

上海  
检察文库



检察案例选编 ①

---

# 刑事疑难案例研究

## (2012)

Study on Hard Cases in  
Criminal Justice (Vol.2012)

陶建平 主编

---



上海交通大学出版社  
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

上海  
检察文库

检察案例选编 ①

---

# 刑事疑难案例研究 (2012)

Study on Hard Cases in  
Criminal Justice (Vol.2012)

主 编：陶建平

副主编：张少林 肖 宁

统 稿：秦新承 欧阳昊 赵 宁 戚永福

---



上海交通大学出版社  
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

## 内 容 提 要

本书收集了近两年上海检察机关办理终结的疑难复杂案件,通过基本案情、争议焦点、评析意见、处理结果等四部分的阐述,展现刑事法学的理论与实践问题。全书共分为“刑法总则”、“刑法分则”和“刑事诉讼法”三个部分,按照实体法和程序法、总论和分论的法典体例进行编排;所选案例具有典型性、实用性和理论性的特点;论证分析不仅注意全面客观反映基本案情,而且列举实务部门的分歧意见,使读者能够触类旁通、举一反三。

### 图书在版编目(CIP)数据

刑事疑难案例研究. 2012/陶建平主编. —上海:上海交通大学出版社,2013

(上海检察文库)

ISBN 978-7-313-09691-3

I. ①刑… II. ①陶… III. ①刑事犯罪—案例—中国  
IV. ①D924.305

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 094549 号

## 刑事疑难案例研究(2012)

陶建平 主编

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 951 号 邮政编码 200030)

电话:64071208 出版人:韩建民

常熟市文化印刷有限公司印刷 全国新华书店经销

开本:787mm×960mm 1/16 印张:35.25 字数:551 千字

2013 年 7 月第 1 版 2013 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-313-09691-3/D 定价:69.00 元

---

版权所有 侵权必究

告读者:如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系  
联系电话:0512-52219025

## 序 言

刑法学是一门理论与实践高度统一的学科,刑事案例则是反映现实司法活动的刑法理论与实践结合的产物。进入 21 世纪以来,我国经济社会发展日新月异,各种新类型的疑难复杂案件也层出不穷。在此背景下,广大司法工作人员通过办案实践,发挥自己的经验、智慧,提炼出精到的方法和理论,成为推动刑事立法、刑事法律理论发展的重要源泉。

上海检察机关历来十分重视发挥典型案例的业务指导作用,不仅通过市院检委会案例通报、业务条线案例指导以及案例教学培训等方式,提高本市检察干警发现、研究疑难案件的意识和水平,而且自 2005 年开始,每年编辑一本《刑事案例研究与司法问题释疑》,将司法实践中的优秀案例汇编出版,指导执法办案。为了更好地贯彻落实中央关于建立案例指导制度的司法改革举措和最高人民检察院 2010 年《关于案例指导工作的规定》,我们组织力量,编辑出版了本书,收集了 2011 年以来上海检察机关办理的 153 个法律适用疑难案例。

基于上述一贯的宗旨和思路,我们在汇编过程中特别注意以下三点:一是典型性。本书所选案例均来自上海检察实践,每个案例在检察办案过程中都存在较大争议,反映法律适用的一类问题;二是实用性。本书每个案例都包括基本案情、争议焦点、评析意见和处理结果四个部分,既注意全面反映客观案情,又注意反映司法实践部门的争议观点,通过对焦点问题的重点分析,提高读者对该类问题的理解和认识;三是理论性。本书的案例均来自检察办案一线,作者大多既有较长的检察工作经历,同时又有较强的理论研究能力。他们不仅对案件处理的正误进行评析,而且从法学原理和检察实践出发,举一反三,以点及面,力求实现理论上的升华。

