

疑难刑事问题 司法对策

第六集

赵秉志 主编

Y
N
X
S
W T
S F D C

吉林人民出版社

疑难刑事问题 司法对策

(第六集)

赵秉志 主编

吉林人民出版社

(吉)新登字 01 号

疑难刑事问题司法对策(第六集)

主 编	赵秉志	封面设计	尹怀远
责任编辑	于二辉	版式设计	于二辉
责任校对	于二辉	责任排版	李冬梅

出 版 者	吉林人民出版社 (长春市人民大街 124 号 邮编 130021)
发 行 者	吉林人民出版社
制 版 者	吉林人民出版社激光照排中心 0431—5637018
印 刷 者	长春市东新印刷厂

开 本	850×1168 1/32
印 张	12.75
字 数	290 千字
版 次	1999 年 6 月第 1 版
印 次	1999 年 6 月第 1 次印刷
印 数	1—5 200 册

标准书号	ISBN 7-206-03182-X/D·830
定 价	18.50 元

如图书有印装质量问题,请与承印工厂联系。

撰 稿 人

赵秉志	王秀梅	田宏杰
于志刚	许发民	瞿中东
周洪波	许成磊	郭海英
宁东升	陈远玲	孙宇飞
孙立夫		

前 言

法律之公正包括刑法之公正，不仅仅体现在法律文本上的公正和法律面前人人平等，更应当体现为司法上的公正。只有司法的公正才能真正体现法律公正，也只有司法上的公正才能最终贯彻立法的公正和法律面前人人平等之立法与司法原则。

但是，法律文本的简洁化用语方式、法条的有限容量、法律术语与生活常用语之间的差异性等因素，导致立法之意图并不能为司法工作人员统一理解；同时，各级各地司法工作人员个人业务素质的参差不齐、执法水平和认识能力的地区性差异，以及宏观性量刑方法与量刑标准的不统一，导致同一法律文本或者同一法条规定适用于不同司法区域时经常得到相差悬殊乃至完全不同的结果。这种立法文本与司法现实的不一致性，或者说立法意图难以转化为执法结果的司法现状，在我国现实的刑事司法活动中表现得尤为明显。

基于以上立法意图与司法现状之间的不协调乃至实际冲突，我们认为，闭门造车式的纯刑法理论与逻辑推理固然有其意义，然而无论如何也不能给予推崇和太高的评价。基于此，从解决现实司法困惑和促进刑事司法公正的角度出发，更为理性地关注司法现实和社会公正，从而以保障人权、促进法治进步和社会有序发展为已任来关注刑事司法活动中的疑难问

题，正确诠释刑法典和相关司法解释，准确处理司法疑难与司法困惑问题，进而尽可能地减少司法误判、错判并平衡地区性执法差异，应当是刑法理论研究者不可推卸的职责。也正基于此，我们认为，有责任心的刑法理论研究者应当以促进刑法典发挥应有社会效应并以此促进社会文明发展为己任，而不应当刻意地走纯思辨的理论研究之路，更不应当游离于社会现实尤其是司法实践。

基于以上考虑，在有目的的考虑近年来刑事司法实践中所出现的各种刑事疑难问题的基础上，我们邀约一批具有较深理论功底和一定司法经验的中青年学者专家，针对现实存在的有争议的刑事司法疑难问题，有的放矢，对其加以理论论证和规范解释，力争给予令人信服的司法处置对策，并希望以此来减少刑事司法活动中的定性不准与量刑畸轻畸重情况，从而提高司法质量和效率。

本着理论研究服务于司法实践的撰写目的，本套《疑难刑事问题司法对策》丛书并不苛求体系上的完整与内容上的面面俱到，不作无病之呻吟，而是针对实际问题，深入浅出，力图以有限的篇幅和容量涉及并解决尽可能多的司法难点、焦点与疑点问题。也正由于此，本书之内容选择与体系编排将取决于司法实践的需要而不追求无谓的教科书式的理论完整性，并将伴随着某一时期司法疑难问题出现的多与少等实际情况而不断编写与出版。

在本书面世之际，我们要特别感谢吉林人民出版社有关领导和法律编辑室主任刘树炎先生的大力支持，尤其是刘树炎先生在丛书的设计、内容与特点等方面都给予了有见解、有价值的指导，并为编辑本书付出了辛勤的劳动，这些都是我们应当铭记在心并深表谢忱的。

