# Table of Contents

[书名页](#p3)

[版权页](#p3)

[序](#p5)

[目录](#p7)

[一、危害公共安全罪](#p10)

[1 放火行为危害公共安全标准的认定](#p10)

[2 放火罪与故意毁坏财物罪的界定及犯罪情节轻微的认定](#p12)

[3 危害公共安全危险程度认定](#p16)

[4 以危险方法危害公共安全罪的认定](#p19)

[5 烟花是属于易燃易爆物还是属于爆炸物](#p22)

[6 被查获待售枪支的定性](#p25)

[7 不以出卖为目的的单纯购买枪支行为应认定为非法持有枪支罪](#p29)

[8 交通肇事逃逸行为认定标准](#p33)

[9 以筹钱为目的离开医院是否构成“逃离现场”](#p35)

[10 交通肇事后逃逸行为性质的准确认定](#p39)

[11 交通肇事后驾车驶离现场再返回现场是否必然成立交通肇事逃逸](#p42)

[12 交通肇事后将被害人拖移至路边后逃逸致其死亡行为的定性](#p45)

[13 交通肇事逃逸的认定](#p49)

[14 交通肇事案中对公共交通及事故责任的界定](#p52)

[15 非碰撞情形下造成其他车辆发生交通事故“肇事逃逸”的认定](#p57)

[16 交通事故中二次碰撞情形下因果关系的认定](#p62)

[17 如何审查和采信公安机关出具的交通事故认定书](#p66)

[18 危险驾驶犯罪主体界定及相关共犯问题辨析](#p71)

[19 “明知他人报案而在现场等待”型自首的等待行为应体现主动性](#p74)

[20 抽取血样前饮酒如何认定血液中酒精含量](#p76)

[21 超载型危险驾驶犯罪案件如何定罪量刑](#p79)

[22 客运车辆超载行为的认定](#p82)

[23 重大责任事故罪中发包业主的刑事责任认定](#p84)

[二、破坏社会主义市场经济秩序罪](#p89)

[（一）生产、销售伪劣商品罪](#p89)

[24 生产、销售假冒食盐的行为应当如何定性](#p89)

[25 销售治病“假药”如何定罪量刑](#p94)

[26 不合格的盐是否可以认定为有毒、有害非食品原料](#p97)

[（二）妨害对公司、企业的管理秩序罪](#p101)

[27 受贿罪与非国家工作人员受贿罪的区别](#p101)

[28 对具备国家工作人员身份的医生行贿如何定罪处罚](#p104)

[29 非国家工作人员受贿的多种形式认定](#p107)

[（三）破坏金融管理秩序罪](#p110)

[30 骗取贷款罪与贷款诈骗罪的区分](#p110)

[31 未公开信息的认定](#p112)

[32 如何计算内幕交易案中的违法所得](#p116)

[（四）金融诈骗罪](#p119)

[33 信用卡诈骗罪中信用卡业务的认定](#p119)

[34 以诈骗手段取得他人信用卡并使用的，构成何种犯罪](#p122)

[35 拾得他人借记卡在ATM机上取款何以认定为信用卡诈骗罪](#p125)

[36 透支信用卡在有还款承诺书的前提下是否改变构成信用卡诈骗罪的时间界点](#p128)

[37 将他人遗忘在ATM机内的银行卡内款项取走，如何定性](#p131)

[38 无“非法占有”目的不构成信用卡诈骗罪](#p135)

[39 控制他人支付宝并绑定银行卡转账的定罪及既未遂认定](#p138)

[40 窃取信用卡信息后实施信用诈骗行为的性质认定](#p141)

[41 交通肇事后“顶包”理赔的定性](#p145)

[42 盗窃银行承兑汇票并使用，骗取他人财物的行为构成票据诈骗罪](#p148)

[43 合理的利息收入不应从金融凭证诈骗犯罪数额中扣除](#p152)

[44 非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪的区分](#p154)

[（五）危害税收征管罪](#p157)

[45 进行了实际经营活动但为逃避缴纳税款让他人代开发票构成虚开发票罪](#p157)

[（六）侵犯知识产权罪](#p161)

[46 妻子持有烟草专卖零售许可证，丈夫销售烟草是否构成非法经营罪](#p161)

[47 销售假冒注册商标的商品罪的定罪量刑](#p165)

[（七）扰乱市场秩序罪](#p169)

[48 合同诈骗之“两头骗”的定性及犯罪数额认定](#p169)

[49 合同诈骗罪的认定](#p172)

[50 诈骗罪与合同诈骗罪的界定](#p175)

[51 合同诈骗罪与民事欺诈行为的区分](#p178)

[52 如何界定诈骗罪、合同诈骗罪和侵占罪](#p182)

[53 合同诈骗中“以非法占有为目的”的认定](#p186)

[54 利用司法机关执行程序将借款偿还外债的行为认定](#p188)

[55 非法经营行为的认定](#p192)

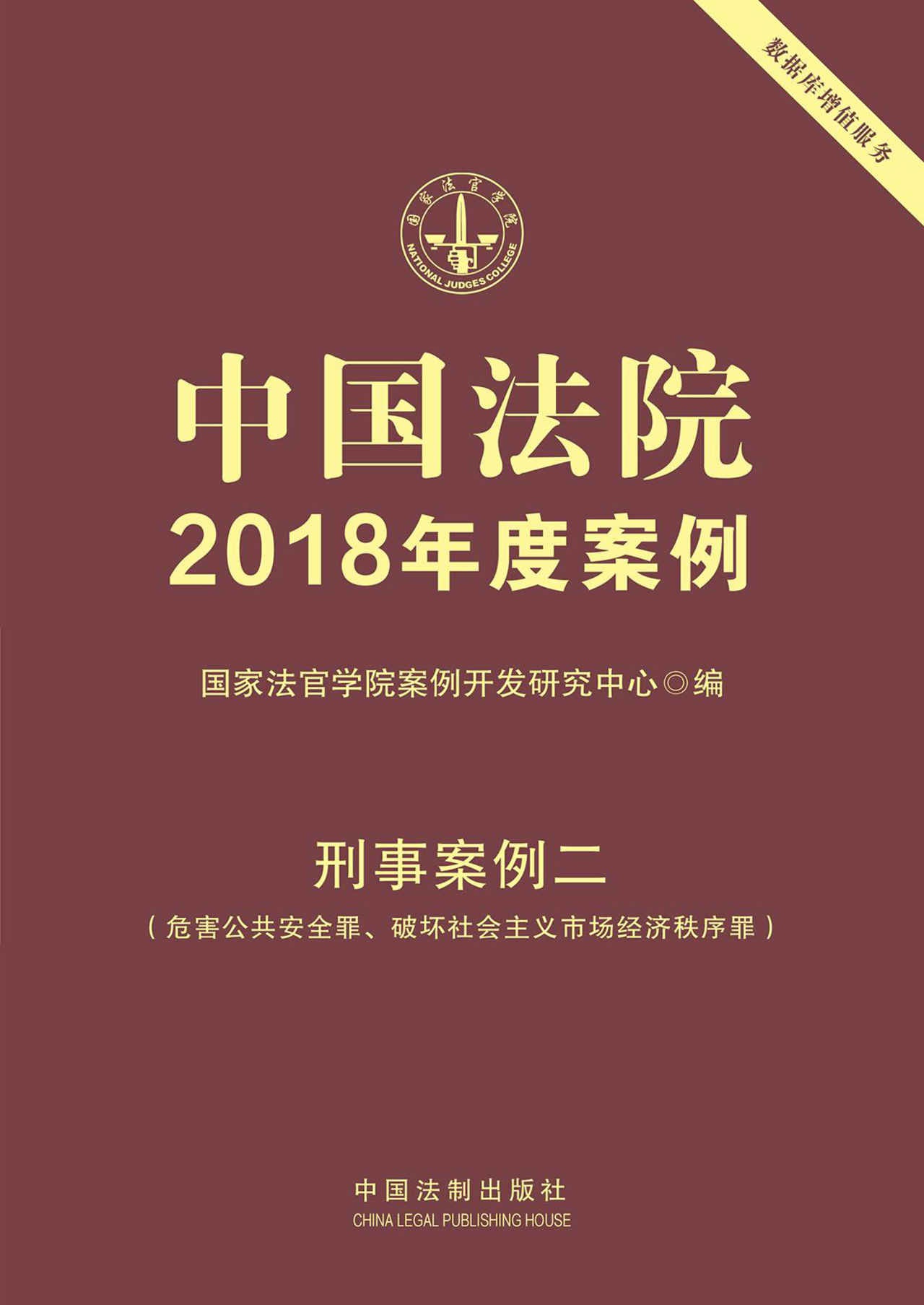
[56 非法经营罪之未遂探讨](#p196)

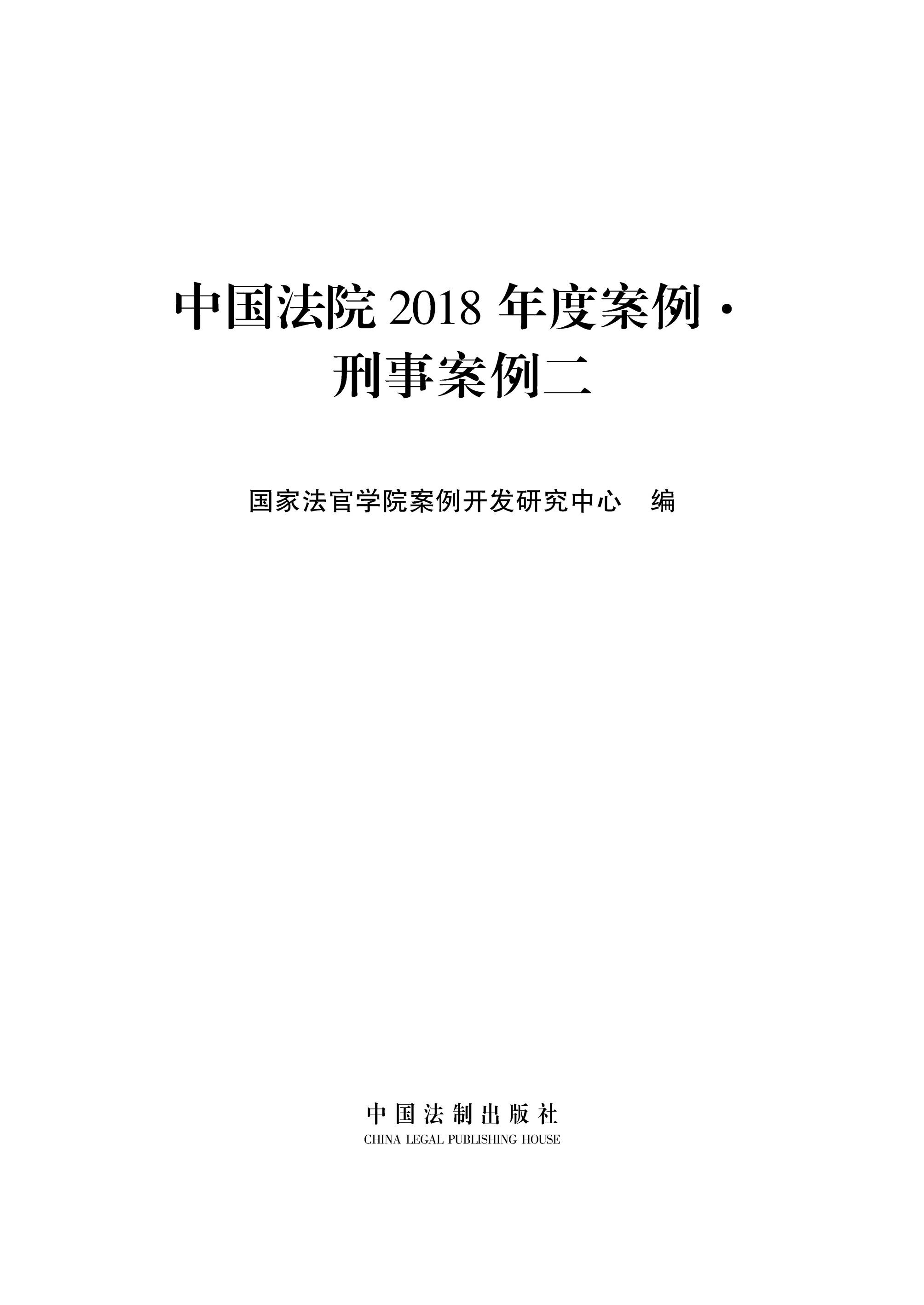
[57 无证销售假冒伪劣卷烟行为的定性及假冒伪劣卷烟的价值计算](#p201)

[58 在涉伪劣卷烟类非法经营案件中，伪劣卷烟购进后从没有售出即被查获，非法经营额如何确定](#p204)

[59 以暴力强迫他人接受服务型强迫交易与随意殴打他人型寻衅滋事辨析](#p208)

[中国法院2012、2013、2014、2015、2016、2017、2018年度案例系列](#p212)





更多书籍微信：15678922341

图书在版编目（CIP）数据

中国法院2018年度案例.刑事案例.二，危害公共安全罪、破坏社会主义市

场经济秩序罪/国家法官学院案例开发研究中心编.—北京：中国法制出版社，

2018.1

ISBN 978-7-5093-9138-9

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

中国版本图书馆CIP数据核字（2017）第296917号

策划编辑：李小草（lixiaocao2008@sina.cn）

责任编辑：王熹 封面设计：温培英 李宁

中国法院2018年度案例·刑事案例二

ZHONGGUO FAYUAN 2018 NIANDU ANLI·XINGSHI ANLI ER

编者/国家法官学院案例开发研究中心

经销/新华书店

印刷/更多书籍微信：15678922341

开本/730毫米×1030毫米 16开 印张/13.25 字数/173千

版次/2018年3月第1版 2018年3月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-9138-9 定价：45.00元

北京西单横二条2号

邮政编码 100031 传真：66031119

网址：http：//www.zgfzs.com 编辑部电话：66010493

市场营销部电话：66033393 邮购部电话：66033288

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

更多书籍微信：15678922341

序

法律的生命在于实施，而法律实施的核心在于法律的统一适用。《中国法院年度案

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

裁判规则，为司法统一贡献力量。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

充为4个分册，共23册。

总的说来，当前市面上的案例丛书百花齐放，既有判决书网，可以查询各地、各类的

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

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

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

更多书籍微信：15678922341

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

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

后语”，高度提炼、总结案例的指导价值。

同时，《中国法院年度案例》丛书还有以下特色：一是信息量大。国家法官学院案例

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

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



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

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

然，迅速找到需求目标。

中国法制出版社始终全力支持《中国法院年度案例》的出版，给了作者和编辑们巨大

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

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

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

究法律的读者，服务于社会，服务于国家的法治建设。

本丛书既可作为法官、检察官、律师等司法实务工作人员的办案参考和司法人员培训

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

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

种不足，甚至错误，欢迎读者批评指正，我们愿听取建议，并不断改进。

更多书籍微信：15678922341

[一、危害公共安全罪](#p10)

[1 放火行为危害公共安全标准的认定](#p10)

[2 放火罪与故意毁坏财物罪的界定及犯罪情节轻微的认定](#p12)

[3 危害公共安全危险程度认定](#p16)

[4 以危险方法危害公共安全罪的认定](#p19)

[5 烟花是属于易燃易爆物还是属于爆炸物](#p22)

[6 被查获待售枪支的定性](#p25)

[7 不以出卖为目的的单纯购买枪支行为应认定为非法持有枪支罪](#p29)

[8 交通肇事逃逸行为认定标准](#p33)

[9 以筹钱为目的离开医院是否构成“逃离现场”](#p35)

[10 交通肇事后逃逸行为性质的准确认定](#p39)

[11 交通肇事后驾车驶离现场再返回现场是否必然成立交通肇事逃逸](#p42)

[12 交通肇事后将被害人拖移至路边后逃逸致其死亡行为的定性](#p45)

[13 交通肇事逃逸的认定](#p49)

[14 交通肇事案中对公共交通及事故责任的界定](#p52)

[15 非碰撞情形下造成其他车辆发生交通事故“肇事逃逸”的认定](#p57)

[16 交通事故中二次碰撞情形下因果关系的认定](#p62)

[17 如何审查和采信公安机关出具的交通事故认定书](#p66)

[18 危险驾驶犯罪主体界定及相关共犯问题辨析](#p71)

[19 “明知他人报案而在现场等待”型自首的等待行为应体现主动性](#p74)

[20 抽取血样前饮酒如何认定血液中酒精含量](#p76)

[21 超载型危险驾驶犯罪案件如何定罪量刑](#p79)

更多书籍微信：15678922341

[22 客运车辆超载行为的认定](#p82)

[23 重大责任事故罪中发包业主的刑事责任认定](#p84)

[二、破坏社会主义市场经济秩序罪](#p89)

[（一）生产、销售伪劣商品罪](#p89)

[24 生产、销售假冒食盐的行为应当如何定性](#p89)

[25 销售治病“假药”如何定罪量刑](#p94)

[26 不合格的盐是否可以认定为有毒、有害非食品原料](#p97)

[（二）妨害对公司、企业的管理秩序罪](#p101)

[27 受贿罪与非国家工作人员受贿罪的区别](#p101)

[28 对具备国家工作人员身份的医生行贿如何定罪处罚](#p104)

[29 非国家工作人员受贿的多种形式认定](#p107)

[（三）破坏金融管理秩序罪](#p110)

[30 骗取贷款罪与贷款诈骗罪的区分](#p110)

[31 未公开信息的认定](#p112)

[32 如何计算内幕交易案中的违法所得](#p116)

[（四）金融诈骗罪](#p119)

[33 信用卡诈骗罪中信用卡业务的认定](#p119)

[34 以诈骗手段取得他人信用卡并使用的，构成何种犯罪](#p122)

[35 拾得他人借记卡在ATM机上取款何以认定为信用卡诈骗罪](#p125)

[36 透支信用卡在有还款承诺书的前提下是否改变构成信用卡诈骗](#p128)

[罪的时间界点](#p128)

[37 将他人遗忘在ATM机内的银行卡内款项取走，如何定性](#p131)

[38 无“非法占有”目的不构成信用卡诈骗罪](#p135)

[39 控制他人支付宝并绑定银行卡转账的定罪及既未遂认定](#p138)

[40 窃取信用卡信息后实施信用诈骗行为的性质认定](#p141)

[41 交通肇事后“顶包”理赔的定性](#p145)

[42 盗窃银行承兑汇票并使用，骗取他人财物的行为构成票据诈骗](#p148)

[罪](#p148)

[43 合理的利息收入不应从金融凭证诈骗犯罪数额中扣除](#p152)

[44 非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪的区分](#p154)

[更多书籍微信：15678922341](#p154)

[（五）危害税收征管罪](#p157)

[45 进行了实际经营活动但为逃避缴纳税款让他人代开发票构成虚](#p157)

[开发票罪](#p157)

[（六）侵犯知识产权罪](#p161)

[46 妻子持有烟草专卖零售许可证，丈夫销售烟草是否构成非法经](#p161)

[营罪](#p161)

[47 销售假冒注册商标的商品罪的定罪量刑](#p165)

[（七）扰乱市场秩序罪](#p169)

[48 合同诈骗之“两头骗”的定性及犯罪数额认定](#p169)

[49 合同诈骗罪的认定](#p172)

[50 诈骗罪与合同诈骗罪的界定](#p175)

[51 合同诈骗罪与民事欺诈行为的区分](#p178)

[52 如何界定诈骗罪、合同诈骗罪和侵占罪](#p182)

[53 合同诈骗中“以非法占有为目的”的认定](#p186)

[54 利用司法机关执行程序将借款偿还外债的行为认定](#p188)

[55 非法经营行为的认定](#p192)

[56 非法经营罪之未遂探讨](#p196)

[57 无证销售假冒伪劣卷烟行为的定性及假冒伪劣卷烟的价值计算](#p201)

[58 在涉伪劣卷烟类非法经营案件中，伪劣卷烟购进后从没有售出](#p204)

[即被查获，非法经营额如何确定](#p204)

[59 以暴力强迫他人接受服务型强迫交易与随意殴打他人型寻衅滋](#p208)

[事辨析](#p208)

更多书籍微信：15678922341

一、危害公共安全罪

1 放火行为危害公共安全标准的认定

——陈某放火案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市西城区人民法院（2016）京0102刑初字第470号刑事附带民事判决

书

2.案由：放火罪

【基本案情】

2014年11月7日5时许，被告人陈某在北京市西城区永定门内西大街×号院某小区西门

西侧的便道上，使用打火机点燃杂物，致被害人佟某停在此处的轿车（车牌号：京

HH××××）被烧毁，经鉴定，损失价值为人民币48000元。被告人陈某当日被民警抓获归

案。

另查明，甲财产保险股份有限公司北京市分公司因被告人陈某的犯罪行为支付给被害

人佟某车辆赔偿金人民币54471.2元。

更多书籍微信：15678922341

公诉机关认为被告人陈某故意在公共场所放火，危害公共安全，应当以放火罪追究其

刑事责任。被告人陈某对公诉机关指控其犯放火罪没有异议，但辩称其不是故意放火，对

附带民事诉讼原告人提出的诉讼要求表示无意见。被告人陈某的辩护人暨附带民事诉讼委

托代理人就刑事部分的主要辩护意见为：被告人陈某认罪态度好，到案后能如实供述自己

的犯罪行为，此次犯罪是因人格缺陷所致。综上建议法庭对其从轻处罚；就附带民事诉讼

部分的主要代理意见为：法庭应按照价格鉴定结论书中的结论确定赔偿数额。

【案件焦点】

陈某放火的行为是否足以危害公共安全而构成放火罪。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院经审理认为：被告人陈某在公共场所放火，其行

为危害公共安全，已构成放火罪，依法应予惩处。北京市西城区人民检察院

指控被告人陈某犯放火罪罪名成立。被告人陈某关于其是为取暖才点火不是

故意放火的辩解，经查，根据公诉机关当庭出示的现场监控录像显示，被告

人陈某在起火后即转身离开，没有烤火取暖的过程，故其辩解本院不予采

信。被告人陈某的辩护人关于被告人陈某如实供述犯罪事实的辩护意见，经

查，被告人陈某到案后虽承认点火，但辩称不是故意的，其不能如实供述自

己的罪行，故其辩护人的该辩护意见，本院不予采纳；关于被告人陈某此次

犯罪是人格缺陷所致建议从轻处罚的辩护意见，理由与依据不足，本院不予

采纳。由于被告人陈某的犯罪行为给附带民事诉讼原告人造成了经济损失，

被告人陈某依法应予以赔偿。被告人陈某的附带民事诉讼委托代理人关于法

庭应以价格鉴定结论书中的数额确定为赔偿数额，经查，价格鉴定结论书中

的数额是鉴定机构评估的被烧车辆的损失价格，不是实际发生的损失价格，

附带民事诉讼原告人因本案已实际支付的保险赔偿金依法应由被告人陈某赔

偿。

北京市西城区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百一十四条、

第三十六条、第六十四条，《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百零一条，

《中华人民共和国保险法》第六十条，《中华人民共和国侵权责任法》第十

九条，作出如下判决：

一、陈某犯放火罪，判处有期徒刑三年。

二、陈某赔偿附带民事诉讼原告人甲财产保险股份有限公司北京市分公

司经济损失人民币五万四千四百七十一元二角（限判决生效后三十日内给

付）。

三、在案扣押的作案工具打火机一个予以没收。

【法官后语】

我国《刑法》将放火罪视为危害公共安全的危险犯，放火罪区别于一般的放火行为，

放火罪的构成以发生了危害公共安全的具体危险为标准，而不以侵害结果的发生为必要条

件。如果行为人实施了放火行为，并将火势控制在较小且可控的幅度内，可以随时减小乃

至熄灭火势，不足以危害公共安全，则不构成放火罪，而是根据具体案情分析是否构成故

意损毁公私财物罪或者故意伤害罪等，公共安全应当解释为一种构成要件要素。但是在理

论层面对于如何确定“公共安全”与“公共危险”的判断基准存在争议，有的观点认为其指向

不特定多数人的安全利益，有的观点指向包括不特定的与特定的两个层面的多数人的安全

利益，有的观点指向不特定之人的安全利益，无关人数多少。

“公共安全”相对于“个人安全”的概念，其范畴应该涵盖多数人，不应不当地缩小公共

安全罪的成立范围，其应当涵盖不特定或者多数人的生命、健康或者财产的安全。判断一

起案件事实是否达到危害公共安全的程度，需要结合放火焚烧的对象、时间、场所、环

境、放火现场的安全保障措施等方面综合考察。在本案中，被告人陈某选择的点火地点是

西城区永定门内西大街×号院某小区西门西侧的便道上，事发地正对着小区，并非空旷无

人之地。而且行为人点火后并未将火控制在较小幅度，案发时，小区值班员与地库管理员

两人拿着灭火器对着着火的杂物喷，但灭火器都喷完了也没能把火扑灭，且鉴定机构在燃

烧物种鉴定出残留的汽油成分，而且被告人的放火行为致使佟某投保的标的车被烧毁。由

此可见，案发时火势脱控，以形成足以危害公共安全的局面。

编写人：北京市西城区人民法院 冀敏

2 放火罪与故意毁坏财物罪的界定及犯罪情节

轻微的认定

——洪方某放火案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

浙江省台州市椒江区人民法院（2016）浙1002刑初字第828号刑事判决书

2.案由：放火罪

【基本案情】

2016年1月3日下午，被告人洪方某在台州市椒江区章安街道某村与洪昌某（系洪方某

的堂妹夫，曾有纠葛）相遇而发生争吵（洪方某认为自己被洪昌某推倒），当夜，洪方某

在某村某岭的看山小屋因屁股痛睡不着，而产生报复。是夜11时许，洪方某携带煤油1瓶

（半瓶油量）、打火机、手电筒，赶回某村×××号洪昌某家门口，将煤油泼在一楼门口边

的拖拉网（1000公斤左右）上（距门2米左右），用打火机点燃网绳后逃离现场。随后，

邻居发现网绳在燃烧便用扫帚打灭。经鉴定，被烧毁的拖拉网，价值人民币2676元。

2016年1月4日，被告人洪方某在椒江区章安街道某村某岭的看山小屋内被民警抓获。

【案件焦点】

1.以故意毁坏他人财物为目的的放火行为客观上危害公共安全时构成放火

罪还是故意毁坏财物罪；2.犯罪情节轻微的认定如何判断。

【法院裁判要旨】

浙江省台州市椒江区人民法院经审理认为，被告人洪方某为泄愤而故意

放火，危害公共安全，其行为已构成放火罪。公诉机关对被告人洪方某所指

控的罪名成立。被告人洪方某有犯罪前科，酌情予以从重处罚，归案后能如

实供述自己的犯罪事实，认罪态度好，予以从轻处罚。被告人洪方某辩解自

己目的是烧掉网绳；其辩护人辩称被告人洪方某归案后如实供述，被害人洪

昌某、洪桂某已对被告人表示谅解，洪方某已近70岁高龄，请求酌情从轻处

罚。法院经审理认为，所辩属实，故对辩解和辩护意见予以采纳。鉴于被告

人洪方某尚未造成严重后果，且犯罪情节轻微，又取得了被害人谅解，可以

不判处刑罚。

法院于2016年10月18日判决：

一、被告人洪方某犯放火罪，免予刑事处罚。

二、移送的作案工具，矿泉水瓶一个、手电筒一支、打火机一只，予以

没收。

【法官后语】

1.放火罪与故意毁坏财物罪之界定

法院判决最终认定被告人洪方某构成放火罪，理由如下：

（1）被告人侵犯的客体不仅仅是财产的所有权，更是公共安全

相对故意毁坏财物而言，放火罪的犯罪行为带来后果的严重性和广泛性往往是难以预

料的，甚至是行为人自己以及其他人员均难以控制的。本案中，被告人洪方某将成堆的网

绳点燃，该堆拖拉网重达1000公斤左右，距门的距离仅有2米左右，火势如未被扑灭就足

以造成严重的火灾，因此本案被告人的行为侵犯的客体不仅仅是被害人对这些拖拉网的财

产所有权，更是公共安全。

（2）被告人主观上同时具有故意毁坏财物罪的直接故意与放火罪的间接故意

在案证据证实被告人洪方某故意放火的目的在于烧掉拖拉网以报复泄愤，而非想烧掉

房子，或将被害人家人烧死，但当问到其是否有想过放火可能引起火灾烧死人时，被告人

的回答是：“如果将他烧死了，我也自杀。”可见，其是明知自己的行为可能发生危害公共

安全的结果而放任结果发生的心理状态，主观上既符合故意毁坏财物罪的犯罪构成（直接

故意）也符合放火罪的犯罪构成（间接故意）。

（3）被告人客观上实施了损毁特定财物的行为（但被毁财物未达构罪数额），同时

也实施了放火焚烧足以危害公共安全的行为

故意毁坏财物罪是结果犯，要求同时具备犯罪行为与损害结果；放火罪是危险犯，要

求同时具备犯罪行为与危险状态。本案中，被告人客观上实施了损毁特定财物（即被害人

所有的拖拉网）的行为，但被烧毁的网绳价值仅为人民币2676元，尚未达到构罪起点。同

时被告人亦实施了放火焚烧财物的行为，从侦查实验看，被点燃的网绳靠着门口的木板，

会先产生结壳，然后燃烧从而燃至木板蔓延危害房屋建筑，当时网绳被点燃有明显的火

苗，已经致公共安全于危险状态，符合放火罪的客观要件。

需要注意的是，如果本案造成的财物损失达到了5000元以上，达到构罪数额标准，那

么行为人出于一个主观故意，实施了一个犯罪行为，同时符合故意毁坏财物罪和放火罪的

构成要件，属于《刑法》上的想象竞合犯，应当从一重处，从法定刑来看，仍应按照重罪

放火罪处理。

2.犯罪情节轻微的认定

放火罪属于危害公共安全的重罪，法定刑较高，法院最终判决对本案被告人洪方某免

予刑事处罚，是结合了案件各方面而作出的综合判断。

首先，被告人主观恶性相对较小。本案被告人洪方某是一个农民，系文盲，在犯罪时

已近70岁高龄，法律意识不强。其与被害人系亲戚关系，为医保福利费而发生争吵，相对

一般的放火罪犯罪行为人而言，本案被告人放火的动机简单，以焚毁特定财物为目的，主

观恶性相对而言比较小。

其次，被告人行为造成的危险状态较轻微。本案中尽管被告人自带煤油对被害人放置

于家门口的拖拉网进行了焚烧，足以引发火灾危害公共安全，但该危险状态相对较轻。被

点燃的网绳系塑料制品属低碳物品，使依靠的木板燃烧要10分钟以上，所需时间较长，危

险性相对较小。

本案在审理过程中，被害人夫妇均对洪方某的行为表示谅解，不提起附带民事诉讼也

不要求其对拖拉网被烧毁的损失进行经济赔偿，请求人民法院从宽处理。综上所述，考虑

本案被告人犯罪情节轻微，双方系亲戚关系，因家庭琐事发生争吵，矛盾能够得到较好的

化解，对被告人洪方某免予刑事处罚符合法律规定与案件实际情况，能够得到良好的法律

效果和社会效果，遂作出上述判决。

编写人：浙江省台州市椒江区人民法院 肖艺苑

3 危害公共安全危险程度认定

——王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

北京市昌平区人民法院（2016）京0114刑初字第785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】

2016年4月13日22时30分许，被告人王某在北京市昌平区回龙观镇某小区×号楼2单元

301号租住地内，利用打开燃气灶开关释放天然气的方式危害公共安全。2016年4月14日3

时许，在北京市昌平区回龙观镇某小区×号楼2单元301号，被告人王某被北京市公安局昌

平分局龙园派出所民警抓获。

2016年7月19日，经首都医科大学附属北京安定医院鉴定，被告人王某被评定为限制

刑事责任能力。

北京市昌平区人民检察院向本院移送了被告人供述、证人证言、鉴定意见等证据材

料，认为被告人王某的行为触犯了《刑法》第一百一十四条之规定，应当以以危险方法危

害公共安全罪追究其刑事责任；被告人王某案发时系限制刑事责任能力，可以减轻处罚，

提请法院依法惩处。

在法庭审理中，被告人王某对公诉机关指控基本事实不持异议，但辩称自己主观上不

具有犯罪故意，客观上不足以危害公共安全，本案证人证言具有较大主观性，作为定案依

据不足，综上，其行为不构成犯罪。

法定代理人认为被告人王某系初犯，一贯表现良好，案发时系限制刑事责任能力，案

发后取得有关组织及邻居谅解，建议对其从轻处罚。

辩护人对公诉机关指控基本事实亦不持异议，但认为在法律定性上，被告人王某的行

为不构成犯罪，理由如下：1.主观上无犯罪故意，案发时没想到释放天然气会导致犯罪，

危及公共安全；2.客观上不足以危害公共安全；3.证人证言均为主观猜测，有夸大成分，

无科学依据。综上，请求法庭作无罪判决。

【案件焦点】

1.被告人王某主观上是否具有犯罪故意；2.如何认定在民居楼内释放天然

气行为达到足以危害公共安全的危险程度。

【法院裁判要旨】

北京市昌平区人民法院经审理认为：被告人王某在人口密集区以释放天

然气的危险方法危害公共安全，尚未造成严重后果，其行为已构成以危险方

法危害公共安全罪，依法应予惩处。北京市昌平区人民检察院指控被告人王

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，罪名成立。

辩护人关于被告人王某成立自首、犯罪未遂的意见，经查，被告人王某于

2016年4月14日3时许经邻居再次报警在租住地被民警抓获，不属于主动投

案，依法不能认定为自首；小区物业虽在紧急处置中配合救援人员关闭天然

气总阀避免天然气持续泄漏，但此时被告人王某释放天然气行为已经完成且

对公共安全造成现实危险，本罪构成不以造成严重后果作为犯罪既遂标准，

故上述意见无事实及法律依据，不予采信。关于被告人王某犯罪情节显著轻

微、认罪态度好的意见，无事实依据，亦不采信。辩护人的其他辩护意见及

法定代理人意见，本院酌予采信。鉴于被告人王某案发时系限制刑事责任能

力，到案后如实供述基本犯罪事实，依法予以减轻处罚。

北京市昌平区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百一十四条、

第十八条第三款、第六十七条第三款、第六十一条之规定，判决如下：

被告人王某犯以危险方法危害公共安全罪，判处有期徒刑一年。

【法官后语】

本案控辩双方争议焦点为被告人主观上是否具有犯罪故意及如何认定在民居楼房屋内

释放天然气行为达到足以危害公共安全的危险程度。

1.关于被告人王某主观上是否具有犯罪故意

首先，本案被告人具有以危险方法危害公共安全的主观故意。被告人供述称曾听说过

煤气爆炸案例，其作为成年人应对天然气易燃、易爆属性以及自己释放天然气可能造成的

实际后果有一定认知；其次，据民警证人田某某的证言证明，其最先出警，试图打开301

房门无果遂疏散人员，被告人王某当时身处室内，应当明知处于公共安全考虑疏散群众措

施的必要性和紧迫性；第三，被告人曾明确听到楼道中群众被大量疏散且动静很大，这进

一步强化其对自身行为可能造成严重损害后果的主观判断。然而，被告人并未采取任何措

施阻止天然气继续释放，直至消防员通过破拆入室关闭天然气阀门。

综上，虽然被告人王某没有希望或追求危害公共安全后果发生的直接故意，但其明知

自己在居民楼内释放天然气可能造成危害公共安全后果，却对该结果持放任态度，主观上

已属间接故意。

2.如何认定本案被告人释放天然气行为是否达到足以危害公共安全的危险程度

泄漏的天然气在室内发生扩散后，其浓度值会增大到爆炸下限，在有明火情况下将被

引爆从而发生爆炸，对建筑物以及附近人员造成人身及财产损失。学理上，天然气爆炸极

限为5%～15%。本案公安消防人员在入户后第一时间未对室内燃气浓度进行数据检测，

辩护人据此认为证人证言对天然气弥散浓度表述均为主观臆断，有夸大成分，无科学依

据。笔者认为，结合案发环境及在案证人证言等证据，可以认定被告人行为已达到足以危

害公共安全的危险程度。

第一，楼内多名住户证言均证明受到王某释放天然气行为影响，其中五楼、三楼住户

在撤离时明确表示楼道内闻到较重燃气味道。第二，北京市公安消防总队回龙观中队政治

指导员田某某的证言证明，破拆组消防员破窗后其与民警进入房间，闻到很大燃气味，可

视范围内窗户呈关闭状态，存在安全隐患；北京市公安局昌平分局龙园派出所副所长田某

某的证言证明，其在楼道、房间内均闻到很大燃气味，最终打开301室窗户后隐患才得以

排除。二名证人作为消防员、民警具备较丰富的专业素质及同类事故处置经验，对事故发

生时的现场危险程度判断相对客观，其证言相互印证，可以证实被告人在密闭空间内释放

天然气的危险程度。第三，被告人所处的昌平区回龙观镇某小区共有2000余套住房，5000

余居民，居民密度较大，且案发时间为深夜23时，被告人释放天然气时间持续，一旦发生

天然气爆炸事件极易造成不特定多数人伤亡或公私财产重大损失。

综上所述，虽然案发现场无天然气浓度检测值，但结合在案证人证言及案发现场客观

环境等证据能够相互印证，证实被告人王某释放天然气行为已达到足以危害公共安全的危

险程度。

编写人：北京市昌平区人民法院 于广丹

4 以危险方法危害公共安全罪的认定

——陈广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

河南省罗山县人民法院（2016）豫1521刑初字第230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】

2016年1月18日15时许，被告人陈广某因对其妻罗正某交通事故处理结果不满，驾驶

三轮车将棺材、煤气罐以及烟花爆竹拉到罗山县公安交通警察大队门口，用载着棺材的三

轮车堵住该队大门，在该队门口悬挂横幅。后其在交警队院内燃放烟花爆竹，又将带去的

煤气罐拧开，掂着打开的煤气罐、菜刀和打火机往交警队办公楼冲过去，煤气罐的阀门随

即被其亲属强行关掉。被制止后，其又到交警队办公楼楼顶，点燃随身携带的烟花爆竹向

楼下乱扔，并威胁从楼上跳下去。后罗山县公安局民警在其子尚某对其劝阻时，将其制

服。

【案件焦点】

以危险方法危害公共安全罪的认定。

【法院裁判要旨】

河南省信阳市罗山县人民法院经审理认为：被告人陈广某在办公场所内

使用打开液化气罐、手持打火机等危险方法危害公共安全，其行为构成以危

险方法危害公共安全罪，罗山县人民检察院指控罪名成立。其行为尚未造成

严重后果，应当在三年以上十年以下有期徒刑幅度内量刑。其辩护人提出其

在点燃煤气前即被制止，属于意志以外的原因没有得逞，系犯罪未遂。经

查，陈广某在作案时打开了装有易燃易爆气体煤气罐的阀门，并手持打火

机，其行为足以危害公共安全，故本院对辩护人的该项辩护意见不予采纳。

陈广某到案后如实供述了犯罪事实，依法可以从轻处罚。被告人居住地社区

矫正部门亦出具了其适用社区矫正的调查评估意见，综合被告人犯罪情节及

悔罪表现，可对其适用缓刑。

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、第七十三条第二款和第三款

之规定，作出如下判决：

被告人陈广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。

宣判后，被告人未上诉，公诉机关未抗诉，一审判决已发生法律效力。

【法官后语】

认定一个行为是否构成以危险方法危害公共安全罪，首先，应判断行为人在主观方面

是否存在危害公共安全的直接或间接故意；其次，判断客观上是否符合《刑法》第一百一

十四条规定的“危险方法”；最后，判断行为是否对公共安全，即不特定的多数人的生命、

健康或重大公私财产构成威胁。

1.判断被告人的主观方面是故意还是过失，即“对危险的态度”

假设被告人主观系过失，过失的形式分为疏忽大意的过失和过于自信的过失，被告人

无论是在交警队院内燃放烟花爆竹，还是打开煤气罐的阀门并威胁点燃的整个过程中没有

相关证据表明其认识能力缺失或降低，其是应当能够认识到交警队院内有众多工作人员，

也能够认识到自己的行为会对交警队院内不特定多数人造成伤害，因而不存在应当认识到

而因为疏忽大意没有认识到的可能性。本案中现有证据能够证明被告人在交警队院内燃放

烟花爆竹，打开煤气罐的阀门并威胁点燃的行为主观上属于直接故意，同时亦能够证明其

实施了多次毫无控制的危险行为，而且对此过程中可能造成的伤害到他人人身安全的结果

的发生没有丝毫避免或反对的意愿，所以被告人在应当认识到自己的行为可能会产生危害

公共安全的危险，却放任危害结果的发生，属于典型的间接故意。

2.本罪“公共安全”的界定

公共安全是以危险方法危害公共安全罪的犯罪客体。如果对以危险方法危害公共安全

罪中的“公共安全”这一法益理解不深，势必影响到对以危险方法危害公共安全罪的认定，

使得以危险方法危害公共安全罪与其他犯罪的界限混淆。

公共安全是指特定或不特定多数人的生命、身体或财产安全。当对多数人的生命、身

体或者财产造成威胁，就构成危害公共安全。只要行为本身具有高度危险性（与放火、爆

炸、投放危险物质类似），而且其侵害的对象是“多数人”，不管是特定的多数人，还是不

特定的多数人，都应认为危害了公共安全。“多数人”难以用具体数字表述，行为使较多的

人（即使是特定的多数人）感受到生命、健康受到威胁时，就应认为危害了公共安全。公

共安全在本质上是指多数人的安全，这里的不特定不仅是指行为最终会危及具体哪一个人

的安全事先不能确定，而且还应要求行为有随时向危及“多数人”安全的方向发展的现实可

能性。也就是说，该行为会使社会的一般成员感觉到危险，客观上可能使更多的人遭受侵

害。只有这样才能体现行为危害公共安全的属性，才可以说是“多数人”的安全。相反，如

果行为人向不特定的对象（实际上行为是特定的）实施的行为除了使该被害人受到危险或

损害外，并不具有危及第三人安全扩展的现实可能性的，就不具有“公共”的意义，因而，

就不能认定为危害“公共安全”。

本案中，交警队院内的办公人员人数众多，被告人在交警队院内燃放烟花爆竹，打开

煤气罐的阀门并威胁点燃，该行为在客观上可能使不特定多数人的人身安全遭受侵害，该

行为危及了公共安全。

3.本罪“危险方法”的界定

如何理解本罪中的“其他危险方法”是界定本罪的关键。本罪中的“危险方法”是与放

火、决水、爆炸、投放危险物质罪危险性相当的行为，一经实施，就可能造成多数人或者

不特定的人重伤、死亡的方法。因为，一是本罪属于刑法中性质最为严重的犯罪，“其他

危险方法”不论表现为何种行为方式，其至少应当具有导致多数人重伤的现实危险。否则

难以认定该行为具有与放火罪、爆炸罪等犯罪具有同质性。二是本罪属于具体危险

犯。“其他危险方法”的行为本身必须具备导致多数人重伤或死亡或重大公私财产损失的具

体危险。

“其他危险方法”应排除《刑法》第一百一十四条、第一百一十五条明确列举的放火、

决水、爆炸以及投放危险物质的危险方法。第一百一十四条、第一百一十五条明确列举的

放火、决水、爆炸以及投放危险物质的危险方法，独立形成放火罪、决水罪、爆炸罪和投

放危险物质罪，若能够适用这些罪名的，就不能适用以危险方法危害公共安全罪。同时还

应排除现行刑法分则已经明确独立设置罪名所规定的其他危险方法。例如，《刑法》分则

第二章“危害公共安全罪”中的破坏交通设施罪、破坏公用电信设施罪，第三章“破坏社会

主义市场经济秩序罪”中的生产、销售有毒、有害食品，第六章“妨害社会管理秩序罪”中

的妨害传染病防治罪，等等。这里有存在罪名的想象竞合等可能，但由于各类罪之间法益

保护的侧重点不同，因此如果刑法分则已经明确的罪名能够处罚的，就不宜适用以危险方

法危害公共安全罪定罪，尽可能减少适用本罪的机会，不能为了从重处罚而认定构成本

罪。

综上所述，本案中被告人在交警队院内燃放烟花爆竹，打开煤气罐的阀门并威胁点燃

的行为属于“其他危险方法”，其行为构成以危险方法危害公共安全罪。

编写人：河南省信阳市罗山县人民法院 孔晶晶

5 烟花是属于易燃易爆物还是属于爆炸物

——钟小波非法制造爆炸物案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省邵阳市绥宁县人民法院（2016）湘0527刑初字第43号刑事判决书

2.案由：非法制造爆炸物罪

【基本案情】

2015年6月至10月，被告人钟小波在未办理烟花爆竹安全生产许可证的情况下，在绥

宁县枫木团乡某村村民黄始某家中私自配制烟火药用于非法生产爆竹“大炮”。在非法生产

爆竹过程中，被告人钟小波将硫磺、银粉、高氯酸钾、珍珠粉按比例混合配制成烟火药，

再将配制好的烟火药装入空纸筒，插入引线后用固引剂封口制成爆竹“大炮”成品。2015年

10月16日，绥宁县公安局现场查获其生产的大炮1676扎，计40224个。经抽样送检，“大

炮”内含药物为烟火药，药量为2.18克/个，1676扎“大炮”的烟火药总含量为87.69千克。

【案件焦点】

钟小波非法生产的“大炮”是否属于爆炸物。

【法院裁判要旨】

湖南省邵阳市绥宁县人民法院经审理认为：被告人钟小波违反法律规

定，未经国家有关部门批准，非法制造爆炸物，且数量已达到“烟火药三千

克”的五倍以上，情节严重，其行为已构成非法制造爆炸物罪。公诉机关指控

的罪名成立，对被告人钟小波应予刑事处罚。被告人钟小波辩称其生产的“大

炮”是易燃易爆物，不属于爆炸物；经审查，刑法所调整的爆炸物是指能够引

起爆炸，具有较高危险性、较大杀伤力的物品，烟火药具有爆炸物特性，

《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》明确规定烟火药属于爆炸物，并且以其

数量的多少作为定罪量刑的标准，该解释是法定的有权解释；被告人钟小波

为非法制造爆竹而非法制造烟火药，且数量达到犯罪最低标准的五倍以上，

符合非法制造爆炸物罪的构成要件。故被告人的上述辩护意见和理由不能成

立，本院不予支持。辩护人提出“认定黑火药含量的证据不足”，经审查公安机

关依照相关法律规定委托质量监督部门随机抽样并封条密封，经被告人确认

后送交具备检测资质的国家烟花爆竹产品质量监督检验中心进行检验，依据

该检验中心的检验报告认定其烟火药的总含量，程序合法，证据充分。辩护

人的上述意见和理由不能成立，本院不予支持。辩护人提出“被告人的犯罪行

为应认定为犯罪未遂”，经审查非法制造爆炸物罪属于行为犯罪，只要实施了

非法制造爆炸物的行为即构成犯罪，是否造成危害后果不是该罪的构成要

件。辩护人的上述辩护意见与法律规定不符，本院不予支持。案发后，被告

人钟小波能如实供述自己的犯罪事实，且没有造成严重社会危害，依法可从

轻处罚。辩护人提出“对被告人减轻处罚”的辩护意见无法律依据，本院不予支

持。据此，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

条第三款和《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（六）项、

第二条第（一）项之规定，判决如下：

被告人钟小波犯非法制造爆炸物罪，判处有期徒刑十年。

【法官后语】

本案处理的重点主要在于对于爆炸物的认定。我国《烟花爆竹安全管理条例》第二条

规定，烟花爆竹是由黑火药、烟火药和引火线等组成的。而《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》明确规

定烟火药属于爆炸物，如果行为人非法运输的烟花爆竹中的黑火药达到一千克以上或者烟

火药达到三千克以上，可以依照《刑法》第一百二十五条第一款以非法运输爆炸物罪定罪

处罚。

具体到本案中，被告人钟小波在未办理烟花爆竹安全生产许可证的情况下，将硫磺、

银粉、高氯酸钾、珍珠粉按比例混合配制成烟火药，再将配制好的烟火药装入空纸筒，插

入引线后用固引剂封口制成爆竹“大炮”成品，且绥宁县公安局在现场查获其生产的“大

炮”烟火药总含量为87.69千克，其行为已构成非法制造爆炸物罪。

值得注意的是，本案辩护人提出“被告人的犯罪行为应认定为犯罪未遂”，这是对于行

为犯及结果犯概念的混淆。行为犯，是指以危害行为的完成作为犯罪客观要件齐备标准的

犯罪，只要行为人完成了《刑法》规定的犯罪行为，犯罪的客观方面即为完备，犯罪即成

为既遂形态；结果犯，是指由危害行为和危害结果共同构成犯罪的客观方面的犯罪，结果

犯的既遂，不仅要求有犯罪行为，而且必须发生法定的犯罪结果，缺少危害结果，犯罪的

客观方面就不具有完整性或者说犯罪客观方面的要件就不齐备。而我国《刑法》明确规定

非法制造爆炸物罪属于行为犯罪，只要实施了非法制造爆炸物的行为即构成犯罪，是否造

成危害后果不是该罪的构成要件。因此，被告人钟小波的犯罪行为已为既遂。

编写人：湖南省邵阳市绥宁县人民法院 周倩

6 被查获待售枪支的定性

——万汉锋等非法买卖、邮寄枪支案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省常州市新北区人民法院（2016）苏0411刑初字第812号刑事判决书

