



公诉实战

GONGSU SHIZHAN

DIANXING YINAN WENTI

FALV SHIYONG JINGJIE

中国检察出版社

典型疑难问题 法律适用精解

董斌◎著



顾问／李兰英

公诉实战

GONGSU SHIZHAN

DIANXING YINAN WENTI

FALV SHIYONG JINGJIE

中国检察出版社

典型疑难问题
法律适用精解

图书在版编目 (CIP) 数据

公诉实战典型疑难问题法律适用精解/董斌著. —北京:
中国检察出版社, 2010. 11

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0376 - 3

I. ①公… II: ①董… III. ①公诉 - 法律适用 - 中国
IV. ①D925. 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 202563 号

公诉实战典型疑难问题法律适用精解

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](http://www.zgjccbs.com))

电 话: (010)68630385(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: 21.25 印张

字 数: 390 千字

版 次: 2010 年 12 月第一版 2010 年 12 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0376 - 3

定 价: 40.00 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

序一：真正的潇洒

当董斌把书稿交给我并邀请我写序时，我脑海里一下子想起5年前在检察系统的先进事迹报告会上，董斌作为优秀公诉人发言时说过的一句话：“公诉人在法庭上的潇洒才是真正的潇洒。”这句话是他对事业追求的写照，我想也应该是每个公诉人所要努力达到的境界。于是，我的心里就笃定以“真正的潇洒”为题作序。

公诉工作是一项业务性、实践性很强，极具挑战性的司法工作。公诉人必须要有深厚的法学功底、广博的知识、敏捷的思维和雄辩的口才，尤其是在公诉席上“沧海横流，方显英雄本色”，需要的更是“台上三分钟、台下十年功”的默默努力与深厚积累。而世事之烦、任务之艰，能够长期在公诉办案一线，繁忙之余，刻苦钻研，精益求精，真切感受并思考法治发展给公诉司法实践带来的每一点触动，“于嬗变之处考源流，向规则之内探精神，从制度之中析义理，由实践之境察功效”，笔耕不辍，勤于思考，善于总结，这正是董斌难能可贵之处，这更是我们每一个公诉人真正能够在庄严法庭上“潇洒走一回”而应当和努力做的。

有一句比喻说得好，我们都有一个苹果，交换以后仍然是各有一个苹果，但当我们都有一种思想，交换后就各自拥有了两种思想。在当前公诉实践中存在着许多疑难问题，如一个案件，或许有的人从这个方面看，按照这样的方式进行取舍，会认为涉案人员的行为应当构成甲罪；有的人从另一个方面看，或者按照另外的方式进行取舍，就可能认为涉案人员的行为应当构成乙罪；甚至有的人按照不同的价值观来衡量，会认为不构成犯罪。这些案例，既挑战着法律的规范，也拷问着公诉人的睿智。公诉人必须运用法律思维进行仔细的审查和反复的推敲，并运用法律的原理拨开迷雾，寻找案件事实与法律规定的最佳对接点，进而对案件的性质作出准确的判断。《公诉实战典型疑难问题法律适用精解》即将付梓刊印，全书分三部分，涉及刑事程序以及刑法总则、分则的相关内容，既有对公诉工作的经验总结、也有对具体案例的分析判断，具有突出的原创性、实务性和真实性。全文四十余万字，字字凝聚着董斌多年来长期办案的智慧和心血。我想这就是一种很好的交流和分享，书如其名，我想对于开拓公诉实践办案的思路和视野，真正实现公诉办案法律效果、政治效果、

社会效果的有机统一，彰显公诉执法艺术，做好公诉工作大有裨益。

我们常说公诉人专业化建设的要求很高，公诉人的素质必须过硬，因此，不断求索，刻苦钻研就应当是其基本品质。行文难，成书更难，其中的辛苦与欣喜非亲历而不能知。因此，能够著作等身是弥足珍贵的。这本书的出版，不仅是董斌个人检察生涯的一件大事，也是充分展示福建检察官强化实务研讨、努力提升业务能力这一精神面貌的一件喜事。在这里，我对董斌同志致以诚挚的祝贺，也希望大家以此为榜样，为了“真正的潇洒”，善于总结、勤于思考、长于实践，奉法为民、刚正不阿、臻于至善。

