

指引办案思路的新型工具书

3

刑事典型疑难问题 适用指导与参考

破坏社会主义市场经济秩序罪卷

主编 / 赵路

- ◎ 典型案例参考
- ◎ 办案依据集成

中国检察出版社

指引办案思路的新型工具书

3

刑事典型疑难问题 适用指导与参考

破坏社会主义市场经济秩序罪卷

主编 / 赵路 副主编 / 王帅

◎ 疑难问题汇总

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事典型疑难问题适用指导与参考. 破坏社会主义市场经济秩序
罪卷/赵路主编. —北京: 中国检察出版社, 2013. 2

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0777 - 8

I. ①刑… II. ①赵… III. ①破坏社会经济秩序罪 - 研究 - 中国
IV. ①D924. 334

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 272448 号

刑事典型疑难问题适用指导与参考 破坏社会主义市场经济秩序罪卷

主编/赵 路 副主编/王 帅

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷东街 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjcbs. com)

电 话: (010)68630385(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市西华印务有限公司

开 本: 720 mm × 960 mm 16 开

印 张: 32.25 印张

字 数: 593 千字

版 次: 2013 年 2 月第一版 2013 年 2 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0777 - 8

定 价: 80.00 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

出版说明

近十余年来，在刑事领域的司法实践中，出现了很多新情况、新问题，其中不乏具有典型性、疑难性的法律适用问题，针对这些问题，急需进行归纳总结，并得出具有参考和借鉴价值的处理和认定思路。基于上述现实需求，我们倾力组织法学专家、资深法官、检察官及律师等编撰并推出《刑事典型疑难问题适用指导与参考丛书》。

本丛书分为总则卷，危害国家安全罪、危害公共安全罪卷，破坏社会主义市场经济秩序罪卷，侵犯公民人身权利、民主权利罪卷，侵犯财产罪卷，妨害社会管理秩序罪卷，贪污贿赂罪卷，渎职罪卷共八卷。各卷紧密结合各地司法实践，归纳提炼出百余个司法典型疑难问题并作出精准解析，同时附以具有权威性的指导、参考案例对同类案件的案情、诉辩情况、裁判结果、裁判理由等核心要素加以介绍，以帮助读者寻求破解疑难问题的办案思路、标准和尺度。各卷还提供了各类型犯罪全面、准确的办案依据。《刑事典型疑难问题适用指导与参考丛书》所提炼的问题凸显典型性、疑难性，解答思路具有很强的指导、参考和专业性，参考案例具有真实性、权威性，办案依据提供了便捷查询的通道，特别适合公检法人员、律师等法律专业人士使用。

受时间和能力所限，丛书在编撰过程中难免出现不足或错漏，敬请读者批评指正，以便我们在再版时予以修订。

编 者

2013 年 1 月

目 录

第一章 生产、销售伪劣商品罪

一、生产、销售伪劣产品罪	(1)
1. 行为人在没有取得药品监督管理局批准的情况下, 非法销售药品, 在认定为生产、销售假药罪或生产、销售伪劣产品罪上存有一定争议。则“假药”的认定标准是什么?	(1)
2. 行为人不符药品批准文号编制要求非法销售药品的行为, 是否可以认定为非法经营罪?	(1)
3. 非法经营罪中的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”应当如何认定?	(2)
4. 伪劣产品在运输途中被查获, 对帮助运输者是否应认定为犯罪未遂?	(3)
5. 生产、销售伪劣产品罪中的销售金额是犯罪成立要件, 还是既未遂标准?	(5)
6. 伪劣产品既有已经销售的, 又有尚未销售的, 并且各自数额符合不同的法定刑度的, 应当如何定罪量刑?	(6)
7. 行为人对不同的买家, 或以批发价出售, 或以零售价出售, 且二者价格差距巨大, 如何认定货值金额?	(7)
 办案依据集成	(10)
二、生产、销售不符合卫生标准的食品罪	(18)

