

刑事审判参考

Reference to Criminal Trial

中华人民共和国最高人民法院 刑事审判第一庭、第二庭

本辑要目

【案例】

杨文康非法经营同类营业案

——非法经营同类营业罪与为亲友非法牟利罪之区分

左佳等受贿、贪污、挪用公款案

——单位领导研究决定收受回扣款、并为少数领导私分行为的定性

【法律·法规和司法解释】

关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见

【法律·法规和司法解释的理解与适用】

全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第二百九十四条第一款的解释》的背景说明及具体理解

【审判实务释疑】

挪用公款存单为本人或者他人质押贷款的行为应如何定性

【热点问题】

准确理解和适用刑事法律 惩治贪污贿赂和渎职犯罪

——全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会讨论办理
贪污贿赂和渎职刑事案件适用法律问题意见综述

【裁判文书选登】

马云杰抢劫案

——北京市高级人民法院刑事裁定书

刑事审判参考

2002年第4辑（总第27辑）

中华人民共和国最高人民法院
刑事审判第一庭、第二庭

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事审判参考·2002年·第4辑·总第27辑/最高人民法院刑事审判第一庭,最高人民法院刑事审判第二庭编. —北京:法律出版社,2002.11

ISBN 7-5036-3723-4

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(2002)第 080769 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书公司
印刷/北京四季青印刷厂

编辑/法律应用出版中心
经销/新华书店

开本/880×1230 1/32
版本/2002年11月第1版

印张/8.25 字数/197千
印次/2002年11月第1次印刷

法律出版社/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)
电子邮件/info@lawpress.com.cn
网址/www.lawpress.com.cn

电话/010-88414121
传真/010-88414115

法律应用出版中心/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)
电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn
读者热线/010-88414135 88414142

传真/010-88414115

中国法律图书公司/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)
传真/010-88414897 88414899
网址/www.Chinalaw-book.com

销售热线/010-88414896
010-88414900

书号:ISBN 7-5036-3723-4/D·3358 定价:20.00元

目 录

【案 例】

杨文康非法经营同类营业案[第 187 号]	
——非法经营同类营业罪与为亲友非法牟利罪之区分	1
张顺发持有、使用假币案[第 188 号]	
——购买并使用假币行为应以购买假币罪从重处罚	7
郭玉林等抢劫案[第 189 号]	
——在共同抢劫中,部分行为人引起的致人重伤、死亡 后果,其余未在现场的行为人应否对此后果承担 责任	12
曾贤勇抢劫案[第 190 号]	
——携带凶器在银行营业大厅抢夺储户现金行为的 法律适用	20
薛佩军等盗窃案[第 191 号]	
——盗窃毒品如何定罪量刑	27
潘勇、王伟职务侵占、虚报注册资本、贷款诈骗案[第 192 号]	
——以非法侵占物进行抵押贷款、逾期不还贷行为的 定性	34
林庆介绍卖淫案[第 193 号]	
——通过互联网发布卖淫信息行为的定性	42
梁某挪用公款、张某挪用公款、盗窃案[第 194 号]	
——如何通过客观行为判断行为人主观上的非法占有	

目的	47
左佳等受贿、贪污、挪用公款案[第195号]	
——单位领导研究决定收受回扣款、并为少数领导私分 行为的定性	54
陆飞荣玩忽职守案[第196号]	
——新刑法生效之前实施的滥用职权行为的法律适用	67

【法律、法规和司法解释】

全国人民代表大会常务委员会

中华人民共和国政府采购法	77
--------------------	----

国务院

社会抚养费征收管理办法	93
中华人民共和国商标法实施条例	96
中华人民共和国著作权法实施条例	109
中华人民共和国药品管理法实施条例	115
中华人民共和国导弹及相关物项和技术出口管制 条例	135

