

【指导案例】

陈玲、程刚故意伤害案〔第567号〕

——父母为教育孩子而将孩子殴打致死的如何定罪量刑

刘珍水侵占案〔第573号〕

——涉众型刑事自诉案件可以进行合并审理

杨培珍挪用公款案〔第574号〕

——利用职务便利将关系单位未到期的银行承兑汇票背书转让用于清偿本单位的债务，同时将本单位等额的银行转帐支票出票给关系单位的行为，不构成挪用公款罪

【刑事立法、司法规范】

《关于办理生产、销售假药、劣药刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的理解与适用

《关于在执行附加刑剥夺政治权利期间犯新罪应如何处理的批复》的理解与适用

【实务探讨】

如何认定多次盗窃

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

2009年第4集 • 总第 69 集

刑事审判参考

Reference to Criminal Trial



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事审判参考. 2009 年第 4 集 / 总第 69 集 / 最高人民法院刑事审判第一至第五庭主编. —北京: 法律出版社, 2009. 9

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9910 - 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(2009)第 162041 号

刑事审判参考(总第 69 集)

最高人民法院刑事审判第一至第五庭/主编

编辑统筹 法律应用出版分社

责任编辑 孙 慧 肖逢伟

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

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 7.625

字数 176千

版本 2009 年 10 月第 1 版

印次 2009 年 10 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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939646

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 9910 - 8

定价: 28.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

2009年第4集·总第69集

刑事审判参考

编辑委员会

主 任: 张 军

副 主 任: 熊选国 黄尔梅

委 员: (姓氏笔画为序)

王 勇	叶晓颖	任卫华	吕广伦	朱和庆
李武清	沈 亮	张 明	周 峰	杨万明
苗有水	高贵君	高憬宏	党建军	耿景仪
韩维中	裴显鼎	薛淑兰	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 琰 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)	罗少雄 (广东)	黄翰绅 (海南)
张柚生 (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)	蒲硕棣 (军事法院)	

编辑说明

《刑事审判参考》系最高人民法院刑事审判庭主办的业务指导和研究性刊物,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、研究人员的广泛肯定和欢迎。

《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,最高人民法院张军副院长担任编辑委员会主任,熊选国副院长和黄尔梅委员担任副主任。熊选国副院长任主编,五个刑庭庭长任副主编。

作为最高人民法院五个刑事审判庭用以指导全国各级人民法院刑事审判工作的唯一刊物,今年适逢《刑事审判参考》创刊十周年,为适应不断发展的刑事审判工作的实际需要,满足广大读者的阅读需求,进一步发挥《刑事审判参考》的业务指导作用,本着加强指导、扩大信息、丰富内容的原则,从2009年第1期开始进行栏目重新设置,以增加信息量,提高可读性与实用性,改版后的栏目有:

【指导案例】选择在认定事实、采信证据、适用法律和裁量刑罚等方面具有研究价值的典型案例,详细阐明裁判理由,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。

【刑事立法、司法规范】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,并配发起草同志撰写的理解与适用文章,为司法实践中准确适用提供指南。

【刑事政策】最新的刑事司法政策,如最高人民法院院领导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。

【学术前沿】摘要刊登近期刑事学界各种刑事实务观点,及时跟踪学术信息,为刑事司法人员提供最新理论参考。

【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;地方各级人民法院在刑事审判工作中对于某些问题的处理政策和意见等。

【实务探讨】针对在刑事司法工作中必须解决的疑难、复杂问题,刊登相关学者与司法人员的研究文章,为刑事司法工作人员提供解决相关问题的思路。

【法律、法规和规章】刊登与刑事司法工作密切相关的法律、行政法规和部门规章。

【大案传真】刊登在社会、媒体上影响较大的案件的有关裁判文书,及时传递大要案、热点案件的审判信息。

【疑案争鸣】针对实践中发生的疑难案例,对其中争议问题进行分析,给读者提供参与交流探讨的平台,推动相关问题的深入研究。

【裁判文书评析】选择典型裁判文书进行评析,展现法官智慧,指出不足,促进裁判文书制作水平的不断提高。

2009年的《刑事审判参考》仍为双月刊,全年共出版六集。

最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭

目 录

【指导案例】

周新桥等非法经营案[第 564 号]

