

刑法适用 案例分析

主编 王 鹰

XINGFA SHIYONG
ANLI FENXI

四川大学出版社



D924.05

40

刑法适用 案例分析

主 编 王 鹰

副主编 廖长书 姚成蔚

XINGFA SHIYONG
ANLI FENXI

四川大学出版社



SCJ41/03

责任编辑:李勇军
责任校对:蒋姗姗
封面设计:罗 光
责任印制:李 平

图书在版编目(CIP)数据

刑法适用案例分析 / 王鹰主编. —成都:四川大学出版社, 2004.9

ISBN 7-5614-2901-0

I. 刑... II. 王... III. 刑法-案例-分析-中国
-高等学校-教学参考资料 IV. D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 087163 号

书名 刑法适用案例分析

主 编 王 鹰
副主编 廖长书 姚成蔚
出 版 四川大学出版社
地 址 成都市一环路南一段 24 号(610065)
发 行 四川大学出版社
印 刷 华西医科大学印刷厂
开 本 787mm×960mm 1/16
印 张 13.25
字 数 240 千字
版 次 2004 年 9 月第 1 版
印 次 2004 年 9 月第 1 次印刷
印 数 0 001~8 000 册
定 价 20.00 元

版权所有◆侵权必究
此书无本社防伪标识一律不准销售

◆读者邮购本书,请与本社发行科
联系。电 话:85408408/85401670/
85408023 邮政编码:610065
◆本社图书如有印装质量问题,请
寄回出版社调换。
◆网址:www.scupress.com.cn

编写说明

为配合《刑法适用》的使用，我们组织编写了《刑法适用案例分析》一书。

本书案例以《刑法适用》的体例为依据，结合公安刑事执法特点和刑法教学的要求，注重刑法教学的针对性、适用性和典型性。案例编写采用“分析案例”、“讨论案例”和“判例”三结合形式，以启发思维、开阔视野、找准案例分析的切入点为目的，能使學生更好地理论联系实际，提高分析问题和解决问题的能力。

由于我们水平所限，本书案例的选择和编写还存在不少缺陷，敬请读者批评指正。

本书由法学教授王鹰博士任主编，并负责全书定稿；法学副教授廖长书、姚成蔚任副主编，并负责全书统稿。编者分工如下：

姚成蔚：第一章、第五章、第十五章；

廖长书：第二章、第十八章；

吴月秋：第三章、第四章；

张莉：第六章、第十六章；

陈虹：第七章、第八章、第九章；

陈婷：第十章、第二十章；

李成福：第十一章、第二十三章；

周立：第十二章、第十九章、第二十一章；

王洪芳：第十三章、第十四章、第二十二章；

杜宇：第十七章；

秦华：第二十四章。

编 者

2004年5月

刑法案例的分析方法和要求

一、分析方法

警察院校在校学生和公安人员都应当掌握刑法案例的分析方法，因为案例分析的方法是对法学理论和法律条文的理解、掌握和综合运用，最能够反映出在校学生和公安人员的综合素质和分析、解决问题的能力。近年来，案例分析在入警考试中所占分值有逐年增长的趋势，考试中不仅有专门的案例分析题，而且选择题也常以案例的形式出现，要求应试者从所给的数个答案中选择出正确的答案。因此，正确掌握刑法案例分析的方法，无论对在校生应试、毕业生入警考试，还是对他们将来从事公安业务工作，都有着重要的意义。

正确进行案例分析的一般步骤为：

（一）认真阅读案例

案例分析题一般都是涉及刑法学中最重要内容或者是法条中极具特殊性的规定，即最基本的概念或法律规定，只要透彻理解刑法中的基本概念和法律规定，就能比较准确地回答案例中提出的问题。

（二）把握案例所涉及问题的“知识点”

案例分析中，经常会涉及以下知识点。总论部分主要包括：（1）犯罪故意与过失、意外事件的认定；（2）刑事责任年龄中已满14周岁不满16周岁者应当负责任的范围；（3）正当防卫的成立条件；（4）犯罪预备、未遂和中止的区分；（5）共同犯罪的成立条件、共同犯罪人（主犯、从犯、胁从犯、教唆犯）的认定；（6）实质的一罪和法定的一罪；（7）刑罚运用中的累犯、自首。分论部分主要包括：危害公共安全的犯罪、侵犯公民人身权利的犯罪、侵犯财产的犯罪、贪

