

【案例】

陈建伍盗窃案 [第460号]

——盗窃邮政局金库中存放的邮政储汇款是否构成盗窃金融机构

【刑事司法规范及其理解与适用】

最高人民法院 关于审理破坏电力设备刑事案件具体应用法律若干问题的解释

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 关于依法严肃查处拒不执行判决、裁定和暴力抗拒法院执行犯罪行为有关问题的通知

【法律、法规和规章】

建设部城市供水水质管理规定

建筑业企业资质管理规定

【审判实务释疑】

对于提供的线索属实，但未能抓捕到犯罪嫌疑人的，能否认定为立功？

【裁判文书选登】

魏娟故意伤害案

——广东省珠海市中级人民法院刑事判决书

——广东省高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



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

2007年第5集 • 总第 58 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



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事审判参考. 2007年第5集. 总第58集 / 最高人民法院
刑一庭至刑五庭主编. —北京: 法律出版社, 2008. 1 (2008. 4 重印)
ISBN 978-7-5036-8061-8

I. 刑… II. 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(2007)第 201088 号

©法律出版社·中国

责任编辑 / 杨 扬 肖逢伟

装帧设计 / 李 瞻

出版 / 法律出版社
总发行 / 中国法律图书有限公司
印刷 / 北京北苑印刷有限责任公司

编辑统筹 / 法律应用出版分社
经销 / 新华书店
责任印制 / 陶 松

开本 / A5
版本 / 2008 年 1 月第 1 版

印张 / 7.125 字数 / 169 千
印次 / 2008 年 4 月第 2 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

苏州公司 / 0512-65193110

书号: ISBN 978-7-5036-8061-8 定价: 20.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

2007年第5集·总第58集

刑事审判参考

编辑委员会

主 任：姜兴长

副 主 任：张 军 熊选国

委 员：(姓氏笔画为序)

王 勇	叶晓颖	沈 亮	李武清	吕广伦
任卫华	张 明	周 峰	杨万明	高贵君
高憬宏	黄尔梅	耿景仪	裴显鼎	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)	罗绍雄 (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有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,最高人民法院姜兴长副院长担任编辑委员会主任,张军和熊选国两位副院长担任副主任。熊选国副院长任主编,五个刑庭庭长任副主编。

2007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的疑难问题。

【法律、法规和规章】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。

【裁判文书选登】具有较强的说理性,能够体现法官适用普遍的法律规范解决具体案件的智慧的优秀裁判文书。

最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭

目 录

【案 例】

张俊等走私普通货物案[第 455 号]

——单位责任人员在实施单位犯罪的同时,其个人又
犯与单位犯罪相同之罪的,应数罪并罚 (1)

杨永胜销售假冒注册商标的商品案[第 456 号]

——销售假冒注册商标的商品未遂的是否作为犯罪处
理 (11)

宗爽合同诈骗案[第 457 号]

——以签订出国“聘请顾问协议书”为名骗取他人钱
财的行为如何定性 (18)

吕升艺故意杀人案[第 458 号]

——最高法院复核认为原判认定事实清楚,量刑适当,但
定罪不准的,可以直接改判罪名并核准死刑 (26)

杜益忠故意伤害致人死亡案[第 459 号]

——共同故意伤害致人死亡案件中,被告人如实供述
公安机关没有掌握的其致人死亡的关键情节,是

否可以酌情从轻处罚	(35)
陈建伍盗窃案[第 460 号]	
——盗窃邮政局金库中存放的邮政储汇款是否构成盗 窃金融机构	(40)
王一辉、金珂、汤明职务侵占案[第 461 号]	
——利用职务便利盗卖单位游戏“武器装备”的行为 如何定罪处罚	(48)
高建华等贪污案[第 462 号]	
——使用公款购买房屋构成贪污的,犯罪对象是公款 还是房屋	(62)

【刑事司法规范及其理解与适用】

最高人民法院

关于审理破坏电力设备刑事案件具体应用法律若干 问题的解释	(72)
---------------------------------------	--------

