

2003年【总第三辑】



法律出版社

CRIMINAL TRIAL DIGEST

编辑委员会主任 / 姜兴长 主编 / 南英

刑事审判要览

主办 / 最高人民法院刑事审判第一庭

协办 / 全国各高级人民法院刑事审判庭 解放军军事法院刑事审判庭

年第二辑〔总第二辑〕

刑事审判要览

主办／最高人民法院刑事审判第一庭

协办／全国各高级人民法院刑事审判庭

解放军军事法院刑事审判庭



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事审判要览. 2003年. 第3辑: 总第3辑/最高人民法院刑事审判第一庭主编. —北京: 法律出版社, 2003. 9
ISBN 7-5036-4093-6

I. 刑… II. 最… III. 刑事诉讼—审判—中国
IV. D925.218.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 074740 号

法律出版社·中国

责任编辑/杨 扬

装帧设计/胡 欣

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑/法律应用出版中心
经销/新华书店
责任印制/陶 松

开本/A5
版本/2003年9月第1版

印张/6.5 字数/169千
印次/2003年9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 7-5036-4093-6/D·3811

全年定价: 120.00 元 加邮费: 140.00 元 本辑定价: 20.00 元

编辑委员会

主 任：姜兴长

委 员：(以姓氏笔画为序)

任宪成 李武清 李燕明 沈 亮

杜伟夫 南 英 高憬宏 薛淑兰

主 编：南 英

副 主 编：李武清 高憬宏

执行编辑：刘树德

目 录

【法旨政略】

略论刑法、刑事诉讼法若干热点、疑难问题…………… (1)

【特稿专论】

虚开增值税专用发票罪若干疑难问题探析 … 谢望原、郭立锋(8)

转变刑事司法观念 树立现代司法理念
…………… 南京市中级人民法院刑一庭(24)

【法官释法】

关于认定自首相关问题的探讨…………… 张明磊(30)

徇私枉法罪中的“徇私、徇情”探析…………… 刘志高、王 颀(36)

信用证诈骗罪认定的若干问题…………… 叶良芳(40)

【办案笔谈】

多种量刑情节的适用原则与方法探讨…………… 黄祥青(46)

专家论证与法官自由心证…………… 毛煜煊(58)

简析自诉案件的证据审查…………… 薛克昌(65)

【析疑断狱】

该案是否构成累犯以及如何数罪并罚 …… 东 方、立 田(76)

利用计算机虚设资金炒股的行为构成何罪…………… 刘晓安(81)

是职务侵占还是合同纠纷 周玉国、张怀伦(84)
盗卖股票后又购入新股再卖出提现的行为

如何计算犯罪数额 刘晓安(86)
该案是直接受贿还是斡旋受贿 王艳玲、程爱叶(90)

【审判调研】

河南省关于减刑假释工作的调查报告 程慎生、张开乐(93)
关于审理严重危害社会治安犯罪案件的情况

分析 倪金龙、李 盛(100)
有组织犯罪与黑市的关系探讨 彭峥嵘(116)
刑事自诉案件审理中存在的问题、原因和对策

..... 梅州市中级人民法院刑庭(128)
关于经济犯罪案件情况分析 韩伟清、徐旻(135)
财产刑适用、执行现状的调查与思考 彭智勇(146)

【改革之声】

论辩诉交易制度及其在我国的构建 李素珍、范跃如(154)
巨额财产来源不明罪立法的不合理性及完善 陈加斌(163)

【世界之窗】

俄罗斯司法改革最新情况简介 (166)
国际社会普遍管辖原则的最新规定 高铭暄、王秀梅译(169)

【审判动态】

河南武陟人民法院反映罚金刑执行中存在的问题不容忽视
..... 河南省高级人民法院(176)

成都高新区人民法院分析罚金刑执行中的问题并提出建议
..... 四川省高级人民法院(178)

广州市中级人民法院分析未成年人犯罪情况并提出

预防对策..... 广东省高级人民法院(181)

【信息链接】

2002 年刑法学研究会年会综述 王成全(186)

【法旨政略】

略论刑法、刑事诉讼法 若干热点、疑难问题

编者按:2002年6月22日,全国人大常委会法制工作委员会刑法室主任郎胜应邀在山东省东营市中级人民法院讲学期间,与东营市中级人民法院有关人员进行了座谈,回答了法官们提出的与刑法、刑事诉讼法有关的热点、疑难问题。现将座谈内容予以刊载。

