

法学论文选集

第三辑

云南省人民检察院研究室

一九八五年二月

法学论文选集

第三辑

云南省人民检察院研究室

一九八五年二月

目 录

谈谈经济领域中严重犯罪案件的定罪和量刑问题

.....单长宗 陶国群 张泗汉 周道鸾 (1)

略论贪污罪

.....董 鑫 赵长青 (21)

谈贪污罪的基本特征和犯罪构成

.....王根明 (31)

如何认定贪污罪和盗窃罪

.....雷 鹰 (31)

浅谈哄抢国家资财的定罪问题

.....吴振汉 (48)

对投机倒把罪几个问题的探讨

.....解士明 杨克佃 汤鸿沛 (53)

法人中经济犯罪有关直接责任人员的刑事责任

.....廖增昫 (65)

经济共同犯罪中的赃款数额与定罪量刑

.....孙振东 (71)

谈谈侵犯财产罪中的数额计算问题

.....关景昌 (76)

干部对经济犯罪知情不举应负刑事责任

.....孙 飞 (81)

略论流氓罪

.....滕元瑜 (87)

试论传授犯罪方法罪

.....赵秉志 (93)

对刑法第一百六十一条“加处”的理解

.....柯葛壮 (102)

浅析重婚罪的认定和处理

.....杨肇生 华卯生 (105)

论渎职罪

.....长青 (109)

论贿赂罪

.....安义金 (124)

谈受贿罪

.....金凯 (139)

谈谈受贿罪

.....雷鹰 (150)

关于受贿罪的几个问题

.....张建田 (161)

试谈徇私舞弊罪的认定与处理

.....应懋 (168)

谈谈重大医疗事故的定罪问题

.....王然冀 张之又 (170)

重大医疗事故如何定罪?

.....吴仕民 (177)

也谈对重大医疗责任事故应如何定罪

——与吴仕民同志商榷

.....李 黎 胡廷中(181)
谈谈涉及计划生育案件的定罪问题

.....卢泰山(186)
弃婴溺婴应论罪科刑

.....郝力辉(191)
“致人死亡”与“引起被害人死亡”应负不同的刑事责任

.....周成新(196)

※ ※ ※

关于刑事证据基本特征的争论
.....苏尚智(201)

论刑事诉讼证据的性质
.....任振铎(203)

刑事诉讼中间接证据的作用和特性
.....黄 道(212)

论证据的主观性与客观性
.....吴家麟(225)

论证据的性质
——与吴家麟同志商榷

.....宋 峻(236)

略论证据的关联性
.....王希仁(250)

刑事诉讼证据的属性中不具有合法性
.....戴福康(256)

试论刑事诉讼证据的判断
.....严 端(262)

略论对刑事证据的审查判断问题

.....周亨元 王进兴(274)

论收集证据

.....王 净(282)

试论证明力强的证据和证明力弱的证据

.....周国均(295)

论刑事诉讼中的证明对象

.....陈光中 周国均(304)

间接证据初探

.....麻爱民(317)

关于正确运用间接证据的问题

.....郝双禄 王永臣 赵定华
宋鑫春 邵牧冈 薛书尧(325)

论基本证据

.....郑大群(339)

关于刑事诉讼中鉴定工作的几个问题

.....朱 军 黄 峰(342)

论口供

.....赵定华(349)

论口供的审查与判断

.....徐益初(355)

论共犯的举发

.....徐益初(363)

共犯可以兼作证人

.....方成志 陈建国(368)

论共同被告人的供述

.....	曹盛林(373)
刑事被告应无举证责任	
.....	李建明(383)
对待刑事被告人	
应坚持实事求是原则	
.....	陶 髦 武延平(387)
必须保证被告人获得辩护	
.....	孙 朴(394)
谈谈刑事诉讼中的证人证言	
.....	付宽芝(397)
保护被害人的合法权益	
.....	胡石友(406)
谈谈公诉案件中被害人的诉讼地位	
.....	武延平 陶 髦(410)
谈知情不举的刑事责任问题	
.....	郑大群(416)
对知情不举刑事责任的管见	
.....	任 陶(419)
附带民事诉讼试探	
.....	汪纲翔(421)
略论侦查的“强制性措施”与“强制措施”的区别	
.....	李宝岳(429)
正确运用“监视居住”这一强制措施	
.....	郝赤勇(434)
对“侦察”与“侦查”含义的探讨	
.....	林正吾(439)

