

中国检察出版社

下冊



郭立新 黄明儒 ◇ 主编

刑法分则适用

典型疑难问题

新释新解

王作富

主编

中国政法大学出版社

刑事法适用
指导系列

刑事法分则适用

XINGFA FENZE SHIYONG
DIANXING YINAN WENTI
XINSHI XINJIE

中国检察出版社

典型疑难问题 新释新解

第三版

(下册)

郭立新
黄明儒◇主编

D924.305
34-3

V2

编委会

主 编 郭立新 黄明儒

副主编 朱丽欣 陈家林 刘 涛 吴飞飞

撰稿人：（按姓氏笔画）

丁英华	王 彦	朱丽欣	刘 涛
吴飞飞	周洪波	杨建军	陈家林
逢锦温	侯庆奇	郭立新	黄明儒
蒋小燕			

前 言

法律是一种规则，而适用则是其生命，只有得到切实执行的法律才是真正具有效力的法律。为使《刑法》得以普遍遵守，从书本上的法走向行为中的法，立法机关不但在1997年修订《刑法》时增强了《刑法》内容上的明确性和可操作性，还进一步加强了其自身的立法解释功能。全国人大常委会先后对司法机关争议较大的《刑法》第93条第2款“其他依照法律从事公务的人员”、第294条第1款“黑社会性质的组织”、第313条“对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重”、第384条第1款挪用公款“归个人使用”、《刑法》第九章渎职罪的主体等问题，以立法解释的形式予以明确。同时，最高人民法院和最高人民检察院根据司法实践的需要，也加强了其司法解释的功能，对司法实践中问题集中的罪名相继各自或联合发布了多部司法解释，对司法机关及时查处和正确认定案件，准确适用法律，统一刑事司法起到了重要作用。但是，实践中仍有诸多疑难问题是不能仅靠立法解释和司法解释予以解决的，现实中的司法困惑仍需要刑法理论研究者予以理性的关注和正确的解析。特别是全国人大常委会根据社会经济活动的发展变化，先后通过几个决定和8个刑法修正案，对有关《刑法》条文进行了修改和完善。如何准确地理解和适用这些刑事法律，成为司法实践部门极为关注的问题。基于此，我们选择了司法机关认定中存在争议的一些问题，以现行的刑事立法、立法解释、司法解释为依据，通过理论阐释和规范分析，结合实践，力图寻求解决问题的合理方案，从而正确地适用刑法，有效惩治犯罪，维护法制的统一。

刑法分则的内容十分丰富。基于为司法实践服务的目的，本书在体例和内容上强调“实用性”，并不苛求体系上的完整和内容上的面面俱到，而是紧紧抓住分则罪名适用中难点、疑点集中的问题作了精辟剖析，对司法实践中存在问题较少的罪名或对司法操作意义不大的问题则不予论述。基于此，我们在前两次修订的基础上，将刑法修正案新增内容和最新的司法解释，及时吸纳进来，对司法实践中的新问题给予及时的关照。最后，不得不说的是，由于我们水平有限，对实践中疑难问题的理论阐释和解析是否正确、合理，还敬请读者批评指正。

本书的修订得到了国家检察官学院诸位青年教师的鼎力支持，他们将在检察官培训中遇到的司法实践问题及时总结，进行理论阐释，使本书始终保持了实用性的特点。本书修订的具体分工为：