污贿赂罪、渎职罪。这些不仅是传统的考核内容，也是案例分析常常涉及的问题。

（三）理清答题思路

在找准案例分析题所涉及的知识点以后，不要急于答题，还应当进一步整理答题思路。此时需要考虑：（1）将分则理论与刑法总论结合起来思考问题，切忌分割刑法总论与刑法分论答题；（2）注意准确界定罪与非罪、此罪与彼罪的界限。有的案例分析题，此罪与彼罪的关系极其微妙，需要先将案件性质判断准确，才能答题；否则，即使是长篇大论，也是无用之功。

（四）针对不同题型采用不同方法

在答题时，要考虑每一个案例所涉及的概念或法规、司法解释，将这些概念、法规或司法解释明确地串联、回忆起来。对所有案例分析题型的回答，都应首先得出答题人自己的结论：犯罪行为人是无罪，还是有罪；是此罪还是彼罪；是单独犯罪还是共同犯罪；是故意犯罪还是过失犯罪；是以作为方式实施的犯罪，还是不作为犯罪；是自然人犯罪还是单位犯罪；是一罪还是数罪，等等。

（五）对具体问题应具体分析

对不同题型采取不同的分析方法：

1. 对“罪与非罪”类题型，一定要紧紧抓住“犯罪构成要件”，认真、全面考虑到行为人的行为是否完全符合四大构成要件。

2. 对“此罪与彼罪”类题型，就需要回答不同犯罪的最根本标志是什么。

3. 对某些犯罪的“特殊形态”类题型，如是否属于共同犯罪、预备、未遂或者中止，是否应当数罪并罚等，需要考虑各种形态的成立条件。

4. 对“如何处理犯罪人”这类题型，要考虑行为人是否属于累犯、自首，有无缓刑、假释等特殊的刑罚适用情形（入警考试很少涉及这部分内容）。在解答案例分析题时，应做到语言简练、言之有据（有法律条文上、刑法理论上的依据），切忌不着边际，主观臆断，生造罪名，简单堆砌文字。

5. 个案分析，一定要就事论事，切忌以案比案。

二、分析要求

刑法案例分析，是指根据所给案例，对行为是否构成犯罪，是否应当追究行为人的刑事责任，以及如何定罪量刑所做的分析。因此，刑法案例分析主要解决下列三个方面的问题：一是行为人的行为是否构成犯罪；二是如果构成犯罪，构成什么罪；三是阐述定罪量刑的原则（如果是入警考试，只需阐述定罪量刑的原则，不用指出具体适用的刑罚）。其中，重点是前两方面的内容，具体又可分为

以下几个步骤。

(一) 定性

在分析案例时，首先需要正确认定行为人的行为是否构成犯罪，即区分罪与非罪的界限。构成犯罪和不构成犯罪，均应说明其理由和法律依据。例如，行为人的行为在客观上虽然造成了损害后果，但行为人在主观上既不是出于故意，也不是过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所致，属于意外事件。意外事件，不是犯罪。根据我国刑法，不构成犯罪的情况主要有：

1. 刑法第3条规定的罪刑法定原则，即“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑”。如果行为人的行为即使是具有社会危害性的行为，但在法律上找不到任何相关规定，就必须按照罪刑法定原则来处理，不能以犯罪论处。例如，1979年刑法第160条流氓罪中规定的“其他流氓活动”，包含了鸡奸行为。而1997年刑法将流氓罪分解为四个新罪名，并取消了原流氓罪的法条，但在新分的四个罪以及其他的各项罪名中，都找不到有关鸡奸行为的规定。因此，对1997年刑法生效后发生的鸡奸行为，就不能再以流氓犯罪论处。

2. 刑法第13条中规定的“但书”，即“但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”。“但书”所说的情况，主要是指刑法分则中规定的一些罪名，如盗窃罪、侵犯通信自由罪、交通肇事罪等犯罪，在犯罪数额、犯罪情节、危害后果等方面达不到构成该罪所要求具备的条件时，不能以犯罪认定。

3. 不满14周岁的人实施的危害社会的行为。根据刑法第17条的规定，不满14周岁的人，属于完全不负刑事责任年龄阶段。因此，不满14周岁的人实施的危害社会的行为，不能构成犯罪，也不能追究刑事责任。

