

【案例】

姚凯高利转贷案 [第487号]

——套取银行的承兑汇票是否属于套取银行信贷资金

陈宗纬、王文泽、郑淳中非法经营案 [第489号]

——超越经营范围向社会公众代理转让非上市股份有限公司的股权是否构成犯罪

朱影盗窃案 [第492号]

——对以盗窃与诈骗相互交织的手段非法占有他人财物的行为应如何定性

【刑事司法规范及其理解与适用】

最高人民法院关于刑事第二审判决改变第一审判决认定的罪名后能否加重附加刑的批复

最高人民检察院 公安部关于经济犯罪案件追诉标准的补充规定

【裁判文书评析】

国洪起合同诈骗、虚报注册资本案

——江苏省无锡市中级人民法院刑事判决书

刑事审判参考

Reference to Criminal Trial

中华人民共和国最高人民法院

刑事审判第一、二、三、四、五庭 / 主办

2008年第3集 • 总第 62 集

刑事审判参考

Reference to Criminal Trial

中华人民共和国最高人民法院
刑事审判第一、二、三、四、五庭 / 主办

图书在版编目(CIP)数据

刑事审判参考. 2008年第3集:总第62集/最高人民法院
刑事审判一至五庭,最高人民法院刑事审判二庭主编.
北京:法律出版社,2008.10

ISBN 978-7-5036-8809-6

I. 刑… II. ①最…②最… III. 刑事诉讼—审判—中国—
参考资料 IV. D925.218.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第142401号

© 法律出版社·中国

责任编辑/孙 慧 肖逢伟

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/6.75 字数/150千

版本/2008年10月第1版

印次/2008年10月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8809-6

定价:28.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

2008年第3集·总第62集

刑事审判参考

编辑委员会

主 任：张 军

副 主 任：熊选国 黄尔梅

委 员：（姓氏笔画为序）

王 勇	叶晓颖	任卫华	吕广伦	朱和庆
李武清	沈 亮	张 明	周 峰	杨万明
苗有水	高贵君	高憬宏	党建军	耿景仪
韩维中	裴显鼎	薛淑兰	戴长林	

主 编：熊选国

副 主 编：黄尔梅 任卫华 高憬宏 杨万明 高贵君

执行编辑：冉 容 康 瑛 孙 江 陆建红 吴光侠

特邀编辑：

赵德云（北京）	黄祥青（上海）	康建茂（天津）
宫小汀（重庆）	史景山（黑龙江）	张太范（吉林）
李晓林（辽宁）	梁国裕（内蒙古）	张忻如（山西）
陈庆锐（河北）	刘玉安（山东）	吴礼维（安徽）
童志兴（浙江）	居国屏（江西）	茅仲华（江苏）
王成全（福建）	田立文（河南）	姚明智（湖北）
曾亚杰（湖南）	罗少雄（广东）	黄翰绅（海南）
陈亚天（广西）	马益讯（四川）	申庆国（云南）
张永成（贵州）	雷建新（陕西）	刘瑞华（宁夏）
袁志云（甘肃）	韩幸生（青海）	马玉魁（西藏）
周国胜（新疆）	温开新（军事法院）	

编辑说明

作为最高人民法院业务庭主办的业务指导和研究性刊物,《刑事审判参考》自1999年4月创办以来,秉承立足实践、突出实用、重在指导、体现权威的编辑宗旨,在编辑委员会成员、作者和读者的共同努力下,密切联系刑事司法实践,为刑事司法人员提供了针对性和权威性的业务指导和参考,受到刑事司法工作人员和刑事法律教学、研究人员的广泛欢迎。

《刑事审判参考》由最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭共同主办,最高人民法院张军副院长担任编辑委员会主任,熊选国副院长和黄尔梅委员担任副主任。熊选国副院长任主编,五个刑庭庭长任副主编。

2008年的《刑事审判参考》仍为双月刊,全年共出版6集。设有以下栏目:

【案例】选择在认定事实、采信证据、适用法律和司法解释定罪量刑等方面具有研究价值的典型、疑难案例,详细阐明法官对案件的裁判理由,为刑事司法工作人员处理类似案件提供具体的指导和参考。

【刑事司法规范及其理解与适用】最新的刑事法律、立法解释、司法解释和其他规范性刑事司法文件,并约请参与相关刑事司法规范起草工作的同志撰写理解与适用文章,说明该刑事司法规范的出台背景、所要解决的问题和适用中应当注意的问题。

