

第6卷

刑事法

XINGSHI【陈兴良/主编】FANJIE

判解



法律出版社
LAW PRESS

【陈兴良/主 编】

【周光权/副主编】

刑事法 判解

第6卷

法律出版社
2003年·北京

图书在版编目(CIP)数据

刑事法判解. 第6卷/陈兴良主编. —北京:法律出版社,
2003.10

ISBN 7-5036-4494-X

I. 刑… II. 陈… III. 刑法—判例—研究—中国
IV. D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 084039 号

法律出版社·中国

责任编辑/杨 扬

装帧设计/孙 宇

出版/法律出版社

编辑/法律应用出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/16.75 字数/442 千

版本/2003 年 10 月第 1 版

印次/2003 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律应用出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/yangyang@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939647

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4494-X/D·4212

定价:35.00 元

陈兴良，1957年3月21日生，浙江义乌人。

法学学士（北京大学，1981）；法学硕士（中国人民大学，1984）；法学博士（中国人民大学，1987）。现为北京大学法学院教授、博士生导师，兼任北京大学刑事法理论研究所所长、中国犯罪学研究会副会长、中国刑法学研究会干事。主要科研领域：中国刑法与刑法哲学。

主要科研成果包括：《刑法哲学》、《刑法的人性基础》、《刑法的价值构造》、《刑法疏议》、《共同犯罪论》等。

卷首语

随着我国刑事法治的发展,刑事司法越来越受到人们的关注。《刑事法判解》立足于我国的刑事法治建设,力图反映刑事司法的前沿性理论研究成果。

本卷在“个罪研究”栏目中,发表了两篇论文。刘卫东同志的“信用证诈骗罪问题研究”一文,从犯罪构成的各个要件,对信用证诈骗罪进行了深入研究,尤其是作者是一位从事法律实务的律师,结合其亲身所办案件以及其他疑难案件,对信用证诈骗中的疑难问题,例如非法占有目的,进行了法理探讨,具有一定的理论深度。王越飞、李素英的“集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪之比较”一文,根据我国刑法的规定,结合司法实践情况,对集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪进行了比较研究,对于处理此类案件具有一定的参考价值。

在“刑法适用”栏目中,发表了四篇论文。周光权的“不作为犯的认定”一文,结合个案,对不作为犯罪的认定中的疑难问题进行了理论探讨。徐新勋、沈丙友的“金融诈骗犯罪主观目的诉讼证明的困境与对策”一文,对金融诈骗犯罪司法认定中的疑难问题,即非法占有目的这一主观要件的司法证明,进行了颇有新意的探讨。方文军的“‘故意伤害’解析”一文,从分析伤害的涵义出发,对故意伤害罪在司法适用中的疑难问题加以具体分析,以消除司法实践中存在的一些误解。南明法、郭宏伟的“以借据为侵害对象的犯罪行为定性研究”一文,对于司法实践中常见的以借据为侵害对象的犯罪进行了理论上的探讨,具有一定的实际意义。

