

疑难刑事问题 司法对策

第四集

赵秉志 主编

Y
N
X
S
W T
S F D C

吉林人民出版社

疑难刑事问题 司法对策

(第四集)

赵秉志 主编

吉林人民出版社

(吉)新登字 01 号

疑难刑事问题司法对策(第四集)

主 编	赵秉志	封面设计	尹怀远
责任编辑	于二辉	版式设计	于二辉
责任校对	于二辉	责任排版	李冬梅

出 版 者 吉林人民出版社
(长春市人民大街 124 号 邮编 130021)
发 行 者 吉林人民出版社
制 版 吉林人民出版社激光照排中心 0431—5637018
印 刷 者 长春新华印刷厂

开 本 850×1168 1/32
印 张 13
字 数 300 千字
版 次 1999 年 6 月第 1 版
印 次 1999 年 9 月第 2 次印刷
印 数 5 200—10 300 册

标准书号 ISBN 7-206-03180-3/D·828
定 价 18.50 元

如图书有印装质量问题,请与承印工厂联系。

撰 稿 人

赵秉志	于志刚	魏 东
刘志远	瞿中东	周洪波
周加海	孙 勤	李文广
阴剑峰	许成磊	郭海英
陈远玲	孙宇飞	孙立夫

前 言

法律之公正包括刑法之公正，不仅仅体现在法律文本上的公正和法律面前人人平等，更应当体现为司法上的公正。只有司法的公正才能真正体现法律公正，也只有司法上的公正才能最终贯彻立法的公正和法律面前人人平等之立法与司法原则。

但是，法律文本的简洁化用语方式、法条的有限容量、法律术语与生活常用语之间的差异性等因素，导致立法之意图并不能为司法工作人员统一理解；同时，各级各地司法工作人员个人业务素质的参差不齐、执法水平和认识能力的地区性差异，以及宏观性量刑方法与量刑标准的不统一，导致同一法律文本或者同一法条规定适用于不同司法区域时经常得到相差悬殊乃至完全不同的结果。这种立法文本与司法现实的不一致性，或者说立法意图难以转化为执法结果的司法现状，在我国现实的刑事司法活动中表现得尤为明显。

基于以上立法意图与司法现状之间的不协调乃至实际冲突，我们认为，闭门造车式的纯刑法理论与逻辑推理固然有其意义，然而无论如何也不能给予推崇和太高的评价。基于此，从解决现实司法困惑和促进刑事司法公正的角度出发，更为理性地关注司法现实和社会公正，从而以保障人权、促进法治进步和社会有序发展为己任来关注刑事司法活动中的疑难问

题，正确诠释刑法典和相关司法解释，准确处理司法疑难与司法困惑问题，进而尽可能地减少司法误判、错判并平衡地区性执法差异，应当是刑法理论研究者不可推卸的职责。也正基于此，我们认为，有责任心的刑法理论研究者应当以促进刑法典发挥应有社会效应并以此促进社会文明发展为己任，而不应当刻意地走纯思辨的理论研究之路，更不应当游离于社会现实尤其是司法实践。

基于以上考虑，在有目的的考虑近年来刑事司法实践中所出现的各种刑事疑难问题的基础上，我们邀约一批具有较深理论功底和一定司法经验的中青年学者专家，针对现实存在的有争议的刑事司法疑难问题，有的放矢，对其加以理论论证和规范解释，力争给予令人信服的司法处置对策，并希望以此来减少刑事司法活动中的定性不准与量刑畸轻畸重情况，从而提高司法质量和效率。

本着理论研究服务于司法实践的撰写目的，本套《疑难刑事问题司法对策》丛书并不苛求体系上的完整与内容上的面面俱到，不作无病之呻吟，而是针对实际问题，深入浅出，力图以有限的篇幅和容量涉及并解决尽可能多的司法难点、焦点与疑点问题。也正由于此，本书之内容选择与体系编排将取决于司法实践的需要而不追求无谓的教科书式的理论完整性，并将伴随着某一时期的司法疑难问题出现的多与少等实际情况而不断编写与出版。

在本书面世之际，我们要特别感谢吉林人民出版社有关领导和法律编辑室主任刘树炎先生的大力支持，尤其是刘树炎先生在丛书的设计、内容与特点等方面都给予了有见解、有价值的指导，并为编辑本书付出了辛勤的劳动，这些都是我们应当铭记在心并深表谢忱的。

