# Table of Contents

[扉页](#p2)

[版权信息](#p3)

[目录](#p7)

[序](#p5)

[一、危害公共安全罪](#p11)

[1放火罪中被告人主观故意的认定](#p11)

[2放火罪与故意毁坏财物罪的区分](#p14)

[3在火灾现场向消防人员概括承认放火,其后供述反复推诿的,如何认定自首](#p17)

[4起火点的确认以及被告人的点火行为是否与火灾的发生具有刑法上因果关系的判断](#p23)

[5醉酒驾车冲撞加油站构成以危险方法危害公共安全罪](#p28)

[6农田私设电网构成以危险方法危害公共安全罪](#p32)

[7醉酒驾车连续撞击他人行为的司法认定](#p36)

[8故意伤害罪和以危险方法危害公共安全罪的界定](#p41)

[9下载并传播暴恐音视频行为的认定](#p46)

[10恐怖活动类案件主观故意的认定](#p49)

[11非法持有枪支犯罪违法性认识的认定](#p53)

[12非法持有枪支罪的量刑应综合评估社会危害性程度](#p59)

[13改装射钉枪能否认定为制造枪支](#p63)

[14行人违反交通运输管理法规造成一人死亡且负事故主要责任的,构成交通肇事罪](#p66)

[15交通肇事“顶包案”中逃逸情节的认定](#p72)

[16交通肇事后驾车离开现场,较短时间内返回事故现场投案,能否认定具有逃逸情节](#p76)

[17逃逸可否作为定罪情节和加重情节重复评价](#p80)

[18发生交通事故后离开现场又较快返回的行为构成交通肇事罪的逃逸情节](#p83)

[19交通肇事逃逸应作为入罪要件还是量刑加重情节的认定](#p86)

[20交通肇事后不逃逸但未履行法定义务是否构成自首](#p91)

[21第三方因素介入能否中断刑法因果关系](#p95)

[22“隔时酒驾”不应作为认定非罪或罪轻情节](#p98)

[23危险驾驶罪中定罪免刑的裁量](#p100)

[24危险驾驶罪中无证驾驶等非犯罪构成行为的刑法评价](#p104)

[25重大责任事故罪认定的要点](#p108)

[二、破坏社会主义市场经济秩序罪](#p114)

[(一)生产、销售伪劣商品罪](#p114)

[26销售假药罪犯罪未遂时能否认定销售金额](#p114)

[27对超范围滥用食品添加剂的定性及其构罪标准的认定](#p118)

[28包子皮中添加含铝泡打粉构成生产、销售不符合安全标准的食品罪还是生产、销售有毒、有害食品罪](#p123)

[29“地沟油”无须鉴定机构出具鉴定意见、查明有毒有害成分](#p127)

[30在凉茶中添加非处方类西药并出售的行为定性](#p130)

[(二)妨害对公司、企业的管理秩序罪](#p135)

[31拒不交出会计账簿、会计凭证行为的定性](#p135)

[(三)破坏金融管理秩序罪](#p139)

[32银行工作人员伙同他人骗取银行贷款如何定性](#p139)

[33银行工作人员明知被告人提供虚假的贷款资料而予以贷款能否认定为骗取贷款罪](#p142)

[34放弃无偿还能力保证人的担保责任不影响银行损失数额的认定](#p146)

[35骗取贷款罪中被告人主观认识及客观骗取贷款行为的认定](#p150)

[36向亲友吸收资金的行为也能构成非法吸收公众存款罪](#p154)

[37刑事语境下的“生产经营活动”的认定](#p157)

[38非法集资案件中主从犯及刑事责任的准确认定](#p161)

[39集资诈骗与非法吸收公众存款应如何认定](#p165)

[40非法集资类案件中“非法占有目的”的认定](#p170)

[41非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪的区分与认定](#p174)

[40被告人自动到案在首次讯问中否认罪行后](#p178)

[(四)金融诈骗罪](#p182)

[43非法设立网络融资平台用后投资者资金支付先投资者本息造成他人资金损失构成集资诈骗罪](#p182)

[44是否具有非法占有目的是区分集资诈骗罪和非法吸收公众存款罪的重要特征](#p186)

[45非法占有目的的认定](#p190)

[46贷款诈骗罪的认定](#p193)

[47贷款诈骗犯罪中“以非法占有为目的”的认定](#p199)

[48信用卡诈骗罪既遂的认定](#p203)

[49侵犯公民财产信息并实施信用卡诈骗罪数的认定](#p206)

[(五)危害税收征管罪](#p212)

[50接受公安机关调查取证后主动到案的是否可以认定为自首](#p212)

[(六)侵犯知识产权罪](#p216)

[51价格认定意见书应当认定为书证](#p216)

[52旧手机翻新行为的商标侵权属性及刑事责任认定](#p219)

[53未遂状态下销售假冒注册商标的商品罪销售金额的认定](#p224)

[54购进含有假商标配件应认定为假冒注册商标未遂](#p228)

[55卷烟接装纸上的品牌图样在涉商标犯罪中的评价问题](#p234)

[(七)扰乱市场秩序罪](#p238)

[56民事欺诈与诈骗罪、合同诈骗罪的区分](#p238)

[57虚构建筑工程合同诈骗的定罪量刑应区别于普通诈骗罪](#p242)

[58根据口头协议多次交易后,仅对标的价款作出变更,视为履行此前合同的一次延续行为,在此过程中实施骗取对方货物后逃匿的,应如何定罪处罚](#p245)

[59强迫交易罪中被告人强迫行为的认定](#p249)

[60非法“众筹”行为的刑事司法认定](#p252)

[61售卖伪劣卷烟与非法经营罪、销售伪劣产品罪的区分](#p256)

[62私设支付平台为赌博网站提供资金支付结算行为的定性](#p260)

[63非法经营罪(运输香烟)中既遂和未遂的认定](#p264)

[64非法经营犯罪中从犯地位的认定](#p267)





图书在版编目(CIP)数据

中国法院2019年度案例.刑事案例.二,危害公共安全罪、破坏社会

主义市场经济秩序罪/ 国家法官学院案例开发研究中心编.—北京:中国

法制出版社,2019.3

ISBN 978-7-5216-0087-2

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(2019)第048951号

策划编辑:李小草(lixiaocao2008@sina.cn) 责任编辑:王 熹(wx2015hi@sina.com)封面设计:温培英 李 宁

中国法院2019年度案例·刑事案例二

ZHONGGUO FAYUAN 2019 NIANDU ANLI·XINGSHI ANLI ER

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/ 13.75 字数/ 184千

版次/2019年3月第1版 2019年3月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5216-0087-2定价:45.00元

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:010-66010493

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

(如有印装质量问题,请与本社印务部联系调换。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2012~2018年已连续出版7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,2018

年将刑事案例扩充为4个分册。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2019年度案例》系列丛书,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,2019年继续

提供数据库增值服务并充实完善数据内容。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。

[目录](#p83)

封面

[扉页](#p2)

[版权信息](#p3)

[序](#p5)

[一、危害公共安全罪](#p11)

[1放火罪中被告人主观故意的认定](#p11)

[2放火罪与故意毁坏财物罪的区分](#p14)

[3在火灾现场向消防人员概括承认放火,其后供述反复推诿的,如何认定自](#p17)

[首](#p17)

[4起火点的确认以及被告人的点火行为是否与火灾的发生具有刑法上因](#p23)

[果关系的判断](#p23)

[5醉酒驾车冲撞加油站构成以危险方法危害公共安全罪](#p28)

[6农田私设电网构成以危险方法危害公共安全罪](#p32)

[7醉酒驾车连续撞击他人行为的司法认定](#p36)

[8故意伤害罪和以危险方法危害公共安全罪的界定](#p41)

[9下载并传播暴恐音视频行为的认定](#p46)

[10恐怖活动类案件主观故意的认定](#p49)

[11非法持有枪支犯罪违法性认识的认定](#p53)

[12非法持有枪支罪的量刑应综合评估社会危害性程度](#p59)

[13改装射钉枪能否认定为制造枪支](#p63)

[14行人违反交通运输管理法规造成一人死亡且负事故主要责任的,构成](#p66)

[交通肇事罪](#p66)

[15交通肇事“顶包案”中逃逸情节的认定](#p72)

[16交通肇事后驾车离开现场,较短时间内返回事故现场投案,能否认定具](#p76)

[有逃逸情节](#p76)

[17逃逸可否作为定罪情节和加重情节重复评价](#p80)

[18发生交通事故后离开现场又较快返回的行为构成交通肇事罪的逃逸情](#p83)

节

[19交通肇事逃逸应作为入罪要件还是量刑加重情节的认定](#p86)

[20交通肇事后不逃逸但未履行法定义务是否构成自首](#p91)

[21第三方因素介入能否中断刑法因果关系](#p95)

[22“隔时酒驾”不应作为认定非罪或罪轻情节](#p98)

[23危险驾驶罪中定罪免刑的裁量](#p100)

[24危险驾驶罪中无证驾驶等非犯罪构成行为的刑法评价](#p104)

[25重大责任事故罪认定的要点](#p108)

[二、破坏社会主义市场经济秩序罪](#p114)

[(一)生产、销售伪劣商品罪](#p114)

[26销售假药罪犯罪未遂时能否认定销售金额](#p114)

[27对超范围滥用食品添加剂的定性及其构罪标准的认定](#p118)

[28包子皮中添加含铝泡打粉构成生产、销售不符合安全标准的食品罪还](#p123)

[是生产、销售有毒、有害食品罪](#p123)

[29“地沟油”无须鉴定机构出具鉴定意见、查明有毒有害成分](#p127)

[30在凉茶中添加非处方类西药并出售的行为定性](#p130)

[(二)妨害对公司、企业的管理秩序罪](#p135)

[31拒不交出会计账簿、会计凭证行为的定性](#p135)

[(三)破坏金融管理秩序罪](#p139)

[32银行工作人员伙同他人骗取银行贷款如何定性](#p139)

[33银行工作人员明知被告人提供虚假的贷款资料而予以贷款能否认定为](#p142)

[骗取贷款罪](#p142)

[34放弃无偿还能力保证人的担保责任不影响银行损失数额的认定](#p146)

[35骗取贷款罪中被告人主观认识及客观骗取贷款行为的认定](#p150)

[36向亲友吸收资金的行为也能构成非法吸收公众存款罪](#p154)

[37刑事语境下的“生产经营活动”的认定](#p157)

[38非法集资案件中主从犯及刑事责任的准确认定](#p161)

[39集资诈骗与非法吸收公众存款应如何认定](#p165)

[40非法集资类案件中“非法占有目的”的认定](#p170)

[41非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪的区分与认定](#p174)

[40被告人自动到案在首次讯问中否认罪行后](#p178)

[(四)金融诈骗罪](#p182)

[43非法设立网络融资平台用后投资者资金支付先投资者本息造成他人资](#p182)

[金损失构成集资诈骗罪](#p182)

[44是否具有非法占有目的是区分集资诈骗罪和非法吸收公众存款罪的重](#p186)

[要特征](#p186)

[45非法占有目的的认定](#p190)

[46贷款诈骗罪的认定](#p193)

[47贷款诈骗犯罪中“以非法占有为目的”的认定](#p199)

[48信用卡诈骗罪既遂的认定](#p203)

[49侵犯公民财产信息并实施信用卡诈骗罪数的认定](#p206)

[(五)危害税收征管罪](#p212)

[50接受公安机关调查取证后主动到案的是否可以认定为自首](#p212)

[(六)侵犯知识产权罪](#p216)

[51价格认定意见书应当认定为书证](#p216)

[52旧手机翻新行为的商标侵权属性及刑事责任认定](#p219)

[53未遂状态下销售假冒注册商标的商品罪销售金额的认定](#p224)

[54购进含有假商标配件应认定为假冒注册商标未遂](#p228)

[55卷烟接装纸上的品牌图样在涉商标犯罪中的评价问题](#p234)

[(七)扰乱市场秩序罪](#p238)

[56民事欺诈与诈骗罪、合同诈骗罪的区分](#p238)

[57虚构建筑工程合同诈骗的定罪量刑应区别于普通诈骗罪](#p242)

[58根据口头协议多次交易后,仅对标的价款作出变更,视为履行此前合同](#p245)

[的一次延续行为,在此过程中实施骗取对方货物后逃匿的,应如何定罪处](#p245)

[罚](#p245)

[59强迫交易罪中被告人强迫行为的认定](#p249)

[60非法“众筹”行为的刑事司法认定](#p252)

[61售卖伪劣卷烟与非法经营罪、销售伪劣产品罪的区分](#p256)

[62私设支付平台为赌博网站提供资金支付结算行为的定性](#p260)

[63非法经营罪(运输香烟)中既遂和未遂的认定](#p264)

[64非法经营犯罪中从犯地位的认定](#p267)

一、危害公共安全罪

1放火罪中被告人主观故意的认定

——康某放火案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河北省唐山市路北区人民法院(2016)冀0203刑初34号刑事判决书

2.案由:放火罪

【基本案情】

2014年12月26日1时许,被告人康某与朋友张某入住唐山市高新技术

产业开发区甲宾馆8408号房间,当日2时23分许张某离开房间。被告人康

某因不满张某离开,遂打电话到宾馆前台,以自杀相威胁要求宾馆服务员

找回张某。后为发泄不满情绪,被告人康某用房间内的打火机点燃了床

上物品,致其入住的房间起火,虽该宾馆住宿人员逃离现场,但严重危及

宾馆内人员身体及财产安全。后火势被唐山市高新技术产业开发区消防

大队扑灭。该火灾致甲宾馆8408号房间内的物品毁损及走廊被烟熏受

损。经鉴定,该宾馆物品损失价值共计人民币34816元。

【案件焦点】

1.被告人的行为是否构成故意放火;2.如何根据在案证据定罪。

【法院裁判要旨】

唐山市路北区人民法院经审理认为,被告人康某为发泄个人情绪而

放火,危害公共安全,其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第一百一十

四条之规定,已构成放火罪。公诉机关指控其犯放火罪的事实清楚、证

据确实充分,罪名成立。虽被告人康某对起诉书指控其犯放火罪的事实

予以否认,但根据相关证据材料,足以认定甲宾馆发生火灾系被告人康某

故意放火而引起。辩护人认为本案火灾的发生有三种可能性,一是被告

人康某放火;二是被告人康某失火;三是张某失火。根据本案现有证据不

能确定被告人康某有放火的主观故意,也不能证明被告人康某有放火行

为;在被告人康某或证人张某失火的可能性无法排除的情况下,认定被告

人康某放火的事实不清、证据不足,应依法宣告其无罪的辩护意见理据

不足,不予采纳。依照《中华人民共和国刑法》第一百一十四条、第六

十一条、第四十七条之规定,判决如下:

被告人康某犯放火罪,判处有期徒刑三年零六个月。

【法官后语】

本案处理的焦点在于被告人主观故意的认定,以及被告人的行为是

否构成失火罪。

失火罪是指行为人的过失引起火灾,造成严重后果,危害公共安全的

行为。主观上表现为过失,既可以是由于疏忽大意的过失,也可以是由于

过于自信的过失。

放火罪是指故意放火焚烧公私财物,危害公共安全的行为。主观上

表现为故意,即明知自己的行为会引起火灾,危害公共安全,并且希望或

者放任这种结果发生的心理态度。放火的动机是多种多样的,如因个人

某种利益得不到满足而放火,因感情出现问题而放火,无论出于何种动

机,都不影响放火罪的成立。但是查明放火的动机,有利于正确判断行为

人的主观心理态度,是定罪量刑的关键。

具体到本案中,被告人的供述和辩护人的辩护意见都认为不构成放

火罪,辩护人提出了多种“合理解释”,用于证明被告人康某的行为不构

成放火罪。

法院经过审理后,综合本案证据材料及被告人康某在案发当时与男

友张某发生的感情纠纷,张某的证言也证实案发后,被告人康某曾向其讲

过在宾馆点火的事实,特别是根据消防部门对案发现场火灾的起因分析, 排除了线路老化等非人为方式失火的可能性,所有证据均指向案发现场

系人为纵火,结合所有证据进行分析判断可以认定案发现场火灾系被告

人康某故意放火而引起。

值得注意的是,在认定本案被告人是否具有主观故意时,是根据案件

的具体事实并结合科学分析的方法,事实是前提,尊重科学是基础,推定

出的结论必须符合科学规律才能被采用,如果不能排除全部合理怀疑,应

当坚持“疑罪从无”的原则,切实维护法律的公平、公正。

编写人:河北省唐山市路北区人民法院 盛高波

2放火罪与故意毁坏财物罪的区分

——刘君某放火案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省绥宁县人民法院(2017)湘0527刑初19号刑事判决书

2.案由:放火罪

【基本案情】

湖南省绥宁县人民检察院以绥检公诉刑诉〔2017〕20号起诉书指控

被告人刘君某犯放火罪,于2017年2月20日提起公诉。起诉书指控:被告

人刘君某因邻里琐事纠纷对邻居刘慈某夫妇心存怨恨,心怀不满。2017

年1月2日晚上,被告人刘君某想以放火的方式去吓唬刘慈某夫妇俩,次日

凌晨2点多,被告人刘君某从家中拿了一把起子、一个矿泉水空瓶准备到

刘慈某的家纺店门前去放火。被告人刘君某先把刘慈某店门前的监控摄

像头转向,让摄像头照不到自己,然后扯掉停放在刘慈某店门前马路上的

一台摩托车的油管,用事先准备好的矿泉水瓶装了一瓶汽油,之后用起子

把家纺店的卷闸门撬开一条缝隙,将一整瓶汽油沿着撬开的缝隙往店里

倒,并用打火机点燃后逃回家中。经绥宁县价格认证中心认定此次放火

损失价值为45978元。

被告人刘君某辩称其主观故意是以烧毁被害人财物为目的,放火的

结果只是危害了被害人的财物,没有危害公共安全,其行为不应定为放火

罪,应定为故意毁坏财物罪。

【案件焦点】

被告人的行为构成放火罪还是故意毁坏财物罪。

【法院裁判要旨】

湖南省绥宁县人民法院经审理认为:当事人对于自己的主张,有权利

进行辩解,有责任提供证据来佐证自己的辩解观点。本案被告人刘君某

无视国家法律,因邻里琐事对邻居心怀不满,故意放火焚烧他人财物,危

害公共安全,尚未造成严重后果,其行为已构成放火罪。公诉机关指控的

罪名成立,对被告人刘君某应予刑事处罚。被告人刘君某辩称其行为构

成故意毁坏财物罪。虽然其放火针对的对象是被害人的财物,但其放火

的区域为居民住宅密集区,放火地点存放有大量易燃物品,刘君某能够预

见自己的放火行为会引发火灾而危及公共安全,却放任这种结果的发生, 符合放火罪的构成要件,应认定为放火罪。故辩护人提出被告人的行为

构成故意毁坏财物罪的辩护理由不能成立。被告人刘君某归案后如实供

述犯罪事实,并赔偿了被害人的经济损失,取得被害人的谅解,依法可从

轻处罚。

湖南省绥宁县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百一十四

条、第六十七条第三款之规定,判决如下:

被告人刘君某犯放火罪,判处有期徒刑三年。

【法官后语】

本案处理的重点是被告人刘君某的辩解观点是否能成立,其犯罪行

为是否符合放火罪的构成要件。放火罪是指故意放火焚烧公私财物,危

害公共安全的行为。放火行为一经实施,就可能造成不特定多数人的伤

亡或者使不特定的公私财产遭受难以预料的重大损失。这种犯罪后果的

严重性和广泛性往往是难以预料的,甚至是行为人自己也难以控制的。

被告人刘君某因邻里琐事而对邻居心怀不满,想以放火的方式吓唬被害

人,虽然其放火行为针对的对象是被害人的财物,但被害人财物放置地为

被害人开设的家纺店内,即该危害行为发生在商业门店内且其放火的区

域为居民住宅密集区,放火地点存放有大量易燃物品,刘君某能够预见自

己的放火行为会引发火灾而危及公共安全,却放任这种结果的发生,符合

放火罪的构成要件,应认定为放火罪。

《刑法》第一百一十四条规定:“放火、决水、爆炸以及投放毒害

性、放射性、传染病病原体等物质或者以其他危险方法危害公共安全, 尚未造成严重后果的,处三年以上十年以下有期徒刑。”第一百一十五

条规定:“放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染病病原体

等物质或者以其他危险方法致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损

失的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。过失犯前款罪的,处三

年以上七年以下有期徒刑;情节较轻的,处三年以下有期徒刑或者拘

役。”被告人刘君某的放火行为造成了被害人财产损失45978元,未达到

重大损失的标准。且被告人刘君某归案后如实供述犯罪事实,并赔偿了

被害人的经济损失,取得被害人的谅解,依法可从轻处罚。故判决被告人

刘君某犯放火罪,判处有期徒刑三年。

编写人:湖南省绥宁县人民法院 陈晗

3在火灾现场向消防人员概括承认放火,其后供述

反复推诿的,如何认定自首

——张某某放火案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省无锡市中级人民法院(2017)苏02刑终132号刑事裁定书

2.案由:放火罪

【基本案情】

2016年8月12日晚,张某某酒后因情感问题和同居男友夏某发生争

吵。夏某离开后,张某某为泄愤,在家中的衣柜、房间等4处点燃衣物后

离开,导致甲公寓11号1402室起火并烧毁相关生活设施,大楼电梯亦因救

火被损坏。

当晚扑灭火灾后,公安消防人员通过小区物业管理人员联系甲公寓

1402室业主前来配合调查。张某某到来后,消防人员在现场询问张某某

起火原因时,张某某即回答称系其因和男友夏某吵架而酒后点火。

同月19日,张某某随消防人员向派出所投案。在派出所立案侦查后, 张某某一直供述承认放火,但仅承认在甲公寓11号1402室东侧卧室1处实

施了点火行为,记不得或者不知道其余3处起火点的情况,且始终辩解其

将在东侧卧室点的火踩灭后离开。

一审庭审时,张某某承认在甲公寓11号1402室东侧卧室床上点燃男

友夏某衣物,并在该卧室有烟的情况下不管不顾自行离开;承认去过1402

室其余3处起火点的位置,但由于喝酒导致很多片段记不清,其余3处起火

点可能也由其点火所致。

【案件焦点】

张某某供述有所反复和推诿,是否构成自首。

【法院裁判要旨】

江苏省无锡市梁溪区人民法院经审理认为:张某某构成放火罪。张

某某能自动投案,归案后如实交代主要犯罪事实,应当认定为自首。依照

《中华人民共和国刑法》第一百一十四条、第六十七条第一款之规定, 认定被告人张某某犯放火罪,判处有期徒刑一年三个月。

宣判后,检察机关提起抗诉,认为张某某虽有自动投案的行为,但到

案后未如实供述自己的犯罪事实,尤其是到案后始终辩解其将点的火踩

灭后离开,否认具有危害公共安全的主观故意。故一审判决认定张某某

系自首属适用法律错误。建议二审依法改判。

江苏省无锡市中级人民法院经审理认为:原审被告人张某某的行为

已构成放火罪。案发后,原审被告人张某某自动投案,如实供述自己的主

要罪行,系自首。首先,张某某在火灾现场向公安消防人员承认放火,属

于犯罪以后自动投案并如实供述自己的罪行。根据《中华人民共和国消

防法》第五十一条的规定,公安机关消防机构负责调查火灾原因,火灾扑

灭后,发生火灾的单位和相关人员应当按照公安机关消防机构的要求保

护现场,接受事故调查,如实提供与火灾有关的情况。本案中,在消防人

员扑灭火灾并在现场对火灾原因进行调查时,张某某即向消防人员口头

承认了其放火的基本犯罪事实。该情节有消防机构的现场调查视频、

《集体议案记录》以及消防人员杜苏某的证言予以证实。根据司法解

释,如实供述自己的罪行是指如实交代自己的主要犯罪事实。故张某某

犯罪未被发觉即向公安消防人员投案,并如实供述了主要关键的犯罪事

实,应当视为自动投案并如实供述自己的罪行。其次,在派出所立案侦查

后,如检察机关抗诉意见指出的,张某某在引火物的状况、主观故意等相

关放火细节方面供述有所反复和推诿。但考虑到张某某遭受情感刺激导

致控制能力削弱以及酒后记忆能力减弱,其对甲公寓11号1402室东侧卧

室起火点以外的其余3处起火点记忆不清也不违背常理。再次,张某某在

一审庭审时又能如实供述自己的主要犯罪事实,承认在1402室东侧卧室

放火的具体位置和危害公共安全的主观故意。依照《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》第一条规定的精

神,“犯罪嫌疑人自动投案并如实供述自己的罪行后又翻供的,不能认定

为自首,但在一审判决前又能如实供述的,应当认定为自首”,原审被告

人张某某的行为应当认定为自首。

综上,原审判决审判程序合法,认定的事实清楚,证据确实、充分,适

用法律正确,量刑适当,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[1]之](#p113)规定,裁定:驳回抗诉,维持原

判。

【法官后语】

本案的核心争议焦点是被告人张某某是否构成自首,这涉及自动投

案和如实供述罪行两个方面的问题。

1.如实供述罪行不仅要求供述客观行为,还要求供述犯罪时的主观

心态,故检察机关的抗诉理由部分成立。

司法实践中从正反两面总结了影响自首成立的如实供述和翻供的认

定:一是“如实供述自己的罪行”应当指如实供述主要的犯罪事实,包括

犯罪构成要件事实和量刑情节事实,并且明确限定不仅要求行为人如实

供述客观行为,还要求如实供述犯罪时的主观心态,否则就不能认定为自

首。二是关于被告人翻供的认定,即被告人否认主要犯罪事实(犯罪构成

要件和量刑情节),可以认为系翻供。

本案中,张某某在接受公安机关刑事调查时始终辩解其放火后将火

踩灭才离开,实质是否认主观上有放火危害公共安全的故意,否认放火罪

的构成要件事实。因为按照其供述,其放火后能一个人将火踩灭,说明此

时财物的燃烧根据因果法则判断并不具备危害公共安全的特征,不符合

放火罪的客观构成要件——只有足以危害公共安全的使对象物燃烧的行

为才是刑法上的放火行为,燃烧自己财物不足以危害公共安全的则不构

成犯罪;同时,其将火踩灭才离开,说明其既不希望也不放任火灾发生,更

预见不到火灾的发生,主观上缺乏放火的故意。由此从主客观两方面对

放火罪做了否定。

检察机关敏锐地注意到了张某某这个供述细节及其背后隐含的意

图,针对一审判决不严谨不充分的说理提出抗诉意见,有其合理性。

2.作为住宅居住人员在火灾现场接受公安消防人员一般性询问时即

主动概括承认放火,属于犯罪以后自动投案并如实供述罪行;结合最后在

一审庭审中承认放火的情况,其间供述虽有反复,但符合司法解释的规

定,应当认定为自首。故检察机关的抗诉意见不成立。

(1)检察机关没有注意火灾现场的调查证据

公安消防人员讨论火情及处置的《集体议案记录》、消防人员在火

灾现场询问张某某的视频等证据均记载了张某某在火灾现场向消防人员

承认放火的内容,应该说对能否认定张某某自首非常关键。但检察机关

忽视了对该组证据的审查分析,也放弃了对张某某在火灾现场向消防人

员承认放火这一情节的概括提取,对资料占有不充分。

(2)在火灾现场接受公安消防人员一般性询问时即主动承认放火并

接受处理的,属于自动投案

实践中一线司法人员习惯性地将接受投案的单位组织限缩为公安机

关,然后又习惯性地将公安机关限缩为与犯罪做斗争的一线办案人员。

本案一审法院和公诉机关均是该种判断。

但从相关司法解释和法律规定来看,张某某的自动投案应提前到火

灾现场的节点。理由是:第一,自动投案的对象并不仅仅限于公安机关。

《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

一条规定:“……犯罪嫌疑人向其所在单位、城乡基层组织或者其他有

关负责人员投案的……罪行未被司法机关发觉,仅因形迹可疑被有关组

织或者司法机关盘问、教育后,主动交代自己的罪行的……应当视为自

动投案……”,可见接受投案的单位,既可以是公安机关以及行使同等侦

查职能的人民检察院,也可以是人民法院、所在单位、城乡基层组织等

其他不具有侦查职能的单位组织。第二,更不能对公安机关做狭义的理

解。在日常社会秩序管理工作中发挥作用的公安机关的其他机构,也应

当认定为本解释中的公安机关,否则就过于限缩了接受投案的单位和人

员,影响到投案犯罪嫌疑人的权利保障。比如户籍民警对前来办理户籍

的可疑人员的盘问、高速交警对可疑车辆的检查,此时如果犯罪嫌疑人

主动交代未被发觉的罪行,完全符合前述司法解释规定的情形,应当视为

自动投案。第三,《消防法》第五十一条明确规定,公安机关消防机构负

责调查火灾原因,火灾扑灭后,发生火灾的单位和相关人员应当按照公安

机关消防机构的要求保护现场,接受事故调查,如实提供与火灾有关的情

况。法律赋予了公安消防人员相应的职责和权力,在火灾现场的消防人

员也据此通知不在现场的张某某前来配合调查火灾原因,张某某也在消

防人员不掌握起火原因的情况下主动供述承认放火事实,并接受消防人

员封存现场、进一步配合调查的处理,完全符合前述司法解释的规定。

(3)基于火灾现场的条件,概括承认放火事实,属于如实供述主要关

键的犯罪事实,应当视为如实供述

根据司法解释,如实供述自己的罪行是指如实交代自己的主要犯罪

事实。同时,从本案的实际情况考量,基于火灾现场断电、进水继而凌乱

不堪的环境,以及行为人醉酒、情感刺激导致的情绪不稳定等现实因素, 不具备详加询问并制作笔录、签字捺印的条件。故张某某面向执法记录

仪、向公安消防人员概括承认因和男友吵架而放火并接受后续处理的言

行,已经属于如实供述主要、关键的犯罪事实,应当视为如实供述自己的

罪行。

综上,综合被检察机关忽视的火灾现场的调查证据、被告人接受刑

事调查时的供述以及一审庭审的当庭陈述,我们认为,被告人虽然在接受

刑事调查时主观故意方面有所推诿构成对犯罪事实的实质否认,但从时

间节点来看,在翻供之前有在火灾现场的自动投案和如实供述,在翻供之

后有一审庭审的当庭认罪如实供述,故根据《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》第一条规定的精神,被告人的

行为应当认定为自首。

编写人:江苏省无锡市中级人民法院 孙炜 蒋璟

4起火点的确认以及被告人的点火行为是否与火灾

的发生具有刑法上因果关系的判断

——吕秋某被诉失火宣告无罪案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省衡东县人民法院(2017)湘0424刑初105号刑事判决书

2.案由:失火罪

【基本案情】

衡东县草市镇有阴历年底上山祭拜的习俗。2016年2月7日(除夕)下

午,被告人吕秋某同其侄子吕雄甲、吕雄乙带着纸钱、线香、鞭炮等物

一起至西祠公山上祭拜,其一行先是至其父亲吕冬某墓处祭拜,后又到不

远处其母亲谭桂某墓处祭拜,祭拜过程中,吕秋某点燃了纸钱、线香,吕

雄甲燃放了鞭炮,蜡烛由谁点燃不清楚。祭拜完后,吕秋某一行又去了其

他墓地祭拜。在吕秋某等人在谭桂某墓祭拜期间或之前不久,黄文某带

着黄某等在附近的黄雨某墓祭拜,董柏甲、董柏乙等人在附近的董宗某

墓祭拜,上述人员祭拜时,均有点燃纸钱、线香、蜡烛置于坟尾燃烧及燃

放鞭炮的行为。

当日下午3时许,谭桂某墓、董宗某墓、黄雨某墓及附近范围内发生

山火,当时有大风,火势迅速蔓延,致草市镇罗家寨村、杨林镇铁坑村山

林受损。经鉴定,过火总面积13.8公顷,其中有林地5公顷,疏林地5公顷, 灌木林地1.8公顷,无立木林地2公顷。

另查明,山火致附带民事诉讼原告人谭岳某位于其责任山上的林木

受损,损失价值19032元。后谭岳某因损失鉴定,花费鉴定费6200元。

【案件焦点】

1.山火起火点的确认;2.吕秋某的点火行为是否与火灾的发生具有

刑法上的因果关系。

【法院裁判要旨】

湖南省衡东县人民法院经审理认为:被告人吕秋某虽有点火行为,西

祠公山上亦有山火发生,但现有证据尚不能证明起火点位于公诉机关控

称的谭桂某墓,也不能证明吕秋某的点火行为与山火的发生具有刑事上

的因果关系。据此,本案在卷证据尚未达到排除合理怀疑的证明标准,公

诉机关就吕秋某有罪的指控事实不清,证据不足,依法不能成立。关于附

带民事诉讼原告人谭岳某要求吕秋某赔偿其损失103500元的诉请,经查,

《中华人民共和国侵权责任法》第十条规定,二人以上实施危及他人人

身、财产安全的行为,其中一人或数人的行为造成他人损害,能够确定具

体侵权人的,由侵权人承担责任;不能确定具体侵权人的,行为人承担连

带责任。《湖南省森林防火实施办法》第十七条、第十八条规定,每年

10月1日至次年4月30日为全省森林防火期,林区在森林防火期内,任何单

位和个人禁止在野外丢烟头火种、烧山驱蜂驱兽、烧火取暖、野炊、点

火照明、小孩玩火等,凡必要的野外生产性用火,必须经县(市、区)人民

政府或其授权的单位批准发给生产用火许可证。本案中,虽没有证据证

明起火的地点属于林区,但西祠公山上长有林木,柴草又深,2月7日属林

区防火期,且当日风大,在该区域内使用明火祭祀具有明显的火灾隐患。

在此种前提下,吕秋某仍于谭桂某墓点燃纸钱、线香,并置于坟尾燃烧, 该种行为已危及他人人身、财产安全,同时,附近亦有他人实施了类似危

险行为,且其中一人或数人的行为造成了附带民事诉讼原告人谭岳某的

财产损失。因本院认为即使按照高度盖然性的证明标准,在卷证据尚不

能确定具体侵权人,故吕秋某作为共同危险行为的实施者之一,应对火灾

给附带民事诉讼原告人谭岳某造成的经济损失承担赔偿责任,但谭岳某

诉请的103500元经济损失没有事实依据,本院根据采信的证据,依法确认

为25232元。另外,吕秋某在赔偿谭岳某经济损失后,对于超出其赔偿责

任部分,可向其他侵权人追偿。

湖南省衡东县人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百

九十五条第三项[[2]、](#p113)《中华人民共和国侵权责任法》第十条之规定,做

出如下判决:

一、被告人吕秋某无罪;

一审宣判后,被告人吕秋某及附带民事诉讼原告人谭岳某均未提起

上诉,检察院亦未抗诉,该判决已发生法律效力。

二、被告人吕秋某赔偿附带民事诉讼原告人谭岳某经济损失人民币

25232元;

三、驳回附带民事诉讼原告人谭岳某的其他诉讼请求。

【法官后语】

本案处理的重点、难点主要在于起火点的确认以及被告人的点火行

为是否与火灾的发生具有刑法上的因果关系,这两点对失火罪的定罪起

着关键性作用。

首先,刑事案件的审判是一个充分运用证据认定案件事实的诉讼活

动。根据我国刑事诉讼法确立的证据裁判原则,对被告人定罪必须有充

分的证据支持,可采证据必须经过查证属实,且单个证据与待证事实具有

关联性,通过审查判断证据和综合运用证据的证明过程,形成完整的刑事

证明体系,排除一切合理怀疑,得出唯一结论,从而达到犯罪事实清楚,证

据确实、充分的刑事证明标准。本案中的被告人吕秋某对犯罪事实予以

否认,认为山火不是由其引起的,公诉机关提供的主要定罪证据为言词证

据,无其他主要有效书证、物证来予以佐证案件事实。在卷证据显示,有

多个证人陈述道,目击起火的地点是吕秋某上坟的地方,故认为起火点是

吕秋某上坟的地方,但是细看证言,目击的证人对起火点的推定大都是主

观臆测的。且本案中部分证人证言的前后口供相矛盾,故单独根据证人

证言尚不足以确认起火点。主要言词证据不能认定本案被告人有罪,可

考虑通过事后勘验、鉴定等证据来佐证。在本案中村干部在火灾发生

后,组织了相关人员对起火点的位置进行了指认,但指认结果相互矛盾。

衡东县森林公安局民警在证人的指认下也对现场进行了勘验、检查,虽

然得出的结论是认为吕秋某上坟的地方为起火点,但因为有指认人的参

与该份结论不具有唯一性。再者起火点的确认的鉴定意见需要具备较强

的专业知识的鉴定人员,村干部以及民警都不具备相关资质,故上述现场

勘验结论不符合相关规定,应不予采纳。本案起火点的确认也因证据不

够确实、充分,无法认定。

其次,刑事审判中,因果关系的认定涉及行为人要不要受到刑事处

罚、要受到什么样的刑事处罚。被告人的危害行为是否与犯罪结果之间

具有因果关系在整个案件的侦查、起诉、审判中都起着至关重要的作

用。但在审查危害行为与犯罪结果之间的因果关系时,一定要从危害行

为实施时的时间、地点、条件等具体情况出发考虑。在本案中,因侦查

机关未及时对现场进行详细勘验,又未做相关鉴定,失火当天正值百姓拜

地年的日子,山上有点火行为的人众多,且起燃物种类不详。而法院经查

证后确认的起火点并不限于谭桂某墓,还包括周边区域,加上当日风大, 风向未知,有的起燃物引起火灾又有一定的发展期,因此,火灾发生前一

定时间内,在上述区域内有点燃纸钱、鞭炮、线香、蜡烛行为之人、有

随意丢弃烟蒂行为之人均有可能引起山火。另外,即使起火点位于谭桂

某墓,结合被告人的供述和证人证言证实在谭桂某墓点火的并不只有吕

秋某。综上,现有证据尚不足以唯一、排他地得出:系吕秋某的点火行为

造成了山火的发生。故吕秋某的点火行为与山火的发生并不具有刑法上

的因果关系。

编写人:湖南省衡阳市衡东县人民法院 邓志红

5醉酒驾车冲撞加油站构成以危险方法危害公共安

全罪

——肖崇量以危险方法危害公共安全案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省闽清县人民法院(2017)闽0124刑初34号刑事判决书

2.案由:以危险方法危害公共安全罪

【基本案情】

被告人肖崇量因与前妻肖巧某存在感情纠纷,于2016年12月17日22

时许醉酒后到闽清县梅溪镇猴山榕星加油站找其前妻肖巧某(在该加油

站工作),双方发生纠纷,随后被告人肖崇量驾驶自己停放在加油站对面

的闽AQ××××轿车冲进榕星加油站,直接撞击加油站内的一台加油机, 引起车、加油站起火,造成该加油站内的加油机、摩托车、柴油机油等

财物损失。闽清县公安局民警在案发现场抓获被烧伤的被告人肖崇量。

经福建南方司法鉴定中心检验,被告人肖崇量的血样中检出乙醇,含量

为170.5mg/100ml,属醉酒驾驶。经闽清县价格认证中心认定,被损毁的

闽AL× ×××二轮摩托车价格为人民币4041元、柴油机油2桶价格为人

民币660元。

案发后,闽清县公安局依法扣押了被告人肖崇量持有的闽

AQ××××轿车。在诉讼期间,被告人肖崇量已赔偿被害人吴爱某被损

毁的闽AL××××本田牌二轮摩托车损失人民币4041元,并获得被害人

吴爱某的谅解。

【案件焦点】

肖崇量醉酒后驾驶机动车冲撞加油站的行为是否构成以危险方法危

害公共安全罪。

【法院裁判要旨】

福建省闽清县人民法院经审理认为:被告人肖崇量因感情纠纷,醉酒

后以驾车冲撞加油站的危险方法,危害公共安全,其行为已构成以危险方

法危害公共安全罪。公诉机关指控的罪名成立。被告人肖崇量在庭审中

表示自愿认罪,并在诉讼期间部分赔偿被害人的经济损失,获得部分被害

人的谅解,可以酌情从轻处罚。被告人肖崇量的辩护人提出被告人的行

为不构成以危险方法危害公共安全罪,并具有自首情节的意见,缺乏依

据,不予支持;辩护人还提出被告人系初犯、偶犯,且自愿认罪,积极悔

罪,可以酌情从轻处罚的意见,可以采纳。

福建省闽清县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百一十四

条、第六十四条之规定,作出如下判决:

一、被告人肖崇量犯以危险方法危害公共安全罪,判处有期徒刑四

年;

二、扣押在案的闽AQ××××轿车一辆予以没收,由暂扣单位闽清

县公安局上缴国库。

【法官后语】

本案争议的焦点在于被告人肖崇量醉酒后驾驶机动车冲撞加油站的

行为应如何定性,是构成危险驾驶罪、过失以危险方法危害公共安全罪, 还是构成以危险方法危害公共安全罪。

上述三种罪名均属于危害公共安全罪的范畴,共同之处就是侵犯的

客体为公共安全,但三者的主要区别在于:(1)主观条件不同。危险驾驶

罪在主观上持侥幸或放任的故意,过失以危险方法危害公共安全主观上

必须为过失,以危险方法危害公共安全主观上应为希望或放任的故意。

(2)行为方式不同。危险驾驶包括醉驾、追逐竞驶且情节恶劣、严重超

载乘员或超速等行为,以危险方法危害公共安全是实施除“放火、决

水、爆炸、投放危险物质”行为以外与之危险性相当的其他危险方法侵

害不特定多数人的安全,如向人群开枪、醉驾撞人、私设电网等行为。

(3)是否以危害结果为构罪条件不同。危险驾驶是行为犯、情节犯,只要

具有醉驾或追逐竞驶且情节恶劣、严重超载乘员或超速等行为即构成犯

罪,不要求造成实际的危害结果,以危险方法危害公共安全亦是行为犯, 只要实施了危害公共安全的行为,即使尚未造成严重后果也构成犯罪,而

过失以危险方法危害公共安全是结果犯,必须发生致人重伤、死亡或者

公私财物遭受严重损失的后果才构成犯罪。

本案中,被告人肖崇量因与前妻存在矛盾,醉酒后到前妻工作的加油

站与其发生纠纷,被告人情绪激动,对前妻扬言“我今天死给你看”,随

后不顾他人劝阻,驾驶停放在加油站对面的轿车冲进加油站,直接撞击加

油机引起小车、加油站起火,造成加油机、摩托车、柴油机油等财物损

失。对于被告人上述行为的定性,笔者分析如下:(1)在侵犯的客体上,加

油站是经营汽油(属易燃易爆物品)的服务场所,案发时加油站内有工作

人员及其他加油的车辆、人员,加油站周边地区是较密集的民居,被告人

驾车撞击加油机将会引起危害公共财产、人身安全等后果,因此其行为

侵犯的是公共安全,即不特定多数人的生命、健康或者重大公私财产安

全;(2)在主观意识上,被告人与前妻存在矛盾,案发前情绪激动并表示要

死给前妻看,随即驾驶自己停放的车辆直接冲撞加油机,说明其主观上明

知自己的行为会造成一定危害后果仍故意实施并且希望或放任危害结果

发生的心态,而非疏忽大意的过失行为,因此并不构成过失危害公共安

全;(3)在客观行为上,被告人在醉酒状态下驾驶机动车,是一种危险驾驶

的行为,但其并非以在道路上行驶为目的,而是以故意驾车冲撞加油机制

造危害后果发泄私愤为目的,其醉驾及开车直接冲撞加油机这两种行为

均属危险行为,但前者行为被后者行为所吸收,因此被告人并不构成危险

驾驶罪,应构成以危险方法危害公共安全罪。

编写人:福建省福州市闽清县人民法院 刘晓霞

6农田私设电网构成以危险方法危害公共安全罪

——彭雄伟等以危险方法危害公共安全案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江西省广昌县人民法院(2017)赣1030刑初48号刑事判决书

2.案由:以危险方法危害公共安全罪

【基本案情】

2017年1月9日,被告人彭雄伟应范林林邀请,携带电容、升压机、绝

缘棒等高压电网设备前来广昌县电捕野猪。范林林从邓高某处获悉尖峰

乡源头村农田附近有野猪出没,彭雄伟、范林林、邓高某决定前往该处

电捕野猪。2017年1月15日上午,三被告人驾驶小车前往尖峰乡源头村曾

家庄小组,将车停于曾家庄小组茶树菇棚边上,步行至数十米开外的邓水

某家莲田内发现野猪出没的痕迹,遂将之选定为新的狩猎场所。当日下

午,三被告人既未经有关部门批准,也不通知、警示当地村民,在未采取

任何防范措施的情况下,擅自架设长达数百米,电压过万伏的高压电网, 并将电网连接彭雄伟的手机进行远程遥控。该电网以邓水某家梯田为起

点,沿着岭上山场底部农田,穿过岭上和反田排山场之间的小溪,进入反

田排山场通往该山场顶部。当日16时许,三被告人将高压电网架设完毕

并通电试验,然后返回小车停放处,无人留守。18时20分许,彭雄伟使用

手机远程遥控电源开关为电网通电。几分钟后,被害人邓新某途经该处, 触及高压电网当场身亡。经广昌公安司法鉴定中心鉴定,死者邓新某系

意外触电导致电击而死亡。案发后,被告人彭雄伟、范林林、邓高某主

动向公安机关投案。三被告人家属与被害人邓新某家属达成民事赔偿协

议,赔偿被害人家属经济损失,被害人家属出具了谅解书。

【案件焦点】

私设电网造成他人死亡是认定为以危险方法危害公共安全罪还是过

失以危险方法危害公共安全罪。

【法院裁判要旨】

江西省广昌县人民法院经审理认为:彭雄伟、范林林在广昌县甘竹

镇、尖峰乡山上多次以私设电网的危险方法危害公共安全;彭雄伟、范

林林、邓高某在尖峰乡源头村曾家庄组私设电网打野猪时致被告人邓高

某的亲戚邓新某触电死亡,其行为均已构成以危险方法危害公共安全

罪。对于彭雄伟、范林林及其辩护人、邓高某及其辩护人均对指控以危

险方法危害公共安全罪提出异议,认为三人主观上属于过于自信的过失, 应认定为过失以危险方法危害公共安全罪的辩护意见。因三人架设电网

捕猎,其主观上虽没有致死他人的直接故意,但存在放任的间接故意;三

人在未经有关部门批准,也不通知、警示当地村民,没有采取积极有效的

措施,且使用电压过万伏的高压电网,架设线路长达数百米。另外,案发

当天,三人布设电网时,现场仍有人、牛经过,且邓高某父亲经过现场时

还提醒三人注意安全;该现场属当地村民劳作经常经过的地方,属于开放

现场,三人通电后在车内看电影,也未采取任何防范措施、未设置警示装

置,因此其主观上属于放任的间接故意。故对三人及其辩护人的该辩护

意见本院不予采纳。广昌县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一

百一十五条第一款、第六十四条的规定,作出如下判决:

一、彭雄伟犯以危险方法危害公共安全罪,判处有期徒刑三年零六

个月;

二、范林林犯以危险方法危害公共安全罪,判处有期徒刑三年零三

个月;

三、邓高某犯以危险方法危害公共安全罪,判处有期徒刑三年,缓刑

三年(缓刑考验期从判决确定之日起开始计算);

四、扣押在案的手机一部、电容一台、升压机一台等作案工具予以

没收。

【法官后语】

本案主要争议焦点在被告人的罪名认定问题:是认定以危险方法危

害公共安全罪还是过失以危险方法危害公共安全罪。我国《刑法》第一

百一十四条以及第一百一十五条第一款对以危险方法危害公共安全罪进

行了规定,第一百一十五条第二款规定了过失以危险方法危害公共安全

罪。二者主要区别就在于主观要件不同,以危险方法危害公共安全罪是

一个概括性罪名,是故意以放火、决水、爆炸以及投放危险物质以外的

并与之相当的危险方法,足以危害公共安全的行为。该罪侵犯的客体是

公共安全,主观表现为故意,即直接故意与间接故意,该罪名属于行为犯, 只要犯罪者实施危害公共安全的行为,即使尚未造成严重后果也构成犯

罪。过失以危险方法危害公共安全罪是指过失以放火、决水、爆炸以及

投放危险物质以外的危险方法危害公共安全,致不特定的多数人重伤、

死亡或者使公私财产遭受严重损失的行为。该罪名属于结果犯,只有发

生实际的后果才构成此罪。

本案中,各被告人在乡村农民的莲田附近私设长达数百米的电网,并

用电网连接上被告人的手机远程操控。电网以农民家的梯田为起点,沿

着岭上山场底部农田,穿过岭上和反田排山场之间的小溪,进入反田排山

场通往该山场顶部。在架设电网时,数位村民途经此处,还提醒被告人要

注意安全。电网架设好后,被告人都返回小车停放处,电网处没有人留

守,一村民从山上下来,途经该处因触及电网当场身亡。在农田等属于公

共区域处架设电网,对村民构成危险,而被告人的种种做法,都表明被告

人明知在这样的公共区域布设电网对辖区村民的生命构成危险,但均未

主动采取任何有效的制止、防范措施,可以说对后果持一种放任态度,因

造成一村民死亡,各被告人均构成以危险方法危害公共安全罪。

编写人:江西省广昌县人民法院 曾祥同

7醉酒驾车连续撞击他人行为的司法认定

——王英权以危险方法危害公共安全案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院(2017)京02刑终442号刑事裁定书

2.案由:以危险方法危害公共安全罪

【基本案情】

2016年6月1日23时许,被告人王英权酒后驾驶大众牌小型轿车,在德

胜门外大街与韩某某所驾的小型普通客车发生交通事故。被告人王英权

驾车逃离现场,超速行至北京市西城区新街口外大街时,因速度(经鉴定

行驶速度高于126公里/小时)过快,刹车不及时,将驾驶电动自行车的被

害人赵某某撞倒,被告人王英权驾驶汽车向前滑行时又将在路口等候交

通信号灯的驾驶电动自行车的被害人吕某某撞倒,并撞向被害人冯某驾

驶、被害人宋某某、袁某某乘坐的轿车及被害人王某停在路边的轿车。

被害人赵某某当场死亡,经鉴定为颅脑损伤合并创伤性休克死亡,被害人

吕某某急性闭合性颅脑损伤(特重型)、致蛛网膜下腔出血、脑挫裂伤、

硬膜外血肿、脑疝形成,开放性股骨干骨折,经鉴定为重伤二级,被害人

袁某某双侧2—5前肋骨骨折,经鉴定为轻伤一级,被害人宋某某双膝、右

前臂软组织挫伤、头部外伤、头皮裂伤,被害人冯某头部、左手、左膝

部皮肤软组织挫伤,皮肤擦伤。被害人赵某某、吕某某、韩某某、冯

某、王某的车辆损坏。

被告人王英权当场被查获归案,经鉴定,其血液中酒精含量

为83.7mg/100ml,已属醉酒驾驶机动车。

北京市公安局公安交通管理局西城交通支队认定,被告人王英权在

与被害人赵某某的事故中负主要责任,在与被害人韩某某、吕某某、冯

某、宋某某、袁某某、王某的事故中负全部责任。

本案被告人王英权否认公诉机关指控其犯以危险方法危害公共安全

罪,认为其自身虽是酒后驾车,但是意识清醒,对于交通事故的发生在主

观形态上表现为过失,应为交通肇事罪。

【案件焦点】

醉酒驾车连续撞击他人行为的司法认定。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院经审理认为:被告人王英权醉酒后驾驶车辆, 且在与他人发生事故后继续驾车超速行驶,在路口冲撞车辆、行人,致一

人死亡、一人重伤、一人轻伤,多车受损,其行为危害了公共安全,已构

成以危险方法危害公共安全罪,应依法惩处。北京市西城区人民检察院

指控被告人王英权犯以危险方法危害公共安全罪罪名成立。被告人王英

权此次犯罪系间接故意,与以制造事端为目的的恶意驾车撞人造成严重

后果的直接故意犯罪不同,在量刑时应予考虑。

北京市西城区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百一十五

条第一款、第五十五条第一款、第五十六条第一款、第六十一条之规

定,判决如下:

被告人王英权犯以危险方法危害公共安全罪,判处有期徒刑十年六

个月,剥夺政治权利二年。

被告人王英权不服一审判决,提出上诉。

北京市第二中级人民法院经审理认为:上诉人(原审被告人)王英权

醉酒后驾驶机动车,在与他人发生交通事故后未停车处理,反而继续驾车

在城市道路上超速行驶,且冲撞行人、车辆,致一人死亡、一人重伤、一

人轻伤,多车受损,其行为危害了公共安全,已构成以危险方法危害公共

安全罪,依法应予惩处。经查,王英权醉酒驾驶机动车在城市道路上行驶

已经危害到公共安全,其在与他人驾驶的车辆发生碰撞后,未停车处理, 反而继续超速行驶,漠视他人的生命和财产安全,已具有危害公共安全的

主观故意,其在后续的超速行驶中冲撞到行人及车辆,造成一人死亡、一

人重伤、一人轻伤及多车受损的后果,其行为已构成以危险方法危害公

共安全罪;王英权及其辩护人所提被害人存在过错的上诉理由及辩护意

见,经查,被害人骑电动车经过十字路口时虽然有交通违法行为,但王英

权醉酒驾车及超速行驶的行为亦违反了交通法规,道路交通事故认定书

已根据过错对事故双方进行了责任划分,王英权醉酒后驾驶机动车且超

速行驶的交通违法行为系事故发生的主要原因,其负事故主要责任;王英

权及其辩护人所提无确切证据证明王英权与韩某某发生交通事故且逃逸

的上诉理由及辩护意见,经查,现场车辆照片、证人证言、被害人陈述等

证据,已证明王英权所驾车辆前部与韩某某所驾车辆后部发生过碰撞,且

王英权并未停车处理,而继续驾车离开的事实;故上述上诉理由及辩护意

见均不能成立,本院均不予采纳。关于辩护人所提韩某某的不当行为是

事故发生的主要原因的辩护意见,经查,现场车辆照片、证人证言、被害

人陈述、道路交通事故认定书等证据,证明王英权所驾车辆与韩某某所

驾车辆曾发生过碰撞,监控录像亦证明王英权驾车超速驶过监控路段与

韩某某驾车驶过监控路段的时间间隔较长,且两车之间有多车通行,现无

证据证明韩某某有不当行为,而王英权醉酒驾车且超速行驶的行为是事

故发生的主要原因,故上述辩护意见不能成立,本院不予采纳。关于王英

权所提原判量刑过重的上诉理由及其辩护人所提王英权具有自首、积极

协商赔偿等从轻、减轻处罚情节,建议对王英权适用缓刑的辩护意见,经

查,王英权在案发后并没有主动报警等行为,亦没有如实供述其犯罪事

实,且未与各被害人就赔偿达成调解,其不具有法定从轻、减轻处罚事

由,亦不具备适用缓刑的条件,原审法院在量刑幅度内确定刑罚适当,故

上述上诉理由及辩护意见不能成立,本院不予采纳。

北京市第二中级人民法院依照《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[[3]之](#p113)规定,裁定如下: 驳回王英权的上诉,维持原判。