【刑事政策】最新的刑事司法政策,如最高人民法院院长、副

院长在刑事审判工作会议上的讲话,刑事审判工作会议讨论的问题。

【审判实务释疑】最高人民法院五个刑事审判庭解答在刑事审判工作中具有普遍性指导价值的法律适用疑难问题。

【编辑部答疑】编辑部解答读者在刑事司法工作中遇到疑难问题。

【法律、行政法规和部门规章】与刑事司法工作密切相关的法律、行政法规和部门规章。

【经验交流】地方司法机关制定的刑事司法规范性文件及其背景说明;地方各级人民法院院长、副院长在刑事审判工作会议上的讲话,等等。

【问题探讨】法律、司法解释的规定不够明确、具体,在刑事司法工作中必须解决的疑难、复杂问题,为刑事司法工作人员处理类似问题提供工作思路。

【疑案争鸣】针对实践中发生的疑难案例,对其中争议问题进行分析,给读者提供参与交流探讨的平台,以期推动相关问题的深入研究。

【裁判文书评析】选择典型裁判文书进行评析,展现法官智慧,指出不足,促进裁判文书制作水平的不断提高。

最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭

目 录

【案 例】

姚凯高利转贷案[第 487 号]

——套取银行的承兑汇票是否属于套取银行信贷资金
..... (1)

惠庆祥等非法吸收公众存款案[第 488 号]

——如何认定非法变相吸收公众存款 (7)

陈宗纬、王文泽、郑淳中非法经营案[第 489 号]

——超越经营范围向社会公众代理转让非上市股份有
限公司的股权是否构成犯罪 (17)

肖明明故意杀人案[第 490 号]

——在盗窃过程中为灭口杀害被害人的应如何定性 (25)

侯吉辉、匡家荣、何德权抢劫案[第 491 号]

——在明知他人抢劫的情况下,于暴力行为结束后参
与共同搜取被害人财物的行为如何定罪量刑 (31)

朱影盗窃案[第 492 号]

——对以盗窃与诈骗相互交织的手段非法占有他人财

- 物的行为应如何定性 (44)
- 吴孔成盗窃案[第493号]
- 保外就医期间重新犯罪的如何计算前罪未执行的
刑罚 (49)
- 余志华诈骗案[第494号]
- 将租赁来的汽车典当不予退还的行为构成诈骗罪
..... (54)

【刑事司法规范及其理解与适用】

最高人民法院

- 关于刑事第二审判决改变第一审判决认定的罪名后
能否加重附加刑的批复 (59)
- 《最高人民法院关于刑事第二审判决改变第一审判
决认定的罪名后能否加重附加刑的批复》的理解
与适用 李洪江(61)

最高人民检察院 公安部

- 关于经济犯罪案件追诉标准的补充规定 (68)
- 解读《最高人民检察院、公安部关于经济犯罪案件追诉
标准的补充规定》 陈国庆 韩耀元 王文利(73)

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 (91)
- 《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》的理解与适用 韩耀元 吴峤滨(93)

【刑事政策】

- 在全国法院刑事审判工作座谈会上的讲话(节录)
..... 最高人民法院院长 王胜俊(101)
- 在全国法院刑事审判工作座谈会上的总结讲话(节录)
..... 最高人民法院副院长 张 军(108)

【法律、法规和规章】

全国人大常委会

- 中华人民共和国禁毒法 (115)
- 中华人民共和国水污染防治法 (128)

公安部

- 看守所留所执行刑罚罪犯管理办法 (149)

国家环境保护总局

- 危险废物出口核准管理办法 (164)

环境保护部、国家发展和改革委员会

- 国家危险废物名录 (172)

【裁判文书评析】

国洪起合同诈骗、虚报注册资本案

- 江苏省无锡市中级人民法院刑事判决书 (174)

【案 例】

[第487号]

姚凯高利转贷案

——套取银行的承兑汇票是否属于
套取银行信贷资金

一、基本案情

被告人姚凯,男,1966年1月4日出生,高中文化,鞍山市农垦局汤岗子畜牧厂工人。因涉嫌犯高利转贷罪于2004年12月9日被逮捕。

辽宁省鞍山市千山区人民检察院以被告人姚凯犯高利转贷罪,向千山区人民法院提起公诉。

被告人姚凯对起诉书指控的事实提出异议,辩解其与鞍山市轧钢厂合伙做生意,不构成高利转贷罪。其辩护人提出,姚凯将从银行开出的合计990万元的银行承兑汇票交给轧钢厂的行为系出票行为,而非转贷行为;票据资金不属金融机构的信贷资金;姚凯从鞍山市轧钢厂取得的75万元不是利息,而是利润,故公诉机关指控犯罪不成立。