8. 针对河豚,《水产品卫生管理办法》认定其为有毒、有害食品,但《食品卫生法》认为其是含有有毒、有害物质的食品,将其列入不符合卫生标准食品范围内。在这种情况下,河豚的性质应当如何认定? (18)
9. 针对如同河豚一类的,《水产品卫生管理办法》和《食品卫生法》都不否认其有毒、有害性质的食品,是否可以直接定生产、销售有毒、有害食品罪?在此类情况下,生产、销售有毒、有害食品罪与生产、销售不符合卫生标准的食品罪的界限是否只是有毒、有害食品? (18)
10. 在食品本身含有毒素,行为人未清理干净的情况下,就进行销售,是否可以因其社会危害性等同于“掺入”行为而视为“掺入”了非食品原料,使原有的食品成为有毒、有害食品,从而成立生产、销售有毒、有害食品罪? (19)
-  **办案依据集成** (22)
- 三、生产、销售有毒、有害食品罪** (26)
 11. 行为人在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的行为,应当以生产、销售有毒、有害食品罪,还是以危险方法危害公共安全罪定罪处罚?两罪的区别和联系在哪里? (26)
 12. 在生产、销售有毒、有害食品罪中,生产行为是否要求“明知”? (26)
 13. 行为人明知一批产品中个别批次含有有毒、有害食品原料的,依然在生产、经营过程中掺入,是否可以认定为“明知”? (27)
 14. 如何认定生产、销售有毒、有害食品罪与生产、销售不符合卫生标准的食品罪的界限? (30)
 15. 地级一等卫生防疫站所出具的检测报告是否可以作为认定有毒、有害非食品原料的证据使用? (30)
 -  **办案依据集成** (34)

第二章 走私罪

一、走私珍贵动物、珍贵动物制品罪 (37)

16. 在行为人否定自己具有主观明知的情况下, 如何通过推定来认定行为人走私犯罪的主观故意? (37)
17. 行为人具有走私故意, 但是在并不明知走私对象是珍贵野生动物的情况下, 能否认定为走私珍贵动物罪? (38)

办案依据集成 (43)

二、走私普通货物罪 (53)

18. 行为人在交易前约定了成交价格, 但具体交易时真实履行的成交价格与先前约定不一致的情况, 应当如何确定实际成交价格? (53)
19. 行为人已经约定了合同成交价格, 但是所走私的货物存在质量缺陷。在没有结算的情况下, 是否可以推定最终结算价格必然要比约定的价格低, 因此应按最终结算的价格考虑量刑? (53)
20. 行为人擅自将保税料件走私销售, 但又从购买者手中购回附加值更高的成品, 其先前走私销售的保税料件是否应当从走私数额中扣除? (55)
21. 对于后续走私 (又称变相走私, 是指违反海关规定, 未经海关许可并且未补缴应缴税额擅自将批准进口报税、减税、免税进口的货物、物品在境内销售牟利的) 的情况, 如何对实际销售价格作出评价, 并确定违法所得? (56)
22. 在海关对进口货物实行估价征收税款的情况下, 该批货物因此少缴纳的税款部分是否应当认定为走私犯罪并计入偷逃税款数额? (58)
23. 行为人在以单位名义中触犯了走私罪, 又以自然人的身份实施了与单位犯罪同样的罪行, 是否应当数罪并罚? (62)

办案依据集成 (67)

第三章 妨害对公司、企业的管理秩序罪

一、虚报注册资本罪 (72)

24. 公司成立一段时间后, 欲增加注册资本进行公司变更登记, 在该公司获得变更登记以前, 抽回出资的行为, 属于虚报注册资本, 还是抽逃出资? (72)
25. 行为人采用虚报注册资本手法骗取了工商部门的登记许可, 并且其他股东也知晓其行为的, 应当认定为虚报注册资本罪, 还是虚假出资、抽逃出资罪? (75)



办案依据集成 (79)