谈谈免于起诉

..... 刚 烈(444)

浅谈不起诉

..... 许晓麓(449)

坚决执行回避制度

..... 吴 磊(455)

律师在刑事诉讼中的地位和作用

..... 张 辉(459)

律师充当辩护人的庄严立场

..... 宋占生(470)

谈谈经济领域中严重犯罪案件的 定罪和量刑问题

单长宗 欧阳涛 张泗汉 周道鸾

自从去年一月中央发出《紧急通知》以后，一场打击经济领域中严重犯罪活动的斗争，在党中央和各级党委的统一领导下，在全国各地迅速开展起来。这场斗争打击的范围，主要是走私、投机倒把、贪污、受贿、贩毒、盗运珍贵文物出口和盗窃公共财物等犯罪。一年来，斗争已经取得了显著成绩。据有关方面初步统计，至一九八二年底全国已揭露出并立案审查的各类经济犯罪案件共十六万四千多件，已结案八万六千多件，占案件总数的百分之五十四。追缴赃款赃物三亿二千多万元。通过这场斗争，基本上刹住了猖獗一时的走私、投机倒把活动，打击了一批贪污、受贿和盗窃公共财物等严重经济犯罪分子。但是，今后的斗争任务还很艰巨、很繁重。为此，我们一定要按照党的十二大精神，进一步提高对这场斗争重要性、复杂性和长期性的认识，认真总结经验，再接再厉，继续把这场斗争进行到底。

为了更有效地依法同经济领域中的严重犯罪活动作斗争，本文拟结合司法实践中提出的和理论界争论的一些问题，谈谈我们的粗浅认识。

一、如何确定罪名和认定犯罪性质

一年来的斗争实践表明，经济领域中的严重犯罪案件情况比较复杂，涉及面广。因此，在认定犯罪性质，区分此罪与彼罪的界限等问题上，应当严格按照犯罪构成理论，正确地分析判断。只有这样，才能更准确地打击经济领域中的严重犯罪分子。

(一) 打击经济领域中的严重犯罪活动，必须准确地确定罪名。

1. 套汇、逃汇是不是两个独立的罪名问题。

一种意见认为，五届全国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》（以下简称《决定》）中，走私、套汇是并列的，因此套汇、逃汇应成为两个独立罪名；另一种意见认为，建国以来都是将套汇、逃汇视为走私的一种形式，应属于走私罪。

我们认为，《决定》之所以把套汇同走私并列，是由于当前套汇情况严重，对国家经济发展危害极大，因而单独提出，说明情况，并作为走私罪或投机倒把罪的一部分，提高了法定最高刑罚，但并没有把套汇规定为独立的罪名。因为套汇、逃汇只是犯罪活动的形式，要确定其罪名，则要看它侵犯的是什么样的客体。如果它侵犯的客体是国家对外贸易管制，则应定为走私罪。例如，澳门商民江××一九八〇年多次将澳门的废旧物资出售给某市生产大队，所得人民币以五十元折港币一百元的比率先付给澳门同胞在内地的亲属，再到澳门收回等值港

币，先后八次套取侨汇港币六万二千五百元。他的套汇行为既违反了海关法规，也违反了外汇管理法规，其实质是逃避海关和银行监督。因此，以走私罪处理就可以了。如果侵犯的客体是国家金融、外汇、金银、物资和工商管理活动，则应定为投机倒把罪。例如，某厂负责人于一九八〇年十二月，通过银行调剂外汇，从某单位按国家牌价买进十五万美元，立即私下以高价卖给某外贸局；同月，又从某公司买进十八万美元，将其中十万美元加价转手卖给某外贸局，从而在一个月內倒卖上述两笔外汇，牟利四十万零四千元人民币。他在国内高价倒卖外汇，属于投机倒把罪的一种形式，应定为投机倒把罪。

