

顾问：杨春洗 何畔畔

刑法若干实务 与 典型案例释论

XINGFA RUOGAN SHIWU YU DIANXING ANLI SHILUN

主 编：王 晋 伍绍昆
副主编：向泽选 孟庆华 苗有水

群 众 出 版 社

顾问：杨春洗 何晔晖

刑法若干实务与 典型案例释论

主 编：王 晋 伍绍昆
副主编：向泽选 孟庆华 苗有水
撰稿人：骆 磊 杨兴国 孟庆华 苗有水
伍绍昆 王 晋 文盛堂 邹绯箭
向泽选 陈雪芬 郭 禹

群众出版社

2001年·北京

图书在版编目(CIP)数据

刑法若干实务与典型案例释论/王晋,伍绍昆主编.

—北京:群众出版社,2001

ISBN 7-5014-2565-5

I. 刑… II. ①王…②伍… III. 刑法-案例-研究-中国 IV. D924.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 068758 号

刑法若干实务与典型案例释论

王 晋 伍绍昆 主编

群众出版社出版、发行 新华书店经销

北京市白河印刷厂印刷

850×1168 毫米 32 开本 23.5 印张 583 千字

2001 年 11 月第 1 版 2001 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 7-5014-2565-5/D·1206 定价:40.00 元

印数:0001—5000 册

前 言

刑法基本理论的研究，对繁荣刑法学科和指导刑事立法，无疑具有重要价值。但任何理论研究都要以服务实践为最终目标，脱离实践的理论或者显得苍白无力，或者流于“经院式”的说教，也容易被束之高阁，使人们难以理解，更难以在实践中应用。理论研究只有和实践结合起来，才能获得生命力，才能丰富理论本身，促进理论向前发展，也才能发挥理论对实践的指导和规范作用。刑法是一门操作性很强的科学，刑法理论研究要以指导刑事司法实践为目的，要做到每一个刑法理论的问世，每一次刑法理论研究上的突破，都能带来司法实践的革命，提高司法实践的效率，这样的理论研究才显得更加富有生命力。只有将刑法理论研究和具体的执法实践结合起来，从执法实践中发现和挖掘理论研究的切入点，才能达到理论研究服务于执法实践的目标，才能真正解决刑事司法实践中亟待解决的难点和热点问题，克服理论研究中的“盲点”，克服理论研究和实践脱节的问题。

为把刑事司法实践中经常遇到的问题概括总结，并运用刑法基本理论加以论述，为执法实践提供参考，也为学界同仁进行理论研究提供素材，我们约请了在司法实际部门工作的几位年轻学者对执法实践中经常遇到的一些问题进行阐释，如哪些人可以成为贪污贿赂罪、挪用公款等罪的主体，贪污、贿赂、挪用公款罪的对象范围，实践中应当如何认定贪污、贿赂、挪用公款、侵占、巨额财产来源不明罪，等等。对这些问题的阐述力求具有一

定的理论深度，又解决司法实践中遇到的具体问题，更好地服务于执法实践。

参加本书研究的有最高人民法院刑事审判二庭的苗有水博士，最高人民检察院刑事申诉检察厅副厅长王晋，湖南省怀化市人民检察院检察长伍绍昆教授，最高人民检察院刑事申诉检察厅刑事赔偿工作办公室主任向泽选博士，最高人民检察院刑事申诉检察厅刑事赔偿工作办公室副主任陈雪芬硕士，最高人民检察院政治部办公室副主任文盛堂副教授，最高人民检察院反贪污贿赂总局杨兴国硕士、邹绯箭学士，北京化工大学法律系的孟庆华博士，湖南省怀化市鹤城区检察院副检察长骆磊，深圳市城建开发（集团）有限公司法律顾问室律师郭禹硕士。本书的书稿形成后，由向泽选博士统一审定。要特别说明的是，我们非常荣幸地邀请到了北京大学法学院教授、博士生导师杨春洗先生担任本书的顾问，并对书稿进行了审核。还要感谢最高人民检察院检察委员会委员、刑事申诉检察厅何晔晖厅长担任本书顾问，并对本书的研究工作给予了大力支持。

