

【案例】

刘必仲挪用资金案

——彩票销售人员不交纳投注金购买彩票并且事后无力偿付购买彩票款的行为如何定性

【刑事司法文件及其理解与适用】

《关于审理破坏林地资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的理解与适用

最高人民法院关于进一步做好死刑二审案件开庭审理工作的通知

【经验交流】

江苏省高级人民法院量刑指导规则（试行）

《江苏省高级人民法院量刑指导规则（试行）》的制定背景及说明

【问题探讨】

罚金刑适用的若干问题

【裁判文书选登】

马德受贿案

——北京市第二中级人民法院刑事判决书

——北京市高级人民法院刑事裁定书

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

2006年第1集 • 总第 48 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
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事审判参考·2006年第1辑·总第48集/最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主编. —北京:法律出版社,2006.4

ISBN 7-5036-6293-X

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(2006)第030016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

编辑统筹/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/7.75

字数/181千

版本/2006年5月第1版

印次/2006年5月第1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 7-5036-6293-X/D·6010 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)

2006年第1集·总第48集

刑事审判参考

编辑委员会

主 任: 姜兴长

副 主 任: 沈德咏 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: 汪鸿滨 郭清国 孙 江 陆建红 吴光侠

特邀编辑:

周 军 (北京)	黄祥青 (上海)	康建茂 (天津)
于天敏 (重庆)	关奇才 (黑龙江)	姜富权 (吉林)
吴 喆 (辽宁)	梁国裕 (内蒙古)	李睿懿 (山西)
魏 健 (河北)	刘玉安 (山东)	石德和 (安徽)
宓小平 (浙江)	余学群 (江西)	茅仲华 (江苏)
王成全 (福建)	田立文 (河南)	王志辉 (湖北)
蔡俊伟 (湖南)	赵 军 (广东)	张永林 (海南)
石家祥 (广西)	白宗钊 (四川)	梁子安 (云南)
陈忠裕 (贵州)	张晓建 (陕西)	张克文 (宁夏)
张荣庆 (甘肃)	韩幸生 (青海)	桑 布 (西藏)
陈国良 (新疆)	王建军 (军事法院)	

目 录

【案 例】

郭金元、肖东梅非法经营案[第 378 号]

——被行政处罚过的非法经营数额是否计入犯罪

数额 (1)

刘建场、李向华倒卖车票案[第 379 号]

——以出售牟利为目的购买大量车票尚未售出的行为

如何处理 (11)

王建辉、王小强等故意杀人、抢劫案[第 380 号]

——对共同故意杀人致人死亡的多名主犯如何区别量

刑 (15)

董保卫、李志林等盗窃、收购赃物案[第 381 号]

——投案动机和目的是否影响自首成立 (23)

刘必仲挪用资金案[第 382 号]

——彩票销售人员不交纳投注金购买彩票并且事后无

力偿付购买彩票款的行为如何定性 (30)

- 郭如鳌、张俊琴、赵茹贪污、挪用公款案[第383号]
——证券营业部工作人员利用职务便利私分单位违规
 自营炒股盈利款的行为如何定性……………(41)
- 胡发群受贿、巨额财产来源不明案[第384号]
——国家工作人员利用职务便利索要高额投资回报的
 行为是否构成受贿罪……………(58)
- 鞠胤文挪用公款、受贿案[第385号]
——因挪用公款索取、收受贿赂或者行贿构成犯罪的,
 是择一重处还是两罪并罚……………(67)

【刑事司法文件及其理解与适用】

- 《关于审理破坏林地资源刑事案件具体应用法律
 若干问题的解释》的理解与适用……………马 东(78)
- 最高人民法院**
 关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干
 问题的解释……………(87)
- 最高人民法院**
 关于进一步做好死刑二审案件开庭审理工作的
 通知……………(92)
- 《关于进一步做好死刑二审案件开庭审理
 工作的通知》的理解与适用……………逢锦温(94)

【法律、法规和规章】

- 中华人民共和国公司登记管理条例……………(101)

【经验交流】

- 江苏省高级人民法院量刑指导规则(试行) (120)
- 《江苏省高级人民法院量刑指导规则(试行)》的制定背景及说明 薛剑祥(127)

【问题探讨】

- 罚金刑适用的若干问题 王洪清(143)

【裁判文书选登】

- 马长根、袁永林等侵犯商业秘密案
——浙江省绍兴县人民法院刑事判决书 (158)
- 马德受贿案
——北京市第二中级人民法院刑事判决书 (182)
- 北京市高级人民法院刑事裁定书 (212)

【案 例】

[第378号]

