

以案说法

以案说法丛书

丛书主编 曾宪义

经济犯罪篇

主编 黄京平 林兆波



中国人民大学出版社



以案说法丛书

丛书主编 曾宪义

经济犯罪篇

以案说法

主编 黄京平 林兆波
撰稿 吴雪梅 蒋晖

许红 林兆波
黄京平 石磊

中国人民大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

以案说法·经济犯罪篇/黄京平、林兆波主编
北京:中国人民大学出版社,2001

(以案说法丛书 丛书主编 曾宪义)

ISBN 7-300-03688-0/D·531

I. 以…

II. ①黄… ②林…

III. 经济法-案例-法律解释-中国

IV. D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 79951 号

以案说法丛书

丛书主编 曾宪义

以案说法·经济犯罪篇

主编 黄京平 林兆波

出版发行:中国人民大学出版社

(北京中关村大街 31 号 邮编 100080)

发行部:62514146 门市部:62511369

总编室:62511242 出版部:62511239

E-mail:rendafx@public3.bta.net.cn

经 销:新华书店

印 刷:三河市新世纪印刷厂

开本:850×1168 毫米 1/32 印张:12.5 插页 2

2001 年 1 月第 1 版 2001 年 1 月第 1 次印刷

字数:247 000

定价:20.00 元

(图书出现印装问题,本社负责调换)

丛书
主编
编委

曾宪义

黄京平

姚辉

李艳芳

胡锦涛

林嘉

王新清

汤树梅

郭禾

黄京平

林兆波

本篇
主编

序

曹宪义

市场经济在一定意义上又可以说是法治经济。市场经济条件下,在人们的思想意识中,公平、正义、民主、平等、权利等理念不断增强,人们要求有稳定和统一的法律规则来保障正常有序的社会生活和自己的合法权益。自20世纪70年代末以来,特别是确立建立社会主义市场经济体制以来,国家加快了立法步伐,在经济、政治、文化及社会生活等各方面制定了大量的法律、法规,初步形成了比较完备的具有中国特色的社会主义法律体系。同时,法律在保障正常有序的社会生活和维护公民、组织的合法权益方面,也发挥了积极的作用。可以预计,伴随着我国社会主义法制建设的进一步加强,法治环境的不断改善,广大群众学法用法以保护自己合法权益的自觉性将会越来越高。

为了满足广大群众学习法律知识的需求,中国人民大学出版社约请中国人民大学法学院的几位教师,以及博士研究生和硕士研究生编写了这套“以案说法丛书”。编写者和出

曹宪义,中国人民大学法学院院长、法学教授、博士生导师。主要担任国务院学位委员会学科评议组成员,教育部高等学校法学学科教学指导委员会主任委员,全国法律硕士专业学位教育指导委员会第一副主任委员。

出版社诚邀我担任该丛书的总主编。事实上,丛书中的各本书都是独立成册、各自负责的。各书主编既是各本书的组织者,也是主要撰稿人和统稿、定稿人。

“以案说法丛书”的主要特色是结合案例系统地讲解法律知识。这可以说是在普及和宣传法律知识的方式方法上所作的一次新的探索。出版社和编写者为了突出这套丛书的特色,在编写过程中力求做到以下几点:

第一,贴近生活,精选案例。这套丛书的每一本选择了百余个案例,这些案例是从近年来发生的较有影响的而又与人们的日常生活密切相关的众多案例中精选而来,其中许多案例在报刊杂志上刊登过。由于这些案例发生在读者身边,贴近读者生活,相信读来会有亲切之感。

第二,照顾体例,一案一析。为了便于读者掌握完整的知识,考虑到内容之间的联系性,这套丛书的每一本先按照该学科的体系,分为若干编,在每编之下,先举案例,再作分析,做到一案一析。同时,每本书所选择的案例涵盖了该学科的基本内容。

第三,以法析案,由案说法。这套丛书表面上看是以法析案,但主要目的还在于,以剖析某一个案例为契机,条分缕析地介绍某一方面系统的法律规定和法律知识,使读者能够触类旁通,掌握全面的法律知识。

第四,深入浅出,通俗易懂。由于法律规定和法律知识比较严谨,且有诸多的专业术语,使许多人对法律知识失去学习兴趣或者望而生畏。为避免此类情况,每本书的作者在剖析案例、解释法律的过程中,注意既要由浅入深,又要深入浅出,

尽可能运用通俗易懂、生动活泼的语言阐释法律规定和法学原理。

江泽民总书记在党的十五大报告中明确提出,把“依法治国,建设社会主义法治国家”作为治国的基本方略。随着社会的发展,法律在我国社会中的地位将会越来越高,其社会作用也将会越来越大。我真诚地期望这套“以案说法丛书”,能够成为广大读者了解和掌握法律知识的一个新的窗口,并愿这套丛书在学界师友和广大读者的关心和帮助下越编越好。

