

XING SHI SI FA YI NAN WEN TI
ZHUAN JIA DA WEN LU



刑事司法疑难问题 专家问答录

(二)

北京市人民检察院政治部 编写

张幸民 主 编

中国检察出版社

XING SHI SI FA YI NAN WEN TI
ZHUAN JIA DA WEN LU



刑事司法疑难问题 专家问答录 (二)

北京市人民检察院政治部 编写

主 编 张幸民

执行主编 李继华

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事司法疑难问题专家答问录(二)/北京市人民检察院政治部编写.

—北京:中国检察出版社,2012.1

ISBN 978-7-5102-0603-0

I. ①刑… II. ①北… III. ①刑法-中国-问题解答 ②刑事诉
讼法-中国-问题解答 IV. ①D924.05 ②D925.205

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 257869 号

刑事司法疑难问题专家答问录 (二)

北京市人民检察院政治部 编写

出版发行:中国检察出版社

社 址:北京市石景山区鲁谷西路5号(100040)

网 址:中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电 话:(010)68630384(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销:新华书店

印 刷:三河市西华印务有限公司

开 本:720mm×960mm 16开

印 张:11.5印张

字 数:212千字

版 次:2012年1月第一版 2012年1月第一次印刷

书 号:ISBN 978-7-5102-0603-0

定 价:25.00元

检察版图书,版权所有,侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

《刑事司法疑难问题专家问答录（二）》

编辑委员会

主 编 张幸民 北京市人民检察院党组成员、政治部主任
执行主编 李继华 北京市人民检察院政治部教育培训处处长、
全国检察业务专家

答疑专家 (按姓氏笔画排序)

于志刚 中国政法大学教授、博士生导师
北京市顺义区人民检察院挂职副检察长

王 新 北京大学教授、博士生导师
北京市昌平区人民检察院挂职副检察长

王新环 北京市人民检察院公诉一处处长、法学博士、
全国检察业务专家

白建军 北京大学教授、博士生导师

冯 军 中国人民大学教授、博士生导师
北京市密云县人民检察院挂职副检察长

曲新久 中国政法大学教授、博士生导师
北京市丰台区人民检察院挂职副检察长

刘广三 北京师范大学教授、博士生导师
北京市石景山区人民检察院副检察长

阮齐林 中国政法大学教授、博士生导师
北京市宣武区人民检察院原挂职副检察长

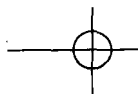
苗生明 北京市人民检察院副检察长、法学博士、
全国检察业务专家

周光权 清华大学教授、博士生导师
北京市人民检察院一分院原挂职副检察长

郑 旭 中国政法大学副教授、硕士生导师
北京市平谷区人民检察院挂职副检察长

黎 宏 清华大学教授、博士生导师
北京市西城区人民检察院原挂职副检察长

编 委 任彩晖 郭小锋 纪丙学



编辑说明

美国大法官霍姆斯说：“法律的生命不在于逻辑，而在于经验。”此言一出，就把关注法律的目光更多地引向了司法实践。当然，这并非否认法律的逻辑性，因为逻辑是法律的内在属性。但对司法者而言，鲜活的实践经验往往更具有指导意义。为此，北京市人民检察院政治部教育培训处立足司法实践，积极组织刑事司法疑难问题巡讲活动，并在2008年出版了《刑事司法疑难问题专家答问录（一）》，为检察官办案提供了有针对性的业务指导和参考，受到干警的广泛欢迎。为满足读者的实际工作需要，教育培训处又挑选了2009年至2011年巡讲过程中的疑难问题，精心汇编了《刑事司法疑难问题专家答问录（二）》。

秉持服务检察一线的理念，《刑事司法疑难问题专家答问录（二）》着眼于检察工作实际，在本书的编辑过程中，重点突出以下三个特点：

一是“实”。所谓“实”，主要体现在两方面：一是答疑专家都精通实务。邀请的专家都是北大、清华、人大、北师大、中国政法大学等知名高校的知名学者，而且，这些知名学者对检察工作都非常熟悉，有的在检察系统担任挂职副检察长多年，有的与检察机关有着长期合作关系，他们既具有渊博的理论知识，又具有丰富的实践经验，还有的专家是我们检察系统资深的全国检察业务专家。强大的专家团保证了问题答疑的针对性和实用性。二是问题都是典型、疑难的实务问题。本书汇编的问题都是各院一线办案部门提出的，由市院教育培训处联合公诉一处进行整理和筛选，都是检察工作中常见的疑难问题和案例，具有一定的典型性和指导性。

