/杜进

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/16.25 字数/401 千

版本/2000 年 4 月第 1 版

2000 年 4 月第 1 次印刷

印数/0.001—5,000

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw @ public. bta. net. cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3071-X/D·2792

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

卷首语

随着建设社会主义法治国家的治国方略的确立,刑事法治秩序的建构成为一个重要问题。罪刑法定原则是刑事法治的题中之义,它所体现的限制机能对司法活动提出了更高的要求。在这种情况下,找法活动^①就成为贯彻罪刑法定原则、实现刑事法治的关键之所在。法是立法机关创制的,往往以成文法典的形式出现。因而,对于司法机关来说,法是自在地存在着的,并且是司法活动的逻辑前提。那么,法为什么还要找呢?确实,在社会关系简单的情况下,犯罪现象在立法中的规定是明确的,司法活动实际上是案件事实与法律条文机械地对号入座的过程。因而,在这种情况下,法是毋需找的。但随着社会生活日趋复杂,犯罪现象在立法中的规定也更为错综。在这种情况下,法就需要找。找法活动就是对法的体认、解释过程,它成为司法过程的必经步骤。正是这种找法的现实需求,对刑事法理论提出了加强解释性研究的任务。

本卷围绕刑事法适用,在理论与实践两个层面展开研究,归根结底还是要完成找法使命。在个罪探讨专栏中,发表了多篇个罪研究的论文,论及的大多是新罪,并且以经济犯罪为主。我的《侵占罪研究》是对侵占罪的一次系统、全面与深入的探讨。侵占罪在我国

^① 找法是指探寻可得适用之法律规范。参见梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第192页。

刑法中是新罪,随着侵占罪的设立,传统的财产犯罪,例如盗窃罪、诈骗罪等之间的关系都需要重新构造。因此,侵占罪是一个十分重要的罪名。对于侵占罪的研究,是我继盗窃罪之后的又一篇关于个罪研究的论文,我想这项研究需要长期做下去。周振想对于伪造、变造金融票证罪的研究,为我们展示了该罪的全部理论内容。伪造、变造金融票证罪是金融犯罪中的一个重要罪名,也是司法实践中常见多发的一个罪名。相信周振想的这一论文可以加深我们对该罪的理解。游伟、张本勇关于侵犯商业秘密罪的研究,不局限于刑法法条的规定,而是以商业秘密的刑法保护为中心展开其论述,内容涉及知识产权法、反不正当竞争法等,理论视野开阔,可以说是对侵犯商业秘密罪的深层次理论挖掘。张国轩关于假冒专利罪的研究,十分深入、细致,基本上涉及了假冒专利罪的全部问题。假冒专利罪在我国刑法中虽然不是一个新罪,但由于该罪在司法实践中运用极少,因而在刑法理论上对它的研究也就极为薄弱。张国轩的这一论文在一定程度上弥补了这一缺憾,也为今后假冒专利罪的立法与司法提供了理论根据。张明楷对于非法行医罪的研究,虽然仅涉及该罪的主体范围、行医特征与承诺效力这三个问题,但也显示了作者在个罪研究上的理论功底。非法行医罪在我国刑法中是一个新罪,处理的个案不多。在这种情况下,对于该罪的理论探讨要想深入是极为困难的,张明楷对此问题的研究达到了相当的理论深度,确实是难能可贵的。个罪探讨是《刑事法判解》的重点栏目,我期望中国刑法学者将来能在深度与广度两个方面推进个罪研究。

在法律评析专栏中,发表了黄京平、蒋熙辉关于外汇犯罪的单行刑法及相关司法解释的研究,对外汇犯罪的立法规定与司法解释作了有深度的理论探讨,尤其是从总结立法与司法解释的经验教训这一高度审视外汇犯罪的立法与司法解释,给人以理论上的俯视感。

