



最新法律文件解读丛书

刑事法律文件解读

【特载】

解读最高人民法院指导案例 62 号:王新明合同诈骗案

——数额犯中既遂与未遂并存的量刑

【司法解释、司法解释性文件与解读】

解读《最高人民法院、最高人民检察院关于犯罪嫌疑人、被告人逃匿、

死亡案件适用违法所得没收程序若干问题的规定》(下)

【司法实务问题研究】

量刑因素之甄选、确定与量刑结构方程之形成

——对量刑规范化之司法建构的探讨

毒品案件中无证搜查住处的证据效力

【新类型疑难案例选评】

陈某华、吴其林污染环境案

[评析] 污染环境罪相关问题的法律分析

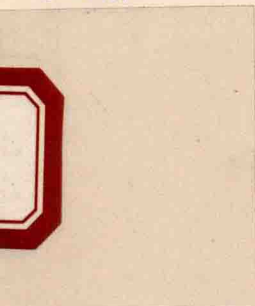
储某盗窃案

[评析] 明知被害人到公安机关说明情况仍自愿陪同前往并如实供述犯罪事实系自首

主编/南 英

· 总第 147 辑 ·

(2017.9)



人民法院出版社

最新法律文件解读丛书

刑事法律文件解读

总第 147 辑(2017.9)

主编/南 英

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事法律文件解读. 总第147辑/南英主编. —北京:
人民法院出版社, 2017. 10

(最新法律文件解读丛书)

ISBN 978 - 7 - 5109 - 1932 - 9

I. ①刑… II. ①南… III. ①刑法 - 法律解释 - 中国
②刑事诉讼法 - 法律解释 - 中国 IV. ①D924. 05②D925. 205

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 260491 号

刑事法律文件解读. 总第 147 辑

主编 南 英

责任编辑 姜 峤

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 邮编 100745

电 话 (010)67550573(责任编辑) 67550558(发行部查询)
65223677(读者服务部)

客服 QQ 2092078039

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E - mail courtbook@sina.com

印 刷 三河市国英印务有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 140 千字

印 张 8

版 次 2017 年 10 月第 1 版 2017 年 10 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 1932 - 9

定 价 16.00 元

卷首语

2016年6月30日，最高人民法院发布指导案例62号——王新明合同诈骗案。该指导案例进一步明确了犯罪既遂与未遂并存情况下的量刑规则，解决了仅因存在部分未遂就认定整个犯罪属于未遂的困境，又避免了因对全案运用部分行为未遂的情节减轻处罚导致量刑畸轻问题，也解决了如何确定未遂部分对应的法定刑幅度，以及如何减轻处罚等具体问题，也是最高人民法院发布的首个与量刑规范化紧密相关的指导性案例，对其他类似案件的处理具有较强的指导意义。为了正确理解和准确参照适用该指导案例，我们邀请最高人民法院研究室和北京市高级人民法院刑二庭专家就该案例推选过程及指导意义、裁判要点的理解与说明进行了细致阐释。重点对刑法第二十三条第二款具有量刑情节和确定未遂部分法定刑幅度的双重功能、既遂与未遂并存的应择一重确定法定刑幅度、对未遂部分应先进行是否减轻处罚的评价再确定其对应的法定刑幅度、未遂部分的未遂情节在量刑中的具体体现进行了分析说明。

本辑收录了《解读〈最高人民法院、最高人民检察院关于犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件适用违法所得没收程序若干问题的规定〉（下）》，对“有证据证明有犯罪事实”的认定标准；关于开庭审理过程中法庭调查、关于申请没收的财产与犯罪的关联性的证明标准、关于利害关系人申请参加二审的处理、关于境外限制措施协助执行和请求函、关于单位违法所得没收程序的适用等方面的内容进行了深度解读，方便广大读者在实践中理解适用。

《最新法律文件解读》丛书

编委会

(按姓氏笔画为序)

