

案例精选与 法律适用

Anli jingxuan yu falv shiyong

主 编 李培龙
顾 问 刘宪权

- 案例精选
- 刑事推定的合理运用及其规制
- 交代自己行贿事实导致他人受贿被发现的是否构成立功
- 预谋型与转化型“入户抢劫”的司法认定
- 以暗示的方式索要财物的行为应认定为受贿罪
- 法律适用
- 走私犯罪情况调查与法律适用问题研究
- 妨害信用卡管理犯罪认定若干问题研究
- 合同诈骗罪与诈骗罪的界定问题研究

中国检察出版社

案例精选与 法律适用

Anli jingxuan yu falv shiyong

主 编 李培龙
顾 问 刘宪权

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

案例精选与法律适用/李培龙主编. —北京: 中国检察出版社, 2007. 6
ISBN 978 - 7 - 80185 - 765 - 1

I. 案… II. 上… III. ①法律 - 案例 - 中国 ②法律适用 - 中国
IV. D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 066415 号

案例精选与法律适用

主编 李培龙 顾问 刘宪权

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. zgjcbs. com)

电子邮箱: zgjcbs@vip. sina. com

电 话: (010)68630384(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

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: 30 印张

字 数: 571 千字

版 次: 2007 年 7 月第一版 2007 年 7 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 765 - 1/D · 1740

定 价: 50.00 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 ◆.....

主 任

李培龙

上海市人民检察院第一分院党组书记，检察长

委 员

卢承德 沈新康 许佩琴 胡 敏 陈余民 杨新生

顾 问

刘宪权

华东政法大学法律学院院长，刑法学研究中心主任，教授，
博士生导师，荷兰艾柔默斯大学法学博士，
中国法学会刑法学研究会副会长

主 编

李培龙

学术点评

卢勤忠 何 萍 李 翔 毛玲玲 吴允峰 王玉珏

编委会办公室主任

项 谷

编 辑

曹 坚 陈霁蕾 张 菁 王昭雯 顾琳娜

序

案例在司法活动中具有独特的价值。尽管我国并非判例法系国家，但是，以实践中的典型案例指导司法机关正确适用法律，已经被实践证明是行之有效的一种指导方式。上海市人民检察院第一分院十分重视对案例的研究工作，通过多年积累，总结了一批很有实践和理论研究价值的案例素材。难能可贵的是，他们并没有将这些案例作简单地收集后来之高阁，而是在整理的基础上对之进行了认真分析和研究。他们从中总结归纳出许多具有普遍性的法律适用疑难问题，并从理论和实践相结合的角度对这些问题进行了较为深入的解析，提出了自己的法律适用意见或建议。可以看到，这些分析和研究无论是对他们自己，还是对其他检察同行，抑或是法学研究工作者，都具有启发和借鉴意义。我认为，这种研究方法确实能充分发挥案例研究的积极作用，其意义最起码有两点：其一，通过调研解决了案例中存在的法律争议问题；其二，扩展了办案者的思路，提升了检察人员的理论水平和法学基础知识水准。

有价值的案例蕴含有不少法理问题，从某种意义上讲，案例是司法实践的结晶，也是应用法学研究的载体和对象。上海市人民检察院第一分院的检察官们，通过实践探索，积极开展刑事司法实务问题研究工作，在收

集、整理、分析大量司法实践前沿案件的基础上，提出问题，探寻对策，以统一执法尺度，保证法律统一正确实施。本书的后半部分主要是法律适用问题研究，既有对常见多发罪名的法律适用问题研究，也有针对走私、合同诈骗等经济犯罪的法律适用问题研究；既有对普通刑事罪名法律适用问题的研究，也有对渎职犯罪法律适用问题的研究。正如本书书名《案例精选与法律适用》，案例与法律适用在本书中得到了有机结合，通过案例研究法律适用问题，研究的针对性、实践性和有效性无疑得到了强化。