千山区人民法院经公开审理查明:

鞍山市第六粮库主任林占山(另案处理)得知鞍山市轧钢厂缺少生产资金急需融资,便找到被告人姚凯(与其系同学关系)商

议,由姚凯出面办理营业执照,利用林占山与银行相关人员熟悉的便利条件,通过办理银行承兑汇票后借给鞍山市轧钢厂以从中获利。姚凯于1997年9月承包了鞍山市农垦工贸公司,以该公司名义向银行申请办理银行承兑汇票并转借给鞍山市轧钢厂。

1997年11月,被告人姚凯以鞍山市农垦工贸公司名义向鞍山市农业发展银行办理承兑汇票人民币500万元。在办理该笔承兑汇票时,鞍山市农垦工贸公司在鞍山市农业发展银行所设账户内没有存入保证金,也没有向鞍山市农业发展银行提供担保。林占山、姚凯将这500万元银行承兑汇票借给鞍山市轧钢厂用于资金周转,从中获利35万元。

1999年6月,被告人姚凯以鞍山市农垦工贸公司名义向鞍山市农业银行营业部办理承兑汇票人民币490万元。在办理该笔承兑汇票时,鞍山市农垦工贸公司在鞍山市农业银行营业部所设账户内存款100万元作为保证金,并由鞍山市轧钢厂作为保证人提供担保,鞍山市农垦工贸公司、鞍山市农业银行营业部、鞍山市轧钢厂三方共同签订了保证担保借款合同,林占山、姚凯将这490万元银行承兑汇票借给鞍山市轧钢厂用于资金周转,从中获利40万元。

上述两笔银行承兑汇票到期后,本金人民币计990万元均由鞍山市农垦工贸公司返还给银行。

千山区人民法院认为,被告人姚凯以转贷牟利为目的,套取金融机构信贷资金转贷给他人,违法所得数额巨大,其行为已构成高利转贷罪,应依法惩处。依照《中华人民共和国刑法》第一百七十五条、第五十二条、第五十三条、第六十四条的规定,判决如下:

1. 被告人姚凯犯高利转贷罪,判处有期徒刑四年,并处罚金人民币七十五万元。

2. 被告人姚凯所得赃款人民币三十二万五千零一十点三六元,依法予以没收。

一审宣判后,被告人未提起上诉,公诉机关亦未提起抗诉,判决发生法律效力。

二、主要问题

1. 套取银行的承兑汇票是否属于套取银行信贷资金?

2. 如何认定高利转贷罪中的“高利”标准?

三、裁判理由

(一)被告人以转贷牟利为目的,编造虚假交易关系并出具虚假购销合同取得银行承兑汇票的,属于刑法第一百七十五条规定的“套取金融机构信贷资金”的行为。

高利转贷罪客观方面表现为套取金融机构信贷资金,高利转贷他人,违法所得数额较大的行为。其中,对于“套取金融机构信贷资金”,根据中国人民银行发布的《贷款通则》有关“借款人不得套取贷款用于借贷牟取非法收入”的规定,可以认为,凡是将金融机构贷款用于借贷牟取非法收入的行为,均属于套取金融机构信贷资金。可见,这里的套取实际是一种骗取,即行为人以虚假的贷款理由或者贷款条件,隐瞒将贷款用于转贷牟利的真实用途,向金融机构申请贷款,然后将贷款并非用于从金融机构贷款时约定的用途,而是以高利非法转贷他人。

本案涉及的一个问题是,被告人姚凯套取的是银行的承兑汇票,并不是直接从银行套取贷款。在审理中有观点认为,在商业银行业务中,贷款业务和票据承兑等业务是相并列的,贷款关系与票据关系是两种不同的法律关系。因此,骗取银行的承兑汇票并不等同于套取银行信贷资金。同样,持票人的贴现是实现票据权利,是与银行之间的一种借贷关系,而不是从出票人处获得贷款,因此,被告人姚凯的行为不能认定为高利转贷罪。

