# Table of Contents

[书名页](#p3)

[版权页](#p3)

[序](#p4)

[目录](#p6)

[一、妨害社会管理秩序罪](#p9)

[（一）扰乱公共秩序罪](#p9)

[1 妨害公务过程中故意毁坏财物应如何定罪处罚](#p9)

[2 如何区分妨害公务罪与抢劫罪](#p11)

[3 醉酒驾驶后暴力逃避检查是否另行构成妨害公务罪](#p14)

[4 诈骗罪与招摇撞骗罪的区别](#p16)

[5 买卖空白国家机关证件是否构成买卖国家机关证件罪](#p18)

[6 滥用职权罪中“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”的认定](#p21)

[7 代替考试罪的定性量刑分析](#p23)

[8 帮助信息网络犯罪活动罪的认定](#p25)

[9 危害计算机信息系统行为的认定](#p27)

[10 择一重罪处罚的认定](#p29)

[11 编造、故意传播虚假恐怖信息罪“严重扰乱社会秩序”的认定及“传播”的对象是否必须为不特定对](#p31)

[12 编造虚假恐怖信息既遂形态认定](#p33)

[13 聚众斗殴转化标准如何界定](#p36)

[14 聚众斗殴罪转化犯的认定](#p39)

[15 “强拿硬要”型寻衅滋事罪与抢劫罪之界限](#p41)

[16 参赌人员以所输赌资为抢劫对象的定性](#p43)

[17 放火罪与寻衅滋事罪的区分](#p45)

[18 传授犯罪方法行为的法律认定](#p47)

[19 利用微信群组织他人通过抢红包方式赌博的行为构成开设赌场罪](#p50)

[20 以微信抢红包形式进行赌博行为的认定](#p52)

[（二）妨害司法罪](#p54)

[21 冒充犯罪的人主动替别人顶替罪责是否构成包庇罪](#p54)

[22 如何对扰乱法庭秩序行为进行客观认定](#p56)

[23 对犯罪所得赃物不法侵占构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪](#p58)

[24 被执行人有工作能力可认定其有能力执行民事判决](#p60)

[25 被限制高消费后多次入住宾馆拒不履行生效判决的定性](#p62)

[26 拒执调解是否可以构成拒不执行判决、裁定罪](#p64)

[27 对有能力执行而拒不执行的法律认定](#p66)

[28 如何认定非法处置法院查封的财产](#p68)

[（三）危害公共卫生罪](#p71)

[29 被告人的无证诊治行为与被害人死亡之间的因果关系认定](#p71)

[（四）破坏环境资源保护罪](#p73)

[30 污染环境罪主观方面及瑕疵证据应当如何认定](#p73)

[31 盗伐林木罪与滥伐林木罪的法律认定](#p76)

[32 村民小组组长为村民集体利益砍伐林木仍应担责](#p77)

[33 滥伐林木罪的认定、立案标准和量刑标准](#p79)

[34 非法出售珍贵、濒危野生动物制品案涉案数额的认定](#p82)

[35 生态修复救济措施的量刑价值参考](#p84)

[（五）走私、贩卖、运输、制造毒品罪](#p86)

[36 如何认定制造毒品罪共犯的主观明知](#p86)

[37 毒品案件主从犯的认定及被告人辩称不明知毒品性质如何认定](#p88)

[38 行为人在公安特情要求购毒后寻找卖家居间介绍的行为是否构成犯意引诱](#p91)

[39 赊购毒品属于贩卖毒品](#p95)

[40 未查获毒品实物的贩毒案件如何把握证明标准](#p97)

[41 在贩毒人员住处查获的毒品数量是否计入贩卖毒品数量](#p99)

[42 以贩养吸人员贩毒，身上被查获的毒品是否能计入贩卖毒品的数量](#p101)

[43 赠送的毒品是否应认定为贩卖的毒品数量](#p102)

[44 托购毒品者在贩卖、运输毒品的共同犯罪中应为从犯](#p104)

[45 吸毒者动态持有毒品的行为如何定性](#p107)

[46 受指使运输来源不明毒品且无其他犯罪目的是否成立非法持有毒品罪](#p109)

[47 毒品含量如何鉴定](#p111)

[48 吸毒者驾驶机动车携带数量大的毒品回家吸食，路途中被查获的行为性质认定](#p113)

[49 如何运用事实推定认定同一住处居住行为人各自非法持有毒品的数量](#p115)

[50 涉毒案件定性的证据固定](#p117)

[51 代购毒品行为如何认定](#p118)

[52 代他人购买毒品用于共同吸食行为的司法认定](#p120)

[（六）组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪](#p123)

[53 组织卖淫罪的“组织”行为和人数的界定](#p123)

[（七）制作、贩卖、传播淫秽物品罪](#p126)

[54 利用新媒体传播新型淫秽物品的认定](#p126)

[55 网络视频信息服务提供企业传播淫秽物品牟利行为的认定](#p128)

[二、贪污贿赂罪](#p132)

[56 “职务犯罪”案件中“委派型”国家工作人员的认定](#p132)

[57 合同诈骗罪与贪污罪的界限](#p133)

[58 如何把握贪污罪中“以侵吞手段非法占有公共财物”行为的认定](#p135)

[59 在被纪委调查前，多次向上级领导交待其自身的经济问题，后如实供述犯罪事实，构成自首](#p137)

[60 受国家机关委派收取规费的行为定性](#p139)

[61 被告人拒不承认其行为是行贿行为而是借贷关系的情况下如何审查其行为是否构成行贿罪](#p141)

[62 个人能否成立单位行贿罪的主体](#p143)

[63 单位行贿与个人行贿的区别](#p146)

[64 行贿罪中计算“使国家利益遭受重大损失”的时间节点](#p148)

[65 贪污罪罪状中“非法占有公共财物”的实质认定](#p151)

[66 “斡旋受贿”的认定](#p153)

[67 单位领导收取外单位回扣款后不入单位账并私分给单位员工构成个人受贿](#p155)

[68 非国家工作人员与国家工作人员共同受贿时罪名的认定](#p157)

[69 个人受贿与单位受贿的界定](#p158)

[70 国有公司从事公务的人员退休后被返聘是否仍具有国家工作人员身份](#p161)

[71 行为人收受他人财物虽及时上报，但未及时退还是否应认定为受贿](#p162)

[72 利用职务虚报利益构成索贿还是诈骗](#p165)

[73 挪用公款与个人借款的认定](#p166)

[74 将农村征地补偿款挪至储金会后向外投资应认定为挪用公款罪](#p169)

[75 挪用公款到证券账户“入而未炒”的行为是否可认定为挪用公款进行营利活动](#p172)

[76 乡镇供销合作社理事会主任是否符合挪用公款罪主体](#p174)

[三、渎职罪](#p177)

[77 国家机关工作人员与非国家机关工作人员滥用职权罪的共犯认定](#p177)

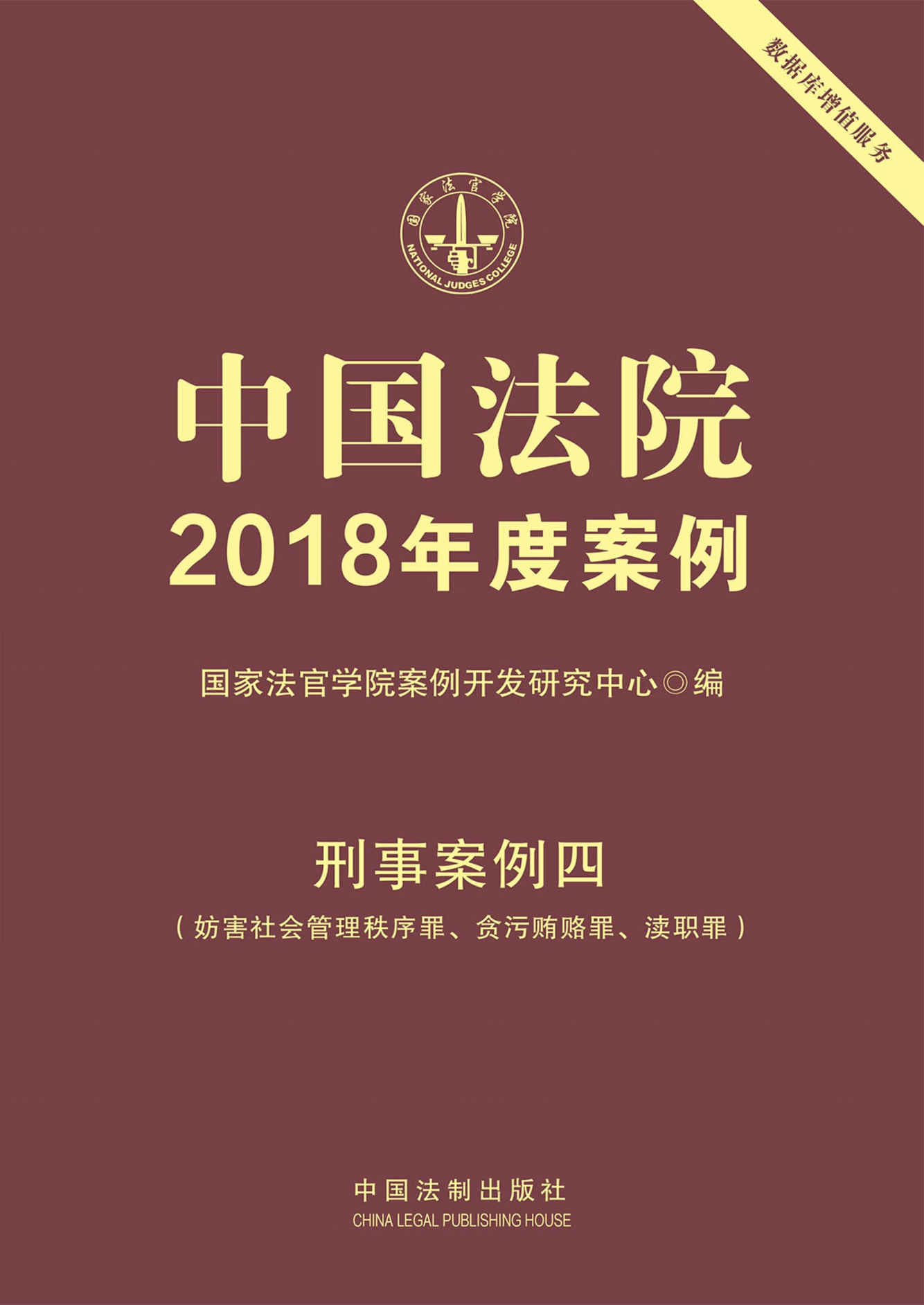
[78 看守所民警违规帮助在押人员将藏有毒品的物品带入看守所，是否构成滥用职权罪](#p180)

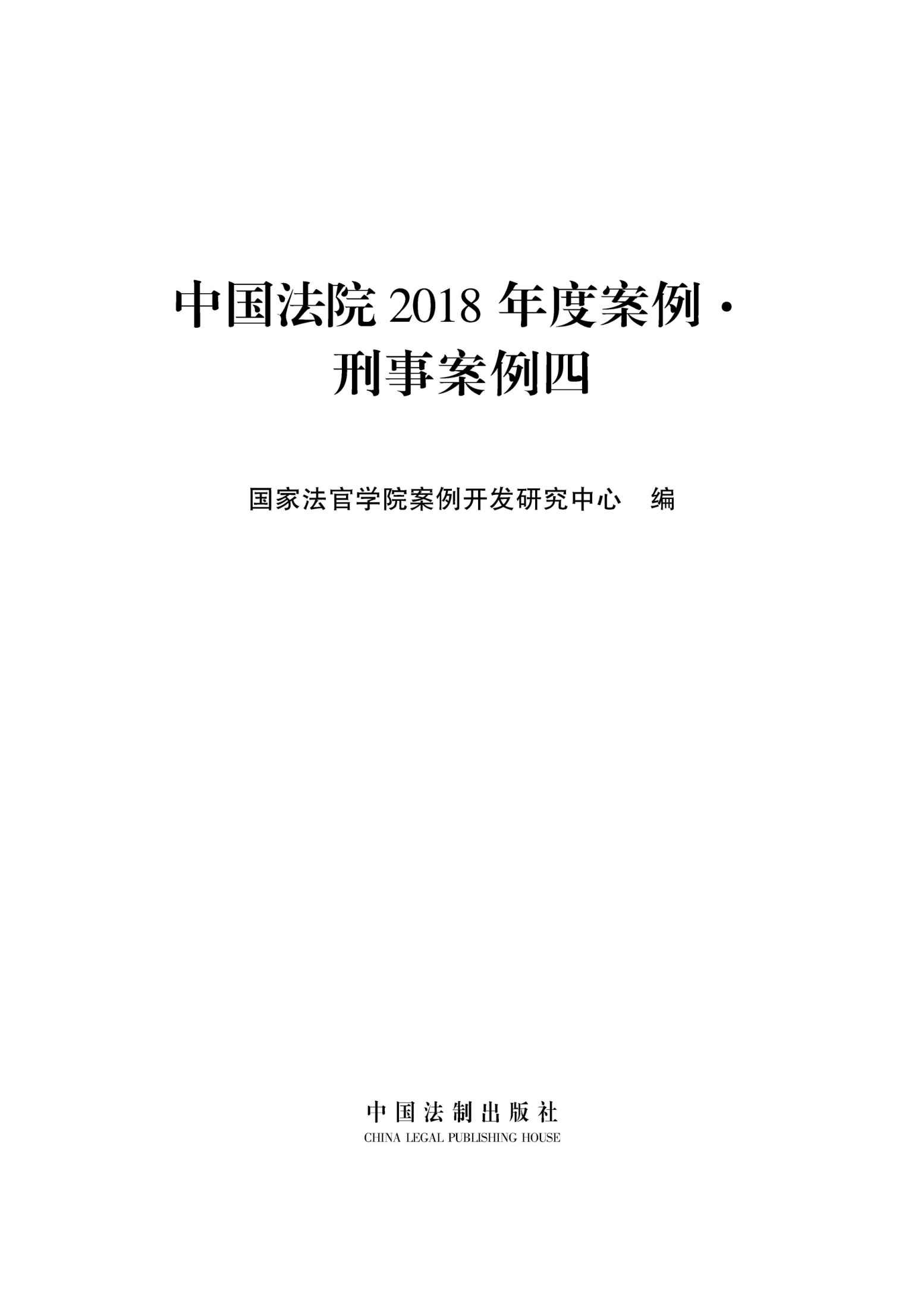
[79 滥用职权罪与一般滥用职权的界限](#p182)

[80 认定玩忽职守罪的裁判思路](#p183)

[81 玩忽职守罪因果关系的认定](#p186)

[82 如何认定“在受国家机关人员委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员”](#p188)





更多书籍微信：15678922341

图书在版编目（CIP）数据

中国法院2018年度案例.刑事案例.四，妨害社会管理秩序罪、贪污贿赂罪、渎职罪/国

家法官学院案例开发研究中心编.—北京：中国法制出版社，2018.3

ISBN 978-7-5093-9140-2

Ⅰ.①中… Ⅱ.①国… Ⅲ.①刑事犯罪-案例-汇编-中国 Ⅳ.①D920.5

中国版本图书馆CIP数据核字（2017）第296918号

策划编辑：李小草（lixiaocao2008@sina.cn）

责任编辑：王熹 张海洋　　　　　　　　　　　　　　　　　封面设计：温培英 李

宁

中国法院2018年度案例·刑事案例四

ZHONGGUO FAYUAN 2018 NIANDU ANLI·XINGSHI ANLI SI 编者/国家法官学院案例开发研究中心

经销/新华书店

印刷/

开本/730毫米×1030毫米 16开　　　　　　　　　　　　　印张/ 17.5 字数/ 223千

版次/2018年3月第1版　　　　　　　　　　　　　　　　　　　2018年3月第1次印

刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-9140-2　　　　　　　　　　　　　　　　　　定价：56.00元

更多书籍微信：15678922341

北京西单横二条2号

邮政编码 100031　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　　传真：

66031119

网址：http：//www.zgfzs.com　　　　　　　　　 编辑部电话：010-66010405

市场营销部电话：010-66033393　　　　　　　　　 邮购部电话：010-66033288

（如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010-66032926）

序

法律的生命在于实施，而法律实施的核心在于法律的统一适用。《中国法院年度案

例》丛书出版的价值追求，即是公开精品案例，研究案例所体现的裁判方法和理念，提炼

裁判规则，为司法统一贡献力量。

《中国法院年度案例》丛书，是国家法官学院于2012年开始编辑出版的一套大型案例

丛书，之后每年年初定期出版，由国家法官学院案例开发研究中心具体承担编辑工作。此

前，该中心坚持20余年连续不辍编辑出版了《中国审判案例要览》丛书近90卷，分中文版

和英文版在海内外发行，颇有口碑，享有赞誉。现在编辑出版的《中国法院年度案例》丛

书，旨在探索编辑案例的新方法、新模式，以弥补当前各种案例书的不足。该丛书2012～

2017年已连续出版6套，一直受到读者的广泛好评，并迅速售罄。为更加全面地反映我国

司法审判的发展进程，顺应审判实践发展的需要，响应读者需求，2014年度新增3个分

册：金融纠纷、行政纠纷、刑事案例，2015年度将刑事案例调整为刑法总则案例、刑法分

则案例2册，2016年度新增知识产权纠纷分册，2017年度新增执行案例分册。现国家法官

学院案例开发研究中心及时编撰推出《中国法院2018年度案例》系列丛书，将刑事案例扩

充为4个分册，共23册。

总的说来，当前市面上的案例丛书百花齐放，既有判决书网，可以查询各地、各类的

裁判文书，又有各种专门领域的案例汇编书籍，以及各种案例指导、案例参考等读物，十

分活跃，也各具特色。而《中国法院年度案例》丛书则试图把案例书籍变得“好读有用”，

故在编辑中坚持以下方法：一是高度提炼案例内容，控制案例篇幅，每个案例基本在3000

字以内；二是突出争议焦点，剔除无效信息，尽可能在有限的篇幅内为读者提供有效、有

益的信息；三是注重对案件裁判文书的再加工，大多数案例由案件的主审法官撰写“法官

后语”，高度提炼、总结案例的指导价值。

同时，《中国法院年度案例》丛书还有以下特色：一是信息量大。国家法官学院案例

开发研究中心每年从全国各地法院收集到的上一年度审结的典型案例超过10000件，使该

丛书有广泛的选编基础，可提供给读者新近发生的全国各地的代表性案例。二是方便检

更多书籍微信：15678922341

索。为节约读者选取案例的时间，丛书分卷细化，每卷下还将案例主要根据案由分类编

排，每个案例用一句话概括裁判规则、裁判思路或焦点问题作为主标题，让读者一目了

然，迅速找到需求目标。

中国法制出版社始终全力支持《中国法院年度案例》的出版，给了作者和编辑们巨大

的鼓励。2018年新推出数据库增值服务。购买本书，扫描前勒口二维码，即可在本年度免

费查阅使用上一年度案例数据库。我们在此谨表谢忱，并希望通过共同努力，逐步完善，

做得更好，真正探索出一条编辑案例书籍、挖掘案例价值的新路，更好地服务于学习、研

究法律的读者，服务于社会，服务于国家的法治建设。

本丛书既可作为法官、检察官、律师等司法实务工作人员的办案参考和司法人员培训



推荐教程，也是社会大众学法用法的极佳指导，亦是教学科研机构案例研究的精品素材。

当然，案例作者和编辑在编写过程中也不能一步到位实现最初的编写愿望，可能会存在各

种不足，甚至错误，欢迎读者批评指正，我们愿听取建议，并不断改进。

更多书籍微信：15678922341

[一、妨害社会管理秩序罪](#p9)

[（一）扰乱公共秩序罪](#p9)

[1 妨害公务过程中故意毁坏财物应如何定罪处罚](#p9)

[2 如何区分妨害公务罪与抢劫罪](#p11)

[3 醉酒驾驶后暴力逃避检查是否另行构成妨害公务罪](#p14)

[4 诈骗罪与招摇撞骗罪的区别](#p16)

[5 买卖空白国家机关证件是否构成买卖国家机关证件罪](#p18)

[6 滥用职权罪中“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”的认定](#p21)

[7 代替考试罪的定性量刑分析](#p23)

[8 帮助信息网络犯罪活动罪的认定](#p25)

[9 危害计算机信息系统行为的认定](#p27)

[10 择一重罪处罚的认定](#p29)

[11 编造、故意传播虚假恐怖信息罪“严重扰乱社会秩序”的认定及“传播”的](#p31)

[对象是否必须为不特定对象](#p31)

[12 编造虚假恐怖信息既遂形态认定](#p33)

[13 聚众斗殴转化标准如何界定](#p36)

[14 聚众斗殴罪转化犯的认定](#p39)

[15 “强拿硬要”型寻衅滋事罪与抢劫罪之界限](#p41)

[16 参赌人员以所输赌资为抢劫对象的定性](#p43)

[17 放火罪与寻衅滋事罪的区分](#p45)

[18 传授犯罪方法行为的法律认定](#p47)

[19 利用微信群组织他人通过抢红包方式赌博的行为构成开设赌场罪](#p50)

[20 以微信抢红包形式进行赌博行为的认定](#p52)

[（二）妨害司法罪](#p54)

[21 冒充犯罪的人主动替别人顶替罪责是否构成包庇罪](#p54)

[22 如何对扰乱法庭秩序行为进行客观认定](#p56)

[23 对犯罪所得赃物不法侵占构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪](#p58)

[24 被执行人有工作能力可认定其有能力执行民事判决](#p60)

[25 被限制高消费后多次入住宾馆拒不履行生效判决的定性](#p62)

[26 拒执调解是否可以构成拒不执行判决、裁定罪](#p64)

[27 对有能力执行而拒不执行的法律认定](#p66)

[28 如何认定非法处置法院查封的财产](#p68)

[（三）危害公共卫生罪](#p71)

[29 被告人的无证诊治行为与被害人死亡之间的因果关系认定](#p71)

[（四）破坏环境资源保护罪](#p73)

[更多书籍微信：15678922341](#p73)

[30 污染环境罪主观方面及瑕疵证据应当如何认定](#p73)

[31 盗伐林木罪与滥伐林木罪的法律认定](#p76)

[32 村民小组组长为村民集体利益砍伐林木仍应担责](#p77)

[33 滥伐林木罪的认定、立案标准和量刑标准](#p79)

[34 非法出售珍贵、濒危野生动物制品案涉案数额的认定](#p82)

[35 生态修复救济措施的量刑价值参考](#p84)

[（五）走私、贩卖、运输、制造毒品罪](#p86)

[36 如何认定制造毒品罪共犯的主观明知](#p86)

[37 毒品案件主从犯的认定及被告人辩称不明知毒品性质如何认定](#p88)

[38 行为人在公安特情要求购毒后寻找卖家居间介绍的行为是否构成犯意引](#p91)

[诱](#p91)

[39 赊购毒品属于贩卖毒品](#p95)

[40 未查获毒品实物的贩毒案件如何把握证明标准](#p97)

[41 在贩毒人员住处查获的毒品数量是否计入贩卖毒品数量](#p99)

[42 以贩养吸人员贩毒，身上被查获的毒品是否能计入贩卖毒品的数量](#p101)

[43 赠送的毒品是否应认定为贩卖的毒品数量](#p102)

[44 托购毒品者在贩卖、运输毒品的共同犯罪中应为从犯](#p104)

[45 吸毒者动态持有毒品的行为如何定性](#p107)

[46 受指使运输来源不明毒品且无其他犯罪目的是否成立非法持有毒品罪](#p109)

[47 毒品含量如何鉴定](#p111)

[48 吸毒者驾驶机动车携带数量大的毒品回家吸食，路途中被查获的行为性](#p113)

[质认定](#p113)

[49 如何运用事实推定认定同一住处居住行为人各自非法持有毒品的数量](#p115)

[50 涉毒案件定性的证据固定](#p117)

[51 代购毒品行为如何认定](#p118)

[52 代他人购买毒品用于共同吸食行为的司法认定](#p120)

[（六）组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪](#p123)

[53 组织卖淫罪的“组织”行为和人数的界定](#p123)

[（七）制作、贩卖、传播淫秽物品罪](#p126)

[54 利用新媒体传播新型淫秽物品的认定](#p126)

[55 网络视频信息服务提供企业传播淫秽物品牟利行为的认定](#p128)

[二、贪污贿赂罪](#p132)

[56 “职务犯罪”案件中“委派型”国家工作人员的认定](#p132)

[57 合同诈骗罪与贪污罪的界限](#p133)

[58 如何把握贪污罪中“以侵吞手段非法占有公共财物”行为的认定](#p135)

[59 在被纪委调查前，多次向上级领导交待其自身的经济问题，后如实供述犯罪](#p137)

[事实，构成自首](#p137)

[60 受国家机关委派收取规费的行为定性](#p139)

[61 被告人拒不承认其行为是行贿行为而是借贷关系的情况下如何审查其行为是](#p141)

[否构成行贿罪](#p141)

[62 个人能否成立单位行贿罪的主体](#p143)

[63 单位行贿与个人行贿的区别](#p146)

[64 行贿罪中计算“使国家利益遭受重大损失”的时间节点](#p148)

[65 贪污罪罪状中“非法占有公共财物”的实质认定](#p151)

[66 “斡旋受贿”的认定](#p153)

[67 单位领导收取外单位回扣款后不入单位账并私分给单位员工构成个人受贿](#p155)

[68 非国家工作人员与国家工作人员共同受贿时罪名的认定](#p157)

[更多书籍微信：15678922341](#p157)

[69 个人受贿与单位受贿的界定](#p158)

[70 国有公司从事公务的人员退休后被返聘是否仍具有国家工作人员身份](#p161)

[71 行为人收受他人财物虽及时上报，但未及时退还是否应认定为受贿](#p162)

[72 利用职务虚报利益构成索贿还是诈骗](#p165)

[73 挪用公款与个人借款的认定](#p166)

[74 将农村征地补偿款挪至储金会后向外投资应认定为挪用公款罪](#p169)

[75 挪用公款到证券账户“入而未炒”的行为是否可认定为挪用公款进行营利活动](#p172)

[76 乡镇供销合作社理事会主任是否符合挪用公款罪主体](#p174)

[三、渎职罪](#p177)

[77 国家机关工作人员与非国家机关工作人员滥用职权罪的共犯认定](#p177)

[78 看守所民警违规帮助在押人员将藏有毒品的物品带入看守所，是否构成滥用](#p180)

[职权罪](#p180)

[79 滥用职权罪与一般滥用职权的界限](#p182)

[80 认定玩忽职守罪的裁判思路](#p183)

[81 玩忽职守罪因果关系的认定](#p186)

[82 如何认定“在受国家机关人员委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的](#p188)

[人员”](#p188)

更多书籍微信：15678922341

一、妨害社会管理秩序罪

（一）扰乱公共秩序罪

1 妨害公务过程中故意毁坏财物应如何定罪处罚

——刘某、魏某福妨害公务案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

黑龙江省鸡西市中级人民法院（2016）黑03刑终92号刑事裁定书

2.案由：妨害公务罪

【基本案情】

2016年4月25日，被告人刘某与金某（另案处理）在辽宁省凌源市某某汽车租赁有限

公司租下某牌轿车，与通过金某介绍认识的被告人魏某福驾驶该车经黑龙江省哈尔滨市、

牡丹江市等地，于5月6日上午10时许来到本市，利用伪基站发送诈骗信息，被本市无线电

监测站发现并通报刑警支队。当日下午3时许，经监测站及刑警支队人员监测查找，确定

利用伪基站发送诈骗信息来源于刘某、魏某福驾驶的汽车，并在鸡冠区金龙大厦附近十字

路口处对正等待红灯的该车进行拦截。刑警支队侦查员高某出示工作证表明身份，让刘

某、魏某福打开车门接受检查，坐在后排座位上的刘某没有开门，并指使魏某福强行开

车。魏某福便驾车先撞击在前面堵截的刑警队侦查人员所驾驶的捷达轿车，倒车撞击在后

更多书籍微信：15678922341

面等红灯的由刘某泳驾驶的黑A4L0××号捷达轿车，又撞击在右侧等红灯的由祖某勇驾驶

的黑GN585××号出租车，然后再次倒车夺路逃离现场，并连闯红灯，沿兴国中路高速向

腾飞桥方向行驶。刘某在途中下车逃走。当不熟悉道路的魏某福驾车行至201国道文成高

中门前附近时，被随后追赶的刑警队侦查人员驾车逼停。魏某福被抓获。刑警队侦查人员

当场在魏某福驾驶的车内查获用于连接伪基站的变压转换器一台。5月26日，刘某在牡丹

江市被抓获归案。经鸡西市价格认证中心鉴定：刘某泳所驾车辆损失人民币2410元、祖某

勇所驾车辆损失人民币4300元，共计人民币6710元。

2016年8月5日，刘某家属分别与祖某勇、刘某泳达成和解协议，赔偿了祖某勇车辆损

失及误工费等共计人民币6000元、刘某泳车辆损失及误工费等共计人民币4000元。据此，

祖某勇、刘某泳分别出具了谅解书，表示对刘某的行为予以谅解，并请求对其从轻、减轻

处罚，判处缓刑。此外，刘某家属还赔偿刑警支队被撞车辆经济损失人民币2000元。

【案件焦点】

被告人刘某、魏某福是否构成妨害公务罪与故意伤害罪，是否应当数罪并罚。

【法院裁判要旨】

黑龙江省鸡西市鸡冠区人民法院经审理认为：被告人刘某、魏某福以暴力方法阻碍国

家机关工作人员依法执行职务的行为，均已构成妨害公务罪。在本案中，被告人刘某、魏

某福为逃避公安机关抓捕，驾车撞击其他车辆进行逃窜，构成妨害公务罪和故意毁坏财物

罪的想象竞合，应以妨害公务罪定罪处罚。辩护人对此提出的辩护意见，符合本案事实，

予以采纳。本案系共同犯罪。在共同犯罪中，二被告人均起主要作用，均系主犯。但魏某

福所起作用相对较轻。二被告人如实供述犯罪事实、自愿认罪，可以酌情从轻处罚。被告

人刘某委托家属赔偿了被损车辆的经济损失，可以酌情从轻处罚。

黑龙江省鸡西市鸡冠区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百七十七条第一

款，第二十五条第一款，第二十六条第一款、第四款，第六十七条第三款，第四十七条之

规定，作出如下判决：

一、被告人刘某犯妨害公务罪，判处有期徒刑二年九个月；

二、被告人魏某福犯妨害公务罪，判处有期徒刑二年九个月。

宣判后，被告人刘某、魏某福提出上诉。

黑龙江省鸡西市中级人民法院裁定驳回上诉、维持原判。现该判决已经生效。

【法官后语】

本案审理的焦点在于实施妨害公务过程中故意毁坏公私财物的，如何处理。妨害公务

罪是指以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员、人大代表依法执行职务，或故意阻碍国

家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务，虽未使用暴力，但造成严重后果的行

为。

更多书籍微信：15678922341

故意毁坏财物罪，是指故意毁灭或者损坏公私财物，数额较大或者有其他严重情节的

行为。

被告人在妨害公务过程中，可能会故意或者过失毁坏公私财物。对于过失毁坏公私财

物的，相应财物的价值可以作为妨害公务罪增加刑罚量的因素。对于妨害公务过程中又故

意毁坏公私财物，如果被告人阻碍执法人员进行检查，又将执法人员携带的录像设备损

坏，达到数额较大标准或者有其他严重情节的，已构成故意毁坏财物罪，应当与妨害公务

罪并罚。对于采用故意毁坏公私财物的方式妨害公务的，如被告人撞翻执法人员驾驶车

辆，阻碍执法工作，造成车辆损坏，达到数额较大标准的，因构成妨害公务罪和故意伤害

罪的想象竞合，应从一重罪处罚，实践中通常是以妨害公务罪定罪；如果造成的财物损坏

数额达到巨大标准的，可按故意毁坏财物罪定罪处罚。本案中，被告人刘某、魏某福为逃

避公安机关抓捕，驾车撞击其他车辆进行逃窜，构成妨害公务罪和故意毁坏财物罪的想象

竞合，因造成的财物损坏数额未达到巨大标准，故应以妨害公务罪定罪处罚。因此二被告

人的犯罪行为仅构成妨害公务罪，该判决充分贯彻了罪刑法定、罪责刑相适应的刑法原

则，彰显了司法公正。

编写人：黑龙江省鸡西市鸡冠区人民法院 唐静杰

2 如何区分妨害公务罪与抢劫罪

——梁某雄妨害公务案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区钦州市中级人民法院（2016）桂07刑终130号刑事裁定书

2.案由：妨害公务罪

【基本案情】

2015年7月17日6时许，中华人民共和国防城海关缉私分局接到群众举报，称有人在南

宁市六景工业园区的一处空地，欲将走私入境的冻品通过大货车运往外地。海关缉私分局

遂立案侦查，并指派穿着警服的缉私民警罗某、董某会同穿着执勤服的武警官兵姚某、王

某安一起驾驶两辆小汽车前往南宁市六景工业园区执行缉私任务。当日11时许，缉私民警

罗某、董某及武警官兵姚某、王某安在南宁市六景工业园区的一条小路上发现涉嫌运载走

私货物的桂AB××××大货车之后，缉私民警罗某、董某向车上人员（司机黄某斌、黎某

谦）出示工作证，表明身份后，即口头要求车上人员配合，将车开回防城海关缉私分局接

受处理。司机黄某斌、黎某谦按照缉私民警罗某的要求，将桂AB××××大货车开往防城港

方向。缉私民警罗某在没有当场查验车上物品及出示扣押手续的情况下与武警官兵姚某一

起搭乘在大货车上押车，武警官兵王某安则驾驶一辆黑色的丰田佳美小汽车跟随护送。12

时许，当缉私民警罗某与武警官兵姚某、王某安将桂AB××××大货车押解至灵山县陆屋镇

S43六钦高速公路陆屋服务区时，遭到被告人梁某雄等人驾车拦截，欲夺回车辆及物品，

缉私民警罗某再次出示工作证，表明身份，被告人梁某雄等人仍持铁水管等物对大货车上

的缉私民警罗某、武警官兵姚某进行威胁、恐吓，随后采用暴力强行将缉私民警罗某和武

警官兵姚某从大货车上拉下来控制在一旁的草地上，指使大货车司机黄某斌、黎某谦将大

货车开走。黄某斌、黎某谦将大货车开走后，被告人梁某雄等人又驾车阻拦缉私民警罗某

等人的追赶。被告人梁某雄的同伙在车上通过电话指挥黄某斌、黎某谦的行车路线，黄某

斌、黎某谦按照电话指挥驾车从陆屋收费站出来，调头又上高速，经过柳州、桂林、湖

南，前往广州肇庆四会市。2015年7月18日7时许，桂AB××××大货车在四会市东城高速路

段被四会市公安局经济犯罪侦查大队民警查获。次日，中华人民共和国防城海关缉私分局

民警将桂AB××××大货车及司机黄某斌、黎某谦一起押解回防城港市。经卸货清点，桂

AB××××大货车上共载有用黄色纸箱包装的冻牛肉共249件，重6483.213千克；用黄色纸箱

包装的冻牛肚共1184件，重26403.792千克。经防城港出入境检验检疫局对查扣的冻牛肉

和冻牛肚进行检验检疫，桂AB××××大货车装载的货物包括两种冻品。一种是无骨冻牛

肉，最外层包装是塑料薄膜袋，然后是纸箱，最里面是真空塑料包装袋，纸箱上标签标明

的产地是巴西，生产日期是2015年1月16日；另一种是冻牛肚，外层包装是塑料薄膜袋，

内层是纸箱，纸箱上标签标明的产地是巴西，生产日期是2015年1月17日。这两种冻品均

来自疫区，属于国家禁止进境物，且无任何有效的检验检疫证明。根据有关规定，须在防

城港出入境检验检疫局监督下作销毁处理。2015年9月7日，该批冻品在防城港市垃圾无害

化处理厂被销毁。

【案件焦点】

被告人梁某雄的行为构成抢劫罪还是妨害公务罪。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区钦州市灵山县人民法院经审理认为：2015年7月17日，海关缉私人员

接报出警后，在南宁市六景工业园区查处了涉嫌装载有冻牛肉的桂AB××××大货车，缉私

人员对车上人员（司机黄某斌、黎某谦）出示工作证，表明身份后，仅凭司机黄某斌口头

称车上装载的是冻货，在没有现场开厢查看，也没有出具相关扣押手续的情况下，口头要

求车上人员配合，将车开回防城海关缉私分局接受处理。当车行驶至六钦高速陆屋服务站

时，被货主雇佣的被告人梁某雄等人持械拦截、强行开走被查扣涉嫌装载有冻品的车辆。

法院认为，被告人梁某雄等人目的是为夺回被缉私人员查扣装载有冻品的车，其行为主观

上具有对抗执法、阻止缉私人员执行公务的故意，客观上以暴力、胁迫的方法实施了拦

截、强行开走被查扣装载有冻品的车辆的行为。被告人梁某雄侵犯的客体是国家机关正常

的管理活动。在本案中，缉私人员从查扣桂AB××××大货车直到案发时的返回途中，均应

视为缉私人员执行职务的过程，而非执行职务完毕。被告人梁某雄并非意图强行占有财

物，而是不法对抗执法公务活动，聚众以暴力在中途拦截、公然夺回被查扣涉嫌装载有冻

品的车辆，符合妨害公务罪的构成要件，应以妨害公务罪定罪处罚。

广西壮族自治区钦州市灵山县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百七十七条

第一款、第二十五条第一款、第二十六条第一款、第四款、第六十七条第三款及《最高人

民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第二百四十一条第一款第（二）

项的规定，作出如下判决：

被告人梁某雄犯妨害公务罪，判处有期徒刑二年十个月。

广西壮族自治区钦州市灵山县人民检察院抗诉认为，一审判决对被告人梁某雄的行为

定性错误，被告人梁某雄的行为构成抢劫罪。1.被告人梁某雄主观上具有非法占有公共财

产的目的。根据《中华人民共和国刑法》第九十一条第二款的规定，在国家机关、国有公

司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产，以公共财产论。本案

涉案货物在南宁市六景工业园被海关执法人员现场查获后属于海关管理之下的公共财物，

海关执法人员将装有走私货物的大货车押往防城港市的途中，被告人梁某雄伙同他人以抢

回被查获的走私货物为目的，持械拦截劫取，因此被告人梁某雄具有非法占有公共财产的

目的。2.被告人梁某雄客观上实施了抢劫公共财产的行为。被告人梁某雄伙同他人分别驾

驶三辆小汽车，在灵山陆屋镇S43六钦高速公路陆屋服务区，对载有涉案走私货物的大货

车进行拦截，并持钢管等器械敲打大货车的车窗、车门，对负责押运大货车的海关执法人

员进行威胁，并采用暴力将执法人员从大货车驾驶室内拉下，继而胁迫大货车司机强行将

车开到广东省四会市东城高速路段以劫取公共财产。综上所述，被告人梁某雄主观上具有

以非法占有为目的，伙同他人采用暴力、胁迫的方式劫取公共财产，其行为构成抢劫罪。

参与抢劫的财物价值人民币867086.676元，且数额巨大，根据《中华人民共和国刑法》第

二百六十三条的规定，应当判处有期徒刑并处罚金。

广西壮族自治区钦州市中级人民法院经审理认为：原审被告人梁某雄，在防城海关执

行公务过程中，积极持械，以威胁的方法阻碍国家机关工作人员依法执行公务的行为，性

质恶劣，情节严重，触犯了《中华人民共和国刑法》第二百七十七条第一款的规定，构成

妨害公务罪。原审被告人梁某雄持械拦截、强行开走被查扣涉嫌载有冻品的车辆，起主要

作用是主犯，依法应按其所参与的全部犯罪处罚。原审被告人梁某雄在归案后，能如实供

述其主要犯罪事实，依法可以从轻处罚。原判根据梁某雄犯罪的事实、犯罪的性质、情节

及对社会的危害程度，对原审被告人梁某雄从轻处罚正确。原判定罪准确，认定事实清

楚，程序合法，适用法律正确，量刑适当。抗诉机关的抗诉意见及钦州市人民检察院的支

持抗诉意见，不予支持。对于原审被告人梁某雄及辩护人的意见，予以采纳。

广西壮族自治区钦州市中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十

五条第一款第（一）项的规定，作出如下裁定：

驳回抗诉，维持原判。

【法官后语】

本案争议焦点：被告人梁某雄所犯之罪应定性为妨害公务罪还是抢劫罪。两罪之间既

有联系又有区别。就本案而言，相同之处在于，都使用了暴力、胁迫的方法，夺走了财

物。本案中区分两罪的关键在于以下两个问题：

1.此时海关人员的执法行为是否已经完成。妨害公务罪客观方面行为所针对的是依法

执行职务的人员，如果不是正在依法执行职务的人员，则不属于妨害公务罪的行为。《刑

法》第二百七十七条明确规定“依法执行职务”，普遍公认的观点是“正在”依法执行职务，

把犯罪时间定位于正在依法执行职务或依法履行职责期间，那么对于“正在”期间如何计

算，起止点如何划分，可以从多个方面来理解。目前理论上对“正在执行职务”有不同的见

解，主要有以下几种观点：

第一种观点认为，所谓正在依法执行职务，是指有关国家工作人员已经开始着手进行

职务活动而尚未结束之前的期间，如果行为人不是在此期间内，而是在事前或事后实施阻

碍行为的不能成立本罪。 [[1]](#p131)

第二种观点认为，应把正在执行职务理解为从准备执行职务开始，到职务执行完毕的

整个过程。 [[2]](#p131)

第三种观点认为正在依法执行职务，应当包括以下三种情况：一是正在依法实施某种

具体职务活动的过程中；二是处于与这种具体职务活动密切相关的准备过程和具体职务行

为结束后，但在整个职务活动正式完毕前的过程中；三是虽然没有处于上述两种行为过程

中，但国家工作人员已经被授权执行某种具体的职务，完成这一职务又需要较长的时间，

在该项职务活动正式完毕之前，就可以认为一直处于正在执行职务活动中，如果对这种状

态下的国家工作人员进行妨碍的，只要其他要件具备，就可以妨害执行公务罪论处。 [[3]](#p131)

笔者认同第三种观点，第三种观点在时间上涵盖了职务执行的整个过程，既包括准备

期间、执行期间和结束期间，也包括上述三个期间的间隙期间（准备期、执行期、结束

期） [[4] ，](#p131)更好地保障了职务行为的行使，维护了国家和集体的利益。

执行职务的时间起点的计算，应根据主客观相统一的原则来进行分析。首先，从主观

上看，执行人员的行为应具有为执行该职务的明显意图或目的。必须是为职务的执行而做

出的相关准备行为。其次，从客观上看，此活动或行为与职务活动联系必须非常紧密，一

般都是职务行为顺利执行中必不可少的活动，阻碍此活动会中断职务的顺利执行。主客观

都具备上述特征，就应认定职务行为已经开始执行。

对于执行职务的时间终点的计算宜视具体情况具体分析。一般而言，只要是在某个时

间点以后的实施妨害、阻碍行为就再也无法中断职务或阻止职务，就应认定职务已结束。

可适当借鉴刑法正当防卫的理论，所谓执行完毕为职务活动的各项要素已达到结束状态，

行为人再对执行人实施暴力、威胁手段达不到对此职务的破坏、阻碍和阻断，即事后阻

碍。如执行职务的警察对某些违法物品实施了扣押，已经转存相关部门，并已办理相关手

续，就应认为职务已结束，再对警察实施暴力、威胁手段就不应以妨害公务罪论处，构成

犯罪的以其他相关罪名论处，如故意伤害罪、故意杀人罪等。

在本案中，防城海关缉私人员接报出警后，在车上向司机黄某斌、黎某谦出示工作证

表明身份后，并没有现场查看车厢，也没有出具相关扣押手续，只是要求涉案货车的驾驶

员黎某谦、黄某斌按照他们指令将涉嫌装运冻品的货车开往防城。在车行驶到六钦高速陆

屋服务站时，梁某雄等人受雇主“三哥”指使，伙同他人聚众持械拦截，强行开走被查扣涉

嫌装有冻品的车辆。此时海关缉私人员的职务行为已经开始但还没有结束，海关缉私人员

仍处于执行职务过程中。因此，被告人的行为应认定为以暴力、威胁的方法阻碍国家机关

工作人员依法执行职务的行为。被告人主观上为了夺回被缉私人员查扣的车辆及冻品，具

有对抗执行阻止缉私人员执行公务的故意，客观上以暴力、胁迫的方法阻碍国家机关工作

人员依法执行职务的行为，侵犯了国家机关正常的管理活动，触犯了《刑法》第二百七十

七条第一款的规定，构成妨害公务罪。

2.该案中的冻品是否属于“公共财产”的问题。依据《刑法》第九十一条规定，公共财

产，是指下列财产：（一）国有财产；（二）劳动群众集体所有的财产；（三）用于扶贫

和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产。在国家机关、国有公司、企业、集体企

业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产，以公共财产论。本案中，大货车所载冻

货是梁某雄的雇主的，虽然防城海关缉私分局民警出示工作证将车控制并指使将该车开往

防城，但是此时海关缉私人员并未对该批冻品出具扣押手续，冻品的财产所有权并没有发

生转移，该车冻品并不属于“公共财产”。防城海关缉私分局既不是冻品的所有人也不是管

理人或运输人，被告人受雇主指使截回冻品在客观上不属于对公共财产所有人、管理人或

运输人使用暴力抢走货物，遂不构成抢劫罪。

编写人：广西壮族自治区钦州市灵山县人民法院 李媛

3 醉酒驾驶后暴力逃避检查是否另行构成妨害公务罪

——黄某彬危险驾驶、妨害公务案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市思明区人民法院（2016）闽0203刑初1401号刑事判决书

2.案由：危险驾驶罪、妨害公务罪

【基本案情】

2016年9月3日凌晨1时许，被告人黄某彬酒后驾驶闽D×××××号白色小型普通客车，

行驶至厦门市思明区厦禾路至双涵路路口段时，发现前方有民警设卡拦查，为逃避检查，

遂驾车强行冲关，将协警队员董某剐倒在地，并轧伤另一名协警队员余某东的右脚，后被

民警当场抓获。经检验鉴定，被告人黄某彬的血液酒精浓度为193.14mg/100ml，已达醉酒

驾驶机动车标准。经法医鉴定，董某的右腕关节尺侧表皮剥脱3.3cm×2.5cm、右手小指远

节尺侧皮肤破损0.7cm；余某东右足第1近节趾骨远端骨折，其中余某东的损伤程度为轻微

伤。到案后，被告人黄某彬如实供述上述事实；其家属代其分别向董某、余某东赔偿经济

损失，取得谅解。

【案件焦点】

被告人黄某彬醉酒驾驶后为逃避检查，驾车强行冲关，将一名协警队员剐倒，并致另

一名协警队员受伤的行为是否另行构成妨害公务罪，且处断原则是应当从一重罪论处还是

数罪并罚？

【法院裁判要旨】

福建省厦门市思明区人民法院经审理认为：被告人黄某彬在交通道路上醉酒驾驶机动

车，其行为已构成危险驾驶罪；后被告人黄某彬为逃避检查，驾车强行冲关，暴力袭击正

在依法执行职务的人民警察，其行为已构成妨害公务罪，且应从重处罚。公诉机关指控被

告人黄某彬犯危险驾驶罪和妨害公务罪的事实清楚，证据确实充分，指控的罪名均成立。

鉴于被告人黄某彬到案后能如实供述自己的罪行，当庭自愿认罪，且其家属已代为赔偿受

伤人员经济损失，取得谅解，故对其所涉危险驾驶罪从轻处罚；对其所涉妨害公务罪酌情

从轻处罚。此外，被告人黄某彬在判决宣告以前身犯数罪，应予数罪并罚。

福建省厦门市思明区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三条之一第一

款第（二）项，第二百七十七条第一款、第五款，第六十七条第三款及第六十九条之规

定，作出如下判决：

被告人黄某彬犯危险驾驶罪，判处拘役二个月又五日，并处罚金人民币三千元；犯妨

害公务罪，判处有期徒刑六个月，数罪并罚，决定执行有期徒刑六个月，并处罚金人民币

三千元。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对醉酒驾驶后为逃避检查，驾车强行冲关，暴力袭击正在依法

执行职务的人民警察行为的定性。此行为是否单独构成妨害公务罪，并与前罪数罪并罚。

具体到本案中，按照危险驾驶罪的构成理论，行为人从上车并开始在交通道路上醉酒

驾驶机动车时，若行为人血液酒精浓度已达醉酒驾驶机动车标准，则其危险驾驶的犯罪行

为已经既遂，后行为人另起犯意，为逃避检查暴力袭击正在依法执行职务的人民警察，后

种行为应另行定性为妨害公务罪，并与前罪数罪并罚。

另起犯意，意指在前罪已经既遂、未遂或中止后，另起犯罪意图实施其他犯罪，是犯

罪主观层面的内容。另起犯意的特征为：（1）另起犯意所针对的客观行为，在进行的过

程中出现间断，即在行为的过程中，前后存在着两个犯意并分别对应前后两个不同的犯罪

行为。（2）另起犯意既可以针对同一犯罪对象也可以针对不同犯罪对象，但多数情况下

是针对不同犯罪对象。（3）另起犯意所侵害的法益在多数情况下是不同的。具体到本案

中，首先，黄某彬先后实施了两个不同的行为（醉酒驾驶并暴力抗拒检查），系有联系但

各自独立的行为。虽然是两个相继的行为，但黄某彬暴力抗拒检查时醉酒驾驶行为已经终

结（已既遂），相互间不存在过于紧密或重合的联系；其次，本案的犯罪对象自始至终只

有一个，即前行为没有犯罪对象，后暴力逃避检查行为的犯罪对象为正在依法执行职务的

人民警察；最后，就侵害的法益来说，前行为侵害的法益是道路交通公共安全，后行为侵

害的主要是国家机关的威信及对社会的正常管理秩序。由此可知，行为人黄某彬醉酒驾驶

后，另起犯意实施了另外一个独立的罪行，应分别定性，合理处理。

有观点认为，行为人黄某彬实施前一犯罪行为，在抗拒抓捕等情形下又实施了妨害公

务的行为，后一行为的实施也是为了让前一行为逃避法律的追责，两行为具有牵连性，应

构成牵连犯。如果刑法分则对特定犯罪的牵连犯明文规定了处断原则的，应严格按相关条

文规定裁判；如果没有明文规定的，则按照从一重罪论处的原则。本案中黄某彬在实施醉

酒驾驶后暴力抗拒检查的行为之间是否构成牵连犯，笔者认为有待商榷。首先，牵连犯是

指出于一个犯罪目的，而犯罪方法（手段）或者结果又牵连触犯其他罪名的犯罪。本案黄

某彬在道路上醉酒驾驶机动车仅仅出于在道路上驾驶机动车的交通运输目的，而后暴力抗

拒公安机关依法检查，则是因为害怕酒驾行为受到法律的制裁而采取反抗形式来逃避法律

追究，显然前后两个行为的目的是不同的。另外，黄某彬作为一个认知正常的成年人来

说，其明知在道路上醉酒驾驶机动车具有社会危险性，仍驾驶机动车在交通道路上行使，

危及公共安全，危险状态一直持续到被公安民警抓获为止。但在此前，黄某彬的危险驾驶

行为已经构成犯罪既遂。后黄某彬驾车强行冲关，将一名协警队员剐倒在地，并轧伤另一

名协警队员的右脚，致其轻微伤的结果，这一系列的暴力举动已超出了危险驾驶罪的行为

范畴，而属于妨害公务罪中以暴力方法抗拒国家机关工作人员检查的行为，并非简单为逃

避法律追究而实施的与前罪较为密切且处于本能的暴力抗拒行为，即抗拒检查行为与先前

醉酒驾驶行为不存在牵连关系。若此时黄某彬醉酒驾驶后被公安民警拦下，但拒绝现场酒

精测验且使用暴力、威胁等手段，所实施的是与之前行为紧密联系的出于本能的反抗行

为，则可能涉及牵连犯，按照从一重罪论处的原则处理。

综上所述，尽管刑法分则条文未明文规定在对危险驾驶的行为进行执法检查的过程

中，行为人以暴力、威胁方法抗拒国家机关工作人员的检查，按照《刑法》第二百七十七

条处理，单独构成妨害公务罪。但在实践司法审判中，仍要依据具体的案情来综合考虑，

以做到“以事实为根据，以法律为准绳”。同样，本案中，行为人黄某彬先后实施了两个不

存在紧密联系的犯罪行为，且基于不同的主观目的，分别符合危险驾驶罪和妨害公务罪的

构成特征，应按照数罪并罚的原则予以处罚。

编写人：福建省厦门市思明区人民法院 陈毅燕

4 诈骗罪与招摇撞骗罪的区别

——简海涛招摇撞骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

黑龙江省大兴安岭地区加格达奇区人民法院（2017）黑2701刑初2号刑事判决书

2.案由：招摇撞骗罪

【基本案情】

2015年3月至10月，被告人简海涛在加格达奇区长虹派出所任辅警期间，谎称自己能

够为他人办理驾驶证、廉租房和免费车库等为由，先后五次骗取他人人民币共185500元，

除案发前返还被害人人民币42000元外，余款被其全部挥霍。加格达奇区人民检察院指控

被告人简海涛犯诈骗罪。

【案件焦点】

诈骗罪与招摇撞骗罪的区别。

【法院裁判要旨】

黑龙江省大兴安岭地区加格达奇区人民法院经审理认为：被告人简海涛冒充人民警

察，以牟取非法利益为目的，虚构事实骗取他人财物，情节严重，其行为已经构成招摇撞

骗罪，应当予以从重处罚。公诉机关指控的事实清楚，但罪名应当以招摇撞骗罪定罪。

加格达奇区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百七十九条第二款的规定，判

决如下：

被告人简海涛犯招摇撞骗罪，判处有期徒刑六年。

【法官后语】

区分招摇撞骗罪与诈骗罪的关键在于：当行为人冒充国家机关工作人员骗取数额较大

的财物时，诈骗罪与招摇撞骗罪之间是法条竞合的关系，属招摇撞骗罪一般情形时，择一

重罪很难界定，而按照特别法优于普通法的适用原则，即《刑法》第二百六十六条中“本

法另有规定的，依照规定”，此时该行为构成招摇撞骗罪。本案中，被告人简海涛多次冒

充国家机关工作人员骗取他人钱财以及其他非法利益的行为，构成招摇撞骗罪。其中简海

涛多次冒充国家机关工作人员总共骗取人民币185500元的行为，也符合诈骗罪的犯罪构

成，但因为此时诈骗罪与招摇撞骗罪的规定属于法条竞合的关系，根据“特别法优于普通

法”的适用原则，该行为依然只构成招摇撞骗罪。

我们不能否认诈骗罪与招摇撞骗罪之间普通法条与特别法条的关系，但我们对

于“骗”可以从诈骗数额上来做程度上的区分。对同一个词在保持其内涵一致的情况下对其

作程度上的区分并不违反我国刑法的立法规定。例如，抢劫罪关于“暴力”的规定，包括轻

伤害、重伤害、致人死亡，但在暴力干涉婚姻自由罪中，其法定最高刑是二年有期徒刑，

这里的“暴力”显然不包括重伤害。所以我们可以认为，招摇撞骗罪只包含骗取财物数额较

大或者有其他情节严重的情形，而不包括骗取财物数额巨大、特别巨大的情形。在这种情

况下，招摇撞骗罪与诈骗罪在十年以下有期徒刑的刑罚幅度内形成重叠关系。在行为人冒

充国家机关工作人员骗取财物数额较大或者有其他严重情节时，成立招摇撞骗罪，遵循了

特别法优于普通法的原则。如果骗取的财物数额巨大、特别巨大或者有其他特别严重的情

节时，则直接成立诈骗罪，冒充国家机关工作人员作为从重情节进行评价，从而保证罪刑

均衡。因而，笔者提出立法建议，建议在《刑法》第二百七十九条后增加一款：冒充国家

机关工作人员骗取财物数额巨大、特别巨大或有其他特别严重情节的直接依照《刑法》第

二百六十六条规定定罪处罚。

编写人：黑龙江省大兴安岭地区加格达奇区人民法院 王延成

5 买卖空白国家机关证件是否构成买卖国家机关证件罪

——朱小姣等买卖国家机关证件印章案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省三门峡市中级人民法院（2016）豫12刑终160号刑事裁定书

2.案由：买卖国家机关证件印章罪

【基本案情】

2013年至2015年8月20日，被告人王某静、马某斌在明知自己无制作权限的情况下，

仍在渑池县解放大街中段自己经营的新星广告门市内伪造“中共渑池县委组织部党员组织

关系专用章”“河南省渑池县地方税务局税务登记证专用章”“渑池县水利局”等国家机关印

章37枚，其中王某静、马某斌分别伪造36枚、1枚；伪造公司、企业、事业单位印章64

枚，其中王某静伪造59枚，马某斌伪造5枚；马某斌通过QQ与洛阳昵称“朱丽叶的凯

子”（被告人朱小姣的网名）联系购买伪造的“渑池县民政局婚姻登记专用章”（钢

印）、“渑池县公安局城关派出所户口专用章”计2枚；“三门峡高级中学毕业证专用章”“河

南省义马煤炭高级技工学校钢印2枚；被告人王某静从被告人朱小姣处购买伪造的户口本2

个，毕业证2个，卖给被告人王某伪造的“高上装饰渑池公司合同专用章”等企业印章3枚，

被告人王某静、马某斌非法获利3000余元。案发后，公安机关扣押二被告人伪造的印章98

枚，扣押二被告用于伪造印章的刻章机及电脑主机各1台。

2013年至2015年8月20日，被告人王某在自己经营的渑池县市场街北口广交文印门市

内卖给王某静伪造的户口本2本、毕业证2本，并从王某静处购买伪造的“高上装饰渑池公

司合同专用章”“高上装饰渑池公司财务专用章”及“蔡兵”印章共计3枚印章。被告人王某伙

同其母亲秦某粉伪造“河南第一火电建设公司焊工技术考试委员会”印章1枚及经办人“周国

瑞”印章2枚，并用该印章为他人伪造中华人民共和国特种设备作业人员证2本。案发后，

公安机关扣押二被告人伪造的公司印章3枚，及空白户口本7本、结婚证46本、离婚证8

本、驾驶证13本、行驶证12本、普通高中毕业证14本。

2014年3月至2015年9月19日，被告人朱小姣、朱某兵在明知自己无制作权限的情况

下，在河南省洛阳市龙门大道皂角村纬四路15号租住处，通过QQ、微信、印制发放名片

等方式为他人制作假证件、假印章，并非法获利。被告人朱小姣伪造“洛阳市人民政府办

公室”“新安县工商行政管理局”“渑池县民政局婚姻登记专用章”等国家机关印章205枚，伪

造“洛阳师范学院”“洛阳安泰劳务有限公司”“中国农业银行股份有限公司洛阳老城支行”等

公司、企业、事业单位、人民团体印章234枚，伪造国家机关各类空白证件268件，伪造公

司、企业、事业单位、人民团体各类空白证件510件。其间，被告人朱某兵联系购买客户

并负责发货，其中卖给被告人马某斌、王某静伪造的国家机关印章2枚，企业、事业单位

印章2枚，户口本2个，毕业证2个。案发后，公安机关扣押被告人朱小姣伪造印章439枚，

伪造的空白证件778件，过塑机1台、打孔机1台、电脑主机2台、笔记本电脑1台、U盘4

个。2015年9月19日，被告人朱小姣到渑池县公安局投案。

【案件焦点】

买卖空白国家机关证件是否构成买卖国家机关证件罪。

【法院裁判要旨】

河南省三门峡市渑池县人民法院经审理认为：被告人朱小姣、王某静、王某、朱某

兵、马某斌、秦某粉明知无权制作国家机关证件、印章，为非法获利而伪造、买卖国家机

关证件、印章，其行为均已构成伪造、买卖国家机关证件、印章罪；上述各被告人明知无

制作权限，伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章，又分别构成伪造公司、企业、事

业单位、人民团体印章罪。公诉机关指控罪名成立。被告人朱小姣、朱某兵、王某静、马

某斌、王某、秦某粉系共同犯罪，且被告人朱小姣、王某静、王某在实施犯罪活动中，起

主要作用，系主犯；被告人朱某兵、马某斌、秦某粉起次要、辅助作用，系从犯，依法可

以从轻处罚。被告人朱小姣自动到公安机关投案并如实供述犯罪事实，系自首，依法可以

从轻处罚；被告人王某静、王某、朱某兵、马某斌、秦某粉到案后，如实供述犯罪事实，

系坦白，依法均可以从轻处罚。六被告人身犯数罪，应数罪并罚。

河南省三门峡市渑池县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百八十条第一款、

第二款，第二十五条第一款，第二十六条第一款，第二十七条，第六十七条第一款、第三

款，第六十四条，第六十九条第一款，第七十二条第一款、第二款，第七十三条第二款、

第三款之规定，判决：

一、被告人朱小姣犯伪造、买卖国家机关证件、印章罪，判处有期徒刑二年六个月；

犯伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪，判处有期徒刑二年，数罪并罚，决定执

行有期徒刑四年。

二、被告人王某静犯伪造、买卖国家机关证件、印章罪，判处有期徒刑一年六个月；

犯伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪，判处有期徒刑一年三个月，数罪并罚，

决定执行有期徒刑二年六个月。

三、被告人王某犯伪造、买卖国家机关证件罪，判处有期徒刑一年；犯伪造公司、企

业印章罪，判处有期徒刑十个月，数罪并罚，决定执行有期徒刑一年六个月，缓刑二年。

四、被告人朱某兵犯伪造、买卖国家机关证件、印章罪，判处有期徒刑十个月；犯伪

造公司、企业、事业单位印章罪，判处有期徒刑八个月，数罪并罚，决定执行有期徒刑一

年三个月，缓刑二年。

五、被告人马某斌犯伪造、买卖国家机关证件、印章罪，判处有期徒刑七个月；犯伪

造公司、企业、事业单位印章罪，判处有期徒刑六个月，数罪并罚，决定执行有期徒刑十

个月，缓刑一年。

六、被告人秦某粉犯伪造、买卖国家机关证件罪，判处拘役四个月；犯伪造公司、企

业印章罪，判处拘役三个月，数罪并罚，决定执行拘役六个月，缓刑一年。

七、被告人王某静、马某斌违法所得三千元，予以没收；作案工具刻章机1台、电脑

主机1台予以没收。

八、被告人朱小姣、朱某兵作案工具过塑机、打孔机、笔记本电脑各1台，电脑主机2

台，U盘4个予以没收；禁止被告人王某、朱某兵、马某斌、秦某粉在缓刑期间从事证

件、印章制作活动。

被告人朱小姣、王某静不服判决，提起上诉。

上诉人朱小姣上诉称：原审判决认定犯数罪与事实不符，其触犯的是《中华人民共和

国刑法》第二百八十条中的第一款、第二款，按数罪并罚不合法，属于重复量刑；原判认

定的伪造778件空白证件与事实不符，该系其从网上购买的，并不是其伪造的；其系自

首，原审量刑过重。请求二审法院依法改判，从轻处理。

上诉人朱小姣的辩护人辩护称：原审认定上诉人伪造国家机关印章和公司、企业、事

业单位、人民团体印章的数额不正确，部分印章存在废章、普通章和钢印章，对此应认定

为一枚印章，原审存在重复计算，且部分公司、企业、事业单位、人民团体中的个人印章

都不应认定为犯罪对象；原审认定上诉人伪造国家机关各类空白证件268件与事实不符，

是上诉人从他处购买，而不是自己伪造的。且空白证件不能构成伪造国家机关证件罪的犯

罪对象；上诉人伪造的公司、企业、事业单位、人民团体各类空白证件案510件，不是犯

罪行为；上诉人系自首，原审对上诉人量刑过重。希望二审法院依法改判，从轻处理。

上诉人王某静上诉称：起诉书只起诉一个罪名，而原判认定两个罪名，且案发后，主

动如实坦白犯罪事实，原审量刑过重。希望二审法院依法改判，从轻处理。

河南省三门峡市中级人民法院经审理认为：关于从被告人处查扣的空白国家机关证件

定性问题，本案证据能够证实从上诉人朱小姣处查扣了各类伪造的国家机关空白证件268

件，各类伪造的公司、企业、事业单位、人民团体空白证件510件。其中查扣的国家机关

空白证件包含营业执照、结婚证、离婚证、户口本等，上述证件需要国家各专门机关统一

发放、统一印制的，应认定为国家机关证件，本案中查扣的伪造国家机关证件虽非上诉人

朱小姣伪造，但其明知是伪造的而购买，其行为构成买卖国家机关证件罪。对于在上诉人

朱小姣处查扣的伪造公司、企业、事业单位、人民团体各类空白证件，原审法院并未对其

进行有罪评价。

关于原审被告人伪造的印章数量，本案中有搜查笔录、扣押物品清单、扣押印章印

文、扣押物品照片及被告人朱小姣、朱某兵等人的供述，均能证明从上诉人朱小姣处查扣

了伪造的国家机关印章205枚，公司、企业、事业单位、人民团体印章234枚，以上查扣的

伪造印章数量均经上诉人朱小姣确认，因伪造上述印章本身属违法行为，应按照实际查扣

的伪造印章数量认定，故原审认定无误。

关于上诉人朱小姣、王某静提出“原判认定罪名有误”的意见，二被告的行为分别构成

伪造、买卖国家机关证件、印章罪，伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪，应数

罪并罚，原审认定无误。原判根据各被告人的犯罪事实、社会危害程度及具体量刑情节分

别量刑，并无不当。

河南省三门峡市中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第

一款第（一）项之规定，作出如下裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案处理的重点在于对买卖空白结婚证、离婚证、户口本、营业执照等证件的行为应

当如何定性。

在买卖国家机关证件罪中，该罪的犯罪客体侵犯的是国家正常的社会管理秩序，客观

方面表现为买卖各种国家机关证件的行为。本罪当中买卖行为针对的对象，即“国家机关

证件”，既包括真实的国家机关证件，又包括伪造或变造的国家机关证件。

如果行为人擅自买卖空白结婚证、离婚证、户口本、营业执照等证件，区分两种情

况，但均应构成买卖国家机关证件罪。

一种情况是行为人买卖的是正规印刷单位按照技术规范和法定程序印制的空白证件。

这种情况下，有关空白证件在制作印刷时是按照严格的行业技术规定，由指定印刷单位按

照规定数量、样式印制，体现出严格的制作技术标准。在使用发放上，这些制式空白证件

只能由相关国家机关根据法律法规，按照统一程序制作发放，体现出严格的发放程序。在

证件内容上，这些国家机关证件上将要列明的内容会对公民、社会组织赋予法律法规确定

的相关权利义务，体现出严格的权益规定。这种情况下，相关空白证件属于形式合法、内

容待完善的国家机关证件，行为人买卖空白证件，当然构成买卖国家机关证件罪。

另一种情况是行为人买卖非法印制的空白证件。这种非法印制的空白证件，应当属

于“伪造的国家机关证件”范畴。1999年6月21日《最高人民检察院法律政策研究室关于买

卖伪造的国家机关证件行为是否构成犯罪问题的答复》（高检研发〔1999〕第5号）中规

定：对于买卖伪造的国家机关证件的行为，依法应当追究刑事责任的，可适用《刑法》第

二百八十条第一款的规定以买卖国家机关证件罪追究刑事责任。这种情况下，空白证件并

非由国家机关制定的印刷单位按照规定的印数和要求印制，相关空白证件属于形式非法、

内容不全的国家机关证件，在法律上应当属于被伪造的国家机关证件，行为人买卖此类空

白证件，同样构成买卖国家机关证件罪。

因此，本案中查扣的空白营业执照、结婚证、离婚证、户口本等证件，无论属于何种

情形，朱小姣等人的行为都应当构成买卖国家机关证件罪。

编写人：河南省三门峡市中级人民法院 刘迪

6 滥用职权罪中“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失” 的认定

——王某、王某伦伪造、买卖身份证件案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省扬州市广陵区人民法院（2016）苏1002刑初207号刑事判决书

2.案由：伪造、买卖身份证件罪

【基本案情】

公诉机关指控，2011年，被告人王某在扬州市公安局广陵分局东关派出所担任辅警，

受委托在该所户籍室从事户口本和身份证办理工作。工作期间，被告人王某发现户籍系统

存在漏洞，利用漏洞可以办理虚假的身份证件，遂将该情况告诉其父被告人王某伦，被告

人王某伦决定通过上述方法替他人办理虚假身份证件并从中牟利。其间，二被告人通过修

改个人姓名或者出生日期的形式，共伪造了8份虚假的户口本和身份证进行买卖，获利

6000元，造成恶劣社会影响。案发后，被告人王某伦、王某接公安机关电话通知后主动投

案，并分别如实供述了自己的犯罪事实。为证明上述指控的事实，公诉人当庭讯问了被告

人王某、王某伦，宣读并出示了二被告人在侦查期间的供述笔录，未到庭证人咸某女、仇

某春、封某平、封某、王某祥的证言笔录，伪造的居民身份证、户口本，辨认笔录及照

片，情况说明，房屋权属登记信息查询证明，暂扣款凭证，案发经过，户籍资料等证据。

公诉机关认为，被告人王某、王某伦共同利用被告人王某受国家机关委托从事公务的职务

之便，滥用职权，造成恶劣社会影响，其行为应当以滥用职权罪追究刑事责任。同时认为

二被告人有自首情节，可以从轻或减轻处罚。在法院审理期间，被告人王某、王某伦退回

非法所得人民币6000元。

被告人王某、王某伦对起诉指控的事实及罪名无异议。

【案件焦点】

二被告人的行为是否符合滥用职权罪的构成要件。

【法院裁判要旨】

江苏省扬州市广陵区人民法院经审理认为：被告人王某伦、王某共同利用公安机关电

子户籍系统，为他人伪造身份证件并买卖，其行为均已构成伪造、买卖身份证件罪。被告

人王某伦、王某系共同故意犯罪。被告人王某伦、王某主动投案并如实供述了自己的犯罪

事实，系自首，依法可以从轻处罚。根据本案具体情节对二被告人均可给予一定的缓刑考

验期限。公诉机关指控被告人王某伦、王某犯罪的事实清楚，证据确实、充分，提请从轻

处罚的公诉意见，有事实和法律依据，应予支持，但指控二被告人犯滥用职权罪的罪名不

当，本院予以纠正。

江苏省扬州市广陵区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百八十条第三款，第

十二条，第二十五条第一款，第六十七条第一款，第六十四条，第七十二条第一款，第七

十三条第二款、第三款之规定，判决如下：

一、被告人王某伦犯伪造、买卖身份证件罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年；

二、被告人王某犯伪造、买卖身份证件罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年；

三、非法所得人民币六千元，予以没收，上缴国库。

【法官后语】

对被告人王某、王某伦行为的定性，本院在审理过程中与公诉机关存在分歧意见：

公诉机关认为，被告人王某、王某伦共同利用被告人王某受国家机关委托从事公务的

职务之便，滥用职权，造成恶劣社会影响，其行为应当以滥用职权罪追究刑事责任。

本院审理后认为，二被告人的行为构成伪造、买卖身份证件罪，事实清楚、证据充

分。理由如下：

滥用职权罪的犯罪主体是国家机关工作人员，侵犯的客体是国家机关的正常活动，主

观方面为故意，客观方面表现为滥用职权，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失

的行为。其中关于“国家机关工作人员”，包括在国家各级立法机关、各级行政机关、各级

司法机关、各级军事机关中从事公务的人员，在依照法律、法规规定行使国家行政管理职

权的组织中从事公务的人员，或者在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事

公务的人员，或者虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员。本案中，

被告人王某系受委托在国家机关从事公务的人员，符合该罪主体要件，但结合具体案件事

实可见，本案中二被告人的行为结果尚未达到致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损

失的程度，故指控二被告人构成滥用职权罪的罪名不当。被告人王某伦、王某共同利用公

安机关电子户籍系统，伪造、买卖居民身份证、户口本，其行为符合《刑法》第二百八十

条第三款关于伪造、买卖身份证件罪的构成要件，本罪是行为犯，只要实施了伪造、买卖

居民身份证件的行为即构成，故以伪造、买卖身份证件罪对二被告人作出判决。虽然2015

年11月1日起施行的《刑法修正案（九）》对第二百八十条作出修改，增设罚金刑，但根

据从旧兼从轻原则，对二被告人不应并处罚金。

编写人：江苏省扬州市广陵区人民法院 冯杰

7 代替考试罪的定性量刑分析

——张某源、杨某芳代替考试案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省雅安市中级人民法院（2016）川18刑终131号刑事判决书