戊寅年正月

前 言

本书是曾宪义教授主编的“以案说法丛书”之一。

随着我国经济改革的不断深入和社会主义市场经济体制的逐步建立，近年来，经济生活中新生事物层出不穷，各种经济制度不断确立，各种市场经济活动纷繁复杂并日趋活跃，但随之而来的是经济犯罪亦呈上升趋势，且犯罪手段越来越复杂，对社会危害的程度也越来越大。例如，近年来屡屡发生的集资诈骗案件，犯罪分子诈骗所得金额动辄几千万上亿元，被骗群众往往成千上万，严重扰乱了当地的经济秩序和社会稳定。为了适应社会主义市场经济的发展，防范和惩治经济犯罪，保证改革开放事业的顺利进行，1997年修订通过的新刑法典在分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中对生产、销售伪劣商品罪，走私罪，妨害对公司、企业的管理秩序罪，破坏金融管理秩序罪，金融诈骗罪，危害税收征管罪，侵犯知识产权罪，扰乱市场秩序罪等经济犯罪作出了较为详细、明确的规定，并增设了许多新的罪名。1997年修订后的新刑法典是一部适应社会主义市场经济需要的刑法典，是社会主义市场经济法律体系的重要组成部分。由于我国社会主义市场经济体制仍处在不断发展完善之

中，刑法对经济犯罪的规定也处于不断完善之中，自 1997 年 10 月 1 日新刑法典实施以来近三年的时间里，全国人大常委会对新刑法典所作的两次修改和补充都是关于经济犯罪的，一是 1998 年 12 月 29 日全国人大常委会通过的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》，二是 1999 年 12 月 25 日全国人大常委会通过的《中华人民共和国刑法修正案》。立法机关对刑法典的这两次修订，使我国刑法对经济犯罪的规定更为严密和完善。

经济活动具有专业性强、法律政策性强的特点，相应地对经济犯罪的认定和惩罚也具有自己的特点。由于刑法是以特殊的方法——刑罚调整特殊的对象——犯罪，因而刑法在法律体系中居于特别法的地位，它是一切其他部门法的最终制裁力量，因此，依照刑法对经济犯罪进行认定和惩罚，必须与其他经济法律、法规相结合才能做到准确定罪、准确量刑。由于经济活动和经济犯罪的这种特点，一般社会公众往往在复杂的经济生活和经济现象面前无所适从，既可能因不知法而不知如何维护自己的合法权益，也可能因不知法而犯法，所以，学习和掌握刑法对一般公众具有重要意义。但是，学习和掌握刑法仅仅靠查阅刑法条文是远远不够的，条文背后所蕴涵的丰富内容只有通过系统的解释才能被理解和认识。

正是基于上述这种认识，我们编写了本书。我们希望能够通过案例分析的形式将刑法对经济犯罪的规定较为生动地介绍给社会公众，力图回答在经济生活中“什么是犯罪、是什么犯罪、对这种犯罪行为怎样进行惩罚”的问题。

按照法学界和司法实务界的约定俗成，贪污贿赂犯罪也被认为属于经济犯罪的范畴，因此，本书的体例与刑法典第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”、第八章“贪污贿赂罪”相对应，同时将全国人大常委会对刑法典最新修订的内容补充在相应的章节中。

本书的写作分工如下（以撰写内容先后为序）：

吴雪梅：第一章、第二章、第三章。

蒋熙辉：第四章。

许 红：第五章、第六章。

林兆波：第七章。

黄京平：第八章。

石 磊：第九章。

全书由主编黄京平、林兆波统改定稿。

书中不足之处在所难免，敬祈读者批评指正。

编者

2000年10月

目 录

第一章 生产、销售伪劣商品罪

1. 生产、销售假冒伪劣皮鞋是否犯罪? (3)
2. 生产不合格产品并冒充合格产品销售, 应如何
处罚? (5)
3. 生产、销售假药构成犯罪吗? (6)
4. 销售假药应如何处罚? (9)
5. 生产并销售劣药是否构成犯罪? (10)
6. 销售变质药品构成何罪? (12)
7. 销售不符合卫生标准的食品应当如何处理? (15)
8. 在食品中掺入有毒的非食品原料予以销售,
是否犯罪? (18)
9. 生产不符合标准的医用卫生材料构成犯
罪吗? (20)
10. 销售明知是不符合安全标准的产品造成严重
后果的, 应如何处罚? (23)
11. 生产假化肥导致农业生产遭受较大损失的,
是否犯罪? (26)

12. 销售明知不符合卫生标准的化妆品导致他人
毁容的, 该当何罪? (29)
13. 销售无毒无效药品, 获利巨大的, 应如何
处理? (31)
14. 销售不符合安全标准电器获利巨大但未造
成严重后果的, 应如何处罚? (33)

第二章 走私罪

15. 走私武器、弹药, 构成何罪? (39)
16. 从境外走私核材料的, 是否犯罪? (41)
17. 从台湾运输假人民币到内地, 应如何
处理? (44)
18. 私运文物出口的, 应定何罪? (46)
19. 私带黄金出境的, 应如何处理? (49)
20. 偷运大熊猫皮出境, 构成犯罪吗? (51)
21. 走私珍稀植物, 应如何处理? (53)
22. 运输淫秽录像带入境, 应定何罪? (56)
23. 偷运淫秽书刊入境的行为, 应定何罪? (58)
24. 走私普通货物、物品, 应定何罪? (60)
25. 绕关偷运汽车、摩托车入境的行为, 应如
何处罚? (62)
26. 擅自销售保税货物构成犯罪吗? (64)
27. 擅自销售特定减免税进口货物, 应如何
处理? (66)
28. 直接向走私人非法收购黄金, 构成何罪? (68)

