

(第二辑)

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

(第二辑)

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 (C I P) 数据

刑事案例研究与司法问题释疑 / 龚培华主编. —2版.
上海: 上海交通大学出版社, 2006
ISBN 7-313-04045-8

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
(第二辑)**

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: 张天蔚

常熟市文化印刷有限公司印刷 全国新华书店经销

开本: 880mm × 1230mm 1/32 印张: 9.875 字数: 275 千字

2005 年 8 月第 1 版 2006 年 2 月第 2 版 2006 年 2 月第 3 次印刷

印数: 4 050

ISBN 7-313-04045-8/D · 113 定价: 18.00 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都是长期从事检察实

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。我们有意将案例收集和司法讨论作为一项经常性的工作,每半年编辑出版一辑,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

2005年12月

目 录

案例部分

犯罪和刑事责任	3
在国家取消纺织品配额前,买卖纺织品许可证的行为应否定罪	3
明知他人欲殴打自己而携刀在身,并在互殴中刺伤他人致死 的行为是否属于正当防卫	6
单位决定将保管的他人财物扣押并出售的行为应如何定性	13
犯罪的预备、未遂和中止	16
意图抢劫出租车司机,并被觉察的情况下 抢夺出租车钥匙的行为应如何定性	16
共同犯罪	22
共同犯罪中主犯实行过限,对帮助犯应如何认定	22
有身份者与无身份者利用各自职务便利共同犯罪的 应如何处理	31
自首和立功	37
单位犯罪中直接负责的主管人员自首的,能否认定为单位自首	37
危害公共安全罪	45
盗拆高速公路上防眩板的行为应如何定性	45
为非法持有枪支的犯罪分子保管、藏匿、转移枪支的行为 应如何定性	49
在高速公路上发生交通事故后逃逸的行为应当如何认定	53
编造虚假恐怖信息罪中的恐怖信息应如何具体界定	60
走私罪	64
携带用于销售的物品入关不申报的行为应如何定性	64

生产、销售伪劣商品罪	70
生产、销售假药罪应如何具体认定.....	70
妨害对公司、企业的管理秩序罪	76
外企人员利用职务便利转让车牌额度,并从中牟利的行为 应如何定性	76
破坏金融管理秩序罪	79
如何区别用账外客户资金非法拆借罪与“挪用型”犯罪	79
金融诈骗罪	87
使用虚假证明文件骗取银行贷款,且故意回避不归还 贷款的,能否认定为具有非法占有目的.....	87
票据诈骗罪“以非法占有为目的”应如何认定	92
公司为融资指使员工使用信用卡透支的行为能否构成 信用卡诈骗罪	97
危害税收征管罪	100
行为人对超经营范围的收入未缴税的是否构成偷税罪.....	100
侵犯知识产权罪	103
非法获取他人计算机软件,销售给本公司牟利的行为 应如何定性.....	103
扰乱市场秩序罪	108
合同诈骗罪“以非法占有为目的”应如何认定.....	108
非法经营罪应如何具体认定.....	114
网上非法销售 CD 唱片的行为应如何定性	122
送水工伪造水票并销售的行为应如何定性.....	125
侵犯公民人身权利、民主权利罪	131
驾车撞人后未停车救助,致使被害人被其他车辆碾死的 行为应如何定性.....	131
追赶被害人欲加伤害,致其跳河溺死的行为应如何定性	137
以欺骗手法挟持人质勒索赎金的行为是否属于“绑架”行为, 并由中级人民法院管辖.....	142
在自己被司法机关立案侦查时,实施意图使他人受刑事追究	

的行为应如何定性·····	146
侵犯财产罪 ·····	150
在户内对户主以外的人员实施抢劫的,能否认定为入户抢劫·····	150
以暴力胁迫他人交出财物后,趁人不备夺取逃逸的行为	
应如何定性·····	156
以暴力威胁的方法劫取他人钻戒,并要求他人用现金	
将钻戒赎回的行为应如何定性·····	158
将已知道密码的手机充值卡出售后再使用的行为	
应如何定性·····	162
洗车时未申明而留置于车内的钱物,属代为保管的	
他人财物还是遗忘物·····	167
误将雇主财物当作垃圾处理,发现后据为己有的行为应如何	
定性·····	171
连续实施诈骗行为涉及数个诈骗罪名的情况应如何处理·····	174
合伙人骗取合伙企业财产的行为应如何定性·····	177
诱骗他人参赌,并设置圈套骗取他人财物的行为	
应如何定性·····	184
骗取他人信任,借用手机后溜走的行为应如何定性·····	188
拎取他人遗忘在停放于公共场所自行车上皮包的行为	
应如何定性·····	194
利用职务便利,将公司房产登记备案转移至亲属名下的	
行为应如何定性·····	200
被害人临时主动增加支付的钱款,是否应计入敲诈勒索	
犯罪数额·····	204
扰乱公共秩序罪 ·····	209
伪造公司印章骗取被害单位服务费用的行为应如何定性·····	209
殴打他人后临时起意索取财物的行为应如何定性·····	212
网络赌球行为应如何定性,赌博犯罪的共犯应如何认定·····	215
组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪 ·····	219
介绍同性卖淫是否构成介绍卖淫罪·····	219