最高人民法院

关于审理抢夺刑事案件具体适用法律若干问题的解释	139
-------------------------------	-----

最高人民检察院

关于涉嫌犯罪单位被撤销、注销、吊销营业执照或者 宣告破产的应如何进行追诉问题的批复	142
--	-----

最高人民法院 最高人民检察院

关于办理非法生产、销售、使用禁止在饲料和动物饮 用水中使用的药品等刑事案件具体适用法律若干 问题的解释	143
---	-----

最高人民法院 最高人民检察院 海关总署

关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见	149
-----------------------------	-----

【法律、法规和司法解释的理解与适用】

全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第二百九十四条第一款的解释》的背景说明及具体理解·····	黄太云	160
全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第三百八十四条第一款的解释》的背景说明及具体理解·····	黄太云	171
《最高人民法院关于审理抢夺刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的理解与适用·····	祝二军	177
《最高人民法院、最高人民检察院、海关总署关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》的理解与适用·····	苗有水	185

【审判实务释疑】

关于对居间贩卖假金融票证行为如何适用法律问题的意见·····	204
无证经营者能否构成偷税罪的主体·····	205
挪用公款存单为本人或者他人质押贷款的行为应如何定性·····	207

【热点问题】

准确理解和适用刑事法律 惩治贪污贿赂和渎职犯罪 ——全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会讨论办理 贪污贿赂和渎职刑事案件适用法律问题意见综述·····	211
--	-----

【裁判文书选登】

马云杰抢劫案

——北京市高级人民法院刑事裁定书·····	228
陈维强挪用资金、商业受贿,付永胜挪用资金案	
——山东省日照市中级人民法院刑事判决书·····	238

【案例】

[第 187 号]

杨文康非法经营同类营业案

——非法经营同类营业罪与为亲友 非法牟利罪之区分

一、基本案情

被告人杨文康,男,1968年12月14日出生,大学文化,任嘉陵一本田发动机有限公司营业部副部长。因涉嫌犯非法经营同类营业罪,于2001年1月15日被逮捕。

重庆市沙坪坝区人民检察院以被告人杨文康犯非法经营同类营业罪向重庆市沙坪坝区人民法院提起公诉。

被告人杨文康及其辩护人以杨不是国有公司的董事、经理为由,提出杨文康的行为不构成非法经营同类营业罪。

重庆市沙坪坝区人民法院经公开审理查明:

嘉陵一本田发动机有限公司系中国嘉陵工业股份有限公司(国有公司)与日本本田株式会社等额出资(各50%)组建的合资公司。2000年4月,被告人杨文康被该公司董事会聘任为营业部副部长,主管销售零件和售后服务。2000年7月,杨文康拟增加重庆一坪高级润滑油公司生产的SC15—40型机油为指定用油予以销售。2000年8月8日,杨以其母赖发英为法定代表人,其妻

谭继兰、岳母刘学梅和李从兵为股东注册成立重庆嘉本物资销售公司。随后,杨文康指使其下属黎海以嘉陵一本田发动机有限公司营业部的名义,委托嘉本物资销售公司在销售网络中销售重庆一坪高级润滑油公司生产的 SC15—40 机油给客户。黎海给一坪高级润滑油公司出具嘉陵一本田发动机有限公司授权委托书,要求在包装上印制“嘉陵一本田指定产品”标识。同年9月18日,杨以嘉陵一本田发动机有限公司营业部的名义,在销售网络中发出“我公司现推出金装版新型嘉陵一本田纯正机油”的通知,要求用户大力推广,并指定汇款直接汇入嘉本物资公司帐户。9月至11月,嘉本物资销售公司共向嘉陵一本田发动机有限公司的用户销售重庆一坪高级润滑油公司生产的 SC15—40 机油 1684 件,销售金额 385805.13 元,获利 115023.18 元。后被日方代表发现,终止了嘉本物资销售公司的销售活动。