29. 在领海贩卖珍贵植物制品，是否犯罪？ (70)
30. 逃避海关监管运输境外固体废物进境，构成
犯罪吗？ (72)
31. 明知他人走私而提供资金的行为，应如何
处理？ (75)
32. 以暴力方法抗拒缉私，应定何罪？ (77)

第三章 妨害对公司、企业的管理秩序罪

33. 使用虚假证明文件申请公司注册构成犯
罪吗？ (83)
34. 抽逃出资造成严重后果的，是否犯罪？ (85)
35. 编造虚假内容发行股票的行为是否构成
犯罪？ (87)
36. 公司提供虚假财务报告严重损害股东利益的
行为，应如何处理？ (90)
37. 泰阳公司清算时隐匿财产的行为，应如何
处理？ (93)
38. 销毁会计材料的行为，应定何罪？ (95)
39. 利用职务便利索取他人财物，应定何罪？ (99)
40. 违规收受回扣的行为应如何处理？ (101)
41. 利用职务便利收受他人财物，为他人谋取
利益，应定何罪？ (104)
42. 为谋取不正当利益给予他人以财物的行为，
应作何处理？ (106)
43. 为谋取不正当利益，给予公司、企业人员以

财物的行为，应作何处理？	(108)
44. “国企老板”利用职务便利经营同类营业获利巨大，应作何处理？	(111)
45. “国企老板”以明显高于市场的价格向亲友所在单位购买商品，应作何处理？	(113)
46. 以明显低于市场的价格向亲友所在单位销售商品，应定何罪？	(116)
47. 因严重不负责任被骗构成犯罪吗？	(119)
48. 失职造成大量外汇被骗构成何罪？	(121)
49. 玩忽职守造成企业破产，应如何处理？	(124)
50. 滥用职权造成国有企业严重亏损，应如何处理？	(126)
51. 徇私舞弊低价出售国有资产的行为能否构成犯罪？	(128)

第四章 破坏金融管理秩序罪

52. 伪造美元是否犯罪？	(133)
53. 陪同朋友运送假钞，是否犯罪？	(135)
54. 金融工作人员以假币换取真币的行为，构成犯罪吗？	(137)
55. 期货经纪公司工作人员购买假币，应定何罪？	(139)
56. 伪造货币并出售，该怎样处罚？	(140)
57. 不慎获取假币，为转移损失使用假币购物是否构成犯罪？	(142)

58. 将人民币“一分为二”揭层使用是否构成 犯罪？	(144)
59. 擅自设立金融机构，是否犯罪？	(145)
60. 转让金融机构经营许可证，是否犯罪？	(148)
61. 套取信贷资金高利转贷是否构成犯罪？	(150)
62. 非法吸收公众存款，是否犯罪？	(151)
63. 涂改作废支票并使用，是否犯罪？	(153)
64. 金融工作人员伪造国库券并出卖，应定 何罪？	(155)
65. 伪造本公司股票牟利，构成何罪？	(156)
66. 擅自发行公司股票，该定何罪？	(158)
67. 内幕交易行为，是否犯罪？	(160)
68. 上市公司经理对公司经营状况的评价，是 否构成泄露内幕信息罪？	(162)
69. 泄露内幕信息行为，应如何处理？	(164)
70. 传播非自己编造的证券交易虚假信息行为， 应如何处理？	(166)
71. 诱骗投资者买卖证券，如何定罪？	(167)
72. 操纵证券交易价格行为，是否犯罪？	(169)
73. 编造保险事故骗取赔偿，该定何罪？	(171)
74. 孙某制造保险事故骗取赔偿，应如何处理？	(172)
75. 金融业务中收受回扣，该如何处理？	(175)
76. 期货经纪公司工作人员挪用客户资金，应定 何罪？	(178)
77. 挪用单位资金，应如何处理？	(180)

78. 违反规定向亲友发放贷款, 能否构成犯罪?	(184)
79. 发放贷款造成重大损失, 应定何罪?	(185)
80. 非法拆借账外客户资金发放贷款, 是否构成 犯罪?	(187)
81. 金融机构工作人员违规出具信用证, 应定 何罪?	(189)
82. 承兑违法票据造成重大损失, 是否构成 犯罪?	(190)
83. 骗购外汇行为, 应如何处理?	(192)
84. 非法转移外汇至境外, 是否构成犯罪?	(194)
85. 在外汇交易中心外买卖外汇, 应如何 处理?	(196)
86. 为毒品犯罪分子提供账户, 应如何处罚?	(198)

第五章 金融诈骗罪

87. 非法集资骗人钱财, 该如何处罚?	(203)
88. 使用假存单作担保, 骗取银行贷款犯什 么罪?	(205)
89. 用空头支票支付货款是犯罪吗?	(207)
90. 使用伪造的汇票骗取钱物, 如何定罪?	(209)
91. 为多取存款涂改银行存单, 该定何罪?	(211)
92. 利用“软条款”信用证进行诈骗, 如何定罪 处罚?	(214)
93. 恶意透支信用卡构成犯罪吗?	(216)
94. 使用捡到的他人信用卡的行为是犯罪吗?	(218)