【法官后语】

交通肇事罪和以危险方法危害公共安全罪在犯罪主体、犯罪客体、

部分犯罪客观方面的特征多有交叉重叠之处,主要区别在于犯罪的主观

方面,前者的罪过形式是过失,后者的罪过形式是故意。醉酒驾驶案件中

则多表现为间接故意,即放任的意志状态。醉酒状态会导致行为人意识

能力与行为控制能力的减退,面对紧急情况,行为人认识到紧急状态并采

取制动措施的时间要相对长于清醒状态,故而发生危险状态的可能性显

著提高。对此类犯罪的罪过形式,应根据主观支配客观,客观反映主观的

原理,结合案件的具体情况进行认定。在本案中,被告人王英权晚餐聚会

时饮酒,去歌厅娱乐时再度饮酒,已达到醉酒状态,之后驾车离开。被告

人醉酒驾车在公共交通领域与韩某某发生了不止一次的碰撞,后继续高

速驾车,在车多人多路段,不顾路口来往行人、车辆的安全,以不低于126

公里/小时的速度行驶,以致再次发生碰撞,造成了一人死亡、一人重

伤、一人轻伤,多车受损的后果。被告人王英权醉酒驾车之初尚可认为

其是抱有过于自信的心理状态,但在与韩某某发生了不止一次碰撞后应

完全能够认识到其醉酒驾驶行为具有高度的危险性,极有可能再次发生

安全事故,危及他人的生命安全,但被告人王英权对此全然不顾,不但不

立即停止行驶反而加速行驶,在北京市城区繁华地段的路口,故意超速行

驶,超速80%以上,发生多次碰撞,以致造成更为严重的后果。被告人王英

权的上述行为已明显反映出其不计醉酒驾驶的后果,对他人伤亡的危害

结果持放任态度,威胁到不特定多数人的行为安全,并且也确实造成了一

死多伤的人财伤亡实害,其在主观上已转化为具有危害公共安全的间接

故意。此外,被告人王英权在醉酒状态下高速驾驶车辆在公共交通领域

行驶,足以危害公共安全,并且其行为危险性足以与以危险方法危害公共

安全罪所列明的放水、爆炸等手段达到同等危险。因此,应以危险方法

危害公共安全罪定罪处罚。

编写人:北京市西城区人民法院 冀敏

8故意伤害罪和以危险方法危害公共安全罪的界定

——黄广飞以危险方法危害公共安全案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省阳江市中级人民法院(2017)粤17刑终269号刑事裁定书

2.案由:以危险方法危害公共安全罪

【基本案情】

2017年2月19日凌晨,黄某某(另案处理)驾驶一辆白色无牌锐志小车

搭载林某甲(坐后排座)、被告人黄广飞(坐副驾驶位),经过阳江市阳东

区东城镇阳东保健院门前路段时,发现三辆助力摩托车在其小车前行驶, 黄某某按喇叭示意对方让路,但三辆助力摩托车没有让路,其中被害人李

某某驾驶一辆助力摩托车搭载林某乙在黄某某驾驶的小车正前方行驶。

被告人黄广飞认为对方态度嚣张,遂叫黄某某驾车去追逐被害人李某某

驾驶的助力摩托车,黄某某驾驶小车追逼被害人李某某驾驶的助力摩托

车至阳东区龙塘路广发银行路口转弯处,被告人黄广飞在副驾驶室内拿

起一把防盗锁,将半个身体探出车窗外,向李某某与林某乙挥舞,但未打

中。被害人李某某驾车搭载林某乙加速往广雅路方向逃离,因车速太快

失控撞到路边的花基和树,被害人李某某、林某乙两人摔倒在地上,黄某

某驾车离开后又回到现场,见被害人李某某、林某乙摔倒受伤在地,警告

二人不要嚣张后离开现场。后被害人李某某经送阳江市人民医院抢救无

效身亡。经阳江市阳东公安司法鉴定中心鉴定,李某某系闭合性颅脑损

伤而死亡。

【案件焦点】

被告人黄广飞的行为应如何定性,是构成故意伤害罪,还是以危险方

法危害公共安全罪。

【法院裁判要旨】

广东省阳江市阳东区人民法院经审理认为:对于被告人黄广飞的辩

护人提出被告人的行为不构成以危险方法危害公共安全罪的辩护意见, 经查,被告人黄广飞在车上让驾驶员驾车追逐在城市道路上行驶的摩托

车,并拿工具击打摩托车上的人员,造成一人死亡的严重后果,依法应予

惩处,且本案案发时间是深夜,被告人的行为极有可能导致其他过往车辆

或行人造成重大交通事故或重大人员伤亡,这种手段与放火、决水、爆

炸等手段的危险性相当,其行为应定性为以危险方法危害公共安全罪。

广东省阳江市阳东区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百一十

五条、第六十七条第三款之规定,判决:

被告人黄广飞犯以危险方法危害公共安全罪,判处有期徒刑十年六

个月。

黄广飞不服提起上诉。

广东省阳江市中级人民法院经审理认为:黄广飞伙同他人驾驶机动

车在城市道路上追逐他人,危害公共安全,并致一人死亡,其行为已构成

以危险方法危害公共安全罪。原审法院根据黄广飞犯罪的事实、犯罪的

性质、情节及对于社会的危害程度所作出的判决,事实清楚,证据确实、

充分,定罪准确,量刑适当,审判程序合法。故黄广飞的上诉理由,不能成

立,应予驳回。

广东省阳江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[4]的](#p113)规定,作出如下裁定:

驳回黄广飞的上诉,维持原判。

【法官后语】

定性为故意伤害罪还是以危险方法危害公共安全罪是本案争议的焦

点,笔者结合以下三方面来剖析:

1.犯罪客体

故意伤害罪侵害的客体是他人的身体健康权,而以危险方法危害公

共安全罪侵害的客体是社会的公共安全,即不特定或多数人的生命、健

康和重大公私财产的安全。因此,要区分以危险方法危害公共安全罪和

故意伤害罪,从犯罪客体来说,关键在于正确界定“特定”与“不特

定”、“少数”与“多数”。

(1)“特定”与“不特定”

判断一个行为是否构成以危险方法危害公共安全罪,主要看被告人

的行为是不是对不特定、多数人的生命安全构成了现实的危险。一般认

为,“特定”与“不特定”是一种客观的判断,不依行为人主观有无确定

的侵犯对象为转移,而是指犯罪行为可能侵犯的对象和可能造成的结果

事先是否无法确定,以及行为人对此是否既无法具体预料也难以实际控

制。它有两个判断标准:一是对象和结果的可确定性,或不可替代性;二

是对象和结果的可预测性及可控制性。对象和结果的可确定性,是指侵

害对象和结果是具体明确,不可替代的。而所谓的可替代,是指既可以是

其行为客观指向的目标,也可以是其行为实际威胁到的其他对象。有时, 即便对象和结果具有可替代性,但若行为在一般情况下不会威胁到其他

对象,而且对于这一情况的发生行为人既无法预见,也无法控制,则仍应

界定为侵害了“特定”的对象。

(2)“少数”与“多数”

危害公共安全犯罪是以危害公众的生命、健康等为内容的犯罪,故

应注重行为对“公众”利益的侵犯。同时,刑法规定危害公共安全罪的

目的是将生命、身体等个人法益抽象为社会利益作为保护对象,故应当

重视其社会性。“公众”与“社会性”要求重视数量上的“多数”。所

以“多数”是“公共”概念的核心。“少数”则不在其列。如果是“不

特定的”,若随时有向“多数”发展的现实可能性,也会使社会多数成员

遭受危险和侵害。因此,公共安全是指不特定或多数人的生命、健康和

重大公私财产的安全。对于“不特定”,前文已有详细论述。而所谓

的“多数”是与“少数”相对而言,无明确的数量标准。虽然有时故意

伤害罪也会造成多人的损害,但其是以某个、某几个特定的人为侵犯对

象,其可能造成的危害范围是有一定局限性的,是可以预料和可以控制

的。而危害公共安全犯罪往往在行为前无法确定其侵害对象的范围,也

无法预料和控制可能造成的后果及其程度,所造成的实际危害后果,常常

超出了行为人的预料和控制。所以,犯罪行为一经实施,无论行为人主观

上是否愿意,都能在一定条件下造成众多人员的伤亡或公私财产的广泛

损失,或者形成对公众生命财产安全的严重威胁。

2.客观方面

故意伤害罪在客观方面仅需是非法损害他人身体健康的行为,对方

法、手段等并无要求。以危险方法危害公共安全罪则有较严格的规定。

根据《刑法》第一百一十四条的规定,以危险方法危害公共安全罪,是指

使用与放火、决水、爆炸以及投放危险物质等危险性相当的危险方法, 危害公共安全的行为。之所以如此规定,是因为实践中危害公共安全的

犯罪形式、手段很多,刑法不可能、也没必要一一列举,因而以“其他危

险方法”做概括性的规定。但这并不等于我们可以将其作为刑法分则第

二章的兜底条款,即凡是危害公共安全的行为,都可能构成以危险方法危

害公共安全罪。因为在法条中,“其他危险方法”是同放火、决水、爆

炸以及投放危险物质的行为并列,从字面含义来看,应仅限于与法条明文

规定的几种危险方法具有相当的危险性质和程度,即一旦实施,便具有不

特定、多元化的侵害对象以及危害结果发生的客观可能性。

3.主观方面

故意伤害罪和以危险方法危害公共安全罪在主观方面均要求是故

意,区别在于故意的内容不同。本案中,法官要解决的关键问题是:黄广

飞等人追打被害人的时候,其对于其他不特定人可能受到侵害是否存在

间接故意?《刑法》第十四条规定,犯罪故意,指的是明知自己的行为会

发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果发生的心理态度。它

包括两方面因素。一是认识因素,即明知自己的行为会发生危害社会的

结果;二是意志因素,即希望或放任危害结果发生的心理态度。

具体到本案中,黄广飞等人虽然针对的是被害人等人,但追逐时路段

复杂,沿途存在很多岔路口,加上夜间能见度的限制,不仅造成了对被害

人的压迫和威胁,还造成了对不特定人群的威胁,随时可能造成重大人员

伤亡和公私财产损失,其行为认定为以危险方法危害公共安全罪更为妥

当。

编写人:广东省阳江市中级人民法院 符丽云

9下载并传播暴恐音视频行为的认定

——宋某某宣扬恐怖主义、极端主义,非法持有宣扬恐怖主义、极

端主义物品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

青海省西宁市中级人民法院(2017)青01刑初30号刑事判决书

2.案由:宣扬恐怖主义、极端主义罪,非法持有宣扬恐怖主义、极端

主义物品罪

【基本案情】

2016年至2017年3月期间,被告人宋某某使用号码

为1533376××××的手机加入QQ群、微信群下载、存储大量内容恐

怖、血腥的音视频。经公安部门从宋某某手机中提取固定152部音视频, 经鉴定,有46部音视频为暴恐音视频,其中一级暴恐音视频17部、二级暴

恐音视频22部、三级暴恐音视频7部。2017年3月19日,宋某某向其加入

的“青少年素质教育”微信群内发送4部音视频,其中一部为二级暴恐音

视频。宋某某还两次公开播放暴恐音视频让其工友观看。

宋某某辩解其是出于好奇下载、上传了视频,不知此种行为构成犯

罪。其辩护人提出,宋某某主观上没有引起社会恐慌的目的或意图,没有

犯罪的故意,客观上只在有共同爱好的群友之间转发了视频,对社会没有

危害。

【案件焦点】

对下载暴恐音视频并进行转发的行为及主观故意的认定。

【法院裁判要旨】

青海省西宁市中级人民法院经审理认为:被告人宋某某明知是宣扬

恐怖主义、极端主义的视频资料而下载并持有,主观故意明确,情节严

重,其行为已构成非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪;后将部分视

频通过微信群转发或向工友播发的形式予以宣扬,其行为又构成宣扬恐

怖主义、极端主义罪。应数罪并罚。

青海省西宁市中级人民法院依据《中华人民共和国刑法》第一百二

十条之三、第一百二十条之六、第六十四条之规定,判决如下: 一、被告人宋某某犯宣扬恐怖主义、极端主义罪,判处有期徒刑一

年六个月,并处罚金人民币2000元;以非法持有宣扬恐怖主义、极端主义

物品罪,判处有期徒刑一年,并处罚金人民币1000元;数罪并罚决定执行

有期徒刑二年,并处罚金人民币3000元;

二、随案移送的××手机一部依法没收,留作罪证保存。

宋某某持原审辩解提起上诉。

青海省高级人民法院经审理认为:宋某某明知是宣扬恐怖主义、极

端主义的视频资料而下载并持有,主观故意明确,情节严重。后将部分视

频通过微信群转发或向工友播放的形式予以宣扬。应数罪并罚。一审鉴

于其在归案后能如实供述自己的罪行,认罪态度较好等因素,在量刑时已

体现从轻。宋某某的上诉理由不能成立。

青海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

驳回上诉,维持原判。一款第一项[[5]](#p113)的规定,作出如下裁定:

【法官后语】

1.对于被告人主观故意的问题

犯罪故意的认识因素要求行为人认识所有的客观构成要件事实,即

认识到自己行为的性质、行为对象、危害结果等,但违法性认识不属于

故意的认识内容。本案中,宋某某明知下载的视频内容为某些组织或个

人采取绑架、暗杀、爆炸、空中劫持、扣押人质等手段,宣扬某些特定

政治目标和极端主义的行为,观看这些视频会让人感到压迫和不适感,其

在手机内下载四十余部被鉴定为暴恐级别的音视频,并先后向微信群内

转发,公开播放让其工友观看,放任自己持有和传播的行为造成的社会危

害,即使其辩解不知道此种行为是违法犯罪,也不能否定其主观故意的存

在。

2.对于下载暴恐音视频并进行转发行为的认定

宋某某先后下载四十余部被鉴定为暴恐级别的音视频存储于手机用

于观看,达到了一种支配、控制的联系状态,且持有特定物品的行为为法

律所禁止;之后又向微信群内转发、播放给其工友观看,实施了传播、宣

扬的行为。对两个犯罪行为分别进行评价构成不同罪名,两个犯罪行为

之间不具有前后发展的必然关系,不具备必然的逻辑关系,应当以两个罪

名分别认定。故认定宋某某下载暴恐视频存储于手机的行为构成非法持

有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪;转发、公开播放暴恐视频的行为构

成宣扬恐怖主义、极端主义罪,应当数罪并罚。

编写人:青海省西宁市中级人民法院 马萍

10恐怖活动类案件主观故意的认定

——张某宣扬恐怖主义、极端主义,非法持有宣扬恐怖主义、极端

主义物品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院(2017)京03刑初13号刑事判决书

2.案由:宣扬恐怖主义、极端主义罪,非法持有宣扬恐怖主义、极端

主义物品罪

【基本案情】

2016年4月,被告人张某在北京市朝阳区金盏乡杨树岗村某公寓365

号其暂住地内,将1部暴恐视频上传至其百度网盘文件中分享,致使该视

频被多人浏览、转存及下载;并使用其暂住地内的台式电脑在微信群内

发布暴恐视频5部。被告人张某还将包含上述视频在内的10部视频下载

并保存在其台式电脑桌面的“新建文件夹”中。经审查,涉案视频内容

均涉及宣扬恐怖主义和宗教极端思想,属于典型的暴力恐怖宣传品。被

告人张某作案后于2016年4月21日被公安机关查获归案。

【案件焦点】

恐怖活动类案件主观故意的认定。

【法院裁判要旨】

北京市第三中级人民法院经审理认为:关于被告人张某及其辩护人

所提张某的行为不构成非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪的辩解

和相关辩护意见,经查,非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪在客观

方面表现为行为人明知是宣扬恐怖主义、极端主义的图书、音频视频资

料或其他物品而非法持有,情节严重的行为。《最高人民法院、最高人

民检察院、公安部关于办理暴力恐怖和宗教极端刑事案件适用法律若干

问题的意见》中规定:“对是否‘明知’的认定,应当结合案件具体情

况,坚持重证据,重调查研究,以行为人实施的客观行为为基础,结合其一

贯表现,具体行为、程度、手段、事后态度,以及年龄、认知和受教育程

度、所从事的职业等综合判断。”本案视听资料及北京市公安局反恐怖

总队出具的审查意见证明,张某持有的视频含有“伊斯兰国”组织招

募、培训成员,以极度血腥残忍手段实施暴恐袭击的内容。根据张某与

微信群友的聊天记录及其当庭供述,显见张某看过其所下载的视频,应当

知晓这些视频涉及极端组织实施暴恐活动的内容。我国通过网络、电视

等媒体多渠道对极端组织的性质及危害性进行过报道,张某生活在大城

市当中,本人具有中专学历,结合其职业特点,能熟练使用电脑及手机等

现代工具,与社会的联系较为紧密,其应当意识到这些反映极端组织实施

暴恐活动的视频为法律所禁止,仍非法持有,且其持有的多部视频具有极

强的煽动性、示范性、恐吓性和暴力性,属于典型的暴力恐怖宣传品,危

害程度极大,其行为已构成非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪。

被告人张某法制观念淡薄,通过网络发布、分享暴恐视频资料的方式宣

扬恐怖主义、极端主义;且明知系宣扬恐怖主义、宗教极端思想的视频

资料而非法持有,情节严重,其行为已分别构成宣扬恐怖主义、极端主义

罪、非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪,对其所犯两罪应依法并

罚。被告人张某归案后能如实供述罪行,当庭虽否认构成非法持有宣扬

恐怖主义、极端主义物品罪,乃系对行为性质的辩解,鉴于上述情节,本

院对其所犯两罪均予以从轻处罚。北京市人民检察院第三分院指控被告

人张某犯宣扬恐怖主义、极端主义罪、非法持有宣扬恐怖主义、极端主

义物品罪的事实清楚,证据确实、充分。

北京市第三中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百二十

条之三、之六,第六十九条,第四十五条,第四十七条,第五十二条,第五

十三条,第六十七条第三款,第六十一条,第六十四条之规定,判决如下: 一、被告人张某犯宣扬恐怖主义、极端主义罪,判处有期徒刑一年, 并处罚金人民币二千元;犯非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪,判

处有期徒刑六个月,并处罚金人民币一千元,决定执行有期徒刑一年二个

月,并处罚金人民币三千元;

二、扣押在案的电脑主机一台予以没收;手机一部变价后并入罚金

项执行。

【法官后语】

恐怖主义活动犯罪案件涉及宣扬恐怖主义、实施恐怖活动等犯罪行

为,于《刑法修正案(九)》增加规定,该类案件具有所涉罪名相对集中, 犯罪行为方式趋同,犯罪主体多元化,犯罪动机模糊等特点,且互联网成

为犯罪高发地,急速扩展恐怖信息传播的速度和广度。随着信息技术的

发展,科技产品深入千家万户,不同年龄阶段、不同职业的人群都能随时

随地接触到网络信息,这为不同人群接触恐怖信息提供了便利。涉嫌犯

罪的被告人既有年轻的普通工作人员,也有年长的知识分子,其下载、上

传、散发恐怖信息,并没有明确的实施恐怖活动的犯意,有的是出于好

奇,有的是为了炫耀、调侃,大都是法律意识不足,对恐怖主义活动的形

式和危害性认识极度缺乏,因缺乏违法性认识而触犯刑律。境外恐怖分

子运用这些交流工具向境内传播带有极端宗教思想的音频、视频,并将

手机作为移动存储介质,而微信终端等并未对交流内容进行筛选、阻拦, 恐怖信息通过这些交流终端传播出去,增加了社会的不稳定性因素,对社

会造成不良影响。

本案处理的重点在于下载并保存宣扬恐怖主义、极端主义的暴恐视

频的行为能否认定为非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪,这既要

以刑法规定的犯罪构成为基础,也要结合具体案件情况,在客观行为能够

认定的前提下,明确主观心态和行为动机,准确定罪量刑。恐怖主义犯罪

在立法上属于危害公共安全的恶性犯罪,入罪门槛的从严把握非常重要, 既要严格从构成要件上区分于普通的扰乱社会秩序犯罪,也要同窃取国

家安全信息、危害国家安全的犯罪区分开来,确保定罪有依据,入罪有把

控,实现刑法的精准打击。尤其对于被告人主观心态和动机的鉴别,《最

高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理暴力恐怖和宗教极端刑

事案件适用法律若干问题的意见》中规定:“对是否‘明知’的认定,应

当结合案件具体情况,坚持重证据,重调查研究,以行为人实施的客观行

为为基础,结合其一贯表现,具体行为、程度、手段、事后态度,以及年

龄、认知和受教育程度、所从事的职业等综合判断。”具体到本案,被

告人对于其下载并保存暴恐视频的客观行为予以认可,但不承认其主观

明知的故意。根据一般判断,作为能够熟练使用网络等现代化工具的成

年人,具有相对较高学历,与社会其他人员交往正常,获取社会信息渠道

正常,对于事物正确与否能够做出正常的认知和判断,其应当意识到所下

载并转发的这些反映极端组织实施暴恐活动的视频为法律所禁止。虽视

频中文字不是汉语,但视频内容暴力、血腥、残忍,属于典型的暴力恐怖

宣传品,危害极大,且被告人聊天内容中存在“IS”字样,可以推定其知

道该视频为暴恐视频,其在明知为暴恐视频的情况下,仍然下载并保存该

视频,其行为应认定为非法持有宣扬恐怖主义、极端主义物品罪。

编写人:北京市第三中级人民法院 唐栋

11非法持有枪支犯罪违法性认识的认定

——赵某非法持有枪支案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

天津市第一中级人民法院(2017)津01刑终41号刑事判决书

2.案由:非法持有枪支罪

【基本案情】

2016年8月至2016年10月12日期间,被告人赵某在本市河北区李公祠

大街亲水平台附近,摆设射击摊位进行营利活动。2016年10月12日22时

许,公安机关在巡查过程中发现赵某的上述行为将其抓获归案,当场查获

涉案枪形物9支及相关枪支配件、塑料弹。经天津市公安局物证鉴定中

心鉴定,涉案9支枪形物中的6支为能正常发射以压缩气体为动力的枪

支。

上述事实,被告人赵某及其辩护人在开庭审理过程中亦无异议,并有

案件来源、抓获经过,搜查证、搜查笔录、扣押决定书、扣押清单,没收

物资统一收据,天津市公安局物证鉴定中心枪支鉴定书,涉案枪支照片, 被告人的户籍证明及供述等证据材料予以证实。

【案件焦点】

1.赵某对其所持有枪形物及其持有行为是否存在违法认识;2.公安

部制定的规范性文件能否作为涉案枪支认定的依据;3.如何认定赵某非

法持枪行为的社会危害性。

【法院裁判要旨】

天津市河北区人民法院经审理认为:被告人赵某违反国家对枪支的

管制制度,非法持有枪支,情节严重,其行为已构成非法持有枪支罪。被

告人赵某当庭自愿认罪,可以酌情从轻处罚。被告人赵某辩护人所提被

告人具有坦白情节、系初犯,认罪态度较好的辩护意见,法院酌情予以采

纳;其余辩护意见,法院不予支持。

天津市河北区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百二十八

条第一款及《最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹

药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条第二款第

二项之规定,判决如下:被告人赵某犯非法持有枪支罪,判处有期徒刑三

年六个月。

赵某以其不知道持有的是枪支,没有犯罪故意,行为不具有社会危害

性且原判量刑过重为由提出上诉。

天津市第一中级人民法院经审理认为,上诉人赵某非法持有以压缩

气体为动力的非军用枪支6支,依照法律规定已构成非法持有枪支罪且属

情节严重,应判处三年以上七年以下有期徒刑。综合考虑赵某非法持有

的枪支均刚刚达到枪支认定标准,犯罪行为的社会危害性相对较小,其非

法持有枪支的目的是从事经营,主观恶性、人身危险性相对较低,二审期

间能如实供述犯罪事实,认罪态度较好,有悔罪表现等情节,可酌情予以

从宽处罚并适用缓刑。

天津市第一中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百二十

八条第一款,第六十七条第三款,第七十二条第一款,第七十三条第二

款、第三款,第七十六条,《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[[6]及](#p113)《最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输

枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条

第二款第二项之规定,判决如下:

一、维持天津市河北区人民法院(2016)津0105刑初442号刑事判决

对上诉人赵某的定罪部分,即“被告人赵某犯非法持有枪支罪”; 二、撤销天津市河北区人民法院(2016)津0105刑初442号刑事判决

对上诉人赵某的量刑部分,即“判处有期徒刑三年六个月”; 三、上诉人赵某犯非法持有枪支罪,判处有期徒刑三年,缓刑三年。

在缓刑考验期限内,依法实行社区矫正(缓刑考验期限,从判决确定之日

起计算)。

【法官后语】

本案一审宣判后,引起了法学专家、新闻记者及民众的广泛关注。

1.赵某对其所持有枪形物及其持有行为是否存在违法认识

在德国、日本刑法中,“违法认识”这一概念是狭义的,仅指违法评

价认识这一层面,因此,在德国、日本刑法的“三阶层”理论中设置

的“违法认识可能性”这一责任阻却事由,其实际上的含义即行为人对

自己的行为是否存在违法评价的认识的可能性。也就是说,如果行为人

在实施其行为时不存在认识到自己行为违法的可能性,那么这一情形即

构成责任阻却,行为人无须承担责任;而行为人如果没有确实的、充分

的、令人信服的证据来证明其不存在这种违法认识可能性,那么,根据法

秩序的要求,行为人将被推定为具有认识到其行为违法的可能性,责任阻

却事由不存在,行为人应当承担刑事责任。

在本案中,赵某对其所持有枪形物及其持有行为的违法认识问题成

为案件审理的核心。广义的违法认识包括违法事实认识与违法评价认

识,就违法事实认识的层面来说,行为人只要对其行为的社会意义具有认

识,就可以认为不存在事实上的认识错误,即具备违法事实认识,可以肯

定故意的成立。具体到本案中,非法持有枪支的行为被规定为犯罪,其原

因即在于枪支具有杀伤力与危险性,对不特定公众的安全构成了威胁。

现有证据表明,赵某对其所持有的枪形物具有一定杀伤力和危险性这一

事实具有明确的认知,该认知基于社会意义上的枪支本身的危险性而存

在,不需要其认识到其所持有枪形物的枪口比动能已达到大于1.8焦耳/

平方厘米的标准;换言之,赵某是否知晓法定的枪支认定标准并不影响其

对所持有枪形物具有社会意义上的危险性的明确认识,这也就足以肯定

其对违法事实具有明确认识。

就违法评价认识的层面来说,赵某不存在违法评价认识可能性阻却

事由。违法认识可能性作为责任阻却事由是指行为人在实施其行为时不

存在认识到自己行为违法的可能性,即不可能认识到其行为具有违法

性。具体到本案中,首先,赵某从他人手中接手摊位这一事实并不能当然

地得出其无法认识到该行为违法的结论。其次,证据显示,赵某明知其所

持有枪形物不能通过正常的、合法的渠道购得,其日常出摊也是选择特

定的时间以躲避检查、清理,以上事实足以表明赵某主观明确认识到了

其行为具有违法性。因此,赵某并不存在缺乏违法评价认识可能性的客

观情形,也就不能以此为由阻却其刑事责任,其行为已成立非法持有枪支

罪。

2.公安部制定的规范性文件能否作为涉案枪支认定的依据

本案的涉案枪形物是否构成法律意义上的枪支,是案件审理的焦点

之一。根据《枪支管理法》第四十六条规定:“本法所称枪支,是指以火

药或者压缩气体等为动力,利用管状器具发射金属弹丸或者其他物质,足

以致人伤亡或者丧失知觉的各种枪支”,明确了枪支的动力、发射工

具、发射物、性能特征,但并未包含具体的量化标准。一审判决中,援引

公安部制定的《枪支致伤力的法庭科学鉴定判据》作为枪支鉴定的技术

标准,辩护人认为,该“判据”确定的枪支认定标准不合法,且属内部文

件不能作为裁判的法律依据。

对于该“判据”能否适用的问题,《刑法》第一百二十八条第一款

明确规定,“违反枪支管理规定,非法持有、私藏枪支……”,该处

的“枪支管理规定”并不限于有关枪支管理的法律、行政法规,还包含

枪支管理的部门规范性文件。同时,《枪支管理法》第四条明确规

定:“国务院公安部门主管全国的枪支管理工作……”据此,公安部作为

枪支管理主管部门,有权制定非制式枪支的具体标准,况且,如果在个案

中鉴定每一支枪是否“足以致人伤亡或者丧失知觉”,既难以在技术上

准确实现,也会严重影响到枪支管理法制统一性,故“鉴定工作规

定”与“鉴定判据”均合法有效,应当适用。

3.如何认定赵某非法持枪行为的社会危害性

本案中,赵某所持有的9支枪形物中有6支被鉴定为能正常发射以压

缩气体为动力的枪支,而根据《最高人民法院关于审理非法制造、买

卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解

释》第五条第二款第二项之规定,其所持有枪支的数量已经达到刑法规

定中“情节严重”的标准,即应当判处三年以上七年以下有期徒刑。此

时,对社会危害性大小的认定就成为需要法官重点考虑的问题,在决定是

否追究刑事责任以及如何裁量处罚时,不仅应当考虑涉案枪支的数量,而

且应当充分考虑涉案枪支的致伤力大小,以及行为人的主观认知、动机

目的、一贯表现、违法所得、是否规避调查等情节,综合评价社会危害

性。在本案中,涉案枪支的致伤力刚刚达到枪支认定标准,赵某非法持有

枪支的目的是从事经营,主观恶性、人身危险性相对较低,且认罪态度良

好,有悔罪表现等情节,应当坚持刑法的谦抑理念,在追究刑事责任时注

意克制,不能超过公正报应、有效预防和必要矫正所需要的限度配置和

适用刑罚,防止定罪量刑过度。

综上,赵某非法持有枪支虽已构成犯罪,但是其社会危害性较小,二

审法院坚持刑法的谦抑原则,高度关注社情民意,综合考虑上诉人的社会

危害性、认罪态度、主观恶性等因素,酌情从宽判处缓刑,解除赵某的羁

押措施,让她能够回家过年。本案裁判不仅符合我国刑法规定和枪支管

理政策,也体现了司法的人文情怀,实现了法理情的高度融合。

编写人:天津市第一中级人民法院 王思睿 李杨 李文杰

12非法持有枪支罪的量刑应综合评估社会危害性

程度

——陈某彪非法持有枪支案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广州市增城区人民法院(2017)粤0183刑初46号刑事判决书

2.案由:非法持有枪支罪

【基本案情】

2016年9月7日,广州市公安局增城区分局永新派出所根据涉枪线索, 电话通知被告人陈某彪到派出所协助调查,同日被告人陈某彪自行到案

并主动上缴两支枪形物品,经鉴定,该两支气枪属于以压缩气体为动力发

射弹丸的非制式枪支。

【案件焦点】

非法持有枪支罪中,应如何评估被告人行为的社会危害性。

【法院裁判要旨】

广州市增城区人民法院经审理认为:被告人陈某彪违反枪支管理规

定,非法持有二支以压缩气体为动力发射弹丸的非制式枪支,经鉴定,测

得其中一支的枪口比动能为45.47焦耳/平方厘米,另一支为17.52焦耳/

平方厘米,均远高于公安部于2010年发布的《公安机关涉案枪支弹药性

能鉴定工作规定》的“枪口比动能大于等于1.8焦耳/平方厘米”的规

定,也超过了公安部此前发布的《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作

规程》(公通字〔2001〕68号)认可的枪口比动能为16焦耳/平方厘米的

标准,两支枪支均具有较大的杀伤力,其行为已构成非法持有枪支罪。被

告人陈某彪经公安机关电话通知自动到案,并如实供述其罪行,是自首, 依法可以从轻处罚。综合考虑涉案枪支的杀伤力、来源、用途以及被告

人陈某彪未使用过该两枪支,也未造成严重后果,并在公安机关通知其协

助调查时主动上缴持有的枪支等情节,在量刑时对被告人陈某彪酌情从

轻处罚。综合被告人陈某彪的犯罪事实、认罪态度及悔罪表示,对其适

用缓刑确实不致再危害社会,决定对其宣告缓刑。

广州市增城区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百二十八

条第一款、第六十七条第一款、第六十四条、第七十二条、第七十三条

及《最高人民法院关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物

等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条第一款第二项、第八

条第二款,《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、第三条之规定,作出如下判决:

一、被告人陈某彪犯非法持有枪支罪,判处有期徒刑八个月,缓刑一

年;

二、缴获的非制式枪支二支,予以没收、销毁。

【法官后语】

本案处理重点主要是被告人陈某彪的量刑问题。根据《最高人民法

院、最高人民检察院关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案

件定罪量刑问题的批复》,对于非法持有以压缩气体为动力且枪口比动

能较低的枪支的行为,在裁量刑罚时,不仅应当考虑涉案枪支的数量,还

应当充分考虑涉案枪支的外观、材质、发射物、购买场所和渠道、价

格、用途、致伤力大小、是否易于通过改制提升致伤力,以及行为人的

主观认知、动机目的、一贯表现、违法所得、是否规避调查等情节,综

合评估社会危害性,坚持主客观相统一,确保罪责刑相适应。

现就上述批复并结合本案的实际案情对被告人量刑情节进行分析: 第一,从本案侦查线索来源来看。浙江奉化市公安机关成功侦破一

个利用淘宝网店非法贩卖气枪配件团伙一案以及浙江省衢州市龙游县公

安机关成功侦破“6·

27”网络贩枪一案,经过梳理两案的交易记

录,“8·01”专案行动办公室将买家线索转发给广州市公安局增城区分

局,其中一条线索中收货人的联系电话就是被告人陈某彪的手机号码,本

案由此案发。是故本案系由外省公安机关对网上非法贩卖气枪配件团伙

的打击进而得以侦破。

第二,从涉案枪支的购买渠道、价格来看。被告人陈某彪通过淘宝

网以600元的价格购买两支气枪配件,并根据说明书将气枪安装。是故本

案枪支的购买渠道相对公开,购买价格相对较低,且购买的仅是枪支散

件,仍需被告人自行组装。

第三,从涉案枪支的情况来看。本案涉案枪支数量为两支,具备枪支

的主要部件,缺失枪托、瞄准器之类部件;两支枪支的枪口比动能分别

为17.52焦耳/平方厘米、45.47焦耳/平方厘米,其中一支的杀伤力相对

较小;两支枪支以压缩气体为动力,发射物为弹丸。是故涉案枪支的情况

有别于公众普遍认知、真正意义上的枪支。

第四,从被告人购买枪支的动机、目的来看。被告人陈某彪供述其

购买枪支的目的是打老鼠,且该两支枪支也一直放在其乡下家中,未曾使

用过枪支,未曾购买枪弹。因此可知被告人购买枪支的目的并非用于从

事违法犯罪行为,其主观恶意较小,有别于其他恶性涉枪案件。

第五,被告人陈某彪在公安机关通知其协助调查时已主动向公安机

关上缴涉案的枪支,并未规避公安机关调查,且具有自首情节。被告人陈

某彪于2016年9月7日在公安机关电话通知后自动到派出所接受调查,并

如实供述自己的犯罪事实。2016年11月10日,公安机关对本案依法立案

并传唤被告人陈某彪到案调查。因此陈某彪在公安机关未立案侦查前已

主动到案,并如实供述自己的罪行,应认为其具有自首情节,依法可从轻

处罚。

第六,被告人陈某彪无犯罪前科。根据广州市公安局增城区分局永

新派出所出具的说明、查询回执,证实被告人陈某彪无黑社会背景、无

违法信息、无吸毒人员信息、未被网上追逃。

综合上述情况,被告人陈某彪非法持有的两支枪支的枪口比动能均

高于法定标准,具有一定的致伤力及社会危害性,应依法惩处。但考虑到

本案案件来源、枪支购买渠道和价格、涉案枪支情况、被告人持有枪支

的动机和目的、未曾使用涉案枪支以及被告人具有自首、无犯罪前科等

情节,法院作出对被告人陈某彪判处有期徒刑八个月,缓刑一年的处理结

果,以达到罪责刑相适应。

编写人:广州市增城区人民法院 陈艾菁 何达威

13改装射钉枪能否认定为制造枪支

——李文卫非法制造枪支案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市丰台区人民法院(2017)京0106刑初1305号刑事判决书

2.案由:非法制造枪支罪

【基本案情】

2016年6月至2017年4月,被告人李文卫在北京市丰台区某小区×号

××楼×门×号其居住地内,通过网络多次购买射钉枪及相关配件等物

品非法制造枪支,2017年4月18日被公安机关查获。民警在其居住地起获

枪状物8支、钢珠弹等物,经鉴定其中4支枪状物是以火药为动力的枪

支、1支枪状物是以压缩气体为动力的枪支。涉案枪支、钢珠弹均已被

收缴。

【案件焦点】

对射钉枪进行改装的行为能否认定为非法制造枪支的行为。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为:被告人李文卫非法改装枪支,其

行为已构成非法制造枪支罪。北京市丰台区人民检察院指控被告人李文

卫犯非法制造枪支罪的事实清楚,证据确实、充分,罪名成立。关于辩护

人提出本案应认定为非法持有枪支罪的辩护意见,本院认为,被告人李文

卫在主观上有把射钉枪、火柴枪等改装为枪支的故意,客观上对射钉枪

等进行了有效的改造,比如对射钉枪加长枪管、安装枪托和瞄准镜明显

增强了射钉枪的射击功能,对火柴枪更换枪管使得火柴枪可以击发子弹, 被告人李文卫的行为符合非法制造枪支的犯罪构成,其行为已不仅仅是

非法持有枪支,故对辩护人的该辩护意见,本院不予采纳。鉴于被告人李

文卫到案后能够如实供述犯罪事实,有认罪、悔罪表现,其出于爱好非法

制枪,主观恶性相对较小,本院决定对其予以从轻处罚。

北京市丰台区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百二十五

条第一款、第六十七条第三款、第六十一条、第六十四条之规定,判决

如下:

一、被告人李文卫犯非法制造枪支罪,判处有期徒刑三年九个月; 二、扣押的扳手一个、钢管一根、激光灯一个、钢管三根、钻头四

个、金属钉一包、塑料帽一包未随案移送,由扣押机关予以依法处理。

【法官后语】

射钉枪作为常见的建筑装修工具,其本身具有一定的射击功能,对其

进行改装的行为能否评价为制造行为,关键在于改装行为对枪支射击功

能是否起到了实质的促进作用。

典型的制造行为是从无到有的过程,行为人把相应的材料按照枪支

的构造及功能设定完成一系列的制造行为。但由于技术和设备原因,这

种典型的制造行为很少发生在个人制造枪支的场合。司法实践中往往出

现的是行为人购买具有一定基础功能的零部件,进而按照一定的教程进

行的改造、组装等行为。对于这种改造、组装行为是否能够评价为“制

造”的问题,在司法实践中应该区分来看:

1.行为人购买枪支的不同部件,收到后仅仅需要把各个部件拼凑在

一起的组合行为难以评价为制造。这种组合行为并不需要过多的技术要

求和智力投入,也并未对枪支各部件的实质功能进行改动。司法实践中

常见的即是行为人从网上购买到所需的枪管、枪托、枪匣等部件后,并

不需要复杂的步骤而简单地组装在一起。

2.行为人购买到枪支的不同部件,运用一定的技术或是进行一定的

加工、改动、调整、试验等进而配装成枪支的行为,这种行为就可以评

价为制造。如本案中火柴枪的改造,被告人对火柴枪更换枪管使得火柴

枪可以击发子弹,这已经完全脱离了火柴枪的原有功能。

本案辩护人认为,被告人在网上购买的原始射钉枪在击发能力上(比

动能)已经与法律意义上的枪支无异,而被告人对射钉枪加装延长钢管、

托把、瞄准镜等只是针对射钉枪的外形装饰,并没有改变或增加射钉枪

本身的射击功能,被告人的行为尚达不到非法制造的程度,其行为应构成

非法持有枪支罪。

对于被告人构成非法制造枪支罪还是非法持有枪支罪,应从其主观

方面和客观行为去综合分析。本案中被告人主观上存在使普通的工程用

射钉枪变为不论从外形上还是射击功能上都接近狙击枪的意图。就其客

观行为,如果只是简单地对零部件进行组装或是加一些普通的外形装饰

用品当然无法评价为制造行为。但本案被告人多次购买射钉枪、无缝钢

管、托把、铅珠铅球、钢夹、瞄准镜、射钉器专用弹膛体、6.8口径击

发组件、精密钢珠、膛体管套等枪支零部件,并以具有一定射击功能的

射钉枪为基础,在之上加长枪管、安装枪托和瞄准镜,这既更改了射钉枪

自身原有的设置和功能,又明显增强了射钉枪的射击功能。被告人的行

为已并非简单的装饰行为,故被告人应以非法制造枪支罪定罪处罚,从而

吸收非法持有枪支罪。

编写人:北京市丰台区人民法院 杨堃 胡洋

14行人违反交通运输管理法规造成一人死亡且负

事故主要责任的,构成交通肇事罪

——陈仕某交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省成都市锦江区人民法院(2017)川0104刑初547号刑事判决书

2.案由:交通肇事罪

【基本案情】

2017年2月17日6时40分许,被害人罗某驾驶川AB××××号轻便二

轮摩托车行驶至成都市锦江区红星路二段×××号门前路段处时,遇行

人即被告人陈仕某由其行驶方向从左向右跨越道路中心隔离护栏横过机

动车道,造成被害人罗某所驾车与被告人陈仕某发生碰撞,车辆受损,被

害人罗某、被告人陈仕某均受伤,后被害人罗某因颅脑损伤抢救无效于

2017年2月28日死亡。经认定,被告人陈仕某承担事故的主要责任,被害

人罗某承担事故的次要责任。

【案件焦点】

行人违反交通运输管理法规造成重大交通事故,是否构成交通肇事

罪。

【法院裁判要旨】

成都市锦江区人民法院经审理认为:被告人陈仕某违反交通运输管

理法规,造成重大交通事故并致一人死亡,承担事故主要责任,其行为已

构成交通肇事罪。公诉机关起诉指控被告人陈仕某犯交通肇事罪的基本

事实清楚,证据确实、充分,指控罪名成立,本院予以支持;被告人虽不具

有自首情节,但归案后如实供述自己的犯罪事实,可以从轻处罚;被告人

的辩护人提出被告人系初犯、偶犯,归案后如实供述自己的犯罪行为,请

求对其从轻处罚的辩护意见与审理查明一致,予以采纳。公诉机关提出

的量刑建议,合理、适当,本院予以采纳。

成都市锦江区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三

条、第六十七条第三款之规定,判决如下:

被告人陈仕某犯交通肇事罪,判处有期徒刑一年六个月。

【法官后语】

我国《刑法》第一百三十三条规定了交通肇事罪,旨在保护公共安

全,维护社会交通秩序安全、顺畅、稳定。对交通中参与人予以刑法规

制,在于强化交通参与人遵守交通运输管理法规意识,外化规范行为,共

同营造良好的社会交通秩序,切实保障公共安全。本案中,被告人陈仕某

违反交通运输管理法规,造成他人死亡,且负事故主要责任,被判处交通

肇事罪,应无疑义。司法实践中,需明确行人属于交通肇事罪主体、通过

案例确立示范标本,以此更好地规范“闯红灯”“翻越隔离栅栏”“中

国式过马路”等行人违反交通运输管理法规的行为,也强化法官在处理

此类案件时的信心、定力和担当。

1.行人属于交通肇事罪的主体

《刑法》第一百三十三条并未限定交通肇事罪的主体,根据《关于

审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解

释》)第一条规定的“从事交通运输人员或者非交通运输人员,违反交通

运输管理法规发生重大交通事故,在分清事故责任的基础上,对于构成犯

罪的,依照刑法第一百三十三条的规定定罪处罚”,行人作为“非交通运

输人员”也能成为交通肇事罪的主体,当其违反交通运输管理法规造成

重大事故时,可以交通肇事罪予以定罪量刑。

行人属于交通肇事罪的主体自无异议,但行人能否成为犯罪人要根

据具体案情来予以认定。

《道路交通安全法》第六十二条规定:“行人通过路口或者横过道

路,应当走人行横道或者过街设施……”第六十三条规定:“行人不得跨

越、倚坐道路隔离设施……”本案中,陈仕某为节约时间,在明知有人行

横道的情况下仍跨越道路中心隔离护栏横过机动车道,其行为违反了上

述法律规定。

根据《解释》规定,构成交通肇事罪的主体必须在事故责任划分中

承担同等责任、全部或主要责任。交通事故中,通常由交通管理部门认

定行为人的责任,而交通管理部门只是根据交通运输管理法规认定责任, 并不是刑法上的责任。因此法院不能直接采纳交通管理部门的责任认

定,而应根据刑法所规定的交通肇事罪的构成要件进行实质的分析判

断。[[7]本](#p113)案中,根据鉴定显示,事故发生时事发路段为干燥路面,罗某驾

驶机动车时速为36~39km(当时路段限速60km/h),且罗某已佩戴安全头

盔,罗某已尽到了参与交通行为中的安全注意义务,陈仕某横过道路未走

人行道且跨越道路隔离设施,陈仕某的行为对发生交通事故所起的作用

以及过错程度是造成事故的主要原因,依据《道路交通安全法》第七十

六条第一款第二项规定[[8],](#p113) 以及《道路交通安全法实施条例》(以下简

称《实施条例》)第九十一条规定[[9]](#p113),故认定陈仕某在交通肇事中承担

主要责任。

被告人的刑事责任能力直接关系到被告人是否承担刑事责任或承担

多少刑事责任。本案中,陈仕某属于完全刑事责任能力人。

行人主观应是过失而不是故意。本案中,陈仕某为节约时间跨越道

路中心隔离护栏横过机动车道的行为是故意,但其对造成交通事故的认

识是过失,横过马路的“故意”不能以此成为刑法意义上的“故意”,也

就是说陈仕某对其横过马路的行为会造成交通事故应当预见而没有预见

或已经预见但轻信能够避免,以致造成罗某死亡的交通事故。

由此认定陈仕某违反交通运输管理法规造成他人死亡的行为构成交

通肇事罪。

2.司法判决行人构成交通肇事罪的社会示范价值

行人属于交通肇事罪的当然主体在理论界和实务界已基本形成了共

识,但对于普通社会公众而言,依据其自身的朴素情感和认知经验评判, 行人构成交通肇事罪却属于“难得一见”的“奇事”。

形成这种习以为常的认识的原因大致有二:一是相关法律规定强化

了机动车一方的责任,更保护行人或非机动车。《道路交通安全法》第

七十六条第一款第二项规定,无论机动车一方是否有过错,都要承担一定

程度的赔偿责任。尽管该认定属于民事范畴的责任划分,但对于社会公

众而言,却起到了心理强化作用,即无论怎样,行人与机动车之间发生交

通事故机动车一方都要承担责任。二是就物理形态上理解,普通公众认

识中,机动车一方具有制动性强的机械交通运输工具,相比行人更具机动

性和强力性,在交通事故中行人更容易受到伤害或死亡,因此行人更

为“弱势”,更应受到保护,加重机动车一方责任理所当然。

这种普通社会公众的认知与司法专业裁判之间的差距,使本案中行

人构成交通肇事罪成为了一起典型的“反常态案件”,法院的判决结果

在一定程度上冲击了社会公众固有的认知,也有违许多人日常的情感倾

向,一定程度上引发了部分公众情感上的不适和不安,对于事实清楚、于

法有据的判决结果仍然难以避免地遭受质疑。但也正因如此,本案面向

社会更具有了示范指导价值。

一是普法效果。交通肇事罪是常见的犯罪形式,机动车一方作为犯

罪人也是司空见惯,在这种常态中容易让社会公众产生一种错误的认识: 只有机动车一方才能犯交通肇事罪。通过司法案例支持确认行人也能犯

交通肇事罪,这种反差的效应能取得更好的普法效果,深化社会公众对交

通肇事罪的重新认识。

二是规范效果。基于行人亦能构成交通肇事罪的重新认识或深入人

心,对于当下建设城市文明具有积极意义。俗话说“交通是城市文明的

窗口”,以“斑马线礼让行人”作为着力点,不少地方出台地方性法规或

规章规范交通行为,而“闯红灯”“翻越隔离栅栏”“中国式过马

路”并未有效得到限制,“横穿马路被撞死”的新闻也屡见不鲜。通过

刑法进行规制,其规范效果是显而易见的,加大行人在交通行为中的违法

犯罪成本,对于提高行人遵守交通运输管理法规的意识,积极维护社会公

共安全和良好交通秩序,完善构建城市文明具有积极意义。

3.司法判决行人构成交通肇事罪的内部启示

行人构成交通肇事罪是具有明显社会引导价值的案例,判决一经作

出将会引起社会的反响。在司法改革大环境下,强调“让审理者裁判,由

裁判者负责”,法官在面临这种具有示范意义的引领核心价值的案例时, 依法正确果断判决对法官具有内部示范价值。

一是法官对此类个案要有两方面的清醒认识。一方面要清醒地认识

到此类个案的审判必然会引起社会公众的普遍关注讨论,事实清楚、于

法有据的判决结果却因为有悖社会公众一般认知,仍然不易被社会公众

接受。因此在个案审理中,法官尤其要加强析理释法,尽力弥合专业化司

法判决与情感化的社会公众认知之间的缝隙。另一方面要清醒地认识到

此类个案对于社会价值观的重塑的价值,注重案例司法导向作用,通过个

案判决中引导社会公众对社会价值观的重新认识或再深化坚定。

二是法官要慎重周全处理此类个案。基于上述两方面的认识,法官

为“让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”,妥善处理此类

个案,要周全考虑、慎重处理,避免司法判决造成舆情危机,造成法院与

社会的割裂,确保案例司法导向作用实现。

三是法官要依法果断判决。“以事实为依据,以法律为准绳”是法

官处理司法案例的基本要求。当面临具有示范意义的引领核心价值的案

例时,法官应尽量避免“和稀泥”式的判决,应依法果断判决,减少社会

公众猜疑,发挥案例维护社会价值观的积极意义。

编写人:四川省成都市锦江区人民法院 胡筠 刘俊佚

15交通肇事“顶包案”中逃逸情节的认定

——凌某交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省福州市鼓楼区人民法院(2017)闽0102刑初第826号刑事判决

书

2.案由:交通肇事罪

【基本案情】

2017年7月12日4时8分左右,被告人凌某持超过有效期的驾驶证,驾

驶未年检的闽AC××××号牌小型面包车沿福州市鼓楼区公益路由南往

北行驶至公益路福州市公安局鼓楼分局刑警大队路段时,因过度疲劳未

注意路况,与迎面行走的被害人林某发生碰撞,造成车辆损害及被害人林

某当场死亡的交通事故。事故发生后,被告人凌某打电话通知其母,让其

母叫来自己的女友黄某,并未离开案发现场。在与其母、女友等候120急

救车辆抵达现场的过程中,被告人凌某记起自己的驾驶证已过有效期,就

让其女友“顶包”报警,黄某报警称系自己驾车撞倒被害人。公安民警

抵达案发现场后,见黄某神情紧张且无法复述案发情况,将被告人凌某与

黄某带回公安机关做进一步调查。经民警教育,被告人凌某到公安机关

后如实供述了自己疲劳驾驶撞倒被害人林某、指使黄某“顶包”报警意

图逃避法律责任的犯罪事实。经福建南方司法鉴定中心鉴定,并经福州

市公安局交通警察支队鼓楼大队认定,被害人林某系交通事故致颅脑损

伤死亡,被告人凌某负事故全部责任。

【案件焦点】

交通肇事犯罪中,被告人凌某指使他人冒充肇事司机“顶包”,意图

逃避法律责任,但其并未离开事故现场且积极报警施救的行为,是否构

成“交通肇事逃逸”。

【法院裁判要旨】

福建省福州市鼓楼区人民法院经审理认为:对于被告人及其辩护人

所提的被告人凌某在肇事后并未逃离现场,且积极报警对被害人进行施

救,其行为不构成交通肇事逃逸的辩解与辩护意见成立。经查,案发当晚

被告人凌某驾驶机动车,行驶至案发路段时,因过度疲劳未注意路况,与

迎面行走的被害人林某发生碰撞。案发后,被告人凌某当即下车查看被

害人林某受伤状况并拨打120急救电话,其间一直未离开案发现场。根据

公安机关调取的通话记录显示,被告人凌某在案发后当即拨打了120急救

电话,并在案发半小时内由其女友拨打了报警电话,足以证明其主观上有

对被害人进行施救的意图。被告人凌某交通肇事后叫来其女友黄某“顶

包”报警,虽有试图逃避法律责任的主观意图,但其一直没有逃离犯罪现

场且积极履行交通肇事后的施救义务,故检察机关对其交通肇事逃逸的

指控不当,应予纠正。被告人凌某的辩解及其辩护人关于其行为不构成

交通肇事逃逸的辩护意见予以采纳。

被告人凌某违反交通运输管理法规,驾驶机动车辆发生重大交通事

故,致一人死亡,负事故全部责任,其行为已构成交通肇事罪。福建省福

州市鼓楼区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三条、第

六十七条第三款之规定,作出如下判决:

被告人凌某犯交通肇事罪,判处有期徒刑一年。

【法官后语】

本案的处理重点在于对交通肇事“顶包案”中逃逸情节的认定。

《刑法》第一百三十三条规定:“违反交通运输管理法规,因而发生重大

事故,致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的,处三年以下有期

徒刑或者拘役;交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节的,处三年

以上七年以下有期徒刑;因逃逸致人死亡的,处七年以上有期徒刑。”交

通肇事罪的法定刑分为三个等级,“逃逸”和“因逃逸致人死亡”是普

通交通肇事罪法定刑升格的条件,逃逸情节的认定情况关系到被告人在

哪个法定刑幅度内处刑。2000年最高人民法院《关于审理交通肇事刑事

案件具体应用法律若干问题的解释》第三条将“交通肇事逃逸”规定

为“在发生交通事故后,为逃避法律追究而逃跑的行为”。2008年公安

部出台的《道路交通事故处理程序规定》,其中对于肇事逃逸的行为定

性,在沿用最高院司法解释的标准的基础上对逃逸行为进行了细化,其第

一百一十二条第一款规定“‘交通肇事逃逸’,是指发生道路交通事故

后,当事人为逃避法律责任,驾驶或者遗弃车辆逃离道路交通事故现场以

及潜逃藏匿的行为”。通过对以上司法解释和部门规章的整理,可以看

出对于交通肇事逃逸的认定,遵循的是主客观相一致的标准:行为人主观

上要有逃避法律责任的故意,客观上有逃离犯罪现场的行为。

具体到本案中,本案是一起典型的交通肇事“顶包案”。被告人凌

某在案发后,为逃避交通肇事和无证驾驶带来的法律责任,指使自己的女

友黄某“顶包”报警,冒充肇事者,其主观上有逃避法律追究的故意;就

其客观表现而言,被告人凌某在肇事后,虽然曾冒充乘车者而非肇事者, 但被告人凌某一直未离开犯罪现场,并且积极拨打急救电话与报警电话

对被害人林某进行施救,其在客观上并不存在“逃离事故现场”的行

为。

值得注意的是,交通肇事后的“顶包”行为并非一定构成肇事逃逸, 换言之,对于“顶包案”逃逸情节的认定,还需要结合行为人客观方面的

行为加以认定。“顶包”是交通肇事者逃避法律追究的行为方式,交通

肇事“顶包案”的当事人主观上必然包含逃避法律责任的意图,若当事

人案发后指使他人冒充肇事者进行“顶包”且离开案发现场的,当然成

立“交通肇事逃逸”。而对于“顶包”后留在案发现场的行为人,则需

要根据行为人“逃离事故现场”的客观行为特征来认定。具体而言,交

通肇事“顶包案”构成“逃逸”需要行为人通过“顶包”来切断自身与

案件的因果联系,进而不履行救助义务且逃避法律责任。刑法规定将逃

逸作为交通肇事罪的法定刑升格的条件,其目的是让肇事者履行保护案

发现场、救助伤员、承担法律责任等义务,从法益保护的角度出发,“逃

离事故现场”不能也不宜作为认定逃逸情节的唯一依据。如果交通肇事

后现场有需要救助的伤者,肇事者留在事故现场,积极履行救助伤员、保

护案发现场等义务,即使指使他人“顶包”冒充肇事者,也不应认定其行

为构成逃逸。综上所述,对于交通肇事逃逸情节的认定,应当遵循综合判

断的标准,从法益保护的角度出发,结合肇事者肇事后义务履行情况进行

认定,不能机械地理解和适用司法解释中关于逃逸的相关规定。

编写人:福建省福州市鼓楼区人民法院 毛岚岚 吴炜韬

16交通肇事后驾车离开现场,较短时间内返回事故

现场投案,能否认定具有逃逸情节

——赵安某交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省苏州市吴江区人民法院(2017)苏0509刑初354号刑事判决书