重庆市沙坪坝区人民法院认为,被告人杨文康系合资企业的管理人员,利用职务之便,让其亲属经营与其任职公司业务范围同类的经营活动,从中谋取非法利益,其行为损害了合资企业的利益,系违法行为。但鉴于其任职的嘉陵一本田发动机有限公司不属国有公司,其所担任的职务不属国有公司董事、经理,与刑法第一百六十五条所要求的犯罪构成不符,不应按犯罪论处。公诉机关指控的事实成立,但指控的罪名不成立,不予支持。被告人及辩护人的辩护意见成立,予以采纳。依照《中华人民共和国刑法》第三条和《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百六十二条第(二)项的规定,判决如下:

被告人杨文康无罪。

宣判后,被告人杨文康服判。重庆市沙坪坝区人民检察院认为嘉陵一本田发动机有限公司系国有控股公司,被告人杨文康在担任嘉陵一本田发动机有限公司营业部副部长期间,利用职务之便,让其家人注册公司经营与其所任职公司的同类营业,获取非法

利益 115023.18 元,数额巨大,其行为触犯《中华人民共和国刑法》第一百六十五条,犯有非法经营同类营业罪,并向重庆市第一中级人民法院提出抗诉。

重庆市第一中级人民法院审理认为,原判认定的事实清楚,证据确实、充分,审判程序合法。抗诉理由不能成立。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第(一)项的规定,裁定驳回上诉,维持原判。

二、主要问题

1. 本案被告行为在客观方面属非法经营同类营业还是为亲友非法牟利?

本案讨论中,有一种意见认为,被告人的行为不符合第一百六十五条,因其不是“自己经营”,也不是“为他人经营……”,但是符合刑法第一百六十六条规定的为亲友非法牟利罪。

2. 本案受害单位嘉陵一本田发动机有限公司是否属于国有公司?

3. 如何具体理解非法经营同类营业罪中的主体要件?

三、裁判理由

(一)被告杨文康利用职务便利,将所在公司的业务交由以其亲属名义设立的公司进行经营,就其行为客观方面,应当认定为非法经营同类营业,而非为亲友非法牟利

根据刑法第一百六十五、一百六十六条规定,非法经营同类营业罪,是指国有公司、企业的董事、经理利用职务便利,自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业,获取非法利益,数额巨大的行为;为亲友非法牟利罪,是指国有公司、企业、事业单位的工作人员,利用职务便利,将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营,或者与亲友经营管理的单位发生明显有利于对方的购销活动,使国家利益遭受重大损失的行为。两者虽在主体及客观方面存在一定的共同之处,但通常情况下两者间的界限还是较

为明确的,惟有“为他人经营”与“将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营”两者在司法认定及处理中存在一定的难度。对此,我们认为应当把握以下两个关键点:其一,非法经营同类营业罪要求行为人具有具体的经营活动。具体的经营活动包含两层含义,一是不管是为自己,还是为他人,行为人的经营行为必须是自己积极的作为,并且其经营行为具有实质性的意义;二是具体的经营活动必须是利用职务之便,如利用本单位经营的信息为自己经营的企业营利。其二,非法经营同类营业罪要求行为人获取非法利益。获取非法利益同样包含两层含义:一是所获取的非法利益必须与其经营活动具有直接的对应关系,具体表现为经营利润或者经营报酬;二是获取非法利益须数额巨大。相比之下,为亲友非法牟利罪表现为行为人在本单位的经营管理活动中,利用职务便利经营或者参与亲友的经营行为,此其一;其二,将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营,其目的在于为自己的亲友谋取非法利益,行为人虽然也可能从中得到一定的“报酬”或者“好处费”,但是,该报酬并非直接源于行为人在本单位的具体经营行为,而是其利用职务便利行为所获,属于受贿性质。实践中,有的国有公司、企业的董事、经理利用职务便利,将本单位盈利业务交由其亲友的公司、企业,自己也参与经营、从中获取巨大的非法利益并给国家利益造成了重大损失,对此,应当根据具体情况择一罪定罪处罚。两罪构成要件不同,一为获利,一为造成损失。如只具一项,则以具备者定罪;如两项行为都具备,可以定非法经营同类营业罪。

