

主 编 刘建国 刘宪权
浙江省宁波市人民检察院
与华东政法学院法律学院
合作研究成果

刑事司法实务中的 疑难问题



中国人民公安大学出版社

XINGSHISIFA
SHIWUZHONG DE YINANWENTI

副主编 / 姚 宇 卢勤忠 谢如程

D925. 204/4

2006

浙江省宁波市人民检察院
与华东政法学院法律学院合作研究成果

刑事司法实务中的 疑难问题

主 编 刘建国 刘宪权
副主编 姚 宇 卢勤忠
谢如程

中国人民公安大学出版社
· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事司法实务中的疑难问题/刘建国, 刘宪权 主编, —北京: 中国人民公安大学出版社, 2006. 11

ISBN 7 - 81109 - 515 - 7

I. 刑… II. ①刘…①刘… III. ①刑法—研究—中国②刑事诉讼法—研究—中国 IV. D. 924. 04 D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 129785 号

刑事司法实务中的疑难问题

XINGSHISIFASIWUZHONGDEYINANWENGTI

刘建国 刘宪权主编

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2006 年 11 月第 1 版

印 次: 2006 年 11 月第 1 次

印 张: 19. 625

开 本: 880 毫米 1230 毫米 A5

字 数: 389 千字

ISBN 7 - 81109 - 515 - 7/D · 485

定 价: 50. 00 元

本社图书出现印刷质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E - mail: cpep@pubic. bta. net. cn

www. phcppsu. com. cn www. jgclub. com. cn

前 言

本书是浙江省宁波市人民检察院与华东政法学院法律学院两家通力合作的研究成果。

近年来，宁波市两级检察机关贯彻落实“强化法律监督、维护公正正义”主题，全面履行检察职能，各项检察工作业绩优良，为宁波市的经济社会快速健康发展作出了积极的贡献。为了不断增强检察机关的法律监督能力，提高检察人员的办案水平，提升办案质量和办案效率，自2004年始，宁波市检察院组织两级检察机关一线检察人员开展了历时近两年的“刑事检察业务疑难问题探析”专项调研活动，对两级检察机关在办理刑事案件过程中遇到的249个疑难案件进行了深入探讨，产生了良好的效果和较大的反响。该专项调研活动形成的100余万字成果，已于2006年1月以《刑事法适用典

型疑难案件新释新解》为书名由中国检察出版社出版。

2005年年初，在“刑事检察业务疑难问题探析”专项调研活动成果的基础上，宁波市人民检察院与华东政法学院法律学院的专家共同研究并确定了“刑法修正案与刑事司法解释时间效力研究”、“不作为犯罪作为义务的司法认定”等22个具有较高研究价值的疑难问题，决定以课题制形式，采用先由司法实务部门完成课题初稿，再由高校专家修正、把关的“递进式”合作方式开展专门研究。截至2005年年底，宁波市两级检察机关的检察人员完成了课题初稿。在此基础上，华东政法学院法律学院精心组织专家进行了认真的论证和修正。

客观地讲，该成果主要有以下几个特点：

1. 所选择的22个问题具有较高的研究价值。

与许多研究成果不同，本次研究的22个司法实务中的问题，全部是根据两级检察机关办理大量刑事案件过程中疑难案件的类型归属和频率而确定的，准确地抓住了当前刑事司法实践中的难点。因此，有很强的现实针对性和较高的研究价值。

2. 问题研究所依据的素材具有典型性、实践性。

在材料选择上，经过各课题组的努力，每个问题都有真实的、典型的具体疑难个案作为基本素材，这使得研究成果比较务实，有较强的典型性和实践性。

3. 提出的法律适用意见有较强的指导作用。

由于找准了刑事司法实务的关键问题，结合了有法律效力的刑事立法、刑事司法解释的具体规定，参考了刑事法学理论

知识中的权威观点。因此，提出的解决有关司法争议问题的法律适用具体观点，既有法律依据，又有较扎实的法理知识基础，对司法实践有很好的指导作用。

4. 该课题研究实现了实践性与理论性的有机结合。

该课题的研究，由来自宁波市检察机关从事一线办案的民警和华东政法学院法律学院从事刑事法学教学研究工作的专家共同完成。参加该课题研究的检察院干警都有着丰富的办案经验、较高的理论水平和较强的研究写作能力，来自华东政法学院的专家则有着深厚、扎实的理论功底，对司法实践也有深入的了解，他们共同完成的成果则结合了检察机关从事司法实务与高等政法院校理论研究的各自优势，实践与理论的整体结合情况较好。

