

(第三辑)

刑事案例研究 与 司法问题释疑

龚培华 主编

上海交通大学出版社

刑事案例研究与司法问题释疑

(第三辑)

主 编：龚培华

副 主 编：项 谷 陈为钢

学术审定：游 伟

上海交通大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事案例研究与司法问题释疑/龚培华主编. —3版.
—上海:上海交通大学出版社, 2007
ISBN 978-7-313-04045-9

I. 刑… II. 龚… III. 刑事诉讼法-案例分析-中国
IV. D925/205

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第 056695 号

刑事案例研究与司法问题释疑

(第三辑)

龚培华 主编

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 877 号 邮政编码 200030)

电话: 64071208 出版人: 韩建民

立信会计出版社常熟市印刷联营厂印刷 全国新华书店经销

开本: 880mm×1230mm 1/55 印张: 12.625 字数: 359 千字

2005 年 8 月第 1 版 2007 年 8 月第 3 版 2007 年 8 月第 4 次印刷

印数: 3 050

ISBN 978-7-313-04045-9/D·113 定价: 23.00 元

版权所有 侵权必究

编写说明

当前,“法治”已成为现代社会的主流话语,司法的功能和作用日益扩大,司法的能动性也越来越强。综观我国近年来的立法发展,可以看到诸多新类型的案例在推动我国法律创制、解释等方面发挥了积极的作用。尽管从法律形式和司法运作等方面看,我国属于成文法国家,但随着社会主义法制建设进程的不断推进,刑法理论界和司法实务界越来越重视案例及判案的研究。刑事法律是相对静止的,而刑事司法却在不断发展、变化的。司法实践表明,刑事案例特别是判案,是刑事立法的司法化成果,是推动刑事立法、刑事法律理论发展的重要动力。

案例的直观性,能够使司法工作人员了解立法者的原意;案例的典型性,能够使司法工作人员拓宽思路、全面分析问题;案例的示范性,能够使司法工作人员统一认识、正确适用法律。所以,那些来源于实践、说理透彻、论证严密的案例研究一直受到司法工作人员和法学研究人员的重视和欢迎。为此,我们在广泛收集检察办案实践中出现的案例和司法问题的基础上,编辑了《刑事案例研究与司法问题释疑》一书,旨在展示不同观点、研析疑难案例、阐述刑法学理、营造研究氛围。

本书由上海检察官协会组织编写,上海交通大学出版社聘请华东政法学院司法研究中心主任游伟先生担任学术审稿人。在编写本书时,我们注意把握以下几点:

第一,案例的典型性。本书所采集的案例基本上是在检察办案过程中存在较大争议的案例,而且这些争议问题又涉及到对刑法适用中一类问题的理解。

第二,案例的实用性。在编辑时,我们既注意全面反映案件的客观情况,又罗列了司法实践部门的不同争议观点,重点放在对法律适用问题的解析上,使读者能举一反三、学以致用。

第三,案例的理论性。本书中案例的作者大多是长期从事检察实

践工作,又具有较深理论功底和较强研究能力的检察官。他们以案例为对象,在刑法学理论和原理的层面上展开研究,以点带面,触类旁通,使刑法理论和司法实践得到较为全面的结合。

自2005年8月《刑事案例研究与司法问题释疑》第一辑出版以来,该书受到了读者的广泛好评,希望读者继续给予关注和支持。由于我们水平有限,在本书编辑中难免有不当之处,希望司法实务界的同仁和刑事法理论界的专家予以批评指正。

编者

2007年5月

目 录

案例部分

刑法的适用范围	1
同一行为人的主刑与附加刑能否适用不同刑法	1
犯罪的预备、未遂和中止	9
被侵占的储蓄卡中未提取的部分属于既遂还是未遂	9
共同犯罪	15
共犯间的帮助逃匿行为是否构成犯罪	15
单位犯罪	19
公司股东发生变更后,单位犯罪应如何认定	19
利用虚假出资成立的公司实施合同诈骗罪的,能否认定为 单位犯罪	23
自首和立功	31
“到案前”协助公安机关抓获同案犯的,能否成立立功	31
交代异地公安机关掌握的罪行能否以自首论	35
刑罚的时效	40
实施盗窃犯罪后返回家乡并外出打工的行为,能否认定为 逃避侦查	40