2.案由：代替考试罪

【基本案情】

2015年3月，被告人杨某芳在网上搜索到一个培训中介机构，并与一名自称“李老

师”的人达成约定，由“李老师”代替其参加2016年四川省公务员招录考试，条件是杨某芳

先付2000元定金，笔试入围后再付25000元以及入职后再支付一年工资同等金额。杨某芳

向“李老师”提供了个人报考信息和照片，由“李老师”通过四川省人事考试网填报了雅安市

雨城区乡镇人民政府的“综合管理人员”职位。2016年3月，被告人张某源经大学同学游某

芝（另案处理）介绍后同意以获取报酬为目的代替他人参加公务员考试。2016年4月22

日，张某源收取了游某芝通过微信转账的2000元现金后，在欧某尹（在逃）的带领下，从

湖南赶到四川。次日，持杨某芳“二代身份证”和“准考证”在雅安市雨城区“雅安七中”考

场，代替杨某芳完成了四川省“2016年上半年全省公开考试录用公务员”笔试科目《行政职

业能力测验》和《申论》的考试。后该犯罪行为因前述培训中介机构其他人员的揭发被雅

安市雨城区公安局立案侦查。

被告人杨某芳、张某源先后于2016年6月17日、23日到公安机关投案，并如实供述了

自己的犯罪事实。

【案件焦点】

代替考试罪的定性量刑分析。

【法院裁判要旨】

四川省雅安市雨城区法院经审理认为：杨某芳在国家考试中让他人代替自己考试，张

某源在国家考试中代替他人考试，二人的行为均构成代替考试罪。张某源、杨某芳犯罪后

自动投案，如实供述自己的罪行，系自首，可以从轻处罚。故判决：

一、被告人张某源犯代替考试罪，判处拘役二个月，缓刑三个月，并处罚金一千元；

二、被告人杨某芳犯代替考试罪，判处拘役二个月，缓刑三个月，并处罚金一千元。

被告人张某源、杨某芳不服判决，提出上诉。二上诉人均提出其具有自首情节，系初

犯、偶犯，自愿认罪、悔罪，社会危害性相对较小，原判量刑过重，请求改判免予刑事处

罚。四川省雅安市中级人民法院经审理认为：上诉人张某源、杨某芳的行为均构成《中华

人民共和国刑法修正案（九）》规定的代替考试罪。《中华人民共和国刑法》第二百八十

四条之一第一款规定：“在法律规定的国家考试中，组织作弊的，处三年以下有期徒刑或

者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚

金。”前述法条第四款规定：“代替他人或者让他人代替自己参加第一款规定的考试的，处

拘役或者管制，并处或者单处罚金。”对辩护人所提“其具有自首情节，系初犯、偶犯，自

愿认罪、悔罪，社会危害性相对较小，原判量刑过重，请求改判免予刑事处罚”的意见和

理由，与本案的犯罪事实、情节及社会影响不相适应，故不予采纳。鉴于原判认定事实清

楚，证据确实充分，审判程序合法，量刑适当，但原判漏判追缴违法所得，属适用法律错

误，应予纠正。故判决如下：

一、被告人张某源犯代替考试罪，判处拘役二个月，缓刑三个月，并处罚金一千元；

二、被告人杨某芳犯代替考试罪，判处拘役二个月，缓刑三个月，并处罚金一千元；

三、追缴上诉人张某源的违法所得二千元。被告人张某源、杨某芳的缓刑考验期限从

判决确定之日起计算，罚金均已缴纳。

【法官后语】

代考行为滋长的舞弊现象严重冲击国家教育考试制度，具有极大的社会危害性。代考

行为破坏国家考试管理秩序，动摇了社会诚信道德基础，严重损害了国家考试制度公信

力；代考行为是对国家培养和选拔人才公正机制的挑战，违反了公平竞争原则，使考试作

为评判考生专业素质的功能遭受破坏性影响和扭曲，严重影响社会人才评价、选拔机制的

正常运行；代考行为不但侵害他人参与公平竞争的合法权益，还会毒化风气，破坏和谐有

序的社会环境。因此，对代替考试行为科以刑罚，有助于消除弊病，防止引发社会诚信危

机。

定性方面，《刑法》第二百八十四条之一规定：“在法律规定的国家考试中，组织作

弊的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处三年以上七年

以下有期徒刑，并处罚金。……代替他人或者让他人代替自己参加第一款规定的考试的，

处拘役或者管制，并处或者单处罚金。”代替考试罪的定性要注意三点：一是本罪主体为

一般主体，即年满16周岁，具备刑事责任能力的人；二是本罪所指的考试，目前未予具体

列明，但必须是依据法律设立的国家考试，依据部门规章、文件设立的考试，不在此罪范

围之内；三是本罪是典型的对向犯，刑法同时处罚考生和“枪手”双方行为人，且双方行为

人定罪和法定刑都相同。

量刑方面，根据刑法打击预防犯罪的目的，结合宽严相济的刑事政策，考虑到本罪行

为人多为在校学生，且替考者主要以获取物质利益为目的，代替考试罪的量刑较轻。本案

被告人张某源、杨某芳的替考行为严重违反了刑法规定，但鉴于二人具有自首情节，对其

均适用了缓刑，量刑恰当。

编写人：四川省雅安市中级人民法院 骆谦

8 帮助信息网络犯罪活动罪的认定

——吴江洋非法控制计算机信息系统、张某竟帮助信息网络犯罪活动案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省无锡市惠山区人民法院（2016）苏0206刑初578号刑事判决书

2.案由：非法控制计算机信息系统罪、帮助信息网络犯罪活动罪

【基本案情】

2016年1月至8月，被告人吴江洋租用控制端服务器后安装控制软件，通过暴力破解账

号密码后植入木马程序的方式非法侵入并远程控制他人的计算机共计60余台，以每天100

元/G的价格将流量出售给“阿布小组”“8uc”等人，非法获利共计人民币20余万元。具体分

述如下：

1.2016年1月，被告人吴江洋明知汪某阳（另案处理）通过在IP地址为58.220.21.160的

控制端服务器上安装“10991”控制软件非法控制他人的计算机，仍于汪某阳被公安机关抓

获后续租上述服务器并继续控制“10991”控制软件中控制的计算机，将流量出售给“阿布小

组”，获利共计人民币18万余元。

2.2016年5月至8月，被告人吴江洋租用3台服务器，并在服务器上分别安装名

为“pps\_18”“控制端1.8监听2499”“大哥洋”“49871”的控制软件，通过暴力破解方式获取他

人计算机的控制权并植入木马程序，将他人计算机连接到主控端服务器后非法控制他人计

算机，将流量出售给“8uc”等人，获利共计人民币3万余元。

3.2016年1月至8月，被告人张某竟明知被告人吴江洋正在从事非法控制计算机信息系

统的犯罪，仍数次远程登录IP地址为58.220.21.160的主控端服务器，帮助被告人吴江洋进

行非法控制的计算机信息系统的维护，并提供财付通账户为被告人吴江洋的获利提供支付

结算的帮助。

2015年12月31日、2016年8月8日及8月15日，无锡市公安局惠山分局技术人员在对上

述4台服务器勘验取证时发现非法控制软件控制的计算机台数共计60余台。

破案后，公安机关从被告人吴江洋处扣押作案工具华硕牌笔记本电脑1台、电脑主机1

台。

【案件焦点】

帮助信息网络犯罪活动罪规定的帮助行为的对象范围是仅包含《刑法》第二百八十七

条之一的相关行为，还是包括所有网络犯罪行为。

【法院裁判要旨】

江苏省无锡市惠山区人民法院经审理认为：被告人吴江洋违反国家规定，非法控制他

人的计算机信息系统，情节特别严重，其行为已构成非法控制计算机信息系统罪；被告人

张某竟明知他人利用信息网络实施犯罪，仍为其犯罪提供支付结算的帮助，情节严重，其

行为已构成帮助信息网络犯罪活动罪。被告人吴江洋、张某竟归案后能如实供述自己的罪

行，可从轻处罚。被告人张某竟的犯罪情节及悔罪表现具备适用缓刑条件，可宣告缓刑。

江苏省无锡市惠山区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百八十五条第二款，

第二百八十七条之二第一款，第六十七条第三款，第七十二条第一款、第三款，第六十四

条及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法

律若干问题的解释》第一条之规定，判决如下：

一、被告人吴江洋犯非法控制计算机信息系统罪，判处有期徒刑三年九个月，并处罚

金人民币四千元；

二、被告人张某竟犯帮助信息网络犯罪活动罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年，并处

罚金人民币二千元；

三、扣押在案的作案工具华硕牌笔记本电脑1台、电脑主机1台及违法所得予以没收，

上缴国库。

【法官后语】

《刑法修正案（九）》第二十九条新增的《刑法》第二百八十七条之二规定了明知他

人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通雠传输

等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等帮助，情节严重的行为构成帮助信息网络犯

罪活动罪。对该条规定应当理解为对所有网络犯罪的帮助行为在符合构成要件的情况下均

可构成本罪。

首先，从法律的文义解释和体系解释来分析，在法条之后增加之一、之二属于单独的

条款，规定的具体内容也往往与原条文并无直接联系，之二对于之一没有从属性。反之，

如理解为二百八十七条之二是针对二百八十七条之一的帮助行为，可直接将二百八十七条

之二规定的内容列为二百八十七条之一的其中一款，而无须单列一条。

其次，从立法目的和背景来分析，非法利用信息网络罪及帮助信息网络犯罪活动罪均

是在目前信息网络高速发展的环境下针对新型网络犯罪增设的罪名，帮助行为的正犯化也

是为了实现对网络犯罪的“打早打小”。因此，对于上述帮助行为适用的对象范围不应作出

限缩解释，否则与立法背景和目的相悖。且《刑法修正案（九）》之前的刑法中规定的计

算机犯罪在司法实践中往往都通过网络实施，也属于网络犯罪的范畴，所以帮助信息网络

犯罪活动罪的帮助对象应当包含刑法原有的计算机犯罪行为在内的所有网络犯罪行为。

编写人：江苏省无锡市惠山区人民法院 蒋丽娜

9 危害计算机信息系统行为的认定

——耿某某非法控制计算机信息系统、李某破坏生产经营案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市海淀区人民法院（2016）京0108刑初2075号刑事判决书

2.案由：非法控制计算机信息系统罪、破坏生产经营罪

【基本案情】

2015年至2016年，被告人耿某某在江苏省扬州市通过互联网以利用电脑漏洞植入木马

的方式，非法控制计算机信息系统后出租给他人，以牟取不法利益。经勘验，耿某某于

2016年1月29日非法控制计算机信息系统50台。

2016年1月6日，被告人李某在河南省郑州市租用前述被告人耿某某非法控制的计算机

信息系统，对被害单位北京联众互动网络股份有限公司（注册地位于本市海淀区，以下简

称北京联众公司）的“联众德州扑克”游戏服务器进行非法网络攻击，导致该游戏不能正常

提供服务，造成北京联众公司经济损失人民币7350元。

被告人耿某某于2016年1月29日被公安机关抓获，被告人李某于2016年2月1日被公安

机关抓获。后均如实供述了上述犯罪事实。

【案件焦点】

非法控制计算机信息系统罪的认定。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：被告人耿某某违反国家规定，通过互联网以利用

电脑漏洞植入木马的方式，非法控制计算机信息系统，其行为已构成非法控制计算机信息

系统罪，应予惩处。被告人李某租用被告人耿某某非法控制的计算机信息系统，对“联众

德州扑克”游戏服务器进行非法网络攻击，造成北京联众公司经济损失人民币7350元，其

行为已经构成破坏生产经营罪，应予惩处。北京市海淀区人民检察院指控被告人耿某某犯

非法控制计算机信息系统罪、被告人李某犯破坏生产经营罪的事实清楚，证据确实充分，

指控罪名成立。鉴于被告人耿某某、李某在到案后及在庭审过程中均能如实供述犯罪事

实，认罪态度较好，本院依法对其均予以从轻处罚。辩护人的相关辩护意见，本院酌予采

纳。

北京市海淀区人民法院对被告人耿某某依照《中华人民共和国刑法》第二百八十五条

第二款、第六十七条第三款，第五十三条，对被告人李某依照《中华人民共和国刑法》第

二百七十六条、第六十七条第三款之规定，判决如下：

一、被告人耿某某犯非法控制计算机信息系统罪，判处有期徒刑一年六个月，罚金人

民币二万元；

二、被告人李某犯破坏生产经营罪，判处有期徒刑十一个月。

【法官后语】

近年来，将网络作为犯罪对象加以侵害的新型网络犯罪日益增多，如非法控制计算机

信息系统、非法获取计算机信息系统数据、破坏计算机信息系统等，审判中对于新型网络

犯罪案件比较容易出现行为定性困难、危害结果确定困难的问题。本案控辩双方没有实质

争议，但本案涉及被告人行为的定性、经济损失的确定等问题，具有一定的典型性，值得

探讨。结合本案，审理危害计算机信息系统犯罪应注意以下两个问题：

1.行为的定性：李某非法攻击“联众德州扑克”的服务器，导致该游戏不能正常提供服

务，这个行为实际上涉及破坏计算机信息系统和破坏生产经营罪两个罪名。一方面，李某

用DDOS软件攻击他人计算机信息系统，是对他人信息系统功能的干扰，导致计算机信息

系统不能正常运行，满足了破坏计算机信息系统罪的客观要件；另一方面，李某的行为造

成了被害单位经济损失，该行为满足破坏生产经营罪中以其他方法破坏生产经营。然而，

根据法条规定，破坏计算机信息系统需达到“后果严重”，依照2011年《最高人民法院、最

高人民检察院关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》第一

条第一款第（四）项规定，造成经济损失1万元以上的构成后果严重，而本案李某仅造成

经济损失人民币7350元，没有达到该罪的入罪标准。而破坏生产经营罪的门槛比破坏计算

机信息系统的低，造成公私财物损失5000元以上的，即可入罪。因此本案中，李某的行为

构成破坏生产经营罪。而对于损失在1万元以上的，则按照想象竞合犯择一重罪处理。

2.经济损失的认定：非法控制计算机信息系统或破坏计算机信息系统，达到后果严重

才能构成这两个罪名。根据有关司法解释，“后果严重”包括四种具体的情形，其中一种情

形是违法所得5000元以上或者造成经济损失1万元以上的。依照有关司法解释，危害计算

机信息系统中的经济损失，包括危害计算机信息系统犯罪行为给用户直接造成的经济损

失，以及用户为恢复数据、功能而支出的必要费用，间接经济损失或者实施犯罪行为时尚

未实际发生的可能经济损失，不能认定为直接经济损失，从而不能计入犯罪行为所造成的

经济损失。本案中公诉机关指控被告人李某造成的经济损失是7350元，该金额是被害公司

因遭受李某非法攻击后恢复服务器的费用，即是直接经济损失。

在新型网络犯罪中，被告人攻击计算机系统等行为可能侵害多个客体，涉及多个罪

名，导致行为的定性发生困难，实践中应加强对相应罪名的理解和区分，防止定性偏差。

另外，对于经济损失的认定，也应准确把握危害行为与危害结果之间的因果关系，准确理

解直接经济损失。

编写人：北京市海淀区人民法院 计莉卉

10 择一重罪处罚的认定

——蒋某洋破坏计算机信息系统案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省无锡市惠山区人民法院（2016）苏0206刑初79号刑事判决书

2.案由：破坏计算机信息系统罪

【基本案情】

2015年7月19日13时许至7月20日22时许，被告人蒋某洋通过其注册的无锡江南影视传

播有限公司开发的K3K游戏账号“bingwawa”，登录该游戏客户端获取K3K游戏服务器IP地

址后，将获取的IP地址设置在被其远程控制的IP地址为“58.215.49.13”和域名

为“bingwa.3322.org”的两台主控端服务器攻击软件的攻击目标IP地址中，多次使用攻击软

件中被其远程控制的机器（俗称“肉鸡”）对K3K游戏服务器进行DDOS攻击，致使K3K游

戏服务器瘫痪，注册用户无法登录，游戏无法正常运行。后被告人蒋某洋以进行攻击为由

敲诈K3K游戏运营公司人民币1888元。2015年8月12日21时许，被告人蒋某洋以同样的方

式对K3K游戏系统的服务器进行DDOS攻击，致使K3K游戏服务器瘫痪，注册用户无法登

录，后被告人蒋某洋以进行攻击为由敲诈K3K游戏运营公司人民币1888元。

2015年6月至8月，被告人蒋某洋对浙江杭州齐趣科技有限公司运营的云海游戏服务器

进行攻击，致使被攻击的游戏网站不能正常运行，之后通过腾讯QQ聊天工具与被攻击网

站的负责人联系，向对方勒索钱财，按月收取保护费，否则威胁对方持续攻击网站，并让

对方将钱款汇入其指定的支付宝账户内，共获利人民币5362元。

案发后，公安机关依法扣押被告人蒋某洋白色东芝笔记本电脑1台、金色iPhone6手机

1部、白色iPhone4S手机1部、黑色HP笔记本电脑1台。被告人蒋某洋家属退回赃款人民币

3776元。

【案件焦点】

用破坏计算机信息系统的手法进行敲诈勒索，手段行为和目的行为触犯两个罪名，属

于牵连竞合关系，应从一重罪处罚。

【法院裁判要旨】

江苏省无锡市惠山区人民法院经审理认为：被告人蒋某洋对计算机信息系统功能进行

攻击、干扰，使其不能正常运行，借此对游戏网站进行敲诈勒索，获取非法利益，其破坏

计算机信息系统的手段行为和敲诈勒索的目的行为分别触犯了破坏计算机信息系统罪和敲

诈勒索罪，二者属于牵连竞合关系，应从一重罪处罚。本案破坏计算机信息系统罪所对应

的法定刑明显高于敲诈勒索罪，属于重罪，应按该罪定罪处罚。

关于破坏计算机信息系统罪认定“后果严重”还是“后果特别严重”的问题，被告人蒋某

洋的违法所得共9138元，符合《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害计算机信息

系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》所规定的“违法所得五千元以上”的后果严重

的入罪条件。另外该解释规定“造成为一万以上用户提供服务的计算机信息系统不能正常

运行累计一小时以上的”构成后果严重，五倍以上构成后果特别严重。虽然游戏公司提供

了去重后的注册在线用户数量，但该数据是其单方面提供，无证据证明其统计软件的科学

性和客观性，故不能据此认定构成后果特别严重。

综上，江苏省无锡市惠山区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百八十六条第

一款、第六十四条及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害计算机信息系统安全

刑事案件应用法律若干问题的解释》第四条第一款之规定，判决如下：

一、被告人蒋某洋犯破坏计算机信息系统罪，判处有期徒刑一年九个月；

二、扣押在案的作案工具东芝笔记本电脑1台、iPhone6手机1部予以没收，上缴国

库。

【法官后语】

网络技术的日益发达，随之而来的是通过攻击网站、篡改系统数据等手段实施的各种

犯罪。这其中往往伴随两个问题：

1.手段行为和目的行为相竞合的问题

在网络攻击的犯罪中，对系统的破坏或者是对存储数据的修改，往往只是攻击手段，

最终黑客要达到的可能是敲诈勒索、窃取国家秘密或者实施金融诈骗等目的，即其手段行

为和目的行为往往会触犯多个罪名。笔者认为基于一个目的而实施的多行为之间存在手段

与目的、结果与原因的牵连关系，应当择一重罪处罚。在确定案件定性后，另一行为触犯

的罪名可以作为量刑情节予以考虑。

2.网络电子数据取证及证据认定的困难

被告人蒋某洋曾因犯敲诈勒索罪，于2012年3月13日被广东省深圳市福田区人民法院

判刑，其当年的作案手段与本案如出一辙，但当时侦查机关未调取到其网络攻击的相关电

子证据，从证据角度认定敲诈勒索罪更能体现出刑法疑罪从无的理念。

本案被害单位报案后，侦查机关经过前期调查，抓获被告人蒋某洋时对其使用的电脑

及硬盘进行了扣押，并提取到相关攻击程序、对其所控制的“肉鸡”等数据进行了取证，后

又对其所租用的服务器进行了证据调取，再由技侦人员对调取的硬盘克隆，然后封存原始

证据，在克隆盘上进行漏洞修复和侦查比对实验，一方面保证了证据提取程序的合法性，

另一方面有效地避免了因调查取证对原始证据的破坏。再结合被害单位提供的被攻击数

据，可以反映出蒋某洋攻击网站的初步事实。

编写人：江苏省无锡市惠山区人民法院 顾溶熔

11 编造、故意传播虚假恐怖信息罪“严重扰乱社会秩序” 的认定及“传

播” 的对象是否必须为不特定对象

——李某兴编造、故意传播虚假恐怖信息案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

云南省安宁市人民法院（2016）云0181刑初260号刑事判决书

2.案由：编造、故意传播虚假恐怖信息罪

【基本案情】

2015年8月，被告人李某兴因琐事对昆明市小西门中国移动营业厅怀恨在心，并准备

伺机报复。后被告人李某兴于2015年8月至9月，多次在昆明、安宁等地

以“1588726××××、1591094××××”的手机号码拨打昆明市公安局、安宁市公安局的110报警

电话，声称自己曾组织、策划、参与了昆明火车站“301暴恐案”，并扬言将在2015年“十一

国庆”期间组织人员对昆明市小西门实施恐怖袭击。为及时处理该警情，昆明市反恐办、

安宁市反恐办、昆明市公安局反恐支队、昆明市公安局110指挥中心、安宁市公安局110指

挥中心、安宁市公安局国保大队、安宁市公安局刑侦支队、安宁市公安局草铺派出所等多

部门高度重视，投入大量警力、财力进行侦破，被告人李某兴的行为严重扰乱社会秩序。

公诉机关以此指控被告人李某兴的行为已触犯《中华人民共和国刑法》第二百九十一条之

一之规定，构成编造虚假恐怖信息罪。公诉机关认为被告人李某兴到案后如实供述犯罪事

实，依法可以从轻处罚。综上，建议以编造虚假恐怖信息罪判处被告人李某兴有期徒刑三

年至四年。

被告人李某兴对公诉机关指控的罪名及犯罪事实无异议，但辩解自己未说过昆明“301

暴恐案”是自己做的，自己只是要做比火车站事件更大的事——把移动营业厅炸了。

被告人李某兴的辩护人提出，被告人李某兴没有编造虚假恐怖信息，其行为未严重扰

乱社会秩序，未在社会上对不特定对象进行传播，故不构成本罪。

【案件焦点】

编造、故意传播虚假恐怖信息罪中“严重扰乱社会秩序”的标准认定，及“传播”的对象

是否必须为不特定对象。

【法院裁判要旨】

云南省安宁市人民法院经审理认为：被告人李某兴通过多次拨打110报警电话，引起

公安机关多部门高度重视，为侦破本案每天投入至少12人次的精干警力，历时5天5夜，在

安宁城区、乡村及昆明城区、城中村等多地走访调查，投入大量警力、财力，严重妨害、

扰乱了公安机关依法对社会的管理秩序。据此本院认为，被告人李某兴编造、故意传播以

发生爆炸威胁等严重威胁公共安全事件为内容，极大可能引起社会恐慌或者公共安全危机

的不真实信息，严重扰乱社会秩序，其行为符合《最高人民法院关于审理编造、故意传播

虚假恐怖信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条第（六）项“其他严重扰乱社会

秩序的”的情形，构成编造虚假恐怖信息罪。被告人李某兴到案后，能如实供述犯罪的主

要事实，依法可以从轻处罚。公诉机关指控事实清楚，证据确实充分，罪名成立。据此，

本院根据本案的事实、情节、后果及对社会危害程度，依照《中华人民共和国刑法》第二

百九十一条之一，第六十七条第三款，第六十一条之规定，判决如下：

被告人李某兴犯编造虚假恐怖信息罪，判处有期徒刑一年零六个月。

【法官后语】

编造、故意传播虚假恐怖信息罪，是指编造爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信

息，或者明知是编造的恐怖信息而故意传播，严重扰乱社会秩序的行为。

1.何谓虚假恐怖信息

《最高人民法院关于审理编造、故意传播虚假恐怖信息刑事案件适用法律顾问若干问

题的解释》第六条规定：“本解释所称的‘虚假恐怖信息’是指以发生爆炸威胁、生化威

胁、放射威胁、劫持航空器威胁、重大灾情、重大疫情等严重威胁公共安全的事件为内

容，可能引起社会恐慌或者公共安全危机的不真实信息。”被告人李某兴多次拨打110报警

电话并声称自己曾组织、策划、参与了昆明火车站“301暴恐案”，扬言将在2015年“十一国

庆”期间组织人员对昆明市小西门中国移动营业厅实施恐怖袭击。具有明显的恐怖袭击威

胁的性质，足以引发社会恐慌，且引起了昆明市反恐办、安宁市反恐办、昆明市公安局反

恐怖支队、昆明市公安局110指挥中心、安宁市公安局110指挥中心、安宁市公安局国保大

队、安宁市公安局刑侦大队等有关单位部门的高度重视。抽调了大量精干警力，通过秘密

侦查和大量走访工作，以排除恐慌。故笔者认为，被告人李某兴编造的信息，内容足以能

被多数人接受，能产生令人感到恐怖的效果，符合“恐怖信息”的内涵及概念。

2.编造虚假恐怖信息造成“严重扰乱社会秩序”的认定

从法条上看“严重扰乱社会秩序”是本罪构成的必要条件，只有行为达到严重扰乱社会

秩序的程度才构成本罪。依据《最高人民法院关于审理编造、故意传播虚假恐怖信息刑事

案件适用法律若干问题的解释》第二条规定：“编造、故意传播虚假恐怖信息，具有下列

情形之一的，应当认定为刑法第二百九十一条之一的‘严重扰乱社会秩序’：（一）致使机

场、车站、码头、商场、影剧院、运动场馆等人员密集场所秩序混乱，或者采取紧急疏散

措施的；（二）影响航空器、列车、船舶等大型客运交通工具正常运行的；（三）致使国

家机关、学校、医院、厂矿企业等单位的工作、生产、经营、教学、科研等活动中断的；

（四）造成行政村或社区居民生活秩序严重混乱的；（五）致使公安、武警、消防、卫生

检疫等职能部门采取紧急应对措施的；（六）其他严重扰乱社会秩序的。”从本案证据证

明的事实上看，被告人李某兴编造的虚假恐怖信息引起安宁市反恐怖工作领导小组办公

室、安宁市公安局国内安全保卫大队、安宁市公安局刑侦大队等有关单位部门的高度重

视，由安宁市公安局刑侦大队投入警力13人成立专家组，与草铺派出所民警在安宁城区、

乡村、昆明城区、城中村等多地走访，历时5天5夜，每天投入至少12人次的精干警力。笔

者认为，关于编造虚假恐怖信息造成“严重扰乱社会秩序”的认定，应当结合行为对正常的

工作、生活、生产、经营、教研等秩序的影响程度、社会公众造成的恐慌程度以及国家机

关、职能单位处置情况等因素进行综合分析判断。被告人李某兴编造虚假恐怖信息引起了

昆明市、安宁市两地多部门，长时间的人力财力投入，为保护人民生命、财产安全及社会

稳定公安机关进行了大范围侦查工作，浪费警力资源50余人次，严重妨害、扰乱了公安机

关依法对社会的管理秩序。故人民法院作出了被告人李某兴编造虚假恐怖信息，造成了严

重扰乱社会秩序的认定。

3.“传播”的对象是否必须为不特定对象

本罪侵犯的对象是否必须为不特定对象，犯罪对象是否应强调“公共性”？笔者认为：

《刑法修正案（三）》确定本罪的侵犯客体为社会公共秩序，本罪的犯罪对象具体可表现

为：党政机关、企事业单位、人民团体及社会群众。首先，从法律条文中来看，本罪条文

中只强调了“严重扰乱社会秩序”，至于是否需要向不特定对象传播并未加以规定；其次，

本罪虽然规定侵犯的客体是社会公众秩序，但是并不能因此来确定本罪的犯罪对象就一定

要具备公众性，是社会不特定群体，因为犯罪对象并不能完全以犯罪客体来确定，犯罪对

象是具体社会关系的主体或者参加者，犯罪客体是犯罪行为作用在犯罪对象上产生的社会

危害性的具体表现。故不论是特定对象还是不特定对象，只要向其传播了虚假的恐怖信

息，致使产生了恐慌心理，造成了严重扰乱社会秩序的结果就构成本罪。

因此，被告人李某兴编造虚假恐怖信息向公安机关传播，致使公安机关出于保护人民

生命、财产安全的担忧，而投入大量警力、财力引发非正常的社会秩序混乱，构成本罪。

最后，该罪是选择性罪名，编造恐怖信息后向特定对象散布，严重扰乱社会秩序的，构成

编造虚假恐怖信息罪；编造恐怖信息后向不特定对象散布，严重扰乱社会秩序的，构成编

造、故意传播虚假恐怖信息罪。

编写人：云南省安宁市人民法院 李鑫鹏

12 编造虚假恐怖信息既遂形态认定

——黄某丽、王某洋犯编造虚假恐怖信息案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市翔安区人民法院（2016）闽0213刑初421号刑事判决书

2.案由：编造虚假恐怖信息罪

【基本案情】

2016年3月，被告人黄某丽在上海证大投资咨询有限公司资产管理部任职期间，为完

成公司下达的催讨欠款任务，在多次致电借款人徐某良催款无果的情况下，欲通过向徐某

良之女徐某萱就读地址在厦门市翔安区内厝镇的明珠幼儿园施压迫使徐某良还款，遂于同

年3月24日17时许佯称应聘拨打该幼儿园园长童某芳的手机收集该幼儿园相关信息。

2016年3月25日12时许，被告人黄某丽再次致电童某芳，谎称自己是徐某萱亲属，在

获取徐某萱班主任邱某玉的联系方式后，于13时许让其同事被告人王某洋致电邱某玉并言

语侮辱、恐吓，编造将向幼儿园投递炸弹包裹及幼儿园将起火、被炸、出现小孩死尸等恐

怖信息，逼迫邱某玉等人让徐某良筹集人民币100000元用于偿还借款。二被告人同时拨打

童某芳手机，但未接通。童某芳于15时许回拨后，被告人王某洋继续以上述言语侮辱、恐

吓。为进一步向幼儿园施压，被告人黄某丽谎称因幼儿园举办活动需要，通过网络以款项

到付方式诱使翔安幸福园花店向该幼儿园送花十束，并向童某芳发送“今天给你送花明天

早上你家幼儿园就变成丧葬地”等恐怖信息，欲进一步引起恐慌。其间，童某芳电话报

警，并因鲜花分两箱包装怕藏有炸弹而拒收，同时禁止人员靠近送花之人。公安机关到场

处置过程中接听被告人王某洋来电时，被告人王某洋仍以幼儿园将发生爆炸、撞击事件及

出现死尸等进行恐吓。公安机关为避免出现严重后果，随即要求幼儿园停课，紧急疏散在

校幼儿、教职工及该幼儿园所在楼栋的居民，并紧急将该情况逐级上报，后派遣刑侦、防

爆、特警等大批警力到场处置。经对现场进行搜查，未发现爆炸物等危险物品。

【案件焦点】

编造虚假恐怖信息既遂形态认定。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市翔安区人民法院经审理认为：被告人黄某丽、王某洋为向他人催收债

务，编造火灾、爆炸威胁等恐怖信息，致使幼儿园停课及公安机关采取紧急疏散人员、防

恐排爆等处置措施，严重扰乱社会秩序，其行为均已构成编造虚假恐怖信息罪。公诉机关

指控的罪名成立。本案系共同犯罪，二被告人共同积极实施编造虚假恐怖信息行为，地

位、作用相当，不予区分主从犯。被告人黄某丽、王某洋到案后能如实供述自己的罪行，

庭审时自愿认罪，具有坦白情节，依法均可以从轻处罚。

福建省厦门市翔安区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百九十一条之一第一

款、第二十五条第一款、第六十七条第三款及第六十四条之规定，判决如下：

一、被告人黄某丽犯编造虚假恐怖信息罪，判处有期徒刑九个月；

二、被告人王某洋犯编造虚假恐怖信息罪，判处有期徒刑九个月。

【法官后语】

编造、故意传播虚假恐怖信息罪是近年来各地发生的呈上升趋势的一种犯罪，其本身

犯罪成本低、犯罪对象广泛、犯罪分子隐蔽性强，因而社会危害性较大。正常情况下，虚

假的恐怖信息通常是不会产生实际的恐怖结果的，但是虚假恐怖信息的编造、传播往往导

致社会公众心理的恐慌以及社会秩序的混乱，使得国家、社会以及个体为防止恐怖行为的

出现而付出物质上和精神上的代价，必然对社会秩序产生一定程度的干扰。2001年12月29

日，全国人民代表大会常务委员会第25次会议通过了《刑法修正案（三）》，该修正案第

八条增设了“投放虚假的爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等物质，或者编造爆炸

威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息，或者明知是编造的恐怖信息而故意传播，严重扰

乱社会秩序，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制；造成严重后果的，处五年以上有期徒

刑”，并将该罪名的条文作为《刑法》第二百九十一条之一。

1.对严重扰乱社会秩序与造成严重后果的司法解读。目前，对于编造、故意传播虚假

恐怖信息罪的完成形态，无论是理论界还是司法实务界均存有一定的争议。主流观点认

为，行为人的编造或传播行为必须实际引起了社会秩序的严重混乱，否则不能构成本罪的

完成形态。法律规定行为产生严重扰乱社会公共秩序的后果，是该罪客观方面的一个必备

的构成要素，而只有完全具备该罪客观构成要素的行为才可能构成既遂状态。然而，何谓

公共秩序？笔者认为，公共秩序既包括一种秩序、状态，也包括为维持这种秩序、状态所

制定的规则，也就是指根据社会规范加以维持的正常的公共生活状态。

鉴于编造虚假恐怖信息或者明知是编造的恐怖信息而传播，从手段上讲一般不可能对

生命安全和财产造成实际危害，而行为人更多地想借此在社会上造成一定程度的恐怖气

氛，引起社会秩序的混乱。因而，是否严重扰乱社会秩序是区分罪与非罪的界限。扰乱社

会秩序往往指引起社会恐慌，致使工作、生产、营业和教学、科研活动无法正常进行，一

般表现为致使国家机关、社会团体、企事业单位正常的工作、生产、经营、教学、科研等

秩序被迫停止或中断一定时间，或者引起一定区域内的社会公众心理恐慌，感到自身安全

受到威胁，无法正常地生活、学习、工作等情形，因而导致国家、社会及个人为防止恐怖

行为的出现而付出物质上和精神上的代价。由此可以认为，公安、武警、卫生检疫等国家

职能机关的正常工作秩序也应包含在社会秩序的范畴之内。

本条规定的第二档刑要求造成严重后果，主要是指由于编造恐怖信息或者明知是编造

的恐怖信息仍在公众场合传播，引起秩序大乱，造成人员践踏死伤等情况发生。

2.编造、故意传播虚假恐怖信息罪的犯罪形态。鉴于编造、故意传播虚假恐怖信息罪

是选择性罪名，从刑法条义来看，此罪并非行为犯，而是结果犯，即行为人实施的编造、

故意传播虚假恐怖信息行为只有达到严重扰乱社会秩序的程度，才能追究其刑事责任。

由于刑法以及有关司法解释均未对编造、故意传播虚假恐怖信息罪的定罪量刑标准作

出具体规定，司法机关在处理此类案件时，应根据刑法规定、刑事政策等具体掌握。实践

中，行为人为达到扰乱社会秩序的目的，编造、传播虚假恐怖信息的方法较多，如打电

话、发短信、发微信利用计算机网络散布消息、张贴书报、散发传单等，这些行为有的直

接造成社会秩序严重混乱，有的直接造成职能部门的工作受到严重干扰。因此，单纯以引

起社会秩序的严重混乱为标准来定罪量刑显然不能适应司法实践的需要，还需要根据具体

情形来对严重扰乱社会秩序作出评判。

（1）如果编造、传播的虚假恐怖信息系直接向不特定单位或公众传播，致使国家机

关、社会团体、企事业单位正常的工作、生产、经营、教学、科研等秩序被迫停止或中断

一定时间，或者引起一定区域内的社会公众心理恐慌，感到自身安全受到威胁，无法正常

地生活、学习、工作等情形，此时，就应以是否引起社会秩序的严重混乱为标准来界定是

否属于严重扰乱社会秩序。

（2）如果编造、传播的虚假恐怖信息系直接向特定的对象传递，虽然虚假恐怖信息

被控制在一定范围内，相关职能部门为应对虚假恐怖信息已经采取了一定的措施，付出相

当的精力和代价，那么行为人实际上已给公安机关或其他职能部门的工作造成严重干扰，

此时，就应以职能部门的正常工作秩序是否受到严重干扰为标准来界定是否属于严重扰乱

社会秩序。

（3）如果编造、传播的虚假恐怖信息，既引起社会秩序的严重混乱，又造成职能部

门的正常秩序受到干扰，则要在严重扰乱社会秩序的范围内考虑犯罪情节是否达到后果严

重的程度。如果达不到后果严重的程度，则要在正常幅度内视情节予以从重处罚。

3.对于本案定罪与量刑的述评。本案中，二被告人编造恐怖信息对幼儿园的正常教学

秩序造成干扰，公安人员为此紧急疏散在校幼儿、教职工及该幼儿园所在楼栋的居民，并

紧急将该情况逐级上报，后派遣刑侦、防爆、特警等大批警力到场处置，其行为符合编造

虚假恐怖信息罪的特征，应当认定构成编造虚假恐怖信息罪。

（1）行为人主观方面具有犯罪故意。被告人黄某丽在上海证大投资咨询有限公司资

产管理部任职期间，为完成公司下达的催讨欠款任务，在多次致电借款人徐某良催款无果

的情况下，欲通过向徐某良之女徐某萱就读的幼儿园施压迫使徐某良还款，遂伙同被告人

王某洋对幼儿园老师言语侮辱、恐吓，编造将向幼儿园投递炸弹包裹及幼儿园将起火、被

炸、出现小孩死尸等恐怖信息，目的是引起幼儿园的恐慌，进而逼迫徐某良还款，其主观

故意符合该罪的特征。

（2）行为人客观上实施了编造并传播虚假恐怖信息的行为。被告人黄某丽、王某洋

除言语威胁恐吓外，为进一步制造恐怖气氛，还通过网络以款项到付方式诱使翔安幸福园

花店向该幼儿园送花十束，并继续向幼儿园发送恐怖威胁信息，该行为将口头的言语恐怖

威胁实质化。

（3）行为人编造虚假恐怖信息严重扰乱了社会秩序。鉴于二被告人的上述行为，且

在幼儿园报警公安机关到场处置过程中，被告人王某洋仍以幼儿园将发生爆炸、撞击事件

及出现死尸等进行恐吓，致使公安机关为避免出现严重后果，随即要求幼儿园停课，紧急

疏散在校幼儿、教职工及该幼儿园所在楼栋的居民，并紧急将该情况逐级上报，后派遣刑

侦、防爆、特警等大批警力到场处置。虽经对现场进行搜查，未发现爆炸物等危险物品，

但由于二被告人的行为客观上已经对幼儿园的教学秩序和公安机关的正常工作造成了严重

影响，足以认定为严重扰乱社会秩序，完全具备编造虚假恐怖信息罪的客观构成要素，符

合犯罪的既遂状态。

编写人：福建省厦门市翔安区人民法院 吴南回

13 聚众斗殴转化标准如何界定

——饶路平聚众斗殴案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省高级人民法院（2016）粤刑终1104号刑事裁定书

2.案由：聚众斗殴罪

【基本案情】

被害人汪某方和王某松、同案人朱某金（已判决）是同乡，又是朋友。2013年6月26

日晚9时许，汪某方、王某松认为他们遇到朱某金与其女朋友时，朱某金没有理睬他们而

打电话责骂朱某金，双方在电话中发生言语冲突，汪某方、王某松表示要教训朱某金。朱

某金将此事告诉同案人刘某东（已判决）、吴某富，朱某金、刘某东与汪某方、王某松电

话、短信相互挑衅，相约到汕头市金平区南墩金凤桥附近斗殴。

随后，同案人刘某东打电话要同案人张某清（已判决）、原审被告人饶路平帮忙，张

某清又纠集了同案人王某、汪某林、张某辉（均已判决）及张某勇、何某强、钟某财等人

（均另案处理），饶路平、汪某林等人准备了三根水管。之后，张某清、饶路平、王某、

张某辉、汪某林等人到汕头市金平区南墩金凤桥旁一小巷的桌球室前会合，随后刘某东、

朱某金、吴某富、张某伟、刘某旺（均另案处理）也先后到该处会合。汪某方和王某松则

至夜市购买了一把西瓜刀和一把水果刀，后步行至南墩金凤桥下准备斗殴，在等待过程中

碰见老乡汪某杰与汪某，告知准备与刘某东斗殴一事，后四人在该处等待。

6月27日凌晨零时许，同案人刘某东与被害人汪某方通电话得知汪某方等人已经在金

凤桥处，与原审被告人饶路平、同案人张某清、刘某东、朱某金、王某、张某辉等十多人

前往金凤桥楼梯，行至金凤桥宠物市场附近路段时，在金凤桥楼梯处等候的汪某方见状持

一把西瓜刀从桥上冲下来，刘某东持较短的水管，饶路平、张某清各持一根较长的水管和

王某、张小飞等人一起上前与汪某方对打，刘某东左手臂等处被砍伤退到一边，饶路平、

张某清等人继续与汪某方对打，张某清将水管掷向汪某方击中汪的腰部后又捡起水管，见

汪某方持刀追赶其他人时，再次将水管掷向汪某方。汪某方被张某清方的人掷出的水管插

入右颞部随即倒地，饶路平等人将水管丢弃在现场后逃离。王某松拨打110、120，公安人

员、急救人员到场时发现汪某方已死亡。

【案件焦点】

对被告人饶路平的行为是否应转化为故意伤害罪定罪量刑。

【法院裁判要旨】

广东省汕头市中级人民法院经审理认为：被告人饶路平持械积极参加聚众斗殴，致一

人死亡，其行为已构成聚众斗殴罪。依照《中华人民共和国刑法》第二百九十二条第一款

第（四）项及相关法律规定，以聚众斗殴罪判处饶路平有期徒刑五年。

宣判后，汕头市人民检察院提起抗诉，广东省人民检察院支持抗诉，提出：1.饶路平

应构成故意伤害罪，一审判决定性错误。饶路平是在最后阶段持水管与被害人对打的人员

之一，该事实得到了同案人张某清、刘某东等多人证实，一审判决亦对该事实予以认定。

被害人的死亡结果是由饶路平及张某清的共同行为造成，二人是共同致害人，均应对伤害

后果负责，应以故意伤害罪定罪处罚。2.饶路平虽主动投案，但没有如实供述主要犯罪行

为，不符合认定自首的条件，一审判决认定自首不当。综上，一审定性不准，量刑畸轻。

广东省高级人民法院经审理认为：1.关于饶路平的行为定性问题。饶路平与同案人张

某清、刘某东等人准备了水管与被害人汪某方斗殴，刘某东、张某清、饶路平持水管与被

害人对打，在对打的过程中，汪某方被掷出的水管插中头部死亡，饶路平是聚众斗殴的积

极参加者，根据主客观相一致的原则和刑法谦抑性原则，对于聚众斗殴的首要分子和直接

造成死亡的斗殴者应认定为故意伤害罪，饶路平是被纠集参与，不是首要分子，且现有证

据不足以认定饶路平是直接造成汪某方死亡的斗殴者，饶路平持水管与被害人对打的行为

属于斗殴行为，一审认定饶路平构成聚众斗殴罪正确。2.关于饶路平的行为是否构成自

首。饶路平自动投案，且供述了持水管参与斗殴，供述了主要犯罪事实，符合自首的构成

要件，一审认定饶路平构成自首正确。3.关于对饶路平的量刑是否畸轻。饶路平持水管与

被害人汪某方对打，是积极参加者，且持械斗殴，鉴于其有自首情节，且能积极要求家属

赔偿被害人家属的经济损失，有悔罪表现等情节，可酌情从轻处罚。一审量刑适当。广东

省高级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第（一）项之

规定，裁定：

驳回抗诉，维持原判。

【法官后语】

《刑法》第二百九十二条第二款规定，聚众斗殴，致人重伤死亡的，依照《刑法》第

二百三十二条、第二百三十四条规定定罪处罚，即转化为故意伤害、故意杀人罪。那么，

是否所有首要分子和其他积极参加者都一并转化？

当前，无论理论界还是司法实务界都对转化的范围存在争议。主要有以下三种观点：

一是全部转化。即只要发生了致人伤亡的情形，由于聚众斗殴的首要分子和积极参加者对

斗殴结果具有概括故意，且伤亡后果是上述人员合力造成，故均应转化定罪。二是相对限

制转化。即对与伤亡人员同一方的首要分子和积极参加者，因主观上没有致己方人员伤亡

的故意，故应定聚众斗殴罪，伤亡人员对方首要分子和积极参加者全部转化。三是严格限

制转化。即对有组织行为的首要分子和明确的致伤亡直接责任人予以转化，其他积极参加

者则不宜转化。

对于聚众斗殴致人伤亡的情形中，首要分子和积极参加者是否转化为故意伤害罪或故

意杀人罪，而应根据刑法谦抑性原则，以刑法上的主客观相一致为标准，对不同情形区别

对待。

一是首要分子。1.对起组织、指挥作用，同时又实施了致人伤亡行为的首要分子，因

组织、指挥聚众斗殴，对可能造成伤亡结果有概括的故意，且客观上实施了具体致人伤亡

的行为，故应按故意伤害罪或故意杀人罪论处。2.对仅起组织、指挥作用，未实施相关行

为的首要分子，一方面，由于其组织、指挥斗殴，对斗殴发生伤亡的结果具有概括的故

意，一般应对其概括故意造成伤亡的结果承担相应刑事责任，根据罪责刑相适应原则，应

按故意伤害罪或故意杀人罪论处；另一方面，如斗殴的具体实施者明显超出概括故意的范

围，或首要分子有明确阻止致人伤亡行为的，其主观上对发生伤亡结果具有明确的否定，

客观上也未直接实施致人重伤、死亡的行为，则不宜转化定罪。

二是其他积极参加者。如果在案证据可以认定致人重伤、死亡的责任人的，根据犯罪

构成理论，转化认定无论在理论上还是实务中均不存在异议。但应当注意的是，聚众斗殴

转化认定的故意伤害和故意杀人与传统的共同伤害、共同杀人有区别。理由是：在聚众斗

殴中，因为行为人事前仅有聚众斗殴的故意，只有行为人在斗殴过程中实施了具体致死、

致伤的伤害、杀人行为才认定其主观上具有伤害、杀人之故意。因此，对于那些尽管行为

积极，但不是致死、致伤行为的直接实施者，或者无法查清何人是致死、致伤行为人的，

无法明确认定就是致死、致伤行为人的，根据刑法谦抑性原则，均只能认定其主观上只有

聚众斗殴之故意，不宜转化认定。相反，共同伤害和共同杀人中的共犯在事前即有共同伤

害、共同杀人之故意，因此即使不是直接致死、致伤者，行为人仍构成伤害、杀人共犯。

所以，本案抗诉机关适用一般的共犯理论来认定行为人的行为，显然不妥当。

三是伤亡人员一方的首要分子和积极参加者。实践中，出现将伤亡人员一方的人员也

转化认定的情况。虽然从客观方面而言，正因为双方的斗殴行为才发生伤亡的结果，但一

般而言，认为伤亡人员一方具有致己方人员伤亡的故意违背常理。因此，根据主客观相一

致的原则，伤亡人员一方的人员不宜转化定罪，即便是首要分子也是如此。

编写人：广东省高级人民法院 陈光昶 熊灵芝

14 聚众斗殴罪转化犯的认定

——万荣等聚众斗殴案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省揭阳市中级人民法院（2016）粤52刑终112号刑事判决书

2.案由：聚众斗殴罪

【基本案情】

2015年5月4日4时许，原审被告人万荣驾驶小轿车载被害人段某海在揭阳市区兜风

时，想起曾与揭阳市特美思大酒店“至尊98”酒吧的保安李某韧（另案处理）发生过纠纷，

便打电话与李某韧相约在揭阳市火车站前打架。李某韧遂将此事告知揭阳市特美思大酒

店“至尊98”酒吧的保安队队长李某（另案处理），李某指使该酒吧保安人员准备好棍棒在

该酒吧等候。当日4时30分许，万荣与段某海等人驾驶4辆小轿车到达揭阳市特美思大酒

店“至尊98”酒吧门口，李某、李某韧等人手持棍棒与孙某岐冲向万荣等人。万荣一方见对

方人多势众，遂欲驾车逃离现场，其间万荣等人所驾驶的小轿车遭对方持棍砸打。当万荣

发现段某海尚未上车并遭到李某韧等多名保安群殴，遂驾车逆行从非机动车道急速返回现

场，冲向正在殴打段某海的人群准备救走段某海，段某海因被殴打在地上来不及躲避，被

万荣驾驶的小轿车撞击、碾轧。后段某海经送抢救无效死亡。

【案件焦点】

对聚众斗殴犯罪转化犯的认定。

【法院裁判要旨】

广东省揭阳市榕城区人民法院经审理认为：被告人万荣无视国家法律，驾驶机动车冲

撞人群，危害不特定多数人的生命、健康安全，并致1人死亡，其行为已构成以危险方法

危害公共安全罪。被告人李克胜、孙某岐、曹某文无视国家法律，聚众斗殴，其行为均已

构成聚众斗殴罪。公诉机关指控被告人万荣犯聚众斗殴罪，经查，被告人万荣与其他同案

人相约聚众斗殴，后在持械聚众斗殴过程中，驾驶汽车冲向人群，足以造成不特定多数人

的伤亡，其行为应认定为以危险方法危害公共安全，但其聚众斗殴行为与以危险方法危害

公共安全行为在时间上具有一定连续性，在地点上应属同一地点，对其行为不能以聚众斗

殴罪和以危险方法危害公共安全罪而重复评价，应从一重罪按以危险方法危害公共安全罪

定罪处罚。被告人李克胜纠集同案人持械聚众斗殴，被告人孙某岐、曹某文积极参与聚众

斗殴，在共同犯罪过程中起主要作用，均是主犯，应根据其各自的犯罪情节分别依法惩

处。

广东省揭阳市榕城区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百九十二条第一款第

（四）项，第一百一十五条第一款，第二十五条第一款，第二十六条第一款、第四款，第

六十七条第一款、第三款之规定，作出如下判决：

一、被告人万荣犯以危险方法危害公共安全罪，判处有期徒刑七年；

二、被告人李克胜犯聚众斗殴罪，判处有期徒刑三年二个月；

三、被告人孙某岐犯聚众斗殴罪，判处有期徒刑三年；

四、被告人曹某文犯聚众斗殴罪，判处有期徒刑三年。

被告人孙某岐、曹某文不服提起上诉。

广东省揭阳市中级人民法院经审理认为：原审被告人万荣无视国家法律，在聚众斗殴

中为解救同伴而驾驶汽车冲向围殴人群，致1人死亡，其行为已构成故意伤害罪；上诉人

孙某岐、曹某文及原审被告人李克胜无视国家法律，持械聚众斗殴，其行为均已构成聚众

斗殴罪。原审判决认定基本事实清楚，审判程序合法，但认定原审被告人万荣构成以危险

方法危害公共安全罪的定性不当，认定上诉人孙某岐、曹某文为主犯不当，应予纠正。

广东省揭阳市中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百三十四条第二款，第

二百九十二条，第二十五条第一款，第二十六条第一款、第四款、第二十七条、第六十七

条第一款、第三款；《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第（二）项之

规定，作出如下判决：

一、维持广东省揭阳市榕城区人民法院（2015）揭榕法刑初字第622号刑事判决第二

项中对原审被告人李克胜的定罪量刑，以及第三、四项中对孙某岐、曹某文的定罪部分；

二、撤销广东省揭阳市榕城区人民法院（2015）揭榕法刑初字第622号刑事判决第一

项中对原审被告人万荣的定罪量刑，以及第三、四项中对上诉人孙某岐、曹某文的量刑部

分；

三、原审被告人万荣犯故意伤害罪，判处有期徒刑七年；

四、上诉人孙某岐犯聚众斗殴罪，判处有期徒刑一年六个月；

五、上诉人曹某文犯聚众斗殴罪，判处有期徒刑一年六个月。

【法官后语】

在万荣一案中，万荣主动打电话与李某韧约架，并且双方最终在揭阳市特美思大酒

店“至尊98”酒吧门口发生了暴力冲突即“斗殴”行为，而参与斗殴双方人数也均超过三人，

符合“聚众”的人数要求，万荣的行为显然已具备了聚众斗殴犯罪的主观要件和客观要件，

而在案件的主体要件和客体要件上也不存在与聚众斗殴犯罪相排斥的情况，因此，万荣的

行为是符合聚众斗殴犯罪的基本构成的。

而以上针对万荣的犯罪行为与聚众斗殴罪的匹配性分析结果并非对原审被告人万荣的

最终定罪结论，因为万荣在聚众斗殴的犯罪过程中驾车施救同伙的行为最终造成了被害人

段某海死亡的后果，这一因聚众斗殴行为致人伤重不治的客观后果，使万荣的犯罪性质发

生了转化，属于《刑法》第二百九十二条第二款规定中的聚众斗殴犯罪的转化犯，即因聚

众斗殴致人重伤、死亡的，依照第二百三十四条、第二百三十二条（即故意伤害罪、故意

杀人罪）的规定定罪处罚。因此，万荣的犯罪行为应认定为聚众斗殴罪的转化犯，即定为

故意伤害罪。

案件的一审判决对万荣构成以危险方法危害公共安全罪的错误认定恰恰是源于将以危

险方法危害公共安全罪的客体要件中“不特定”单纯理解为被害对象的事先不确定性。万荣

驾车冲撞行为虽然是发生在公共交通区域，冲撞对象也并不具体到某一人，但其行为所指

向的对象还是相对明确的，其带有相对特定目的所实施的危害行为所指向的侵害范围是相

对确定的且不可能随时扩大或者增加被害范畴的，因此，不能认定为以危险方法危害公共

安全罪。

编写人：广东省揭阳市中级人民法院 张源宇

15 “强拿硬要” 型寻衅滋事罪与抢劫罪之界限

——祝井芝寻衅滋事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省连云港市中级人民法院（2016）苏07刑终27号刑事裁定书

2.案由：寻衅滋事罪

【基本案情】

2015年7月2日晚，被告人祝井芝携带辣椒水、匕首到灌云县圩丰镇周庄村徐某家，采

用喷辣椒水、持匕首威胁等手段向徐某及家人强行索要人民币2000元，后因徐某只能拿出

人民币1000元给祝井芝，被告人祝井芝遂叫徐某找其邻居李某担保剩余的1000元，李某担

保后，被告人祝井芝才离开徐某家。2015年7月4日下午，被告人祝井芝再次携带辣椒水、

匕首向徐某家人索要李某担保的1000元钱，被告人祝井芝在路上遇到徐某母亲刘某，遂采

用手推、脚踢及喷辣椒水等方式殴打刘某，刘某被逼向担保人李某妻子颜某借款人民币

1000元给被告人祝井芝。经灌云县公安局法医鉴定：刘某右腘窝皮肤软组织擦挫伤，属轻

微伤。

【案件焦点】

公然持辣椒水、匕首进入邻居的家中，强行向被害人及其家人“借”款的行为构成寻衅

滋事罪还是抢劫罪。

【法院裁判要旨】

江苏省连云港市灌云县人民法院经审理认为：被告人祝井芝逞强耍横、无事生非，强

拿硬要他人财物，情节严重，其行为构成寻衅滋事罪，应依法惩处。公诉机关指控被告人

祝井芝强行索要他人财物的事实成立，但对事实定性不准，予以纠正。被告人祝井芝曾因

故意犯罪被判处有期徒刑以上刑罚，在刑罚执行完毕后五年内又故意犯应当判处有期徒刑

以上刑罚之罪，系累犯，依法予以从重处罚。被告人祝井芝的违法所得，依法应责令退

赔。灌云县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百九十三条第一款第（三）项、第

六十五条第一款、第六十四条之规定，作出如下判决：

一、被告人祝井芝犯寻衅滋事罪，判处有期徒刑四年；

二、责令被告人祝井芝退赔违法所得人民币二千元给被害人徐某。限判决生效后三十

日内给付。

被告人祝井芝认为量刑过重提起上诉。

江苏省连云港市中级人民法院经审理认为：上诉人祝井芝强拿硬要他人财物，破坏社

会秩序，情节严重，其行为构成寻衅滋事罪。原审法院认定事实清楚，证据确实、充分，

审判程序合法，适用法律正确，量刑恰当。裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

要正确认定本案被告人行为的性质，就是要明确“强拿硬要型”寻衅滋事罪与抢劫罪的

区别。

抢劫罪是以非法占有为目的，采用暴力和暴力相威胁等手段，强行劫取他人财物的行

为。抢劫罪的行为人一般只具有非法占有他人财物的目的，以暴力、胁迫等方式作为劫取

他人财物的手段。而寻衅滋事罪中的强拿硬要他人财物，行为人主观上还具有逞强好胜和

通过强拿硬要来填补其精神空虚等目的。一般不以严重侵犯他人人身权利的方法强拿硬要

财物。

在司法实践中要准确认定两罪，应把握以下几点：

第一，客体不同，且在犯罪场所和地点上存在差异。寻衅滋事罪侵犯的客体是公共秩

序，其强拿硬要的行为多发生在公共场所，并在这些场所以强制、恐吓手段随意拿他人财

物，其实施强拿硬要行为时并不怕别人发现，基至有时故意在人多的时候强拿硬要显现出

其逞强争霸，耍威风的心态，多对公共场所秩序造成一定混乱。而抢劫罪侵犯的客体是财

产权利和人身权利，其行为多发生在偏僻之处，行为人往往寻找周围无人之机实施抢劫，

以不被人发现为目的，具有隐蔽性，属于秘密行为，一般不对公共秩序造成影响。

第二，主观故意不同，对公私财物占有的表现形式存在差异。寻衅滋事罪是对1979年

《刑法》流氓罪的分解，其主观方面更多的表现为蓄意生事，寻求刺激，逞强争霸，对财

物的占有只是一个次要目的，是其显示威风、厉害的一种手段，存在可能获取更多财物的

机会，但并没有占有更多的财物目的。而抢劫罪以占有财物为唯一目的，其对人身的威胁

行为是占有财物的手段，在抢劫过程中以最大限度地获取财物为目的。

第三，客观行为不同，对占有财物使用的手段存在差异。二者在客观行为上虽都存在

暴力、胁迫行为，但暴力、胁迫程度不同，使用手段也存在差异。强拿硬要中的行为一般

是轻微的暴力或暴力威胁，而抢劫罪中对财物占有包括暴力、胁迫或者其他方法，也经常

使用凶器，足以达以抑制被害人反抗程度，使被害人处于不敢反抗、不能反抗状态中，暴

力或者暴力威胁程度较重，包括致人重伤或者死亡。强拿硬要中的暴力行为不包含重伤以

上结果，对于以暴力行为造成重伤以上的，则将视情况认定为抢劫罪或者故意伤害罪。

最后还要明确，寻衅滋事中强拿硬要行为罪与非罪的界限，在于强拿硬要是否达到情

节严重。对情节严重的认定主要从以下三个方面考虑，一是强拿硬要占有公私财物数量较

大的；二是造成恶劣社会影响的；三是多次强拿硬要的。

具体到本案，被告人祝井芝的行为，地点发生在本村邻居家中。时间是在白天。其公

然持辣椒水、匕首进入邻居的家中，强行向被害人及其家人“借”款2000元。在被害人家中

只有1000元的情况下，让被害人找同村邻居担保，并在两天后的白天在路上公然向被害人

的母亲索要“借”款中的余款1000元。在被害人母亲称没有钱且说话不好听的情况下，其用

辣椒水喷并殴打被害人母亲。在邻居多人劝阻且担保人妻子拿了1000元给被害人交给祝井

芝后，祝井芝还将被害人家的窗户砸坏。被告人祝井芝的行为虽然从表面上看其用暴力手

段获取他人财物，但在整个过程中，其并不害怕此事被人知晓，其主观方面更多的表现为

蓄意生事，寻求刺激，逞强争霸，故被告人的行为符合寻衅滋事罪的犯罪构成，应当以寻

衅滋事罪追究其刑事责任。

编写人：江苏省连云港市中级人民法院 黄文波

江苏省灌云县人民法院 许曼

16 参赌人员以所输赌资为抢劫对象的定性

——朱某合寻衅滋事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市丰台区人民法院（2016）京0106刑初918号刑事判决书

2.案由：寻衅滋事罪

【基本案情】

2015年12月16日17时许，被告人朱某合伙同张某、安某某、李某某（均另案处理）等

人在本市丰台区前泥洼二区×号楼×门×号，以索取赌资为由，持刀随意对被害人夏某委、

李某、刘某梅、黑某宁进行殴打，致夏某委外伤，造成面部小范围软组织挫伤，经法医鉴

定，夏某委身体所受损伤程度为轻微伤；并强行索取被害人夏某委、李某、刘某梅、黑某

宁人民币1万余元。

被告人朱某合于2016年3月6日被北京市公安局丰台分局丰益派出所民警抓获。

【案件焦点】

关于被告人的行为构成寻衅滋事罪还是抢劫罪。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为：被告人朱某合不能正确处理矛盾，无视国家法

律，伙同张某、安某某、李某某（均另案处理）等人持刀随意殴打他人，并致一人轻微

伤，情节恶劣，且强拿硬要他人财物1万余元，情节严重，其行为已构成寻衅滋事罪，依

法应予处罚。鉴于被告人朱某合到案后能够如实供述主要犯罪事实，积极赔偿被害人的经

济损失，得到被害人的谅解，认罪悔罪态度较好，故本院对其予以从轻处罚；被告人朱某

合的劣迹情况，本院在量刑时予以考虑，并对其酌予从重处罚。

北京市丰台区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百九十三条第一款第（一）

项、第（三）项，第六十七条第三款，第二十五条第一款，第六十一条之规定，判决如

下：

被告人朱某合犯寻衅滋事罪，判处有期徒刑一年。

【法官后语】

本案争议焦点主要有两点：

1.关于本案的定性问题

张某（另案处理）于2015年12月15日与本案被害人黑某宁、夏某委、李某、刘某梅、

戴某五人进行赌博时输了钱财，从而怀疑赌博所用扑克牌为“号牌”（可以透过背面看到数

字的牌面的花色和数字），次日中午与本案被告人朱某合联系，希望借助朱某合将所输钱

财要回来，后二人约定由张某继续去找黑某宁等人赌博，如果张某发现扑克牌有问题，就

以“送钱”为暗号让朱某合带人过去要钱。后张某在与黑某宁等人赌博过程中打电话给朱某

合让其“送钱”，当日17时许，朱某合与安某某、李某某（均另案处理）及梁权等人到达案

发地北京市丰台区前泥洼二区×号楼×门×××号，以索取赌资为由，对被害人夏某委、李

某、刘某梅、黑某宁进行殴打。其中张某用手提包殴打了李某的面部；李某某扯拽刘某梅

头发并踹了黑某宁腰部一脚；安某某持刀威胁并用拳脚殴打了被害人夏某委，致夏某委面

部多处挫伤，经鉴定，夏某委的损伤程度为轻微伤。朱某合等人从现场强行索取被害人夏

某委、黑某宁、李某、刘某梅、戴某的人民币1万余元。

从在案证据张某本人多次供述称案发前自己输3万余元，但后跟安某某等人称输了5万

元；案发当日称自己输了15000元，但是被害人陈述无法与之印证；遂无法确认张某案发

前一日与案发当日所输赌资的具体数额。被害人刘某梅主动给张某人民币2000元以求被告

人放过自己，但刘某梅本人也参与赌博，且设赌局在家中并从中“抽水”（赌博人员聚赌

时，抽钱出来给组织者），被害人戴某及其余几名被害人亦均为参赌人员，所以无法确定

被告人非法获取的钱财为张某所输赌资，还是被害人本人的与赌博无关的个人财产。

根据2005年6月8日《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》（以下简称《两抢意见》）之七：抢劫赌资、犯罪所得的赃物的，以抢劫罪定罪，

但行为人仅以其所输赌资或所赢赌债为抢劫对象，一般不以抢劫罪定罪处罚。构成其他犯

罪的依照刑法的相关规定处罚。被告人朱某合伙同他人前往赌局目的是索要所输赌资，但

无法确定几名共同侵害人所非法获取的财物数额是否超过张某所输赌资的数额，根据存疑

有利于被告人的原则，不宜定“抢劫罪”，但是本案中被告人朱某合伙同他人有强拿他人财

物以及随意殴打他人并致一人轻微伤的行为。《两抢意见》之九（四）寻衅滋事罪是严重

扰乱社会秩序的犯罪，行为人实施寻衅滋事的行为时，客观上也可能表现为强拿硬要公私

财物的特征。这种强拿硬要的行为与抢劫罪的区别在于：前者行为人主观上还具有逞强好

胜和通过强拿硬要来填补精神空虚等目的，后者行为人一般只具有非法占有他人财物的目

的；前者行为人客观上一般不以严重侵犯他人人身权利的方法强拿硬要财物，而后者行为

人则以暴力、胁迫等方式作为劫取他人财物的手段。本案中被告人朱某合与张某系前男女

朋友关系，朱某合在张某找到他时，带人去案发地讨说法的行为，一方面是要帮助张某索

要所输赌资，另一方面还有通过这种方式展示自己的“能力”的意图。综上分析，被告人所

非法获取的财物不宜定为“赌资”予以没收，而应当认定为被害人的个人财产。

被告人朱某合的行为，依照《刑法》第二百九十三条第一款第（一）项、第（三）

项，应定寻衅滋事罪。

2.关于附带民事部分的处理

本案在审理过程中，被告人朱某合赔偿被害人暨附带民事诉讼原告人夏某委经济损失

人民币4000元，赔偿被害人李某人民币4500元、黑某宁人民币1500元，并已实际履行。夏

某委、李某、黑某宁均对被告人朱某合表示谅解，请求法院对被告人朱某合从轻处罚，夏

某委已自愿撤回刑事附带民事诉讼。由于本案定性为寻衅滋事罪，所以对于被告人朱某合

等人非法获取的财物宜定为强拿硬要的他人财物，且殴打被害人并致伤应当赔偿。

编写人：北京市丰台区人民法院 刘宇超

17 放火罪与寻衅滋事罪的区分

——谭某炜寻衅滋事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省广州市荔湾区人民法院（2016）粤0103刑初第695号刑事判决书

2.案由：寻衅滋事罪

【基本案情】

2016年3月30日23时许，被告人谭某炜酒后在本市荔湾区花地大道四季花园小区内，

经过被害人张某某停放在该小区内的粤A220××的福克斯小轿车时，为发泄情绪，用随身

携带的打火机点燃该小车的防尘罩，导致该车的防尘罩、后尾翼、高位刹车灯、左后灯、

左后轮、后背箱字母等被烧坏（经鉴定，损失共计人民币4130元）。后小区保安人员及时

发现并将火扑灭。

【案件焦点】

被告人的行为构成放火罪还是寻衅滋事罪。

【法院裁判要旨】

广东省广州市荔湾区人民法院经审理认为：被告人谭某炜无视国家法律，为发泄个人

情绪，任意损毁他人财物，情节严重，其行为已构成寻衅滋事罪，应依法予以惩处。被告

人谭某炜如实供述自己的罪行，依法可以从轻处罚。

广东省广州市荔湾区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百九十三条第一款第

（三）项、第六十七条第三款以及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理寻衅滋事刑

事案件适用法律若干问题的解释》第四条的规定，作出如下判决：

被告人谭某炜犯寻衅滋事罪，判处有期徒刑八个月。

【法官后语】

本案的争议焦点在于被告人的行为构成放火罪还是寻衅滋事罪。

第一种观点认为，被告人的行为成立放火罪。理由是：被告人作为具备刑事责任能力

的成年人，酒后用随身携带的打火机点燃停放在小区内的小轿车的防尘罩，其能够预见到

该行为足以危及公共安全的结果却仍放任这种结果的发生，至少符合（间接故意）放火罪

的犯罪构成。被告人所实施的放火行为，存在导致小轿车防尘罩及车身部件损毁的危险，

且客观上也造成了一定程度的损坏。因此，被告人的行为成立放火罪。

第二种观点认为，被告人的行为成立寻衅滋事罪。理由是：根据2013年7月22日起施

行的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解

释》第一条第一款、第四条之规定，被告人主观上因深夜酒后情绪失控，为发泄情绪而点

燃停放在小区空地上的小轿车的防尘罩，客观上其放火行为仅限于涉案小轿车，火势亦未

波及小轿车范围以外，并未危害到不特定多数人的生命、健康或者重大公司财产安全，因

此，其行为不符合放火罪的构成要件，依法构成寻衅滋事罪。

笔者同意第二种观点。在本案中，要判断被告人的行为是成立放火罪还是成立寻衅滋

事罪，主要考虑其主观心理状态以及客观方面是否达到危害公共安全的标准：

1.客观要件的认定

放火罪客观方面表现为实施放火焚烧公私财物，危害公共安全的行为。放火可以通过

作为，如使用引火物，直接点燃目标；亦可以通过不作为的方式，包括负有防止火灾发生

义务的人员，放任火灾的发生。而寻衅滋事罪中的任意损毁公私财物行为，则一般是通过

作为的方式损毁公私财物，与放火罪中的放火行为存在一定的区别。本案中，被告人是直

接使用打火机点燃涉案小车的防尘罩，导致该车的防尘罩、后尾翼、高位刹车灯、左后

灯、左后轮、后背箱字母等被烧坏的后果。从客观行为来看，本案被告人的放火行为均符

合放火罪及寻衅滋事罪的特征，这是本案定性存疑的重要原因。

2.客体要件的认定

放火罪属于危害公共安全的犯罪，侵犯的客体是不特定多数人的生命、健康或重大公

私财产的安全。寻衅滋事罪属于扰乱公共秩序的犯罪，侵犯的客体是社会公共秩序。放火

罪中的放火行为一经行为人实施，就极可能造成不特定多数人的伤亡或者导致不特定的公

私财产遭受难以预见的重大损失并放火行为后果的严重性和广泛性往往是难以预料的，甚

至行为人自己也难以控制。这也是放火罪同以放火方法实施的寻衅滋事罪、故意毁坏公私

财物罪、故意杀人罪等罪名的本质区别。故并非所有的使用放火的方法实施的犯罪均构成

放火罪，是否足以危害公共安全才是放火行为构为何种犯罪的关键。也就是说，如果行为

人实施的放火行为，本身没有危害公共安全，也不可能危及公共安全，就只能属于寻衅滋

事或其他犯罪行为。反之，如果足已危害或是已危及公共安全，就应当定性为放火罪。

具体判断行为人的放火行为，是否足以危及公共安全，则要结合行为人放火的时间是

白天还是黑夜，地点是居民区还是偏僻处及周围的具体环境等因素来综合分析。本案中，

虽然被告人客观上具备放火行为的危害可能，但结合当时情景分析：第一，点燃防尘罩的

地点是在居民小区僻静处，点火后不久就被在附近巡逻的保安扑灭，未形成势必会造成不

特定多数人的人身、财产损失、危及公共安全的情况；第二，放火的目标是随机选择不相

识的被害人摆放在路边的小车的防尘罩，小车周边无其他易燃物，没有形成严重火情的条

件；第三，放火的时间是工作日深夜23时许，正值夜深人静之时，案发现场造成人员伤亡

的可能性小；第四，从放火现场的安全保障措施方面考虑，点火地点是小区的路边，消防

设备健全，有保安巡逻，除被点燃的小车外，并无其余火势蔓延的损害后果。

3.主观要件的认定

寻衅滋事是指行为人为寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横等，无事生非，实施《刑法》

第二百九十三条规定的行为，其中包括任意损毁公私财物。有学者指出：“主观上的流氓

动机与客观上的无事生非，是本罪的基本特征，也是本罪与故意伤害、抢劫罪、敲诈勒索

罪、故意毁坏财物罪的关键区别。”  [[5] 最](#p131)高人民法院、最高人民检察院于2013年出台的相

关司法解释认可了上述学者的观点：“行为人为寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横等，无事

生非，实施《刑法》第二百九十三条规定的行为的，应当认定为‘寻衅滋事’。”放火罪的

主观方面表现为故意，明知自己的放火行为会导致火灾，危及公共安全，并希望或放任这

种结果的发生。放火的动机可以是因个人利益或私欲不能得到满足、可以是为泄愤报复、

也可以是因家庭矛盾等而实施相关的放火行为。可见，寻衅滋事罪中实施的放火行为与放

火罪的实施放火行为在主观动机方面存在一定的差别，两者相比，前者更倾向于无事生非

的流氓心态，而后者的犯罪动机相对更为明确。本案中被告人系因个人原因而情绪失控，

为发泄情绪而点燃素不相识的被害人的小轿车的防尘罩，对被害人造成人民币4130元的直

接经济损失，被告人的犯罪动机更符合寻衅滋事罪的主观构成要件。

综上所述，该案中被告人行为客观上不足以也不太可能危及不特定多数人的生命、健

康或重大公私财产的安全，主观上是为了发泄情绪，不符合放火罪的主客观构成要件，遂

其行为构成寻衅滋事罪。

编写人：广东省广州市荔湾区人民法院 李国文 简绍辉

18 传授犯罪方法行为的法律认定

——陈冠宇等传授犯罪方法案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省商丘市中级人民法院（2016）豫14刑终220号刑事裁定书