二、妨害清算罪 (82)

26. 对于在进入破产清算程序之前就已经属于账外资产的部分, 行为人不予申报的情况下, 对该部分资产进行隐匿、转移, 是否构成妨害清算罪? (82)
27. 行为人作为单位原来的法定代表人, 并不是清算组成员, 是否可以成为妨害清算罪的主体? (82)



办案依据集成 (87)

三、非国家工作人员受贿罪 (88)

28. 在 2006 年 6 月 29 日以前, 行为人利用担任党支部书记、村委会主任或者村经济合作社社长的职务便利, 非法收受他人财物或者索取财物, 为他人谋取利益的, 是否可以以非国家工作人员受贿罪定罪处罚? (88)
29. 筹建中的企业的工作人员是否可以作为《刑法》第 163 条中企业人员受贿罪中的犯罪主体? (88)
30. 对于一人身兼多职, 同时借助国家工作人员身份和非国家工作人员的身份形成的职务便利为他人谋取利益的, 应当如何定罪量刑? (88)

31. 国有公司、企业转制为国有资本控股、参股的股份有限公司后，曾经在国有公司、企业任职的工作人员的身份应当如何确定？ (91)
32. 国有单位委派到改制后的股份有限公司担任董事的人员，如果同时担任副总经理一职。那么，在行为人主要是利用副总经理职务实施了侵犯公司利益的行为，为他人谋取利益的情况下，应该认定为国家工作人员受贿罪，还是非国家工作人员受贿罪？ (91)
33. 如何确定国有公司、企业转制为国有资本控股、参股的股份有限公司的时间基点？ (92)
34. 虽然收受财物，但是并未谋取利益的，是否成立非国家工作人员受贿罪？ (95)
35. 如何区别礼尚往来与受贿？ (96)
36. 作为集体所有制企业的城市信用合作社，改制成为国有控股的城市合作银行的，其分支机构的负责人的身份应当属于国家工作人员还是非国家工作人员？ (101)
37. 村党支部书记作为基层党组织领导，是否可以成为非国家工作人员受贿罪或受贿罪的犯罪主体？ (104)
38. 行为人作为村党支部书记，利用职务便利，帮助厂矿企业在安装自来水、有线电视方面给予关照，并就村民就赔偿、坟墓搬迁等协助协商的行为，是否可以认定为“协助人民政府从事的其他行政管理工作”，从而成立受贿罪？ (105)
-  **办案依据集成** (108)
- 四、非法经营同类营业罪** (113)
39. 行为人利用职务上的便利，通过公司的名义与相对人签订协议，但由自己经营营业项目并获得赢利的，应当以贪污罪，还是非法经营同类营业罪定罪处罚？ (113)
40. 作为国有公司的党总支书记，是否属于非法经营同类营业罪中规定的“国有公司、企业的董事、经理”这一特殊主体？ (113)

41. 行为人利用职务上的影响力, 通过了企业党政联席会议决定, 并签订了内部承包合同, 是否可以以此认为其行为不具有违法性? (114)

 办案依据集成 (119)

第四章 破坏金融管理秩序罪

一、出售、购买、运输假币罪 (120)

42. 行为人购买假币后, 又将其中一部分假币用于出售, 是否实行数罪并罚? (120)
43. 行为人购买假币后, 除了出售一部分以外, 还有使用假币的行为, 对于其使用假币的行为应当如何认定? (120)
44. 行为人在出售假币时被抓获的, 在现场及现场之外即在行为人住所或者其他藏匿地均查获有假币, 应当如何认定其犯罪数额? (121)
45. 行为人购买假币的行为已经完成, 但是购买的假币是冥币和人民币复印件, 应当认定为犯罪既遂, 还是犯罪未遂? (122)

 办案依据集成 (124)

二、非法吸收公众存款罪 (127)