2. 投机倒把牟取暴利和投机诈骗是不是罪名的问题。《决定》和中共中央、国务院《关于打击经济领域中严重犯罪活动的决定》公布以后，有人认为，“投机倒把罪”今后应改为“投机倒把牟取暴利罪”或“投机诈骗罪”。我们认为，我国刑法只规定有“投机倒把罪”或“诈骗罪”。《决定》所以强调“牟取暴利”，同样是为了指出其严重性，并未修改罪名。投机倒把乃是以牟取暴利为目的，这是主观方面的一个要件。司法机关在处理案件时，自然应当考虑是否已牟取暴利或暴利多少，但确定罪名仍应依法适用“投机倒把罪”，不宜用“投机倒把牟取暴利罪”的提法。至于中共中央、国务院的《决定》中提到的“投机诈骗”，它和走私贩私、贪污受贿、盗窃国家和集体财产等，都是作为当前严重经济犯罪中的犯罪行为加以列举的，并未涉及罪名问题。我国刑法对诈骗罪另有专条规定。如果把某一案件定为“投机诈骗罪”，不仅罪名没有法律依据，而且无法引用法律条文予以判刑。因此，如果某人的行为构成了犯罪，根据犯罪的事实、性质，按照刑法的规定，

构成投机倒把罪的，就定投机倒把罪，构成诈骗罪的，就定诈骗罪，而不能定为“投机诈骗罪”。

3.索贿是不是一个独立的罪名问题。一种意见认为，根据《决定》中“国家工作人员索取、收受贿赂”的提法，索取贿赂应当是同受贿并立的单独罪名，即索贿罪；另一种意见认为，索取贿赂是收受贿赂的一种形式，仍应定受贿罪。我们同意后一种意见。《决定》提出索贿问题，是基于当前这种情况比较突出，危害也大，应引起重视。但《决定》修改的是法定最高刑，并没有修改罪名。因为无论是索取贿赂，还是收受贿赂，犯罪主体都是国家工作人员，都是利用职务上的便利，得到他人的财物或其他利益，为他人谋取利益。所不同的是：索贿，是受贿人采取公开或者暗示的方法，主动索取他人财物或其他利益，而行贿人是被动的。受贿，则是行贿人主动用财物或其他利益对国家工作人员进行收买，而受贿人是被动的。这两种形式，除有主动与被动的区分以外，其他没有什么本质上的区别，因此不必把索贿作为一个独立的罪名。当然，索贿者主观恶性大，作为一种情节在量刑上应加以考虑。

4.贩毒罪是单指贩卖毒品还是包括制造、运输毒品的问题。一种意见认为，根据刑法第一百七十一条规定，贩卖毒品罪，是对非法制造、贩卖、运输毒品罪行的概括，可统一定为贩毒罪；另一种意见认为，这一条包括三个罪名，即制造毒品罪、贩卖毒品罪和运输毒品罪，而《决定》规定的“贩毒罪”只可能包括贩卖毒品和运输毒品罪，不宜扩大适用于制造毒品罪。

我们同意后一种意见。理由是：（1）从犯罪构成看，制造、贩卖、运输毒品行为中的某一种行为，具备了犯罪构成的

要件，就可以构成独立的犯罪。这三种行为可分别构成三种犯罪，即制造毒品罪、贩卖毒品罪和运输毒品罪。并不要求这三种行为必须同时具备才构成统一的犯罪。（2）在实际犯罪活动中，这三种行为又往往是相互联系的，成为此类犯罪活动的不同表现形态或不同发展阶段，特别是贩卖和运输通常都是结合在一起的。如果行为人同时具备上述两种或三种行为，表明行为人具有较大的社会危害性，量刑要重于单一的犯罪行为，但又不能作为两个或三个独立的犯罪按数罪并罚原则处理。可以据实定罪，如定为贩卖、运输毒品罪，或制造、贩卖、运输毒品罪，统一量刑。（3）从当前实际情况看，制造鸦片（包括种植罂粟）或其他毒品的事件，在国内很少发生，一般数量也不大。《决定》突出“贩毒罪”，提高刑罚，是鉴于目前从国外偷运鸦片等毒品到我国内倒卖的或转道运出去的情况确实严重，数量多，社会危害性大，必须予以严惩。但并没有修改罪名。此外，对走私运输和贩卖毒品结合进行，行为人同时触犯走私和贩卖毒品两个罪名的，一般仍按牵连犯的原则处理，从一重罪定罪处罚，即只按贩卖毒品罪定罪判刑，或者定为运输、贩卖毒品罪，不实行数罪并罚。