叶晓颖 刘合华 宋晓明 张勇健 张益民
杨临萍 陈建德 周峰 郑学林 姜启波
贺小荣 胡云腾 胡仕浩 夏道虎 黄永维
程新文 裴显鼎 颜茂昆 戴长林

执行编辑 姜 峤

编辑部 范春雪 (010) 67550525
姜 峤 (010) 67550573
丁丽娜 (010) 67550608
陈映锦 (010) 67550562
路建华 (010) 67550660

目 录

【特载】

- 最高人民法院指导案例 62 号:王新明合同诈骗案 1
- 解读最高人民法院指导案例 62 号:王新明合同诈骗案
——数额犯中既遂与未遂并存的量刑 吴光侠 罗鹏飞 3

【法规性文件】

国务院办公厅

关于完善反洗钱、反恐怖融资、反逃税监管体制机制的意见

(2017 年 8 月 29 日) 15

【司法解释、司法解释性文件与解读】

最高人民法院 最高人民检察院

关于适用犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序

若干问题的规定(略)

(2017 年 1 月 4 日) 23

解读《最高人民法院、最高人民检察院关于犯罪嫌疑人、被告人逃匿、
死亡案件适用违法所得没收程序若干问题的规定》(下)

..... 裴显鼎 王晓东 刘晓虎 23

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 国家安全部 司法部

关于开展法律援助值班律师工作的意见

(2017 年 8 月 28 日) 37

最高人民法院

关于贪污养老、医疗等社会保险基金能否适用《最高人民法院

最高人民法院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律

若干问题的解释》第一条第二款第一项规定的批复

(2017年7月26日) 40

最高人民法院

关于印发《最高人民法院关于加强检察法律文书

说理工作的意见》的通知

(2017年7月20日) 41

最高人民法院

未成年人刑事检察工作指引(试行)

(2017年3月2日) 45

【司法实务问题研究】

量刑因素之甄选、确定与量刑结构方程之形成

——对量刑规范化之司法建构的探讨 马鹏飞 96

毒品案件中无证搜查住处的证据效力 马秋生 108

【新类型疑难案例选评】

陈某华、吴某林污染环境案

[评析]污染环境罪相关问题的法律分析 丁阳开 董广绪 111

储某盗窃案

[评析]明知被害人到公安机关说明情况仍自愿陪同前往

并如实供述犯罪事实系自首 王瑞琼 黄 茹 117

[特载]

最高人民法院指导案例 62 号： 王新明合同诈骗案

(最高人民法院审判委员会讨论通过 2016 年 6 月 30 日发布)

关键词 刑事/合同诈骗/数额犯/既遂/未遂

裁判要点

在数额犯中，犯罪既遂部分与未遂部分分别对应不同法定刑幅度的，应当先决定对未遂部分是否减轻处罚，确定未遂部分对应的法定刑幅度，再与既遂部分对应的法定刑幅度进行比较，选择适用处罚较重的法定刑幅度，并酌情从重处罚；二者在同一量刑幅度的，以犯罪既遂酌情从重处罚。

相关法条

《中华人民共和国刑法》第 23 条

基本案情

2012 年 7 月 29 日，被告人王新明使用伪造的户口本、身份证，冒充房主即王新明之父的身份，在北京市石景山区链家房地产经纪有限公司古城公园店，以出售该区古城路 28 号楼一处房屋为由，与被害人徐某签订房屋买卖合同，约定购房款为 100 万元，并当场收取徐某定金 1 万元。同年 8 月 12 日，王新明又收取徐某支付的购房首付款 29 万元，并约定余款过户后给付。后双方在办理房产过户手续时，王新明虚假身份被石景山区住建委工作人员发现，余款未取得。2013 年 4 月 23 日，王新明被公安机关查获。次日，王新明的亲属将赃款退还被害人徐某，被害人徐某对王新明表示谅解。

