

全国审判业务专家文库

总主编◎沈德咏



人民法院出版社

XingFa ShiYong YaoDian JieXi

刑法适用要点解析

黄祥青◎著

全国审判业务专家文库

总主编◎沈德咏



人民法院出版社

XingFa ShiYong YaoDian JieXi

刑法适用要点解析

黄祥青◎著

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法适用要点解析/黄祥青著. —北京: 人民法院出版社, 2011. 8

(全国审判业务专家文库)

ISBN 978-7-5109-0273-4

I. ①刑… II. ①黄… III. ①刑法—法律适用—中国
IV. ①D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 159167 号

全国审判业务专家文库

刑法适用要点解析

黄祥青 著

责任编辑 丁丽娜

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550608 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 三河市国英印务有限公司

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 360 千字

印 张 26

版 次 2011 年 8 月第 1 版 2011 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-0273-4

定 价 58.00 元

版权所有 侵权必究



总 序

近年来，全国各级人民法院以邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导，深入贯彻落实科学发展观，始终坚持“三个至上”工作指导思想，牢固树立社会主义法治理念，紧紧围绕“为大局服务，为人民司法”工作主题，严格按照“从严治院、公信立院、科技强院”工作方针，深入推进“社会矛盾化解、社会管理创新、公正廉洁执法”三项重点工作，一手抓执法办案，一手抓队伍建设，实现了指导思想、司法理念、作风建设和审判业务的与时俱进，各项工作取得了新进展、新成效。人民法院在执法办案中不断加强队伍建设，在队伍建设中切实提高执法办案水平，广大法官的理论素养和司法能力得到进一步增强，大局观念和为民意识得到进一步提高，涌现出一批政治立场坚定、司法能力突出、专业造诣深厚的高层次审判人才。

胡锦涛总书记在全国人才工作会议上强调，人才资源是第一资源，人才问题是关系党和国家

事业发展的关键问题，人才工作在党和国家工作全局中具有十分重要的地位。为贯彻落实胡锦涛总书记的重要讲话精神和中央关于加强人才工作的战略部署，进一步搞好人民法院的人才工作和队伍建设工作，最高人民法院决定在全国法院系统开展“全国审判业务专家”评审工作，旨在形成一个发现人才、培养人才、激励人才、使用人才的良好用人机制，营造一种尊重人才、崇尚知识、刻苦钻研、努力工作的氛围，从而为人民法院服务科学发展、实现自身科学发展进一步做好组织保证。第一批“全国审判业务专家”已于2009年底评出，第二批“全国审判业务专家”评审工作正在有序进行。“全国审判业务专家”是我国司法审判队伍的领军人物，代表了当代人民法院审判工作的最高水平，展现了新时期人民法官的风采。王胜俊院长在首届“全国审判业务专家”颁证仪式上强调，要尽可能发挥审判业务专家的业务特长，激发他们的创新活力，调动他们的研究热情，为他们提供施展才华的舞台。为此，人民法院出版社继出版《全国审判业务专家谈办案方法》一书后，精心策划了内容更为全面、形式更为开放、视野更加开阔的集中展示审判业务专家审判理论和实务研究最新成果的系列图书——《全国审判业务专家文库》。

执法办案是人民法院工作的第一要务。执法办案过程不是简单机械地套用法律的过程，而是在正确的理念指导下，根据法律规定，运用知识和经验，进行推理和判断的复杂过程。这个过程融入了法官的智慧，凝结着法官的经验，体现着法官的素质。《全国审判业务专家文库》以审判业务专家在各自的审判研究领域形成的智慧和经验为主题，文库中既有研究审判理论和实践宏观问题的论著，也有探讨法律适用微观问题的心得，在内容上涵盖了司法理念、司法政策、审判制度、裁判思路 and 技巧、法律思

维方式、重大调研课题等方面，具有鲜明的政治性、较高的理论性和较强的实务参考性，对于端正司法理念、规范司法行为、保障司法公正、提高司法效率，具有十分重要的作用。同时，出版《全国审判业务专家文库》，也是最高人民法院创新法官教育培训方式，实现理论研究型向理论与实践结合型转变、知识培训型向知识与能力结合型转变，倡导法官教学、案例教学、现场教学的一次有益尝试，对于建设一支政治坚定、业务过硬、一心为民、公正廉洁的高素质人民法院队伍具有十分重要的意义。