贪污贿赂罪·····	222
利用职务之便截留退费的行为应如何定性·····	222
将国有资产隐匿,并转移至由国有公司改制的民营公司的行为 应如何定性·····	228
无明确请托事项,上级收受下属钱款的行为能否认定为受贿罪···	235
以暗示方式索要财物的行为能否认定为受贿罪·····	239
名为混合投资、实为国有资本单独出资的有限责任公司, 能否认定为国有公司·····	243
渎职罪·····	251
间接因果关系能否构成玩忽职守罪·····	251

释疑部分

应如何理解《最高人民法院关于被告人对行为性质的辩解是否 影响自首成立问题的批复》·····	259
被盗移动电话 SIM 卡内预存话费是否应计入盗窃数额·····	264
协警、联防队员能否成为刑讯逼供罪的主体·····	266
伪造学历证明的行为应如何定性·····	267
单方具有斗殴故意并实施互殴的能否认定为聚众斗殴罪·····	270
单方聚众能否认定为聚众斗殴罪·····	272
临时起意聚众斗殴能否认定为聚众斗殴罪·····	273
聚众斗殴致无辜者伤亡的应如何定性·····	274
聚众斗殴致人重伤、死亡如何转化为故意伤害、故意杀人罪·····	276
为他人介绍购买仅用于吸食的毒品的行为应如何定性·····	278
行为人滥用执行权力,非法获取已被法院查封、扣押财产的 行为应如何认定·····	280
如何界定徇私枉法罪中的“情节严重”·····	283
徇私枉法罪与受贿罪竞合时,如何选择适用的罪名·····	284
如何理解徇私枉法罪中的“利用职务便利”·····	286
如何理解徇私枉法罪中的“徇私”·····	288

徇私枉法罪中的“有罪”原案应如何认定·····	290
如何认定私放在押人员罪中的“情节严重”·····	292
徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪的“情节严重” 应如何认定·····	293
徇私舞弊不移交刑事案件罪的“情节严重”应如何把握·····	294
徇私舞弊不移交刑事案件罪的犯罪主体应如何认定·····	295
如何理解帮助犯罪分子逃避处罚罪中的“犯罪分子”·····	297
如何区分帮助犯罪分子逃避处罚罪与徇私枉法罪的 “包庇”行为·····	299
如何认定帮助犯罪分子逃避处罚罪中的“情节严重”·····	302
对已取保候罪的犯罪嫌疑人移送审查起诉后,是否需要重新 办理取保候审手续·····	303

案例部分



犯罪和刑事责任

在国家取消纺织品配额前,买卖纺织品 许可证的行为应否定罪

一、基本案情

2001年10月至2004年3月期间,被告人蔡某、卢某等人,以上海高勋商贸有限公司、上海中肯贸易有限公司、上海幅贸责任有限公司的名义,低价从浙江某经贸有限公司、浙江某集团有限公司等单位买入纺织品出口许可证,买入经营额共计人民币264万元。然后高价将已买入的纺织品出口许可证卖给杭州某有限公司、杭州某布艺有限公司等单位,卖出经营额共计人民币608万元。

二、分歧意见

对被告蔡某、卢某等人买卖纺织品出口许可证的行为应如何认定,主要有两种不同的意见:

第一种意见认为,本案中的多名被告人以低价从享有国家给予配额资格的单位买进纺织品进出口许可证,然后以高价卖给不享有配额资格的单位,从中赚取差价,且情节特别严重,其行为属于非法买卖进出口许可证的性质,符合非法经营罪的构成要件,应认定为非法经营罪。

第二种意见认为,由于商务部、海关总署公告从2005年1月1日起取消纺织品配额许可证制度,非法经营罪中所规定的纺织品出口许可证这一特定犯罪对象已不复存在,从而使买卖进出口许可证的行为失去了可罚性。根据刑法从旧兼从轻原则,应依照新的行政法规,认定被告人的行为无罪。

三、法理研究

根据本案实际情况以及相关法规,我们同意第二种意见,即本案被告人的行为不构成犯罪。

本案争议焦点是,当空白罪状所援引的具体行政法规发生变化时,是否因行政法规的变化而导致刑法罪状的变化,从而出现溯及力问题。

依照刑法第12条关于溯及力的规定,溯及力的效力体现为两方面:当时的法律不认为是犯罪的,适用当时的法律;当时的法律认为是犯罪且应当追诉的,按照当时的法律追究刑事责任,但是新法不认为是犯罪或者处刑较轻的,适用新法。这里需要解决一个问题,就是怎样理解“当时的法律”。

“当时的法律”是指实施行为时所能依据的有效法律,包括刑法及其他有关惩治犯罪的规定整体。我们认为,“当时的法律”存在两个范畴,大的范畴是新刑法施行之前的刑法及其他所有与犯罪与刑罚有关的决定、解释等规定;小的范畴则是指行为实施时所依据的具体刑法条文的实质内容。决定刑法是否溯及既往,既要比较新旧刑法之间关于定罪与量刑的差异;也要比较新刑法与既有的有关惩治犯罪的规定,整体之间关于定罪与量刑的差异;还要比较同一部刑法中某一条文的实质内容是否发生变化,从而导致的定罪与量刑方面的差异。

