



刑事法适用指导系列

刑事法适用

XINGSHIFA SHIYONG
DIANXING YINAN ANJIAN
XINSHIXINJIE

中国检察出版社

典型疑难案件 新释新解

【修订第三版】

众所周知，成文法有其固有的局限。它无法对纷繁复杂的社会生活事先作出细致入微的规定。在司法实践中，总是有那么一些具体案件，司法人员在适用法律过程中感到与案件相对应的法律并不是那么明确，于是难免出现适用法律方面的意见分歧。对于此种适用法律争议，法学理论界的相关观点也并不总是意见一致且没有法定效力。因此，收集司法实践中遇到的适用法律方面的复杂、疑难案件，在此基础上进行专门的探讨研究，对帮助司法人员正确理解立法意图，提高依法办理案件的能力，无疑有很好的促进作用。同时，对来自办案一线的实际疑难案件进行法理评析，又是帮助广大公民了解司法机关对此类案件适用法律的实际做法，提高法律意识水平的良好途径。

刘建国 / 主编
张利兆 姚宇 谢如程 / 副主编

013025400

D924. 05
106-3

刑事法适用

XINGSHIFA SHIYONG
DIANXING YINAN ANJIAN
XINSHIXINJIE

典型疑难案件

新释新解

【修订第三版】

刘建国 / 主编
张利兆 姚宇 谢如程 / 副主编



北航

C1632839

D924.05
106-3

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事法适用典型疑难案件新释新解 / 刘建国主编. —3 版(修订本). —北京: 中国检察出版社, 2013. 2

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0821 - 8

I. ①刑… II. ①刘… III. ①刑法 - 案例 - 中国②刑事诉讼法 - 案例 - 中国
IV. ①D924. 05②D925. 205

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 003748 号

刑事法适用典型疑难案件新释新解 (修订第三版)

主编/刘建国 副主编/张利兆 姚 宇 谢如程

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷东街 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电 话: (010)68630385(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

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: 63.75 印张 插页 2

字 数: 1178 千字

版 次: 2013 年 2 月第三版 2013 年 2 月第四次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0821 - 8

定 价: 128.00 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

本书编委会

- 顾问** 刘宪权
(华东政法学院法律学院院长,中国法学会
刑法学研究会副会长,教授,博士生导师)
- 主任** 刘建国
(浙江省人民检察院副检察长,原宁波市人民
检察院检察长,宁波大学法学院兼职教授)
- 副主任** 张利兆
(宁波市人民检察院副检察长,法学博士,
华东政法大学、宁波大学兼职教授)
- 委员** 郑本立 李长江 王彪 印黎晴
张利兆 焦新祥 姚宇
- 主编** 刘建国
- 副主编** 张利兆 姚宇 谢如程

编委会办公室

主 任 姚 宇

副 主 任 谢如程

成 员	章国田	董顺来	顾玉敏
	王焰明	汪明航	王文轩
	叶林达	俞永梅	黄书建
	李建军	任姣	王志胜

特邀成员	魏志静	毛冠楠	江建中
	初殿清	王晓昕	



修订说明

《刑事法适用典型疑难案件新释新解》一书于2006年出版和2009年再版以后，受到了广大读者的欢迎。但该书所选案例及所依据的法律规范均系2009年前的资料，而近两年《刑法》和《刑事诉讼法》又先后进行了较大幅度的修订，刑事司法实践出现了许多新情况新问题，如新的有价值的典型案件纷纷出现，法律的修改和新司法解释的出台导致一些罪名的定罪量刑依据和诉讼程序要求都有了大幅变动，等等。这些都需要我们及时对本书作出修订，以利于读者阅读和参考。

本次修订主要是从以下几个方面着手进行：

第一，对刑事实体法案例进一步予以整合，提高案例整体质量。

根据新法律规范出台后的适用情况和司法实践的需要，我们在职务犯罪、破坏社会主义市场经济秩序犯罪、侵犯财产犯罪以及危险驾驶类危害公共安全犯罪、未成年人犯罪等方面，新增了18个典型案例。这些案例要么是极具争议性的疑难复杂案件，要么是属于在新法律规范出台后具有典型适用意义的案例，因此具有较大的参考价值。同时，考虑到司法实践中对许多问题已逐渐达成理解和适用上的共识，以及《刑法修正案》、新《刑事诉讼法》和一些司法解释出台后，一些原来的“法律空白”问题已经消除，相关案例已经不具有疑难性、争议性，也没有在法律适用上的典型性，我们因此对部分案例如收受“干股”的问题、医务人员收受业务单位回扣的问题、监视居住的时间能否折抵刑期的问题等10余个案例进行了删除，以保证案例的质量。

