

刑事法适用

XINGSHIFA SHIYONG
DIANXING YINAN ANJIAN
XINSHI XINJIE

中国检察出版社

典型疑难案件 新释新解

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律评析，又最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
姚宇 谢如程／副主编

中国检察出版社

刑事法适用

XINGSHIFA SHIYONG
DIANXING YINAN ANJIAN
XINSHI XINJIE

典型疑难案件

新释新解

刘建国 / 主编
姚宇 谢如程 / 副主编

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. —北京: 中国
检察出版社, 2006

ISBN 7-80185-514-0

I. 刑… II. 刘… III. ①刑法—案例—分析—中国 ②刑事
诉讼法—案例—分析—中国 IV. ①D924.05 ②D925.305

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 134865 号

刑事法适用典型疑难案件新释新解

刘建国 主编

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) 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: 787mm×960mm 16 开

印 张: 58.25 印张

字 数: 1042 千字

版 次: 2006 年 1 月第一版 2006 年 1 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-514-0/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
(宁波市人民检察院检察长,宁波大学
法学院兼职教授)

委员 郑本立 李长江 王彪
印黎晴 焦新祥 姚宇

主编 刘建国

副主编 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

特邀成员 魏志静 毛冠楠 江建中
初殿清 王晓昕



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？仅凭指纹鉴定结论能否作有罪认定？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

2006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	014
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?	014
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?	017
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?	020
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?	023
6. 如何区分假想防卫、故意伤害与意外事件?	026
7. 为避裆部被抓而致人重伤是否属正当防卫?	029
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?	032
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?	035
10. 在遭多人拳打脚踢的情形下,是否可以行使无限防卫权?	038

11. 用水果刀刺中持小刀乱捅的行凶者的大腿动脉致其死亡，是否成立正当防卫？	041
12. 避让不当引发交通事故是否属于紧急避险？	043
(三) 犯罪的预备、未遂和中止	046
13. 踢人下水致被害人生死不明，如何确定犯罪形态？	046
14. 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？	050
15. 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？	055
16. 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？	058
17. 盗窃既遂与未遂的数额是否能够累计计算？	060
(四) 共同犯罪	066
18. 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？	066
19. 共同实施暴力但未实施奸淫是否构成强奸既遂？	068
20. 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？	071
21. 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？	075
22. 共同预谋分头盗窃并分别实施盗窃，赃物归各自所有，是否构成共犯？	078
23. 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？	081
24. 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？	085



(五) 单位犯罪 089

- 25. 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? 089
- 26. 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? 094
- 27. 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? 097
- 28. 单位决策人员向司法机关自首的, 可否认定为单位自首? 101

(六) 刑罚的具体运用 107

- 29. 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? 107
- 30. 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? 111
- 31. 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? 114
- 32. 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? 118
- 33. 在税务机关调查时检举他人偷税线索并经查证属实的, 可否认定为立功? 122
- 34. 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? 124
- 35. 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? 128
- 36. 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? 131
- 37. 发现漏罪的时间应如何确定? 134
- 38. 以纵火的手段进行敲诈, 构成一罪还是数罪? 138

39. 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？ 141
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？ 146
41. 数罪并罚时是否仍可适用缓刑？ 149
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？ ... 153
43. 哪些情形属于应当撤销缓刑的“情节严重”的违法行为？ 157
44. 财产刑有无执行能否影响服刑犯的减刑、假释？ 160
45. 被监视居住的时间能否折抵刑期？ 163

二、职务犯罪类

(一) 职务犯罪主体的认定 166

46. 大型国有控股企业工会主席是否为国家工作人员？ 166
47. 国有企业中过磅员从事的是公务还是劳务？ 172
48. “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？ 177
49. 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”？ 181

(二) 贪污罪的认定 184

50. 利用职务之便占有房屋宅基地，但未取得土地使用权证，是否构成犯罪？ 184
51. 尚未实际占有公款能否认定贪污犯罪既遂？ 186
52. 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？ 189
53. 劳动合同终止后仍从事保险代理业务的，身份应如何认定？ 193



54. 国有企业改制中侵吞小金库资金的行为应如何定性?	197
55. 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
56. 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?	205
(三) 挪用公款罪的认定	209
57. 挪用公款犯罪的追诉期限应如何把握?	209
58. 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
59. 挪用公款存单为本人质押贷款的行为应如何定性?	218
60. 具体用途不同的挪用公款数额是否可以累计?	222
61. 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?	226
62. 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?	230
(四) 贿赂犯罪的认定	235
63. 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?	235
64. 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?	238
65. 行贿行为不构成行贿罪的情况下, “检举揭发”其行贿对象能否认定为立功?	242
66. 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?	245
67. 案发前退回部分赃款, 对退回的赃款应如何认定?	248
68. 超越职权是否属于“利用职务之便”?	251