理论来之于实践，理论又能指导实践。对案例的分析和研究无疑最能体现理论与实践相结合的真正精神。本书可以说是司法实践部门与教学研究部门联手研究的结晶。上海市人民检察院第一分院办案部门的检察官是本书的主要作者，同时，华东政法大学刑法学研究中心的多位老师也参与了本书的写作。作为法学研究工作者的法学教师，他们以理性的目光认真审视检察官们撰写的案例，从中勾勒出案例的主要争议问题，对案例所涉及的刑法理论问题予以点评，有助于读者全面理解本书的内容。本书是上海市人民检察院第一分院在以往编辑多本内部案例书的基础上自主正式出版的第一部案例研究著作，衷心希望他们在开展案例研究工作方面不断取得新的成绩，作出新的贡献。

刘宪权^①

2007年4月于华东政法大学东风楼

^① 华东政法大学法律学院院长、刑法学研究中心主任、教授、博士生导师、荷兰阿姆斯特丹大学法学博士，兼任中国法学会刑法学研究会副会长。

目录

Catalogue

案例精选

一、刑法总则类

(一) 刑法的适用 3

刑事推定的合理运用及其规制 3

——李某某窝藏毒品案评析

从俞甲、俞乙窝藏案看“轻轻重重”原则在司法实践中的运用 11

(二) 犯罪形态 14

连续犯的既遂认定 14

——李某某、姜某某敲诈勒索案

(三) 共同犯罪 21

共同犯罪中主从犯的具体认定 21

——盛某某、许某某合同诈骗抗诉案

共同犯罪人如何承担加重结果的刑事责任 25

——兼论持械斗殴行为的定性

对盗窃共犯能否按照各自参与程度区分既遂与未遂 30

与境外人员勾结邮寄毒品为个人吸食的行为是否构成走私毒品罪
共犯 35

(四) 单位犯罪 38

虚假出资成立的单位能否成为单位犯罪的主体 ——李某某合同诈骗案	38
单位演变为“黑社会性质组织”，应属个人犯罪	45
股东发生变更，单位犯罪应如何认定	50
“一人公司”能否成为单位犯罪的主体	54

(五) 自首和立功 57

单位自首的认定	57
自首中“形迹可疑”的具体认定及二审抗诉程序的适用 ——汪甲、王某某、汪乙盗窃抗诉案	65
自首中对赃款用途的辩解，是否属于“对行为性质的辩解”	71
“到案前”协助公安机关抓获同案犯的，能否构成立功	75
交代自己行贿事实导致他人受贿被发现的是否构成立功	79

二、刑法分则类

(六) 危害公共安全罪 82

采用投毒的方法达到勒索财物目的是否构成牵连犯	82
为非法持有枪支的犯罪分子保管、藏匿、转移枪支的行为应如何定罪	86
交通事故认定书的法律性质及效力 ——鞠某交通肇事案	90

(七) 破坏社会主义市场经济秩序罪 96

销售伪劣产品罪与销售假冒注册商标的商品罪、非法经营罪之界定 ——张某某等6人非法经营、销售伪劣品牌卷烟案	96
非法经营同类营业罪共同犯罪及非法利益的认定 ——沈某某等3人非法经营同类营业案	101

用账外客户资金非法拆借罪的具体认定	107
——胡某某、虞某用账外客户资金非法拆借抗诉案	
行为人对超经营范围的收入未缴税的是否构成偷税罪	112
介绍虚开增值税专用发票可构成虚开增值税专用发票罪的从犯	115
在产品包装上同时出现他人的注册商标是否构成假冒注册商标罪	118
(八) 侵犯公民人身权利、民主权利罪	122
被害人伤势认定错误能否按审判监督程序提出抗诉	122
——薛某某故意伤害抗诉案	
寻衅滋事罪与故意伤害罪之界定	126
——为报复实施的伤害特定人员的行为应认定为故意伤害罪	
(九) 侵犯财产罪	130
抢劫罪被判免于刑事处罚是否应支持抗诉	130
——姚某等三人抢劫抗诉案	
预谋型与转化型“入户抢劫”的司法认定	133
——刘某抢劫案	
进入租赁房屋里实施抢劫能否认定为入户抢劫	142
“冒充警察抢劫”的具体认定	145
在他人盗取活期存折之后伙同冒领存款的行为如何定性	148
挪用资金未还的能否转化为职务侵占罪	155
(十) 妨害社会管理秩序罪	159
聚众斗殴罪主客观要件的认定	159
——周某等4名被告人故意杀人、聚众斗殴案	
为非法持有毒品犯罪分子窝藏毒品的应定窝藏赃物罪	169
(十一) 职务犯罪	173
如何认定机构改革中分流人员的主体身份	173
以暗示的方式索要财物的行为应认定为受贿罪	178