郭金元、肖东梅非法经营案

——被行政处罚过的非法经营数额
应否计入犯罪数额

一、基本案情

被告人郭金元,男,1958年2月2日出生,初中文化,农民。2003年4月29日因涉嫌犯非法经营罪被刑事拘留,同年5月29日被逮捕。

被告人肖东梅,又名肖玫,女,1970年1月15日出生,初中文化,农民。2003年4月23日因涉嫌犯非法经营罪被刑事拘留,同年5月29日被逮捕。2003年11月13日,被渭南市中级人民法院取保候审。

渭南市人民检察院以被告人郭金元、肖东梅犯非法经营罪,向渭南市中级人民法院提起公诉。

起诉书指控:2001年5月11日,被告人郭金元将其非法经营的172件卷烟,从富平运返渭南时在临渭区大什村被西安市阎良区烟草专卖局查扣,总价值15.432万元;2002年8月29日至9月2日,被告人郭金元在渭南市临渭区先后向刘增年、杨友民、刘全州等20人非法销售卷烟,非法经营额为35.8281万元;2002年8

月27日至2003年4月27日,被告人郭金元先后3次非法经营烟草专卖品,非法经营额为15.1873万元。被告人肖东梅在2003年4月先后2次非法经营烟草专卖品,非法经营额为9.227万元。二被告人的行为触犯了刑法第二百二十五条第(一)项的规定,已构成非法经营罪。

被告人郭金元及其辩护人认为,指控其于2002年8月29日至9月2日非法经营烟草专卖品35.8251万元和2003年4月20日向肖东梅销售烟草专卖品1.76万元的事实,证据不足,不能认定;指控郭金元于2001年5月11日从富平县烟草专卖局非法购进烟草专卖品15.432万元的事实,已经由有关行政机关作出行政处罚,不应累计计算再作刑事处罚。

被告人肖东梅对指控其非法经营烟草专卖品的事实无异议。其辩护人称,指控肖东梅销售给陈树兴兰B金丝猴烟的数字有误,应为10件而不是25件,且肖东梅有自首情节,请求从轻处罚。

渭南市中级人民法院经公开审理查明:

2002年8月27日,渭南市烟草专卖局稽查大队会同渭南市公安局临渭分局经侦大队在临渭区二马路杨家寨16号被告人郭金元住处,查获郭金元非法经营烟草专卖品各种卷烟共计26个品种5295条,总价值11.53万元。

2003年4月27日晚,被告人郭金元驾驶柳洲五菱微型面包车(陕D17051)先向临渭区宣化路宣化超市邢刚销售黄“公主”牌卷烟4件,价值2500元;随后到二马路向新康商店刘增年销售5个品种卷烟共计55条,价值1989元;当郭再次准备销烟时被渭南市烟草专卖局稽查大队查扣,当场从车内查获5个品种卷烟155条,价值8550元;当晚又在其家查获各类卷烟13个品牌38条,价值5934元。

2003年4月20日,被告人郭金元在渭南市临渭区固市中学向被告肖东梅销售“骊山”牌香烟15件、黄“公主”牌香烟9件、

兰 B“金丝猴”牌香烟 8 件,销售金额 1.76 万元。当肖东梅正准备将上述卷烟拉出销售时,被渭南市烟草专卖局稽查大队查扣,并查扣肖东梅非法运输烟草专卖品的“汉江”牌微型面包车一辆(陕 AD5347)。肖东梅于当日下午主动到渭南市烟草专卖局接受处理。

2003 年 4 月,被告人肖东梅将其非法经营的烟草专卖品黄“公主”牌卷烟 25 件、软“猴王”牌卷烟 11 件、兰 B“金丝猴”牌卷烟 62 件分别销售给渭南市临渭区的陈树兴、祖开育、王运良、李根海、王天社、左安发、贾燕等人,销售金额 7.467 万元。

渭南市中级人民法院认为:

被告人郭金元从 2002 年 8 月 27 日至 2003 年 4 月 27 日,先后 3 次非法经营烟草专卖品,非法经营额为 15.1873 万元;被告人肖东梅在 2003 年 4 月先后 2 次非法经营烟草专卖品,非法经营额为 9.227 万元。被告人郭金元、肖东梅未经许可,非法经营《中华人民共和国烟草专卖法》规定的烟草专卖品,均已构成非法经营罪。被告人郭金元的行为属于情节特别严重,被告人肖东梅的行为属于情节严重。陕西省渭南市人民检察院指控的罪名成立。

