

★一线检察官的倾力力作 ★来自司法实践的最新案例 ★指导办案的权威解析

丛书总主编 袁其国

司法疑难案件适用法律丛书 4

SIFA YINAN ANJIAN FALV SHIYONG CONGSHU

破坏社会主义市场经济秩序罪

POHUAI SHEHUI ZHUYI SHICHANG JINGJI ZHIXU ZUI

张利兆/主编

中国检察出版社

丛书总主编 袁其国

司法疑难案件适用法律适用丛书

4

SIFA YINAN ANJIAN FALV SHIYONG CONGSHU

破坏社会主义市场经济秩序罪

POHUAI SHEHUI ZHUYI SHICHANG JINGJI ZHIXU ZUI

张利兆/主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

破坏社会主义市场经济秩序罪/张利兆主编. —北京: 中国检察出版社, 2008. 1

(司法疑难案件法律适用丛书)

ISBN 978 - 7 - 80185 - 882 - 5

I. 破… II. 张… III. 破坏社会经济秩序罪—研究—中国
IV. D924. 334

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 203976 号

破坏社会主义市场经济秩序罪

张利兆 主编

出版人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010) 68630385 (编辑) 68650015 (发行) 68650029 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市燕山印刷有限公司

开 本: 720mm × 960mm 16 开

印 张: 21. 75 印张 插页 4

字 数: 392 千字

版 次: 2008年2月第一版 2008年2月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 882 - 5/D · 1858

定 价: 40. 00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

《司法疑难案件适用法律丛书》

编委会

主 任 赵 虹

委 员 (以姓氏笔画为序)

王建明 王鸿翼 阮丹生

杨振江 陈连福 赵 虹

袁其国 彭 东

总 主 编 袁其国

副 主 编 阮丹生

司法疑难案件法律适用丛书

《破坏社会主义市场经济秩序罪》 编委会

主任

陈长华（宁波市人民检察院检察长）

副主任

张利兆（宁波市人民检察院副检察长、法学博士）

成员

李长江（宁波市人民检察院副检察长）

王彪（宁波市人民检察院副检察长）

印黎晴（宁波市人民检察院副检察长）

王耀飞（宁波市人民检察院纪检组长）

焦新祥（宁波市人民检察院政治部主任）

励宝莲（宁波市人民检察院检察委员会专职委员）

姚宇（宁波市人民检察院法律政策研究室主任）

编委会办公室

主任 姚宇

副主任 谢如程 邓强 王文轩

成员 叶林达 俞永梅 应秀珍 邬烈波 王志胜

主编 张利兆

副主编 邓强

撰稿人（按章节顺序）

谢如程 汪剑歆 李丹 邓强 曾国祥

王英 陈永明 邬永忠 曹忠杰 刘新锋

《司法疑难案件法律适用丛书》总序

《司法疑难案件法律适用丛书》是一套经过精心策划、认真组织、由工作在司法实践第一线的检察官所撰写的书籍。丛书的作者来自上海市人民检察院第一分院、上海市浦东新区人民检察院和浙江省宁波市人民检察院。这套图书是对司法工作经验的总结和提炼。丛书所选的案例具有很强的真实性、复杂性、全面性、权威性和可读性，是一套对司法实践有指导作用的案例丛书，可供司法人员、警察、高等院校教师和学生研究与参考。

真实性：丛书所收集的案例是全国各地检察机关在司法实践中所办理的真实案件。

复杂性：所收集的案例在认定事实和适用法律方面存在争议，是司法实践中遇到的重点、疑点和难点问题。

全面性：丛书包括程序法和实体法两个部分，不仅包括传统案例丛书对实体法的重视，而且对司法实践中经常遇到的程序方面的问题进行了深入研究和探讨，这也是本丛书的特点之一。

权威性：作者对所收集的案例进行了深入分析和研究，同时也给出了司法结论，既开阔了读者的思路，又给出了问题的答案，对第一线司法办案人员的工作具有指导意义。



可读性：丛书于法有据，针对真实生动的案例，由从事检察业务实践的检察官严格按照法律要求对案例的重点、疑点和难点问题进行了深入浅出的分析、探讨和总结，具有很强的可读性。

