



深圳律師



商事犯罪辩护法律资讯

2024年4月

深圳市律师协会商事犯罪辩护法律专业委员会编制

目 录

一、 法律动态	3
1、 最高人民法院公布 2024 年一季度司法审判工作主要数据	3
2、 最高法：对未成年人严重犯罪该惩处的依法惩处	8
3、 公安部部署开展“猎狐 2024”专项行动	9
4、 公安机关依法严打侵犯知识产权犯罪全力服务保障高质量发展，2023 年立案侦办 侵权假冒犯罪案件 4 万余起	10
5、 公安部部署开展“净风”专项行动，依法打击非法制售“特供酒”犯罪活动 ...	11
6、 最高检：依法惩治重点领域黑恶犯罪	13
7、 支付宝、微信支付等非银行支付迎新规，实施后会有何影响？	14
8、 公安部公布一批涉银行卡犯罪典型案例	16
二、 指导案例	18
1、 张某重大责任事故案——受让具有合法证照的网吧后未变更登记的不属于非法经 营（刑事审判参考第 1509 号）	18
2、 王某某、徐某某走私国家禁止进出口的货物案——犯罪工具与合法财产混同的， 可以按比例没收（刑事审判参考第 1510 号案例）	30
3、 湖北洁达环境工程有限公司、李某某逃税案——对行为人初次逃税行为不予追究 刑事责任的法律适用（刑事审判参考第 1511 号案例）	40
4、 黄某正等合同诈骗案——对合同整体履行不存在根本影响的欺诈行为如何定性（刑 事审判参考第 1512 号案例）	47
5、 计某彬、付某生、阮某雨盗窃案——利用计算机信息系统漏洞非法办理电信宽带 业务并对外出售应如何定性（刑事审判参考第 1514 号）	55
6、 张某挪用资金案——挪用资金罪中“单位”的认定（刑事审判参考第 1515 号）	61

7、 上海谷润贸易有限公司、上海睿钧工贸有限公司、倪某钢非法经营案——将工业用牛羊油销售给食用油生产企业的行为定性（刑事审判参考第 1530 号）	67
8、 赵某军生产、销售伪劣产品案——对待宰生猪注入肾上腺素、阿托品和生水后屠宰销售的行为定性及罚金适用（刑事审判参考第 1532 号）	73
三、 法律法规	83
1、 最高法发布《关于办理减刑、假释案件审查财产性判项执行问题的规定》	83
四、 商事犯罪辩护法律专业委员会资讯	90
1、 《刑事辩护实务中的困惑与应对》业务交流会圆满举行	90



一、法律动态



1、最高人民法院公布 2024 年一季度司法审判工作主要数据

2024 年一季度，全国法院深入贯彻落实习近平法治思想，坚持公正司法，加强审判管理，全面提质增效，做深做实为大局服务，为人民司法。

司法审判工作总体情况。全国法院受理各类案件 1100.3 万件，同比增长 1.49%，结案 874.8 万件，同比下降 1.32%。其中，诉前调解成功案件 249.2 万件，同比增长 13.91%；受理各类审判执行案件 851 万件，同比下降 1.65%，结案 625.6 万件，同比下降 6.32%。审判执行案件中，受理刑事案件 41.2 万件，同比增长 6.99%；受理民商事案件 504.8 万件，同比下降 0.55%；受理行政案件 17.9 万件，同比下降 3.61%；受理执行案件 265.7 万件，同比下降 2.96%。从地区看，黑龙江、广东、陕西、上海、安徽等地收案降幅明显；山东、北京、西藏、山西、天津等地收案增幅较大，诉源治理仍需常抓不懈。

截至2024年3月底，全国法院一年以上未结诉讼案件同比下降56.45%，长期未结诉讼案件清理工作成效明显。

全国法院审判质量管理指标体系26项总体指标中，18项指标同比趋优。其中，案-件比下降0.02，二审开庭率增长23.72个百分点，审限内结案率增长3.22个百分点，上诉案件移送时间下降26.09%，诉前调解成功案件数占诉至法院纠纷数的比例增长3.19个百分点，执行到位率增长4.46个百分点。

办理诉前调解案件情况。人民法院坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面，推进诉调对接的“调”向前延伸，充分发挥指导调解工作的法定职能。人民法院调解平台“进乡村、进社区、进网格”工作深入推进，截至3月底，15.7万家基层治理单位入驻人民法院调解平台，就地解决纠纷24.6万件，大量基层矛盾纠纷实现早发现、早预防、早化解。“总对总”工作成效更加凸显，共3.4万家行业性专业性调解组织、7.7万名调解员参与调解工作，同比分别增长13.94%、21.24%。全国法院诉前调解纠纷382.4万件，同比增长13.69%，诉前调解成功249.2万件，诉前调解自动履行率92.66%，诉前调解在化解矛盾纠纷方面的基础性作用有效发挥。

刑事案件审判情况。人民法院认真贯彻总体国家安全观，依法惩治各类犯罪，坚决维护国家政治安全，确保社会大局稳定，保障人民安居乐业。刑事一审案件呈现增长态势，受理刑事一审案件28.9万件，同比增长8.32%。案件数量居前十的罪名中，危险驾驶罪、帮助信息网络犯罪活动罪收案同比分别下降19.53%、1.73%；盗窃罪、诈

诈骗罪、掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪、故意伤害罪、交通肇事罪、强奸罪、开设赌场罪、走私、贩卖、运输、制造毒品罪收案同比上升，其中盗窃罪、诈骗罪、掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪、走私、贩卖、运输、制造毒品罪四类案件增幅超过30%。审结生产、销售、提供假药罪案件361件，同比增长23.63%，审结妨害药品管理罪案件479件，同比增长404.21%，依法严惩危害药品安全犯罪。审结危害税收征管刑事案件1039件，同比增长11.72%，最高人民法院、最高人民检察院联合制定《关于办理危害税收征管刑事案件适用法律若干问题的解释》，指导各级司法机关正确办理相关案件，依法惩处危害税收征管犯罪。坚持治罪与治理并重，对在办刑事案件开展企业合规整改245件，同比增长158.62%，推进涉案企业合规改革，促进企业合规经营健康发展。

判处生效被告人37.4万人，同比增长14%，其中判处五年有期徒刑以上刑罚的罪犯2.9万人，同比增长9.50%，重刑率为7.71%，同比下降0.32个百分点；判处三年有期徒刑以下刑罚的罪犯32.3万人，同比增长14.62%，占比86.44%，同比上升0.46个百分点；宣告无罪163人，同比增长17.27%，其中公诉案件宣告无罪72人，自诉案件宣告无罪91人。判处未成年人罪犯1.2万人，同比增长77.67%，占罪犯总数的3.12%，同比上升1.12个百分点，重刑率8.50%。最高人民法院高度重视未成年人犯罪惩防并重、标本兼治，会同相关部门不断健全完善综合治理工作。

民商事案件审判情况。人民法院充分发挥民商事审判职能作用，维护社会公平正义，形成良好法治环境。诉源治理成效逐步显现，受理民商事一审案件438.3万件，同比下降1.10%。案件数量居前十的案由中，银行卡纠纷、物业服务合同纠纷、离婚纠纷、房屋买卖合同纠纷案件收案同比分别下降29.26%、24.54%、19.16%、11.04%；借款合同纠纷、租赁合同纠纷、机动车交通事故责任纠纷、建设工程合同纠纷、买卖合同纠纷、劳务合同纠纷案件收案上升，其中劳务合同纠纷、买卖合同纠纷、建设工程合同纠纷案件同比增幅超过10%。审结婚姻家庭案件41.6万件，同比下降17.24%，人民法院持续加大婚姻家庭家事纠纷诉前调解力度，做实家事审判调查、调解、心理疏导工作，继续开展高额彩礼治理宣传，进一步加强司法引领。审结物业服务合同纠纷案件13.3万件，同比下降25.41%，人民法院持续加大对物业服务合同纠纷矛盾化解工作的指导力度，加强“府院联动”，联合住房城乡建设等部门就涉房纠纷举行专门会商，推动房地产企业规范经营，从源头上减少纠纷发生。审结银行卡纠纷案件11.4万件，同比下降26.78%，人民法院通过加强对下监督指导和推进“第二号司法建议”深入落实等举措，进一步做好银行卡纠纷诉源治理等工作。

行政案件审判情况。人民法院依法审理各类行政案件，把监督支持行政机关依法行政和维护人民群众合法权益结合起来，力促“政通人和、取信于民”。受理行政一审案件7.7万件，同比下降2.79%。案件数量居前十的案由中，不履行职责、行政强制执行、行政补偿、行政登记案件收案下降，同比分别下降32.89%、25.29%、20.71%、

11.92%；政府信息公开、行政协议、行政裁决、行政确认、行政处罚、行政复议案件收案上升，其中行政复议案件同比增长46.64%，行政处罚、行政确认、行政裁决案件同比增幅超过10%。各地法院积极延伸行政审判职能，主动参与社会治理，助力行政机关在重大工程项目建设等事项中建立决策风险合规评估机制，并充分运用司法建议、行政审判白皮书等形式，对普遍性、趋势性问题提出预警和治理建议，有效防止各类矛盾纠纷发生，“城建”领域一审案件收案同比下降14.40%，“资源”领域同比下降9.9%。随着修订后的行政复议法进一步扩大案件受理范围，进入诉讼程序的复议类案件数量增幅明显，行政复议类一审案件收案6933件，同比上升46.64%，最高人民法院会同司法部举办首届行政复议行政审判联席工作会议，不断强化行政复议行政诉讼衔接，促推主渠道进一步发挥作用。

知识产权案件审判情况。人民法院服务保障科技创新、维护市场公平竞争力度不断增强，知识产权司法服务高质量发展作用进一步凸显。受理知识产权一审案件12.2万件，同比增长3.39%。其中，刑事案件2200件，同比增长38.89%；民事案件11.3万件，同比增长2.34%；行政案件6260件，同比增长14.21%。最高人民法院落实与国家知识产权局“总对总”诉调对接机制，指导上海、福建、海南、广东四地法院与世界知识产权组织仲裁与调解中心开展诉调对接，从源头上减少纠纷发生。受到特定专利权影响的当事人请求人民法院确认其行为不侵犯他人专利权的案件收案同比增长95.65%，反映出市场主体更加积极运用法律救济途径解除因专利侵权警告而产生的不

安状态，同时也在一定程度上反映出专利权人滥用权利干扰竞争对手正常经营的情况日益突出，最高人民法院通过典型案例进一步明确该类案件的受理条件、审理范围及裁判规则，引导知识产权权利人正当诚信行使权利，帮助市场主体及时消除市场竞争不安状态。

办理执行案件情况。人民法院持续推进执行难综合治理、源头治理，不断提升执行质效，努力兑现人民群众胜诉权益。受理执行案件265.7万件，同比下降2.96%，其中受理首次执行案件253.3件，同比下降3.40%。最高人民法院出台《关于规范和加强办理诉前保全案件工作的意见》《最高人民法院关于全面推进交叉执行工作的通知》等相关规范性文件，加强执源治理，促推调解方式化解矛盾纠纷以及裁判自动履行，执行保全案件同比增长25.68%，民事裁判申请执行率下降1.04个百分点。全国法院开展“百日执行攻坚”和交叉执行全覆盖，通过指定执行、提级执行等方式，执行法院交互将本院难以执行的部分案件移交其他法院执行，加大执行工作力度并形成有力监督，有序推动终结本次执行案件的清理工作，终本案件新增数量、恢复执行后执行完毕数量呈“一降一增”趋势，执行案件质量与效果明显趋优。执行完毕率同比增长6.32个百分点，执行到位率同比增长4.46个百分点，首执案件终本率下降4.01个百分点，终本案件恢复执行后执行完毕17.9万件，同比增长5.54%。

2、最高法：对未成年人严重犯罪该惩处的依法惩处

新华社北京4月16日电（记者 罗 沙 冯家顺）记者16日从最高人民法院获悉，目前未成年人违法犯罪形势依然严峻，校园暴

力问题不容忽视。近三年来未成年人违法犯罪数量总体呈上升趋势，人民法院2021年至2023年共审结未成年人犯罪案件73178件，判处未成年人罪犯98426人，占同期全部刑事罪犯的2%至2.5%。

最高法公布的数据同时显示，对于已满12不满14周岁未成年人杀人、重伤害犯罪，2021年3月刑法修正案（十一）实施以来，人民法院共审结此类案件4件4人，犯罪人年龄在12至13岁之间，被依法判处10至15年有期徒刑。

最高法提出，人民法院对未成年人犯罪坚持贯彻“教育、感化、挽救”的方针和“教育为主、惩罚为辅”的原则，积极采取适合未成年人心身特点的审判方式，强调审判既要成为对失足未成年人惩戒处罚的公堂，又应作为挽救教育的课堂。处罚上坚持“宽容但不纵容”，对于主观恶性深、危害严重、特别是屡教不改的，该惩处的依法惩处，发挥警示教育作用，还被害人以公平，示社会以公道。

3、公安部部署开展“猎狐2024”专项行动

近日，公安部部署全国公安机关开展缉捕在逃境外经济犯罪嫌疑人“猎狐2024”专项行动。

“猎狐2024”专项行动是中央反腐败协调小组国际追逃追赃和跨境腐败治理工作办公室部署开展的“天网2024”行动的重要组成部分。公安机关将按照部署要求，加大追逃追赃重点个案攻坚力度，有效提升追逃追赃工作质效，深化拓展执法合作渠道。

公安部有关负责同志表示，全国公安机关将全面贯彻落实党的二十大和二十届二中全会精神，从维护国家利益和国家安全的高度，深

入开展“猎狐2024”专项行动，更好服务中央反腐败斗争和防范化解重大风险攻坚战等中心工作，切实维护国家安全和社会稳定。

2014年以来，公安部已连续十年组织全国公安机关开展“猎狐行动”，取得显著成效。在中央追逃办统筹协调和相关部门大力支持协助下，“猎狐行动”共从120多个国家和地区抓获在逃经济犯罪嫌疑人9000余名，追赃挽损近490亿元人民币，为推进全面依法治国作出积极贡献。

4、公安机关依法严打侵犯知识产权犯罪全力服务保障高质量发展，2023年立案侦办侵权假冒犯罪案件4万余起

2023年以来，全国公安机关深入学习贯彻习近平总书记关于加强知识产权保护的重要指示精神，按照公安部统一部署，提高政治站位，强化责任担当，深入推进“昆仑2023”等专项行动，始终保持对各类侵权假冒犯罪的高压严打态势，去年共立案侦办侵犯知识产权和制售伪劣商品犯罪案件4万余起，坚决遏制此类犯罪多发高发势头。

工作中，公安机关始终把统筹发展与安全贯穿知识产权刑事保护全过程，坚持依法平等保护原则，重拳打击突出犯罪，以高水平安全保障高质量发展。进一步强化产权保护，依法严打侵犯商标权、专利权、著作权和商业秘密等犯罪，连续破获“2·12”系列盗录传播春节档院线电影案、江西南昌“6·09”侵犯工程建设软件著作权案、江苏宿迁“1·05”制售假冒品牌光模块案等重点案件，有力维护市场经济秩序，增强企业投资发展信心。进一步强化守护民生，紧盯群众反映强烈、社会广泛关注的食品、药品、消防器材、燃气设备、

电气产品、建筑材料等重点商品和批发市场、电商平台等流通领域，连续侦破一批大要案件，并积极配合有关部门开展集中整治，及时防范化解风险隐患。进一步强化部门协作，与行政执法、行业监管等部门密切沟通，着力强化行刑衔接、数据共享、协同整治、专业支撑等方面的协作配合，不断深化知识产权保护体系建设。会同有关部门联合开展“院线电影版权保护”“青少年版权保护季”等专项行动，联合督办一批重大案件。进一步强化主动警务，持续开展“惠民利企”调研走访活动，探索建立知识产权保护驻企工作站、知识产权警务联络官、向互联网平台通报警示侵权假冒问题等工作机制，着力解决群众和企业知识产权保护方面的“急难愁盼”问题。其中，天津公安机关“知识产权保护流动警务站”和江苏公安机关“知识产权保护服务前哨”，获评“知识产权强国建设第二批典型案例”。

公安部食品药品犯罪侦查局有关负责人表示，公安机关将扎实推进“昆仑2024”专项行动，不断加大对各类侵权假冒犯罪的打击力度，坚决维护广大人民群众和各类市场主体的合法权益，助力培育发展新质生产力，全力服务保障高质量发展和中国式现代化建设。

5、公安部部署开展“净风”专项行动，依法打击非法制售“特供酒”犯罪活动

近日，公安部部署开展“净风”专项行动，组织全国公安机关依法严厉打击冒用党政机关、军队等名义，生产、销售所谓“特供”“专供”等假酒犯罪活动，要求坚持以打开路、重拳出击，多管齐下、综合施策，集中侦破一批非法制售“特供酒”犯罪案件，坚决摧毁一批

犯罪团伙，依法严惩一批违法犯罪分子，铲除一批犯罪窝点，斩断一批非法利益链条，整治一批重点地区，有效遏制非法制售“特供酒”犯罪活动，有力净化社会风气，维护党和政府、军队良好形象，切实保障广大消费者合法权益。