承担各问题研究任务的作者分别如下：

第一题 刑法修正案与刑事司法解释时间效力疑难问题（褚贵炎、方黄军、雷海峰、江海昌、刘宪权）

第二题 不作为犯罪作为义务司法认定中的疑难问题（吴武忠、徐军、向开林、卢勤忠）

第三题 职务犯罪停止形态司法认定中的疑难问题（宋海波、张如新、庄梅颖、刘宪权）

第四题 刑法上因果关系司法认定中的疑难问题（任啸雷、郭鹏飞、杨兴培）

第五题 超法规犯罪阻却事由的若干疑难问题（王国明、余光升、杨兴培）

第六题 共同犯罪司法认定中的四个疑难问题（陈奋、黄伟、王英、沈慧红、马柯群、刘宪权）

第七题 认定单位自首的疑难问题（李志雄、张振鹏、卢勤忠）

第八题 刑罚适用的几个疑难问题（王勤、邓强、刘宪权）

第九题 立功司法认定中的疑难问题（叶林达、姚宇、卢勤忠）

第十题 职务侵占罪司法认定中的几个疑难问题（陈贺评、卞益平、林战波、吴允锋）

第十一题 抢劫罪司法认定中的若干疑难问题（华志苗、胡剑锋、曾国祥、刘宪权）

第十二题 盗窃犯罪法律适用若干疑难问题（陈然、金涛、吴允锋）

第十三题 聚众斗殴罪法律适用疑难问题（赵平志、洪新波、郑聪婷、杨兴培）

第十四题 认定国家工作人员的相关争议问题（颜华、王文轩、杨兴培）

第十五题 渎职罪司法认定中的若干疑难问题（李钟、曹忠杰、卢勤忠）

第十六题 妨碍司法罪法律适用疑难问题（王巨龙、刘保华、吴允锋）

第十七题 刑事民事交错案件法律适用疑难问题（刘德

方、汪一峰、郑依琼、卢勤忠)

第十八题 刑事自诉若干疑难问题(翁凌展、刘红新、张平寿、邓晓霞)

第十九题 对涉嫌犯罪单位、人大代表及未成年人适用刑事诉讼强制措施若干疑难问题(董顺来、陈永明、邓晓霞)

第二十题 刑事诉讼证明标准的实践把握——认定案件事实过程中的疑难问题(胡志坚、陈乔芬、邓晓霞)

第二十一题 刑事赔偿疑难问题(严岳良、郭红波、邓晓霞)

第二十二题 刑事审判监督若干疑难问题(王剑波、王志胜、凤丹、邓晓霞)

在以上作者完成撰写的基础上,最后由主编、副主编统稿、定稿。

我们相信,此成果能为刑事司法实务部门工作人员和相关研究人员提供较好的帮助。但是由于我们水平有限,本书难免存在错误,期望专家、学者和读者批评指正。

本书编委会

2006年09月

目 录

第一题

刑法修正案与刑事司法解释时间效力疑难问题

- 一、在刑法修正案施行前已经颁行的司法解释，
对修正案施行后的行为是否适用 …………… (5)
 - (一) 刑法修正案对刑法条文予以修改的情形 …… (6)
 - (二) 刑法修正案对刑法条文予以补充的情形 …… (9)
- 二、在刑法修正案施行后颁行的司法解释对其颁
行前的行为是否适用 …………… (11)
 - (一) 刑法修正案施行后，司法解释颁行前，没
有相关司法解释的情形 …………… (12)
 - (二) 刑法修正案施行后，司法解释颁行前，已
有相关司法解释的情形 …………… (15)
- 三、刑事司法解释对跨越刑法修正案犯罪行为的
适用问题 …………… (16)
 - (一) 继续“跨法犯” …………… (17)

(二) 连续“跨法犯” (17)