对于起诉书指控被告人郭金元于 2002 年 8 月 29 日先后向刘增年、杨友民、刘全州等 20 人非法销售价值 35.8281 万元烟草专卖品的事实,经查,从郭金元住处查扣的计划供货帐单看,时间概念不清,未能查清进货来源,虽有证人证言,但证言时间不确切,有的有反复,又无其他实物凭证佐证,显属证据不足,不能认定。

起诉书指控被告人郭金元于 2001 年 5 月 11 日将其非法经营的 172 件卷烟,从富平运回渭南时在临渭区大什村被西安市阎良区烟草专卖局查扣,总价值 15.432 万元的事实,经查,此事实已被西安市阎良区烟草专卖局经陕西省烟草专卖局审批,依法作出行政处理,且合法、正确。在累计计算郭金元非法经营烟草价值数额时,不能将该笔数额再累计计算予以刑事处罚,故此笔不应计入被

告人郭金元非法经营数额之内。郭金元非法经营情节特别严重,应依法予以惩处。其辩护人的辩护意见部分成立,予以采纳。

被告人肖东梅非法经营情节严重,但案发后,能主动到烟草部门接受处理,应视为投案自首,且认罪态度好,有悔罪表现。故依法对其从轻处罚。其辩护人的辩护意见成立,予以采纳。

渭南市中级人民法院依照《中华人民共和国刑法》第二百五十五条第(一)项,第六十七条第一款、第七十二条第一款、第七十三条第二、三款、第六十四条的规定,于2003年11月10日判决如下:

1.被告人郭金元犯非法经营罪,判处有期徒刑五年,并处罚金二万元。

2.被告人肖东梅犯非法经营罪,判处有期徒刑三年,缓刑四年,并处罚金一万元。

3.随案移送作案工具柳洲五菱微型面包车一辆(陕D17051)、汉江微型面包车一辆(陕AD5347)予以没收。

一审宣判后,陕西省渭南市人民检察院提出抗诉,陕西省人民检察院支持抗诉。被告人郭金元不服,提出上诉。

陕西省人民检察院抗诉提出:原审被告人郭金元于2002年8月29日至9月3日非法经营烟草专卖品价值35.8281万元的事实,有刘增年等20名证人证言、郭金元供述、从郭家中查扣的“计划供烟单”等证据证明,原审判决对此起作案事实不予认定是错误的。原审法院对郭金元于2001年5月11日非法经营卷烟172件(价值15.432万元)的事实,以已被西安市阎良区烟草专卖局行政处罚、作案数额不能累计计算再作刑事处罚为由不予认定,有违最高人民检察院、公安部2001年4月8日公布的《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》第七十条和1996年10月1日生效实施的《中华人民共和国行政处罚法》第七条、第二十八条的有关规定,于法无据,是适用法律错误。

上诉人郭金元当庭在二审期间提出,抗诉指控其于2002年8月29日至9月3日非法经营35万余元的事实不清,证据不足,不能成立。理由是:查扣的“帐单”只是其“计划”供应单,而非已经实施的供货记帐单;证人证言是证人被传唤到公安局并在侦查人员出示“帐单”后才承认的;其家于8月27日被查抄后,其去了乾县,无作案时间;35万余元的货物不是一个小数目,但侦查机关没有证据证明货物来源,因此不能认定。对抗诉指控其于2001年5月11日非法拉运15万余元卷烟应予追究刑事责任的意见,郭金元辩称其行为当时不属于犯罪行为,行政机关当时作出的行政处理的案件管辖、处罚程序、性质认定均是合法的,因此,行政处罚合法正确,其行为当时属于一般违法行为,检察院在两年后将早已作过处理决定的行为加以指控,缺乏法律依据。原审判决认定其于2003年4月20日给肖东梅供烟1.76万元的事实不能成立;其实际非法经营数额应为13.4273万元,原判量刑过重。

肖东梅在二审期间对于指控其非法经营烟草专卖品的事实供认属实,并辩称自己不懂法,且有投案自首情节,请求法庭给其一个重新做人的机会。

陕西省高级人民法院经审理查明:原审判决认定上诉人郭金元3次作案、非法经营数额15.1873万元;被告人肖东梅2次作案、非法经营数额9.227万元的事实是清楚、正确的,依法应予确认。还查明,2001年5月11日,上诉人郭金元在富平县烟草专卖局购买磨砂猴王、软猴王、窄板猴等无标卷烟172件,价值15.432万元,当车行至渭南市临渭区大什村时,被阎良区烟草专卖局查扣。后经陕西省烟草专卖局审批,被西安市阎良区烟草专卖局依法予以行政处罚。另外查明,郭金元因非法运输卷烟分别于1999年6月3日和2002年3月14日被华县烟草专卖局给予行政处罚。据此,陕西省高级人民法院认为,上诉人郭金元、被告人肖东梅违反国家烟草专卖法,未经许可,非法买卖卷烟,情节严重,其