愿本套丛书的出版能够为我国刑事司法的公平、公正尽些许之力。

赵秉志谨识

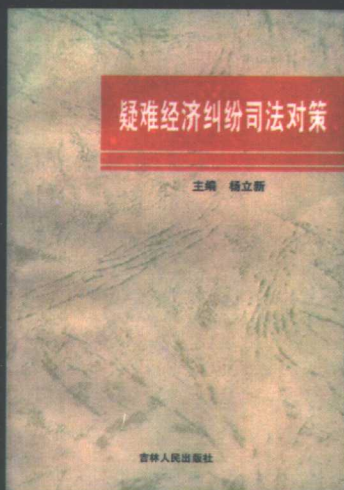
1998 年 12 月

于中国人民大学法学院



赵秉志 1956 年生，河南南阳人。新中国首届刑法学博士。现任中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师、国际刑法研究所副所长。兼任中国法学会刑法学研究会副总干事、全国人大内务司法委员会青少年专门小组成员、最高人民检察院研究室顾问等多种学术职务。1991 年被国家授予“做出突出贡献的中国博士学位获得者”称号，1995 年被评为“全国十名杰出青年法学家”。出版专业书籍（含独著、主编、合著、合译）《犯罪主体论》、《刑法研究系列》、《刑法争议问题研究》、《新刑法典的创制》、《新刑法教程》、《新刑法全书》等百余种，在中外报刊上发表论文、文章近 400 篇。主持、参加了近 20 项国家或部委级科研项目，论著曾 10 余次获国家级、部委级或院校的奖励。

最新实用 法律读本



疑难经济纠纷司法对策
(1—3 集)

总定价:50.40 元



疑难民事纠纷司法对策
(1—10 集)

总定价:224.00 元

目 录

第一篇 犯 罪	(1)
1. 在处理过失犯罪案件时如何判断行为人 是否能够预见到危害结果的发生	(3)
第二篇 刑 罚	(11)
1. 关于累犯的几个问题	(13)
2. 数额犯具体认定中的若干重点问题	(29)
第三篇 破坏社会主义经济秩序罪	(63)
1. 虚报注册资本罪认定中的重点问题	(65)
2. 走私固体废物罪的司法实务	(74)
第四篇 侵犯公民人身权利、民主权利罪	(89)
1. 如何正确认定强奸罪	(91)
2. 绑架罪的认定	(123)
3. 拐卖妇女、儿童罪认定处罚中的疑难争议问题 ...	(136)
第五篇 侵犯财产罪	(151)
1. 挪用特定款物罪的司法适用	(153)
2. 职务侵占罪若干司法疑难问题	(170)

第六篇 职务犯罪	(185)
1. 滥用职权罪的司法适用	(187)
2. 玩忽职守罪的司法适用	(206)
3. 私放在押人员罪的司法适用	(229)
 第七篇 妨害社会管理秩序罪	 (241)
1. 以计算机为对象的犯罪的定性与处罚	(243)
2. 关于组织卖淫罪的几个问题	(266)
3. 淫秽出版物的司法认定	(287)
4. 拒不执行判决裁定罪认定中的若干疑难问题	(293)
5. 如何正确适用运送他人偷越国(边)境罪	(349)
 第八篇 刑事疑难案例评析	 (377)
1. 相约自杀案件的刑事责任问题	(379)
2. 柳某妨碍司法活动行为罪名的确立	(394)

第一篇
犯
罪

1. 在处理过失犯罪案件时如何判断行为人是否能够预见到危害结果的发生

法律要求犯罪过失行为人应当预见自己的行为可能发生的危害社会的结果，就意味着行为人不仅负有预见的义务，而且也具有预见的可能即能够预见自己的行为可能产生的危害社会的结果，才有可能构成犯罪过失。因此，在行为人负有预见义务的情况下，确定其是否能够预见自己的行为可能发生危害社会的后果，即对自己行为造成的危害社会后果是否具有预见可能性，就成为确定其是否具有犯罪过失的关键。关于判断行为人是否具有预见可能性的问题，由于学者所站的立场及其出发点不同而有不同的见解。归纳起来，目前在中国刑法理论界，主要有如下四种观点：^①

第一种观点是客观标准说。认为判断行为人能不能预见，应以一般人的一般水平来衡量。一般人在当时的情况下能预见这个行为会造成什么后果，行为人也应当预见，如果一般人在当时不能预见，行为人也就不应预见。至于一般人的水平，则由审判人员依自己的社会经验来判断。该说在目前仍有个别学者主张。但对一般意义上的客观说已经作了一定程度的修正。主张该说的学者认为，应当对客观说具体表述为：特定一类人在这种场合下能够预见，行为人属于这种特定人员，因此

^① 参见高铭喧主编：《新中国刑法科学简史》，中国人民公安大学出版社（北京）1993年版，第116-117页。

应当预见。并认为客观标准的类型划分主要是依据职业，如汽车人员，危险品保管类等，没有工作属类的则根据其年龄状况、文化知识水平、社会角色、生活经验等因素予以划定，如家庭妇女类、待业青年类等。其理由为：

其一，虽然客观说有可能对低于一般认识水平的行为人产生客观归罪，但客观说具有克服主观说标准不统一和认识能力强责任大，认识能力弱责任小，影响社会普遍认识水平提高及折衷说（即西方刑法理论中的折衷说——笔者注）不能适用于全部过失犯罪等弊病的优点。