2.案由：传授犯罪方法罪

【基本案情】

被告人陈冠宇与被告人程某娇于2013年夏天认识后，成为男女朋友并同居生活。2014

年5月，被告人陈冠宇伙同程某娇商量后在河北省邯郸市区租房处注册网址、经营网店向

他人出售开锁工具、汽车解码器等，且明知购买者可能利用其出售的工具实施犯罪，仍采

取虚假的姓名和地址大量向他人出售开锁工具、汽车解码器等，并提供使用方法及视频。

河南省柘城县城关镇大陈村村民陈慧强，通过网络向陈冠宇购买开锁工具后，利用购买的

开锁工具入户盗窃，于2015年11月27日被河南省柘城县人民法院判处有期徒刑八年。2015

年5月被告人陈某博到其哥陈冠宇处利用网络给购买者回复信息并帮助发货，后三被告人

被抓获归案。

【案件焦点】

对传授犯罪方法行为的法律认定。

【法院裁判要旨】

河南省商丘市柘城县人民法院经审理认为：被告人陈冠宇、程某娇伙同陈某博明知是

开锁工具不能公开销售，且明知购买者可能利用其出售的工具实施犯罪，仍采取虚假的姓

名和地址大量向他人出售开锁工具、汽车解码器等，并提供使用方法及视频，其行为均构

成传授犯罪方法罪，且系共同犯罪。被告人陈冠宇、程某娇、陈某博辩称，不知道别人买

走是偷东西，是自己不懂法，不知道是犯罪。经查，被告人陈冠宇、程某娇商量在网上买

卖开锁工具、汽车干扰器等工具以后，即在网络上利用虚假的姓名和地址发布信息，大量

销售上述工具并提供使用方法和视频，时间长达一年多之久，为逃避打击，陈冠宇又使用

其母亲鹿某芹的银行卡进行网上交易。被告人陈某博明知是犯罪，而又积极参与。据此，

足以证明三被告人明知销售上述工具是违法犯罪活动。关于被告人程某娇辩护人认为程某

娇没有分到钱，且认罪态度好，应视为从犯的观点，经查，被告人程某娇在被告人陈冠宇

提出利用网络销售开锁工具时即表示同意，并积极主动参与犯罪的整个过程，犯罪所得的

盈利因其系与被告人陈冠宇为同居关系，应视为二人的共同所得，在犯罪过程中二人既有

分工，又相互协作配合，共同完成犯罪，均应为本案的主犯，故辩护人的该项观点不能成

立。被告人陈冠宇被判处有期徒刑在刑满释放后五年内又犯被判处有期徒刑以上刑罚之

罪，属累犯，依法应从重处罚。

河南省柘城县人民法院依据《中华人民共和国刑法》第二百九十五条、第二十五条第

一款，第六十五条第一款之规定，作出了如下判决：

一、被告人陈冠宇犯传授犯罪方法罪，判处有期徒刑五年；

二、被告人陈某博犯传授犯罪方法罪，判处有期徒刑一年八个月；

三、被告人程某娇犯传授犯罪方法罪，判处有期徒刑三年。

被告人陈冠宇、陈某博、程某娇均不服一审判决，向河南省商丘市中级人民法院提出

上诉。

河南省商丘市中级人民法院二审裁定认为：原审认定事实和适用法律正确，量刑适

当，审判程序合法，上诉人及辩护人意见均不能成立。

河南省商丘市中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一

款第（一）项之规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

目前，传授犯罪方法罪仍然是一个多发的犯罪，许多违法犯罪活动中都伴随着传授犯

罪方法的行为。所谓传授犯罪方法罪，是指用语言、文字、动作、图像或者其他方法，向

他人传授实施犯罪的具体经验和技能的行为。本罪是简单罪状，刑法对于该罪行为内容的

规定仅仅是“传授犯罪方法的”，如果行为人在向他人传授犯罪方法的同时，含有唆使他人

犯罪的内容的话，对其以想象竞合犯论处。在审判实践中，要科学把握该罪的行为内容和

适用范围，必须正确理解和把握三个方面的内容：

1.准确理解“传授”的问题

（1）关于传授的方式。在司法实践中，传授的方式多种多样，既可以是公开地传

授，也可以是秘密地传授；既可以是以言辞传授，也可以以文字、图画传授，还可以是以

身体动作进行传授等。总的来说，只要其传授的是犯罪方法，就具备构成传授犯罪方法罪

的客观要件。

（2）关于传授的内容。行为人向他人传授的内容只能是犯罪的方法，且只能是实施

直接故意犯罪的方法。只要是客观上有利于犯罪顺利完成和使犯罪人对抗司法机关的追

查、制裁的方法，均属于本罪中所说的犯罪方法。

（3）关于传授的对象。一是对被传授人的年龄并不要求必须达到刑法规定的应负刑

事责任的年龄，即使未达到负刑事责任年龄的人，只要具有一定的接受能力，行为人对其

传授犯罪方法的，就可以构成本罪；二是传授的对象不要求是特定的个人或特定的少数

人；三是传授的对象不要求必须是在传授之前不具有利用学习的犯罪方法实施犯罪意图的

人。

（4）关于传授的程度。决定传授行为危害社会程度及是否成立犯罪的因素，不仅有

传授的程度，还有传授的是何种犯罪的方法、传授的次数、行为人传授意志坚决的程度、

被传授人是否接受传授，以及是否利用传授的犯罪方法实施具体的犯罪等因素。只有对这

些因素进行综合考察，才能得出传授行为是否构成犯罪的正确结论。

2.准确理解“犯罪方法”的问题

（1）犯罪方法的定性。行为人向他人传授的只有是犯罪的方法，才能构成本罪，传

授实施一般违法行为的方法，不能构成犯罪。具体来说有两种情况：其一，如果一种方法

的应用范围只能是违法和犯罪，那么通常应当认定行为人的传授行为具备本罪的客观要

件。其二，如果一种犯罪的应用范围既可以是违法犯罪，也可以是正当合法的行为，情况

就比较复杂。在这种情况中，只能结合整个传授过程乃至前后的主客观方面的情况，根据

社会通常观念来作出判断。

（2）犯罪方法的范围。犯罪的方法不仅限于实施具体犯罪实行行为的方法，还包括

实行犯罪预备、反侦查、逃避法律制裁等行为的方法。对于犯罪预备而言，其本身就属于

犯罪的范畴，所以传授实施犯罪预备的方法，应当属于传授犯罪方法。对于反侦查、逃避

法律制裁行为而言，其目的在于最终使国家司法机关无法查获犯罪案件或无法追究犯罪人

应当承担的刑事责任。

（3）犯罪方法的类型。犯罪方法是实施和完成犯罪的方式、方法，是实现犯罪意图

的手段，因此，它与犯罪意图有密切的联系，它受犯罪意图的支配并服务于犯罪意图。由

于间接故意犯罪和过失犯罪都没有犯罪意图和犯罪目的，因而行为人不可能事先选择犯罪

的方法，所以，向他人传授的不可能是实施间接故意犯罪和过失犯罪的方法，而只能是实

施直接故意犯罪的方法。

3.准确理解“主观方面”的问题

在司法实践中，本罪的行为人往往希望被传授人运用所传授的犯罪方法去实施犯罪，

但从犯罪故意理论的角度看，行为人是否希望被传授人运用所传授的方法去实施犯罪，并

不影响本罪的成立。因为传授犯罪方法罪的意志因素中，只有希望将犯罪方法传授给被传

授人，并希望被传授人学会他所传授的犯罪方法的内容。行为人是否希望被传授人运用所

传授的方法去实施犯罪，不会对其上述意志因素内容产生影响，只要他有意将犯罪方法传

授给他人，无论行为人是希望被传授人运用所传授的方法去实施犯罪，还是放任被传授人

运用所传授的方法去实施犯罪，都已经具备了本罪主观方面的要件。

本案中，三名被告人具有共同犯罪的故意，在明知购买者可能利用其出售的工具实施

犯罪的情况下，仍采取虚假的姓名和地址大量向他人出售开锁工具、汽车解码器等，并提

供使用方法及视频，其行为均构成传授犯罪方法罪。

编写人：河南省商丘市柘城县人民法院 张汉元

19 利用微信群组织他人通过抢红包方式赌博的行为构成开设赌场罪

——邵某海等开设赌场案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

贵州省贵阳市云岩区人民法院（2016）黔0103刑初795号刑事判决书

2.案由：开设赌场罪

【基本案情】

2015年8月至11月，被告人邵某海组建多个微信群，组织、召集他人在微信群内以“抢

红包”的方式进行赌博，并雇佣被告人李某、薛某龙担任“代包手”。群内严格执行赌博规

则：由“代包手”发红包，群内赌博人员抢红包。“代包手”发金额为263元至268元的“拼手

气群红包”分成3个至5个红包供群成员抢，以抢到金额小数点后两位之和的个位数比大小

确定输赢，输家将298元通过微信扫描二维码转账给“代包手”。“代包手”扣留30余元，其

中20元进入奖金池，剩余10余元作为抽头。然后再发与上一次金额相同的“拼手气群红

包”供群成员继续抢，周而复始。群内设立奖励制度，群成员抢到特殊数字的金额时，

如“11.11至55.55”“123.45”等，奖励奖金池内金额总数的10%～100%不等的金额，以吸引

赌博人员参与赌博。经鉴定，自2015年8月至2015年11月，被告人李某共为邵某海代发红

包7084次；被告人薛某龙共为邵某海代发红包1444次。被告人李某、薛某龙两人分别抽头

渔利人民币9756元，被告人邵某海抽头渔利人民币96020元。

另查明，邵某海建立的微信群当中大部分群成员是其通过赌博认识或其他方式认识的

朋友，在经邵某海同意的情况下群成员可以邀请他人进入。在抢红包过程中会出现“卡

包”“延迟”“废包”等情况，当出现“废包”情况时，会要求抢得红包的群成员返还抢得的金

额，并由“代包手”重发；出现“卡包”“延迟”时邵某海会换群重发。

上述事实，有公诉机关当庭出示，并经庭审质证的被告人邵某海、李某、薛某龙在公

安机关的供述及户籍证明，证人证言，公安机关出具的抓获经过，司法鉴定意见，作案工

具，扣押决定书，行政处罚决定书等证据证实，足以认定。

【案件焦点】

如何将赌博行为和普通发红包行为进行区分。

【法院裁判要旨】

贵州省贵阳市云岩区人民法院经审理认为：被告人邵某海、李某、薛某龙妨害社会管

理秩序，以营利为目的，利用手机在网络上组建微信群的方式，开设赌场，从中抽头渔

利，情节严重，其行为已构成开设赌场罪，依法应予惩处。在共同犯罪中，被告人邵某海

起主要作用，系主犯，应按其参与的全部犯罪处罚；被告人李某、薛某龙系从犯，依法应

减轻处罚。贵阳市云岩区人民检察院指控被告人邵某海、李某、薛某龙犯开设赌场罪罪名

成立，本院予以确认；量刑建议适当，本院予以采纳。关于被告人邵某海的辩护人提出的

辩护意见，经查，与本院查明的事实不符，本院不予采纳。据此，依照《中华人民共和国

刑法》第三百零三条第二款，第二十五条第一款，第二十六条第一款、第四款，第二十七

条，第五十二条，第五十三条，第六十四条之规定，判决如下：

一、被告人邵某海犯开设赌场罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币五千元；

二、被告人李某犯开设赌场罪，判处有期徒刑一年，并处罚金人民币二千元；

三、被告人薛某龙犯开设赌场罪，判处有期徒刑一年，并处罚金人民币二千元；

四、在押作案工具依法予以没收上缴国库。

【法官后语】

本案处理的重点在于对于开设赌场罪的认定。我国《刑法》第三百零三条第二款规

定：“开设赌场的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处三

年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。”

不论是在现实世界中，还是在虚拟空间里，赌场均是一个有着特定空间的可以供多人

聚集在一起进行赌博活动的场所。本案中，被告人邵某海以营利为目的，建立微信群，在

群内制定赌博规则，并招聘工作人员，通过组织群成员通过抢红包方式赌博并抽头渔利，

虽然其参赌人员大多是朋友，但仍允许其他人加入，具有一定的开放性，其建立的微信群

已具备赌场特征。因此，对其利用微信群组织他人通过抢红包方式赌博的行为宜应认定为

开设赌场罪。

在确定了罪与非罪之后，就需要确定犯罪金额来决定量刑。根据被告人邵某海、李

某、薛某龙供述的每个红包抽头规则及比例，结合鉴定的代发红包次数计算得出被告人李

某、薛某龙两人分别抽头渔利人民币9756元，被告人邵某海抽头渔利人民币96020元。辩

护人曾提出有时会存在“卡包”“废包”“延迟”等情况会导致重复计算抽成，实际抽头并没有

这么多。根据本院查明的事实，当出现“卡包”“废包”“延迟”等情况时“代包手”会重发红

包，但并未要求群成员扫二维码支付298元，即在出现上述情况并重发红包时李某、薛某

龙的微信账号不会入账298元，故鉴定机构通过统计李某、薛某龙微信账号每笔入账298元

立即出账263～268元而鉴定出发红包的次数，已自然将“卡包”“废包”“延迟”等情况排除在

鉴定范围内，不会导致重复计算抽成。故公诉机关据此结合被告人制定的抽成规则计算出

三被告人的实际抽头金额符合客观实际。故我院认可鉴定意见中计算得出的犯罪金额。

微信发红包在现实生活当中比较普遍，处理本案要将平常亲朋好友间的发红包与赌博

性质的发红包区分开来。本案中，三名被告人通过开设微信群发红包，以一定的规则从中

抽取一定金额作为抽头，虽然是在虚拟环境中，但是符合开设赌场所具有的特征。

值得注意的是，本案可能和一般认识上的开设赌场有一定的区别，本案中的“赌场”是

微信群，赌博方式是发红包，属于一种新形式的赌场开设方式。通过本案我们可以看到，

随着时代的发展，我们生活中信息化和高科技所带来的影响也会带来新的犯罪手段，我们

在打击犯罪时要认真对其进行甄别。

编写人：贵州省贵阳市云岩区人民法院 路绍荣

20 以微信抢红包形式进行赌博行为的认定

——周某瑜等赌博案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

浙江省永嘉县人民法院（2016）浙0324刑初547号刑事判决书

2.案由：赌博罪

【基本案情】

2015年7月左右，被告人周某瑜利用手机微信组建了一个名为“228的4，小数点小发，

30退”的群，其本人为群主，并纠集被告人陈某、周某莲等人作为代包手，由代包手代发

红包并且抽取头薪，组织群内人员在微信群里以抢红包的形式赌博。该微信群规定发出来

的每个红包金额为190元，分成4个包，抢到红包金额小数点最小的成员发下一个红包，由

该成员将228元通过二维码转账给代包手，然后由代包手抽取其中的38元，将剩余的190元

分成4个红包再发到群里由群内人员抢。每天最后一个抢到小数点最小的成员将228元转给

群主或是代包手，由群主或是代包手在第二天发190元的红包作为每天第一个红包，如此

循环。每个红包抽取的38元中有25元放入奖池，作为抢到顺子、豹子等特殊数字的成员的

奖励，其中4元作为代包手的好处费，其余的归群主被告人周某瑜所有。在抢红包期间，

被告人周某瑜每天还会发几个金额不定的福利包用于炒热群内气氛或确定群内正在抢红包

的人数。

至2015年8月12日该微信群被民警查获为止，被告人周某瑜组织人员以抢红包形式赌

博共计10天以上，每天群内参与抢红包人员20人以上，每天发出的红包个数200个以上，

涉案赌资共计45.6万元以上，抽取头薪共计2.6万元以上。其中被告人周某莲在该微信群中

代发红包约5天，共发红包250个左右，获利900多元，其参与期间，涉案赌资达22.8万元

以上，抽取头薪达1.3万元以上。被告人陈某在该微信群中代发红包约3天，共发红包120

个左右，获利480元左右，其参与期间，涉案赌资达13.68万元以上，抽取头薪达0.78万元

以上。

【案件焦点】

周某瑜及周某莲、陈某的行为是否构成开设赌场罪抑或构成赌博罪？

【法院裁判要旨】

浙江省永嘉县人民法院经审理认为：根据被告人供述和证人证言，涉案微信群的成员

有些是周某瑜直接拉入群，有些是其他人拉入群。一般都是通过微信好友邀请才能入群，

入群后才能参与抢红包，参赌人员相对固定，另外鉴于微信群的相对封闭性，本案应定性

为赌博罪较为适宜。

浙江省永嘉县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百零三条第一款，第二十五

条第一款，第二十七条，第六十五条第一款，第六十七条第三款，第六十四条，第七十二

条第一款和第三款，第七十三条第二款和第三款之规定，作出如下判决：

一、被告人周某瑜犯赌博罪，判处有期徒刑二年六个月，并处罚金人民币五万元；

二、被告人周某莲犯赌博罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年六个月，并处罚金人民币

二万元；

三、被告人陈某犯赌博罪，判处有期徒刑十个月，缓刑一年六个月，并处罚金人民币

一万八千元；

四、随案移送的作案工具手机二部，予以没收。

【法官后语】

区分开设赌场罪和赌博罪的关键在于二者对赌博活动所具的控制力不同。开设赌场罪

中的行为人对赌博场所、内部人员控制、赌博活动本身的控制要强于赌博罪。

具体到本案，公诉机关和审判机关就案件定性出现分歧，其主要原因即在于对“控制

力”的不同理解。永嘉县人民检察院认为周某瑜等人对微信群有较强的控制力，其行为应

构成开设赌场罪。其认为微信群可以看作有一定虚拟空间的“赌场”，所针对的对象是可随

时受邀入群的不特定的多数人，群内有专人负责抽取头薪、代发红包。

但本院经审理认为，本案是较为典型的聚众赌博型赌博罪。理由如下：1.聚众赌博对

赌博场所控制较弱。开设赌场中，赌场的地理位置相对固定且处于行为人实际控制之下。

在聚众赌博中，赌博地点往往是临时确定的。本案中微信抢红包的群往往是临时拉建的，

完成这次赌博后该场所也就不再保持其作为“赌场”的作用。2.聚众赌博对内部成员控制较

松散。开设赌场中，往往形成较为严密的组织体系。而在聚众赌博中，人员关系较为松

散。本案中，代包手每次代发完固定红包即会退群。群主对代包手是没有实际控制力的，

亦没有形成严密的组织体系。3.聚众赌博对赌博活动控制更严格。开设赌场中，发挥纠集

他人进行赌博作用的主要为“赌场”，赌场一般有固定的场次和开赌时间，隐蔽性不强。而

聚众赌博中，发挥聚众作用的是“赌头”，赌博活动具有临时性特点，有较大的隐蔽性。本

案中，周某瑜通过个人关系拉赌客入微信群，成员相对固定，其根据群内抢福利包人数决

定是否召开赌博，时间不具确定性。

编写人：浙江省永嘉县人民法院 王茜 王佳佳

（二）妨害司法罪

21 冒充犯罪的人主动替别人顶替罪责是否构成包庇罪

——王某仙交通肇事、王某毛包庇案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

内蒙古自治区乌兰察布市凉城县人民法院（2016）内0925刑初76号刑事判决书

2.案由：交通肇事罪、包庇罪

【基本案情】

2016年9月24日8时50分许，被告人王某仙驾驶其四哥王某芳的小型轿车，其父亲王某

毛在副驾驶位置乘坐，沿凉城县六苏木镇四块地村村道自西向东行驶，与自北向南由被害

人米某所驾驶的电动自行车发生碰撞，造成被害人米某所当场死亡的道路交通事故。事故

发生后被告人王某仙拨打120急救电话，并找附近村民帮忙救人。在120急救人员还未到达

事故现场时，被告人王某毛考虑到女儿王某仙已怀孕且新婚在即，被告人王某毛主动提出

由自己顶替女儿为肇事驾驶员，被告人王某仙默认，待凉城县交警大队办案民警到达现场

时，被告人王某毛便主动向凉城县交警大队办案民警承认是由自己开车肇事。后经交警大

队办案民警侦查，被告人王某仙是肇事司机，后二被告人对肇事经过及顶替肇事驾驶员的

犯罪事实供认不讳。经本院对附带民事部分调解，被告方与被害人家属就民事赔偿达成协

议，并已全部履行。

【案件焦点】

被告人王某毛构成伪证罪还是包庇罪。

【法院裁判要旨】

内蒙古自治区乌兰察布市凉城县人民法院经审理认为：被告人王某仙违反交通运输管

理法规，驾驶机动车辆发生致一人死亡的重大交通事故，负事故的全部责任，其行为已构

成交通肇事罪；被告人王某毛明知女儿王某仙驾驶机动车辆发生交通事故，却向公安机关

隐瞒真相，谎称自己是交通事故的肇事驾驶员，包庇被告人王某仙的犯罪事实，其行为已

构成包庇罪。公诉机关指控被告人王某毛构成伪证罪不成立，本院不予确认。

据此，凉城县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三条，第三百一十

条，第六十七条第三款，第七十二条，第七十三条之规定，作出如下判决：

一、被告人王某仙犯交通肇事罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年；

二、被告人王某毛犯包庇罪，判处有期徒刑十个月，缓刑一年。

【法官后语】

本案的关键是正确理解包庇罪与伪证罪的区别。

1.从包庇罪与伪证罪的概念上分析

伪证罪是指在刑事诉讼中，证人、鉴定人、记录人和翻译人对与案件有重要关系的情

节，故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译，意图陷害他人或者隐匿罪证的行为。作伪证对

于国家正常的司法秩序以及当事人的人身权利都有严重的危害。

包庇罪，是指向公安、司法机关提供虚假证明掩盖犯罪的行为。在司法机关追捕的过

程中，行为人出于某种特殊原因为了使犯罪人逃匿，而自己冒充犯罪的人向司法机关投案

或者实施其他使司法机关误认为自己为原犯罪人的行为。

2.从包庇罪与伪证罪的区别上分析

首先，两罪名的主体要件不同。包庇罪是一般主体；伪证罪是特殊主体，只限于证

人、鉴定人、记录人与翻译人。

其次，实施犯罪的时间不同。包庇罪发生的时间没有限制，可以在犯罪分子被逮捕、

关押前实施，也可以在被逮捕、判刑之后实施；伪证罪必须发生在刑事诉讼中，即只能在

侦查、审判阶段实施。

再次，犯罪的内容不同。包庇罪掩盖的可以是全部罪行或者重要犯罪事实，通过使犯

罪人逃匿或者采取其他庇护方法，使其逃避刑事制裁；伪证罪掩盖的是与案件有重要关系

的犯罪情节。

最后，包庇对象的情况不同。包庇罪所包庇的对象既可以是犯罪嫌疑人、被告人，也

可以是受有罪宣告的犯罪人；而伪证罪所包庇的对象只能是犯罪嫌疑人、被告人。

3.具体到本案中分析

被告人王某毛明知女儿王某仙发生交通事故，会造成致人重伤或者死亡的后果，在

120急救车未到达现场前，被告人王某毛考虑到自己女儿新婚在即，又怀有身孕，为了使

女儿逃避法律追究，在交警侦查人员到达现场后，自己冒充犯罪的人向交警侦查人员投

案，使交警侦查人员误认为其就是肇事驾驶员的行为，符合包庇罪的犯罪构成要件，故应

当依照《刑法》第三百一十条之规定对其定罪量刑。

有观点认为，被告人王某毛系本案的证人，故应当以“伪证罪”追究其刑事责任。笔者

不同意此观点。证人作伪证必须是对案件有重要关系的“情节”作虚假的证明。与案件有重

要关系的情节，是指对案件结论有影响的情节，即与是否构成犯罪、犯罪的性质、罪行的

轻重、量刑的轻重具有重要关系的情节。本案中，被告人王某毛并非对某个“情节”做了虚

假证明，而是自己冒充犯罪的人向司法机关投案，使司法机关误认为自己就是原犯罪的

人，主观目的是自己顶替女儿（犯罪行为人）使其逃避法律的追究。

编写人：内蒙古自治区乌兰察布市凉城县人民法院 张宁

22 如何对扰乱法庭秩序行为进行客观认定

——刘某扰乱法庭秩序案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市密云区人民法院（2016）京0118刑初93号刑事判决书

2.案由：扰乱法庭秩序罪

【基本案情】

被告人刘某于2016年1月18日9时许，在北京市密云区人民法院第十二法庭，作为原告

参加刘某诉北京市公安局密云分局及北京市密云区人民政府的开庭审理过程中，不服从审

判长李某杰的管理，违反法庭秩序，辱骂司法工作人员、多次擅自离开原告席位、拒绝开

庭，后法院依法裁决该案按刘某撤诉处理，并出具行政裁定书。休庭后审判长李某杰及书

记员送达法律文书时，刘某推搡审判长李某杰，并将送达给其的行政裁定书以及审判长李

某杰手中的行政裁定书和退费通知书撕毁。

【案件焦点】

被告人刘某在休庭之后发生的抢夺、损毁诉讼文书等行为，能否认定为扰乱法庭秩序

罪？

【法院裁判要旨】

北京市密云区人民法院经审理认为：被告人刘某侮辱司法工作人员，不听法庭制止，

严重扰乱法庭秩序，毁损诉讼文书，情节严重，其行为已构成扰乱法庭秩序罪，依法应予

惩处。公诉机关指控被告人刘某犯扰乱法庭秩序罪的事实清楚，证据确实、充分，指控罪

名成立，本院予以支持。鉴于被告人刘某到案后如实供述所犯罪行，依法对其从轻处罚。

辩护人关于被告人刘某系初犯，自愿认罪，如实供述自己罪行，建议对其从轻处罚的辩护

意见成立，本院予以采纳，但根据被告人刘某的犯罪事实、犯罪的性质、情节和对于社会

的危害程度，不宜宣告缓刑，故对辩护人关于对被告人刘某适用缓刑的辩护意见不予采

纳。

北京市密云区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百零九条第（三）项、第

（四）项、第六十七条第三款，第六十一条的规定，作出如下判决：

被告人刘某犯扰乱法庭秩序罪，判处有期徒刑十个月。

一审宣判后，被告人未提起上诉。

【法官后语】

扰乱法庭秩序罪是1997年《刑法》新增的罪名，2015年《刑法修正案（九）》对本罪

进行了修改，将“扰乱法庭秩序”行为进一步具体化，目的是将一些近年来多发的扰乱法庭

秩序行为置于刑法中加以规制，对庭审过程中扰乱法庭秩序的行为进行严厉惩治，以保障

庭审活动的正常进行，彰显司法权威。

1.关于扰乱法庭秩序罪的客体分析。扰乱法庭秩序罪侵犯的客体是法庭秩序。《人民

法院法庭规则》第二条第一款规定：“法庭是人民法院代表国家依法审判各类案件的专门

场所。”这里的“审判”应当主要是指庭审活动，因此法庭秩序应当是指正常的庭审活动秩

序。对于在庭审以外对人民法院及其工作人员履行职责进行扰乱的行为，不能认定为扰乱

法庭秩序的行为，可以按照其他法律予以处理。

2.关于扰乱法庭秩序罪的客观方面分析。《刑法修正案（九）》对扰乱法庭秩序罪的

客观行为表现进行了列举，但并非穷尽式列举。因此，对本罪的认定在客观方面仍需注意

三个方面的问题：

一是对于法庭这个“专门场所”的理解。对“法庭”应当进行广义的解释，不应狭隘地理

解为一个物理场所，应当进行功能性、实质性的界定。法庭不仅包括专门用于审理案件的

正规固定场所，还包括非正规的临时用于审理案件的场所，如各类巡回审判法庭。从满足

庭审功能的角度来看，只要是人民法院开展案件庭审活动的场所，均应认定为本罪规定

的“法庭”。

二是对于扰乱法庭秩序行为发生场所的理解。对于扰乱法庭秩序行为发生场所，应当

从法益侵害或者扰乱法庭秩序后果的角度进行理解，不应将行为发生场所仅仅局限于法庭

之内。对于行为人通过法庭之外的行为扰乱了正在审理案件的法庭秩序的，虽然发生在法

庭之外，但同样造成了扰乱法庭秩序的严重后果，也应当按照扰乱法庭秩序罪进行判处。

三是对于扰乱法庭秩序行为发生时间的理解。对扰乱法庭秩序行为发生时间，不应该

简单限定于庭审过程即正在开庭或者持续开庭的时间段，应当根据司法实践的工作习惯进

行确定。因为开庭活动本身还包括一系列前期准备、中途处置及后续处理等相关工作事

项。因此，扰乱法庭秩序行为的发生时间应当包括案件审理的整个过程，即在法庭内围绕

个案庭审活动而进行的与庭审活动紧密相连的准备阶段、中间休庭阶段、等待阶段、评议

阶段以及庭审刚刚结束审判人员及诉讼参与人尚未离开法庭的时段等。在上述阶段扰乱秩

序的行为虽然并非发生在庭审过程中，但依然对庭审秩序造成了破坏，对于情节严重的，

也应当认定为扰乱法庭秩序罪。

本案中，被告人刘某在案件审理过程中，违反法庭秩序，辱骂司法工作人员、多次擅

自离开原告席位、拒绝开庭。休庭后审判长向其送达法律文书时，刘某将送达给其的行政

裁定书以及审判长手中的行政裁定书和退费通知书一并撕毁。其行为符合《刑法》第三百

零九条规定的两种情形：一是侮辱司法工作人员，不听法庭制止，严重扰乱法庭秩序；二

是有抢夺、损毁诉讼文书等扰乱法庭秩序行为，情节严重。此外，根据上述对于扰乱法庭

秩序罪客观方面构成要件分析，刘某尽管是在休庭后抢夺、撕毁诉讼文书，但因该行为仍

然发生在案件审理过程中，依然构成对法庭秩序的破坏，因此应当认定为扰乱法庭秩序

罪。

编写人：北京市密云区人民法院 徐秀丽

23 对犯罪所得赃物不法侵占构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪

——王某华掩饰、隐瞒犯罪所得案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省无锡市锡山区人民法院（2016）苏0205刑初32号刑事判决书

2.案由：掩饰、隐瞒犯罪所得罪

【基本案情】

2015年9月18日晚，董某光至无锡市锡山区锡北镇八士西街73号，窃得黄金金块、黄

金项链等物品。随后，董某光持盗窃所得的1块黄金金块至无锡市惠山区堰桥街道长安金

银加工店，要求该店老板王某华用其中部分黄金加工2个戒指，王某华明知该金块来路不

正，仍找借口将该金块留下，并制作铜块和铜戒指，准备董某光次日上午来取金块时用铜

块替换金块。后董某光未在约定时间来取金块，王某华即将金块以170000余元的价格出售

给唐某明，唐某明于2015年9月21日将该金块以172996元的价格出售给无锡市金铸坊贵金

属有限公司。

2015年10月10日，王某华因涉嫌掩饰、隐瞒犯罪所得被公安机关抓获，归案后其未交

代自己的犯罪事实。在公安机关掌握相关证据后，其才供认犯罪事实。案破后，王某华已

退赔赃款，并取得被害人王某军的谅解。

【案件焦点】

加工承揽人明知是犯罪所得的金块仍编造借口、准备铜块予以侵吞，其行为的定性问

题。

【法院裁判要旨】

江苏省无锡市锡山区人民法院经审理认为：王某华明知是犯罪所得的赃物仍予以窝

藏、隐瞒、持有、侵占、转移，情节严重，其行为已构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。无锡市

锡山区人民检察院起诉指控王某华犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪，事实清楚，证据确实、充

分，指控的罪名成立，本院予以支持。案发后王某华能自愿认罪，退赔被害人经济损失，

并取得被害人的谅解，可酌情从轻处罚。

关于王某华提出“其系可能知道该金块来路不正，并非明知”的辩解意见，本院认

为，“可能知道该金块来路不正”的主观故意属于掩饰、隐瞒犯罪所得罪“明知”的范畴，该

辩解意见法院不予采纳。关于辩护人提出“王某华系初犯，能认罪、悔罪，已退赔全部赃

款，并取得被害人的谅解，请求对其从轻处罚”的辩护意见，经查符合事实与法律，本院

予以采纳。关于辩护人提出“王某华有自首情节”的辩护意见，本院认为，王某华未自动投

案，归案后亦未如实供述自己的犯罪事实，不构成自首。该辩护意见本院不予采纳。关于

辩护人提出“王某华主观恶性不深，请求对其减轻处罚并适用缓刑”的辩护意见，本院认

为，王某华明知是犯罪所得的赃物仍予以窝藏、隐瞒、侵占、转移，情节严重，具有较大

的主观恶性，根据其犯罪事实和犯罪情节，不能减轻处罚，亦不宜对其适用缓刑，该辩护

意见本院不予采纳。王某华在庭审中提出其有检举揭发他人犯罪的立功表现，因相关检举

行为尚未得到侦查机关查证属实，故该情节现不能认定。

江苏省无锡市锡山区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百一十二条第一款、

《最高人民法院关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题

的解释》第三条第一款第（一）项、第四条第一款之规定，作出如下判决：

王某华犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币五千元。

一审宣判后，本案被告人未提出上诉，该案判决已发生法律效力。

【法官后语】

本案的争议焦点是加工承揽人明知是犯罪所得的金块仍编造借口、准备铜块予以侵

吞，其行为的定性问题。本案涉及不法原因给付、欺诈手段对赃物侵占问题，并涉及受托

者与原物主之间、原物主与盗窃犯之间的关系问题，因而有必要探讨。

第一种意见认为，王某华的行为构成诈骗罪，属于诈骗既遂。在偷盗者准备拿走金块

时，王某华谎称干他们这一行不落空锤，用上述借口将金块留下。偷盗者实际上实施了处

分行为，让王某华代管该金块，王某华占有了该金块，并通过制作铜块和铜戒指准备偷梁

换柱。次日，偷盗者未按照约定来取走金块，王某华即将该金块卖掉。由此可见，王某华

并无代为保管赃物的意思，收受赃物时即想到虚构事实侵吞，其已构成诈骗罪既遂犯。

第二种意见认为，王某华的行为构成侵占罪。王某华将他人委托代为保管之物予以侵

吞，构成侵占罪。

第三种意见认为，王某华的行为构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。王某华明知是犯罪所得

的赃物仍予以窝藏、隐瞒、持有、侵占、转移，情节严重，其行为已构成掩饰、隐瞒犯罪

所得罪。

笔者同意第三种意见，王某华的行为构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。

1.王某华准备铜块和铜戒指属于诈骗罪预备行为。诈骗罪有五个要素：行为人的欺诈

行为；被害人产生错误认识；被害人基于错误认识而处分财产；行为人获得财产；被害人

遭受财产损害。王某华在接受偷盗者委托制作金戒指后，产生非法占有的目的，其找借口

将金块留下，使委托行为予以延续，但其并非已非法占有金块，其通过制造铜块和铜戒

指，准备让委托者产生错误的认识，偷梁换柱，属于诈骗预备。次日，由于偷盗者未按照

约定来取走金块，其未着手诈骗实行行为。

2.王某华的行为不构成侵占罪。侵占罪的本质除了侵犯财产所有权外，还侵犯委托信

任关系，而接受盗窃犯的代为保管或销售赃物之委托，这是刑法所明文禁止的。非法的委

托关系不受法律保护。根据我国《刑法》第二百七十条的规定，侵占罪的对象只能是“代

为保管的他人财物”，委托者须对财物拥有所有权，如果没有所有权，他就不可能成为被

害人。另外，侵占罪属于告诉才处理，盗窃犯无返回请求权。

3.王某华的行为构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。王某华明知是犯罪所得的赃物仍予以窝

藏、隐瞒、持有、侵占、转移。根据《最高人民法院关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪

所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》第十条第二款之规定，明知是犯罪所得及其

产生的收益而采取窝藏、转移、收购、代为销售以外的方法，如居间介绍买卖，收受，持

有，使用，加工，提供资金账户，协助将财物转换为现金、金融票据、有价证券，协助将

资金转移、汇往境外等，应当认定为《刑法》第三百一十二条规定的“其他方法”。上述规

定，认定“持有、使用”的手法均属于“其他方法”，但对于“侵占”的手法并没有明确规定。

我们认为，对于持有行为人对赃物所实施的窝藏、转移、持有、保管行为已构成掩饰、隐

瞒犯罪所得罪，其后所实施的侵占行为仅属于掩饰、隐瞒犯罪所得罪的事后不可罚行为，

为掩饰、隐瞒犯罪所得罪所吸收。王某华的行为构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪，又构成诈骗

罪预备行为，按照《最高人民法院关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件

适用法律若干问题的解释》第七条的规定：“明知是犯罪所得及其产生的收益而予以掩

饰、隐瞒，……同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”故王某华的行为

应按照掩饰、隐瞒犯罪所得罪定罪处罚。

编写人：江苏省无锡市锡山区人民法院 王万钰

24 被执行人有工作能力可认定其有能力执行民事判决

——黄某将拒不执行判决、裁定案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区河池市巴马瑶族自治县人民法院（2016）桂1227刑初141号刑事判决

书

2.案由：拒不执行判决、裁定罪

【基本案情】

自诉人黄某与被告人黄某将民间借贷纠纷一案由本院于2014年5月12日作出（2014）

巴民初字第1号民事判决书，判决由被告人黄某将于判决生效之日起20日内偿还借款本金

16万元及支付逾期利息给自诉人黄某；案件受理费3500元由黄某将承担（黄某已预交）。

判决生效后，自诉人黄某于2015年1月30日以黄某将不能按期还款为由向本院申请执行，

本院依法受理。

本院受理执行后，执行员传唤被告人黄某将多次，其均不到案。2015年4月1日，本院

将黄某将列入全国失信被执行人名单。黄某将帮其哥哥黄某琪在马山县名厦地王国际工程

中带班，黄某琪给其4000元/月工钱。自诉人黄某打听到黄某将的下落并告知本院后，本

院于2015年4月14日到马山县名厦地王国际工程项目部送达法律文书，但黄某将故意逃

避，由项目部的人员接收并转送。2015年7月7日本院对黄某将发出《限制高消费令》，又

于2016年10月13日决定拘留黄某将15日，但黄某将仍拒不执行民事判决。自诉人黄某于

2016年10月16日向公安机关报案，要求公安机关查处黄某将拒不履行判决行为，但公安机

关不予调查处理，遂向本院控诉。2016年12月22日，被告人黄某将与自诉人黄某自行和

解，黄某将当场支付部分款项并约定分期偿还余下款项，自诉人黄某请求本院对黄某将从

宽处罚。

【案件焦点】

被告人黄某将是否有能力执行民事判决。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区河池市巴马瑶族自治县人民法院经审理认为：被告人黄某将对人民法

院的判决有能力执行而拒不执行，情节严重，其行为侵犯了人民法院的正常活动，构成拒

不执行判决、裁定罪。被告人黄某将及辩护人在庭上提出黄某将没有履行能力的辩护意见

与查明的事实不符，不予采信。鉴于被告人黄某将主动与自诉人和解达成协议并且自诉人

向本院请求对黄某将从宽处罚，可对黄某将从轻处罚。被告人黄某将认罪态度较好，犯罪

情节较轻，有悔罪表现，宣告缓刑对其所居住的社区没有重大不良影响，可依法宣告缓

刑。

广西壮族自治区河池市巴马瑶族自治县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百

一十三条第一款，第七十二条第一款、第三款，第七十三条第二款、第三款之规定，判决

如下：

黄某将犯拒不执行判决、裁定罪，判处有期徒刑一年，缓刑三年。

【法官后语】

根据《刑法》第三百一十三条第一款规定，对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒

不执行，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金；情节特别严重的，处三年以

上七年以下有期徒刑，并处罚金。构成拒不执行判决、裁定罪的客观要件有二：一是有能

力执行，二是情节严重。本案的争议焦点是被告人黄某将有没有能力执行民事判决书确定

的义务。2002年8月29日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议通过《全国

人大常委会关于〈中华人民共和国刑法〉第三百一十三条的解释》，列举了四种具体的有

能力执行而拒不执行，情节严重的情形，2015年7月22日起施行的《最高人民法院关于审

理拒不执行判决、裁定刑事案件适用法律若干问题的解释》又增加了八种情形，所以目前

立法解释、司法解释共具体列举了12种有能力执行而拒不执行情节严重的情形。本案的情

形不符合立法解释和司法解释明确列举的十二种情形。

实践中遇到的一大类执行难案件是无大件财产（如汽车）、无第三人（担保人、协助

执行人）、无高消费，但有劳动能力，如可以打工，与债权人玩“躲猫猫”，逃避执行。审

理法院认为，黄某将帮其哥哥黄某琪在马山县名厦地王国际工程中带班，黄某琪给其4000

元/月工钱，应视为有执行能力，如每个月还债权人2000元是完全可以的，但是黄某将这

两年一直逃避，一分不还，可以认定其有能力执行而拒不执行，严重损害了债权人黄某的

利益。

该案在认定被告人是否有能力执行的问题上有所突破，即被告人有劳动能力而且确实

有工作收入的，应视为有执行能力。

编写人：广西壮族自治区河池市巴马瑶族自治县人民法院 陈斌

25 被限制高消费后多次入住宾馆拒不履行生效判决的定性

——孙某某拒不执行判决、裁定案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省宿迁市宿城区人民法院（2016）苏1302刑初474号刑事判决书

2.案由：拒不执行判决、裁定罪

【基本案情】

2013年8月，被告人孙某某向高某某借款人民币6万元，并约定还款责任。经宿迁市宿

城区人民法院依法判决被告人孙某某承担还款责任，被告人孙某某上诉至宿迁市中级人民

法院后撤诉，一审判决发生法律效力，由宿迁市宿城区人民法院执行，并在执行过程中向

其送达《限制高消费令》，后被告人孙某某拒不归还欠款，并在此期间内多次在本地入住

宾馆消费。

另查明，被告人孙某某于2016年3月16日被抓获归案。被告人孙某某对起诉书指控的

犯罪事实及罪名不持异议。

【案件焦点】

被告人孙某某在案件执行期间被法院限制高消费后多次入住宾馆消费、拒不归还欠款

的行为定性。

【法院裁判要旨】

江苏省宿迁市宿城区人民法院经审理认为：被告人孙某某对人民法院的判决、裁定有

能力执行而拒不执行，情节严重，其行为已构成拒不执行判决、裁定罪。公诉机关指控罪

名成立，本院予以支持。被告人孙某某归案后如实供述自己的罪行，可以从轻处罚。据

此，依照《中华人民共和国刑法》第十二条第一款、第三百一十三条第一款，第六十七条

第三款之规定，判决如下：

被告人孙某某犯拒不执行判决、裁定罪，判处有期徒刑六个月。

【法官后语】

被执行人在案件执行期间被法院限制高消费后多次入住宾馆消费、拒不归还欠款能否

构成拒不执行判决、裁定罪，作以下分析。

1.拒不执行判决、裁定罪的认定

《刑法》第三百一十三条规定，对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情

节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下

有期徒刑，并处罚金。《全国人大常委会关于〈中华人民共和国刑法〉第三百一十三条的

解释》关于“对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重”的含义问题，解

释如下：……下列情形属于《刑法》第三百一十三条规定的“有能力执行而拒不执行，情

节严重”的情形：（一）被执行人隐藏、转移、故意毁损财产或者无偿转让财产、以明显

不合理的低价转让财产，致使判决、裁定无法执行的；（二）担保人或者被执行人隐藏、

转移、故意毁损或者转让已向人民法院提供担保的财产，致使判决、裁定无法执行的；

（三）协助执行义务人接到人民法院协助执行通知书后，拒不协助执行，致使判决、裁定

无法执行的；（四）被执行人、担保人、协助执行义务人与国家机关工作人员通谋，利用

国家机关工作人员的职权妨害执行，致使判决、裁定无法执行的；（五）其他有能力执行

而拒不执行，情节严重的情形……《最高人民法院关于审理拒不执行判决、裁定刑事案件

适用法律若干问题的解释》（法释〔2015〕16号）第二条规定，负有执行义务的人有能力

执行而实施下列行为之一的，应当认定为全国人民代表大会常务委员会关于《刑法》第三

百一十三条的解释中规定的“其他有能力执行而拒不执行，情节严重的情形”：（一）具有

拒绝报告或者虚假报告财产情况、违反人民法院限制高消费及有关消费令等拒不执行行

为，经采取罚款或者拘留等强制措施后仍拒不执行的；（二）伪造、毁灭有关被执行人履

行能力的重要证据，以暴力、威胁、贿买方法阻止他人作证或者指使、贿买、胁迫他人作

伪证，妨碍人民法院查明被执行人财产情况，致使判决、裁定无法执行的；（三）拒不交

付法律文书指定交付的财物、票证或者拒不迁出房屋、退出土地，致使判决、裁定无法执

行的；（四）与他人串通，通过虚假诉讼、虚假仲裁、虚假和解等方式妨害执行，致使判

决、裁定无法执行的；（五）以暴力、威胁方法阻碍执行人员进入执行现场或者聚众哄

闹、冲击执行现场，致使执行工作无法进行的；（六）对执行人员进行侮辱、围攻、扣

押、殴打，致使执行工作无法进行的；（七）毁损、抢夺执行案件材料、执行公务车辆和

其他执行器械、执行人员服装以及执行公务证件，致使执行工作无法进行的；（八）拒不

执行法院判决、裁定，致使债权人遭受重大损失的。

拒不执行判决、裁定罪侵犯的客体是人民法院裁判的权威。犯罪对象是人民法院依法

作出的具有执行内容并已发生法律效力的判决、裁定。裁判一经作出并生效，就具有法律

的强制力，必须坚决执行。生效裁判的权威性长期以来受到“老赖”的践踏，因而需要上升

到刑法层面予以保护。客观方面表现为对人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，有能

力执行却拒不执行，情节严重的行为。立法解释对此列出五种行为，司法解释又对“其他

有能力执行而拒不执行，情节严重的情形”列出八种情形，便于司法实践判断。犯罪主体

为特殊主体，即负有执行人民法院判决、裁定义务的人，主要是败诉的一方当事人或者第

三人及负有协助人民法院执行裁判义务的人。主观方面由故意构成，且为直接故意。

2.被执行人被限制高消费后多次入住宾馆、拒不履行生效判决的定性

本案经审理查明，孙某某向高某某借款人民币6万元，并约定还款责任，判决发生法

律效力后，案件进入执行，在执行过程中法院向其送达《限制高消费令》，孙某某拒不归

还欠款，并在此期间内多次入住宾馆消费。相关宾馆经营人反映，其有时一个月能住四五

次，每次住宿费一百多元，到宾馆时开着轿车，从宾馆购买高档香烟，掏钱时手里一沓

钱。从其表现看，其有一定的履行判决能力，却视生效判决和法院《限制高消费令》于不

顾，其行为损害了法院生效判决的权威，损害了债权人的利益。根据《最高人民法院关于

审理拒不执行判决、裁定刑事案件适用法律若干问题的解释》之规定，具有违反人民法院

限制高消费及有关消费令等拒不执行行为，经采取罚款或者拘留等强制措施后仍拒不执行

的，属于“其他有能力执行而拒不执行，情节严重的情形”。虽然本案被告孙某某未被采取

罚款、拘留，但其作为被执行人，故意实施违反限制高消费的行为，在没有必要的情况

下，多次入住宾馆，行为张扬、对抗生效判决的意图明显，严重损害生效判决的权威，其

行为足已达到应受刑罚处罚的程度，故该案认定其行为构成拒不执行判决、裁定罪是适当

的。

编写人：江苏省宿迁市宿城区人民法院 赵春秀

26 拒执调解是否可以构成拒不执行判决、裁定罪

——叶某泉拒不执行判决、裁定罪案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河北省唐山市丰润区人民法院（2016）冀0208刑初309号刑事判决书

2.案由：拒不执行判决、裁定罪

【基本案情】

2010年11月18日，被告人叶某泉与叶某静向被害人兰某丰借款40万元，约定期限一

年。借款到期后，被告人叶某泉与叶某静均未履行还款义务，债权人兰某丰遂将二人诉至

唐山市丰润区人民法院，经调解，被告人叶某泉、叶某静与兰某丰自愿达成调解协议，协

议约定，“被告叶某泉、叶某静在2012年1月20日前偿还原告（兰某丰）借款34万元，如到

期不能给付，被告自2012年2月20日起每月给付利息8000元”，唐山市丰润区人民法院制作

了（2011）丰民初字第3529号民事调解书，对上述调解协议予以确认并将调解书向双方送

达。

2013年7月，因被告人叶某泉未履行上述民事调解书确定的还款义务，兰某丰向唐山

市丰润区人民法院申请执行，2013年7月5日唐山市丰润区人民法院向叶某泉发出了执行通

知。

2013年10月17日，被告人叶某泉收到征地补偿款1383267元后，用此款偿还了拖欠他

人的借款，拒不偿还拖欠兰某丰的借款及利息，未履行（2011）丰民初字第3529号民事调

解书所确定的义务。

2016年6月12日，被告人叶某泉在天津火车站内被公安人员抓获。

【案件焦点】

本案中的主要争议焦点在于拒绝执行人民法院生效调解书的行为是否构成拒不执行判

决、裁定罪。

【法院裁判要旨】

河北省唐山市丰润区人民法院经审理认为：人民法院生效的法律文书均具有强制执行

的效力，当事人必须如实履行人民法院生效法律文书所确定的义务。对人民法院生效的判

决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的，即构成拒不执行判决、裁定罪。被告人叶

某泉与兰某丰达成的民事调解协议后，本院制作了（2011）丰民初字第3529号民事调解

书，并向双方送达。人民法院作出的调解书是与判决书、裁定书同样体现人民法院司法权

威、具有法律效力和强制执行效力的一种法律文书，均是司法权的有形载体，都对当事人

有约束力和强制力，被告人叶某泉应按照民事调解书的约定履行其还款义务。2013年10月

17日当被告人叶某泉收到征地补偿款后，已经具有执行（2011）丰民初字第3529号民事调

解书的能力，而拒不执行，致使民事调解书无法执行，情节严重，其行为已构成拒不执行

判决、裁定罪，公诉机关的指控成立。被告人叶某泉犯罪后如实供述自己的罪行，依法予

以从轻处罚。对辩护人的相关辩护意见予以采信。

河北省唐山市丰润区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百一十三条，第六十

七条第三款，第六十一条之规定，判决如下：

被告人叶某泉犯拒不执行判决、裁定罪，判处有期徒刑一年。

【法官后语】

1.理论界的争论

本案争议的焦点在于拒绝执行人民法院生效调解书的行为是否构成拒不执行判决、裁

定罪。理论界对于拒执调解行为是否可以构成拒不执行判决、裁定罪存在较大的争论，支

持不构成拒执罪的依据有：（1）根据罪刑法定原则，《刑法》第三百一十三条规定的拒

不执行判决、裁定罪拒执对象仅为“判决、裁定”，并不包括调解书，拒执调解入罪违背罪

刑法定的基本原则。（2）2000年12月14日《最高人民法院研究室关于拒不执行人民法院

调解书的行为是否构成拒不执行判决、裁定罪的答复》明确写明：《刑法》第三百一十三

条规定的“判决、裁定”，不包括人民法院的调解书，对于行为人拒不执行人民法院调解书

的行为，不能依照《刑法》第三百一十三条的规定定罪处罚。

2.司法的困境与出路

但是，在当前的民事审判中，存在大量的诉讼当事人出于各种目的在诉讼阶段达成了

调解协议并经人民法院确认制作了民事调解书，但调解书约定的履行期限届满后，应履行

义务的一方当事人拒绝履行调解书的现象比比皆是，这在很大程度上影响了人民法院的权

威。而部分“老赖”基于此种认识似乎可以理直气壮地拒不执行调解书。

实现调解书约定的义务有两种途径：第一，当事人按照调解书的约定及时地履行了给

付义务，避免了调解书进入执行程序；第二，当事人拒不履行调解书约定的义务，当事人

向人民法院申请执行调解书，通过执行程序来实现调解书约定的义务。事实上，不履行未

进入执行程序的调解书确实不构成拒执罪，但是在进入执行程序后，拒执调解则将与拒执

裁定结合起来而构成拒执罪。为此，全国人大常委会于2002年8月29日通过的《全国人大

常委会关于〈中华人民共和国刑法〉第三百一十三条的解释》指出：“刑法第三百一十三

条规定的‘人民法院的判决、裁定’，是指人民法院依法作出的具有执行内容并已发生法律

效力的判决、裁定。人民法院为依法执行支付令、生效的调解书、仲裁裁决、公证债权文

书等所作的裁定属于该条规定的裁定。”而《民事诉讼法》第二百三十四条规定：“人民法

院制作的调解书的执行，适用本编的规定。”至此，拒执调解构成拒不执行判决、裁定罪

已经有了法律依据。

本案中，执行申请人兰某丰申请执行后，丰民初字第3529号民事调解书已经进入执行

程序，且法院已经制作了执行通知并送达被告人叶某泉，被告人叶某泉在收到执行通知后

仍然拒绝履行调解书约定的义务，有能力执行而拒不执行，致使债权人遭受重大损失。故

此，被告人叶某泉的行为已经构成拒不执行判决、裁定罪。

编写人：河北省唐山市丰润区人民法院 郭子靓

27 对有能力执行而拒不执行的法律认定

——祁某伟拒不执行判决、裁定案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省商丘市柘城县人民法院（2016）豫1424刑初700号刑事判决书

2.案由：拒不执行判决、裁定罪

【基本案情】

2014年9月16日，祁某伟以做生意急需用钱为由向杨某借款30万元，并出具了借条。

后杨某多次催要该借款，祁某伟一直不予归还。为此，杨某向柘城县人民法院提起诉讼。

2016年4月26日，柘城县人民法院作出民事判决，判令祁某伟偿还杨某借款30万元。判决

生效后，祁某伟未履行还款义务，杨某遂向法院申请强制执行。柘城县人民法院立案执行

后，依法向祁某伟送达了执行通知书及财产报告令，但祁某伟在法院指定的期限内，拒不

履行义务，也未报告财产状况。柘城县人民法院在执行过程中查明，被告人祁某伟年轻力

壮身体健康，有楼房二层五间，但其却沉湎于赌博，拒不履行判决确定的偿还义务。2016

年10月14日，杨某以被告人祁某伟拒不执行判决、裁定为由向柘城县人民法院提起控诉。

【案件焦点】

对有能力执行而拒不执行的法律认定。

【法院裁判要旨】

河南省商丘市柘城县人民法院经审理认为：被告人祁某伟对人民法院的判决、裁定有

能力执行而拒不执行，其本人具有劳动能力和一定的收入但却以赌博为生，拒不履行判决

确定的义务，情节严重，其行为已构成拒不执行判决、裁定罪。自诉人杨某指控被告人祁

某伟拒不执行判决、裁定，事实清楚，证据确实充分，罪名成立，本院予以支持。

河南省柘城县人民法院依据《中华人民共和国刑法》第三百一十三条之规定，判决如

下：

被告人祁某伟犯拒不执行判决、裁定罪，判处有期徒刑二年。

一审判决宣告后，自诉人、被告人均未提起上诉，该判决现已生效。

【法官后语】

拒不执行判决、裁定罪是对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重

的行为。具体来说，法院的判决和裁定一经生效，就具有法律强制力，有关当事人以及负

有执行责任的机关、单位，都必须坚持执行。维护这种生效的判决、裁定的权威，就是维

护法律和法制的权威，就是维护司法机关的正常活动。

我国《刑法》第三百一十三条规定，被执行人拒不执行人民法院生效的判决、裁定达

到一定情节的应该追究刑事责任。以往，此类案件都是通过公诉程序处理，2015年7月20

日《最高人民法院关于审理拒不执行判决、裁定刑事案件适用法律若干问题的解释》，赋

予申请执行人刑事自诉权利，该解释第二条规定：“负有执行义务的人有能力执行而实施

下列行为之一的，应当认定为全国人民代表大会常务委员会关于刑法第三百一十三条的解

释中规定的‘其他有能力执行而拒不执行，情节严重的情形’：（一）具有拒绝报告或虚假

报告财产情况、违反人民法院限制高消费及有关消费令等拒不执行行为，经采取罚款或者

拘留等强制措施后仍拒不执行的……”司法实践中，本罪在适用的过程中主要把握两个方

面的问题：

1.要准确把握拒不执行的对象

拒不执行判决、裁定罪拒不执行的对象，是人民法院依法作出的，具有执行内容并已

经发生法律效力的判决和裁定。这里包括两层含义：一是人民法院作出的判决和裁定。判

决是人民法院经过审理就案件的实体问题所作的决定；裁定是人民法院在诉讼或判决执行

过程中，对诉讼程序和部分实体问题所作的决定。作为拒不执行判决、裁定罪对象的判决

与裁定，包括人民法院对刑事案件、民事案件、行政案件、经济案件等各类案件所作的判

决和裁定。但从审判实践看，主要是拒不执行民事案件、经济案件、行政案件以及刑事案

件罚金的判决和裁定。二是具有执行内容已经发生法律效力的判决和裁定。所谓生效的判

决和裁定，包括已经超过法定上诉、抗诉期限而没有上诉、抗诉的判决和裁定，以及终审

作出的判决和裁定等。至于没有生效的判决和裁定，因为尚不具备依法执行的条件，自然

不会发生拒不执行的问题。本案中，被告人以做生意急需用钱为由向自诉人借款，后经自

诉人多次催要未果而起诉至人民法院，人民法院作出民事判决，该判决就是本罪拒不执行

的对象。

2.要准确把握本罪中的“有能力执行而拒不执行”

拒不执行判决、裁定罪在客观方面表现为有能力执行而拒不执行人民法院的生效判决

和裁定，情节严重的行为。一是要有拒绝执行人民法院生效判决、裁定的行为。所谓拒绝

执行，是指对人民法院生效裁判所确定的义务采取种种手段而拒绝履行。既可以采取积极

的作为，如殴打、捆绑、拘禁、围攻执行人员，抢走执行标的、砸毁执行工具、车辆，以

暴力伤害、毁坏财物、加害亲属、揭露隐私、破坏名誉等威胁、恫吓执行人员，转移、隐

藏可供执行的财产，命令停止侵害仍不停止侵害而故意为之等；又可以采取消极的不作为

方式，如对人民法院的执行通知置之不理或者躲藏、逃避等。既可以采取暴力的方式，又

可以采取非暴力的方式。既可以公开抗拒执行，又可以是暗地里进行抗拒。不论其方式如

何，只要其有能力执行而拒不执行，即可构成拒不执行判决、裁定罪。二是执行义务人必

须具有能力执行而拒不执行。倘若没有能力如执行义务人本身无执行财产而无法履行判

决、裁定所确定的义务，则是无法、不能执行，而不是拒不执行。所谓有能力执行，是指

根据人民法院查实的证据证明负有执行人民法院判决、裁定义务的人有可供执行的财产或

者具有履行特定行为义务的能力。行为人在人民法院的判决、裁定生效后，为逃避义务，

采取隐藏、转移、变卖、赠送、毁损自己财物而造成无法履行的，仍应属于有能力执行，

构成犯罪的，应以拒不执行判决、裁定罪论处。本案中，被告人年轻力壮身体健康，有楼

房二层五间，但其却沉湎于赌博，拒不履行判决确定的偿还义务，符合有能力执行而拒不

执行的条件。

本案中，被执行人祁某伟有能力执行而拒不执行，且具有劳动能力和一定的收入，而

拒不履行判决确定的义务，且情节严重，其行为符合拒不执行判决、裁定罪的构成要件，

构成拒不执行判决、裁定罪，故被依法判处有期徒刑二年，也为自己的行为付出了应有的

代价。

编写人：河南省商丘市柘城县人民法院 张汉元

28 如何认定非法处置法院查封的财产

——董升明非法处置查封、扣押、冻结的财产案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河北省邯郸市中级人民法院（2017）冀04刑终102号刑事裁定书

2.案由：非法处置查封、扣押、冻结的财产罪

【基本案情】

被告人董升明在任河北国昌房地产开发有限公司董事长期间，与公司总经理冯某某发

生经济纠纷，双方达成股权转让协议并经大名县公证处公证。冯某某将拥有的河北国昌房

地产开发有限公司的股权转让给董升明，河北国昌房地产开发有限公司作履约担保。大名

县公证处对上述协议进行公证，赋予《股权转让协议书》强制执行效力。冯某某于2015年

1月30日向河北省石家庄市中级人民法院申请强制执行，河北省石家庄市中级人民法院于

2015年2月2日裁定，冻结河北国昌房地产开发有限公司、董升明银行存款6059.9万元或查

封同等价值财产。2015年2月3日，石家庄市中级人民法院向被告人董升明送达执行通知书

和执行裁定书，并在送达证上注明150套房产，后同日向被告人董升明的委托代理人送达

150套查封房产的清单。被告人董升明在明知房产被法院查封的情况下，仍将部分房产抵

顶庞某新建筑款，2015年2月至2015年10月，被告人董升明协助庞某新处置非法变卖被查

封房产中的16套房产。

另查明，公诉机关指控的被告人董升明处置的其他40套房产，因缺乏买房人的证言或

维修基金收据或商品房买卖合同，尚不能充分证实被告人董升明对上述房产予以处置、变

卖。

【案件焦点】

被告人董升明是否实施了非法处置法院查封的财产的行为以及被告人董升明是否具有

非法处置查封财产的故意。

【法院裁判要旨】

河北省邯郸市大名县人民法院经审理认为：被告人董升明明知是查封的财产而非法处

置，情节严重，其行为已构成非法处置查封的财产罪，公诉机关指控其罪名成立。关于大

名县人民检察院指控被告人董升明于2015年2月至2015年10月期间非法变卖其中的56套房

产的公诉意见，经查，对于公诉机关提交的证据中有买房人的证言、维修基金收据及商品

房买卖合同的16套房产，本院予以认定，对公诉机关指控被告人董升明非法处置的其他40

套房产，因缺少相关证据，本院不予认定。关于辩护人辩称现有证据不能证明2月3日送达

了150套查封清单的辩护意见，经查，关于给被告人董升明送达150套房产查封清单的时

间，证人贾某证明2015年2月3日其向被告人董升明送达石家庄市中级人民法院执行裁定书

和执行通知书的时候，告知董升明查封了河北国昌房地产开发公司的房产，当天董升明的

委托代理人李某某在法院签收了查封清单。2015年2月3日被告人董升明在石家庄市中级人

民法院签收执行通知书和执行裁定书的送达证上亦标明150套房产，证人王某某证明2015

年2月3日送达查封了150套房产。证人李某某证言虽说记不清具体时间了，但其表示以法

院为准，其当天就把查封清单给了董升明。现有证据可以证实被告人董升明是在2015年2

月3日知道的150套房产的查封清单。故辩护人该项辩护意见与事实不符，不予采纳。关于

辩护人辩称被告人董升明不是本案的犯罪主体，董升明主观上没有犯罪的直接故意，虽然

协助庞某新办理了房屋买卖合同，但该合同并没有到大名县房管部门登记备案，即通俗地

讲，并没有办理过户登记，产权性质并没有发生实质性变化的辩护意见，经查，被告人董

升明在明知法院查封河北国昌房地产开发有限公司150套房产的情况下，仍将河北国昌房

地产开发有限公司的部分房产用于抵顶庞某新的债务，并在庞某新其后销售房产的过程中

协助庞某新办理了房屋买卖合同，虽没有在房管部门备案登记，但其行为的实质是对房产

的变相买卖，其行为符合非法处置查封的财产罪的构成要件，故辩护人该项辩护意见于法

无据，不予采纳。关于辩护人及被告人辩称大名县公证处出具的具有强制执行力的公证

书，股权构成来源不合法，公司为本公司股东债务承担连带担保责任不合法的辩护意见，

经查，该公证书是大名县公证处依法作出，具有法律效力。被告人及辩护人并没提交证明

其无效的证据，故被告人及辩护人该项辩护意见与事实不符，不予采纳。

河北省大名县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百一十四条、第六十九条、

第七十七条之规定，作出如下判决：

被告人董升明犯非法处置查封的财产罪，判处有期徒刑二年，撤销河北省深泽县人民

法院（2015）深刑初字第00014号刑事判决中对被告人董升明的缓刑部分，与原判有期徒

刑二年，数罪并罚，决定执行有期徒刑三年六个月。

被告人董升明提起上诉。

河北省邯郸市中级人民法院经审理认为：对于上诉人董升明上诉提出本案的执行依据

不合法的意见，经查，大名县公证处出具的执行证书案发时具有强制执行力，石家庄市中

级人民法院的查封措施亦经法定程序作出，董升明对据以执行的法律文书的实体异议不能

作为其非法处置人民法院查封的财产的理由，该上诉意见不予采纳。

对于上诉人董升明上诉及其辩护人辩护提出其用房产顶账在前，法院查封在后，不具

有非法处置查封的财产的主观故意的意见，经查，董升明认可其在2015年2月13日已得知

水榭花都的150套房产已被查封，且其工作人员已抄录被查封房产的房号。董升明虽在

2015年2月9日与庞某新签署了以房顶账的协议，但法院查封时并未实际履行。原判认定的

其安排工作人员非法处置16套房屋的行为亦均发生在2015年2月13日之后。故其主观上具

有明知该房屋已被法院查封仍进行处置的故意，该上诉与辩护意见不予采纳。

对于上诉人董升明及其辩护人所提董升明及国昌公司不是将查封财产非法买卖的主体

的意见，经查，其以履行以房顶账协议为由，同意债权人继续向他人出卖已被法院查封且

债权人尚未处置的在建房屋，并积极提供买卖合同等手续。其实质仍是以被查封财产冲抵

自己债务，属于变卖行为。

对于上诉人董升明的辩护人所提一审认定的非法处置的16套房屋的商品房买卖合同没

有公司签名盖章，也没有具体时间，也没有备案，不符合合同要件，没有造成后果的意

见，经查，尽管部分合同形式或程序上存有瑕疵，但买受人已经支付价款，并明确了房

号，其行为已经为被查封房屋设置了新的他权利，对人民法院的依法查封行为造成了实质

妨害。

上诉人董升明明知是人民法院依法查封的财产而非法处置，情节严重，其行为已构成

非法处置查封的财产罪。

河北省邯郸市中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一

款第（一）项、第二百三十三条的规定，作出如下裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案的焦点问题是：

1.被告人董升明是否具有非法处置查封财产的故意

被告人董升明及其辩护人称董升明是在2015年2月13日知道房屋被法院查封的，2015

年2月9日董升明与庞某新签订了房屋抵账协议。法院查封前董升明已经处置了该部分财

产。经查看证据，证人贾某证明2015年2月3日其向被告人董升明送达石家庄市中级人民法

院执行裁定书和执行通知书的时候，告知董升明查封了河北国昌房地产开发公司的房产，

当天董升明的委托代理人李某某在法院签收了查封清单。2015年2月3日被告人董升明在石

家庄市中级人民法院签收执行通知书和执行裁定书的送达证上亦标明150套房产，证人王

某某证明2015年2月3日送达查封了150套房产。证人李某某证言虽说记不清具体时间了，

但其表示以法院为准，其当天就把查封清单给了董升明。现有证据可以证实被告人董升明

是在2015年2月3日知道的150套房产的查封清单。即便按照被告人董升明认可的其是2015

年2月13日得知水榭花都的150套房产被查封的，董升明虽在2015年2月9日与庞某新签署了

以房顶账的协议，但法院查封时并未实际履行。原判认定的其安排工作人员非法处置16套

房屋的行为亦均发生在2015年2月13日之后。可见，其主观上具有明知该房屋已被法院查

封仍进行处置的故意。

2.被告人董升明是否实施了非法处置法院查封的财产的行为

被告人董升明以履行以房顶账协议为由，同意债权人继续向他人出卖已被法院查封且

债权人尚未处置的在建房屋，并积极提供买卖合同等手续。其实质仍是以被查封财产冲抵

自己债务，属于变卖行为。尽管部分合同形式或程序上存有瑕疵，但买受人已经支付价

款，并明确了房号，其行为已经为被查封房屋设置了新的他权利，对人民法院的依法查封

行为造成了实质妨害。被告人董升明的行为已构成非法处置法院查封的财产罪。

编写人：河北省邯郸市大名县人民法院 张克大

（三）危害公共卫生罪

29 被告人的无证诊治行为与被害人死亡之间的因果关系认定

——张海霞非法行医案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省无锡市中级人民法院（2016）苏02刑终163号刑事裁定书

2.案由：非法行医罪

【基本案情】

被告人张海霞在未取得医师资格证书、医师执业资格的情况下，私自发放健康服务联

系卡进行诊疗活动。2015年5月23日上午，被告人张海霞接被害人张某的电话后至无锡市

北塘区新惠家园147号××××室对被害人张某行医治疗。被告人张海霞在没有明确诊断病

情，也没有采取有效的应急抢救措施的情况下，给被害人张某注射含有氨基比林、安替比

林、巴比妥药物成分的复方氨林巴比妥注射液，被害人出现浑身抽搐等症状，被告人张海

霞采取掐被害人“人中”等抢救措施，并拨打“120”。“120”急救车到达时被害人张某已死

亡。经苏州大学司法鉴定中心鉴定，书面鉴定意见为被害人张某符合在上呼吸道感染基础

上，可能因吸食毒品及多种药物综合作用致急性呼吸、循环衰竭而死亡；鉴定人朱某华庭

审中认为复方氨林巴比妥注射液有影响呼吸中枢神经系统的作用，与甲基苯丙胺混合有可

能在体内产生加强作用。

被告人张海霞曾先后拨打“120”“110”进行呼救、报警，并如实供述了自己的全部罪

行。

证明上述事实的证据有：《刑事案件侦破经过》、被告人张海霞的人口信息资料、无

锡市公安局“110”电话报警接处警记录摘录、无锡市卫生局医师执业注册联网管理系统、

北塘区卫生局医疗机构注册联网管理系统查询记录及无锡市北塘区卫生局卫生监督所出具

的情况说明、无锡市公安局物证鉴定所出具的锡公物鉴（化）字（2015）540号物证检验

报告检验意见、锡公物鉴（法物）字（2015）01447号物证鉴定意见书、苏州大学司法鉴

定中心出具的苏大司鉴定中心（2015）病鉴字第43号法医病理学鉴定意见书鉴定意见，证

人张某湘、朱某华的证言，公安机关摘录的复方氨林巴比妥注射液说明书，被告人张海霞

的辩护人暨附带民事诉讼代理人申请出庭的鉴定人苏州大学司法鉴定中心主任法医师朱某

华在庭审说明，被告人张海霞的辩护人暨附带民事诉讼代理人申请出庭的专门医学知识的

人员无锡市第三人民医院呼吸科主任医师左某通在庭审中提出的意见等。

【案件焦点】

被告人张海霞给被害人诊治，是否导致了被害人的死亡。

【法院裁判要旨】

江苏省无锡市北塘区人民法院经审理认为：被告人张海霞在未取得医师执业资格的情

况下，非法行医，造成就诊人死亡，其行为已构成非法行医罪，依法应当判处十年以上有

期徒刑，并处罚金。被告人张海霞非法行医后主动报警，在立案前接受公安机关讯问过程

中主动交代上述事实，可认定为有自首表现，依法可以减轻处罚。公诉机关指控被告人张

海霞犯非法行医罪的事实清楚，证据确实、充分，适用法律正确，指控成立。关于被告人

张海霞的辩解以及被告人张海霞的辩护人提出的辩护意见，本院认为，被告人张海霞不具

备执业医师资格，缺乏相应的医学知识，对被害人就诊时的病情缺乏认知和判断能力，对

病情的凶险程度诊断不足，以致未能采取合理有效的措施，包括未建议立即至正规医疗机

构就诊等。其私自为病人治疗，在客观上阻断了病人到正规医疗机构就诊的机会，加大了

病人受害的风险，延误了病人得到有效救治的时机，私自诊疗亦欠缺应对突发情况时的抢

救条件。因此，其在未十分明确诊断出被害人张某吸食毒品致病的情况下，为其注射药

物，在被害人发生病情突变时亦不具有应急抢救条件，也无能力采取有效的抢救措施，最

终导致被害人死亡。被告人张海霞的非法行医行为与被害人死亡的因果关系明确，故被告

人张海霞的辩解及辩护人的辩护意见不能成立，本院不予采纳。

江苏省无锡市北塘区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百三十六条第一款、

第六十七条第一款以及《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解

释》第一条第一款第（一）项，《中华人民共和国刑事诉讼法》第九十九条第一款之规

定，判决：

被告人张海霞犯非法行医罪，判处有期徒刑四年，并处罚金人民币一万元。

一审宣判后，被告人张海霞对定性及量刑不服，提起上诉。

二审中，上诉人张海霞申请撤回上诉。江苏省无锡市中级人民法院作出刑事裁定：准

许上诉人张海霞撤回上诉。

【法官后语】

本案被害人的死亡与被告人的诊治行为有没有关系，有什么关系值得探讨。

根据鉴定，张海霞当时发现张某有发热、抽搐症状，认为用药物来降温没有原则性的

错误，所用的药物在临床上也是常规用于降温的。所以被告人的辩护人强烈提出：“被告

人张海霞对被害人张某病情的诊断正确，采取了符合临床治疗经验的应急抢救措施，为被

害人张某注射的复方氨林巴比妥不是致张某死亡的原因，张海霞的行为与被害人张某的死

亡没有联系。”但用药前应该问清原因，不是完全凭症状是发热就盲目地用药降温。1.为

什么会没问清原因？首先，被告人张海霞因不具备医师执业资格，其相应的医疗素养和医

疗知识欠缺。其次，其不具备相应的医疗条件和医疗器械，由于其不在医院也不在医院的

救护车上，判断原因的条件不够。如果在医院或在医院的救护车上，现场急救可通过做心

电图发现心率失常问题，经检查进一步发现系吸食毒品引起的心率失常，心率失常引起肺

水肿会抑制呼吸，就不能用复方氨林巴比妥注射液降温。该药注意事项为：不得与其他药

物混合注射，呼吸系统有严重疾病及呼吸困难者慎用本品；专家鉴定意见为：吸毒及药物

综合作用导致张某死亡，主要作用是因张某吸毒，次要原因是她被注射的药物，甲基苯丙

胺与被注射的药物在她体内产生相互作用，最终导致张某呼吸、循环衰竭而死亡。如果情

况紧急，非用不可，也应该注意使用剂量并严密注意防止呼吸、循环衰竭，及时抢救。即

便如辩方出庭的证人所说权威数据库中没有查到毒品和复方氨林巴比妥注射液是否产生相

互作用的资料，被告人的私自诊疗行为也导致了诊断不足，对出现突发情况不能做好充分

应对和抢救。2.如果在医院或在医院的救护车上，查实是吸毒引起的呼吸、循环衰竭或用

了降温药后引起的呼吸、循环衰竭的抢救是有临床抢救措施的，就可以针对衰竭进行抢

救。因此，张海霞的私自诊治行为，因医疗知识欠缺、诊断条件不够，导致实际上诊断不

足、用药错误，出现突发情况不能及时抢救，延误了病人被有效救治的时机，私自诊疗亦

欠缺发生突发情况时的抢救条件，最终导致被害人的死亡。所以，被告人张海霞的非法行

医行为与被害人死亡的因果关系明确。虽然在药理上对被害人死亡的作用不是很大，但纵

观其整个私自诊疗行为对被害人死亡有较大作用，故认定其非法行医行为造成就诊人死

亡，将十年以上有期徒刑作为量刑起点，又综合考虑张海霞行医中的具体行为和对死亡结

果所起的原因力以及自首等情形，最终给予其四年的刑期，较为妥当。

编写人：江苏省无锡市梁溪区人民法院 沈莉波

（四）破坏环境资源保护罪

30 污染环境罪主观方面及瑕疵证据应当如何认定

——某某国际贸易（北京）有限公司及宇某等污染环境案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2016）京01刑终239号刑事裁定书

