



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

【修订第二版】

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疑难、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，无疑有积极的促进作用。同时，对来自办案一线的真实疑难案件进行法律评析，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

刑事法适用

XINGSHIFA SHIYONG
DIANXING YINAN ANJIAN
XINSHIXINJIE

典型疑难案件

新释新解

【修订第二版】

刘建国 / 主编
张利兆 姚 宇 谢如程 / 副主编

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 (修订第二版) / 刘建国主编. — 北京: 中国检察出版社, 2008

ISBN 978 - 7 - 80185 - 515 - 2

I. 刑… II. 刘… III. 刑法 - 分则 - 法律解释 - 中国 IV. D924.305

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 136127 号

刑事法适用典型疑难案件新释新解 (修订第二版)

刘建国 主编 张利兆 姚 宇 谢如程 副主编

出 版 人: 袁其国

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)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.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: 720mm × 960mm 16 开

印 张: 58.75 印张

字 数: 1054 千字

版 次: 2009 年 1 月第二版 2009 年 1 月第三次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 515 - 2/D · 1489

定 价: 98.00 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



修订说明

《刑事法适用典型疑难案件新释新解》于2006年1月出版以后，受到了广大读者的欢迎。

但《刑事法适用典型疑难案件新释新解》所选案例及所依据的法律规范均系2006年以前的资料。之后的两年多时间中，情况发生了一些变化：一是许多新的有价值的典型案件纷纷出现；二是新出台了刑法修正案和有关司法解释等法律规范，包括职务犯罪、危害公共安全犯罪、侵犯财产犯罪等罪名在定罪量刑的依据上有了大幅变动。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方面着手进行：

第一，新增了有典型疑难价值的案例。

根据新法律规范出台后的适用情况和司法实践的需要，我们在刑事诉讼程序、职务犯罪、危害公共安全犯罪、破坏社会主义市场经济秩序犯罪和侵犯财产犯罪等部分新增了将近30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。特别要提出的是，我们此次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，在证据运用、诉讼监督和人民监督员程序等方面共增加了7个新案例。

第二，整合了类同或过时的案例。

考虑到本书第一版的案例在罪名分布上存在一些不均衡（如侵犯财产犯罪的61个案例中，抢劫罪就有25个，盗窃罪有21个，而抢劫罪

有多个案例针对的问题类同)，而且在一些司法解释出台后，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进行了删除或合并处理，以保持体系的均衡和案例的质量。如侵犯财产罪经修订后压缩至 44 个案例，基本做到该章中每个罪名均有案例涉及，但论述的相关问题不再重复。

第三，修改替换了必要的案例。

这次涉及修改的案例达 40 余个，主要体现在四个方面：一是观点修正和深化。第一版部分案例在观点阐述和论证上缺乏深度与力度，或者过于偏颇难以服众，我们重点进行了修改。二是法律依据更新。第一版中有些“专家解释”在撰写时相关司法解释还未出台，所依据的法律法规在今天看来已显陈旧，此次修订将相关司法解释充实进去，以使论述更加权威。三是案情替换。有些案例在法律依据、基本观点和格式规范上并无问题，但由于作为探讨对象的案情本身缺乏典型性或已陈旧，实践中有新的类似案例可以使用，遂加以替换。四是技术性修改。如由于新司法解释出台后一些分则罪名发生变化并影响到标题和内容，或者原案例标题提炼的问题和分歧意见欠妥，影响阅读效果，此次我们也专门作了针对性修改。

此次修订的参与人员及其分工如下：张利兆（修订统筹、审核，最终改定），王志胜（刑事诉讼法适用部分），黄书建（职务犯罪类、破坏社会主义市场经济秩序罪的认定），李建军（刑法总则类，侵犯公民人身权利、民主权利罪的认定，妨害社会管理秩序罪的认定），任娇（危害公共安全罪的认定、侵犯财产罪的认定）。

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。作为一线办案的检察人员，我们希望能与广大读者分享多年来对典型疑难案件的实证分析成果，如果能对实践起到一定的参考和借鉴作用，如果



本书的修订版受到大家更多的关注，我们将备感欣慰，备受鼓舞。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。

本书编委会
2009 年 1 月



前 言

检察机关是国家的法律监督机关，它肩负着查办职务犯罪、审查批捕、刑事公诉、监督刑事诉讼活动与刑罚执行等刑事检察业务工作。这些职责对打击犯罪、保护人权、维护社会公平正义有至关重要的意义。在中国全面建设小康社会、推进依法治国的进程中，检察机关加强法律监督职能，对实现公平正义，建设和谐社会将发挥更加重要的作用，也越来越为人们所重视。