《最高人民法院关于审理破坏电力设备刑事案件具体应 用法律若干问题的解释》的理解与适用	李洪江 (74)
---	------------

最高人民法院 最高人民检察院 公安部

关于依法严肃查处拒不执行判决、裁定和暴力抗拒 法院执行犯罪行为有关问题的通知	(82)
关于办理海上发生的违法犯罪案件有关问题的通知	(86)

【编辑部答疑】

持有不能正常击发的枪支是否构成非法持有枪支罪	(89)
如何理解《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问 题的解释》第一条第(二)项的规定	(90)

如何区分聚众赌博与开设赌场 (91)

【法律、法规和规章】

国务院

大型群众性活动安全管理条例 (93)

商务部、国家发展和改革委员会、公安部、建设部、国家工商行政管理总局、国家环境保护总局

再生资源回收管理办法 (100)

建设部

城市供水水质管理规定 (106)

建筑业企业资质管理规定 (114)

海关总署

中华人民共和国海关暂时进出境货物管理办法 (126)

国家质量监督检验检疫总局

食品召回管理规定 (136)

【问题探讨】

数罪并罚情形中毒品再犯的认定问题 高贵君 方文军 (144)

【裁判文书选登】

魏娟故意伤害案

——广东省珠海市中级人民法院刑事判决书 (150)

——广东省高级人民法院刑事判决书 (177)

【案 例】

[第 455 号]

张俊等走私普通货物案

——单位责任人员在实施单位犯罪的同时，
其个人又犯与单位犯罪相同之罪的，
应数罪并罚

一、基本案情

被告人张俊，男，1969 年 11 月 7 日出生，汉族，大专文化，原江苏舜天集团科技发展有限公司（以下简称“舜天科发公司”）法人代表，曾任南京金亚联贸易有限公司（以下简称“金亚联公司”）总经理。2002 年 11 月 22 日因涉嫌犯走私普通货物罪被逮捕。

被告人高飞，男，1969 年 2 月 6 日出生，汉族，大专文化，南京元亨食品有限公司（以下简称“元亨公司”）法人代表、总经理。2002 年 11 月 22 日因涉嫌犯走私普通货物罪被逮捕。

被告人汪晓平，男，1961 年 11 月 13 日出生，汉族，大专文化，无业，曾任金亚联公司总经理。2002 年 11 月 24 日因涉嫌犯走私普通货物罪被逮捕。

被告人周伟明，男，1957 年 12 月 1 日生，汉族，高中文化，无业。2002 年 11 月 22 日因涉嫌犯走私普通货物罪被逮捕。

被告人华晖，男，1968 年 10 月 5 日生，汉族，大专文化，元亨

公司副总经理。2002年11月22日因涉嫌犯走私普通货物罪被逮捕。

被告人黄威,男,1969年11月7日出生,汉族,大专文化,澳大利亚 SAMEX 公司驻中国(南京)办事处(以下简称“SAMEX”公司)代表。2002年11月24日因涉嫌犯走私普通货物罪被逮捕。

江苏省南京市人民检察院以被告人张俊、高飞、汪晓平、周伟明、华晖、黄威犯走私普通货物罪,向南京市中级人民法院提起公诉。

被告人张俊及其辩护人提出,指控被告人张俊与被告人高飞、华晖构成共同犯罪,且系主犯的证据不足;张俊有重大立功,且归案后主动交代犯罪事实,积极退赃,请求对其减轻处罚。

被告人高飞及其辩护人提出,海关关税部门鉴定偷逃应缴税额的计价办法不规范;高飞有自首情节,请求对其从轻、减轻处罚。

被告人汪晓平及其辩护人提出,被告人汪晓平为从犯;归案后有悔罪表现,请求对其从轻处罚。

被告人周伟明及其辩护人提出,指控被告人周伟明个人犯罪的事实不清。

被告人华晖对起诉指控的事实无异议。其辩护人提出的辩护意见为,认定被告人华晖系个人犯罪的定性不当;华晖系从犯,请求对其减轻处罚。

被告人黄威及其辩护人提出,对偷逃税额的计算不准;黄威认罪态度好,请求对其从轻处罚。

江苏省南京市中级人民法院经公开审理查明:

1999年10月至2002年7月,被告人张俊、高飞、汪晓平、周伟明、华晖、黄威在进口冻品业务过程中,分别结伙,由张俊、高飞等人确定报关价格,采用制作、利用虚假外贸合同、发票等单证、低价报关的方法,偷逃应缴税额。具体事实如下:

1. 2000年4月至8月,元亨公司代理进口被告人周伟明的

14 票货,由被告人高飞确定报关价格,周伟明制作并提供虚假报关发票,元亨公司偷逃应缴税额计人民币 473607.73 元。

2. 2002 年 2 月至 6 月,元亨公司以江苏苏美达国际技术贸易有限公司的名义(以下简称“苏美达公司”)代理进口被告人黄威联系的 20 票货。由被告人高飞确定报关价格,黄威提供虚假的 SAMEX 公司发票、合同,元亨公司偷逃应缴税额计人民币 535012.37 元,其中 SAMEX 公司参与偷逃应缴税额计人民币 161827.16 元。

3. 2001 年 8 月至 2002 年 7 月,元亨公司代理进口林镇荣的 27 票货,由被告高飞确定报关价格,外商提供虚假的发票、合同,元亨公司偷逃应缴税额计人民币 62052.73 元。

4. 1999 年 10 月至 2000 年 1 月,元亨公司代理进口胡金瑞的 25 票货,由被告高飞确定报关价格,上海富达公司提供虚假的发票、合同,元亨公司偷逃应缴税额计人民币 589963.80 元。

5. 2001 年 12 月至 2002 年 1 月,元亨公司代理进口林子强的 2 票货,由被告高飞确定报关价格,香港友信发展有限公司提供虚假的发票、合同,元亨公司偷逃应缴税额计人民币 16314.26 元。

6. 2001 年 1 月至 12 月,被告人张俊、汪晓平在经营金亚联公司期间,以南京市纺织品进出口股份有限公司(以下简称“南纺公司”)的名义分别代理进口陈尾金、林子铭的 70 票货,由汪晓平制作虚假的发票、合同,张俊确定报关价格,偷逃应缴税额计人民币 2200980.77 元。

7. 2002 年 1 月至 6 月,被告人张俊私自决定以舜天科发公司的名义代理被告人黄威进口 SAMEX 公司的 11 票货,代理被告人高飞、华晖进口林镇荣的 27 票货,进口许少华、林子铭的 42 票货,由张俊确定报关价格,黄威和外商提供虚假发票,张俊将其中 8 票货的虚假发票上的报价改低,偷逃应缴税额计人民币 1435063.93 元,归其个人所有。

8. 2001年9月至2002年6月,被告人张俊私自决定以南纺公司的名义代理被告人高飞、华晖进口林镇荣的33票货,许少华、林子铭的30票货,由张俊、高飞确定报关价格,外商据此提供虚假的发票、合同,偷逃应缴税额计人民币1545224.22元,归其个人所有。

9. 2000年11月,被告人张俊私自决定以南纺公司的名义代理进口陈尾金的3票货,张俊将外商提供的发票上的价格改低,偷逃应缴税额计人民币45380.39元。

10. 2000年8月至2001年12月,被告人张俊私自决定以南纺公司名义代理进口被告人周伟明的16票货,由张俊确定报关价格,周伟明制作并提供虚假的发票,偷逃应缴税额计人民币945075.41元。

2002年7月3日至22日,被告人张俊、华晖、黄威、汪晓平、周伟明分别被南京海关抓获归案;同年7月25日,被告人高飞到南京海关自动投案。

南京市中级人民法院认为,被告人张俊、高飞、周伟明、汪晓平、华晖、黄威为个人和单位牟取非法利益,违反海关法规,采用低价报关的方法,偷逃应缴税额。其中第6起事实系金亚联公司走私,偷逃应缴税额计人民币2200980.77元,情节严重,被告人张俊作为金亚联公司直接负责人已构成走私普通货物罪。此外,第7—10起事实系被告人张俊单独或与其他单位、个人共同走私,偷逃应缴税额计人民币3970743.95元,其行为已构成走私普通货物罪,且系共同犯罪。被告人张俊在与被告人高飞、华晖的共同犯罪中,起主要作用,系主犯。被告人张俊有立功表现,依法可从轻、减轻处罚,其归案后能主动交代犯罪事实,积极退赃,可对其酌情从轻处罚。其中第1—5起事实系元亨公司单独或与其他单位、个人共同走私,偷逃应缴税额计人民币1676950.89元,情节严重,被告人高飞作为元亨公司直接负责的主管人员已构成走私普通货物