公安部强调，要突出打击重点，紧盯“特供酒”生产、销售、运输、存储等环节，重点打击制售“特供酒”包材犯罪，彻底摧毁非法印刷商标、党政军专用标志的地下“黑窝点”。要针对重点地区地域性职业制假犯罪特点，深入开展源头打击，在假酒的主要生产、消费地区，组织开展集群打击，有力斩断“产供销”犯罪链条。要加强对电商、直播、社交平台等网上重点部位的巡查，对摸排掌握的重大线索，集中破案攻坚，实施全环节、全要素、全链条打击。要加强宣传引导，坚持边打击边宣传，开展以案释法，加强对制售白酒、印刷、包装、物流寄递及电商等行业从业人员法治教育，增强守法经营意识，引导公众树立正确消费观念。要健全协同机制，按照“专业+机制+大数据”新型警务运行模式要求，主动对接市场监管等单位，建立健全信息共享、协调联动、情况互通、打整同步的常态化工作机制，有效整治“特供酒”乱象。

公安部食品药品犯罪侦查局有关负责人表示，公安机关将始终保持对生产、销售所谓“特供酒”等犯罪活动的严打高压态势，坚决依法严惩。同时也提示广大消费者，网上购买高档酒品需谨慎，凡宣称党政军单位“特供酒”“内供酒”等均系假酒，一旦发现应积极向公

安机关或有关部门举报，避免落入消费“陷阱”，造成人身伤害和财产损失。

6、最高检：依法惩治重点领域黑恶犯罪

近日，记者从最高人民检察院获悉，最高检扫黑除恶专项斗争领导小组从7个方面对2024年检察机关常态化开展扫黑除恶专项斗争作出具体部署，对不断提高扫黑除恶的法治化、规范化、专业化水平提出明确要求。

“检察护企”和“检护民生”是最高检今年部署的两个专项行动，今年常态化开展扫黑除恶专项斗争如何与这两项行动相结合？最高检扫黑除恶专项斗争领导小组办公室负责人指出，要加强重点领域、重点案件的办理，保持依法惩治力度。协同参与“检察护企”专项行动，聚焦金融放贷、工程建设、市场流通等经济领域，重点打击惩治侵犯民营企业合法权益的非法高利放贷、恶意阻工、插手企业经济纠纷等涉黑恶势力，依法惩治严重破坏营商环境和经济金融秩序的黑恶犯罪，深挖严查涉黑洗钱犯罪，维护公平公正的经济秩序。要完善办案机制，重点解决涉企黑恶案件准确认定问题，提升案件质量。

如何进一步完善办案机制，提升办案质效？该负责人表示，要深入推动数字检察赋能法律监督，加强线索发现核查以及风险排查，对黑恶组织惯常实施的犯罪的警情、线索、案件，重点审查、串并分析、建模深挖，及时发现掌握“乱生恶”的动向、“恶变黑”的线索、信号，监督督促公安机关及时查处、查深查透。持续完善省级院统一把

关机制，继续开展省级院统一把关制度落实情况督导检查，压实把关责任，切实做到“是黑恶一个不漏、不是黑恶一个不凑”。

如何更好防范整治行业领域涉黑恶犯罪？该负责人认为，要坚持“标本兼治”不动摇，持续加强行业治理整顿和综合治理。立足检察职能，坚持以案促治，结合办理的涉黑恶案件，用好检察建议机制，开展黑恶势力犯罪破坏营商环境调研，持续巩固深化征地拆迁、矿产资源、信息网络、金融放贷、市场流通、交通运输、工程建设、教育医疗等重点领域整治成果，定期开展检察建议回头看，配合职能主管部门构建防范黑恶势力长效机制。

记者了解到，2024年，最高检将把发挥检察侦查职能查处“保护伞”情况作为扫黑除恶工作重要考核项目。该负责人强调，检察机关要深入学习贯彻习近平法治思想，聚焦惩治突出黑恶犯罪，切实加强法律监督，高质效办好每一个案件，深入参与社会治理，不断提高扫黑除恶的法治化、规范化、专业化水平，助力更高水平平安中国建设。

7、支付宝、微信支付等非银行支付迎新规，实施后会有何影响？

5月1日即将实施的《非银行支付机构监督管理条例》，将非银行支付机构及其业务活动进一步纳入法治化轨道进行监管。昨天(22日)，中国人民银行发布了这部行政法规实施细则(征求意见稿)。这部行政法规将如何落地实施？实施后会产生哪些影响？一起来听专家解读。

设置换证合理过渡期 实现平稳过渡

非银行支付,简单来说,就是指不通过银行,而是通过其他机构提供的支付服务。比如,我们经常用到的支付宝、微信支付等。

《实施细则》明确了根据新规换发新的支付机构许可证的程序和
时间表。换证过渡期设置为《实施细则》施行日至各支付机构支付业
务许可证有效期截止日。同时,考虑到部分支付机构许可证到期时间
与《实施细则》施行日期较近,这些支付机构的过渡期放宽至 12 个月。

换证过渡期满,中国人民银行将按照新规重新换发支付业务许可
证。记者了解到,支付机构满足条件的,也可以选择提前申请换发支付
业务许可证。

招联首席研究员 董希淼:过渡期给予了支付机构充足的时间去
准备。同时,原来这些支付机构的支付牌照有效期是 5 年,每 5 年就要
申请延期一次,这次新规实施后,支付机构取得的支付牌照是不设期
限的。

**实施细则还明确,适当下放部分支付机构变更事项审批权限,减
少审批层级。**

中国民生银行首席经济学家 温彬:比如说,变更公司名称或者注
册资本等,只需要中国人民银行分支机构受理、审查、决定。这将提
高行政许可的审批效率,有利于建立健全高效、快捷的变更事项办理
机制。

数据显示,截至目前,全国共有 183 家非银行支付机构。非银行支
付机构年交易量超 1 万亿笔、金额近 400 万亿元。

不改变支付机构原有业务许可范围

实施细则中对非银行支付机构都有哪些新规定?专家表示,实施细则坚持稳字当头,注重监管一致性,确保支付市场平稳过渡。

专家表示,此前支付业务分为网络支付、银行卡收单和预付卡业务等三类。随着技术创新和业务发展,出现了条码支付、刷脸支付等新兴方式。《非银行支付机构监督管理条例》提出将支付业务重新划分为储值账户运营与支付交易处理两类,而区分这两类业务的关键在于能否接收付款人预付资金。此次公布的实施细则,提出了具体分类方法,专家表示,这将更好地满足市场发展和监管需要。

中国民生银行首席经济学家 温彬:实施细则充分考虑了当前分类方式下的许可框架,不会改变支付机构原有的业务许可范围,也就是说支付机构原来有的业务都还有,预计不会对支付机构的业务连续性和用户体验产生影响。

此外,《实施细则》还明确要求,非银行支付机构如果要调整收费项目或者收费标准,应至少提前30天进行持续公示,支付交易记录应至少保存5年。

8、公安部公布一批涉银行卡犯罪典型案例

新华社北京4月22日电(熊丰、曾凡乙)记者22日从公安部获悉,公安部去年共破获伪造信用卡,窃取、收买、非法提供信用卡信息,妨害信用卡管理,信用卡诈骗、套现类非法经营等犯罪案件近5000起,涉案金额超百亿元。公安部22日公布一批严厉打击涉银行卡犯罪典型案例。

北京公安经侦部门破获系列盗刷信用卡案。2023年4月,北京市公安局朝阳分局对3起信用卡盗刷案件线索立案侦查,经深挖拓线累计串并35起盗刷手段一致的信用卡诈骗案,先后针对“跑分”取现团伙、“钓鱼盗刷”团伙和提供手机、POS机等作案工具的帮助犯罪团伙开展三波次集中抓捕行动,共计破获系列案件460余起。

上海公安经侦部门破获郑某鑫等人利用App套现代还非法经营案。2023年,上海市公安局针对银行支付领域App套现养卡风险开展专项调研,取缔非法套现App平台29个,查获App非法截留银行卡交易关键卡信息5000余万条,成功打掉以郑某鑫等人为首的开发运营App平台实施信用卡套现犯罪团伙20个。

山东公安经侦部门破获特大非法经营案。山东省淄博市公安局侦查发现,2023年3月至8月,不法分子在全国范围内发展套现代理商158家、会员50余万名,涉及信用卡100余万张,公安机关成功摧毁涉及全国各地集信用卡套现、非法支付结算、组织研发套现App等犯罪活动于一体的黑灰产网络。

四川公安经侦部门破获妨害信用卡管理案。四川省南充市公安局侦查发现,不法分子在本地大肆收购他人银行卡,经对2800余张银行卡、600余万条银行交易数据进行研判分析后发现,该案涉及四川、山东等15个省份,涉案银行卡5500余张,犯罪分子非法获利逾千万元。公安机关共打掉跨省涉卡犯罪团伙13个,抓获犯罪嫌疑人60余名。



二、指导案例



1、张某重大责任事故案——受让具有合法证照的网吧后未变更登记的不属于非法经营（刑事审判参考第1509号）

一、基本案情

被告人张某，男，1993年x月x日出生。2018年12月6日被逮捕。

被告人张某付，男，1966年x月x日出生。2018年12月13日被逮捕。

河南省安阳市龙安区人民检察院指控被告人张某犯非法经营罪、买卖国家机关证件罪和重大责任事故罪，被告人张某付犯买卖国家机关证件罪，向安阳市龙安区人民法院提起公诉。

被告人张某辩称其经营网吧签订有转让合同，属正常经营，不构成非法经营罪；其没有多次安排接人上网，只是让高耀去接过一次上网人员，也没有给高耀发过工资，不属于安排。其辩护人提出：（1）被告人张某和张某付签订协议转让的仅仅是财产，不包括网吧证照，

公诉机关指控非法经营罪和买卖国家机关证件罪的罪名不成立；（2）
张某作为网吧实际经营人不属于重大责任事故罪的犯罪主体，安排高
耀去接人的行为不违反有关安全管理的法律规定，与发生的严重交通
事故之间不存在必然因果关系，不构成重大责任事故罪。

被告人张某付对起诉书指控的事实无异议。其辩护人提出：被告
人张某付不是想通过买卖证件盈利，没有买卖国家机关证件的主观故
意；双方签订的是整体转让协议，不构成买卖国家机关证件罪。

安阳市龙安区人民法院审理查明：2015年3月9日，被告人张
某付注册登记了“安阳市龙安区腾飞网吧”（以下简称“腾飞网吧”），
经营地址位于安阳市龙安区大白线路东（张家庄村北），并办理了《营
业执照》《网络文化经营许可证》《公众聚集场所投入使用、营业前
消防安全合格证》和《互联网上网服务营业场所安全审核合格证》等
证照。2017年12月7日，张某付将腾飞网吧转让给其外甥即被告人
张某，双方协议约定转让价格为12万元，包含网吧内的电脑、桌椅、
《网络文化经营许可证》及《营业执照》等所有物品和证照。此后，
张某开始经营腾飞网吧，其与张某付二人均未按规定到相关部门办理
证照变更手续。经安阳县公安局网监大队远程勘验，自2017年12月
7日至2018年11月16日，张某经营该网吧收入为24.60595万元；
经调取成都吉胜有限责任公司登记的腾飞网吧电脑收费情况，张某经
营该网吧收入为24.1861万元。

被告人张经营网吧期间，多次违规接纳未成年人上网。2018年
11月6日晚上11时许，张某安排未取得机动车驾驶证的高耀（已

死亡)驾驶轿车,到安阳市龙安区善应镇接前来网吧上网的六名未成年人,返回途中发生交通事故,造成包含高耀和六名未成年人在内的七人死亡、一人受伤及五车部分损坏的严重后果。

安阳市龙安区人民法院认为,被告人张某在从事网吧经营中,在对上网人员提供车辆接送时,明知来上网的人员为六人,而安排不具有驾驶资格的高耀,深夜驾驶核载五人的轿车,超载接送六名未成年人,其行为违反了国家有关生产作业的安全管理规定,应对死亡七人、受伤一人、车损五辆的事故后果承担责任,其行为已构成重大责任事故罪,且属情节特别恶劣。公诉机关指控张某构成非法经营罪和买卖国家机关证件罪、张某付构成买卖国家机关证件罪不当。张某虽系经公安机关电话通知后主动到案,但其到案后未能如实供述犯罪事实,不构成自首。根据本案犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对社会的危害程度,依据刑法第一百三十四条第一款、第六十一条、《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害生产安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第七条、刑事诉讼法第二百条第一项、第二项之规定,判决如下:

- 一、被告人张某犯重大责任事故罪,判处有期徒刑七年;
- 二、被告人张某付无罪。

一审宣判后,安阳市龙安区人民检察院以一审判决张某不构成非法经营罪和买卖国家机关证件罪、张某付无罪属适用法律错误为由,提出抗诉。安阳市人民检察院经审查后认为该抗诉不当,决定撤回抗诉。

被告人张某以不构成重大责任事故罪提出上诉。其辩护人提出：刑法规定的重大责任事故罪仅限于厂矿单位在生产、作业过程中的行为，张某作为网吧的实际经营人不属于重大责任事故罪的犯罪主体，安排开车接人没有违反网吧的安全管理规定，也没有违反有关安全管理的规定，与发生的重大交通事故之间不存在法律上的因果关系，不构成重大责任事故罪。

安阳市中级人民法院认为，原审判决认定事实和适用法律正确，审判程序合法。安阳市人民检察院撤回抗诉的决定符合相关法律规定，应予准许。上诉人张某的上诉理由及其辩护人的辩护意见均不能成立，不予采纳。裁定如下：准予安阳市人民检察院撤回抗诉；驳回上诉人（原审被告）张某的上诉，维持原判。

二、主要问题

（一）有偿转让具有合法证照的网吧，未办理证照变更登记的，是否构成买卖国家机关证件罪？

（二）受让具有合法证照的网吧，未办理证照变更登记而继续经营的，是否构成非法经营罪？

（三）网吧经营活动中接送上网人员发生事故的，是否构成重大责任事故罪？

三、裁判理由

一审公诉机关认为被告人张某付将其经营的网吧连同相关证照一并出售给被告人张某，二人均构成买卖国家机关证件罪；进而认为张某通过买卖取得的相关网吧证照是非法的，因此其经营行为属于没

有取得《网络文化经营许可证》而擅自从事互联网上网服务经营活动，又构成非法经营罪。张某和张某付的辩护人则认为二人的行为不构成买卖国家机关证件罪，张某的行为不构成非法经营罪。一审法院认为张某、张某付在转让网吧过程中，未及时办理经营证照的法定代表人变更手续，仅违反了相关行政管理法规，依法应给予行政处罚，但不构成买卖国家机关证件罪和非法经营罪。张某安排不具有驾驶资格的高耀驾车超载接送上网人员的行为违反了生产经营安全管理的相关法律规定，与车辆发生事故导致人员死亡的严重后果之间具有刑法上的因果关系，构成重大责任事故罪。二审予以维持。

笔者同意一、二审法院的意见。具体理由如下。

（一）为经营而买卖具有合法证照的网吧，不构成非法买卖国家机关证件罪

伪造、变造、买卖国家机关证件罪，是指伪造、变造、买卖有权国家机关颁发的证件的行为，其侵害的法益是国家机关证件的公共信用。证件，是指国家机关颁发给特定申请主体，证明该主体具有一定权利义务关系或其他事实的凭证。前者，比如，营业执照、不动产权证书、机动车登记证书、专利权证书等；后者，比如，医师资格证书、法律职业资格证书等。获得国家机关颁发证件的主体可以据此直接实施一定的法律行为，而不需要另外证明自己的权利或者能力。通过伪造、变造形成虚假的国家机关证件，或者通过买卖国家机关证件，使得不合格的主体获得该证件，得以凭借该证件从事某种活动，不仅造成一定的社会风险，也导致国家机关证件的公共信用遭到破坏，应当

纳入刑法规制范围。就买卖国家机关证件罪而言，是指作为购买者的一方在不具备申领相关证件条件的情况下，通过买卖的方式取得相关证件，包括买卖假借国家机关名义制作、内容虚假的证件，或者向国家机关申请并取得证件的人将该证件再非法出售给他人。

本案中，被告人张某付将其投资开办的腾飞网吧转让给被告人张某，并将有关国家机关颁发给该网吧的四个证照即《营业执照》《网络文化经营许可证》《公众聚集场所投入使用、营业前消防安全合格证》和《互联网上网服务营业场所安全审核合格证》交给张某继续使用，笔者认为，这不属于买卖国家机关证件罪，理由如下。

第一，上述四个证照确实属于国家机关颁发的证件。首先，腾飞网吧为被告人张某付个人投资开办的非公司私营企业，属于当时有效的《私营企业暂行条例》中规定的独资企业。根据个人独资企业法第九条、第十二条的规定，申请设立个人独资企业，应当由投资人或者其委托的代理人向个人独资企业所在地的登记机关提交设立申请书、投资人身份证明、生产经营场所使用证明等文件；从事法律、行政法规规定须报经有关部门审批的业务的，还应当提交有关部门的批准文件；登记机关应当在收到设立申请文件之日起十五日内，对符合规定条件的予以登记，发给营业执照。本案中工商登记管理机关根据张某付申请而向其开办的个人独资企业腾飞网吧颁发的《营业执照》即属于国家机关证件。其次，腾飞网吧经营的上网服务活动属于必须报经有关部门审批的业务。国务院制定的《互联网上网服务营业场所管理条例》（以下简称《条例》）第十条规定，经营单位申请从事互联网

上网服务经营活动，应当向县级以上地方人民政府文化行政部门提出申请；第十一条规定，申请人还应当向同级公安机关申请信息网络安全审核，并依照有关消防管理法律法规的规定办理审批手续，取得信息网络安全和消防安全批准文件后，文化行政部门经实地检查并审核合格的，发给《网络文化经营许可证》。因此，腾飞网吧取得的《网络文化经营许可证》等证件也属于国家机关颁发的证件。