其他规定	45
被国家机关临时机构委派至公司、企业的人员是否属于国家 工作人员	45
如何认定机构改革中分流人员的主体身份	53
危害公共安全罪	58
行人能否成为交通肇事罪的主体	58
无照个体户负责人安排工人违章冒险作业发生重大伤亡事故的 行为应如何定性	65
妨害对公司、企业的管理秩序罪	70
虚报注册资本罪是否可以适用于公司的变更登记	70
破坏金融管理秩序罪	78
将变造的货币存入 CDM 机后再从 ATM 机取款的行为应 如何定性	78
金融诈骗罪	83
秘密窃取尚未激活的信用卡并予以使用的行为应如何定性	83
盗窃并使用私自加盖印鉴的空白支票的行为应如何定性	87
危害税收征管罪	92
虚开增值税专用发票罪中的定罪数额应如何认定	92
扰乱市场秩序罪	101
公司擅自进购并销售境外书刊的行为应如何定性	101
以软件漏洞相要挟,要求与被害人签订服务合同的行为应 如何定性	109
将租赁的车辆抵押借款用于赌博的行为应如何定性	115

骗取宽带使用费差价的行为应如何定性·····	120
通过变造与保险事故有关的资料骗取保险金的行为应 如何定性·····	124
侵犯公民人身权利、民主权利罪 ·····	129
非法侵入住宅罪的定罪标准应如何掌握·····	129
明知他人借刀实施报复而出借的行为应如何定性·····	137
强奸罪中“违背妇女的意志”应如何把握·····	143
拐骗儿童强迫其卖淫后再出卖的行为应如何定性·····	148
侵犯财产罪 ·····	154
网络犯罪中的游戏金币的数额应如何认定·····	154
“低进高出”是收购赃物还是销售赃物·····	159
因盗窃被追赶弃赃逃跑,后返回使用暴力夺取财物的行为应 如何定性·····	163
唆使他人抢劫并分赃的行为应如何定性·····	167
挪用特定款物罪的主体应如何认定·····	171
到网友家中聊天实施麻醉抢劫是否属于“入户抢劫”·····	175
入室盗窃过程中当场使用暴力或者以暴力相威胁的,能否 认定为入户抢劫·····	179
入户抢劫的司法认定应如何把握·····	186
多次挪用但部分资金借出未满三个月的,能否计入犯罪数额 ·····	195
盗卖被允许使用的同居者物品的行为应如何定性·····	202
盗窃道路窨井盖的行为应如何定性·····	207
同案犯携凶器在外接应他人抢夺的行为应如何定性·····	211
连续实施数个敲诈勒索行为而部分得逞的,能否认定为 犯罪既遂·····	218
保姆击打雇主欲行抢劫,被训斥后逃离的行为应如何认定 ·····	225
诈赌后非法拘禁被害人并向家属索财的应当如何定性·····	229
盗窃保单后骗领退保金的行为应如何定性·····	233

个人决定以单位名义挪用资金给单位归还贷款的行为应如何定性·····	239
以言语威胁他人交出财物的行为应认定为抢劫罪还是敲诈勒索罪·····	245
通过互联网络控制他人账户并盗取账户内资金的行为应如何定性·····	251
扰乱公共秩序罪 ·····	258
对已经“聚众”但尚未“斗殴”的行为应如何定性·····	258
家庭成员多人以威胁放火的方式冲击国家机关的行为应如何定性·····	263
妨害国(边)境管理罪 ·····	267
接受请托,协助他人骗取《港澳通行证》的行为应如何定性·····	267
危害国防利益罪 ·····	273
阻挠领事馆武警执行任务的行为应如何定性·····	273
贪污贿赂罪 ·····	278
采取“多借少还”方式收受他人财物的行为能否认定为受贿罪·····	278
要求被监管单位存款至指定银行,帮助用款单位贷款并收受息差的行为是居间中介还是受贿犯罪·····	282
“谋取个人利益”后挪用公款的是一罪还是数罪·····	289
国企改制中隐匿使用权公房的行为应如何定性·····	296
行贿方不构成犯罪,介绍贿赂的行为应如何定性·····	302
停止收取监印费后,仍以税务机关名义向印制单位收取该费用的行为应如何定性·····	306
现行刑法施行前利用职务便利挪用公款给其他单位使用的应如何定性·····	311

药业公司总经理给予医院药品回扣的行为应如何定性·····	319
渎职罪 ·····	324
明知缴费凭证系伪造而予以审核通过的行为应如何定性·····	324
公安机关中的内勤人员收受他人财物并向逃犯泄露侦查 信息的行为应如何定性·····	329
是私分罚没财物罪还是私分国有资产罪·····	333
看守所民警为在押犯罪嫌疑人出具虚假立功证明材料的应 如何定性·····	337
利用职务便利私放犯罪嫌疑人的行为应如何定性·····	343
刑事诉讼 ·····	348
共犯口供的证明力如何运用·····	348
对被害人缺失的盗窃案件能否认定行为人的罪行·····	354
赃款去向的举证责任及刑事推定如何把握·····	360
该案的虚构事实行为能否认定·····	365
案件经法院民事调解后能否再追究被告的刑事责任·····	371