其二，客观说能充分地体现过失犯罪处罚重在一般预防的立法意图。

其三，客观标准说得多于失，利大于弊。客观说对少数低于社会普遍认识水平的行为人推定其应当预见并予以处罚，这可能带有客观归罪的色彩，但另一方面，随着社会生产的迅速发展和科技成果的广泛运用，过失产生的危险源增多，所造成的社会危害性也越来越大，客观说促使大多数社会成员不敢疏忽大意，避免严重危害社会后果发生，有利于整个社会和广大人民群众。该学者并用西方的无罪过责任理论作论证。

其四，客观说适应过失犯罪理论和立法的发展趋势，认为目前中外有一些学者提倡处罚过失犯罪的行为犯和提高过失犯罪的法定刑的目的是重在社会一般预防和加强刑罚惩戒，预防犯罪的效力和客观说的意旨相同。^①

第二种观点是主观标准说。认为判断能否预见，应以行为本人人的具体能力、水平以及当时的具体条件来判断。具体说来就是，在当时的客观环境和条件下，根据行为本人人的年

^① 参见姜黎艳、孟庆华：《论疏忽大意过失犯罪的预见标准》，载《法学》（上海）1991年第8期。

龄、健康发育状况,知识程度、工作经验、业务水平以及所担负的责任等条件来判断其能否预见。有的持该论的学者认为,“确定行为人有没有预见能力,只能根据行为人自身的生理、心理条件,从年龄、智力状况,受教育程度,职业状况等方面综合决定,而不能把主观因素与客观因素等放在一起作为衡量有无预见能力的标准。因为预见能力并不是预见义务,不能把确定预见义务的因素用来衡量预见的能力。”^①持该论的学者强调说,“同样一种行为,对有专门知识的人来说,就能预见到行为可能发生危害后果,对无专门知识的人来说,就难以预见到。因此,在认定疏忽大意过失时对行为人能否预见到危害结果可能发生,应以主观标准为主要标准。以免把无罪过的人,当成有罪过的人,扩大了追究刑事责任的范围。”^②

第三种观点是主客观统一说,认为上述两说都有片面性,因此,解决这个问题要坚持主客观相统一的原则,即既要考虑到行为人的年龄、知识、智力、发育、工作经验以及所担负的职务、技术熟练程度,又要考虑行为人当时所处的具体环境和条件,将这两方面的情况综合地加以考虑,进行科学分析,作出符合行为人实际情况的判断。持该论的学者认为,“行为人的认识能力总是具体的,脱离当时的客观条件的认识能力是不存在的。人的认识能力是对客观现实的认识,决定于当时的客观条件。行为人在此时此地可以认识的事物,在彼时彼地便可能无法认识,行为人借助某种物质手段可以认识的事物,脱离了该种手段,也会无法认识。因此,任何认识能力都是行为主体的主观能力与客观现实的具体条件相互作用的产物,片面强

^① 参见张翔飞:《过失犯罪成立要件剖析》,载赵秉志等编:《全国刑法硕士论文荟萃》,中国人民公安大学出版社(北京)1988年3月版,第255页。

^② 见李柏林主编:《实用刑法学》,黑龙江人民出版社(哈尔滨)1986年版,第123页。

调行为人的主观能力的作法是不合适的。^① 还有学者认为,在解决行为人能否预见时,不仅要把行为人的智能水平与行为时的客观环境条件结合起来考虑,还要把行为人的智能水平与行为本身的危险程度结合起来考虑。认为有些行为在实施时,虽然不能肯定是非法的,但可以肯定是具有危险性的,即使正当行为也会如此。如驾驶汽车的行为。当行为人不实施某种行为时,行为本身的危害程度对确定行为能否预见、应否预见是起一定作用的,这个作用表现在:行为本身的危险程度越高,则预见可能性越大,应当预见的义务就越高,反之亦然。^②

第四种观点是主客观相统一但以主观标准为主说,也称折衷说。认为原则上可以采取主客观相统一的标准,但同时指出,解决上述问题,具有决定意义的是主观标准(此主观标准乃指前述的主客观统一标准——笔者注)。因为,能不能预见,属于人的认识因素,而各个人的认识是不能脱离各个人的具体情况的,所以我们不能提出过高的他无能力达到的标准来要求他,这样做比较切合实际。并且认为,强调主观标准,并不是否定客观标准,在司法实践中,还要适当考虑客观标准。因此,这种观点实际上说,在判断行为人能否预见危害结果的发生时,应以主观标准为主,结合考虑客观标准。如持此论的学者认为,“判断能否预见,应当从实际出发,实事求是,在具体分析行为人对其行为的危害结果能否预见时,既要注意以当时的具体条件下一般具有正常理智的人对这种结果的发生能否预见,初步作出判断,更重要的是根据行为人自己的年龄状况、智力发育、文化知识水平、技术熟练程度等,来具体分析

● 见姜伟著:《犯罪故意与犯罪过失》,群众出版社1992年版,第277-278页。

● 参见张明楷:《论疏忽大意的过失》,载《法律学习与研究》(北京)1989年第1期。