私分国有单位“账外小金库”的行为性质 ——孙某私分国有资产案	182
公安内勤向逃犯泄露侦查信息应如何认定	187
看守所民警为在押犯罪嫌疑人出具虚假立功证明材料应如何认定	191
法院执行人员擅自取得被查封财产的行为如何认定	197
商检徇私舞弊罪的认定问题	202
(十二) 其他	206
监管场所发现确有错误的生效判决该如何处理 ——黄某某强奸抗诉案	206
遗漏再犯情节是否按审判监督程序提出抗诉 ——谢某某运输毒品抗诉案	212

法律适用

刑法适用疑难问题专题研讨会综述	217
常见多发犯罪主从犯认定探讨	224
办理追诉累犯、再犯情节抗诉案件的问题与对策	237
刑法中的自首和立功认定问题研究	250
走私犯罪情况调查与法律适用问题研究	280
妨害信用卡管理犯罪认定若干问题研究	328
合同诈骗罪与诈骗罪的界定问题研究	340
抢劫犯罪法律适用疑难问题研讨会综述	344
转化型抢劫认定中的疑难问题研究	350
最高人民法院《两抢意见》与上海市《“两抢一盗”意见》的比较及适用	359
聚众斗殴、寻衅滋事罪法律适用疑难问题研讨会综述	375
偷越国（边）境犯罪的司法适用问题	383
办理毒品犯罪案件证据审查中的问题及对策	390

家属参与受贿共同犯罪的认定与处理	394
司法工作人员渎职犯罪情况调查与法律适用问题研究	405
商品、动植物检验检疫渎职犯罪的证据模式	452
审批延长侦查羁押期限案件存在的问题及解决对策	462
后记	469

案例精选



一、刑法总则类

(一) 刑法的适用

刑事推定的合理运用及其规制

——李某某窝藏毒品案评析

/ 曹 坚

案例要旨

关于刑事推定的争论存在以下两个方面：一方面是刑事推定是否与无罪推定原则相冲突，肯定论者认为，刑事推定有违罪刑法定原则，且与刑事诉讼上的无罪推定相冲突，否定论者则认为，在特定的条件下的刑事推定不违背上述原则；另一方面是刑事推定是否具有逻辑性，形式逻辑学派认为，推定就是逻辑思维，而且仅仅限于形式上的演绎推定，推定是逻辑在法学领域的单纯应用。规则怀疑学派则完全否认了推定的逻辑性，认为决定推定的是法官的司法理性和个人意志，逻辑是判断之后为使判断看起来更明确、合理。

基本案情

被告人李某某，女，1965年1月7日生，个体经营者。2000年2月15日下午4时许，被告人李某某与其同居者赵某某（男）至上海市小木桥路、斜土路口后，赵某某将1包用报纸包着的净重为50.17克的毒品海洛因交给李某某保管，而后赵某某又从早某某处取回自己的19.25克毒品海洛因1包，准备将上述2包海洛因在所乘的出租车内贩卖时，因被公安人员发现，而将1包19.25克的毒品海洛因扔在车上，李某某在车上将其保管的1包50.17克的毒品海洛因扔掉，并藏匿于出租车驾驶员座位底下，嗣后均被公安人员查获。

公诉机关指控被告人李某某犯窝藏、隐瞒毒品罪，向法院提起公诉。

法理评析

对被告人李某某的行为如何定性，办案人员在起诉、审判阶段意见分歧很大，一种观点认为，被告人李某某与贩毒分子赵某某系长期同居关系，案发前赵某某贩毒时李某某不但知道而且帮忙数钱，因此可以推定李某某与赵某某有共同贩毒的主观故意，应认定其行为构成贩卖毒品罪。另一种意见认为，李某某虽然多次在赵某某贩毒时一同出现，并实施了藏匿毒品的行为，但是没有证据能够证明其有贩毒的主观故意和客观行为，因此只能认定为窝藏毒品罪。检、法两家在各自最终定案时都非常谨慎地采纳了第二种意见。笔者认为，在特殊案件中，根据严格的条件是可以以推定的方式来认定被告人行为的性质，即推定被告人的行为构成性质更为严重的犯罪。

