



疑难新型复杂案件

中国检察出版社

法律适用

精释精解

YINAN XINXING FUZANJIAN
FALV SHIYONG JINGSHI JINGJIE

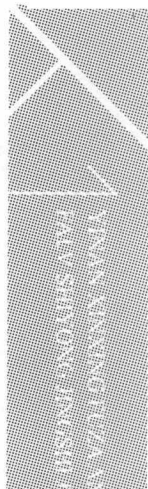
主编◇顾军 副主编◇张文志

疑难新型复杂案件

中国检察出版社

法律适用

精释精解



主编◇顾军
副主编◇张文志

图书在版编目 (CIP) 数据

疑难新型复杂案件法律适用精释精解/顾军主编. —北京: 中国
检察出版社, 2015. 9

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1475 - 2

I. ①疑… II. ①顾… III. ①法律解释 - 中国 IV. ①D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 194641 号

疑难新型复杂案件法律适用精释精解

顾 军 主 编 张文志 副主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjcbs. com)

编辑电话: (010) 68658769

发行电话: (010) 68650015 68650016 68650029

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 720 mm × 960 mm 16 开

印 张: 22.75 印张

字 数: 391 千字

版 次: 2015 年 9 月第一版 2015 年 9 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1475 - 2

定 价: 69.00 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

《疑难新型复杂案件法律适用精释精解》

编 委 会

主 任	顾 军				
编 委	王 立	张文志	张家贞	张朝霞	
	高 凯	张京宏			
主 编	顾 军				
副 主 编	张文志				
执行主编	孙春雨				
执行编辑	孙春雨	王伟	张翠松	卢凤英	

序 言

党的十八大作出“加快建设社会主义法治国家”、“全面推进依法治国”的整体部署，十八届四中全会通过了中共中央《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，彰显了法律在当代中国国家和社会治理中的重要作用。而法律的生命在于实施，公平正义需要在每一个司法案件中具体体现。身兼法律监督职能的检察机关，对于维护法律的统一正确实施责无旁贷，而处于承上启下地位的分院级检察机关，通过对自身受理案件的办理、抗诉以及对基层检察机关抗诉、请示案件的审查处理，不仅为上级院提供了法律监督的素材，也对辖区基层院的办案和监督工作起到了一定的指导作用。基于此，为总结办案经验、促进理论探讨、加强业务交流，我们编写了这本《疑难新型复杂案件法律适用精释精解》。

本书分为“刑事篇”和“民行篇”两个部分，共精选72个案例。刑事案例按实体法（刑法总则、刑法分则）和程序法的顺序编排，刑法总则部分涵盖了刑事责任、犯罪形态与罪数、共同犯罪、刑罚适用以及溯及力重点章节；刑法分则部分涉及除刑法分则第一章和第十章以外的各章，类型上出现了以“抢帽子”方式操纵证券市场、以攻击网站服务器方式破坏计算机信息系统、利用信息网络实施寻衅滋事等新型犯罪；程序法部分以刑事证据及侦查为主要内容。民事行政篇体例上囊括了民法总则、物权、债权、担保及相关诉讼程序的篇章内容，案例内容涉及特别程序、相邻关系、劳动争议、房屋买卖、民间借贷、侵权责任、行政裁决等，监督方式上既有检察建议，也有抗诉方式。上述绝大部分案件的处理意见都获得了人民法院终审判决的支持，取得了良好的办案和监督效果。案例作者绝大多数来自于办案一线，他们以丰富的司法实践经验和高度的职业责任感，厘清事实、辨析析理、勇于监督，为我们提供了法律适用的生动教材。

