

# 刑法理念与

主编 向泽选 高克强

# 刑事司法

中国检察出版社

# 刑法理念与刑事司法

向泽选 高克强 主编

中国检察出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

刑法理念与刑事司法 / 向泽选, 高克强主编.

北京: 中国检察出版社, 2000.7

ISBN 7-80086-756-0

I. 刑… II. ①向… ②高… III. ①刑法-法的理论-中国 ②刑法-法律解释-中国 IV. D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 33850 号

## 刑法理念与刑事司法

向泽选 高克强 主编

---

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号(100040)

电子邮箱: zgjcbs@263.net

电 话: (010)68650019(编辑) 68650025(出版) 65126852(发行)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省保定市西城胶印厂印刷

开 本: 850mm × 1168mm 32 开

印 张: 14.75 印张

字 数: 378 千字

版 次: 2000 年 7 月第一版 2000 年 7 月第一次印刷

印 数: 1—5000 册

书 号: ISBN 7-80086-756-0 / D·757

定 价: 26.00 元

---

检察版图书, 版权所有, 侵权必究  
如遇图书印装质量问题本社负责调换

顾 问 叶 峰 王 晋

主 编 向泽选 高克强

副主编 孟庆华 李 伟

撰稿人(按姓氏笔划排列)

李 伟 向泽选 孟庆华

吴 俊 杨兴国 邹绯箭

钟得志 高克强 高秀东

## 内 容 提 要

《刑法理念与刑事司法》是作者根据修订刑法施行过程中出现的问题写成的。该书从理论与实践相结合的角度出发,对司法实践中存在的问题进行概括,并从理论上加以归纳和阐释。具体对修订刑法颁布后最高人民法院、最高人民检察院发布的司法解释进行了理论分析,对司法解释的运用以及存在的问题进行了探究;对修订刑法总则中的几个问题如犯罪中止、累犯以及数罪并罚进行了理论诠释,并对其司法认定进行了阐述;对修订刑法分则的几种犯罪如贿赂犯罪、巨额财产来源不明罪等问题进行了分析,力求对刑法运用和司法实践有所裨益。

## 序

加强理论研究,注重司法实践是目前刑事法学领域应当重点解决的课题,以刑事立法和刑事司法实践为直接服务对象的刑法应用理论,以及刑事立法和司法实践中出现的大量问题,为刑法基础理论和刑法学发展提供了更加有力的动力,刑法理论研究的深入和每一新理论的问世又在一定程度上对司法实践起到指导作用。事实说明,刑法理论的发展和完善来源于现实实践提供的大量素材,也只有建立在实践基础上的理论研究才显得有生命力,脱离实践的理论研究或者显得苍白无力,或者流于说教,理论研究只有和立法、司法实践紧密结合,才能永葆活力。

1979年7月我国第一部刑法的颁布,标志着我国刑事立法和刑事司法进入一个新的阶段,刑法理论也在此基础上有不同程度的发展。随着改革开放的不断深入和社会结构、经济形态的变化,犯罪也出现了许多新趋势和新特点,刑法典的某些方面已不能适应惩治犯罪的需要,在此背景下,全国人大常委会从1982年起对刑法典作了补充和修改,制定了若干单行刑法规定和补充规定,最高人民法院、最高人民检察院(以下简称“两高”)也进行了多次司法解释,以增强其适应性。经过全面修订的我国现行刑法已于1997年10月1日起施行。我国刑法理论的研究,与我国刑法的

---

① 杨春洗为中国著名刑法学家,北京大学法学院教授,博士生导师,中国法学会理事,中国法学会刑法学研究会副总干事。

立法、司法活动密切相关,特别是在前些年刑法修改讨论过程中,发挥了巨大作用。修订后的刑法颁布施行后,很多注释性的著作相继问世,“两高”针对施行过程中的问题相继作了一些司法解释,对修订后刑法的实施起了一定的指导作用。刑法理论在充分发挥其指导、服务于司法实践的同时,本身也要不断结合已经变化了的社会状况,从实践中吸引更多的营养,不断深化和发展,尤其是对刑法修订后增加的新罪名,以及其他一些犯罪的司法认定和判断等都需要从理论与实践相结合的角度进行深入研究。

几位在司法实践部门工作的年轻学者,利用工作之余,勤于思考,不忘理论研究,在掌握大量素材的基础上,结合司法实践中遇到的问题,对现行刑法中存在的问题进行了深入思考,写成了《刑法理念与刑事司法》一书,对刑法中的一些问题进行了阐述。通读该著,给我的感觉是观点新颖,资料翔实,具有针对性,是一部理论与实践结合的好作品。总体说,该著具有以下特点:

一、注重理论与实践的结合。理论来源于实践,又是实践的向导,成熟的理论可以为实践提供方法论的指导,真正经得起实践检验的理论只能从实践中提炼。《刑法理念与刑事司法》运用我国刑法的基本理论,对修订后刑法实施过程中出现的问题进行了论述,每一个专题都紧紧围绕某一类问题,从理论上进行阐释,对该类问题的司法运用进行了准确周密的解说,对几种犯罪在司法实践难以认定的情形进行了有的放矢的论述;有的专题对“两高”在修订后刑法施行过程中发布的司法解释进行了归纳和总结,并对司法解释本身的科学性以及在实践运用中的问题进行了解说,对其中的一些问题从理论上进行了探究,对司法实践和司法解释的完善将有裨益。可以说,《刑法理念与刑事司法》既是一部理论著作,又是一部司法操作指南。

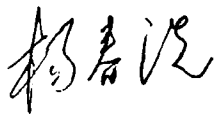
二、立足中国的立法实际,注重比较研究。《刑法理念与刑事司法》对刑法相关问题的论述,立足于我国的刑事立法状况和刑事司法的需要,有的专题研究也注重借鉴其他国家成功的立法经验,

在比较分析西方国家立法理论和立法模式的基础上,阐述了我国刑事立法对相关犯罪立法应予完善的地方。

三、资料翔实,逻辑严谨。《刑法理念与刑事司法》一书资料翔实,作者不仅全面系统地收集了相关刑法专题的资料,还对有关材料进行系统的融化,对每一个专题的研究都是在该专题研究现状的基础上,结合实践需要提出作者自己的观点和主张。本书涉及的领域广泛,它不仅仅是一部专题研究论著,而且通过每一个专题研究,对刑法基本理论问题乃至犯罪学的一些问题进行了深入地分析和有力地论证。各个专题研究,逻辑严谨,思路清晰开阔,观点明确,协作规范,表述流畅。

《刑法理念与刑事司法》的另一个特点是作者构成的合理性。该著作者既有专门从事教学科研的人员,又有司法实践工作者。该著既有一定的研究性和理论深度,又有一定的实用性。当然,对某些问题的论述还有待于深化和进一步研究,但它仍是一部对理论研究工作者和司法实践工作者具有参考、借鉴价值的著作。

在该书即将付梓出版之际,欣然为之作序,将《刑法理念与刑事司法》推荐给广大理论研究人员和司法工作者。



作于 2000 年 5 月 12 日



## 前 言

刑法以规定犯罪和刑罚制裁保护社会免受犯罪侵害,刑法的发展变化除受社会结构变迁的影响和制约外,有待于理论研究的深入和繁荣,理论研究与刑事法律科学的发展完善有着极为密切的关系。世界刑法进化和改革的每一次大的运动,都伴随着基础理论的激烈论战和深化;每一次新的刑法思想和刑事司法理论的形成,都与社会发展和重大变革相关。刑法理论上的突破则会对刑事立法和刑事司法起重大推动作用,从社会发展和刑法学科的长期发展看,加强刑法理论的研究具有重大的历史意义。刑法又是一门操作性很强的部门法,一定时空条件下刑事法律,其最大的功效在于为社会的司法机关提供惩治犯罪的依据,一部好的法律不仅在于其理论基础的成熟和法律条文结构上的合理,更为重要的是能够为司法机关提供可资操作的范本,也能为社会公众提供行为时的依据。刑法理论的研究又不能脱离司法实践,刑法基础理论来源于现实的立法和司法实践。脱离实践的理论或者显得苍白无力,或者流于说教,使人们难以认识和理解,难以在实践中应用。理论研究只有与立法和司法实践紧密结合,才具有活力;理论研究只有从实践中吸取营养,才能具有生命力。

本书运用辩证唯物主义哲学的观点和方法,力求从理论与司法实践的结合点上,以我国修订后的刑法为蓝本,从服务于实践的目的出发,选择了我国刑法的几个专题,从理论上进行了阐述,并结合实践中遇到的问题有针对性地进行论述,力求既避免纯粹的理论说教,又避免对刑法条文的一般注解,以服务于司法实践。