当然,由于我们水平有限,刑法实践和理论也在不断发展,本书选编中的不当之处在所难免,在此真诚地希望读者批评指正,以便下次编撰时修订更正。

编 者  
2013年2月

## 总则部分

|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| 特别关税税率变化对走私行为的定罪量刑是否有溯及力        | 3  |
| 非法获取公民信息罪中的“非法获取”以及“公民信息”应当如何认定 | 9  |
| 跨刑事责任年龄段的未成年人犯罪案件如何进行主体认定和法律适用  | 12 |
| 事先有备能否阻却防卫行为的正当性                |    |
| ——人身安全受到威胁后准备行为的目的判断            | 16 |
| 一方未实施殴打行为,斗殴双方是否均构成聚众斗殴罪        | 21 |
| 诈骗得被害人存款后丢弃银行卡未取款如何认定犯罪形态       | 26 |
| 敲诈勒索未实际取得部分钱款的行为应如何认定犯罪形态       | 30 |
| 如何准确理解和认定正当防卫与必要限度              | 34 |
| 如何把握盗窃实施终了未遂的定罪标准               | 38 |
| 对窃取数额较大财物后尚未逃离物主控制区域时被抓捕的行为     |    |
| 如何处理                            | 43 |
| 共同犯罪和同时犯应如何区分                   | 50 |
| 共同犯罪中主犯、从犯区分标准应如何把握             | 54 |
| 同案犯在逃情况下先行抓获的被告人能否被认定为从犯        | 59 |
| 非法经营罪单位犯罪主体如何认定                 | 62 |
| 如何实现未成年人共同犯罪的量刑平衡以及准确适用罚金刑      | 67 |
| 犯罪嫌疑人被初次询问时如实交代犯罪事实是否应认定为自首     | 74 |
| 如何正确理解追诉时效的延长                   | 78 |
| 连续犯同一罪名漏罪的追诉时效如何计算              | 82 |
| 刑法追诉时效延长如何适用                    | 86 |

## | 分则部分 |

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| 危害公共安全罪                              | 95  |
| 酒后驾车抗拒检查的行为如何定性                      | 95  |
| 误将炸弹当毒品运输应如何定罪量刑                     | 98  |
| 非法买卖五种特定剧毒化学品以外的其他剧毒化学品的行为是否构成犯罪     | 103 |
| 携带气枪铅弹乘坐火车的行为应如何认定                   | 107 |
| 交通肇事后找人顶责的行为如何认定和处理                  | 111 |
| 机动车辆所有人指使肇事人逃逸且发生被害人死亡后果的行为应如何认定     | 114 |
| 指使他人违章驾驶后又帮助逃逸的行为该如何定性               | 118 |
| 对无交通事故认定书及直接证据的乘车人交通肇事相关行为应如何评价      | 123 |
| “多因一果”之下危险物品肇事罪的认定                   | 127 |
| 破坏社会主义市场经济秩序罪                        | 131 |
| 销售标示虚假批号、功能主治、含有处方药成分“性保健”产品的行为应如何认定 | 131 |
| 在食品中掺入含有有毒、有害的非食品原料的行为如何定性           | 135 |
| 借用资金骗取工商注册的行为是否构成虚报注册资本罪             | 139 |
| 为实现控股而使用上市公司资金并操纵购买该上市公司股权的行为应如何认定   | 143 |
| 伪造授权委托书以共有产权房抵押贷款的行为如何定性             | 147 |
| 如何界定高利转贷罪中的“高利”                      | 151 |
| 以“口口相传”方式进行非法集资的行为如何定性               | 156 |
| 交易中介在上市公司重大投资信息披露前购买该公司股票并获利的行为如何处理  | 159 |
| 如何认定司法解释中恶意透支型信用卡诈骗的“以非法占有为目的”       | 165 |
| 如何把握恶意透支型信用卡诈骗罪中的催收要件                | 169 |
| 如何认定信用卡恶意透支的“以非法占有为目的”               | 174 |
| 持卡人变更联系方式致银行无法催收到本人时能否认定为有效催收        | 178 |
| 逃税后补缴税款和滞纳金但未受到行政处罚的能否适用逃税罪          |     |