《司法疑难案件法律适用丛书》包括：

1. 司法疑难案件法律适用丛书——刑事证据运用
2. 司法疑难案件法律适用丛书——不起诉实务
3. 司法疑难案件法律适用丛书——刑法总则适用
4. 司法疑难案件法律适用丛书——破坏社会主义市场经济秩序罪
5. 司法疑难案件法律适用丛书——贪污贿赂罪·渎职罪

丛书对于干部培训工作也具有参考作用。中央颁布了《干部教育培训工作条例》，作出了《关于进一步加强人民法院、人民检察院工作的决定》，为“十一五”期间全面加强检察队伍的专业化建设提出了新的更高的要求。为此，高检院制定了《检察官培训条例》和《“十一五”期间全国检察干部教育培训规划》，明确了检察队伍建设的指导思想，确定了以提高广大检察干警的素质和能力为重点，加强针对性和实效性的职业培训要求。中国检察出版社组织策划的《司法疑难案件法律适用丛书》以提高执法办案能力、服务一线干警为宗旨，对落实中央和高检院的干部培训部署具有重要的践行意义。

最高人民检察院副检察长 赵虹

目录 Catalogue

《司法疑难案件法律适用丛书》总序

一、生产、销售伪劣商品罪

1. 生产、销售伪劣产品罪的犯罪形态应如何认定 3
2. 尚未销售的伪劣产品，其“货值金额”应如何计算 12
3. 以危险方法危害公共安全罪与生产、销售有毒、有害食品罪，生产、销售不符合卫生标准的食品罪与生产、销售有毒、有害食品罪应如何区分 21
4. 为他人加工伪劣产品的行为应如何定性 28
5. 无药品经营资格者销售假药，如何处理 34

二、走私罪

6. 间接故意能否构成走私犯罪，如何认定走私犯罪行为入主观上的“明知” 43
7. 走私进口“进料加工”的保税货物，尚未构成“擅自在境内销售牟利的”，应当如何适用法律 49
8. 收受贿赂又放纵走私的应当如何定罪 54
9. 海关工作人员利用职务便利和走私分子勾结进行走私活动，是认定为走私共同犯罪还是对海关工作人员单独以职务犯罪论处 60
10. 如何认定行为人是否具有走私淫秽物品的故意，利用走私的淫秽物品复制后贩卖应认定为一罪还是数罪 68

11. 走私假币罪是否以牟利为目的，走私假币罪与伪造货币罪及出售、购买、运输假币罪的界限如何区分 74

三、妨害对公司、企业的管理秩序罪

12. 对为成立公司借款验资，在通过验资后再抽逃出资的，应当如何认定 83
13. 为掩盖其他犯罪事实而故意销毁会计凭证、会计账簿的，是否应数罪并罚 90
14. 国有企业委派到国有控股公司担任经理职务的人员，私自设立同自己所在公司经营业务相同的公司，从中谋取非法利益的，应当如何定性 96
15. 公司董事长在清算前通过股东大会决议退还股东股金的，是否构成妨害清算罪 103
16. 国有事业单位工作人员，利用职务便利使亲属在本单位网络改造项目的投标中中标，造成重大损失的，应如何认定 108
17. 国有公司、企业改制前后连续收受贿赂的，应当如何认定 115

四、破坏金融管理秩序罪

18. 擅自设立金融机构尚处于筹备组织阶段该定何罪 123
19. 如何认定内幕交易、泄露内幕信息罪 132
20. 编造并传播证券交易虚假信息该如何定罪 139
21. 利用自动柜员机失灵存假币取真币该如何定罪 145
22. 操纵证券交易价格罪的主观要件是否包括间接故意 152
23. 间接故意能否构成违法发放贷款罪，该罪的损失如何确定 160
24. 对吸收资金不入账非法拆借或发放贷款的行为应如何定性 169
25. 不具有存款经营权的个人非法吸收公众存款并造成存款无法归还