二是“全”。所谓“全”，是指本书汇编的问题涵盖广泛，既包括实体问题，也包括程序问题，既有总则部分，也有分则部分，涉及到了刑法和刑事诉讼法的多个方面。其中，司法实践中常见的疑难问题，如自首制度、犯罪形态、共同犯罪、财产犯罪的既未遂问题，以及刑事诉讼程序中的强制措施等，都是本书的重点。

三是“深”。所谓“深”，是指本书不限于单纯的解决问题，而是就问题进行了引申。有的结合问题对相关的立法作出了详细的阐释，有的进行了理论



上的归纳，有的对问题条分缕析，举一反三，使读者不仅能够得到问题的答案，还能了解到更多的相关知识。

本书的面世，离不开北京市人民检察院领导的关心和支持，离不开全市广大干警的积极参与。特别是北京市人民检察院党组书记、慕平检察长一贯高度重视教育培训工作，并就巡回讲学活动先后作出“这个做法好，要坚持下去，注意讲学互动”和“请市院各位主管领导及业务部门积极组织干警参加讲学活动”的重要批示。北京市人民检察院党组成员、政治部主任张幸民同志也曾多次过问巡回讲学活动，要求办出特色、办出精品、办出成效。

应该说，本书得以出版，首先要感谢各位专家学者的辛勤付出。本书凝结了全市检察系统的集体智慧，从问题收集到筛选，从巡回讲学活动组织到资料整理，得到了石景山区人民检察院、昌平区人民检察院和平谷区人民检察院等院领导和政治处领导的大力支持，得到了各院教育培训部门的鼎力相助，也得到了各院技术部门无私的技术支持。还有，北京市人民检察院公诉一处的纪丙学、刘选等同志也积极协助组织和参与巡回讲学活动，尤其是纪丙学同志对活动的主持、文稿的整理，以及部分问题的书面答疑等付出了辛勤的劳动，在此一并表示感谢。

实践是丰富多彩的，也许，我们只是解答了司法实践中的一小部分疑难问题，对于不断出现的新问题，和旧有问题所不断呈现出的新的特点，我们的力量还远远不够。我们希望通过讲学活动和本书的编纂，启迪大家在工作中多思考、多研究，不断去发现问题，研究问题。坚持“以问题为中心”，确信问题比答案更重要，这是我们的教育培训理念。

由于时间仓促，本书恐有不妥之处，敬请读者批评指正。

编 者

2011年8月9日



目 录

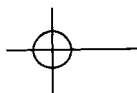
Catalogue

上编 刑法总则

专题一	刑法溯及力	3
专题二	一事不再罚	5
专题三	犯罪既未遂	6
专题四	单位犯罪	9
专题五	共同犯罪	10
专题六	非刑罚性处置措施	13
专题七	减轻处罚	14
专题八	犯罪物品处理	16
专题九	自首与立功	18
专题十	数罪并罚	23
专题十一	缓刑撤销及处理	24
专题十二	国家工作人员范围	26
专题十三	被害人承诺	29

中编 刑法分则

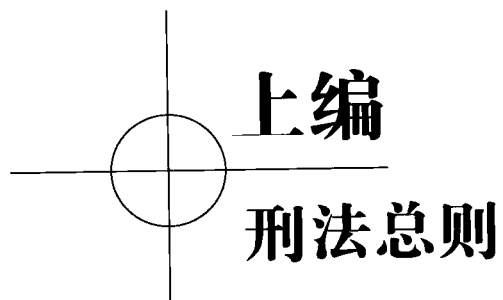
专题一	危害公共安全罪	33
专题二	破坏社会主义市场经济秩序罪	36
专题三	侵犯公民人身权利、民主权利罪	59
专题四	妨害社会管理秩序罪	110
专题五	危害国防利益罪	132
专题六	贪污贿赂罪	133



专题七	渎职罪	153
-----	-----------	-----

下编 刑事诉讼法

专题一	管辖	157
专题二	证据	159
专题三	强制措施	163
专题四	二审程序	173
专题五	辩护	175





专题一 刑法溯及力

问题一：甲于2008年组织领导传销活动，且数额巨大、情节特别严重，以当时刑法应认定为非法经营罪，情节特别严重，应被判处5年以上有期徒刑，并处违法所得1倍以上5倍以下罚金或没收财产。《刑法修正案（七）》（2009年2月28日）将该罪名确认为组织、领导传销活动罪（依据2009年10月14日最高人民法院、最高人民检察院《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定（四）》），情节严重的，处5年以上有期徒刑，并处罚金。请问：如甲于2009年5月移送审查起诉，应如何定性？如甲于2010年1月移送检察机关审查起诉，应如何定性？