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| “初犯免责”条款                              | 181 |
| 出售非法制造的发票罪中“情节严重”如何认定                 | 186 |
| 出售购入伪造的发票而尚未售出的行为如何定性                 | 191 |
| 销售盗版影视光盘的行为应当如何定性                     | 195 |
| “数量”能否作为销售侵权复制品罪的立案追诉标准               | 200 |
| 技术图纸作为完整设计是否属于商业秘密                    | 203 |
| 如何确定刑法修正案新规定犯罪的溯及力和罪名                 | 207 |
| “骗展”的行为性质应当如何认定                       | 213 |
| 冒充产权人盗卖房屋行为应如何定性                      | 217 |
| 假冒身份在购销公司间连环骗取财物的行为应如何定性              | 224 |
| 民间高利放贷行为能否成立非法经营罪                     | 231 |
| 非法买卖新台币是否构成非法经营罪                      | 238 |
| 侵犯公民人身权利、民主权利罪                        | 242 |
| 故意伤害他人后骗取医药费是否应当数罪并罚                  | 242 |
| 打斗中误伤第三人的行为应如何定性                      | 248 |
| 如何准确采信强奸案件中违背妇女意志的证据                  | 252 |
| 收取购房款后不偿还自己剩余房贷逃匿的行为是否构罪              | 257 |
| 以虚构交易的方式通过网络结算公司骗取财物的行为如何认定           | 262 |
| 婚姻关系存续期间丈夫与妻子强行发生性关系的行为是否构成强奸罪        | 267 |
| 为索取合法债务非法拘禁他人的行为应如何认定                 | 272 |
| 如何准确区分绑架罪与抢劫罪的客观行为                    | 277 |
| 趁人不备拿起柜台上的手机就跑的行为应如何定性                | 281 |
| 利用工作便利盗取会员卡卡号后以卡内积分网上兑换财物的<br>行为如何定性  | 284 |
| 未成年人单次入户盗窃行为应如何定罪                     | 288 |
| 侵犯财产罪                                 | 291 |
| 如何从劳务工的实际职责和犯罪对象的占有归属来区分<br>职务侵占罪与盗窃罪 | 291 |
| 如何准确认定转化型抢劫罪中的“当场使用暴力”                | 296 |
| 强拉被害人肩膀并抢走挎包的行为应如何定性                  | 300 |



|                                        |     |
|----------------------------------------|-----|
| 如何区分事出有因的抢劫与敲诈勒索行为                     | 303 |
| 如何认定入户抢劫中的“户”                          | 306 |
| 对以窃取和骗取的手段非法占有他人财物的行为如何定性              | 311 |
| 利用通信公司结算系统漏洞透支话费的行为如何定性                | 315 |
| 入户窃取知晓密码的信用卡后取现的行为应否认定为入户盗窃            | 318 |
| 将本人银行卡出租他人后补办新卡获取卡内资金的行为如何定性           | 322 |
| 约定分别盗窃并共同分赃的行为能否认定为盗窃罪共犯               | 325 |
| 为掩盖盗窃事实而伪造银行存单的行为如何定性                  | 329 |
| 假装“钱包”丢失要求查验乘机窃取钱财的行为应如何定性             | 335 |
| 赃物未查获无法估价时盗窃数额如何认定                     | 339 |
| 出借银行卡后挂失并取走卡内钱款的行为应当如何定性               | 344 |
| 进入商住混用场所实施盗窃行为能否认定为“入户盗窃”              | 348 |
| 窃取他人身边财物的行为能否认定为“扒窃”                   | 353 |
| 使用部分空白的空头支票实施诈骗的行为如何认定                 | 357 |
| “吊模斩客”的行为如何定性                          | 362 |
| “调包收钱”和“收钱调包”并存时的行为如何认定                | 366 |
| 驾驶机动车强抢物品行为的性质如何认定                     | 371 |
| 伪造动拆迁协议骗取房产契税的行为如何定性                   | 376 |
| 以验货为由取得财物后扔下假币就逃离的行为该如何定性              | 381 |
| 超市收银员利用职务便利多收顾客信用卡内钱款并予侵吞的<br>行为如何认定   | 386 |
| 将委托管理的公有住房低价卖给个人及亲属的行为应如何定性            | 390 |
| 承包经营条件下如何认定职务侵占主体和对象                   | 393 |
| 通过本人设立的代理公司从任职公司收取佣金的行为如何定性            | 397 |
| 利用职务之便欺骗顾客并以其他实物形式非法占有商品差价的<br>行为应如何认定 | 402 |
| 被辞退后冒用他人名义收取原单位订奶款并潜逃的行为如何<br>定性和处理    | 406 |
| 公司中层将外发业务私自承接后获利的行为是否构成职务侵占罪           | 411 |
| 受国有企业劳务派遣进行财物保管的人员窃取财物的行为如何定性          | 415 |