五、金融诈骗罪

- 26. 骗取货物后以空头支票付款的行为该如何定性 187
- 27. 使用伪造的企业网上银行转账授权书或变造的银行存折，骗取他人钱财的行为该如何定性 194
- 28. “催收不还”是否构成恶意透支，恶意透支是否必须以“催收不还”为要件 199
- 29. 证券公司职工破解客户资金账户密码后，伙同他人使用骗领的借记卡取走客户资金的行为应如何定性 207
- 30. 无身份者实施的骗保行为是否构成保险诈骗罪 215

六、危害税收征管罪

- 31. 对“一脚踢”承包人转移财产逃避纳税的行为应如何定性 225
- 32. 对为他人代开发票骗取“开票费”的行为应如何定性 231
- 33. 对低开增值税销项发票偷逃税款的行为应如何定性 237
- 34. 对虚开运输发票冲减营业额偷逃税款的行为应如何定性 243
- 35. 对以收取“开票费”的形式为他人虚开运输发票的行为应如何定性 250

七、侵犯知识产权罪

- 36. 在专营专卖物品或者伪劣产品上假冒他人注册商标，如何处理 261
- 37. 如何认定假冒他人专利行为，取得授权后，在非约定产品上标记他人专利，是否构成假冒专利罪 267
- 38. 如何认定侵犯著作权罪中的复制、发行 274
- 39. 如何认定侵权出版物与非法出版物 280

40. 职工跳槽带走保密技术并使用，能否成立侵犯商业秘密罪，侵犯商业秘密罪之重大损失如何计算 287

八、扰乱市场秩序罪

41. 对产品进行虚假宣传，给不特定相对人造成重大损失的行为，应如何定性 299
42. 以欺诈、暴力、威胁等手段强行收取高额消费款的行为，应如何定性 305
43. 销售盗版光盘的行为，是否构成非法经营罪 312
44. 非法经营罪与非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪应如何区分，该罪中的“情节严重”应如何认定 318
45. 新闻从业人员对特定商品作虚假报道，是否构成损害商品声誉罪 325
46. 合同诈骗罪中的“合同”是否包括“口头合同”，该罪中的“非法占有故意”又应如何认定 331
- 后记 338



一 生产、销售伪劣商品罪

生产、销售伪劣产品罪的犯罪形态应如何认定

一、要旨提示

生产、销售伪劣产品犯罪不仅严重破坏了国家的经济秩序，还侵犯了广大消费者的合法权益，为了打击此类犯罪，我国《刑法》第三章第一节专门设置了“生产、销售伪劣商品罪”，该节的第1条即《刑法》第140条就规定了生产、销售伪劣产品罪，为司法机关查处此类犯罪提供了重要依据。但是，由于刑法规定比较原则、笼统，在认定该罪的犯罪形态时容易发生争议，特别是对生产、销售伪劣产品罪是否存在预备形态、对生产伪劣产品后尚未销售的能否以生产伪劣产品罪定性、部分伪劣产品已经实际销售、部分尚未销售时如何认定犯罪形态等问题，意见分歧较大，司法操作不统一。这种状况亟须加以解决。

二、基本案情及处理结果

案例一：何某一、何某二在杭州租用房屋，于2003年始共同生产质量劣于真品的打印机硒鼓、墨盒。2004年初至2004年7月，何某一多次将劣质打印机硒鼓、墨盒销售给他人，累计销售金额为49294元。2004年7月8日，杭州市公安、质量监督部门在租房现场查获了打印机硒鼓、墨盒1500余个，经评估，共价值930393元。经质量监督检验中心比对测试，两人生产、销售的打印机硒鼓、墨盒质量劣于真品。

检察机关以何某一、何某二的行为构成生产、销售伪劣产品罪提起公诉，但未明确是否属于犯罪未遂。法院认为：二被告人生产、销售伪劣产品，已销售金额达49294元，未销售金额达930393元，其行为构成生产、销售伪劣产品罪，其中未销售部分是犯罪未遂，已销售部分金额应与未遂数额累计处罚。即以全案认定为犯罪未遂，并判处何某一有期徒刑3年、缓刑4年，并处罚金