第一章、第三章：周洪波；

第二章：黄明儒、蒋小燕、杨建军；

第四章：刘涛、朱丽欣；

第五章：吴飞飞、丁英华；

第六章：郭立新；

第七章：傅学良、刘涛。

编著者

2014年7月于北京

目 录

第一章 危害公共安全罪	(1)
第一节 危害公共安全的故意犯罪	(1)
一、如何理解“不特定”	(1)
二、投放危险物质罪	(2)
三、以危险方法危害公共安全罪	(10)
四、组织、领导、参加恐怖组织罪	(14)
五、劫持航空器罪	(20)
六、关于枪支、弹药、爆炸物犯罪的几个问题	(24)
第二节 危害公共安全的过失犯罪	(35)
一、丢失枪支不报罪	(35)
二、铁路运营事故罪	(38)
三、交通肇事罪	(41)
四、危险驾驶罪	(52)
五、重大责任事故罪	(54)
六、强令违章冒险作业罪	(57)
七、重大劳动安全事故罪	(60)
八、大型群众性活动重大安全事故罪	(62)
九、教育设施重大安全事故罪	(64)
十、不报、谎报安全事故罪	(68)
第二章 破坏社会主义市场经济秩序罪	(79)
第一节 生产、销售伪劣商品罪	(79)
一、生产、销售伪劣产品罪适用的几个疑难问题	(79)
二、生产、销售不符合安全标准的食品罪适用疑难问题	(89)
三、生产、销售有毒有害食品罪客观方面的司法适用	(95)
四、生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪主观罪过的司法认定	(98)
第二节 走私罪	(111)
一、走私罪主观罪过的认定	(111)

二、间接走私行为的定性	(112)
三、武装掩护走私行为的定性	(114)
第三节 妨害对公司、企业的管理秩序罪	(116)
一、虚报注册资本罪	(116)
二、违规披露、不披露重要信息罪	(121)
三、虚假破产罪	(128)
四、非国家工作人员受贿罪	(130)
五、对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪	(138)
六、非法经营同类营业罪	(141)
七、背信损害上市公司利益罪	(144)
第四节 破坏金融管理秩序罪	(152)
一、伪造货币罪	(152)
二、出售、购买、运输假币罪	(158)
三、金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪	(164)
四、持有、使用假币罪	(166)
五、变造货币罪	(172)
六、伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪	(176)
七、骗取贷款、票据承兑、金融票证罪	(180)
八、伪造、变造金融票证罪	(183)
九、伪造、变造股票、公司、企业债券罪	(194)
十、内幕交易、泄露内幕信息罪	(199)
十一、操纵证券、期货市场罪	(202)
十二、背信运用受托财产罪	(206)
十三、违法发放贷款罪	(208)
十四、吸收客户资金不入账罪	(211)
十五、违规出具金融票证罪	(212)
十六、洗钱罪	(215)
第五节 金融诈骗罪	(229)
一、集资诈骗罪	(229)
二、信用卡诈骗罪	(230)
第六节 危害税收征管罪	(241)
一、抗税罪	(241)
二、虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪	(245)
三、伪造、出售伪造的增值税专用发票罪	(250)

四、非法制造、出售非法制造的用于骗取出口退税、抵扣税款发 票罪	(255)
五、非法制造、出售非法制造的发票罪	(258)
第七节 侵犯知识产权罪	(268)
一、假冒注册商标罪	(268)
二、非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪	(273)
三、侵犯商业秘密罪	(279)
第八节 扰乱市场秩序罪	(284)
一、损害商业信誉、商品声誉罪	(284)
二、合同诈骗罪	(286)
三、组织、领导传销活动罪	(293)
四、非法经营罪	(297)
五、伪造、倒卖伪造的有价票证罪	(303)
六、提供虚假证明文件罪	(310)
第三章 侵犯公民人身权利、民主权利罪	(324)
第一节 侵犯妇女、未成年人身心健康的犯罪	(324)
一、强奸罪	(324)
二、强制猥亵、侮辱妇女罪	(337)
三、拐卖妇女、儿童罪	(341)
四、收买被拐卖的妇女、儿童罪	(345)
五、聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪	(350)
六、雇用童工从事危重劳动罪	(352)
七、组织残疾人、儿童乞讨罪	(354)
八、组织未成年人进行违反治安管理活动罪	(356)
第二节 侵犯生命健康、人身自由权利的犯罪	(363)
一、组织出卖人体器官罪	(363)
二、非法拘禁罪	(364)
三、绑架罪	(373)
四、诬告陷害罪	(383)
五、刑讯逼供罪	(386)
六、暴力取证罪	(390)
七、虐待被监管人罪	(394)
八、强迫劳动罪	(396)

