

疑难刑事问题 司法对策

第一集

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

(第一集)

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(第一集)

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 吉林人民出版社激光照排中心 0431—5637018
印 刷 者 长春新华印刷厂

开 本	850×1168	1/32
印 张	12.625	
字 数	290 千字	
版 次	1999 年 6 月第 1 版	
印 次	1999 年 9 月第 2 次印刷	
印 数	5 200—10 300 册	

标准书号 ISBN 7-206-03177-3/D·825
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	陈一榕	于志刚
魏 东	许发民	刘志远
瞿中东	周洪波	孙 勤
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己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《刑事疑难问题司法对策》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

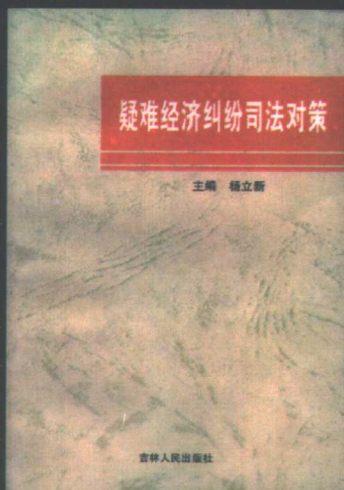
1998 年 12 月

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 刑法通则·····	(1)
1. 刑法溯及力中的几个问题 ·····	(3)
2. 属地原则的司法适用问题 ·····	(19)
第二篇 犯罪总论·····	(35)
1. 司法实践中犯罪直接故意与间接故意的划分 ·····	(37)
2. 犯罪动机对故意罪定罪量刑的意义 ·····	(45)
3. 无刑事责任幼年人案件的刑事立法问题 ·····	(53)
第三篇 刑罚总论·····	(61)
1. 假释的司法适用 ·····	(63)
2. 论管制刑的适用 ·····	(83)
第四篇 破坏社会主义市场经济秩序罪·····	(93)
1. 关于保险诈骗罪认定中的几个问题 ·····	(95)
2. 损害商业信誉、商品声誉罪认定中的几个问题 ···	(104)
3. 信用卡诈骗罪认定中若干重点疑难问题 ·····	(115)
第五篇 侵犯公民人身权利、民主权利罪·····	(131)
1. 强奸犯罪犯罪未遂的认定 ·····	(133)
2. 拐卖妇女、儿童罪既遂与未遂的区分问题 ·····	(147)

3. 拐骗儿童罪的司法适用	(152)
4. 破坏军婚罪的司法适用	(170)
第六篇 侵犯财产罪	(189)
1. 敲诈勒索罪的司法适用	(191)
2. 故意毁坏财物罪的司法适用	(208)
3. 破坏生产经营罪的司法适用	(228)
第七篇 妨害社会管理秩序罪	(247)
1. 诽谤罪的若干疑难问题	(249)
2. 关于盗伐林木罪、滥伐林木罪	(263)
3. 走私制毒物品罪的司法适用	(278)
第八篇 职务犯罪	(289)
1. 关于挪用公款罪	(291)
2. 受贿罪既遂与未遂的区别标准	(306)
3. 国家机关工作人员签订、履行合同失职被 骗罪的司法适用	(312)
4. 徇私舞弊不移交刑事案件罪的司法适用	(325)
第九篇 其他犯罪	(337)
1. 如何正确认定重大责任事故罪	(339)
2. 认定抢劫枪支、弹药爆炸物罪的重点疑难问题 ...	(347)
3. 认定破坏交通工具罪的重点难点问题	(365)
第十篇 刑事司法疑难案例评析	(381)
1. 尹某绑架案	

——刑事责任年龄、犯罪未遂 与犯罪既遂的区别	(383)
2. 王某盗窃汽油引起火灾案	
——失火罪与危险物品肇事罪	(387)

第一篇

刑法通則

1. 刑法溯及力中的几个问题

刑法中的溯及力，是指刑法生效后，对它生效以前未经审判或者判决尚未确定的行为是否适用的问题，如果适用，就是没有溯及力，如果不适用，就是没有溯及力。对于溯及力，各国立法例采取不同的原则，大致有以下几种：

第一，从旧原则，即新法对过去的行为一律没有溯及力，完全适用旧法。这一原则充分考虑了犯罪当时的法律状况，反对事后刑法，对行为人比较公平。

第二，从新原则，即新法对于其生效前未经审判或判决尚未确定的行为一律适用，即新法有溯及力。这一原则强调新法，适应当前的社会情况，有利于预防犯罪。但是，处罚行为当时并不是违法犯罪的行为，依新法进行处罚，就违背了罪刑法定原则，显失公平。