4 万元，判处何某二有期徒刑 2 年 6 个月、缓刑 3 年，并处罚金 4 万元。

案例二：2005 年 1 月 8 日，朱某以非法谋利为目的，以每条 45 元的价格，从伪劣卷烟生产者李某住处购得假冒 84'S 软壳中华牌卷烟 800 条（总价款为 36000 元）。朱某离开李某住处后，即被烟草稽查人员查获。根据烟草专卖局提供的烟草价格行情表，该中华牌卷烟的市场中间价为每条 550 元（以此标准计算，朱某以 36000 元购得卷烟的货值金额为 44 万元）。

检察机关指控朱某犯销售伪劣产品罪，未明确其犯罪形态。法院判决朱某犯销售伪劣产品罪（未遂）。

案例三：2003 年 11 月至 2004 年 3 月期间，游某先后从他人处大量购进假冒“中华”、“芙蓉”等品牌卷烟共计 6000 余条并予以销售。截止到 2004 年 3 月 5 日，被告人共销售假冒卷烟 1000 余条，销售金额共计 8 万余元。其余尚未销售而被查扣的假冒卷烟 5000 余条，经鉴定为价值 45 万余元。

检察机关指控游某犯销售伪劣产品罪，但未明确是既遂还是未遂。法院认为被告人游某“销售假冒卷烟，销售金额达到 8 万余元，且其未销售部分货值金额达到 45 万余元，其行为构成销售伪劣产品罪，公诉机关指控罪名成立，应予支持。被告人游某在实施部分犯罪过程中，由于意志以外的原因，而未能得逞的，依法应当认定为未遂，可以予以从轻处罚”。最后以销售伪劣产品罪判处游某有期徒刑 1 年 6 个月，罚金 30 万元。

三、关键问题及争议

从以上案例可以看出，其关键在于：

生产、销售伪劣产品的犯罪形态应如何认定？

具体问题是：

1. 生产、销售伪劣产品罪是否存在预备形态？购买伪劣产品之后将其存放于一定场所（租房、仓库）或在购买伪劣产品之后的运输途中，尚未实际开始销售的，是否应一概认定为生产、销售伪劣产品罪未遂？

2. 生产伪劣产品之后存放在生产场所尚未销售，能否认定为生产伪劣产品罪既遂？

3. 销售伪劣产品的行为，在案发时部分伪劣产品已经销售、部分未销售的，如何认定其犯罪形态？

对于以上第 1 个问题，主要有以下不同观点：

第一种意见认为，生产、销售伪劣产品罪不存在犯罪预备形态，伪劣产品

尚未销售，应一律认定为犯罪未遂。上述案例二中，伪劣产品在运输途中，行为人尚未着手销售即被查获，法院将其认定为犯罪未遂是正确的。

第二种意见认为，生产、销售伪劣产品罪存在犯罪预备形态，例如销售伪劣产品的行为，尚未着手销售，仍存放于仓库、刚购进而在运回仓库途中，或者为销售伪劣产品租用仓库等情形，就应认定为犯罪预备。伪劣产品尚在租房等住处及运输途中，行为人尚未着手销售即被查获，要区分具体情况才能准确定性，不能一概认定为犯罪未遂。

对于以上第2个问题，主要存在以下不同观点：

第一种意见认为，生产伪劣产品之后存放在生产场所尚未销售，不能认定为生产伪劣产品罪既遂，只能定性为生产、销售伪劣产品罪未遂。

第二种意见认为，生产伪劣产品之后存放在生产场所尚未销售，应认定为生产伪劣产品罪既遂。

对于以上第3个问题，主要存在以下互有不同、互有交叉的多种观点：

第一种意见认为，应以是否有实际销售作为既遂、未遂的判断标准。其中又有“有实际销售即既遂说”和“未销售完毕即未遂说”两种观点。前者认为，不论未销售部分是否达到构罪标准，案发时只要有部分伪劣产品已销售的，就应认定为全案属于犯罪既遂。后者则认为，不论已经销售部分是否达到构罪标准，案发时只要有部分伪劣产品未销售的，就应认定为全案属于犯罪未遂。