第三节 侵犯公民名誉、秘密的犯罪	(400)
一、诽谤死者的行为性质	(400)
二、侮辱、诽谤行为是否必须公然实施	(401)
三、出售、非法提供公民个人信息罪	(402)
第四章 侵犯财产罪	(408)
第一节 暴力、胁迫型财产犯罪	(408)
一、抢劫罪加重处罚情节的认定	(408)
二、抢夺罪	(435)
三、敲诈勒索罪	(440)
第二节 窃取、骗取型财产犯罪	(448)
一、盗窃罪	(448)
二、诈骗罪	(464)
第三节 侵占、挪用型财产犯罪	(474)
一、侵占罪	(474)
二、职务侵占罪	(476)
三、挪用资金罪	(482)
四、挪用特定款物罪	(487)
第四节 毁坏、破坏、赖债型财产犯罪	(492)
一、故意毁坏财物罪	(492)
二、破坏生产经营罪	(495)
三、拒不支付劳动报酬罪	(498)
第五章 妨害社会管理秩序罪	(505)
第一节 扰乱公共秩序罪	(505)
一、妨害公务罪	(505)
二、煽动暴力抗拒法律实施罪	(513)
三、招摇撞骗罪与诈骗罪的竞合	(515)
四、伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪	(517)
五、盗窃、抢夺、毁灭国家机关公文、证件、印章罪	(519)
六、非法生产、销售间谍专用器材罪	(521)
七、非法使用窃听、窃照专用器材罪	(523)
八、非法侵入计算机信息系统罪	(526)
九、破坏计算机信息系统罪	(529)

十、非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪 与提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪的认定	··· (531)
十一、投放虚假危险物质罪与编造、故意传播虚假恐怖信息罪的 认定	····· (533)
十二、聚众斗殴罪	····· (535)
十三、寻衅滋事罪	····· (539)
十四、组织、领导、参加黑社会性质组织罪	····· (543)
十五、入境发展黑社会组织罪	····· (547)
十六、包庇、纵容黑社会性质组织罪	····· (550)
十七、传授犯罪方法罪	····· (552)
十八、引诱未成年人聚众淫乱罪	····· (555)
十九、赌博罪与开设赌场罪	····· (557)
第二节 妨害司法罪	····· (574)
一、伪证罪	····· (574)
二、辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪	····· (581)
三、妨害作证罪	····· (582)
四、打击报复证人罪	····· (584)
五、窝藏、包庇罪	····· (587)
六、掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪	····· (590)
七、拒不执行判决、裁定罪	····· (597)
八、破坏监管秩序罪	····· (598)
九、脱逃罪	····· (600)
第三节 妨害国(边)境管理罪	····· (610)
一、组织他人偷越国(边)境罪	····· (610)
二、骗取出境证件罪	····· (613)
三、运送他人偷越国(边)境罪	····· (615)
第四节 妨害文物管理罪	····· (620)
一、盗掘古文化遗址、古墓葬罪	····· (620)
二、抢夺、窃取国有档案罪	····· (622)
第五节 危害公共卫生罪	····· (625)
一、妨害传染病防治罪	····· (625)
二、传染病菌种、毒种扩散罪	····· (627)
三、妨害国境卫生检疫罪	····· (629)
四、非法组织卖血罪的转化犯问题	····· (631)