福建省人民检察院副检察长 顾卫兵

2010年10月

序 二

董斌是2005级的法律硕士，初次见面，他作为一名研究生，相貌平平，没有什么特别之处。真正引起我注意的是我上刑法总论的讨论课时，他有条不紊的发言。他思考的问题比较深刻，而且为解决实务问题提供了一些新的思路。此时，我从其他同学那里得知，他是一名被最高人民检察院记“个人一等功”以及被最高人民检察院授予“全国检察理论研究人才”的优秀检察官。而进一步了解，发现他还真的“了不起”。他能利用办案之余，及时总结办案心得，撰写了几十篇调研文章，并大部分在专业的刊物，如《最新刑事法律文件解读丛书》、《检察日报》、《人民检察》、《中国检察官》和《福建检察》、《福建法学》上发表了。

我随即查阅了他所撰写的文章，明显地感觉到这些文字有一定的分量，其写作思路与高校学生的纯粹论文有所不同。虽然篇幅不大，但却是来源于司法实践的真知与卓见，为司法实践提供了解决之道。这样的文章相对于“无病呻吟”、“坐而论道式”的纯粹论文来说，无疑更值得提倡。

鉴于对董斌检察官在司法实践中的智慧和经验的欣赏，出于对他勤奋思考、善于发现和总结问题的能力肯定，我提出建议：能否把以往思考与积累的成果加以汇总提升，出版为著作？想不到我的一句话，给了他很大的信心和动力。他很快就此问题继续询问出书的可能性与可操作性。我随即帮助他联系了中国检察出版社的李健编辑。没想到，出版社的李编辑反应迅速，马上表现出了极大兴趣，并很快提出了出书的具体策划书。

当出版著作不再是一个梦想，而是可以成为一个现实的计划时，董斌才发现，写书其实很难。我一直鼓励和催促他，坚持下去，由于他业务工作繁忙，中间经历了毕业论文写作，家中亲人去世，以及参与点评的老师的拖沓，致使本书的完成一直拖延，进展不畅。连我这个最初的“始作俑者”都有了放弃的打算。然而，董斌一直没有放弃，他还在坚持。在编辑下达“调整书的体系，去掉专家点评，完全独立运作”的指令后，董斌夜以继日地提升写作速度，终于完成了30万字的书稿。

回顾《公诉实战典型疑难问题法律适用精解》的诞生过程，我不禁有以下的感慨与作者和读者们分享：

第一，贵在思考。检察官、法官不是机械地对照法律操作和办案的机器，

应该是有灵魂和思想的“法律人”。董斌具备思考和探索的素质。譬如，“报警后又继续实施了犯罪行为，能否认定为自首”，董斌对这个问题的思考对我也很有启发意义。为什么自首是法定的从轻减轻情节？从理论上讲，自首意味着行为人人身危险性的降低，也多少意味着对于犯罪行为的一种忏悔，对于司法效率的提高具有不容忽视的效益。但是，必须要领会自首的形式条件和本质条件。从《刑法》第67条的规定中可以看出，“犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首”，显然，犯罪后的自动投案行为是自首成立的核心要件。而在本书所举的案例中，被告人虽然有报警的行为，但是并未放下屠刀，并无忏悔之意，人身危险性依旧存在，这哪里是自动投案，停止犯罪？故，无论是实质要件还是形式要件，均不能认定被告人的自首成立。

在和董斌的交谈中，我感到，董斌更难能可贵的是他不仅善于思考和发现实践中“动态的法律”，而且，对法律的精神乃至立法的根基也有深层次的反思。通常，在人们的印象中，检察官严厉正直，铁面无私。但是，董斌检察官，在目睹了死刑执行的场景后，不仅没有变得铁板麻木，生死无惧，而是心生一种怜悯、一种惋惜、一种柔情。这其实是人类最原始、最本质、最朴素的感情。董斌检察官在指控罪犯的残忍行径时，义正词严，深恶痛绝，积极主张严惩罪犯。而在执行死刑时却能够基于理性、人性的思考，提出限制死刑适用范围的具体建议，指出在死刑执行过程中应该“尊重被告人的人格尊严，通知被告人亲属、做好遗言、与亲属诀别、妥善处理被告人的尸体”等人道主义的执行方式，让人感动，令人欣慰。因为，死刑制度的改进不仅是律师、学者的强烈呼吁，更应该在检察机关形成共识。中国死刑制度的弊端的克服，首先应该来自实践部门的积极回应，而不是经验哲学的逻辑推理。