对此,我们认为,不能机械地理解刑法第一百七十五条的规定,而应把握高利转贷行为的本质并结合立法精神加以判定。虽然银行承兑汇票与银行贷款表现形式不同,借贷关系与票据关系

在法律上也有不同之处,但银行承兑汇票是纳入信贷科目管理的,在银行内部的管理模式和性质上是相同的,银行承兑汇票贴现时使用的资金属于银行的信贷资金,票据贴现也是银行借出信贷资金的一种表现形式,因此套取银行承兑汇票然后转让他人进行贴现的实质上属于套取了银行的信贷资金。本案被告人姚凯以农垦工贸公司的名义向银行申请办理承兑汇票时,编造了虚假的交易关系、出具了虚假购销合同,采用了欺骗手段,套取银行承兑汇票后,将汇票交给用款人,然后用款人向银行贴现,由此完成了转贷并且非法获得了高利,这只是套取银行信贷资金的手段形式不同,其实质是一种利用承兑汇票贴现套取银行资金的行为,符合刑法第一百七十五条规定的套取金融机构信贷资金的行为特征。所以,不能以被告人一方与银行、鞍山市轧钢厂之间具有形式上的票据关系而否认其实施了套取银行信贷资金的行为。

(二)正确理解和确定高利转贷罪中的“高利”标准。

本案中,被告人姚凯转贷给他人共计990万元的银行承兑汇票,按照银行当期利率计算,贷款利息应为38万元,被告人非法转贷获得的利息是75万元。从数字分析看,姚凯转贷的利率尚不足银行正常利率的2倍,那么,被告人将银行信贷资金转贷他人时的利率是否属于高利,将直接影响到对被告人非法转贷行为的定性。对此,有意见认为,依照最高人民法院于1991年发布的《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》(以下简称《意见》)第六条的规定,人民法院在审理民间借贷纠纷案件时,高于银行贷款利率4倍以上的利率,才属于高利。故参照该意见,本案的获利不属于高利,故被告人的行为不宜作犯罪追究。

该问题涉及对高利转贷罪中的“高利”如何理解的问题,我们认为,尽管在刑法和司法解释中均对“高利”未作规定,但鉴于该罪是以转贷牟利为目的,因此只要转贷的利率高于银行的利率就应当属于“高利”,不要求转贷利率必须达到一定的倍数。主要

理由在于:首先,刑法没有对本罪中的“高利”进行诠释,《意见》中关于高于银行贷款利率4倍的规定对于“高利”的认定虽然有参照意义,但二者针对的对象不同,故不能简单以《意见》规定为准。该《意见》是就民间借贷而言,即行为人将自己所有的闲置资金直接借贷给他人使用的,如果只是略高于银行贷款利率而未超过4倍的,有利于社会资金的正常流转,并未侵害金融秩序,属于法律允许的资金融通行为。但是,就套取银行信贷资金而高利转贷他人的行为而言,鉴于其是一种扰乱金融秩序的行为,危害了金融安全,属于刑事违法行为,二者具有本质区别,因而刑法第一百七十五条中的“高利”不能简单依照《意见》的规定,以达到银行贷款利率的4倍为准。其次,根据刑法第一百七十五条的规定,只要“高利转贷他人”且违法所得数额较大,就构成高利转贷罪。根据最高人民检察院、公安部《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》第二十三条规定,“个人高利转贷,违法所得数额在五万元以上的”、“单位高利转贷,违法所得在十万元以上的”,应予追诉。可见,司法解释关于该罪追诉标准的规定只对违法所得数额进行了界定,对高利的具体认定未加以规定,这并不是司法解释的疏漏,而是表明了该罪中“高利”的认定标准并非必须达到银行贷款的利率一定倍数。这样解释是符合高利转贷罪的立法意图的。我们认为,高利转贷行为涉及的利率倍数,仅仅是高利转贷行为社会危害性的表征之一,并不是反映该行为的真实社会危害性的唯一因素。如行为人以5倍银行贷款利率转贷他人,但如果其套取的银行贷款只有5千元,数额很小,尚不足以危害到金融秩序,故不应以犯罪论处;而如果行为人虽以2倍银行贷款利率转贷他人,但套取了2000万元的贷款,其违法所得巨大,其行为就危害了正常金融秩序,应以犯罪论处了。因此,对于高利转贷罪的定罪数额,刑法关注的是违法所得,这是能够真正反映其社会危害性的要件。对于利率标准的掌握不应过于苛严,只要高于银行贷款利率即可。认