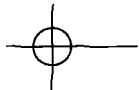
于志刚（中国政法大学教授）：

这个问题涉及刑法溯及力的问题，也就是《刑法修正案（七）》第4条和非法经营罪的法条适用问题。

甲适用非法经营罪应当判处5年以上有期徒刑，并处违法所得1倍以上5倍以下罚金或没收财产，适用《刑法修正案（七）》第4条时应当处5年以上有期徒刑，并处罚金。两者的主刑一致，但是从罚金刑的角度来比较的话，后者的附加刑相对较低，因此，根据刑法第12条从旧兼从轻的溯及力原则，对甲应当适用《刑法修正案（七）》第4条，也就是组织、领导传销活动罪。

由于《刑法修正案（七）》出台于2009年2月28日，因而2009年5月审查起诉与2010年1月审查起诉在适用法条上没有任何区别，虽然关于《刑法修正案（七）》第4条的罪名2010年10月份才确定，但罪名只是司法实践中为了便于引用法条而规定的统一称谓，它的存在只是便于法条称呼的统一性，对于法条的效力没有任何影响。也就是说，溯及力涉及的新旧法律适用问题，是法条适用的问题，而不是罪名的适用问题。

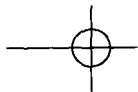
问题二：被告人王某某明知自己不具备进口旧机动车资质，于2007年6月至2009年4月间，向王某、班某某（均另案处理）等人购买了经海关审核批准的《进出境办公用品申请表》等文件，以加拿大巨景教育有限公司北京代表处等名义，从广州黄埔口岸申报进口宝马等品牌旧机动车23辆，完税价格共计人民币660万余元，其中22辆报关时间在《刑法修正案（七）》实行



前，最后1辆在《刑法修正案（七）》实行后，应认定为走私国家禁止进出口的货物罪（该罪不以偷逃税款为要件），而对其之前报关进境22辆旧机动车的行为，因被告人王某某已按照海关磋商价完税，实际成交价格又难以取证，能否按照走私国家禁止进出口的货物罪一并处罚？如果不可以，应如何认定？

白建军（北京大学教授）：

不能追究《刑法修正案（七）》之前的行为，只能追究此后的行为。理由是：（1）刑法修正案是立法活动，其性质属于刑事立法，而非对刑事立法的立法解释。立法解释系对法律条文本身的拓展和说明，没有超越刑法条文用语本身的含义，因此可以适用于立法解释颁布之后出现的情形，并不违反罪刑法定原则。刑法修正案系立法，是创制犯罪和刑罚的过程，所以应当坚持罪刑法定原则的要求，不得溯及既往（有利于被告人时除外），此即《刑法》第12条规定之“从旧兼从轻原则”。（2）关于本案，行为人在《刑法修正案（七）》颁布之前实施的报关进境22辆旧机动车的行为，在行为当时没有相应罪名加以规制，所以不能当做犯罪来处理，只能根据相关法律，追究其行政责任。但其在《刑法修正案（七）》颁布之后实施的伪造证明，报关进境旧机动车的行为，符合《刑法》第151条第3款规定的“走私禁止进出口的其他货物、物品罪”，应当依照此追究其刑事责任。

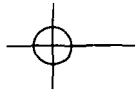


专题二 一事不再罚

问题：因偷窃行为被行政处罚，在执行行政处罚期间又主动交代了其他盗窃行为，新交代的行为或者前后的行为累计已达到盗窃罪的数额标准，公安机关未撤销原行政处罚即报捕，并移送起诉，此种处理方式是否违反了一事不再罚的原则？

苗生明（北京市人民检察院副检察长）：

首先，一事不再罚，是指对一件事不能重复评价。这个原则是要坚持的。其次，这个做法有不妥之处，需要讨论的问题是已经做出的行政处罚是带有裁决性的，此后认为已经构成犯罪的，在这个过程中，都是一些程序性的，他是不是构成犯罪了，最终还是要法院的裁决才能确定，从这个角度来说，在法院判完以后再撤销行政处罚决定，还是在报捕前撤销行政处罚决定，我倾向于至少在移送起诉前撤销原行政处罚决定，因为已经认定其行为构成犯罪了，就应当撤销原行政处罚决定。