2.案由：污染环境罪

【基本案情】

被告人宇某在担任某某国际贸易（北京）有限公司（以下简称某某公司）经理期间，

以某某公司名义与北京城市排水集团有限责任公司污泥处置分公司就污泥处理处置达成协

议后，通过被告人李某某认识了被告人聂某某，聂某某擅自决定将北京市门头沟区清水镇

张家庄村背子沟提供给某某公司作为污泥处置点。2013年11月至2014年6月13日，某某公

司及宇某、聂某某违反国家规定在该地处置污泥19000余吨。其间，被告人宇某通过被告

人李某某介绍先后雇佣曹某起、杜某印、王某银（均另案处理）等人车辆将污泥处置分公

司产出的污泥运至背子沟，并租用聂某磊（另案处理）等人的铲车、挖掘机将污泥与当地

山体土进行混拌，造成背子沟地区林地严重污染，原有植被严重毁坏，经鉴定该污泥中检

出铅、汞、镉、铬等重金属及粪大肠菌群，经国家林业局森林公安局野生动植物刑事物证

鉴定中心鉴定，涉案44.29亩林地已成为污泥倾倒场，林业种植条件遭严重破坏，林地污

染严重。案发后门头沟区人民政府为消除污染、防止污染扩大，采取修筑挡土墙、拦泥坝

等应急工程，造价为人民币509万余元。经价格评估，该应急工程价值人民币448万元。

【案件焦点】

污染环境罪主观方面及瑕疵证据的认定。

【法院裁判要旨】

北京市门头沟区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百三十八条、第三百四十

六条，第二十五条，第六十七条第一款，第七十二条第一款、第三款，第七十三条第二

款、第三款，第三十七条，第六十四条之规定，判决：

一、被告单位某某公司犯污染环境罪，判处罚金人民币五十万元；

二、被告人宇某犯污染环境罪，判处有期徒刑三年，罚金人民币五万元；

三、被告人聂某某犯污染环境罪，判处有期徒刑二年，缓刑二年，罚金人民币三万

元；

四、被告人李某某犯污染环境罪，免予刑事处罚；

五、随案移送的小票一百九十二张、印章一枚，予以没收。

案件宣判后，公诉机关未提出抗诉，某某公司和宇某提起上诉。

北京市第一中级人民法院经审理认为：上诉单位某某公司、上诉人宇某和原审被告人

聂某某、李某某违反国家规定，处置有毒物质严重污染环境，后果特别严重，上诉人宇某

作为上诉单位某某公司直接负责的主管人员，均构成污染环境罪。考虑到上诉单位某某公

司、上诉人宇某和原审被告人聂某某、李某某在本次污泥处置中的具体作用和污染后果得

到及时控制的实际情况，原审法院在量刑时已分别酌情从轻处罚。鉴于原审被告人聂某某

系自首，有悔罪表现，原审法院已对其依法减轻处罚并适用缓刑。原审被告人李某某在犯

罪过程中情节轻微，可以不判处刑罚，原审法院已对其免予刑事处罚。

综上，北京市第一中级人民法院驳裁定：

回上诉，维持原判。

【法官后语】

我国《刑法》第三百三十八条规定：“违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性

的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，严重污染环境的，处三年

以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；后果特别严重的，处三年以上七年以下有期

徒刑，并处罚金。”本条是关于违反国家规定，向土地、水体、大气排放、倾倒或者处置

有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他危险废物，造成重大环境污

染事故，致使公私财产遭受重大损失或者人身伤亡的严重后果罪的犯罪及其刑事处罚的规

定。

关于污染环境罪的犯罪构成，其主观方面为过失或间接故意。根据2013年4月出版的

周道鸾、张军主编的《刑法罪名精释》，污染环境罪主观方面是过失。根据胡云腾主编的

2014年3月出版的《环境污染刑事司法解释理解与适用》以及2011年出版的张明楷《刑法

学》，污染环境罪主观方面为故意。就此，结合此类案件的具体情节及两方面的观点，我

们认为污染环境罪的主观方面既可以是过失，也可以是间接故意。前述观点虽有不同，但

共同点都认为行为人的直接故意不构成污染环境罪。即污染环境罪中行为人的主观心态为

过失或间接故意，即行为人对于违反国家环境法规，排放、倾倒或者处置危险是明知的，

但对于造成的严重后果行为人不希望发生或者是放任心态。

关于违反“国家规定”，是指违反国家关于环境保护的法律和法规。其中就包括《固体

废物污染环境防治法》。“污泥”是否适用《固体废物污染环境防治法》？《国家环境保护

总局关于对城市污水集中处理设施处理后污泥法律适用问题的复函》（环函〔2004〕98

号）予以了肯定性规定。本案中，污泥属于固体废物，被告人没有进行环境影响评价，且

将大量的污泥堆放在背子沟狭小区域内，因而违反了上述规定。

关于“有毒物质”。2013年6月19日起施行的《最高人民法院、最高人民检察院关于办

理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2013〕15号）第十条规定，下列

物质应当认定为刑法第三百三十八条规定的“有毒物质”：“……（三）含有铅、汞、镉、

铬等重金属的物质……”北京市环境保护检测中心出具的《检测报告》，证实从采样的污

泥中检测到了铅、汞、镉、铬。此外，北京市环保局还对该份检测报告出具了书面认可意

见。然而，《检测报告》备注中说：此次污泥样品采集为污泥运输车队坠落污泥处2个点

位样品。本次监测为应急监测，非国际规定方法，数据仅供内部使用。后一审期间经补充

侦查，分别由北京市环境保护检测中心出具复函、北京市环保局出具补充说明，对上述检

测报告进行了书面认可。我们认为上述证据经补正后是可以采信的，即本案中的“污泥”属

于“有毒物质”。

首先，关于“严重污染环境”的认定。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境

污染刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2013〕15号）第一条规定的十四种情形

包括：“……（七）致使基本农田、防护林地、特种用途林地五亩以上，其他农用地十亩

以上，其他土地二十亩以上基本功能丧失或者遭受永久性破坏的……”北京市国土资源局

门头沟分局出具的关于确认涉案土地地类的复函京国土门函（2014）209号及（2015）222

号证实，土地面积达标。但关于涉案土地属于“基本功能丧失”还是“遭受永久性破坏”，国

家林业局森林公安局野生动植物刑事物证鉴定中心出具的《物证鉴定书》证实本案中属于

土地功能基本丧失。但后期该中心又出具意见称该林地功能经一年内可恢复。而所谓“基

本功能丧失”“遭受永久性破坏”等没有明确的具体标准，实践中一般难以认定。故从有利

于被告人原则出发，一审对公诉机关指控的这一事实不予认定是适当的。其次，关于“后

果特别严重”的认定。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用

法律若干问题的解释》（法释〔2013〕15号）第三条规定的十一种情形包括：“……

（四）致使公私财产损失一百万元以上的……”本案虽然没有认定污染损害程度及是否有

必要采取应急治理措施方面的鉴定，但根据门头沟区政府会议纪要反映的情况来看，案发

地属于斋堂水库的上游河道，案发时正值汛期，如不及时处理可能面临雨水冲刷而造成更

大后果的危险，因而此处倾倒的大量污泥确有采取应急处置的必要，故必然会产生防治费

用。经评估，防治费为人民币448万元，远远超过了定罪标准。

需要说明的是，本案审结后不久的2016年12月23日，最高人民法院、最高人民检察院

联合发布了《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问

题的解释》，对办理环境污染刑事案件适用法律进行了新的司法解释，自2017年1月1日起

施行。新解释施行后，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用

法律若干问题的解释》（法释〔2013〕15号）同时废止。之前发布的司法解释与新解释不

一致的，以新解释为准。新解释中，有关“严重污染环境”情形中关于“致使基本农田、防

护林地、特种用途林地十五亩以上，其他农用地三十亩以上，其他土地六十亩以上基本功

能丧失或者遭受永久性破坏的”表述，与旧解释一致；有关“后果特别严重”情形中关于“致

使公私财产损失一百万元以上的”表述，与旧解释一致；有关“有毒物质”的认定，将旧解

释表述的“含有铅、汞、镉、铬等重金属的物质”改为“含重金属的污染物”，即将只要含有

重金属的污染物一律纳入“有毒物质”认定，明显较旧解释更为严格，这也体现了国家在环

境资源司法保护领域的力度在不断加大。当然，本案中，我们依然沿用旧解释，因为新解

释还没有发布实施。

编写人：北京市第一中级人民法院 杨亮

31 盗伐林木罪与滥伐林木罪的法律认定

——罗某盗伐林木案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

内蒙古自治区阿荣旗人民法院（2016）阿刑初字第37号刑事判决书

2.案由：盗伐林木罪

【基本案情】

2013年12月初，被告人罗某在未经林业行政主管部门批准并核发林木采伐许可证的情

况下，为了得到一些烧火所用的枝材及放养柞蚕，在阿荣旗复兴镇小黑信子村四组前山一

道沟自家承包的蚕场内，使用割灌机非法采伐国家所有的柞幼树。经阿荣旗森林公安局现

场勘查，被告人罗某非法采伐树木面积为17.5亩，采伐柞幼树4600株。至案发时，被告人

罗某已将采伐的一部分柞幼树运送回家中。

【案件焦点】

盗伐林木罪与滥伐林木罪的区分要点。

【法院裁判要旨】

内蒙古自治区阿荣旗人民法院经审理认为：被告人罗某以非法占有为目的，在未经林

业行政主管部门批准并核发林木采伐许可证的情况下，擅自砍伐国家所有的柞幼树，达到

数量巨大，其行为已构成盗伐林木罪。公诉机关指控的事实清楚，证据确实充分，但指控

被告人罗某滥伐林木的罪名不成立，根据《最高人民法院关于审理破坏森林资源刑事案件

具体应用法律若干问题的解释》第五条之规定，行为人未经林业行政主管部门及法律规定

的其他主管部门批准并核发林木采伐许可证，任意采伐本单位所有或者本人所有的森林或

者林木的，构成滥伐林木罪。而本案中，被告人罗某为了得到一些烧火所用的枝材及放养

柞蚕，在未经林业行政主管部门及法律规定的其他主管部门批准并核发林木采伐许可证的

情况下，擅自砍伐国家所有的柞幼树，其行为构成盗伐林木罪。被告人罗某案后自动到公

安机关投案，并能如实供述自己的犯罪事实，系自首，依法可予以减轻处罚。

内蒙古自治区阿荣旗人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百四十五条第一款，

第六十七条第一款，第七十二条第一款、第三款，第七十三条第二款、第三款，第五十二

条；《最高人民法院关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第三

条第一款第（一）项，第四条之规定，作出如下判决：

被告人罗某犯盗伐林木罪，判处有期徒刑二年六个月，缓刑三年，并处罚金人民币三

万元。

【法官后语】

审理环境资源类案件是法院发挥司法职能作用保护环境的一个重要途径。本案主要将

盗伐林木罪与滥伐林木罪予以区分。二者虽然都侵犯了国家保护林业资源的管理制度，但

二者在犯罪主、客观上均有区别。在客观方面，滥伐林木行为包括有采伐许可证和无采伐

许可证的行为人，任意采伐本单位所有或者本人所有的森林或林木；盗伐林木则只能是无

采伐许可证的行为人，在林木所有人、看管人或者主管机关不知的情况下，私自秘密采伐

国家、集体和他人自留山上的或他人经营管理的森林或林木。在本案中，被告人罗某在没

有林木采伐许可证的情况下，擅自砍伐国家所有的柞幼树，属于盗伐林木的客观行为。在

主观方面，滥伐林木罪主观上可以是直接故意，也可以是间接故意。而盗伐林木罪主观上

只能是直接故意，而且具有非法占有的目的。本案中，至案发时，被告人罗某已将采伐的

一部分柞幼树运送回家中。且证据显示，罗某要用采伐的树木烧火以及放养柞蚕，非法占

有的目的明显，应为盗伐林木的主观故意。

近年来，我国加大了对环境资源的保护力度，对破坏环境资源类型的犯罪严惩不贷。

本案中，被告人罗某在未经林业行政主管部门批准并核发林木采伐许可证的情况下，为了

得到一些烧火所用的枝材及放养柞蚕而盗伐林木，属于法律意识淡薄、为个人利益而侵犯

森林环境资源的行为。盗伐林木要求“数量较大”，以二至五平方米或者幼树一百至二百株

为起点；盗伐林木“数量巨大”，以二十至五十立方米或者幼树一千至二千株为起点；盗伐

林木“数量特别巨大”，以一百至二百立方米或者幼树五千至一万株为起点。本案中，被告

人罗某非法采伐树木面积为17.5亩，采伐柞幼树4600株，为盗伐林木“数量巨大”。根据

《刑法》第三百四十五条第一款的规定，盗伐森林或者其他林木，数量巨大的，处三年以

上七年以下有期徒刑，并处罚金。因被告人罗某有自首情节，故依法可以减轻处罚。

遵守国家森林法规，保护森林资源是公民应尽的义务。本案体现了人民法院在审理环

境资源案件中尚法、严谨、客观的法治理念，在查清犯罪事实的基础上公正地予以定罪量

刑，依法惩治破坏国家环境资源的犯罪行为，发挥人民法院的司法职能作用，为维护阿荣

旗生态平衡与社会可持续发展提供了有力的司法保障。

编写人：内蒙古自治区阿荣旗人民法院 高盼

32 村民小组组长为村民集体利益砍伐林木仍应担责

——刘某兵滥伐林木案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

内蒙古自治区乌拉特中旗人民法院（2016）内0824刑初71号刑事判决书

2.案由：滥伐林木罪

【基本案情】

被告人刘某兵为解决宏伟村胜河三组集体农田渠浇水难的问题，经请示村委及征得村

民同意，于2016年3月中旬在未办理林木采伐许可证的情况下，指使他人将位于宏伟村胜

河三组东南屹卜内6条农田渠上373株杨树砍伐，折合活立木蓄积88.03立方米。

被告人刘某兵在明知没有办理林木采伐许可证的情况下，仍将位于宏伟村胜河三组西

新六八渠上村集体杨树卖给梁某忠，并于2016年3月初进行了采伐，共计砍伐集体杨树53

株，折合活立木蓄积22.18立方米。

综上，被告人刘某兵涉嫌滥伐林木427株，折合活立木蓄积110.21立方米。

【案件焦点】

被告人刘某兵作为村民小组组长，为村民集体利益，在没有办理采伐许可证的情况

下，滥伐林木，应否承担法律责任，能否从轻处罚？

【法院裁判要旨】

内蒙古自治区乌拉特中旗人民法院经审理认为：被告人刘某兵违反《森林法》的规

定，在没有办理采伐许可证的情况下，滥伐林木，数量达到巨大，其行为构成滥伐林木

罪。公诉机关指控的罪名成立，予以支持。被告人刘某兵认罪、悔罪，滥伐林木出于村民

集体的利益而为，依法可以酌情从轻处罚。经乌拉特中旗司法局调查，被告人刘某兵符合

社区矫正条件，可以宣告缓刑。

内蒙古自治区乌拉特中旗人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百四十五条第二

款，第五十二条，第五十三条，第六十七条第三款，第七十二条第一款及第三款，第七十

三条第二款及第三款；《最高人民法院关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干

问题的解释》第五条第一款第（一）项、第六条之规定，作出如下判决：

被告人刘某兵犯滥伐林木罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年，并处罚金二千元。

【法官后语】

本案在裁判过程中，充分考虑被告人刘某兵的犯罪事实和认罪、悔罪态度，并积极考

虑被告人刘某兵滥伐林木的主观目的并非为谋私利，而是出于村民集体利益而为，故依法

酌情从轻处罚，既体现了法律的严肃性和不可侵犯性，也体现了法律以人为本的社会主义

法治理念，裁判结果做到了准确适用法律、全面体现公平正义的效果。

对于本案的裁判结果，可能有村民会有疑问，村民小组组长刘某兵在经请示村委及征

得村民同意的情况下，为了解决集体农田浇水难的问题，本是为了村民集体利益才对位于

农田渠上的树木进行砍伐，为什么还会触犯刑法，落得一个滥伐林木的罪名？

本案作出裁判的理由为：被告人刘某兵违反《森林法》的规定，在没有办理采伐许可

证的情况下，滥伐林木，数量达到巨大，其行为构成滥伐林木罪。滥伐林木罪是指违反森

林法及其他保护森林法规，未经林业行政主管部门及法律规定的其他主管部门批准并核发

采伐许可证，或者虽持有采伐许可证，但违背采伐证所规定的地点、数量、树种、方式而

任意采伐本单位所有或管理的，以及本人自留山上的森林或者其他林木，情节严重的行

为。这是破坏国家林业资源的一种犯罪行为，对国民经济的发展及自然生态平衡，具有严

重的危害性。

滥伐林木罪侵犯的客体是森林法和其他有关保护森林和林木的行政法规、规章制度和

对森林和林木管理的正常工作秩序。本罪的犯罪对象具有特定性，概括地讲包括森林和林

木。森林包括乔木林和竹林；林木包括树木和竹子。林木是组成森林的基本单元，因此滥

伐林木罪的具体对象就是林木。本罪在主观方面表现为故意，即明知滥伐林木的行为会产

生危害结果而有意实施滥伐行为。本案中被告人刘某兵作为村民小组组长，应当知道砍伐

林木需办理林木采伐许可证，而其在明知未办理林木采伐许可证的情况下，虽经请示村委

并征得村民的同意，且也是为了村民集体利益，砍伐的林木也是本村所有的，但由于没有

办理采伐许可证，未经得相关部门同意，其行为构成滥伐林木罪。

这里特别强调一点，采伐人已向林木采伐管理机关申请采伐许可证，但并没有获取采

伐许可证，此时，虽经林业站工作人员表示林木采伐许可证已办好可以采伐了，结果采伐

人因轻信表态导致无证采伐的情形，视为间接故意。

对于刘某兵滥伐林木是为村民集体利益而为的情节，合议庭作为量刑情节予以考虑，

作出从轻处罚，对被告人刘某兵宣告缓刑，符合立法精神。

近年来在全国范围内类似案例不断发生，一些村民小组组长为村民集体利益，有的为

解决农田灌溉难题，有的为清理渠道淤泥，有的想为困难村民建筑生活用房等，原本是为

村民利益着想，但由于法律意识淡薄，不曾想只因少做一件事，少一个环节，未经得相关

部门的同意砍伐了集体甚至自己所有的树木，却触犯了刑法，落得一个滥伐林木的罪名。

因此有必要对村长、小组长等村官进行法律法规培训，使其能够依法为村民作出更多、更

实际的惠民实事。

编写人：内蒙古自治区乌拉特中旗人民法院 贾晓燕

33 滥伐林木罪的认定、立案标准和量刑标准

——罗某星滥伐林木案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区来宾市中级人民法院（2016）桂13刑终183号刑事裁定书

2.案由：滥伐林木罪

【基本案情】

2016年2月18日，被告人罗某星购买得李某忠位于忻城县思练镇练江村大进屯“后

英”（地名）的一片速生桉树。同月20日至29日，被告人罗某星在没有办理林木采伐许可

证的情况下，雇请民工采伐了部分桉树林。后将砍得的桉树原木拉到忻城县思练镇创艺木

材加工厂出售，获款27099元。经广西桂江林业调查规划设计有限公司来宾分公司鉴定，

被告人罗某星无证砍伐的桉树立木蓄积量为62立方米。2016年3月1日，被告人罗某星到公

安机关投案，并如实供述自己的罪行。在本案审理过程中，被告人罗某星退回违法所得

27099元。

【案件焦点】

砍伐非林业用地的林木是否需要办理林木采伐许可证。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区来宾市忻城县人民法院经审理认为：被告人罗某星违反森林法的规

定，未办理采伐许可证而擅自采伐林木，数量巨大，其行为已触犯刑律，构成滥伐林木

罪。公诉机关指控被告人罗某星犯滥伐林木罪成立。被告人罗某星犯罪后自动投案，并如

实供述自己的罪行，是自首，依法可从轻或者减轻处罚。根据本案具体情况，决定给予减

轻处罚。被告人罗某星退回了全部违法所得，可酌情从轻处罚。广西壮族自治区忻城县人

民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百四十五条第二款、第六十七条第一款、第七十

二条第一款和第三款、第七十三条第二款和第三款、第七十六条、第五十二条、第六十四

条之规定，作出如下判决：

一、行为人罗某星犯滥伐林木罪，判处有期徒刑二年六个月，缓刑三年，并处罚金人

民币一万元；

二、行为人罗某星滥伐林木违法所得人民币二万七千零九十九元，予以没收，上缴国

库。

罗某星不服一审判决提起上诉。

广西壮族自治区来宾市中级人民法院经审理认为：上诉人罗某星违反森林法的规定，

未办理采伐许可证而擅自采伐林木达立木蓄积量62立方米，数量巨大，其行为已构成滥伐

林木罪。上诉人罗某星犯罪后自动投案，并如实供述自己的罪行，是自首，依法可以从轻

或者减轻处罚。罗某星归案后退回了全部违法所得，可酌情从轻处罚。

针对上诉人罗某星及其辩护人李某义提出的上诉意见。经查，虽然法规规定非规划林

业用地上的林木，不纳入采伐限额管理，由经营者自主经营、自主采伐，但采伐非规划林

地上的林木，必须到林业行政主管部门办理采伐证。上诉人未办理林木采伐许可证而砍伐

林木，数量巨大，已触犯刑律，构成滥伐林木罪。上诉人罗某星及其辩护人李作义的上诉

意见没有法律依据，其上诉理由不予以采纳。

原判认定的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，适用法律正确，量刑适当，审判

程序合法。

广西壮族自治区来宾市中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十

五条第一款第（一）项的规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案涉及滥伐林木罪的认定、立案标准和量刑标准问题。要认定本罪，就要区分本罪

与盗伐林木罪的界限。滥伐林木罪和盗伐林木罪都侵犯国家保护林业资源的管理制度，两

种犯罪往往交织在一起，在认定犯罪时应当参照有关保护森林的法规。这两种犯罪虽有交

织，但是二者的性质也有不同。过去理论上一般认为，区分滥伐和盗伐的界限，以是否经

过主管部门的批准并取得采伐证为标准。滥伐是指经主管部门同意，但未按采伐证规定任

意采伐的行为；盗伐是指未经主管部门同意，秘密采伐的行为。但是，由于森林法施行之

后，集体或者个人承包全民所有和集体所有的宜林荒山荒地造林的，承包种植的林木归承

包的集体或者个人所有。因此，不经主管部门批准而采伐本单位或者个人所有的林木的，

显然不宜再以盗伐林木罪论处。所以，现在以林木的归属为区分滥伐和盗伐界限的标准成

为通说。滥伐林木罪采伐的是归本单位所有或管理的以及本人所有的林木；盗伐林木罪采

伐的是归国家、集体或他人所有的林木。根据相关司法解释，明知林木权属不清，在争议

未解决前，擅自砍伐林木，情节严重的，应确定林木归权属，分别根据具体情况，按盗伐

林木罪或滥伐林木罪追究刑事责任；林木权属难以确定的，按滥伐林木罪惩处。

本罪的主体是一般主体。无论国家工作人员，还是普通公民，只要达到刑事责任年

龄、具备刑事责任能力的，都可以构成本罪。单位也可构成本罪。本罪在主观方面表现为

故意，即明知不该滥伐，滥伐林木的行为会产生危害结果而有意实施滥伐行为。

本罪侵犯的客体是国家保护林业资源的管理制度。林业资源是一项极其宝贵的资源，

对改善人类生存环境具有十分重要的意义。因此，国家制定了成套的法规，对林业资源予

以保护。任何单位与个人不得非法采伐林木。

本罪的犯罪对象与盗伐林木罪的对象相同，包括防护林、用材林、经济林、薪炭林、

特种用途林等。《森林法》调整范围之外的个人房前屋后种植零星树木不属于本罪的犯罪

对象。

本罪在客观方面表现为违反国家保护森林法规，未经林业行政主管部门及法律规定的

其他主管部门批准并核发采伐许可证，或者虽持有采伐许可证，但违背采伐证所规定的地

点、数量、树种、方式而任意采伐本单位所有或管理的，以及本人自留山上的森林或者其

他林木的行为。

《森林法》对森林经营管理、森林保护、森林采伐以及法律责任等作了明确规定。采

伐林木必须申请采伐许可证，按许可证的规定进行采伐。国家根据用材林的消耗量低于生

长量的原则，严格控制森林年采伐量。林木的所有权、使用权和采伐权相分离。不能因对

林木拥有所有权、使用权而不经有关部门批准并领取采伐许可证进行采伐，或者虽领取采

伐许可证，但违背采伐证所规定的地点、数量、树种、方式而任意采伐，否则，可能构成

滥伐林木罪。

滥伐林木数量较大是构成滥伐林木罪的要件。根据《最高人民法院关于审理破坏森林

资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》之规定，“数量较大”的起点，滥伐一般可掌

握在10立方米至20立方米或幼树500株至1000株。“数量巨大”的起点，滥伐一般可掌握在

50立方米至100立方米，或幼树2500株至5000株。

根据《国家林业局、公安部关于森林和陆生野生动物刑事案件管辖及立案标准》的规

定，滥伐森林或者其他林木，立案起点为10立方米至20立方米或者幼树500株至1000株；

滥伐林木50立方米以上或者幼树2500株以上，为重大案件；滥伐林木100立方米以上或者

幼树5000株以上，为特别重大案件。

犯本罪的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。数量巨大的

（以50立方米至100立方米或者幼树2500株至5000株为起点），处三年以上七年以下有期

徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直

接责任人员，依上述规定处罚。滥伐国家级自然保护区内的森林或其他林木的，从重处

罚。

本案中，被告罗某星未取得采伐许可证，不经主管部门批准而采伐属于李某忠个人所

有的速生桉树，采伐蓄积量达62立方米，已达到《最高人民法院关于审理破坏森林资源刑

事案件具体应用法律若干问题的解释》关于“数量巨大”的起点，成立滥伐林木罪，应处三

年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。鉴于被告罗某星犯罪后自动投案，并如实供述自己

的罪行，属于自首情节，依法可以从轻或者减轻处罚，本院最后对其判处有期徒刑二年六

个月，缓刑三年，并处罚金人民币一万元，其违法所得人民币27033元，予以没收，上缴

国库。该判决有法可依，量刑适当。

编写人：广西壮族自治区来宾市忻城县人民法院 劳莉雅

34 非法出售珍贵、濒危野生动物制品案涉案数额的认定

——皮彪、陈某非法收购、出售珍贵、濒危野生动物制品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2016）京02刑终244号刑事裁定书

2.案由：非法收购、出售珍贵、濒危野生动物制品罪

【基本案情】

1.被告人皮彪于2015年4月、5月及7月22日未经行政主管部门许可，在本市朝阳区弘

善家园小区内，从单某（另案处理）处先后进货象牙2根用来出售。因齐某求购象牙1根，

被告人陈某遂于2015年7月26日、8月2日未经行政主管部门许可，分两次从被告人皮彪处

取得上述2根象牙并先后送至本市丰台区和义东里世纪家家福购物广场齐某处供齐某挑

选，后出售未果。被告人陈某将该2根象牙退还给被告人皮彪，现由被告人皮彪家属上交

公安机关并扣押在案。被告人皮彪与单某、被告人皮彪与被告人陈某之间均尚未结算货

款。经鉴定，每根象牙重量均超6千克，每根象牙价值人民币25万元，上述象牙总重15.5

千克，总计价值人民币50万元，属于国家一级重点保护野生动物制品。

2.2015年7月，被告人皮彪未经行政主管部门许可，在本市朝阳区东方博宝古玩书画

市场内，向滕某（另案处理）出售镯子24只，现19只镯子在本市朝阳区东方博宝古玩书画

市场单某经营的店铺内起获并扣押在案。经鉴定，19只镯子均为象牙制品，重1.131千

克，共计价值人民币47125元，属于国家一级重点保护野生动物制品。被告人皮彪与滕某

之间尚未结算货款。

3.2015年8月16日，被告人皮彪未经行政主管部门许可，在本市丰台区的草桥国际文

化城其经营的店铺内，被查获拟出售的象牙制品5件、玳瑁1件。经鉴定，5件象牙制品重

0.18千克，价值人民币7500元，属于国家一级重点保护野生动物制品，1件玳瑁制品价值

人民币18000元，属于国家二级重点保护野生动物制品。

【案件焦点】

在非法出售珍贵、濒危野生动物制品案件中，涉案数额应如何认定。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院经审理认为：被告人皮彪、陈某违反国家规定，非法收购、出

售国家重点保护野生动物制品，其行为均已构成非法收购、出售珍贵、濒危野生动物制品

罪，且犯罪情节均属特别严重，均应依法惩处。北京市西城区人民检察院指控被告人皮

彪、陈某犯非法收购、出售珍贵、濒危野生动物制品罪罪名成立。鉴于被告人皮彪、陈某

系犯罪未遂，对于未遂犯依法可以比照既遂犯减轻处罚；被告人皮彪到案后如实供述自己

的罪行，依法可以从轻处罚，为公安机关侦查其他案件积极提供线索，可酌情从轻处罚；

被告人陈某接公安机关电话通知后自行到案，并如实供述自己的罪行，系自首，依法可以

减轻处罚；北京市西城区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百四十一条第一款，

第二十三条，第六十七条第一款、第三款，第五十二条，第五十三条，第六十四条及《最

高人民法院关于审理破坏野生动物资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条第

二款第（一）项之规定，判决如下：

一、被告人皮彪犯非法收购、出售珍贵、濒危野生动物制品罪，判处有期徒刑六年，

并处罚金人民币一万元；

二、被告人陈某犯非法收购、出售珍贵、濒危野生动物制品罪，判处有期徒刑三年，

并处罚金人民币五千元；

三、随案移送的赃证物予以没收。

被告人皮彪、陈某不服一审判决提出上诉。

皮彪的上诉理由为，其揭发他人犯罪行为，具有立功情节，原判量刑过重；其辩护人

的辩护意见为，皮彪具有积极退赃及立功情节，原判量刑过重。

陈某的上诉理由为，原判量刑过重；其辩护人的辩护意见为，陈某具有犯罪未遂、自

首、从犯等情节，建议二审法院对被告人陈某减轻处罚。

北京市第二中级人民法院经审查认为：原审法院根据皮彪、陈某犯罪的事实、犯罪的

性质、情节和对社会的危害程度所作出的刑事判决，定罪及适用法律正确，量刑适当，对

随案移送物品处理亦无不当，审判程序合法，应予维持。据此，本院依照《中华人民共和

国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第（一）项之规定，裁定如下：

驳回皮彪、陈某的上诉，维持原判。

本裁定为终审裁定。

【法官后语】

在本案中，关于涉案金额的认定，应仔细区分，因为这关系到量刑。公诉机关指控被

告人皮彪、陈某第一起事实中出售、收购象牙2根，总计价值人民币50万元，值得推敲。

涉案的2根象牙均是皮彪从单某处取得。第一根象牙是一根雕刻为龙的象牙，一直放

在自己店铺中，尚未售出，这根象牙的性质和第三起事实中从皮彪店中查获的象牙制品是

一样的，都是放置店中准备出售的，因此即使后面没有陈某的事实，这根象牙也应认定为

皮彪非法收购、出售的。第二根象牙是陈某找皮彪联系买卖象牙事宜时，皮彪又和单某联

系从单某处取来的一根素牙（即没有雕刻过的），随后转卖给陈某。因此认定皮彪非法出

售、收购象牙2根，总计价值人民币50万元没有问题，但认定陈某也是非法出售、收购象

牙2根就不符合事实了，陈某本身并不是专营象牙生意，这一次是齐某提出要买1根象牙，

因陈某是做文玩生意的，所以让其帮忙，其虽然先后拿给齐某两根象牙，但是供齐某挑

选，并不是要卖给齐某2根，齐某证言中也始终称自己想买1根，在第1根送来后又提出想

要带雕工的，并没有证实要买2根。陈某在齐某明确表明不买后就将2根象牙都退回给了皮

彪，没有准备再次出售，因此公诉机关在指控事实中认定陈某拟将2根象牙出售给齐某是

不准确的，应认定陈某拟出售1根象牙。

根据在案的物证鉴定书证实，根据相关规定，“由一根象牙切割成数段象牙块或者雕

刻成数件象牙制品的，这些象牙块或者象牙制品总合，也应视为一根象牙，其价值为25万

元，对于无法确定是否属一根象牙切割或者雕刻成的象牙块或象牙制品，应根据其重量来

核实，单价为41667元/千克”，单段超过6千克的象牙制品，涉案价值也应确定为25万元，

上述2根象牙总重15.5千克，总价值50万元，每根均超过6千克。陈某收购、出售1根象

牙，价值应为25万元，皮彪收购、出售2根象牙，价值应为50万元。

正是因为有了对涉案金额的仔细区分，二被告人的量刑才会不同，也更符合罪责刑相

适应的原则。

编写人：北京市西城区人民法院 冀敏

35 生态修复救济措施的量刑价值参考

——张某添非法毁坏国家重点保护植物案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区南宁市江南区人民法院（2016）桂0105刑初69号刑事判决书

2.案由：非法毁坏国家重点保护植物罪

【基本案情】

2015年春节前夕，被告人张某添擅自决定在广西良凤江国家森林公园2林班6小班林区

内清理地表林木，种植芭蕉树等经济作物牟利。2015年2月21日至23日，被告人张某添雇

请张某汉驾驶挖掘机在上述地点毁坏林地达1.14公顷，毁坏林木共计863株，林木蓄积量

39.397立方米。其中，国家II级重点保护野生植物樟树55株，林木蓄积量3.68立方米；其

他树种树木808株，林木蓄积量35.717立方米。经鉴定，被毁坏的林木价值人民币共计

16612元。

2015年7月1日，被告人张某添经公安机关口头传唤后到案接受调查，并向公安机关如

实供述自己的罪行。2016年1月29日，被告人张某添与广西良凤江国家森林公园达成和解

协议：张某添真诚悔罪，并保证绝不再犯；张某添向广西良凤江国家森林公园道歉，赔偿

经济损失16612元，并接受其安排，用上述赔偿款购买树苗在破坏的林地上种植、护理；

广西良凤江国家森林公园向南宁市江南区人民检察院出具请求，请求司法机关对张某添从

宽处理。

截至2016年8月，被告人张某添已经在广西良凤江国家森林公园2林班6小班林区补植

了仪花、土沉香、长梗润楠、刨花润楠等珍贵树苗近2000株，并进行护理。

【案件焦点】

本案被告人张某添非法毁坏国家重点保护植物，情节严重，其法定刑为三年以上七年

以下有期徒刑，结合案件的情节，能否对被告人适用缓刑。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区南宁市江南区人民法院经审理认为：被告人张某添违反国家规定，非

法毁坏国家重点保护植物，情节严重，其行为已构成非法毁坏国家重点保护植物罪。公诉

机关指控被告人张某添犯非法毁坏国家重点保护植物罪成立。被告人张某添被公安机关口

头传唤后到案接受调查，如实供述自己的罪行，是自首，依法予以减轻处罚。对公诉人、

辩护人提出的被告人张某添具有自首情节的意见予以采纳。鉴于被告人张某添与被害人广

西良凤江国家森林公园达成刑事和解，赔偿了被害人的全部经济损失，积极在破坏的林地

上种植珍贵树木并进行护理，恢复林地生态，酌情予以从轻处罚。辩护人提出本案中被告

人缺乏认知要素的辩护意见，经查，被告人张某添为了种植芭蕉树等经济作物牟利，擅自

破坏广西良凤江国家森林公园林地、国家重点保护植物，作为具有完全刑事责任能力的正

常人，其应当能够认识到自己行为的违法性。故对辩护人提出的该辩护意见不予采纳。根

据被告人张某添犯罪的事实、性质、情节及对社会的危害程度，参考司法部门对被告人张

某添做出的社区矫正社会调查评估，对其适用缓刑没有再犯罪的危险，对其所居住社区没

有重大不良影响，决定对其宣告缓刑。

南宁市江南区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百四十四条，第六十七条第

一款，第七十二条第一款、第三款，第七十三条第二款、第三款，第五十二条；《最高人

民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条之规定，作出如下判

决：

被告人张某添犯非法毁坏国家重点保护植物罪，判处有期徒刑二年，缓刑三年，并处

罚金人民币三千元。

张某添服从本院判决，未提出上诉，检察院未提出抗诉，本案判决已生效。

【法官后语】

党的十八大以来，党中央把生态文明建设摆上更加重要的战略地位。生态环境的修复

问题已逐渐成为世界各国普遍关注的焦点。《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用为

推进生态文明建设与绿色发展提供司法服务和保障的意见》中指出，充分发挥环境资源审

判在救济环境权益、处理好保护环境与发展经济的关系，落实以生态环境修复为中心的损

害救济制度，统筹适用刑事、民事、行政责任，最大限度修复生态环境。本案中的一大亮

点就是在案发之后，被破坏的生态得以修复：被告人张某添与广西良凤江国家森林公园达

成了“刑事和解”，张某添赔偿广西良凤江国家森林公园的经济损失，并根据安排，用上述

赔偿款购买仪花、土沉香、长梗润楠、刨花润楠等珍贵树苗2000株在破坏的林地上种植、

护理，基本恢复了广西良凤江国家森林公园被毁林地的生态。这起案件不仅修复了被破坏

的生态，还成功化解了社会矛盾，取得了良好的法律效果和社会效果。本案的审理是对

《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用为推进生态文明建设与绿色发展提供司法服务

和保障的意见》的一次成功探索的和实践，反映了人民法院在宽严相济的刑事政策下为推

进生态文明建设而做出的不懈努力，在环境资源案件中发挥审判职能，落实环境资源案件

中“生态修复”救济措施的量刑价值参考，进行人性化的审判。像被告人张某添这样因生态

保护意识及法律意识淡薄而造成严重环境破坏甚至触犯法律的农民不在少数，提高农民生

态保护意识和法律意识是我们推进生态文明建设与绿色发展过程中亟待解决的问题，更是

全社会共同的责任。

编写人：广西壮族自治区南宁市江南区人民法院 裴永林

（五）走私、贩卖、运输、制造毒品罪

36 如何认定制造毒品罪共犯的主观明知

——林孝兴制造毒品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省高级人民法院（2016）粤刑终1490号刑事裁定书

2.案由：制造毒品罪

【基本案情】

2014年12月下旬开始，被告人林孝兴提供其位于海丰县埔仔村委会黄土岭村的果木场

场部房屋给林某彪等人进行非法制造毒品甲基苯丙胺犯罪活动。2015年1月12日下午，公

安机关在林孝兴果木场场部住宅房现场查获结晶状毒品甲基苯丙胺2.696千克（含量为

77.79g/100g）、液体毒品甲基苯丙胺54.875千克及制毒工具一批。

被告人林孝兴辩称其将果场租给林某彪，不知其制毒。其辩护人提出本案事实不清，

证据不足，请求宣告被告人林孝兴无罪：（1）起诉书指控被告人林孝兴提供场所供林某

彪制毒无依据，双方立有协议，属于等价有偿的双务合同，不存在租金超常的不合理对

价；（2）起诉书指控被告人林孝兴伙同林某彪在出租的果木场进行非法制毒无证据，向

被告人承租果木场的是“林坤”，而不是林某彪，林某彪提供假的“林坤”的身份证复印件，

被告人作为普通人是无法识别的，“林坤”向被告人承租果木场时，被告人是根本不知道他

所租用的场地是用于制毒，本案的证人都出证证实是事后才知道承租人用于制毒，至于有

证人打电话给被告人，提醒被告人出租的果木场怀疑有人制毒，被告人事后没有向公安机

关报告及事后被告人到场发现异常，这不能认定被告人事前应当知道及伙同林某彪制毒。

事后不报不属于犯罪。因此，起诉书指控被告人制造毒品严重缺乏证据及事实依据。

【案件焦点】

如何认定被告人林孝兴主观上明知他人租用其果林场制造毒品，仍继续提供场所给制

毒人员，构成制造毒品罪的共犯。

【法院裁判要旨】

广东省汕尾市中级人民法院经审理认为：被告人林孝兴无视国家法律，违背国家对毒

品的严格管理制度，提供场所给他人非法制造毒品甲基苯丙胺，数量大，其行为已构成制

造毒品罪的共犯。公诉机关指控被告人所犯罪名成立，依法应予支持。被告人林孝兴在本

次犯罪过程中起次要作用，系从犯，依法应当减轻处罚。根据被告人犯罪的情节、犯罪的

作用、地位及对社会的危害程度，依照《中华人民共和国刑法》第三百四十七条第二款第

（一）项、第二十七条、第五十二条、第五十三条、第六十四条之规定，判决如下：

一、被告人林孝兴犯制造毒品罪，判处有期徒刑八年，并处罚金人民币五万元；

二、缴获的毒品、制毒原料、制毒工具予以没收，由公安机关依法销毁。

宣判后，被告人林孝兴不服，提出上诉。上诉人林孝兴及其辩护人上诉称：其没有制

造毒品，对林某彪租用场地是用于制造毒品不知情，认定其租场地给林某彪制造毒品事实

不清，证据不足，请二审法院查清事实后改判上诉人无罪。

广东省高级人民法院经审理认为：上诉人林孝兴违反国家毒品管制规定，提供场所给

他人制造毒品甲基苯丙胺，数量大，其行为已构成制造毒品罪。在制造毒品的共同犯罪

中，林孝兴起次要作用，系从犯，依法予以减轻处罚。原审判决认定事实清楚，证据确

实、充分，审判程序合法。林孝兴及其辩护人的上诉理由、辩护意见均不能成立，不予采

纳。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第（一）项，裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案争议的焦点在于被告人林孝兴是否主观上明知他人租用其果林场制造毒品，仍继

续提供场所给制毒人员，是否构成制造毒品罪。

1.被告人林孝兴与“林坤”签订的承租合同证实，林孝兴将果林场场部附近黄土园北侧

一块地租给“林坤”种植培养绿化苗，林孝兴所种的青苗等不能损坏，如损坏应赔偿，但根

据果林场现场照片证实，该果林场场部附近黄土园北侧不但有林孝兴自己种植的罗汉松，

还有多处坟墓，杂草丛生，可以种植种养的土地不多，该地块并不适合种养绿化苗，“林

坤”以7万元租金承租10年种植绿化苗明显不符合常理。林孝兴作为多年承包果木场的种植

农户，主观上能够判断“林坤”租用该地块的用途不符合常识、常理。

2.林孝兴果林场附近养猪场场主高某华在林孝兴果林场发现形迹可疑的陆丰男子及场

部住宅的异常情况后，立即判断可疑男子行为异常，并致电林孝兴，告知林孝兴果林场内

的陆丰男子可能在制造冰毒。林孝兴作为陆丰本地人，本身还是一个地理先生（风水

师），从事该职业的特点之一就是知识面较广，社会经验丰富，即便之前不知情，但在高

某华的提醒下也应当予以警觉。高某华的证言、林孝兴的供述证实当时场部房屋门窗有被

木板封住，房间外墙上多了两个空调孔，当时是冬季，现场情况明显异常，林孝兴辩称未

见可疑的辩解意见不能成立。

3.“林坤”所租赁的并非农场的全部而是一小部分，以及借用场部内的其中两三间房

子，也就是说，“林坤”在租用期间进行制造毒品的同时，林孝兴同样要经常进入农场管理

其果林和喂养禽畜（狗和鸡），同时林孝兴还拥有场部铁门的钥匙。从毒品犯罪分子的角

度出发，要不就全部租下，要不就让林孝兴知道，因为毒犯不可能把高度隐秘的制毒活动

让不知情的农场主或不相关的人可以自由出入制毒场地，随时被发现。

4.手机通话记录显示，林孝兴的手机与“林坤”的手机在2014年12月12日后再无通话记

录，高某华电话联系林孝兴的时间是2015年1月1日，林孝兴及其妻子称去果林场查看的时

间是2015年1月5日，现场被查获的时间是2015年1月12日，林孝兴辩解在此期间仅在高某

华提醒后去了一次果林场，这与林孝兴需要管理果林场的客观情况不符。林孝兴可以随时

出入制毒场地住宅，在“林坤”借用场部住宅房明显出现制造毒品迹象的情况下，仍对外称

承租人是其堂兄弟的儿子，隐瞒承租人的身份，其行为明显不符合一般人的行为标准。

综上，从本案现场勘查笔录、鉴定意见、手机通话记录、证人证言及林孝兴供述中不

符合常理之处，能够证实被告人林孝兴主观上应当知道承租其果林场人员在果林场场部房

屋内制造毒品，仍然继续提供场所给制毒人员，其行为构成制造毒品罪，被告人林孝兴及

其辩护人所提无罪的辩解、辩护意见不能成立。

编写人：广东省汕尾市中级人民法院 曾向虹

37 毒品案件主从犯的认定及被告人辩称不明知毒品性质如何认定

——马彪、阎锐运输毒品，马忠山、马一洒给非法持有毒品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

新疆维吾尔自治区乌鲁木齐铁路运输法院（2016）新7101刑初19号刑事判决书

2.案由：运输毒品罪、非法持有毒品罪

【基本案情】

2016年4月1日，被告人马彪在兰州联系阎锐将毒品带至乌鲁木齐，并给予4000元好处

费。次日，马彪携带毒品海洛因和马忠山到阎锐在兰州的出租屋内，马彪把毒品交给阎锐

后阎锐将其藏匿于自己所穿两只鞋的鞋垫下，随后三人一同前往兰州火车站，由马彪出资

为阎锐购买了当日Z105次列车车票。阎锐乘坐该次列车携带毒品前往乌鲁木齐。途中马

彪通过电话询问阎锐情况，并安排李彦岗（另案处理）将阎锐带至其在乌鲁木齐市沙依巴

克区青河路一运司家属院10号楼1单元×××室的出租屋内。2016年4月3日，马彪与马忠山

乘坐Z105次列车从兰州出发，4月4日到达乌鲁木齐，并与阎锐、李彦岗在出租屋内会

合。阎锐将其运输的毒品交给马彪，马彪验收后即交给马忠山。随后马彪和马忠山前往乌

鲁木齐市大湾乡一出租屋搬运加工毒品的工具，在返回一运司家属院的出租屋时，被公安

机关抓获并扣押了正在搬运的毒品加工工具豆浆机一台、千斤顶一个、大卫牌灭鼠剂四十

一包、吡拉西坦片两罐，从马忠山外套左侧口袋内搜出两块用黑色塑料包裹的毒品和一个

小型电子秤。经鉴定该毒品系海洛因，净重99.7克。

2016年4月22日，被告人马一洒给乘坐Z105次列车从兰州到达乌鲁木齐，因其乘车轨

迹异常，公安机关对其跟踪调查。2016年4月23日，公安机关在乌鲁木齐市金山宾馆×××

房间内对马一洒给进行搜查，查获加工毒品的工具剪刀一把、手钳子一把、塑料袋一个、

多功能料理机一台、药片二百零一片，并当场从其上衣左侧口袋内查获2包毒品，经鉴定

该毒品系海洛因，合计净重61.69克。

被告人马彪对起诉指控的犯罪事实和罪名均无异议。

被告人阎锐及其辩护人对起诉指控的犯罪事实和罪名均无异议，但其辩护人提

出：“马彪和阎锐系雇佣关系，阎锐在运输毒品的过程中处于被指使、操控的地位，应认

定为从犯；阎锐系初次犯罪，归案后认罪态度好，毒品未流入社会，社会危害性较小，可

依法从轻、减轻处罚。”

被告人马忠山对起诉指控的犯罪事实和罪名均无异议，但其提出“自己并不知道持有

的是毒品，归案后存在立功情节”。

被告人马一洒给及其辩护人对起诉指控的犯罪事实和罪名均无异议，其辩护人提

出：“马一洒给是初犯，犯罪时年龄尚小且文化程度较低，生活压力较大，归案后能如实

供述，社会危害性较小，毒品系他人所有，建议对其从轻处罚。”

【案件焦点】

1.马彪、阎锐是否区分主从犯；2.被告人不明知毒品性质的辩解如何认定。

【法院裁判要旨】

新疆维吾尔自治区乌鲁木齐铁路运输法院经审理认为：被告人马彪、阎锐，明知是毒

品（经鉴定为毒品海洛因，净重99.7克），而予以运输的行为，构成运输毒品罪，二被告

系共同犯罪。被告人马忠山、马一洒给明知是毒品海洛因且数量大（净重分别为99.7克、

61.69克），而分别予以非法持有的行为，构成非法持有毒品罪。马彪、阎锐系雇佣关

系，马彪是毒品的所有人，犯意提起者，运输费用及报酬的出资者，在犯罪中起主要作

用，系主犯。阎锐家庭贫困，为赚取少量运费，受马彪指使运输毒品，在犯罪过程中处于

从属、辅助和被支配地位，所起作用和主观恶性相对较小，系从犯。马彪、阎锐、马一洒

给归案后能如实供述，庭审中自愿认罪，对此可依法从轻处罚。马忠山庭审中自愿认罪，

对该情节可酌情对其从轻处罚，对其提出“并不知道自己持有的是毒品”的辩解意见，因有

证据证实，马彪联系阎锐后在阎锐房间内预谋运输事宜并交付毒品，阎锐接收毒品后即藏

匿于身体隐蔽处，马忠山、马彪紧随其后到达乌鲁木齐，在出租房内阎锐将毒品给马彪，

其验收后即交由马忠山持有。该运输事宜的预谋、毒品的交接、藏匿、验收过程马忠山均

在场，故其辩解意见，不符合客观事实，本院不予支持。对马忠山提出“归案后存在立功

情节”的辩解意见，从侦查机关出具的情况说明来看，马一洒给是因其乘车轨迹异常，侦

查机关经工作查获其所持毒品而归案，马忠山虽有供述马一洒给的线索但其供述时马一洒

给已经被抓获，故马忠山不具有立功情节，对其辩解意见亦不予支持。新疆维吾尔自治区

乌鲁木齐铁路运输法院根据《中华人民共和国刑法》第三百四十七条第二款第（一）项，

第三百四十八条，第二十五条第一款，第二十六条第一款，第二十七条，第六十七条第三

款，第五十五条第一款，五十六条第一款，第六十三条第一款，第六十四条之规定，判

决：

一、被告人马彪犯运输毒品罪，判处有期徒刑十五年，剥夺政治权利一年，并处没收

财产二万元；

二、被告人阎锐犯运输毒品罪，判处有期徒刑十四年，并处罚金人民币一万五千元；

三、被告人马忠山犯非法持有毒品罪，判处有期徒刑九年，并处罚金人民币一万元；

四、被告人马一洒给犯非法持有毒品罪，判处有期徒刑七年，并处罚金人民币五千

元；

五、被告人马忠山非法持有的毒品海洛因净重99.7克，马一洒给非法持有的毒品海洛

因净重61.69克予以没收；

六、查获的用于加工毒品的工具予以没收。

【法官后语】

1.关于被告人马彪、阎锐运输毒品是否需要区分主从犯的问题

两人以上共同运输毒品的，应当从是否明知他人带有毒品，有无共同运输毒品的意思

联络，以及有无事实配合、掩护他人运输毒品等方面综合审查认定是否构成共同犯罪。本

案中马彪以给予阎锐4000元好处费为条件让其运输毒品。马彪作为运输毒品的犯意提起

者、运输毒品的报酬及相关费用的出资者系雇主，对受雇者起到一定组织、指挥的作用。

阎锐听从马彪的指使运输毒品，二被告人之间成立雇佣关系，有共同的犯罪故意因此雇主

与受雇者之间成立共同犯罪。

本案中的焦点在于作为运输毒品的共犯，马彪和阎锐是否需要区分主从犯，在量刑时

予以区别对待。笔者认为，作为雇主的马彪对运输毒品的全部数量承担刑事责任这是毋庸

置疑的。对于受人指使，雇佣参与运输毒品的被告人阎锐，权衡其在本案中所起的作用和

地位是本案是否需要区分主从犯的关键。从犯的认定应当综合考虑毒品数量、被告人的犯

罪次数、犯罪主动性和独立性，主观恶性、人身危险性等因素。本案中阎锐，因家庭贫

困，为获得4000元的好处费，在马彪出资为其购买火车票以及安排好运输事宜的情况下携

带毒品从兰州前往乌鲁木齐，其在整个的运输过程中遵从马彪的安排和指示，与马彪相比

发挥的主观能动性较弱，主观恶性较小，所起的作用也相对较小，其在整个过程中处于从

属、被支配的地位，因此应当区分主、从犯，马彪为运输毒品的主犯，阎锐为运输毒品的

从犯，对于从犯应当从轻、减轻处罚。

2.关于毒品犯罪不明知的问题如何认定

运输毒品犯罪的构成要件中要求行为人主观上存在明知的故意，即明知是毒品而予以

运输，判断被告人对涉案毒品是否明知不能仅凭被告人供述，而应当依据被告人实施毒品

犯罪行为的过程、方式、毒品查获时的情形等证据，以及被告人的年龄、阅历、智力等情

况，进行综合分析判断。本案中马彪将毒品交给阎锐，阎锐将毒品藏匿于鞋底内并且马彪

出资为阎锐购买兰州至乌鲁木齐的火车票以及在阎锐到达乌鲁木齐后，马彪和马忠山紧随

其后到达乌鲁木齐，阎锐将毒品交由马彪验收时马忠山均在场，马忠山理应推断出马彪交

由阎锐运输，并交给自己保管的物品为毒品。故本案中应当认定为马忠山具有非法持有毒

品的故意。

3.毒品犯罪是否要求主观明知毒品的种类问题

对于毒品类犯罪要求行为人必须具有主观上的故意，这里的故意要求行为人主观上明

知是毒品的故意，至于是否需要行为人明知毒品的种类并没有明确的要求。笔者认为，行

为人在犯罪时明知是毒品仍然实施犯罪，其主观上存在毒品犯罪的故意，即明知其行为会

产生相应的社会危害性仍予以实施的概括故意，无论具体是何种毒品并不超出行为人所预

期的法律后果和社会危害性，因此毒品犯罪案件，仅需被告人明知其行为的对象为毒品即

可，并不要求明确毒品的种类。

编写人：新疆维吾尔自治区乌鲁木齐铁路运输法院 程菲菲

38 行为人在公安特情要求购毒后寻找卖家居间介绍的行为是否构成犯意

引诱

——张喜斌等贩卖毒品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省高级人民法院（2016）粤刑终624号刑事判决书

2.案由：贩卖毒品罪

【基本案情】

2014年以来，杨某海在戒毒期间认识了李某强，李某强告诉杨其有办法买到大批量毒

品冰毒，李某强又对其亲戚上诉人张喜斌说，可以介绍需要购买大量毒品的大老板杨某海

给其认识。2014年12月上旬，杨某海按照公安机关布控安排，向张喜斌提出购买毒品，张

喜斌提供了冰毒样品交予杨某海带回给其老板试货。随后，张喜斌作为中间人，介绍杨某

海向原审被告人朱嘉韵购买2000克毒品甲基苯丙胺，张喜斌可从中赚取差价约9000元。同

月28日，朱嘉韵、原审被告人李明明将从广州购买的毒品运至朱嘉韵暂住的广东省鹤山市

碧桂园翠苑×街×号×××房，并从中分出约50克毒品样品，朱嘉韵、张喜斌、李明明均从中

吸食了一小部分毒品后，将该包毒品样品交给了杨某海，并约定由朱嘉韵等人与杨某海的

老板伍某纯见面后将毒品运至广东省江门市蓬江区荷塘镇。其间，朱嘉韵还赠送了4克甲

基苯丙胺片剂（俗称“麻古”）给杨某海。同日11时许，朱嘉韵、张喜斌、李明明等人在广

东省鹤山市沙坪镇人民东路33号某咖啡店与杨某海的老板伍某纯商谈毒品交易，确认买家

携带了货款后，张喜斌先安排人员将毒品送往荷塘镇某宾馆，随后与杨某海乘坐出租车前

往交货地，由杨某海下车到某宾馆215号房收货。毒品交接完毕后，朱嘉韵、李明明等人

随杨某海的老板伍某纯到某咖啡店附近的小汽车上收取毒资时被公安人员抓获，公安人员

从朱嘉韵手提包内查获净重0.3克的3，4-亚甲基二氧甲基苯丙胺片剂（俗称“摇头丸”） [[6]](#p131)

1颗。同时，公安人员在荷塘镇某宾馆215号房缴获净重1950克的甲基苯丙胺，在该宾馆附

近巷子内抓获张喜斌。随后，公安人员在朱嘉韵暂住的鹤山市碧桂园翠苑二街×号×××房

查获净重1.9克的甲基苯丙胺一包、净重3.7克甲基苯丙胺一瓶、净重共计0.7克的甲基苯丙

胺片剂7颗。同时公安人员从杨某海处查获净重43.8克的甲基苯丙胺一包，以及净重共计

0.4克的甲基苯丙胺片剂4颗。综上，朱嘉韵贩卖毒品甲基苯丙胺共2000.5克、3，4-亚甲基

二氧甲基苯丙胺0.3克，张喜斌、李明明参与贩卖毒品甲基苯丙胺共1993.8克。

张喜斌被抓后向公安机关检举“师傅波”、余锦洲等贩卖毒品的犯罪事实，公安机关据

此线索抓获涉嫌贩卖毒品的“师傅波”（实名苏兆波）、李波炎、容春惠及涉嫌贩卖毒品的

下线人员谭新富，当场从“师傅波”、李波炎、容春惠处缴获毒品甲基苯丙胺约514克，海

洛因约399克；从谭新富处缴获毒品甲基苯丙胺约497克。

【案件焦点】

张喜斌在得到公安线人购买承诺的诱惑后再去寻找毒品卖家居间介绍牟利的行为，是

机会提供型犯罪，还是犯意诱发型犯罪，是否构成犯意引诱。

【法院裁判要旨】

广东省江门市中级人民法院经审理认为：张喜斌因犯贩卖毒品罪曾被判刑，是毒品再

犯，本次安排特情人员向其提出购买毒品后，张喜斌在较短时间内即与购毒人员确定交易

细节，并在较短时间内联系上家（即同案人朱嘉韵）确定可以提供2000克毒品甲基苯丙胺

进行交易，认定在特情人员介入前后其主观上已具有实施贩卖毒品犯罪行为的故意，并非

因特情人员介入才产生犯意，本案不属于最高法院座谈会纪要中所规定的“犯意引

诱”和“数量引诱”。

被告人朱嘉韵、张喜斌、李明明无视国法，贩卖毒品甲基苯丙胺数量大，其行为构成

贩卖毒品罪。在共同犯罪中，朱嘉韵向上线购入毒品甲基苯丙胺1993.8克进行贩卖，对毒

品交易起重要的决定性作用，又是涉案毒品的所有者和实际控制人，起主要作用，是主

犯，应当按照其所参与实施的全部犯罪进行处罚；张喜斌居间联系朱嘉韵与买家进行毒品

交易并从中赚取差价利润，对促成毒品交易起重要作用，是主犯，应当按照其所参与实施

的全部犯罪进行处罚，考虑张喜斌不是涉案毒品的所有人和实际控制人，其参与毒品犯罪

主要是赚取部分差价，预期非法得益主要归朱嘉韵，故张喜斌在共同犯罪中的作用比同为

主犯的朱嘉韵要小，在量刑时应予以充分考虑；李明明受雇于朱嘉韵帮助驾驶交通工具、

在朱嘉韵准备毒品交易及实施毒品交易阶段帮助运送毒品、对毒品进行称重等，其在共同

犯罪中只起次要、辅助作用，应对其减轻处罚。朱嘉韵、张喜斌归案后坦白认罪，可从轻

处罚。张喜斌曾因犯贩卖毒品罪被判刑，又犯贩卖毒品罪，是再犯，应从重处罚；又曾因

犯隐瞒犯罪所得收益罪被判处有期徒刑，刑罚执行完毕后五年内再犯应当被判处有期徒刑

以上刑罚之罪，是累犯，应从重处罚；张喜斌犯罪后向公安机关检举他人贩卖毒品犯罪行

为，公安机关据其检举抓获多名犯罪嫌疑人，缴获的毒品数量大，有重大立功表现，综合

其在共同犯罪中的地位、作用及其所具有的全部量刑情节，可对其减轻处罚。广东省江门

市中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百四十七条第二款、第三款，第二十五

条第一款，第二十六条第一款、第四款，第二十七条，第四十八条第一款，第五十二条，

第五十三条，第五十七条第一款，第六十四条，第六十五条，第六十七条第三款，第六十

八条，第三百五十六条之规定，判决：

一、被告人朱嘉韵犯贩卖毒品罪，判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，并

处没收个人全部财产；

二、被告人张喜斌犯贩卖毒品罪，判处有期徒刑十三年，并处罚金人民币五万元；

三、被告人李明明犯贩卖毒品罪，判处有期徒刑七年，并处罚金人民币一万元；

四、侦查机关扣押的电子秤一台及缴获的本案全部毒品由扣押机关予以没收、销毁；

侦查机关扣押但未随案移送的朱嘉韵的黑色小米3手机一部、白色iPhone5S手机一部，李

明明的黑色iPhone4S手机一部，张喜斌的黑色酷派手机一部均属作案工具，由扣押机关予

以没收上缴国库；侦查机关扣押但未随案移送的其他物品，由扣押机关依法处理。

宣判后，张喜斌提出上诉，认为其虽然无业，但长时间没有涉毒犯罪行为，亦本无实

施贩毒的主观意图，系在特情人员引诱下参与的本案，本案系特情人员提出毒品交易的犯

意和进行2000克毒品交易的数量，应认定侦查机关对其实施了犯意引诱和数量引诱，应对

其减轻处罚，原判并未考虑这一重要情节。

广东省高级人民法院经审理认为：张喜斌虽有贩毒前科，但出狱七八年来并未涉毒犯

罪，其参与本案有侦查机关特情人员介入，张喜斌出狱后没有工作，生活困难，在得到公

安线人购买承诺后再去寻找毒品卖家居间介绍牟利，其实施本次犯罪构成犯意引诱和数量

引诱，在量刑时应予充分考虑。故以贩卖毒品罪判处张喜斌有期徒刑十年，剥夺政治权利

五年，并处罚金人民币两万元。其余维持原判。

【法官后语】

本案是法律学术界对公安线人向行为人要求购买毒品后行为人再去寻找毒品卖家居间

介绍的行为是否构成犯意引诱具有争议的典型案例。行为人在得到公安线人购毒承诺后去

寻找毒品卖家并居间介绍牟利，是否构成犯意引诱的争议焦点是张喜斌居间介绍贩卖毒品

的行为是机会提供型犯罪，还是犯意诱发型犯罪的问题。

本案是否构成犯意引诱，首先应厘清机会提供型犯罪和犯意诱发型犯罪两个概

念。“机会提供型”犯罪是指被诱惑者已有犯罪倾向及意图，诱惑者（公安特情人员）强化

其固有的犯罪意图，促使其实施具体的犯罪行为；“犯意诱发型”犯罪是指诱惑者（公安特

情人员）对无犯罪意图的人实施诱惑，引诱其形成犯意，并促使其付诸实施犯罪行为。审

理特情人员介入的案件，应在以下几个方面进行客观考究，准确把握：

首先，诱惑侦查是指侦查机关在进行一段时间的初步侦查以后，或已经掌握了一定的

犯罪线索或者有关涉毒犯罪的证据材料，尚缺乏足以指控行为人犯罪成立的证据时，预先

制订侦查计划和策略，由侦查人员化妆或者由侦查人员指令特定的人员促使行为人在特定

的环境和条件下实施犯罪，而对其实施抓捕的侦查方法。一般分犯意引诱和行为引诱（数

量引诱、间接引诱等）。在办理贩卖毒品案件时，由于专业领域和关注案件的角度不同，

很难识别“犯意引诱”和“数量引诱”这两种诱惑侦查的情形。

其次，所谓“犯意引诱”是指行为人在实施贩毒行为前本身并没有自发的产生该犯罪意

图，而是在化装后的侦查人员或者侦查人员指令的特定人员，采取欺骗、引诱等手段和方

法，唆使或诱使其产生犯意、并实施犯罪的行为。实践中通常识别“犯意引诱”的方法在

于：行为人是在行为实施前就有了贩毒的犯意，还是在得到了“毒品买家”的主动购买承诺

以后才产生犯意的。我们可以把这两种犯意表达的方式总结为：前者是“犯意暴露”，后者

是“犯意产生”，对后者来说应该是“犯意引诱”。

再次，识别“犯意暴露”和“犯意产生”最有效、最直接的方法，就是判断行为人实际拥

有和控制毒品的时间节点。假如在与“毒品买家”洽谈毒品价格、品质、交易地点、交易方

式的贩毒信息之前就拥有毒品，就直接可以判明行为人犯意产生在前；假如是“毒品买

家”主动找行为人购买毒品或者行为人与“毒品买家”谈好上述交易信息之后，才去找上线

购毒，这就是行为人受到诱惑而产生犯意。

最后，犯意引诱和机会提供是司法实践中经常遇到的陷阱取证方式。犯意引诱的权利

人（警察）在主观意图上是积极主动的，是主动引诱侵害人（犯罪嫌疑人）实施违法犯罪

行为，主观上存在瑕疵，并且权利人在事前知道此侵害人可能在主观上有犯罪意图，只是

暂时欠缺证据，而诱发犯罪；而机会提供的警察在主观意图上是消极被动的，犯罪嫌疑人

可能长期在某一区域，在某一固定时间、固定手段、固定犯罪对象等有规律的犯罪，但是

警方短时期内，暂时没能确定犯罪嫌疑人，而模拟犯罪嫌疑人犯罪的条件，为其提供相应

的犯罪条件，以守株待兔式的方法利用其再次犯罪的可能而抓捕犯罪嫌疑人的方法。特情

人员介入侦查只允许为其提供犯罪机会，却不可诱惑其产生犯罪意图，否则就等于国家教

唆犯罪。

尽管诱惑侦查在侦查实践中确是一种高效的秘密侦查手段，尤其是在一些贩卖毒品、

伪造货币和买卖伪币等无被害人的严重犯罪中，诱惑侦查对全面取证、及时破获案件有着

不可替代的作用，在世界各国的侦查中也都有使用，但特情人员诱惑侦查带有一定程度的

欺骗性，与刑事诉讼的正义价值追求相矛盾，具有无法克服的缺陷，如侵犯公民隐私权和

人格自主权、可能使人们对司法公正性失去信赖、导致侦查权的滥用等，诱惑侦查的合法

性和妥当性一直饱受争议，各国对该方法的使用亦都有严格的法律限制。

目前，我国对于诱惑侦查的立法规制较少，只有一些零散规定，如公安部《刑事特情

工作规定》规定：“严禁刑事特情诱人犯罪。”最高人民法院《全国部分法院审理毒品犯罪

案件工作座谈会纪要》第六部分对诱惑侦查破获的毒品死刑案件如何量刑作了指导性规

定，“对因‘犯意引诱’实施毒品犯罪的被告人，根据罪刑相适应原则，应当依法从轻处

罚，无论涉案毒品数量多大，都不应判处死刑立即执行……对因‘数量引诱’实施毒品犯罪

的被告人，应当依法从轻处罚，即使毒品数量超过实际掌握的死刑数量标准，一般也不判

处死刑立即执行”。在我国，鉴于诱惑侦查对于破获一些严重犯罪所具有的不可替代的特

殊作用，应当承认其在一定条件下的采用是允许的，上述有关规定也体现了这一精神，但

为了减少其可能带来的负面影响，在有关立法规定尚不完备的情况下，对诱惑侦查在司法

中进行严格限制就显得尤为重要。

笔者认为，在司法实践中，对于“机会提供型”犯罪，实质是侦查机关为了发现犯罪

人，并未诱使行为人产生犯罪意图，只要符合法律规定的条件，人民法院应予定罪处罚；

但对于“犯意诱发型”犯罪，应当根据现有的法律和司法解释，结合司法正义的基本精神，

参照国外诱惑侦查的相关规定，认真审查诱惑侦查手段的合法性，并根据案件的具体情况

审慎处理。

编写人：广东省高级人民法院 周彦

39 赊购毒品属于贩卖毒品

——胡保林贩卖毒品、韩某飒非法持有毒品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖北省神农架林区人民法院（2016）鄂9021刑初26号刑事判决书