刑事法适用是《刑事法判解》的主要内容,由于本卷论文较多,因而分设两个栏目。

在“刑法适用”专栏中,黄祥青对信用卡诈骗犯罪司法认定中的四个问题作了极为详尽的探讨,对实践中出现的新问题给予了充分的关注。杜晓君关于明知的推定的论述,涉及故意犯罪的认定问题。我国刑法中存在一些以“明知”为构成要件的犯罪,这种“明知”如何认定呢?杜晓君认为,“明知”认定的惟一途径是推定,并对这种推定的条件作了分析,尤其是以洗钱罪、赃物犯罪、奸淫幼女罪与持有型犯罪为范例,使得这种分析更为细致。劳东燕对挪用公款罪司法解释中涉及的主要问题作了分析,其得出的若干结论对于司法实践肯定有一定的参考价值。卢宇蓉关于行贿犯罪中“谋取不正当利益”的理解与适用作了深入探讨,揭示了该类犯罪的认定中最为关键的问题。关福金关于刑法中的国家工作人员概念的研究,围绕着国家工作人员的概念本身,进行了全面的理论探讨。随着我国经济体制改革和干部管理体制改革的推进,传统的国家工作人员的概念已经在很大程度上不适应司法实践的需要。修订后的刑法对国家工作人员作了重新界定,但在司法实践中还是存在一些疑难问题。关福金的这一论文,对于我们正确理解刑法中的国家工作人员会有一定帮助。王宗光关于勒索型绑架罪的司法认定的探讨,结合疑难案件对绑架罪中的问题进行了理论阐述。从疑难案件中提炼出疑难问题,这种研究方法值得提倡。

在“刑事诉讼法适用”专栏中,周光权对提起公诉的证据标准作了反思。我们以前对提起公诉时控方应掌握的证据提出了要达到确实、充分的程度的过高要求,周光权认为应当适当降低证据标准,达到证据足够、合理的程度即可,而且不能简单地将控诉意见被法院否決的案件定性为错案。苗生明关于制定刑事訴訟控方最低证据标准的探讨,则从司法实践的角度提出了更为具体的问题,与周光权的文章相呼应。我国刑事诉讼法规定的作出侦查终结结

论、提起公诉、作有罪判决的证据标准都是证据确实、充分,这一标准极为抽象、缺乏可操作性。我在北京市海淀区人民检察院任职期间,切身地感觉到这一问题。现在看来,我国亟待制定证据规则与证据标准。在立法之前,从司法实践中总结最低证据标准,我认为可行的。苗生明的论文对于控方最低证据标准不仅提出了构想,而且设计了故意伤害罪、诈骗罪、寻衅滋事罪的最低证据标准。我以为,这项工作倘若继续进行下去,必将对司法实践有所裨益。樊守禄关于刑事自诉案件审判实务问题的研究,涉及刑事自诉案件的审理。随着被害人权利意识的加强,在司法实践中,刑事自诉案件越来越多。如何依法审理刑事自诉案件,对于法院的刑事审判工作是一个考验。樊守禄的论文立足于审判实务,对刑事自诉案件审判中的重要问题进行了研究,对于指导审判活动具有一定的现实意义。耿景仪对刑事案件的超审限问题从原因与对策两个方面作了理论上的思考,文中数据详实、材料充分,这种实证分析方法应予肯定。张伟选、詹亮亮对不起诉制度的司法适用作了较为全面的论述,对于正确地适用不起诉具有一定的意义。刘少英、邓中文关于建立不起诉案件听证制度的思考,涉及不起诉案件听证的制度创新,极具启发意义。在刑事诉讼法适用中,证据是一个重要问题,刘广三关于电子证据的探讨,展现了在高科技发展的情况下,证据存在形式的演变。论文重点介绍了计算机犯罪过程中形成的电子证据,对于审理计算机犯罪案件具有指导意义。姜发根在投给我们的稿件中,紧紧结合司法实践详尽地探讨了强制证人出庭作证的一系列问题,其建议对于改革刑事审判方式、促进司法公正有一定的意义。