4. 已满14周岁不满16周岁的人，实施了刑法第17条第2款规定的8种犯罪以外的犯罪的，即“已满14周岁不满16周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任”。换句话说，已满14周岁不满16周岁的人，仅对实施了刑法第17条第2款规定的8种犯罪负责，如果实施了这8种犯罪以外的犯罪的，则不负刑事责任。但需要注意的是，根据刑法分则的规定，已满14周岁不满16周岁的人，实施下列犯罪的，仍应当负刑事责任：奸淫幼女的（第236条第2款）；抢劫枪支、弹药、爆炸物的（第127条第2款），或者抢劫毒害性、放射性、传染病病原体等物质，危害公共安全的（刑法修正案）；非法拘禁使用暴力致人伤残、死亡的（第238条第3款）；聚众斗殴，致人重伤、死亡的（第292条第2款）；携带凶器抢夺的（第267条第2款）；犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物，抗拒抓捕

或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的（第 269 条）。

5. 完全无刑事责任能力的精神病人实施的危害社会的行为，即刑法第 18 条的规定：“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任。”但这里指的是完全无刑事责任能力的精神病人实施的危害社会的行为，如果是间歇性的精神病人在精神正常的时候犯罪，或者是尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的，应当负刑事责任。

6. 属于意外事件，即刑法第 16 条规定的：“行为在客观上虽然造成了损害结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不是犯罪。”但在案例分析时，应当注意区分意外事件与疏忽大意的过失构成的犯罪之间的界限。

7. 正当防卫，即刑法第 20 条第 1 款规定的：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。”以及第 20 条第 3 款规定的：“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。”但如果在上述两款之外，属于刑法第 20 条第 2 款规定的“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任”。

8. 紧急避险，即刑法第 21 条规定的：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已采取的紧急避险行为，造成损害的，不负刑事责任。”但紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的，属于避险过当，应当负刑事责任。

9. 犯罪已过追诉时效的，即犯罪已过刑法第 87 条规定的追诉期限的，不再追诉。需要注意的是，在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者在人民法院受理案件以后，逃避侦查或者审判的，不受追诉期限的限制。被害人在追诉期限内提出控告，人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案的，不受追诉期限的限制。

（二）定罪

如果认定行为人的行为构成犯罪，则需要进一步确认构成什么罪，并说明构成该罪的理由和法律依据。在案例分析中认定犯罪的程序一般是：

1. 根据所给案例，确定行为人的行为构成什么罪。
2. 阐述该罪的概念和特征。
3. 说明认定构成该罪的理由。其主要是根据案例所给的事实，依据犯罪构

成的理论和刑法分则中该罪的构成要件，证明行为人的行为在犯罪客体、犯罪主体、犯罪主观方面、犯罪客观方面均符合刑法分则关于该罪的犯罪构成，因此构成该罪。

4. 注意罪名的转化。某些犯罪行为，从表面上看，完全符合刑法规定的某些罪名，但刑法分则对这类犯罪在发展到某种程度时又规定应当依照刑法分则的其他条文定罪处罚。这类罪名转化的案例，近年来在考试中经常出现，应当引起考生的注意。这类转化的罪名主要有：刑法第 238 条非法拘禁罪；第 247 条刑讯逼供罪，暴力取证罪；第 248 条虐待被监管人罪；第 269 条犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，依照刑法第 263 条的规定定罪处罚，等等。

5. 有时候还需要提出行为为什么构成此罪，而不构成彼罪的根据，即划清此罪与彼罪的界限。这点一般不是必经程序，但有时案例分析题要求应试者回答。所以，考生在案例分析时，也应当注意掌握罪名认定中的一些具体问题。目前，刑法分则中规定的罪名共有 413 个，如果要全部记住，难度很大。但在各类司法考试中，都有考试大纲，在考试大纲中，一般都详细划定了考试的范围和需要掌握的常用罪名等。应试者一定要将考试范围内应当掌握的罪名熟记，并且要认真把握好各罪名的概念、特征和认定中的一些具体问题。分析案例时，也就不难确认所给案例的罪名性质以及对此展开分析了。

（三）定罪和量刑原则的运用

司法实践中，完全根据刑法分则定罪和量刑的情况极少，通常还要根据犯罪事实综合运用刑法总则与分则中规定的原则。作为考试案例也同样如此，在案例所给的各种事实中，肯定还有一些需要运用刑法总则的有关规定。迄今为止，笔者还从未看到过仅需依据刑法分则就可以定罪量刑的考试案例。因此，在审查所给的刑法案例时，需要特别注意以下事实和刑法的相关规定：