虽是敝帚自珍，但由于我们的水平有限，书中谬误与纰漏在所难免，敬请广大同人批评指正。

本书编委会

2015年7月

目录

CONTENTS

刑事篇

刑法适用案例

一、刑法总则适用案例

(一) 犯罪和刑事责任

[第 001 号] 防卫手段、强度超过不法侵害的手段、强度是否必然构成防卫过当

——彭某故意伤害案 王 静 3

[第 002 号] 由于言词证据不具备客观性而使得证据之间的矛盾无法合理排除的情况下不能认定犯罪事实成立

——李某职务侵占案 刘 中 孙 晴 6

(二) 犯罪形态与罪数

[第 003 号] 以犯罪预备的认定为视角

——黄某某、肖某某绑架案 白 玉 12

[第 004 号] 如何看待危险犯的犯罪形态与牵连犯的认定

——侯某以危险方法危害公共安全案 王 非 18

[第 005 号] 如何区分一罪与数罪

——何某妨害公务案 李瑞明 23

(三) 共同犯罪

[第 006 号] 如何理解共同犯罪中的追诉时效问题

——荆某故意伤害案 李丙华 卢风英 28

(四) 刑罚适用

[第 007 号] 审判时怀孕的妇女在死刑案件中如何量刑

——张某故意杀人案 高 鹏 32

- [第 008 号] 法定从重的量刑情节的表述及量刑适用
——刘某招摇撞骗案 王 非 37
- [第 009 号] 如何理解未成年累犯消灭制度适用规则
——龚某盗窃案 田 申 40
- [第 010 号] 信用卡诈骗罪中累犯的认定
——林某信用卡诈骗案 孟 宁 45
- [第 011 号] 附加剥夺政治权利刑罚执行期间犯新罪并潜逃，是否应当实行并罚
——任某寻衅滋事案 赵婧文 49
- [第 012 号] 如何把握刑法中的缓刑适用条件
——孙某非法出售珍贵、濒危野生动物制品案 王 非 53
- [第 013 号] 缓刑考验期内再犯罪可否再次适用缓刑
——朱某盗窃案 王 巍 58

(五) 刑法的溯及力

- [第 014 号] 如何判断刑法修正案（八）的新增罪状是否具有溯及力
——李某、石某强迫交易案 田 申 61

二、刑法分则适用案例

(一) 危害公共安全罪

- [第 015 号] 实施其他犯罪中驾驶机动车冲撞行为的认定
——黄某某抢劫、以危险方法危害公共安全案 刘丹丹 65
- [第 016 号] 交通肇事行为与以危险方法危害公共安全行为的界定
——陈某以危险方法危害公共安全案 田 申 70
- [第 017 号] 如何界定“交通事故责任”在行政与刑事法律中的界限
——李某某交通肇事案 田 申 77

(二) 破坏社会主义市场经济秩序罪

- [第 018 号] 未经许可销售假烟行为的定性
——张某某销售伪劣产品案 余风华 81
- [第 019 号] 如何认定“操纵证券市场罪”中的“其他方法”
——汪某操纵证券市场案 陆 昊 85
- [第 020 号] 受委托运输货物后将货物转卖他人的行为如何评价
——李某合同诈骗案 郝兰芳 91

(三) 侵犯公民人身权利罪

[第 021 号] 如何准确定性多因一果类致死案件

——付某过失致人死亡案 于淑娟 95

[第 022 号] 转化型抢劫中转化情节与法定刑升格情节并存如何处理及盗窃犯罪多种量刑情节并存如何正确适用量刑指导意见

——张某甲故意伤害案 田 申 100

[第 023 号] 财产性利益可否成为侵财犯罪的对象

——张某故意伤害案 曾中华 106

[第 024 号] 强制猥亵妇女罪与强奸罪的区分与量刑

——袁某某强制猥亵妇女案 赵婧文 111

[第 025 号] 如何区分一般虐待行为与虐待罪及认定虐待行为与“被害人重伤、死亡”的因果关系

——康某某虐待案 郝兰芳 115

(四) 侵犯财产罪

[第 026 号] 入户抢劫中“户”如何认定的问题

——孟某、袁某抢劫案 王 非 120

[第 027 号] 如何理解与证明盗窃犯罪中的“非法占有的目的”