裁判结果

北京市石景山区人民法院经审理于2013年8月23日作出(2013)石刑初字第239号刑事判决,认为被告人王新明的行为已构成合同诈骗罪,数额巨大,同时鉴于其如实供述犯罪事实,在亲属帮助下退赔全部赃款,取得了被害人的谅解,依法对其从轻处罚。公诉机关北京市石景山区人民检察院指控罪名成立,但认为数额特别巨大且系犯罪未遂有误,予以更正。遂认定被告人王新明犯合同诈骗罪,判处有期徒刑六年,并处罚金人民币六千元。宣判后,公诉机关提出抗诉,认为犯罪数额应为100万元,数额特别巨大,而原判未评价70万元未遂,仅依据既遂30万元认定犯罪数额巨大,系适用法律错误。北京市人民检察院第一分院的支持抗诉意见与此一致。王新明以原判量刑过重为由提出上诉,在法院审理过程中又申请撤回上诉。北京市第一中级人民法院经审理于2013年12月2日作出(2013)一中刑终字第4134号刑事裁定:准许上诉人王新明撤回上诉,维持原判。

裁判理由

法院生效裁判认为:王新明以非法占有为目的,冒用他人名义签订合同,其行为已构成合同诈骗罪。一审判认定事实清楚,证据确实、充分,定性准确,审判程序合法,但未评价未遂70万元的犯罪事实不当,予以纠正。根据刑法及司法解释的有关规定,考虑王新明合同诈骗既遂30万元,未遂70万元但可对该部分减轻处罚,王新明如实供述犯罪事实,退赔全部赃款取得被害人的谅解等因素,原判量刑在法定刑幅度之内,且抗诉机关亦未对量刑提出异议,故应予维持。北京市石景山区人民检察院的抗诉意见及北京市人民检察院第一分院的支持抗诉意见,酌予采纳。鉴于二审期间王新明申请撤诉,撤回上诉的申请符合法律规定,故二审法院裁定依法准许撤回上诉,维持原判。

本案争议焦点是,在数额犯中犯罪既遂与未遂并存时如何量刑。最高人民法院、最高人民检察院《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第六条规定:“诈骗既有既遂,又有未遂,分别达到不同量刑幅度的,依照处罚较重的规定处罚;达到同一量刑幅度的,以诈骗罪既遂处罚。”因此,对于数额犯中犯罪行为既遂与未遂并存且均构成犯罪的情况,在确定全案适用的法定刑幅度时,先就未遂部分进行是否减轻处罚的评价,确定未遂部分所对应的法定刑幅度,再与既遂部分对应的法定刑幅度比较,确定全案适用的法定刑幅度。如果既遂部分对应的法定刑幅度较重或者二者相同的,应当以既遂部

分对应的法定刑幅度确定全案适用的法定刑幅度，将包括未遂部分在内的其他情节作为确定量刑起点的调节要素进而确定基准刑。如果未遂部分对应的法定刑幅度较重的，应当以未遂部分对应的法定刑幅度确定全案适用的法定刑幅度，将包括既遂部分在内的其他情节，连同未遂部分的未遂情节一并作为量刑起点的调节要素进而确定基准刑。

本案中，王新明的合同诈骗犯罪行为既遂部分为 30 万元，根据司法解释及北京市的具体执行标准，对应的法定刑幅度为有期徒刑三年以上十年以下；未遂部分为 70 万元，结合本案的具体情况，应当对该未遂部分减一档处罚，未遂部分法定刑幅度应为有期徒刑三年以上十年以下，与既遂部分 30 万元对应的法定刑幅度相同。因此，以合同诈骗既遂 30 万元的基本犯罪事实确定对王新明适用的法定刑幅度为有期徒刑三年以上十年以下，将未遂部分 70 万元的犯罪事实，连同其如实供述犯罪事实、退赔全部赃款、取得被害人谅解等一并作为量刑情节，故对王新明从轻处罚，判处有期徒刑六年，并处罚金人民币六万元。