（二）打击经济领域中的严重犯罪活动，必须严格区分此罪与彼罪的界限。

犯罪的性质不同，处刑的轻重也不同。严格区分此罪与彼罪的界限，对于分清行为的社会危害性大小、正确量刑，有着十分重要的意义。

1. 要严格区分走私罪与投机倒把罪的界限

走私罪与投机倒把罪都是以牟取暴利为目的，破坏社会主

义经济秩序的犯罪。从理论上说，要正确区分两者的界限，主要看它侵犯的是什么客体。当前争论的焦点是，贩私应定什么罪。一种意见认为，直接贩卖走私物品的行为，违反了海关法规，应定为走私罪；对于转了几道手贩卖走私物品的行为，违反的是工商管理法规，只能构成投机倒把罪。另一种意见认为，凡是贩卖走私物品的，不管是直接贩卖，还是转手多少次，所违反的都是海关法规，都是逃避海关监督，偷漏关税，只要查实属于走私物品，都应定为走私罪。

我们认为，对贩私行为，应做具体分析，不能一概而论。根据刑法规定和司法实践，下列情况严重的，应作为走私罪处理：（1）违反海关法规，逃避海关监督，私运货物进出国（边）境，并亲自在国内倒卖走私物品的，这是走私行为的继续，应按走私罪追究；（2）走私集团的成员，或者是事前通谋的共犯，尽管他未出入国（边）境，而只是在国内将走私物品进行倒卖，这是他们的分工不同，还是应按走私罪追究；

（3）在国（边）境或海上，向明知的走私犯直接购买走私货物，转手倒卖，牟取暴利，实际上为走私犯销赃，则构成走私的共犯。这在刑法理论上叫做无事前通谋的共同犯罪。尽管他们之间事前没有共同犯罪的谋划，但他们的共同故意是在买卖私货过程中形成的。因此，也应按走私罪的共犯追究刑事责任。除此之外，其他在国内贩卖走私物品，几经转手，倒买倒卖，违反的是工商管理法规，情节严重的，都应按投机倒把罪追究刑事责任。

2. 要严格区分贪污罪与受贿罪的界限

贪污罪和受贿罪犯罪主体都是国家工作人员，都是利用职务上的便利。不同的是，犯罪的方法和侵犯的客体不同。贪污

罪是采取侵吞、盗窃、骗取及其他方法非法占有自己经管、主管的公共财物。侵犯的客体，是国家、集体财物的所有权。受贿罪，则是受贿人利用职权为行贿人谋取利益，而非法接受他人或其他单位的财物或其他利益。侵犯的客体，是国家机关的正常活动。但是，当前贪污犯罪活动的手段翻新，有的与受贿罪不易区分。例如，宋××贪污案，从表面上看，他是利用担任某厂基建科副科长的职务上的便利，在向某县祁屯二队购卖基建材料过程中，故意让该队以多种手段向本厂虚报冒领巨额公款后，又接受了祁屯二队的大量贿赂。但实质上是宋犯利用职务之便，与祁屯二队内外勾结。通过合法形式，将他所主管的国家巨款，先转给祁屯二队，再从中分赃。祁屯二队并没有出钱向他行贿，而是他用“绕弯子”的办法，达到贪污公共财产的目的。这是贪污罪，而不能定为受贿罪。