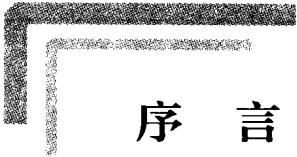
《全国审判业务专家文库》中的图书按照最高人民法院“全国审判业务专家”的评选时间有序出版，成熟一部推出一部，成熟一批推出一批，在已有品牌效应的基础上，逐步形成规模效应。对此，我衷心希望“全国审判业务专家”的研究成果不断加入这个文库，使其真正成为人民法院审判理论和实务研究的高端平台。同时，我也衷心希望广大法官特别是基层法院的法官能够从文库中汲取到适合的经验和办法，并将其灵活运用于审判实践中，有效化解社会矛盾和纠纷，保障人民群众合法权益，维护社会公平正义，促进社会和谐稳定。

是为序。

最高人民法院常务副院长

沈德咏

2011年8月8日



序 言

每隔几年，都见祥青同志有新书问世，他的勤奋、敬业和进取精神首先值得称道！

浏览全书内容，我感到书如其人，从中可以概括出三个方面的品质和特点：

第一，勤于钻研。从书中研讨的大量刑事审判疑难问题和典型案例看，这些素材形成于最近十多年的审判实务之中，涉及我国 1997 年修订后刑法总则与分则的诸多适用争议，数量以百计。由此不难看出，祥青同志是用心之人。在长期的审判实践中，每一名法官都会经手、研判许多案件，但要从中发现、整理、研究诸多审判疑难问题，就需要用心、细心和恒心。相信祥青同志不仅是出于学术兴趣，更是出于对工作的高标准、严要求和对审判事业的责任心，才能坚持日积月累、不断求索进取。

十多年来，祥青同志由书记员、审判员到庭长、副院长，无论工作岗位如何变换，他始终把审判工作看成自己的专业和本分，坚持立足于解

决实际问题，深入思考刑事司法的前沿问题。这种坚持是需要克服许多困难的，也是需要坚强的意志和品质作支撑的。对此，我们应当备加爱护、鼓励和提倡。

第二，善于总结。从具体论述看，本书的主要章节及内容都是刑事审判实践经验的总结和凝炼。其中既有对刑法适用疑难问题的阐释和分析，也有对刑法适用方法的提炼和归纳。例如，关于连续犯与跨法犯竞合时的法律适用问题，祥青同志提出应当将连续行为发生过程中的（犯罪构成）事实变化与法律变化相区别。前者如公司财会人员连续多次利用职务便利侵吞公司钱款，其间公司的性质因国企改制而发生变化，相应的该财会人员的主体身份（即事实）也由国家工作人员变为非国家工作人员。对于此类包含（犯罪构成）事实变化的连续行为，应当分别定罪，实行数罪并罚。后者如走私普通货物、物品罪，2009年2月28日起施行的刑法修正案（七）将其中的部分行为另行规定为走私国家禁止进出口的货物、物品罪。如果行为人的连续走私行为持续到刑法修正案（七）生效以后，则上述法律变化并不影响连续犯的判断，对于此种连续走私行为应当依据刑法第89条的规定，按一罪依行为终了时的法律定罪处刑。类似归纳、总结还有许多，如在多名共犯人因抓获时间不同而分别单独审判时，是否以及如何区分主从犯的问题；量刑中如何把握危害行为的客观危害性与行为人的主观恶性之主辅关系问题等等，祥青同志都着眼并努力从具体个案引出一般规则，对于司法实践中正确理解与适用法律具有很强的针对性。

尤其值得一提的是，全书非常注重从法理上分析、剖析实务问题，归纳、总结了不少值得同行参考、借鉴的刑法适用思路与方法。例如，在职务侵占罪章节中详细讨论了扩张解释的适用条

件及与类推解释的界限；在抢劫罪情节加重犯认定一节充分论述了同类解释规则与缩小解释的适用要领；在多次盗窃的认定中具体阐述了系统解释与正当处罚根据的关联性；以及在刑法中“以上”、“以下”文字含义的解读中深入分析了补正解释的价值与适用问题等。除了充分阐述上述刑法解释方法外，祥青同志还通过研判“暴力后捎带取财行为的定性”等议题，提出了定罪争议的常规研判要点及路径：即首先，应当考虑形式层面的犯罪构成要件明确、具体要求，这是正确定罪的首要前提。其次，针对我国刑法中不少犯罪构成具有形式相近而罪质迥异的特点，进一步从实质层面解剖法益保护的充分性和完整性，乃是区分近似犯罪构成的必要步骤。再者，由于法益保护的充分完整性，往往经由刑罚配置、裁量的轻重程度来具体表现和说明。因此，适时考量罪质与刑罚的相互制约关系，也是准确定罪中应当重视的观察视角。无需赘言，这些方法论层面的讨论无疑是积极、可贵的。