行为均已构成非法经营罪。对检察院抗诉指控郭金元于2002年8月29日至9月3日向刘增年等20人非法销售卷烟总计价值35.8281万元的事实,经查,(1)2002年8月27日有关机关对郭金元的住宅进行搜查,查扣了价值11.53万元的卷烟,郭金元在事隔两天后又经营价值高达35万元的卷烟,作案的进货来源没有查清。(2)刘增年等20名证人虽然证明曾从郭金元处进过货,但是证明的进货时间不确切,有的证明进货是在七八月,有的证明是八九月;证言内容有瑕疵,所有购烟的品种、数量、价格等均是在办案人员出示计划供货单后,证人经回忆才确认的;证人均证明计划供货单一式两份,但是侦查机关没有提取到一份证人所持的计划供货单;许多证人均证明是与郭金元的老婆联系购货的,但郭金元妻子的证言没有问到。(3)该宗作案事实,没有其他实物证据能够证明。(4)一、二审开庭审理中,郭金元均供称其当时不在渭南,没有作案时间,没有供货,故证明该宗作案事实的证据不充分,依法不予认定。对郭金元上诉提出其于2001年5月11日非法拉运卷烟价值15.432万元已经阎良区烟草专卖局行政处罚过,不应再计入犯罪数额予以追究刑事责任的理由,经查,(1)根据我国行政处罚法第七条、第二十八条之规定,法律并未禁止对已经行政处罚过的行为予以刑事处罚,所以对已受过行政处罚的行为再予刑事处罚,不违反一事不再罚的原则;(2)根据最高人民检察院、公安部已于2001年4月8日颁布实施的关于经济犯罪的追诉标准,非法经营5万元就要追究刑事责任;国务院2001年7月9日公布的《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》,对行政机关发现犯罪应移交公安机关处理作了具体规定,但阎良区烟草局仍依据国家烟草专卖局的有关行政法规的规定对郭金元作出行政处罚,显属违法,没有法律效力。故对该笔已经行政处罚的非法经营数额应当计入犯罪数额。综上,陕西省人民检察院的部分抗诉意见正确,予以采纳。郭金元的部分上诉理由成立。上诉人郭金元非法经营

烟草金额 306193 元,且在两年内受到二次行政处罚,情节特别严重,应予惩处。被告人肖东梅非法经营数额达 9.227 万元,情节严重,但肖东梅在案发后能主动到烟草部门接受处理,如实供述自己的犯罪事实,有自首情节,且在一、二审审理中认罪态度好,有悔罪表现,可对其从轻处罚。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第(一)、(二)项,依照《中华人民共和国刑法》第二百二十五条,第六十七条第一款、第七十二条第一款、第七十三条第二、三款、第六十四条之规定,判决如下:

1. 维持渭南市中级人民法院刑事判决的第 2、3 项,即被告人肖东梅犯非法经营罪,判处有期徒刑三年,缓刑四年,并处罚金一万元;随案移送作案工具柳州五菱微型面包车一辆(陕 D17051)、汉江微型面包车一辆(陕 AD5347)予以没收。

2. 撤销渭南市中级人民法院刑事判决的第 1 项,即被告人郭金元犯非法经营罪,判处有期徒刑五年,并处罚金二万元的部分。

3. 上诉人郭金元犯非法经营罪,判处有期徒刑六年,并处罚金四万元,罚金从其向阎良区烟草专卖局所缴纳的行政处罚款中予以折抵。

二、主要问题

对于行政机关超越职权范围“以罚代刑”处置的非法经营数额,应否作为未经处理的犯罪数额予以累计计算?

三、裁判理由

在本案审理过程中,控辩双方争议的焦点之一是“经烟草专卖机关行政处罚过的非法经营数额能否再计入犯罪数额”的问题,即被告人郭金元非法拉运卷烟价值 154320 元的行为事实,已经西安市阎良区烟草专卖局行政处罚,是否还应累计算作其非法经营犯罪数额。这也是人民法院正确处理本案的关键所在。