2.案由:交通肇事罪

【基本案情】

2016年12月25日零点左右,被告人赵安某醉酒后驾驶牌号为“苏

E×××AM”的小型普通客车,撞击路边的被害人干云某,致其当场死

亡。肇事后,被告人赵安某驾车逃离现场。

经苏州市吴江区公安局交通警察大队认定,被告人赵安某应负本起

事故的全部责任。经检验,被告人赵安某血液中乙醇浓度为

163mg/100ml。

案发后,在民警对事故现场勘查时,被告人赵安某返回事故现场向民

警投案,并如实供述了自己的犯罪事实。

案发后,被告人赵安某与被害人干云某的近亲属达成了赔偿协议,并

已支付部分款项,被害人干云某的近亲属对被告人赵安某表示谅解。

【案件焦点】

被告人交通肇事后,驾车离开事故现场,但在较短时间内又返回事故

现场投案,能否认定交通肇事后逃逸。

【法院裁判要旨】

苏州市吴江区人民法院经审理认为:被告人赵安某违反道路交通安

全法,因而发生重大事故,致一人死亡,且肇事后逃逸,其行为已构成交通

肇事罪,依法应予以惩处。被告人赵安某犯罪以后自动投案,如实供述自

己的罪行,其庭审中虽称事发时不知道事故的发生,但其能如实供述主要

的犯罪事实,系自首,可以减轻处罚。被告人赵安某赔偿被害人近亲属的

部分经济损失,并取得被害人近亲属的谅解,酌情从轻处罚。关于被告人

赵安某及其辩护人提出的其不具有逃逸情节的辩解及辩护意见,经查,第

一,肇事车辆与被害人的撞击位置在肇事车辆的副驾驶侧,副驾驶侧的前

挡风玻璃及引擎盖附近部位毁损严重;第二,事故发生后,被告人赵安某

转弯时行驶状态良好,且转弯时尚记得开启转向灯;第三,证人毛某某证

实事故发生时撞击声很大,且事故发生于凌晨,被告人赵安某不会受到其

他干扰;第四,被告人赵安某在公安机关供述称事故发生时,其听到响了

一声,感觉撞到了什么东西,其踩了下刹车,继续往前开。被告人赵安某

虽在庭审中辩解称其不记得有无听到声音,但其并未作出合理解释。综

上,虽被告人赵安某血液中乙醇浓度达163mg/100ml,但其意识清醒,事发

时,明知发生交通事故,却未采取合理措施而离开事故现场,故可推定其

为逃避法律追究而逃跑,应当认定为交通肇事的逃逸。故对被告人赵安

某及其辩护人的此点辩解与辩护意见,本院不予采纳。关于辩护人提出

的对被告人赵安某适用缓刑的辩护意见,经查,被告人赵安某系醉酒驾

驶,且肇事后逃逸,案发后对被害人近亲属仅赔付部分损失,根据其犯罪

事实及情节,不宜适用缓刑。辩护人提出的其他辩护意见,与事实相符, 本院予以采纳。依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三条、第六十

七条第一款的规定,以交通肇事罪,判处被告人赵安某有期徒刑二年六个

月。

一审宣判后,被告人赵安某未提出上诉,公诉机关亦未抗诉,判决已

发生法律效力。

【法官后语】

对于被告人交通肇事后驾车离开事故现场,在较短时间内又返回事

故现场投案,能否认定交通肇事后逃逸,有两种观点:第一种观点认为,被

告人肇事后在较短时间内投案,能反映出行为人具有接受法律追究的主

观故意,故不应认定被告人具有逃逸情节;第二种观点认为,被告人明知

发生交通事故,未采取合理措施驾车离开现场,可推定其为逃避法律追究

而逃跑,应当认定其具有逃逸情节。

笔者同意第二种观点。

最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题

的解释》第三条规定,交通运输肇事后逃逸,是指行为人具有本解释第二

条第一款规定和第二款第一至五项规定的情形之一,在发生交通事故后, 为逃避法律追究而逃跑的行为。我们认为,判断行为人是否构成交通肇

事后逃逸,应当从以下三个方面来认定:

第一,行为人是否明知自己造成了交通事故。明知是指行为人知道

或应当知道。如果行为人应当知道自己造成了交通事故而装作不知道, 逃离事故现场的,仍应认定为交通肇事后逃逸。判断行为人是否系明知, 应当结合主客观相统一的原则,不仅要看行为人的供述,还要从交通肇事

的时间、撞击的部位、车辆毁损程度、交通肇事时行为人的状态、肇事

后行为人的反应等方面客观地评价行为人是否系明知,从而确定其是否

具有逃逸情节。本案中,首先,肇事车辆与被害人撞击位置在肇事车辆的

副驾驶侧,且副驾驶一侧的前挡风玻璃及引擎盖附近部位毁损严重;其

次,事故发生于凌晨,事故发生时撞击声很大;再次,事故发生后,被告人

转弯时行驶状态良好,且转弯时尚记得开启转向灯;最后,被告人在侦查

机关供述称事故发生时,其听到响了一声,感觉撞到了什么东西,其踩了

下刹车。故综上可知,被告人虽系醉酒驾驶,但其意识清醒,事发时,其明

知发生交通事故。

第二,行为人是否具有逃避法律追究的主观目的。逃避法律追究既

包括刑事法律追究,也包括行政及民事法律追究。具体而言,就是不履行

相关法定任务,如救助伤者,立即报案、听候处理等义务。本案中,被告

人明知发生交通事故后未采取任何措施,显然具有逃避法律追究的主观

目的。

第三,发生交通事故后,行为人客观上是否实施了逃离现场行为。交

通事故后是指行为人交通肇事后,在接受事故处理机关首次处理前这段

时间。而若行为人在接受事故处理机关处理后逃跑的,因行为人的逃跑

不会加重被害人的危害后果,行为人的逃跑行为性质实为脱离处理机关

控制的脱逃行为。故行为人为逃避法律追究,在事故发生后,接受事故处

理机关首次处理前实施逃离现场行为的,一经实施便立即成立,不论其逃

离现场多远或时间多久,均不影响对其逃逸行为性质的认定。故本案中, 虽被告人逃离事故现场后在较短时间内又返回事故现场投案,并不影响

自首的认定,仍应认定其具有逃逸情节。

综上,被告人赵安某明知自己造成了交通事故,为逃避法律追究,驾

车离开现场的行为应认定为交通肇事后逃逸。

编写人:江苏省苏州市吴江区人民法院 赵程程

17逃逸可否作为定罪情节和加重情节重复评价

——陈某荣、黄某昌交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省云浮市中级人民法院(2017)粤53刑终85号刑事裁定书

2.案由:交通肇事罪

【基本案情】

2016年1月16日10时许,在罗定市兴华三路某酒店门前路段,被告人

黄某昌驾驶三轮摩托车从王某容驾驶二轮摩托车乘载着刘某英、严某

濠、严某欣的左侧超车。与此同时,被告人陈某荣驾驶大型普通客车从

被告人黄某昌驾驶三轮摩托车的左侧越过双实线向前超车,在超车后没

有保持足够的安全距离后驾驶大客车右拐弯驶回原车道,被告人黄某昌

遂驾驶三轮摩托车进行闪避,在往右拐弯摆方向时与王某容驾驶的二轮

摩托车发生碰撞,造成二轮摩托车倒地及乘车人刘某英受伤经送医院抢

救无效死亡的重大交通事故。经交警部门认定,被告人陈某荣驾驶机件

不符合技术标准的大型普通客车不按交通标线指示通行及违规超车,发

生事故后逃离现场;被告人黄某昌驾驶机件不符合技术标准的三轮摩托

车,发生事故后逃离现场,二被告人均负事故主要责任。

【案件焦点】

二被告人均被交警部门认定在事故发生后具有逃逸行为,其逃逸行

为均作为事故责任认定的情节之一,逃逸行为是作为交通肇事罪定罪情

节,还是作为加重情节进行量刑。

【法院裁判要旨】

广东省罗定市人民法院经审理认为:被告人陈某荣、黄某昌因违反

交通运输管理法规,驾驶机动车而发生致一人死亡的重大交通事故,且负

事故主要责任,其二人行为均已构成交通肇事罪。经查,本案证据证实被

告人陈某荣驾驶的大客车未与涉案车辆发生碰撞,被告人陈某荣驾驶机

件不符合技术标准的车辆且不按交通标线指示通行及违规超车的行为, 是造成事故的主要原因,现有证据不足以证实其明知发生事故而逃离现

场;被告人黄某昌驾驶的三轮摩托车直接与二轮摩托车发生碰撞后致二

轮摩托车连人带车倒地,且发生碰撞后黄某昌往后看了两次,足以认定其

知道发生交通事故后逃离现场,其逃逸行为已作为主要情节在事故认定

书中予以认定负事故主要责任,是构成交通肇事罪的定罪情节,不应作为

交通肇事罪的加重情节而在量刑时重复评价。事故发生后,被告人陈某

荣、黄某昌经交警部门电话传唤到案,并如实供述主要犯罪事实,是自

首;被告人陈某荣向被害人家属给予额外补偿,取得被害人家属的谅解。

故对二被告人从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三

条、第六十七条第一款的规定,判决如下:

一、被告人陈某荣犯交通肇事罪,判处有期徒刑一年五个月; 二、被告人黄某昌犯交通肇事罪,判处有期徒刑一年四个月。

一审宣判后,陈某荣提出上诉后又申请撤回,云浮市中级人民法院经

审理后认为,上诉人陈某荣、原审被告人黄某昌犯交通肇事罪的事实、

证据及适用法律正确,量刑适当,审判程序合法。陈某荣在上诉期满后自

愿请求撤回上诉,符合法律规定,准许上诉人陈某荣撤回上诉。

【法官后语】

本案处理重点是判断交通肇事中的逃逸行为在何种情形下是作为交

通肇事罪的定罪情节,何种情形下可以作为加重情节。根据禁止重复评

价原则,当其作为定罪情节主要依据时,不宜在量刑时作为提升法定刑的

情节重复使用。

在本案中,二被告人的行为均构成交通肇事罪并无争议,但公诉机关

指控认为,二被告人均具有交通肇事行为和逃逸情节,应认定为“交通运

输肇事后逃逸”,适用三年以上七年以下有期徒刑的法定量刑幅度。而

一、二审法院经审理均认为被告人黄某昌肇事后的逃逸行为已在交通事

故中作为主要情节认定负主要责任,构成本罪,不能重复评价而予以加重

处罚。本案中交警部门进行事故认定时,对于被告人黄某昌,主要是依照

《道路安全法实施条例》第九十二条“发生交通事故后当事人逃逸的, 逃逸的当事人承担全部责任……”的规定,认定其在事故中负主要责任, 主要情节是被告人黄某昌的逃逸行为,驾驶机件不符合技术标准的三轮

摩托车则是次要情节。若剔除逃逸行为,结合本案黄某昌显然不应负事

故主要责任,故被告人黄某昌因逃逸行为作为主要情节,在事故中被认定

为主要责任的重要依据,依法应按交通肇事罪定罪处罚,因在定罪时已使

用了逃逸的这一情节,在量刑时则不再适用法律升格条款而加重处罚。

同时应当注意的是,本案的另一被告人陈某荣之所以未予认定为“交通

运输肇事后逃逸”并非基于上述原则,虽然其被交警部门认定负事故主

要责任的情节中包括逃逸行为,但除逃逸行为外,其不按交通标线指示通

行及违规超车的行为亦是作为事故认定的主要情节之一,即便因本案证

据不足以证实其主观明知发生交通事故,在其不具有逃逸行为的情况下

仍构成交通肇事罪。笔者认为,若被告人陈某荣的逃逸行为成立,因逃逸

行为并不是认定事故责任的主要情节,不是交通肇事犯罪事故责任认定

的必要条件,则不作为交通肇事罪的定罪情节,在量刑环节上对逃逸行为

作为提升法定刑的加重情节进行处罚。

编写人:广东省罗定市人民法院 袁美霞

18发生交通事故后离开现场又较快返回的行为构

成交通肇事罪的逃逸情节

——张某某交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院(2017)京01刑终808号刑事裁定书

2.案由:交通肇事罪

【基本案情】

被告人张某某于2017年1月31日4时30分许,酒后驾驶小型轿车(车

号:冀FK×××E)由东向西行至北京市昌平区北清路T10033号灯杆处时, 小型轿车与一行人(男,未知名)相撞,造成该行人受伤,车辆损坏。被告

人张某某在明知发生事故的情况下继续驾车向前行驶,后将车停放在路

边距离肇事地点2.4公里处,打出租车返回现场将被撞的行人送往医院救

治,该行人经医院抢救无效于当日死亡。经鉴定,该行人符合重度颅脑损

伤、胸部损伤合并失血性休克引起死亡。经昌平交通支队认定,被告人

张某某负事故全部责任。2017年6月19日,被告人张某某经公安机关电话

传唤到案。

【案件焦点】

交通肇事案件中,被告人明知发生事故后仍驾车驶离现场又较快返

回现场的行为是否构成交通肇事罪的逃逸。

【法院裁判要旨】

北京市昌平区人民法院经审理认为:发生交通事故的人员负有在第

一时间抢救伤者的重要义务,任何延误都可能导致被害人生命危险的加

剧,被告人张某某明知发生交通事故而逃离事故现场,其逃逸行为已经成

立,其逃离现场的距离远近、逃逸时间的长短以及逃逸后返回的行为不

影响对其逃逸行为性质的认定,但其在逃离现场不远处后又返回现场将

伤者送往医院救治并在之后积极配合民警工作的行为本院予以肯定,并

在量刑时酌情予以考虑,故被告人张某某及辩护人关于其不是肇事后逃

逸的意见,本院不予采纳。被告人张某某经电话传唤到案,到案后如实供

述犯罪事实,系自首,依法予以减轻处罚。被告人张某某违反交通运输管

理法规,酒后在道路上驾驶机动车,未按照操作规范安全驾驶且发生道路

交通事故后逃逸,造成一人死亡,负事故全部责任,其行为已经构成交通

肇事罪,依法应予惩处。

北京市昌平区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三

条、第六十七条第一款之规定,判决如下:

被告人张某某犯交通肇事罪,判处有期徒刑二年六个月。

张某某持原审辩解提起上诉。北京市第一中级人民法院经审理,同

意一审法院裁判意见,裁定驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

根据我国《道路交通安全法》的规定,在道路上发生交通事故,车辆

驾驶人应当立即停车,保护现场;造成人身伤亡的,车辆驾驶人应当立即

抢救受伤人员,并迅速报告执勤的交通警察或者公安机关交通管理部

门。所以,车辆驾驶人在发生事故后负有保护现场、抢救伤员、等候处

理等法定义务。发生事故后的逃逸行为违反了上述法定义务,漠视他人

生命与健康,使得被害人无法得到及时救助,生命健康受到威胁,同时事

故无法得到及时处置,增加了司法资源的消耗,所以法律上对此是否定评

价。本案处理重点主要在于交通肇事案件中,被告人明知发生事故后仍

驾车驶离现场又较快返回现场的行为是否构成交通肇事罪的逃逸。发生

交通事故后,抢救受伤人员是责任人的首要义务,对于受伤人员,时间就

是生命,任何延误都可能导致被害人生命危险的加剧。被告人张某某在

明知发生交通事故的情况下,未履行其保护现场、抢救伤员、等候处理

的法定义务,逃离事故现场,其主观上具有逃避法律追究的意图,本质上

是对抢救义务的不作为和对责任归结的逃避。这种情况下,“逃逸”不

应该有时间和场所的限定,应认定其逃逸行为已经成立,其逃离现场的距

离远近、逃逸时间的长短以及逃逸后返回的行为不影响对其逃逸行为性

质的认定。另外,“交通肇事后逃逸”依然存在自首的问题,“肇事后逃

逸”的情节和自首情节并不存在冲突。“肇事后逃逸”和“投案自

首”是在两种主观故意支配下实施的两个独立行为,应当分别进行法律

评价。“逃逸”是行为人为逃避法律追究而实施的逃跑行为,“自

首”是行为人出于本人意愿自动投案、如实供述罪行的行为,两者相互

独立、互不影响。不能因为行为人肇事后逃逸而否定其事后的投案自

首,也不能因为其事后自首而推翻对其先前逃逸行为的认定。本案中,被

告人张某某在事发后经公安机关电话传唤到案,如实供述犯罪事实,应认

定为其有自首的法定情节。因此法院分别依法认定其有“逃逸”和“自

首”的情节,并综合考虑全案事实后对其减轻量刑。

编写人:北京市昌平区人民法院 王莹

19交通肇事逃逸应作为入罪要件还是量刑加重情

节的认定

——郑某交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省南安市人民法院(2017)闽0583刑初184号刑事判决书

2.案由:交通肇事罪

【基本案情】

2015年7月9日9时16分许,被告人郑某没有摩托车驾驶资格,驾驶闽

CH×× ×8号普通二轮摩托车,由南安郑成功雕像方向沿南安市成功街

往南安市区方向,行驶至南安市成功街龙腾酒店路口路段时,在左转弯的

过程中,与杨某驾驶的闽C5×××P号普通二轮摩托车发生碰撞,造成杨

某重伤二级一处、轻伤二级一处受伤及两车不同程度损坏的道路交通事

故。事故发生后,被告人郑某离开现场,后被害人杨某报警,被害人杨某

被送往医院治疗。次日15时许,被告人郑某经通知主动向公安机关投

案。经交通事故责任认定,被告人郑某应承担本事故的全部责任,杨某在

本事故中无责任。

案发后,经调解,被告人郑某与被害人杨某达成赔偿调解协议,并已

赔偿被害人杨某全部经济损失合计人民币143500元,被害人杨某对被告

人郑某的犯罪行为表示谅解。

【案件焦点】

本案交通肇事逃逸是作为入罪要件还是量刑加重情节。

【法院裁判要旨】

福建省南安市人民法院经审理认为:被告人郑某违反交通运输管理

法律法规,无驾驶资格驾驶机动车辆发生重大交通事故,造成一人重伤的

严重后果,并负交通事故的全部责任,其行为已构成交通肇事罪,且在交

通肇事后逃逸。被告人郑某案发后主动向公安机关投案,如实供述犯罪

事实,是自首,可以从轻或减轻处罚。被告人郑某已赔偿被害人全部经济

损失,并取得被害人的谅解,对被告人郑某可以酌情从轻处罚。根据本案

的事实、情节和危害后果,结合被告人郑某归案后的认罪、悔罪表现及

其社会调查评估情况,对被告人郑某予以减轻处罚并适用缓刑。依照

《中华人民共和国刑法》第一百三十三条,第六十七条第一款,第七十二

条第一款,第七十三条第二、三款及《最高人民法院关于审理交通肇事

刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第二条第二款第二项、第三条

的规定,作出如下判决:

被告人郑某犯交通肇事罪,判处有期徒刑一年九个月,缓刑二年六个

月。

【法官后语】

《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题

的解释》第二条第一款规定:“交通肇事具有下列情形之一的,处三年以

下有期徒刑或者拘役:(一)死亡一人或者重伤三人以上,负事故全部或者

主要责任的;(二)死亡三人以上,负事故同等责任的;(三)造成公共财产

或者他人财产直接损失,负事故全部或者主要责任,无能力赔偿数额在三

十万元以上的。”第二款规定:“交通肇事致一人以上重伤,负事故全部

或者主要责任,并具有下列情形之一的,以交通肇事罪定罪处罚:(一)酒

后、吸食毒品后驾驶机动车辆的;(二)无驾驶资格驾驶机动车辆的;(三) 明知是安全装置不全或者安全机件失灵的机动车辆而驾驶的;(四)明知

是无牌证或者已报废的机动车辆而驾驶的;(五)严重超载驾驶的;(六)为

逃避法律追究逃离事故现场的。”第三条规定:“交通运输肇事后逃逸, 是指行为人具有本解释第二条第一款规定和第二款第(一)至(五)项规定

的情形之一,在发生交通事故后,为逃避法律追究而逃跑的行为。”

根据如上规定,同样是为逃避法律追究逃离事故现场的交通肇事逃

逸,在第二条第二款第六项的规定中是构成交通肇事罪的要件,而在第三

条规定中则是构成交通肇事罪后的量刑加重情节。本案被告人郑某交通

肇事致一人重伤,负事故全部责任,并同时具有第二条第二款第二、六项

规定情形,即无驾驶资格驾驶机动车辆和为逃避法律追究逃离事故现场

两种情形,其逃避法律追究逃离事故现场的行为是作为交通肇事罪的构

成要件之一,还是应认定为系第三条规定的量刑加重情节成为本案的关

键。对此,有如下两种不同观点:

第一种观点认为,根据如上司法解释第二、三条规定,交通肇事致一

人以上重伤,负事故全部或者主要责任的,如果具有第二条第二款第一项

至第六项情形,那么无论是一种还是两种以上情形,均应作为交通肇事罪

的构成要件,法定刑均为三年以下有期徒刑或者拘役。因此,本案被告人

郑某交通肇事致一人重伤,负事故全部责任,同时具有第二条第二款第

二、六项规定情形,即无驾驶资格驾驶机动车辆和为逃避法律追究逃离

事故现场,该两种情形均应作为构成交通肇事罪应判决三年以下有期徒

刑或者拘役的情形。并且,根据禁止重复评价原则,其为逃避法律追究逃

离事故现场的行为不应再重复评价作为该司法解释第三条及刑法第一百

三十三条规定的应处三年以上七年以下有期徒刑的法定加重情节。

第二种观点认为,本案被告人郑某交通肇事逃逸行为应适用该司法

解释第三条的规定作为法定加重情节判处三年以上七年以下有期徒刑。

在此基础上再依据自首及被害方谅解依法从轻处罚。笔者同意该种意

见,法院也据此作出判决。理由如下:

首先,从相关法律规定来看。根据该司法解释第三条的规定,作为法

定加重情节的“交通运输肇事后逃逸”,是指行为人具有本解释第二条

第一款规定和第二款第一至五项规定的情形之一,在发生交通事故后,为

逃避法律追究而逃跑的行为。也即是在构成交通肇事罪的情况下,并且

不存在第二条第二款第六项规定的作为交通肇事罪构成要件的“为逃避

法律追究逃离事故现场”情形的,才系第三条规定中法定加重情节

的“交通运输肇事后逃逸”。由此可见,同样的交通肇事逃逸行为,要么

作为第二条第二款第六项规定的交通肇事罪法定构成要件,要么作为第

三条规定的法定加重情节,不重复评价。据此,该规定体现了禁止重复评

价原则。并且,根据该司法解释第二条第二款的规定,只要具有第二款第

一至六项情形之一的,均可以交通肇事罪定罪处罚。本案被告人郑某交

通肇事致一人重伤,负事故全部责任,具有第二条第二款第二项“无驾驶

资格驾驶机动车辆”的规定情形已构成交通肇事罪。在此情况下,其还

存在肇事逃逸的行为,符合第三条规定的法定加重情节,应作为量刑加重

情节。

其次,从立法目的来看。1979年《刑法》第一百三十三条中没有明

文规定对交通肇事后逃逸的应如何处罚。但是,在实践中,有很多人在交

通肇事后畏罪逃逸,给案件的侦查工作造成很大困难,造成交通肇事案的

破案率降低,再加上对逃逸行为惩罚的严厉程度不够高,严重削弱了刑罚

对交通肇事后逃逸行为的威慑效果;尤其是有的人在交通肇事后当场致

人重伤,应当抢救并且能够抢救也不抢救,为逃避法律追究而逃跑,以致

被害人因丧失抢救时间而未能避免死亡,后果十分严重,情节十分恶劣。

鉴于此,修订后的现行《刑法》第一百三十三条特别规定,“交通肇事后

逃逸或者有其他特别恶劣情节的,处三年以上七年以下有期徒刑;因逃逸

致人死亡的,处七年以上有期徒刑”。并且,2000年上述司法解释第二条

第二款规定也将交通肇事逃逸作为交通肇事罪的构成要件之一。据

此,1997年《刑法》及相关司法解释将交通肇事逃逸作为入罪要件或量

刑加重情节,其目的在于重点打击、严加惩罚不抢救伤员及给侦破案件

带来难度的逃逸行为。基于此,本案被告人郑某在具有第二条第二款第

二项“无驾驶资格驾驶机动车辆”情形已构成交通肇事罪的情况下,不

将交通肇事逃逸行为作为第二条第二款第六项构成交通肇事罪的情形之

二,而作为第三条规定应判处三年以上七年以下有期徒刑的法定加重情

节,既符合如上司法解释第二、三条的规定,也符合对交通肇事逃逸严厉

打击严加惩处的立法目的。

编写人:福建省南安市人民法院 洪爱娥

20交通肇事后不逃逸但未履行法定义务是否构成

自首

——燕光某交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省达州市中级人民法院(2017)川17刑终221号刑事判决书

2.案由:交通肇事罪

【基本案情】

2017年4月8日,燕光某持A2驾驶证,驾驶张星某所有并投保于永安财

产保险股份有限公司陕西分公司的陕××××13重型半挂牵引车,牵引

陕K××8D挂重型仓栅式半挂车,沿G65包茂高速公路自万源往达州方向

行驶,当日11时许,该车行驶至G65包茂高速1326KM+800M路段时,遇袁某

勇驾驶的渝××××87号小型越野车发生事故。袁某勇与罗某容、袁某

江、袁某然站在应急停车道等待救援,燕光某驾车失控撞上停在应急车

道上的渝××××87号越野车以及袁某勇、罗某容、袁某江、袁某然, 造成罗某容、袁某江当场死亡,袁某勇、袁某然受伤的重大道路交通事

故,并负本次事故的全部责任。前事故发生时已有高速公路工作人员到

场指挥、施救。事故发生后,在场群众参与了救援,燕光某拨打120急救

电话、122报警电话但未拨通,仅下车查看情况后返回驾驶室,且在有人

叫其救援后不予理会,直至公安民警将其带离现场调查。

燕光某造成事故后,张星某、燕光某、保险公司积极与被害人协商,

达成了赔偿协议并已履行,被害人已对燕光某的行为表示了谅解。

【案件焦点】

肇事后,燕光某虽未拨通报案电话,但有主动报案的意愿,仅下车查

看情况后返回驾驶室,且在有人叫其救援后不予理会,对被害人不积极施

救,直至民警将其带离现场调查,其行为能否认定为自首。

【法院裁判要旨】

四川省宣汉县人民法院经审理认为:燕光某驾驶机动车违反交通运

输管理法规,造成2人死亡、2人受伤的重大道路交通事故,并负事故的全

部责任,其行为已触犯刑律,构成交通肇事罪。其提出的被害人没有站在

护栏外,应承担责任的理由,根据《中华人民共和国道路交通安全法》第

六十八条“机动车在高速公路上发生故障时……车上人员应当迅速转移

到右侧路肩上或者应急车道内”之规定,本案被害人袁某勇所驾车辆与

前车发生事故后,其车和人员已在应急车道上,由于被告人所驾车辆失

控,撞上停在应急车道上的车辆和人员,才酿成本次事故,交警部门认定

被告人燕光某负本次事故的全部责任正确,因此对该辩解理由不予采

纳。关于其辩护人提出的被害人没有摆放警示标志,因此应承担责任的

理由,庭审查明袁某勇与前车相撞后,高速公路工作人员来到现场已在事

故车辆来车方向摆放了反光锥形桶,其提出的理由与庭审查明的事实不

符,亦不予采纳。

燕光某归案后,能如实供述其犯罪事实,并与被害人亲属协商,达成

了赔偿协议,赔偿了相关费用,取得了被害人的谅解,可酌情从轻处罚;但

其肇事后,不听从现场交通管理人员安排,对伤者漠不关心,不积极施救, 应酌情从重处罚。

四川省宣汉县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三

条、第六十七条第三款、最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具

体应用法律若干问题的解释》第四条第一项之规定,作出如下判决: 被告人燕光某犯交通肇事罪,判处有期徒刑三年。

一审宣判后,燕光某持其手机通话记录、四川省公安厅交通警察总

队高速公路支队达陕高速公路一大队关于对燕光某归案情况的说明提起

上诉。

四川省达州市中级人民法院经审理认为:事故发生后,燕光某虽未能

拨通报案电话,但有主动报案的意愿,且明知他人报案而留在现场等待, 抓捕时无拒捕的行为属于自动投案,归案后如实供述自己的罪行,根据

《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

一项的规定,其行为应认定为自首。原判认定燕光某的部分事实不清,应

予改判。

四川省达州市中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三

十三条、第六十七条第一款、《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[[10]、](#p113)《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:

一、撤销四川省宣汉县人民法院(2017)川1722刑初176号刑事判决; 二、上诉人(原审被告人)燕光某犯交通肇事罪,判处有期徒刑二

年。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对交通肇事后不逃逸但未履行法定义务是否

构成自首的理解。最高人民法院《关于处理自首和立功若干具体问题的

意见》中关于“自动投案”的具体规定为:“交通肇事后保护现场、抢

救伤者,并向公安机关报告的,应认定为自动投案,构成自首的,因上述行

为同时系犯罪嫌疑人的法定义务,对其是否从宽、从宽幅度要适当从严

掌握……”。

具体到本案中,一、二审法院审理思路出现分歧,其主要原因即在于

对上述规定的不同理解。一审法院认为《道路交通安全法》第七十条明

确规定保护现场、抢救伤者、向公安机关报告是被告人交通肇事后必须

履行的法定义务,本案燕光某未履行一项法定义务,仅下车查看后返回驾

驶室等待,认定其构成自首,明显会导致与其他履行了法定义务的交通肇

事罪不协调。但二审法院认为燕光某虽未能拨通报案电话,但有主动报

案的意愿,且明知他人报案而留在现场等待,抓捕时无拒捕的行为属于自

动投案,归案后如实供述自己的罪行,故认定其行为构成自首,遂对一审

判决予以改判。

值得注意的是,本案系在高速公路上发生的连环交通事故,前事故发

生时已有高速公路工作人员到场指挥、施救。且二审期间有新证据出

现,证实2017年4月8日11时54分,燕光某手机拨打120急救中心二次、之

后拨打112电话报案一次, 0818120一次(未接),以及对燕光某归案情况

的说明,才作出最终判决。

编写人:四川省达州市宣汉县人民法院 景萍

21第三方因素介入能否中断刑法因果关系

——向建国交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

重庆市黔江区人民法院(2017)渝0114刑初116号刑事判决书

2.案由:交通肇事罪

【基本案情】

2017年1月17日晚,被告人向建国驾驶渝××××07白色小轿车(案

发时未上牌照)从重庆市黔江区沙坝乡出发沿国道319线往黔江区城区方

向行驶。21时24分,向建国驾车行至国道319线2029公里750米处时,对前

方行人动态观察不周,将被害人秦芙某撞倒在地。事故发生后,被告人向

建国未保护现场、未对被害人采取抢救措施、未报警,将被害人秦芙某

遗弃在事故现场,驾车逃离。21时25分,杨泽某驾驶渝H×××69小型普

通客车经过事故路段,碾压躺在道路上的秦芙某,后经重庆市黔江区公安

局物证鉴定所鉴定,被害人秦芙某系颅脑损伤合并胸部损伤死亡。2017

年1月18日,被告人向建国主动到公安机关投案。经黔江区公安局交通巡

逻警察支队认定,向建国承担本次事故的主要责任,杨泽某承担次要责

任。另查明,案发后,被告人向建国赔偿了死者秦芙某近亲属损失5万

元。

【案件焦点】

第三方因素的介入造成交通肇事行为与被害人死亡结果之间因果关

系的认定。

【法院裁判要旨】

重庆市黔江区人民法院经审理认为:被告人向建国违反交通运输管

理法规,因而发生交通事故,事故后逃逸致一人死亡,其行为已构成交通

肇事罪,公诉机关指控向建国犯交通肇事罪的罪名成立。向建国主动到

案并如实供述自己的犯罪事实,成立自首,向建国对本次事故负主要责任

且案发后赔偿了死者近亲属损失5万元,对其予以减轻处罚。

重庆市黔江区人民法院根据《中华人民共和国刑法》第一百三十三

条、第六十七条第一款之规定,判决如下:

向建国犯交通肇事罪,判处有期徒刑四年六个月。

【法官后语】

1.刑法中因果关系的中断

刑法理论一般认为在因果关系发展进程中,如果介入了第三方因素, 则应通过考察介入因素的异常性大小、对结果发生的作用力大小,行为

人的行为导致结果发生的可能性大小等情形,进而判断前行为与结果之

间是否存在因果关系。如果介入情况非异常,对结果发生的作用力较小, 行为人的行为本身具有导致结果发生的较大可能性的,则应当肯定前行

为与结果之间存在刑法上的因果关系,反之则应当认定前行为与结果之

间不存在刑法上的因果关系,或者说因果关系已经断绝。

2.本案中后车的碾压不能中断刑法因果关系

从本案来看,此案发生于深夜,向建国将秦芙某撞倒在地仅一分钟, 杨泽某驾驶的车辆随即从秦芙某身上碾压而过,若当时向建国及时下车

保护现场,报警并抢救伤者,或许秦芙某不会死亡。但恰恰是向建国肇事

逃逸的行为,导致后车在视线盲区的情况下未发现受伤躺在地上的秦芙

某从而碾压而过,这种第三方因素的介入非异常,向建国本身将受伤倒地

的秦芙某遗弃在道路中央的行为就极有可能导致秦芙某被二次碾压。因

此,杨泽某驾驶车辆对秦芙某的二次碾压中断不了交通肇事行为与秦芙

某死亡结果之间的因果关系,故向建国的行为构成交通肇事罪。

编写人:重庆市黔江区人民法院 陈思兰

22“隔时酒驾”不应作为认定非罪或罪轻情节

——吕金某危险驾驶案

【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(2017)冀0208刑初133号刑事判决书

2.案由:危险驾驶罪

【基本案情】

2016年11月27日21时许,被告人吕金某酒后驾驶冀××××07号小

型越野客车,沿唐山市丰润区燕山路由北向南行驶至棉麻库路段时,与由

南向北行驶的夏某驾驶的冀B××××M号小型普通客车相撞,造成两车

不同程度受损、被告人吕金某与夏某受伤的交通事故。经酒精检测,被

告人吕金某血液中酒精含量为350.32mg/100ml。被告人吕金某辩称当日

晚饭并未饮酒。

另查明,被告人吕金某与夏某就民事赔偿达成和解,并有夏某出具的

赔偿款收条。

【案件焦点】

“隔时酒驾”是否可认定为罪轻情节。

【法院裁判要旨】

河北省唐山市丰润区人民法院经审理认为:被告人吕金某违反道路

交通安全法规,在道路上醉酒驾驶机动车,其行为已构成危险驾驶罪,公

诉机关的指控成立。被告人吕金某及其辩护人关于被告人隔时酒驾予以

从轻处罚的辩护意见,理据不足,本院不予采纳。被告人吕金某自愿认

罪,予以从轻处罚。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、第六十一条、第六十七条第三款之规定,判决如下: 被告人吕金某犯危险驾驶罪,判处拘役四个月,并处罚金人民币五千

元。

【法官后语】

“隔时酒驾”是指在饮酒后的某一段时间内,驾驶机动车在道路上

行驶,但在血液酒精含量检验鉴定时达到或超过80mg/100ml。现理论界

和司法实践界对于这种行为存在争议,笔者认为,“隔时酒驾”不能作为

非罪或者罪轻的情节,理由如下:

从犯罪主观方面讲,危险驾驶罪的主观构成要件是故意,要求行为人

对于危险驾驶行为出于故意的心理。“隔时酒驾”是行为人明知饮酒后

而驾驶机动车在道路上行驶,置社会公共安全和国家交通管理秩序于不

顾,是一种放任的故意。

从犯罪客观方面讲,根据现有法律及相关司法解释,醉酒驾车是指车

辆驾驶人员血液中的酒精含量大于或者等于80mg/100ml的驾驶行

为。“隔时酒驾”中行为人的血液酒精含量已达到或超过标准,只是不

属于“饮酒后立即”驾驶的时间节点,并不能以此为由否认客观事实的

发生和存在。

综上,“隔时酒驾”并不能成为危险驾驶罪非罪或罪轻的情节。

编写人:河北省唐山市丰润区人民法院 霍永泉

23危险驾驶罪中定罪免刑的裁量

——赵某危险驾驶案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院(2017)京02刑终460号刑事判决书

2.案由:危险驾驶罪

【基本案情】

2017年5月8日3时许,被告人赵某酒后驾驶车牌号为京Q×××××

的小型轿车,行驶至北京市西城区莲花池东路天宁寺桥至白云桥段时,被

民警查获。经北京市公安交通司法鉴定中心检验,被告人赵某血液中酒

精含量为143.2mg/100ml,系醉酒驾驶机动车。

【案件焦点】

赵某的醉驾行为是否属于危险驾驶罪犯罪情节轻微不需要判处刑罚

的情况。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院经审理认为:北京市西城区人民检察院指控

被告人赵某犯危险驾驶罪的事实清楚,证据确实、充分,指控罪名成立, 量刑建议适当,应予采纳。鉴于被告人赵某到案后能够如实供述自己的

罪行,当庭能够认罪,可依法从轻处罚。

北京市西城区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三

条之一第一款第二项、第六十七条第三款、第五十二条、第五十三条, 作出如下判决:

被告人赵某犯危险驾驶罪,判处拘役一个月,并处罚金人民币一千

元。

赵某以其具备免予刑事处罚的条件为由提起上诉。

北京市第二中级人民法院经审理认为:赵某醉酒后在道路上驾驶机

动车,其行为已构成危险驾驶罪,依法应予惩处。经查,赵某到案后如实

供述所犯罪行;案发前晚饮酒,因其子生病遂于次日凌晨三时许驾车赴北

京儿童医院就医,途中在民警夜查时归案,未造成实际危害后果,社会危

害性小;系初犯,主观恶性小。经审判委员会讨论,认为赵某犯罪的情节

轻微,不需要判处刑罚,依法对其免予刑事处罚。对于赵某所提到案后如

实供述犯罪事实,本案未发生实害后果,社会危害性较小等上诉理由,酌

予采纳。

北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十

三条之一第一款第二项、第六十七条第三款、第三十七条及《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[11]](#p113)之规定,作出如

下判决:

一、撤销北京市西城区人民法院(2017)京0102刑初365号刑事判决; 二、上诉人赵某犯危险驾驶罪,免予刑事处罚。

【法官后语】

《刑法修正案(八)》增设危险驾驶罪以来,关于危险驾驶罪在什么

情况下可以适用缓刑、免于刑事处罚、不予定罪处罚等问题始终界限不

清,《关于办理醉酒驾驶机动车刑事案件适用法律若干问题的意见》也

没有划分明确标准,《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见(二) (试行)》将危险驾驶罪的量刑情节纳入考察范围,但可操作性不强。

我们认为,分析醉驾型危险驾驶时,需要关注“4W+1C+1R+1P”要素, 即何人(Who)在什么条件下(Condition)因何事(What)于何时(When)何

地(Where)醉驾,产生何种结果(Result),被查获后表现(Performance)。

第一,“4W”。(1)行为人的醉酒程度,即血液酒精含量是刚超过

80mg/100ml醉驾标准,还是超出很多。(2)醉驾的时间情况。是深夜车辆

较少时,还是白天车流高峰期,醉驾持续的时间有多长,饮酒与驾驶之间

间隔的时间长短等。(3)行为人是否有公众可理解之正当理由醉驾。是

否为接受代驾服务后,仅为驶入小区停车位挪车,是否有生老病死救助要

务要处理而不得已醉驾,误以为休息数小时或者隔夜之后酒劲已消,不会

发生醉驾,还是忽视醉驾对公共安全造成的威胁而执意醉驾等。(4)醉驾

的空间情况。醉驾的路段是繁华闹市还是人迹稀少的区域,是普通道路

还是城市快速路、高速公路,醉驾的距离,离目的地的剩余距离等。第

二,“1C”。在什么条件下醉驾,即合法驾驶还是无证驾驶或与准驾车型

不符,正常驾驶还是严重超速、超载、超员驾驶,是驾驶符合安全技术条

件的机动车还是改装车、报废车,是独自醉驾还是载有乘客醉驾,是遵守

交通规则驾驶还是违反交通信号驾驶,是否有毒驾因素,是否有伪造、遮

挡号牌行为等。第三,“1R”。醉驾的后果,即是否发生交通事故,造成

后果的严重程度,以及是否积极赔偿取得谅解等。第四,“1P”。(1)醉

驾被查获的表现。有无主动停止醉驾、自首、坦白等法定或者酌定从宽

处罚情节,是否有拒不配合检查、弃车逃逸等行为。(2)行为人的既往表

现情况,有无醉驾记录或其他不良记录等。

结合本案,一是赵某的血液酒精含量并非很高,且醉驾时间在凌晨3

时许,路上车辆行人稀少。二是赵某饮酒后并未直接驾车上路,主观恶性

较小。案发前晚赵某与朋友聚餐饮酒后已返回家中休息,并非酒后直接

驾车上路,因凌晨其子突发高烧,情急之下没有选择打车、找代驾或者乘

坐其他交通工具,而是选择自驾,其救子心切可以得到社会公众的广泛理

解和宽容,亦是人之常情,其主观恶性与其他持侥幸心理的醉驾行为人相

比要小。三是赵某未造成酒驾撞伤人员或追尾等实际损害后果,机动车

车况良好,符合安全技术条件,没有其他违反道路交通安全法的行为,社

会危害性较小。四是赵某到案后能够如实供述罪行,庭审中具有真诚的

认罪、悔罪表现。五是赵某以往表现良好,人身危险性较小。

综上,二审法院在认定一审事实的基础上,以坚持罪刑相适应的基本

原则为指导思想,对影响量刑的因素进行全方位梳理分析,细

化“4W+1C+1R+1P”要素,为更加精准地打击醉驾行为、贯彻落实宽严相

济刑事政策提供了具体措施与方法。

编写人:北京市第二中级人民法院 李凯 杨蜜

24危险驾驶罪中无证驾驶等非犯罪构成行为的刑

法评价

——江某某危险驾驶案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省无锡市中级人民法院(2017)苏02刑终356号刑事裁定书

2.案由:危险驾驶罪

【基本案情】

2017年8月12日18时许,被告人江某某酒后无证驾驶未检验的普通二

轮摩托车,从其租住处行驶至宜兴市公安局洑东派出所时被查获。经鉴

定,被告人江某某血液内乙醇含量为152mg/100ml。归案后,被告人江某

某如实供述了上述事实。另查明,被告人江某某因无证驾驶机动车辆已

于2017年8月13日被宜兴市公安局行政拘留十五日。

【案件焦点】

危险驾驶案中,公安机关于案件移送起诉前已对无证驾驶等非犯罪

构成行为作出行政处罚,对危险驾驶行为如何进行刑法评价。

【法院裁判要旨】

江苏省宜兴市人民法院经审理认为,被告人江某某醉酒后在道路上

驾驶机动车,其行为已构成危险驾驶罪,应予惩处。公诉机关指控被告人

江某某所犯罪名成立,应予采纳。被告人江某某归案后能如实供述自己

的犯罪事实,可从轻处罚。

江苏省宜兴市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三

条之一第一款第二项、第六十七条第三款,作出如下判决: 被告人江某某犯危险驾驶罪,判处拘役一个月十五日,并处罚金人民

币二千元。

一审宣判后,检察机关提起抗诉,认为江某某无证驾驶行为已经被行

政处罚,故应当将行政处罚期限在刑期中予以折抵。

无锡市中级人民法院经审理认为:无证驾驶等其他违反道路交通安

全法应受行政处罚的行为,只是醉驾行为的伴随情节而非危险驾驶罪的

构成要件,应当对此类情节进行单独评价,或者作为行政违法行为予以行

政处罚,或者作为危险驾驶罪从重处罚情节予以刑事追究。但应当遵循

的原则是对同一违法行为不得重复评价。本案中,虽然原审判决书在事

实部分认定原审被告人江某某系无证驾驶,但鉴于公安机关于案件移送

起诉前已对其这一违法行为作出行政处罚,故一审判决说理部分未将该

行为认定为从重处罚情节,量刑时亦未考虑该情节,所以原审法院未将原

审被告人被行政拘留的期限折抵刑期的做法并不违反禁止重复评价原

则。故检察机关的抗诉意见,不予采纳。

江苏省无锡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[12]](#p113)的规定,作出如下裁定: 驳回抗诉,维持原判。

【法官后语】

本案涉及的法律问题主要在于危险驾驶罪中无证驾驶行为应当如何

评价。行为人驾驶机动车被查获时的血液酒精含量高达152mg/100ml,远

超危险驾驶罪入刑标准的80mg/100ml,故行为人醉酒驾驶行为已经可以

独立评价为危险驾驶罪。无证驾驶行为仅仅是违反道路交通安全法规的

违法行为,不能与醉酒驾驶行为进行同等评价。两者同时发生时,无证驾

驶只能作为危险驾驶的附随行为,具有以下三个明显特征:第一,其紧密

附随醉酒驾驶犯罪过程发生,与醉酒驾驶行为在时间、空间等方面具有

同一性;第二,其与醉酒驾驶行为在主观方面尽管故意的具体内容不同, 但均存有相同的违法驾驶的故意,只是其主观故意程度略低于醉酒驾驶

行为;第三,无证驾驶行为本身就具有行政违法性,应当承担相应的行政

责任。司法实践中,此类附随行为除无证驾驶行为外,还包括严重超员、

超载或者超速驾驶、使用伪造或者变造的机动车牌照等严重违反道路交

通安全法的行为。因此,两者之间具有附随处置的条件和可能。

但是,无证驾驶行为与醉酒驾驶行为的单独评价或者附随处置均不

得有违禁止重复评价原则。这是因为,禁止重复评价原则不仅适用于刑

事处罚全过程,而且应当延伸至与刑事处罚相关联的行政处罚等环节。

根据该原则及其精神,如果行为人已经因一个行为受到了否定性评价,则

不应再在后续的评价中对该情节予以体现,不论前后两个评价是否属于

同一部门法。因此,如果行为人的无证驾驶行为已经在行政处罚中被予

以单独评价,则在刑事评价中不应再予重复评价;相反,如果无证驾驶行

为并未受到行政处罚等其他否定性评价,则需要在对醉酒驾驶进行刑事

评价时一并考量。当行政处罚与刑事处罚产生交集时,禁止重复评价原

则就会具体化为刑期的折抵问题,即刑期应否折抵,如何折抵等。从本质

上讲,行政处罚或刑事处罚的折抵适用主要体现的是对行为人合理权益

的保护。《行政处罚法》第二十八条第一款主要考虑到在行政处罚和刑

事处罚发生属性相同的处罚措施竞合时,对同一行政违法行为采用折抵

的处理模式,原则上只能给予一次人身处罚。值得注意的是,由于行政处

罚折抵刑罚以后原行政处罚和现刑事处罚都是具有法律效力的法律行

为,因此行政处罚折抵刑罚是惩罚决定“执行”上的折抵,而不是惩

罚“决定”本身的折抵。故发生上述折抵的前提是该违法行为影响到自

由刑(无期徒刑除外)的期限,行为人的人身自由因此而受到更多的刑罚

规制。倘若无证驾驶行为未作为量刑情节考虑,法院并未据此对行为人

从重处罚,则不存在“执行”上的折抵问题。据此可以推出,在醉驾型危

险驾驶案件存在先行予以行政拘留情形时,法院如果又将其作为量刑情

节予以考虑,影响到刑罚期限,则行政处罚期限应当折抵刑期;反之,如果

未作为量刑情节考虑,对刑罚期限尚未产生影响,则不需要折抵刑期。

具体到本案,一审判决在说理部分并未将无证驾驶行为认定为从重

处罚情节。在无证驾驶行为并未对刑罚期限产生影响时,一审法院未将

前述违法行为所处行政拘留的期限折抵刑期的做法并无不当,并未违反

禁止重复评价原则。

编写人:江苏省无锡市中级人民法院 韩锋 王星光 杨柳

25重大责任事故罪认定的要点

——田某某重大责任事故案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院(2017)京03刑终492号刑事裁定书

2.案由:重大责任事故罪

【基本案情】

被告人田某某系北京甲钢材销售有限公司(以下简称甲公司)法定代

表人。2011年9月,甲公司与北京市朝阳乙工商公司(以下简称乙工商公

司)签订了关于改造金盏乡黎各庄村原京运铸造厂场地、建设物流产业

园区项目的租赁协议。根据该协议,甲公司可对现有场地、厂房进行改

造,但相应的改造方案须经乙工商公司审核认可。

2012年6月,甲公司与任某某、蒋某某签订了《简装合同》,约定甲

公司将原京运铸造厂院内的一个老旧礼堂发包给任某某、蒋某某进行简

单装修翻新施工,其中包括外墙粉刷、室内吊顶、室内铺设地板砖等,施

工面积约600平米。但田某某并未审核任某某、蒋某某的相关施工资质, 也未向乙工商公司报送相关施工方案。

在未办理任何施工许可手续、未进行专业设计、未满足安全开工条

件的情况下,任某某、蒋某某组织人员进行施工。施工过程中于2012年7

月11日,造成该礼堂楼房倒塌,致使张某某(男,殁年54岁,山西省人)、垢

某甲(男,殁年42岁,河北省人)、垢某乙(男,殁年41岁,河北省人)死亡,

多人受伤。

经国家建筑工程质量监督检验中心鉴定认为,该礼堂1层梯形钢屋架

原设计做法不合理,在对2层楼面进行改造时,在楼板上浇筑混凝土面层

后,增加了楼面荷载,致使1层钢屋架约1/6杆件应力大于极限强度,此为

导致工程倒塌的根本原因。经北京市安全生产监督管理局出具的《事故

调查报告》认为,造成事故发生的直接原因有:礼堂1层钢屋架结构原设

计不合理;房屋装修时未进行专业设计,未能及时发现原结构缺陷,施工

时在楼板上浇筑混凝土面层,增加了楼面荷载,导致1层部分钢屋架的应

力值大于《钢结构设计规范》所规定的限值要求。造成事故发生的间接

原因有:甲公司违规组织装修施工;施工现场管理混乱等。田某某对事故

的发生负有直接责任。

被告人田某某于2016年7月27日接公安机关电话传唤到案。

案发后,被告人田某某赔偿了被害人的经济损失。

【案件焦点】

1.田某某是否是重大责任事故罪的适格主体;2.本案是否发生在生

产、作业过程中;3.上诉人田某某是否具有过失,其行为与事故的发生是

否具有因果关系。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为:被告人田某某法制观念淡薄,在

作业中违反有关安全管理规定,因而发生重大伤亡事故,情节特别恶劣, 其行为触犯了刑法,已构成重大责任事故罪,依法应予惩处。鉴于被告人

田某某有自首情节,且积极赔偿被害人的经济损失,故对其所犯罪行依法

予以减轻处罚并适用缓刑。

北京市朝阳区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十四

条第一款,第六十七条第一款,第六十一条,第七十二条第一款,第七十三

条第二、三款之规定,作出如下判决:

被告人田某某犯重大责任事故罪,判处有期徒刑十个月,缓刑一年。

田某某以无罪为由提起上诉。

北京市第三中级人民法院经审理认为:

一、田某某是否是重大责任事故罪的适格主体。重大责任事故罪的

主体包括对生产、作业负有组织、指挥或者管理职责的负责人、管理人

员、实际控制人、投资人等,以及直接从事生产、作业的人员。本案中

田某某作为北京甲钢材销售有限公司的法定代表人,对此次装修改造工

程负有安全、管理、决策等职责。《简装合同》中关于安全责任承担的

约定条款因违反法律强制性规定而无效,不能因此规避其所应承担的刑

事责任。上诉人田某某属于重大责任事故罪的适格主体。故相关上诉理

由及辩护意见,本院均不予采纳。

二、本案是否发生在生产、作业过程中。重大责任事故罪要求行为

发生在生产、作业过程中。在认定生产、作业过程中的时候,强调的是

行为与业务活动的关联性。因此,生产、作业是一个行为性质的决定性

因素,只要是因为生产、作业的需要而实施的行为,就属于重大责任事故

罪所规定的发生在生产、作业过程中,并不以行为人人为设定的工作时

间和休息时间为界定标准。相关上诉理由及辩护意见,属于不当限缩了

生产、作业过程中的合理范围,故本院均不予采纳。

三、上诉人田某某是否具有过失,其行为与事故的发生是否具有因

果关系。重大责任事故罪是过失犯罪,该罪的因果关系具有不作为性,犯

罪结果的出现,是由于行为人违反了有关规定的作为义务。同时,重大责

任事故罪的因果关系往往还具有多因一果性,在介入型复杂因果关系即

前一行为人的违章行为造成某种危险状态,此后又介入另一人的违章行

为,引起一个危害结果的发生的场合下,上述行为人的行为是造成重大责

任事故发生的共同原因,对于损害结果应当共同承担刑事责任。本案中, 现有证据能够证明上诉人田某某未对原有房屋结构进行检测,致使未发

现事故建筑存在安全隐患;在礼堂装修工程开工前未按规定向建设行政

主管部门申请领取施工许可证;未严格审查任某某使用的劳务单位资质, 致使不具备相应资质的个人实际承揽了该装修工程;在装修工程实施过

程中,未对工程现场实施有效安全管理;未委托监理单位对礼堂装修工程

质量实施监管,上述行为均违反了生产、作业中的安全管理规定,实质违

反了业务上的特殊注意义务。并且,在生产、作业过程中,上诉人田某某

未对直接作业人员进行有效监督,也未尽到为预防事故发生而应做好相

关人员安排等管理义务,结合上诉人田某某的年龄、智力、认识水平、

工作经历等情况,可以认定田某某主观上存在管理、监督过失,其违反有

关安全管理规定的行为与损害结果之间存在因果关系。

上诉人田某某在作业中违反有关安全管理的规定,因而发生重大伤

亡事故,其行为已构成重大责任事故罪,且情节特别恶劣,应依法惩处。

鉴于田某某具有自首及积极赔偿被害人经济损失的情节,依法对其减轻

处罚并宣告缓刑。一审法院根据田某某犯罪的事实、犯罪的性质、情节

和对社会的危害程度所作出的判决,事实清楚,定罪与适用法律正确,量

刑适当,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[[13]](#p113)之规定,裁定如下:驳回上

诉,维持原判。

【法官后语】

1.对本罪客观方面“违反有关安全管理的规定”及“在生产、作业

过程中”的认定。对前者应重视安监机关出具的事故调查报告以及鉴定

中心出具的鉴定分析报告等证据,结合相关安全管理的行政法规等规范

进行审核。事故调查报告和鉴定分析报告等证据是专门技术人员对事故

发生原因、责任划分等方面出具的意见,对认定事故发生原因、事故责

任划分等问题具有重大参考价值。此外,还应参阅相关行政法规,对上述

意见中相关主体是否违反安全生产、作业行政规范进行核查,以确定行

为人是否违反安全管理的规定,在导致事故伤亡结果上存在过错。而后

者“在生产、作业过程中”强调的是行为与业务活动的关联性,因生

产、作业的需要而实施的行为,就属于本罪限定的时间范围,不以人为设

定的工作时间和休息时间为界定标准。

2.对本罪犯罪主体工程发包方的负责人的认定。重大责任事故罪的

主体包括对生产、作业负有组织、指挥或者管理职责的负责人、管理人

员、实际控制人、投资人等,以及直接从事生产、作业的人员。工程发

包方对承包方的选择以及对承包方的施工过程具有监督和管理的责任, 如未尽相关注意义务,则存在监督过失、管理过失,发包方的负责人是本

罪的当然主体。

3.对本罪多因一果刑事责任的认定。重大责任事故案件中多人行为

共同导致事故的发生时,应共同承担刑事责任,工程合同双方约定的责任

分担不影响本罪刑事责任的认定。重大责任事故罪的因果关系往往具有

多因一果性,前一行为人的违规行为造成某种危险状态,此后又介入另一

人的违规行为,最终引起一个危害结果发生,上述行为人的行为均与危害

结果具有因果关系,应共同承担刑事责任。工程合同中由某一方承担生

产、作业中人员伤亡事故责任的约定条款因违反法律强制规定,故无

效。发生安全事故后,任何一方不得以此规避己方责任,作为无罪的抗辩

理由。

4.对相关量刑情节的认定。重大责任事故罪是过失犯罪,实践中有

相当一部分被告人被判处缓刑。但应注意,缓刑的适用条件之一是“犯

罪情节较轻”。本罪法定刑规定有“情节特别恶劣的,处三年以上七年

以下有期徒刑”,相关司法解释对某些情形处以三年以上七年以下有期

徒刑进行了列举。实践中,如依据司法解释认定“某些情形”成立,则属

于“情节特别恶劣”的犯罪,对此类犯罪则不应判处缓刑。

编写人:北京市第三中级人民法院 段伟 江鸣鹤

[[1].对应2018年《刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第一项。](#p19)

