

【案例研究】

对伪造借据骗取已被公安机关控制的赃款行为定性问题研究
再就业培训引发的补偿纠纷法律问题研究

【疑案探讨】

通存通兑储蓄存款被异地冒领法律问题研究
委托炒股引发的案法律问题研究
股东之间股权转让协议效力的认定

【案例分析】

餐厅是否有权拒绝衣冠不整者就餐
低价值高投保行为性质的认定
医院无患者就诊病历引发的责任承担
房管部门核准集资房公用面积分摊方案行为认定

【观点争鸣】

委托炒股合同中约定的风险自担条款应否受到保护

【法律文书之窗】

日本“本田”汽车株式会社诉浙江吉利汽车有限公司、北京亚展伟业汽车销售中心侵犯商标权及不正当竞争纠纷案民判九第

审判前沿

新类型案件 审判实务

北京市高级人民法院 / 编

审判前沿

新类型案件 审判实务

北京市高级人民法院 / 编

编辑委员会

主任：秦正安

副主任：马艾池 李 克 王 明 贺 荣 朱 江

委员：（按姓氏笔划排列）

田玉玺 刘兰芳 李大元 李振奇 张柳青

张鲁民 孟 祥 徐 扬 谭京生

编辑部

主 编：贺 荣

副主编：张 悦 辛尚民

编 辑：毕东丽 薛 峰 曾宏伟 唐 明 范跃如

乔新生 万 钧 张 灵 张新平 宋洪印



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿.第7集,新类型案件审判实务/北京市高级人民法院编. —北京:法律出版社,2004.5
ISBN 7-5036-4912-7

I. 审… II. 北… III. 审判—案例—研究—中国
IV. D925.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 038838 号

法律出版社·中国

责任编辑/戴 伟

装帧设计/温 波

出版/法律出版社

编辑/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/9

字数/237 千

版本/2004 年 6 月第 1 版

印次/2004 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律应用出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939642

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.Chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1536

电子邮件/service@Chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816

书号:ISBN 7-5036-4912-7/D·4630

定价:20.00 元

目 录

案例研究

- ◆对伪造借据、骗取已被公安机关控制的赃款行为
定性问题研究
——丁某介绍贿赂、诈骗案法律问题研究
..... 王万铁 方文军(3)
- ◆单位犯罪中承担刑事责任的自然人范围确定
——王某偷税案法律问题研究 康 瑛(10)
- ◆非典期间寻衅滋事犯罪的认定与处罚
——张某寻衅滋事案法律问题研究 黄宝耀 朱 军(17)
- ◆由见义勇为引发的补偿纠纷法律问题研究
——丁某、罗某诉陈某补偿纠纷案法律问题研究
..... 孙静波(24)
- ◆一房二卖相关法律问题研究
——某房地产经营开发公司与兰州正林农垦食品
有限公司北京分公司房屋买卖合同纠纷案法
律问题评析 陈 特(33)
- ◆合同的解释与国际惯例
——中粮公司诉金光公司委托代理合同纠纷案法

- 律问题研究 刘春梅(44)
- ◆涉外税收行政纠纷法律适用研究
- 泛美卫星国际系统责任有限公司诉北京市国家
税务局对外分局第二税务所代扣代缴预提所得
税决定案法律问题研究 张旋卿 刘景玉(60)
- ◆隐瞒出资财务风险的出资行为的认定
- 联合证券有限责任公司诉华诚投资管理有限公司
参股协议案法律问题研究 胡 君(72)
- ◆实用艺术作品相关法律问题研究
- 英特莱格公司(美国)诉可高(天津)玩具有限公
司复兴商业城侵犯实用艺术作品著作权案法律
问题研究 钟 鸣(82)

疑案探讨

- ◆对歇业的企业法人适用参与分配程序执行法律问题
探讨
- 西安开米公司北京分公司等 23 家单位和个人
申请执行利合信通公司案法律问题探讨兼评
相关司法解释之规定 范跃如(91)
- ◆通存通兑储蓄存款被异地冒领法律问题研究
- 周某诉北京市某建设银行支行存款纠纷案法
律问题探讨 张 鹏(101)
- ◆公司营业执照被吊销后未清算与公司人格否认
- 城乡建设公司诉杨某某、翟某某、高某某建设
工程施工合同案法律问题探讨 王 平(108)
- ◆证券交易代理合同纠纷法律问题研究
- 贾某诉银河证券北京安外营业部证券交易代
理合同纠纷案法律问题研究 周 荆 唐延明(116)
- ◆委托炒股引发纠纷案法律问题研究