(二)受害单位嘉陵一本田发动机有限公司系中外合资经营公司,不应认定为国有公司

随着我国经济体制改革的不断深化,公司、企业的改制深入,其出资主体也由原来的单一性发展为多样性:如国有公司、企业间的共同出资组建的有限责任公司、股份有限公司、经济联合体;国有公司、企业与非国有单位间共同出资组建有限责任公司、股份有

限公司、经济联合体；国内公司、企业和国外公司、企业间共同出资组建的有限公司、股份有限公司、经济联合体等，由此也给国有公司、企业性质的界定带来了难题。对此，一种意见认为，应当将国家全部出资，国家绝对控股的股份有限公司，国家相对控股的股份有限公司，国有企业产权占绝对多数的企业都视为国有公司、企业；另一种意见则认为，刑法第九十三条所称的国有公司、企业应限制为资产全部为国有的公司、企业。我们主张第二种意见。首先，公司作为依法设立、以营利为目的、股东投资行为为设立基础的独立企业法人，具有独立的法律人格，并对其资产享有管理、收益和处分的自主权。公司依法成立后，股东的出资即视为公司的财产，由公司统一独立地行使所有权。而股东按出资份额取得相应股权。因此，如果把国家控股的股份有限公司，国有资产占多数的有限责任公司认定为“国有公司”，不但否定了公司的独立法律人格，同时也忽视其他投资者的主体资格和股权利益；其次，国有资产是否控股，国有资产在公司中是否处于优势地位只表明国有资产在公司中的份额，诚然这一份额的股权由国家所有和行使，但其实质上只是一种国家参股的表现形式，而并不能由此把公司性质定为国有，所以，国有公司必须出资人（股东）全部为国有单位。具体到本案，重庆嘉陵一本田发动机有限公司系中国嘉陵工业股份有限公司（集团）与日本本田株式会社等额出资，各占 50% 股份的合资公司，其性质属中外合资经营公司，而不得认定为非国有公司、企业。

（三）被告人杨文康系中外合资经营公司的部门副经理，不符合非法经营同类营业罪的主体要件，故不构成非法经营同类营业罪

非法经营同类营业罪的主体是特殊主体，即国有公司、企业的董事、经理。这是因为国有公司的董事、经理应维护本公司、企业的利益，遵守公司章程，忠实、勤勉地履行职务，不得利用其在公司

的地位、职权为自己谋取利益,因此,公司法对国有公司、企业的董事、经理作了竞业禁止性规定。根据公司法的规定,董事是指公司、企业董事会的成员,包括董事长、副董事长、执行董事和一般董事。公司的董事由股东会议选举产生,或者由国家授权投资的机构、国家授权的部门按照董事会的任期委派或者更换。因成为董事必须履行一定的法律手续,实践中一般较易认定。经理是由董事会聘任,对董事会负责,负责公司的生产经营管理工作,组织实施董事会议决议、公司的年度计划和投资方案等的高级管理人员。实践中,一些国有公司、企业将其中层管理人员也称作经理,如部门经理、业务经理、项目经理等,有的还称为科长、处长、部长等等,这类经理因系日常称谓,而非法律用语,且其负责的不是整个公司、企业的管理,而是对某一部门、某一项目、某一项业务的管理,其经营、管理权有限,故公司法未对其作竞业禁止性规定。作为法定犯,非法经营同类营业罪的主体要件应直接援引相关法律规定,而不宜作出扩大解释。国有公司、企业的部门经理等中层管理人员,一般不构成非法经营同类营业罪的主体。