第三，勇于创新。从本书不少章节的标题及论述看，都可以说是不乏新意。譬如，关于各种故意犯罪既遂标准的设定依据，刑法学界迄今鲜有论及。祥青同志以既遂是各种故意犯罪的基本形态，未遂、中止等未完成态样属于补充形态为立论依据，大胆提出：绝大多数故意犯罪的既遂形态，乃是依据其通常案发时的常见状态确立的，并且列举了常见多发的故意杀人罪，贩卖、运输毒品罪等加以分析、佐证。又如，在共同犯罪中提出“不可罚的教唆行为”的新命题并加以论证；在定罪方法的研讨中提出“罪质分析法及转换定罪规则”；在研究财产犯罪中提出“身体掌控”、“目击控制”等六种人们控制、支配财物的具体方式，由此展开财产犯罪定罪及既未遂形态的探讨。这些颇具创新意义的阐释，当然有助于刑法理论的丰富和发展。

既成的本书当然也有些许遗憾。刑法修正案（八）开始实施，书中虽有衔接和论及，但若对于其中的适用要点也一并作系统、深入解析就更好了。书中有的观点还可以进一步作些推敲，既期待热心读者们的品评，也期待祥青同志继续努力探索，以更丰富的实践积累和不断发展的观点，更完美地服务于党的事业和人民利益！

最后应当特别指出的是，近期人民法院出版社策划出版全国审判业务专家文库系列丛书，并将《刑法适用要点解析》首选纳入其中，我感到两者的旨趣和特色是十分契合的。作为审判业务专家的著述，应当以立足于司法实践问题阐发理论见解、提炼审判规则、总结办案实践经验为特质。希望全国审判业务专家文库系列丛书的顺利出版，充分展现人民法官的丰富专业内涵和高超的审判智慧。

是为序。

最高人民法院副院长



2011年7月5日

| 目 录 |

刑法总则篇

第一章 刑法基本原则的理解与适用	(3)
一、罪刑法定与刑法明文规定的判定	(3)
二、罪刑相当原则的解释与运用	(12)
第二章 刑罚轻重比较及跨法犯的法律适用	(24)
一、犯罪主体范围调整及跨法犯的法律适用	(25)
二、罪的分解、合并与刑罚轻重的变化	(30)
三、自首、立功的不同规定对适用刑罚轻重的影响	(31)
四、主刑、附加刑的不同配置与择法适用依据	(32)
五、法定刑幅度的明细化与刑罚轻重的评判	(34)
第三章 正当防卫与紧急避险的司法认定	(36)
一、正当防卫“必要限度”的理解与判定	(36)
二、紧急避险“必要限度”的理解与判定	(44)
第四章 故意犯罪既未遂形态的司法认定	(49)
一、故意犯罪既未遂形态的设定依据与具体判定	(49)
二、“不能犯”的定罪与量刑	(56)
第五章 共同犯罪的司法认定	(62)
一、主从犯认定中的事实整理与价值考量	(62)
二、单位共同犯罪的司法认定	(73)

三、“不可罚的教唆行为”的剖析与论证	(85)
第六章 罪质分析法及转换定罪规则的适用	(91)
一、简要案情及诉判情况梳理	(91)
二、个案罪质分析与演绎	(94)
三、转换定罪规则的构建与适用	(101)
第七章 量刑原则、方法及其规范化	(105)
一、量刑的一般规则	(105)
二、多种量刑情节的适用原则与方法	(113)
三、量刑规范化及其方法的选择	(124)
第八章 自首与立功的司法认定	(130)
一、自首成立条件的认定	(130)
二、“仅因形迹可疑被盘问、教育”的理解与认定	(138)
三、“协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人”的理解与认定	(143)
四、“犯罪后自首又有重大立功表现”的理解与认定	(145)
第九章 刑罚适用的几个具体问题	(148)
一、刑法中“以上”、“以下”含义的补正解释	(148)
二、减轻处罚的标准与适用	(150)
三、盗窃罪累犯的加重处罚	(153)
四、受过国外刑罚处罚者构成累犯的条件	(154)
五、附加剥夺政治权利执行期间重新犯罪的处罚问题	(155)
第十章 少年刑事审判的几个问题	(163)
一、关于对少年犯的处罚原则	(163)
二、关于附加财产刑的适用问题	(164)
三、关于累犯从重、加重处罚制的适用限制	(165)
四、关于前科报告制度的适用	(166)
五、关于非监禁刑和非刑罚处理方法的适用	(167)
六、关于暂缓判决的运用	(168)