专题三 犯罪既未遂

问题：基本犯未遂，但发生了加重结果的，如何认定犯罪形态？如强奸罪中，行为人的强奸行为没有既遂，但发生了被害人重伤的结果。

于志刚（中国政法大学教授）：

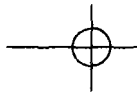
1. 整体模式

无论是情节加重犯还是结果加重犯，本质上是一样的，对于情节加重犯或者结果加重犯是否有既、未遂的问题，答案都是极为清楚的，它等同于“基本犯犯罪行为的既、未遂”+“加重情节（或加重结果）具备与否”。犯罪行为是加重犯罪的主要构成，在加重犯罪中只存在犯罪行为的既、未遂而没有加重情节（结果）的既、未遂。刑法理论界和司法实践中存在的种种误论，都是因为没有正确地认识加重情节（结果）与基本犯的关系、基本犯罪构成与加重犯成立之间的关系造成的，这是一种理论研究上把简单问题复杂化的倾向，既不利于司法实践的具体操作，也无助于理论问题的真正解决。

2. 以轮奸为例的分析

司法实践中，经常会出现轮奸犯罪中一人或者多人因意志以外的原因而没有奸淫成功的情况，这种情况对于全案性质的认定以及本人犯罪形态的认定和处罚产生何种影响，理论界和实务界都存在较长期的、强烈的分歧和争议。而这一问题的本质是，上文讨论的情节加重犯是否存在既、未遂的问题，但是，由于掺入了共同犯罪这一强烈的干扰因素，因而在观念上显得更为复杂和难以厘清。

实际上，这个问题并不复杂，关键在于区分清楚犯罪行为与量刑情节，也就是强奸既、未遂与是否构成轮奸的区别，这是完全独立的两个问题，前者属于犯罪构成理论，后者属于刑罚理论，两者相互独立，互不影响。犯罪的既遂、未遂等犯罪形态只存在于法律规定的独立犯罪中，而轮奸作为一种犯罪加重处罚情节，不存在既遂、未遂等问题，只存在情节是否构成的问题。强奸罪的既遂、未遂与轮奸情节的构成与否是两个独立的问题。强奸罪的既遂、未遂是属于对犯罪形态的判定；而轮奸情节的成立与否，则属于对强奸犯罪法定量刑档次的判定。在我国刑法及司法解释中，轮奸从来不是一个罪名，而是强奸罪从重处罚或者选择较重法定刑的一个重要法定情节。所以，在考察轮奸犯罪



中是否存在既、未遂问题时，为避免轮奸犯罪构成要件与既、未遂问题交叉讨论，可以先将轮奸情节剥离出来独立考察：由于轮奸是一个加重处罚的情节，其本身不存在既、未遂的问题，就如同持枪抢劫一样，“持枪”的情节只存在有和无的问题，而并不影响到既、未遂的判断。同样，“在公共场所当众强奸妇女”这一情节也是一样，只有是否“在公共场所”和是否属于“当众”的问题，与既、未遂问题并不相干。因此，在轮奸犯罪之中，在二人以上共同对同一被害人轮流进行奸淫的犯罪中，只要各犯罪人主观上有轮奸的故意（包括事前预谋和现场犯意沟通），且有两人以上实施了奸淫行为，则构成强奸罪的轮奸情节，适用刑法第236条第3款第4项的规定。具体而言，在二人以上共同对同一被害人轮流进行奸淫的犯罪中，只要各犯罪人主观上有轮奸的故意（包括事前预谋和现场犯意沟通），且有两人以上实施了奸淫行为，就可以认定为构成刑法第236条第3款规定的“轮奸”情节，应当在10年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑的刑罚幅度内处罚；在确定了具备“轮奸”情节且可以适用该量刑幅度之后，以此为基础，再进一步具体考查每一个犯罪人的“强奸”犯罪行为是否存在既、未遂的问题。

也就是说，轮奸是刑法规定的强奸罪的法定量刑情节，并不是一个独立的罪名和定罪行为，因此，轮奸与既、未遂是两个可以并存的、不同层面的问题。轮奸作为一种量刑情节，只有成立与否的问题，而不涉及既遂、未遂问题。因此，笔者的观点是，在轮奸犯罪中，应当首先适用轮奸情节要求的“10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”的刑罚幅度，然后分别考查每个犯罪人的既、未遂状态，进而确定最终的刑事责任。