罪,且系共同犯罪。此外,被告人高飞与被告人张俊、华晖共同走私、偷逃应缴税额计人民币 2519887 元,其行为已构成走私普通货物罪,且系共同犯罪。其中被告人高飞在共同犯罪中,起主要作用,系主犯。被告人高飞系自首,归案后能主动交代犯罪事实,依法可从轻处罚。金亚联公司走私,偷逃应缴税额计人民币 2200980.77 元,情节严重,被告人汪晓平作为金亚联公司直接负责人已构成走私普通货物罪。被告人汪晓平归案后,认罪态度较好,协助侦查机关收集本案证据,确有悔罪表现,可对其酌情从轻处罚。被告人周伟明与其他单位或个人共同走私,偷逃应缴税额计人民币 1418683.14 元,其行为已构成走私普通货物罪,且系共同犯罪。被告人华晖与被告人张俊、高飞共同走私,偷逃应缴税额计人民币 2519887 元,其行为已构成走私普通货物罪,且系共同犯罪。其中被告人华晖在共同犯罪中,起次要作用,系从犯,依法可减轻处罚。其归案后认罪态度好,确有悔罪表现,可对其酌情从轻处罚。SAMEX 公司与其他单位或个人共同走私,偷逃应缴税额计人民币 718591.06 元,被告人黄威作为 SAMEX 公司直接负责的主管人员已构成走私普通货物罪,且系共同犯罪。被告人张俊、高飞与其他单位或个人共同实施走私犯罪,应当处以刑罚;其作为单位走私的直接负责人亦应承担相应的刑事责任,故对其应实行数罪并罚。为维护海关的监管秩序,惩治犯罪,依照《中华人民共和国刑法》第一百五十三条第一款第(一)项、第二款、第三款、第二十五条第一款、第二十六条第一款、第二十七条、第三十条、第三十一条、第六十七条、第六十九条第一款、第五十二条、第五十三条、第七十二条、第七十三条第二、三款、《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第五条之规定,判决如下:

1. 被告人张俊犯(单位)走私普通货物罪,判处有期徒刑二年;犯走私普通货物罪判处有期徒刑十三年,并处罚金人民币 3970743.95 元;决定执行有期徒刑十四年,并处罚金人民币

3970743.95元。

2. 被告人高飞犯(单位)走私普通货物罪,判处有期徒刑二年;犯走私普通货物罪判处有期徒刑十二年,并处罚金人民币2519887元;决定执行有期徒刑十三年,并处罚金人民币2519887元。

3. 被告人汪晓平犯(单位)走私普通货物罪,判处有期徒刑三年,缓刑五年。

4. 被告人周伟明犯走私普通货物罪判处有期徒刑十年,并处罚金人民币1418683.14元。

5. 被告人华晖犯走私普通货物罪判处有期徒刑三年,缓刑五年,并处罚金人民币50万元。

6. 被告人黄威犯(单位)走私普通货物罪,判处有期徒刑一年十个月。

一审判决后,被告人张俊、高飞、周伟明不服,分别提出上诉。

张俊及其辩护人提出:1. 第9、10笔是单位犯罪,不是个人犯罪;2. 张俊有重大立功情节,应减轻处罚。

高飞及其辩护人提出:1. 对其因单位犯走私普通货物罪和个人犯走私普通货物罪被数罪并罚提出异议;2. 有自首情节,原判未予考虑,量刑过重。

周伟明及其辩护人提出周伟明实施的走私行为应认定余鑫水产公司单位犯罪。

江苏省高级人民法院经审理认为,有证据证明上诉人张俊上交了部分利润给金亚联公司,但由于张俊既有单位走私犯罪行为,又有个人走私犯罪行为,其为金亚联公司走私犯罪行为与上交金亚联公司的走私所得利润行为不具有及时性,无法一一对应,不能据此认为张俊上交金亚联公司的利润仅是针对原审判决认定第6笔走私所得,因此仅仅凭借其有上交金亚联公司利润的行为不足以判断其行为性质是单位犯罪还是个人犯罪,还应从犯罪行为是

