

沈新康 曹 坚 / 著

JINGJIXINGFA YINANWENTI YANJIU

经济刑法 疑难问题研究

上海人民出版社

沈新康 曹 坚 / 著

经济刑法 疑难问题研究

上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

经济刑法疑难问题研究/沈新康,曹坚著.

—上海:上海人民出版社,2005

ISBN 7-208-05667-6

I. 经... II. ①沈...②曹... III. 经济犯罪—

刑法—研究—中国 IV. D924.334

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 038328 号

责任编辑 曹培雷

封面装帧 甘晓培

经济刑法疑难问题研究

沈新康 曹 坚 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.cwen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 890×1240 1/32 印张 5.5 插页 2 字数 119,000

2005 年 5 月第 1 版 2005 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 7-208-05667-6/D·977

定价 11.00 元

引 言

我国是典型的成文法国家,但成文法体制并不表明检察官、法官仅仅是机械地运用法条。强调判例的指导和借鉴作用,与成文法体制并不矛盾,只有能动地将法律适用于具体案件中,书面的法律才能升华为实践的法律,从而有助于我们准确理解法律、适用法律,避免出现司法“因人而异”、“因地制宜”、“因案而异”等执法不公现象。

上海市人民检察院第一分院每年承办相当数量的刑事大、要案,其中不乏疑难案件。课题组从近年来办理的经济犯罪案件中收集、整理了十余件较为典型的争议案件,涉及对刑事法律的具体理解与适用,因而是司法实践与法理研究的第一手素材,其中既有对刑法具体罪名的确定,也有对此罪与彼罪的界定;既包括对刑法总则中犯罪形态、自首等刑法基本概念的理解,也包括对刑事证据规则等刑事诉讼法学基本问题的把握,蕴涵着不少司法实践中法律适用的疑难问题。理论源于实践,又指导实践,课题组企盼通过从法理上进一步解析这些典型案例,提出自己的倾向性主张,意在为类似案件的处理抛砖引玉。全文参照刑法典体例,按每件案例所涉主要问题在《中华人民共和国刑法》的条文顺序排列。

上海市人民检察院第一分院

《经济犯罪若干疑难问题研究》课题组*

2004年10月29日

* 该课题系上海市检察系统2004年重点课题。

目 录

一、连续犯的既遂认定等问题	
——李某某、姜某某敲诈勒索案	1
二、非法经营同类营业罪的共犯及非法利益的认定问题	
——沈某某、干某某、陈某某非法经营同类营业罪案 ...	11
三、单位犯罪主体的否定与自然人犯罪的认定问题	
——李某某合同诈骗案	20
四、单位自首的认定问题	
——某纺织联合公司走私普通货物案	31
五、走私普通货物、物品罪罪名的认定问题	
——奥某某走私普通货物、物品案	42
六、虚开增值税专用发票罪的认定问题	
——连某某虚开增值税专用发票案	50
七、合同诈骗罪中“以非法占有为目的”的认定问题	
——左某某、吴某某合同诈骗案	61

八、非法经营罪与销售侵权复制品罪之界定问题	
——王某非法经营案	74
九、转化型抢劫的认定问题	
——黄某某抢劫案	86
十、诈骗罪与赌博罪之界定问题	
——吴某某、林某某诈骗案	103
十一、挪用公款罪的犯罪主体与公款使用主体的认定问题	
——周某某职务侵占案	114
十二、多次挪用资金的定罪与量刑问题	
——许某挪用资金案	124
十三、贩卖、运输毒品罪的罪名、罪数与既遂、未遂形态问题	
——刘某贩卖、运输毒品案	133
十四、刑事推定的合理运用及其规制问题	
——李某某窝藏毒品案	144
十五、受贿罪“一对一”证据的认证问题	
——施某某受贿案	155

一、连续犯的既遂认定等问题

——李某某、姜某某敲诈勒索案

〔争议焦点及观点回应〕 行为人连续实施数个敲诈勒索行为,且已实现部分目的,应否认定为犯罪既遂?这就涉及如何认定连续犯的犯罪既遂问题。连续犯是裁判上的一罪,只能认定为一罪,如果部分既遂、部分未遂,依据部分全体的认定原则,应认定为犯罪既遂。敲诈勒索罪是典型的目的犯,在判断其既遂与否时,应以行为人的犯罪目的是否实现为标准。如果被告人对敲诈勒索获取钱款的行为供认不讳,且有其他证据辅证的,即使被敲诈人没有报案,无从查找,也应当认定为敲诈勒索罪既遂的证据确实、充分。