- 龚某诉北京零重力投资顾问有限公司委托合
同案法律问题探讨 赵一平 (126)
- ◆股东之间股权转让协议效力的认定
 - 石某与刘某、牛某股权转让纠纷案法律问题
探讨 尹淑华 周宝筠 (133)
- ◆民事诉讼中举证责任分配
 - 菲林时装设计有限公司诉英童制衣有限公司
返还买卖合同定金及预付款案举证责任分配
问题探讨 周 岩 (140)

案例分析

- ◆竞业禁止法律问题研究
 - 华尔公司诉王某竞业禁止纠纷案法律问题
分析 宋鱼水 (151)
- ◆餐厅是否有权拒绝衣衫不整者就餐
 - 周某诉北京罗杰斯餐饮有限公司名誉权纠
纷案法律问题分析 姚 琳 (155)
- ◆网络名誉权问题研究
 - 肖某诉某著名网站名誉权纠纷案法律问题
分析 段连俊 崔 亮 (161)
- ◆合同违约认定与继续履行
 - 李某与某村民委员会农村承包合同纠纷案
法律问题分析 顾国增 (172)
- ◆低价值高投保行为性质的认定
 - 聂某保险诈骗案法律问题分析 ... 王晓艳 胡春生 (178)
- ◆医院丢失患者就诊病历引发的责任承担
 - 夏某诉北京市宣武区结核病防治院赔偿纠
纷案法律问题分析 柴 虹 (182)
- ◆房管部门核准集资房公用面积分摊方案行为之认定

- 姚某不服北京市丰台区国土资源和房屋管理局核准公用建筑面积分摊说明案法律问题
分析 王凤琴 韩 炜 (185)

观点争鸣

- ◆职工辞职的经济补偿金能否作为夫妻共同财产进行分割 李汝银 (197)
- ◆委托炒股合同中约定的风险承担条款应否受到保护 石 梅 (202)
- ◆专利技术入股后的后续改进技术专利应归谁所有 岑宏宇 (207)
- ◆主合同和股份质押合同均无效的责任承担 郭利军 (211)
- ◆对未办理过户手续的连环购车纠纷如何处理 张中峰 李 建 (214)
- ◆是共同盗窃还是收购、销售赃物 王铁铭 (217)
- ◆能否认定本案原告在签订合同时处于危难境地 张建强 易珍春 (220)

参阅案例

- ◆虚构事实、利用民事裁判骗取财物的行为构成诈骗罪 (229)
- ◆掩埋交通肇事中的被害人并致其死亡的行为应定故意杀人罪 (233)
- ◆调离单位后不移交掌管的原单位账外资金构成贪污既遂 (236)
- ◆对专利技术进行变劣可适用等同原则判定侵权 (240)
- ◆管理作品财产权利的集体管理组织无权要求侵权人赔礼道歉 (245)
- ◆未经许可使用他人享有专有版权作品的实质部分

构成专有出版权的侵犯..... (249)

法律文书之窗

- ◆(日本)丰田自动车株式会社诉浙江吉利汽车有限公司、北京亚辰伟业汽车销售中心侵犯商标权及不正当竞争纠纷案
——北京市第二中级人民法院民事判决书(2003)二中民初字第 06286 号..... (255)
- ◆冯奇诉人民音乐出版社侵犯著作权纠纷案
——北京市海淀区人民法院民事判决书(2002)海民初字第 8753 号 (273)

|| 案例研究 ||



对伪造借据、骗取已被公安机关控制的赃款行为定性问题研究

——丁某介绍贿赂、诈骗案法律问题研究

王万铁^① 方文军^②

一、据以研究的案例

1997年6月间,在北京市某工商局(以下简称工商局)对北京市某投资咨询有限公司(以下简称投资公司)涉嫌非法集资的查处过程中,被告人丁某受投资公司董事长曹某(已判刑)的请托,通过工商局企业登记处处长张某(已判刑)帮助疏通关系,使曹某逃避了工商局对投资公司涉嫌非法集资的查处。为此,被告人丁某替曹某转交给张某贿赂款人民币20,000元。公诉机关指控称,由于被告人丁某促成曹某向张某的贿赂行为,导致未能及时查处曹某的违法行为,致使国家