第三，从新兼从轻原则，即新法原则上具有溯及力，但旧法不认为是犯罪或处刑较轻时，则按照旧法处理。

第四，从旧兼从轻原则，即原则上适用旧法，新法没有溯及力。但新法不认为是犯罪或者处刑较轻时，则按照新法处理。这一原则弥补了绝对从旧原则的缺陷，既符合罪刑法定原则，又适应当前需要，为绝大多数国家所采纳。

否定溯及力，即绝对禁止刑法溯及力既往，把从旧原则作为解决刑法溯及力问题的唯一原则。这是绝对罪刑法定原则的

一项内容。而根据相对的罪刑法定原则,则允许采用从旧兼从轻原则作为禁止刑法溯及既往的例外。[●] 因为作为明文规定的法律,是公民享受权利和履行义务的标准和行为准则,是公民评价其行为性质的标准。如果刑法有溯及力,就等于要求公民遵守尚未公布生效的法律,这显然是不公正的,是有悖于罪刑法定原则的。但是,否定刑法溯及力也不应是绝对的,如果从保护被告人的利益出发,当新法的规定较旧法的规定对被告人有利时,也可以适用新法。从维护公民权益的角度考虑,从旧兼从轻原则实际上是符合罪刑法定原则的基本出发点的。

我国 1979 年刑法在溯及力问题上采取的是从旧兼从轻原则。这是科学的、符合罪刑法定原则的。在刑法典之后,全国人大常委会通过的一系列单行刑法,大部分也贯彻了从旧兼从轻原则。但也有例外,即 1981 年《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》采用的是从旧原则,即没有溯及力。而 1982 年《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》以及 1983 年《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》则分别采用了有条件的从新原则和从新原则。在理论和实践上都认为,上述两个单行刑法采用从新原则,并非是 1979 年刑法典从旧兼从轻原则的废止或取代,而是与之并行不悖、相辅相成、互为补充的。[●]

修订后的新刑法坚持罪刑法定原则,在刑法溯及力问题上,重申了 1979 年刑法典采用的从旧兼从轻原则,并作了进一步明确、具体的规定。

根据《刑法》第 12 条关于溯及力的规定,对于从 1949 年

[●] 参见赵秉志主编:《新刑法教程》,中国人民大学出版社 1997 年版,第 50—51 页。

[●] 参见樊凤林等主编:《中国新刑法理论研究》,人民法院出版社 1997 年版,第 73—74 页。

10月1日至1997年9月30日这段时间内所发生的行为，未经人民法院审判或者判决尚未确定的，应按以下不同情况处理：

(1) 当时的法律不认为是犯罪，而新刑法认为是犯罪的，适用当时的法律，即新刑法没有溯及力。对于这类情况，不能以新刑法规定为犯罪而追究行为人的刑事责任。

(2) 当时的法律认为是犯罪，而新刑法不认为是犯罪的，只要这种行为未经审判或者判决尚未确定，就应用新刑法，即新刑法有溯及力。过去认为是犯罪，而新刑法将其非犯罪化了。对于这些行为，就不能再以犯罪论处。

(3) 当时的法律和新刑法都认为是犯罪，并且按照刑法总则第4章第8节的规定应当追诉的，按当时的法律追究刑事责任，适用旧法，即新刑法没有溯及力。这就是从旧兼从轻原则所指的从旧。但是，如果新刑法对这种犯罪行为的处罚比当时的法律轻，则应适用新刑法，即新刑法有溯及力。这就是从旧兼从轻原则所指的从轻。根据最高人民法院《关于适用刑法第十二条几个问题的解释》，所谓处罚较轻，是指刑法对某种犯罪规定的刑罚即法定刑较轻。而法定刑较轻，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或者最低刑；如果刑法规定的某一犯罪有两个以上的法定刑幅度，法定最高刑或者最低刑是指具体犯罪行为应当适用的法定刑幅度的最高刑或者最低刑。当然，如果新法和旧法定罪处罚标准以及法定刑均相同的，显然应当适用修订前的刑法。

在司法实践中，新刑法溯及力本身，并没有难以理解和掌握的问题，但是，由于新旧刑法在犯罪和刑罚规定方面均存在衔接和过渡的情况，因而对有些涉及刑法时间效力上的问题，