# Table of Contents

[书名页](#p2)

[版权页](#p3)

[序](#p5)

[目录](#p8)

[一、危害公共安全罪](#p17)

[1 放火罪未遂的司法认定](#p17)

[【案件基本信息】](#p17)

[【基本案情】](#p17)

[【案件焦点】](#p18)

[【法院裁判要旨】](#p18)

[【法官后语】](#p18)

[2 向不特定多数人投放低浓度有毒物质构成投放危险物质罪](#p21)

[【案件基本信息】](#p21)

[【基本案情】](#p21)

[【案件焦点】](#p22)

[【法院裁判要旨】](#p22)

[【法官后语】](#p23)

[3 以间接故意危害公共安全犯罪中危险相当性的认定](#p25)

[【案件基本信息】](#p25)

[【基本案情】](#p25)

[【案件焦点】](#p26)

[【法院裁判要旨】](#p26)

[【法官后语】](#p27)

[4 以危险方法危害公共安全罪的认定](#p29)

[【案件基本信息】](#p29)

[【基本案情】](#p29)

[【案件焦点】](#p30)

[【法院裁判要旨】](#p30)

[【法官后语】](#p31)

[5 开“斗气车”并造成严重后果的行为及责任如何认定](#p34)

[【案件基本信息】](#p34)

[【基本案情】](#p34)

[【案件焦点】](#p35)

[【法院裁判要旨】](#p35)

[【法官后语】](#p38)

[6 将烟花爆竹瞒报为普通货物运输、仓储、报关等行为的司法认定](#p41)

[【案件基本信息】](#p41)

[【基本案情】](#p41)

[【案件焦点】](#p42)

[【法院裁判要旨】](#p42)

[【法官后语】](#p44)

[7 酒后驾车犯罪中的危害程度认定](#p48)

[【案件基本信息】](#p48)

[【基本案情】](#p48)

[【案件焦点】](#p49)

[【法院裁判要旨】](#p49)

[【法官后语】](#p49)

[8 醉酒后驾车在高速公路上逆向行驶并致多车相撞的行为性质认定](#p53)

[【案件基本信息】](#p53)

[【基本案情】](#p53)

[【案件焦点】](#p54)

[【法院裁判要旨】](#p55)

[【法官后语】](#p55)

[9 蓄意破坏他人私家汽车刹车装置是否构成破坏交通工具罪](#p58)

[【案件基本信息】](#p58)

[【基本案情】](#p58)

[【案件焦点】](#p59)

[【法院裁判要旨】](#p59)

[【法官后语】](#p60)

[10 破坏交通工具罪中被告人行为是否足以危害公共安全的认定](#p63)

[【案件基本信息】](#p63)

[【基本案情】](#p63)

[【案件焦点】](#p64)

[【法院裁判要旨】](#p64)

[【法官后语】](#p65)

[11 非法持有枪支罪与非法制造枪支罪的区分](#p67)

[【案件基本信息】](#p67)

[【基本案情】](#p67)

[【案件焦点】](#p67)

[【法院裁判要旨】](#p68)

[【法官后语】](#p68)

[12 涉枪案件的定罪量刑，应综合评估社会危害性](#p71)

[【案件基本信息】](#p71)

[【基本案情】](#p71)

[【案件焦点】](#p72)

[【法院裁判要旨】](#p72)

[【法官后语】](#p73)

[13 非法持有枪支罪的量刑应综合评估社会危害性](#p76)

[【案件基本信息】](#p76)

[【基本案情】](#p76)

[【案件焦点】](#p76)

[【法院裁判要旨】](#p76)

[【法官后语】](#p77)

[14 军用枪支、弹药的认定](#p80)

[【案件基本信息】](#p80)

[【基本案情】](#p80)

[【案件焦点】](#p80)

[【法院裁判要旨】](#p81)

[【法官后语】](#p83)

[15 交通肇事刑事案件中逃逸行为禁止重复评价](#p86)

[【案件基本信息】](#p86)

[【基本案情】](#p86)

[【案件焦点】](#p87)

[【法院裁判要旨】](#p87)

[【法官后语】](#p88)

[16 行人是否可以构成交通肇事罪](#p91)

[【案件基本信息】](#p91)

[【基本案情】](#p91)

[【案件焦点】](#p91)

[【法院裁判要旨】](#p92)

[【法官后语】](#p93)

[17 驾驶叉车在公共交通道路上致人死亡构成交通肇事罪](#p95)

[【案件基本信息】](#p95)

[【基本案情】](#p95)

[【案件焦点】](#p96)

[【法院裁判要旨】](#p96)

[【法官后语】](#p96)

[18 交通运输肇事后逃逸是否必然法定刑升格](#p99)

[【案件基本信息】](#p99)

[【基本案情】](#p99)

[【案件焦点】](#p100)

[【法院裁判要旨】](#p100)

[【法官后语】](#p101)

[19 交通肇事后逃逸与被害人二次碾压死亡之间刑法上因果关系的判断](#p103)

[【案件基本信息】](#p103)

[【基本案情】](#p103)

[【案件焦点】](#p104)

[【法院裁判要旨】](#p104)

[【法官后语】](#p106)

[20 交通肇事刑事案件中道路交通事故认定书对审查逃逸行为的影响](#p110)

[【案件基本信息】](#p110)

[【基本案情】](#p110)

[【案件焦点】](#p111)

[【法院裁判要旨】](#p111)

[【法官后语】](#p112)

[21 交通肇事罪与以危险方法危害公共安全罪的区别](#p114)

[【案件基本信息】](#p114)

[【基本案情】](#p114)

[【案件焦点】](#p116)

[【法院裁判要旨】](#p116)

[【法官后语】](#p117)

[22 肇事者主动报警并滞留现场但找人“顶包”，是否构成逃逸](#p119)

[【案件基本信息】](#p119)

[【基本案情】](#p119)

[【案件焦点】](#p120)

[【法院裁判要旨】](#p120)

[【法官后语】](#p120)

[23 交通肇事罪中先后多起事故致同一被害人死亡的责任认定](#p123)

[【案件基本信息】](#p123)

[【基本案情】](#p123)

[【案件焦点】](#p124)

[【法院裁判要旨】](#p124)

[【法官后语】](#p125)

[24 肇事后逃逸情节的评价](#p128)

[【案件基本信息】](#p128)

[【基本案情】](#p128)

[【案件焦点】](#p128)

[【法院裁判要旨】](#p128)

[【法官后语】](#p129)

[25 行为人醉酒驾驶拒不配合检查行为的罪数判断](#p132)

[【案件基本信息】](#p132)

[【基本案情】](#p132)

[【案件焦点】](#p133)

[【法院裁判要旨】](#p133)

[【法官后语】](#p134)

[26 酒精消除速率推算结果能否作为危险驾驶罪的认定依据](#p137)

[【案件基本信息】](#p137)

[【基本案情】](#p137)

[【案件焦点】](#p138)

[【法院裁判要旨】](#p138)

[【法官后语】](#p139)

[27 “挪车型”危险驾驶的定罪与量刑](#p145)

[【案件基本信息】](#p145)

[【基本案情】](#p145)

[【案件焦点】](#p146)

[【法院裁判要旨】](#p146)

[【法官后语】](#p146)

[28 危险驾驶罪与过失致人重伤罪的竞合判定](#p149)

[【案件基本信息】](#p149)

[【基本案情】](#p149)

[【案件焦点】](#p150)

[【法院裁判要旨】](#p150)

[【法官后语】](#p151)

[二、破坏社会主义市场经济秩序罪](#p153)

[（一）生产、销售伪劣商品罪](#p153)

[29 制售劣质口罩行为性质的判断](#p153)

[30 在制售假烟团伙中负责介绍工人的构成生产、销售伪劣产品罪](#p156)

[31 微商环境中销售假药既未遂的认定](#p160)

[32 对危害食品安全犯罪的缓刑如何适用禁止令](#p166)

[（二）妨害对公司、企业的管理秩序罪](#p172)

[33 非国家工作人员主体身份的认定](#p172)

[（三）破坏金融管理秩序罪](#p176)

[34 高利转贷罪的认定](#p176)

[35 骗取贷款案中欺骗手段的认定](#p182)

[36 骗取贷款罪中有关损失和其他严重情节的认定](#p187)

[37 在非法吸收公众存款案中提供网络技术、设备服务行为的性质与责任认定](#p193)

[38 非法吸收公众存款罪犯罪数额的认定](#p200)

[39 非法吸收公众存款罪中“社会公众”范围的认定](#p206)

[40 洗钱罪中“明知”心理状态的认定](#p210)

[（四）金融诈骗罪](#p214)

[41 网上开发虚拟理财交易平台并以传销方式归集资金的犯罪认定](#p214)

[42 对恶意透支信用卡行为人非法占有目的的认定](#p218)

[43 行为人非法持有大量来历不明的信用卡，按照他人指示取出卡内的钱款后收取提成的行为应当如何定性](#p224)

[44 保险诈骗罪主体身份要件的司法认定](#p228)

[（五）危害税收征管罪](#p234)

[45 逃避追缴欠税案中“应纳税款”的认定](#p234)

[（六）侵犯知识产权罪](#p239)

[46 假冒注册商标罪中既遂、未遂的认定](#p239)

[47 假冒注册商标罪与非法制造注册商标标识罪的区别](#p243)

[48 未经许可销售“工厂尾单”数额巨大构成商标犯罪](#p249)

[49 销售假冒注册商标的商品罪犯罪未遂时货值金额的认定](#p253)

[50 涉互联网商标类刑事案件中“刷单”的认定标准](#p259)

[51 销售盗版加密锁行为性质的认定](#p265)

[（七）扰乱市场秩序罪](#p274)

[52 围标行为是否构成串通投标罪](#p274)

[53 合同诈骗罪、骗取贷款罪、贷款诈骗罪的区分和认定](#p278)

[54 合同诈骗罪与诈骗罪的区分](#p283)

[55 为骗取银行贷款而骗取担保，致使担保公司遭受损失行为的法律定性](#p288)

[56 在销售单上加盖假提货章骗取单位货物的行为性质认定](#p295)

[57 按揭车辆再次抵押借款构成诈骗罪还是合同诈骗罪](#p298)

[58 如何把握非法经营罪兜底条款的适用范围](#p303)

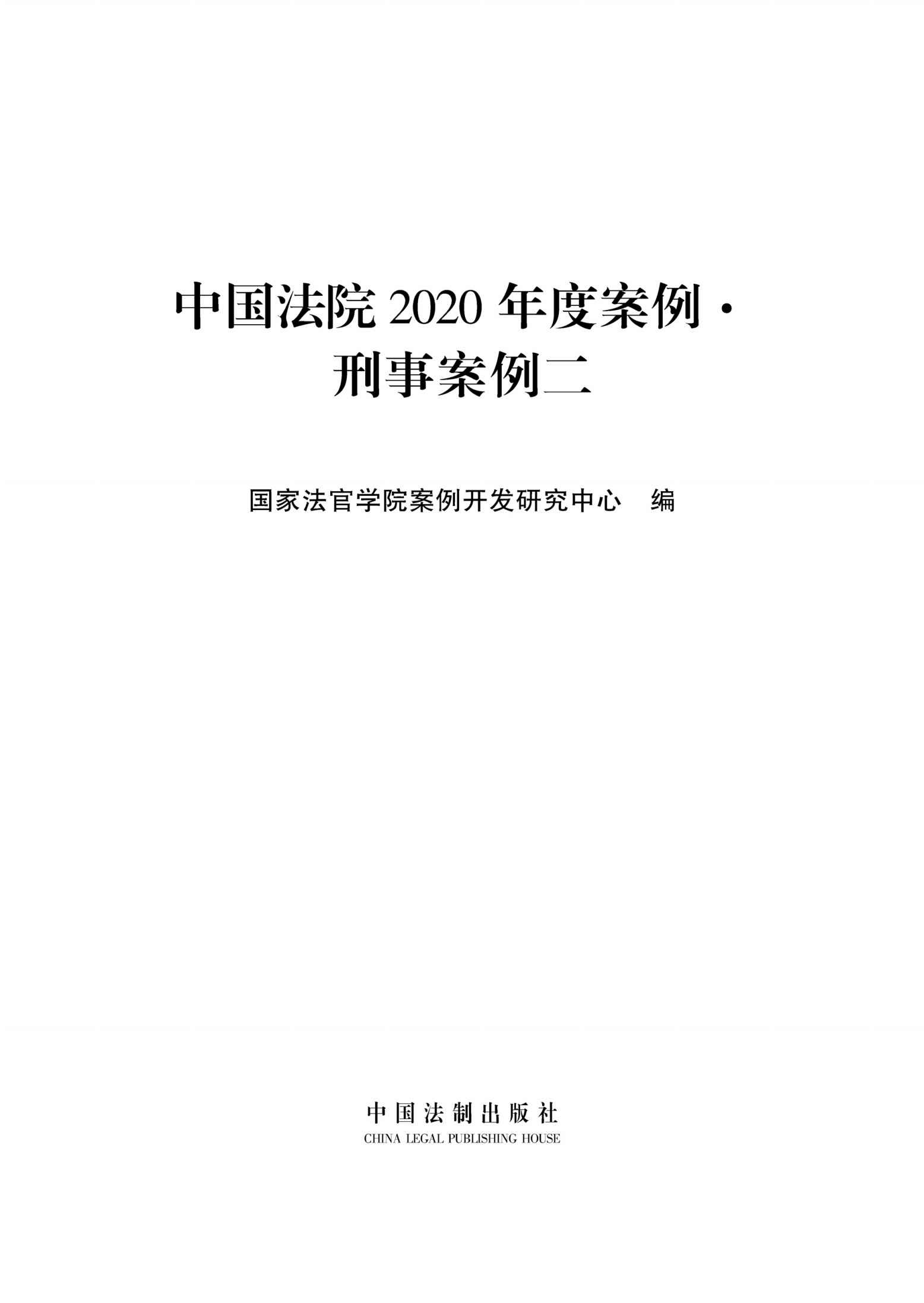
[59 非法销售烟草制品的罪名认定](#p309)

[60 行为人非法从事不以交割现货为目的的买卖贵金属延期交易活动能否认定为非法经营期货](#p314)

[61 烟草专卖品犯罪活动中尚未销售的假冒伪劣烟草如何计算非法经营数额](#p318)

[中国法院2012～2020年度案例系列](#p324)





图书在版编目（CIP）数据

中国法院2020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，最高人民法院司法案例研究院编.

—北京：中国法制出版社，2020.3

ISBN 978-7-5216-0909-7

Ⅰ.①中…

Ⅱ.①国…②最…

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（2020）第034110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2020年度案例·刑事案例二

ZHONGGUO FAYUAN 2020 NIANDU ANLI·XINGSHI ANLI ER

编者/国家法官学院，最高人民法院司法案例研究院

经销/新华书店

印刷/

开本/730毫米×1030毫米 16开　　　印张/14.5 字数/189千

版次/2020年3月第1版　　　　　　　　2020年3月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5216-0909-7　　　　　　　　　　　定价：52.00

元

北京西单横二条2号

邮政编码

100031　　　　　　　　　　　　　　　传真：010-66031119

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

坚持和完善中国特色社会主义法治体系，是党的十九届四中全会作

出的一项重要部署。作为其核心组成部分，高效的法治实施体系所要实

现的就是让静态的法律制度在实践中得到良好实施。《中国法院年度案

例》丛书的价值追求，即公开精品案例，研究案例所体现的裁判方法和

价值理念，提炼裁判规则，助推司法标准统一。

《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

版的一套大型年度案例丛书。丛书由国家法官学院案例开发研究中心具

体承担编辑工作，每年年初定期出版。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。作为一种全新的案例研究产品，

《中国法院年度案例》丛书旨在加强完善中国特色案例指导制度，探索

编辑案例的新方法、新模式，以弥补当前各种案例出版物的不足。该丛

书2012～2019年已连续出版8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执行工作的发展进程，顺应审判执

行实践的需要，响应读者需求，2014年度新增3个分册即金融纠纷、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年度、2019年度将刑事案例扩充为4个分册。现国家法官学

院及时编撰推出《中国法院2020年度案例》系列丛书，共23册。

当前市面上的案例丛书百花齐放，又有裁判文书网，可以查询各级

法院、各类的裁判文书，还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，各具特色。而《中国法院年度案例》丛书

则以开放务实的态度、简洁明快的风格，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

审结的典型案例近万件，使该丛书有广泛的选编基础，可提供给读者新

近发生的全国各地多种类型的代表性案例。二是方便检索。为体现以读

者为本，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，迅速找到目标案例。

中国法制出版社始终全力支持《中国法院年度案例》丛书的出版，

给了作者和编辑们巨大的鼓励。2018年、2019年连续推出数据库增值服

务，2020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往年同类案例数据库。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

中也难以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，不断扩大案例

研究领域，实现中国特色案例研究事业新发展。

从今年起，《中国法院年度案例》改由国家法官学院与最高人民法

院司法案例研究院共同编辑。最高人民法院司法案例研究院是中编办批

准设置的最高人民法院的司法案例专门研究机构，与国家法官学院合署

办公，在最高人民法院领导下，秉持服务司法审判实践、经济社会发

展、法学教育研究、中外法学交流、法治中国建设的办院宗旨，坚

持“服务、创新、合作、开放、共享”工作原则，依托国家法官学院开展

司法案例的收集、生成、研究、发布和国际交流工作。司法案例研究院

的加入，必将使本套丛书的编辑力量更加壮大，案例质量将进一步提

升。

国家法官学院副院长

最高人民法院司法案例研究院负责人

[一、危害公共安全罪](#p17)

[1 放火罪未遂的司法认定](#p17)

[【案件基本信息】](#p17)

[【基本案情】](#p17)

[【案件焦点】](#p18)

[【法院裁判要旨】](#p18)

[【法官后语】](#p18)

[2 向不特定多数人投放低浓度有毒物质构成投放危险物质罪](#p21)

[【案件基本信息】](#p21)

[【基本案情】](#p21)

[【案件焦点】](#p22)

[【法院裁判要旨】](#p22)

[【法官后语】](#p23)

[3 以间接故意危害公共安全犯罪中危险相当性的认定](#p25)

[【案件基本信息】](#p25)

[【基本案情】](#p25)

[【案件焦点】](#p26)

[【法院裁判要旨】](#p26)

[【法官后语】](#p27)

[4 以危险方法危害公共安全罪的认定](#p29)

[【案件基本信息】](#p29)

[【基本案情】](#p29)

[【案件焦点】](#p30)

[【法院裁判要旨】](#p30)

[【法官后语】](#p31)

[5 开“斗气车”并造成严重后果的行为及责任如何认定](#p34)

[【案件基本信息】](#p34)

[【基本案情】](#p34)

[【案件焦点】](#p35)

[【法院裁判要旨】](#p35)

[【法官后语】](#p38)

[6 将烟花爆竹瞒报为普通货物运输、仓储、报关等行为的司法](#p41)

[认定](#p41)

[【案件基本信息】](#p41)

[【基本案情】](#p41)

[【案件焦点】](#p42)

[【法院裁判要旨】](#p42)

[【法官后语】](#p44)

[7 酒后驾车犯罪中的危害程度认定](#p48)

[【案件基本信息】](#p48)

[【基本案情】](#p48)

[【案件焦点】](#p49)

[【法院裁判要旨】](#p49)

[【法官后语】](#p49)

[8 醉酒后驾车在高速公路上逆向行驶并致多车相撞的行为性质](#p53)

[认定](#p53)

[【案件基本信息】](#p53)

[【基本案情】](#p53)

[【案件焦点】](#p54)

[【法院裁判要旨】](#p55)

[【法官后语】](#p55)

[9 蓄意破坏他人私家汽车刹车装置是否构成破坏交通工具罪](#p58)

[【案件基本信息】](#p58)

[【基本案情】](#p58)

[【案件焦点】](#p59)

[【法院裁判要旨】](#p59)

[【法官后语】](#p60)

[10](#p63)

[破坏交通工具罪中被告人行为是否足以危害公共安全的认](#p63)

[定](#p63)

[【案件基本信息】](#p63)

[【基本案情】](#p63)

[【案件焦点】](#p64)

[【法院裁判要旨】](#p64)

[【法官后语】](#p65)

[11 非法持有枪支罪与非法制造枪支罪的区分](#p67)

[【案件基本信息】](#p67)

[【基本案情】](#p67)

[【案件焦点】](#p67)

[【法院裁判要旨】](#p68)

[【法官后语】](#p68)

[12 涉枪案件的定罪量刑，应综合评估社会危害性](#p71)

[【案件基本信息】](#p71)

[【基本案情】](#p71)

[【案件焦点】](#p72)

[【法院裁判要旨】](#p72)

[【法官后语】](#p73)

[13 非法持有枪支罪的量刑应综合评估社会危害性](#p76)

[【案件基本信息】](#p76)

[【基本案情】](#p76)

[【案件焦点】](#p76)

[【法院裁判要旨】](#p76)

[【法官后语】](#p77)

[14 军用枪支、弹药的认定](#p80)

[【案件基本信息】](#p80)

[【基本案情】](#p80)

[【案件焦点】](#p80)

[【法院裁判要旨】](#p81)

[【法官后语】](#p83)

[15 交通肇事刑事案件中逃逸行为禁止重复评价](#p86)

[【案件基本信息】](#p86)

[【基本案情】](#p86)

[【案件焦点】](#p87)

[【法院裁判要旨】](#p87)

[【法官后语】](#p88)

[16 行人是否可以构成交通肇事罪](#p91)

[【案件基本信息】](#p91)

[【基本案情】](#p91)

[【案件焦点】](#p91)

[【法院裁判要旨】](#p92)

[【法官后语】](#p93)

[17 驾驶叉车在公共交通道路上致人死亡构成交通肇事罪](#p95)

[【案件基本信息】](#p95)

[【基本案情】](#p95)

[【案件焦点】](#p96)

[【法院裁判要旨】](#p96)

[【法官后语】](#p96)

[18 交通运输肇事后逃逸是否必然法定刑升格](#p99)

[【案件基本信息】](#p99)

[【基本案情】](#p99)

[【案件焦点】](#p100)

[【法院裁判要旨】](#p100)

[【法官后语】](#p101)

[19](#p103)

[交通肇事后逃逸与被害人二次碾压死亡之间刑法上因果关](#p103)

[系的判断](#p103)

[【案件基本信息】](#p103)

[【基本案情】](#p103)

[【案件焦点】](#p104)

[【法院裁判要旨】](#p104)

[【法官后语】](#p106)

[20](#p110)

[交通肇事刑事案件中道路交通事故认定书对审查逃逸行为](#p110)

[的影响](#p110)

[【案件基本信息】](#p110)

[【基本案情】](#p110)

[【案件焦点】](#p111)

[【法院裁判要旨】](#p111)

[【法官后语】](#p112)

[21 交通肇事罪与以危险方法危害公共安全罪的区别](#p114)

[【案件基本信息】](#p114)

[【基本案情】](#p114)

[【案件焦点】](#p116)

[【法院裁判要旨】](#p116)

[【法官后语】](#p117)

[22 肇事者主动报警并滞留现场但找人“顶包”，是否构成逃逸](#p119)

[【案件基本信息】](#p119)

[【基本案情】](#p119)

[【案件焦点】](#p120)

[【法院裁判要旨】](#p120)

[【法官后语】](#p120)

[23 交通肇事罪中先后多起事故致同一被害人死亡的责任认定](#p123)

[【案件基本信息】](#p123)

[【基本案情】](#p123)

[【案件焦点】](#p124)

[【法院裁判要旨】](#p124)

[【法官后语】](#p125)

[24 肇事后逃逸情节的评价](#p128)

[【案件基本信息】](#p128)

[【基本案情】](#p128)

[【案件焦点】](#p128)

[【法院裁判要旨】](#p128)

[【法官后语】](#p129)

[25 行为人醉酒驾驶拒不配合检查行为的罪数判断](#p132)

[【案件基本信息】](#p132)

[【基本案情】](#p132)

[【案件焦点】](#p133)

[【法院裁判要旨】](#p133)

[【法官后语】](#p134)

[26 酒精消除速率推算结果能否作为危险驾驶罪的认定依据](#p137)

[【案件基本信息】](#p137)

[【基本案情】](#p137)

[【案件焦点】](#p138)

[【法院裁判要旨】](#p138)

[【法官后语】](#p139)

[27 “挪车型”危险驾驶的定罪与量刑](#p145)

[【案件基本信息】](#p145)

[【基本案情】](#p145)

[【案件焦点】](#p146)

[【法院裁判要旨】](#p146)

[【法官后语】](#p146)

[28 危险驾驶罪与过失致人重伤罪的竞合判定](#p149)

[【案件基本信息】](#p149)

[【基本案情】](#p149)

[【案件焦点】](#p150)

[【法院裁判要旨】](#p150)

[【法官后语】](#p151)

[二、破坏社会主义市场经济秩序罪](#p153)

[（一）生产、销售伪劣商品罪](#p153)

[29 制售劣质口罩行为性质的判断](#p153)

[30](#p156)

[在制售假烟团伙中负责介绍工人的构成生产、销售伪](#p156)

[劣产品罪](#p156)

[31 微商环境中销售假药既未遂的认定](#p160)

[32 对危害食品安全犯罪的缓刑如何适用禁止令](#p166)

[（二）妨害对公司、企业的管理秩序罪](#p172)

[33 非国家工作人员主体身份的认定](#p172)

[（三）破坏金融管理秩序罪](#p176)

[34 高利转贷罪的认定](#p176)

[35 骗取贷款案中欺骗手段的认定](#p182)

[36 骗取贷款罪中有关损失和其他严重情节的认定](#p187)

[37](#p193)

[在非法吸收公众存款案中提供网络技术、设备服务行](#p193)

为的性质与责任认定

[38 非法吸收公众存款罪犯罪数额的认定](#p200)

[39 非法吸收公众存款罪中“社会公众”范围的认定](#p206)

[40 洗钱罪中“明知”心理状态的认定](#p210)

[（四）金融诈骗罪](#p214)

[41](#p214)

[网上开发虚拟理财交易平台并以传销方式归集资金的](#p214)

[犯罪认定](#p214)

[42 对恶意透支信用卡行为人非法占有目的的认定](#p218)

[43](#p224)

[行为人非法持有大量来历不明的信用卡，按照他人指](#p224)

[示取出卡内的钱款后收取提成的行为应当如何定性](#p224)

[44 保险诈骗罪主体身份要件的司法认定](#p228)

[（五）危害税收征管罪](#p234)

[45 逃避追缴欠税案中“应纳税款”的认定](#p234)

[（六）侵犯知识产权罪](#p239)

[46 假冒注册商标罪中既遂、未遂的认定](#p239)

[47 假冒注册商标罪与非法制造注册商标标识罪的区别](#p243)

[48 未经许可销售“工厂尾单”数额巨大构成商标犯罪](#p249)

[49](#p253)

[销售假冒注册商标的商品罪犯罪未遂时货值金额的认](#p253)

[定](#p253)

[50 涉互联网商标类刑事案件中“刷单”的认定标准](#p259)

[51 销售盗版加密锁行为性质的认定](#p265)

[（七）扰乱市场秩序罪](#p274)

[52 围标行为是否构成串通投标罪](#p274)

[53 合同诈骗罪、骗取贷款罪、贷款诈骗罪的区分和认定](#p278)

[54 合同诈骗罪与诈骗罪的区分](#p283)

[55](#p288)

[为骗取银行贷款而骗取担保，致使担保公司遭受损失](#p288)

[行为的法律定性](#p288)

[56](#p295)

[在销售单上加盖假提货章骗取单位货物的行为性质认](#p295)

[定](#p295)

[57 按揭车辆再次抵押借款构成诈骗罪还是合同诈骗罪](#p298)

[58 如何把握非法经营罪兜底条款的适用范围](#p303)

[59 非法销售烟草制品的罪名认定](#p309)

[60](#p314)

[行为人非法从事不以交割现货为目的的买卖贵金属延](#p314)

[期交易活动能否认定为非法经营期货](#p314)

[61](#p318)

[烟草专卖品犯罪活动中尚未销售的假冒伪劣烟草如何](#p318)

[计算非法经营数额](#p318)

一、危害公共安全罪

1 放火罪未遂的司法认定

——张某某放火案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市海淀区人民法院（2018）京0108刑初2043号刑事判决书

2.案由：放火罪

【基本案情】

2018年7月9日9时许，被告人张某某因对房屋拆迁补偿问题心存不

满，随身携带装有汽油的小矿泉水瓶来至北京市海淀区农科院×号楼南

侧北京甲房地产开发有限公司拆迁办公室内，要求见拆迁单位领导继续

谈拆迁问题，并将瓶中的部分汽油泼洒至被害单位办公室桌子上、垃圾

桶边的纸类物品及墙面等地方，并多次使用打火机点燃汽油，后被现场

工作人员及时用日历、外套等物扑灭。后被告人张某某的妻子来到现场

对其进行劝阻，被告人张某某情绪更加激动，并将汽油浇到自己身上意

图自焚，汽油也被泼洒到现场，被告人张某某再次点燃汽油，致自己左

手手指部分烫伤，后被人及时制止。

被告人张某某见民警来了之后，便将一玻璃杯摔碎，想吞玻璃渣子

未得逞，随后被抓获归案，后如实供述了上述犯罪事实。被告人张某某

于2018年7月30日已获得被害单位谅解。

【案件焦点】

1.被告人在放火故意的驱使下，实施了点燃被害人财物的行为，是

否有引发足以危害公共安全的火灾的具体、现实、紧迫的危险的可能

性，应当构成放火罪还是寻衅滋事罪；2.在火苗当场就被及时扑灭，火

势在客观上不可能蔓延的情况下，是否可以认为放火行为尚未造成引发

火灾的具体危险，即犯罪未遂。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为，被告人张某某放火危害公共安

全，尚未造成严重后果，其行为已构成放火罪。但考虑到本案系由拆迁

纠纷引发，被害单位也出具了对其谅解的书面文件，被告人张某某当庭

认罪悔罪态度较好，且系犯罪未遂，故法院对其依法减轻处罚。但鉴于

被告人张某某采取极端方式表达诉求，具有一定的人身危险性，不宜适

用缓刑，辩护人关于适用缓刑的辩护意见本院不予采纳。

对被告人张某某依照《中华人民共和国刑法》第一百一十四条、第

二十三条、第六十七条第三款之规定，判决如下：

被告人张某某犯放火罪，判处有期徒刑二年。

【法官后语】

针对本案在法律适用中存在的两个焦点问题，分析如下：

1.本案构成放火罪而非寻衅滋事罪

在司法实践中，存在以点燃财物的方式进行寻衅滋事的案件，此时

的放火行为属于寻衅滋事罪的手段行为，以寻衅滋事罪论处为妥。但在

本案中，被告人张某某主观上并非寻衅滋事，其犯罪动机在于解决拆迁

纠纷，而且具有十分明确的放火故意，且在客观上，放火行为已经危及

不特定多数人财物的安全，其社会危害性无法被寻衅滋事罪所包含。从

主客观相统一角度而言，只有放火罪才能对被告人张某某的行为进行充

分评价。具体论证如下：

（1）在主观方面，寻衅滋事罪的行为人具有借故生非的主观故

意，而本案被告人张某某并无此故意。被告人张某某为解决拆迁纠纷，

到拆迁办公室内以纵火的方式要求见拆迁单位领导，其目的在于通过放

火这一极端方式表达自己的诉求，而非单纯的无理取闹或者小题大做，

找茬儿闹事。被告人张某某具有多次点火行为，其意图点燃物品的故意

十分明显。

（2）在客观方面，放火罪与利用燃烧手段所实施的故意伤害罪、

故意杀人罪、故意毁坏财物罪以及寻衅滋事罪等犯罪的区别在于，放火

罪的犯罪行为危害到了不特定多数人、物的安全，即可能引发足以危害

公共安全的火灾的具体、现实、紧迫的危险。

本案中，在拆迁办公室内有十一张桌子，两个柜子，打印机、文

件、纸箱子、电线等众多可燃物体，并有数名工作人员在场。被告人张

某某持有的汽油泼洒在上述物品上并引燃，若未被及时扑灭，足以造成

人身伤亡和较大财产损失。被告人张某某制造的具体危险及可能造成的

危害后果并非寻衅滋事罪构成要件的客观方面所能评价。故被告人张某

某的行为构成放火罪。

2.本案系放火罪的未遂

我国《刑法》第一百一十四条规定的放火罪是具体危险犯，其既遂

的标准是不仅要引起放火对象的独立燃烧，同时该火势应当具备引发足

以危害公共安全的火灾的具体、现实、紧迫的危险。《刑法》第一百一

十五条则包含了对放火罪结果加重犯的规定。如果认为只要点燃放火对

象物就是既遂，则等于完全排除了点火之后行为人构成未遂或者中止的

可能性，无法做到罪责刑相适应。当然，在判断点火之后是否具有未遂

的可能性，必须具体案件具体分析。须综合考虑火势已经造成的损害大

小，案发现场的人员施救的可能性，放火对象物的具体情况，引燃物的

种类及数量，甚至天气、气温等各种因素。在现场易燃易爆物众多的案

件中，只要行为人一点着明火，火势极有可能迅速蔓延，造成重大损

失，此时在客观上就不存在点火后的未遂可能性。然而在本案中，被告

人张某某虽然具有多次泼洒汽油的行为，且也多次点燃汽油形成火苗，

但均被在场人员用日历、外套等物就当场扑灭，未造成任何足以进行刑

法评价的财物毁损，足见火势并不大。且在其妻子到达现场后，被告人

张某某转而将汽油浇到自己身上，意图自焚都仍旧未能得逞。这足以说

明，在当时具体的环境下，张某某的放火行为尚未达到引发足以危害公

共安全的火灾的危险程度，其所制造的危险状态事实上不具有失控的可

能性。故，被告人张某某虽已着手实施犯罪，但因意志以外的原因未能

得逞，构成犯罪未遂。

编写人：北京市海淀区人民法院 吴扬传

更多法律资料分享微信：15678922341

2 向不特定多数人投放低浓度有毒物质构

成投放危险物质罪

——冯树某投放危险物质案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省连云港经济技术开发区人民法院（2018）苏0791刑初85号刑

事判决书

2.案由：投放危险物质罪

【基本案情】

被告人冯树某因自家房屋墙壁裂缝，怀疑是邻居胡维某家院内水井

所致，多次找胡维某及村干部，要求将该水井填平未果。2018年1月16

日，被告人冯树某用铁锤等工具顺着自家墙体裂缝位置，将自家屋后与

胡维某家搭界的滴水坡砸出直径23cm的孔洞，后使用撬棍下挖深达

80cm的小洞，后被告人冯树某向该孔洞倾倒2甲4氯半瓶（瓶长15cm，

瓶底直径8cm，经鉴定含二甲四氯成分）、强骠精噁唑禾草一瓶（瓶长

10cm，瓶底直径5cm，经鉴定含噁唑禾草灵和吡唑解草酯成分），企图

通过土壤渗透的方式向胡维某家院内日常使用的水井投放除草剂“使

坏”。次日早上，胡维某发现水井有异味后报警。经公安机关现场勘

更多法律资料分享微信：15678922341

查，该孔洞距胡维某家院子东墙14cm。胡维某家院内东南地面有一口

水井，水井至胡维某家院子东墙112cm。2018年1月17日15时许，井内

水面距井盖面高187cm。公安机关案发后在被害人胡维某家水井中提取

水样，在送检的井水水样中检出噁唑禾草灵和吡唑解草酯成分。

另查明，2007年8月31日被告人冯树某高处坠落致头部外伤。案发

后经连云港正达司法鉴定中心鉴定，被告人冯树某系脑外伤后人格改

变、边缘智力，作案时具有完全刑事责任能力。

【案件焦点】

向水井投放低浓度的农药，是否构成投放危险物质罪。

【法院裁判要旨】

江苏省连云港经济技术开发区人民法院经审理认为，被告人冯树某

投放毒害性物质危害公共安全，尚未造成严重后果，其行为已构成投放

危险物质罪，依法应当追究其刑事责任。公诉机关指控被告人冯树某犯

投放危险物质罪的事实清楚，证据确实、充分，指控罪名正确，本院依

法予以支持。被告人冯树某归案后，如实供述自己的罪行，可以从轻处

罚。被告人冯树某通过土壤渗透的方法投毒，尚未造成严重后果，且其

投放的农药系除草剂，毒性低，剂量少，犯罪情节轻微，综合全案情

节，可以对被告人冯树某免予刑事处罚。据此，依照《中华人民共和国

刑法》第一百一十四条、第三十七条、第六十七条第三款之规定，判决

如下：

被告人冯树某犯投放危险物质罪，免予刑事处罚。

更多法律资料分享微信：15678922341

【法官后语】

投放危险物质罪所侵犯的客体是国家对投放毒害性、腐蚀性、放射

性、传染病病原体等物质的禁止性管理秩序及社会公众的人身安全及公

私财产安全。主观方面本罪表现为故意。既可以出于直接故意，也可以

出于间接故意。所谓故意，也就是行为人明知自己的投毒行为危害公共

安全，有可能造成不特定的多人死伤或公私财产的大量损失，并且希望

或者放任这种结果的发生。投毒的动机可以是各种各样的，但不同的动

机并不影响定罪。本罪对被告人采取定罪免刑的处理是比较妥当的。

从主观故意角度看，被告人的动机是希望通过投放有毒物质“搞破

坏”，逼迫其邻居胡维某将其院内水井填平。被告人的供述和被害人胡

维某的陈述、证人证言及理化检验鉴定报告、扣押清单等证据相印证，

足以证明被告人冯树某明知其投放的物质系农药，其投毒行为可能危害

到胡维某及其家人、到胡维某家打水喝的邻居的生命安全，其主观故意

是明显的。

从客观行为角度看，被告人实施了投毒行为。投放危险物质罪是危

险犯，其成立并不需要出现不特定多数人重伤、死亡或者重大公私财产

遭受毁损的实际结果，只要行为人投放毒害性、放射性、传染病病原体

等物质行为，足以危害公共安全的，就构成投放危险物质罪。低毒、剂

量少，并不影响对犯罪性质的认定。本案中被告人的行为符合投放危险

物质罪的构成要件，应当依法追究其刑事责任。

实践中，为保障定罪的准确性，要十分注重区分投放危险物质罪与

以投毒为手段的故意杀人等犯罪行为。只要行为人明知自己的投毒行为

会引起不特定多人或者不特定多禽畜中毒伤亡，并且希望或者放任这种

结果发生，就应以投放危险物质罪论处。如果投毒行为只是指向特定的

更多法律资料分享微信：15678922341

个人、特定个人家庭饲养的禽畜等，并有意识地将损害结果限制在这个

局部范围内，不足以危害公共安全的，不应定投放危险物质罪。

只要行为人实施的投毒行为危害了公共安全，即便尚未造成严重后

果，也构成投放危险物质罪的既遂。本案中，被告人的投毒行为构成既

遂。法院考虑到其有从轻、减轻的情节，对其作出定罪免刑的处罚。

编写人：江苏省连云港经济技术开发区人民法院 薛子裔 茆翔

更多法律资料分享微信：15678922341

3 以间接故意危害公共安全犯罪中危险相

当性的认定

——林某秋以危险方法危害公共安全、故意伤害案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省闽侯县人民法院（2018）闽0121刑初627号刑事判决书

2.案由：以危险方法危害公共安全罪、故意伤害罪

【基本案情】

2018年4月4日，被告人林某秋与同村的被告人林某善等人因村中某

块土地归属问题发生纠纷，当天早上，被告人林某秋得知林某善等人正

打算将涉案土地用铁皮包围起来，遂驾驶车辆并携带装有少量汽油的油

桶、鞭炮及两罐液化气等物品赶到现场，与被告人林某善一方发生口

角。后被告人林某秋点燃一串鞭炮向对方示威随后开车冲向空地上约十

几人的人群，其中一人因躲避不及被撞伤。随后被告人林某善一方几人

上前围住被告人林某秋的车子并持械殴打林某秋本人及其妻子、父母，

被告人林某秋遂将两个液化气罐打开后往外丢出，并试图点燃鞭炮丢到

液化气罐处，后被人阻止。

更多法律资料分享微信：15678922341

【案件焦点】

被告人林某秋驾车冲撞特定矛盾相对方及投掷煤气罐等行为是否是

针对不特定的多数人，有无达到危害公共安全的程度。

【法院裁判要旨】

福建省福州市闽侯县人民法院经审理认为：被告人林某秋驾驶机动

车冲撞人群、投掷煤气罐，危害公共安全，虽未造成严重后果，但其行

为已构成以危险方法危害公共安全罪。被告人林某秋以损害他人身体健

康为目的，用剪刀捅刺被害人致轻伤，其行为已构成故意伤害罪。被告

人林某善以损害他人身体健康为目的，用棍殴打被害人致轻伤，其行为

已构成故意伤害罪。公诉机关指控的罪名均成立，适用法律准确，本院

予以支持。被告人林某善到案后如实供述自己的罪行，系坦白，依法可

以从轻处罚。被告人林某秋到案后如实供述故意伤害部分犯罪事实，依

法可以从轻处罚。被告人林某秋已取得被害人林某珍等人一方谅解，被

告人林某善已赔偿被害人林某泉一方人民币20万元并取得谅解，依法均

可酌情从轻处罚。被告人林某秋、林某善对故意伤害部分认罪认罚，依

法均可从宽处理。综合被告人林某秋、林某善的犯罪事实和量刑情节，

本院依法对被告人林某秋、林某善从轻处罚。

福建省福州市闽侯县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百

一十四条、第二百三十四条第一款、第六十七条第三款、第六十九条第

一款、第七十二条第一款、第七十三条第二款、第三款、第六十四条，

《中华人民共和国刑事诉讼法》第十五条之规定，判决如下：

一、被告人林某秋犯以危险方法危害公共安全罪，判处有期徒刑三

更多法律资料分享微信：15678922341

年三个月；被告人林某秋犯故意伤害罪，判处有期徒刑六个月，总和刑

期三年九个月，数罪并罚，决定执行有期徒刑三年六个月；

二、被告人林某善犯故意伤害罪，判处有期徒刑六个月，缓刑一

年；

三、扣押在案的蓝色液化气罐、绿色液化气罐、的士车，由扣押机

关闽侯县公安局依法处理。

【法官后语】

本案焦点在于被告人林某秋驾车冲撞特定矛盾相对方及投掷煤气罐

等行为是否是针对不特定的多数人，有无达到危害公共安全的程度。

《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。”以其他危险方

法危害公共安全，具体表现为以放火、决水、爆炸以及投放危险物质以

外的，但与上述危险方法危险性相当的危害公共安全的方法；同时，行

为人在主观上往往是出于故意，危害的是不特定的多数人的生命、健康

安全。

就本案而言，被告人林某秋认为其针对的对象是参与实施不法侵害

的特定的人，而非“不特定的多数人”；被告人林某秋驾车撞人、投掷煤

气罐的行为危险程度与“放火、决水、爆炸以及投放危险物质”的行为不

具有相当性。我们认为，被告人林某秋的行为已构成以危险方法危害公

共安全罪。

以危险方法危害公共安全罪主观要求出于故意，表现为明知可能导

更多法律资料分享微信：15678922341

致危害公共安全的严重后果，并且希望或者有意识地放任这种结果发

生，可以是直接故意，也可以是间接故意；侵犯的客体是公共安全，只

要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。本

案双方争议的焦点在于公共安全的认定，公共安全指的是多数人的生

命、健康和公私财物的安全，公共安全不能等于公共场所的安全，其内

涵包含公共性和社会性。被告人辩称其冲撞的对象是参与实施不法侵害

的特定的人，而非“不特定的多数人”。本案中，被告人驾车冲撞矛盾

方，但现场除了矛盾相对方，还有施工人员、围观村民，根据现场的实

际人员组成和人数，被告人虽辩解其针对对象具有特定性，但其对于最

终侵害的对象和造成的后果无法把控，其主观是危害公共安全的间接故

意，该行为不仅危害矛盾相对方，也危害到不特定其他人的人身安全，

符合危害公共安全构成要件的“多数”的认定。

综上，被告人林某秋驾驶机动车冲撞的人群中不仅有纠纷相对方，

还有施工工人和过路村民等，而其打开煤气罐阀门、投掷煤气罐并试图

点燃鞭炮的行为，也存在使煤气罐发生爆炸的风险，本案不论是驾车冲

向人群还是投掷煤气罐并试图点燃鞭炮的行为都与“放火、决水、爆炸

以及投放危险物质”的危险具有相当性，危害的均是不特定多数人的生

命财产安全，且足以危害公共安全，符合以危险方法危害公共安全罪的

构成要件。综上，被告人林某秋主观上有实施危险行为的故意，客观上

虽未造成严重后果，但已经构成以危险方法危害公共安全罪。

编写人：福建省闽侯县人民法院 林孔亮 洪烨

更多法律资料分享微信：15678922341

4 以危险方法危害公共安全罪的认定

——邹某全以危险方法危害公共安全案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省内江市市中区人民法院（2019）川1002刑初29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】

2018年10月7日18时许，被告人邹某全无证驾驶川K×××7号小型汽

车，从厦蓉高速公路资中进入，18时47分，行至厦蓉高速

2048KM+890M处，与曾某驾驶的川K××××6号大型客车发生碰撞。碰撞

发生后，邹某全驾车往内江方向逃逸，当行至厦蓉高速公路

2047KM+350M处，撞击夏某某驾驶的川A××××K号大众小型轿车，致

使川K××××7号小型轿车严重受损无法行驶。邹某全为了逃离现场，趁

夏某某在高速公路护栏外报警未注意之机，抢夺夏某某停于路边等待处

理的川A××××K号轿车，向内江方向高速逃窜。19时0分，邹某全行驶至

厦蓉高速公路2044KM+240M处时，高速冲撞李某甲驾驶的川A××××6号

小型轿车，致川A××××6号车乘车人张某某当场死亡，乘车人李某乙、

郑某某受伤。事故发生后，川A××××K号轿车因损毁严重无法继续行

驶，为继续逃窜，邹某全试图再次抢夺因避让发生单车事故停放于路肩

更多法律资料分享微信：15678922341

上的李某丙川K××××8号小型轿车，被李某丙阻止后，邹某全遂从高速

公路边沟逃离，后被民警挡获。

邹某全的辩护人提出：（1）邹某全本案中有四个违法行为，第一

个是交通肇事逃逸，第二个是交通肇事，第三个是盗开夏某某车辆，第

四个是与李某甲车辆发生碰撞致人死亡，该四个行为应分段评价，评价

为两个行政违法行为加一个盗窃行为、一个交通肇事致人死亡行为，邹

某全的行为应认定为盗窃罪和交通肇事罪。其不构成以危险方法危害公

共安全罪，邹某全缺乏实施危害公共安全行为的主观故意，其也不属于

交通肇事后没有停车在道路上横冲直撞，针对危害不特定人群的人身安

全的行为。（2）案发后邹某全姐姐代其支付了2万元丧葬费，其被民事

判赔50余万元的民事责任，保险公司也承担了10余万元的赔偿责任，其

有坦白、悔罪情形，依法可以从轻处罚。（3）申请作出四川正泰精神

医学司法鉴定所鉴定意见的鉴定人出庭说明，并对该鉴定意见重新鉴

定。

【案件焦点】

1.邹某全在本案中是否具有完全刑事责任能力；2.邹某全的行为是

否构成交通肇事罪、盗窃罪或以危险方法危害公共安全罪。

【法院裁判要旨】

四川省内江市市中区人民法院经审理认为，四川正泰精神医学司法

鉴定所出具的司法鉴定意见书，系有资质的精神病鉴定机构根据相关规

定和程序鉴定后作出，鉴定依据充分，程序合法，应予采信，且邹某全

在庭审中思维清晰、对答切题，应认定本案中邹某全具有刑事责任能

更多法律资料分享微信：15678922341

力。

交通肇事罪和以危险方法危害公共安全罪的区分核心在于行为人主

观上对事故的发生是故意还是过失。本案中，邹某全无证驾车在车流量

大的高速公路上行驶，行驶中碰撞第一辆车后，驾车加速逃逸，其此时

完全能够认识到无证加速逃逸行为具有高度的危险性，极有可能再次发

生安全事故，危及他人生命财产安全，但对此全然不顾以致碰撞第二辆

车，碰撞第二辆车后跑步上前将第二辆车开走逃逸，以131.82km/h平均

速度在车流量大的高速公路上行驶，以致再次碰撞第三辆车，致使乘车

人张某某死亡、李某乙、郑某某受伤，其不顾车损人伤，试图上前将李

某丙驾驶的川K××××8号车辆开走逃逸被阻止，足以认定邹某全对他人

伤亡、车辆损失的危害结果持放任态度，主观上有危害公共安全的间接

故意，应以以危险方法危害公共安全罪追究其刑事责任。

四川省内江市市中区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百

一十五条第一款、第六十七条第三款之规定，作出如下判决：

邹某全犯以危险方法危害公共安全罪，判处有期徒刑十三年，剥夺

政治权利二年。

【法官后语】

本案的主要争议焦点为邹某全的行为是构成交通肇事罪还是构成以

危险方法危害公共安全罪的问题。区分这两罪主要从犯罪构成要件上分

析，即主要为犯罪主观方面、犯罪客体和犯罪客观方面。

1.主观方面。以危险方法危害公共安全的行为人在主观上往往出于

故意，包括直接故意和间接故意，即行为人明知其实际行为会对不特定

更多法律资料分享微信：15678922341

多数人的生命、健康或者公私财产的安全造成严重后果，表现为希望或

者放任结果发生。而交通肇事罪的主观表现为过失，包括疏忽大意和过

于自信的过失，并不积极追求犯罪结果的产生。本案中，邹某全无证在

车流量较大和车速较快的高速路上行驶，连续发生车祸后仍然继续驾车

逃离现场，并被挡获才结束其再次驾车逃离的行为，造成了一人死亡、

二人受伤及多车受损的严重后果。邹某全对发生这一结果的主观上持放

任态度，没有采取积极规避措施防止危害结果的发生，属于间接故意，

主观上符合以危险方法危害公共安全罪的构成要件，因此邹某全主观上

符合的是以危险方法危害公共安全罪的构成要件。

2.客体方面。以危险方法危害公共安全侵犯的客体是不特定多数人

的生命、健康、公私财物的安全，即为公共安全。而交通肇事侵犯的客

体为交通运输的安全。本案中邹某全发生交通事故的地点为高速公路，

且其以131.82km/h平均速度连续行驶，最终造成了多起交通事故，犯罪

行为侵犯的是高速路上大量的行车人和车辆安全，针对的是不特定多数

人的生命、财产安全，不仅是交通运输安全，因而邹某全行为侵犯的客

体符合以危险方法危害公共安全的构成要件。

3.客观方面。交通肇事罪要求违反交通运输管理法规，并且发生重

大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受较大损失，从犯罪结果

看，属于结果犯；以危险方法危害公共安全则只要行为人实施了足以危

害公共安全的行为，即使没有发生严重后果，也要对行为人定罪处罚，

属于行为犯。本案中，邹某全在无证驾驶时并发生第一起车祸后，没有

及时停车报警等候处理，而是继续开车在高速路上行驶，其行为足以威

胁高速公路上的人和车辆安全，最终造成了一死三伤多车受损的严重后

果，符合《刑法》第一百一十五条的规定，刑期在十年以上，遂依法作

出上述判决。

更多法律资料分享微信：15678922341

编写人：四川省内江市市中区人民法院 王红雷

更多法律资料分享微信：15678922341

5 开“斗气车” 并造成严重后果的行为及责

任如何认定

——李某、宋某涛以危险方法危害公共安全案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市高级人民法院（2017）京刑终234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】

2015年7月5日6时许，李某驾驶车牌号为冀AL3×××的东南牌菱悦小

型轿车，宋某涛驾驶车牌号为京PH2×××的丰田牌卡罗拉小型轿车，沿

北京市房山区房易路、京周路朝进京方向行驶。李某驾车行至房易路五

侯村路口右转时遇到宋某涛，宋某涛驾驶车辆超过李某，后双方互相超

车，因行车问题而斗气行驶。当两车自西向东均超速行驶至限速为

40km/h的北京市房山区京周路顾册村西口公交车站附近时，李某驾驶车

辆突然从最左侧车道向右变更至相邻车道，与在该车道内行驶的宋某涛

所驾驶车辆相撞，后两车一起冲向公交站台，造成李某梅、庞某来、祁

某然、李某杨、贾某死亡。经鉴定，案发时小型轿车（冀AL3×××）的

行驶速度高于82.8km/h且低于116.7km/h；小型轿车（京PH2×××）的行

更多法律资料分享微信：15678922341

驶速度高于77.8km/h且低于101.8km/h。案发后，李某弃车离开现场，于

案发当日在投案途中被公安机关抓获归案；宋某涛拨打电话报警并在案

发现场等候，于案发当日被带至公安机关。在一审期间，李某、宋某涛

的近亲属分别交纳人民币10万元共计20万元，已发还给五名被害人近亲

属各4万元，用于支付5名被害人尸体火化等丧葬费用。宋某涛的近亲属

分别与被害人近亲属达成调解协议。除已支付的丧葬费用外，宋某涛的

近亲属另行一次性赔偿李某梅近亲属人民币30万元整，另行一次性分别

赔偿庞某来、祁某然、李某杨、贾某的近亲属人民币25万元整（上述赔

偿款共计人民币130万元，均已履行）。五名被害人近亲属均对宋某涛

的行为给予谅解，希望法庭对宋某涛从轻、减轻处罚。在二审期间，李

某的近亲属分别与被害人李某梅、庞某来、祁某然、李某杨、贾某的近

亲属达成调解协议。除已支付的丧葬费外，李某的近亲属另行一次性分

别赔偿李某梅、庞某来、祁某然、李某杨、贾某的近亲属人民币26万元

（上述赔偿款共计人民币130万元）。五名被害人亲属均对李某的行为

予以谅解，希望对李某从轻、减轻处罚。

【案件焦点】

1.二被告人能否预见到其行为会危及不特定多数人的生命、财产安

全，对于相撞的主观心态系故意还是过失，是否构成以危险方法危害公

共安全罪；2.二被告人的刑事责任如何区分，民事赔偿达成调解协议，

并获被害人家属谅解的，对被告人如何量刑。

【法院裁判要旨】

北京市第二中级人民法院经审理认为，李某、宋某涛明知在道路上

驾驶机动车相互超车、超速且斗气驾驶，会对不特定多数人的生命、财

更多法律资料分享微信：15678922341

产安全造成危害，仍不计后果而为之，最终导致五人死亡的特别严重后

果，二人的行为均已构成以危险方法危害公共安全罪。李某在投案途中

被抓获归案，可视为自动投案，宋某涛案发后拨打电话报警并在案发现

场等待，系自动投案；二人投案后均能如实交代自己的主要犯罪事实，

均构成自首。鉴于李某、宋某涛具有自首情节，宋某涛在其近亲属的帮

助下积极赔偿五名被害人近亲属的经济损失并取得谅解，以及二人在本

案中的具体作用等情节，对李某依法从轻处罚、对宋某涛依法减轻处

罚。对于现存于公安机关未随案移送的扣押物品，依法一并处理。故认

定李某犯以危险方法危害公共安全罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终

身；宋某涛犯以危险方法危害公共安全罪，判处有期徒刑八年，剥夺政

治权利一年；扣押物品由扣押机关依法处理。

李某上诉提出：原判量刑过重，希望和被害人家属达成谅解。其辩

护人提出：李某主观认知系过失，在李某与宋某涛发生碰撞时，宋某涛

的作用大于李某，原判认定事实不清，证据不够确实、充分；二审期

间，李某家属已赔偿被害人家属经济损失，并获得被害人家属的谅解，

建议改判李某交通肇事罪或过失以危险方法危害公共安全罪，对其减轻

处罚。

宋某涛对一审判决没有异议，其辩护人对一审判决亦予以认可。

北京市人民检察院派员发表的出庭意见为：现有证据证明，李某主

观上有与宋某涛开斗气车的故意，并且在长达十几分钟的繁华路段内与

宋某涛多次追逐竞驶，超速又超车。李某系成年人，其有能力预见其行

为对公共安全造成极大的危险，并将不特定人的生命、身体及公众生活

的平稳与安宁置于严重的危险境地，且持放任心态，最终在其强行超车

变道时与宋某涛所驾驶车辆相撞，造成五人死亡的特别严重后果。其行

为符合以危险方法危害公共安全罪的犯罪构成要件，主观上属于间接故

更多法律资料分享微信：15678922341

意，而非过失。原判认定李某、宋某涛以危险方法危害公共安全罪的事

实清楚，证据确实、充分，定罪及适用法律正确，审判程序合法。李某

所提上诉理由缺乏事实及法律依据，不能成立。鉴于二审期间李某的家

属代某分别赔偿五名被害人家属人民币26万元，与被害人家属达成调解

协议并得到被害人家属的谅解，建议对李某依法从轻处罚，同时维持对

其的定罪和原判对宋某涛的定罪量刑。

北京市高级人民法院经审理认为，李某、原审被告人宋某涛明知在

道路上驾驶机动车相互超车、超速且斗气驾驶，会对不特定多数人的生

命、财产安全造成危害，仍不计后果而为之，最终导致五人死亡的特别

严重后果，二人的行为均已构成以危险方法危害公共安全罪。鉴于李

某、宋某涛具有自首情节，且分别赔偿五名被害人近亲属的经济损失并

获得谅解，同时考虑二人在本案中的具体作用，对李某依法予以从轻处

罚，对宋某涛依法予以减轻处罚。原审人民法院根据李某、宋某涛犯罪

的事实、犯罪的性质、情节及对于社会的危害程度所作的判决，定罪及

适用法律正确，对扣押物品的处理适当，审判程序合法，对宋某涛的量

刑适当，应予维持；鉴于李某能够认罪悔罪，二审期间积极赔偿被害人

家属的经济损失，并获被害人家属的谅解，对其可再予从轻处罚，故对

其量刑依法予以改判。故判决如下：

一、维持北京市第二中级人民法院（2016）京02刑初59号刑事判决

主文第二项、第三项，即被告人宋某涛犯以危险方法危害公共安全罪，

判处有期徒刑八年，剥夺政治权利一年；扣押物品由扣押机关依法处

理；

二、撤销北京市第二中级人民法院（2016）京02刑初59号刑事判决

主文第一项，即被告人李某犯以危险方法危害公共安全罪，判处无期徒

刑，剥夺政治权利终身；

更多法律资料分享微信：15678922341

三、上诉人（原审被告人）李某犯以危险方法危害公共安全罪，判

处有期徒刑十五年，剥夺政治权利三年。

【法官后语】

本案系一起因二被告人在道路上长时间开“斗气车”而引发的重大交

通事故，造成五人死亡，后果特别严重。针对本案的争议焦点，评析如

下：

1.二被告人的行为均构成以危险方法危害公共安全罪。首先，二被

告人对在超速、超车斗气行驶过程中危害公共安全的危险，有能力、有

条件预见。李某、宋某涛作为认知能力正常的成年人，长期生活在房山

区，且到过事发路段，熟悉该路段的路况、限速标志等交通标识、公交

车站设施等情况。从事发时间来看，是当地居民出行较为集中的时间

段；从整个过程来看，沿途经过多个村口、学校，且有多个限速标志，

发生碰撞地点在顾册村村口公交车站附近，故案发地属于行人、车辆较

多的地段。二被告人有能力、有条件预见到该危险，即能够预见到在案

发地实施超速、超车等行为会危及不特定多数人的生命、财产安全。其

次，二被告人对在超速、超车斗气行驶过程中危害公共安全的危险，主

观认知系放任心态，亦即间接故意。二被告人在较长时间内互相超车、

斗气行驶，特别是碰撞时以接近或者超过限速40公里/小时的二倍速度

行驶。其间，李某不顾女友的劝阻斗气行车，在前方无车辆、无道路变

窄等特殊情况发生并且在超速行驶的情形下，仍违规强行并入宋某涛所

驾车辆的车道行驶；宋某涛亦在有条件、有能力采取减速、主动避让等

措施的情况下，积极实施超车斗气行为，导致双方矛盾升级，直至因超

速、超车发生车辆碰撞。双方本可以理性、冷静地处理，采取必要的、

适当的行为来避免危险的发生，但均未采取任何防范措施，足见二被告

更多法律资料分享微信：15678922341

人对超速斗气行车导致的危害结果均持放任的态度，亦即间接故意。最

后，二被告人实施了危害公共安全的危险行为。证人董某琳的证言证明

宋某涛超车后有减速的行为，且在行车过程中双方交替别车，该证人证

言与视听资料、二被告人关于对方有故意减速行为的供述能够相互印

证，证明二被告人具有相互超车、斗气行驶的行为。鉴定意见书和侦查

实验笔录、视听资料等证据证实，二被告人不仅在发生相撞时系超速行

驶，而且在到达相撞地点前经过周口村加气站、双山加油站的最低时速

均超过70公里/小时（事发路段的最高限速）。视听资料、道路交通事

故现场勘查笔录、照片等证明能够相互印证，证明碰撞发生前，李某车

辆尚未完全超过宋某涛车辆时即并线行驶。二被告人在相互超车、斗气

行驶的过程中，均超速行驶，均实施了危害公共安全的危险行为。综

上，二被告人在行人、车辆较多的路段，相互超车、斗气行驶长达十余

分钟，且在两车发生碰撞前严重超速行驶，主观上均对危害公共安全的

具体危险持放任的心态。李某和宋某涛的行为致五人死亡，后果特别严

重，明显超出危险驾驶罪、交通肇事罪的评价范畴，二人在主观方面系

放任的间接故意而非过失，均已构成以危险方法危害公共安全罪。

2.在确定二被告人具体刑事责任时，应根据行为作用力的大小等因

素加以区分。二被告人驾驶各自车辆超速行驶，主观上是为斗气而追求

超过对方车辆，在行为过程中没有共同侵害某一法益的意思联络，也没

有实施特定犯罪的共同意图，且二人的行为各自独立，分别实施，没有

行为上的相互配合和支持，故二人的行为不构成共同犯罪。本案中，二

被告人的客观行为相互作用，共同造成了五人死亡的特别严重后果。因

本案涉嫌刑事犯罪，故交通管理部门没有就此次事故出具责任认定书。

但作为刑事案件，法官仍应根据行为人地位、作用的大小确定刑事责

任，进而依法裁量刑罚。综观全案，在两车发生碰撞前，双方责任不相

上下；在碰撞发生时，李某超速且违规强行超车并线，是致使二人追逐

更多法律资料分享微信：15678922341

竞驶等危害公共安全的危险行为产生特别严重后果的主要原因，其作用

明显大于宋某涛，故在对二被告人量刑应区别对待，体现差异，对李某

的量刑要高于宋某涛。

二审期间出现赔偿、谅解等情节，可在原判基础上对行为人酌予从

宽处罚，依法改判。在涉人身损害赔偿类案件中，民事赔偿对于抚慰被

害人及其家属的心理，化解社会矛盾具有重要价值。一般而言，赔偿情

节作为酌定情节，在量刑时予以考虑。本案因二人开斗气车引发，主观

上系间接故意，并非直接追求犯罪结果的发生，有别于蓄意、预谋类的

故意犯罪，行为人的主观恶性和人身危险性相对较小；被害人家属也表

示如果达成赔偿调解协议，愿意谅解被告人李某的犯罪行为。鉴于此，

在二审法院的主持下，李某的近亲属分别与五名被害人的近亲属达成调

解协议。除已支付的丧葬费外，另行一次性分别赔偿五名被害人近亲属

人民币26万元（上述赔偿款共计人民币130万元）。被害人近亲属均对

李某的行为予以谅解，希望对李某从轻、减轻处罚。鉴于上述情节，二

审法院对李某的量刑依法予以改判，改判其有期徒刑15年。

编写人：北京市高级人民法院 吴小军

更多法律资料分享微信：15678922341

6 将烟花爆竹瞒报为普通货物运输、仓

储、报关等行为的司法认定

——严某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

上海市虹口区人民法院（2018）沪0109刑初474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5～6月，被告人严某与黎某（另案处理）经事先商议，欲将