围绕个案进行理论分析,这是《刑事法判解》坚持的一种学术风格。在本卷中,个案理论探讨仍然占有重要分量。在问题与争鸣专栏中,围绕对暴力取证罪中的证人概念的理解,进行了学术上的讨论。这个问题是由一起案件引发的,吉林省东丰县人民检察院

俊清、李文惠同志 1998 年给我寄来一份材料,因为对暴力取证罪中的证人理解上的不同,法院对检察院以暴力取证罪起诉的派出所所长李某在取证时殴打被害人一案作出了无罪判决。在以往的理论著作中,对于暴力取证罪犯罪对象的证人,包括打击报复证人罪中的证人,一般都引用刑事诉讼法关于证人的概念。^①以法律解释法律,是法律解释中常见的一种解释方法。那么,暴力取证罪与打击报复证人罪中的证人是否应适用刑事诉讼法关于证人的解释呢?这是一个典型的找法问题,具有一定的理论意义。为此,我组织了两篇论文对这个问题进行了理论争鸣。刘树德的论文通过对严格解释论与目的解释论两种解释理论的考察,得出结论:在罪刑法定的情况下,应当实行严格解释,因而暴力取证罪中的证人不包括被害人或者其他入。而苗生明、王虚谷则通过对文义解释、法意解释、当然解释的考察,得出结论:暴力取证罪中的证人应当包括被害人,并且对证人的扩大解释并不违反罪刑法定原则。我认为,上述探讨虽然是由对刑法中的证人的理解引发的,但在深层次上涉及在罪刑法定原则中如何对法律进行解释这样一个重大的理论问题,应当加以进一步的研究。在案例研究专栏中,屈学武通过对若干典型案例的评析,对无过当防卫权行使中的正在行凶的界定提出了个人见解。刘艳红通过对一起交通肇事案件的考察对逃逸致人死亡的定罪问题进行了研究。张建对李晓光、董全福擅自设立金融机构案进行了深入、细致的分析,涉及与之相关的罪与非罪、此罪与彼罪的界限。刘为波、贾建华从张某一案引申出金融票证的伪造、变造及非法出具问题,并对此进行了理论分析。李兰英通过

① 值得注意的是有个别著作对证人作了扩大解释,认为司法机关对于不知道案件情况的人或者虽然知道案件情况但拒绝作证的人,使用暴力逼取证言的,也应视为“证人”。参见周道鸾、张军主编:《刑法罪名精解》,人民法院出版社 1998 年版,第 500 页。

刘某犯罪一案的分析,对侵占罪的构成特征及其与盗窃罪、不当得利的区别进行了理论探讨,在叙述方法上较为新颖别致,增加了该文的可读性。王殊、杨书文关于诉讼诈骗行为之定性的研究,对诈骗罪中的特殊形式即诉讼诈骗结合个案进行了探讨。邓子滨的论文通过对一个案例的分析,研究了刑事二审中公诉权与审判权的关系。随着刑事二审从以往的书面审为主到现在越来越强调开庭审理,这个问题日益显现出其重要性。

司法活动是将抽象的法律规定适用于具体案件的过程,法律规定的概括性与具体案件的复杂性之间的差别,使得司法活动具有很强的专业性。我们的刑事法理论应当面对司法实践,解决司法实践提出的各种疑难问题。惟此,刑事法理论才能具有强大的生命力。本卷作者中,既有从事刑事法理论研究的人员,更有在检察机关和审判机关从事刑事司法实务的人员,尤其是某些机关的领导干部,他们在繁重的工作之余仍然保持着理论兴趣,对现实中提出的问题进行学术研究,这是十分难得的。我期待着有更多的同仁参加到《刑事法判解》的作者队伍中来,使这一出版物能够凸显司法实践中的疑难问题,并从学理上加以解决,从而实现《刑事法判解》为我国刑事法治的建设尽到应有职责这一创办宗旨。