①② 作者单位:北京市第二中级人民法院。

和人民的利益遭受重大损失。丁某的上述行为构成介绍贿赂罪。

1998年8月间,在公安机关追缴集资诈骗案主犯曹某在潜逃前送给被告人丁某100万元赃款的过程中,被告人丁某谎称此款系曹某返还的欠款,并伪造借据,骗取公安机关已控制的赃款人民币100万元供其使用,此款至今未追回。公诉机关指控称,丁某的上述行为构成伪证罪。

一审法院经审理认为,被告人丁某受行贿人之托,帮助疏通关系、给付国家工作人员财物,使行贿人谋取了不正当利益,其促成的贿赂行为致使国家和人民的利益遭受重大损失;其还以非法占有为目的,采用虚构事实、提供伪造借据的手段,骗取公安机关已控制的涉案赃款,数额特别巨大。其行为已分别构成介绍贿赂罪、诈骗罪,依法应予惩处。公诉机关起诉书指控被告人丁某犯罪的事实清楚,证据确实、充分,指控丁某犯介绍贿赂罪的罪名成立;但指控丁某犯伪证罪的罪名不当。

一审法院根据被告人丁某犯罪的事实,犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度,依照《中华人民共和国刑法》第392条第1款、第266条、第61条、第69条、第64条之规定,作出如下判决:被告人丁某犯介绍贿赂罪,判处有期徒刑1年;犯诈骗罪,判处有期徒刑12年,罚金人民币25,000元;决定执行有期徒刑12年。

二、相关法律问题研究

本案中值得探讨的问题主要有三点:第一,伪证罪与诈骗罪有何区别;第二,公安机关未依法履行扣押手续是否影响诈骗罪的定性;第三,法院变更公诉机关指控罪名是否适当。

(一)伪证罪与诈骗罪的区分

公诉机关指控丁某犯有介绍贿赂罪与伪证罪。从第一起事实看,丁某受曹某之托,帮助疏通关系并向国家工作人员张某转交人民币2万元,使行贿人曹某谋取了不正当利益,即逃避了工商局对投资公司涉嫌非法集资等活动的查处,致使国家和人民利益遭受重大损

失,已构成我国刑法第392条第1款规定的介绍贿赂罪。对此定性,控辩双方均无异议。

值得探究的是,丁某的后一行为究竟构成公诉机关指控的伪证罪还是法院判定的诈骗罪?这是本案定性的关键问题。从构成要件分析,伪证罪与诈骗罪并不存在竞合关系,故通常不会产生定性冲突。只是丁某的行为发生于刑事诉讼过程中(即公安机关立案后),又使用丁伪造的借据复印件,才可能使人将其行为与伪证罪联系起来。根据刑法第305条的规定,伪证罪是指在刑事诉讼中,证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节,故意作虚假证明、鉴定、记录、翻译,意图陷害他人或者隐匿罪证的行为。可见,丁某提供虚假证明的行为虽发生于刑事诉讼过程中,但他首先不具备伪证罪的主体要件,即不是证人、鉴定人、记录人或者翻译人;其次主观上不是为了陷害他人或者隐匿罪证,而是为了占有涉案的100万元人民币,因此,丁某的行为不构成伪证罪。所谓诈骗罪,是指以非法占有为目的,使用虚构事实或者隐匿真相的方法,骗取数额较大的公私财物的行为。诈骗罪的基本行为模式是:行为人以非法占有为目的实施欺诈行为——被害人产生错误认识——被害人基于错误认识处分财产——行为人取得财产——被害人受到财产上的损害。^① 本案中,丁某为了实际占有涉案的100万元人民币,向公安机关提供了伪造的借据复印件,使公安机关的侦办人员产生该100万元系丁合法财产的错误认识并基于该错误将被扣押物品返还给丁某,故丁某的行为完全符合诈骗罪的构成要件,应当定为诈骗罪。

本案在审理中,曾有人认为本案没有直接受害人,对诈骗罪的定性持犹豫态度。的确,丁某诈骗的对象是公安机关,与通常以自然人或单位为受害对象的情形不一致,但这也并不难得到解释。公安机关是代表国家行使侦查权力的准司法机关,依法享有勘验、检查、搜查、扣押物证、书证等职权。刑事诉讼法第114条规定,在勘验、搜查