一批烟花爆竹瞒报为普通货物经上海港出口。后黎某、被告人张某耀、

蔡某春、高某经联络，共同约定采用上述方法，出口该批五个集装箱的

烟花爆竹，其中张某耀负责货运代理，蔡某春负责部分道路运输，高某

负责报关出口。2017年6月中旬，上述烟花爆竹被以普通货物名义，通

过道路运输，由湖南省浏阳市经浙江省嵊州市运输至上海港上海明东集

装箱码头有限公司场地堆放，后于同年6月22日被查获。经查，上述集

装箱内含26种烟花爆竹，共计6087箱。经鉴定，上述烟花爆竹火药总量

约为70093千克，黑火药总量约为5391千克。

被告人张某耀、蔡某春分别于2017年10月20日、2018年2月27日被

更多法律资料分享微信：15678922341

公安机关抓获，被告人高某、严某分别于2017年10月23日、11月3日向

公安机关投案。到案后，被告人严某、蔡某春如实供述了自己的犯罪事

实；被告人张某耀、高某经教育，亦如实供述了自己的犯罪事实。

被告人严某、张某耀、高某、蔡某春及被告人张某耀、高某、蔡某

春的辩护人对起诉书指控的事实均无异议。被告人严某的辩护人提出本

案指控被告人严某犯罪的证据尚不充分，且本案的犯罪行为本身与放

火、爆炸等行为不具有同质性和危险相当性，不应认定为以危险方法危

害公共安全罪；被告人张某耀的辩护人提出被告人张某耀应认定有自首

情节；被告人张某耀、高某、蔡某春的辩护人均提出在共同犯罪中被告

人张某耀、高某、蔡某春所起作用相对较小，建议对其从轻处罚。

【案件焦点】

1.本案指控被告人严某犯罪的证据是否充分，且本案的犯罪行为本

身是否与放火、爆炸等行为具有同质性和危险相当性，能否认定为以危

险方法危害公共安全罪；2.被告人张某耀是否认定有自首情节；3.被告

人张某耀、高某、蔡某春是否认定为从犯。

【法院裁判要旨】

上海市虹口区人民法院经审理认为：被告人严某、张某耀、高某、

蔡某春到案后对其明知以瞒报方式将烟花爆竹运输、报关、出口等事实

均供认不讳，且认定被告人严某构成以危险方法危害公共安全罪的证

据，除被告人严某的供述外，从查获的烟花爆竹可以看出，涉案烟花爆

竹并没有按出口标准包装，严某多年从事烟花爆竹的进出口业务，不找

有资质的公司合作，而通过黎某找货运代理公司出口，后被告人严某又

更多法律资料分享微信：15678922341

将普通包装的烟花爆竹交由蔡某春用普通厢式货车装运，上述行为有上

海港公安局出具的《扣押决定书》《扣押清单》、拍摄的照片，同案关

系人黎某的供述及证人严某一、张某锋的证言等证据予以证实，且与各

名被告人的在案供述相符。故本案指控被告人严某犯罪的证据确实、充

分。

关于本案的定性，以危险方法危害公共安全罪中的“其他危险方

法”，不论表现为何种行为方式，都应具有导致不特定多数人重伤、死

亡或财产重大损失的现实危险性。本案中，将5个集装箱的烟花爆竹瞒

报为普通货物运输、仓储、出口，在道路上高速行驶、存放在消防、监

管等设施欠缺的仓库、出口至货轮上，与普通货物一并堆放，一路瞒

报，缺乏必要的监管及特殊处理，发生爆炸的可能性极大。根据湖南出

入境检验检疫局烟花爆竹检测中心出具的《检测报告》、上海市公安局

物证鉴定中心出具的《检验报告》《“集装箱夹带烟花爆竹”检验情况说

明》、上海市交通委员会出具的《关于对瞒报烟花爆竹进入港口码头等

公共场所可能造成危害后果咨询的复函》等证据可以证实，装有1.3

项、1.4项烟花爆竹的单个集装箱燃烧产生的热辐射，人员在半径约10

米范围内1分钟内的死亡概率可达到100%，可见上述行为的高度危险

性、现实危险发展成为实际损害的快速性及危险后果的迅速蔓延性、不

可控性，符合以危险方法危害公共安全罪的构成要件，应以以危险方法

危害公共安全罪论处。

被告人张某耀的辩护人提出被告人张某耀系“5.03案”而到案，但在

2017年10月24日的供述中主动供述了本案，故属于“被采取强制措施的

犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的

本人其他罪行”，应认定为自首。经查，2017年10月12日被告人严某在

第一份询问笔录中，供述其5个集装箱烟花爆竹出口的事由黎某负责安

更多法律资料分享微信：15678922341

排出口，同日，同案关系人黎某在询问笔录中，供述由福鼎公司的张某

耀负责帮忙出货。且根据上海港公安局出具的《到案经过》证实，在审

理“5.03案”中发现本案，2017年10月18日对本案立案侦查，同年10月20

日将被告人张某耀抓获，随即针对本案进行讯问，故被告人张某耀系因

为本案而被抓获，且在10月24日公安人员第一次讯问其时，公安机关已

对被告人严某、同案关系人黎某进行了询问，掌握了案件的基本事实，

故被告人张某耀不符合自首构成的要件。

被告人张某耀、高某、蔡某春的辩护人均提出被告人张某耀、高

某、蔡某春在共同犯罪中所起作用相对较小，建议对3名被告人均从轻

处罚。经查，黎某经蔡某春介绍，找到张某耀负责货运代理业务，张某

耀找到高某负责报关，由蔡某春负责运输，3名被告人分别在烟花爆竹

运输、货运代理、报关出口整个过程中承担不可或缺的作用，在共同犯

罪中相较于被告人严某的作用虽有所不同，但并非起次要、辅助作用，

不应区分主、从犯。故对被告人张某耀、高某、蔡某春不认定为从犯。

上海市虹口区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百一十四

条、第二十五条第一款、第六十七条第一款、第三款及第六十四条，作

出如下判决：

被告人严某犯以危险方法危害公共安全罪，判处有期徒刑五年；被

告人张某耀犯以危险方法危害公共安全罪，判处有期徒刑四年六个月；

被告人高某犯以危险方法危害公共安全罪，判处有期徒刑四年六个月；

被告人蔡某春犯以危险方法危害公共安全罪，判处有期徒刑四年六个

月；缴获的烟花爆竹予以没收。

【法官后语】

更多法律资料分享微信：15678922341

本案系上海市首例将烟花爆竹瞒报为普通货物进行包装、运输、仓

储、报关等被查获的案例。四名被告人在买家未取得进口许可证的情况

下，将烟花爆竹瞒报为普通货物进行包装、运输、仓储、报关等，对于

这一系列行为如何定性目前尚无类似案例，且存在一定的争议。

本案的争议焦点在于本案的定性。本案“尚未造成严重后果”这一点

毋庸置疑，涉案的烟花爆竹堆放在港口阶段被查获，因此尚未造成他人

重伤、死亡或者公私财产重大损失。但是，本案中是否构成以危险方法

危害公共安全罪，被告人严某、张某耀、高某、蔡某春实施的犯罪行为

与放火、爆炸等行为是否具有同质性和危险相当性，且被告人主观上是

否明知犯罪行为的危害后果，主要从以下两个方面进行分析。

1.瞒报烟花爆竹为普通货物进行运输、堆放、报关的行为与放火、

爆炸等行为具有同质性和危险性相当性

从性质上来看，以危险方法危害公共安全罪客观上具有导致多数人

重伤或者死亡的可能性，以危险方法危害公共安全罪既然与放火罪、爆

炸罪规定在同一章节，且适用相同的法定刑，故应当在行为上从具有广

泛的故意致人重伤或者死亡的角度进行判断。放火罪、爆炸罪均作为引

发群众重大恐慌与不安的犯罪而存在，作为与之同一等级的以危险方法

危害公共安全罪，其所谓的“其他危险方法”，自然也必须具有引发群众

的重大恐慌与不安的性质才行，即行为本身具有在客观上导致多数人死

亡或者重伤的可能性。本案查获的5个集装箱的烟花爆竹未按照危险品

的标准进行包装、运输、报关，而是瞒报为普通货物，这相当于运载着

定时炸弹在道路上高速行驶、仓储在消防和监管等措施欠缺的仓库、出

口至货轮上。一路上的瞒报，直接导致烟花爆竹缺乏该有的监管及特殊

处理，发生燃烧、爆炸的可能性极大。一旦因碰擦等发生爆炸，将导致

财物的重大损失甚至致人重伤、死亡等不可估量的后果，引发公众极大

更多法律资料分享微信：15678922341

的恐慌和不安。

从程度上来看，放火、爆炸等行为的危险性，主要在于后果的不可

控性、迅速蔓延性及高度盖然性。本案中查获的5个集装箱烟花爆竹被

瞒报为普通货物运输、堆放的危险性，与防火、爆炸具有一定的类比

性。首先，从不可控性来看，根据相关部门出具的检验报告、复函，装

有烟花爆竹的单个集装箱燃烧（烟火药总药量在1400千克左右）所产生

的热辐射，人员在半径约10米范围内1分钟的死亡概率可达到100%，一

个集装箱的危害后果尚且如此，本案查获的火药总量多达70余吨，可想

而知5个集装箱的烟花爆竹可能产生后果的严重性。其次，从迅速蔓延

性来看，涉案烟花爆竹未作特殊处理在公共道路上运输，相当于运载

着“定时炸弹”在道路上高速行驶，在码头时堆放在消防、监管欠缺的仓

库，一路上的瞒报直接导致了上述烟花爆竹缺乏该有的监管和特殊处

理，一旦发生不必要的碰擦导致燃烧、爆炸，极易引发周围物品的燃烧

或者爆炸，后果不堪设想。最后，从高度盖然性来看，烟花爆竹近年事

故多发，伤亡人数始终居高不下，从国家对烟花爆竹的管控以及从各地

对烟花爆竹的禁限规定，也可以得出未按规定运输、储存烟花爆竹发生

事故是具有高度盖然性的结论。因此，烟花爆竹的易燃易爆性、发生事

故后的迅速蔓延性及不可控性，与防火、爆炸等行为具有相当性，应当

认定构成以危险方法危害公共安全罪。

2.被告人主观上明知将瞒报烟花爆竹为普通货物的危险性

本案中被告人严某为将烟花爆竹经上海港瞒报出口，与黎某预谋，

黎某联系从事货运代理业务的被告人张某耀，并通过张某耀与从事运输

业务的被告人蔡某春及从事报关业务的被告人高某联络。多年从事烟花

爆竹贸易的严某及运输烟花爆竹的蔡某春，对于烟花爆竹的环节管控及

事故率一清二楚；从事货运代理行业的张某耀及报关行业的高某对于危

更多法律资料分享微信：15678922341

险品的货代及报关也是了然于心，他们对于危险品包装、运输、仓储、

报关等环节的要求是熟知的。严某为将烟花爆竹出口，在缺乏相关许可

证的情况下，与蔡某春、张某耀、高某分别将烟花爆竹瞒报成普通货物

进行运输、仓储、报关，未做特殊处理，因此四名被告人在熟知相关规

定的情况下，对危险品所能造成的危害后果应当有预见性，应当认定被

告人严某等人有明知可能发生事故而予以放任的间接故意。

综上，被告人严某、张某耀、高某、蔡某春明知将烟花爆竹瞒报为

普通货物进行运输、仓储、报关等可能造成的危害后果仍实施上述行

为，这样的行为与放火、爆炸等行为具有同质性和危险相当性，符合以

危险方法危害公共安全的构成要件，所以本院认定被告人严某、张某

耀、高某、蔡某春的行为构成以危险方法危害公共安全罪。

编写人：上海市虹口区人民法院 倪振良 施月玲 孙琳娜

更多法律资料分享微信：15678922341

7 酒后驾车犯罪中的危害程度认定

——邢某以危险方法危害公共安全案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市石景山区人民法院（2018）京0107刑初344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】

2018年6月3日22时许，被告人邢某饮酒后驾驶白色大众牌小型轿车

（车牌号：京Q8×××7）搭载王某等人行驶至北京市石景山区石门路北

京工业职业技术学院门前时，遇北京市公安局公安交通管理局石景山交

通支队民警设卡检查酒驾。被告人邢某为逃避检查，在机动车道由东向

西强行快速倒车逆向行驶，先后与其车后方由西向东正常行驶的被害人

刘某杰驾驶的小型轿车（车牌号：京Q6×××7）、被害人王某林驾驶的

小型轿车（车牌号：京Q9×××7）、被害人鲜某驾驶的小型轿车（车牌

号：京P1×××0）连续发生碰撞。后被告人邢某继续倒车，又与北京甲

汽车救援公司司机田某乾驾驶的清障车（车牌号：京AT×××2）发生碰

撞，邢某弃车逃跑，后被民警在事故现场附近抓获。经价格评估，四辆

受损车的修复价格共计人民币87615元。

更多法律资料分享微信：15678922341

被告人邢某于2018年8月2日接民警电话通知到案。邢某到案后，已

对受损车辆进行赔偿，取得了被害人的谅解。

【案件焦点】

酒后驾车危害程度的界定问题。

【法院裁判要旨】

北京市石景山区人民法院经审理认为：被告人邢某为逃避检查，在

公共道路强行快速倒车，造成四车损坏，后逃离现场，虽尚未造成严重

后果，但其行为足以危及不特定多数人的生命、健康和重大公私财产安

全，已构成以危险方法危害公共安全罪，依法应予惩处。鉴于其接民警

电话传唤后主动到案，到案后能够如实供述自己的主要罪行，系自首；

积极赔偿被害人及被害单位的相关经济损失并取得谅解，可对其依法从

轻处罚。北京市石景山区人民检察院指控被告人邢某犯以危险方法危害

公共安全罪的事实清楚，证据确实、充分，指控的罪名成立。被告人邢

某的辩护人张某文关于其系自首，认罪、悔罪态度较好，系初犯，能积

极赔偿被害人及被害单位的经济损失并取得谅解，建议对其从轻处罚的

辩护意见，与本院查明的事实一致，本院予以采纳。

北京市石景山区人民法院根据被告人邢某犯罪的事实、性质、情节

及对于社会的危害程度，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、第六十一条之规定，判决如下：

被告人邢某犯以危险方法危害公共安全罪，判处有期徒刑三年。

【法官后语】

更多法律资料分享微信：15678922341

本案中，邢某交通安全意识淡薄，无视交通安全法规以及公共安

全，酒后驾车先后与四辆小轿车以及一辆清障车发生碰撞并造成车辆损

坏，其行为已经严重危及不特定多数人的生命、健康和重大公私财产安

全，在构成以危险方法危害公共安全罪上并无异议。其中，比较具有探

讨意义的是酒后驾车危害程度的界定问题。

1.酒后驾车行为的客观危险性。车辆作为日常生活中重要的出行工

具，在带来便利的同时也伴随着一定的风险，而酒后驾车会降低驾驶人

员的自我控制能力和车辆驾驶能力，将车辆作为一种高速行驶的交通工

具隐含的风险无限放大，进而将潜在的风险转化为现实的危害结果。一

般来说，酒后驾车的行为虽然在客观上对公共安全造成一定威胁，但该

行为的危险性与在道路上恶劣追逐竞驶、运输危险化学物品等行为相

当，在血液酒精含量达到80毫克/100毫升以上时，属于醉酒驾驶机动

车，构成危险驾驶罪，只要行为人实施了醉酒驾驶的行为，不需要发生

危害公共安全的具体结果就可以确认有罪。而以危险方法危害公共安全

罪，只有被告人故意或者放任酒后驾车的行为发生，并且该行为达到与

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的危

险性相当时，才构成以危险方法危害公共安全罪，并且以危险方法危害

公共安全罪通常要求造成较为严重的后果。因此，以危险方法危害公共

安全罪的危害程度要高于危险驾驶罪。

本案中，邢某饮酒后驾车，为逃避检查快速倒车发生多起事故，损

坏他人车辆，并最终逃离现场。虽然邢某酒后驾车的行为只是与车辆发

生了碰撞，并未造成严重的危害后果，但其行为对公共安全的潜在危害

性不可忽略。邢某酒后驾车并为逃避检查在道路上逆行的行为，危及的

并非只是某一特定的对象，而是不特定多数人的生命、健康或者公私财

产安全，并且已经造成了现实的危害结果，导致发生事故的五辆车均存

更多法律资料分享微信：15678922341

在不同程度的损坏，其行为的社会危害性只有以危险方法危害公共安全

罪可以概括评价。因此，应当认定其酒后驾车并与他人车辆发生碰撞的

行为的客观危险性与放火、决水、爆炸以及投放毒害性、放射性、传染

病病原体等物质的危险性相当，构成以危险方法危害公共安全罪。

2.酒后驾车行为的主观恶性。酒后驾车行为构成的犯罪通常以危险

驾驶罪和以危险方法危害公共安全罪最为多发，两种犯罪的主观心态均

为持希望或放任态度，包含直接故意和间接故意，并且酒后驾车行为构

成的危险驾驶罪及以危险方法危害公共安全罪中行为人的主观心态多为

间接故意。而在此两种犯罪的间接故意犯罪中，虽然发生致人重伤、死

亡的情况不在少数，但是相较于故意伤害、故意杀人等犯罪而言，酒后

驾车犯罪通常而言主观恶性较小。例如，本案中邢某酒后驾车，为逃避

检查在公共道路上逆行，连续与四辆小轿车及一辆清障车发生碰撞，其

心理上虽对此结果的发生持放任的态度，不与其意志冲突，但在接民警

电话传唤后主动到案，到案后能够如实供述自己的主要罪行，并且积极

赔偿被害人及被害单位的相关经济损失并取得谅解，其主观恶性相较于

直接追求车辆损坏结果的犯罪而言是较小的，这也是以危险方法危害公

共安全罪重要的量刑依据。

3.酒后驾车行为的定罪。2009年下发的《最高人民法院关于醉酒驾

车犯罪法律适用问题的意见》第一条中规定：“……行为人明知酒后驾

车违法、醉酒驾车会危害公共安全，却无视法律醉酒驾车，特别是在肇

事后继续驾车冲撞，造成重大伤亡，说明行为人主观上对持续发生的危

害结果持放任态度，具有危害公共安全的故意。对此类醉酒驾车造成重

大伤亡的，应依法以以危险方法危害公共安全罪定罪……”该意见的下

发，通过统一法律适用标准、严惩醉酒驾车类犯罪，维护了广大人民群

众的生命、财产安全及公共安全，有效遏制了醉酒驾车犯罪多发、高发

的态势。其背后的精神在于肯定了醉酒后驾车的行为对不特定多数人的

生命、健康、财产安全及公共安全造成的巨大现实威胁，醉酒驾车的行

为人拥有控制自己是否饮酒以及饮酒后是否驾车的意志自由，其原因行

为和结果行为是紧密联系的，并且酒后驾车的行为是对公共利益的一种

严重侵害。因此，为实现社会效果和法律效果的统一，在均衡酒后驾车

行为的客观危险性及主观恶性的基础上，从立法角度对酒后驾车行为做

出否定性评价，是对刑法罪刑均衡原则的适用，能够最大程度上实现定

罪量刑的平衡和统一。

编写人：北京市石景山区人民法院 刘阳鸿

8 醉酒后驾车在高速公路上逆向行驶并致

多车相撞的行为性质认定

——黎某以危险方法危害公共安全案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省江门市新会区人民法院（2018）粤0705刑初358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】

广东省江门市新会区人民法院经公开审理查明：2018年2月7日22时

许，被告人黎某喝酒后驾驶粤C6×××9号牌小型轿车从金门收费站进入

西部沿海高速公路，由珠海往阳江方向行驶。当晚22时25分，被告人黎

某驾车行驶至西部沿海高速46KM路段时突然掉头往珠海方向逆向行

驶，在掉头过程中与在后方由徐某驾驶的粤J7×××1号牌小型轿车（该车

搭载乘客陈某成等1男3女）发生碰撞；被告人黎某随即继续驾车往珠海

方向逆向行驶，当晚22时29分行驶至44KM+400M路段时，与由余某甲

驾驶的粤J7×××D号牌小型普通客车（该车搭载乘客李某甲、余某乙、

朱某和一名年约十个月大男婴儿共4人）迎面相遇，导致粤J7×××D号牌

小型普通客车向右避让失控而碰撞路边护栏；被告人黎某随即继续驾车

往珠海方向逆向行驶，当晚22时46分行驶至38KM+100M路段时，与由

许某驾驶的粤C3×××1号牌小型轿车（该车搭载乘客杨某、罗某、梁

某、李某乙和由梁某手抱的一名年约2岁半的男孩何某共5人）迎面发生

碰撞。随后，被告人黎某停车等候处理。民警在处理事故时发现被告人

黎某有醉酒驾驶机动车的嫌疑。经鉴定，被告人黎某血液样本中的酒精

浓度为304.24mg/100ml。本案中，被告人黎某驾驶粤C6×××9号牌小型

轿车在西部沿海高速公路逆向行驶的距离约8公里，逆向行驶的时长约

21分钟。本次事故造成余某乙、许某、杨某、罗某、梁某、李某乙和何

某等人受伤及四车不同程度损坏。

事故发生后，被告人黎某分别赔偿了粤J7×××1号牌小型轿车、粤

J7×××D号牌小型普通客车的车辆损失，并赔偿了粤C3×××1号牌小型轿

车的车辆损失及该车车上人员许某、杨某、罗某、梁某、李某乙和何某

的损失共计人民币76万元，并取得上述伤者的谅解。

公诉机关指控被告人黎某犯危险驾驶罪；辩护人提出被告人黎某虽

然醉酒驾驶机动车，客观上造成了一定的财产损失，但并未达到以危险

方法危害公共安全罪规定的重大人身伤亡及重大财产损失的严重后果，

也未对不特定多数人的生命、健康安全造成危害结果，而只造成被害人

轻伤，从罪责刑看，本案以危险驾驶罪定罪量刑更符合罪责刑相适应的

刑法原理。

【案件焦点】

醉酒后驾车在高速公路上逆向行驶并致多车相撞的行为性质认定。

【法院裁判要旨】

广东省江门市新会区人民法院经审理认为，被告人黎某醉酒后驾驶

机动车在通车的高速公路上实施掉头和逆行，严重影响高速公路的行车

安全，危害不特定的多数人的生命、健康和重大公私财产安全，并致多

人受伤和多车受损，虽未造成严重后果，但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和所提出的量刑建议均不当，均不

予采纳。鉴于被告人黎某属间接故意犯罪，与蓄意危害公共安全的直接

故意犯罪相比，其主观恶性和人身危险性相对较小；犯罪时处于醉酒状

态，辨认和控制能力有所减弱；归案后如实供述自己的罪行，并在法庭

自愿认罪，悔罪态度较好，且积极赔偿被害方的经济损失和取得谅解，

依法可以从轻处罚。

广东省江门市新会区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百

一十四条、第六十七条第三款、第七十二条第一款、第七十三条第二款

及第三款之规定，作出如下判决：

被告人黎某犯以危险方法危害公共安全罪，判处有期徒刑三年，缓

刑四年。

一审判决后，被告人黎某没有提出上诉，公诉机关没有提出抗诉。

该判决已经发生法律效力。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对被告人醉酒后驾车在高速公路上逆向行驶

并致多车相撞的行为性质认定。根据本案的案情，被告人黎某存在醉酒

后驾车驶上高速公路，行驶数公里突然在原车道内掉头逆向行驶，其间

导致多车相撞和多人受伤。被告人的行为应构成危险驾驶罪，还是过失

以危险方法危害公共安全罪，抑或是以危险方法危害公共安全罪呢？经

分析认为被告人的行为构成以危险方法危害公共安全罪，原因如下：第

一，高速公路明确规定了行驶方向，且在高速公路上的机动车行驶速度

快、车流量大，被告人黎某作为一个正常的成年人和一个具有驾驶资格

的司机，其应当知道并预见在通车的高速公路上驾驶车辆掉头和逆行，

且其行为发生在夜晚，将严重影响正常通行车辆的行驶，大大增加事故

发生的概率，甚至造成车毁人亡的严重后果，且本案案发在夜晚，受光

线、人体作息规律等因素影响，驾驶员的注意力和反应能力更差，一旦

发生突发情况，驾驶员因此而未能及时采取有效避险措施，则将造成更

为严重的后果。虽然被告人黎某在本案所实施的危害行为未造成严重后

果，但其行为已足以危害了社会公共安全。第二，被告人黎某醉酒驾驶

车辆实施本案的危害行为，其在主观上并不希望也不追求危害结果的发

生，但对可能发生的危害结果持放任态度。就本案实际情况，在整个事

故过程中，没有证据证实被告人黎某存在疏忽大意的过失，也没有证据

反映本案中存在让其自信的主客观条件和让其自信的基础，事实上，对

于危害结果的发生，其主观上持漠视的态度，属间接故意。第三，被告

人黎某在本案中除具有醉酒后驾驶机动车在道路上行驶的犯罪行为外，

同时存在在通车的高速公路上掉头并逆向行驶的行为，其上述行为足以

对在高速公路上行驶的不特定的多数人的生命、健康或者重大公私财产

安全造成危害，上述行为的危险性与放火、决水、爆炸、投放危险物质

行为的危险性相当，因此，被告人黎某的上述行为对社会所造成的危害

已超出了危险驾驶罪的程度，如认定其犯危险驾驶罪则不符合罪责刑相

适应的原则。第四，醉酒驾车严重危害不特定人的生命健康安全，危害

社会安全，应予以惩处。被告人黎某醉酒驾车在高速公路上行驶，并在

高速公路的直行车道突然掉头并逆行行驶约8公里，造成多车碰撞和多

人受伤的，该行为已危害不特定的多数人的生命、健康和重大公私财产

安全，且社会危害性更大，公诉机关仅指控被告人黎某犯危险驾驶罪，

而根据刑法规定，危险驾驶罪的主刑最高刑为拘役六个月，此与被告人

黎某的罪责刑严重不相当。因此，根据案卷证据反映，被告人黎某当晚

确实因酒后控制力和辨别能力降低才实施了该行为，与其他为报复社会

等恶意实施该行为相比，被告人黎某的主观恶性更小，且被告人黎某没

有前科犯罪行为，案发前被告人黎某有正当职业和固定住所，归案后认

罪悔罪表现好，已主动自行赔偿多名被害人经济损失人民币76万元，社

会危险性较低。在查清事实的情况下，以危险方法危害公共安全罪对被

告人黎某定罪，并对该被告人判处有期徒刑三年，缓刑四年是恰当的。

编写人：广东省江门市新会区人民法院 赵淑云

9 蓄意破坏他人私家汽车刹车装置是否构

成破坏交通工具罪

——潘某破坏交通工具案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

黑龙江省牡丹江市西安区人民法院（2018）黑1005刑初41号刑事判

决书

2.案由：破坏交通工具罪

【基本案情】

被告人潘某怀疑其妹夫即被害人孟某对其心存妒恨、侵犯其人身安

全，遂怀恨在心并伺机报复。2017年9月6日3时许，潘某持钳子、手电

筒来到牡丹江市西安区某地门口将孟某停放的车辆（黑CP××××号白色

小型普通客车）刹车油管及部分刹车线掐断。次日，孟某驾驶车辆时发

现刹车系统失效，送车检修后报警。10月24日，孟某取回修好的车辆，

潘某发现孟某未发生交通事故，遂于次日2时许，再次将孟某停放的车

辆后轮制动软管及横管掐断，并将手制动拉线剪断。10月26日，孟某发

现其车辆刹车系统再次被破坏随即报警。当日18时许，潘某在牡丹江市

爱民区某楼×单元201室家中被公安机关抓获。

经黑龙江锦融成司法鉴定中心鉴定，黑CP××××号白色小型普通客

车后轮制动软管及制动横管断开，导致后轮行车制动失效；手制动拉线

断开导致驻车制动失效。经牡丹江市精神病防治院司法鉴定所鉴定，被

告人潘某非精神病状态下作案，案发时评定为完全刑事责任能力。

2014年3月，经牡丹江市精神病防治院鉴定，被告人潘某智力残疾

二级，并由牡丹江市残疾人联合会核发残疾人证。2018年6月13日，牡

丹江市精神病防治院残疾鉴定组证明，目前潘某不符合智力贰级残疾标

准，应以注销。

【案件焦点】

潘某的行为是否构成破坏交通工具罪，应如何处罚。

【法院裁判要旨】

黑龙江省牡丹江市西安区人民法院经审理认为：被告人潘某两次采

用割断制动油管的方式破坏汽车，足以导致该车发生倾覆、毁坏危险，

尚未造成严重后果，其行为已构成破坏交通工具罪，公诉机关指控的罪

名成立，本院予以确认。潘某如实供述自己的犯罪事实，依法可从轻处

罚。案发后得到被害人的谅解，可酌情从轻处罚。辩护人提出潘某曾经

牡丹江市残疾人联合会评定为智力残疾贰级，当时参与评定的一名鉴定

人员，与本案精神病鉴定人相同，根据《黑龙江省司法鉴定管理条例》

第三十条二款规定，应回避。潘某存在被害妄想的情况下实施犯罪，而

且是亲属之间犯罪，未造成严重后果，潘某自愿认罪，并已得到谅解，

建议对其从轻处罚。经查，潘某既往无确切精神病史，2014年3月虽经

牡丹江市精神病防治院鉴定智力残疾并由牡丹江市残疾人联合会核发残

疾人证，但在案发后，鉴定机构已经撤销鉴定意见，并建议注销潘某的

残疾人证。另本案司法鉴定虽然由同一鉴定机构进行，并有一人参与当

时的评残鉴定，但二者鉴定范围、适用依据不同，且司法鉴定事项为潘

某案发时的精神状态及刑事责任能力，与既往病史无关，并非同一鉴定

事项，故对该鉴定予以采信。潘某虽然破坏的是亲属的车辆，但危害的

是公共安全，纵有被害人谅解意见，仅可酌情考量。故对辩护人提出潘

某自愿认罪，建议对其从轻处罚的辩护意见，予以采纳，其余辩护意

见，不予采纳。综合潘某的犯罪事实、犯罪性质、情节和对社会的危害

程度，依照《中华人民共和国刑法》第一百一十六条、第六十七条第三

款的规定，判决如下：

被告人潘某犯破坏交通工具罪，判处有期徒刑三年六个月。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对被告人潘某犯罪行为构成何种犯罪的认定

和如何处罚。

1.潘某的行为是否构成破坏交通工具罪

破坏交通工具罪，是指故意破坏火车、汽车、电车、船只、飞机，

已经或足以使其发生倾覆、毁坏危险，危害公共安全的行为。本罪的犯

罪客体是交通运输安全。犯罪的客观方面表现为行为人必须具有已经或

足以造成交通工具的倾覆和毁坏的行为。犯罪主观方面只能是故意，包

括直接故意和间接故意。犯罪主体为一般主体。

本案的被告人潘某出于报复泄愤而蓄意制造事故，两次破坏车辆的

制动系统，妄图致被害人孟某伤亡，其行为同时造成了多种法益侵害后

果，属于想象竞合犯。主观上有故意破坏车辆制动系统，引发交通事故

造成被害人孟某人身伤亡的意图，并可能进而产生危害公共安全的后

果，其行为分别触犯故意毁坏财物罪、故意伤害罪（未遂）、破坏交通

工具罪。

认定潘某行为的关键是把握以下三点，一是主观故意内容不同。破

坏交通工具罪必须具有危害交通运输安全的直接故意或者间接故意，故

意毁坏财物罪只能出于毁损、破坏公私财物的直接故意。二是犯罪对象

是特定的，仅限于《刑法》第一百一十六条中规定的五种交通工具，即

火车、汽车、电车、船只、航空器，且是正在使用中的交通工具，包括

运行中的和已经交付使用停机待用的交通工具。因为只有破坏这样的交

通工具，才可能危害交通运输安全。三是看破坏的方法和部位。只有破

坏交通工具的重要装置部件，已经或足以使其发生倾覆、毁坏危险时，

无论是否造成严重后果，均构成本罪的既遂。破坏正在制造、修理或处

于保管之中，尚未交付使用的交通工具，或破坏交通工具中一些不影响

安全运行的设备，如门窗、灯具、座椅等设备，通常不会给公共安全造

成威胁，情节严重的，构成故意毁坏公私财物罪。本案中潘某两次破坏

被害人孟某日常使用车辆刹车系统，欲引发交通事故，其行为构成破坏

交通工具罪。

另外，本罪的认定还同时存在法条竞合的情况。当法条竞合时，特

别法优于普通法。刑法规定了故意毁坏财物罪，一般情况下普遍适用。

同时又规定了破坏交通工具罪，属于特别规定。特别法与普通法的竞

合，是在一个犯罪行为同时侵犯了两种社会关系的情况下发生的。破坏

交通工具罪，既侵犯了公私财物的所有权，又侵犯了交通运输安全，所

以，在刑罚上对竞合犯选择对社会关系侵犯性质严重的罪定罪，一般适

用特别法。故评判潘某的行为应适用特别法，认定为破坏交通工具罪。

2.对潘某行为的处罚

《刑法》第一百一十六条、第一百一十九条就破坏交通工具罪是否

造成严重后果的处罚分别作出规定。犯本罪尚未造成严重后果的，处三

年以上十年以下有期徒刑。造成严重后果的，处十年以上有期徒刑、无

期徒刑或者死刑。

需要注意的是，这里的严重后果，必须是破坏行为致使火车、汽

车、电车、船只、航空器等交通工具发生倾覆、毁坏危险进而产生危害

交通运输安全的后果，而不是破坏行为本身直接造成的任何严重后果，

即破坏交通工具的行为与引发的严重后果之间应具有因果关系。虽然本

案被告人潘某两次破坏车辆的制动系统，情节严重，但均未实现其致使

车辆发生倾覆、毁坏危险的结果，故适用第一百一十六条对其定罪、量

刑。

编写人：黑龙江省牡丹江市西安区人民法院 刘辉

10 破坏交通工具罪中被告人行为是否足以

危害公共安全的认定

——葛某破坏交通工具罪案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市延庆区人民法院（2018）京0119刑初161号刑事判决书

2.案由：破坏交通工具罪

【基本案情】

被害人刘某与被告人葛某曾存在雇佣关系，后二人发生纠纷。2018

年4月14日，被告人葛某驾驶大型客车拉载游客来到北京市延庆区旅

游，在途经八达岭高速时，发现刘某也在驾驶着大型卧铺客车拉载游客

前往北京市延庆区旅游。当日23时许，葛某在延庆区旧县镇古城村车站

路口东侧发现刘某将车牌号为赣FB×××6的大型卧铺客车停放在此，为

报复刘某，被告人葛某从马路边捡起砖头将刘某的车辆玻璃砸坏，又用

随身携带的刀片将车辆机器盖内的六根皮带、一根水管割断。次日早

晨，被害人刘某发现其车辆的玻璃被砸坏两块，为了不耽误游客行程，

刘某继续驾驶车辆拉载游客四十人去往北京市区景点，在行驶出八公里

左右后，车辆无法继续行驶。刘某下车检查时发现机器盖内的六根皮

带、一根水管被割断，水箱报警器失灵，遂与郝某电话联系，郝某赶到

后将车上的游客换到其他车辆上，并协助刘某将车辆开到附近修理厂进

行维修。经北京市甲价格评估有限公司认定，在2018年4月14日价格评

估基准日，大型卧铺客车因玻璃被砸、皮带、水管被割断所造成的财产

损失为2730元。案发后，被害人刘某观看监控录像发现其车辆被破坏系

被告人葛某所为，遂于2018年4月16日到北京市公安局延庆分局旧县派

出所报案。2018年7月7日，北京市公安局延庆分局旧县派出所接到线索

称葛某在延庆区旧县镇古城村出现，后民警到场后将被告人葛某传唤到

公安机关进行询问。

【案件焦点】

破坏交通工具犯罪中，葛某的行为是否足以危害公共安全。

【法院裁判要旨】

北京市延庆区人民法院经审理认为，被告人葛某出于报复心理，故

意用刀片将被害人刘某所驾驶的旅游大型卧铺客车的传送皮带、水管割

断，破坏交通工具，足以造成满载游客的车辆毁坏，致使车辆无法安全

行驶，危害公共安全，其行为已构成破坏交通工具罪，依法应予刑罚处

罚。北京市延庆区人民检察院指控被告人葛某犯破坏交通工具罪的事实

清楚，证据确实、充分，指控的罪名成立。公诉机关出示的被害人刘某

的陈述、辨认笔录、证人郝某、闫尚某的证言、被告人葛某的供述能够

证明被告人葛某破坏车辆的事实，上述证据能够互相印证，已经达到了

证据确实、充分的证明标准，且证据的来源、取得方式符合法律规定。

辩护人关于被告人葛某的行为不构成破坏交通工具罪的辩护意见，本院

不予采纳。被告人葛某在破坏涉案车辆时，车辆虽然停放在停车场，但

是车辆已经交付使用，随时都可开动执行运输任务，葛某作为大型客车

司机，明知上述情况，仍然实施破坏车辆隐蔽部位的行为，主观恶性

深，不符合适用缓刑的条件，关于辩护人建议对被告人葛某适用缓刑的

辩护意见，本院不予采纳。被害人刘某在向公安机关报案时明确告知了

行为人的姓名、身份，公安机关民警据此通知葛某到案，被告人葛某在

案发后没有及时、主动向公安机关投案，不构成自首，辩护人关于被告

人葛某构成自首的辩护意见，本院不予采纳。被告人葛某因其与被害人

刘某之间存在纠纷，即起意破坏刘某正在使用中的车辆，对此，被害人

没有任何过错。辩护人关于被告人葛某是因被害人的过错而气愤才实施

毁坏行为的辩护意见，本院亦不予采纳。鉴于被告人葛某到案后如实供

述了主要犯罪事实，且积极赔偿被害人的经济损失，并已经取得了被害

人的谅解，本院对其予以从轻处罚。根据被告人葛某犯罪的事实、犯罪

的性质、情节和对于社会的危害程度，依照《中华人民共和国刑法》第

一百一十六条、第六十七条第三款、第六十一条、第六十二条之规定，

判决如下：

被告人葛某犯破坏交通工具罪，判处有期徒刑三年。

【法官后语】

本案中的争议焦点是被告人葛某的行为是否足以产生危害公共安全

的风险。破坏交通工具罪中的破坏行为必须是足以使交通工具发生倾

覆、毁坏的危险。这里所说的“倾覆”，是指火车出轨、颠覆，汽车、电

车翻车，船只翻沉，航空器坠毁等情况；“毁坏”，是指上述交通工具由

于遭到人为破坏而不能正常行驶，危及运载的人、物品及交通工具自身

的安全。“足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危

险”，是指该种破坏行为有造成火车、汽车、电车、船只、航空器的倾

覆、毁坏的现实可能性和威胁。

应当注意的是，在实践中如何判断某种破坏行为是否已达到“现实

可能性和威胁”的程度，主要应从以下两个方面来判定：（1）交通工具

是否在使用过程中的待用期间。这不仅包括正在行驶和飞行期间，也包

括使用过程中的待用期间。如果破坏的是尚未交付使用或者正在修理的

交通工具，一般不会危及公共安全，故不构成本罪。（2）破坏的是否

是交通工具的关键部位。如果行为人破坏的是交通工具的次要部位，如

破坏的是交通工具的座椅、卫生设备或者其他不影响安全行驶的辅助设

备等，则不足以使火车、汽车、电车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危

险，故同样不能构成本罪。

具体到本案中，首先，被告人葛某破坏的大巴车是正在承担旅行团

运输任务，夜间临时停靠休息的大巴车，天一亮，大巴车将继续旅程，

由此可以判断被破坏的大巴车是正在使用的交通工具。其次，被告人葛

某破坏的是大巴车的机动车传送带，传送皮带属于汽车的关键部位，被

告人称只会造成大巴车无法制动，不能启动的后果。而在本案中，大巴

车的皮带受损后依旧启动，并行使一段距离后才失去动力，无法继续行

驶，虽然没有造成被告人预想的后果，但是被告人的破坏行为潜在的危

险很大。试想，如果大巴车在高速公路上突然失去动力，戛然而止的大

巴车极有可能导致连环追尾事故，而且大巴车当时承载四十多名游客，

后果不堪设想。故本案中被告人葛某的行为已经达到“现实可能性和威

胁”的程度，其行为构成破坏交通工具罪。

编写人：北京市延庆区人民法院 彭祥青

11 非法持有枪支罪与非法制造枪支罪的区

分

——谢某非法制造枪支案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市海淀区人民法院（2018）京0108刑初448号刑事判决书

2.案由：非法制造枪支罪

【基本案情】

2016年2月至2017年1月，被告人谢某通过网络平台购买钢管、快排

阀、气室等零件，并在位于北京市海淀区某小区×楼×单元801室的家

中，将上述零件组装成枪状物2支，经鉴定，均为以压缩气体为动力的

枪支。现涉案枪支已起获并扣押。

被告人谢某于2017年9月19日被公安机关抓获归案，后如实供述了

上述犯罪事实。

【案件焦点】

被告人购买气枪的关键零部件之后自行组装枪支的，构成非法持有

枪支罪还是非法制造枪支罪。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为，被告人谢某违反枪支管理规

定，非法制造枪支，其行为已构成非法制造枪支罪，应予惩处。但鉴于

被告人谢某能够如实供述犯罪事实，认罪态度较好，且系初犯，其所制

造枪支也仅用于个人在家娱乐，并未用于其他危害社会目的，故对其依

法从轻处罚并宣告缓刑。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，第七十二条，第七十三条第二款、第三款

之规定，判决如下：

被告人谢某犯非法制造枪支罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年一个

月。

【法官后语】

在我国刑法中，非法制造枪支罪的法定刑比非法持有枪支罪要重，

法定刑差异的原因在于两种犯罪行为存在不同的社会危害性。制造枪支

是将不具备枪支使用功能的材料制成枪支，即将无社会危害可能性或者

较低社会危害可能性的物品转变成具有社会危害性或者更大社会危害可

能性的物品，本质上是在制造或者增大一个危险中心；而非法持有枪支

的行为是将枪支这一本来就已经存在的危险物品置于自己的占有之下，

行为人并未制造或者增大该危险中心，如果行为人要使用枪支去实施别

的犯罪，系行为人制造了新的法所不容许的危险，已经不能被非法持有

枪支罪所评价。按照上述理论，如果在行为人的涉枪行为过程中，本质

上是在制造或者增大了一个危险中心，则其行为定性为非法制造枪支罪

为妥，若无，则定性为非法持有枪支罪。《刑法》第一百二十五条规定

的“买卖、运输、邮寄、存储枪支”行为实质上亦须具有类似于“制造枪

支”的社会危害性，买卖、运输、邮寄、存储枪支行为虽然不是在制造

一个危险中心，但随着枪支的物理扩散以及数量的增多，实际上是一个

增大危险中心的过程。制造、买卖、运输、邮寄、存储枪支的过程中，

必然伴随对枪支的持有行为，该持有枪支行为属于不可避免的附带行

为，应当被前述主行为所吸收。司法实践当中，一般只有当无法认定行

为人实施了前述主行为时，才对被告人非法持有枪支这一附带行为进行

单独处罚。

从文义角度而言，制造枪支的过程一般包含以下多个环节：枪支及

其零件的设计、原材料获取、零部件制造、整体组装、调试等。正如工

人在流水线上组装电脑的行为是在制造电脑而非持有电脑，组装枪支是

制造枪支过程的一个工序，组装枪支一般被认为是制造枪支的一个分支

行为。但是，如果行为人在非法持有枪支的过程中，出于养护、携带、

修理等目的，又将该枪支拆解，随后又进行组装，该组装行为可能多次

发生，但该枪支仍旧属于同一枪支，同一枪支的确无法被多次重复制

造，这些行为可以一并评价为持有行为。

如果行为人非法购买已经制造好的枪支零部件，将这些零件组装成

枪并持有，属于非法买卖枪支散件的行为，可能构成非法买卖枪支罪。

在厘清上述罪名之后，对本案被告人谢某的行为分析如下：

1.被告人购买的钢管、快排阀、气室等零件是否属于枪支散件？

本案被告人所组装的枪支并非制式枪支，零件无通用标准，因而无

法认定被告人购买的钢管、快排阀、气室等零件属于枪支散件。如果单

独评价被告人购买上述零件的行为，则很难认定该行为的社会危害性，

无法认定被告人构成买卖枪支罪。因此，本案的关键事实是被告人的组

装行为。

2.被告人组装枪支的行为是属于制造枪支工序中的组装，还是属于

持有枪支行为中的重复组装？

正如上文所述，被告人购买钢管、快排阀、气室等零件的行为本身

无社会危害性，然而其组装后的枪支具有了社会危害性，产生这个危险

中心的关键节点是组装行为，该组装行为属于制造枪支行为。本案应当

定性为制造枪支罪。

编写人：北京市海淀区人民法院 吴扬传 段倩倩

12 涉枪案件的定罪量刑，应综合评估社会

危害性

——郑某龙、方某冬非法买卖枪支案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省郏县人民法院（2018）豫0425刑初203号刑事判决书

2.案由：非法买卖枪支罪

【基本案情】

2014年，被告人郑某龙、方某冬分别通过网络渠道销售恒压阀等气

枪零配件，2015年5、6月至2017年5月，郑某龙给汤某提供图纸，并让

汤某为郑某龙加工恒压阀零部件，2016年7月至2017年6月，被告人方某

冬从郑某龙处购买恒压阀再销售给其他人。2017年10月17日，郏县公安

局民警在郑某龙住处将郑某龙、方某冬抓获，随后在郑某龙处、方某冬

处分别查获大量恒压阀等疑似气枪零部件，并予以扣押。经平顶山市公

安局物证鉴定所鉴定，郑某龙处扣押的疑似气枪零件中，193件可认定

为气步枪零件；方某冬处扣押的疑似气枪零件中，94件可认定为气步枪

零件。其中，在方某冬处查获橙色盒子所装的72件气枪零件及捷豹商贸

盒子所装的15件气枪零件共计87件气枪零件，系方某冬从郑某龙处购

买。

【案件焦点】

对非法买卖气枪零配件行为的定罪量刑，如何综合评估其社会危害

性，实现罪责刑相适应。

【法院裁判要旨】

河南省郏县人民法院经审理认为：被告人郑某龙、方某冬违反国家

有关枪支管理法规，以牟利为目的，通过网络非法买卖枪支中的主要零

配件，达到了刑事处罚标准，侵犯了枪支、弹药的管理规定和正常的管

理秩序，其行为均已构成非法买卖枪支罪。公诉机关关于以非法买卖枪

支罪追究被告人郑某龙、方某冬刑事责任的意见正确，法院予以支持。

关于被告人郑某龙的辩护人提出的建议对被告人郑某龙适用缓刑的

辩护意见，经查，本案中，被告人郑某龙自2014年通过网络向社会不特

定人群买卖恒压阀等气枪零配件，经营时间较长，且通过网络委托他人

进行加工定制恒压阀并予以组装后销售。侦查人员扣押了郑某龙193件

气步枪零配件，且在方某冬处查获的气枪零件中，有87件气枪零件系方

某冬从郑某龙处购买。综观郑某龙的犯罪事实、情节，适用缓刑与被告

人郑某龙的罪责刑不相适应。故对辩护人提出的该辩护意见，法院不予

采纳。

根据本案案情，结合二被告人的犯罪事实、性质、情节和对社会的

危害程度以及其归案后的表现，考虑到涉案枪支的数量、发射物、购买

场所和渠道、价格、用途，以及行为人的主观认知、动机目的、一贯表

现等情节，依照《中华人民共和国刑法》第一百二十五条第一款，第六

十四条，第六十七条第三款以及《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》第一条第一款第二项，第七条之规定，判决如下：

一、被告人郑某龙犯非法买卖枪支罪，判处有期徒刑六年；

二、被告人方某冬犯非法买卖枪支罪，判处有期徒刑三年；

三、侦查机关分别在郑某龙处扣押的193件气步枪零件、方某冬处

扣押的94件气步枪零件，由侦查机关依法处理。

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.在定罪方面，被告人的行为构成非法买卖枪支罪

《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》第七条规定：非法制造、

买卖、运输、邮寄、储存、盗窃、抢夺、持有、私藏、携带成套枪支散

件的，以相应数量的枪支计；非成套枪支散件以每三十件为一成套枪支

散件计。

本案中，被告人郑某龙、方某冬分别通过网络渠道销售恒压阀等气

枪零配件，郑某龙给他人提供图纸并让其加工恒压阀零部件，后方某冬

从郑某龙处购买恒压阀再销售给其他人。在公安机关扣押这些疑似气枪

零部件后，经平顶山市公安局物证鉴定所鉴定，郑某龙处扣押的疑似气

枪零件中，193件可认定气步枪零件；方某冬处扣押的疑似气枪零件

中，94件可认定为气步枪零件，其中87件气枪零件系从郑某龙处购买。

按照《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》规定的非成套枪支散件以

每三十件为一成套枪支散件计，郑某龙买卖的枪支散件已达到九支有

余，其行为已超过非法买卖枪支罪的立案标准。

本案中，被告人主观上明知恒压阀是枪支配件，为了牟利，客观上

实施了通过网络向不特定人非法销售枪支主要零配件的行为，达到了刑

事处罚标准，侵犯了枪支、弹药的管理规定和正常的管理秩序，故被告

人的行为构成非法买卖枪支罪。

2.在量刑方面，可以对被告人从轻处罚

涉枪犯罪是危害社会安全的犯罪，对公共安全的危害程度不仅仅取

决于枪支的数量，还取决于枪支杀伤力的大小。仅考虑枪支数量，不重

视枪支本身的杀伤力，这样的量刑可能不符合罪刑均衡原则。

因此，对于非法买卖以压缩气体为动力且枪口比动能较低的枪支的

行为，在决定是否追究刑事责任以及如何裁量刑罚时，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。

根据《刑法》一百二十五条的规定：非法制造、买卖、运输、邮

寄、储存枪支、弹药，爆炸物的，处三年以上十年以下有期徒刑；情节

严重的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

本案中，被告人郑某龙通过网络渠道销售恒压阀等气枪零配件，后

给汤某提供图纸让其加工恒压阀零部件，方某冬从郑某龙处购买恒压阀

再销售给其他人。经折算，郑某龙买卖的枪支散件已达九支有余，方某

冬买卖的枪支散件不足一支。

从主观动机上来看，被告人明知恒压阀为气枪零配件，还通过网络

销售给他人，从中赚取利益。虽然郑某龙非法买卖的枪支散件达到了规

定的最低数量标准，但是该枪支零配件并没有很大的致伤力，未造成严

重的危害后果，社会危害性相对较小。

在案发后，郑某龙主动供述了同案人汤某和欧某亮的身份信息以及

涉案其他交易人员的网络昵称，侦查人员经调查取证，获得了同案人汤

某及其他同案人的真实身份，后侦查人员将汤某、朱某全等人抓获归

案。郑某龙供述同案人的身份信息和网络昵称，属于交代必然涉及的犯

罪事实和情节，对案件的侦破起到一定作用，法院在量刑时酌情予以考

虑。

同时，被告人郑某龙、方某冬无犯罪前科，归案后都能如实供述自

己的犯罪事实，积极认罪悔罪，均可从轻处罚。故法院依法作出上述判

决，体现了罪责刑相适应原则。

编写人：河南省郏县人民法院 李培森 马唷清

13 非法持有枪支罪的量刑应综合评估社会

危害性

——陈某彪非法持有枪支案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省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】

对陈某彪非法持有枪支如何量刑。

【法院裁判要旨】

广东省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。

广东省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，经过梳理该两案的交易记

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、无被网上追逃。

综合上述，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：广东省广州市增城区人民法院 陈艾菁 何达威

14 军用枪支、弹药的认定

——杨某犯非法持有枪支、弹药案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省雅安市中级人民法院（2018）川18刑终26号刑事判决书

2.案由：非法持有枪支、弹药罪

【基本案情】

2017年3月28日上午，宝兴县森林公安局民警对杨某位于蜂桶寨乡

盐井坪村某组×号的住所进行检查时，查出并扣押疑似枪支两支、疑似

制式子弹108发，铅弹512发。经查，杨某没有办理合法持枪手续。经雅

安市公安局物证鉴定所鉴定：一支疑似枪支系以压缩气体为动力发射弹

丸的非制式枪支，具有杀伤力；另一支疑似枪支系发射制式7.62mm步

枪弹的非制式枪支，具有杀伤力；108发子弹系制式1956年式7.62mm步

枪弹，性能正常。

【案件焦点】

从杨某住处扣押的108发制式1956年式7.62mm步枪弹能否认定为军

用子弹。

【法院裁判要旨】

四川省宝兴县人民法院经审理认为：杨某违反枪支管理规定，非法

持有以压缩气体为动力发射弹丸的非制式枪支1支、发射制式步枪弹的

非制式枪支1支、制式子弹108发、铅弹512发，其行为已构成非法持有

枪支罪。鉴定意见并未对涉案的制式1956年式7.62 步枪弹作出军用或

非军用的结论，在没有证据证明涉案子弹确属军队使用、保管的情况

下，不能认定涉案子弹为军用子弹，亦不属情节严重。杨某到案后能如

实供述犯罪事实，具有坦白情节，依法可从轻处罚。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、第六十四条，

《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之规定，

判决：

一、被告人杨某犯非法持有枪支罪，判处有期徒刑二年六个月；

二、扣押在案的枪支2支、子弹108发、铅弹512发予以没收。

四川省宝兴县人民检察院提出抗诉。抗诉机关认为，涉案的制式

1956年式7.62 步枪弹确系军工厂生产，是否用于军队或者军队保管不

影响其军用子弹的基本属性，应认定为“军用子弹”；杨某的行为应当认

定为非法持有枪支、弹药罪且系情节严重，一审认定事实错误，导致定

性不准，量刑畸轻，应予纠正。

二审中，检察机关提交“关于雅公物鉴〔2017〕2024号鉴定意见书

的补充说明”一份，鉴定人员亦出庭作证，拟证明涉案108发子弹应认定

为军用子弹。

四川省雅安市中级人民法院经审理认为：原审被告人杨某违反枪支

管理规定，非法持有以压缩气体等为动力的非军用枪支2支、军用子弹

108发、铅弹512发，其行为构成非法持有枪支、弹药罪。《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》第五条第二款规定：“具有下列情形之一

的，属于刑法第一百二十八条第一款规定的‘情节严重’：（三）非法持

有、私藏军用子弹一百发以上，气枪铅弹五千发以上或者其他非军用子

弹一千发以上的。”本案中，杨某非法持有的108发56式7.62 步枪弹，

经鉴定和鉴定人的当庭说明，属于军工厂生产且属于军队列装的制式子

弹，应认定为军用子弹。因此，杨某非法持有军用子弹108发的行为属

于犯罪情节严重，应处三年以上七年以下有期徒刑。抗诉机关的抗诉意

见正确，予以支持。杨某到案后如实供述其犯罪事实，且当庭认罪，系

坦白，可从轻处罚。杨某非法持有的1支非制式枪支发射弹丸枪口比动

能达202.24J/cm2，杀伤力大，另1支非制式枪支可发射军用制式子弹，

还非法持有铅弹512发，具有违法前科，具有较大的社会危害性，在量

刑时酌情从重考虑。本案中扣押在案但未随案移送人民法院的涉案财

物，由扣押机关负责处理。一审认定事实清楚，证据确实充分，因二审

出现新证据致原审被告人的罪名认定变化，量刑也应依法调整，依法予

以改判。

四川省雅安市中级人民法院依照《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、第六十四条，《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，《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》，

《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第三

百六十五条第二款及《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五[条[1]](#p152)

第一款第二项之规定，判决如下：

一、维持四川省宝兴县人民法院（2017）川1827刑初41号刑事判决

第二项，即“二、扣押在案的枪支2支、子弹108发、铅弹512发予以没

收”；

二、撤销四川省宝兴县人民法院（2017）川1827刑初41号刑事判决

第一项，即“一、被告人杨某犯非法持有枪支罪，判处有期徒刑二年六

个月”；

三、原审被告人杨某犯非法持有枪支、弹药罪，判处有期徒刑四

年。

【法官后语】

本案争议焦点在于枪支、弹药的“军用”与非“军用”之分。枪支弹药

犯罪规定于刑法分则第二章危害公共安全罪之中，涉及《刑法》第一百

二十五条至第一百二十九条，刑法条文中并未涉及枪支、弹药的军用或

非军用的表述。我国的《枪支管理法》根据使用者的身份、用途和管理

制度的不同，将枪支分为中国人民解放军、中国人民武装警察部队、民

兵装备的枪支、公务用枪、民用枪支、符合枪支定义的其他枪支，如国

家禁止制造、销售的仿真枪等。司法解释方面，1995年实施的《最高人

民法院关于办理非法制造、买卖、运输非军用枪支、弹药刑事案件适用

法律问题的解释》（已失效）最先提出非军用的表述，该解释规定，非

军用枪支是指射击运动枪、猎枪、麻醉注射枪、气枪、钢珠枪、催泪

枪、电击枪以及其他足以致人伤亡或者丧失知觉的枪支。2001年出台并

经2009年修订的《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》中使用了军

用、非军用的表述，并在数量方面将军用枪支、弹药以更低的标准作为

入罪和刑罚升格条件。

由于现行有效司法解释中对军用、非军用并无明确的内涵说明，实

践中主要有两种不同观点：一种认为军用枪支、弹药，应当是装备给军

队或者备用的枪支、弹药，而且是已经实际装备给军队，而不是仅属于

部队装备；另一种认为属于我国军队装备的枪支、弹药，就应认定为军

用枪支、弹药。该两种观点都有一定道理，但笔者更认同第二种观点。

理由如下：

一是枪支类犯罪规定于刑法危害公共安全罪一章而非危害国防利益

罪一章，表明此类犯罪主要侵犯客体是公共安全。将枪支、弹药分为军

用、非军用，本质上着眼于军用枪支、弹药的性能更强，杀伤力明显大

于非军用枪支、弹药，对公共安全造成的威胁也更大。枪支、弹药的杀

伤力大小、流入社会可能造成的危害大小，都是枪支、弹药的本身属性

决定的，与枪支、弹药的原用途、保管使用部门等无直接关系。二是以

枪支、弹药的具体保管部门、原使用用途来区分军用、非军用，在司法

实践中会比较困难，不利于打击犯罪。我国对枪支、弹药的管控十分严

格，因此社会中的枪支、弹药的流转异常复杂和十分隐蔽，如果非要查

清枪支、弹药的源头是否是军队，势必导致大量的涉军用枪支、弹药犯

罪难以查证，不利于对此类犯罪的打击。因此，在认定是否属于军用枪

支、弹药的问题上，应主要围绕枪支、弹药自身属性作出认定，军用枪

支、弹药必须是制式枪支、弹药，属于军队列装而不论实际由哪个部门

或人员装配使用，同时部分特殊的军用枪支、弹药（如军队装备的教练

枪弹、信号枪弹）等应当有杀伤力鉴定。

本案争议所涉108发子弹，经鉴定均为制式1956年式7.62 步枪弹

（1991年61厂生产1发、2010年61厂生产107发），性能正常。经查阅相

关资料，此种子弹系苏联M1943年式7.62×39毫米步枪弹的仿制品，是

世界著名的枪弹之一。该弹种齐全，属中威力步机枪弹。配用武器56式

7.62毫米半自动步枪/冲锋枪/班用机枪、63式7.62毫米自动步枪、81式

7.62毫米班用枪族。该弹在二十世纪七八十年代大量生产，现今主要被

二线部队和民兵日常训练消耗。结合前述分析，本案所涉108发56式

7.62 步枪弹，应认定为军用子弹。

编写人：四川省雅安市中级人民法院 刘海斌

15 交通肇事刑事案件中逃逸行为禁止重复

评价

——候某朋交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省驻马店市中级人民法院（2018）豫17刑终386号刑事裁定书

2.案由：交通肇事罪

【基本案情】

2018年2月20日凌晨1时许，被告人候某朋驾驶豫QS×××7小型普通

客车，沿新蔡县棠村至化庄公路由北向南行驶至新蔡县化庄乡后王庄村

北公路处时，与相对方向候某飞驾驶的无牌号两轮摩托车发生交通事

故，致候某飞胸腔脏器损伤死亡，双方车辆受损。发生交通事故后，候

某朋驾车逃逸。新蔡县公安局交警大队认定候某朋未按照操作规范安全

文明驾驶，发生交通事故后驾车逃逸，是此事故发生的全部原因，对此

事故负全部责任。2018年3月5日，候某朋主动到新蔡县公安局交警大队

投案，并如实供述自己的罪行。2018年4月17日，被告人候某朋家人赔

偿被害人候某飞近亲属50000元人民币。被害人候某飞的近亲属就民事

赔偿另行向本院提起民事诉讼。

【案件焦点】

被告人驾车逃逸的行为是其构成交通肇事罪的构成要件，量刑方面

对该逃逸行为是否要做重复评价。

【法院裁判要旨】

河南省新蔡县法院经审理认为，被告人候某朋驾驶机动车上道路行

驶，未按照操作规范安全、文明驾驶，因而发生重大交通事故，致一人

死亡，且在发生交通事故后驾车逃逸，对此事故负全部责任，其行为构

成交通肇事罪。公诉机关指控罪名成立，本院予以支持。公诉机关认为

候某朋在犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行，是自首，可以从轻

处罚的公诉意见，符合法律规定，予以采纳。

关于辩护人辩称被告人候某朋没有逃避法律追究，其自动投案，不

构成逃逸的辩护意见。经查，候某朋作为机动车驾驶人，在发生交通事

故后，且其本人没有受到人身伤害的情况下，应当及时报案，采取有效

措施保护现场，却没有报案，而是驾车逃离事故现场，应认定候某朋系

肇事后逃逸。虽然之后候某朋又向公安机关投案，但其事后终止逃逸并

不影响对其逃逸行为的认定。故对此辩护意见，本院不予采纳。

关于辩护人辩称已经以逃逸推定被告人候某朋全责，就不能在量刑

上加重处罚的辩护意见。经查，交通肇事致一人死亡的，需同时具备负

事故全部或者主要责任的要件，行为人才能构成交通肇事罪。对于本

案，交警部门就是根据候某朋未按照操作规范安全文明驾驶，并且在事

故发生后以驾车逃逸为由，认定其负事故全部责任，即候某朋驾车逃逸

的行为是其构成交通肇事罪的构成要件，在量刑方面对该逃逸行为就不

能重复评价。故对该辩护意见，本院予以采纳。

根据被告人候某朋的犯罪事实、性质、情节和对于社会的危害程

度，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，《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》第一条、第二条第一款第一项之规定，判决被告人候某朋犯交