参加本书撰写的人员有:向泽选博士,最高人民检察院反贪污贿赂总局官员;高克强博士,最高人民检察院检察理论研究所学术

部助理研究员；孟庆华，北京大学法学院刑法学博士研究生；李伟硕士，中国人民公安大学讲师；吴俊博士，最高人民检察院外事局官员；高秀东硕士，外交学院讲师；杨兴国，最高人民检察院反贪污贿赂总局侦查指挥中心官员；邹绯箭，最高人民检察院反贪污贿赂总局特别侦查一部官员；钟得志，最高人民检察院反贪污贿赂总局办公室官员。本书还专门请中国法学会刑法学研究会副总干事、北京大学法学院教授、刑法学博士生导师杨春洗先生审稿。

由于时间和学识有限，书中难免有疏漏和不妥之处，敬请广大同仁、读者批评指正。

# 目 录

|                                    |       |
|------------------------------------|-------|
| 前 言 .....                          | ( 1 ) |
| 第一专题 刑法司法解释适用中的几个问题释评 .....        | ( 1 ) |
| 第一节 刑法第十二条的司法解释适用释评 .....          | ( 1 ) |
| 一、从旧兼从轻原则 .....                    | ( 1 ) |
| 二、处刑较轻 .....                       | ( 6 ) |
| 第二节 刑法时间效力的司法解释适用释评 .....          | (11)  |
| 一、追诉时效法条的司法解释适用释评 .....            | (11)  |
| 二、减轻处罚法条的司法解释适用释评 .....            | (14)  |
| 三、累犯法条的司法解释适用释评 .....              | (16)  |
| 四、自首法条的司法解释适用释评 .....              | (23)  |
| 五、立功法条的司法解释适用释评 .....              | (26)  |
| 六、缓刑法条的司法解释适用释评 .....              | (30)  |
| 七、假释法条的司法解释适用释评 .....              | (32)  |
| 八、按审判监督程序重新审判案件的司法解释<br>适用释评 ..... | (39)  |
| 第三节 死刑核准权法条的司法解释适用释评 .....         | (41)  |
| 一、死刑核准权的演变 .....                   | (41)  |
| 二、死刑核准权的适用范围 .....                 | (46)  |
| 三、死刑核准权司法解释几个问题的理论探讨 .....         | (49)  |
| 第二专题 数罪并罚的理论与司法实务 .....            | (56)  |
| 第一节 数罪的概念及其种类 .....                | (56)  |
| 一、数罪的概念 .....                      | (56)  |
| 二、数罪的种类 .....                      | (61)  |
| 第二节 同种数罪能否并罚 .....                 | (67)  |

|                                         |              |
|-----------------------------------------|--------------|
| 一、同种数罪与连续犯的关系 .....                     | (67)         |
| 二、连续同种数罪的并罚问题 .....                     | (69)         |
| 三、非连续同种数罪的并罚问题 .....                    | (72)         |
| 第三节 异种数罪应当实行数罪并罚 .....                  | (77)         |
| 一、异种数罪与牵连犯的关系 .....                     | (78)         |
| 二、牵连异种数罪的并罚问题 .....                     | (81)         |
| 三、非牵连异种数罪的并罚问题 .....                    | (88)         |
| 第四节 数罪并罚原则的适用评析 .....                   | (93)         |
| 一、并科原则 .....                            | (94)         |
| 二、吸收原则 .....                            | (99)         |
| 三、限制加重原则 .....                          | (103)        |
| 四、异种有期徒刑的并罚问题 .....                     | (107)        |
| 第五节 澳门刑法与内地刑法数罪并罚制度比较 .....             | (114)        |
| 一、犯罪竞合及其连续犯 .....                       | (114)        |
| 二、数罪并罚的原则 .....                         | (117)        |
| 三、关于漏罪与新罪的数罪并罚问题 .....                  | (120)        |
| 四、两种数罪并罚立法方式的思考与评析 .....                | (122)        |
| <b>第三专题 累犯制度的理论与司法实务 .....</b>          | <b>(126)</b> |
| 第一节 累犯的概念及其构成条件 .....                   | (126)        |
| 一、累犯的概念 .....                           | (126)        |
| 二、累犯的沿革 .....                           | (130)        |
| 三、累犯种类及构成条件 .....                       | (136)        |
| 第二节 各种刑法学流派对累犯制度的影响及其<br>立法反映 .....     | (144)        |
| 一、各种刑法学流派对累犯制度的影响 .....                 | (144)        |
| 二、从历届国际刑法及监狱会议看各种刑法<br>学派对累犯制度的影响 ..... | (150)        |
| 三、各国的立法反映 .....                         | (152)        |
| 第三节 我国刑法中的累犯制度 .....                    | (157)        |