陈兴良

于北京海淀稻香园寓所

2000年元旦

目 录

卷首语.....	陈兴良(1)
----------	--------

【个罪探讨】

侵占罪研究.....	陈兴良(1)
非法行医罪研究.....	张明楷(48)
伪造、变造金融票证罪研究	周振想(61)
论假冒专利罪.....	张国轩(76)
侵犯商业秘密罪研究.....	游 伟 张本勇(94)

【法律评释】

评关于外汇犯罪的单行刑法及相关司法

解释.....	黄京平 蒋熙辉(111)
---------	--------------

【刑法适用】

信用卡诈骗罪司法适用中的四个问题.....	黄祥青(129)
“明知”的推定.....	杜晓君(139)
行贿犯罪中“谋取不正当利益”的理解与适用.....	卢宇蓉(164)
挪用公款罪的司法适用.....	劳东燕(181)
刑法国家工作人员概念的理解.....	关福金(193)
勒索型绑架罪认定中的疑难问题.....	王宗光(209)
刑法归责构造的欠缺	

——以丢失枪支不报罪为中心…………… 林 维(217)

【刑事诉讼法适用】

足够、合理而非确实、充分

——论提起公诉的证据标准…………… 周光权(235)

关于制定刑事诉讼控方最低证据标准的初步

构想…………… 苗生明(253)

刑事自诉案件审判实务问题研究…………… 樊宇禄(280)

刑事案件超审限的原因分析与对策思考…………… 耿景仪(306)

不起诉制度在操作中的问题…………… 张伟选 詹复亮(321)

建立不起诉案件听证制度的若干问题…………… 刘少英 邓中文(334)

电子证据问题初探…………… 刘广三(342)

关于建立强制证人作证制度的思考…………… 姜发根(358)

【问题与争鸣】

暴力取证犯罪对象辨析…………… 贾俊清 李文惠(369)

暴力取证犯罪对象考察

——个案中的两种解释论…………… 刘树德(374)

殊途同归:暴力取证犯罪对象的解释论 …… 苗生明 王虚谷(385)

【案例研究】

正在行凶与无过当防卫权

——典型案例评析…………… 屈学武(403)

交通肇事逃逸致人死亡的个案研究…………… 刘艳红(417)

擅自设立金融机构罪疑难案例评析…………… 张 建(435)

关于伪造、变造及非法出具金融票证问题之

探讨…………… 刘为波 贾建华(450)

侵占罪在夹缝中生存

-----从一起疑难案件看侵占罪与盗窃罪、不当 得利的区别.....	李兰英(472)
诉讼诈骗行为之定性.....	王 殊 杨书文(486)
刑事二审中公诉权与审判权的关系.....	邓子滨(497)

【个罪探讨】

侵占罪研究

陈兴良

（北京大学法学院教授、博士生导师）

目 次

- 一、侵占罪的概念
- 二、侵占行为
- 三、侵占对象
- 四、非法占有的目的
- 五、侵占罪与非罪的界限
- 六、侵占罪与其他犯罪的区分
- 七、侵占罪的未遂问题
- 八、侵占罪之告诉才处理

侵占罪是财产犯罪中常见多发的一种犯罪行为。狭义上的侵占罪，指刑法第 270 条规定的侵占代为保管的他人财物、遗忘物、埋藏物的犯罪。广义上的侵占罪，除上述犯罪以外，还包括刑法第 271 条规定的职务侵占罪。前者可以说是普通侵占罪，后者可以说是特别侵占罪。这两种侵占罪虽然同以侵占作为其行为方式，但在内容上又存在重大差别。本文以论述侵占罪为主，兼而论及职务侵占罪。