2.案由：贩卖毒品罪、非法持有毒品罪

【基本案情】

2016年2月13日，被告人胡保林在宜昌市电话联系吸毒人员贾某向其出售甲基苯丙胺

片剂（俗称“麻果”）50颗、甲基苯丙胺（冰毒）4克左右，并商定由韩某飒顺路从宜昌市

带回神农架林区，当日贾某通过银行汇款将毒资支付给胡保林。同年2月17日左右，被告

人胡保林在宜昌市又以赊账的方式向韩某飒出售甲基苯丙胺片剂24颗、甲基苯丙胺2克左

右，并将贾某所购毒品一起交由韩某飒。

2016年2月17日17时许，被告人韩某飒携带上述毒品驾车从宜昌市回神农架林区，行

至阳日镇苗峰村蒋家沟路段时被公安人员抓获，当场从其身上搜出疑似毒品甲基苯丙胺片

剂74颗，甲基苯丙胺7.13克。经宜昌市公安司法鉴定中心鉴定，从上述疑似毒品中均检出

甲基苯丙胺成分，净重共计14.11克。

【案件焦点】

被告人胡保林给韩某飒部分的毒品不能认定为贩卖，应该是赠与或者代购，是否构成

贩卖毒品；被告人胡保林没有抗拒抓捕，是否应当认定为自首。

【法院裁判要旨】

湖北省神农架林区人民法院经审理认为：被告人胡保林违反国家毒品管理制度，贩卖

毒品甲基苯丙胺共计14.11克，其行为已构成贩卖毒品罪；被告人韩某飒，非法持有毒品

甲基苯丙胺共计14.11克，其行为已构成非法持有毒品罪，公诉机关指控二被告人的罪名

成立，本院予以支持。关于被告人胡保林的辩护人所提胡保林给韩某飒部分的毒品不能认

定为贩卖，应该是赠送或者是代购的辩护意见，因本案证据能够证实韩某飒从胡保林处购

买毒品属赊购，在双方当面及其后微信交谈中均能证实该意思表示，且被告人胡保林、韩

某飒对这一事实当庭亦予以认可，足以认定胡保林贩卖毒品给韩某飒的事实，故对辩护人

的该项辩护意见不予采纳；关于被告人胡保林的辩护人所提被告人胡保林具有自首情节的

辩护意见，根据在卷的到案经过及其他相关证据证明，公安机关已于2016年2月19日决定

对胡保林采取刑事拘留的强制措施，并于2016年2月22日在宜昌市将胡保林抓获，在此过

程中及之前，被告人胡保林并没有自动投案的相关行为，只是在公安机关实施抓捕的过程

中没有抗拒抓捕，其行为不具备自首要件，故对辩护人的该项辩护意见不予采纳。被告人

胡保林、韩某飒均具有坦白情节，依法均可以从轻处罚，对二被告人的辩护人据此提出的

辩护意见予以采纳。神农架林区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百四十七条第

一款和第三款，第三百四十八条，第六十七条第三款，第五十二条，第五十三条之规定，

作出如下判决：

一、被告人胡保林犯贩卖毒品罪，判处有期徒刑七年，并处罚金人民币五千元；

二、被告人韩某飒犯非法持有毒品罪，判处有期徒刑七个月，并处罚金人民币二千

元。

本案一审宣判后，被告人胡保林、韩某飒未提起上诉，检察机关也未抗诉，判决现已

发生法律效力。

【法官后语】

根据本案的事实、证据及庭审中查明的情况，被告人胡保林贩卖含甲基苯丙胺成份的

毒品，共计14.11克，犯罪事实清楚，证据确实、充分，且其当庭对公诉机关指控的事实

供认不讳，被告人胡保林的行为已构成贩卖毒品罪。关于被告人胡保林的辩护人所提给予

韩某飒的毒品属帮韩某飒代购或赠予，因本案证据能够证实韩某飒从胡保林处购买毒品属

赊购，在双方当面及其后微信交谈中均能证实这一意思表示，能够认定胡保林属贩卖毒品

给韩某飒，至于胡保林是否从中牟利或牟利多少不影响对胡保林贩卖毒品行为性质的认

定，故对该项辩护意见不予采纳。关于被告人胡保林的辩护人所提胡保林具有自首情节的

辩护意见，根据在卷的到案经过等证据证明，公安机关于2016年2月19日已决定对胡保林

采取刑事拘留的强制措施，并于2016年2月22日在宜昌市将胡保林抓获，在此过程中及之

前，被告人胡保林并没有自动投案的相关行为，其行为不符合自首要件，只是在公安机关

实施抓捕的过程中没有抗拒抓捕的行为，在被刑事拘留后如实供述了自己的罪行，其行为

应属坦白，故对该项辩护意见不予采纳。

公诉机关指控被告人韩某飒非法持有含甲基苯丙胺成份的毒品14.11克的犯罪事实清

楚，证据确实、充分，其当庭也自愿认罪。被告人韩某飒在归案后如实供述犯罪事实，其

行为属于坦白，对其辩护人据此提出的辩护意见予以采纳。关于其辩护人所提被告人韩某

飒属于初犯、偶犯、主观恶性较小，因毒品犯罪属严重危害社会治安的犯罪，且结合韩某

飒的身份，不能认定其主观恶性较小，对该项辩护意见不予采纳。需要注意的是，公诉机

关指控被告人韩某飒非法持有毒品14.11克，其中有一部分是韩某飒帮贾某从宜昌带回神

农架的，对该行为是否认定为运输毒品罪，主审人认为：一、被告人韩某飒并非是从事营

运行业，在本案中系被告人胡保林向被告人韩某飒赊卖毒品时偶然得知被告人韩某飒将从

宜昌返回神农架，其顺便将贩卖给贾某的毒品交予韩某飒带给贾某，该行为具有一定的偶

然性，并非是有预谋、有目的的运输毒品行为；二、被告人韩某飒帮贾某带毒品的行为并

未从中牟利，该行为应属顺路捎带，且其与贾某之间也没有事前预谋商定；三、综合本案

证据亦不足以认定被告人韩某飒的行为构成运输毒品罪。综上所述，主审人认为公诉机关

将韩某飒此部分行为指控为非法持有毒品罪，是适宜的，亦符合刑法的立法本意。

编写人：湖北省神农架林区人民法院 朱紫霞

40 未查获毒品实物的贩毒案件如何把握证明标准

——王某贩卖毒品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2016）京01刑终457号刑事判决书

2.案由：贩卖毒品罪

【基本案情】

2016年1月间的一天及2016年2月间的一天，被告人王某先后2次在北京市海淀区太平

路××号×号楼×单元孙某住处门口，均以人民币400元的价格，分别向孙某贩卖毒品甲基苯

丙胺（冰毒）约0.5克、约0.35克。

2016年3月3日22时许，孙某在北京市石景山区依翠园甲××号筹集毒资人民币500元，

后通过银行转账给被告人王某。2016年3月4日0时许，被告人王某在北京市海淀区太平路

××号×号楼×单元孙某住处门口，以人民币400元的价格贩卖给孙某的毒品甲基苯丙胺（冰

毒）放置在孙某住处门口脚垫下，后被民警当场查获。民警现场起获上述白色晶体并从王

某身上起获白色晶体1包。经鉴定，民警从孙某住处门口起获的白色晶体重0.79克，从王

某身上起获的白色晶体重2.13克，均检出甲基苯丙胺。

2016年3月3日王某向孙某贩卖的毒品被当场起获，原审人民法院认定王某此次贩卖毒

品事实的证据有王某的供述，证人孙某的证言，辨认笔录，孙某向王某银行卡转账的手机

屏幕截图，孙某与王某手机通话记录的屏幕截图，孙某筹集的毒资照片，起获的毒品照

片，北京市公安司法鉴定中心出具的毒品检验报告，执法录像光盘，北京市公安局收缴毒

品清单等。

2016年1月和2月王某向孙某贩卖毒品未起获毒品实物，原审人民法院认定此两起事实

的证据仅有被告人王某的供述和证人孙某的证言。

【案件焦点】

在未起获毒品实物的情况下，仅根据言词证据能否认定被告人贩毒事实。

【法院裁判要旨】

北京市石景山区人民法院经审理认为：被告人王某多次向他人贩卖毒品甲基苯丙胺，

其行为已构成贩卖毒品罪，且被告人王某系累犯和毒品再犯，应对其依法从重处罚。念其

在公安机关审查期间，如实供述犯罪事实，可依法从轻处罚。故判决：

一、被告人王某犯贩卖毒品罪，判处有期徒刑三年六个月，并处罚金人民币四千元；

二、继续追缴被告人王某违法所得的赃款人民币一千三百元，追缴后予以没收，上缴

国库。

二审审理过程中，上诉人王某提出：其仅在2016年3月向孙某贩卖过一次毒品，除此

之外没有向孙某贩卖过毒品，一审所认定的其在2016年1月及2月两次向孙某贩卖毒品的事

实不存在。

二审庭审中，北京市检察院第一分院指派检察员当庭补充出示宣读了公安机关调取的

王某与孙某之间工商银行账户交易明细，主要内容为：2016年1月16日，孙某通过支付宝

向王某工商银行账户转款人民币400元；2016年2月20日，孙某通过支付宝向王某工商银行

账户转款人民币100元；2016年3月3日，孙某通过支付宝向王某工商银行账户转款人民币

500元。

北京市第一中级人民法院经审理认为：一审人民法院判决审判程序合法，且认定王某

于2016年1月、3月两次向他人贩卖毒品的事实清楚、证据确实，本院二审予以认可；但一

审认定王某于2016年2月向他人贩卖毒品的事实，与二审期间调取的王某银行账户资金往

来情况不符，故本院对该起事实不予认定。对于北京市人民检察院第一分院的出庭意见以

及上诉人王某的相关上诉理由，本院予以支持；但对王某所提2016年1月贩卖毒品事实不

存在的上诉理由，经查，该起事实除王某本人供述以及证人孙某证言予以证明外，还能得

到王某银行账户资金往来情况的佐证，足以认定，故对于该上诉理由，本院不予采纳。

北京市第一中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款

第（三）项；《中华人民共和国刑法》第三百四十七条第一款、第四款、第七款，第六十

五条第一款，第三百五十六条，第五十二条，第五十三条，第六十四条，第六十一条，第

四十七条之规定，判决：

一、撤销北京市石景山区人民法院（2016）京0107刑初209号刑事判决；

二、被告人王某犯贩卖毒品罪，判处有期徒刑二年六个月，并处罚金人民币三千元。

【法官后语】

本案处理的争议点主要在于在未起获毒品实物的情况下，仅根据言词证据能否认定上

诉人（原审被告人）王某2016年1月、2月向孙某贩毒的事实。

根据在案证据，王某关于2016年1月、2月两次向孙某贩卖毒品的供述一直不稳定，且

对贩卖的具体时间和数量供述不清，孙某关于这两次毒品交易的证言也十分模糊。而且此

两笔毒品交易均未起获毒品实物，王某在二审期间又予以否认，导致此两起贩毒事实证据

仅有言词证据予以证明，证据薄弱。但是，二审法院经查阅卷宗发现，上诉人王某与证人

孙某关于每次二人毒品交易的方式和价格的表述十分稳定和一致，都表示每次均是以400

元的价格由孙某将钱款打入王某工商银行账户，随后王某将毒品放到孙某家门口的方式交

易。因此，为了查明事实，二审法院合议庭建议二审公诉机关向公安机关调取了王某与孙

某2016年1月、2月的账户资金往来明细。根据二审补充证据看，2016年1月16日，孙某通

过支付宝确实曾向王某工商银行账号转款人民币400元，这一数额与孙某证言和王某供述

的交易价格是相吻合的。综上证据，可以认定王某于2016年1月以400元的价格向孙某贩卖

毒品的事实。但是根据孙某与王某之间在2016年2月的账户资金往来明细，二人仅在2月20

日发生过一笔孙某通过支付宝向王某转款100元的交易，该客观证据与证人证言和被告人

供述在金额方面存在不一致。关于该笔资金往来的情况，以及孙某与王某之间频繁资金往

来的情况，王某在侦查阶段供述有时是孙某让他帮忙买衣服，有时是自己向孙某借钱，少

的时候100，多的时候几千，关于该情节，二审开庭阶段王某称其与孙某参与网络游戏及

赌博，因此有频繁的资金往来，对此情节公安机关未向孙某进行核实，单从资金往来情况

分析，不能排除其他可能性（如孙某曾通过支付宝向王某转账10元、70元，根据数额判断

与通常购买毒品情况存在差异）。根据现有证据情况，该起事实被告人供述前后发生变

化，且被告人供述、证人证言与客观证据之间亦存在不一致之处。故二审法院认为，现有

证据不足以认定2016年2月王某向孙某贩卖毒品的事实，只能够认定王某分别于2016年1

月、3月两次向孙某贩卖毒品的事实，二审法院依法予以改判。

我国对毒品犯罪向来坚持“严打”方针，但是“严打”不意味着放松证据证明标准，尤其

是对于未起获毒品实物的被告人既往贩毒犯罪事实，必须坚持证据裁判原则，尽量搜集调

取相关客观证据核查在案言词证据的客观真实性，只有当依法取得的被告人口供和证人证

言确实能够相互印证，且不存在合理怀疑时，才可以根据言词证据予以认定，要重调查、

重证据，不能做有罪推定。

编写人：北京市第一中级人民法院 张璇

41 在贩毒人员住处查获的毒品数量是否计入贩卖毒品数量

——周盛莉贩卖毒品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省达州市达川区人民法院（2016）川1703刑初88号刑事判决书

2.案由：贩卖毒品罪

【基本案情】

2015年8月7日，被告人周盛莉在家中向吸毒人员夏某锋贩卖35元的毒品海洛因。2015

年8月9日，公安机关在被告人周盛莉的家中查获标有50、100、150、200字样的毒品疑似

物14小包，净重2.07克，周盛莉尿样检测含毒反应均呈阳性。同日，公安机关决定对周盛

莉刑事拘留，因在哺乳期内决定取保候审。达州市公安局物证鉴定所于2015年8月31日作

出达市公（理化）鉴字（2015）380号、403号理化检验报告，检验结果：从检材重2.07克

毒品可疑物中检出海洛因。

2015年8月31日下午，被告人周盛莉在家中先后向吸毒人员苟某川、刘某、汪某各贩

卖100元的毒品海洛因，向胡某刚、刘某甲共贩卖300元的毒品海洛因，又以价值150元的

海洛因和100元的债权与任某川价值250元的冰毒相互交换，并容留刘某、汪某、胡某刚、

刘某甲、任某川在其家中吸食毒品海洛因。同日，民警从被告人周盛莉的家中查获毒品疑

似物16小包，净重15.06克，周盛莉尿样检测含毒反应均呈阳性。公安机关于2015年9月1

日决定对周盛莉强制隔离戒毒二年，并送达州市强制隔离戒毒所执行；于2015年10月31日

决定责令周盛莉接受社区戒毒三年。达州市公安局物证鉴定所于2015年9月18日作出达市

公（理化）鉴字（2015）380号、403号理化检验报告，检验结果：从检材重15.06克毒品

可疑物中检出海洛因。

另查明，被告人周盛莉于2014年9月15日生育女儿李某怡。2016年3月29日，被告人周

盛莉向公安机关检举揭发并带领公安民警抓获其他贩卖毒品案件的犯罪嫌疑人周某某。

【案件焦点】

从周盛莉住所查获的15.06克毒品海洛因，应当认定为周盛莉贩卖的毒品还是持有的

毒品。

【法院裁判要旨】

四川省达州市达川区人民法院经审理认为：被告人周盛莉违反毒品管制法规，贩卖海

洛因17.13克及获得毒资635元，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第三百四十七条之

规定，构成贩卖毒品罪，应予以刑事处罚。公诉机关指控被告人周盛莉犯贩卖毒品罪罪名

成立，本院予以支持。被告人周盛莉因贩卖毒品被抓获，从被告人周盛莉住所查获的

15.06克毒品海洛因，应当认定为被告人周盛莉贩卖的毒品。被告人周盛莉辩称15.06克毒

品是用于自己吸食，不是贩卖，经查与客观事实不符以及辩护人辩护公安机关不是在被告

人周盛莉贩卖毒品当场查获15.06克毒品，不应计入贩卖毒品数量，应当以非法持有毒品

罪定罪的观点，不予采纳。

被告人周盛莉放任购毒者在自家吸毒，不阻拦或者举报，容留多人吸食毒品，其行为

已触犯《中华人民共和国刑法》第三百五十四条之规定，构成容留他人吸毒罪，应予以刑

事处罚。被告人周盛莉在判决宣告以前犯有数罪，应当实行数罪并罚。被告人周盛莉检举

揭发并协助公安机关侦破其他贩卖毒品案件，抓获犯罪嫌疑人，具有立功表现，根据本案

情节对其可以减轻处罚。对公诉人及辩护人认为被告人周盛莉具有立功表现的观点予以采

纳。被告人周盛莉归案后，如实供述自己的罪行，可以从轻处罚；违法所得人民币635

元，应当予以追缴，上缴国库；扣押在案涉案毒品由公安机关依法处理。

四川省达州市达川区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百四十七条第一款、

第三款，第三百五十四条，第六十九条，第六十八条，第六十一条，第六十三条第一款，

第六十四条，第五十二条和《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的

解释》第五条之规定，作出如下判决：

一、被告人周盛莉犯贩卖毒品罪，判处有期徒刑六年一个月，并处罚金人民币八千

元；犯容留他人吸毒罪，判处有期徒刑六个月，并处罚金人民币二千元；决定执行有期徒

刑六年三个月，并处罚金人民币一万元；

二、继续追缴被告人周盛莉违法所得人民币六百三十五元，上缴国库；扣押在案涉案

毒品由公安机关依法处理。

【法官后语】

根据我国《刑法》相关规定，非法持有毒品罪是指明知是毒品而非法持有且数量较大

的行为。一般情况下，只有在持有毒品的人拒不说明毒品来源，而现有证据又无法认定毒

品是为了进行走私、贩卖、运输或者窝藏毒品犯罪的，才构成非法持有毒品罪。区分非法

持有毒品和贩卖毒品两罪的关键在于行为人是否有贩毒的目的或者行为。具体到本案，处

理重点主要在于对贩卖毒品数量如何确认的理解。

在本案中，公安机关查获的毒品15.06克不是在被告人周盛莉贩毒当场查获，而是在

其住处查获，故被告人周盛莉及其辩护人辩称此毒品为其吸食而持有，应当以非法持有毒

品罪予以刑事处罚。

值得注意的是，本案中被告人周盛莉在2015年8月7日起多次在其住所贩毒并容留买毒

人员吸食毒品。根据理性第三人的逻辑判断，其辩解在其家中所查获的15.06克毒品是用

于自身吸食显然不符合常理，主要原因在于：第一，结合被告人周盛莉的一贯表现，其在

2015年8月7日时，就将其所拥有毒品分为若干小包出售于他人；第二，结合被告人自身经

济条件，其辩解将15.06克毒品用于自身吸食显然有悖常理。在实务中，贩卖毒品与非法

持有毒品之间，一直存在争议，且在贩卖毒品案件中的辩护人常常利用公安机关未在双方

进行毒品交易时查获的毒品数量为突破口，将被告人家中存放的毒品辩解为其持有的毒

品。为将二者加以区分，我国《刑法》及其司法解释中早已予以规定：只有在持有毒品的

人拒不说明毒品来源，而现有证据又无法认定毒品是为了进行走私、贩卖、运输或者窝藏

毒品犯罪的，才构成非法持有毒品罪。本案中，被告人周盛莉明显具有对他人贩卖毒品的

主观故意，只是由于客观原因尚未卖出，故应当将公安机关在其家中所查获的毒品数量予

以确认为其贩卖毒品的数量。

编写人：四川省达州市达川区人民法院 黄勇智

42 以贩养吸人员贩毒，身上被查获的毒品是否能计入贩卖毒品的数量

——陈某海贩卖毒品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省永州市江华瑶族自治县人民法院（2016）湘1129刑初146号刑事判决书

2.案由：贩卖毒品罪

【基本案情】

2016年2月28日22时许，被告人陈某海在江华瑶族自治县沱江镇“假日阳光”大酒店一

楼电梯门口处，以200元的价格将净重0.88克的甲基苯丙胺（俗称“冰毒”）卖给吸毒人员

李某。2016年3月1日19时许，被告人陈某海在江华瑶族自治县沱江镇“假日阳光”大酒店一

楼电梯门口处，以200元的价格贩卖了一小包甲基苯丙胺给吸毒人员李某时，随即被江华

瑶族自治县公安局禁毒大队的民警当场抓获。同时公安民警当场从被告人陈某海身上的钱

包内搜出13小包甲基苯丙胺（净重4.41克）和一颗甲基苯丙胺片剂（俗称“麻古”，净重0.1

克），从李某身上搜出1小包甲基苯丙胺（净重0.79克）。另查明，被告人陈某海因吸毒

于2015年10月29日、12月1日被江华瑶族自治县公安局行政拘留，日期分别是5日、12日。

2016年3月2日，江华瑶族自治县公安局对被告人陈某海吸毒程度进行认定，其认定的结论

是：被告人陈某海已吸毒成瘾严重。

【案件焦点】

吸毒成瘾者以贩养吸，贩卖毒品被查获，其身上搜出的毒品是否能计入贩卖毒品的数

量？

【法院裁判要旨】

湖南省永州市江华瑶族自治县人民法院经审理认为：被告人陈某海为了获取利益非法

购买含有甲基苯丙胺成分的毒品贩卖给他人，其行为已构成贩卖毒品罪，贩卖毒品的数量

应认定为6.18克。对于辩护人认为公安民警从被告人陈某海身上搜出的4.51克甲基苯丙胺

不应该计入其贩卖数量的范围的辩护意见，本院认为，根据《全国法院毒品犯罪审判工作

座谈会纪要》（以下简称《座谈会纪要》）的规定：贩毒人员被抓获后，对于从其住所、

车辆等处查获的毒品，一般均应认定为其贩卖的毒品。对于有吸毒情节的贩毒人员，一般

应当按照其购买的毒品数量认定其贩卖毒品的数量，购买的毒品数量无法查明的，按照能

够证明的贩卖数量及查获的毒品数量认定其贩毒数量，故对从被告人陈某海身上搜出的

4.51克的甲基苯丙胺应认定为贩卖毒品的数量，因此，本院对此辩护意见不予采纳。但该

数量毒品尚未卖出，可对被告人陈某海酌情从轻处罚。被告人陈某海在犯后及庭审过程中

主动认罪，亦可酌情予以从轻处罚。

湖南省江华瑶族自治县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百四十七条第一

款、第三款、第七款，第四十五条，第四十七条，第五十二条，第五十三条之规定，作出

如下判决：被告人陈某海犯贩卖毒品罪，判处有期徒刑二年，并处罚金五千元。

【法官后语】

本案的重点在于“以贩养吸”被告人贩卖毒品数量的认定问题。根据《座谈会纪要》的

上述规定，一般情形下，有证据证明“以贩养吸”人员曾贩卖毒品或正准备贩卖毒品的，从

身上搜出的毒品应计入其贩卖毒品的数量。但若无证据证明，仅根据查获的毒品数量来推

断被告人主观上的贩卖故意是不可取的，应结合案件的实际和证据进行认定。具体到本案

中，被告人陈某海已吸毒成瘾严重，在贩卖毒品时被抓获，在其身上搜查出的毒品，数量

较少，属于上述的一般情形，可以认定为被告人贩卖毒品的数量。

遇到此类问题，一定要注意的是“以贩养吸”人员贩毒时被查获，在被告人身上、住

所、车辆上搜查出的大量的毒品，不可一味地强搬硬套《座谈会纪要》，全部认定为其贩

卖毒品的数量。根据我国《刑事诉讼法》中“疑罪从无”的原则和“以事实为依据、以法律

为准绳”的精神，在无证据证明被搜出的毒品是其用于贩卖的，则不应认定为被告人贩卖

毒品的数量，应以非法持有毒品罪等其他犯罪依法定罪处罚。

对于“有吸毒情节的贩毒人员，一般应当按照其购买的毒品数量认定其贩卖毒品的数

量，量刑时酌情考虑其吸食毒品的情节”的把握，也应具体问题具体分析。“以贩养吸”贩

毒人员购买但查获时已不存在的毒品，若没有证据证明该部分毒品已被其贩卖，灭失的毒

品数量又在其合理吸食数量的范围内，存在被其吸食的可能性，这部分就不应计算到其贩

卖毒品的数量中来。

编写人：湖南省永州市江华瑶族自治县人民法院 肖瑛

43 赠送的毒品是否应认定为贩卖的毒品数量

——涂某威、黄某恩贩卖毒品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区贵港市港北区人民法院（2016）桂0802刑初465号刑事判决书

2.案由：贩卖毒品罪

【基本案情】

1.2016年9月20日20时许，被告人涂某威接到周某勇求购人民币200元毒品氯胺酮的微

信后，便联系被告人黄某恩购买毒品氯胺酮。后黄某恩在贵港市港北区解放路将2小包毒

品氯胺酮以人民币150元的价格贩卖给涂某威。随后涂某威在贵港市中山中路的一条小巷

内，将该2小包毒品氯胺酮以人民币200元的价格贩卖给周某勇。

2.2016年9月21日21时许，被告人涂某威接到周某勇求购人民币200元毒品氯胺酮的微

信后，便联系被告人黄某恩购买毒品氯胺酮。后黄某恩在贵港市人民医院附近的桥底下，

将3小包毒品氯胺酮以人民币150元的价格贩卖给被告人涂某威。随后涂某威在贵港市港北

区江北大道石羊塘的一条小巷内，将2小包毒品氯胺酮以人民币200元的价格贩卖给周某

勇。刚交易完毕即被公安民警当场抓获，公安民警从涂某威身上缴获毒资人民币200元、

毒品氯胺酮1克，从周某勇身上缴获毒品氯胺酮2.03克。

【案件焦点】

双方约定好予以赠送的毒品，且该毒品是在交易过程中一并交付，后被公安机关当场

查获，查获的毒品数量应否认定为其贩卖的毒品数量。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区贵港市港北区人民法院经审理认为：被告人涂某威、黄某恩明知是毒

品氯胺酮而予以贩卖，其行为已构成贩卖毒品罪。公诉机关指控被告人涂某威、黄某恩犯

贩卖毒品罪罪名成立。涂某威、黄某恩如实供述自己的罪行，且当庭自愿认罪，可以从轻

处罚。黄某恩的辩护人提出黄某恩在第二起贩卖毒品中有1包是送给涂某威的，不应计算

在贩卖毒品的范围内的辩护意见，经查，涂某威向黄某恩购买150元的毒品氯胺酮，而黄

某恩交付给涂某威3小包毒品氯胺酮，该3小包毒品均被查获，查获的毒品数量应认定为其

贩卖毒品数量，故辩护人的辩护意见贵港市港北区人民法院不予采纳。

广西壮族自治区贵港市港北区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百四十七条

第一款、第四款，第六十七条第三款，第四十七条，第五十二条，第五十三条，第六十四

条的规定，判决如下：

一、被告人涂某威犯贩卖毒品罪，判处有期徒刑十个月，并处罚金人民币二千元；

二、被告人黄某恩犯贩卖毒品罪，判处有期徒刑十个月，并处罚金人民币二千元；

三、扣押在案的被告人涂某威违法所得人民币二百元，予以没收，上缴国库。

【法官后语】

本案是案情较为简单的贩毒案件，控辩双方对指控的罪名及事实并无异议，仅是被告

人黄某恩的辩护人提出黄某恩在第二起贩卖毒品中有1包是送给涂某威的，不应计算在贩

卖毒品范围内的辩护意见。根据审理查明，本案并无证据证实该毒品是双方约定好予以赠

送的，且该毒品是在交易过程中一并交付，且被公安机关当场查获，查获的毒品数量应认

定为其贩卖毒品数量，故辩护人的辩护意见贵港市港北区人民法院不予采纳。但是在审判

实践中，我们还遇到一些贩卖毒品案件，公安机关除在被告人身上当场查获毒品，还在其

租住的地方或者驾驶的车辆上查获毒品。被告人辩称毒品是拿来吸食，不用于贩卖或者辩

称不是其所有，其不知道谁放的。此时，贩卖的毒品数量如何认定呢？

根据2015年《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要》第二部分规定：贩毒人员被抓

获后，对于从其住所、车辆等处查获的毒品，一般均应认定为其贩卖的毒品。如果被告人

仅仅辩称毒品是拿来吸食而不是贩卖的，那么根据该规定，将缴获的毒品相加认定为贩卖

数额即可。但是如果被告人辩称不是其所有，其不知道谁放的，我们审理案件时很难排除

该“合理怀疑”。一般认为，该规定的前提是该住所或者车辆处于被告人排他性的实际控制

下，只有达到这一证明标准才能推导出毒品系其所有的结论。

从目前审判实践及相应案例来看，要排除该“合理怀疑”，需要解决两个方面问题：1.

房屋或车辆的控制权。可以通过房产证、车辆行驶证等，排除他人所有或控制的可能性。

2.毒品的所有权。通过检验毒品上遗留的指纹、毛发等。比对现场交易的毒品包装、种类

与从其他地方查获的毒品的包装、种类。但是仅解决此两方面问题，还会存在一些疑点，

要真正确实地排除“合理怀疑”，还需实践中慢慢处理。

编写人：广西壮族自治区贵港市港北区人民法院 梁兆喜

44 托购毒品者在贩卖、运输毒品的共同犯罪中应为从犯

——陈芝华等贩卖、运输毒品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省云浮市中级人民法院（2016）粤53刑初24号刑事判决书

2.案由：贩卖、运输毒品罪

【基本案情】

2015年6月5日，被告人陈芝华、黄尹川商议由陈芝华到广东省惠东县代购毒品氯胺酮

（俗称“K粉”）。6月8日晚，黄尹川将其与陈某东（另案处理）共同出资的25000元交给

其叫来的出租车司机袁某，要求袁某到达惠东后再将钱交给陈芝华购买毒品“K粉”1000

克。其间，被告人陈志忠从陈芝华处知悉购买毒品之事后即与被告人陈勇良联系好前往惠

东向其购买毒品的事宜。随后陈芝华、陈志忠乘坐由袁某驾驶的车牌号为粤SQ××××的小

汽车前往惠东，在途中，陈芝华从黄尹川等人给付的毒资中抽取14000元，并与陈勇良通

过手机微信确认毒品交易价格每千克22500元以及双方见面的地点。6月9日上午，陈勇良

安排其朋友带着陈芝华购得5包“K粉”（每包重约1000克），其间陈志忠通过手机短信告

知陈芝华购买毒品的数量等相关问题。6月9日15时许，陈芝华、陈志忠携带毒品从惠东返

回云浮，在高速公路云浮东收费站被当场抓获，前来接车的黄尹川见机逃跑。公安民警在

粤SQ××××号小汽车上缴扣可疑毒品5大包共净重4920.75克，在陈芝华身上缴扣可疑毒品2

小包共净重1.73克。经鉴定，上述所有可疑毒品均含有氯胺酮成分。

【案件焦点】

如何区分毒品犯罪中的代购者、托购者、居中介绍及倒卖者，托购者在共同犯罪中是

主犯还是从犯。

【法院裁判要旨】

广东省云浮市中级人民法院经审理认为：被告人陈芝华、陈勇良、陈志忠、黄尹川无

视国家法律，违反国家毒品管制法规，明知是毒品仍分别进行贩卖、运输，其行为均已触

犯刑律，依法应予以惩罚。其中陈芝华贩卖、运输毒品氯胺酮4920.75克，其行为已构成

贩卖、运输毒品罪，被告人陈勇良、陈志忠贩卖毒品氯胺酮4920.75克，其行为均已构成

贩卖毒品罪，黄尹川运输毒品氯胺酮986.8克，其行为已构成运输毒品罪。被告人彭某

海、陈志忠以非法占有为目的，秘密窃取他人财物，数额较大，其行为均已构成盗窃罪。

陈志忠一人犯数罪，依法应数罪并罚。在贩卖毒品共同犯罪中，陈芝华直接参与毒品交易

并从中获利，起主要作用，是主犯；陈勇良、陈志忠居间介绍买卖毒品，对促成毒品交易

起辅助作用，是从犯，依法应当减轻处罚。在运输毒品的共同犯罪中，黄尹川委托陈芝华

购买毒品氯胺酮986.8克，陈芝华在运输毒品过程中被抓获，陈芝华起主要作用，是主

犯，黄尹川是从犯，依法应当减轻处罚。在盗窃摩托车的共同犯罪中，彭某海、陈志忠在

共同犯罪中的地位、作用相当，不宜区分主从犯。陈勇良、陈志忠、黄尹川、彭某海因故

意犯罪被判处有期徒刑，在刑罚执行完毕后五年以内又犯应当判处有期徒刑之罪，均是累

犯，依法均应当从重处罚。陈芝华、黄尹川、彭某海归案后能如实供述犯罪事实，陈志忠

亦能如实供述其盗窃的犯罪事实，依法均可从轻处罚。根据被告人陈芝华、陈勇良、陈志

忠、黄尹川、彭某海犯罪的事实、性质、情节和对社会的危害程度，依法判决如下：

一、被告人陈芝华犯贩卖、运输毒品罪，判处有期徒刑十五年，剥夺政治权利四年，

并处没收财产人民币五万元；

二、被告人陈勇良犯贩卖毒品罪，判处有期徒刑十二年，剥夺政治权利二年，并处罚

金人民币三万元；

三、被告人陈志忠犯贩卖毒品罪，判处有期徒刑十年，剥夺政治权利一年，并处罚金

人民币二万元；犯盗窃罪，判处有期徒刑一年四个月，并处罚金人民币二千元。数罪并

罚，决定执行有期徒刑十年六个月，剥夺政治权利一年，并处罚金人民币二万二千元；

四、被告人黄尹川犯运输毒品罪，判处有期徒刑八年，并处罚金人民币一万五千元；

五、被告人彭某海犯盗窃罪，判处有期徒刑一年四个月，并处罚金人民币二千元；

六、对从陈芝华处扣押的违法所得人民币一万二千五百元予以没收，上缴国库，对扣

押的毒品、手机等予以没收，毒品由公安机关依法销毁。

宣判后，各被告人均未提出上诉，公诉机关未抗诉。

【法官后语】

毒品买卖一般存在卖毒者和购毒者，但司法实践中，并非所有的毒品买卖活动都是卖

毒者和购毒者直接达成并完成交易的，毒品买卖活动中经常出现居间介绍行为、居中倒卖

行为、代购代卖行为。

1.居间介绍买卖毒品，通常是指行为人为毒品交易双方提供交易信息、介绍交易对

象、协调交易价格、数量，或者提供其他帮助，促成毒品交易的行为。由此，对居间人的

定罪处罚与贩毒者、购毒者的目的、行为有密不可分的关系，而不论居间人是否从中获

利。为购毒者寻找介绍毒品卖主的居间人，若购毒者是以吸食毒品为目的的，居间人为其

介绍贩毒者的，不能因为其行为客观上促进了贩卖行为而简单认定为贩毒者的共犯，毒品

数量达到较大以上的，居间者与购毒者构成非法持有毒品罪的共犯；若购毒者是以贩卖为

目的的，且居间人明知，则应以贩卖毒品罪的共犯论处。 [[7] 居](#p131)间人受贩毒人员委托为其

寻找买毒人，或同时受贩毒者、购毒者双方委托，为双方联络、促成交易的，因为居间人

不仅主观上具有帮助他人贩卖毒品的故意，客观上也有积极帮助寻找买主的行为，而寻找

买主正是贩卖活动的一个重要表现形式，因此，对这类居间介绍行为应以贩卖毒品罪共犯

论处。本案中，第一居间人陈志忠与陈芝华居住在一起，明知陈芝华居中倒卖毒品仍介绍

第二居间人陈勇良与陈芝华认识，告诉陈芝华购买毒品的规格，在陈勇良与陈芝华之间牵

线搭桥，陈志忠与陈芝华构成了贩卖毒品罪的共犯；第二居间人被告人陈勇良在微信中与

购毒者陈芝华联系毒品氯胺酮的价格、见面的地点等事宜，又安排他人带陈芝华去购买毒

品氯胺酮，陈勇良与购毒者、贩毒者的关系都非常密切的，受其双方信任，对促成毒品交

易起到很大作用，虽然本案的贩毒者没有抓获归案，但正是陈勇良谈妥毒品交易价格、安

排交易地点的行为促成了毒品交易，其行为已构成贩卖毒品罪的帮助犯。

2.居中倒卖毒品行为，显而易见是指行为人以牟利为目的，低买高卖毒品的行为。居

中倒卖者属于毒品交易主体，与前后环节的交易对象是上下家关系，直接参与毒品交易并

从中获利，其虽然处于毒品交易链条的中间环节，但在每一个具体的交易环节中都是毒品

交易的一方主体，在上一交易环节其扮演买家的角色，在下一交易环节其又扮演卖家角

色，与前后环节的毒品交易主体不是共犯关系，而是上下家关系，对交易的发起和达成起

决定作用。结合本案，陈芝华以每千克22500元的价格购进毒品“K粉”，却收了黄尹川

25000元的毒资，虽然陈芝华与黄尹川合谋时表示代购，但陈芝华也供认是为了赚取差

价，并且从他人给付的毒资中抽取了利润，即陈芝华此时的“代购”与“居中倒卖”便具有相

同属性。

3.代购代卖毒品从字面上比较容易理解，即接受委托人的委托代理买家购买毒品及接

受委托人的委托代理卖家出售毒品。居间介绍买卖毒品与代购代卖毒品行为的区分主要在

行为方式、在交易中发挥的作用、交易双方之间的关系等方面不同。 [[8] 居](#p131)间介绍买卖毒

品主要是为毒品交易双方提供交易信息，介绍交易对象，协调交易价格、数量或者提供其

他帮助，他不是一方交易主体，而是贩毒者、购毒者的中间人。代购者或者代卖者起到的

是交易一方代理人的作用，是实际参与毒品交易的一方主体，其必然直接持有毒品，而且

往往伴随着帮助运输毒品的行为。而为他人代购仅用于吸食的毒品的，代购者从中牟利

的，属于变相加价贩卖毒品，以贩卖毒品罪定罪处罚；代购者没有从中牟利，毒品数量达

到较大以上的，对托购者、代购者以非法持有毒品罪的共犯论处，若在运输过程中被查

获，没有证据证明托购者、代购者是为了实施贩卖毒品等其他犯罪，毒品数量达到较大以

上的，对托购者、代购者以运输毒品罪的共犯论处。具体到本案，黄尹川商议由陈芝华到

惠东县代购毒品氯胺酮，并安排车辆，给付陈芝华毒资，并在陈芝华运输毒品过程中密切

关注，其与陈芝华具有共同运输毒品的故意。当然，被告人陈芝华接受多人的毒资去惠东

县购买毒品氯胺酮并从中牟利，其不仅仅是代购人，而且是贩毒人，尽管黄尹川是委托

人，但陈芝华在与黄尹川运输毒品的共同犯罪中仍起主要作用。如果认定托购者黄尹川为

非法持有毒品罪，对帮助其运输毒品的陈芝华认定为贩卖、运输毒品罪，则容易造成处罚

失衡。

编写人：广东省云浮市中级人民法院 刘恒军

45 吸毒者动态持有毒品的行为如何定性

——覃东成运输毒品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区来宾市中级人民法院（2016）桂13刑终98号刑事裁定书

2.案由：运输毒品罪

【基本案情】

2015年9月19日20时许，被告人覃东成携带毒品甲基苯丙胺片剂（俗称“麻古”）、甲

基苯丙胺（冰毒）、氯胺酮，驾驶套桂AZX×××东风日产牌小轿车，从柳江县出发前往宾

阳县，途经合山市河里收费站被公安人员截获。公安人员从覃东成驾驶的车辆中查获甲基

苯丙胺片剂16包共计212.4克、氯胺酮1包共计172.8克、甲基苯丙胺（冰毒）1包共计1.2

克。

【案件焦点】

1.覃东成运输毒品的目的是否以贩卖为目的；2.覃东成在运输毒品过程中被查获的毒

品数量是否明显超出其个人正常吸食量。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区合山市人民法院经审理认为：依照《中华人民共和国刑法》第三百四

十七条第二款（一）项、第六十七条第三款、第六十四条、第六十一条之规定，判决被告

人覃东成犯运输毒品罪，判处有期徒刑十五年，并处没收财产人民币十万元。

宣判后，被告人覃东成不服判决，以自己系吸毒人员，被查获的毒品均用于自吸，其

应构成非法持有毒品罪。原判认定事实不清，证据不足为由，提起上诉，请求来宾市中级

人法院改判，从轻判处。其辩护人提出，上诉人覃东成系吸毒人员，被查获的毒品均用于

自吸，覃东成应构成非法持有毒品罪，原判认定事实不清，证据不足，请求二审法院改

判，从轻判处。

广西壮族自治区来宾市中级人民法院经审理认为：上诉人覃东成违反国家毒品管理法

规，明知是毒品还予以运输，已触犯刑律，构成运输毒品罪。运输甲基苯丙胺五十克以

上，依法应处十五年有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处没收财产。被告人覃东成输运毒

品数量大，原判鉴于其具有从轻情节，对其判处有期徒刑十五年，量刑并无不当。证实覃

东成运输毒品的证据有其本人的供述、当场查货的毒品、鉴定意见、通话清单、作案工具

小车一辆及其行车轨迹等证据。因此，覃东成上诉提出及辩护人辩解覃东成应构成非法持

有毒品罪的辩解意见不能成立。原判认定事实清楚，适用法律正确，量刑适当，审判程序

合法。来宾市中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第

（一）项之规定，作出如下裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案涉及吸毒者动态持有毒品行为的定性问题。运输毒品罪与非法持有毒品罪在客观

上存在一定竞合关系。运输毒品必然要持有毒品，而持有毒品既包括静态的持有也包括动

态的持有，动态持有毒品与运输毒品则存在形式上的重合。特定情形下运输毒品罪与非法

持有毒品罪的区分一直是实践中争议的难题。2008年印发的《全国部分法院审理毒品犯罪

案件工作座谈会纪要》（以下简称《大连会议纪要》）规定吸毒者在购买、运输、存储毒

品过程中被查获的，如没有证据证明其是为了实施贩卖等其他毒品犯罪行为，查获的毒品

数量达到较大以上的，应以其实际实施的毒品犯罪行为定罪处罚。而“实际实施的毒品犯

罪行为”应如何理解，未作明确规定。本案中，没有证据证明覃东成是为了实施贩卖等其

他毒品犯罪行为，而查获的毒品数量达到较大以上，应以其实际实施的毒品犯罪行为定罪

处罚。对“实际实施的毒品犯罪行为”应理解为：吸毒者在购买、运输、存储毒品过程中被

查获，毒品数量较大，但尚未超出其个人正常吸食量的，应当以非法持有毒品罪定罪处

罚；吸毒者在运输毒品过程中被查获，毒品数量大，明显超出其个人正常吸食量的，应当

以运输毒品罪定罪处罚。

因为持有毒品的状态并不是区分非法持有毒品罪与运输毒品罪的关键，持有毒品原本

就包括静态和动态的持有，不能因为吸毒者在运输毒品过程中被查获就一律以运输毒品罪

定罪处罚。司法实践中认定行为人构成运输毒品罪并无目的性要求，但由于吸毒行为不构

成犯罪，对于吸毒者携带正常吸食量范围内的毒品发生位移的，应当适当考虑其目的，若

有证据证明吸毒者意图通过运输行为达到保有、吸食毒品目的的，应作为例外情形对待。

还有吸毒者运输毒品数量是否超过其个人正常吸食量，是判断其是否以吸食为目的运输毒

品的重要因素，但把握上要注意以下两个问题：第一，合理确定吸食量。毒品吸食量的个

体差异较大，且存在随着耐受力增强不断增加用量的情况。据有关专家介绍，海洛因的典

型单次用量在0.05克至0.08克，致死量为0.75克至1.2克；甲基苯丙胺的典型单次用量在

0.02克至0.03克，致死量为1.2克至1.5克（以上均以纯品计算）。因此，应结合毒品种类、

纯度及吸毒者的吸毒时间长短、瘾癖程度等因素，合理确定其单日吸食量大小，并根据毒

品价格、紧俏程度及吸毒者的经济状况、在途时间等因素，判断其有关在一段时间内吸食

的辩解是否合理。第二，综合判定吸毒者运输毒品的目的。实践中，单纯依据毒品数量判

断吸毒者是否以吸食为目的而运输毒品有时过于绝对。对于吸毒者运输毒品的行为，还应

结合其吸食毒品种类与查获毒品种类是否相同，其有无采用特定运输方式、运输路线，及

其职业、经济状况、违法犯罪经历等情节综合判定其运输目的。如有证据证明吸毒者系受

雇运输毒品、职业运输毒品的，应当以运输毒品罪定罪处罚。

而本案中，从覃东成驾驶的车辆中查获甲基苯丙胺213.6克、氯胺酮172.8克明显超出

其个人正常吸食量，故应当以运输毒品罪定罪处罚。

编写人：广西壮族自治区合山市人民法院 覃桂茶

46 受指使运输来源不明毒品且无其他犯罪目的是否成立非法持有毒品罪

——闫博宇等运输毒品、隐瞒毒品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院（2016）京03刑终616号刑事裁定书

2.案由：运输毒品罪、隐瞒毒品罪

【基本案情】

被告人闫博宇于2015年7月2日9时许，租用李某林驾驶的某牌小轿车，指使被告人刘

磊到北京北郊长途汽车站替其取毒品，被告人刘磊于当日乘坐李某林驾驶的某牌小轿车到

北京北郊长途汽车站，从被告人韩某、尹某处取走藏有毒品的运动鞋，后乘坐某牌小轿车

返回北京市密云区，14时许，途经北京市密云区十里堡镇云蒙大桥北侧路口处时被民警抓

获，民警从刘磊携带的运动鞋内查获1包白色晶体状可疑物。经鉴定，该白色晶体状可疑

物净重49.17克，检出甲基苯丙胺成分。

被告人韩某、尹某在北京北郊长途汽车站明知他人委托捎带的运动鞋内藏有毒品，仍

在被告人刘磊来领取时，协助刘磊避开车站安检，将藏有毒品的运动鞋取走，并收取被告

人刘磊人民币200元。

【案件焦点】

受指使运输来源不明毒品且无其他犯罪目的是否成立非法持有毒品罪，以及受指使运

输毒品的刘磊是否属于从犯。

【法院裁判要旨】

北京市密云区人民法院经审理认为：被告人闫博宇为运输毒品联系车辆并指使刘磊进

行运输，被告人刘磊明知是毒品而进行运输，其行为均已构成运输毒品罪；被告人韩某、

尹某明知是毒品仍为犯罪分子隐瞒，其行为均已构成隐瞒毒品罪。被告人闫博宇虽然否认

指控事实，但在案短信息记录、证人证言及手机通话记录等证据能够形成证据链条，证明

闫博宇为刘磊安排车辆，指使刘磊取回藏有冰毒的运动鞋，且在刘磊从韩某、尹某处取回

冰毒乘车返回的过程中与刘磊频繁联系，也与刘磊、韩某、尹某的供述能够相互印证，足

以证明被告人闫博宇实施了指使刘磊运输毒品的犯罪事实。刘磊虽系受闫博宇指使，但具

体实施了运输毒品的行为，不能认定其在运输毒品中起次要或者辅助作用，其不是从犯。

鉴于被告人刘磊、韩某、尹某如实供述所犯罪行，依法对其从轻处罚。据此判决：

一、被告人闫博宇犯运输毒品罪，判处有期徒刑十四年，剥夺政治权利四年，罚金人

民币三万元；

二、被告人刘磊犯运输毒品罪，判处有期徒刑十年，剥夺政治权利二年，罚金人民币

一万元；

三、被告人韩某、尹某犯隐瞒毒品罪，均判处有期徒刑一年，缓刑一年。

闫博宇以其不构成运输毒品罪且量刑过重为理由，刘磊以量刑过重为理由，上诉至北

京市第三中级人民法院。

北京市第三中级人民法院经审理认为：一审法院根据闫博宇、刘磊、韩某、尹某犯罪

的事实、犯罪的性质、情节及对社会的危害程度等所作出的判决，定罪及适用法律正确，

量刑适当，审判程序合法，应予维持。据此，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百

二十五条第一款第（一）项之规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案的争议点有两个：一是闫博宇和刘磊犯非法持有毒品罪还是运输毒品罪；二是刘

磊系本案主犯还是从犯。

在非法持有毒品的人拒不说明毒品的来源，而司法机关根据已查获的证据，又不能认

定非法持有较大数量的毒品是为了进行走私、贩卖、运输或者窝藏毒品犯罪的，构成非法

持有毒品罪。运输毒品罪的“运输”是指，明知是毒品而采用自身携带或者利用他人携带、

使用交通工具非法运送，或者伪装后以合法形式交邮政、交通部门邮寄、托运毒品的行

为。构成本罪的前提还需要“明知”是毒品。我国打击毒品犯罪的重要文件有最高人民法院

2008年12月印发的《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称《大连

会议纪要》）和最高人民法院2015年5月印发的《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪

要》（以下简称《武汉会议纪要》）。若相互之间有阐明不足或冲突之处，以《武汉会议

纪要》为准。《武汉会议纪要》明确规定：“吸毒者在购买、存储毒品过程中被查获，没

有证据证明其是为了实施贩卖毒品等其他犯罪，毒品数量达到刑法第三百四十八条规定的

最低数量标准的，以非法持有毒品罪定罪处罚。吸毒者在运输毒品过程中被查获，没有证

据证明其是为了实施贩卖毒品等其他犯罪，毒品数量达到较大以上的，以运输毒品罪定罪

处罚。”本案中，刘磊的尿检结果系苯丙胺类阳性，属于吸毒者。其在运输毒品时被警察

查获，没有证据证明其是为了实施贩卖毒品等其他毒品犯罪而运毒，毒品数量又达到较大

以上，应当按照以运输毒品罪定罪处罚。同理，闫博宇是指使刘磊取毒、运毒的人，以对

刘磊犯罪行为的定性为准，也认定为运输毒品罪。

毒品犯罪中区分主犯和从犯，应当以各个共同犯罪人在毒品共同犯罪中的地位和作用

为根据，要从犯意提起、具体行为分工、出资和实际分得毒赃多少以及共犯之间相互关系

等方面，比较各个共同犯罪人在共同犯罪中的地位和作用。一般在毒品犯罪中，主出资

者、毒品所有者或者起意、策划、纠集、组织、雇佣、指使他人参与犯罪以及其他起主要

作用的是主犯。闫博宇作为本案的策划者，提起犯意并指使刘磊将毒品收取后转移、运

输，是本案的主犯无疑。而受指使、雇佣实施毒品犯罪的，并不必然是从犯，应根据其在

犯罪中实际发挥的作用具体认定主从犯。刘磊虽系受闫博宇指使，但其才是真正实施本案

运输毒品犯罪的行为人。其在主观明知是毒品，能充分认识到犯罪后果的前提下，轻易屈

从他人指使，心存侥幸，长途驱车至汽车客运站取毒并代为隐瞒、运输，在被大客车司机

察觉、取毒受阻时，仍不懈周旋，与闫博宇串通，通过给大客车司机封口费的手段取得毒

品，随后单独实施了将毒品从昌平区运输至密云区的实际行为，如果未被查获，致使该

批“数量较大”的毒品流入社会，为患甚巨。故综合全案，刘磊的犯罪行为并非所谓的起到

次要或辅助作用，对其应与闫博宇一同按照运输毒品罪主犯处罚。考虑到其确系受人指

使，也并未从中分得毒赃、实际获利，认定其在共同犯罪中属于作用相对较小的主犯，与

其罪责刑相适当。

编写人：北京市密云区人民法院 苏小琴

47 毒品含量如何鉴定

——黄光辉运输毒品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省广州铁路运输中级人民法院（2016）粤7102刑初第11号刑事判决书

2.案由：运输毒品罪

【基本案情】

2016年6月6日23时10分许，被告人黄光辉从广东茂名市驾驶一小汽车拟返回海南三

亚，途径粤海铁路北港码头待渡时，被查缉民警从其驾驶座位底部查获一红色塑料袋，该

红色塑料袋内装有：上印有“荷兰叶”等字样的银色塑料袋150包，内均装土黄色粉末共净

重210克，检出MDMA、咖啡因、氯胺酮成分；外层为黄色塑料袋、内层为银色塑料袋封

口包装的淡黄色药片2000粒状共净重374.4克，检出尼美西泮成分。

【案件焦点】

本案的审理焦点在于涉案毒品含量如何确定。

【法院裁判要旨】

广东省广州铁路运输第二法院经审理认为：被告人黄光辉所运输的210克混合毒品

中，经鉴定MDMA的含量为18.4g/100g，超过了最低限度，按照最高人民法院、最高人民

检察院、公安部联合发布的《关于规范毒品名称表述若干问题的意见》应以毒性较大的毒

品确定其种类，在本案中所查获的毒品中包含有MDMA、咖啡因、氯胺酮，其中毒性最

大的为MDMA，其次为氯胺酮、咖啡因，只有当MDMA这种毒性最大，但含量极低的情

况下（固体2%，液体0.005%），才会以毒性次之的氯胺酮、咖啡因等含量不是极低的毒

品种类来确定混合毒品的种类，故涉案的毒品应确定为粉状MDMA。

被告人黄光辉无视国家法律，明知是毒品仍然进行非法运输，数量大，其行为已构成

运输毒品罪。公诉机关指控被告人所犯罪名成立，证据确实、充分。因被告人黄光辉运输

的毒品MDMA达到210克，超过了《中华人民共和国刑法》第三百四十七条第二款第

（一）项规定的“其他毒品数量大”的标准下限（100克），属于“其他毒品数量大”的范

畴。被告人归案后能如实供述自己的罪行，可以从轻处罚。对于被告人及其辩护人提出的

被告人能自愿认罪，且系初犯，可以从轻处罚的辩解、辩护意见，经查属实，予以采纳。

对于被告人辩称其系非法持有毒品的辩解意见，经查，被告人已经乘坐交通工具携带毒品

进行了空间位置转移，故对被告人的该辩解意见，法院不予采纳。依照《中华人民共和国

刑法》第三百四十七条第二款第（一）项、第六十七条第三款，第五十九条第一款，第六

十四条；《最高人民法院关于适用财产刑若干问题的规定》第一条之规定，判决如下：

一、被告人黄光辉犯运输毒品罪，判处有期徒刑十五年，并处没收财产人民币一万

元；

二、本案扣押的毒品，予以没收，其他扣押物品由扣押机关依法处理。

【法官后语】

1.关于运输毒品罪的罪名确定

在我国《刑法》中，运输毒品与走私、贩卖、制造毒品并列处罚，但是在一般人看来

运输毒品的危害性应该比走私、贩卖、制造的要轻，这是因为一般人理解的运输毒品仅是

指纯运输行为而言，而刑法中所说的运输毒品却包括了纯运输行为及运输对走私、贩卖、

制造毒品的辅助性功能，因为在后几种罪名的犯罪中，如不是有证据能直接印证犯罪人的

主观目的，则很难通过客观行为来印证其主观目的，罪名很难成立，这样一来会影响对毒

品犯罪的打击，因此刑法在订立罪名时将运输毒品与走私、贩卖、制造毒品并列处罚。但

何为刑法意义上的运输毒品，在刑法中并没有给出一个规范化的表述，这也使得普通民众

的认知产生了偏差，也让部分律师在进行辩护时故意以错误的观念引导被告人及陪审人

员，如运输毒品是指将毒品在不同地域、人之间流通，所以为自己吸食而运输不是运输毒

品罪应以非法持有毒品罪论处等观点就是其中的典型代表，综合《刑法》及相关法律法规

的规定，“持有”是指占有、携有、藏有毒品的行为，在司法实践中非法持有毒品罪通常是

作为在静态情况下在不能查明犯罪人有运输、走私、贩卖、制造行为的情况下，对犯罪人

持有毒品进行打击的兜底条款，而在动态情况下如在运输过程中查获犯罪人持有的毒品则

肯定不会定非法持有毒品罪而是运输毒品罪。笔者认为既然司法实践中均如此，建议在刑

法中明确规定，通过运输工具运送或携带毒品乘坐交通工具使非法持有的毒品发生空间转

移，即构成运输毒品罪，这样一来既简单明了，也让司法实践的做法有法可依，还可以减

少普通人的错误认识，也有利于打击毒品犯罪。

2.关于毒品的含量鉴定

在目前的司法实践中，毒品犯罪一般会做成分鉴定，但基本不做含量鉴定，办案单位

认为根据两高一部印发的《关于规范毒品名称表述若干问题的意见》中所规定的“对于含

有二种以上毒品成分的混合型毒品，混合型毒品中含有海洛因、甲基苯丙胺的，一般应当

以海洛因、甲基苯丙胺确定其毒品种类”，故对于毒品只要做出的成分鉴定中包含有该两

项即可。但笔者认为在前述表述的后面还有一段规定，“不含海洛因、甲基苯丙胺，或者

海洛因、甲基苯丙胺的含量极低的，可以根据其中定罪量刑数量标准较低且所占比较大的

毒品成分确定其毒品种类”。即虽然有海洛因、甲基苯丙胺成分，但含量极低的情况下，

也不是以该两种成分来确定毒品的种类，而是要以占比较大、毒性较强的毒品成分来确定

其种类，那么何为含量极低呢？法律并没有明确规定，但在该意见出台后，《人民法院

报》曾就该意见的制定背景、起草思路及主要内容说明中提到：所谓含量极低是指固定

2%、液体0.005%以下，即痕量，同时，在该文件中还提到晶体状的甲基苯丙胺（含量通

常在50%至100%之间）、片剂状的甲基苯丙胺（含量通常在5%至25%之间），因《人民

法院报》中记载的内容并非法律规定，不能直接适用，笔者认为既然在意见中提到了如果

含量极低即不能以该两种成分来确定毒品种类，并且直接影响到了对被告人的量刑，有时

甚至相差五年以上，就应该在相关法律文件中确定含量极低的标准，且公安机关也应该在

给混合毒品做成分鉴定的同时对含有海洛因、甲基苯丙胺成分的毒品作出海洛因、甲基苯

丙胺含量鉴定，这样一来既能让公诉机关在提出量刑建议时有据可依，也可减少进入审判

阶段后被告人及辩护人提出的含量鉴定要求，避免增加公安机关的工作量。

编写人：广东省广州铁路运输第二法院 吴玉龙

48 吸毒者驾驶机动车携带数量大的毒品回家吸食，路途中被查获的行为

性质认定

——邓洪挺运输毒品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省云浮市中级人民法院（2016）粤53刑终59号刑事裁定书

2.案由：运输毒品罪

【基本案情】

2009年，邓洪挺因吸食毒品甲基苯丙胺（以下简称“冰毒”）被公安机关强制戒毒二

年。2015年3月，邓洪挺开始复吸毒品“冰毒”。2015年10月22日下午，邓洪挺在广东省广

州市白云区人和镇用人民币2800元向一名自称“阿朝”的潮州人购买了毒品“冰毒”。2015年

10月25日23时左右，邓洪挺驾驶其本人的粤E86×××号小汽车，搭载妻子卢某、朋友的子

女劳某秀、劳某源和邓某聪，并携带自己已购买的毒品“冰毒”从广州返回广西灵山县家

乡。邓洪挺开车行驶至深罗高速罗定市榃滨公安检查站时，公安人员要求邓洪挺等人接受

检查。公安人员核查邓洪挺身份证时，发现邓洪挺是吸毒人员，后对邓洪挺驾驶的小汽车

进行检查，当场在邓洪挺的小汽车驾驶座椅上的西装右边内袋处检查出三包分别净重8.7

克、49.9克、49.5克疑似毒品的白色晶体；小汽车扶手箱里面的挎包内检查出用一只橙色

玻璃瓶装着的净重4.2克疑似毒品的白色晶体；在邓洪挺裤头锁匙包内检查出一包用白色

透明密封胶袋装着的净重1.7克疑似毒品的白色晶体。经鉴定，扣押的上述共净重114克疑

似毒品的白色晶体均检出甲基苯丙胺成分。

【案件焦点】

邓洪挺驾驶机动车携带114克毒品甲基苯丙胺回家吸食路途中被查获，其行为是构成

运输毒品罪还是非法持有毒品罪。

【法院裁判要旨】

广东省罗定市人民法院经审理认为：根据邓洪挺的供述，证人劳某秀、苏某源、邓某

聪、卢某的证言，现场勘查笔录，鉴定意见证实邓洪挺购买毒品甲基苯丙胺后，并驾驶其

小汽车携带已购买的毒品甲基苯丙胺从广东省广州市出发返回家乡的路途中被公安人员查

获，携带毒品甲基苯丙胺数量为114克的事实。刑法分则规定运输毒品罪不以行为人主观

上是否具备牟利、营利的目的为必要条件，以行为人主观上明知是毒品即可，客观上实施

运输行为且毒品数量符合入罪标准即构成运输毒品罪。邓洪挺明知是毒品甲基苯丙胺而予

以运输，其行为构成运输毒品罪。邓洪挺辩解其行为构成非法持有毒品罪、不构成运输毒

品罪的理由不成立，不予采信。广东省罗定市人民检察院指控邓洪挺犯运输毒品罪的事实

清楚，证据确实、充分，罪名成立，予以支持。广东省罗定市人民法院依据《中华人民共

和国刑法》第三百四十七条第二款第（一）项、第三百五十七条第二款、第六十七条第三

款、第六十四条、第五十九条之规定，作出如下判决：

被告人邓洪挺犯运输毒品罪，判处有期徒刑十五年，并处没收财产五万元。

邓洪挺不服一审判决，提起上诉。

广东省云浮市中级人民法院经审理认为：根据邓洪挺的稳定供述，证实其向他人购买

毒品甲基苯丙胺主要用于自己吸食，并将购买的毒品甲基苯丙胺携带回老家。违法犯罪嫌

疑人信息登记表证实邓洪挺曾因吸食毒品甲基苯丙胺被公安机关强制戒毒。证人劳某秀、

苏某源、邓某聪、卢某的证言均证实在公安检查站时，邓洪挺对公安人员查获其身上及车

上的毒品甲基苯丙胺，均认可是其向他人购买的。现场勘查笔录、鉴定意见证实公安人员

查获邓洪挺携带毒品甲基苯丙胺数量为114克。上述言词证据、书证、物证相互印证邓洪

挺为了自己吸食毒品而携带毒品，且在毒品处于运输过程中被公安人员查获的事实。依据

《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会议纪要》第二条第二款规定：“吸毒者在运输毒品过

程中被查获的，没有证据证明其是为了实施贩卖毒品等其他犯罪，毒品数量达到较大以上

的，以运输毒品定罪处罚。”本案中邓洪挺是吸毒人员，邓洪挺的供述、证人证言均不能

证实邓洪挺携带毒品回家是为了实施贩卖毒品等其他犯罪事实，邓洪挺携带114克毒品甲

基苯丙胺，数量达到较大以上，其行为构成运输毒品罪；邓洪挺上诉提出其行为构成非法

持有毒品罪的理由不成立，不予采信。原判认定事实清楚，定罪与量刑并无不当，应予维

持。广东云浮市中级人民法院依据《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款

第（一）项之规定，作出裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案争议焦点是邓洪挺驾驶机动车携带114克毒品甲基苯丙胺回家吸食，路途中被查

获的行为性质认定。“持有”既可表现为静态的占有、藏有等行为方式，也可表现为动态的

随身携带等行为方式，持有包括携带行为，运输是携带方式之一，运输毒品的行为同时可

表现为非法持有毒品，如何区分认定运输毒品罪与非法持有毒品罪。

司法实践中，法律文件在规制吸毒者实施毒品犯罪的性质认定上发生较大变化：2008

年《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称《大连会议纪要》）规

定，吸毒者在购买、运输、存储毒品过程中被查获，如没有证据证明其是为了实施贩卖等

其他毒品犯罪行为，查获的毒品数量达到较大以上的，应以其实际实施的毒品犯罪行为定

罪处罚。2015年《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要》（《以下简称《武汉会议纪

要》）规定，吸毒者在购买、存储毒品过程中被查获，没有证据证明其是为了实施贩卖毒

品等其他犯罪，毒品数量达到《刑法》第三百四十八条规定的最低数量标准的，以非法持

有毒品罪定罪处罚。吸毒者在运输毒品过程中被查获的，没有证据证明其是为了实施贩卖

毒品等其他犯罪，毒品数量达到较大以上的，以运输毒品定罪处罚。

笔者认为，《武汉会议纪要》在《大连会议纪要》的基础上加以明确细化和完善，根

据吸毒者实施的具体行为状态定罪，毒品数量达到较大以上的，处于购买、存储状态的认

定为非法持有毒品罪；处于运输状态的认定为运输毒品罪，不以《南宁会议纪要》定性为

非法持有毒品罪。《武汉会议纪要》规定运输毒品罪时，明确将运输状态从“持有”方式中

剥离出来，参考刑法设置非法持有毒品入罪数量标准，辅之以设立“数量达到较大以上”的

条件，故可以把“数量较大”作为衡量吸毒者合理吸食量的标准，超出“数量较大”的，可视

为超出合理吸食量的标准。综合全案证据审查认定，邓洪挺系吸毒人员，为吸食毒品而向

他人购买毒品甲基苯丙胺，并驾驶机动车携带已购买的毒品甲基苯丙胺返回家乡且使毒品

处于运输状态中被公安人员查获，没有证据证明邓洪挺是为了实施贩卖毒品等其他犯罪，

查获的毒品甲基苯丙胺数量为114克，符合《刑法》第三百四十七条第二款第（一）项规

定甲基苯丙胺五十克以上的属于毒品数量大的标准，超出其合理吸食量界限，邓洪挺的行

为构成运输毒品罪，不构成非法持有毒品罪。

编写人：广东省云浮市中级人民法院 罗杰

49 如何运用事实推定认定同一住处居住行为人各自非法持有毒品的数量

——刘天勇、唐某丽非法持有毒品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省广州市中级人民法院（2016）粤01刑终875号刑事裁定书

2.案由：非法持有毒品罪

【基本案情】

自2014年9月6日始，被告人刘天勇、唐某丽以男女朋友身份共同租住于广州市南沙区

东涌镇太石村标准工业园×栋×房。同年10月16日凌晨，刘天勇购入一批毒品。同日10时

许，公安人员接到群众举报，后去上述地址将唐某丽、刘天勇抓获，并当场缴获房内木台

上的六小包毒品（经鉴定，净重24.9克，检出甲基苯丙胺成分）及木台一侧纸箱内的一大

包毒品（经鉴定，净重479.2克，检出甲基苯丙胺成分，含量76.9%）。

【案件焦点】

对同一住处居住的行为人，如何运用事实推定认定各自非法持有的毒品数量。

【法院裁判要旨】

广东省广州市南沙区人民法院经审理认为：本案中，认定被告人刘天勇对涉案出租屋

内的全部毒品承担非法持有的刑事责任没有异议，争议的焦点在于如何认定被告人唐某丽

非法持有毒品的数量，即唐某丽是否对涉案出租屋内存在的全部毒品情况知情。司法实践

中，在查处行为人实施毒品犯罪的过程中，如果从被告人身上及住宅内查获毒品（达到了

非法持有毒品罪的数量标准），在没有证据进一步证明被告人实施走私、贩卖、运输、制

造毒品犯罪的情况下，应当就低推定被告人系非法持有毒品。 [[9] 这](#p131)一推定规则同样适用

于共同非法持有毒品的行为人。本案中，现有证据证实刘天勇与唐某丽存在共同居住并购

买、吸食毒品的特殊关系，根据经验法则和社会生活的常态、常理，可以推定唐某丽对共

同住处的毒品情况是知情的，从而与刘天勇共同对住处内查获的毒品承担非法持有的刑事

责任。

但是，被告人唐某丽辩称其不知道纸箱里有一大包冰毒，理由是案发当天凌晨送毒品

的男子来到出租屋并没有拿出一大包冰毒，且其吸食了几口送来的毒品后就去睡觉了，直

至侦查人员中午到出租屋搜查时才醒。也就是说，唐某丽对前述知情的推定依据提出反

证。现有证据中支持唐某丽所提反证的证据有：1.从毒品的来源来看。被告人刘天勇供述

称其购买的毒品是唐某丽出资的，但唐某丽予以否认，也没有其他证据证实唐某丽有经济

来源购入该大批量毒品，即不能证实涉案毒品是唐某丽出资购买的。2.从毒品所处的空间

位置来看。侦查机关在涉案出租屋搜查时，涉案的一大包冰毒（479.2克）是放在一个纸

箱内且纸箱盖是闭合的，打开纸箱盖后在表层发现这一大包冰毒，下面有三个塑料胶袋及

一包卫生巾。3.从毒品的接触者来看。刘天勇没有指证唐某丽在案发当天参与清点毒品，

且上述一大包冰毒的胶袋上没有检验出唐某丽的指纹。虽然唐某丽供认其将卫生巾放入纸

箱，但由于卫生巾在冰毒的下面，且装有冰毒的胶袋上没有唐某丽的指纹，故现有证据不

能证实唐某丽曾经接触过该一大包冰毒。4.从案发的时间来看。现有证据证实，涉案毒品

进入出租屋的时间系案发当天凌晨，而当天中午唐某丽、刘天勇刚睡醒就被侦查机关查

获。而涉案毒品进入出租屋的时间较短且被发现时处于相对封闭的空间（闭合的纸箱），

又进一步增强了唐某丽没有接触过、不知道该一大包毒品的可能性。综上所述，现有证据

证实关于唐某丽对共同住处内毒品情况是知情的推定依据存在例外情况，佐证了唐某丽对

纸箱内的冰毒不知情的辩解，故前述知情的推定不能成立，即不能认定唐某丽对该部分

479.2克冰毒承担非法持有的刑事责任，认定唐某丽非法持有甲基苯丙胺的数量为24.9克。

广东省广州市南沙区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百四十八条、第五十

三条、第二十五条第一款、第六十四条以及《最高人民法院关于适用财产刑若干问题的规

定》第一条、第二条第一款、第五条之规定，作出判决如下：

一、被告人刘天勇犯非法持有毒品罪，判处有期徒刑九年，并处罚金人民币二万元；

二、被告人唐某丽犯非法持有毒品罪，判处有期徒刑一年九个月，并处罚金人民币三

千元；

三、扣押于公安机关的毒品甲基苯丙胺504.1克予以没收、销毁；作案工具手机1部予

以没收，上缴国库。

广州市南沙区人民检察院提出抗诉，认为原判认定原审被告人唐某丽非法持有毒品的

数量错误。

广州市中级人民法院审理过程中，广州市人民检察院认为广州市南沙区人民检察院抗

诉不当，提出撤回抗诉。广州市中级人民法院经审理认为广州市人民检察院撤回抗诉的要

求符合法律规定，依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》

第三百零七条、第三百零八条之规定，裁定：

准许广州市人民检察院撤回抗诉。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对事实推定的理解和适用。事实推定，是指在刑事诉讼过程

中，法庭依照法律规定的程序，根据经验法则或法律规定，从已查明的事实推断另一事实

存在，并允许被告人举证反驳的证明方法。对于在同一住处居住的行为人对放置于共同居

住地的毒品是否构成非法持有毒品罪的共犯，要以行为人是否能控制和支配毒品为标准，

如果双方均能单独决定或共同对毒品有支配权且相互明了，则构成非法持有毒品罪的共

犯；反之，如果行为人不明知该空间内有毒品，则没有取得对毒品的控制支配权，不能认

定非法持有。非法持有毒品共犯的前提是各行为人均对毒品的存在情况相互明了，虽然行

为人在同一住处居住并共同吸食毒品的基础事实可以常态地推定各行为人对住处的毒品情

况知情，但应当允许行为人提出反证；当行为人举证证明推定依据不可靠而推翻上述知情

的推定时，不能认定行为人对该部分毒品承担非法持有的刑事责任。本案中，被告人唐某

丽正是通过辩解提出推定依据不可靠，从而认为同居并吸食毒品这一基础事实并不必然推

导出该推定事实的成立；而原审法院通过对案件证据的详细综合分析，认为公诉机关所依

据的推定依据并未达到证据确实、充分的证明标准或者存在例外情况，从而认定唐某丽对

该部分毒品不承担非法持有的刑事责任。

编写人：广东省广州市南沙区人民法院 许东俊

50 涉毒案件定性的证据固定

——曹某勇非法持有毒品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省祁阳县人民法院（2016）湘1121刑初468号刑事判决书

2.案由：非法持有毒品罪

【基本案情】

2016年4月6日中午，被告人曹某勇因吸食毒品与郭某英电话联系。当天下午15时，被

告人曹某勇驾驶摩托车来到祁阳县浯溪镇畅安路交警大队对面的郭某英出租屋附近，被祁

阳县公安局民警抓获，当场从被告人曹某勇身上左边的前、后裤袋内查获疑似甲基苯丙胺

的白色晶体，经称重13.68克。经永州市公安司法鉴定中心检验：查获的疑似甲基苯丙胺

的白色晶体含甲基苯丙胺成分。

【案件焦点】

被告人曹某勇犯贩卖毒品罪还是非法持有毒品罪。

【法院裁判要旨】

湖南省祁阳县人民法院经审理认为：被告人曹某勇明知甲基苯丙胺是毒品而非法持

有，数量较大，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第三百四十八条的规定，构成了非

法持有毒品罪。公诉机关指控公安机关通过郭某英提供的线索知晓曹某勇与郭某英需要交

易100克冰毒而进行布控，但却未进行证据固定，双方通话内容、交易及搜查毒品的过程

等没有相关证据予以佐证，对郭某英身上查获的71.21克毒品并没有做现场称量及拍照，

仅凭情况说明认定郭某英身上的毒品是曹某勇卖给郭某英的，没有形成完整的证据锁链。

故辩护人辩护“公诉机关指控被告人曹某勇贩卖毒品罪的事实不清，证据严重不足，从曹

某勇身上查获的13.68克冰毒是非法持有，从郭某英身上查获的71.21克冰毒没有证据证明

是曹某勇贩卖给她的”意见，予以采纳。

据此，湖南省祁阳县人民法院2017年1月11日作出（2016）湘1121刑初468号刑事判

决：被告人曹某勇犯非法持有毒品罪，判处有期徒刑一年，并处罚金一万元。

【法官后语】

本案之所以最终定性为非法持有毒品罪而非贩卖毒品罪，关键在于侦查过程中没有进

行证据固定，存在重大证据瑕疵。

公安机关通过郭某英提供的线索事先已知晓曹某勇与郭某英需要交易100克冰毒，依

照法律规定，贩卖100克甲基苯丙胺应在有期徒刑十五年以上量刑，本案系重大毒品案

件，而公安机关为此布控了十个小时，却未进行证据固定，对双方通话内容、交易过程及

抓捕、搜查过程均未做同步录音录像，仅对曹某勇身上的毒品作了现场称重及拍照，对郭

某英身上查获的毒品也没有进行现场拍照及现场称量。公安机关民警出具情况说明并出庭

作出解释称：公安机关对郭某英进行布控，对其身上及家里都作了搜查，郭某英身上当时

确实没有毒品，公安机关在双方交易后即进行了抓捕，且从曹某勇身上查获的毒品与郭某

英身上的毒品包装均一致，故而认定郭某英身上71.21克毒品是曹某勇贩卖给她的。但不

管是情况说明还是出庭作出解释都是公安机关的一面之词，虽然所有冰毒的包装都是一样

的，但对郭某英提供线索时没有做讯问笔录和同步录音录像，二人通话也没有做录音，双

方交易毒品的过程也没有视频等其他证据可以佐证，曹某勇与郭某英的说法也是截然相反

的，故仅凭此情况说明认定郭某英身上的毒品是曹某勇卖给郭某英的，证据太显单薄了。

毒品案件证据本身比较难取证，如果嫌疑人不承认，就很难认定贩卖事实，故该类案件更

应当注重证据固定，本案系公安机关布控下的交易，完全有时间和设备完成全程录音录像

等固定证据，即使不可预知，也应该在控制范围内尽量进行证据固定，特别是对抓获经过

和搜查过程都可以进行视频录像，现在公安民警用的都是警备通，都可以通过手机进行录

音录像，还可以使用执法仪。公安机关没有依程序尽力固定证据，导致本案证据存在重大

瑕疵，没有形成完整的证据锁链，指控被告人曹某勇犯贩卖毒品罪，证据严重不足。

编写人：湖南省祁阳县人民法院 于杨宁 蒋琼

51 代购毒品行为如何认定

——邓某峰容留他人吸毒案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江西省上饶市信州区人民法院（2016）赣1102刑初187号刑事判决书