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| 妨害社会管理秩序罪                         | 419 |
| 冒充消防工作人员兜售非法出版物的行为应如何定性           | 419 |
| “网络盗号”行为性质如何认定                    | 423 |
| 攻击计算机服务器干扰私车额度网上竞拍的行为如何定性         | 428 |
| 如何认定聚众斗殴罪及其转化犯                    | 431 |
| 如何准确把握故意伤害罪和“随意殴打”型寻衅滋事罪界限        | 435 |
| 在公共场所持空枪威胁他人应如何定性                 | 439 |
| 黑社会性质组织的认定标准应如何把握                 | 443 |
| 传授他人盗窃方法的行为如何定性                   | 450 |
| 阻止盗窃行为后销售遗留赃物获利的行为如何定性            | 456 |
| 提供伪造护照帮助他人偷越国(边)境的行为应如何定性         | 462 |
| 非法行医罪中的“情节严重”如何认定                 | 466 |
| 如何从证据角度对毒品贩卖与毒品运输行为进行界定           | 471 |
| 在列车上携带假毒品的行为应如何定性                 |     |
| ——兼论不可罚的不能犯与未遂犯的区分标准              | 477 |
| 单纯指使他人领取邮寄毒品的行为应当如何定性             | 482 |
| 组织他人异地为卖淫女网络招嫖的行为如何定性             | 485 |
| 如何准确认定传播淫秽物品罪中的网络传播行为             | 489 |
| 组织“大尺度私拍”是否构成组织淫秽表演罪              | 493 |
| 危害国防利益罪                           | 499 |
| 冒充军人骗取他人信任再伺机拎走财物的行为应如何认定         | 499 |
| 贪污贿赂罪                             | 503 |
| 商业机会可否认定为受贿罪中的财物                  | 503 |
| 退休返聘人员能否成为受贿罪的犯罪主体                | 507 |
| 不直接参与发包工程管理但基于职务身份收受承包商贿赂款的行为如何认定 | 511 |
| 受贿人将部分受贿款留存在转交人处未予提取的行为如何定性       | 515 |
| 如何区分利用职务之便与利用工作之便                 | 519 |
| 违规放行不符合检疫合格条件生猪的行为应如何处理           | 522 |
| 经济活动中的商业贿赂犯罪是否需要以谋取不正当利益为要件       | 526 |

|                              |         |
|------------------------------|---------|
| 国家出资公司、企业中的国家工作人员应当如何认定      | 531     |
| 如何把握巨额财产来源不明罪的行为要件           | 535     |
| <br><b>丨 刑事诉讼法部分 丨</b>       |         |
| 如何理解和运用刑事赔偿中“情节显著轻微危害不大”免责事由 | 541     |
| 对公安机关以危险驾驶罪提请批准逮捕的案件应如何处理    |         |
| ——兼论不批准逮捕和不予批准逮捕的区分          | 546     |
| 《国家赔偿法》修改后的精神损害赔偿案件如何处理      | 550     |
| <br>后记                       | <br>553 |

## 总则部分



# 特别关税税率变化对走私行为的定罪量刑是否有溯及力

## 一、基本案情

为了在用肥旺季时限制国内化肥出口,2008年海关总署发布2008第26号公告,规定自2008年4月20日至9月30日,对化肥出口加征税率为100%的特别关税。2008年5月至6月间,被告单位A公司在经营化肥出口业务过程中,其国际业务部负责人、被告人王某在明知出口化肥需加征100%特别关税的情况下,为逃避关税制作虚假单证,先后三次将化肥伪报为“树脂”(一种塑料,不征关税)走私出口,偷逃税款共计人民币85万余元。该案由海关缉私局侦查终结。

## 二、争议焦点

本案中认定被告人走私犯罪偷逃税款的重要依据,即海关总署2008第26号公告已于2008年9月份自行失效,而现行化肥的关税税率已调低至75%,因此在核税依据的适用上产生争议。