|                                         |       |
|-----------------------------------------|-------|
| 一、普通累犯的条件 .....                         | (157) |
| 二、特殊累犯的条件 .....                         | (168) |
| 三、累犯的认定 .....                           | (172) |
| 四、累犯的处罚 .....                           | (181) |
| <b>第四专题 犯罪中止的理论与司法实务</b> .....          | (186) |
| 第一节 如何理解犯罪中止的自动性 .....                  | (186) |
| 第二节 犯罪中止有没有犯罪结果 .....                   | (196) |
| 第三节 如何判断和界定共同犯罪的中止 .....                | (206) |
| 一、主犯 .....                              | (208) |
| 二、从犯 .....                              | (210) |
| 三、胁从犯 .....                             | (212) |
| 四、教唆犯 .....                             | (212) |
| 第四节 犯罪中止的刑事责任 .....                     | (215) |
| 一、处罚中止犯的依据 .....                        | (216) |
| 二、处罚中止犯立法的比较分析 .....                    | (220) |
| 三、对减轻的理解 .....                          | (222) |
| 第五节 犯罪情节在处罚中止犯中的作用 .....                | (224) |
| <b>第五专题 贿赂罪的比较分析,兼谈我国贿赂罪的立法完善</b> ..... | (228) |
| 第一节 贿赂罪的一般特点 .....                      | (228) |
| 一、复合性 .....                             | (228) |
| 二、因果性 .....                             | (229) |
| 三、对价性 .....                             | (231) |
| 第二节 贿赂罪中之贿赂 .....                       | (232) |
| 一、外国刑法中关于贿赂的规定 .....                    | (232) |
| 二、我国香港特别行政区和台湾省刑法中关于贿赂的规定 .....         | (237) |
| 三、我国修订刑法中关于贿赂的规定 .....                  | (238) |
| 四、学者关于贿赂的观点 .....                       | (240) |

|             |                                  |       |
|-------------|----------------------------------|-------|
| 第三节         | 如何看待贿赂罪的客体·····                  | (242) |
| 第四节         | 怎样理解贿赂罪的主体·····                  | (247) |
| 第五节         | 贿赂罪客观方面之比较·····                  | (255) |
| 一、          | 职务行为·····                        | (255) |
| 二、          | 谋取利益·····                        | (258) |
| 第六节         | 贿赂罪的主观特征·····                    | (265) |
| 第七节         | 外国刑法关于贿赂罪的立法比较·····              | (269) |
| 一、          | 受贿罪比较研究·····                     | (269) |
| 二、          | 行贿罪比较研究·····                     | (273) |
| 三、          | 介绍贿赂罪比较研究·····                   | (278) |
| 第八节         | 借鉴外国经验,完善我国修订刑法中的<br>贿赂罪·····    | (280) |
| <b>第六专题</b> | <b>巨额财产来源不明罪若干问题探讨</b> ·····     | (284) |
| 第一节         | 巨额财产来源不明罪的起源·····                | (284) |
| 第二节         | 巨额财产来源不明罪的罪名问题·····              | (287) |
| 第三节         | 怎样确认巨额财产来源不明罪的客体·····            | (289) |
| 第四节         | 巨额财产来源不明罪的客观特征·····              | (296) |
| 第五节         | 怎样看待巨额财产来源不明罪的主观方面<br>·····      | (307) |
| 第六节         | 巨额财产来源不明罪的立法价值评析·····            | (315) |
| 第七节         | 司法实践中如何掌握巨额财产来源不明罪<br>的证明责任····· | (318) |
| 第八节         | 巨额财产来源不明罪比较分析·····               | (324) |
| <b>第七专题</b> | <b>贪污贿赂犯罪的原因及其遏制</b> ·····       | (330) |
| 第一节         | 贪污贿赂犯罪的原因·····                   | (330) |
| 一、          | 贪污贿赂犯罪原因的经济学分析·····              | (331) |
| 二、          | 贪污贿赂犯罪原因的社会学分析·····              | (335) |
| 三、          | 贪污贿赂犯罪发生的内在原因·····               | (339) |
| 四、          | 研究贪污贿赂犯罪原因的价值·····               | (347) |