（生效裁判审判人员：高嵩、吕晶、王岩）

解读——

最高人民法院指导案例 62 号：王新明合同诈骗案

——数额犯中既遂与未遂并存的量刑

吴光侠* 罗鹏飞**

2016 年 6 月 30 日，最高人民法院发布指导案例 62 号《王新明合同诈骗案》。为了正确理解和准确参照适用该指导案例，现对该指导性案例的推选经过、裁判要点等有关情况予以解释、论证和说明。

* 作者单位：最高人民法院案例指导工作办公室。

** 作者单位：北京市高级人民法院刑二庭。

一、推选过程及指导意义

王新明合同诈骗案由北京市石景山区人民法院一审，北京市第一中级人民法院于2013年12月2日二审审结生效。北京市高级人民法院研究室经专家论证研讨会论证，并经北京市高级人民法院审委会讨论决定，将本案例作为备选指导案例向最高人民法院案例指导工作办公室推荐。最高人民法院案例指导工作办公室经研究讨论后，将该案例送最高人民法院刑二庭审查和征求意见。2015年9月10日，刑二庭审查认为，案例涉及数额犯中犯罪既遂与未遂并存的量刑，对审理类似案件具有指导和参考价值，同意将该案例作为指导性案例。2016年3月9日，研究室室务会讨论同意作为指导性案例，并参考《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》第8部分最后一款规定，补充“酌情从重处罚”，以体现另外既遂或未遂部分对量刑的影响。5月31日，最高人民法院审委会经讨论认为，该案例符合《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第二条的有关规定，同意将该案例确定为指导性案例。6月30日，最高人民法院以法〔2016〕214号文件将该案例作为第13批指导性案例予以发布。

该案例涉及数额犯中既遂部分与未遂部分并存且分别构成犯罪的，如何准确量刑的问题。根据最高人民法院、最高人民检察院于2011年3月联合公布的《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第六条的规定，“诈骗既有既遂，又有未遂，分别达到不同量刑幅度的，依照处罚较重的规定处罚；达到同一量刑幅度的，以诈骗罪既遂处罚”。但是该解释没有进一步明确如何确定未遂部分对应的法定刑幅度的问题，也没有明确在具体量刑过程中如何评价既遂部分和未遂部分对量刑结果的影响。司法实践中对作为一罪处罚的多次诈骗犯罪行为不区分既遂与未遂累计数额，以及只要存在未遂就认定全案存在未遂量刑情节的一贯做法，没有得到根本纠正，估堆量刑的问题依然存在。该指导案例进一步明确了犯罪既遂与未遂并存情况下的量刑规则，解决了仅因存在部分未遂就认定整个犯罪属于未遂的困境，又避免了因对全案运用部分行为未遂的情节减轻处罚导致量刑畸轻问题，也解决了如何确定未遂部分对应的法定刑幅度，以及如何减轻处罚等具体问题，也是最高人民法院发布的首个与量刑规范化紧密相关的指导性案例，对其他类似案件的处理具有较强的指导意义。

二、裁判要点的理解与说明

该指导性案例的裁判要点确认：在数额犯中，犯罪既遂部分与未遂部分分别对应不同法定刑幅度的，应当先决定对未遂部分是否减轻处罚，确定未遂部分对应的法定刑幅度，再与既遂部分对应的法定刑幅度进行比较，选择适用处罚较重的法定刑幅度，并酌情从重处罚；二者在同一量刑幅度的，以犯罪既遂酌情从重处罚。现围绕与该裁判要点相关的问题，对于数额犯既遂与未遂并存的量刑，根据刑法及其有关司法解释规定，结合案情逐一说明如下：