46. 行为人以经营为目的, 许诺给付高息接受公众集资, 因经营不善而导致无法还款, 是构成非法吸收公众存款罪还是集资诈骗罪? (127)
47. 行为人获得批准销售产品的资格后, 以产品可以升值作承诺, 并制造产品不断增值的假象, 以此吸引公众购买的, 是否成立变相吸收公众存款? (129)
48. 行为人通过签订借款协议约定高息, 向内部职工和社会群众签订借款协议的, 属于民间借贷, 还是非法吸收公众存款的行为? (129)

49. 在对行为人以单位名义非法吸收公众存款受到处罚的情况下，如果现有证据不能确定行为人作为直接负责人员的时间段的，应以各行为人实际履行职务的时间段，还是以各行为人正式被批准任免的时间段作为其承担其非法吸收公众存款行为责任的依据？ (135)
50. 在单位犯罪的情况下，行为人并未直接参与向不特定客户吸收公众存款的活动，而只是对吸收来的资金进行使用和调拨，是否也认定为非法吸收公众存款罪？ (135)
51. 证券公司实施的具有保本付息承诺的委托理财是否属于非法吸收公众存款的性质？ (148)
52. 行为人向不特定公众吸收存款的行为已经符合刑法中非法吸收存款或者变相吸收公众存款的构成要件，但我国行政法规法律法规中却没有对某种行为规定“追究刑事责任”，这种情况下是否可以认定为非法吸收公众存款罪？ (149)
53. 行为人实际向客户吸收的资金少于合同约定的金额，不足部分以行为人承诺保本付息的固定收益作为客户已缴纳的金额直接冲抵的情况下，行为人给予客户保本付息的固定收益能否作为吸存金额认定？ (150)
-  **办案依据集成** (156)
- 三、伪造金融票证罪** (161)
54. 如何理解《刑法》第177条第1款第2项规定的“伪造、变造委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等其他银行结算凭证的”这一规定？其他银行结算凭证是否仅限于法条中列举的情形？ (161)
55. 行为人伪造存取款凭条，是否构成伪造金融票证罪？ (161)
56. 存取款凭条不仅载明了该次货币给付中发生的金额，也载明了存款人账户在该次货币支付后的余额，那么，应当如何认定伪造、变造的面额？ (162)
57. 银行现金解款单是否属于金融票证的范畴？ (163)

58. 利用银行现金借款单进行诈骗要求在银行现金借款单上填写内容和盖章, 两个行为是否要求同时具备? 行为的先后是否影响对本罪的认定? (163)

 办案依据集成 (168)

四、擅自发行股票、公司、企业债券罪 (170)

59. 行为人擅自转让非上市股份公司的股权的行为是否可以被视为是“发行”股票? (170)
60. 行为人擅自转让非上市股份公司的股权, 是否违反了法律的限制性规定? (170)
61. 行为人在向受让人转让股权后, 受让人曾到托管中心进行登记领取托管卡, 这一情节能否证明股权转让行为为本身的合法性? (170)

 办案依据集成 (174)

五、操纵证券、期货市场罪 (176)

62. 如何理解巴菲特长期价值投资理论与操纵证券交易价格的行为之间的区别? (176)
63. 对于行为人通过“倒仓”、“对敲”, 是否属于操纵证券、期货市场罪中的“自买自卖”? (176)
64. 在《刑法修正案(七)》通过以前, 本罪的成立要求“获取不正当利益或者转嫁风险”, 按照股市交易部门的计算公式: “盈利 = 持股估值 + 累计卖出金额 - 累计买入金额”的计算方式, 如果行为人最终没有盈利的, 是否可以认定为“获取不正当利益”? (177)
65. 单位在实施操纵证券交易价格中实施了帮助行为, 是否可以以“单位不能成立共同犯罪主体”为由进行抗辩? (178)
66. 行为人作为证券从业人员, 是否可以以执行上级指示或者提供给融资帮助为由, 提出自己不具备共同故意而作无罪辩护? (178)

 办案依据集成 (185)