一、侵占罪的概念

在论述侵占罪的概念之前,首先有必要对侵占一词加以分析。根据《现代汉语词典》的解释:侵占指非法占有别人的财产。由于未对占有的方式加以限制,因而这里的侵占是从广义上来理解的,指所有非法侵犯他人财产所有权的行为。这一含义上的侵占概念,在我国宪法上被采用。宪法第12条规定:“禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家和集体的财产。”这里的侵占是在广义上使用的,指侵犯财产,包括了盗窃、诈骗、抢夺、贪污等各种财产犯罪。在刑法中,侵占是从狭义上理解的,它是盗窃、诈骗、抢夺之外的侵犯财产的一种特定犯罪行为方式。确切地说,它是侵犯本人业已合法持有的他人财物为特征的一种财产犯罪。根据我国刑法第270条的规定,侵占罪是指以非法占有为目的,将自己代为保管的他人财物非法占为己有,数额较大,拒不退还或者将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有,数额较大,拒不交出的行为。我国刑法第271条还规定了职务侵占罪,指公司、企业或者其他单位中的人员,利用职务上的便利,将本单位财物非法占为己有,数额较大的行为。

侵占罪在我国刑法中是一个新罪名,但在大陆法系刑法中,这是一个具有悠久历史并在各国刑法中均有规定的传统罪名。侵占罪源于罗马法,在欧洲封建制时代是财产犯罪的一种,直到19世纪侵占罪才完全与盗窃罪分离,成为一种独立的罪名。^①我国1979年刑法没有规定侵占罪。之所以没有规定,主要是立法者考虑到国家工作人员或受国家机关、企业、事业单位、人民团体委托从事公务的人员利用职务上的便利侵占公共财物的,要按贪污罪论处,剩下的其他侵占公私财物,数量一般比较有限,可以不作犯罪论处。故尽管在1979年刑法草案第22稿、第23稿中均规定了侵占公私

^① 参见刘辉:《侵占罪若干问题研究》,载《法律科学》,1999年第1期,第103页。

财物罪,但最后还是被立法者所删除。^①在1979年刑法中,没有规定侵占罪,并非立法者的疏忽,而是由当时我国的财产状态和犯罪的实际情况所决定的。因为在1979年制定刑法时,我国财产关系十分单一,基本上是全民所有和集体所有的公共财产,如果行为人利用职务上的便利侵占公共财产的,可以按照贪污罪处理。公民个人的财产十分有限,侵占他人财物的犯罪极为罕见。因此,在刑法上没有必要规定侵占罪。随着我国实行经济体制改革,尤其是允许个体经济(后来发展为私营经济)的存在与发展,公民个人财产的存量增加,财产流转也更加频繁,因而在现实生活中出现了侵占他人财物的行为。由于1979年刑法没有规定侵占罪,因而当时在司法实践中对此类案件的处理主要有两种方式:一是类推定罪。我国1979年刑法第79条规定了对于本法没有明文规定的犯罪行为,可以比照本法分则最相类似的条文定罪处刑。这一类推规定,就为司法机关处理侵占行为提供了法律根据。因而,在司法实践中,往往通过类推处理侵占案件。例如,被告人马晓东,男,21岁,无业。1987年2月经人介绍,与来沪经商的广东省饶平县饶兴蛇皮加工厂港商代理郭长浩结识。同年8月29日,马晓东与郭长浩自上海市来到广州市。次日上午,郭长浩去深圳办事,将密码手提箱1只交给马晓东保管。郭长浩走后,马晓东撬开手提箱,窃取郭长浩在上海市的银行存折2个,合计存款3.9万元,现金270元,以及私人图章等财物。随后,马晓东携带手提箱回上海,先后三次将郭长浩的存款余额及利息合计2.024万元全部从银行支取挥霍,郭长浩返回广州后,发现马晓东去向不明,即赴上海,经查银行存款,已被马晓东取走,即向公安机关报案。同年10月19日公安机关找到马晓东,追回赃款1.25万元。经审理,上海市南市区人民