通肇事罪，判处有期徒刑二年六个月。

宣判后，候某朋不服，提出上诉。河南省驻马店市中级人民法院裁

定驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

1.本案中，公诉机关无证据证明如果不考虑逃逸行为，被告人候某

朋仍然承担事故的全部责任或者主要责任，继而构成交通肇事罪

根据《刑法》第一百三十三条、《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》第二条第一款的规定，交通肇

事致一人死亡的，需同时具备负事故全部责任或者主要责任，行为人才

能构成交通肇事罪。就本案而言，被告人候某朋驾驶机动车与他人发生

交通事故，致一人死亡，根据上述规定，候某朋只有在负事故全部责任

或者主要责任的情况下，才能构成交通肇事罪。而交警部门认定候某朋

对事故负全部责任的依据是候某朋未按照操作规范安全文明驾驶，且发

生交通事故后驾车逃逸，即被告人候某朋的逃逸行为是其负事故全部责

任的原因之一。如果不考虑逃逸行为，被告人候某朋是不是仍然承担事

故的全部责任或主要责任？对此，公诉机关并未提供相关证据证明。因

逃逸而被认定为全部责任或者主要责任的行为人，如果没有逃逸情节，

有可能只负事故同等责任、次要责任，甚至无责任。也就是说，如果被

告人候某朋不逃逸，就有可能不负全部责任或者主要责任，也就不构成

交通肇事犯罪。因此，在公诉机关未提供证据证明不考虑逃逸行为被告

人候某朋仍然承担事故的全部责任或主要责任的情况下，就有可能存在

不考虑逃逸行为被告人候某朋不负事故的全部责任或主要责任，不构成

交通肇事罪的合理怀疑。根据存疑有利于被告人的原则，当案件事实在

证明过程中出现不确定的因素时，应作出有利于被告人的解释或认定。

那么，在本案中应认定不考虑逃逸行为，被告人候某朋就不负事故的全

部责任或主要责任，继而不构成交通肇事罪，之所以认定候某朋构成交

通肇事罪，正是因为已考虑了其逃逸行为，逃逸行为是被告人候某朋入

罪的要件。

2.逃逸行为既然已作为被告人候某朋入罪要件予以评价，那么该行

为就不能再作为对其加重处罚的量刑情节而予以评价

禁止重复评价原则，是指在定罪量刑时禁止对同一犯罪事实进行两

次以上的法律评价。我国刑法中虽然没有关于禁止重复评价原则的直接

规定，但禁止重复评价原则在我国刑法的罪刑法定原则和罪刑相适应原

则中均有所体现。司法机关在定罪量刑过程中应当恰当地处理犯罪的定

罪情节和量刑情节。定罪情节是指犯罪事实中用于定罪的那部分构成事

实，量刑情节是指犯罪事实中定罪后剩余的构成事实及其他各种法定或

酌定量刑情节。量刑时考虑的只能是犯罪构成要件以外的其他犯罪事

实，在定罪时已经考虑的犯罪构成的基本事实，在量刑时不得再度适

用，否则就有悖于禁止重复评价原则。在定罪量刑过程中应当严格遵循

禁止重复评价原则，即“一事不再罚”，这也是罪刑相适应原则的体现。

本案中，既然被告人候某朋驾车逃逸行为已用作认定其承担交通事

故全部责任的根据，即已作为其负刑事责任的入罪要件，在量刑时就不

能再评价为交通运输肇事后逃逸这一加重处罚情节，只构成交通肇事罪

的基本犯，应适用三年以下有期徒刑或拘役的法定刑。

综上，新蔡县法院以被告人候某朋犯交通肇事罪，判处有期徒刑二

年六个月，未将逃逸行为作为加重处罚的量刑情节予以重复评价，是正

确的。

编写人：河南省新蔡县人民法院 张汉群

16 行人是否可以构成交通肇事罪

——缪某交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省海安市人民法院（2018）刑初字第120号刑事判决书

2.案由：交通肇事罪

【基本案情】

缪某于2017年9月14日7时11分左右，在海安市角斜镇角西路东方包

装有限公司门前地段由南向北步行横过道路过程中，因突然折返向南，

与亦经该地段由西向东行驶的陈某所驾电动自行车前部左侧发生碰擦，

致陈某跌倒受伤，陈某经医院抢救无效于当日死亡。经海安市公安局交

通警察大队认定，被告人缪某承担本起事故的主要责任。

事故发生后，周围群众向公安机关报案，被告人缪某明知他人报警

仍滞留现场等候处理，并如实供述了上述事实。本案审理过程中，被告

人缪某与被害人的近亲属达成调解协议，并履行了部分赔偿义务，得到

了对方的谅解。

【案件焦点】

行人是否可以构成交通肇事罪的主体。

【法院裁判要旨】

江苏省海安市人民法院经审理认为，关于辩护人所提的被害人当时

有侧面向路边看的行为，其存在对路面情况疏于观察，遇情况采取措施

不力的情况，故可酌情对被告人从轻处罚的辩护意见，经查，根据道路

监控视频显示，被告人缪某与被害人发生碰擦的时间是2017年9月14日7

时11分50秒，而被害人向道路北侧看的时间是11分48秒，正是被害人刚

刚通过人行横道的时间，此后，被害人旋即转头面向道路正前方。此

时，对于正在沿道路南侧行使的被害人来说，其向北看是否有行人通过

属于正常行为，而且被害人根本无法预见11分49秒已经走到其北侧的被

告人缪某下一秒会突然转身折返，更来不及采取相应措施回避，因此，

被害人的该行为并无不当。故本案交通事故发生的主要原因是被告人缪

某未走人行横道并且中途突然折返，认定其承担事故的主要责任并无不

当。被告人缪某的辩护人提出的此点辩护意见与事实和法律不符，不予

采纳。被告人缪某违反交通运输管理法规，因而发生致一人死亡的重大

事故，且负事故的主要责任，其行为已构成交通肇事罪。被告人明知他

人报警，仍滞留现场等候处理，并如实供述自己的犯罪事实，可视为自

首，依法可以从轻处罚。被告人与被害方达成调解协议，得到了被害方

的谅解，可酌情从轻处罚。综合考量被告人缪某的犯罪情节、悔罪表现

及监管条件，可对其适用缓刑。

江苏省海安市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三

条、第六十七条第一款、第七十二条第一款，《最高人民法院关于处理

自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条第一项，作出如下判

决：

被告人缪某犯交通肇事罪，判处有期徒刑一年，缓刑二年。

【法官后语】

本案的争议焦点是行人是否可以构成交通肇事罪。根据《刑法》第

一百三十三条的规定，交通肇事是指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行为。本罪

中对交通肇事罪的主体并未作出明确的规定，那么，对于本案中被认定

为交通事故主要责任人的行人缪某来说，其是否可以构成交通肇事罪是

本案的关键。

根据《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》第一条，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，依照交通肇事罪定罪处罚。交通运输管理法规，主要指的是

《道路交通安全法》，根据该法第二条的规定，所有车辆驾驶人、行

人、乘车人以及与道路交通活动有关的单位和个人，都应当遵守本法，

同时根据该法第六十二条的规定，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。因此，所有与道路活动有关的个人和单位均可

成为本罪的实施主体。本案中，行为人缪某横过马路时在有人行横道的

情况下不走人行横道，并且在走到路中间时突然折返，与被害人陈某驾

驶的电动自行车前部发生碰擦，造成陈某跌倒并因受伤抢救无效死亡，

其行为违反了《道路交通安全法》，理应承担相应法律责任。在庭审

中，缪某对案件事实供认不讳，但同时也提出，其无法理解作为行人怎

会承担事故的主要责任，行人只要保证自身的安全，难道还要担心自己

是否会引发交通事故？这是一般人对于交通肇事罪主体的误解。

在交通肇事案件中，90%以上的犯罪主体都是交通运输工具的驾驶

者。行人作为道路交通的参与者，与交通运输者相比，属于弱势群体，

即使其违章肇事，破坏力也十分有限，但这并不排除在少数案件中，行

人承担交通事故主要责任。行人亦是道路交通活动的参与者，城市交通

管理规则不仅规范从事交通运输活动的个体，也规范着在公共道路上行

走的个人。行人不遵守交通规则，虽然不存在以自己的交通运输工具发

生重大事故的问题，但极有可能因其违法行为造成他人的交通运输工具

发生重大事故。正如本案中，高速行驶的机动车与行人发生碰擦，主要

责任在于行为人缪某存在疏忽大意的过失，当时正值上班早高峰，其应

当预见到其横穿马路并且突然折返的行为可能与道路上高速行驶的车辆

相撞而没有预见，而被害人陈某根本无法预见到此时已经走到北侧的缪

某会突然转身，更来不及采取相应的紧急避险措施。缪某的行为违反了

我国对于借道行驶的规定，也直接造成了陈某死亡的严重后果，符合交

通肇事罪的构成要件。

但这也不是说在任何情况下行人都能成为交通肇事罪的主体。行人

成为交通肇事罪的主体还需要具备如下条件：（1）行人的违法行为发

生在公共道路的机动车道内或者仅限机动车行驶的高速公路上；（2）

行人的违法行为与交通事故之间具有直接的因果关系；（3）机动车驾

驶员为避免危害的发生已经采取了正确的紧急避险措施；（4）交通事

故造成的后果属于《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》中第二条和第四条所规定的范围。

编写人：江苏省海安市人民法院 孙洁 李芙蓉

17 驾驶叉车在公共交通道路上致人死亡构

成交通肇事罪

——段某交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省临澧县人民法院（2018）湘0724刑初135号刑事判决书

2.案由：交通肇事罪

【基本案情】

2017年10月17日11时许，被告人段某驾驶自己的合力牌CP×××0叉

车沿临澧县城安福路自东向西行驶。当行驶至一个十字路口时，因其观

察不力，导致其驾驶的叉车左前部与正行走通过人行横道的临澧县安福

镇护城社区女居民张某（殁年77岁）相撞，张某倒地当场死亡，叉车受

损。经交警部门认定：段某的行为违反了《道路交通安全法》第二十二

条第一款“机动车驾驶人应当遵守道路交通安全法律、法规的规定，按

照操作规范安全驾驶、文明驾驶”和第四十七条第一款“机动车行经人行

横道时，应当减速行驶；遇行人正在通过人行横道，应当停车让行”之

规定，负该事故全部责任。张某无责任。案发后，被告人段某主动投

案，如实供述了自己交通肇事的事实，并赔偿了被害人近亲属各项经济

损失共计人民币22万元。

【案件焦点】

叉车作为特种设备，行为人驾驶叉车在道路上致人死亡的行为是构

成交通肇事罪还是重大责任事故罪、过失致人死亡罪等罪。

【法院裁判要旨】

湖南省临澧县人民法院经审理认为，被告人段某在驾驶专用机动车

辆的过程中，违反道路交通运输管理法规，因而发生重大交通事故，致

一人死亡，负事故全部责任，其行为已构成交通肇事罪。被告人段某有

以下量刑情节：1.犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行，是自首，

可以从轻处罚；2.赔偿被害人近亲属经济损失，可以酌定从轻处罚。根

据被告人段某的犯罪情节和悔罪表现，结合临澧县司法局对其做出的适

用社区矫正调查评估意见，符合判处非监禁刑条件，可以适用非监禁

刑。

湖南省临澧县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三

条，第六十七条第一款，第七十二条第一款，第七十三条第二款、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》第一条、第二条第一款第一项之规定，判决：

被告人段某犯交通肇事罪，判处有期徒刑一年六个月，缓刑二年。

【法官后语】

关于本案如何处理，首先需要明确叉车的概念。原国家质量监督检

验检疫总局《关于修订〈特种设备目录〉的公告》中规定，叉车属于场

（厂）内专用机动车辆种类下的机动工业车辆，代码编号为5110。《特

种设备安全监察条例》第三十八条规定，场（厂）内专用机动车辆的作

业人员及其相关管理人员，应当按照国家有关规定经特种设备安全监督

管理部门考核合格，取得国家统一格式的特种作业人员证书，方可从事

相应的作业或者管理工作。公安部《机动车驾驶证申领和使用规定》附

件中没有准驾车型包含叉车的驾驶证。公安部道路交通标准化技术委员

会在《机动车运行安全技术条件》相关解释中指出：鉴于外形和结构的

特殊性，叉车不适于作为一种机动车在道路上行驶和使用。交警队不对

叉车登记管理、不对叉车发放机动车号牌，叉车不得上道路行驶。因

此，叉车是特种设备，属于一种特殊的机动车，不由交警部门管理。

那么，叉车在行驶过程中致人伤亡或者造成财产损失的是否必然构

成交通肇事罪？答案是否定的。叉车在行驶过程中致人伤亡或者造成财

产损失构成交通肇事罪是有条件的：（1）当一方是叉车，另一方是行

人时，事故应发生在公共交通道路上。如果是发生在封闭的工地，未通

车的道路以及广场等地方，则不能算交通事故，而应当是安全责任事

故。（2）如果事故发生在封闭的工地，未通车的道路以及广场等地

方，那么一方是叉车的话，另一方应是车辆，包括机动车和非机动车。

根据《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》第八条之规定：在实行公共交通管理范围内发生重大交通

事故的，依照《刑法》第一百三十三条和本解释的有关规定办理。在公

共交通管理的范围外，驾驶机动车辆或者使用其他交通工具致人伤亡或

者致使公共财产或者他人财产遭受重大损失，构成犯罪的，分别依照刑

法第一百三十四条、第一百三十五条、第二百三十三条等规定定罪处

罚。从上述条文中，我们可以得知，公共交通管理的范围是区分交通肇

事罪与其他罪名的关键所在。公共交通管理的范围是指经交通部门验收

合格，纳入公共交通范围的交通区域。具体到本案中，事故发生在公共

交通道路上，属于公共交通管理的范围。被告人驾驶叉车没有驾驶证，

只有企业内机动车辆作业证，事故一方是叉车，另一方是行人。所以，

本案被告人构成交通肇事罪，而不构成过失致人死亡罪等相关罪名。

编写人：湖南省临澧县人民法院 吴佳

18 交通运输肇事后逃逸是否必然法定刑升

格

——卢某交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省江阴市人民法院（2017）苏0281刑初1863号刑事判决书

2.案由：交通肇事罪

【基本案情】

卢某于2017年2月21日11时30分许，驾驶电动自行车沿江阴市徐霞

客大道东侧辅车道由南向北行驶至南闸街道焦家村村道交叉路口时，车

辆左前侧与相对方向左转弯通过路口的被害人蒋某驾驶的电动自行车右

侧中部相撞，造成被害人蒋某（女，1954年7月生，江苏省江阴市人）

受伤，经送江阴市人民医院抢救无效于当日死亡及车辆损坏的重大交通

事故。事发后，被告人卢某驾驶电动车逃离现场，后于次日21时30分许

在家中被民警抓获。

经江阴市公安局法医鉴定，被害人蒋某由于严重颅脑损伤死亡。经

江阴市公安局交通警察大队认定，被告人卢某驾驶电动自行车行驶至没

有交通信号灯控制也没有交通警察指挥的交叉路口时，未察明路口内情

况确保安全，造成事故，事发后，被告人卢某驾车逃逸，其违法行为是

造成此事故的主要原因；被害人蒋某驾驶电动自行车行驶至没有交通信

号灯控制也没有交通警察指挥的交叉路口左转弯时未确保安全，未让直

行的车辆优先通行，其违法行为是造成此事故的一定原因。认定被告人

卢某负事故的主要责任，被害人蒋某负事故的次要责任。

案发后，被告人卢某与被害人近亲属已达成调解协议，赔偿被害人

近亲属共计人民币421800元，并取得被害人近亲属的谅解。

【案件焦点】

本案逃逸行为是否应作为法定刑升格情节。

【法院裁判要旨】

江苏省江阳市人民法院经审理认为，关于本案道路交通事故责任的

认定，交警部门根据被告人卢某及被害人蒋某驾驶电动车发生交通事故

的经过，及被告人卢某在发生事故后驾车逃离现场的情节，综合认定被

告人卢某负事故主要责任；因事故造成被害人蒋某由于严重颅脑损伤死

亡，故对被告人卢某追究交通肇事罪的刑事责任，即被告人卢某肇事后

逃逸的行为是其犯交通肇事罪的构成要件，公诉机关认定被告人卢某的

行为构成交通肇事罪且肇事后逃逸，是对被告人卢某逃逸情节的重复评

价，该逃逸行为不应作为本案法定刑升格的情节。故对公诉机关指控被

告人卢某犯交通肇事罪且肇事后逃逸的公诉意见及对被告人卢某判处有

期徒刑三年至四年的量刑建议，均不予采纳。被告人卢某违反交通运输

管理法规，驾驶车辆在道路上发生重大交通事故，致一人死亡，且在事

故发生后驾车离开现场，负事故的主要责任，其行为已构成交通肇事

罪，依法应予惩处。

江苏省江阴市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三

条、第六十七条第三款、第七十二条第一款及《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》第二条第一款第一项

之规定，作出如下判决：

被告人卢某犯交通肇事罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年。

【法官后语】

本案审理要点在于被告人肇事后逃逸的行为是否能作为法定刑升格

的情节。

江阴市公安局出具的道路交通事故认定书对事故原因的分析为：卢

某驾驶电动自行车行驶至没有交通信号灯控制也没有交通警察指挥的交

叉路口时，未察明路口内情况确保安全，造成事故，事发后，卢某驾车

逃逸，其违法行为是造成此事故的主要原因；蒋某驾驶电动自行车行驶

至没有交通信号灯控制也没有交通警察指挥的交叉路口左转弯时未确保

安全，未让直行的车辆优先通行，其违法行为是造成此事故的一定原

因。卢某违反了《道路交通安全法》（以下简称《道交法》）第五十七

条，第七十条第一款之规定；蒋某违反了《道交法》第五十七条、《道

路交通安全法实施条例》（以下简称《实施条例》）第六十九条之规

定。根据《实施条例》第九十二条第一款及《道路交通事故处理程序规

定》第四十六条第一款第二项之规定，认定卢某负事故的主要责任，蒋

某负事故的次要责任。但就该案事故因果关系分析，被害人在交叉路口

左转弯未让直行车辆优先通行，对事故应负主要责任。当然交管部门在

认定事故责任时，并非完全按照因果关系认定，往往是根据行政违法性

认定。根据《实施条例》第九十二条的规定，如果存在逃逸行为，首先

考虑全部责任，如果对方也存在违章，则认定逃逸者为主要责任，这是

出于行政管理层面考量，更能惩治交通事故后逃逸行为，并起到社会警

示作用。而刑事审判更注重行为与结果的因果关系，事故认定书只是证

据之一，而判决应是综合全案情节综合认定的结果。

具体来说，如果被告人没有逃逸，那么交管部门的事故认定就会不

同，被告人不再承担主要责任，也就不构成交通肇事罪。其因为逃逸而

被推定全部责任，再根据被害人的行为过错减轻其事故责任，最后认定

其负主要责任，因而构成交通肇事罪。因为该逃逸行为的存在，才构成

了犯罪，逃逸行为此时变成了入罪的要件，在这种情况下，就不能再将

逃逸行为作为法定刑升格的情节予以重复评价。也就是说，根据《中华

人民共和国刑法》第一百三十三条的规定，本案只能在三年以下有期徒

刑或者拘役的区间内量刑，而不能升格为三年以上七年以下有期徒刑。

司法实践中，我们往往会遇到此类型案件，在具体审理过程中，要

切记对于交通肇事后的逃逸行为不能一概而论。必须考虑如果没有该逃

逸行为，被告人应负什么责任，从而最终确定逃逸行为是否能作为法定

刑升格的情节。

编写人：江苏省江阴市人民法院 冯强 马佳萍

19 交通肇事后逃逸与被害人二次碾压死亡

之间刑法上因果关系的判断

——叶某、朱某交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市同安区人民法院（2018）闽0212刑初491号刑事判决

书

2.案由：交通肇事罪

【基本案情】

2018年3月4日6时许，被告人叶某无证驾驶一部无牌二轮摩托车沿

县道422线由长泰往同安方向行驶至同安区莲花镇张厝村路段时，与前

方同向行走的行人被害人詹某发生碰撞，造成詹某受伤倒地、二轮摩托

车损坏的后果。事故发生后，被告人叶某未保护现场和抢救伤者，驾车

逃离现场。在间隔少于8分15秒的时间后，被告人朱某驾驶闽DE××××号

轻型箱式货车行驶至事故地点时，货车车头与行李车在道路南侧路面上

发生碰撞，后轻型箱式货车左前轮、左后轮碾压被害人詹某的人体，后

被告人朱某驾车离开现场。后詹某被他人发现后报警并送往医院抢救无

效死亡。经道路交通事故责任认定：第一起事故，被告人叶某无证驾车

未注意前方交通情况，发生事故后未保护现场、未报警、未抢救伤员，

驾车逃逸，负事故的全部责任；第二起事故，被告人朱某驾车未注意前

方交通情况，发生事故后未立即停车排查事故情况，未保护现场、未报

警、未抢救伤员，驾车逃逸，负事故的全部责任。道路交通事故责任认

定书的补充认定：对第二起事故，被告人朱某负事故全部责任，叶某不

负事故责任。经法医检验：1.詹某双下肢大面积撕裂创，符合交通事故

钝性外力作用所致，在遭受车辆二次碾压可以形成；头面部、胸腹部等

处损伤符合碰刮等交通事故钝性外力作用所致。2.詹某符合头部、胸腹

部、四肢受交通事故钝性外力作用致多发性复合性损伤并失血性休克死

亡。

2018年3月4日，被告人朱某经电话通知后到公安机关接受调查。同

日，被告人叶某被民警抓获。归案后，被告人叶某、朱某均对上述事实

供认不讳。现被告人朱某的家属与被害人詹某的家属已经达成人民调解

协议：被告人朱某同意赔偿被害人詹某家属经济损失人民币206000元及

精神损失费人民币50000元。被告人朱某已经取得被害人詹某家属的谅

解。

【案件焦点】

1.被告人叶某第一次事故的碰撞行为与被害人的死亡结果是否具有

刑法上的因果关系；2.其后的驾车逃逸行为是否属于加重情节。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市同安区人民法院经审理认为，关于被告人叶某的行为

是否构成交通肇事罪以及情节认定的问题。经查：1.道路交通事故责任

认定书、厦门市公安局同安分局物证鉴定室检验报告、死亡记录等证

据，证实本案系被告人叶某驾驶的摩托车左前侧与被害人詹某及其拖行

的行李车在道路南侧路边发生碰撞，造成詹某受伤倒在道路南侧车道

上，在间隔少于8分15秒的时间内，被告人朱某驾驶的轻型箱式货车车

头与行李车在道路南侧路面上发生碰撞，后轻型箱式货车左前轮、左后

轮碾压詹某的人体，致詹某送医院抢救无效死亡。现有证据证明詹某被

摩托车碰撞造成受伤的后果，但不能证明具体伤情，也即不能证明詹某

的伤情达到重伤以上的后果。2.被告人叶某将詹某碰撞后，未抢救伤

员、未保护现场便驾车逃逸，詹某受伤倒在车道内，无论其伤情如何，

被告人叶某的行为都将詹某置于危险的境地；被告人朱某将詹某碰撞、

碾压后，未下车实施求助，导致詹某经送医院抢救无效死亡。詹某被第

二次碰撞、碾压后并未当场死亡，其死亡结果是经过了被告人叶某和被

告人朱某的两次碰撞、碾压后发生的。詹某第一次被碰撞后，虽然伤情

不明，但因得不到及时救治可能死亡，或者其于视线较差的清晨躺卧在

车道上也可能被其他车辆再次碾压而死亡，因此，被告人叶某第一次碰

撞且逃逸的行为可能导致詹某死亡结果的发生，又因被告人朱某的第二

次碰撞、碾压，最终导致詹某死亡结果的发生。所以，本案系被告人叶

某的交通肇事及逃逸行为和被告人朱某的交通肇事行为共同作用，导致

了詹某的死亡，故被告人叶某、朱某的行为与詹某的死亡结果之间都存

在因果关系。3.现有证据不能证明詹某的第一次碰撞行为造成詹某的伤

情达到重伤以上后果，如果詹某的伤情未达到重伤以上的后果，根据

《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》的规定，被告人叶某交通肇事后驾车逃逸的行为不构成交通肇事

罪，但因被告人叶某的驾车逃逸行为将詹某置于危险的境地，最终导致

詹某被第二次碰撞、碾压而死亡，被告人叶某的行为与詹某的死亡结果

之间存在因果关系，应当对詹某的死亡结果承担责任。所以，被告人叶

某的碰撞及驾车逃逸行为造成詹某死亡，其在第一起事故中负全部责

任，已经构成交通肇事罪。如果被告人叶某没有驾车逃逸而是下车救治

詹某，詹某就可能不会死亡，因此，被告人叶某的碰撞行为和驾车逃逸

行为都只是导致詹某死亡的条件，是构成交通肇事罪的客观要件。综

上，被告人叶某驾驶摩托车碰撞詹某致伤，发生事故后未保护现场、未

抢救伤员，驾车逃逸，而引发第二起交通事故的发生，致詹某死亡，在

第一起事故中负全部责任，其行为已构成交通肇事罪；但因被告人叶某

的碰撞行为和驾车逃逸行为只是詹某死亡的条件，是构成交通肇事罪的

客观要件，不能认定被告人叶某的驾车逃逸行为是构成交通肇事罪后的

逃逸行为而适用加重情节予以处罚。辩护人提出被告人叶某的行为不构

成交通肇事罪的辩护意见，理由、依据不足，不予采纳。

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

三十三条、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，作出如下判决：

一、被告人叶某犯交通肇事罪，判处有期徒刑二年；

二、被告人朱某犯交通肇事罪，判处有期徒刑九个月，缓刑一年。

【法官后语】

本案处理重点在于被告人叶某第一次事故的碰撞行为与被害人的死

亡结果是否具有刑法上的因果关系以及其后的驾车逃逸行为是否属于加

重情节。

首先，被告人叶某第一次事故的碰撞行为与被害人的死亡结果是否

具有刑法上的因果关系？关于这个问题，存在两种不同的意见：

第一种意见认为被告人叶某不构成交通肇事罪。

理由具体如下：首先，事实不清，证据不足。詹某在被第二次碰撞

碾压时并未当场死亡，而是送往医院抢救无效后死亡的，根据《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》（以

下简称《解释》）的规定，如果第一次碰撞后是轻微伤、轻伤，叶某驾

车逃逸的行为不构成交通肇事罪，只有达到重伤以上且负事故全部责

任，叶某无证驾驶机动车发生交通事故的行为才构成交通肇事罪。但是

现有证据及技术手段无法查明当时第一次碰撞后詹某的伤情，即不能认

定第一次碰撞后詹某的伤情达到重伤以上，因此要认定叶某构成交通肇

事罪事实不清、证据不足。被告人叶某第一次事故的碰撞行为与被害人

的死亡没有刑法上的因果关系，不能把被害人的死亡结果归属于被告人

叶某的碰撞行为；其次，即使被告人叶某存在逃离现场的情况导致事实

不清，根据事实存疑时有利于行为人的原则，不能把死亡结果归属于其

中的一个被告人；最后，交警部门的事故认定书认定被告人叶某负第一

次事故的全部责任，但不能以此认定被告人构成交通肇事罪。交通事故

认定书仅仅是交警部门根据交通行政管理上的需要而对责任进行认定，

并非刑法上的责任。行为人要构成交通肇事罪，不能简单采纳交通事故

认定书的责任认定，而应当按照刑法对交通肇事罪的犯罪构成进行分析

和认定，如上所述，由于被告人叶某的碰撞行为对被害人的死亡没有起

到直接、决定性的因果关系，被告人叶某不构成交通肇事罪。

第二种意见认为被告人叶某构成交通肇事罪。

理由是被告人叶某在第一次碰撞被害人詹某后，未保护现场、未报

警、未抢救伤员，驾车逃逸，导致詹某伤情不明倒在县道内，无论詹某

的伤情如何，被告人叶某驾车逃逸的行为都将詹某至于危险的境地。而

在间隔少于8分15秒的时间后，被告人朱某碰撞碾压詹某后驾车离开现

场，后詹某被他人发现后报警并送往医院抢救无效死亡。叶某、朱某的

交通肇事逃逸行为共同作用，最终导致了詹某的死亡结果的发生。因

此，叶某、朱某的碰撞、碾压行为与詹某死亡结果之间都存在因果关

系。

我们赞同第二种意见，认为被告人叶某构成交通肇事罪。具体到本

案中，被告人叶某将詹某碰撞后，未抢救伤员、未保护现场便驾车逃

逸，詹某受伤倒在车道内，无论其伤情如何，被告人叶某的行为都将詹

某置于危险的境地；被告人朱某将詹某碰撞、碾压后，未下车实施求

助，导致詹某经送医院抢救无效死亡。詹某被第二次碰撞、碾压后并未

当场死亡，其死亡结果是经过了被告人叶某和被告人朱某的两次碰撞、

碾压后发生的。詹某第一次被碰撞后，虽然伤情不明，但因得不到及时

救治可能死亡，或者其于视线较差的清晨躺卧在车道上也可能被其他车

辆再次碾压而死亡，因此，被告人叶某第一次碰撞且逃逸的行为可能导

致詹某死亡结果的发生，又因被告人朱某的第二次碰撞、碾压，最终导

致詹某死亡结果的发生。所以，本案系被告人叶某的交通肇事及逃逸行

为和被告人朱某的交通肇事行为共同作用，导致了詹某的死亡，故被告

人叶某、朱某的行为与詹某的死亡结果之间都存在因果关系。即被告人

叶某的碰撞行为和驾车逃逸行为都是导致詹某死亡的条件，是构成交通

肇事罪的客观要件。

关于本案的另外一个争议焦点——被告人叶某第一次事故后驾车逃

逸行为是否属于加重情节。我们认为被告人叶某第一次事故后驾车逃逸

行为不属于加重情节。在本案中，因被告人叶某的碰撞行为和驾车逃逸

行为都只是詹某死亡的条件，是构成交通肇事罪的客观要件，且现有证

据不能证明第一次交通事故构成交通肇事罪，因此不能认定被告人叶某

的驾车逃逸行为是构成交通肇事罪后的逃逸行为而适用加重情节予以处

罚。

编写人：福建省厦门市同安区人民法院 林碰狮 潘艺晴

20 交通肇事刑事案件中道路交通事故认定

书对审查逃逸行为的影响

——徐某男交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省鄢陵县人民法院（2018）豫1024刑初101号刑事判决书

2.案由：交通肇事罪

【基本案情】

2018年2月27日21时50分，被告人徐某男驾驶粤T×××41小型轿车，

沿鄢陵县柏梁镇花博大道由南向北行驶至与花海大道交叉口南路段时，

与同向行驶的谷某峰驾驶的电动三轮车发生相撞，谷某峰被撞入道路东

侧水沟内，同车人许某被撞伤，后又将道路东侧的树木撞倒，两车辆不

同程度损坏、树木亦被损坏。谷某锋后经医院抢救无效死亡。经鉴定，

死者谷某峰系因道路交通事故致复合伤，颅脑损伤、溺水窒息而死亡，

被害人徐某的损伤程度属轻伤一级。事故发生后徐某男弃车逃离现场。

2018年2月28日，被告人徐某男自动投案，如实供述了自己驾车发

生交通事故的犯罪事实。

2018年10月26日，被告人徐某男及其近亲属与被害人谷某锋近亲属

达成刑事和解协议，除保险公司赔偿外，又一次性赔偿、补偿被害人谷

某锋近亲属285000元，并取得被害人谷某锋近亲属的谅解。

【案件焦点】

1.对于鄢陵县公安局交通管理大队出具的道路交通事故认定书有无

审查的必要；2.对于被告人徐某男肇事后逃逸这一情节，量刑时是否应

作为加重情节。

【法院裁判要旨】

河南省鄢陵县人民法院经审理认为：公诉机关当庭出具的鄢陵县公

安局交通管理大队道路交通事故认定书仅依据被告人徐某男肇事后逃逸

认定其负事故全部责任不当，不予采纳。被告人徐某男违反交通运输管

理法规，驾驶机动车夜晚雨天在道路上行驶，未尽到安全、注意义务，

与同向行驶的机动车没有保持足以采取紧急制动措施的安全距离，违反

了《中华人民共和国道路交通安全法》第二十二条、第四十三条之规

定，因而发生重大交通事故，致一人死亡、一人受伤，应负事故的全部

责任，其行为已构成交通肇事罪，检察院指控的罪名成立，本院予以支

持。被告人徐某男肇事后逃逸，应加重处罚。被告人徐某男犯罪以后自

动投案，并如实供述自己的犯罪事实，系自首，且与被害人近亲属达成

刑事和解协议，已取得谅解，均可从轻处罚。根据被告人徐某男的犯罪

情节、悔罪表现，结合鄢陵县司法局对被告人徐某男的调查评估意见，

对其宣告缓刑没有再犯罪的危险，对居住的社区没有重大不良影响，可

以宣告缓刑。

河南省鄢陵县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三

条、第六十七条第一款、第七十二条第一款、第七十三条第二款、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》第二条第二款第六项以及《中华人民共和国刑事诉讼法》第二

百八十八条第一款第二项、第二百九十条之规定，经院审判委员会讨论

决定，作出如下判决：

被告人徐某男犯交通肇事罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年。

【法官后语】

本案处理的重点在于对被告人徐某男肇事后逃逸这一行为的评价。

《最高人民法院公报》2017年第6期发布了“安徽省颍上县人民检察院诉

龚德田交通肇事案”，确立了“交通肇事案件中，已作为入罪要件的逃逸

行为，不能再作为对被告人加重处罚的量刑情节而予以重复评价”的规

则。但是，对此案例及其裁判规则应当避免绝对化理解。笔者认为，适

用上述规则时，应当注意两点：（1）如果不考虑逃逸行为，行为人仍

然构成交通肇事罪的，逃逸行为应当作为加重处罚的量刑情节；（2）

判断逃逸行为是否已经作为入罪要件，不能仅看交通管理部门《事故认

定书》的表述，而应当结合案情客观分析。

具体到本案中，被告人徐某男肇事后逃逸的行为是否已作为入罪要

件呢？笔者认为，不能仅看交通事故认定书中的表述，应当结合案情客

观分析。本案中，两名被害人在事故中均无过错行为，反观被告人徐某

男，驾驶机动车夜晚雨天在道路上行驶，未尽到安全、注意义务，与同

向行驶的机动车没有保持足以采取紧急制动措施的安全距离，违法了

《道路交通安全法》第二十二条、第四十三条之规定，因而发生重大交

通事故，致一人死亡、一人受伤，不考虑其逃逸行为，也足以认定其应

负事故的全部责任。因此，被告人徐某男肇事后逃逸的行为，应作为加

重处罚的量刑情节。

交通管理部门认定事故责任的思路，与刑事审判的思路并不一致，

刑事审判更强调行为与结果之间的因果关系。刑事案件中，法庭在考虑

肇事后逃逸行为是否应作为加重处罚的量刑情节时，不能仅看交通管理

部门《事故认定书》的表述判断逃逸行为是否已经作为入罪要件，而应

结合案情客观分析逃逸行为对责任划分的影响程度：如果被告人没有逃

逸行为，仍然负全部责任或者主要责任的，则可以作为加重处罚的情节

（这里指致一人死亡的案件，如果致二人以上死亡则承担事故同等责任

即构成犯罪）。

综上所述，交通肇事刑事案件中道路交通事故认定书作为证据之

一，法庭应当审查判断，决定是否适用。尤其是在判断逃逸行为是否已

经作为入罪要件时，对道路交通事故认定书的审查会影响到法庭对逃逸

行为的正确评价。

编写人：河南省鄢陵县人民法院 刘贝

21 交通肇事罪与以危险方法危害公共安全

罪的区别

——周某和交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省岳阳县人民法院（2017）湘0621刑初409号刑事判决书

2.案由：交通肇事罪

【基本案情】

2017年9月28日中午11时许，被告人周某和在叔叔周某元家吃午饭

时使用一次性塑料杯饮用了半杯约一两多谷酒。当日14时许，被告人周

某和在明知自己无驾驶证的情况下，酒后驾驶自己的一辆悬挂套牌湘

F1×××7的白色面包车由岳阳县中洲乡三江村九组前往中洲乡驻地宝塔

集镇给岳父家送菜秧，在途经岳阳县中洲乡中洲村福强蔬菜基地路段

时，靠左超越徐某驾驶的一辆三轮摩托车后靠右行驶，因车速过快，冲

到了道路右边的泥巴路基上，而后周某和驾车向左急打方向盘，与对向

行驶的一辆载满板材的手扶拖拉机会车后，靠左逆向行驶，与跟在手扶

拖拉机车后由被害人李某朋（男，1960年8月出生）驾驶并载有被害人

沈某祖（男，1945年3月出生，李某朋的姐夫）、李某贤（女，1949年7

月出生，系李某朋的姐姐、沈某祖之妻）的一辆车牌号为F9×××D的红

色二轮摩托车相撞；因车速过快及醉酒驾驶，被告人周某和驾车将被害

人李某朋撞飞后越过公路左边的护栏，跌落在护栏边的草坪里，将被害

人沈某祖、李某贤撞飞至公路左边水深约一米多的蓄水渠内，造成李某

朋、沈某祖、李某贤三人当场死亡及车辆严重受损。案发后，被告人周

某和下车察看了现场，见到躺在路边的李某朋已死亡，便向亲属拨打了

一个电话说“这辈子完了，我撞死人了”，又把肇事车停在了路边，因怕

挨打，然后步行离开了现场。现场群众拨打了110报警电话和120急救电

话。被告人周某和向宝塔集镇方向行走至十字渠电排后电话报警自首。

当天下午4时40时，公安侦查人员将被告人周某和带至岳阳县人民医院

急诊室，抽取了被告人周某和的静脉血液，血液样本送至岳阳市平安司

法鉴定所鉴定，鉴定意见为：血液中乙醇定性为阳性，定量含量为

106.99mg/100ml。2017年9月30日，岳阳县公安局交通警察大队作出道

路交通事故初步意见，认定被告人周某和醉酒驾车且无证驾驶伪造的机

动车牌面包车逆行，初步认定应负此次事故的主要责任，李某朋驾车超

载（核定载客2人，实载3人）且未带安全头盔，初步认定负事故的次要

责任，湘F9×××D号二轮摩托车乘车人沈某祖、李某贤无违法行为不负

事故责任。

被告人周某和供述自己有8年驾驶经验，但在湖南省警务信息综合

应用平台查询，未发现被告人周某和办理机动车驾驶证的历史记录。本

案肇事车是被告人周某和在2013年下半年用人民币2200元购买的，是一

台无发动机号、无车架号、无行驶证的“三无”车辆。案发后，被告人周

某和赔偿了三名死者的亲属安葬费人民币3万元；岳阳县人民政府和岳

阳县公安局交通警察大队在处理突发事件应急资金和道路交通事故救助

资金中补偿了三名死者的亲属安葬费等费用共计人民币18万元；岳阳县

中洲乡人民政府救济了三名死者的亲属共计人民币4.5万元。本案审理

过程中，本案死者的近亲属沈某、李某等人以被告人周某和的犯罪行为

致使自己遭受物质损失为由向本院提起了附带民事诉讼，后因故申请撤

回起诉，法院已依法裁定准许附带民事诉讼原告人撤诉。2018年4月24

日，被告人周某和的亲属又代其赔偿了被害人家属经济损失人民币20万

元。

【案件焦点】

对周某和应认定为以危险方法危害公共安全罪还是交通肇事罪。

【法院裁判要旨】

湖南省岳阳县人民法院经审理认为：以驾车冲撞的危险方法危害公

共安全罪与交通肇事罪存在明确的界限。被告人周某和违反国家交通运

输管理的法律规定，无驾驶证且醉酒驾驶套牌车辆高速行驶造成三人死

亡、两车受损的特大交通事故，其行为已触犯刑法，构成了交通肇事

罪。从本案案发的过程和案发后被告人周某和的行为分析，被告人周某

和没有以驾车冲撞的危险方法危害公共安全的故意，而是自恃有驾驶技

能，明知无牌无证醉酒驾驶机动车辆是违法行为而轻信能够避免危害结

果的发生，是一种过失的主观心态，客观上造成了三人死亡、两车受损

的严重后果，应当以交通肇事罪追究其刑事责任。公诉机关指控被告人

周某和的犯罪事实清楚，证据确实、充分，但指控其犯以危险方法危害

公共安全罪的罪名应予变更。被告人周某和交通肇事致三人死亡且负事

故主要责任，属于“有其他特别恶劣情节”。被告人周某和无驾驶资格且

醉酒后驾驶无证套牌机动车辆肇事，应酌情从重处罚。被告人周某和自

动投案，到案后如实供述自己的犯罪事实，是自首，依法可以从轻处

罚。被告人周某和赔偿了被害人亲属部分经济损失，可酌情从轻处罚。

湖南省岳阳县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三

条、第六十七条第一款以及《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》第四条第一项之规定，判决：

周某和犯交通肇事罪，判处有期徒刑六年。

【法官后语】

一段时间以来，醉酒驾车现象频发，交通肇事罪由最初的一般过失

犯罪也有了越来越多的表现形式。交通肇事罪与以危险方法危害公共安

全罪既存在密切联系又有着明显的区分界限。从犯罪客观方面看，交通

肇事罪表现为违反交通运输管理法规，因而发生致人重伤、死亡或者使

公私财产遭受重大损失的重大事故的行为，该行为大都表现为一次事故

及一个相互有直接联系的现场，即行为人在发生交通肇事后即立刻采取

了有效措施以避免第二次事故的发生，如紧急刹车、保护现场并报警，

当然在司法实践中还存在因车速过快等原因而造成多次事故发生的情

况，但这些事故的发生都是建立在行为人发生第一次事故时即采取措施

并尽力避免的基础上，并与第一次事故有着直接的、不可分割的联系，

案发现场往往持续相连而成为一个整体；而以驾车冲撞的危险方法危害

公共安全罪则在客观方面的一个显著特征就是多个行为、多起事故和多

个现场，即行为人在发生第一起交通事故后，并没有立即采取措施停车

保护现场，而是驾车继续行进并再次发生交通事故；虽然以驾车冲撞的

危险方法危害公共安全罪系故意犯罪，并不要求必须有严重后果发生，

但这类犯罪往往会发生多车受损、多人伤亡之危害结果。在犯罪主观方

面，交通肇事罪表现为过失，即行为人对自己的行为造成严重后果应当

预见，由于疏忽大意而没有预见，或者已经预见，但轻信能够避免；这

种过失是行为人对所造成的严重后果的心理态度，但对违反交通运输管

理法规的行为本身可能是明知的；作为过失犯罪，交通肇事一般没有明

确的犯罪目的和动机；而以驾车冲撞的危险方法危害公共安全罪的主观

方面则是故意，即对以驾车冲撞的危险方法可能造成危害公共安全后果

是明知的，并且希望或者放任这种后果的发生，其中，间接故意的目的

并不是危害社会公共安全，而是在追求其他目的如为逃避罪责而逃逸、

躲避警察或群众追捕的过程中采取了驾车逃窜的方式，且明知这种方式

会危害到社会公共安全，却放任这一危害结果的发生。从犯罪侵犯的客

体看，交通肇事罪侵犯的客体是交通运输安全，而以驾车冲撞的危险方

法危害公共安全犯罪侵犯的客体则是不特定或多数人的人身、财产安

全，具体内容不尽一致。

编写人：湖南省岳阳县人民法院 周娜

22 肇事者主动报警并滞留现场但找人“顶

包” ，是否构成逃逸

——侯某生交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

山东省茌平县人民法院（2019）鲁1523刑初24号刑事判决书

2.案由：交通肇事罪

【基本案情】

2018年10月4日22时30分许，被告人侯某生醉酒后驾驶鲁P×××9号

小型轿车，沿茌平县耿店村路由南向北行驶，行至茌平县耿店村路贾寨

镇耿店村西处时，与行人吴某怀相撞，造成吴某怀死亡。发生事故后被

告人侯某生拨打报警电话，待办案民警到达现场后，侯某生谎称为肇事

车主，侯某生的叔兄弟侯全某谎称系驾驶员。

办案人员将二人带回交警部门了解情况，侯某生仍称自己系车主、

未如实供述事实，侯全某如实说明事实，案件得以侦破。经鉴定，被告

人侯某生血液中酒精含量为99mg/100ml。道路交通部门认定被告人侯某

生负该事故全部责任。被告人侯某生已与被害方达成赔偿协议，并取得

被害方的谅解。

【案件焦点】

交通肇事后主动拨打报警电话并在现场等候，待交警到达后谎称不

是肇事司机，并找他人“顶包”，是否构成逃逸。

【法院裁判要旨】

山东省茌平县人民法院经审理认为：被告人侯某生违反道路交通安

全法规，交通肇事致一人死亡，负事故的全部责任，且在交通肇事后逃

逸，其行为已构成交通肇事罪。公诉机关指控罪名成立，应予刑罚。被

告人侯某生在发生事故后，找人顶替，主观上具有逃避法律责任的故

意，客观上实施了试图隐瞒肇事者真实身份的“顶包”行为，即便本人未

离开事故现场，本质上属于为逃避法律追究逃跑，应认定为交通肇事逃

逸。被告人侯某生在开庭审理过程中认罪态度较好，且与被害方达成赔

偿协议，并取得了被害方的谅解，可酌情从轻处罚。综观全案情节，被

告人侯某生有悔罪表现，没有再犯罪的危险，故依法对其宣告缓刑，实

行社区矫正。据此，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，第七十二条第一款，第七十三条第二款、第三款，第

七十六条之规定，判决如下：

对被告人侯某生犯交通肇事罪，判处有期徒刑三年，缓刑五年。

【法官后语】

在本案中，被告人侯某生辩解虽然让他人“顶包”，但是肇事后主动

拨打报警电话并在现场等候，没有逃离现场，不应该认定为逃逸。可能

一些人也存有这样的疑惑，交通肇事逃逸是否以逃离现场为必备因素？

没逃离现场的行为是否属于交通肇事逃逸？对此，笔者认为，逃离现场

并非逃逸的必要条件。

《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》（以下简称《解释》）规定，交通运输肇事后逃逸，是指行为

人具有上述情形时，在发生交通事故后，为逃避法律追究而逃跑的行

为。2008年《道路交通事故处理程序规定》（已失效）对“交通肇事逃

逸”定义为“发生道路交通事故后，道路交通事故当事人为逃避法律追

究，驾驶车辆或者遗弃车辆逃离道路交通事故现场的行为”。二者在规

定上有差异，也导致司法实践中存在不同的观点和认识。但是，2018年

5月1日实施的现行《道路交通事故处理程序规定》（以下简称《规

定》）对“交通肇事逃逸”增加了潜逃藏匿的行为，规定“交通肇事逃

逸”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。由此来看，《解释》与

2018年最新现行《规定》并无本质区别。

根据《解释》规定，交通肇事逃逸的构成要件包括主客观两个方

面：主观方面是肇事者有逃避法律追究的故意；客观方面是未积极履行

法定报警、救助、维持现场、等待等义务，实施了逃跑行为。对逃跑不

能仅作字面上、机械的解释，这样不能揭示《解释》中逃逸的真实含

义，而应进行目的性解释，认定逃跑不仅包括积极的离开现场的逃跑行

为，也应包括消极的逃跑行为，如在现场躲藏、指使他人“顶包”等“逃

跑”行为，也即《规定》中所明确的“潜逃藏匿”之行为。此外，肇事后

不如实供述事实，而是通过他人冒名顶替，违背社会正义价值观，增加

公安机关查清事实的困难，妨害正常的诉讼活动，该行为应依法严惩。

综上，肇事逃逸不仅仅是形式上逃离现场，还应包括为逃避法律追

究虽在现场但谎称自己不是肇事者、找他人“顶包”等消极逃跑行为。因

此，本案中被告人侯某生虽然在现场等候但是隐匿肇事者身份以逃避法

律追究的行为应认定为逃逸。

编写人：山东省茌平县人民法院 宋睿

23 交通肇事罪中先后多起事故致同一被害

人死亡的责任认定

——王某某、周某某交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

安徽省濉溪县人民法院（2018）皖0621刑初422号刑事判决书

2.案由：交通肇事罪

【基本案情】

2018年4月14日22时许，被告人王某某酒后驾驶皖FM×××6号小型轿

车，沿濉溪县X022线由南向北行驶至30KM+430M韩村镇马店村路段

处，与被害人驾驶的无号牌二轮摩托车追尾相撞，造成被害人受伤后倒

在路面及双方车辆受损的交通事故，王某某未停车施救也未报警，驾车

逃离现场。事故发生约2分钟后，被告人周某某驾驶皖060×××6号变型拖

拉机由北向南超速行驶至事故路段，发现路边停放一辆大货车，遂从货

车左侧超车。周某某在超车过程中发现倒在路面的被害人，即打方向避

让，致其驾驶的变型拖拉机左后轮辗轧过被害人身体后发生侧翻。后经

医生现场确认被害人死亡。经鉴定，被害人生前因交通事故致颅脑损

伤，是致死的主要原因，躯体严重的毁损性辗轧伤，是致其死亡的次要

原因。经濉溪县公安局交通管理大队认定，王某某负第一次事故全部责

任，被害人无责任。经本院核查认定，周某某负第二次事故主要责任，

王某某负次要责任，被害人无责任。经鉴定，周某某驾驶的皖060×××6

号变型拖拉机在制动拖痕起点处速度约为54～58km/h。案发路段限速

30km/h。

另查明：2018年5月11日，周某某经濉溪县公安局民警电话通知后

到案，并如实供述了上述事实。2018年7月18日，经濉溪县轻微刑事案

件诉前调解人民调解委员会调解，周某某亲属代其与被害人近亲属达成

民事调解，并取得谅解。

【案件焦点】

在交通肇事犯罪中，前后两起交通肇事致同一被害人死亡，在两起

事故对造成死亡的责任认定后，涉及在后一事故内部责任划分问题，当

公安交管部门认定责任不当时，如何进行责任划分，并进行定罪量刑。

【法院裁判要旨】

安徽省濉溪县人民法院经审理认为，被告人王某某违反交通运输管

理法规，发生交通事故后逃逸，并因逃逸致被害人被后续车辆辗轧死

亡，负事故全部责任，其行为已构成交通肇事罪。被告人周某某违反交

通运输管理法规，因而发生重大事故，致一人死亡，且负事故主要责

任，其行为亦构成交通肇事罪。公诉机关指控的罪名成立。辩护人关于

王某某不构成逃逸致人死亡的辩护意见不能成立，不予采纳。濉溪县公

安局交通管理大队关于第一次事故的责任认定意见，符合事实和法律规

定，本院予以确认。濉溪县公安局交通管理大队关于第二次事故的责任

认定意见，经查，周某某超速驾车行经事故路段，疏于观察，操作失误

等交通违法行为，直接导致被害人被其驾驶的车辆辗轧，其行为是发生

第二次事故的主要、直接原因，应当认定其负第二次事故的主要责任。

王某某在发生交通事故后，将被害人遗留事故现场未予救助，且案发时

间为夜间，有足以影响其他车辆驾驶人视线的客观环境，故其逃逸行为

也是引起后续被害人被车辆碾轧的原因，应当承担第二次事故的次要责

任。被害人没有过错，在第二次事故中无责任。故公安交管部门关于第

二次事故的责任认定，遗漏王某某肇事逃逸及未妥善救助被害人等行为

也是第二次事故发生原因的重要事实，划分当事人的责任确属不当，本

院依法予以纠正。王某某到案后能够如实供述所犯罪行，系坦白，依法

从轻处罚。周某某自动投案，并如实供述所犯罪行，系自首，依法从轻

处罚。辩护人关于王某某系坦白及周某某系自首的辩护意见成立，予以

采纳。周某某已与被害人近亲属达成民事调解，并取得谅解，酌情从轻

处罚。根据周某某的犯罪情节和悔罪表现，没有再犯罪的危险，适用缓

刑对所居住的社区没有重大不良影响，可宣告缓刑。

安徽省濉溪县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三

条，第六十七条第一款、第三款，第七十二条第一款之规定，判决如

下：

一、被告人王某某犯交通肇事罪，判处有期徒刑八年；

二、被告人周某某犯交通肇事罪，判处有期徒刑十个月，缓刑一

年。

【法官后语】

多起交通肇事致使被害人死亡，每一起交通肇事与被害者死亡之间

的因果关系及责任大小，对于每一个肇事者定罪量刑至关重要。通常情

况下，公安交管部门的事故责任认定书是审判中确定各方责任大小的重

要参考依据，但当责任认定与客观事实有偏差时，人民法院依然要根据

每一起交通肇事的介入和参与度对相关责任方进行责任认定和划分，从

总体上对案情进行把握，确保案件罪责一致、罪责均衡。

前起交通肇事对被害人造成最终损害结果的评价问题。

前起肇事者在发生事故后，未停车救助伤者，将伤者遗留在路面

上，此时，伤者应当推定尚未死亡（鉴定意见载明的第一次事故虽是死

亡的主要原因，但并未说明已经死亡，而二次事故仍在加速伤者的死亡

进程），导致被超速行经此处的后一肇事者驾驶的汽车辗轧，最终导致

死亡。前起肇事者在事故后，未保护现场、报警，且将伤者遗留在路面

上，未加以救助，也未将伤者转移至安全地带，驾车逃离现场的肇事逃

逸行为，与伤者被后者辗轧后死亡之间存在因果关系，即如果前起肇事

后及时救助伤者，伤者未被后续车辆辗轧，具有抢救的可能性，故前起

肇事者应当对该逃逸致人死亡的后果承担责任，其行为构成逃逸致人死

亡。

前起肇事者是否需要对后续事故承担责任的内部责任划分问题（特

别是公安交管部门认定不当时）。如前所述，前起肇事者应当对逃逸致

人死亡的后果承担责任，应对后来事故承担部分责任。但公安交管部门

事故认定书认定后肇事者承担全部责任，前起肇事者不再对死亡结果承

担责任，显然与认定前起肇事者逃逸致人死亡的结论相悖。在确定好肇

事者导致被害人死亡的责任后，在后续事故中对被害人死亡负次要责任

内部，应对前后肇事者应负的责任大小进行界定，具体责任大小可根据

肇事者在后续事故中的违法行为程度，即对事故发生的介入、参与程度

确定。公安交管部门未对后续事故在前后肇事者之间划分责任，属于事

故责任认定不当，已书面建议公诉机关核查并督促交管部门自行纠正，

但交管部门拒不纠正，法院应当根据事实和法律对交管部门的事故认定

书予以纠正。后者超速驾车行经事故现场，疏于观察，未减速并强行超

车等交通违法行为，是导致伤者被辗轧的直接、主要原因，认定其负事

故主要责任。前者在夜间将被害人遗留事故现场未予救助的违法行为，

是导致伤者被辗轧的次要原因，认定其负事故次要责任。这一认定结

果，即能说明前者逃逸行为对被害人的死亡具有因果关系，应当承担交

通肇事逃逸致人死亡的刑事责任，又能说明后者的交通违法行为与被害

人的死亡具有因果关系，应当承担交通肇事的刑事责任。

编写人：安徽省濉溪县人民法院 周瑜

24 肇事后逃逸情节的评价

——赵某交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省禹州市人民法院（2018）豫1081刑初第14号刑事判决书

2.案由：交通肇事罪

【基本案情】

2016年7月21日15时许，赵某驾驶悬挂京N6×××6号小型越野客车由

北向南行驶至禹州市阳翟大道与兴业路交叉口处，与由东向西裴某某驾

驶二轮电动车相撞，造成裴某营受伤后经抢救无效死亡的交通事故。案

发后，被告人赵某驾车逃逸。经禹州市公安局交警大队认定，被告人赵

某负此事故的全部责任。案件审理期间，被告人赵某家属和被害人近亲

属达成协议，被害人近亲属对被告人赵某予以谅解。

【案件焦点】

“交通运输肇事后逃逸”情节在交通肇事案定罪和量刑时如何考量。

【法院裁判要旨】

河南省禹州市人民法院经审理认为：被告人赵某驾驶机动车违反交

通运输管理法规，因而发生重大交通事故，致一人死亡，且交通肇事后

逃逸，其行为已构成交通肇事罪。公诉机关指控的犯罪事实清楚，证据

确实充分，罪名成立，法院予以支持。综合本案证据，被告人赵某逃逸

的行为是其行为构成交通肇事罪的构成要件。被告人赵某到案后如实供

述自己的罪行，其家属和被害人近亲属达成协议，被害人近亲属对被告

人予以谅解，可以从轻处罚。对辩护人的辩护意见本院予以采纳。综合

考虑被告人赵某的犯罪事实、性质、情节及社会危害程度，依法作出上

述裁判。

河南省禹州市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三

条、第六十七条第三款、第七十二条第一款、第七十三条第二款、第三

款之规定，作出如下判决：

被告人赵某犯交通肇事罪，判处有期徒刑一年零六个月，缓刑二

年。

【法官后语】

“交通运输肇事后逃逸”情节在交通肇事案定罪和量刑时如何考量，

应注意以下两个方面：

1.“交通肇事后逃逸”既属于定罪情节也属于量刑情节

根据《刑法》第一百三十三条、《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》的相关规定，只有行为人负事

故全部、主要或者同等责任，并具有特定情节，造成一定人身伤亡或者

重大财产损失的，才构成交通肇事罪，予以定罪处罚。道路交通事故责

任认定是判断违反交通运输管理法规行为是否构成交通肇事罪的前提。

该解释第二条第二款明确规定了六种特定的入罪情节，其中之一即“为

逃避法律追究逃离事故现场”。“为逃避法律追究逃离事故现场”是“交通

运输肇事后逃逸”的具体表现形式。该解释第二条第二款规定，如果行

为人负事故全部或主要责任，“为逃避法律追究逃离事故现场”，且造成

一人以上重伤的，构成交通肇事罪。解释第三条规定，“交通运输肇事

后逃逸”是指行为人具有解释第二条第一款规定和第二款第一项至第五

项规定的情形之一，发生交通事故后，为逃避法律追究而逃跑的行为。

前款条文将肇事后逃逸作为影响犯罪成立与否的定罪情节，后款条文则

将肇事后逃逸定位为影响法定刑升格的量刑情节。

2.定罪情节与量刑情节重合时禁止重复评价

本案被告人赵某在发生交通事故后逃逸，交通管理部门根据《道路

交通安全法实施条例》第九十二条第一款的规定，认定被告人赵某负全

部责任。根据《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》第二条规定，行为人负事故主要或全部责任，导致一

人死亡的，构成交通肇事罪。本案被告人赵某因肇事后逃逸而负事故全

部责任，并导致一人死亡，其行为已构成交通肇事罪。对于已作为定罪

情节的“交通运输肇事后逃逸”情节，在对被告人量刑时应适用禁止重复

评价原则，故本案被告人赵某尽管具有逃逸行为，但不属于《刑法》第

一百三十三条规定的“交通运输肇事后逃逸”的加重情形，对赵某应

在“三年以下有期徒刑或者拘役”法定刑幅度内量刑。

被告人仅因“肇事后逃逸”情节被公安交通警察部门认定负事故全部

责任或主要责任，并由此被认定为交通肇事罪的，该“肇事后逃逸”行为

应作为定罪情节，不应再作为加重处罚的情节。

编写人：河南省禹州市人民法院 郝建锋 王鹏

25 行为人醉酒驾驶拒不配合检查行为的罪

数判断

——王某某、杜某某危险驾驶、妨害公务案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省苏州市虎丘区人民法院（2018）苏0505刑初146号刑事判决