第一种意见认为,应依照刑法“从旧兼从轻”的溯及力原则,认定被告单位及被告人无罪。虽然王某主观上存在走私故意,客观上实施了走私的行为,但由于核定王某偷税数额的依据,即海关对化肥征收特别关税的公告已于案件移送检察机关之前废止。按现行海关税率计算王某偷逃关税的数额,计算结果未达到走私普通货物罪的起刑点,因此其行为失去可罚性。

第二种意见认为,应按照行为时公告确定的税率来计核偷逃税额,认定相关单位和个人构成走私普通货物罪。刑法溯及力中所指的法律变更,应当专指刑法条文的变动。本案中海关征税公告的变动应认定为行政法规、规章的变更,系事实变动,不属于刑法意义上法律变更,否则有违罪刑法定原则。基于刑

法本身关于走私普通货物罪的规定并未变动,不能仅因海关法规的变化而适用“从旧兼从轻”原则。

### 三、评析意见

笔者同意第二种意见。行政规范性文件的变动能否被认为是刑法上的法律变动,从而适用轻法溯及,不能一概而论,应当区分对待。当刑法授权行政规定对刑法罪名的构成要件进行补充时,此时的行政规定变更应视为法律变更。只有相关行政规范性文件规定的变更涉及对某行为构成要件的该当性与刑事违法性评价的根本变更时,才能适用“从旧兼从轻”的刑法溯及力原则。

#### (一) 海关总署公告的属性

走私普通货物罪作为空白罪状,刑法中并未列明其全部构成要件(主要是行为要件),而系授权其他相关法律、规范或者制度加以补充,作为补充部分的法律、规范被称为“补充规范”。本案中海关征收特别关税的公告确定了走私普通货物罪的行为要件,明确了构罪标准,应属于该空白罪状的补充规范。国家在履行管理职能时,为了应对社会实际的变化,除对国家法律进行修改外,还经常需要对行政规范性文件进行调整。补充规范作为行政规范性文件,其变化较之法律条文的变化在程序上更简便,具有更大的灵活性和针对性,所以被广泛适用。虽然这些补充规范的变化本身没有对刑法条文做出形式性修改,但在实质上可能改变了刑法规定的适用范围,因此如何厘清这些补充规范的变更与刑法溯及力的关系具有重要意义。

#### (二) 补充规范变动能否发生溯及力的判断方法

在法理上将补充规范的变动区分为法律变动和事实变动。法律变动可能引发溯及力问题,事实变动则不可能。补充规范是确定犯罪构成的重要组成部分,其变动直接影响刑法对行为的评价。刑法往往通过多个法律条文对一个罪名的构成要件加以规定,这些条文可以均为刑法条文,也存在非刑事法律和刑事法律共同规定犯罪构成要件的情况。如在空白罪状中,规定相关罪名客观方面(特别是行为构成要件)的补充规范主要是行政规范性文件。若补充规范发生变动,则势必对犯罪构成产生直接影响,<sup>①</sup>使原来可罚的行为变为不可罚,不

<sup>①</sup> 龚培华:《刑法溯及力问题研究》,载《上海市政法管理干部学院学报》2000年第6期。

可罚的行为变为可罚甚至重罚,从而造成刑法可罚范围的变化。<sup>①</sup>虽然刑法条文并没有发生变化,但从本质上讲,此时刑法规范已经发生了变更,应当认为补充规范的变动属于法律的变动。

但是,并非所有补充规范的变动都能引发刑法溯及力问题。轻法溯及既往的法理依据在于“在社会已改变对某种行为的评价时,如果对以前实施了同样行为的人,还按以前的规定处以重罚,是不平等的。”<sup>②</sup>也就是说,只有社会(或立法者)对行为的评价发生改变,且评价为减轻或免除处罚的时候,轻法方可溯及既往;而当补充规范的变动不涉及社会评价的改变时,“从旧兼从轻”的刑法溯及力不应适用。为了更好地对不同情况下补充规范变动对溯及力的影响进行区分,笔者对补充规范变更做出如下分类,并分别对每种类型的变更对刑法溯及力的不同影响进行分析,以期为认清补充规范变更与刑法溯及力关系提供路径。