2.案由：非法买卖、邮寄枪支罪

【基本案情】

2016年6月初，被告人高奇某通过QQ聊天软件与被告人尹乐联系购买气枪配件及钢笔

枪，后被告人尹乐通过QQ聊天软件联系被告人万汉锋让其直接将钢笔枪1支发货给被告人

高奇某，被告人万汉锋直接向被告人高奇某邮寄钢笔枪1支。被告人高奇某通过支付宝转

账支付给被告人尹乐购枪款人民币800元，被告人尹乐通过支付宝转账支付人民币300元给

被告人万汉锋。

因被告人高奇某多收到一套枪支配件，按照被告人尹乐要求回寄多发的枪支配件，被

告人尹乐按照和被告人高奇某的约定，联系被告人万汉锋让其邮寄钢笔枪1支给被告人高

奇某，后被告人万汉锋直接向被告人高奇某邮寄钢笔枪1支。

案发后，公安机关在被告人高奇某处查获上述钢笔枪2支，在被告人万汉锋处查获待

售的钢笔枪38支，在被告人尹乐处查获钢笔枪1支和手枪1把。经鉴定，上述钢笔枪及手枪

均系火药为动力的非军用枪支。

归案后，三名被告人均如实供述了上述事实。

案发后，公安机关查获被告人尹乐的非法所得人民币800元。

【案件焦点】

本案中被告人万汉锋处查获的38支钢笔枪的定性。

【法院裁判要旨】

江苏省常州市新北区人民法院经审理认为：被告人万汉锋、尹乐、高奇

某违反国家对枪支的管理规定，被告人万汉锋非法向他人出售、邮寄枪支，

情节严重，被告人尹乐非法向他人出售枪支和非法持有枪支，被告人高奇某

非法向他人购买枪支，被告人万汉锋的行为已经构成非法买卖、邮寄枪支

罪，被告人尹乐的行为已经构成非法买卖枪支罪和非法持有枪支罪，被告人

高奇某的行为已经构成非法买卖枪支罪。公诉机关起诉指控的犯罪事实清

楚，证据确实、充分，罪名表述有误，本院予以纠正；所提量刑建议，本院

予以采纳。

关于被告人万汉锋的辩护人所提被告人万汉锋被查获的38支枪属犯罪预

备的辩护意见，经查，不符合犯罪预备的法律规定，故此点辩护意见，本院

不予采纳；所提38支枪未流入社会，请求从轻处罚的辩护意见，本院予以采

纳。

关于被告人尹乐的辩护人所提被告人尹乐系未成年人犯罪、请求从轻处

罚的辩护意见，本院予以采纳。关于被告人尹乐的辩护人所提被告人尹乐适

用缓刑的辩护意见，经查，根据被告人尹乐的犯罪情节不宜适用缓刑，故此

点辩护意见，本院不予采纳。

关于被告人高奇某的辩护人所提被告人高奇某适用缓刑的辩护意见，本

院予以采纳。

被告人尹乐在判决宣告以前一人犯数罪，依法数罪并罚。被告人尹乐犯

罪时已满十六周岁未满十八周岁，系未成年人犯罪，依法应当予以从轻处

罚。被告人万汉锋、尹乐、高奇某如实供述自己的罪行，系坦白，依法予以

从轻处罚。

根据被告人高奇某的具体犯罪事实、性质、情节和对于社会的危害程

度，宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响，可以宣告缓刑。

江苏省常州市新北区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百二十

五条第一款、第十七条第一款和第三款、第五十四条、第五十五条、第五十

六条、第六十四条、第六十七条第三款、第六十九条第一款、第七十二条、

第七十三条之规定，作出如下判决：

一、被告人万汉锋犯非法买卖、邮寄枪支罪，判处有期徒刑十年六个

月，剥夺政治权利三年。

二、被告人尹乐犯非法买卖枪支罪，判处有期徒刑三年；犯非法持有枪

支罪，判处有期徒刑一年；决定执行有期徒刑三年六个月。

三、被告人高奇某犯非法买卖枪支罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年。

四、查获的被告人尹乐的违法所得人民币800元予以没收，上缴国库。

【法官后语】

据被告人万汉锋供述其被查获的38支钢笔枪是委托他人制造的，但无其他证据佐证。

关于被告人被查出38支枪支的行为的定性有以下四种观点：

1.被告人的行为构成非法持有枪支罪。有人认为根据《最高人民法院关于审理非法制

造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第八条的

规定，被告人万汉锋属于不符合配备、配置枪支条件的人员，违反枪支管理法律、法规的

规定，擅自持有枪支、弹药，应定非法持有枪支罪。笔者认为，被告人万汉锋被查获的枪

支处于待售的状态，不是基于爱好、收藏等动机或目的，其最终目的不在于维持对枪支的

持有，而是用于出售营利，定非法持有枪支罪不妥。

2.被告人的行为构成非法储存枪支罪。有人认为持有枪支应该限于数量较少的枪支，

38支钢笔枪数量较大，应定非法储存枪支罪。笔者以为，根据《最高人民法院关于审理非

法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第八

条的规定，非法储存是指明知是他人非法制造、买卖、运输、邮寄的枪支、弹药而为其存

放的行为，或者存放爆炸物的行为，本案中的枪支是自己所有并待售的，定非法储存枪支

罪不妥。

3.被告人的行为构成非法买卖枪支罪（未遂）。有人认为38支枪支是用于出售的，被

告人万汉锋的行为构成非法买卖枪支罪，并未出售完毕，是未遂状态。笔者对此不能认

同，理由将在下文详述。

4.被告人的行为构成非法买卖枪支罪（既遂）。笔者同意此种观点。理由如下：首

先，从被告人的主观意图来看。被告人已经出售了2支枪支，并且供述其被查获的38支枪

支就是用来出售的，根据主客观相一致的观点，定非法储存枪支罪或者非法持有枪支罪不

妥。其次，根据刑法原则“入罪举轻以明重，出罪举重以明轻”。根据关于毒品的会议纪

要，查获的毒品数量计入贩卖的数量，枪支和毒品一样都是违禁物品，都受到国家的严控

管制，被查获的枪支数量应当认定为买卖的数量。毒品犯罪也是刑法严厉打击的一类重

罪。两者都是选择性罪名。比起毒品来，枪支受到了更严格的管制：（1）从购买行为的

定性来看。购买毒品并不构成犯罪，但是购买枪支却构成犯罪。（2）从法定刑来看，

《刑法》第三百四十七条规定的走私、贩卖、运输、制造毒品罪的最低法定刑是三年以下

有期徒刑、拘役或管制，并处罚金，而《刑法》第一百二十五条规定的非法制造、买卖、

运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪的最低法定刑是三年以上十年以下有期徒刑。

2008年《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》规定“被告人购买了一定数量

的毒品后，部分已被其吸食的，应当按能够证明的贩卖数量及查获的毒品数量认定其贩毒

的数量，已被吸食部分不计入在内。”2015年《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要》

更进一步严格规定对吸毒毒品数量的认定，“对于有吸毒情节的贩毒人员，一般应当按照

其购买的毒品数量认定其贩卖毒品的数量，量刑时酌情考虑其吸食毒品的情节；购买的毒

品数量无法查明的，按照能够证明的贩卖数量及查获的毒品数量认定其贩毒数量；确有证

据证明其购买的部分毒品并非用于贩卖的，不应计入其贩毒数量。”由于毒品案件较枪支

案件更为常见多发，毒品案件的疑难复杂问题更为突出，同时，对此的研究和司法实践指

南也更多。但是毒品案件处理的路径应当和枪支案件处理的路径相通。最后，从《刑法》

关于本罪的规制目的上看。涉枪犯罪侵犯的客体是公共安全，即不特定多数人的生命、健

康和重大公私财产的安全。只要出售1支钢笔枪（本案的钢笔枪是以火药为动力）即可构

罪，未出售的钢笔枪虽然还未到达下一个买家，但已经形成对公共安全的危险。一般来

说，枪支的来源有购买、制造、受赠、继承、拾得，无论来源怎样，对枪支的持有状态和

流转都会构成犯罪。从立法目的上考虑，应将被告人万汉锋的出售的枪支作为一个整体，

不能简单地割裂评价。

综上所述，被告人万汉锋被查获的待售的38支钢笔枪应构成非法买卖枪支罪，考虑到

未流向社会，可以酌情从轻处罚。被告人万汉锋不以营利为目的免费向他人邮寄枪支的行

为构成非法邮寄枪支罪，本罪是选择性罪名，最终认定被告人万汉锋构成非法买卖、邮寄

枪支罪。

编写人：江苏省常州市新北区人民法院 谭韫争 邹玥

7 不以出卖为目的的单纯购买枪支行为应认定

为非法持有枪支罪

——韩鹏某、许某非法持有枪支案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

山东省淄博市临淄区人民法院（2016）鲁0305刑再字第13号刑事裁定书

2.案由：非法持有枪支罪

【基本案情】

1.2013年8月12日晚11时许，公安民警对韩鹏某在临淄区石油办生活区暂住处搜查时

发现其非法持有猎枪一支、子弹9发。经鉴定，查获的猎枪为以火药为动力的枪支，子弹

为自制猎枪弹。

2.2012年3、4月的一天，韩鹏某在许某要求下，以13000元的价格帮助许某从张店区

购买仿六四式手枪一把及子弹六发。并将上述枪支、子弹交予许某非法持有。经鉴定，该

仿六四式手枪为以火药为动力的枪支。

另查明，原审被告人许某于2013年8月16日到公安机关投案，并如实供述其非法持有

枪支的犯罪事实。

【案件焦点】

不以出卖为目的的单纯购买枪支行为应认定为非法买卖枪支罪还是非法

持有枪支罪。

【法院裁判要旨】

山东省淄博市临淄区人民法院经审理认为：被告人韩鹏某、许某违反枪

支管理规定，非法持有枪支，被告人韩鹏某的行为属情节严重，二被告人的

行为均已构成非法持有枪支罪。公诉机关指控的罪名成立，适用法律的意见

正确，予以支持。被告人韩鹏某归案后，能够如实供述犯罪事实，系坦白，

依法可从轻处罚。被告人许某有自首情节，依法可从轻处罚。判决如下：

一、被告人韩鹏某犯非法持有枪支罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年；

二、被告人许某犯非法持有枪支罪，判处有期徒刑一年，缓刑二年。

判决生效后，检察机关抗诉认为：原审判决认定事实不清，本案应认定

非法买卖枪支的事实存在。两原审被告人应当以非法买卖枪支罪进行处罚，

原审判决量刑畸轻。原审被告人韩鹏某应以非法买卖枪支、非法持有枪支数

罪并罚；原审被告人许某应以非法买卖枪支罪定罪量刑。两原审被告人认为

原审认定事实清楚、适用法律正确，量刑适当。请求依法驳回抗诉，维持原

判。

山东省淄博市临淄区人民法院再审认为：原审被告人韩鹏某供述与原审

被告人许某供述的手枪购买时间、地点、价格相吻合。结合孙国某的证言、

辨认笔录和韩鹏某的辨认笔录，能够证实原审被告人韩鹏某帮助原审被告人

许某购买枪支的行为。但本案中，原审被告人许某曾经当过兵，比较喜欢

枪，其出于爱好的目的购买枪支，而且一直没有使用。其主要目的在于维持

对枪支的持有，而不是实现对枪支的传播与流转，其行为并未引发枪支的传

播与流动。因此，原审被告人许某的行为以非法持有枪支罪定罪处罚更为适

宜。原审被告人韩鹏某帮助原审被告人许某购买枪支的行为，也只是出于朋

友间的友谊，满足原审被告人许某爱好枪支的需要，其并非购买后的出售行

为或纯出售行为或以出售为目的的购买行为。在整个购买仿六四式手枪过程

中，原审被告人韩鹏某不存在营利目的。其帮助原审被告人许某购买枪支的

行为应与原审被告人许某一体评价，而不应单独作为非法买卖枪支罪定罪处

罚。从公安机关侦查的事实情况来看，原审被告人许某通过原审被告人韩鹏

某购买枪支时明确表示是个人爱好，两人虽支付13000元购枪款，但并不表明

其有卖的意图。而事实上截至案发前两人也没卖枪的行为出现。因此，如果

单纯将购买行为纳入“买卖”的概念范畴，不仅背离了语言的常识含义和通用信

息，而且也违背了罪刑法定主义的旨趣。原审公诉机关也是以两原审被告人

构成非法持有枪支罪提起诉讼。原审经审理认为公诉机关指控的罪名成立，

适用法律的意见正确，予以支持。原审被告人韩鹏某归案后，能够如实供述

犯罪事实，系坦白，依法可从轻处罚。原审被告人许某有自首情节，依法可

从轻处罚。综上，原审判决认定事实和适用法律正确，量刑适当，抗诉机关

抗诉理由不能成立，应予驳回，原审判决应予维持。两原审被告人的辩解意

见，本院予以采纳。裁定如下：

维持本院（2014）临刑初字第38号刑事判决。

【法官后语】

处理本案应当准确理解《刑法》中的“非法买卖”枪支概念，应运用法律解释方法，按

照刑法解释的位阶，依次遵循文义解释、体系解释、社会学解释和目的论解释的顺序逐一

检讨与论证。

首先为文义解释。“买卖”的本质特征是一种买进卖出的商业经营活动，仅仅是为自己

使用而买入的行为无法称为“买卖”。将单纯购买行为纳入“买卖”的概念范畴，就严重背离

了语言的常识含义和通用信息，违背了罪刑法定主义的旨趣。

其次为体系解释。我国《刑法》对购买、出售特定物品的行为规定了三种立法例，在

枪支犯罪中，或者是出卖，或者是以出卖为目的的买入，才能成立买卖枪支行为。如果既

没有出卖事实，也没有出卖目的，无论如何，不能称之为“买卖”行为。单纯的购买行为，

应当认定为非法持有行为。

再次为社会学解释。从社会现象层面来看，如果将单纯购买枪支行为认定为非法买卖

枪支罪，则非法持有枪支罪的成立空间几乎被压缩殆尽。因为：如果非法持有枪支行为的

持有源头，不包括有偿的购买行为，而只能局限于无偿的拾得、继承、赠予等行为，而这

些情形作为枪支持有的来源形式是极其罕见的，这样一来，非法持有枪支罪几乎无法独立

认定，而非法买卖枪支罪则大行其道，这有悖于刑法的谦抑理念。事实上，购买与继承、

受赠、拾得一样，都作为枪支持有的源头方式，应当被吸纳入枪支持有犯罪的概念范畴

中，作为非法持有枪支罪的应有之义，否则，非法持有枪支罪就成为无本之木、无源之

水。

最后为目的论解释。关于枪支犯罪，其共性都是破坏了国家对枪支的管制秩序，而枪

支管制秩序是社会公共安全保障的重要内容。但是，《刑法》相对于非法持有枪支罪而

言，对非法买卖枪支罪配置了更重的刑罚，是因为买卖行为较之持有行为具有更重的梯度

危害：买卖行为引致了枪支的传播与流动性，导致国家对枪支管理的失控，继而成为各类

暴力恐怖、黑恶犯罪案件的源头，对公共安全构成了实质的危害与威胁。而对于不以出售

为目的的单纯购买枪支行为，行为人往往是基于爱好、收藏等动机或目的，购买后予以存

储或者把玩，其终极目的在于维持对枪支的持有，而不是实现对枪支的传播与流转，其行

为并未引发枪支的传播与流转，因此，不能认定为非法买卖枪支罪，而应认定为非法持有

枪支罪。在当前司法实践中，存在大量因爱好、痴迷、收藏等原因购买枪支的行为，且行

为人大多为青少年人群，购买渠道多为网络交易平台，其客观危害与主观恶性均与一般意

义上的枪支交易行为存在实质的区别。 [[1]](#p88)

综上，刑法中的“买卖”，应当理解为具有流转交易性质的行为，而正是这种流转交易

破坏了国家对特定物品的管制秩序，形成为刑事违法性的逻辑基础。因此，这种“买卖”具

体包括：（1）购买后的出售行为；（2）出售行为；（3）以出售为目的的购买行为。这

三类行为都具有流转交易性质，可以认定为刑法意义上的“买卖”。反之，则不能认定为刑

法意义上的“买卖”。无论就解释规则还是刑事政策角度来考量，不以出卖为目的的单纯购

买枪支行为不宜认定为非法买卖枪支罪，而应认定为非法持有枪支罪。

编写人：山东省淄博市临淄区人民法院 刘海红

8 交通肇事逃逸行为认定标准

——王真某交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省扬州市宝应县人民法院（2016）苏1023刑初字第326号刑事判决书

2.案由：交通肇事罪

【基本案情】

2016年7月11日2时55分左右，被告人王真某驾驶苏E3××××重型厢式货车由北向南行

驶至237省道宝应县境内87km+900m处时，与前方同向由被害人朱扣某驾驶的苏KJ××××三

轮汽车发生碰撞，致被害人朱扣某当场死亡，车辆损坏。事故发生后，与其同车的王敬某

（系王真某的父亲）向被告人王真某提出由其冒充肇事驾驶人员，被告人王真某未予反

对。王敬某遂在事故现场向公安机关报警并向前来处理交通事故的警察谎称其系苏

E3××××重型厢式货车事发时的驾驶员。其间，被告人王真某一直未离开事故现场。事

后，公安机关查明被告人王真某系苏E3××××重型厢式货车事发时驾驶员，并传唤被告人

王真某到案。经公安机关说服教育，被告人王真某如实供述其犯罪事实。宝应县公安局法

医学尸体检验意见书认定，被害人朱扣某系车祸致多发性损伤死亡。宝应县公安局交通警

察大队道路交通事故认定书认定，被告人王真某承担本起事故全部责任；被害人朱扣某本

起事故无责任。案发后，被告人王真某向被害人朱扣某亲属支付精神损失等费用计人民币

81000元，取得被害人亲属对被告人谅解。

【案件焦点】

被告人王真某是否构成交通肇事逃逸。

【法院裁判要旨】

江苏省扬州市宝应县人民法院经审理认为：被告人王真某违反交通运输

管理法规，驾驶机动车辆，致一人死亡，负事故全部责任，其行为已构成交

通肇事罪。被告人王真某肇事后，为逃避法律惩处，让他人冒名顶替，应从

重处罚。被告人王真某归案后，如实供述自己的罪行，依法予以从轻处罚。

被告人王真某与被害人亲属达成赔偿协议并支付了赔偿款，取得被害人亲属

谅解，可酌情从轻处罚。据此，江苏省扬州市宝应县人民法院依照《中华人

民共和国刑法》第一百三十三条，第六十七条第三款，第七十二条第一款，

第七十三条第二款、第三款及《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具

体应用法律若干问题的解释》第二条第一款第（一）项之规定，判决：

被告人王真某犯交通肇事罪，判处有期徒刑二年，缓刑三年。

一审宣判后，被告人王真某在法定期限内未提出上诉，公诉机关亦未抗

诉，一审判决已发生法律效力。

【法官后语】

本案焦点在于对被告人王真某肇事后，让他人冒名顶替，是否构成肇事逃逸。笔者认

为，其一，依据《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》第三条的规定，交通肇事逃逸是指行为人在发生交通事故后，为逃避法律追究而逃跑

的行为。在审判实践中，行为人在交通肇事后为逃避法律追究具有多种形式，如逃离事故

现场、破坏事故现场、让人冒名顶替等，而法律仅限定以逃跑方式逃避法律追究才构成肇

事逃逸并依法予以加重处罚。本案被告人王真某在事故发生后，并未离开事故现场，不具

有逃跑行为，不符合本罪肇事逃逸的法定条件。其二，将肇事逃逸作为交通肇事罪法定的

加重处罚情节，其根本目的是预防行为人不及时履行救助义务，对受害人人身损害或财产

损失持放任态度，加大受害人所受到的伤害。本案被告人王真某在事故发生后，与同车人

员王敬某及时履行报警义务，并在事故现场等候处理，其主观上并无对他人人身损害或财

产损失持放任态度，客观上也无造成他人人身损害或财产损失的扩大，无论从其主观故意

或行为的客观后果来看，均不具备以肇事逃逸予以加重处罚的必要。其三，《江苏省高级

人民法院、省检察院、省公安厅关于办理交通肇事刑事案件适用法律若干问题的意见（试

行）》第六条规定：“行为人肇事后指使、利诱他人冒名顶替，对行为人以交通肇事罪从

重处罚，构成逃逸的，依法从重处罚；冒名顶替者情节严重的，以包庇罪依法惩处。”该

解释也说明，让人冒名顶替并不必然构成肇事逃逸，两者之间并无必然的因果关系。综

上，对公诉机关指控被告人王真某肇事逃逸不予认定。

编写人：江苏省扬州市宝应县人民法院 相明

9 以筹钱为目的离开医院是否构成“逃离现场”

——刘某被诉交通肇事宣告无罪案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院（2016）京03刑终字第527号刑事裁定书

2.案由：交通肇事罪

【基本案情】

2015年4月18日1时许，被告人刘某驾驶轿车在北京市朝阳区化工路由南向北行驶，将

酒后由东向西横过道路的被害人刘锐某撞倒。刘某随即停车，与刘锐某的朋友崔某一起将

被害人抬上车，由刘某驾车将其送往医院救治。后刘某将其母亲杨小某留在医院，其本人

以筹措钱款为由先行离开。崔某于当日2时26分报警，民警到达医院寻找刘某未果，告知

杨小某让刘某去公安机关处理问题。被告人刘某及家属于当日下午及次日到医院为被害人

缴纳了部分医疗费用。被告人与被害人双方始终保持联络。2015年4月22日，刘某到朝阳

交通支队劲松大队投案。经鉴定，刘锐某属重伤二级，刘某负事故全部责任。

公诉机关北京市朝阳区人民检察院认为，被告人刘某违反交通管理法规，未按规定避

让行人，发生交通事故，造成一人重伤的后果，且发生事故后逃逸，应以交通肇事罪追究

其刑事责任。

被告人刘某及其辩护人对罪名不持异议，但认为刘某构成自首且积极施救，并赔偿被

害人的损失，主观恶性不大，建议从轻、减轻处罚并适用缓刑。

【案件焦点】

刘某将被害人送医后，以筹钱为目的离开医院是否构成交通肇事罪中

的“逃离现场”。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为：被告人刘某发生交通事故致一人重

伤，在排除其他违法行为的情况下，认定其行为构成交通肇事罪，必须证明

其符合“为逃避法律追究逃离事故现场”的情形。这一情形要求行为人在主观上

系为了逃避法律追究，客观上逃离了事故现场，二者同时具备，而刘某的行

为并不符合这一要求。北京市朝阳区人民检察院关于被告人刘某犯交通肇事

罪的指控不能成立。故判决：被告人刘某无罪。

原公诉机关北京市朝阳区人民检察院向北京市第三中级人民法院提起抗

诉。抗诉机关北京市朝阳区人民检察院及支持抗诉机关北京市人民检察院第

三分院认为：1.刘某未及时报警，其以借钱为由离开医院不能排除其逃避法律

追究的目的；2.刘某驾驶肇事车辆将被害人送往医院救治，过程具有连续性，

应当将医院理解为“事故现场”的延伸。综上，刘某构成交通肇事罪，应受刑事

处罚。

原审被告人及其辩护人认为：1.刘某离开医院并非想逃逸，而是为了筹措

医疗费用，主观上没有逃避法律追究的故意；2.刘某客观上没有逃离事故现场

的行为，因此应依法认定其无罪。

北京市第三中级人民法院经审理认为：

一、现有证据不能认定刘某离开事故现场具有逃避法律追究的主观目

的。根据《中华人民共和国道路交通安全法》，救助伤者和及时报警（投

案）是行为人的基本义务。该义务虽在一定程度上能反映出行为人的主观心

态，但不能机械理解为只要行为人未马上报案（投案）即为逃避法律追究，

而应结合客观情状、整体行为及合理性综合判定。本案中，刘某将伤者送至

医院、将亲属留在医院协助救治、本人离开后筹措费用，最终使伤者得到及

时治疗。其间，刘某亦到医院探望伤者，且未与受害方中断联系。其虽未主

动报警，投案亦欠缺及时性，但刘某在被害人得到一定救治后，即主动要求

与被害方前往交通队说明情况并随即投案。刘某的行为充分证明其具有救治

被害人的积极性及接受公安机关处理的主动性，故其虽客观离开事故现场，

但系救治伤者所需，亦无逃跑行为，不能认定其具有逃避法律追究的主观目

的。

二、本案中医院不应认定为“事故现场”。《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：“逃

逸”是指为逃避法律追究而逃跑，没有对时间和场所作出限定；“为逃避法律追

究逃离事故现场”则要求地点为“事故现场”，可见二者并不等同。从立法上

看，“为逃避法律追究逃离事故现场”是入罪条件，“逃逸”是加重情节，两者相

较，入罪条件应更为严苛，《解释》之所以把“致一人以上重伤，负事故全部

或主要责任”的情形附加六种入罪条件，除强调肇事者应履行基本义务外，亦

是对入罪范围的限定，且《解释》已经是对刑法条款的进一步细化，随意延

伸则有违罪刑法定原则。

本案依据现有证据不能认定刘某有逃避法律追究的主观目的，其离开事

故现场的行为不符合“为逃避法律追究逃离事故现场”的入罪条件，遂刘某不构

成交通肇事罪。

综上，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

二百二十五条第一款第（一）项之规定，作出如下裁定：

驳回抗诉，维持原判。

【法官后语】

本案的重点在于如何从主客观相结合的角度认定行为人将被害人送医后以筹钱为目的

离开医院的行为。二审法院从立法解释、行为判断、主观认定等方面对事实、证据、法律

运用进行了全面分析。一审、二审法院做出宣告无罪的判决符合常情与常理。关于“逃

离”“事故现场”“逃逸”的主客观情状等，以上已进行了分析，在此不再赘述。

此案的另一个关键在于“无罪推定”。“无罪推定”是现代法治的重要原则与中心理念，

更是司法改革彰显的理念。 [[2]](#p88) 我国《刑事诉讼法》第四十九条明确规定：“公诉案件中被

告人有罪的举证责任由人民检察院承担……”公诉机关在追诉行为人构成犯罪时，需要承

担全部举证责任，如果事实不明，则不能认定被追诉人有罪，被追诉人无须承担证明自己

无罪的证明责任，不能由司法机关无端揣测行为人的目的。刑法不仅是国家追诉犯罪的重

要工具，更是保护被追诉人的“大宪章”。刑法独特的严厉性亦决定了刑法适用的谨慎性与

谦抑性，当事实处于刑事与民事之间的交界时，更应当收缩刑事法网，克制发动刑罚的冲

动，恪守谦抑原则。

至于本案的社会示范效应，法院认为，人的生命价值高于一切，当行为人之行为导致

危害结果发生时，无论行为人是源自内心的愧疚还是出于对法律的敬畏，只要其能够第一

时间尽最大努力挽救被害人的生命、表达对伤者健康的关切，这种行为就应当予以积极评

价。这既符合社会朴素的法感情，也倡导了积极的价值取向。否则，判决就变成了单纯

的、机械的法律适用结果，不能成为有血有肉、实现个案正义的伟大判决。

综上，惩罚犯罪需建立在证据确实、充分基础之上，本案依据现有证据不能认定刘某

有逃避法律追究的主观目的，其离开事故现场的行为不符合“为逃避法律追究逃离事故现

场”的入罪条件，因此刘某不构成交通肇事罪。

编写人：北京市第三中级人民法院 李丹 魏彤

10 交通肇事后逃逸行为性质的准确认定

——胡某某交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2016）京01刑终字第406号刑事裁定书

2.案由：交通肇事罪

【基本案情】

2015年12月29日13时许，被告人胡某某驾驶小型客车（无号牌，属于新车，最后一次

办理的临时牌证时间为11月12日至11月19日）由西向东行驶至北京市石景山区阜石路麻峪

东街出口处时，与被害人寇某某驾驶的电动自行车（未登记的非机动车）发生交通事故，

后被告人胡某某驾车逃逸。事故造成寇某某脑挫裂伤（广泛性）、原发性脑干损伤、颅骨

骨折（左侧颞骨）、颅底骨折、脑脊液鼻漏、左侧顶枕部头皮血肿等伤情，经法医鉴定其

所受损伤程度属重伤二级。经北京市公安局公安交通管理局石景山交通支队道路交通事故

认定书认定，胡某某存在驾驶机动车发生交通事故后逃逸、驾驶未登记的机动车上道路行

驶两个违法行为，负事故主要责任，寇某某存在驾驶非机动车进入机动车道内行驶发生交

通事故、驾驶未登记的非机动车上道路行驶两个违法行为，负事故次要责任。2015年12月

31日，被告人胡某某在接到民警电话通知后主动到涉案车辆旁接受调查，被民警查获。案

发后，被告人胡某某的家属代胡某某已先期支付被害人寇某某医疗费人民币3.1万元。

【案件焦点】

胡某某逃逸行为属于定罪情节，还是属于加重处罚情节。

【法院裁判要旨】

北京市石景山区人民法院经审理认为：被告人胡某某交通肇事后逃逸，

应在三年以上七年以下有期徒刑的量刑幅度内判处，且具有自首、赔偿被害

人部分经济损失两个从轻处罚情节。

北京市石景山区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三

条、第六十七条第一款、第六十一条及《最高人民法院关于审理交通肇事刑

事案件具体应用法律若干问题的解释》第二条第二款第（四）项之规定，判

决：

被告人胡某某犯交通肇事罪，判处有期徒刑三年。

一审宣判后，北京市石景山区人民检察院提出抗诉，北京市人民检察院

第一分院支持抗诉，提出的主要意见均为原审法院将胡某某交通肇事案中的

逃逸行为作为定罪情节后又作为量刑情节使用，进行了重复评价，刑罚上升

为三年以上七年以下有期徒刑，系法律适用错误，致量刑畸重。胡某某亦提

出上诉，胡某某及其辩护人提出的主要意见为原审法院对胡某某的逃逸情节

进行了重复评价，且胡某某有自首情节，原审判决量刑过重。

北京市第一中级人民法院经审理认为：胡某某驾驶无牌证机动车发生交

通事故，并致一人重伤，负事故主要责任，且肇事后驾车逃逸，应适用《最

高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第三

条之规定，在三年以上七年以下有期徒刑的量刑幅度内判处；相反，如果胡

某某仅有肇事后驾车逃逸情节，缺少驾驶无牌证机动车情节，抑或胡某某仅

有驾驶无牌证机动车情节，缺少肇事后驾车逃逸情节，应适用《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

之规定，在三年以下有期徒刑或者拘役的量刑幅度内判处。关于原审法院对

胡某某的逃逸情节进行了重复评价的相关意见，无证据予以证实。原审法院

根据胡某某犯罪的事实，犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，并考虑

到胡某某具有自首等从轻处罚情节，依法判处，量刑适当。

北京市第一中级人民法院依据《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二

十五条第一款第（一）项之规定，裁定：

驳回北京市石景山区人民检察院的抗诉及胡某某的上诉，维持原判。

【法官后语】

本案的重点在于对交通肇事后行为性质的准确认定。《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：“交通肇事具有下列情形之一

的，处三年以下有期徒刑或者拘役：（一）死亡一人或者重伤三人以上，负事故全部或者

主要责任的；（二）死亡三人以上，负事故同等责任的；（三）造成公共财产或者他人财

产直接损失，负事故全部或者主要责任，无能力赔偿数额在三十万元以上的。交通肇事致

一人以上重伤，负事故全部或者主要责任，并具有下列情形之一的，以交通肇事罪定罪处

罚：（一）酒后、吸食毒品后驾驶机动车辆的；（二）无驾驶资格驾驶机动车辆的；

（三）明知是安全装置不全或者安全机件失灵的机动车辆而驾驶的；（四）明知是无牌证

或者已报废的机动车辆而驾驶的；（五）严重超载驾驶的；（六）为逃避法律追究逃离事

故现场的。”第三条规定：“‘交通运输肇事后逃逸’，是指行为人具有本解释第二条第一款

规定和第二款第（一）至（五）项规定的情形之一，在发生交通事故后，为逃避法律追究

而逃跑的行为。”根据上述规定，逃逸可以属于加重处罚情节。同时，根据交通管理法

规，逃逸行为又是认定全部责任、主要责任的重要因素，即逃逸也可以属于定罪情节，也

可以同时属于定罪情节和量刑情节。

本案中，胡某某肇事后逃逸作为交通事故责任认定因素之一，又存在《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》第二条第二款第一至五项情形

之一的，即“明知是无牌证或者已报废的机动车辆而驾驶的”。在此情形下，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》第三条之规定，本案中

的“逃逸”属于“交通运输肇事后逃逸”行为，系交通肇事罪的加重处罚情节。此外，从禁止

重复评价的角度看，禁止“重复评价”针对的是同一行为或同一情节在定罪量刑中被两次以

上评价。在本案中，行为人购买新车后，办理过临时牌证，在临时牌证过期后一个多月，

仍继续驾驶无牌证机动车，且在发生交通肇事后逃逸，逃逸情节作为交通事故责任认定的

依据之一，在入罪时被评价；同时逃逸情节又属于量刑时结果加重情节，在量刑时被评

价，不违反禁止重复评价原则分别是对“驾驶无牌证车辆”和“肇事后逃逸”的两种情节分别

评价。而从证据的角度看，作出交通责任事故认定的民警在接受询问时表示责任认定

是“根据整个现场情况具体分析判断”得出的结论，即本案无证据证明“肇事后逃逸”是认定

行为人主要责任的唯一或核心因素，不存在违反禁止重复评价的相关证据。

编写人：北京市第一中级人民法院 张乾雷

11 交通肇事后驾车驶离现场再返回现场是否必

然成立交通肇事逃逸

——刘云某交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

天津市蓟县人民法院（2016）津0225刑初字第424号刑事判决书

2.案由：交通肇事罪

【基本案情】

2016年3月1日凌晨1时50分许，被告人刘云某驾驶制动不合格车牌号为冀G9××××/冀

H××××挂大货车沿京哈公路第一、二机动车道间由西向东行驶至90公里100米处，因超速

行驶，其车左前部在第一条机动车道内将行人王晶某和孙凤某撞倒，致被害人王晶某被撞

倒后又被该车第三轴左轮碾压拖带，当场死亡；被害人孙凤某被撞出30余米，后又被其他

车辆碾轧，当场死亡。被告人刘云某驾车驶离现场后发现其车左侧车灯不亮，遂驾车驶过

蓟县别山镇电厂桥（桥长700余米）后将车停在路边检查，发现其车前部左侧损坏，前部

保险杠及车牌欲掉，当即将保险杠及车牌摘下，驾车驶入公路并掉头返回现场，返回事故

现场后被告人摆放警示牌并报警。经天津市公安局蓟县分局物证鉴定所鉴定，被害人王晶

某死亡原因为重型颅脑损伤所致；被害人孙凤某死亡原因为身体重要脏器损伤所致，符合

机动车多次碾压形成。经公安蓟县分局交通警察支队开发区大队道路交通事故责任认定书

认定，第一次事故，刘云某负事故的全部责任，王晶某、孙凤某不负事故责任。第二次事

故，刘云某负事故的全部责任，碾压孙凤某车辆驾驶人负事故的全部责任，孙凤某不负事

故责任。肇事时肇事车辆行驶速度为63km/h（该路段限速60km/h）。

【案件焦点】

被告人刘云某的行为是否构成交通肇事逃逸。

【法院裁判要旨】

天津市蓟县人民法院经审理认为：本次事故发生于凌晨1点50分许，事故

地点没有路灯，事故现场没有刹车痕迹。根据被告人刘云某供述其肇事时已

驾车20个小时左右，其间只休息半个小时，案发前一直驾车行驶在第一条机

动车道，但现场图、现场勘查笔录等证据显示肇事时被告人驾车行驶在第

一、二条机动车道之间，上述证据可证实被告人刘云某在发生事故时属疲劳

驾驶。事故发生后，在被告人发现其车左侧前部大灯不亮时，意识到可能发

生事故但因在桥下无法停车和掉头，驶过桥后，被告人刘云某立即将车停在

路边，查看车辆情况，发现其车前部损坏较大，当即返还现场，且现场抓拍

照片可证实，被告人驶过第一抓拍位置检查车辆到驾车掉头返回现场，只用

时3分55秒，上述证据及本案案件来源及到案经过等证据均可证实被告人刘云

某发现可能发生事故后当即返还现场，设置路障，电话报警，拨打急救电

话，并在现场等候处理。综上，被告人刘云某在发生事故后虽然驾车驶离现

场，但在案证据不能认定被告人刘云某在主观上有逃避法律追究的故意，故

被告人刘云某的行为不构成肇事逃逸。

被告人刘云某违反道路交通管理法规，驾驶制动不合格机动车辆上道行

驶，未注意行车安全，发生事故，造成二人死亡，且负事故全部责任，其行

为危害了公共安全，已构成交通肇事罪，应予惩处。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、第三款之规定，作出如下判决：

被告人刘云某犯交通肇事罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年。

【法官后语】

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）规定，“交通运输肇事后逃逸”，是指行为人具有该解释第二条第一款规定和

第二款第一至五项规定的情形之一，在发生交通事故后，为逃避法律追究而逃跑的行为。

我们认为，认定交通肇事逃逸，应同时具备以下四个条件：

（1）行为人的交通肇事行为构成交通肇事罪的基本犯。这是认定交通肇事逃逸的法

律前提。（2）行为人明知已经造成交通事故。这是认定交通肇事逃逸的事实条件。（3）

行为人客观上实施了逃离现场的行为。这是交通肇事逃逸的外在表现。（4）行为人主观

上具有逃避法律追究的目的。这是交通肇事逃逸的本质特征。

本案中，行为人交通肇事致二人死亡，且负事故全部责任，已构成交通肇事罪的基本

犯，且从行为表现来看，行为人确实在肇事后未立即停车而是驾车驶离现场。但我们不能

简单机械地将离开事故现场等同于交通肇事逃逸，还应当综合考虑行为人对事故的认识情

况以及离开事故现场的主观目的。

对造成交通事故的“明知”既包括“知道”，也包括“应当知道”。“知道”是指对交通事故

的发生有所认识，但并不要求对事故的所有细节都有详细认识。“应当知道”一般需要综合

考虑肇事当时的时间、地点、路况、行为人具备的知识、经验等各方面客观情况，结合行

为人的供述，坚持主客观相统一的原则，推定行为人对已经发生交通事故有所认识。对行

为人确实不知道已经造成交通事故而离开现场的，不能认定为交通肇事逃逸。本案中，交

通事故发生在凌晨两点左右，事故地点也没有路灯，行为人当时又是疲劳驾驶，对任何情

况都会反应滞后，所以在肇事后并未立即察觉异样，而是过了几分钟发现车灯不亮，下车

查看发现车前部有损坏，才意识到已经发生交通事故。也就是说，在发生事故时行为人是

不知道的，根据当时的时间、周围的环境以及行为人的状态都不能推定行为人对发生事故

是应当知道的。

“逃避法律追究”具体而言，就是不履行相关法定义务，如保护现场、抢救伤者、迅速

报案、听候处理等义务，逃避承担相应的法律责任，如民事赔偿、行政处罚、刑事定罪处

罚等责任。行为人在发生交通事故后，只要逃避任何一种法律责任追究，即为“逃避法律

追究”。如果行为人交通肇事后逃离现场的主观意图并非逃避法律追究，就不能认定为交

通肇事逃逸。本案中，行为人离开事故现场到返回现场，一共不过四分钟，行为人在离开

事故现场后有机会逃跑而未逃跑，并且，从行为人返回现场后设置路障保护现场、电话报

警、拨打急救电话抢救被害人、在现场等候处理这一系列行为中，并不能看出行为人有逃

避相关法律责任的主观心理和客观表现，也就是说行为人主观上并不具有逃避法律追究的

目的。

因此，本案中的行为人刘云某虽在事故发生后未立即停车，但在意识到已经发生事故

后马上返回现场，并保护现场、电话报警、抢救被害人，没有逃避法律追究，不应认定为

交通肇事逃逸。

综上，交通肇事逃逸的认定应严格按照主客观相统一的原则把握法律前提、事实条

件、外在表现和本质特征四个条件，四个条件是缺一不可的。尤其应注意事实条件与主观

目的的认定，要综合考虑事故发生时的环境因素、行为人的认识情况以及离开事故现场后

的各种表现等情况，不能认为行为人只要肇事后离开了现场就构成交通肇事逃逸。

编写人：天津市蓟州区人民法院 朱茜茜

12 交通肇事后将被害人拖移至路边后逃逸致其

死亡行为的定性

——文思华交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

重庆市第一中级人民法院（2016）渝01刑初字第32号刑事判决书

2.案由：交通肇事罪

【基本案情】

2015年12月14日21时许，被告人文思华无证驾驶渝CA××××摩托车，由重庆市铜梁城

区往铜梁区虎峰镇方向行驶，行驶至国道319线2462公里+250米处时，将行人陈运某（被

害人，男，殁年82岁）撞倒在地。随后，文思华将陈运某拖移至案发现场路边一树下后逃

逸。2015年12月15日8时许，陈运某被群众发现后送至医院抢救无效死亡。经法医检验鉴

定，陈运某系因交通事故造成全身多处损伤，在低温、雨水环境下，长时间未得到救治，

导致呼吸循环衰竭死亡。

2015年12月15日，被告人文思华被公安机关抓获归案。归案后，文思华如实供述了自

己的犯罪事实。

公诉机关认为，被告人文思华在交通肇事后为逃避法律追究，将被害人带离事故现场

后遗弃，致使被害人死亡，其行为构成故意杀人罪，应当以故意杀人罪追究其刑事责任。

文思华归案后如实供述其犯罪事实，系坦白，可依法处罚。

被告人文思华及其辩护人提出文思华的行为不构成故意杀人罪，应以交通肇事罪定罪

处罚。

【案件焦点】

被告人文思华交通肇事后将陈运某拖移至路边行道树下的行为属于“将被

害人带离事故现场后遗弃”还是“因逃逸致人死亡”。

【法院裁判要旨】

重庆市第一中级人民法院经审理认为：被告人文思华违反交通管理法

规，因而发生交通事故，致一人死亡，其行为构成交通肇事罪。文思华在交

通肇事后为逃避法律追究而逃跑，致使被害人陈运某因得不到救助而死亡，

其行为属于“因逃逸致人死亡”的情形，应依法惩处。但文思华未将被害人带离

事故现场后隐藏或者遗弃，其行为不构成故意杀人罪。文思华到案后如实供

述自己的罪行，系坦白，依法可从轻处罚。文思华的亲属赔偿陈运某亲属部

分经济损失，可酌情对文思华予以从轻处罚。

重庆市第一中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三

条、第六十七条第三款、第三十六条第一款之规定，判决如下：

被告人文思华犯交通肇事罪，判处有期徒刑八年。

一审判决宣告后，被告人文思华未上诉，检察院亦未抗诉，该判决已生

效。

【法官后语】

本案的争议焦点是，文思华交通肇事后将陈运某拖移至路边树下的行为应如何认定。

《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

《交通肇事解释》）第六条规定：“行为人在交通肇事后为逃避法律追究，将被害人带离

事故现场后隐藏或者遗弃，致使被害人无法得到救助而死亡或者严重残疾的，应当分别依

照刑法第二百三十二条、第二百三十四条第二款的规定，以故意杀人罪或者故意伤害罪定

罪处罚。”据此，对文思华的拖移行为如何定性直接决定了文思华应构成交通肇事罪还是

故意杀人罪。该法律争议具有一定的典型性和代表性，妥善解决该法律争议对于司法实践

中的类似案件的处理具有一定指导意义。

1.客观上，文思华未将被害人带离事故现场

从文义上讲，所谓事故现场，指的是事故发生的空间或场所。从证据法的角度而言，

交通事故现场，是指发生道路交通事故的车辆、人、畜以及与事故有关的痕迹、物证等所

在的空间或场所；交通事故现场是交通事故的发生地，是反映当事人的交通肇事行为、事

故演变过程的空间场所。通常情况下，被告人交通肇事后，是否将被害人带离事故现场是

一目了然的，不存在判断上的困难。但是，因为事故现场所在的空间场所位于道路上，具

有一定的开放性和边缘模糊性，在范围上无法与非事故现场截然分开，所以，被告人肇事

后，将被害人拖移至中心现场附近位置放置的情形，是否属于带离事故现场，在司法实践

中往往存在不同认识。我们认为，该问题不能一概而论，应当结合拖移距离、放置位置的

隐蔽程度，与撞击后的位置被发现的可能性是否相当等因素综合判断。如拖移距离中心现

场较近、放置位置无障碍物隐蔽，与撞击后倒地的位置被发现的可能性基本相当的，应当

认定为未将被害人带离事故现场，反之，则可以判断是将被害人带离了事故现场。本案

中，第一，文思华在国道上肇事后，将陈运某拖移至路边放置的位置距离中心现场较近。

现场勘验笔录及照片证实，从国道的边缘白线至路边树下陈运某身体下方血迹的距离只有

1.2米，该位置虽处于事故现场的边缘，但仍属于事故现场的范围。第二，陈运某斜躺的

路边树下的位置与道路之间无障碍物遮挡或隐蔽，与撞击后倒地的位置被发现的可能性基

本相当。第三，文思华的拖移放置的行为，不仅未明显加重被害人的不利处境，反而客观

上起到了防止过往车辆对被害人造成二次碾压的作用。故文思华未将被害人带离事故现

场。

2.主观上，文思华无将陈运某带离现场后遗弃的故意

在《交通肇事解释》第六条规定的“在交通肇事后为逃避法律追究，将被害人带离事

故现场后隐藏或者遗弃，致使被害人无法得到救助而死亡或者严重残疾的”情形，行为人

在主观上应明知被害人因其交通肇事行为而使被害人处于危险当中，出于逃避法律追究的

目的，故意将被害人带离事故现场后遗弃。行为人应认识到其将被害人带离事故现场后遗

弃的行为会显著加重被害人的不利处境，甚至会出现重伤或者死亡的后果，而积极主动为

之，意志上追求或者放任这种结果的发生。这实质上属于另起犯意的故意杀人或者故意伤

害，故《交通肇事解释》增加该条的注意规定，意在提示法官在此情形下应适用《刑法》

关于故意杀人罪或者故意伤害罪的规定。因此，考察行为人的主观心态，对案件定性的判

断十分必要。本案中，案发当晚，文思华因其父亲去世，急忙回家奔丧。根据其供述以及

现场勘验笔录等证据证实，肇事后，其主观上虽有逃避法律追究的目的，亦有因着急赶

路，将被害人拖至路边，防止被害人遭到二次碾压的意图，但并无将陈运某带离事故现场

后遗弃的故意。文思华的近距离的拖移行为非出于故意杀人或故意伤害的故意，而是与交

通肇事罪中常见的基于慌张心理简单变动现场后逃逸的心态如出一辙。

3.文思华的行为应认为“因逃逸致人死亡”

文思华虽未将被害人带离事故现场，但是文思华的确将被害人遗弃在现场逃逸。在构

成要件的关系上，该“遗弃”行为是包容在《刑法》第一百三十三条“因逃逸致人死亡”的情

节之内的。一般而言，交通肇事后为逃避法律追究，将被害人遗弃在现场后而逃跑的情

况，在交通肇事罪中司空见惯，对犯罪人而言亦可谓“人之常情”。但是这种逃逸行为对被

害人的生命安全危害极大，为有效规制该行为，防止被害人因得不到救助而死亡，《刑

法》将“因逃逸致人死亡”作为法定刑升格的条件予以单独规定。本案中，倘若文思华将陈

运某撞倒后径自离开，致使陈运某因得不到救助而死亡的，文思华的行为完全符合“因逃

逸致人死亡”的条件。而文思华交通肇事后，将被害人放置到相对于中心现场较安全的位

置后再逃逸，反而被认为“将被害人带离事故现场后遗弃，致使被害人因得不到救助而死

亡”的情形，应以故意杀人罪受到追诉，显然有违立法精神。

文思华交通肇事以后，致使陈运某受伤倒地，其先行行为使得陈运某生命处于高度危

险当中，其负有救助陈运某的义务。但是文思华为逃避法律追究，将陈运某拖移至现场路

边，既未对被害人采取必要救助措施，亦未报警，而径自逃跑，致使被害人得不到救助而

死亡，其行为属于交通肇事罪中“因逃逸致人死亡”的情形。

编写人：重庆市第一中级人民法院 孙红涛

13 交通肇事逃逸的认定

——李顺某交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省安阳市中级人民法院（2016）豫05刑终字第224号刑事裁定书

2.案由：交通肇事罪

【基本案情】

2014年4月30日15时许，被告人李顺某驾驶牌号为豫E5××××号两轮摩托车沿东南线由

北向南行驶至林州市姚村镇施家岗村路段时，与被害人吴瑞某发生交通事故，致使吴瑞某

受伤，吴瑞某经抢救无效于2014年5月3日死亡。经林州市公安局物证鉴定室鉴定，吴瑞某

系颅脑损伤死亡；经林州市公安局交通警察大队认定，李顺某负事故的全部责任。事故发

生后李顺某也受伤，其与吴瑞某一同被120急救之车接到林州市中医院救治。当天18时

许，在林州市中医院，李顺某向前来询问的林州市公安局交通警察大队民警如实陈述了本

案发生的经过和其个人基本情况。吴瑞某死后，林州市交通警察大队找不到李顺某，并上

网追逃。李顺某于2015年1月15日到林州市公安局临淇派出所投案，并如实供述了自己的

罪行。案发后李顺某已经和被害人吴瑞某家属达成赔偿协议，并取得了吴瑞某家属的谅

解。

河南省林州市人民检察院指控被告人李顺某犯交通肇事罪。被告人李顺某辩称自己的

行为不构成交通肇事后逃逸。

【案件焦点】

交通肇事后，肇事者接受公安机关的首次询问并如实陈述了案件发生的

经过和其个人基本情况，在受害人虽经及时经抢救但抢救无效死亡后逃跑的

行为是否应认定为交通肇事逃逸。

【法院裁判要旨】

河南省林州市人民法院经审理认为：被告人李顺某违反交通运输管理法

规，因而发生重大事故，致使一人死亡，其行为已构成交通肇事罪，林州市

人民检察院指控其犯交通肇事罪罪名成立。李顺某于2015年1月15日到林州市

公安局临淇派出所投案，并如实供述了自己的罪行，系自首，依法可从轻处

罚。鉴于李顺某已与吴瑞某家属达成调解并取得谅解，可酌情从轻处罚。

河南省林州市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三条、

第六十七条第一款、第七十二条第一款之规定，判决如下：

被告人李顺某犯交通肇事罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年。

河南省林州市人民检察院以“李顺某构成肇事后逃逸，一审判决量刑不

当”为由提起抗诉。

河南省安阳市中级人民法院经审理认为：关于抗诉机关提出“被告人李顺

某在肇事后，为逃避法律追究而逃跑，应构成肇事后逃逸”的抗诉理由，经

查，李顺某肇事后被送往医院救治，公安人员到医院后对李顺某进行首次讯

问，李顺某如实交代了事故经过和其个人的基本情况，此时肇事行为人已能

确定为李顺某，且被害人吴瑞某已到医院救治，此后李顺某在得知被害人死

亡后逃跑，不会再扩大对被害人的危害后果，也不影响事故的认定和肇事行

为人的确认，李顺某的逃跑行为在对其犯罪情节中予以考虑即可，不应认定

为肇事后逃逸。故抗诉机关的抗诉理由不能成立。原审被告人李顺某违反交

通运输管理法规，因而发生重大事故，致使一人死亡，其行为已构成交通肇

事罪。原判认定李顺某的犯罪事实清楚，证据确实、充分，适用法律正确，

定罪准确，量刑适当，审判程序合法。抗诉机关的抗诉理由，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

二十五条第一款第（一）项之规定，裁定：

驳回抗诉，维持原判。

【法官后语】

1.交通肇事逃逸的时间界限

交通肇事逃逸的时间与肇事行为有紧密联系。认定逃逸行为以什么时间限定为宜呢？

即事故发生后直至什么时间为止可以发生逃逸，临界点后就不再存在肇事后逃逸呢？我们

认为，宜界定为事故发生时到行为人接受公安机关交通管理部门处理的这段时间，即肇事

行为人接受公安机关、交通管理部门或执勤的交通警察等事故处理机关或人员的首次处

理，并如实讲述自己身份的时间即是逃逸认定的临界点。行为人在接受处理后逃跑的，因

其已如实交代了身份，公安机关根据其他证据，足以查明事实、认定责任，行为人最终无

法逃避法律的追究。这与行为人故意隐瞒身份作虚假供述而企图永久逃避法律追究的情形

是有所区别的。行为人逃跑的行为如果性质严重的，如已被公安机关关押后逃跑或被押解

过程中逃跑的，就可以以脱逃罪处罚。

2.本案李顺某的行为不构成交通肇事后逃逸

《刑法》对交通肇事逃逸行为加重处罚，主要是为督促肇事者及时履行救助义务，救

助被害人，最大限度地保护法益，降低肇事行为的损害后果。《刑法》规定的“交通肇事

后逃逸”是交通肇事罪加重处罚的量刑情节。《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》更将特定逃逸情形上升为特殊基本犯的犯罪成立要件，这

体现了对这种严重逃逸行为从严处罚的思想。也正因为如此，我们不能任意扩大对“交通

肇事后逃逸”的解释。更不能将“交通肇事后逃逸”等同于“为逃避法律追究而逃跑”。具体

到本案，虽然李顺某驾驶机动车辆致一人死亡，且负事故的全部责任，其行为构成交通肇

事罪，具备交通肇事逃逸的前提要件。但是，李顺某接受了公安交警部门首次处理，即在

交警部门对其进行询问等处理措施前，并未离开现场，由于被害人已经得到救治，事故责

任人也已经确定，李顺某的逃跑不会扩大或加重被害人的危害后果，故李顺某接受首次处

理后逃跑，不具备交通肇事逃逸的时间要件。李顺某的行为实为脱离事故处理机关控制、

监管等的脱逃行为，对此追究脱逃行为责任即可，不应再将其认定为交通肇事后逃逸。

编写人：河南省林州市人民法院 邓海青

河南省安阳市中级人民法院 申江波

14 交通肇事案中对公共交通及事故责任的界定

——方某交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

上海市松江区人民法院（2016）沪0117刑初字第187号刑事判决书

2.案由：交通肇事罪

【基本案情】

2015年11月6日14时30分许，被告人方某驾驶沪D5××××重型货车在松江区洞泾镇甲钢

材市场内倒车时，因疏忽大意导致在其车辆正后方的电动车避让不及被碾压，造成该电动

车的驾驶人郑用某受伤，乘车人陈佩某当场死亡。被告人方某随即报警，并等候在现场。

【案件焦点】

方某构成过失致人死亡罪还是交通肇事罪。

【法院裁判要旨】

上海市松江区人民法院经审理认为：本案事发地松江区洞泾镇甲钢材市

场内虽设有物业保安对出入市场的社会车辆有所指挥，但根据证人谢华某的

证言可以证实甲钢材市场实际上是允许社会车辆自由出入的，并无限制，因

此事发地应当属于道路交通安全法意义上的公共道路。虽然证人郑用某驾驶

电动自行车违章搭载被害人陈佩某，且其驾驶电动自行车时也未与被告人方

某驾驶的车辆之间保持必要的安全距离，但上述行为并不必然导致交通事故

发生甚至致乘车人陈佩某死亡，被害人陈佩某被碾压死亡的直接原因是被告

人方某在该市场出口倒车时，疏于查看车辆后方情况所致，因此被告人方某

在该起交通事故中至少应承担主要责任，故被告人方某的行为更符合交通肇

事罪的构成要件，其行为应构成交通肇事罪，公诉机关指控被告人方某的犯

罪事实成立，但指控罪名不当，本院予以纠正。被告人方某主动报警，并等

候在现场，到案后能如实供述犯罪事实，系自首，依法可从轻处罚。被告人

方某能自愿认罪，可酌情从轻处罚。综上，根据被告人方某犯罪的事实、性

质、情节以及对社会的危害程度等，依照《中华人民共和国刑法》第一百三

十三条、第六十七条第一款之规定，判决如下：

被告人方某犯交通肇事罪，判处有期徒刑一年三个月。

【法官后语】

交通肇事罪作为一种常见的、多发性的犯罪，一直为刑事理论及司法实践所关注。近

年来，随着社会的发展，交通事故中的新情况、新现象频现，关于交通肇事罪的认定出现

了不少争议问题。如本案就涉及对事故场所的性质认定、在没有交通管理部门出具的事故

责任认定书的情况下法院是否有权进行责任界定以及如何界定的问题。以下结合案例，对

上述问题进行梳理与探讨，希望对立法完善及司法适用有所裨益。

1.时空要件：公共交通管理范围的界定

在驾驶车辆发生事故的情形下，交通肇事罪与其他过失犯罪的区别要点在于事故是否

发生在公共交通管理范围。如果系在公共交通管理范围内发生事故致人重伤、死亡或者使

公私财产遭受重大损失的，以交通肇事罪定罪处罚。在公共交通管理范围外，驾驶车辆或

者使用其他交通工具发生重大事故的，根据不同请况，分别以重大责任事故罪、重大劳动

安全事故罪、过失损坏交通工具罪、过失致人死亡罪等定罪处罚。

公共交通管理场所的基本特点是“公共性”，即非私有属性，可以同时供多人使用，具

有非排他和非竞争的特点。而根据《道路交通安全法》第一百一十九条的规定，“道路”是

指公路、城市道路和虽在单位管辖范围但允许社会机动车通行的地方，包括广场、公共停

车场等用于公众通行的场所。据此，虽在单位管辖范围但是允许社会车辆通行的地方也属

于《道路交通安全法》上的“道路”范畴，属于公共交通的管理范围。

本案被告人方某驾驶沪D5××××重型货车在上海市松江区洞泾镇甲钢材市场内倒车时

发生事故，造成电动车的乘车人陈佩某当场死亡。公诉机关认为，本案的案发地甲钢材市

场属于私有场所，进出口设有保安，不属于道路交通范畴，因此对被告人应当以过失致人

死亡罪定罪处罚。法院审理后，结合证人证言和现场调查，发现本案事发地甲钢材市场虽

偶尔有物业保安对社会车辆进行指挥，但对这些车辆的出入并无限制，允许其自由进出。

故该钢材市场具有开放性和进出车辆的不确定性，符合虽在单位管辖范围但是允许社会车

辆通行的特点。在该钢材市场违反交通运输管理法规驾驶车辆发生事故的，属于道路交通

安全事故的范畴。

2.责任认定：法院在事故责任认定中的作用

在认定本案系道路交通事故的基础上，被告人能否构成交通肇事罪，在很大程度上还

取决于对其责任的认定。根据规定，交通肇事致1人死亡，行为人需要负事故的全部或主

要责任，才构成交通肇事罪。但本案中，因公安机关认为被告人涉嫌的罪名为过失致人死

亡罪，因此在案发后没有让交通管理部门对该案的事故进行责任认定。在审判阶段，公诉

机关坚持认为被告人的行为构成过失致人死亡罪，并拒绝让有关部门补充出具责任认定

书。在此情况下，不得不考虑如下问题：交通事故责任认定书在交通肇事罪的定罪量刑中

处于何种地位？在没有交通事故认定书的情形下法院如何判定被告人的责任大小？

（1）责任认定路经：行政责任与刑事责任

一般的交通肇事案件中，在侦查阶段就由交通管理部门对事故进行责任鉴定。司法实

践中，法院常常直接将交通事故认定书上认定的事实和责任划分作为定案的证据。而事实

上交通管理部门只是根据交通运输管理法规认定责任，这种认定常常是处于交通管理的需

要，并不是刑法上的责任。因此，在审理交通肇事案件时，有必要正确处理好交通管理部

门的责任认定与刑事审判的责任认定之间的关系。

在行政责任确定上，交通责任认定书是交通管理部门通过对交通事故现场勘察、技术

分析，查明交通事故的基本事实、成因和当事人责任后所作的技术性结论，是交通管理部

门处理交通事故的依据，属于行政确认的一种。一般情况下，交通管理部门在查清事故现

场情况后，依据双方当事人的行为对发生道路交通事故所起的作用以及过错的严重程度，

将责任分为全部责任、主要责任、同等责任、次要责任、无责任；在因特定原因事故事

实、因果关系无法查清的情况下，交通管理部门也可推定事故责任。

在刑事证据种类划分上，因交通事故责任认定书具有一定的专业性，应属于鉴定意见

的一种。2012年《刑事诉讼法》施行前，“鉴定意见”曾被称为“鉴定结论”。这一名称的变

化有着深刻的意义。据此，鉴定意见仅仅属于一种“证据材料”，而不是作为定案根据

的“结论”。因此，交通事故认定书作为一种鉴定意见，也必须经过法庭举证、质证和辩

论，允许当事人对其真实性、可靠性和科学性提出异议。在当事人提出异议或者有必要的

时候，法院也可以要求交通管理部门有关人员出庭。在有合理疑问的情况下，还可以要求

重新鉴定。但是，因为作出交通事故认定书的行政主体具有不可替代性，如果交通管理部

门不愿意重新鉴定，人民法院可以根据案件情况结合全案其他证据作出判断。

因此，法院不能不经审查直接采纳交通管理部门的责任认定，而应根据证据规则全面

审查其效力性和证明力，审查事故认定的程序是否合法，审查事故认定的事实与其他证据

之间是否存在矛盾，审查事故认定的责任是否恰当。在没有交通事故责任认定书的情况

下，人民法院通过其他证据足以查清案件事实的，可以以自己审理认定的事实作为定案证

据。

（2）法院对本案被告人的事故责任认定：主要责任

通过对全案证据的梳理和审查，我们认为被告人应当对本起交通事故负主要责任。本

案中，证人郑用某驾驶电动自行车违章搭载被害人陈佩某，且其驾驶电动自行车时也未与

被告人方某驾驶的车辆保持必要的安全距离。其虽存在违章载人的违法道路交通安全法律

法规的行为，但上述行为并不必然导致交通事故发生甚至致乘车人陈佩某死亡，不是发生

此次交通事故的直接原因。被害人陈佩某被碾压死亡的直接原因是被告人方某在该市场出

口倒车时，疏于查看车辆后方情况所致。被告人方某的行为违反了《道路交通安全法实施

条例》第五十条的规定，直接导致了事故的发生，因此被告人方某在该起交通事故中应负

主要责任。

3.竞合：交通肇事罪与过失致人死亡罪

交通肇事罪是指违反交通运输管理法规，因而发生重大交通事故，致人重伤、死亡或

者使公私财产遭受重大损失的行为。过失致人死亡罪是指行为人没有杀人的故意，但由于

过失导致了他人死亡后果发生的行为。从犯罪构成要件上看，交通肇事罪与过失致人死亡

罪有如下相似点：犯罪主体为自然人主体；犯罪主观方面为过失，包括疏忽大意的过失和

过于自信的过失；在犯罪客观方面，交通肇事罪和过失致人死亡罪都可能包含因过失致使

他人死亡的结果。交通肇事罪与过失致人死亡罪的关系为法条竞合，形成了特别法条与普

通法条的关系。在这种情况下，根据特别法条优先于普通法条的原理，应按特别法条论

处。《刑法》第二百三十三条在规定了过失致人死亡罪及其法定刑后也指出，“本法另有

规定的，依照规定”。因此，如果现有的证据能够认定被告人的行为构成交通肇事罪，就

应当以交通肇事罪论处。

通过上文分析，被告人违反交通运输法规，在公共交通领域驾驶车辆发生交通事故，

导致一人死亡，并负事故的主要责任，已经符合交通肇事罪的构成要件。因此，应当对被

告人以交通肇事罪追究刑事责任。

编写人：上海市松江区人民法院 钱莹

15 非碰撞情形下造成其他车辆发生交通事

故“肇事逃逸” 的认定

——郭建峰等交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省信阳市中级人民法院（2016）豫15刑终字第284号刑事裁定书