（一）刑法第二十三条第二款具有量刑情节和确定未遂部分法定刑幅度的双重功能

我国刑法分则关于法定刑幅度的设置，是以犯罪既遂形态为标本的。对于未遂犯，根据刑法总则的规定，一般应当予以处罚，只是目前有的司法解释提高了未遂犯的入罪门槛。^①刑法分则并未单独就未遂犯另行设置法定刑幅度，只是在刑法第二十三条第二款规定：“对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚”。在以往司法实践中，对于数额犯，无论全案只有未遂，还是并存的既遂部分不够定罪条件，但根据有关司法解释的规定既遂和未遂总数额达到入罪标准就以犯罪未遂处理，或者说既遂与未遂并存且均构成犯罪的情况下，一直以犯罪总数额确定法定刑幅度，然后认定全案未遂，将未遂作为量刑情节，比照既遂犯从轻或者减轻处罚。在这一过程中，刑法第二十三条第二款的规定，一直作为量刑情节对待，是在法定刑幅度、量刑起点及基准刑确定之后对未遂情节的评价。

最高人民法院、最高人民检察院于2011年4月8日起施行的《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《诈骗案件解释》）第六条规定：“诈骗既有既遂，又有未遂，分别达到不同量刑幅度的，依照处罚较重的规定处罚；达到同一量刑幅度的，以诈骗罪既遂处罚”。因此，对于诈骗既遂与未遂并存且均构成犯罪的，在确定全案适用的法定刑幅度之前，应当就既遂部分与未遂部分分别对应的法定刑幅度进行比较。也就是说，首先需要确定既遂部分与未遂部分分别对应的法定刑幅度。鉴于刑法分则中的法定刑

^① 根据《诈骗案件解释》第五条的规定，“诈骗未遂，以数额巨大的财物为诈骗目标的，或者具有其他严重情节的，应当定罪处罚”。2013年4月2日“两高”公布的《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》十二条作了类似的规定。

幅度是针对既遂犯设置的，未遂部分并无直接对应的法定刑幅度，这就给如何确定未遂部分的法定刑幅度带来了问题。我们认为，要准确理解和适用《诈骗案件解释》的上述规定，在既遂与未遂并存且均单独构成犯罪的情况下，确定未遂部分对应的法定刑幅度，应当根据刑法第二十三条第二款的规定，与未遂部分对应的既遂形态（即既遂犯）进行比较，决定是否对单独构成犯罪的未遂部分减轻处罚，即决定是否减轻处罚后选择法定刑幅度，进而确定未遂部分对应的法定刑幅度，再与既遂部分对应的法定刑幅度进行比较。在这一过程中，刑法第二十三条第二款并非作为量刑情节在确定法定刑幅度、量刑起点、基准刑后对全案适用，而是在量刑起点确定之前的法定刑幅度确定过程中的适用，这与以往仅将刑法第二十三条第二款理解为量刑情节是截然不同的。也就是说，对于刑法第二十三条第二款，不能仅仅理解为对全案适用的未遂量刑情节，在既遂与未遂并存且均构成犯罪的情况下，还需理解为确定未遂部分对应的法定刑幅度的原则，进而作为对我国刑法分则以犯罪既遂形态设置法定刑幅度这一原则的补充。唯其如此，才能将刑法第二十三条第二款“对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚”的规定，全面贯彻到具体案件中。据此，刑法第二十三条第二款具有双重功能，在全案未遂的情况下，该规定的适用体现为未遂情节对基准刑的调节功能；在全案认定既遂且未遂部分构成犯罪的情况下，该规定的适用体现为在确定未遂部分法定刑幅度过程中对其对应的既遂犯法定刑幅度的调节功能。^①

（二）既遂与未遂并存的应择一重确定法定刑幅度

在《诈骗案件解释》之前，对于数额犯，实践中一直以既遂和未遂的总数额作为犯罪数额，进而确定全案的法定刑幅度，将未遂部分作为未遂情节对全案适用。例如，在有关办理生产、销售伪劣商品刑事案件等个别司法解释中，明确规定既遂数额不够定罪条件的情况下，将未遂的入罪数额标准提高到既遂的入罪数额标准的3倍以上。但该司法解释只是提高了全案未遂的入罪数额标准，对于既遂与未遂并存且已够定罪条件的情况下，实践中同样以既遂和未遂的总数额作为犯罪数额，进而确定全案的法定刑幅度，将未遂部分作为未