〔基本案情〕

2004年四五月间,被告人李某某在福建省安溪县通过电话及网络与在沪打工的被告人姜某某共谋写信敲诈医务人员。2004年5月,李某某书写了大量要挟医务人员退出收取病人“红包”的敲诈信,要求收信人将人民币1000元汇至其所持户名为“余江琼”的邮政储蓄账户(账号为3970130200127465),并到上海与姜某某按姜通过互联网搜索所得的医院地址和医师姓名写好信封。嗣后,李、姜两人分别在上海市七宝、航华等地区把敲诈信投寄给本市华东医院、静安区中心医院等医院的多名医师。至案发时,汇入上述账户的7800元人民币被李某某、姜某某两人提取花用。

2004年4月至6月间,被告人姜某某在上海等地投寄其书写并经李某某修改的多封类似上述内容的敲诈信,要挟复旦大学附属眼耳鼻喉医院、杨浦区中心医院等医院的多名医师,要求收信人将人民币500元或1000元汇至其所持户名为“李旭远”的邮政储蓄账户(账号为3970109200203716)或户名为“刘彦龙”的农行借记卡账户(卡号为9559980030163429415)。至案发时,汇入“李旭远”账户的6000元人民币被姜某某提取花用。

2004年6月上旬,被告人李某某在滞留上海期间,另行书写并投寄了多封类似上述内容的敲诈信,要挟上海第一人民医院、肺科医院等医院的多名医师每人汇款约人民币1000元至其所持户名为“余江琼”的农行借记卡账户(卡号为95599806813025376151)。

检察机关起诉书认为,被告人李某某、姜某某多次共同或单独捏造事实,要挟、勒索医务人员钱款,其行为均已触犯了《中华人民共和国刑法》第二百七十四条之规定,并应依照《中华人民共和国刑法》第二十五条之规定,以敲诈勒索罪追究刑事责任,且情节严重。

[裁判要旨]

一审法院刑事判决书认为:被告人李某某、姜某某以非法占有为目的,多次共同或单独对多人采用要挟的方法,强行索取公私财物,数额较大,其行为均已构成敲诈勒索罪,情节严重,且其中部分事实属共同犯罪,依法应予惩处。被告人李某某、姜某某由于其意志以外的原因,未能通过实施敲诈勒索的行为获得财物,系犯罪未遂,依法可从轻处罚。判决被告人李某某犯敲诈勒索罪(未遂),判处有期徒刑5年,被告人姜某某犯敲诈勒索罪(未遂),判处有期徒刑4年。

二审法院在审理两名被告人对上述判决提出的上诉案时认为,两名被告人以其实际未得到敲诈款,要求减轻处罚的意见均无法律依据;故裁定不适用《中华人民共和国刑法》第二十三条关于犯罪未遂的规定,驳回上诉,维持原判。

〔法理评析〕

本案的争议焦点是,由于部分被害人没有被查找到,而已经报案的收到敲诈信的医师均称未向涉案账户汇款,能否证明两名被告人账户中的资金系被敲诈勒索的医师所汇。因此,对两名被告人的行为应认定为敲诈勒索罪的既遂还是未遂,检察院与法院持不同的意见。检察机关认为,两名被告人对写信敲诈勒索多名医师并获取钱财的行为供认不讳,虽然遭敲诈并向被告人账户汇款的医师未能找到,但确有巨额款项汇入涉案账户由两名被告人分获,且该账户是两名被告人专为收取敲诈款而设,应当认定两名被告人的行为构成敲诈勒索罪既遂。一审法院认为,部分受到敲诈勒索的医师主动向公安机关报案,但称没有向被告人开设的账户汇款,因而被告人敲诈勒索的目的并未达到,虽然两名被告人承认从账户内取得了万余元敲诈款,但因到案作证的被害人称没有汇过钱款,故无法证明该钱款系敲诈所得,应认定为敲诈勒索罪未遂。本文拟对本案引申出的犯罪既遂认定标准及连续犯的既遂、未遂认定等问题展开论述,以求同存异。

一、从犯罪既遂的标准看本案的既遂、未遂认定问题

现行刑法理论关于犯罪既遂的标准,一直存在三种不同的学说,即构成要件齐备说、犯罪结果发生说、犯罪目的实现说,其中构成要件说占据着主导地位。

1. 构成要件齐备说。这种观点主张把行为人实施的行为

是否齐备刑法分则所规定的具体犯罪的全部构成要件,作为认定犯罪既遂的标志,并据此区分出结果犯、结果加重犯、危险犯、行为犯、举动犯等不同类型的犯罪既遂形态。这是我国刑法学界绝大多数学者的主张,占通说的地位。^①