1. 行为人的年龄。刑法案例中给定行为人的年龄一般有两种情况：一种是直接注明行为人的年龄；另一种是同时注明行为人的出生日期和实施犯罪的日期，此时就需要用后者减去前者求得行为人的实际年龄。在年龄的认定上，一律以公历的年、月、日计算；行为人只有在过了 14 周岁、16 周岁、18 周岁的第二天起，才算已满 14 周岁、16 周岁、18 周岁。一定要注意不满 14 周岁、已满 14 周岁不满 16 周岁、不满 18 周岁这三个年龄段，这三个年龄段对行为人的定罪和量刑有直接影响。例如，对不满 18 周岁的人实施了犯罪的，必须阐明行为人具有刑法规定的从轻或者减轻处罚的情节，以及犯罪的时候不满 18 周岁的人，不适用死刑的原则。

2. 行为人实施犯罪的时间。应特别注意 1997 年 10 月 1 日新刑法生效这个日期。凡是在 1997 年 9 月 30 日以前实施的犯罪,并在 1997 年 10 月 1 日前判决未生效的,都要根据刑法第 12 条从旧兼从轻的原则处理。

3. 行为人的数量。如果行为人实施的是故意犯罪且为 2 人以上共同实施的,应适用刑法总则中关于共同犯罪的规定。在案例分析中需要分清各共犯在共同犯罪中的地位、所起作用以及阐明刑法对主犯、从犯、胁从犯、教唆犯的处罚原则。

4. 行为人在实施故意犯罪过程中的停止状态。行为人在实施故意犯罪的过程中,有可能会因为客观或主观上的原因,使犯罪停止下来,从而形成犯罪的预备、犯罪的未遂和犯罪的中止。因此,要仔细分析行为人在犯罪的什么阶段,是由于客观还是主观上的原因使犯罪停止下来,从而认定是犯罪预备、犯罪未遂还是犯罪中止。同时阐明刑法总则对犯罪预备、犯罪未遂和犯罪中止的处罚原则。

5. 行为人的身份。要特别注意行为人的身份是否为国家工作人员、国家机关工作人员等,不同的身份会影响对行为人的定罪和量刑。例如,贪污罪和职务侵占罪的最主要区别就在行为人是否为国家工作人员。此外,国家工作人员实施某些犯罪时,虽不影响定罪,但在量刑时要从重处罚。例如,国家工作人员犯诬告陷害罪的,从重处罚;国家机关工作人员组织、领导、参加黑社会性质组织的,从重处罚,等等。

如果犯罪主体是单位的,也要阐明根据刑法的规定,对单位犯罪应当适用两罚制,即对单位判处罚金,对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。

6. 行为人是否实施了数个犯罪。如果行为人实施了数个犯罪,需要分清是在判决宣告前一人犯数罪的;还是判决宣告以后,刑罚执行完毕以前,发现被判刑的犯罪分子有漏罪的;或是判决宣告以后,刑罚执行完毕以前,被判刑的犯罪分子又犯新罪的这几种情况,然后分别根据刑法第 69 条、第 70 条、第 71 条数罪并罚的规定处理。

7. 行为人是否为累犯。如果案例给了行为人以前曾因故意犯罪被判过刑,且刑罚执行完毕或赦免的时间不满 5 年,又再次实施故意犯罪的,有可能构成累犯的情形,应阐明累犯应当从重处罚,累犯不适用缓刑,累犯不得假释的原则。

8. 行为人在实施犯罪后,是否有自首、立功的情节。如果有,也需要阐明刑法总则关于自首、立功的处罚原则。

9. 其他需要运用总则的情况。例如,精神病人犯罪的,聋哑人、盲人犯罪的,防卫过当、避险过当的,缓刑、假释期间实施犯罪的,行为人在特定的时间、地点、使用特别的方法犯罪的,等等。这类情况对行为人的定罪和量刑也有影响。

目 录

刑法案例的分析方法和要求	(1)
第一章 刑法的空间效力	(1)
第二章 犯罪概念	(13)
第三章 犯罪客体	(16)
第四章 犯罪客观方面	(21)
第五章 犯罪主体	(30)
第六章 犯罪主观方面	(47)
第七章 正当防卫	(64)
第八章 紧急避险	(72)
第九章 共同犯罪	(76)
第十章 故意犯罪停止形态	(82)
第十一章 一罪与数罪	(86)
第十二章 刑罚的体系和种类	(92)
第十三章 刑罚裁量	(95)
第十四章 刑罚裁量制度	(98)
第十五章 危害国家安全罪	(103)