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，法学界的理论观点也不尽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解析，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。

本书所收典型疑难案件是从我们检察机关近几年来办理的、在适用法律过程中有意见分歧的真实案件中精选的，具有以下几个突出特点：

第一，所选案件素材具有真实性和典型性。

伴随着社会的进步，现实生活中也出现了一些不和谐的现象，新型刑事案件时有发生，这些案件在适用法律方面是比较疑难的。本书收集

的案件就是由长期在反贪、刑事公诉等部门工作而具有丰富经验的一线办案检察人员，在繁忙的业务工作中抽出时间，从400多个争议案件中精心挑选出来的，均是客观真实的案件，具有相当的典型性。

第二，所涉法律适用问题具有广泛性和疑难性。

本书分为两大部分——刑法适用部分和刑诉法适用部分。刑法适用部分所涉及的法律适用问题有犯罪形态、正当防卫等刑法总则类问题，有职务犯罪主体如何认定、公务性支出能否从贪污数额中扣除等职务犯罪类问题，还有如何认定爆炸行为人的主观故意、哄骗是否为绑架人质的方法之一等诸多其他犯罪类问题，几乎涉及到了刑法实务的各个方面。刑诉法适用部分涉及的是刑事辩护与代理、证据、强制措施、期间、诉讼程序、刑事赔偿等方面的法律适用问题，如由同一律师担任“对合犯”的辩护人或者提供法律帮助是否为法律所禁止？取证程序不合法的血迹鉴定，是否可以作为证据采信？公诉案件被变更罪名成为告诉才处理的自诉案件时，人民法院能否径自判决？延迟证据能否作为刑事赔偿的免责依据？等等。这些问题的答案是难以从现行法律规定中直接找到的，具有一定的疑难性，因此，研究价值较高，值得引起司法人员的关注。

第三，法律问题提炼准确到位，法理解析深刻透彻。

为了使读者透过这些典型疑难案件纷繁复杂的表象把握实质内容，撰写人员在“案情及实际处理结果简介”部分省略了那些可有可无的信息，并在此基础上用简洁精练的语言，概括出法律适用问题，这样既保持了案件的真实面貌，又指明了案件的关键所在。在法理解析方面，撰写人员紧密结合相关法律条文及有关司法解释，公正、客观地阐述法律条文之后的立法意图，层层深入，充分论证了自己的法律适用观点，法理论述深刻通畅，言之成理。

“不积小流，无以成江河；不积跬步，无以致千里。”从司法实务



的角度看，收集整理疑难案件，探讨其中的法律问题，是提高司法业务能力，保证办案质量的好方法，也是提升司法人员层次、打造高素质司法人才的有效举措。从普通读者的角度看，质量高的真实疑难案例汇编也是掌握法律知识、了解司法工作的重要材料。从完善立法推进法治的角度看，收集此类案件并提出初步的看法，向有关立法部门和法学界提供进一步完善法律的参考素材，实际上也是我们司法机关义不容辞的责任。我们期望，这种发现并积累司法实务中的疑难案件并对其进行深入探讨的基本方法，能被越来越多的人认识和持续运用，能对法学和司法实践的发展有所助益。

为了方便阅读，我们把每个案件分为以下几个部分：一是关联法理；二是案情及实际处理结果简介；三是关键问题；四是分歧意见；五是专家释解；六是关联依据。需要说明的是，在有些案件中，专家的观点与实际处理结果是不一致的，这正是案件真实和疑难的客观体现。

值得提及的是，这一成果的完成离不开宁波市两级检察机关的高度重视和广大一线干警的积极参与，同时也得到了浙江省人民检察院法律政策研究室的关心和支持。在此，表示衷心的感谢！

尽管本书是由司法业务能力较强、文字功底较扎实的检察官和高校科研机构法学理论知识丰富的刑法学、刑事诉讼法学专家学者通力协作、用了近一年半的时间打造完成的，但由于水平有限，仍不免存在不足之处，欢迎批评指正。

刘建国

2009年1月

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. 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?	028
9. 如何判断互殴中无过错方反击侵害的行为是正当防卫还是防卫过当?	031
10. 打斗中误伤他人是对象错误还是打击错误?	034