书

2.案由：危险驾驶罪、妨害公务罪

【基本案情】

2017年12月24日20时许，被告人杜某某饮酒后驾驶车牌为豫

GE×××2起亚轿车从苏州市高新区金枫路××电脑三号门附近出发，沿金

枫路向北至鹿山路后向东驾驶，行驶至塔园路后向南，至华山路后左后

转弯进入马浜商业街，之后出商业街右转至塔园路向北开，行至马运路

与塔园路口时，在遇枫桥交警中队执行检查酒驾的公务过程中，不配合

交警检测，强行闯卡逃离，在马运路与塔园路口至长江路与塔园路口间

由东向西逆行，并将交警辅警陆某宇撞倒在地，将交警辅警吴某卫带车

拖行约百米，逃至马运路与长江路口向南附近被警察拦截控制。经鉴

定，被告人杜某某血液中乙醇浓度为103mg/100ml。

另查明：被告人王某某作为豫GE×××2起亚轿车车主，在明知杜某

某饮酒的情况下，依然将车交由杜某某驾驶，在碰到警察设卡检查酒驾

的过程中，教唆杜某某闯卡，以暴力方法妨害交警执行公务。

【案件焦点】

行为人醉酒驾驶又拒不配合检查的，对行为人以危险驾驶罪一罪从

重处罚还是予以数罪并罚。

【法院裁判要旨】

江苏省苏州市虎丘区人民法院经审理认为：被告人杜某某醉酒后在

道路上驾驶机动车，被告人王某某在明知被告人杜某某饮酒的情况下，

仍然将自己的机动车交由被告人杜某某驾驶，其行为均已构成危险驾驶

罪，依法应处拘役，并处罚金；被告人杜某某以暴力方法阻碍国家机关

工作人员依法执行职务，被告人王某某在民警依法执行公务的过程中，

教唆被告人杜某某不配合检查，强行驾车闯卡，其行为均已构成妨害公

务罪，依法应处三年以下有期徒刑或者拘役。被告人杜某某、王某某在

判决宣告前均犯数罪，应予数罪并罚。在共同犯罪中，被告人杜某某、

王某某均起主要作用，均系主犯。被告人杜某某犯上述两罪后均如实供

述自己的罪行，被告人王某某犯危险驾驶罪后如实供述该罪行，均可以

对其所供认的罪行从轻处罚。被告人王某某庭审中对妨害公务罪一节表

示自愿认罪，量刑时酌情考虑。

江苏省苏州市虎丘区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百

三十三条之一第一款第二项、第二百七十七条第一款、第六十九条第一

款、第三款、第二十五条第一款、第二十六条第一款、第四款、第六十

七条第三款、第六十四条、第三十六条第一款之规定，作出如下判决：

一、被告人杜某某犯危险驾驶罪，判处拘役一个月，并处罚金人民

币一千元；犯妨害公务罪，判处拘役五个月十五天；决定执行拘役六个

月十五天，并处罚金人民币一千元；

二、被告人王某某犯危险驾驶罪，判处拘役一个月，并处罚金人民

币一千元；犯妨害公务罪，判处拘役六个月；决定执行拘役七个月，并

处罚金人民币一千元。

一审宣判后，被告人杜某某、王某某在法定期限内未提出上诉，检

察机关亦未提起抗诉，一审判决已发生法律效力。

【法官后语】

1.行为人明知他人饮酒仍唆使并将其机动车交予他人在道路上驾驶

的，其行为构成危险驾驶罪的共犯。同时构成其他犯罪的，依照处罚较

重的规定定罪处罚。

《刑法》第一百三十三条之一明确规定，在道路上醉酒驾驶机动车

的，应当以危险驾驶罪处罚。在通常情况下，一般将危险驾驶的犯罪主

体理解为车辆的实际驾驶人员。从理论上来讲，作为故意犯罪，危险驾

驶罪理应存在共同犯罪的情形。机动车驾驶者之间以及非机动车驾驶者

与机动车驾驶者之间均有可能构成危险驾驶罪的共犯。在司法实践中，

醉酒型危险驾驶的共同犯罪可以分为以下三种情况：一是在饮酒过程

中，行为人明知他人必须驾车出行，仍极力劝酒或胁迫、刺激其饮酒，

且酒后放任其驾车的行为；二是行为人明知他人饮酒，教唆、胁迫或者

命令他人驾驶机动车的行为；三是车辆所有人明知借车人已经醉酒且要

求驾驶机动车时，仍将车辆出借给借用人的行为。本案中，被告人王某

某作为涉案车辆车主，在明知被告人杜某某醉酒的情况下，依然将车交

由杜某某驾驶，其二人均构成危险驾驶罪。

可见，醉酒型危险驾驶既不是亲手犯，也不是身份犯；教唆他人醉

酒驾驶的，成立教唆犯。需要注意的是，根据刑法共同犯罪理论，教唆

他人犯罪或者明知他人犯罪仍提供犯罪工具的，以共同犯罪论处，且其

行为定性从属于实行犯。据此，被告人明知他人饮酒仍唆使并将其机动

车交予他人在道路上驾驶的，其行为构成危险驾驶罪的共犯。同时构成

其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

2.行为人醉酒驾驶与被查获后拒不配合检查系两个行为，满足数罪

的构成要件，且先后侵犯了不同法益，应数罪并罚，不适用从一重罪处

罚原则。

《刑法》第一百三十三条之一第三款规定的“有前款行为，同时构

成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚”是想象竞合犯理论在刑

法分则中的注意性规定，对该条款的理解与适用应结合想象竞合犯的基

本理论。行为人的醉酒驾驶行为与抗拒检查行为先后相继发生，被查获

后抗拒检查时醉酒驾驶行为已经终结，相互间不存在任何的重合，更无

达到一致性的可能性。醉酒驾驶后抗拒检查行为满足数罪的构成要件，

先后实施两个行为，侵犯了两个不同的法益，应数罪并罚。

首先，危险驾驶罪与妨害公务罪的主观责任及客观表现均有明显差

异。主观方面，危险驾驶行为与抗拒检查行为虽然均系故意为之，但故

意的具体内容并不一致。危险驾驶的故意是指行为人明知自己是在醉酒

状态下仍驾驶机动车，或者行为人明知他人饮酒仍唆使并将其机动车交

予他人在道路上驾驶的；抗拒检查的故意是指行为人明知对方是正在依

法执行职务的国家机关工作人员而故意阻碍其执行职务。客观方面，危

险驾驶的客观表现是行为人在道路上驾驶机动车追逐竞驶，情节恶劣或

者在道路上醉酒驾驶机动车；抗拒检查的客观表现为行为人以暴力、胁

迫方法阻碍正在执行职务的国家机关工作人员依法执行职务。

本案中，行为人在醉酒状态下仍驾驶机动车，置公共安全于不顾，

其在醉酒驾车的开始便已构成危险驾驶罪，该状态一直持续到行为人被

执勤民警拦下，不再危害公共安全为止。此时，危险驾驶罪已经构成并

完结。被告人王某某作为豫GE×××2起亚轿车车主，在明知杜某某饮酒

的情况下，依然将车交由杜某某驾驶，在碰到警察设卡检查酒驾的过程

中，教唆杜某某闯卡，以暴力方法妨害交警执行公务，后续行为已经属

于妨害公务罪的涵摄范围，超出了危险驾驶罪的构成要件。行为人在不

同故意的支配下，先后实施了两个不同行为，满足不同犯罪的构成要

件，理应实行数罪并罚。

其次，醉酒驾驶后抗拒检查行为先后侵犯不同法益。我国《刑法》

分则以犯罪所侵犯的法益为基础对犯罪进行分类，不同章节中的犯罪行

为侵犯的法益不尽相同。刑法分则将危险驾驶罪纳入第二章危害公共安

全罪，可见该罪侵犯的法益主要是公共安全；将妨害公务罪纳入第六章

妨碍社会管理秩序罪，可见该罪侵犯的法益主要是公共管理秩序，两者

侵犯的法益并不同质。道路交通安全是危险驾驶罪侵害的直接客体，妨

害公务罪侵犯的法益是国家的正常管理活动。由此可见，这两种犯罪所

侵犯的法益是有着明显区别的，不存在交叉重叠之处。醉酒驾驶后抗拒

检查行为先后满足危险驾驶罪和妨害公务罪构成要件，应予数罪并罚，

不适用从一重罪处罚原则。

编写人：江苏省苏州市虎丘区人民法院 许修尧

26 酒精消除速率推算结果能否作为危险驾

驶罪的认定依据

——李某宇被诉危险驾驶案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省广州市天河区人民法院（2017）粤0106刑初1246号刑事裁定

书

2.案由：危险驾驶罪

【基本案情】

2016年12月11日19时至21时许，被告人李某宇与其导师胡某在广州

市天河区燕岭路某海鲜城喝酒，其间二人喝了4两洋酒、4罐青岛啤酒，

二人饮酒数量相当，被告人李某宇叫代驾将胡某自上址送至广州市天河

区甲学院，后代驾离开。同日22时许，被告人李某宇饮酒后自行驾驶粤

LZ×××9号小型轿车至广州甲学院西门，之后停车并在驾驶室内睡觉。

次日3时许，被告人李某宇发现财物被盗，随即起身追赶并报警。4时

许，民警到场后将其带回派出所调查，在调查过程中，民警发现被告人

李某宇有涉嫌危险驾驶的行为，于是通知广州市公安局交通警察支队天

河大队处理。

广州市公安局交通警察支队天河大队交警于2016年12月12日7时20

分接报后到场，被告人李某宇拒绝配合进行呼气式酒精测试，同日8时

27分交警将其带至广州市天河区中医医院抽取静脉血液样本备检。经送

广东乙法医毒物司法鉴定所检验，结果为：从李某宇血液中检出乙醇

（酒精）成分为54.4毫克/100毫升。经结果讨论，违法发生时间为2016

年12月11日22时00分，抽血时间为次日8时27分，根据上述乙醇（酒

精）含量结果，依据人体乙醇消除规律进行推算，李某宇违法行为发生

时（2016年12月11日22时00分）血液中乙醇（酒精）可能浓度范围为

158.9毫克/100毫升至179.8毫克/100毫升。

被告人李某宇及其辩护人对指控基本事实不持异议，均对推算其血

液中酒精含量结果有意见。

【案件焦点】

血液中酒精消除速率推算结果能否作为危险驾驶罪的认定依据。

【法院裁判要旨】

广东省广州市天河区人民法院经审理认为：首先，司法解释并未明

文规定可以通过以血液中酒精消除速率推算结果作为危险驾驶案件的认

定依据。本案鉴定意见显示，从被告人李某宇血液中检出乙醇（酒精）

成分为54.4毫克/100毫升，尚未达到入刑标准。其次，人体血液酒精消

除速率推算的适用前提条件是具有抗拒执法、规避法律责任，并因之导

致定案标准的血液酒精含量无法查清，推定必须严格审慎。而本案与其

他危险驾驶案件相比并无特殊性，被告人虽因财物被盗归案，但至交警

到场之前，其已在公安机关控制范围，其归案与交警到场的时差与其行

为无关联，而其虽有不配合吹气的行为，但随即配合抽血，并未因之造

成抽血时间的延误。最后，本案的鉴定意见是基于客观结果即血液酒精

含量尚未达到刑事追诉标准前提下，根据人体酒精消除速率推算的可能

的结果范围，而且表述为讨论结果。公诉机关经补充侦查后未说明该推

算方法是否已对酒精消除峰值、酒精种类影响、个体差异等因素进行科

学排除，亦未进一步示明推算结果误差值范围，就证据能力而言该鉴定

意见中的未进行充分说明即以推算讨论作为结果，缺乏刑事证据的必要

严谨性。综上，本案不论从刑事证据能力角度来审查证据标准，还是从

被告人李某宇违法行为及针对侦查的相应行为来评价其主观恶性、社会

危害性，均不适宜推算，而且本案使用酒精消除速率推算，也不符合刑

法的公平性、谦抑性原则，现有证据也不能排除被告人驾车时酒精含量

未达到刑事追诉标准的合理怀疑。

本案经广州市天河区人民法院审判委员会讨论，决议同意合议庭认

定被告人李某宇无罪的意见。后公诉机关以证据发生变化为由，决定对

被告人李某宇撤回起诉，广东省广州市天河区人民法院准许广东省广州

市天河区人民检察院撤回对被告人李某宇的起诉。

【法官后语】

实践中审判机关能否以血液中酒精消除速率推算结果作为危险驾驶

案件的认定依据，仍存在较大分歧，如何厘清使用与否、何种条件下使

用以及如何科学规范地使用，是亟需探讨研究的类型化问题。

第一种观点认为，血液中酒精消除速率推算结果，是依据科学的鉴

定标准建立，而司法实践中存在部分危险驾驶犯罪嫌疑人采取诸如“顶

包”、污染检材、抗拒执法、逃逸等手段为规避法律责任，其行为比公

安机关查处的宿醉人员驾车更为恶劣，宿醉者血液中酒精含量达到入刑

标准则构成犯罪，那么此类被告人的主观恶性更甚于宿醉者，毕竟部分

宿醉者以为经过休息已恢复，存在一定的侥幸心理，所以应使用血液中

酒精消除速率推算。

第二种观点认为，如行为人无严重的规避执法行为，且未因之导致

无法进行或者无法及时进行血液酒精含量检验，鉴定意见中亦未详细说

明是否进行了科学排除误差的相应举措，也不能查实被告人具体的饮酒

种类及涉案酒品的度数等具体情况，现有证据尚未达到排除合理怀疑的

程度，不应以此血液中酒精消除速率推算结果为依据认定被告人的行为

构成危险驾驶罪。

笔者基本同意第二种观点，《最高人民法院、最高人民检察院、公

安部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》明确

规定血液中酒精含量检验鉴定意见为是否醉酒的依据，故原则上应不以

血液中酒精消除速率推算结果认定被告人构成危险驾驶罪，刑法在发挥

刑罚威慑力的同时，亦要保持必要的谦抑性，以避免泛犯罪化倾向，而

以血液中酒精消除速率推算结果认定被告人构成危险驾驶罪属于例外情

形，且应极为审慎地使用。上文已从法律规范、刑法原则、证据能力等

方面，阐述了原则上应不以血液中酒精消除速率推算结果认定被告人构

成危险驾驶罪，在此不再赘述，以下笔者就血液中酒精消除速率推算结

果在认定危险驾驶犯罪中能否使用、使用的限制条件以及如何使用等问

题，具体阐述如下：

1.特殊情形使用血液中酒精消除速率推算结果具有一定法理基础

《最高人民法院、最高人民检察院、公安部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》规定了可以对被告人进行不利推

定的两种情形，如呼气后逃脱的以呼气结果认定或者为规避法律追究呼

气后、抽血前又饮酒的，可以继续检验血液酒精含量，不利后果自行承

担。上述两种情形，前提条件是逃脱、规避法律追究等较为严重的抗拒

或者逃避执法的行为，导致无法及时进行血液酒精含量检测或者无法准

确进行检测，而此司法解释确定两种情形下可以进行不利推定，但要求

呼气结果或者血液酒精含量结果达到入刑标准即血液酒精含量80毫

克/100毫升。

司法解释虽未明文规定在血液酒精含量达不到80毫克/100毫升情况

下，可进行根据人体乙醇消除规律推算，而危险驾驶罪的关联紧密的罪

名交通肇事罪中，基本犯的构成前提之一为致人重伤、死亡并承担事故

主要或者全部责任，而事故责任的认定依据为《道路交通安全法》及相

关细则，该法规定因逃逸致责任无法查清，肇事者承担全责，由此可知

司法实践中特定条件下不利后果的推定，在较危险驾驶罪更重的罪名中

亦存在。故举重以明轻，危险驾驶案作为预防性危险犯，在一定严格限

制条件下可以进行对被告人不利的“推定”，同时血液中酒精消除速率的

推算具有相对规范的科学属性，也并非实质刑法意义上的推定。

2.使用酒精消除速率推算结果的特定条件

（1）应在穷尽常规侦查手段前提下谨慎使用。

从刑事证据角度而言，《刑事诉讼法》已将鉴定结论修改为鉴定意

见，证据名称的修改反映出的价值取向为鉴定意见虽具有一定科技、客

观属性，但不必然高于其他客观证据的证明力，应由审判人员结合全案

证据综合判断。在案证据的前提是要求查清全面的客观证据，如查清饮

酒种类、度数并有饮酒数量相当的证人血液酒精含量结果等前提下，迫

不得已情形下，也应极为审慎地看待使用血液中酒精消除速率推算结果

能作为危险驾驶罪的认定依据。鉴于上述GA/T 1073-2013标准存在上述

问题，如其他客观证据详实，通过单个体的还原性侦查实验可以有效规

避鉴定标准的个性化差异，既可以结合其他证据综合认定，且在一定程

度上亦能对血液中酒精消除速率推算结果的使用作出准确判断，亦符合

穷尽常规侦查手段的基本精神。

（2）严格评价被告人逃避、抗拒检查的行为的主观恶性和社会危

险性。

笔者认为使用酒精消除速率推算结果，应严格其适用条件。

①适用条件。被告人有严重的逃避、抗拒检查的行为导致血液酒精

含量无法查清或者无法及时查清，其社会危害性明显大于其他普通醉酒

驾驶违法犯罪人员，此种情形下方可考虑使用。

②排除条件。被告人逃避、抗拒检查的行为未导致血液酒精含量无

法查清或者无法及时查清，不使用酒精消除速率进行推算，即并非具有

规避侦查行为便一定适用。具体而言：被告人有不影响血液中酒精含量

检测结果的其他轻微逃避侦查行为，如被告人不配合呼气而配合抽血的

情形，抑或被告人虽有违法行为发生时与抽血备检时的时间差，但时间

差并非其逃避侦查行为造成，如交通状况意外、接警侦查时需等，不宜

进行推算。

（3）以裁判证据规则检审现有标准下鉴定意见的证据能力

①鉴定标准的一致性。GA/T 1073-2013、GA/T842两个标准同为公

安部发布的我国公共安全的行业标准，并为司法部司法鉴定局认可强制

执行的车辆驾驶人员血液中酒精含量测定方法。而后者并无相应酒精消

除速率推算内容，而不同鉴定标准之间由于样本、适用程度、相应方法

等方面存在差异，交叉使用便存在超出科技属性允许的合理误差的可

能。鉴定检材具有不可逆性，因此即使用酒精消除速率推算，也应该确

保鉴定标准、方法的一致性，即以明确酒精消除速率的GA/T 1073-2013

为检验标准进行血液酒精检验并以之推算，目的是实现尽可能避免误

差。

②鉴定意见出具推算结果须明示方法、排除个体差异以及误差范

围。从GA/T1073-2013标准的附录B（资料性参考资料）乙醇中毒诊断

参考资料来看，血液酒精含量的峰值存在于吸收期、消除期之间，而从

该标准全文来看并没有示明样本的采集、分析方式以及与活体吸收、消

除的个体差异。而从日常生活经验而言，同样饮酒的人因自身对酒精耐

受、消化酶种类等问题，醉酒表现和酒精吸收、消除时间均存在较大差

异，因此即使进行消除率推算，也应考虑血液酒精含量峰值以及吸收

期、消除期问题，并尽可能地排除个体差异和操作误差，而对于此即使

没有最高人民法院、最高人民检察院、公安部的具体规范，也应由省级

部门综合相关部门出具相应的文件以资适用。另外，血液中酒精含量消

除率推算的基础是实际抽血备检时血液酒精含量的具体结果，在此基础

上进行推算，即适用包含科技、容忍一定误差值的鉴定标准的结果，在

此结果基础上再行推算，则推算结果存在误差和个体差异可能更大，理

应严格限制、谨慎适用。因此，即使个别案件使用酒精消除速率推算，

也应进一步完善推算方法、流程，尽量避免误差及个体差异等影响，严

格证据标准应以低限高过入刑标准一定程度的推算结果，作为推算入刑

的考量因素。

③刑法与行政法的衔接问题。现尚无相关细则规定推算标准、方法

等具体内容，即使使用推算也必须严格设定使用条件，已达到确实排除

其他可能的程度，行为人逃脱或者规避侦查不久即被抓获，体内仍检出

血液酒精含量，但稍低于80毫克/100毫升的，可以按照行业内通行的血

液酒精消除速率推算行为违法时的血液酒精含量，而推算行为违法时结

果的低限结果必须超出80毫克/100毫升一定数值。危险驾驶罪属危险

犯，血液酒精含量多寡，直接影响行为人的社会危害性，司法解释亦将

之作为从重处罚的考量因素。

司法实践中根据被告人的驾驶资格、驾驶距离、行驶路段、血液中

酒精含量以及是否发生事故造成人身、财产损失等因素，作为危险驾驶

罪的量刑要素，并在此基础上综合评价其具体的社会危险性，确定具体

刑期、缓刑与否以及是否可以免予刑事处罚，甚至可探讨刑事可罚性即

界定是否属于情节显著轻微。危险驾驶罪本身便具有行政处罚、刑事处

罚的双重属性，《刑法》第十三条中规定的情节显著轻微危害不大的，

不认为是犯罪，对各罪名均有普遍适用性，并为行政处罚预留了适用空

间，在个别案例中也可能存在行政处罚的限制自由时间长于被适用缓刑

的被告人实际羁押时间，形成实质行政处罚重于刑罚的例外情形。综

上，综合考虑危险驾驶罪的具体罪状及法定刑，并充分考量各量刑要

素，在被告人无《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理醉

酒驾驶机动车刑事案件适用法律若干问题的意见》第二条规定除了第二

项之外的其他从重情节、推算结果在130毫克/100毫升以下的，宜行政

处罚不宜判刑，而具有从重情节推算结果亦高于100毫克/100毫升，方

可进一步考量刑事可罚性。

编写人：广东省广州市天河区人民法院 曹虎

27 “挪车型” 危险驾驶的定罪与量刑

——王某锋危险驾驶案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省商城县人民法院（2018）豫1524刑初182号刑事判决书

2.案由：危险驾驶罪

【基本案情】

2018年2月6日19时许，被告人王某锋饮酒后驾驶号牌为豫S8×××8

号小轿车从锦尚名城步行街由南向北行驶至锦尚名城与锦绣家园之间的

街道，在此街道由西向东短距离行驶后将车辆交由其妻子陈某平驾驶；

之后陈某平驾驶车辆行驶至金穗路路口时，被执勤的商城县交警大队民

警盘查。在民警发现副驾驶位置的被告人王某锋有酒后驾驶嫌疑并当场

对其询问时，被告人王某锋主动承认为挪车酒后短距离驾驶车辆的事

实。经对王某锋进行呼气式酒精检测，结果为84mg/100ml。经信阳市公

安局物证鉴定所鉴定：从王某锋血液中检测出乙醇含量为

96.36mg/100ml。

另查明：被告人王某锋酒后在锦尚名城步行街驾车行驶距离大约

78.83米。

【案件焦点】

“挪车型”醉酒驾驶行为的定罪与量刑。

【法院裁判要旨】

河南省商城县人民法院经审理认为，被告人王某锋在道路上醉酒驾

驶机动车，其行为已构成危险驾驶罪。商城县人民检察院指控被告人王

某锋犯危险驾驶罪，事实清楚，证据确实、充分，所控罪名成立。执勤

民警盘查时，在副驾驶位置的被告人王某锋主动承认为挪车酒后驾驶车

辆的事实，且在案发后主动到案，系自首，依法可以从轻或者减轻处

罚；被告人系初犯、偶犯，且认罪、悔罪态度较好，可酌情从轻处罚。

被告人王某锋为挪车酒后驾驶机动车，行驶距离较短，且没有造成危害

后果，犯罪情节轻微。结合被告人王某锋血液中乙醇含量及认罪、悔罪

态度，根据被告人王某锋的犯罪事实、性质和社会危害程度，依照《中

华人民共和国刑法》第一百三十三条之一第一款第二项、第三十七条、

第六十七条第一款的规定，判决如下：

被告人王某锋犯危险驾驶罪，免予刑事处罚。

【法官后语】

本案中被告人王某锋“醉酒挪车”，对于其行为定罪量刑应当综合考

量主客观因素，不应仅仅通过血液酒精含量来认定其行为违法性及社会

危害。

《车辆驾驶人员血液、呼气酒精含量阈值与检验》中规定“饮酒驾

车是指车辆驾驶人员血液中的酒精含量大于或者等于20mg/100ml，小于

80mg/100ml的驾驶行为。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”。《刑法修正案（八）》增设了

危险驾驶罪，将在道路上驾驶机动车追逐竞驶和醉酒驾驶机动车的行为

规定为犯罪，以此来加大对此类行为的惩戒力度，加强对民生的保护。

然而在审判实践中，对于醉驾的认定多单纯依赖于公安关于被告人体内

酒精含量的认定，一定程度上有利于对该类行为的惩戒与防范。本案中

关于醉酒驾驶行为的定罪与量刑，综合考量客观因素，客观评价被告人

行为，进而做出公正判决，符合法律规定，顺应法治思想。

1.关于“道路”认定

小区内“道路”是否直接认定为《刑法》中危险驾驶罪所规定的“道

路”呢？对于虽在小区管理范围并没有入市政道路管理，但允许社会机

动车自由通行的小区内道路，是否属于《刑法》危险驾驶罪所规定

的“道路”，要考虑道路设施、通行标志、通行车辆范围以及小区管理规

定、日常交通情况等因素。2018年2月6日19时许，被告人王某锋饮酒后

驾驶小轿车从锦尚名城步行街由南向北行驶至锦尚名城与锦绣家园之间

的街道，行驶距离大约78.83米。关于该路段，因连接两个小区，通行

车辆与行人并无禁止，日常也允许行人及车辆通行，因此属于《刑法》

中危险驾驶罪所规定的“道路”。

2.本案中关于醉酒驾驶罪名的认定

根据《刑法修正案（八）》的相关规定，及《车辆驾驶人员血液、

呼气酒精含量阈值与检验》中相关规定，本案中被告人王某锋驾车时血

液中乙醇含量不低于96.36mg/100ml，属于车辆驾驶人员血液、呼气酒

精含量阈值范围内，因此关于本案被告人王某锋行为定性为醉酒驾驶无

异议。

3.关于“挪车型”醉酒驾驶的量刑建议

本案中被告人王某锋饮酒后驾驶小轿车从锦尚名城步行街由南向北

行驶至锦尚名城与锦绣家园之间的街道，也即行驶大约78.83米后，将

车辆交由其妻子陈某平驾驶。王某锋本人驾驶距离较短，且行驶路段并

非市政道路管理范围，行人及车辆较少，未造成交通事故，综合考量其

行为未造成严重客观后果。执勤民警盘查时，在副驾驶位置的被告人王

某锋主动承认为挪车酒后驾驶车辆的事实，且存在自首情节，主观恶性

不大，因此应当属于“情节轻微”的情形。

《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见（二）（试行）》中

规定了危险驾驶罪的刑事处罚量刑幅度，其中明确规定了“对于醉酒驾

驶机动车的被告人，应当综合考虑被告人的醉酒程度、机动车类型、车

辆行驶道路、行车速度、是否造成实际损害以及认罪悔罪等情况，准确

定罪量刑。对于情节显著轻微危害不大的，不予定罪处罚；犯罪情节轻

微不需要判处刑罚的，可以免予刑事处罚”。

结合本案案情以及上述指导意见的相关规定，人民法院在审理危险

驾驶案件时，应当在考量酒精含量的基础上，根据法律、司法解释的相

关规定，综合把握行为人醉酒程度、醉酒后驾驶机动车的原因、醉酒时

驾驶情况、是否造成实际损害、是否存在法定从宽情节等各个因素，综

合评价行为人行为，切实贯彻宽严相济刑事政策，以作出区别化的正确

处理。

编写人：河南省商城县人民法院 吴霄霄

28 危险驾驶罪与过失致人重伤罪的竞合判

定

——张某某危险驾驶案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院（2018）京03刑终988号刑事裁定书

2.案由：危险驾驶罪

【基本案情】

2018年7月21日22时许，被告人张某某在北京市朝阳区某博物馆前

道路，酒后驾驶轿车与丁某驾驶的轿车及胡某某驾驶的轿车相撞，致使

丁某受伤，经刑事科学技术鉴定，丁某身体所受损伤属重伤二级。经公

安交管部门认定，被告人张某某因醉酒驾驶机动车承担此次事故的同等

责任，丁某、胡某某因不按指示标线行驶（逆向行驶）亦承担此次事故

的同等责任。经《酒精检验报告》认定，被告人张某某血液中酒精含量

为100.5mg/100ml。后被告人张某某于次日主动向公安机关投案。在法

院审理期间，被告人张某某的亲友与胡某某达成和解协议，被告人张某

某亲友已赔偿胡某某相关车辆维修费用。

【案件焦点】

张某某超过醉酒驾驶标准造成他人重伤后果在未满足交通肇事罪构

成要件的情况下应该认定为构成危险驾驶罪还是过失致人重伤罪。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为，被告人张某某违反道路交通安

全法规，醉酒后驾驶机动车造成一人重伤的交通事故，且负事故同等责

任，其行为触犯了刑律，已构成危险驾驶罪，依法应予惩处。北京市朝

阳区人民检察院指控被告人张某某犯危险驾驶罪的事实清楚，证据确实

充分，指控罪名成立。鉴于被告人张某某主动投案，归案后如实供述自

己的主要犯罪事实，系自首，且与部分事故对方自行达成和解协议，故

对其所犯罪行依法予以从轻处罚。

北京市朝阳区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三

条之一第一款第二项、第六十七条第一款、第四十二条、第四十四条、

第五十二条、第六十一条之规定，作出如下判决：

被告人张某某犯危险驾驶罪，判处拘役四个月，罚金人民币五千

元。

张某某认为量刑过重提起上诉。

北京市第三中级人民法院经审理认为：上诉人张某某在二审审理期

间表示服从原判，申请撤回上诉的要求符合法律规定，应予准许。

北京市第三中级人民法院依照《最高人民法院关于适用〈中华人民

共和国刑事诉讼法〉的解释》第三百零五条第一款的规定，作出如下裁

定：

准许张某某撤回上诉。

【法官后语】

本案要解决的核心问题在于被告人的定性问题。本案被告人张某某

醉酒驾驶机动车后造成他人重伤后果可能涉及三个罪名：交通肇事罪、

过失致人重伤罪以及危险驾驶罪。

根据《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》第二条的规定，行为人酒后驾驶机动车，交通肇事造成一

人重伤以上后果，同时又负事故全部责任或者主要责任的，应当以交通

肇事罪追究其刑事责任。本案中被告人张某某的行为符合交通肇事罪的

前两个条件，但只负事故同等责任，不符合最后一个条件，故被告人张

某某不构成交通肇事罪。

根据《刑法》第一百三十三条之一的规定，危险驾驶罪仅要求行为

人超过醉酒驾驶标准在道路上驾驶机动车即可构成该罪。根据《最高人

民法院、最高人民检察院、公安部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》第一条之规定，行为人在道路上驾驶机动车，

血液酒精含量大于或等于80mg/100ml就可以达到醉酒驾驶标准。关于过

失致人重伤罪并没有出台专门的司法解释，顾名思义，过失伤害造成他

人重伤的，即可构成本罪。危险驾驶罪的法定刑为拘役，而过失致人重

伤罪的法定刑为三年以下有期徒刑或者拘役。因此，有的观点认为本案

中被告人张某某过失伤害他人致人重伤后果，按照竞合原理，被告人张

某某的行为应择一重罪以过失致人重伤罪定罪处罚。但本案中还有一个

重要的问题亟待解决，便是如何认定过失致人重伤罪中的过失。过失可

以分为一般过失与重大过失，而刑法中所评价的过失往往为重大过失，

即行为人在造成严重后果的过程中存在明显的过错行为。本案中，被告

人张某某醉酒驾驶机动车的行为对于交通事故的发生存在一定的联系，

张某某对此存在一定的过错，但除此之外未发现张某某在此次交通事故

中存在其他违法违规行为，且张某某醉酒驾驶机动车在道路上行驶并非

造成此次交通事故的直接原因，相反，事故另一方丁某、胡某某因不按

指示标线行驶（逆向行驶）才是造成此次交通事故的直接原因。因此，

公安交管部门认定张某某负事故同等责任，丁某、胡某某亦负事故同等

责任合情合理。综上，被告人张某某的行为不宜认定为对造成丁某的重

伤后果存在明显过错，不宜评价为过失致人重伤罪中的过失。此外，交

通肇事罪的基准档法定刑与过失致人重伤罪的法定刑一致，均为三年以

下有期徒刑或者拘役，由此可见，刑法中将交通肇事罪与过失致人重伤

罪放在同一量刑维度进行评价，本案中，被告人张某某的行为尚未达到

交通肇事罪的评价维度，从量刑均衡的角度考虑，也不应以过失致人重

伤罪追究其刑事责任。

本案中被告人张某某的行为符合危险驾驶罪的全部犯罪构成要件，

应当以危险驾驶罪对张某某进行定罪处罚，但考虑到其在道路上醉酒驾

驶机动车所造成的严重后果，应当在危险驾驶罪的量刑幅度内从重判

处，另综合考虑其所具有的其他法定与酌定从轻因素，对其判处拘役四

个月的刑期是比较适当的。

编写人：北京市朝阳区人民法院 宋磊

[[1]](#p82) 对应现行《刑事诉讼法》第二百三十六条。

二、破坏社会主义市场经济秩序罪

（一）生产、销售伪劣商品罪

29 制售劣质口罩行为性质的判断

——李某某生产、销售伪劣产品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖北省仙桃市人民法院（2020）鄂9004刑初88号刑事判决书

2.案由：生产、销售伪劣产品罪

【基本案情】

新冠肺炎疫情防控期间，被告人李某某为谋取非法利益，组织他人

对自己生产、购进的劣质口罩分拣再包装后进行销售。2020年1月20日

至27日，李某某共出售口罩6万只，获款1.5万元。1月27日，仙桃市市

场监督管理局依法扣押李某某尚未销售的36万只口罩。后经国家劳动保

护用品质量监督检验中心（武汉）检验，上述尚未销售的36万只口罩均

属于不合格产品。经仙桃市价格认定中心认定，扣押的口罩价格为18万

元。案发后，李某某主动投案并如实供述犯罪事实，自愿认罪认罚。

【案件焦点】

被告人李某某生产、销售的口罩是否为医用防护口罩。

【法院裁判要旨】

湖北省仙桃市人民法院经审理认为，公诉机关指控被告人李某某犯

生产、销售伪劣产品罪的事实清楚，证据确实、充分，指控罪名成立，

量刑建议适当，应予采纳。被告人李某某在预防、控制突发传染病疫情

期间，生产、销售伪劣产品，依法从重处罚。被告人李某某具主动投案

并如实供述犯罪事实、认罪认罚，且有犯罪未遂等量刑情节，依法从轻

处罚。

湖北省仙桃市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百四十

条、第二十三条、第六十七条第一款、第六十四条、第五十二条、第五

十三条，《最高人民法院、最高人民检察院关于生产、销售伪劣商品刑

事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条、第二条及《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意见》第一条，《中华

人民共和国刑事诉讼法》第二百零一条第一款之规定，判决如下：

一、被告人李某某犯生产、销售伪劣产品罪，判处有期徒刑十个

月，并处罚金人民币二万元；

二、对扣押的36万只口罩予以没收。

【法官后语】

戴口罩是防控新冠肺炎的有效措施，口罩的质量将直接影响防护效

果。《刑法》第一百四十九条第二款规定：“生产、销售本节第一百四

十一条至第一百四十八条所列产品，构成各该条规定的犯罪，同时又构

成本节第一百四十条规定之罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚”。

涉案口罩是特殊产品还是一般产品决定了本案罪名是生产、销售不

符合标准的医用器材罪还是生产、销售伪劣产品罪。生产、销售不符合

标准的医用器材罪中的医用卫生器材指医疗卫生机构在医疗、预防、保

健以及其他相关活动中使用的消耗型辅助用品，如医用纺织品：医用床

单、被面、防护服、防护口罩、隔离衣等。

具体到本案中，李某某为谋取非法利益，组织他人对自己生产、购

进的劣质口罩分拣再包装后进行销售。李某某注册登记的无纺布制品

厂，并未申请医用口罩注册证和生产许可证，其生产产品包装上也没有

注明医用等字样，同时李某某拟销售对象并非医疗机构，故不能认定李

某某生产、销售的口罩是医用防护口罩，根据《刑法》第一百四十九条

第一款规定的“生产、销售本节第一百四十一条至第一百四十八条所列

产品，不构成各该条规定的犯罪，但是销售金额在五万元以上的，依照

本节第一百四十条的规定定罪处罚”。李某某在生产口罩环节被仙桃市

市场监督管理局依法查获，并扣押了尚未销售的口罩36万只。后经国家

劳动保护用品质量监督检验中心（武汉）检验，上述尚未销售的36万只

口罩均属于不合格产品。李某某生产的口罩尚未被查获销售，属犯罪未

遂。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑

事案件具体应用法律若干问题的解释》第二条第二款规定：“伪劣产品

尚未销售，货值金额达到刑法第一百四十条规定的销售金额三倍以上

的，以生产、销售伪劣产品（未遂）定罪处罚”。李某某生产、销售的

36万只口罩经仙桃市价格认定中心认定价格为18万元，故本案以生产、

销售伪劣产品罪定罪处罚。

编写人：湖北省仙桃市人民法院 郑文哲

30 在制售假烟团伙中负责介绍工人的构成生产、销售

伪劣产品罪

——曾某瑞生产、销售伪劣产品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市中级人民法院（2017）闽02刑终566号刑事裁定书

2.案由：生产、销售伪劣产品罪

【基本案情】

2014年9月，被告人曾某瑞明知相关人员无烟草专卖生产企业许可

证，仍然介绍赵某云，并通过赵某云招募赵某臣、赵某梅（均已判决）

等人到厦门市集美区后溪镇从事假烟生产以获取报酬。9月初，被告人

到上述生产窝点看望上述工人。2014年9月28日，公安人员会同烟草部

门工作人员冲击上述制假窝点，现场抓获赵某臣等人，并查获接咀机、

卷烟机各一台、散装烟支、烟丝以及水松纸、滤嘴棒、盘纸等物品若

干。经鉴定，上述散装香烟成品均系假冒注册商标且伪劣卷烟，上述烟

支、辅料价值共计562311.7元。

2015年11月底，被告人曾某瑞再次介绍齐某茹，并通过齐某茹招募

齐某功、王某英、刘某胜、郑某桃、郑某荣、张某勤、庞某康、庄某

成、崔某玲（均已起诉）等人到厦门市翔安区马巷镇私自进行卷烟加工

业务，生产假冒品牌卷烟。2015年12月4日18时许，公安人员会同烟草

部门工作人员冲击上述制假窝点，现场抓获齐某茹、齐某功、王某英、

刘某胜等人，并在上述车间内查获一辆闽D3×××5货车、卷接机组一台

套（接咀机、卷烟机各一台），散装“芙蓉王”烟支、烟丝、盘纸、滤嘴

棒若干。经鉴定，上述散装香烟成品均系假冒注册商标且伪劣卷烟，价

值共计人民币704487.8元。

2015年2月15日，被告人曾某瑞主动到厦门市公安局集美投案，并

如实供述上述2014年9月的犯罪事实。后曾某瑞在取保候审期间因多次

传讯不到案被上网追逃。2016年8月26日，被告人曾某瑞被公安人员抓

获。到案后，被告人曾某瑞能供述上述犯罪事实。但辩称其在庭前供述

中提及介绍的好处是每个月五六千元，虽然谈好预期收益3万元，但因

为后溪镇窝点被破获，实际只拿了两千多元。

【案件焦点】

随着假烟犯罪职业化程度的提升，出现了专门为制售假烟团伙供应

工人，并不直接参与生产的职业。这些人平时不在生产窝点出现，甚至

可能从未进入生产车间，在捣毁窝点时一般也因其不在场而未及时归

案，不能与制售假烟团伙现场被抓获的人员一并受审，只能待其到案后

单独审理，对其行为如何定性。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市思明区人民法院经审理认为：

1.被告人为牟取非法利益，明知他人生产、销售假冒伪劣卷烟制

品，仍积极参与，为制售假烟团伙介绍工人。经鉴定，其介绍工人参与

生产的散装香烟成品均系伪劣卷烟，其行为构成生产、销售伪劣产品罪

的共犯。

2.被告人应当按照其所参与的全部犯罪处罚。鉴于被告人明知其所

介绍工人系为制售假烟团伙制作假烟，且参与接待、接送，曾经到过生

产窝点或将工人送至生产窝点，并与制售假烟团伙商定按月取酬，故被

告人对其介绍工人的假烟生产行为具有概括的犯意，被告人与其介绍工

人生产行为的关联性足以确认。据此，被告人参与的犯罪行为金额应为

其所介绍工人生产的烟草制品货值，亦即生产窝点现场缴获假烟金额的

总和。

3.被告人已经着手实行犯罪，因意志以外原因而未能得逞，是犯罪

未遂。被告人在共同犯罪中起次要、辅助作用，是从犯。被告人在案发

后，虽曾主动投案，但在取保期间断绝联系拒不到案，且系再次作案后

经追逃到案，不构成自首。但因其庭审中能自愿认罪如实供述，可依法

从轻处罚。综上，决定对被告人予以减轻处罚。

福建省厦门市思明区人民法院于2017年6月28日作出（2017）闽

0203刑初307号刑事判决：

一、被告人曾某瑞犯生产、销售伪劣产品罪，判处有期徒刑三年，

并处罚金人民币二十万元；

二、缴获的烟机、烟丝、滤嘴棒、卷烟盘纸、散装烟支予以没收，

并由作出扣押决定的公安机关依法处理。

一审判决后，被告人曾某瑞提出上诉，福建省厦门市中级人民法院

于2017年9月27日作出裁定：驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案是国内首例单纯因为在制售假烟团伙中负责介绍工人，而被判

处生产、销售伪劣产品罪的典型案例，被告人的行为具有典型性。

1.单纯介绍工人、未参与生产的同样构成生产、销售伪劣产品罪

近年来，制售假烟犯罪多发。这类犯罪实施隐蔽，团伙分工精细，

介绍工人属于其中的重要一环。有别于正规烟草生产企业的生产设备已

经全面升级的状况，制假分子使用的烟机多为正规烟草生产企业更新换

代所淘汰的旧机，或者是自己拼装的机器，尚未实现自动化流水生产。

其制假生产方式需要大量的工人，实施捧烟、倒烟丝、放隔离纸、折纸

箱、封箱、称重等具体工作。失去了稳定的工人来源，制售假烟的犯罪

活动将难以为继。

此前，各地查处的制售假烟犯罪，受到惩处的介绍人员一般自身也

有参与假烟生产，为牟取更多的非法利益，而介绍同乡或亲友进入犯罪

团伙。法院以生产、销售伪劣产品罪论处并无争议。随着假烟犯罪职业

化程度的提升，出现了专门为制售假烟团伙供应工人的职业介绍人员。

认定罪与非罪的关键在于能否确认职业介绍人员的主观犯意，以及由此

犯意支配实施的介绍行为与工人生产行为的关联性。

本案中，被告人曾某某为牟取非法利益，明知他人生产、销售假冒

伪劣卷烟制品，仍积极参与制售假烟犯罪团伙活动，先后为两个不同的

犯罪团伙介绍工人多达21名。经鉴定，被告人介绍的工人参与生产的散

装香烟成品均系假冒注册商标且伪劣卷烟，故被告的行为构成生产、销

售伪劣产品罪殆无疑义。被告人在取保候审期间，仍然再次实施犯罪，

进一步证明其主观方面故意，且主观恶性明显。

2.制售假烟团伙中职业介绍人员的犯罪数额认定

被告人应当按照其所参与的全部犯罪金额处罚。鉴于职业介绍人员

并未实际参与生产、销售伪劣产品，在其明知所介绍的工人的工作为制

售假烟的情况下，可以认定这些工人生产、销售伪劣产品的行为并未超

出其预期，被告人对所介绍工人的生产、销售行为具有概括的犯意，应

当为此负责。实践中，职业介绍人员一般还负责接待、食宿、交通以及

接送工人到生产窝点等事务。在生产窝点正常运营的情况下，其可按月

取酬。这些辅助情节，佐证被告人与工人生产行为的关联性。

本案中，被告人明知其所介绍工人系为制售假烟团伙制作假烟，在

后溪镇制假窝点中，被告人招募到8名工人并与制假团伙老板商定每月

收取五六千元酬劳，被告人还曾到制假窝点，看到生产设备和原材料，

了解其所招募工人的生产情况。被告人其对上述工人的生产行为负责毫

无疑义。马巷镇制假窝点，被告人招募到11名工人，并与制假老板商定

每月6千元的酬劳，工人指认被告人在云霄接待食宿，并在随后安排车

辆将其送至生产窝点，被告人与上述工人生产行为的关联性同样足以确

认。据此，被告人犯罪行为金额应为其所介绍工人生产的烟草制品货

值，亦即两处生产窝点现场缴获假烟制品货值金额的总和为1266799.5

元，被告人应为此金额承担刑事责任。

编写人：福建省厦门市思明区人民法院 林鸿

31 微商环境中销售假药既未遂的认定

——谷某某销售假药案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市朝阳区人民法院（2018）京0105刑初2890号刑事判决书

2.案由：销售假药罪

【基本案情】

被告人谷某某通过微信与杨某约定，以人民币4000元每支的价格为

杨某注射“BOTOX瘦脸针”。2017年12月5日14时许，被告人谷某某按照

约定到达北京市朝阳区十八里店乡十里河甲酒店6层准备为杨某注

射“BOTOX瘦脸针”时被民警查获。民警当场从谷某某处起获“BOTOX

瘦脸针”1支。北京市朝阳区食品药品监督管理局认定上述“BOTOX瘦脸

针”按假药论处。

【案件焦点】

在微商环境下，利用互联网、微信、QQ等工具发布销售假药信息

并与对方达成销售合意的，但假药尚未实际销售，是否影响犯罪既未遂

的认定。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为，公诉机关指控被告人谷某某犯

销售假药罪的事实清楚，证据确实、充分，指控罪名成立，量刑建议适

当，应予采纳。鉴于谷某某如实供述所犯罪行，认罪认罚，对其从轻处

罚并适用缓刑，同时宣告禁止令。

北京市朝阳区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百四十一

条、第六十七条第三款、第六十一条、第四十二条、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药品安全刑事案件适用法律

若干问题的解释》第十一条之规定，作出如下判决：

一、被告人谷某某犯销售假药罪，判处拘役四个月，缓刑四个月，

罚金人民币八千元；

二、禁止被告人谷某某在缓刑考验期内从事药品生产、销售及相关

活动；

宣判后，上诉期内北京市朝阳区人民检察院未提出抗诉，被告人未

提出上诉，一审判决生效。

【法官后语】

本案关于被告人的行为属于既遂还是未遂，存在三种意见：第一种

意见认为销售假药罪的既未遂以假药是否卖出成交为认定依据。行为人

将假药卖出去的为既遂，尚未卖出即被抓获的为未遂，因此，被告人的

行为属于未遂。第二种意见认为销售假药罪的既未遂以行为人是否为销

售而买进假药为认定依据。行为人为了销售而购买假药，尚未购进即被

查获的为未遂。已经购进的，不论是否销售均为既遂，因此，被告人的

行为属于既遂。第三种意见认为销售假药罪以假药是否进入实质性交易

环节为既遂，而不论是否已经成交或已经付款。如果行为人意志以外的

原因尚未实施实质性交易行为的为未遂。[[1]因](#p321)此，被告人的行为属于既

遂。

笔者同意第三种观点，销售假药罪的既未遂不以实际售出认定依

据，而以假药是否进入实质性销售环节为标准，但对于实质性销售环节

的理解，本文意见与第三种观点又有所区别：实质性销售环节，不同于

实质性交易环节，行为人为了销售而购买假药，尚未进入销售环节即被

查获的，不认定既遂，视情况认定犯罪未遂或犯罪预备。在微商环境

下，利用互联网、微信、QQ等工具发布销售信息并与对方达成销售合

意的，已进入实质性销售环节，属于犯罪既遂，是否实际售出不影响既

未遂的认定。理由如下：

1.销售假药罪中的销售是指卖出行为，为销售而购买假药的行为不

能成为认定既未遂的标准

（1）根据法律的规定，销售假药是典型的行为犯，只要完成了销

售假药这一作为构成要件的实行行为，即构成犯罪既遂；至于对人体健

康造成严重危害等结果，则构成该罪的加重情节。

由此可见，判断销售假药罪既未遂的关键在于如何认定销售行为实

行终了。而要明确销售行为何时实行终了，则必须对销售一词进行法律

解释。

（2）遵循文义解释和体系解释，销售假药罪中的销售行为指的是

卖出行为。基于文义解释，《现代汉语词典》对销售的释义是卖出（商

品）。[[2]](#p321)就行为性质而言，销售行为属于一种商业性质的交易行为，买

入和卖出构成商事交易的两个基本对合行为。在民商法层面，销售行为

属于合同行为或契约行为中的卖方行为，其行为又包含发出卖出要约、

收取卖方价款、交付货物标的等商事行为。

基于体系解释，我国刑法条文关于“买”和“卖”特定物品构成犯罪的

行为方式存在多种表述，依刑法条文及刑法罪名用语的不同，处罚的行

为类型亦有所差异。大致存在三种立法模式：①同时处罚买和卖的行

为；②只处罚买的行为；③只处罚卖的行为，不处罚单纯买的行为。在

销售假药罪中，刑法条文之所以使用销售而并未使用贩卖、买卖或同时

使用购买、销售等词语，已充分表明刑法语境下与毒品不同，对假药这

一特殊物品，只处罚卖的行为，而不处罚单纯的购买行为。但若行为人

为了销售而购买假药表明行为人的主观目的排斥了单纯性，具有了可责

难性。然而入罪与犯罪的既遂是两个层次，入罪是解决某一行为是否具

有刑事可罚性的问题，既遂是解决某一行为是否达到了完成的状态。为

了销售而购买假药可以入罪，但并非意味着罪名已经既遂。

（3）销售假药罪中的销售必须是实行行为，不能是犯罪意图，未

实施销售行为便不能构成犯罪既遂。按照第二种意见和第三种意见，行

为人为销售而购买，尚未买入即被查获的是未遂；如已买入，证据足以

证实其买入行为是为了销售，不管是否卖出均构成既遂。如果买入后只

要证据证实买入是为了销售即构成既遂，缺失了卖出行为，那么从本质

上处罚的是行为人销售或者卖出的犯罪意图。无行为则无处罚是刑法的

基本理念，刑法不能对单纯的主观意图哪怕是犯罪意图进行处罚。从刑

法规范用语的层面，正如之前所说的，刑法在规制市场交易的买和卖两

类行为时是有明确区分的，如果在规制销售假药时也将为了销售而购买

假药的购买行为进行一并规制，那么刑法条文在规范体系上再作上述三

类区分便失去了意义。

综上所述，行为人为了销售而购买假药的行为具有可罚性，但该购

买行为本身并不能涵盖在销售行为之中，仅有购买假药的行为不能认定

为销售假药罪的既遂，视行为的完成程度，认定为销售假药罪的预备或

者未遂。

2.销售假药罪的客体的特殊性意味着，行为人实施的行为只要进入

实质性销售环节即构成既遂，是否完成卖出行为不影响既未遂的认定

不论是构成要件齐备说，还是犯罪结果发生说，抑或犯罪目的实现

说，其核心的观点是一致的，犯罪未得逞的实质标准是指犯罪行为对刑

法条文保护的法益没有造成实际损害或者具体危险。犯罪未得逞，一般

是指犯罪行为没有发生行为人所希望或者放任的、行为性质所决定的侵

害结果。[[3]简](#p321)单来说，犯罪未得逞就是犯罪未达到既遂，犯罪得逞就是

犯罪达到了既遂。

按照犯罪构成所包含的直接客体单复数的不同，刑法理论上把直接

客体分为简单客体与复杂客体。简单客体，是指一种犯罪行为只侵犯了

一种具体的刑法保护的法益；复杂客体，是指一种犯罪行为同时侵犯了

两种或以上具体的刑法保护的法益。销售假药罪的犯罪客体为复杂客

体，销售假药的行为直接侵犯了国家药品安全管理制度，同时也侵犯了

不特定多数人的生命、健康安全。正是因为销售假药罪的犯罪客体的特

殊性，只要销售假药的行为侵犯了国家药品安全管理制度或者不特定多

数人的生命、健康安全，就构成犯罪既遂。如前所述，作为买卖合同交

易的卖出行为，事实上包含发出卖出要约、收到买方货款、交付货物标

的等一系列行为，在微商时代，行为人在将假药在QQ、微信等传播工

具、平台上发布销售信息并与对方达成销售合意时，就已经侵害了国家

的药品管理制度，行为已经既遂。

这一观点，还可以从刑法的目的或功能的层面进行论证。销售假药

罪中的销售行为，体现为发出卖出要约、收到买方货款、交付标的货物

这样一系列前后相继的交易流程。将销售行为实行终了的时间节点确定

的越靠前，那么刑法对犯罪行为的规制和打击也就越靠前，越有利于实

现刑法打击犯罪、保护人民的功能。当前，我国市场经济秩序依然存在

问题，各类破坏社会主义市场经济秩序的犯罪依然多发，尤其是药品安

全犯罪已经引发社会各界的关注。在这一背景下，从严打击销售假药行

为，从而更有效地惩处该类犯罪，不仅是社会治理的需要，也符合我国

宽严相济的司法政策。

销售假药罪以假药是否进入实质性销售环节为既未遂认定的标准，

是否实际销售不影响既未遂的认定。行为人为了销售而购买假药，尚未

进入销售环节即被查获的，不认定既遂，视情况认定犯罪未遂或犯罪预

备。在微商环境下，利用互联网、微信、QQ等工具发布销售信息并与

对方达成销售合意的，已进入实质性销售环节，属于犯罪既遂，是否实

际售出不影响既未遂的认定。

本案中，被告人通过微信发布销售假药信息并与对方达成销售合

意，收取了定金，其行为已构成既遂。假药虽未实际售出，但不影响既

遂的认定。

编写人：北京市朝阳区人民法院 付想兵 刘杰

32 对危害食品安全犯罪的缓刑如何适用禁止令

——王某某生产、销售有毒、有害食品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省德阳市中级人民法院（2018）川06刑再2号刑事判决书

2.案由：生产、销售有毒、有害食品罪

【基本案情】

2017年9月21日，王某某在经营绵竹市广济镇甲火锅店期间，为了

增加火锅的香味，在炒制火锅底料时，加入罂粟壳粉末，制作火锅底料

50余公斤，掺入火锅汤底中供顾客食用。2017年9月29日，绵竹市食品

药品监督管理局（以下简称绵竹食药监局）执法人员对甲火锅店自制的

火锅底料进行抽样检查。同年10月19日，经德阳市食品药品安全检验检

测中心检测，抽样的火锅底料中检出罂粟碱、吗啡、可待因、那可丁、

蒂巴因等成分，检测结论为不合格。10月21日，绵竹食药监局依法对该

火锅店剩余的38公斤火锅底料予以扣押，并于2017年11月16日依法移交

绵竹市公安局。案发后，王某某经公安机关电话通知后主动到案。

【案件焦点】

1.对危害食品安全犯罪分子予以缓刑处罚的同时，如何对其适用禁

止令，禁止其在缓刑考验期限内从事食品生产、销售及相关活动；2.办

理危害食品犯罪案件中如何使行政执法与刑事司法有效衔接。

【法院裁判要旨】

四川省绵竹市人民法院经审理认为，王某某在生产、销售的食品中

掺入有毒、有害的非食品原料，其行为已构成生产、销售有毒、有害食

品罪。王某某是自首，可以从轻处罚，且无前科，一贯表现良好，适用

缓刑不致再危害社会。

四川省绵竹市人民法院依照《中华人民共和国刑法》（以下简称刑

法）第一百四十四条、第六十四条、第六十七条第一款、第七十二条第

一款、第三款、第七十三条第二款、第三款之规定，作出如下判决：

一、被告人王某某犯生产、销售有毒、有害食品罪，判处有期徒刑

二年，缓刑二年，并处罚金20000元；

二、公安机关依法扣押的火锅底料38公斤，予以没收。

该判决生效后，德阳市人民检察院提起抗诉，认为原判未对王某某

宣告禁止令，违反了《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》（以下简称解释）第十八条的规定，适用法律确有错误。

四川省德阳市中级人民法院经审理认为，根据解释第二十条的规

定，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》

上的物质应当认定为“有毒、有害的非食品原料”。全国食品安全整顿工

作办公室于2008年12月12日公布的《食品中可能违法添加的非食用物质

名单（第一批）》中，包含有罂粟壳，2011年1月3日补充明确罂粟壳的

主要成分为吗啡、那可丁、可待因、罂粟碱。本案中，王某某在甲火锅

店担任厨师期间，在制作用于销售的火锅底料中，掺入有毒有害的非食

品原料罂粟壳粉末，其行为已构成生产、销售有毒、有害食品罪。解释

第十八条规定：“对实施本解释规定之犯罪的犯罪分子，应当依照刑法

规定的条件严格适用缓刑、免予刑事处罚。根据犯罪事实、情节和悔罪

表现，对于符合刑法规定的缓刑适用条件的犯罪分子，可以适用缓刑，

但是应当同时宣告禁止令，禁止其在缓刑考验期限内从事食品生产、销

售及相关活动。”据此，对构成犯罪并判处缓刑的该类被告人，应在判

决时同时宣告禁止令。检察院的抗诉于法有据，应予支持。

四川省德阳市中级人民法院依照刑法第一百四十四条、第六十四

条、第六十七条第一款、第七十二条第一款、第三款、第七十三条第二

款、第三款，解释第十八条，《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二

十五条[[4]](#p322)第一款第二项、第二百四十五条之规定，作出如下判决：

一、维持绵竹市人民法院（2018）川0683刑初50号刑事判决一、二

项，即被告人王某某犯生产、销售有毒、有害食品罪，判处有期徒刑二

年，缓刑二年，并处罚金20000元；公安机关依法扣押的火锅底料38公

斤，予以没收；

二、禁止王某某在缓刑考验期内从事食品生产、销售活动。

【法官后语】

《刑法修正案（八）》对刑法第七十二条作出修改，除对缓刑的适

用条件进一步明确和细化外，还增设一款“宣告缓刑，可以根据犯罪情

况，同时禁止犯罪分子在缓刑考验期限内从事特定活动，进入特定区

域、场所，接触特定的人”，这是禁止令制度在立法上的首次体现，也

是刑罚制度的重要创新。禁止令是一种非刑罚处遇措施，对刑罚起补充

作用，旨在防卫社会，实现对犯罪的特殊预防。对宣告缓刑的犯罪分子

并非必然适用禁止令，但对于实施危害食品安全行为被宣告缓刑的犯罪

分子，人民法院没有选择适用或者不适用禁止令的自由裁量权，而

是“应当”适用，因为食品安全不仅影响着食品领域的生产和销售、企业

的生产和发展，更关乎人民群众的身体健康和生命安全，前述解释第十

八条关于禁止令适用的规定体现了国家对危害食品安全犯罪从严打击、

宽严相济的刑事政策。对危害食品安全缓刑犯宣告禁止令，有助于防止

其重启犯意，促进其改过自新，并在一定程度上弥补缓刑期间的监管缺

位，最大化地发挥缓刑功能。

定罪量刑和适用禁止令是人民法院从法律效果层面对食品安全犯罪

分子的行为作出否定评价，要保障社会效果，提升食品安全治理效能，

尚有待加强与相关责任部门的横向衔接，填补食品安全责任网络的留白

之处。根据《食品安全法》的规定，食品生产、经营领域由县级以上人

民政府食品药品监督管理、质量监督部门负责监督检查，如发现涉嫌食

品安全犯罪的，则按照有关规定及时将案件移送公安机关。实践中，由

于信息缺乏和知情渠道不畅，已移送司法机关追究刑事责任的案件裁判

结果，食品药品监督管理部门往往不当然知晓，将制约刑事课责的社会

效果。一方面，根据《食品安全法》第一百三十五条第二款之规定，被

判处有期徒刑以上刑罚的危害食品安全犯罪分子存在终身性的从业限制

——不得从事食品生产经营管理工作以及担任食品生产经营企业食品安

全管理人员，前述禁止令的效力仅及于缓刑考验期，考验期满后的从业

禁止则不在人民法院的裁判范围内，不发生裁判的法律效力，因此需要

食品监管部门予以管控。另一方面，《刑法》及相关司法解释仅对危害

食品安全犯罪的个人如何苛以刑罚及适用禁止令作出规定，对相关单位

的处理却未予明确，但根据《食品安全法》第一百二十三条第一款、第

二款的规定，对于用非食品原料生产食品、在食品中添加食品添加剂以

外的化学物质和其他可能危害人体健康的物质尚不构成犯罪的，或者明

知从事此类违法行为，仍为其提供生产经营场所或者其他条件的，由食

品药品监督管理部门采取没收违法所得、予以行政处罚等相应措施，即

当混合主体存在违法行为时，各主体均应承担法律责任，因此对继续经

营的单位亟待加强监管。以本案为例，查处单位绵竹食药监局将案件移

送司法处理，未及时跟进和掌握案件的裁判结果，王某某的终身从业禁

止将执行无据；本案打击对象为涉案火锅店的实际经营者，火锅店作为

经营单位未被追究刑事责任，仍继续经营。四川省德阳市中级人民法院

再审作出判决后，基于上述几方面原因，向绵竹食药监局发出司法建

议，敦促该局依法监管，对涉案火锅店的经营行为是否违反相关规定作

出相应评价并依法处理，以免引发不良影响。该局已函告处理情况，并

表示将加强日常监管，严查违法违规行为。

食品安全是社会共同关注的民生热点问题，需积极调动社会各方力

量。健全行政执法与刑事司法的衔接机制，实现信息互通，提升工作合

力，有助于从根本上解决问题，也是食品安全社会共治原则的应有之

意。

编写人：四川省德阳市中级人民法院 李雪梅

（二）妨害对公司、企业的管理秩序罪

33 非国家工作人员主体身份的认定

——田某非国家工作人员受贿案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市海淀区人民法院（2018）京0108刑初402号刑事判决书