|      |                                                              |       |
|------|--------------------------------------------------------------|-------|
| 第二节  | 贪污贿赂犯罪的遏制·····                                               | (352) |
| 一、   | 权力制约与遏制贪污贿赂犯罪·····                                           | (352) |
| 二、   | 刑罚制裁与贪污贿赂犯罪的遏制·····                                          | (365) |
| 三、   | 惩治贪污贿赂犯罪的国际合作·····                                           | (379) |
| 第八专题 | 贪污贿赂罪若干实务释论·····                                             | (408) |
| 第一节  | 贪污罪若干实务释论·····                                               | (408) |
| 一、   | 关于贪污罪主体问题·····                                               | (408) |
| 二、   | 关于贪污对象·····                                                  | (420) |
| 第二节  | 贿赂罪若干实务释论·····                                               | (423) |
| 一、   | 关于受贿罪的主观要件和家属参与型的<br>共同受贿问题·····                             | (423) |
| 二、   | 关于经济往来中的贿赂罪问题·····                                           | (433) |
| 三、   | 关于单位内部职能部门出于为本部门“创收”<br>目的,索取、收受巨额贿赂的,能否以单位受<br>贿罪论处的问题····· | (438) |
| 四、   | 关于间接受贿“利用本人职权或者地位形成<br>的便利条件”如何理解的问题·····                    | (442) |

# 第一专题 刑法司法解释适用中的 几个问题释评

修订刑法实施后,最高人民法院和最高人民检察院(以下简称“两高”)针对相关条文发布了一些司法解释,对保证修订刑法的实施起到了重要作用,只有领会了立法意图及各司法解释的背景和用意,才能正确适用法律,及时准确地惩治犯罪。本专题选择修订刑法实施以来发布的实践中经常运用的几个条文的司法解释,从实证的角度进行阐述,以期对司法实践有所裨益。

## 第一节 刑法第十二条的司法解释适用释评

修订刑法颁行后,“两高”先后发布司法解释,对第12条规定的有关内容予以解释,主要体现了从旧兼从轻原则和“处刑较轻”的精神。

### 一、从旧兼从轻原则

从旧兼从轻是解决刑法溯及力问题的较为妥当与可行的一项原则。因为其他解决刑法溯及力问题的原则,亦即适用旧法的从旧原则,适用新法的从新原则以及原则上适用新法,但旧法规定不是犯罪或处刑较轻时,适用旧法的从新兼从轻原则,均带有某种片面性。修订刑法第12条完整、全面地表述了从旧兼从轻原则:“中



华人民共和国成立以后本法施行以前的行为,如果当时的法律不认为是犯罪的,适用当时的法律;如果当时的法律认为是犯罪的,依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的,按照当时的法律追究刑事责任,但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的,适用本法。”

最高人民检察院在其发布的《关于检察工作中具体适用修订刑法第十二条若干问题的通知》中指出,根据修订刑法第 12 条的规定,对发生在 1997 年 9 月 30 日以前,1997 年 10 月 1 日后尚未处理或者正在处理的行为如何适用法律的若干问题,可以分别依照如下情形处理:1.如果当时的法律(包括 1979 年刑法,中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例,全国人大常委会关于刑事法律的决定、补充规定,民事、经济、行政法律中“依照”、“比照”刑法有关条款追究刑事责任的法律条文,下同)、司法解释认为是犯罪,修订刑法不认为是犯罪的,依法不追究刑事责任。已经立案、侦查的,撤销案件;已批准逮捕的,撤销批准逮捕决定,并建议公安机关撤销案件;审查起诉的,作出不起诉决定;已经起诉的,建议人民法院退回案件,予以撤销;已经抗诉的,撤回抗诉。2.如果当时的法律、司法解释认为是犯罪,修订刑法也认为是犯罪的,按从旧兼从轻的原则依法追究刑事责任,如果罪名、构成要件、情节以及法定刑没有变化的,适用当时的法律追究刑事责任;如果罪名、构成要件、情节以及法定刑已经变化的,根据从轻原则,确定适用当时的法律或者修订刑法追究刑事责任。3.如果当时的法律不认为是犯罪,修订刑法认为是犯罪的,适用当时的法律;但行为连续或者继续到 1997 年 10 月 1 日以后的,对 10 月 1 日以后构成犯罪的行为适用修订刑法追究刑事责任。最高人民法院 1997 年 12 月 23 日通过的《关于适用刑法第十二条几个问题的解释》第 3 条也对从旧兼从轻原则作了说明:“1997 年 10 月 1 日以后审理 1997 年 9 月 30 日以前发生的刑事案件,如果刑法规定的定罪处刑标准、法定刑与修订前刑法相同的,应当适用修订前的刑法。”