^① 参见张明楷:《刑法学》(下),法律出版社1997年版,第779页。

中发现的可以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的各种物品和文件,应当扣押。扣押后的款物由于处在公安机关(系国家机关)的管理之中,故应依据刑法第91条的规定认定为“公共财产”。既然如此,在公安机关受骗的情况下,受害人就是国家,只不过该受害人既非自然人,亦非单位,而是一个公法人。

(二)未依法扣押是否影响诈骗罪的认定

本案中公安机关没有“依法”履行扣押手续,而是写了一张收条,这是否影响本案的定性?或者说,这是否意味着被扣押物品没有转变为“公共财产”,丁某即使采取欺骗手段取回,也不构成诈骗罪?本案在审理中,也有人对此提出了疑问。笔者认为,回答该问题首先要区别非法扣押与未依法扣押。所谓非法扣押,是指有扣押职权的人员对有证据证明本不应当扣押的物品所进行的不履行正当手续的扣押或者由不具有扣押职权的人员所进行的扣押,其实质在于执法人员对他人合法财产权益的无端侵犯。而未依法扣押是指有扣押职权的人员对有证据证明应当予以扣押的物品未依照法律规定履行正当手续所进行的扣押,所强调的是执法人员工作方式的不正当性。由于非法扣押也表现为不履行正当扣押手续,故与未依法扣押存有形式上的竞合;区别二者的关键在于物品本身是否应当扣押。对于非法扣押,行为人即使采取欺骗手段取回物品,也不具有实质违法性或者社会危害性,不应以犯罪论处。如果有扣押职权的人员履行了正当的扣押手续,即使事后证明物品本身不应当扣押,也是合法扣押,因为程序合法意味着法律在公正地发挥作用,扣押状态的合法性可以推定所扣押物品应当被扣押。在此情形下,物品所有人不能采取欺骗等非法方法将物品取回,否则就是对法秩序的藐视,可视其情节予以相应惩戒与惩处。同样地,对于应当扣押的物品而未依法履行手续进行扣押的,也不能以欺骗方法取回物品。因为发生未依法扣押的情形通常是情况紧急,在行为性质上类似与拘留(对象不同,前者对物,后者对人),只要扣押人员及时补办正式的扣押手续,就形成形式完整的扣押状态。而且,所扣押物品的应被扣押性也使得未依

法扣押具有实质正当性。可见,应当将紧急情况下的未依法扣押视为正当扣押,并依据刑法第 91 条的规定将被扣押物品视为公共财产。

从本案分析,公安机关的侦察员在案发后进行查账时发现 1998 年 7 月底从涉案公司账上划入丁某的中慧宏筑装饰公司账内 100 万人民币,由于当时情况紧急,为了防止该款被转走,侦查人员遂到中慧宏筑装饰公司暂扣了该公司的财务章、法人代表人名章和一张空白支票,但只写了收条,没办正式扣押手续。^① 这表明,公安机关所扣押的印章与支票属于应当扣押的物品,侦查人员只是由于情况紧急无法当场履行刑事诉讼法第 115 条规定的扣押手续,故该扣押具有实质正当性。而且,从该三件物品被扣押之时起,公安机关已开始行使刑法第 91 条规定的管理权,该三件物品也就同时转变为“公共财产”。这样,丁某的行为便具备了构成诈骗罪的客体条件,即实质违法性。该条件与其他犯罪构成要件相结合,使合议庭有充分根据认定丁某的行为构成诈骗罪。可见,公安机关的侦查工作是否严格依法进行,对于案件的定性有重要影响。

(三)法院变更公诉机关指控罪名是否妥当

关于这个问题,大体存有三种观点,一种认为法院作为审判机关有权改变公诉机关指控的罪名;一种认为法院改变公诉机关指控的罪名违背了法院中立、“不告不理”及“对被告人有利”等现代诉讼原则,应予否定;另一种是折中观点,认为法院在一定条件下可以变更起诉罪名。笔者认为,在现有法律框架内,法院变更起诉罪名无可厚非。首先,有法律上的依据。《刑事诉讼法》第 162 条第 1 项规定:案件事实清楚,证据确实、充分,依据法律认定被告人有罪的,应当作出有罪判决。《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第 176 条第 2 项则进一步规定:“起诉指控的事实清楚,证据确