^① 这一问题产生的根源，在于我国刑法理中关于罪数问题，对于既遂未遂并存的，无论在认识上、评价上还是科刑上，均是作为一罪处理。如果在科刑上作为数罪处理，对于刑法第二十三条第二款的规定，仅仅理解为未遂量刑情节即可，无需赋予其对未遂犯对应既遂犯法定刑幅度的调节功能，与以往惯例并无二致。

遂情节对全案适用。^① 但根据犯罪形态的一般理论,在既遂与未遂并存且既遂部分构成犯罪的情况下,由于部分行为已经既遂且构成犯罪,整个犯罪就已经既遂,就不存在未遂的问题。为了解决实践中存在的部分行为已经既遂且既遂部分已经达到定罪数额标准的情况下,仅因存在未遂部分又认定整个犯罪属于未遂的理论困境,同时避免因对全案运用部分行为未遂的未遂情节减轻处罚导致量刑畸轻,《诈骗案件解释》第六条确定了以既遂部分和未遂部分分别对应的法定刑幅度择一重的处理原则,而不以既遂和未遂累计的犯罪总数额确定法定刑幅度。^②

此后,“两高”出台的有关办理知识产权刑事案件、非法生产、销售烟草专卖品刑事案件、盗窃刑事案件等司法解释重申了这一处理原则。据此,尽管“两高”没有明确办理合同诈骗案件是否贯彻这一原则,但按照在没有特殊规定的情况下,对于同类问题应当同样处理的原则,对于处理其他既遂与未遂并存的案件,在既遂数额、未遂数额均达到定罪标准的情况下,也应当贯彻这一处理原则。即比较既遂数额、未遂数额所对应的法定刑幅度,在较重法定刑幅度内量刑。

在只有既遂或者只有未遂的情况下,确定法定刑幅度的数额与犯罪数额是一致的,但是在既遂与未遂并存的情况下,确定法定刑幅度的数额不再是既遂和未遂累计的犯罪总数额,而分别是既遂部分的犯罪数额或者未遂部分的犯罪数额。具体而言,有以下几种情形:

^① 2001年4月9日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第二条第二款规定,“伪劣商品尚未销售,货值金额达到刑法第一百四十条规定销售金额3倍以上的,以生产、销售伪劣产品罪(未遂)定罪处罚”,2010年3月2日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件应用法律若干问题的解释》也有类似规定。上述司法解释将未遂的入罪数额标准提高到既遂的入罪数额标准的3倍。

^② 对于《诈骗案件解释》就既遂与未遂并存且均构成犯罪情况下法定刑幅度确定思路的转变,有观点认为,是以重行为对轻行为的吸收关系为基础(不能理解为既遂行为对未遂行为的吸收)。笔者认为,姑且不论刑法理论中吸收犯的成立侵害的法益是否必须为同一法益(既遂与未遂并存的情况下,侵害数个法益的情况很常见),但是对于上述解释第六条中的“达到同一量刑幅度的,以诈骗罪既遂处罚”的规定,显然不能认为达到同一量刑幅度的未遂行为一定比既遂行为轻,前述有关吸收犯的理论无法在该解释中一以贯之。该解释对既遂与未遂并存且均构成犯罪情况下法定刑幅度确定思路的转变,出发点是为了解决实践中利用部分未遂对全案大幅度减轻的量刑畸轻问题,是对量刑过程中的自由裁量权进行规范,是在不违背刑法总则第二十三条第二款规定的情况下,对以往不当量刑方法的纠正。

1. 全案只有既遂或者只有未遂的。这种情况下，确定法定刑幅度的数额与全案犯罪数额是一致的。

2. 既遂与未遂并存但只有一者符合定罪条件的。这种情况下，确定法定刑幅度的数额为构成犯罪的既遂数额或者未遂数额，不构成犯罪的既遂部分或者未遂部分并不存在确定法定刑幅度的问题。