- 刑法修正案颁布实施前未经国家有关主管部门批准,非法经营期货业务的行为是否构成非法经营罪 王 卫 董 超(1)

闫光富故意杀人案[第 565 号]

- 犯罪嫌疑人在公安机关通知后到案,但在公安机关掌握部分证据后始供述的,不能认定为自首 胡红军 李桂红(9)

卜玉华、郭臣故意杀人、抢劫案[第 566 号]

- 共同抢劫中故意杀人案件的认定和处理 魏 磊(15)

陈玲、程刚故意伤害案[第 567 号]

- 父母为教育孩子而将孩子殴打致死的如何定罪量刑 蒋艳春 庞景波(24)

张化故意伤害案[第 568 号]

- 聚众斗殴致人死亡的应如何定罪 薛美琴(32)

韩霖故意伤害案[第 569 号]

- 如何认定防卫过当 马殿振(40)

白宇良、肖益军绑架案[第570号]

——绑架罪未完成形态的区分 臧德胜(48)

李彬、袁南京、胡海珍等绑架、非法拘禁、敲诈勒索案
[第571号]

——帮人“讨债”参与绑架,与人质谈好“报酬”后
将其释放,事后索要“报酬”的如何定罪处罚
..... 郝红鹰(57)

寸跃先抢劫案[第572号]

——死刑案件如何切实贯彻证据裁判原则 徐琛(66)

刘珍水侵占案[第573号]

——涉众型刑事自诉案件可以进行合并审理 叶福生(72)

杨培珍挪用公款案[第574号]

——利用职务便利将关系单位未到期的银行承兑
汇票背书转让用于清偿本单位的债务,同时
将本单位等额的银行转账支票出票给关系单
位的行为,不构成挪用公款罪 孙炜 范莉(79)

【刑事立法、司法规范】

最高人民法院 最高人民检察院

关于办理生产、销售假药、劣药刑事案件具体应
用法律若干问题的解释 (89)
《关于办理生产、销售假药、劣药刑事案件具体
应用法律若干问题的解释》的理解与适用
..... 祝二军 刘涛(92)

最高人民法院

关于在执行附加刑剥夺政治权利期间犯新罪应
如何处理的批复 (108)

《关于在执行附加刑剥夺政治权利期间犯新罪
应如何处理的批复》的理解与适用
..... 高贵君 王 勇 吴光侠(109)

【大案传真】

熊振林故意杀人案

——湖北省随州市中级人民法院刑事判决书 (120)
——湖北省高级人民法院刑事裁定书 (131)
——最高人民法院刑事裁定书 (141)

【实务探讨】

如何认定多次盗窃 黄祥青(144)

【法律、法规和规章】

全国人大常委会

中华人民共和国食品安全法 (150)

国务院

中华人民共和国食品安全法实施条例 (176)

国家工商行政管理总局

流通环节食品安全监督管理办法 (191)

【裁判文书评析】

黄志平、吴俊伟、张家龙绑架案

——福建省高级人民法院刑事判决书 (206)

【指导案例】

[第564号]