综上,被告人杨文康虽然利用职务之便,实施了让其亲属经营与其所任职务的公司业务范围同类的经营活动,从中获取非法利益,但由于杨文康任职的嘉陵一本田发动机有限公司系中外合资经营公司,并非国有公司,且杨文康为中层管理人员,不具备《中华人民共和国刑法》第一百六十五条规定的国有公司、企业的董事、经理这一特殊主体要件,其行为不构成非法经营同类营业罪。根据罪刑法定原则,重庆市沙坪坝区人民法院、重庆市第一中级人民法院认定杨文康的行为不构成非法经营同类营业罪是正确的。

(执笔:重庆市高级人民法院刑二庭 于天敏 胡红军
审编:熊选国)

[第 188 号]

张顺发持有、使用假币案

——购买并使用假币行为应以购买假币罪从重处罚

一、基本案情

被告人张顺发,男,1963年4月18日出生,农民。因涉嫌犯持有、使用假币罪,于2000年3月27日被逮捕。

2001年6月26日,重庆市合川市人民检察院以被告人张顺发犯持有、使用假币罪,向合川市人民法院提起公诉。

被告人张顺发辩称,其只是持有假币,使用的是甲等人。

合川市人民法院经公开审理查明:

2001年2月中旬的一天,被告人张顺发与乙、丙从贵州省遵义市乘火车到重庆的途中,被告人张顺发购得总面额一万余元的假人民币。同月14日到达重庆甲住处后,被告人张顺发向甲、乙、丙提出到合川用假人民币买商品来换取真人民币。甲等人均同意。同月21日上午,被告人张顺发与甲、乙、丙乘车到合川市沙鱼镇五村村民罗华珍商店,由甲用一张面额100元的假人民币购买红梅香烟一包,获取真人民币95元。嗣后,被告人张顺发一伙又到周坤商店,仍由甲用一张面额100元的假人民币购买挂面时,被店主周坤和村民林春识破。林春向当地公安派出所报案后,公安民警赶来将被告人张顺发一伙抓获,分别从被告人张顺发和乙、甲身上搜查出面额100元的假币91张、2张、1张,加之他们丢弃在

地的面额 100 元的假币 13 张及在被害人罗华珍处提取的 1 张,总计 108 张。经中国人民银行合川市支行鉴定均为假币。

合川市人民法院认为:被告人张顺发违反国家货币管理制度,明知是伪造的货币而购买并使用,数额较大,其行为已构成购买假币罪。公诉机关指控的犯罪事实成立。因被告人张顺发在贵州至重庆的火车上购买假币后伙同他人予以使用,依照最高人民法院《关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问题的解释》(下称《解释》)第二条关于“行为人购买假币后使用,构成犯罪的,依照刑法第一百七十一条的规定,以购买假币罪定罪,从重处罚”的规定,其行为应以购买假币罪从重处罚,故对公诉机关指控的罪名,法院依法予以变更。鉴于被告人张顺发案发后尚能坦白认罪,可予酌情从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第一百七十一条第一款之规定,判决如下:

被告人张顺发犯购买假币罪,判处有期徒刑一年六个月;并处罚金人民币 3 万元。

一审宣判后,被告人张顺发没有上诉,检察院也没有抗诉。

宣判前,合川市人民法院向检察院提出司法建议:甲、乙、丙明知是假币而参与使用,涉嫌购买假币罪共同犯罪,建议依法予以追诉。

二、主要问题

1. 购买假币后持有、使用的,是以购买假币罪定罪从重处罚,还是数罪并罚?

2. 购买假币后使用的,使用假币的数额如何认定?

3. 共同使用假币但未参与购买假币的,如何具体适用罪名?