2.案由：交通肇事罪

【基本案情】

2015年9月10日，被告人李保华安排郭来某驾驶豫N1××××、豫N××××挂牌重型半挂货

车到山东省菏泽市甲食品厂与罗某一起装载酱糟，装货后运往湖北省黄石市阳新县网湖，

同时安排不具备该车驾驶资格的该车合伙人潘飞随车押车并与郭来某替换驾驶。

2015年9月11日凌晨，被告人潘飞驾驶豫N1××××、豫N××××挂重型半挂牵引货车沿大

广高速由北向南行驶到2300公里+400米（戴咀2号隧道）处，捆扎挂车中部钢丝绳断裂，

致左侧第三块车厢板张开，车上所载酱糟泄漏，后继续前行出隧道口70米，于0时11分

许，骑压行车道与应急车道分界线停车；0时13分45秒，被告人郭建峰驾驶的赣AC××××

大型普通客车超速行驶至此处，因酱糟路面湿滑，车辆失控，冲出隧道后与西侧山体接触

后侧翻于车道上；0时13分57秒，叶红某（已另案处理）驾驶皖KG××××重型仓栅式货车

在避让已侧翻的赣AC××××客车过程中，因酱糟路面湿滑，其车又与大客车行李厢底部发

生碰撞后失控侧翻。事故发生后，被告人潘飞乘坐郭来某驾驶的豫N1××××、豫N××××挂

重型半挂牵引货车离开现场，事故造成赣AC××××客车上的乘客黄某等11人死亡（现场死

亡8人，医院抢救无效死亡3人）、余江某等18人受伤、多车受损的特大道路交通事故。经

鉴定，豫N1××××半挂牵引车牵引豫N××××挂车左侧栏板合页的连接方式为改装形成，断

裂的钢丝绳陈旧性断裂已达4股，受载时残存的3股钢丝绳难以承受所产生的拉伸应力而突

然断裂。赣AC××××号大客车制动系统不符合国家标准。经信阳高速公路公安交通警察支

队道路交通事故认定书认定，潘飞、郭建峰共同承担该起事故的主要责任，叶红某负次要

责任，29名被害人无责任。

案发后，被告人郭建峰一直留在现场等待，接受公安机关讯问。2015年9月13日公安

机关电话通知被告人李保华到刑警队了解豫N1××××（豫N××××挂）货车运输相关情况，

李保华于当日到达刑警队接受询问。

【案件焦点】

非碰撞情形下造成其他车辆发生交通事故，行为人离开现场的，能否一

概认定其构成“交通肇事后逃逸”。

【法院裁判要旨】

河南省信阳市新县人民法院经审理认为：被告人郭建峰驾驶制动系统不

符合国家安全标准的大型普通客车超速行驶至酱糟泄漏地点后，车辆失控侧

翻，造成11人死亡，18人受伤，两车受损的交通事故，被告人潘飞系车辆合

伙人且明知驾驶证不符合准驾车型规定的情况下驾驶改装的运送酱糟的重型

半挂牵引车上路行驶，酱糟泄漏，致使路面湿滑，不依法放置警示标志，被

告人李保华作为车辆合伙人，安排不具备该车驾驶资格的潘飞驾驶改装后安

全性能不符合要求重型半挂车，三被告人行为已构成交通肇事罪。公诉机关

指控的罪名成立，依法应予支持。案发后，被告人郭建峰一直留在现场等

待，如实供述犯罪事实；李保华经公安机关电话通知到案，如实供述犯罪事

实；其二人均应认定为自首，依法可以从轻或减轻处罚。被告人潘飞到案

后，如实供述犯罪事实，系坦白，可以酌情从轻处罚。三被告人无前科，系

初犯、偶犯；认罪悔罪态度较好；大部分被害人得到赔偿；上述情节量刑时

予以酌情考虑。

河南省信阳市新县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三

条，第六十七条第一款、第三款之规定，经法院审判委员会讨论决定，作出

如下判决：

一、被告人潘飞犯交通肇事罪，判处有期徒刑六年零四个月。

二、被告人李保华犯交通肇事罪，判处有期徒刑五年零四个月。

三、被告人郭建峰犯交通肇事罪，判处有期徒刑四年零十个月。

后三被告人提起上诉。

河南省信阳市中级人民法院经审理认为：上诉人（原审被告人）郭建峰

驾驶制动系统不符合国家安全标准的大型普通客车超速行驶至酱糟泄漏地点

后，车辆失控侧翻，造成11人死亡，18人受伤，两车受损的交通事故；上诉

人（原审被告人）潘飞系车辆合伙人且明知驾驶证不符合准驾车型规定的情

况下驾驶改装的运送酱糟的重型半挂牵引车上路行驶，酱糟泄漏，致使路面

湿滑，不依法放置警示标志；上诉人（原审被告人）李保华作为车辆合伙

人，安排不具备该车驾驶资格的潘飞驾驶改装后安全性能不符合要求重型半

挂车，郭建峰、潘飞承担事故的主要责任，其行为已构成交通肇事罪，应依

法惩处。上诉人郭建峰、潘飞、李保华及其辩护人的上诉、辩护意见，经

查，不能成立，本院不予采纳。原判认定事实清楚，证据确实、充分，定性

准确，审判程序合法，量刑适当。

河南省信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

二十五条第一款第（一）项之规定，作出如下裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案合议庭曾对被告人潘飞是否构成“交通肇事后逃逸”存在分歧。

第一种意见认为，被告人潘飞构成肇事后逃逸。理由如下：（1）公安机关出具的

《道路交通事故认定书》中显示“豫N1××××、豫N××××挂重型半挂车辆（以下简称‘半挂

车’）驾驶员潘飞在事故发生后，未报警、抢救伤员、未按规定停放和设置警告标志而是

逃离现场”；（2）《到案经过》反映：交警赶到现场时发现半挂车未在现场，于是沿循酱

糟路面痕迹追查嫌疑车辆运行轨迹，后在县城周边加油站将潘飞等人抓获。（3）潘飞的

供述：“当时我看见后面有车翻了，我不确定是什么原因，我心想先找个地方将车厢打开

的缝隙堵上。我们在新县站下了高速，后到一加油站停下，三人在车上休息了大概一个多

小时，警察就找到我们”“酱渣里含有大量水分，平时都是湿湿的，黏黏的，如酱渣掉到地

上行人踩上去的话就会打滑，如掉到马路上，车辆经过压到酱渣上，再踩刹车的话，车辆

就会打滑。”上述三项证据以及郭来某的证言、李保华、郭建峰的供述等，应当认定潘飞

在明知酱糟泄漏会对道路交通形成危险，且在其已经发觉后方郭建峰驾驶的赣AC××××大

型普通客车（以下简称“大客车”）已然发生交通事故的情况下，未采取保护现场、抢救伤

员、设置警示标志等措施，听从同车人员建议，乘坐肇事半挂车离开现场，该行为应当评

价为“肇事逃逸”情节。

第二种意见认为，被告人潘飞不构成交通肇事后逃逸。理由如下：被告人潘飞发现后

方大客车侧翻后，听从同车另一驾驶人郭来某驾车离开现场的建议，乘坐郭来某驾驶的仍

在泄漏酱糟的半挂车离开现场，后将车停在高速外的加油站附近，被公安人员摸清线索后

抓获归案，其行为从客观表象上符合交通肇事逃逸的外部特征。但潘飞本人辩解称其“并

不知道后方发生的交通事故与本人本车有关，在他发现酱糟泄漏停车后郭建峰驾驶的大客

车过来之前，有好几辆车正常经过，都是同一方向”。视听资料中可见有三辆大型车辆在

半挂车旁同向驶过，时间介于半挂车停车后，大客车过来前。同时，潘飞同车人郭来某、

罗某二证人的证言之间以及证言与潘飞的供述之间存在诸多不一致，潘飞与李保华的通话

录音因客观原因未能调取，不能得出潘飞明知交通事故与己有关的唯一结论，根据疑罪从

无的刑法原则，不宜认定潘飞故意逃逸。另一方面，潘飞乘坐此时换由郭来某驾驶的半挂

车离开现场后，此时酱糟仍在泄漏，被沿途追踪的可能性较大，该三人将车停在出高速口

外某加油站处，在车内等待，而未选择弃车而逃等其他逃避法律追究的方式，可以考虑潘

飞离开现场是由于精神高度紧张慌乱，而并非意欲逃避法律追究，从这个层面上讲，也不

宜认定潘飞属交通肇事后逃逸。

合议庭最终采纳的是第二种意见：被告人潘飞不构成交通肇事后逃逸。理由及评析如

下：

非碰撞情形下造成其他车辆发生交通事故“肇事逃逸”的认定应当从“明知他车发生交

通事故与己有关”和“为逃避法律追究”两个方面审慎把握。

1.被告人是否“明知”交通事故的发生与己的行为或己车的状况有相当因果关系

首先，在非碰撞情形下，被告人通常并不能直观地确定是否存在上述关系，此种情形

下的判断很大程度上取决于驾驶员的驾龄、经验、应变能力等主观因素，故审理时应结合

时间、地点、路况、行为人具备的知识、经验等主客观因素综合评判，尽量多通过固定不

变的客观证据和无利害关系人的证言来综合分析判断被告人对其“不明知”的辩解。其次，

在多因一果的情形下，每一个原因都可能是肇事的主要原因，这时应考虑行为人是否注意

到自己的行为或己车的状况存在异常且能够即时判断出该异常足以导致他车事故的发生。

最后，回观本案，被告人潘飞明知酱糟路面湿滑会成为影响交通安全的致患因素。但他的

驾驶资质不适格、特殊货物运输经验不足使其认识能力存在局限性，不足以准确判断大客

车事故的主要原因，而经视听资料相印证的辩解也反映出：其间有几辆大车都同向安全驶

过。综观发生事故的客车有超速、制动系统不符合国家安全标准等主要过错、事故发生地

2号隧道是一个下坡道等诸方面原因，笔者认为难以确信被告人潘飞明知他车侧翻与己车

酱糟泄漏之间具有相当因果关系，本着“排除一切合理怀疑”的刑事证据规则和“有利于被

告人”的刑事政策精神，应当采纳潘飞“不明知”的辩解。

2.“为逃避法律追究”而离开现场是交通肇事后逃逸的必备要件

非碰撞情形下的肇事逃逸也应牢牢把握此点。被告人若明知上述关系，自然会作出离

开或不离开两种合乎逻辑的选择。被告人若不明知，但事故车辆或其他目击者已发觉并开

始示意、喊话、拦停等，被告人此时也会面临上述逻辑选择。因此，审理时应仔细把握被

告人是否具有“为逃避法律追究”的主观意图，如果是急需消除仍然存在的障碍或隐患，或

者害怕受害方或围观群众对其殴打，或者是当时精神高度紧张慌乱而逃等原因，则不宜一

概认定为“为逃避法律追究”的肇事逃逸。本案中，被告人虽然几次到车厢上拉帆布补救，

但酱糟仍在不停泄漏，此时后方几十米远处又发生了大客车侧翻事故，被告人在不能准确

判断他车事故与己有直接关系的情况下，酱糟的致患程度还在不断增加，可以考虑认可其

当时“脑中空白”无意识状态的辩解。客观上看，潘飞乘坐此时换由郭来某驾驶的半挂车离

开现场后，此时酱糟仍在泄漏，因此被沿途追踪的可能性较大，该三人将车停在出高速口

外某加油站处（公共场所），在车内等待，而未选择弃车而逃或躲在某隐蔽场所等其他逃

避法律追究的方式，可以从侧面印证潘飞离开现场是由于精神高度紧张慌乱，而并非意欲

逃避法律追究。因此，从“为逃避法律追究”这个层面来讲，也不宜认定潘飞属交通肇事后

逃逸。

综上，非碰撞情形下造成其他车辆发生交通事故，行为人离开现场的，不能一概认定

其构成“交通肇事后逃逸”，而应通过对证据的逻辑分析综合评判。但量刑时应充分考虑其

未保护现场或未履行救助义务、加大案件侦破难度等方面的不作为责任，通过定性分析，

选择罪责刑相一致的量刑起点和调节比例，从而做出合乎理性的裁决。

编写人：河南省信阳市新县人民法院 耿建宏 余丽娟

16 交通事故中二次碰撞情形下因果关系的认定

——杨帅交通肇事案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2016）京02刑终字第555号刑事附带民事裁定

书

2.案由：交通肇事罪

【基本案情】

2014年10月21日5时许，被告人杨帅驾驶白色小型轿车（无号牌）由东向西行驶至北

京市大兴区庞安路魏石路交叉路口时，与同方向行驶的宁国某驾驶的农用三轮车（无号

牌，旁边乘坐其妻张志某）后部相撞，致使张志某被甩出车下倒地，事故发生后杨帅驾车

逃逸，宁国某即下车救助张志某，适有一辆机动车由东向西驶来，将宁国某及倒地的张志

某撞出、碾压，该肇事车辆逃逸。后被害人宁国某、张志某经抢救无效死亡。经鉴定，被

害人宁国某的死亡原因符合颅脑损伤合并创伤性休克死亡；被害人张志某的死亡原因符合

创伤性休克死亡。经北京市公安局大兴分局交通支队认定，杨帅对第一起事故负全部责

任，在逃的某某对第二起事故负全部责任（另案处理）。被告人杨帅于2014年10月24日投

案并如实供述了主要犯罪事实。

【案件焦点】

被告人是否构成交通肇事罪。

【法院裁判要旨】

北京市大兴区人民法院经审理认为：被告人杨帅违反交通运输管理法

规，驾驶无号牌的机动车上路行驶且与三轮车发生追撞事故，致使张志某从

三轮车上被甩出倒地，杨帅随即驾车逃逸，张志某及救助张志某的宁国某被

另一辆机动车撞击、碾压，均经抢救无效死亡。根据案发时间、地点，结合

普通人的认知水平，倒在机动车道上的张志某被另外一辆机动车碾压，是一

种高概率事故，并不能中断杨帅的交通肇事行为与被害人张志某死亡的因果

关系，杨帅应当对张志某的死亡承担刑事责任，其行为符合交通肇事罪的构

成要件，且杨帅肇事后逃逸，依法应当予以惩处。被害人宁国某因救助张志

某被另一辆机动车撞击致死，杨帅的肇事行为与宁国某的死亡结果无刑法意

义上的因果关系，因此对被告人杨帅的犯罪行为致宁国某死亡的指控证据不

足，不予认定。

由于杨帅的犯罪行为给四原审附带民事诉讼原告人造成的经济损失，依

法应予赔偿。杨帅的犯罪行为致张志某死亡，其应对张志某的死亡承担全部

赔偿责任，被害人宁国某因救助张志某被另一辆机动车撞击致死，判决杨帅

对宁国某的死亡承担次要赔偿责任。

北京市大兴区人民法院作出刑事附带民事判决：

一、被告人杨帅犯交通肇事罪，判处有期徒刑四年。

二、被告人杨帅赔偿附带民事诉讼原告人杜某某、宁某甲、宁某乙因被

害人张志某死亡造成的经济损失包括医疗费、丧葬费、死亡赔偿金（含被抚

养人生活费）、交通费共计人民币四十八万三千六百三十三元一角九分。

三、被告人杨帅赔偿附带民事诉讼原告人殷某某、宁某甲、宁某乙因被

害人宁国某死亡造成的经济损失包括医疗费、丧葬费、死亡赔偿金（含被抚

养人生活费）、交通费的35%，共计人民币一十六万五千八百零八元五角九

分。

四、驳回附带民事诉讼原告人杜某某、殷某某、宁某甲、宁某乙的其他

诉讼请求。

宣判后，被告人杨帅提出上诉，北京市第二中级人民法院经审理作出刑

事附带民事裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案例涉及二次碰撞情形下如何认定因果关系的问题。

1.关于因果关系的认定

在多因一果的情形下，认定因果关系应该包含两个步骤：第一步是判断危害行为与危

害结果之间是否存在没有前者就没有后者的事实上的因果关系。其中需要注意是否有介入

因素导致因果关系的中断。第二步判断危害行为与危害结果之间的事实因果关系是否具有

法律上的可归责性，即是否存在法律上的因果关系。判断时可以结合社会经验法则即一般

人的认识进行判断，或者判断行为人是否创造了法律所不允许的风险且危害结果实际发

生。

2.关于因果关系中断的认定

根据因果关系中断理论，在刑法因果关系的进程中，如果介入了其他因素，当介入因

素对因果关系起支配作用时，介入因素就切断了原有的因果关系，前行为人的行为与危害

结果之间的因果关系中断，后行为人的行为与结果之间继而发生因果关系。 [[3] 在](#p88)认定何

种介入因素可以中断行为与结果之间的关系时，通常需要综合考虑四个方面的因素：一是

行为人的实行行为导致结果发生的危险性大小；二是介入因素异常性大小；三是介入因素

对结果发生的危险性大小；四是介入因素是否属于行为人的管辖范围。 [[4]](#p88)

在交通肇事中存在二次碰撞的情形下，关键在于认定第二次碰撞是否可以独立发挥作

用导致危害结果发生。在此，可以采用结果避免可能性理论进行验证，如果前行为人实施

了合义务的行为，结果还会发生，那么行为人是否实施合义务行为对于结果发生没有关

联，后行为人的行为中断了前行为与危害结果之间的因果关系。

3.针对本案的分析

（1）杨帅的肇事及逃逸行为与张志某的死亡结果之间存在因果关系。首先，杨帅的

肇事及逃逸行为与张志某的死亡结果之间具有事实上的因果关系。杨帅肇事并逃逸，导致

张志某甩出车外倒地，处于车辆正常行驶的马路上，杨帅的行为造成了张志某的危险状

态，第二次交通事故引起张志某死亡的概率很高。其次，杨帅的肇事行为与张志某的死亡

结果之间具有法律上的可归责性。杨帅的行为违反了交通法规规定的注意义务，创设了法

律所不允许的风险，且危害结果实际发生。

（2）二次碰撞并未导致杨帅肇事行为与张志某死亡结果之间因果关系的中断。如果

杨帅没有造成第一起交通事故，或者在交通事故发生后及时设立警示标志，并积极参与救

助，转移伤者，也不会有第二起交通事故的发生。本案不符合即使杨帅尽到合理义务也无

法避免危害结果发生的情形，二次碰撞并未导致因果关系的中断。

（3）杨帅的肇事及逃逸行为与宁国某的死亡结果之间不存在因果关系。杨帅在第一

起交通事故中并未对宁国某创设法律所不允许的风险。宁国某的死亡是在救助张志某时在

第二起交通事故中被撞击造成的。这种救助出于夫妻间的扶助义务，并非因杨帅的肇事行

为而产生，因此不能认定杨帅的交通肇事行为与宁国某的死亡结果之间存在刑法意义上的

因果关系。

编写人：北京市大兴区人民法院 王玮喆 包李

17 如何审查和采信公安机关出具的交通事故认

定书

——余某华被诉交通肇事宣告无罪案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省汕尾市中级人民法院（2016）粤15刑终字第32号刑事判决书

2.案由：交通肇事罪

【基本案情】

2013年11月20日19时许，被害人田某无驾驶证驾驶一辆无号牌二轮摩托车沿G324国

道从汕头往广州方向行驶，当摩托车行至国道G324线0645km+780m处时摩托车向前摔

倒，摩托车及驾驶员在滑至对向车道时被迎面而来由被告人余某华驾驶的粤LY××××号重

型半挂牵引车牵引的粤L××××挂号重型厢式半挂车左后轮碾压、碰撞，造成田某因碰撞致

颅脑损伤、多发性骨折、出血而当场死亡，二轮摩托车前轮被碾压损坏的交通事故。事故

发生后，被告人余某华驾车逃逸。后因前方陂洋公安执勤民警接到报警而将其拦下等待检

查。经陆丰市公安局交通警察大队认定，被告人余某华驾驶粤LY××××号重型半挂牵引车

粤L××××挂号重型厢式半挂车发生交通事故后驾车逃逸，承担此事故的全部责任。被告人

余某华于同年3月26日到汕尾市公安局交通警察支队投案。

陆丰市人民检察院以被告人余某华犯交通肇事罪向陆丰市人民法院提起公诉。

被告人余某华辩称其当时牵引车辆是正常行驶，在其视线内没有发生交通异常，也没

有逃逸，没有犯交通肇事罪。其辩护人提出：（1）汕尾和陆丰两级公安交警部门对作出

《道路交通事故重新认定书》违法，该非法证据予以排除；（2）证人林炳某的证言虚

假，多处存在矛盾，不能作为本案事实的有效证据；（3）被告人余某华在事故发生时不

可能知道已经发生了交通事故，公诉机关没有任何有效证据证明事故发生时余某华知道自

己驾驶的车辆发生交通事故；（4）被告人余某华不知道发生交通事故而驾车继续行驶，

不构成交通事故后的逃逸。综上，公诉机关指控被告人余某华犯交通肇事罪不能成立，请

求宣告被告人无罪。

【案件焦点】

如何审查和采信公安机关出具的交通事故认定书。

【法院裁判要旨】

广东省陆丰市人民法院经审理认为：被告人余某华违反交通运输管理法

规，驾驶机动车辆发生交通事故，造成一人当场死亡，肇事后驾车逃逸，负

事故的全部责任，其行为已构成交通肇事罪。被害人驾驶摩托车摔倒与被告

人驾驶的半挂牵引车的后轮发生碰撞，应在被告人的视线范畴，有交通事故

现场勘查笔录、现场图、事故现场照片、尸检报告、事故现场痕迹鉴定及交

警部门的情况说明予以证明，同时目击证人林炳某的陈述，与同时报警的证

人陈四某的证言，接受林炳某拦截肇事车辆民警张陆某的情况反映，清晰地

复原了事故发生的整个过程，被告人余某华肇事后逃逸，依法应追究其交通

肇事罪刑事责任。至于认为两级交警部门作出的事故认定程序违法，经查，

被告人及其雇主单位对事故所作的认定未曾持异议，且交警部门也作了合理

说明，故其辩解不予支持。根据被告人的犯罪事实、犯罪性质、情节及对社

会的危害性，依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三条之规定，判决如

下：

被告人余某华犯交通肇事罪，判处有期徒刑三年。

余某华上诉提出：1.原判认定事实不清，一审遗漏了对上诉人有利的事

实，改为上诉人负全责。2.一审没有事实证明上诉人所驾驶的货车发生了交通

事故。3.一审所采信的证人证言相互矛盾，不符合常理。4.一审对交通事故认

定书未尽查实职责，对其明显不符合常情的违法认定全部采信。5.即使认定上

诉人有罪，上诉人的投案也应作为自首情节。6.原审判决程序违法。庭审时没

有传作出事故认定的交警部门出庭，也没有传唤证人出庭。原判在没有新证

据的情况下，以相同的事实判处上诉人构成犯罪，只是刑期在最后一次减少

了六个月。

辩护人辩护提出：一审及重审判决认定事实不清，交警部门认定上诉人

余某华负全责的认定书无论从程序上、实体上均是违法作出的、无效的。原

审判决认定的证据违反生活常理。上诉人余某华驾驶的是牵引挂车，后轮与

受害人的摩托车相碰撞，按常识上诉人余某华不能感觉得到。证人林炳某不

可能从已开走的牵引车后面看到只挂在车头前面的××××号牌。原判有意遗漏

之前同样由陆丰市交警大队作出的五五责任的事故认定。陆丰市人民法院的

一审、重审多次使用“理应”这一推断性的词语，达不到刑事诉讼证据的证明要

求，均违反刑事诉讼法。请求判决上诉人余某华无罪。

广东省汕尾市中级人民法院经审理认为：原判认定上诉人余某华违反交

通运输管理法规，驾驶机动车辆发生交通事故，造成一人当场死亡，肇事后

驾车逃逸，负事故的全部责任，其行为构成交通肇事罪的事实不清，证据不

足，指控的犯罪不能成立，依法应予纠正。上诉人余某华及其辩护人所提余

某华不构成交通肇事罪的意见成立，本院予以采纳。本案经本院审判委员会

讨论决定，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第

（三）项、第一百九十五条第（三）项的规定，判决如下：

一、撤销广东省陆丰市人民法院（2015）汕陆法刑重字第16号刑事判

决。

二、上诉人余某华无罪。

【法官后语】

交通事故认定书，是公安交通管理部门通过对交通事故现场勘察、技术分析和有关检

验、鉴定结论，分析查明交通事故的基本事实、成因和当事人责任后所作的技术性结论。

《道路交通安全法》第七十三条规定：“公安机关交通管理部门应当根据交通事故现场勘

查、检查、调查情况和有关的检验、鉴定结论，及时制作交通事故认定书，作为处理交通

事故的证据……”。由于交通事故认定书是认定交通事故的事发经过、事故成因和事故责

任的重要证据，并在很大程度上影响到事故责任人的行政责任、民事赔偿责任和刑事责任

的承担，所以交通事故认定书往往成为当事人争议的焦点问题。根据《道路交通安全法》

的规定，交通事故认定书是一种证据，作为证据，法院就应该按照证据规则审查其效力性

及证明力，若有其他证据证明其存在错误，法院不应采信该证据，而应以自己审理认定的

事实作为定案根据。从司法实务来看，人民法院审查交通事故认定书要遵守以下原则：

（1）审查事故认定的程序是否合法。作出责任认定的主体资格是否适合、是否向当事人

送达等。（2）审查事故认定的事实与其他证据间是否存在矛盾。责任的认定应当建立在

公安机关依法调查收集的证据基础之上，也就是事故认定的事实应当与证据证明的事实是

同一的。如果存在矛盾则必须对事故的责任作出重新判定。（3）审查事故认定的责任是

否得当。

本案中，陆丰市公安局交通警察大队于2013年12月25日作出道路交通事故认定书，认

定田某无驾驶证驾驶无号牌二轮摩托车没有在确保安全、畅通的原则下通行，其行为违反

了《道路交通安全法》第十九条第一款、第八条、第三十八条之规定，承担同等责任。余

某华没有在确保安全、畅通的原则下通行，其行为违反了《道路交通安全法》第三十八条

之规定，承担同等责任。被害人亲属不服，向汕尾市公安局交通警察支队申请复核，2014

年1月23日，汕尾市公安局交通警察支队作出复核结论，撤销陆丰市公安局交通警察大队

对事故的认定，陆丰市公安局交通警察大队于2014年1月25日作出道路交通事故重新认定

书，认定余某华驾驶粤LY××××号重型半挂牵引车粤L××××挂号重型厢式半挂车发生交通

事故后驾车逃逸，承担此事故的全部责任。一审陆丰市人民法院采信了道路交通事故重新

认定书，认定被告人余某华肇事后驾车逃逸，负事故的全部责任，其行为已构成交通肇事

罪。被告人余某华对该份交通事故认定书有异议，认为其程序违法，且在没有新证据的情

况下改为其负全责。

一般来说，当事人对交通事故认定书有异议，并提出证据证明存在下列情形之一的，

人民法院对交通事故认定书可以不予采信：（1）作出事故认定的主体不符合法律规定

的；（2）认定书的制作、送达程序严重违法的；（3）认定书所依据的证据材料采集违法

或明显证据不足的。结合本案证据来看，该份重新认定书存在以下几点问题：（1）汕尾

市交通警察支队在受理田某的亲属对事故认定书的复核申请后，没有书面通知被告人余某

华，违反了《交通事故处理程序规定》第五十二条关于公安机关交通管理部门受理复核申

请的，应当书面通知各方当事人，以及任何一方当事人就该事故向法院提起诉讼并经法院

受理的，交通部门应当终止复核的规定，剥夺了余某华提出意见的权利。（2）陆丰市公

安局交通警察大队重新作出事故认定时，没有召集双方当事人到场，公开调查取得的证

据，在没有新证据的情况下，仅根据原有的证据改为认定余某华发生交通事故后驾车逃

逸，承担此事故的全部责任。根据在案的现场勘查笔录、现场照片、鉴定意见及证人林炳

某、张陆某的证言，本案事故于2013年11月20日晚上19时38分许发生，天色较暗，事发时

路面没有路灯，田某驾驶二轮摩托车行至国道G324线0645km+780m处时，摩托车遇到异

样情况失控跑偏滑倒后向左前方摔倒，摩托车及田某在滑至对向车道时与迎面而来由上诉

人余某华驾驶的粤LY××××号重型半挂牵引车牵引的粤L××××挂号重型厢式半挂车左后轮

碰撞，余某华所驾驶的是重型厢式半挂车，车上载有货物，整车长19.5米多，余某华辩解

其当时正常行驶，并未发现有与其他车辆发生交通事故，目击证人林炳某的证言证实田某

驾驶的摩托车摔倒在地后撞向余某华驾驶的牵引车的左后轮，证人张陆某证实余某华被民

警拦下后，被告知其驾驶的货车发生交通事故时，听后表情惊愕，并表示愿意配合调查。

据现有的证据，尚不足以证实余某华主观上明知其驾驶的重型牵引车发生了交通事故，为

逃避法律追究而驾车逃跑，余某华辩解其没有发现其驾驶的车辆发生交通事故具有合理

性。因此，陆丰市交通警察大队作出的第一份交通事故认定书程序合法，事实清楚，证据

确实充分，适用法律正确，对事故双方的责任进行了适当的划分认定，应当作为定案依

据，而陆丰市交通警察大队作出的道路交通事故重新认定书程序违法，责任认定不当，不

能作为定案证据使用。

汕尾市中级人民法院依法认定余某华驾驶机动车辆发生交通事故，造成一人当场死

亡，不构成交通肇事逃逸，承担事故的同等责任，其行为不构成交通肇事罪。同时，由于

被害人家属家庭经济确实困难，且余某华被改判无罪后被害人也无法获得相应的经济赔

偿，根据《最高人民法院关于加强和规范人民法院国家司法救助工作的意见》中“当事人

因生活面临急迫困难提出国家司法救助申请，符合下列情形之一的，应当予以救助：……

（七）因道路交通事故等民事侵权行为造成人身伤害，无法通过诉讼获得赔偿，受害人陷

入生活困难的……”的相关规定，主动为被害人家属申请司法救助四万元并已到位，真正

实现了案结事了，达到法律效果和社会效果的统一。

编写人：广东省汕尾市中级人民法院 曾向虹

18 危险驾驶犯罪主体界定及相关共犯问题辨析

——吴育某危险驾驶案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市思明区人民法院（2016）闽0203刑初字第1573号刑事判决

书

2.案由：危险驾驶罪

【基本案情】

2016年5月16日9时许，被告人吴育某与蔡某某（已判决，系未成年人）一起饮酒后，

明知蔡某某无驾驶资格且已饮酒，仍教唆蔡某某驾驶闽DZ××××号小型普通客车，并主动

发动该车、放开该车手刹、告知蔡某某车内油门、离合器等设置。在被告人吴育某的协助

下，蔡某某在厦门市思明区明发商业广场通道（某酒楼）前路段由西往东方向倒车，车尾

正面与由东往西方向行驶的被害人范某某所驾驶的闽DK××××号小型普通客车车前正面相

撞，造成车辆损坏的道路交通事故。经检验鉴定，蔡某某的血液酒精浓度为

115.26mg/100ml，已达醉酒驾驶机动车标准；经交警部门认定，蔡某某应承担本事故全部

责任。

案发后，被告人吴育某经电话通知主动投案，如实供述上述事实，并已与蔡某某共同

赔偿被害人损失，取得谅解。

【案件焦点】

1.被告人吴育某明知未成年人蔡某某无驾驶资格且已饮酒，仍唆使并协助

蔡某某在交通道路上醉酒驾驶，造成车辆损坏的交通事故，该种行为是否应

构成本案的共犯；2.危险驾驶罪的犯罪主体从学理上来说一般为机动车驾驶

人，而被告人吴育某在此案中并非机动车驾驶人，那么唆使他人危险驾驶的

是否应当成为危险驾驶罪的主体。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市思明区人民法院经审理认为：被告人吴育某教唆并协助无

驾驶资格的人在道路上醉酒驾驶机动车，其行为已构成危险驾驶罪，且系共

同犯罪。公诉机关指控被告人吴育某犯危险驾驶罪的事实清楚，证据确实充

分，指控的罪名成立。被告人吴育某教唆未成年人犯罪，造成交通事故并负

事故全部责任，本应当从重处罚，但鉴于被告人吴育某在案发后能够主动投

案，如实供述自己的罪行，具有自首情节，且积极赔偿被害人损失，取得谅

解，且具有一定的悔罪表现，对其判处缓刑当不致再危害社会，故决定对其

酌情从轻处罚并宣告缓刑。

福建省厦门市思明区人民法院依据《中华人民共和国刑法》第一百三十

三条之一第一款第（二）项、第二十五条第一款、第二十九条第一款、第六

十七条第一款、第七十二条第一款及第三款、第七十三条第一款及第三款之

规定，作出如下判决：

被告人吴育某犯危险驾驶罪，判处拘役二个月，缓刑三个月，并处罚金

人民币三千元。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对危险驾驶罪犯罪主体的界定及相关共犯问题的定性。

1.关于危险驾驶罪犯罪主体的界定

我国《刑法》第一百三十三条之一的危险驾驶罪的条款中仅有该罪名客观构成要件的

规定，没有明确规定该罪名的犯罪主体。按照《刑法修正案（九）》第八条的规定，危险

驾驶罪的犯罪主体亦没有明说，因而在“法无明文规定”的情况下可界定为一般主体，即已

满16周岁，具备刑事责任能力的自然人，通常主要是机动车驾驶人。虽然机动车驾驶人相

较于普通人群属于具有一定范围的特定人群，但这并非意指其主体是特殊人群。刑法意义

上的特殊身份往往是与犯罪行为结合在一起的，是决定犯罪是否成立或者刑事责任大小的

必备要素，同时这种特殊身份必须是在行为主体实施犯罪行为以前就已经具有的特殊资格

或已经形成的特殊地位或状态，如职务犯罪的主体必然要是国家工作人员，这种身份是在

从事某种较为固定的职业活动中所获得的。而机动车驾驶人并不是行为人所固有的或者长

期拥有的一种能够对刑事责任有无或者大小具有决定影响的一种特定身份。危险驾驶罪的

主体范围虽然通常限定在机动车驾驶人这一特定群体，但从刑法对危险驾驶罪的规定来

看，危险驾驶罪在主体方面并没有特殊主体的限定要求，也就是说，其主体为一般主体。

基于这一基础认识，可以得出，除了机动车驾驶人以外，其他人员如教唆、指使危险驾驶

的也应当成为危险驾驶罪的主体。

具体到本案，蔡某某是一个无驾驶资格且已饮酒的未成年人，被告人吴育某在明知的

情况下，仍教唆蔡某某驾驶机动车。于是，蔡某某在吴育某的协助下在交通道路上醉酒驾

驶机动车，最终造成车辆损坏的道路交通事故。由案情可知，真正的机动车驾驶人为未成

年人蔡某某，而吴育某是一个在旁唆使其驾车的教唆犯，对于教唆犯，同样也应当成为本

案危险驾驶罪的主体。

2.醉酒驾驶型危险驾驶罪共犯问题辨析

共犯，按照张明楷教授的刑法学观点，意指二人以上共同故意犯罪。从犯罪的主观方

面来看，构成共同犯罪必须二人以上具有共同的犯罪故意，即各共同犯罪人认识他们的共

同犯罪行为和行为会发生的危害结果，并希望或放任这种结果发生的心理态度；从犯罪的

客观方面来看，构成共同犯罪必须二人以上具有共同的犯罪行为。醉酒驾驶型危险驾驶罪

共犯主要包括以下几种情况：（1）机动车所有人、持有人明知他人要危险驾驶而仍然向

其提供机动车的；（2）机动车维修者明知他人要实施危险驾驶行为而仍然承接其机动车

改装业务的；（3）行为人明知机动车驾驶人已经饮用了酒精类饮料而指使其开车的。其

中第三种情况属于教唆他人醉酒驾驶的情形。对于教唆人能否构成危险驾驶罪的问题，应

当根据教唆人在共同犯罪中的作用，进行具体分析。对于教唆犯，应从主客观两方面综合

考量。如果被教唆人主观上原本没有实施醉酒驾驶的故意心理，教唆人却一再唆使被教唆

人并使之实施醉酒驾驶的犯罪故意，此时，教唆人主观上具有唆使他人危险驾驶的故意，

客观上也实施了唆使他人危险驾驶的客观行为，应当对教唆人以危险驾驶罪定罪处罚。但

如果行为人只是一般的劝说，劝说的程度对被劝说人的主观意志并没有多大的影响，而此

时被劝说者内心已有危险驾驶的主观意志并实施了危险驾驶的行为，那么这种情况下，劝

说者并不符合教唆犯的构成要件，自然不能以危险驾驶罪的教唆犯论处。

本案被告人吴育某在明知蔡某某无驾驶资格且已饮酒的情况下，仍教唆蔡某某醉酒驾

驶，其间并主动发动该车、放开该车手刹、告知蔡某某车内油门、离合器等设置。从人物

评判来看，蔡某某是一个无驾驶资格且已饮酒的未成年人，认知能力和认知水平在当时的

情况下都是极其有限的；而被告人吴育某是一个认知正常的成年人，应该料想到其教唆行

为对蔡某某的人身安全及社会公共安全危害的严重程度，但他放任不顾，一再唆使蔡某某

并使之实施醉酒驾驶，其行为应按照危险驾驶罪的共犯处理。

有观点认为，就当时的情况来看，蔡某某是一个无驾驶资格且已饮酒的未成年人，且

其血液酒精浓度已达醉酒驾驶机动车标准，意识状态和意识能力都是比较弱的，吴育某的

唆使行为可以适用间接正犯的原理对其追究刑事责任。需要注意的是，若要适用间接正犯

的原理对行为人追究刑事责任，那么此时醉酒者的醉酒程度应达到为无刑事责任能力或者

为限制刑事责任人，而行为人却强制醉酒者醉酒驾驶机动车。但是经检验鉴定，本案蔡某

某的醉酒状态并没有使他成为无刑事责任能力或者为限制刑事责任人，因而不能适用间接

正犯原理对吴育某追究刑事责任。

综合本案来看，我国《刑法修正案（九）》和相关司法解释都只是对危险驾驶罪的客

观构成要件及处罚情节加以明确规定，但未明确规范危险驾驶罪的犯罪主体，而对危险驾

驶共犯的定性又必须涉及对犯罪主体的界定。因而，在司法实践中，对此类问题要依据具

体案情和相关证据妥善处理。

编写人：福建省厦门市思明区人民法院 陈毅燕

19 “明知他人报案而在现场等待” 型自首的等待

行为应体现主动性

——樊某危险驾驶案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省溧阳市人民法院（2016）苏0481刑初字第644号刑事判决书

2.案由：危险驾驶罪

【基本案情】

2016年8月11日2时10分许，被告人樊某酒后驾驶苏DZ××××小型普通客车从溧阳市溧

城镇劝业场门口行驶至溧阳市和平南路西大街路口处睡着，车停在路口中间。后被溧阳市

公安局巡警大队的特警巡逻时发现，特警叫醒被告人樊某，因闻到被告人樊某身上有酒

味，特警遂打电话报警，溧阳市公安局交通警察大队城区一中队民警赶至现场后将被告人

樊某带至溧阳市中医院抽取血样。经常州市公安局物证鉴定所鉴定，被告人樊某的血液中

检测出乙醇成分，其含量为141.3毫克/100毫升。

被告人樊某归案后，如实供述了自己的罪行。

【案件焦点】

被告人樊某是否构成“明知他人报案而在现场等待”型自首。

【法院裁判要旨】

江苏省溧阳市人民法院经审理认为：被告人樊某在道路上醉酒驾驶机动

车，危害公共安全，其行为已构成危险驾驶罪。公诉机关起诉指控被告人樊

某犯危险驾驶罪，事实清楚，证据确实充分，罪名成立，应予支持。关于辩

护人提出的被告人樊某明知他人报警后而主动留在现场等候处理，如实供述

犯罪事实，应认定为自首的辩护意见，经审理认为，相关规定中“行为人已经

知道他人报警而主动停留在现场等候处理，如实供述犯罪事实的，以自首

论”的规定是基于行为人能逃而不逃，体现行为人主观上具有投案的主动性和

自愿性，本案中，被告人樊某是被巡警大队的特警发现后叫醒的，当时被告

人的犯罪行为已经被发觉，客观上无法逃避，不能体现被告人主观上具有投

案的主动性和自愿性，故对该辩护意见，不予采纳。

依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三条之一第一款第（二）项，

第六十七条第三款，第七十二条第一款、第三款，第七十三条第一款、第三

款，第五十二条，第五十三条之规定，判决如下：

被告人樊某犯危险驾驶罪，判处拘役一个月十五天，缓刑三个月，并处

罚金人民币二千元。

【法官后语】

本案焦点在于对“明知他人报案而在现场等待”型自首的认定。“明知他人报案而在现

场等待，抓捕时无拒捕行为，供认犯罪事实”的情形之所以能认定为自动投案，在于其具

备自动投案的本质特征：投案的主动性和自愿性。而投案的主动性和自愿性集中体现

在“在现场等待”这一行为中。

一般来讲，“在现场等待”包括三种情况：一是行为人作案后无法离开现场，不得不在

现场等待；二是行为人作案后有条件逃走，但是为了毁灭证据、继续作案等而留在现场；

三是行为人有条件逃走而未逃走，自愿在现场等待被抓捕。要成立自首，此处的“在现场

等待”只能是上述第三种情况，即行为人有机会逃走而未逃走，留在现场等待抓捕。

本案中，樊某是被巡警大队的特警发现后叫醒的，当时樊某的犯罪行为已经被发觉，

客观上无法逃避，不能体现行为人主观上具有投案的主动性和自愿性。因此，留在现场等

待抓捕的情形并不当然反映被告人主观上具有投案的主动性和自愿性。因客观原因，行为

人只能停留在现场的情形，无法体现出其主动性和自愿性的，不能认定为自首。

编写人：江苏省溧阳市人民法院 薛文华 翟磊

20 抽取血样前饮酒如何认定血液中酒精含量

——陈建某危险驾驶案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省眉山市东坡区人民法院（2016）川1402刑初字第458号刑事判决书

2.案由：危险驾驶罪

【基本案情】

2016年8月28日15时30分许，被告人陈建某在位于眉山市东坡区白马镇的甲饭店吃饭

至同日22时许，其间被告人陈建某饮啤酒约五瓶。同日22时许，被告人陈建某驾驶无号牌

二轮摩托车前去为朋友引路，22时30分，被告人陈建某返回途中行驶至眉山市东坡区白马

镇乙饭店外路段时，与停放在路中的由李某驾驶的川ZD××××号小车相撞，发生致陈建某

受伤、车辆受损的道路交通事故。事故发生后，李某在移动小车时被陈建某制止，陈建某

要求李某恢复现场。后李某丈夫郑某报警。被告人陈建某回到事故现场附近的甲饭店等候

交警，其间又饮啤酒一瓶。经四川丙司法鉴定所鉴定，陈建某血样中酒精含量为

223.6mg/100ml。经眉山市公安局交通警察支队直属一大队道路交通事故认定书认定，陈

建某在此事故中负主要责任，李某在事故中负次要责任。被告人陈建某被动到案，如实供

述自己的罪行。被告人陈建某取得了李某的谅解。

公诉机关指控被告人陈建某犯危险驾驶罪，被告人陈建某对公诉机关的指控无异议。

【案件焦点】

被告人陈建某酒后驾驶机动车发生交通事故后，在抽取鉴定血样前再次

饮酒，如何认定其据以定罪量刑的血液中的酒精含量。

【法院裁判要旨】

四川省眉山市东坡区人民法院经审理认为：在道路上驾驶机动车，血液

酒精含量达到80mg/100ml以上的，属于醉酒驾驶机动车，应以危险驾驶罪定

罪处罚。因此本案定罪量刑的关键是被告人陈建某在道路上驾驶机动车时血

液中的酒精含量。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》，犯罪嫌疑人在公安机

关依法检查时，为逃避法律追究，在呼气酒精含量检验或者抽取血样前又饮

酒，经检验其血液酒精含量达到醉酒标准的，应当认定为醉酒。即为逃避法

律追究在抽取血样前又饮酒的，血液中酒精含量应以检验结果为准。本案

中，被告人陈建某在庭审中称其案发当日本是驾驶小轿车，因知晓酒后不能

开车于是才驾驶二轮摩托车前去为朋友引路，以为酒后驾驶二轮摩托车不属

于“酒驾”范畴。同时，被告人供述与证人证言均证实，被告人陈建某酒后驾车

发生交通事故后，主动维护事故现场，明知对方报警而在现场附近等待，因

此，本院认为被告人陈建某酒后驾车发生交通事故，于抽取血样前又饮酒的

行为，系因其自身法律意识淡薄，不学法、不守法所致，而非为逃避法律追

究故意于抽取血样前再次饮酒。因此本案中认定被告人陈建某是否犯危险驾

驶罪所依据的血液中酒精含量应以其发生交通事故前血液中的酒精含量为

准，即应低于检验结果223.6mg/100ml。

经查，被告人陈建某在驾车发生交通事故前的饮酒量远远高于事故发生

后的饮酒量，根据司法实践可以确定事故发生前被告人陈建某血液中酒精含

量应高于80mg/100ml。

据此，本院认为，被告人陈建某违反道路交通安全法规，饮酒后在道路

上驾驶机动车，经检测其血液中的酒精含量高于80mg/100ml，系醉酒驾驶机

动车，其行为已触犯刑律，构成危险驾驶罪。公诉机关指控罪名成立。被告

人陈建某醉酒驾驶机动车发生交通事故，并在事故中负主要责任，应酌情从

重处罚。被告人陈建某被动到案后如实供述自己的罪行，属坦白，可以从轻

处罚。被告人陈建某取得了李某的谅解，可以酌情从轻处罚。依照《中华人

民共和国刑法》第一百三十三条之一第一款第（二）项，第六十七条第三

款，第七十二条第一款、第三款，第七十三条第一款、第三款之规定，判决

如下：

被告人陈建某犯危险驾驶罪，判处拘役二个月二十日，缓刑三个月，并

处罚金人民币四千元。

【法官后语】

针对“醉酒型”危险驾驶罪案件，被告人血液中的酒精含量既是定罪关键，也是量刑关

键。依照我国《刑法》及相关司法解释规定，在道路上驾驶机动车，血液酒精含量达到

80mg/100ml以上的，以危险驾驶罪定罪处罚；血液酒精含量达到200mg/100ml以上的，从

重处罚。司法审判实践中，在无其他量刑情节的情况下，一般酒精含量达到200mg/100ml 以上较少考虑适用缓刑，酒精含量为80mg/100ml至200mg/100ml之间的，情节较轻，一般