第二，贵在坚持。法律的生命是经验，并非逻辑。而经验是靠积累的，唯涓涓细流，方汇成浩瀚江海。我们从董斌检察官的自述中可以感受到这一点：“从事公诉工作的这15年的光阴，是年复一年办案的15年，也是笔耕不辍的15年。一边工作，一边将自己在工作当中的体会写出来。”正是他注重点滴的积累，捕捉点滴片刻的灵感，才凝聚为一笔宝贵的思想财富。这是很多的检察官、法官应该学习的地方。

我作为他的硕士指导教师，为他最终能够完成出版著作的夙愿，颇感欣慰和自豪。除了对他表示真挚的祝贺和欣赏之外，也期冀他能在今后的司法实践中有更多的感悟，并预祝他再攀理论新高峰！

厦门大学法学院教授、博士生导师 李兰英

2010年10月

前 言

笔者从1995年考入检察机关，就一直在公诉部门工作，先后在县、市、省级检察机关公诉部门工作过，成功办理各类案件四百余起，其中办理了数十起在全国有影响的案件，比如全国打拐特大案——缪某拐卖妇女案、周宁县县委书记林某受贿案、政法干警伙同社会人员故意杀人的“2·20”案、南平“3·23”郑某故意杀害小学生案等案件。从事公诉工作的这15年的光阴，是年复一年办案的15年，也是笔耕不辍的15年。一边工作，一边将自己在工作当中的体会写出来。15年来，笔者在《中国检察官》、《检察日报》、《人民检察》和《最新刑事法律文件解读丛书》等刊物上发表五十多篇文章。2008年4月，笔者撰写的《斡旋受贿犯罪的客观要件》被最高人民检察院评为“全国检察机关检察应用理论研究优秀成果三等奖”。

本书分为四部分，第一部分是公诉程序类，根据具体真实的案例介绍了公诉人如何提高甄别收集证据的能力，如何对证据进行分析，如何进行出庭准备，处理好与各类出庭人员的关系等。第二部分是刑法总则类，对司法实践中争议较大的自首、立功、追诉时效等问题进行了深入的探讨，对单位、个人犯罪问题，正当防卫、犯罪过限等问题也作了具体的分析。第三部分是刑法分则类，对现有热门话题进行探讨，比如对于“六合彩”赌博问题，特情引诱对毒品犯罪量刑的影响问题，村委会非法转让土地使用权，冲关撞死设卡检查人员，非法从事留学中介如何定性问题等均有涉及。笔者在对每个类案进行分析的同时，对该问题现有的司法状况进行交代，方便读者全面了解。第四部分是附录部分，收录了公诉部门承办人审查案件流程、死刑案件二审开庭检察员履行职责应注意的问题、公诉工作有关规定等，这些文件的收录，能够方便刚参加公诉的工作人员查阅，快速熟悉公诉工作，也能为对公诉工作感兴趣的读者提供快速熟悉的通道。

出版本书的初衷来自于分享的冲动，即与从事公诉的同仁们分享成功办案的喜悦。我想，如果每一个公诉人都能将自己办案过程中遇到的问题进行思考并予以总结，形成文字，必定有助于整体公诉水平的提高。出于这样的目的，笔者在厦门大学就读法律硕士研究生期间，在博士生导师李兰英女士的提议和鼓励下，才决定出版此书。作为一名从事公诉工作十多年的公诉人，能够将自

己的体会和感受、执法的理念形成文字与同仁们分享，是一件多么令人欣慰的事情。作为同是检察官的妻子，听到我的愿望后，义无反顾地支持我，在我几次由于工作繁忙而打算放弃的时候，不断地给我鼓劲，使我重振斗志，继续下去。在这里要感谢李兰英女士、厦门大学陆而启老师和检察出版社的李健编辑以及福建省人民检察院倪英达检察长、王建兴处长、施忠华处长、叶燕培局长、腾忠副主任等领导和同志们，他们在本书出版的不同阶段均提供了不同程度的帮助！特别要感谢福建省人民检察院顾卫兵副检察长，在百忙当中为本书作序。可以说，没有这么多人的帮助，以我本人的水平和精力，是无法完成此书的。