11. 避让不当引发交通事故是否属于紧急避险？	039
(三) 犯罪的预备、未遂和中止	042
12. 踢人下水致被害人生死不明，如何确定犯罪形态？	042
13. 入室盗窃后将部分赃物先行带离，藏匿好后又返回原作案地点继续作案而被当场抓获，应如何认定罪数和犯罪形态？	046
14. 因生理原因而主动放弃犯罪，应认定为犯罪未遂还是犯罪中止？	051
15. 敲诈信发出后，行为人因故未到指定地点取款，是犯罪中止还是未遂？	054
16. 盗窃既遂与未遂的数额是否能够累计计算？	056
(四) 共同犯罪	062
17. 对多人参与的伤害案件，未直接致伤被害人的共同参与人是否应承担刑事责任？	062
18. 共同实施暴力但未实施奸淫是否构成强奸既遂？	064
19. 为报复而雇用他人实施伤害行为并为受雇人指认被害人，是教唆犯还是实行犯？	069
20. 参与共同预备抢劫却又在实施之前退出的行为应如何定性？	072
21. 委托他人为自己伪造居民身份证，对委托者可否以共犯论处？	076
22. 望风者对共犯未实施共谋之罪而实施的他罪是否应负刑事责任？	080
23. 因兄弟被殴打而纠集人员帮忙报复并将其犯意告知兄弟，兄弟同意且有所提醒但未实施具体实行行为，是否构成共犯？	084
(五) 单位犯罪	087
24. 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？	087



25. 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?	092
26. 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?	095
27. 单位决策人员向司法机关自首的, 可否认定为单位自首?	099
-(六) 刑罚的具体运用	105
28. 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?	105
29. 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?	109
30. 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?	113
31. 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?	116
32. 在押犯罪嫌疑人主动交代本人的行贿行为可否认定为立功?	120
33. 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?	124
34. 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?	127
35. 发现漏罪的时间应如何确定?	130
36. 以纵火的手段进行敲诈, 构成一罪还是数罪?	134
37. 将他人先行拘禁后又胁迫卖淫的行为构成何罪, 是一罪还是数罪?	139
38. 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?	144

39. 数罪并罚时是否仍可适用缓刑? 148
40. 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? ... 152
41. 哪些情形属于应当撤销缓刑的“情节严重”的违法行为? 155
42. 被监视居住的时间能否折抵刑期? 158

二、职务犯罪类

(一) 职务犯罪主体的认定 163

43. 大型国有控股企业工会主席是否为国家工作人员? 163
44. 国有企业中过磅员从事的是公务还是劳务? 169
45. “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? 174
46. 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”? 178

(二) 贪污罪的认定 182

47. 尚未实际占有公款能否认定贪污犯罪既遂? 182
48. 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? 185
49. 国有企业改制中侵吞小金库资金的行为应如何定性? 189
50. 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? 194
51. 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? 198

(三) 挪用公款罪的认定 201

52. 挪用公款犯罪的追诉期限应如何把握? 201
53. 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？	205
54. 挪用公款存单为本人质押贷款的行为应如何定性？	210
55. 具体用途不同的挪用公款数额是否可以累计？	214
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？	222
(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. 收受“干股”及分红如何认定犯罪数额？	248
65. 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？	252
66. 接受旅游服务是否可以构成受贿？	256
67. 医务工作人员收受业务单位回扣是否构成受贿罪？	260
68. 公务员从房产公司低价购买商品房的行为是否构成受贿罪？	264
69. 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？	269



70. 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?	273
71. 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?	277
72. 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?	281
73. 收受他人房屋使用权是否构成受贿?	285
74. 受贿后又向行贿人提供借款, 能否折抵受贿数额?	288
75. 上级收受下级红包的行为如何定性?	291
76. 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?	293
77. 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?	296
78. 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”?	299
79. 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”?	303
80. 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?	306
(五) 渎职犯罪的认定	310
81. 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?	310
82. 双重身份人员的渎职行为应如何认定?	314
83. 玩忽职守罪的追诉期限应从何时起算?	318
84. 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?	320



85. 危害行为终了后挽回经济损失是否可以阻却犯罪成立?	327
86. 滥用职权行为造成的损失应如何认定?	334
87. 税务工作人员的多种渎职行为交织时该定何罪?	338
88. 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?	344
89. 如何判断“在押”状态?	349
90. 超越职权能否构成滥用职权罪?	355
91. 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?	360

三、其他犯罪类

(一) 危害公共安全罪的认定

92. 如何认定爆炸未遂行为人的主观故意?	365
93. 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?	368
94. 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?	371
95. 采用爆炸手段毁坏机动车辆的行为应如何定性?	374
96. 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?	378
97. 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? ...	381
98. 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?	384
99. 安排工人违章冒险作业能否构成强令违章冒险作业罪?	387
100. 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	