95. 盗窃他人信用卡后又使用, 该定何罪? (220)
96. 使用伪造的国库券进行诈骗是犯罪吗? (222)
97. 投保人编造保险事故骗取保险金, 如何
处罚? (224)
98. 投保人为骗取保险金故意造成财产损失,
该定什么罪? (226)
99. 故意为他人提供虚假证明, 帮助他人骗取
保险金的是不是犯罪? (229)
100. 保险公司工作人员与投保人、被保险人相勾
结骗取保险金的该如何定罪? (231)

第六章 危害税收征管罪

101. 为了少交税, 在账簿上作虚假记载是不是
犯罪? (237)
102. 因偷税被税务机关给予二次行政处罚又偷
税, 但偷税数额不大的是否犯罪? (239)
103. 因犯偷税罪被处罚金的, 可以免除补缴
税款的义务吗? (241)
104. 以暴力方法拒不缴纳应缴税款的, 如何
处罚? (242)
105. 暴力抗税致人死亡的, 如何定罪? (244)
106. 没有纳税义务的人为使他人免缴税款而使
用暴力阻碍税务人员收税的, 该定何罪? (247)
107. 纳税义务人为逃税而转移财产的是不是
犯罪? (249)

108. 假报出口骗取国家出口退税款的是不是 犯罪？	(252)
109. 虚开增值税专用发票的，如何处罚？	(254)
110. 虚开增值税专用发票后又用来骗取出口 退税款的，如何定罪？	(256)
111. 虚开增值税专用发票是否有数额和情节 的限制？	(258)
112. 应他人要求，为他人印刷增值税专用发票 是犯罪吗？	(260)
113. 将自己用不完的增值税专用发票卖给他 人是不是犯罪？	(262)
114. 购买伪造的增值税专用发票是犯罪吗？	(264)
115. 买来伪造的增值税专用发票又出售，该 定什么罪？	(266)
116. 销售非法制造的发票是犯罪吗？	(268)
117. 盗窃增值税专用发票后又出卖的，如何 定罪？	(270)

第七章 侵犯知识产权罪

118. 单位假冒他人注册商标的，是犯罪吗？	(275)
119. 假冒他人注册商标生产假药的，该如何 定罪？	(278)
120. 明知是假“红塔山”香烟而销售的，是 犯罪吗？	(282)
121. 卖假注册商标标识的，也是犯罪吗？	(284)

122. 假冒他人专利的，是犯罪吗？ (287)
123. 剽窃他人作品的，是犯罪吗？ (290)
124. 卖盗版书也是犯罪吗？ (294)
125. 盗窃本单位的图纸出卖的，应定何罪？ (296)

第八章 扰乱市场秩序罪

126. 诋毁他人商品声誉的，是犯罪吗？ (303)
127. 利用广告对商品作虚假宣传，构成犯罪吗？ (305)
128. 招标人与投标人串通投标是否构成犯罪？ (307)
129. 明知自己没有货源，却与他人签订合同进行诈骗的，该当何罪？ (309)
130. 合同中有虚假内容的，都是合同诈骗罪吗？ (311)
131. 违反法律规定，进行非法经营的，是犯罪吗？ (313)
132. 强买强卖也是犯罪吗？ (315)
133. 伪造火车票又出售的，是犯罪吗？ (317)
134. 对倒卖车票、船票的“票贩子”，应定何罪？ (320)
135. 中介组织人员受贿，提供虚假证明文件构成犯罪吗？ (322)
136. 中介组织人员出具证明文件重大失实的行为是否构成犯罪？ (324)

137. 炒卖土地使用权是否构成犯罪? (326)
138. 谎称应当实施法定检验的出口商品为不需要
实施法定检验的出口商品而逃避商检的,
该如何处罚? (329)

第九章 贪污贿赂罪

139. 副镇长罚款后将罚款占为己有的行为该
定何罪? (335)
140. 机械厅副厅长贪污公款达数万元, 应如
何处罚? (337)
141. 公司职工侵吞公款的, 应定何罪? (340)
142. 单位勤杂人员盗窃本单位财物的, 构成
什么罪? (342)
143. 国家机关工作人员挪用公款时间较短
的, 构成犯罪吗? (344)
144. 银行职员挪用本单位资金的, 应构成
何罪? (347)
145. 挪用救灾款修建办公楼, 构成挪用公
款罪吗? (350)
146. 公安局长见钱眼开, 为他人谋取利益的,
该当何罪? (352)
147. 国家工作人员通过其他国家工作人员的
职务行为, 为他人谋取不正当利益而收受
财物的, 是受贿罪吗? (355)
148. 国家工作人员为社会提供服务而收取报酬

的，构成受贿罪吗？	(357)
149. 公司职工受贿的，该如何定罪？	(360)
150. 单位能犯受贿罪吗？	(362)
151. 为要回欠款给国家工作人员财物的，构成 行贿罪吗？	(364)
152. 为他人帮忙办事，介绍贿赂的，构成犯 罪吗？	(367)
153. 公安局长家财万贯，又说不清合法来源， 是犯罪吗？	(368)
154. 国家工作人员在境外存款隐瞒不报的， 是犯罪吗？	(371)
155. 国有单位将国有资产私分给单位职工的， 该如何定罪？	(373)
156. 交警队将罚款私分，构成犯罪吗？	(375)