——刘某某盗窃案 田 申 123

[第 028 号] 盗窃机动车车牌的定性及敲诈勒索罪的量刑分析

——王某盗窃、敲诈勒索、张某某盗窃、盗窃国家机关证件案 ... 赵婧文 127

[第 029 号] 私自将雇主车辆变卖并占有钱款的行为应如何定性

——孙某诈骗案 余风华 133

[第 030 号] 以商品交易形式诈骗与销售伪劣产品的区分

——薛某等五人诈骗案 高瑞玲 孟 宁 136

(五) 妨碍社会管理秩序罪

[第 031 号] 职务侵占罪中单位财物与个人行为的认定

——孙某某职务侵占案 陆 昊 140

[第 032 号] 如何理解妨害公务罪中的“威胁”行为

——杜某妨害公务案 田 申 145

[第 033 号] 向伪造国家机关证件者提供个人信息后购买的行为如何定性

——常某某伪造国家机关证件案 张贵冉 149

- [第 034 号] 如何认定破坏计算机信息系统行为造成的经济损失范围
——胡某某、吴某某破坏计算机信息系统案…………… 田 中 152
- [第 035 号] 如何认定利用信息网络实施的寻衅滋事罪中“情节
恶劣,破坏社会秩序”情节
——张某寻衅滋事案…………… 郝兰芳 157
- [第 036 号] 顶替他人投案的行为应如何定性
——陈某、师某包庇案…………… 吴瑞珊 161
- [第 037 号] 如何认定组织他人为非法出国务工使用骗取的出境
证件后偷越国境的行为性质
——张某组织他人偷越国境案…………… 王 晋 165
- [第 038 号] 贩卖毒品案件抗诉中的相关问题剖析
——赵某、韩某贩卖毒品案…………… 赵靖文 170
- [第 039 号] 运输毒品过程中非法携带枪支应如何定罪
——杨某运输毒品、非法持有枪支案…………… 位鲁刚 175
- [第 040 号] 接应、接货的毒品买家是否构成运输毒品罪共犯
——龚某、张某运输毒品案…………… 宁春晖 179
- [第 041 号] 向外省市要约购买毒品的人员是否构成运输毒品罪共犯
——贾某、王某贩卖、运输毒品,非法持有毒品案…………… 张 婷 183
- (六) 贪污贿赂、渎职犯罪
- [第 042 号] 国有控股公司的部门经理、总经理助理是否属于国家工作人员
——张某贪污、受贿案…………… 葛 燕 187
- [第 043 号] 如何认定斡旋受贿中二次以上斡旋行为的定性及犯罪数额
——张某甲等六人受贿、介绍贿赂案…………… 侯凯中 191
- [第 044 号] 巨额财产来源不明跨越新旧刑法时如何选择适用法律
——朱某巨额财产来源不明案…………… 傅 强 谢财能 197
- [第 045 号] 受贿后滥用职权是一罪还是数罪
——靳某某私放在押人员案…………… 岳金矿 李华伟 202
- [第 046 号] 行政法规变化是否影响滥用职权行为违法性的认定
——周某、李某、翁某滥用职权、受贿案…………… 李 斌 209
- [第 047 号] 滥用职权罪中“造成恶劣社会影响”的认定
——郭某、张某受贿、滥用职权案…………… 陆 昊 215
- [第 048 号] 泄密犯罪主体能否因保密协议而适格
——刘某故意泄露国家秘密案…………… 李华伟 任力哲 221

- [第 049 号] 如何认定私放在押人员罪的主体及对“在押人员”的理解
——王某私放在押人员案……………王 晋 226

三、刑事诉讼法适用案例

(一) 证据

- [第 050 号] 未成年利害关系人证言的审查判断
——许某故意伤害案……………刘丹丹 李 斌 230
- [第 051 号] 有罪证据、无罪证据并存情况下被害人意志的判断
——张某强奸案……………赵婧文 237
- [第 052 号] 案件审查起诉阶段出现的“新证据”应如何审查认定
——于某、王某、任某贪污案……………周 慧 242
- [第 053 号] 如何利用间接证据准确认定行为性质
——刘某某失火案……………赵婧文 251
- [第 054 号] 刑事证明标准中排除合理怀疑的理解与运用
——谭某故意伤害案……………高 鹏 255

(二) 侦查

- [第 055 号] 引诱侦查行为的规制与审查
——戴某贩卖毒品案……………高 鹏 261

民 行 篇

(一) 民法总则

- [第 056 号] 成年人指定监护中的程序选择及实体确认
——某村委会与某县医院医疗服务合同纠纷申请监督案……………李 敏 269

(二) 物权

- [第 057 号] 腾房纠纷中居住权与所有权的冲突
——吴某与杨某腾房纠纷申请监督案……………李 敏 275
- [第 058 号] 离婚诉讼中案外人对诉争财产提出权利主张时应如何处理
——康某与陆某离婚后财产纠纷申请监督案……………谷春祥 李 敏 279