第二，补充程序法典型案例，完善案例体系。

值得一提的是，我们此次在整合刑事实体法案例的同时，还十分重视对刑事诉讼法适用具有典型意义的程序性案例的补充，在立案监督、

追捕追诉、证据运用、审判监督和强制措施等方面增加了7个新案例。新案例的增加，进一步完善了与刑事司法程序结构相呼应的典型疑难案例体系。

第三，对虽已不存在“法律空白”和争议性，但对于司法实践而言有典型性的保留案例进行必要的说明和解释。

《刑法修正案（八）》和新《刑事诉讼法》出台后，一些原本在实践中有待解决的问题，如技术侦查、诱惑侦查、证明标准、非法证据排除等，新法律已经有了明确规定，因此从有无法律依据的角度来看，已经不存在问题。但是由于新的《刑法修正案》和《刑事诉讼法》尚在适用初期甚至是还尚未生效实施，许多案例本身仍然具有检验法律条文、积累实证经验和反馈法律效果的典型意义。考虑到这一因素，我们没有删除这些案例，而是从法律修改前后的对比以及下一步适用的影响和要求出发，对这些案例（如毒品案件诱惑侦查案例、血迹提取程序不合法的鉴定案例等，主要是程序法案例，共23个）从法律规范变迁和影响的角度进行了说明和提示，并相应增加了一些新的关联法律条款，以资读者理解和思考。

此次修订工作，所有案例均来源于宁波市检察机关的司法实践，绝大多数案例的作者也都是案件本身的承办人员。他们在忙碌办案之余，勤于思考，积极投身案例写作，为本书修订工作的顺利完成付出了辛勤劳动，体现了新时代年轻检察官的良好风貌。

基层检察机关处于检察业务工作一线，承担着繁重的办案任务，也拥有大量的实证资料，开展实务应用研究有着特殊优势和重要意义。我们在修订过程中付出了努力，但限于水平，有些问题恐怕仍然不能令人满意，期盼专家、同仁批评指教。

刑法适用部分

一、刑法总则类

(一) 刑法的适用范围	003
1. 如何把握司法解释的溯及力?	003
(二) 犯罪和刑事责任	010
2. 盗接有线电视信号引起广播设施受损构成过于自信过失犯罪还是间接故意犯罪?	010
3. 夫妻吵架后一方对另一方服毒自杀不制止、不抢救而致死亡是否构成不作为的故意杀人罪?	013
4. 姘居双方争吵后一人对另一人服毒自杀不抢救而致死亡是否构成不作为故意杀人罪?	016
5. 采用暴力、威胁手段索回赌资而迫使他人跳楼身亡的行为该如何定罪?	019
6. 如何区分假想防卫、故意伤害与意外事件?	022
7. 为避裆部被抓而致人重伤是否属正当防卫?	025
8. 在对方拔刀索债的情况下主动反击致死他人, 能否构成正当防卫? ...	028
9. 夜闯他人住所暴力索债但遭持刀反击而死, 能否认定债务人防卫过当?	032
10. 因被他人错认而引起纠纷, 事后在遭对方持刀袭击的情况下, 将行凶者刺成重伤, 是正当防卫还是防卫过当?	035

(三) 犯罪的预备、未遂和中止 050



(五) 单位犯罪 100

27. 公司主管人员为单位利益擅自实施的犯罪行为可否认定为单位犯罪? 100
28. 名为集体实为合伙的企业犯罪属单位犯罪还是个人犯罪? 检察机关以个人犯罪起诉, 而法院认为是单位犯罪的, 该如何处理? 105
29. 名为有限公司实为个人公司, 抽逃出资后以单位名义实施合同诈骗, 是单位犯罪还是自然人犯罪? 108
30. 单位决策人员向司法机关自首的, 可否认定为单位自首? 112