郎胜主任(以下简称“郎主任”):今天与大家座谈交流,作为立法机关的工作人员来说,一是应当宣传法律;二是及时为司法机关提供法律武器,司法机关有什么问题了,立法机关应及时作出回答,因为我们的目标是一致的。从我个人来讲,更多地听取法官的意见,是非常必要的,可以更好地制定法律。对于大家提的问题,我会尽我所能地回答,把我的认识谈出来,供大家参考。

姜福先(中院研究室副主任):目前学界正在讨论在我国就废除死刑问题特别是沉默权问题进行立法。请您谈谈对这两个问题的认识。

另外,从现行刑法来看,死刑条款应该说还是挺多,但是在司法实践中,有些条款适用得却比较少,比如说故意伤害罪。被害人亲属对此非常不理解,这样就带来了法院打击不力的负面影响。您认为在立法上应如何解决这一问题。

郎主任:关于死刑的问题。1983年以后,所有的刑事立法活动

我都参与了,后来制定单行刑法、修改刑法、作补充规定等,我都是组织者之一。我认为,依法治国,不能以刑法治国,国家只有在不得已的情况下才动用刑法。关于废除死刑的问题,世界上有 100 多个国家废除了死刑或停止适用死刑了,我国现在还大量适用死刑,我个人认为是不得已而为之。1997 年修改刑法的时候,我印象中包括学者还没有人提出要废除死刑,但提出大大减少死刑的人很多,我个人也主张减少死刑。1983 年以来,我们开展了几次“严打”,取得了阶段性的成果,打掉了一些为非作歹、称霸一方、残害百姓的恶势力;但另一方面,也应该看到,通过“严打”,并没有有效地降低犯罪率。所以一味地严刑峻罚,从国家的长期稳定来说,未必是好事。1997 年修订刑法的时候,我们反复听取了各方面的意见,专家学者主张大范围减少死刑,老百姓认为死刑还不够,使立法机关处于两难的境地,最终采取了不减不加的原则,但实际上大范围减少了。表现在:一是盗窃罪基本上取消了死刑,只有盗窃金融机构和珍贵文物的可以判死刑,但现在这两种情形在盗窃罪中占的比重很少,刚开始原则上废除盗窃罪的死刑时,相当长时间不为人接受,现在已接受了。二是原来的流氓罪,被分解了,基本上也没有死刑了。还有已满 16 周岁未满 18 周岁的未成年人犯罪,原来可以判死缓,现在死缓也不能判了。对于死刑问题,有人认为治乱世用重典,我认为,第一,现在我们不是乱世,第二,治国要讲求长治久安,治国之道要张弛有度。从历史上来看,比如我们对日本战犯进行了成功的改造,我们没有杀,现在那些人大部分从事中日友好活动,如果当时把他们杀了,包括他们的亲人,能对中国友好吗?又比如对国民党战犯的成功改造,也是这样。事实证明死刑在我们国家是不可缺少的手段,但我个人认为,除了对那些罪大恶极而具有现实危险性的,能不用死刑的应尽量不用死刑。当年诸葛亮七擒孟获,如果一生气就把孟获杀了,还会有三足鼎立的局面吗?有些问题变一个角度来考虑,是不是会取得更好的社会效果呢?过去刑法上讲一般预防与特殊预防,从实践上看杀了可能也能实现这种目的,不杀是不是效果会更好?从国家长治久安考虑,我

们应考虑化解社会矛盾。对一些人,判缓刑,可能就挽救了一家人,关到监狱里,这个人如果是家庭的支柱,整个家庭可能对政府充满怨气,从长远看,并不一定是好事。当然我跟外国人权人士对话的时候说的很硬气,我说一个国家,适用不适用死刑,是根据一个国家的国情、法律的传统,还有人民的要求决定的。外国人说你们能不能搞一下试点,我说不行,因为我们是单一制国家,不能在这个地方犯罪杀了,在那个地方就不杀,这与联邦制不同。外国人主张白领犯罪可以不杀,我说在中国贪官污吏不杀老百姓不答应。从刑事政策上讲,还应当坚持毛主席的观点,可杀可不杀的不杀。