^① 该案的侦办负责人刘某轻信丁某提供的借据复印件而被骗,并在被骗后未能开展有效的追查工作致使案款流失,已被法院以玩忽职守罪判处刑罚。

实、充分,指控罪名与人民法院审理认定的罪名不一致的,应当作出有罪判决”。这意味着法院有权依照案件审理情况作出与起诉罪名不同的定性。实践中,法院也就是依据这些规定来变更起诉罪名的。其次,变更起诉罪名符合当前公检法三机关相互配合、相互制约、共同打击犯罪的刑事诉讼体制。法院既是审判机关,又处于刑事诉讼的终端,其职能在于依法准确定罪、适当量刑,实现对犯罪人的公正惩罚。定罪是量刑的前提,定罪不准,量刑难以适当。因此,为了实现实体公正,法院应当依据刑法的规定对犯罪事实进行准确定性。如果法院认识到公诉机关指控罪名不当,依旧按照指控罪名作出有罪判决,则违反了实体公正的原则,也背离了法院的职责。本案中,法院正是考虑到公诉机关指控丁某犯伪证罪的定性不准,才依法判定为诈骗罪的。这种改变起诉罪名的做法,符合程序法与实体法的规定,使犯罪人受到了与其罪行相应的惩罚,实现了本案的实体公正。

但是,立足于建设现代法治国家,我们依旧有必要以现代刑事诉讼的基本理念为视角来审视我国法律关于法院有权变更起诉罪名的规定。从实践中的做法看,法院经过庭审后,如果认为起诉罪名不正确的,通常也不再另行开庭让控辩双方就新罪名进行辩论,而是以口头通知方式告知控辩双方,有的连口头通知也没有。这的确会导致广受学界普遍批评的如下弊端:首先,法院在控辩双方皆不知晓的情况下单方面变更起诉罪名,缺乏庭审调查与辩论作为基础,没有体现控辩双方的参与过程,使得与案件结局有着直接利害关系的控辩双方的参与丧失了实际意义,显然违背程序的“自治性”原理。其次,法院在自行变更罪名时,并没有给予被告人及其辩护人以任何准备防御的时间,也没有听取辩护方就此罪名的构成要件所作的任何反驳和辩解,事实上剥夺了被告人针对新罪名的辩护权。再次,无论变更后罪名的认定是否正确,由于变更没有取得检察机关的同意,也非应检察机关的主动要求而进行,故新罪名属于未经检察机关起诉而认定的罪名,这就违背了控审分离、不告不理等基本的诉讼原则,使得

法院在裁判活动中的中立性、超然性不复存在,法院也难逃自我控诉和自我裁判之名。

由于上述弊端的存在,不少人对法院变更起诉罪名的规定与做法持否定态度。但是,这种规定与做法有其不容忽视的价值,如提高诉讼效率、减少当事人诉累、降低诉讼成本、防止诉讼拖延、避免仅仅因为起诉书存有瑕疵而放纵被告人的现象等,故应在一定程度上肯定其存在的意义,并针对上述弊端设置适用条件。有人主张,如果法院发现公诉机关指控罪名定性不准,应当宣告无罪,由公诉机关改变罪名后另行起诉,但这首先违反“禁止重复危险”原则,也不符合我国现行刑事司法体制,可行性不大。笔者认为,在现有法律规定与刑事诉讼体制框架内,法院变更罪名应当以保障被告人权益为优位原则,大体应注意如下几点:第一,原则上,法院在庭审后发现可能变更起诉罪名的,应当及时告知控辩双方,并建议公诉机关撤回起诉,以新罪名重新起诉。第二,如果新罪名与起诉罪名存在包容关系且新罪名轻于起诉罪名,法院可以直接改判,如故意杀人罪与故意伤害或过失致人死亡罪、抢劫罪与抢夺罪、贪污罪或受贿罪与巨额财产来源不明罪等。因为在这种情况下公诉机关所提供的证据虽不能证明被告人行为构成起诉罪名(前罪名)却能证明构成新罪(后罪名),新罪名事实上已经随起诉罪名一起受到指控并给予被告人以防御的准备和机会,法庭在审理起诉罪名的同时,也就等于对新的罪名进行了审理。至于罪名与罪名之间究竟是否具备包容关系则必须严格依据刑法来判定。第三,也是当前需要给予特别重视的,如果起诉罪名为轻罪名,法院不应直接将起诉罪名变更为重罪名,而应建议公诉机关以新罪名重新起诉。

(责任编辑:张 灵)