(六) 刑罚的具体运用 118

31. 交通肇事后未离开现场亦未实施报警或保护现场等积极行为, 能否认定为自首? 118
32. 伤人后积极抢救被害人, 主动配合公安民警处理, 并如实供述自己罪行的, 能否视为自首? 122
33. 犯罪嫌疑人为防止被害方的报复而被迫报警且到案后如实供述自己的犯罪事实, 能否认定为自首? 126
34. 因被警方怀疑系抢劫犯罪的知情者而受到盘问后, 主动交代了自己亦参与抢劫的犯罪事实, 可否认定为自首? 129
35. 在押犯罪嫌疑人提供他人受贿可能性线索的行为可否认定立功? ... 133
36. 因协助司法机关抓捕同案犯而认定为立功是否应以实际抓获为标准? 137
37. 认定立功的标准应是被揭发行为的社会危害性还是被揭发人的刑事责任? 140
38. 发现漏罪的时间应如何确定? 144
39. 走私中为收取差额货款而通过其他单位虚开增值税专用发票, 该如何定罪? 147
40. 两人共同策划并实施抢劫但最终由其中一人秘密窃取财物, 是否构成数罪? 152

41. 数罪并罚时是否仍可适用缓刑? 155
42. 因法庭审理范围之外的他案事实而被羁押, 是否可折抵刑期? ... 159
43. 哪些情形属于应当撤销缓刑的“情节严重”的违法行为? 163
44. 如何认定走私木炭刑事案件中的“情节严重”? 166

二、职务犯罪类

(一) 职务犯罪主体的认定 171

45. 大型国有控股企业工会主席是否为国家工作人员? 171
46. 国有企业中过磅员从事的是公务还是劳务? 177
47. “以工代干”人员被委派到国有企业任职时是否具有“国家工作人员”身份? 182
48. 村书记在本村土地征用过程中从事的工作是否属于“其他依法从事公务”? 186

(二) 贪污罪的认定 190

49. 尚未实际占有公款能否认定贪污犯罪既遂? 190
50. 经领导同意可以提取的款额能否从贪污数额中扣除? 对此主张应由犯罪嫌疑人举证还是由检察机关举证? 193
51. 国有企业改制中侵吞小金库资金的行为应如何定性? 197
52. 借单位名义出售伪造的假门票并占有票款的行为应如何定性? ... 202
53. 银行工作人员利用职务之便采取冒名挂失存单等手段支取其亲属交由其代存的存款是否构成犯罪? 206

(三) 挪用公款罪的认定 209

54. 挪用公款犯罪的追诉期限应如何把握? 209
55. 村支部书记擅自挪用市委组织的固本强基工作组赞助款构成挪用公款罪还是挪用资金罪? 213



56. 利用开票收款的便利挪用国有资金的行为构成挪用公款罪还是挪用资金罪？	218
57. 村集体的其他收入与土地征用费用收入混列，如何确定挪用的土地征用补偿费用数额？	221
(四) 贿赂犯罪的认定	227
58. 受贿犯罪嫌疑人“案发前归还所收受财物”的“案发前”应如何界定？	227
59. 非公司、企业单位的成员能否成为公司、企业人员受贿罪主体？	230
60. 事后共同受贿案中，间接受贿人将赃款退还给直接受贿人，可否视为退赃？	233
61. 超越职权是否属于“利用职务之便”？	236
62. 如何掌握行贿人在被追诉前主动交代行贿行为的处罚幅度？	240
63. 无资质建筑商“挂靠”有资质的企业或低资质“挂靠”高资质，能否认定为“谋取不正当利益”？	244
64. 国家工作人员利用职务的便利长期借用、占用他人财物并为他人谋利是否构成受贿罪？	248
65. 接受旅游服务是否可以构成受贿？	253
66. 公务员从房产公司低价购买商品房的行為是否构成受贿罪？	257
67. 村办企业承包人为感谢村书记帮助企业从外承揽业务而将企业利润分给村书记的行为如何定性？	262
68. 被征用土地上的坟墓拆迁补偿费用是否属于土地征用补偿费用？	265
69. 村经济合作社社长等基层组织的人员在村里建造标准房时收受他人财物，是否构成犯罪？	269
70. 村民委员会主任等村基层工作人员在村公益性坟墓拆迁中收受他人贿赂的行为应如何定性？	273