2. 犯罪结果发生说。这种观点主张以犯罪结果是否发生作为认定犯罪既遂的标志。刑法学界对犯罪结果发生说的表述有所不同,主要表现为:(1)犯罪未得逞,即犯罪人的行为没有发生法律规定的犯罪结果。犯罪结果没有发生,不是指任何结果都没有发生,而是指法律上规定的,作为某项具体犯罪构成要件的结果没有发生。所谓法律规定的结果,不仅包括已经发生实际损害的结果在内,而且也包括某些(法律有特别规定)可能发生严重危害的结果在内。(2)犯罪未遂的含义是指未发生标志犯罪完成的结果。一般地说,标志犯罪完成的结果,都反映该罪客体受到了实际损害,可以根据有关法律的规定以及司法理论,推定出每一种犯罪在完成形态下的犯罪结果,并把它作为犯罪完成与否的标志。那些在条文中已明确规定犯罪结果的犯罪是无未遂形态的。例如,挪用特定款物罪要求具备“情节严重,致使国家和人民群众利益遭受重大损害”的结果,因此,构成挪用特定款物罪不存在未遂。(3)犯罪既遂与未遂的划分实际上是社会危害性大小的划分。在非物质危害结果的犯罪中,危害结果是否发生以及大小是难以测量和认定的,是否发生危害结果,不仅取决于行为人的行为,更多地取决于被害人及周围的环境等。在这种情况下,区分既遂与未遂并不能说明社会危害性的

① 马克昌主编:《犯罪通论》,武汉大学出版社1999年6月第3版,第492页。

大小。物质性危害结果是可以具体测量和认定的,是否发生这种结果以及结果的严重程度,明显反映了社会危害性的大小。所以未得逞的含义是指犯罪分子所希望发生的物质性犯罪结果没有发生。不过,未得逞本身又是主客观相统一的,即从客观上说是犯罪结果未发生,从主观上说是犯罪目的未实现。

3. 犯罪目的实现说。该观点主张以犯罪目的是否实现作为认定犯罪既遂的标志。如果行为人实现了其预期的犯罪目的,就构成犯罪既遂。对该观点的表述也有几种方式:(1)犯罪既遂是犯罪构成要件的客观方面的行为所引起的结果与主观方面的一种重合状态。犯罪既遂的实质是犯罪人通过犯罪的预备、犯罪的实行,实现了行为人的犯罪目的。(2)未得逞是未遂其愿,即没有达到行为人的愿望、目的。但人的目的是一个有着不同层次的复杂系统,未遂的只是行为人的直接目的,即故意犯罪中的意志因素。每一直接故意犯罪的行为都有其直接目的,也有其相应的结果,该直接目的的实现或相应结果的产生,就是犯罪既遂。(3)目的反映着人为达到某种客观结果的意志,是人形成心理驱动力的关键性因素。但目的本身不会引起外界事物的变化;要实现目的,必须通过活动引起外界事物的变化,这种变化就是结果。结果反映目的的内容,结果符合行为人的目的就是得逞。因此,犯罪既遂是通过犯罪,犯罪人在客观上已经实现犯罪目的的犯罪形态。

我们认为,占通说地位的构成要件齐备说仍有其不足之处,刑法学界对犯罪结果发生说与犯罪目的实现说的欠缺已经阐述得非常详尽,这里不再赘述,现仅就构成要件齐备说进行评述。构成要件齐备说主要存在以下两方面的问题:一是以犯罪构成要件齐备与否作为判断犯罪既遂的标准,即可引申出以既遂为

标准,如果犯罪既遂的构成要件齐备则为得逞,不齐备则是未得逞。犯罪既遂就是犯罪行为具备犯罪既遂的构成要件。这实际上是循环定义和同义语反复。二是犯罪构成要件齐备,也就是说如果成立犯罪,犯罪既遂的标准与犯罪成立的标准就合二为一,那么犯罪未遂就是没有齐备全部构成要件,因而也就不能成立犯罪,这样的推导结论显然是荒谬的。

既然三种观点都存在一定的不足,可否考虑将三种标准结合起来用以判断犯罪是否既遂呢?详言之:

1. 在目的犯的场所时,以犯罪目的是否实现作为判断犯罪既遂与否的标准,即犯罪既遂,是指行为人所实施的刑法分则所规定的某一具体犯罪的实行行为,达到了该行为的直接目的的犯罪形态。相应地,犯罪未遂,是指行为人已经着手实行刑法分则所规定的某一具体犯罪的实行行为,由于行为人意志以外的原因,而未达到该行为的直接目的的犯罪形态。