五、医疗事故罪	(633)
六、非法行医罪	(638)
第六节 破坏环境资源保护罪	(646)
一、污染环境罪	(646)
二、非法处置进口的固体废物罪	(652)
三、擅自进口固体废物罪	(655)
四、非法捕捞水产品罪	(658)
五、非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪	(661)
六、非法狩猎罪	(664)
七、非法占用农用地罪	(666)
八、非法采矿罪	(668)
九、破坏性采矿罪	(671)
十、非法采伐、毁坏国家重点保护植物罪	(672)
十一、盗伐林木罪	(675)
十二、滥伐林木罪	(679)
十三、非法收购盗伐、滥伐的林木罪	(682)
第七节 走私、贩卖、运输、制造毒品罪	(693)
一、走私、贩卖、运输、制造毒品罪	(693)
二、非法持有毒品罪	(700)
三、包庇毒品犯罪分子罪	(703)
四、非法买卖制毒物品罪	(704)
五、非法种植毒品原植物罪	(706)
六、非法买卖、运输、携带、持有毒品原植物种子、幼苗罪	(710)
七、引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪	(711)
八、强迫他人吸毒罪	(714)
九、非法提供麻醉药品、精神药品罪	(716)
第八节 组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪	(722)
一、组织卖淫罪	(722)
二、强迫卖淫罪	(726)
三、协助组织卖淫罪	(729)
四、引诱幼女卖淫罪	(731)
五、传播性病罪	(733)
六、嫖宿幼女罪	(738)

第九节 制作、贩卖、传播淫秽物品罪	(741)
一、制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪	(741)
二、为他人提供书号出版淫秽书刊罪	(745)
三、传播淫秽物品罪	(746)
四、组织播放淫秽音像制品罪	(750)
五、组织淫秽表演罪	(751)
第六章 贪污贿赂罪	(756)
第一节 贪污罪	(756)
一、贪污罪的主体问题	(756)
二、贪污罪犯罪对象的认定	(769)
三、贪污罪“利用职务上的便利”的界定	(775)
四、贪污罪的共犯问题	(776)
五、贪污罪犯罪数额的认定	(781)
第二节 挪用公款罪	(799)
一、挪用公款罪主体和犯罪对象的认定	(799)
二、挪用公款罪客观行为的认定	(810)
三、“挪用公款数额巨大不退还”的认定	(817)
四、多次挪用公款的数额认定	(818)
五、担保行为中的挪用公款问题	(821)
六、挪用公款罪的共犯问题	(823)
七、挪用公款罪的罪数问题	(824)
八、挪用公款罪与相关犯罪的界限	(826)
第三节 受贿罪、利用影响力受贿罪和行贿罪	(833)
一、受贿罪和利用影响力受贿罪	(833)
二、行贿罪	(853)
第四节 单位贿赂罪	(863)
一、单位受贿罪	(863)
二、单位行贿罪	(873)
三、单位贿赂共同犯罪的认定	(877)
第五节 巨额财产来源不明罪、隐瞒境外存款罪	(880)
一、巨额财产来源不明罪	(880)
二、隐瞒境外存款罪	(886)
第六节 私分国有资产罪、私分罚没财物罪	(888)
一、私分国有资产罪	(888)

二、私分罚没财物罪	(893)
第七章 渎职罪	(899)
第一节 渎职罪犯罪主体的范围	(899)
一、渎职罪犯罪主体的认识——由司法解释到立法解释	(899)
二、中国共产党各级机关及人民政协等机构中工作人员身份的 确认	(904)
三、被委派到国有公司、企业、事业单位、人民团体中任职的国 家机关工作人员身份的认定	(905)
第二节 一般国家机关工作人员的渎职罪	(907)
一、滥用职权罪	(907)
二、玩忽职守罪	(914)
第三节 司法工作人员的渎职罪	(919)
一、徇私枉法罪	(919)
二、私放在押人员罪	(932)
第四节 特定行政机关工作人员的渎职罪	(939)
一、徇私舞弊不移交刑事案件罪	(939)
二、徇私舞弊不征、少征税款罪	(947)
三、徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪与违法提供出口 退税凭证罪	(954)
四、食品监管渎职罪	(959)
五、非法批准征用、占用土地罪	(963)
六、帮助犯罪分子逃避处罚罪	(967)