关于故意伤害罪一般不判死刑的问题,有些故意伤害罪,属临时起意,不杀,被害人家属不答应,但从整体效果上来说,还不能完全屈从于被害人家属的意志。如果通过别的手段也能达到惩罚目的的话,我个人意见是不杀。有些临时起意的案子,被告人没有前科,主观恶性不大,判一定刑罚他已经后悔不及了,留一条命,本人肯定感恩戴德,以后也不会再犯了,为什么非要杀他?所以故意伤害罪,除了那些残害百姓、祸害百姓,有现实危险性的,尤其带有黑社会性质的,不能不杀的以外,对那些偶尔或在特定的场合,没有控制住自己的情绪,造成重伤甚至死亡的,处刑的时候应慎重一些。作为法院,有时候可能很难,你不判,当事人不答应,你交待不了,因为涉及社会稳定问题,有的时候,被害人家属需要安慰,大家都很同情,但我们执法的时候,严格依靠法律办事,没有错。

沉默权是一个炒得非常热的话题。沉默权没有一个严格的界定,不同的国家有不同表述,最典型的是美国的米兰达条款,现在我国未规定沉默权,但从我们已签署的但目前尚未批准的国际公约看,也规定了不能强迫公民自证其罪,我们的刑事诉讼法也有这个意思。但是从现实来说,我们国家对此问题没有明确的规定,我们准备召集公检法机关及部分学者、教授研究一下,能不能修改一下刑事诉讼证据中的一些规定,这些修改一方面要考虑我国的实际情况,一方面要考虑民主法治的需要。能不能直接规定沉默权呢,现在争论还比较

大,坦白地说,像美国的米兰达条款这样的规定阻力很大,一时难以达到,争取的目标是能不能规定公民不能自证其罪,达到这个目标也很艰难,因为刑事诉讼法规定了犯罪嫌疑人、被告人必须如实回答讯问,但这个目标在争取之中。沉默权是个原则问题,如果规定下去,大家都这么办,意义特别重大。但它在不同国家有不同含义,我们要研究在我们国家有什么含义。我认为,目前我们与其规定一个原则,不如规定些实际的,比如从立法上规定非法取得的言辞证据予以排除,怎样排除呢?不能像有的刑事案件开庭时,被告人说公安机关有刑讯逼供,办案人员一看怎么办呢?最后让公安机关出个证明,公安机关出了证明说没打,那就没打,因为过了这么长时间了,伤也没有了,至少是不足以认定有刑讯逼供行为。即使我们规定了沉默权,还不足以解决这类的问题。所以沉默权是很重要,但是我们不妨从基础上来研究研究,对非法取得证据的证明,我觉得刑事诉讼可以借鉴民事诉讼中的倒置,让公安机关举证没有刑讯逼供。公安机关出庭,或者提供审讯时的录像资料,或公安机关提讯时让律师在场。现在公安机关对这种做法可能不适应,但时间长了就适应了,这也是一种自我保护的措施,一些观念法律上一旦改了就不难了。证据制度的改革确实很重要,一开始可能会放纵一两个罪犯,但从长远看是好事,从整体上可以提高警察的素质,可以树立司法机关在人民中的良好形象。

张明磊(中院刑一庭庭长):你认为应如何理解交通肇事罪中的“因逃逸致人死亡?”

郎主任:“因逃逸致人死亡”是一个因果关系问题,逃逸有两种情况:一是因逃逸延误了抢救和治疗的时间,二是转移现场,使人不能来抢救,属于个案的问题我就不谈了。

陈立田(中院刑二庭副庭长):被告人因诈骗被判刑,(因病)被暂予监外执行。暂予监外执行期满后发现在暂予监外执行期间和期满后均有犯罪。请问,对该诈骗罪如何处理?

郎主任:监外执行也是执行,执行完毕后该罪也就执行完毕了,

执行完毕以后,发现过去还有罪没判,只要没过追诉期,该判还得判,如果期满后犯新罪构不成累犯,就不按累犯办,符合累犯条件就是累犯。如果在监外执行期间又犯罪,如果仍旧符合监外执行条件的,也不能撤销监外执行,比如病重或患传染病等,因为监外执行本身就是对那些实在不适于监内执行的人的执行方法。至于一些没有重病却在监外执行的情况,可能是司法腐败的问题。如果司法机关违法作出了监外执行的决定,应追究司法机关的责任,但对被告人来讲,不管以什么方式执行,只要结束了就不应该再撤销。

张志刚(中院刑一庭副庭长):在刑事附带民事诉讼和一般民事侵权诉讼中,赔偿范围有很大的差别,比如精神损害赔偿。请问在司法实践中如何掌握刑事附带民事诉讼的赔偿范围。

郎主任:附带民事诉讼与民事诉讼在程序上不同,但在实体上应当是一致的,如果认为附带民事诉讼中有些问题实在太复杂的话,可以不附带了,可告知其可另行提起民事诉讼。至于精神损害赔偿问题,在民事中都是一个很复杂的问题,因为其没有客观标准,不同案件造成的损害程度不同。附带民事诉讼主要是为了便民,属附带地解决,如果一旦复杂化了,如涉及精神损害赔偿问题等,我个人认为就没有必要附带了,不能因为附带民事问题造成被告人长时间羁押,对被告人的人权如何保证?