第二种意见认为，行为是否属于犯罪既遂，应以实际销售的部分是否符合《刑法》第140条规定的构罪标准进行判断，即“已销售部分构罪即既遂说”，不论未销售部分是否达到定罪起点，只要已销售部分的销售金额已经达到定罪起点，全案就应认定为犯罪既遂。在已经销售部分的金额未达到构罪标准的情况下，则不构成既遂，已销售的金额应累计到未销售的货值金额中，一并考虑量刑（即案例一中法院所持观点）。

第三种意见认为，应以未销售部分是否单独构罪为标准来判断行为整体是未遂还是既遂，即“未销售部分构罪即未遂说”。不论已销售部分是否达到定罪起点，只要未销售部分的货值金额已经达到定罪起点，全案就应认定为犯罪未遂。在未销售部分的货值金额未达到构罪标准的情况下，如果已经销售部分的金额达到构罪标准，则全案为既遂，否则为未遂。

第四种意见认为，既遂和未遂可以并存于一个行为中，即“既遂未遂并存说”。已经实际销售部分的金额及未销售部分的金额均已经分别达到定罪起点，应同时认定为既遂和未遂（即案例三中法院所持观点）。



第五种意见认为，已经销售部分的金额和尚未销售的货值金额均单独符合构罪标准的，应认定为行为整体属于既遂，即“单独均可构罪的既遂说”。其他情形则不能认定为既遂。

四、评析意见

(一) 生产、销售伪劣产品罪是否存在犯罪预备形态，生产伪劣产品之后存放在生产场所尚未销售应能否认定为生产伪劣产品罪既遂

1. 从刑事法理的应然角度分析，作为直接故意犯罪的生产、销售伪劣产品罪存在犯罪预备、中止、未遂等形态，以销售谋利为目的生产伪劣产品后尚未销售的应认定为生产伪劣产品罪既遂。

首先，从本罪的罪名考察。根据刑法关于罪名的理论，生产、销售伪劣产品罪属于选择性罪名。如果行为人既有生产伪劣产品的行为，又有销售产品的行为的，应认定为生产、销售伪劣产品罪；如果行为仅有生产伪劣产品的行为，则应构成生产伪劣产品罪；如果行为人没有生产伪劣产品的行为，只是明知是他人生产的伪劣产品予以销售的行为，则构成销售伪劣产品罪。也就是说，这一罪名实质上可以分解为三个罪名。

其次，从法定犯角度分析本罪的故意犯罪类属特点。应当看到，本罪的三个分解罪名都是直接故意犯罪，不论是生产伪劣产品、销售伪劣产品还是既生产又销售伪劣产品，行为人在主观上都明确自己的行为会发生危害社会的结果，都积极追求结果的发生。从自然犯和法定犯的分类看，生产、销售伪劣产品罪属于法定犯，其以违反国家产品质量管理法律法规为前提，而此类犯罪的行为人在主观上往往有双重目的：深层目的是谋取非法利益，而行为人为了实现这一目的，又必须直接追求违反有关产品质量管理法规，破坏国家法律所保护的产品质量管理秩序这一表层目的。不管是深层目的还是表层目的，行为人都在积极追求其危害社会结果的发生，这是典型的直接故意犯罪。而在这一直接故意犯罪中，存在犯罪的预备、中止、未遂和既遂形态。

就生产伪劣产品罪而言，如果行为人以销售谋利为目的，为生产伪劣产品而筹备资金、准备生产场所、生产设备就属于犯罪预备阶段，其即时被查获的，应成立犯罪预备；如果行为人在生产过程中由于原料配方错误、停电等意志之外原因而未有产成品的，应认为属于未遂；如果行为人在生产过程中及时悔悟彻底放弃生产，尚未产出伪劣产品的，应成立犯罪中止；如果已经将伪劣