### 1. 补充规范为限时法

限时法的变动不能引发溯及力。限时法是指明确规定自身适用期间的法律,如在条文中明确规定,“本法在×年×月×日至×年×月×日之内有效”、“本法施行期限为×年”等,或规定“本法适用于战时”,这些均属于典型的限时法。虽然我国刑法中并没有限时法条文,但在空白罪状的补充规范中存在大量的限时法。本案中海关总署的公告明确规定了该公告的生效期限:“特别关税征收日期自2008年4月至9月30日”就属于典型的限时法。这类规范即使其因期限经过而失效,但是对于有效期内实施的行为,仍应适用限时法的规定,主要基于两方面考虑:

从理论角度分析,限时法与后法之间的关系并不属于传统意义上旧法与新法的关系。由于限时法明确规定了自身适用期限,从时间概念上独立于其前法和后法。所以在其期限届满之时,无论是由新法代替或是回复到限时法之前的状态,均不否定限时法在其有效期内对违法行为的评价。即使出现新法,也应认为新法是对限时法之前旧法的评价修改,而非对限时法的更正。限时法基于其自身的特点,应被认为是独立于其前法和后法的特别规定或特殊法规。

① 张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社1999年版,第73页。

② 陈忠林:《意大利刑法纲要》,法律出版社1999年版,第37页。



从实践操作层面,如果认为限时法失效后就不能适用,那么行为人就可能  
在限时法即将失效时实施违法行为,或故意使对自己的处罚拖延至限时法失效  
之后,从而使自己免受处罚。此外,考虑到刑事案件从侦查到审查起诉再到判  
决所必须经过的时间跨度,如果认为限时法失效后则不能适用,那么那些违反  
有效期限较短的限时法(如本文案例中海关特别关税的有效期限为5个月)的  
行为则没有被处罚的可能性。

这一观点也能得到域外刑法的支持。<sup>①</sup>此外,理论界有学者进一步认为,限  
时法并不仅限于在条文中明确规定适用期限的法规,对为适应一时的情事而颁  
布的涉及改变刑罚范围的法律也属限时法。<sup>②</sup>因此,海关对于应对某些特别情  
况而施行的暂定关税公告,纵然未规定其有效期限,亦应视为限时法的范畴,而  
不适用从旧兼从轻的原则。

## 2. 作为技术性变动的补充性规范变更

空白罪状补充规范(特别当补充规范为行政法规范时)的变动仅仅出于技  
术性目的时,其变动与国家对其行为的评价并无关系,因此不应具有从轻的溯  
及力。如伪造货币后该货币被国家废止使用的,国家废止旧币的规定并不影响  
国家对伪造货币行为的否定性评价,而是国家为了更好地实施金融政策而进行  
的技术性变更。对于这类技术性变更引起的空白罪状变化,若因新法而认定嫌  
疑人的行为不具有社会危害性显然不太合理。

从理论角度分析,当补充规范仅仅是技术性变动的情况下,国家对行为性  
质本身的评价并没有产生根本性的变化,而仅仅是在“数量”或“价格”等技术细  
节上对某些规定进行调整,如前述的伪造货币案,或商业银行擅自提高利率揽  
存,但其后中央银行又提高利率的。<sup>③</sup>在此情况中,国家废止旧币或提高利率的  
行为仅系金融政策的技术性调整,而并未改变对伪造货币等违法行为的否定评  
价,或者说国家修改相关行政规范的目的并不是对原先禁止某种行为的解除。  
由于国家对行为的价值评判没有发生变化,所以对于这些补充规范的变更都不

① 德国刑法第24条规定:“仅于一定期限内施行之法律,纵已因时限经过而失效,对于在有效施行期内  
发生之行为,仍适用之。”意大利刑法则规定,不溯及既往的原则、适用有利于行为人的法律的原则,不  
适用于限时法。

② 黄明儒:《限时刑法探究》,载《法商研究》2008年第1期。

③ 何泽宏,庄劲:《论空白罪状规范的变更及其溯及力》,载《河北法学》2001年第6期。