第五章 妨害社会管理秩序罪

第一节 扰乱公共秩序罪

一、妨害公务罪

(一) 使用暴力、威胁方法，故意阻碍执行国家安全工作任务的行为应如何处理

由于《刑法》对妨害公务罪各款行为规定的构成要件不尽相同，其中前3款均规定了使用“暴力、威胁方法”，而第4款则特别强调必须是“未使用暴力、威胁方法”才符合该款的条件。因而就需要讨论行为人故意使用暴力、威胁方法阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务的行为应如何处理的问题。关于此问题，理论上有三种不同的观点^①：第一种观点认为，该行为不构成犯罪，不能处罚。主要理由是，根据罪刑法定原则的要求，只要法无明文规定就不定罪，不处罚。《刑法》第277条第4款只规定了“故意阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务，未使用暴力、威胁方法造成严重后果的，依照第一款的规定处罚”。并没有规定使用暴力、威胁方法阻碍上述机关执行国家安全工作任务时该如何处罚，所以不能处罚该行为。第二种观点认为，上述行为应该按照《刑法》第277条第4款的规定从重处罚。因为该行为与第277条第4款相比，在犯罪构成的主体、客体和主观方面都相同，虽然在客观方面不同，但是对不使用暴力、威胁方法都要处罚，对使用了暴力、威胁方法的更应该从重处罚。第三种观点认为，应该分两种情况处理：一种情况是没有造成严重后果时，按照《刑法》第277条第1款处理，即只要实施了暴力、威胁方法，出现足以妨碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务的危险后果时，就构成犯罪既遂；二种情况是造成严重后果时，按照该条第4款从重处罚。其理由是，不能从字面上理解法律上是否有明文规定，而应该从实质上分析该行为是否符合法律规定。

^① 参见鲜铁可等：《论妨害公务罪》，载《中国法学》1998年第6期。

我们认为上述三种观点都不尽合理。就第一种观点而言,它立足于罪刑法定主义,其出发点是好的,但它对罪刑法定原则的理解却失于片面。所谓“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”是就整个《刑法》条文而言的,并不是指某个单独的条款。因此以《刑法》第277条第4款对该行为没有规定来否定该行为可以作犯罪处理,理由是站不住脚的。就第二种观点而言,它以《刑法》对轻行为都要处罚,对重行为就更要处罚为理由来进行论证。事实上,这一理由本身就违背了罪刑法定主义的精神。虽然严重的社会危害性是犯罪的基本特征之一,但在实行罪刑法定原则的国度里,某一行为是不是刑法意义上的犯罪,唯一的标志就是看刑法规范是否对其加以规定。^①无论某种行为是否已经具备达到犯罪程度的社会危害性,只要《刑法》未对之作出规定,就不能将这些行为作犯罪处理。由此可见,第二种观点的论据即《刑法》第277条第4款既然处罚未使用暴力、威胁方法的行为,那更应处罚危害性更重的使用暴力、威胁方法的行为,这一逻辑推理过程不合法理,其结论自然不正确。就第三种观点而言,虽然其理由,即“不能从字面上理解法律上是否有明文规定,而应该从实质上分析该行为是否符合法律规定”被认为是罪刑法定原则的最新解释——实体正当原则。^②但是,在我们看来,罪刑法定原则可分成法治国的罪刑法定原则和文化国的罪刑法定原则。西方某些发达国家由于其健全的法律制度、良好的法治传统作保障,逐渐不满于严格罪刑法定原则的形式主义性质而开始寻求实质上的罪刑法定,即实体正当。这一发展倾向无疑是一个新的否定之否定的过程,代表着罪刑法定原则的未来趋势。然而,在我们这样一个缺乏法治传统,正在为建设社会主义法治国家而努力奋斗的国家里,当务之急是树立法治的权威,剔除封建专制、人法传统的遗毒,形成依法办事的社会风气。表现在刑事法领域,就是要坚持严格的罪刑法定原则,杜绝随意出入人罪的非法状况,因此,过早地将发达国家对罪刑法定原则一些新的解释引入我国,有害无益。第三种观点犯的正是这种错误,它主张对使用暴力、威胁方法阻碍执行国家安全工作任务的行为按《刑法》第277条第4款规定从重处罚,而无视该款在条文中明确指出其适用条件是“未使用暴力、威胁方法”显然是与法律规定不符,是没有法律上的依据的。