一、推定在刑事诉讼中的合理运用及其规制

（一）推定与刑事推定的概念及界定

近年来，推定作为一种新颖的证据规则在诉讼法学研究中逐渐勃兴，并已被引入刑事诉讼之势。所谓推定，是指根据基础事实和结论事实之间的一般联系规律或者某种常态的联系，由已经存在的基础事实推出结论事实，同时允许当事人提出反证予以推翻的一种证据法则。推定与推理、推论、拟制等概念容易混淆，有必要从概念上廓清。

推定与推理。推理是从已知的事实或判断出发，按照一定的逻辑规律和规则，推导出新的事实或判断。^①司法实践活动中最常见的思维活动就是推理，无论民事诉讼还是刑事诉讼，案件事实的认定离不开推理。推定与推理有密切的联系，由于推定是一种证据规则，因此推定的使用也要以推理为基础。但是推定与推理有着本质的区别。推理的目的侧重于发现案件的真相，单纯凭借推理无法认定案件事实，推理充其量是为案件事实的发现提供了一个“可能性”。推定是一种认证方式，依据推定得出的事实结论如无相反证据推翻，可以最终定案。

推定与推论。推论是根据已知事实推导出相应未知事实的过程。推论与推定的相似之处在于，两者都是以一定的前提事实作为推断的基础和依据。两者的根本区别在于，推论具有可能性而不具有必然性。推论所得出的结果并非唯一，依据某一已知事实，往往可以推论出多种不同的结果。推论得出的事实不能直接作为裁判依据，还必须结合其他证据对推论结果进行证明。而推定所得结果是唯一的，除非有相反的证据将其推翻。

^① 何家弘：“论司法证明中的推定”，载《国家检察官学院学报》第9卷第2期，第8页。

推定与拟制。所谓拟制,是指法律在特定情况下把某种事实看作为另一种事实,使其与另一种事实发生同一的法律效果。拟制广泛地存在于民法和刑法中。例如《民法通则》第15条规定,公民经常居住地与住所不一致的,经常居住地视为住所;《刑法》第67条第2款规定,被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯,如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的,以自首论。相对推定而言,拟制不产生举证责任问题,也不存在被推翻的可能,只是法律根据实际的需要,使某一事实与另一事实发生同一法律效果,它不能用反证来否定,故与推定有本质的区别。^①

推定比较广泛地运用于民事诉讼,在刑事诉讼中的使用范围非常有限,究其原因,如学界所言,“法律上的推定,实际上是强制裁判官认定推定事实的存在,与刑事诉讼所采纳的实体的真实发现主义和自由心证主义的精神不相符合,所以,刑事法规上很少有法律上的推定的规定。”^② 刑事诉讼中的推定多为无罪推定,少有有罪推定。我国《刑法》规定的巨额财产来源不明罪即为特定条件下运用推定证明行为人犯罪的特殊罪名。通常认为,《刑法》中的非法持有毒品罪也是运用推定定罪的罪名。犯罪分子通常会为走私、贩卖、运输或者制造毒品而非法持有数量较大的毒品,但是司法机关经常缺乏充分的证据证明犯罪分子的行为具备走私、贩卖、运输、制造毒品罪的构成要件,非法持有毒品罪有效地严密了刑法法网,使犯罪分子不易逃脱刑法的打击。非法持有毒品罪的背后实际上就隐含了立法者的推定逻辑思维——行为人如果不是为了走私、贩卖、运输、制造毒品,怎么会持有如此之多的毒品呢?