71. 村干部在协助落实征地补偿款过程中利用职务之便收受贿赂，但在立案前已退还的行为，应如何定性处理？ 277
72. 收受他人房屋使用权是否构成受贿？ 283
73. 上级收受下级红包的行为如何定性？ 286
74. 单位领导以单位名义索取工程返还款并由个人直接占有的行为应如何定性？ 288
75. 利用职务便利擅自罚款并占为己有的行为应认定为索贿还是贪污？ 291
76. 在不符合条件的情况下，连任村支部书记、经济合作社主任职务及获得赴国外考察机会，是否属于行贿罪构成要件中的“不正当利益”？ 294
77. 为使债权单位负责人默认虚高的评估价格是否属于“为谋取不正当利益”？ 298
78. 民营企业主的行贿行为是单位行贿行为还是个人行贿行为？ 301
- (五) 渎职犯罪的认定 305**
79. 国有企业管理人员在《刑法》修订前的渎职行为，在《刑法》修订后如何认定？ 305
80. 双重身份人员的渎职行为应如何认定？ 309
81. 玩忽职守罪的追诉期限应从何时起算？ 313
82. 政府自行融资后管理人员违规拆借巨额资金的行为如何定性？ 315
83. 危害行为终了后挽回经济损失是否可以阻却犯罪成立？ 322
84. 滥用职权行为造成的损失应如何认定？ 329
85. 税务工作人员的多种渎职行为交织时该定何罪？ 333
86. 渎职行为引发巨额行政赔偿但又有财物存在，如何认定所造成的损失？ 339



87. 如何判断“在押”状态?	344
88. 超越职权能否构成滥用职权罪?	350
89. 公安人员帮助职务犯罪嫌疑人伪造立功证明的行为应如何定性? ...	355

三、其他犯罪类

(一) 危害公共安全罪的认定

90. 如何认定爆炸未遂行为人的主观故意?	360
91. 从某地携带其非法购得的爆炸物品乘公共汽车至他省的行为 该如何定性?	363
92. 非法储存爆炸物是否以明知是他人非法制造的爆炸物而存放 为构成要件?	366
93. 采用爆炸手段毁坏机动车辆的行为应如何定性?	369
94. 未在事故现场的车主指使司机适当超载是否可以构成交通肇 事罪?	373
95. 认定交通事故发生路段属于公共交通管理范围的标准是什么? ...	376
96. 驾驶中碾压拖行先前已被其他车辆撞倒的被害人并致其死 亡, 应当如何定性?	379
97. 隔夜醉驾, 是否构成危险驾驶罪?	384
98. 在高速公路上逆向高速驾车的行为可否构成以危险方法危害 公共安全罪?	388
99. 车站的车检、门检人员玩忽职守致使超载的病车上路后发生 事故, 是否构成重大责任事故罪?	392
100. 安排工人违章冒险作业能否构成强令违章冒险作业罪?	396
101. 工地保管员私自出卖围墙, 买受者在拆除中发生伤亡事故应 如何定性?	398

102. 盗挖矿石发生伤亡事故应如何定性? 401
103. 事故发生后, 矿山负责人瞒报事故的行为应如何定性? 404
- (二) 破坏社会主义市场经济秩序罪的认定 409**
104. 行为人具有走私的故意, 但对走私的具体对象不明知的案件该如何定罪处罚? 409
105. 肇事车主以挂靠单位名义实施的个人骗保行为应如何定性? ... 414
106. 民营企业总经理利用职权通过妻子经营的公司高价采购原材料使其赚取巨额利润的行为应构成何罪? 417
107. 银行工作人员擅自采用开“两头小, 中间大”存单手段吸收储户资金不入账, 将资金用于非法拆借、发放贷款, 属于挪用公款还是非法吸收公众存款? 420
108. 共谋偷税的股东是否应认定为单位犯罪的直接责任人? 424
109. 虚开用于抵扣税款发票应如何定性? 429
110. 冒用身份签订合同并在履行合同时不能履行, 是否可认定具有非法占有故意? 435
111. 用伪造的房屋产权证作抵押向中介机构恶意借款的行为是合同诈骗还是普通诈骗? 借条是否属于合同诈骗罪中的“合同”? 441
112. 欺诈消费后迫使高价买单的行为如何定性? 445
113. 无证销售盗版光盘的行为如何定性? 449
114. 恶意透支是否必须以“催收不还”为要件? 455
115. 合同诈骗罪中的“非法占有故意”应如何认定? 459
116. 新闻从业人员对特定商品报道严重失实的行为如何定性? 465
117. 利用传销手段收取高额加盟费的行为如何定性? 469
118. 窃取客户信用卡磁条信息并提供给他人的行为如何定性? 475
119. 职工跳槽带走保密技术并使用的行为如何定性? 479