3. 既遂与未遂并存二者均符合定罪条件的。这种情况下，既遂部分与未遂部分均对应相应的法定刑幅度。根据《诈骗案件解释》的规定，全案的法定刑幅度根据二者中对应的法定刑幅度较重的确定；在二者对应的法定刑幅度一致的情况下，以既遂处罚，即根据既遂部分对应的法定刑幅度确定全案的法定刑幅度。该种情形下，决定全案适用的法定刑幅度的数额并非全案犯罪总额，而是既遂部分数额或者未遂部分数额。

4. 既遂与未遂并存，均未单独构成犯罪但总额符合定罪条件的。对于这种情况能否作为犯罪处理，认识上并不统一，实践中做法也不尽一致，目前只有最高人民法院、最高人民检察院于2010年3月公布的《关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》予以了明确。该解释第二条规定：“伪劣卷烟、雪茄烟等烟草专卖品尚未销售，货值金额达到刑法第一百四十条规定的销售金额定罪起点数额标准的三倍以上的，或者销售金额未达到五万元，但与未销售货值金额合计达到十五万元以上的，以生产、销售伪劣产品罪（未遂）定罪处罚。”对于这种情况，根据既遂与未遂累计的犯罪总额确定全案适用的法定刑幅度，并认定全案具有未遂情节。这里需要注意的是，该种处理方式仅仅适用于解决既遂与未遂均不够定罪条件但总额已够定罪条件的入罪问题，只涉及第一刑档。如果未遂部分已经达到第二量刑档次，则依据上文的第二种处理原则处理。

决定全案法定刑幅度的数额，也就是选择刑罚档次的数额，为了表述的方便，可以称之为刑档数额，以便与犯罪数额相区别。《诈骗案件解释》公布后，在既遂与未遂并存的情况下，刑档数额与犯罪总额并不完全一致，也不能等同于既遂数额或者未遂数额。在具体案件中，应当根据上述不同情形分别确定刑档数额。

本案例中，被告人王新明的合同诈骗犯罪行为既遂部分为30万元，对应法定刑幅度为有期徒刑三年以上十年以下；未遂部分为70万元，在未考虑未遂情节的情况下，对应的法定刑幅度为十年以上有期徒刑、无期徒刑，比既遂

部分对应的法定刑幅度重。一审法院仅以诈骗既遂的30万作为刑档数额，将对应的法定刑幅度确定为全案适用的法定刑幅度，而未与诈骗未遂的70万所对应的法定刑幅度相比较，确定全案应当适用的法定刑幅度，存在不当。鉴于本案既遂部分与未遂部分均构成犯罪，根据上述所列第三种处理情形，检察机关所提应当以王新明的犯罪总数额100万元确定法定刑幅度的抗诉意见也存在不当。

（三）对未遂部分，应先进行是否减轻处罚的评价，再确定其对应的法定刑幅度

在既遂与未遂并存且未遂部分对应的法定刑幅度重于既遂部分对应的法定刑幅度的情况下，比较难处理的是如何确定未遂部分对应的法定刑幅度。尽管《诈骗案件解释》规定了既遂与未遂并存以分别对应的法定刑幅度择一重的处理原则，但并没有明确如何确定未遂部分对应的法定刑幅度，以及能否对未遂部分减轻、如何减轻等具体问题。对此，实践中存在不同看法。

一种意见认为，直接根据未遂部分的犯罪数额确定对应的法定刑幅度，与既遂部分比较后，择一重确定全案适用的法定刑幅度。如果未遂部分对应的法定刑幅度重，将既遂部分与未遂部分的未遂情节在量刑过程中综合予以评价；如果既遂部分对应的法定刑幅度重或者一样，则将未遂部分及未遂情节在量刑过程中综合评价。这种方法在实践中简单易行，便于操作。该意见仍然是将未遂部分的未遂情节作为包括既遂部分在内的整个犯罪的未遂情节对待，进而对整个犯罪从轻或者减轻处罚。