第二，被告人张某受让腾飞网吧后作为新的投资人，需要针对上述证照办理变更登记手续。个人独资企业法第十五条规定，个人独资企业存续期间登记事项发生变更的，应当在作出变更决定之日起的十五日内依法向登记机关申请办理变更登记。《个人独资企业登记管理办法》第十三条规定，个人独资企业变更投资人姓名和居所、出资额和出资方式，应当在变更事由发生之日起十五日内向原登记机关申请变更登记；第十七条规定，个人独资企业因转让或者继承致使投资人变化的，个人独资企业可向原登记机关提交转让协议书或者法定继承文件，申请变更登记。《条例》第十三条规定，互联网上网服务营业场所经营单位变更名称、住所、法定代表人或者主要负责人的，应当依法到工商行政管理部门办理变更登记，并到文化行政部门、公安机关办理有关手续或者备案。根据上述行政法规规定，被告人张某付将其经营的个人独资企业腾飞网吧转让给张某，并不意味着网吧的停业或者解散，网吧作为一个企业并未消灭，其《营业执照》仍然继续有效，张某作为受让人只需要依照上述规定持转让协议书向工商登记机关申请变更登记即可；同样，张某付将腾飞网吧转让给张某，也不意

味着该网吧所具有的《网络文化经营许可证》失效，张某到工商机关变更登记后，再持新的《营业执照》到文化主管部门对《网络文化经营许可证》的法定代表人进行变更，即可继续凭借该许可证开展经营活动。

第三，被告人张某对相关证照的受让，是网吧转让协议履行的必然内容之一，虽未及时变更投资人和法定代表人登记，但不属于买卖国家机关证件的行为。一方面，从民事法律的角度看，双方转让协议的合同标的物是作为一个企业的腾飞网吧，而不是网吧里的电脑、桌椅等设备财产。相关证照授权的对象是作为一个企业的腾飞网吧，而不是原法定代表人张某付个人。张某受让的合同标的也是作为一个企业并具备营业所必需相关证照的腾飞网吧，而并非受让张某付的四个证照并据以另行开办一个网吧企业。因此，该网吧的《营业执照》等四个证照的使用主体并没有发生转移，其二人之间也就不属于买卖国家机关证件的关系。另一方面，从行政法律的角度看，个人独资企业法和《条例》对于经营者转让《营业执照》《网络文化经营许可证》的行为和企业转让后未按规定办理变更登记的行为，也是分别作出不同的处罚规定，并未等同对待，后者的法律责任轻于前者。比如，个人独资企业法第三十五条规定，涂改、出租、转让营业执照的，责令改正，没收违法所得，处以3000元以下的罚款；情节严重的，吊销营业执照。第三十七条第二款规定，个人独资企业登记事项发生变更时，未按该法规定办理有关变更登记的，责令限期办理变更登记；逾期不办理的，处以2000元以下的罚款。再如，《条例》第二十九条

规定，互联网上网服务营业场所经营单位涂改、出租、出借或者以其他方式转让《网络文化经营许可证》，尚不够刑事处罚的，由文化行政部门吊销《网络文化经营许可证》，没收违法所得，并处以罚款。

《条例》第三十二条规定，互联网上网服务营业场所经营单位变更法定代表人或者主要负责人未向文化行政部门、公安机关办理有关手续或者备案的，由文化行政部门、公安机关依据各自职权给予警告，可以并处15000元以下的罚款；情节严重的，责令停业整顿，直至吊销《网络文化经营许可证》。上述规定足以说明，行政法律并未将“企业转让后未及时就相关证照办理变更登记的行为”和“买卖国家机关证件的行为”等同看待。行政犯罪的行政违法性是刑事违法性的必要条件，买卖国家机关证件罪作为一种行政犯罪，其规制的对象行为不能超出行政违法处罚的范围。

本案中，被告人张某付和张某转让腾飞网吧未及时办理变更登记的行为，既然不属于行政处罚范畴的转让国家机关证件行为，当然也就不可能属于买卖国家机关证件罪的规制范围，同样也不属于刑法第二百二十五条第二项规定的非法经营罪中“买卖经营许可证”的范围。

（二）受让具有合法证照的网吧而继续经营，虽然未办理证照变更登记，但不属于“擅自从事互联网经营活动”，不构成非法经营罪

非法经营罪是指违反国家规定，从事未经许可的经营活动，扰乱市场秩序，情节严重的行为。市场秩序，就是国家通过一定的法律制度约束市场行为主体，增加通过非法、不合理途径获取利益的成本，从而确立市场主体自觉从事合理、合法交易活动的有序状态。国家对

市场经济进行管理是通过一系列分门别类的具体法律制度体系来实现的，违反这些法律制度的行为，都可能破坏或者扰乱市场管理秩序，如果达到一定的社会危害性，即可能构成刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中的具体个罪。刑法第二百二十五条对非法经营罪的客观行为表现规定为四项，其中第四项是“违反国家规定”的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”。刑法第九十六条规定：“本法所称违反国家规定，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。”刑法第二百二十五条第四项规定的“违反国家规定”的“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，是考虑到市场经营种类和经营行为千变万化，为避免挂一漏万，授权其他法律或行政法规作为补充规范，对非法经营罪的表现形式作出补充规定。

《条例》第七条规定，国家对互联网上网服务营业场所经营单位的经营活动实行许可制度，未经许可，任何组织和个人不得从事互联网上网服务经营活动。根据该规定，互联网上网服务营业属于必须取得国家行政许可的一种经营活动。《条例》第八条不但对从事互联网上网服务经营活动的基本条件从经营主体必须是企业、相适应的资金、场所地址、消防安全条件、场所最低营业面积、计算机等装置及附属设备的数量、网络安全管理制度和安全技术措施等方面作出了规定，同时要求对互联网上网服务经营活动审批时，“还应当符合国务院文化行政部门和省、自治区、直辖市人民政府文化行政部门规定的互联网上网服务营业场所经营单位的总量和布局要求”。后者正是对互联

网上网服务市场秩序的规范和保护，因此，未取得许可而擅自从事互联网上网服务的行为，从形式上看侵犯了国家对互联网上网服务这一行业的经营许可制度，从本质上看破坏了国家对互联网上网服务经营单位的总量控制及布局要求，导致出现无序竞争局面，扰乱了市场秩序，属于非法经营行为。《条例》第二十七条规定，违反该《条例》的规定，擅自从事互联网上网服务经营活动的，依法予以取缔；触犯刑律的，依照刑法关于非法经营罪的规定追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，由文化行政部门没收违法所得及其从事非法经营活动的专用工具、设备并罚款。《条例》是国务院制定的行政法规，属于刑法中的“国家规定”，因此违反《条例》规定未取得行政许可而擅自从事互联网上网服务经营活动的行为即可能构成刑法第二百二十五条第四项规定的非法经营罪。而对于网吧变更法定代表人或者主要负责人后未向文化行政部门、公安机关办理有关手续或者备案的行为，《条例》第三十二条仅规定了行政法律责任，并未作出“触犯刑律的，依照刑法关于非法经营罪的规定，依法追究刑事责任”的规定，即作为补充规范的《条例》并未将这种行为纳入严重扰乱市场经济秩序并应予以刑事打击的范畴。

本案中，被告人张某付与张某签订转让协议，张某付将其经营的网吧连同设备、相关证件一并转让给张某，《网络文化经营许可证》是作为企业的证照，附属于企业一并转让给张某，张某系因受让腾飞网吧这个企业而一并受让网吧的《网络文化经营许可证》，并非单独购买《网络文化经营许可证》，因此不符合无证经营的情形。张某受

让网吧及相关证照后，未按规定及时变更《网络文化经营许可证》上登记的法定代表人信息，只是违反了行政管理法规，该《网络文化经营许可证》作为对企业营业场所地址、营业面积、计算机等装置及附属设备数量、信息网络安全管理制度的安全技术措施等经营要件的合规确认，仍然合法有效，张某并没有利用该许可证易地易人另行开展互联网上网服务经营活动，而是在原地址、原经营场所及原经营规模下继续经营同一网吧，其行为从形式上看不属于没有许可证而擅自开展互联网上网服务经营活动，从实质上看也没有造成任何扰乱互联网上网服务市场秩序的后果，不属于非法经营行为，不构成非法经营罪。

需要补充说明的是，在本案讨论过程中，有意见认为只要是违反了国家对市场经营行为进行管理的任何法律法规，就可以认定为非法经营罪的客观行为，本案中被告人张某违法接纳未成年人到网吧上网，违反相关管理制度，属于非法经营行为。笔者认为，这种理解不当扩大了非法经营罪的内涵和外延，会直接导致非法经营罪沦为“口袋罪”，不符合罪刑法定原则和刑法谦抑精神。

（三）网吧经营活动中接送上网人员发生事故后果的，可以构成重大责任事故罪

刑法第一百三十四条第一款规定，在生产、作业中违反有关安全管理的规定，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处三年以上七年以下有期徒刑。道路交通安全法第二条规定，中华人民共和国境内的车辆驾

驶人、行人、乘车人以及与道路交通活动有关的单位和个人，都应当遵守本法。因此企业经营者违反道路交通安全等安全管理法规对生产、作业活动作出管理安排，导致发生伤亡事故后果的，应当构成重大责任事故罪。

本案被告人张某在经营网吧过程中，违规接纳未成年人上网，并在顾客人数较多时提供车辆接运服务，该接运行为属于其招揽顾客、扩大网吧上网人数、获取经营利润的手段，是网吧经营活动的一部分。作为网吧负责人的张某对网吧内部运行和接送上网人员的活动均负有安全管理的责任，在对上网人员提供车辆接送服务时，应当选择具有合法驾驶资格的人员，并安排与接送人员数量相适应的车辆，以确保不发生安全事故。张某安排不具有驾驶资格的高耀驾车接送上网人员，并在明知需要接送的上网人数为六人的情况下，安排一辆核定载客人员包含司机才五人的轿车接送，其行为违反了生产经营安全管理的相关法律规定，与车辆发生事故导致人员死亡的严重后果之间具有刑法上的因果关系，其行为应构成重大责任事故罪。

综上，人民法院根据本案的事实、情节，认定被告人等不构成非法经营罪、买卖国家机关证件罪，是严格依法审理案件的结果，体现了罪刑法定原则，是准确的。

（撰稿：河南省高级人民法院审编：最高人民法院刑二庭蔡智玉于同志）

2、王某某、徐某某走私国家禁止进出口的货物案——犯罪工具与合法财产混同的，可以按比例没收（刑事审判参考第1510号案例）

一、基本案情

被告人王某某，男，1969年x月x日出生。2022年11月21日被逮捕。

被告人徐某某，男，1968年x月x日出生。2022年11月21日被逮捕。

上海市人民检察院第三分院指控被告人王某某、徐某某犯走私国家禁止进出口的货物罪，向上海市第三中级人民法院提起公诉。

被告人王某某、徐某某对公诉机关指控的事实和罪名无异议，被告人王某某的辩护人亦无异议，徐某某的辩护人对事实无异议，提出涉案船舶应返还给被告人徐某某。

上海市第三中级人民法院经审理查明：2020年4月，被告人王某某为牟取非法利益，受他人委托联系孙某某（已判刑）驾驶船舶前往他国运输我国禁止进口的物品绕关走私入境。被告人徐某某明知孙某某从事走私活动，仍将自己与他人共同购买的A船出租给孙某某，并一同上船参与此次运输。后孙某某招募他人，于同月26日共同驾乘A船从境内出发，前往他国装载走私物品绕关走私入境，并于同年6月13日在江苏省某码头将走私物品过驳给B船，被告人徐某某随即下船。2020年6月18日、19日，B船将上述物品卸载于河北省某码头。后上述走私物品被销售，被告人王某某实施了帮助收取货款等行为。

2020年6月14日，被告人王某某再次委托孙某某前往他国走私我国禁止进口的物品，孙某某伙同他人再次共同驾乘A船从境内出发，

同年7月4日，A船在他国装载走私物品后返航。同月12日15时许，A船于航行中被我海上警局查获。涉案物品已被依法没收。

2021年1月29日，被告人王某某、徐某某被抓获。到案后，被告人王某某、徐某某如实供述了上述事实。

上海市第三中级人民法院认为，被告人王某某为牟取非法利益，违反海关法规，逃避海关监管，受他人委托两次联系孙某某等人驾乘船舶从其他国家绕关走私我国禁止进口的物品入境并帮助收取货款；被告人徐某某为牟取非法利益，明知他人从事走私活动仍将船只租赁给他人，且伙同他人驾乘船舶走私入境，重量达8284余吨，均情节严重，其行为均构成走私国家禁止进出口的货物罪，依法应予惩处。在共同犯罪中，被告人王某某、徐某某均起次要作用，系从犯，依法应当从轻或者减轻处罚。被告人王某某、徐某某到案后如实供述自己的犯罪行为，系坦白，依法可以从轻处罚。被告人王某某自愿认罪，被告人徐某某自愿认罪，有一定的悔罪表现，均可以酌情从轻处罚。根据本案的犯罪事实、性质、情节及对社会的危害程度等，决定对被告人王某某从轻处罚、对被告人徐某某减轻处罚。王某某、徐某某参与走私犯罪，情节严重，尚不具备适用缓刑的条件，故辩护人要求对两名被告人适用缓刑的意见，依法不予采纳。关于涉案船舶的处理问题，经查，A船系徐某某与他人共同出资购买，平时用于正常经营，如果直接判决予以没收，不符合罪责刑相适应及比例原则，故应当按照其所涉犯罪，以没收一定比例钱款的方式没收该作案工具。辩护人的相关合理辩护意见，予以采纳。据此，依照刑法第一百五十一条第三款，

第二十五条第一款，第二十七条，第六十七条第三款，第五十二条，第五十三条第一款，第六十四条以及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》第十一条第一款第六项、第二款第一项之规定，判决如下：

一、被告人王某某犯走私国家禁止进出口的货物罪，判处有期徒刑五年六个月，并处罚金人民币一百万元。

二、被告人徐某某犯走私国家禁止进出口的货物罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币二十五万元（已缴纳）。

三、走私犯罪违法所得予以追缴，供犯罪所用的本人财物予以没收。没收被告人徐某某人民币二十万元（已缴纳）。

一审宣判后，被告人王某某、徐某某均未提出上诉，上海市人民检察院第三分院亦未抗诉。判决已发生法律效力。

二、主要问题

- （一）涉案船舶是否应当认定为犯罪工具？
- （二）犯罪工具与合法财产混同时，如何保护合法权益？
- （三）按比例没收钱款时，如何确定没收的比例？

三、裁判理由

- （一）涉案船舶应当认定为犯罪工具

犯罪工具是指犯罪分子进行犯罪活动时所使用的器具物品。犯罪工具的认定，如果标准过于宽泛，则可能损害公民合法财产权；如果标准过于严苛，则可能使特殊没收的作用无法发挥。司法实践中，判断某一物品是否属于犯罪工具，一般是从该物品与犯罪行为之间是否

具有直接关联性、是否对犯罪成立发挥实质性作用等方面进行考虑。在水上绕关走私案件中，犯罪分子通过不向海关申报的方式绕开海关设立的关卡进行走私活动，此时，船舶作为实施犯罪必不可少的工具，与走私犯罪之间具有直接关联性，对犯罪行为的成立发挥实质性帮助作用，可以说，如果没有船舶，绕关走私的犯罪行为便无法产生，犯罪行为无法实现。本案中，孙某某等人逃避海关监管，两次驾驶A船走私入境，涉案船舶应当认定为犯罪工具。

刑法虽然并未直接规定犯罪工具应当如何处理，但是刑法第六十四条明确规定，违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收。供犯罪所用的本人财物，包括犯罪工具和组成犯罪行为之物，司法机关对犯罪工具判决予以没收的法律依据便是刑法第六十四条。对犯罪工具予以没收，是因为该工具在具体犯罪中发挥了作用。对犯罪工具的没收，体现了对犯罪分子实施犯罪行为的否定性评价，能够消除犯罪分子使用同一工具再次犯罪的危险，摧毁犯罪的物质基础，发挥预防犯罪的功能。在绕关走私犯罪案件中，犯罪分子使用的船舶对于犯罪的产生具有促进和帮助作用，因此，具有没收的必要性。

（二）涉案船舶的处理应当兼顾第三人的合法权益

犯罪工具可以依法判决没收，并不意味着所有的犯罪工具都应当予以没收。刑法第六十四条对没收范围进行了限制，明确规定没收的财物必须是本人财物，体现了罪责自负和保护第三人合法权益的原则。

“供犯罪所用的本人财物”中“本人”的范围，不应扩大到无关第三人。对于个人犯罪来说，“本人”的概念仅仅针对行为人自己；对于

共同犯罪来说，“本人”的概念可以指向单独的个人，也可以指向共同犯罪中的部分行为人，还可以指向共同犯罪的所有人。无论如何，“本人”不能指向与案件无关的第三人。刑法第六十四条对没收财物的权属进行限定，表明了对非犯罪行为人合法权益的保护。

本案中，A船系被告人徐某某和他人共同出资购买（船只总价638.99万元，其中徐某某出资187万元、孙某瑞出资451.99万元），两人共同享有船舶所有权，属于按份共有。如果孙某瑞明知他人要实施走私犯罪而将船舶租赁给对方或者明知他人使用船舶实施走私犯罪而采取默许的态度，那么可以直接依照法律规定对涉案船舶进行没收。目前，根据现有证据，孙某瑞既未参与走私犯罪，亦不明知A船用于走私。