本书各专题撰写的分工是：第一专题由苗有水撰写，第二、三、五专题由杨兴国撰写，第四专题由骆磊、杨兴国撰写，第六、八专题由孟庆华撰写，第七专题由文盛堂撰写，第九专题由伍绍昆、苗有水撰写，第十专题由郭禹撰写，第十一专题由陈雪芬撰写，第十二专题由王晋、向泽选撰写，第十三专题由向泽选、邹绯箭撰写。

由于时间和学识有限，书中难免有疏漏和不妥之处，敬请广大同仁批评指正。

编 者

二〇〇一年八月

目 录

第一专题	吸收犯若干问题释论	(1)
第一节	吸收犯的概念.....	(2)
第二节	吸收犯的吸收属性.....	(3)
第三节	吸收犯的特征.....	(7)
第四节	吸收犯的罪数本质.....	(26)
第五节	吸收犯的基本形式.....	(29)
第六节	吸收犯与其他罪数形态.....	(32)
第二专题	贪污罪若干问题释论	(43)
第一节	贪污罪的主体.....	(43)
第二节	贪污罪的对象.....	(58)
第三节	贪污罪处罚的几个问题.....	(65)
第四节	贪污罪与其他罪的界限.....	(78)
第三专题	挪用公款罪若干问题释论	(95)
第一节	挪用公款罪的主体.....	(95)
第二节	挪用公款罪的对象.....	(99)
第三节	挪用公款罪的三种形式.....	(103)
第四节	认定挪用公款罪必须具备的条件.....	(114)
第五节	挪用公款罪的处罚.....	(128)

第六节	挪用公款罪与其他相关罪的界限	(132)
第四专题	贿赂罪若干问题释论	(142)
第一节	受贿罪的主体	(142)
第二节	受贿罪的对象	(148)
第三节	受贿罪客观方面的几个问题	(151)
第四节	受贿罪的主观要件和家属参与型的共同受贿问题	(172)
第五节	行贿罪的几个问题	(181)
第六节	经济往来中的贿赂罪问题	(190)
第七节	单位内部职能部门出于为本部门“创收”目的，索取、收受巨额贿赂的，能否以单位受贿罪论处的问题	(195)
第八节	受贿罪处罚的几个问题	(200)
第九节	受贿罪与其他罪的界限	(210)
第五专题	私分国有资产型犯罪若干问题释论	(219)
第一节	私分国有资产罪	(219)
第二节	私分罚没财物罪	(236)
第六专题	巨额财产来源不明罪若干问题释论	(244)
第一节	巨额财产来源不明罪的共同犯罪问题	(244)
第二节	巨额财产来源不明罪的犯罪形态问题	(254)
第三节	巨额财产来源不明罪的自首问题	(260)
第四节	巨额财产来源不明罪的数罪并罚问题	(268)
第五节	巨额财产来源不明罪的数罪群特征	(271)
第六节	巨额财产来源不明罪是否有罪推定问题	(275)
第七节	巨额财产来源不明罪的证明责任问题	(285)

第八节	巨额财产来源不明罪的说明时间问题	(292)
第九节	巨额财产来源不明罪的司法认定问题	(300)
第七专题	公司、企业人员受贿罪若干问题释论	(310)
第一节	公司、企业人员受贿罪的概念	(310)
第二节	公司、企业人员受贿罪的构成特征	(317)
第三节	公司、企业人员受贿罪的司法认定	(377)
第四节	公司、企业人员受贿罪的刑罚适用	(381)
第五节	对公司、企业人员行贿罪的若干问题	(382)
第八专题	侵占罪若干问题释论	(390)
第一节	侵占罪的立法沿革	(390)
第二节	侵占罪的罪名问题	(396)
第三节	侵占罪认定中的诸问题	(408)
第四节	职务侵占罪认定中的诸问题	(457)
第五节	侵占犯罪与相关犯罪之间区别的认定	(482)
第九专题	商标犯罪若干问题释论	(493)
第一节	商标与商标犯罪	(493)
第二节	假冒注册商标罪若干问题	(495)
第三节	销售假冒注册商标的商品罪若干问题	(522)
第四节	非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪 若干问题	(531)
第十专题	破产欺诈罪若干问题释论	(540)
第一节	国内外有关破产欺诈罪的立法	(542)
第二节	破产欺诈罪的概念及犯罪构成	(552)
第三节	破产欺诈罪的法律后果	(568)