在“刑事诉讼法适用”栏目中,发表了七篇论文。张玉鑫、蒋丽华

的“论侦查阶段的律师辩护”一文,对侦查阶段辩护律师权利的设置进行了探讨,提出侦查阶段辩护律师的诉讼权利还有进一步扩张之必要的观点。杨光、于书峰的“轻微刑事案件诉权研究”一文,对于轻微刑事案件诉权的问题进行了有意义的探讨,法律关于轻微刑事案件可以自诉的规定,意在扩大自诉范围,以弥补公诉之不足。但在司法实践中,这些自诉案件尚十分罕见,由此可见在实际运作上存在一些障碍,需要从理论上加以研究,本文对此的探讨是十分必要的。张继林的“对道路交通肇事刑事案件事故责任认定书、事故责任重新认定书的审查与判断”一文,针对交通肇事责任认定书的审查与判断问题进行了较为深入的探讨。以往在司法实践中,对于交通肇事责任认定书之类的鉴定结论是不加审查地实用的,而这些鉴定者又不出庭接受质证,从而使这些隐形的鉴定人成为实际的法官,而法官的审判权在一定程度上旁落。应当说,这是一种极不正常的现象。本文对交通肇事责任认定书进行审查、为什么能对其进行审查以及如何进行审查都进行积极探讨,我认为是有价值的。刘树德的“抗诉理由‘适用法律错误’的思考”一文,对作为抗诉理由的“适用法律错误”,从刑法角度作了探讨。王莉君的“传闻规则比较研究”一文,对传闻证据的法律规则进行了比较研究。传闻证据在我国尚未见深入研究,本文采用比较方法,对各国的传闻规则加以论述,对于开阔我们的视野是具有一定意义的。谭劲松的“我国口供补强规则研究”一文,对补强证据中的口供补强规则进行了分析。郭有评的“受贿案件证据问题研究”一文,对司法实践中较为疑难的受贿案件的证据认定问题作了较为细致的研究。上述这些论文,涉及刑事诉讼法中的各个方面,题目或大或小,都具有现实针对性。

在“司法改革”栏目中,分为两个专题发表了两组论文。第一个专题是检察引导侦查。检察引导侦查涉及到检警关系,也是当前我国司法改革中的一个重要问题。河南省周口市人民检察院在这方面颇有创新之举。2002年5月份,在周口市人民检察院召开了一次检察引导侦查的理论研讨会。我作为与会者之一,切身感受到来自司法实际部门同志们的创新精神。这里发表的一组论文以及三个附录

文件,就是周口市人民检察院在检察引导侦查方面的理论与实践经验的总结。第二个专题是刑事简易程序,这是法院内部的改革内容之一。北京市海淀区人民法院对此进行了有益的尝试。我曾经两次参与海淀法院关于刑事简易程序的探讨。这里发表的有关论文以及专家研讨实录就反映了对海淀法院刑事简易程序改革方面的经验总结以及理论评判。

在“法理探究”栏目中,发表了韩哲的“丢失枪支不报罪的客观可归责任分析”一文,是与林维进行商榷的。就此问题,林维曾经在《刑事法判解》第2卷著文表达自己的观点,现在韩哲对此作了进一步探讨,并与林维商榷这种疑义相与析的治学精神是值得肯定的。

在“问题探究”栏目中,发表了七篇论文,这些论文都涉及刑事诉讼理论中的一些前沿性问题,颇具启发性。樊守禄的“完善人民法院依法独立行使审判权的理论思考和制度设计”一文,对人民法院如何独立行使审判权问题进行了理性思考。张忠斌、黎宏谊的“陪审制的中国命运”一文,对我国目前陪审制的现状进行了考察,并且提出了陪审制在我国发展完善的建言。陈文全的“论我国刑事诉讼审级制度的改革”一文,提出了改目前我国的二审终审为以二审终审为基础,三审终审为必要补充的审级制度。庞良程的“量刑建议制度可行性研究”一文,对量刑建议制度的理论根据作了较为深入的探讨。刘方权的“论刑事法中的两种契约关系:刑事和解与辩诉交易”一文,对司法过程中的刑事和解制度与辩诉交易制度结合两个案件进行了理论上的分析。王超的“警察证人制度:透析与前瞻”一文,对警察作证问题作了探讨。李振奇、朱平的“论赃款赃物没收追缴程序”一文,对追赃程序问题作了颇有深度的分析。

在“疑案研究”栏目中,对三个疑难案件进行了理论分析。黄永的“周某高速公路抛下领导致其死亡案评析”一文,涉及的是一起不作为案件,作者从刑法与刑事诉讼法两个方面进行了较为深入的研究。方鹏的“张承振骗奸案的刑法解说”一文,涉及到司法实践中常见的骗奸问题。朱捷、付立庆的“栾某、张某某徇私舞弊发售发票案研究”一文,对一起徇私舞弊发售发票案进行了研究。除对该案本身