周新桥等非法经营案

——刑法修正案颁布实施前未经国家有关
主管部门批准,非法经营期货业务的
行为是否构成非法经营罪

一、基本案情

被告人周新桥,男,1956年12月22日出生,宜昌市融汇经济信息咨询有限公司(以下简称融汇公司)董事长。因涉嫌犯非法经营罪于2000年12月22日被逮捕。

被告人董亲京,男,1970年4月19日出生,融汇公司总经理。因涉嫌犯非法经营罪于2000年12月22日被逮捕。

被告人杨冬军,女,1970年12月30日出生,融汇公司职工。因涉嫌犯非法经营罪于2000年12月22日被逮捕。

被告人董纪京,男,1958年4月20日出生,融汇公司职工。因涉嫌犯非法经营罪于2000年12月22日被逮捕。

被告人王斌,男,1969年10月24日出生,融汇公司会计。因涉嫌犯非法经营罪于2000年12月22日被逮捕。

被告人田建军,男,1976年8月1日出生,融汇公司深圳盘房报单员。因涉嫌犯非法经营罪于2000年12月22日被逮捕。

湖北省宜昌市西陵区人民检察院以六被告人犯非法经营罪,向宜昌市西陵区人民法院提起公诉。

被告人周新桥认为指控基本属实。其辩护人提出如下辩护意见:第一,本案仅达到情节严重这一构成非法经营罪的起点,应按起点量刑;第二,犯罪数额应以融汇公司为此收取的服务费计算,且数额的起算应从1999年12月24日开始计算;第三,将国盘期货认定为非法经营值得商榷;第四,本案应认定为单位犯罪;第五,周新桥不对全案负责,只能按其在案件中所起的实际作用定罪量刑。

被告人董亲京认为指控不属实,并辩称融汇公司成立后,从事证券投资咨询,公司仅为客户提供了一些方便;工商局知道融汇公司的业务经营情况,并未认定是非法经营。其辩护人的辩护意见为,董亲京有自首情节,不是主犯。

被告人杨冬军辩称,其不是公司的监事,没有参与周新桥、董亲京等人的商议,认定的数额有问题。其辩护人的辩护意见为,杨冬军是从犯,有投案自首的情节。

被告人董纪京辩称,其对融汇公司经营恒生指数、国内期货并不知晓,其仅只参与办培训班、业务咨询等合法经营业务,不构成犯罪。其辩护人的辩护意见为,董纪京未参与商议做香港恒生指数,董纪京在公司的职责是搞培训,为客户提供股票、期货咨询服务;指控董纪京在培训讲课时鼓动股民炒恒指,证据不足。

被告人王斌及其辩护人均作无罪辩护。

被告人田建军辩称其不是融汇公司的职工,不构成犯罪。其辩护人的辩护意见为,田建军在主观上没有参与非法经营的故意,在客观上对本案起不到促进作用,不构成非法经营罪。

宜昌市西陵区人民法院经公开审理查明:

1998年3月31日融汇公司注册成立,其经营范围为:证券投资咨询、期货投资咨询、经济信息咨询、电脑软件咨询服务。被告

人周新桥、杨冬军、王斌、董纪京均为股东，周新桥任董事长，董亲京任总经理。周新桥、董亲京为获取高额利润商定设立交易盘房，自1998年6月起，以培训经纪人和举办股民培训班的方法，招揽客户经营香港恒生指数期货业务和国内商品期货业务。杨冬军为客户部负责人，董纪京为咨询部负责人，王斌为财务部负责人，六人均参与了经营香港恒生指数期货、国内商品期货的活动。董亲京、杨冬军、田建军到深圳设立交易盘房，并将田建军留在深圳负责香港恒生指数期货的具体经营。周新桥以其个人名义在新鸿基期货实业公司设立一条信息道，客户均通过该信息道进行经营。1999年12月25日至2000年8月31日共收取客户人民币（下同）9,253,411.95元，收取交易手续费1,102,592元。六人还利用融汇公司在华中公司的账户，招揽客户在融汇公司开户经营国内商品期货。1999年12月25日至2000年8月31日期间，收取客户现金83,088元，获取手续费12700元。

宜昌市西陵区人民法院认为，被告人周新桥、董亲京、杨冬军、董纪京、王斌、田建军在未经国家有关主管部门批准的前提下，非法经营香港恒生指数期货业务和国内商品期货业务，情节严重，其行为均已构成非法经营罪，公诉机关指控罪名成立。被告人周新桥、董亲京在本案中，起主要和决定作用，是本案的主犯；被告人杨冬军、董纪京、王斌、田建军是本案的从犯，应依法从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第二百二十五条第（三）项、第二十五条第一款、第二十六条第一款、第四款及第二十七条的规定，判决如下：

1. 被告人周新桥、董亲京犯非法经营罪，各判处有期徒刑三年，各并处罚金5万元；
2. 被告人杨冬军、董纪京、王斌犯非法经营罪，各判处有期徒刑一年六个月，各并处罚金3万元；
3. 被告人田建军犯非法经营罪，判处有期徒刑一年二个月，并处罚金1万元。

一审宣判后,六被告人未提出上诉,检察院亦未抗诉,判决发生法律效力。

二、主要问题

1. 本案被告人周新桥等人在1999年12月25日(刑法修正案公布实施之日)以前的行为是否构成非法经营罪?