愿本套丛书的出版能够为我国刑事司法的公平、公正尽些许之力。

赵秉志谨识

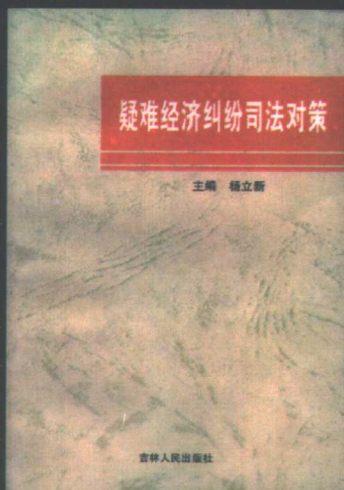
1998年12月

于中国人民大学法学院



赵秉志 1956年生，河南南阳人。新中国首届刑法学博士。现任中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师、国际刑法研究所副所长。兼任中国法学会刑法学研究会副总干事、全国人大内务司法委员会青少年专门小组成员、最高人民检察院研究室顾问等多种学术职务。1991年被国家授予“做出突出贡献的中国博士学位获得者”称号，1995年被评为“全国十名杰出青年法学家”。出版专业书籍（含独著、主编、合著、合译）《犯罪主体论》、《刑法研究系列》、《刑法争议问题研究》、《新刑法典的创制》、《新刑法教程》、《新刑法全书》等百余种，在中外报刊上发表论文、文章近400篇。主持、参加了近20项国家或部委级科研项目，论著曾10余次获国家级、部委级或院校的奖励。

最新实用 法律读本



疑难经济纠纷司法对策
(1—3 集)

总定价:50.40 元



疑难民事纠纷司法对策
(1—10 集)

总定价:224.00 元

目 录

第一篇 刑法通则	(1)
1. 属人原则司法问题	(3)
第二篇 犯罪总论	(15)
1. 犯罪中止形态的特征和类型	(17)
2. 关于放弃可能重复的侵害行为的定性问题	(25)
3. 共同犯罪中的犯罪停止形态问题	(35)
4. 正当防卫的若干司法实务	(46)
第三篇 刑罚总论	(85)
1. 关于自首的几个疑难问题	(87)
2. 关于立功中的几个问题	(103)
第四篇 破坏社会主义经济秩序罪	(111)
1. 伪造货币罪认定中的几个重点问题	(113)
2. 洗钱罪认定中的若干疑难问题	(129)
第五篇 侵犯公民人身权利、民主权利罪	(145)
1. 暴力干涉婚姻自由罪的司法适用	(147)
2. 报复陷害罪的司法适用	(172)
3. 破坏选举罪的司法适用	(215)

第六篇 侵犯财产罪	(247)
1. 诈骗罪的司法适用	(249)
第七篇 妨害社会管理秩序罪	(279)
1. 引诱、容留、介绍卖淫罪司法实务	(281)
2. 正确认定和处理煽动暴力抗拒法律实施罪	(306)
3. 脱逃罪的犯罪未遂问题	(316)
4. 传授犯罪方法罪若干疑难问题	(323)
5. 以计算机为工具的犯罪的定性与处罚	(342)
第八篇 职务犯罪	(365)
1. 行贿罪司法认定中应注意的几个问题	(367)
2. 违法提供出口退税凭证罪的司法适用	(385)
第九篇 其他犯罪	(391)
1. 枪支弹药、爆炸物犯罪在实践中的几个问题	(393)

第一篇 刑法通則

1. 属人原则司法问题

所谓属人原则，指国家根据国籍关系对具有本国国籍的公民行使刑事管辖权的原则。属人原则是我国刑法的重要原则。我国刑法第七条第一款规定：“中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法，但是按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑，可以不予追究。”第七条第二款规定：“中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法。”由于在本国领域内的本国公民犯了罪后，国家不仅可以根据属人原则行使刑事管辖权，还可以根据属地原则进行管辖，而且事实上对这类犯罪的追诉出发点往往是属地原则，因此，属人原则在理论上和立法上一般是不针对本国公民在本国境内犯罪情况，而是针对本国公民在境外犯罪情况。因此，我们主要探讨以下三个问题：大陆公民在大陆外犯罪的司法问题；港澳人在区外犯罪的司法问题；台湾人在岛外犯罪的司法问题。

一、大陆公民在大陆外犯罪的司法问题

1. 大陆公民在国外犯罪的司法问题

大陆公民在国外的犯罪分三种情况：我国刑法认为犯罪，国外刑法也认为犯罪；我国刑法认为犯罪，国外刑法不认为犯

罪；我国刑法不认为犯罪，国外认为犯罪。在第一种情况下，我国根据属人原则对行为人有管辖权，而我国公民的居住国根据属地原则对行为人有管辖权。在第二种情况下，我国根据属人原则有刑事管辖权。在第三种情况下，我国公民居住国根据属地管辖原则有刑事管辖权。可见，在第一种情况和第二种情况下，我国根据属人原则都可以对我国公民行使刑事管辖权。中国某公司驻美国某城市办事处职工王某于 1984 年 3 月 10 日在美国一超级市场盗窃价值 200 余美元的物品，被警察当场抓获。王某行为造成很坏的国际影响。中国代表机关将王某从美国警察机构领回后押送回国。回国后，人民检察院以盗窃罪对王某提出公诉。根据我国刑法，我国公民在我国领域外犯最高刑为 3 年以下有期徒刑的罪，可以不被追究刑事责任。所谓“最高刑为 3 年以下有期徒刑之罪”指罪的最高法定刑不超过 3 年有期徒刑，而不是某个罪的某个量刑幅度内的最高刑。我国刑法对大多数罪都规定有两个以上的量刑幅度，如故意杀人罪有两个量刑幅度：情节较轻的刑罚为 3 年以上 10 年以下有期徒刑；故意杀人的处死刑、无期徒刑或者 10 年以上有期徒刑。每个量刑幅度有本量刑幅度的最高刑。所谓“可以不予追究”指我国对我国公民在我国领域外的犯罪仍具有刑事管辖权，只是不予追究刑事责任，如我国公民在国外犯扰乱法庭秩序罪、赌博罪，我国仍对这些犯罪有刑事管辖权，只是可以不予追究刑事责任。但是，我国国家工作人员或者军人在我国领域外犯罪的，不论其所犯罪轻重，也不论其所犯之罪的最高刑是多少，我国不但对这些人犯罪有刑事管辖权，而且必须对这些人追究刑事责任。根据刑法，国家工作人员是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以国家工作