考虑适用缓刑。而酒精含量这一关键证据需要及时固定且具有唯一性，事后无法补正更无

法重新测量，在被告人酒精含量的鉴定结果不能反映其实际饮酒量时，如何定罪量刑成为

一大难点。

我们认为，应根据个案的实际情况认定血液中酒精含量。若为逃避法律追究，在呼气

酒精含量检验或者抽取血样前又饮酒，血液中酒精含量应以检验结果为准，可依据该检验

结果定罪量刑。若并非为了逃避法律追究，在呼气酒精含量检验或者抽取血样前又饮酒

的，则不能以检验结果作为定罪量刑的依据。本案中，被告人陈建某在驾车前饮酒约五

瓶，驾车发生交通事故后再次饮酒一瓶，经司法鉴定其血样中酒精含量为

223.6mg/100ml，综合全案证据分析，在交警到达现场之前，其一直认为自己是“占理”的

一方，才会主动维护现场并等待交警处理、要求对方赔偿，可以推定陈建某在抽取血样前

又饮酒的行为并非为了逃避法律追究，因此本案定罪量刑所依据的酒精含量应当低于

223.6mg/100ml，但却无法查清具体是多少。一般而言，在无法查清血液中酒精含量的情

况下，根据疑罪从无原则，应当对被告人宣告无罪，但本案中，合议庭一致认为，由于被

告人陈建某在驾车发生交通事故前的饮酒量远远高于事故发生后的饮酒量，可以确定事故

发生前被告人陈建某血液中酒精含量应高于80mg/100ml，应以危险驾驶罪对其定罪处

罚，并按照有利于被告人的原则，对其从轻处罚并宣告缓刑，如此认定既符合打击酒后驾

车的立法原意，又符合该案实际情况。

编写人：四川省眉山市东坡区人民法院 梁织圆

21 超载型危险驾驶犯罪案件如何定罪量刑

——陈宝某危险驾驶案

【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（2016）豫1521刑初字第198号刑事判决书

2.案由：危险驾驶罪

【基本案情】

2016年6月10日15时40分许，被告人陈宝某驾驶豫S2××××号中型客车被罗山县公安交

通警察大队民警在省道219线罗山县龙山乡十里塘路段查获。经现场检查，该车核定载人

数为19人，查获时实际乘坐人为37人，超出核载人数18人，属于严重超载。

另查明，豫S2××××号车系登记在罗山县城乡公交有限公司名下的中型普通客车。该

车系罗山县城乡公交有限公司投放在“罗山至莽张”的城乡公交线路的城乡公交车辆之

一。“罗山至莽张”的公交线路途经站点为罗山县城关镇农行大钟、弘运汽车站、龙山乡十

里塘村、双店村、莽张乡槐店村、莽张村（街道）、凉亭村、李洼村、石头村、陈店村、

鲁塘村。2015年5月15日，罗山县公安交通警察大队向罗山县弘运公司城乡公交送达《交

通安全隐患整改通知》，要求将城乡公交公司使用性质为“公交客运”的车辆，变更为“公

路客运”。

【案件焦点】

对超载型危险驾驶犯罪案件如何定罪量刑。

【法院裁判要旨】

河南省信阳市罗山县人民法院经审理认为：被告人陈宝某无准驾车型驾

驶许可证驾驶中型载客汽车，并违反交通运输管理法规，严重超过额定乘员

载客，其行为构成危险驾驶罪，罗山县人民检察院指控罪名成立。被告人的

辩护人提出被告人不知道城乡公交与城市公交的区别，不知道不能超载的具

体限额，且豫S2××××号车运营时一直以城乡公交名义运营，认为本案涉事车

辆应按照城市公交标准计算荷载，超载人数应减掉12人，实际超载数额应为6

人，即陈宝某不构成犯罪的辩护意见。经查，豫S2××××号车虽使用性质登记

为公交客运，但该车运营路线系从罗山县城关镇农行大钟途径罗山县弘运汽

车站、龙山乡十里塘村、双店村、莽张乡槐店村、莽张村（街道）、凉亭

村、李洼村、石头村、陈店村至鲁塘村，不属于主要在城市建成区运营或者

主要在城市道路运营的客车；且罗山县公安交通警察大队2015年5月15日《交

通安全隐患整改通知》第六条明确要求罗山县弘运公司城乡公交公司使用性

质为“公交客运”的车辆，立即变更为“公路客运”。故豫S2××××号车应属于公

路客运车辆，不应参照城市公交的载客标准运营，其超过核载人数搭载乘客

的行为属于超载行为。综上，对辩护人的上述辩护意见本院不予采纳。陈宝

某到案后如实供述了犯罪事实，依法可以对其从轻处罚。被告人陈宝某自愿

悔罪，其行为没有造成其他危害后果，其居住地社区矫正部门亦出具了其适

用社区矫正的调查评估意见。依据其犯罪情节及悔罪表现，可以对其适用缓

刑。

河南省信阳市罗山县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十

三条之一第一款第（三）项、第六十七条第三款、第七十二条第一款及第三

款、第七十三条第一款及第三款、第五十二条之规定，作出如下判决：

被告人陈宝某犯危险驾驶罪，判处拘役二个月，缓刑四个月，并处罚金

人民币3000元。

宣判后，被告人未上诉，公诉机关未抗诉，判决已发生法律效力。

【法官后语】

由于超载型危险驾驶情况较为复杂，不同情形的超载型危险驾驶所反映出的行为人主

观恶性、社会危害性均有不同，加之目前尚未有明确的法律法规、司法解释对超载型危险

驾驶犯罪案件定罪量刑进行细化解释，所以法院在审理超载型危险驾驶案件之时，应该全

面考量案情，遵循主客观相一致原则，结合被告人的客观行为、主观恶性、认罪态度、行

为危险性等情节，在定罪量刑时综合判断，做到定罪准确，量刑适当。

本案中的被告人作为一名驾驶者，基于基本的驾车经验，在正常的逻辑思维下是应当

意识到自己在道路上严重超过额定乘员载客的行为会威胁到他人的生命健康和财产安全。

法律将“从事旅客运输”限定在具有商业性质的道路客运活动，将不具有商业性质的车

辆排除在外，如公司班车、家用的私家车等。因此，从事旅客运输业务应该具备两个特

征：第一，应当是具备商业性质的，以盈利为目的的运输活动。对于公司班车、私家车都

不应该认定为从事旅客运输业务。第二，对旅客运输业务要进行目的解释，不仅局限于依

法取得运营证书的车辆，还包括一些从事非法旅客运输业务的“黑车”。因为其危险性相对

于依法运营的车辆没有本质区别，甚至一些车况存在问题的“黑车”对社会的危害性会更

大，应当举轻以明重，将其纳入刑法规制的范围。

对于从事旅客运输业务的认定方面最大的争议点在于公交车的定位，即是否也属于从

事旅客运输业务的车辆。从公交车的运营情况来看，公交车属于从事旅客运输业务的车辆

应该是没有争议的，且根据运营现状来看，公交车大都出现过多载客的情况，特别是一些

大型城市，超载现象更是屡见不鲜。近年来，公交车事故时有发生，且经常导致群死群伤

的后果。但从目前的规定看，这种载客行为并不存在超载行为。

本案中涉案车辆虽使用性质登记为公交客运，但该车运营路线不属于主要在城市建成

区运营或者主要在城市道路运营的客车，罗山县公安交通警察大队2015年5月15日《交通

安全隐患整改通知》第六条明确要求罗山县弘运公司城乡公交公司使用性质为“公交客

运”的车辆，立即变更为“公路客运”。故豫S2××××号车应属于公路客运车辆，不应参照城

市公交的载客标准运营，其超过核载人数搭载乘客的行为属于超载行为。

综上所述，本案被告人无准驾车型驾驶许可证驾驶中型载客汽车，并违反交通运输管

理法规，严重超过额定乘员载客，其行为构成危险驾驶罪。

编写人：河南省信阳市罗山县人民法院 孔晶晶

22 客运车辆超载行为的认定

——孙祖某、张万某危险驾驶案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖北省枝江市人民法院（2016）鄂0583刑初字第89号刑事判决书

2.案由：危险驾驶罪

【基本案情】

被告人孙祖某与被告人张万某均为鄂E5××××号中型普通客运车股东，该车实际核载

19人。2016年2月1日11时许，被告人孙祖某驾驶该客车由枝江市七星台镇石套子村开往七

星台集镇，被告人张万某在该车上售票。起始站石套子村载客15人，在王家店村下客2

人，在赵楼子村载客7人，在陈家港村载客10人，在大埠街村载客6人，加上司机、售票员

及3个小孩；该车实际载客41人（含3名儿童）。该车行驶至孙家港村二组路段时被民警查

获。

【案件焦点】

从事旅客运输严重超载行为的认定。

【法院裁判要旨】

湖北省枝江市人民法院经审理认为：被告人孙祖某、张万某从事旅客运

输，严重超过额定乘员载客，其行为已构成危险驾驶罪，依法应受刑罚处

罚。归案后，被告人孙祖某、张万某如实供述了自己的犯罪事实，可依法从

轻处罚。被告人孙祖某的辩护人辩称孙祖某有坦白情节的辩护意见成立，本

院予以采纳。据此，依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三条之一第一

款第（三）项、第二十五条第一款、第六十七条第三款之规定，判决如下：

一、被告人孙祖某犯危险驾驶罪，判处拘役二个月，并处罚金3000元。

二、被告人张万某犯危险驾驶罪，判处拘役二个月，并处罚金3000元。

【法官后语】

本案处理重点主要在于从事旅客运输严重超载行为的认定。根据《刑法》第一百三十

三条之一第一款第三项的规定，从事校车业务或者旅客运输，严重超过额定乘员载客，或

者严重超过规定时速行驶的，处拘役，并处罚金。《刑法》第一百三十三条之一第二款规

定，机动车所有人、管理人对该条第一款第三项行为负有直接责任的，依照前款的规定处

罚。关于“严重超员”的司法认定，在目前最高人民法院尚无明确司法解释的情形下，可参

考公安部关于严重超员、严重超速危险驾驶刑事案件立案标准相关规定：“在道路上驾驶

机动车从事校车业务或者公路客运、旅游客运、包车客运，有下列严重超过额定乘员载客

情形之一的，可以立案侦查：（一）驾驶大型载客汽车，载客超过额定乘员50%以上或者

超过额定乘员15人以上的；（二）驾驶中型载客汽车，载客超过额定乘员80%以上或者超

过额定乘员10人以上的；（三）驾驶小型、微型载客汽车，载客超过额定乘员100%以上

或者超过额定乘员7人以上的。”本案中，被告人孙祖某驾驶的鄂E5××××号中型普通客运

车核载19人，实际载客41人，严重超过额定乘员载客，其行为已构成危险驾驶罪。被告人

张万某作为鄂E5××××号中型普通客运车辆的股东，亦应按照危险驾驶罪的规定处罚。被

告人孙祖某、张万某归案后如实供述了自己的犯罪事实，依法可以从轻处罚。

编写人：湖北省枝江市人民法院 许彩玲

23 重大责任事故罪中发包业主的刑事责任认定

——李某等重大责任事故案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2016）京02刑终字第648号刑事裁定书

2.案由：重大责任事故罪

【基本案情】

2014年5月至2015年1月，被告人李某将其购买的北京市西城区德内大街××号院的建

设改造工程委托给无建筑资质条件的被告人卢某的个体施工队。被告人李某要求被告人卢

某超出建设工程规划许可证的内容，违法建设地下室，深挖基坑。被告人卢某负责管理、

指挥施工，另指派无执业资格的被告人李某甲负责施工现场管理、指挥等工作其间，在施

工人员提出存在事故隐患时，被告人李某、卢某未采取措施仍继续施工。2015年1月24日

凌晨3时许，因基坑支护结构不合理、支护结构承载力不足、地下水控制不力，导致施工

现场发生坍塌，造成东侧毗邻的德胜门内大街道路塌陷，北侧毗邻的部分民房倒塌损坏，

西侧、南侧毗邻的办公楼受到损坏。经鉴定，因××号院施工现场坍塌造成东侧毗邻的德

胜门内大街道路塌陷，西侧、南侧毗邻的办公楼受到损坏，北侧部分民房受损的直接经济

损失为人民币5835234元。同时，该起事故还造成了德胜门外大街由北向南交通中断，德

胜门西大街、鼓楼西大街和新街口北大街交通拥堵，给周围居民和多家单位的正常生活、

工作造成影响。

2015年1月24日，被告人李某甲在施工现场被当场抓获，同年1月31日，被告人卢某在

投案途中被抓获，同年2月10日，被告人李某在江苏省徐州市家中被抓获。

【案件焦点】

被告人李某作为业主，将案发地的修建工程发包给第三方，是否应该对

案发事故承担主要责任。

【法院裁判要旨】

北京市西城区人民法院经审理认为：根据法庭质证已确认的证据证实，

被告人李某虽与山东甲建筑集团有限公司签订过合同，但因被告人李某无法

提供相应的修建手续，山东甲建筑集团有限公司明确表示合同无法履行，后

被告人李某让无任何资质的卢某的个体施工队接手该工程，山东甲建筑集团

有限公司实际从未参与过该工程的修建；开挖地下室五层是被告人李某以××

号院业主的身份对卢某、李某甲等人提出的要求，且在施工人员对此提出异

议的情况下，被告人李某仍予以坚持。被告人李某的辩解及其辩护人的上述

辩护意见，与法庭查明的事实不符，本院不予采纳。

北京市西城区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百三十四条第

一款，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、第三款及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害生产安全刑事

案件适用法律若干问题的解释》第一条，第七条第一款，第十二条第一款第

（三）项之规定和《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问

题的解释》第一条之规定，判决如下：

一、被告人李某犯重大责任事故罪，判处有期徒刑五年。

二、被告人卢某犯重大责任事故罪，判处有期徒刑三年六个月。

三、被告人李某甲犯重大责任事故罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年。

被告人李某、卢某不服一审判决提出上诉。李某的上诉理由及其在二审

庭审中的辩解为：其将案发地的修建工程交于曹某及山东甲集团有限公司施

工并签有合同，相关的施工许可手续办理亦由曹某负责，开挖地下五层系卢

某等人提出并施工，其作为合同一方只是接受施工结果并给付费用，其不应

对本次事故承担责任。李某的辩护人的辩护意见为：原判采信的鉴定意见的

鉴定机构、鉴定人的资质存在疑问，鉴定所确定的损失金额不准确，应当重

新鉴定；关于本次事故，是由于施工人员不按照正常的施工规范操作所致，

施工人应承担主要责任，一审判决不公。卢某的上诉理由及其在二审庭审中

的辩解为：其在本次事故中不负主要责任，原判认定的损失数额过高，对其

量刑过重。卢某的辩护人所提辩护意见与卢某的意见一致，并提出本案价格

评估、价格鉴定评估单位、鉴定机构的资质存疑，鉴定确定的损失金额过

高，建议重新鉴定。李某甲在二审期间对一审判决未提出异议。

北京市第二中级人民法院经审理认为：在案证据可以明确证实，李某虽

与山东甲建筑集团有限公司签订过合同，但因被告人李某无法提供相应的修

建手续，山东甲建筑集团有限公司明确表示合同无法履行，后被告人李某让

无施工资质的卢某的个体施工队接手该工程，山东甲建筑集团有限公司实际

从未参与过该工程的修建；开挖地下室五层是被告人李某以××号院业主的身

份对卢某、李某等人提出的要求，且施工期间，北京市规划委西城分局工作

人员曾对其约谈，明确提出该处系违法施工，要求其停止施工；施工人员在

施工过程中亦曾提出异议，被告人李某仍予以坚持，故李某应系本次事故的

主要责任人。

北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二

十五条第一款第（一）项之规定，作出裁定如下：

驳回李某、卢某的上诉，维持原判。

【法官后语】

重大责任事故罪的犯罪主体是一般主体，本案中李某是××号院的业主、实际控制

人，××号修建工程的发包人，卢某是负有管理职责的包工头，李某甲是现场施工的管理

人员。被告人李某将××号院修建工程发包给无任何施工资质的卢某，并要求卢某违反规

划许可违章建设地下室，卢某、李某甲在无资质的情况下承揽该工程，在没有施工图纸，

没有任何技术保障的情况下按照李某的要求开挖地下室。被告人三人都违反了安全管理规

定，最终造成施工现场坍塌，现鉴定直接损失已达583万余元，且情节特别恶劣。被告三

人的行为都构成犯罪。

被告人李某关于其将××号修建工程委托给有资质的山东甲建筑集团有限公司的辩

解，在案的证人证言，包括同案犯的供述都证实，被告人李某虽与山东甲建筑集团有限公

司签订过合同，但因无法提供相应的修建手续，山东甲建筑集团有限公司明确表示退出并

要求收回合同原件，××号院的地下室修建山东甲建筑集团有限公司及曹某未实际参与

过，被告人李某对此情况亦是清楚的；被告人李某关于其不应负刑事责任的辩解，经查，

被告人李某在明知其修建地下室是违规的情况下，依然决定开挖地下室，并将该修建工程

发包给无任何资质的卢某的个体施工队，在规划委等相关部门发现其违规建设地下室对其

进行约谈，明确告知其这种建设行为违规必须回填时，其依然继续开挖地下室，直至最终

事故发生，被告人李某的辩解纯属推卸责任，其与山东甲集团所签的合同本质是以合法形

式掩盖其非法开挖地下室的目的，这份实际上也未履行过的合同不应成为其不负刑事责任

的理由。

被告人李某的辩护人关于其不是此次事故的直接责任人和主要责任人的辩护意见，根

据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害生产安全刑事案件适用法律若干问题的

解释》的规定，重大责任事故罪的犯罪主体包括对生产、作业负有组织、指挥或管理职责

的负责人、管理人、实际控制人、投资人等人员，以及直接从事生产、作业的人员。经

查，被告人李某是××号院的业主，即实际控制人，也是××号院修建工程的唯一投资人，

本案中决定开挖地下室的是李某，发包给无资质的个体施工队的也是李某，其所实施的行

为与本次事故的发生有着直接密切的关系。被告人李某的辩护人的此辩护意见与事实不

符，不应采纳。

编写人：北京市西城区人民法院 冀敏

[[1]](#p33) 参见高铭暄、徐宏：《如何理解刑法中的“非法买卖”枪支概念》，载《人民法院

报》2014年6月25日。

[[2]](#p38) 王永波：《无罪推定原则的内容和意义》，载《当代法学》2001年第10期。

[[3]](#p65) 侯国云：《刑法因果关系新论》，中国人民公安大学出版社2012年版，第269页。

[[4]](#p65) 张明楷：《刑法学》（第五版），法律出版社2016年，第190页。

二、破坏社会主义市场经济秩序罪

（一）生产、销售伪劣商品罪

24 生产、销售假冒食盐的行为应当如何定性

——黄金标等生产、销售伪劣产品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区宜州市人民法院（2016）桂1281刑初字第194号刑事判决

书

2.案由：生产、销售伪劣产品罪

【基本案情】

2014年8月至2015年11月，被告人黄金标在未取得食盐专卖许可的情况下，私自购买

散装盐、印有“甲”字样的包装袋、封口机、打包机等设备，在其租住的位于南宁市兴宁区

三塘镇杨柳路的一间民房内，先后与张大某、陆丽某一起将散装盐包装成假冒的“甲”牌海

藻碘盐，后黄金标将其制作的假冒“甲”牌海藻碘盐销售给被告人蓝祯某、黎锦某和刘某

（另案处理）等人。蓝祯某、黎锦某在向黄金标购买得假冒“甲”牌海藻碘盐后，又将该盐

销售给他人。2016年1月11日，公安机关在黄金标租住的南宁市兴宁区三塘镇路东小学附

近的一间房间内依法查获假冒“甲”牌海藻碘盐8小包、打包机、封口机、量筒等物品。

2016年1月13日，黎锦某主动到田阳县公安局投案。

2014年至2015年，蓝祯某与他人购买得“乙”牌味精、颗粒盐和印有“丙”牌字样的包装

袋等物品，并在其租住的位于南宁市江南区沙井街道仁义村的一间民房内生产包装假冒

的“丙”牌味精，后全部销售给他人。

公诉机关认为，被告人黄金标、蓝祯某违反国家规定，未经许可经营法律规定的专营

物品，情节严重，其行为触犯《刑法》第二百二十五条的规定，构成非法经营罪；被告人

蓝祯某、黎锦某在生产、销售产品的过程中，以不合格产品冒充合格产品，销售金额分别

为51835元和54060元，其行为触犯了《刑法》第一百四十条，蓝祯某构成生产、销售伪劣

产品罪，黎锦某构成销售伪劣产品罪。提请法院依法惩处。

被告人黄金标及其辩护人提出：黄金标没有将假冒的“甲”牌海藻碘盐销售给潘明某；

起诉书指控黄金标销售假冒的“甲”牌海藻碘盐给刘某所得的231680元中，应扣除黄金标向

刘某购买粗盐的货款；黄金标生产、销售的假冒“甲”牌海藻碘盐虽属于伪劣产品，但生

产、销售伪劣产品属于非法经营罪的客观表现之一，因此黄金标的行为应当构成非法经营

罪。

【案件焦点】

被告人黄金标、蓝祯某生产、销售假冒食盐的行为应当如何定性。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区宜州市人民法院经审理认为：对于起诉书指控2014年10

月至2016年1月期间，被告人黄金标将假冒的“甲”牌海藻碘盐销售给被告人蓝

祯某获款87456元的事实，经查，虽然黄金标账户银行流水统计表经蓝祯某和

黄金标签字确认蓝祯某向黄金标支付购买假冒“甲”牌海藻碘盐的货款为87456

元，但经过核对黄金标账号为62179961100××××××××的账户交易明细，该

87456元中的两笔款项，即2015年1月13日的5600元和2015年1月16日的10000

元，并非从蓝祯某的账户汇入黄金标的账户，而是从刘某妻子陆某的账户汇

入黄金标的账户，因此该两笔款项不属于蓝祯某向黄金标支付购买假冒“甲”牌

海藻碘盐的货款。综上，黄金标将假冒“甲”牌海藻碘盐销售给蓝祯某所得的货

款应当认定为71856元。起诉书认定黄金标将假冒“甲”牌海藻碘盐出售给蓝祯

某后所得的款项有误，应予以纠正。

对于被告人黄金标辩解其没有销售假冒“甲”牌海藻碘盐给潘明某，辩护人

韦某提出起诉书指控黄金标销售假冒“甲”牌海藻碘盐给潘明某的事实不清，证

据不足的辩解及辩护意见，经查：1.证人潘明某证实，其五次通过蓝祯某向黄

金标购买291件假冒的“甲”牌海藻碘盐，蓝祯某在侦查阶段供述过一次，其曾

帮助潘明某几次向黄金标购进不超过200件的假冒“甲”牌海藻碘盐并让黄金标

直接发货给潘明某的客户，但在庭审过程中蓝祯某辩解其只帮潘明某向黄金

标购买过一次假盐，其余的都是潘明某和黄金标自己联系的，因此潘明某的

证言与蓝祯某的供述存在矛盾；2.证人潘明某证实，其通过蓝祯某向黄金标购

买假冒的“甲”牌海藻碘盐后，由黄金标将盐运送给刘某及南宁市丁粮油批发

部，但证人刘某的证言中未提到其与潘明某购买海藻碘盐的情况，侦查机关

既没有提供南宁市丁粮油批发部相关人员的证言，也没有在刘某和南宁市丁

粮油批发部处扣押到潘明某贩卖的“甲”牌海藻碘盐，因此潘明某的上述证言并

没有其他证据予以佐证。综上，本院认为，潘明某的证言与蓝祯某的供述存

在矛盾，且潘明某的证言没有其他证据予以佐证，因此仅凭孔令某、黄金标

的账户交易明细，不足以认定黄金标将6.02吨假冒“甲”牌海藻碘盐销售给潘明

某以及从孔令某账户汇入的23550元即为潘明某向黄金标支付的购买假

冒“甲”牌海藻碘盐货款的事实，故对于公诉机关的上述指控事实不清，证据不

足，不予认定。

对于被告人黄金标、辩护人韦某提出黄金标销售给刘某假冒“甲”牌海藻碘

盐所获得的231680元中，有10000元是黄金标销售给刘某粗盐的货款，经查，

刘某证实其确实向黄金标购买过粗盐，但金额大概是1500元左右。综上，可

以确认刘某曾向黄金标购买过粗盐的事实。由于黄金标和刘某在支付粗盐货

款的供述上不一致，且没有其他证据与其供述相证实，因此从有利于被告人

的角度，应认定刘某支付给黄金标粗盐的货款为10000元。综上，黄金标销售

给刘某假冒“甲”牌海藻碘盐所获得的款项为221680元。

对于辩护人吴某某提出蓝祯某出售的假冒“丙”牌味精所得的货款应当扣除

蓝祯某支付的运费的辩护意见，经查，根据《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》的

规定，销售金额是指生产者、销售者出售伪劣产品后所得和应得的全部违法

收入。根据蓝祯某的账户交易明细、覃秀某、黄锦某、陶海某的证言及蓝祯

某的供述，蓝祯某出售假冒“丙”牌味精所得的违法收入为52135元，因公诉机

关仅指控蓝祯某的销售金额为51835元，因此认定蓝祯某出售假冒“丙”牌味精

所得的货款为51835元。

关于本案的定性问题。对于辩护人韦某、吴某某提出被告人黄金标、蓝

祯某的行为应当构成非法经营罪的辩护意见，经查，根据《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》的规定，实施生产、销售伪劣商品犯罪，同时构成侵犯知识产

权、非法经营等其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。由于黄金标、

蓝祯某的行为同时构成非法经营罪和生产、销售伪劣产品罪，故根据本案的

犯罪情节，应以处罚较重的生产、销售伪劣产品罪对黄金标、蓝祯某定罪处

罚。

被告人黄金标生产、销售不合格绿色食品食用盐，销售金额为347596

元，被告人蓝祯某销售不合格绿色食品食用盐，生产并销售不合格味精，销

售金额为123691元，其行为均已构成生产、销售伪劣产品罪；被告人黎锦某

销售不合格绿色食品食用盐，销售金额为54060元，其行为已构成销售伪劣产

品罪。公诉机关指控被告人黄金标、蓝祯某的罪名有误，本院予以纠正，公

诉机关指控被告人黎锦某犯销售伪劣产品罪的事实和罪名成立。被告人黎锦

某犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行，是自首，可以从轻处罚。被告

人黄金标、蓝祯某归案后如实供述自己的罪行，可以从轻处罚。对于辩护人

韦某、吴某某、韦某某提出黄金标、蓝祯某、黎锦某归案后认罪态度好，可

以从轻处罚的辩护意见，本院予以采纳。被告人黎锦某犯罪后自动投案，归

案后认罪、悔罪态度较好，可以依法对被告人黎锦某从轻处罚并宣告缓刑。

广西壮族自治区宜州市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百四

十条、第四十五条、第四十七条、第五十二条、第五十三条、第六十一条、

第六十二条、第六十四条、第六十七条第一款及第三款、第七十二条第一

款、第七十三条第二款及第三款和《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》第一条、第

二条第一款、第十条之规定，判决如下：

一、被告人黄金标犯生产、销售伪劣产品罪，判处有期徒刑四年，并处

罚金人民币十七万五千元。

二、被告人蓝祯某犯生产、销售伪劣产品罪，判处有期徒刑一年一个

月，并处罚金人民币六万二千元。

三、被告人黎锦某犯销售伪劣产品罪，判处有期徒刑六个月，缓刑一

年，并处罚金人民币三万元。

四、查获的假冒“甲”牌海藻碘盐、假冒“丙”牌味精由保存机关依法处置。

【法官后语】

黄金标等人在未取得食盐专卖许可的情况下，利用封口机、打包机等设备，私自将其

购买的散装盐包装成假冒的“甲”牌海藻碘盐，该盐能否认定为假冒伪劣产品？《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》的第一条对伪劣产品的内涵进行了明确，并规定“上述行为难以确定的，应当委托法

律、行政法规规定的产品质量检验机构进行鉴定”。因此可以看出，对伪劣产品的认定，

司法鉴定并不是必经程序，只有在是否属于伪劣商品难以确定时，才有必要进行鉴定。如

果一般消费者依其直观感觉就能断定所涉商品系伪劣商品，或者控辩双方对所涉商品系伪

劣商品没有异议，鉴定就不是必要程序。根据本案的案情，黄金标等人在未取得食盐专卖

许可的情况下私自生产的“甲”牌海藻碘盐经过鉴定，为不合格绿色食品食用盐，且控辩双

方对本案涉及的盐为伪劣产品无异议，因此可以认定黄金标等人生产的假冒“甲”牌海藻碘

盐为伪劣产品。

关于本案定性的问题。《最高人民检察院关于办理非法经营食盐刑事案件具体应用法

律若干问题的解释》第一条规定，违反国家有关盐业管理规定，“非法生产、储运、销售

食盐，扰乱市场秩序，情节严重的，应当依照刑法第二百二十五条的规定，以非法经营罪

追究刑事责任。”第二条规定：“非法经营食盐，具有下列情形之一的，应当追究刑事责

任：（一）非法经营食盐数量在二十吨以上的；（二）曾因非法经营食盐行为受过二次以

上行政处罚又非法经营食盐，数量在十吨以上的。”该司法解释仅对非法经营食盐的立案

标准进行确定，但未规定在何种情况下非法经营食盐属于情节特别严重。《刑法》第一百

四十条规定：“生产者、销售者在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好或者以不合格

产品冒充合格产品，销售金额五万元以上不满二十万元的，处二年以下有期徒刑或者拘

役，并处或者单处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；销售金额二十万元以上不满五

十万元的，处二年以上七年以下有期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚

金……”。根据本案的证据，确认黄金标未取得食盐专卖许可，生产、销售的假冒“甲”牌

海藻碘盐为92.45吨，销售金额共计347596元，蓝祯某未取得食盐专卖许可，销售的假

冒“甲”牌海藻碘盐为21.5吨，销售金额共计71856元，因此二人的行为同时触犯非法经营

罪和生产、销售伪劣产品罪。根据《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》第十条的规定，实施生产、销售伪劣商

品犯罪，同时构成侵犯知识产权、非法经营等其他犯罪的，依照处罚较重的规定处罚。因

此若以非法经营罪追究被告人黄金标、蓝祯某的刑事责任，蓝祯某的行为刚达到非法经营

罪的立案标准，黄金标则应在五年以下有期徒刑的幅度内对其量刑；若以生产、销售伪劣

产品罪追究黄金标的刑事责任，黄金标应在二年以上七年以下的幅度内量刑，蓝祯某在二

年以下的幅度内量刑。经过比较，生产、销售伪劣产品罪无论在量刑区间或是具体量刑上

均明显重于非法经营罪，因此黄金标、蓝祯某的犯罪行为应当构成生产、销售伪劣产品

罪。

编写人：广西壮族自治区宜州市人民法院 黄蓉

25 销售治病“假药” 如何定罪量刑

——蔡某甲、蔡某乙销售假药案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省汝州市人民法院（2017）豫0482刑初字第229号刑事判决书

2.案由：销售假药罪

【基本案情】

被告人蔡某甲、蔡某乙系兄弟关系。2016年年初以来，被告人蔡某甲为赚取差价，通

过QQ与一名自称为印度人的男子取得联系，以每瓶500～1500元不等的价格多次购进

sofosbuvir（中文名索非布韦）和daclatasvir（中文名为达卡他韦）等用于治疗丙肝的药

品，再通过到汝州市某医院发放名片等形式，以700～1700元不等的价格将上述药物销售

给王培某、杨改某、张献某等十余名丙肝患者，部分患者使用后，对丙肝有明显的治疗效

果。被告人蔡某乙在明知国家禁止销售国外代购药品的情况下，按照蔡某甲的指使开车向

患者配送药品。

截至2016年9月18日，蔡某甲、蔡某乙共计销售上述药品金额累计8万余元，获利约

15000元。经汝州市食品药品监督管理局认定，蔡某甲、蔡某乙销售的药品“索非布

韦”和“达卡他韦”均无进口注册信息和进口药品批准文号，上述药品均属于《药品管理

法》第四十八条第三款第（二）项规定的“依照本法必须批准而未经生产、进口的药品”的

情形，应按假药论处。

汝州市人民检察院指控认为，二被告人的行为构成销售假药罪，提请以销售假药罪追

究二被告人的刑事责任。

被告人辩护人提出，对公诉机关指控定性无异议，但依照相关司法解释，销售少量未

经批准进口的国外药品，没有造成他人伤害后果或者延误诊治的，不认为是犯罪。

【案件焦点】

本案二被告人的行为是否构成销售假药罪。

【法院裁判要旨】

河南省汝州市人民法院经审理认为：被告人蔡某甲、蔡某乙违反国家药

品管理法规，在明知国家禁止销售国外代购药品的情况下，销售被按假药论

处的“索非布韦”“达卡他韦”，二被告人的行为均已构成销售假药罪，且系二人

以上共同故意犯罪。公诉机关指控二被告人的罪名成立，予以支持。辩护人

提出“二被告人销售少量未经批准的进口药品，没有造成他人伤害后果，不认

为是犯罪”的意见，经查，依照《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》第十一条规定：销售少量未

经批准进口的国外、境外药品，没有造成他人伤害后果或者延误诊治，情节

显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。本案中二被告人销售未经批准进口

的“索非布韦”“达卡他韦”62瓶，价值8万余元，从药品数量及销售款项上来

说，已超出该解释中规定的“少量”的范畴，应按销售假药罪追究二被告人的刑

事责任，故对该辩护意见，不予采纳。被告人蔡某乙系从犯，依法应从轻、

减轻或免除处罚。从本案相关证人证言证实的内容看，二被告人销售的药品

没有造成他人伤害后果，部分病人证言证实确实对丙肝有较好的治疗效果。

结合二被告人犯罪的具体手段极其后果，法院认为二被告人犯罪情节轻微，

依法可免予刑事处罚。二被告人销售药品非法获利15000元，依法予以追缴，

上缴国库。依照《中华人民共和国刑法》相关规定，作出上述判决。

宣判后，公诉机关未抗诉，二被告人均未上诉。

【法官后语】

本案二被告人的行为是否构成销售假药罪，存在两种不同意见。

第一种意见认为，二被告人的行为不构成销售假药罪，本案的特殊性就在于本案销售

的假药是法律拟制的假药，一些患者还称治好了他们的丙肝，因此这种治病的“假药”，不

会危害人体健康，相反治好了购药者的病患，虽然销售行为违法，但并不具有社会危害

性，依照刑法的相关理论，不具有社会危害性就不具有可处罚性，因此认为二被告人的行

为不构成犯罪。

第二种意见认为，二被告人的行为构成销售假药罪。本案二被告人销售“索非布

韦”“达卡他韦”62瓶，价值8万余元，不论从数量上或是价值上来说，都已超出对“少量”的

理解，同时按照相关规定，销售数额10万元即构成非法经营罪，因此，本案中销售数额8

万元，不应认为属于该司法解释规定的少量，故二被告人的行为构成销售假药罪。

行为具有刑事违法性、社会危害性是犯罪构成的基本特征，而社会危害性更是决定对

行为人科处刑罚的必要条件。一个行为如果不具有社会危害性，即使他在刑法上是违法

的，也不能按犯罪予以追究。本案分歧意见的双方争执的焦点就在于对本案涉案二被告人

行为是否具有社会危害性的不同理解。

在对具体案件的社会危害性进行考察时，应当采用全面的观点，社会危害性是由多种

因素决定的，衡量社会危害性的大小，应当综合各种情况，全面分析认定。本案中二被告

人所销售的“索非布韦”“达卡他韦”属于我国尚未批准上市的治疗肝病的特效药，经查询相

关资料，对治疗肝病确实有特效，因此，国内的许多患者通过走私渠道来低价获取这些药

物，二被告人正是发现其中有利可图，才着手实施这一行为。因此，从这种药品对人体可

能造成的危害来看，确实没有危害性，甚至是有益的，但如果仅从这一点出发来考察二被

告人行为的社会危害性，必然得出二被告人不构成犯罪的结论。但犯罪行为触犯的客体往

往是多方面的，我们不能仅从这一个方面去考察，销售假药罪在我国刑法体系中规定在破

坏社会主义市场经济秩序罪这一章的生产、销售伪劣产品罪这一节中，从这一体系安排来

看，销售假药罪侵犯的客体就不会是单一的，除了可能对人体的危害之外，他还侵犯了我

国的药品管理制度这一客体，如果从这一角度去考察，二被告人的行为虽然可能对一小部

分患者带来好处，但其造成我国药品管理制度的破坏却是不可弥补的，任何人未经任何部

门批准或许可，就从国外走私药品在国内贩卖盈利，其造成的潜在性的危险却可能危及大

部分人，必须对这一行为进行否定性的评价，才能维护我国正常的药品管理制度的运行。

因此，从这一角度去考察，二被告人的行为侵犯了我国的药品管理制度，具有社会危害

性。本案以销售假药罪对二被告人定罪是符合我国法律规定的。同时，结合二被告人犯罪

的具体情节，危害程度，二被告人能认罪，并能主动退交违法所得，对二被告人判处免予

刑事处罚也是合理的。

编写人：河南省汝州市人民法院 王晓辉

26 不合格的盐是否可以认定为有毒、有害非食品原料

——刘某等生产、销售不符合安全标准的食品案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省南通市中级人民法院（2016）苏06刑终字第276号刑事裁定书

2.案由：生产、销售不符合安全标准的食品罪

【基本案情】

2015年4月底的一天，被告人谢支某在被告人廖声某经营的南通市港闸区甲工地食堂

内向黄传某及被告人廖声某声称可以买到便宜的盐，黄传某与被告人廖声某遂让被告人谢

支某帮助各买一袋。同年5月2日，被告人谢支某从宿迁市宿豫区某市场B区五街36号被告

人刘某经营的名东食品经营部以人民币110元的价格向被告人刘某购买了两袋盐（包装上

印的全是英文，译文为“印染助剂”）。同年5月4日，被告人谢支某以人民币60元/袋的价

格将上述两袋盐分别卖给黄传某及被告人廖声某。后被告人廖声某使用其买来的盐制作食

品销售给甲工地上的工人食用。

2015年5月8日，南通市盐务管理局在被告人廖声某经营的工地食堂内查获该两袋疑似

工业盐（一袋已开封，另一袋未开封）以及内有疑似工业盐的瓷碗一只。经称重，已开封

的一袋疑似工业盐质量为48.25千克，未开封的质量为50.3千克，碗内疑似工业盐质量为

0.41千克。经鉴定，两袋疑似工业盐以及碗内的疑似工业盐均检测出亚硝酸钠成分，含量

分别为0.1mg/kg、0.03mg/kg、0.05mg/kg，检验报告的结论是“碘项目不符合GB5461-2000《食用盐》标准的精制盐二级品要求，检验结论为不合格”。

公诉机关认为被告人廖声某在生产、销售的食品中掺入有毒、有害非食品原料，被告

人刘某、谢支某明知他人生产、销售有毒、有害食品，仍向他人提供有毒、有害非食品原

料，其行为均已触犯《刑法》第一百四十四条的规定，应当以生产、销售有毒、有害食品

罪追究其刑事责任。

被告人刘某、谢支某、廖声某的辩护人认为被告人刘某、谢支某、廖声某对该盐来路

不正规是明知的，但其对该盐产品中含有毒有害物质是不明知的；根据鉴定意见，本案中

被查获的盐鉴定结论是不合格，并没有证明涉案的盐是有毒有害物质，事实上，亚硝酸钠

作为食品添加剂不属于《刑法》第一百四十四条规定的有毒、有害非食品原料；根据鉴定

该盐产品中亚硝酸盐的含量为0.05mg/kg，0.03mg/kg，0.1mg/kg，该亚硝酸盐含量标准符

合国家食用盐卫生标准。

【案件焦点】

经检验不合格的盐是否可以认定为有毒、有害非食品原料。

【法院裁判要旨】

江苏省南通市港闸区人民法院经审理认为：生产、销售有毒、有害食品

罪是指在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料，或者销售明知

掺有有毒、有害的非食品原料的食品的行为。根据《最高人民法院、最高人

民检察院关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第二十

条的规定，下列物质应当认定为“有毒、有害的非食品原料”：（一）法律、法

规禁止在食品生产经营活动中添加、使用的物质；（二）国务院有关部门公

布的《食品中可能违法添加的非食用物质》《保健食品中可能非法添加的物

质名单》上的物质；（三）国务院有关部门公告禁止使用的农药、兽药以及

其他有毒、有害物质；（四）其他危害人体健康的物质。虽然本案中涉及的

盐通过检测含有微量的亚硝酸钠成分，但仅从该检测报告不能必然证明该盐

属于“有毒、有害的非食品原料”。

经江苏省质量技术监督盐业产品质量检验站检验，本案涉及的盐不含

碘。根据江苏省卫生厅于2012年2月15日发布的《关于食用盐碘含量的通

告》，江苏省选择的食用盐碘含量的平均水平为25mg/kg，允许碘含量的波动

范围为18～33mg/kg，故，江苏省属于缺碘地区。被告人刘某、谢支某在缺碘

地区以不含碘的盐充当食用盐销售，被告人廖声某使用不含碘的盐加工食物

销售给工人食用，其行为均不符合食品安全标准，足以造成碘缺乏引起的严

重食源性疾病，被告人刘某、谢支某构成销售不符合安全标准的食品罪，被

告人廖声某构成生产、销售不符合安全标准的食品罪。

江苏省南通市港闸区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百四十

三条、第六十七条第一款及第三款、第六十四条的规定，作出如下判决：

一、被告人刘某犯销售不符合安全标准的食品罪，判处拘役三个月，并

处罚金人民币二千元。被告人谢支某犯销售不符合安全标准的食品罪，判处

拘役三个月，并处罚金人民币二千元。被告人廖声某犯生产、销售不符合安

全标准的食品罪，判处拘役三个月，并处罚金人民币二千元。

二、追缴被告人刘某非法所得人民币110元，上缴国库。

一审宣判后，被告人刘某提起上诉。

江苏省南通市中级人民法院经审理认为：根据江苏省卫生厅2012年2月15

日发布的《关于食用盐碘含量的通告》的规定，江苏省属于缺碘地区，食用

盐的碘含量平均值为25mg/kg，允许碘含量波动范围为18～33mg/kg，上诉人

刘某从非正规渠道购进中文译名为“印染助剂”、经检验碘含量为零的盐，且明

知该工业盐人不能食用的情况下，为牟取非法利益，仍在缺碘地区以不含碘

的工业盐充当食用盐进行销售，不符合食品安全标准，足以造成碘缺乏引起

的严重食源性疾病，其行为符合《中华人民共和国刑法》第一百四十三条关

于销售不符合安全标准的食品罪的构成要件。原判决对上诉人的定罪量刑正

确。据此，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第

（一）项之规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案中公诉机关是以生产、销售有毒、有害食品罪对被告人刘某、谢支某、廖声某提

起公诉。三被告人是否构成该罪，关键在于盐务局从被告人廖声某工地上查获的疑似工业

盐是否属于“有毒、有害非食品原料”。根据检验报告，查获的两袋疑似工业盐以及碗内的

疑似工业盐均检测出亚硝酸钠成分，含量分别为0.1mg/kg、0.03mg/kg、0.05mg/kg，检验

报告的结论是“碘项目不符合GB5461-2000《食用盐》标准的精制盐二级品要求，检验结

论为不合格”。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害食品安全刑事案件适用法

律若干问题的解释》第二十条的规定，下列物质应当认定为“有毒、有害的非食品原料”：

（1）法律、法规禁止在食品生产经营活动中添加、使用的物质；（2）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》《保健食品中可能非法添加的物质名单》上的

物质；（3）国务院有关部门公告禁止使用的农药、兽药以及其他有毒、有害物质；（4）

其他危害人体健康的物质。根据公诉机关提供的中华人民共和国卫生部国家食品药品监督

管理局的公告“自2012年5月28日起，严禁餐饮服务单位采购、贮存、使用食品添加剂亚硝

酸盐”，从而可以认定，亚硝酸盐属于“有毒、有害的非食品原料”，而亚硝酸盐是一类无

机化合物的总称，主要指亚硝酸钠。本案中查获的盐经检验虽然含有微量的亚硝酸钠，但

其主要成分还是氯化钠，不能直接就将该盐与亚硝酸盐画上等号。基于此，合议庭认为，

三被告人的行为不符合生产、销售有毒、有害食品罪。

本案中查获的盐经检测不含碘，而江苏省属于缺碘地区。根据江苏省卫生厅于2012年

2月15日发布的公告，江苏省食用盐碘含量的平均水平（以碘元素计）为25mg/kg，允许

碘含量的波动范围为18～33mg/kg。综上分析，被告人刘某、谢支某在缺碘地区销售不含

碘的盐，被告人廖声某使用不含碘的盐加工食物销售给工人食用，不符合食品安全标准，

足以造成碘缺乏引起的严重食源性疾病，被告人刘某、谢支某构成销售不符合安全标准的

食品罪，被告人廖声某构成生产、销售不符合安全标准的食品罪。

编写人：江苏省南通市港闸区人民法院 黄玲

（二）妨害对公司、企业的管理秩序罪

27 受贿罪与非国家工作人员受贿罪的区别

——潘远某非国家工作人员受贿案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区贺州市中级人民法院（2015）昭刑初字第223号刑事判决

书

2.案由：非国家工作人员受贿罪

【基本案情】

被告人潘远某于2007年至2012年先后担任昭平县农村信用合作联社理事长兼党委书

记、广西昭平农村合作银行董事长兼党委书记、广西昭平农村商业银行董事长兼党委书记

期间，收受了承建该单位基层网点建设工程的工程承包人黄新某（另案处理）给予的现金

人民币64000元，并利用其职权在每次的工程进度款等相关审批表中签字，使得黄新某能

够顺利拿到工程进度款。2015年8月17日，被告人潘远某主动到富川瑶族自治县人民检察

院投案。同年8月19日，被告人潘远某将收受的64000元退至富川瑶族自治县人民检察院，

后该款转至昭平县人民检察院。

【案件焦点】

被告人潘远某的行为构成受贿罪还是非国家工作人员受贿罪。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区昭平县人民法院经审理认为：被告人潘远某作为公司、

企业的工作人员，其利用职务上的便利，非法收受他人财物，数额较大，为

他人谋取利益，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第一百六十三条之规

定，构成非国家工作人员受贿罪。公诉机关指控被告人潘远某犯受贿罪不

当，应予纠正。被告人自动投案，如供述自己的罪行，是自首，且犯罪较

轻，依法可以免除处罚。被告人积极退赃，可以酌情从轻处罚。

广西壮族自治区昭平县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百六

十三条第一款、第六十七第一款、第六十四条及《最高人民法院关于处理自

首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条，《最高人民法院、最高人

民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条第一

款、第十一条第一款之规定，作出判决如下：

一、潘远某犯非国家工作人员受贿罪，免予刑事处罚。

二、潘远某退出的赃款人民币64000元，予以没收，由昭平县人民检察院

上缴国库。

一审宣判后，被告人潘远某未提出上诉，公诉机关未提起抗诉，判决已

生效。

【法官后语】

本案的争议焦点在于本案的定性应为受贿罪还是非国家工作人员受贿罪，这两种罪的

区别主要在于犯罪主体身份的不同。而本案中，要弄清被告人潘远某的身份情况，则首先

要弄清其所在单位的性质是属于国有企业还是其他企业。根据《公司法》及相关法理精

神，企业的性质应当以公司章程、企业工商登记的情况认定，国家对企业的支持和管理，

不能改变企业的性质。根据贺州市工商局提供的电脑咨询单、出资表、出资信息、营业执

照等书证证实，昭平县农村信用合作联社的经济类型为股份合作制企业，2005年以后改由

广西区农村信用社联合社行使管理职责；2009年3月，昭平县农村信用合作联社改为广西

昭平农村合作银行后，其类型为股份合作制社区性地方金融机构，股本金来源和归属设置

自然人股、法人股，不接受各级财政资金入股，改由中国银监会广西监管局行使管理职

责；2011年12月29日，中国银监会广西监管局同意昭平农村合作银行改为昭平农村商业银

行股份有限公司，由原农村合作银行自然人、企业法人以及其他经济组织等1337名股东共

同发起设立的股份制地方金融机构，是独立的企业法人，根据资本来源和归属设置自然人

股和法人股，2012年3月21日、22日，广西昭平农村合作银行的企业类型在贺州市工商局

的登记由股份合作制变更为股份有限公司，广西昭平农村合作银行变更为广西昭平农村商

业银行股份有限公司，因此昭平县农村信用合作联社、广西昭平农村合作银行、广西昭平

农村商业银行均非国家出资企业，潘远某不属于在国有公司、企业、事业单位、人民团体

中从事公务的人员。

潘远某的管理职位不具有国家意志性，昭平县农村信用合作联社、广西昭平农村合作

银行、广西昭平农村商业银行并非国家出资企业，没有国有资产入股，潘远某没有监督国

有资产的职责，也不具有行使国有资产保值增值的管理和服务职责，同时昭平县农村信用

合作联社、广西昭平农村合作银行、广西昭平农村商业银行独立自主经营，自负盈亏，没

有社会公共事务管理职能。因此潘远某并非代表国家机关、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，其所从事的工作不属于以国家管理事务

以及国有财产监管事务为主要内容的公务活动。

综上，潘远某不符合受贿罪的主体。潘远某的行为构成非国家工作人员受贿罪。

编写人：广西壮族自治区昭平县人民法院 雷玉萍

28 对具备国家工作人员身份的医生行贿如何定罪处罚

——史慧某对非国家工作人员行贿案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广西壮族自治区南宁市中级人民法院（2016）桂01刑终字第248号刑事裁

定书

2.案由：对非国家工作人员行贿罪

【基本案情】

被告人史慧某为了使其推销的注射用拌托拉锉纳、注射用单磷酸阿糖腺苷、注射用卡

络磺钠、复方氨基酸注射液、脱氧核苷酸钠注射液、注射用五水头孢唑林钠新泰林6种药

品在广西甲大学附属乙医院眼科（以下简称乙医院）内获得大量使用，2013年4月至2014

年10月，分多次给予乙医院眼科主任陈启某及科室内其他人员回扣共计人民币117720.5

元。

【案件焦点】

陈启某为公立医院眼科主任，具备国家工作人员的身份，被告人史慧某

向其行贿，其行为是构成行贿罪还算是构成对非国家工作人员行贿罪。

【法院裁判要旨】

广西壮族自治区南宁市兴宁区人民法院经审理认为：被告人史慧某为谋

取不正当利益，给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物，数额较

大，其行为已构成对非国家工作人员行贿罪。经查实，本案中受贿人陈启某

为广西甲大学附属乙医院的眼科主任，其虽然有对眼科公共事务的管理职

权，但其及科室内其他普通医生对乙医院的药品采购并无管理权和决定权。

在本案中，被告人史慧某对陈启某进行行贿的目的，并不是让陈启某决定是

否采购其药品，而是想通过增加眼科科室内对其药品的用药量，来达到其增

加药品销量的目的。陈启某收受的回扣并未利用其管理科室公共事务的管理

职权，其行为只是利用了科室内的医生具有开处方的职务便利，使史慧某所

推销的药品得以在其科室内大量使用，陈启某与科室内医生所获得的回扣，

均是依据眼科内使用史慧某代理药品的用药量来确定。由此可见，陈启某及

科室内其他医生的行为符合《最高人民法院、最高人民检察院关于办理商业

贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》第四条第三款关于“医疗机构中的医

务人员，利用开处方的职务便利，以各种名义非法收受药品、医疗器械、医

用卫生材料等医药产品销售方财物，为医药产品销售方谋取利益，数额较大

的，依照刑法第一百六十三条的规定，以非国家工作人员受贿罪定罪处罚”的

规定。因此，被告人史慧某的行为应认定为对非国家工作人员行贿罪，而不

构成行贿罪。

广西壮族自治区南宁市兴宁区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第

一百六十四条第一款、第五十三条、第六十七条第三款之规定，作出如下判

决：

被告人史慧某犯对非国家工作人员行贿罪，判处有期徒刑十个月，并处

罚金人民币一万元。

一审宣判后，南宁市兴宁区人民检察院提出抗诉，原审被告人史慧某提

出上诉。在二审审理过程中，南宁市人民检察院认为抗诉不当，决定撤回抗

诉；上诉人史慧某申请撤回上诉。

广西壮族自治区南宁市中级人民法院经审理认为，原审判决认定事实清

楚，证据确实、充分，定性准确，适用法律正确，审判程序合法，量刑适

当。南宁市人民检察院撤回抗诉的决定，上诉人史慧某撤回上诉的申请，符

合法律规定。依法裁定：

一、准许南宁市人民检察院撤回抗诉。

二、准许上诉人（原审被告人）史慧某撤回上诉。

【法官后语】

本案的争议在于陈启某作为公立医院眼科主任，既具有对科室公共事务进行管理的行

政职权，又有对业务进行指导的业务管理职权，属于具备国家工作人员的身份。被告人史

慧某向其行贿，其行为是构成行贿罪还是构成对非国家工作人员行贿罪。

结合本案事实，陈启某权钱交易的行为更符合非国家工作人员受贿罪的构成要件。

首先，本案中，陈启某一方面作为眼科主任虽然具有一定管理眼科内部公共事务的职

权，另一方面其作为眼科医生还有开处方、做手术等从事技术性劳务的职权。就本案分

析，陈启某在与医药代表史慧某进行权钱交易的过程中，陈启某及其他医生帮助史慧某推

销其代理的药品，是利用其眼科主任的身份让科室内的医生在开处方时多使用史慧某代理

的药品，陈启某与科室内医生所获得的回扣数额，均是依据眼科内使用史慧某代理药品的

用药量来确定的。也就是说，史慧某作为医药代表与医务人员交易的是处方权与药品用量

的回扣。对于处方权的行使是每个医生的技术性权力，对药品种类和用量开具的处方是基

于医生对于患者诊治情况而作出的技术判断，不是公共行政管理权能直接调整的关系。

其次，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问

题的意见》规定，“医疗机构中的国家工作人员，在药品、医疗器械、医用卫生材料等医

药产品采购活动中，利用职务上的便利，索取销售方财物，或者非法收受销售方财物，为

销售方谋取利益，构成犯罪的，依照刑法第三百八十五条的规定，以受贿罪定罪处罚”。

在本案中，陈启某的职务是科室主任，并不具备管理医药产品采购的职权，故其行为也不

构成本条当中的受贿罪。该药品进入医院是通过招投标活动进入医院药品采购目录的，这

一环节与作为眼科主任的陈启某并无关系。

再次，从受贿款的分配来看，陈启某将受贿款按照一定比例分配给了科室其他开具处

方的医生，可见其收受史慧某所给予的款项必须利用科室其他医生开具处方的技术性职

权。所以陈启某的行为更符合《最高人民法院、最高人民检察院关于办理商业贿赂刑事案

件适用法律若干问题的意见》关于“医疗机构中的医务人员，利用开处方的职务便利，以

各种名义非法收受药品、医疗器械、医用卫生材料等医药产品销售方财物，为医药产品销

售方谋取利益，数额较大的，依照刑法第一百六十三条的规定，以非国家工作人员受贿罪

定罪处罚”的规定。

最后，值得强调的是，从侵害的法益上看，史慧某的行为目的主要是为了排除其他药

品代理商的竞争，使自己代理的药品可以大量使用，他的行为在客观上也产生这种影响，

破坏了药品市场竞争的公平性，其行为侵犯的法益范围更符合破坏社会主义市场经济秩序

犯罪的特征。

编写人：广西壮族自治区南宁市兴宁区人民法院 李到福

29 非国家工作人员受贿的多种形式认定

——彭兴会等非国家工作人员受贿案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市昌平区人民法院（2015）昌刑初字第861号刑事判决书