第四节	我国刑法上的妨碍清算罪·····	(574)
第五节	完善我国破产欺诈罪立法的设想·····	(577)
第十一专题	亲告犯若干问题释论·····	(582)
第一节	亲告犯的概念和特征·····	(582)
第二节	我国刑事法律对亲告犯的规定·····	(588)
第三节	亲告犯的存在价值·····	(599)
第四节	亲告犯的构成特征·····	(608)
第五节	具体亲告罪的若干问题·····	(615)
第十二专题	刑事申诉典型案例释评·····	(623)
第十三专题	刑事赔偿典型案例释评·····	(699)

吸收犯若干问题释论

在我国刑法理论上，“吸收”一词被广泛地使用。刑法学者们频繁使用的描述吸收关系的术语，有高度行为吸收低度行为、重行为吸收轻行为、前行为吸收后行为、后行为吸收前行为、主行为吸收从行为、全部行为吸收一部行为、实行行为吸收预备行为、既遂行为吸收未遂行为等等，不胜枚举。然而，以上种种吸收现象，在刑法解释论上是否具备合理的根据？对此，刑法理论界似乎没有给予足够的重视。相反，上述一系列有关“吸收”的术语因其杂乱无章而不免给人以胡乱吸收之感。无庸讳言，这种理论现状与我们缺乏对于吸收犯理论的专门研究有关。正如有论者指出的，吸收犯是罪数理论中最混乱的一个概念。^①在我国刑法理论上，吸收犯和牵连犯界限不清，已是不争的事实，部分学者干脆提出取消吸收犯的概念。^②至于吸收犯与连续犯、想象竞合犯、结合犯等有无区别，以及区别在什么地方，则更是众说纷纭。这些都说明，对吸收犯的概念、本质、构成特征及其与牵连犯等的界限诸问题作些专门探讨，确有必要。

^① 刘守芬、黄丁全主编：《刑事法律问题专题研究》，292页，群众出版社，1998。

^② 吴振兴：《吸收犯存废刍议》，《法学研究》，1994年第5期。

第一节 吸收犯的概念

各国刑法典均未明文规定吸收犯，吸收犯的概念属于理论上的概括。国内流行的刑法学教科书在论述数罪并罚的几种例外情况时，大多论及吸收犯，^① 不过并不详尽。尽管如此，学者间在吸收犯的概念上业已形成较为统一、固定的表述，认为吸收犯是指一个犯罪行为被另一犯罪行为吸收而仅以吸收的一罪定罪处罚的犯罪形态。换言之，吸收犯表示数个独立的犯罪行为，根据一般观念和法律条文的内容，此一罪行当然吸收彼一罪行而成为实质上的一罪。

例如，非法侵入他人住宅实施盗窃，同时构成刑法第 245 条规定的非法侵入住宅罪和刑法第 264 条规定的盗窃罪。对于这样的案件，司法实践中通常不考虑非法入侵住宅的问题，只定一个盗窃罪。这就是各种刑法学论著经常举的吸收犯实例。但是，对于这样一个简单的例子，刑法理论上可以有三种评价和诠释。一是认为，非法侵入他人住宅实施盗窃的，侵入住宅是盗窃的预备行为，依照实行行为吸收预备行为的原则，预备行为自然不再论罪，这是吸收犯的一种表现形式；二是认为，在特定场合如在入室盗窃的场合，侵入住宅是盗窃的必备之前提，为盗窃行为所当然吸收，从而成立吸收犯；三是认为非法侵入他人住宅实施盗窃的应解释为牵连犯，因为非法侵入住宅是盗窃的方法行为，此种情形属于“犯罪的方法行为又触犯其他罪名”的牵连犯现象，只需择一重罪即盗窃罪予以处罚。这三种评价，前两种只是视角不同，本质上并无差异；第三种评价恰好说明吸收犯和牵连犯两种