定高利转贷罪时,应将重点放在违法所得上。也就是说,只要违法所得较大,且转贷利率高于银行贷款利率,就应认定为高利转贷罪。本案被告人姚凯违法所得在70万元以上,故认定属于“高利”。

综上所述,被告人姚凯以转贷牟利为目的,套取金融机构信贷资金高利转贷给他人,违法所得数额巨大,法院依法以高利转贷罪追究其刑事责任是正确的。

(执笔:最高人民法院刑二庭 高洪江)

(审编:最高人民法院刑二庭 苗有水)

[第 488 号]

惠庆祥等非法吸收公众存款案

——如何认定非法变相吸收公众存款

一、基本案情

被告单位陕西省渭南市尤湖塔园有限责任公司,住所地渭南市东风大街 107 号。法定代表人惠庆祥。

被告人惠庆祥,男,1956 年 2 月 12 日出生,初中文化,原系陕西省渭南市尤湖塔园有限责任公司董事长兼总经理。因涉嫌犯非法吸收公众存款罪于 2006 年 11 月 16 日被逮捕。

被告人陈创,男,1975 年 9 月 1 日出生,大学文化,原系陕西省渭南市尤湖塔园有限责任公司常务副总经理兼营销部经理。因涉嫌犯非法吸收公众存款罪于 2006 年 11 月 2 日被逮捕。

被告人冯振达,男,1971 年 8 月 17 日出生,大学文化,原系陕西省渭南市尤湖塔园有限责任公司营销部市场总监。因涉嫌犯非法吸收公众存款罪于 2006 年 11 月 2 日被逮捕。

陕西省渭南市人民检察院以被告单位渭南市尤湖塔园有限责任公司、被告人惠庆祥、陈创、冯振达犯非法吸收公众存款罪及被告人惠庆祥犯挪用资金罪向渭南市中级人民法院提起公诉。

被告单位尤湖塔园有限责任公司的辩护人认为,被告单位不构成非法吸收公众存款罪,公司向企业借款和向公众出售塔位属正常市场行为,并提供了渭南市物价局销售价格的批复文件为证。

被告人惠庆祥及其辩护人的辩护意见为,公司的行为属于正常的市场行为,不构成非法吸收公众存款罪;其负责公司的经营和债权债务,其有权使用公司的资金,不构成挪用资金罪。

被告人陈创辩解称,其在公司只是履行职务,不构成非法吸收公众存款罪。其辩护人的辩护意见为,陈创虽是西安地区负责人,但实际只起协调作用,有立功情节,应减轻处罚。

被告人冯振达辩解称,公司的销售行为是正常的市场行为,其不构成非法吸收公众存款罪。其辩护人的辩护意见为,公司销售塔位的行为是市场行为,客户与公司之间的纠纷是民事纠纷,冯振达不是尤湖塔园的职工,不是直接责任人员。

渭南市中级人民法院经公开审理查明:

(一)非法吸收公众存款的事实

1998年3月,以吴迎庆、惠庆祥等人为代表的苏州康丽房地产公司(以下简称康丽公司)与渭南市民政局商定共同出资成立渭南市尤湖塔园有限责任公司(以下简称尤湖塔园公司),开发、销售塔位(用于殡葬),惠庆祥代表康丽公司负责公司筹建。在此期间,尤湖塔园公司即以内部认购的形式销售塔位,规定购买者除可把塔位自由更名外,还可享受两年期还本获利保证。1998年7月,吴迎庆等人退出合作,惠庆祥以康丽公司名义继续合作,并于1998年7月7日正式注册成立尤湖塔园公司,惠庆祥担任副董事长、总经理。1999年2月,惠庆祥向公司增资128万元后将法定代表人变更为自己。被告人陈创自1998年3月公司筹备时即参与塔位营销,并担任公司营销部经理,后又被任命为尤湖塔园公司西安办事处负责人。

2000年年初,冯林、刘红军(均在逃)被尤湖塔园公司聘任为市场总监,负责公司营销方案的制定和具体销售。二人经与陈创商议并报惠庆祥批准,将塔位分为使用型和投资型两种,承诺购买投资型的塔位2年后可以更名或退单,并不定期提高塔位的销售