三、裁判理由

(一)购买假币后持有、使用的行为应以购买假币罪定罪,从重处罚

本案中,检察院以被告人张顺发犯持有、使用假币罪起诉,法

院则在判决中变更为购买假币罪,这种定性上的分歧,关键在于能否认定被告人张顺发供述他在由贵州到重庆的火车上购买假币的这一事实。法院经过对乙、丙陈述的庭审质证、认证,认为该事实可以认定。其中,丙诉称,假币是张顺发在从贵州到重庆的火车上买的。怎样买的,他不知道。乙诉称,“2000年腊月的一天,张顺发在他家里给我说去找一千元钱给他,他去购买假钱,与我一起带到重庆去买东西换真钱。赚到钱了,除还我本钱外,还从中提成给我。我答应后,直到今年2月13日,才借到700元钱拿给张顺发。同月15日,我与张顺发、丙从遵义乘火车到重庆甲处,张说明天就出去用假钱换取真钱。”丙、乙的供述虽然是间接证据,但是他俩说的与张顺发的多次供述基本相符,能够相互印证。所以应该认定张顺发多次供述他在由贵州到重庆的火车上购买假币的事实。

虽然购买、持有、使用假币三种行为可以互为独立,我国刑法也分别规定了独立的罪名(其中,持有、使用假币属于选择性罪名),但是该三种行为在客观上存在内在的联系,构成牵连关系。牵连关系一般区分为两种:一是原因、结果关系;二是手段、目的关系。在本案,购买与使用构成了手段与目的的关系,而持有既是购买的结果,又是使用的手段,分别与购买构成原因、结果关系,与使用构成手段、目的关系。其中,使用是其最终目的,通过使用把假钱换成真钱。对于这种为实施某种犯罪而其手段行为或者结果行为又触犯其他罪名的犯罪形态,在刑法理论上被称为牵连犯。对于牵连犯的处理方法,理论上主张采取从一重罪处断的原则,即按数罪中处罚较重的一个罪定罪,并在该罪的法定刑内从重处罚,不数罪并罚。结合我国的立法实际,一般认为,在刑法没有特别规定的情况下,对牵连犯应从一重罪从重处罚。我国刑法分则未对购买、持有、使用假币行为的处理作出专门规定,而从购买假币罪与持有、使用假币罪的法定刑来看,购买假币罪的处罚要重于持有、使用假币罪,故《解释》规定,“以购买假币罪定罪,从重处罚”。

(二)购买假币后使用的假币数额应当包括已经使用和准备使用的数额

本案在审理过程中还牵涉到对《解释》第二条另一个问题的理解,即行为人购买假币后使用,是使用假币数额要达到“数额较大”,构成使用假币罪,才以购买假币罪定罪,从重处罚,还是购买假币数额达到“数额较大”,只要有使用行为,就定购买假币罪,从重处罚。据前述,本条解释实质是体现的牵连犯的处理原则,牵连犯的一个前提条件就是要求存在两个以上独立的犯罪行为,所以,使用假币达到“数额较大”方能适用本条解释。但这里做这样的区分只具有理论上的意义,实践中并不能这样理解和处理这类案件。因为购买和持有、使用是一个连贯的行为,购买并已使用的假币如属于同一宗假币,就表明购买是为了使用。只要购买的数额构成了购买假币罪,那么通常也就同时构成使用假币罪,即应当适用《解释》第二条的规定定罪量刑。也就是说,购买假币后使用的,不能将使用的“数额”仅仅理解为业已使用的假币数额,还应包括准备使用但因各种原因未使用出去的假币数额。

(三)关于共同犯罪问题,就本案来说,应根据各人的具体行为事实区别对待

1. 乙与张顺发构成购买假币罪的共同犯罪,应以购买假币罪定罪处罚。一方面,乙主观上具有共同购买假币的犯罪故意。因为,张顺发在向乙要钱时已将购买假币并用假币换真钱一事告知于他,并且双方对以后赃款的分配达成了一致意见。另一方面,乙为张顺发购买假币行为提供了客观上的帮助,尽管乙并未直接实施购买假币行为,但他在知晓张顺发购买假币的情况下为其筹集资金,属于典型的帮助犯。

2. 甲、丙不构成购买假币罪,但与乙、张顺发共同构成持有、使用假币罪。鉴于张顺发、乙因有购买假币行为而根据《解释》只作购买假币罪处理,故应按持有、使用假币罪对甲、丙定罪处罚。因