定性问题的探讨之外,还对如何健全制度,防范此类犯罪的发生进行了反思。

从以上各栏目的介绍来看,本卷的内容是丰富的,尤其是作者大多是来自司法实践部门的法官、检察官和律师,从各自实践经验出发提出问题,并且从法理上予以解答,从而丰富了我国的刑事法理论,对于司法实践也具有一定的指导意义。

陈兴良

谨识于北京海淀蓝旗营寓所

2003年2月13日

目 录

卷首语.....	陈兴良(1)
----------	----------

【个罪研究】

信用证诈骗罪问题研究.....	刘卫东(1)
集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪之比较	王越飞 李素英(27)

【刑法适用】

不作为犯的认定.....	周光权(56)
金融诈骗犯罪主观目的诉讼证明的困境与对策	徐新励 沈丙友(62)
“故意伤害”解析.....	方文军(85)
以借据为侵害对象的犯罪行为定性研究.....	南明法 郭宏伟(111)

【刑事诉讼法适用】

论侦查阶段的律师辩护.....	张玉镶 蒋丽华(124)
轻微刑事案件诉权研究.....	杨 光 于书峰(145)
对道路交通肇事刑事案件事故责任认定书的审查与判断	张继林(157)
抗诉理由“适用法律错误”的思考.....	刘树德(171)
传闻规则比较研究.....	王莉君(187)
我国口供补强规则研究.....	谭劲松(216)

受贿案件证据问题研究·····	郭有评(235)
-----------------	----------

【司法改革】

专题之一:检察引导侦查

检察引导侦查问题研究·····	种松志(264)
检警一体化与检察指导侦查比较研究·····	苏凌(274)
检察引导侦查的诉讼价值及运作模式·····	史耀阁(284)
检察引导侦查制度下的现代检警关系·····	李磊 侯聘健(294)
检察引导侦查:从警察视角的分析·····	程俊华(300)
附录一:周口市人民检察院、周口市公安局《关于在全市公安 安机关设立指导侦查室的决定》·····	(304)
附录二:周口市人民检察院、周口市公安局《检察指导侦查 工作规定》·····	(305)
附录三:周口市人民检察院《关于检察指导侦查工作 实施细则》·····	(308)

专题之二:刑事简易程序

刑事独任审判庭组织架构及运行模式简介 ·····	北京市海淀区人民法院刑二庭、研究室(315)
北京市海淀区人民法院刑事简易程序独任审判组织模式 改革研讨会实录·····	陈兴良等(322)
名/实之变:北京市海淀区人民法院刑事简审改革评说 ·····	周洪波(335)

【法理探究】

丢失枪支不报罪的客观可归责性分析 ——兼与林维先生商榷·····	韩哲(341)
-------------------------------------	---------

【问题探究】

完善人民法院依法独立行使审判权的理论思考和制度 设计·····	樊守禄(359)
------------------------------------	----------

陪审制的中国命运·····	张忠斌 黎宏谊(382)
论我国刑事诉讼审级制度的改革·····	陈文全(396)
量刑建议制度可行性研究·····	庞良程(407)
论刑事法中的两种契约关系:刑事和解与辩诉交易	
——对两个案件的刑事诉讼命运解读·····	刘方权(424)
警察证人制度:透析与前瞻·····	王 超(440)
论赃款赃物没收追缴程序·····	李振奇 朱 平(467)

【疑案研究】

周某高速公路抛下领导致其死亡案评析	
——刑法与刑事诉讼法的双重视角·····	黄 永(479)
张承振骗奸案的刑法解说·····	方 鹏(499)
栾某、张某某徇私舞弊发售发票案研究·····	朱 捷 付立庆(518)

【个罪研究】

信用证诈骗罪问题研究

刘卫东

(北京冠衡律师事务所律师,法律硕士)

目 次

- 一、信用证诈骗罪的主体
- 二、信用证诈骗罪的主观方面
- 三、信用证诈骗罪的客体
- 四、信用证诈骗罪的行为类型与认定
- 五、信用证诈骗罪与非罪之区分
- 六、信用证诈骗罪的既遂与未遂
- 七、信用证诈骗罪此罪与彼罪之区分