人员论。所谓军人，指人民解放军的现役军官、文职干部、士兵及具有军籍的学员和武警部队的现役警官、文职干部、士兵及具有军籍的学员及执行军事任务的预备役人员和其他人员。

如果我国公民在国外犯罪应受到我国刑法处罚而不在国内的，我国可以请求有关国家将罪犯引渡回国。^①

引渡是指一国应他国的请求，将当时在其境内而被请求国指控犯有某种罪行或正被判刑的人移交给请求国起诉或处罚的一种行为。引渡应具有以下理由：请求国与被请求国订有引渡条约，或者请求国与被请求国存在互惠关系。我国已经和许多国家签订有引渡条约，如泰王国、俄罗斯联邦、白俄罗斯等，还与很多国家签订了刑事司法协定书。^② 引渡还需要遵守一定规则，根据国际惯例，引渡需遵守下列规则：

第一，政治犯不引渡，但国际犯罪例外。

第二，死刑犯不引渡，但请求国作出承诺不适用死刑例外。

第三，特定性原则，请求国不得对被引渡者发生在引渡之前而且不包含在引渡请求之中的罪行进行起诉、审判。

第四，双重归罪原则，引渡请求所列举的行为必须根据请求国和被请求国的法律均构成犯罪。引渡要按照一定程序提出。请求国应当通过外交途径或商定的其他途径提出书面请求，并在请求中指明下列事项：提出请求的机关的名称、被请求引渡者的身份情况、外表特征以及在被请求国的居住地址、

^① 如果我国公民在国内犯罪而逃到国外，我国也可以请求有关国家将罪犯引渡回国。

^② 与我国签订引渡条约或协定的主要国家有俄罗斯联邦、白俄罗斯、泰国、保加利亚、罗马尼亚、哈萨克斯坦。与我国签订双方刑事司法协定的国家主要有波兰、蒙古、罗马尼亚、土耳其、俄罗斯联邦、乌克兰、古巴、白俄罗斯、哈萨克斯坦、阿拉伯埃及共和国、加拿大、希腊、保加利亚、塞浦路斯、吉尔吉斯斯坦、塔吉克斯坦等国家。

引渡请求所针对的犯罪行为的概述及必要的证据材料、请求国有关该犯罪的法律条款、对被请求引渡者发出的拘捕令或刑事判决书。在引渡实践中，欧洲大陆法系国家比较注重对引渡请求的形式合法审查，因而它们所要求的证明文件要以有关的诉讼文书和法律文本为主；而英美法系大部分国家更注重对指控事实的审查，因而它们所要求的证明文件以有关的证据材料为主。

对被引渡的罪犯，我国司法机关要根据我国刑法进行审判。

如果罪犯在国外接受过审判，我国仍然可依照刑法追究罪犯刑事责任，但是考虑罪犯已经在国外受到刑罚处罚，可以免除或减轻处罚。例如我国某远洋公司海员王某在其所在货轮停泊非洲某国时，强奸当地一少女，被该国判处有期徒刑8年。王某服刑期满回国后，我国司法机关依法对其进行审判，王被减轻刑罚，判处有期徒刑2年。

2. 大陆公民在港澳犯罪的司法问题

虽然港澳特别行政区是中国的组成部分，但其有独立的立法权与司法权，因此，大陆公民在港澳犯罪，大陆不可以直接根据属地管辖原则行使刑事管辖权，只可以根据属人原则对大陆公民在港澳犯的罪行使刑事管辖权。由于大陆公民在港澳犯罪涉及港澳属地管辖与大陆属人管辖冲突等问题，我们要分情况予以处理。

1. 普通大陆公民在港澳犯罪的司法问题

普通大陆公民在港澳犯罪，宜由港澳司法机关行使刑事司法管辖权，适用香港刑法或澳门刑法。一般认为属地管辖权优于属人管辖权。由于大陆公民在港澳犯罪的犯罪地在港澳，因此大陆公民在港澳犯罪宜由港澳司法机关管辖并适用港澳法