那么,究竟应如何处理使用暴力、威胁方法故意阻碍执行国家安全工作任务的行为呢?在我们看来,应对该行为直接适用《刑法》第277条第1款。理由是,国家安全机关、公安机关本来就属于国家机关,国家安全机关、公安

① 参见李海东:《刑法原理入门(犯罪论基础)》,法律出版社1998年版,第7页。

② 参见马克昌:《论罪刑法定原则》,载《检察理论研究》1997年第1期。

机关依法执行国家安全工作任务这一活动亦属于国家工作人员的公务活动。《刑法》鉴于国家安全工作任务性质特殊，故特立一款对“未使用暴力、威胁方法”的阻碍行为加以惩处，以突出对国家安全工作任务的重点保护。那么，在使用暴力、威胁的情况下，其行为完全符合第277条第1款的规定，自应按该款规定定罪处罚。其实，第4款在表述中采用“未使用暴力、威胁方法”一语完全没有必要。

（二）关于本罪的犯罪对象

根据《刑法》第277条规定，本罪的犯罪对象包括国家机关工作人员、全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表、红十字会工作人员及国家安全机关、公安机关执法人员（本属国家机关工作人员，但因《刑法》特别强调，故单列为一类），这一点是毫无疑问的。问题是本罪的犯罪对象除了上面提到的四种人之外，是否还包括其他人，理论界对此有不同看法。

1. 上述四种人员的亲属和亲友能否成为本罪的犯罪对象

一种观点认为，我国《刑法》对妨害公务罪的对象作了明确规定，并未规定上述四种人员的亲友也可以成为妨害公务罪的对象。上述四种人员的亲友与其本人无论在人身上，还是行为上都是独立的。对亲友的侵害虽然也会影响到本人的情绪和行为，但不能把侵害亲友的行为作为妨害公务罪论处。另一种观点则认为，妨害公务罪所侵害的直接对象，必须是国家机关工作人员等四种人员，或者是他们的家属和亲友。

我们赞同第一种观点。理由如下：其一，《刑法》第3条明文规定了罪刑法定原则，根据这一原则的精神，某一犯罪的犯罪对象应由法律明确作出规定，法律没有规定的则不能成为该罪的犯罪对象。而《刑法》第277条列举的犯罪对象只有国家机关工作人员等四种人，并不包括他们的亲属和亲友。因此，将之列为妨害公务罪的犯罪对象没有法律依据。其二，国家机关工作人员等四类人员的亲属和亲友尽管与其本人关系密切，但他们毕竟没有担负具有公务性质的职务，其自身活动如何与国家机关的正常管理活动没有直接关系。对这些亲属和亲友施加暴力或威胁，虽会对国家机关工作人员等人员的精神、情绪和行为产生负面影响，但这种影响毕竟是间接的，不会直接使国家机关的正常管理活动受到实质侵害，因此，这种行为当然也就不具备妨害执行公务的性质。

综上，妨害公务罪的犯罪对象不包括国家机关工作人员等四类人员的亲属和亲友。对他们进行侵犯，危害严重的，可按其所应构成之犯罪论处。这里应注意区别一种情况，即在国家机关工作人员等四类人员执行职务期间，行为入