[[2].对应2018年《刑事诉讼法》第二百条第三项。](#p25)

[[3].对应2018年《刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第一项。](#p39)

[[4].对应2018年《刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第一项。](#p42)

[[5].对应2018年《刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第一项。](#p47)

[[6].对应2018年《刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第二项。](#p54)

[[7].参见张明楷:《刑法学(第四版)》,法律出版社2011年版,第634页。](#p68)

[[8].内容为:“机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故,非机](#p68)

[动车驾驶人、行人没有过错的,由机动车一方承担赔偿责任;有证据证明](#p68)

[非机动车驾驶人、行人有过错的,根据过错程度适当减轻机动车一方的](#p68)

[赔偿责任;机动车一方没有过错的,承担不超过百分之十的赔偿责任。”](#p68)

[[9].内容为:“公安机关交通管理部门应当根据交通事故当事人的行为](#p68)

[对发生交通事故所起的作用以及过错的严重程度,确定当事人的责](#p68)

[任。”](#p68)

[[10].对应2018年《刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第三项。](#p93)

[[11].对应2018年《刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第二项。](#p101)

[[12].对应2018年《刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第一项。](#p105)

[[13].对应2018年《刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第一项。](#p111)

二、破坏社会主义市场经济秩序罪

(一)生产、销售伪劣商品罪

26销售假药罪犯罪未遂时能否认定销售金额

——姜某某销售假药案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市丰台区人民法院(2017)京0106刑初1186号刑事判决书

2.案由:销售假药罪

【基本案情】

2017年2月,被告人姜某某购入阿托伐他汀钙片等假药存放于其租住

的北京市丰台区北岗洼×××号暂住地及租用的北京市房山区长阳镇黄

官屯村××号库房内,用于非法销售。2017年2月28日,北京市公安局丰

台分局卢沟桥派出所民警在被告人姜某某的暂住地将其查获,并在被告

人姜某某的暂住地及其租用的库房内起获阿托伐他汀钙片、硫酸氢氯吡

格雷片、消渴丸、硝苯地平缓释片、瑞舒伐他汀钙片等药品,上述药品

均系假药,市场价格人民币28万余元。

【案件焦点】

1.被告人的行为是否构成销售假药罪;2.被告人销售假药的行为是

否能依药品评估价格认定“情节严重”;3.假药没有实际销售能否认定

为犯罪未遂。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为:被告人姜某某销售假药,其行为

已构成销售假药罪,销售金额二十万元以上,具有其他严重情节,应予处

罚。辩护人提出的销售未遂可得收入具有不确定性,不能作为认定销售

金额的依据及不能依《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知

识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》标准以市场价格评估药

品价格的辩护意见,本案没有充分证据证明被告人姜某某已销售假药的

价格,其辩护人所称以被告人供述的认定标准亦未达到证据充分的标准, 综上,以同类药品的市场中间价格认定被告人销售假药的可得收入并无

不当。辩护人的该项辩护意见本院不予采纳。辩护人进一步提出的应以

药品的批发价格计算销售金额的辩护意见没有充分依据,本院不予采

纳。辩护人提出的被告人犯罪金额中应该去除丹参滴丸的销售金额和可

得金额的辩护意见,经当庭与公诉人核实并结合本案证据,丹参滴丸经鉴

定并非假药,公诉机关并未指控该药品金额为本案的假药销售金额之

一。被告人姜某某销售假药的行为具有严重的社会危害性,应当受到严

厉打击。考虑被告人姜某某销售假药的行为因意志以外的原因导致未实

际完成,系未遂;另虽然被告人姜某某当庭否认其构成销售假药行为,但

是其到案后能如实供述主要的犯罪事实,其否认销售行为系对法律认识

错误,综上,对被告人姜某某减轻处罚。

北京市丰台区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百四十一

条、第二十三条、第六十七条第三款、第五十二条、第五十三条、第六

十四条、第六十一条之规定,作出如下判决: 一、被告人姜某某犯销售假药罪,判处有期徒刑二年十个月,并处罚

金人民币六十万元;

二、随案移送的手机九部、U盘一个、硫酸氢氯吡咯雷片九百六十

盒、消渴丸二百一十二瓶、硝苯地平缓释片五百七十八盒、阿托伐他汀

钙片二千二百二十二盒、瑞舒伐他汀钙片八百五十盒予以没收。随案移

送复方丹参滴丸六百八十盒与本案无关,退回北京市丰台区人民检察

院。

【法官后语】

本案被告人姜某某对起诉书指控的犯罪事实辩称起获的药尚未销

售,不能认定销售假药罪,其辩护人提出销售未遂,可得收入具有不确定

性,不能以市场评估价格认定销售假药的金额。因此本案审理中需要明

确以下三个问题:

1.被告人的行为是否构成销售假药罪

在案起获的全部药品经由药品生产厂家甄别确认系假冒药品生产厂

家的药品,另有药品监管部门出具说明证实涉案药品均依法按照假药论

处,综合足以证明被告人姜某某销售假药罪的事实。虽然被告人姜某某

认为自己没有实际销售,但其购进药品的目的是销售,且有证人证言与被

告人供述互相印证实际销售假药的事实,足以认定被告人实施了销售假

药的行为,构成销售假药罪。

2.被告人销售假药的行为是否能依药品评估价格认定“情节严重”

本案起获的药品没有实际销售,因而不存在以销售所得收入认定销

售金额。那么,如何以销售假药的可得金额认定本案的销售金额呢?在实

务中有两种认定观点,一种观点是可得收入可参照《最高人民法院、最

高人民检察院关于办理侵犯知识产权具体应用法律若干问题的解释》

(法释〔2004〕19号)中关于非法经营数额认定的标准及《关于办理生

产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释

〔2001〕10号)中关于“销售金额”认定标准综合认定销售假药的可得

金额。即能认定实际销售价格的按照实际销售价格计算可得收入,有标

价的可按照标价认定可得收入,都没有的以市场中间价认定可得收入,金

额难以确定的,委托评估机构确定。本案既不能查清实际销售价格,又不

能证明标价,应当以委托评估机构评估的价格认定可得收入。另一种观

点认为法释〔2014〕19号没有规定起获的药品如何具体认定可得收入从

而确定销售金额,在审判中不能扩大解释,因而不能以市场评估的价格认

定起获药品的销售价格。

笔者同意第一种观点,即以市场评估的价格认定起获药品的销售价

格。理由如下:(1)被告人的目的是将药品销售获取非法利益,不能因被

告人反侦查逃避查证实际销售药品的价格而一概不认定起获药品具有可

得收入。(2)销售假药行为本身具有严重的社会危害性,销售假药行为因

其存在巨大的经济利益已经形成了地域人员集中犯罪、地下销售链隐秘

且难以从源头打击的犯罪态势,如果对起获的药品一律不认定销售价格, 会导致销售假药的数量不同却均被判处三年以下有期徒刑刑罚的结果, 量刑不均衡,且不足以评价销售大量假药行为的严重危害性。(3)虽然法

释〔2014〕19号没有明确规定起获的药品如何认定销售金额,但是从立

法本意看,并非对尚未销售的假药一律不认定销售金额。可以参照类似

案件的司法解释认定尚未销售假药的销售金额,即在无法查清实际销售

价格、标价等情况下,以价格评估机构的评估认定药品的销售金额。(4) 由价格评估机构对药品的价格作出评估在程序上合法,在认定金额上具

有专业性。并且考虑到药品与其他假冒、伪劣产品性质不同,药品的实

际销售价格不可能明显低于市场价格,因药品治病救人的属性决定购买

人在购买药品时不存在知假买假的情形。综上,应当以药品评估的价格

认定本案起获药品的销售价格。本案的药品评估价格在20万元以上,因

此构成“情节严重”。

3.假药没有实际销售能否认定为犯罪未遂

销售假药罪系行为犯,因此销售假药罪是否具备犯罪未遂存在争议, 第一种观点认为行为犯只有行为人实施了犯罪行为即应当认定构成既

遂,因此本案不存在犯罪未遂。第二种观点认为行为犯以法定的犯罪行

为是否完成作为犯罪是否既遂的标志,只有实行行为达到一定程度时,才

过渡到既遂状态。对于未完成法定的犯罪行为或者实行行为未达到一定

程度的,应认定为犯罪未遂。

笔者同意第二种观点。理由如下:(1)虽然销售假药罪是行为犯,但

是尚未销售的假药对人体的危害程度尚未呈现,对社会的危害性较实际

已销售假药的危害性要小很多,因此,一律不区分既遂、未遂,均按照既

遂处理不足以体现对犯罪危害性量刑区分的原则。(2)销售假药罪不是

单纯的行为犯,在量刑上档时还体现为对情节及结果的限制,因此,对于

涉及量刑上档时的犯罪行为应当根据犯罪进行状态认定犯罪既遂、未

遂。基于上述观点,对被告人姜某某销售假药的行为认定构成犯罪未遂, 并根据犯罪情节对被告人姜某某减轻处罚。

编写人:北京市丰台区人民法院 仇春子 张慧洁

27对超范围滥用食品添加剂的定性及其构罪标准

的认定

——李某生产、销售不符合安全标准的食品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

武汉市青山区人民法院(2017)鄂0107刑初361号刑事判决书

2.案由:生产、销售不符合安全标准的食品罪

【基本案情】

2016年10月中旬,被告人李某在武汉市青山区红钢城街红钢三街

××-×号其经营的杭州小笼包店内,违反关于在发酵面制品中不得使用

硫酸铝钾和硫酸铝铵的有关规定,非法使用标注含有硫酸铝钾成分的甲

牌香甜泡打粉制作小笼包后对外销售。2016年10月17日,武汉市青山区

食品药品监督管理局执法人员对被告人李某生产的小笼包进行食品安全

监督抽检,经湖北省阿克瑞德检验检测公司检验,被告人李某生产、销售

的小笼包中铝的残留量为306.9mg/kg,不符合《食品安全国家标准 食品

添加剂使用标准》(GB2760—2014)的要求(检验标准为不得检出),检验

结论为不合格。

2016年11月16日,武汉市青山区食品药品监督管理局执法人员在杭

州小笼包店内,当场查获标注含有硫酸铝钾成分的甲牌香甜泡打粉28

包。2017年1月4日,被告人李某被传唤到案。

【案件焦点】

1.本案如何定性;2.在司法解释未确定标准的情况下,如何确定“足

以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”的程度。

【法院裁判要旨】

武汉市青山区人民法院认为:被告人李某在生产、销售食品过程中, 违反食品安全标准,超范围滥用食品添加剂,其食品中含有严重超出标准

限量的重金属,足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病,其

行为已构成生产、销售不符合安全标准的食品罪。公诉机关指控被告人

李某犯生产、销售不符合安全标准的食品罪的罪名成立。被告人李某归

案后能如实供述自己的罪行,且在庭审中自愿认罪,可以从轻处罚。根据

李某的犯罪情节及悔罪表现,没有再犯罪的危险,宣告缓刑对所居住社区

没有重大不良影响,予以宣告缓刑。依照《中华人民共和国刑法》第一

百四十三条、第六十七条第三款、第七十二条、第七十三条第一款、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、最高

人民检察院关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》

第一条第一项、第八条第一款、第十八条之规定,判决如下: 一、被告人李某犯生产、销售不符合安全标准的食品罪,判处拘役

六个月,缓刑七个月,并处罚金人民币2000元;

二、禁止被告人李某在缓刑考验期限内从事食品生产、销售及相关

活动;

三、扣押在湖北省武汉市公安局青山区分局(钢城分局)的甲牌香甜

泡打粉28包(规格:50克×1包)予以没收,上缴国库。

一审宣判后,被告人李某未提出上诉,公诉机关亦未提出抗诉,判决

已生效。

【法官后语】

1.本案应以生产、销售不符合安全标准的食品罪定罪处罚

对超范围滥用食品添加剂的案件,一种意见认为应定性为生产、销

售有毒、有害食品罪。在制作食品过程中,添加国家禁止使用的含有硫

酸铝钾成分的泡打粉,然后予以销售,应视为生产、销售的食品中掺入了

有毒、有害的非食品原料,其行为符合生产、销售有毒、有害食品罪的

犯罪构成要件。

另一种意见认为,超范围滥用食品添加剂的行为应定性为生产、销

售不符合安全标准的食品罪。根据《最高人民法院、最高人民检察院关

于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第二十条第一

项的规定,“法律、法规禁止在食品生产经营过程中添加、使用的物

质”才应当认定为“有毒、有害的非食品原料”,本案中,认定被告人在

生产、销售食品过程中,违反食品安全标准,超范围滥用食品添加剂,是

依据《国家卫生计生委等五部门关于调整含铝食品添加剂使用规定的公

告》(2014年第8号),从2014年7月1日起,在小麦粉及其制品(除油炸面制

品、面糊、裹粉、煎炸粉外)生产中不得使用硫酸铝钾和硫酸铝铵的规

定。该公告的效力应该不属于法律、法规的范畴,故不能定性为生产、

销售有毒、有害食品罪。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危

害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第八条第一款明确规

定“在食品加工、销售、运输、贮存等过程中,违反食品安全标准,超限

量或者超范围滥用食品添加剂,足以造成严重食物中毒事故或者其他严

重食源性疾病的,依照刑法第一百四十三条的规定以生产、销售不符合

安全标准的食品罪定罪处罚”。本案应以生产、销售不符合安全标准的

食品罪定罪处罚。

2.在司法解释未确定标准的情况下,构罪标准中的“严重超出标准

限量”的认定应以≤100mg/kg为限

经查询裁判文书网,各地生效刑事判决书有的直接引用刑法第一百

四十三条;有的援引《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害食

品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条第一项、第八条的规

定;有的援引《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害食品安全

刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条第五项、第八条、第二十一

条的规定。但均表述为非法使用或滥用食品添加剂,违反食品安全标

准。该解释第一条规定生产、销售不符合食品安全标准的食品,具有下

列情形之一的,应当认定为刑法第一百四十三条规定的“足以造成严重

食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”:“(一)含有严重超出标准限

量的致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他

危害人体健康的物质的……(五)其他足以造成严重食物中毒事故或者其

他严重食源性疾病的情形。”

实践当中的困惑是如何认定“足以造成严重食物中毒事故或者其他

严重食源性疾病”。该解释第二十一条规定,“足以造成严重食物中毒

事故或者其他严重食源性疾病”“有毒、有害非食品原料”难以确定

的,司法机关可以根据检验报告并结合专家意见等相关材料进行认定。

必要时,人民法院可以依法通知有关专家出庭作出说明。本案合议庭认

为,本案应直接援引该解释第一条第一项、第八条的规定,认定其食品中

含有严重超出标准限量的重金属,足以造成严重食物中毒事故或者其他

严重食源性疾病。这就又引申出另一个问题,如何认定严重超出标准限

量?

庭审中经通知有专门知识的人出庭得知《食品安全国家标准 食品

添加剂使用标准》(GB2760—2014)是2015年5月24日生效执行的,含有硫

酸铝钾和硫酸铝铵的食品添加剂在小笼包、包子、馒头等发面制品中使

用的,检验标准为不得检出(≤25mg/kg),但油炸品的检验标准铝的残留

量为≤100mg/kg。已被代替的《食品安全国家标准 食品添加剂使用标

准》(GB2760—2011)的检验标准是铝的残留量为≤100mg/kg。故合议庭

考虑以上因素,在没有出台相关具体解释的前提下,结合社会危害性,按

照刑法谦抑原则,综合考量,认为严重超出标准限量的认定以≤100mg/kg 为限作为罪与非罪的界限,比较符合立法原意,既留给行政执法部门一定

的执法空间,又较好地打击食品犯罪,保护好人民群众生命、健康权利。

编写人:武汉市青山区人民法院 王钢

28包子皮中添加含铝泡打粉构成生产、销售不符

合安全标准的食品罪还是生产、销售有毒、有害

食品罪

——龚某生产、销售不符合安全标准的食品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

新疆维吾尔自治区石河子市人民法院(2017)兵9001刑初376号刑事

判决书

2.案由:生产、销售不符合安全标准的食品罪

【基本案情】

被告人龚某自2014年起,在石河子市花园镇××小区×××号经营

石河子市花园镇甲小笼包店,制作、出售包子等食品。其在明知制作包

子过程中禁止使用含铝添加剂的情况下,为加快发面速度,仍于2016年6

月起购买含铝成分的乙牌泡打粉(主要成分为硫酸铝铵),用于发面后制

作包子并出售。2016年8月6日,石河子市食品药品监督管理局执法人员

对被告人龚某制作的包子进行监督抽检。经新疆出入境检验检疫局检验

检疫技术中心鉴定,从被告人龚某店内抽检包子皮中的铝残留量

为288mg/kg,检验结论为不合格。同年11月7日,执法人员向被告人龚某

送达检验报告并进行现场调查时,从其经营的包子店内当场查获已开封

的乙牌香甜泡打粉(2.5kg)一袋。

案发后,被告人龚某接公安机关电话通知后于2017年4月18日主动到

公安机关接受调查,并如实供述了其主要犯罪事实。

公诉机关认为,被告人龚某明知含铝添加剂已禁止使用,仍然在制作

的包子中使用含铝成分的泡打粉,其行为构成生产、销售有毒、有害食

品罪。

被告人龚某对公诉机关指控事实无异议,并当庭表示自愿认罪,但辩

称其并不知道使用的泡打粉系含铝食品添加剂。辩护人的主要辩护意见

是:(1)被告人龚某虽知道不得使用含铝添加剂,但其主观上并不知道其

使用的泡打粉中含铝,而生产、销售有毒、有害食品罪要求主观上必须

是明知,故被告人龚某不构成犯罪;(2)泡打粉属于食品添加剂,但不属于

有毒有害的非食品原料,被告人龚某即便构成犯罪,也不应是生产、销售

有毒、有害食品罪。

【案件焦点】

1.被告人龚某是否符合构成相关犯罪的主观明知条件;2.被告人龚

某的行为构成生产、销售不符合安全标准的食品罪还是生产、销售有

毒、有害食品罪。

【法院裁判要旨】

新疆维吾尔自治区石河子市人民法院经审理认为:被告人龚某在包

子的制售过程中,违反食品安全标准,超范围滥用主要成分为硫酸铝铵的

含铝食品添加剂,足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病, 其行为构成生产、销售不符合安全标准的食品罪。公诉机关指控的犯罪

事实清楚,证据确实、充分,但指控罪名有误。被告人龚某在尚未受到讯

问及被采取强制措施时,接公安机关电话通知后,自行前往公安机关投

案,并如实供述了主要犯罪事实,应当认定为自首,依法可对其从轻处

罚。被告人的辩护人关于被告人龚某主观上并不知道泡打粉中含铝,不

构成犯罪的辩护意见与事实不符,故不予采纳。综上,依照《中华人民共

和国刑法》第一百四十三条、第六十七条第一款、第五十二条、第五十

三条、第六十四条、《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害食

品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条第一项、第八条及

《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

一条之规定,判决如下:

一、被告人龚某犯生产、销售不符合安全标准的食品罪,判处有期

徒刑十个月,并处罚金人民币一万元;

二、随案扣押的乙牌香甜泡打粉一袋(已开封),依法予以没收。

所判罚金限被告人于本判决生效后十日内一次性缴纳。

【法官后语】

本案系笔者所在地区的第一例面制品领域食品安全案件。在审理过

程中,关于对被告人龚某的行为如何定性,存在两种意见:第一种意见认

为,《国家卫生计生委等五部门关于调整含铝食品添加剂使用规定的公

告》(以下简称《五部门公告》),自2014年7月1日起明令禁止在小麦粉

及其制品(除油炸面制品、面糊、裹粉、煎炸粉外)生产中使用硫酸铝钾

和硫酸铝铵等含铝食品添加剂,被告人龚某在包子的制售过程中使用含

铝泡打粉的行为应构成生产、销售有毒、有害食品罪;第二种意见认为, 被告人龚某在包子的制售过程中,违反食品安全标准,超范围滥用含铝食

品添加剂,足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病,其行为

构成生产、销售不符合安全标准的食品罪。

我们赞同第二种意见,理由如下:

生产、销售有毒、有害食品罪与生产、销售不符合安全标准的食品

罪在犯罪主体、客体方面确有相同或相似之处,但存在本质的区别:第

一,生产、销售有毒、有害食品罪在食品中添加的应属有毒、有害的非

食品原料;而生产、销售不符合安全标准的食品罪在食品中添加的物质

在本质上应属食品原料,只是存在超限量或超范围滥用等情形。第二,前

罪属行为犯,行为人只要实施刑法第一百四十四条所规定的行为即构成

犯罪;而后罪属危险犯,只有达到“足以造成严重食物中毒事故或者其他

严重食源性疾病”的程度,才构成犯罪。根据《最高人民法院、最高人

民检察院关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第

一条的规定,具有下列情形之一的,应当认定为刑法第一百四十三条规定

的“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”:“(一)含

有严重超出标准限量的致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、

污染物质以及其他危害人体健康的物质的;(二)属于病死、死因不明或

者检验检疫不合格的畜、禽、兽、水产动物及其肉类、肉类制品的; (三)属于国家为防控疾病等特殊需要明令禁止生产、销售的;(四)婴幼

儿食品中生长发育所需营养成分严重不符合食品安全标准的;(五)其他

足以造成严重食物中毒事故或者严重食源性疾病的情形。”

本案中,关于被告人龚某的行为构成何罪,关键在于上述两个方面的

判断。首先,根据上述司法解释第二十条的规定,下列物质应当认定

为“有毒、有害的非食品原料”:“(一)法律、法规禁止在食品生产经

营活动中添加、使用的物质;(二)国务院有关部门公布的《食品中可能

违法添加的非食用物质名单》《保健食品中可能非法添加的物质名单》

上的物质;(三)国务院有关部门公告禁止使用的农药、兽药以及其他有

毒、有害物质;(四)其他危害人体健康的物质。”本案中,被告人龚某在

包子面皮中使用的含铝泡打粉,并非在食品生产经营活动中完全禁止添

加、使用的物质,从《五部门公告》可以看出,含铝食品添加剂在油炸面

制品、面糊、裹粉、煎炸粉等面制品中并非完全禁止使用,也就是说其

存在可使用的范围。再者,主要成分为硫酸铝钾、硫酸铝铵等含铝食品

添加剂并非《食品中可能违法添加的非食用物质名单》及《保健食品中

可能非法添加的物质名单》上的物质,其反而系存在于国家计生委公布

的《食品中可能滥用的食品添加剂品种名单》中的物质,更可以看出其

本质属于在食品生产经营活动中不能超范围、超限量滥用的食品原料, 而非有毒、有害的非食品原料。其次,被告人龚某超范围在不能添加含

铝食品原料的包子制品中添加含铝食品添加剂,符合上述司法解释

中“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”第一项中

的“其他危害人体健康的物质”,也正是基于此,五部门才联合发公告对

含铝食品添加剂使用规定进行了调整。故此,被告人龚某的行为符合在

食品加工、销售过程中,违反食品安全标准,超范围滥用食品添加剂,足

以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的情形,应以生产、

销售不符合安全标准的食品罪定罪处罚。

关于被告人龚某及其辩护人提出的被告人龚某主观上并不“明

知”所使用的泡打粉系含铝食品添加剂的问题,我们认为,被告人龚某对

制作包子过程中禁止使用含铝添加剂是明知的事实,其本人亦未持异议, 其虽辩称不知所使用泡打粉含铝,但龚某作为从事餐饮服务行业的个体

经营者,对于其制售食品中所添加的物质及成分负有审慎的注意义务,其

使用的泡打粉主要成分为硫酸铝铵及其中的“铝”含量在其使用的泡打

粉外包装袋上有明确的标注,属于被告人应当明知的事实。被告人及其

辩护人的上述辩解、辩护意见不能成立。

编写人:新疆维吾尔自治区石河子市人民法院 杨婷

29“地沟油”无须鉴定机构出具鉴定意见、查明

有毒有害成分

——王某、韦某生产、销售有毒、有害食品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河北省武安市人民法院(2017)冀0481刑初191号刑事判决书

2.案由:生产、销售有毒、有害食品罪

【基本案情】

2015年10月份左右,被告人王某在武安市塔南路经营甲烤鸭店过程

中,在明知加工鸭肉时所产生的废弃鸭油系肉制品加工废弃油脂,还将约

100公斤废弃鸭油以每公斤5元的价格销售给用于制作烧鸡的韦某。被告

人韦某明知是王某在加工鸭肉时所产生的废弃鸭油而购买,而且将购买

的废弃鸭油用于烧制烧鸡并予以销售。

被告人王某于2016年5月12日因涉嫌生产、销售有毒、有害食品罪

被刑事拘留,同年5月18日被武安市公安局取保候审,2017年4月1日被武

安市公安局执行逮捕。被告人韦某于2016年5月13日因涉嫌生产、销售

有毒、有害食品罪被武安市公安局刑事拘留,同年5月18日被武安市公安

局取保候审,2017年3月21日被武安市公安局刑事拘留,同年4月1日被执

行逮捕。

武安市人民检察院以武检公诉刑诉(2017)199号起诉书指控被告人

王某、韦某犯生产、销售有毒、有害食品罪。

【案件焦点】

废弃鸭油的生产、销售行为能否直接认定为生产、销售有毒、有害

食品,是否需要做成分鉴定。

【法院裁判要旨】

河北省武安市人民法院经审理认为:被告人王某明知韦某购买废弃

鸭油用于制作烧鸡,仍将废弃鸭油非食品原料当作“食用油”向韦某销

售;被告人韦某明知王某销售的废弃鸭油为非食品原料,仍予以购买,并

制作烧鸡使用。其二人行为均已构成生产、销售有毒、有害食品罪,公

诉机关指控罪名均成立。被告人王某、韦某认罪态度较好,可酌情从轻

处罚。故依照《中华人民共和国刑法》第一百四十四条之规定,判决如

下:

一、被告人王某犯生产、销售有毒、有害食品罪,判处有期徒刑一

年六个月,并处罚金人民币20000元;

二、被告人韦某犯生产、销售有毒、有害食品罪,判处有期徒刑一

年二个月,并处罚金人民币15000元。

【法官后语】

根据最高人民法院、最高人民检察院、公安部联合下发的《关于依

法严惩“地沟油”犯罪活动的通知》(公通字〔2012〕1号,以下简称

《通知》)第一条规定,“地沟油”犯罪,是指用餐厨垃圾、废弃油脂、

各类肉及肉制品加工废弃物等非食品原料,生产、加工“食用油”,以及

明知是利用“地沟油”生产、加工的油脂而作为食用油销售的行为。本

案中被告人王某明知废弃鸭油产生后应当作为废弃油脂处理,而将该鸭

油销售给被告人韦某,被告人韦某明知其从事的烧鸡制作应当以食用油

为原料,而购买被告人王某的废弃鸭油,买卖双方均以“废弃鸭油”作

为“食用油”来进行食品的生产、加工和销售,废弃鸭油属于“地沟

油”中的废弃油脂或肉制品加工废弃物的非食品原料。

本案中,公安机关未对废弃鸭油是否含有有毒、有害成分进行鉴定, 如前所述,“废弃鸭油”应属于“地沟油”。根据《通知》第二条第一

项、第二项、第三项的规定,应当理解为:只要有证据证实行为人以“地

沟油”为原料生产“食用油”或明知所销售的“食用油”是以“地沟

油”为原料制作的,不再需要成分鉴定。只有在第二条第四项规定的无

法查明“食用油”是否系利用“地沟油”生产、加工的情形下,被告人

明知来源可疑而予以销售的,才有必要做成分鉴定。故本案合议庭倾向

于不做成分鉴定,直接定性为生产、销售有毒、有害食品罪。

被告人王某从事的烤鸭加工过程中产生的废弃鸭油,应属于“地沟

油”中的废弃油脂或者肉制品加工废弃物类型,而被告人韦某明知其从

被告人王某处购买的废弃鸭油系烤制鸭肉过程中产生的废弃油脂,不属

于正常食用油范畴,而利用该油进行烧鸡烤制,并销售,属明知其所使用

的“食用油”以“地沟油”为原料制作,不需要做鉴定。

“地沟油”犯罪严重危害人民群众身体健康和生命安全,严重影响

市场经济秩序并损害政府公信力,本案中二被告人漠视国家相关法律法

规的规定,以营利为目的,明知烤鸭产生的废鸭油系废弃油脂,仍然将其

买卖并使用该油加工烧鸡,向消费者销售,构成生产、销售有毒、有害食

品罪。针对“地沟油”案件,直到当前也没有形成一种公认的、行之有

效的鉴定方法,因此惩治犯危害食品安全的犯罪,尚不能完全依赖于鉴定

机构的鉴定,对生产、销售、使用属于“地沟油”类型的犯罪活动,依据

《通知》的精神,无须鉴定机构出具鉴定意见,查明有毒有害成分,可以

直接以生产、销售有毒、有害食品罪定罪处罚。

编写人:河北省武安市人民法院 孙道庆

30在凉茶中添加非处方类西药并出售的行为定性

——王泽某生产、销售有毒、有害食品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省广州市越秀区人民法院(2017)粤0104刑初838号刑事判决书

2.案由:生产、销售有毒、有害食品罪

【基本案情】

2016年6月25日至2016年8月5日期间,被告人王泽某在广州市越秀区

中山六路193号地下经营广州市越秀区甲食品商行时,在其配制的凉茶中

添加“咳特灵”“氨咖黄敏”等药物,并将凉茶对外销售。2016年8月5

日,广州市越秀区食品药品监督管理局执法人员对该商行进行检查,查获

被告人王泽某存放在商行内的彩色粉末6瓶、灰白色粉末21瓶以及止咳

茶、感冒茶等凉茶。

经广东省药品检验所检测:上述彩色粉末被检出对乙酰氨基酚和马

来酸氯苯那敏成分,灰白色粉末被检出马来酸氯苯那敏成分,止咳茶被检

出马来酸氯苯那敏成分,感冒茶被检出对乙酰氨基酚和马来酸氯苯那敏

成分。

2017年2月15日上午,被告人王泽某在广州市越秀区甲食品商行被公

安人员抓获归案。

【案件焦点】

1.凉茶是否属于食品;2.在凉茶中添加非处方类西药是否属于刑法

规定的添加有毒、有害的非食品原料。

【法院裁判要旨】

广州市越秀区人民法院经审理认为:凉茶属于食品。被告人王泽某

在凉茶中添加的是非处方类西药咳特灵胶囊、氨咖黄敏胶囊,咳特灵胶

囊、氨咖黄敏胶囊是国家允许使用的药品,但按照法律规定是属于明令

禁止在食品生产经营中添加、使用的物质。因此,被告人王泽某在凉茶

中添加非处方类西药的行为属于在食品中掺入有毒、有害的非食品原

料。被告人王泽某在生产、销售的食品中掺入国家禁止添加的药品,其

行为已构成生产、销售有毒、有害食品罪,依法应予惩处。公诉机关指

控被告人王泽某犯生产、销售有毒、有害食品罪,事实清楚,证据确实、

充分,罪名成立,应予支持。被告人王泽某归案后能如实供述自己的罪

行,依法可以从轻处罚。

广州市越秀区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百四十四

条、第六十七条第三款,第七十二条,第七十三条第二、三款,第五十三

条,第六十四条以及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害食

品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第九条第一款,第十八条,第

二十条之规定,作出如下判决:

一、被告人王泽某犯生产、销售有毒、有害食品罪,判处有期徒刑

六个月,缓刑一年,并处罚金人民币十五万元;

二、禁止被告人王泽某在缓刑考验期限内从事食品生产、销售及相

关活动。

【法官后语】

本案审理中主要涉及以下两个争议焦点:一是凉茶是否属于食品;二

是在凉茶中添加非处方类西药是否属于刑法规定的添加有毒、有害的非

食品原料。

1.关于凉茶是否属于食品的问题

本案在审理过程中,关于凉茶的定性问题存在争议,出现了两种不同

意见,一种意见认为凉茶属于药品,一种意见认为凉茶属于食品。我们认

为凉茶属于食品,具体阐述如下:

(1)从国家对凉茶生产经营的监督管理方面分析

按照《国务院关于公布第一批国家级非物质文化遗产名录的通知》

(国发〔2006〕18号)的规定,凉茶属于传统手工技艺,而不属于传统医

药。[[1]作](#p272)为居民消费支出有关的统计调查和数据发布的分类依据,国家

统计局研究制定的《居民消费支出分类》将凉茶归类为食品烟酒中的饮

料。[[2]《](#p272)食品安全法》第三十五条规定,国家对食品生产经营实行许可

制度;《药品管理法》同样规定,无药品生产许可证、药品经营许可证

的,不得生产、经营药品。本案中,食品药品监督管理部门向涉案商铺核

发的是食品经营许可证,而没有核发药品生产许可证或者药品经营许可

证,说明国家对凉茶的生产经营是作为食品来监督管理。在社会大众认

识中,凉茶也只属于食品中的饮料。

(2)从《药品管理法》《食品安全法》对于药品、食品的定义分析

《药品管理法》规定,本法中“药品”,是指用于预防、治疗、诊断

人的疾病,有目的地调节人的生理机能并规定有适应症或者功能主治、

用法和用量的物质,包括中药材、中药饮片、中成药、化学原料药及其

制剂、抗生素、生化药品、放射性药品、血清、疫苗、血液制品和诊断

药品等。《食品安全法》规定,本法中“食品”指各种供人食用或者饮

用的成品和原料以及按照传统既是食品又是中药材的物品,但是不包括

以治疗为目的的物品。凉茶并非中药饮片,《药品管理法》规定中药饮

片必须经过标准、规范方法炮制。凉茶配方中含有中药材,但其本身不

等同于中药材,中华传统文化及当今社会中对中药材的运用并非都是作

为中药,典型的情况就是在食物中加入中药材烹调。鉴于凉茶配方含有

中药材,因此具有一定的养生保健功能,而不是具有医学上的治疗功能。

综上,凉茶不属于《药品管理法》规定的药品种类,按照《食品安全法》

对食品的定义,凉茶属于食品当中供人饮用的成品。

2.在凉茶中添加非处方类西药是否属于刑法规定的添加有毒、有害

的非食品原料按照《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害食品

安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第二十条规定,下列物质应当

认定为“有毒、有害的非食品原料”:“(一)法律、法规禁止在食品生

产经营活动中添加、使用的物质;(二)国务院有关部门公布的《食品中

可能违法添加的非食用物质名单》《保健食品中可能非法添加的物质名

单》上的物质;(三)国务院有关部门公告禁止使用的农药、兽药以及其

他有毒、有害物质;(四)其他危害人体健康的物质。”

按照《食品安全法》第三十八条规定,生产经营的食品中不得添加

药品,但是可以添加按照传统既是食品又是中药材的物质。

本案中,被告人王泽某在凉茶中添加的是非处方类西药咳特灵胶

囊、氨咖黄敏胶囊,咳特灵胶囊、氨咖黄敏胶囊是国家允许使用的药品, 但按照法律规定是属于明令禁止在食品生产经营中添加、使用的物质。

因此,被告人王泽某在凉茶中添加非处方类西药的行为属于在食品中掺

入有毒、有害的非食品原料。

综合以上分析,被告人王泽某在其配制的凉茶中添加“咳特

灵”“氨咖黄敏”等非处方类西药,并将凉茶对外销售的行为,已构成生

产、销售有毒、有害食品罪。

关于凉茶属于食品还是药品的问题,社会认识分歧面大,该案例通过

充分的论证说理,认定凉茶属于饮品,是食品中的一类,为凉茶的定性树

立了规范,进而认定在凉茶中添加非处方类西药并出售的行为构成生

产、销售有毒、有害食品罪,对同类案件审理具有借鉴意义。同时,该案

例对民间存在的为增强凉茶效果而在凉茶中违法添加非处方类西药行为

可起到警示作用。

编写人:广东省广州市越秀区人民法院 黄涛 姚晓萍

(二)妨害对公司、企业的管理秩序罪

31拒不交出会计账簿、会计凭证行为的定性

——王某隐匿会计凭证、会计账簿案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河北省邯郸市中级人民法院(2018)冀04刑终105号刑事判决书

2.案由:隐匿会计凭证、会计账簿罪

【基本案情】

被告人王某于2009年9月18日至今担任大名县某乡某村会计,负责记

录本村集体财务账,其间经手本村集体财务260余万元。因村民向大名县

纪律检查委员会、监察局[[3]](#p272)反映大名县某村财务问题,大名县纪律检查

委员会、大名县监察局决定对群众举报进行初步核实。2017年8月、9

月,大名县纪律检查委员会、监察局调查某村财物收支情况,并多次要求

王某提供其担任会计期间经手的会计账簿及会计凭证,王某以该村收入

是经其告状及上访得到的,不归县纪委管为由拒不交出。大名县公安局

立案后,于2017年9月29日10时许,依法对王某住处进行搜查,依法搜查现

金12.73万元,村集体收支账本4册及村集体支出记账凭证及单据。经审

计,该村2011年12月29日至2017年8月26日期间各项收入合计2634687

元。

【案件焦点】

1.纪检委作为党内纪律检查机构,其查账依据的是工作条例,被告人

王某的行为是违纪还是犯罪;2.纪检委明知账簿在被告人王某处的情况

下,被告人王某拒不交出会计账簿是否构成隐匿会计账簿罪。

【法院裁判要旨】

河北省大名县人民法院经审理认为:被告人王某隐匿会计账簿、会

计凭证涉及金额50万元以上,主管部门依法要求其提交会计账簿、会计

凭证时,拒不交出,其行为已构成隐匿会计账簿、会计凭证罪,公诉机关

指控其罪名成立。关于辩护人辩称纪检委不是政府部门,不属于国家机

关,纪检委查账依据的是工作条例,不是法律,故被告人王某的行为不构

成隐匿会计账簿、会计凭证罪的辩护意见,大名县纪委、大名县监察局

接村民举报某村卖地款不入账等问题后决定对案件线索进行初步核实, 大名县纪委、监察局在执行公务中,有权要求会计人员提供会计资料,县

纪委、监察局在核查某村财务状况时,多次通知被告人王某提交村会计

账簿、会计凭证,被告人王某依法应当交出而拒不交出,其行为符合隐匿

会计账簿、会计凭证罪的主客观要件,辩护人辩护意见于法无据,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》第一百六十二

条之一、第五十二条之规定作出如下判决:

被告人王某犯隐匿会计凭证、会计账簿罪,判处有期徒刑一年六个

月,并处罚金人民币一万元。

被告人王某不服提出上诉。

河北省邯郸市中级人民法院经审理认为:王某隐匿会计凭证、会计

账簿,情节严重,其行为已构成隐匿会计凭证、会计账簿罪。王某作为某

村的会计,对其所经管的本村集体260余万元的财物会计凭证、会计账

簿,依法负有保管职责,群众对其任职期间的财务进行举报反映,其在纪

检监察部门查处时,依法应当提供而拒不交出的行为,符合隐匿会计凭

证、会计账簿罪的构成要件。

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[[4]的](#p272)规定,作出如下裁定: 驳回王某的上诉,维持原判。

【法官后语】

隐匿会计账簿、会计凭证罪所侵犯的客体是国家会计资料管理制

度,本罪的犯罪对象是会计账簿、会计凭证等会计资料。本案在客观上

表现为隐匿会计凭证、会计账簿,情节严重的行为。会计凭证包括原始

凭证和记账凭证;会计账簿包括总账、明细账、日记账和其他辅助性账

簿。隐匿是指故意隐藏的行为。在有关主管部门依法实施会计监督时, 将应当提供出来接受检查的会计凭证、会计账簿隐藏起来拒不提供,或

者将应当提供社会监督的会计凭证、会计账簿隐藏起来拒不提供。本案

需达到情节严重的情况才构成犯罪,《最高人民检察院、公安部关于公

安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》对于隐匿、故意销毁

会计账簿、会计凭证罪规定了三种应当追诉的情况:(1)隐匿、故意销毁

的会计凭证、会计账簿、财物会计报告涉及金额在五十万元以上的;(2) 依法应当向司法机关、行政机关、有关主管部门等提供而隐匿、故意销

毁或拒不交出会计凭证、会计账簿、财物会计报告的;(3)其他情节严重

的情形。“隐匿”是指将依法应当保存的会计资料隐藏起来,使别人无

法查找。“拒不交出”是指明示资料去向,仅是不向有关部门提供, 虽“拒不交出”并不是《刑法》第一百六十二条之一规定的隐匿的一种

情形。但其社会危害性与隐匿、故意销毁并无差别。

结合本案,村民向纪检部门反映某村财务的问题,纪检部门在对群众

反映的问题进行核实的过程中,数次要求会计王某交出本村的会计凭证

和会计账簿,王某以该村收入是经其告状及上访得到的,不归县纪委管为

由拒不交出,导致纪检工作无法正常进行。在庭审中辩护人提出纪检部

门要求被告人王某交出账簿是依照党纪进行的,被告人王某不交出账簿

的行为是违纪而不是犯罪。合议庭讨论认为大名县纪委、监察局在执行

公务中,有权要求会计人员提供会计资料,县纪委、监察局在核查某村财

务状况时,多次通知被告人王某提交村会计账簿、会计凭证,被告人王某

依法应当交出而拒不交出,逃避依法查处。同时参考了《公安部经济犯

罪侦查局关于隐匿销毁会计资料罪有关问题的答复》的规定:依据有关

法律法规的规定,依法实施监督检查的财政、审计、税务、人民银行、

证券监管、保险监管、监察、党的纪律检察机关等监督检查机关(部门) 在执行公务中有权要求会计机构或会计人员提供会计资料,故被告人王

某的行为构成隐匿会计凭证、会计账簿罪。

编写人:河北省大名县人民法院 张克大

(三)破坏金融管理秩序罪

32银行工作人员伙同他人骗取银行贷款如何定性

——吴某等骗取贷款案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市西城区人民法院(2017)京0102刑事判决书

刑初147号刑事判决书

2.案由:骗取贷款罪

【基本案情】

2014年12月至2015年7月,被告人吴某作为银行工作人员,与社会人

员被告人张某、冯某、王某内外勾结,通过伪造贷款人的征信资料、个

人信息等,为聂振某、康金某等30人骗取中国甲银行个人消费贷款共计

人民币560万元,给中国甲银行造成经济损失人民币300余万元。其中,被

告人张某参与骗取贷款人民币120万元,被告人冯某参与骗取贷款人民

币110万元,被告人王某参与骗取贷款人民币120万元。

2016年5月16日,被告人吴某、冯某、王某被抓获归案,同日被告人

张某向公安机关自动投案。在案件审理过程中,被告人吴某的家属代为

退赔赃款人民币2万元,被告人冯某、张某各退赔赃款人民币5000元。

【案件焦点】

银行工作人员与社会人员内外勾结共同骗取银行贷款,应定性为违

法发放贷款罪还是骗取贷款罪。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院经审理认为:被告人吴某作为负责银行贷前

审查的工作人员,为了完成工作业绩及谋取返点私利,内外勾结寻找贷款

人骗取银行贷款,其本意在于获得部分贷款款项及业绩奖励,并非疏于履

行贷款业务审查职责,也并非徇私情为关系人提供帮助而违反国家规定

向不符合条件的贷款人发放贷款。本案贷款人均是其他被告人通过网

络、微信等渠道在社会上寻找的,信息造假行为是由吴某主动完成的,贷

款人的代价是交纳高额返点金额,上述骗贷行为是被告人吴某一手策划

的,且主要体现在以“欺骗手段”实施,该行为不仅侵犯了金融管理秩

序,还侵犯了金融机构的财产权,符合骗取贷款罪的犯罪构成。北京市西

城区人民检察院指控被告人吴某、冯某、张某、王某犯骗取贷款罪成

立。鉴于被告人吴某、冯某、王某到案后能如实供述犯罪事实,均可依

法从轻处罚,并酌情对被告人冯某、王某适用缓刑;被告人张某在有期徒

刑刑罚执行完毕后五年内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪,系累犯, 应依法从重处罚,其系自动投案,到案后能如实供述犯罪事实,具有自首

情节,可依法从轻处罚。北京市西城区人民法院根据本案的事实、性

质、情节和社会危害程度,依照《中华人民共和国刑法》第一百七十五

条之一第一款,第二十五条第一款,第六十五条第一款,第六十七条第一

款、第三款,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,第六十一条、第六十四条之规定,判决如下: 一、被告人吴某犯骗取贷款罪,判处有期徒刑一年十个月,并处罚金

人民币二万元;

二、被告人张某犯骗取贷款罪,判处有期徒刑十个月,并处罚金人民

币二万元;

三、被告人冯某犯骗取贷款罪,判处有期徒刑十个月,缓刑一年,并

处罚金人民币二万元;

四、被告人王某犯骗取贷款罪,判处有期徒刑十个月,缓刑一年,并

处罚金人民币二万元;

五、退赔款人民币三万元发还中国甲银行北京西单支行;责令被告

人吴某、张某、冯某、王某继续在犯罪数额范围内承担连带退赔责任, 退赔款发还中国甲银行北京西单支行。

【法官后语】

司法实践中,银行工作人员与社会人员内外勾结共同骗取银行贷款

的犯罪行为较为常见,对于定性应为违法发放贷款罪还是骗取贷款罪不

能一概而论,应针对案件具体分析,着重审查被告人的主观故意、客观行

为、主体身份、犯罪后果等,对案件进行准确定性。

本案中,被告人吴某作为不具有贷款审批权的银行工作人员,与社会

人员被告人冯某、张某、王某内外勾结,采取欺骗手段骗得银行贷款,根

据我国《刑法》第一百七十五条之一的规定,构成骗取贷款罪,且系共同

犯罪。同时,被告人吴某作为金融机构工作人员,违反国家规定发放贷

款,根据我国《刑法》第一百八十六条的规定,还可能构成违法发放贷款

罪。那么,对于被告人吴某的行为,究竟应该定性为骗取贷款罪还是违法

发放贷款罪,在实践中存在不同的观点。有的观点认为,由于被告人吴某

具有银行工作人员的身份,其利用贷前审查的职责便利,与贷款人内外勾

结,骗取银行向贷款人发放贷款,其行为既符合违法发放贷款罪的犯罪构

成,又符合骗取贷款罪的犯罪构成,属于想象竞合犯,应从一重罪,以违法

发放贷款罪定罪处罚。有的观点认为,被告人吴某虽系银行工作人员,但

其作为贷前审查员,对于贷款的发放不具有决定权,其通过伪造贷款人征

信资料、个人收入证明等信息,骗取具有决定权的银行工作人员通过审

核发放贷款,其行为本质更多地体现在“骗取”方面,故以骗取贷款罪定

性更为准确,本案采纳了后一种观点。合议庭认为,被告人吴某作为负责

银行贷前审查的工作人员,为了完成工作业绩及谋取返点私利,内外勾结

寻找贷款人骗取银行贷款,其本意在于获得部分贷款款项及业绩奖励,并

非疏于履行贷款业务审查职责,也并非徇私情为关系人提供帮助而违反

国家规定向不符合条件的贷款人发放贷款。本案贷款人均是其他被告人

通过网络、微信等渠道在社会上寻找的,信息造假行为是由吴某主动完

成的,贷款人的代价是交纳高额返点金额,上述骗贷行为是被告人吴某一

手策划的,且主要体现在以“欺骗手段”进行实施,该行为不仅侵犯了金

融管理秩序,还侵犯了金融机构的财产权,符合骗取贷款罪的犯罪构成。

且本案中,如认定被告人吴某构成违法发放贷款罪,该罪名无法涵盖其收

取返点好处费的行为,亦不利于追赃,故实践中对行为人以骗取贷款罪定

罪处罚更为准确,也更具有实操性。

编写人:北京市西城区人民法院 张岩

33银行工作人员明知被告人提供虚假的贷款资料

而予以贷款能否认定为骗取贷款罪

——石某某骗取贷款案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

黑龙江省农垦中级法院(2017)黑81刑终59号刑事裁定书

2.案由:骗取贷款罪

【基本案情】

2010年1月份,被告人石某某在黑龙江省海伦农场十二队承包土地耕

种,因种地缺少资金,便找到亲属石某甲、王某甲,以他们的名义向银行

申请贷款,由石某某使用并负责偿还,石某甲、王某甲表示同意。因以石

某甲、王某甲二人的名义贷款数额不够,资金缺口很大,石某某又私自搜

集赵某某等17人的身份信息并制作假的身份证。在中国甲银行股份有限

公司海伦市支行海伦分理处主任曹某某、副主任田某某(二人均已判刑) 的帮助下,办理额度不等的三年期小额惠农自助循环贷款,以陈某某等12

人的名义贷款人民币60万元,以张某某等4人的名义贷款人民币16万元, 以王某乙等2人的名义贷款人民币6万元,以王某丙的名义贷款人民币2万

元,合计贷款人民币84万元。被告人石某某在中国甲银行股份有限公司

海伦市支行海伦分理处办理的贷款,至今尚未偿还,给银行造成经济损失

人民币84万元。2016年1月12日,被告人石某某在黑龙江省海伦农场被公

安机关传唤到案。

【案件焦点】

银行工作人员明知被告人提供虚假的贷款资料而予以贷款,能否认

定被告人构成骗取贷款罪。

【法院裁判要旨】

黑龙江省牡丹江农垦法院经审理认为:被告人石某某采取提供虚假

资料的手段向银行贷款,贷款至今尚未偿还,致使银行遭受重大经济损

失,其行为已构成骗取贷款罪。被告人石某某犯罪后如实供述犯罪事实, 自愿认罪,可以从轻处罚。

黑龙江省牡丹江农垦法院依照《中华人民共和国刑法》第一百七十

五条之一第一款、第五十二条、第五十三条、第六十四条、第六十七条

第三款的规定,作出如下判决: 一、被告人石某某犯骗取贷款罪,判处有期徒刑一年,并处罚金人民

币一万元;

二、责令被告人石某某将违法所得予以退还。

上诉人石某某及其辩护人的辩解及辩护意见是:中国甲银行股份有

限公司海伦市支行海伦分理处的工作人员明知石某某以他人名义提供虚

假材料贷款,还发放贷款给石某某,可见银行不是基于上诉人的欺诈行

为,而是出于银行的内部需求而发放。上诉人虚构事实的行为与银行发

放贷款的行为没有联系,不构成骗取贷款罪。

黑龙江省农垦中级法院经审理认为:上诉人石某某采取向银行提供

虚假证明文件的手段取得银行贷款,给银行造成重大经济损失的行为已

构成骗取贷款罪。上诉人石某某及其辩护人提出中国甲银行股份有限公

司海伦市支行海伦分理处是在明知石某某提供虚假材料以他人名义贷款

的情况下发放的贷款,石某某不构成骗取贷款罪的上诉理由及辩护意

见。经查,石某某在贷款过程中,提供虚假贷款资料,具有骗取贷款的主

观故意;骗取贷款罪侵犯的客体是银行或者其他金融机构对贷款的所有

权以及国家金融管理制度。虽然中国甲银行股份有限公司海伦市支行海

伦分理处的工作人员明知石某某提供虚假材料以他人名义贷款,并帮助

其取得贷款,但本案的受骗主体是中国甲银行股份有限公司海伦市支行, 所以并不影响本罪的犯罪构成要件。因此,石某某的行为构成骗取贷款

罪。故上述上诉理由及辩护意见不予支持。检察机关提出的意见符合本

案事实,予以采纳。原审判决认定的事实清楚,证据确实充分,适用法律

准确,量刑适当,审判程序合法,应予维持。

黑龙江省农垦中级法院依照《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[[5]的](#p272)规定,作出如下裁定:

驳回石某某的上诉,维持原判。

【法官后语】

本案的争议焦点在于银行工作人员明知被告人提供了虚假的贷款资

料而予以贷款的行为能否影响对被告人构成骗取贷款罪的认定。《刑

法》中对骗取贷款罪的规定是:以欺骗手段取得银行或者其他金融机构

贷款,给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的行

为。根据立法本意可知,虽然法条中对于骗取手段没有进行列举式的陈

述,但只要行为人采取了欺骗手段,并给银行或者其他金融机构造成重大

损失或者有其他严重情节,便可以构成本罪。又根据《最高人民检察

院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》中

第二十七条的规定,凡以欺骗手段取得贷款等数额在100万元以上的,或

者以欺骗手段取得贷款等给银行或其他金融机构造成直接经济损失数额

在20万元以上的,或者虽未达到上述数额标准,但多次以欺骗手段取得贷

款的,以及其他给金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的情形,应

予立案追诉。因此构成骗取贷款罪的两个关键要件:一是对行为人采取

欺骗手段的认定,二是行为人的行为对“给银行或者其他金融机构造成

重大损失或者有其他严重情节”的认定。欺骗行为是所有欺诈类犯罪共

有的特征,因此骗取贷款罪中的骗取行为与诈骗罪中的骗取行为在内在

逻辑结构上是相同的:行为人采取虚构事实、隐瞒真相的方法,使被害人

陷于错误认识,并基于错误认识,对财产权益作出处分。具体来说对于任

何的欺骗行为,首先要判断是否存在具体而明确的被骗对象(相对人),其

次再判断相对人是否因被告人的欺骗行为而导致了错误认识,如果没有

陷入认识错误,就不存在基于错误的认识而做出处分财产权益的决定。

具体到骗取贷款罪中,骗取行为的逻辑结构为:借款人实施了欺骗行为, 使得银行或者其他金融机构具有贷款审批决定权的工作人员陷入了认识

错误,并基于错误的认识而向贷款人发放了贷款,并给银行或者其他金融

机构造成重大损失或者有其他严重情节。在骗取贷款罪中,借款人的欺

骗行为与取得贷款以及造成的损失之间应当具有刑法上的因果关系,因

此被欺骗的银行或者其他金融机构工作人员是否具有贷款发放决定权, 就尤为重要。当不具有决定权的银行工作人员明知借款人提供了不真实

的贷款资料,但发放贷款的最终决定者并不了解真相而基于此错误的认

识作出了放贷决定。此种情况下,实际上是借款人和银行的普通工作人

员共同虚构事实,通过向具有决定权的银行工作人员行骗而获得贷款,如

果造成了实际损失,借款人应构成骗取贷款罪。

具体到本案,虽然中国甲银行股份有限公司海伦市支行海伦分理处

主任曹某某、副主任田某某明知石某某向银行提供虚假资料,并帮助其

获得贷款,但并不影响石某某构成骗取贷款罪,因为本案中真正受到欺骗

而导致错误认识的是海伦市支行的工作人员,并不是海伦分理处的工作

人员,同时本案侵犯的客体是中国甲银行股份有限公司海伦市支行对贷

款的所有权以及国家金融管理制度,因此上诉人石某某的行为完全符合

骗取贷款罪的犯罪构成,依法应当受到惩处。

编写人:黑龙江省农垦中级法院 魏冬灵 郭晋

34放弃无偿还能力保证人的担保责任不影响银行

损失数额的认定

——吴少某骗取贷款案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省德化县人民法院(2017)闽0526刑初136号刑事判决书