被告人徐某某对A船享有约1/3的所有权，涉案船舶是否可以适用刑法第六十四条的规定进行没收，成为一个难题。一方面，涉案船舶系合法财产与犯罪财产混同之物，且无法分割，如果直接判决予以没收，则严重损害第三人对船舶享有的所有权；如果直接判决予以发还，则无法体现法律对被告人徐某某使用船舶参与走私犯罪的否定性评价，有放纵犯罪之嫌。另一方面，徐某某滥用船舶所有权造成社会危害的行为客观存在，如果仅仅因为第三人在犯罪工具上享有所有权就不予没收该犯罪工具，可能会引发潜在犯罪分子的效仿。因此，对于认定为犯罪工具的器物，不能仅仅因为犯罪工具有他人所有权或者限定物权，就从法律上不对该犯罪工具进行处置。

涉案船舶应当予以没收还是发还，成为一个难题。如何既能遵守

“供犯罪所用的本人财物，应当予以没收”的规定，又能严格保护第三人的合法权利？

（三）犯罪工具与合法财产混同，可以按比例没收

当犯罪工具与合法财产混同时，可以考虑通过没收一定比例钱款的方式进行处理，一般适用于涉案财物被第三人善意取得、涉案财物由多人共同共有且不可分割或者附有他物权等情形。供犯罪所用的本人财物，既有“财”亦有“物”，由于“财”和“物”具有相互转化的可能性，“物”和“财”形态上的转变不影响司法机关对犯罪工具的认定与没收。用没收钱款的方式没收涉案财物，符合法律精神。例如，犯罪分子多次使用某船舶参与绕关走私，后将该船舶出售给第三人，第三人支付对价，构成善意取得。此时，作为犯罪工具的船舶原物已经不属于犯罪分子了，对犯罪工具不予处理或者没收第三人已合法取得所有权的船舶均不可取，可以考虑没收犯罪分子出售船舶价款的数额。采用按比例没收钱款的方式对犯罪工具进行处理，在一定程度上剥夺了犯罪分子再犯罪的能力，既贯彻了不使任何人从犯罪中获利的原则，同时又能够做到物尽其用、保护第三人合法权益。

以按比例没收钱款的方式没收涉案财物并非理论上的“空想”，而是已经得到国际条约和法律的支持。我国于2003年12月10日签署的《联合国反腐败公约》第三十一条第五款明确规定：“如果这类犯罪所得已经与从合法来源获得的财产相混同，则应当在不影响冻结权或者扣押权的情况下没收这类财产，没收价值最高可以达到混合于其中的犯罪所得的估计价值。”虽然该规定针对的是犯罪所得，但是

结合《联合国反腐败公约》第三十一条其他款项的规定，对犯罪工具的处理亦可遵循这一方法。我国反有组织犯罪法第四十五条第二款规定：“依法应当追缴、没收的涉案财产无法找到、灭失或者与其他合法财产混合且不可分割的，可以追缴、没收其他等值财产或者混合财产中的等值部分。”虽然反有组织犯罪法系为黑社会性质组织和恶势力组织犯罪量身定制的法律，但是，该规定体现出的价值理念可以供其他类型案件的处理借鉴。事实上，在有关走私犯罪法律适用问题的规范性文件中，也有类似规定。《最高人民法院、最高人民检察院、海关总署打击非设关地成品油走私专题研讨会会议纪要》第五条第二款规定：“有证据证明依法应当追缴、没收的涉案财产被他人善意取得或者与其他合法财产混合且不可分割的，应当追缴、没收其他等值财产。”因此，对于走私案件来说，使用没收相应比例钱款的方法处理犯罪工具，既有法理依据，亦有规范依据。

（四）没收比例的确定应综合考虑多种因素

为保障公民私权利、约束国家公权力，公法领域设置了一些限制公权力行使的原则，比例原则就是其中之一。比例原则包含妥当性、必要性、平衡性等内容，贯彻比例原则，能够发挥人权保障的功能，促进公权力选择最佳的规制手段。对于犯罪工具的没收，应当坚持权属限制和量度限制，既坚持没收供犯罪所用的本人财物，又坚持比例原则。

犯罪工具原本属于犯罪分子合法财产，投入犯罪系权利滥用，但是工具对犯罪的“促进”或者说“帮助”作用不同，有大小之分，所

以对犯罪工具的处理也应当有所区分。本案中，船舶本体虽然无法进行分割，但是可以对船舶的价值进行划分，根据被告人徐某某对船舶享有所有权的比例，判处没收相应的钱款，避免不没收或全没收的窘境。涉案船舶总价值 638.99 万元，被告人徐某某出资 187 万元，法院并非直接判决没收徐某某 187 万元的钱款。涉案船舶平时用于正常生产经营活动，偶尔用于走私，如果直接判决没收徐某某享有的所有权份额等值钱款，明显不适当。当决定采用没收一定比例的钱款方式时，还应当考虑到钱款价值与犯罪工具“作用”的价值相当。

对犯罪工具的处理，没收比例的确定可以从工具所有人在犯罪中的地位和作用、使用犯罪工具的心理状态等多方面因素进行考虑。本案中，综合考虑以下各种因素，最终判决没收被告人徐某某 20 万元人民币。

一是从犯罪分子在走私犯罪中的地位、作用看，被告人徐某某虽然参与走私犯罪一次，但是并未实施安排他人工作、指挥联络等行为，所起作用相较于王某某、孙某某等人而言较小。而且，徐某某的获利来源是将船舶租赁给他人的租金，并未直接从走私犯罪中获利。

二是从犯罪分子将犯罪工具投入犯罪时的主观态度看，涉案船舶投入走私犯罪中具有偶然性。徐某某与他人共同购买 A 船，主要目的是将船舶租赁给他人使用以获取租金。船舶用于走私并非徐某某刻意追求的目的，亦不是徐某某经过深思熟虑的结果。因此，没收比例不宜过高。

三是从犯罪工具本身的属性看，A 船平时主要用于正常生产、经

营活动，偶尔用于走私犯罪，如果直接判决予以没收，则会导致裁判失当。如果犯罪工具系专门、主要用于犯罪或者频繁用于犯罪，那么在确定没收的比例时应当从严。

四是从犯罪工具自身的价值看，涉案船舶价值较大，往往是一个家庭或几个家庭资产的重要构成部分，当犯罪分子因犯罪被判处刑罚时，犯罪分子的家人更加需要稳定可靠的收入来源。根据犯罪工具在犯罪中所起作用的大小，没收一定比例的钱款，有利于保障犯罪分子家属的正常生活，维护社会稳定。

五是从维护所有权制度的角度看，采用按比例没收可以最大限度发挥物尽其用的原则，保护公民合法财产权。产权制度是社会主义市场经济体制的基石，其稳定对于交易安全、经济发展具有重要意义，如果因没收犯罪工具而侵害与犯罪无关的第三人合法权益，则可能会影响市场经济的发展。

六是从判决效果看，本案的处理能够让民众感受到公平正义就在身边。徐某某家属得知可以没收一定比例的钱款，在宣告判决之前积极主动帮助徐某某预缴钱款。宣告判决后，徐某某明确表示认罪服法、不会上诉，其家属亦感谢法院的公正处理，体现了政治效果、法律效果和社会效果的有机统一。

综上，法院根据相关规定和案件具体情况，作出按比例没收被告人徐某某人民币二十万元的判决是适当的。

（撰稿：上海市第三中级人民法院肖晚祥审编：最高人民法院刑二庭宋典逢锦温）

3、湖北洁达环境工程有限公司、李某某逃税案——对行为人初次逃税行为不予追究刑事责任的法律适用（刑事审判参考第1511号案例）

一、基本案情

原公诉机关湖北省荆州市沙市区人民检察院。

申诉单位（一审被告单位、二审上诉单位）湖北洁达环境工程有限公司，住所地荆州市沙市区北京路X号。

申诉人（一审被告人、二审上诉人）李某某，男，1956年X月x日出生，湖北洁达环境工程有限公司法定代表人，系该公司董事长。2007年11月26日被取保候审。

荆州市沙市区人民法院一审查明：被告人李某某系湖北洁达环境工程有限公司（以下简称洁达公司）法定代表人，占股94.23%。经审计，2003年至2007年，洁达公司应缴纳税款80.341314万元，逃避缴纳税款共计44.629251万元，少缴税款占应缴税款55.55%。2007年9月11日，该市地方税务局稽查局将洁达公司、李某某涉嫌逃税案移送公安机关。同年9月25日，公安机关立案侦查，洁达公司、李某某于同年9月30日、11月1日先后补缴税款共计45.806908万元。公安机关于2008年7月28日将本案移送审查起诉，检察机关于2008年8月21日将本案退回补充侦查。其间，刑法修正案（七）于2009年2月28日施行。公安机关于2009年5月7日将本案重新移送审查起诉。检察机关于2009年6月29日向法院提起公诉。

荆州市沙市区人民法院于2009年9月19日作出（2009）沙刑初

字第151号判决，认定洁达公司犯逃避缴纳税款罪，并处罚金人民币四十五万元；李某某犯逃避缴纳税款罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币四十五万元；退缴逃避缴纳税款44.629251万元，依法上缴国库。

宣判后，洁达公司和李某某不服，提出上诉。湖北省荆州市中级人民法院于2009年11月19日作出（2009）鄂荆中刑终字第132号裁定，撤销原判，发回重审。荆州市沙市区人民法院于2010年4月29日作出（2010）沙刑初字第9号判决，认定洁达公司犯逃税罪，并处罚金人民币六十五万元；李某某犯逃税罪，免于刑事处罚；退缴逃税税款依法上缴国库。

宣判后，洁达公司和李某某不服，提出上诉。二审期间，洁达公司和李某某申请撤回上诉。荆州市中级人民法院于2010年7月22日作出（2010）鄂荆中刑终字第49号裁定，准许洁达公司和李某某撤回上诉。洁达公司以经营困难为由，申请减免罚金人民币二十万元。荆州市沙市区人民法院于2010年7月27日作出（2010）沙刑执字第9号裁定，减少洁达公司罚金人民币二十万元。

裁判生效后，洁达公司和李某某不服，提出申诉。荆州市沙市区人民法院于2011年6月7日作出（2011）沙刑监字第1号驳回申诉通知，荆州市中级人民法院于2012年12月5日作出（2012）鄂荆州中刑申字第6号驳回申诉通知，均驳回其申诉。洁达公司和李某某仍不服，向湖北省高级人民法院提出申诉。湖北省高级人民法院于2013年7月19日作出（2013）鄂刑申字第00041号再审决定，指令荆州

市荆州区人民法院对该案进行再审。荆州市荆州区人民法院于2014年6月13日作出（2013）鄂荆州区刑再字第00001号裁定，驳回洁达公司、李某某的申诉；维持荆州市沙市区人民法院（2010）沙刑初字第9号判决。

宣判后，洁达公司和李某某不服，提出上诉。荆州市中级人民法院于2015年4月30日作出（2014）鄂荆州中刑再终字第00001号裁定，驳回上诉，维持荆州市荆州区人民法院（2013）鄂荆州区刑再字第00001号裁定。洁达公司和李某某仍不服，提出申诉。湖北省高级人民法院于2017年7月10日作出（2015）鄂刑再申字第00013号决定，提审本案。后于2018年8月28日作出（2018）鄂刑再1号裁定，驳回申诉，维持湖北省荆州市中级人民法院（2014）鄂荆州中刑再终字第00001号裁定。洁达公司和李某某不服，向最高人民法院提出申诉。

最高人民法院经审查认为，自2009年2月28日施行的刑法修正案（七）对刑法第二百零一条作了修正，增加了第四款对有逃税犯罪行为的被告人附条件不予追究刑事责任的特别条款，即“有第一款行为，经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任；但是，五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外”。本案中，税务稽查部门在发现洁达公司有逃税行为、可能涉嫌犯罪后，没有对逃税人进行纳税追缴、行政处罚，而是直接将案件移送公安机关立案侦查。洁达公司、李某某在侦查阶段向公安机关补缴了全部应纳

税款，后又根据原审生效裁判缴纳了判罚的全部罚金。经查，税务机关直接将本案移交公安机关处理时刑法修正案（七）尚未出台，但公安机关最终移送审查起诉、检察机关提起公诉、原审法院作出一审裁判的时间均在刑法修正案（七）施行之后。根据从旧兼从轻原则，结合本案的具体情况，对洁达公司、李某某应当适用刑法第二百零一条第四款的规定。原审未适用该规定，属于适用法律错误，应予纠正。最高人民法院于2019年9月11日作出（2019）最高法刑申231号决定，以原审适用法律确有错误为由，指令湖北省高级人民法院对本案进行再审。

湖北省高级人民法院再审查明的事实和证据与原一、二审及再审认定的事实和证据一致。湖北省高级人民法院于2020年12月30日作出（2019）鄂刑再5号判决，以适用法律错误为由，撤销原审生效裁判，依法改判洁达公司、李某某无罪。

二、主要问题

对于刑法修正案（七）施行前实施，未经税务机关给予行政处罚，直接移交司法机关处理的逃税行为，审判时刑法修正案（七）已经施行的，能否适用修正后刑法第二百零一条第四款对逃税初犯附条件不予追究刑事责任的特别条款？

三、裁判理由

本案中有两种不同观点，具体如下。

第一种观点认为，洁达公司逃避缴纳税款的行为不符合刑法第二百零一条第四款规定的情形，不应适用该条款。适用该款的条件为：

有该条第一款行为，经税务机关下达追缴通知且补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的情形。该款将全面接受和履行税务机关的行政处罚作为不予追究刑事责任的必要前置条件，但并未规定行政机关必须先予行政处罚而不能直接移送司法机关。本案中，税务机关在稽查过程中发现洁达公司涉嫌逃税犯罪后，根据相关规定直接将案件移送公安机关刑事立案，符合法律规定。公安机关立案后，案件已经进入刑事诉讼程序，洁达公司向公安机关退缴的款项属于涉案赃款，不属于向税务机关补缴应纳税款的情形，且未接受相应行政处罚。

第二种观点认为，本案审判阶段，刑法修正案（七）已经施行，根据从旧兼从轻的时间效力原则，应当适用修正后的刑法第二百零一条第四款，在洁达公司、李某某接受税务机关行政处罚，补缴应纳税款，缴纳滞纳金后，对其不予追究刑事责任。

笔者同意上述第二种观点。对于刑法修正案（七）施行前实施且未经行政处罚、施行后审判的逃税行为，在符合立法精神的情况下，应当适用刑法第二百零一条第四款对逃税初犯不予追究刑事责任的特别条款。具体理由如下。

（一）根据立法原意，由税务机关给予行政处罚是决定是否启动刑事诉讼的前置程序

自2009年2月28日起施行的刑法修正案（七）对刑法第二百零一条作了修正，最主要的修正之一就是增加了第四款不予追究刑事责任的特殊条款。该修改主要是为了限定逃税罪的处罚范围，体现宽严相济的刑事政策；同时，也更好地维护税收征管秩序，促使纳税义务

人依法积极履行纳税义务，保证国家税收收入。根据该规定，结合对立法理解，是否接受税务机关给予的行政处罚就成为能否启动刑事诉讼的前置程序，对于逃税人，应当先由税务机关依法下达追缴通知，如果逃税人补缴应纳税款，缴纳滞纳金，并已受行政处罚，且不存在五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚情形的，就不再追究刑事责任。换言之，接受税务机关的行政处罚成为不予追究刑事责任的前提条件，或者说是刑罚阻却事由。

（二）从刑法时间效力角度而言，本案应适用修正后的刑法第二百零一条第四款

本案中，税务稽查部门在发现洁达公司及李某某有逃税行为，可能涉嫌犯罪后，没有对逃税人进行纳税追缴、行政处罚，而是直接将案件移送公安机关刑事立案，洁达公司及李某某在侦查阶段向公安机关缴纳了全部应纳税款。税务机关直接将本案移交公安机关处理的行为发生在2007年，当时刑法修正案（七）尚未施行，税务机关的做法符合相关规定。但是，公安机关最终将本案移送审查起诉的时间为2009年5月7日，检察机关提起公诉的时间为2009年6月29日，法院第一次作出一审裁判的时间为2009年9月19日，即公安机关移送审查起诉、检察机关提起公诉、法院作出一审裁判的时间均在2009年2月28日刑法修正案（七）施行之后。相对于修正前的刑法规定，修正后的刑法第二百零一条第四款赋予了逃税人通过全面接受税务机关的行政处罚和履行补缴税款义务

而免于刑事追究的选择，更加有利于被告人。且现有证据表明洁

达公司此前仅因少缴税款受到过一次行政处罚，不属于五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的情形。因此，对于本案这种情况，公安机关、检察机关、审判机关不应直接移送审查起诉、提起公诉或作出有罪判决，而应当根据从旧兼从轻原则，适用修正后刑法第二百零一条第四款的规定。从本案中洁达公司和李某某在公安机关立案侦查后迅速补缴甚至多缴应纳税款的实际表现看，如果当时的办案机关认识到这一法律适用问题，及时将案件退回行政机关，洁达公司和李某某是完全能够满足“补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚”这一刑罚阻却事由的。因此，原审法院在洁达公司和李某某的逃税行为未经税务机关行政处罚的情形下，直接对其行为定罪处罚，属于适用法律错误，应通过再审程序予以纠正。