第一章

生产、销售伪劣商品罪

1. 生产、销售假冒伪劣皮鞋是否犯罪？

【案情介绍】

某市消费者协会接到大量投诉，反映一种名牌皮鞋质量低劣，名不符实，有的甚至刚穿一个星期就开了线。消费者协会与生产该名牌皮鞋的厂家联系，发现这是一批假冒产品。经过调查，发现这批伪劣皮鞋来自一个个体制鞋厂。该厂曾一度不景气，于是其所有人李某起意制造假冒名牌皮鞋，以此作为发财致富的捷径。该厂不顾皮鞋质量，大量仿造名牌皮鞋，并靠一批推销员以支付回扣等手段使皮鞋流入市场，从中获利 15 万元。

【法律分析】

本案中，李某生产、销售假冒伪劣名牌皮鞋的行为，已经构成《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第 140 条规定的生产、销售伪劣产品罪。

根据《刑法》第 140 条的规定，所谓生产、销售伪劣产品罪，是指生产者、销售者违反国家产品质量管理法规，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，销售金额在 5 万元以上的行为。

生产、销售伪劣产品罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是国家的产品质量管理制度和市场管理制度，同时也侵犯了广大消费者的合法权益。犯罪对象一般是除食品、药品、医疗器械、医用卫生材料、化妆品、电器、压力容器、易燃易爆产品、农药、化肥、种子以外的普通伪劣产品。但

是如果生产、销售上述伪劣产品没有造成严重后果，并且销售金额在 5 万元以上的，也构成本罪。(2) 本罪的客观方面表现为生产者、销售者违反国家产品质量管理法规，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，销售金额在 5 万元以上的行为。所谓掺杂、掺假，就是在生产销售的产品中掺入杂物或一些假的东西；所谓以假充真，就是以假的产品冒充真的产品；所谓以次充好，就是以次品或是劣质产品冒充合格产品或者优质产品；所谓以不合格产品冒充合格产品，就是指以根据产品质量管理法规检验不合格的产品和未经检验合格的产品冒充检验合格的产品。检验标准有四种：其一是国家颁行的特定商品的标准；其二是行业性标准；其三是企业标准；其四是社会通行标准。根据《刑法》第 140 条的规定，行为人在生产、销售过程中，有上述行为之一的，并且实际销售金额在 5 万元以上的即构成本罪。(3) 本罪的主体是一般主体，个人和单位都可以构成本罪的主体。(4) 本罪的主观方面必须出于故意，即行为人明知是伪劣产品而故意予以生产、销售，并且一般还具有非法牟利的目的。但非法牟利的目的不是构成该罪的必备条件。

李某的制鞋厂技术不过关，其生产质量低劣的皮鞋而冒充名牌皮鞋出售的行为，符合《刑法》第 140 条规定的以次充好的要求，而且从中获利 15 万元，已经超过了该罪所规定的生产、销售假冒伪劣产品，销售金额在 5 万元以上才可构成犯罪的要求。其生产、销售假冒伪劣名牌皮鞋的行为，使广大消费者的利益受到了侵害，使国家的产品质量管理制

度和市场管理制度受到了破坏。其生产的假冒伪劣皮鞋也属于该罪犯罪对象的范围。因此，李某生产、销售假冒伪劣名牌皮鞋的行为已经构成了生产、销售伪劣产品罪。

2. 生产不合格产品并冒充合格产品销售，应如何处罚？

〔案情介绍〕

1997年王某在无实际生产能力的情况下，未经工商行政管理部门机关登记许可，租用某村房屋开办工厂，声称要制造生产电池的设备。11月，其以江都市光明蓄电池厂的名义与某公司签订了标的为20.6万元的R6型号电池生产设备购销合同，并设法盖了光明蓄电池厂的公章，此后王某冒充厂长取走该公司汇入光明蓄电池厂账面的12.6万元预付款。王某用其中5万余元购买了废旧电池生产设备，自己又生产了部分零件，经刷新拼装后，冒充合格产品，卖给该公司14套此种设备。该公司使用后发现，王某卖给他们的产品不合格。于是王某的犯罪行为败露。

〔法律分析〕

本案中，王某购买废旧的电池生产设备，自己生产了部分零件，然后进行刷新拼装，冒充合格的电池生产设备销售给某公司。其行为违反了国家产品质量法规，以不合格产品冒充合格产品，销售金额达12.6万元，已经构成了生产、销售伪劣产品罪，应当按照《刑法》第140条的规定处罚。

我国《刑法》第140条规定，犯生产、销售伪劣产品罪，销售金额在5万元以上不满20万元的，处2年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额50%以上2倍以下罚金；销售金额在20万元以上不满50万元的，处2年以上7年以下有期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金；销售金额在50万元以上不满200万元的，处7年以上有期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金；销售金额在200万元以上的，处15年有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金或者没收财产。《刑法》第150条规定，单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

王某虽然以光明蓄电池厂的名义与某公司签订了电池生产设备的购销合同，但其并未以合法手段取得光明蓄电池厂的同意，仍然属于以个人身份生产、销售伪劣产品，所以不应当适用《刑法》第150条的规定，而应当按照《刑法》第140条的规定定罪处罚。

王某虽与某公司签订了标的为20.6万元的销售合同，但其实际销售金额为12.6万元，已满5万元不满20万元。按照上述规定，应当对王某处以2年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额50%以上2倍以下罚金。

3. 生产、销售假药构成犯罪吗？

[案情介绍]