2. 对本案各被告人是按单位犯罪进行处罚还是按自然人犯罪处罚?

三、裁判理由

(一)本案被告人周新桥等人在刑法修正案公布实施之日以前的经营期货业务行为,依照当时的相关行政法律规定和刑法第二百二十五条第三项的规定,应当认定为非法经营罪。

1999年12月25日公布实施的刑法修正案(以下简称《修正案》)第八条规定:“刑法第二百二十五条增加一项,作为第三项:‘未经国家有关主管部门批准,非法经营证券、期货或者保险业务的;’原第三项改为第四项。”据此,将本案六被告人在1999年12月25日之后经营期货的行为认定为非法经营罪没有疑义,但对于六被告人在1999年12月25日之前经营期货的行为,是否也应当认定为非法经营罪,这就涉及如何理解适用在《修正案》出台前刑法第二百二十五条第(三)项:“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”的法律含义(理论上通常将其称为“兜底条款”)。因此,必须把以下几个方面的问题理解透彻,方能正确把握。

首先,非法经营罪中的“经营行为”的具体内涵与外延。作为“破坏社会主义市场经济秩序罪”中规定的非法经营犯罪行为,其“经营”一词理应是经济领域中的“经营”活动,通常指市场主体以营利为目的,从事某项能够为自己带来利益的活动。由此可知,经营行为具有营利的特点,包括从事工业、商业、服务业、交通运输业等经营活动。强调此“经营”行为以营利为目的的是必要的,故“经营行为”应解释为以营利为目的的市场行为。

其次,非法经营罪中“非法”的法律含义。根据刑法第二百二十五条规定,“违反国家规定”是本罪成立的特定前提条件,即只要是“违反国家规定”的经营行为,就是本罪中的“非法”经营行为。根据刑法第九十六条的规定,“违反国家规定”是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定、国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令等。

最后,非法经营罪的“非法经营行为”必须具有行政违法性和刑事违法性的双重性质。随着社会经济的发展变化,国家会在不同时期对一些特殊物品实行专营、专卖以及对一些特殊的经营行为实施许可证、审批制度,以此禁止非法经营行为,维护国家的正常市场秩序。从刑法第二百二十五条列举的前三项非法经营行为可以看出,无论是专营、专卖物品或者其他限制买卖物品,还是进出口许可证以及其他经营许可证或者批准文件,都与国家特定的经营许可制度有关。换言之,非法经营罪的行政违法性是其刑事违法性的前提。只有违反了行政法规的行为,经过刑事法律的选择将其中严重的违法行为规定为犯罪,才构成非法经营犯罪。就此而言,可以说非法经营犯罪均具有行政违法和刑事违法的双重性,行政违法性是刑事违法性的前提。

需要注意的是,由于国家根据经济形势和社会发展的具体情况,不断对专营、专卖和限制性经营以及对实行许可证制度的范围进行调整,相应的法律、法规也随之发生变化,因此在把握本罪的特定犯罪前提条件时,应以行为当时有效的法律、法规为依据。法律、法规没有明文规定禁止经营的物品,任何人进行经营,即使造成了市场秩序的严重破坏,也不能以非法经营犯罪论处,这不仅是罪刑法定原则之要求,更是非法经营罪之法定犯特征使然。当然,如果行为人的经营行为触犯了刑法的其他规定,构成其他犯罪的,则应以其他犯罪依法追究。

根据以上分析,非法经营罪中的“其他严重扰乱市场秩序的

非法经营行为”,就是指除第二百二十五条第(一)、(二)、(三)项以外的其他违反与经营许可制度有关法律、法规且严重扰乱市场秩序的行为。

本案被告人周新桥等人均未取得从事期货经营资格,在融汇公司注册成立后,为获取高额利润商定设立交易盘房,以培训经纪人和举办股民培训班的方法,招揽客户炒作香港恒生指数期货和国内商品期货,收取交易手续费,其行为是以营利为目的的经营行为。要认定本案六被告人在《修正案》颁布实施之前实施的经营期货的行为是否构成非法经营罪,取决于其行为时是否违反了国家当时对期货业务经营资格的许可制度。因此,有必要厘清我国关于期货业务经营的法律规定,才能作出正确裁判。