（三）本案的再审改判，有利于保障民营企业健康发展

洁达公司因本案被追究刑事责任后，因为企业有案底严重影响了信誉和进一步发展，对企业的经营、发展造成了不利影响。洁达公司和李某某实际已积极纠正错误，退缴全部税款并缴纳罚金，国家流失的税收收入得以追回，逃税企业已受到经济性制裁，所有法律关系均得到恢复，洁达公司和李某某的行为并未严重到必须给予刑事处罚的程度。在营造法治化营商环境、保障和促进民营企业健康发展的大背景之下，对本案经再审作出非犯罪化处理，更有利于案件取得良好的政治效果、法律效果和社会效果。

（撰稿：最高人民法院刑五庭湖北省高级人民法院湖北省襄阳市

中级人民法院李静然李艳芳林璟萱审编：最高人民法院刑二庭欧阳南平)

4、黄某正等合同诈骗案——对合同整体履行不存在根本影响的欺诈行为如何定性（刑事审判参考第1512号案例）

一、基本案情

被告人黄某正，男，1963年x月x日出生。2018年1月19日被逮捕，2019年10月10日变更为取保候审。

被告人周某，男，1984年x月x日出生。2017年12月15日被逮捕，2018年1月31日变更为取保候审。

被告人袁某庆，男，1965年x月x日出生。2017年12月30日被刑事拘留，2018年2月8日变更为取保候审。

江西省九江市濂溪区人民检察院指控被告人黄某正、周某、袁某庆犯合同诈骗罪，向九江市濂溪区人民法院提起公诉。

被告人黄某正及其辩护人提出，涉案工程尚未竣工验收，没有结算工程款，本案系经济纠纷，不属于刑事案件。被告人周某、袁某庆及其辩护人均提出，周某、袁某庆主观上没有非法占有目的，其行为系职务行为，不构成合同诈骗罪。

九江市濂溪区人民法院经审理查明，2012年11月，被告人黄某正以承包方临川一建的名义与发包方德恒公司签订某社区土建工程施工总承包合同，工程总造价约4亿元。约定前期所有工程由承包方垫资兴建，每月按实际完成的工程量办理核算清单，累计完成工程达1亿元工程量时，发包方一次性支付工程进度款8000万元，后续工

程按每月完成工程量的70%支付工程进度款。合同签订后，被告人黄某正作为实际承建人自筹资金，组织施工。因项目1#、6#、7#楼地底有大量溶洞分布，2013年3月12日，德恒公司项目经理冷伟明代表业主方与施工方代表黄某正、监理公司总监胡某学等人开会讨论决定，桩基施工先开挖土方达到设计标高要求后再施工桩基，桩基灌注按实际计算，收小票为依据，工程竣工结算时按桩基签证单结算。同年3月18日，临川一建与德恒公司、监理公司签订了桩基溶洞处理专项方案及费用签证明细准则，约定在工程实际处理过程中，使用的材料数量以现场实际发生并经三方签证的数量为准，溶洞填筑高度工程量以三方确认的数量为准，并折算成总桩长。2013年3月至8月，项目1#、6#、7#楼水下混凝土灌注桩共施工完成446根桩基，混凝土供应商九江科晟混凝土有限公司（以下简称科晟公司）供应混凝土共计12044立方米。

在446根桩基施工过程中，被告人黄某正以弥补前期施工混凝土损耗为名，要求科晟公司另外提供一部分虚假送货单，并先后安排项目部经理周某生和材料员被告人袁某庆领取。起初，通过实际运输6立方米开具9立方米混凝土送货单的方式虚开混凝土送货单，后改为直接虚开未实际发生的送货单，领取的虚假送货单混杂在真实送货单中，由现场技术员被告人周某填录在工程量签证单中，并授意周某不如实记录施工相关数据，虚增桩长和土层厚度数据，致使签证单上反映的工程量与实际施工不符。德恒公司冷某明、郭某华、曹某、吕某华及项目监理方缪某刚、胡某学等签证人员未经核实，均在工程量签

证单上签名认可。2013年10月，黄某正向德恒公司提交了根据水下混凝土灌注桩工程量签证单制作的工程预算书，申请支付工程款。2013年11月25日至2015年2月17日，德恒公司支付工程款共计117785504元，双方确认已完成工程量308705652元。2017年10月，德恒公司向公安机关报案称，临川一建挂靠人黄某正伪造签证单、虚报工程量在承包德恒公司的房地产项目中诈骗该公司工程款。后三被告人被抓获归案。

九江市濂溪区人民法院认为，虽然三被告人在合同履行过程中具有欺骗行为，但其夸大数量的欺骗行为对合同最终适当、全面的履行不具有根本影响，不属于诈骗类犯罪所要求的根本上的“虚构事实”，属于民事欺诈行为。三被告人的主客观行为表现，均不符合合同诈骗罪的构成要件。据此，依照刑事诉讼法第二百条第一款第二项的规定，判决三被告人无罪。

宣判后，九江市濂溪区人民检察院提出抗诉，认为原审被告人黄某正具有谋取不正当利益的主观目的，客观上实施了在工程量签证单上虚增数量的欺骗行为，符合合同诈骗罪中“以其他方法骗取对方当事人财物”的情形，事后能否通过民事救济手段挽回损失，不影响合同诈骗罪性质的认定。原审判决采信证据不当，定性错误，适用法律错误。九江市人民检察院审查后认为抗诉意见正确，支持抗诉。

九江市中级人民法院经审理查明，原审被告人黄某正、周某、袁某庆在施工合同履行过程中，虽有虚增混凝土用量218立方米的行为，但综合全案情况及本案建设工程合同履行的实际情况，不能认定黄某

正等人具有非法占有的目的，其虚增栓用量的行为不符合合同诈骗罪的犯罪构成要件，不构成合同诈骗罪。抗诉机关的抗诉意见与在卷证据和查明的事实不符，不能成立，依法不予支持。原审判决认定部分事实不清，但定性准确，处理正确，审判程序合法。依照刑事诉讼法第二百三十六条第一款第一项之规定，裁定驳回抗诉，维持原判。

二、主要问题

合同履行过程中的部分欺诈行为如何定性？

三、裁判理由

对于黄某正等人的行为如何定性，审理中形成以下两种意见。

第一种意见认为，被告人黄某正等人以非法占有为目的，在履行合同过程中，骗取对方当事人财物，其行为构成合同诈骗罪；且德恒公司已向黄某正实际支付1亿多元，应当认定为犯罪既遂。

第二种意见认为，被告人黄某正等人的主观目的是谋取不当利益，但其夸大数量的欺骗行为对合同整体适当、全面履行不具有根本影响，属于民事欺诈行为。由于该工程尚未竣工及验收，德恒公司尚欠黄某正工程款未付，虚报工程量可在工程竣工验收后通过调解、仲裁或民事诉讼方式进行救济。

笔者赞同第二种意见。主要理由如下。

（一）坚持罪刑法定原则，对兜底条款作出限制解释

根据刑法第二百二十四条的规定，有下列情形之一，以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大的，构成合同诈骗罪：（1）以虚构的单位或者冒用他人名义签订合

同的；（2）以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；（3）没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；（4）收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；（5）以其他方法骗取对方当事人财物的。公诉机关认为，黄某正等人的行为属于该条第五项兜底条款规定情形，构成合同诈骗罪。笔者认为，兜底条款是对法条无法穷尽的情形进行的概括规定，目的是防止法律规范出现盲点或者漏洞。经济犯罪中兜底条款的存在有其合理性，但对兜底条款的解释应当受罪刑法定原则明确性要求的约束，兜底情形必须与刑法明示的内容具有行为同质性与结果同质性。^①具体到合同诈骗罪中，对该条第五项应作严格的限制解释，其他的行为性质和危害程度应与前面的四种情形具有相当性，防止不当扩大罪名适用范围。

在合同履行过程中，部分行为存在欺诈的，是作为合同诈骗罪论处，还是视为民事欺诈行为，应从合同履行的整体情况综合判断。结合本案具体案情，在连续履行的建设工程合同中，对民事欺诈与刑事诈骗的界分主要考虑以下因素。

1. 主观故意方面

民事欺诈的行为人既具有承担约定民事义务的诚意，又具有通过实施部分欺诈行为获得合同约定标的费用之外多余费用的目的，但前者是主要的、基础的，后者是次要的、附带的。而合同诈骗的行为人不具有承担约定民事义务的诚意，只是意图非法占有、控制对方的财物。因此，虽然两者都具有非法占有的目的，但非法占有目的在主观

故意中的意义不同。

2. 客观行为方面

民事欺诈的行为人既实施履行合同的行为，又实施虚构事实或者隐瞒真相的行为，但前者是整体的、基础的，后者是部分的、附带的。而合同诈骗的行为人实施虚构事实或者隐瞒真相的行为，却完全没有实施履行合同的行为，或者虚假实施部分履行合同的行为；即使行为人虚假实施部分履行合同的行为，也仅仅是为实施虚构事实或者隐瞒真相的行为提供掩护。因此，虽然两者都采取了欺骗手段，但骗取对方财物在客观行为中的重点不同，

3. 履约能力和态度情况

民事欺诈的行为人在签订合同时具有能够履行合同的能力和积极履行合同的态度；在履行合同中往往具有能够履行合同的能力和积极履行合同的态度；即使在履行合同中履行合同的能力发生变化，其积极履行合同的态度还是明确的。而合同诈骗的行为人在签订合同时一般不具有履行合同的能力和积极履行合同的态度；在履行合同中更是往往不具有履行合同的能力和积极履行合同的态度。

4. 取得财物的处置情况

行为人对取得财物的处置情况，在相当程度上反映了其行为时的主观心理态度。行为人将取得财物全部或大部分用于合同履行的，即使客观上未能完全履行合同义务，一般应当认定为民事欺诈，不宜按照合同诈骗罪论处。行为人将取得财物全部或大部分用于挥霍、从事非法活动、携款逃匿等的，一般应当认定其具有非法占有的故意，构

成犯罪的可以按照合同诈骗罪论处。

本案中，黄某正等人作为施工方的主体资格是真实的，并且有完全履约能力，案发前已经垫资完成了3亿多元的工程量。黄某正等人将虚假的送货单混杂在真实送货单中，其虚增的工程量只占整个工程的极小一部分，对合同适当、全面履行不存在根本性、决定性的影响。德恒公司和监理公司未尽到必要的审查义务就签字确认，未尽到审查职责，客观上也为黄某正等人提供了可乘之机，故亦存在过失。黄某正等人获得工程进度款后，没有将取得财物用于挥霍、从事非法活动、携款逃匿等，而是继续投入到工程建设之中，积极履行合同义务，因此，其行为不属于刑法关于合同诈骗罪所规定的前四种情形，在行为的性质和社会危害性等方面也未达到与该四种情形相当的程度，不能认定构成合同诈骗罪。

（二）秉持刑法谦抑理念，防止将民事欺诈行为作为犯罪处理

随着市场经济的飞速发展，经济主体之间的交往活动日益频繁，当事人之间因签订、履行合同引发的纠纷日益增多，尤其是建设工程领域，经常发生质量、数量等方面的争议。根据《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》，合同诈骗罪的立案标准是2万元以上。如果在合同履行过程中一遇欺诈就向公安机关报案，作为刑事案件处理，不仅不利于经济发展，也有违刑法的谦抑精神。

2019年10月24日，最高人民法院出台《关于为推动经济高质量发展提供司法服务和保障的意见》（法发〔2019〕26号）指出，要

准确把握罪与非罪的界限，严格区分经济纠纷与经济犯罪、合法财产与犯罪所得、正当融资与非法集资，坚决防止利用刑事手段干预经济纠纷，坚决防止将经济纠纷当作犯罪处理，坚决防止将民事责任变为刑事责任；强调要依法严格把握非法经营罪、合同诈骗罪的构成要件，防止随意扩大适用，妥善解决民刑交叉问题。刑法作为维护社会秩序和公民权益的最后手段，没有必要干预社会生活的各个方面。能用民事、仲裁等其他途径解决的，尽量运用其他途径解决，只有其他法律不能调整的行为才能纳入刑法调整的范围。这不但给立法者界定了刑法立法的实质标准，而且给司法者提供了正确适用刑罚的实质标准。在司法实践中，人民法院应当谨慎运用刑法，防止刑罚权随意侵入经济纠纷。

正所谓“最高的法律是人的良知”，案件的裁判结果要兼顾国法、天理、人情，如果裁判结果与民众朴素情感发生较大偏离，将无法获得社会认同。一般来说，合同诈骗案件是被害方因被告方的诈骗行为而给付财物，遭受经济损失。从本案来看，德恒公司支付的款项系合同约定的工程进度款，涉案工程尚未竣工验收，双方未进行工程结算。对于黄某正等人虚报混凝土用量部分，可以在工程竣工验收合格后，根据合同约定通过调解、仲裁或民事诉讼方式进行救济。案发时，德恒公司尚拖欠被告方上亿元工程款，如果本案定性为合同诈骗，追究被拖欠巨额工程款的施工方负责人刑事责任，有违一般人的价值判断。综上，二审法院裁定驳回抗诉，维持一审法院无罪判决，是正确的。

（撰稿：江西省高级人民法院审编：最高人民法院刑四庭付涵陆

建红)

5、计某彬、付某生、阮某雨盗窃案——利用计算机信息系统漏洞非法办理电信宽带业务并对外出售应如何定性（刑事审判参考第1514号）

一、基本案情

被告人计某彬，男，1980年x月x日出生。2019年12月20日被逮捕。

被告人付某生，男，1992年x月x日出生。2019年12月20日被逮捕。

被告人阮某雨，女，1992年x月x日出生。2019年12月20日被逮捕。

江苏省苏州市姑苏区人民检察院指控被告人计某彬、付某生、阮某雨犯盗窃罪，向苏州市姑苏区人民法院提起公诉。

被告人计某彬和阮某雨对起诉指控的犯罪事实无异议，当庭表示认罪认罚。被告人付某生提出未参与犯罪预谋，也没有获得电信服务。

被告人计某彬的辩护人提出，涉案金额应按照有利于被告人的原则认定，计某彬有坦白、认罪认罚、部分退赔等情节，可在量刑建议之下对其从轻处罚。被告人阮某雨的辩护人提出，阮某雨系从犯，有坦白、认罪认罚、部分退赔并取得谅解等情节，建议对其从轻或减轻处罚。被告人付某生的辩护人提出，付某生等人通过实施非法获取计算机信息系统数据等行为，使电信公司误以为已付费并提供服务，本案系诈骗而非盗窃犯罪；付某生无前科，针对所起作用所提辩解不影

响如实供述的认定，可酌情从轻处罚。

苏州市姑苏区人民法院经审理查明：春申路中国电信营业厅（以下简称春申路营业厅）是中国电信股份有限公司苏州分公司（以下简称电信苏州分公司）的非直营代理机构。被告人计某彬与电信苏州分公司订立政企业务合作代理合同，经营春申路营业厅，自主招聘、管理员工和经营业务。2019年6月，春申路营业厅员工被告人付某生发现在江苏电信营业云平台系统智慧BSS子系统（以下简称电信系统）中，输入未发售的宽带业务“速通卡”（电子储值卡）卡号，即可直接生成安装工单而无须支付服务费的技术漏洞，后告知计某彬。计某彬为非法获利，与付某生商量利用此漏洞作案，春申路营业厅店长被告人阮某雨同意并加入。计某彬负责联系他人借用工号，确定宽带业务分销价格，发布客户信息、“速通卡”卡号，录入工单，经付某生提议通过袁海东非法制作具有拷贝电信系统数据和自动翻页功能的“爬虫”软件，分配犯罪收益等。付某生负责从电信系统库存“速通卡”中获取卡号，查找即将到期宽带客户信息（后期利用“爬虫”软件自动筛选），删除电信系统拦截代码等，传授店内员工进行操作，参与部分做单等。阮某雨负责春申路营业厅员工分工安排、提成分配、销赃价格商议等。2019年7月至11月间，计某彬、付某生和阮某雨采取非法获取“速通卡”卡号、删除电信系统拦截代码等手段，出售宽带业务，生成安装工单，窃取电信苏州分公司价值人民币111.5314万元的电信宽带服务资费。

苏州市姑苏区人民法院认为，被告人计某彬、付某生和阮某雨为

非法获利，采取非法获取计算机信息系统数据，对计算机信息系统中处理的数据进行删除等手段，窃取电信宽带服务资费，数额特别巨大，三人的行为均已构成盗窃罪。依照刑法相关规定，判决如下：

一、被告人计某彬犯盗窃罪，判处有期徒刑十年六个月，并处罚金人民币三万元；

二、被告人付某生犯盗窃罪，判处有期徒刑十年六个月，并处罚金人民币二万元；

三、被告人阮某雨犯盗窃罪，判处有期徒刑四年六个月，并处罚金人民币一万五千元。

一审宣判后，被告人计某彬、付某生和阮某雨均未提起上诉，检察机关亦未抗诉，该判决已发生法律效力。

二、主要问题

利用计算机信息系统漏洞非法办理电信宽带业务并对外出售应如何定性？

三、裁判理由

关于本案的定性存在较大争议，具体如下。第一种意见认为，各被告人最初通过非法获取电信系统内存储的“速通卡”卡号后生成业务工单，之后通过删除电信系统拦截代码绕过验证，无须卡号直接生成业务工单，前后行为分别构成非法获取计算机信息系统数据罪、破坏计算机信息系统罪。

第二种意见认为，各被告人的前后行为导致电信苏州分公司误以为他人已付费而自愿提供服务，均构成诈骗罪。

第三种意见认为，各被告人的手段行为构成非法获取计算机信息系统数据罪、破坏计算机信息系统罪，目的行为构成盗窃罪，应当按照牵连犯从一重罪处罚的原则，认定各被告人的行为均构成盗窃罪。