1997年12月，湖北省某村的一名幼儿因感冒、腹泻由

母亲带着到卫生院看病，大夫给其注射了“硫酸卡那霉素”注射液，没想到注射后该幼儿立即死亡。村民闻讯后非常气愤，要求为小孩讨回公道。经深入调查，公安机关逮捕了生产、销售假药的方某。据方某交代，他于1997年11月以来，从一医药公司买回了大量滞销的价格低廉的“氯化琥珀胆碱”注射液（此药是肌肉松弛剂，剂量大了会引起中毒，促使呼吸肌麻痹，出现心跳骤停等现象），改制成“硫酸卡那霉素”注射液，并伪造生产批号，出售给一些个体药贩。这种假药流入湖北等五省，致使两名儿童注射后死亡；两名儿童注射后休克，虽经抢救后脱险，但留有后遗症。

[法律分析]

本案中，方某用“氯化琥珀胆碱”注射液假冒“硫酸卡那霉素”注射液，并予以销售的行为，已经构成了《刑法》第141条规定的生产、销售假药罪。

根据《刑法》第141条的规定，所谓生产、销售假药罪，是指违反国家药品管理法规，非法生产、销售假药，足以严重危害人体健康的行为。

生产、销售假药罪的构成特征是：（1）本罪侵犯了国家药品管理制度，也侵犯了人民的生命健康权利，因此危害很大。（2）在犯罪客观方面，犯罪人生产、销售假药的行为造成了危害人体健康的危险，即使未造成实际的损害，也可构成本罪。行为人只要实施了生产、销售假药行为之一的，就可构成本罪。（3）犯罪主体是一般主体，既可以是个人，也可以是单位。凡是达到刑事责任年龄，具备刑事责任能力的

自然人都可以构成本罪。(4) 本罪在主观方面表现为，犯罪人明知其生产、销售的是《中华人民共和国药品管理法》(以下简称《药品管理法》)规定的假药而故意生产、销售，并且一般是出于营利的目的。但是营利的目的不是构成本罪的必备条件，如果行为人出于营利目的以外的其他目的而生产、销售假药的，仍然可以构成本罪。

正确认定生产、销售假药罪，需要注意以下几点：第一，假药是指依照国家《药品管理法》的规定属于假药或者按照假药处理的药品、非药品。主要包括：药品所含成分的名称与国家药品标准或者省、自治区、直辖市药品规定不符，即通常所说配方不符合标准，如生产感冒胶囊，里面用淀粉代替药粉，缺少国家规定的多种成分，不具备感冒胶囊的作用；以非药品冒充药品；以他种药品冒充此种药品，一般是以一种低价药品冒充高价药品，如以兽药冒充人药；国务院卫生行政部门规定禁止使用的药品；未取得批准文号的药品；变质不能用的药品；被污染不能用的药品。第二，新刑法在处罚中，将过去规定的“违法所得”改为“销售金额”。第三，本罪中“足以危害人体健康”，不仅是指假药直接对人体有害，如本案中用“氯化琥珀胆碱”注射液假冒“硫酸卡那霉素”注射液治感冒、腹泻，致人死亡，也包括因用假药而延误治疗，危害患者身体健康的情况。只要经有关部门鉴定该假药“足以危害人体健康”即可。

本案中，方某为了谋取非法利益，从某医药公司购买了“氯化琥珀胆碱”注射液，将其改制成假的“硫酸卡那霉素”注射液，并广泛出售，造成两名儿童死亡、两名儿童休克并

留有后遗症的严重后果。其所生产、销售的药品属于国家《药品管理法》所规定的假药，其生产、销售假药的行为已经违反了国家《药品管理法》的规定，侵犯了消费者的身体健康权利。因此方某的行为已经构成了《刑法》分则第 141 条规定的生产、销售假药罪。

4. 销售假药应如何处罚？

[案情介绍]

被告人丁某为谋取非法利益，伙同他人，从阜阳市兽药批发站以每件 300 元至 500 元的价格，先后 8 次购得郑州市第一兽药厂的兽用氯霉素片 114 件，换贴上伪造的安徽省阜阳制药厂、安徽省淮南制药厂生产的“颖光”牌人用氯霉素片瓶签，装入人造革皮箱，以每箱 1 200 元的价格，将该药卖给高某，牟取暴利 6.29 万余元。

[法律分析]

本案中，丁某以兽用氯霉素片冒充人用氯霉素片、予以销售的行为，构成了生产、销售假药罪。根据《刑法》第 141 条的规定，所谓生产、销售假药罪，是指违反国家药品管理法规，非法生产、销售假药，足以严重危害人体健康的行为。

本案中，丁某是已经达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人。其为了牟利，以兽用氯霉素冒充人用氯霉素予以销售，这种行为足以危害购买使用这种假冒的氯霉素的消费者的健康，完全符合生产、销售假药罪的构成特征，因

此丁某的行为已经构成了《刑法》第 141 条规定的生产、销售假药罪，应当依照该条的规定对其进行处罚。

根据《刑法》第 141 条的规定，生产、销售假药，足以严重危害人体健康的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金；对人体健康造成严重危害的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金；致人死亡或者对人体健康造成特别严重危害的，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金或者没收财产。

丁某销售假的人用氯霉素，已经构成了生产、销售假药罪，且其所售氯霉素属于《刑法》第 141 条规定的假药，足以严重危害人体健康，但尚未对人体造成严重危害，也未致人死亡或对人体健康造成特别严重危害，所以应当对其处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金。