2.案由：容留他人吸毒罪

【基本案情】

2015年11月中下旬至12月上旬，被告人邓某峰在上饶市JK夜总会宿舍1103房间其宿

舍内两次容留吸毒人员刘某、叶某吸食甲基苯丙胺类晶体及片剂。2015年11月下旬，被告

人邓某峰在该房间内容留刘某、叶某及邓某峰的另一个朋友吸食甲基苯丙胺类晶体及片剂

一次。2015年12月23日22时许，叶某想吸毒，便打电话叫被告人邓某峰帮忙买点毒品。之

后去JK夜总会找被告人邓某峰拿毒品甲基苯丙胺类晶体及片剂（俗称“冰毒”和“麻果”）的

混合物，并通过微信红包向被告人邓某峰支付200元毒资。拿到毒品后，被告人邓某峰和

叶某在JK夜总会宿舍1103房间邓某峰宿舍内吸食了买来的毒品。2015年12月24日，民警

查获正在吸毒的叶某，叶某交代了被告人邓某峰多次容留其吸毒的事实，民警据此到JK

夜总会将被告人邓某峰传唤到北门派出所，被告人邓某峰如实供述了上述罪行。

【案件焦点】

邓某峰帮助叶某购买毒品的行为是否构成贩卖毒品罪。

【法院裁判要旨】

江西省上饶市信州区人民法院经审理认为：被告人邓某峰在其宿舍多次容留他人吸食

毒品，其行为已触犯刑法，构成容留他人吸毒罪。公诉机关指控被告人邓某峰犯容留他人

吸毒罪，罪名成立，予以支持。被告人邓某峰被传唤到案后如实供述了容留他人吸毒的罪

行，依法可以从轻处罚。辩护人认为被告人邓某峰是受叶某委托购买毒品，该辩护意见与

查明的事实相符，予以采纳。公诉机关指控被告人邓某峰向吸毒者叶某贩卖毒品，证据不

足，对公诉机关指控被告人邓某峰犯贩卖毒品罪，不予支持。

江西省上饶市信州区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百五十四条、第六十

七条第三款之规定，作出如下判决：

被告人邓某峰犯容留他人吸毒罪，判处有期徒刑八个月，并处罚金人民币五千元。

【法官后语】

司法实践中代为购买毒品一般分为两种情况：一是吸毒者明知某地某人有毒品，而让

他人指定地点代购毒品，代购人仅起跑腿作用；二是吸毒者不知购毒渠道，但知道代购人

有毒品来源，请代购人代购毒品。第一种情况代购者属于纯粹的跑腿行为，没有主动性；

第二种情况下，代购者的行为实质有居间的性质，具有一定的社会危害性，故在法律上对

这种行为在一定程度上予以打击，本案即属于第二种情况。按照2008年最高人民法院引发

的《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称《大连会议纪要》）关

于代购毒品的规定：为他人代购仅用于吸食的毒品的，是否牟利，则影响到其行为性质的

认定；代购者从中牟利的，属于变相加价贩卖毒品，以贩卖毒品罪定罪处罚；代购者没有

从中牟利，毒品数量超过《刑法》第三百四十八条规定的最低数量标准的，对托购者、代

购者以非法持有毒品罪的共犯论处，如果没有超过，则不构成犯罪；明知他人实施毒品犯

罪而为其居间介绍、代购代卖的，无论牟利与否，都应当以相关毒品犯罪的共犯论处。故

对代购毒品行为应当区别具体案情进行具体分析。本案争议焦点即是2015年12月23日邓某

峰帮助叶某购买毒品的行为是否构成贩卖毒品罪。第一种观点认为，邓某峰帮叶某代购毒

品，虽没有牟取金钱利益，但是购买完成后共同吸食毒品时部分用于其自己吸食，即是一

种牟利行为，此处的“利”即指毒品，邓某峰的代购行为构成贩卖毒品罪，这也是信州区人

民检察院的观点。第二种观点认为，首先邓某峰代购毒品目的是仅用于吸食，其次《大连

会议纪要》中所规定的“牟利”应作狭义解释，是与“贩卖”有关的牟利，指行为人加价或变

相加价（如在毒品中掺杂掺假）贩卖毒品牟取差价利益，故本案中邓某峰代购毒品后吸食

的行为不符合“牟利”的目的，不构成贩卖毒品罪。笔者同意第二种观点，除上述理由外笔

者认为，本案中存在争议的邓某峰代购毒品的行为与之后和叶某共同吸食毒品的行为应当

分开来看。先是前一行为，即代购毒品，从本案的案情可以看出，邓某峰和叶某均是吸毒

人员，且是经常共同吸食毒品，单是查明的事实就有三起，而代购毒品这一次也是叶某先

提出想吸食毒品，然后叫邓某峰帮忙购买了200元的甲基苯丙胺类晶体及片剂，目的明

确，是仅用于吸食，邓某峰在代购毒品过程中也并没有赚取差价。再是后一行为，即共同

吸食，在容留他人吸毒这一类的案件当中，很多情况下无非就是你请我吸、我请你吸，由

共同吸食人中的一人提供毒品用于吸食是最常见不过的现象，可以理解成一种赠与吸食的

行为，本案亦是如此。此外，从邓某峰代为购买毒品的次数也可以看出，本案中仅仅只能

算是偶然的行为，并不是惯常行为，且数量很小，未达到《刑法》第三百四十八条规定的

最低数量标准，不构成非法持有毒品罪，综合全案考虑，邓某峰的这一次代购毒品的行为

对毒品交易市场所起的作用是很小的。对邓某峰的代购行为不以牟利论，不以贩卖毒品罪

论是符合立法目的的。

编写人：江西省上饶市信州区人民法院 蔡金燕

52 代他人购买毒品用于共同吸食行为的司法认定

——吴某容留他人吸毒案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

上海市松江区人民法院（2015）松刑初字第2351号刑事判决书

2.案由：容留他人吸毒罪

【基本案情】

2015年7月、8月中旬的一天及同年9月11日，先后三次，被告人吴某在其本区松汇中

路景家堰35号503室的住处容留薛某毅、马某等人吸食冰毒。2015年9月16日，吴某在本区

松汇中路景家堰35号503室，被公安机关抓获。

为确认上述事实，公诉人向法庭举证：证人薛某毅、马某、吴某新、浦某弟的证言及

相关辨认笔录，上海市松江区中心医院检验科报告单，行政处罚决定书，现场指认照片，

房屋租赁合同，公安机关出具的案发抓获经过等。公诉机关认为，被告人吴某贩卖毒品，

情节严重，且容留他人吸食毒品，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第三百四十七条

第一款、第四款及第三百五十四条的规定，应当以贩卖毒品罪、容留他人吸毒罪追究其刑

事责任。被告人吴某犯二罪，根据《中华人民共和国刑法》第六十九条的规定，应当数罪

并罚。被告人吴某如实供述自己的部分罪行，根据《中华人民共和国刑法》第六十七条第

三款的规定，可从轻处罚。

被告人吴某对起诉书指控其犯容留他人吸毒罪没有异议；对犯贩卖毒品罪的指控，其

认为自己系二次为薛某毅等人购得毒品，且也没有从中牟利，不认为自己犯贩卖毒品罪。

辩护人认为起诉书指控被告人吴某犯贩卖毒品罪的证据不足。

【案件焦点】

被告人吴某是否构成贩卖毒品罪。

【法院裁判要旨】

上海市松江区法院经审理认为：被告人吴某容留他人吸食毒品，其行为已构成容留他

人吸毒罪，公诉机关指控的罪名成立。关于公、辩双方对被告人吴某是否构成贩卖毒品罪

的争议问题，本院认为，被告人吴某为薛某毅等人购得毒品后，实施了容留他人并参与一

起吸食毒品的行为，并无为了实施贩卖毒品等其他犯罪行为，不能作为贩卖毒品罪的共犯

论处，故公诉机关以该犯罪行为作为二罪定处不当。被告人吴某到案后如实供述了自己的

犯罪事实，可依法从轻处罚。被告人吴某当庭自愿认罪，可酌情从轻处罚。辩护人所提对

被告人吴某相关从轻处罚的意见，予以采纳。上海市松江区人民法院根据被告人吴某犯罪

的事实、性质、情节和对于社会的危害程度等，依照《中华人民共和国刑法》第三百五十

四条、第六十七条第三款、第五十二条、第五十三条的规定，判决如下：

吴某犯容留他人吸毒罪，判处有期徒刑九个月，并处罚金人民币一千元。

【法官后语】

近年来，贩卖毒品案件成为司法实践中最常见的犯罪类型之一。针对毒品犯罪的严峻

形势，最高人民法院于2015年5月18日发布了《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪

要》，对毒品交易中的代购、居间介绍等行为作了最新、最细致的规定。在毒品审判实务

中，常有被告人到案后提出自己系帮人代购的辩解，此时认定被告人的行为系代购、居间

介绍还是一般贩卖毒品行为争议很大。本案的审理也遇到这一难题。公诉机关指控被告人

吴某的行为构成了贩卖毒品罪。但通过对本案证据的综合分析，我们认为被告人吴某的行

为系代购，且这种代他人购买用于共同吸食毒品的行为不属于从中牟利，据此认定公诉机

关对被告人贩卖毒品罪的指控不能成立。

1.一般贩卖毒品行为与代购行为之判断

“代购毒品”问题一直为我国的毒品犯罪研究所关注。毒品犯罪中的“代购”是指代为购

买毒品的行为，而狭义的“贩卖”是指明知是毒品而非法销售或者以贩卖为目的而非法收买

的行为。一般案件中，代购毒品行为与贩卖毒品行为特征高度重合，都有购毒者向相对方

交付钱款、相对方向购毒者交付毒品的行为，表面上看都属于财物与毒品的交换，在很多

情况下难以区别。许多贩毒者到案后都辩称自己系帮人代购，而其提供的“上家”因没有被

抓获，往往很难查证是否真实存在，有无加价销售的证据就更难以获得了。由于毒品犯罪

的隐蔽性较强，缺乏证人证言、同案犯供述是审判实践中常遇到的情况，如果因为被告人

提出上述抗辩使得案件因缺乏证据而陷入僵局，会导致放纵犯罪的后果。因此，考虑到毒

品犯罪的危害性和隐蔽性，一般的毒品案件中，在上家难以查获的情况下，只要行为人和

购毒者之间存在毒品和钱款的交易，都推定行为人的行为属于贩卖毒品，不论是否牟利，

均构成贩卖毒品罪。这种推定也符合社会一般常理，如果没有利益驱动，一般人也不愿冒

这么大的风险将毒品这类违禁品投入流通市场。但行为人提出自己系代购的辩解有合理解

释或足够证据证明的，可以推翻上述事实推定，如1.购毒者与被告人之间有父母子女、兄

弟姐妹、夫妻等亲密关系；2.购毒者与贩毒者之间有事先约定好购买毒品的价格和数量，

被告人系受购毒者委托向指定的贩毒者购买；3.购买毒品的钱款由购毒者事先交付给被告

人等情况。

在本案中，证人薛某毅、马某的证言均证实其等与被告人吴某系朋友关系，经常在吴

某家吸食毒品，事先给付给吴某的钱款也是为了让其购买毒品用于共同吸食。被告人吴某

也辩称自己只是为了“蹭吸”而帮朋友代为购买毒品，并没有从中赚钱的意思，其属于代购

行为而非贩卖。该辩解与上述证人证言相互印证，也符合情理，吴某本人也没有毒品犯罪

的前科劣迹。因此，本院采纳被告人吴某关于自己行为属于代购的辩解。

2.代购中有无牟利之判断

根据《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要》（以下简称《武汉会议纪要》）规

定，行为人为他人代购仅用于吸食的毒品，从中牟利的，构成贩卖毒品罪。在认定被告人

的行为为代购行为后，确定被告人是否构成贩卖毒品罪的关键点在于确定被告人代购毒品

用于共同吸食是否构成牟利。对此，有人认为，本案中被告人的行为与《武汉会议纪要》

列举的“以贩卖为目的收取部分毒品作为酬劳”相类似，免费吸食毒品本身就应认定为获取

利益或者好处的一种，属于变相加价行为，应当认定为从中牟利。但我们不认同这种观

点，我们认为本案中被告人的代购行为不构成牟利，理由如下：

（1）代购牟利的“利”为物质利益

无论从社会一般观念、法律规定还是审判实践角度，代购中牟利的“利”应仅包括物质

利益为宜。

从刑法理论及社会一般观念来看，贩卖毒品是指有偿转让毒品的行为，即行为人将毒

品交付给对方，并从对方获取物质利益。物质利益包括货币、毒品、车辆等可以用金钱衡

量的财产性利益。而对就业机会、职位晋升、性服务等非物质利益与毒品的交换，不认为

是贩卖毒品。对牟利的代购毒品行为之所以要追究刑事责任，是因为这实质上是一种变相

加价贩卖毒品的行为，是对贩卖的一种补充。故此处牟利的“利”的外延不应超过贩卖毒品

获得的“利”的范围。

从法律规定上看，《武汉会议纪要》对从中代购中牟利的列举均系物质利益。《武汉

会议纪要》规定：“行为人为他人代购仅用于吸食的毒品，在交通、食宿等必要开销之外

收取‘介绍费’‘劳务费’，或者以贩卖为目的收取部分毒品作为酬劳的，应视为从中牟利，

属于变相加价贩卖毒品，以贩卖毒品罪论处。”该规定视为从中牟利的一些情况作了列

举，即在交通、食宿等必要开销之外收取“介绍费”“劳务费”，或者以贩卖为目的收取部分

毒品作为酬劳，均属于物质利益的范畴。按照该规定的精神，牟利的“利”应与上述列举的

利益属于同一性质，即应限制为物质利益。

（2）代购后“共同吸食”行为的定性

本案中被告人与薛某毅等人共同吸食毒品不能等同于《武汉会议纪要》中列举的“以

贩卖为目的收取部分毒品作为酬劳”。首先，被告人没有贩卖的目的，其主观心态是碍于

朋友情面，为了人情而免费帮忙购买。被告人购买毒品前，薛某毅等人也并无给予其好处

的事先承诺，其是在代购毒品行为完成后获邀共同吸食的。其次，本案中被告人的代购行

为本质上是一种购买毒品的行为。代为购买中购毒人是以自身行为与售毒者完成交易，不

存在中间代理的问题。他与薛某毅等人的地位应当是平等的，不能认为出力去购毒的人比

出资的人社会危害性更大。认定出力去购毒的人构成贩卖毒品罪，而出资的人不构成犯

罪，有失公允且不合常理。最后，共同吸食的好处无法完全用金钱衡量。一方出资共同吸

毒与生活中的请客吃饭相类似，多含有人情因素，且大家一起吸毒也根本无法确定某个人

吸食了多少的量，因此不可能直接用金钱进行衡量。

另外，还存在一个公诉机关指控被告人吴某截留部分冰毒的情况。但本院庭审中查

明，被告人吴某取得的部分只是冰毒被吸食后的残留物，实际价值不能等同于直接截留冰

毒。现公诉机关也未能提供证据证实被告人有其他牟利情况。而综合之前的分析，单纯的

蹭吸行为有一定的人情性质，无法用金钱具体衡量计算，不属于财产性利益，不能认定为

刑法意义上的“从中牟利”。

本案中，被告人吴某与薛某毅、马某实质上属于一方出力、一方出资的共同购买行

为，双方属于共同购买关系，而非上下家的贩卖关系，被告人吴某的行为不构成贩卖毒品

罪。公诉机关对本案被告人的行为作为二罪定处不当，应予纠正。

编写人：上海市松江区人民法院 钱莹

（六）组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪

53 组织卖淫罪的“组织” 行为和人数的界定

——万玉平等六人组织卖淫、协助组织卖淫案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

云南省昆明市官渡区人民法院（2016）云0111刑初317号刑事判决书

2.案由：组织卖淫罪、协助组织卖淫罪

【基本案情】

被告人万玉平自2010年起从河口将越南籍妇女以“租赁”的方式组织多人到中国昆明等

地交给被告人刘某丽、朱某伟、李某武、王某、陈某萍（另案起诉）、邓某明（另案起

诉）等人进行卖淫活动，从中获取了高额利润。

被告人刘某丽、朱某伟自2015年4月起通过支付“租金”从被告人万玉平处租得越南籍

女子程某雪，与自行前来的越南籍女子阮某庄共同租住在昆明市官渡区航艺酒店，并以发

名片、拨打酒店内部电话的方式招揽嫖客，在航艺酒店、润都酒店等地安排程某雪、阮某

庄多次进行卖淫活动，对卖淫所得进行管理。2015年5月29日公安机关在航艺酒店查获程

某雪、阮某庄。程某雪系被告人朱某伟与被告人万玉平联系后，从万玉平处“租赁”。被告

人朱某伟驾驶刘某丽所有的某牌小型轿车接送上述两名越南籍女子进行卖淫活动。被告人

刘某丽于2015年4月叫被告人王某飞帮其开车，并将其所有的某牌小型轿车交给王某飞，

安排王某飞接送上述两名越南籍女子进行卖淫活动。

被告人李某武、王某于2015年4月下旬，通过支付“租金”的方式从万玉平处“租赁”越

南籍女子“小丽”进行了一个多星期的卖淫活动，“小丽”未做满一个周期（37天）提前离

开，被告人万玉平退还了部分“租金”给被告人王某、李某武。被告人李某武、王某自2015

年5月起以支付“租金”的方式从周某发（已判决）处“租赁”了越南籍女子林某银，安排林

某银居住在昆明市官渡区晓东村出租房内。被告人李某武、王某以发名片、安放按摩水牌

的方式招揽嫖客，在昆明市官渡区美林酒店、飞行大酒店等地安排越南籍女子林某银多次

进行卖淫活动。2015年5月28日公安机关在官渡区飞行大酒店查获林某银，并将被告人李

某武、王某抓获。

【案件焦点】

组织卖淫罪的“组织”行为和人数的界定。

【法院裁判要旨】

云南省昆明市官渡区人民法院经审理认为：被告人万玉平以牟利为目的，通过招募将

零散的卖淫女组织起来，并确定卖淫女租金后将卖淫女“租赁”给下家进行卖淫活动，通过

租金的管理控制，与下家实现共同对卖淫女的管理控制，其行为已经形成“一条龙”的组织

卖淫产业链条，参与该产业链条的上下家之间有共同的犯罪故意，实现组织卖淫牟利的最

终目的，其行为已触犯刑律，构成组织卖淫罪。现有证据仅能够证实被告人刘某丽、朱某

伟从万玉平处“租”得一名卖淫女，安排并介绍两名卖淫女进行卖淫活动；被告人王某、李

某武从万玉平处租得一名卖淫女，从周某发处“租”得一名卖淫女，安排并介绍两名卖淫女

进行卖淫活动。据此认为被告人刘某丽、朱某伟、李某武、王某均应当在其实际组织的卖

淫女范围内承担刑事责任，四被告人的行为具有组织性，但其组织的人数未达到法律规

定。四被告人不构成组织卖淫罪，而构成介绍卖淫罪。被告人王某飞经刘某丽邀约，帮助

被告人刘某丽、朱某伟开车接送卖淫女从事卖淫活动，构成介绍卖淫罪的共同犯罪。公诉

机关指控被告人万玉平犯组织卖淫罪，事实清楚，证据确实充分，指控罪名成立，本院予

以确认。公诉机关指控被告人刘某丽、朱某伟、李某武、王某、王某飞犯罪的事实清楚，

证据确实充分，唯指控罪名不当，予以变更。

官渡区人民法院依照2011年《中华人民共和国刑法修正案（八）》修订的《中华人民

共和国刑法》第三百五十八条，《中华人民共和国刑法》第三百五十九条第一款、第二十

五条、第二十六条、第二十七条、第六十七条第三款、第七十二条、第七十三条、第十二

条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第二百四十一条第

一款第（二）项之规定，判决如下：

一、被告人万玉平犯组织卖淫罪，判处有期徒刑七年，并处罚金七万元。

二、被告人刘某丽犯介绍卖淫罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚金四万元。

三、被告人朱某伟犯介绍卖淫罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚金四万元。

四、被告人李某武犯介绍卖淫罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚金四万元。

五、被告人王某犯介绍卖淫罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚金四万元。

六、被告人王某飞犯介绍卖淫罪，判处有期徒刑二年零六个月，缓刑三年，并处罚金

三万元。

七、扣押在案的作案工具，依法予以没收；扣押在案的赃款六千六百八十元，予以没

收，上缴国库；冻结在案的万玉平在中国银行河口支行账户金额八万五千九百六十六元九

角一分及孳息，依法予以没收，上缴国库。

【法官后语】

本案争议焦点主要在于对组织卖淫罪的“组织”行为界定上，包括了组织行为的认定和

人数的认定。

第一，组织卖淫罪中“组织”行为的界定。组织卖淫罪是指行为人以招募、雇佣、强

迫、引诱、容留等手段控制多人从事卖淫活动的行为。组织卖淫罪的通常表现形式是组

织、策划、指挥。组织行为表现为将分散的卖淫者或卖淫活动集中起来，为使卖淫活动的

顺利进行布置安排，总体调控、协调、安排的行为，包括卖淫者的招募、嫖娼者的招揽、

场地的管理、对卖淫者的管理、促成卖淫活动其他条件的创造、获利的分配等行为。协助

组织卖淫罪则是附随于组织卖淫罪而存在的，在刑法理论中属于组织卖淫罪的帮助行为。

介绍卖淫罪是指行为人通过在卖淫者和嫖娼者、卖淫场所管理者之间撮合沟通，使卖淫嫖

娼双方或卖淫者与经营者相识或发生联系。虽然组织卖淫罪的手段行为中也包括介绍行

为，但组织卖淫罪中的行为人是以组织卖淫为目的，并且行为人对卖淫者有控制或管理关

系，而介绍卖淫罪中的行为人是以介绍卖淫为目的，介绍者与卖淫者之间则没有管理或控

制关系。

本案中，被告人万玉平与被告人刘某丽、朱某伟、李某武、王某通过对卖淫女以租金

形式的金钱的管理控制，实现共同对卖淫女的管理控制，其行为已经形成“一条龙”的组织

卖淫产业链条，参与该产业链条的上下家之间有共同的犯罪故意，其获利均来源于被组织

的卖淫女的卖淫收入，被告人万玉平具有组织卖淫的行为与犯罪故意。被告人万玉平从

2010年起组织安排多名卖淫女到云南、贵州、广西等地从事卖淫活动。被告人万玉平招募

卖淫女，“租赁”给被告人刘某丽、朱某伟、李某武、王某等人具体从事卖淫活动，收取租

金。其行为对组织卖淫活动起到主要作用，其是否实际控制、策划具体的卖淫活动并不影

响其犯罪构成。

第二，组织卖淫罪是否需要达到组织多人卖淫。《刑法》第三百五十八条的规定，组

织卖淫罪是指以招募、雇佣、强迫、引诱、容留等手段，控制他人从事卖淫活动的行为。

其中未明确组织卖淫罪的人数限制。1992年《最高人民法院、最高人民检察院关于执行

〈全国人民代表大会常务委员会关于严禁卖淫嫖娼的决定〉的若干问题的解答》第二个问

题：怎样认定组织他人卖淫罪？根据该决定第一条第一款的规定，组织他人卖淫罪，是指

以招募、雇佣、强迫、引诱、容留等手段，控制多人从事卖淫的行为。第九个问题“多

人”“多次”的“多”，是指“三”以上的数（含本数）。该解答已于2013年1月废止。现行司法

解释亦未对组织卖淫罪的人数进行过规定。根据1997年3月《最高人民法院关于认真学习

宣传贯彻修订的〈中华人民共和国刑法〉的通知》规定：“如果修订的刑法有关条文实质

内容没有变化的，人民法院在刑事审判工作中，在没有新的司法解释前，可参照执

行。”据此，组织卖淫罪是指行为人以招募、雇佣、强迫、引诱、容留等手段控制多人从

事卖淫活动的行为。组织人数需要达到三人及三人以上。在本案中，现有证据仅能够证实

被告人刘某丽、朱某伟从万玉平处“租”得一名卖淫女，安排并介绍两名卖淫女进行卖淫活

动；被告人王某、李某武从万玉平处“租”得一名卖淫女，从周某发处“租”得一名卖淫女，

安排并介绍两名卖淫女进行卖淫活动。据此认为被告人刘某丽、朱某伟、李某武、王某均

应当在其实际组织的卖淫女范围内承担刑事责任，四被告人的行为具有组织性，但其组织

的人数未达到法律规定，四被告人不构成组织卖淫罪，而构成介绍卖淫罪。

编写人：云南省昆明市官渡区人民法院 钱晨

（七）制作、贩卖、传播淫秽物品罪

54 利用新媒体传播新型淫秽物品的认定

——刘某昭传播淫秽物品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖北省宜都市人民法院（2016）鄂0581刑初93号刑事判决书

2.案由：传播淫秽物品罪

【基本案情】

2015年4月以来，被告人刘某昭在互联网上建立名为“午夜相约”的QQ群，并将其使用

的其他QQ号码拉入该群内设为管理员，不定期利用手机在群内发送招嫖广告，并陆续上

传视频5部、图片2张。其他成员上传视频154部和图片6张。同时，群内成员还上传了名

叫“人舆畜生电影”的网站链接，内有81部视频。截至“午夜相约”QQ群被公安机关查封

时，群内成员共有693人。经鉴定，该QQ群内传播的159部视频和8张图片，及“人舆畜生

电影”网站内的81部视频为淫秽物品。2016年4月1日，宜都市公安局民警将刘某昭抓获，

并扣押了小米3、小米4手机各1部，苹果4手机1部，联想笔记本电脑1台。刘某昭对犯罪事

实供认不讳。

【案件焦点】

被告人刘某昭的何种行为构成传播淫秽物品罪。

【法院裁判要旨】

湖北省宜都市人民法院经审理认为：被告人刘某昭利用互联网建立主要用于传播淫秽

电子信息的群组，发送招嫖信息，自己或放任成员传播淫秽视频159部、图片8张及淫秽网

站链接1个，成员达693人，根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用互联网、

移动通信终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法

律若干问题的解释（二）》第三条“利用互联网建立主要用于传播淫秽电子信息的群组，

成员达三十人以上或者造成严重后果的，对建立者、管理者和主要传播者，依照刑法第三

百六十四条第一款的规定，以传播淫秽物品罪定罪处罚”的规定，被告人刘某昭的行为构

成传播淫秽物品罪。公诉机关指控的事实及罪名成立，本院予以支持。被告人刘某昭归案

后如实供述犯罪事实，当庭自愿认罪，可以从轻处罚。湖北省宜都市人民法院依照《中华

人民共和国刑法》第三百六十四条第一款、第六十七条第三款、第六十四条，《最高人民

法院、最高人民检察院关于办理利用互联网、移动通信终端、声讯台制作、复制、出版、

贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》第三条之规定，

作出如下判决：

一、被告人刘某昭犯传播淫秽物品罪，判处有期徒刑九个月；

二、作案工具小米4手机1部，依法予以没收，上缴国库。

【法官后语】

除本案所涉情形外，根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用互联网、移

动通信终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律

若干问题的解释（一）》第一条、第三条之规定，不以牟利为目的，利用互联网或者移动

通信终端传播淫秽电影、表演、动画等视频文件四十个以上，淫秽音频文件二百个以上，

淫秽电子刊物、图片、文章、短信息等四百件以上，淫秽电子信息实际被点击数达到二万

以上，以会员制方式传播淫秽电子信息，注册会员达二百人以上的，或者数量达到上述两

项以上标准的一半的，应以传播淫秽物品罪定罪处罚。

随着互联网的发展和移动终端设备的快速更新，传播信息的成本日益减小，传播速

度“光速”化、传播途径多样化、传播内容新型化趋势明显。尤其是QQ、微信等实时通信

工具的广泛运用，微博、微信公众号的日渐兴起，以及网络直播平台上的主播日渐成为网

民追捧的“大众情人”。在审判实践中，信息化手段的日新月异对传播淫秽物品罪的定罪量

刑不断提出挑战。

1.对新型淫秽文件的定性

除传统的视频、图片外，现在在互联网上广泛传播的还有动图、短视频（秒拍视频）

等新类型文件。对于动图，笔者认为应归类于图片文件无疑，但尚不能构成完整电影、表

演、动画的短视频、秒拍视频文件，是否应认定为视频文件，还有待商榷。行为人很可能

从电影、表演、动画中截取淫秽片段，有的仅有几秒钟，时间甚至短于某些动图，如果仅

因其格式为视频格式就将其认定为视频文件，明显与行为的社会危害性不相符合，对于这

类没有具体情节、仅有少量画面、片段的短视频，笔者认为认定为图片更为合理，更符合

罪责刑相一致的原则。至于时长少于多长时间的视频属于短视频，尚需进一步予以明确。

另外，有的行为人将一部淫秽电影、表演、动画截成多个视频文件（短视频除外）进

行传播，若是在网盘等网络文件夹中集中传播，可以明显看出上述视频构成一部完整视频

的，笔者认为应认定为一个视频文件；若是在即时通信工具上，在不同的通信时段分别传

播的，认定为多个视频文件为宜。

2.对网络裸聊行为的定性

“点对点”裸聊因不具备广泛的扩散性和公开性，没有危害社会公序良俗、社会管理秩

序和健康向上的社会风尚，这是行为人自愿参与的个人行为，在本质上说属于事关个人形

象利益的一种隐私，属于个人事务，是个人意志的体现，不会影响到公众对于性的感情，

仅受公民私德、个人道德的约束，并不属于违法犯罪行为。

目前，较难监管的一种网络裸聊形式就是网络直播室。司法解释规定的通过互联网、

移动通信终端传播的淫秽内容被称为淫秽电子信息，这类信息均具有有型载体，通过这些

载体仍然能够使隐晦内容具有多次传播、观看的可能性。但网络直播室进行的裸聊既具有

向不特定公众传播淫秽内容（音频、表演）的一般属性，又同时具有实时、不可重复的特

殊属性。虽网络裸聊过程中的淫秽表演不是一种固化的存在，但其应属于淫秽电子信息范

畴。因此，对于有裸聊行为的网络主播（本文不讨论组织者和网络平台管理者的犯罪构成

问题），若符合下列情形之一，可认定其构成传播淫秽物品罪：第一，裸聊直播的实时被

点击数累计达到二万次以上；第二，网络主播将裸聊直播刻录成视频文件进行二次传播，

视频数量达到四十部以上或者点击数达到二万次以上。

3.传播淫秽物品罪的量刑

《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见》和湖北省高级人民法院《〈关于常见

犯罪的量刑指导意见〉实施细则》中均没有收录传播淫秽物品罪，而该罪的客观方面表现

形式多样，对于每一种行为模式如何量刑？笔者认为：可以“淫秽物品数量”作为主要量刑

依据，同时考虑传播途径、传播范围和所侵犯的具体法益，综合数量和情节使罪犯罚当其

罪，但要达到至少一定区域内对该罪的量刑基本平衡，仍需上级法院进行更加细化的指

导。

编写人：湖北省宜都市人民法院 江帆

55 网络视频信息服务提供企业传播淫秽物品牟利行为的认定

——深圳市快播科技有限公司及王欣等传播淫秽物品牟利案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2016）京01刑终592号刑事裁定书

2.案由：传播淫秽物品牟利罪

【基本案情】

原审被告单位深圳市快播科技有限公司（以下简称快播公司）通过免费提供

QSI（QVOD Server Install，即QVOD资源服务器程序）和QVOD Player（即快播播放器程

序或客户端程序）的方式，为网络用户提供网络视频服务。其不仅通过自身的中心调度服

务器在站长与用户、用户与用户之间搭建了一个视频文件传输的平台，同时为提高热点视

频下载速度，通过自有或与运营商合作的方式，在全国各地不同运营商处设置缓存服务器

1000余台。部分淫秽视频因用户的点播、下载次数较高而被缓存服务器自动存储，进一步

方便、加速了淫秽视频的下载、传播。2012年8月至2013年10月，深圳市公安局公安信息

网络安全监察分局（以下简称深圳网监）、深圳市南山区广播电视局（以下简称南山广电

局）对快播公司进行检查，针对该公司未建立安全保护管理制度、未落实安全保护技术措

施等问题，给予行政处罚，并责令整改。快播公司成立了信息安全组开展了不到一周的突

击工作，投入使用了“110”不良信息管理平台。但在深圳网监验收合格后，信息安全组原

有4名成员或离职或调到其他部门，“110”平台工作基本搁置，检查屏蔽工作未再有效进

行。2013年11月18日，北京市海淀区文化委员会（以下简称海淀文委）在行政执法检查

时，从北京网联光通技术有限公司（以下简称光通公司）查获由快播公司管理维护的4台

服务器。经鉴定其中属于淫秽视频的文件为21251个。

被告人王欣为快播公司的法定代表人、股东、执行董事、经理，负责快播公司经营和

管理工作。快播公司快播事业部负责公司视频播放器的技术开发和市场推广。被告人吴铭

于2013年担任快播事业部总经理，负责事业部全面工作。被告人张克东系快播公司股东，

于2012年担任事业部副总经理兼技术平台部总监。被告人牛某举于2012年担任事业部副总

经理兼运营部总监，2013年担任事业部市场部负责人，负责信息安全组工作。

上诉人吴铭提出的上诉理由及其辩护人提出的主要辩护意见均是：法院审判的不应是

技术，而应是行为，快播公司的行为不构成犯罪；上诉人吴铭不应认定为直接负责的主管

人员，不构成传播淫秽物品牟利罪。

【案件焦点】

1.随着网络科技的飞速发展，类似快播公司这样以相关技术为依托的网络信息服务提

供者，是否应当对在其搭建的网络平台中传播淫秽物品的行为承担刑事责任；2.怎样认定

单位犯罪中直接负责的主管人员是否构成犯罪。

【法院裁判要旨】

北京市第一中级人民法院经审理后认为：

一、法律审判的不是“技术”而是“行为”

在刑法理论中，犯罪即是一种危害行为，而危害行为又被概括为两种基本形式：作为

与不作为。具体到本案中，一方面，从作为的角度看，快播公司以P2P技术为基础搭建了

提供视频信息服务的网络平台。技术虽是快播公司提供服务的基础，但如何使用相关技

术，如何设定技术服务规则则是快播公司可自主选择的积极作为方式。快播公司向所有用

户免费提供快播播放器程序，在被深圳网监处罚前对上传视频资源的用户及视频内容均不

做任何限制，同时，在设置缓存服务器并设计其存储视频条件时仅以点播率为限，造成大

量淫秽视频存储于快播缓存服务器中并通过其更快速地在网络上传播。因此，可以认定其

在向网络用户提供视频服务的过程中存在参与淫秽视频传播的积极行为。另一方面，从不

作为的角度看，P2P技术本身即存在着易被用于传播淫秽视频、盗版作品的风险。快播公

司作为一家以P2P技术为依托的网络视频服务企业，不仅应当承担法定的网络安全管理义

务，而且应当自觉承担起与其技术特点所造成的法益侵害风险程度相当的更高的注意义

务。但在案证据显示，快播公司不仅在受到深圳网监处罚前没有采取任何监管措施，而且

即使在其多次受到行政处罚后仍怠于履行对淫秽视频等不良信息的监管义务，采取的监督

措施在检查过后基本名存实亡，存在不作为行为。因此，无论从作为还是不作为的角度

看，快播公司的以上行为均理应受到刑罚的处罚。

二、吴铭的行为是否构成犯罪

第一，单位犯罪中直接负责的主管人员，是指在单位实施犯罪中起决定、批准、授

意、纵容、指挥等作用的人员，一般是单位的主管负责人。本案中，吴铭自2013年担任快

播事业部的总经理，负责快播事业部的整体工作，对事业部的工作具有领导、管理和监督

的职责。此外，本案4台缓存服务器的设置及使用就在吴铭担任事业部总经理期间，因此

吴铭对参与淫秽视频传播的缓存服务器的设置与运行负有主管责任。第二，吴铭具有犯罪

的故意。在认识因素方面，吴铭系快播事业部的总负责人而非具体技术研发人员，故要证

明其对自己及快播公司的犯罪行为具有“明知”，并不要求其对快播网络传播淫秽物品的具

体方法、技术等完全知晓，只要求其对快播公司传播淫秽视频这一基本事实具有明知即

可。本案中，牛某举的供述可以证明快播公司因涉淫秽视频被行政处罚后，其不仅将处罚

原因、处罚情况向吴铭作过汇报，而且在之后其也要定期或不定期地向吴铭汇报淫秽视频

的屏蔽情况。故吴铭不仅知道快播网络服务系统传播淫秽视频，而且知道快播公司的行为

已经导致淫秽视频在互联网上大量传播。在主观意志方面，证据证明吴铭对信息安全组的

工作状态一直知晓，但在检查过后信息安全组多人离职或调动，审核过滤淫秽信息工作基

本停滞一事，吴铭并没有进行有效的督促而是放任不管，可见吴铭对快播公司涉及传播淫

秽视频的行为采取了推脱、回避的态度。第三，根据我国刑法规定，单位犯罪要求单位实

施的犯罪行为是为本单位或本单位的全体成员牟取非法利益，而不是仅仅为单位主管人员

自己或少数人牟取非法利益，更不以单位直接负责的主管人员从单位非法收益中获利为

限。在案证据证明，快播公司的主要盈利来源于快播事业部，吴铭作为快播事业部的总经

理，明知快播网络上淫秽视频传播与快播播放器软件推广以及公司盈收增长之间的因果关

系，仍放任快播网络系统被继续用于传播淫秽视频，应当认定为具有非法牟利的目的。

北京市海淀区人民法院于2016年9月13日作出刑事判决如下：

一、被告单位深圳市快播科技有限公司犯传播淫秽物品牟利罪，判处罚金人民币一千

万元；

二、被告人王欣犯传播淫秽物品牟利罪，判处有期徒刑三年六个月，罚金人民币一百

万元；

三、被告人张克东犯传播淫秽物品牟利罪，判处有期徒刑三年三个月，罚金人民币五

十万元；

四、被告人吴铭犯传播淫秽物品牟利罪，判处有期徒刑三年三个月，罚金人民币三十

万元；

五、被告人牛某举犯传播淫秽物品牟利罪，判处有期徒刑三年，罚金人民币二十万

元。

宣判后，被告人吴铭不服，提出上诉。

北京市第一中级人民法院经审理后，作出刑事裁定：

驳回吴铭的上诉，维持原判。

【法官后语】

本案作为互联网视频信息服务提供企业“涉黄”入罪的第一案，曾引起全社会的广泛关

注。与传统的传播行为相比，快播公司的放任传播与技术介入的非直观性是本案的重要特

征。而“技术中立”“技术无罪”也一度受到广大网民的力挺，成为被告人及其辩护人为己方

最强有力的辩护。二审期间，辩护人再次提出快播公司只是提供了一种技术模式，法院审

判的不应是技术，而应是行为，故快播公司无罪。我们认为，法院认定快播公司构成犯罪

正是基于行为，辩护人偷梁换柱，以“法院审判的不应是技术，而应是行为”冠冕堂皇的理

由进行辩护，其理由和结论是不能成立的。快播公司作为以P2P技术为依托的网络视频信

息服务提供企业，在向网络用户提供视频服务的过程中不仅拉拽淫秽视频文件存储在缓存

服务器里，参与了部分不法用户传播淫秽视频的过程，而且在明知其经营、管理的网络服

务系统被用于传播淫秽视频的情况下，出于扩大经营、非法牟利的目的，拒不履行监管和

阻止义务，放任其网络平台大量传播淫秽视频，从作为和不作为的角度讲，都具有明显的

社会危害性和刑事违法性，应当构成传播淫秽物品牟利罪。在该企业中，对涉及核心产品

研发、营销的部门具有决策权和管理权的负责人，应当认定为直接负责的主管人员。吴铭

作为快播事业部的总经理，负责整个快播事业部的工作，其任职时间虽不长，但对于快播

公司存在传播淫秽视频的问题是明知的，却一直采取推脱、回避的态度。吴铭对于快播事

业部审核过滤淫秽信息工作停滞一事，亦负有督促有效运转之责，但其放任不管，实际上

体现了快播公司对传播淫秽视频的放任态度，故对单位传播淫秽物品牟利的犯罪行为亦应

承担相应的刑事责任。此外，本案的审理也是科技发展带来的新型犯罪模式对刑事审判在

认定事实和适用法律方面提出的新的、更高的要求。因此，刑事法官在及时学习、了解新

的科技发展、洞悉社会变迁的同时，更应善于拨开层层“表象”，深入探究刑事法律的“本

质”，从而正确理解和适用法律，使具有社会危害性和刑事违法性的行为能够得到法律公

正的裁判。

编写人：北京市第一中级人民法院 刘璐

[[1]](#p13) 贾宇、游伟主编：《中国刑法》，中国政法大学出版社1997年版，第493页。

[[2]](#p13) 高铭暄、王作富主编：《新中国刑法的理论与实践》，河北人民出版社1988年版，第641页。

[[3]](#p13) 赵秉志主编：《刑法争议问题研究》（下卷），河南人民出版社1996年版，第454页。

[[4]](#p13) 赵骞翮：《浅析妨害公务罪中的“依法执行职务”的认定》，载《中国论文网》，2014年5月25日。

[[5]](#p47) 张明楷：《刑法学》（下），法律出版社1997年版，第814页。

[[6]](#p92) “摇头丸”为新型人工合成毒品，一般以MDMA（3，4-亚甲基二氧甲基苯丙胺），MDA（4，5-亚甲基二氧基苯丙胺）、AM（苯丙胺）及

MAM（甲基苯丙胺）为主要有效成份。

[[7]](#p106) 高贵君、马岩、方文军、李静然：《〈全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要〉的理解与适用》，载《人民司法（应用）》2015年第13期。

[[8]](#p106) 李静然：《居间介绍买卖毒品的法律适用相关问题》，载《人民法院报》2016年6月29日。

[[9]](#p116) 南英、高憬宏主编：《刑事审判方法（第二版）》，法律出版社2015年版，第302页。

二、贪污贿赂罪

56 “职务犯罪” 案件中“委派型” 国家工作人员的认定

——石德新贪污、受贿案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

辽宁省丹东铁路运输法院（2016）辽7104刑初6号刑事判决书

2.案由：贪污、受贿罪

【基本案情】

2009年10月至2013年年末，被告人石德新在担任中铁快运股份有限公司沈阳分公司分

拨中心营业部经理期间，利用职务上的便利，多次授意本部门负责保管账外公款的工作人

员邢某（另案处理），将公款人民币229220元存入其个人交通银行账户，用于个人信用卡

还款；114000元存入其个人工商银行账户，用于偿还个人住房贷款；795000元存入其个人

交通银行账户，供个人使用。综上，被告人石德新共计侵吞公款1138220元。

2007年上半年，被告人石德新在担任中铁快运股份有限公司沈阳分公司分拨中心营业

部经理期间，受于某广（另案处理）之托帮忙联系劳务派遣业务。尔后，中铁快运股份有

限公司沈阳分公司于2007年至2012年分别与于某广实际经营的沈阳广源、德信人力资源有

限公司、四平德信人力资源有限公司签订并履行了劳务（劳动）派遣合同。2009年6月至

2012年2月，经石德新索要，于某广从其公司收取的管理费中支给石德新回扣共计人民币

529810.16元，由石德新个人占有。

【案件焦点】

被告人石德新是否应认为为国家工作人员，是构成贪污罪、受贿罪还是构成职务侵占

罪或非国家工作人员受贿罪。

【法院裁判要旨】

辽宁省丹东铁路运输法院经审理认为：被告人石德新身为国家工作人员，利用职务上

的便利，侵吞公共财物，数额巨大，其行为已构成贪污罪；其利用职务上的便利，为他人

谋取利益，在经济往来中向他人索取回扣，数额巨大，归个人所有，其行为已构成受贿

罪。公诉机关指控的罪名成立，予以支持。其一人犯数罪，应依法并罚。石德新贪污、受

贿所得赃款已追缴，由扣押机关依法处理。根据被告人石德新犯罪的事实、情节和对于社

会的危害程度，依照《中华人民共和国刑法》第三百八十二条第一款、第三百八十五条、

第三百八十三条第一款第（二）项及第二款、第三百八十六条、第五十二条、第六十七条

第三款、第六十九条第一款及第三款、第六十四条；《最高人民法院、最高人民检察院关

于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条第一款、第十八条、第十九条

第一款之规定，判决如下：

一、被告人石德新犯贪污罪，判处有期徒刑四年，并处罚金人民币三十万元；犯受贿

罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币二十万元；决定执行有期徒刑五年六个月，并处

罚金人民币五十万元。

二、扣押在案的贪污所得赃款一百一十三万八千二百二十元依法返还中铁快运股份有

限公司沈阳分公司；受贿所得赃款五十二万九千八百一十元一角六分依法上缴国库。

【法官后语】

本案定罪的关键主要在于对被告人石德新身份的认定，即其是否应认定为国家工作人

员。这直接影响到构成贪污罪、受贿罪还是构成职务侵占罪或非国家工作人员受贿罪。

《刑法》第九十三条对“国家工作人员”的规定将其分为四类：其中第三类是国家机

关、国有公司、企事业单位委派到非国有公司、企事业单位、社会团体中从事公务的人员

（可简称为“委派型”国家工作人员）。

但是随着国有公司、企业的形态日益多元化，使得“委派型”人员的情况十分复杂，难

以认定。2010年最高法、最高检出台了《最高人民法院、最高人民检察院关于办理国家出

资企业中职务犯罪案件具体应用法律若干问题的意见》，该意见中第六条规定了国家出资

企业中国家工作人员的认定，也是对“委派型”国家工作人员作出的扩大解释，分为“一次

委派”：“经国家机关、国有公司、企业、事业单位提名、推荐、任命、批准等，在国有控

股、参股公司及其分支机构中从事公务的人员，应当认定为国家工作人员”；和“二次委

派”：“经国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或者研究决定，代表其

在国有控股、参股公司及其分支机构中从事组织、领导、监督、经营、管理工作的人员，

应当认定为国家工作人员”被认为是“二次委派”。

本案在定被告人是否是国家工作人员时则应依据《刑法》第九十三条、《最高人民法

院、最高人民检察院关于办理国家出资企业中职务犯罪案件具体应用法律若干问题的意

见》第六条的规定，考虑：1.被告人所在单位的性质；2.被告人属于哪一种委派；3.被告

人所从事的工作性质是否属于从事公务、是否属于《最高人民法院、最高人民检察院关于

办理国家出资企业中职务犯罪案件具体应用法律若干问题的意见》第六条中规定的五种。

经查，被告人石德新系经国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织研究决定，

代表其在国有控股公司分支机构中从事组织、领导、监督、经营、管理工作的人员，即属

于二次委派，应认定为国家工作人员。

编写人：辽宁省丹东铁路运输法院 李廷彬

57 合同诈骗罪与贪污罪的界限

——李华生等贪污案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2016）一中刑初字第1号刑事判决书

2.案由：贪污罪

【基本案情】

2013年至2014年间，被告人李华生利用其担任北京市昌平区南邵镇北邵洼村党支部书

记，协助南邵镇政府从事北邵洼村拆迁补偿工作的职务便利，通过伪造土地租赁合同、虚

构经营事实，骗取国家拆迁补偿资金共计人民币5185457元。其中，被告人王某红明知李

华生骗取拆迁补偿资金，仍在李华生的指使下，参与伪造土地租赁合同及合作协议书，并

以被拆迁人的名义与北京铭嘉房地产开发有限公司签订《非住宅拆迁补偿协议书》，后分

得赃款人民币10万元。

【案件焦点】

合同诈骗罪与贪污罪的界限。

【法院裁判要旨】

北京市第一中级人民法院经审理认为：被告人李华生身为国家工作人员，利用职务便

利，伙同被告人王某红采用签订虚假合同的手段，骗取国家拆迁资金并非法占有，二被告

人的行为均已构成贪污罪。北京市人民检察院第一分院指控被告人李华生、王某红犯合同

诈骗罪的事实清楚，证据确实、充分，但定性有误，本院予以纠正。鉴于指控的诈骗行为

显然利用了李华生的职务便利，符合法律关于贪污罪的犯罪构成，故应认定李华生、王某

红犯贪污罪。李华生、王某红所犯贪污罪行，数额特别巨大，依法均应惩处。李华生在共

同犯罪中起主要作用，系主犯；其到案后认罪、悔罪，且部分赃物已追缴在案，依法对其

酌予从轻处罚。王某红在共同犯罪中起次要作用，系从犯；且当庭如实供述自己的罪行，

并在亲属的帮助下退缴所分得的全部违法所得，依法对其减轻处罚，并适用缓刑。对于王

某红及其辩护人的相关辩解及辩护意见，本院酌予采纳。

北京市第一中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第十二条第一款、第三百八十

二条第一款及第三款、第三百八十三条第一款第（三）项、第九十三条第二款、第五十二

条、第五十三条、第二十五条第一款、第二十六条第一款及第四款、第二十七条、第七十

二条、第七十三条第二款及第三款、第六十一条、第六十四条，《全国人民代表大会常务

委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》第一款第（七）项及第二

款，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解

释》第三条第一款，《最高人民法院关于适用财产刑若干问题的规定》第五条之规定，作

出如下判决：

一、被告人李华生犯贪污罪，判处有期徒刑十一年六个月，并处罚金人民币六十万

元；

二、被告人王某红犯贪污罪，判处有期徒刑三年，缓刑五年，并处罚金人民币十万

元；

三、责令被告人李华生、王某红退赔五百一十八万五千四百五十七元，发还北京铭嘉

房地产开发有限公司。在案扣押的房产一套（房产证号：X京房权证昌字第587709号，购

买人：李维、秦婧）变价后，所得变价款中的人民币一百万元及相应房产增值部分，与在

案扣押的人民币十万元，共同折抵上述退赔款。不足部分责令被告人李华生、王某红继续

退赔。

【法官后语】

本案涉及案件性质的问题，主要是区分合同诈骗罪与贪污罪。应当从犯罪构成方面认

定案件事实的性质。本案主要从主犯李华生的犯罪构成进行分析。

李华生与王某红等人合谋，虚构土地租赁合同及生产经营事实，骗取拆迁补偿款。二

被告人除了具有虚构事实、隐瞒真相等犯罪手段，更与李华生作为村党支部书记负有在拆

迁过程中，协助政府确认被拆迁土地地上物权属的职务便利密切相关，在认定犯罪性质时

应予考虑。在案证据能够证明李华生伙同王某红，利用李华生的职务便利虚构了土地租赁

合同，并向铭嘉公司指认涉案土地地上物权属，最终欺骗铭嘉公司认为涉案土地承租人系

王某红，并支付给王某红拆迁款。李华生利用职务便利实施了一系列骗取拆迁款的行为：

1.李华生与王某红伪造了一份土地租赁合同，李华生利用其担任村支书的职务便利，在合

同上签字并利用职权违反规定从村会计刘某娥处拿走村委会的公章加盖在合同上，使这份

伪造的合同得以具备了形式上的要求。2.在拆迁调查中，李华生向铭嘉公司提交了其与王

某红伪造的土地租赁合同并欺骗拆迁公司涉案土地系王某红承租。据拆迁公司称，拆迁土

地的调查核实工作，拆迁公司会通过村支书、村主任进行调查核实，李华生作为村支书，

是村里的一把手，负有协助拆迁公司进行征地拆迁的职责，其出面证实涉案土地的承租人

系王某红是拆迁公司确定被拆迁人的重要依据，因此王某红得以被确立为涉案土地的被拆

迁人与李华生的职务便利密不可分。3.为骗取拆迁款，李华生伙同王某红、郑某革伪造了

合作协议书、关于营业执照注册地址与拆迁地址之间的关系说明（以下简称关系说明）、

土地租赁解除合同、缴费证明。其中关系说明、缴费证明材料上的村委会印章均系李华生

利用职务便利批准或亲手加盖。李华生在供述中承认，2013年4月、5月其与王某红签订土

地租赁合同时，已知悉前述征地、拆迁事实，亦明知北邵洼村委会无权再处置涉案土地，

其与王某红将合同日期倒签为2007年，就是为了掩饰该合同无效的事实。

综上，社会实际生活中存在的各类法律关系是复杂、交织的，刑事法律中的此罪与彼

罪之间的界限与区分，也并非总是明确和清晰的。这就要求裁判者需要凭借扎实的业务知

识和丰富的社会经验，以高度敏锐的洞察力，发现和认定案件事实中存在的独特细节和微

小之处，往往是这些容易忽视的情节最终决定了案件的定性和方向。本案法官发现犯罪手

段的实施与职务便利相关，最终依法认定为贪污罪而非合同诈骗罪，正是对案件细节深度

发掘、观察敏锐和认识全面的体现。本案对类似案件的定罪量刑，具有一定的借鉴意义。

编写人：北京市第一中级人民法院 鲍艳 盖冰冰

58 如何把握贪污罪中“以侵吞手段非法占有公共财物” 行为的认定

——李某某贪污案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市西城区人民法院（2015）西刑初字第910号刑事判决书

2.案由：贪污罪

【基本案情】

2008年5月，被告人李某某利用其在《思想政治工作研究》杂志社编辑部经营管理室

工作并负责收存单位房屋出租收益的职务便利，擅自将收取的房屋租金共计人民币812000

元转入由其个人开立并实际控制的银行卡账户内，在上述款项被全部提取后，被告人李某

某将相关情况通知单位负责人后逃匿；被告人李某某后于2014年12月29日自行到检察机关

投案，现已退回全部赃款。

【案件焦点】

被告人的行为是认定为挪用公款罪还是贪污罪。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院经审理认为：根据本案现有证据，可认定被告人李某某身为国

家工作人员，利用职务范围内经手公共财产的便利，将本单位收取的房屋租金812000元自

行予以支配，其中有18万元的款项系由其本人提取。

国有事业单位的房屋出租收益属于当然的公共财物，被告人李某某将经手的公共财产

非法转归自己所有，并长期逃匿的行为，属于以侵吞、窃取手段非法占有公共财物的贪污

行为。被告人李某某到案后始终辩称其将涉案款项借予“强子”用于赌博活动，且有60余万

元的涉案款项系在其不知情的情况下由他人提取，但其辩称尚无其他证据能够支持。

在量刑情节上，被告人李某某自行投案（被上网追逃后），到案后对行为性质虽有辩

解，但其对基本犯罪事实的供述始终稳定，仍可认定为自首，与其全部退赃情节综合考

虑，可考虑减轻处罚。但被告人李某某有过赌博罪的前科，单位在保留其公职后，其再次

实施侵吞公款行为，主观恶性较深，在量刑标准改变后，不宜再对其宣告缓刑。

北京市西城区人民法院根据《中华人民共和国刑法》第十二条第一款、第三百八十二

条第一款、第三百八十三条第一款第（二）项、第五十二条、第五十三条第一款、第六十

七条第一款、第六十四条及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件

适用法律若干问题的解释》第二条第一款、第十八条、第十九条第一款，《最高人民法院

关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条之规定，判决如下：

一、被告人李某某犯贪污罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币三十万元；

二、在案扣押款项人民币八十一万二千元，发还《思想政治工作研究》杂志社。

【法官后语】

本案控辩双方的焦点是被告人的行为定性问题，对于被告人李某某涉案行为的性质，

合议庭认为应属以侵吞手段非法占有公共财物的贪污行为，理由如下：1.被告人李某某收

取房屋租金后，经本单位准许后，将相应款项存入其以个人名义开立的银行账户内，而相

应的存折由本单位财务人员保管，故单位对上述款项当时是可以监管的，被告人李某某在

实施涉案行为前，以“收存租金”为借口，将存折要出后，瞒着单位另行开立个人银行卡，

并将存折账户内的公款转入银行卡账户，且未将存折归还单位财务人员，使本单位不能及

时得知公款已被转出的真实情况，单位公款已处于其个人的实际非法占有下，其逃匿前

的“书面告知”行为不能改变其前行为的性质；2.即便认可被告人李某某辩称的“强子”“赌

博”“赌场”等事实存在，那么，被告人李某某在将公款处于个人实际控制后，个人直接实

施了多次的提款行为，这些取款行为可以反映出其已将该款项视为个人款项加以肆意支

配，将这部分款项（18万元）借予他人赌博，既不签署借条、也不掌握借款人的真实身份

情况，该做法明显偏离了正常逻辑，针对发生在西双版纳的大额取现行为，虽不是被告人

李某某个人亲自实施，但其将内存大额款项的银行卡押给他人并提供密码，该种做法无异

于放任了款项被提取的后果，明显不符合“挪用公款用于非法活动”范畴。综上，合议庭认

为，在涉案款项的最终去向无法查明的情况下，认定挪用公款缺乏事实和法律依据，被告

人李某某侵吞公款并长期逃匿的行为，应认定为贪污。

编写人：北京市西城区人民法院 黄建平

59 在被纪委调查前，多次向上级领导交待其自身的经济问题，后如实供

述犯罪事实，构成自首

——阳某云贪污案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江西省萍乡市中级人民法院（2016）赣03刑终117号刑事判决书

2.案由：贪污罪

【基本案情】

2014年5月，萍洪高速福田出入口挂线建设因弃土需要征用土地，福田镇人民政府指

派镇交通办主任胡某林和福田镇福田村村委会副主任上诉人阳某云从事土地征用工作。经

胡某林提议，胡某林、阳某云决定在丈量面积上做手脚，套取征地补偿款二人平分。二人

在福田村10组村民不知情的情况下，将原租用给萍洪高速项目部的32亩左右山岭丈量进

去，加上10组其他应征用山岭共计征用山岭55.785亩。之后，阳某云告诉福田村10组组长

阳某根，多丈量了土地面积，征地款到账后，他要从中拿走20万元。补偿款到账后，阳某

根将20万元拿给阳某云，余款86734.90元归10组村民所有。

2014年年初，经胡某林争取，福田镇人民政府同意拨付185104元诉讼标的款到福田

村。胡某林提出一半归村上，另一半和阳某云平分，阳某云称要经福田村村委班子会讨论

决定。经讨论决定，村委班子会同意了阳某云的提议并安排其具体操作。在阳某云的安排

下，福田村报账员阳某春虚造了村民领取185104元讼标的款的发放表，该笔款项到账后，

阳某春将其中的92000元拿给阳某云。之后，阳某云对胡某林谎称，福田村只同意给8万

元，并提议该分给4万元用于抵扣胡某林的欠账，胡某林不同意抵扣，阳某云遂提议8万元

全部给胡某林，用于抵扣欠账，胡某林表示同意。

【案件焦点】

在被纪委带走调查前，多次向上级领导反映其自身的经济问题，后如实供述纪委已掌

握和未掌握的犯罪事实，构成自首。

【法院裁判要旨】

江西省上栗县人民法院经审理认为：被告人阳某云作为依法从事公务的人员，以非法

占有为目的，与他人共同骗取公共财产共计29.2万元，其行为侵犯了国家工作人员职务行

为的廉洁性和公共财产所有权，构成贪污罪，依法应予惩处。在两次贪污共同犯罪中，被

告人阳某云与同案人所起作用相当，可不区分主从犯。被告人阳某云归案后，主动交代了

办案机关尚未掌握的主要犯罪事实，但与已掌握的犯罪事实属同种罪行，可从轻处罚。故

作出刑事判决如下：

一、被告人阳某云犯贪污罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币二十万元；

二、责令被告人阳某云退赔违法所得人民币二十三万二千元。

宣判后，原审被告人阳某云提出上诉认为：1.第二起贪污事实中，他贪污的金额只能

认定为一万二千元，另外八万元不能认定；2.在共同犯罪中，他所起作用较小，是从犯；

3.他具有自首情节，被纪委带走调查前，多次找福田镇党委书记和纪委书记反映自己的经

济问题，并要求带他去纪委接受调查。

江西省萍乡市中级人民法院经审理认为：上诉人阳某云构成自首，依法可减轻处罚。

二审期间，积极退赃，可酌情从轻处罚。故判决如下：

一、撤销江西省上栗县人民法院（2015）栗刑初字第270号刑事判决；

二、判决上诉人阳某云犯贪污罪，判处有期徒刑一年九个月，并处罚金人民币二十万

元；

三、责令上诉人阳某云退赔违法所得人民币十万元。

【法官后语】

如何正确理解投案对象，对该案具有重要意义。关于阳某云上诉提出其有自首情节的

上诉意见。经查，证人邓某证明阳某云在被纪委带走调查前多次找他，反映其自身的经济

问题，并表示想到纪委交待问题。证人杨本良证明阳某云多次找了刘继宏、邓某反映自身

问题。现有证据证明阳某云在接受纪委调查前，向单位自动投案。纪委出具的说明可以证

明阳某云如实供述了纪委已掌握贪污诉讼标的款的犯罪事实，还如实供述了未掌握的贪污

征地款的犯罪事实。《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》

第一条作了规定，自动投案是成立自首的首要条件，该司法解释规定自动投案的对象不仅

限于公安机关和司法机关，还包括其所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人。该案

的第一个焦点在于上级领导是否为自动投案的对象；第二个焦点在于犯罪嫌疑人到案后，

如实供述纪委未掌握的同种犯罪事实，是否构成如实供述。

衡量是否构成自动投案，重要标准就是看其是否具有投案的主动性、自愿性，这需要

根据犯罪人的客观行为与外在表现综合分析认定。主观意志支配客观行为，客观行为体现

主观意志。通常情况下，客观行为与主观意愿是相统一的。犯罪嫌疑人系在职、在岗人

员，有工作单位的，可向所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人投案。这里没有必

要的人为缩小投案的范围，不利于敦促和便利犯罪嫌疑人自动投案，应该说只要行为人向

自己所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人投案，无论该单位、城乡基层组织或者

其他有关负责人性质如何，均不失为自动投案。所谓“单位”，从文意解释可理解为机关、

团体或属于一个机关、团体的各个部门。而刑法意义上的单位是指公司、企业、机关和团

体。该案被告人阳某云向相关单位或者组织中的正在执行职务的负责人员投案的，则应当

属于向其所属机关、单位或者组织本身投案。因为在执行职务期间，上述负责人员是以其

所属机关、单位、组织名义开展工作的。值得注意的是，犯罪人投案的除司法机关以外的

其他单位、组织和个人，都是充当司法机关和犯罪人之间的中间角色，其作用在于将犯罪

人及其罪行及时转交司法机关处理。该案犯罪嫌疑人虽然客观上未使其自身处于公安机关

等司法机关的控制之下，但其多次找上级领导反映经济问题，从中可反映出阳某云确有自

首之诚意，表明其主观上有主动、自愿投案的意思。其自愿将自身置于有关机关控制之

下，具有主动性和自愿性。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉

的解释》第六十四条第二款的规定可知，对于有利于被告人的量刑事实，采用优势证据即

可，考虑到我国《刑法》及司法解释对犯罪人投案方式的规定灵活多样，现有证据可以证

明阳某云在接受纪委调查前，向单位自动投案。

如何理解如实供述的犯罪事实范围，对该案也具有重大意义。证人邓某证明阳某云在

被纪委带走调查前多次找他，反映其自身的经济问题，并表示想到纪委交待问题。证人杨

本良证明阳某云多次找了刘继宏、邓某反映自身问题。证人邓某证明阳某云向其反映了

3.6万元诉讼标的款的问题。纪委出具的说明可以证明阳某云如实供述了纪委已掌握贪污

诉讼标的款的犯罪事实，还如实供述了未掌握的贪污征地款的犯罪事实，主要犯罪事实是

指对认定行为人的行为性质具有决定意义的事实、情节以及对量刑有重大影响的事实、情

节。该案被告人阳某云根据现有证据，可以证明如实将所犯罪行置于司法机关控制之下，

具有供认犯罪事实的彻底性。

综上，该案的被告人阳某云符合自首的两个本质要件，第一个是“自愿将自身置于有

关机关控制之下”，第二个是“如实将所犯罪行置于司法机关控制之下”，可以认定阳某云

构成自首。

编写人：江西省萍乡市中级人民法院 舒芳

60 受国家机关委派收取规费的行为定性

——王某川职务侵占案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省连云港市连云区人民法院（2016）苏0703刑初60号刑事判决书

2.案由：职务侵占罪

【基本案情】

连云港市公安局交通巡逻警察支队（现为连云港市公安局交通警察支队）为机关非法

人机构，连云港市公安局交通警察支队车辆管理所是该支队下属机构、非独立法人。被告

人王某川于2014年11月27日被招录为该支队的警务辅助人员，分配至车辆管理所工作，具

体从事车辆、驾驶人管理收费工作。所收取费用为应上缴财政的行政事业性收费。

被告人王某川在工作期间，自2015年3月至9月，利用工作便利，采用开票收款后不上

缴票据存根、隐匿款项的方式，截留、侵吞上述款项共计220660元供自己挥霍、消费，至

案发时仍未予退缴。

【案件焦点】

江苏省连云港市连云区人民法院经审理认为：被告人王某川作为交通警察支队聘用人

员，被安排在车管所收费大厅负责收费、开票并将钱款缴存上门收款的银行工作人员。被

告人王某川所收取款项虽为国家规费，但其对该款项不具有管理、经营等职务，不属于受

委派、聘任从事公务的人员，不能以国家工作人员论。因此被告人王某川在收取国家规费

的过程中，利用工作便利，侵吞国家财产220660元，数额较大，应当以职务侵占罪对其定

罪处罚。公诉机关指控被告人王某川犯罪事实清楚，证据确实、充分，但定性错误，本院

依法予以纠正。被告人王某川虽有主动投案的行为，但归案后未能如实供述自己的犯罪事

实，因此其不构成自首。庭审中被告人能够自愿认罪，态度较好，量刑时可以酌情从轻处

罚。辩护人提出的被告人系初犯，主观恶性不大，社会危害性较小，请求酌情从宽处罚及

被告人服务单位管理上存在漏洞，请求从轻处罚的辩护意见与本案查明事实不符，对此不

予采纳。被告人王某川归案后对犯罪所得未予退缴，依法应当责令退赔。

江苏省连云港市连云区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百七十一条第一

款、第六十四条的规定，作出如下判决：

一、犯罪人王某川犯职务侵占罪，判处有期徒刑一年八个月；

二、责令犯罪人王某川向连云港市车管所退赔损失二十二万零六百六十元。

【法官后语】

贪污罪和职务侵占罪的客观行为要件均要求被告人利用职务上的便利侵吞公共财产或

者集体的财产，有一定的同一性。但对主体资格、职权性质均有严格的界定。《刑法》第

三百八十二条第二款对于“以贪污论”的情形规定了相应的限定条件，即该款规定的犯罪主

体是受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人

员。职权性质为该类人员在管理、经营国有财产上有一定的职权，履行相应的职务。其犯

罪行为必须是在管理、经营国有财产时利用相应的职务便利，侵吞、窃取、骗取或者以其

他手段非法占有国有财物的，方能以贪污论。

本案被告人王某川受国家机关聘任、委派，在车管所业务大厅收取相关规费。根据

《刑法》第九十三条第二款之规定，受国家机关聘任、委派的，只有“从事公务”的人员才

能“以国家工作人员论”。“从事公务”包括对国有财产的管理和经营。被告人王某川根据安

排在车管所业务大厅收取相关费用，将所收取的费用按照规定填写缴款单交予上门服务的

银行工作人员带走存入单位账户。其工作内容、工作职责没有对所收取款项的管理、经营

权，因此不属于从事公务的范畴，不能以国家工作人员论。其行为只能认定为利用工作中

的便利，采取开票、收款后不上交票根的方式隐瞒收款数额不上交、被自己侵吞、消费。

综上，从被告人王某川的主体资格、工作职权性质两方面分析，对被告人王某川的行为性

质不能认定为贪污罪，应当以职务侵占罪追究其刑事责任。

编写人：江苏省连云港市连云区人民法院 钱兴红

61 被告人拒不承认其行为是行贿行为而是借贷关系的情况下如何审查其

行为是否构成行贿罪

——薛某奎行贿案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

青海省尖扎县人民法院（2016）青2322刑初10号刑事判决书

2.案由：行贿罪

【基本案情】

2014年尖扎县草原工作站对尖扎滩乡、当顺乡303户畜棚进行改造，该项目按照设计

标准，采用牧户自建的方式建设，自建完成后按《青海省退牧还草工程项目管理办法》和

省级财政支农资金牧区畜用暖棚项目管理规定兑现补助资金。国家补助资金为每栋3000

元，共计909000元人民币。该项目在实施过程中，由原草原工作站站长严某（已判决）联

系了被告人薛某奎，将此自建工程交由被告人薛某奎承揽并实施。并且草原站决定让牧民

自己投劳，将自家畜棚原有的玻璃取下来，然后由被告人薛某奎进行安装采光板。牧民在

投劳后均没有领到劳务费；并且在严某的指使下，草原工作站财务人员在账目上将此项目

以自建的方式做的账目，实际上牧民并没有领取3000元补助资金，花名册上的签字是应草

原工作站的要求，有的是牧民自己签的，有的是由村长、书记代签的。该项目补助资金为

909000元人民币，草原站采取由303户牧民提供身份证后，草原站统一在信用社办理了存

款并由财务人员保管，薛某奎将此工程实施后，财务人员将303张卡交给薛某奎，被告人

薛某奎取走卡上的钱款。该项目实施期间，被告人薛某奎以感谢费的名义在西宁市将事先

准备好的户名为妻子杨某花的一张存有100000元人民币的建行银联卡给了原站长严某，后

严某将该笔款借给了其兄严某甲用于还贷。

【案件焦点】

被告人拒不承认其行为是行贿行为而是“借款”关系的情况下，怎样审查被告人的行为

是“行贿”而非“借款”。

【法院裁判要旨】

青海省尖扎县人民法院经审理认为：被告人薛某奎违反国家规定，给予国家工作人员

100000元人民币，数额较大，其行为已构成行贿罪。公诉机关指控的罪名成立，本院予以

支持。对被告人及其辩护人提出该款属借款，并非行贿的辩解辩护意见，因原草原工作站

站长严某身为国家工作人员，有稳定收入，在银行有一定的存款，其家庭生活也没有发生

重大经济困难，无须向被告人薛某奎借款，且无证据证明双方有借贷关系，加之严某在另

案中供述此款是被告人薛某奎给的感谢费，故此辩解辩护理由不能成立，本院不予采纳。

其辩护人提出被告人薛某奎实施的此项目属牧民自建项目，无须招投标，而且被告人在实

施该项目过程中所得到的是正常的生意利润，利润较小，并没有谋取不正当的利益，所以

无须给严某感谢费，加之除严某的供述外，没有证据证明此款属行贿，故公诉机关指控被

告人犯行贿罪属定性错误，认定被告人犯行贿罪事实不清，证据不足，应宣告被告人无罪

的辩护意见，本院综合评判如下：本案中，查明该项目本是牧民自建项目，每户3000元，

共计909000元，但严某以统建项目方式交由被告人薛某奎实施，并让牧民投入部分项目的

劳务。而后严某指使单位财务人员以代签牧民人员名字等方式将牧民投入的劳务费及项目

资金全部由被告人薛某奎领取，从而降低了项目的建设成本，使被告人赚取了更多的利

润。因此证明被告人薛某奎与严某之间存在不正当的利益关系，被告人行贿的犯罪事实清

楚，证据确实、充分，故其辩护意见不能成立，本院不予采纳。公诉机关提出被告人主观

恶性较小，其实施的项目没有让国家利益遭受重大损失，也没有情节严重的情形，应当在

五年以下有期徒刑或拘役的量刑期间内从轻处罚的公诉意见成立，本院予以采纳。综上，

青海省尖扎县人民法院根据被告人的犯罪事实、性质、情节及对社会的危害程度，并根据

《中华人民共和国刑法》从旧兼从轻原则，经合议庭评议，并报审判委员会讨论决定，依

照《中华人民共和国刑法》第三百八十九条第二款、第三百九十条第一款，1997年修订的

《中华人民共和国刑法》第三百九十条第一款之规定，判决如下：

被告人薛某奎犯行贿罪，判处有期徒刑一年。

【法官后语】

本案处理重点主要在于被告人拒不承认其行为为行贿行为，而是借贷行为的情况下，

怎样认定被告人行为的违法性。

行贿罪和受贿罪是国家工作人员职务犯罪中最常见的形式之一，也是当前办理的职务

犯罪中占比最大的罪名之一。随着社会的发展和法治水平的提高，犯罪嫌疑人的反侦查能

力也在增强，行贿受贿的手段呈现出更加“隐藏性、合法化、智能化”的特点。在司法实践

中，国家工作人员利用职务上的便利，以借为名向他人索取财物，或者非法收受财物为他

人借取利益的，应当认定为受贿罪。但这种以借为名的受贿，行为人大多有出具借条，使

法律关系在民事与刑事之间交织，给侦查、审判机关带来很大的困难。为此，如何审查这

类案件，以准确认定犯罪，追究受贿人刑事责任，就显得尤为重要。2003年最高人民法院

颁布的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》中规定了对以借款为名索取或者非

法收受财物行为认定的方法，2007年随着社会经济的发展，最高人民法院、最高人民检察

院联合公布了《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》对于收受贿赂物品未办

理权属变更的认定问题作出了规定。这两份文件强调在具体认定时不能仅看是否有书面借

款手续以及在认定以房屋、汽车等物品为对象的受贿时，应注意与借用的区分，不能仅看

双方交代或者书面协议。结合这两份文件，对以借为名受贿方式的认定应当具体考虑以下

七方面的因素审查：1.借据的形成过程；2.有无正当合理的借款事由；3.借款去向；4.双方

平时关系和有无经常往来；5.出借方有无利用国家工作人员职务谋利的目的；6.借款后的

归还情况；7.有无归还的意思表示或行为。从以上七个方面审查，基本能确定“以借为

名”索取款物的行为是否构成受贿犯罪。当然，既然有受贿行为就肯定有行贿行为，因为

行贿和受贿本身就是一对“孪生”兄弟。

本案中，被告人薛某奎百般抵赖其给付严某（已判刑，且其受贿罪认定数额中包含薛

给付的100000元）100000元的行为是借贷而非行贿，其谎言是不攻自破的：1.被告人给付

严某100000元时双方间无借条，且钱是存进其妻卡里后到西宁交给严某的。2.本案在办理

过程中，办案人员从严某家查获的银行卡上查出存款30余万元，说明严某家庭殷实，且严

某家庭没有发生过重大经济变故，无借款必要。3.借款人严某无借款事由，其将100000元

款“借”去后并没有自己使用，而是转“借”其兄严某甲用于还贷（转移账款，掩人耳目）。

从严某家庭经济状况看，其完全有能力借款给其兄，没必要从被告人薛某奎处转借。4.严

某与被告人薛某奎间之前没有长期的经济往来，既无亲朋同乡关系，也无情感上的依托及

相互了解，相互间信任基础比较薄弱。基于严薛间上述关系，薛作为一个长期在外以打工

为谋生的个体小“老板”，将自己含辛茹苦挣来的100000元“巨”款“借”给严某而不打借条，

不约定还款期限的行为，不符合社会大众从事该种行为的社会法则。5.严某身为原草原工

作站站长，以国家工作人员身份主管着该县各乡镇畜棚改造等项目；而被告人薛某奎却是

从事该类工作的个体小“老板”，且确实已从严某处承包了尖扎摊乡、当顺乡303户畜棚改

造项目，可见，严与薛之间存在着职务上的管理与被管理、依赖与被依赖的关系。被告人

薛某奎依托严某职务上的便利获得了利益（本案中，严某将自建项目以统建项目方式交由

被告人薛某奎实施，并让牧民投入部分项目的劳务。而后严某指使单位财务人员以代签牧

民人员名字等方式将牧民投入的劳务费及项目资金全部由被告人薛某奎领取，从而降低了

项目的建设成本，使被告人赚取了更多的利润。）后将10000元钱交给严某，双双“心照不

宣”。被告人薛某奎以“借款”为名狡辩自己的行贿行为，以此来达到逃避法律的追究。

综上，认定被告人薛某奎的行为构成行贿罪是符合法律规定的。

编写人：青海省尖扎县人民法院 赵明霞

62 个人能否成立单位行贿罪的主体

——丙公司甲公司、刘某莲单位行贿案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省信阳市淮滨县人民法院（2016）豫1527刑初336号刑事判决书