笔者赞同第三种意见，理由如下。

（一）各被告人前后手段行为分别构成非法获取计算机信息系统数据罪、破坏计算机信息系统罪

在本案中，各被告人作案过程分为两个阶段。

第一阶段为2019年7月至9月。各被告人通过借用他人工号登录电信系统，删除部分代码，进入电信系统数据库，但未对计算机信息系统的功能进行删除、修改、增加、干扰，未造成计算机信息系统不能正常运行，也未对计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序进行删除、修改、增加的操作。各被告人非法进入电信系统数据库，获取电信系统中存储数据即“速通卡”卡号，在办理“速通卡”900电信宽带业务时，直接使用非法获取的卡号，实现“免费”办理，通过对外出售，违法所得远超过5000元，构成非法获取计算机信息系统数据罪。

第二阶段为2019年10月至11月。“速通卡”900业务下架后，通过删除部分代码免费获取的“速通卡”卡号已无法使用。各被告人为“免费”办理“速通卡”600、1000及1600业务，通过删除电信系统中的拦截代码，跳过授信校验的环节，在无须输入“速通卡”卡号及密码的情况下，“免费”办理电信宽带业务。各被告人对电信系统中处理的数据即拦截代码进行了删改，破坏了计算机信息系统，违

法所得也远超过 5000 元，构成非法破坏计算机信息系统罪。

（二）各被告人的目的行为构成盗窃罪

第一，“速通卡”业务具有财产属性，各被告人利用技术手段未支付对价即生成业务工单并出售，侵犯了电信苏州分公司的财产权。

“速通卡”业务系用户支付一定对价后取得电信苏州分公司有偿宽带服务的指令媒介。正常情况下，用户购买“速通卡”业务后就可享受电信苏州分公司提供的相应宽带服务。正是这种有偿性使“速通卡”业务具备了财产属性。本案中，各被告人无论是通过删除代码方式获取电信系统库存中的“速通卡”卡号，还是通过删除拦截代码绕过验证，目的都是“免费”办理电信公司“速通卡”业务后对外出售，获取本应由苏州电信分公司提供宽带服务后收取的电信资费。

第二，各被告人的取财方式具有“秘密性”，苏州电信分公司在此过程中未自愿交付财物。各被告人非法办理“速通卡”业务后对外出售获利的行为，客观上利用了电信系统的漏洞，具有一定的隐蔽性。电信公司约在三个月之后，才通过后台发现“速通卡”业务数据异常并报案。各被告人在实施上述行为时，通过借用他人工号操作，告知合作者系通过内部低价购买等方式，对自己获利的手段和方式加以掩饰，可见三人主观上也不希望相关行为被电信公司及他人所察觉。既然电信公司在案发时未能察觉各被告人的行为，自然也不存在陷于错误认识而自愿交付财物。

（三）对三名被告人应按照盗窃罪定罪处罚

刑法第二百八十七条规定：“利用计算机实施金融诈骗、盗窃、

贪污、挪用公款、窃取国家秘密等犯罪的，依照本法有关规定定罪处罚。”实践中有观点认为，“依照本法有关规定定罪处罚”无须考虑手段行为，直接按照目的行为定罪处罚。笔者认为，上述观点不符合牵连犯择一重罪处罚的原则，不能有效应对司法实践中复杂的犯罪情形，实不可取。司法实践中，行为人利用计算机实施有关犯罪，同时危害他人计算机信息系统安全且手段行为已独立成罪。如果按照前述观点，按照目的行为进行定罪处罚，容易出现放纵犯罪或罪责刑不相适应的情况。

具体到本案，各被告人通过非法获取“速通卡”卡号，办理“速通卡”900业务对外出售，共计获利70余万元，该行为构成非法获取计算机信息系统数据罪，且达到“情节特别严重”程度，应在三年以上七年以下有期徒刑幅度内量刑。各被告人还通过删除拦截代码方式直接办理“速通卡”600、1000、1600业务对外出售，共计获利40余万元，该行为构成破坏计算机信息系统罪，且“后果特别严重”，应在五年以上有期徒刑幅度内量刑。按照手段行为定罪惩处，即便是进行数罪并罚之后，法定最高刑也只能到有期徒刑二十年。按照目的行为以盗窃罪定罪惩处，结合盗窃数额，法定最高刑为无期徒刑。故按照牵连犯原则择一重处罚原则，应对各被告人均按照盗窃罪定罪处罚。

综上，法院认定被告人计某彬、付某生、阮某雨的行为均构成盗窃罪是正确的。

（撰稿：江苏省苏州市姑苏区人民检察院刘昕龙飞孙娟审编：最

高人民法院逢锦温)

6、张某挪用资金案——挪用资金罪中“单位”的认定（刑事审判参考第1515号）

一、基本案情

被告人张某，女，1983年x月x日出生。2020年2月20日被逮捕，同年7月28日被取保候审。

北京市朝阳区人民检察院指控被告人张某犯挪用资金罪，向朝阳区人民法院提起公诉。

朝阳区人民法院经审理查明：某香港有限公司（以下简称某香港公司）于2014年3月25日在香港特别行政区注册成立，段某系公司董事。2020年11月26日，某香港公司在北京市注册成立北京代表处，首席代表人为段某。在注册成立北京代表处之前，某香港公司在北京市以公司名义开展相关活动。2017年某香港公司与某人力资源服务公司签订派遣服务协议，约定由某人力资源公司向某香港公司派遣工作人员。被告人张某于2019年4月与某人力资源公司签订派遣员工劳动合同，被派遣至某香港公司工作，职位是招聘总监。在张某任职某香港公司期间，段某将公司的员工工资、差旅报销、办公支出等费用由自己个人银行账户转账至张某银行账户，再由张某负责对外发放和支出。此外，公司还授权张某使用本人的同一个银行账户代公司收取客户缴纳的费用。张某利用保管和支配公司资金的职务便利，将部分公司款项挪用于个人消费等，在2019年6月至9月间，共计挪用公司资金21.185597万元，超过三个月未归还。2020年1月13日，公

安机关将被告人张某抓获归案。在公诉机关提起公诉前，被告人张某的亲属代其退缴 21.9 万元。该款由公诉机关移送至朝阳区人民法院。

朝阳区人民法院经审理认为，被告人张某利用其在单位负责资金保管和支配的职务便利，挪用本单位资金供个人使用，且数额较大，超过三个月未归还，其行为构成挪用资金罪。鉴于其归案后能够供认主要犯罪事实，在公诉机关提起公诉前，在亲属的帮助下退缴了全部违法所得，当庭有一定的认罪悔罪表示，对其依法从轻处罚，并适用缓刑。依照刑法第十二条，第二百七十二第一款、第三款，第七十二条第一款，第七十三条第二款、第三款，第六十一条和第六十四条之规定，判决如下：

- 一、被告人张某犯挪用资金罪，判处有期徒刑七个月，缓刑一年；
- 二、在案之人民币二十一万九千元，其中二十一万一千八百五十五元九角七分，发还某香港有限公司北京代表处，其余七千一百四十四元零三分发还被告人张某。

一审宣判后，被告人张某不服，提出上诉，北京市第三中级人民法院经审理认为，原判决认定事实清楚，定罪准确，量刑适当，故裁定驳回上诉，维持原判。

二、主要问题

在某香港公司没有在中国内地市场监督管理部门进行有效登记、未取得内地经营资质的情况下，其能否被认定为挪用资金罪的被害单位？

三、裁判理由

（一）挪用资金罪的被害单位应从法益保护角度进行认定

在确认了某香港公司属于在香港合法注册的公司之后，需要进一步确认该公司能否成为本案挪用资金罪的被害单位。

根据《外国（地区）企业在中国境内从事生产经营活动登记管理办法》规定，“未经审批机关批准和登记主管机关核准注册登记，外国企业不得在中国境内从事生产经营活动”；“香港、澳门、台湾地区企业从事上述生产经营活动的，参照本办法执行”。根据《外国企业常驻代表机构登记管理条例》的规定，“香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区企业在中国境内设立代表机构的，参照本条例规定进行登记管理”；“代表机构不得从事营利性活动”。本案中的某香港公司自2018年开始，以公司名义在内地开展宣传推广等业务活动，并通过第三方劳务派遣公司聘用工作人员，为聘用人员发放工资、缴纳保险等，但是未依法在内地注册企业，亦未依法设立代表机构，因此其以某香港公司名义在内地开展业务活动违反了上述规定。同时，该公司许可通过公司董事段某的个人账户支付公司经营费用，亦属违规行为。由此，某香港公司能否成为挪用资金罪的被害单位成为争议的焦点。第一种意见认为，该公司未在内地市场管理部门进行注册，不具备经营资质，且经营的款项系通过个人银行账户支付结算，因此不具备单位的主体资格，本案被告人不构成挪用资金罪；第二种意见认为，虽然该公司未依法依规履行注册登记等手续，但其实际上“以公司名义”开展业务活动，招聘工作人员，工作人员有不同的分工和岗位，其构成和运营模式与公司企业相同，且经营活动本身未违反相

关法律规定，具备了经济实体的特征，通过个人银行账户支付经营费用，亦不能否定该公司“以公司名义”开展经营活动的实质性，因此本案被告人构成挪用资金罪。笔者同意第二种观点，理由如下。’

刑法第三十条对于单位犯罪的“单位”规定比较清晰，《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》（法释[1999]14号，以下简称《解释》）第一条也进行了详尽的列举，使刑法第三十条在司法实践中更具可操作性：“刑法第三十条规定的‘公司、企业、事业单位’，既包括国有、集体所有的公司、企业、事业单位，也包括依法设立的合资经营、合作经营企业和具有法人资格的独资、私营等公司、企业、事业单位。”而对于被害单位的“单位”，刑法及相关司法解释的规定则相对模糊，《最高人民法院研究室关于个人独资企业员工能否成为职务侵占罪主体问题的复函》（法研[2011]20号，以下简称《复函1》）对此作了原则性规定：刑法第三十条规定的单位犯罪的“单位”与刑法第二百七十一条职务侵占罪的单位概念不尽一致，前者是指作为犯罪主体应当追究刑事责任的“单位”，后者是指财产被侵害需要刑法保护的“单位”，责任追究针对的是该“单位”中的个人。《最高人民法院研究室关于对通过虚假验资骗取工商营业执照的“三无”企业能否成为职务侵占罪客体问题征求意见的复函》（法研[2008]79号，以下简称《复函2》）规定，行为人通过虚假验资骗取工商营业执照成立的企业，即使为“三无”企业，只要该企业具有法人资格，并且不是为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位，或者公司、企业、事业单位设立后不是以

实施犯罪为主要活动的，应当视为刑法中的“单位”，能够成为刑法第二百七十一条第一款规定的“公司、企业或者其他单位”。这些单位中的人员，利用职务上的便利，将单位财物非法占为己有，数额较大的，构成职务侵占罪。简而言之，《复函2》强调的是企业的法人资格以及经营内容的合法性。

从《解释》第一条可以看出，具有法人资格的独资企业才能成为单位犯罪的主体，反之，不具有法人资格的独资企业不能成为单位犯罪的主体。司法解释之所以这样规定，主要是考虑此类企业因无独立财产，个人与企业行为的界限难以区分，不具备独立承担刑事责任的能力。而《复函1》又明确答复职务侵占罪的“被害单位”包括不具有法人资格的个人独资企业（关于个人独资企业，民法总则和民法典均将其归类为不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的非法人组织）。笔者认为，《解释》《复函1》和《复函2》对于“单位”的理解不同，主要原因是《解释》侧重的是打击犯罪，因此对于犯罪主体“单位”的构成规定更为严格，需要形式与实质相一致，而《复函1》《复函2》则侧重保护经营主体的财产权益，因此对于“单位”的构成规定则较为宽松。基于此，笔者认为刑法第二百七十一条第一款立法的目的在于保护单位财产，惩处单位内工作人员利用职务便利、侵占单位财产的行为，因此该款规定的“单位”范围应当要大于单位犯罪中的“单位”，如此更符合现代法律服务经济社会发展、营造良好营商环境的立法本意。

挪用资金罪与职务侵占罪侵害的法益基本相同，因此，对于二罪

名被害单位的理解可以认为是一致的。某香港公司是否构成挪用资金罪的被害单位，不能只看其在内地是否具有合规的资质，更要审查其是否符合单位的实质、其经营活动是否合法。笔者认为该公司符合上述单位的特征，同时其开展的业务不为法律规定所禁止，故应认定为挪用资金罪的被害单位。

（二）使用个人银行账户支付结算不能否定被害单位性质的认定

某香港公司为了一时的经营便利，使用个人银行账户进行支付结算，此举不仅存在金融风险，更容易衍生税务等法律风险（该内容非本文讨论的范围，在此暂且不述）。辩方也提出，段某使用个人银行账户给张某转账，认为张某挪用的只是段某个人的钱款，并没有挪用公司的款项，退一步讲被告人即使构成犯罪涉嫌的罪名也应为侵占罪，属自诉案件。

法院经审理认为，某香港公司使用个人银行账户支付结算经营费用确有违反财务制度之处，但这不能否定该公司“以公司名义”开展经营活动的实质，不能否定其系被害单位性质的认定。在案证据能够证明段某个人账户打给张某的钱款，确系某香港公司用于公司经营的资金，尤其是在案的请款邮件、微信聊天记录等客观证据，足以证明段某根据张某的请款（一般是请求付款的意思，有可能是请求付货款，也可能是单位内部请求取现金）用途（比如，发工资、报销办公经费等）和数额将款项打至张某的个人账户，再由张某负责按请款目的支付结算。张某作为公司雇员，不仅有妥善保管资金的义务，更具有按照请款目的支出的职责。张某利用职务便利，将其保管的资金仅部分

用于公司的经营活动,其他资金则挪为己用,且数额较大,超过三个月未还,其行为构成挪用资金罪。

在本案宣判前,某香港公司在北京市注册成立某香港公司北京代表处,法院判决将被告人退赔的钱款依法发还该公司北京代表处于法有据。

(撰稿:北京市朝阳区人民法院崔芳芳审编:最高人民法院刑三庭鹿素勋)

7、上海谷润贸易有限公司、上海睿钧工贸有限公司、倪某钢非法经营案——将工业用牛羊油销售给食用油生产企业的行为定性(刑事审判参考第1530号)

一、基本案情

被告单位上海谷润贸易有限公司(以下简称谷润公司),住所地上海市青浦区浦仓路x号。

被告单位上海睿钧工贸有限公司(以下简称睿钧公司),住所地上海市青浦区浦仓路x号。

被告人倪某钢,男,1972年x年x月出生,系谷润公司法定代表人及睿钧公司实际经营者。2012年4月28日被逮捕。

上海市金山区人民检察院指控被告单位谷润公司、睿钧公司,被告人倪某钢犯销售伪劣产品罪,向上海市金山区人民法院提起公诉。

被告单位、被告人倪某钢及辩护人对指控的事实无异议,但提出所销售的工业用牛羊油在本质上与食用牛羊油相同,只是因检验检疫程序不同而作区分,而且有关部门出具的报告认为可以使用进口工业

用牛羊油提炼食用牛羊油，上海仕明油脂有限公司（以下简称仕明公司）炼制的食用牛羊油经检测也符合国家卫生标准；被告单位及被告人倪某钢没有与仕明公司负责人顾某章共谋将进口工业用牛羊油提炼后对外销售，其向仕明公司销售进口工业用牛羊油的行为未违反国家禁止性规定，新施行的相关司法解释因溯及力问题也不能适用于本案。因此，被告单位及被告人倪某钢的行为不构成销售伪劣产品罪，也不构成非法经营罪。

金山区人民法院经审理查明：被告单位谷润公司、睿钧公司分别成立于2003年、2004年，经营范围包括销售饲料、饲料原料和化工原料及产品等，二被告单位的实际经营人均为被告人倪某钢。仕明公司成立于2003年，经营范围为食用动物油脂（牛油），生产产品是食用精炼牛油，公司法定代表人为顾某章（另案处理）。

被告人倪某钢在经营被告单位谷润公司、睿钧公司期间，从澳大利亚、新西兰购入工业用牛羊油开展销售。2009年始，倪某钢将进口的工业用牛羊油在仕明公司进行储存、中转。其间，倪某钢与顾某章进行业务洽谈，双方就仕明公司购人涉案进口工业用牛羊油用于食用牛羊油生产的情况进行了沟通、交流。倪某钢也参观了仕明公司的生产车间等。倪某钢在明知仕明公司是一家专门生产食用牛羊油的食用油脂经营企业，且购人进口工业用牛羊油用于生产食用牛羊油的情况下，为牟利仍与顾某章达成购销协议，将二被告单位购入的工业用牛羊油销售给仕明公司用于食用牛羊油生产。2010年2月至2012年1月间，谷润公司、睿钧公司分别向仕明公司销售工业用牛

羊油 2 8 3 3 6 8 0 千克、2 7 0 6 9 4 0 千克，销售金额分别为 1 7 9 4 万余元、1 9 1 5 万余元，合计 3 7 0 9 万余元。仕明公司利用上述工业用牛羊油生产食用精炼牛羊油，并对外销售给相关企业。对于生产食用精炼牛羊油过程中分解出来的少量杂质、废料，由顾某章自行销售给相关化工企业。2 0 1 2 年 3 月 2 2 日，倪某钢主动向公安机关投案。