5. 生产并销售劣药是否构成犯罪？

[案情介绍]

杨某等人系北京市外来务工人员，为了谋取非法利益，通过四处散发、张贴小广告的方式，向各区居民收购药品，其中大量药品是已经超过有效期的药品。杨某等人将这些已经超过有效期的药品重新包装后，高价卖到外地偏远的乡村，使得当地许多居民服用这些已经过期的药品后，延误了治疗，身体健康受到了不同程度的损害。后经有关部门查

处，才避免了更严重的危害后果的发生。

[法律分析]

本案中，杨某等人收集过期药品，并予以出售的行为，已经构成了《刑法》第142条规定的生产、销售劣药罪。

根据《刑法》第142条的规定，所谓生产、销售劣药罪，是指违反国家药品管理法规，非法生产、销售劣药，对人体健康造成严重危害的行为。

生产、销售劣药罪的构成特征是：(1) 本罪侵犯了国家药品管理制度，也侵犯了人民的生命健康权利，同时还侵害了市场经济秩序，因此危害很大。杨某等人销售已经过期的药品，使多名患者延误治疗，身体健康受到了损害，其行为已经破坏了国家对药品的管理制度，侵害了公民的人身健康权利。(2) 本罪客观方面是指犯罪人生产、销售劣药的行为对人体健康造成严重危害。未造成实际的损害，不能构成本罪。行为人只要实施了生产、销售劣药行为之一的，并且对人体健康造成严重危害的，就可构成本罪。所谓劣药，是指依照《药品管理法》的规定属于劣药的药品，具体包括：药品成分的含量与国家药品标准或者省、自治区、直辖市药品规定不符合的；超过有效期的；其他不符合药品标准规定的。依照上述规定，杨某等人收购的过期药品属于国家规定的劣药范围。杨某等人收购过期药品，并将其重新包装后，出售到偏远乡村，造成许多患者延误了治疗，身体健康受到了不同程度的损害，其行为符合本罪的客观方面的要求。(3) 犯罪的主体是一般主体，既可以是个人，也可以是单

位。凡是达到刑事责任年龄，具备刑事责任能力的自然人都可以构成本罪。杨某等人符合本罪的主体要求。(4) 本罪在主观方面表现为，犯罪人明知是《药品管理法》规定的劣药而故意生产、销售，对其所造成的严重危害后果持放任态度，并且一般是出于营利的目的而生产、销售劣药。但是营利的目的不是构成本罪的必备条件，如果行为人出于营利目的以外的其他目的而生产、销售劣药的，仍然可以构成本罪。杨某等人为了谋取非法利益，明知其收购的药品已经过期，仍然将其进行重新包装，然后予以出售，其主观上是持故意态度的，并对这些过期的药品可能对人体造成的危害后果持放任态度。

对杨某出售过期药品的行为，应当依照《刑法》第 142 条的规定进行定罪处罚。根据《刑法》第 142 条的规定，生产、销售劣药，对人体健康造成严重危害的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金；后果特别严重的，处 10 年以上有期徒刑、无期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金或者没收财产。

《刑法》第 150 条规定，单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

6. 销售变质药品构成何罪？

〔案情介绍〕

某个体药店的老板杜某从某制药厂订购了大批药品。药

品到达该地火车站后，由于杜某被他事耽搁，未能及时去火车站取货，结果当天降了长达数小时的暴雨，大批药品由于露天堆放，受到了雨水浸泡，致使部分药品变质。但杜某为了贪图小利，将这些变质药品进行处理后，继续在其药店出售。部分患者服用其变质药品后，发现异常，向有关部门举报，因此才避免了更多的患者受害。

[法律分析]

本案中，杜某销售被雨淋湿的变质药品的行为，构成了《刑法》第141条规定的生产、销售假药罪。

根据《刑法》第141条的规定，所谓生产、销售假药罪，是指违反国家药品管理法规，非法生产、销售假药，足以严重危害人体健康的行为。

生产、销售假药罪的构成特征是：(1) 本罪的主体是一般主体，既可以是个人，也可以是单位。凡是达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人都可以构成本罪。(2) 本罪在主观方面表现为，犯罪人明知其生产、销售的是《药品管理法》规定的假药而故意生产、销售，对其所造成的严重危害后果持放任态度。一般而言，本罪多出于营利的目的。但是营利的目的不是构成本罪的必备条件，如果行为人出于营利目的以外的其他目的而生产、销售假药的，仍然可以构成本罪。(3) 本罪在客观方面表现为，犯罪人生产、销售假药的行为足以危害人体健康。未造成实际的损害，也可构成本罪。行为人只要实施了生产、销售假药行为之一的，就可构成本罪。(4) 本罪侵犯了国家药品管理制度，也侵犯了人

民的生命健康权利。

司法实践中生产、销售劣药罪与生产、销售假药罪容易混淆，要注意两者的区别。

二罪相同之处表现为：(1) 二罪的主体相同，都是一般主体，个人和单位都可以构成本罪。(2) 二罪主观上都是故意，犯罪人明知自己生产、销售的不是真药而予以生产、销售，并对所造成的危害持放任态度。(3) 二罪侵犯的客体相同，都侵犯了国家药品管理制度，侵犯了人民身体健康权利。