^① 参见高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》,法律出版社1981年版,第213页。

法院依照 1979 年刑法第 79 条关于类推的规定,比照刑法第 152 条的规定,类推被告人马晓东犯非法侵占他人财产罪,判处有期徒刑 15 年,剥夺政治权利 5 年。一审判决后,被告人马晓东没有上诉,检察机关也没有抗诉。南市区人民法院依法将全案报请上海市中级人民法院审查。上海市中级人民法院审查后,认为原判正确,报请上海市高级人民法院审查。上海市高级人民法院审查认为,原审认定事实清楚,证据确凿,适用类推定罪准确,量刑适当,遂于 1989 年 11 月 6 日依法报请最高人民法院核准,最高人民法院审判委员会审核认为,原审类推定罪是正确的,但量刑过重。最高人民法院于 1990 年 2 月 2 日判决如下:(1)撤销上海市南市区人民法院(89)南法刑字第 119 号刑事判决对马晓东的判决量刑;(2)被告人马晓东犯侵占他人财产罪,判处有期徒刑 10 年,剥夺政治权利 3 年。本案被告人马晓东的行为是典型的侵占代为保管的他人财物的行为,在当时法无明文规定的情况下类推定罪是一种正确的做法。对于侵占行为除类推定罪以外,当时在司法实践中根据行为特点也有直接定盗窃罪或者诈骗罪的。严格地说,这种做法是于法无据的。

在司法实践中,随着非公有经济的迅速发展壮大,由于刑法在保护非公有经济上存在明显的漏洞,在相当长的一个时间内只有通过扩大贪污罪的主体和客体的方法涵盖某些公私混合经济(例如中外合资企业、中外合作企业、以公有制为基础的股份制企业)中的侵占犯罪。这不仅捉襟见肘,而且与贪污罪的立法原意相去甚远。在这种情况下,1995 年全国人大常委会颁布的《关于惩治违反司法犯罪的决定》(以下简称《决定》)设立了公司、企业工作人员侵占罪,该罪是指有限责任公司、股份有限公司的董事、监事或者职工及上述公司以外的企业职工,利用职务或者工作上的便利,侵占本公司或本企业的财物数额较大的行为,这一犯罪的罪名被司法解释确立为侵占罪,这是在我国刑法中首次出现的侵占罪罪名。但

这一规定只解决了公司、企业中的侵占行为的定罪问题,大量存在于公民个人之间的侵占行为仍然无法定罪,而且,公司、企业中的侵占行为规定为侵占罪,与世界各国刑法中的侵占罪同名异质。在这种情况下,我国刑法学界提出了各种设立侵占罪的立法建议,认为侵占罪是指以非法占有为目的,将自己所持有的他人之公私财物转化为己有或者擅自使用、处分,数额较大,情节严重的行为。犯罪对象包括:他人交于行为人持有之公私财物,行为人拾到的他人的遗失物、他人的遗忘物、漂流物、埋藏物、隐藏物、沉没物、失散的饲养动物、地下遗存文物等。^① 1997年在刑法修订中,采纳了上述建议,在刑法第270条和271条分别设立了侵占罪与职务侵占罪,从而完善了我国的刑事立法,为惩治各种侵占行为提供了刑法根据。

二、侵占行为

在认定侵占罪的时候,最根本的是要正确地界定侵占行为。由于我国刑法中,对侵占一词在立法上存在多种含义,因而理解侵占行为的内容就显得十分重要。我们认为,侵占行为具有以下特征:

(一)合法持有

侵占行为是以合法持有为前提的,这也是侵占行为区别于盗窃行为和诈骗行为的根本之所在。那么,如何理解这里的合法持有呢?刑法第270条规定了侵占财物与行为人之间具有“代为保管”的关系。对于这里的“代为保管”,我国刑法学界存在以下两种不同的理解:一是狭义说,此说主张对保管作严格的解释,认为行为人侵占的是自己业已持有的,他人暂托自己保管、看护的财物。^② 这

^① 参见赵秉志主编:《刑法修改研究综述》,中国人民公安大学出版社1990年版,第337页。

^② 参见梁华仁、裴广川主编:《新刑法通论》,红旗出版社1997年版,第295页。