无法回避的一个问题是，脱逃罪、强奸罪等犯罪中，犯罪主体和犯罪行为都有不可替代性的特点，因此，他人犯罪行为的完成与否，与本人犯罪行为的完成与否无关，本人的犯罪行为是否属于未完成形态具有判断上的独立性。对于这一问题，笔者认为，应当引入“亲手犯”理论加以解决。

3. 推而广之的结论：所有情节加重犯、结果加重犯的停止形态

以上着重分析了强奸罪中具备“轮奸”情节时，整个强奸犯罪的未遂这种未完成形态，笔者认为，这一理论模型适用于所有加重构成犯罪的停止形态，也就是说，“加重犯罪（情节加重与结果加重）=基本犯的形态（停止形态）+加重情节或结果”，这里的停止形态不仅仅包括未完成形态，也包括完成形态，即包括了犯罪的预备、未遂、中止和既遂。

换个角度来看，无论是情节加重犯抑或结果加重犯，其构造是一样的，那就是“基本犯”+“加重情节（结果）”=“情节加重犯（结果加重犯）”，在这样一种结构下，加重情节或结果仅仅是作为加重法定刑的条件出现，它本



身只有条件具备与否的问题，没有完成与否的问题。而整个犯罪的停止形态取决于基本犯的停止形态，随着基本犯停止形态的变化而变化；而刑罚裁量中法定刑的决定却要根据情节（结果）加重犯所导致的法定刑幅度来最终确定，也就是说，基本犯的犯罪行为决定着犯罪（包括基本犯和加重构成）是属于预备、中止、未遂还是既遂，而加重情节（结果）则决定着最终适用的法定刑幅度，与预备、中止、未遂、既遂等犯罪形态毫无关系和影响。

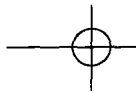
4. 本案的问题

基本犯未遂，但发生了加重结果的，犯罪形态仍然是未遂。在强奸罪中，行为人的强奸行为没有既遂，但发生了被害人重伤的结果，仍然是强奸未遂，但是，应当选用“10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑”这一量刑幅度之后，再考虑未遂的从宽问题。

5. 对于司法解释的批评

最高人民法院2005年6月8日颁行的《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》中明确指出：“抢劫罪侵犯的是复杂客体，既侵犯财产权利又侵犯人身权利，具备劫取财物或者造成他人轻伤以上后果两者之一的，均属抢劫既遂；既未劫取财物，又未造成他人人身伤害后果的，属抢劫未遂。”

反思这一司法解释，可以发现这一司法解释认为，“抢劫致人重伤、死亡的”这一结果加重情节不存在既、未遂问题。这是错误的，但是，仍然是有效的，只能参照执行。



专题四 单位犯罪

问题：《公司法》对于一人公司的主体资格予以肯定，那么，刑事司法中一人公司的主体资格应当如何认定：一人公司能否成为单位犯罪的主体，如果一人公司能够成为单位犯罪主体，是否代表其犯罪行为均为单位犯罪？哪些情况下可以运用“单位人格否认理论”认定为个人犯罪？

于志刚（中国政法大学教授）：

首先应当明确，一人公司不等于只有一人，而是指公司的注册股东只有一人。具体的决策者和执行人可能人数众多，参与犯罪的直接负责人员和其他直接责任人员可能人数众多。因此，关于一人公司能否成立单位犯罪，根据刑法关于单位犯罪的解释原理并不存在任何障碍，对此可以直接依据现有的立法规定和司法解释进行认定。

至于一人公司成立单位犯罪还是个人犯罪，是两个截然不同的思路。在一人公司成立单位犯罪的情况下，一人公司内部的主管人员和其他直接责任人员不构成共同犯罪，承担的是单位犯罪中自然人的刑事责任；而将一人公司作为个人犯罪进行处罚时，一人公司内部的主管人员和其他直接责任人员构成共同犯罪的关系。

因此，如果是股东个人实施的行为，构成个人犯罪；如果是股东个人决定或者管理层决策，单位其他人员参与实施的，当然构成单位犯罪。应当注意的是，绝对不能根据公司收益最后归于个人，而否认一人公司成立单位犯罪的可能性。股东只有一个人，和公司本身的独立存在，是完全不同的两个问题。对此，应当严格依照现有司法解释来判定。