由于本人的水平有限，书中难免有一些问题阐述得不够透彻、不够全面，甚至不够准确，恳请读者指正。

董 斌

2010 年 9 月

目 录

序一：真正的潇洒	/1
序二	/1
前言	/1

第一部分 公诉程序类

1. 精神病鉴定如何提起和决定?	/3
2. 户籍登记不实的情况下, 如何考查被告人实际年龄?	/9
3. 如何保护证人?	/15
4. 询问证人是否局限三个地点?	/18
5. 如何界定被害人提供的证人?	/19
6. 证据的关联性如何审查?	/21
7. 怎样认定证据的客观性?	/22
8. 制作笔录要注意哪些问题?	/24
9. 公诉人如何提高甄别、收集证据能力?	/25
10. 公诉人如何对证据进行分析论证?	/35
11. 律师提供的我国台湾地区有关部门出具的证明能否作为证据使用?	/53
12. 境外案件物品及价值如何鉴定?	/60
13. 只有指纹鉴定的证据是否达到确实、充分?	/63
14. 如何正确对待被告人以被刑讯逼供而翻供?	/68
15. 公诉人如何进行庭前准备?	/70
16. 庭审活动公诉人要注意和应对哪些问题?	/75
17. 如何审查卷宗材料并找出案件中存在的问题?	/84

第二部分 刑法总则类

1. 公诉实务中因果关系如何认定? /97
2. 携带凶器挑衅的行为是否构成正当防卫? /102
3. 被害人明显有过错且首先动手殴打被告人, 被告人反击行为是否一定是正当防卫? /106
4. 如何判定共同故意伤害案件是否过限? /110
5. 村委会能否构成单位犯罪的主体? /115
6. 单位行贿与个人行贿如何判定? /121
7. 一般累犯的后罪刑罚以被告人的罪行还是法官判处的刑罚为根据? /125
8. 报警后又继续实施了犯罪行为, 能否认定为自首? /128
9. 亲属报案与送亲属投案怎样界分? /134
10. 在纪检监察部门“两规”或“两指”期间如实供述还未掌握的犯罪事实的, 能否认定为自首? /138
11. 被动式地帮助了公安机关抓获同案人是否属于“协助公安机关抓获同案人”的立功行为? /143
12. 协助抓获同案犯如何认定? /148
13. 在有自首、积极赔偿、被害人有过错的情况下故意伤害致人死亡能否适用缓刑? /154
14. 行为人1997年9月30日以前实施的犯罪行为, 被害人在追诉期限内提出控告, 是否不受诉讼时效限制? /158

第三部分 刑法分则类

1. 参加间谍组织或者接受间谍组织及其代理人的任务并进行窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报的行为是定一罪还是数罪? /165
2. 交通肇事后逃跑是否一律认定逃逸? /169
3. 冲关撞死设卡检查人员如何定性? /172
4. 走私普通货物、物品罪中货物与物品如何区别? /176

5. 恶意透支话费行为如何定性?	/182
6. 诈骗租赁汽车案件如何定性?	/188
7. “六合彩”案件中非法经营罪与赌博罪如何认定?	/191
8. 非法从事留学中介如何定性?	/195
9. 销售未经检验检疫猪肉是否构成犯罪?	/200
10. 在现有法律框架下, 如何追究村委会成员非法转让土地使用权的刑事 责任?	/203
11. 强奸罪情节恶劣如何认定?	/207
12. 非法拘禁而后勒索他人是否属于牵连犯罪?	/210
13. 赃款的去向是否影响贪污、职务侵占的定罪?	/213
14. 行政裁决不合法是否必然导致国家工作人员失去执行公务的合法性?	/219
15. 针对不特定人的伤害行为如何定性?	/223
16. 窝藏、包庇罪“情节严重”的情形怎样认定?	/225
17. 窝藏包庇的对象最终认定不构成犯罪, 而行为人自认为其已经构成 犯罪而予以窝藏包庇的, 是否构成犯罪?	/228
18. 如何理解和认定组织、运送他人偷越国(边)境罪的“组织行为”?	/230
19. 如何理解“被查获的毒品数量”?	/234
20. 特情引诱对毒品犯罪量刑的影响如何?	/236
21. 超越职权挪用国有参股公司资金是否构成挪用公款罪?	/239
22. 入了单位“小金库”的款是否属于公款?	/245
23. 采取贪污手段侵吞公款用于行贿定一罪还是数罪?	/250
24. 如何理解利用本人职权或地位形成的便利条件中“地位”的含义?	/255
25. 如何认定徇私枉法罪中的“枉法”?	/264

第四部分 附 录

附录一: 公诉部门承办人审查案件流程	/273
附录二: 死刑案件二审开庭检察员履行职责应注意的问题	/276
附录三: 公诉工作相关规定	/279

中共中央政法委员会《关于实施修改后的刑事诉讼法几个问题的通知》(1997年1月31日)	/279
《公诉人出庭行为规范(试行)》(2004年12月10日)	/280
《人民检察院公诉工作操作规程》(节录)(2009年2月9日)	/285
《公诉人出庭举证质证指导意见(试行)》 (高检诉发〔2007〕31号)	/315