69. 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? 255
70. 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”? 259
71. 收受“干股”及分红如何认定犯罪数额? 263
72. 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? 267
73. 接受旅游服务是否可以构成受贿? 270
74. 医务工作人员收受业务单位回扣是否构成受贿罪? 274
75. 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? 278
76. 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? 282
77. 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? 286
78. 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? 290
79. 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? 294
80. 收受他人房屋使用权是否构成受贿? 298
81. 受贿后又向行贿人提供借款, 能否折抵受贿数额? 300
82. 上级收受下级红包的行为如何定性? 303
83. 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? 306
84. 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? 309
85. 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”？	311
86. 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”？	315
87. 民营企业主送给国家工作人员财物的行为如何定性？	318
(五) 渎职犯罪的认定	322
88. 双重身份人员的渎职行为应如何定性处理？	322
89. 双重身份主体的渎职行为可否认定玩忽职守罪？	326
90. 双重身份人员的渎职行为应如何认定？	329
91. 玩忽职守罪的追诉期限应从何时起算？	332
92. 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？	335
93. 危害行为终了后挽回经济损失是否可以阻却犯罪成立？	341
94. 滥用职权行为造成的损失应如何认定？	347
95. 税务工作人员的多种渎职行为交织时该定何罪？	350
96. 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？	355
97. 如何判断“在押”状态？	359
98. 超越职权能否构成滥用职权罪？	364

三、其他犯罪类

(一) 危害公共安全罪的认定	369
99. 如何认定爆炸未遂行为人的主观故意？	369
100. 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？	372
101. 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	

(二) 破坏社会主义市场经济秩序罪的认定 404



117. 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
118. 合同诈骗罪中的“合同”是否包括口头合同?	441
119. 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”?	445
(三) 侵犯公民人身权利、民主权利罪的认定	450
120. 邻里互殴致人重伤但无法查明直接致害人时, 应如何处理?	450
121. 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?	453
122. 采用暴力手段强行与原有过不正当两性关系的被害人发生性关系, 该如何定性?	456
123. 如何区分强奸罪(未遂)与强制猥亵妇女罪?	461
124. 同居期间男方剃女方阴毛的行为应如何定性?	467
125. 行为人既实施了强制猥亵妇女的行为, 又实施了猥亵儿童的行为, 应如何定罪?	469
126. 误以为索取债务而帮助非法扣押他人是否构成绑架罪的共犯?	471
127. 如何理解“非法拘禁致人死亡”?	474
128. 聘用制协警队长能否成为非法拘禁罪的特殊主体?	478
129. 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?	482
130. 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?	484
131. 哄骗是否为绑架人质的方法之一?	487
132. 为泄愤而剥夺他人人身自由并强索钱财应如何定罪?	490

(四) 侵犯财产罪的认定	493
133. 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”?	493
134. 进入作为卖淫场所的车棚实施抢劫是否属于入户抢劫?	496
135. 在抢劫、盗窃混合故意支配下入户实施盗窃行为, 因被发现而当场以暴力相威胁, 应如何定性?	500
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”?	505
137. 因故入室采用暴力胁迫手段索财的行为如何定性?	508
138. 在户内才产生抢劫的故意能否构成“入户抢劫”?	511
139. 持刀入户抢劫是否有既遂、未遂之分?	514
140. 利用药物致人昏迷未成而趁其熟睡之际窃取财物的行为应如何定性?	517
141. 盗窃不成改抢劫, 同伙不作为离开是否同罪?	520
142. 盗窃转化抢劫, 对望风的同伙该如何定性?	524
143. 抢劫罪中止、预备与未遂形态应如何区分?	527
144. 强制猥亵后拾取被害人财物的行为应如何定性?	530
145. 当场使用暴力后强迫被害人在指定的期限内交出财物的行为应如何定性?	534
146. 当场使用暴力扣留被害人财物迫使其在指定期限内交出财物是否构成抢劫罪?	537
147. 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?	540
148. 使用暴力后, 趁被害人逃跑时, 当着房东的面夺取被害人财物的行为, 该如何定性?	543
149. 赌博之后以诈赌为由强行索要财物的行为应如何定性?	548