证券、期货或者保险业务,均属于金融业务。经营主体的经营资格、经营能力以及经营行为等,直接关系到广大社会公众的利益和整个市场经济的有序发展,国家对于期货经纪业务的市场准入资格有着明确和严格的规定。1993年11月4日《国务院关于坚决制止期货市场盲目发展的通知》、1995年7月20日《国务院关于批转国务院证券委员会1995年证券期货工作安排意见的通知》、1998年8月1日《国务院关于进一步整顿和规范期货市场的通知》均明确规定了未取得许可证的机构和单位一律不得从事期货经纪业务。1999年9月1日起施行的《期货交易管理暂行条例》规定中第六十五条明确规定:“任何单位或者个人违反本条例规定,擅自从事境外期货交易的,予以取缔,没收违法所得……构成犯罪的,依法追究刑事责任。任何单位或者个人非法设立或者变相设立期货交易所、期货经纪公司,或者擅自从事期货经纪业务的,予以取缔,并依照前款的规定处罚;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”2007年4月15日起施行的《期货交易管理条例》重新明确了对期货业务经营的严格规定与资格许可制度以及追究刑事责任的规定。从上述规定可以看出,凡是未经特别许可经营期货或者

期货经营者未达规定条件的,情节严重的,应当依法追究刑事责任。

本案六被告人自1998年6月起,以培训经纪人和举办股民培训班的方法,招揽客户经营香港恒生指数期货业务和国内商品期货业务的行为,毫无疑问是未经批准违法从事应当具有特定资格的民事主体才能进入的特定市场,属于违反国家规定进行的非法经营行为,且给客户造成巨大损失,社会危害严重。因此,其在1999年12月25日之前的行为也构成非法经营罪。

(二)本案犯罪主体应认定为自然人犯罪,而非单位犯罪。

犯罪主体分为两类,即自然人犯罪主体和单位犯罪主体。由于刑法中对自然人犯罪和单位犯罪判处的刑罚不同,一般而言,对单位犯罪中直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处的刑罚较自然人犯罪判处的刑罚要轻。因此,有些犯罪分子为规避法律的严厉制裁,在实施犯罪行为以前,采用欺骗等手段设立公司、企业,而后以该公司、企业的名义实施犯罪活动。同时,司法实践中还有一种情形,也是基于规避法律严厉制裁的心理而实施的以公司、企业的正当经营活动作掩护的犯罪行为,如有的公司、企业成立后,虽然按照核定的经营范围开展了一些合法业务活动,但还是以实施违法犯罪活动为主要活动。为打击这类规避法律制裁的犯罪活动,《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》第二条明确规定:个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的,或者公司、企业、事业单位设立后,以实施犯罪为主要活动的,不以单位犯罪论处。据此,在司法实践中对于形式上以单位作为犯罪主体出现的犯罪,应当注意根据案件的具体情形认定涉案单位是否属于“为进行违法犯罪活动而设立单位”或“设立后以实施犯罪为主要活动”,以准确区分单位犯罪和自然人犯罪。

本案中,宜昌市融汇经济信息咨询有限公司于1999年3月注

册成立,本不具有经营期货的资格,而六被告人于1999年6月至2000年8月间,一直利用融汇公司的名义,非法经营香港恒生指数期货业务和国内商品期货业务,并获取高额利润。从融汇公司的经营情况来看,其主要的经营行为就是实施非法经营期货的行为,符合上述司法解释规定的“公司设立后以实施犯罪为主要活动”的情形,因此,应当对六被告人的行为不以单位犯罪论处,而以自然人犯罪定罪处罚,对此法院的认定是准确的。

(供稿:湖北省宜昌市西陵区人民法院 肖莉丁戎
撰稿:最高人民法院刑一庭 王卫董超
审编:最高人民法院刑一庭 薛淑兰)