2.案由：非国家工作人员受贿罪

【基本案情】

2014年2月至4月，被告人彭兴会在担任北京市昌平区兴寿镇甲村村委会主任期间，利

用职务便利，在为乙公司办理租赁该村土地的过程中，为该公司谋取不正当利益，分两次

收受该公司6万元和50万元归个人所有，并向该公司索要20亩土地使用权的好处。被告人

齐某明知被告人彭兴会收受乙公司50万元好处费，仍然主动提供账户收取该笔款项，并将

其中40万元取出交给被告人彭兴会，剩余10万元作为被告人彭兴会归还齐某的欠款。2014

年10月，被告人彭兴会、齐某为掩盖收受50万元的罪行，通过被告人孙某签订虚假佣金协

议，捏造齐某收取的50万元系受乙公司委托处理与甲村土地事宜的佣金的事实。

2014年5月至8月，被告人彭兴会将从乙公司得到的20亩土地以乙公司的名义转租给丙

酒店，收取400万元租金归个人所有。在此期间，被告人彭兴会为了让乙公司尽快兑现承

诺给其的20亩土地，借用乙公司的名义和丙酒店签订协议，被告人彭兴会给予被告人孙某

50万元的好处费。被告人孙某利用代表乙公司与甲村联系土地撤诉等事宜的职务便利，帮

助彭兴会顺利得到20亩土地并转让，收受被告人彭兴会给予的50万元好处费。

【案件焦点】

1.被告人齐某的行为是否构成非国家工作人员受贿罪的共犯；2.关于转让

给丙酒店20亩土地是否应当认定为彭兴会的受贿数额。

【法院裁判要旨】

北京市昌平区人民法院经审理认为：被告人彭兴会身为村民委员会主

任，利用职务上的便利，索取和非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额

巨大，其行为已构成非国家工作人员受贿罪；其为谋取不正当利益，给予公

司工作人员以财物，数额较大，其行为已构成对非国家工作人员行贿罪。被

告人孙某身为公司工作人员，利用职务上的便利，非法收受他人财物，为他

人谋取利益，数额较大，其行为已构成非国家工作人员受贿罪。被告人齐某

明知被告人彭兴会收受他人财物，为他人谋取利益，仍然提供帮助，其行为

亦构成非国家工作人员受贿罪。北京市昌平区人民检察院指控被告人彭兴会

犯非国家工作人员受贿罪、对非国家工作人员行贿罪，被告人孙某犯非国家

工作人员受贿罪的事实清楚、证据确实充分，罪名成立；指控被告人彭兴

会、齐某犯职务侵占罪的事实及罪名认定有误，本院予以更正。在案有被告

人彭兴会、孙某、齐某多次稳定的供述均称乙公司支付给彭兴会的50万元是

给其个人的好处费，另有佣金协议、转账凭证等书证证实乙公司将该笔钱按

照彭兴会的要求转入齐某的账户，事后为了使50万元合法化，彭兴会、齐某

通过孙某伪造了乙公司和齐某之间虚假的佣金协议；虽然吴寿某、金光某、

车永某称该50万元是支付给甲村的，但无充分的证据予以证实，亦不符合正

常逻辑，因此公诉机关指控该50万元系支付给甲村，被告人彭兴会、齐某构

成职务侵占罪的事实及罪名不成立。

依据《中华人民共和国刑法》第一百六十三条第一款，第一百六十四条

第一款，第二十五条第一款，第二十六条第一款，第二十七条，第六十七条

第一款、第三款，第六十五条第一款，第六十四条，第六十九条第一款之规

定，判决如下：

一、被告人彭兴会犯非国家工作人员受贿罪，判处有期徒刑七年十个

月；犯对非国家工作人员行贿罪，判处有期徒刑十个月，决定执行有期徒刑

八年六个月。

二、被告人孙某犯非国家工作人员受贿罪，判处有期徒刑二年。

三、被告人齐某犯非国家工作人员受贿罪，判处有期徒刑一年七个月。

四、在案扣押人民币十万元予以没收；继续追缴被告人彭兴会的违法所

得人民币四百四十六万元、被告人孙某的违法所得人民币五十万元，予以没

收。

【法官后语】

本案中关于受贿的形式存在争议：

一是齐某的行为是否构成非国家工作人员受贿罪的共犯。笔者认为，被告人齐某在明

知彭兴会受贿50万元的情况下，仍提供账户帮助彭兴会接收受贿款，其和彭兴会已构成共

同犯罪，其事后虚构佣金协议的行为是对之前犯罪行为的掩饰，其行为应当构成非国家工

作人员受贿罪。

二是关于转让给丙酒店20亩土地是否应当认定为彭兴会的受贿数额存在争议。

第一种观点认为，不应当认定为彭兴会的受贿数额。理由是，没有证据证明彭兴会收

受了20亩土地，和丙酒店签订转让协议的是乙公司，彭兴会只是在其中起了中介的作用，

其收取的400万元转让款没有交给乙公司应当是民事关系，乙公司可以以不当得利为由要

求返还，而不应当认定为彭兴会受贿。另外，即使20亩土地认为是给彭兴会的好处费，那

么数额也无法认定，因为20亩土地没有明确的价值。

第二种观点认为，应当认定为彭兴会的受贿数额。理由是，从现有证据看彭兴会和孙

某的供述关于这20亩土地是一致的，乙公司把土地转让给丙酒店的合同价格明显低于市场

价，而且也未向丙酒店或者彭兴会要过土地转让款，可见乙公司是配合彭兴会完成了20亩

土地的转让。受贿数额就应当以转让款400万元来认定。

笔者认同第二种观点，首先，在案有证人乙公司的车永某和吴寿某证实彭兴会曾经向

乙公司索要20亩土地使用权，被告人孙某证实乙公司给了彭兴会20亩土地使用权的好处，

并且帮助彭兴会把地租赁给丙酒店，并出具了收据，彭兴会在公安机关的供述也认可该事

实，上述证据能够形成完整的证据链，足以证实彭兴会将从乙公司收受的20亩地的事实。

其次，虽然该20亩土地没有具体的价值，但是不可否认，20亩土地有价值，且价值不小，

正常情况下，应当由专门机构对土地的价值作出鉴定，之后认定为受贿的数额。但在本案

中，显然乙公司承诺给彭兴会20亩土地，本来这20亩土地具体在哪并不确定，但是彭兴会

在得知丙酒店想租赁这块地之后，给了孙某50万元让他帮忙赶紧让乙公司配合他把土地转

让给丙酒店，因此这20亩土地就固定为了转给丙酒店的地，租金400万元也归彭兴会个人

所有，那么这20亩土地就变现为了400万元租金，该400万元应认定为其受贿的数额。

编写人：北京市昌平区人民法院 刘晓燕

（三）破坏金融管理秩序罪

30 骗取贷款罪与贷款诈骗罪的区分

——李某骗取贷款案

【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（2016）黑1005刑初字第50号刑事判

决书

2.案由：骗取贷款罪

【基本案情】

2013年9月，被告人李某以其亲属孔令某的名义，向甲银行股份有限公司牡丹江分行

申请贷款，并提供了工商房产证、工商营业执照、乙银行借记卡明细对账单、丙银行股份

有限公司活期存款明细、牡丹江市丁信用合作社交易明细账、房屋租赁合同等虚假材料，

于同年9月25日办理了限额为500000元的某型无抵押信用贷款，银行于当日将贷款发放至

孔令某尾号2712的甲银行卡内，孔令某于当日激活该卡交于李某使用，截至2014年11月，

李某循环使用贷款893771元，用于偿还个人贷款、债务共计约30.2万元，余款用于经营文

玩店铺、倒卖山货和戊商务信息咨询有限公司。截至2015年7月，李某归还甲银行股份有

限公司牡丹江分行贷款本息共计607013.40元，尚余本金286757.60元无法归还。

案发后，被告人李某负案潜逃。2015年10月14日主动到牡丹江市公安局先锋分局刑事

侦查队投案，并如实供述自己所犯罪行。

【案件焦点】

李某的行为构成骗取贷款罪还是贷款诈骗罪。

【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：被告人李某以欺骗手段

以他人名义获取贷款，给金融机构造成重大损失，其行为构成骗取贷款罪，

公诉机关指控罪名成立，本院予以确认。李某在案发后主动投案，并能如实

供述犯罪事实，系自首，可从轻处罚。辩护人关于李某具有自首情节，建议

对其从轻处罚的建议予采纳。依照《中华人民共和国刑法》第一百七十五条

之一、第五十二条、第五十三条、第六十四条、第六十七条第一款的规定，

作出如下判决：

一、被告人李某犯骗取贷款罪，判处有期徒刑一年，并处罚金50000元；

二、责令被告人李某归还被害单位甲银行股份有限公司牡丹江分行贷款

本金286757.60元及相应利息。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对被告人李某犯罪行为构成何种犯罪的理解。骗取贷款罪和贷

款诈骗罪都属于破坏社会主义经济秩序罪一类的犯罪，均以贷款为对象的犯罪，两罪的犯

罪手段相同，但量刑结果迥异，骗取贷款罪的量刑较轻。骗取贷款罪是《刑法修正案

（六）》在第一百七十五条“高利转贷罪”之后新增加的罪名，是指以欺骗手段取得银行或

者其他金融机构贷款，给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的行

为。贷款诈骗罪是指以非法占有为目的，编造引进资金、项目等虚假理由，使用虚假的合

同，使用虚假的证明文件，使用虚假的产权证明作担保，超过抵押物价值重复担保或者以

其他方法诈骗银行或者其他金融机构的贷款，数额较大的行为。两个罪名的犯罪构成基本

相同，区分两罪的关键在于主观要件。虽然两罪采取的手段相似，但主观目的不同。骗取

贷款罪不是以非法占有为目的，只因在不符合贷款条件的情况下为取得贷款而采用了非法

手段，仍有归还的意愿。而贷款诈骗罪的主观意图就是通过非法手段骗取贷款并非法占

有。要判断行为人主观上是否以非法占有为目的，不仅要看其取得贷款的手段，更要看其

取得贷款后对贷款如何处理的客观表现。如果行为人没有按贷款用途使用贷款，而是将贷

款用于非法活动或者用于高风险投资、大肆挥霍贷款、携款逃匿、隐匿贷款去向、贷款到

期后拒不归还，等等。就应认定是以非法占有为目的，只要达到数额较大就构成贷款诈骗

罪。反之，行为人没有前述行为表现，仅是采取了非法手段取得贷款，如果达到法定的数

额标准或者情节标准，就应认定为骗取贷款罪。结合本案，李某虽然采取欺骗的手段取得

贷款，并在一年多的时间内通过该账户循环贷款累计893771元，还款数额为人民币

607013.40元。所获贷款没有用于非法活动或者用于高风险投资，也没有大肆挥霍贷款、

携款逃匿、隐匿贷款去向、贷款到期后拒不归还等行为，最终无力还款的原因是经营不

善，因此不具有非法占有的故意，故其行为构成骗取贷款罪。

编写人：黑龙江省牡丹江市西安区人民法院 刘辉

31 未公开信息的认定

——王某利用未公开信息交易案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2016）京02刑初字第36号刑事判决书

2.案由：利用未公开信息交易罪

【基本案情】

2011年11月8日至2015年1月13日，被告人王某在担任甲基金管理有限公司（以下简称

甲）基金经理，负责管理“甲消费服务行业股票型证券投资基金”“甲保本混合型证券投资

基金”“甲保本2号混合型发起式证券投资基金”“甲保本3号混合型证券投资基金”4只基金产

品（以下简称基金账户组）期间，利用因管理上述基金账户组而掌握的有关投资决策、交

易等方面的信息，违反规定，使用其实际控制的“王丽某”“马淑某”证券账户，先于或同期

于基金账户组买入或卖出相同股票49支，买入金额共计人民币1.48亿余元，卖出金额共计

人民币1.45亿余元，获利金额共计人民币2492075元，违法所得已全部追缴。被告人王某

于2015年11月4日主动到北京市公安局经侦总队投案。

【案件焦点】

如何认定未公开信息。

【法院裁判要旨】

北京市第二中级人民法院经审理认为：被告人王某作为基金管理公司的

从业人员，利用因职务便利获取的内幕信息以外的其他未公开的信息，违反

规定，从事与该信息相关的证券交易活动，情节特别严重，其行为已构成利

用未公开信息交易罪，依法应予惩处。鉴于被告人王某自动投案，如实供述

自己的罪行，系自首，主动退缴全部赃款及罚金，且认罪悔罪，宣告缓刑对

其所居住社区没有重大不良影响，依法对其减轻处罚，并适用缓刑。依照

《中华人民共和国刑法》第一百八十条第四款、第一款，第六十七条第一

款，第七十二条第一款、第三款，第五十二条，第五十三条，第六十四条，

第六十一条及《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的

解释》第一条，作出如下判决：

一、被告人王某犯利用未公开信息交易罪，判处有期徒刑二年，缓刑二

年，并处罚金人民币二百五十万元。

二、在案扣押的人民币四百九十九万二千零七十五元中的人民币二百四

十九万二千零七十五元作为违法所得予以没收，上缴国库；余款折抵罚金。

三、随案移送的证券账户卡四张、乙银行卡一张、丙银行卡一张依法予

以没收。

四、查封的房产一套由查封机关处理。

【法官后语】

作为《刑法修正案（七）》增加的新概念，“未公开信息”在现行法律法规中的具体范

畴并不明确。司法实践中，中国证券监督管理委员会通常会以出具“认定函”的形式认定涉

案信息属于“未公开信息”，如在本案中，证监会《关于王某涉嫌利用未公开信息交易案有

关问题的认定函》证明了本案所涉及的“未公开信息”，是指王某在担任甲消费服务行业基

金等4支基金产品基金经理期间，因管理基金账户组而掌握的有关投资决策、交易等方面

的信息。

但是，由于认定函的证据形式并非鉴定意见，证据内容也没有具体阐述认定理由，法

院在认定涉案信息是否属于未公开信息时便存在流于形式化的问题。

在目前法律法规对未公开信息的范畴进行明确规定的情况下，法院在认定具体案件的

未公开信息时，应当注意以下几个方面：

1.将内幕信息排除在利用未公开信息交易罪的“未公开信息”之外

根据《刑法》第一百八十条第四款的规定，利用未公开信息交易罪中的“未公开信

息”是指内幕信息以外的其他未公开的信息。因此，审查涉案信息的第一步就是要排除内

幕信息。

内幕信息的范围具有法定性，《证券法》第七十五条规定：“证券交易活动中，涉及

公司的经营、财务或者对该公司证券的市场价格有重大影响的尚未公开的信息，为内幕信

息。下列信息皆属内幕信息：（一）本法第六十七条第二款所列重大事件；（二）公司分

配股利或者增资的计划；（三）公司股权结构的重大变化；（四）公司债务担保的重大变

更；（五）公司营业用主要资产的抵押、出售或者报废一次超过该资产的百分之三十；

（六）公司的董事、监事、高级管理人员的行为可能依法承担重大损害赔偿责任；（七）

上市公司收购的有关方案；（八）国务院证券监督管理机构认定的对证券交易价格有显著

影响的其他重要信息。”

2.从打击“老鼠仓”的角度认定“未公开信息”的核心内容

《刑法修正案（七）》增设利用未公开信息交易罪的立法背景是为了打击“老鼠仓”行

为。即证券公司、期货经纪公司、基金管理公司、保险公司等金融机构的从业人员，在用

客户资金买入证券、期货等金融产品前，以自己名义或假借他人名义，先行低价买入该金

融产品，然后用客户资金拉升到高位后自己率先卖出获利，使个人以相对极低的成本牟取

暴利。因此，金融机构即将用客户资金投资购买某个证券、期货等金融产品的决策信息便

属于“未公开信息”的核心内容。

诚然，仅从立法原意的角度理解“未公开信息”的内容过于狭窄，不利于打击实践中的

各类利用对证券、期货交易价格具有重大影响的尚未公开的信息进行交易以牟利的非法行

为。

但是，从当前被指控、审判的利用未公开信息交易案来看，这一罪名基本都用于打

击“老鼠仓”的行为。在相关法律法规、司法解释对“未公开信息”的范围进行明确化，紧紧

把握住打击“老鼠仓”行为这一立法原意，有利于准确认定“未公开信息”。

3.运用公开信息资料对证券、期货市场预测和分析所得出的结论不属于“未公开信息”

如果将金融机构和监管部门以及行业协会有关证券、期货交易的技术分析、行业资讯

等信息也认定为利用未公开信息交易罪中的“未公开信息”，会过于扩张刑法打击面，违反

了刑法的谦抑性原则。

因为技术分析、行业资讯等信息，并不是金融机构的从业人员以及有关监管部门或者

行业协会的工作人员基于其职务便利所获取的，而是其运用专业知识、从业经验、手中资

料等通过研究分析所取得的。此类技术性、研究性的信息并不是只有金融机构的从业人员

以及有关监管部门或者行业协会的工作人员才能获取，证券、期货的一般投资者基于其投

资知识、投资经验、通过各种渠道得到的投资信息等也可能获取此类信息，故不宜将此类

并非通过职务便利获取的技术性、研究性的信息认定为利用未公开信息交易罪中的“未公

开信息”。

编写人：北京市第二中级人民法院 漆爱君 唐新茗

32 如何计算内幕交易案中的违法所得

——段某内幕交易案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第二中级人民法院（2016）京02刑初字第82号刑事判决书

2.案由：内幕交易罪

【基本案情】

2012年7月，甲股份有限公司（以下简称甲）拟并购汉中乙电子设备有限公司（以下

简称汉中乙）。2012年11月22日，甲与丙（集团）有限公司（以下简称丙集团）、汉中乙

在甲2号会议室召开会议，与会各方对甲通过定向增发方式并购汉中乙100%股权形成一致

意见。2013年3月4日，甲在创业板信息披露网站上发布重大资产重组停牌公告。当日，甲

股票（证券代码300×××）停牌。2013年6月13日，甲股票复牌。当日及14日、17日，该股

票连续三个交易日涨停。6月18日，该股票收盘时跌幅2.41%。上述甲重大资产重组事宜

在公开披露前属于《证券法》规定的内幕信息，内幕信息敏感期为2012年11月22日至2013

年3月4日。

被告人段某自2006年6月起任职于丁证券股份有限公司（以下简称丁公司），自2009

年11月起担任甲IPO项目保荐代表人，负责甲的督导事宜。2012年12月中旬至2013年2月2

日，甲董事长康学某就重大资产重组的相关问题咨询了作为保荐代表人的段某，并通过段

某向丁公司就聘请重大资产重组事项的财务顾问正式询价。在此过程中，段某获悉甲将进

行重大资产重组，属于内幕信息知情人。2013年2月6日、18日和28日，段某借用他人证券

账户及手机，分别使用他人及自有资金，在北京市东城区朝内大街×号等地，以手机委托

的方式合计买入甲股票46300股，成交金额共计人民币686590元。至2013年6月18日，上述

股票账面盈利人民币286173元。

【案件焦点】

如何计算内幕交易案中的违法所得。

【法院裁判要旨】

北京市第二中级人民法院经审理认为：被告人段某作为甲重大资产重组

的证券交易内幕信息知情人，在该内幕信息尚未公开前的敏感期内，以人民

币68万余元买入甲股票，情节严重，其行为已构成内幕交易罪，依法应予惩

处。鉴于被告人段某在进入侦查阶段后能如实供述自己的罪行，当庭认罪、

悔罪，对其酌予从轻处罚。鉴于其具备宣告缓刑的条件，对其依法宣告缓

刑。至于被告人段某的违法所得，根据《最高人民法院、最高人民检察院关

于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第

十条第一款的规定，违法所得是指通过内幕交易行为所获利益或者避免的损

失。本案中被告人段某所购买的甲股票尚未售出，本院以内幕信息对股票交

易价格有无影响及内幕交易行为与违法所得有无因果关系为标准，按甲股票

复牌后第一个收盘价打开涨停交易日的收盘价计算余股市值，进而认定2013

年6月18日收盘时涉案股票的账面盈利人民币286173元，为段某通过本案内幕

交易行为所获利益，并以此所获利益计算段某的违法所得。北京市人民检察

院第二分院指控被告人段某犯内幕交易罪的事实清楚，证据确实、充分，指

控罪名成立，予以支持。辩护人所提辩护意见成立，酌予采纳。

北京市第二中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第十二条，第一

百八十条第一款、第三款，第六十七条第三款，第七十二条第一款、第三

款，第七十三条第二款、第三款，第五十二条，第五十三条第一款，第六十

一条，第六十四条；《最高人民法院关于适用财产刑若干问题的规定》第一

条，第二条第一款，第五条；《最高人民法院、最高人民检察院关于办理内

幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条第

（一）项，第五条第一款、第三款、第四款，第六条第（一）项，第十条第

一款之规定，判决如下：

一、被告人段某犯内幕交易罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年（缓刑考

验期限，从判决确定之日起计算），并处罚金人民币四十万元（罚金限本判

决生效之日起30日内缴纳）。

二、追缴被告人段某违法所得人民币二十八万六千一百七十三元，予以

没收，上缴国库（如有相应孳息，一并予以追缴没收，上缴国库）。

【法官后语】

本案审理过程中遇到的较为棘手的问题是如何计算违法所得。

2012年3月29日最高人民法院、最高人民检察院联合发布的《关于办理内幕交易、泄

露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十条第一款规定，违法所得是指通

过内幕交易行为所获利益或者避免的损失。至于如何计算获利或者避免损失数额，上述司

法文件未作出规定。理论和实务界均存在意见分歧。

笔者认为，依据责任原理，行为人只对自己行为造成的结果承担法律责任，只有当某

个危害后果与行为人的行为具有相当因果关系时，才能追究行为人的刑事责任。因此，对

于内幕交易案件中违法所得的计算，原则上应当采取市场吸收规则。但是，迄今为止尚没

有有效的方法准确测算出内幕信息影响持续的时间。所以，实践中宜以明显减弱的时间点

作为基准，这样既坚持了市场吸收规则，又便于操作，还有利于被告人，不失为公正而实

用的方法。当然，明显减弱的时间点，还需要根据市场情况在一定区间内进一步作出最佳

选择。

本案中被告人段某所购买的甲股票尚未售出，该股票在内幕信息于2013年6月13日复

牌后，连续出现3个交易日涨停，至2013年6月18日收盘时（15日、16日为休息日），涨停

板才打开（收盘时跌幅2.41%）。法院以内幕信息对股票交易价格存在影响及内幕交易行

为与违法所得有因果关系为标准，按甲股票复牌后第一个收盘价打开涨停交易日的收盘价

计算余股市值，亦即认定甲股票复牌后第一个收盘价打开涨停交易日，即2013年6月18

日，为甲重大资产重组的内幕信息公开后，该内幕信息利好影响显著的最后一个交易日，

进而认定2013年6月18日收盘时涉案股票的账面盈利人民币286173元为段某通过本案内幕

交易行为所获利益，并以此所获利益计算段某的违法所得。此种计算方法实际是采用了市

场吸收规则，并且是以明显减弱的时间点作为基准，笔者认为是较为公允的。

编写人：北京市第二中级人民法院 杨子良

（四）金融诈骗罪

33 信用卡诈骗罪中信用卡业务的认定

——高某信用卡诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第一中级人民法院（2016）京01刑终字第363号刑事裁定书

2.案由：信用卡诈骗罪

【基本案情】

2013年11月，被告人高某在已有大量欠款的情况下，向甲银行申办“乙”信用卡一张

（户名：高某，授信额度人民币10万元）。2013年12月3日，甲银行向被告人高某一次性

放款人民币99000元。被告人高某在向甲银行还款6期共计人民币21400元后，于2014年6月

27日后，不再履行还款义务。经甲银行多次短信及电话有效催收仍不还款。截至2015年5

月5日，高某尚拖欠甲银行本金人民币77600元未予归还。2015年5月15日，被告人高某被

民警查获。

【案件焦点】

涉案业务是否属于信用卡业务。

【法院裁判要旨】

北京市昌平区人民法院经审理认为：被告人高某以非法占有为目的，使

用信用卡恶意透支，数额较大，其行为已构成信用卡诈骗罪，依法应予惩

处。鉴于被告人高某到案后如实供述主要犯罪事实，自愿认罪，依法予以从

轻处罚。北京市昌平区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百九十六

条第一款第（四）项、第二款，第六十七条第三款，第五十二条，第五十三

条，第六十一条，第六十四条之规定，判决：

一、被告人高某犯信用卡诈骗罪，判处有期徒刑三年，罚金人民币四万

元。

二、责令被告人高某退赔甲银行经济损失人民币七万七千六百元。

高某不服一审判决，提起上诉。高某的上诉理由是：“乙”卡并非信用卡；

其办理银行卡后欠款的行为不属于刑法意义上的恶意透支。

北京市第一中级人民法院经审理认为：刑法规定的“信用卡”，是指由商业

银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现

金等全部功能或者部分功能的电子支付卡。“乙”卡虽不具备消费支付的功能，

但能具有信用贷款、转账结算的功能，符合前述信用卡的定义，且在案的北

京银监局对上海市公安分局浦东分局出具的《关于甲银行“乙卡”性质予以认定

的复函》中，明确表明甲银行“乙”业务属于信用卡业务范畴。高某在其签字确

认的“乙”卡相关申请手续中亦承诺遵守《甲信用卡章程》《甲信用卡（个人

卡）领用合约》，表明高某对“乙”卡具有信用卡性质亦属明知。高某在办理相

关信用卡业务过程中，未向银行披露其存在大量欠款且个人经济状况不良的

情况，最终获得人民币10万元的透支额度。后其申请银行将人民币9.9万元转

入其个人银行卡中进行消费，在归还部分本金后不再归还其他款项，且在银

行多次短信及电话有效催收后超过三个月仍不归还。因此，对于高某的上述

理由，不予采纳。上诉人高某以非法占有为目的，使用信用卡恶意透支，数

额较大，其行为已构成信用卡诈骗罪，依法应予惩处。鉴于高某到案后及在

一审庭审时能够如实供述犯罪事实、自愿认罪，故一审法院对其酌予从轻处

罚亦属适当。对于高某所提原判对其量刑过重的上诉理由，经查，一审法院

综合考虑高某的犯罪事实及从轻情节后对其所判处的刑罚，在法定幅度之

内，且量刑适当，故对其所提该上诉理由，不予采纳。一审法院根据高某犯

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。

北京市第一中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二

十五条第一款第（一）项之规定，裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

全国人民代表大会常务委员会《关于〈中华人民共和国刑法〉有关信用卡规定的解

释》对刑法中的信用卡作出如下解释：由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支

付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者部分功能的电子支付卡。信用卡透支

属于一种“先支付、后还款”的金融模式和消费模式，实质上是贷款的一种，只是审核标准

更加宽松、涉及范围更广、金额相对较小。近年来，有些金融机构针对特定人群推出无抵

押担保的个人信用贷款，相关人员仅需提供个人身份证明、工作收入证明等基本信息资

料，经过三至五个工作日的审批，贷款就能直接到账。个人信用贷款与信用卡透支相比，

额度一般比较高，同时也能用于装修、留学等不太方便刷卡的场合，同时，利息通常比信

用卡透支的手续费高出几倍之多。还有的银行针对本行的信用卡客户，推出信用卡小额信

用贷款，虽然名称不同，有的叫“预借现金”，有的叫“现金分期”，有的叫“信金宝”……但

实质上都是变相增加信用卡持卡人的透支额度。本案中的“乙”业务是否属于信用卡业务，

值得研究。

笔者认为，根据被授信主体不同，信贷行为可分为信用卡客户贷款和非信用卡客户贷

款。信用卡客户是指在信贷银行或其他金融机构开办信用卡，且该次信贷与其所持信用卡

相关的客户；非信用卡客户则指未开办信用卡，或者虽开办信用卡，但该次信贷与其所持

信用卡无关的客户。根据放款依据的不同，则可分为信用贷款和其他贷款。信用贷款是指

根据客户身份、收入证明和信用记录等基本信息进行审核并发放贷款，发放信用卡实质上

就属于信用贷款；其他贷款则要求除以上基本信息外，还需提供资金用途、经济合同、证

明文件、担保抵押等手续，经审核后才会放款，且资金用途受到一定限制。

笔者认为，（1）对于信用卡客户获得新的信用贷款（也包括增加信用卡透支额

度），出现恶意透支情况的，应当按照信用卡诈骗罪定罪处罚。需要特别说明的是，获得

信用贷款的同时按银行要求必须办理各种类型的贷记卡、准贷记卡、借记卡等，且上述贷

款与之相关的，应当认定被授信方为信用卡客户，如不能归还且符合恶意透支相关规定

的，应当以信用卡诈骗罪定罪处罚。（2）对于信用卡客户获得其他贷款后，恶意透支原

额度内款项，且不能归还所办理贷款的，如行为人伪造了申办贷款的资金用途、经济合

同、抵押担保等证明材料的，对于新办理贷款的金额应当以贷款诈骗罪定罪处罚，对于在

原额度之内恶意透支的行为，则应当以信用卡诈骗罪定罪处罚；如行为人并未伪造相关凭

证而获得贷款，则仅应对信用卡恶意透支的部分承担责任，构成信用卡诈骗罪。（3）对

于非信用卡客户获得信用贷款的，如实施了冒用他人身份等基本资料的行为，以及非信用

卡客户获得其他贷款的，且实施了贷款诈骗罪中规定的相关欺诈行为的，应以贷款诈骗罪

定罪处罚。当然，上述分类均基于行为人主观上有非法占有的目的这一基础。

根据上述分类，“乙”业务属于信用卡业务。

编写人：北京市第一中级人民法院 宋振宇

34 以诈骗手段取得他人信用卡并使用的，构成何种犯罪

——李顺某等信用卡诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

云南省宣威市人民法院（2016）云0381刑初字第156号刑事判决书

2.案由：信用卡诈骗罪

【基本案情】

被告人李顺某、陈发某、马定某、王科某共谋在宣威市火车站利用丢包诈骗的方式骗

取他人财物。2015年12月27日凌晨5时许，由被告人陈发某驾驶一辆微型车在路边等候拉

客，被告人王科某、马定某负责寻找作案目标，后将被害人胡吉某骗上陈发某的微型车。

此时，冒充乘客的被告人李顺某假装下车交电话费故意将自己的钱包放在副驾驶座位上，

回到车上便谎称自己的钱包丢失了，要求查看车上所有人随身携带的现金是不是其钱包内

的现金及银行卡是否有转账的记录，并建议车上所有人的银行卡交由陈发某保管，胡吉某

为证明其没有拿着李顺某的钱包，遂将银行卡交给陈发某。陈发某以打电话到银行查询为

名套取了胡吉某的银行卡密码，李顺某和王科某又以到银行挂失银行卡为由，将胡吉某放

在陈发某处的银行卡拿到宣威市振兴街甲银行自动取款机上取走卡内存款人民币20000

元。回到车上，二人谎称银行卡未能挂失，以要到派出所报案请公安机关调查为由将胡吉

某骗下车，四被告人驾车逃离并将骗得的20000元平分。案发后，被告人李顺某、马定

某、王科某家属共同退还胡吉某人民币15000元。审理中，被告人陈发某家属又退还胡吉

某人民币5000元。

公诉机关认为，被告人李顺某、陈发某、马定某、王科某盗窃他人信用卡并使用，应

当以盗窃罪追究其刑事责任。

被告人李顺某、陈发某、马定某、王科某对公诉机关的指控无异议，后又辩解其行为

应定信用卡诈骗罪，银行卡是被害人主动交出来的，并非盗窃所得。

被告人王科某的辩护人对公诉机关指控的事实没有意见，但认为四被告人的行为应以

信用卡诈骗罪定罪处罚。被告人提供虚假事实骗取被害人的银行卡及密码的行为属于诈骗

行为，不是盗窃行为。

【案件焦点】

对四被告人以盗窃罪还是以信用卡诈骗罪定罪处罚。

【法院裁判要旨】

云南省宣威市人民法院经审理认为：被告人李顺某、陈发某、马定某、

王科某利用丢包诈骗的方式骗取他人银行卡并取走卡中款项人民币20000元，

属于冒用他人信用卡的行为，四被告人主观上具备诈骗的故意，客观上实施

了冒用他人信用卡的行为，侵犯了信用卡关系人的公私财产所有权，且数额

较大，其行为符合信用卡诈骗罪的犯罪构成要件，应以信用卡诈骗罪定罪处

罚。公诉机关对四被告人犯盗窃罪的指控不成立。四被告人归案后能如实供

述其罪行，认罪态度好，并已退赔被害人全部损失，对四被告人依法可从轻

处罚。被告人陈发某、王科某有犯罪前科，酌情从重处罚。四被告人及被告

人王科某的辩护人认为对被告人应以信用卡诈骗罪定罪处罚的辩护意见符合

法律规定，本院予以采纳，辩护人建议对被告人王科某适用缓刑的意见，本

院不予采纳，其他辩护意见，本院予以采纳。依照《中华人民共和国刑法》

第一百九十六条第一款、第二十五条第一款、第六十七条第三款、第五十二

条、第五十三条第一款之规定，判决如下：

一、被告人陈发某犯信用卡诈骗罪，判处有期徒刑一年三个月，并处罚

金人民币30000元（判决生效后三个月内缴纳）。

二、被告人王科某犯信用卡诈骗罪，判处有期徒刑一年三个月，并处罚

金人民币30000元（判决生效后三个月内缴纳）。

三、被告人李顺某犯信用卡诈骗罪，判处有期徒刑一年，并处罚金人民

币30000元（判决生效后三个月内缴纳）。

四、被告人马定某犯信用卡诈骗罪，判处有期徒刑一年，并处罚金人民

币30000元（判决生效后三个月内缴纳）。

本案宣判后，公诉机关未提出抗诉，四被告人均未提出上诉。

【法官后语】

本案争议的焦点是被告人的行为是构成盗窃罪，还是构成信用卡诈骗罪。信用卡诈骗

罪是指以非法占有为目的，违反信用卡管理规定，利用信用卡进行诈骗活动，骗取财物数

额较大的行为。构成冒用他人信用卡进行诈骗犯罪的行为人主观上必须具备骗取他人财物

的目的，只有主观上具备诈骗的故意，客观上有冒用他人信用卡的行为才能构成本罪。实

践中有的信用卡持有人将自己的信用卡借给他人使用，如借给自己的亲属、朋友等。在表

现形式上使用人也是在冒用他人的信用卡，但使用人冒用他人信用卡是经持卡人同意的。

虽然这种行为违反了信用卡使用规定，但是使用人在主观上并不是以非法占有持有人的财

物为目的，因此，不具备信用卡诈骗罪的本质特征，不作为犯罪处理。信用卡犯罪的构成

要点有，一是主观上需具有非法的目的；二是需注意信用卡取得的方式，方式不同，定罪

就有区别。《刑法》第一百九十六条第三款规定：“盗窃信用卡并使用的，依照本法第二

百六十四条的规定定罪处罚。”这种情形是指盗窃犯罪分子盗窃他人的信用卡后并使用该

信用卡进行诈骗财物的行为。所谓盗窃信用卡并使用的，包括犯罪分子盗窃信用卡后自己

使用该信用卡的，也包括犯罪分子的同伙或亲友明知是盗窃来的信用卡而使用的。在后一

种情况下，对盗窃犯罪分子的同伙或亲友可按盗窃犯罪的共犯处理。如果某人不知道信用

卡是盗窃来的而使用，对使用者则不应按盗窃罪进行处罚，应当按照其使用的具体情况和

情节，依照有关法律处理。如某盗窃犯罪分子窃得一张信用卡后，对其朋友说是拾来的，

由其朋友使用，在这种情况下，对使用者就不应按盗窃罪处理，应当按照冒用他人的信用

卡进行诈骗的规定处理。

本案中四被告人以非法占有为目的，互相配合上演了一场丢包诈骗的戏。先是将作案

目标骗上车，然后一人谎称自己的钱包丢失，要求查看车上所有人随身携带的现金是不是

其钱包内的现金及银行卡是否有转账的记录，骗被害人将其银行卡自愿交出并获取密码，

最终取走被害人卡内现金。四被告人取得被害人信用卡的方式是骗取而不是盗窃得来，其

行为不属盗窃信用卡并使用的行为，应以信用卡诈骗罪定罪处罚。

编写人：云南省宣威市人民法院 李波

35 拾得他人借记卡在ATM机上取款何以认定为信用卡诈骗罪

——和某某信用卡诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

云南省怒江州兰坪县人民法院（2016）云3325刑初字第84号刑事判决书

2.案由：信用卡诈骗罪

【基本案情】

2015年11月8日，被告人和某某在通甸街甲宾馆203房间内与和炳某、和海某等人喝酒

闲聊，其间和某某看见靠椅上有一张附有密码的乙银行卡，便把卡放进裤包里。聚会结束

后和某某前往乙银行兰坪支行通甸营业所，在自动取款机上分两次从该卡内取走10000元

人民币。案发后2015年11月10日，被告人和某某主动到兰坪县公安局通甸派出所投案，如

实供述犯罪事实，并将取走的10000元人民币交给办案民警。2015年11月12日，办案民警

将10000元人民币返还给被害人和炳某。被告人和某某的行为已经得到被害人的谅解。

【案件焦点】

1.和某某的行为是秘密窃取借记卡并使用还是拾得借记卡并使用的行为；

2.本案的定性是信用卡诈骗罪、盗窃罪还是诈骗罪。

【法院裁判要旨】

兰坪县人民法院经审理认为：被告人和某某拾得他人的信用卡并使用，

数额较大，其冒用他人信用卡的行为符合信用卡诈骗罪的构成要件。公诉机

关对被告人和某某的指控事实清楚，证据确实充分，指控罪名成立，应予以

支持。

被告人和某某在案发后主动到案并如实供述自己的犯罪事实，属自首，

依法从轻处罚；案发后被告人和某某积极退赃，并取得被害人谅解，酌情从

轻处罚。根据犯罪的事实、犯罪性质、情节以及对社会的危害程度，对其宣

告缓刑对其居住地社区没有重大不良影响。依照《中华人民共和国刑法》第

一百九十六条第一款第三项、第五十二条、第五十三条、第六十七条第一

款、第七十二条、第七十三条，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理

妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条，《全国人

民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉有关信用卡规定的解

释》之规定，判决如下：

被告人和某某犯信用卡诈骗罪，判处有期徒刑六个月，缓刑一年，并处

罚金人民币20000元。

【法官后语】

关于定性问题，合议庭在评议时主要存在以下几种观点：

第一种观点认为：被告人和某某在拾得他人的借记卡时主观上不知银行卡内是否有

钱，客观上没有秘密窃取的行为，但其冒用他人借记卡提取现款的行为侵犯了公民财产权

及国家金融管理秩序，完全符合《刑法》第一百九十六条规定的冒用他人信用卡的行为特

征，故应当认定为信用卡诈骗罪。

第二种观点认为：被告人和某某所冒用他人的卡是借记卡，借记卡是不能透支的，不

具有信用卡的全部功能，故不能定为信用卡诈骗罪，应当认定为普通的诈骗罪。

第三种观点认为：被告人和某某在特定的时间和地点与特定的人聚会，客观上应当知

道拾得的银行卡应属于与其聚会的朋友的或者是曾住宿过甲宾馆203号房内客人的，在特

定的环境下没有问明银行卡的所有人，而“理所当然”地将银行卡装到自己裤兜内，这是一

种秘密窃取行为，主观上非法占有他人财物非常明显，之后的使用“拾得”的附有密码纸条

的借记卡再去自动柜员机上取款的行为也是秘密窃取的延续，是属于冒用他人信用卡的行

为，但机器是不能被骗的，应认定为盗窃罪。

法院合议庭经合议评定后采纳了第一种观点。以被告人和某某犯信用卡诈骗罪，判处

其有期徒刑六个月，缓刑一年，并处罚金20000元。被告人和某某服判息诉，表示不上

诉。

首先，要明确信用卡的含义及范围：根据2004年12月29日全国人民代表大会常务委员

会《关于〈中华人民共和国刑法〉有关信用卡的解释》，《刑法》规定的“信用卡”，是指

由商业银行或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全

部功能或者部分功能的电子支付卡，即这里的“信用卡”也包括借记卡，本案中的借记卡属

于信用卡的范畴。

其次，《刑法》第一百九十六条对信用卡诈骗罪规定了四种情形：（1）使用伪造的

信用卡，或者使用以虚假的身份证明骗领的信用卡的；（2）使用作废的信用卡的；（3）

冒用他人信用卡的；（4）恶意透支的。

《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》规定“冒用他人信用卡”包括拾得他人信用卡并使用的行为。本案中被告人

和某某在靠椅上捡拾到一张借记卡后在自动柜员机上取款，属于上述第3种情形，即冒用

他人信用卡的。“冒用”是指：（1）行为人是持卡人以外的人，并以违反持卡人的意志为

前提；（2）信用卡是真实有效的；（3）仅限于对自然人使用。

拾到信用卡后使用的，笔者认为分两种情况，一是对自然人使用，属于“冒用他人信

用卡”，诈骗的对象是人，定信用卡诈骗罪；二是对机器使用，ATM机并无意志自由而不

可能被骗，应定盗窃罪。但依据2008年最高人民检察院《关于拾得他人信用卡并在自动柜

员机（ATM机）上使用的行为如何定性问题的批复》规定：拾得他人信用卡并在自动柜

员机（ATM机）上使用的行为，属于《刑法》第一百九十六条规定的“冒用他人信用

卡”的情形，构成犯罪的，以信用卡诈骗罪论处。

最后，根据相关司法解释，涉案数额在5000元以上不满5万元的，应当认定为《刑

法》第一百九十六条规定的“数额较大”。本案中和某某持卡取现10000元，已经达到追究

刑事责任的数额限度。应适用《刑法》及相关司法解释的规定，定信用卡诈骗罪。

编写人：云南省怒江州兰坪县人民法院 熊芳

36 透支信用卡在有还款承诺书的前提下是否改变构成信用卡诈

骗罪的时间界点

——晏宝某信用卡诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

辽宁省盘锦市双台子区人民法院（2015）双刑初字第00015号刑事判决书

2.案由：信用卡诈骗罪

【基本案情】

被告人晏宝某曾因强奸罪（未遂）于2009年3月5日被盘锦市兴隆台区人民法院判处有

期徒刑一年六个月，2009年8月5日刑满释放。

2011年11月10日，被告人晏宝某以妻子王某的名义，并提供虚假企业电子缴税付款凭

证，在甲银行股份有限公司盘锦双台子支行办理授信额度为20万元的白金贷记卡一张。

2012年11月开始，晏宝某使用该卡进行消费。2013年3月，甲银行股份有限公司盘锦双台

子支行发现持卡人使用该卡消费未正常归还。2014年1月18日、2014年2月23日甲银行工作

人员对晏宝某进行两次催收之后，晏宝某超过三个月仍未还款。甲银行工作人员对晏宝某

多次进行催收，被告人晏宝某于2014年3月15日给银行写了三月底还款的承诺书，之后改

变联系方式及住址，甲银行无法与其取得联系。2014年11月13日甲银行股份有限公司盘锦

双台子支行向公安机关报案，至此晏宝某共欠本金98707元，利息、手续费、滞纳金等共

计64324元。案发后，晏宝某将该卡所欠款项共计164050元全部还清。

公诉机关认为，被告人晏宝某以非法占有为目的，超过规定期限恶意透支信用卡，经

发卡银行多次催缴后超过三个月仍不归还，且数额较大，其行为触犯了《刑法》第一百九

十六条之规定，应以信用卡诈骗罪追究其刑事责任。

辩护人提出被告人晏宝某涉嫌的是“恶意透支型”信用卡诈骗犯罪，被告人于2014年3

月15日给甲银行写了三月底还款承诺书，银行两次催收的时间发生延长转移，晏宝某构成

信用卡诈骗犯罪的时间界点应认定为2014年11月13日甲银行股份有限公司盘锦双台子支行

向公安机关报案的时间，不属于累犯。

【案件焦点】

被告人晏宝某信用卡恶意透支，在银行两次催收后，写了还款承诺书而

没有兑现，银行催收的时间是否发生延长转移，是否改变被告人构成信用卡

诈骗罪的时间界点，被告人是否构成累犯。

【法院裁判要旨】

辽宁省盘锦市双台子区人民法院经审理认为：被告人晏宝某以非法占有

为目的，超过规定期限恶意透支信用卡，经发卡银行多次催缴后超过三个月

仍不归还，且数额较大，其行为侵犯国家的金融管理制度及公有财产的所有

权，扰乱了社会经济秩序，构成信用卡诈骗罪，公诉机关指控被告人晏宝某

犯信用卡诈骗罪的罪名成立。被告人在刑满释放后五年内又重新犯罪，系累

犯，应从重处罚。被告人晏宝某在公安机关立案后偿还全部透支款息，且被

告人自愿认罪，可以对其从轻处罚。

关于辩护人提出被告人晏宝某信用卡诈骗犯罪发生在2014年11月5日，不

属于累犯的辩护观点，经查，银行催收登记台账证实银行工作人员从2014年1

月18日、2月23日经两次催收，晏宝某超过3个月仍不归还透支款，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》第六条第一款，持卡人以非法占有为目的，超过规定期

限透支，并且经发卡银行两次催收后超过3个月仍不归还，应认定为恶意透

支，虽然被告人于同年3月15日给农行写了三月底还款承诺书，但银行两次催

收的时间不发生转移，公诉机关指控被告人晏宝某犯信用卡诈骗罪的时间界

点为2014年5月23日，且被告人在2009年8月5日刑满释放后五年内又重新犯

罪，系累犯，故对其辩护观点，本院不予采信。

依据《中华人民共和国刑法》第一百九十六条、第六十五条、第六十七

条第三款、第五十二条及《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：

被告人晏宝某犯信用卡诈骗罪，判处有期徒刑一年，并处罚金人民币二

万元（已缴纳）。

【法官后语】

本案的关键在于如何确定被告人构成信用卡诈骗罪的时间界点。《刑法》第一百九十

六条规定：“有下列情形之一，进行信用卡诈骗活动，数额较大的，处五年以下有期徒刑

或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金……（四）恶意透支的。前款所称恶意透

支，是指持卡人以非法占有为目的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行催

收后仍不归还的行为……”。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害信用卡管理

刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第六条第一款规定：“持卡人以非法占有为目

的，超过规定限额或者规定期限透支，并且经发卡银行两次催收后超过3个月仍不归还

的，应当认定为刑法第一百九十六条规定的‘恶意透支’”。

结合本案，控辩双方争议的焦点在于对被告人晏宝某信用卡恶意透支，在银行两次催

收后，写了还款承诺书而没有兑现，银行催收的时间是否发生延长转移，是否改变被告人

构成信用卡诈骗罪的时间界点，从而关系到被告人是否构成累犯。法院认为银行催收登记

台账证实银行工作人员从2014年1月18日、2月23日经两次催收，晏宝某超过3个月仍不归

还透支款，被告人晏宝某犯信用卡诈骗罪的时间界点应为2014年5月23日。虽然被告人于

同年3月15日给银行写了三月底还款承诺书，但银行两次催收的时间不发生延长转移，被

告人在2009年8月5日刑满释放后五年内又重新犯罪，系累犯，辩护人提出晏宝某构成信用

卡诈骗犯罪的时间界点应认定为2014年11月13日甲银行股份有限公司盘锦双台子支行向公

安机关报案的时间，不符合法律规定。

编写人：辽宁省盘锦市双台子区人民法院 王兆臣

37 将他人遗忘在ATM机内的银行卡内款项取走，如何定性

——刘某某信用卡诈骗罪

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省河源市紫金县人民法院（2016）粤1621刑初字第132号刑事判决书

2.案由：信用卡诈骗罪

【基本案情】

2016年4月28日9时30分许，被告人刘某某在紫金县甲信用合作联社广场分社ATM机

办理业务时，发现ATM机内有他人银行卡在机内，顿起贪念，分两次从ATM机内支取了

共10000元人民币后离开。

另查明，案发后，公安机关依法全额追回赃款退还被害人（持卡人）张某某，被害人

谅解了被告人刘某某。

【案件焦点】

持卡人在ATM机办理相关业务后，未将已输入密码的银行卡取出，行为

人趁此将银行卡内的款项取走，此行为构成信用卡诈骗罪、盗窃罪还是侵占

罪。

【法院裁判要旨】

广东省河源市紫金县人民法院经审理认为：被告人刘某某以非法占有为

目的，冒用他人信用卡支取现金，数额较大，其行为已构成信用卡诈骗罪，

依法应予以刑事处罚。公诉机关的指控，事实清楚，证据确实、充分，本院

予以支持；量刑建议适当，予以采纳。被告人刘某某归案后能如实供述其犯

罪事实，获得被害方的谅解，依法对其予以从轻处罚。依照《中华人民共和

国刑法》第一百九十六条、第六十七条第三款、第五十二条、第五十三条及

《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》第五条的规定，判决如下：

被告人刘某某犯信用卡诈骗罪，判处拘役五个月，并处罚金人民币20000

元。

一审判决宣判后，公诉机关未抗诉，被告人未上诉，该判决现已发生法

律效力。

【法官后语】

司法实践中，关于本案的定性问题，主要有三种意见。第一种意见认为，根据《最高

人民检察院关于拾得他人信用卡并在自动柜员机（ATM机）上使用的行为如何定性问题

的批复》，被告人刘某某拾得他人信用卡并在自动柜员机（ATM机）上使用的行为，属

于《刑法》第一百九十六条第一款第三项规定的“冒用他人信用卡”的情形，构成信用卡诈

骗罪；第二种意见认为，被告人刘某某的行为构成盗窃罪，因本案被害人已使用该信用

卡，在ATM机内输入了密码，此时信用卡处于开放状态，好比一间没有上锁的屋子，被

告人的行为属于秘密窃取他人财物；第三种意见认为，本案中被告人刘某某的行为应以侵

占罪论处，理由是输入密码的行为是持卡人而非被告人实施，其将他人的遗忘物非法占为

己有，数额较大，符合侵占罪的构成要件。根据本案案件事实，笔者同意第一种意见，现

综合分析如下：

一方面，被告人的行为不构成侵占罪。有观点认为，被害人张某某在办理完相关业务

后，忘记将信用卡取出，输入密码的行为是被害人张某某而非被告人实施，被告人将他人

遗忘在ATM机的银行卡里的钱款非法占为己有，数额较大，可以侵占罪定罪处罚。此观

点误区在于忽视了两个要点。其一，遗忘物指财物所有人或持有人有意识地将所持财物放

在某处，因一时疏忽忘记拿走，而暂时失去控制的财物。本案中被告人始终没有获得银行

卡，其获取的是信用卡内属持卡人所有的财产性利益。在刘某某操作取款之前，该款项一

直为ATM机所属的银行所有，刘某某只有通过对ATM机操作才能将卡内数据转换为现金

取出。其二，根据《刑法》规定，侵占罪若成立须有拒不交出这一客观行为，而本案中，

被告人始终没有获取被害人的银行卡，且其在归案前并未将涉案款项予以使用致不能归

还，甚至在公安民警抓获其时主动将涉案款项交出。因此，被告人刘某某的行为不构成侵

占罪。

另一方面，对于本案构成盗窃罪还是信用卡诈骗罪的问题，笔者认为可以从信用卡的

定义及本案特点进行分析。关于信用卡的定义，根据全国人民代表大会常务委员会《关于

〈中华人民共和国刑法〉有关信用卡规定的解释》，刑法规定的“信用卡”是指由商业银行

或者其他金融机构发行的具有消费支付、信用贷款、转账结算、存取现金等全部功能或者

部分功能的电子支付卡。可以看出，信用卡具有身份性，包括涉案银行卡，信用卡上记载

着合法持卡人的个人资料，包括以电子数据形式记录在信用卡磁条上的用户资料和持卡人

自设的密码，这些资料同时由发卡机构保存。只有当持卡人的个人信息资料与发卡机构保

存的信息资料相吻合时，这种信用卡才能正常使用。

对于拾得他人信用卡并加以使用的行为构成盗窃罪还是信用卡诈骗罪，笔者认为可以

从以下三方面予以考虑。

第一，金融机构的ATM机等机器可以成为诈骗的对象。有观点认为，诈骗类犯罪与

盗窃罪的关键区别在于受骗人是否基于认识错误而处分财产，诈骗类犯罪的受骗者必须是

自然人，如果没有自然人受骗，就不可能基于认识错误而处分财产，而因为机器没有意

识，不会陷入认识错误，更不会基于认识错误而处分财产，故机器不可能被骗。应当看

到，随着社会科学技术的发展，包括本案的ATM机在内，其实际上具有相当程度的“识

别”功能。由于上述银行卡具有身份性的特点，ATM机在其程序设置当初就已“拟人化”，

具有区分正确指令的功能，从而开展自动存取款等简单业务。被告人刘某某在持卡人张某

某输入密码的基础上直接按数取款，此时由于刘某某的人为因素，导致ATM机“误以

为”取款人即持卡人，从而错误处分持卡人的财产性利益。由此可见，《刑法》将冒用他

人信用卡的行为归入信用卡诈骗罪中，主要原因在于冒用者实际上是利用了ATM机在识

别功能上的“认识错误”实施相关诈骗行为，因此，经电脑编程后的ATM机当然可以成为

诈骗对象。

第二，信用卡诈骗罪中“冒用他人信用卡”并不限于输入密码。有观点认为，在ATM

机取款操作步骤中，输入密码是ATM机身份验证的唯一环节，而按数取款等步骤均无身

份验证的效用。“冒用他人信用卡”中的“冒用”是冒名使用的缩写，被告人刘某某在已经输

入密码的ATM机上按数取款，没有输入密码就没有冒名使用。如前所述，银行设置ATM

机，是通过计算机代替柜员进行交易，为持卡人与银行之间架起便捷的交易桥梁。同时，

由于存放在银行或ATM机中的现金归银行占有和控制，各商业银行按照相关规定与持卡

人签订领用卡合约时，均在约定凡输入密码正确，银行占有和控制的现金就转移给取款人

的同时，也会约定“凡密码相符的信用卡交易，均视为持卡人所为，由持卡人承担还款责

任，持卡人应承担因密码保管不善而造成的风险损失”。根据ATM机设置原理以及银行与

持卡人达成的现金占有转移的合约，输入正确密码是银行同意ATM机内现金占有转移的

条件，而不问取款人的真实身份。被告人刘某某在持卡人张某某输入密码的基础上直接按

数取款，自然会得到银行的同意，没有违背银行的意愿，但却违背了持卡人的意愿。本案

中，只要被告人刘某某未经持卡人张某某同意或授权以持卡人的名义使用信用卡的，就构

成对持卡人身份的“冒用”。

第三，拾得信用卡和获取密码并不等同于占有了信用卡上的资金。参照司法实践中，

对于盗窃信用卡并加以使用的，以盗窃罪论处，而认定盗窃的数额以行为人实际使用占有

（即兑现）的数额为依据，而非以信用卡上记载的数额为标准。这是因为信用卡虽然与财

产具有一定的联系，但其只是记载财产内容的一种载体，如要转化为财产必须有兑现的过

程，即行为人要真正占有该财产性利益，必须通过冒用行为从而得以实现。持卡人张某某

输入密码，被告人刘某某通过ATM机发出按数取款的指令后，银行既有主动审查的行

为，又实现了与被告人刘某某取款信息的互联互动，并不是单纯地听命于被告人刘某某的

指令。因此被告人刘某某在取款时，ATM机是基于“认识错误”，知情的“同意”与“交付”，

不符合盗窃罪的构成要件，其信用卡诈骗数额应以其实际取款数即现金人民币10000元为

准。

综上，基于信用卡与ATM机的特性，本案被告人刘某某的行为应以信用卡诈骗罪论

处。

编写人：广东省河源市紫金县人民法院 傅卓君 罗春霞

38 无“非法占有” 目的不构成信用卡诈骗罪

——孙长某被诉信用卡诈骗宣告无罪案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河北省沧州市中级人民法院（2016）冀09刑终字第273号刑事判决书