马曰全(中院刑二庭审判员):检察院撤诉后,能否不经重新立案,进行补充侦查后再次起诉?再次起诉后,法院受理的条件是“有新的事实、证据”,应理解为“有新的事实和证据”还是“有新的事实或证据”。

郎主任:事实和证据其实是一回事,如果说存在事实没有证据还叫事实吗?我个人认为,检察院撤诉后,公诉机关补充了新的证据,但没有改变事实,是可以重新起诉的。从法治角度上要求,一事不二审,没有新的事实,仅补充证据,是不能再受理的,但目前中国还做不到。至于检察机关是否重新立案,那不是法院审查的问题,因为诉权是检察机关的,法院看的是检察机关是否有明确指控的犯罪事实及

提供相应的证据,其他的是检察机关内部的事,不是法院考虑的事。

李益民(中院刑二庭庭长):国家工作人员的认定是职务犯罪中争议比较大的问题。请问出纳工作应定性为公务还是劳务?

郎主任:出纳的主体问题不是以身份来确定的,而是以单位来确定的。出纳工作与会计是不同的,但从某种意义上来说,会计贪污不大可能,会计要不跟出纳串通不太可能贪污。但出纳贪污倒是非常可能的,比如会计给某人开出2000元钱,出纳私自将1000元留下,这种情况较多。不能以公务或劳务的区分作为出纳与会计的区别。

徐峰(中院刑二庭副庭长):请您谈一谈共同贪污中个人数额的认定原则。

郎主任:一般讲,共同犯罪的主犯应当对整个犯罪负责,贪污罪是个人牟利性的犯罪,有的时候不好分主从犯,一个经理,一个出纳,合伙拿出钱分了,你说谁是主犯,谁是从犯?共同贪污几乎不存在主从犯,都是实行犯,缺一不可。我个人认为对贪污罪应当以个人所得的数额来认定,但在立法上还没有很细致地研究,回去以后我们会研究。

姜福先:请您谈谈对东营法院的印象。另外,我们正在大力进行法院文化建设。您认为法院文化的内涵是什么,应如何借鉴国内外优秀的法律思想建设法院文化。

郎主任:我参观了东营法院,感触很深,你们搞文化建设和建立学习型法院,请了那么多名人开展讲座,既注重实践又注重理论研究,而且法官的年龄很轻,东营法院的管理,包括法院的文化和整个审判流程的管理、行政管理、车辆的管理等令我感触很深,尤其是大立案的程序,有效地防止了在立案过程中的腐败,加强管理可以杜绝很多弊端。再有你们的法庭建设在全国都不多见,在欧洲也不多见,你们在硬件上、软件上确实下了功夫。

我提一点希望,一个法院威信的建立最终不是看硬件,而是看法官,体现在高素质的法官上,更多地建立在司法的公正上。建设法官队伍,首先应当从树立法官的职业道德和建设法律文化入手,道德主

要是靠纪律管的,我搞监狱法的时候,有个监狱长说纪律是从强制到习惯,从习惯到自觉。巴甫洛夫的生物进化论,说生物就是从强制到条件反射,再到习惯,同样我们法官也一样。总体上来讲,我对你们法院充满敬意,充满信心。

[摘自《黄河口司法》(2002年第4期)(山东省东营市中级人民法院主办)“郎胜主任访谈录”]

【特稿专论】

虚开增值税专用发票罪 若干疑难问题探析

□谢望原 郭立锋

作为一种典型的经济犯罪——虚开增值税专用发票罪，始见于1995年10月30日全国人大常委会通过的《关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》。1997年修订后的刑法第205条吸收了《关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》的基本内容，明确规定了“虚开增值税专用发票罪”。由于这一犯罪出现的历史相对较短，我国刑法理论界与司法实务部门对其认识与研究尚不充分，为此，本文拟对有关该罪的几个常见而突出的疑难问题作一初步探析。

一、单位实施的虚开增值税专用发票罪之认定

由于本罪既可以由自然人实施，也可以由单位实施（甚至更多的是由单位实施），而对单位的处罚与对自然人的处罚又有诸多不同——如本罪的自然人犯罪的最高刑罚为死刑，而在单位犯罪的情况下，其直接责任人员的最高刑罚为无期徒刑，因此，如何准确界定本罪的单位犯罪，就具有十分重大的理论意义与实践意义。