否体现了单位意志等方面进行考量。另有证据证明作为金亚联公司负责人的汪晓平对张俊在第9、10事实中的行为予以认可,张俊在这二笔事实中的行为体现了单位意志,故应认定上诉人张俊实施第9、10笔犯罪的性质属金亚联公司单位犯罪,原审判决对该二笔事实的定性有误,应予以纠正;对上诉人高飞、周伟明、原审被告华晖、黄威、汪晓平的定罪量刑并无不当,应予维持。据此,依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第(二)项、《中华人民共和国刑法》第一百五十三条第一款第(一)项、第二款、第三款、第二十五条第一款、第二十六条第一款、第二十七条、第三十条、第三十一条、第六十七条、第六十九条第一款、第五十二条、第五十三条、第七十二条、第七十三条第二、三款、《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第五条之规定,于2004年6月29日,判决如下:

1. 维持江苏省南京市中级人民法院(2003)宁刑初字第92号刑事判决对被告人高飞、汪晓平、周伟明、华晖、黄威的判决部分。

2. 撤销江苏省南京市中级人民法院(2003)宁刑初字第92号刑事判决对被告人张俊的判决部分。

3. 上诉人(原审被告)张俊犯(单位)走私普通货物罪,判处有期徒刑二年,犯走私普通货物罪判处有期徒刑十二年,并处罚金人民币2980288.15元,决定执行有期徒刑十三年,并处罚金人民币2980288.15元。

二、主要问题

在单位犯罪中应当负刑事责任的人员,又以自然人身份实施了与单位犯罪所触罪名相同的犯罪,这种情况下,对行为人是否应当进行数罪并罚?

三、裁判理由

单位责任人员在实施单位犯罪的同时,其个人又犯与单位犯罪相同之罪的,应数罪并罚。

本案被告人张俊、高飞作为单位直接责任人员,对其单位所犯的(单位)走私普通货物罪应当承担刑事责任;对其个人所犯的走私普通货物罪也应当承担刑事责任。但由于两罪罪名相同,对二被告人如何定罪量刑在本案审理中曾有不同意见:一种意见认为,对二被告人应定(单位)走私普通货物罪和走私普通货物罪两个罪,再进行并罚;另一种意见认为,对二被告人只定走私普通货物罪一罪从重处罚,并将单位犯罪偷逃应缴税额和二被告人在单位犯罪中所起的作用与地位,作为其中的量刑情节予以从重处罚。

我们认为,产生上述意见分歧的主要原因有两个:一是对刑法中的“罪数”划分标准没有区分清楚;二是对“数罪并罚”的基本原则没有正确把握。

1. 被告人张俊、高飞在本案中的行为分别构成两个犯罪。

数罪并罚中,首先要解决的问题是罪数问题,即指同一行为人所犯之罪的数量问题,也就是说同一行为人的行为是构成一个罪,还是构成数个罪。如果行为人的行为是构成一个罪,则不存在数罪并罚问题;如果是数个罪,才可能涉及数罪并罚。罪数问题,是司法实践中经常遇到的问题,也是刑法理论中的基本问题。认定行为人的行为是构成一个罪还是构成数个罪,犯罪构成标准是我国刑法学界和司法实务的通说标准。具体地说,行为人以一个或概括的犯罪故意或过失,实施一个行为或数个行为,符合一个犯罪构成的为一罪;以数个犯罪故意或过失,实施数个行为,符合数个犯罪构成的为数罪。

本案被告人张俊、高飞的行为是构成一个罪还是数个罪,应根据犯罪构成标准来分析(因被告人高飞与张俊的犯罪行为雷同,以下仅以被告人张俊的行为为例分析,同理可推论高飞的行为)。首先,从犯罪行为个数看,被告人张俊在本案中实施了多个走私普通货物的行为。其次,从张俊实施这些犯罪行为的故意种类来看,基于为其所在的金亚联公司谋取不正当利益的犯罪故意,张俊实