2.案由：信用卡诈骗罪

【基本案情】

2014年3月8日，被告人孙长某提供虚假收入证明和李耀某（在逃）提供的虚假的房产

证、银行流水明细等证明文件，在甲银行办理信用卡购车分期业务。经银行工作人员多次

催收，截至案发前，孙长某仍拖欠贷款本金455592.34元未归还。公诉机关为此指控被告

人孙长某的行为构成信用卡诈骗罪。

被告人孙长某对上述指控无异议。辩称其不知道办理汽车分期贷款需要使用信用卡，

且其一个月之后才收到信用卡。

辩护人对公诉机关的指控罪名没有异议，辩称起诉书指控的数额与银行工作人员所证

实的数额有出入；被告人孙长某认罪态度好，系初犯，请法庭对其从轻处罚。辩护人当庭

提交河间市公安交通警察大队道路交通事故认定书一份，以证实孙长某于2014年6月9日发

生交通事故。

【案件焦点】

孙长某的行为是否具有“非法占有”的目的，是否构成恶意透支型信用卡诈

骗罪。

【法院裁判要旨】

河北省沧州市运河区人民法院经审理认为：被告人孙长某使用伪造的财

产证明取得银行的信任，办理了信用卡分期业务，恶意透支345807.4元，经银

行多次催收未归还，其行为已构成信用卡诈骗罪。公诉机关指控罪名成立。

鉴于被告人孙长某对起诉书指控的事实予以供认，可酌情从轻处罚。被告人

孙长某辩称其没有诈骗的主观故意，经查被告人孙长某办理汽车信用卡分期

业务的目的就是为了办理大额贷款，汽车首付款亦是他人支付，其个人经营

的河间市乙经销部已于2010年1月注销，现有证据证实被告人并无还款能力，

故对其辩称，不予支持。

河北省沧州市运河区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百九十

六条、第六十四条及《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》第六条第三款之规定，作出如

下判决：

被告人孙长某犯信用卡诈骗罪，判处有期徒刑五年六个月，并处罚金六

万元；追缴被告人孙长某犯罪所得三十四万五千八百零七元四角，返还被害

单位甲银行股份有限公司沧州分行。

孙长某认为其不构成信用卡诈骗罪，提起上诉。

河北省沧州市中级人民法院经审理认为：上诉人孙长某在甲银行沧州分

行申请办理丙贷记卡专项商户分期业务取得贷款后，通过在银行专门办理的

丙贷记卡分期偿还贷款。此卡只是孙长某偿还贷款的载体，其并未通过此卡

恶意透支消费。在银行催收后孙长某于8月5日还款14000元，保证人：沧州丁

汽车服务有限公司于9月3日和9月30日分别代孙长某偿还贷款20000元、36000

元，案发后于2015年2月17日又代还87000元，不存在原审法院认为的被告人

孙长某“恶意透支345807.4元，经银行多次催收未归还”的情节。故孙长某未还

贷款的行为不符合信用卡诈骗罪的犯罪构成。原审法院判决孙长某犯信用卡

诈骗罪错误，应予纠正。孙长某及其辩护人提出孙长某不构成信用卡诈骗罪

的意见成立，予以采纳。

河北省沧州市中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百

二十五条第一款第（三）项和第一百九十五条之规定，作出如下判决：

一、撤销河北省沧州市运河区人民法院（2016）冀0903刑初字第84号刑

事判决；

二、上诉人（原审被告人）孙长某无罪。

【法官后语】

本案处理重点主要在于对“非法占有”的认定。在本案中，首先，孙长某与银行签订的

是丙贷记卡专项商户分期业务担保借款合同，是一种专门用来贷款买车的贷记卡，而非用

作任意消费的信用卡。其次，孙长某与银行签订合同后按照约定用此笔贷款购买了汽车，

且依法将该车进行了抵押登记，并且有经银行确认的汽车服务公司的担保保证。孙长某在

按期归还第一期贷款后，经银行催收，孙长某又归还银行贷款14000元，之后因其个人原

因（发生交通事故）未能再向银行还款。由以上事实可知，孙长某作为持卡人，在开卡购

车进行透支的时候是具有归还意思表示的，虽然在透支后由于因交通事故等客观原因造成

无力按时还款，但不能就此认定孙长某具有非法占有的目的。

虽然在本案中孙长某在申请办理丙贷记卡专项商户分期业务过程中提供了虚假的证明

文件，但银行是基于依法登记的汽车抵押担保和真实有效的自然人和汽车服务公司的担保

而与孙长某签订担保借款合同的，而并非是因为孙长某提供虚假的证明文件使银行陷入错

误认识签订的合同。银行在获知孙长某不能按期归还贷款后完全可以通过民事诉讼等途径

主张自己的合法权益，而作为担保人的汽车服务公司也在案发前后先后三次向银行履行了

担保还款义务。因此，孙长某提供虚假的证明文件的行为并不能证明其具有非法占有的目

的，也不能将此行为定义成刑法意义上的诈骗。

值得注意的是，认定“非法占有”应从严把握。信用卡业务本身就是一种高风险、高回

报的金融融资业务，其本质是一种民事借贷法律关系，因此刑法原则上要保有谦抑性，充

分扮演一种保障法、补充法的角色，不应积极干预。对于正常途径合法取得信用卡的客

户，其所进行的交易活动，除非能有效证明其具有非法占有的目的，否则原则上不能入

罪。应将信用卡还款问题更多地纳入民法领域，充分发挥民法解决问题、化解社会矛盾的

功能。

编写人：河北省沧州市中级人民法院 毛颖 刘占英

39 控制他人支付宝并绑定银行卡转账的定罪及既未遂认定

——沈某信用卡诈骗、盗窃案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省泰州市高港区人民法院（2016）苏1203刑初字第122号刑事判决书

2.案由：信用卡诈骗罪、盗窃罪

【基本案情】

1.信用卡诈骗

2016年6月8日至9日，被告人沈某使用其手机（1805116××××）登录被害人赵小某

（女，39岁）的支付宝账户（登录名1529528××××），通过输入事先窃得的被害人赵小某

银行卡卡号、身份证号码及向被害人赵小某等人借用手机获得的支付宝（中国）网络技术

有限公司（以下简称支付宝公司）发来的验证码，重新设置了赵小某的支付宝账户（登录

名1816856××××）、登录密码及支付密码，并将被害人赵小某的银行卡绑定在该支付宝账

户后。被告人沈某删除被害人赵小某手机短信后，将手机还给被害人赵小某。同日，被告

人沈某将被害人赵小某银行卡内人民币10000元转入该支付宝账户内，在被告人沈某将该

款转向其个人银行卡时，因支付宝公司监控到该笔支付交易可能存在风险，故禁止了该笔

交易资金流出。6月9日，被告人沈某从支付宝账户内转款人民币1元至被害人赵小某银行

卡账户内，支付宝账户内剩余人民币9999元。案发后，被告人沈某将支付宝账户内人民币

9999元转至被害人赵小某银行卡账户。

2.盗窃

被告人沈某在泰州甲集团有限公司内，乘隙先后多次窃得他人包内钱财，共计人民币

1700元。具体分述如下：

（1）2016年上半年的一天，被告人沈某在其公司内，乘隙窃得被害人印小某（女，

36岁）包内现金人民币100元。

（2）2016年4、5月的一天，被告人沈某在其公司内，乘隙窃得被害人刘某（女，27

岁）工具箱手提包内现金人民币300元、窃得被害人印小某（女，36岁）包内现金人民币

300元。

（3）2016年5月的一天，被告人沈某在其公司内，乘隙窃得被害人王永某（女，35

岁）包内现金人民币300元。

（4）2016年5月的一天，被告人沈某在其公司内，乘隙窃得被害人张某（女，41岁）

包内现金人民币100元。

（5）2016年6月9日凌晨，被告人沈某在其公司内，乘隙窃得被害人毛春某（女，43

岁）储物柜塑料袋内现金人民币600元。

被告人沈某主动投案，如实供述上述事实，并退出全部赃款，取得被害人谅解。

【案件焦点】

控制他人支付宝账户并绑定他人信用卡后向外转账行为的定性。

【法院裁判要旨】

江苏省泰州市高港区人民法院经审理认为：被告人沈某以非法占有为目

的，多次秘密窃取他人财物，其行为构成盗窃罪，泰州市高港区人民检察院

指控被告人沈某犯盗窃罪，事实清楚，证据确实、充分，应予支持。被告人

沈某以非法占有为目的，冒用他人信用卡，转款10000元至其控制的被害人支

付宝账户，后未能转出该款，其行为构成信用卡诈骗罪（未遂）。泰州市高

港区人民检察院指控被告人沈某犯信用卡诈骗罪，部分事实清楚，对所指控

罪名应予支持，但认为构成信用卡诈骗罪既遂，本院不予支持。被告人沈某

自动投案，归案后如实供述了自己的罪行，系自首，可以从轻处罚。被告人

沈某多次盗窃，酌情从重处罚。被告人沈某退出全部赃款并取得被害人谅

解、自愿认罪，酌情从轻处罚。被告人沈某犯信用卡诈骗罪，因意志以外的

原因未得逞，是犯罪未遂，其犯罪情节轻微，可免予刑事处罚。

江苏省泰州市高港区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百六十

四条、第一百九十六第一款第（三）项、第二十三条、第三十七条、第六十

七条第一款、第六十九条，判决如下：

被告人沈某犯信用卡诈骗罪，免予刑事处罚；被告人沈某犯盗窃罪，判

处拘役五个月，并处罚金人民币三千元；数罪并罚，决定执行拘役五个月，

并处罚金人民币三千元。

【法官后语】

本案争议焦点是，被告人沈某控制被害人赵小某的支付宝并绑定被害人赵小某的银行

卡，从中转出款项至支付宝账户，是以非法占有为目的冒用他人信用卡，应认定为是信用

卡诈骗罪既遂还是未遂。经查：被告人沈某用自己的手机进行操作，将被害人注册的支付

宝更改登录名、登录密码、支付密码，以阻止被害人赵小某登录支付宝及知晓支付宝账户

内资金使用情况，后将被害人赵小某的银行卡绑定在该支付宝账户后并转款10000元至该

支付宝账户，在从支付宝账户转出该款时被系统监控到风险而禁止流出。对此笔者认为：

1.信用卡诈骗罪侵犯的是双重客体，一方面是对国家金融管理制度的侵犯，另一方面

是对公私财产所有权的侵犯，仅根据国家金融秩序受侵害这一非物质性结果作为信用卡诈

骗罪既遂的标志并不妥当。在被告人尚未实际控制钱款、被害人亦未实际遭受财产损失的

情况下，不宜认定为信用卡诈骗罪既遂。

2.本案支付宝账号是以被害人赵小某的身份证注册的，身份不能更改，故更改登录名

后的此支付宝账号所有人仍是被害人赵小某，转移到该账户内的资金仍属于被害人赵小某

所有。被告人沈某从支付宝账户向外转款时受到支付宝公司风险监控（要求身份验证），

无法达到实际控制的程度，被害人亦可要求支付宝公司挂失止付，重新达到控制的程度。

故被告人沈某的上述转款行为，不能认定为信用卡诈骗既遂。因信用卡诈骗罪未遂无数额

巨大或具有其他严重情节作为入罪标准，故从转款的数额上看，构成信用卡诈骗罪（未

遂）。

编写人：江苏省泰州市高港区人民法院 华涛

40 窃取信用卡信息后实施信用诈骗行为的性质认定

——李佩青等窃取信用卡信息、信用卡诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

上海市第二中级人民法院（2016）沪二中刑终字第618号刑事裁定书

2.案由：窃取信用卡信息罪、信用卡诈骗罪

【基本案情】

被告人李佩青于2007年至2011年，先后在甲电子股份有限公司和厦门乙科技有限公司

担任开发经理和系统维护员，在丙银行厦门开发中心委托开发计算机应用系统的项目中，

先后被公司派驻该中心，主要从事理财系统数据相关业务。被告人李佩青于2011年从厦门

乙科技有限公司离职前，擅自将包括卡号、客户姓名、身份证号、家庭住址、交易时间、

交易金额、银行卡磁条信息（验证码、银行卡密码的暗码）等银行卡信息在内的丙银行客

户理财系统数据库文件全部下载到其本人的移动硬盘、SD卡等储存介质予以保存，直至

案发。经司法鉴定科学技术研究所司法鉴定中心司法鉴定：上述数据库文件共计包含客户

银行卡信息2351996条。被告人李佩青和范建华系连襟关系。二人于2013年间经合谋，由

李佩青提供上述窃取的丙银行客户银行卡信息，由范建华伪造银行卡并冒用取款，所得赃

款二人平分。嗣后，被告人李佩青和范建华分别购置了读卡器、拉卡拉机器以及标注有丙

银行标识的空白银行卡等作案工具，先由李佩青演示制作伪卡的过程后，又将筛选出来的

尚未开通手机短信提示的客户信息交由范建华制作伪卡。被告人范建华利用被告人李佩青

提供的银行卡信息伪造出银行卡后，自2014年6月至2015年4月，交由他人先后在上海、武

汉、长沙、合肥、南昌、九江、广州、深圳和成都等地持伪卡取款。经丙银行证实，被告

人实际伪造银行卡为63张，其中58张有盗刷记录，实际被盗刷金额共计人民币4536400

元，其中被告人曹雪冬盗刷共计人民币191800元。经侦查，公安人员于2015年4月19日分

别在厦门和深圳两地，将被告人李佩青以及正在作案的被告人范建华抓获。公安人员抓获

被告人李佩青时，从其住处当场查获了大量疑似伪造的信用卡、拉卡拉机器、移动硬盘、

SD卡等储存介质若干，以及赃款人民币172万元。到案后，被告人李佩青对上述犯罪行为

供认不讳。

公诉机关认为：被告人李佩青、范建华、范泽强和曹雪冬的行为应当以信用卡诈骗罪

追究其刑事责任，且系共同犯罪。被告人李佩青、范建华和范泽强在共同犯罪中起主要作

用，系主犯；被告人曹雪冬在共同犯罪中起次要作用，系从犯，应当从轻处罚。被告人李

佩青、范建华和曹雪冬到案后能如实供述自己的犯罪行为，可以从轻处罚。被告人李佩青

一人犯数罪，应当数罪并罚。

被告人李佩青及其辩护人称：涉案数据是李佩青在甲电子公司时，由丙银行主动提供

用于软件开发，故李取得上述数据是合法的，且李当时并不知道数据包含信用卡信息资

料，是之后无意中知道，故李佩青不存在窃取信用卡信息的行为，不构成窃取信用卡信息

罪。即使法庭认定被告人有窃取信用卡信息的行为，亦应考虑窃取信用卡信息罪和信用卡

诈骗罪间是牵连犯，应以信用卡诈骗罪定罪处罚。另如法庭认定李佩青构成窃取信用卡信

息罪，也应当以核实的63张伪卡为准，而非200余万条银行卡信息。此外，李佩青系初

犯、偶犯，到案后如实供述，认罪态度良好，在信用卡诈骗一节只是信用卡信息的提供

者，而非主要犯罪行为的实施者。综上，请求法庭对其从轻处罚。

被告人范泽强辩称其并不明知范建华给其的银行卡系伪造，只是猜测这些银行卡可能

有问题，亦未明确告知曹雪冬涉案银行卡系伪造。另其仅仅是从范建华处领取工资报酬，

未参与分赃，请求法庭对其从轻处罚。

被告人范建华对起诉指控的基本事实、证据及罪名无异议，并提出其未告知范泽强涉

案银行卡是伪卡。请求法庭对范建华从轻处罚，判处其有期徒刑11年左右的刑期。

被告人曹雪冬对起诉指控的基本事实、证据及罪名无异议。

【案件焦点】

1.在工作履职期间非法保存了银行信用卡信息，离职后实施了信用卡诈骗

的行为应如何把握；2.窃取信用卡信息罪的具体数量应如何认定。

【法院裁判要旨】

上海市黄浦区人民法院经审理认为：被告人李佩青窃取他人信用卡信息

资料，数量巨大，其行为已构成窃取信用卡信息罪。被告人李佩青使用伪造

的信用卡，犯罪数额特别巨大，其行为已经构成信用卡诈骗罪。公诉机关指

控的事实清楚，证据确实充分，指控的罪名成立，本院予以确认，对被告人

李佩青予以两罪并罚。被告人李佩青到案后能如实供述自己的犯罪行为，依

法可以从轻处罚。另被告人李佩青所作其对涉案数据予以保存，未予扩散，

该行为属避免特别严重后果发生的辩解缺乏法律依据，不予采纳。据此判

决：李佩青犯窃取信用卡信息罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币二万

元，被告人李佩青犯信用卡诈骗罪，判处有期徒刑十二年，剥夺政治权利二

年，并处罚金人民币二十万元，决定执行有期徒刑十三年六个月，剥夺政治

权利二年，并处罚金人民币二十二万元；范建华犯信用卡诈骗罪，判处有期

徒刑十二年，剥夺政治权利二年，并处罚金人民币二十万元；范泽强犯信用

卡诈骗罪，判处有期徒刑十年六个月，剥夺政治权利一年，并处罚金人民币

五万元；曹雪冬犯信用卡诈骗罪，判处有期徒刑四年，并处罚金人民币二万

元；除扣押在案的赃款外，不足部分责令犯罪人继续退赔给被害单位。扣押

在案的作案工具予以没收。

一审宣判后，李佩青、范泽强不服，提起上诉。上海市第二中级人民法

院经审理后裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案的关键问题在于，对在工作履职期间非法保存了银行信用卡信息，离职后实施了

信用卡诈骗的行为应如何把握，以及窃取信用卡信息罪的具体数量应如何认定。

关于李佩青的行为或可择一重罪处罚的意见，经查，扣押的涉案移动储存介质等、盘

石软件（上海）有限公司计算机司法鉴定所出具的计算机司法鉴定检验报告书和补充鉴定

说明及被告人李佩青的供述能相互印证，李佩青非法保存了涉案的丙银行信用卡信息。应

当指出的是，李佩青在工作期间，因履行职责可使用相关的数据信息，但离职后不应将涉

案的数据信息私自保存，故李佩青的行为构成窃取信用卡信息罪，且该行为与其之后同被

告人范建华共谋实施信用卡诈骗的行为并非在同一犯意下所支配实施的，根据主客观相一

致原则，本案李佩青的窃取信用卡信息行为及信用卡诈骗行为并不存在牵连关系，根据刑

法理论，不符合牵连犯可择一重罪处罚的条件，而应以两罪而予并罚。

关于被告人李佩青所窃取信用卡信息数量认定的意见，经查，司法鉴定科学技术研究

所司法鉴定中心的司法鉴定认定相关数据库文件共计包含客户银行卡信息2351996条。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》第三条的规定，要构成窃取信用卡信息罪，窃取他人信用卡信息资料必须满

足两个条件之一：（1）信息资料足以伪造可进行交易的信用卡；（2）信息资料足以使他

人以信用卡持卡人名义进行交易。而在本案中，足以伪造可进行交易的信用卡的信息资

料，是指进行有磁交易时所需要的信用卡信息资料，即系一组有关发卡行代码、持卡人账

号、密码、校验码等内容的加密电子数据，而本案无证据证明被告人李佩青保存在移动硬

盘、SD卡等储存介质中分析出的2351996条客户银行卡信息均满足该司法解释第三条的条

件，故窃取信用卡信息的数量应以涉案的63张伪造银行卡认定为宜。

编写人：上海市黄浦区人民法院 章刘岚

41 交通肇事后“顶包” 理赔的定性

——陈某某等保险诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省宿迁市中级人民法院（2016）苏13刑终字第85号刑事裁定书

2.案由：保险诈骗罪

【基本案情】

2013年8月6日晚上，被告人陈某某酒后驾驶苏NG××××号小型轿车行驶至宿迁市区运

河北路时，与事故对方刘某驾驶的货车发生事故，致二车损坏。被告人陈某某为逃避法律

处罚，打电话给其妻子被告人邱某某和被告人肖某某，被告人邱某某和肖某某到现场后与

刘某达成协议，由被告人肖某某为被告人陈某某垫付赔偿款人民币8000元并给付刘某，被

告人邱某某顶替被告人陈某某接受交警处理。8月7日上午，被告人肖某某帮助被告人陈某

某、邱某某拨打甲财产保险股份有限公司电话报案，称被告人邱某某驾车发生事故，后被

告人邱某某在保险公司核实情况时冒充司机作虚假陈述，被告人陈某某使用驾驶证、行驶

证、修车发票等理赔材料到保险公司理赔，骗取保险金人民币72200元。

另查明，被告人陈某某、邱某某在公安机关寻找其二人调查时主动表明身份并接受处

理。被告人肖某某经电话通知主动到公安机关接受调查。案发后，被告人陈某某退赔全部

违法所得。

【案件焦点】

行为人交通肇事后让他人“顶包”进行保险理赔的行为定性。

【法院裁判要旨】

江苏省宿迁市宿城区人民法院经审理认为：被告人陈某某、邱某某、肖

某某对发生的保险事故编造虚假的原因，骗取保险金，数额巨大，其行为已

构成保险诈骗罪。公诉机关指控罪名成立，本院予以支持。被告人陈某某、

邱某某、肖某某共同实施故意犯罪，是共同犯罪。被告人陈某某在共同犯罪

中起主要作用，是主犯，应当按照其参与的全部犯罪处罚。被告人邱某某、

肖某某在共同犯罪中起次要作用，是从犯，应当从轻或者减轻处罚。被告人

陈某某、邱某某、肖某某犯罪后自动投案，并如实供述自己的罪行，是自

首，可以从轻或者减轻处罚。被告人陈某某已退赔全部违法所得，可以酌情

从轻处罚。综上，本院决定对被告人陈某某、邱某某、肖某某减轻处罚，并

适用缓刑。据此，依照《中华人民共和国刑法》第一百九十八条第一款第

（二）项，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、被告人陈某某犯保险诈骗罪，判处有期徒刑三年，缓刑五年，并处

罚金人民币五万元。

二、被告人邱某某犯保险诈骗罪，判处有期徒刑二年，缓刑三年，并处

罚金人民币四万元。

三、被告人肖某某犯保险诈骗罪，判处有期徒刑二年，缓刑三年，并处

罚金人民币四万元。

一审判决作出后，肖某某不服提出上诉，江苏省宿迁市中级人民法院经

审理裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

关于酒后发生交通事故，通过让人“顶包”的方式获得保险理赔款，相关参与人员的行

为如何定性，笔者作以下分析：

1.保险诈骗罪的认定

《刑法》第一百九十八条规定：“有下列情形之一，进行保险诈骗活动，数额较大

的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处一万元以上十万元以下罚金；数额巨大或者有其

他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处二万元以上二十万元以下罚金；数额

特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑，并处二万元以上二十万元以

下罚金或者没收财产：（一）投保人故意虚构保险标的，骗取保险金的；（二）投保人、

被保险人或者受益人对发生的保险事故编造虚假的原因或者夸大损失的程度，骗取保险金

的；（三）投保人、被保险人或者受益人编造未曾发生的保险事故，骗取保险金的；

（四）投保人、被保险人故意造成财产损失的保险事故，骗取保险金的；（五）投保人、

受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病，骗取保险金的。有前款第四项、第五项所

列行为，同时构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。单位犯第一款罪的，对单位判

处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘

役；数额巨大或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑；数额特别巨大或者

有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑。保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人

故意提供虚假的证明文件，为他人诈骗提供条件的，以保险诈骗的共犯论处。”

可见保险诈骗罪是指违反保险管理法规，意图骗取保险金，采取虚构保险事故或隐瞒

事实真相等手段，向保险公司索取保险金，数额较大的行为。本罪侵犯的客体为国家的保

险制度和保险人的财产所有权。客观方面表现为违反保险法律、法规，进行保险诈骗，数

额较大的行为，具体包含上述五种行为。本罪的主体是一般主体。主观方面是故意，并且

有非法骗取保险金的意图。

2.交通肇事后顶包理赔参与人的定性

《保险法》第五条规定：“保险活动当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原

则。”《机动车交通事故责任强制保险条例》第二十二条规定：“有下列情形之一的，保险

公司在机动车交通事故责任强制保险责任限额范围内垫付抢救费用，并有权向致害人追

偿：（一）驾驶人未取得驾驶资格或者醉酒的；（二）被保险机动车被盗抢期间肇事的；

（三）被保险人故意制造道路交通事故的……”。保险公司责任免除条款通常列明醉酒、

吸毒等驾车发生交通事故造成的损害，保险公司可不予理赔。酒驾按上述规定可能产生保

险公司免赔的后果，酒驾的行为人还可能涉嫌危险驾驶罪。本案的行为人陈某某酒驾发生

车祸后，伙同邱某某、肖某某共同导演了一场由邱某某“顶包”，将发生交通事故的主体予

以更换，避开保险条款中“酒驾免赔”规定的“戏”，伪造成符合理赔条件获得理赔七万余

元，三个行为人的行为符合《刑法》第一百九十八条第一款第二项“投保人、被保险人或

者受益人对发生的保险事故编造虚假的原因或者夸大损失的程度，骗取保险金”的规定。

三行为人违反保险管理法规，意图骗取保险金，采取隐瞒事实真相等手段，向保险公司索

取保险金，数额巨大，严重侵犯了国家的保险制度和保险人的财产所有权，故法院最终认

定他们构成保险诈骗罪。

编写人：江苏省宿迁市宿城区人民法院 赵春秀

42 盗窃银行承兑汇票并使用，骗取他人财物的行为构成票据诈

骗罪

——张宝宝票据诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省焦作市中站区人民法院（2015）站刑初字第00077号刑事判决书

2.案由：票据诈骗罪

【基本案情】

被告人张宝宝曾在焦作市甲重型机械制造有限公司担任过销售员，熟悉银行承兑汇票

的管理及民间贴现规程。2012年10月至2013年6月被告人张宝宝在河南省乙速递物流有限

公司博爱县分公司中站揽投站（以下简称乙快递室）工作，其间接触了大量公司之间相互

邮寄银行承兑汇票的快递业务，熟悉投递流程、汇票存放位置和工作人员作息时间。2013

年6月被告人张宝宝因挪用单位货款被开除。随后因迷恋网络赌博游戏，便决定通过盗窃

银行承兑汇票进行民间贴现作为赌资。2013年8月1日至2014年9月26日，被告人张宝宝利

用工作期间配发和自己私下配置的乙快递室钥匙，趁工作人员休息之际先后9次潜入快递

室，1次趁快递员不备，盗走银行承兑汇票12张，涉案金额2154237.42元，并以合法持票

人的名义，在民间贴现市场骗取侯政某、焦向某、申灵某等人共计2076189元。被盗的10

起案件中，有8起票据合法持有人已通过挂失支付、申请公示催告等程序，避免自己的财

产遭受损失。被告人张宝宝于2014年12月28日到焦作市公安局中站分局主动投案。

【案件焦点】

盗窃他人银行承兑汇票，并以合法持票人的名义骗取贴现人财物的行为

如何定性。

【法院裁判要旨】

河南省焦作市中站区人民法院经审理认为：被告人张宝宝以非法占有为

目的，冒用合法持票人的名义使用其所窃取的银行承兑汇票，骗取他人财

物，数额特别巨大，其行为已构成票据诈骗罪，焦作市中站区人民检察院指

控被告人张宝宝犯票据诈骗罪的事实存在，罪名成立。被告人张宝宝案发后

主动投案，并如实向公安机关供述自己的犯罪事实，系自首，依法可以从轻

处罚。辩护人关于被告人构成自首的辩护意见，予以采纳。被告人及其辩护

人认为诈骗金额应以未归还贴现人的数额进行计算的辩护理由，经法庭调

查，被告人的票据诈骗活动均已实施完毕，被告人及其辩护人的此项辩解理

由与票据诈骗罪的犯罪构成要件不符，不予采纳。

根据《中华人民共和国刑法》第一百九十四条第一款、第五十二条、第

五十三条、第六十七条第一款和第六十四条之规定，判决如下：

一、被告人张宝宝犯票据诈骗罪，判处有期徒刑十年，并处罚金人民币

20万元。罚金于判决生效之日起五日内通过本院缴纳。

二、被告人张宝宝的非法所得继续予以追缴。

【法官后语】

本案中被告人张宝宝利用曾经担任快递员的便利，先后9次盗窃承兑汇票，利用朋友

便利，盗窃1次承兑汇票，票面价值2154237.42元，非法所得共计2076189元。如何定性

——是构成盗窃罪，还是票据诈骗罪，抑或是盗窃罪与票据诈骗罪择一重处，存在较大分

歧。我们认为，张宝宝盗窃银行承兑汇票并使用，骗取数额巨大财物的行为，构成票据诈

骗罪。理由如下：

1.从所侵犯的客体看，盗窃罪的客体应是被害人的直接财产权利，而票据诈骗罪的客

体除了被害人的财产权利外，还有金融管理秩序

立法所保护的盗窃罪、票据诈骗罪的客体均包含公民的财产权利。对于盗窃票据并使

用的行为，应根据票据持有人（被害人）直接丧失票据记载的财产是盗窃行为所致还是使

用行为所致判断。如果盗窃行为使票据持有人直接丧失票面记载的财产，则可以认定构成

盗窃罪，其使用行为可作为赃物处理行为对待；如果盗窃行为并未使票据持有人的财产直

接受损，其使用行为可认定构成金融诈骗犯罪；倘若盗窃行为直接侵犯票据持有人的财

产，而其使用行为又侵犯了新的法益，则应以盗窃罪、票据诈骗罪两罪并罚。

本案中，被告人张宝宝盗窃的银行承兑汇票是记名、可挂失、不能即时兑现的有价证

券，持票人能够通过公示催告、诉讼、挂失止付等途径避免自己的损失，盗窃该类银行承

兑汇票的行为并不必然使持票人的财产受损。我国对票据丧失有三种方式救济：通过公示

催告宣告票据无效；通过诉讼行使权利；挂失止付制度。《票据法》第十五条对此有明确

规定：“票据丧失，失票人可以及时通知票据的付款人挂失止付，但是，未记载付款人或

者无法确定付款人及其代理付款人的票据除外。收到挂失止付通知的付款人，应当暂停支

付。失票人应当在通知挂失止付后三日内，也可以在票据丧失后，依法向人民法院申请公

示催告，或者向人民法院提起诉讼。”事实上，本案中被盗的10起案件中有8起票据持有人

（被害人）已通过先向付款行电话挂失，后又向付款行所在地法院申请除权判决，宣告失

窃票据无效，使自己免受了财产损失。可见，张宝宝的盗窃行为并未使票据持有人（被害

人）遭受财产损失，张宝宝盗窃汇票后以票据权利人的名义使用票据的行为使接收张宝宝

交付汇票的人（贴现人）受到财产损失，该行为损害了国家对金融票据的管理制度和正常

秩序，符合票据诈骗罪的客体特征。

2.从实际被害人看，行为人张宝宝的行为符合票据诈骗罪的客观要件特征

银行承兑汇票虽然具有与现金相类似的支付结算功能，但它并不能完全等同于现金。

由出票人签发、委托付款人在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或持票人的票据是

商业汇票。按承兑人的不同，又可分为商业承兑汇票和银行承兑汇票。其中，银行承兑汇

票是由收款人或承兑申请人签发，并由承兑申请人向开户银行申请，经银行审查同意承兑

的汇票。有观点认为，当前在票据流通领域存在大量民间贴现、空白背书现象，银行承兑

汇票作用等同于现金。因此盗窃了银行承兑汇票，就相当于盗窃了现金。笔者认为，这种

观点值得商榷。关于贴现的条件，《支付结算办法》第九十二条规定：“商业汇票的持票

人向银行办理贴现必须具备下列条件：（一）在银行开立存款账户的企业法人以及其他组

织；（二）与出票人或者直接前手之间具有真实的商品交易关系；（三）提供与其直接前

手之间的增值税发票和商品发运单据复印件。”规定严格的贴现条件目的主要在于，防止

申请贴现人非法取得票据后向银行申请贴现，转嫁票据风险获得非法收益，损害其前手乃

至银行的合法权益，维护票据流通秩序。法律与司法解释亦禁止空白背书。《票据法》第

三十条明确：“汇票以背书转让或者以背书将一定的汇票权利授予他人行使时，必须记载

被背书人名称。”《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》第四十九条规

定：“依照票据法第二十七条和第三十条的规定，背书人未记载被背书人名称即将票据交

付他人的，持票人在票据被背书人栏内记载自己的名称与背书人记载具有同等法律效

力。”因此，身为盗窃对象的票据持有人作为合法受害人，其权利有多种救济途径，而作

为诈骗对象的贴现人却不是本案的合法受害人。我们不能默认不合法的实际流通状况，更

不能以此作为判断犯罪行为的标准，最终的判决主文自然也没有责令退赔的表述。

本案中张宝宝是假冒票据权利人或其授权的代理人，行使本应属于他人的票据权利，

从而骗取财物。行为人主观上明知自己不是合法的票据权利人与授权的代理人，但仍然假

冒合法权利人或其代理人之名使用票据，即属于冒用他人的汇票。张宝宝明知自己不是所

窃汇票的权利人，却仍向受票人明确表示票据为其所有，其以权利人的身份取得转让对

价，完全符合冒用他人汇票的情形。张宝宝骗取财物2076189元，属于财产数额特别巨大

的情形，齐备票据诈骗罪的客观要件。

编写人：河南省焦作市中站区人民法院 杨晓东

43 合理的利息收入不应从金融凭证诈骗犯罪数额中扣除

——余春华金融凭证诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省澧县人民法院（2016）湘0723刑初字第252号刑事判决书

2.案由：金融凭证诈骗罪

【基本案情】

2012年至2016年1月，被告人余春华冒充某农村信用合作联社工作人员，以高利息为

诱饵，利用先后伪造的《湖南省农村信用合作社整存整取定期储蓄存单》（以下简称储蓄

存单）共199张，分别骗取李辉某等三十多名被害人现金共计人民币1357万元。

被告人余春华对指控的犯罪事实供认不讳。其辩护人认为本案诈骗犯罪金额中有一部

分为利息款，在量刑时应酌情从轻。

【案件焦点】

被告人余春华已支付给被害人的利息款是否应当从犯罪数额中扣除。

【法院裁判要旨】

湖南省澧县人民法院经审理认为：被告人余春华假冒信用社工作人员，

伪造银行储蓄存单实施金融凭证诈骗，数额特别巨大，其行为已构成金融凭

证诈骗罪，应依法惩处。公诉机关指控被告人余春华的犯罪事实及罪名成

立。对被告人的辩护人提出的本案部分被害人没有证言证明，本案诈骗金额

是否准确的质疑，本院认为未作证的部分被害人的钱款被骗时均未直接交付

给被告人余春华，而是委托其亲友即本案列明的被害人一并给付，现有这些

被害人的陈述，并有相关书证证实，被告人余春华亦不持异议，足以认定；

对辩护人辩称被告人余春华在澧县公安局澧阳派出所附近被抓获时是准备去

投案自首的辩解，现无证据证明；对辩护人辩称本案诈骗金额中有部分利息

款，在量刑时应当从轻的观点，本院认为其利息款亦是被害人给付本金后应

得的收益，且只占本案诈骗金额特别巨大中的极少部分，不足以成为从轻处

罚的理由，因此对辩护人以上辩护意见本院均不予以采纳。但被告人余春华

归案后如实供述其犯罪事实，可从轻处罚。

湖南省澧县人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百九十四条第一

款、第二款，第六十七条第三款，第五十二条，第五十三条第一款之规定，

判决如下：

被告人余春华犯金融凭证诈骗罪，判处有期徒刑十四年，并处罚金人民

币三十万元。

【法官后语】

金融诈骗类犯罪的犯罪数额具有特别的意义，诈骗数额的多少不仅事关被告人的罪与

非罪，而且对被告人的量刑轻重更具有决定性的影响，金融凭证诈骗犯罪也不例外。金融

凭证诈骗罪的法定刑根据犯罪“数额较大”“数额巨大”“数额特别巨大”来区分量刑档次，从

而确定最低的量刑起点，然后再根据个案具体的犯罪数额依照量刑规范化的要求确定基准

刑，最后再根据量刑情节调节基准刑从而确定宣告刑。也就是说，犯罪数额的计算几乎贯

穿金融凭证诈骗罪量刑的始终。

本案中，被告人余春华被指控的金融凭证诈骗数额达一千三百多万元，远远高于一般

诈骗犯罪数额特别巨大的标准（湖南省确定的数额特别巨大的地方标准为五十万元），应

当在有期徒刑十年以上确定量刑起点，在不考虑我国有期徒刑期限限制的前提下，如果将

量刑起点确定为有期徒刑十年，按照犯罪数额每增加五万元增加一个月刑期的标准计算，

被告人余春华的基准刑可以达到三十年以上，因此，如果被告人支付给被害人的利息款数

额不是特别巨大，或者利息款相对犯罪数额的比例较小甚至仅占极小的部分，不论是从对

量刑的影响上来说，还是从节约司法成本的角度考虑，一般不需要计算出具体的利息款数

额，只需要根据法院的量刑权限和法律对量刑的规定来确定宣告刑。

另外，从犯罪事实和证据的方面来看，包括被告人余春华自己的供述和各被害人的陈

述在内，没有充分的证据证明各被害人收到的利息款明显超过合理的限度。根据判决书列

明的证据，提到具体利率标准的唯一证据就是本案被害人李绍某的陈述，据其陈述的内

容，被告人余春华是按照月息1.2分来结息的，换算成年息是14.4%，大部分被害人陈述被

告人是按照银行定期存款利率支付利息，还有部分被害人陈述，被告人是按照定期与活期

的利息差或者按照银行活期存款利率给付利息。《最高人民法院关于审理民间借贷案件适

用法律若干问题的规定》第二十六条规定，“借贷双方约定的利率未超过年利率24%，出

借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持”，依此类推，金融凭证

诈骗犯罪中，被害人获得的未超过年息24%标准的合理利息收入应予保护，不应从犯罪金

额中扣除。

编写人：湖南省澧县人民法院 彭美凤

44 非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪的区分

——周兆会集资诈骗、诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河北省黄骅市人民法院（2016）冀0983刑初字第272号刑事判决书

2.案由：集资诈骗罪、诈骗罪

【基本案情】

2014年以来，被告人周兆会以散发黄骅市甲农民专业合作社宣传册形式向社会宣传，

以高息和奖品为诱饵，利用黄骅市甲农民专业合作社非法吸收蔡国某存款8万元、于连某

2.74万元、张相某13.5万元、李青某3万元、陈向某2万元、张玉某2万元、高长某1万元、

王胜某2万元、张洪某2万元、张宝某2万元、程少某4.9万元、杨立某1.2万元、王玉某5万

元、张文某5万元、张宝某0.65万元、崔宝某及张希某5.63万元（取回了33040元）、赵云

某15.6万元、鲁学某0.6万元、沈洪某0.9万元，合计20人，共计人民币77.72万元（包含取

回的33040元）。从扣押的黄骅市甲农民专业合作社的账本显示仅2014年就非法吸收公众

存款141万余元。

2015年9月，被告人周兆会以倒贷款的名义让王光某将挖掘机拖到黄某的一停车场，

因周兆会欠郑峦某10万元未还，在同年9月24日周兆会将王光某的挖掘机以顶账的方式抵

押给了郑峦某，顶账8万元。经黄骅市价格认证中心鉴定，该挖掘机价值8万元。

【案件焦点】

被告人的犯罪行为是构成非法吸收公众存款罪还是集资诈骗罪。

【法院裁判要旨】

黄骅市人民法院经审理认为：被告人周兆会以非法占有为目的，以虚构

黄骅市甲农民专业合作社的名义，以高息和奖品为诱饵，吸收公众存款，除

去案发前退还的外，仍有74.416万元余款未能退还。根据《最高人民法院关于

审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第四条第二款第一项

规定“集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显

不成比例，致使集资款不能返还”；第五项规定“抽逃、转移资金、隐匿财产，

逃避返还资金的”，可以认定为“以非法占有为目的”，依集资诈骗罪定罪处

罚。本案中，被告人周兆会虚构实际上并不存在的企业、以高息和奖品为诱

饵骗取他人集资款，又将骗取的集资款挪作他用，致使集资款不能返还被害

人，其行为特征符合上述规定及集资诈骗罪的形式要件，故被告人周兆会的

行为构成集资诈骗罪，诈骗数额74.416万元，数额巨大。公诉机关指控被告人

周兆会犯非法吸收公众存款罪罪名不当，应予变更。被告人周兆会以非法占

有为目的，虚构事实，骗取被害人王光某挖掘机后用于抵账，其行为已构成

诈骗罪。公诉机关指控罪名成立。被告人周兆会触犯数罪，依法予以数罪并

罚。

黄骅市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第一百九十二条、第二百

六十六条、第六十九条、第六十四条，《最高人民法院关于审理非法集资刑

事案件具体应用法律若干问题的解释》第四条第二款第一项及第五项之规

定，判决如下：

一、被告人周兆会犯集资诈骗罪，判处有期徒刑七年，并处罚金人民币

十万元；犯诈骗罪，判处有期徒刑三年零三个月，并处罚金人民币一万元。

数罪并罚，决定执行有期徒刑八年零六个月，并处罚金十一万元。

二、责令被告人周兆会退赔蔡国某经济损失8万元、于连某2.74万元、张

相某13.5万元、李青某3万元、陈向某2万元、张玉某2万元、高长某1万元、王

胜某2万元、张洪某2万元、张宝某2万元、程少某4.9万元、杨立某1.2万元、

王玉某5万元、张文某5万元、张宝某0.65万元、崔宝某1.22万元、张希某1.106

万元、赵云某15.6万元、鲁学某0.6万元、沈洪某0.9万元。退赔王光某经济损

失8万元。

【法官后语】

集资诈骗和非法吸收公众存款等犯罪活动已成为近年来金融领域内涉及面广泛、社会

危害性严重的高频犯罪。本案中人民检察院指控的罪名之一为非法吸收公众存款罪，法院

在最后的判决中以集资诈骗罪定罪，这就涉及两罪在司法实践中的区分问题。非法吸收公

众存款罪与集资诈骗罪在客观上都是非法募集资金，并且大部分是不能归还存款，在主观

上也都是故意行为，两罪在定罪时很容易混淆。

笔者认为关于两罪的区分应注意以下三点：

首先，两罪最关键的区别在于主观目的不同，即是否以非法占有所募集资金为目的。

集资诈骗罪的行为人主观上是为了非法占有所募集的资金，事后不予归还；非法吸收公众

存款罪行为人主观上只是为了募集资金或揽存存款人的资金用于营利或经营活动，其意不

在占有。非法吸收公众存款的行为人，无法兑现其在吸收公众存款时给予行为另一方当事

人高额利息或高额回报的承诺，甚至给存款人、投资人造成了重大的经济损失，出现这种

情况，往往是行为人投资经营管理不善造成，但是，这种损失与集资诈骗中行为人的目的

就是非法占有被害人财物而造成损失是有根本区别的。如果“吸存人”以“吸存”的名义取得

资金后，把占有的资金任意挥霍，用于违法活动或吃喝玩乐等高额消费，或者主要资金去

向不明且不能说清用途的则构成集资诈骗罪。

其次，两罪在行为实施方式上也有所不同。集资诈骗罪的行为人必须使用诈骗的方

法，这是该罪的必要构成要件。非法吸收公众存款罪，表现为诈骗方法和非法集资两种行

为的结合，即表现为以存款的方式非法吸收他人资金，该罪的构成并不以欺骗方法为必要

构成要件，尤其是在吸收存款或募集资金的行为目的上并没有遮掩营利的意图和表现。

最后，由于犯罪目的和客观方面的不同导致两罪侵犯的客体也不同，集资诈骗罪侵犯

的客体是复杂客体，即不仅侵犯了国家的金融秩序，而且侵犯了出资人的财产所有权；而

非法吸收公众存款罪侵犯的是单一客体，即国家的金融管理制度。

编写人：河北省黄骅市人民法院 侯新

（五）危害税收征管罪

45 进行了实际经营活动但为逃避缴纳税款让他人代开发票构成

虚开发票罪

——张某虚开发票案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

江苏省江阴市人民法院（2016）苏0281刑初字第422号刑事判决书

2.案由：虚开发票罪

【基本案情】

2012年5月，李光某（系被告人张某舅舅）挂靠广东甲园林绿化有限公司承接了江阴

市乙置业有限公司景观环境工程，被告人张某经李光某安排担任该项目财务负责人。其

间，被告人张某为结算工程款到税务机关开具发票，经向税务机关了解需要缴纳的税款税

率为开票金额的6.5%左右（自陈）。2012年7月至8月，被告人张某通过施某，以支付人

民币19万元开票费的方式从章文某（另案处理）处开具票面金额共计为人民币300余万元

的江苏省地方税务局通用机打发票多份，并将发票交广东甲园林集团有限公司及江阴乙置

业有限公司，因广东甲园林集团有限公司反映发票缺少税收缴款书无法入账，被告人张某

提出发票无法使用，章文某将所收取的开票费退还给被告人张某。

2012年8月至10月，被告人张某为少缴纳税款，与章文某商定以支付低于应缴纳税款

数额开票费的方式，先后3次通过章文某开具了票面金额为人民币503.16万元的江苏省地

方税务局通用机打发票8份。其间，被告人张某经上网查询得知所开具发票的用票方系其

他单位，发票可能系假发票，即要求章文某出具税务机关的证明，后章文某向被告人张某

提供了加盖伪造的税务机关印章的证明一份以证明发票系在税务机关开具。尔后，被告人

张某将所开具的发票及税收缴款书交广东甲园林集团有限公司及江阴乙置业有限公司用于

入账，并支付章文某开票费人民币16万元。经无锡市地方税务局征管和科技发展处鉴定，

涉案8份江苏省地方税务局通用机打发票系假发票。

2014年7月14日，被告人张某经公安机关电话通知后到案接受调查，归案后如实供述

了自己的罪行。案发后，广东甲园林集团有限公司已至税务机关重新开具相应数额的发票

（税率为开票金额的6.19%）给江阴乙置业有限公司。

【案件焦点】

本案所涉发票的付款方与收款方之间存在实际经营活动，被告人张某为

逃避缴纳税款找他人代开发票，但辩称不明知系假发票，其行为是否构成虚

开发票罪。

【法院裁判要旨】

江苏省江阴市人民法院经审理认为：1.被告人张某在开具发票前曾到地税

部门咨询，得知开具发票须缴纳票面金额6.5%左右的税费，其为少缴纳税款

采用支付开票费的方式通过非正常途径让他人为自己代开发票；2.被告人张某

在取得直接找章文某开具的8份发票后，经上网查询用票方系其他单位，此时

其已明知该8份发票可能系假发票，而上述发票经鉴定确均系假发票，即针对

发票所对应的经营活动并未实际缴纳税款；3.被告人张某支付给章文某人民币

16万元让章文某开具了票面金额达人民币503.16万元的发票，所支付的开票费

数额既远低于应缴纳的税款数额，又远低于所开具发票的税收缴款书载明的

税款数额，其行为具有虚开发票性质。综上，被告人张某主观上具有逃避缴

纳税款的故意，客观上造成了国家税款的损失，其行为既扰乱了发票管理秩

序，又破坏了税收征管制度，应当以虚开发票罪追究其刑事责任。鉴于被告

人张某有自首情节，当庭自愿认罪，予以从轻处罚。

江苏省江阴市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百零五条之一

第一款、第六十七条第一款、第七十二条第一款和第三款及《最高人民法院

关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第一条之规定，作出如

下判决：

被告人张某犯虚开发票罪，判处有期徒刑九个月，缓刑一年，并处罚金

人民币五万元。

【法官后语】

虚开发票罪是指违反发票管理规定，虚开除增值税专用发票或者其他具有退税、抵扣

税款功能的发票以外的普通发票，情节严重的行为，系2011年2月25日通过的《刑法修正

案（八）》新增罪名。区别于增值税专用发票及其他具有退税、抵扣税款功能的发票，普

通发票并不具有抵扣税款功能，刑法对于虚开发票罪也设置了较低的法定刑。虚开增值税

专用发票罪系单纯的行为犯（抽象的危险犯），抑或既属于行为犯又属于目的犯，在司法

实践中争议较大，涉及如何理解虚开增值税专用发票罪的“虚开”问题。从刑法实质解释论

出发，虚开增值税专用发票罪，包括虚开用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪在内，均要

求有骗取税款的主观目的，如不具备该目的则不能认定为刑法意义上的“虚开”，不能以该

罪论处。对于虚开发票罪，司法实践中争议同样较大。具体到本案，主要存在以下两种观

点：

第一种观点认为，被告人张某舅舅李光某挂靠广东甲园林绿化有限公司承接江阴乙置

业有限公司的景观工程，双方存在真实的业务往来，被告人张某作为财务负责人为少缴纳

税款而找章文某开具发票，章文某则表示可找他人支付较低税款在税务局开具真实发票，

虽然章文某所开具的发票事后经鉴定为假发票，但被告人张某对此并不明知，其行为不构

成虚开发票罪。

第二种观点认为，被告人张某为逃避缴纳税款找他人代开发票，虽然存在真实业务往

来，仍应认定为虚开行为，其在此过程中对发票真假持怀疑态度，而发票最终经鉴定为假

发票，客观上造成了国家税款流失，其行为构成虚开发票罪。

我们同意第二种观点，理由如下：

1.虚开行为的认定不局限于没有真实经营业务的情况。对于没有经营业务而开具发票

或者开具与经营业务内容不符的发票应认定为虚开，但虚开情形并不局限于此。在违反规

定让他人代开发票的情况下，即使存在实际经营业务，也应当认定为虚开，而此时认定之

虚开系日常生活中的虚开，是否属于刑法意义上的虚开则应从实质意义上进行考究。本案

中，被告人张某在存在真实经营业务的情况下未按规定到税务机关开具发票，而是通过非

正常途径找他人代开发票，应当认定为虚开行为。

2.虚开发票罪要求行为人具有逃避缴纳税款的目的。如前所述，刑法意义上的虚开应

当从实质意义上进行考究，即要求行为人具有逃避缴纳税款的目的。在代开发票的场合，

应从销售方（收款方）是否向代开票方支付所需承担的税款角度认定其是否具有逃避缴纳

税款的目的，如销售方（收款方）已按标准向代开票方支付税款，则对于销售方（收款

方）要求代开发票的行为仅应认定为日常生活中的虚开，而非实质意义上的虚开，因此对

于代开票方的虚开行为也应当以是否具有逃避缴纳税款目的角度考虑是否属于实质意义上

的虚开。本案中，被告人张某事先向税务机关了解了税率，在让他人代开发票过程中所支

付的开票费用远低于所应缴纳的税款数额及发票载明的税款数额，应认定其主观上具有逃

避缴纳税款的目的。

3.追究刑事责任应坚持主客观相一致原则。虚开发票罪侵犯的是双重客体，一是发票

管理秩序，二是国家税收利益。本案中，被告人张某主观上具有逃避缴纳税款的目的，从

认识角度也意识到找章文某所代开之发票可能系假发票，客观上所支付的税款数额远低于

所应缴纳的税款数额及票面载明的税款数额，造成了国家税款的流失，其通过非正常途径

找他人代开发票的行为即扰乱了发票管理秩序，又侵犯了国家税收利益，根据法定符合说

及主客观相一致原则，其行为符合虚开发票罪的主客观构成要件，不属于主观归罪或者客

观归罪，至于其主观上对于发票系伪造是否确切明知则不影响虚开发票罪的认定。

编写人：江苏省江阴市人民法院 夏明丰 成志昀

（六）侵犯知识产权罪

46 妻子持有烟草专卖零售许可证，丈夫销售烟草是否构成非法

经营罪

——袁宏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

广东省东莞市第三人民法院（2016）粤1973刑初字第1290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】