- (三) 债权
- [第 059 号] 买卖合同经第三人履行应如何认定
——马某与乙公司买卖合同纠纷申请监督案…………… 王小鸥 284
- [第 060 号] 如何认定夫妻共有房屋一方出卖是否有效及合理确定违约金数额
——王某乙与王某甲房屋买卖合同纠纷申请监督案…………… 王小鸥 289
- [第 061 号] 房地产公司与“购房人”假借《借款合同》骗取银行贷款应如何处理
——杨某与中国某银行股份有限公司北京某支行借款合同纠纷申请监督案
…………… 肖 静 295
- (四) 担保物权
- [第 062 号] 担保人在不知主合同内容情况下提供的抵押担保应如何处理
——李某与北京某工贸有限公司、北京某商业银行股份有限公司
某支行借款合同纠纷申请监督案…………… 肖 静 299
- (五) 侵权责任
- [第 063 号] 装修公司合同义务对其侵权责任认定的影响
——东某日盛公司与刘某等财产损害赔偿纠纷申请监督案…………… 李 敏 303
- [第 064 号] 改编作品是否须为著作权人署名
——李某某与王某某、作家出版社等著作署名权纠纷申请监督案
…………… 刘 薇 309
- (六) 相关诉讼程序
- [第 065 号] 原审判决遗漏诉讼请求应如何处理
——付某与李某相邻关系纠纷申请监督案…………… 谷春祥 王雪生 313
- [第 066 号] 劳动争议案件中劳动者患职业病应如何保护
——杨某与某宾馆劳动争议申请监督案…………… 王小鸥 316
- [第 067 号] 工伤伤残津贴应如何计算
——孙某与某公司劳动争议申请监督案…………… 王小鸥 323
- [第 068 号] 原审法院应追加而未追加诉讼参与人的法律后果
——赵某与王某等房屋买卖合同纠纷申请监督案…………… 白晶晶 329
- [第 069 号] 法律文书送达方式不当的后果
——刘某甲、宋某某与刘某乙房屋拆迁合同纠纷申请监督案…………… 王小鸥 333

[第 070 号] 如何认定“新证据足以推翻原判决”	
——彭某某与石某某民间借贷纠纷申请监督案·····	朱军琴 337
[第 071 号] 证据规则在民事抗诉中的运用	
——焦某与谢某民间借贷纠纷申请监督案·····	李 敏 341
[第 072 号] 拆迁管理机关应当对拆迁人提交的证据的证明力进行判断	
——肖某东等诉北京市某区房屋管理局拆迁管理行政裁决申请监 督案·····	景 涛 345

刑事篇

XINGSHIPIAN

刑法适用案例

一、刑法总则适用案例

(一) 犯罪和刑事责任

[第 001 号]

防卫手段、强度超过不法侵害的手段、
强度是否必然构成防卫过当

——彭某故意伤害案

王 静*

基本案情

2006 年 5 月的一天,被害人李某某(男,18 岁,河北人)与刘某曾到犯罪嫌疑人彭某所经营的百货店内,以买东西为名,套问彭某侄女彭某某的电话,与彭某发生争执。事后李某某不甘心,决定再去打彭某。遂于 2006 年 5 月 20 日 20 时许纠集李某、刘某二人来到北京市朝阳区东郊西市场彭某经营的杂货店处进行守候,当看到彭某进入市场菜区公共厕所后,李某某三人尾随进入厕所对彭某拳打脚踢,彭某误认为有人抢劫,慌乱中提裤子时摸到右前裤兜里的水果刀,用右手持刀乱挥,将李某某扎伤。后李某某三人逃出厕所,彭某追赶未能追上,向市场管理办公室及保安说明了情况。因怕被报复,彭某离开北京,辗转到达湖南,后在亲属的陪同下到湖南省郴州市苏仙派出所投案自首。

李某某因被刺伤左上臂,刺断肱动脉、肱静脉致失血性休克死亡。

*北京市人民检察院第二分院侦查监督处助理检察员,法学硕士。

争议问题

彭某的行为是否构成犯罪？

分析意见

就彭某的行为是否构成犯罪，产生两种分歧意见：

第一种意见认为：彭某的行为应构成故意伤害罪。被害人李某某等人仅仅是对彭某拳打脚踢，并未持任何凶器，而彭某持刀进行反击，致人死亡，其防卫手段与不法侵害的手段不相适应，明显超过必要限度造成重大损害，其行为应属防卫过当，构成故意伤害罪。