^① 有的刑法学教科书将吸收犯作为“罪数不典型”的一种类型予以论述。杨春洗、杨敦先主编：《中国刑法论》，166 页，北京大学出版社，1998。

犯罪形态在观念上有所交叉。有些实例既可以用吸收犯的理论去解释，也可以用牵连犯的原理去说明，解释论上的用意是一致的，即排除数罪并罚的适用。又如，某人先非法制造枪支，然后将枪支藏匿，先后两个行为分别构成刑法第125条第1款规定的非法制造枪支罪和刑法第128条第1款规定的非法持有、私藏枪支罪。但根据事物的一般规律，持有、私藏枪支是制造枪支行为的必然结果，前一行行为被后一行行为所吸收，所以本例就以非法制造枪支来论以一罪。同样道理，本例也经常作为牵连犯的实例进行解释，原因是持有、私藏枪支可以作为非法制造枪支的结果行为来看待。这一点，我国刑法学界早就有学者注意到了。正如他们所指出的，“吸收犯与牵连犯有时在观念上有交叉。比如先伪造印章进而伪造有价证券，这两个犯罪行为之间，说它有牵连关系或者吸收关系，似乎都有道理。”^①“在某种意义上说，牵连犯往往都是吸收犯。但是吸收犯并不都是牵连犯，没有交叉的，就只能说是吸收犯，它反映了一定的犯罪实际现象，具有一定的价值。”^②我们认为，这种主张是不无道理的。

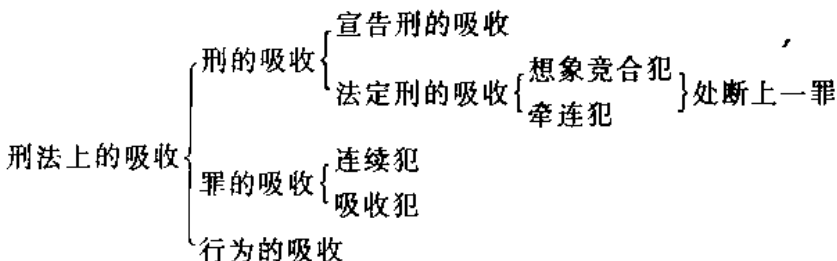
第二节 吸收犯的吸收属性

根据刑法理论上“吸收”一词所使用的场合和所表现的意义的不同，我国台湾有学者对于刑法上吸收的性质和内容进行归类分析，从而将其划分为刑的吸收、罪的吸收以及行为的吸收三类，提出“刑之吸收，乃系刑之复合为一；罪之吸收，是为罪之复合为一；而行为之吸收则系行为之复合为一，于理论上应有其

^① 高铭暄主编：《刑法总论》，267页，中国人民大学出版社，1990。

^② 高铭暄主编：《刑法学》，258页，北京大学出版社，1989。王作富主编：《中国刑法适用》，209页，中国人民公安大学出版社，1987。

别。”^① 据此观点，所谓刑的吸收，是数罪之刑为一罪之刑所吸收，又可分为宣告刑的吸收和法定刑的吸收两种。前者如，数罪并罚的情况下，宣告多数死刑和无期徒刑时，仅执行其一，或者宣告之最重刑为死刑或无期徒刑时，除附加刑外仅执行死刑或无期徒刑，不执行他刑；后者如，通常所说的处断上的一罪，即一行为触犯数罪名的想象竞合犯和犯一罪而其方法行为或结果行为又触犯他罪名的牵连犯等，只处一罪之刑，而吸收了他罪之刑。所谓罪的吸收，指在数罪中，一罪应为他罪所吸收，例如连续犯罪行为触犯数罪名的连续犯以及在罪的观念上一罪应为他罪所当然包括的吸收犯，都属于这种情形。所谓行为的吸收，是指犯一罪的行为，被他一行为所吸收，而成为一个行为。台湾学者关于吸收的分类，如图所示：



关于吸收犯的吸收属性，即属于何种吸收问题，我国内地刑法论著极少涉及。然而，有的刑法学者在表述吸收犯概念时，刻意避免使用“行为”一词，而以“罪行”或“犯罪”取而代之，表示吸收犯属于罪的吸收而不是行为的吸收。有的学者则明确提出，吸收犯必须是罪的吸收而不是犯罪构成内部行为之间的吸收，成为吸收犯的数个犯罪行为是独立的犯罪行为，不具有独立性的犯罪行为之间不能构成吸收犯。“行为与行为之间的吸收关系，仅仅是这些行为结合在一起，构成一个犯罪行为，触犯一个