120. 为成立公司借款验资, 在通过验资后再抽逃出资的, 应当如何认定?	484
(三) 侵犯公民人身权利、民主权利罪的认定	489
121. 索债中发生冲突而不计后果地一刀致死他人, 应定故意杀人还是故意伤害?	489
122. 入户盗窃少量财物后在户外被发现而将被害人杀害, 是为抗拒抓捕还是为灭口?	494
123. 邻里互殴致人重伤但无法查明直接害人时, 应如何处理?	500
124. 杀人遇求饶后欲与受害人发生性关系, 后实施猥亵, 如何定性?	503
125. 基于报复心理而扯掉妇女衣服的行为应当如何定性?	506
126. 如何区分强奸罪(未遂)与强制猥亵妇女罪?	510
127. 如何理解绑架罪中的犯罪目的?	516
128. 如何理解“非法拘禁致人死亡”?	520
129. 聘用制协警队长能否成为非法拘禁罪的特殊主体?	524
130. 挟持人质并用暴力迫使人质自己向亲属要钱赎人, 构成绑架罪还是抢劫罪?	528
131. 绑架过程中因人质哭闹而放其回家是犯罪既遂还是犯罪中止? ...	531
132. 哄骗是否为绑架人质的方法之一?	533
133. 为泄愤而剥夺他人人身自由并强索钱财应如何定罪?	536
(四) 侵犯财产罪的认定	540
134. 在公共交通工具上实施的转化型抢劫, 是否属于“在公共交通工具上抢劫”?	540
135. 进入作为卖淫场所的车棚实施抢劫是否属于入户抢劫?	543
136. 受请入户后麻醉主人, 离开后重返户内劫财是否属于“入户抢劫”?	547

137. 因故入室采用暴力胁迫手段索财的行为如何定性?	550
138. 持刀入户抢劫是否有既遂、未遂之分?	553
139. 盗窃不成改抢劫, 同伙不作为离开是否同罪?	556
140. 强制猥亵后拾取被害人财物的行为应如何定性?	560
141. 当场使用暴力扣留被害人小额财物迫使其在指定期限内交出较大额财物未得逞, 是否构成抢劫罪未遂?	564
142. 将被害人自行车蹬倒骗称为其修车却占车为己有应如何定性? ...	567
143. 使用暴力将被害人驱赶至室外, 其同伙趁机在室内窃取财物的行为, 该如何定性?	570
144. 赌博之后以诈赌为由强行索要财物的行为应如何定性?	574
145. 为夺取财物强行拖拽被害人, 是否构成抢劫罪?	579
146. 窃取少量财物、为抗拒抓捕而持砖砸致一人轻微伤应如何定性? ...	583
147. 提供色情服务后强行索取保护费, 应如何定性?	586
148. 对抢劫行为后续的绑架行为应如何定性?	590
149. 盗窃与母亲长期同居对象的财产是否属于盗窃近亲属的财产? ...	594
150. 为盗窃其他财物而偷开机动车辆当犯罪工具使用的, 应如何计算盗窃数额?	598
151. 两次盗窃累计数额才达到“较大”, 是否构成盗窃罪?	602
152. 外孙女偷出外公的房产证后, 将该房出卖的行为是否构罪?	605
153. 长途车上窃取财物后, 未及下车即被抓获, 是盗窃既遂还是未遂?	608
154. 利用 IP 电话卡程序漏洞非法重复消费并充值致使国家电信资费损失的行为如何定性?	611
155. 谎称买烟以假换真的行为如何定性?	616
156. 入室窃取财物后并留下真实姓名的行为如何定性?	618