一、信用证诈骗罪的主体

本罪的主体是一般主体,凡已满 16 周岁,具有刑事责任能力的自然人均可成为本罪的主体。单位也可成为本罪主体。

由于信用证结算是国际贸易的主要方式,国内贸易几乎不使用信用证方式结算。因此该罪从某种意义上讲是一种涉外型犯罪。涉案主体除了大陆居民与境内单位外,还大量包括境外、海外的不法分子及有关单位。对涉罪的大陆居民与境内单位依《刑法》自然人犯罪和单位犯罪的有关规定处罚没有任何问题。但对涉案的境

外、海外的不法分子及有关单位是否是适格的犯罪主体则值得研究。

案例 1:检察机关指控:被告人高某在担任中国国际企业合作公司进出口五部副经理期间,于 1996 年至 1998 年,伙同香港鹏昌集团公司(已破产清盘)的朱某某(另行处理),以香港鹏昌集团公司名义与中国国际企业合作公司签订虚假内容的合同,诱使中国国际企业合作公司向中国建设银行北京分行等金融机构申请信用证后,又使用伪造的信用证附随单据,骗取信用证项下资金共计美元 2565 万余元(折合人民币 21 259 万余元),用于香港鹏昌集团公司的经营活动,全部损失。

据此,检察机关认为,被告人高某无视国家法律,在经营中使用伪造的信用证附随单据,进行信用证诈骗活动,数额特别巨大,已触犯《刑法》第 195 条、第 200 条,构成信用证诈骗罪。

本案还有一个控辩双方均无争议的事实,即香港鹏昌集团公司是中国国际企业合作公司投资 500 万美元(也是检察机关指控信用证项下资金 2565 万美元中的一部分)在香港成立,以高某个人和其他国企公司两人名义共占有 51% 股份的控股公司,高某任董事。

抛开本案其他事实认定方面的争议不议,笔者认为起诉书在主体方面至少存在如下问题值得研究:

第一,检察机关指控高某犯信用证诈骗罪,且适用《刑法》第 200 条即单位犯罪的规定,那么本案中是哪个单位犯罪,该单位是否是适格的犯罪主体。

第二,如果检察机关的指控都能成立的话,香港的朱某某是否是犯罪主体,能否适用我国《刑法》追究其责任。

我国《刑法》第 30 条规定,公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为,法律规定为犯罪的,应当负刑事责任。此即单位犯罪的法律规定。对单位犯罪,我国《刑法》还规定了双罚制原则。一般来说,认定单位犯罪应该注意以下内容:单位犯罪应是单位整体意志支配下,由领导决策,直接责任人员实施的犯罪;在财产型犯罪中实施犯罪是出于为单位谋取非法利益,非法所得也归单位所有。据统计,修订后的《刑法》规定的单位犯罪的罪名已逾 100 个。但境

外的单位在境外实施犯罪,或者是大陆的单位在境外实施犯罪,我国《刑法》在第一章管辖中并无明确规定,根据罪刑法定的原则,不能对上述单位追究刑事责任。但对上述单位的有关责任人员能否追究也值得研究。如果追究,因为有关人员的责任来源是单位犯罪,既然单位不认为是犯罪,那么“皮之不存,毛将焉附?”司法实践中对单位犯罪的案件,因检察机关没有起诉单位,而法院直接判决有关责任人员承担刑事责任的案件时有发生,从刑法谦抑性精神出发,只判决被告在单位犯罪的前提下承担刑事责任是有利于被告人的,但单位是否犯罪都没查明,又怎么可以判决个人承担刑事责任呢?但如果是不追究,又明显有违我国《刑法》确立的“在适用法律上一律平等”的原则。这里又遇到了实质合理性与形式合理性冲突的难题。解决此问题的最好办法只能是尽快对《刑法》做出修改,确立单位犯罪的域外管辖权。