^① 蔡墩铭主编：《刑法总则论文选辑（下）》，691～703页，五南图书出版公司。

罪名、构成一个犯罪……在某一犯罪构成内部行为与行为之间的吸收，实质上乃是数行为的复合，即行为人的数个举动（广义的行为）复合在一起构成刑法规定的犯罪行为这一有机整体。这种犯罪构成内部行为与行为之间的吸收关系，并不是吸收犯中的那种吸收关系。因为吸收犯中的吸收关系是独立的犯罪行为与独立的犯罪行为之间的吸收，而犯罪构成内部的吸收关系乃是行为人的数个举动复合成一个独立的犯罪行为。”^① 我们认为，这种观点肯定吸收犯是独立的犯罪行为之间的吸收，固然是可取的，但因何谓“独立的犯罪行为”争论颇多（这一点留待后文续论），因而持此观点的学者将吸收犯这一犯罪形态局限于罪的吸收而一概排除行为的吸收，其结论是靠不住的。虽然，构成犯罪的客观行为的数个行为方式之间不能成立吸收犯，犯罪行为与违法行为或不法状态之间也不能成立吸收犯，但是，“此一罪行可以构成彼一罪行的一部分”的情形仍然不失为吸收犯的表现形式。^②

我们认为，吸收犯既是罪的吸收，同时又是行为的吸收。在刑法理论上，作为数罪之刑合一的刑的吸收，与罪的吸收及行为的吸收的确大不相同，有区分的必要，而罪的吸收与行为的吸收，两者本身却是一回事，仅仅是从不同的角度观察形成的不同观念而已，并无必要加以区分。如前所述，所谓罪的吸收，是数罪之中一罪吸收他罪而只成立一罪的情形。试以一罪当然包括他罪的吸收犯为例，如犯人某甲破坏监所门窗、毁坏监狱设施后脱逃，具备故意毁坏财物和脱逃两个行为。如果毁坏财物的数额达到“较大”的标准，则某甲的行为同时触犯刑法第 275 条（故意毁坏财物罪）和第 316 条（脱逃罪），其中的脱逃罪吸收故意毁

① 曲新久：《论吸收犯》，《中国法学》，1992年第2期。

② 顾肖荣著：《刑法中的一罪与数罪问题》，26页，学林出版社，1986

坏财物罪，只成立脱逃罪一罪，这是吸收犯的实例。从罪的角度观察，将上例视为罪的吸收自然没有问题。然而，从行为的角度观察，这实际上又是一种行为的吸收。如前所述，所谓行为的吸收，是在数行为中，在行为的观念上，一行为当然地包括他行为。上例中，某甲实施了毁坏财物和脱逃两个犯罪行为，而对于脱逃来讲，行为人为逃离监所而毁损其手脚上的械具、破坏监所门窗的行为本身就是脱逃行为不可缺少的组成部分，因为脱逃行为的本质是逃离司法机关的有效监管和控制，戴在罪犯手脚上的械具以及监狱的门窗等都属于司法机关对罪犯进行监管和控制的物理设施，为逃离监所而破坏这些设施的种种作为本身就属于脱逃行为的有机组成部分，这些破坏行为与最后的脱逃行为结合在一起构成一个统一的犯罪行为。

犯罪，是个人或组织实施的危害社会、触犯刑律的行为。一般认为，行为在刑法学体系中，尤其在犯罪构成理论上，有着核心的意义。某种社会现象，在刑法上能否确定为犯罪，首先取决于是否有行为这一犯罪构成要件要素的存在。在国外的犯罪构成论中，无论是构成要件该当性，还是违法性、有责性，都是从行为这个基点或核心来论述的。无此基点，则无从说起；无此核心，则无法展开。诚然，行为仅为犯罪构成的主要要件，非全部要件，在行为之外尚有主体、客体、犯意等其他要件。可是，如果说吸收犯是罪的吸收而不是行为的吸收、罪的吸收与行为的吸收有区别，那么等于说，在罪的吸收的观念中，除去行为要件的吸收外，尚有其他构成要件间的吸收。实际上，行为之外的要件，即主体、客体、犯意等的吸收都是无法现象和理解的，是不存在的。总之，罪的吸收说到底也就是行为的吸收。