结合本案的实际情况,被告人蔡某、卢某等人买卖纺织品出口许可证的行为是在国家禁止买卖此类许可证期间,其行为符合刑法第225条非法经营罪第2项“买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件”的规定。但是,国家商务部、海关总署2004年第82号公告规定,自2005年1月1日起,原

对我国纺织品出口设限国将取消对我国的配额限制。根据世界贸易组织《纺织品与服装协定》关于纺织品配额一体化和我国加入世界贸易组织议定书中的相关条款,自 2005 年 1 月 1 日起从我国出运到原设限国家的,将不再实施配额许可证管理,出口经营者在向中国海关申报出口时无需出具纺织品出口许可证;进口国海关也将不再查验我国主管部门出具的纺织品出口证书。也就是说,2005 年 1 月 1 日以后,纺织品配额许可证制度已经被取消。由于刑法关于非法经营罪的罪状是空白罪状,需要依据有关行政法规决定罪状的内容,当有关纺织品配额许可证的行政法规已经发生变化时,刑法非法经营罪条款也就随之相应发生变化。刑法的变更不仅仅是指刑法本身在形式上的变更,还应包括刑法中所规定的犯罪构成要件的变更。原来触犯某一空白罪状的行为,由于相应的补充规范(补充规范是指空白刑法中所指明参照的法律、法规)的变更,不再认为是犯罪,应当遵循刑法溯及力的原理,适用审判时法律,宣告无罪。因此,依据实质内容已经发生变化的刑法第 225 条有关“非法经营罪”的规定,本案被告人的行为不再具有犯罪性质,根据从旧兼从轻的追溯原则,应当认定本案被告人蔡某、卢某无罪。

(曹 坚)

明知他人欲殴打自己而携刀在身， 并在互殴中刺伤他人致死的行为是否 属于正当防卫



2003年6月初，被告人肖某因工作琐事与被害人王某发生争执、斗殴。同月5日晚22:30许，被告人肖某下班回家途中，发现王某等四人守候在离其暂住处约700米的地方（王某等人此时并未发现被告人），即回暂住处携带一把36cm长的尖刀出门寻找被害人。王某等人因未等到肖某准备回家，由于两人暂住处在同一方向，当被告人肖某行至吴中路虹井路路口时，被王某等人遇见并遭围攻。肖某拔出尖刀威胁对方，但在逃跑中被王某追上，肖某遂用尖刀猛刺王某，致使被害人王某因被锐器刺戳致大出血而死亡。作案后，被告人肖某逃离现场。



就本案被告人肖某行为是否属于正当防卫，存在两种不同意见：

一种意见认为，被告人肖某是在被害人对其进行殴打之时，为避免遭受不法侵害而持刀刺戳被害人，该行为应认定为正当防卫。但因致人死亡明显超过防卫必要限度，系防卫过当，其行为依法已构成故意伤害罪，应当承担刑事责任。

第二种意见认为，被告人行为系防卫挑拨，而非正当防卫，其伤害他人致死的行为已构成故意伤害罪。

三、法理研究

本案的分歧意见主要集中于两方面：一是被告人肖某的行为是否属防卫挑拨，从而构成故意伤害罪；二是被告人肖某的行为是否属防卫过当，亦构成故意伤害罪。解决这两个问题，必须把握防卫挑拨、防卫过当、特别防卫权等概念。结合案件具体情况分析，最终得出正确的结论。

1. 从正当防卫的构成条件看被告人肖某行为的性质

正当防卫是指为了国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而对实施不法侵害的人所采取的必要的防卫行为。实施正当防卫必须符合法定的条件。根据刑法的规定，正当防卫必须具备五方面的条件：

(1) 必须有危害社会的不法侵害行为发生。正当防卫的防卫起因限于有危害社会的不法侵害行为发生。所谓不法侵害是指对法律保护的公私合法权益进行的侵害，即对国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利进行的侵害。不法侵害的性质既包括犯罪行为的危害，也包括一般违法行为。

考察本案案情，案件的起因是 2003 年 6 月初，被告人肖某与被害人王某发生争执，王某认为自己吃了亏，遂纠集他人，于同年 6 月 5 日晚守候于肖某从单位回暂住处的途中，意图殴打肖某。被害人王某等人意图加害被告人肖某的意图十分明显。案情的发展也表明，当肖某与王某等人相遇时，王某等人立即冲上去对肖某进行围攻。被害人王某等人的行为属于不法侵害当无疑义。

(2) 必须是正在进行的不法侵害。正当防卫的防卫时机必须恰当，即只能针对正在进行的不法侵害行为实施。所谓正在进行的不法侵害，主要包含两方面的因素：① 不法侵害是实际存在的，而不是主观想像或者推测。如果将实际上并不存在的不法侵害，误认为是不法侵害而实行防卫，学理上称之为假想防卫。② 不法侵害已经着手实施。如果不法侵害尚未实施，或者不法侵害已经进行完毕，此时实施所谓防