2015年年初开始，被告人袁宏某租下东莞市凤岗镇雁田村某别墅，存放并销售各种品

牌的真、假香烟，同时还聘用了朱某等人（均另案处理）帮工。

2016年1月7日，公安人员联合东莞市烟草稽查人员进行检查，在袁宏某租用的别墅内

当场查获真假卷烟141.52万支。经广东省质量监督烟草检验站雪茄烟鉴别检验和东莞市烟

草专卖局认定，缴获的卷烟中共有37种系假冒注册商标且伪劣卷烟，价值为447322.9元。

在现场的电脑中，查出一套用以经营的商业管理软件，可统计出截至2016年1月7日，袁宏

某共销售出价值1770715元的香烟，但无法辨别有无假烟及假烟在其中的比例。从查获的

销售单据中，也无法辨别真假烟的比例。

庭审中，被告人的辩护人向法庭提交证据，证明被告人的妻子张某是东莞市某茶叶商

店的登记经营者，该商店具有烟草专卖零售许可证。被告人陈述该店系其实际经营，其每

日均有看店。

【案件焦点】

在被告人袁宏某妻子持有烟草专卖零售许可证的情况下，被告人是否仍

构成非法经营罪。

【法院裁判要旨】

广东省东莞市第三人民法院经审理认为：本案的争议焦点是被告人袁宏

某是否构成非法经营罪，认定该罪名的关键是袁宏某是否属于无证经营，对

此分析如下：第一，本案被告人袁宏某的妻子张某是东莞市某茶叶商店的登

记经营者，该商店具有烟草专卖零售许可证。基于二人的夫妻关系以及袁宏

某实际经营该店的供述，在没有反证证明其从未参与经营的情况下，宜认定

袁宏某为东莞市某茶叶商店的实际经营者或共同经营者，袁宏某买卖烟草的

行为不宜以无证经营对待。第二，袁宏某在东莞市某茶叶商店的登记地点之

外买卖烟草，违反了有关行政管理条例。但参考最高人民法院《关于被告人

李明华非法经营请示一案的批复（烟草）》中“被告人李明华持有烟草专卖零

售许可证，但多次实施批发业务，而且从非指定烟草专卖部门进货的行为，

属于超范围和地域经营的情形，不宜按照非法经营罪处理，应由相关主管部

门进行处理”的精神，该行为属于超地域经营，不宜按照非法经营罪处理。因

此，指控被告人袁宏某犯非法经营罪的事实和理据不足，本院不予支持。

本案中，被告人袁宏某销售假冒注册商标且伪劣的卷烟（价值447322.9

元）的事实清楚、证据充分，因该批卷烟尚未销售即被查获，故其行为符合

生产、销售伪劣产品罪（未遂）和销售假冒注册商标的商品罪（未遂）两个

罪名的特征，属于想象竞合犯，应择一重罪处理。

《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》第二条第一款规定：“伪劣卷烟、

雪茄烟等烟草专卖品尚未销售，货值金额达到刑法第一百四十条规定的销售

金额定罪起点数额标准的三倍以上的，或者销售金额未达到五万元，但与未

销售货值金额合计达到十五万元以上的，以生产、销售伪劣产品罪（未遂）

定罪处罚”。根据《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家烟草专卖

局关于办理假冒伪劣烟草制品等刑事案件适用法律问题座谈会纪要》的意

见，伪劣烟草制品尚未销售，货值金额分别达到15万元以上不满20万元、20

万元以上不满50万元、50万元以上不满200万元、200万元以上的，分别依照

刑法第一百四十条规定的各量刑档次定罪处罚。本案涉案货值金额为447322.9

元，处于刑法第一百四十条中“二十万元以上不满五十万元”的量刑档次，即以

生产、销售伪劣产品罪（未遂）论处的对应处罚为二年以上七年以下有期徒

刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金。

根据最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理侵犯知识产权

刑事案件具体应用法律若干问题的意见》第八条，假冒注册商标的商品尚未

销售，以销售假冒注册商标的商品罪（未遂）定罪处罚，货值金额分别达到

十五万元以上不满二十五万元、二十五万元以上的，分别依照刑法第二百一

十四条规定的各法定刑幅度定罪处罚。《中华人民共和国刑法》第二百一十

四条规定：“销售明知是假冒注册商标的商品，销售金额数额较大的，处三年

以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；销售金额数额巨大的，处三年

以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”本案涉案货值金额为447322.9元，超过

二十五万元，即以销售假冒注册商标的商品罪（未遂）论罪应处三年以上七

年以下有期徒刑，并处罚金。

综上，比较被告人袁宏某触犯的两个罪名，销售假冒注册商标的商品罪

（未遂）的处罚较重，根据想象竞合犯的处理原则，应以此罪名定罪，刑期

在三年至七年。因被告人袁宏某系未遂犯，根据《中华人民共和国刑法》第

二十三条第二款“对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚”的规定，结

合其犯罪情节及悔罪表现，本院决定对其比照既遂犯减轻处罚，在三年以下

量刑。

暂扣于东莞市公安局凤岗分局的假冒伪劣卷烟（37个品种，共计84.18万

支），予以没收，由暂扣机关予以销毁；真品卷烟（130个品种，共计57.34万

支），予以退回；某型号小轿车三部（车牌分别为：粤SC××××、粤SJ××××、

粤B3××××）、台式电脑二台，因无证据证明其专用于犯罪或主要用于犯罪，

应予退回。

综上所述，依照《中华人民共和国刑法》第二百一十四条、第五十三

条、第二十三条的规定，判决如下：

一、被告人袁宏某犯销售假冒注册商标的商品罪，判处有期徒刑两年六

个月，并处罚金人民币二十五万元；

二、暂扣于东莞市公安局凤岗分局的假冒伪劣卷烟（37个品种，共计

84.18万支），予以没收，由暂扣机关予以销毁；

三、暂扣于东莞市公安局凤岗分局的真品卷烟（130个品种，共计57.34万

支）、某型号小轿车三部（车牌分别为：粤SC××××、粤SJ××××、粤

B3××××）、台式电脑二台，依法予以退回。

【法官后语】

烟草专卖政策是国家对该类商品进行管制的一种手段，无证销售烟草不但违反该政

策，情节严重的还触犯刑法。但现实生活中，借证经营或实际经营人与登记者不符的情形

大量存在，判断该类情况是否也应认定为非法经营罪，对烟草稽查机关和公安机关的执法

有重要导向作用，值得研究。

最高人民法院《关于被告人李明华非法经营请示一案的批复（烟草）》做出如下答

复，“被告人李明华持有烟草专卖零售许可证，但多次实施批发业务，而且从非指定烟草

专卖部门进货的行为，属于超范围和地域经营的情形，不宜按照非法经营罪处理，应由相

关主管部门进行处理”。该批复体现了刑法谦抑性原则，对该类行为进行行政处罚即可，

无需上升到刑罚的阶层。从本案来说，被告人袁宏某的妻子是东莞市某茶叶商店的登记经

营者，该商店具有烟草专卖零售许可证。被告人陈述该店实际系其经营，符合一般生活状

况，在没有反证证明被告人从未经营该店或与其妻子分开独自经营的情况下，应认定该店

为被告人实际经营或夫妻共同经营。进而，被告人在该店铺之外租赁别墅同时销售烟草的

行为也不宜分开对待。而烟草专卖许可具有地域性，超地域经营一般指跨市、跨省经营，

该行为的性质严重于同市范围内不在登记地点经营的情况。从最高人民法院的批复来看，

超地域经营不宜按照非法经营罪处理，举重以明轻，本案被告人的行为更不宜认定为非法

经营罪。故对该类行为进行行政处罚即可，无需动用刑法惩戒。

但本案被告人销售假烟的行为情节比较严重，触犯了刑法。其行为同时符合生产、销

售伪劣产品罪（未遂）和销售假冒注册商标的商品罪（未遂）两个罪名的特征，属于想象

竞合犯，应择一重罪处理，即按处罚较重的罪名定罪量刑。本案中，根据被告人的犯罪情

节，以生产、销售伪劣产品罪（未遂）论处的对应处罚为二年以上七年以下有期徒刑，并

处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金，以销售假冒注册商标的商品罪（未遂）论罪应

处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。通过对比可知，该两罪名的主刑均为有期徒

刑，且其上限均为七年有期徒刑，故应选择下限高者的罪名对被告人进行定罪量刑。故以

销售假冒注册商标的商品罪对被告人进行定罪量刑。

编写人：广东省东莞市第三人民法院 冯鼎臣

47 销售假冒注册商标的商品罪的定罪量刑

——北京盈兆业方科技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（2016）京01刑终字第495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】

1.2014年10月间，被告单位北京盈兆业方科技有限公司的法定代表人被告人宗芳雇佣

销售人员被告人吴海印等人，未经××系统（中国）网络技术有限公司授权许可，将由低

端型号升级而成的高端型号××交换机55台出售给被告人杨某，销售金额为人民币148850

元。经查明，上述交换机均系假冒××注册商标的商品。

2014年10月14日，被告人宗芳、吴海印被公安机关抓获。公安机关当场从被告单位北

京盈兆业方科技有限公司库房内查获多种型号××交换机共计112台。经查明，上述交换机

均系假冒××注册商标的商品。经鉴定，货值金额人民币580482.43元。

2.2014年10月间，被告人杨某将从被告单位北京盈兆业方科技有限公司购进的上述××

交换机及4台24口光板卡以人民币共计239100元的价格出售，一并售出无线控制器等设

备。经查明，上述设备均系假冒××注册商标的商品。

2014年10月14日，被告人杨某被公安机关抓获，公安机关当场查获两种型号××牌交

换机9台。经查明，上述交换机均系假冒××注册商标的商品。

【案件焦点】

1.对于将同一商标的低端产品加工改装为高端产品出售的行为，是否可以

纳入侵犯注册商标犯罪处理；2.销售假冒注册商标的商品犯罪中存在既遂和未

遂形态并存时如何量刑；3.对于公安机关现场起获，公诉机关未纳入指控数额

的部分非法产品或赃物如何处置问题。

【法院裁判要旨】

北京市海淀区人民法院经审理认为：被告单位北京盈兆业方科技有限公

司及其直接负责的主管人员被告人宗芳和直接责任人员被告人吴海印销售明

知是假冒注册商标的商品，销售金额巨大；被告人杨某销售明知是假冒注册

商标的商品，销售金额较大，其行为均已构成销售假冒注册商标的商品罪，

应予惩处。北京市海淀区人民检察院指控被告单位北京盈兆业方科技有限公

司，被告人宗芳、吴海印、杨某犯有销售假冒注册商标的商品罪的事实清

楚，证据确实充分，指控罪名成立，但指控的部分犯罪数额有误，予以更

正。

鉴于被告单位北京盈兆业方科技有限公司、其直接负责的主管人员及其

他直接负责人员被告人宗芳、吴海印已经着手实施犯罪，由于其意志以外的

原因而未得逞，系犯罪未遂；同时，考虑到本案涉案的侵权产品均已起获，

未造成其他社会危害，且被告单位北京盈兆业方科技有限公司、被告人宗

芳、吴海印、杨某到案后均能如实供认自己的基本罪行，认罪、悔罪态度较

好，本院对被告单位北京盈兆业方科技有限公司、被告人宗芳、吴海印、杨

某依法从轻处罚。辩护人的部分相关辩护意见，本院酌予采纳。判决如下：

一、被告单位北京盈兆业方科技有限公司犯销售假冒注册商标的商品

罪，判处罚金人民币三十二万元。

二、被告人宗芳犯销售假冒注册商标的商品罪，判处有期徒刑三年，罚

金人民币八万元。

三、被告人吴海印犯销售假冒注册商标的商品罪，判处有期徒刑三年，

罚金人民币七万元。

四、被告人杨某犯销售假冒注册商标的商品罪，判处有期徒刑二年，罚

金人民币十二万元。

五、在被告单位北京盈兆业方科技有限公司地下室仓库查获涉案的112台

假冒××牌交换机及条码打印机、扫码枪、电脑等作案工具以及在甲大厦西6号

楼乙网络科技有限公司经营地起获涉案的9台假冒××牌交换机、在海淀区花园

东路××号院×座1103号起获涉案假冒××牌55台交换机、4台24口光电板、1台无

线控制器及1台机箱依法予以没收。

被告人杨某提出上诉。北京市第一中级人民法院裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

针对本案存在的三个争议点，具体分析如下：

1.定性问题：将同一商标的低端产品加工改装为高端产品出售的行为，是否可以纳入

侵犯注册商标犯罪处理

在办理侵犯商标权类犯罪案件时，我们发现被告人通常做法是将原产品进行不同程度

的加工，使原产品的性能及外观能恢复到出厂时的状态，即“以旧翻新”。我们将“以旧翻

新”归纳为两种类型：第一种是“重新包装”式翻新，即对于具备完全使用性能的二手产品

通过检测、清洁、上色、更换商标及外包装等方式恢复其外观，其实质是使原产品以新产

品形式重新流入市场。第二种是“加工改造”式翻新，即对丧失或部分丧失使用功能的二手

产品通过拆分、更换、重组零配件等方式恢复其性能，被恢复性能的翻新物实质上已经是

独立于原产品而存在的再生产品。

针对第一种翻新方式：根据“商标权利用尽原则”，包括商标权所有人和被许可人在内

的商标权主体以合法的方式销售或转让，主体对该特定商品上的商标权即告穷竭，无权禁

止他人在市场上再行销售该产品或直接使用。因此“重新包装”式翻新并非对商标权利本身

的侵害，应以生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。针对第二种翻新方式：在司法实践中，普

遍认为“加工改造”式翻新属于反向假冒行为，构成假冒注册商标罪。本案中被告单位出售

的××交换机，是由24接口的低端型号交换机加工改装而成的48接口高端型号交换机，升

级后的交换机使用性能已发生实质性变化，是独立于原产品的再生产品，因此我们认为被

告单位销售的是假冒注册商标的侵权商品，即使改造前的原产品系××的正版产品，也不

影响侵犯商标权的事实认定。

综上，笔者认为，经加工改装的“升级”电子产品，产品基本结构、关键部件、主要性

能已发生实质性变化的，视为再生产品，使用同一商标包装的，可以视为假冒注册商标的

侵权商品。对于将同一商标的低端产品加工改装成为高端产品出售的行为，同样可以作为

侵犯注册商标权的犯罪处理。

2.量刑问题：销售假冒注册商标的商品犯罪中既遂和未遂形态并存时如何量刑

本案中在被告单位起获的112台假冒××牌交换机系犯罪未遂部分，已销售的55台交换

机系犯罪既遂部分，在犯罪既遂和未遂形态并存的情况下，符合2011年《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

条的规定，即关于销售假冒注册商标的商品犯罪案件中尚未销售或者部分销售情形的定罪

量刑问题：销售金额和未销售货值金额分别达到不同的法定刑幅度或者均达到同一法定刑

幅度的，在处罚较重的法定刑或者同一法定刑幅度内酌情从重处罚。这一规定既符合我国

同种数罪不并罚的原则，又兼顾了既遂状态下的已销售金额与未遂状态下未销售金额对量

刑的影响，具有良好的司法实践效果。

3.赃物处置问题：对于公安机关已现场起获、公诉机关未纳入指控数额的部分非法产

品或赃物如何处置问题

公安机关现场起获的，但公诉机关未将其纳入指控数额的部分非法产品如何处置，长

期以来并没有明确的法律依据。笔者认为，虽起获的非法产品不纳入犯罪数额，但如果有

证据证明系违禁、非法产品的，根据国家有关行政或治安管理的法律规定应当没收或收缴

的，可以直接在判决中判处收缴，不必再退回侦查机关或者有关行政部门进行行政处置。

本案中，公安机关当场查获两种型号××牌交换机9台，在被告人杨某实际经营控制范围

下，且均系假冒××牌产品，属于本案犯罪赃物，在判项中明确予以没收，有效避免了重

复工作和司法资源的浪费。

编写人：北京市海淀区人民法院 周春秋

（七）扰乱市场秩序罪

48 合同诈骗之“两头骗” 的定性及犯罪数额认定

——马福明合同诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

四川省成都市中级人民法院（2016）川01刑终字第字第64号刑事判决书

2.案由：合同诈骗罪

【基本案情】

2014年7月24日，被告人马福明与邓某（另案处理）在成都市金堂县赵镇甲小区后门

处，用邓某以租代购取得的川A6××××乙牌车（所有权系成都市丙商务服务有限公司）作

为抵押，以伪造的该车行驶证、登记证书、变更声明等（将车辆号牌变造为川

AX××××），骗取被害人徐亮现金人民币276000元。案发前，邓某归还被害人徐亮100000

元。

2014年9月15日，被告人马福明使用“陈某”的居民身份证和驾驶证，在成都市新都区

四川音乐学院门口与被害单位四川丁商务服务有限公司以人民币700元每天的租金签订租

赁合同，租用川AN××××香槟色汽车一辆（经鉴定价值人民币335000元）。同年9月27

日，被告人马福明与邓某使用伪造的经公证的机动车辆质押合同等，以该车作为抵押，在

成都市金堂县骗取被害人钟某现金人民币70000元。

被告人马福明冒充“张某”的身份、邓某冒充“吴某”的身份，于2014年10月17日19时

许，由马福明以虚假的张某身份证和行驶证，在成都市二环路北四段1号路边，以人民币

1700元每天的租金，与被害单位四川戊科技有限公司签订租赁合同，骗取该公司出租的川

AV××××黑色轿车一辆（车辆所有人为熊洛某，经鉴定价值人民币710000元）。同年10月

31日，被告人马福明在成都市金堂县某茶楼，以伪造的车主熊洛某的身份证及机动车登记

证书，并以该车作为抵押，骗取被害人颜学某现金人民币322000元。

2014年10月23日，被告人马福明在成都市金牛区一环路北一段111号西南交通大学南

门门口，冒充“张某”的身份，以人民币1700元每天的租金，与被害单位四川戊科技有限公

司签订租赁合同，骗取该公司出租的川AA××××白色车一辆（车辆所有人为刘某，经鉴定

价值人民币1200000元）。同年10月27日，被告人马福明在成都市新都区体育森林公园旁

的一茶铺内，以伪造的车主刘某的身份证复印件、行驶证，以该车作为抵押，冒用张某名

义骗取被害人何某现金人民币45000元、骗取被害人余某现金人民币75000元，邓某作为担

保人在借条上签字。

2014年11月2日2时许，被告人马福明在成都市新都区某小区1-50号，假冒“张某”的身

份，以伪造的张某驾驶证复印件，以人民币1900元每天的租金，与被害单位成都己商务服

务有限公司签订租赁合同，骗取该公司出租的川AU××××汽车一辆（经鉴定价值人民币

870000元）。

被告人马福明于2014年11月18日被抓获。川A6××××车、川AN××××香槟色汽车、川

AU××××汽车均由所有权人取回。川AV××××黑色轿车一辆、川AA××××白色汽车一辆由

公安机关扣押在案。

【案件焦点】

合同诈骗之“两头骗”犯罪数额的认定。

【法院裁判要旨】

成都市金牛区人民法院经审理认为：被告人马福明以非法占有为目的，

骗取对方当事人价值人民币3115000元的小轿车并抵押给他人，向他人骗取人

民币788000元，数额特别巨大，已构成合同诈骗罪。马福明先行骗租汽车再

行抵押骗钱，前后行为均构成合同诈骗罪，故合同诈骗金额应累计计算。判

决：

一、马福明犯合同诈骗罪，判处有期徒刑十二年六个月，并处罚金人民

币二十万元；

二、扣押在案的车辆返还所有人；被告人马福明参与骗取的赃款人民币

予以追缴返还被害人；被告人马福明骗取的赃款人民币予以追缴返还被害

人。

宣判后，被告人马福明提起上诉。四川省成都市中级人民法院经审理认

为：马福明前期骗取他人车辆的行为构成合同诈骗罪，后期伪造资料利用车

辆骗取他人抵押借款的行为，属对取得的赃物进行处分变现的牵连行为，不

应累计计算犯罪数额。本案犯罪金额应当以马福明骗租的汽车价值予以认

定，即3115000元。实际损失共计68.8万元应当退赔各被害人。据此，判决：

一、维持成都市金牛区人民法院（2015）金牛刑初字第670号刑事判决的

第二项；

二、撤销成都市金牛区人民法院（2015）金牛刑初字第670号刑事判决的

第一项；

三、马福明犯合同诈骗罪，判处有期徒刑十一年，并处罚金人民币二十

万元。

【法官后语】

近年来，司法实践中先行骗租汽车后再将汽车抵（质）押骗贷的案例逐年增加，这就

是“两头骗”，此类案件诈骗的行为方式大同小异，目前司法实践中主要有以下两种观点。

第一种：“两头骗”中的前行为（租车行为）构成犯罪（合同诈骗罪），后行为抵

（质）押借款行为只是处置赃物或变现方式，不构成犯罪。

第二种：“两头骗”中的后行为即抵（质）押借款行为构成犯罪（合同诈骗/诈骗

罪），前行为只是手段。

本案判决采用的是第一种观点，即“两头骗”中的前行为（租车行为）构成犯罪（合同

诈骗罪），后行为抵（质）押借款行为只是处置赃物或变现方式，不构成犯罪。在本案

中，被告人等人伪造证件、假冒他人名义以租车为名，欺骗租赁公司将涉案车辆交付到自

己的控制下，是为合同主体的假冒以及合同目的的隐瞒，因为被告人在租车时就并未按时

归还的意思，并无履行合同的真实意思。故前行为构成合同诈骗罪是毫无疑问的，用来抵

押的车辆亦是赃物。之后，被告人等人伪造车主身份证及行驶证等证件，将车辆用于抵押

借款套取现金。此处在民事欺诈与诈骗的区别在于是否有基本的履约能力，前行为认定为

诈骗即因为被告人并无返还车辆之故意；在后行为中，抵押、质押物的价值大于借款金

额，虽然出借人受到欺诈，但在被告人无法归还的情况下，出借人可以通过抵押物受偿方

式实现债权，后期行为属对取得的赃物进行处分变现的牵连行为，刑法不宜重复评价，同

时也因此不应累计计算犯罪数额，但后行为给被害人造成的损失，应当退赔被害人。

编写人：四川省成都市金牛区人民法院 李雪 徐敏 田岳

49 合同诈骗罪的认定

——张某合同诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

黑龙江省绥滨县人民法院（2017）黑0422刑初字第15号刑事判决书

2.案由：合同诈骗罪

【基本案情】

2014年12月间，被告人张某通过朋友王庆某找到被害人高英某（男，59岁）借款，高

英某要求张某提供楼房的房产证为担保抵押物。张某询问可否用自己在县内的车库（甲小

区2栋南侧单元23号车库和乙院内的三个车库）作抵押，并对高英某隐瞒其中乙院内的三

个车库《房屋所有权证》（绥房权证绥滨镇字第20××××号）实际上已于2010年7月15日被

抵押鹤岗市丙房地产经纪有限责任公司绥滨县分公司借款的事实。张某在明知乙院内的三

个车库没有房产证可以提供的情况下，仍带领高英某、王庆某进行实地查看。高英某见状

便同意借款给张某，但是要求张某必须出具上述四个车库的房屋所有权证明。张某遂产生

用假的房屋所有权证作抵押骗取借款的想法。后张某在县商场大墙上找到办假证的广告，

联系办理了一个与乙院内三个车库真实的房屋所有权证内容一样的假的房屋所有权证。同

年12月27日，张某用甲小区车库的《商品房买卖合同》和伪造的乙院内的三个车库的《房

屋所有权证》作抵押，在高英某处借款人民币279000元。张某于立案前返还借款78000

元，立案后返还140000元（其中含以甲小区2栋南侧单元23号车库折抵现金人民币90000

元），本案审理过程中返还剩余全部赃款。

经侦查，被告人张某于2016年3月3日被公安机关在黑龙江省绥滨县抓获。

本案审理过程中，被告人多次强调其没有诈骗的目的，其取得的款项也是以暂时借款

为前提。

【案件焦点】

被告人所取得的款项用途对合同诈骗罪的构成是否产生影响。

【法院裁判要旨】

黑龙江省绥滨县人民法院经审理认为：被告人张某以非法占有为目的，

在签订、履行合同过程中，骗取财物，数额较大，其行为已构成合同诈骗

罪。公诉机关指控被告人张某犯合同诈骗罪，事实清楚，证据确实充分，指

控罪名成立。检察机关量刑建议符合法律规定，予以采纳。被告人犯罪后能

如实供述其犯罪事实，立案后积极归还全部赃款，取得被害人谅解，可以从

轻处罚，经过调查评估，可以适用社区矫正。依照《中华人民共和国刑法》

第二百二十四条、第六十七条第三款、第七十二条第一款及第三款的规定，

判决如下：

被告人张某犯合同诈骗罪，判处有期徒刑二年，缓刑三年，并处罚金人

民币2万元。

【法官后语】

合同诈骗罪，是指以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，采取虚构事实或者

隐瞒真相等欺骗手段，骗取对方当事人的财物，数额较大的行为。在认定合同诈骗罪时，

认定非法占有的目的是关键。本案中，如何判断被告人是否存在非法占有目的？

1.从本案的过程看，被告人在借款过程中并非完全具有偿还的能力，其是否能完成则

具有不确定性。所以被告人谎称具有该种能力，以骗取被害人交付金钱。从这个行为来

看，被告人采用虚构事实隐瞒事实的方法欺骗被害人，而导致被害人把金钱给付给他，其

主观上有诈骗的故意。

2.从被告人的行为来看，本案中，在被害人多次催要时，最终没有把所有款项返还被

害人。被告人曾辩称各种理由和借口，但其诈骗的目的难以掩盖。

合同犯罪往往与合同纠纷交织一起，罪与非罪的界限容易混淆。要划清它们的界限就

要看合同内容是否具有真实性，即行为是在有实际履行能力的前提下签订的合同。这种合

同的签订，表明了行为人在签订合同时有进行经济往来的真实意思，并非旨在诈骗他人钱

财，根据有关司法解释的精神，即使合同签订后没有得到完全的履行，也不属于诈骗罪。

但是，如果有的行为人以有限的履约能力和他人签订大大超过履约能力的合同就另当别论

了。如超出自己履约能力的合同签订后，行为人积极落实货源，设法履行合同，即使最终

没有完全履约，也不能认定为诈骗罪。但若行为人在合同签订后，并没有设法履行合同，

就应认为存在故意诈骗他人财物的企图了，此时就应以合同诈骗罪论处。

在本案中，被告人的欺诈行为使对方产生错误认识，对方产生错误认识是被告人的欺

诈行为所致，即使对方在判断上有一定的错误，也不妨碍欺诈行为的成立。在欺诈行为与

对方处分财产之间，必须介入对方的错误认识，如果被害人不是因欺诈行为产生错误行为

而处分财产，就不成立合同诈骗罪。成立合同诈骗罪要求被害人陷入错误认识之后作出财

产处分。被告人的欺诈行为使被害人处分财产后，被告人便获得财产，从而使被害人的财

产受到损害。

编写人：黑龙江省绥滨县人民法院 冯力

50 诈骗罪与合同诈骗罪的界定

——丛海瑞等合同诈骗、聚众斗殴案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

吉林省长春市宽城区人民法院（2016）吉0103刑初字第138号刑事判决书

2.案由：合财诈骗罪、聚众斗殴罪

【基本案情】

2015年5月中旬，被告人丛海瑞在没有汽车的情况下，通过互联网发布以五万元价格

出售二手（2.4排量甲品牌）汽车信息。被告人刘某某、江某某先后在互联网上转发了这

一信息。购车人单某某见江某某所发信息后，同意七万元购买该车，并将款汇入江某某账

户。5月17日，江某某、刘某某到长春找丛海瑞购买该车，因丛海瑞无车，三人预谋由丛

海瑞从租赁公司租车后，将车卖给江某某、刘某某，其二人再将车卖给事先联系好的购车

人单某某，从中获利。5月20日上午，在宽城区北环城路与青年路交汇处的恒大城门前，

由被告人丛海瑞与乙汽车租赁公司签订租赁第九代甲品牌汽车一辆的租车协议，由被告人

江某某付了定金及租金，由于购车人单某某不同意购买甲品牌2.0排量车型，随后三被告

人又以同样手段从乙租赁汽车公司租赁一辆丙品牌商务车。三被告人在商议将第九代甲品

牌汽车由丛海瑞开几天后还给租赁公司，将丙品牌商务车卖给购车人单某某的过程中，被

汽车租赁公司的员工拦截制止并将三人扭送至公安机关。经鉴定丙品牌商务车价值人民币

29万元。

2.2015年4月15日，被告人丛海瑞从李某某开设的丁汽车租赁公司租赁戊品牌轿车

（价值人民币137800元）一辆，后被告人丛海瑞伪造汽车买卖协议，于2015年4月17日将

该车贩卖给长岭县人耿某某，从中获利人民币5万元，赃款已被丛海瑞挥霍殆尽。

3.长岭县天平山镇居民姜某甲和太平山镇西保安村居民因为土地的事发生纠纷，后姜

某甲（已判刑）与刘洪某（在逃）预谋，由刘洪某找人，姜某甲准备作案工具，村民若阻

止就打村民。2013年5月6日，刘洪某聚集被告人丛海瑞等人到姜某甲的养殖场，刘洪某与

被告人丛海瑞将事先准备好的镐把和香烟分配给到场的人员，上述人员手持镐把乘车先后

到达分地现场，先到现场的刘洪某等人与村民发生争执，刘洪某持镐把将村民刘某甲打

伤，后双方发生厮打，被告人丛海瑞见状，扔下镐把逃匿。经鉴定，刘某甲所受的伤为重

伤。

【案件焦点】

诈骗罪与合同诈骗罪的界定。

【法院裁判要旨】

吉林省长春市宽城区人民法院经审理认为：被告人丛海瑞单独或伙同被

告人江某某、刘某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，数额巨大，其行为已构成合同诈骗罪；被告人丛海瑞持械聚众斗殴，

扰乱社会秩序，其行为已构成聚众斗殴罪。公诉机关指控的罪名成立。被告

人丛海瑞、江某某、刘某某在实施合同诈骗犯罪过程中，因意志以外原因而

未得逞，系犯罪未遂，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。被告人丛海瑞在

聚众斗殴犯罪中起次要作用，系从犯，应当减轻处罚。被告人丛海瑞在判决

宣告前一人犯数罪，应对其数罪并罚。被告人江某某的辩护人认为江某某有

自首情节，在共同犯罪中系从犯的观点与查明的事实不符，不予采纳。被告

人刘某某的辩护人认为刘某某在共同犯罪中作用较小，请求对其从轻处罚的

意见予以采纳。鉴于被告人江某某、刘某某自愿认罪，判处缓刑对其所在社

区无重大不良影响，且能够依法实行社区矫正，可以对其适用缓刑。依照

《中华人民共和国刑法》第二百二十四条、第二百九十二条、第二十五条、

第二十七条、第二十三条、第六十九条、第六十四条、第五十二条、第五十

三条、第七十二条、第七十三条之规定，作出如下判决：

一、被告人丛海瑞犯合同诈骗罪，判处有期徒刑四年六个月，并处罚金

人民币十五万元；犯聚众斗殴罪，判处有期徒刑一年一个月，数罪并罚决定

执行有期徒刑五年，并处罚金人民币十五万元。

二、被告人江某某犯合同诈骗罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年，并处

罚金人民币十万元。

三、被告人刘某某犯合同诈骗罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年，并处

罚金人民币十万元。

四、被告人刘某某、江某某所交赃款七万元于判决生效后退还单某某；

责令被告人丛海瑞退还耿某某经济损失人民币五万元。

【法官后语】

本案属于综合性案例，涉及诈骗与合同诈骗、主犯、从犯、数罪并罚等多个刑事法律

关系。笔者在此仅对诈骗罪与合同诈骗罪的区别予以解析。

诈骗罪是指以非法占有为目的，使用欺骗方法，骗取数额较大的公私财物的行为。合

同诈骗罪是以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，使用欺诈手段，欺骗对方当事

人财物，数额较大的行为。二者是普通法与特别法的关系，是包容竞合的法条竞合关系。

二者都是采取虚构事实、隐瞒真相的欺骗方法；主观上都有非法占有公私财物的故意和侵

犯他人的财产权，骗取了公私财物故意。其区别界定如下：

1.犯罪主体不同。诈骗罪属一般主体。凡是达到刑事责任能力的自然人都可以构成本

罪，而合同诈骗罪的主体除了自然人外，单位亦能成为本罪的主体，并且基于本罪的性质

决定，构成本罪的主体应是合同的一方当事人，是从事经营活动的经济主体。

2.犯罪客观方面不同。在合同诈骗罪，我国《刑法》明确规定了五种特定的行为方

式，概括说来即是在签订、履行合同过程中，利用合同手段，采取虚构事实、隐瞒真相的

方法骗取对方当事人财物。而诈骗罪在手段与方式上则没有限制，只要行为人主观上具有

非法占有的目的，客观上有通过虚构事实或者隐瞒真相的手段骗取数额较大的财物的行

为，就构成诈骗罪。

3.犯罪客体不同。诈骗罪只侵犯了公私财产的所有权，是简单客体，而合同诈骗罪侵

犯的是复杂客体。除了侵犯了公私财产所有权外，还侵犯了市场交易秩序和国家合同管理

制度。这也是诈骗罪属于侵犯财产的犯罪，而合同诈骗属于破坏社会市场经济秩序犯罪的

原因所在。

在实践中，区分合同诈骗罪与诈骗罪时，不能简单地以有无合同为标准。因为合同诈

骗罪中的合同不限于书面合同，也包括口头合同。就合同内容来说，宜限于经济合同，即

合同的文字内容是通过市场行为获得利润，这是由本罪性质决定的。基于同样的理由，至

少一方当事人应是从事经营活动的市场主体，否则难以认定为合同诈骗罪。本案被告人丛

海瑞单独或伙同被告人江某某、刘某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，数额巨大，故其行为构成合同诈骗罪。

编写人：吉林省长春市宽城区人民法院 李英烈

51 合同诈骗罪与民事欺诈行为的区分

——连永斌合同诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广东省湛江市中级人民法院（2016）粤08刑终字第204号刑事裁定书

2.案由：合同诈骗罪

【基本案情】

1.2009年3月18日，湛江市中级人民法院将被告人连永斌于2002年拍卖到的廉江市镀

锌铁丝厂部分地产（廉江市石城镇飞鼠田大坡垌，基底面积4919.5平方米）的所有权判决

给梁群某。被告人连永斌为了筹备赌资，隐瞒了法院已将上述地产的所有权判决给梁群某

的事实，对陈朝某谎称上述地产为自己所有，后持上述地产的拍卖成交确认书分别于2013

年12月8日、2014年4月1日两次与陈朝某签订关于上述地产的《房地产转让协议》。陈朝

某按照协议共支付被告人连永斌1776000元人民币转让款。被告人连永斌骗得转让款后用

于赌博并输光。

2.2014年9月13日，被告人连永斌与李裕某签订关于被告人连永斌所有的一块土地

（廉江市五里村，即廉江市石城镇东莲塘村村委会大桥头东北面，原东莲塘大队旧址）的

《土地使用权转让合同》，将上述土地的使用权转让给李裕某。同年10月12日，被告人连

永斌隐瞒了上述土地的使用权已转让的事实，又与其弟弟连永某签订一份关于上述土地使

用权转让的《土地转卖合同》，连永某按照合同约定向被告人连永斌支付了400000元人民

币的转让款。被告人连永斌骗得连永某支付的转让款后用于还债、买东西等用完。

【案件焦点】

被告人连永斌的行为属于民事欺诈行为还是构成合同诈骗罪。

【法院裁判要旨】

广东省廉江市人民法院经审理认为：第一起案件，涉案的土地及房产已

经经过湛江市中级人民法院判决，将涉案的土地及房产判决给梁群某，被告

人连永斌对该涉案土地及房产没有所有权；而被告人连永斌与梁群某之间的

离婚协议书上亦表明，廉江市镀锌铁丝厂“现由”被告人连永斌经营，不得转

让，以后归连永斌与梁群某的儿子所有。在案证据均有效证明，被告人连永

斌对涉案的土地及房产没有所有权，仅是暂时使用，且被告人连永斌在庭审

期间亦明确表示其知道涉案土地及房产不得转让。因此，被告人连永斌明知

在没有土地所有权的情况下，用虚构事实、隐瞒真相的方式，与陈朝某签订

《房地产转让协议》，其有利用合同实施诈骗的主观故意。第二起案件，被

告人连永斌在2014年9月13日已经与李裕某签订《土地使用权转让合同》，尽

管被告人连永斌在庭上辩称，是因为欠李裕某46万元，而以抵债的形式转让

给李裕某，且被李裕某等人强迫签名的。被告人连永斌并未提供任何李裕某

强迫其签订的证据，案发后亦没有报案，被告人连永斌明明已经于2014年9月

13签订协议，将涉案土地的使用权转让给他人，其对该土地的使用权已处分

完毕。在此情形下，仍隐瞒真相，虚构自己对该土地仍有权处分的事实，于

2014年10月12日与连永某签订合同，骗取被害人连永某40万元。从其客观行

为，可以推断被告人连永斌有利用合同诈骗的故意。

广东省廉江市人民法院经审理认为被告人连永斌以非法占有为目的，在

签订、履行合同的过程中，骗取他人财物217.6万元，数额特别巨大，其行为

已构成合同诈骗罪。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：

被告人连永斌犯合同诈骗罪，判处有期徒刑十一年，并处罚金人民币十

万元。

宣判后，被告人连永斌提起上诉。

广东省湛江市中级人民法院经审理认为：上诉人连永斌为了筹集赌资，

在明知其无权处分廉江市镀锌铁丝厂部分地产的情况下，在签订合同过程中

虚构事实、隐瞒真相，骗取被害人陈朝某的财物177.6万元，尔后将款项用于

赌博输光；上诉人连永斌在已将其所有的原东莲塘大队旧址的一块土地的使

用权转让给李裕某的情况下，在签订合同过程中虚构事实、隐瞒真相，再次

将该土地使用权转卖给连永某，骗取被害人连永某的财物40万元，尔后将款

项用于还债等花光。上诉人连永斌的上述行为明显具有非法占有为目的的主

观故意，其属于在签订合同过程中，以虚构事实、隐瞒真相的其他方法骗取

对方当事人的财物，其行为已构成合同诈骗罪。故上诉人连永斌所提其行为

不构成合同诈骗罪的意见不成立，不予采纳。

广东省湛江市中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百

二十五条第一款第（一）项之规定，作出如下裁定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案处理重点在于区分合同诈骗罪与民事欺诈行为。《刑法》第二百二十四条对合同

诈骗罪有如下规定：“有下列情形之一，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，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；

数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨

大或者有其他特别严重情节的，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：（一）以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；（二）以伪造、变造、作废的票

据或者其他虚假的产权证明作担保的；（三）没有实际履行能力，以先履行小额合同或者

部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；（四）收受对方当事人给

付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；（五）以其他方法骗取对方当事人财物

的。”根据《民法通则》和《合同法》的规定，民事欺诈行为是指一方当事人对他方当事

人故意作虚假陈述或故意隐瞒事实真相，诱使他方当事人陷于认识错误而与其签订合同的

欺诈行为。合同的民事欺诈是民事欺诈中最常见的表现形式。

具体到本案中，二审法院审理后裁定维持一审法院的判决，两级法院判决一致，其主

要原因是一、二审法院均认为被告人连永斌在该案中的行为明显具有以非法占有为目的的

主观故意，其属于在签订合同过程中，以虚构事实、隐瞒真相的其他方法骗取对方当事人

的财物。刑法并没有对该行为作出非常明确的规定：是构成合同诈骗罪还是民事欺诈行

为，在现实审理案件的过程中也确实是合同诈骗案件控辩双方的争议焦点。从本案出发进

行思考，笔者认为可以从以下两个方面去考量：

1.应先从被告人与对方当事人签署合同是否有以非法占有为目的的主观故意来考量。

这里的非法占有，是指以欺骗手段将他人财物转移到自己控制之下，并以所有人的身份予

以保存、使用、收益或处分。在合同诈骗罪中，行为人的诈骗图谋是利用合同得以实现

的。对于合同诈骗罪的行为人而言，签订合同的着眼点不在于合同本身的履行，而在于对

合同标的物或定金的不法占有。所以，合同诈骗罪的犯罪故意的内容必须是“非法占有他

人财物”。如果行为人主观上不具有非法占有他人财物的目的，那么即使其签订、履行合

同的行为客观上具有诈欺的内容，并造成对方当事人财产上较大损失，也不应以合同诈骗

罪论，只能承担相应的民事法律责任。

2.再从被告人是否有履行合同的能力、在履行合同的过程中是否有诈骗行为、是否有

履行合同的实际行为等各方面综合考量。行为人的履约能力可分为完全履行能力、部分履

约能力和无履约能力三种情形，应分别视不同情况综合是否具有诈骗行为以及是否实际履

行合同等因素加以认定，如有完全履约能力，但行为人自始至终无任何履约行为，而以欺

骗手段让对方当事人单方履行合同，占有对方财物，应认定为合同诈骗；有完全履约能

力，但行为人只履行一部分，如果其不完全履行的目的旨在毁约或避免自身损失或由不可

避免之客观原因造成，应认定为民事欺诈行为；如果其部分履行意在诱使相对人继续履

行，从而占有对方财物，应认定为合同诈骗；有部分履约能力，但行为人自始至终无任何

履约行为，而以欺骗手段让对方当事人单方履行合同，占有对方财物，应认定为合同诈

骗；有部分履约能力，同时亦有积极的履约行为，即使最后合同未能完全履行或完全未履

行，应认定为民事欺诈行为；但是，如果行为人的履约行为本意不在于承担合同义务而在

于诱使相对人继续履行合同，从而占有对方财物，应认定为合同诈骗；签订合同时无履约

能力，之后仍无此种能力，而依然蒙蔽对方，占有对方财物的，应认定为合同诈骗；签订

合同时无履约能力，但事后经过各种努力，具备了履约能力，并又有积极的履约行为，则

无论合同最后是否得以完全履行，均只构成民事欺诈。

总之，作为刑事办案人员，就是要以犯罪的构成要件去衡量形形色色的犯罪行为，从

而准确把握案件的本质属性，透过现象看到本质，进而准确界定罪与非罪、此罪与彼罪并

作出罪刑相适应的判决。

编写人：广东省廉江市人民法院 陈源佳

52 如何界定诈骗罪、合同诈骗罪和侵占罪

——白某某合同诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河南省林州市人民法院（2016）豫0581刑初字第27号刑事判决书