应当注意的是，我国内地有学者采纳了台湾学者的理论观点，认为吸收犯仅是罪的合一，与行为的合一有异，并在著述中举例予以论证：“杀人致被害人伤害，行为人有杀人而无伤害的

犯意，不另成立伤害罪，是行为的吸收；但如果有伤害和杀人的犯意，在同时同地先伤害后杀人，伤害罪与杀人罪并存，伤害罪被杀人罪吸收，即犯伤害罪的行为应为犯杀人罪的行为吸收，也不另立伤害罪，这是罪的吸收。”^①我们认为这样的论证尚有商榷的余地。杀人致被害人伤害，是杀人未遂，此时仅有杀人致伤的结果状态，伤害行为是不存在的，因为此时尽管被害人死亡的结果未出现，行为性质却未改变，依然是杀人行为。之所以不成立伤害罪，并非因为杀人行为吸收了伤害行为，而是因为其中本来就不存在伤害行为。其次，在具备伤害和杀人两种犯意的前提下，于同时同地，针对同一现象，先伤害后杀人，这种案例或许是绝无仅有的。试想，既然是同时同地实施的行为，那么，在认定行为人有杀人的犯意时，何以再能认定其有伤害的犯意呢？现在我们暂且假定这种实例是存在而且合理的，那么，该例应认定为数罪。理由是，虽然两种行为针对的是同一犯罪对象，但侵害不同的客体，此两行为是在独立的犯意支配下的性质不同的犯罪行为，并无相互吸收的根据，不成立吸收犯，也谈不上罪的吸收或行为的吸收。

第三节 吸收犯的特征

吸收犯是反映数行为一罪的罪数形态，它是相互间具有吸收关系的数个犯罪行为触犯数个异种罪名而又论以一罪的犯罪形态。吸收犯具有以下几方面的特征。

一、有数个不同的犯罪行为独立存在

吸收犯的数个行为都符合刑法分则条文所规定的犯罪构成，否则便不成其为吸收犯。例如，行为人非法购买增值税专用发票

^① 马克昌主编：《犯罪通论》，641页，武汉大学出版社，1991。

后又虚开或者出售增值税专用发票的，其中的购买行为触犯刑法第 208 条（非法购买增值税专用发票罪），虚开、出售行为分别触犯刑法第 205 条（虚开增值税专用发票罪）和第 207 条（非法出售增值税专用发票罪）。依据社会的通常观念和刑法条文的内容，虚开或者出售行为是非法购买增值税专用发票以达到营利目的的自然发展。因此，虚开或者出售行为与非法购买行为之间存在着吸收关系。因刑法规定虚开增值税专用发票罪和非法出售增值税专用发票罪的法定刑重于非法购买增值税专用发票罪，根据重罪吸收轻罪的原则，只成立虚开增值税专用发票罪或者非法出售增值税专用发票罪一罪，不再成立非法购买增值税专用发票罪。这一点，刑法第 208 条第 2 款已以明文形式作了肯定，即非法购买增值税专用发票又虚开或者出售的，分别依照刑法第 205 条、第 207 条的规定定罪处罚。

上例中存在着两个独立的犯罪行为是易于理解的，但在有的情况下，要确定一个行为还是数个行为——即理论上所谓的行为之单复——并不那么容易。如某人开一枪打死一人、打伤一人，又毁坏珍贵文物一件，是一个行为还是数个行为？某人在一段时间内连续几次投毒致死一人，属于一个行为还是数个行为？要回答这些问题，必须明确刑法上行为的含义以及区分行为单复的标准。

首先，什么是刑法上的“行为”？我国刑法上所称的“行为”原有两种含义，一是指构成犯罪的行为，如刑法第 13 条规定的“一切危害国家主权、领土完整和安全，……以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪”等；二是指不构成犯罪的行为，如刑法第 20 条规定的“正当防卫行为”、第 21 条规定的“紧急避险行为”等。这里所要探讨的是前一种意义上的行为即犯罪行为的含义。一般认为，刑法上的行为“是表现人