但根据该意见，至少在理论上和实务中存在以下三个方面的问题：

1. 在未遂的问题上自相矛盾。根据该意见，对于既遂部分对应的法定刑幅度重于未遂部分对应的法定刑幅度或者一致的，将既遂数额作为刑档数额确定应当适用的法定刑幅度。但是对于未遂部分犯罪数额对应的法定刑幅度重于既遂部分的，则以未遂部分犯罪数额作为刑档数额确定全案适用的法定刑幅度。在全案适用的法定刑幅度确定以后，再根据未遂部分进行减轻处罚，无论是否考虑既遂部分对量刑的影响，均是对全案进行的减轻处罚，而不是单独对未遂部分的减轻处罚，客观上同样陷入了在认定犯罪已经既遂的前提下又认定全案存在未遂情节的理论困境。

2. 如果允许减轻处罚，导致裁量幅度过大，在既遂部分与未遂部分分别对应的法定刑幅度差别较小的情况下，容易出现量刑畸轻的现象。该意见的解

决思路，在未遂部分与既遂部分分别对应的法定刑幅度差别较大的情况下，出现的问题较少。以诈骗为例，行为人诈骗既遂部分 5000 元，未遂部分 50 万元，在没有其他法定减轻情节的情况下，无论是认定全案未遂减轻一档量刑，还是先就未遂部分减轻一档后再考虑既遂部分进行量刑，实践中差别并不大。但是在既遂部分与未遂部分分别对应的法定刑幅度差别较小的情况下，就容易出现量刑畸轻的现象。同样以诈骗为例，如行为人诈骗既遂部分 49 万元，未遂部分 500 万元，在没有其他法定减轻情节的情况下，因未遂部分对应法定刑幅度重于既遂部分，从而对全案进行减轻处罚，并不属于法律适用错误。但考虑到既遂部分非常接近第三刑档（即十年以上有期徒刑、无期徒刑）的量刑数额标准，且未遂部分数额远远超过第三刑档的量刑数额标准，上述情形与既遂部分 50 万元的社会危害性相比较，无疑前者的社会危害性更大，如对前者能够减轻处罚，而后者却不能减轻处罚，量刑显然不均衡。

另一种意见认为，未遂部分的未遂情节应当仅适用于未遂部分，不能适用于整个犯罪。应当根据未遂情节对未遂部分先进行是否减轻的评价后，确定未遂部分对应的法定刑幅度，再与既遂部分进行比较，确定全案适用的法定刑幅度，并将未做评价的既遂数额在量刑时予以考虑。

我们认为，后一种意见更为妥当。主要理由是：

1. 当未遂部分对应的法定刑幅度重于既遂部分时，在二者对应的法定刑幅度差别较大的情况下，允许减轻处罚，能够防止量刑畸重。以诈骗罪为例，如果行为人诈骗 50.5 万，其中 5000 元既遂，50 万元未遂，则需要对诈骗 5000 元既遂和诈骗 50 万元未遂分别对应的法定刑幅度之间择一重。如果对诈骗 50 万元未遂部分，确定法定刑幅度之前不进行未遂情节的减轻与否的评价，则确定的法定刑幅度为第三量刑档次（即十年以上有期徒刑或者无期徒刑），与诈骗 5000 元既遂部分所对应的第一量刑档次（即三年有期徒刑以下刑罚）比较后，对被告人量刑的法定刑幅度则为第三量刑档次，即十年以上有期徒刑或者无期徒刑。由于整个犯罪已经既遂，对全案不能适用未遂情节，那么在对既遂部分及未遂部分的未遂情节综合评价后，在没有其他法定减轻情节并排除特别减轻的前提下，从轻幅度再大最低也要判处十年有期徒刑。而如果行为人诈骗 500 万元或更多，且未遂，即使无其他法定减轻情节，也可以根据未遂情节减轻判处十年有期徒刑以下刑罚。然后，就二者的社会危害性比较，实践中很难作出诈骗 500 万元（或者犯罪数额更大）未遂的社会危害性比诈骗 50 万