2.案由：单位行贿罪

【基本案情】

2010年，乙公司中标河南省信阳市规划局“规划展示馆中央空调设备及安装项目”，被

告人刘某莲作为该公司业务副经理负责该项目的具体工作。2010年6月，工程施工后，为

感谢时任信阳市规划局党组副书记的杨某泽（另案处理）在中标该项目时提供的帮助，也

为日后在项目施工及工程款结算等方面能够顺利进行，被告人刘某莲将一张存有50万元现

金的银行卡连同卡密码在杨某泽办公室送给杨某泽。约半年后，杨某泽因担心乙公司财务

出现问题牵连自己，便将银行卡退给刘某莲。2010年3月至2011年1月，该工程未经验收和

审计决算，信阳市规划局分8次向乙公司支付工程款350万元。

2011年下半年，因乙公司出现问题，“信阳市规划展示馆中央空调设备及安装项目”停

工。2015年5月，信阳市规划局重新启动该项目，并由信阳市规划局、乙公司及丙公司三

方协议，由丙公司完成该项目后续工程。其间，丙公司成立甲公司，被告人刘某莲出任甲

公司经理，并继续由其负责该项目后续工程。2015年7月，杨某泽以出书为名向被告人刘

某莲提出用款30万元的要求。被告人刘某莲为了杨某泽能在结清后续项目工程款及追加项

目工程款等活动中提供便利，也为“信阳市规划展示馆中央空调设备及安装项目”能够顺利

通过验收，在郑州市政通路中信银行门口送给杨某泽现金人民币30万元。后该工程未经验

收和审计决算，信阳市规划局向丙公司甲公司支付后续项目工程款1292326.29元，并追加

工程款70万元。

另查明，乙公司从2013年至今未按相关规定到郑州市工商行政管理局金水分局备案登

记，公司未实际经营。

信阳市淮滨县人民检察院以被告人丙公司甲公司、刘某莲犯单位行贿罪向信阳市淮滨

县人民法院提起公诉。

被告单位丙公司甲公司诉讼代表人刘某宇辩称，对起诉书指控犯单位行贿罪没有意

见。

被告人刘某莲辩称，对起诉书指控犯单位行贿罪没有意见，其认罪。

辩护人提出如下辩护意见：1.起诉书指控被告人于2010年6月送给杨某泽50万元银行

卡的行为构成单位行贿罪证据不足。（1）所谓“感谢杨某泽在中标该项目时提供的帮

助”仅有杨某泽本人的供述，没有其他客观证据证实。（2）河南汇力机电设备公司与信阳

市规划局签订合同是通过招投标的方式取得，没有任何证据证明杨某泽在招投标过程中为

乙公司谋取了违法违规等不正当利益。（3）乙公司根本就没有谋取不正当利益，反而是

信阳市规划局违约造成乙公司停工损失。（4）从信阳市规划局与乙公司、丙公司所签的

三方协议可以清楚看出，项目停工时，甲方仅支付350万元，乙方已完成项目工程款约355

万元。如审计决算，此时信阳市规划局还欠付乙公司工程款。（5）刘某莲供述乙公司给

杨某泽送50万元银行卡是“为了项目施工、工程结算、变更追加工程款等方面顺利进行”。

该目的不具有违法性，乙公司也不可能据此获取违法利益。2.起诉书指控被告人于2015年

7月给予杨某泽30万元现金的行为依法不构成单位行贿罪。首先，被告人主观上没有谋取

不正当利益的目的。其次，被告人客观上没有谋取不正当利益的行为。最后，后续工程款

的支付及追加工程款与杨某泽索贿30万元没有关联性。3.被告人刘某莲具有多项从轻、减

轻和免除处罚情节。被告人刘某莲系受单位法定代表人马某安排实施行贿行为，未谋取非

法利益，未造成经济损失，情节较轻，同时其在检察机关对其立案追诉前主动交待行贿行

为，有坦白情节，其口供对于杨某泽受贿重大案件的证据收集有重要作用。

【案件焦点】

个人能否成立单位行贿罪的主体。

【法院裁判要旨】

河南省信阳市淮滨县人民法院经审理认为：被告单位丙公司甲公司为谋取不正当利

益，违反国家规定，向国家工作人员行贿30万元；被告人刘某莲作为乙公司直接责任人

员、丙公司甲公司直接负责的主管人员，为单位谋取不正当利益，违反国家规定，向国家

工作人员行贿80万元，应承担刑事责任。被告单位丙公司甲公司和被告人刘某莲均已构成

单位行贿罪，淮滨县人民检察院指控的罪名成立。被告人刘某莲的辩护人提出起诉书指控

被告人刘某莲送给杨某泽50万元及被索取30万元的行为，均没有谋取不正当利益，不构成

单位行贿罪。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理行贿刑事案件具体应用法律

若干问题的解释》第十二条的规定，行贿犯罪中的“谋取不正当利益”，是指行贿人谋取的

利益违反法律、法规、规章、政策规定，或者要求国家工作人员违反法律、法规、规章、

政策、行业规范的规定，为自己提供帮助或者方便条件。本案中，中央空调设备及安装项

目两次未经验收和审计即支付工程款，故对辩护人的该项辩护意见，本院不予采信。被告

人刘某莲在检察机关对其立案追诉前如实供述其行贿行为，构成坦白。对辩护人的该项辩

护意见，本院予以采信。被告人刘某莲无犯罪前科，且认罪、悔罪。鉴于本案犯罪情节轻

微，不需要判处刑罚，对被告单位丙公司甲公司及被告人刘某莲可免予刑事处罚。河南省

信阳市淮滨县人民法院依据《中华人民共和国刑法》第三百九十三条、第三十条、第三十

一条、第三十七条、第六十七条第三款之规定，经本院审判委员会讨论决定，判决如下：

一、被告单位丙公司甲公司犯单位行贿罪，免予刑事处罚；

二、被告人刘某莲犯单位行贿罪，免予刑事处罚。

【法官后语】

单位行贿罪的犯罪主体必须是单位。这里所讲的单位，根据《刑法》第三十条的规

定，应指公司、企业、事业单位、机关、团体。而根据《最高人民法院关于审理单位犯罪

案件具体应用法律有关问题的解释》的规定，“公司、企业、事业单位”，既包括国有、集

体所有的公司、企业、事业单位，也包括依法设立的合资经营、合作经营企业和具有法人

资格的独资、私营等公司和企业、事业单位。

在认定单位行贿犯罪时，重点是确定犯罪主体是否具备单位主体身份、体现单位意

志、为了单位利益，如是则构成单位行贿罪，反之则构成个人行贿罪。司法实践中常见的

有以下几种情况较难区别：

一是假集体真个人的犯罪。挂集体之名实为个体性质的经济组织，有一定的组织机

构，经工商部门核发的营业执照上的经济组织性质为集体，对外是以经济组织的名义从事

生产经营的，实施犯罪后，易被认定为单位犯罪。对这种情况，应当从该企业的资金来

源、经营管理形式、盈亏的分享和分担及民事责任的承担四个方面综合认定。

二是在企业的承包经营活动中，承包个人以发包单位的名义实施犯罪。对这种情况，

如果发包单位对承包个人不进行任何投资，或投资后在一定时间内全部抽回，发包单位只

收取一定的管理费，不参与利润分成，也不参与承包单位的财务管理，不承担任何风险责

任，承包个人自主经营，自负盈亏，即通常所说的“硬承包”。在这样的情况下，承包个人

以发包单位的名义实施行贿犯罪，应构成个人行贿罪。反之，则为单位行贿罪。

三是企业经营管理人员和其他直接责任人员“盗用单位名义”实施的个人行贿犯罪。应

与最高院司法解释中的“违法所得归行为人所有”联系起来，只有具备这个前提，才能确定

直接责任人员的行为并非单位的意志体现，也不是为了单位的集体利益，而是其个人非法

占有犯罪目的的表现。其中有一个例外，如果事后这种犯罪行为得到单位的同意，或单位

在明知的情况下并未表示反对，从法律上讲，其实施的犯罪行为已经得到单位的追认，应

认定为单位行贿罪。否则，只能是个人行贿罪。

单位犯罪的处罚，依据《刑法》第三十一条之规定：单位犯罪的，对单位判处罚金，

并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。本案中，乙公司从2013年未按

相关规定到工商行政管理局备案登记，公司未实际经营，对该单位不再追诉。被告人刘某

莲作为乙公司直接责任人员、丙公司甲公司直接负责的主管人员，为单位谋取不正当利

益，违反国家规定，向国家工作人员行贿80万元，应承担刑事责任。

关于行贿犯罪中的“谋取不正当利益”。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办

理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十二条的规定，行贿犯罪中的“谋取不

正当利益”，是指行贿人谋取的利益违反法律、法规、规章、政策规定，或者要求国家工

作人员违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定，为自己提供帮助或者便利条件。

本案中，中央空调设备及安装项目两次未经验收和审计即支付工程款，是要求国家工作人

员违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定，为自己提供帮助或者便利条件，即为

谋取不正当利益。被告人刘某莲在检察机关对其立案后如实供述其行贿行为，构成坦白。

被告人刘某莲无犯罪前科，且认罪、悔罪。鉴于本案犯罪情节轻微，不需要判处刑罚，对

被告单位丙公司甲公司及被告人刘某莲可免予刑事处罚。综上，法院作出的上述裁判结果

是适当的。

编写人：河南省信阳市淮滨县人民法院 谢秀梅

63 单位行贿与个人行贿的区别

——李某单位行贿案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区灵山县人民法院（2016）桂0721刑初443号刑事判决书

2.案由：单位行贿罪

【基本案情】

被告人李某是丁公司负责人、戊公司法人代表。2009年至2013年8月，李某在其公司

以及其公司所代理的甲公司、乙公司、丙公司向浦北县妇幼保健院销售医疗器械的过程

中，为感谢时任浦北县妇幼保健院副院长兼妇产科主任钟某渺的关照，先后5次给予钟某

渺回扣费、好处费共计人民币26万元。具体如下：

1.2008年10月，丁公司向浦北县妇幼保健院销售一套腹腔镜、代理甲公司提供的中央

胎儿监控系统。2009年上半年的一天，李某在浦北县妇幼保健院门诊办公室送给钟某渺人

民币50000元。

2.2010年6月，戊公司向浦北县妇幼保健院销售数字化超导可视人流仪、神经肌肉刺

激治疗仪。2011年春节前的一天，李某在浦北县妇幼保健院门诊办公室送给钟某渺人民币

45000元。

3.2011年1月，浦北县妇幼保健院采购戊公司提供销售的妇产科电脑综合治疗仪等设

备。2011年年中的一天，李某在浦北县妇幼保健院门诊办公室送给钟某渺人民币40000

元。

4.2011年12月，浦北县妇幼保健院采购戊公司代理的乙公司提供的导乐仪分娩镇痛工

作站3台。2011年年底的一天，李某在钟某渺位于南宁市英华半岛康城住宅中送给钟某渺

人民币45000元。

5.2012年10月，浦北县妇幼保健院采购戊公司代理丙公司提供的自凝刀等设备。2013

年上半年的一天，李某在南宁市英华半岛康城停车场处送给钟某渺人民币80000元。

【案件焦点】

李某向钟某渺给予的回扣、好处费共计人民币26万元，是李某的个人行贿行为还是代

表李某所在公司的单位行贿行为。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区灵山县人民法院经审理认为：李某身为公司负责人、法人代表，在经

营医疗器械业务过程中，违反国家规定，于2009年至2013年8月分5次给予具有国家工作人

员身份的钟某渺回扣费共计人民币26万元，李某的行为触犯了《中华人民共和国刑法》第

三百九十三条的规定，构成单位行贿罪。

广西壮族自治区灵山县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百九十三条，第三

百九十条第二款，第六十七条第三款，第九十三条，第五十二条，第五十三条，第七十二

条第一款、第三款，第七十三条第二款、第三款及《最高人民法院、最高人民检察院关于

办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第十九条第二款之规定，作出如下判

决：

被告人李某犯单位行贿罪，判处有期徒刑一年六个月，缓刑二年，并处罚金人民币十

万元。

【法官后语】

本案的处理关键问题在于对单位行贿罪与个人行贿罪的区别。在认定单位行贿案件

时，首先要考虑的就是我国刑法关于“单位”的界定，如果涉案单位不属于刑法关于“单

位”所厘定的范畴，则认定为个人行贿。关于单位犯罪的问题，我国《刑法》第三十条列

出了单位犯罪的种类即：公司、企业、事业单位、机关、团体这5种。而对于公司，我国

刑法有着严格的规定限制，必须具有“合法性、组织性、独立性”的特征。

具体到本案而言，被告人李某为丁公司的负责人、戊公司的法人代表，满足我国刑法

有关单位“合法性、组织性、独立性”的特征，其行贿行为代表所在公司。因此，以单位行

贿罪追究李某的刑事责任符合刑法规定。

在行贿犯罪当中对于体现单位意志的一般表现在单位的决策程序上。就本案而言，从

现有证据来看，李某所在的公司为谋取销售医疗器械的不正当利益，给予国家工作人员钟

某渺的回扣在单位的决策层上是得以允许和默许的。在利益归属上，李某代表其公司所销

售的医疗器械均有单位财物账单等凭证证实确属于谋取的利益属于单位利益，李某所谋取

的利益并未归其个人所有。因此，李某的行贿行为体现的是公司的意志，谋取的是公司的

不正当利益，符合单位行贿的构成要件，应当以单位行贿罪追究李某的刑事责任。

编写人：广西壮族自治区灵山县人民法院 黄富伟

64 行贿罪中计算“使国家利益遭受重大损失” 的时间节点

——金某受贿、滥用职权、行贿案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2016）京02刑终764号刑事判决书

2.案由：受贿、滥用职权、行贿罪

【基本案情】

1.2011年至2012年，被告人金某在担任北京市丰台区房地产交易权属发证中心受理员

期间，利用其受理、审核房屋过户登记材料的职务便利，先后19次接受刘某（另案处理）

的请托，在刘某告知其所提交的过户房屋并未缴纳相关税款的情况下，仍违反规定，给本

市丰台区丰桥路×号院×号楼××层×单元××××等19处房屋办理过户登记手续，致使上述房

屋未缴纳应缴税款即办理过户，造成国家税款损失共计人民币220余万元，被告人金某因

此收受刘某给予的好处费共计人民币36.4万元。

2.2011年年底至2012年年初，被告人金某在担任北京市丰台区房地产交易权属发证中

心受理员期间，利用其受理、审核房屋过户登记材料的职务便利，3次接受颜某丹（另案

处理）等人的请托，在明知房屋买受人无在京购房资质的情况下，仍违反规定，给本市丰

台区骏景园南区×号楼×层×××等3处房屋办理过户登记手续，并因此收受颜某丹等人给予

的好处费共计人民币2.4万元。

3.2012年，被告人金某在接受刘某请托后，为使未依法缴纳相关税款的房屋进行过

户，向杨某（另案处理）进行请托，杨某遂利用自己担任北京市丰台区房地产交易权属发

证中心受理员，负责受理、审核房屋过户登记材料的职务便利，在明知过户房屋并未缴纳

相关税款的情况下，仍违反规定，给本市丰台区定安东里7号楼1004等10处房屋办理过户

登记手续，致使上述房屋未缴纳应缴税款即办理过户，造成国家直接经济损失共计人民币

97万余元。被告人金某因此给予杨某好处费共计人民币4万元。

4.2011年，被告人金某在接受郭某会（另案处理）的请托后，为使无在京购房资质买

受人购买的房屋过户，向杨某进行请托，杨某遂利用自己担任北京市丰台区房地产交易权

属发证中心受理员，负责受理、审核房屋过户登记材料的职务便利，违规给本市丰台区骏

景园中区××号楼××层××××号房屋办理过户手续。被告人金某因此给予杨某好处费人民币

1万元。

【案件焦点】

行贿罪中计算“使国家利益遭受重大损失”是否有时间节点；在立案后甚至宣判前追回

的损失，是否可以从损失数额中扣减。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为：被告人金某身为国家工作人员，无视国家法律，

利用职务上的便利，非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额巨大，其行为已构成受贿

罪；且被告人金某身为在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人

员，徇私舞弊滥用职权，致使国家财产遭受重大损失，情节特别严重，其行为亦已构成滥

用职权罪；且被告人金某为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物，其行为亦已构成

行贿罪，并应与其所犯受贿罪、滥用职权罪实行数罪并罚。鉴于被告人金某系在侦查机关

电话通知后主动到案，并如实供述犯罪事实，依法可认定为自首，且被告人金某主动退缴

受贿违法所得，积极缴纳罚金，滥用职权行为所造成的经济损失小部分已经挽回，故对其

所犯受贿罪、滥用职权罪予以减轻处罚，行贿罪予以从轻处罚。

北京市丰台区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百八十五条，第三百八十六

条，第三百八十三条，第三百八十九条，第三百九十七条，第六十七条第一款，第六十九

条，第六十四条，第五十二条，第六十一条，第十二条，1997年修订的《中华人民共和国

刑法》第三百九十条及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理渎职刑事案件适用法律

若干问题的解释（一）》第三条、第八条之规定，判决如下：

一、被告人金某犯受贿罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币十二万二千元；犯滥

用职权罪，判处有期徒刑四年；犯行贿罪，判处有期徒刑二年六个月；决定执行有期徒刑

七年，并处罚金人民币十二万二千元。

二、已追缴被告人金某违法所得人民币三十八万八千元，予以没收。

北京市丰台区人民检察院以一审判决书认定金某行贿造成的经济损失应当以行贿事实

立案时计算，立案后行政机关自行挽回的损失应当不予扣减，一审法院认定造成国家直接

经济损失97万余元系认定事实错误，导致适用量刑档次不当；一审法院认定金某滥用职权

具有徇私舞弊的情节不当，该事实已包含在金某受贿、滥用职权的定罪事实之中，系重复

评价，属于法律适用错误，加重了被告人的刑罚，且庭审中未对该情节进行量刑辩论，程

序违法提起抗诉。

北京市第二中级人民法院经审理认为：原审被告人金某身为国家工作人员，利用职务

上的便利，非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额巨大，其行为已构成受贿罪；金某

身为在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员，滥用职权，致使

国家财产遭受重大损失，情节特别严重，其行为亦构成滥用职权罪；金某为谋取不正当利

益，还给予国家工作人员财物，其行为又构成行贿罪，依法应予数罪并罚。鉴于金某主动

到案，并能如实供述全部犯罪事实，具有自首情节，且主动退缴受贿所得，积极缴纳罚

金，有一定的悔罪表现，其滥用职权行为所造成的经济损失部分已经挽回，故依法对其所

犯受贿罪减轻处罚，对其所犯滥用职权罪、行贿罪从轻处罚。一审法院根据金某犯罪的事

实、犯罪的性质、情节及对社会的危害程度所作出的判决，定罪正确，审判程序合法，对

在案扣押款项的处理无误，但在判决金某犯滥用职权罪时适用法律错误，至量刑失当，依

法予以改判。

北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第十二条第一款，第三百八十

五条，第三百八十六条，第三百八十三条第一款第（一）项、第（二）项、第二款、第三

款，第三百八十九条第一款，第三百九十七条第一款，第六十七条第一款，第五十二条，

第六十一条，第六十九条，第六十四条，1997年修订的《中华人民共和国刑法》第三百九

十条；《最高人民法院、最高人民检察院关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释

（一）》第一条；《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律

若干问题的解释》第二条，第七条，第十九条；《最高人民法院关于处理自首和立功具体

应用法律若干问题的解释》第一条；《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一

款第（一）项和第（二）项之规定，判决如下：

一、维持北京市丰台区人民法院（2016）京0106刑初614号判决第二项，即已追缴被

告人金某违法所得人民币三十八万八千元，予以没收。

二、撤销北京市丰台区人民法院（2016）京0106刑初614号判决第一项，即被告人金

某犯受贿罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币十二万二千元；犯滥用职权罪，判处有

期徒刑四年；犯行贿罪，判处有期徒刑二年六个月；决定执行有期徒刑七年，并处罚金人

民币十二万二千元。

三、原审被告人金某犯受贿罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币十二万二千元；

犯滥用职权罪，判处有期徒刑三年；犯行贿罪，判处有期徒刑二年六个月；决定执行有期

徒刑六年，并处罚金人民币十二万二千元。

【法官后语】

本案处理重点在于对行贿罪中计算“使国家利益遭受重大损失”的时间节点的理解。检

察机关认为本案第三项事实，即金某向杨某行贿，导致国家税款损失是106万元。依据

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》

第八条第二款之规定，认定“使国家利益遭受重大损失”，应当在有期徒刑五年以上十年以

下量刑。一审法院认定为97万元，故选择了五年以下有期徒刑的量刑档次。

根据税务机关出具的相关书证，涉案10套房产在办理过户时确系欠税106万余元，但

在2016年1月4日对杨某受贿、滥用职权立案当天，税务机关追缴回了8万多元，因而杨某

的滥用职权造成的损失为97万余元。对杨某案经济损失的认定，依据的是两高《关于办理

渎职刑事案件适用法律若干问题的解释（一）》第八条，即“经济损失”，是指渎职犯罪或

者与渎职犯罪相关联的犯罪立案时已经实际造成的财产损失。因此，杨某滥用职权造成的

损失应当计算到立案时，认定97万元是正确的。

检察机关认为，上述司法解释可以参照适用到金某的行贿犯罪之中，即计算金某的行

贿行为造成的国家利益损失，应当以对金某立案时为节点，即2015年10月13日，至于行政

机关2016年1月4日追回的税款，不予扣减。

我们认为，上述司法解释直接适用到行贿人金某的行贿犯罪中，没有明确的法律依

据。滥用职权罪中“致使国家利益遭受重大损失”是定罪情节，故而经济损失的数额必须明

确且需要规定计算的时间节点，因此上述司法解释适用于渎职类的犯罪。而行贿罪中“使

国家利益遭受重大损失”是量刑情节，对于量刑情节没有法律规定的时间节点，在立案后

甚至宣判前追回的损失，都可以从损失数额中扣减。金某的行贿行为能够造成国家税款损

失，是由于杨某的滥用职权行为才能得以实现，如果没有杨某滥用职权的行为，金某的行

贿行为是不能造成国家税款损失的。因此，从因果关系和逻辑上讲，杨某滥用职权行为造

成的经济损失应当认定为金某行贿行为所造成的经济损失。受贿罪与行贿罪系对合犯，司

法实践中，一般而言，只有受贿罪成立，行贿才会成立，而且往往是受贿的先处理，才会

处理行贿人。杨某受贿4万元，滥用职权造成的损失为97万元，对滥用职权应当处以三年

以下有期徒刑，受贿4万在有期徒刑一年以下，数罪并罚不会超过有期徒刑四年。而金某

作为转手给钱的一方，没有证据证明获利，其行贿行为如认定造成经济损失为106万元，

则要在有期徒刑五年以上量刑。明显二人罪行不匹配，“收钱的比送钱的判得轻”，如此判

决的社会效果不好。

编写人：北京市第二中级人民法院 吴炎冰

65 贪污罪罪状中“非法占有公共财物” 的实质认定

——宋建受贿、滥用职权案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院（2015）三中刑初字第00544号刑事判决书

2.案由：受贿、滥用职权罪

【基本案情】

公诉机关指控称，宋建构成贪污罪和受贿罪。犯贪污罪的事实有：1.2009年5月至

2011年2月，被告人宋建利用担任中国就业培训技术指导中心（以下简称技术指导中心）

副主任的职务便利，在技术指导中心与甲公司等培训机构开展CETTIC职业培训的过程

中，擅自决定将技术指导中心向培训机构收取的技术服务费转入北京兴华华鉴技术咨询服

务中心（以下简称兴华华鉴中心）银行账号，将其中人民币51.72万余元公款予以侵吞。

2.2010年1月至同年6月，被告人宋建利用担任技术指导中心副主任的职务便利，在委托兴

华华鉴中心开发全国性技工学校技能大赛和创业大赛相关计算机应用程序过程中，以擅自

提高委托开发费用的方式，侵吞公款人民币12.8万元。犯受贿罪的事实有：2007年至2008

年，被告人宋建利用担任技术指导中心副主任的职务便利，向技术指导中心CETTIC职业

培训合作培训机构及乙公司索取价值人民币29万余元的思威牌CR-V2.4型小型普通客车一

辆及钱款人民币30万元。

被告人辩称，被告人宋建在庭审中对公诉机关指控其犯贪污罪提出异议，认为公诉机

关指控与事实不符；对公诉机关指控其犯受贿罪没有提出异议，但认为其收受车辆价值应

当进行折旧，且其没有索贿情节。

辩护人认为公诉机关指控被告人宋建犯贪污罪的事实不符合贪污罪的法律特征，指控

不能成立；指控被告人宋建收受思威牌汽车的事实中，认定受贿数额有误，且不应认定为

索贿；指控被告人宋建收受人民币30万元构成受贿罪，缺乏事实及法律依据；被告人宋建

归案后能够如实交代自己的罪行，亲属已退赔犯罪所得，建议法庭在量刑时予以考虑。

【案件焦点】

被告人宋建利用职务便利将公款转移至关系人的第三方账户，以及擅自提高委托开发

费用的行为能否证明其主观上具有非法占有公共财物的目的。

【法院裁判要旨】

北京市第三中级人民法院经审理认为：对于公诉机关指控被告人宋建贪污公款人民币

51.72万余元的事实，经查：现有证据能够证实，被告人宋建决定将有关技术服务费165万

余元转入第三方银行账户，上述钱款中收取支票的金额、开具发票的数量有明确记载并存

在对账行为。从行为方式上看，钱款往来有支票、发票交接手续并存在对账行为，能够确

定不入账钱款数额并在本单位账目中予以反映；从钱款去向上看，没有证据证实被告人宋

建实施了侵吞钱款的行为，进而无法确定其非法占有公共财物的主观目的。

对于公诉机关指控被告人宋建贪污公款人民币12.8万元的事实，经查：证人证言及书

证能够证实被告人宋建在本单位对外签订合同过程中确定合同金额为人民币50万元，实际

支付人民币35万元；证言及内记账复制件能够证实软件开发费初始报价为人民币22.2万

元；但在案只有一个证人的证言提到宋建明知软件开发成本后虚增合同价格，且合同款系

作为主营业务收入入到北京兴华华鉴技术咨询服务中心账户，而非归宋建个人使用，亦无

法确定被告人宋建具有非法占有公共财物的主观目的。

宋建擅自决定应当由中心领导班子会讨论决定的事项，将本单位应收技术服务费入到

其他单位银行账户；利用职权在本单位对外签订合同过程中，擅自确定合同标的额，均系

滥用职权行为，致使本单位的公共财产脱离控制，造成直接经济损失人民币64万余元。

北京市第三中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百八十五条第一款，第三

百八十六条，第三百八十三条第一款第（二）项、第二款，第三百九十七条第一款，第五

十二条，第五十三条，第六十七条第三款，第六十九条第一款、第三款，第六十一条，第

六十四条及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问

题的解释》第二条第一款；《最高人民法院、最高人民检察院关于办理渎职刑事案件适用

法律若干问题的解释（一）》第一条第一款第（二）项，第七条之规定，作出如下判决：

一、被告人宋建犯受贿罪，判处有期徒刑四年，罚金人民币二十万元；犯滥用职权

罪，判处有期徒刑一年；决定执行有期徒刑四年六个月，罚金人民币二十万元。

二、在案冻结、扣押的款、物，分别予以没收、发还中国就业培训技术指导中心、被

告人宋建以及用于执行被告人宋建的罚金。

【法官后语】

贪污罪在客观行为与结果方面，要求行为人利用职务上的便利非法占有公共财物，责

任形式上要求具有非法占有目的。公诉机关认为被告人宋建利用职务便利将公款转移，宋

建已非法占有公款，指控其犯有贪污罪。事实上，宋建利用职务便利形式上侵占了公款，

但贪污罪中的“非法占有公共财物”的情形要求行为人应实际控制公共财物并具备处分公共

财物的意思。第一，宋建没有实际控制公款，从钱款去向上看，上述公款用途均符合应收

公款的性质，无法认定宋建具有非法占有公款的主观目的。对于“提高合同金额”的行为也

无法确定具有非法占有公共财物的主观目的。第二，被告人宋建的领导身份事实上具有代

表单位对公款作出处分的权力，仅以“收入不入账”“提高合同金额”的行为不能认定宋建主

观上具备非法占有目的。因此宋建的行为不构成贪污罪而应为滥用职权罪。

滥用职权罪要求行为人有滥用职权的行为，且致使公共财产、国家和人民利益遭受重

大损失。被告人宋建滥用职权，致使本单位的公共财产脱离控制，造成直接经济损失人民

币64万余元。按照《最高人民法院、最高人民检察院关于办理渎职刑事案件适用法律若干

问题的解释（一）》第一条的规定该损失属于重大损失。因此宋建构成滥用职权罪。

本案例的示范意义在于，对于形式上的侵占公款行为，并不能当然认定为构成贪污

罪，而应抓住“非法占有”这一核心犯罪构成，全面审查在案证据，从而对案件准确定性，

避免混淆此罪与彼罪。

编写人：北京市第三中级人民法院 马新健

66 “斡旋受贿” 的认定

——唐某某受贿案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院（2016）京03刑终540号刑事裁定书

2.案由：受贿罪

【基本案情】

2011年10月下旬的一天，被告人唐某某利用其身为人民警察的便利条件，以承诺通过

其他国家工作人员的职务行为，为被北京市公安局石景山分局“上网通缉”的犯罪嫌疑人翟

某进办理“撤销网上追逃”或取保候审事项，在北京市朝阳区双井乐成国际大厦一层咖啡厅

内，通过中间人夏某收受犯罪嫌疑人翟某进贿赂款人民币20万元。被告人唐某某归案后，

同时扣押其手机1部。2014年11月10日，中间人夏某将人民币20万元退还犯罪嫌疑人翟某

进。

【案件焦点】

被告人唐某某应允为请托人办理请托事项，而实际上没有为请托人办理请托事项收取

贿赂的行为到底是诈骗还是“斡旋受贿”。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为：被告人唐某某系在职人民警察，属于国家工作人

员。虽然被告人唐某某并非犯罪嫌疑人翟某进案具体办案人员，其就犯罪嫌疑人翟某进案

本身不具备职务身份，但被告人唐某某承诺办理请托事项，并通过中间人收取请托人钱款

的行为，已经侵犯了国家工作人员职务的廉洁性，其行为性质符合我国《刑法》第三百八

十八条之规定，应以受贿罪论。

北京市朝阳区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百八十八条、第三百八十六

条、第三百八十三条第一款第（二）项、第五十二条、第五十三条、第六十一条、第六十

四条、第十二条及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律

若干问题的解释》第二条、第十三条、第十九条之规定，作出如下判决：

被告人唐某某犯受贿罪，判处有期徒刑三年，罚金人民币二十万元；扣押在案手机一

部之变价款折抵被告人唐某某的罚金。

被告人唐某某坚持其无罪意见提起上诉。

北京市第三中级人民法院经审理依法驳回唐某某的上诉，维持原判。

【法官后语】

本案的重点在于对“斡旋受贿”构成要件的理解。“斡旋受贿”是一类特殊的受贿形式，

由于手段隐蔽性较一般受贿更强，给国家工作人员职务廉洁性造成的危害虽不易察觉，但

危害很大，犹如蝼蚁之穴可溃千里之堤，故应予以特别重视。为了严厉打击此类犯罪，我

国《刑法》第三百八十八条对该种受贿形式进行了专门的条款规定。但是，司法实践此类

案件千变万化，仍存在诸多认定困难。其中争论较多的是对“利用本人职权或地位形成的

便利条件”以及“为请托人谋取不正当利益”的理解。对于第一个问题，理论界曾经有“制约

关系说”“非制约关系说”“特殊关系说”之争。最高人民法院采纳“非制约关系说”，将“斡旋

受贿”与一般“受贿”类型进行区分，使法院的司法认定更符合“斡旋”的本质要求。本案

中，被告人唐某某的身份是北京市公安局西城分局刑侦支队民警，请托人请托的事项是帮

助被北京市公安局石景山分局网上通缉的犯罪嫌疑人翟某进办理取保候审或撤销上网通

缉。被告人唐某某所在的西城公安分局与石景山公安分局系平行的国家机关，没有职务上

的隶属关系、制约关系；可能有的就是工作上的联系关系和私人关系。本案中被告人唐某

某并非犯罪嫌疑人翟某进案具体办案人员，其就犯罪嫌疑人翟某进案本身不具备职务身

份，因此，被告人唐某某要想为请托人办事儿就必然通过与其本单位（西城公安分局）有

工作联系的不同国家单位（石景山公安分局）的国家工作人员的行为来完成请托事项。

关于“为请托人谋取不正当利益”的理解，理论观点也是众说纷纭，其中“取消派”主张

取消“为他人谋取利益”在贿赂犯罪中的犯罪构成要件地位，为司法机关的证明困难谋求立

法解决途径。2016年4月18日“两高”联合出台的《最高人民法院、最高人民检察院关于办

理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第十三条对“为他人谋取利益”给出了明确

的解释，该条文的表述并没有采纳“取消派”的意见，而将“为他人谋取利益”作为犯罪构成

要件的主观违法性予以保留，具体规定为具有下列情形之一的，应当认定为“为他人谋取

利益”：①实际或承诺为他人谋取利益的；同时将国家工作人员索取、收受具有上下级关

系的下属或具有行政管理关系的被管理人员的财务价值三万元以上，可能影响职权行使

的，视为承诺为他人谋取利益。这里将“为他人谋取利益”的行为降低到“许诺”，即有愿意

为他人谋利的主观性意思表示即可，而这种表示既包括明示也包括暗示。②明知他人有具

体请托事项的。明知是表明行为人的主观心态，承诺是以语言或行为表示的同意。在明确

知道请托人的请托事项后收受请托人财物，可以推定为承诺“为他人谋取利益”。③履职时

未被请托，但事后基于该履职事由收受他人财物的。这一规定以司法解释的形式肯定了事

后受贿行为的可罚性。从上述《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案

件适用法律若干问题的解释》的规定不难看出，虽然立法者并没有采纳“取消派”的观点，

仍然将“为他人谋取利益”保留在受贿类犯罪的构成要件中，但行为人是否具体实施客观行

为已经开始弱化。

编写人：北京市朝阳区人民法院 王杨

67 单位领导收取外单位回扣款后不入单位账并私分给单位员工构成个人

受贿

——覃某芬受贿案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区柳州市中级人民法院（2016）桂02刑终397号刑事裁定书

2.案由：受贿罪

【基本案情】

甲公司隶属于乙公司下属子公司，负责教辅材料的发行、征订工作。为扩大市场销售

业务，2012年至2014年，按照口头协议，甲公司根据教辅材料发行量，按照总价款的一定

比例于账外先后5次给予时任融安县新华书店经理的被告人覃某芬回扣款共计人民币14万

元。

被告人覃某芬收取上述钱款后未交给本单位财务入账。2012年7月至2014年8月，被告

人覃某芬以教辅材料奖金名义先后5次分给本书店副经理罗某共计人民币3.6万元。2015年

春节前，被告人覃某芬分别用信封装有4500元分发给本书店员工黄某、陈某、翁某，并告

知该款是上级集团公司给的奖励。2015年3月25日，被告人覃某芬归案，如实交代了上述

事实，并退回赃款人民币10.4万元。案发后，相关涉案人员均退回所获得的赃款。

【案件焦点】

单位领导收取其他单位给予的账外回扣款后不入本单位财务账，并私分一部分款给单

位员工，其行为是否构成犯罪。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区融安县人民法院经审理认为：被告人覃某芬在任国有企业领导职务期

间，利用其职务上的便利，违反国家规定，收受回扣，数额较大，其行为构成受贿罪，公

诉机关指控被告人覃某芬犯受贿罪罪名成立。被告人覃某芬犯罪后主动投案如实供述，是

自首，可以从轻或者减轻处罚；其积极退赃，亦可酌情从轻处罚。根据被告人覃某芬犯罪

的事实、情节、性质以及对社会的危害程度，决定对被告人覃某芬从轻处罚并宣告缓刑。

辩护人提出的证据及辩护理由，与查明的事实不符，不予采纳。依照《中华人民共和国刑

法》第三百八十五条、第三百八十六条、第三百八十三条、第十二条、第六十四条、第六

十七条，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题

的解释》第一条第一款、第十九条的规定，作出如下判决：

一、被告人覃某芬犯受贿罪，判处有期徒刑一年六个月，缓刑二年，并处罚金人民币

十万元（已缴纳）；

二、暂扣于融安县人民检察院的涉案赃款十四万元，予以没收，上缴国库。

被告人覃某芬不服判决，提出上诉称，其系自首、初犯，有积极退赃情节，原判量刑

过重，请求二审法院对其免予刑事处罚。

辩护人辛某盛提出辩护意见：被告人覃某芬有自首情节，系初犯，积极退赃，并主动

缴纳罚金，请求二审法院对其免予刑事处罚。

广西壮族自治区柳州市中级人民法院经审理认为：原审被告人覃某芬在任融安县新华

书店经理期间，利用其职务上的便利，违反国家规定，收受回扣款14万元，其行为已构成

受贿罪。原判认定的事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，并根据其受贿数额、系自

首、积极退赃等具体情节，对其从轻处罚并适用缓刑。原审被告人覃某芬及其辩护人提出

请求免予刑事处罚的意见，经查，原判已充分考虑其各量刑情节，量刑适当，该意见不能

成立。

广西壮族自治区柳州市中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十

五条第一款第（一）项的规定，作出裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案涉及几个关键问题影响到定罪量刑：1.甲公司根据教辅材料发行量，按照总价款

的一定比例于账外给付业务往来单位的回扣款如何定性？2.被告人覃某芬收受甲公司款项

的行为是职务行为还是个人行为？3.被告人覃某芬收受甲公司的回扣款不入单位财务账并

私分部分款给单位员工的行为如何定性？

关于账外回扣款的定性问题。辩护人认为，甲公司给融安县新华书店款项的行为，是

广西新华书店系统为发展业务多年来长期制定并形成的、上级对下级的激励机制而施行的

具体做法，是上级单位对下级单位的奖励行为，并非个人行贿行为，属违反财经制度的违

纪行为。经查，被告人覃某芬所收受的14万元与乙公司或甲公司的奖励无任何关系，按照

上级单位的奖励政策及财务制度，给予下级单位或个人的奖励，均有严格的财务会计制

度，均需其本人签字，被告人覃某芬收受该回扣款均是甲公司的账外款，双方均是私下给

付，私下收取。甲公司给予业务往来的新华书店教辅材料返点款是为了扩大营业额，这些

钱是专门给领导班子成员的，不是给单位的，对象十分具体明确。双方给付收受回扣款的

行为构成行贿和受贿，已经触犯我国刑律。

关于收受回扣款的定性问题。辩护人认为，被告人覃某芬收受甲公司款项的行为系代

表融安县新华书店的职务行为，并非个人行为，且款项并非归被告人覃某芬个人独占，应

定性为单位行为。经查，被告人覃某芬分5次收受甲公司给付的账外款14万元，融安县新

华书店其他人并不知晓，该款也未入单位账户，或用于单位支出等，而是由被告人覃某芬

留作私用，即便是分了其中小部分钱给副经理罗某，罗某也对具体情况不知情，证人翁某

作为融安县新华书店的会计，对此也不知情。故被告人覃某芬收受回扣款的行为属个人行

为，不是单位行为。

关于处分回扣款的定性问题。被告人覃某芬收取回扣款后不交给本单位财务入账，以

教辅材料奖金、上级集团公司给予奖励的名义先后私下将自己掌控的回扣款分给本书店副

经理和员工，该行为只能证实被告人覃某芬在受贿之后对赃款的处理，赃款如何处理，不

影响之前受贿行为的认定。

综上，被告人覃某芬作为单位领导收取甲公司给予的账外回扣款后不入本单位财务

账，并私分一部分款给本单位员工，其行为已经触犯我国刑律，构成犯罪，且该行为属个

人行为，应当依法认定构成受贿罪。

编写人：广西壮族自治区融安县人民法院 江世金

68 非国家工作人员与国家工作人员共同受贿时罪名的认定

——黄某、孙某生受贿案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

云南省昆明市官渡区人民法院（2016）云0111刑初240号刑事判决书

2.案由：受贿罪

【基本案情】

2008年9月，被告人黄某（2007年经国有公司甲公司提名到乙公司任职，案发时任副

总经理职务）、孙某生（与国家出资企业乙公司签订劳动合同，案发时任经营部经理职

务）在昆明乙公司工作期间，与总经理李某辉（另案处理）合谋，分别利用担任公司副总

经理、经营部经理的职务便利，帮助商户杨某灿承租由乙公司管理的景星花鸟珠宝世界商

铺，并共同收受杨某灿送给的现金人民币36万元，其中黄某、孙某生分别分得8万元，李

某辉分得20万元。案发后，被告人黄某、孙某生分别向官渡区人民检察院退缴赃款8万

元。

【案件焦点】

非国家工作人员与国家工作人员共同受贿应如何定罪。

【法院裁判要旨】

云南省昆明市官渡区人民法院经审理认为：被告人黄某系经国有公司提名到国有参股

公司中从事公务的人员，系国家工作人员。孙某生与国有参股的昆明乙公司签订劳动合

同，系非国家工作人员。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理商业贿赂刑事案

件适用法律若干问题的意见》第十一条之规定，非国家工作人员与国家工作人员通谋，共

同收受他人财物，构成共同犯罪且不能分清主从犯的，可以受贿罪追究刑事责任。本案中

被告人黄某、孙某生对于受贿存在共同的犯罪故意，二人分别利用各自的职务便利为他人

谋取利益。同时，法院认为本案中不能分清主从犯，故法院认定被告人黄某、孙某生均构

成受贿罪。

云南省昆明市官渡区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百八十五条、第三百

八十六条、第三百八十三条、第十二条、第二十五条、第六十七条、第六十四条、第七十

二条、第七十三条之规定，作出如下判决：

一、被告人黄某犯受贿罪，判处有期徒刑二年，缓刑二年，并处罚金十万元；

二、被告人孙某生犯受贿罪，判处有期徒刑二年，缓刑二年，并处罚金十万元；

三、涉案赃款十六万元，依法予以没收。

【法官后语】

公诉机关指控两名被告人均属国家工作人员，但是公诉机关提交的证据仅能证实乙公

司在案发时为国有资本参股公司。由于黄某系经甲公司（国有公司）提名到乙公司从事公

务，故依照《最高人民法院、最高人民检察院关于办理国家出资企业中职务犯罪案件具体

应用法律若干问题的意见》认定其为国家工作人员。被告人孙某生与国有参股的乙公司签

订劳动合同，不具有上述司法解释规定的情形，故认定为非国家工作人员。在确定两名被

告人的主体身份之后，就要对两被告人的罪名进行认定。根据《最高人民法院、最高人民

检察院关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》第十一条的规定，非国家工

作人员与国家工作人员通谋，共同收受他人财物，构成共同犯罪的，根据双方利用职务便

利的情形分别定罪追究刑事责任：（1）利用国家工作人员的职务便利为他人谋取利益

的，以受贿罪追究刑事责任。（2）利用非国家工作人员的职务便利为他人谋取利益的，

以非国家工作人员受贿罪追究刑事责任。（3）分别利用各自的职务便利为他人谋取利益

的，按照主犯的犯罪性质追究刑事责任，不能分清主从犯的，可以受贿罪追究刑事责任。

该条司法解释对非国家工作人员与国家工作人员共同受贿的罪名认定问题划分出两个层

次，第一个层次是考察共同犯罪利用了国家工作人员的职务便利还是非国家工作人员的职

务便利，如果只利用了一方的职务便利，就按照对应的犯罪直接认定。如果都利用了，就

需要继续考察第二个层次，即被告人在共同犯罪中所起的作用。

结合本案来看，首先分析第一个层次，按照案发时乙公司的管理流程，商铺的租赁需

要经由经营部经理孙某生、分管副总经理黄某、总经理李某辉三人签字批准，因此本案中

黄某和孙某生分别利用了各自作为国家工作人员和非国家工作人员的职务便利。此时就要

考察各被告人在共同犯罪中所起的作用，根据当庭提交的证据，利用职务便利出租铺面并

收取贿赂的犯意是经黄某和孙某生共同商议后提出的，后得到李某辉的许可。与行贿人接

洽、收取贿赂是由孙某生直接实施，向李某辉汇报、分赃是由黄某实施，收取贿赂后将商

铺租赁给行贿人是由黄某、孙某生利用各自的职务便利实施。因此，本案中虽然各被告人

的职位高低有所不同，但不能仅仅依照各被告人的职位高低确定其在共同犯罪中所起的作

用，还要综合考量各被告人在犯意提起、犯罪实施的各个阶段所起的作用。合议庭在综合

考量上述因素后认为本案中两名被告人的作用相当，不应区分主从犯，据此认定被告人黄

某、孙某生均构成受贿罪。

编写人：云南省昆明市官渡区人民法院 周瑞骁

69 个人受贿与单位受贿的界定

——陈某平受贿案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区柳州市融水苗族自治县人民法院（2016）桂0225刑初158号刑事判决

书

2.案由：受贿罪

【基本案情】

被告人陈某平于2012年2月至今在融水苗族自治县茶叶生产管理办公室工作，担任主

任职务，全面主持茶叶生产管理办公室工作。茶叶生产管理办公室的主要工作职责是负责

全县茶叶种植、加工技术培训和指导，制作采购计划，包括肥料的采购、检验、使用及报

账审批等。融水苗族自治县茶叶生产管理办公室系融水苗族自治县农业局直属的二层事业

单位，工作人员编制入融水苗族自治县农业技术推广中心，工资福利均由县财政全额拨付

至主管部门县农业局财务，二层单位不设立财务工作。2013年至2014年，在全县茶叶生产

管理工作中，融水苗族自治县茶业生产管理办公室在其主管部门融水苗族自治县农业局通

过政府招投标方式向甲公司采购肥料过程中，甲公司为了在供销肥料及报账审批等工作中

与融水苗族自治县茶叶生产管理办公室继续合作、搞好关系，该公司法定代表人骆某东于

2013年12月底的一天，在融水苗族自治县农业局门口路边自己驾驶的汽车上，送给被告人

陈某平采购肥料的回扣费共计10万元。被告人陈某平收下骆某东送给的采购肥料回扣费

后，于2014年和2015年春节将该款当福利分别分给本办公室成员潘某生（副主任）和杨某

梅（技术员）各2万元，并与潘某生讲明是骆某东送给的“肥料推广服务费”。

另查明，2013年6月、7月间，甲公司为了推出新品种肥料，请求融水苗族自治县茶业

生产管理办公室帮助做实验进行推广，之后，甲公司以“辛苦费”送给融水苗族自治县茶业

生产管理办公室1万元。被告人陈某平交代原办公室成员韦某基（2013年8月退休）收下

后，将该款作单位福利分发给当时的办公室成员，其中陈某平、韦某基、潘某生、杨某梅

各分得0.2万元、韦某进分得0.1万元，另有0.1万元称用于吃饭开销。

办案单位融水苗族自治县人民检察院反贪污贿赂局在办理其他案件中，发现融水苗族

自治县茶业生产管理办公室主任陈某平涉嫌收受骆某东“好处费”的案件线索，于2015年9

月10日经检察长批准进行初查。当日，检察机关侦查人员从被告人所在单位将陈某平带走

（未采取强制措施）进行询问调查，经侦查人员法律教育后，其主动交代了自己涉嫌非法

收受骆某东送给的10万元“好处费”的犯罪事实。案发后，陈某平退回赃款6.2万元；潘某

生和杨某梅各退回赃款2.2万元；韦某基退回赃款0.2万元；韦某进退回赃款0.1万元，以上

退回的赃款共计10.9万元，均暂扣于办案机关融水苗族自治县人民检察院。

【案件焦点】

1.该案贿赂款10万元是给单位还是给个人；2.融水苗族自治县茶叶生产管理办公室系

融水苗族自治县农业局直属的二层事业单位，是否具备单位受贿罪的主体资格。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区柳州市融水苗族自治县人民法院经审理认为：融水苗族自治县茶叶生

产管理办公室在经济往来中，收受甲公司送给的回扣费10万元，为他人谋取利益，情节严

重，其行为已构成单位受贿罪。被告人陈某平为该单位的直接主管和直接责任人，依法应

当以单位受贿罪追究其刑事责任。公诉机关指控被告人陈某平犯受贿罪定性不当，应予以

纠正。被告人陈某平在办案机关掌握其涉嫌收受企业法定代表人骆某东送给的回扣费10万

元的案件线索后，侦查人员从被告人陈某平所在单位将其带到办案机关询问调查，不具有

自动投案的前提条件，其经办案人员法律教育后，交代了自己非法收受该回扣费的犯罪事

实，属如实供述，不能成立自首。本案发生后，被告人陈某平及其相关工作人员将本单位

非法收受并已处分的贿赂款共计11万元中，已经退缴10.9万元，其中，公诉机关指控认定

的受贿款10万元已经全部退缴，具有悔罪表现，且犯罪情节轻微，依法可免予刑事处罚。

根据被告人陈某平犯罪的事实、性质、情节、对社会的危害程度和悔罪表现，决定对被告

人陈某平免予刑事处罚。被告人陈某平及辩护人提出本案应以单位受贿罪论处并提出免予

刑事处罚的辩解和辩护意见，具有事实和法律依据，予以采纳。

广西壮族自治区融水苗族自治县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百八十七

条、第六十七条第三款、第三十七条、第六十四条、第六十一条的规定，判决如下：

一、被告人陈某平犯单位受贿罪，免予刑事处罚；

二、被告人陈某平及其相关工作人员退缴的赃款共计十万九千元，由暂扣机关融水苗

族自治县人民检察院依法没收，上缴国库。

【法官后语】

从行贿人骆某东及证人潘某生、杨某梅的证词，以及被告人陈某平的供述材料看，合

议庭经评议一致意见认为：1.行贿人骆某东送钱，是为了在供销肥料及报账方面与融水苗

族自治县茶叶生产管理办公室（单位）继续合作、搞好关系；2.送钱的对象，明确指向单

位即融水苗族自治县茶叶生产管理办公室；3.从支配和使用角度看，被告人陈某平收下该

10万元回扣费后，于2014年和2015年春节将该笔费用当单位福利分别分给本办公室成员潘

某生和杨某梅，并与潘某生讲明是骆某东给的“肥料推广服务费”。

综上，该10万元应认定是给单位的，而不是给个人的。

关于第二点争议，根据《最高人民检察院法律政策研究室关于国有单位的内设机构能

否构成单位受贿罪主体问题的答复》（高检研发〔2006〕8号），国有单位的内设机构利

用其行使职权的便利，索取、非法收受他人财物并归该内设机构所有或者支配，为他人谋

取利益，情节严重的，依照《刑法》第三百八十七条的规定以单位受贿罪追究刑事责任。

上述内设机构在经济往来中，在账外暗中收受各种名义的回扣、手续费的，以受贿

论。

融水苗族自治县茶叶生产管理办公室在本县茶叶生产、管理及采购肥料过程中，收取

企业甲公司给予的回扣费10万元，在经济往来中具有为企业谋取利益的事实。根据《最高

人民检察院关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》（1999年9

月16日最高人民检察院发布），单位受贿数额在10万元以上的，应予立案，符合立案标

准。

本案因单位构成受贿罪，不列行政机关等财政供给单位为被告主体，而只是追究直接

主管或直接责任人员的刑事责任，符合上级法院在办理该类职务犯罪案件上的指导精神。

编写人：广西壮族自治区柳州市融水苗族自治县人民法院 周香

70 国有公司从事公务的人员退休后被返聘是否仍具有国家工作人员身份

——张某理受贿案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省溧阳市人民法院（2016）苏0481刑初21号刑事判决书

2.案由：受贿罪

【基本案情】

被告人张某理利用自己担任中国水利水电建设工程咨询西北有限公司溧阳监理中心副

总监的职务之便，在负责江苏国信溧阳抽水蓄能电站建设工程监理过程中，为他人谋取利

益，非法收受他人现金、购物卡、手机、金条等财物，共计价值人民币201000元。

案发后，被告人张某理主动投案，如实供述了犯罪事实。侦查人员从其家中扣押到金

条两块，其妻子主动退回人民币15万元。

另查明，中国水利水电建设工程咨询西北有限公司系中国水电顾问集团西北勘测设计

研究院法人独资子公司，中国水电顾问集团西北勘测设计研究院系中国电力建设集团有限

公司法人独资子公司，中国电力建设集团有限公司系国有独资公司。被告人张某理担任中

国水利水电建设工程咨询西北有限公司溧阳电站监理中心副总监职位，其工作职责主要包

括工程进度款支付、变更价款审核、索赔价款审核等，被告人张某理于2013年5月从原单

位退休，后原单位并未免去其职务，以劳务派遣形式继续聘用张某理，并继续担任原职

位，履行相关工作职责。

【案件焦点】

张某理作为在国有公司中从事公务的人员，其退休后经原单位返聘无正式编制，但继

续履行其原职责，其身份是否仍属于国家工作人员。

【法院裁判要旨】

江苏省溧阳市人民法院经审理认为：被告人张某理利用担任国家工作人员的职务之

便，非法收受他人贿赂，为他人谋取利益，其行为已构成受贿罪。公诉机关的指控事实清

楚，证据确实充分，罪名成立，应予支持。被告人张某理主动投案，并如实供述自己的罪

行，是自首，可以从轻或者减轻处罚；被告人张某理积极退赃，可以从轻处罚。辩护人认

为被告人张某理收受李某财物时已经退休，后被返聘回原单位继续工作，但其身份已不属

于国家工作人员，故相关行为不构成受贿罪的辩护意见，经审理认为，被告人张某理退休

后，原单位并未免去其职务，以劳务派遣形式继续聘用张某理，并继续担任原职位溧阳监

理中心副总监，履行相关工作职责，故张某理属于国有公司中从事公务的人员，应以国家

工作人员论，辩护人以2003年《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》中在国家机

关中虽未列入编制但从事公务的人员，属于国家机关工作人员的规定，辩解未有明确规定

称国有公司中未列入编制但从事公务的人员也属于国家工作人员，该会议纪要的规定

为“虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员，视为国家机关工作人

员”，辩护人的辩解意见混淆了国家机关工作人员及国家工作人员的概念，故对相关辩护

意见不予采纳。辩护人的其他辩护意见经查属实，予以采纳。

江苏省溧阳市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百八十五条第一款，第三百

八十六条，第三百八十三条，第九十三条第二款，第六十七条第一款，第七十二条第一

款、第三款，第七十三条第二款、第三款，第五十二条，第五十三条，第六十四条之规

定，经审判委员会决定，判决如下：

一、被告人张某理犯受贿罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚金人民币二十万

元（已缴纳）；

二、已扣押的金条二块、违法所得人民币十一万七千元及三星手机一部予以没收，上

缴国库。

【法官后语】

本案涉及国家工作人员退休后被返聘回单位继续担任原职位，其身份是否属于国家工

作人员的问题。

第一，根据《刑法》第九十三条的规定，国家工作人员是指在国家机关中从事公务的

人员；国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、

企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其

他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。从该规定可以看出，对于国家工作人员

的身份认定，直接来源于其从事的工作性质是否属于“公务”。而所谓从事公务，是指依照

法律规定的职责和权能，按照法定程序，代表国家所进行具有国家管理性质的活动。被告

人张某理在退休被返聘回单位后所负江苏国信溧阳抽水蓄能电站建设工程监理，系公务。

第二，根据2003年《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》的规定，虽未列入

国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员，视为国家机关工作人员。国家机关工

作人员的身份相比于国家工作人员的身份的要求更为严格，在国家机关中从事公务的人

员，虽未列入国家机关人员编制，但视为国家机关工作人员。那么，举重以明轻，在国有

公司中从事公务的人员，虽无编制，亦应属于国家工作人员。

因此，张某理作为国家工作人员退休后，名义上虽以劳务派遣形式继续聘用，无正式

编制，但实际上仍从事公务活动，其身份应属于国家工作人员。其利用担任国家工作人员

的职务之便，非法收受他人贿赂，为他人谋取利益，其行为已构成受贿罪。

编写人：江苏省溧阳市人民法院 段云松 王乔

71 行为人收受他人财物虽及时上报，但未及时退还是否应认定为受贿

——赵某武受贿案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河北省唐山市中级人民法院（2016）冀02刑终658号刑事裁定书

2.案由：受贿罪

【基本案情】

被告人赵某武在先后担任玉田县人民法院协调指挥科科长、玉田县人民法院执行一庭

庭长、唐山市中级人民法院执行局第四分局玉田协调处副处长期间，利用负责已生效案件

的执行职务便利，分多次收受案件当事人给予的贿赂、物品，共折合人民币11.422万元，

分别如下：

（1）在2009年至2011年，每年春节前收受玉田县信用联社特资部主任范某明给予的

现金1万元，共计3万元；

（2）在2013年2月左右，收受案件当事人孙某全给予的现金2万元，玉石挂件和玉石

戒指各一枚（折合人民币价值共计9220元），共计2.922万元；

（3）在2013年上半年，收受案件当事人甲公司负责人赵某国给予的现金1万元；

（4）在2014年4月、5月，收受案件当事人乙公司负责人张某给予的现金1万元；

（5）在2015年上半年，收受案件当事人丙公司负责人闫某中给予的现金5000元；

（6）在2015年9月底，收受案件当事人赵某明给予的现金3万元。

【案件焦点】

赵某武收受他人财物虽及时上报，但未及时退还，是否应认定为受贿。

【法院裁判要旨】

河北省唐山市古冶区人民法院经审理认为：被告人赵某武身为国家工作人员，利用职

务上的便利，非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为已构成受贿罪。唐山市古冶区人

民检察院指控被告人赵某武的罪名成立，应依法追究其刑事责任。被告人赵某武在起诉前

能如实供述自己的罪行，积极退缴全部赃款，且当庭认罪，依法应予以从轻处罚。被告人

赵某武收受的玉石挂件、玉石戒指及现金2万元因纪检部门责令他将收受的钱物退给当事

人，在长达两年多的时间内赵某武未予退还当事人且未将钱物交纪检部门，说明被告人赵

某武有非法占有的故意。在办理执行案件中法律有明确规定，不能以任何名义收受当事人

任何钱物，被告人赵某武以差旅费名义收受赵某明3万元现金的行为应认定为受贿。被告

人赵某武虽主动交代了部分犯罪事实，但均属同种罪，其行为依法不构成自首；被告人赵

某武积极退回赃款，积极认罪，认罪态度非常明确，没有前科劣迹，依法可从轻处罚，但

被告人赵某武收受贿赂数额较大，对其免予刑事处罚的辩护意见，不予采纳。

河北省唐山市古冶区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百八十六条、第六十

七条第三款、第七十二条第一款、第七十三条第二款及第三款、第五十二条、第五十三

条、第六十四条之规定，作出如下判决：

一、赵某武犯受贿罪，判处有期徒刑一年六个月，缓刑二年，并处罚金人民币十万

元；

二、被告人赵某武退缴收受的贿赂款人民币十一万四千二百二十元，予以没收上缴国

库。

赵某武不服一审判决提起上诉。

河北省唐山市中级人民法院经审理认为：被告人赵某武身为国家工作人员，利用职务

上的便利，非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为已构成受贿罪。关于赵某武上诉提

出一审法院将孙某全行贿现金2万元及玉石挂件和玉石戒指认定构成受贿罪证据不足的上

诉意见，经查，赵某武在孙某全的司机将现金2万元及玉石挂件和玉石戒指放在其办公室

之后，确实向单位纪检部门反映该情况，纪检部门要求其将涉案物品归还孙某全，在将近

两年的时间内，其并没退还孙某全，其辩解在此期间无法联系到孙某全。孙某全及其司机

的证言证明，其并未向二人表示欲退还涉案财物，故其辩解不能成立，其非法占有该涉案

财物的主观故意明显，故对其该项上诉理由不予支持。关于其收受赵某明3万元贿赂证据

不足的上诉意见，经查，法律明确规定在办理执行案件中，不能以任何名义收受当事人任

何钱物，其以差旅费名义收受赵某明3万元现金，在收受该笔款项后直至本案案发将近一

个月时间未对赵某明的执行案件进行处理，故其辩解不成立，本院对其该项上诉意见不予

支持。关于其收受玉田农村信用联社2009至2011年共三年每年所送1万元合计3万元贿赂款

用于补贴执行部门日常费用，并未占为己有的上诉意见，经查，其在侦查机关及一审庭审

期间供述稳定，均为用于自己的日常开销，与证人证言能相互印证，故本院对其该项上诉

意见不予支持。关于其提出一审判决适用法律错误，应当认定其构成自首的上诉意见，经

查，纪委在掌握其受贿的犯罪线索之后将其带到办公地点谈话，经过谈话，其交代了本案

多项受贿行为，其供述的部分办案机关尚未掌握的受贿行为，该受贿行为和办案机关所掌

握的受贿行为属于同一罪名，不构成自首，故其该项上诉不能成立。一审法院对赵某武定

罪准确，量刑适当，适用法律准确。

河北省唐山市中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一

款第（一）项、第二百三十三条之规定，作出如下裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案分歧焦点之一即行为人收受他人财物虽及时上报，但未及时退还是否应认定为受

贿。一般来讲，只要行为人能够及时、主动地将收受的财物及时退还或者予以上交，可以

将其退还或者上交的财物数额予以相应扣除，不认定为受贿性质。之所以作出如此判定，

是因为行为人上述“及时”“主动”的退还、上交行为，已经足以表明其在接受他人财物时并

无受贿的犯罪故意，或者其受贿的故意尚不确定。至少可以说，由于行为人实施了及时、

主动退还、上交的行为，司法机关已无确实充分的证据去证明行为人犯罪故意的存在。因

此，对这部分财物不以受贿性质认定，是一种比较合理的，也是符合我国现行刑法犯罪构

成要件规定的做法。主动退还、上交财物是排除行为人具有受贿故意的实质条件，但

对“主动性”的判断需要通过“及时性”去加以证明。本案中，赵某武在孙某全的司机将现金

2万元及玉石挂件和玉石戒指放在其办公室之后，确实向单位纪检部门反映该情况，纪检

部门要求其将涉案物品归还孙某全，在将近两年的时间内，其并没退还孙某全，其无法联

系到孙某全的辩解不能成立，故其非法占有该涉案财物的主观故意明显，缺乏主动退还的

及时性，故该笔数额应予认定为赵某武受贿数额内。

编写人：河北省唐山市古冶区人民法院 刑二庭 赵蓉蕾

72 利用职务虚报利益构成索贿还是诈骗

——谢学军等受贿案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

浙江省台州市中级人民法院（2016）浙10刑终1218号刑事裁定书

2.案由：受贿罪

【基本案情】

2011年至2015年，被告人谢学军任浙江有色地质环境研究院台州办事处主任，平时代

表浙江省有色金属地质勘查局承接各项地质类勘查及报告编写等任务。具体犯罪事实如

下：1.谢学军承接高湾山采石场保有资源储量估算等业务，衣成利在编写报告中，根据谢

学军的指示通过扩大采空区范围等方法帮助高湾山采石场免费获得200余万吨资源储量。

后谢学军获得好处费人民币240万元，将其中25万元分给衣成利。2.谢学军承接白馋山矿

边坡地质灾害综合治理工程设计及该工程占用储量估算等业务，谢学军指示衣成利在报告

中帮助白馋山隐瞒资源储量。后谢学军获得好处费人民币40万元，并将其中2万元分给衣

成利。3.谢学军承接三门强鹰采石场保有资源储量估算等业务，衣成利在编写报告中，按

照谢学军的指示通过扩大采空区范围等方法帮助强鹰采石场隐瞒几十万吨资源储量。后谢

学军获得好处费人民币50万元，并将其中3万元分给衣成利。4.谢学军承接甲公司普通建

筑用花岗岩矿地质勘查及矿石资源储量动态监测等业务，指示张某龙在报告中帮助万鑫采

石公司隐瞒部分资源储量。后谢学军获得好处费人民币30余万元。5.谢学军承接其头山矿

地质勘查及资源储量核实等业务，张某龙在编写报告中，根据谢学军的指示通过扩大采空

区范围等方法帮助其头山矿隐瞒几十万吨资源储量。后谢学军获得好处费人民币50万元，

并将其中25万元分给张某龙。6.谢学军承接红台门采石场地质勘查及资源储量核实等业

务，其安排被告人衣成利具体开展该业务。后谢学军与红台门采石场合伙人泮某生（另案

处理）、潘某华（另案处理）等人商定，由谢学军帮助该采石场在报告中隐瞒一定的资源

储量，该采石场给予谢学军好处费200万元。谢学军指示衣成利在报告中帮助红台门采石

场隐瞒资源储量，并告诉衣成利该采石场会给予好处费。2013年7月左右，潘某华向谢学

军提出，让谢学军向泮某生虚报100万吨资源储量，进而向对方多要40万元的好处费，并

让谢学军将此40万元给潘某华，谢学军表示同意并予以操作。后泮某生等人分4次送给谢

学军好处费共计人民币240万元，谢学军将其中的40万元给予潘某华，将其中的20万元分

给衣成利。

公诉机关认为谢学军第6笔的行为构成诈骗罪，因此，以受贿罪、诈骗罪向法院提起

公诉。被告人谢学军及其辩护人认为其不构成诈骗。

【案件焦点】

谢学军利用自身的身份条件与他人合伙向采石场虚报隐瞒的资源储量，进而多要好处

费的行为构成诈骗罪还是受贿罪。

【法院裁判要旨】

浙江省台州市三门县人民法院经审理认为：被告人谢学军、衣成利、张某龙作为国家

工作人员，在从事浙江省有色金属地质勘查局业务过程中，收受他人财物，为他人谋取利

益，各被告人的行为均已构成受贿罪，公诉机关指控被告人犯受贿罪的罪名成立。但指控

被告人谢学军构成诈骗罪的定性不当，予以纠正。理由在于谢学军与他人合伙向采石场虚

报隐瞒的资源储量，进而多要好处费的行为本质上还是利用职务之便，系索贿。结合各被

告人犯罪情节，依照相关法律，以受贿罪分别判处被告人谢学军有期徒刑十三年，并处罚

金人民币一百万元；被告人衣成利有期徒刑七年二个月，并处罚金人民币五十万元；被告

人张某龙有期徒刑三年，并处罚金人民币二十万元。

一审宣判后，被告人谢学军以其没有索贿情节及所得赃款用于单位开支等为由提起上

诉。

浙江省台州市中级人民法院经审理认为：原判定罪及适用法律正确，量刑适当，审判

程序合法。各上诉人及其辩护人的上诉理由和辩护意见均不能成立，不予采纳。依照《中

华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第（一）项之规定，作出裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案处理的重点主要在于利用身份犯罪类案件中如何区分诈骗罪和受贿罪。二者本质

的区别在于受贿罪的行为人利用职务之便，索取他人财物或非法收受他人财物，诈骗罪的

行为人是虚构事实、隐瞒真相，骗取他人财物。

本案中，被告人谢学军任浙江有色地质环境研究院台州办事处主任，代表浙江省有色

金属地质勘查局承接红台门采石场地质勘查及资源储量核实等业务，并指示衣成利在作报

告中为采石场隐瞒资源储量，从而使采石场受益，事后向对方多索要财物。首先，从表面

上看，该行为侵犯了采石场的利益，使得他们多出了好处费。但实质上，被告人谢学军与

衣成利在报告中没有正当履行职责，帮助采石场隐瞒资源储量，从而造成了国家财产的流

失。采石场在整个过程中是受益对象，而非被侵害的受害对象；其次，在整个行为表现形

式上，被告人谢学军利用了职务之便，也确实帮助采石场谋取了利益，正基于此，采石场

才愿意给予谢学军好处费，并非基于错误的认识，这符合受贿罪的客观要件。不能把整个

行为割断，只看谢学军向采石场多报谋取的利益而认为其是虚构事实从而骗取财物，是否

虚构谋取利益的事实不改变受贿罪的构成，至于被告人具体要帮对方谋取多少利益，只是

一个概括故意；最后，对于谢学军拿到240万元后，按照事先与潘某华约定给予他的40万

元只是事后赃款去向问题，不能将其剥离出来另外作为犯罪定罪处罚。因此，被告人谢学

军的行为构成受贿罪，不构成诈骗罪。

编写人：浙江省台州市三门县人民法院 林菁优

73 挪用公款与个人借款的认定

——杨少荣挪用公款案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

云南省昆明市中级人民法院（2016）云01刑终466号裁定书

2.案由：挪用公款罪

【基本案情】

2008年至2009年，被告人杨少荣在担任云南省富民县土地开发复垦收购储备交易中心

主任期间，为谋取个人利益，利用职务上的便利，私自决定将该中心公款人民币650万元

分三次挪给甲公司（法定代表人朱某琼）使用。公诉机关认为，被告人杨少荣身为国家工

作人员，为谋取个人利益，利用职务上的便利，挪用公款，情节严重，应当以挪用公款罪

追究其刑事责任。云南省安宁市人民检察院在办案过程中，从被告人杨少荣妻子陈某处扣

押欧元10000元、美金16000元，已随案移送。

被告人杨少荣对公诉机关的指控无异议。但认为，挪用的款项已全部归还，望法庭对

自己免予刑事处罚。

被告人杨少荣的辩护人对公诉机关指控的罪名无异议，但认为被告人杨少荣挪用的

650万元公款中，只有其中的150万元符合挪用公款罪的构成要件，其余的500万元，借用

时间短，已归还了本息，且其与朱某琼之间的借款，系公民之间的个人借款关系，不存在

谋取个人利益的问题。综上，公诉机关指控挪用公款500万元的事实，不符合该罪的构成

要件，不应以挪用公款的数额予以认定。希望法庭根据上述事实，对被告人杨少荣减轻或

免除处罚。

【案件焦点】

被告人杨少荣是挪用公款还是个人借款，是否构成挪用公款罪。

【法院裁判要旨】

云南省安宁市人民法院经审理认为：挪用公款罪是指国家工作人员，利用职务上的便

利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，

或者挪用公款数额较大超过三个月未还的行为。《最高人民法院关于审理挪用公款案件具

体应用法律若干问题的解释》第一条规定，《刑法》第三百八十四条规定的“挪用公款归

个人使用”，包括挪用者本人使用或者给他人使用。挪用公款给私有公司、私有企业使用

的，属于挪用公款归个人使用。第二条第一款第（二）项规定，“挪用公款数额较大，归

个人进行营利活动的，构成挪用公款罪，不受挪用时间和是否归还的限制。在案发前部分

或者全部归还本息的，可以从轻处罚；情节轻微的，可以免除处罚”。第二条第二款规

定：“挪用公款给他人使用，不知道使用人用公款进行营利活动或者用于非法进行营利活

动或者用于非法活动，数额较大、超过三个月未还的，构成挪用公款罪；明知使用人用于

营利活动或者非法活动的，应当认定为挪用人挪用公款进行营利活动或者非法活动。”被

告人杨少荣身为国家工作人员，明知甲公司法定代表人朱某琼借款用于营利活动，仍利用

职务便利，个人决定将富民县土地开发复垦收购储备交易中心公款650万元挪给自然人投

资的有限责任公司使用，进行营利活动。与此同时，被告人杨少荣向甲公司法定代表人朱

某琼个人借款160万元，长期未归还，以谋取个人利益。被告人杨少荣的行为符合挪用公

款罪的构成要件，应以挪用公款罪对其定罪处罚。本案挪用公款的数额达650万元，属于

法律规定的“情节严重”情形，应处五年以上有期徒刑。被告人杨少荣挪用的公款案发前均

已全部返还单位，到案后能如实供述挪用公款的犯罪事实，依法可以从轻处罚；随案移送

欧元10000元，美金16000元，与本案无关联，依法予以发还。公诉机关的指控，事实清

楚，证据确实、充分，罪名成立。辩护人的辩护意见，本院不予采纳。

云南省安宁市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百八十四条第一款、第六十

七条第三款、第六十四条，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件

适用法律若干问题的解释》第六条，《中华人民共和国刑事诉讼法》第七十四条之规定，

作出如下判决：

一、被告人杨少荣犯挪用公款罪，判处有期徒刑六年，扣除指定居所监视居住折抵的

刑期二十四天，尚需执行有期徒刑五年十一个月零六天；

二、随案移送欧元10000元，美金16000元，依法发还陈某。

宣判后，被告人杨少荣不服一审判决，提出上诉，请求改判，对其减轻或免除处罚。

主要理由认为：其挪用富民县土地开发复垦收购储备交易中心公款给富民龙某实业有限公

司使用并未构成挪用公款罪，其本人也未从中谋利。其辩护人提出被告人借出的650万元

中第一笔400万元和第三笔100万元，由于未超过三个月归还并不构成挪用公款罪，原审判

决量刑过重的辩护意见。

云南省昆明市中级人民法院经审理认为，上诉人杨少荣在担任富民县土地开发复垦收

购储备交易中心主任期间，利用职务上的便利将中心公款共计650万元，挪用于富民龙某

实业有限公司进行营利活动，并为谋取个人利益向该公司法定代表人朱某借款160万元。

其行为已触犯我国刑律，构成挪用公款罪。鉴于所挪用公款于案发前已返还受害单位，上

诉人杨少荣到案后能如实供述其犯罪事实，原审法院已依法对上诉人从轻处罚。上诉人所

提的上诉理由及辩护人所提辩护意见与本院查明的事实不符亦与法律规定相悖，不于采

纳。原判定罪准确，量刑适当，审判程序合法。据此，云南省昆明市中级人民法院依照

《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款（一）项之规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