2.案由：非国家工作人员受贿罪

【基本案情】

2016年1月至2017年9月，被告人田某利用其在中国人民解放军空军

总医院（地址为北京市海淀区阜成路）门诊部办公室负责预约挂号的职

务便利，倒卖出售空军总医院挂号资格并收取白某（男，36岁，另案处

理）、曾某（男，32岁，另案处理）好处费共计人民币560992元。被告

人田某于2017年9月25日被公安机关抓获归案，该人到案后如实供述了

上述犯罪事实。

针对上述指控，公诉机关提供了相关的证据材料，认为被告人田某

的行为触犯了《刑法》第一百六十三条第一款之规定，已构成非国家工

作人员受贿罪，提请法院对被告人田某依法惩处。

【案件焦点】

1.田某的主体身份如何认定，是否属于国家工作人员；2.犯罪数额

如何认定。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为，被告人田某身为空军总医院聘

任制人员，利用负责该单位劳务活动、技术服务方面工作的职务便利，

非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大，其行为已构成非国家

工作人员受贿罪，应予惩处。北京市海淀区人民检察院指控被告人田某

犯有非国家工作人员受贿罪的事实清楚、证据确凿，指控罪名成立。鉴

于被告人田某系初犯，到案后能如实供认自己的基本罪行，认罪态度较

好；且能主动退交部分违法所得，具有悔罪表现，法院对其依法从轻处

罚。依照《中华人民共和国刑法》第一百六十三条第一款、第六十七条

第三款、第六十四条之规定，判决如下：

一、被告人田某犯非国家工作人员受贿罪，判处有期徒刑一年四个

月；

二、在案扣押赃款人民币二十万元，予以没收；责令被告人继续退

赔剩余违法所得人民币三十六万零九百九十二元，予以没收。

【法官后语】

针对本案存在的争议点，具体分析如下：

1.田某的主体身份问题，是否属于国家工作人员

空军总医院属于部队单位，应具有国有单位性质。田某属于聘用制

合同工，非军人，也非正式在编员工。但根据空军总医院出具的证明，

其参与门诊部的日常管理，按照医院机关通知要求对出诊安排进行维

护，负责出诊考勤和专家临时停诊情况统计分析，以及北京市114预约

挂号信息的导入等工作。2015年11月底，医院开发建立预约平台后，参

与了院内保健号的预约工作。判定田某的主体身份，关键在于判断其是

否属于从事公务的人员。

根据《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》，从事公务是

指代表国家机关、国有公司、企业事业单位、人民团体等履行组织、领

导、监督、管理等职责；公务主要表现为与职权相联系的公共事务以及

监督、管理国有财产的职务活动。那些不具备职权内容的劳务活动、技

术服务工作，如售票员、售货员等大多从事的工作，一般不认为是公

务。

军队医院主要是提供医疗服务保障机构，也为社会提供服务，属于

公共服务事务，保健号是医院给部队领导预留的特殊保障需求。田某主

要负责出诊考勤、数据统计、信息导入等工作，技术服务性质成分与特

征较明显一些，而相应的职权性、特别是监督管理职权性质并不明显，

也与国有资产无关。田某是在提供技术服务过程中，掌握保健号剩余信

息，利用此信息便利和工作便利，非法收受他人财物，为他人谋取利

益。从该角度看，不具备从事公务的明显特征，利用“工作便利”则更为

明显。因此，田某的主体身份应认定为非国家工作人员。

2.关于犯罪数额的认定问题

田某对于收款数额前后有过反复，但始终只承认收了二十多万元。

证人白某最初供认送给田某二三十万元，后来供认给了五六十万元，并

明确自己与田某微信里的钱款往来都是卖号的钱，双方没有其他经济往

来。如何认定犯罪数额也是值得思考的问题。根据调取的微信转账记

录，据公安统计59万元左右，检察院统计56万元左右。但是微信转账记

录属于电子数据，能否作为认定犯罪数额的依据？

微信转账记录属于公安机关依法向腾讯公司调取的计算机系统数

据，程序合法，形式上虽然存在一定瑕疵，但有曾某、白某的证言等其

他证据佐证，以及结合双方交易的市场、交易量等情况分析，微信转账

记录可以作为认定犯罪数额的证据，无需再行审计认定。

3.关于田某的认罪态度认定问题

田某虽供认了利用工作职务便利，倒卖专家号谋取私利的事实，并

供认收受了二十万余元的钱款，但对剩余三十余万元不予认可。是否属

于避重就轻？能否按照如实供述对其从轻处罚？

被告人供认自己身为空军总医院聘任制人员，利用职务便利，非法

收受他人财物，为他人谋取利益的事实，是对基本罪行的供认。虽然田

某对犯罪数额有异议，但作为初犯，主动退交部分违法所得，具有悔罪

表现，再犯可能性小，从有利于刑罚目的的实现出发，应就其如实供述

基本罪行的情节在量刑时予以考虑，依法予以从轻处罚。

编写人：北京市海淀区人民法院 周春秋

（三）破坏金融管理秩序罪

34 高利转贷罪的认定

——黄某高利转贷案

【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625号刑事裁定书

2.案由：高利转贷罪

【基本案情】

2011年3月18日，被告人黄某为借款给他人收取利息，以住房装修

为由向兴业银行股份有限公司厦门分行申请贷款590000元，借款期限12

个月。2011年3月21日，被告人黄某取得贷款资金后没有用于房屋装

修，而于同年3月24日将该笔贷款以月利率2%（2011年10月后变更为

2.5%）转借给陈某某，从中牟利。2012年3月21日，被告人黄某结清该

笔贷款本金、利息。经统计，2011年4月至2012年3月，被告人黄某共支

付该笔贷款利息36349.92元，收取他人利息159300元，通过转贷牟利

122950.08元。

【案件焦点】

如何从主客观方面依法认定被告人黄某的行为构成高利转贷罪。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市思明区人民法院经审理认为，关于被告人黄某的行为

性质及涉案数额的认定问题，分析评判如下：

首先，从申请银行贷款的主观目的来看，证人陈某某、李某某、唐

某某的证言可以相互印证，证实2011年3月初，陈某某因工厂生产需要

资金通过黄某借款，经商议并约定借款期限、利息后，黄某、李某某、

唐某某于2011年3月24日共同出资2000000元借给陈某某；相关个人综合

消费借款合同、银行账户交易明细体现被告人黄某于2011年3月18日向

兴业银行股份有限公司申请住房装修贷款590000元，于同年3月21日通

过邱某某的银行账户取得该笔款项后即于同年3月24日连同其他款项共

计1000000元转账至李某某的银行账户，虽然被告人黄某辩称“其从银行

获取贷款后先归还给其哥哥陈某，再帮他出借给陈某某”，但其对于“因

为陈某某提出借款，其先后找李某某、唐某某等人商量，后于2011年3

月21日以房屋装修的名义向兴业银行申请590000元贷款并通过其账户转

借给陈某某”这一事实供认不讳。据此，可以认定被告人黄某向银行申

请并获取贷款的最终目的就是转贷给陈某某。

其次，从获取银行贷款的客观行为来看，证人李某某的证言与被告

人黄某的供述能够相互印证，证实被告人黄某用于申请住房装修贷款的

厦门市湖里区某小区×号之三2702室已于2011年2月装修完毕，在案的销

售凭单、销售票据、银行转账凭证证实被告人黄某使用个人银行账户支

付了相应的装修款项，然而被告人黄某隐瞒了转贷的目的，在装修结束

后仍以住房装修为名贷款，属于套取银行资金的行为。

其三，从牟利行为及数额来看，被告人黄某通过李某某出借款项给

陈某某，约定利息为2%，后变更为2.5%，而其从兴业银行贷款的月利

率为0.505%，被告人黄某与陈某某约定的利率明显高于其从银行贷款的

利率，具有牟利性；证人陈某某、李某某、唐某某、钟某某、施某某的

证言与银行交易明细相互印证，证实2011年3月24日，被告人黄某出借

款项后，陈某某已按月、足额支付利息，并由李某某、唐某某等人转账

至黄某个人银行账户或者其指定的陈某某银行账户内，被告人黄某庭前

对于收到的利息金额亦予供认，结合其贷款数额、贷款期限及贷款利息

的相关比例计算，被告人黄某的牟利数额可以认定为122950.08元。

其四，反观被告人黄某提出其向银行贷款590000元系先归还此前因

住房装修向哥哥陈某的借款，而后由其操作将陈某的款项借给陈某某的

相关辩解，无法得到在案证人证言的印证，且从资金走向来看，银行放

款的590000元系存入户名为陈某、账号为129380××××××××2948的兴业

银行账户，而证人陈某却对此账户的开户情况及交易明细表示没有什么

印象；出借款项的利息亦均转入黄某个人银行账户及其指定的陈某某银

行账户内，并未转入陈某的个人银行账户，结合证人李某某关于陈某、

陈某某的银行卡均系由黄某控制、使用的证言内容，可以看出相关银行

账户内资金的流转事实上均在被告人黄某的控制之下，其关于该款项先

用于归还陈亮的辩解不足采信。

综上，在案证据足以认定被告人黄某具有高利转贷行为，且违法所

得数额较大，辩护人关于被告人黄某不构成高利转贷罪的相关辩护意见

亦与查明的事实不符，不予采纳。

福建省厦门市思明区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百

七十五条第一款、第三十七条及第六十四条之规定，作出如下判决：

一、被告人黄某犯高利转贷罪，免予刑事处罚；

二、向被告人黄某追缴违法所得人民币122950.08元。

宣判后，黄某不服，提出上诉，二审法院审理过程中，黄某自愿申

请撤回上诉，福建省厦门市中级人民法院裁定准许撤回上诉。

【法官后语】

不法行为人凭借其能向银行获取贷款的特殊条件，将从银行以较低

利息套取的贷款转而以较高利率转贷他人，从中非法牟利，不仅可能导

致银行资金无法按期收回，直接给银行造成经济损失，同时也严重破坏

了国家宏观调控的金融管理秩序。因此，结合本案对高利转贷罪的构成

要件进行研究，具有重大法律价值和社会意义。

1.主观要件方面

高利转贷罪是刑法理论中的目的犯，即以一定的目的作为特定构成

要件要素的犯罪，其目的并不需要客观上被外在化或现实化，目的达到

与否只是判断既遂与未遂的标准，并不影响犯罪构成。该罪在主观方面

表现为故意，即明知是套取金融机构的贷款高利转贷他人的行为而为

之，并且以转贷牟利为目的。

结合本案，从黄某申请银行贷款的主观目的来看，经过证言相互印

证，已经证实因证人陈某某向其借款，其先后找人商量，此后于2011年

3月21日以房屋装修的名义向兴业银行申请了590000元贷款并通过其账

户转借给陈某某。据此可认定，被告人黄某向银行申请贷款的最终目的

是转贷给陈某某。

2.客观要件方面

（1）关于“套取”行为的认定

“套取”，是指行为人编造虚假的贷款理由、伪造不实的贷款条件向

金融机构申请贷款，然而最终没有将该笔贷款资金使用于贷款合同上所

约定的用途，而是以高利转贷给他人的行为。高利转贷罪侵犯的客体是

国家的信贷管理制度，造成有限的资金不能优化利用，且处于高风险状

态，给经济发展和金融安全造成危害。信贷资金的正常运作具备两个条

件，即通过合法渠道取得、按照规定用途使用。二者违反其一都是属于

骗贷行为，都属于“套取”。根据规定，对于信贷资金必须按合同规定的

用途使用，不得变更用途，如原贷款项目已停止，则应当由金融机构收

回贷款。行为人不按规定用途使用贷款，而是转贷给他人牟利，同样是

对金融机构的欺骗，其危害性与事前编造虚假理由骗取贷款的危害性并

无不同。

结合本案，认定本案被告人黄某的行为是否属于“套取”，关键就在

于其是否将这笔贷款用于房屋装修，经法院查证，证实被告人黄某用于

申请住房装修贷款的房屋已于2011年2月装修完毕，但其隐瞒了转贷目

的，装修结束后仍以住房装修为名贷款，属于套取银行资金的行为。

（2）关于“高利”的认定

有学者认为，“高利”是比金融机构贷款利率高出许多的利率，也有

学者认为“高利”是高于金融机构依据中国人民银行的利率规定而确定的

同期同种贷款的利率幅度。这两种观点都给不法分子留下了疏漏，且其

中的利率幅度空间也难以用一个相对科学的标准衡量。为了在最大范围

内维护金融秩序，判断是否“高利”，只要行为人转贷的利率高于其套取

金融机构信贷资金时约定的利率即可，不必要求必须高出多少，达到何

种程度。因为在判断高利转贷行为的危害程度不在于实际的利率，而是

最终的违法所得数额，对于套取信贷资金数额特别巨大，虽然利差很小

但违法所得较大的行为，也应依法追究其刑事责任。

本案中，被告人黄某从兴业银行贷款的月利率为0.505%，而其与陈

某某约定的利息为2%，后变更为2.5%，利率明显高于其从银行贷款的

利率，已符合“高利”的标准。

（3）关于“违法所得数额”的认定

违法所得数额是否达到较大是认定高利转贷罪与非罪的客观标准。

在本罪中，违法所得并不是指套取并转贷的金融机构的信贷资金，而是

指行为人从事高利转贷犯罪所获得的实际收益及孳息。有观点认为，本

罪的违法所得是指高利转贷所得的利息。也有观点认为，本罪的违法所

得指的是高利转贷所得的利息与应支付给金融机构贷款利息之差。利息

差的观点更为合理，行为人从金融机构获取信贷资金，必须向金融机构

支付利息，这部分必须给付的利息并不在行为人的牟利范围之内，因此

不应计入违法所得。

依照《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）》（公通字〔2010〕23号）第二十六条规定，以

转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人，涉嫌下列情形

之一，应予立案追诉：①高利转贷，违法所得数额在10万元以上的；②

虽未达到上述数额标准，但两年内因高利转贷受过行政处罚2次以上，

又高利转贷的。本案中，经法院查证，被告人黄某的牟利数额可以认定

为122950.08元，已经属于数额较大的情形。

编写人：福建省厦门市思明区人民法院 陈毅燕 许晓琳

35 骗取贷款案中欺骗手段的认定

——赵甲、赵乙骗取贷款案

【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（2018）鲁0304刑初145号刑事判决

书

2.案由：骗取贷款罪

【基本案情】

2016年3月，被告人赵乙为获取贷款资金使用，指使被告人赵甲使

用虚假商品购销合同，以淄博甲有限公司名义向淄博市博山区农村信用

合作联社骗取贷款1500万元，虚构贷款用途为购牛奶、酒水，贷款期限

自2016年3月18日至2018年3月17日。贷款到账后，被告人赵甲根据被告

人赵乙的指使，经公司董事会决议，将1500万元转借给被告人赵乙经营

的山东淄博乙有限公司使用。截止到2017年7月27日，甲有限公司已将

该1500万元贷款全部归还淄博市博山区农村信用合作联社。

另查明，被告人赵甲、赵乙有视为自首情节。

【案件焦点】

二被告人的行为是否构成骗取贷款罪，如果构成，如何对其二人准

确量刑。

【法院裁判要旨】

山东省淄博市博山区人民法院经审理认为：被告人赵甲、赵乙虚构

贷款理由，隐瞒真实贷款用途，提供虚假购销合同，骗取金融机构贷

款，严重危害了国家的金融管理秩序，情节特别严重，其二人的行为均

已构成骗取贷款罪。公诉机关指控被告人赵甲、赵乙犯骗取贷款罪成

立。被告人赵甲、赵乙有视为自首情节，当庭认罪悔罪，且骗取的贷款

已全部归还，没有给银行造成损失。综合以上法定量刑情节和酌定量刑

情节，依法对二被告人减轻处罚。二被告人系一般共同犯罪，被告人赵

甲在共同犯罪中罪行相对较轻，在量刑时应予以体现。对被告人赵甲、

赵乙的辩护人所提二被告人的行为不存在其他特别严重情节，主观恶性

小，不构成骗取贷款罪的辩护意见，于法无据，与查明的事实不符，本

院不予采纳。所提二被告人有视为自首情节、系初犯、贷款已经全部归

还，没有给银行造成损失的辩护意见，与查明的事实相符，本院予以采

纳。山东省淄博市博山区人民法院结合二被告人的犯罪事实、性质、情

节、危害后果及归案后的认罪、悔罪态度，依法作出判决：

一、被告人赵乙犯骗取贷款罪，判处罚金人民币八万元；

二、被告人赵甲犯骗取贷款罪，判处罚金人民币六万元。

该判决已发生法律效力。

【法官后语】

本案在审理中存在三种意见：第一种意见认为二被告人的行为构成

骗取贷款罪，并且情节特别严重，应当在有期徒刑三年至七年之间判处

有期徒刑并处罚金；第二种意见认为，二被告人的行为不构成骗取贷款

罪，其虽然有欺骗行为，但已经归还了全部贷款本息，没有给金融机构

造成损失，应当判处二被告人无罪；第三种观点认为，二被告人的行为

构成骗取贷款罪，但其立案后至贷款期限届满前，已经归还全部贷款本

息，没有造成严重损失，虽属情节特别严重，但综合全部量刑情节，可

以单处罚金。

笔者赞同第三种观点，具体分析如下。

1.骗取贷款罪的立法背景

《刑法》第一百七十五条之一规定：“以欺骗手段取得银行或者其

他金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函等，给银行或者其他金融机

构造成重大损失或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘

役，并处或者单处罚金；给银行或者其他金融机构造成特别重大损失或

者有其他特别严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚

金。”该罪是2006年《刑法》修正时增加进来的，鉴于以欺骗手段获取

贷款，往往使得信贷资金的使用无法处于金融机构的正常监管之下，并

处于无法收回的巨大风险之中，很容易给金融机构造成重大损失，并

且，其骗取行为本身也严重扰乱金融管理秩序，危及金融安全。此外，

在打击金融诈骗犯罪中，对“非法占有目的”的认定和取证较为困难，为

了更有力地打击此类犯罪，采取了即使以欺骗手段获取贷款，只要造成

严重损失或者具有严重情节，就可以骗取贷款罪予以打击。

2.对骗取贷款罪的认识分歧

本案中的裁判意见的分歧主要来源于对骗取贷款罪犯罪形态上的认

识分歧。现行至少有五种观点：情节犯、行为犯、结果犯、情节犯加结

果犯、行为犯加情节犯等，并据此从犯罪构成要件上对本罪保护的法益

也产生分歧：有的认为是国家的金融秩序，有的认为是以金融秩序为

主、金融机构的资金使用权为辅，有的认为是国家的金融信贷安全，具

体的就是金融机构的资金所有权。众说纷纭，莫衷一是。犯罪形态上的

分歧，影响着犯罪构成的认定，在骗取贷款罪犯罪构成上，要求以欺骗

的手段获得贷款，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”。笔者认为，这里“或者”一词表明两者是并列关系，造成

重大损失并非构成本罪的唯一构成要件，具有“其他严重情节”的，也可

以构成本罪。所谓有其他严重情节，通常是指：骗用金融资金的手段十

分恶劣；使巨额金融资金陷入巨大风险；多次欺骗金融机构；曾受处罚

后又欺骗金融机构等。因此，从犯罪形态上讲，本罪应属于结果犯和情

节犯，与盗窃罪有类似之处。在本案中，二被告人的行为没有给金融机

构造成重大损失，从结果犯的角度，二被告人的行为不符合骗取贷款罪

的犯罪构成。那么，从情节犯的角度，二被告人的行为是否具有其他严

重情节，则需要结合案件具体情况进行分析、评判。

3.从欺骗手段分析，是否具有其他严重情节

根据《刑法》规定，欺骗是被告人获得贷款的重要手段，被告人的

行为是否具有其他严重情节，需要审查其欺骗手段的恶劣程度。在审理

实践中，欺骗手段多种多样：有的是编造投资项目，有的是伪造资产损

益表，有的是伪造购销合同，掩盖真实贷款用途，有的是伪造抵押手续

或担保人身份证明等，但不论怎样欺骗，都是为了使金融机构错误地向

其发放贷款。其中，编造虚假材料、掩盖所负巨额债务、夸大偿付能

力，以及伪造抵押担保手续等，给金融机构放贷带来的风险最为严重。

实务中，骗取贷款的手段并非局限于抵押或其他担保手续。如果行为人

有合法、有效的担保，不影响金融机构最终通过行使担保权收回贷款，

就此认为不构成骗取贷款罪的话，其所实施的欺骗手段就不具有刑事违

法性，其欺骗性质则属于一般的民事欺诈行为。据此，抵押担保手续是

否真实、合法有效，就会成为区别贷款行为中民事纠纷和刑事犯罪的唯

一标准。但实际情况显然并非如此。

首先，欺骗手段又有其特定的内涵。根据“以欺骗手段取得银行或

者其他金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函等”，这说明欺骗手段

与发放贷款构成因果关系，金融机构是基于这种欺骗手段产生错误认

识，才予以发放贷款，并且按照贷款审批标准，这种情况是不符合发放

贷款的条件的，属于错误发放贷款。因此，欺骗手段必须具备上述作

用，才属于刑法规定的本罪欺骗手段。对欺骗手段应做好实质性审查，

如果存在合法、有效抵押的前提下，仅仅是一般的欺骗行为，不影响对

贷款发放的实质性审查标准，就不宜简单地认定为“其他严重情节”。

其次，二被告人欺骗手段的危害性。本案中二被告人的欺骗手段

是：制造虚假的购销合同，隐瞒贷款的真实用途。《贷款通则》第七十

一条规定：“借款人有下列情形之一，由贷款人对其部分或全部贷款加

收利息；情节特别严重的，由贷款人停止支付借款人尚未使用的贷款，

并提前收回部分或全部贷款：一、不按借款合同规定用途使用贷款

的……”这说明谎报贷款用途，不符合发放贷款的实质性条件。国家之

所以对贷款用途进行严格审查，并在贷款使用过程中予以监督，就是为

了确保对信贷资金进行宏观掌控，为国家金融决策提供真实可靠的依

据，同时减少金融风险。实践中，金融机构严禁用贷款进行股本权益性

投资、经营房地产业务、套取贷款相互借贷牟取非法收入等行为。正是

因为谎报贷款用途，带来很多不可控的资金流通，破坏经济秩序，甚至

引发新的民事纠纷和刑事案件发生，危害社会管理秩序。

最后，二被告人欺骗行为的情节是否严重及相应程度。一方面，被

告人赵甲在甲有限公司中持有的股权，是代为赵乙持有的股权。其在赵

乙的授意下，通过召开董事会形成决议，以公司的名义申请贷款，并用

公司的楼房提供抵押担保。获得的贷款通过淄川公司直接回款，借给赵

乙的公司使用。赵甲的行为侵害了公司的利益，使公司的资产处于风险

之中，同时使公司其他股东因此利益受损进而到公安机关进行控告。应

该说，二被告人的欺骗行为，侵害了公司和他人的利益，破坏了社会管

理秩序。另一方面，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）》第四十四条的规定，“……涉

嫌下列情形之一的，应予立案追诉：（一）违反规定为他人出具信用证

或者其他保函、票据、存单、资信证明，数额在一百万元以上的……

（五）其他情节严重的情形”。山东省高级人民法院相关指导意见规

定，骗取贷款数额达500万元的，可以认定为情节特别严重。本案二被

告人骗取贷款数额达1500万元，远超入罪标准的五倍以上，参照上述相

关规定，应当认定为情节特别严重。

综上，二被告人虚构贷款理由，隐瞒真实贷款用途，提供虚假购销

合同，骗取金融机构贷款，严重危害了国家的金融管理秩序，情节特别

严重，其二人的行为均已构成骗取贷款罪。考虑到二被告人已经在贷款

期限届满前全部归还贷款本息，且贷款期间提供了有效的抵押担保，降

低了回收贷款的风险，综合其二人具有的法定量刑情节和酌定量刑情

节，依法对二被告人减轻处罚，予以单处罚金。

编写人：山东省淄博市博山区人民法院 张显营

36 骗取贷款罪中有关损失和其他严重情节的认定

——王某某等骗取贷款案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省广州市天河区人民法院（2017）粤0106刑初423号刑事判决

书、（2017）粤0106刑初423号刑事裁定书

2.案由：骗取贷款罪

【基本案情】

2012年4月至2013年3月，被告人王某某、方某以广州市甲有限公司

（以下简称甲公司）的名义，指使被告人宋某某收集、提供虚假资料，

虚构编造与相关企业的经济合同和相关交易资料，并提供广州市海珠区

滨江中路东沙街××号304铺、滨江中路××号303铺、滨江中路××号302

铺、滨江中路东沙街××号204铺、滨江中路××号203铺、滨江中路江景

街×号301铺、肇庆市乙度假区××楼等物业（贷款时对上述物业所作的评

估价格共计约人民币5.7亿元），先后四次向肇庆端州农村商业银行股

份有限公司（以下简称端州农商行）及贷款社团共计贷款人民币3.85亿

元。至案发前，被告人王某某、方某共计归还人民币1.476亿元，其余

本金人民币2.374亿元未偿还。后由于上述贷款到期后甲公司无力偿

还，端州农商行及贷款社团已就上述贷款纠纷起诉至广东省肇庆市中级

人民法院；后广东省肇庆市中级人民法院委托评估公司对其中五个物业

进行评估，价值时点为2016年3月3日，评估价格共计约人民币2.46亿

元。

2012年11月，被告人王某某与邹某等人在广东省四会市以广州市丙

有限公司（以下简称丙公司）为贷款主体，以虚构的贸易合同为由，指

使被告人宋某某收集、提供伪造的贸易合同和单据、财务资料等虚假资

料，并提供四会市丁投资有限公司（以下简称丁公司）位于四会市东城

街道黄岗村委会“四连”公路北侧的地块作抵押（贷款时对该物业所作的

评估价格约为人民币1.18亿元），向四会市农村信用合作联社及怀集县

农村信用合作联社（以下简称怀集县农信社）申请贷款人民币6000万

元。至本案案发前，被告人王某某与邹某等人仅归还本金人民币120万

元，尚欠本金人民币5880万元。至今四会市农村信用合作联社及怀集县

农信社未就该贷款纠纷提起民事诉讼。

2015年9月18日，被告人王某某、方某被抓获归案；2016年2月24

日，被告人宋某某被抓获归案。

在本案审理过程中，邹某的家属通过代偿和购买债权的方式向广东

四会农村商业银行股份有限公司（原四会市农村信用合作联社，以下简

称四会农商行）归还本金人民币5880万元和利息人民币20万元，四会农

商行表示贷款本金没有损失及谅解邹某。

【案件焦点】

骗取贷款案中，在存在真实、足额抵押、担保的情况下，是否认定

金融机构存在损失以及如何认定“有其他严重情节”。

【法院裁判要旨】

广东省广州市天河区人民法院经审理认为：

一、本案现有证据证实，被告人王某某、方某在以甲公司的名义向

端州农商行及贷款社团贷款时以及被告人王某某等人以丙公司的名义向

四会农商行及怀集县农信社贷款时均提供了物业作抵押，根据贷款时的

价格评估以及房产查册资料，该抵押是真实、足额的。至本案案发时，

端州农商行及贷款社团正在通过民事途径进行追偿，四会农商行及怀集

县农信社甚至尚未采取民事途径进行追偿。而且，在本案审理过程中，

参与向四会农商行及怀集县农信社贷款的邹某的家属通过偿还贷款及购

买债权的方式向银行方面偿还了剩余贷款本金5880万元和利息20万元，

四会农商行出具书面材料表示贷款本金没有损失。由于公诉机关未能提

供证据证实端州农商行及贷款社团、四会农商行及怀集县农信社遭受了

实际损失。因此，公诉机关对被告人的行为造成银行特别重大损失的指

控事实不清、证据不足，不予支持。

二、现有证据证实，被告人王某某、方某、宋某某结伙在1.2亿元

贷款、7500万元贷款、2012年及2013年前后两笔9500万元贷款中提供虚

假贷款资料，另外，王某某还参与在6000万元贷款中提供虚假资料；即

王某某、宋某某先后五次以欺骗手段取得银行贷款，涉案金额共计4.45

亿元，方某先后四次以欺骗手段取得银行贷款，涉案金额共计3.85亿

元。虽然现有证据证实被告人在上述贷款提供了真实、足额的抵押，现

有证据无法证实银行遭受了损失，但是，被告人王某某、方某、宋某某

使用欺骗手段获取贷款的行为多达四至五次，而且贷款总额达三亿至四

亿余元，且几乎都是在前一次贷款尚未还清的情况下继续贷下一笔款

项，致使金融机构的巨额资金置于高风险之中，应当认定为刑法第一百

七十五条之一规定的“有其他严重情节”，其三人行为均已构成骗取贷款

罪。

三、邹某仅参与了一宗贷款，金额为6000万元，并提供足额担保。

虽然在该宗贷款中，被告人同样使用了虚假资料，在案发前同样未能归

还贷款，但邹某仅实施了一次欺骗行为，而且在本案审理过程中，邹某

的家属通过购买债权的方式向银行偿还了全部贷款，实际上银行亦已经

不会遭受损失。因此，邹某的行为既没有造成银行方面严重损失，也不

具有“有其他严重情节”的情形，其行为不符合骗取贷款罪的犯罪构成要

件，不构成骗取贷款罪。

在宣告判决前，公诉机关以证据有变化为由要求撤回对被告人邹某

的起诉，广东省广州市天河区人民法院认为公诉机关要求撤回起诉符合

法律规定，依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼

法〉的解释》第二百四十二条的规定，作出如下裁定：

准许广州市天河区人民检察院撤回对被告人邹某的起诉。

广东省广州市天河区人民法院依据《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、第二十五条、第二十

六条、第二十七条、第六十七条第三款、第七十二条、第七十三条之规

定，作出如下判决：

一、被告人王某某犯骗取贷款罪，判处有期徒刑二年二个月十五

日，并处罚金人民币五万元；

二、被告人方某犯骗取贷款罪，判处有期徒刑二年二个月十五日，

并处罚金人民币五万元；

三、被告人宋某某犯骗取贷款罪，判处有期徒刑八个月，缓刑一

年，并处罚金人民币五千元。

【法官后语】

本案属于典型的骗取贷款案，骗取贷款次数多、金额大，审理的重

点在于查明被告人的行为是否造成金融机构重大损失以及明确“其他严

重情节”的认定标准。

关于在存在真实、足额抵押、担保的情况下，是否认定金融机构存

在损失的问题。笔者认为，对商业上的担保贷款而言，关键是有无真实

有效的资产进行抵押，只要担保单位可靠和抵押物足额，其他资料、手

续纵有虚假，也不致给银行和其他金融机构造成重大损失，不致危害金

融管理秩序。这从银行等金融机构在发放贷款的过程中更多考虑的是贷

款的安全性，银行借款合同的中心也是围绕着借款与还款来进行足见一

斑。在本案中，所有的贷款业务均存在真实、足额的抵押，银行方面享

有优先受偿权，至案发时，银行方面或者正在通过民事途经进行追偿或

者尚未采取民事途经进行追偿。因此，在没有证据证明抵押物不足以覆

盖贷款的情况下，不能认定银行方面存在损失，更不应该无视抵押物的

存在，将没有归还的全部贷款本金认定为银行方面遭受的重大损失。

在如何判断被告人的行为是否具有法条中规定“有其他严重情节”的

问题上，司法实践中，某些司法机关直接按照《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）》第二十七

条规定的情形进行认定的做法过于偏激。尤其对于该规定将骗取贷款的

数额规定为100万元作为立案标准，而不考虑是否给银行等机构造成损

失，是与《刑法》条文本身相悖的。因此，笔者认为，上述追诉标准的

规定只适合作为审判人员进行定罪时的一个参考因素之一，而不能作为

判断标准。关于这个问题，《〈中华人民共和国刑法修正案（六）〉的

理解与适用》[[5]从](#p322)立法原意上作出了比较清晰的解读：“本条罪与非罪

的界限除了看其是否采用欺骗手段外，是否‘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’也是一个非常重要的判断标准。这

主要是指以欺骗手段获得贷款、票据承兑、信用证、保函等银行信用以

后，造成骗取的贷款不能归还，给银行造成重大损失的；采用的欺骗手

段十分恶劣；多次欺骗金融机构；因采用欺骗手段受到处罚后又欺骗金

融机构的等情形。对于虽然采用欺骗手段从银行获得贷款，但数额不大

的，或者虽然数额较大但在案发前已经归还了贷款或者在案发后立即归

还了贷款的，可以认为不属于本条规定的‘其他严重情节’。”笔者认为，

上述内容显然已经对“其他严重情节”作出比较清晰的界定，该界定也是

符合立法者增加第一百七十五条之一的本意，可以作为判案时的重要判

断标准。具体到本案中，被告人王某某、宋某某先后五次以欺骗手段取

得银行贷款，涉案金额共计4.45亿元，被告人方某先后四次以欺骗手段

取得银行贷款，涉案金额共计3.85亿元。由于房地产市场的价格是不稳

定的，房地产变现过程漫长，银行的庞大资金是处于巨大的风险之中，

且三名被告人的欺骗行为多达四至五次，在司法实践中，多次通常也理

解为三次及三次以上。因此，即便涉案贷款有足额抵押，银行方面可能

不存在严重损失，但根据被告人提供虚假资料获得贷款的次数，可以认

定为“有其他严重情节”，符合骗取贷款罪的定罪标准。

编写人：广东省广州市天河区人民法院 梁晓文

37 在非法吸收公众存款案中提供网络技术、设备服务

行为的性质与责任认定

——王某等非法吸收公众存款案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

浙江省台州市中级人民法院（2018）浙10刑终145号刑事判决书

2.案由：非法吸收公众存款罪

【基本案情】

2015年7月、8月，被告人王某认识了邵某满、王某丹、李某呈（均

已起诉）后，与李某（另案处理）一起向邵某满、王某丹、李某呈介

绍、推广网络融资平台，后邵某满等三人设立“万京贷P2P平台”，由被

告人钱某、陈某、徐某瑞、忻某林提供技术指导、培训，在平台上发布

年化收益18%，并设置具有投标奖励的投标项目，向社会不特定人员吸

收资金。2015年9月18日平台运行至同年12月31日，共计吸收人民币500

余万元。

2015年10月开始，经被告人王某等人介绍、推广，由钱某、陈某、

徐某瑞、忻某林提供技术指导、培训，徐某兵、王某文、狄某燕、潘某

兵、应某欢等人（均另案处理）分别成立“欧邦贷P2P平台”“吉宏贷P2P

平台”“东田财富P2P平台”“优特财富P2P平台”“万众创投P2P平台”，向社

会不特定人员吸收资金，其中“欧邦贷P2P平台”共计吸收人民币700余万

元，“吉宏贷P2P平台”共计吸收人民币800余万元，“东田财富P2P平

台”共计吸收人民币500余万元，“优特财富P2P平台”共计吸收人民币500

余万元，“万众创投P2P平台”共计吸收人民币190余万元。

温岭市人民检察院指控称，被告人王某、钱某、陈某、忻某林、徐

某瑞与人结伙，通过设立P2P网络平台非法吸收公众存款，扰乱金融秩

序，数额巨大，其行为已构成非法吸收公众存款罪，系共同犯罪。

被告人王某的辩护人提出被告人王某等人把P2P平台建好后即退

出，平台资金不受他们控制，在整个吸收公众存款过程中只提供软件技

术培训等服务，未直接参与吸收存款、并收取固定技术培训费用，在共

同犯罪中仅起辅助作用，应系从犯；其他被告人的辩护人提出四被告人

相对被告人王某在共同犯罪中的作用亦仅起到辅助作用，均应系本案共

同犯罪中的从犯。

【案件焦点】

对技术、设备服务提供商在非法吸收公众存款罪中所起的作用及地

位如何认定，即主从犯如何认定。

【法院裁判要旨】

浙江省温岭市人民法院经审理认为，被告人王某、钱某、陈某、忻

某林、徐某瑞与人结伙，通过设立P2P网络平台非法吸收公众存款，扰

乱金融秩序，数额巨大，其行为已构成非法吸收公众存款罪，系共同犯

罪。公诉机关指控罪名成立。鉴于被告人钱某、陈某案发后自动投案，

并如实供述其犯罪事实，系自首，被告人钱某劝说同案犯自首，有立功

表现；被告人王某、徐某瑞、忻某林归案后如实供述犯罪事实，且均当

庭自愿认罪，五被告人均积极退还部分赃款，决定对被告人王某、徐某

瑞、忻某林依法分别予以从轻处罚；对被告人钱某、陈某依法分别予以

减轻处罚。综上，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、第六十七条第一款、第三款、第六十八条、第

六十四条之规定，判决如下：

一、被告人王某犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑三年三个

月，并处罚金人民币十二万元；

二、被告人钱某犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑二年二个

月，并处罚金人民币七万元；

三、被告人陈某犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑二年六个

月，并处罚金人民币八万元；

四、被告人忻某林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；

五、被告人徐某瑞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；

六、被告人王某犯罪所得人民币十六万元；被告人钱某违法所得人

民币二十六万元；被告人徐某瑞违法所得人民币二十六万元；被告人忻

某林违法所得人民币二十六万元；被告人陈某违法所得人民币二十六万

元，依法予以没收。

一审宣判后，五被告人以原判涉案数额认定有误、原判未区分主从

犯并认定其为从犯不当为由提出上诉，检察院未提出抗诉。

浙江省台州市中级人民经审理认为，上诉人（原审被告人）王某主

动联系，积极推介P2P平台的融资功能特性，使徐某兵等人产生非法吸

收公众存款的故意而委托其搭建P2P平台，吸存款数额巨大，扰乱金融

秩序；上诉人（原审被告人）钱某、陈某、忻某林、徐某瑞接受委托搭

建P2P平台，为他人非法吸收公众存款提供技术支撑，起帮助作用，涉

案数额巨大，五上诉人的行为均已构成非法吸收公众存款罪。系共同犯

罪，其中钱某、陈某、忻某林、徐某瑞系起次要辅助作用的从犯，依法

予以减轻处罚。原判未正确区分主从犯不当，予以纠正。钱某、陈某案

发后自动投案，并如实供述犯罪事实，系自首；钱某劝说同案犯自首，

有立功表现；王某、徐某瑞、忻某林归案后如实供述犯罪事实，依法均

可从轻处罚。在案查明王某的违法所得为38.5万元，钱某、陈某、忻某

林、徐某瑞的违法所得均为27万元，原判认定各上诉人违法所得不当，

予以纠正。钱某、陈某、忻某林、徐某瑞积极退清全部赃款，王某退还

部分赃款，可予酌情从轻处罚。钱某、陈某、忻某林、徐某瑞有悔罪表

现，根据上述法定、酌情量刑情节，依法予以减轻处罚并适用缓刑。钱

某、陈某、忻某林、徐某瑞的上诉理由及各自辩护人的辩护意见，合理

部分予以采纳。原判对王某定罪和适用法律正确，量刑适当，王某请求

从轻改判的理由不能成立，不予采纳。原审审判程序合法。依照《中华

人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条[[6]第](#p322)一款第二项，《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、第六十七条第一款、第三款、第六十八

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

四条之规定，判决如下：

一、维持浙江省温岭市人民法院（2017）浙1081刑初1224号刑事判

决第一项，即被告人王某犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑三年三

个月，并处罚金人民币十二万元；撤销判决的其他部分；

二、上诉人（原审被告人）钱某犯非法吸收公众存款罪，判处有期

徒刑一年六个月，缓刑二年，并处罚金人民币五万元；

三、上诉人（原审被告人）陈某犯非法吸收公众存款罪，判处有期

徒刑一年八个月，缓刑二年，并处罚金人民币六万元；

四、上诉人（原审被告人）忻某林犯非法吸收公众存款罪，判处有

期徒刑二年，缓刑三年，并处罚金人民币七万元；

五、上诉人（原审被告人）徐某瑞犯非法吸收公众存款罪，判处有

期徒刑二年，缓刑三年，并处罚金人民币七万元；

六、上诉人（原审被告人）王某犯罪所得人民币三十八万五千元，

上诉人钱某、陈某、忻某林、徐某瑞的各自违法所得人民币二十七万

元，依法予以没收，上交国库。

【法官后语】

至于犯罪数额的认定。根据2011年的《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》的规定，非法吸收或者变

相吸收公众存款的数额，以行为人所吸收的资金全额计算。案发前后已

归还的数额，可以作为量刑情节酌情考虑。犯罪数额的认定直接影响被

告人的定罪量刑。“P2P案件”因被害人遍及全国各地，理想的证据确实

充分的认定当然是有参与人的报案记录、言词证据与相关的合同、会计

账簿等书证，但出于各种因素集资参与人可能不能全部报案，对于没有

报案集资人的金额如何认定。

本案中，对于集资参与人有无报案来确定犯罪数额，有两种意见。

意见一：要有明确的参与人报案记录及笔录。本罪应与诈骗罪区

分，应有明确的受害对象。本罪在案发前，集资参与人与集资人之间的

集资关系属于合法民事合同关系，适用民法中的意思自治原则。实践

中，许多案件在集资参与人出于各种因素考虑，部分被害人前期投资行

为弥补了后期的亏损，其视为可接受范围，且对犯罪数额认定中，尚需

考虑上文提到的到期续存、支付本金、利息等情节，因此不能认定。

意见二：不能机械局限于参与人的言词证据。实践中许多案件难以

做到所有证据都完备，而不予认定这一部分的犯罪数额，可能有放纵犯

罪之嫌，在后续的执行过程中，也易引起集体信访。参与人的言词证据

仅是认定非法吸收公众存款罪的证据之一，而不是唯一。

本案中，被告人钱某、陈某、徐某瑞、忻某林具有搭建P2P平台的

业务专长，知道P2P平台的功能特性，其使用他人设计的P2P平台系统

软件，为融资客户搭建P2P平台，并为客户公司提供技术指导、员工培

训，使客户能运用P2P平台得以融资。在案的各融资客户起始对P2P平

台如何运作并不了解，在平台上发布年化收益18%，设置具有投标奖励

的投标项目，所融资金并未进入第三方托管账户，系听从被告人等告知

而为。客户的融资离不开四被告人前期所搭建的P2P平台及提供的业务

指导，故四被告人应对客户使用搭建的P2P平台非法吸收资金数额承担

责任。结合最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理非法集

资刑事案件适用法律若干问题的意见》规定：办理非法集资刑事案件

中，确因客观条件的限制无法逐一收集集资参与人的言词证据的，可结

合已收集的集资参与人的言词证据和依法收集并查证属实的书面合同、

银行账户交易记录、会计凭证及会计账簿、资金收付凭证、审计报告、

互联网电子数据等证据，综合认定非法集资对象人数和吸收资金数额等

犯罪事实。故不能机械局限于参与人的言词证据。

各被告人的作用地位，即主从犯如何认定。责任主义是近代刑法的

一个基本原理，P2P案件多为共同犯罪，各共同犯罪人在整个共同犯罪

中所处的地位、作用、参与程度等不同，各自所应承担的刑事责任也不

同。本案中，对技术、设备服务提供商在非法吸收公众存款罪中所起的

作用及地位，即主从犯如何认定问题，成为案件审理中的争议焦点：

观点一：应为从犯。设备商只为集资人融资提供技术帮助，部分人

员系履职行为，且未从集资参与人手中吸收任何存款，不参与经营活

动，所起作用较小，不应认定为主犯。

观点二：区分对待。集资人经设备商介绍，才了解P2P平台的功能

特性，并为集资人提供技术指导、员工培训，使集资人能运用P2P平台

得以融资。所得的融资款，也系经设备商告知，未进入第三方托管账

户。可见，集资人的犯意系由设备商所引起，集资人的融资行为也离不

开设备商前期搭建的P2P平台及提供的指导。因部分人员系履职行为，

也取得搭建平台的固定报酬。故设备商的主要负责人，应认定为共同犯

罪中的主犯。

观点三：应为主犯。设备商向集资人提供技术帮助，收取固定收

益，在吸收公众存款整个共同犯罪中，均积极参与，仅分工不同，其作

用、获益与投资者基本接近，不宜区分主从犯。

结合本案，被告人钱某、陈某、忻某林、徐某瑞受王某委托为客户

搭建P2P平台，在安装好操作系统，对客户员工进行技能培训能使用

P2P平台后即退出，本身不掌控客户吸存的资金及使用情况，所得的是

搭建平台的固定酬劳。但基于四被告人的业务特性，明知融资方式不合

法而放任不管，客观上为他人非法吸收资金提供帮助，故不论相对于委

托者王某，及实际融资客户而言，四被告人起的是次要辅助作用，应认

定为从犯。

综上，被告人钱某、陈某、忻某林、徐某瑞构成非法吸收公众存款

罪。系共同犯罪，其中钱某、陈某、忻某林、徐某瑞系起次要辅助作用

的从犯，依法予以减轻处罚。故法院对四被告人减轻处罚并适用缓刑适

当。

编写人：浙江省温岭市人民法院 金烜

38 非法吸收公众存款罪犯罪数额的认定

——靳某丽等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（2018）京02刑终98号刑事判决书

2.案由：非法吸收公众存款罪

【基本案情】

2015年1月至2015年12月，郑某智（在逃）在北京市丰台区南四环

西路甲中心×号楼×层设立乙公司，后伙同陈某货、靳某丽、孙某国、李

某雪、高某锋、刘某、任某等人，违反规定，将虚假投资项目包装

成“月赢通”“单季赢”“乙金宝”等年化收益7%～14%的理财产品进行销

售，以承诺还本付息为诱饵，通过媒体宣传、培训讲座、业务员推介等

途径，向社会公开宣传，以此方式非法吸收公众存款，后因资金链断裂

至众多投资人钱款无法返还。

其中陈某货非法吸收公众存款共计2亿余元。靳某丽非法吸收公众

存款共计3亿余元。孙某国非法吸收公众存款共计8000余万元。李某雪

非法吸收公众存款共计6000余万元。高某锋非法吸收公众存款共计3800

余万元。刘某非法吸收公众存款共计3000余万元。任某非法吸收公众存

款共计2000余万元。

【案件焦点】

1.已经归还的金额及投资人续投的金额是否应该从犯罪数额中扣

除；2.亲友是否属于不特定对象，其投资金额是否应予以扣除。

【法院裁判要旨】

北京市丰台区人民法院经审理认为：被告人陈某货、靳某丽、孙某

国、李某雪、高某锋、刘某、任某结伙非法变相吸收公众存款，扰乱金

融秩序，数额巨大，其行为均已构成非法吸收公众存款罪，依法应予处

罚。被告人非法吸收公众存款罪的犯罪数额应该累加计算，已经归还的

金额及投资人续投的金额以及亲友投资的金额均不从犯罪数额中扣除。

北京市丰台区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百七十六条、

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

条第一款、第三款、第六十四条、第六十一条之规定，作出如下判决：

一、被告人陈某货犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑四年，并

处罚金人民币十二万元；

二、被告人靳某丽犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑三年，并

处罚金人民币八万元；

三、被告人孙某国犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑四年六个

月，并处罚金人民币十五万元；

四、被告人李某雪犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑二年六个

月，并处罚金人民币八万元；

五、被告人高某锋犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑三年九个

月，并处罚金人民币十万元；

六、被告人刘某犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑三年六个

月，并处罚金人民币九万元；

七、被告人任某犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑三年，并处

罚金人民币六万元；

八、追缴各被告人违法所得，返还投资人；

九、已冻结的涉案账户内资金及随案移送的钱款并入本判决书第八

项执行，随案移送的扣押物品予以变价，所得价款并入本判决书第八项

执行，未随案移送的扣押物品由扣押机关依法处理。

靳某丽、孙某国、高某锋、刘某及任某提出上诉。

北京市第二中级人民法院经审理认为，一审法院根据七人犯罪的事

实、性质、情节和对社会的危害程度所作出的判决，定罪及适用法律正

确，审判程序合法，对扣押款物的处置亦无不当，对陈某货、靳某丽、

孙某国、高某锋、任某、李某雪的量刑适当；因二审出现新证据，对高

某锋的犯罪数额认定有误，依法予以纠正，但不影响对高某锋的量刑；

一审未认定刘某具有自首情节不当，依法予以认定并改判原判对刘某所

判处的刑罚。故作出以下判决：

一、维持北京市丰台区人民法院（2017）京0106刑初30号刑事判决

的第一项、第二项、第三项、第四项、第五项、第七项、第八项、第九

项；

二、撤销北京市丰台区人民法院（2017）京0106刑初30号刑事判决

的第六项。即被告人刘某犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑三年六

个月，并处罚金人民币九万元；

三、上诉人（原审被告人）刘某犯非法吸收公众存款罪，判处有期

徒刑三年三个月，并处罚金人民币八万元。

【法官后语】

1.关于被告人吸收资金后为此支付的利息是否应该从犯罪金额中扣

除的问题，一种观点认为利息应该作为归还的本金部分从犯罪金额中扣

除，另一种观点认为根据最高人民法院《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》（以下简称《解释》）第三条第三款规

定：非法吸收或者变相吸收公众存款的数额，以行为人所吸收的资金全

额计算。案发前后已归还的数额，可以作为量刑情节酌情考虑。由此，

案发前后归还的数额，包括本金及利息，均不能从犯罪数额中扣减，而

应只作为量刑情节考虑。

笔者同意第二种观点。理由如下：

（1）非法吸收公众存款罪属于破坏金融管理秩序罪下的罪名，其

犯罪客体为金融信贷管理秩序，与侵犯财产型犯罪不同，其是一种募集

资金的行为，主观上不需要以非法占有为目的，客观上不是一种直接谋

取利益的行为。行为人违反金融市场准入规定，未经行政许可从事吸收

公众存款，每次收到吸收的资金后就已完成既遂状态，并不以实际损失

或行为人非法占有数额为构成要件。

（2）行为人承诺给予的利息也属于不正当竞争手段，其以保本付

息的方式吸收存款，实质上是在经营银行等金融机构的揽储业务，但实

质上又不具备银行对抗风险的能力，难以保障投资人的财产安全，故其

行为一旦实施，即使为此支付利息，其对我国金融管理秩序与信用制度

的破坏也已经形成，故被告人支付给投资人的利息不应该从犯罪金额中

扣除。

2.关于合同续签后，本金是否可以累加的问题。本案部分合同在到

期后，投资人没有取出本金，而是由投资人与被告人续签合同，继续投

资。辩护人辩称基于本金没有退回给投资人，该本金系行为人基于一个

犯意吸收资金的行为，应该以投资人初次交付给行为人的金额作为犯罪

数额，续签之后金额不再累加。这一观点没有把握续签合同的本质特

征。

被告人每完成一次吸收资金的活动，即完成一次非法吸收公众存款

的行为，吸收资金金额当然累加。续投行为实际是将前一笔本金归还，

然后再投入。类比合同到期后，投资人将存款取出后，在很短的时间内

又与被告人重新签订投资合同，投入等额本金，这部分本金应该累加不

存在争议。因此，投资人在不取出本金的前提下，只要重新签订一次合

同，就意味着之前的投资关系结束，产生新的吸收资金的行为，应当累

计计算犯罪金额。

3.关于亲友是否属于特定对象的争议，被告人及其辩护人认为，根

据《解释》第一条第二款规定：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，

故而向亲友吸收资金的行为属于向特定人员吸收资金，数额应该从犯罪

金额中扣除。这里涉及一个不特定人群的认定问题。笔者认为，认定亲

友为“特定人员”具有严格的限制，其前提是未向社会公开宣传，即不具

有“公开性”，其次是必须面对亲友中的特定对象吸收资金，被告人应当

结合投资者承担风险的能力与人数因素等筛选出合适的人选，明确提示

投资风险和资金总量，即不具有“社会公众性”。

2019年1月30日出台的《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意

见》第五条第一款规定：“非法吸收或者变相吸收公众存款构成犯罪，

具有下列情形之一的，向亲友或者单位内部人员吸收的资金应当与向不

特定对象吸收的资金一并计入犯罪数额：（一）在向亲友或者单位内部

人员吸收资金的过程中，明知亲友或者单位内部人员向不特定对象吸收

资金而予以放任的；（二）以吸收资金为目的，将社会人员吸收为单位

内部人员，并向其吸收资金的；（三）向社会公开宣传，同时向不特定

对象、亲友或者单位内部人员吸收资金的。”但本案数位被告人通过媒

体宣传、培训讲座、业务员推介等途径宣传，不设定任何标准和人数，

不考察投资人具体情况，只要出资即予以接纳，从主观上看，其具有向

社会公众吸收资金的概括故意，此时其吸资对象不论是亲友还是其他社

会公众，都是行为人基于同一犯意支配下的吸收行为的对象，属性相

同，都是不特定对象。因此，本院认为该案中行为人向其亲友推销吸收

的资金应当计入犯罪数额，但对于行为人本人购买的资金应从犯罪数额

中扣除。

编写人：北京市第二中级人民法院 谭劲松 王芊雯

39 非法吸收公众存款罪中“社会公众” 范围的认定

——叶某华、康某红非法吸收公众存款案

【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501号刑事裁定书

2.案由：非法吸收公众存款罪

【基本案情】

2013年11月至2015年12月，被告人叶某华、康某红共谋吸收资金。

被告人叶某华以“罗汉哥”“佛祖”的名义拉拢不特定的信众，组织标会，

以利息回报等为诱饵吸收“会仔”入会；被告人康某红负责记账并使用部

分吸收资金。二被告人非法集资共计3070400元，可查实给被害人造成

直接经济损失1096100元。2017年1月24日，公安机关将被告人叶某华抓

获归案。2017年2月22日，被告人康某红主动至厦门市公安局湖里分局

投案。

【案件焦点】

叶某华主要向其相识之人吸收存款，但对其相识之人再行招揽存款

人持积极态度，是否可认定为向社会公开宣传、向社会不特定对象吸收

资金。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市湖里区人民法院经审理认为：叶某华、康某红结伙变

相吸收公众存款，累计达人民币3070400元，数额巨大，扰乱金融秩

序，其行为均已构成非法吸收公众存款罪。本案系共同犯罪，叶某华在

共同犯罪中起主要作用，系主犯；康某红在共同犯罪中起次要作用，系

从犯，应从轻处罚。康某红自动投案并如实供述犯罪事实，当庭亦自愿

认罪，系自首，可从轻处罚。

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

七十六条，第二十五条第一款，第二十六条第一款，第二十七条，第六

十七条第一款、第三款，第七十二条第一款、第三款及第六十四条的规

定，作出如下判决：

被告人叶某华犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑四年，并处罚

金人民币五十万元；被告人康某红犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒

刑三年，缓刑五年，并处罚金人民币三十万元；同时责令被告人叶某

华、康某红退赔被害人相应的经济损失。

宣判后，被告人叶某华提出上诉，主要上诉意见是认为叶某华与被

害人均为亲友关系，没有向社会公开宣传，也没有向社会公众即社会不

特定对象吸收资金，其行为不构成非法吸收公众存款罪。

福建省厦门市中级人民法院经审理认为：在案证据证实，上诉人叶

某华吸收资金的对象没有范围和身份的限制，并非仅限于其亲友。部分

被害人与叶某华并不相识，系通过与叶某华相识之人介绍入会，通过相

识之人招揽他人入会是叶某华向社会公开宣传的手段。上诉人叶某华的

行为符合非法吸收公众存款罪的构成要件。

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[[7]第](#p322)一款第一项的规定，作出如下裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

1.规定“社会公众”要件的立法目的

《刑法》第一百七十六条规定了非法吸收公众存款罪。《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

对《刑法》第一百七十六条中规定的“非法吸收公众存款或者变相吸收

公众存款”的四个要件进行了明确，其中包括向社会公众即社会不特定

对象吸收资金。之所以要强调“社会公众”即社会不特定对象，原因就在

于从社会危害性来看，针对不特定对象吸收资金，影响的范围广，对这

种行为的防控能力弱，风险较大。从侵犯的法益来看，针对不特定对象

吸收资金的行为具有开放性，涉及人数众多，不仅侵犯存款人的财产

权，还侵犯了国家的金融管理秩序，社会危害性大。

2.“社会公众”范围的认定

吸收资金的对象是否特定，要看犯罪行为人对吸收资金对象的身份

和范围是否作出限制。如果对身份、范围不作限制，则可认定行为人是

向社会不特定对象吸收资金。行为人有无向社会不特定对象吸收资金的

故意，不能从结果倒推，而要看其行为表现。即使实际上存款人为行为

人认识的人，也不能就此否认行为人吸收资金对象的不特定性。在本案

中，叶某华在组织标会过程中，没有对“会仔”的身份和范围作出限制，

吸收资金的对象并不仅限于其亲友。虽然从叶某华吸收资金的实际情况

来看，入会的主要是其认识的人，但叶某华对其相识之人再行招揽“会

仔”持积极的态度。叶某华不认识这部分“会仔”，对他们的偿还能力、

信用状况没有相当程度认知的情况下仍接受他们入会，可见其吸收资金

的对象并非特定。叶某华通过其相识之人再行招揽“会仔”入会，是其向

社会公开宣传的一种手段。

3.“针对特定对象吸收资金”这一除外情形的适用

《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》）第一条第二款规定，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。该《解释》明确了非法吸收公众存款罪的除外情

形。《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事

案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》）中关于“社会公

众”的认定明确了不属于《解释》第一条第二款规定的“针对特定对象吸

收资金”的情形，其中包括在向亲友吸收资金的过程中，明知亲友向不

特定对象吸收资金而予以放任的。

对《解释》规定的除外情形和《意见》对该情形的限制，在适用时

要注意两个问题，一是亲友的范围。亲友即亲戚朋友。亲戚的范畴相对

比较清楚，朋友的范围则不甚明确，不同的人对朋友的范围理解不同，

但无论如何宽泛，也不宜将认识的人都定义为朋友。在本案中，与叶某

华相识的“会仔”不能笼统地都认定为其亲友。二是“明知亲友向不特定

对象吸收资金”中“不特定对象”的范围。在向亲友吸收资金过程中，明

知亲友向不特定对象吸收资金而予以放任的，属于向社会公众吸收资

金。这里的“不特定对象”应该是对于吸收资金的行为人来说的“不特

定”。实践中，吸收资金行为人的亲友可能再向他的亲友吸收资金，这

种情况下，虽然这些人对于行为人的亲友来说是特定的，但对行为人来

说，这些人的身份和范围不可预知，是不特定的，应属于“亲友向不特

定对象吸收资金”。如非如此理解，《解释》规定的除外情形排除的范

围就太大了，将给不法分子可乘之机，不利于打击此类犯罪。

编写人：福建省厦门市中级人民法院 陈姝

40 洗钱罪中“明知” 心理状态的认定

——姜某军、刘某章洗钱案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

山东省滨州市滨城区人民法院（2018）鲁1602刑初358号刑事判决

书

2.案由：洗钱罪

【基本案情】

2011年1月至2011年4月，时任惠民县委常委、组织部长的高某先

（已判决）利用职务之便套取公款1909891.6元，后安排惠民县委组织

部工作人员卞某冬将上述公款以卞某冬个人名义存入银行账户，其中

1706681元为卞某冬个人存折、203210.6元为4张户名为卞某冬的存单，

卞某冬将上述存折、存单交给高某先，上述款项均为高某先贪污所得。

2015年3月，高某先的妻子被告人姜某军安排在中国建设银行中海

支行分理处上班的表外甥女李某将上述1903210.6元从卞某冬银行账户

取出，存入李某个人银行。被告人姜某军安排李某先将1700000元通过

银行转账方式转给在北京开宾馆的表姐夫被告人刘某章处，由被告人刘

某章再将该款项转至被告人姜某军的儿子高某。被告人刘某章明知是贪

污贿赂犯罪所得仍将该1700000元按照被告人姜某军安排转账至高某银

行账户。被告人姜某军又安排李某将203210.6元通过银行转账方式转给

其持有的张某彩（被告人刘某章的妻子）的银行账户下，后被告人姜某

军将该存有该款项的银行卡交给高某。

另查，2018年5月29日，被告人刘某章经公安机关电话通知到案。

【案件焦点】

被告人犯洗钱罪的证据是否充分，是否构成“明知”心理状态。

【法院裁判要旨】

山东省滨州市滨城区人民法院经审理认为，被告人姜某军、刘某章

明知是贪污贿赂犯罪所得及其产生的收益，为掩饰其来源和性质，通过

转账方式协助近亲属转移与其职业或者财产状况明显不符的财物，其行

为均已构成洗钱罪，依法应处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单

处罚金。在共同的洗钱犯罪过程中，被告人姜某军起主要作用，系主

犯，被告人刘某章起次要作用，系从犯，依法应当从轻处罚。被告人刘

某章主动到案，但其在第一、二次讯问时未如实供述公安机关已掌握的

主要犯罪事实，不符合自首的构成要件，其辩护意见，本院不予采纳。

被告人姜某军、刘某章当庭自愿认罪，且为可能判处的罚金刑提供财产

保障，酌情均可从轻处罚。

据此，山东省滨州市滨城区人民法院对被告人姜某军依照《中华人

民共和国刑法》第一百九十一条第三项、第二十五条、第二十六条第一

款、第七十二条、第五十二条、第五十三条之规定；对被告人刘某章依

照《中华人民共和国刑法》第一百九十一条第三项、第二十五条、第二

十七条、第七十二条、第五十二条、第五十三条之规定，判决：

被告人姜某军犯洗钱罪，判处有期徒刑二年缓刑二年，并处罚金十

万元。

被告人刘某章犯洗钱罪，判处有期徒刑十个月缓刑一年，并处罚金

八万五千元。

【法官后语】

根据《刑法》第一百九十一条之规定，洗钱罪属于故意犯罪，其主

观构成须以“明知”为要件，即行为人明知是贪污贿赂犯罪等犯罪的所得

及其收益，为掩饰、隐瞒其来源与性质，而提供资金账户协助转移财

物。在我国刑事司法实践中，虽然洗钱犯罪的上游犯罪较为常见，但真

正以洗钱罪定罪的案例却较为少见，原因就是司法机关证实行为人“明

知”的心理状态是一件困难的事情，不易操作。本案的审理重点即在于

查证被告人的主观心理状态为“明知”。现行《刑法》第一百九十一条规

定了洗钱犯罪的主观罪过形式是明知，但未作具体界定。最高人民法院

于2009年11月4日公布了《关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干

问题的解释》（以下简称《洗钱罪解释》），对“明知”的认定问题进行

了具体规定。《洗钱罪解释》采取了“概括+列举式”的表述方式明确

了“明知”的一般认定原则与七种具体情形，同时增加“但有证据证明确

实不知道的除外”的但书规定，允许被告人可以反驳，以此来保障无罪

的人免受刑事追究。因此，准确理解和正确适用《洗钱罪解释》，是办

理洗钱犯罪案件的关键。

本案中，被告人姜某军对其丈夫高某某的职业和财产状况有全面的

了解，被告人刘某章供述称协助转账时“怀疑”款项与高某某、姜某军的

职业和财产状况明显不符，但二被告人仍分别协助高某某转移贪污贿赂

所得及其收益190余万元、170万元，且没有证据证明二被告人确实不知

道所转移的款项系犯罪所得及其收益，因此应当根据《洗钱罪解释》第

一条第二款第六项“协助近亲属或者其他关系密切的人转换或者转移与

其职业或者财产状况明显不符的财物的”认定二被告人明知该款项系犯

罪所得及其收益。被告人姜某军、刘某章的行为均已构成洗钱罪。

编写人：山东省滨州市滨城区人民法院 李贵青

（四）金融诈骗罪

41 网上开发虚拟理财交易平台并以传销方式归集资金

的犯罪认定

——陈某峰集资诈骗，魏某通组织、领导传销活动案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省灵宝市人民法院（2017）豫1282刑初514号刑事判决书