2.案由：合同诈骗罪

【基本案情】

被告人白某某与他人于2009年共同经营一物流公司，业务范围是为他人运送货物，货

运流程为托运方与物流公司签订货运运输协议书，托运方留存一联协议书，承运方将货物

交付收货方并代托运方收回货款，承运方将货款交付托运方后将托运方留存的货运运输协

议书收回。2014年5月13日至2014年7月12日，白某某利用为林州市汽配企业运送汽车配件

并且代收货款的便利条件，将货款代收后未交付托运方而谎称自己购房使用，白某某将骗

取的货款挥霍后逃跑。骗取的货款包括林州市甲汽车配件厂货款121469元、林州市乙机械

有限公司货款50770元、林州市丙精密汽车配件厂货款15540元、林州市丁汽车配件厂货款

9216元，共计货款196995元。白某某到案后如实供述了自己的主要犯罪事实。

河南省林州市人民检察院指控被告人白某某犯诈骗罪。被告人白某某辩称，对起诉书

指控的罪名有异议，不构成诈骗罪，应以侵占罪论。被告人白某某的辩护人提出的辩护意

见是：被告人客观上并未实施虚构事实或故意隐瞒事实真相、欺诈的行为，不构成诈骗

罪，依法应认定为侵占罪。

【案件焦点】

承运人白某某代收不同收货人货款后编造虚假理由拒不交付托运人而用

于个人挥霍的行为如何定性，即应定性为侵占罪还是合同诈骗罪或诈骗罪。

【法院裁判要旨】

河南省林州市人民法院经审理认为：被告人白某某以非法占有为目的，

在履行合同过程中，骗取他人财物196995元，数额较大，其行为构成合同诈

骗罪。违法所得，应予退赔。白某某到案后如实供述自己的主要犯罪事实，

依法可从轻处罚。

河南省林州市人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百二十四条第

四项、第六十四条、第六十七条第三款之规定，判决：

一、被告人白某某犯合同诈骗罪，判处有期徒刑二年八个月，并处罚金

人民币一万五千元；

二、被告人白某某于本判决生效后三十日内退赔林州市甲汽车配件厂货

款121469元、林州市乙机械有限公司货款50770元、林州市丙精密汽车配件厂

货款15540元、林州市丁汽车配件厂货款9216元。

【法官后语】

本案中法院审理认定的事实与公诉机关指控的事实完全一致。但依据同一事实，公诉

机关认为依法当构成诈骗罪，而法院却认为应构成合同诈骗罪。被告人及其辩护人认为应

以侵占罪论。笔者同意本案应定合同诈骗罪而非侵占罪和诈骗罪。关键在于如何正确区分

合同诈骗罪、诈骗罪和侵占罪。

1.合同诈骗罪与侵占罪的区分

合同诈骗罪与侵占罪都具有非法占有他人财物的目的，但两罪的区别在于：首先，从

犯罪主体来看，侵占罪的主体只能是自然人，而合同诈骗罪的主体既可以是自然人，也可

以是单位。因此，如果是单位行为而非个人行为，则不可能构成侵占罪。其次，从犯罪客

观方面来看，侵占罪在客观上表现为，将自己代为保管的他人财物非法占为己有。行为人

先因各种原因代为保管他人财物，后来产生了非法占为己有的意图，对先行代为保管的他

人财物本负有退还给财物所有人的义务，但拒不退还。而合同诈骗罪为在签订、履行合同

过程中骗取对方当事人财物数额较大的行为。在合同诈骗罪各种行为表现中，不管采用虚

构主体还是采用虚假的担保、履行等方式，在客观表现中行为人只是利用合同作为一种道

具，其真实行为的目的是非法占有合同所涉及的财物，行为人只是利用这些虚假的外在的

行为来掩饰其非法占有他人财物的犯罪目的。第三，从主观方面来看，侵占罪中非法占有

的目的产生于合法持有他人财产之后，非法占有的前提是合法持有他人财物，而合同诈骗

罪中诈骗故意既可以产生于合同订立之前，也可以产生于合同履行过程中。合同诈骗罪虚

构事实或者隐瞒真相的犯罪行为是在非法占有这一犯罪目的驱使下实施的。并且，在合同

签订、履行过程中，在接触犯罪对象之前，已经产生了非法占有的犯罪目的，外在的客观

行为也是围绕这一犯罪目的实施的。换言之，合同诈骗罪中虚构事实、隐瞒真相时作为非

法占有的手段，发生在非法占有之前，而侵占罪在合法持有所占有财产后才产生非法占有

目的。

2.合同诈骗罪与诈骗罪的区分

诈骗罪是指“诈骗公私财物，数额较大”的犯罪行为，合同诈骗罪是指“以非法占有为

目的，在签订、履行合同过程中，使用虚构事实、隐瞒真相等欺骗手段，骗取对方当事人

财物，数额较大”的犯罪行为。这两种犯罪的区别在于：（1）合同诈骗罪和诈骗罪的客体

不同：在侵犯客体上，诈骗罪只侵犯了公私财产的所有权，是简单客体；而合同诈骗罪除

了侵犯了公私财产所有权外，还侵犯了市场交易秩序和国家合同管理制度，因此侵犯的是

复杂客体；这也是为什么诈骗罪属于侵犯财产的犯罪，而合同诈骗属于破坏社会市场经济

秩序犯罪。（2）合同诈骗罪和诈骗罪的客观方面不同：诈骗罪主要表现在行为人采取欺

骗的行为，使受害人产生错误认识而交付财产。诈骗罪的手段多种多样，不限于签订、履

行合同过程中；而合同诈骗罪是行为人在签订、履行合同过程中，采取虚构事实、隐瞒真

相等欺骗手段，骗取合同对方当事人财物的行为。因此合同诈骗罪的手段仅限于在签订、

履行合同过程中，利用合同手段骗取公私财物。（3）合同诈骗罪与诈骗罪的区分关键在

于：诈骗行为是否发生在签订、履行合同过程中，利用合同的形式骗取公私财物或者财产

性利益。或者说，是否是以合同这种交易的形式为名进行的，只要正确地把握什么是“合

同”，那么二者的界限就很明显了。合同诈骗罪中的“合同”，应限定为符合合同法意义上

的“合同”，而不能仅以有合同出现就定合同诈骗罪，该“合同”必须是真正意义上的合同。

所谓真正的合同必须要符合《合同法》第九条规定的合同基本条款，包括合同标的、数

量、质量、价款或报酬、履行期限、地点及方式、违约责任和解决争议的方法等。

3.关于本案的性质认定

本案中，被告人白某某与他人于2009年共同经营一物流公司，业务范围是为他人运送

货物，货运流程为托运方与物流公司签订货运运输协议书，托运方留存一联协议书，承运

方将货物交付收货方并代托运方收回货款，承运方将货款交付托运方后将托运方留存的货

运运输协议书收回。2014年5月13日至2014年7月12日，白某某利用为林州市汽配企业运送

汽车配件并且代收货款的便利条件，分别收取四家汽配企业的货款，将货款代收后未交付

托运方而谎称自己购房使用，并将骗取的货款挥霍后逃跑。从表面上看，白某某通过和托

运方签订货运运输协议书，约定承运方将货物交付收货方并代托运方收回货款，其“合

法”地代管了客户的代收款，后因挥霍不能返还，好像更符合侵占罪的特征。但应看到，

白某某利用为林州市汽配企业运送汽车配件并且代收货款的便利条件，连续收取不同的四

家汽配企业的货款而不交付托运方，其拿代收的货款用于个人挥霍，“非法占有”的故意明

显。且该行为足以表明，其“非法占有的目的”产生于取得货款之前，而非取得货款以后产

生，通过以上综合分析，本案应以合同诈骗罪定罪。

编写人：河南省林州市人民法院 郭金昌 邓海青

53 合同诈骗中“以非法占有为目的” 的认定

——乔玉友合同诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

浙江省台州市中级人民法院（2016）浙10刑终字第382号刑事裁定书

2.案由：合同诈骗罪

【基本案情】

1.被告人乔玉友与杨连某（系乔玉友之妻，已另案处理）等人结伙，将已于2007年期

间出售给吴志某夫妇的位于路桥区某小区××幢255号的房屋以自己的名义办理了房权证，

并伪造立新村村委会公章的同意抵押证明书，于2015年3月17日利用上述房产证、伪造的

立新村村委会同意抵押证明及不符合客观事实的承诺书等材料与台州市甲典当有限公司签

订房地产抵押合同，将该房屋抵押给甲典当有限公司办理抵押贷款，后甲典当有限公司将

50万元贷款打入被告人乔玉友的账户，被告人乔玉友收到贷款后，向甲典当公司支付了两

个月的利息共计3万元，后藏匿拒不还款付息。

2.路桥区人民法院于2016年3月7日作出（2015）台路民初字第2729号民事判决书，

以“吴志某并非该村集体经济组织成员，双方针对农村宅基地进行的出让交易违反了我国

《土地管理法》强制性规定”为由，确认转让协议无效。2015年9月8日，被告人乔玉友被

公安机关抓获。

【案件焦点】

行为人是否属于“以非法占有为目的”。

【法院裁判要旨】

浙江省台州市路桥区人民法院经审理认为：被告人乔玉友以非法占有为

目的，结伙在签订、履行合同过程中，采用隐瞒真相、虚构事实的方法骗取

对方当事人财物，数额巨大，其行为已构成合同诈骗罪。被告人乔玉友在明

知当时涉案的土地已卖给他人，涉案的房屋为他人所建，已丧失对该财产处

置权的情况下，仍通过伪造村委会同意抵押的证明、向甲典当有限公司做虚

假的所有权承诺等方式，通过签订合同的方式骗取对方贷款，在支付部分利

息后，又藏匿拒不还款付息，其行为应以合同诈骗罪定罪处罚。被告人乔玉

友及妻子杨连某与吴志某签订的关于路桥区某小区××幢255号房屋转让协议被

确认无效的事实，并不影响对被告人定罪处罚。台州市路桥区人民法院依照

《中华人民共和国刑法》第二百二十四条、第二十五条第一款之规定，判决

如下：

被告人乔玉友犯合同诈骗罪，判处有期徒刑四年六个月，并处罚金人民

币八万元。

一审判决后，被告人乔玉友上诉。浙江省台州市中级人民法院二审裁

定：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

对行为人是否具有“非法占有的目的”的认定，一直是司法实践中的难点。《刑法》第

二百二十四条虽然列举了5种合同诈骗的具体情形，但现实生活复杂多样，不少合同诈骗

行为只能归类到该条“以其他方法骗取对方当事人财物的”中，需要结合行为人主客观等多

方面因素具体分析，综合把握，尤其是要严格区分该罪与一般民事纠纷、民事诈骗的界

限。本案即是此种情况。

就本案而言，在案件公诉和审理阶段就有两种截然不同的意见，一种意见即裁判文书

所认为的行为人构成合同诈骗罪，另一种意见认为行为人不构成犯罪，其行为只能算是民

事欺诈，应由民法调整，不应纳入刑法规制范畴。两种不同意见的争议焦点集中在对行为

人是否“以非法占有为目的”的认定上。对于该案，应认为行为人属于“以非法占有为目

的”骗取对方财物，构成了合同诈骗罪。主要理由如下：第一，行为人主观方面符合“以非

法占有为目的”。第二，行为人客观行为体现出“以非法占有为目的”。第三，房屋转让协

议是否有效与本案构罪与否无关。本案涉及“刑民交叉”问题，应在把握“先刑后民”的基础

上厘清各类法律关系，主要明确以下几点：一是本案乔玉友构成合同诈骗罪无疑，主要理

由是其行为符合我国《刑法》关于合同诈骗的构成要件，乔玉友的偿债能力对于本案是否

构罪并无影响。二是本案典当公司与乔玉友的抵押贷款合同应为可撤销合同。本案所涉的

合同的效力应为可撤销合同，公司可予以追认，使合同效力得到确认，从而实现抵押权。

三是乔玉友与吴志某夫妇签订的房屋转让协议被认定无效，吴志某夫妇也可按照相关规定

要求乔玉友返还财产、赔偿损失等，但对该涉案房屋已无物权权利。

编写人：浙江省台州市路桥区人民法院 李刚 张磊磊

54 利用司法机关执行程序将借款偿还外债的行为认定

——周秀玲合同诈骗案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

河北省沧州市中级人民法院（2016）冀09刑终字第63号刑事裁定书

2.案由：合同诈骗罪

【基本案情】

2013年3月6日，青县甲公司的法人代表被告人周秀玲，通过隐瞒甲公司及个人大量债

务且公司已无经营活动、无经营能力、无增资必要的情况下，以需要验资为由，通过验资

中介人肖福某介绍与深圳乙公司签订借款协议，约定向乙公司借款3500万元，借款期限一

天，按千分之四向乙公司支付利息。被告人周秀玲在2013年1月向其债权人之一甲公司会

计刘洪某索要增资所需营业执照等证件时将借款增资之事透露给刘，刘洪某伙同青县吴树

某、刘胜某等被告人周秀玲的债权人均于2013年1月21日（甲公司验资户开立之日）同时

向青县人民法院申请诉讼保全，并申请法院去冻结周秀玲即将借来钱的账户。被告人周秀

玲的债权人慈某从刘洪某处得知周借款增资情况后于2013年3月6日（周秀玲与乙公司签订

借款协议并开设个人账户之日）向沧州市中级人民法院申请诉讼保全，并申请法院去冻结

周秀玲即将借来钱的账户。2013年3月7日上午，深圳乙公司按约定将3500万元打入周秀玲

在工商银行青县支行的个人账户（2013年3月6日由周秀玲开设后交与乙公司操作员掌

控），后转入甲公司工商银行的验资账户（由中介人于2013年1月21日开设后掌控，后交

与乙公司操作员掌控）。3月7日下午，沧州市中级人民法院、青县人民法院到工商银行青

县支行冻结甲公司验资账户中增资款959万元，其中438800元于2013年3月13日被青县人民

法院执行，其中238800元被执行给被告人周秀玲的债权人周宝某，200000元作为罚金被青

县人民法院划拨至青县财政局国库股。执行过程中，被告人周秀玲及其代理人并未提出异

议。2013年5月29日，被告人周秀玲和债权人慈某到沧州市中级人民法院调解，同意将被

沧州市中级人民法院冻结的5618975元划拨归还债务，沧州市中级人民法院于2013年6月24

日将冻结款5618975元执行给慈某。

针对其指控，公诉机关当庭讯问了被告人，并提供了相应证据。公诉机关认为，被告

人周秀玲以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人借款6057775

元，数额特别巨大，其行为触犯《刑法》第二百二十四条，应当以合同诈骗罪追究其刑事

责任。提请法院依法判处。

被害人乙公司述称：周秀玲和甲公司欠有巨额债务，已一年多没有经营，没有增加注

册资本的理由，其隐瞒真相，出具无债务、无诉讼的虚假承诺书，以验资为由诱骗被害人

将巨额资金汇入，力图迅速让法院冻结、执行，其又无还款能力，非法占用的主观故意明

确，是典型的诈骗犯罪，且数额特别巨大，性质特别恶劣。

被告人周秀玲辩称，其经营的公司还在经营，不是没有经营能力。因为往港口销煤，

所以通过中介人联系增加注册资金显示实力。在增资的过程中没有通知刘洪某，给其通风

报信。肖福某说已经报案，钱已经被公安机关扣下，怎么也弄不走，其才同意跟慈某调

解。其不构成合同诈骗罪。

【案件焦点】

周秀玲的行为是否构成合同诈骗罪。

【法院裁判要旨】

河北省沧州市海兴县人民法院经审理认为：被告人周秀玲以非法占有为

目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人借款6054344元，数额特别

巨大，其行为构成合同诈骗罪。公诉机关指控的犯罪数额为6057775元，其中

有3431元证据不足，故不应认定为被告人的犯罪数额。公诉机关指控的其他

犯罪事实清楚，证据确实充分，指控的罪名成立。被告人周秀玲明知其公司

无经营能力、公司及其本人欠有大量外债，仍隐瞒真实情况与乙公司签订增

资协议，并且将增资意图告诉债权人刘洪某。尤其是在款项被冻结后，被告

人没有采取相应措施向司法机关说明情况、提供证据，而是积极主动和其表

弟慈某在沧州市中级人民法院主持下调解结案，其借签订合同骗取他人款项

以偿还外债，被告人非法占有的故意明显，客观上造成了被害人资金无法追

回的损害后果，被告人行为构成合同诈骗罪。对被告人及辩护人提出的不构

成犯罪的意见，本院不予采纳。

河北省沧州市海兴县人民法院根据《中华人民共和国刑法》第二百二十

四条第（五）项、第五十三条、第六十四条之规定，作出如下判决：

一、被告人周秀玲犯合同诈骗罪，判处有期徒刑十一年，并处罚金人民

币10万元。

二、追缴被告人周秀玲犯罪所得返还被害人。

周秀玲持原审意见提起上诉。

河北省沧州市中级人民法院经审理认为：周秀玲明知其甲公司外债累

累，公司无任何经营，但是其在与乙公司签订增资协议时，没有说明公司欠

债不能正常经营的真实情况，隐瞒其公司有外债的真相，骗取乙公司签订协

议。会计刘洪某是其债权人，办理增资业务过程中周秀玲没有必要告知刘洪

某要增资，但是周秀玲却向刘洪某透漏了增资的消息，刘洪某知道后又透漏

给了周秀玲的另一债权人慈某，慈某第一时间向法院提起了诉讼。在法院调

解过程中周秀玲没有主张甲公司账户上的钱不是甲公司而是乙公司的。上述

事实形成完整链条，说明周秀玲主观上具有通过司法手段达到偿还个人债务

的目的，即非法占有乙公司财物的故意，客观上亦造成了乙公司6054434元资

金无法追回的损害后果，其行为构成合同诈骗罪，且数额特别巨大。原判认

定事实清楚，证据确实、充分，适用法律正确，定罪准确，量刑适当。审判

程序合法。上诉及辩护意见经查不能成立，本院不予采纳，出庭检察员及诉

讼代理人的意见具有事实及法律依据，本院予以采纳。

河北省沧州市中级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百

二十五条第一款第（一）项、第二百三十三条之规定，裁定如下：

驳回上诉，维持原判。

【法官后语】

本案中周秀玲的行为是否构成合同诈骗罪，关键在于判断：（1）是否符合合同诈骗

罪的构成要件；（2）利用司法机关冻结、扣划的执行程序达到犯罪目的的行为是否构成

犯罪。

首先，被告人周秀玲明知其公司无经营能力、公司及其本人欠有大量外债，仍隐瞒真

实情况与乙公司签订借款协议，并且借款时间仅为一天。在事后又将增资意图告诉债权人

刘洪某，尤其是在款项被冻结后，周秀玲没有采取相应措施向司法机关说明情况、提供证

据，而是积极主动和其表弟慈某在沧州市中级人民法院主持下调解结案，其借签订合同骗

取他人款项以偿还外债。因此被告人周秀玲非法占有的故意明显。

其次，虽然周秀玲取得乙公司财物偿还债务是源于人民法院一系列的执行程序并经人

民法院认可，其行为看似是合法的，但这正是本案的特殊性所在。在执行程序中，法官仅

有形式的审查责任，证据的真伪导致的风险应由隐瞒者、提交者负责，法院在执行程序中

的裁定，仅仅是关于程序问题和起证明作用，并不具有对当事人的权利的确定功能。在本

案中，周秀玲不但没有向法院主张甲公司账户上的钱不是甲公司而是乙公司的，反而故意

隐瞒真实情况，积极主动和其表弟慈某在沧州市中级人民法院主持下调解结案，且在调解

后不主动履行到期债务，使其表弟慈某申请沧州市中级人民法院强制执行。这些手段正是

周秀玲巧妙地利用了法院的裁定，达到了其将乙公司财产占为己有以偿还外债的犯罪目

的。

最后，值得注意的是，针对此类犯罪，司法机关更应提高司法的灵活性和效率性，及

时察觉被告人在民事裁判中的非正常表现，及时停止划扣资金，积极挽回、避免被害人损

失。

编写人：河北省沧州市中级人民法院 毛颖 李彦琴

55 非法经营行为的认定

——林建生、陈广某非法经营案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

广州铁路运输第一法院（2016）粤7101刑初字第79号刑事判决书

2.案由：非法经营罪

【基本案情】

1.2015年，被告人林建生用1326515××××的电话联系湖南吉首人肖青某，表示想购买

香烟让肖青某在当地帮忙收购，并商定先由林建生电话告知肖青某其购买香烟的种类，再

由肖青某将香烟伪报为“计量仪”“茶叶”“配件”“仪器”等品名通过铁路从怀化火车站托运至

广州。林建生收到肖青某托运包裹票的传真件后，与妻子林丽某驾驶汽车到广州火车站行

包车间广州东站行包领取处提货，后将香烟倒卖给他人。2015年4月至6月，肖青某通过铁

路运输发货，每张包裹单发货5件至13件不等，收货人名“林建生”“林丽某”，有时用过“王

振某”“林耀某”，共计发货918件。林建生收到肖青某托运包裹票的传真件后，与妻子林丽

某驾驶汽车到广州火车站行包车间广州东站行包领取处提货918件，提货后将香烟倒卖给

他人，后将货款通过网上银行从银行转账汇给肖青某共计人民币6203392元。

2015年6月28日，肖青某按被告人林建生让其收购香烟的品种，通过两张货运单

A×××××、A×××××将收购来的各类香烟共18箱1630条伪报品名为“计量仪”从怀化火车站托

运至广州。29日21时许，广州火车站行包车间发觉这些货物有可疑，遂报案。广州铁路公

安处民警接报案后初步开箱检查发现是香烟。当晚，林建生持该批托运包裹单的传真件及

取货通知，与妻子林丽某驾车到广州火车站行包车间广州东站行包领取处准备领取香烟，

见货物迟迟未到，便没有前去提货。

2.2015年12月21日11时许，被告人林建生与被告人陈广某通过电话联系确定了需要购

买的香烟品种、数量，并谈好交易价格，包括“A”（蓝英文版）香烟10箱，每条88

元，“B”（NISE专供出口）香烟1箱，每条48元，“C”（南洋百年龙凤）1箱，每条80元。

当日15时许，林建生与陈广某按照约定，各自驾车在广州天河区某路122号某培训学院门

口交易，双方将林建生购买的香烟从陈广某车上搬至林建生车上后，被民警当场抓获。民

警从林建生驾驶的粤Y9××××汽车内查获其刚从陈广某处购得的12箱共599条香烟，按其交

易单价折算后价格为50312元。经鉴定：查获的香烟均为真品卷烟。

被告人林建生车上还查获“B”（NISE专供出口）香烟1箱共49条。经鉴定：查获的香

烟均为真品卷烟，其中“B”（NISE专供出口）每条（200支）价值人民币122.6元。

民警从陈广某驾驶的粤RE5910汽车内查获“C”（南洋9mg）8箱共400条、“C”（南洋

百年龙凤）2箱共100条。经鉴定：查获的香烟均为真品卷烟，“C”（南洋9mg）每条（200

支）价值人民币76.56元，“C”（南洋百年龙凤）每条（200支）价值人民币220元。陈广某

车上的香烟共计价值人民币52624元。

【案件焦点】

被告人的行为是否构成非法经营罪。

【法院裁判要旨】

广州铁路运输第一法院经审理认为：被告人林建生、陈广某违反国家烟

草专卖管理法律法规，未经烟草专卖行政主管部门许可，无烟草专卖零售许

可证，非法经营烟草专卖品，被告人林建生情节特别严重，被告人陈广某情

节严重，均已构成非法经营罪。6月29日被告人林建生购买的香烟被公安机关

查获，犯罪因其意志以外的原因未得逞，属犯罪未遂，依法可从轻处罚。被

告人陈广某如实供述自己的罪行，依法可从轻处罚。公诉机关指控被告人罪

名成立，证据确实、充分；但指控的数额有误，被告人林建生有部分犯罪属

未遂，应予以补充认定。被告人林建生及其辩护人的辩护意见不予采纳。被

告人陈广某的辩护人关于12月20日与林建生交易香烟的事实不予认定的辩护

意见，理由充分，予以采纳；但关于12月21日被告人陈广某车上查获的香烟

不计入犯罪数额、查获的车辆不属于犯罪工具的辩护意见，经查，被告人曾

供述烟是从“哥”处取得，并要卖给下家的，并且在其车上查获了这批香烟，因

此，该辩护意见不成立，不予采纳。依照《中华人民共和国刑法》第二百二

十五条第（一）项、第二十三条、第六十七条第三款、第七十二条第一款、

第七十三条第二款及第三款、第六十四条、第五十三条，《最高人民法院、

最高人民检察院关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法

律若干问题的解释》第一条第五款、第三条、第四条之规定，判决如下：

一、判处被告人林建生犯非法经营罪，判处有期徒刑八年，并处罚金人

民币五万元。

二、被告人陈广某犯非法经营罪，判处有期徒刑二年，缓刑三年，并处

罚金人民币一万元。

三、扣押的香烟均予以没收。扣押被告人林建生的赃款人民币50312元，

作案工具汽车一辆、甲牌白色手机1部、乙牌黑色手机1部；扣押被告人陈广

某的作案工具汽车一辆和行驶证一本、丙牌黑色手机1部，均予以没收。扣押

被告人林建生的人民币14688元和其银行卡6212263602046××××××内的人民币

一起作为罚金，上缴国库；扣押的戒指一枚，予以发还。扣押的丁银行卡两

张（卡号6212263602056××××××、6212263602004××××××）和戊银行卡1张

（卡号6008480089940××××××），由公安机关依法处理。扣押被告人陈广某的

人民币209300元，其中139300元，发还黄文某；其中10000元，作为罚金上缴

国库；剩余60000元和己牌手机一部，予以发还。

【法官后语】

1.被告人林建生与肖青某交易是否能认定

根据广东省高级人民法院2011年47号文（《关于办理假冒伪劣烟草专卖品刑事案件适

用法律的若干意见》）第十二条，没有在现场查获假冒伪劣烟草专卖品等实物，但销售记

录与犯罪嫌疑人供述，证人证言能相互印证的，对该事实可以依法认定。从这一条规定的

精神来看，本案虽然没有实物，但能够从卖家肖青某的证言、被告人实施犯罪行为的知情

者林丽某的证言、以及银行记录、货单等书证证据来证实确实有香烟交易的发生，因此是

可以认定的。

2.本案中犯罪既遂与犯罪未遂的判断

有一种观点认为非法经营犯罪是行为犯，在购买、运输、储存等过程中，只要被告人

有非法经营故意，在任何一个环节中被查获都是犯罪既遂。而笔者通过查阅裁判文书网发

现非法经营香烟犯罪案件中既有认定有犯罪既遂的，也有认定为犯罪未遂的。

笔者认为具体到本案，涉及的情况有以下几种：

（1）林建生和肖青某银行转账的620余万元香烟，这些认定为既遂。

（2）林建生没有收到货的18箱香烟，被告人林建生和肖青某商议好了香烟的品种和

金额，肖青某发货，但是由于香烟已经被公安人员查获，林建生并未接到货，对于林建生

来说，由于其意志以外的原因，其购买犯罪未得逞，应该构成犯罪未遂。

（3）林建生和陈广某的交易中，已经搬到林建生车上的香烟，这些虽然还没有付

款，但双方商谈好了交易一切细节，并且交接完毕，应该都认定为既遂。

（4）林建生车上自己的一箱香烟，和陈广某车上扣押的香烟，这些香烟没有在交易

过程中，属于持有状态，关于持有状态的香烟，在司法实践中，有的定未遂，有的定既

遂。笔者认为，被告人均不生产香烟，因此，其持有的香烟一定是从某种渠道来的，而且

按照被告人的交代，是要去倒卖的。其存在非法经营的故意，并且为了倒卖而购买或者收

进香烟，这个行为已经实施完毕，可以认定为既遂。

3.被告人陈广某行为性质的认定

陈广某对于其香烟来源，供述是从“哥”处取得，但有不同的供述，第一、二份供述，

其说是向“哥”购买，“哥”的工仔把烟送过来，收了其给的钱就走了。第三、四份供述不涉

及此问题。取保候审后第五份供述说是帮“哥”卖。庭审阶段都供述说是帮“哥”卖，只按次

收取运费。但其对“哥”的交代一直只有电话号码，名字地址均不详，公安机关出具的情况

说明也表示无法查到“哥”的情况。因此，该案中，合议庭还是不认可被告人帮“哥”卖，收

取运费的说法，其持有的香烟，按照其自己非法经营的情况来认定。

编写人：广州铁路运输第一法院 李喆

56 非法经营罪之未遂探讨

——徐某某等非法经营案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省益阳市中级人民法院（2016）湘09刑终字第201号刑事判决书

2.案由：非法经营罪

【基本案情】

2014年以来，徐某某与邬某某、李甲三人在未取得“烟草专卖零售许可证”的情况下，

合伙在资阳、赫山等烟草经营商户手中收购本地不畅销的外省卷烟转卖他人，从中牟利。

徐某某、邬某某、李甲三人共计销售卷烟354256.5元，其中价值239094.5元的卷烟系2015

年4月27日被益阳市烟草专卖局执法人员现场查获。具体情况如下：

1.2014年10月左右，李甲将价值1万多元的甲烟和乙烟销售给李燕某。2015年4月，李

甲销售给李燕某价值1万多元的甲烟和乙烟。

2.2015年3月11日，徐某某将424条白色硬盒丙烟和46条丁香烟销售给杨腊某，丙烟

100元每条，丁烟47元每条，总价款是44562元。次日，杨腊某要其女儿将购烟款汇至李甲

持有的户名为李时某的某银行账号为6222081912000××××××的账户。2014年12月，在资阳

区北站附近的一个小区内，徐某某将价值5600元左右的丙烟销售给杨腊某。

3.2015年4月，徐某某销售给唐军某六七百条戊烟（42元一条）、约四百条己烟（34.5

元一条），徐某某收取货款45000元。

4.2015年4月27日15时许，李甲、徐某某、邬某某在沅江市三眼塘镇楠竹山村准备转

运香烟销往外地时被益阳市烟草专卖局执法人员查获，查获并扣押卷烟2622条，经烟草部

门鉴定价值239094.5元。

另查明，徐某某与其妻李乙共同经营其岳父李秋某的“资阳区庚副食百货店”，该店于

2013年11月21日办理了“烟草专卖零售许可证”，有效期至2018年11月20日，该许可证上登

记的经营者为李秋某。案发后，邬某某、李甲分别揭发他人犯罪行为，经查证属实。邬某

某、李甲各退缴违法所得5000元。

【案件焦点】

被烟草执法人员现场查获的价值239094.5元的卷烟是否能够认定为未遂。

【法院裁判要旨】

湖南省益阳市资阳区人民法院经审理认为：被告人徐某某、邬某某、李

甲违反国家规定，未经许可，经营烟草专卖制品，情节特别严重，其行为均

已构成非法经营罪。在共同犯罪中，被告人徐某某、李甲、邬某某均起了主

要作用，系主犯，对其按照所参与的犯罪处罚。被告人邬某某、李甲分别揭

发他人犯罪行为，查证属实，均系立功，对其均减轻处罚。被告人李甲、邬

某某积极退缴违法所得，对其酌情从轻处罚。被告人李甲、邬某某如实供述

自己罪行，对其从轻处罚。被告人李甲、邬某某居所地基层组织建议对被告

人李甲、邬某某从轻处罚，并承诺对其进行帮教管理，接收其为社区矫正对

象，结合被告人李甲、邬某某的犯罪情节和悔罪表现，可以对其宣告缓刑，

实行社区矫正。依照《中华人民共和国刑法》第二百二十五条第（一）项，

第二十五条第一款，第二十六条第一款、第四款，第四十七条，第五十二

条，第五十三条，第六十七条第三款，第六十八条，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；《最高人民法院、最高人

民检察院关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干

问题的解释》第一条第五款，第三条第二款第（一）项之规定，经原审法院

审委会讨论决定，判决：

一、被告人徐某某犯非法经营罪，判处有期徒刑五年，并处罚金三万

元；

二、被告人李甲犯非法经营罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚

金二万元（已缴纳）；

三、被告人邬某某犯非法经营罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年，并处

罚金二万元（已缴纳）；

四、对三名被告人现场被扣押的卷烟2622条予以没收，上缴国库。

徐某某上诉提出他在共同犯罪中应为从犯；现场查获的24万元卷烟并未

成交，应属犯罪未遂；他与岳父岳母共同经营的烟酒批发部，有烟草经营许

可证，请求法院从轻判决。辩护人提出，1.庚副食百货店有烟草零售许可证，

徐某某系该百货店的实际经营者之一，对其跨区贩卖行为只能进行行政处

罚。2.对于被扣押的价值239094.5元的卷烟，有上诉人徐某某经营的“庚副食

百货店”的合法来源的卷烟，应从徐某某非法经营的金额中予以剔除，认定徐

某某非法经营的数额应为123562元。

湖南省益阳市中级人民法院经审理认为：上诉人（原审被告人）徐某某

及原审被告人李甲、邬某某三人违反国家烟草专卖管理法律法规，未经烟草

专卖行政主管部门许可，无烟草专卖零售许可证明，非法经营烟草专卖品，

情节特别严重，其行为均已构成非法经营罪，在共同犯罪中均系主犯。三人

准备转运卷烟销往外地时被查获，系三人意志以外原因而未得逞，应认定为

犯罪未遂，对该部分犯罪均比照既遂减轻处罚。原审被告人邬某某、李甲均

有立功表现，对其二人均减轻处罚。邬某某、李甲积极退缴违法所得，对其

酌情从轻处罚。上诉人徐某某、原审被告人李甲、邬某某三人如实供述自己

罪行，对其酌情从轻处罚。上诉人徐某某、被告人李甲、邬某某居所地基层

组织建议对三人从轻处罚，并承诺对其进行帮教管理，接收其为社区矫正对

象，结合徐某某、李甲、邬某某的犯罪情节和悔罪表现，可以对三人宣告缓

刑，实行社区矫正。针对徐某某提出其系从犯的上诉意见，经查，徐某某、

李甲、邬某某三人以合伙名义在外贩卖烟草，共同出资，平均分配利益，在

共同犯罪中均为主犯，对该辩解意见本院不予以采纳。针对辩护人提出徐某

某的行为是持有烟草专卖零售许可证件的超范围经营行为的辩护意见，经

查，徐某某与其妻李乙共同经营其岳父李秋某（办有烟草专卖零售许可证）

的“资阳区庚副食百货店”，其经营行为来自李秋某的授权，而徐某某、李甲、

邬某某三人以合伙名义在外贩卖烟草的行为显然超出了李秋某的授权范围，

有违授权人意志，因此不能认定徐某某的贩烟行为系持有许可证件超经营范

围的经营行为，对该辩护意见不予采纳。针对辩护人提出公安机关现场查扣

的卷烟中存在从庚副食百货店收购来的烟草的辩护意见，经查，徐某某、邬

某某在侦查笔录中均已交待被查扣的卷烟系从他处收购而来，对该辩护意见

本院不予认可。针对上诉人徐某某提出被查获的24万元卷烟系未遂的上诉意

见，经查，上诉人徐某某、原审被告人李甲、邬某某三人准备转运卷烟销往

外地时被益阳市烟草专卖局执法人员查获，系三人意志以外原因而未得逞，

应认定为犯罪未遂，该上诉意见本院予以采纳。

湖南省益阳市中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百二十五

条第（一）项，第二十三条，第二十五条第一款，第二十六条第一款、第四

款，第四十七条，第五十二条，第五十三条，第六十四条，第六十七条第三

款，第六十八条，第七十二条，第七十三条第二款、第三款；《最高人民法

院、最高人民检察院关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应

用法律若干问题的解释》第一条第五款，第三条第二款第（一）项；《中华

人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第一款第（二）项之规定，判决如

下：

一、维持益阳市资阳区人民法院（2015）资刑初字第325号刑事判决的第

四项及第一项、第二项、第三项中对上诉人（原审被告人）徐某某、原审被

告人李甲、邬某某的定罪部分；

二、撤销益阳市资阳区人民法院（2015）资刑初字第325号刑事判决第一

项、第二项、第三项中对上诉人（原审被告人）徐某某、原审被告人李甲、

邬某某的量刑部分；

三、上诉人（原审被告人）徐某某犯非法经营罪，判处有期徒刑三年，

缓刑五年，并处罚金三万元（已缴纳）；

四、原审被告人李甲犯非法经营罪，判处有期徒刑二年，缓刑三年，并

处罚金二万元（已缴纳）；

五、原审被告人邬某某犯非法经营罪，判处有期徒刑二年，缓刑三年，

并处罚金二万元（已缴纳）。

【法官后语】

针对本案中未遂认定，实践中普遍存在两种意见。第一种意见认为，非法经营罪是行

为犯，不存在犯罪未遂。只要行为人实施了生产、购买、储存、运输、销售中的任一非法

经营行为，就构成犯罪既遂。行为人销售行为的完成与否，仅是对社会的危害程度不同，

并不影响非法经营罪既遂的成立。第二种意见认为，非法经营罪存在犯罪未遂，应以实际

销售作为犯罪既遂的标准。非法经营在主观上是以谋利为目的，生产、购买、储存、运输

等一系列经营行为的最终落脚点都是为了销售并获取利益，只有进行了销售才是犯罪的完

成。

笔者同意第二种观点。第一，就同等涉案金额来看，是否出售非法收购卷烟的社会危

害性大小明显不一，如果非法经营罪不存在犯罪未遂，会导致行为人犯罪危害性与量刑的

不匹配，即行为人非法收购卷烟与非法收购卷烟并销售的刑罚一样，这显然有违罪刑相适

应的原则。第二，即便认定非法经营罪是行为犯，但行为犯不存在未遂的观点本身就不成

立，行为犯也存在既遂与未遂，故不能以行为犯不存在未遂来否定非法经营罪存在未遂。

根据刑法界通说，行为犯指以法定犯罪行为的完成作为既遂标志的犯罪。它是以行为的完

成为标志的，但是行为的完成无疑需要经历一个完整的过程。而只有行为的实施达到一定

的程度，并且其对法益的侵害或者威胁程度达到了刑法保护的实质要求，才能视为行为已

实施完毕，进而以犯罪既遂论处。非法经营表现为生产、购买、储存、运输、销售等多种

行为方式，显然，这些具体的行为方式存在完成与未完成两种可以进一步界定的状态，因

而也存在既遂和未遂的情形。

编写人：湖南省益阳市中级人民法院 李捷

57 无证销售假冒伪劣卷烟行为的定性及假冒伪劣卷烟的价值计

算

——杨某非法经营案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

北京市第三中级人民法院（2016）京03刑终字第570号刑事裁定书

2.案由：非法经营罪

【基本案情】

2014年12月至2016年6月，被告人杨某在北京市朝阳区某商品市场有限公司一层酒水

区1N052-1N053-1N055号内，未经烟草专卖行政许可销售香烟。北京市朝阳区烟草专卖局

及公安机关在其店内、仓库及暂住地查获卷烟1233条。经北京市烟草质量监督检验站抽样

检验，被告人杨某销售的部分甲（硬）、乙（软蓝）、甲（软）、丙（软）、丁（硬）、

丁（软）卷烟中，共有62条卷烟的抽检样品为假冒注册商标且伪劣卷烟。查获的卷烟案值

共计152079元，其中真品卷烟案值约为130000余元。

被告人杨某后被查获。杨某的辩护律师认为，杨某经销假冒伪劣商品未达刑事立案标

准应进行行政处罚，本案销售假冒伪劣卷烟的数额不应计入非法经营的金额之内。

【案件焦点】

被告人无证销售假冒伪劣卷烟行为的定性及价值的计算。

【法院裁判要旨】

北京市朝阳区人民法院经审理认为：被告人杨某违反国家关于烟草专卖

的法律法规，未经许可经营卷烟制品，其行为扰乱了烟草市场经济秩序，情

节严重，已构成非法经营罪，应予惩处。鉴于被告人杨某能够如实供述罪

行，故依法对其予以从轻处罚。对辩护人所提相关辩护意见，本院予以采

纳。在案的物品一并处理。故判决：

一、被告人杨某犯非法经营罪，判处有期徒刑一年三个月，罚金人民币

五千元。

二、在案的卷烟一千二百三十三条，予以没收。

宣判后，原审被告人杨某不服，提出上诉。在二审提讯过程中，杨某表

示认可一审法院判决，自愿撤回上诉。

北京市第三中级人民法院于2016年11月25日作出刑事裁定：

准许上诉人杨某撤回上诉。

【法官后语】

本案裁判要点有二：一是被告人无证销售真品卷烟和无证销售假冒伪劣卷烟的行为都

具有非法经营性，二者的销售数额属于同类数额。在无证销售假冒伪劣卷烟的行为不单独

构成其他犯罪的情况下，无证销售假冒伪劣卷烟的数额应计算在非法经营罪的犯罪数额之

内。二是对于假冒伪劣卷烟的价值，如果被告人能够举证证明销售或者购买价格，可以按

该价格计算；如果无法查清销售或者购买价格，有品牌的，按照该品牌卷烟、雪茄烟的查

获地省级烟草专卖行政主管部门出具的零售价格计算；无品牌的，按照查获地省级烟草专

卖行政主管部门出具的上年度卷烟平均零售价格计算。

我国对烟草专卖品的生产、销售和进出口业务实行垄断经营、统一管理的专卖制度。

生产、销售烟草专卖品必须经烟草专卖行政主管部门许可，获得生产许可证、批发许可

证、零售许可证等证件。不论是无证销售真品卷烟的行为，还是无证销售假冒伪劣卷烟的

行为，都侵害了烟草专卖市场秩序和烟草专卖许可证制度，都具有非法经营性。有观点认

为，专营专卖物品只能是货真价实的物品，假冒伪劣烟草不能被评价为专营专卖物品，故

销售假冒伪劣烟草不能被评价为非法经营。 [[1] 我](#p211)们认为，非法经营罪的本质特征在于经

营行为本身是否违反了国家规定，破坏了市场秩序，而不在于经营的对象是否为合格产

品。因此，非法经营烟草专卖品犯罪的犯罪对象既包括真品烟草专卖品，也包括假冒烟草

专卖品、伪劣烟草专卖品、假冒伪劣烟草专卖品。在非法经营层面上，无证销售真品烟草

专卖品的数额和无证销售假冒伪劣烟草专卖品的数额属于同类数额，故无证销售假冒伪劣

烟草专卖品的数额应计算在非法经营罪的犯罪数额之内。

需要注意的是，在行为人无证销售真品卷烟构成非法经营罪的前提下，如果行为人无

证销售假冒伪劣卷烟的行为构成非法经营罪和销售伪劣产品罪等其他犯罪的想象竞合，其

销售数额是否应计算在非法经营罪的犯罪数额之内则应分情况讨论：如果非法经营罪为重

罪的，应累计数额以非法经营罪论处；如果销售伪劣产品罪等其他犯罪为重罪的，则不能

累计数额，而应以非法经营罪和他罪数罪并罚。 [[2]](#p211)

对于非法经营卷烟数额的计算，2010年《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。无法查清销售或者购买价格的，按照下列方法计算非法经营数额：（一）查获的

卷烟、雪茄烟的价格，有品牌的，按照该品牌卷烟、雪茄烟的查获地省级烟草专卖行政主

管部门出具的零售价格计算；无品牌的，按照查获地省级烟草专卖行政主管部门出具的上

年度卷烟平均零售价格计算……”。有观点认为，真品卷烟固然可以按照上述方法进行计

算，但假冒伪劣卷烟品质不高，不能按真品卷烟的计算方法进行评估。我们认为，如果被

告人能够举证证明假冒伪劣卷烟的销售或者购买价格，可以按其销售或者购买价格计算；

如果无法查清销售或者购买价格，可以按上述方法进行计算。因为与无证销售真品卷烟相

比，无证销售假冒伪劣卷烟的行为危害性更大，如果降低其评估价值，则会出现量刑失衡

的情况。2010年《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》在对未销售假冒伪劣卷烟的规定中也采取了相似

做法，即“查获的未销售的伪劣卷烟、雪茄烟，能够查清销售价格的，按照实际销售价格

计算。无法查清实际销售价格，有品牌的，按照该品牌卷烟、雪茄烟的查获地省级烟草专

卖行政主管部门出具的零售价格计算；无品牌的，按照查获地省级烟草专卖行政主管部门

出具的上年度卷烟平均零售价格计算”。在实践中，无论是非法经营真品卷烟还是假冒伪

劣卷烟，查明其销售价格的难度很大。非法销售烟草是暴利行业，有完整的产业链和反侦

察体系，从犯罪嫌疑人身上获得真实的销售价格几乎不可能。 [[3]](#p211) 本案中，被告人的“上

家”无法查明，被告人不能提供被查获卷烟的购进或销售价格证明，烟草专卖局及公安机

关也没有查获账簿等书证，故烟草专卖局根据北京市有关卷烟价格认定的规定对涉案卷烟

进行核价，审理中也以此为根据计算非法经营数额。

编写人：北京市第三中级人民法院 王海虹 孙淼淼

58 在涉伪劣卷烟类非法经营案件中，伪劣卷烟购进后从没有售

出即被查获，非法经营额如何确定

——江钦某非法经营案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

湖南省长沙市天心区人民法院（2016）湘0103刑初字第577号刑事判决书

2.案由：非法经营罪

【基本案情】

2016年5月开始，被告人江钦某从福建省漳州市诏安县一外号为“小帅”（另案处理）

的男子手中购进甲、乙等各种品牌的假烟，存放在其位于长沙市天心区新开铺街道某小区

8栋的出租屋内，欲加价贩卖。2016年8月17日，被告人江钦某再次从“小帅”处购进假烟，

被湖南省长沙市烟草专卖局执法人员查获。执法人员在被告人江钦某租住的出租屋内缴获

多种品牌香烟共计833条。被查获的卷烟购进价格共计5万余元。

在运输司机罗友某驾驶的沪C6××××银色小车上查获罗友某持有的某牌卷烟1000条。

2016年8月17日，湖南省长沙市烟草专卖局将该案移送长沙市公安局天心分局。同

日，公安民警将在长沙市烟草专卖局接受调查的被告人江钦某传唤到案。

经鉴定，从被告人江钦某出租屋内查获的833条卷烟均为假冒注册商标且系伪劣卷

烟；运输司机罗友某持有的1000条某牌香烟均系假冒注册商标且为伪劣卷烟。

【案件焦点】

在涉伪劣卷烟类非法经营案件中，伪劣卷烟购进后没有售出即被查获，

非法经营额是按照该品牌卷烟的查获地省级烟草专卖行政主管部门出具的零

售价格计算还是应当以被告人供述的伪劣卷烟购进价格认定犯罪金额。

【法院裁判要旨】

湖南省长沙市天心区人民法院经审理认为：被告人江钦某违反国家规

定，未经许可经营法律、行政法规规定的专卖物品，扰乱市场秩序，情节严

重，其行为已构成非法经营罪。长沙市天心区人民检察院指控被告人江钦某

犯非法经营罪的罪名成立，本院应对被告人江钦某的行为依法予以惩处。被

告人江钦某归案后能如实供述自己的罪行，在审理阶段对犯罪金额的辩解不

影响坦白的成立，依法可从轻处罚。

经查，对刑事案件犯罪事实的证明包括定罪事实的证明和量刑事实的证

明两个部分，对被告人作出有罪判决，必须达到事实清楚，证据确实充分。

《中华人民共和国刑事诉讼法》第五十三条第二款明确规定：“证据确实、充

分，应当符合以下条件：（一）定罪量刑的事实都有证据证明；（二）据以

定案的证据均经法定程序查证属实；（三）综合全案证据，对所认定事实已

排除合理怀疑。”从该条款看，量刑事实的证明标准和定罪事实一样，均应达

到排除合理怀疑的程度。在本案中，公诉机关依据湖南省烟草专卖局出具的

查获卷烟品牌的相应真烟的零售价格证明，认定被告人江钦某非法经营额达

到26万余元。而被告人及其辩护人辩称假烟购进价格为5万余元，结合一般常

识、社会经验、假烟成本等因素考量，该辩称具有合理性，故公诉机关指控

的犯罪金额不能排除合理怀疑，本院不予采纳。另外，在本案非法经营罪不

区分既、未遂的情况下，对于未销售出去的卷烟按照同品牌真烟计算价格

（购进价不能查清的情况下），将会导致被告人以明显低于真烟价格卖出假

烟而使假烟进入下一流通环节这一具有更大社会危害性的行为的处罚比假烟

尚处于购进阶段、未进入大众消费市场的行为处罚更轻，意即假烟没有卖出

反而比卖出假烟的行为处罚更重。若机械套用法律规定、司法解释量刑，将

会导致量刑明显不当、定罪量刑严重失衡。鉴此，为准确、统一适用法律，

结合有利于被告人的刑法适用原则和刑事诉讼有关理论，本案应认定为情节

严重，而非起诉书指控的情节特别严重。

湖南省长沙市天心区人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百二十

五条第（一）项、第六十四条、第六十七条第三款和《中华人民共和国刑事

诉讼法》第五十三条之规定，作出如下判决：

一、被告人江钦某犯非法经营罪，判处有期徒刑一年，并处罚金人民币

二万元。

二、被执法机关扣押的涉案假烟依法予以没收。

【法官后语】

关于在涉伪劣卷烟类非法经营案件中，行为人购进的伪劣卷烟从来没有售出即被查获

的情形下非法经营额的认定存在两种不同观点。

第一种观点（即本案公诉机关观点）认为，非法经营额应按照被查获的该品牌卷烟的

查获地省级烟草专卖行政主管部门出具的零售价格计算。持该种观点者认为，按照《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》（以下简称

《烟草专卖品解释》）第二条第三款的规定：“查获的未销售的伪劣卷烟、雪茄烟，能够

查清销售价格的，按照实际销售价格计算。无法查清实际销售价格，有品牌的，按照该品

牌卷烟、雪茄烟的查获地省级烟草专卖行政主管部门出具的零售价格计算……”。所以，

对于被告人江钦某未销售的伪劣卷烟，没有实际销售，无法查清实际销售价格，应当按查

获地省级烟草专卖行政主管部门出具的零售价格共计26万余元计算。被告人的行为应属于

情节特别严重，处五年以上有期徒刑。

第二种观点认为，不能机械理解《烟草专卖品解释》的上述规定，本案没有证据证明

被告人江钦某曾经销售出去过伪劣卷烟，上述规定是针对行为人既销售出去过伪劣卷烟，

又有部分没有销售出去即被查获的情形，本案的非法经营额不能直接按照被查获的卷烟的

查获地省级烟草专卖行政主管部门出具的零售价格计算。被告人江钦某的非法经营额应从

有利于被告人的原则和刑事案件证明标准，结合被告人供述、常识常理综合确定本案的非

法经营额。

笔者同意第二种观点，理由如下：

1.虽然《烟草专卖品解释》第二条第三款规定，查获的未销售的伪劣卷烟、雪茄烟，

能够查清销售价格的，按照实际销售价格计算。无法查清实际销售价格，有品牌的，按照

该品牌卷烟、雪茄烟的查获地省级烟草专卖行政主管部门出具的零售价格计算。但是，该

规定是针对同一行为人既有已经销售出去伪劣卷烟的情形，又有伪劣卷烟尚未销售出去即

被查获的情形。在这种两种情形同时存在的情况下，能够查清行为人过往销售价格的，按

照实际销售价格计算。无法查清实际销售价格，有品牌的，按照该品牌卷烟的查获地省级

烟草专卖行政主管部门出具的零售价格计算。但是，本案被告人被抓获时，没有证据证明

其以前曾经销售出去伪劣卷烟，故不能机械套用上述解释。如果机械套用，将会导致行为

人以明显低于真烟价格卖出假烟而使假烟进入下一流通环节这一具有更大社会危害性的行

为的处罚比假烟尚处于购进阶段、未进入大众消费市场的行为处罚更轻，即行为人购进的

假烟从来没有卖出反而比其他行为人卖出假烟的行为处罚更重。如此量刑，将会导致量刑

明显不当、定罪量刑严重失衡。

2.对刑事案件犯罪事实的证明包括定罪事实的证明和量刑事实的证明两个部分，对被

告人作出有罪判决，必须达到事实清楚，证据确实充分。《刑事诉讼法》第五十三条第二

款明确规定：“证据确实、充分，应当符合以下条件：（一）定罪量刑的事实都有证据证

明；（二）据以定案的证据均经法定程序查证属实；（三）综合全案证据，对所认定事实

已排除合理怀疑。”从该条款看，量刑事实的证明标准和定罪事实一样，均应达到排除合

理怀疑的程度。在本案中，公诉机关依据湖南省烟草专卖局出具的查获卷烟品牌的相应真

烟的零售价格证明，认定被告人江钦某非法经营额到达26万余元。而被告人及其辩护人辩

称假烟购进价格为5万余元，结合一般常识、社会经验、假烟成本等因素考量，该辩称具

有合理性，故公诉机关指控的犯罪金额不能排除合理怀疑，法院不予采纳。

编写人：湖南省长沙市天心区人民法院 刘煜

59 以暴力强迫他人接受服务型强迫交易与随意殴打他人型寻衅

滋事辨析

——洪小某、陈福某犯强迫交易案

【案件基本信息】

1.裁判书字号

福建省厦门市翔安区人民法院（2016）闽0213刑初字第477号刑事判决书

2.案由：强迫交易罪

【基本案情】

2015年4月5日，被告人洪小某等人为承包途经马巷镇某村的某绿化后期养护工程，至

施工现场阻挠工人施工，并要求工程中标方重庆甲公司每月支付人民币（币种下同）

42000元养护费。后被告人洪小某伙同被告人陈福某及陈加某（另案处理）等人，于同年4

月6日、4月7日、4月8日、4月9日上午连续至该工地，以未达成协议为由阻挠工人施工。

在此期间，该项目的现场经理田光某等人代表公司多次至洪建某（另案处理）位于马巷镇

某村的茶叶店内，与被告人洪小某及洪建某等人协商承包该项目的养护费金额，最终提出

至多只能每月支付养护费15000元，双方因金额差距过大未能达成承包协议。

2015年4月9日13时许，被告人陈福某至该工地见工人仍在施工，遂致电被告人洪小

某，后被告人洪小某与洪建某驾驶闽D3××××号白色小轿车至现场。之后，三人与现场施

工人员即被害人田光某、林大某、林志某等人发生打斗致伤，其中洪建某持棒球棍殴打对

方。工人报警后，洪建某驾驶闽D3××××号白色小轿车正面撞击被害人田光某停放在路边

的闽DX××××号小轿车车头致该车损坏后驾车离开现场。被告人陈福某在打斗中受伤，后

被送至厦门市第五医院治疗。被告人洪小某则滞留在现场，后被公安机关当场传唤至厦门

市公安局马巷派出所接受调查。经法医鉴定，被害人田光某、林大某、林志某的损伤程度

均为轻微伤。经价格鉴定，被撞闽DX××××号小轿车损失价值7595元。

【案件焦点】

以暴力强迫他人接受服务型强迫交易与随意殴打他人型寻衅滋事如何区

分。

【法院裁判要旨】

福建省厦门市翔安区人民法院经审理认为：被告人洪小某、陈福某伙同

他人使用暴力、胁迫方式，欲迫使他人接受其提出的绿化后期养护服务协

议，致三人轻微伤，其行为均已构成强迫交易罪。公诉机关指控的罪名成

立。本案系共同犯罪。二被告人伙同他人已经着手实行强迫交易犯罪，由于

意志以外的原因而未得逞，系犯罪未遂，依法可以比照既遂犯从轻处罚。被

告人陈福某到案后能如实供述主要罪行和所知同案犯，庭审时自愿认罪，具

有坦白情节，依法可以从轻处罚。被告人洪小某具有劣迹，可酌情从重处

罚。被告人洪小某庭审时自愿认罪，并能如实供述主要罪行和所知同案犯，

可酌情从轻处罚。二被告人已赔偿被害方损失并取得谅解，可酌情从轻处

罚。被告人洪小某、陈福某分别因本案被先行羁押三十六日和十五日，依法

均可折抵刑期。

依照《中华人民共和国刑法》第二百二十六条第（二）项、第二十三

条、第二十五条第一款、第六十七条第三款之规定，判决如下：

一、被告人洪小某犯强迫交易罪，判处有期徒刑七个月，并处罚金人民

币五千元。

二、被告人陈福某犯强迫交易罪，判处有期徒刑六个月，并处罚金人民

币五千元。

【法官后语】

本案二被告人为绿化后期养护工程多次以言语恐吓阻挠相对方施工，后因言语恐吓无

果便结伙采用暴力手段对相对方的施工人员实施殴打致三人轻微伤，从行为性质上看既符

合强迫交易的犯罪构成，又带有随意殴打他人型寻衅滋事的意味。要对本案准确定性，须

对以暴力手段强迫他人接受服务型强迫交易与随意殴打他人型寻衅滋事加以辨析：

1.对强迫交易罪的分析。强迫交易罪作为“扰乱市场秩序罪”的一种，是由《刑法》第

二百二十六条规定的。根据该条规定，所谓强迫交易罪，是指以暴力、威胁手段，强买强

卖商品、强迫他人提供或者接受服务等，情节严重的行为。从《刑法》的规定看，本罪在

客观方面是由强迫行为和交易行为组成的，且在两者之间存在着手段和目的的关系，前者

是交易的前提，后者是强迫的目的。由于该罪的成立以行为人实施暴力、威胁行为为必

要，暴力行为的严重程度对行为的定性产生重要的影响。在本案中被告人一方的目的是承

包绿化后期养护工程，其间亦多次与施工方就承包价格进行协商，终因数额差距过大而未

能谈妥，为通过阻止施工而胁迫对方接受其一方提出的条件，遂纠集人员随意殴打相对方

施工人员，其行为可以定性为以暴力手段强迫交易的强迫交易罪。

2.对寻衅滋事罪的分析。寻衅滋事罪是从原来的“流氓罪”中演变出来的，现行《刑

法》将之归属在妨害社会管理秩序罪中。《刑法》第二百九十三条规定了寻衅滋事罪的四

种行为，其中之一为随意殴打他人，情节恶劣的。相关司法解释将寻衅滋事罪界定为行为

人为寻求刺激、发泄情绪、逞强耍横等，无事生非而实施刑法规定的行为，并规定随意殴

打他人致二人以上轻微伤，应认定为情节恶劣。本案中被告人一方伙同他人随意殴打致三

人轻微伤，从犯罪构成上来说看似也符合寻衅滋事罪的构成要件。

3.本案定性分析。从主观上看，被告人一方是基于与被害人达成绿化养护承担合同的

犯罪故意而实施的暴力胁迫行为，主观更符合强迫交易的特征，而寻衅滋事在主观上更多

地体现为寻求刺激而逞强耍横。从客观上看，被害人一方也不否认有将养护工程承包给被

告人一方的意向，双方亦就承包的价格等细节多次进行过协商，但因差距较大而未能达成

协议，可知双方具有交易的事实基础。从暴力程度上看，强迫交易中的暴力往往是强势方

为达成交易的一种手段，其暴力一般较为轻微，而寻衅滋事带有强烈的逞强斗狠的性质，

往往暴力程度较重。从本案造成三人轻微伤伤害后果来看，亦属于暴力程度较轻。

综上，二被告人基于强迫交易犯罪故意支配下，采用暴力殴打等方式强迫相对方接受

服务，造成三人轻微伤，应以强迫交易罪追究刑事责任。

编写人：福建省厦门市翔安区人民法院 吴南回

[[1]](#p203) 章建军：《非法经营罪与“假烟”犯罪的比较》，载《人民检察》2009年第7期。

[[2]](#p203) 贺平凡、罗开卷：《涉烟犯罪的罪数形态认定——析〈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〉》，载《政治与法律》2011年第7

期。

[[3]](#p204) 夏阳、陈忠林等：《非法销售烟草专卖品案件如何适用法律》，载《人民检察》

2011年第18期。

中国法院2012、2013、2014、2015、2016、

2017、2018年度案例系列

国家法官学院案例开发研究中心 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

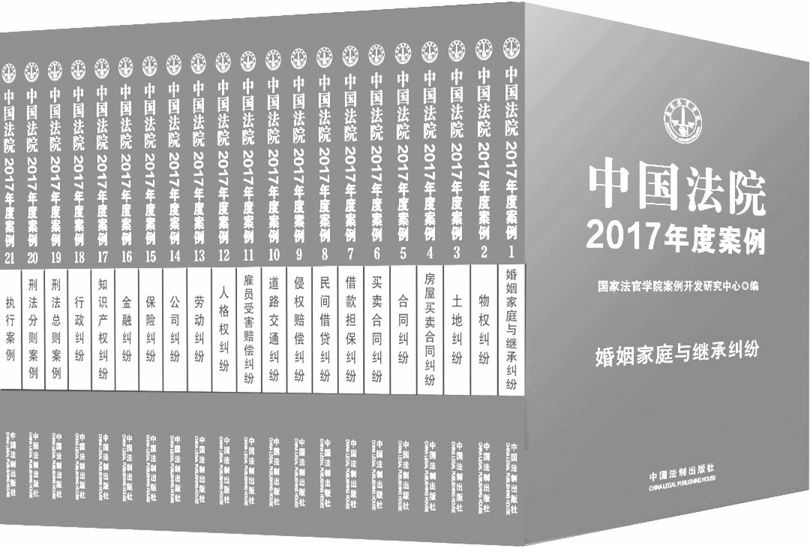
近万件典型案例中挑选出来的，具有广泛的选编基础和较强的代表性。

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

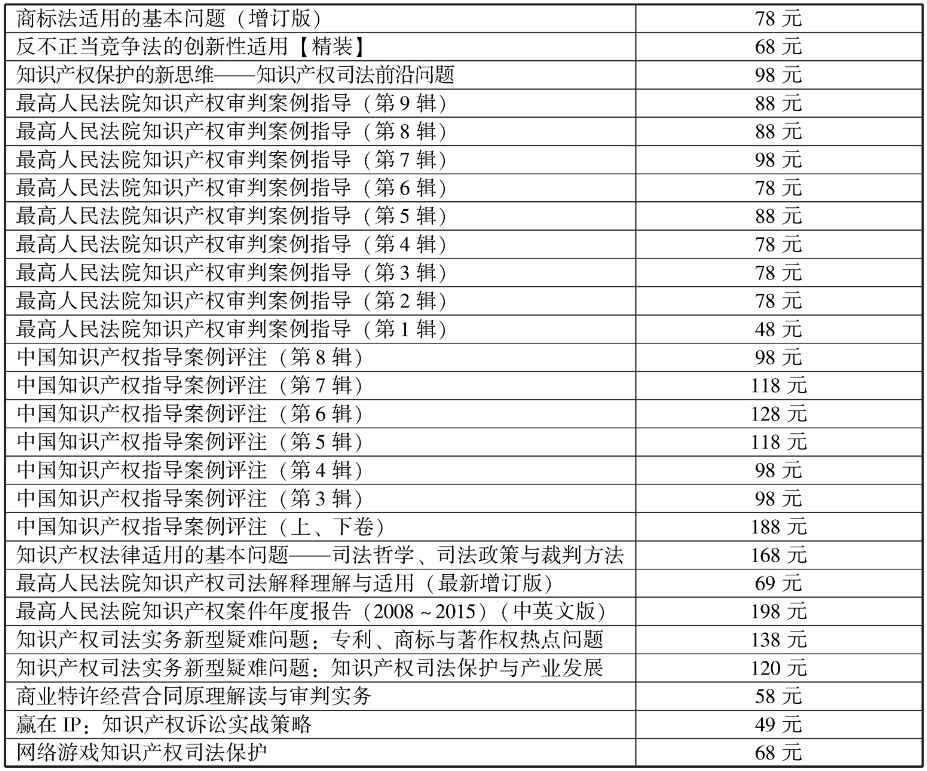
21.刑事案例三

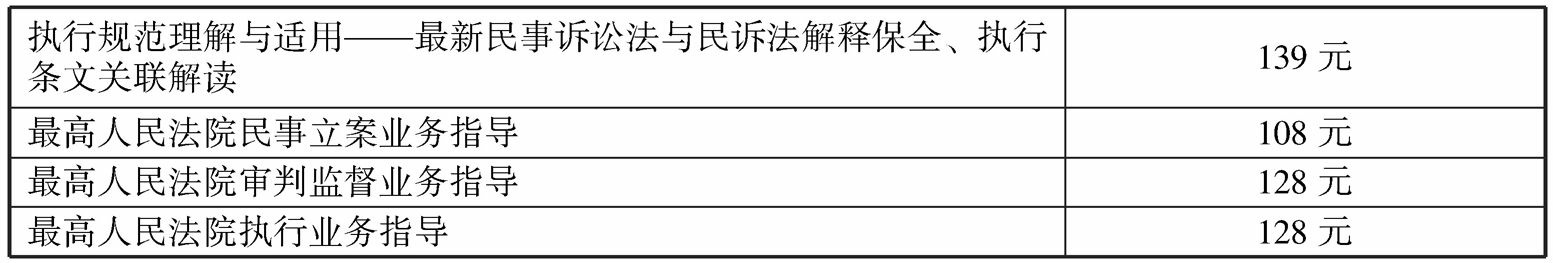
22.刑事案例四

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](#p3)
* [版权页](#p3)
* [序](#p5)
* [目录](#p7)
* [一、危害公共安全罪](#p10)
  + [1 放火行为危害公共安全标准的认定](#p10)
  + [2 放火罪与故意毁坏财物罪的界定及犯罪情节轻微的认定](#p12)
  + [3 危害公共安全危险程度认定](#p16)
  + [4 以危险方法危害公共安全罪的认定](#p19)
  + [5 烟花是属于易燃易爆物还是属于爆炸物](#p22)
  + [6 被查获待售枪支的定性](#p25)
  + [7 不以出卖为目的的单纯购买枪支行为应认定为非法持有枪支罪](#p29)
  + [8 交通肇事逃逸行为认定标准](#p33)
  + [9 以筹钱为目的离开医院是否构成“逃离现场”](#p35)
  + [10 交通肇事后逃逸行为性质的准确认定](#p39)
  + [11 交通肇事后驾车驶离现场再返回现场是否必然成立交通肇事逃逸](#p42)
  + [12 交通肇事后将被害人拖移至路边后逃逸致其死亡行为的定性](#p45)
  + [13 交通肇事逃逸的认定](#p49)
  + [14 交通肇事案中对公共交通及事故责任的界定](#p52)
  + [15 非碰撞情形下造成其他车辆发生交通事故“肇事逃逸”的认定](#p57)
  + [16 交通事故中二次碰撞情形下因果关系的认定](#p62)
  + [17 如何审查和采信公安机关出具的交通事故认定书](#p66)
  + [18 危险驾驶犯罪主体界定及相关共犯问题辨析](#p71)
  + [19 “明知他人报案而在现场等待”型自首的等待行为应体现主动性](#p74)
  + [20 抽取血样前饮酒如何认定血液中酒精含量](#p76)
  + [21 超载型危险驾驶犯罪案件如何定罪量刑](#p79)
  + [22 客运车辆超载行为的认定](#p82)
  + [23 重大责任事故罪中发包业主的刑事责任认定](#p84)
* [二、破坏社会主义市场经济秩序罪](#p89)
  + [（一）生产、销售伪劣商品罪](#p89)
    - [24 生产、销售假冒食盐的行为应当如何定性](#p89)
    - [25 销售治病“假药”如何定罪量刑](#p94)
    - [26 不合格的盐是否可以认定为有毒、有害非食品原料](#p97)
  + [（二）妨害对公司、企业的管理秩序罪](#p101)
    - [27 受贿罪与非国家工作人员受贿罪的区别](#p101)
    - [28 对具备国家工作人员身份的医生行贿如何定罪处罚](#p104)
    - [29 非国家工作人员受贿的多种形式认定](#p107)
  + [（三）破坏金融管理秩序罪](#p110)
    - [30 骗取贷款罪与贷款诈骗罪的区分](#p110)
    - [31 未公开信息的认定](#p112)
    - [32 如何计算内幕交易案中的违法所得](#p116)
  + [（四）金融诈骗罪](#p119)
    - [33 信用卡诈骗罪中信用卡业务的认定](#p119)
    - [34 以诈骗手段取得他人信用卡并使用的，构成何种犯罪](#p122)
    - [35 拾得他人借记卡在ATM机上取款何以认定为信用卡诈骗罪](#p125)
    - [36 透支信用卡在有还款承诺书的前提下是否改变构成信用卡诈骗罪的时间界点](#p128)
    - [37 将他人遗忘在ATM机内的银行卡内款项取走，如何定性](#p131)
    - [38 无“非法占有”目的不构成信用卡诈骗罪](#p135)
    - [39 控制他人支付宝并绑定银行卡转账的定罪及既未遂认定](#p138)
    - [40 窃取信用卡信息后实施信用诈骗行为的性质认定](#p141)
    - [41 交通肇事后“顶包”理赔的定性](#p145)
    - [42 盗窃银行承兑汇票并使用，骗取他人财物的行为构成票据诈骗罪](#p148)
    - [43 合理的利息收入不应从金融凭证诈骗犯罪数额中扣除](#p152)
    - [44 非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪的区分](#p154)
  + [（五）危害税收征管罪](#p157)
    - [45 进行了实际经营活动但为逃避缴纳税款让他人代开发票构成虚开发票罪](#p157)
  + [（六）侵犯知识产权罪](#p161)
    - [46 妻子持有烟草专卖零售许可证，丈夫销售烟草是否构成非法经营罪](#p161)
    - [47 销售假冒注册商标的商品罪的定罪量刑](#p165)
  + [（七）扰乱市场秩序罪](#p169)
    - [48 合同诈骗之“两头骗”的定性及犯罪数额认定](#p169)
    - [49 合同诈骗罪的认定](#p172)
    - [50 诈骗罪与合同诈骗罪的界定](#p175)
    - [51 合同诈骗罪与民事欺诈行为的区分](#p178)
    - [52 如何界定诈骗罪、合同诈骗罪和侵占罪](#p182)
    - [53 合同诈骗中“以非法占有为目的”的认定](#p186)
    - [54 利用司法机关执行程序将借款偿还外债的行为认定](#p188)
    - [55 非法经营行为的认定](#p192)
    - [56 非法经营罪之未遂探讨](#p196)
    - [57 无证销售假冒伪劣卷烟行为的定性及假冒伪劣卷烟的价值计算](#p201)
    - [58 在涉伪劣卷烟类非法经营案件中，伪劣卷烟购进后从没有售出即被查获，非法经营额如何确定](#p204)
    - [59 以暴力强迫他人接受服务型强迫交易与随意殴打他人型寻衅滋事辨析](#p208)
* [中国法院2012、2013、2014、2015、2016、2017、2018年度案例系列](#p212)