六、违法发放贷款罪 (188)

67. 行为人的行为没有违反法律和行政法规的明文规定，但是在违反了规章和各银行的业务规则的情况下，是否可以认为符合违法发放贷款罪中的“违反法律、行政法规规定”？ (188)
68. 行为人违法发放的贷款已经到期，但是尚未清偿的情况下，如何认定造成的损失？ (188)
69. 在侦查起诉或者审判阶段，损失被追回的情况下，是否可以被扣减？ (189)
70. 行为人发放贷款时玩忽职守或者滥用职权，造成了贷款无法被清偿的情况，能否因为贷款行为本身的风险，以没有因果关系为由进行抗辩？ (189)
71. 行为人在发放贷款之前的调查环节玩忽职守，导致其单位基于错误认识而同意发放贷款，造成贷款损失的情况下，承担违法放贷责任的主体应当是单位还是个人？ (190)
72. 单位对于违法发放贷款的危害结果具有责任，但是未作为单位犯罪起诉的案件，对自然人如何处理？ (190)

办案依据集成 (195)

七、洗钱罪 (198)

73. 在洗钱罪的认定中，上游犯罪行为尚未定罪判刑的情况下，是否影响到洗钱罪的认定？ (198)
74. 如何区分上游犯罪的共同犯罪与洗钱罪？ (198)
75. 行为人并没有利用金融机构掩饰、隐瞒犯罪所得及其产生的收益的，应当认定为洗钱犯罪，还是掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪？ (198)

办案依据集成 (202)

第五章 金融诈骗罪

一、贷款诈骗罪 (212)

76. 行为人在案发前所贷款项均未到期，案发后归还了所有款项，是否可以认定为具有非法占有的目的？ (212)
77. 行为人诈骗所得贷款在案发时均未到期，案发后也由其亲属代为退赔全部赃款，未造成实际损失，是否符合减轻处罚的规定？ (212)
78. 行为人使用虚假的产权证明作担保抵押贷款，贷款后擅自改变贷款用途，案发时由于市场因素不能归还贷款，是否可以认定为贷款诈骗罪？ (215)
79. 在获取贷款时有欺诈行为，获得贷款后又不能按期偿还贷款的情况下，如何判断行为人主观上是否具有非法占有的目的，从而区别民事欺诈和贷款诈骗罪？ (218)



办案依据集成 (222)

二、票据诈骗罪 (224)

80. 行为人明知其银行账户无兑付能力的现实状况，并已告知被害人其银行账户存款有时不足以兑付。被害人在这种情况下，仍然借钱给行为人，是否可以认定为行为人“采用虚构方式骗取被害人信任”？ (224)
81. 行为人通过签发空头支票骗取被害人钱款后，并不是将财产据为己有，而是用于企业的经营，是否可以认定为具有诈骗的故意？ (224)
82. 行为人对于不能兑付的结果持明显的放任态度，在非法占有他人财物的意图上属间接故意的情况下，是否依然成立票据诈骗罪？ (225)
83. 在“三来一补”企业构成犯罪的情况下，犯罪主体应当如何认定？ (225)

84. “三来一补”企业中,投资方派驻大陆的管理人员,往往并没有职务,而名义上的负责人是厂长。除了投资方,谁应当作为承担责任的自然人? (225)

85. 以非法占有为目的,伙同银行工作人员使用已经贴现的真实票据质押贷款,被害人应当如何确定? (229)

86. 以非法占有为目的,伙同银行工作人员使用已经贴现的真实票据质押贷款的行为,应当定性为合同诈骗罪,还是票据诈骗罪? (229)

87. 行为人盗窃银行承兑汇票并使用的行为,应当如何定性? ... (232)

 **办案依据集成** (236)

三、金融凭证诈骗罪 (239)

88. 银行工作人员与外部人员内外勾结,用伪造的金融凭证骗取金融机构资金。当外部人员具有非法占有的目的,而银行工作人员主观上不明知时,银行工作人员并不以金融凭证诈骗罪定罪处罚,那么外部人员是否成立金融凭证诈骗罪? (239)