第十一章 宽严相济刑事政策的理解与运用	(170)
一、认识上的总体把握	(170)
二、从“严”政策的理解与适用	(171)
三、从“宽”政策的理解与适用	(178)
第十二章 刑法上公正、效率及其关系的把握	(181)
一、公正的特性及其刑法意义	(181)
二、效率的涵义及其价值定位	(186)
三、刑法上公正、效率价值的冲突与调和	(190)
第十三章 现代刑罚理论与刑罚观念	(192)
一、报应主义刑罚观及其构成要素分析	(192)
二、功利主义刑罚观及其方法论评说	(196)
三、两种刑罚观的相互借鉴与融合	(207)

刑法分则篇

第一章 交通肇事罪的司法认定	(211)
一、关于交通肇事罪的认定标准	(211)
二、关于肇事者逃逸的处罚问题	(213)
三、关于“因逃逸致人死亡”含义的理解与掌握	(214)
第二章 侵犯知识产权罪的司法认定	(217)
一、侵犯知识产权罪认定的一般理论	(217)
二、贩卖盗版光盘行为的司法认定	(230)
第三章 刑法上财物控制关系的判定	(239)
一、控制行为及其构成要素	(239)
二、控制行为方式与既未遂形态的认定	(244)
三、控制行为认定中的几个特殊问题	(251)
第四章 抢劫罪的立法分析与司法认定	(258)
一、抢劫罪情节加重犯的理解与认定	(258)

二、暴力后捎带取财行为的定性	(272)
第五章 盗窃罪的立法分析与司法认定	(278)
一、“多次盗窃”的理解与认定	(278)
二、多次盗窃数额累计的条件与限度	(286)
三、盗窃与诈骗行为的交织与分辨	(296)
第六章 职务侵占罪的立法分析与司法认定	(310)
一、单位合同工、临时工、实习生等能否成为本罪主体	(310)
二、“利用职务上的便利”与“利用工作条件便利”区别	(314)
三、如何理解“将本单位财物非法占为己有”的罪状表述	(317)
四、不同身份者共同侵占单位财物行为的定性	(321)
第七章 侵占罪的立法分析与司法认定	(326)
一、侵占行为的构成前提	(326)
二、侵占罪与不当得利行为的界限	(331)
三、拒不退还与拒不交出行为的认定	(333)
第八章 贩卖、运输毒品罪既未遂形态的司法认定	(336)
一、关于犯罪既未遂标准的争论	(336)
二、确立即成行为犯标准的理由	(337)
三、贩卖、运输毒品罪既未遂形态的具体认定	(341)
四、故意犯罪既遂形态的设定依据	(342)
第九章 聚众斗殴中转化犯的范围与责任分析	(343)
一、基本案情与争议问题	(343)
二、确定转化犯范围与刑事责任的不同情况	(344)
三、对具体案件的分析评判	(346)
第十章 贪污罪与近似职务犯罪的界限	(348)
一、为亲友非法牟利罪与贪污罪的界限	(349)
二、国有公司、企业人员徇私舞弊滥用职权罪与贪污罪的界限	(355)
三、私分国有资产罪与贪污罪的界限	(358)

第十一章 新类型受贿犯罪的司法认定	(363)
一、“低价购房”类受贿犯罪的认定	(363)
二、“收受干股”类受贿犯罪的认定	(372)
三、共同受贿犯罪数额的认定	(381)
第十二章 挪用公款罪的数额认定问题	(389)
一、挪用公款数额的认定范围	(389)
二、多次挪用公款数额的累计方法	(391)
三、挪用数额特别巨大公款行为的成罪条件	(394)
跋	(396)

刑法总则篇