2.案由：集资诈骗罪，组织、领导传销活动罪

【基本案情】

2014年下半年，被告人魏某通以“深圳甲有限公司”的名义在互联网

上宣传网站开发。同年11月，被告人陈某峰让魏某通为其开发带有复利

性质的结算系统网站，后魏某通联系南京乙有限公司法人代表张某权，

按照陈某峰的要求编制网站程序源代码，魏某通购买该程序源代码后在

互联网上先后为陈某峰开发了“万达复利”“万达3M”“中国梦”“青春

188”等理财交易平台。被告人陈某峰以深圳市丙有限公司的名义制作虚

假资料，通过互联网和微信群等进行宣传，承诺投入1500元到30000元

不等的资金，即可注册成为“万达复利”等理财产品的会员或报单中心，

并且每天还可以得到固定比例的高额分红，会员再发展他人加入还可以

得到更高比例的推荐奖和依层级顺序的见点奖等奖励（奖励和分红均为

虚拟的“万达币”），购买或出售虚拟万达币和人民币的比例是1∶1，投

资1500元5年变成103万元。陈某峰以此为诱饵发展会员加入“万达复

利”等所谓的理财交易平台并要求会员再发展下线，按照一定的顺序形

成层级关系，陈某峰收取下线的费用后，给下线注册成为会员或者开通

报单中心，在系统上以“万达币”的形式给下线分红和奖励，向下线出

售“万达币”。

2016年2月1日，湖北省咸宁市通山县工商行政管理局因陈某峰构成

组织、领导传销行为，对其作出行政处罚决定，责令其停止违法行为、

消除社会影响，并处没收261.6万元；罚款138.4万元。后被告人陈某峰

通过手机微信、短信与魏某通商量逃避有关部门处理的方法，并指使魏

某通关闭“万达复利”网站。从“万达复利”网站开通至关闭期间，被告人

陈某峰及下线应某泉（已判刑）、江某琴、刘某佳、林某成、陈某国等

人在全国范围内发展了大量会员加入“万达复利”等理财交易平台，会员

超过1600人，总层级11级。陈某峰通过其农业银行和建设银行账户、支

付宝等收取应某泉、陈某国、林某成等人转来的下线会员注册、购

买“万达币”等资金共计46339896.05元。

【案件焦点】

1.如何区分集资诈骗罪与组织、领导传销活动罪；2.以组织、领导

传销活动获取利益归集的资金是否应收缴。

【法院裁判要旨】

河南省灵宝市人民法院经审理认为，被告人陈某峰以非法占有为目

的，开发、使用违法的“万达复利系列理财交易平台”，进行虚假宣传，

诱以高额回报，操纵该平台欺骗参加者进行投资理财，以传销的方式非

法集资，数额特别巨大，同时构成组织、领导传销活动罪和集资诈骗

罪，依法应择一重罪处罚，故对被告人陈某峰的行为应以集资诈骗罪定

罪处罚。被告人魏某通为陈某峰开发“万达复利系列理财交易平台”，帮

助陈某峰欺骗参加者以缴纳一定费用的方式获得加入资格进行投资理

财，引诱参加者继续发展他人参加，骗取钱财，扰乱经济社会秩序，情

节严重，其行为已构成组织、领导传销活动罪，应予惩处。被告人魏某

通的违法所得数额应当以查明数额2467065.66元予以认定。其对陈某峰

的组织、领导传销活动起到了帮助作用，在共同犯罪中起辅助作用，是

从犯，应当减轻处罚。被告人陈某峰亲属退缴赃款50万元，被告人魏某

通亲属退缴全部赃款，均可酌情从轻处罚。被告人陈某峰的辩护人提出

被告人陈某峰的亲属能够退缴部分赃款，建议酌情从轻处罚的辩护意

见，理由正当，予以采纳。被告人魏某通的辩护人提出应当以组织、领

导传销活动罪对被告人魏某通定罪处罚，被告人魏某通系从犯，其亲属

能够积极退赃，建议从宽处罚的辩护意见，理由正当，予以采纳。

河南省灵宝市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百九十二

条、第二百二十四条之一、第二十五条第一款、第二十七条、第五十二

条、第五十三条、第六十四条的规定，作出如下判决：

一、被告人陈某峰犯集资诈骗罪，判处有期徒刑十三年，并处罚金

人民币50万元。

二、被告人魏某通犯组织、领导传销活动罪，判处有期徒刑二年，

并处罚金人民币30万元（已缴纳）。

三、被告人陈某峰违法所得46339896.05元及孳息，予以追缴（已

退缴、追缴部分在执行时予以扣除）；被告人魏某通退缴的违法所得

2467065元，予以没收，上缴国库。

【法官后语】

本案处理重点主要在于解决区分集资诈骗罪与组织、领导传销活动

罪以及以组织、领导传销活动获取利益归集的资金是否收缴的问题。

1.集资诈骗罪与组织、领导传销活动罪中“以非法占有为目的”的不

同表现形式

集资诈骗罪与组织、领导传销活动罪的主要区别在于是否具有非法

占有的目的，集资诈骗罪“以非法占有为目的”的主要表现形式为：

（1）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；（2）肆意挥霍集资款，致

使集资款不能返还的；（3）携带集资款逃匿的；（4）将集资款用于违

法犯罪活动的；（5）抽逃、转移资金、隐匿财产、逃避返还资金的；

（6）隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，逃避返还资金的；

（7）局部交代资金去向，逃避返还资金的；（8）其他可以认定非法占

有目的的情形。组织领导传销活动罪主观上也具有非法牟利的动机，但

该牟利行为主要不是通过非法占有经营中所接触的他人财物来实现，而

是通过所谓的“经营活动”来实现，主要从参与传销活动人员缴纳的费用

或者购买商品、服务费用中非法获利。参与传销活动人员是否认为被

骗，不影响骗取财物的认定。

2.对同一犯罪事实中不同行为人的非法占有目的，应区别情形具体

认定

本案证据显示，被告人陈某峰是万达复利等网站的开办者，其对利

用该网站组织、领导传销活动获得的收益有支配权，其获得的4600余万

元，部分转账到自己其他银行账户，部分转账到妻子曾某、女儿陈某账

户，其中转入其妻子曾某账户共计14007091.64元，转给其女儿陈某数

额达17397500元。以上款项被用于购买房产、理财产品及消费等。故被

告人陈某峰的行为符合《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》第四条第二项“肆意挥霍集资款，致使集资

款不能返还的”，应认定为“以非法占有为目的”。被告人陈某峰的行为

同时触犯组织、领导传销活动罪和集资诈骗罪两个罪名，应当择一重罪

处罚。

本案被告人魏某通对陈某峰的非法占有目的并不知情，其不具有诈

骗的故意，但其在制作该理财交易平台的过程中，对陈某峰利用万达复

利平台进行传销活动有清楚的认识，故其行为应构成组织、领导传销活

动罪；且其在整个传销活动中起到了帮助的作用，应认定为从犯。

3.对于以组织、领导传销活动获取利益归集的资金，应当予以追

缴，上缴国库

被告人陈某峰系以组织、领导传销的方式获取利益，非法加入传销

组织人员缴纳的费用，应全部认定为违法所得，予以追缴，上缴国库。

对于因同一传销行为曾经被行政处罚，已经缴纳罚款的，依法在执行时

可以扣除。

编写人：河南省灵宝市人民法院 徐博学 张波瑞

42 对恶意透支信用卡行为人非法占有目的的认定

——王某信用卡诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院（2018）京03刑终192号刑事裁定书

2.案由：信用卡诈骗罪

【基本案情】

2013年2月，被告人王某办理光大银行信用卡一张，后在北京市朝

阳区等地通过消费、取现等形式恶意透支本金人民币28万余元，2013年

9月10日最后一次还款100元后，经银行多次催收后三个月仍不归还，后

被公安机关查获归案。归案后被告人王某在家属的帮助下归还全部本

息，获得银行谅解。

【案件焦点】

如何判断王某是否具有非法占有的目的。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为：被告人王某以非法占有为目的

恶意透支，数额巨大，其行为扰乱了金融秩序，已构成信用卡诈骗罪，

依法应予惩处。鉴于被告人王某归案后如实供述，当庭自愿认罪，案发

后积极退赔，挽回损失，故对其依法从轻处罚。关于被告人不具有非法

占有目的的辩解，北京市朝阳区人民法院认为，资金用途并非认定非法

占有目的考虑的关键，被告人的行为符合相关司法解释关于非法占有目

的的认定，对此意见不予采纳；关于自首的辩护意见无事实和法律依

据，不予采纳。其余相关合理辩护意见酌予采纳，并在法定刑幅度内进

行了最大限度的考虑。

北京市朝阳区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百九十六

条第一款第四项、第六十七条第三款、第五十二条、第五十三条、第六

十一条及《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》第六条之规定，判决如下：

被告人王某犯信用卡诈骗罪，判处有期徒刑五年，罚金人民币五万

元。

一审宣判后，王某提起上诉。上诉理由是：其没有非法占有目的和

诈骗的故意，到案后积极配合司法机关工作，符合自首成立条件，且已

还清全部欠款并补偿了银行的损失，原判对其量刑过重。

北京市第三中级人民法院经审理认为，信用卡诈骗罪非法占有目的

的认定，不仅要考虑行为人透支信用卡之前的还款能力、款项的实际用

途，也要看透支后无法偿还的理由以及是否有积极归还的意愿和行为，

所以，透支钱款的实际用途并非认定行为人是否具有非法占有目的的唯

一要素；本案中，在案光大银行出具的信用卡消费还款记录、催收记录

及被告人王某在侦查阶段的供述等可以证明，在光大银行两次有效催收

后超过3个月的时间内王某并无还款行为，其间，王某虽提出月还款两

三千元的请求，但双方并未达成一致意见；王某虽将透支钱款用于投资

经营，后期因经营不善导致暂时无还款能力，但在银行向其催收长达三

年多的时间内，其不仅无任何还款行为和表示，还以变换联系电话等方

式躲避银行催收，显见其具有逃避债务的非法占有目的，其行为符合法

律及司法解释规定的信用卡诈骗罪成立要件，应依法追究其刑事责任。

对于王某及其辩护人所提王某符合自首成立条件、银行损失已挽回、原

判量刑过重等上诉理由和辩护意见，经查，王某系被公安机关抓获归

案，不符合自首成立条件；其在本案中所具备的从轻处罚情节，一审法

院在量刑时均已考虑，对其所处刑罚亦在法定幅度内，并无不当，王某

及其辩护人所提该点上诉理由和辩护意见无事实及法律依据，不予采

纳。综上，一审法院认定王某犯信用卡诈骗罪的事实清楚，证据确实、

充分，根据其犯罪的事实，犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度所

作出的判决，定罪和适用法律正确，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照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二

百二十五条[[8]](#p322)第一款第一项之规定，裁定如下：

驳回王某的上诉，维持原判。

【法官后语】

根据《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》第六条第二款的规定，透支资金

的用途、还款意愿均是判断行为人是否具有非法占有目的时应当考察的

情节。我们认为，公诉机关应举证证明透支资金的流向和具体方式，而

证明透支资金用途正当的责任应由行为人承担，且透支资金用途正当不

必然推定行为人无非法占有目的；还款意愿的判断应以行为人透支信用

卡后的表现、还款计划是否切合实际、是否与银行达成合意等因素为标

准。

1.对透支资金用途的考察

透支资金的实际用途可以在一定程度上反映行为人的主观动机、有

无归还透支资金的主观故意和实际可能性。如果行为人将透支资金用于

赌博、吸毒、风险性投资等消耗性支出，且透支前不具有还款能力，可

以判断其具有非法占有透支资金的主观故意。经公诉机关举证，银行交

易明细显示，自2013年2月5日至2013年5月3日，王某存在多笔刷卡消

费、取现行为，透支数额共计63.613万元，王某供述其通过某些单位进

行大额套现，钱款用于外贸经营过程中支付货款。辩护人向法院提交了

被告人王某的护照、俄罗斯居住证、证人视频录像等证据，用以证明王

某从2009年至2013年一直在俄罗斯莫斯科经商，透支钱款用于经营使

用，用途正当，并未肆意挥霍，故不具有非法占有目的。对此，我们认

为，在案证据仅显示王某以取现或消费的形式透支使用信用卡，辩护人

提交的证据亦难以证明被告人王某将透支资金实际用于经营活动。退一

步讲，即使在案证据能够证明被告人王某对透支资金的用途具有正当

性，“非法占有目的”的判断不是“唯后果论”，亦不是“唯用途论”，即不

能单纯以行为人透支钱款的实际用途是否正当来孤立评价非法占有目的

的有无，透支钱款的用途并非判断非法占有目的的唯一因素。

2.还款意愿的认定

还款意愿这一情节较为主观，对该情节的判断需要落实到客观可考

的行为表现中。行为人透支信用卡后的表现、还款计划是否切合实际、

是否与银行达成合意等因素均是判断还款意愿的可参考标准。经查，在

透支使用信用卡后，王某共还款34.8889万元，欠银行本金28.7241万

元，息费53420.28元，总计340661.28元。银行提供的催收笔录显示，银

行于2013年9月9日开始进行催收，王某于9月10日还款100元；2013年10

月29日至2014年6月23日，银行多次联系王某还款，王某表示生意亏

损，无还款能力，希望用15年时间偿还欠款，对此银行未予同意；2014

年6月23日至2017年6月，银行拨打王某多部手机，显示停机或关机，王

某预留的居住地址已更换；银行拨打王某申领信用卡时所留单位电话，

单位表示王某早已离职；拨打王某父母家中电话亦无人接听。后银行于

2017年7月5日报案。王某到案后对其透支信用卡后无法归还及银行催收

后，变更联系方式，未通知银行的情况供认不讳。

辩护人认为，王某在使用信用卡前期基本能按时还款，后期尝试与

银行达成还款协议，具有还款意愿，不具有非法占有目的。对此，我们

认为虽然王某在使用信用卡前期基本能够按时偿还欠款，但在中国光大

银行两次有效催收后超过3个月以及后续长达三年多的时间内，王某并

无还款行为，还以变换联系电话等方式躲避银行催收。此外，根据《商

业银行信用卡业务监督管理办法》第七十条规定，“在特殊情况下，确

认信用卡欠款金额超出持卡人还款能力、且持卡人仍有还款意愿的，发

卡银行可以与持卡人平等协商，达成个性化分期还款协议。个性化分期

还款协议的最长期限不得超过5年”。本案中，被告人王某虽向银行提出

以15年时间偿还欠款的请求，但双方并未就新的还款周期、方式、金额

等事项达成一致意见，不能就此认定王某具有还款意愿。

3.以时间为脉综合判断行为人是否具有非法占有目的

我们认为，对于《刑法》第一百九十二条第一款第四项规定的恶意

透支型信用卡诈骗罪，在审理时可以时间为脉络，综合审查行为人在申

领信用卡时、使用信用卡过程中、银行催收过程中的客观行为，从而判

断行为人有无非法占有钱款的故意。对于申领信用卡阶段，应重点考察

行为人是否使用虚假资信材料申领信用卡、是否具有还款能力、此前的

信用记录等因素。对于使用信用卡阶段，应以行为人透支钱款的方式、

用途以及透支数额与其还款能力是否成比例、还款行为等为重点，非法

占有目的必须存在于透支时。对于银行催收欠款阶段，应着重审查行为

人未按规定还款的原因、银行是否进行有效催收、行为人是否以逃匿、

改变联系方式等手段逃避银行催收，是否有抽逃、转移资金，隐匿财

产，逃避还款的行为。前文所述透支资金用途、还款意愿的判断即是使

用信用卡阶段、银行催收欠款阶段需要考察的要素。

对于本案中的申领信用卡环节，经查，被告人王某供称其于2009年

来京务工，曾在北京某信息技术有限公司任技术维护部经理，后于2011

年下半年从该公司离职，离职后从事外贸生意。2013年1月18日，王某

向中国光大银行申请办理乐惠金卡信用卡，申请办理乐惠金卡时，王某

在申请单上填写的工作单位、职务及年收入均是其已离职的前工作单位

北京某信息技术有限公司，并通过该公司出具了在职证明，谎称其在该

单位工作。后光大银行审批其申请单后给予其30万元的授信额度。一般

而言，银行要根据行为人提供的身份材料和资信证明材料，才能全面评

估行为人的还款能力和信用情况，从而准予相应的透支额度。虽辩护人

提出王某从事外贸经营，具有一定的还款能力，但其在明知相关申请材

料会影响信用卡审批及额度高低的情况下，故意虚构工作单位、职务及

年收入，其申领信用卡行为具有一定的欺骗性，使银行对其还款能力产

生误判，从而批准通过较大的透支额。但需要注意的是，该行为不同于

《刑法》第一百九十六条第一款第一项规定的“使用以虚假的身份证明

骗领的信用卡的”行为，如果以完全虚假的信息骗领信用卡并透支的不

属于恶意透支型的信用卡诈骗，而是构成骗领型的信用卡诈骗罪。

就本案而言，被告人王某透支前的还款能力、透支资金用途缺乏证

据支持，同时在案证据证实王某使用虚假材料申领信用卡，使用信用卡

过程中存在多次大额透支、套现行为，在银行有效催收后长达三年时间

无还款表示和还款行为，且变换联系方式躲避债务，综合判断被告人王

某各环节行为，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 刘泽 孙淼淼

43 行为人非法持有大量来历不明的信用卡，按照他人

指示取出卡内的钱款后收取提成的行为应当如何定性

——张某华妨害信用卡管理案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省信阳市罗山县人民法院（2017）豫1521刑初211号刑事判决

书

2.案由：妨害信用卡管理罪

【基本案情】

2015年12月22日下午，被告人张某华明知登记他人名字的银行卡来

源不明的情况下，仍携带该12张银行卡及帽子、眼镜、口罩等伪装物

品，于当日下午从湖北省孝昌县乘坐出租车到罗山县朱堂乡朱堂街道伺

机取款。当日夜晚22时许，其戴着帽子、眼镜、口罩经过伪装后到罗山

县农村商业银行朱堂支行门口自动取款机前长时间占用自动取款机进行

取款及转款操作。当日夜晚22时49分被该行监控中心值班人员发现并报

警，罗山县公安局民警在取款现场将其当场抓获，并查获现金84000

元、扣押了涉案银行卡12张及作案工具平光眼镜一副、口罩一个、迷彩

帽一顶。

另查明，被查获的12张银行卡登记户名分别为吕某（3张）、高某

（3张）、张某仪（2张）、冯某平（1张）、曾某（3张）。经侦查人员

核实，银行卡登记户主高某、张某仪、冯某平、吕某本人或亲属均证明

涉案银行卡不是本人办理的。

【案件焦点】

行为人非法持有大量来历不明的信用卡，按照他人指示取出卡内的

钱款后收取提成的行为应如何定性。

【法院裁判要旨】

河南省信阳市罗山县人民法院经审理认为：被告人张某华非法持有

他人银行卡十二张，数量较大，其行为构成了妨害信用卡管理罪。公诉

机关指控被告人张某华犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪，仅提供了被告人供

述、涉案银行卡部分登记卡主证言等证据，但未提供上游犯罪事实的证

据，上游犯罪事实是否成立以及系何类犯罪尚待查实；张某华供述称其

知道涉案银行卡来路不明，但不认可知道是网络电信诈骗所得，现有证

据亦不能证明其持有的银行卡的款项系网络电信诈骗所得。故公诉机关

指控张某华明知银行卡系电信诈骗所得，其行为犯掩饰、隐瞒犯罪所得

罪，事实不清，证据不足；但张某华非法持有他人信用卡，数量较大，

其行为符合妨害信用卡管理罪的构成要件。其到案后如实供述了非法持

有他人银行卡的事实，依法可以从轻处罚。

河南省信阳市罗山县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百

七十七条之一第一款第二项、第六十七条第三款、第五十二条、第六十

四条之规定，作出如下判决：

一、被告人张某华犯妨害信用卡管理罪，判处有期徒刑二年，并处

罚金人民币二万元；

二、涉案款物及作案工具由扣押机关罗山县公安局依法处置。

宣判后，检察机关未提出抗诉，被告人亦未提起上诉，判决已经发

生法律效力。

【法官后语】

1.上游犯罪事实无法查证，不能认定被告人构成掩饰、隐瞒犯罪所

得罪

《最高人民法院关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事

案件适用法律若干问题的解释》第八条规定：“认定掩饰、隐瞒犯罪所

得、犯罪所得收益罪，以上游犯罪事实成立为前提……”本案中仅有被

告人供述，张某华供述称其知道涉案银行卡来路不明，且被告人张某华

不承认其知道卡内的资金系电信诈骗所得，现有证据亦不能证明其持有

的银行卡的款项系网络电信诈骗所得。涉案银行卡部分登记卡主证言只

证明这个卡不是他们自己办理的，本案没有确定上游的犯罪事实的证

据，本案上游犯罪事实是否成立以及系何类犯罪尚待查实。所以从掩饰

隐瞒犯罪所得的一般构成要件来说，尚缺上游犯罪事实能否成立的前提

条件。不能认定被告人构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪。

此外，对于上游犯罪未依法裁判，但查证属实的，即有一定证据证

实上游犯罪实际发生且事实上成立犯罪，就可以认定掩饰、隐瞒犯罪所

得、犯罪所得收益罪。但是犯罪事实的成立，并不以犯罪行为人被发现

或抓获归案为前提，犯罪行为人未被查获并不影响司法机关认定犯罪事

实的成立。

2.行为人非法持有大量信用卡构成妨害信用卡管理罪

我国《刑法》规定了构成妨害信用卡管理罪的四个客观方面：

（1）明知是伪造的信用卡而持有、运输的，或者明知是伪造的空白信

用卡而持有、运输，数量较大的；（2）非法持有他人信用卡，数量较

大的；（3）使用虚假的身份证明骗领信用卡的；（4）出售、购买、为

他人提供伪造的信用卡或者以虚假的身份证明骗领信用卡的。

中国人民银行颁布的《银行卡业务管理办法》第五条及第二十八条

规定，银行卡包括信用卡和借记卡。银行卡及其账户只限经发卡银行批

准的持卡人本人使用，不得出租和转借。那么只要不是本人使用信用

卡，则从法律意义上来分析，都属于非法的范畴。“非法持有他人信用

卡”一般是指因欠缺合法依据而持有他人的信用卡。但《刑法》制定此

款的目的主要是针对某些信用卡诈骗犯罪案件中，侦查机关因跨境或其

他原因难以收集证明涉案人员构成信用卡诈骗犯罪的情况下，而对持有

一定数量他人信用卡却无法说明其合法来源的行为规定为犯罪，予以打

击。

“持有他人信用卡”有两层含义，第一层是指该信用卡不是伪造的；

第二层是指该信用卡不是自己的。《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》中规

定，非法持有他人信用卡5张以上的，即可认定为刑法规定的“数量较

大”。

综上分析，本案中，被告人非法持有他人信用卡12张，数量较大，

其行为构成妨害信用卡管理罪。

编写人：河南省罗山县人民法院 孔晶晶

44 保险诈骗罪主体身份要件的司法认定

——张某甲等保险诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2018）京01刑终635号刑事裁定书

2.案由：保险诈骗罪

【基本案情】

2015年12月前后，涉案宝马轿车在保险过期时发生交通事故造成部

分损坏，耿某（另案处理）找到被告人张某甲，两人谋划通过补办保险

后以走保险理赔的形式修车。2015年12月6日，上述车辆在被害单位中

国某保险股份有限公司投保生效，被保险人为耿某。后耿某指使司机姜

某将涉案宝马轿车送至张某甲所经营的朝阳区某“豪车馆”处，对上述车

辆投保前损坏部位进行修理。被告人张某甲授意被告人张某乙为该车辆

走保险理赔修车。2016年3月28日，被告人张某乙、陈某在北京市朝阳

区黄场路与大柳树排水沟交叉口，分别驾驶上述宝马轿车与一辆速腾轿

车故意相撞以制造保险事故，后伙同姜某、耿某作虚假陈述，向被害单

位中国某保险股份有限公司北京分公司（实际经营地位于北京市海淀

区，下文简称某保险公司）报险申请理赔，骗取被害单位某保险公司保

险理赔款人民币25320元。该笔钱款先打入耿某账户后全部转入被告人

陈某银行账户，由陈某处置分配。经被害单位报案，被告人张某甲、张

某乙、陈某于2017年3月2日被抓获归案。现涉案钱款已由耿某全部退赔

给被害单位，被害单位表示谅解。

【案件焦点】

保险诈骗罪主体身份要件的司法认定。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为，被告人张某甲、张某乙、陈某

伙同被保险人，故意造成财产损失的保险事故，虚构事实，进行保险诈

骗活动，骗取保险金，数额较大，其行为均已构成保险诈骗罪，应予惩

处。北京市海淀区人民检察院指控被告人张某甲、张某乙、陈某犯保险

诈骗罪的事实清楚，证据确实充分，指控罪名成立。被告人张某乙直接

实施制造保险事故，并积极进行保险理赔活动，在共同犯罪中表现积

极，不宜认定为从犯。辩护人所提其系从犯的相关辩护意见，不予采

纳。辩护人所提被害单位存在过错的相关辩护意见，缺乏事实和法律依

据，亦不予支持。但鉴于三名被告人均系初犯，被告人陈某到案后及在

庭审中始终能如实供述自己的罪行，认罪、悔罪态度较好；被告人张某

甲到案后以及在最后庭审中能如实供认自己的基本罪行，最终能认识自

己行为的错误性，有认罪、悔罪表现；且张某乙到案后能协助司法机关

抓获同案犯，具有立功表现；同时，涉案被骗理赔款已全部退赔，挽回

了被害单位的经济损失，并获得被害单位谅解，法院对其三人均依法从

轻处罚，并对被告人陈某适用缓刑。

北京市海淀区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百九十八

条第一款第四项、第二十五条第一款，第六十七条第三款，第六十八

条，第五十三条第一款，第七十二条第一款、第三款，第七十三条第二

款、第三款之规定，判决如下：

一、被告人张某甲犯保险诈骗罪，判处有期徒刑六个月，罚金人民

币一万元；

二、被告人陈某犯保险诈骗罪，判处有期徒刑六个月，缓刑一年，

罚金人民币一万元；

三、被告人张某乙犯保险诈骗罪，判处拘役五个月，罚金人民币一

万元。

张某甲持原审辩解提起上诉。

北京市第一中级人民法院经审理认为：原审法院根据张某甲、张某

乙、陈某犯罪的事实、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，定罪及适用法律正确，量刑适

当，审判程序合法，应予维持。

依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第一项

之规定，裁定：驳回上诉人张某甲的上诉，维持原判。

【法官后语】

根据《刑法》第一百九十八条的规定，保险诈骗罪的犯罪主体身份

应为“投保人”、“被保险人”或“受益人”，即保险诈骗罪属于真正身份

犯，对符合身份要件的主体，在其实行保险诈骗活动时，以保险诈骗罪

论处。在本案的情况中，被保险人被另案处理，本案三名被告人均不符

合保险诈骗罪的主体身份，在这种情况下，能否判断三名被告人的行为

构成保险诈骗罪，抑或因犯罪主体身份不符合法律规定而成立普通诈骗

罪，成为本案定性上需要解决的问题。

首先，保险诈骗罪属于真实身份犯，对犯罪主体有身份要件要求。

我国刑法理论的通说认为，保险诈骗罪与诈骗罪是特殊关系，亦即，

《刑法》第一百九十八条是特别法条，第二百六十六条是普通法条[[9]](#p322)，

从这种关系来说，应认定保险诈骗属于真正身份犯，对犯罪主体有身份

要件的要求。否则，在被告人实行保险诈骗行为的情况下，若其不具备

第一百九十八条各项下规定的相应主体身份，其行为应成立诈骗罪，而

非保险诈骗罪。在本案中，三名被告人即不是投保人，也不是被保险

人，但其均在同一犯意指引下，配合具备行为主观故意的被保险人造成

财产损失的保险事故，骗取保险金。那么，对三被告人的行为定性，是

因身份要件的缺失而成立普通诈骗罪，还是在共同犯罪的基础上成立保

险诈骗罪，成为本案需要解决的问题。

其次，被保险人是否在同一案件中被起诉不影响法庭对行为人共同

犯罪作出法律评判。从案件事实上看，本案的三名被告人在明知被保险

人车辆存在毁损的情况下，唆使、协助被保险人投保，并在投保后蓄意

制造事故，骗取保险金。对于本案三被告人行为的评价，不能剥离被保

险人的行为，本案的实行行为从整体上看，属于四人分工合作、互相配

合下的骗取保险金行为，符合保险诈骗罪的行为要件。此外，四名被告

人对于保险诈骗的行为也存在共同故意，一方面在明知车辆不符合投保

条件时隐瞒车辆毁损问题，与被害单位签订保险合同，另一方面在投保

后分工合作，蓄意制造保险事故骗取保险金。虽然公诉人没有将被保险

人在同案中起诉，但并不影响法庭根据现有证据，评价三被告人及被保

险人的共同犯罪之成立。

最后，在成立共同犯罪的基础上，本案三被告人的主体身份缺失不

影响对其保险诈骗的行为定性。我国刑法虽然没有对共犯与身份作出一

般性的规定，但从刑法分则的规定中可以看出二者的关系。根据《刑

法》第三百八十二条的规定，与国家工作人员或者受国家机关、国有公

司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人勾结，伙

同贪污的，以共犯论处。由此可以看出，我国刑法对于共犯与身份的关

系认为，没有身份的人参与到有身份之主体的实行行为之中，应当承担

共犯的责任，即承认构成的身份的连带作用。本案中，在三被告人与被

保险人成立共同犯罪的情况下，即使本案没有一同起诉被保险人，且三

被告人均不符合保险诈骗的主体身份要件，也不影响法庭对三被告人作

出保险诈骗的共犯评价。

编写人：北京市海淀区人民法院 徐婷

（五）危害税收征管罪

45 逃避追缴欠税案中“应纳税款” 的认定

——北京甲餐饮有限公司逃避追缴欠税案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院（2018）京03刑终698号刑事裁定书

2.案由：逃避追缴欠税罪

【基本案情】

被告人陈某、宫某于2006年共同出资成立北京甲餐饮有限公司（下

简称甲公司），陈某为法定代表人，宫某为监事，并于2007年、2012年

成立北京世纪陈氏红蔡坊餐饮有限公司第一分公司及第二分公司（以下

简称第一分公司、第二分公司），陈某任负责人。2012年至2013年，甲

公司、第一分公司、第二分公司使用开票方为沃尔玛等其他4家公司的

假发票共计53张入账，在2012年度、2013年度企业所得税应纳税所得额

中进行扣除，并向北京市顺义区国家税务局进行了企业所得税纳税申

报。2014年7月，顺义区国家税务局稽查局对甲公司开展税务稽查，后

作出行政处理决定书，认定甲公司使用不符合规定的发票列支，调增

2012年度、2013年度应纳税所得额共计3693401.41元，应补缴2012年至

2013年度企业所得税共计923350.35元，并缴纳滞纳金。税务处理决定

书送达后，甲公司未在规定时间内提起行政复议。

被告人陈某、宫某在明知顺义区国家税务局对某坊公司进行税务稽

查、作出税务处理决定并追缴税款的情况下，在第一分公司经营地址上

成立北京甲宏城公司，在第二分公司经营地址上成立北京甲石园公司，

另开立新账户供二公司经营使用，并将第一分公司、第二分公司注销，

同时，甲公司也不再申领发票，公司账户于冻结后不再使用。通过以上

方式，逃避顺义区国家税务局追缴税款，至案发时，尚有82万余元税款

无法追缴。案发后，甲公司补缴了欠缴的企业所得税税款及滞纳金共计

130余万元。

【案件焦点】

1.对认定行为人应补缴税款的行政处罚决定书是否需要实质审查；

2.发票是否为唯一合法有效的税前扣除凭证；3.是否能够认定被告单位

存在计算应纳税所得额时可以扣除的合理支出。

【法院裁判要旨】

北京市顺义区人民法院经审理认为，行政机关出具的行政处理决定

书是确定被告单位是否存在“应纳税款”的证据之一，应对该行政处理决

定书进行审查。根据有关税收法律、行政法规规定可知，无法得出发票

是唯一合法有效的税前扣除凭证的结论，确定被告单位是否存在应纳税

款，仍需对被告单位的实际支出情况及留存的凭证进行审查，经审查，

被告单位会计账簿混乱、记载不规范，问题发票对应的支出，无法明确

去向，且无购货合同、提货记录等凭据证明货物流情况，在案证据无法

认定被告单位存在“实际发生的与取得收入有关的、合理的支出”，被告

单位应当根据税务处理决定书认定数额补缴税款。被告单位欠缴应纳税

款，并转移、隐匿财产以逃避税款追缴，已构成逃避追缴欠税罪。北京

市顺义区人民法院对被告单位及其直接负责的主管人员被告人陈某、宫

某依照《中华人民共和国刑法》第二百零三条，第二百一十一条，第三

十条，第三十一条，第五十二条，第五十三条，第七十二条第一款、第

三款，第七十三条第二款、第三款，第六十一条的规定，作出如下判

决：

一、被告单位北京甲餐饮有限公司犯逃避追缴欠税罪，判处罚金人

民币八十五万元；

二、被告人陈某犯逃避追缴欠税罪，判处有期徒刑三年缓刑三年，

并处罚金人民币八十五万元；

三、被告人宫某犯逃避追缴欠税罪，判处有期徒刑三年缓刑三年，

并处罚金人民币八十五万元。

宣判后，被告人宫某以事实不清、证据不足为由提起上诉。

北京市第三中级人民法院经审理认为：甲公司使用不符合规定的发

票列支成本，相关发票不能作为税前扣除的凭证，且在案证据不足以证

实该公司存在计算应纳税所得额时可予扣除的相关合理支出。宫某的相

关上诉理由，予以驳回。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二

十五条[[10]第](#p322)一款第一项之规定，裁定如下：

驳回宫某的上诉，维持原判。

【法官后语】

本案的争议焦点问题是被告单位是否存在应缴税款，公诉机关认

为，税务部门已认定被告单位以不符合规定的发票列支，应补缴税款，

该行政行为合法有效，可以作为认定被告单位存在应缴税款的依据，辩

护方认为，被告单位虽以不符合规定发票列支，但该部分支出实际发

生，不应补缴税款。对此，我们的意见为：

第一，税务机关出具的行政处理决定书虽已认定被告单位应补缴税

款，但该行政处理决定书应视为证明案件事实的证据之一，被告单位是

否存在应纳税款，需结合全案有关证据，并根据税法相关规定进行审查

判断。

第二，发票并非唯一合法有效的税前扣除凭证。根据《企业所得税

法》第八条规定：“企业实际发生的与取得收入有关的、合理的支出，

包括成本、费用、税金、损失和其他支出，准予在计算应纳税所得额时

扣除。”同时，检索国家税务总局关于企业所得税税前扣除的各种文

件、规定，在强调发票作为税前扣除的有效凭证同时，均未规定发票是

唯一税前扣除凭证。另外，本案宣判后，于2018年7月1日起施行的《企

业所得税税前扣除凭证管理办法》，亦对发票以外可以作为税前扣除凭

证的凭证作出明确规定。具体到本案中，确定被告公司是否存在应纳税

款，仍需对被告的实际支出情况及留存的凭证进行审查。

第三，在案证据无法认定被告单位存在“实际发生的与取得收入有

关的、合理的支出”，被告单位应当根据税务处理决定书认定数额补缴

税款。发票虽然不是唯一合法有效的税前扣除凭证，但在应当取得发票

且实际可以取得发票的业务往来中，不以发票而以其他凭证作为扣除凭

证，是一种例外，且认定凭证的有效性、真实性应当从严掌握，原因在

于，税务机关“以票控税”的税收征管模式具有合理性，如放任以其他凭

证进行税前扣除，将严重威胁税收征管秩序，导致国家税收流失。具体

到本案，虽然需要对被告单位的实际支出情况进行审查，但也应考虑被

告单位在具备取得合法有效发票可能性的情况下，大量使用不符合规定

发票作为扣除凭证，可能会给企业所得税的正常征收造成不利影响。故

在审查被告单位有关支出凭证时，应当严格审查标准。通过查看被告单

位会计账簿，其记账较为混乱、不规范，53张问题发票对应的支出，很

大部分都显示为现金给付，无任何凭据或仅有公司自己书写的支出凭

单，即使有部分支出附有转账支票，被告单位提供的账户明细也证明对

应金额已从公司账户转出，但是，账户明细未显示收款方名称，无法与

支票中收款方对应，且无购货合同、提货记录等凭据证明货物流情况，

故在案证据无法认定被告单位记账凭证上所列项目支出属于“实际发生

的与取得收入有关的、合理的支出”。被告单位取得不符合规定的发票

入账，相关凭证也不能确凿证明存在可扣除的支出，故被告单位应当按

照税务处理决定书认定数额补缴相应税款。

编写人：北京市顺义区人民法院 张伊 朱郡臣

（六）侵犯知识产权罪

46 假冒注册商标罪中既遂、未遂的认定

——黄某假冒注册商标案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区玉林市中级人民法院（2018）桂09刑终267号刑事

裁定书

2.案由：假冒注册商标罪

【基本案情】

2016年5月至2017年9月期间，被告人黄某在未取得联合利华（中

国）投资有限公司、广州宝洁有限公司和好来化工（中山）有限公司商

标使用许可的情况下，在玉林市玉州区名山社区田家炳中学旁的民房

内，生产假冒“飘柔”“海飞丝”“清扬”“潘婷”洗发露，“黑人牌”牙膏、“舒

肤佳”香皂等商品。2017年9月25日，玉林市公安局民警在上述地点将黄

某抓获，并在现场扣押到成品假冒“海飞丝”“清扬”“潘婷”洗发露和“黑

人”牙膏、“舒肤佳”香皂一批。经鉴定，涉案成品价值468564元。

【案件焦点】

假冒注册商标犯罪中，被告人黄某生产假冒注册商标的产品尚未流

通到社会，属于既遂还是未遂。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区玉林市玉州区人民法院经审理认为，被告人黄某未

经商标所有人许可，在同一种商品上适用与其注册商标相同的商标，情

节特别严重，构成了假冒注册商标罪。黄某归案后如实供述其罪行，且

当庭自愿认罪，属坦白，依法可以从轻处罚。

广西壮族自治区玉林市玉州区人民法院依照《中华人民共和国刑

法》第二百一十三条、第六十七条第三款、第五十二条、第五十三条、

第四十七条，《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》第一条第二款、第八条、第十

二条，《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（二）》第四条，《最高人民法院关于

适用财产刑若干问题的规定》第一条、第二条第一款、第五条、第八

条、第十一条第一款之规定，作出判决：

被告人黄某犯假冒注册商标罪，判处有期徒刑五年，并处罚金二十

五万元。

黄某不服一审判决，上诉至广西壮族自治区玉林市中级人民法院，

黄某及其辩护人认为：黄某生产假冒注册商标的产品尚未流通到社会，

其行为属犯罪未遂，且黄某有坦白情节，原判对其量刑过重。

广西壮族自治区玉林市中级人民法院经审理认为：我国刑法规定，

假冒注册商标罪是指未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与

其注册商标相同的商标，情节严重的行为。该罪的既遂并不以商品是否

销售为前提，假冒注册商标罪的内核是冒用他人注册商标，情节严重，

行为人只要有冒用他人注册商标即应认定为既遂，因为此时侵犯商标权

的行为已经完成。本案中，黄某在未取得联合利华（中国）投资有限公

司、广州宝洁有限公司和好来化工（中山）有限公司商标使用许可的情

况下，在其生产的洗发露、牙膏、香皂等商品上分别使用了“飘柔”“海

飞丝”“清扬”“潘婷”“黑人牌”“舒肤佳”等商标，实际上实施了冒用他人注

册商标的行为，因此，其行为应认定为假冒注册商标罪的既遂。本案黄

某假冒注册商标的犯罪金额是468564元，属于情节特别严重，依法应判

处三年以上七年以下有期徒刑，原判在量刑时，综合考虑黄某的犯罪事

实和数额，以及坦白的从轻情节，在量刑幅度内判处其有期徒刑五年，

并处罚金人民币二十五万元，符合罪责刑相一致原则，所处刑罚并不为

重。故黄某的上诉理由，不能成立，应予驳回。

广西壮族自治区玉林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[[11]](#p322)第一款第一项的规定，作出如下裁定：

驳回黄某的上诉，维持原判。

【法官后语】

本案争议的焦点是：生产假冒注册商标的产品尚未流通到社会属于

既遂还是未遂？

在二审审理期间，检察机关认为黄某实施了假冒注册商标行为，并

实际生产出来了假冒注册商标的产品，构成假冒注册商标（既遂）。理

由是假冒注册商标罪属于侵犯知识产权犯罪，故区分假冒注册商标既遂

与未遂，应以实际侵犯他人知识产权为标准，实际侵犯他人知识产权为

既遂，未实际侵犯他人知识产权为未遂。我国《刑法》规定，假冒注册

商标罪是指未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商

标相同的商标，情节严重的行为。该罪的既遂并不以商品是否销售为前

提，假冒注册商标罪的内核是冒用他人注册商标，情节严重，行为人只

要有冒用他人注册商标即应认定为既遂，因为此时侵犯商标权的行为已

经完成。本案中，黄某在未取得联合利华（中国）投资有限公司、广州

宝洁有限公司和好来化工（中山）有限公司商标使用许可的情况下，在

其生产的洗发露、牙膏、香皂等商品上分别使用了“飘柔”“海飞丝”“清

扬”“潘婷”“黑人牌”“舒肤佳”等商标，实际上实施了冒用他人注册商标的

行为，因此，其行为应认定为假冒注册商标罪的既遂。

二审法院没有采纳上诉人及其辩护人的辩护意见，最终以黄某犯假

冒注册商标罪（既遂）判处有期徒刑五年，并处罚金人民币二十五万

元。理由是：按照我国《刑法》规定，犯罪有既遂和未遂之分，犯罪既

遂，是指行为人所故意实施的行为已经具备了刑法分则某种犯罪构成的

全部要件。犯罪未遂，是行为人已经着手实施犯罪，由于意志以外的原

因而未得逞，是犯罪未遂，犯罪未遂必须符合三个条件：（1）犯罪分

子已经着手实施犯罪；（2）犯罪未得逞；（3）犯罪未得逞是由于犯罪

分子意志以外的原因。所以，就假冒注册商标的既遂来说，未经注册商

标所有人许可，实施了在同一种商品上使用与他人注册商标相同的商标

的行为就属既遂，行为人只要有冒用他人注册商标即应认定为既遂，因

为此时侵犯商标权的行为已经完成。假冒注册商标罪类似于非法持有枪

支罪，只要非法持有，就构成既遂。在本案中，黄某在未取得联合利华

（中国）投资有限公司、广州宝洁有限公司和好来化工（中山）有限公

司商标使用许可的情况下，在其生产的洗发露、牙膏、香皂等商品上分

别使用了多种商标，实际上实施了冒用他人注册商标的行为，所以，其

行为应认定为假冒注册商标罪的既遂。

编写人：广西壮族自治区玉林市中级人民法院 卢根生

47 假冒注册商标罪与非法制造注册商标标识罪的区别

——虢某城、杨某滨非法制造商标标识案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省长沙市望城区人民法院（2018）湘0112刑初18号刑事判决书

2.案由：非法制造商标标识罪

【基本案情】

浙江五芳斋实业有限公司系商标注册号第450131号、第9720610

号、第12605634号和第12605702号“五芳斋”“五芳”竖排汉字、图案及文

字图案组合注册商标的所有人。上述注册商标已经国家工商行政管理总

局商标局核定在年糕、粽子、元宵、八宝饭、谷类制品、各类甜食等商

品上使用，均在注册有效期内。

被告人虢某城未经“五芳斋”注册商标所有人许可、授权，计划假冒

印有“五芳斋”注册商标的塑料包装袋和外包装纸箱，用于包装从张某平

等人处购买来的半成品粽子并销售获利。2016年12月，虢某城找到杨某

滨委托其制造“五芳斋”注册商标的塑料包装袋，杨某滨在自己没有获得

五芳斋公司的授权，且明知“五芳斋”为注册商标的情况下，未查验被告

人虢某城是否拥有五芳斋公司的授权而接受其委托，根据被告人虢某城

提供的正品“五芳斋”系列的“蛋黄鲜肉粽”、“紫米栗蓉棕”、“原香赤豆

粽”、“新疆红枣粽”、“栗子鲜肉粽”和“美味鲜肉粽”的塑料包装袋，将上

述包装袋扫描后进行模板设计，也明确告知被告人虢某城只能做到原样

的八九成，杨某滨在征得虢某城同意后，将自己设计好的模板交由广东

的“赵总”制造了包括“蛋黄鲜肉粽”、“紫米栗蓉棕”、“原香赤豆粽”、“新

疆红枣粽”、“栗子鲜肉粽”和“美味鲜肉粽”共6个品种的“五芳斋”注册商

标的粽子塑料包装袋共计293990件。被告人虢某城分两次共支付给被告

人杨某滨货款人民币15.8万元（包括设计模板的费用人民币1万元）。

广东的“赵总”将上述293990件假冒“五芳斋”注册商标的粽子塑料包装袋

制造完成后通过物流发到长沙一物流站，被告人杨某滨于2017年3月26

日通知被告人虢某城到长沙一物流站提货。

2017年4月18日，被告人虢某城在其租赁的位于长沙市望城区靖港

镇复胜村芙蓉北大道旁胡建良家负一楼的杂屋内装袋“五芳斋”美味鲜肉

粽3040袋（生产批号2017/04/26/B），并在6050袋“五芳斋”美味鲜肉粽

塑料包装袋上打好了生产批号2017/04/26/B（“五芳斋”美味鲜肉粽在当

年淘宝网上的五芳斋官方旗舰店销售价格为每袋人民币10元，假冒“五

芳斋”注册商标粽子的货值共计人民币90900元）。2017年4月19日，被

告人虢某城在进行试包装时被长沙市望城区市场和质量监督管理局现场

查获。

被告人虢某城于2017年5月22日主动到长沙市望城区公安局投案自

首，如实供述了上述事实。被告人杨某滨于2017年7月26日主动到长沙

市望城区公安局投案自首，如实供述上述事实，并向公安机关退缴违法

所得人民币4500元。

【案件焦点】

1.虢某城、杨某滨是否具有假冒注册商标罪的犯罪故意；2.虢某

城、杨某滨的行为是否属于在同一种商品上使用与其注册商标相同的行

为；3.虢某城、杨某滨是否构成假冒注册商标罪。

【法院裁判要旨】

湖南省长沙市望城区人民法院经审理认为：被告人虢某城、杨某滨

未经“五芳斋”注册商标所有人的委托许可，非法制造与“五芳斋”注册商

标标识相同的商标标识，其行为已构成非法制造注册商标标识罪，且情

节特别严重，应依法惩处。湖南省长沙市望城区人民检察院对被告人杨

某滨的指控成立，本院予以支持。湖南省长沙市望城区人民检察院指控

被告人虢某城的犯罪事实成立，被告人虢某城非法制造注册商标标识，

并将其用于与该注册商标核定使用的商品属于同一种的商品上，其行为

同时触犯了非法制造注册商标标识罪和假冒注册商标罪。这种情形属于

刑法理论上的牵连犯，应当按照“择一重罪从重处罚”的法律适用原则，

选择处罚较重的罪名定罪处罚，而前罪属于“情节特别严重”，后罪属

于“情节严重”，故应当以非法制造注册商标标识罪定罪处罚。

湖南省长沙市望城区人民法院依照《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、第四款、第六十七

条第一款、第六十四条、第七十二条第一款、第三款、第七十三条第二

款、第三款的规定，分别判决如下：

一、被告人虢某城犯非法制造注册商标标识罪，判处有期徒刑三

年，缓刑五年，并处罚金人民币一万元；

二、被告人杨某滨犯非法制造注册商标标识罪，判处有期徒刑三

年，缓刑三年，并处罚金人民币一万元；

三、对被告人杨某滨向扣押机关退缴的违法所得人民币四千五百

元，由扣押机关予以没收，上缴国库；对扣押机关扣押的无标识粽子

146445袋，“五芳斋”品牌的美味鲜肉粽3040袋，“五芳斋”品牌的包装袋

290950个，“五芳斋”外包装纸箱6000个，FR-770塑料管膜封口机2台，

喷码机1台，手提式打码机1台，由扣押机关予以没收。

【法官后语】

1.被告人虢某城具备假冒注册商标罪的犯罪故意

实务中通说认为假冒注册商标罪只能是故意犯罪，且仅限直接故

意，但笔者不认同该观点。我们认为，假冒注册商标罪的主观为故意，

即行为人认识到自己使用的商标与他人已经注册的商标相同，认识到自

己的行为未经注册商标所有人许可，但有意在同一种商品上使用与他人

注册商标相同的商标，由此可知，认为假冒注册商标罪的主观为故意是

明显的。但在司法实践中，往往对如何判断行为人是直接故意还是间接

故意存在疑惑。该案中虢某城找到杨某滨委托其制造“五芳斋”注册商标

的塑料包装袋，可以确定行为人虢某城具有直接故意。但是对于受托方

是否具有故意时则难以确定。行为人接受他人委托生产注册商标的商

品，均有义务具体审查自己或者委托方是否是注册商标所有人，抑或具

有注册商标所有人的授权许可。但杨某滨在自己没有获得五芳斋公司的

授权，且明知“五芳斋”为注册商标的情况下，未查验被告人虢某城是否

拥有五芳斋公司的授权而接受委托，并未尽到审慎义务，仍根据被告人

虢某城提供的正品“五芳斋”系列的塑料包装袋，将上述包装袋扫描后进

行模板设计，结合杨某滨从事设计专业、所帮忙设计商标标识只有九成

模式等综合考虑，可以推定杨某滨具有直接故意。可知被告人虢某城、

杨某滨均具备假冒注册商标罪的犯罪故意。

2.被告人虢某城行为属于在同一种商品上使用与其注册商标相同的

行为

对于假冒注册商标罪与非法制造注册商标标识罪，原则上可以从犯

罪侵害的法益来区分。通说认为，假冒注册商标罪所侵犯的是正常的市

场经济管理运行秩序和商标权人的商标专用权。而非法制造注册商标标

识罪所侵害的法益则主要是商标标识本身，其尚未涉及直接侵犯市场管

理。该案中，虢某城、杨某滨未经“五芳斋”注册商标所有人的委托许

可，非法制造与“五芳斋”注册商标标识相同的商标标识，其行为已构成

非法制造注册商标标识罪。但是该案中被告人虢某城已经装袋“五芳

斋”美味鲜肉粽3040袋，并在6050袋“五芳斋”美味鲜肉粽塑料包装袋上

打好了生产批号2017/04/26/B，上述假冒注册商标的商品尚未流入市

场，行为人并未实际侵犯市场管理秩序，由此可知，从行为人所侵犯的

法益难以判断两罪的区别。要判断行为人的行为是否构成假冒注册商标

罪，仍需判断其行为是否具有在同一种商品上使用与其注册商标相同的

行为，即“商标使用”的行为。“商标使用”并不以使用商标标识的商品进

入商业流通领域为要件，这是与民法上具有区别的，刑法中则须只要在

相关商品上未经商标权人许可使用了其注册商标的标识，即构成“商标

使用”的行为。非法制造注册商标标识罪的行为只包括伪造、擅自制造

他人注册商标标识的行为，该案中杨某滨并没有“商标使用”行为，不属

于假冒注册商标的行为。该案中，被告人虢某城的行为将非法制造注册

商标标识与商品结合在一起，只是因为被及时查处相关商品才没有流出

市场，其将假冒的注册商标标识贴附方式标识了商品，使得正品与赝品

相混淆，商标的功能由此受到损害。由此被告人虢某城具有假冒注册商

标罪的“商标使用”行为，将其行为确定为非法制造注册商标标识罪并不

能涵盖所有的行为方式。

3.本案未认定假冒注册商标罪符合牵连犯处罚原则

司法实践中存在行为人在非法制造他人商标注册标识后，又将其冒

用于自己商品上出售的情况。对此，有观点认为，这是属于一行为触犯

数罪名的想象竞合犯，也有观点认为，该行为构成牵连犯，因为假冒注

册商标罪是生产、销售伪劣商品的手段行为。笔者赞同第二种观点构成

牵连犯。牵连犯有两个特征：一是必须是手段行为或结果行为又触犯了

其他罪名；二是数行为之间存在手段行为与目的行为、原因行为与结果

行为的牵连关系。关于牵连关系应当认为只有某种手段通常用于实施某

种犯罪，或者某种原因行为通常导致某种结果行为时，才宜认定为牵连

犯。虽然刑法对非法制造注册商标标识罪单独成罪，但是非法制造注册

商标标识通常只是作为一种手段行为，将注册商标标识应用于或者说与

商品结合这一目的具有密切联系，行为人实施假冒注册商标时通常会使

用制造商标标识这种手段行为，因此行为人非法制造商标标识，并将其

用于与该注册商标核定使用的商品属于同一种的商品上，其属于牵连

犯，仍应当按照“择一重罪从重处罚”的法律适用原则，选择较重的罪名

定罪处罚。该案中，被告人虢某城假冒“五芳斋”注册商标粽子的货值共

计人民币90900元，根据最高人民法院、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》（法释〔2004〕19

号）规定，经营数额在5万元以上未达到25万元，尚未达到《刑法》第

二百一十三条规定的“情节特别严重”情节，属于“情节严重”的范围，应

当判处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。被告人虢某城

委托杨某滨制作了“五芳斋”注册商标的粽子塑料包装袋293990件，已达

到“伪造注册商标标识数量在10万件以上”，属于《刑法》第二百一十五

条“情节特别严重”，应当判处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。故

应当按照既遂的非法制造注册商标标识罪定罪处罚。

编写人：湖南省岳阳市云溪区人民法院 袁斯潮

index-249_1.jpg

48 未经许可销售“工厂尾单” 数额巨大构成商标犯罪

——甲商贸有限公司、陈某销售假冒注册商标的商品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省江阴市人民法院（2018）苏0281刑初919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】

“

”商标经国家工商行政管理总局商标局核准注册，商标注册

证号为第7650515号，注册人为李宁体育（上海）有限公司，核定使用

的商品为第25类：鞋（脚上的穿着物）等，注册有效期为2010年11月21

日至2020年11月20日。被告单位甲商贸有限公司（以下简称甲公司）于

2014年9月24日设立，由被告人陈某作为实际负责人进行经营，销售李

宁品牌鞋子。2015年5月至2017年4月，为牟取非法利益，被告人陈某在

明知从杨某勇、张某平处所购鞋子为假冒上述注册商标的情况下，仍将

假冒鞋子掺杂在李宁正品鞋子中，通过公司开设的淘宝网店“乙运动专

营店”进行销售。2017年4月10日，江阴市市场监督管理局在被告人陈某

仓库内查获其从杨某勇、张某平等处购得的李宁鞋15667双，合计货值

金额人民币200万余元。经鉴定，上述运动鞋均为仿冒李宁公司注册商

标的产品。

案发后，被告人陈某主动至江阴市徐霞客派出所投案，并如实供述

了上述犯罪事实。

index-250_1.jpg

【案件焦点】

被告单位、被告人在明知的情况下将尾单混入正品进行销售的行为

应如何定性，销售“工厂尾单”金额巨大是否构成商标犯罪。

【法院裁判要旨】

江苏省江阴市人民法院经审理认为：

涉案“

”注册商标在有效期限内，该注册商标依法受法律保

护。被告单位甲公司在被告人陈某担任实际负责人期间，销售明知是假

冒注册商标的商品，销售金额数额巨大，被告单位甲公司、被告人陈某

的行为均构成销售假冒注册商标的商品罪。被告单位甲公司、被告人陈

某在销售假冒注册商标的商品过程中因意志以外的原因而未得逞，系犯

罪未遂，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。被告单位甲公司、被告人

陈某能自动投案，如实供述自己的罪行，系自首，可以从轻或者减轻处

罚。被告单位甲公司、被告人陈某均自愿认罪，可以酌情从轻处罚。综

上，对被告单位甲公司、被告人陈某均予以从轻处罚。被告人陈某的辩

护人提出的关于被告人陈某的主观恶性较低的辩护意见，经查，被告人

陈某于2014年即开始销售正品李宁牌鞋子，为牟取非法利益而于2015年

5月销售涉案假冒李宁商标的鞋子，具有明显的主观恶意，故对该辩护

意见本院不予采纳。对被告人陈某的辩护人提出的其他辩护意见，经

查，符合事实和法律规定，本院予以采纳。结合被告人陈某的犯罪情

节、悔罪表现、审前调查评估意见，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，可以宣告缓刑。

江苏省江阴市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百一十四

条、第二百二十条、第二十三条、第六十七条第一款、第七十二条第一

款、第三款、第六十四条，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理

侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第二条第二款及

《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、第六条之规定，判决如下：

一、被告单位甲公司犯销售假冒注册商标的商品罪，判处罚金人民

币40万元；

二、被告人陈某犯销售假冒注册商标的商品罪，判处有期徒刑三

年，缓刑四年；

三、扣押在案的假冒注册商标的运动鞋15667双，予以没收。

【法官后语】

本案是一起典型的网销尾单产品的商标犯罪案件。“尾单”是指品牌

代工厂超出商标权人授权多生产的产品以及在生产过程中因质量出现瑕

疵被商标权人退回的产品。随着电子商务的发展，部分网店甚至是品牌

旗舰店将尾单混在正品当中进行销售，以假乱真，本案就属于此种情

形。如何从司法层面评价尾单的销售行为？司法实践中主要存在两种观

点：第一种观点认为该行为仅构成民事商标侵权，不构成商标犯罪；第

二种观点认为该行为构成民事商标侵权，如果情节严重，构成商标犯

罪。我们赞成第二种观点，理由如下：

首先，从假冒商品的角度来看，我们认为尾单属于假冒商品。假冒

商标行为，指未经注册商标权利人许可在假冒商品上使用该权利人的商

标，以冒用商标权利人的商品。假冒注册商标罪客观特征表现为未经注

册商标人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，情节严

重的行为。因此，假冒商品是认定商标犯罪的前提和基础。第一种观点

认为，尾单本身为品牌代工厂所加工，其品质与正品相近，并非假冒商

品，根据刑法谦抑性原则，能够通过民事侵权救济渠道来遏制侵权的，

无需使用刑法。我们认为，商标法意义上的“假冒商品”不能以商品质量

为判定标准，而应该以该商品是否来源于商标权人为判断依据。尾单虽

为品牌代工厂加工，其质量与正品相似，但其流通并未得到商标权人的

授权，由于脱离了商标权人的授权，尾单是一种不同于正品的全新商

品，在市场的流通属于以A商品冒充B商品，严重损害了商标的识别功

能，因此，尾单商品属于假冒商品，与正品构成“同一种商品”。

其次，从商标功能来看：（1）商标区分商品来源的功能。商标法

保护的不是商标设计所包含的创造性，而是商标作为商业标识的识别

性。识别性是商标最基本的功能，商标权识别功能要得到实现，需要商

标与商品进行结合，但是这种结合只能属于商标权人，任何其他主体在

未获得合法授权的情况下，不得擅自将商标与商品进行结合。尾单是未

经商标权人授权在市场上流通的非正品，部分商家将尾单商品与品牌商

标相结合，改变了能指和所指的必然联系，实质上破坏了商标区分来源

的功能，盗用和搭乘了商标权人的商誉，攫取了本应属于商标权人的商

业利益。这种尾单商品流入市场后，会挤占商标权人的市场份额，造成

市场需求的减少。（2）商标质量保证的功能。商标最基本的功能是识

别功能，但是随着商品经济的发展，商标逐渐衍化为承载经营者商誉的

无形财产，为了维护自己的商誉、吸引更多的消费者，经营者就必须保

证同一商标的商品具有恒定不变的优良品质。据此，商标便衍生出质量

保证的功能。对于超出商标权人授权流入市场的尾单商品来讲，由于这

部分商品脱离了商标权人的监管和质量控制，其质量不再稳定，不少尾

单与正品质量存在差异，同时因为不是正牌产品，尾单在售后服务方面

得不到正品应有的保障，这将会反过来降低正牌产品的口碑，造成正牌

产品市场评价的不断降低，从这一层面来看，尾单破坏了商标质量保证

的功能。

再次，从混淆可能性角度来看：混淆可能性是认定商标侵权的标

准，商标混淆指的是具有一般注意力的普通消费者极有可能对商品出处

产生误认。本案中，行为人在明知的情况下，将尾单作为正品进行销

售，直接导致了消费者对尾单产品的来源发生混淆和误认，使得相关消

费者误认为尾单商品来源于商标权人，损害商标权人的合法权益。

最后，从商标权利穷竭角度来看：所谓权利穷竭，是指含有知识产

权的商品以合法方式销售或分发出去后，无论该商品再辗转到何人之

手，知识产权人无法再控制该商品的流转。根据其定义，权利穷竭可推

出两项基本含义：其一，含有知识产权的商品应是合法进入流通市场

的。其二，保障权利人与社会公众之间的利益平衡。尾单是未经权利人

许可流通到市场的商品，进入流通市场具有非法性，其使用权利穷竭的

前提不存在，故尾单商品不能适用权利穷竭理论。

综上，甲公司、陈某销售明知是假冒注册商标的尾单商品，销售数

额巨大，已构成销售假冒注册商标的商品罪。本案从商标法的角度对尾

单商品的法律属性进行定性，对类案的审理具有借鉴意义。

编写人：江苏省江阴市人民法院 王芳 徐芝若 郁明明

49 销售假冒注册商标的商品罪犯罪未遂时货值金额的

认定

——北京甲有限公司等销售假冒注册商标的商品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2018）京01刑终282号刑事裁定书

2.案由：销售假冒注册商标的商品罪

【基本案情】

被告人袁某（男）系被告单位北京甲有限公司（以下简称甲公司）

法定代表人，被告人袁某（女）为甲公司员工，甲公司为经西门子（中

国）有限公司（以下简称西门子公司）授权的系统集成商。袁某（男）

伙同袁某（女）自2015年左右开始通过甲公司销售假冒西门子商标的商

品。

西门子公司发现甲公司涉嫌销售假冒西门子商标的商品后，委托北

京乙有限公司进行调查。北京乙有限公司通过向甲公司支付人民币1万

元定金购买相关商品的方式进行核实，于2017年6月20日在验货过程中

发现相关商品存在问题并报警。民警于当日将二被告人查获，并在用于

交易的北京牌小型汽车（车牌号：京Q××××1）内起获假冒西门子商标

的商品，经审计，该部分商品货值金额为人民币132191.5元。

后民警从甲公司另起获大量未销售的假冒西门子商标的商品，经审

计，该部分商品货值金额为人民币855194.5元，两部分商品货值金额共

计人民币987386元。经注册商标权利人西门子公司证实，上述商品均系

假冒西门子注册商标的商品。

另，案发后，公安机关将起获的假冒注册商标的电子产品1438件、

电缆产品2200米予以扣押，并冻结北京甲有限公司的北京银行账户（账

号0109084480012×××××××××6）内人民币1209081.97元。

【案件焦点】

销售假冒注册商标的商品罪中，公安机关在抓获被告人的同时，起

获了大量尚未销售的假冒注册商标的商品，未遂金额如何认定。

【法院裁判要旨】

北京市石景山区人民法院经审理认为：被告单位北京甲有限公司以

单位名义销售明知是假冒注册商标的商品，为单位牟取非法利益，数额

巨大，其行为已构成销售假冒注册商标的商品罪，系单位犯罪，依法应

予惩处。

被告人袁某（男）、袁某（女）作为北京甲有限公司直接负责的主

管人员和其他直接责任人员，代表单位具体实施犯罪行为，为单位谋取

不正当利益，二被告人的行为均构成销售假冒注册商标的商品罪，依法

亦应予惩处。鉴于被告单位北京甲有限公司及其直接负责的主管人员袁

某（男）、其他直接责任人员袁某（女）已经着手实行犯罪，由于意志

以外的原因而未得逞，系犯罪未遂，可以依法从轻处罚。被告人袁某

（男）在犯罪中起主要作用，系主犯，应当按照其所参与的全部犯罪处

罚；鉴于其系犯罪未遂，到案后能够如实供述自己的罪行，可以依法从

轻处罚。鉴于被告人袁某（女）在犯罪中起次要作用，系从犯，系犯罪

未遂，到案后能够如实供述自己的罪行，应当依法减轻处罚。

故依照《中华人民共和国刑法》第二百一十四条，第二百二十条，

第三十条，第三十一条，第二十三条，第二十五条第一款，第二十六条

第一款、第四款，第二十七条，第六十七条第三款，第五十二条，第五

十三条，第六十四条，第六十一条，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》第

八条，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》第十二条第一款，第十五条，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（二）》第四条及最高人民法院《关于适用财产刑若