（一）单位犯罪的一般特点

根据刑法理论和我国刑法有关规定，成立单位犯罪须同时满足以下条件：

1. 必须是刑法分则条文明文规定单位可以成为犯罪主体。现实生活中,很多危害社会的行为事实上可以由单位实施——如单位领导人集体商议决定安排本单位人员去盗窃他人财物。但是,由于刑法分则条文没有规定盗窃罪之主体可以是单位,因此,即便是由单位组织实施的盗窃行为,也只能按普通盗窃罪的共同犯罪定罪处罚。

2. 必须是行为人具有单位的身份。所谓单位,即行为人须是刑法第30条规定的“公司、企业、事业单位、机关、团体”。应当特别指出的是:这里的“单位”不应有所有制上的区别,亦即无论是全民所有性质还是集体所有性质抑或私人所有性质的单位均可以成为本罪的主体。

3. 必须是在单位意志支配下由单位内部人员实施的危害社会的行为。单位内部人员的角色具有双重性,只有当其代表单位时,其行为才是单位行为,由此构成的犯罪才是单位犯罪。那么,在什么情况和条件下,行为人的行为才是单位的行为?笔者认为,当行为人的行为得到单位意思机关的指令、授权、认可、委托时,其行为当为单位行为。所谓单位的意思机关,有集体和个人之分,作为集体时,是指单位的负责人形成的领导机构(如董事会等);作为个人时,则是指单位的决策者(如董事长、总经理等)。如何理解“在单位意志支配下由单位内部人员实施的危害社会的行为”?作为一种物质存在,单位自身是无法实施什么行为的。所有单位的行为只有通过单位内部人员才能实施。因此理论上言之,所谓“在单位意志支配下由单位内部人员实施的危害社会的行为”,就是指经单位集体研究决定或者由其负责人决定实施的危害社会行为。

4. 必须是为了单位整体的利益而实施犯罪,即所实施的危害社会的行为是为了单位集体的利益或者其收益归单位所有。

(二)虚开增值税专用发票罪之单位犯罪特点

鉴于刑法第205条已经把虚开增值税专用发票罪规定为可以由单位实施的犯罪,那么通过以上分析并结合刑法第205条之规定可以看出,虚开增值税专用发票罪的单位犯罪必须同时满足以下条件:

1. 必须是以单位的名义实施了虚开增值税专用发票的行为。换言之,虚开增值税专用发票的行为是以单位名义实施的,而不是以个人名义实施的。但是“单位”必须是事实上真实存在的,如果行为人以虚构的“单位”或者以已被吊销、注销的“单位”之名义实施虚开增值税专用发票的行为,则应认定为自然人犯罪。自然人为实施犯罪而设立单位或单位设立后以犯罪为业或为其主要活动的,不以单位犯罪论处。

我国刑法对包括本罪在内的单位犯罪一般规定了轻于自然人犯罪的刑罚。这是基于对单位犯罪社会危害的特殊性和责任的分散性考量的结果,应当说是科学合理的。但是,当自然人恶意利用这一规定为自己减轻罪责的时候,这一规定就失去了本来的积极意义而演变为法律的漏洞。为此,最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》(下称《解释》)规定:“个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的,或者公司、企业、事业单位设立后,以实施犯罪为主要活动的,不以单位犯罪论处。”这一解释很好地贯彻了立法原意,具有积极意义,在实践中应很好地遵循。

2. 必须是在单位意志支配下由单位内部人员实施了虚开增值税专用发票的行为。易言之,虚开增值税专用发票的行为必须是经单位决策机构集体研究决定或者是由其负责人决定实施的。何谓“单位内部人员”?笔者认为,“单位内部人员”是指某一单位的现职人员,包括正式录用的人员或临时聘用人员,既可以是单位的负责人员,也可以是单位的一般工作人员。

3. 必须是为了单位整体的利益,即所实施的虚开增值税专用发票的行为是为了单位集体的利益或者其收益归单位所有。对于集团公司等单位而言,“单位的整体利益”则包括集团公司的整体利益和下属各子公司的整体利益。如果自然人盗用单位名义犯本罪,则属于自然人犯罪。对此,最高人民法院的《解释》第3条明确规定:“盗用单位名义实施的犯罪,违法所得由实施犯罪的个人私分的,依照刑法有关自然人犯罪的规定定罪处罚”。但是必须注意,人类社会的任