2.案由:骗取贷款罪

【基本案情】

吴少某系福建省德化县甲工艺陶瓷厂(以下简称甲厂)的实际控制

人,徐庆某系福建省德化县乙陶瓷有限公司(以下简称乙公司)的法定代

表人,林维某系福建省德化县丙工艺品有限公司(以下简称丙公司)的法

定代表人。2012年底,吴少某使用伪造的虚假财务年报表、房屋所有权

证等材料,以甲厂的名义,与乙公司、丙公司以“三家联保”的方式,各

向丁银行股份有限公司德化支行(以下简称丁银行德化支行)申请贷

款300万元,于2013年1月15日获批,贷款期限为一年。2014年初,吴少某

在明知无力偿还的情况下,再次使用伪造的材料,以甲厂的名义申请续

贷300万元,2014年1月16日获批贷款,后于2014年9月份起未能偿还本息, 造成银行经济损失247万元。

2015年1月16日贷款期满,担保公司乙公司和丙公司均因资金链断裂

停产,无法偿还借款本息。2015年12月4日,丁银行德化支行根据《福建

省人民政府关于进一步加强防范和化解企业信贷风险的通知》,与丙公

司、林维某达成还款协议,自愿放弃丙公司和林维某对甲厂、乙公司的

担保责任。

2016年12月丁银行德化支行向公安机关控告,遂案发。吴少某归案

后对伪造材料获取银行贷款的事实不持异议,但认为银行的经济损失是

因为银行擅自放弃丙公司、林维某的担保责任造成的,其行为不构成骗

取贷款罪。案发时,乙公司的厂房等财产被依法拍卖,相关款项已分配完

毕,无剩余款项可供履行担保责任。丙公司名下虽有一处5000余平方米

的厂房,但已抵押于中国戊银行德化支行。林维某名下有一套70余平方

米的自住套房,除此之外无其他财产和收入。

【案件焦点】

1.吴少某是否构成骗取贷款罪,即银行或者金融机构放弃保证人的

担保责任能否对定罪产生影响;2.如何理解和认定“重大损失”,即如何

确定银行损失的认定时间点及损失数额。

【法院裁判要旨】

福建省德化县人民法院经审理认为:案发时,丙公司名下仅有的5000

余平方米的厂房已抵押于中国戊银行德化支行。林维某偿还丙公司贷款

本息250万元系向生意合作伙伴陈丽某借款,其名下只有一套70余平方米

的自住套房。综合丙公司的财产、债务和经营状况,以及林维某个人财

产及债务情况,可以看出案发时丙公司和林维某不具有为甲厂偿还大额

债务的能力。丁银行德化支行是否放弃丙公司、林维某的担保责任,并

不影响甲厂给银行带来的损失数额认定,两者不存在因果关系。因此,辩

护人关于丙公司和林维某具有履行保证能力、银行的经济损失系因其擅

自放弃保证人的担保责任的辩护意见与事实不符,不予采纳。

被告人吴少某使用虚假材料,以欺骗手段取得银行贷款,给银行造成

重大损失,其行为已构成骗取贷款罪。辩护人关于指控吴少某的行为造

成银行重大经济损失证据不足,应作出无罪判决的辩护意见不予采纳。

吴少某在侦查期间如实供述其罪行,在庭审中自愿认罪,依法可以从轻处

罚。公诉机关对吴少某的犯罪行为适用法律的意见正确,给予采纳。依

照《中华人民共和国刑法》第一百七十五条之一、第六十七条第三款之

规定,判决如下:

被告人吴少某犯骗取贷款罪,判处有期徒刑一年,并处罚金人民币八

万元。

【法官后语】

1.“重大损失”的认定标准

骗取贷款罪是指借款人以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷

款,给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的行

为。根据《刑法》第一百七十五条之一的规定,“给银行或者其他金融

机构造成重大损失或者有其他严重情节”是本罪的构成要件之一。因

此,认定骗取贷款罪的关键点有两个:一是对欺骗手段的认定,二是

对“给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节”的认

定。司法机关在办理此类案件时,应注意收集证据,在主观方面证明被告

人具有骗取银行贷款的犯罪故意;同时,要注意查找充分证据,证明犯罪

的实际后果非常严重,符合骗取贷款罪“给银行或者其他金融机构造成

重大损失或者有其他严重情节”的要求。

关于“重大损失”的标准,刑法条文及相关司法解释没有具体规定, 司法实践中可以参照2010年5月7日最高人民检察院、公安部印发的《最

高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规

定(二)》(以下简称《追诉标准规定》)进行适用。根据《追诉标准规

定》第二十七条的规定,“以欺骗手段取得贷款、票据承兑、信用证、

保函等,给银行或者其他金融机构造成直接经济损失数额在二十万元以

上的”,可以认定为造成重大损失;“以欺骗手段取得贷款、票据承兑、

信用证、保函等,数额在一百万元以上的”“虽未达到上述数额标准,但

多次以欺骗手段取得贷款、票据承兑、信用证、保函等的”,可认定

为“其他严重情节”。本案吴少某使用虚假材料骗取银行贷款,造成银

行损失274万元,已达到重大损失的标准。

2.“重大损失”的认定时限

在什么时间阶段上计算损失数额,是认定和计算“重大损失”的关

键问题,司法实践中存在争议。从本罪为了打击扰乱正常金融秩序的立

法目的和有利于保障刑事诉讼过程的稳定性的角度出发,以公安机关立

案侦查时造成的损失为最终的损失认定额较为合理,因为行为人和相关

保证人的还款能力是不断变化的,若以检察机关提起公诉或法院一审宣

判为截止时间点,将使“重大损失”的衡量在司法操作层面上面临太多

的“不稳定因素”。本案中,在公安机关立案侦查时,吴少某丧失偿还能

力无法偿还贷款,且提供的保证担保也无法履行担保义务,银行是否放弃

保证人的担保责任,客观上并不影响损失数额的计算,两者并不存在因果

关系。吴少某骗取贷款行为给银行造成的经济损失,应按公安机关立案

侦查时,吴少某未能偿还的贷款数额计算。

编写人:福建省德化县人民法院 吴金碧 徐晓璐

35骗取贷款罪中被告人主观认识及客观骗取贷款

行为的认定

——茂名某某公司、冯某骗取贷款案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

深圳市中级人民法院(2017)粤03刑终1973号刑事裁定书

2.案由:骗取贷款罪

【基本案情】

茂名某某公司于2005年3月23日成立,被告人冯某一直负责该公司的

全面工作,并设立及实际控制关联公司北京某某石油化工有限公司、深

圳某某商贸有限公司、深圳市前海某某石油化工贸易有限公司。2014

年,茂名某某公司以向甲公司购买油品的名义向乙银行申请贷款。经协

商决定该贷款业务采取三方模式开展,茂名某某公司与甲公司签订《油

品购销合同》,茂名某某公司凭《油品购销合同》向乙银行申请贷款,乙

银行贷款给予茂名某某公司购油款金额70%的资金,剩余30%的货款由茂

名某某公司自有资金支付,同时茂名某某公司将所购油品质押给乙银行, 购油款由乙银行直接通过转账支付致甲公司收款账户。甲公司收到货款

后,将质押给乙银行的油品交付给乙银行指定的第三方丙公司负责监管, 并指定监管地点为茂名某某公司仓库。2014年3月10日,茂名某某公司与

乙银行签署了《供应链金融业务额度授信合同》及《动产质押业务最高

额质押合同》,乙银行决定给予茂名某某公司人民币5000万元的综合授

信额度。同日,茂名某某公司与乙银行以及甲公司三方签署了《中国乙

银行先款后货业务三方合作协议》,同时茂名某某公司与乙银行以及丙

公司签订了《动产质押监管协议》。2014年3月至12月间,乙银行在5000

万元的授信额度内先后向茂名某某公司发放贷款15笔共计人民币9368万

元,其中收回前6笔贷款共计人民币4418万元,剩余9笔贷款共计人民

币4935万元逾期未归还。2015年2月,乙银行对茂名某某公司仓库库存油

品进行实地核对时发现,库存实际质押油品仅有1161.63吨,与应质押的

油品数量约12600吨严重不符。

2015年8月19日,被告人冯某接到民警电话后到深圳市公安局经济犯

罪侦查支队接受调查。

【案件焦点】

骗取贷款案中,如何根据在案证据认定被告人具有骗取贷款的主观

认识及故意,以及存在骗取银行贷款的行为。

【法院裁判要旨】

深圳市福田区人民法院经审理认为:1.茂名某某公司及被告人冯某

同意并积极促成不符合茂名某某公司及被告人冯某利益要求的三方协议

的达成,如果严格按照乙银行设计的三方模式,茂名某某公司一方面不能

获取贷款的直接支配使用权,另一方面在还清贷款前也无法获得所购油

品的经营使用权,在不足一年时间内在5000万元授信额度范围内向乙银

行申请了15笔贷款,在实际的贷款运作中,并未提供担保而直接使用了贷

款资金或直接使用了所购油品,特别是第一笔即使用了自买自卖虚假交

易方式套取贷款,茂名某某公司及被告人冯某具有骗取贷款的主观认识

及故意;2.相关关联公司的证人证言、书面证明、审计报告等证据相互

印证,形成完整证据链条,足以证实被告人冯某利用自买自卖的虚假交易

骗取银行贷款的事实;3.结合被告人冯某曾供述的其同意其他单位和个

人拉走质押油品抵债、质押油品存在未入库情形、销售质押油品用于还

债还贷及生产经营的情形;甲公司李某某、符某某反映2014年国际油价

在持续下跌,而茂名某某公司及被告人冯某却冒着亏损风险存在频繁贷

款买油的反常举动;以及经对甲公司提供的委托提油车辆和发货数量信

息进行比对,结果与从丙公司获取的油库过磅单上记载的出入库日期、

车辆号、司机、出入库油品品种及数量等信息严重不符,印证了油品未

真正入库的情况,足以证实茂名某某公司及被告人冯某利用丙公司的监

管漏洞,在乙银行不知情未放行的情况下,私自将质押油品提供给其他债

权人抵债,采用虚报库存进销表等贷款资料,以及质押油品不入库私自转

卖套现等手段骗取银行贷款。被告单位茂名某某公司及直接责任人员被

告人冯某无视国家法律,以欺骗手段取得银行贷款,尚有贷款本金人民币

4935万元未能归还,其行为均已构成骗取贷款罪,应依法予以惩罚。

深圳市福田区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百七十五

条之一、第五十二条、第五十三条之规定,判决如下:

一、被告单位茂名某某公司犯骗取贷款罪,判处罚金人民币一百万

元;

二、被告人冯某犯骗取贷款罪,判处有期徒刑三年,并处罚金人民币

十万元。

宣判后被告人提起上诉。

二审法院同意一审法院裁判意见。

深圳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[[6]的](#p272)规定,作出如下裁定: 驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

当前,我国正处于经济社会转型期,金融领域的犯罪呈高发、多发态

势,近年来涌现的骗取贷款行为给银行等金融机构造成了重大损失。认

定骗取贷款罪首先需要借款人实施了欺骗手段,其次是“欺骗手

段”与“取得贷款”之间具有刑法上的因果关系,最后是“造成重大损

失或者有其他严重情节”,三者必须同时具备,缺一不可。

本案被告单位茂名某某公司及被告人冯某是否具有骗取贷款的主观

认识及故意是本案的争议焦点之一,如何认定应以被告人的客观行为作

为出发点进行分析。应注意到,被告人是通过达成“三方协议”的方式

进行贷款的,所谓“三方协议”,即茂名某某公司以向核心企业甲公司购

油的名义向乙银行申请贷款,茂名某某公司自行支付30%的购油款,乙银

行发放70%的购油款,并由乙银行直接支付至甲公司收款账户中,同时茂

名某某公司必须将向甲公司所购油品质押给乙银行用于贷款担保,直至

茂名某某公司还清贷款,方能申请提油。如果严格按照乙银行设计的三

方模式,茂名某某公司一方面不能获取贷款的直接支配使用权,另一方面

在还清贷款前也无法获得所购油品的经营使用权,该三方模式并不符合

茂名某某公司及被告人冯某的利益要求。然而茂名某某公司及被告人冯

某仍然同意并积极促成三方协议的达成,在不足一年时间内在5000万元

授信额度范围内向乙银行申请了15笔贷款,在实际的贷款运作中,并未提

供担保而直接使用了贷款资金或直接使用了所购油品,足以证明茂名某

某公司及被告人冯某具有骗取贷款的主观认识及故意。

另外,本案中被告人利用自买自卖的虚假交易、采用虚报库存进销

表等贷款资料,以及质押油品不入库私自转卖套现等手段骗取银行贷款

的事实清楚,证据确实、充分,能够相互印证,形成完整证据链条,其行为

可依法认定为骗取贷款罪。本案罪名的认定及审理结果体现了对本罪的

法益即正常的金融管理秩序和金融机构的信贷资金安全的保护,有利于

严厉打击和惩治危害银行等金融机构贷款或者其他金融信用保证的行

为,以维护金融机构信用在社会信用体系中的基石地位和作用。

编写人:深圳市福田区人民法院 陈鹏

36向亲友吸收资金的行为也能构成非法吸收公众

存款罪

——丁彦非法吸收公众存款案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河北省玉田县人民法院(2017)冀0229刑初第59号刑事判决书

2.案由:非法吸收公众存款罪

【基本案情】

2008年8月份至2013年,被告人丁彦以经营饭店、KTV、商店为由承

诺给付20%至30%的年利息,通过亲戚、朋友口口相传的形式向社会不特

定人群吸收资金共计人民币571.75万元。

【案件焦点】

1.被告人丁彦系因经营中需要资金向亲属朋友借款,其所借款项均

用于经营,其行为是否构成非法吸收公众存款;2.在吸收资金过程中,被

告人丁彦没有授意任何人对借款进行宣传,其没有针对社会不特定人群

对外公开宣传,是否构成非法吸收公众存款罪。

【法院裁判要旨】

河北省玉田县人民法院经审理认为:被告人丁彦非法吸收公众存款, 扰乱金融秩序,且数额巨大,其行为已构成非法吸收公众存款罪。公诉机

关指控罪名成立,应予刑事处罚。

河北省玉田县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百七十六

条第一款、第五十二条、第六十四条、最高人民法院《关于审理非法集

资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第三条第二款第(一)项、第

三款之规定,作出如下判决:

一、被告人丁彦犯非法吸收公众存款罪,判处有期徒刑四年,并处罚

金人民币50000元;

二、被告人丁彦违法所得人民币571.75万元予以追缴,返还各被害

人。

【法官后语】

本案处理重点主要是对于非法吸收公众存款罪的理解。《刑法》第

一百七十六条规定,非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款,扰乱金融

秩序的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处2万元以上20万元以

下罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处3年以上10年以下有期徒刑, 并处5万元以上50万元以下罚金。

因此,非法吸收公众存款罪是指非法吸收公众存款或者非法变相吸

收公众存款,扰乱金融秩序的行为。

客观行为表现为两种情况:(1)非法吸收公众存款,即未经主管机关

批准,面向社会公众吸收资金,出具凭证,承诺在一定期限内还本付息的

活动。(2)变相吸收公众存款,即未经主管机关批准,不以吸收公众存款

的名义,向社会不特定对象吸收资金,但承诺履行的义务与吸收公众存款

相同,即都是还本付息的活动。

最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题

的解释》第一条规定,违反国家金融管理法律规定,向社会公众(包括单

位和个人)吸收资金的行为,同时具备下列四个条件的,除《刑法》另有

规定的以外,应当认定为《刑法》第一百七十六条规定的“非法吸收公

众存款或者变相吸收公众存款”:(1)未经有关部门依法批准或者借用合

法经营的形式吸收资金;(2)通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径

向社会公开宣传;(3)承诺在一定期限内以货、实物、股权等方式还本付

息或者给付回报;(4)向社会公众即社会不特定对象吸收资金。未向社会

公开宣传,在亲友或者单位内部针对特定对象吸收资金的,不属于非法吸

收或者变相吸收公众存款。

首先,未经有关部门依法批准是“非法”的一种表现形式,但这并不

意味着凡是经过有关部门依法批准的吸收公众存款的行为就不可能成立

非法吸收公众存款罪。所谓非法吸收资金,是指违反了法律、法规、规

章有关吸收资金的实体规定或者程序规定,而不限于“未经有关部门依

法批准”。

其次,上述司法解释第一条所规定的第二个条件表明非法吸收公众

存款行为必须具有公开性。据此,行为人虽然只是向少数人传达集资的

信息,但少数人传播给社会公众后,其他人主动要求出资而行为人吸收其

出资的,也符合“向社会公开宣传”的条件。因此,公开与否并不是决定

非法吸收公众存款行为是否破坏金融秩序的关键因素。非法吸收公众存

款行为的公开性也只是意味着其行为对象的公众性。

再次,由于本罪行为是非法吸收或者变相吸收公众存款,而“存

款”是会取得回报的,所以要求行为人承诺在一定期限内以货币、实

物、股权等方式还本付息或者给付回报。所承诺的回报不必具有确定

性,只要承诺的回报具有可能性即可。

最后,根据司法解释规定,非法吸收公众存款的对象为“社会公众即

社会不特定对象”(包括个人与单位)。对于“不特定对象”应从两个方

面理解:(1)出资者是与吸收者之间没有联系(没有关系)的人或者单位。

一方面,向亲朋好友吸收存款的,不成立本罪。但是,出资的社会公众中

偶尔包含少数亲朋好友的,不影响本罪的成立。另一方面,在单位内部集

资的,如果出资者是与吸收者之间没有联系的人,也不排除本罪的成立。

至于出资者之间是否具有联系,则在所不问。(2)出资者可能随时增加, 这是非法吸收公众存款的行为方式决定的。但是,本罪的成立并不以行

为实际上已经吸收了多数人的存款为条件。只要行为人主观上具有向多

数人吸收存款的故意,客观上所采取的手段可能从多数人处吸收存款,即

使事实上只从少数人或个别人处吸收了数额较大的资金也可能成立本罪

的既遂。

编写人:河北省玉田县人民法院 袁静

37刑事语境下的“生产经营活动”的认定

——杨振华、钱洪瑞非法吸收公众存款案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院(2017)京03刑终748号刑事裁定书

2.案由:非法吸收公众存款罪

【基本案情】

2014年7月至2015年9月间,被告人杨振华作为甲公司的实际控制人, 伙同被告人钱洪瑞在北京市朝阳区安立路××号某大厦2103室等地,以

甲公司的名义,通过发放宣传单、口口相传等方式向社会公开宣传成立

北京乙投资管理中心(有限合伙)、北京丙投资管理中心(有限合伙)、北

京丁投资管理中心(有限合伙)分别投资“某市人民医院迁建项目”“某

医药港项目”“某公司锡矿项目”,以及宣传投资“某新三板1号投资基

金”“债权转让与受让”等项目,并承诺高额返利和返本付息,吸收袁小

某、庞士某、武海某等83名投资人的投资款共计人民币3470余万元,尚

未退还上述投资人的投资款共计人民币3010余万元。

【案件焦点】

在认定被告人杨振华行为是否具有“以非法占有为目的”的主观故

意时,“炒股”“炒期货”等高风险经济行为是否属于“生产经营活

动”。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为:被告人杨振华、钱洪瑞伙同他

人,违反国家金融管理法律规定,向社会公众公开宣传并承诺高额回报和

还本付息,非法吸收公众存款且数额巨大,二被告人行为均触犯了刑法, 均已构成非法吸收公众存款罪,依法均应予惩处。

北京市朝阳区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百七十六

条第一款,第二十五条第一款、第二十六条第一款和第四款、第二十七

条、第五十二条、第五十三条、第六十七条第一款、第六十一条、第六

十四条及《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干

问题的解释》第一条第一款、第二条、第三条第二款之规定,作出判决:

一、被告人杨振华犯非法吸收公众存款罪,判处有期徒刑五年六个

月,罚金人民币三十万元;

二、被告人钱洪瑞犯非法吸收公众存款罪,判处有期徒刑三年六个

月,罚金人民币十五万元;

三、责令被告人杨振华、钱洪瑞退赔相关投资人的经济损失。

判决宣告后,被告人杨振华、钱洪瑞提起上诉。北京市第三中级人

民法院经审理认为:上诉人杨振华、钱洪瑞违反国家金融管理法律规定, 向社会公众非法吸收公众存款,且数额巨大,二人行为均已构成非法吸收

公众存款罪,依法均应予惩处。北京市朝阳区人民法院根据杨振华、钱

洪瑞犯非法吸收公众存款罪的事实,犯罪的性质、情节及对于社会的危

害程度所作出的判决,事实清楚,证据确实、充分,定罪及适用法律正确, 量刑适当,审判程序合法,应予维持。

北京市第三中级人民法院依据《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[[7]之](#p272)规定,作出如下判决: 驳回杨振华、钱洪瑞的上诉,维持原判。

【法官后语】

根据《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干

问题的解释》第四条第二款第一项的规定,使用诈骗方法非法集资,具

有“集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模

明显不成比例,致使集资款不能返还的”情形的,可认定为“以非法占有

为目的”,以集资诈骗罪定罪处罚。本案中,被告人杨振华非法集资后, 并未将集资款用于合同约定项目的投资,而是主要用于“炒股”和“炒

期货”,导致集资参与人的损失。二被告人系虚构投资项目进行集资,但

在认定被告人杨振华行为是否具有“以非法占有为目的”的主观故意

时,则因“炒股”“炒期货”等高风险经济行为是否属于“生产经营活

动”导致笔者在审理过程中对何为刑事语境下的“生产经营活动”产生

了思考。

第一,刑事语境下的“生产经营活动”应结合我国市场经济发展现

状作广义理解。我国的市场经济发展至今,已经形成了较为成熟的经济

运行秩序,劳动力市场、商品市场和资本市场等分类市场有序流通,不同

市场间又互为倚仗,经济活动不断细分,深入每一个市场的每一个枝节, 共同构成了市场经济。从这个角度来看,生产经营活动的内涵早已突破, 应延伸理解为不同分类市场中各类企业的生产和经营行为。对投资项目

和集资款处置方式的性质进行评价,同样应根据社会经济的发展,在坚持

合法性的基础上,以符合市场经济规律、遵循市场秩序为标准去进行扩

大解释,对“生产经营活动”作广义理解,将“炒股”“炒期货”甚至

于“炒房”等不具有商品生产性质的资本经营活动以及其他虚拟经济活

动均纳入其范围,而不应单纯以投资项目有无实体经济依附作为评价标

准。

第二,刑事语境下的“生产经营活动”应体现非法集资行为本身的

高风险性质。行为人违法设立的资金募集企业,与银行、保险、证券等

机构存在明显差异,不仅缺乏公募资质,而且抗风险能力亦相去甚远。投

资的高风险性本身即是非法集资的特点,集资款的应用和处置方式存在

高风险亦是题中之义。作为非法集资的目的行为,“生产经营活动”理

应涵盖“炒股”“炒期货”等高风险的经济行为。

第三,“生产经营活动”本质是合法追逐利润且无非法占有目的的

市场经济行为。从上述司法解释的条文来看,“集资后不用于生产经营

活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例,致使集资款

不能返还”的情形,体现了非法占有为目的的主观故意。“生产经营活

动”本质上是为合法追逐利润且无非法占有目的市场经济行为,具体在

非法集资过程中则体现为实现集资双方共同经济利益而合法从事的市场

经济行为。

综上,笔者认为,刑事语境下的“生产经营活动”是指单位或个人在

遵循市场经济秩序和规律的前提下,旨在通过合法方式追逐市场利润且

无非法占有目的的一切经济活动的总称。被告人杨振华从事的股票、期

货行为虽然没有实体经济项目依附,且有较高的经济风险,但其行为系为

了偿还约定的投资回报以及获取利润,性质上迥异于挥霍、携款逃匿等

非法占有行为,应认定为“生产经营活动”。

编写人:北京市朝阳区人民法院 何宝明

38非法集资案件中主从犯及刑事责任的准确认定

——高某、吴某非法吸收公众存款案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院(2017)京02刑终169号刑事裁定书

2.案由:非法吸收公众存款罪

【基本案情】

被告人高某、吴某于2011年12月至2015年1月间,在北京东城区安定

门东大街××号甲大厦、昌平区立汤路×××号甲5栋等地,以乙黄金贸

易有限公司北京第一分公司及北京丙黄金制品有限公司的名义,在未取

得金融许可证的情况下,以销售黄金金条并到期回购且高额返利为卖点

对外宣传,与100余名投资人签订《黄金现货买卖合同》《黄金委托销售

合同》,变相吸收公众资金。截至案发,共吸收公众资金人民币9190万余

元,造成投资人直接经济损失7026万余元。

被告人高某的辩护人认为:本案应为单位犯罪,而非自然人犯罪;高

某系从犯;其亲属购买的合同数额应在总额中排除;高某个人实际所得10

万元左右;从本案扣押的黄金应定性为高某对于非法所得的退赔及犯罪

行为损失赔偿;高某主观上不属于明知,且系被害人之一;被告人高某为

案件的侦破及查封财产提供有效线索,具有立功表现;其主动到案,属于

自首;其客观上挽回部分投资人的损失,到案后能够积极交代犯罪事实, 具有坦白情节,请求合议庭对被告人高某从轻处罚。被告人吴某辩护人

认为:被告人吴某主观恶性极为轻微,其在公司真实的地位与作用不适合

被追究刑事责任,且被告人吴某系自首,请求法庭对吴某依法判处。

【案件焦点】

本案系涉众型经济共同犯罪,被告人之间呈金字塔形的组织结构,对

主从犯及其刑事责任应如何认定。

【法院裁判要旨】

北京市东城区人民法院经审理认为:乙黄金贸易有限公司、北京丙

黄金制品有限公司设立后,主要从事非法吸收公众存款的犯罪活动,被告

人高某不仅是公司的主要管理者,而且是非法吸收公众存款的直接实施

者,全权负责公司管理及吸收公众资金的工作,承担着宏观管理和具体宣

传、发展客户的双重职责,且多数投资者均为其客户,其在共同犯罪中并

非起次要作用,故其辩护人关于本案系单位犯罪、被告人高某主观上不

属于明知,其系从犯的辩护意见,不予采纳。鉴于被告人高某能够自动投

案,如实供述主要犯罪事实,系自首,依法予以从轻处罚。被告人吴某系

涉案公司的财务负责人,虽然不直接参与吸收公众活动,但在明知公司运

作模式的情况下,负责募集资金的管理,并参与购买黄金的工作,故辩护

人关于被告人吴某主观恶性极为轻微的辩护意见,不予采纳。鉴于被告

人吴某在共同犯罪中起次要作用,系从犯,且能够自动投案,如实供述主

要犯罪事实,系自首,依法予以减轻处罚。北京市东城区人民对被告人高

某、吴某依照《中华人民共和国刑法》第一百七十六条第一款,第五十

二条,第五十三条,第二十五条第一款,第二十七条,第六十七条第一款, 第六十四条及最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律

若干问题的解释》第一条第一款,第二条第四项、第九项,第三条第二

款、第三款之规定,作出判决:

一、被告人高某犯非法吸收公众存款罪,判处有期徒刑六年,并处罚

金人民币三十万元;

二、被告人吴某犯非法吸收公众存款罪,判处有期徒刑二年六个月, 并处罚金人民币十万元;

三、责令被告人高某、吴某退赔各投资人经济损失;

四、未随案移送的扣押在案的财物,由扣押机关依法处理。

高某、吴某均提出上诉,高某认为自己系从犯,不应对犯罪总额负

责;吴某认为原判量刑过重。北京市第二中级人民法院经审理同意一审

法院裁判意见,裁定:驳回高某、吴某的上诉,维持原判。

【法官后语】

司法实践中,涉众型经济犯罪人数众多,组织结构中行为人呈现辐射

的性质,形成金字塔形的犯罪结构,金字塔顶端的总策划者与金字塔中端

的中层领导者以及底层的参与人员地位、作用、影响、造成的危害结果

均不相同,对吸收的公众资金的控制、使用、流向掌握程度不一。因此, 需在对共同犯罪中行为人主观意图进行区分的基础上,合理地界定行为

人的作用及刑事责任的大小。

笔者认为,对金字塔顶端的行为人,尤其是组织、领导实施犯罪、实

际控制公司运营的幕后老板,应根据其是否具有“利用意思”“排除意

思”判断其是否具有非法占有的目的,若具有非法占有的目的,且同时满

足主、客观要件时,则以集资诈骗罪对其定罪处罚,并对公司的犯罪总额

负责。若无证据证实其有非法占有的目的,但有非法利用的目的,组织、

策划、指挥全部犯罪行为的,应以非法吸收公众存款罪的主犯对其定罪

处罚,并对公司的全部罪行负责,以吸收的资金总额作为其量刑的基础。

对于处于金字塔体系中层的行为人,一方面其是承上启下的实施具体犯

罪的行为人;另一方面其作为中层领导者,具有一定的管理权限和业务权

限,组织、管理一定数量的业务员,并指使、指导底层行为人实施具体的

行为。对其在考查是否具有非法占有目的的基础上,结合其他构成要件, 决定以集资诈骗罪还是非法吸收公众存款罪对其定罪处罚,并以其参与

的或者组织、指挥的全部犯罪行为负责。对于处于金字塔底层的行为

人,如具体的业务人员,其直接与投资人进行联系,负责宣传、实施具体

的业务,根据其在共同犯罪中的参与程度、犯罪情节以及危害后果等,可

以认定为从犯,依法从轻、减轻或者免除处罚。对于主要从事事务性或

劳务性工作且涉案不深,仅仅获取劳务报酬的,与犯罪不存在直接关联关

系的情节轻微的行为人,可以不予刑事处罚。需要说明的是公司的财务

人员,其对公司结构、经营活动、运营模式更加熟悉和了解,对公司本质

也心知肚明,其主观恶性要大于一般的业务人员,对其即使以从犯予以处

置,也要合理限定从轻、减轻的幅度。

本案中,被告人高某明知公司没有募资资质的情况下,组织、领导其

所管理的销售部门进行非法募集资金的活动,大量的客户都是听信其宣

传方参与投资,其不仅是公司的主要管理者,而且是非法吸收公众存款的

直接实施者,全权负责公司管理及吸收公众资金的工作,承担着宏观管理

和具体宣传、发展客户的双重职责,且多数投资者均为其客户,在共同犯

罪中起主要作用,故其应对吸收的公众存款总额负责;被告人吴某担任两

家公司的财务总监,虽然不直接参与销售活动,但在明知公司运营模式、

经营活动的情况下,负责整个募集资金的收取、调拨、返还本息等事项, 并承担购买黄金的工作,根据其在共同犯罪中的地位、作用、参与程度,

可将其认定为从犯,对整个公司非法吸收公众存款的总额负责,但依法应

当予以从轻、减轻处罚。

编写人:北京市东城区人民法院 石魏

39集资诈骗与非法吸收公众存款应如何认定

——国光非法吸收公众存款、抽逃出资,吴某非法吸收公众存款案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

黑龙江省高级人民法院(2017)黑刑终18号刑事裁定书

2.案由:非法吸收公众存款罪、抽逃出资罪

【基本案情】

2006年9月18日,被告人国光在鹤岗市工商行政管理局注册成立了以

房地产中介为经营范围的鹤岗市甲房地产经纪有限公司,后于2007年10

月更名为鹤岗市乙房地产经纪有限公司,被告人国光为法定代表人。

2008年3月至2008年12月,被告人国光利用该公司,超出经营范围,以1.5

分至3.5分不等的高额利率为诱饵向社会不特定的2059人吸收存款共计

24692.49万元,并将吸收公众资金转手借给22家公司或个人。其中报案

人数为1079人,放款金额合计11139.33万元,本金合计10242.7724万元, 利息合计896.5576万元。截至2014年1月13日,已还借款14837.268万元, 其中现金还款11764.5756万元,以物抵账3072.6924万元,尚欠9855.222

万元。

2010年8月,鹤岗市公安局接到群众举报称乙公司法人国光利用非法

手段向社会吸收公众存款。2010年9月2日,鹤岗市公安局直属分局决定

对该案立案侦查并将国光找到鹤岗市公安局,国光对其向社会不特定人

员吸收公众存款供认不讳。鹤岗市公安局直属分局于2010年9月9日决定

对犯罪嫌疑人国光取保候审,于2011年9月8日决定对犯罪嫌疑人国光解

除取保候审,于2011年9月9日决定对犯罪嫌疑人国光监视居住,于2012

年3月8日决定对犯罪嫌疑人国光解除监视居住。

2011年6月14日,被告人国光筹集注册资金1000万元,以其儿子国大

某、被告人吴某、黑龙江丙房地产开发有限公司、鹤岗市丁房地产开发

有限公司为挂名股东,成立了鹤岗市戊典当有限公司,法定代表人为吴

某。2011年6月22日至24日,国光分别从戊典当公司基本账户中将1000万

元注册资金抽逃。

2011年10月至2014年1月,被告人国光利用戊典当公司,虚构将集资

款全部用于购买房产为由,采用发放业务联系卡为宣传手段,并私自发放

股权证,以每月1分至5分不等的高额利率为诱饵向社会不特定的600余人

吸收公众存款,总金额达54926.0718万元,其中退股金额46095.1903万

元,尚欠8830.8815万元。其中包含,欠利息650.8481万元、已支付退股

利息金额3223.104万元、本金借给四家用款公司及张国某未还

3292.7118万元、高息客户利息差153.8601万元、借给杨立某142.5万

元、付给姚文某购房款700万元、借给郭天某138.75万元、房租及各项

经营费用共计97.5273万元、存于石丽某账户内评估费132万元。其中报

案人数361人,报案放款金额7711.7247万元,退股金额484.0413万元,尚

欠7227.6834万元。

【案件焦点】

国光利用戊典当公司集资行为应如何定性。

【法院裁判要旨】

黑龙江省鹤岗市中级人民法院经审理认为,被告人国光利用乙公

司、戊典当公司非法吸收公众存款,数额巨大,扰乱金融秩序,其行为构

成非法吸收公众存款罪;被告人吴某帮助被告人国光非法吸收公众存款, 数额巨大,扰乱金融秩序,其行为构成非法吸收公众存款罪。被告人国光

在戊典当公司成立后又抽逃其出资,数额巨大,侵犯国家公司资本管理制

度,其行为构成抽逃出资罪。公诉机关指控被告人国光犯非法吸收公众

存款罪、抽逃出资罪,被告人吴某犯非法吸收公众存款,指控罪名成立, 应予支持,但指控被告人国光犯集资诈骗罪有误,应予纠正。被告人国

光、吴某在利用戊典当公司非法吸收公众存款犯罪中系共同犯罪,被告

人国光系主犯,被告人吴某系从犯;被告人国光在有期徒刑执行完毕后五

年内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪,系累犯,应当从重处罚。被告

人吴某犯罪以后自动投案,如实供述自己的罪行,系自首,依法可从轻处

罚。

鹤岗市中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二十五条第一

款、第二十六条第一款、第二十七条、第六十四条、第六十五条、第六

十七条第一款、第六十九条、第一百五十九条、第一百七十六条之规

定,作出如下判决:

一、被告人国光犯非法吸收公众存款罪,判处有期徒刑十年,并处罚

金人民币五十万元;犯抽逃出资罪,判处有期徒刑五年,并处罚金人民币

一百万元;决定执行有期徒刑十四年,并处罚金人民币一百五十万元; 二、被告人吴某犯非法吸收公众存款罪,判处有期徒刑三年,并处罚

金人民币十万元。

国光以其在非法吸收公众存款过程中,没有非法获利,没有非法占

有,更没有给放款群众造成直接和实际经济损失,对其量刑过重;转走注

册资金是公司正常经营行为,款项全部均用于公司业务,不是抽逃注册资

金为由提出上诉。

黑龙江省高级人民法院经审理认为,国光伙同被告人吴某违反国家

相关规定,向社会不特定人员吸收公众存款,严重扰乱国家金融秩序,数

额特别巨大,其行为均构成非法吸收公众存款罪。上诉人国光出资成立

戊典当公司后,又抽逃出资,侵犯国家公司资本管理制度,数额巨大,其行

为构成抽逃出资罪。

依据国光供述及银行交易明细证实,成立戊公司的1000万元注册资

金是国光向马保某、赵海某的借款,公司成立后,国光将出资款项从基本

账户转出归还他人借款,符合抽逃出资罪的犯罪构成。国光所提转走出

资款项属正常经营公司的行为,不构成抽逃出资罪的上诉理由,不能成

立。国光违反国家规定,向社会公众非法吸收存款,给被害人造成特别重

大经济损失;其在非法吸收公众存款共同犯罪中,起主要作用,系主犯;其

在刑满释放后五年内又犯判处有期徒刑以上刑罚之罪,系累犯,应从重处

罚。国光所提对其量刑过重的上诉理由,不能成立。

黑龙江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[[8]的](#p272)规定,裁定如下: 驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

本案中对国光利用乙公司集资行为构成非法吸收公众存款罪,没有

争议。主要争议在于2011年10月至2014年1月间,国光利用戊典当公司集

资行为应如何定性。

本案审理过程中形成两种意见,一种意见同意公诉机关意见,即认为

国光利用戊典当公司,虚构将集资款全部用于购买房产,私自发放股权

证,以每月1分至5分不等的高额利率为诱饵,向社会不特定人集资共计五

亿余元,其行为构成集资诈骗罪。另一种意见认为国光的行为构成非法

吸收公众存款罪。

我们同意第二种意见,理由是: 集资诈骗犯罪与非法吸收公众存款犯罪的一个明显区别在于被告人

的犯罪目的不同。集资诈骗犯罪是被告人以诈骗的手段,骗取集资人的

本金为目的。准确认定本金数额与犯罪所得是查清被告人犯罪目的与犯

罪行为,从而认定被告人行为性质的重要依据。

审判实践中发现,被告人的集资经营账目要么毁损、要么不完整、

要么记录不清,给认定集资人实际投入本金造成了很大的困难。即使某

个环节记录完整,也会因为集资人将本金与前期产生利息循环投入、产

生新的投资记录将旧记录覆盖,进一步造成原始记录的缺失。以最终记

录中的本金计算,则会使集资诈骗数额高于集资人实际投入的金额,即导

致审判中认定的被告人诈骗数额高于其从集资诈骗中可能获取的资金数

额。

对投入本金数额没有查证准确将导致无法准确认定犯罪数额,从而

难以证实被告人的主观目的。无论是从主客观相一致原则,还是有利于

被告人原则,在没有查清本金、准确认定犯罪数额的情况下,认定被告人

对犯罪数额具有非法占有目的都是不准确适当的。

而非法吸收公众存款是违反国家金融管理法规,非法吸收或变相吸

收公众存款的行为,其破坏的是国家金融秩序。集资诈骗的集资行为本

身从金融管理的角度看是对非法吸收公众存款犯罪具有概括的故意。因

此,当集资诈骗的非法占有目的无法准确证实的情况下,对被告人的破坏

金融秩序行为进行处罚是符合法律规定的。

本案中集资的本金存在以下几个问题:首先,2014年及2015年的两份

审计报告中,均未对账目中所体现的集资人放款属于其投入的本金与还

是将本金产生的利息循环投入进行严格区分。在各计算环节均是将本金

与循环投入的利息混同计算。造成集资人放款本金数额无法准确计算。

其次,在补充审计报告中认定的各企业向戊典当公司的借款数额发

生变化后,未对己公司与庚公司的未还款数额进行重新认定,直接确认4

家公司及张国某的未还款数额为3292.7118万元,使得涉案财产损失数额

没有明确的结论。

最后,补充审计报告中认定的庚公司借款本金2035.4647万元中, 有1045万元未区分本息。这类问题的存在造成戊典当公司借出金额中的

本金与产生的利息数额不清楚。进一步造成了集资总额的不清楚以及造

成涉案财产的实际损失不清楚。

综上,在不能准确认定集资人投资本金及本金损失的情况下,被告人

通过集资手段诈骗集资人的数额是不清楚的。因此,认定被告人吸存的

行为构成非法吸收公众存款罪更准确适当。

编写人:黑龙江省高级人民法院 孙学诗

40非法集资类案件中“非法占有目的”的认定

——方志强非法吸收公众存款案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院(2017)京03刑终439号刑事判决书

2.案由:非法吸收公众存款罪

【基本案情】

被告人方志强系甲(北京)投资控股有限公司(以下简称甲控股)、北

京乙资产管理有限公司(以下简称乙)的实际控制人。2013年5月至2013

年12月间,被告人方志强以甲控股、乙投资“北京经济技术开发区核心

区××号项目建设”“重庆××经济适用房建设项目资金补充”“补充

甲控股及旗下各子公司所需流动资金及专项资金”为名,设立“首都一

号·亦庄开发区核心区××号项目贷款基金”“祥云三号·重庆××经

济适用房建设项目投资基金”“祥云五号·企业流动资金补充投资基

金”,成立北京丙投资管理中心(有限合伙),通过公司业务员或其他金融

机构人员电话推销、个人推介等途径向社会公开宣传,承诺年收益率9%

至15%、定期以货币方式返本付息,采用吸收有限合伙人认购“基金”的

形式向社会不特定公众非法募集资金,共涉及投资人73名,非法募集资金

共计1亿余元。因“基金”到期未能兑付,部分投资人向公安机关报案, 被告人方志强于2015年5月3日在内蒙古呼和浩特市被公安机关抓获归

案。共有52名投资人向公安机关报案,投资金额共计8215万元,损失金额

共计7546.73万元。

集资款的主要支出为:2013年9月支出人民币5307万余元以公司名义

购买不动产,2013年5月及8月支出人民币240余万元以方志强个人名义购

买宝马汽车、奔驰汽车各一辆,另返还投资人本息共计人民币2933万余

元。

【案件焦点】

1.被告人将半数集资款用于以公司名义购买不动产的行为,能否认

定为司法解释规定的“用于生产经营活动”;2.能否认定被告人具有非

法占有目的。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为:被告人方志强未经国家有关部

门批准,进行虚假宣传和承诺,公开向社会公众募集资金,未将集资款用

于宣传的投资项目也未用于其他生产经营活动,在无经营性收入的情况

下肆意处置集资款——用集资款购置房产、车辆后抵押、出售,支付用

于非法集资的场租、销售人员佣金、用后期投资人投资款兑付前期投资

人投资本息以维持非法集资犯罪活动,致使数千万元集资款不能返还,可

以认定其主观上具有非法占有集资款的目的。故判决:

一、被告人方志强犯集资诈骗罪,判处有期徒刑十五年,并处罚金人

民币五十万元;

二、责令被告人方志强退赔被害人经济损失;

三、查封、扣押在案之财产依法予以处理。

一审宣判后,被告人方志强不服,提起上诉。

北京市第三中级人民法院经审理认为,从非法集资的手段上看,上诉

人方志强以甲(北京)投资控股有限公司及关联公司投资相关项目为名, 通过公开宣传北京丙投资管理中心发行的相关基金,向社会公众吸收资

金;从集资及返利方式上看,上诉人方志强截至2013年9月就已完成资金

募集并于2014年3月至2014年6月进行集中返还本金及利息,方志强并

非“以新还旧”“以后还前”的集资模式;从资金去向上看,非法集资款

的主要支出为2013年9月支出人民币5307万余元以公司名义购买不动产, 另返还投资人本息共计人民币2933万余元;综上,方志强非法吸收的集资

款绝大部分用于投资不动产、返还投资人,由此无法认定上诉人方志强

具备非法占有的目的,故上诉人方志强的行为不能认定为集资诈骗行

为。故判决:

一、维持北京市朝阳区人民法院(2016)京0105刑初606号刑事判决

主文第三项;

二、撤销北京市朝阳区人民法院(2016)京0105刑初606号刑事判决

主文第一项、第二项;

三、上诉人方志强犯非法吸收公众存款罪,判处有期徒刑八年,并处

罚金人民币四十万元。

【法官后语】

非法集资类案件中,认定行为人是否具有非法占有目的是区分集资

诈骗罪与非法吸收公众存款罪的关键,应从以下三方面来综合认定: 1.不能客观归罪。非法集资类案件中,往往是因为行为人无法返还

投资款本金及利息而案发。在司法实务中,不能仅以集资款不能返还的

客观结果来推定行为人具有非法占有目的,而应判断集资款不能返还的

原因是否属于最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律

若干问题的解释》规定的7种情形或其他可以体现行为人非法占有目的

行为手段。如若行为人仅是由于正常的商业经营风险、投资失误或其他

非出于恶意占有集资款之故意的原因导致无法返还集资款,则不应认定

行为人具有非法占有目的。

本案例中,被告人方志强虽然无法返还全部投资人钱款,但其把绝大

部分集资款用于投资不动产及返还投资人,无法认定其是恶意占有集资

款。

2.正确界定“生产经营活动”范畴。前述司法解释第四条第二款中

规定,“集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金

规模明显不成比例,致使集资款不能返还的”,可以认定为“以非法占有

为目的”,司法实务中易将其中的“生产经营活动”限缩解释为行为人

为募集资金而宣传项目中的生产经营活动。但前述司法解释第三条第四

款规定:“非法吸收或者变相吸收公众存款,主要用于正常的生产经营活

动,能够及时清退所吸收资金,可以免予刑事处罚……”,由此可见司法

解释精神侧重于关注行为人是否将集资款用于了“正常的生产经营活

动”,而不是“所宣传项目中的生产经营活动”。根据司法解释精神以

及相关生效裁判的经验,不应将生产经营活动限定为行为人所宣传项目

的经营行为或行为人公司工商注册经营范围内的经营行为,行为人进行

的包括投资期货、投资固定资产等可以产生收益的合法经营活动亦应当

认定为“生产经营活动”。

本案例中,被告人方志强募集资金后虽未将资金用于所宣传的“首

都一号”“祥云三号”等项目,而是将大部分资金用于投资不动产,因此

类投资具有收益可期待性,因此应当认定为用于生产经营活动。

3.综合认定行为人的挥霍行为。行为人将部分集资款用于个人消费

或挥霍,是认定其具有非法占有目的的依据之一,但在具体案件中,应从

行为人用于个人消费或挥霍的集资款数额占全部集资款之比重及行为人

的挥霍行为是否是导致集资款无法返还的主要原因两方面来综合判断。

如若集资款规模相当庞大,而行为人挥霍钱款数额明显很小,或行为人挥

霍钱款的数额并没有超出使用集资款的预期收益,则不宜认定行为人在

全案中具有非法占有目的[[9]。](#p272)

本案例中,被告人方志强曾使用人民币二百余万元集资款购买二辆

小汽车登记在个人名下,系将集资款用于个人消费或挥霍的行为。但一

方面上述钱款在募集资金中所占比例甚小,另一方面方志强亦在无法偿

还投资人本息时将车辆变卖,所得钱款用于公司经营。因此,方志强的挥

霍部分集资款的行为并非导致集资款无法返还的主要原因,不能因此认

定其具有非法占有目的。

编写人:北京市第三中级人民法院 马新健 商登煜

41非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪的区分与认

定

——尹康鸿、黎天某非法吸收公众存款案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省长沙县人民法院(2017)湘0121刑初333号刑事判决书

2.案由:非法吸收公众存款罪

【基本案情】

2016年2月至2016年12月期间,被告人尹康鸿违反国家金融管理法律

规定,通过口口相传、相互介绍等方式,向长沙、株洲、湘潭等地十余所

高校的被害人李啸某等五十余名大学生吸收资金。被告人尹康鸿向被害

人李啸某等人承诺按月息5%的标准给予回报,借款期限为六个月。被告

人尹康鸿将吸收资金再以周息20%~30%放贷给其他在校大学生,从中牟

利。2016年9月底,被告人黎天某等人入住被告人尹康鸿租住的房屋内, 在明知被告人尹康鸿违反国家金融管理法律规定吸收资金的情况下,仍

帮助被告人尹康鸿面向不特定大学生吸收资金。

被告人尹康鸿告知被害学生向第三方大学生贷款平台贷款,贷款平

台放贷后再由被害学生将资金借给被告人尹康鸿,被告人尹康鸿承诺给

予月息5%的回报,借款期限六个月,并按贷款平台期限要求由被告人尹康

鸿偿还贷款本息,借款到期后被害学生可选择继续收取回报,也可选择一

次性偿还贷款本息。被告人尹康鸿在与被害学生洽谈成功后,安排被告

人黎天某等人负责教被害学生下载贷款软件,填写资料,带学生到贷款公

司进行面签等工作。其间,被告人黎天某等人的日常生活开销均由被告

人尹康鸿负担。

2016年12月份,被告人尹康鸿无法兑现承诺后逃匿,被告人黎天某随

后亦逃匿。2016年12月30日,公安民警在广东省惠州市惠城区河南岸某

网吧将被告人尹康鸿、黎天某抓获。

案发后,经湖南鹏程有限责任会计师事务所星沙分所专项审计,审计

情况为被告人尹康鸿共计非法吸收公众存款117.24万元,已归还34.19万

元。被告人黎天某自加入之日即2016年10月1日起,伙同被告人尹康鸿共

同非法吸收公众存款58.35万元,已归还20.688万元。

【案件焦点】

非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪的区分与认定。

【法院裁判要旨】

湖南省长沙县人民法院经审理认为:被告人尹康鸿、黎天某违反国

家金融管理法律规定,非法吸收公众存款,其中被告人尹康鸿涉案的数额

巨大,其行为均已构成非法吸收公众存款罪。公诉机关指控被告人尹康

鸿、黎天某犯非法吸收公众存款罪的罪名成立。在共同犯罪中,被告人

尹康鸿系起主要作用的主犯,应当按照其组织参与的全部犯罪处罚。被

告人黎天某在参与的共同犯罪中仅起到次要作用,系从犯,依法应当从

轻、减轻或者免除处罚。被告人尹康鸿、黎天某到案后均如实供述自己

的犯罪事实,系坦白,依法均可以从轻处罚。被告人尹康鸿、黎天某在案

发前已归还部分非法吸收的存款,作为量刑情节酌情考虑。被告人尹康

鸿、黎天某违法所得的财物,应当予以责令退赔。湖南省长沙县人民法

院依照《中华人民共和国刑法》第一百七十六条第一款,第二十五条第

一款,第二十六条第一款、第四款,第二十七条,第六十七条第三款,第六

十四条,《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干

问题的解释》第一条第一款、第三条第一款第一项、第二款第一项、第

三款之规定,判决如下:

一、被告人尹康鸿犯非法吸收公众存款罪,判处有期徒刑三年,并处

罚金人民币五万元;

二、被告人黎天某犯非法吸收公众存款罪,判处有期徒刑一年,并处

罚金人民币二万元;

三、责令被告人尹康鸿退赔2016年10月1日前各被害人产生的经济

损失;责令被告人尹康鸿、黎天某共同退赔2016年10月1日后各被害人产

生的经济损失。

【法官后语】

本案涉及两罪名的区分:集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪。被害

人方认为被告人尹康鸿、黎天某在明知无法归还借款时还非法吸收存

款,主观上具有非法占有的目的,故应以集资诈骗罪定罪处罚。

非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪侵犯的法益均是国家金融秩序, 在行为表现方式上在客观上均表现为向社会公众非法募集资金。但两者

的主要区别在于是否具有非法占有的目的、是否虚构了主要的客观事

实。本案中,被告人尹康鸿、黎天某的供述以及证人周某、万某、梅克

某的证言证实被告人尹康鸿非法吸收的存款用于放贷给他人而从中赚

钱,且被告人尹康鸿非法吸收存款后根据承诺向被害学生分红,审计报告

也印证了其向贷款平台偿还部分贷款本息的事实,最后一次还款时间

为2016年12月21日。从客观上说,被告人尹康鸿虽然有将非法吸收存款

用于消费、还债等行为,但其在前期也有偿还贷款的行为。从主观上说, 被告人尹康鸿、黎天某吸收公众存款的目的在于赚取“存款”利率与贷

款利率中的利差。因此,并不能认定被告人尹康鸿具有非法占有的目的, 应当以非法吸收公众存款罪对被告人尹康鸿、黎天某定罪处罚。

由此案可以看出,非法私收公众存款的对象出现了特定的群体——

大学生。当今一些贷款平台向大学生开放,在互联网司法管控不完善的

情况下,有的平台为了自身利益,甚至贷款给一些无还贷能力的大学生, 加之一部分大学生法律意识不强,在经济利诱面前缺乏正确的判断,一些

人正是瞄准这点,利用大学生非法吸收资金再以高额利息的形式放贷,以

此赚取中间利息差。一旦这些犯罪嫌疑人无法向大学生兑现本息时,权

益受侵害的就是大学生本人。因此,笔者认为,本案的判决公开、生效

后,无论是对社会还是对大学生群体均具有一定的警示作用:一方面可以

向群众特别是大学生群体普及相关的法律知识与犯罪形式,提高大学生

群体法律保护意识。另一方面有利于大学生与社会大众树立良好价值

观,减少或打消大学生群体不劳而获或者通过不正当手段谋取利益的想

法。

编写人:湖南省长沙县人民法院 邓娴

40被告人自动到案在首次讯问中否认罪行后

又如实供述的是否认定自首

——童汀、童学某利用未公开信息交易案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

重庆市第一中级人民法院(2016)渝01刑初63号刑事判决书

2.案由:利用未公开信息交易罪

【基本案情】

2009年1月至2014年6月期间,被告人童汀利用其担任甲基金管理有

限公司基金经理所获取的相关基金组合投资股票的持仓和交易情况等未

公开信息,伙同其父亲被告人童学某从事与该信息相关的证券交易活动, 累计趋同成交金额人民币7.1亿余元,非法获利人民币1256万余元。

另查明,2015年6月15日,办案公安机关委托被告人童汀住所地的公

安民警通过童汀的亲友电话联系童汀归案,童汀如实告知下落,积极配合

归案。在此之前,办案公安机关曾让童汀的同事劝其主动归案,童汀明确

表达了等候调查的意愿。到案后,童汀在其住所地公安机关讯问中(第一

次讯问笔录)否认罪行,但在第二天被移交办案公安机关后如实稳定供述

罪行。

公诉机关指控中认定童汀构成自首。

【案件焦点】

被告人童汀经电话通知自动到案,但在首次讯问中否认罪行后又如

实稳定供述的,能否因第一次讯问没有如实供述,否定其归案的主动性, 从而不认定自首。

【法院裁判要旨】

重庆市第一中级人民法院经审理认为:被告人童汀自动投案,如实供

述罪行,系自首。童汀身为基金管理从业人员,利用因职务便利获取的内

幕信息以外的其他未公开信息,违反规定,伙同被告人童学某从事与该信

息相关的证券交易活动,情节特别严重,两人的行为均构成利用未公开信

息交易罪,依法应予惩处。在共同犯罪中,童汀起主要作用,系主犯。童

学某起次要作用,系从犯。结合两名被告人各自具有的自首、如实供

述、从犯、退还全部违法所得等法定、酌定从宽处罚情节,以及犯罪事

实、性质和社会危害程度,依照《中华人民共和国刑法》第一百八十条

第一款、第四款,第二十五条第一款,第二十六条第一款、第四款,第二

十七条,第六十七条第一款、第三款,第七十二条第一款,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、被告人童汀犯利用未公开信息交易罪,判处有期徒刑三年六个

月,并处罚金650万元;

二、被告人童学某犯利用未公开信息交易罪,判处有期徒刑两年六

个月,宣告缓期三年,并处罚金610万元;

三、追缴被告人童汀、童学某的违法所得12568858.55元。(已全部

追缴);

四、没收供犯罪使用的笔记本电脑。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对自首情节的认定。根据我国《刑法》第六