第十六章	危害公共安全罪	(108)
第十七章	破坏社会主义市场经济秩序罪	(125)
第十八章	侵犯公民人身权利、民主权利罪	(140)
第十九章	侵犯财产罪	(152)
第二十章	妨害社会管理秩序罪	(166)
第二十一章	危害国防利益罪	(174)
第二十二章	贪污贿赂罪	(178)
第二十三章	渎职罪	(193)
第二十四章	军人违反职责罪	(197)

第一章 刑法的空间效力

1997年10月1日施行

一、分析案例

1. 梅某等诈骗、伪造公文、印章案

【案情介绍】

被告人（上诉人）：梅某，男，45周岁，美国籍，原系美国某集团有限公司董事长。1993年6月16日因本案被逮捕。

被告人（上诉人）：李某，男，44周岁，美国籍，原系美国某集团有限公司秘书兼财务主管。1993年6月16日因本案被逮捕。

被告人（上诉人）：常某，男，55周岁，汉族，原系某国际投资集团副总经理兼贸易部业务经理。1993年6月28日因本案被监视居住，1994年7月27日因本案被逮捕。

被告人：于某，男，50周岁，汉族，原系某贸易公司驻天津办事处负责人。1993年7月27日因本案被逮捕。

被告人梅某、李某经人介绍，于1993年3月底来河北省衡水市，以引资为名，先后向中国农业银行衡水中心支行（以下简称衡水农行）行长赵金荣、副行长徐志国提交了虚假的引资承诺书及编造的美国某集团有限公司简介等材料，称其具有雄厚的经济实力，可在国际市场上为衡水农行引入巨额资金，衡水农行只须开具备用信用证作为引资的必要手续，而不需承担任何经济和法律責任，引入

的资金不还本、不付息等，由此骗取赵金荣、徐志国的信任。为了掩盖其诈骗真相，李某将备用信用证英文本译成中文本提供给赵金荣、徐志国审查时，故意把英文中“证明开具的汇票金额与给予某集团公司贷款融资相关的债务”一段内容不译，致使赵金荣、徐志国于1993年4月5日开出了以某集团公司为申请人、衡水农行为开证行、莎物得投资（巴哈马）有限公司为受益人、一年期不可撤销、可转让的200份总金额为100亿美元的备用信用证。1993年4月6日，李某按梅某提供的地点，将上述备用信用证寄给“莎物得”的财务主管麦西华。之后，梅某将上述备用信用证作为向“莎物得”贷款的抵押品。此后，国外有两家企业向衡水农行查询其所开备用信用证的真实性。梅某、李某向赵金荣、徐志国谎称衡水农行不会承担风险并且资金可很快引入，诱使衡水农行对所开备用信用证作了无条件确认。4月18日，赵金荣按梅某、李某作过的承诺，索要对衡水农行所开备用信用证的反担保。梅某、李某假造了一份“联合国共和银行”的100亿美元备用信用证交给赵金荣，继续进行欺骗。1993年6月，麦西华在英国、瑞士出售衡水农行的备用信用证，因我国有关部门采取相应措施，备用信用证在有效期限内未出现资金支付情况。1993年3月，被告人梅某在广州为加拿大人罗伯特·帕姆保兑伪造的中国农业银行三亚分行0014、0015号总金额16.8亿美元的备用信用证时，经被告人常某提议，梅某和李某同意，由常某找人私刻了中国农业银行河北省分行等单位的印章。随后，梅某、李某、常某及被告人于某共同伪造了中国农业银行河北省分行对0014、0015号备用信用证的保函。1993年4月，梅某、李某、常某、于某又在衡水市再次伪造了中国农业银行河北省分行对0015号金额为16亿美元备用信用证的保函。两次伪造的保函均由梅某寄给了罗伯特·帕姆。