3. 要严格区分投机倒把罪与诈骗罪的界限

当前，投机倒把活动出现了许多新情况。行为人多是内外勾结，城乡串通，利用有些物资供应不足和管理制度不健全之机，非法经营工商业，进行投机倒把。诈骗犯罪活动也有些新特点，行为人往往利用某些企业、事业单位急于搞到物资和打开销路的心理，以“帮助”代购物资、推销产品、签订合同为名，向单位骗取大量的“提成费”、“好处费”、“业务活动费”等等。他们无意履行合同，却假签合同，这是诈骗犯骗钱的一种手段。这种诈骗活动，在形式上往往与投机倒把相类似。

区分投机倒把罪与诈骗罪的关键是：（1）侵犯客体不同。投机倒把侵犯的客体，是国家金融、外汇、金银、物资、工商管理活动；而诈骗罪侵犯的客体，则是国家、集体财产的所有权。（2）犯罪手段不同。投机倒把罪，一般是在单位之

间充当经纪人，以代购、推销产品，帮助签订合同或解决运输工具为手段，居间牟利。而诈骗公共财物的犯罪，则是以虚构事实或隐瞒事实真相，使受害对方信以为真，交出财物。

（3）目的不同。投机倒把罪，是要以本牟取暴利，而诈骗则无本诓骗他人（单位）财物。因此，对于签订假合同为名或假借推销、购买物资为名，骗取大量的“提成费”、“好处费”等钱财，无意履行也不可能履行合同的，应定为诈骗罪。如果行为人在倒买倒卖过程中，为了牟取暴利而编造谎言欺骗对方，无法全部履行合同的，则应定为投机倒把罪，而不能定为诈骗罪。

二、如何严格区分罪与非罪界限

经济犯罪情况复杂，牵涉面广，政策性强，特别是当前经济领域和各行各业都在进行改革，政策正在进行调整。因此，必须深入调查研究经济犯罪的新情况、新问题。中共中央、国务院的《决定》中指出：打击经济领域中的严重犯罪活动，

“要划清工作失误同违法犯罪的界限，划清经济上的不正之风同经济犯罪的界限，划清走私贩私、贪污受贿、投机诈骗同实行对外开放、对内搞活经济政策中由于某些制度、办法不完善而发生的问题的界限。在判定罪责时，要划清个人贪污同化大公为小公的界限。”从一年的斗争来看，中央指示的四个方面，对划清罪与非罪的界限，无论在理论上或实践上都是非常重要的。我们还认为，区分罪与非罪界限的总标准和法律依据，就是我国刑法第十条所规定的构成犯罪必须具备的三个基本特征，即行为的社会危害性、行为的刑事违法性、行为应受

刑罚处罚性。这三个基本特征是互相联系、紧密结合在一起的。只有具备了这三个基本特征，才构成犯罪，否则即不构成犯罪。在认定经济犯罪时，还应重视非法经营数额大小或个人非法所得数额多少这一特殊问题。如果数额较小、情节显著轻微、危害不大的，依照我国刑法第十条的规定，则不认为是犯罪。

区分经济领域中的罪与非罪的界限，还必须研究经济情况的发展变化，党和国家政策的调整及其对法律的影响，为了搞活经济，有些过去规定为犯罪或者被认为是犯罪的行为，现在经济情况变了，是否仍属犯罪，需要慎重研究。根据我们接触到的司法实践情况，对以下几个具体问题，作些初步分析：

（一）关于个体经济和长途贩运问题

在对内搞活经济、调整政策的情况下，对于城乡个体经济、二道贩子、长途贩运等问题，现在已经作了政策性调整，允许农民个人经商，从事允许上市的农副产品的贩运活动；允许农民个人或合伙进行长途贩运；允许农民个人或联户购置农副产品加工机具、拖拉机、汽车和小型机动船，从事生产和运输活动。这样，就从根本上改变了多年来限制、打击个体经济的政策。对于他们的正常经营活动，不能再视为投机倒把行为。例如，某县产苹果，一九八〇年曾因流通不畅，腐烂损失严重。一九八一年夏，县有关部门号召推销苹果。社员邹××借被派往外地结帐之机，用两节车皮向部队推销了十二万多斤苹果，赚取合理的地区差价六千多元。在处理此案中，有一种意见认为，邹以集体名义签订合同，动用火车长途贩运苹果，经营额达三万元，牟取暴利六千多元，违反了不允许私人用