(二) 适用刑事推定的目的

推定由民入刑,有着特定的诉讼目的,概括而言,表现在以下两方面:

1. 满足从严打击某些特殊类型犯罪的需要。刑事诉讼法将提起公诉的标准等同于判决标准,即案件事实清楚,证据确实充分,应该说该标准极为严格。某些特殊类型的案件如果直接套用该证明标准,司法机关难免陷入证明困境。例如,前文所述毒品犯罪中的非法持有毒品罪,环境污染等公害犯罪、侵犯知识产权犯罪中的侵害行为与损害结果之间的因果关系,贪污贿赂犯罪中赃款的用途和去向等,司法实践中一般都会自觉或不自觉地使用推定的方法以求证。运用推定认定案件事实,可以有效缓解证明上的困难,使司法机关行使刑事追诉权的效率大幅提高。学者韩忠谟为此总结道,“在若干情形下,实行

^① 陈一云:《证据学》,中国人民大学出版社1991年版,第163页。

^② 刘善春、毕玉谦、郑旭:《诉讼证据规则研究》,中国法制出版社2000年版,第278页。

攻击或防御之当事人如有法律上推定可资，以代替证明，则颇轻而易举。”^①

2. 出于合理分配证明责任的考虑。一般来说，刑事诉讼中的证明责任由控方承担，这并非表明辩方不负担任何证明责任。^② 目前学界多数意见倾向于认可辩方的证明责任，少数观点主张不管在什么情况下，被告人均不承担证明责任，证明责任倒置在刑事诉讼中不具有适用性。^③ 笔者赞同多数意见，辩方的证明责任主要散见于刑事诉讼法。《刑事诉讼法》第35条规定了辩护人的举证权，第37条规定了辩护律师的收集证据权，第93条规定了犯罪嫌疑人的辩解权，第159条规定了被告人的申请权，等等。此外，《刑法》第395条巨额财产来源不明罪是被告人承担证明责任最明显的例证。

笔者认为，将推定引入刑事证明，可以扭转控方在举证上“包办”一切的不当倾向，辩方合理承担一定的举证责任，将使刑事诉讼活动更富效率。当然，辩方的证明责任范围应严格控制，一般只有那些控方无法证明或难以证明，且辩方有可能证明的事实才由辩方承担举证责任。^④ 刑事推定的结果是控辩双方的举证责任发生变化，其最终目的着眼于提高刑事诉讼的效率，避免刑事诉讼纠缠于某些细枝末节。

（三）刑事推定的适用条件

学界一般将推定区分为法律推定和事实推定、立法推定和司法推定、可反驳的推定和不可反驳的推定等。笔者认为，我国现阶段的刑事推定主要是事实上的推定、可反驳的推定。所谓事实推定，是指司法官依据已经明确的事实，根据经验法则，以内心确信无疑，而推认其他的应证事实，司法官无需就应证事实直接举证。所谓可反驳的推定，是指被推定的一方当事人可以通过举证否定经推定得出的应证事实。运用刑事推定，必须符合严格的条件，否则有滥用之虞。

1. 推定所依赖的基础事实必须扎实可靠。刑事推定建立在基础事实之上，

① 肖胜喜：《刑事诉讼证明论》，中国政法大学出版社1994年版，第118页。

② 本文所称的辩方是从广义而言的，包括犯罪嫌疑人、刑事被告人及辩护人。

③ 江琦、叶良芳：“论被告人承担证明责任的不适用性”，载《国家检察官学院学报》第10卷第3期，第61页。

④ 在英美法系中，凡遇下列情形之一时，被告方也负有提出证据证明有关事项的责任义务：1. 如果被告方在辩护时提出被告人患有精神病或不适于受审，被告方应就此事实提出证据；2. 如果某个成文法规定，在没有合法授权、正当理由、特殊情况或例外情况下，某种特定的行为就是非法的，这时被告方就有责任举证说明存在合法授权、正当理由、特殊情况或例外情况；3. 如果被告方主张其行为曾取得同意、出于意外事故、由于受胁迫、激于义愤或目的在于自卫等，这时被告方负有举证责任；4. 如果被告方拟推翻成文法对某些事实的推定，或拟引用条文中的但书、例外或豁免，这时被告方也应负举证责任。参见程味秋主编：《外国刑事诉讼法概论》，中国政法大学出版社1996年版，第85页。