干问题的规定》第五条之规定，判决：

一、被告单位北京甲有限公司犯销售假冒注册商标的商品罪，判处

罚金人民币七十万元；

二、被告人袁某（男）犯销售假冒注册商标的商品罪，判处有期徒

刑三年，并处罚金人民币十万元；

三、被告人袁某（女）犯销售假冒注册商标的商品罪，判处有期徒

刑一年，并处罚金人民币三万元；

四、扣押于公安机关的假冒注册商标的电子产品一千四百三十八

件、电缆产品二千二百米，予以没收；

五、在案冻结的北京甲有限公司的北京银行账户（账号

0109084480012×××××××××6）中的人民币七十万元，折抵北京甲有限公

司的罚金，剩余款项依法处理。

被告单位北京甲有限公司、被告人袁某（男）及袁某（女）对一审

判决不服，提出上诉。北京市第一中级人民法院同意一审法院裁判意

见，裁定驳回上诉单位北京甲有限公司、上诉人袁某（男）、袁某

（女）的上诉，维持原判。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对被告人犯罪时尚未销售的侵权商品“货值

金额”的认定。

我国《刑法》第二百一十四条规定销售明知是假冒注册的商品，销

售金额数额较大的构成销售假冒注册商标的商品罪。但司法实践中，侦

查机关在案发时查获的往往是尚未销售的侵权产品，已经销售的部分销

售金额无法确定。针对这一情况，2011年最高人民法院、最高人民检察

院、公安部印发的《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》第八条规定，假冒注册商标的商品尚未销售，货值金额在十五

万元以上的以假冒注册商标的商品罪（未遂）定罪处罚。就本案来说，

袁某虽然与他人达成交易协议，但在交易完成之前已经被公安机关抓

获，属于着手实施犯罪，但由于意志以外的因素被迫中止，系犯罪未

遂。

另外，从司法解释上看，虽然已销售部分的销售金额无法确定，但

是对于尚未销售的部分如果货值金额较大，也要追究行为人刑事责任。

值得注意的是，这里以货值金额作为犯罪数额，而不再是销售金额。此

时如何认定货值金额将直接决定行为人是否构成犯罪以及量刑幅度。但

是知识产权犯罪中的“货值金额”如何认定并没有明确规定，在司法实践

中存在分歧，主要有两种意见。

第一种意见是参照《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生

产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称

《伪劣商品解释》）中关于“货值数额”的计算方式认定。

2001年4月10日施行的《伪劣商品解释》第二条第三款规定“货值金

额以违法生产、销售的伪劣产品的标价计算；没有标价的，按照同类合

格产品的市场中间价格计算。货值金额难以确定的，按照1997年4月22

日发布的《扣押、追缴、没收估价管理办法》的规定，委托制定的估价

机构确定。”这一司法解释明确规定了在生产、销售伪劣商品案件中货

值金额的计算方式，虽然《伪劣商品解释》这一规定是针对伪劣产品犯

罪确定货值金额而言的，但实质上明确了假冒伪劣产品“货值金额”的计

算方法，应适用于其他类似案件需要计算产品货值的情况，包括侵犯他

人知识产权的犯罪行为。只要行为人生产、销售假冒他人知识产权的产

品，无法查明其销售金额的，就应当依照这一规定对其销售金额或者货

值金额依法认定。

第二种意见是参照《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯

知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《知产解

释》）中关于“非法经营数额”的计算方式认定。

在《知产解释》第十二条第一款规定：“本解释所称‘非法经营数

额’，是指行为人在实施侵犯知识产权行为过程中，制造、储存、运

输、销售侵权产品的价值。已销售的侵权产品的价值，按照实际销售的

价格计算。制造、储存、运输和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

者无法查清实际销售价格的，按照被侵权产品的市场中间价格计

算。”这里的非法经营数额是一个相对比较宽泛的概念，只要是在侵犯

知识产权行为作用下形成的商品价值，都可以体现为非法经营数额。尽

管销售假冒注册商标的商品罪（未遂）中货值金额的规定，并没有涉及

非法经营数额，但从非法经营数额与货值金额的内涵与外延来看，前者

无疑包括后者，因此可以参照适用《知产解释》第十二条的规定。

笔者赞同第二种“货值金额”适用“非法经营数额”计算方式的意见，

因为“非法经营数额”本质涵盖了“货值金额”，当然可以适用。而且假冒

注册商标的商品有其自身的特殊性，不能完全适用《伪劣商品解释》的

计算办法，具体理由见下。

首先，《知产解释》已经明确了“非法经营数额”是制造、储存、运

输、销售侵权产品的价值，包括了储存部分的产品的价值，而且也明确

规定了未销售的侵权产品价值的计算方式。由此可见，“非法经营数

额”的计算方式已经涵盖了“货值金额”。

其次，在司法实践中很多假冒注册商标的侵权产品是“伪而不劣”。

即虽然这些商品的商标是假的，但是销售者为了以假乱真，很多商品在

质量方面是合格的，在这种侵权商品本身质量合格的情况下，就无法适

用《伪劣商品解释》中“没有标价的，按照同类合格产品的市场中间价

格计算”这一认定方式。

综上所述，虽然销售假冒注册商标的商品罪（未遂）在司法解释中

并没有明确“货值金额”的计算方式，但从“非法经营数额”与“货值金

额”的内涵与外延来看，前者毫无疑问包括后者，因此，对于“货值金

额”的认定可以参照适用《知产解释》第十二条关于“非法经营数额”的

规定。

编写人：北京市石景山区人民法院 李婧 单元任

50 涉互联网商标类刑事案件中“刷单” 的认定标准

——陈某光销售假冒注册商标的商品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省深圳市中级人民法院（2018）粤03刑终1707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】

自2016年1月开始，被告人陈某光租用深圳市福田区某大厦××房，

从深圳市××市场购买假冒的尼康、索尼、佳能相机（摄像机）电池、电

池充电器，在淘宝网上通过店名为“金腾数码”“龙胜二期数码”“淘盛数

码商城”的网店销售进行牟利。2016年8月16日16时许，民警在深圳市福

田区某大厦××房内将被告人陈某光当场抓获，现场缴获假冒的尼康、索

尼、佳能相机（摄像机）电池、电池充电器若干（经鉴定系假冒商品，

按实际销售价格核算，价格为人民币35187.03元）及销售单据62份（经

核算，价格为人民币3395元）。经查：被告人陈某光通过上述三家网店

销售假冒注册商标的索尼、佳能相机（摄像机）电池、电池充电器金额

共计人民币1003887.46元。

被告人陈某光当庭确认违法所得约人民币五万元到六万元。

二审法院经补充侦查后查明：第G978971号“SONY”商标的注册人

为索尼株式会社，核定使用商品为第9类，包括电池、充电器等，有效

期至2018年6月23日。第10287072号“Nikon”商标的注册人为株式会社尼

康，核定使用商品为第9类，包括电池、充电器等，有效期至2023年4月

13日。第1991350号“Canon”商标的注册人为佳能株式会社，核定使用商

品为第9类，包括电池、充电器等，有效期已续展至2022年8月27日。

索尼（中国）有限公司广州分公司、尼康映像仪器销售（中国）有

限公司北京分公司、佳能（中国）有限公司分别出具《鉴定书》，证实

本案现场查获的标有“SONY”“Nikon”“Canon”电池、充电器均为假冒前

述注册商标的产品。

2016年2月29日，深圳市市场监督管理委员会福田市场监督管理局

对上诉人陈某光做出深市质福字监罚字〔2016〕10100号行政处罚决定

书，对无照经营、销售不标明电池产品标准号的行为进行行政处罚，并

没收了未标明产品执行标准号的相机电池440个。

上诉人陈某光供述称现场缴获及网店销售的涉案产品均是其从市场

上购得，不清楚销售的主体是否是涉案商标的权利人或是权利人的授权

经销商。陈某光对于侦查机关向其出示的网店销售记录及销售金额无异

议，其签字确认的网店销售记录的最早日期为2016年6月21日。陈某光

在二审审理期间辩称网店销售记录中存在“刷单”的部分，可以通过调取

QQ聊天记录区分“刷单”记录，但不能说明提供刷单服务的QQ聊天对

象，亦不能说明“刷单”费用的支付方式。

【案件焦点】

1.上诉人陈某光提出“刷单”辩解是否应当采信；2.一审法院认定的

非法经营数额是否正确。

【法院裁判要旨】

广东省深圳市罗湖区人民法院经审理判决如下：

一、被告人陈某光犯销售假冒注册商标的商品罪，判处有期徒刑四

年，并处罚金人民币30万元。

二、被告人陈某光的违法所得人民币6万元，予以没收，上缴国

库。现场缴获的假冒尼康、索尼、佳能相机（摄像机）电池、电池充电

器，予以没收，由公安机关依法销毁。

宣判后，陈某光以本案存在刷单情况、一审法院将所有的数额全部

认定为销售数额错误以致量刑过重、没有充分证据证明上诉人销售的全

部都是假冒注册商标的商品等理由，提起上诉。

广东省深圳市中级人民法院经审理认为：关于上诉人陈某光及其辩

护人的上诉、辩护理由，评判如下：1.涉案商标的授权机构已出具证明

证实涉案产品均是假冒注册商标的商品，上诉人陈某光亦供述其并非通

过正规途径、在授权经销商处购入涉案商品，且其在网店中的标价、实

际销售价格明显低于涉案商品的正常销售价格，结合以上证据，法院认

定上诉人陈某光明知其销售的均是假冒注册商标的商品。2.一审法院根

据涉案网店2016年6月至案发时的销售记录认定上诉人陈某光在本案中

的销售金额，并不包含2016年1月之前的销售记录以及2016年2月受到行

政处罚的400块涉案电池。一审判决认定的销售金额已将上述部分予以

剔除。3.虽然上诉人陈某光在一审、二审期间提出“刷单”的辩解，但在

其知悉、掌握着涉案网店实际销售数据的情况下，不提供区分“刷单”部

分的线索或方法，且上诉人陈某光在侦查阶段对销售记录进行辨认，对

销售金额予以确认，因此，上诉人陈某光关于“刷单”的意见不能成立。

一审法院根据销售记录中记载的销售数量和销售单价认定本案销售金额

总计人民币1003887.46元正确，上诉人陈某光关于网络销售记录不能纳

入本案销售金额的上诉意见，不予采纳。一审法院已经考虑上诉人陈某

光认罪态度好，并给予从轻处罚，在无新的法定减轻、从轻处罚情节的

情况下，上诉人陈某光要求减轻处罚或适用缓刑的意见，据理不足，不

予采纳。

本案中，仅有上诉人陈某光供述称其违法所得约人民币五六万元，

并无其他证据予以佐证，不能认定其对该问题认罪并处以刑罚。因此，

一审法院没收上诉人陈某光违法所得错误，应当予以纠正。

广东省深圳市中级人民法院做出二审判决如下：

一、维持深圳市罗湖区人民法院（2017）粵0303刑初2364号刑事判

决第一项；

二、撤销深圳市罗湖区人民法院（2017）粵0303刑初2364号刑事判

决第二项；

三、现场缴获的假冒尼康、索尼、佳能相机（摄像机）电池、电池

充电器，予以没收，由公安机关依法销毁。

【法官后语】

一般情况下，刑事案件的控方承担指控犯罪的举证责任，被告人不

负有证明自己无罪或罪轻的义务。因此，有观点认为，在商标类犯罪案

件中，控方在完成对非法经营数额的举证责任后，被告人提出的“刷

单”的辩解实质是在否认控方证据与待证事实（犯罪数额）的相关度和

证明力，这种否认是一种消极的诉讼行为，被告人不会因此承担证明责

任——包括主观与客观上的证明责任。相反观点则认为，在该种情况

下，被告人应当承担主观证明责任，即提出证据的责任。但是，被告人

的举证需要达到何种证明程度？是要能够区分“刷单”部分还是达到动摇

控方指控的非法经营数额即可？动摇到何种程度时裁判法官方可依

据“存疑有利于被告”的原则进行裁判？笔者认为，应当在遵循《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《两高解释》）立法本意以及刑事诉讼法

基本原则的前提下寻求适当的解决方法。

1.被告人对于“刷单”“不实标价”的辩解应当承担举证责任

《两高解释》将侵权产品的实际销售价格、侵权产品的标价、被侵

权产品市场中间价排列为第一、二、三顺位，一方面是遵循查明案件事

实的证明要求，另一方面也暗示着价格的高低顺序，即侵权产品的实际

销售价格＜侵权产品的标价＜被侵权产品市场中间价。如果控方无法查

明侵权产品的实际销售价格或标价，就会采用取证相对简单、金额相对

较高的被侵权产品市场中间价定罪量刑。被告人为了趋利避害，则会主

动提供其实际掌握的真实销售数据、销售价格。这样，既能查明非法经

营数额，又能对被告人有利，实现控辩双赢。《两高解释》实质上产生

了引导被告人举证的作用。

在刑事诉讼中，规定由掌握、接近或者有收集证据方面条件的被告

人承担证明责任，是符合诉讼发展规律的。如果被告人对控方举证证明

的非法经营数额有异议，由被告人提供其接触、控制的证据，既不会增

加其举证负担，又可以查明案件事实，并对其产生对其有利的法律后

果，具有法理上的正当性。我国《刑法》及相关刑事司法解释已经存在

赋予被告人举证责任而降低控方证明责任的情形，例如“巨额财产来源

不明罪”“非法持有毒品罪”等，因此，在涉互联网商标类犯罪中，由被

告人对其“刷单”辩解进行举证是有例可循的。

需要说明的是，我国是职权主义模式的刑事诉讼制度，控方负有查

明案件客观事实的义务。如果被告人因为自身举证能力的限制，仅提供

了“刷单”的线索，控方仍然应当对被告人提出的线索进行调查、核实，

不能因为举证责任的转移而免除控方的证明责任。

2.被告人对于“刷单”的举证责任需达到“盖然性”标准

虽然被告人对于“刷单”的辩解负有举证责任，但对其证明标准的要

求不能过高，应当遵循刑事诉讼法中“存疑有利于被告”原则，只要被告

人提出的证据达到引起合理怀疑或者形成证据和事实的疑点，就可以卸

除其证明责任而免受不利的推断。然而，“合理怀疑”“疑点”都是一种主

观色彩浓厚的标准，“疑点”的大、小、多、少对于不同裁判者“合理怀

疑”的判断均产生不同的影响。为了统一司法裁判尺度，笔者认为，可

以借鉴民事诉讼法“高度盖然性”标准，将被告人“刷单”辩解的证明标准

设置为“盖然性”，即有可能但又不是必然的性质。即可认定其主张“刷

单”或“不实标价”的事实可能存在，裁判法官应当根据“疑点利益归于被

告”的基本原则做出对被告人有利的裁判。

编写人：广东省深圳市中级人民法院 王媛媛

51 销售盗版加密锁行为性质的认定

——陈某起侵犯著作权案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2018）京01刑终566号刑事裁定书

2.案由：侵犯著作权罪

【基本案情】

被告人陈某起于2017年4月至2017年8月，以营利为目的，未经甲科

技股份有限公司（以下简称甲公司）许可，通过互联网向北京市海淀区

等多地销售甲公司享有著作权的计算机软件及用于破解使用该软件的加

密锁，非法经营数额总计人民币217523元。被告人陈某起于2017年8月

15日被民警抓获，当场起获盗版甲软件及作案电脑主机等物，现扣押在

案。陈某起到案后如实供述了上述犯罪事实。

【案件焦点】

1.被告人销售可供公众免费下载的软件及盗版加密锁的行为是否侵

犯了权利人的著作权；2.被告人的行为是否属于“发行”行为，即其行为

构成的是侵犯著作权罪还是销售侵权复制品罪。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：被告人陈某起以营利为目的，

未经著作权人许可，发行他人享有著作权的计算机软件，情节严重，其

行为已构成侵犯著作权罪，应予惩处。北京市海淀区人民检察院指控被

告人陈某起犯有侵犯著作权罪的事实清楚，证据确实充分，指控罪名成

立。

北京市海淀区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百一十七

条第一项、第六十七条第三款、第五十三条第一款、第六十四条之规

定，判决如下：

一、被告人陈某起犯侵犯著作权罪，判处有期徒刑二年，罚金人民

币八万元；

二、在案扣押的侵权计算机软件及作案工具电脑主机等物依法予以

收缴没收。

陈某起以原判对其量刑过重为由提起上诉。北京市第一中级人民法

院同意一审法院裁判意见。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百

二十五条[[12]](#p322)第一款第一项之规定，裁定如下：

驳回陈某起的上诉，维持原判。

【法官后语】

本案的焦点问题在于被告人陈某起行为性质的认定，一是判断被告

人销售可供公众免费下载的软件及盗版加密锁的行为是否侵犯了权利人

的著作权；二是判断被告人的行为是否属于“发行”行为，即其行为构成

的是侵犯著作权罪还是销售侵权复制品罪。

1.销售盗版加密锁是否构成侵犯著作权犯罪

在数字时代，损害著作权人正当利益的方式更加多样化。传统的方

式是通过直接复制发行、销售侵权作品侵犯权利人的著作权。在当前的

数字环境中，通过销售盗版加密锁解除他人的计算机软件保密措施，已

经成为对正版软件的新型侵权方式。

对于本案被告人的行为是否构成侵犯著作权犯罪存在两种观点：一

种观点认为计算机软件的著作权应由软件本身享有，著作权人已经在官

方网站上向公众提供免费正版软件，被告人销售软件的行为没有侵害权

利人的著作权，而销售加密锁的行为是一种规避、破坏技术措施的行

为，该行为不代表一定侵犯了受该技术措施保护的作品的著作权，因而

本案的被告人不构成侵犯著作权犯罪。另一种观点认为用户虽可以从甲

公司官网下载安装该工程软件，但加密锁是用户获得许可使用涉案工程

软件的关键，如果没有加密锁，该工程软件不能运行，被告人销售盗版

加密锁的行为在本质上构成侵犯软件著作权的犯罪。

笔者同意第二种观点，理由如下：

第一，我国法律规定权利人为保护软件著作权而采取的技术措施受

法律保护，销售盗版加密锁构成犯罪的应该承担相应的刑事法律责任。

我国《著作权法》第四十八条第六项规定，未经著作权人或者与著作权

有关的权利人许可，故意避开或者破坏权利人为其作品、录音录像制品

等采取的保护著作权或者与著作权有关的权利的技术措施的属于侵权行

为，应该承担相应的民事、行政或刑事责任。《计算机软件保护条例》

第二十四条对规避技术措施行为明确予以刑法规制，“故意避开或者破

坏著作权人为保护其软件著作权而采取的技术措施”触犯刑律的，依照

刑法关于侵犯著作权罪、销售侵权复制品罪的规定，依法追究刑事责

任。《信息网络传播权保护条例》第十八条、第十九条规定，“故意避

开或者破坏技术措施”“故意制造、进口或者向他人提供主要用于避开、

破坏技术措施的装置或者部件，或者故意为他人避开或者破坏技术措施

提供技术服务”的行为构成犯罪的，依法追究刑事责任。

上述规范虽然缺乏独立的罪刑配置，但是明确了破坏、规避技术措

施具备经济或行政上的违法结构，具有提示性意义。

第二，销售盗版密码锁的行为使得权利人的著作权受到实际的损

害，具有法益侵害性。判断销售加密锁的行为是否构成犯罪，首先需要

考虑该行为对法益造成的侵害。因电子软件在数字环境中极易被复制利

用，软件著作权人普遍通过设置加密锁的方式控制他人非法接触作品从

而实现对作品的专属权利。本案中，甲公司虽在官网上向公众免费提供

正版工程造价软件，使用者可以自行下载，但是如果想实际运行该工程

造价软件还需付费购买甲公司的软件加密锁，著作权人以此控制软件的

供应和使用渠道来获取对价收入。本案被告人销售的盗版加密锁通过重

新编码等技术手段替代性地实现了正版加密锁的加密、解密功能，使得

软件呈现出一种裸露的状态，可供他人非法使用。被告人销售的盗版的

加密锁绕开了权利人的技术保护措施，同时还向购买者附赠从甲公司官

网上免费下载的软件，这种行为方式实现了变相销售软件的目的，使软

件著作权受到实际损害。

第三，涉案盗版加密锁的唯一用途是为了规避著作权人有效技术措

施，不具有其他商业价值，销售盗版加密锁的行为不能与实际利用软件

的行为区分看待。有反对观点认为，销售盗版加密锁损害权利人著作权

的过程包含了两个行为，一是被告人提供盗版加密锁的行为，二是购买

者实际接触和使用软件的行为，盗版加密锁针对的对象是技术措施，如

果购买者最终没有接触和使用软件，则该行为并不必然会损害权利人的

著作权。笔者认为，不必将侵犯著作权的过程区分为物理上两个行为。

提供盗版加密锁势必会干扰权利人利用技术措施进行自力保护，法律将

规避、破坏技术措施的行为列为侵犯软件著作权的具体侵权方式也证明

该行为本身具有可责性。且销售盗版加密锁普遍具有捆绑软件、单纯营

利的特点，破坏技术措施后，必然导致侵犯软件著作权，故该行为应当

认定为侵犯著作权犯罪。

2.被告人陈某起的行为是否属于“发行”行为

我国《刑法》对侵犯著作权的犯罪行为列明了两个罪名，分别是第

二百一十七条侵犯著作权罪和第二百一十八条销售侵权复制品罪。对于

本案被告人陈某起的罪名认定存在两种意见：

第一种意见认为陈某起应当以销售侵权复制品罪定罪量刑，《刑

法》第二百一十七条和第二百一十八条的立法目的和保护的客体不完全

相同，销售侵权复制品罪应有独立的适用空间，单独的零售行为以侵犯

著作权罪定罪量刑会导致刑罚不相适应，陈某起没有复制行为，只是单

纯的零售行为，故应以销售侵权复制品定罪。

第二种意见认为本案应以侵犯著作权罪定罪量刑。但这种意见中还

存在两种观点的分歧，一种观点认为根据司法解释的相关规定，单纯的

零售行为即属于《刑法》第二百一十七条规定的“发行”，陈某起的加密

锁虽从上家购买，但单纯的零售行为已经符合《刑法》第二百一十七条

的构成要件；另一种观点即我们所采取的观点，认为应当适当限制“发

行”的范围，单纯的零售不属于“发行”，但陈某起通过发布广告的方式

在互联网上推广销售加密锁，其行为不仅仅是单纯的零售行为，已经构

成实际的“发行”。

《刑法》第二百一十七条以列举方式规定了侵犯著作权罪的四种行

为：未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录

像作品、计算机软件及其他作品；出版他人享有专有出版权的图书；未

经录音录像制作者许可，复制发行其制作的录音录像；制作、出售假冒

他人署名的美术作品。而销售侵权复制品罪的客观方面则表现为对非本

人制作的《刑法》第二百一十七条规定的侵权复制品的非法销售行为。

可见，明确界定侵犯著作权罪与销售侵权复制品罪的关键在于对《刑

法》第二百一十七条的“复制发行”与第二百一十八条规定的“销售”之间

关系予以辨明。司法实践中，对于发行的含义存在不同理解和认识。相

关司法解释在加大对知识产权保护力度的同时，也导致销售侵权复制品

罪适用式微，“复制发行”被解释为复制或者发行以及复制且发行的行

为，总发行、批发、零售、通过信息网络传播、出租、展销等都为发行

的具体表现形式。理论中还普遍存在另一种意见认为第二百一十七条规

定的“发行”行为仅指复制者自身实施的销售行为，不应包括他人实施的

销售行为。我们认为发行的主体并不局限于复制者本人，但是侵犯著作

权罪中的“发行”和销售侵权复制品罪中的“销售”应该有所区别，单纯的

零售行为不应以侵犯著作权罪定罪，理由有以下四点：

一是侵犯著作权罪和销售侵权复制品罪的立法目的和保护客体不

同，出于维护刑法体系协调性的考虑，不应使条文变成包含关系。侵犯

著作权罪，旨在打击未经著作权人许可而复制发行作品，直接侵犯著作

权、社会危害性较大的行为。而销售侵权复制品罪的社会危害性较低，

行为人没有复制作品，只是单纯零售侵权复制品，这种侵权行为连接了

复制作品者与消费者，是直接侵权行为的简单延续，具有间接性。根据

刑法立法初衷，侵犯著作权罪和销售侵权复制品罪有独立的适用空间。

如果单纯的零售行为也构成侵犯著作权罪，就侵蚀了《刑法》第二百一

十八条销售侵权复制品罪的领地，而司法解释无权排除法定罪名的应用

空间。

二是刑法具有谦抑性，《刑法》中“发行”的定义不必完全等同于

《著作权法》中的有关定义。《著作权法》第十条规定：“……发行

权，即以出售或者赠与方式向公众提供作品的原件或者复制件的权

利……”这里的出售既可包括总发行、批发，又可包括零售。相关司法

解释将总发行、批发、零售、通过信息网络传播、出租、展销这六种行

为都列为侵犯著作权罪中“发行”的行为方式，这实际上与《著作权法》

的理解是一致的。但是对《刑法》中有关术语的解释不必完全等同于前

置性法律的规定，对于侵犯知识产权的行为，刑法不应过度介入，应当

在考虑罪刑均衡原则的基础上，不超出国民的通常理解，将社会危害性

较低的单纯零售行为排除在《刑法》第二百一十七条规定的“发行”范围

之外。

三是不能因销售侵权复制品罪司法查证困难而降低侵犯著作权罪的

入罪门槛、扩大刑法“射程”。销售侵权复制品罪在司法实践中适用很

少，除了因为司法解释的观点缩减了销售侵权复制品罪的适用空间，很

重要的一部分原因还在于销售侵权复制品罪定罪条件单一且要求过高，

使得实际定罪困难。销售侵权复制品罪的客观方面构成要件是“违法所

得数量巨大”，这就要求必须查明行为人的违法所得数额，而多数案件

的行为人一般以零售为主，缺少规范账簿，难以查实获利的详情，而且

数额也很难达到“巨大”的标准，因而以该罪定罪十分困难。而侵犯著作

权罪的构成标准除了违法所得还有“其他严重情节”，只需查明非法经营

的数额是否达到标准就可定罪，降低了查证的难度。但不能因为司法实

践中查证的困难而扩大刑法的射程，将难以认定的轻罪（销售侵权复制

品罪）最终以重罪（侵犯著作权罪）论处，这将导致罪刑不均衡的后

果，有违罪刑法定原则。司法认定中存在的问题应该通过加大侦查力

度、完善侦查技巧的方式来解决，不能在不查清前因后果、犯罪数额的

情况下，仅凭司法解释降低侵犯著作权罪的入罪门槛。

四是司法解释留出了销售侵权复制品罪的独立适用空间。《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》第十四条第二款明确规定：“实施刑法第二百一十七

条规定的侵犯著作权犯罪，又销售明知是他人的侵权复制品，构成犯罪

的，应当实施数罪并罚。”可见，销售明知他人的侵权复制品的行为可

单独构成他罪，不应完全以侵犯著作权罪定罪处罚。

本案中被告人陈某起的行为方式不仅仅是通过QQ联络买家零售侵

权的软件及加密锁，而且还通过在搜索引擎上发布广告达到推销的目

的，扩大了侵权的范围和影响力。根据《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》第二条的规定，侵权产品的持有人通过广

告、征订等方式推销侵权产品的行为属于刑法第二百一十七条规定的发

行，故对本案被告人陈某起的行为应当认定构成“发行”，最终以侵犯著

作权罪定罪量刑。

本案是一起典型的计算机软件著作权侵权案件，在案件裁判过程中

需结合计算机软件的侵权模式，准确把握“作品”的内涵，辨析犯罪行为

的本质。同时，在司法实践中，需坚持罪刑法定原则，保持刑法的谦抑

性，准确区分行为人的行为是属于侵犯著作权罪中的“发行”还是销售侵

权复制品罪中的“销售”，单纯零售盗版加密锁的行为不应以侵犯著作权

罪定罪，但行为人如果通过广告、征订的方式推销侵权产品，则侵权行

为的范围和影响都得到了扩大，根据罪刑相适应的原则应当认定构

成“发行”行为。

编写人：北京市第一中级人民法院 林辛建 魏晓田

（七）扰乱市场秩序罪

52 围标行为是否构成串通投标罪

——赵某波串通投标案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省淅川县人民法院（2018）豫1326刑初141号刑事判决书

2.案由：串通投标罪

【基本案情】

2012年年底，被告人赵某波为了在南水北调中线工程丹江口库区淅

川县移土培肥项目中承揽工程，与南阳市甲电器有限公司法人徐某商议

共同出资参与淅川县移土培肥项目，并于2012年12月成立了淅川县乙林

业有限公司（以下简称乙公司），由张某武（另案处理）任公司的法人

代表，赵某波、靳某昌（代表徐某）为股东，其中赵某波和徐某分别占

45%股份，张某武占10%股份。乙公司成立后，赵某波安排他人具体负

责运作参与移土培肥项目投标事项，为了能够在招投标过程中将参与移

土培肥项目投标的标段纳入乙公司，赵某波等人提供投标保证金、制作

标书预算等投标材料，先后借用河南省平顶山市丙有限公司等企业的资

质，在招投标过程中对淅川县老城镇移土培肥项目区多个标段进行围

标，最终中标九个标段，中标项目金额合计人民币40871932.32元。

经南阳泰诺联合会计事务所审计：乙公司涉嫌组织14家公司参与老

城镇项目的串通投标工作，其中5家公司未中标，9家公司中标。

辩护人提出辩护意见认为：被告人赵某波串通投标未给国家、他人

造成任何经济损失；因移土培肥项目工程要毁掉被告人赵某波种植的茶

树，政府承诺给其移土培肥工程对其进行补偿，被告人赵某波组织串标

是得到政府默许，故在量刑时应当酌情考虑从轻处罚；被告人赵某波案

发后认罪态度较好，可酌情从轻处罚。

【案件焦点】

围标行为是否构成串通投标罪。

【法院裁判要旨】

河南省淅川县人民法院经审理认为：被告人赵某波伙同他人相互串

通投标报价，损害其他投标人利益，且中标项目金额共计人民币

40871932.32元，情节严重，其行为已构成串通投标罪。淅川县人民检

察院指控的罪名成立，本院予以支持。关于被告人赵某波及其辩护人提

出的串通投标行为未造成损失应从轻处罚的辩解及辩护意见，本院认

为，串通投标罪有多个构罪标准，串通投标行为损害招标人、投标人利

益造成直接经济损失达到一定数额只是该罪构罪标准之一，未造成直接

经济损失并不是其从轻处罚的依据，故被告人及辩护人的该部分意见不

能成立，本院不予采纳。关于被告人赵某波及其辩护人提出的组织串标

是得到政府默许、中标是政府对赵某波被毁茶树的补偿故应从轻处罚辩

解及辩护意见无相关证据证实，被告人及辩护人该部分辩解及辩护意见

不能成立，本院不予采纳；对于辩护人提出的被告人赵某波认罪态度较

好可从轻处罚的辩护意见与事实相符，本院予以采纳。

为了维护正常的社会主义市场经济秩序，打击刑事犯罪，河南省淅

川县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百二十三条、第五十二

条、第五十三条之规定，作出如下判决：

被告人赵某波犯串通投标罪，判处有期徒刑十个月，并处罚金人民

币20000元。

【法官后语】

对于本案被告人组织围标的行为是否构成串通投标罪在实践中是有

分歧的，一种观点认为，被告人组织多家公司进行围标，形式上用14家

公司投标，实质上是一人投标，不具备两个以上主体勾结串联的情况，

不存在与他人“串通”，故不能认定为串通投标；但另一种观点则认为，

一人控制多家公司围标，其对竞标过程与结果的把控程度和对竞标规则

的破坏程度比与他人的串通更为严重，举轻以明重，当然构成“串通”投

标。

笔者同意第二种观点。对于围标是否属于“投标人相互串通投标报

价”，笔者认为可以从以下方面进行分析：

首先，围标符合串通投标罪的客观方面要件。持围标不构成串通投

标罪观点者主要是认为，围标实质上是一人投标，无法“串通”，不符合

串通投标罪客观方面的要求。这涉及对“串通”的文义理解，“串通”一般

是指彼此勾结，互相配合。笔者认为这种“勾结”“配合”不仅仅是指多个

投标人在竞标现场的配合，还应当包括从为投标借用资质、准备相关材

料以及竞标环节等整个过程。在这一过程中，不仅有“实际投标人”一

方，被借用资质、准备竞标材料、提交保证金参与围标的其他“形式投

标人”也参与了串通投标。因此，“串通”的实质就是数个投标人通过谋

划，形成了统一的意志，形式上的数个招标人成为事实上的一个招标

人，限制或者失去了招标投标的竞争性。该统一的意志形成的过程

即“串通”可以存在于现场竞标开始之前，也就是说在竞标开始时数个投

标人已经形成统一意志，在竞标时已经“名为数人，实为一人”也属于串

通投标所要求之“串通”，而不能够仅仅理解为没有在竞标现场进行“串

通”就不构成串通投标。

其次，围标符合串通投标罪客体要件。串通投标既侵害了正常的招

标、投标市场秩序，也侵害了国家、集体和公民的合法权益。招标、投

标是一种竞争性很强的市场交易方式，其优越性在于优胜劣汰，使整个

社会的人力、物力、财力资源得到更好的配置，其本身应当遵循公开、

公平、公正和诚实信用的原则。倘若当事人通过串通投标的不正当手段

排斥他人的正当竞争，就会使招标投标活动丧失其原有功能，进而损害

国家利益、社会公共利益和其他投标当事人的合法权益。而围标是指几

个投标人之间相互约定，一致抬高或压低投标报价进行投标，通过限制

竞争，排挤其他投标人，使某个利益相关者中标，从而谋取利益的手段

和行为。围标成员达成“攻守同盟”，属于垄断或合谋定价行为，违反公

平竞争原则。围标的组织较一般串通投标行为更为严密，对竞标过程及

结果的把控更强，对公平竞争的限制与破坏更为严重。本案中，被告公

司组织14家公司参与串通投标工作，其中5家公司未中标，9家公司中

标，中标项目金额高达40871932.32元就充分反映了这一点。因此，围

标比一般串通投标行为对正常的招标、投标市场秩序以及国家、集体和

公民的合法权益的侵害性更高。

再次，围标的主体、主观方面也符合串通投标罪的构成要件要求。

串通投标罪的主体就招标人而言，是特殊主体，就投标人而言，是一般

主体，凡达到刑事责任年龄且具备刑事责任能力的自然人均能构成本

罪。依《刑法》第二百三十一条之规定，单位也能成为本罪主体，单位

犯本罪的，对单位判处罚金，对其直接负责的主管人员和其他直接责任

人员追究相应的刑事责任。本罪在主观方面必须出于故意，即明知自己

串通投标的行为会损害招标人或其他投标人的利益，但仍决意为之，并

希望或放任这种危害后果的发生。围标行为符合以上主体和主观方面的

要求。

最后，从法律法规规定上看，对围标行为按照串通投标罪进行处罚

是有法律依据的。一方面，按照对串通通标罪中“串通”的理解，《刑

法》第二百二十三条自然能够适用于围标行为。另一方面，《招标投标

法》第五十四条第一款也规定：“投标人以他人名义投标或者以其他方

式弄虚作假，骗取中标的，中标无效，给招标人造成损失的，依法承担

赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”《招标投标法实施条

例》第四十条规定：“有下列情形之一的，视为投标人相互串通投标：

（一）不同投标人的投标文件由同一单位或者个人编制；（二）不同投

标人委托同一单位或者个人办理投标事宜；（三）不同投标人的投标文

件载明的项目管理成员为同一人；（四）不同投标人的投标文件异常一

致或者投标报价呈规律性差异；（五）不同投标人的投标文件相互混

装；（六）不同投标人的投标保证金从同一单位或者个人的账户转

出”。因此，本案中被告的围标行为无疑属于串通投标的弄虚作假行

为，构成犯罪的，应当依法对其进行刑事处罚。

综上，围标行为应当属于串通投标，构成犯罪的，应当依照串通投

标罪的规定进行处罚。

编写人：河南省南阳市淅川县人民法院 吴笑珑

53 合同诈骗罪、骗取贷款罪、贷款诈骗罪的区分和认

定

——林某英合同诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2018）京01刑终683号刑事裁定书

2.案由：合同诈骗罪

【基本案情】

2014年4月至2015年7月，被告人林某英伙同彭某雄、彭某英、李某

华等人（另案处理）为办理贷款在北京市成立北京甲有限公司并担任法

定代表人。后被告人林某英使用李某华提供的伪造的相关房产证明，在

北京市海淀区与北京乙银行支行签订《借款合同》，并与被害单位北京

丙融资担保有限公司签订《委托担保协议书》《最高额质押反担保合

同》等协议，由被害单位提供担保，涉案人员及单位按照协议约定缴纳

了贷款额10%的保证金。2014年4月24日，林某英所在公司获取北京乙

银行支行贷款人民币200万元，贷款期限为2014年4月29日至2015年4月

29日，到期后又续贷一年，担保期到2016年6月1日。彭某雄、彭某英等

人将被告人林某英公司所得贷款共计人民币1999950元于2014年4月30日

转移到北京丁体育用品有限公司（公司法人为阮某连），后又转到被告

人林某英个人账户上50万元，被告人林某英将钱款用于父亲看病等个人

使用。2016年到期后被告人林某英未能按期偿还，北京丙融资担保有限

公司向北京乙银行支行偿还了全部贷款，在向林某英所在公司追偿过程

中发现其所提供的房产证明系伪造，即报案，现涉案款项尚未退赔。被

告人林某英于2017年8月10日向公安机关投案，后如实供述了上述犯罪

事实。

【案件焦点】

本案犯罪行为结构复杂，如何确定其性质。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为，被告人林某英伙同他人，以非

法占有为目的，以伪造的产权证明作担保与他人签订合同，骗取对方当

事人财物，数额特别巨大，其行为已构成合同诈骗罪，应予惩处。鉴于

被告人林某英能够自动投案，且到案后及在庭审过程中能如实供认自己

的罪行，认罪态度较好，具有自首情节，依法对其减轻处罚。

北京市海淀区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百二十四

条第一款第二项、第二十五条第一款、第六十七条第一款、第五十三条

第一款、第六十四条之规定，作出如下判决：

一、被告人林某英犯合同诈骗罪，判处有期徒刑九年，罚金人民币

三十万元；

二、责令被告人林某英退赔人民币一百八十万元，发还被害单位北

京丙融资担保有限公司。

林某英对于一审判处其合同诈骗的罪名不持异议，但认为其在犯罪

过程中仅获取50万元，其余钱款均被彭某雄等人据为己有，其主观恶性

不重，原判量刑过重。因而提起上诉。

北京市第一中级人民法院经审理认为：上诉人林某英伙同他人，以

非法占有为目的，以伪造的产权证明作担保与他人签订合同，骗取对方

当事人财物，数额特别巨大，其行为已构成合同诈骗罪。鉴于林某英能

够自动投案，到案后如实供认所犯罪行，具有自首情节，可依法对其减

轻处罚。对于林某英所提原判对其量刑过重的上诉理由，经查：一审法

院根据本案基本事实，全面考虑了林某英具有的法定量刑情节，对其予

以减轻处罚，量刑适当，故对于该项上诉理由，本院不予采纳。综上，

一审法院根据林某英犯罪的事实，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。

北京市第一中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二

百三十六条第一款第一项之规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

在司法实践中，由于骗取贷款罪、贷款诈骗罪和合同诈骗罪的犯罪

对象存在重合，法官在案件定性时经常需要辨析以上三个罪名。本案

中，被告人林某英为了获取贷款，以虚假产权证明、缴纳保证金的方式

骗取融资公司担保，在获得担保的情形下，使用虚假产权证明，获得银

行信任，骗得贷款。贷款到期后，被告人林某英未能偿还，担保公司承

担全部担保责任。以上行为，由于担保公司的介入，导致本案在行为结

构上变得更加复杂。既涉及罪名认定问题，也涉及罪数认定问题。

关于本案的行为性质，基于案情，可以作出以下几点认定：一是本

案主体为自然人，但合同中，均以被告人名下的公司名义签订；二是主

观方面，被告人主观上具有非法占有的目的；三是客观方面，被骗贷款

由担保公司进行赔偿，本案实际受害人为担保公司；四是客体为银行贷

款。关于贷款诈骗罪的认定，根据2001年最高人民法院《全国法院审理

金融犯罪案件工作座谈会纪要》，单位不能构成贷款诈骗罪，虽然公诉

机关起诉的是被告人林某英，并不包括林某英名下公司，鉴于合同的签

订均以公司名义，发放贷款亦以公司名义收取，因此，本案不宜认定为

贷款诈骗罪。关于本案属于骗取贷款罪还是合同诈骗罪，被告人林某英

的行为同时符合骗取贷款罪与合同诈骗罪的构成要件，如何定性，还应

作进一步区分。被告人林某英在获得贷款后，将钱款用于父亲看病等个

人使用方面，并未将贷款用于公司经营，对于所获贷款具有非法占有目

的。骗取贷款罪的认定不要求行为人具有非法占有目的，故本案中被告

人的行为不宜认定为骗取贷款罪。结合全案，被告人的行为符合合同诈

骗的构成要件，因此应当认定为合同诈骗罪。

关于罪数问题，由于本案中，被告人林某英在骗取担保公司担保的

基础上，同时骗取了银行贷款，如果分开评价被告人林某英的行为，骗

取担保公司担保的行为可以认定为合同诈骗罪，骗取银行贷款的行为可

以认定骗取贷款罪，因此，在实践中，存在是否应当以合同诈骗罪与骗

取贷款罪数罪并罚的疑问。笔者认为，对于罪数的认定，应当结合构成

要件，同时也要综合考虑法益侵害、行为数量等具体事实。被告人林某

英获得担保公司担保是作为获取银行贷款的一项手段或者必要条件，其

主观目的是获取贷款，因此，被告人林某英的行为具有一定的关联性、

主观目的具有一致性。从危害后果来看，银行不是必然承担损害结果，

本案中的实际受害人为担保公司。因此，结合本案的具体情况，以及罪

责刑相适应的基本原则，本案应当以合同诈骗罪一罪认定，不应数罪并

罚，但行为人的手段可以在量刑时予以考虑。

综上，在辨析骗取贷款罪、贷款诈骗罪与合同诈骗罪罪名适用时，

应当首先从构成要件符合性出发。一是根据犯罪主体进行判断，贷款诈

骗罪中单位不能成为犯罪主体，骗取贷款罪与合同诈骗罪的犯罪主体为

一般主体，自然人与单位皆可；二是根据行为人主观方面进行判断，贷

款诈骗罪和合同诈骗罪均要求行为人具有非法占有目的，唯骗取贷款罪

不要求行为人具有非法占有为目的；三是在行为人主观方面与主体均符

合合同诈骗罪与贷款诈骗罪时，需要对侵犯的客体和客观方面进行深入

分析，如仍然难以区分，则结合择一重罪处罚等原则进行判断。

编写人：北京市第一中级人民法院 丁睿智

54 合同诈骗罪与诈骗罪的区分

——唐某勇合同诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省成都市武侯区人民法院（2018）川0107刑初252号刑事判决

书

2.案由：合同诈骗罪

【基本案情】

被告人唐某勇在成都市武侯区经营轮胎换、补生意多年，但因沉迷

于赌博而导致经营不善，2017年10月，在卖掉自己最后一家位于武侯区

簇锦街道的轮胎店铺后经营流动轮胎车的生意，并将钱款挥霍殆尽于赌

博中，唐某勇遂起意向不熟悉其境况、与其有过合作交易的成都市青白

江区的供货商张某华进购轮胎套现用于赌博翻本。2017年11月17日，唐

某勇经与张某华联系，张某华介绍唐某勇向被害人白某林进购轮胎，当

日，唐某勇与被害人白某林经过电话商议，确定从白某林处进购30

套“骐马”牌1200R20型轮胎，并约定次日货到付款，二人还互加微信确

定货物交付地点。同时，唐某勇积极联系在武侯区武侯大道文昌段经营

轮胎店的黄某勋进行销货套现。2017年11月18日，被害人白某林依约将

30套“骐马”牌1200R20型轮胎送至唐某勇指定的位于武侯区金花镇陆坝

村5组一停车场内，唐某勇向被害人白某林谎称次日付款，并在白某林

提供的一张列明了关于上述30套轮胎的型号、单价2400元、总价72000

元的送货单上签字确认收货，注明转账支付货款。唐某勇在收货当日下

午就其中10套轮胎以单价2000元的价格销售给了事先联系好的在武侯区

武侯大道文昌段经营轮胎店的黄某勋，黄某勋于当日通过转账19000元

和现金交付1000元的方式支付了货款，另唐某勇担心剩余轮胎存放在停

车场不安全，遂又于当日晚上将轮胎转移至黄某勋的店铺内，商议待轮

胎卖掉再付款。待被害人白某林于2017年11月19日电话询问唐某勇何时

付款时，唐某勇又再次谎称已到银行柜台办理了转账，24小时内货款就

到了，之后拒不回复白某林的电话和微信。后被害人白某林到送货停车

场查看，发现上述30套轮胎均已被转移，遂于2017年11月20日到公安机

关报案。几天后，唐某勇从黄某勋处再拿走了5000元货款，并将存放在

黄某勋处的上述其中2套轮胎售予他人，自己收取货款。唐某勇将上述

所得钱款用于赌博输光后，于2017年11月29日，又以单价1800元的价

格、一次性支付的方式将剩余18套轮胎售予黄某勋，唐某勇将收到的剩

余货款用于赌博活动中，至2017年12月1日在成都市武侯区鞋都南二路×

号甲酒店249号房间被民警抓获时，唐某勇只剩余现金14400元在身，民

警依法对查获的现金等进行了扣押。经鉴定，被告人唐某勇从被害人白

某林处进购的30套“骐马”牌1200R20型轮胎价值72000元。

同时，另查明，民警在黄某勋处扣押了尚未售出的23套“骐马”牌

1200R20型轮胎。

【案件焦点】

本案应认定为诈骗罪还是合同诈骗罪。

【法院裁判要旨】

四川省成都市武侯区人民法院经审理认为：被告人唐某勇以非法占

有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较

大，其行为已构成合同诈骗罪。公诉机关指控被告人唐某勇的犯罪事实

清楚，但指控诈骗罪的罪名不当，不予支持。针对本案罪名认定的争点

以及辩护人所提不构成诈骗罪、无罪等辩护意见，综合评判如下：1.被

告人唐某勇与被害人白某林已就30套“骐马”牌1200R20型轮胎的销售价

格和履行方式等达成口头合同，且被告人唐某勇收到货后在被害人白某

林留存的收货单上也签字确认了具体的轮胎型号、数量、单价、货款总

价、付款方式等，二人已就合同标的、数量、价款、付款方式等达成了

合意（在界定合同诈骗罪的合同范围时，不应拘泥于形式）；且被告人

唐某勇与被害人白某林实施的是与上述30套轮胎销售的合同内容相关的

经济活动；二人之间的口头合同也是被害人白某林陷入错误认识而作出

财产处理的原因，故被告人唐某勇的行为符合合同诈骗罪的“合同”要

件。2.被告人唐某勇在侦查阶段中供认是为了赌博活动而有预谋地购买

轮胎套现，经查，被告人唐某勇在收到30套轮胎后，欺骗被害人白某林

称在收货后次日完成货款转账支付，实则当日就将轮胎转移、出售，所

得钱款大部分均肆意挥霍于赌博活动中，致使不能偿还被害人白某林的

损失，且拒不与被害人白某林联系，逃匿，其行为依法应认定为以非法

占有为目的，骗取对方当事人财物；综上，被告人唐某勇的行为符合合

同诈骗罪的构成要件，故对辩护人所提被告人唐某勇的行为不构成诈骗

罪、系无罪等辩护意见不予采纳。针对被告人唐某勇所提与被害人白某

林约定轮胎单价为2260元、付款时间等辩护意见，与查明事实不符，不

予采纳。本案中，扣押在案的现金人民币14400元系被告人唐某勇销赃

后的违法所得，依法应发还被害人白某林；被告人唐某勇以未明显低于

市场价的价格将其中28套“骐马”牌1200R20型轮胎售予黄某勋，黄某勋

系第三人善意取得涉案财物，执行程序中不予追缴，故扣押在案的23

套“骐马”牌1200R20型轮胎不属于本案违法所得追缴范畴，应由原物扣

押机关依法处理。

据此，为维护市场经济秩序和保护公民的财产权利不受侵犯，惩罚

犯罪，依照《中华人民共和国刑法》第二百二十四条、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、被告人唐某勇犯合同诈骗罪，判处有期徒刑十个月，并处罚金

人民币五千元；

二、扣押在案的违法所得现金人民币14400元发还被害人白某林，

扣押在案的23套“骐马”牌1200R20型轮胎等物由原物扣押机关依法处

理；责令被告人唐某勇退赔被害人白某林剩余损失。

【法官后语】

合同诈骗罪的立案追诉标准高于普通诈骗罪，具体量刑也有显著区

别。在确定罪名时应注意以下三点：

1.行为人与被害人之间是否订立合同

“合同”是合同诈骗罪的构成要件之一，同时该“合同”内容须受市场

秩序调整，即围绕经济活动展开，如不具有交易性质的赠与合同，婚

姻、监护、收养等有关身份关系的协议，以及主要受劳动法、行政法调

整的劳务合同、行政合同等，不属于合同诈骗罪中的“合同”；另

外，“合同”并不限于采用书面形式，否则与现行法律规定和法治理念的

发展不符，故将利用口头协议骗取他人财物的行为也纳入认定为合同诈

骗行为符合立法本意。

2.行为人是否实施与合同内容有关的经济活动

合同诈骗罪侵犯的客体是市场经济秩序，要认定为合同诈骗罪，行

为人必须实施与合同约定内容相关的经济活动，即具有与签订、履行合

同相关的筹备、管理、经营活动，否则不构成合同诈骗罪。

3.行为人是否因“合同”陷入认识错误而做出财产处理

被害人若因合同约定的利益内容或者保障功能等陷入错误认识，而

做出财产处理，才能构成合同诈骗罪。

本案中，公诉机关认为行为人与被害人之间未就购销轮胎达成书面

合同，且行为人是为归还赌债而有预谋地实施骗取轮胎销赃抵债，不符

合围绕“合同”开展经济活动，认为应以诈骗罪追究行为人的刑事责任。

而法院认为，在界定合同诈骗罪的合同范围时，不应拘泥于书面合同形

式。本案中，行为人与被害人已就轮胎的销售价格和履行方式等达成口

头合同，且行为人在被害人提供的收货单上签字确认了具体的轮胎型

号、数量、单价、货款总价、付款方式等，行为人与被害人已就“合

同”相关要素等达成了合意，且行为人与被害人实施的是与合同内容相

关的经济活动，二人之间的口头合同也是被害人陷入错误认识而作出财

产处理的原因，故行为人的行为符合合同诈骗罪的“合同”要件。

合同诈骗罪的立案追诉标准比普通诈骗罪高，且二罪名关于数额巨

大、数额特别巨大的标准差距也较大，故实务中，关于罪名的具体适用

有较多冲突。对于刑法明文列举的类型化合同诈骗行为，不符合合同诈

骗立案追诉标准的，但符合诈骗罪构成要件的，可以诈骗罪追究刑事责

任，否则不应以诈骗罪取而代之；对于个别案件中穿插实施合同诈骗行

为和诈骗行为，且两种行为都构成犯罪时，则应适用刑法中数罪并罚的

规定，分别定合同诈骗罪和诈骗罪，实行并罚。

编写人：四川省成都市武侯区人民法院 任燕

55 为骗取银行贷款而骗取担保，致使担保公司遭受损

失行为的法律定性

——王某峰合同诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省安阳市中级人民法院（2018）豫05刑终419号刑事裁定书

2.案由：合同诈骗罪

【基本案情】

2011年，被告人王某峰欲向银行贷款，便找陈某海和王某峰的熟人

杨某明商量帮忙。因陈某海曾在安阳市商业银行红旗渠广场支行（以下

简称红旗渠支行）办理过贷款，陈某海同意帮忙联系银行。杨某明也同

意帮忙贷款，并介绍董某帅参加。王某峰和陈某海等人在一起商定了贷

款后钱款使用的分配，但都未提出如何偿还贷款。

2011年4月，为向银行贷款，董某帅通过其姐夫杨某明，以2万元购

买了安阳市甲商贸有限公司（以下简称甲公司），成为甲公司的法定代

表人，但未进行实际经营活动。

2011年年底，陈某海帮助王某峰联系银行，并找安阳市乙商贸有限

公司（以下简称乙公司）郭某军虚构购销合同及委托支付合同；董某帅

帮助王某峰提供甲公司虚假贷款资料。经谋划后，被告人王某峰以甲公

司实际控制人、董某帅以甲公司法定代表人的名义，以购买货物有资金

缺口为名，向红旗渠支行申请贷款200万元。王某峰和董某帅将准备好

的甲公司虚假的财务资料、乙公司虚假的购销合同及委托支付合同提供

给了银行。

2012年4月，因银行贷款需要有担保公司担保，王某峰、董某帅又

找到安阳丙投资担保有限公司（以下简称丙公司），向丙公司交纳20万

元保证金和8万元担保费，并将向银行提交的虚假贷款资料提供给丙公

司，陈某海向丙公司提供了反担保的安阳市丁钢铁贸易有限公司（以下

简称丁钢铁），骗取丙公司向红旗渠支行为其贷款提供担保。

2012年4月23日，甲公司与红旗渠支行签订了贷款合同，骗取了银

行贷款200万元。银行将贷款发放到乙公司账上后，2012年4月24日、25

日，陈某海让乙公司老板郭某军分两笔共200万元转账到陈某海个人账

户内。陈某海随即分三笔将共171.44万元通过王某峰表弟段某鹏的账户

转给了王某峰，将20万元转给了丁钢铁的王某飞（别名王某军），余款

陈某海留用。

王某峰按照贷款前的约定，从171.44万元贷款中给了杨某明40万

元，给了董某帅25万元，余款被王某峰用于归还其个人欠款等使用。

王某峰和董某帅改变贷款用途，将贷款资金私分使用后，均未打算

偿还银行贷款。直至2013年4月22日该笔银行贷款到期后，甲公司地址

及王某峰、董某帅的个人联系方式均发生变更，家中无人，手机停机，

红旗渠支行和丙公司均寻找不到王某峰、董某帅。2013年6月28日，丙

公司向红旗渠支行代偿了该笔200万元的贷款。

另查明，贷款时，被告人王某峰除向丙公司交纳28万元的保证金和

担保费外，还用其一套价值16万元房屋和10万元购房预付款交款条向丙

公司抵押。扣除上诉款项，共计诈骗丙公司146万元。案发后，王某峰

向丙公司还款10万元，丁钢铁王某飞向丙公司还款20万元，董某帅退回

现金25万元，杨某明还款40万元。又查明，被告人王某峰因犯非法吸收

公众存款罪，于2017年4月5日被河北省石家庄市栾城区人民法院判处有

期徒刑五年，并处罚金30万元。其刑期自2016年3月4日起至2021年3月3

日止。

【案件焦点】

行为人为骗取银行贷款而骗取担保，致使担保公司遭受损失的行为

应如何法律定性，应成立贷款诈骗罪还是合同诈骗罪。

【法院裁判要旨】

河南省安阳市龙安区人民法院经审理认为，被告人王某峰以非法占

有为目的，伙同他人虚构事实、隐瞒真相，以银行贷款需要担保为名，

骗取担保公司财产，数额特别巨大，其行为已构成合同诈骗罪。公诉机

关指控罪名成立。被告人王某峰及其辩护人提出，被告人王某峰没有非

法占有的目的，不构成合同诈骗罪的意见。经查，证人何某喜、张某

成、郭某芹、胡某柱、胡某平、艾某钢、杨某明证言，证明董某帅为了

从银行骗取贷款购买、管理甲公司的情况；证人史某来、李某涛、韩某

媛、石某喜、许某军、石某姣证言，证实王某峰以甲公司老板名义、董

某帅为甲公司法人代表接待欺骗银行、担保公司核查人员，得到贷款

后，切断联系逃匿的情况；同案犯董某帅供述甲公司实际没有经营过，

王某峰为贷款便以甲公司实际老板的名义贷款，贷款资料都是王某峰办

理的，贷款也是王某峰用的事实；被告人王某峰亦供述其和董某帅等人

商量以甲公司名义贷款并将钱分了，其以甲公司实际控制人的身份办理

贷款，并向银行和担保公司提供贷款资料，贷款到期后，其就不还了，

也把手机号换了，银行找不到他的事实，结合甲公司工商登记资料及变

更手续、银行贷款材料、司法会计鉴定意见书，上述证据相互印证，证

实被告人王某峰为非法占有他人财产，伙同他人预谋购买甲公司、提供

虚假材料，骗取贷款后私分占有，造成被害单位担保金损失的事实，被

告人及其辩护人辩称不构成合同诈骗罪的理由不能成立，不予采纳。本

案合同诈骗为共同犯罪，在犯罪过程中被告人王某峰积极参与犯罪过

程，起主要作用，系主犯。被告人王某峰在案发前已赔偿丙公司26万元

和支付的保证、担保费28万元，应从犯罪金额中扣除；案发后向丙公司

还款10万元的行为，可酌情从轻处罚。

河南省安阳市龙安区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百

二十四条、第六十九条、第七十条、第二十五条、第二十六条第一款、

第四款、第五十二条、第五十三条第一款、第六十四条规定，作出如下

判决：

一、被告人王某峰犯合同诈骗罪，判处有期徒刑十一年，并处罚金

人民币10万元；加原犯非法吸收公众存款罪判处有期徒刑五年，并处罚

金30万元，数罪并罚，决定执行有期徒刑十五年，并处罚金人民币40万

元；

二、责令被告人王某峰与同案被告人共同退赔被害单位安阳丙投资

担保有限公司经济损失人民币51万元。

王某峰提出上诉，辩称其没有非法占有的故意，其行为构成骗取贷

款罪，不构成合同诈骗罪；原判量刑重。

河南省安阳市中级人民法院经审理认为：1.关于上诉人王某峰认

为“其没有非法占有的故意，其行为构成骗取贷款罪，不构成合同诈骗

罪”的上诉理由，经查，从贷款的目的和用途来看，王某峰伙同董某帅

等人贷款前约定私分钱款，未提偿还贷款事宜，贷款到手后将钱款私

分，王某峰将其分得钱款用于归还个人债务，并没有用于甲公司正常生

产经营；从甲公司的经济能力和经营状况来看，董某帅通过杨某明购买

甲公司后并未实际开展经营活动，而是伙同王某峰等人利用该公司从银

行贷款；从造成的后果来看，王某峰等人没有归还银行贷款，导致丙公

司向银行代偿了该笔贷款；从案发后的行为来看，贷款到期后，王某

峰、董某帅没有积极偿还贷款，而是变更联系方式，银行和担保公司均

无法联系上二人。综上，可以看出，王某峰主观上具有非法占有的目

的，客观上伙同他人采取虚构事实、隐瞒真相的方式，以银行贷款需要

担保为名，骗取担保公司财产，数额特别巨大，其行为构成合同诈骗

罪，而非骗取贷款罪。故上诉人王某峰的该上诉理由不能成立。2.关于

上诉人王某峰认为“原判量刑重”的上诉理由，经查，以非法占有为目

的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物数额在一百万元以

上的，属数额特别巨大，应处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚

金或者没收财产。本案中，王某峰以非法占有为目的，诈骗丙公司146

万元，数额特别巨大，原判根据王某峰的犯罪性质、在共同犯罪中的作

用和对社会的危害程度，判处其有期徒刑十一年，并处罚金人民币十万

元，量刑并无不当。故上诉人王某峰的该上诉理由不能成立。

上诉人（原审被告人）王某峰以非法占有为目的，伙同他人虚构事

实、隐瞒真相，以银行贷款需要担保为名，骗取担保公司财产，数额特

别巨大，其行为已构成合同诈骗罪。原审判决认定事实清楚，证据确

实、充分，定罪准确，量刑适当，审判程序合法。上诉人王某峰的上诉

理由，均不予采纳。

河南省安阳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[[13]](#p322)第一款第一项的规定，作出如下裁定：驳回上诉，维

持原判。

【法官后语】

近年来，与本案类似的“双重诈骗”案件在司法实践中屡见不鲜。其

表现形式主要是犯罪人在实施第一个诈骗行为的过程中，又实施了另一

个诈骗行为，结果可能造成前行为的被害人损失，也可能造成后行为的

被害人损失。就本案而言，笔者认为认定合同诈骗罪更为适宜，理由如

下。

一是犯罪对象和侵犯的法益方面。被告人王某峰表面上骗取的财物

直接来源于银行的贷款，实则骗取的是担保公司的担保权益，犯罪对象

应为担保公司。因为担保公司在对被告人提供的资料和抵押进行审查之

后，签订了担保合同，出具了担保函，这就意味着担保公司对自己担保

的权益进行了处置，满足了一般诈骗类案件的全部犯罪构造。而银行在

获得担保公司担保函后放贷，实际是担保权益与实际财物的对等交换，

银行本身并不存在损失，只是被告人诈骗既遂后既得的赃物转换的一个

中间环节。

另外，从侵犯法益的角度来看，综观全过程，银行放贷之前，有担

保公司的担保；放贷之后，被告人每月按时向银行归还利息，不存在故

意不交等情况；贷款到期之后，被告人不归还贷款，银行进而取得担保

公司担保权益，因此很难认定在这个过程中银行的权益受到侵害，故认

定贷款诈骗罪也没有客观方面的支撑。

二是被告人直接骗取银行贷款的犯罪行为，虽然在刑法上获得否定

性评价，但并不当然导致贷款合同和担保合同的无效。明确这个问题，

主要是有部分人认为被告人贷款行为是违法的，贷款合同和担保合同就

是无效的，那么银行就不能合法获得担保公司的权益，进而认为被告人

诈骗的行为直接侵害到了银行的利益。笔者认为这种看法不妥。最终贷

款合同和担保合同是否有效，需要用民事法律去评价，在其没有作出评

价时，我们不能用刑法去评价无效。

三是被告人王某峰具有概括的非法占有他人财物的犯罪故意和不确

定的犯罪对象，虽不具体明确，但相对确定又具体移动可变。（1）关

于以非法占有为目的的认定。被告人王某峰实施诈骗行为前，即开始与

同案犯预谋骗取贷款，但均没有提到如何偿还贷款，主观上就没有还款

意图；从被告人王某峰和同案犯诈骗后得到的财物，也没有用于贷款公

司的正常生产经营；在银行贷款到期之后，更没有积极偿还贷款，而是

以变更联系方式、住址等方式进行逃脱银行和担保公司的追偿。综合看

来，被告人王某峰具有非法占有他人财物的目的成立。（2）占有他人

财物中的“犯罪故意”的认定。根据法院查明的事实和被告人供述可得

知，被告人由于同案犯陈某海以前在银行贷过款的经验，而后产生了骗

取银行贷款的故意，约定贷款私分，并和其他同案犯一块实施了伪造财

务报表、验资报告及购销合同等行为，隐瞒了甲公司实际的经济能力和

经营状况，虚构了甲公司购买货物有资金缺口的事实，将资料提交至银

行。在被告人被告知需提供担保后，从其积极骗取担保公司担保权益，

交纳保证金、抵押物和提供虚假的反担保等一系列行为可知，被告人此

时主观上具有明确地诈骗担保公司担保的故意，但在骗取担保进而骗取

银行贷款后，谁能成为最后的损失方，被告人并不确定，但是主观上却

放任这种结果的发生。因此，从全过程来看，认定被告人王某峰具有概

括的非法占有他人财物的犯罪故意和不确定的犯罪对象是较为合适的。

故从犯罪构成来看，行为人主观上具有概括的非法占有他人财物的

犯罪故意和不确定的犯罪对象，并以银行贷款需要担保为名，伙同他人

虚构事实、隐瞒真相，实施了骗取担保公司财产的行为，客观上造成了

担保公司利益受损，侵犯了社会市场秩序的法益，按照刑法理论主客观

相一致的原则，应对被告人王某峰的犯罪事实认定为合同诈骗罪。

编写人：河南省安阳市中级人民法院 康鹏飞

56 在销售单上加盖假提货章骗取单位货物的行为性质

认定

——任某合同诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省无锡市锡山区人民法院（2018）苏0205刑初229号刑事判决