第二种意见认为：彭某的行为构成正当防卫，不应负刑事责任。虽然彭某持刀的行为导致了李某某死亡，造成重大损害发生，但是否明显超过必要限度还应根据案件事实及证据综合分析。彭某在突然遭受多人不法侵害、精神高度紧张的情况下，误认为行凶者系抢劫者，慌乱中提裤子摸到口袋中的刀具，随即掏出胡乱挥舞，其目的是想吓走侵害人，进行自我保护，是避免本人的人身权利遭受不法侵害而采取的制止不法侵害的行为，其行为应属正当防卫。

笔者同意第二种意见，彭某的行为属正当防卫，不构成犯罪。理由如下：

（一）犯罪嫌疑人彭某的行为构成正当防卫

1. 《中华人民共和国刑法》第20条规定：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，是正当防卫。”

2. 根据现有证据可以看出，本案的起因在于李某某等人案发前两次调戏彭某的侄女，彭某不满与李某某发生争执将李某某赶走。事后李某某不服，伺机报复，并纠集李某、刘某二人在彭某经营的杂货店附近守候，看到彭某上厕所时，突然冲进去对其进行殴打。因此，李某某是该案的挑起者，彭某对案件的起因无责任，无主观恶性及社会危险性。

3. 根据现有证据，彭某始终不知案件的发生是李某某报复自己，始终都认为自己是遭受了抢劫，且当时与彭某一同在厕所里的唐某某提供证言称突然听到彭某喊“抢劫啦”，并发现彭某正在被几名男子殴打，事后彭某进行追赶并向市场保安部门报案称自己遭受了抢劫，并称可能在与对方搏斗时将一人扎伤。承办人认为，虽然彭某主观上误认为是抢劫，但根据一个正常人的理解，当时的现场状况极易被认为是抢劫，彭某的反应是一种符合常理的举动。

4. 根据现有证据，彭某是在昏暗的厕所里、毫无防备的情况下，听到“抢

劫”二字，并遭受多人突如其来的打击，人身权利受到现实的威胁，其在提裤子准备站起来的时候摸到裤兜里的水果刀，遂掏出胡乱挥舞几下，将正在殴打其的李某某扎伤。而并非在认清了形势、产生了明确的伤害故意情况下将李某某扎伤。彭某的行为是为保护本人的正当人身权利、制止本人正在遭受的突然不法侵害且针对不法侵害人所实施，其行为符合正当防卫的构成要件，应构成正当防卫。

（二）彭某的行为不构成防卫过当

1. 防卫过当是指正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的情况。

2. 笔者认为，不能单纯以防卫的手段、强度超过不法侵害的手段、强度就认为构成防卫过当，应综合全案的案情及证据来考虑。在本案中，虽然彭某持刀的行为导致了李某某死亡，造成重大损害发生，但是否明显超过必要限度还应根据案件事实及证据综合分析。

在本案中，彭某突然遭受不法侵害，人身权利受到威胁，在当时天色昏暗、侵害急迫的情况下，其精神高度紧张，一时间难以判明对方不法侵害的真实意图和危险程度，对于采取什么防卫方式，造成多大损害才能制止住不法侵害，难以迅速作出判断，所以当其在提裤子时摸到随身携带的刀具时，即掏出胡乱挥舞，目的是想吓走侵害人，进行自我保护，并无明确的针对某侵害人进行打击的行为，并且同被害人李某某一同殴打彭某的李某、刘某也称彭某当时裤子也没提上，没有看到彭某拿刀的行为，只是事后发现李某某被扎伤。彭某的行为与那些已判明对方的侵害意图、进而采取超出必要限度的防卫手段造成重大损害的人的行为有所区别。因此，不能机械地认定彭某的行为构成防卫过当。如果在当时急迫的情况下，要求其对对方的侵害强度、意图判断明确后再选择与对方相适应的方式进行防卫，与设立正当防卫的目的不符，也是对防卫人的苛求。

综上，彭某的行为构成正当防卫，属于排除犯罪性行为。

处理结果

2006年6月30日，北京市人民检察院某分院以彭某的行为不构成犯罪，不批准逮捕犯罪嫌疑人彭某。