(一)非法经营数额是判断行为人非法经营情节是否严重、行为是否构成非法经营罪的重要依据。

非法经营罪作为一种行政犯,根据刑法第二百二十五条的规定,是指违反国家规定,从事非法经营活动,扰乱市场秩序情节严重的行为。根据我国刑法理论和司法实践,非法经营数额是判断非法经营情节是否严重的重要依据。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家烟草专卖局2003年12月23日印发的《关于办理假冒伪劣烟草制品刑事案件适用法律问题座谈会纪要》第三条明确规定:“1. 个人非法经营数额在五万元以上的,或者违法所得数额在一万元以上的;2. 单位非法经营数额在五十万元以上的,或者违法所得数额在十万元以上的……”,依照刑法第二百二十五条的规定定罪处罚。最高人民检察院、公安部2001年4月8日公布的《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》第七十条,也将非法经营数额规定为刑事追诉的标准之一。可见,非法经营数额是决定是否构成非法经营罪的重要情节之一。

(二)多次非法经营烟草未经处理的,犯罪数额应累计计算。

对于多次未经处理的非法经营行为,犯罪数额应否累计计算,我国刑法第二百二十五条未作明确规定。但我国刑法对于以犯罪数额作为定罪量刑依据的其他犯罪,大都规定了累计计算的原则。如刑法第一百五十三条第三款规定,对多次走私未经处理的,按照累计走私货物、物品的偷逃应缴税额处罚。其他类似规定还见诸刑法第二百零一条偷税罪、第三百四十七条走私、贩卖、运输、制造毒品罪、第三百八十三条贪污罪等。最高人民检察院2002年7月8日公布的《关于办理非法经营食盐刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第三条明确规定:非法经营食盐行为未经处理的,其非法经营的数额累计计算。参照我国刑法的立法精神和司法解释的有关规定,多次非法经营烟草未经处理的,犯罪数额也应当累计计算,但是累计计算的前提条件是“未经处理”。何为“未经处理”?“两高”1989年11月6日《关于执行〈关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题的解释》曾规定:多次贪污未经处理,是

指两次以上(含两次)的贪污行为,既没有受过刑事处罚(包括免予起诉、免予刑事处分),也没有受过行政处罚。可见,未经处理,是指未经刑事处罚,也未经行政处罚过。前述《关于办理假冒伪劣烟草制品刑事案件适用法律问题座谈会纪要》第三条第(三)项明确规定:曾因非法经营烟草制品行为受过二次以上行政处罚又非法经营的,非法经营数额在二万元以上的,构成犯罪。这其中暗含了业已经过行政处罚的数额不计入犯罪数额的精神。

(三)行政机关超越职权范围以罚代刑的非法经营数额应计入犯罪数额。

行政处罚法第二十八条规定:“违法行为构成犯罪,人民法院判处拘役或者有期徒刑时,行政机关已给予当事人行政拘留的,应当依法折抵相应刑期;违法行为构成犯罪,人民法院处罚金时,行政机关已经给予当事人罚款的,应当折抵罚金。”可见,已经行政处罚过的行为仍可予以刑事追究,对同一个行为作出行政处罚和刑事处罚两种评价并不矛盾。但该法所指的行政处罚,应是指行政机关超越职权范围“以罚代刑”作出的违法行政处罚。否则,对于行政机关已经行政处罚过的行为,不加区别均可再追究刑事责任,将与前述我国刑法中有关“未经处理的”才累计计算犯罪数额的规定相矛盾,有违立法本意。据此,我们认为,依照我国刑法和行政处罚法的相关规定,业经行政处罚过的非法经营数额应否计入犯罪数额,再予追究刑事责任,不能一概而论。对于行政机关未超越职权范围予以行政处罚的非法经营数额,不得累计计算作犯罪数额。对于行政机关超越职权范围“以罚代刑”处置的非法经营数额,应当作为未经处理的犯罪数额予以重新计算。构成犯罪的,追究刑事责任;多次非法经营的,犯罪数额累计计算。

综上,本案的关键最终落脚到判断行政处罚行为的合法性上。我们认为,西安市阎良区烟草专卖局对郭金元 2001 年 5 月 11 日非法拉运卷烟价值 154320 元的行政处罚是违法的。理由有二:第

一,根据最高人民法院、公安部2001年4月8日《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》的规定,非法经营数额达5万元就要追究刑事责任,郭金元的该宗非法经营数额符合追诉标准。第二,国务院2001年7月9日公布的《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》,对行政机关发现犯罪应移交公安机关处理作了具体规定,但阎良区烟草专卖局仍依据国家烟草专卖局的有关行政法规于同年7月30日对郭金元径行作出行政处罚决定,显属以罚代刑,是超越职权范围的违法行政处罚行为。因此,该宗经行政处罚过的非法经营数额应当计入犯罪数额。

(执笔:陕西省高级人民法院刑二庭 赵合理
审编:最高人民法院刑二庭 郭清国)