书

2.案由：合同诈骗罪

【基本案情】

2018年1月11日，被告人任某以虚构的江苏甲金属制品有限公司的

名义，通过QQ联系无锡乙不锈钢有限公司（以下简称乙公司）业务员

孙某俊购买304不锈钢圆钢，双方确认好价格、规格、数量、重量后由

孙某俊下单。被告人任某取得销售单后，未至乙公司财务处付款以加盖

提货章印，而是使用托他人伪造的乙公司发货章，自行在销售单上盖

章，并于同月15日让货运驾驶员凭借上述加盖假提货章印的销售单至乙

公司仓库领取了304不锈钢圆钢共14支（货物价值共计15万余元），并

运至安徽省天长市丙金属有限公司（以下简称丙公司）代售。2018年1

月29日，公安机关在丙公司车间内发现涉案圆钢。被告人任某得知消息

后主动前往丙公司，并向公安机关如实供述了合同诈骗的事实。

【案件焦点】

通过网络达成交易意向，取得销售单后加盖假提货章骗取单位货物

的行为，构成诈骗罪还是合同诈骗罪。

【法院裁判要旨】

江苏省无锡市锡山区人民法院经审理认为，被告人任某以非法占有

为目的，在签订、履行合同过程中，骗取他人财物，数额较大，其行为

已构成合同诈骗罪。无锡市锡山区人民检察院起诉指控被告人任某犯合

同诈骗罪，事实清楚，证据确实、充分，指控的罪名成立，本院予以支

持。被告人任某能自动投案，向公安机关如实供述自己的罪行，系自

首，可以从轻处罚；其已全部退赃并取得谅解，可酌情从轻处罚。

江苏省无锡市锡山区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百

二十四条、第六十七条第一款，作出如下判决：

被告人任某犯合同诈骗罪，判处有期徒刑七个月，并处罚金人民币

三万元。

【法官后语】

关于定性，有二种意见，第一种意见认为，签署销售单并不会使被

害单位产生错误认识而交付货物，实际上是加盖假提货章这一行为最终

骗取了对方财物，这一行为本身并不是利用了合同的形式，应构成诈骗

罪。

第二种意见认为，本案被告人隐瞒真实身份信息，虚构虚假公司，

通过与被害单位工作人员签订销售单的方式进行诈骗，并在履行合同过

程中通过盖假章的方式骗取对方信任，实现提货，具备合同形式，符合

合同诈骗犯罪特征。

我们同意第二种意见。从犯罪构成来看，被害单位提货流程是：拿

销售单—财务处付款—财务处盖提货章—仓库凭单提货。被告人行为

有：购买新的手机号并注册QQ与被害单位工作人员取得联系，达成买

卖合意并以虚构的公司的名义订购货物，购买伪造印章，领取书面销售

单，加盖假的提货章，提货后转运。销售单是双方合意达成、合同订立

的书面载体，若无签订销售单，被害单位仓库无法仅凭一个提货章就进

行提货操作。但销售单只是代表合同订立，按被害单位提货流程，合同

的生效还需要被告人完成付款，销售单上的提货章即表明被告人已付

款，故在销售单上加盖提货章属合同履行过程中的其中一个环节，被告

人自行加盖假的提货章以制造其已经履行合同的假象，这只是合同履行

过程中为了使被害方错误以为货款已付清、提货流程已完备，并交付货

物的手段之一。被告人隐瞒真实身份信息，虚构虚假公司，通过网络商

谈与被害单位工作人员确定订立合同意向，形成销售单，并在履行合同

过程中通过盖假章的欺诈手段骗取对方信任，实现提货，具备合同要

素，最终目的是在经济活动中通过合同形式诈骗他人财物，符合合同诈

骗犯罪特征。

从量刑平衡角度看，经济往来中，会通过合同的形式确立的标的额

大多金额不小，所以很容易突破普通诈骗案件数额巨大的标准，而从危

害后果来说，在签订、履行合同过程中发生的诈骗，追查以及追赃的难

度都比普通诈骗案件要小。不同的定性在量刑上将有较大的差别，本案

被告人系初犯，具有自首情节，且全部退赃，综合其犯罪事实、情节及

危害后果，认定为合同诈骗罪更能实现罪责刑平衡，也更能取得良好的

判决效果，体现法律效果与社会效果的统一。

编写人：江苏省无锡市锡山区人民法院 顾瑜

57 按揭车辆再次抵押借款构成诈骗罪还是合同诈骗罪

——陈某、江某国合同诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省临湘市人民法院（2018）湘0682刑初17号刑事判决书

2.案由：合同诈骗罪

【基本案情】

2017年6月初，被告人陈某、江某国商议以被告人江某国的名义贷

款买车，首付款由被告人陈某支付，事成之后，被告人陈某付给被告人

江某国1.5万元好处费；被告人陈某提议所购车辆由他使用，归还前几

期贷款后将车子处理掉，之后的贷款就不还了，被告人江某国同意。6

月8日，两被告人在武汉市汉西二手车市场甲车业选购了一辆价值人民

币8.6万元的黑色本田雅阁小轿车，被告人陈某首付了2.6万元；同时，

两被告人得知所选车辆为国三排放标准，不能转到临湘办理上户手续，

只能上武汉牌照。甲车业遂联系上海乙融资租赁有限公司武汉分公司

（以下简称乙公司）为被告人江某国提供车贷业务。乙公司为被告人江

某国代办了名为“武汉市硚口区江某国服装经营部”的营业执照，之后该

车办理过户手续，上户至“武汉市硚口区江某国服装经营部”的名下，并

取得《机动车登记证书》、行驶证和车牌鄂A8×××T。为了办理车辆的

抵押登记手续，乙公司将该车的《机动车登记证书》原件拿走，并与被

告人江某国签订《抵押合同》，约定未经乙公司书面同意，所购车辆不

得再设立任何形式的抵押、质押，也不得出租、出借、转让、馈赠给任

何第三人。当日，乙公司为被告人江某国垫付购车款人民币6万元，并

汇至甲车业后，两被告人将所购鄂A8×××T号黑色本田雅阁小轿车提

走。过了几天，两被告人在临湘市交警大队查到所购鄂A8×××T号黑色

本田雅阁小轿车未被乙公司抵押登记，为了能将车辆再次抵押借款，遂

于6月21日，两被告人找人私刻了“武汉市硚口区江某国服装经营部”的

印章，以《机动车登记证书》原件遗失为由，由被告人江某国在武汉车

管所重新补办。6月23日，被告人江某国、陈某持补办的《机动车登记

证书》抵押给丙融资租赁（上海）有限公司岳阳分公司（以下简称丙公

司），借款人民币3万元，实得款25453.09元，被告人陈某分得2万元，

被告人江某国分得5453.09元。6月28日，乙公司将鄂A8×××T号本田雅

阁小轿车的抵押手续送到武汉车管所办理抵押登记时，发现该车已于6

月21日重新补办了《机动车登记证书》，抵押手续已无法办理。现该车

被临湘市公安局依法扣押，乙公司为被告人江某国垫付的购车款未收

回，被告人陈某、江某国在履行合同过程中，骗取乙公司人民币60000

元。

【案件焦点】

1.被告人以恶意占有目的按揭购买车辆，之后将车辆再次抵押骗取

借款，该犯罪行为如何认定；2.诈骗数额如何认定，是按车辆按揭贷款

的数额，还是按再次抵押骗取的数额。

【法院裁判要旨】

湖南省临湘市人民法院经审理认为：被告人陈某、江某国以非法占

有为目的，在履行合同过程中使担保物的有效产权证明变为虚假的产权

证明，骗取他人财物，数额较大，其行为已构成合同诈骗罪。公诉机关

指控的罪名成立。被告人陈某、江某国在共同犯罪中，起了主要作用，

系主犯，均应按照其所参与的全部犯罪处罚。两被告人在商议贷款购车

时及购车后，合谋非法占有他人财物，谎称其抵押有效的产权证明已遗

失，通过蒙骗职能部门补办登记，致使原抵押产权证明失效后，以便再

次抵押贷款。抵押物是履行民事义务的最有效保证手段，被害人基于此

对两被告人予以信任，遂将自己的财物自愿交出，而两被告人在取得被

害人的财物后，使原抵押物产权证明失效，使被害人保证自己权利实现

的最有效途径丧失。此行为不仅违背了诚信原则，且超出了民事法律关

系调整的范畴，两被告人以非法占有为目的，使用欺诈手段骗取他人财

物，已触犯我国刑法关于合同诈骗犯罪的规定，应依法追究两被告人所

犯合同诈骗罪的刑事责任。两被告人如实供述其犯罪事实，系坦白，均

可以从轻处罚。被告人陈某有犯罪前科，可以酌情从重处罚。被告人陈

某、江某国骗取的财物，应退赔给被害人。据此，对两被告人均适用

《中华人民共和国刑法》第二百二十四条第二项、第二十五条第一款、

第二十六条第一款、第四款、第六十四条、第六十七条第三款之规定，

作出如下判决：

一、被告人陈某犯合同诈骗罪，判处有期徒刑十一个月，并处罚金

人民币一万元；

二、被告人江某国犯合同诈骗罪，判处有期徒刑十个月，并处罚金

人民币一万元；

三、责令被告人陈某、江某国退赔被害人上海乙融资租赁有限公司

武汉分公司人民币六万元。

【法官后语】

1.关于本案的定性

合同诈骗罪从诈骗罪中分离而来，两者的根本区别在于，合同诈骗

罪在侵犯他人的财产所有权的同时，还侵犯了国家的合同管理制度和市

场交易秩序。

从本案被告人陈某、江某国按揭购车的行为来看，行为人实施了两

个欺诈行为：一是非法占有按揭车辆的行为；二是伪造车辆的机动车登

记证书后将已按揭抵押的车辆再次抵押以套取现金的行为。在这前后两

个行为中，一般均签订了按揭合同和抵押协议。因此，汽车按揭诈骗案

件符合合同诈骗罪的形式特征。汽车按揭诈骗犯罪行为，不仅给金融贷

款公司的财产造成巨大损失，更重要的是破坏了汽车按揭贷款这一市场

秩序，因此，不应以普通诈骗罪论处，而应以合同诈骗罪论处。

本案中，被告人陈某、江某国与乙公司签订了汽车按揭贷款合同、

汽车抵押合同并交纳了首付，取得了车辆的所有权，也因此承担了偿还

按揭贷款的义务。但是被告人陈某、江某国并不具备履行偿还按揭贷款

的真实意思，而是为达到非法占有的目的。同时，被告人陈某、江某国

又采用欺骗手段，伪造车辆机动车登记证书，使丙融资租赁公司相信其

有车辆的处分权，与其签订抵押合同，将车辆进行抵押处分。其行为依

照《刑法》第二百二十四条第二项的规定，构成合同诈骗罪。

有一种意见认为本案属于连环诈骗，笔者不认同这种观点。所谓连

环诈骗，是指利用合同诈骗的行为人为了弥补前一次诈骗造成的亏空，

而去骗取一定的财物，以此相冲抵。连环诈骗行为人基于主观上两个独

立的犯罪故意，连续地实施两次或两次以上的诈骗犯罪行为。从本案被

告人陈某、江某国实施的合同诈骗行为来看，按揭购车的目的是再次非

法处置车辆，从而再次抵押借款占有钱财，行为人正是放弃了对骗得车

辆的占有才最终实现了对他人钱财的占有，作为手段的按揭购车的犯罪

目的并不是整体犯罪行为的一部分，从罪数理论上属于牵连犯，司法实

践从一重罪论处。

2.关于诈骗数额的认定

审判实践中有两种不同观点。第一种观点认为，两个合同诈骗罪为

连续犯，应当累计诈骗数额，即以骗得的按揭贷款的数额与再次抵押骗

得的借款数额之和来认定诈骗数额。第二种观点认为，两个合同诈骗罪

为牵连犯，应当以汽车按揭贷款的数额来认定诈骗数额。笔者支持第二

种观点。本案中存在两个诈骗环节，第一个环节是行为人以按揭购车的

名义将车骗到自己的控制下。这一环节行为人实际取得的是车辆；第二

个环节是行为人伪造车辆的机动车登记证书将车辆再次用于抵押以套取

现金。这一环节行为人实际取得的是车辆的变卖款、典当款或借款。行

为人通过这两个欺诈行为，实际取得的数额是各不相同的，有的甚至相

距甚大，这就产生了以行为人的哪个“实际取得”作为诈骗犯罪数额的问

题。应该说，行为人出于恶意按揭购车后变现的动机，通过第一个环节

的欺诈行为，已非法占有了车辆，这时其诈骗行为已经得逞；至于其是

通过直接销赃，还是通过典当、抵押借款的方式变现，只是其对赃物的

处置方式问题，而行为人非法占有公私财物后，对财物如何处置，不影

响非法占有的成立。抵押诈骗行为是为了实现最终非法占有财物价值这

一目的的手段行为，其与按揭贷款诈骗行为构成牵连犯，应当从一重

处。因此，汽车按揭贷款诈骗案件中，行为人的“实际取得”应是指所按

揭购买的车辆的价值，而不是行为人将所按揭车辆变现的实际所得数

额。

编写人：湖南省临湘市人民法院 雷略

58 如何把握非法经营罪兜底条款的适用范围

——淄博甲电梯销售有限公司、吕某某被诉非法经营宣告无罪案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

内蒙古自治区通辽市中级人民法院（2018）内05刑终41号刑事裁定

书

2.案由：非法经营罪

【基本案情】

吕某某系被告单位淄博甲电梯销售有限公司（以下简称甲公司）法

定代表人。2013年1月30日经甲公司董事会决议，决定承接通辽乙房地

产开发有限公司（以下简称乙公司）开发的某源项目的安装合同。2013

年2月21日，在甲公司未取得特种设备安装改造维修许可证的情况下，

吕某某代表公司与乙公司签订了58部电梯的安装合同，合同金额

4341346元。2013年4月，吕某某组织安装人员进场，乙公司于2013年4

月16日支付电梯安装款2170673元，甲公司开始实施电梯安装工程。上

述电梯均定做于浙江丙电梯股份有限公司（以下简称丙公司），丙公司

授权淄博丁升降设备工程有限公司（以下简称丁公司）进行安装、维

护。此后，通辽市质量技术监督局对该工程进行了备案，标注施工单位

为丁公司，吕某某为施工现场负责人。此后，乙公司分别于2014年4月

28日向甲公司付款100000元，于2014年8月29日向甲公司付款60000元，

甲公司将电梯主体安装完毕。

【案件焦点】

吕某某及甲公司的行为是否构成非法经营罪。

【法院裁判要旨】

内蒙古自治区通辽市科尔沁区人民法院经审理认为：公诉机关指控

被告单位淄博甲电梯销售有限公司、被告人吕某某经营电梯安装的事实

成立。对于被告单位淄博甲电梯销售有限公司、被告人吕某某是否构成

非法经营罪，因目前尚无司法解释明确规定未经许可从事电梯安装业务

属于刑法第二百二十五条第四项规定的“其他严重扰乱市场秩序的非法

经营行为”，本案被告单位及被告人借用其他公司资质，组织工人进行

电梯安装，其行为不具备与刑法第二百二十五条前三项规定行为相当的

社会危害性和刑事处罚必要性，属行政违法行为，不应按照犯罪处理。

依照《中华人民共和国刑法》第三条、《中华人民共和国刑事诉讼法》

第一百九十五条[[14]第](#p322)二项之规定，判决：

一、被告单位淄博甲电梯销售有限公司无罪；

二、被告人吕某某无罪。

宣判后，原公诉机关通辽市科尔沁区人民检察院不服，提出抗诉，

其抗诉理由为：根据国务院《特种设备安全监察条例》第七十五条之规

定，被告方应构成非法经营罪；根据《最高人民法院关于准确理解和适

用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》中规定，本案应当作为法律适

用问题，逐级向最高人民法院请示。

内蒙古自治区通辽市中级人民法院经审理认为：首先，根据国务院

发布的《特种设备安全监察条例》第十四条，电梯安装单位应当经国务

院特种设备安全监督管理部门许可，方可从事相应的活动，未经许可，

擅自从事电梯安装活动的，可触犯刑律。本案中，被告单位甲公司与乙

公司签订××电梯项目安装合同并进行结算，甲公司本身未取得特种设备

安装许可，其行为实质上仅违反了行政法规的规定，具有行政违法性。

其次，因在安装电梯时，甲公司借用丁公司的许可资质及工人，对外以

丁公司的名义，由该单位的法定代表人吕某某组织进行的安装，对于借

用资质安装电梯的行为，是否属于刑法第二百二十五条第四项规定

的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，目前尚无司法解释明确规

定。而且电梯安装工人具有相应的资质并在通辽市质量技术监督局备

案，安装活动由具备相应资质的人完成，安装后的电梯是否存在安全隐

患，并无相关部门进行鉴定，二被告人的行为不具备《刑法》第二百二

十五条前三项规定行为相当的社会危害性。在电梯安装后尚未验收前即

公安机关在侦办案件过程中，甲公司已取得电梯的安装许可，具备对涉

案电梯继续安装的能力，其行为尚不具备刑事处罚的必要性，故不应按

犯罪处理。检察机关提出二被告人的行为构成非法经营罪的抗诉意见不

能成立，不予支持。按照最高人民法院相关文件精神要求，以《刑法》

第二百二十五条第四项的规定认定被告人的行为构成非法经营罪的，需

要逐级向最高人民法院请示，因本案被告人的行为尚不构成犯罪，检察

机关提出原审未经请示即作出无罪判决，诉讼程序违法的抗诉意见不能

成立，不予支持。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五

条[[15]第](#p322)一款第一项的规定，作出如下裁定：

驳回抗诉，维持原判。

【法官后语】

非法经营罪的事实认定和法律适用问题一直是理论界和实践界广泛

存在争议的话题。《刑法》第二百二十五条中规定非法经营罪的表现形

式是违反国家规定进行非法经营行为，扰乱市场秩序，情节严重，并且

限制了非法经营行为的范围为以下四项：（1）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的；（2）买卖

进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营

许可证或者批准文件的；（3）未经国家有关主管部门批准非法经营证

券、期货、保险业务的，或者非法从事资金支付结算业务的；（4）其

他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。这其中存在最多争议的就是第四

项的内容，即其他扰乱市场秩序的非法经营行为应该怎么去认定。而本

案中吕某某及甲公司涉案行为即涉及《刑法》第二百二十五条第四项，

吕某某及甲公司的行为究竟是民事欺骗行为还是已构成非法经营罪的定

罪处罚条件，笔者认为本案应从两个方面来认定：

1.严格遵照非法经营罪的构成要件认定

从《刑法》条文中看出构成本罪有四个条件：（1）违反国家的规

定；（2）从事非法经营行为；（3）扰乱市场秩序；（4）情节严重。

这就要求行为人必须带着故意的主观目的，从事非法经营的客观行为，

侵害了市场秩序，并且造成严重的后果。本案中，甲公司在与乙公司签

订电梯安装合同时并未取得特种设备安装改造维修许可证，甲公司对这

一情况显然是知情的，因此构成本罪第四项成立的主观要件；同时，甲

公司这一行为也违反了《特种设备安全监察条例》，属于客观上从事了

非法经营的行为。但是，被告方是否扰乱了市场秩序，产生了严重后果

呢？笔者认为行为应达到《刑法》二百二十五条前三款相当的社会危害

性才能符合构成第四项所要求的客体要件。虽然甲公司是借用丁公司的

许可资质及工人进行电梯安装作业，但是实际安装电梯的工人具备相应

的资质并依法备案，且在电梯尚未安装完成的时候甲公司也已经取得了

相应资质，具备对涉案电梯继续安装的能力，该行为并未造成对市场秩

序的实质扰乱，犯罪客体不符合。且该涉案行为既没有造成实际上的公

私财产损害，也达不到《刑法》二百二十五条前三款中相当的社会危害

性，因此也不能认为该行为造成了严重的后果。根据谦抑性原则，不应

认定被告方的行为具有刑法当罚性，应认定为民事欺骗行为。

2.结合法规及司法解释综合认定

正如上文所说，《刑法》二百二十五条第四项规定了“其他严重扰

乱市场秩序的非法经营行为”构成非法经营罪，但是该条款属于“兜底条

款”，其本身存在一定的抽象性和概然性，因此为了避免扩大适用，应

如上一条所述，法官应依照罪刑法定的原则，严格按照本罪构成要件审

理个案。同时也应该结合法规及司法解释，严格其适用范围。为了具体

适用“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”这一非法经营罪成立的兜

底条款，最高人民法院相关的司法解释规定了构成这一条款的十一种犯

罪行为，但是这里面并不包含本案中被告方所作出的未取得特种设备安

装改造维修许可证而非法经营电梯安装工程的行为。而国务院发布的

《特种设备安全监察条例》第七十五条则规定了“未经许可，擅自从

事……电梯……的制造、安装、改造以及压力管道元件的制造活动的，

由特种设备安全监督管理部门予以取缔，没收非法制造的产品，已经实

施安装、改造的，责令恢复原状或者责令限期由取得许可的单位重新安

装、改造，处10万元以上50万元以下罚款；触犯刑律的，对负有责任的

主管人员和其他直接责任人员依照刑法关于生产、销售伪劣产品罪、非

法经营罪、重大责任事故罪或者其他罪的规定，依法追究刑事责

任。”这一条款虽然规定了未经许可擅自安装电梯的违法性和可罚性，

但是国务院发布的该条例属于行政法规，因此也只能证明该行为的行政

违法性。同时，在该条例的第七十五条中也写明了未经许可擅自安装电

梯需要达到触犯刑律的标准才构成非法经营罪，而未进一步说明怎样才

算是触犯刑律，因此还是应该根据罪刑法定的原则，根据刑法及相关司

法解释来进行适用。本案中，从构成要件上看，被告方吕某某及甲公司

的行为达不到触犯刑律的标准；且没有司法解释对其明确规范，因此不

能认定构成非法经营罪。

综上，认定行为构成《刑法》二百二十五条第四项的过程应该是非

常审慎的，本案中被告方吕某某及甲公司的行为既不符合非法经营罪的

构成要件，也没有相关的法律法规规范，因此不能认定其构成非法经营

罪。

编写人：内蒙古自治区通辽市中级人民法院 张蕾

59 非法销售烟草制品的罪名认定

——章某梅非法经营案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2018）京01刑终340号刑事裁定书

2.案由：非法经营罪

【基本案情】

2017年11月至2018年1月，被告人章某梅在其经营的位于北京市海

淀区温泉镇辛庄村东×区×号平房便民超市内，无《烟草专卖零售许可

证》非法经营烟草专卖品。2018年1月9日，北京市海淀区烟草专卖局稽

查人员在依法对被告人章某梅经营的超市进行执法检查时，发现该超市

非法经营烟草专卖品，并当场起获了用于出售的硬中华、硬金砂黄鹤楼

等共计32个品种的312条卷烟。经核查，上述涉案卷烟制品总价值人民

币71103.77元。

本案经鉴定：涉案的烟草专卖品中，真品卷烟82条，总价值为

24075.2元。假冒注册商标且为伪劣卷烟的有230条，总价值为47028.57

元。

【案件焦点】

对于涉案的价值24075.2元的真烟和价值47028.57元的假烟能否累计

评价。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为，被告人章某梅违反国家规定，

未经烟草专卖行政主管部门许可，无烟草专卖零售许可证经营烟草专卖

品，扰乱市场秩序，情节严重，其行为已构成非法经营罪，应予惩处。

北京市海淀区人民检察院指控被告人章某梅犯非法经营罪的事实清楚，

证据确凿，指控罪名成立。鉴于被告人章某梅到案后如实供述自己的罪

行，依法对其从轻处罚。辩护人的相关辩护意见，酌予采纳。

北京市海淀区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百二十五

条第一项、第六十七条第三款、第五十三条第一款、第六十四条之规

定，判决如下：

一、被告人章某梅犯非法经营罪，判处有期徒刑六个月，罚金人民

币二万元；

二、扣押于北京市海淀区烟草专卖局的全部涉案卷烟依法予以没

收。

章某梅以原审量刑过重向北京市第一中级人民法院提起上诉。

北京市第一中级人民法院于2018年5月23日作出（2018）京01刑终

340号刑事裁定书，裁定如下：

驳回章某梅上诉，维持原判。

【法官后语】

由于非法经营罪与其他市场经济秩序、社会管理秩序类犯罪存在多

种交叉关系导致非法经营罪存在广泛的想象竞合关系。烟草专卖品属于

专营专卖品，未取得相关许可而擅自销售烟草专卖品的，可能构成非法

经营罪[[16]。](#p322)销售假冒伪劣烟草专卖品还可能构成生产、销售伪劣产品

罪、销售假冒注册商标的商品罪。根据“两高”《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》第五条的规定

应从一重罪论处。实践中普遍存在的情况是行为人无烟草专卖许可证并

且同时销售合格香烟和假冒伪劣香烟，因现实个案情况复杂多样，罪数

形态应如何认定，实务界和理论界都存在一定的争议。

本案中，对于涉案的价值24075.2元的真烟和价值47028.57元的假烟

能否累计评价存在两种意见。一种意见认为：销售真烟和假烟是不同的

行为，侵犯不同的法益，不能一并评价。本案中销售真烟和销售假烟的

数量都没有达到立案标准，故本案被告人没有刑罚处罚的必要。另一种

意见认为非法经营罪侵犯的法益是市场准入秩序，不在于经营的对象是

否为合格产品。在未取得烟草专卖许可的情况下，销售合格烟草专卖品

和销售假冒伪劣烟草专卖品都具有非法经营性，因此本案中无证销售真

烟和假烟的行为可以一并评价，累计的数额达到非法经营罪的定罪处罚

标准。

我们同意第二种意见，理由如下：

一方面，将销售假烟的行为评价为非法经营罪的客观方面符合法益

保护的目的和罪刑法定原则。我国《刑法》第二百二十五条列明了四项

条款对非法经营行为进行规制。[[17]](#p322)本案中被告人的行为对应第一款规

定的“未经许可”出售烟草专卖品，侵犯了烟草市场的准入秩序。市场准

入秩序本质上是对经营主体资格的限制，但在实际的市场经济运行时，

主体、行为、对象是并存的，一个不适格的主体同时还可能实施不适格

的行为。《刑法》第一百四十条规定的生产、销售伪劣产品罪，第二百

一十四条规定的销售假冒注册商标的商品罪，就是对市场经营行为的限

制，要求不得生产或者销售伪劣产品，不得销售假冒注册商标的产品。

烟草本身要经过许可才可经营，有的经营者未经许可而生产、销售烟

草，而其生产、销售的又是假冒伪劣的烟草，这种行为不仅仅侵犯了烟

草市场的准入秩序同时还侵犯了烟草市场的交易秩序、竞争秩序，同时

构成非法经营罪、生产、销售伪劣产品罪和销售假冒注册商标的商品

罪。市场准入秩序在市场秩序中是作为前置性规范而存在的，无证销售

假烟首先违反了前置性规范，具有非法经营性。不考虑销售假烟的假冒

伪劣性，只考虑非法经营性，这样的评价方式不违反罪刑法定原则，也

没有歪曲事实本身，在非法经营层面上，无证销售真烟和假烟具有同质

性，将两者数额合并计算并无不当。

另一方面，将非法销售真烟和假烟的数额累计计算符合罪刑相适应

的原则。根据司法解释的有关规定，以生产、销售伪劣产品罪或销售假

冒注册商标的商品罪定罪处罚的案件销售金额需达到五万元以上，或者

销售与未销售的金额合计达到十五万元以上，可以以上述两罪名的未遂

来定罪处罚。[[18]](#p323)非法经营罪的起刑点为非法经营数额在五万元以上，

或者违法所得数额在二万元以上。[[19]假](#p323)设甲无证经营真品卷烟，未销

售货值金额七万元，甲应以非法经营罪论处没有问题。而本案被告人销

售假烟的行为不仅仅侵害了烟草专卖市场秩序而且还侵害了国家有关产

品质量制度和国家商标管理秩序，具有更严重的法益侵害性，数额不累

计计算便不用承担任何刑事责任，这将有违公平正义理念。“违法销售

真烟”“违法销售假烟”具有递进的违法性，根据举轻以明重的当然解释

原则，可以将重行为的数额折算入轻行为的数额中去。将数额累计计算

虽然使得本应受到更重谴责的行为被视为轻行为予以定罪量刑，导致行

为人应承担的责任受到一定的损耗，但这种评价方式在现行法律规定下

符合罪刑相适应的原则。

在类似案件的处理中，行为人无烟草专卖许可证同时销售真烟和假

烟，厘清是一罪还是数罪、确定罪数形态需要结合具体案情进行分析，

坚持罪刑法定和罪刑相适应的原则。

（1）非法销售真烟达不到非法经营罪的定罪标准但非法销售假烟

构成生产、销售伪劣产品罪、销售假冒注册商标的商品罪和非法经营罪

的，非法销售假烟的行为从一重罪论处。非法销售真烟的情节可以作为

从重量刑情节或累计销售真、假烟的数额以非法经营罪论处。

（2）非法销售假烟达不到生产、销售伪劣产品罪、销售假冒注册

商标的商品罪和非法经营罪的定罪标准的但非法销售真烟构成非法经营

罪的，累计销售真、假烟的数额以非法经营罪论处。

（3）非法销售真烟构成非法经营罪且非法销售假烟也构成生产、

销售伪劣产品罪、销售假冒注册商标的商品罪和非法经营罪的，累计数

额以非法经营罪论处或者销售真烟的行为以非法经营罪论处，销售假烟

的行为从一重论处，将两行为分别定罪。

（4）非法销售真烟达不到非法经营罪的定罪标准且非法销售假烟

也不构成生产、销售伪劣产品罪、销售假冒注册商标的商品罪和非法经

营罪的，累计数额后构成非法经营罪的，以非法经营罪定罪处罚。累计

数额也不构成非法经营罪的，只需进行行政处罚。

综上，行为人非法销售真烟和假烟并存时，需厘清案情，正确适用

法律。首先，分别判断非法销售真烟、假烟的数额是否达到起刑标准。

其次，遵循“同时构成生产、销售伪劣产品罪、侵犯知识产权犯罪、非

法经营罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚”的原则性规定确定非法销

售假烟的罪名。再次，根据举轻以明重的解释原则，高危害程度行为可

以评价为低危害程度行为，即非法销售假烟的行为可以只评价其非法经

营性，累计销售真、假烟的数额以非法经营罪论处。分别都构成犯罪

的，也可以将两行为分别定罪。最后，综合比较定罪量刑结果，依照处

罚较重的方式定罪处罚。

本案中被告人非法销售合格烟草专卖品和非法销售假冒伪劣烟草专

卖品的数额单计均不构成犯罪，但累计数额后构成非法经营罪，应以非

法经营罪定罪处罚。

编写人：北京市第一中级人民法院 林辛建 魏晓田

60 行为人非法从事不以交割现货为目的的买卖贵金属

延期交易活动能否认定为非法经营期货

——夏某飞非法经营案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院（2019）京03刑终119号刑事裁定书

2.案由：非法经营罪

【基本案情】

被告人夏某飞伙同陶某逸（另案处理）等人在北京市朝阳区甲大厦

大连乙贵金属经营有限公司（007号会员单位）北京分公司（以下简称

大连乙北京分公司）内，未经国家有关部门批准，吸引投资人在丙贵金

属交易所有限公司（以下简称丙交易所）建立的贵金属网络交易平台

上，注册开户并进行白银、钯金等贵金属期货网上交易，并从中获得手

续费等收益，造成报案投资人甘某等11人共计损失人民币300余万元。

其中，夏某飞受雇佣作为大连乙北京分公司总经理参与经营活动，负责

管理公司日常事务。后2018年3月2日夏某飞被抓获归案。

被告人夏某飞对公诉机关指控其参与非法经营事实未提异议，自愿

认罪，但辩称：其在公司仅负责管理人事、行政工作。其辩护人的辩护

意见为，夏某飞在共同犯罪中系从犯。

【案件焦点】

行为人非法从事不以交割现货为目的的买卖贵金属延期交易活动，

能否认定为非法经营期货。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为：被告人夏某飞伙同他人违反国

家规定，非法组织期货经营活动，扰乱市场秩序，情节严重，其行为已

构成非法经营罪，依法应予惩处。北京市朝阳区人民检察院指控被告人

夏某飞犯非法经营罪的事实清楚，证据确实、充分，罪名成立。

鉴于夏某飞能如实供述部分所犯罪行，自愿认罪；在共同犯罪中所

起作用相对陶某逸较小，积极退缴部分违法所得，故本院依法对其所犯

罪行予以从轻处罚。夏某飞之辩护人所提夏某飞系从犯的辩护意见，经

查，夏某飞受雇佣担任公司总经理，负责管理公司日常事务，在共同犯

罪中起到了重要作用，而非次要、辅助作用，为主犯，故该辩护意见本

院不予采纳；其辩护人所提其他的相关辩护意见，本院酌予采纳。继续

追缴夏某飞的违法所得，用于发还投资人。在案之款一并处理。

北京市朝阳区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百二十五

条第三项、第六十七条第三款、第二十五条第一款、第六十一条、第四

十五条、第四十七条、第五十二条、第五十三条及第六十四条之规定，

作出如下判决：

一、被告人夏某飞犯非法经营罪，判处有期徒刑一年二个月，罚金

人民币二十万元；

二、继续追缴被告人夏某飞的违法所得，用于发还各投资人。

被告人夏某飞以原判事实不清为由提起上诉。后在北京市第三中级

人民法院审理期间撤回上诉。

北京市第三中级人民法院依照《最高人民法院关于适用〈中华人民

共和国刑事诉讼法〉的解释》第三百零五条第一款、第三百零八条之规

定，裁定如下：

准许上诉人夏某飞撤回上诉。

北京市朝阳区人民法院（2018）京0105刑初1827号刑事判决自本裁

定送达之日起发生法律效力。

【法官后语】

本案事实清楚，被告人对公诉机关指控的事实没有异议。但对行为

人未经国家有关主管部门批准非法从事不以交割现货为目的的买卖贵金

属延期交易活动，能否认定为非法经营期货在实践中存在争议。

国务院颁布的《期货交易管理条例》中确定：期货交易，是指采用

公开的集中交易方式或者国务院期货监督管理机构批准的其他方式进行

的以期货合约或者期权合约为交易标的的交易活动。期货合约，是指期

货交易场所统一制定的、规定在将来某一特定的时间和地点交割一定数

量标的物的标准化合约。期货合约包括商品期货合约和金融期货合约及

其他期货合约。期权合约，是指期货交易场所统一制定的、规定买方有

权在将来某一时间以特定价格买入或者卖出约定标的物（包括期货合

约）的标准化合约。从中可以得出，期货即以期货合约或者期权合约为

交易对象的交易活动。

在本案中，现有证据能一致证实，大连乙公司作为丙交易所0007号

综合会员单位，主要从事介绍投资人在丙交易所网上平台上开户进行白

银、钯金等贵金属现货延期交收经营活动，并从中获取收益。同时公司

承诺可以交割现货，但需要投资人自己出加工费，但公司不以交割现货

为目的，只是能交割。从报案投资人报案事实来看，投资人主要以投资

为目的，11名投资人均未交割实物。

根据《关于做好商品现货市场非法期货交易活动认定有关工作的通

知》（证监办发〔2013〕111号）中关于认定商品现货市场非法交易活

动的标准和程序的意见，认定商品现货市场非法组织期货交易活动应采

取目的要件和形式要件相结合的方式。就目的要件而言，主要是以标准

化合约为交易对象，允许交易者以对冲平仓了结交易，而不以实物交收

为目的或者不必交割实物。形式要件一般具有如下特征：交易对象为标

准化合约；交易方式为集中交易。同时，根据证监会北京局对本案的认

定：“大连乙北京分公司以丙交易所会员单位的名义吸引投资者参与交

易活动，该交易活动以标准化合约为交易对象，通过集中交易方式进行

交易，且不必交割实物，也不以实物交收为目的，允许交易者以对冲平

仓的方式了解交易，我局认为，其交易模式符合《关于做好商品现货市

场非法期货交易活动认定有关工作的通知》（证监办发〔2013〕111

号）中期货交易目的要件和形式要件的特征。”因此，行为人非法从事

不以交割现货为目的的买卖贵金属延期交易活动，符合非法经营期货的

特征，应当认定本案中的经营行为为经营期货行为。

编写人：北京市朝阳区人民法院 辛祖国 肖圣雷

61 烟草专卖品犯罪活动中尚未销售的假冒伪劣烟草如

何计算非法经营数额

——叶某非法经营案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省尤溪县人民法院（2018）闽0426刑初310号刑事判决书

2.案由：非法经营罪

【基本案情】

2018年4月至案发，被告人叶某以每斤0.3元的价格从尤溪县坂面镇

烟农手上收购烟草站不收购的烟叶，先后四次将烟叶销售给王某甲、钟

某甲、甘某甲，违法所得23603.4元。具体案情如下：

1.2018年4月，被告人叶某将9000多斤烟叶以每斤0.9元的价格销售

给王某甲，该车烟叶货款8100余元，违法所得5400余元。

2.2018年4月30日，被告人叶某将20142斤烟叶以每斤0.7元的价格销

售给钟某甲和甘某甲，该车烟叶货款14100元，违法所得8056.8元；

3.2018年7月14日，被告人叶某将16912斤烟叶以每斤0.9元的价格销

售给钟某甲和甘某甲，该车烟叶货款15220元，违法所得10146.6元。

4.2018年8月3日，被告人叶某将10920斤烟叶以每斤0.9元价格销售

给王某甲，该车烟叶货款9828元，运输烟叶货车行至尤溪县坂面镇下川

村部路口，被尤溪县公安局和尤溪县烟草专卖局查获。叶某尚未收到烟

叶货款。2018年8月10日，经福建省烟草质量监督检测站检验，检验结

论：该烟叶样品为烤烟，有使用价值。

2018年10月23日，被告人叶某向尤溪县公安局上缴违法所得

23603.4元。

【案件焦点】

非法经营烟草专卖品犯罪中，计算非法经营数额是根据可以查清实

际销售价格计算犯罪数额还是按照烟草部门的鉴定价格计算犯罪数额。

【法院裁判要旨】

福建省尤溪县人民法院经审理认为，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》第四条的规定，非法经营烟草专卖品，能够查清销售

或者购买价格的，按照其销售或者购买的价格计算非法经营数额。本案

中，在案的证据可以证实叶某在2018年8月3日被查获的10920斤烟叶的

实际销售价格为每斤0.9元，该10920斤烟叶的价值应认定为9828元。被

告人叶某未经烟草专卖行政主管部门许可，非法经营烟叶，违法所得达

人民币23603.4元，其行为已构成非法经营罪。公诉机关指控的罪名成

立。叶某如实供述，可以从轻处罚；叶某积极退出全部违法所得，可以

从轻处罚。

福建省尤溪县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百二十五

条、第六十一条、第六十四条、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、第三款和《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》第三条第一款第一项、第四条规定，作出如下判决：

一、被告人叶某犯非法经营罪，判处拘役四个月，缓刑六个月，并

处罚金人民币二万四千元；

二、被告人叶某退出的违法所得人民币23603.4元，予以没收，上

缴国库，扣押在尤溪县公安局的涉案烟叶5460公斤，由尤溪县公安局依

法处理。

【法官后语】

对此案如何处理，存在两种意见：第一种意见认为，未销售的假冒

伪劣烟草难以确定实际销售价格，应当以烟草部门的鉴定价格计算犯罪

数额。第二种意见认为，结合全案证据，对于未销售的假冒伪劣烟草，

可以查清实际销售价格的，应当按照实际销售价格计算。

非法经营烟草专卖品犯罪活动，造成国家税款大量流失，严重冲击

和扰乱了卷烟市场的正常秩序，破坏了国家烟草专卖制度，因此需要加

大打击力度。本案的争议焦点在对于尚未销售的假冒伪劣卷烟是否以烟

草部门的鉴定价格计算犯罪数额。笔者同意上述第二种意见。理由如

下：

1.假冒伪劣烟草的实际销售价格可以查清。根据买卖双方的实际交

易情况，结合各被告人陈述、证人证言、销售单据等证据，从买卖双方

事先约定的价格、已销售的假冒伪劣烟草的价格、假冒伪劣烟草的一般

销售价格等方面着手，可以查清未销售的假冒伪劣烟草的实际销售价

格。

2.以实际销售价格认定犯罪数额有据可依。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》等相关规定，查获的未销售的伪劣卷烟，能够

查清销售价格的，按照实际销售价格计算；非法经营烟草专卖品，能够

查清销售或者购买价格的，按照其销售或者购买的价格计算非法经营数

额。因此，根据现有证据可以查清实际销售价格的，就不能按照烟草部

门的鉴定价格计算犯罪数额。

3.一概以鉴定价格认定犯罪数额有悖常理。事实上，由于假冒伪劣

卷烟的实际销售价格与真卷烟的鉴定价格相差悬殊，因此对假冒伪劣烟

草制品数额的认定，直接影响到罪名的选择与犯罪情节的认定。如果一

概以烟草部门的鉴定价格计算犯罪数额，不仅于法无据，而且可能导致

假冒伪劣烟草制品已销售的，被告人的犯罪数额按照较低的实际销售价

格计算，刑罚较轻；而假冒伪劣烟草制品尚未销售的，被告人的犯罪数

额按照较高的鉴定价格计算，刑罚更重，这显然有悖于常理。

编写人：福建省尤溪县人民法院 吴启燊

[[1]](#p162) 参见《销售假药罪既未遂的认定》，载《北京法院指导案例》第20期。

[[2]](#p163) 参见《现代汉语词典》，商务印书馆2011年版。

[[3]](#p165) 张明楷：《刑法学（第五版）》，法律出版社2016年版，第345页。

[[4]](#p168) 对应现行《刑事诉讼法》第二百三十六条。

[[5]](#p192) 黄太云：《〈中华人民共和国刑法修正案（六）〉的理解与适用》，载《人

民检察》2006年第8期。

[[6]](#p197) 对应现行《刑事诉讼法》第二百三十六条。

[[7]](#p208) 对应现行《刑事诉讼法》第二百三十六条。

[[8]](#p221) 对应现行《刑事诉讼法》第二百三十六条。

[[9]](#p231)

张明楷：《论身份犯的间接正犯——以保险诈骗罪为中心》，载《法学评

论》2012年第6期。

[[10]](#p236) 对应现行《刑事诉讼法》第二百三十六条。

[[11]](#p241) 对应现行《刑事诉讼法》第二百三十六条。

[[12]](#p267) 对应现行《刑事诉讼法》第二百三十六条。

[[13]](#p293) 对应现行《刑事诉讼法》第二百三十六条。

[[14]](#p305) 对应现行《刑事诉讼法》第二百条。

[[15]](#p306) 对应现行《刑事诉讼法》第二百三十六条。

[[16]](#p311) 《关于办理非法生产、销售烟草专卖品等形式案件具体应用法律若干问题

的解释》规定：“未经烟草专卖行政主管部门许可，无生产许可证、批发许可证、零

售许可证，而生产、批发、零售烟草制品，情节严重的，以非法经营罪定罪处罚。”

[[17]](#p311)

《刑法》第二百二十五条规定：“违反国家规定，有下列非法经营行为之

一，扰乱市场秩序，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违

法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，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：（一）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的；（二）买卖进出口许可证、进出

口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的；（三）

未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的，或者非法从事资金

支付结算业务的；（四）其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。”

[[18]](#p312) 参见《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、第二条；《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》第二条；《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》第八条。

[[19]](#p312) 参见《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。

中国法院2012～2020年度案例系列

国家法官学院 最高人民法院司法案例研究院 编

简便易用、权威实用——打造“好读有用” 的案例

1. 权威的作者：国家法官学院案例开发研究中心持续20余年编辑了

享誉海内外的《中国审判案例要览》丛书，2012年起推出《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。

2. 强大的规模：2012、2013年各推出15本，2014年推出18本，2015

年推出19本，2016年推出20本，2017年推出21本，2018、2019、2020年

推出23本，含传统和新近的所有热点纠纷，所有案例均是从全国各地法

院收集到的上一年度审结的近万件典型案例中挑选出来的，具有广泛的

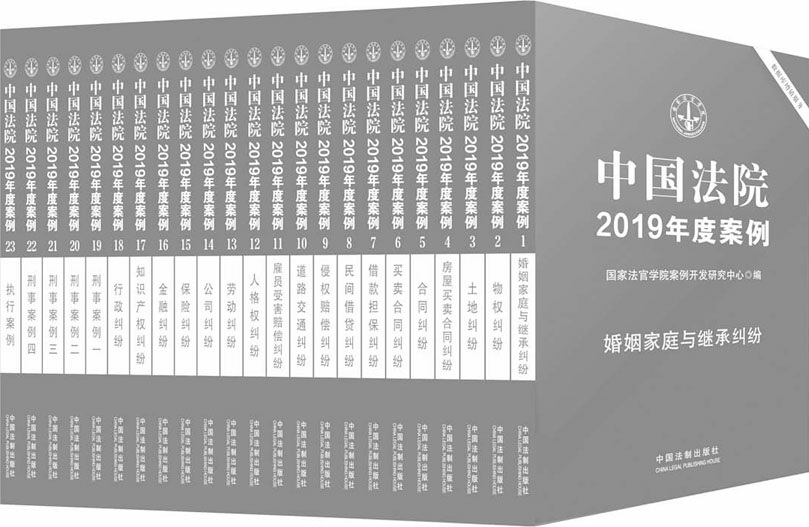
选编基础和较强的代表性。

3. 独特的内容：不再有繁杂的案情，高度提炼案情和裁判要旨，突

出争议焦点问题。不再有冗长的分析，主审法官撰写“法官后语”，展现

裁判思路方法。





1.婚姻家庭与继承纠纷

2.物权纠纷

3.土地纠纷（含林地纠纷）

4.房屋买卖合同纠纷

5.合同纠纷

6.买卖合同纠纷

7.借款担保纠纷

8.民间借贷纠纷

9.侵权赔偿纠纷

10.道路交通纠纷

11.雇员受害赔偿纠纷（含帮工受害纠纷）

12.人格权纠纷（含生命、健康、身体、姓名、肖像、名誉权纠

纷）

13.劳动纠纷（含社会保险纠纷）

14.公司纠纷

15.保险纠纷

16.金融纠纷



17.知识产权纠纷

18.行政纠纷

19.刑事案例一

20.刑事案例二

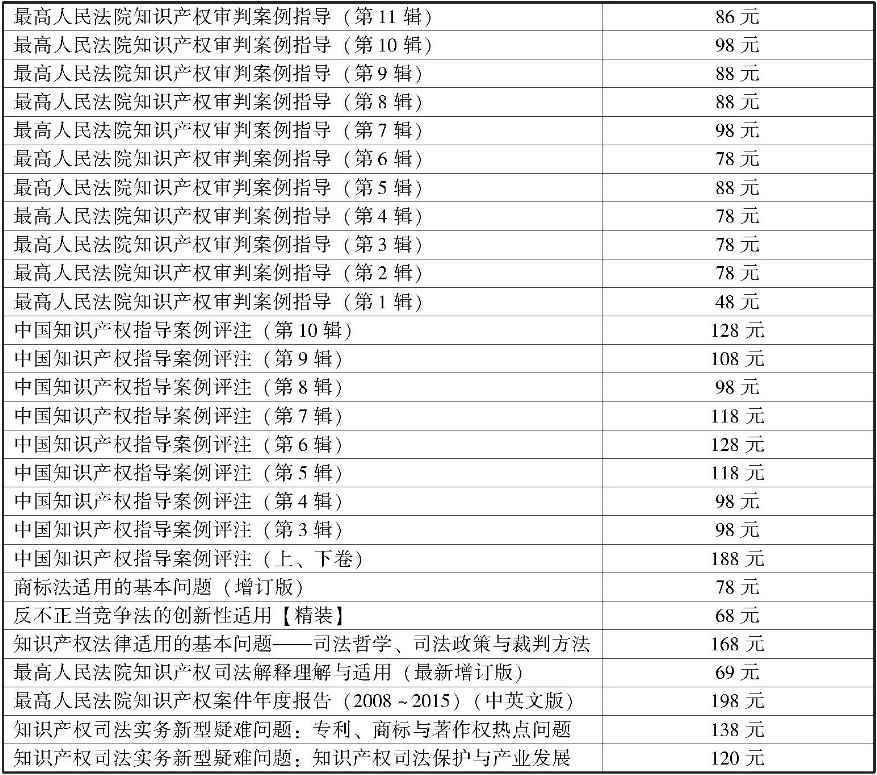
21.刑事案例三

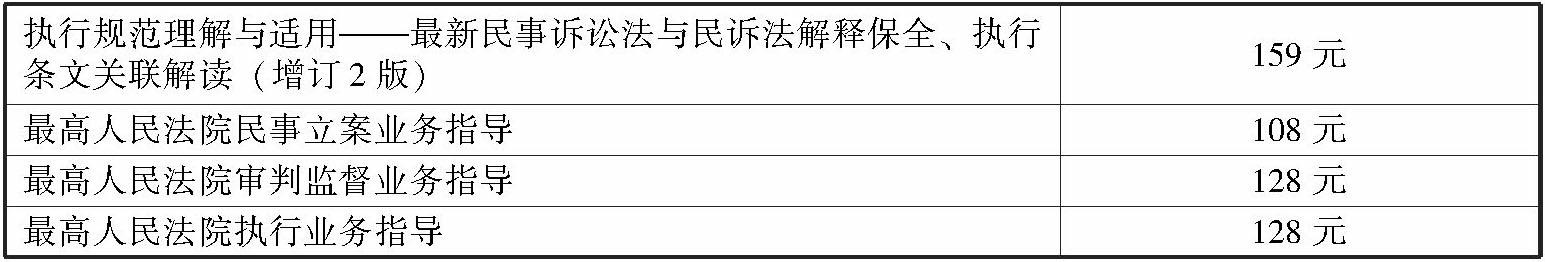
22.刑事案例四

23.执行案例

最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用系列

最高人民法院知识产权审判实务系列





最高人民法院审判指导书系

# Document Outline

* [书名页](#p2)
* [版权页](#p3)
* [序](#p5)
* [目录](#p8)
* [一、危害公共安全罪](#p17)
  + [1 放火罪未遂的司法认定](#p17)
    - [【案件基本信息】](#p17)
    - [【基本案情】](#p17)
    - [【案件焦点】](#p18)
    - [【法院裁判要旨】](#p18)
    - [【法官后语】](#p18)
  + [2 向不特定多数人投放低浓度有毒物质构成投放危险物质罪](#p21)
    - [【案件基本信息】](#p21)
    - [【基本案情】](#p21)
    - [【案件焦点】](#p22)
    - [【法院裁判要旨】](#p22)
    - [【法官后语】](#p23)
  + [3 以间接故意危害公共安全犯罪中危险相当性的认定](#p25)
    - [【案件基本信息】](#p25)
    - [【基本案情】](#p25)
    - [【案件焦点】](#p26)
    - [【法院裁判要旨】](#p26)
    - [【法官后语】](#p27)
  + [4 以危险方法危害公共安全罪的认定](#p29)
    - [【案件基本信息】](#p29)
    - [【基本案情】](#p29)
    - [【案件焦点】](#p30)
    - [【法院裁判要旨】](#p30)
    - [【法官后语】](#p31)
  + [5 开“斗气车”并造成严重后果的行为及责任如何认定](#p34)
    - [【案件基本信息】](#p34)
    - [【基本案情】](#p34)
    - [【案件焦点】](#p35)
    - [【法院裁判要旨】](#p35)
    - [【法官后语】](#p38)
  + [6 将烟花爆竹瞒报为普通货物运输、仓储、报关等行为的司法认定](#p41)
    - [【案件基本信息】](#p41)
    - [【基本案情】](#p41)
    - [【案件焦点】](#p42)
    - [【法院裁判要旨】](#p42)
    - [【法官后语】](#p44)
  + [7 酒后驾车犯罪中的危害程度认定](#p48)
    - [【案件基本信息】](#p48)
    - [【基本案情】](#p48)
    - [【案件焦点】](#p49)
    - [【法院裁判要旨】](#p49)
    - [【法官后语】](#p49)
  + [8 醉酒后驾车在高速公路上逆向行驶并致多车相撞的行为性质认定](#p53)
    - [【案件基本信息】](#p53)
    - [【基本案情】](#p53)
    - [【案件焦点】](#p54)
    - [【法院裁判要旨】](#p55)
    - [【法官后语】](#p55)
  + [9 蓄意破坏他人私家汽车刹车装置是否构成破坏交通工具罪](#p58)
    - [【案件基本信息】](#p58)
    - [【基本案情】](#p58)
    - [【案件焦点】](#p59)
    - [【法院裁判要旨】](#p59)
    - [【法官后语】](#p60)
  + [10 破坏交通工具罪中被告人行为是否足以危害公共安全的认定](#p63)
    - [【案件基本信息】](#p63)
    - [【基本案情】](#p63)
    - [【案件焦点】](#p64)
    - [【法院裁判要旨】](#p64)
    - [【法官后语】](#p65)
  + [11 非法持有枪支罪与非法制造枪支罪的区分](#p67)
    - [【案件基本信息】](#p67)
    - [【基本案情】](#p67)
    - [【案件焦点】](#p67)
    - [【法院裁判要旨】](#p68)
    - [【法官后语】](#p68)
  + [12 涉枪案件的定罪量刑，应综合评估社会危害性](#p71)
    - [【案件基本信息】](#p71)
    - [【基本案情】](#p71)
    - [【案件焦点】](#p72)
    - [【法院裁判要旨】](#p72)
    - [【法官后语】](#p73)
  + [13 非法持有枪支罪的量刑应综合评估社会危害性](#p76)
    - [【案件基本信息】](#p76)
    - [【基本案情】](#p76)
    - [【案件焦点】](#p76)
    - [【法院裁判要旨】](#p76)
    - [【法官后语】](#p77)
  + [14 军用枪支、弹药的认定](#p80)
    - [【案件基本信息】](#p80)
    - [【基本案情】](#p80)
    - [【案件焦点】](#p80)
    - [【法院裁判要旨】](#p81)
    - [【法官后语】](#p83)
  + [15 交通肇事刑事案件中逃逸行为禁止重复评价](#p86)
    - [【案件基本信息】](#p86)
    - [【基本案情】](#p86)
    - [【案件焦点】](#p87)
    - [【法院裁判要旨】](#p87)
    - [【法官后语】](#p88)
  + [16 行人是否可以构成交通肇事罪](#p91)
    - [【案件基本信息】](#p91)
    - [【基本案情】](#p91)
    - [【案件焦点】](#p91)
    - [【法院裁判要旨】](#p92)
    - [【法官后语】](#p93)
  + [17 驾驶叉车在公共交通道路上致人死亡构成交通肇事罪](#p95)
    - [【案件基本信息】](#p95)
    - [【基本案情】](#p95)
    - [【案件焦点】](#p96)
    - [【法院裁判要旨】](#p96)
    - [【法官后语】](#p96)
  + [18 交通运输肇事后逃逸是否必然法定刑升格](#p99)
    - [【案件基本信息】](#p99)
    - [【基本案情】](#p99)
    - [【案件焦点】](#p100)
    - [【法院裁判要旨】](#p100)
    - [【法官后语】](#p101)
  + [19 交通肇事后逃逸与被害人二次碾压死亡之间刑法上因果关系的判断](#p103)
    - [【案件基本信息】](#p103)
    - [【基本案情】](#p103)
    - [【案件焦点】](#p104)
    - [【法院裁判要旨】](#p104)
    - [【法官后语】](#p106)
  + [20 交通肇事刑事案件中道路交通事故认定书对审查逃逸行为的影响](#p110)
    - [【案件基本信息】](#p110)
    - [【基本案情】](#p110)
    - [【案件焦点】](#p111)
    - [【法院裁判要旨】](#p111)
    - [【法官后语】](#p112)
  + [21 交通肇事罪与以危险方法危害公共安全罪的区别](#p114)
    - [【案件基本信息】](#p114)
    - [【基本案情】](#p114)
    - [【案件焦点】](#p116)
    - [【法院裁判要旨】](#p116)
    - [【法官后语】](#p117)
  + [22 肇事者主动报警并滞留现场但找人“顶包”，是否构成逃逸](#p119)
    - [【案件基本信息】](#p119)
    - [【基本案情】](#p119)
    - [【案件焦点】](#p120)
    - [【法院裁判要旨】](#p120)
    - [【法官后语】](#p120)
  + [23 交通肇事罪中先后多起事故致同一被害人死亡的责任认定](#p123)
    - [【案件基本信息】](#p123)
    - [【基本案情】](#p123)
    - [【案件焦点】](#p124)
    - [【法院裁判要旨】](#p124)
    - [【法官后语】](#p125)
  + [24 肇事后逃逸情节的评价](#p128)
    - [【案件基本信息】](#p128)
    - [【基本案情】](#p128)
    - [【案件焦点】](#p128)
    - [【法院裁判要旨】](#p128)
    - [【法官后语】](#p129)
  + [25 行为人醉酒驾驶拒不配合检查行为的罪数判断](#p132)
    - [【案件基本信息】](#p132)
    - [【基本案情】](#p132)
    - [【案件焦点】](#p133)
    - [【法院裁判要旨】](#p133)
    - [【法官后语】](#p134)
  + [26 酒精消除速率推算结果能否作为危险驾驶罪的认定依据](#p137)
    - [【案件基本信息】](#p137)
    - [【基本案情】](#p137)
    - [【案件焦点】](#p138)
    - [【法院裁判要旨】](#p138)
    - [【法官后语】](#p139)
  + [27 “挪车型”危险驾驶的定罪与量刑](#p145)
    - [【案件基本信息】](#p145)
    - [【基本案情】](#p145)
    - [【案件焦点】](#p146)
    - [【法院裁判要旨】](#p146)
    - [【法官后语】](#p146)
  + [28 危险驾驶罪与过失致人重伤罪的竞合判定](#p149)
    - [【案件基本信息】](#p149)
    - [【基本案情】](#p149)
    - [【案件焦点】](#p150)
    - [【法院裁判要旨】](#p150)
    - [【法官后语】](#p151)
* [二、破坏社会主义市场经济秩序罪](#p153)
  + [（一）生产、销售伪劣商品罪](#p153)
    - [29 制售劣质口罩行为性质的判断](#p153)
    - [30 在制售假烟团伙中负责介绍工人的构成生产、销售伪劣产品罪](#p156)
    - [31 微商环境中销售假药既未遂的认定](#p160)
    - [32 对危害食品安全犯罪的缓刑如何适用禁止令](#p166)
  + [（二）妨害对公司、企业的管理秩序罪](#p172)
    - [33 非国家工作人员主体身份的认定](#p172)
  + [（三）破坏金融管理秩序罪](#p176)
    - [34 高利转贷罪的认定](#p176)
    - [35 骗取贷款案中欺骗手段的认定](#p182)
    - [36 骗取贷款罪中有关损失和其他严重情节的认定](#p187)
    - [37 在非法吸收公众存款案中提供网络技术、设备服务行为的性质与责任认定](#p193)
    - [38 非法吸收公众存款罪犯罪数额的认定](#p200)
    - [39 非法吸收公众存款罪中“社会公众”范围的认定](#p206)
    - [40 洗钱罪中“明知”心理状态的认定](#p210)
  + [（四）金融诈骗罪](#p214)
    - [41 网上开发虚拟理财交易平台并以传销方式归集资金的犯罪认定](#p214)
    - [42 对恶意透支信用卡行为人非法占有目的的认定](#p218)
    - [43 行为人非法持有大量来历不明的信用卡，按照他人指示取出卡内的钱款后收取提成的行为应当如何定性](#p224)
    - [44 保险诈骗罪主体身份要件的司法认定](#p228)
  + [（五）危害税收征管罪](#p234)
    - [45 逃避追缴欠税案中“应纳税款”的认定](#p234)
  + [（六）侵犯知识产权罪](#p239)
    - [46 假冒注册商标罪中既遂、未遂的认定](#p239)
    - [47 假冒注册商标罪与非法制造注册商标标识罪的区别](#p243)
    - [48 未经许可销售“工厂尾单”数额巨大构成商标犯罪](#p249)
    - [49 销售假冒注册商标的商品罪犯罪未遂时货值金额的认定](#p253)
    - [50 涉互联网商标类刑事案件中“刷单”的认定标准](#p259)
    - [51 销售盗版加密锁行为性质的认定](#p265)
  + [（七）扰乱市场秩序罪](#p274)
    - [52 围标行为是否构成串通投标罪](#p274)
    - [53 合同诈骗罪、骗取贷款罪、贷款诈骗罪的区分和认定](#p278)
    - [54 合同诈骗罪与诈骗罪的区分](#p283)
    - [55 为骗取银行贷款而骗取担保，致使担保公司遭受损失行为的法律定性](#p288)
    - [56 在销售单上加盖假提货章骗取单位货物的行为性质认定](#p295)
    - [57 按揭车辆再次抵押借款构成诈骗罪还是合同诈骗罪](#p298)
    - [58 如何把握非法经营罪兜底条款的适用范围](#p303)
    - [59 非法销售烟草制品的罪名认定](#p309)
    - [60 行为人非法从事不以交割现货为目的的买卖贵金属延期交易活动能否认定为非法经营期货](#p314)
    - [61 烟草专卖品犯罪活动中尚未销售的假冒伪劣烟草如何计算非法经营数额](#p318)
* [中国法院2012～2020年度案例系列](#p324)