检察机关以伪造公文证件罪和诈骗罪对被告人提起公诉，一审法院做出如下判决：（1）梅某犯诈骗罪，判处有期徒刑15年，附加驱逐出境，没收美金2000元、金项链一条；犯伪造公文、印章罪，判处有期徒刑7年；决定执行有期徒刑20年，驱逐出境，没收美金2000元、金项链1条。（2）李某犯诈骗罪，判处有期徒刑10年，附加驱逐出境；犯伪造公文、印章罪，判处有期徒刑6年；决定执行有期徒刑14年，驱逐出境。（3）常某犯伪造公文、印章罪，判处有期徒刑7年，剥夺政治权利2年。（4）于某犯伪造公文罪，判处有期徒刑2年。（5）没收被告人梅某、李某的微机、英文打字机各1台，“亚联”集团钢印、公章等作案工具。二审法院经审理查明：原判决认定事实清楚，证据确实、充分，量刑适当，审判程序合法。驳回上诉，维持原判。

【理论争议】

本案涉及刑法适用的空间效力问题。刑法，空间效力解决国家刑事管辖权的范围问题，包括对地和对人的效力两个方面。各国刑事立法在空间效力问题上采取的原则概而言之：(1) 属地管辖原则，单纯以地域为标准。(2) 属人管辖原则，单纯以国籍为标准。(3) 保护管辖原则。(4) 普遍管辖原则。现在，世界大多数国家在刑事立法中采用以属地管辖原则为基础，以其他管辖原则为补充的结合型刑事管辖权体制。我国刑法关于空间效力的基本原则为“凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用本法”。这里，需要界定的几个问题是：其一，犯罪地的确定。行为地主义说（主观领土管辖原则）主张对始于其领土而终于别国领土的犯罪有刑事追诉权力的做法；结果地主义说（客观领土管辖原则）主张对始于别国领土而完成或实现于其领土的犯罪有刑事追诉权力的做法；行为结果择一说（综合管辖原则）主张行为结果有一项发生在领域内的，本国即具有刑事追诉权力。我国刑事立法采用的是综合管辖原则，目的是为防止跨国犯罪分子规避法律。其二，刑事管辖豁免与优先适用特别法问题。具有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任问题，通过外交途径解决。应当注意外交特权和豁免权存在管辖放弃的情况，可以适用我国刑法。优先适用的特别法主要包括民族自治地区的变通或补充性规定、香港特别行政区刑事法、1997 年刑法典颁布后的单行刑法。有学者对此存有异议，认为优先适用特别法并非属地原则的内涵，而是我国刑法中刑法典与特别刑法、区域性刑法的关系问题。刑事管辖豁免存在两种表现形式：一是根据国内法规定的豁免，即全国人大代表及其常委会组成人员、地方人大代表及其常委会组成人员在人大各种会议上的发言和表决，不受法律追究；二是根据国际法规定享有外交特权和豁免权的适用外交途径解决。这一特别法的排除和刑事管辖豁免的限定是否妥当，值得研究。其三，船舶、航空器、驻外使领馆法律适用是国籍原则还是属地原则。国外有观点认为船舶、航空器、驻外使领馆是一国浮动领土，应适用属地原则。我国刑法理论通说认为，船舶、航空器、驻外使领馆是一国“浮动领土”，适用属地原则。有学者提出通说不符合国际法原则和立法精神，认为船舶、航空器、驻外使领馆一般不适用驻所国刑法是专属管辖原则。我们认为，“浮动领土说”固然不妥，但专属管辖原则同样应归入属地管辖之中。

【法理分析】

本案是一起特大涉外金融诈骗案，诈骗数额达 100 亿美元，国内尚属首例，国际上亦属罕见。对梅某、李某的法律适用，关键在于正确理解刑法第 6 条的规定。1997 年刑法典第 6 条系沿用 1979 年刑法典的相关规定。分析 1979 年刑法

典第3条第1款是对刑法属地原则的规定，第2款是对我国航空器、船舶适用刑法的规定，第3款是对犯罪地确定原则的规定。根据1979年刑法典第3条的规定，梅某、李某应当适用我国刑法。此外，本案涉及牵连犯的处罚原则问题，拟在罪数一章另行选择案例探讨。

2. 王某挪用公款案

【案情介绍】

被告人：王某，男，38周岁，汉族，某国有公司业务员。1998年12月5日因本案被逮捕。

1997年1月至1998年10月期间，被告人王某在担任某国有公司业务员期间，负责向零售商或各批发站发货。1997年1月12日，王某向红星批发站销售五粮液酒，同日将货款结清，付给王某货款3.7万元，王某未交回公司而是用于挥霍。1997年10月，王某向兴隆商场销售烟酒等商品，兴隆商场分三次结清货款，货款额共计14.5万元。王某以此款注册了一家私人公司。1998年2月，王某向红星批发站销售张弓酒获货款4万元。1998年6月王某向个体户李某销售五粮液120瓶及酒鬼酒20瓶，获货款3.2万元。