信用证犯罪中,还有一种较为常见的情况,那就是港澳地区的居民与大陆的单位、个人相勾结,在境外实施了信用证诈骗活动的行为,虽然根据《刑法》第6条第3款“犯罪的行为或结果有一项发生在中华人民共和国领域内的就认为是在中华人民共和国领域内犯罪”的规定,因骗开信用证的行为发生在境内或骗取财物的结果发生在境内,似乎我国司法具有管辖权。但根据《香港基本法》,港澳两地区与大陆属于一国之内的不同法域,除特殊情况外,港澳地区的居民在各自辖区内分工实施的信用证诈骗活动,是否犯罪以及处以何种刑罚,应当适用港澳地区的法律,而不适用我国刑法,因此在这种情况下不能按我国刑法规定以共同犯罪论处。此外,外国人、无国籍人在中华人民共和国领域外与我国大陆自然人或单位共谋实施信用证诈骗活动,依《刑法》第8条规定,外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪,而按本法规定的最低刑为3年以上有期徒刑的,可以适用本法,但是按照犯罪地规定不受处罚的除外。因此,如果按所在国法律该行为不受处罚的,该外国人或无国籍人不能成为犯罪主体;但如果所在国法律也认为是犯罪,而我国《刑法》第195条所规定的最低刑是5年以下有期徒刑或者拘役,只有当具有“数额巨大或者有其他严重情节”即个人诈骗数额在10万元以

上,或“数额特别巨大或者有其他特别严重情节的”即个人诈骗数额在50万元以上,这两种情形时,外国人、无国籍人可以成为该罪的主体。信用证诈骗案件数额在10万元以下的几乎没有,因此只要所在国法律也认为是犯罪的,我国刑法基本上均有管辖权。至于港澳居民与外国人、无国籍人在境内与大陆的自然人或单位共谋实施的信用证诈骗活动,根据属地管辖的原则,是适格的犯罪主体。

对信用证诈骗罪主体适用我国刑法时对境外人员的处罚还涉及引渡及司法协助问题。^①我国在实践中引渡的方式主要有以下三种:(1)根据国际公约有关的引渡条款,通过外交途径向有关国家提出引渡请求,按照引渡程序引渡。(2)在平等互惠的基础上,通过外交途径向有关国家和地区提出引渡或移送逃犯的请求。我国与建立了外交关系的国家常用这种方式引渡经济罪犯。(3)我国警方逐案请求有关国家采取驱逐出境等变相引渡的方式遣返逃犯。即由被请求方宣布将逃犯驱逐出境,并通知适当安排,交给中国处理。这种方式简便灵活,同样能达到引渡的目的。但这里也存在一种困境,即依据“死刑不引渡”和本国公民不引渡的一般原则,我国信用证诈骗是挂了死刑的,因此要引渡境外人员特别是他国公民归国,司法协助很难成行。在信用证诈骗主体问题上,还涉及一种情形,即名义上用单位名义实施,但实际上应认定为自然人犯罪的情形,即个人为进行信用证诈骗而设立的单位实施本罪的,或者单位设立后,以实施本罪为主要活动的;盗用单位名义实施信用证诈骗,违法所得归实施犯罪的个人私分的。高法的有关司法解释是上述论断的直接依据。

最后回到前述案例上来,由于我国《刑法》对域外管辖的对象尚无单位的规定,根据罪刑法定原则,该案中香港鹏昌公司的行为就不能适用我国《刑法》,即香港鹏昌公司不能构成该罪主体。在此前提下,追究单位中的责任人员即香港鹏昌公司董事高某的刑事责任就值得商榷。因为个人的刑事责任是单位刑事责任的组成部分,对个

^① 周振想主编:《金融犯罪的理论与实务》,中国人民公安大学出版社1998年版,第446页。

人的追究应以单位构成犯罪为前提,二者之间有一种依附关系。检察机关当庭称因香港鹏昌公司已停业,故不追究单位刑事责任,而只追究责任人高某刑事责任的说法缺乏法律依据。

二、信用证诈骗罪的主观方面

信用证诈骗罪的主观方面有三个问题值得研究:一是信用证诈骗是否必须以“非法占有为目的”为构成要件;二是如何认定“非法占有的目的”;三是信用证诈骗罪是否存在间接故意。