第一部分

公诉程序类

1. 精神病鉴定如何提起和决定？

【原理解说】

公诉人对移送审查起诉的案卷进行实体审查主要涵盖了公诉人对移送审查起诉的案卷当中反映定罪量刑的所有证据的审查。而审查犯罪嫌疑人是否具有刑事责任能力和刑事责任年龄显然是我们首先要考察的方面。精神病人属于无刑事责任能力人，我国《刑法》第18条规定，精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任，但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和治疗；在必要的时候，由政府强制治疗。间歇性的精神病人在精神正常的时候犯罪的，应当负刑事责任；尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的，应当负刑事责任，但是可以从轻或者减轻处罚。所以，精神病人实施了对社会有危害的行为，可以不负刑事责任或者减轻、从轻处罚。2006年10月31日，全国人大常委会通过了《关于修改〈中华人民共和国人民法院组织法〉的决定》，决定从2007年1月1日起由最高人民法院统一刑事死刑案件核准权。随后，“两高”和公安部、司法部出台了《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》，其中特别提到对可能属于精神病人的犯罪嫌疑人，应当及时委托鉴定或者调查核实。

对于精神病鉴定的程序，《刑事诉讼法》第119条规定，为了查明案情，需要解决案件中某些专门性问题的时候，应当指派、聘请有专门知识的人进行鉴定。该法第120条规定，鉴定人进行鉴定后，应当写出鉴定结论，并且签名。对人身伤害的医学鉴定有争议需要重新鉴定或者对精神病的医学鉴定，由省级人民政府指定的医院进行。鉴定人进行鉴定后，应当写出鉴定结论，并且由鉴定人签名，医院加盖公章。鉴定人故意作虚假鉴定的，应当承担法律责任。该法第121条规定，侦查机关应当将用作证据的鉴定结论告知犯罪嫌疑人、被害人。如果犯罪嫌疑人、被害人提出申请，可以补充鉴定或者重新鉴定。这些规定说明，对于犯罪嫌疑人和被告人精神病的鉴定，由公安、司法机关主动进行。如果犯罪嫌疑人、被告人或者被害人主动要求进行精神病鉴定或者不服公安、司法机关鉴定结论的，可以而且必须向公安、司法机关提出申请，但是否进行鉴定或者重新鉴定，由公安、司法机关决定。

另外当发现犯罪嫌疑人不构成犯罪或者证据不足以定罪的情况下，应当如何处理？这也是我们经常遇到且需要思考的问题。

案情简介

犯罪嫌疑人吴某系单身，与其哥哥一家一起居住，2004年6月3日上午，吴某认为其哥哥多收了电费，两人就发生争执。之后，其哥哥去农田干活，吴某随后也跟去，在农田，吴某继续与其哥哥争吵，而后持锄头殴打其哥哥的头部，致其哥哥当场死亡。

某县公安机关将该案移送同级人民检察院审查起诉，检察机关审查后认为吴某可能要被判处有期徒刑以上刑罚，就将该案上报某市检察机关。笔者承办了该起案件，在审查这个案件的过程中，发现了一些疑点，如犯罪嫌疑人杀人动机不明，因为仅仅就几块钱的事情，就要杀人，而且是亲兄弟，显然不合情理。在对吴某进行讯问时，吴某答非所问。且看守所所长反映吴某精神有问题，经常在牢房大喊大叫，所长和当班民警去制止时，吴某还冲过来要打他们，在押人犯敢殴打看守人员，这显然也不符合常理。综合上述因素，笔者认为吴某有精神病嫌疑，有必要对吴某进行精神病鉴定。经请示领导后，就将该案退回某县公安机关，明确要求对吴某作精神病鉴定。

实际结果

公安机关按照检察机关的意见，带吴某去精神病院作鉴定，经过3个月的鉴定周期，得出的鉴定结论是吴某系精神病人，作案时无刑事责任能力，不负刑事责任。最后公安机关决定撤案，没有将本案再次移送检察机关审查起诉，该案司法程序终结。

争议焦点

针对这个案件，我们不禁要思考几个问题：

1. 精神病鉴定由谁提起？
2. 应该在什么阶段提起？
3. 最终由谁决定？
4. 检察官是否有权提起？实践中为什么被提起的不多？有什么思想根源？
5. 如何规范精神病鉴定的提起和决定？