89. 行为人诱骗储户将钱存入其指定的银行,同银行工作人员内外勾结,将假存单、假存折交给储户,而后冒用储户的身份,骗取人民币的,被害人是储户还是银行? (239)

90. 行为人以非法高息诱惑储户将钱存入指定银行,储户所得“高息”是否应当从行为人所造成的损失中扣除? (240)

91. 伪造企业网上银行转账授权书骗取资金的行为应当如何定罪处罚? (244)

 **办案依据集成** (249)

四、信用卡诈骗罪 (251)

92. 被告人案发前通过其家人归还的款项应否计入其信用卡诈骗的犯罪数额? (251)

93. 用他人遗失的储蓄卡提取存款数额较大的应定诈骗罪、金融凭证诈骗罪还是信用卡诈骗罪? (253)

94. 利用国际信用卡实施诈骗的行为, 是否严重破坏了我国的信用卡管理秩序和制度, 构成信用卡诈骗罪? (255)

 办案依据集成 (260)

五、保险诈骗罪 (264)

95. 挂靠经营的机动车辆, 其所有权名义上的所有者与实际上的所有者不尽一致, 其实际所有者是否符合保险诈骗罪中的特殊主体的要求? (264)
96. 行为人出于诈骗故意, 向多家保险公司投保, 但只向某些公司提出索赔要求, 是否可以同时认定其已经“着手”对剩余的公司实施了保险诈骗行为? (266)
97. 行为人向两家保险公司提出理赔申请, 但是仅针对其中一家公司向法院提起诉讼, 那么对另一家公司, 应当认定为犯罪中止还是犯罪未遂? (266)
98. 行为人出于诈骗故意, 向多家保险公司投保, 在制造保险事故后, 仅向一部分保险公司提出理赔要求, 而后再针对个别公司起诉索赔的, 应当如何认定保险诈骗罪的犯罪数额? (266)

 办案依据集成 (270)

第六章 危害税收征管罪

一、逃税罪 (273)

99. 行为人购进货物时应当索要增值税专用发票而未索要, 在账外销售货物后没有按照增值税征管规定纳税的, 在计算逃税数额时, 是否应当减除可以审判抵扣的税额? (273)

 办案依据集成 (277)

二、骗取出口退税罪 (281)

100. 有进出口经营权的公司、企业,违反国家有关进出口经营的规定,允许他人自带客户、自带货源、自带汇票并自行报关,骗取国家出口退税款的,是否可以认定公司、企业“明知”他人意欲骗取国家出口退税款? (281)

101. 对于行为人“明知”他人意欲骗取国家出口退税款,仍违反国家有关进出口经营的规定,允许他人自带客户、自带货源、自带汇票并自行报关,骗取国家出口退税款的,“明知”的程度是否有要求? (281)

102. 对外贸企业能否因其为了完成出口创汇任务才做“四自”业务而免责? (282)

103. 拥有进出口经营权的外贸企业从事“四自三不见”的行为,是否可以单独构成犯罪? (287)

104. 在外贸企业以“四自”方式骗取出口退税款的场合,外贸企业是否可以以不是为了谋取利益为由来证明自己没有非法占有目的? (287)

 **办案依据集成** (293)

三、虚开增值税发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪 (296)

105. 被告人为他人虚开增值税专用发票后,又为自己虚开,在这种情况下,抵扣数额及损失数额如何计算? (296)

106. 行为人不再担任单位法定代表人后,接受聘任处理其在任期间财务账目不平衡的问题,所实施的虚开增值税发票的行为,应当认定为自然人犯罪,还是单位犯罪? (298)

107. 行为人作为公司的股东,是否可以以此为由认定其为该犯罪单位责任人员? (299)

 **办案依据集成** (307)

四、非法出售增值税专用发票罪 (312)