综上，被告人王某在担任某国有公司业务员期间，利用职务便利，截留货款25.4万元，用于个人挥霍或注册公司。检察机关以挪用公款罪对被告人王某提起公诉，审判机关判决：王某犯挪用公款罪，判处有期徒刑15年。

【理论争议】

本案涉及“跨法犯”的法律适用问题。刑法理论上的“跨法犯”是指处于新旧法交替之时，行为开始于刑法生效之前而结束于刑法生效之后的情形。对“跨法犯”如何适用法律，通说认为以新法生效后的行为对待，适用刑法有关条款，但具体司法实践中，可能因此导致对“从旧兼从轻原则”的违反。例如，对于罪名、构成要件、情节以及法定刑已经变化的“跨法犯”，若新法较旧法规定的构成要件和情节为严格或者法定刑较重的，是否适用新法一并进行追诉。最高人民检察院《关于对跨越修订刑法施行日期的继续犯罪、连续犯罪以及其他同种数罪应如何具体适用刑法问题的批复》（1998年12月2日）对此做出了肯定，并提出灵活性的解决办法：提起公诉时应当提出酌情从轻处理意见。我们认为，这一司法解释是对刑法“从旧兼从轻原则”的违反，更适当的处理意见尚待新的司法解释的出台。

【法理分析】

争议的焦点在于对被告人王某的法律适用。被告人王某利用职务便利挪用货款的连续行为涉及新旧刑法的适用问题。需要研讨的有三个问题。其一，罪名确定。王某挪用货款行为应定何罪，新旧刑法在具体规定上有变化。1979年刑法典仅规定挪用公款罪，全国人大常委会《关于惩治违反公司法的决定》（1995）规定了挪用资金罪，1997年刑法典同时规定了挪用公款罪与挪用资金罪。1998年10月1日以前的王某挪用货款行为属于挪用资金罪，1997年10月1日以后的王某挪用货款行为属于挪用公款罪。其二，法律适用。从刑法第12条规定的从旧兼从轻原则的精神出发，根据最高人民检察院《关于对跨越修订刑法施行日期的继续犯罪、连续犯罪以及其他同种数罪应如何具体适用刑法问题的批复》（1998年12月2日）规定，对于开始于1997年9月30日以前，继续或者连续到1997年10月1日以后的行为，以及在1997年10月1日前后分别实施的同种类数罪，如果原刑法和修订刑法都认为是犯罪并且应当追诉的，适用法律原则为：其一，对于开始于1997年9月30日以前，继续到1997年10月1日以后终了的继续犯罪，应当适用修订刑法一并进行追诉。其二，对于开始于1997年9月30日以前，连续到1997年10月1日以后的连续犯罪，或者在1997年10月1日前后分别实施同种类数罪，其中罪名、构成要件、情节以及法定刑均没有变化的，应当适用修订刑法，一并进行追诉；罪名、构成要件、情节以及法定刑已经变化的，也应当适用修订刑法，一并进行追诉，但是修订刑法比原刑法所规定的构成要件和情节较为严格，或者法定较重的，在提起公诉时应当提出酌情从轻处理意见。无疑，司法解释要求对王某适用1997年刑法典，但可以从轻处理。

3. 黄亚三冒充公安人员敲诈勒索案

【案情介绍】

被告人：黄亚三，男，41，海南省万宁市人，无业，住万宁市礼纪镇，1997年7月9日被逮捕。

1997年5月31日晚，被告人黄亚三在海口市龙歧村小学门口，看见梁安顺与一名暗娼在交谈，便上前掏出一本伪造的海口市公安局工作证和一副手铐，以梁安顺嫖娼为由要对其拘留。梁安顺听后害怕，黄亚三便拉梁到一胡同里，向梁勒取人民币300元。后嫌钱少，又与梁安顺一起到梁家拿走梁的一本存折（内存人民币1800元），并于次日上午通过BP机找到梁，和梁一起到银行将此款取走。接着，黄亚三以领导知道此事查得紧，要给领导打金戒指为由，再次从梁处索取