金山区人民法院认为，被告单位谷润公司、容钧公司违反国家关于食品生产经营的禁止性规定，向仕明公司销售进口工业用牛羊油产品用于食用牛羊油生产，二被告单位的涉案金额分别为 1 7 9 4 万余元、1 9 1 5 万余元，其行为均已构成非法经营罪，且均属“情节特别严重”。被告人倪某钢作为二被告单位直接负责的主管人员，也应当以非法经营罪追究刑事责任，且属“情节特别严重”。二被告单位及被告人倪某钢均系自首，可以从轻处罚。依照刑法第二百二十五条第四项、第二百三十一条、第六十七条第一款、第六十四条及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2013〕12号）第十一条第一款之规定，判决如下：（1）被告单位谷润公司犯非法经营罪，并处罚金人民币九百万元；（2）被告单位睿钧公司犯非法经营罪，并处罚金人民币一千万元；（3）被告人倪某钢犯非法经营罪，判处有期徒刑十三年，并处罚金人民币一百万元；（4）责令被告单位谷润公司、睿钧公司、被告人倪某钢于判决生效之日起十日内退缴违法所得并予以没收。

一审宣判后，二被告单位及被告人均提出上诉。上海市第一中级人民法院经审理，裁定驳回上诉，维持原判。

二、主要问题

将进口工业用牛羊油销售给食用油生产企业的行为如何定性？

三、裁判理由

食品安全关乎民生，舌尖安全无小事。少数违法犯罪分子利用非食品原料生产食品，司法机关既要和生产、销售环节进行查处，还需从源头上对明知用于食品生产仍提供非食品原料的行为依法进行打击。

具体到本案，有以下四点需说明。

（一）进口工业用牛羊油不能用于食品生产

根据涉案产品进口工业用牛羊油的相关单据、检验材料、有关报告、被告人倪某钢的供述、证人孙某等人的证言等证据证实，被告单位谷润

公司、睿钧公司从澳大利亚、新西兰购人的产品是“*Inedible Tallow*”，中IL总第135、136辑文标签为“进口工业级牛羊油”，系国外工厂利用牛羊内脏、骨头加工而MCETOR成，专门用于工业。该产品在入境货物通关单及检验检疫证明等相关材料中注明为“已炼制的工业用牛羊油”“非食用牛羊油”，且检疫要求中注明“进境的牛羊油仅限于工业用”。

根据2009年食品安全法第六十二条规定，进口的食品应当经出人境检验检疫机构检验合格后，海关凭出人境检验检疫机构签发的

通关证明放行。① 依此规定，进口食品需经过检验检疫合格后才能放行投入使用。而本案中涉案进口产品既非进口食品，也未经我国出人境检验检疫机构进行食品方面的检验，因而应认为涉案进口工业用牛羊油当然不能用于食用，包括不能直接用于食用，也不能经提炼后用于食用。

（二）被告人倪某钢对仕明公司购入工业用牛羊油用于生产食用油具有主观明知

被告人倪某钢的供述、证人顾某章和张某富等人的证言及仕明公司相关资料、司法鉴定材料等证据证实，仕明公司是一家生产加工食用动物油脂的企业，产品是食用精炼牛油，并销售给食品企业。倪某钢在经营被告单位谷润公司、睿钧公司期间，早在2009年就与顾某章发生业务关系，起初租用仕明公司的油罐用于进口工业用牛羊油的储存、中转业务，后将部分进口工业用牛羊油销售给仕明公司。在此期间，倪某钢与顾某章进行了业务洽谈，互相介绍了各自公司及产品情况。倪某钢参观了仕明公司的生产车间等，与顾某章就仕明公司购买涉案进口工业用牛羊油生产食用牛羊油的情况进行过沟通、交流，且在达成一致意见的情况下开始实施销售行为。虽然在具体销售环节上，双方说法有所差异，即倪某钢供述是顾某章主动提出购买工业用牛羊油，而顾某章提出是被告人倪某钢向自己推销工业用牛羊油，但在涉案进口工业用牛羊油产品用途上，双方说法一致，即均明确仕明公司购买涉案进口工业用牛羊油产品是用于生产食用牛羊油。因此，应当认定倪某钢不仅明知仕明公司是一家生产食用牛羊油的食用油

脂经营企业，而且明知仕明公司购入涉案进口工业用牛羊油用于食用牛羊油生产的情况。

（三）二被告单位向仕明公司销售进口工业用牛羊油用于食用牛羊油生产的行为违反“国家规定”

被告人倪某钢在经营被告单位谷润公司、睿钧公司期间，从澳大利亚、新西兰进口的产品系工业用牛羊油，未经我国出入境检验检疫机构进行食品方面检验，不能用于食用。倪某钢明知仕明公司是一家生产食用牛羊油的食用油脂经营企业，也明知仕明公司购入涉案进口工业用牛羊油用于食用牛羊油生产。在此情况下，二被告单位仍将不能用于食用的进口工业用牛羊油销售给仕明公司用于食用牛羊油生产，仕明公司也实际使用上述产品进行食用牛羊油生产，并销售给食品企业，二被告单位与仕明公司的行为均违反了2009年食品安全法第二十八条第一项关于禁止生产经营“用非食品原料生产的食品”的规定。^① 因此，仕明公司利用涉案进口工业用牛羊油进行加工生产，虽然其成品检测结果符合有关国家卫生标准，也不能改变二被告单位行为的违法性。

（四）二被告单位和被告人的行为构成非法经营罪

2013年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害食品安全刑

事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2013〕12号，以下简称2013年《办理食品案件解释》）第十一条第一款规定，以提供他人生产、销售食品为目的，违反国家规定，生产、销售国

家禁止用于食品生产、销售的非食品原料，情节严重的，依照刑法第二百二十五条的规定以非法经营罪定罪处罚。被告人倪某钢在主观上具有将进口工业用牛羊油这一非食品原料提供给仕明公司生产食用牛羊油的目的，客观上实施了积极的销售行为，倪某钢负责经营的二被告单位的行为均违反了食品安全法关于食品生产经营的禁止性规定，符合2013年《办理食品案件解释》规定，且属于刑法第二百二十五条关于非法经营罪规定的第四项情形，即“其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为”，应当以非法经营罪定罪处罚。公诉机关指控的罪名不当，予以变更。被告单位谷润公司、睿钧公司的销售金额分别为1794万余元、1915万余元，社会危害性严重，应认定二被告单位的行为均属非法经营罪“情节特别严重”。被告人倪某钢作为二被告单位直接负责的主管人员，也应当以非法经营罪被追究刑事责任，并应认定为“情节特别严重”。

综上，法院认定被告单位谷润公司、睿钧公司及实际控制人倪某钢的行为均构成非法经营罪是正确的。

（撰稿：上海市金山区人民法院 舒平锋审编；最高人民法院刑一庭 孙长山）

8、赵某军生产、销售伪劣产品案——对待宰生猪注入肾上腺素、阿托品和生水后屠宰销售的行为定性及罚金适用（刑事审判参考第1532号）

一、基本案情

被告人赵某军，男，1985年×月×日出生。2019年12

月13日被逮捕。

河北省邯郸市永年区人民检察院指控被告人赵某军犯生产、销售有毒、有害食品罪，向河北省邯郸市永年区人民法院提起公诉。

邯郸市永年区人民法院经审理查明：朱江某（另案处理）系邯郸市绿某食品有限公司实际控制人，其为谋取非法利益，在2017年9月13日至2018年2月12日期间，与袁丰某、赵佃某（均另案处理）达成口头协议，以每头猪支付8元至10元的价格，由袁丰某、赵佃某组织被告人赵某军及王某等人（另案处理）在该公司屠宰点内给待宰生猪注入含有肾上腺素、阿托品等物质的药水和生水，用以增加猪肉重量。朱江某组织他人将注药注水的猪肉产品销往多地农贸市场。经鉴定，邯郸市绿某食品有限公司在此期间生产、销售注药注水猪肉产品金额共计1.3亿余元。

元士某、赵占某及陈永某（均另案处理）作为河北省沙河市某肉联有限公司股东，共同商议给待宰生猪注入含有肾上腺素、阿托品等物质的药水和生水，用以增加猪肉重量，借此谋取非法利益。2017年10月4日至2018年3月31日间，元士某与袁丰某达成口头协议，以每头猪支付9元的价格，由袁丰某组织赵某军以及张某等人在该公司屠宰点内对待宰生猪注药注水。元士某同时组织人员将注药注水的生猪屠宰后对外销售。经鉴定，涉及袁丰某在沙河市某肉联有限公司生产、销售的注药注水猪肉产品价值共计2600万余元。

邯郸市永年区人民法院认为，被告人赵某军为谋取非法利益，伙

同 他人到屠宰场给待宰生猪注入含有肾上腺素、阿托品等物质的药水和生水，生产、销售不合格猪肉产品，其行为已构成生产、销售伪劣产品罪。赵某军伙同他人给待宰生猪注入含有阿托品、肾上腺素的药水，阿托品、肾上腺素可以作为兽药使用，并非有毒、有害的非食品原料，故指控犯生产、销售有毒、有害食品罪依据不足，而赵某军伙同他人对待宰生猪注入含有肾上腺素、阿托品等物质的药水和生水，屠宰后立即予以销售的行为违反了《生猪屠宰管理条例》第二十条关于“严禁生猪定点屠宰厂（场）以及其他任何单位和个人对生猪、生猪产品注水或者注入其他物质。严禁生猪定点屠宰厂（场）屠宰注水或者注入其他物质的生猪”以及《兽药管理条例》第四十条关于“屠宰者应当确保动物及其产品在用药期、休药期内不被用于食品消费”的规定，生产、销售的猪肉产品存在危及人身安全的不合理危险，根据产品质量法第二十六条第二款第一项的规定，属于不合格产品。依据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2021〕24号）第十七条第二款的规定，对畜禽注水或者注入其他物质，虽不足以造成严重食物中毒或者其他严重食源性疾病，但符合刑法第一百四十条规定的，应当以生产、销售伪劣产品罪追究刑事责任。公诉机关指控的罪名不当，予以变更。赵某军受雇于他人为生猪打针注水，其在犯罪中起次要、辅助作用，系从犯，依法可以减轻处罚。赵某军到案后如实供述自己的犯罪事实，当庭自愿认罪认罚，依法可以从轻处罚。对辩护人可减轻处罚的辩护意见，予以采纳。综上，依照刑法

第一百四十四条、第二十五条第一款、第二十七条、第五十二条、第五十三条第一款之规定，判决如下：被告人赵某军犯生产、销售伪劣产品罪，判处有期徒刑十年，并处罚金人民币三百三十万元。

一审宣判后，被告人赵某军提出上诉。在上诉期满后，赵某军要求撤回上诉，河北省邯郸市中级人民法院经审查，裁定准许撤回上诉。判决已发生法律效力。

二、主要问题

（1）对待宰生猪注入含有肾上腺素、阿托品的药水和生水，屠宰、销售猪肉产品的，应当如何定罪？

（2）在生产、销售伪劣产品共同犯罪中，对被告人如何适用罚金刑？

三、裁判理由

（一）在屠宰环节对生猪注入肾上腺素、阿托品和生水，销售金额在5万元以上的，构成生产、销售伪劣产品罪

本案中被告人赵某军受他人指使，在屠宰点给待宰生猪注入含有阿托品、肾上腺素的药水，再注水后屠宰销售，因生猪饲养者、打针者、药品提供者、猪肉销售者众多，违法犯罪链条复杂、行为交叉、地域广，相关涉案人员分案处理。对本案的定性主要有两种不同意见。

第一种意见认为，根据《生猪屠宰条例》的规定，严禁生猪定点屠宰厂（场）以及其他任何单位和个人对生猪、生猪产品注水或者注入其他物质，因此对待宰生猪注入含有阿托品、肾上腺素的药水，属于掺入“有毒、有害的非食品原料”，应以生产、销售有毒、有

害食品罪定罪处罚。

第二种意见认为，肾上腺素、阿托品可以作为兽医处方药使用，并非“有毒、有害的非食品原料”，但注药注水后立即屠宰、销售的猪肉产品属于不合格产品，销售金额较大的，应认定为生产、销售伪劣产品罪。我们赞同第二种意见，认为被告人赵某军的行为构成生产、销售伪劣产品罪，具体理由如下。

1. 肾上腺素、阿托品不属于“有毒、有害的非食品原料”

根据刑法第一百四十四条的规定，构成生产、销售有毒、有害食品罪，要在生产、销售的食物中掺入“有毒、有害的非食品原料”。

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2021〕24号、以下简称2022年《办理食品案件解释》）第十七条第二款规定，在畜禽屠宰相关环节，对畜禽使用食物动物中禁止使用的药品及其他化合物等有毒、有害的非食品原料，依照刑法第一百四十四条的规定以生产、销售有毒、有害食品罪定罪处罚。

根据上述规定，肾上腺素、阿托品是否属于“有毒、有害的非食品原料”，直接关系案件能否认定为生产、销售有毒、有害食品罪。本案中，被告人在屠宰环节给生猪注入的肾上腺素、阿托品不属于《食物动物中禁止使用的药品及其他化合物清单》（农业农村部公告第250号公告）上的物质。肾上腺素是人及动物肾上腺髓质分泌的内源性激素。药用肾上腺素可从家畜肾上腺中提取或人工合成，常用的药物化学形态为盐酸肾上腺素。盐酸肾上腺素注射液被收载于

《中国兽药典》（2015年版），用于心脏骤停的急救，缓解严重过敏性疾病的症状。阿托品属于莨菪烷类生物碱，常用的药物化学形态为硫酸阿托品。硫酸阿托品原料及其制剂亦收载于《中国兽药典》（2015年版），主要用于解除消化道平滑肌痉挛、分泌增多和麻醉前给药等，也可用于有机磷和拟胆碱药等中毒。农业部2002年发布的《动物性食品中兽药最高残留限量》（农业部第235号公告）规定肾上腺素、阿托品为动物性食品允许使用的兽药。2019年9月6日，农业农村部、国家卫生健康委员会、国家市场监督管理总局联合发布《食品安全国家标准食品中兽药最大残留限量》（GB 31650—2019），该标准自2020年4月1日起实施，替代《动物性食品中兽药最高残留限量》，亦将肾上腺素、阿托品规定为动物性食品允许使用的兽药。因此，肾上腺素、阿托品不能被认定为“有毒、有害的非食品原料”。

司法实践中，应避免将仅在部分环节被禁止使用的兽药认定为“有毒、有害的非食品原料”。在屠宰环节给畜禽注入养殖环节允许使用的兽药，实质上属于“超范围滥用兽药”，该兽药并不因在屠宰环节被禁止使用而被认定为“有毒、有害的非食品原料”，从而造成“超范围滥用兽药”与“使用食品动物中禁止使用的药品及其他化合物等有毒、有害的非食品原料”的混淆。

2. 本案不构成生产、销售不符合安全标准的食品罪

根据刑法第一百四十三条的规定，构成生产、销售不符合安全标准的食品罪，要满足“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食

源性疾病的”条件。2022年《办理食品案件解释》第十七条第二款规定，对畜禽注水或者注入其他物质，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的，依照刑法第一百四十三条的规定以生产、销售不符合安全标准的食品罪定罪处罚。实践中，对于给畜禽注入养殖环节允许使用的兽药的，如果肉品中兽药残留量超标，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的，以生产、销售不符合安全标准的食品罪定罪处罚；如果肉品中兽药残留量不超标，或者所注人的兽药未制定最大残留限量，难以认定足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的，则不能以生产、销售不符合安全标准的食品罪定罪处罚。

具体到本案，根据农业部2002年发布的《动物性食品中兽药最高残留限量》（农业部第235号公告）和《食品安全国家标准 食品中兽药最大残留限量》（GB 31650—2019），肾上腺素、阿托品均为动物性食品允许使用的兽药，且均不需要制定动物性食品中的最大残留限量，因此对于在屠宰环节给畜禽注入肾上腺素、阿托品的，难以认定“足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病”，故难以以生产、销售不符合安全标准的食品罪定性处理。

3. 本案应以生产、销售伪劣产品罪定罪处罚

根据刑法第一百四十条的规定，生产者、销售者在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好或者以不合格产品冒充合格产品，销售金额超过5万元的，以生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。《生猪屠宰管理条例》第二十条规定，严禁生猪定点屠宰厂（场）以及其他任何

单位和个人对生猪、生猪产品注水或者注入其他物质。严禁生猪定点屠宰厂（场）屠宰注水或者注入其他物质的生猪。《兽药管理条例》第四十条规定，屠宰者应当确保动物及其产品在用药期、休药期内不被用于食品消费。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定，刑法第一百四十一条规定的“不合格产品”，是指不符合产品质量法第二十六条第二款规定的质量要求的产品。产品质量法第二十六条第二款第一项规定，产品质量应当不存在危及人身、财产安全的不合理的危险，有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，应当符合该标准。2022年《办理食品案件解释》第十七条第二款明确规定，对畜禽注水或者注入其他物质，虽不足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的，但符合刑法第一百四十一条规定的，以生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。

本案中，被告人赵某军违反相关法律法规关于保障食品安全的禁止性规定，在屠宰环节给生猪注入肾上腺素、阿托品后注水，注水注药的猪肉产品质量存在危及人身安全的不合理危险，应认定为不合格产品。赵某军生产、销售不合格产品，且涉案金额远超5万元，故其行为构成生产、销售伪劣产品罪。

需要说明的是，由于药物代谢等原因，畜禽注药后往往难以从肉品中检出药物残留，只要证明在屠宰相关环节有注药行为，注药后的肉品即可认定为不合格产品，销售金额在5万元以上的，即可以生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。