2. 在结果犯的场所时,以特定危害结果是否发生作为判断犯罪既遂与否的标准。绝大多数的刑法分则条文明确规定了“特定危害结果”,只有少数分则条文没有规定“特定危害结果”。例如,我国刑法第三百九十七条规定的滥用职权罪,要求具备“致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失”的危害结果。

3. 在行为犯的场所时,以特定的危害行为是否完成作为判断犯罪既遂与否的标准。如举动犯只要求行为人着手实施特定犯罪行为就构成犯罪既遂,程度犯则要求行为人实施实行行为后,还必须经过一定的过程才成立犯罪既遂。我国刑法中的行为犯大多表现为程度犯,仅有少数行为犯是举动犯,例如,非法侵入住宅罪,只要行为人非法侵入他人住宅的,就构成该罪的犯罪既遂。

本案被告人的行为构成敲诈勒索罪当无疑问,而敲诈勒索罪是以非法占有为目的,对被害人实施威胁或者要挟的方法,强行索取数额较大的公私财物的行为。敲诈勒索罪是比较典型的目的犯,其既遂标准是犯罪目的是否实现。结合本案,考察被告人的行为是否构成敲诈勒索罪的既遂,关键要看被告人是否已经取得非法财物。本案被告人为实现敲诈目的,先后用假名在银行设立多个账户,并将账号附在敲诈信中。因此,如果被告人的账户内有被害人汇入的钱款即可认定犯罪既遂。两名被告人共同或单独大量投寄敲诈勒索信,以告发医生索取病人红包为由,要挟医师退钱并汇款至上述账户,至案发时,两名被告人共同获利人民币7800元并平分,被告人姜某某单独获利人民币6000元。虽然到案作证的医师都称没有汇过款,但是被告人客观上已经实际占有了敲诈款,主观上已经实现了敲诈勒索的犯罪目的。因此,以犯罪既遂的认定标准评价,本案应当认定为敲诈勒索罪既遂。

二、从对“意志以外的原因”的理解看本案的既遂、未遂认定问题

犯罪未遂的实质性要件是“意志以外的原因”,即行为人由于意志以外的因素使犯罪停顿下来,而没有达到既遂状态。所谓意志以外的原因,是指违背犯罪人完成犯罪的意志,并能够阻止犯罪行为达到既遂形态的各种主客观因素。这些因素从性质上看,应当与行为人完成犯罪的主观愿望相矛盾;从作用上看,应当与犯罪的发展以及完成的过程相冲突。在司法实践中,“意志以外的原因”大致可分为主观和客观两个方面。主观方面的原因包括行为人主观上的认识错误、对侵害对象的认识错误、对使用工具的认识错误、对因果关系的认识错误、对犯罪时周围环

境的认识错误,等等。客观方面的原因则比较复杂,一般可区分为行为人外部的客观原因和行为人自身存在的客观原因两方面。前者例如,遭到被害人强有力的反抗、遇到第三者的制止、受到自然力的破坏等,后者则有行为人力量、身体状况、技能、经验等多种原因。

本案两名被告人先后多次专门设立账号用于敲诈勒索,且发出敲诈勒索信后,账户内即有汇款到账。这就表明,被告人在实施部分敲诈勒索的行为过程中,主观上不存在阻止犯罪既遂的原因,客观上也没有出现诸如汇款人向公安机关报案,或所有被害人都拒绝向敲诈账户内汇款的情况,被告人的敲诈勒索行为因而得以顺利实施,实现了占有较大敲诈勒索款项并分赃的犯罪目的。因此,本案部分敲诈勒索行为既遂是不争的事实。

三、从罪数形态看本案的既遂、未遂认定问题

本案两名被告人为达到非法占有财物的目的,连续实施敲诈勒索的行为,部分医师受其胁迫而汇款给被告人,部分医师未予就范,主动向公安机关报案,并使被告人的罪行得以暴露。从罪数形态而言,两名被告人基于连续敲诈勒索的犯罪故意,多次实施数个独立成罪的敲诈勒索行为,触犯敲诈勒索罪同一罪名,这属于罪数形态理论中典型的连续犯。连续犯是独立成罪的数个行为的犯罪,在本质上是数罪,由于是连续实施,刑法理论上以一罪论,裁判上则科以一罪之刑。