释疑部分

渎职罪的原案应由何机关管辖·····	377
职能管辖冲突应如何解决·····	378
侵犯知识产权犯罪案件中,被害单位所在地司法机关是否有 管辖权·····	380
不作为犯罪的管辖争议问题应如何解决·····	381
侦查期间发现漏罪的管辖问题如何处理·····	383
侦查期间发现漏罪的羁押期限如何计算·····	384
如何理解“侦查期间”·····	385
如何理解“重要罪行”·····	386
检察机关在审查起诉期间发现漏罪的应如何处理·····	387

公安机关移送审查起诉后发现漏罪的应如何处理·····	388
提起公诉后、法院判决前发现漏罪的应如何处理·····	389
法院判决后发现漏罪的是否需要办理逮捕手续·····	390
法院判决后发现漏罪的应由何机关办理·····	391
缓刑执行期间发现漏罪的应如何处理·····	393

案例部分

刑法的适用范围

同一行为人的主刑与附加刑 能否适用不同刑法

一、基本案情

1992年8月1日深夜,王某、何某、杨某(均已成年)伙同应某携带刀具至某区西瓜种植场,采用持刀威胁、搜查、搜身等手段,先后闯入4座看守西瓜的望棚内,分别从汤某等人处劫得人民币共计16000余元及手表2块后逃逸。

同案犯应某因本案于1993年5月被判抢劫罪,处有期徒刑14年,剥夺政治权利4年。王某、何某、杨某于2005年5月被公安机关抓获归案。

一审判决依照刑法第12条、第263条对三名被告人分别判处7年、9年、7年有期徒刑,并均附加剥夺政治权利2年,但未依法判处罚金。

检察机关对一审判决在审查后认为,一审判决未并处法定的罚金刑,显属适用法律不当,确有错误,应予以纠正,遂依法提起抗诉。

二审裁定认为,遵循从旧兼从轻的原则,鉴于刑法第263条及最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第3条之规定,对原审被告适用刑罚,其主刑轻于1979年刑法(以下简称“旧刑法”)第150条之规定,应根据刑法第263条之规定对原审被告

人处以刑罚；又鉴于刑法第 263 条存在并处罚金的附加刑重于旧刑法第 150 条之规定，为体现从旧兼从轻的原则和立法本意，在对原审被告人适用刑法第 263 条时可不并处罚金，一审判决并无不当。

据此，裁定驳回抗诉，维持原判。

二、分歧意见

一种观点认为：原判未适用罚金刑并无不当。理由是：依据从旧兼从轻原则及其立法本意，在适用具体刑法条款时可以将其割裂开来作选择性的适用，而无需保持刑法条文的完整适用。体现在本文案例，旧刑法规定本案的量刑幅度是“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，可以并处没收财产”，而现行刑法规定的量刑幅度是“三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”。根据从旧兼从轻的原则，对三名被告人的主刑部分应当适用现行刑法。而旧刑法附加刑“可以并处没收财产”与现行刑法附加刑“并处罚金”相比，旧刑法附加刑处刑较轻，据此对附加刑应当适用旧刑法，即将刑法第 263 条按主刑和附加刑割裂开来，依照从旧兼从轻原则作选择性适用，选择的结果是适用主刑而不适用于附加刑。

另一种观点认为：对本案三名被告人应当适用罚金刑。理由是：

(1) 主刑和附加刑分别适用新旧两部刑法，直接违背了现行刑法第 12 条和最高人民法院《关于适用刑法第十二条几个问题的解释》的适用规定，因为上述两个规定就是为了解决法律适用问题，一旦选定处刑较轻的现行刑法，就必须全面准确适用，因此应当将主刑与附加刑同时适用同一法律条文，不能分开适用。

(2) 对三名被告人的主刑部分适用现行刑法，与早就到案的同案犯应某相比，得到了从轻处罚，如果再认为旧刑法附加刑处刑较轻而选择适用，是两次适用从轻。事实上，旧刑法附加刑“可以并处没收财产”与现行刑法附加刑“并处罚金”相比，究竟哪个处刑较轻难以比较。在没有任何法律及司法解释作出规定前，这样的适用不仅不符合立法本意，而且显失公平，容易轻纵犯罪。