(一)“非法占有为目的”是否为信用证诈骗的必备要件

我们先来看前述案例。检察机关指控高某等人使用伪造的信用证附随单据,骗取信用证项下资金共计美元 2565 万余元(折合人民币 21259 万余元),用于香港鹏昌集团公司的经营活动。

事实上,本案还有其他事实,所谓信用证项下资金 2565 万美元,实际包括作为中国国际企业合作公司在香港设立鹏昌集团公司(总公司领导称其为在港设立的窗口企业)的 500 万美元的投资款。在港设立该控股公司后,先期进行的部分贸易均为正常贸易,并非无贸易背景的“骗取行为”,并在广东东莞等地设立了多家加工厂,1997 年“亚洲金融风暴”后,鹏昌公司及在内地设立的加工厂经营亏损,从而开始大量使用虚假单据,贴现信用证项下资金,试图“拆东墙补西墙”,扭转亏损。至案发,据报案者称尚有固定资产 500 多万美元,债权 500 多万美元,但并无审计机关的准确审计报告。

为此,需要解决的一个重要问题就是:高某等人是否具有非法占有的目的?

我国刑法界部分实务部门的同志认为,信用证诈骗罪不须具备非法占有的目的,其理由是:①

1.《刑法》第 195 条并无明文规定行为人必须以“非法占有为目的”,因此将“非法占有为目的”作为主观构成要件于法无据;

① 王前生、徐振华:“信用证诈骗罪犯罪构成研究”,载赵秉志主编:《新千年刑法热点问题研究与适用》,中国检察出版社 2001 年版,第 1292—1293 页。

2. 信用证诈骗罪侵犯的客体之一是公私财产权益,它包括财产的所有权、使用权和由信用证的融资功能所体现出来的其他财产利益,因此“非法占有为目的”无法涵盖所有信用证诈骗罪的主观意图;

3. 如果强调信用证诈骗罪的主观方面必须具有“以非法占有为目的”,在司法实践中可能成为犯罪分子逃避法律制裁的理由,尤其是当犯罪分子未能骗取到财物时,往往以其主观上没有非法占有为目的为借口,百般抵赖,加上“目的”属于主观范畴,司法机关取证比较困难,必然使一些犯罪分子得不到应有的惩罚;

4.《刑法》未将“非法占有为目的”作为主观构成要件是与其未将“数额较大”作为本罪客观构成要件相协调一致的,只要行为人实施了第195条规定的行为之一,就构成犯罪既遂。

还有的同志认为信用证诈骗的客体是选择客体,公私财物的所有权在实施信用证诈骗时并不一定受到侵犯,从而认为该罪不要求“以非法占有为目的”,甚至还认为“信用证诈骗罪是否存在犯罪目的以及具有何种犯罪目的,值得进一步探讨”。^①

上述观点,笔者认为不能成立。

1. 金融诈骗罪是从普通诈骗罪中分离出来的,两者之间具有特别法与普通法的法条竞合关系。诈骗罪是财产犯罪,而金融诈骗罪则具有金融犯罪与财产犯罪的双重属性,就侵犯财产权的犯罪来说,主观上的非法占有目的是题中应有之义。^② 笔者赞成这种说法。但至于为什么《刑法》第195条没有写明“非法占有为目的”,该学者认为是因为这种欺诈行为本身就足以表明行为人主观上具有非法占有的目的。^③ 这种论断又值得商榷,如此论断在某种程度上还是肯定了非法占有目的不是信用证诈骗罪的主观要件,因为实践中确实存

^① 陈琴:“信用证诈骗罪的若干问题研究”,载赵秉志主编:《新千年刑法热点问题研究与适用》,中国检察出版社2001年版,第1314、1319页。

^② 陈兴良:“论金融诈骗罪主观目的的认定”,载姜伟主编:《刑事司法指南》第1辑,法律出版社2000年版,第61页。

^③ 陈兴良:“论金融诈骗罪主观目的的认定”,载姜伟主编:《刑事司法指南》第1辑,法律出版社2000年版,第63页。