1.挪用公款与公民个人借款的区别

挪用公款罪侵犯的客体，主要是公共财产的所有权，同时也侵犯了国家的财经管理制

度。挪用公款罪侵犯的直接客体是公款的使用权，正因为挪用公款罪侵犯了公款的使用

权，违反了国家财经管理制度中的公款使用制度，因而它又侵犯了国家财经管理制度。本

罪侵犯的对象主要是公款。这既包括国家、集体所有的货币资金，也包括由国家管理、使

用、运输、汇兑与储存过程中的私人所有的货币。广义的公款，是指公共款项、国有款项

和特定款物以及非国有单位（金融机构）和客户资金的统称。

挪用公款罪的客观方面表现为行为人实施了利用职务上的便利，挪用公款归个人使

用，进行非法活动，或者挪用数额较大的公款进行营利活动，或者挪用数额较大的公款超

过三个月未还的行为。其包括三个要件：（1）行为人实施了挪用公款的行为，即行为人

未经合法批准而擅自将公款移作他用；（2）行为人挪用公款的行为是利用其主管、管

理、经手公款职务上的便利实施的；（3）行为人挪用的公款是归个人使用的，所谓归个

人使用，既包括由挪用者本人使用，也包括由挪用者交给、借给他人使用。

根据《最高人民法院关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》第二条第

（二）项的规定，挪用公款数额较大，归个人进行营利活动的，构成挪用公款罪，不受挪

用时间和是否归还的限制。

公民个人借款，顾名思义即公民之间将自己占有的款项相互之间借贷的行为，可为无

偿，亦可为有偿，期限也不受限制。不涉及公共财产的所有权、使用权问题，也不侵犯国

家的财经管理制度。从主体上看，挪用公款本罪的主体是特殊主体，即国家工作人员。应

该说，挪用公款与公民个人借款的区别，从资金性质上、主体要件看，区分较为明显。

本案中，被告人杨少荣身为国家工作人员，明知甲公司法定代表人朱某琼借款用于营

利活动，仍利用职务便利，个人决定将富民县土地开发复垦收购储备交易中心公款650万

元挪给自然人投资的有限责任公司使用，进行营利活动。完全符合挪用公款罪的犯罪特征

及构成要件。一、二审对被告人行为性质的认定，于法有据。

2.关于挪用公款犯罪中谋取个人利益的问题

《最高人民法院关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》第二条第

（二）项规定，挪用公款数额较大，归个人进行营利活动的，构成挪用公款罪，不受挪用

时间和是否归还的限制。从该项规定看，只要符合挪用公款罪主体的行为人挪用数额较大

的公款作为挪用人或者他人进行营利活动的资本，如挪用人本人或者他人将挪用的公款用

于生产、经营、买房出租，作为个人参与企业经营活动的入股资金，存入银行或者借给他

人而个人取利等，如果行为人挪用公款后，为私利以个人名义将挪用的公款借给企业事业

单位、机关、团体使用的，不管这些单位是否将其挪用的公款用于营利活动，都应视为挪

用公款归个人使用进行营利活动，而不能认为属于挪归公用。对于这种挪用公款数额较大

的公款归个人进行营利活动的，法律既没有要求挪用公款要达到多长时间，也不要求行为

人营利的目的要真正达到。所以，在挪用公款犯罪案件中，谋取个人利益，不是挪用公款

罪的构成要件。

总之，在认定挪用公款罪与非罪时，一看该行为是否属于法定挪用公款罪范围；二看

该行为是否符合挪用公款罪的构成要件。

经过二审审理，对该案予以维持，也说明一审法院在审理该案过程中的法律认知，程

序把握，事实认定，是符合法律规定的，案件质量也得到了进一步的检验。

编写人：云南省安宁市人民法院 李永兴

74 将农村征地补偿款挪至储金会后向外投资应认定为挪用公款罪

——梁少刚、李项劳挪用公款案

【案件基本信息】

1.裁定书字号

河南省三门峡市中级人民法院（2016）豫12刑终40号刑事裁定书

2.罪名：挪用公款罪

【基本案情】

1996年8月27日，灵宝市城关镇政府根据中共中央、国务院加强农业、农村经济发展

政策和民政部加强救灾互助会管理工作的精神，申报成立灵宝市城关镇救灾扶贫储金会

（以下简称储金会），1997年4月18日经三门峡市民政局批准成立。被告人梁少刚自1995

年1月担任灵宝市城关镇民政所所长，兼任储金会会长。1998年10月21日，民政部下发民

救函（1998）216号“关于清理整顿‘农村救灾扶贫互助储金会’的紧急通知”，要求乡

（镇）及以上已设立的储金会，由各地民政部门负责在1998年年底前清理、撤销。1999年

11月2日，三门峡市人民政府办公室下发三政办（1999）33号“转发市民政局关于清理整顿

农村救灾扶贫互助储金会工作意见的通知”，要求地方政府及有关部门做好撤销乡镇互助

储金会和清偿债务的工作。但储金会因故未被撤销清理，仍由被告人梁少刚一直负责经

营。2008年12月7日，灵宝市城关镇政府召开党委班子会议，将镇政府所有的沙石厂现有

房地产抵顶灵宝市城关镇镇财政、镇海特公司、镇黄金公司、镇总务在储金会的欠款共计

587.66万元，储金会自主经营、自负盈亏，与镇政府无瓜葛。

2011年12月至2012年1月，被告人梁少刚担任灵宝市城关镇党委副书记、纪委书记，

被告人李项劳担任灵宝市城关镇北田村党支部书记，二人利用职务便利与时任灵宝市城关

镇书记张某某（另案处理）商量后，分两次将灵宝市城关镇北田村的征地补偿款500万元

挪用至被告人梁少刚经营的储金会，储金会将该款投资于灵宝市解放路西侧“金玉兰亭”在

建工程。被告人李项劳分三次收取储金会存款回扣15万元。

2011年12月，被告人梁少刚利用担任灵宝市城关镇副书记、纪委书记的职务便利，与

时任灵宝市城关镇书记张某某、灵宝市城关镇牛庄村支部书记任某某、村长何生民商量

后，将灵宝市牛庄村的土地补偿款200万元，挪用至归其经营的储金会使用。

2015年9月11日，灵宝市城关镇北田村村民委员会与储金会达成（2015）灵民一初字

第2563号民事调解书，储金会于2015年9月16日偿还灵宝市城关镇北田村村民委员会的借

款500万元。民事调解书生效后，灵宝市城关镇北田村村民委员会向法院申请强制执行储

金会位于灵宝市解放路西侧“金玉兰亭”在建工程。同年9月23日，灵宝市城关镇北田村村

民委员会在灵宝市城关镇人民政府的监督和协调下，与建某某达成债权转让协议，建某某

参与“金玉兰亭”项目的后期开发并负责偿还灵宝市城关镇北田村村民委员会500万元借

款，同年9月25日、11月11日，建某某分两次将500万元转入灵宝市城关镇北田村村民委员

会账户。

同年9月11日，灵宝市城关镇牛庄村村民委员会与储金会达成（2015）灵民一初字第

2562号民事调解书，储金会于2015年9月16日偿还灵宝市城关镇牛庄村村民委员会借款200

万元。民事调解书生效后，同年9月22日，灵宝市城关镇牛庄村村民委员会与甲公司达成

债权转让协议，甲公司参与“金玉兰亭”项目的后期开发并负责偿还灵宝市城关镇牛庄村村

民委员会200万元借款，甲公司将其所有的四间门面房抵顶200万元转让给灵宝市城关镇牛

庄村村民委员会。

【案件焦点】

将农村征地补偿款挪至储金会后向外投资的行为应如何定性。

【法院裁判要旨】

河南省三门峡市灵宝市人民法院经审理认为：被告人梁少刚、李项劳利用职务上的便

利，挪用公款归个人使用，进行营利活动，其行为均已构成挪用公款罪，应予以惩处。公

诉机关指控被告人梁少刚、李项劳犯挪用公款罪的事实清楚，证据确实、充分，指控罪名

成立。被告人梁少刚、李项劳的辩解及辩护人提出的辩护意见，与查明事实不符，理由不

当，不予采纳。

河南省三门峡市灵宝市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百八十四条、第二

十五条第一款的规定，作出如下判决：

一、被告人梁少刚犯挪用公款罪，判处有期徒刑六年六个月；

二、被告人李项劳犯挪用公款罪，判处有期徒刑五年六个月。

二被告以本案属民间借贷纠纷、上诉人不构成挪用公款罪为由提出上诉，要求二审法

院依法改判上诉人无罪。

河南省三门峡市中级人民法院经审理认为：原判认定原审被告人梁少刚、李项劳挪用

公款的犯罪事实，有梁少刚、李项劳本人供述及证人证言、会议纪要、借条、情况说明、

证明、记账凭证、资金往来结算票据等证据证实，且上述证据能够相互印证，足以认定，

上诉人及辩护人该上诉理由及辩护意见与事实及法律不符，不予采纳。原判认定上诉人

（原审被告人）梁少刚、李项劳犯挪用公款罪的事实清楚，适用法律正确，量刑适当，审

判程序合法。

河南省三门峡市中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第

一款第（一）项之规定，作出如下裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案处理过程中，有两个重要问题：一是储金会的性质问题；二是对被告人梁少刚等

人行为定性问题。

关于储金会的性质，根据本案认定的犯罪事实，从1999年11月2日起，三门峡市人民

政府办公室下发三政办（1999）33号“转发市民政局关于清理整顿农村救灾扶贫互助储金

会工作意见的通知”，明确要求地方政府及有关部门做好撤销乡镇互助储金会和清偿债务

的工作。但灵宝市城关镇政府并未按照文件要求撤销储金会。未被撤销的储金会以客观的

经营实体形式存在，实际经营人是梁少刚。2008年12月7日，灵宝市城关镇政府召开党委

班子会议，将镇政府所有的沙石厂现有房地产抵顶灵宝市城关镇镇财政、镇海特公司、镇

黄金公司、镇总务在储金会的欠款共计587.66万元，储金会自主经营、自负盈亏，与镇政

府无瓜葛。据此，储金会独立经营的经济实体的性质更为明确。

关于被告人梁少刚等人的行为定性。本案中涉案的700万元征地补偿款在未分配到村

民个人之前，应当由当地村党支部或村民委员会暂时保管并负责发放，其性质为公款。根

据《最高人民法院关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》第一条规定：

《刑法》第三百八十四条规定的“挪用公款归个人使用”，包括挪用者本人使用或者给他人

使用。挪用公款给私有公司、私有企业使用的，属于挪用公款归个人使用。被告人梁少刚

等人擅自将700万元征地补偿款挪至储金会，将其中500万元投资于灵宝市解放路西侧“金

玉兰亭”在建工程，其行为应当认定为“挪用公款归个人使用”。

二审裁定维持了一审的判决，表明一审法院的审理是于法有据的，在事实认定和法律

适用上是准确的。

编写人：河南省三门峡市中级人民法院 刘迪

75 挪用公款到证券账户“入而未炒” 的行为是否可认定为挪用公款进行营

利活动

——黄宝红挪用公款案

【案件基本信息】

1.裁定书字号

北京市朝阳区人民法院（2016）京0105刑初1772号刑事判决书

2.案由：挪用公款罪

【基本案情】

2015年4月，被告人黄宝红到某供热有限公司担任财务经理，主要负责组织领导该公

司的财务管理、会计核算、会计监督等方面的工作。2015年间，黄宝红利用担任该公司财

务经理的职务之便，多次将该公司公款从公司账户上支出后转入其位于北京市朝阳区的中

国工商银行账户，后用于归个人使用超过三个月未还或者用于进行营利活动。具体事实

有：

1.2015年7月至8月，被告人黄宝红利用担任某供热有限公司财务经理的职务便利，分

三次挪用该公司公款共计人民币555万余元归个人使用，其中人民币400余万元用于进行营

利活动，剩余款项用于借给他人使用及个人消费等。后被告人黄宝红于2016年1月29日将

上述挪用款项退还该公司。

2.2015年12月25日，被告人黄宝红利用担任某供热有限公司财务经理的职务便利，挪

用该公司公款人民币100万元转入其开设的证券公司账户后未进行任何证券交易操作，又

将上述赃款取出。上述挪用款项亦已退还该公司。

被告人黄宝红在其所在公司上级单位乙公司纪委找其谈话期间私自前往澳门，后经该

集团公司纪委工作人员积极联系，被告人黄宝红主动到该集团公司纪委接受调查。后纪委

将该案移交司法机关，司法机关于2016年5月27日对被告人黄宝红采取刑事拘留措施。

公诉机关出示了证人证言及相关书证等证据材料，认为被告人黄宝红的行为已构成挪

用公款罪。被告人黄宝红对公诉机关指控的主要犯罪事实和罪名均无异议，但当庭辩称：

公诉机关指控的第二起事实中其将挪用的本单位公款100万元转入其证券账户后又随即转

出，未进行任何股票交易的操作，不应认定为进行营利活动。

【案件焦点】

被告人黄宝红将挪用的单位公款转入其开设的证券账户后未进行任何证券交易操作又

将上述赃款取出的行为是否属于挪用公款进行营利活动。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为：被告人黄宝红身为国家工作人员，利用职务便利

挪用公款进行营利活动及利用职务便利挪用公款超过三个月未还，情节严重，其行为已构

成挪用公款罪，依法应予惩处。北京市朝阳区人民检察院指控被告人黄宝红犯挪用公款罪

的事实清楚，证据确实、充分，罪名成立。

被告人黄宝红关于公诉机关指控的第二起事实中其将挪用的单位公款100万元转入其

证券账户后又随即转出，未进行任何股票交易的操作，不应认定为进行营利活动的辩解及

辩护人相关的辩护意见，法院认为，被告人黄宝红将其挪用的公款转入其个人开设的证券

账户目的就是进行营利活动，其将公款转入证券账户后是否进行实际操作并不影响对其进

行营利活动性质的认定，故对于被告人黄宝红的上述辩解及辩护人相关辩护意见，不予采

纳。

鉴于被告人黄宝红主动投案，归案后能够如实供述主要犯罪事实，系自首，且涉案赃

款已全部退赔，故对其所犯挪用公款罪依法予以从轻处罚。被告人黄宝红的相关辩解及辩

护人相关辩护意见，予以采纳，但辩护人关于被告人黄宝红犯罪情节较轻，主观恶性不

大，建议对被告人黄宝红减轻处罚的辩护意见缺乏事实和法律依据，不予采纳。

北京市朝阳区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百八十四条第一款、第六十

七条第一款、第六十一条及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件

适用法律若干问题的解释》第六条之规定，判决如下：

被告人黄宝红犯挪用公款罪，判处有期徒刑六年。

一审宣判后，被告人黄宝红未提出上诉，公诉机关北京市朝阳区人民检察院亦未提起

抗诉，该判决已发生法律效力。

【法官后语】

本案的争议焦点在于被告人黄宝红将挪用的单位公款转入其开设的证券账户后未进行

任何证券交易操作，又将上述赃款取出的行为是否属于挪用公款进行营利活动。

一种观点认为，首先，被告人黄宝红虽然将公款汇入其开设的证券账户，但之后并未

进行任何营利性质的操作，不具有利用其证券账户进行营利的可能性，因此，也就阻断了

被告人黄宝红利用该证券账户进行营利的主观故意。其次，通常我们对于将公款存入个人

银行账户产生少量利息的行为并不视为挪用公款用于进行营利性活动，而将公款存入个人

开设的证券账户，如果不进行任何证券交易操作便不可能产生利息，因此，这种行为更不

应视为挪用公款进行营利性活动。最后，1998年《最高人民法院关于审理挪用公款案件具

体应用法律若干问题的解释》规定挪用公款用于购买股票等属于挪用公款进行营利活动，

本案中被告人黄宝红虽然将单位公款转入其开设的证券账户，但是并未购买任何股票，因

此，该种情形不宜认定为挪用公款进行营利活动。另一种观点则认为证券账户是一种具有

明确营利性质的账户，行为人将公款汇入证券账户这一行为本身便证明行为人主观上具有

营利的目的，至于将公款转入证券账户后由于其他原因未进行任何证券交易操作并不能否

认其进行的营利的主观目的，因此，该种情形应认定为挪用公款进行营利活动。

两种观点产生分歧的根本原因在于挪用公款进行营利活动的边界应划定为将公款用于

购买证券还是应划定为将公款汇入证券账户。对此，笔者倾向于后一种观点，理由如下：

行为人将公款汇入其开设的证券账户与汇入其个人银行账户在性质上存在明显的差异。首

先，因为个人银行账户虽然也产生利息，但更多承载的是一种存储现金的功能，而开设证

券账户最主要的功能便是用于进行营利活动，无论在证券账户中的资金是否产生利息，抑

或因证券账户所具有的风险造成资金流失，都不会影响其作为一种营利性活动的性质。行

为人进行营利活动的主观目的与行为性质在行为人将公款汇入其个人开设的证券账户时起

就已经达成一致，因此，基于主客观相一致的原则，应当将本案中的这种行为认定为挪用

公款进行营利活动。其次，1998年《最高人民法院关于审理挪用公款案件具体应用法律若

干问题的解释》虽然明确规定挪用公款用于购买股票属于挪用公款进行营利活动，但这在

该司法解释中属于一种列举性的规定，并不构成对本案中该种行为性质认定的否定，相反

将本案的该种行为认定为挪用公款进行营利活动更有利于准确地反映出该司法解释背后所

折射的司法精神。

编写人：北京市朝阳区人民法院 宋磊

76 乡镇供销合作社理事会主任是否符合挪用公款罪主体

——许某旗挪用公款案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区天等县人民法院（2016）桂1425刑初14号刑事判决书

2.案由：挪用公款罪

【基本案情】

2008年8月1日，时任天等县天等镇供销合作社主任的被告人许某旗向天等县天等镇供

销合作社借款30000元用于偿还自己买房时向亲戚所借的借款，约定月利率为10‰，借款

期限为2008年8月1日至10月1日。许某旗于2010年3月和2010年5月以报账抵销方式分两次

还清该笔借款。

2009年10月29日，时任天等县天等镇供销合作社主任的被告人许某旗用个人名义以业

务活动经费为由向天等县天等镇供销合作社借款12000元。2010年6月1日，许某旗又用个

人名义以业务周转金为由向天等县天等镇供销合作社借款10000元。

2010年，甲公司租用天等县天等镇供销合作社位于天等县天等镇星港超市对面的门面

房的楼顶制作广告架，双方约定租期为五年，每年租金5000元，即五年租金共计25000

元。2010年7月29日，黄某云将租金25000元存入时任天等县天等镇供销合作社主任的被告

人许某旗个人账户。许某旗收到该笔租金后，截至2010年8月7日将该款基本取出，但没有

交给天等镇供销合作社入账。2013年7月15日，许某旗才将甲公司交来的收款收据

（NO0041109，金额25000元）交给天等镇供销合作社入账，但没有交付现金。2013年8月

31日，天等镇供销合作社以“其他应收款、许某旗”的名义将应收雄基广告架租金25000元

入账。

另查明：1.天等县天等镇供销合作社的经济性质为集体所有制，系天等县供销合作社

联合社下属企业，受其管理和监督。2008年4月23日至2011年8月5日，被告人许某旗被天

等县供销合作社联合社任命担任天等镇供销合作社理事会主任。2.天等县供销合作社联合

社于2007年3月14日被确定为天等县财政全额拨款事业单位。3.2014年11月3日，被告人许

某旗的妻子赵某金通过银行转账方式将许某旗所截留使用和借用的共计78746元款项退还

给天等镇供销合作社。

被告人许某旗的辩护人认为，许某旗身份不符合挪用公款罪主体要件特征。天等镇供

销合作社的经济性质为股份制集体企业，没有任何国有资产，故许某旗身份不属于国家工

作人员，遂许某旗的行为不构成挪用公款罪。

【案件焦点】

许某旗身份是否符合挪用公款罪主体要件，是否属于国家工作人员。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区天等县人民法院经审理认为：被告人许某旗在担任天等县天等镇供销

合作社主任期间，利用职务上的便利，挪用本单位的资金77000元归个人使用，超过三个

月未还，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第三百八十四条的规定，构成挪用公款

罪。关于许某旗是否符合挪用公款罪的主体要件问题。经查，2007年3月14日，天等县供

销合作社联合社被确定为天等县财政全额拨款事业单位，属于国有事业单位，其下属单位

天等县天等镇供销合作社虽仍属集体所有制企业，但天等县供销合作社联合社对天等县天

等镇供销合作社的财产有直接管理和监督权。2008年4月23日至2011年8月5日，被告人许

某旗被天等县供销合作社联合社任命担任天等县天等镇供销合作社理事会主任，并被委派

负责该社全面工作。根据《中华人民共和国刑法》第九十三条第二款的规定，国家机关、

国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人

员，以国家工作人员论。由此可见，许某旗受国有事业单位天等县供销合作社联合社任

命，并委派其到天等县天等镇供销合作社负责该社全面工作，其身份应以国家工作人员

论。因此，辩护人提出被告人许某旗身份不符合挪用公款罪主体要件，不属于国家工作人

员的辩护意见，与查明事实和法律规定不符，不予采纳。

广西壮族自治区天等县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百八十四条第一

款、第六十一条、第六十七条第三款、第七十二条第一款、第七十三条第二款及第三款、

第七十六条、第九十三条第二款，《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国

刑法〉第三百八十四条第一款的解释》和《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污

贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第六条的规定，作出如下判决：

被告人许某旗犯挪用公款罪，判处有期徒刑十个月，缓刑一年。

【法官后语】

供销合作社是为农服务的合作经济组织，是党和政府做好“三农”工作的重要载体。当

前，随着企业体制改革的持续深化，企业的活力得到了激发，企业的竞争力也得到了提

升，但随之也有一些企业因管理经营不善，在市场竞争中逐步被淘汰。一些地方的供销合

作社由于管理经营不善，在改制过程中逐步失去了竞争力，不再从事什么产业，但仍保留

有办公场所和一些门面、仓库等。供销合作社日常开支靠出租门面、仓库等收取租金来维

持。由于缺失有效的管理制度和有力的管理措施，导致一些留守人员利用职务之便利，私

自挪用集体公款用于个人消费或者供其他单位使用，滋生了违法犯罪行为。本案就是典型

的供销合作社职工利用职务之便利，私自截留、挪用集体公款用于个人消费或者供其他单

位使用。若不将此类违法犯罪分子绳之于法，必将损害到供销合作社职工的集体利益，损

害政府在群众中的形象，甚至会影响到社会和谐稳定。通过审理此类职务犯罪案件，并向

相关部门提出司法建议，促进加大对供销合作社的管理力度，尽量杜绝类似案件再次发

生。

关于供销合作社的性质问题，理论界和实务界分歧很大。有的认为供销合作社是自主

经营、自负盈亏、自收自支的集体企业，也有的认为供销合作社是政府机构下的一个具体

的业务部门。笔者认为，供销合作社应按不同级别加以区别定性看待。县级以上政府主管

的供销社机关是同级政府直属的事业单位，其工作人员比照公务员待遇。县级以下的基层

供销社是自负盈亏的企业性质的经营实体。同时，乡级供销社虽属集体所有制企业，但县

级供销社对乡级供销社的财产有直接管理和监督权。乡级供销社主任一般由县级供销社任

命，并被委派负责乡级供销社全面工作。根据《刑法》第九十三条第二款的规定，国家机

关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务

的人员，以国家工作人员论。因此，乡级供销社主任与县级以上供销社参公人员一样，均

属于国家工作人员。供销合作社单位性质的认定关乎到案件定性的方向性问题，所以一定

要区分清楚，不同情况因案而异审理，确保案件处理的合法性和公正性。

编写人：广西壮族自治区天等县人民法院 黎毓镇

三、渎职罪

77 国家机关工作人员与非国家机关工作人员滥用职权罪的共犯认定

——张源标、黄某昌受贿、滥用职权案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区钦州市中级人民法院（2016）桂07刑终101号刑事判决书

2.案由：受贿罪、滥用职权罪

【基本案情】

2013年至2014年，甲公司为了套取农村客运、城市公交成品油价格改革中央补助资

金，时任机务科科长的杨某峰与被告人黄某昌商量，让被告人黄某昌帮忙将甲公司的94辆

停运旧车办理车辆年审手续。被告人黄某昌向时任钦州市德天机动车检测站站长裴某兴、

驻站民警被告人张源标提出办理该事，事后有一定的利益，在得到裴某兴与被告人张源标

的默认下，被告人黄某昌与杨某峰达成以人民币1100元每辆停运车辆包干通过年审的协

议。随后，被告人张源标、黄某昌和裴某兴按各自的职责，先后于2013年9月、2014年3月

两次违规帮助甲公司94辆停运旧车办理了车辆年审手续，在扣除必要的检测费用后，被告

人张源标、黄某昌和裴某兴两次共收受甲公司给予的好处费人民币171120元，其中被告人

黄某昌分得好处费人民币96120元，被告人张源标分得好处费人民币40000元，裴某兴分得

好处费人民币35000元。甲公司将这批94辆停运旧车冒充合法的正在营运的车辆申报2013

年度农村客运、城市公交成品油价格改革中央补助资金，从中套取了其中82辆公共汽车燃

油补助资金共人民币2259150.48元。

【案件焦点】

国家机关工作人员与非国家机关工作人员能否构成滥用职权罪的共犯的问题。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区灵山县人民法院经审理认为：被告人张源标身为国家机关工作人员，

伙同被告人黄某昌在行使机动车查验和办理检验的过程中，帮助甲公司的94辆停运旧车通

过年审，共同收受好处费171120元，数额较大，两人的行为均已构成受贿罪。被告人张源

标为了牟取不法利益而滥用职权，致使国家燃油补贴资金遭受2259150.48元的重大损失，

其行为已构成滥用职权罪。被告人黄某昌提出犯意，由被告人张源标利用职务上的便利为

甲公司的停运旧车通过年审，两被告人构成受贿罪的共犯，在共同受贿中均起主要作用，

均为主犯。被告人张源标、黄某昌共同受贿的行为致使国家财产遭受巨大损失，两人的行

为应认定为我国《刑法》第三百八十三条第一款规定的“其他严重情节”，依法判处三年以

上十年以下有期徒刑，并处罚金或者没收财产。被告人黄某昌书面举报他人的违法线索，

并经查证属实，属于一般立功。根据被告人张源标、黄某昌的犯罪事实、性质、情节和对

社会的危害程度，决定对被告人黄某昌减轻处罚。

广西壮族自治区灵山县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百九十七条第一

款、第三百八十五条第一款、第三百八十六条、第三百八十三条第一款第（一）项、第二

十五条第一款、第二十六条第一款及第四款、第六十九条、第六十八条、第六十三条第一

款、第五十二条、第五十三条、第六十四条、第九十一条、第九十三条，《最高人民法

院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条第二

款、第一条第二款第（六）项、第十九条，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理渎

职刑事案件适用法律若干问题的解释（一）》第一条、第三条、第八条，《最高人民法院

关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第五条，《中华人民共和国刑事诉讼

法》第七十四条的规定，并经该院审判委员会讨论决定，判决如下：

一、被告人张源标犯滥用职权罪，判处有期徒刑二年六个月；犯受贿罪，判处有期徒

刑三年六个月，并处罚金人民币二十万元，总和刑期六年，并处罚金人民币二十万元，决

定执行有期徒刑五年六个月，并处罚金人民币二十万元。

二、被告人黄某昌犯受贿罪，判处有期徒刑二年六个月，并处罚金人民币十万元。

三、追缴被告人张源标、黄某昌的共同违法所得人民币十七万一千一百二十元，没收

上缴国库（被告人黄某昌和裴某兴已退回人民币八万元，现存于灵山县人民检察院）。

灵山县人民检察院以原判认定被告人张源标犯滥用职权罪不属于情节特别严重和被告

人黄某昌不构成滥用职权罪，属认定事实错误，适用法律错误，导致量刑不当为由，提出

抗诉。

广西壮族自治区钦州市中级人民法院经审理认为：被告人张源标为谋取私利，明知这

批旧车不符合年审条件，可能会发生致使国家财产遭受重大损失的结果，而故意不履行自

己应尽的职责，放任这批停运旧车通过年审。被告人张源标滥用职权行为与危害结果之间

存在刑法上的因果关系，且造成的经济损失达到2259150.48元，已超过司法解释规定“情

节特别严重”的150万元，依法应认定为“情节特别严重”。原审判决认定被告人张源标犯滥

用职权罪不属于情节特别严重属认定事实错误，适用法律错误，导致量刑不当。在被告人

张源标行使职权的过程当中，没有证据能证实被告人黄某昌有参与、教唆被告人张源标故

意不履行职责的行为。签字通过年审是被告人张源标利用其特有的国家机关工作人员身份

直接独立所为，被告人黄某昌与被告人张源标虽然有共同完成车辆年审的主观故意、也有

谋取共同的利益，但两被告人之间没有共同实施滥用职权的行为，且滥用职权罪是绝对的

身份犯，被告人黄某昌是自然人，主体亦不适格，遂被告人黄某昌不构成滥用职权罪。

本案中，被告人黄某昌能最后得到甲公司的好处费，检测站的检测只是其中一个步骤

和环节，而没有被告人张源标的最后签字同意，这批通过套牌、伪造行驶证副本、用其他

车辆代替上检测线公共汽车是无法通过年审的。甲公司也明知年审这批旧车必须得到检测

站和驻站民警的帮助才能通过，被告人黄某昌是无法独立办理的，所以才会支付远超过正

常检测费若干倍的好处费给被告人黄某昌，这些好处费必然是包括检测站和驻站民警好处

费的份额。上诉人黄某昌提出犯意且分得较多的赃款，上诉人张源标虽然分得较少的赃款

但并不影响其作为驻站民警在此行为中所起的作用是最主要的。因此，上诉人张源标、黄

某昌构成受贿罪的共犯，均是主犯。

广西壮族自治区钦州市中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十

五条第一款第（二）项，《中华人民共和国刑法》第三百九十七条第一款，第三百八十五

条第一款，第三百八十六条，第三百八十三条第一款第（一）项，第二十五条第一款，第

二十六条第一款及第四款，第六十九条，第六十八条，第六十三条第一款，第五十二条，

第五十三条，第六十四条，第九十一条，第九十三条，《最高人民法院、最高人民检察院

关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条第二款、第一条第二款第

（六）项、第十九条，《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解

释》第五条，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题

的解释（一）》第一条第二款第（二）项的规定，判决如下：

一、维持广西壮族自治区灵山县人民法院（2015）灵刑初字第411号刑事判决第一项

中对被告人张源标犯受贿罪的定罪和量刑及第二项及第三项，即“被告人张源标犯受贿

罪，判处有期徒刑三年六个月，并处罚金人民币二十万元；被告人黄某昌犯受贿罪，判处

有期徒刑二年六个月，并处罚金人民币十万元；追缴被告人张源标、黄某昌的共同违法所

得人民币十七万一千一百二十元，没收上缴国库。

二、撤销广西壮族自治区灵山县人民法院（2015）灵刑初字第411号刑事判决第一项

中对被告人张源标犯滥用职权罪的量刑部分，即“被告人张源标犯滥用职权罪，判处有期

徒刑二年六个月”。

三、上诉人张源标犯滥用职权罪，判处有期徒刑三年；犯受贿罪，判处有期徒刑三年

六个月，并处罚金人民币二十万元，总和刑期六年六个月，并处罚金人民币二十万元，决

定执行有期徒刑六年，并处罚金人民币二十万元。

【法官后语】

本案主要争议的法律问题在于国家机关工作人员与非国家机关工作人员能否构成滥用

职权罪的共犯。滥用职权罪的犯罪主体是具有特定身份的国家机关工作人员，这是法律明

文规定的。我国刑法确立的罪刑法定原则，要求法无明文规定不为罪，法无明文规定不处

罚。我国刑法在贪污罪的规定中明确规定国家工作人员与非国家工作人员相互勾结、伙同

贪污的，以共犯论处。因此，非国家工作人员与国家工作人员可以构成贪污罪、受贿罪的

共犯。但在滥用职权罪中，却没有非国家机关工作人员与国家机关工作人员构成共犯的规

定。从滥用职权罪的客体和客观方面看，滥用职权罪侵害的客体是国家机关工作人员的职

务正当性和国家机关的正常管理活动；滥用职权罪在客观方面表现为不正确行使职权或超

越职权，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。因此，只有国家机关工作

人员才具有国家机关管理职权，只有具有该职权的国家机关工作人员才有可能滥用职权，

只有国家机关工作人员滥用职权的行为才能侵害国家机关工作人员职务行为的正当性和国

家机关的正常管理活动。所有这些，非国家机关工作人员不可能做到。因此，只有国家机

关工作人员才能构成滥用职权罪的实行犯，非国家机关工作人员不可能成为滥用职权罪的

实行犯。

对于如何处理滥用职权犯罪案件中的非国家机关工作人员的问题，首先要明确的是滥

用职权罪的打击对象应以国家机关工作人员为主，通常情况下不得根据共同犯罪的一般理

论追究非国家机关工作人员滥用职权共犯的刑事责任。确有必要对非国家机关工作人员进

行刑事处罚的，应当从共同贪污、受贿等方面予以考虑和处罚。一审法院没有认定张源标

与黄某昌构成滥用职权罪的共犯是正确的，二审改判的原因是一审对滥用职权罪的量刑不

当。

编写人：广西壮族自治区钦州市中级人民法院 李运增

78 看守所民警违规帮助在押人员将藏有毒品的物品带入看守所，是否构

成滥用职权罪

——陈某被指控滥用职权案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省湛江市坡头区人民法院（2016）粤0804刑初161号刑事判决书

2.案由：滥用职权罪

【基本案情】

2015年12月28日，被告人陈某在雷州市看守所值班时，该所29号监室的在押罪犯何辉

焕（何辉焕因贩卖毒品罪于2015年9月25日被雷州市人民法院判处有期徒刑十三年六个

月）与其妻子吴某鹰、父亲何某柏及其朋友林某军等人会见。何辉焕在会见林某军时，要

求林某军购买毒品交由陈某带入看守所给自己，林某军表示同意。会见结束，陈某将罪犯

何辉焕押回29号监室途中，何辉焕请求陈某帮其从外面带东西进看守所，陈某表示同意。

后林某军向他人购买了200元毒品海洛因，还购买了一大瓶玫瑰保湿雪肤润体乳、一小瓶

隆力奇SOD蜜（以下简称乳液）及内裤，并将上述毒品海洛因装进塑料吸管中，然后再将

该藏有毒品的吸管塞入较小的一瓶乳液中。

2015年12月30日16时许，林某军与何某柏、吴某鹰等人再次到雷州市看守所会见罪犯

何辉焕，何辉焕将陈某的手机号码告诉吴某鹰，要求吴某鹰联系陈某将乳液及内裤等物品

带入看守所给自己。后吴某鹰打电话与陈某约定在雷州市房产管理局路段见面。被告人陈

某应约与吴某鹰等人见面时，林某军将上述藏有毒品的两瓶乳液交给陈某，并请陈某带入

雷州市看守所给罪犯何辉焕。

2015年12月31日早上，被告人陈某携带上述藏有毒品海洛因的两瓶乳液提前到雷州市

看守所上班，利用尚未交接班的机会，在看守所值班大厅的监控室门口走道处，将两瓶乳

液交给正在打扫卫生的拘留所服刑人员肖某英，并要求肖某英将这两瓶乳液交给29号监室

罪犯何辉焕。肖某英拿到这两瓶乳液后，与在押人员蔡某钊、曹某武、蔡某坚等人将这两

瓶乳液拿到12号监室，打开其中大瓶的乳液检查，没有发现异常，便将乳液装回到瓶中，

未再检查较小瓶乳液。当日下午，蔡某钊利用到各个监室收取货品之机，将上述两瓶乳液

递入29号监室内，被29号监室的在押人员郑某拿到。郑某和何辉焕等人从小瓶乳液中找出

毒品海洛因，随后将毒品海洛因分给在押人员陈某武、潘某四、吴某、李某、吴某平、尹

某等人吸食。当日晚上，29号监室在押人员谢某焕应另一在押人员黄某超的要求，给36号

监室在押人员周某由写了一封信，并将剩余的一小包毒品藏在信中，于2016年1月1日传递

到36号监室。后被36号监室的在押人员黎某东接收到，黎某东检查发现信中藏有一小包疑

似毒品后，便将该信及疑似毒品交给该所民警刘某文。2016年1月2日，刘某文向雷州市看

守所所长汇报上述情况，并上交信和疑似毒品。2016年1月3日，雷州市看守所对29号监室

有吸毒史的16名在押人员用“毒品尿检板”进行尿检，发现陈某武、吴某、潘某四、吴某

平、李某、尹某六人的尿检吗啡呈阳性。经湛江市公安司法鉴定中心鉴定：在押人员黎某

东上交给刘某文的一小包疑似毒品净重0.07克，检见海洛因成分。

雷州市看守所在押人员吸毒事件发生后，被新闻媒体曝光，在南方都市报、羊城晚报

金羊网、凤凰网、网易、腾讯、搜狐等众多网络新闻媒体上转载、传播，中国网络电视

台、安徽网络电视台等多家电视台进行了视频报道，造成了极其恶劣的社会影响。

2016年1月13日，被告人陈某因上述问题被通知到雷州市检察院接受调查，同年1月14

日被刑事拘留。

【案件焦点】

被告人陈某在传递乳液时不知道乳液里藏有毒品，本案造成的影响与陈某的行为是否

有直接的因果关系，陈某的行为是否构成犯罪。

【法院裁判要旨】

广东省湛江市坡头区人民法院经审理认为：被告人陈某无视国家法律，身为雷州市看

守所民警，是国家机关工作人员，违反规定，滥用职权，造成恶劣的社会影响，其行为已

构成滥用职权罪。公诉机关指控的事实清楚，证据确实、充分，所定罪名成立，本院予以

支持。被告人陈某到案后，如实供述自己的罪行，依法可以从轻处罚。经本院审判委员会

讨论决定，依照《中华人民共和国刑法》第三百九十七条第一款、第六十七条第三款、第

四十七条，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的

解释（一）》第一条的规定，判决如下：

被告人陈某犯滥用职权罪，判处有期徒刑一年。

【法官后语】

滥用职权罪是指国家机关工作人员故意逾越职权，违法决定、处理其无权决定、处理

的事项，或者违反规定处理公务，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

其中致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失是指：造成死亡1人以上，或者重伤3人

以上，或者轻伤9人以上，或者重伤2人、轻伤3人以上，或者重伤1人、轻伤6人以上的；

造成经济损失30万元以上的；造成恶劣社会影响的；其他致使公共财产、国家和人民利益

遭受重大损失的情形。本罪侵犯的客体是国家机关的正常活动，侵犯的对象可以是公共财

产或者公民的人身及其财产；客观方面表现为滥用职权，致使公共财产、国家和人民利益

遭受重大损失的行为；犯罪主体是国家机关工作人员；主观方面为故意。本案中，被告人

陈某违反规定将藏有毒品的乳液带进看守所给在押人员何辉焕，后该毒品被在押人员吸

食，该事件发生后被多家新闻媒体曝光，造成恶劣的社会影响，构成滥用职权罪。

被告人陈某作为看守所民警，明知不能私自为在押人员传递物品，却利用职务之便，

私自违反规定接受在押人员及其家属的请托，将藏有毒品的乳液带入看守所传递给在押人

员，导致多名在押人员在羁押场所内吸毒被发现、报道，造成恶劣社会影响，其行为构成

滥用职权罪。虽然，本案目前证据不足以证实被告人陈某主观上明知其在押人员家属交给

其的乳液内藏有毒品而故意带入羁押场所，故不构成运输毒品罪；但看守所多名在押人员

在羁押场所内吸毒之事件的发生与其违反规定，私自将藏有毒品的乳液带入羁押场所并传

递给在押人员之行为具有刑法上的因果关系，造成恶劣影响的系“多名在押人员在羁押场

所内吸食毒品”这一事件的本身，这一事件即使不被新闻媒体曝光进入公众视线，其潜在

的恶劣社会影响亦是客观存在的，不影响对这一事件“恶劣社会影响”的认定，何况本

案“多名在押人员在羁押场所吸毒”事件已被新闻媒体曝光，事实上已经造成恶劣的社会影

响。每个人都必须对自己的行为负责，陈某亦必须对其先前违反规定之行为负责，其行为

已构成犯罪，必须承担刑事责任。

编写人：广东省湛江市坡头区人民法院 张秀红

79 滥用职权罪与一般滥用职权的界限

——万某臣滥用职权案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

云南省瑞丽市人民法院（2016）云3102刑初14号刑事判决书

2.案由：滥用职权罪

【基本案情】

被告人万某臣于2004年至2011年担任瑞丽市畹町经济开发区发展改革和经济局副局

长，负责贷款贴息工作，在企业申报贷款财政贴息资金项目上具有审核决定权。任职期

间，其存在滥用职权的犯罪事实：甲公司、乙公司、丙公司、丁公司申报云南省企业技术

改造贷款财政贴息资金项目，被告人万某臣在审核材料的过程中，明知该四家企业贷款虚

假，申报材料内容不实，仍将企业纳入申报对象，同意上报。该四家企业先后获得贷款贴

息资金共计170万元人民币，其中甲公司负责人给予万某臣感谢费2万元人民币。被告人的

辩护人认为被告人万某臣对贷款贴息申报项目无审核权、审批权、决定权及拨款权，并据

此认为项目申报审核权在省、州财政局和工信委，审批权在云南省人民政府，拨款权在畹

町财政局。公诉机关指控万某臣滥用职权，构成滥用职权罪。

【案件焦点】

滥用职权罪与一般滥用职权如官僚行为、职责不清、履职失当、业务水平等行为的界

限。

【法院裁判要旨】

云南省瑞丽市人民法院经审理认为：被告人万某臣于2004年至2011年担任瑞丽市畹町

经济开发区发展改革和经济局副局长，负责贷款贴息工作，没有严格审核项目单位的贴息

资金申报表和银行贷款合同、凭据、结算清单等有关材料的职责。贷款贴息项目申报审核

至款项的下达职责分别由县、市财政局、经济局、省、州财政局和工信委、云南省人民政

府承担。其身为国家机关工作人员，故意不履行应当履行的职责，造成国家损失150万元

以上其行为已构成滥用职权罪，且情节特别严重，应依法予以惩处。被告人及辩护人提出

对贷款贴息项目无审核决定权的辩护意见，与客观事实不符，本院不予采纳。被告人万某

臣自动投案，如实供述犯罪事实，系自首，可以对其减轻处罚。被告人万某臣故意不履行

应尽职责，虽然造成国家损失，但鉴于所有涉案款项均已投入申请贷款贴息企业，其主观

恶性较小，可对其免予刑事处罚。

云南省瑞丽市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百九十七条、第六十七条第

一款、第六十四条及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理渎职刑事案件适用法律若

干问题的解释（一）》第一条第二款之规定，作出如下判决：

一、被告人万某臣犯滥用职权罪，免予刑事处罚；

二、违法所得二十万元，予以追缴。

【法官后语】

实践中，国家机关工作人员逾越职权或不正确行使职权的情况比较复杂，但并非所有

这类行为都构成犯罪。如果认定行为人的逾越职权行为构成本罪，那么由于职责不清、履

职失当、业务水平有限等造成的一般滥用职权行为又应如何界定呢？关键从以下两方面把

握：一是看危害结果。社会危害性是刑事犯罪的本质特征。应该说，一切滥用职权的行

为，都具有违法性，但只有违法行为造成刑法规定的危害结果时才成立犯罪。根据《刑

法》第三百九十七条之规定，国家机关工作人员滥用职权的行为，只有当其“致使公共财

产、国家和人民利益遭受重大损失”时，才构成本罪。这里的“重大损失”不仅是经济损

失，还包括其他危害社会的情形。如果滥用职权行为人的滥用职权行为没有达到最高人民

检察院2006年7月26日第十届检察委员会第四十九次会议通过的《最高人民检察院关于渎

职侵权犯罪案件立案标准的规定》的九种情形之一，则应作为一般滥用职权行为，不能认

为构成本罪，应当作为一般违法违纪行为按照党纪政纪处理。二是看主观过错。滥用职权

犯罪行为人对自己超越职权，不正确行使职权以及放弃职守的行为必须出于故意，对由此

可能造成的危害后果或者心存希望，或者心存侥幸、放任不管、任由危害结果发生，即行

为人必须具有罪过心理。如果行为人的滥用职权行为是由于分工不清、职责不明、制度缺

失所致，或者由于业务能力水平局限导致工作失误等，虽然说滥用职权行为也造成了实际

损害结果，但由于主观无罪过，亦不构成本罪。

本案中，经对省、州、市相关贴息文件及其各级单位职责进行梳理，并结合本案证据

对被告人的客观行为与主观认识因素、意志因素等进行审理，认定被告人万某臣的行为并

非一般滥用职权的行为，最终作出上述判决。

编写人：云南省瑞丽市人民法院 魏华

80 认定玩忽职守罪的裁判思路

——曾绍萍受贿、玩忽职守案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江西省萍乡市中级人民法院（2016）赣03刑终149号刑事判决书

2.案由：受贿罪、玩忽职守罪

【基本案情】

被告人曾绍萍于2011年10月至2015年4月任芦溪县交通运输局局长期间，利用职务上

的便利，多次非法收受他人人民币70.5万元；玩忽职守，造成国家重大财产损失。具体情

况如下：

1.2013年9月至2015年上半年，个体包工头李某为感谢曾绍萍在工程承包和工程款结

算上的关照，分四次送给曾绍萍人民币13.5万元。2013年至2015年，个体包工头李某甲为

感谢曾绍萍在工程承包和工程款结算上的关照，分三次送给曾绍萍人民币6.5万元。2008

年杭南长客运专线高铁工程芦溪段开始修建，芦溪县源南乡新发煤矿因高铁工程规划压覆

煤矿导致约1.73万吨煤不能开采，但补偿金一直未能落实。曾绍萍于2011年10月任芦溪县

交通运输局局长后，新发煤矿股东赵某某请曾绍萍出面协调芦溪县源南乡新发煤矿因高铁

工程规划压覆煤矿导致约1.73万吨煤不能开采的补偿金落实事宜，并承诺事成之后送给曾

绍萍50万元。在曾绍萍的积极协调下，最终落实了补偿金，并于2014年下半年拨付至新发

煤矿。2014年年底，新发煤矿股东赵某某送给曾绍萍人民币50万元。2015年6月、7月，个

体包工头黎某某为感谢曾绍萍在其承包工程和协调建设资金上的帮助，送给曾绍萍0.5万

元。

2.被告人曾绍萍在担任芦溪县交通运输局局长期间，未经班子会讨论的情况下，于

2013年5月将王某玲（另案处理）从芦溪县安监局调入芦溪县交通运输局，并立即任命王

某玲为办公室副主任兼交通局机关账户出纳。王某玲于2013年5月21日在曾绍萍及分管副

局长钟某刚签字同意后以备用金形式向交通局财务借款10万元，后又于2014年1月29日以

个人名义向交通局财务借款3.5万元。在单位出纳变动的情况下，曾绍萍未组织王某玲和

继任出纳进行备用金及其他手续交接，亦未督促其归还个人借款，以致王某玲所借备用金

10万元及个人借款3.5万元在其携款潜逃前也未归还单位，被其个人占有。2013年10月芦

溪县会计核算中心撤销，芦溪县交通运输局自行建账后，被告人曾绍萍要求将印鉴交由王

某玲保管，但之后曾绍萍并未按照财务制度明确出纳、会计岗位分工，使得财务专用章、

法定代表人印章和支票同时由会计王某玲保管。2013年10月，芦溪县所有预算单位正式上

线使用“账户资金运行管理”系统软件，芦溪县财政局为芦溪县交通局制作了账户Ukey，

分别是：会计谭某、出纳王某玲、主管曾绍萍、内部监管钟某刚，但曾绍萍并未按照“出

纳、会计按月对账，主管按季对账，内部监督人员按年对账”的要求进行对账，以致王某

玲在没有任何监督的情况下持续一年多时间侵吞482万元单位账户资金而未被发现，并于

2015年8月期间携款潜逃。2015年10月18日，被告人曾绍萍主动到案接受纪委调查，如实

交代了其玩忽职守的事实。

【案件焦点】

本案分析认定玩忽职守罪需要重点审查的问题，完整体现了认定玩忽职守罪的裁判思

路和方法。

【法院裁判要旨】

江西省泸溪县人民法院经审理认为，被告人曾绍萍利用职务便利，收受他人财物共计

70.5万元，数额巨大，其行为已构成受贿罪；曾绍萍身为国家机关工作人员，对工作严重

不负责任，不履行监管职责，致使国家财产遭受重大损失达495.5万元，属情节特别严

重，其行为已构成玩忽职守罪。公诉机关指控被告人曾绍萍犯受贿罪、玩忽职守罪，罪名

均成立，本院应予以支持。被告人曾绍萍主动到案接受调查，如实供述了自己玩忽职守的

犯罪事实，并主动交代了组织尚未掌握的受贿犯罪事实，是自首，可以从轻处罚。对辩护

人提出被告人曾绍萍是自首的辩护意见予以采纳。对辩护人提出的被告人曾绍萍不构成玩

忽职守罪的辩护意见不予采纳。

江西省泸溪县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第三百八十五条第一款、第三百

九十七条第一款、第三百八十六条、第三百八十三条第一款第（二）项、第五十二条、第

五十三条、第六十七条第一款之规定，判决如下：

被告人曾绍萍犯受贿罪，判处有期徒刑四年，并处罚金人民币二十万元；犯玩忽职守

罪，判处有期徒刑三年。数罪并罚，决定执行有期徒刑六年，并处罚金人民币二十万元。

宣判后，曾绍萍提出上诉。

江西省萍乡市中级人民法院经审理认为：上诉人曾绍萍身为国家机关工作人员，利用

职务便利，非法收受他人财物共计人民币70.5万元，数额巨大，其行为构成受贿罪；上诉

人曾绍萍身为国家机关工作人员，对工作严重不负责任，不履行监管职责，致使国家财产

遭受重大损失达495.5万元，情节特别严重，其行为构成玩忽职守罪。上诉人曾绍萍主动

到案接受组织调查，如实供述了其玩忽职守的罪行，并主动交代了组织尚未掌握的受贿罪

行，是自首，对其受贿罪依法从轻处罚，玩忽职守罪依法减轻处罚。上诉人曾绍萍积极退

赃，可酌情从轻处罚。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第

（二）项，《中华人民共和国刑法》第三百八十五条第一款，第三百八十六条，第三百八

十三条第（三）项，第三百九十七条第一款，第六十七条第一款，《最高人民法院、最高

人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条第一款、第十九

条之规定，判决如下：

一、撤销江西省芦溪县人民法院（2016）赣0323刑初62号刑事判决；

二、上诉人曾绍萍犯受贿罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币二十万元；犯玩忽

职守罪，判处有期徒刑二年。数罪并罚，决定执行有期徒刑四年，并处罚金人民币二十万

元。

【法官后语】

《刑法》第三百九十七条规定了玩忽职守罪，玩忽职守罪的罪状过于抽象。在实践

中，国家机关工作人员玩忽职守与工作失误的界限模糊，要注重准确把握罪与非罪的标

准，避免客观归罪。在玩忽职守的行为中还可能存在滥用职权的行为，要注重准确把握此

罪与彼罪的标准，避免定性不准。因此，有必要通过案例分析，反映玩忽职守犯罪案件的

裁判思路和方法。本案较全面地反映了认定玩忽职守罪要注意审查的几个问题：1.分析造

成重大损失的原因；2.厘清被告人职责；3.查明被告人是否不履行职责或不认真履行职

责；4.在有多个责任人的情况下，明确责任大小；5.准确把握玩忽职守行为与造成损失之

间的因果关系。

第一，分析造成重大损失的原因。本案中，芦溪县交通运输局会计王某玲的贪污犯罪

行为造成了国家财产重大损失，会计王某玲之所以能贪污632万元原因是多方面的：一是

芦溪县交通运输局未按照财务制度，明确会计、出纳岗位责任，印鉴、支票分设分管，王

某玲一人保管了法人印章、财务专用章和现金支票，一人办理货币资金业务的全过程，造

成王某玲能持续从单位账户转移资金至个人账户。二是监督作用虚设。财务股的出纳未按

财务制度，主动履行职责，监督制约王某玲；主管领导曾绍萍、分管领导钟某刚未按照制

度、规章的要求，规范财务工作，也不具备相关会计知识，未起到监督作用。三是芦溪县

交通运输局“账户资金运行管理系统”的网上对账功能被虚置，单位出纳、财务主管曾绍

萍、内部监督人员钟某刚未按文件要求履行对账责任，由会计王某玲对假账、一人对账。

综上可知，因芦溪县交通运输局的单位负责人员不监督、不检查、不执行会计出纳制度，

管理严重混乱，遂导致王某玲贪污大量公款。

第二，厘清被告人职责，查明被告人是否履行了职责。被告人曾绍萍系芦溪县交通运

输局原局长，主持局行政全面工作，对财务管理工作有监督和管理职责。曾绍萍的失职行

为体现在三个方面：首先，曾绍萍作为芦溪县交通运输局的局长，将无财务工作经验、无

会计从业资格的王某玲调入该局，先后任命出纳、会计，用人失察在先。其次，芦溪县交

通运输局不监督、不检查、不执行会计出纳制度，管理严重混乱，曾绍萍作为该局局长，

应承担领导责任。最后，曾绍萍也未履行其管理、监督职责。曾绍萍未在日常管理中监督

财务工作，了解单位资金活动。在该局使用“账户资金运行管理系统”后，曾绍萍既未履行

自己的对账责任，也未督促本单位其他人员履行对账责任，导致未及时发现王某玲侵吞单

位资金。

第三，在有多个责任人的情况下，明确被告人责任大小。本案中，副局长钟某刚协管

分管财务审批、财务审计等工作，根据《会计法》的相关规定，单位出纳也有义务对会计

进行监督制约，二人均有一定的失职行为。检察机关根据本案证据，认为分管领导、出纳

等人虽有失职行为，但由于王某玲系曾绍萍调入该局，与曾绍萍关系较近，并未追究钟某

刚等人的刑事责任。法院审理认为，本案重大损失的发生系多因一果，可相应减轻曾绍萍

的罪责。

第四，造成损失应与玩忽职守行为有因果关系。本案中，会计王某玲从芦溪县交通运

输局账户转出单位资金622万元至其个人账户，其中在曾绍萍担任局长期间，转出482万

元，此外王某玲还从县交通运输局借款13.5万元也未归还单位。公诉机关指控和一审法院

认定曾绍萍玩忽职守造成的损失是495.5万元。二审法院经审理认为，其中13.5万元是经钟

某刚、曾绍萍同意，由王某玲以借款及支取备用金的形式从县交通运输局支取，曾绍萍签

字同意借款的行为是正常履职，该13.5万元即使未还也不应认定是玩忽职守造成的损失，

不应计入玩忽职守造成的损失，故认定了曾绍萍玩忽职守造成的损失为482万元。

编写人：江西省萍乡市中级人民法院 刘薇

81 玩忽职守罪因果关系的认定

——韩某东玩忽职守案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

辽宁省辽阳市白塔区人民法院（2016）辽1002刑初276号刑事判决书

2.案由：玩忽职守罪

【基本案情】

2014年12月2日午休时间，时任辽宁省辽阳第一监狱医院民警的被告人韩某东应服刑

人员邸某男的请求将其带出医院监舍到新监舍楼，行至新监舍楼东侧民警通道门前时，邸

某男将门打开并进入，韩某东随后一同进入民警通道。当韩某东行至接近四楼缓步平台位

置时，临近四楼至五楼中间缓步平台位置的邸某男从楼梯掉下到四楼缓步平台，随后韩某

东拨打监狱电话请求医治，经多方抢救无效邸某男于当日死亡。经中国医科大学法医司法

鉴定中心鉴定，邸某男系因头、胸、腹部等受到钝性外力作用，造成颅骨骨折、多发性肋

骨骨折、骨盆左侧骶髂关节分离、脾破裂等，伴胸、腹腔及多发性软组织出血，导致创伤

性休克而死亡。本例严重的器官组织损伤等符合由高处摔跌形成。案发后，被告人韩某东

主动到案。

罪犯邸某男死亡后，其家属提出国家赔偿申请，经其家属与辽宁省辽阳第一监狱协

商，最终由该监狱一次性赔偿邸某男家属人民币53万元。

【案件焦点】

被告人韩某东不认真履行工作职责的行为与损害结果之间是否存在因果关系。

【法院裁判要旨】

辽阳省辽阳市白塔区人民法院经审理认为：被告人韩某东身为监狱人民警察，在提押

罪犯过程中，未正确履行工作职责，造成恶劣社会影响，其行为已构成玩忽职守罪。公诉

机关起诉指控的犯罪事实清楚，证据确实充分，罪名成立，本院予以支持。对于被告人的

无罪辩解及辩护人提出的无罪辩护意见，经查，被告人韩某东的供述能够证明，其带领罪

犯邸某男走近新监舍楼时，邸某男拽开了民警通道的门，要从此门进入监舍楼，其对邸某

男进行了制止，要求其走正门，但邸某男未听其制止，还是进了民警通道，其也折回跟了

上去。被告人的上述供述能够证明其对罪犯应走正门的专用通道是明知的，但其未严格履

行工作职责，对邸某男未走罪犯专用通道的行为未予有效制止，而是放任其进入民警通

道。致使在罪犯邸某男发生摔跌致死后，无法通过现场勘查、查看监控录像等方法确认造

成其摔跌的原因，导致邸某男家属在该监狱摆放花圈、哭喊，造成恶劣社会影响，故对被

告人的无罪辩解及其辩护人的无罪辩护意见本院不予采纳。被告人韩某东案发后主动到

案，如实供述案件事实，其当庭对公诉机关起诉指控的事实无异议，对于其行为不构成玩

忽职守罪的辩解，系对行为性质的辩解，不影响自首的成立，且其犯罪情节轻微不需要判

处刑罚。判决：

被告人韩某东犯玩忽职守罪，免予刑事处罚。

【法官后语】

在确定玩忽职守罪因果关系时，一般是从事实因果关系与法律因果关系两个层面展开

的。事实因果关系注重强调客观实在性，而法律因果关系则是在其基础之上注重法律性。

究其实质，对某一个行为是否属于玩忽职守，首先判断是否存在事实因果关系，在能够确

定的基础上，再进一步判断是否属于刑法所规定的因果关系范畴。在日常生活中，实际上

有的玩忽职守行为与危害后果之间存在很小的关联程度，但基于刑法规定把此类行为也纳

入渎职犯罪审查的视野，玩忽职守罪因果关系，就是立法者将存在理论意义上较为微弱的

原因强化的典型立法例。

本案中被告人韩某东在提押罪犯过程中未走罪犯专用通道的行为虽与罪犯的死亡无法

律和事实上的因果关系，但其不认真履行工作职责，致使在罪犯发生摔跌致死后，无法通

过现场勘查、查看监控录像等方法确认造成其摔跌的原因，导致罪犯家属在该监狱摆放花

圈、哭喊，造成恶劣社会影响，且最终监狱以和解的形式赔偿罪犯家属53万元。被告人韩

某东未认真履行工作职责的行为与上述后果存在因果关系，故其行为已构成玩忽职守罪。

编写人：辽宁省辽阳市白塔区人民法院 刘明贺

82 如何认定“在受国家机关人员委托代表国家机关行使职权的组织中从

事公务的人员”

——李某文玩忽职守案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

云南省腾冲市人民法院（2016）云0581刑初522号刑事裁定书

2.案由：玩忽职守罪

【基本案情】

被告人李某文2015年以其儿子李某某的名义与云南省腾冲市林业局大河林场签订了管

护三岔河营林区的管护合同，在其担任腾冲市林业局大河林场护林员期间，没有严格按照

《腾冲县生态公益林管护细则》《腾冲县生态公益林管护人员考核办法》及《腾冲县林业

局大河林场公益林管护协议》等规定履行护林员的职责，巡护不到位，不全面，让罪犯余

某某、蔡某某、蔡某某、蔡某某等人在2015年2月至4月钻了护林工作上的漏洞，两次结伙

到被告人管护的腾冲市林业局大河林场三岔河营林区小地方一带，非法采伐国家I级重点

保护野生植物红豆杉3株。经现场勘查，非法采伐的红豆杉折算活木蓄积4.14426立方米，

给国家的环境资源造成重大损失。

【案件焦点】

李某文在本案中是否符合玩忽职守罪的构罪主体。

【法院裁判要旨】

云南省腾冲市人民法院经审理认为：对被告人李某文的行为是否符合玩忽职守罪存在

着两种观点：第一种观点认为，被告人李某文在担任腾冲市林业局大河林场护林员期间，

未认真履行管护职责，致使管护范围内的国家重点保护珍贵树木红豆杉被他人盗伐3株，

计活木蓄积为4.14426立方米，给国家的环境资源造成重大损失，系法律规定的在受国家

机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员，主体和客体都符合玩忽职守罪

构成要件，应判处三年以下有期徒刑或者拘役。第二种观点认为，被告李某文的行为不构

成犯罪，理由是被告人李某文不属于法律规定的玩忽职守罪的主体，本案中林业局与腾冲

市大河林场签订授权合同，而非与被告人签订授权合同，被告人李某文仅仅是与腾冲市林

业局大河林场签订了一份管护合同，其也不具备处理社会公共事务的权力，而本案的大河

林场不是行政机关，李某文不属于法律规定的在受国家机关委托代表国家机关行使职权的

组织中从事公务的人员。

后在诉讼过程中云南省腾冲市人民检察院作出了撤回起诉决定书，决定撤回对被告人

李某文的起诉。

云南省腾冲市人民法院依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉

的解释》第二百四十二条的规定，裁定如下：

准许公诉机关云南省腾冲市人民检察院撤诉。

【法官后语】

根据《刑法》第三百九十七条的规定，国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，致

使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别

严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。本法另有规定的，依照规定。玩忽职守罪的犯罪

主体是国家工作人员。根据《刑法》第九十三条第一款的规定，国家机关工作人员指“国

家机关中从事公务的人员”。按照《刑法》及其他有关法律的规定，国家工作人员除指国

家各级权力机关、行政机关、司法机关、军队、国营企业、国家事业机构中的工作人员

外，根据2002年12月28日《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第

九章渎职罪主体适用问题的解释》规定对于以下三类人员也规定为渎职罪的主体，即在依

照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员；在受国家机关委托代

表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员；虽未列入国家机关人员编制但在国家机关

中从事公务的人员。从中不难看出我国法律及立法解释核心认定国家机关工作人员的标准

是“从事公务性”。所谓“从事公务”可以理解为是代表国家机关行使组织、领导、指挥、管

理、监督、协调等权力并承担相应职责。

从事公务的人员，在理论上是比较容易理解的，但在司法实践中却有不同的认识。结

合本案的案情在关于玩忽职守罪的主体问题上，需要明确的有如下情况：

“在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员”如何确定？本案

中李某文的行为是否属于该解释规定的人员？

在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员。根据现有的法律

规定，一些国家机关在依照法律法规或者规章的规定，可以将其权力（如行政管理权、行

政处罚权……）或者部分权力委托给事业单位或者其他组织，在授权的范围内该事业单位

或者其他组织及其人员代表委托机关从事被委托的事项并承担着责任。

本案中李某文2015年尽管是以其儿子李某某的名义与云南省腾冲市林业局大河林场签

订了管护三岔河营林区的管护合同，但是其作为合同实际履行者不影响本案的定性。另外

在审理中查明大河林场的单位性质系全额拨款的事业单位，其受腾冲市林业局的委托对辖

区内的森林资源实施保护管理。

如果本案中李某文系直接与腾冲市林业局签订授权合同就不存在主体认定的分歧。但

是本案是大河林场与林业局签订授权合同，大河林场又与李某文（以其儿子李某某的名

义）签订了管护合同，把被授权对辖区内的森林资源保护管护的相关职责委托给李某文，

李某文仅仅是对其签订管护合同的区域履行护林员的职责即对管护责任区森林防火，林业

有害生物防治，乱砍滥伐、偷砍盗伐林木、樵采、非法侵占林地、开山炸石、开矿采沙、

乱捕滥猎、破坏野生动植物资源等行为，采取有效保护措施，并向责任单位报告情况等，

其本身并不被授权具备对社会公共事务有决定权、处理权，从而可以进行相应的代表国家

机关行使组织、领导、指挥、管理、监督、协调、奖惩等活动，从而能够对其他人员产生

特定的影响力和支配力等权力并承担相应职责。

综上，在本案中承办人同意第二种意见，本案被告人李某文的行为不构成犯罪。

玩忽职守罪作为一种渎职犯罪，具有严重的社会危害性。它不仅破坏国家机关的正常

活动，损害党和政府的形象和声誉，而且给公共财产、国家和人民利益造成重大的损害，

破坏社会主义经济秩序和广大人民的生活秩序。近几年来，这类犯罪行为呈增多的趋势，

我们必须重视同玩忽职守犯罪行为做斗争，但同时我们在审理该类犯罪案件的过程中要严

格依照法律法规，弄清该罪的构成要件，从而真正做到公正审判。

编写人：云南省腾冲市人民法院 李云

# Document Outline

* [书名页](#p3)
* [版权页](#p3)
* [序](#p4)
* [目录](#p6)
* [一、妨害社会管理秩序罪](#p9)
  + [（一）扰乱公共秩序罪](#p9)
    - [1 妨害公务过程中故意毁坏财物应如何定罪处罚](#p9)
    - [2 如何区分妨害公务罪与抢劫罪](#p11)
    - [3 醉酒驾驶后暴力逃避检查是否另行构成妨害公务罪](#p14)
    - [4 诈骗罪与招摇撞骗罪的区别](#p16)
    - [5 买卖空白国家机关证件是否构成买卖国家机关证件罪](#p18)
    - [6 滥用职权罪中“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”的认定](#p21)
    - [7 代替考试罪的定性量刑分析](#p23)
    - [8 帮助信息网络犯罪活动罪的认定](#p25)
    - [9 危害计算机信息系统行为的认定](#p27)
    - [10 择一重罪处罚的认定](#p29)
    - [11 编造、故意传播虚假恐怖信息罪“严重扰乱社会秩序”的认定及“传播”的对象是否必须为不特定对](#p31)
    - [12 编造虚假恐怖信息既遂形态认定](#p33)
    - [13 聚众斗殴转化标准如何界定](#p36)
    - [14 聚众斗殴罪转化犯的认定](#p39)
    - [15 “强拿硬要”型寻衅滋事罪与抢劫罪之界限](#p41)
    - [16 参赌人员以所输赌资为抢劫对象的定性](#p43)
    - [17 放火罪与寻衅滋事罪的区分](#p45)
    - [18 传授犯罪方法行为的法律认定](#p47)
    - [19 利用微信群组织他人通过抢红包方式赌博的行为构成开设赌场罪](#p50)
    - [20 以微信抢红包形式进行赌博行为的认定](#p52)
  + [（二）妨害司法罪](#p54)
    - [21 冒充犯罪的人主动替别人顶替罪责是否构成包庇罪](#p54)
    - [22 如何对扰乱法庭秩序行为进行客观认定](#p56)
    - [23 对犯罪所得赃物不法侵占构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪](#p58)
    - [24 被执行人有工作能力可认定其有能力执行民事判决](#p60)
    - [25 被限制高消费后多次入住宾馆拒不履行生效判决的定性](#p62)
    - [26 拒执调解是否可以构成拒不执行判决、裁定罪](#p64)
    - [27 对有能力执行而拒不执行的法律认定](#p66)
    - [28 如何认定非法处置法院查封的财产](#p68)
  + [（三）危害公共卫生罪](#p71)
    - [29 被告人的无证诊治行为与被害人死亡之间的因果关系认定](#p71)
  + [（四）破坏环境资源保护罪](#p73)
    - [30 污染环境罪主观方面及瑕疵证据应当如何认定](#p73)
    - [31 盗伐林木罪与滥伐林木罪的法律认定](#p76)
    - [32 村民小组组长为村民集体利益砍伐林木仍应担责](#p77)
    - [33 滥伐林木罪的认定、立案标准和量刑标准](#p79)
    - [34 非法出售珍贵、濒危野生动物制品案涉案数额的认定](#p82)
    - [35 生态修复救济措施的量刑价值参考](#p84)
  + [（五）走私、贩卖、运输、制造毒品罪](#p86)
    - [36 如何认定制造毒品罪共犯的主观明知](#p86)
    - [37 毒品案件主从犯的认定及被告人辩称不明知毒品性质如何认定](#p88)
    - [38 行为人在公安特情要求购毒后寻找卖家居间介绍的行为是否构成犯意引诱](#p91)
    - [39 赊购毒品属于贩卖毒品](#p95)
    - [40 未查获毒品实物的贩毒案件如何把握证明标准](#p97)
    - [41 在贩毒人员住处查获的毒品数量是否计入贩卖毒品数量](#p99)
    - [42 以贩养吸人员贩毒，身上被查获的毒品是否能计入贩卖毒品的数量](#p101)
    - [43 赠送的毒品是否应认定为贩卖的毒品数量](#p102)
    - [44 托购毒品者在贩卖、运输毒品的共同犯罪中应为从犯](#p104)
    - [45 吸毒者动态持有毒品的行为如何定性](#p107)
    - [46 受指使运输来源不明毒品且无其他犯罪目的是否成立非法持有毒品罪](#p109)
    - [47 毒品含量如何鉴定](#p111)
    - [48 吸毒者驾驶机动车携带数量大的毒品回家吸食，路途中被查获的行为性质认定](#p113)
    - [49 如何运用事实推定认定同一住处居住行为人各自非法持有毒品的数量](#p115)
    - [50 涉毒案件定性的证据固定](#p117)
    - [51 代购毒品行为如何认定](#p118)
    - [52 代他人购买毒品用于共同吸食行为的司法认定](#p120)
  + [（六）组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫罪](#p123)
    - [53 组织卖淫罪的“组织”行为和人数的界定](#p123)
  + [（七）制作、贩卖、传播淫秽物品罪](#p126)
    - [54 利用新媒体传播新型淫秽物品的认定](#p126)
    - [55 网络视频信息服务提供企业传播淫秽物品牟利行为的认定](#p128)
* [二、贪污贿赂罪](#p132)
  + [56 “职务犯罪”案件中“委派型”国家工作人员的认定](#p132)
  + [57 合同诈骗罪与贪污罪的界限](#p133)
  + [58 如何把握贪污罪中“以侵吞手段非法占有公共财物”行为的认定](#p135)
  + [59 在被纪委调查前，多次向上级领导交待其自身的经济问题，后如实供述犯罪事实，构成自首](#p137)
  + [60 受国家机关委派收取规费的行为定性](#p139)
  + [61 被告人拒不承认其行为是行贿行为而是借贷关系的情况下如何审查其行为是否构成行贿罪](#p141)
  + [62 个人能否成立单位行贿罪的主体](#p143)
  + [63 单位行贿与个人行贿的区别](#p146)
  + [64 行贿罪中计算“使国家利益遭受重大损失”的时间节点](#p148)
  + [65 贪污罪罪状中“非法占有公共财物”的实质认定](#p151)
  + [66 “斡旋受贿”的认定](#p153)
  + [67 单位领导收取外单位回扣款后不入单位账并私分给单位员工构成个人受贿](#p155)
  + [68 非国家工作人员与国家工作人员共同受贿时罪名的认定](#p157)
  + [69 个人受贿与单位受贿的界定](#p158)
  + [70 国有公司从事公务的人员退休后被返聘是否仍具有国家工作人员身份](#p161)
  + [71 行为人收受他人财物虽及时上报，但未及时退还是否应认定为受贿](#p162)
  + [72 利用职务虚报利益构成索贿还是诈骗](#p165)
  + [73 挪用公款与个人借款的认定](#p166)
  + [74 将农村征地补偿款挪至储金会后向外投资应认定为挪用公款罪](#p169)
  + [75 挪用公款到证券账户“入而未炒”的行为是否可认定为挪用公款进行营利活动](#p172)
  + [76 乡镇供销合作社理事会主任是否符合挪用公款罪主体](#p174)
* [三、渎职罪](#p177)
  + [77 国家机关工作人员与非国家机关工作人员滥用职权罪的共犯认定](#p177)
  + [78 看守所民警违规帮助在押人员将藏有毒品的物品带入看守所，是否构成滥用职权罪](#p180)
  + [79 滥用职权罪与一般滥用职权的界限](#p182)
  + [80 认定玩忽职守罪的裁判思路](#p183)
  + [81 玩忽职守罪因果关系的认定](#p186)
  + [82 如何认定“在受国家机关人员委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员”](#p188)