三、法理研究

我们同意第二种观点,具体分析如下:

1. 我国刑法关于从旧兼从轻原则的法律规定及适用

本案例涉及刑法溯及力问题。根据现行刑法第12条的规定,我国刑法溯及力采用从旧兼从轻的原则,即以从旧为溯及力的基本原则,以避免有适用后法之嫌;但是为了实现刑罚目的和有利于被告人,如果新法不认为是犯罪或者处刑较轻的,适用新法。^①由此,需要解决的一个问题是,什么是刑法第12条规定的“处刑较轻”。司法界对此众说纷纭、各执一词。为了解决司法实践在刑法溯及力问题上处刑轻重的争议,同时基于上述立法本意,最高人民法院明确规定:“刑法第12条规定的‘处刑较轻’,是指刑法对某种犯罪规定的刑罚即法定刑,比修订前刑法轻。法定刑较轻是指法定最高刑较轻;如果法定最高刑相同,则指法定最低刑较轻。如果刑法规定的某一犯罪只有一个法定刑幅度,法定最高刑或者最低刑是指该法定刑幅度的最高刑或者最低刑;如果刑法规定的某一犯罪有两个以上的法定刑幅度,法定最高刑或最低刑是指具体犯罪行为应当适用的法定刑幅度的最高刑或者最低刑。”^②根据该司法解释,本案例的法律适用问题就迎刃而解了。抢劫犯罪具有两个以上的法定刑幅度,法定最高刑或最低刑是指具体抢劫犯罪应当适用的法定刑幅度的最高刑与最低刑。本案三名被告人抢劫犯罪的法定刑幅度:旧刑法是“处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,可以并处没收财产”;现行刑法是“处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金”,两者的最高刑一比较,现行刑法属于“处刑较轻的”,因而,对三被告人适用现行刑法是正确的。

“从旧兼从轻”作为我国刑法溯及力的基本原则,对其准确适用还必须考虑立法原意,这是罪刑法定原则的必然要求。这一原则在国外被称

① 苏惠渔,主编,《犯罪与刑罚理论专题研究》[M],北京:法律出版社,2000:76.

② 最高人民法院解释[1997]12号《关于适用刑法第十二条几个问题的解释》.

为“有利被告”原则,也就是说,对被告人定罪处罚应当适用最有利于他的那部法律(或者法条),否则就是对被告人的不公正,有失法律的权威。从这一精神出发,将作为比较处刑轻重标准的法定刑理解为具体犯罪所对应的法定刑幅度是恰当的。而“处刑较轻”不仅指法定刑规定的较轻的刑罚,还包括其他有利于行为人的刑法规定。例如,根据刑法第 67 条第 2 款确认自首的规定,以及刑法第 68 条确认立功的规定,刑法都具有溯及力^①。但说到底,理解“处刑较轻”的目的是为了解决法律适用问题,只有确定了可以适用的法律,才能在法律规定的法定刑幅度内确定处刑结果。因此,将法定刑理解为“处刑较轻”的标准合乎法律逻辑。

2. “处刑较轻”的标准应当涵盖法定刑中的附加刑以及刑罚的不同种类

最高人民法院所解释的“处刑较轻”,在实践中一般被理解为主要限于法定刑中的主刑,因为其未直接规定附加刑的轻重比较。检察机关则认为,“首先比较法定最高刑,当法定最高刑相同时,再比较法定最低刑,当法定最低刑也相同时,再比较附加刑,然后择轻而从”。^② 我们认同检察机关的观点。

我们认为,刑法溯及力中的刑罚轻重,基本的标准是主刑轻重的比较。只有在新旧刑法主刑轻重一致的情况下,才比较附加刑的有无或轻重。总之,刑罚的轻重,既包括主刑的轻重,又包括附加刑的轻重。在主刑轻重相同的情况下,应当考察附加刑的轻重,但是,在主刑轻重分明的情况下,则无须再考虑附加刑的轻重。

值得关注的是,不仅法定刑的最高刑和最低刑有一定的幅度,就是其刑种也有不同,如果出现不同适用条件下对不同刑种的轻重比较,执法者会感到无所适从、左右为难。我国刑法中刑罚体系主刑和附加刑都是按照各自的严厉程度由轻到重依次排列的,^③所以可以理解为,现

① 何秉松,刑法教科书[M].北京:中国法制出版社,2000:134.

② 上海市人民检察院沪检发[2003]157号《关于印发〈上海市人民检察院刑法适用问题解答(试行)汇编〉的通知》。

③ 高铭暄,马克昌,刑法学[M]北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2000:238.