（二）对生产、销售伪劣产品共同犯罪人应当合计判处相应标准以上罚金

生产、销售伪劣产品犯罪是贪利型犯罪，应当从经济上从严制裁，铲除犯罪的经济基础，但也要注重度的把握。本案在判处被告人罚金时注意了以下问题。

1. 合理确定全案判处罚金的总额。

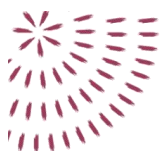
根据刑法第一百四十条的规定，构成生产、销售伪劣产品罪，应当并处销售金额50%以上2倍以下罚金或者没收财产。《最高人民法院关于适用财产刑若干问题的规定》第二条规定，人民法院应当根据犯罪情节，如违法所得数额、造成损失的大小等，并综合考虑犯罪分子缴纳罚金的能力，依法判处罚金。本案中，涉案销售金额达1.3亿余元，在确定罚金刑比例时应当注意考虑案件的具体情况和被告人实际缴纳能力，不宜一味强调在过高幅度判处，造成罚金刑的空判。

2. 合理确定各被告人的罚金份额

在刑法对生产、销售伪劣产品罪的罚金刑规定有下限的情况下，对各共同犯罪人均判处相应标准以上的罚金，还是合计判处相应标准以上的罚金，存在不同认识。对此，2022年《办理食品案件解释》第二十一条规定：“犯生产、销售不符合安全标准的食品罪，生产、销售有毒、有害食品罪，一般应当依法判处生产、销售金额二倍以上的罚金。共同犯罪的，对各共同犯罪人合计判处的罚金一般应当在生产、销售金额的二倍以上。”2022年《办理食品案件解释》

虽仅对生产、销售不符合安全标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪的罚金刑适用作出了规定，但对共同犯罪人合计判处相应标准以上的罚金的原则，同样适用于2022年《办理食品案件解释》规定的生产、销售伪劣产品罪。本案各共同犯罪人虽被分案审理，但各受案法院根据各被告人在共同犯罪中的地位作用，统筹确定涉案被告人的罚金刑数额，实现量刑平衡。本案中，被告人赵某军在共同犯罪中系受人指使，报酬较低，违法所得少，案发时尚未全部领取到报酬，系从犯，故综合考虑共同犯罪罚金总额和赵某军的地位作用、罚金缴纳能力，适当从轻判处。

（撰稿：河北省高级人民法院 陈庆瑞 李 融 审编：最高人民法院刑一庭 孙长山）



三、法律法规



1、 最高法发布《关于办理减刑、假释案件审查财产性判项执行问题的规定》

为深入贯彻习近平法治思想，落实党中央关于完善刑罚执行制度的决策部署，经最高人民法院审判委员会审议通过，最高人民法院正式印发《关于办理减刑、假释案件审查财产性判项执行问题的规定》（以下简称《规定》）。

减刑、假释是重要的刑罚执行变更制度，将财产性判项执行与减刑、假释关联，一方面可以激励罪犯积极履行生效刑事裁判的财产性判项，提高财产性判项执行率；另一方面可以充实“确有悔改表现”这一减刑、假释条件的判断标准，让加强减刑、假释案件实质化审理有了新抓手。但是，关联机制在运行过程中也出现了一些亟待解决的问题，如关联标准不统一，履行能力判断困难，防止机械关联、过度关联也存在困扰。《规定》针对上述问题给出了系统解决方案，对于

依法公正办理减刑、假释案件，正确处理减刑、假释与财产性判项执行的关系，充分发挥减刑、假释的制度功能意义重大。

《规定》明确，财产性判项的执行情况是办理减刑、假释案件时判断罪犯是否确有悔改表现的重要因素之一。罪犯财产性判项未履行完毕的，应着重审查其履行能力，将审查重点聚焦到履行能力的判断上，确保减刑、假释适用的公平性。

《规定》对关联规则作了统一。要求有履行能力的罪犯必须在履行完后方可减刑、假释；确有履行能力拒不履行的，不认定确有悔改表现，不予减刑、假释；确无履行能力的，不影响对其悔改表现的认定。《规定》还明确罪犯被裁定减刑、假释后，发现其虚假申报、故意隐瞒财产，情节严重的，应当撤销减刑、假释，完善了有关配套制度。

针对司法实践中履行能力判断难的问题，《规定》在总结各地经验做法的基础上，提出了以法院的执行情况为基础，结合罪犯的财产申报情况、实际拥有财产情况及其在服刑期间的消费等状况，递进式地认定履行能力的判断模式。《规定》采用列举方式对确有履行能力而不履行的情形进行了明确，通过正向证明加负面清单的方式界定了确无履行能力的判断标准，增强了履行能力判断的可操作性。

《规定》还重申了民事赔偿责任优先的原则。对财产不足以承担全部民事赔偿义务及罚金、没收财产的罪犯，如能积极履行民事赔偿义务的，在认定其是否确有悔改表现时应予以考虑。以此促进罪犯积极履行民事赔偿义务，积极修复被破坏的社会关系，增进社会和谐。

《最高人民法院关于办理减刑、假释案件审查财产性判项执行问题的规定》已于2024年1月3日由最高人民法院审判委员会第1910次会议通过，现予公布，自2024年5月1日起施行。

最高人民法院

2024年4月29日

法释〔2024〕5号

最高人民法院关于办理减刑、假释案件审查财产性判项 执行问题的规定

（2024年1月3日最高人民法院审判委员会第1910次会议通过，自2024年5月1日起施行）

为确保依法公正办理减刑、假释案件，正确处理减刑、假释与财产性判项执行的关系，根据《中华人民共和国刑法》、《中华人民共和国刑事诉讼法》等法律规定，结合司法实践，制定本规定。

第一条 人民法院办理减刑、假释案件必须审查原生效刑事或者刑事附带民事裁判中财产性判项的执行情况，以此作为判断罪犯是否确有悔改表现的因素之一。

财产性判项是指生效刑事或者刑事附带民事裁判中确定罪犯承担的被依法追缴、责令退赔、罚金、没收财产判项，以及民事赔偿义务等判项。

第二条 人民法院审查财产性判项的执行情况，应将执行法院出具的结案通知书、缴付款票据、执行情况说明等作为审查判断的依据。

人民法院判决多名罪犯对附带民事赔偿承担连带责任的，只要其中部分人履行全部赔偿义务，即可认定附带民事赔偿判项已经执行完毕。

罪犯亲属代为履行财产性判项的，视为罪犯本人履行。

第三条 财产性判项未执行完毕的，人民法院应当着重审查罪犯的履行能力。

罪犯的履行能力应根据财产性判项的实际执行情况，并结合罪犯的财产申报、实际拥有财产情况，以及监狱或者看守所内消费、账户余额等予以判断。

第四条 罪犯有财产性判项履行能力的，应在履行后方可减刑、假释。

罪犯确有履行能力而不履行的，不予认定其确有悔改表现，除法律规定情形外，一般不予减刑、假释。

罪犯确无履行能力的，不影响对其确有悔改表现的认定。

罪犯因重大立功减刑的，依照相关法律规定处理，一般不受财产性判项履行情况的影响。

第五条 财产性判项未执行完毕的减刑、假释案件，人民法院在受理时应当重点审查下列材料：

（一）执行裁定、缴付款票据、有无拒不履行或者妨害执行行为等有关财产性判项执行情况的材料；

（二）罪犯对其个人财产的申报材料；

（三）有关组织、单位对罪犯实际拥有财产情况的说明；

- (四) 不履行财产性判项可能承担不利后果的告知材料；
- (五) 反映罪犯在监狱、看守所内消费及账户余额情况的材料；
- (六) 其他反映罪犯财产性判项执行情况的材料。

上述材料不齐备的，应当通知报请减刑、假释的刑罚执行机关在七日内补送，逾期未补送的，不予立案。

第六条 财产性判项未履行完毕，具有下列情形之一的，应当认定罪犯确有履行能力而不履行：

- (一) 拒不交代赃款、赃物去向的；
- (二) 隐瞒、藏匿、转移财产的；
- (三) 妨害财产性判项执行的；
- (四) 拒不申报或者虚假申报财产情况的。

罪犯采取借名、虚报用途等手段在监狱、看守所内消费的，或者无特殊原因明显超出刑罚执行机关规定额度标准消费的，视为其确有履行能力而不履行。

上述情形消失或者罪犯财产性判项执行完毕六个月后方可依法减刑、假释。

第七条 罪犯经执行法院查控未发现可供执行财产，且不具有本规定第六条所列情形的，应认定其确无履行能力。

第八条 罪犯被判处的罚金被执行法院裁定免除的，其他财产性判项未履行完毕不影响对其确有悔改表现的认定，但罪犯确有履行能力的除外。

判决确定分期缴纳罚金，罪犯没有出现期满未缴纳情形的，不影响对其确有悔改表现的认定。

第九条 判处没收财产的，判决生效后，应当立即执行，所执行财产为判决生效时罪犯个人合法所有的财产。除具有本规定第六条第一款所列情形外，没收财产判项执行情况一般不影响对罪犯确有悔改表现的认定。

第十条 承担民事赔偿义务的罪犯，具有下列情形之一的，不影响对其确有悔改表现的认定：

（一）全额履行民事赔偿义务，附带民事诉讼原告人下落不明或者拒绝接受，对履行款项予以提存的；

（二）分期履行民事赔偿义务，没有出现期满未履行情形的；

（三）附带民事诉讼原告人对罪犯表示谅解，并书面放弃民事赔偿的。

第十一条 因犯罪行为造成损害，受害人单独提起民事诉讼的，人民法院办理减刑、假释案件时应对相关生效民事判决确定的赔偿义务判项执行情况进行审查，并结合本规定综合判断罪犯是否确有悔改表现。

承担民事赔偿义务的罪犯，同时被处罚金或者没收财产的，应当先承担民事赔偿义务。对财产不足以承担全部民事赔偿义务及罚金、没收财产的罪犯，如能积极履行民事赔偿义务的，在认定其是否确有悔改表现时应予以考虑。

第十二条 对职务犯罪、破坏金融管理秩序和金融诈骗犯罪、组织（领导、参加、包庇、纵容）黑社会性质组织犯罪等罪犯，不积极退赃、协助追缴赃款赃物、赔偿损失的，不认定其确有悔改表现。

第十三条 人民法院将罪犯交付执行刑罚时，对生效裁判中有财产性判项的，应当将财产性判项实际执行情况的材料一并移送刑罚执行机关。

执行财产性判项的人民法院收到刑罚执行机关核实罪犯财产性判项执行情况的公函后，应当在七日内出具相关证明，已经执行结案的，应当附有关法律文书。

执行财产性判项的人民法院在执行过程中，发现财产性判项未执行完毕的罪犯具有本规定第六条第一款第（一）（二）（三）项所列情形的，应当及时将相关情况通报刑罚执行机关。

第十四条 人民法院办理减刑、假释案件中发现罪犯确有履行能力而不履行的，裁定不予减刑、假释，或者依法由刑罚执行机关撤回减刑、假释建议。

罪犯被裁定减刑、假释后，发现其确有履行能力的，人民法院应当继续执行财产性判项；发现其虚假申报、故意隐瞒财产，情节严重的，人民法院应当撤销该减刑、假释裁定。

第十五条 本规定自2024年5月1日起施行，此前发布的司法解释与本规定不一致的，以本规定为准。



四、商事犯罪辩护法律专业委员会资讯



1、《刑事辩护实务中的困惑与应对》业务交流会圆满举行

2024年4月30日下午，由深圳市律师协会商事犯罪辩护法律专业委员会主办，知恒律师事务所承办的《刑事辩护实务中的困惑与应对》业务交流会于知恒总部大会议室圆满举行。本次业务交流会特别邀请深圳市人民检察院人民监督员、北京市盈科（深圳）律师事务所刑民交叉法律事务中心高级顾问、深圳市律师协会商事犯罪辩护法律专业委员会委员秦建军，北京市中闻（深圳）律师事务所律师、广东省人民检察院人民监督员、深圳市律师协会商事犯罪辩护法律专业委员会委员朱金辉，广东卓建律师事务所合伙人、斗木刑事团队负责人、深圳市律师协会商事犯罪辩护法律专业委员会委员李亚兵带来主题分享。上海段和段（深圳）律师事务所权益合伙人、上海段和段全国刑事专业委员会副主任彭志斌，广东卓建律师事务所合伙人、斗木刑

事团队负责人，深圳市律师协会刑事诉讼法律专业委员会副主任陈国庆等莅临知恒参与了此次业务交流会。

知恒总部管委会主任张善华，深圳市律师协会商事犯罪辩护法律专业委员会副主任、知恒刑事中心主任张楠楠，知恒刑事中心副主任、金融犯罪辩护事务部主任甘定中，知恒刑事中心副主任、网络犯罪辩护事务部主任郭良等出席。知恒刑事中心副主任、商事犯罪辩护事务部主任刘运发主持会议。

领导致辞



知恒总部管委会主任张善华

张善华主任上台致辞，首先代表知恒向今天到场的各位致以热烈的欢迎，同时衷心感谢各位分享嘉宾莅临知恒传经授宝。在管委会的领导与见证下，知恒刑事中心自成立以来积极主办或承办各类活动，带动知恒刑事专业提升，助力知恒全国资源整合。随着中国法治建设

进一步完善，刑事辩护律师的作用将会越发重要，欢迎各位律师积极参与知恒专业交流活动，相互赋能，共赢发展。

《对证据辩护的几点思考》主题分享



深圳市人民检察院人民监督员、北京市盈科（深圳）律师事务所刑民交叉法律事务中心高级顾问、深圳市律师协会商事犯罪辩护法律专业委员会委员秦建军

秦建军律师的分享以通俗易懂的方式阐释抽象理论，引人入胜，如庖丁解牛般清晰地梳理了刑事证据的三性、刑事诉讼的底层逻辑以及刑事证据三性间的逻辑关系，拓宽了律师对刑事案件证据辩护的思路和维度。秦建军律师总结，刑事证据及证据采信是刑事诉讼的起点和底层逻辑，更是刑事诉讼的本质。证据收集的合法性问题，是法庭认定、采信证据，是查明案件事实的基础。刑事辩护律师要关注、立足取证事实，梳理案件事实。

《刑事辩护中的抗争与妥协——从一单虚假诉讼案件谈起》主题分享



北京市中闻（深圳）律师事务所合伙人、广东省人民检察院人民监督员、深圳市律师协会商事犯罪辩护法律专业委员会委员朱金辉

朱金辉律师的讲座生动风趣，从自身代理的一起虚假诉讼案件，论述了作为一名刑事辩护律师，在法庭上如何抗争与妥协。朱金辉律师提出，辩护人接受委托帮助犯罪嫌疑人、被告人行使辩护权，以维护其合法权益，同时，也是犯罪嫌疑人、被告人合法权益的专门维护者。辩护人承担辩护职能时，应以事实为根据，以法律为准绳，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，既不能成为“第二个公诉人”，也不能成为被告人的代言人，需有效保护法律尊严。

《辩护人调查取证风险及规范》主题分享



广东卓建律师事务所合伙人、斗木刑事团队负责人、深圳市律师协会商事犯罪辩护法律专业委员会委员李亚兵

李亚兵律师从案例取证风险展开讲解，深刻剖析了调查取证过程中存在的风险，并总结证据调取收集与提交的规范。李亚兵律师表示，规范是规避风险的最佳方法，刑辩律师需要系统性地掌握取证规范方法，做好前期准备，具备证据意识、风险意识、全局意识，以合法合规的手段取证，才能更好地维护当事人的合法权益，防范风险。



上海段和段（深圳）律师事务所权益合伙人、上海段和段全国刑事专业委员会副主任彭志斌

彭志斌律师对三位嘉宾的分享予以高度评价，在今天的业务交流会上感受到了三位分享嘉宾精湛的业务能力与深厚的专业功底，不仅收获了专业理论知识，也学习到了实操中如何作为。随后，彭志斌律师分享了自身的刑事辩护实务经验。



广东卓建律师事务所合伙人、斗木刑事团队负责人，深圳市律师协会刑事诉讼法律专业委员会副主任陈国庆

陈国庆律师点评到，三位嘉宾的分享十分精彩，刑事辩护愈艰难，愈能体现出刑辩律师的价值，绝大部分刑事案件核心在于证据，刑辩律师一定要找到证据的辩护点。陈国庆律师提到，在刑事辩护中感到困惑很自然，最简单的应对方法就是按照法定程序完成工作。



深圳市律师协会商事犯罪辩护法律专业委员会副主任、知恒刑事中心主任张楠楠

张楠楠主任表示，感谢大家的捧场与支持，刑事辩护律师充满了学习的热情与对知识的渴望，本次业务交流会取得圆满成功，每一场专业交流活动旨在为大家带来可以应用在未来工作中的启发，未来包括深圳市律师协会商事犯罪辩护法律专业委员会在内的专业委员会及包括知恒在内的律所也将持续举办专业交流活动，希望大家踊跃参与。



主持人：知恒刑事中心副主任、商事犯罪辩护事务部主任刘运发



业务交流会现场



合照

《刑事辩护实务中的困惑与应对》业务交流会圆满结束，到场律师纷纷表示，本次业务交流会干货满满，嘉宾的分享与点评精彩纷呈。此次业务交流会在有效提升律师办理刑事案件的业务能力的同时，有效强化了深圳律师的联络。知恒曰明，追求卓越。知恒未来将持续举

办专业交流活动，相互学习、相互赋能，以精湛的专业能力，助力深圳律师行业高质量发展。