(三) 一般“跨法犯” (19)

第二题

不作为犯罪作为义务司法认定中的疑难问题

一、法律明文规定的义务 (22)

(一) 法律明文规定的作为义务范围的理论支撑
..... (24)

(二) 法律明文规定的作为义务的具体认定方法
..... (27)

(三) 对案例一和案例二的分析 (29)

二、职务上或业务上要求的义务 (29)

(一) 一般认定方法 (30)

(二) 认定职务或业务上要求的义务应注意的问
题 (32)

三、先行行为引起的义务 (33)

(一) 一般认定方法 (34)

(二) 认定中需注意的其他问题 (38)

四、法律行为引起的义务 (45)

(一) 一般认定方法 (45)

(二) 认定合同行为产生的法律义务应注意的问
题 (46)

(三) 认定自愿行为产生的作为义务应注意的问

题	(48)
---------	--------

第三题

职务犯罪停止形态司法认定中的疑难问题

一、某些职务犯罪不存在犯罪中止或未遂	(52)
二、职务犯罪共犯中的部分犯罪人可以单独成立 不同的犯罪形态	(60)
三、贿赂犯罪中特殊情况下的“退赃”可以认 定为犯罪停止形态	(64)
四、如果确系真实的“受贿济贫”可以在一定 范围内认定成立犯罪停止形态	(69)

第四题

刑法上因果关系司法认定中的疑难问题

一、对必然因果关系和偶然因果关系的批判	(81)
二、一般形态因果关系的司法认定与双层次因果 关系的司法认定	(82)
三、事实因果关系的司法认定	(86)
(一) 经验判断法	(86)
(二) 科学验证法	(87)
四、刑法上因果关系的司法认定	(91)
(一) 据的原则	(91)
(二) 认定的一般方法	(94)

- 五、特殊状态下刑法上因果关系的司法认定 …… (96)
- (一)、不作为因果关系的司法认定 …………… (96)
- (二) 共同犯罪的因果关系的司法认定 …………… (98)

第五题

超法规犯罪阻却事由的若干疑难问题

- 一、被害人过错 …………… (104)
- (一) 被害人过错是引起行为人实施违反刑法规定行为的原因, 没有被害人过错, 行为人就不会实施该行为 …………… (105)
- (二) 被害人过错包括故意和严重过失 …………… (106)
- (三) 被害人过错只能阻却行为人构成轻罪 (法定刑为 3 年以下有期徒刑或者更轻的刑罚), 而不能阻却行为人构成重罪 …………… (108)
- (四) 被害人过错阻却犯罪成立需要司法人员对行为实质违法性的审查 …………… (108)
- 二、被害人承诺 …………… (110)
- (一) 被害人对承诺侵害的利益有独立处分权 …… (112)
- (二) 被害人有承诺的能力 …………… (116)
- (三) 被害人承诺出于真实意志, 并以一定的方式表现出来而为行为人所认识 …………… (118)
- (四) 被害人的承诺先于或者同时于侵害行为 …… (120)
- 三、执行命令行为 …………… (122)

- (一) 必须是所属上级公务人员发布的命令…………… (127)
- (二) 必须是上级公务人员在职权范围内发布命令…………… (127)
- (三) 上级发布命令的形式和程序必须合法…………… (128)
- (四) 命令的内容必须没有明显违法或者犯罪的内容…………… (129)

第六题

共同犯罪司法认定中的四个疑难问题

- 一、如何认定转化犯中非单独犯罪实行犯的刑事责任…………… (134)
 - (一) 转化犯的非单独犯罪中是否存在各实行犯刑事责任同一情况…………… (134)
 - (二) 对转化犯的共同犯罪与转化犯的实行过限的辨析…………… (138)
- 二、如何判断亲身犯共同犯罪中实行犯所处的犯罪阶段…………… (143)
- 三、如何认定以不作为方式参与共同犯罪中的非共同正犯…………… (147)
 - (一) 不作为与作为可以成立共同犯罪…………… (149)
 - (二) 不作为与作为之间可以成立共同正犯,也可以成立帮助犯…………… (151)
- 四、共同犯罪中不同行为人的故意内容不同应如