十七条的规定,犯罪以后自动投案,如实供述自己的罪行的,是自首。因

此,成立自首需同时具备自动投案和如实供述罪行两个要件。但是在自

动归案的前提下,却在首次讯问(含调查谈话)中否认罪行,后又能如实稳

定供述的,如何判断其自动到案是否有投案意愿,以及其如实供述是否具

有主动性,往往成为司法实际中是否认定自首的难点。对此,笔者认为不

能一概而论,要综合其到案过程、首次否认的原因、侦查机关的态度等

因素进行综合判断。下面通过结合笔者审理的另一件类似情形而不认定

自首的案件(吴根某受贿案,案号:(2015)渝一中法刑终字第00642号)进

行比较分析。

在吴根某受贿案中,审理查明吴根某所在单位的纪检人员于2014

年10月至11月两次约谈吴根某询问其是否涉嫌工程受贿,吴根某在此期

间还通过其他渠道了解到检察机关已经就此开始调查,但吴根某不仅向

单位纪检人员明确否认,还与行贿人伙同以退还行贿款抵缴工程款差额

的方式掩饰犯罪。2014年12月,经电话通知,吴根某自动在其单位纪检人

员陪同下,前往检察机关接受调查。在到达检察院后,其单位纪检人员再

次明确要求吴根某交代有没有经济问题,吴根某仍予以否认。吴根某被

移交检察院后,在第一次调查询问中,继续否认受贿行为。第二天,吴根

某在第二次调查询问中才如实供述。

虽然吴根某受贿案(下称吴案)与本案的到案情况有类似之处,但最

终笔者认为,吴根某不具备自动投案的主动性和自愿性,不能认定为自

首。两案作出了不同的自首情节认定的原因在于:第一,就到案过程来

看,吴案的行为人在到办案机关前有多次向单位纪检部门投案的机会,但

均否认罪行,并有掩饰犯罪的行为;而本案的行为人在到办案机关前通过

其同事明确向办案机关表达了等候调查的意愿,且在接到电话通知后明

确告知下落,并在原地等候归案。第二,就首次否认的原因来看,吴案的

行为人辩称系因为慌张而予以否认,但经审查首次询问笔录,询问时间持

续1个多小时,办案机关明确告知了相关权利义务,故行为人的辩解理由

并不充分;而本案系由受办案单位委托的行为人住所地公安机关所作的

第一次讯问笔录,讯问内容比较简单,所提问题还存在语义含混的情况

(如民警将“未公开信息”表述为“内部信息”),故行为人有可能因为

客观原因作出否认罪行的表达。第三,就侦查机关的态度而言,在吴案中

,从侦查到起诉,相关办案机关均不认可行为人构成自首;而在本案中,侦

查机关出具了自动到案的情况说明和相关证人证言,公诉机关指控中认

定自首。需要说明的是,重视侦查机关的态度,并非指法院一律遵从前述

单位的意见。而是因为侦查机关是行为人到案过程的“亲历者”,对其

到案的主动性、自愿性更有“体会”,故法院应在全面审查到案证据材

料的基础上重视侦查机关的态度。

综上,笔者认为不同被告人自动到案后由于主客观原因可能出现在

首次讯问中否认罪行后又如实供述的情况,应综合分析被告人到案的详

细过程,认真审查归案的目的性和供述的自愿性,分清造成首次否认罪行

的原因,不能单从形式上的否认罪行而否定自首情节的认定。

编写人:重庆市第一中级人民法院 张帅

(四)金融诈骗罪

43非法设立网络融资平台用后投资者资金支付先

投资者本息造成他人资金损失构成集资诈骗罪

——方宗胜等集资诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省东台市人民法院(2016)苏0981刑初662号刑事判决书

2.案由:集资诈骗罪

【基本案情】

2016年初,被告人方宗胜与周佩共同建立“IFS慈善金融”互助平台

进行资金运作,但很快“崩盘”导致亏损。之后被告人方宗胜与周佩为

弥补亏损,又建立“索菲世界金融社区”平台,并将“IFS慈善金融”互

助平台的会员平移到“索菲世界金融社区”平台,被告人陶世军、周虎

均参与发展会员,后因发展的新会员太少而“崩盘”。

2016年5月,被告人方宗胜、陶世军、周虎和周甲、周乙、徐堂某、

陆某共七人在长沙市某宾馆合谋建立“ACF亚洲慈善联盟”互助平台

及“亚洲慈善联盟”网站,确定了平台制度,会员可通过静态、动态和团

队三种方式获利,确定由被告人方宗胜负责后台具体操作,被告人周虎、

陶世军等人负责发展会员,并约定分成比例,被告人方宗胜、陶世军、周

虎等人共同出资购买设备、创建平台。

之后,被告人方宗胜等人找到程某,让其帮忙做平台系统和租用服务

器。被告人周虎等人先后在东台市和长沙市召开地面招商会,宣传平台

优势、运行方式、投资模式及获利方式等。

2016年6月1日左右,该平台开始排单。在该平台中,“提供帮助”代

表打款,“接受帮助”代表收款。“提供帮助”会员与“接受帮助”会

员经后台匹配后,由“提供帮助”会员打款至“接受帮助”会员的支付

宝或银行账户,显示的状态为“交易成功”的,则“提供帮助”会员完成

打款,“接受帮助”会员完成收款。

6月13日至15日间,被告人方宗胜、陶世军、周虎与周佩等人经商

量,利用会员匹配成功打款后无法提现的三天冻结期,由被告人方宗胜通

过后台操作,将会员投资的150万元左右匹配给被告人方宗胜等上述七

人,被告人方宗胜、陶世军、周虎分别分得19.7万元、16.1万元和5.5万

元。6月20日左右,被告人方宗胜又通过同样的方法将会员投资的49万元

匹配给上述七人,被告人方宗胜、陶世军、周虎各分得7万元。2016年7

月中旬,该平台“崩盘”。

另查明,本案所涉“ACF亚洲慈善联盟”互助平台无任何实体经营或

投资理财项目,本身不产生任何收益。被告人方宗胜负责后台操作,被告

人陶世军、周虎等人以高息为诱饵发展会员,并以会员投资的资金来支

付其他会员投资的本金及利息。

现已查明的被害人损失合计369440元。其中,被害人陈某某损

失131400元,被害人潘某某损失82240元,被害人崔某某损失13000元,被

害人马某损失22700元,被害人丁某某损失19400元,被害人张某损失1600

元,被害人陈某甲损失10000元,被害人居某某损失28700元,被害人吴某

某损失12600元,被害人杨某某损失47800元。

【案件焦点】

行为人并未实际占有控制资金,通过所非法设立的网络平台用后投

资者资金支付先投资者本息,最终造成他人资金损失的,能否认定行为人

具有非法占有目的,是否构成集资诈骗罪。

【法院裁判要旨】

江苏省东台市人民法院经审理认为:行为人非法设立网络融资平台, 以高息为诱饵吸引公众投资,并用后投资者的资金来支付先投资者的本

息,造成赚钱假象,最终造成他人资金损失,其行为符合集资诈骗罪的构

罪特征。行为人在案发前未能弥补投资者损失的情况下,提出未实际占

有获取投资者资金的辩解意见,不予采信。

江苏省东台市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百九十二

条,第二十五条第一款,第六十七条第一款、第三款,第五十二条,第五十

三条第一款和第六十四条的规定,作出如下判决:

一、被告人方宗胜犯集资诈骗罪,判处有期徒刑六年,并处罚金人民

币七万元;

二、被告人陶世军犯集资诈骗罪,判处有期徒刑五年六个月,并处罚

金人民币六万元;

三、被告人周虎犯集资诈骗罪,判处有期徒刑五年,并处罚金人民币

五万元;四、被告人方宗胜退出的人民币70000元,由暂扣机关东台市公

安局依法发还相关被害人(后附发还清单);责令被告人方宗胜、陶世

军、周虎与同案犯共同退赔相关被害人人民币合计299440元。

【法官后语】

本案应认定为集资诈骗罪,按照《刑法》第一百九十二条的规定,所

谓集资诈骗罪是指以非法占有为目的,使用诈骗方法非法集资,个人诈骗

数额达到10万元以上或者单位诈骗数额达到50万元以上的行为。按照最

高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解

释》(以下简称《解释》)第二条的规定,“以投资入股的方式非法吸收

资金的”和“以委托理财的方式非法吸收资金的”属于非法吸收公众存

款的情形。按照第四条第一款的规定,“使用诈骗手段实施本解释第二

条规定所列行为的”应当以集资诈骗罪定罪处罚。按照该条第二款的规

定,“集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规

模明显不成比例,致使集资款不能返还的”可以认定为“非法占有为目

的”。按照上述规定,本案的行为完全符合集资诈骗罪的构成特征,理由

如下:

首先,各被告人具有“虚构事实、隐瞒真相”的行为。本案所

涉“ACF亚洲慈善联盟”平台,在无任何实体经营或投资理财项目,本身

不产生任何收益的情况下,用后投资会员的资金来支付先投资会员的本

金及利息,并以此来支撑平台的运行,制造赚钱的假象,隐瞒了该平

台“拆东补西”和无法避免崩盘的本质,其实质为“旁氏骗局”。而投

资加入的会员,均误认为本案所涉的平台为高收益的理财平台,根本不知

晓该平台背后的实质,投资加入的会员均对各被告人设立的平台产生了

错误认识。因此,各被告人在客观方面符合了诈骗犯罪的构成特征。

其次,各被告人的行为符合“非法集资”的特征。被告人方宗胜等

人在未经相关部门批准的情况下,私自设立网络融资平台,以慈善为幌

子、以高息为诱饵吸引不特定公众投资加入成为会员,使投资会员分散

的资金集中到本案所涉的平台的会员内部进行流转,实现了资金的相对

集中,符合司法解释所规定的“以投资入股的方式非法吸收资金

的”和“以委托理财的方式非法吸收资金的”情形。故各被告人设立的

该平台符合非法集资的特征。

最后,各被告人具有“非法占有目的”。非法占有,不仅包括为自己

非法占有,也包括为他人非法占有。前已述及,在本案所涉的ACF平台中,

会员所投资的资金根本不用于生产经营或投资理财。所谓的投资,实质

是会员根据平台的随机匹配打款给其他会员,会员投入资金后,即失去对

资金的控制。被告人方宗胜等人虽未直接占有会员投资的资金,但各被

告人为非法获利而不断发展新的会员,并通过后台匹配使会员打款给其

他会员,最终导致会员资金损失。各被告人的行为符合“集资后不用于

生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例,致

使集资款不能返还的”情形,故应认定为具有非法占有目的。

因此,各被告人主观上具有非法占有目的,客观上实施了“虚构事

实、隐瞒真相”和非法吸收公众资金的行为,后果上使会员资金相对集

中并最终造成资金损失,致使资金损失无法返还,其行为均符合集资诈骗

罪的构成特征。

编写人:江苏省东台市人民法院 袁柏阳

44是否具有非法占有目的是区分集资诈骗罪和非

法吸收公众存款罪的重要特征

——马永祥、余春华集资诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省澧县人民法院(2017)湘0723刑初157号刑事判决书

2.案由:集资诈骗罪

【基本案情】

2014年8月27日被告人马永祥以注册资本人民币30万元工商注册登

记成立澧县甲房地产经纪有限公司(以下简称甲公司)。自2014年9月开

始,被告人马永祥便以二手房买卖中介居间代理、民间借贷投资等为名, 先后向刘光某、刘淑某、王林某、王宏某、黄道某等人集资达173余万

元。由于甲公司投资项目不能按期偿还借款本息,欠下了大量债务无力

偿还;被告人余春华2012年始亦因做生意、炒股亏损而利用假存单骗取

他人钱财填补亏损留下多重债务。2014年被告人马永祥、余春华相识

后,见互联网金融融资见效快,遂预谋成立了一家互联网融资公司来骗取

资金偿还其二人债务。2015年6月15日,二被告人租用湖南省乙房地产开

发有限公司某小区×号楼108、109、110、111、112五间门面作为公司

经营场所,于2015年10月10日注册成立“澧县丙商务信息咨询有限公

司”(以下简称丙公司),由被告人马永祥担任该公司法人代表,被告人余

春华负责网络平台及相关的财务管理等工作,并先后聘用陈强、王小

某、王某、陈某、黄巧某、彭枫某、周政某、谢某等人,以被告人余春

华及谢小某、马绍某三人的名义,利用“丁”网络平台,发布虚假投资项

目,以每万元月息一分五厘至二分高息为诱饵,用口口相传、门面飞字广

告、网络广告等形式进行宣传。并在该公司成立前后期于2015年4月28

日开办澧县戊车租赁部;2015年8月3日工商注册登记成立澧县庚旅行社

有限公司(注册资本人民币100万元);2015年12月15日工商注册登记成立

湖南己餐饮有限公司(注册资本人民币200万元,2016年2月4日马永祥出

售全部股份)。给社会公众造成丙公司具有雄厚实力的假象,以骗取更多

的社会资金。从2015年10月至2016年4月间,被告人马永祥、余春华以高

额利息为诱饵,打着投资、资金周转的幌子,先后从刘某、淡红某、皮小

某、徐联某等46位被害人处非法集资共计7628020元,其中线上6488020

元,线下1140000元。上述集资款项用于支付甲公司原借款、被告人余春

华因实施金融凭证诈骗罪所诈骗的部分款项、偿还借款本息、发放员工

工资等。实际集资诈骗人民币6971147.23元。

被告人马永祥对公诉机关指控的事实不持异议,但辩称其不是以非

法占有为目的,不构成集资诈骗罪;其没有预谋将澧县丙商务信息咨询有

限公司的集资来的钱用于偿还澧县甲房地产经纪有限公司的原借款,也

不知道钱的用途及去向。

被告人余春华辩称:其不是以非法占有为目的,也没有与被告人马永

祥预谋成立澧县丙商务信息咨询有限公司来融资骗取资金偿还债务;其

不是本案的主犯,请求人民法院从轻处罚。

【案件焦点】

1.被告人马永祥、余春华是否以非法占有为目的,其行为是否构成

集资诈骗罪;2.二被告人是否预谋将丙公司集资款用于偿还甲房地产有

限公司前期债务及余春华本人债务。

【法院裁判要旨】

湖南省澧县人民法院经审理认为:被告人马永祥、余春华以非法占

有为目的,采取隐瞒事实真相的方法,虚构资金用途,通过“丁”网络平

台以高额利息或高额投资回报为诱饵,合伙骗取集资款7628020元,实际

集资诈骗人民币6971147.23元,数额特别巨大,且集资款并非用于生产经

营而是恶意处分和挥霍,造成巨额集资款项不能返还,其行为构成集资诈

骗罪。公诉机关指控二被告人的犯罪事实及罪名成立。本案系共同犯

罪,在共同犯罪中被告人马永祥、余春华均起主要作用,系主犯。被告人

马永祥案发后能主动向公安机关投案,并如实供述了其主要犯罪事实,虽

然在庭审过程中,被告人马永祥辩称其不是以非法占有为目的,不构成集

资诈骗罪的辩解意见属于被告人马永祥对其行为性质的辩解,不是其对

犯罪事实的否认,因而不影响自首的成立。故对公诉机关以被告人马永

祥庭审中没有如实供述犯罪事实不构成自首的公诉意见不予支持;被告

人马永祥被判处有期徒刑刑满释放后,五年内再犯应当判处有期徒刑以

上刑罚之罪,系累犯,依法应当从重处罚;被告人余春华在原刑罚执行完

毕以前,发现还有其他罪没有判决,依法应当对新发现的罪作出判决;被

告人马永祥、余春华提出的三点辩护意见,本院在查明事实部分已作出

评判,均不予采纳。本院为保护公民的合法财产不受侵犯,维护国家正常

的金融管理秩序,惩罚犯罪。依照《中华人民共和国刑法》第一百九十

二条,第二十五条,第二十六条第一、四款,第六十七条第一款,第六十五

条第一款,第六十九条第一、三款,第七十条,第六十四条,第五十二条, 第五十三条第一款之规定,作出如下判决:

一、被告人马永祥犯集资诈骗罪,判处有期徒刑十一年,并处罚金人

民币二十万元;被告人余春华犯集资诈骗罪,判处有期徒刑十年六个月, 并处罚金人民币二十万元,与原判金融凭证诈骗罪十四年,并处罚金人民

币三十万元合并,决定执行有期徒刑二十年,并处罚金人民币五十万元; 二、被告人马永祥、余春华违法所得予以追缴,返还被害人。

【法官后语】

“以非法占有为目的”是集资诈骗罪的主观构成要件,也是区分其

与非法吸收公众存款罪的显著特征之一。在刑法理论中,对于“以非法

占有为目的”的认定至少应当包括两个层面的意思,第一层应当是排除

的意思,即有排除他人的权利而将财物占为己有的意思;第二层为利用的

意思,即享受财物的某种效用的意思。我国在2010年颁布的最高人民法

院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中则详

细列举了八种可推定为“以非法占有为目的”的情形,但在司法实践中, 我们往往会遇到司法解释中不能涵盖的情况,这时候只能够通过行为人

的外在客观表现来进行推定被告人是否有利用和排除的意思。

在本案中,两被告人成立澧县丙商务咨询公司,就是想从P2P平台上

吸收投资人的资金,以还两人的老账。两人集资款项从不建账,肆意处

置,大部分资金去向不明,到案发时两被告人没有向投资人还款的能力。

这种“以新债还旧债”的方式,具有利用和排除的意思,足以证明两被告

人非法占有的目的。

集资诈骗罪的犯罪构成要件,需要在主观上具有非法占有的目的,并

在客观上使用了诈骗的方法进行非法集资且数额较大。具体而言,第一, 行为人实行了非法集资行为,即未经有权机关批准向社会公众募集资金; 第二,行为人的非法集资行为使用了诈骗的方法;第三,行为人骗取的集

资款数额较大。在认定是否为集资诈骗犯罪的过程中,除了要符合以诈

骗的方式向社会公众集资的客观行为外,还要全面分析被告人的外在客

观表现来判断主观上是否以非法占有为目的。首先要综合衡量被告人在

集资时候的经济状况,资金去向是否有迹可循、是否都是用于经营,还要

考察被告人的案后行为。如果案发后被告人认罪态度不佳,隐瞒事实,致

使筹集的资金无法偿还,不可能找回,可以定为集资诈骗罪,反之,就是非

法吸收公众存款罪。

编写人:湖南省常德市澧县人民法院 李莉

45非法占有目的的认定

——张浩杰集资诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

山东省淄博市博山区人民法院(2017)鲁0304刑初35号刑事判决书

2.案由:集资诈骗罪

【基本案情】

博山区人民法院经公开审理查明,2015年5月份以来,被告人张浩杰

隐瞒其真实用款目的,以提供手机、平板电脑、一体式电脑等物品作为

高额利息为诱饵对外虚假宣传,投资者可以在其处暂存资金,并许诺限期

返还资金的方式,向社会不特定人群筹集资金共计约302万余元,上述钱

款用于经营活动与筹集资金规模明显不成比例,截至案发时,导致16名被

害人的资金共计658962元不能归还。

【案件焦点】

被告人张浩杰是否具有非法占有目的,其行为是构成非法吸收存款

罪还是集资诈骗罪。

【法院裁判要旨】

山东省淄博市博山区人民法院经审理认为:被告人张浩杰以非法占

有为目的,使用诈骗方法非法集资,数额巨大,其行为已构成集资诈骗罪, 判处有期徒刑七年,并处罚金人民币十五万元。

一审宣判后,被告人张浩杰未上诉,公诉机关未抗诉,一审判决已发

生法律效力。

【法官后语】

对于本案的争议焦点,一种观点认为,被告人张浩杰以提供手机、平

板电脑、一体式电脑等物品作为高额利息,投资者可以在其处暂存资金, 并许诺限期返还资金的方式,向社会不特定人群筹集资金用于公司经营, 因经营亏损导致给被害人造成损失,其行为构成非法吸收公众存款罪;另

一种观点认为,被告人张浩杰在不具备偿还能力前提下,以非法占有为目

的,以提供手机、平板电脑、一体式电脑等物品作为高额利息为诱饵,向

社会不特定人群骗取资金用于个人使用,其行为构成集资诈骗罪。

笔者赞同第二种观点,被告人张浩杰的行为构成集资诈骗罪。

本案被告人张浩杰的行为的客观方面符合最高人民法院《关于审理

非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中非法吸收公众存款

的四个构成要件:(1)未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸

收资金;(2)通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣

传;(3)承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付

回报;(4)向社会公众即社会不特定对象吸收资金。同时被告人又采用了

欺诈公众的手段和方式,使非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪两个罪名

交织在一起,此时如何对被告人的行为性质进行界定,要从这两个罪名的

本质区别上着手分析。

非法吸收公众存款罪是指非法吸收公众存款或者变相吸收公众存

款,扰乱金融秩序的行为。集资诈骗罪是指以非法占有为目的,使用诈骗

方法非法集资,数额较大的行为。

集资诈骗罪的主观要件要求以非法占有为目的,非法吸收公众存款

罪则无此要求,对于使用欺骗方法非法吸收公众存款的犯罪,如何认定非

法占有的目的是区分此罪与彼罪的关键。两种罪名最本质的区别是主观

目的不同。前者是以非法牟利为目的,只是不合法的融资行为,行为人主

观上并无非法占有他人财产的故意,因而不具备非法占有的故意。而后

者是以非法占有为目的,没有偿还吸收的资金的意图。是否存在非法占

有目的主要可从以下三个方面来分析:

一是筹集资金的意图。主要看行为人在筹集资金之初是打算如何使

用,是否在无偿还能力前提下仍吸收资金,根本没有要归还的意图。

二是集资款的用途。看其是否真实使用,且使用是否正当,是否肆意

挥霍或不按合法的筹集意图使用。

三是集资款的偿还情况。看其是否按照约定及时归还,是否存在卷

款潜逃等行为。当然也不是没有归还就一定构成集资诈骗,还存在后期

出现经营亏损无力偿还的情形,对其不应该归入集资诈骗行为。

结合本案案情分析,首先,被告人张浩杰向社会虚假宣传,隐瞒真相, 利用高额利息骗取社会公众将钱款交给他,属于使用诈骗方法进行非法

集资。其次,张浩杰的供述和被害人的陈述、证人的证言能印证张浩杰

是从2015年5月进行对外宣传,骗取资金。而张浩杰的大部分电子产品的

进货时间是在这个时间段之前,虽然辩护人提交了2015年张浩杰手机店

的收款收据,但不能证明张浩杰将筹集的钱用于生产经营。证人董某、

胡某、向某的证言及供货单能够证实张浩杰在2015年之后的进货情况, 且张浩杰购进的这些电子产品还要用于作为高额利息支付给集资人,以

上证据能够相互印证证实被告人张浩杰在不具有偿还能力的情况下进行

非法集资,且将非法集资款主要用于归还集资者本金、利息,偿还个人的

债务,用于实际经营部分与集资总额明显不成比例,致使被害人集资款不

能返还,其行为符合最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应

用法律若干问题的解释》第四条第二款第一项“集资后不用于生产经营

活动或用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例,致使集资款不

能返还的”情形,应认定其具有非法占有目的。

综上所述,被告人张浩杰客观上实施了以欺诈手段进行非法集资的

行为,主观上在没有偿还能力前提下进行非法集资,且用于生产经营活动

与筹集资金规模明显不成比例,致使无法返回集资款,具有明显非法占有

的目的,故被告人张浩杰的行为应构成集资诈骗罪。

编写人:山东省淄博市博山区人民法院 徐瑛

46贷款诈骗罪的认定

——任得成等贷款诈骗、康某某窝藏案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省郏县人民法院(2017)豫0425刑初62号刑事判决书

2.案由:贷款诈骗罪、窝藏罪

【基本案情】

2015年5月份,郏县信用社出台政策支持夏粮收购,郏县信用社工作

人员与郏县甲商贸有限公司(以下简称甲商贸)实际控制人即被告人任得

成协商贷款事宜。2015年6月8日,郏县信用社与郏县甲商贸法人代表即

被告人赵雪红签订流动资金借款合同,约定借款2500万,期限六个月,借

款用途为收购小麦,任得成、赵雪红为该笔贷款提供保证担保,用郏县甲

商贸收购的小麦做质押担保,同时将质押物小麦交由乙公司监管,郏县信

用社按照郏县甲商贸收购小麦价值的75%解付贷款。任得成收购小麦期

间,赵雪红负责过磅称重。后任得成将自己收购的小麦存放在郏县王集

乡柴堂村仓库内,同时谎称庞某某、郭某某、姚某某等人暂时存放在该

仓库内的小麦亦为自己收购,虚构郏县广天乡粮所内有自己购买的3500

吨小麦,一并质押给郏县信用社,由乙公司监管,以此共从郏县信用社贷

款2200万元。乙公司派遣被告人王付清作为监管员,负责监管郏县甲商

贸质押给郏县信用社的小麦。任得成贷出款项并未全部用于收购小麦。

2015年12月,郏县信用社要求任得成偿还贷款。因任得成无力还款, 双方协商,郏县信用社同意任得成将用于质押的小麦卖出一部分,用于归

还贷款,并约定任得成卖小麦时,先将柴堂仓库的小麦装车过磅,等任得

成将卖小麦的钱付给郏县信用社后,由郏县信用社根据小麦的市场价格

通知乙公司出库的小麦数量,乙公司再通知王付清出库小麦数量,装小麦

的车才能离开。任得成卖小麦所得用于还款93.94363万元,郏县信用社

出具相应吨数的小麦出库通知单,乙公司按照出库通知单通知王付清监

管小麦出库。后任得成伙同赵雪红将其收购的小麦全部卖掉,庞某某等

人存放在柴堂仓库里的小麦由庞某某等人拉走。王付清在未接到乙公司

的其他出库通知,也未向监管公司汇报的情况下,私自同意任得成将小麦

全部拉走,任得成将变卖小麦所得其余款项用于归还个人欠款。乙公司

发现仓库小麦被卖后遂报警。

案发后,被告人康某某在明知公安机关正在抓捕任得成的情况下,为

任得成提供帮助,并帮助任得成前往郑州找律师咨询案情。

另查明,案发后,任得成归还郏县信用社贷款1000万元。2016年5

月27日,康某某到郏县公安局称任得成要求投案,该局民警将任得成带回

并予以控制,后任得成如实供述其主要犯罪事实。

【案件焦点】

1.任得成的行为是构成贷款诈骗罪还是骗取贷款罪;2.赵雪红、王

付清的行为是否构成贷款诈骗共同犯罪。

【法院裁判要旨】

河南省郏县人民法院经审理认为:被告人任得成作为郏县甲商贸的

实际控制人,以非法占有为目的,伙同郏县甲商贸的法人代表被告人赵雪

红,虚构他人收购的粮食为自己所有用以质押,同时使用虚假的合同诈骗

银行贷款2200万元,并伙同乙公司的工作人员被告人王付清,将银行贷款

质押物全部出售,致使银行目前尚有1100万余元贷款本金仍未归还,数额

特别巨大,侵犯了国家对银行贷款的管理制度和公有财产的所有权,其行

为均已经构成贷款诈骗罪;被告人康某某明知任得成犯罪,仍帮助其逃

匿,侵犯了司法机关对罪犯的刑事追诉和刑罚执行活动,其行为已构成窝

藏罪。公诉机关关于以贷款诈骗罪追究被告人任得成、赵雪红、王付清

刑事责任,同时认为,在共同犯罪中,被告人任得成起主要作用,属主犯; 被告人赵雪红、王付清起次要作用,属从犯;以窝藏罪追究被告人康某某

刑事责任的意见正确,法院予以支持。

鉴于案发后,被告人任得成能主动投案,如实供述自己的主要犯罪事

实,属自首,并退还部分赃款,对其可以从轻处罚;被告人赵雪红、王付

清、康某某亦能如实供述自己的主要犯罪事实,均能对其从轻处罚。被

告人赵雪红、王付清作为从犯,且未分取诈骗所得赃款,对其应当减轻处

罚。关于任得成的辩护人提出对任得成减轻处罚,赵雪红的辩护人提出

对赵雪红判处缓刑的量刑意见,与任得成、赵雪红的罪责不相适应,法院

不予采纳。综上,根据四被告人的犯罪事实、犯罪性质、情节和对社会

的危害程度及刑法“罪责刑相适应”的原则,依照《中华人民共和国刑

法》第一百九十三条第二项,第三百一十条第一款,第二十五条第一款, 第二十六条第一款,第二十七条,第五十二条,第五十三条第一款,第五十

五条第一款,第五十八条,第六十四条,第六十七条第一款、第三款,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、被告人任得成犯贷款诈骗罪,判处有期徒刑十三年,剥夺政治权

利三年,并处罚金人民币20万元;

二、被告人赵雪红犯贷款诈骗罪,判处有期徒刑四年,并处罚金人民

币5万元;

三、被告人王付清犯贷款诈骗罪,判处有期徒刑三年,并处罚金人民

币2万元;

四、被告人康某某犯窝藏罪,判处有期徒刑六个月,缓刑一年; 五、被告人任得成的非法所得1106.05637万元及相关利息,予以追

缴。

一审宣判后,被告人均未上诉,检察机关未抗诉,判决现已发生法律

效力。

【法官后语】

1.任得成的行为构成贷款诈骗罪

在审理本案时,合议庭对任得成犯罪行为的定罪产生了两种意见,一

种意见认为其构成贷款诈骗罪;另一种意见认为其构成骗取贷款罪。贷

款诈骗罪是指以非法占有为目的,诈骗银行或者其他金融机构的贷款,数

额较大或者有其他严重情节的行为。骗取贷款罪是指以欺骗手段取得银

行或者其他金融机构贷款,给银行或者其他金融机构造成重大损失或者

有其他严重情节的行为。区分两罪的关键在于主观要件。虽然两罪采取

的手段相似,但主观目的不同。骗取贷款罪不是以非法占有为目的,只因

在不符合贷款条件的情况下为取得贷款而采用了非法手段,有归还的意

愿。而贷款诈骗罪的主观意图就是通过非法手段骗取贷款并非法占有。

结合本案情况,笔者支持第一种意见。

贷款诈骗罪侵犯的客体是双重客体,既侵犯了银行或者其他金融机

构对贷款的所有权,还侵犯了国家金融管理制度;在客观方面表现为,采

用虚构事实、隐瞒真相的方法诈骗银行或者其他金融机构的贷款,数额

较大的行为;本罪的主体是一般主体,任何达到刑事责任年龄、具有刑事

责任能力的自然人均可构成;本罪在主观上由故意构成,且以非法占有为

目的。至于行为人非法占有贷款的动机是为了挥霍享受,还是为了转移

隐匿,都不影响本罪的构成。

本案中,首先,被告人任得成作为郏县甲商贸的实际控制人,自身存

在大量欠款,平时依靠高息借款维持公司和个人日常经营开支,在得知信

用社相关政策后,虚构自己粮食收购状况,并用虚假的购销合同等方式骗

取银行贷款。任得成在获取贷款后,仅将一少部分贷款用于继续收购粮

食,将大部分贷款用于归还个人债务及其他经营投资。其在明知不具有

履行能力的情况下,擅自将质押给信用社的质押物全部变卖,所得款项亦

用来归还个人债务,致使信用社贷款最终无力偿还,应认定其主观上具有

非法占有贷款的目的,其行为已构成贷款诈骗罪。其次,任得成虽然是以

郏县甲商贸的名义实施诈骗的,但实质上是为自己牟利,应按照自然人犯

罪追究任得成刑事责任。最后,对任得成犯罪数额的认定,应以实际数额

为准,对真实收购粮食的部分数额不应从犯罪数额中予以扣除。

2.赵雪红、王付清构成贷款诈骗的从犯

根据《刑法》第二十五条第一款的规定,共同犯罪是指二人以上共

同故意犯罪。按照各个共同犯罪人在共同犯罪中的地位和作用,将他们

分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯。组织、领导犯罪集团进行犯罪活动

的,或者在共同犯罪中起主要作用的,是主犯。

关于从犯的认定,有两种情况:一是起次要作用的。在实施具体犯罪

中,在主犯的组织、指挥下进行某一方面的犯罪活动,情节较轻,对整个

犯罪结果的发生,只起了次要的作用。二是起辅助作用的。在共同犯罪

活动中,为完成共同犯罪只起了提供物质或者精神帮助的作用。如提供

作案工具、为实行犯采点望风、指示犯罪地点和犯罪对象、消除犯罪障

碍等。对完成共同犯罪只起了辅助作用。

本案中,被告人赵雪红作为郏县甲商贸的法人代表,没有尽到法人代

表应有职责,虚构甲商贸仓库中粮食均为任得成和自己收购,亦未核实甲

商贸与郏县丙粮所签订《粮食购销合同》的真实性,即在任得成的授意

下办理贷款相关事宜。其明知任得成存在大量欠款,无力归还贷款变卖

质押物时,为任得成提供实质性帮助,在客观上已具有共同犯罪行为。赵

雪红虽未支配信用社贷款,但对于自己行为可以帮助任得成实现非法占

有贷款的后果完全清楚,仍予以积极配合,主观上已与任得成构成共同犯

罪的故意。根据赵雪红行为所起的作用,认定构成贷款诈骗犯罪的从

犯。

被告人王付清虽无占有贷款,但王付清的行为起着至关重要的作用, 没有其积极提供帮助和创造便利条件,任得成的犯罪行为就无法完成。

王付清作为乙公司的工作人员,负责监管任得成在信用社贷款的质押物, 在明知任得成将贷款质押物变卖且没有用来归还信用社贷款的情况下, 为任得成提供帮助,放任任得成将质押物全部出售,致使银行损失无法挽

回,对于王付清帮助任得成非法占有他人财物的后果,王付清完全清楚, 却仍然予以积极配合,说明王付清具有明显的帮助任得成实施占有银行

贷款的故意。至于王付清有无特定的犯罪目的、犯罪结果是否其所积极

追求的,不影响王付清帮助犯罪故意的认定。根据王付清行为所起的作

用,认定构成贷款诈骗罪的从犯。

编写人:河南省平顶山市郏县人民法院 李远 马唷清

47贷款诈骗犯罪中“以非法占有为目的”的认定

——陈起滔、朱某贷款诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省福鼎市人民法院(2017)闽0982刑初368号刑事判决书

2.案由:贷款诈骗罪

【基本案情】

被告人陈起滔、朱某系夫妻关系,二人共同经营福鼎市甲石材有限

公司,被告人朱某系该公司法定代表人。2012年6月1日,二被告人向林永

某等人借款120万,被告人朱某以其所有的位于福鼎市山前街道彩虹小区

××栋×梯606室房产提供抵押保证并于同日办理了抵押登记。二被告

人因企业经营不善无力偿还借款,遂起诈骗银行贷款犯意。2012年年底, 被告人陈起滔利用其作为福鼎房管所工作人员的职务便利指使其同事罗

某违规将该房产的房屋所有权证、国有土地使用权证从房管所档案室借

出。2013年2月9日,被告人陈起滔再次指使其同事罗某将“606室房

产”抵押于林永某等人的抵押登记记录删除。2013年3月25日,二被告人

以福鼎市甲石材有限公司为贷款人向乙银行福鼎支行提供了虚假的二被

告人离婚证明、福鼎市甲石材有限公司与福鼎市白琳镇丙石材厂签订的

购销合同等材料,双方约定以“606室房产”提供其中132万元的抵押保

证并再次办理了首次抵押登记。被告人朱某亦向乙银行福鼎支行出具抵

押房产使用情况声明书,承诺上述“606室房产”在贷款前并未设定他项

权利。同年3月27日,乙银行福鼎支行将上述款项划入福鼎市甲石材有限

公司指定的福鼎市白琳丙石材厂账户。二被告人取得上述贷款后并未依

照贷款合同约定用于企业经营,亦仅于2013年5月偿还林永某等人借款70

万元,其余贷款用于偿还其他债务及出借他人,导致该200万元贷款到期

后无法偿还。

另查明,2015年1月30日,乙银行福鼎支行因福鼎市甲石材有限公司

未按期偿还上述贷款诉至法院,法院于2015年7月27日作出(2015)鼎民初

字第568号民事判决书,判决福鼎市甲石材有限公司偿还乙银行福鼎支行

贷款本金200万元及相应利息,且乙银行福鼎支行对于“606室房产”享

有优先受偿权。2015年7月3日,林永某等人因被告人陈起滔、朱某未偿

还其剩余借款诉至法院,法院于2015年9月30日作出(2015)鼎民初字

第2301号民事判决书,判决二被告人共同偿还林永某等人借款本金48万

元及相应利息,且林永某等人对于“606室房产”享有优先受偿权。后上

述两案原告均向法院申请强制执行。

2017年4月10日,法院执行局在执行过程中发现二被告人超出抵押物

价值重复担保,遂移送福鼎市公安局立案侦查。被告人朱某、陈起滔分

别于2017年4月19日、同年4月25日向福鼎市公安局投案。案发后,二被

告人于2017年4月19日偿还林永某剩余借款。在审理过程中,经福鼎市司

法局审前社会调查评估,被告人朱某符合社区矫正条件。

【案件焦点】

贷款诈骗犯罪中“以非法占有为目的”的认定。

【法院裁判要旨】

福建省福鼎市人民法院经审理认为:被告人陈起滔、朱某以非法占

有为目的,共同诈骗银行贷款,数额巨大,其行为已构成贷款诈骗罪,公诉

机关指控罪名成立。被告人陈起滔系犯意提起者、策划者,在共同犯罪

中起主要作用,系主犯;被告人朱某在共同犯罪中起次要作用,系从犯,应

当从轻或减轻处罚。本院综合考虑被告人朱某在本案中的犯罪作用、悔

罪表现并结合所在社区意见,决定对其减轻处罚并宣告缓刑。据此,依照

《中华人民共和国刑法》第一百九十三条,第二十五条,第二十六条第一

款,第二十七条,第七十二条第一、三款,第七十三条第二、三款的规定, 作出如下判决:

一、被告人陈起滔犯贷款诈骗罪,判处有期徒刑五年六个月,并处罚

金人民币100000元;

二、被告人朱某犯贷款诈骗罪,判处有期徒刑三年,缓刑三年六个

月,并处罚金人民币60000元。

【法官后语】

骗取贷款罪与贷款诈骗罪同属于破坏社会主义经济秩序罪中的犯

罪,均以贷款为对象,司法实践中对两罪的认定容易混淆。根据《刑法》

第一百七十五条之一的规定,骗取贷款罪是指以欺骗手段取得银行或者

其他金融机构贷款,给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他

严重情节的行为。而根据《刑法》第一百九十三条的规定,贷款诈骗罪

是指以非法占有为目的,诈骗银行或者其他金融机构的贷款,数额较大的

行为。从刑法规定的罪状分析,骗取贷款罪与贷款诈骗罪最主要的区别

在于主观要件,即行为人主观上是否以非法占有为目的。贷款诈骗罪的

目的不仅是骗取贷款,而且是非法占有贷款。而骗取贷款罪采用欺骗手

段的目的是在不符合贷款条件的情况下取得贷款,不以非法占有为目

的。

非法占有目的,是指行为人实施犯罪行为的目的在于使财物脱离其

合法所有人或者持有人的控制而将其据为己有。质言之,是指行为人改

变公私财产所有权的目的。非法占有目的是行为人的一种主观心理状

态,但主观最终必定见诸客观,不可能完全脱离客观外在活动而存在。对

行为人非法占有目的的认定,可以通过行为人具体实施的客观行为加以

判断。实践中,有的行为体现非法占有的目的非常直接明显,如使用虚假

证明骗取贷款后携款逃跑;但也有的行为难以单独体现行为人主观上的

非法占有目的。如《刑法》第一百九十三条规定的五项情形:(1)编造引

进资金、项目等虚假理由的;(2)使用虚假的经济合同的;(3)使用虚假的

证明文件的;(4)使用虚假的产权证明作担保或者超出抵押物价值重复担

保的;(5)以其他方法诈骗贷款的。上述五项情形,只能证明行为人主观

上具有非法占有目的的可能性,是否实际具有非法占有的目的,还必须借

助相关的客观事实加以分析认定。

本案的争议焦点即为被告人陈起滔、朱某在罪犯时主观上是否以非

法占有为目的。首先,在本案中,福鼎市国税局出具的福鼎市甲石材有限

公司纳税情况表明,二被告人系在明知所经营的福鼎市甲石材有限公司

长期亏损,为了偿还原有债务而实施本案诈骗行为。其次,被告人陈起滔

指使其同事罗某将原本已向林永某等人设定抵押登记的记录予以删除, 二被告人再以无抵押记录的房产以及虚假的离婚证及购销合同向乙银行

申请贷款,该行为可以表明二被告人对于自身的资产状况不良及无偿还

能力有清晰的认识,同时被害单位亦是基于“606室房产”没有权利瑕疵

的判断才批准贷款申请。最后,二被告人在取得上述贷款后亦只偿还林

永某借款70万元,其余贷款用于偿还其他债务及出借他人,而非二被告人

辩解的用于偿还林永某等人并解除该房产原有抵押登记的用途。综合上

述事实,可以认定被告人陈起滔、朱某属于明知自身没有还款能力而向

银行大量诈骗贷款,符合《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪

要》中关于金融诈骗罪中非法占有目的的认定标准,对二被告人应以贷

款诈骗罪定罪处罚。

编写人:福建省福鼎市人民法院 缪霄晖

48信用卡诈骗罪既遂的认定

——李冬某信用卡诈骗、传授犯罪方法,曹雄某妨害信用卡管理罪

案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省青神县人民法院(2017)川1425刑初84号刑事判决书

2.案由:信用卡诈骗罪、传授犯罪方法罪、妨害信用卡管理罪

【基本案情】

1.信用卡诈骗。被告人李冬某长期利用社交软件发布虚假代办信用

卡、贷款等信息。2017年5月,李冬某在微信上向被害人帅某谎称系四川

甲融资担保有限公司的员工并以赠送小额贷款为由取得了帅某的信任。

在李冬某的指导下,帅某在多种网络贷款平台申请贷款。其间,帅某将个

人的全部身份信息、本人手持身份证照片、支付宝账号、密码、中国工

商银行(尾号7724)网上银行的账号、密码、各种申请网贷平台的账号、

密码、包含所有收到短信的验证码均告诉了李冬某。后李冬某以资产认

证为由欺骗帅某,让其将工商银行卡原预留的电话号码更换成李冬某的

电话卡。2017年6月11日至30日,被告人李冬某利用网络转账、快捷支付

等方式,骗取被害人帅某财物共计人民币25170元,被告人李冬某涉嫌信

用卡诈骗罪。

2.传授犯罪方法。2017年4月,李冬某告知曹雄某可以利用代办贷款

或提升信用卡额度的方式骗取他人财物。同年4月20日,曹雄某在李冬某

的指导下,在网络上通过虚构可以代办信用卡,获得受害人的银行卡卡

号、手机号、身份证号、实时验证码等信息,骗取了814元。被告人李冬

某涉嫌传授犯罪方法罪。

3.妨害信用卡管理。2017年6月11日,被告人曹雄某在李冬某的安排

下,使用代为保管户名为程某某的身份证为其办理银行卡,并交由李冬某

使用。被告人曹雄某涉嫌妨害信用卡管理罪。

2017年8月1日,民警将李冬某抓获。2017年8月2日,民警将曹雄某抓

获。归案后,曹雄某如实供述了自己的犯罪事实。

案件庭审过程中,被告人李冬某就检察院指控的信用卡诈骗罪作无

罪辩护:(1)被告人是通过居中介绍赚取佣金,无诈骗故意。(2)现有的证

据不能证实被告人实施了诈骗,被告人收到了受害人转来的6300元,5000

元是居中费用,1300元不知是什么费用。现有证据无法显示受害人信用

卡转出钱的去向,无法证明系犯罪所得。

【案件焦点】

1.李冬某是否构成信用卡诈骗罪;2.李冬某是否构成信用卡诈骗罪

既遂。

【法院裁判要旨】

四川省青神县人民法院经审理认为:在信用卡诈骗案中,被告人李冬

某辩称其没有实施诈骗,除转到程志某账户6300元外,没有收到被害人钱

款,不构成犯罪的理由不成立,经查,李冬某从被害人的两张银行卡中转

出25170元,且在李冬某的安排下,转入其指定的其他银行卡或采用QQ理

财通支付,该25170元系李冬某直接或间接占有,有曹雄某的证言、证人

艾某和梁某的证言、被害人帅某的陈述、微信聊天记录、转款记录、银

行卡交易明细等证据可证,故对李冬某的辩称意见,本院不予采纳。辩称

帅某的钱都转给了“小时贷”,其没有收到帅某的钱的理由不成立,经

查,被害人发送给李冬某个人信息及李冬某的回复等聊天记录没有时间

间隔,有侦查提取的二人的微信聊天记录予以证实,故对被告人的辩称意

见,本院不予采纳。

四川省青神县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百七十七

条之一、第一百九十六条、第二百九十五条、第六十五条、第六十七

条、第六十九条、第五十三条、第六十四条之规定,作出判决: 一、被告人李冬某犯信用卡诈骗罪,判处有期徒刑一年七个月,并处

罚金3万元; [[10]犯](#p273)传授犯罪方法罪,判处有期徒刑一年;决定执行有期徒

刑二年,并处罚金3万元;

二、被告人曹雄某犯妨害信用卡管理罪,判处拘役三个月,并处罚金

1万元;

三、责令被告人李冬某在本判决生效之日起十五日内退赔被害人帅

某经济损失人民币25170元。

【法官后语】

1.关于本案被告人李冬某是否构成信用卡诈骗罪的问题

信用卡诈骗罪是以非法占有为目的,利用信用卡进行诈骗活动,数额

较大的行为。本罪的主观方面是故意,主体是一般主体,自然人和单位都

可以成为犯罪主体,客体是信用卡管理制度和公私财产所有权,客观方面

表现为行为人采用虚构事实或隐瞒真相的方法,利用信用卡骗取公私财

物的行为。本案被告人李冬某虽然拒不认罪,但是有被告人曹雄某的供

述、证人证言、受害人陈述、微信记录、转款记录、银行卡交易记录等

证据材料相互印证,形成了一个完整的证据链条,能够充分证实李冬某采

用欺骗的手段获得他人信用卡资料,并通过互联网、通讯终端使用,骗取

他人财物,数额较大,其具有非法占有的目的,构成信用卡诈骗罪。

2.关于本案被告人李冬某是否构成信用卡诈骗罪既遂的问题

目前关于信用卡诈骗既遂的标准争议存在“占有说”“控制

说”“失控说”“失控加控制说”“控制加数额较大”等观点。信用卡

诈骗罪作为一种新型诈骗犯罪,随着科技的发展而滋生,具有隐蔽性、网

络化、专业化、科技化、集团化、国际化等特点,信用卡诈骗大多是通

过银行转账、网络终端交付等方式进行的,受害人的钱只要转出其账户

并转入被告人指定的账户中——并不一定是被告人的账户中,就意味着

被害人失去了对这笔钱的控制。客观上受害人的财产已经被被告人侵

犯,而只有被告人才可以自由支取,这笔钱实际上已经是被告人直接占有

或者间接占有,诈骗行为已经完成。因此,目前从司法实践来看,更倾向

于“失控说”。本案李冬某从被害人的两张银行卡中转出25170元,且在

李冬某的安排下,转入其指定的其他银行卡或采用QQ理财通支付, 使25170元脱离受害人的控制,将其直接占有或间接占有,故构成信用卡

诈骗罪既遂。综上,被告人李冬某构成信用卡诈骗罪,诈骗金额为25170

元。

编写人:四川省青神县人民法院 鲁春燕

49侵犯公民财产信息并实施信用卡诈骗罪数的认

定

——苏讨米信用卡诈骗、侵犯公民个人信息案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院(2018)闽02刑终168号刑事裁定书

2.案由:信用卡诈骗罪、侵犯公民个人信息罪

【基本案情】

2016年1月以来,被告人苏讨米利用互联网非法获取650余条公民个

人信息(含姓名、身份证号码、手机号码、银行卡卡号、密码等),将其

中一部分公民个人信息提供给他人,并伙同他人以网上消费形式盗刷多

名被害人的银行卡。同时,被告人苏讨米还伙同他人使用其他非法获取

的大量公民身份信息(含姓名、身份证号码、银行卡号等)以购买机票的

形式盗刷多名被害人的银行卡。犯罪数额共计506154元。2016年5月25

日,公安机关将苏讨米抓获归案。

【案件焦点】

苏讨米非法获取他人姓名、身份证号码、手机号码、银行卡卡号、

密码等个人信息的犯罪行为是否应被信用卡诈骗罪吸收。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市同安区人民法院经审理认为:苏讨米以非法占有为目

的,违反信用卡管理法规,冒用他人信用卡进行诈骗活动,犯罪数额特别

巨大,其行为已构成信用卡诈骗罪。苏讨米非法获取并向他人提供包括

财产信息在内的公民个人信息共计650余条,情节特别严重,其行为已构

成侵犯公民个人信息罪。苏讨米犯两罪,应数罪并罚。苏讨米伙同他人

利用“木马”程序链接、网络渗透等隐蔽技术手段实施诈骗,可酌情从

重处罚。

福建省厦门市同安区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百

九十六条第一款第(三)项,第二百五十三条之一第一、三款,第二十五条

第一款、第六十九条、第六十四条以及《最高人民法院、最高人民检察

院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第五

条的规定,作出如下判决:

被告人苏讨米犯信用卡诈骗罪,判处有期徒刑十一年六个月,并处罚

金人民币十万元;犯侵犯公民个人信息罪,判处有期徒刑三年,并处罚金

人民币二万元。数罪并罚,决定执行有期徒刑十四年,并处罚金人民币十

二万元。

宣判后,被告人苏讨米提出上诉,主要上诉意见为原判对诈骗金额认

定有误,应按已查实的被害人被盗刷的金额认定;非法获取公民个人信息

是实施诈骗的前提,侵犯公民个人信息的行为应被诈骗罪吸收。

福建省厦门市中级人民法院经审理认为:原判认定已查实的被害人

被盗刷的金额有经庭审举证、质证的证据证实;未查明被害人身份部分

的诈骗事实与已查实被害人部分诈骗方法相同,使用的相同的银行卡,原

判根据在案证据认定该部分被害人被盗刷金额并无不当。上诉人苏讨米

的犯罪行为分别符合侵犯公民个人信息罪和信用卡诈骗罪的构成要件, 依法应予数罪并罚。

福建省厦门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[[11]](#p273)的规定,作出如下裁定: 驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

1.数罪并罚与从一重罪的定罪原则

本案中,被告人苏讨米非法获取并向他人提供公民个人信息,构成侵

犯公民个人信息罪。伙同他人以网上消费形式盗刷被害人银行卡,属冒

用他人信用卡,构成信用卡诈骗罪。苏讨米实施的获取、提供公民个人

信息和伙同他人盗刷信用卡是两个独立的,分别具备刑法分则中不同罪

名的构成要件的行为。前者侵犯的是公民的隐私权,后者侵犯的是包括

国家信用卡管理制度、公私财物所有权在内的复杂客体。二审阶段辩护

人的辩护意见认为两个行为分别是方式行为与目的行为,存在牵连关系, 应从一重罪处罚。对此可分两层次进行分析:

第一,从我国目前判断牵连关系的通说——主客观统一说来看。成

立牵连关系,既要行为人主观上具有牵连的意思,还要客观上具有通常方

法或结果关系。一方面,侵犯公民个人信息不是实施信用卡诈骗的通常

方法。信用卡诈骗包括使用伪造的信用卡或者以虚假身份证明骗领的信

用卡、使用作废的信用卡、恶意透支等。使用非法获取的公民个人信息

从而冒用他人信用卡只是信用卡诈骗诸多方法中的一种。另一方面,实

施信用卡诈骗也不是侵犯公民个人信息的通常结果,行为人既可以通过

该行为单独谋利,也可以用来实施敲诈勒索、绑架等犯罪,或者用于讨还

债务、骚扰他人等一般不构成犯罪的活动。因此,笔者认为两个行为不

存在牵连关系。

第二,即使认为构成牵连犯,由于牵连犯本质上属于实质的数罪,处

断上的一罪,如果明文规定对牵连行为进行数罪并罚的,应予数罪并罚。

《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理电信网络诈骗等刑

事案件适用法律若干问题的意见》规定,“违反国家有关规定,向他人出

售或者提供公民个人信息,窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息, 符合刑法第二百五十三条之一规定的,以侵犯公民个人信息罪追究刑事

责任。使用非法获取的公民个人信息,实施电信网络诈骗犯罪行为,构成

数罪的,应当依法予以并罚”。《最高人民法院、最高人民检察院、公

安部关于依法惩处侵害公民个人信息犯罪活动的通知》规定,“对使用

非法获取的个人信息,实施其他犯罪行为,构成数罪的,应当依法予以并

罚”。

2.信用卡信息与公民个人信息中财产信息的区分

在明确以上原则的前提下,本案还需要明确的是被告人苏讨米非法

获取并提供给他人的信息应属信用卡信息还是公民个人信息。因为《最

高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应

用法律若干问题的解释》第五条规定:“……刑法第一百九十六条第一

款第(三)项所称‘冒用他人信用卡’,包括以下情形:……(三)窃取、收

买、骗取或者以其他非法方式获取他人信用卡信息资料,并通过互联

网、通讯终端等使用的……”。如果认定本案被告人获取的信息属于信

用卡信息资料,则其非法获取并提供给他人共同实施盗刷的部分,应构成

信用卡诈骗的共同犯罪。

(1)公民个人信息的范围

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事

案件适用法律若干问题的解释》第一条对公民个人信息的内涵和外延作

出了规定。将公民个人信息定义为以电子或者其他方式记录的能够单独

或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况

的信息。从这一定义来看,公民个人信息具有以下特征:一是与信息主体

具有密切相关性。包括反映信息主体自然特征和社会属性的描述性信

息,如姓名、身份证号码、通信方式、住址、健康生理信息等;还包括对

信息主体的某方面状态进行评价的信息,如征信信息、财产信息、交易

信息、行踪轨迹信息等。二是对信息主体身份的可识别性。定义中

的“特定自然人”这一用语表明,信息要对具体信息主体的利益产生影

响,才具有保护的价值,即该信息能够单独或与其他信息结合对信息主体

的身份进行识别,使信息主体与他人相区别。

(2)信用卡信息与公民个人信息中的财产信息的区别

关于信用卡信息,目前法律并没有明确定义,对这一专业性比较强的

概念的把握,应与金融行业的标准保持一致。根据2000年11月8日发布的

《中国人民银行关于颁布〈银行卡发卡行标识代码及卡号〉和〈银行卡

磁条信息格式和使用规范〉两项行业标准的通知》,信用卡信息主要包

括主账号、发卡机构标识号码、个人账户标识、校验位、个人标识代

码。这些信息在发卡行信用卡磁条、芯片中。至于信用卡所有人在办卡

时向银行提交的姓名、身份证、工作单位、收入情况、联系方式、住址

等信息只涉及信用卡的申领,不涉及信用卡的使用,发卡行也不会将这些

信息写入信用卡的磁条、芯片中,不属于刑法对信用卡信息保护的范

围。在非法获取他人信用卡信息资料并通过互联网、通讯终端等使用的

信用卡诈骗中,只要获取磁条所载的相关信息就可以以持卡人名义进行

交易。此定义下的信用卡信息对信息主体的指向性不强,难以满足密切

相关性和身份可识别性的条件。

本案中,被告人苏讨米非法获取的公民个人信息包含姓名、身份证

号码、手机号码、银行卡卡号、密码等。这些信息可以具体反映出特定

信息主体的存款余额、可透支金额等财产状况,具有明确的指向性,属于

公民个人信息中的财产信息。因此被告人苏讨米非法获取并向他人提供

公民个人信息,伙同他人以网上消费形式盗刷被害人银行卡,构成侵犯公

民个人信息罪、信用卡诈骗罪,应予数罪并罚。

编写人:福建省厦门市中级人民法院 余强 陈姝

(五)危害税收征管罪

50接受公安机关调查取证后主动到案的是否可以

认定为自首

——江苏宏伟箱包有限公司、赵某虚开增值税专用发票案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省常州市中级人民法院(2017)苏04刑终412号刑事裁定书