本案在审理中有观点认为,两名被告人虽然通过敲诈获取了钱款,但只是部分医师就范,且确有不少医师受其敲诈而拒不汇款,因此被告人敲诈勒索的犯罪目的并未完全实现,本案也就应当认定为犯罪未遂;这种观点显然是错误的。连续犯是连续实施数行为的犯罪,虽可能存在犯罪既遂、犯罪未遂或犯罪中止等犯

罪形态,但只能认定为一罪。如果部分罪行既遂、部分未遂,依据部分全体的认定原则,亦应认定为犯罪既遂。连续犯区别于数罪的情况是,如果连续数罪中部分罪行既遂而部分未遂,虽以既遂论,但不排斥在裁判上从轻处罚。结合本案,只要受到敲诈勒索的被害人中有人汇款,且数额较大,即可认定犯罪既遂。至于确有部分被害人未汇款,可作为酌定量刑情节加以评价。

四、从证据认定的角度看本案的既遂、未遂认定问题

本案在审理过程中,有不同观点从证据认定的角度出发,认为认定两名被告人获取敲诈所得钱款的证据尚未达到确实、充分的程度,因而不能认定本案系犯罪既遂。该观点的主要依据是《中华人民共和国刑事诉讼法》第四十六条,即只有被告人供述,没有其他证据的,不能认定被告人有罪和处以刑罚。从本案案情看,两名被告人对通过敲诈勒索且已经获利的犯罪事实均供认不讳,且彼此供述持续稳定,在一审法院的庭审中也如实供述,可以相互印证。此外,被告人为敲诈勒索而非法陆续设立三个账户中有两个账户确已有钱款汇入,而这些账户均以假冒他人名义等欺骗手段开设,除被告人和收到敲诈勒索信的医师外,没有其他人知晓,可以排除非被害人汇入钱款的可能。且涉案账户内的钱款汇入是在被告人寄出敲诈信之后,单笔数额与敲诈信中索要数额相对应,写信敲诈与汇款到账之间具有刑法意义上的因果关系,没有敲诈勒索的行为,就不会有人主动往上述账户汇款。也正是由于部分医师慑于被告人的敲诈,出于息事宁人的心态,才使被告人得以实现获取巨额敲诈款的目的。虽然侦查机关没有查找到全部被害人,特别是没有找到被迫汇款的医师,但是现有证据已经形成证明被告人勒索医师钱财、医师被迫向敲诈账户汇款、被告人继而占有汇款并分别花用这一

完整事实的证据锁链,并非只有被告人的供述。因此,认定被告人的犯罪行为已经达到既遂形态在法律适用上没有任何障碍。

五、本案的认定

综上所述,一审判决关于“被告人李某某、姜某某由于其意志以外的原因,未能通过实施敲诈勒索的行为获得财物,系犯罪未遂”的结论忽视了案件的关键事实和主要证据之间的有机联系。无论是从连续犯犯罪的既遂、未遂标准,还是从证据角度考量,本案均应定性为敲诈勒索罪的既遂。二审法院的裁定对两名被告人在收到一审判决书后改称其实际未得到敲诈款的上诉理由并不认可,同时在法条适用上不再适用一审判决书中所引用的我国刑法总则第二十三条关于犯罪未遂的规定,不再将本案评判为犯罪未遂的意见是正确的。

二、非法经营同类营业罪的共犯 及非法利益的认定问题

——沈某某、干某某、陈某某非法经营同类营业罪案

〔争议焦点及观点回应〕 非法经营同类营业罪的犯罪主体要求具备特定身份,但无此身份者与有此身份者共谋后实施非法经营同类营业犯罪,能否认定为共同犯罪? 获取非法利益是非法经营同类营业罪的必要要件,如何界定非法利益的范围,是将所有因非法经营同类营业而获得的利益都视为非法利益,还是仅仅将行为人实际分得或约定分得的利益认定为非法利益。非国有公司、企业的董事、经理与国有公司、企业的董事、经理共同非法经营国有公司、企业同类的营业,具有非法经营同类营业的故意和行为的,应当以非法经营同类营业罪的共犯追究刑事责任。对确定非法利益的范围,一方面应结合共同犯罪的认定,另一方应考量行为人非法经营的具体方式。

〔基本案情〕

被告人沈某某,原系上海某照明器具有限公司(系国有企业,下称甲公司)总经理。被告人干某某,原系某电子有限公司副总经理。被告人陈某某,原系甲公司工作人员。2001年6月,沈某某、干某某、陈某某经共谋后决定,合伙成立公司,经营与甲公司同类营业的业务以获取利益。甲公司的经营范围为家用电器、照明照具、电子元器件、电子计算机、通讯器材、建筑材料、金属材料及化工原料的销售。随后,沈某某以其妻子张某某