何分别定性 (152)

第七题

认定单位自首的疑难问题

一、单位可以成立自首 (160)

二、单位自首的认定 (170)

 (一) 单位自首认定的总体标准 (170)

 (二) 单位自首的具体认定 (172)

三、单位自首对个人自首的影响 (178)

 (一) 认定个人自首需以单位自首的整体性效应
 原则为基础 (179)

 (二) 认定个人自首还应兼顾单位自首的个人态
 度独立性原则 (180)

 (三) 这是考虑单位犯罪的特点与提高诉讼效益
 的需要 (181)

第八题

刑罚适用的几个疑难问题

一、刑期折抵中的两个问题 (184)

 (一) 违法执行监视居住等非羁押性强制措施可
 否折抵刑期 (184)

 (二) 被羁押行为与定罪行为不一时，羁押日期
 可否折抵刑期 (188)

二、数罪并罚司法适用中的几个疑难问题	(192)
(一) 同种数罪可否适用并罚	(192)
(二) 数罪并罚时是否仍可适用缓刑	(195)
(三) 减刑之后发现漏罪如何数罪并罚	(198)
三、量刑情节竞合问题	(202)
(一) 数个从轻处罚情节可否变更为一个减轻处 罚情节	(202)
(二) 一人犯数罪且具有多个减轻处罚情节时, 应如何裁量刑罚	(205)

第九题

立功司法认定中的疑难问题

一、对揭发他人犯罪行为中“犯罪行为”的司法认定	(210)
(一) 法律适用不仅仅是逻辑判断, 更是经验的 积累	(211)
(二) 《刑法》第 68 条以及《解释》第 5 条中的 “犯罪行为”并非已经法院判决为有罪的 行为, 而只是符合犯罪特征的行为	(212)
(三) 根据刑法的预测功能, 人们可以对他人的 行为进行评价, 但这种评价必须符合一般 人的法律意识	(213)
二、对“协助司法机关抓捕同案犯”的司法认	

定	(214)
(一) 协助司法机关抓捕同案犯是否必须以“抓获”为标准	(215)
(二) 对“提供同案犯藏身处”的司法认定	(218)
三、关联性犯罪中立功的司法认定	(221)
(一) 对合性犯罪中立功问题的司法认定	(221)
(二) 连累犯中立功问题的司法认定	(223)
四、立功行为的成立时间	(225)
(一) 从行为人的主观追求看	(227)
(二) 从行为人的主体身份看	(227)
(三) 从实际操作的客观效果看	(228)
五、对立功“交易”行为的认定	(229)

第十题

职务侵占罪司法认定中的几个疑难问题

一、职务侵占罪主体若干争议问题的司法认定 ...	(234)
(一) 国有单位中从事劳务的人员能成为职务侵占罪主体	(234)
(二) 受委托经手、管理单位财物的人员能成为职务侵占罪主体	(237)
(三) 私营企业中的职务侵占罪主体的认定	(241)
二、职务侵占罪客观方面疑难问题的司法认定 ...	(245)
(一) 如何理解职务侵占罪中的“利用职务上的	

便利”	(245)
(二) 职务侵占罪的未遂形态	(249)
三、职务侵占罪共同犯罪疑难问题的司法认定 ..	(252)
(一) 职务侵占罪混合主体的共同犯罪如何定性	(253)
(二) 职务侵占罪混合主体共同犯罪的数额认定	(255)

第十一题

抢劫罪司法认定中的若干疑难问题

一、抢劫罪对象中的疑难问题	(262)
(一) 财产性利益可否成为抢劫罪的对象	(262)
(二) 非随身携带的财物可否成为抢劫罪的对象	(266)
(三) 不动产可否成为抢劫罪的对象	(267)
二、抢劫罪中暴力、威胁的程度	(268)
三、事后抢劫罪的相关问题	(270)
(一) 先行行为是否必须达到犯罪的程度	(271)
(二) 先行行为实施的程度	(273)
(三) 先行行为与暴力、威胁的关联性	(274)
(四) 事后抢劫罪中暴力、威胁的程度	(276)
(五) 事后抢劫罪的既遂	(277)
(六) 事后抢劫罪的数额	(278)