2.案由:虚开增值税专用发票罪

【基本案情】

2016年3月至4月间,被告单位江苏宏伟箱包有限公司在与常州某纺

织有限公司无实际购销经营活动的情况下,被告人赵某作为被告单位江

苏宏伟箱包有限公司法定代表人,先后6次通过李某某(另案处理)购买常

州某纺织公司为江苏宏伟箱包有限公司虚开的增值税专用发票共计37

份,税额合计人民币601590.64元。

案发后,被告人赵某自动投案,并能如实供述自己的犯罪事实。

案发后,被告人赵某向公安机关退出人民币601590.64元,向江苏省

仪征市国家税务局补缴税款人民币198140.5元。

【案件焦点】

虚开增值税专用发票案件中,公安机关在调查上游单位犯罪时,向下

游被告单位调查取证,后电话通知下游被告单位法定代表人到案的,下游

单位及其法定代表人是否可以认定为自首。

【法院裁判要旨】

江苏省常州市金坛区人民法院经审理认为:被告单位江苏宏伟箱包

有限公司在无实际购销经营活动的情况下,让他人为自己虚开增值税专

用发票,虚开的税款数额较大,其行为已构成虚开增值税专用发票罪。被

告人赵某作为被告单位江苏宏伟箱包有限公司直接负责的主管人员,应

按照虚开增值税专用发票罪追究刑事责任。公诉机关指控被告单位江苏

宏伟箱包有限公司、被告人赵某犯虚开增值税专用发票罪,罪名成立,应

予采纳。被告单位犯罪以后,被告人赵某作为被告单位直接负责的主管

人员主动投案,如实供述自己的犯罪事实,被告人赵某及被告单位均是自

首,依法可以从轻或减轻处罚。案发后,被告人赵某能退出人民币60万余

元,并向江苏省仪征市国家税务局补缴税款人民币19万余元,能弥补国家

税款损失,对其可以酌情从轻处罚。根据被告人赵某的犯罪情节、认罪

态度及悔罪表现,对其可以减轻处罚并可宣告缓刑。

江苏省常州市金坛区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百

零五条、第三十条、第三十一条、第六十七条第一款、第七十二条第一

款、第七十三条第二款和第三款、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》第一条的规

定,作出如下判决:

一、被告单位江苏宏伟箱包有限公司犯虚开增值税专用发票罪,判

处罚金人民币十二万元;

二、被告人赵某犯虚开增值税专用发票罪,判处有期徒刑二年,缓刑

二年六个月;

三、被告人赵某退至公安机关的人民币403450.14元用于补缴税

款。

宣判后,江苏省常州市金坛区人民检察院提起抗诉,后江苏省常州市

人民检察院认为抗诉不当,向江苏省常州市中级人民法院撤回抗诉。

江苏省常州市中级人民法院经审理认为:原审人民法院判决认定原

审被告单位、原审被告人虚开增值税专用发票犯罪的事实清楚,证据确

实、充分,适用法律正确,量刑恰当,审判程序合法,江苏省常州市人民检

察院撤回抗诉的要求,符合法律规定。作出如下裁定:

准许江苏省常州市人民检察院撤回抗诉。

【法官后语】

本案处理的重点主要在于对被告单位及被告人赵某自首的认定问

题。根据我国《刑法》第六十七条的规定,犯罪以后自动投案,如实供述

自己的罪行的,是自首。对此,1998年5月9日施行的《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》(以下简称《解释》)对

自首的认定作了专门的规定。根据《解释》第一条第一项规定,自动投

案,是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉,或者虽被发觉,但

犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时,主动、直接向公安机

关、人民检察院或者人民法院投案。

具体到本案中,因被告人赵某是下游购票单位的法定代表人,公安机

关在调查核实上游单位虚开增值税专用发票案时,于2017年6月14日对被

告人赵某进行询问,并制作了询问笔录。公安机关在制作询问笔录时,向

被告人赵某宣读了《证人权利义务告知书》,让其以证人的身份接受询

问。可见此时被告人赵某既未受到讯问,也没有被采取强制措施。后公

安机关于2017年6月19日电话通知被告人赵某接受调查讯问,被告人赵某

于当日到常州市公安局金坛分局东城派出所投案,并且在到案后能如实

供述自己的罪行,其到案具有主动性、自动性。自首制度设立的目的旨

在鼓励犯罪嫌疑人自动投案,一方面促使嫌疑人认罪、悔罪,改过自新, 另一方面在于促使案件及时侦办、审结,节约司法资源。本案被告人赵

某接公安机关通知后,能够及时主动到公安机关接受讯问,体现了其悔过

自新的态度,也有利于及时办结案件,认定被告人赵某及被告单位构成自

首同样符合自首制度的立法本意。因此,应当认定本案被告单位及被告

人赵某均构成自首。

值得注意的是,对于既未接受调查讯问,也未被采取强制措施的犯罪

嫌疑人自首的认定,不能以公安机关是否已经掌握相关犯罪事实或发现

嫌疑人为依据,而应立足于犯罪嫌疑人到案的自动性、主动性这样的前

提条件。即无论公安机关是否已经掌握相关犯罪事实或发现相关犯罪嫌

疑人,只要犯罪嫌疑人主动到案并能如实供述自己罪行的,均应当认定为

自首。

编写人:江苏省常州市金坛区人民法院 张照鹏

(六)侵犯知识产权罪

51价格认定意见书应当认定为书证

——李某、李昌某、庞明某假冒注册商标案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省泸州市江阳区人民法院(2017)川0502刑初282号刑事判决书

2.案由:假冒注册商标罪

【基本案情】

2016年6月至2017年1月期间,被告人李某租用位于四川省成都市新

都区石板滩镇东风村×组××号的楼房后,安排被告人李昌某、庞明某

入住该租房,由被告人庞明某运送假冒白酒包装材料及假冒白酒成品,由

被告人李昌某生产灌装假冒白酒,共同牟利。

2016年8月至10月期间,被告人李某将其伙同被告人李昌某、庞明某

生产的部分假冒52度500ml“甲”酒以每件500元的价格,假冒52度

500ml“乙”酒、假冒53度500ml“丙”酒以每件800元的价格销售给阮

某。

2017年1月11日,侦查人员在四川省成都市新都区石板滩镇抓获正在

运输假冒白酒的被告人庞明某,当场在其用于运输假冒白酒的汽车上查

获已包装的假冒39度500ml“丁”酒1件(6瓶/件)、假冒52度

500ml“甲”酒2件、假冒50度500ml“戊”酒6件。随后,侦查人员在位

于四川省成都市新都区石板滩镇东风村3组37号的租房内抓获正在生产

假冒白酒的被告人李昌某,并当场查获已包装的假冒52度

500ml“乙”酒19件零1瓶(6瓶/件)、假冒52度500ml“庚”酒18件(6瓶/

件)、假冒53度500ml“丙”酒7件(6瓶/件)、假冒52度500ml“甲”酒14

件(6瓶/件)、假冒50度500ml“戊”酒20件(6瓶/件)、假冒48度

478ml“己”酒1件(6瓶/件)及大量用于制假的上述品牌白酒包装材料。

上述假冒白酒共计价值人民币108577.3元。

2017年3月13日,被告人李某主动到公安机关投案,并如实供述犯罪

事实。

控辩双方对本案的事实无分歧,但辩方认为本案中的价格认定意见

书无认定人签字,不能采信。

【案件焦点】

价格认定机构对涉案假冒白酒做出的价格认定意见书上缺乏价格认

定人的签名,是否能被采信作为定案根据。

【法院裁判要旨】

四川省泸州市江阳区人民法院经审理认为:价格认定是各级政府设

立的价格认证机构对司法、纪检监察、行政机关提出的价格不明或有争

议的、实行市场调节价的有形产品、无形资产和各类有偿服务从法律事

实角度进行价格确认的行为。本案中,公安机关委托对涉案假冒酒进行

价格认定的程序合法,价格认证机构作出的价格认定结论是依照法定程

序、法定标准,以其内容从法律事实角度对涉案假冒酒价格作出的判断, 且认定的价格与被侵权产品的市场中间价格相符,故价格认定结论合法

有效。本案中,对于查获的假冒52度500ml“庚”酒、假冒39度

500ml“丁”酒、假冒50度500ml“戊”酒、假冒48度478ml“己”酒,无

标价、亦无实际销售价格,应依法按照侵权产品的市场中间价格计算非

法经营数额,共计79644元。但对于查获的假冒52度500ml“甲”酒、假

冒52度500ml“乙”酒、假冒53度500ml“丙”酒,现有证据能够证实假

冒52度500ml“甲”酒的实际销售价格为每件500元,假冒52度

500ml“乙”酒、假冒53度500ml“丙”酒的实际销售价格为每件800元, 故应按照已经查清的实际销售价格计算其非法经营数额,共计约28933.3

元。因此,本案中被告人李某、李昌某、庞明某的非法经营数额应当认

定为108577.3元。

四川省泸州市江阳区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百

一十三条、第二十五条、第二十六条、第二十七条、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侵犯知识产权刑事

案件具体应用法律若干问题的解释》第一条第一款、第十二条第一款和

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体

应用法律若干问题的解释(二)》第四条的规定,作出如下判决: 一、被告人李某犯假冒注册商标罪,判处有期徒刑一年二个月,并处

罚金人民币60000元;

二、被告人李昌某犯假冒注册商标罪,判处有期徒刑十个月,并处罚

金人民币55000元;

三、被告人庞明某犯假冒注册商标罪,判处有期徒刑十个月,并处罚

金人民币55000元;

四、本案中查扣的假冒酒、制假材料和工具依法全部予以没收。

宣判后,被告人李某、李昌某、庞明某未上诉,公诉机关亦未抗诉, 该案于2017年10月10日发生法律效力。

【法官后语】

价格认定机构对涉案假冒白酒做出的价格认定意见书上缺少价格认

定人的签名,是否能被采信,是否能作为定案根据,经常成为假冒注册商

标刑事案件中控辩双方争议的焦点。引发争议的缘起是国家发改委价格

认定中心于2016年印发了新的《价格认定行为规范》,对2010年的《价

格认定行为规范》进行了大幅修改,删除了价格认定人在价格认定结论

书中签名的规定。各地价格认定机构纷纷执行以上规定,在出具的价格

认定结论书中仅有价格认定机构的盖章,没有价格认定人的签名且不提

供相关资质。而辩方据此提出价格认定结论书缺少《刑事诉讼法》中对

鉴定意见的规定要件,因此价格认定结论不合法,不能作为定案依据。可

见,辩方意见成立的前提是价格认定结论书属于鉴定意见。

价格认定是各级政府设立的价格认证机构对司法、纪检监察、行政

机关提出的价格不明或有争议的、实行市场调节价的有形产品、无形资

产和各类有偿服务从法律事实角度进行价格确认的行为。从性质上来

看,价格认证是行政确认行为,认证主体为行政机关,是行政机关在法定

权限内制作的文书。从救济途径来看,当事人对价格认定结论有异议的, 可以向作出机关提出复核申请,而根据《刑事诉讼法》,当事人对鉴定结

论有异议,是可以补充鉴定或者重新鉴定的。因此,从证据属性来看,价

格认定结论应属于公文文书,以其记载的内容来证明待证事实。本案中, 公安机关委托对涉案假冒酒进行价格认定的程序合法,价格认证机构作

出的价格认定结论是依照法定程序、法定标准,以其内容从法律事实角

度对涉案假冒酒价格作出的判断,且认定的价格与被侵权产品的市场中

间价格相符,故价格认定结论合法有效。

编写人:四川省泸州市江阳区人民法院 孙华 王晶

52旧手机翻新行为的商标侵权属性及刑事责任认

定

index-220_1.jpg

index-220_2.jpg

——北京佳茵特电子科技有限公司、俞晓庆假冒注册商标案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院(2017)京03刑终326号刑事裁定书2.案由: 假冒注册商标罪

【基本案情】

苹果公司(Apple

Inc.)注册号G1014459“

”商标和注册号

G923726“i Phone”商标已依法在我国注册,核定使用商品包括移动电

话机等,均在注册有效期限内。苹果公司未授权北京佳茵特电子科技有

限公司(以下简称佳茵特公司)在中国大陆生产、销售、储存、维修任何

带有苹果公司注册商标的苹果系列产品,也未允许其使用苹果公司注册

商标。

佳茵特公司于2008年11月在原天竺出口加工区(现为天竺综合保税

区)设立,公司经营范围为维修通讯器材、计算机、货物进出口等。2008

年11月佳茵特公司经批准在天竺出口加工区开展针对国产出口手机的维

修业务,并于2011年1月取得移动电话机A级维修资质。被告人俞晓庆自

2010年6月担任佳茵特公司法定代表人、执行董事、经理。

自2014年年底,佳茵特公司将从美国进口的有缺陷苹果旧手机拆解

成主板、手机屏幕、后壳等各部件,保留使用旧手机主板,将拆解的部分

屏幕、手机后壳进行翻新,和检修合格的零部件重新拼装,并在拼装过程

中也大量使用从境内购买的手机后壳等零部件,后经手机性能、外观测

试、清洁、贴膜等程序后简易包装入箱入库后出口至国外。2015年5

月13日、5月14日,公安机关查获佳茵特公司1800余部i Phone5s型手

机、手机后壳等物品,上述手机后壳上均标注有苹果公司“

”和“i

Phone”注册商标。前述手机中的1812部为假冒苹果公司注册商标的产

品,经鉴定,市场中间价格为人民币582万余元。被告人俞晓庆于2015年5

月14日被查获。涉案物品在案扣押,涉案账户已被冻结。

【案件焦点】

旧手机翻新行为的性质认定——是否系商标侵权行为。

【法院裁判要旨】

北京市顺义区人民法院经审理认为:

1.佳茵特公司旧手机翻新并非维修行为,而是加工制造行为。佳茵

特公司将苹果旧手机批量拆解后重新拼装,除主板外,原手机零部件被高

仿新零部件或拆解可用的旧零部件所替换,最后亦进行手机性能、外观

测试、激活、恢复出厂设置等程序,手机在部件、形态和品质方面发生

巨大变化,破坏了苹果手机应有的品质功能,已不是苹果公司生产、销售

的产品。行为人此种旧物翻新行为系具有制造性质的加工、组装行为。

2.佳茵特公司旧手机翻新系存在商标使用的侵权行为。在加工、组

装苹果手机的过程中,佳茵特公司没有伪造或者变造苹果公司的注册商

标,但以制造商标物品为直接目的将附有苹果公司注册商标的外壳与其

他部件组装在一起,不论后壳是新是旧,都使商标的标识作用在实际效果

上扩展到了组装后的整部新手机,新手机显著位置也未标注“翻新旧

货”等提示,足以对外标识是苹果公司生产、销售的手机使相关公众产

生混淆、误认。俞晓庆及佳茵特公司通过他人介绍自美国进口旧手机并

开展手机翻新业务,后以出口方式将翻新手机发给美国客户并牟利,涉案

手机的加工组装、出口行为均发生在中国境内,不能以商品未在国内销

售否定佳茵特公司的商标使用行为。

佳茵特公司及公司直接负责的主管人员俞晓庆未经苹果公司许可, 在同一种商品上使用与其注册商标相同的两种商标,情节特别严重,其行

为已构成假冒注册商标罪,均应予惩处。依照《中华人民共和国刑法》

第二百一十三条、第二百二十条、第三十条、第三十一条、第五十二

条、第五十三条、第六十四条、第三十六条,判决如下:

一、被告单位佳茵特公司犯假冒注册商标罪,判处罚金人民币三百

万元;

二、被告人俞晓庆犯假冒注册商标罪,判处有期徒刑四年,并处罚金

人民币三百万元;

三、在案扣押赃证物及冻结款项依法予以处理。

佳茵特公司及俞晓庆持原审辩解提出上诉。

北京市第三中级人民法院同意一审法院的裁判意见,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[[12]之](#p273)规定,作出

如下裁定:

驳回北京佳茵特电子科技有限公司、俞晓庆的上诉,维持原判。

【法官后语】

本案系北京市首起保税区内翻新旧手机构成假冒注册商标罪的单位

犯罪案件,被中国外商投资企业协会优质品牌保护委员会评选为“2017

—2018年度知识产权保护十佳案例”。

实践中,旧手机翻新行为广泛存在,普遍做法即在保留原手机主板等

重要零部件的前提下,通过修复旧手机后壳、屏幕等重要零部件或者替

换为仿制零部件,将手机复投入市场流通,本案的特殊性在于批量拆解旧

手机后重新拼装。佳茵特公司实则以入境保税维修之名行旧手机翻新之

实。

我国目前仅规定手机维修机构应取得维修资质,但对手机等电子产

品的维修方式、第三方维修机构是否需要取得商标权人的授权等问题没

有明确规定,导致旧手机翻新行为的性质认定成为争议焦点,本案发生在

保税区,被告人、辩护人以旧手机翻新系合法的保税维修进行抗辩。被

告单位作为保税区企业具备入境保税维修资质,但对于其行为是否属于

保税维修,经查询相关规定,上海自由贸易区入境维修用途旧机电产品相

关规定中明确:入境维修是指通过对进口原件进行维护、修理、检测、

升级或其他维修处置使原件局部受损功能恢复或原有功能升级等活动, 分为售后服务维修和专业维修;海关总署印发的《关于出口加工区拓展

保税物流功能及开展研发、检测、维修业务试点管理办法》规定,出口

加工区内不得开展以拆解和翻新为目的的维修业务。海关特殊监管区域

内旧机电产品入境保税维修是不以拆解和翻新为目的、使原件局部受损

功能恢复或原有功能升级的活动,如由有资质的第三方服务商维修,需依

照原生产企业的要求进行。手机属于机电产品,入境手机保税维修也应

符合上述规定,这也符合一般人对维修概念的思维认知。如此可见,本案

佳茵特公司旧手机翻新的行为性质并非手机维修。

涉外委托加工是指境外商标权人提供商标,委托我国境内加工方加

工产品并将商标贴附在加工产品上,将产品全部返回境外委托方销售,境

外委托方向境内加工方支付加工费的贸易方式。具体到本案,佳茵特公

司并未取得苹果公司的授权与委托加工产品,也未在产品加工过程中贴

附苹果公司提供的注册商标,因此佳茵特公司的行为也不属于涉外委托

加工。

另外需要说明,旧手机翻新方式多样,在认定是否为假冒注册商标行

为时,要注意结合被告人供述、被害单位鉴定情况等证据具体分析商标

使用行为。如本案大批量拆解后重新拼装,不论旧零部件是否被替换,重

新排列组合的手机已不是品牌手机,应认定假冒注册商标行为。在单个

手机逐一翻新过程中,如果旧手机标有注册商标的零部件被更换为新零

部件,应认定存在假冒注册商标行为;仅替换旧手机未标有商标的零部件

时,要注意区分被替换零部件的功能,如果为电阻、电容等耗能元件,则

无法认定存在商标使用行为;如果为影响手机性能的重要零部件,足以导

致手机质量发生变化,因原注册商标所标识的已是翻新后的手机,因此可

以认定存在商标使用行为,但因上述零部件功能的判定具有较强的专业

性,应结合被害单位的意见,同时辅以专门知识人的意见综合认定。

编写人:北京市顺义区人民法院 李晓丽 朱郡臣

53未遂状态下销售假冒注册商标的商品罪销售金

额的认定

——张某甲、张某乙销售假冒注册商标的商品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市丰台区人民法院(2017)京0106刑初911号刑事判决书

2.案由:销售假冒注册商标的商品罪

【基本案情】

2016年12月至2017年1月间,被告人张某甲、张某乙从他人处购进带

有“甲”“乙”“丙”“丁”“戊”注册商标标识的白酒,存放于北京

市丰台区新宫××

×号某仓库中排东数第二间库房内。2017年1月17

日,被告人张某甲、张某乙在上述地点向他人销售甲、乙、丁、戊白酒

时被民警查获,民警当场起获甲酒25箱、乙酒25箱、戊酒104箱、丁

酒311箱、丙酒一箱(内4瓶),经鉴定,上述白酒均为假冒注册商标的商

品,货值金额共计人民币39万余元。

被告人张某甲、张某乙于2017年1月17日被北京市公安局丰台分局

新发地派出所民警抓获。

【案件焦点】

被告人张某甲、张某乙被起获的白酒的货值金额如何计算。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院认为,本案未销售的侵权产品没有标价,也不

能查清实际销售的平均价格,虽然被告人张某甲在侦查阶段供述的起获

白酒的销售价格与证人王某某证言所称买酒价格一致,但是本案不能简

单依二人供述与证言内容一致而认定约定货值为本案起获物品的货值, 理由如下:一是本案并未实际销售完成,双方没有买卖合同、协议约定货

物价格,且并未实际给付货款,货款的金额处于待定状态,不能因此认定

为实际销售价格;二是证人王某某在第一次接受询问时侦查人员明确询

问其酒的价格,其回答“等装完货再结算,肯定便宜”,另在案证据证明

涉案的酒并非王某某一人购买,黄某某也是购买人,侦查人员询问黄某某

酒的价格,黄某某称“价格是王某某定的,王某某说价格合适”,即二人

都没有明确回答侦查人员酒的价格的问题,但是王某某在后来的询问中

能明确说明酒的价格,对于王某某是否知道酒的价格存在不能排除的合

理怀疑,而黄某某不知道酒的价格即前去拉酒也不符合一般购买人的心

理。综上,对被告人张某甲的辩护人所提出的涉案白酒以张某甲供述及

王某某证言所证明的价格认定货值金额的辩护意见不予采纳。依照《最

高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用

法律若干问题的解释》第十二条规定,本案只能以被侵权产品的市场中

间价格计算未销售商品的货值。

北京市丰台区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百一十四

条、第二十三条、第二十五条第一款、第二十六条、第二十七条、第六

十七条第三款、第五十二条、第六十四条、第六十一条之规定,判决如

下:

一、被告人张某甲犯销售假冒注册商标的商品罪,判处有期徒刑九

个月,并处罚金人民币二万元;

二、被告人张某乙犯销售假冒注册商标的商品罪,单处罚金人民币

一万元;

三、涉案假冒白酒戊酒(52度)五十一箱、甲酒二十五箱、乙酒二十

五箱、丁酒三百一十一箱、戊酒(46度)四十七箱、丙酒四瓶、戊酒(42

度)六箱均予以没收销毁。

【法官后语】

销售假冒注册商标的商品罪中的犯罪金额是对被告人定罪量刑的依

据,不同的计算方法会导致犯罪金额的不同结果,直接影响着罪与非罪及

量刑的大小。本案的争议点是如何认定未遂状态下涉案销售金额。

一种观点认为销售金额应当以卖家张某甲供述与买家王某某证言互

相印证的金额认定,即认定本案的货值金额为人民币12万余元,根据2011

年1月10日最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理侵犯知

识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》(以下简称《意见》)第八条

的规定,本案涉案金额未达犯罪未遂要求的15万元,故不构成犯罪。

另一种观点认为根据2004年12月8日《最高人民法院、最高人民检

察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

(以下简称《解释》)第十二条的规定,本案属于侵权产品没有标价或者

无法查清其实际销售价格的情况,销售金额应按照被侵权产品的市场中

间价格计算。

侵权产品销售行为从进货、储存到招揽买主、价格磋商再到交易、

成交等,须经历包括多个环节的一个过程,不是一着手实施就立刻完成, 只有当所有环节的行为全部实施完毕,才能达成既遂状态,未全部完成

的,应为犯罪未遂。本案中,证人证言和被告人供述等证据相互印证,可

以证实张某甲、张某乙与王某某已就买卖涉案白酒达成意向,且王某某

去张某甲所租仓库提货,在装货即搬运白酒的时候被警察查获,涉案白酒

销售过程未完成。由此,张某甲、张某乙已经着手实施犯罪,但因为意志

以外的原因未得逞,属于《意见》第八条“假冒注册商标的商品尚未销

售”的情况,犯罪形态为未遂。

根据《意见》第八条,未遂状态下,货值金额是否达到15万元,直接

决定着张某甲、张某乙的行为是否构成销售假冒注册商标的商品罪。

《解释》第十二条规定:“未销售的侵权产品的价值,按照标价或者已经

查清的侵权产品的实际销售平均价格计算。侵权产品没有标价或者无法

查清其实际销售价格的,按照被侵权产品的市场中间价格计算。”从本

案证据看,虽然张某甲在侦查阶段供述的起获白酒的销售价格与王某某

其中一份证言所称买酒价格一致,但是本案不能简单依此认定该价格为

本案起获物品的销售价值,理由如下:

(1)本案侵权白酒买卖双方没有书面的买卖合同或者协议证实已明

确约定的产品价格,且因白酒并未实际销售完成,未实际给付货款,货款

的金额处于待定状态,因此不能依据客观证据认定侵权产品价格。本案

只能看是否有口头约定的涉案白酒价值。

(2)证人王某某在第一次接受询问时侦查人员明确询问其酒的价格, 其回答“等装完货再结算,肯定便宜”;另在案证据证明涉案的酒并非王

某某一人购买,黄某某也是购买人,侦查人员询问黄某某酒的价格,黄某

某称“价格是王某某定的,王某某说价格合适”,即二人都没有明确回答

侦查人员酒的价格的问题,但是王某某在后来的证言中能明确说明酒的

价格。王某某前后证言不一致,对于王某某是否知道酒的价格存在不能

排除的合理怀疑。

综上,侵权产品的价值如没有销售记录等客观证据能够证实侵权产

品的数量及价格,不能单纯依据言词证据的表面内容予以确认,尤其一人

对同一问题的证明内容前后有出入的情况下,应当根据整个案情,排除对

言词证据前后不一的合理性怀疑,综合确定侵权产品的价值。因此,根据

本案证据及上述司法解释规定,本案侵权产品未标价,亦无法查清实际销

售价格,只能以被侵权产品的市场中间价格计算未销售商品的货值。

编写人:北京市丰台区人民法院 徐晓丽 仇春子

54购进含有假商标配件应认定为假冒注册商标未

遂

——黄某、陈楚某假冒注册商标案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省潮州市湘桥区人民法院(2017)粤5102刑初238号刑事判决书

2.案由:假冒注册商标罪

【基本案情】

被告人黄某为谋取非法利益,自2014年5月份开始,将从他人处购进

的假冒的三星、苹果、小米、UL、HTC等品牌电源适配器的外壳及后盖

等配件及从他人处购进的电路板配件交由同案人林礼某(另案处理,已死

亡)在位于潮州市湘桥区凤新街道花园村林厝祠西巷二横×号的工场及

被告人陈楚某的工场进行组装生产,然后被告人黄某将组装完毕的标有

上述商标标识的电源适配器销售给陈某雄、李国某、朱某某、“李

S”、“龙小姐”(身份均不明)等人,同时在网上进行销售,销售金额共

计人民币8918.6元。

2015年12月25日,同案人林礼某的工场被潮州市公安局查获,现场缴

获标有苹果品牌手机图形标识的型号为A1385的手机电源适配器3900

个、型号为A824的手机电源适配器3000个;标有“samaung”标识的手机

电源适配器产品1600个;标有“UL”图形标识的手机电源适配器44000

个,调频控制器、手动压机及配件一批。上述假冒的手机电源适配器的

犯罪数额为人民币63960元。综上,被告人黄某假冒注册商标的手机电源

适配器犯罪数额共计人民币72878.6元。

被告人黄某为牟取非法利益,自2016年6月份开始,将从他人处购进

的印刷有假冒的三星牌商标标识等电源适配器的外壳及后盖等配件及从

他人处购进的电路板配件交由被告人陈楚某位于潮州市春光凤眼工场加

工,然后被告人黄某将组装完毕的假冒电源适配器销售给陈某雄、“李

S”、“龙小姐”、李国某、朱某某(身份均不明)等人,同时在网上销

售。2016年10月21日该工场被公安机关查获,在被告人陈楚某的工场内

扣押标有“samsung”标识的电源适配器外壳36000个、标

有“samsung”标识的电源适配器外壳后盖32800个、标有“Mi”图形标

识的电源适配器外壳72个。在被告人黄某位于潮州市春辉路博雅轩11楼

仓库扣押到白色标有“samsung”标识的电源适配器外壳13997个、白色

标有“samsung”标识的电源适配器外壳后盖5050个、黑色标

有“Samsung”标识的电源适配器外壳2013个、黑色标有“Samsung”标

识的电源适配器外壳后盖5140个。在被告人黄某位于潮州市莲云工业区

的工场内扣押到标有“HTC”标识的电源适配器145个。此外,公安机关

还在同案人林礼某的工场内扣押到属于被告人黄某的标有“UL”商标标

识的手机电源适配器外壳30000个。

【案件焦点】

假冒注册商标罪的未遂和非法制造、销售非法制造的注册商标标识

罪的竞合问题。

【法院裁判要旨】

广东省潮州市湘桥区人民法院经审理认为:被告人黄某、陈楚某无

视国家法律,未经注册商标所有人许可,合伙在同一种商品上使用与其注

册商标相同的商标,情节严重,其行为均已构成假冒注册商标罪。公诉机

关指控被告人黄某犯假冒注册商标罪犯罪罪名成立,适用法律恰当,依法

予以支持;指控被告人黄某、陈楚某犯非法制造、销售非法制造的注册

商标标识罪,经查,现有证据不能证实两被告人有非法制造上述从陈楚某

工场处及黄某仓库、工场处扣押的注册商标标识的行为,不能证实两被

告人要将上述扣押的注册商标标识单独予以销售,但可证实被告人黄某

系从他人处购进上述标有假冒注册商标标识的配件,后两被告人准备将

上述标有假冒注册商标标识的配件用于假冒注册商标犯罪,其行为应认

定为假冒注册商标罪。公诉机关指控黄某、陈楚某犯非法制造、销售非

法制造的注册商标标识罪不当,依法不予支持。

被告人黄某在共同犯罪中起主要作用,系主犯,依法按照其参与的全

部犯罪予以处罚;其在部分犯罪中已经着手实行犯罪,由于其意志以外的

原因而未得逞,系犯罪未遂,依法予以从轻处罚;其归案后如实供述自己

的罪行,依法予以从轻处罚。

被告人陈楚某在共同犯罪中起次要作用,系从犯,依法予以从轻处

罚;其在部分犯罪中已经着手实行犯罪,由于其意志以外的原因而未得

逞,系犯罪未遂,依法予以从轻处罚;其归案后如实供述自己的罪行,依法

予以从轻处罚。

辩护人提出黄某涉案的假冒电源适配器配件系从他人手中购买,该

行为应被前罪名假冒注册商标罪吸收,而不应将查获的印有三星等标识

的电源适配器外壳的行为单独认定为销售非法制造的注册商标标识罪的

意见,经查理由成立,依法予以采纳;提出建议对黄某判处有期徒刑一年

以下刑期、罚金1万元以下的意见,经查理由不成立,依法不予采纳;提出

起诉书指控的2014年5月份黄某开始作案系笔误,黄某与同案人林礼某作

案时间是从2015年11月开始的意见,经查,黄某与同案人林礼某的供述均

称系2014年5月开始作案,结合其他证据可予认定,辩护人所提该意见经

查与事实不符,依法不予采纳;提出请求退还与本案无关的物品的意见, 经查应依法处理;提出起诉书指控的第一罪中黄某仅销售约9000元,余数

额为犯罪未遂的意见,经查,假冒注册商标犯罪系在同一种商品上非法使

用他人注册商标的行为,行为人在其商品上非法使用了他人的注册商标, 侵害了他人的商标专用权,就构成犯罪既遂,本案中根据从同案人林礼某

工场扣押物品的情况,被告人黄某及同案人林礼某已将相关的假冒注册

商标的配件加工成假冒注册商标商品的成品,应认定为犯罪既遂,辩护人

该意见经查不能成立,依法不予采纳;针对起诉书指控的第二罪提出该罪

被告人黄某的行为系假冒注册商标犯罪未遂的意见,经查,在该部分犯罪

中被告人黄某、陈楚某尚未将涉案的带有假冒注册商标标识的配件制成

商品成品,应认定为犯罪未遂,辩护人所提该意见理由成立,依法予以采

纳。

受害公司美国UL有限责任公司的委托代理人提出起诉书指控的第一

罪假冒注册商标罪中黄某已经将假冒注册商标的产品制造完成,其行为

应认定为犯罪既遂的意见,经查属实,依法予以采纳;提出起诉书指控的

第二罪应认定两被告人犯罪情节特别严重的意见,经查,起诉书指控的第

二罪非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪中两被告人的行为应认

定为假冒注册商标罪的未遂犯罪行为,委托代理人的该意见不当,依法不

予采纳;提出对两被告人不宜适用缓刑的意见经查属实,依法予以采纳。

依照《中华人民共和国刑法》第二百一十三条、第二十三条、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、

第五十二条、第五十三条、第六十四条的规定,判决如下: 一、被告人黄某犯假冒注册商标罪,判处有期徒刑二年,并处罚金人

民币8万元;

二、被告人陈楚某犯假冒注册商标罪,判处有期徒刑十一个月,并处

罚金人民币1万元。

一审宣判后,两名被告人均未上诉,检察机关未提出抗诉。判决现已

发生法律效力。

【法官后语】

从刑事审判工作来讲,法官首先要确保刑事法律适用的公正、公平, 既不能过重地处罚,也不能放纵犯罪。对一个犯罪行为,应当认真甄别其

社会危害性、犯罪性质、情节,从而准确去适用刑事罪名,才能使法律

以“看得见的方式”实施。正如贝卡利来所说:“法官对任何案件都应

进行三段论式的逻辑推理。大前提是一般法律,小前提是行为是否符合

法律,结论是自由或刑罚。”

本案在审理过程中,控辩双方争议的焦点在于被告人黄某是否构成

非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪,主要涉及了假冒注册商标

罪未遂与非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪的适用与法条竞合

问题。合议庭最终采纳了辩护人的意见,认定被告人黄某尚未制造成品

的假冒注册商标的行为为假冒注册商标未遂。

《刑法》第二百一十五条规定,伪造、擅自制造他人注册商标标识

或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识,情节严重的,处三年以下有期

徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;情节特别严重的,处三年以上

七年以下有期徒刑,并处罚金。非法制造、销售非法制造的注册商标标

识罪在客观上,表现为实施了伪造,擅自制造他人注册商标标识,或者是

销售伪造、擅自制造的注册商标标识的行为。假冒注册商标罪在客观上

强调行为人违反了商标管理法规,没有经过注册商标所有人的许可,在同

一种商品上,使用与其注册商标形同的商标的行为。至于商标标识是否

是行为人自己制造,不影响犯罪的成立。是否有制造、销售商标标识的

行为是非法制造、销售假冒注册商标标识罪的关键,也是区别此罪与假

冒注册商标罪的关键。本案中,被告人涉案的假冒电源适配器配件系从

他人手中购买,客观上被告人并未实施销售非法制造的注册商标标识的

行为,主观上黄某亦未有销售非法制造的注册商标标识的意愿,将查获的

印有三星、苹果标识的假冒电源适配器外壳的行为定性为销售非法制造

的注册商标标识罪不符合刑法规定的该罪名的犯罪构成要件,从黄某购

买印有三星等标识的假冒电源适配器外壳的目的是与电路板加工组装成

手机电源适配器成品出售来看,该行为应被前罪名假冒注册商标罪吸收, 因被告人尚未将假冒注册商标的商品销售,应认定为假冒注册商标罪未

遂,而不应将查获的印有三星等标识的电源适配器外壳的行为单独认定

为销售非法制造的注册商标标识罪。

另外,从刑法罪责刑相适应原则出发,应将通过购买或其他方式获取

的非自身生产的准备用于制造假冒注册商标商品的行为认定为假冒注册

商标罪未遂,而不应当认定为非法制造、销售非法制造的注册商标标识

罪。本案中,如果按照公诉机关指控的非法制造、销售非法制造的注册

商标标识罪对被告人定罪,应当认定为情节特别严重,根据《刑法》第二

百一十五条规定,应当判处三年以上七年以下的有期徒刑;如果按假冒注

册商标罪定罪,仅认定为情节严重,根据《刑法》第二百一十三条的规

定,应当判处三处以下有期徒刑或者拘役。即产生了一个刑法适用的不

合理问题:购买未成品的注册商标的行为比制作成假冒注册商标成品的

刑罚更重,显然有违于《刑法》第五条规定的罪责刑相适应的原则。

编写人:广东省潮州市湘桥区人民法院 陈少旭

55卷烟接装纸上的品牌图样在涉商标犯罪中的评

价问题

——陈某滨非法制造注册商标标识案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省汕头市潮南区人民法院(2017)粤0514刑初621号刑事判决书

2.案由:非法制造注册商标标识罪

【基本案情】

2013年4、5月份,被告人陈某滨和同案人陈某春(已判刑)串招同案

人吕某彬(已判刑)合伙在卷烟接装纸上印制假冒品牌标识,约定同案人

陈某春、被告人陈某滨提供印刷机、烫金机等设备、模具和水松纸、油

墨等原材料;同案人吕某彬提供制假场地,每印制1公斤水松纸提成人民

币3元。之后,同案人吕某彬提供其位于汕头市潮南区胪岗镇二村某楼下

的铁棚作为烫金工场,并让其父亲吕某毫(作不起诉处理)租赁马某金(作

不起诉处理)位于汕头市潮阳区和平镇和惠路里美三角路口“某汽修

厂”后面的二层楼房作为印刷工场。被告人陈某滨、同案人陈某春雇用

同案人陈某华、吴某坤、方某琳、江某三、陈某喜(均已判刑)等人,于

同年7月开始在卷烟接装纸上印制“红塔山”“白沙”等多个品牌的标

识。其中,被告人陈某滨负责联系购买机器设备、日常管理制假工场,登

记原材料、生产成品和发放工人工资等工作;同案人陈某喜负责在福建

省云霄县记账、发货;同案人江某三负责将印刷工场印好的半成品卷烟

接装纸运到烫金工场;同案人陈某华、吴某坤、方某琳等人负责印刷工

场和烫金工场的生产工作。

同年9月25日,汕头市公安局查获上述2个制假工场,现场抓获同案人

吕某彬等人,缴获制假机器、原材料1批和印有“红塔山”“白沙”“阿

诗玛”“红金龙”等品牌的卷烟接装纸46盘(内有上述品牌标识共计

6784000个)。当天,福建省云霄县公安局在云霄县漳南水果批发市场一

出租房抓获同案人陈某春、陈某喜,缴获印有“红塔山”“云烟”“白

沙”等品牌的卷烟接装纸20盘(内有上述品牌标识共计1250000个)。

经鉴定,涉案卷烟接装纸并非用于卷接相应真品卷烟的接装纸。

2016年11月30日,被告人陈某滨向中华人民共和国驻越南社会主义

共和国大使馆投案,于同年12月10日被带回汕头市公安局。归案后,被告

人陈某滨如实供述了非法制造他人注册商标标识的事实。

【案件焦点】

被告人在卷烟接装纸上印制品牌卷烟的图样是否属于商标以及相关

数量能否认定为“件”。

【法院裁判要旨】

广东省汕头市湖南区人民法院经审理认为:被告人陈某滨结伙非法

制造他人注册商标标识,情节严重,其行为侵犯国家对注册商标的管理制

度和他人注册商标的专用权,已构成非法制造注册商标标识罪。被告人

陈某滨系制假工场的合伙人,且积极参与制假工场的运营和管理,在共同

犯罪中起主要作用,系主犯。鉴于被告人陈某滨自动投案,归案后如实供

述罪行,有自首情节,依法予以从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》

第二百一十五条、第二十五条第一款、第二十六条第一款和第四款、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侵犯知识

产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第三条第一款第三项和

《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

一条、第三条之规定,判决: 被告人陈某滨犯非法制造注册商标标识罪,判处有期徒刑一年,并处

罚金人民币三万元。

【法官后语】

公诉机关认为涉案的品牌图样属商标,但鉴于卷烟接装纸上对应的

商品是1支卷烟,而1支卷烟并非是卷烟作为商品进行流通的单位,因此, 不认定涉案标识数量为“件”。合议庭经对比,发现本案扣押在案的印

刷标识与公诉机关当庭出示的商标注册证上载有的完整商标图样并非完

全一致,但印刷标识与商标注册证上的商标标识高度近似,足以引起消费

者混淆,符合《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理侵犯

知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》关于刑法第二百一十三条

规定的“与其注册商标相同的商标”的认定问题和《最高人民法院、最

高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的

解释》第八条的规定的特征,应当认定被告人的行为已侵犯国家对注册

商标的管理制度和他人注册商标的专用权。“件”的认定是非法注册商

标标识罪定罪和量刑的重要依据,《最高人民法院、最高人民检察院关

于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十二条

明确规定“件”是指标有完整商标图样的一份标识,因此,必须与商标注

册证记载完全一致的标识才能认定为“件”。本案虽然部分图样符合该

条件,但未能查清相应的数量,本着证据存疑有利于被告人的原则,本案

不以“件”数作为定罪量刑的标准。本案被告人陈某滨开设涉假工场, 生产规模大、设备多、参与人数多、印刷标识数量多,应认定为《最高

人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法

律若干问题的解释》第三条第一款第三项规定的“其他情节严重的情

形”,认定被告人的行为构成非法制造注册商标标识罪。

加强知识产权司法保护,是审判机关贯彻落实中央精神,积极服

务“五位一体”总体布局和“四个全面”战略布局的重要内容。人民法

院在保护知识产权方面,既要加大打击力度,保持对侵犯知识产权犯罪高

压态势,更要坚持以事实为依据,以法律为准绳。本案中,合议庭就涉案

印刷标识是否属于商标以及其数量能否认定为“件”的问题上展开讨论

并达成共识,认可了相关印刷标识系商标,但不认可其数量为“件”,这

两种标准并行,看似矛盾,实际上加大对知识产权的保护。如严格

以“件”的标准作为确定商标的条件,在一定程度上拔高了该罪的入刑

标准,不利于从严打击侵犯知识产权犯罪,但要是降低“件”的标准,又

违反罪刑法定原则。因此,坚持认定“商标”和“件”采用两种标准,符

合立法和相关司法解释的立意,在体现刑法谦抑性的基础上,也有利于依

法从严打击侵犯知识产权犯罪。

编写人:广东省汕头市潮南区人民法院 马卫南

(七)扰乱市场秩序罪

56民事欺诈与诈骗罪、合同诈骗罪的区分

——张廷珍合同诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

云南省文山州中级人民法院(2018)云26刑终45号刑事裁定书

2.案由:合同诈骗罪

【基本案情】

被告人张廷珍、李忠某(在逃)夫妇于2015年7月8日以香樟苑×幢×

单元501号房屋作为抵押向农某借款人民币10.8万元;2015年7月31日将

该房产以人民币13万元的价格出售给牛某(所欠银行按揭贷款由牛某负

责偿还),并签订了房屋买卖合同,但未进行登记过户;同年10月6日张廷

珍与李忠某(在逃)又与被害人张某签订房屋买卖合同,将该房产以人民

币29万元的价格卖给张某,同日,张某通过银行转账的方式,将购房款定

金13万元转入被告人张廷珍的账户内,到案发时该房产未能进行登记过

户;2015年10月30日,张廷珍、李忠某夫妇将该房产以人民币297400元转

让给农某、黄某(农某妻子)、牛某、关某(牛某妻子),并进行过户登

记。

【案件焦点】

张廷珍的行为属于民事欺诈还是构成刑事犯罪,若构成犯罪是诈骗

罪或合同诈骗罪。

【法院裁判要旨】

云南省富宁县人民法院经审理认为:对于张廷珍认为公诉机关所指

控的犯罪事实均系由李忠某事前与被害人协商一致后让其签字,其行为

不构成诈骗罪的辩解及辩护人认为张廷珍夫妇的行为系民间借贷,被告

人无罪的辩护意见,经查,2015年10月6日张廷珍、李忠某隐瞒了其已将

涉案房产出售给他人的事实真相,又将该房产出售给被害人张某,虽在与

张某签订房屋买卖合同时该房产仍属其二人所有,但显然一个房产不能

同时满足两个买家的履约要求,二人在已经预见到该合同不能履行时,仍

然与被害人签订合同并收受了13万元的购房定金,张廷珍及李忠某在收

到被害人张某的购房定金后潜逃到昆明、蒙自、河口、广东等地,至案

发也未退还所骗取的财物。且被告人张廷珍在公安机关供述证实其从来

没有想过要将涉案房产出售给张某,足见张廷珍及李忠某具有非法占有

的故意,二人明知该合同不能履行,而利用与对方签订房屋买卖合同的手

段骗取被害人张某的财物,数额巨大,符合合同诈骗罪的犯罪构成,故对

被告人张廷珍的辩解及辩护人的辩护意见不予采纳。被告人张廷珍以非

法占有为目的,在签订合同、履行合同过程中,骗取他人财物,数额巨大, 其行为构成合同诈骗罪。

云南省富宁县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百二十四

条、第六十四条、《云南省高级人民法院〈最高人民法院关于常见犯罪

的量刑指导意见〉细则》之规定,作出判决如下:

一、被告人张廷珍犯合同诈骗罪,判处有期徒刑五年,并处罚金人民

币5000元;

二、判令由被告人张廷珍退赔被害人张某经济损失人民币

130000.00元。

宣判后,被告人张廷珍提起上诉。

云南省文山州中级人民法院经审理认为:张珍廷以非法占有为目的, 在签订、履行合同过程中,隐瞒真相,骗取他人财物,数额巨大,其行为已

构成合同诈骗罪。本案在案证据证实张廷珍主观上具有非法占有他人财

物的故意,客观上实施了在签订、履行合同过程中,隐瞒真相,骗取张某

购房定金的行为,其行为符合合同诈骗罪的犯罪构成。张廷珍及其辩护

人关于张廷珍夫妇与张某属民间借贷关系,不构成合同诈骗罪的上诉理

由和辩护意见与查明的事实不符,不予采纳。

云南省文山州中级人民法院依照《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[[13]](#p273)之规定,裁定如下: 驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

本案中基于同一犯罪事实,公诉机关认为依法应当构成诈骗罪,法院

认为应当构成合同诈骗罪,被告人及其辩护人认为系民间借贷纠纷,被告

人不构成犯罪。关键在于合同诈骗罪与民事欺诈行为、诈骗罪的区别。

民事欺诈行为是指一方当事人对他方当事人故意作虚假陈述或者故

意隐瞒真相,诱使他方当事人对限于认识错误而与其签订合同的欺诈行

为,因其与合同诈骗罪表现形式存在相通之处往往成为合同诈骗案件中

控辩双方的争议焦点。我们可以从被告人签署合同是否有以非法占有的

目的的主观故意、是否有履行合同的能力、在履行合同的过程中是否有

诈骗行为、是否有履行合同的实际行为几个方面来进行考量。合同诈骗

案件中,行为人签订合同的着眼点不在于合同本身的履行,而在于对合同

标的物或定金的不法占有。若行为人主观上不具有非法占有他人财物的

目的,其虽在签订、履行合同过程中存在欺诈的内容,并给对方当事人造

成较大的财产损失,也仅应承担民事欺诈行为的相关民事法律责任,而不

构成合同诈骗罪。行为人有履约能力,无履约行为,利用欺骗手段占有他

人财物的,应认定为合同诈骗罪;行为人有履约能力,实施部分履约行为, 若其不完全履约旨在毁约或避免自身损失的,应认定为民事欺诈,若其部

分履约意在诱使相对人继续履行从而占有对方财物的,应当认定为合同

诈骗;行为人签订合同时无履约能力,之后仍无此能力依然采取欺诈手段

使对方陷入错误认识,占有对方财物的,应认定为合同诈骗;签订合同时

无履约能力,但经过努力具备了履约能力,并积极实施履约行为的,无论

合同最终是否得以完全履行,均只构成民事欺诈。具体到本案,张廷珍夫

妇与他人签订房屋买卖合同将涉案房产出售给他人,并收受相应对价,将

该房屋合法手续原件交给他人后,又与被害人签订房屋买卖合同,虽签订

合同时涉案房产未过户,仍属张廷珍夫妇所有,但显然一个房产不能同时

满足两个买家的履约要求,二人在已预见无履约能力的情况下,仍与被害

人签订合同并收受购房定金后潜逃。其签订合同的着眼点在于对购房定

金的不法占有,主观上具有非法占有他人财物的故意;客观上实施了在签

订合同时无履约能力,并采取欺诈手段使被害人陷入错误认识,骗取被害

人定金的行为,符合合同诈骗罪的犯罪构成。

诈骗罪与合同诈骗罪是普通法和特别法的关系,在法条适用时存在

竞合的情况。二者主观上均有非法占有公私财物的犯罪故意,客观上均

实施以虚构事实、隐瞒真相的欺骗方式使他人陷入错误认识处分财物的

行为。其区别主要在于:(1)犯罪主体不同。诈骗罪为一般主体,凡达刑

事责任年龄的自然人均可构成本罪;合同诈骗罪除自然人外,单位亦可成

为本罪的主体。(2)犯罪客观方面不同。合同诈骗罪系在签订、履行合

同过程中,以合同为载体,采取虚构事实、隐瞒真相的方法骗取他人财

物。而诈骗罪在手段和方式上没有限制,只要行为人主观上有非法占有

的目的,客观上实施虚构事实或隐瞒真相的手段使对方陷入错误认识,骗

取数额较大财物的行为,就构成诈骗罪。具体到本案,区分两罪的关键在

于诈骗行为是否产生于合同签订、履行过程中,行为人是否利用了能够

体现各种市场交易行为的合同进行诈骗。本案被告人签订、履行合同过

程中,明知该合同不能履行,而利用与对方签订房屋买卖合同的手段骗取

被害人购房定金,诈骗行为在合同签订、履行过程中产生,故张廷珍的行

为构成合同诈骗罪,而非诈骗罪。

编写人:云南省富宁县人民法院 赖锦芗 黄媛

57虚构建筑工程合同诈骗的定罪量刑应区别于普

通诈骗罪

——陈解某合同诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省永州市零陵区人民法院(2017)湘1102刑初166号刑事判决书

2.案由:合同诈骗罪

【基本案情】

被告人陈解某没有与永州市零陵区某广场签订任何工程承包合同, 亦非负责该项目开发的永州市某房地产开发有限责任公司员工;但被告

人陈解某仍以转包零陵区某广场部分楼段的土建清包工程为由,对外以

甲方名义于2016年5月27日与乙方唐某国签订建清包工意向协议书,约定

将某广场2栋地上的二十八层高楼交给乙方唐某国清包,先收取乙方信誉

履约金10万元,待正式合同合法生效后,再补足合同剩余价款;被告人陈

解某于2016年5月26日至27日分别收到了乙方实际合伙人沈成某、唐民

某、肖启某、黎海某四人交纳的2万元、2万元、2.5万元、2.5万元,被

告人陈解某将收到的9万元用于资金周转;2016年7月2日甲方陈解某将上

述信誉履约金变更为9万元,并与乙方唐民某再次签订了变更后的建清包

工意向协议书;后唐民某等人因工程始终未能开工而要求陈解某退还信

誉金,陈解某在2016年9月17日向唐民某退还2万元本金及1万元利息后, 对其余三人均未退款。肖启某等人察觉被诈骗而于2016年12月14日向公

安机关报案,2017年2月18日,陈解某向沈成某退还了3万元,但沈成某认

为该3万元是赔偿利息和损失,故未向陈解某出具收条及谅解书;2017年3

月20日,被告人陈解某被永州市公安局零陵分局民警抓获归案;2017年3

月21日,被害人肖启某、黎海某各收到了陈解某退还的2.5万元及利息1

万元并对陈解某表示了谅解,唐民某亦对陈解某表示了谅解。

【案件焦点】

1.本案中被告人行为是以诈骗罪还是合同诈骗罪论处更合理;2.本

案中诈骗金额应如何认定。

【法院裁判要旨】

湖南省永州市零陵区人民法院经审理认为:被告人陈解某以非法占

有为目的,虚构其承包了零陵区某广场土建清包工程的事实,与他人签订

土建清包工意向协议书的转包建筑工程预合同,并在合同履行过程中继

续隐瞒真相,骗取他人信誉金7万元,数额较大,其行为已构成合同诈骗

罪;虽公诉机关指控被告人犯诈骗罪,但在本案中,被告人利用经济合同

的形式进行诈骗,既侵犯了被害人的财产权益,又侵犯了市场经济秩序, 系复杂客体的权益侵犯,故以合同诈骗罪对被告人的行为进行评断更符

合犯罪构成要件;被告人在案发前已向唐民某归还了2万元,且还付有利

息1万元,故对该2万元不再计入诈骗数额,但将作为犯罪量刑情节予以考

虑;另被害人沈成某已收到了陈解某退还的3万元,虽沈成某认为该3万元

属于利息或损失赔偿而未签署收条及谅解,但刑事案件只需退赔违法所

得,故沈成某的损失由其陈述可知,应已得到完全返还。被告人陈解某存

在如下量刑情节:1.被告人到案后能如实供述犯罪事实,系坦白,可依法

从轻处罚;2.被告人已向被害人返还了诈骗的全部欠款,并取得了3名被

害人的谅解,可酌定从轻处罚。另根据被告人陈解某的犯罪情节和悔罪

表现,对其适用缓刑,对其所居住社区没有重大不良影响,故可对被告人

陈解某适用缓刑。遂根据《中华人民共和国刑法》第二百二十四条,第

六十七条第三款,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,第六十四条,《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: 被告人陈解某犯合同诈骗罪,判处有期徒刑一年,缓刑一年六个月, 并处罚金人民币一万五千元。

【法官后语】

1.虚构建筑工程合同骗取信誉金应属合同诈骗

本案被告人的行为属于合同诈骗罪,理由如下:一是被告人前期行为

依然是合同属性的经济行为。被告人与被害人依交易惯例签订了“正式

的”建清包工意向协议书,并收取了被害人的信誉履约金,且其后信誉金

的更改也同步于意向书内容的更改,故被告人在预合同缔结的过程中,仍

遵循了一般经济行为的程序,仍保有了相对完整的合同外观。二是被告

人的行为侵害了市场经济秩序。本案中,被告人的行为不但造成了被害

人财产的流失,同时也极大地损害了市场交易的信誉、规则、秩序,如

给“某广场”的员工形象、品牌效应造成了损害,进而影响后续市场交

易的信誉门槛等。因此,合同诈骗罪兼顾了被告人合同伪装外观的欺诈

的手段、当事人交易间特有的经济从属关系及本案财产性利益与市场秩

序的复杂法益,只有这样才能全面评价被告人的行为。三是合同诈骗罪

与诈骗罪的法益侵害客体不同。合同诈骗罪在我国刑法分则中位列“破

坏社会主义市场经济秩序罪”的章节中,而诈骗罪则位列“侵犯财产

罪”的章节中,而有关于合同的相关法律制度,集中反映和体现了商品经

济发展的内在要求与一般规则,合同诈骗罪从诈骗罪中的抽离,对打击合

同诈骗意义深远。

2.诈骗金额应扣除案发前已被追回的被骗款额

本案中,公诉机关指控的诈骗金额为9万,但经法院审理获悉,案发

前,被告人已向被害人退还了2万,根据《最高人民法院研究室关于申付

强诈骗案如何认定诈骗数额问题的电话答复》规定,在具体认定诈骗犯

罪数额时,应把案发前已被追回的被骗款额扣除,按最后实际诈骗所得数

额计算。该电话答复虽是最高院研究室于1991年4月23日针对申付强诈

骗个案作出,但答复所确定的诈骗数额计算标准、原则与此后的法律和

司法解释没有矛盾和冲突,对人民法院审理同类案件仍具有指导作用,应

当遵照执行。故本案中,法院剔除了案发前被告人已退赔的2万元,将7万

元认定为犯罪数额,同时2万元也作为对被告人整体犯罪行为的从重量刑

情节予以考虑。

编写人:湖南省永州市零陵区人民法院 李茜

58根据口头协议多次交易后,仅对标的价款作出变

更,视为履行此前合同的一次延续行为,在此过程

中实施骗取对方货物后逃匿的,应如何定罪处罚

——黄转成合同诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省三明市中级人民法院(2017)闽04刑终317号刑事裁定书

2.案由:合同诈骗罪

【基本案情】

2008年7、8月,被告人黄转成因经营资金不足,分别与被害人廖加

某、郑新某达成口头协议,由廖加某、郑新某向大田县甲煤矿(以下简称

甲煤矿)购买块煤,再将所购的块煤以甲煤矿的名义供应给三明市煤气公

司,次月黄转成收到三明市煤气公司支付给甲煤矿的货款后,扣除黄转成

可以从中抽取的每吨5~10元不等的利润,再将相应的货款支付给廖加

某、郑新某。除2008年10月23日廖加某供应的13.87吨价值10402.5元的

块煤款未支付外,2008年11月份前被告人黄转成收到煤款后均有按时将

购煤款支付给廖加某、郑新某。

2008年11月,被告人黄转成因做生意亏损三十余万元无力偿还,便萌

生骗取廖加某、郑新某加大块煤供应量并将块煤变卖所得的货款用来偿

还债务的邪念。黄转成以三明市煤气公司11月欲煅烧颗粒煤,块煤需求

量大为由,要求廖加某、郑新某多运一些块煤至三明市煤气公司,黄转成

以690元/吨的价格向二被害人购买块煤。廖加某、郑新某二人遂于2008

年11月13日至2008年12月1日间,按照口头协议的约定向甲煤矿购得块煤

后,以甲煤矿的名义向三明市煤气公司运送了价值共计人民币380496.5

元的块煤,其中廖加某共运送了价值计163546.5元的块煤,郑新某共运送

了价值计216950元的块煤。2008年12月18日,黄转成收到甲煤矿转给其

的含廖加某、郑新某二人的煤款在内的全部煤款后,隐瞒已经收到煤款

的事实,以未收到煤款等理由拖延、欺骗二被害人。后被告人黄转成更

换了手机号码,并搬离三明市三元区的租住处,与廖加某和郑新某断绝联

系。

另查明,2010年3月21日,被告人黄转成被被害人郑新某等人扭送公

安机关,到案后被告人黄转成能如实供述自己的罪行。

2010年3月22日大田县公安局决定对被告人黄转成刑事拘留,同日变

更强制措施为取保候审,后拒不到案。2016年8月29日,黄转成在河北省

石家庄市被抓获。

【案件焦点】

被告人的行为是构成诈骗罪还是合同诈骗罪。

【法院裁判要旨】

福建省大田县人民法院经审理认为:被告人黄转成在履行上述合同

的过程中,因无力偿还他人债务而心生非法占有合同对方当事人货物并

将之变卖用于偿还债务的主观故意,骗取被害人加大供货数量,并在收到

货款后隐瞒已收到货款的事实,携款逃匿。黄转成的行为不仅侵犯了被

害人的财物所有权,同时也侵犯了国家对经济合同的管理秩序,破坏了市

场经济秩序,其行为符合合同诈骗罪的法定构成要件。

被告人黄转成以非法占有为目的,在履行合同过程中,虚构事实,隐

瞒真相,骗取对方当事人财物价值计人民币380496.5元,数额巨大,其行

为已构成合同诈骗罪。公诉机关指控被告人黄转成的犯罪事实成立,但

指控的罪名不当,应予变更。被告人黄转成到案后能如实供述自己的罪

行,系坦白,依法可以从轻处罚。被告人黄转成的辩护人提出的可以对黄

转成从轻处罚等辩护意见,本院予以采纳。据此,依照《中华人民共和国

刑法》第二百二十四条第四项、第六十四条、第六十七条第三款之规

定,判决:

一、被告人黄转成犯合同诈骗罪,判处有期徒刑三年四个月,并处罚

金人民币40000元;

二、继续追缴被告人黄转成未退赃款人民币380496.5元。

【法官后语】

本案的重点在于被告人黄转成的行为是构成诈骗罪还是合同诈骗

罪。

法院审理后认为黄转成在履行其与被害人协议的前期,均能按约付

款。但在2008年11月后,黄转成因无力偿还他人债务,而心生非法占有合

同对方当事人货款用于偿还债务的故意,先是欺骗被害人加大供货数量, 转移住处,而后在收到货款后隐瞒已收到货款的事实,携款逃匿,其主观

上具有非法占有的目的,客观上实施了收受对方当事人货物后将货物变

卖,携变卖款逃匿的行为,其行为不仅侵犯了被害人的财物所有权,同时

也侵犯了国家对经济合同的管理秩序,破坏了市场经济秩序,该行为符合

合同诈骗罪的法定构成要件,应以合同诈骗罪定罪处罚。

本案虽有多个合同关系,表面上案情错综复杂,实质上在审理过程中

只要查清被告人与被害人的关系就能拨云见日。黄转成并非与二被害人

第一次订立买卖块煤的合同,在多次的买卖块煤的过程中,双方已经就块

煤的履行方式、交付地点、验货方式、货款支付方式等达成了一致,不

应当将每一次的块煤交易都割裂为一个独立的合同,而应当将每一次的

块煤交易都视为履行此前口头合同的一次交易行为。这在市场交易中是

比较常见的,合同法也没有要求市场主体的每次交易行为都要订立书面

的、约定详尽的合同。被告人与被害人之所以会对块煤质量作出变更约

定,是因块煤的价格会随市场波动。所以只要合同双方就影响合同是否

继续履行的块煤价格达成意思表示一致,就可以认定双方订立的口头协

议为合同。被告人黄转成虽然最终是为了要将块煤变卖,将所得价款用

于偿还他人债务而骗取二被害人加大块煤的供货数量,但被告人黄转成

从被害人处骗取的是货物,而不是货款,被害人也是基于此前因口头合同

而发生的多次交易而产生的对黄转成的信任才交付的货物。可见被告人

黄转成的行为不仅侵犯了被害人的财物所有权,同时也侵犯了国家对经

济合同的管理秩序,破坏了市场经济秩序,符合《刑法》第二百二十四条

第四项的规定,应以合同诈骗罪定罪处罚。

编写人:福建省三明市大田县人民法院 叶聿僚

59强迫交易罪中被告人强迫行为的认定

——张某强迫交易案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

安徽省六安市中级人民法院(2017)皖15刑终158号刑事裁定书

2.案由:强迫交易罪

【基本案情】

2012年10月30日,被害人洪某、任某、胡某以霍邱县甲矿业运输有

限公司名义与霍邱县乙矿业有限公司签订建设工程施工合同,负责将霍

邱县乙矿业有限公司丙铁矿联合建设项目井项掘进岩石(包括主井、副

井、南风井、中风井的岩石)排至对方指定的地点主矿尾砂库。洪某等

人以2元/m2的价格将四个井口外排岩石的装车工作承包给谷某(后因张

某承包的南风井装车费用为7元/m2,也被提高到5元/m2)。被告人张某认

为南风井前期表土工程是他施工的,要求南风井外排岩石也应由他装车, 洪某等人不同意,张某即安排铲车堵在南风井井口处,阻碍洪某等人在南

风井施工。按照约定,若洪某等人在一定期限内不能正常施工,合同自动

解除,被告人张某也知道此约定。洪某通过汪某、张某乙等人出面与被

告人张某多次协商,后被迫以7元/m2的价格将南风井的岩石装车工作承

包给张某。从2012年11月到2014年5月南风井岩石装车费用共计

294911.9元。

【案件焦点】

强迫交易犯罪中,如何根据在案证据认定被告人实施有强迫行为。

【法院裁判要旨】

安徽省霍邱县人民法院经审理认为:被害人洪某等人以霍邱县甲矿

业运输有限责任公司名义与霍邱县乙矿业有限公司签订的丙铁矿联合建

设项目井项掘进岩石外排工程《建设工程施工合同》,约定了合同范围

内工作发生的工农关系问题协调的条款,双方约定由于乙方不能及时协

调好周边关系或不能有效保证甲方卸渣场地的正常使用,连续影响超过

48小时或当月累计影响超过4次的,甲方可以解除合同。被告人张某知道

此约定。正是由于洪某等人唯恐霍邱县乙矿业有限公司解除合同,当被

告人张某为了承包其中南风井外排岩石的装车业务将其铲车堵在南风井

井口附近时,对洪某等人产生了威胁,洪某等人才被迫将该装车业务分包

给被告人张某。被告人张某强迫他人接受服务的事实,有被害人陈述及

多名证人的证言证实,事实清楚。被告人张某的行为扰乱了正常的生

产、交易秩序,且情节严重,符合强迫交易罪的构成要件,构成强迫交易

罪。被告人张某称其给洪某等人外排岩石装车是双方商量的结果,不是

强迫的,以及其辩护人关于此节的辩护意见与事实不符,不予采纳。

安徽省霍邱县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百二十六

条第二项、第五十二条、第五十三条之规定,判决如下:

被告人张某犯强迫交易罪,判处有期徒刑八个月,罚金人民币五万

元。

安徽省张某持原审辩解提出上诉。

安徽省六安市中级人民法院经审理认为:张某强迫他人接受服务,情

节严重,其行为构成强迫交易罪,应依法惩处。原审判决综合考量张某的

犯罪事实、情节及社会危害性给予的刑事处罚正确。上诉人张某的上诉

理由及辩护人的辩护意见不能成立,不予采纳。原判认定事实清楚,证据

确实、充分,定罪准确,量刑适当,适用法律正确,审判程序合法,应予维

持。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[[14]之](#p273)规定,裁定如下: 驳回张某的上诉,维持原判。

【法官后语】

本案处理重点主要在于如何根据在案证据认定被告人的行为构成强

迫交易的行为。《刑法》第二百二十六条详细规定了构成强迫交易罪的

五种行为。具体到本案中,一、二审法院都认为被告人张某在明知双方

约定了解除合同的条款,仍将其铲车堵在南风井井口附近,洪某等人被迫

答应张某的要求,将南风井外排岩石的业务分包给张某。张某虽辩解其

给洪某等人外排岩石装车是经双方协商的结果,不是强迫,也不可能强迫

这么多年;其承认堵了井口,但辩解其堵井口的行为并没有影响洪某等人

正常工作的开展。承办法官结合案件在案证据,以构成强迫交易罪的构

成要件为基础,结合被告人张某的年龄、阅历及对该合同的知悉情况等

进行综合分析,认为张某的行为对被害人洪某等人构成精神强制,使得洪

某等人出于恐惧不得不将业务交给张某,这正是《刑法》规定的“以暴

力、威胁手段”“强迫他人提供或者接受服务的”行为。

笔者认为,对于强迫交易罪的认定首先要判别出行为人是否实施

了“暴力”“威胁”行为。本罪中的暴力应当针对交易相对人,其表现

形式显而易见,造成的伤害也是明显的。威胁行为则不同,笔者认为,本

罪中的威胁行为是指行为人对交易对方实施恐吓、胁迫等精神强制手

段,使其产生恐惧心理,不敢做出真实的意思表示,进而使交易相对方被

迫与其交易,其威胁的对象不仅仅是交易相对人,也可是交易相对人的亲

属,只要其威胁行为使交易相对方产生心理上的恐惧并被迫与其交易即

可认定行为人实施了威胁行为。当然,该威胁行为也并不必然都是明示

的,也有可能是暗示的,其可能并没有直接实施言语上的恐吓,但行为却

对被害人造成了精神上的恐惧,而被迫进行交易。正如本案被告人张某, 因其知道合同解除的限制条件,所以其将车堵在井口,耽误工程的正常开

展,这种行为实际上给被害人造成了心理恐惧,其行为构成强迫交易罪, 应当予以依法判处。

编写人:安徽省霍邱县人民法院 潘纪红

60非法“众筹”行为的刑事司法认定

——张春普等组织、领导传销活动、非法吸收公众存款案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院(2017)京02刑终349号刑事裁定书

2.案由:组织、领导传销活动罪,非法吸收公众存款罪

【基本案情】

2015年3月至5月间,被告人张春普伙同张陆洋、赵运等人,利用媒

体、传单、推介会等形式,在北京市东城区甲大厦A座10623、10625室, 宣传“华强币”项目,并实施了以下行为:1.以“股权众筹”为名,与参

加者签订协议,要求参加者缴纳1万元以获取股东资格,并要求参加者继

续发展下线,以发展下线的人员数量及层级作为返利依据;截至案发前,

参加“股权众筹”的人员数量达400余人,且已形成3个以上层级,缴纳传

销资金累计达人民币400余万元;2.以“债权众筹”为名,向社会公开宣

传,承诺在一定期限内还本付息,并与客户签订协议,吸收公众资金共计

人民币300余万元。

【案件焦点】

股权众筹、发行企业债券等合法融资行为与组织、领导传销活动

罪、非法吸收公众存款罪的界限。

【法院裁判要旨】

北京市东城区人民法院经审理认为:被告人张春普实际控制的公司

并无吸收公众存款的资质,其在××网等媒体以及在公共场所分发宣传

材料、在公司进行推介会演说等宣传,不仅包含企业形象宣传,亦包括了

对其借“股权众筹”“债权众筹”名义所实施的“拉人头、建层级”并

将入门费逐级返利的传销活动以及以高息为诱饵,承诺到期返本付息的

非法吸收公众存款行为的推广;其在犯罪活动中为规避法律,以“发展股

东”为名,在参与人缴纳传销金后,旋即被其冠以“股东”或“业务

员”的身份,并获得继续“推荐股东”的资格或进行“理财投资”,以实

施传销及非法吸收公众存款犯罪活动。故对张春普关于其系合法融资以

及其行为不符合传销的“以推销商品或提供服务为名”的辩解不予采

信。被告人张春普、张陆洋、赵运组织、领导传销活动,且非法吸收公

众存款,均已达到情节严重或者数额巨大的标准,应当以组织、领导传销

活动罪、非法吸收公众存款罪,依法数罪并罚。

北京市东城区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百二十四

条之一,第一百七十六条第一款,第二十五条第一款,第二十六条第一、

四款,第二十七条,第五十二条,第五十三条,第六十一条,第六十四条,第

六十九条第一、三款,及最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具

体应用法律若干问题的解释》第一条第一款,第二条第九项,第三条第二

款第一项之规定,判决如下: 一、被告人张春普犯组织、领导传销活动罪,判处有期徒刑六年六

个月,并处罚金人民币二十万元;犯非法吸收公众存款罪,判处有期徒刑

五年,并处罚金人民币三十万元;决定执行有期徒刑九年六个月,并处罚

金人民币五十万元;

二、被告人张陆洋犯组织、领导传销活动罪,判处有期徒刑三年六

个月,并处罚金人民币十万元;犯非法吸收公众存款罪,判处有期徒刑二

年,并处罚金人民币十五万元;决定执行有期徒刑四年六个月,并处罚金

人民币二十五万元;

三、被告人赵运犯组织、领导传销活动罪,判处有期徒刑三年,并处

罚金人民币十万元;犯非法吸收公众存款罪,判处有期徒刑二年,并处罚

金人民币十五万元;决定执行有期徒刑四年,并处罚金人民币二十五万

元;

四、追缴在案的非法吸收公众存款罪非法所得,发还各投资人(投资

人及损失清单另附;被告人张陆洋的投资款并入其罚金项执行)。随案移

送的账本、服务凭证予以留存,其余作案工具、非法所得予以没收。

三被告人均持原审辩解提起上诉,北京市第二中级人民法院同意一

审法院裁判意见,作出了驳回上诉,维持原判的裁定。

【法官后语】

在本案审理过程中,被告人张春普多次辩称其从事的是正常的企业

宣传和融资行为,即使存在缺乏资质、经营不善等问题,触犯的也是相关

行政法规,不构成犯罪。此案控辩争论的焦点是张春普等人的行为是否

构成犯罪。

1.本案“债权众筹”模式是否构成非法吸收公众存款罪

众筹一词译自英文“Crowdfunding”,字面含义是大众筹资或者群

众募资。近年来,随着互联网的普及和发展,众筹迅速成为我国小微企业

融资的一种新方式。[[15]与](#p273)股权众筹不同,“债权众筹”一词未见于官

方文件的表述,民间一般将其理解为到期还本付息的借贷行为。

被告人张春普是“乙公司”的实际控制人,其认为发行公司债券是

合法的融资行为。《公司法》《证券法》《企业债券管理条例》等法

律、行政法规对于公司发行债券的资质、条件、程序、规模等均有明确

规定,如发行企业债券前三年连续盈利、向不特定对象发行或者向特定

对象发行证券超过200人的属于公开发行,必须依法报经国务院证券监督

管理机构或者国务院授权的部门核准等,张春普的行为显然违反了上述

法律、行政法规。但判定其行为是否构成犯罪,应当严格按照“罪刑法

定”原则,把握非法吸收公众存款罪的本质和客观特征。《刑法》第一

百七十六条及《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律

若干问题的解释》较系统、明确地限定了非法吸收公众存款罪的内涵及

外延,认定为非法吸收公众存款罪必须同时满足以下四个条件:第一,未

经国家有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金。第二,通

过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传。第三,承诺

在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报。第

四,向社会公众即社会不特定对象吸收资金。

由此可见,张春普等人以一个刚刚注册成立且经营范围是技术开

发、技术咨询、技术服务、技术推广、计算机技术培训等内容的“乙公

司”为依托,在未经批准的情况下,通过网络视频采访、报纸报道及定期

讲座的形式公开地向不特定的社会公众进行不实宣传,以承诺高息回报

的债权理财方式吸收公众存款,其行为完全符合非法吸收公众存款罪的

构成要件。

2.本案“股权众筹”模式掩盖下的传销内核

组织、领导传销活动罪是《刑法修正案(七)》新增设的罪名[[16]](#p273), 缴纳“入门费”和以发展人数(俗称“拉人头”)作为返利依据可以视为

传销犯罪的主要特征,其犯罪本质及目的是“骗取财物”。传销者宣

传、承诺的高报酬、高返利均来源于新发展人员所缴纳的“入门费”。

这样,在传销组织中就形成了一个“金字塔式”的等级关系,一旦无法发

展新成员,“金字塔”底层所交的“入门费”就要石沉大海。

本案中,张春普辩称其没有推销商品或提供服务,缴款后均成为公司

真实的股东,其“股权众筹”模式不构成组织、领导传销活动罪。因此

本案的定性就要首先揭开“股权众筹”的面纱来对其本质进行分析认

定。经查,其所谓“股权众筹”的根本性质是要求参与者缴纳1万元

的“入门费”,获取能够“推荐股东”的资格,以便继续发展下线,组成

层级,并直接以发展人员的数量和层级作为返利的依据,骗取钱财。至于

参与人缴纳1万元“入门费”后,仅仅在名义上成为公司的“股

东”或“业务员”,而所谓的“股东”并不在法律意义上持有公司股份, 没有对应的权利义务也不实际参与经营管理,所谓的“业务员”除了发

展新人参与外,并没有正常业务。因此,本案只是假借众筹概念,打

着“发展股东”的旗号规避法律,将“股权众筹”收取的资金直接用来

抽头提成,是一种披着股权众筹外衣的互联网传销。

综上,张春普等人实施的“股权众筹”和“债权众筹”并非是企业

的合法融资行为,分别构成组织、领导传销活动罪和非法吸收公众存款

罪,应当依法数罪并罚。

编写人:北京市东城区人民法院 马晓宇 张若枫

61售卖伪劣卷烟与非法经营罪、销售伪劣产品罪

的区分

——彭伟某非法经营案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省娄底市娄星区人民法院(2017)湘1302刑初112号刑事判决书

2.案由:非法经营罪

【基本案情】

2015年6月至2016年7月,被告人彭伟某在未办理烟草经营许可证的

情况下,通过电话、微信联系从福建省漳州市等地通过快递的方式购入

大量假冒“白沙(精品)”“芙蓉王(硬)”等商标且伪劣卷烟存放在娄底

市娄星区罗家安置小区甲快递贺某(另案处理)的门店内再进行销售。具

体销售事实如下:

1.2016年1月至2016年7月,彭伟某以每条50元的价格销售给邱某145

条精品白沙伪劣卷烟,共计7250元;以每条120元的价格销售141条黄芙蓉

王(硬)伪劣卷烟给邱某,共计16920元。

2.2016年1月至2016年7月,彭伟某以每条50元的价格销售给周永某

220条精品白沙伪劣卷烟,共计11000元;以每条120元的价格销售140条黄

芙蓉王(硬)伪劣卷烟给邱某,共计16800元。

3.2016年3月至2016年4月,彭伟某通过女朋友陈玟某介绍,销售给陈

玟某的朋友50条精品白沙伪劣卷烟,每条45元,共计2250元;100条黄芙蓉

王(硬)伪劣卷烟,每条90元,共计9000元。彭伟某销售的上述卷烟直接从

购进地快递至买家。

4.2015年11月至2016年7月,彭伟某销售给刘某401条黄芙蓉王(硬) 伪劣卷烟,共计45800元;180条精品白沙伪劣卷烟,共计9000元。

5.2016年1月底,彭伟某以每条80元的价格销售给柳某40条黄芙蓉王

(硬)伪劣卷烟,共计3200元。

6.2016年1月至3月,彭伟某以每条45元的价格销售给曾中某100条精

品白沙伪劣卷烟,共计4500元;以每条75元的价格销售100条黄芙蓉王

(硬)伪劣卷烟,共计7500元。

2016年7月21日,民警在娄星区大屋廉租房×栋×单元502室抓获被

告人彭伟某,后在罗家安置小区中通公司门店内查获了彭伟某存放在此

处的56条黄芙蓉王卷烟和67条精品白沙烟。经鉴定,上述查获的卷烟均

系假冒注册商标且伪劣卷烟。被告人彭伟某到案后,对上述犯罪事实供

认不讳。

综上,被告人彭伟某未经烟草专卖行政主管部门许可,非法经营卷烟

的金额为133220元。

【案件焦点】

对被告人彭伟某的犯罪问题如何定性。

【法院裁判要旨】

湖南省娄底市娄星区人民法院经审理认为:被告人彭伟某伙同他人

违反国家烟草专卖管理法律法规,未经烟草专卖行政主管部门许可,非法

经营烟草制品,扰乱市场秩序,情节严重,其行为已构成非法经营罪。被

告人彭伟某辩护人辩称被告人彭伟某是涉嫌生产、销售伪劣产品罪而不

涉嫌非法经营罪。经查,被告人彭伟某属无证经营伪劣卷烟。根据《最

高人民法院、最高人民检察院关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑

事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条规定,“行为人实施非法

生产、销售烟草专卖品犯罪,同时构成生产、销售伪劣产品罪、侵犯知

识产权罪、非法经营罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”。被告人彭

伟某的行为触犯多个罪名,择一重罪处罚,应定性为非法经营罪,对辩护

人的该辩解观点,本院不予采纳。被告人彭伟某辩护人辩称被告人彭伟

某不是主犯,因为彭伟某和贺某不是共同犯罪,彭伟某和贺某没有销售假

烟的共同犯意和目的,也没有共同出资和分红。经查,甲快递门店负责人

贺某明知彭伟某销售伪劣卷烟仍为其提供储存场所。根据《最高人民法

院、最高人民检察院关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具

体应用法律若干问题的解释》第六条规定,“明知他人实施本解释第一

条所列犯罪,而为其提供贷款、资金、账号等,或者提供生产、经营场

所、设备、运输、仓储、保管、邮寄、代理进出口等便利条件,应当按

照共犯追究刑事责任”。因此,彭伟某和贺某这种情形应当按照共犯追

究刑事责任,对辩护人的该辩解观点,本院不予采纳。

湖南省娄底市娄星区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百

二十五条、第二十五条、第二十六条第一款和第四款、第六十七条第三

款、第六十四条、第五十二条,《最高人民法院、最高人民检察院关于

办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解

释》第三条、第五条、第六条之规定,作出如下判决如:

一、被告人彭伟某犯非法经营罪,判处有期徒刑一年十个月,并处罚

金二万元;

二、对娄底市公安局娄星分局扣押在案的伪劣卷烟予以没收。

【法官后语】

此类案件的争议焦点主要在于定性问题。被告人在未取得烟草经营

许可证的情况下,销售假冒伪劣烟草专卖品,从犯罪构成来看,被告人的

行为可同时构成销售伪劣产品、销售假冒注册商标的商品、非法经营等

罪。目前销售假冒伪劣烟草专卖品的现象比较普通,准确定性有利于有

效打击犯罪,对此具体从以下三个方面进行考虑:

1.烟草专卖许可证制度。《最高人民法院、最高人民检察院关于办

理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解

释》第一条第五款规定,违反国家烟草专卖管理法律法规,未经烟草专卖

行政主管部门许可,无烟草专卖生产企业许可证、烟草专卖批发企业许

可证、特种烟草专卖经营企业许可证、烟草专卖零售许可证等许可证

明,非法经营烟草专卖品,情节严重的,依照《刑法》第二百二十五条的

规定,以非法经营罪定罪处罚。

2.择重罪处罚。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法生

产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条

规定“行为人实施非法生产、销售烟草专卖品犯罪,同时构成生产、销

售伪劣产品罪、侵犯知识产权罪、非法经营罪的,依照处罚较重的规定

定罪处罚”。以本案为例,按销售伪劣产品罪可判处二年以下有期徒刑

或者拘役,按销售假冒注册商标的商品罪可判处三年以下有期徒刑或者

拘役,按非法经营罪可判处五年以下有期徒刑或者拘役,通过结合具体案

情对各罪的法定刑进行比较,在同等条件下,非法经营罪的法定刑最高。

3.罪刑相适应。我国现有法律法规以及司法解释中并没有明确规定

非法经营罪中的烟草专卖品只限于真烟。假如片面地认为非法经营罪中

的烟草专卖品只能是真烟,那么在同等条件下,无经营许可证销售真烟反

而要比销售假烟的处罚重一些(在前面已经阐述了在同等条件下非法经

营罪的法定刑高于销售伪劣产品罪),这既不符合刑罚的立法本意,也不

利于体现司法公正。

编写人:湖南省娄底市娄星区人民法院 吴玉姣

62私设支付平台为赌博网站提供资金支付结算行

为的定性

——王驰玉非法经营案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省淮安市中级人民法院(2017)苏08刑终312号刑事裁定书

2.案由:非法经营罪

【基本案情】

2011年12月26日至2013年11月28日,被告人王驰玉与他人共同出资

成立某科技公司,在未取得支付业务许可证的情况下,通过向甲、乙等第

三方支付平台申请支付接口,再由丙网站平台(系某科技公司支付网站) 将支付接口散接至丙通过网站注册商户的方式非法从事资金支付结算业

务。其中,王驰玉非法经营数额计人民币1.46亿余元。在此期间,王驰玉

等人明知“丁”“戊”等网站为赌博网站,仍非法为其提供资金支付和

结算业务,共获利计人民币140万元。2013年11月29日,被告人王驰玉经

涟水县公安局电话通知后主动到案,并如实供述了全部犯罪事实。

另查明,王驰玉明知他人设立的“己”网站为赌博网站,仍利用某科

技公司非法设立的支付平台为该网站提供资金支付结算服务,后被某省

某市人民法院以开设赌场罪(共犯)判处有期徒刑一年六个月,缓刑一年

六个月,并处罚金人民币五万元。

【案件焦点】

对于被告人王驰玉未经国家有关主管部门批准,非法从事资金支付

结算业务,且明知部分服务对象是赌博网站,仍为该类网站提供结算服务

的行为应如何定性。

【法院裁判要旨】

江苏省涟水县人民法院经审理认为,对被告人王驰玉及其辩护人所

提“被告人王驰玉的行为应按开设赌场罪的从犯定罪量刑”的辩解及辩

护意见,经查,被告人王驰玉在未取得支付业务许可证的情况下,非法为

赌博网站提供资金支付结算服务,其非法经营数额达人民币146911623.2

元,情节特别严重,其行为同时触犯非法经营罪、开设赌场罪,依法应择

一重罪对其定罪处罚。因被告人王驰玉非法经营应受到的刑事处罚重于

其开设赌场应受到的刑事处罚,故应按非法经营罪对其定罪量刑,对该辩

解及辩护意见不予采纳。被告人王驰玉违反国家规定,非法从事资金支

付结算业务,扰乱市场秩序,情节特别严重,其行为已构成非法经营罪,依

法应予惩处。

江苏省涟水县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百二十五

条第三项,第二十五条第一款,第六十七条第三款,第六十八条,第六十九

条第一、三款,第七十七条第一款,第五十三条和第六十四条之规定,判

决如下:

一、撤销湖北省松滋市人民法院(2015)鄂松滋刑初字第00070号刑

事判决中被告人王驰玉犯开设赌场罪,判处有期徒刑一年六个月,缓刑一

年六个月,并处罚金五万元的缓刑部分;

二、被告人王驰玉犯非法经营罪,判处有期徒刑三年六个月,并处罚

金人民币一百五十万元,与前罪所判处的有期徒刑一年六个月,并处罚金

五万元并罚,决定执行有期徒刑四年六个月,并处罚金人民币一百五十五

万元;

三、涟水县公安局扣押的人民币一百四十万元,系被告人王驰玉违

法所得,依法予以追缴,上缴国库。

王驰玉持原审辩解提起上诉。

江苏省淮安市中级人民法院经审理认为:王驰玉实质上只实施了一

个犯罪行为,同时触犯两个罪名,属于想象竞合犯,根据处断原则,应从一

重罪处罚,一审法院以非法经营罪对其定罪处罚,适用法律正确,故王驰

玉的上诉理由不能成立,应予驳回。

江苏省淮安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[[17]](#p273)之规定,作出如下裁定: 驳回上诉,维持原判。

【法官后语】

行为人违反国家规定,未经国家有关主管部门批准非法从事资金支

付结算业务,情节严重的,毫无疑问构成非法经营罪,而在非法经营期间, 明知他人开设的网站系赌博网站仍为他人提供资金支付结算服务,同时

又触犯了开设赌场罪(共犯),但因行为人自始至终只实施了一个行为,属

于想象竞合犯,故对其犯罪行为理应进行整体评价,不应割裂开来,或者

单独分出一部分进行定罪处罚。

具体到本案中,被告人王驰玉自始至终所实施的犯罪行为只有一个, 即在未取得支付业务许可证的情况下为他人非法从事资金支付结算业

务,而赌博网站只是王驰玉非法服务的对象之一,其明知他人在网上开设

的网站系赌博网站,仍提供资金支付结算服务,表面上看,其行为又触犯

了开设赌场罪,与他人构成开设赌场罪的共犯,但实质上为赌博网站非法

提供资金支付结算服务仍是其非法从事资金支付结算业务行为的组成部

分,而非割裂开来的、单独的一种新的犯罪行为。因此,被告人王驰玉的

犯罪行为属于实质一罪中的“想象竞合犯”。对于想象竞合犯的处理原

则,我国刑法通论是应按行为所触犯的罪名中的一个重罪论处,而不以数

罪论处。根据被告人王驰玉非法经营数额以及为赌博网站提供资金支付

结算服务的获利数额,分别对照比较《刑法》第二百二十五条关于非法

经营罪的量刑标准及《刑法》第三百零三条第二款关于开设赌场罪的量

刑标准,显然以非法经营罪定罪的量刑档次要高于开设赌场罪,故对王驰

玉的行为应以处罚较重的非法经营罪来定罪量刑。

编写人:江苏省淮安市中级人民法院 于晓萍

63非法经营罪(运输香烟)中既遂和未遂的认定

——黎某非法经营案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区东兴市人民法院(2017)桂0681刑初164号刑事判决

书

2.案由:非法经营罪

【基本案情】

2017年6月2日17时许,被告人黎某接到一名绰号为“车轮”的男

子(另案处理)的电话后,驾驶悬挂假牌“桂E××××2”的面包车(真实

牌号为“桂P××× ×3”)到东兴市东兴镇江那村装载香烟,后驾驶该

面包车途经东兴市江平镇贵明村路口时被民警查获。民警从该面包车上

查获甲牌香烟46件。经检验、估价,涉案香烟均为真品卷烟,共价

值253897元。另查明,被告人黎某在东兴市辖区内无经营烟草制品许

可。

【案件焦点】

非法经营香烟案中,被告人往往是在运输途中被抓获或者在仓储时

被抓获,在香烟未被销售的情形下,是否能够认定为非法经营既遂。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区东兴市人民法院经审理认为:被告人黎某违反国家

烟草专卖管理法规,未获许可非法运输烟草专卖品,扰乱市场秩序,情节

特别严重,其行为已构成非法经营罪。公诉机关指控的罪名成立。关于

辩护人提出被告人黎某系犯罪未遂的辩护意见,经查,被告人黎某已实施

了非法运输烟草制品的行为,该批烟草制品是否进入销售环节不影响本

罪既遂的成立,故辩护人该辩护意见无事实和法律依据,本院不予采纳。

在共同犯罪中,被告人黎某受他人雇请、指使运输香烟,起次要作用,系

从犯,应当从轻、减轻处罚或者免除处罚;被告人黎某归案后如实供述、

自愿认罪,可以从轻处罚。辩护人关于被告人黎某具有从犯、坦白等情

节的意见成立,本院予以采纳。综上,本院决定对被告人黎某减轻处罚。

依照《中华人民共和国刑法》第二百二十五条第一项、第二十五条

第一款、第二十七条、第五十二条、第五十三条、第六十七条第三款,

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法生产、销售烟草专卖品

等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第三条第二款第一项之规

定,作出如下判决:

被告人黎某犯非法经营罪,判处有期徒刑二年,并处罚金人民币二万

元。

宣判后,被告人黎某未上诉,判决生效。

【法官后语】

本案中,黎某在无经营烟草制品许可的前提下非法运输烟草制品,扰

乱了市场经营秩序,行为人黎某的行为属于非法经营行为,各方对此并无

争议。

本案争议的焦点在于行为人黎某的行为是否属于犯罪未遂。根据我

国《刑法》第二十三条之规定,已经着手实行犯罪,由于犯罪分子意志以

外的原因而未得逞的,是犯罪未遂。本案如果基于行为来评判,则黎某实

施了运输行为则构成犯罪既遂,如果基于结果,那么其行为在运输途中, 行为未实施终了,属于未遂状态。综合本案,笔者认为本案中行为人黎某

的非法经营行为应当基于其行为进行认定,即其实施了该行为就应当认

定非法经营既遂。理由如下:

从行为的定性上分析,经营行为应当包括生产、运输、销售、仓储

等多种表现形式,只要实施了其中的一个环节,就可以认定其构成了经营

行为既遂。我国《刑法》第二百二十五条规定,未经许可经营法律、行

政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品,扰乱市场秩序, 情节严重的行为属于非法经营行为。本案中黎某在未获许可的情况下非

法运输烟草专卖品,其从事运输行为,符合经营行为的行为表现,且其运

输的香烟价值253897元,属于非法经营行为中的情节特别严重的情形。

综上,黎某的行为应当构成非法经营罪,且经营行为属于既遂,该批烟草

制品是否进入销售环节不影响本罪既遂的成立。

从法律后果上分析,最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非

法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第

三条第二款规定,非法经营数额在二十五万元以上,或者违法所得数额在

十万元以上的,应当认定为刑法第二百二十五条规定的“情节特别严

重”,法定刑为处五年以上有期徒刑,并处违法所得一倍以上五倍以下罚

金或者没收财产。黎某非法经营烟草制品数额为253897元,属于情节特

别严重情形,但基于黎某在共同犯罪中受他人雇请、指使运输香烟,起次

要作用,系从犯,应当从轻、减轻处罚或者免除处罚;被告人黎某归案后

如实供述、自愿认罪,可以从轻处罚,故依法对黎某减轻处罚。虽然黎某

经营情节特别严重,但被告人一般在该类非法经营案中往往获利较少,且

属于从犯地位,不应处罚过重,但也不能为了平衡刑罚而认定犯罪未遂,

进而减轻处罚。在本案中,黎某行为完全符合非法经营罪(既遂)要件,但

认定其为从犯,从另一层面对其减轻处罚,真正做到了罚当其罪,达到了

法律效果和社会效果相统一。

编写人:广西壮族自治区东兴市人民法院 冯建华

64非法经营犯罪中从犯地位的认定

——洪峰非法经营案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市朝阳区人民法院(2016)京0105刑初1900号刑事判决书

2.案由:非法经营罪

【基本案情】

被告人洪峰与张桂某(另案处理)未取得烟草专卖许可,私自经营卷

烟。2016年3月29日,被告人洪峰在朝阳区关东店北街××号楼楼下被查

获,当场从停在此处的两辆汽车(车牌号:京Q××××2,京F××××6) 内以及被告人洪峰的暂住地关东店北街×号楼2门中单元内,共查获ESSE

牌卷烟2999条(经检验均属真品卷烟,价值人民币410863元)、CAMEL牌、

Camel牌卷烟449条(经检验均属假冒注册商标且伪劣卷烟,价值人民

币61513元)。2016年10月26日,执法人员又在朝阳区太阳宫新城路××

号灯杆处,从车牌号为京E××××7的汽车内,起获被告人洪峰与张桂某

准备出售的CAMEL牌、Camel牌及Marlboro牌卷烟共400条(经检验均属假

冒注册商标且伪劣卷烟,价值人民币54800元)。

【案件焦点】

在共同犯罪中部分共同犯罪人未到案,是否区分到案的共犯人的主

从犯地位。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为:被告人洪峰为牟私利,伙同他人

未经烟草专卖行政主管部门许可非法经营卷烟,情节特别严重,其行为触

犯了刑律,已构成非法经营罪,应予惩处。北京市朝阳区人民检察院指控

被告人洪峰犯非法经营罪的罪名成立。经查,被告人洪峰曾因非法经营

卷烟被刑事处罚,此次再犯,应酌予从重处罚;被告人洪峰能如实供述自

己的主要犯罪事实,依法对其所犯非法经营罪予以从轻处罚。涉案卷烟

依法予以没收。综上,根据被告人洪峰犯罪的事实,犯罪的性质、情节以

及作用,本院依照《中华人民共和国刑法》第二百二十五条第一项、第

二十五条第一款、第五十二条、第五十三条、第六十一条、第六十四条

以及最高人民法院、最高人民检察院《关于办理非法生产、销售烟草专

卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第三条第二款第一项之

规定,判决如下:

一、被告人洪峰犯非法经营罪,判处有期徒刑五年三个月,罚金人民

币八万元;

二、暂存在北京市烟草专卖局的ESSE牌卷烟二千九百九十九条以及

CAMEL牌、Camel牌卷烟四百四十九条,均予以没收。

【法官后语】

1.共同犯罪中部分共同犯罪人未到案,是否区分到案的共犯人的主

从犯地位

在本案中被告人洪峰与张桂某未经烟草专卖行政主管部门许可共同

从事非法经营卷烟的活动,属于共同犯罪。而被告人洪峰于2016年10

月26日到案时其同案张桂某未到案,那么在共同犯罪中部分共同犯罪人

未到案,是否区分已到案的共犯人的地位呢?对于这个问题,从理论层面

上说,一般情况下不宜区分主从犯,主要理由是未知证据在时间上和空间

上具有可变性。如果前生效判决认定的主从犯的根据是当前证据,等到

其他共犯归案后,当前证据可能会发生变化,只要有一项证据同所证实的

主从犯情节相悖,那么证据就达不到一致性、排他性的要求,从而会影响

裁判的公正性。在本案中如果认定被告人洪峰为从犯,则意味着认定洪

峰与张桂某系共同犯罪,而张桂某尚未被提起公诉。在这种情况下,相当

于在张桂某未被审判之前就认定其有罪。但张桂某不到案,在无法查清

犯罪的具体情况下,直接认定其为主犯却有不妥之处。

但在司法实践中,对这个问题是不得不面对的,共同犯罪中单一被告

人先到案的情况很常见。理论上说都不区分主从犯,但一味地不区分可

以说也并不合理。所以实践中通常是采取主从犯区别对待的原则。现行

《刑法》取消了对主犯从重处罚的规定,单独认定主犯已没有太大的实

际意义。但因为从犯是法定的从轻情节,所以认定主从犯最重要的意义

在于对从犯的量刑。如果确有证据证实先到案的个别共犯在共同犯罪中

起次要作用或者辅助作用,就不能因为其他共犯未到案而不认定为从犯, 甚至将其认定为主犯或按主犯处罚。而且只要认定了从犯,无论主犯是

否到案,均应依照并援引《刑法》有关从犯的规定对其从轻、减轻或免

除处罚。

笔者认为在实践中同案犯不到案的情况下,到案的同案犯能否认定

为从犯,在严格把握证据的情况下应区分以下两种情况:

一是有证据证明是从犯的,应认定为从犯。笔者认为,应以行为人在

整体犯罪事实中的作用为标准,综合考虑全案证据,如果现有证据能够证

明到案共犯人系从犯的,应认定为从犯,当然这必须是在严格的证据规则

下进行。这体现了刑法罪责刑相适应原则的精神,是充分发挥刑法人权

保障机能的题中之意。对此,《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《纪要》)也明文规定,“毒品犯罪中,部分共同犯

罪人未到案,如现有证据能够认定已到案被告人为共同犯罪,或者能够认

定为主犯或者从犯的,应当依法认定。对于确有证据证明在共同犯罪中

起次要或者辅助作用的,不能因为其他共同犯罪人未到案而不认定为从

犯,甚至将其认定为主犯或者按主犯处罚”。[[18]](#p274)

二是没有证据证明是主犯的,不区分主从犯,根据犯罪情节量刑。

《纪要》仅规定了确有证据证明是从犯的情形,对于没有证据证明是主

犯应如何处理未作规定。“没有证据证明是主犯”是指现有证据具有一

定的模糊性,无法确切地证明被告人是主犯还是从犯。对于在共同犯罪

中没有证据证明是主犯的情况,笔者认为不区分主从犯,原因如下: 第一,刑法具有谦抑性,在证据存疑时只能作出有利于被告人的解释

或认定,所以不能认定为主犯。第二,根据《刑事诉讼法》的规定,证明

被告人有罪是控方的责任,如果控方不能证明被告人是主犯的,不能认定

被告人为主犯。第三,有利于对于后到案的共犯人犯罪地位的认定,在是

否区分主从犯时既要考虑作用的主次,也要考虑先行生效判决的稳定。

如果查明其确系主犯,而先行判决没有对共犯人区分主从犯的,也可不认

定主犯,这样有利于维护先行生效判决的稳定,而且对量刑也不产生影

响;如果后到案的共犯人确系从犯的,尽管先行判决没有主犯认定,也不

影响对其从犯的认定,否则可能使其失去被依法减轻处罚的机会。

2.对于两次参与共同犯罪的共犯人能否再次认定为从犯

本案中,根据在案的证据能够区分主从犯,那么是否认定已到案的被

告人洪峰为从犯呢?结合《刑法》第二十六条和第二十七条的规定可知, 行为人在共同犯罪中所起作用的大小,是区分主从犯的标准。在司法实

践中我们会从主客观的两方面去区分主从犯。从主观两方面分析,即对

[共同犯罪的故意形成是否起主要作用。从客观方面来说是看在共同犯罪](#p132)

[中的地位,从犯一般处于从属地位,从事某一方面的犯罪活动。从犯在共](#p132)

[同犯罪活动中实际参加犯罪的程度较小,一般只是参与实施一部分犯罪](#p132)

[活动,该部分犯罪活动对整个犯罪的得逞或结果,不起关键性作用。](#p132)

[本案中被告人洪峰与张桂某因牟私利,未经烟草专卖行政主管部门](#p132)

[许可非法经营卷烟,两人犯非法经营罪在2012年2月已经被判刑。当时被](#p132)

[告人洪峰因被认定为从犯判处有期徒刑十个月,缓刑一年,并处罚金人民](#p132)

[币五千元;张桂某被认定为主犯,判处有期徒刑一年六个月,并处罚金人](#p132)

[民币二万元。当时被告人洪峰与张桂某共同非法经营烟草,张桂某是犯](#p132)

[意的引领者,负责对接上下家,而被告人洪峰负责接送卷烟,不参与烟草](#p132)

[的经营,所以审判机关认定洪峰为从犯,张桂某为主犯。对洪峰也是按照](#p132)

[从犯的规定量刑的。那么在本案中二人再次合谋非法经营卷烟,被告人](#p132)

[能否再次认定为从犯?笔者认为不应当,从主观方面来说,被告人第一次](#p132)

[与张桂某共同非法经营可以说洪峰不是犯意的引领者,根据他在共同犯](#p132)

[罪中的地位可以认定为从犯。那么第二次两人再次非法经营,洪峰在已](#p132)

[经被审判机关处理过一次的情况下,可以说共同犯罪的故意程度已经不](#p132)

[低于张桂某了,所以从主观方面来说洪峰已经不能认定为从犯了。](#p132)

[从客观方面来看本案,被告人洪峰主要从事接送货的行为,其有时候](#p132)

[也帮忙收钱,但是他并不知道每件烟草的价格,都是张桂某让他收多少钱](#p132)

[就收多少钱,张桂某让他送到哪他就送到哪,让他去哪接货就去哪接货。](#p132)

[张桂某每月付给他三千元的固定工资,他不参与销售利润的分配。所以,](#p132)

[从客观方面来说被告人洪峰在共同犯罪中的作用可以认定为次要作用。](#p132)

[但综合考虑主客观两方面,笔者认为洪峰不应被认定为从犯。所以在本](#p132)

[案中,并没有将被告人洪峰定性为从犯。](#p132)

[编写人:北京市朝阳区人民法院 万钧 孟慧慧](#p132)

[[1].国务院批准文化部确定的第一批国家级非物质文化遗产名录共计](#p132)

518项,有民间文学31项,民间音乐72项,民间舞蹈41项,传统戏剧92项,曲

艺46项,杂技与竞技17项,民间美术51项,传统手工技艺89项,传统医药9

项,民俗70项。凉茶属于传统手工技艺,而不属于传统医药。

[[2].国家统计局为建立规范、统一的居民消费支出分类框架,提高居民](#p133)

[消费支出数据的可比性,特研究制定了《居民消费支出分类》,分类包括](#p133)

[居民在食品烟酒,衣着,居住,生活用品及服务,交通和通信,教育、文化](#p133)

[和娱乐,医疗保健,其他用品和服务等方面的支出。分类适用于GDP核](#p133)

[算、住户调查、消费价格调查等与居民消费支出有关的统计调查和数据](#p133)

[发布。在该分类中,凉茶属于01大类“食品烟酒”下的0102中类“饮料](#p133)

[(不含酒精)”。](#p133)

[[3].《行政监察法》已被废止,现行《监察法》第九条规定:“地方各级](#p135)

[监察委员会由本级人民代表大会产生,负责本行政区域内的监察工作。](#p135)

[地方各级监察委员会由主任、副主任若干人、委员若干人组成,主任由](#p135)

[本级人民代表大会选举,副主任、委员由监察委员会主任提请本级人民](#p135)

[代表大会常务委员会任免。地方各级监察委员会主任每届任期同本级人](#p135)

[民代表大会每届任期相同。地方各级监察委员会对本级人民代表大会及](#p135)

[其常务委员会和上一级监察委员会负责,并接受其监督。”](#p135)

[[4].对应2018年《刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第一项。](#p137)

[[5].对应2018年《刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第一项。](#p144)

[[6].对应2018年《刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第一项。](#p153)

[[7].对应2018年《刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第一项。](#p159)

[[8].对应2018年《刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第一项。](#p168)

[[9].方彬微:《集资诈骗罪与非法吸收公众存款的区分》,载《人民司法](#p174)

[(案例)》2016年第29期。](#p174)

[[10].需要说明的是,2018年11月28日最高人民法院、最高人民检察院](#p205)

[《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》](#p205)

[(法释〔2018〕19号)已对“恶意透支”型的信用卡诈骗罪定罪量刑司法](#p205)

[标准予以调整,本案并非“恶意透支”型,故并不适用该解释。](#p205)

[[11].对应2018年《刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第一项。](#p208)

[[12].对应2018年《刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第一项。](#p222)

[[13].对应2018年《刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第一项。](#p240)

[[14].对应2018年《刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第一项。](#p251)

[[15].《国务院关于进一步做好新形势下就业创业工作的意见》(国发](#p255)

[〔2015〕23号)规定,“开展股权众筹融资试点,推动多渠道股权融资,积](#p255)

[极探索和规范发展互联网金融,发展新型金融机构和融资服务机构,促进](#p255)

[大众创业”。《中共中央、国务院关于深化体制机制改革加快实施创新](#p255)

[驱动发展战略的若干意见》中,“开展股权众筹融资试点,积极探索和规](#p255)

[范发展服务创新的互联网金融”。《国务院关于积极推进“互联网](#p255)

[+”行动的指导意见》(国发〔2015〕40号)规定,“积极发挥天使投资、](#p255)

[风险投资基金等对‘互联网+’的投资引领作用。开展股权众筹等互联](#p255)

[网金融创新试点,支持小微企业发展”。](#p255)

[[16].《刑法》第二百二十四条之一规定,组织、领导以推销商品、提供](#p256)

[服务等经营活动为名,要求参加者以缴纳费用或者购买商品、服务等方](#p256)

[式获得加入资格,并按照一定顺序组成层级,直接或者间接以发展人员的](#p256)

[数量作为计酬或者返利依据,引诱、胁迫参加者继续发展他人参加,骗取](#p256)

[财物,扰乱经济社会秩序的传销活动的,处五年以下有期徒刑或者拘役,](#p256)

[并处罚金;情节严重的,处五年以上有期徒刑,并处罚金。](#p256)

[[17].对应2018年《刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第一项。](#p263)

[[18].《主犯未到案情形下从犯的司法认定》,载《人民法院报》2016年](#p270)

[6月16日。](#p270)

# Document Outline

* [扉页](#p2)
* [版权信息](#p3)
* [目录](#p7)
* [序](#p5)
* [一、危害公共安全罪](#p11)
  + [1放火罪中被告人主观故意的认定](#p11)
  + [2放火罪与故意毁坏财物罪的区分](#p14)
  + [3在火灾现场向消防人员概括承认放火,其后供述反复推诿的,如何认定自首](#p17)
  + [4起火点的确认以及被告人的点火行为是否与火灾的发生具有刑法上因果关系的判断](#p23)
  + [5醉酒驾车冲撞加油站构成以危险方法危害公共安全罪](#p28)
  + [6农田私设电网构成以危险方法危害公共安全罪](#p32)
  + [7醉酒驾车连续撞击他人行为的司法认定](#p36)
  + [8故意伤害罪和以危险方法危害公共安全罪的界定](#p41)
  + [9下载并传播暴恐音视频行为的认定](#p46)
  + [10恐怖活动类案件主观故意的认定](#p49)
  + [11非法持有枪支犯罪违法性认识的认定](#p53)
  + [12非法持有枪支罪的量刑应综合评估社会危害性程度](#p59)
  + [13改装射钉枪能否认定为制造枪支](#p63)
  + [14行人违反交通运输管理法规造成一人死亡且负事故主要责任的,构成交通肇事罪](#p66)
  + [15交通肇事“顶包案”中逃逸情节的认定](#p72)
  + [16交通肇事后驾车离开现场,较短时间内返回事故现场投案,能否认定具有逃逸情节](#p76)
  + [17逃逸可否作为定罪情节和加重情节重复评价](#p80)
  + [18发生交通事故后离开现场又较快返回的行为构成交通肇事罪的逃逸情节](#p83)
  + [19交通肇事逃逸应作为入罪要件还是量刑加重情节的认定](#p86)
  + [20交通肇事后不逃逸但未履行法定义务是否构成自首](#p91)
  + [21第三方因素介入能否中断刑法因果关系](#p95)
  + [22“隔时酒驾”不应作为认定非罪或罪轻情节](#p98)
  + [23危险驾驶罪中定罪免刑的裁量](#p100)
  + [24危险驾驶罪中无证驾驶等非犯罪构成行为的刑法评价](#p104)
  + [25重大责任事故罪认定的要点](#p108)
* [二、破坏社会主义市场经济秩序罪](#p114)
  + [(一)生产、销售伪劣商品罪](#p114)
    - [26销售假药罪犯罪未遂时能否认定销售金额](#p114)
    - [27对超范围滥用食品添加剂的定性及其构罪标准的认定](#p118)
    - [28包子皮中添加含铝泡打粉构成生产、销售不符合安全标准的食品罪还是生产、销售有毒、有害食品罪](#p123)
    - [29“地沟油”无须鉴定机构出具鉴定意见、查明有毒有害成分](#p127)
    - [30在凉茶中添加非处方类西药并出售的行为定性](#p130)
  + [(二)妨害对公司、企业的管理秩序罪](#p135)
    - [31拒不交出会计账簿、会计凭证行为的定性](#p135)
  + [(三)破坏金融管理秩序罪](#p139)
    - [32银行工作人员伙同他人骗取银行贷款如何定性](#p139)
    - [33银行工作人员明知被告人提供虚假的贷款资料而予以贷款能否认定为骗取贷款罪](#p142)
    - [34放弃无偿还能力保证人的担保责任不影响银行损失数额的认定](#p146)
    - [35骗取贷款罪中被告人主观认识及客观骗取贷款行为的认定](#p150)
    - [36向亲友吸收资金的行为也能构成非法吸收公众存款罪](#p154)
    - [37刑事语境下的“生产经营活动”的认定](#p157)
    - [38非法集资案件中主从犯及刑事责任的准确认定](#p161)
    - [39集资诈骗与非法吸收公众存款应如何认定](#p165)
    - [40非法集资类案件中“非法占有目的”的认定](#p170)
    - [41非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪的区分与认定](#p174)
    - [40被告人自动到案在首次讯问中否认罪行后](#p178)
  + [(四)金融诈骗罪](#p182)
    - [43非法设立网络融资平台用后投资者资金支付先投资者本息造成他人资金损失构成集资诈骗罪](#p182)
    - [44是否具有非法占有目的是区分集资诈骗罪和非法吸收公众存款罪的重要特征](#p186)
    - [45非法占有目的的认定](#p190)
    - [46贷款诈骗罪的认定](#p193)
    - [47贷款诈骗犯罪中“以非法占有为目的”的认定](#p199)
    - [48信用卡诈骗罪既遂的认定](#p203)
    - [49侵犯公民财产信息并实施信用卡诈骗罪数的认定](#p206)
  + [(五)危害税收征管罪](#p212)
    - [50接受公安机关调查取证后主动到案的是否可以认定为自首](#p212)
  + [(六)侵犯知识产权罪](#p216)
    - [51价格认定意见书应当认定为书证](#p216)
    - [52旧手机翻新行为的商标侵权属性及刑事责任认定](#p219)
    - [53未遂状态下销售假冒注册商标的商品罪销售金额的认定](#p224)
    - [54购进含有假商标配件应认定为假冒注册商标未遂](#p228)
    - [55卷烟接装纸上的品牌图样在涉商标犯罪中的评价问题](#p234)
  + [(七)扰乱市场秩序罪](#p238)
    - [56民事欺诈与诈骗罪、合同诈骗罪的区分](#p238)
    - [57虚构建筑工程合同诈骗的定罪量刑应区别于普通诈骗罪](#p242)
    - [58根据口头协议多次交易后,仅对标的价款作出变更,视为履行此前合同的一次延续行为,在此过程中实施骗取对方货物后逃匿的,应如何定罪处罚](#p245)
    - [59强迫交易罪中被告人强迫行为的认定](#p249)
    - [60非法“众筹”行为的刑事司法认定](#p252)
    - [61售卖伪劣卷烟与非法经营罪、销售伪劣产品罪的区分](#p256)
    - [62私设支付平台为赌博网站提供资金支付结算行为的定性](#p260)
    - [63非法经营罪(运输香烟)中既遂和未遂的认定](#p264)
    - [64非法经营犯罪中从犯地位的认定](#p267)