二罪的差异之处表现为：(1) 二罪生产、销售的药品性质不同，即二罪的犯罪对象不同。生产、销售假药罪要求生产、销售的是假药，而生产、销售劣药罪要求生产、销售的是劣药。假药，是指依照《药品管理法》的规定属于假药或者按照假药处理的药品、非药品，主要指以下几种：药品所含成分的名称与国家药品标准或者省、自治区、直辖市药品规定不符，即通常所说配方不符合标准；以非药品冒充药品；以他种药品冒充此种药品，一般是以一种低价药品冒充高价药品；国务院卫生行政部门规定禁止使用的药品；未取得批准文号的药品；变质不能用的药品；被污染不能用的药品。所谓劣药，是指依照《药品管理法》的规定属于劣药的药品，具体包括：药品成分的含量与国家药品标准或者省、自治区、直辖市药品规定不符合的；超过有效期的；其他不符合药品标准规定的。变质的药品属于假药，因此杜某销售变质药品构成生产、销售假药罪，应当依照《刑法》第141条的规定处罚。(2) 生产、销售假药罪是危险犯，只要实施

了生产、销售假药的行为，且足以危害人体健康的，并不要求发生了实际危害，就可构成本罪。而生产、销售劣药罪是结果犯，只有造成了实际的危害后果，才构成本罪。(3)法定刑不同。因为生产、销售假药比生产、销售劣药危害要大，所以生产、销售假药罪的法定刑比生产、销售劣药罪的法定刑重。

如果行为人既生产、销售了假药，又生产、销售了劣药，要分别对其进行定罪，实行数罪并罚。

本案中，杜某销售的被雨淋湿因而变质的药品属于假药，因此其销售行为构成了销售假药罪。

7. 销售不符合卫生标准的食品应当如何处理？

[案情介绍]

某日中午，某市居民购买朱某的熟菜店的熟菜后，有106人发生食物中毒，其中有4人住院治疗。该市卫生防疫站迅速通知朱某停止销售其熟菜，但朱某把剩下的熟菜送到其熟菜店的分店继续销售，又造成几十人中毒。卫生防疫站经过检测所剩熟菜、中毒者的粪便及熟菜店加工容器用具，认为这起事故是由食用溶藻性弧菌所污染的食品引起的。造成污染的原因是在生产销售过程中违反规章制度，不符合卫生标准，未做必要的清洗、消毒工作。

[法律分析]

朱某销售不符合卫生标准、污染了溶藻性弧菌的熟菜，造

成 100 余人食物中毒,4 人住院的行为,已经构成了《刑法》分则第 143 条规定的生产、销售不符合卫生标准食品罪。

根据《刑法》第 143 条的规定,所谓生产、销售不符合卫生标准食品罪,是指违反国家食品卫生管理法规,生产、销售不符合卫生标准食品,足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患的行为。

生产、销售不符合卫生标准食品罪的构成特征是:(1)本罪侵犯的客体是消费者的身体健康和国家的食品卫生监督制度。朱某违反了制售食品的操作规程,销售不符合卫生标准的熟菜,造成了广大消费者食物中毒的严重后果,其行为已经侵犯了消费者的身体健康和国家的食品卫生监督制度。(2)本罪的客观方面表现为违反国家食品卫生管理法规,生产、销售不符合卫生标准的食品,足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患的行为。行为人只要实施了生产或者销售行为之一的,就可以构成本罪。朱某在生产、销售熟菜的过程中,违反了规章制度,未对容器和加工用具做有关的清洗、消毒工作,使熟菜被污染了溶藻性弧菌,而朱某在得知其熟菜已经造成食用者中毒的情况下,仍然销售其不符合卫生标准的熟菜,又造成了几十人食物中毒的后果。其行为已经符合了本罪客观方面的要求。(3)本罪的主体是一般主体,达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人和单位都可以构成本罪的主体。朱某是已经具备刑事责任能力、达到刑事责任年龄的自然人,符合本罪的主体要求。(4)本罪的主观方面只能是间接故意,即行为人明知是不符合卫生标准的食品而故意予以生产和销售,对造成严重食物

中毒事故或者严重食源性疾患持放任态度。朱某在销售了不符合卫生标准的熟菜，造成 106 人食物中毒之后，虽然得到卫生防疫站的让其停止销售熟菜的通知，仍然继续销售不符合卫生标准的熟菜。如果说朱某起初并不明知自己销售的熟菜不符合卫生标准，但得到卫生防疫站的通知后，其应当明知自己销售的熟菜不符合卫生标准，但其仍然继续销售，可以说其主观上对销售不符合卫生标准的熟菜是持故意态度的，而其对销售不符合卫生标准的熟菜可能造成的严重后果是持放任态度的。

认定本罪要注意划清两个界限。其一是要看行为人的行为是否足以造成严重后果，如果没有造成严重后果的，则不构成犯罪。其二是要与生产、销售有毒、有害食品罪相区分，本罪生产、销售的是不符合卫生标准的食品，后罪生产、销售的是掺有有毒、有害的非食品原料的食品；本罪要求所生产、销售的不符合卫生标准的食品足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患，而后罪只要实施了生产、销售有毒、有害食品的行为即构成犯罪。

根据《刑法》第 143 条、第 150 条的规定，犯生产、销售不符合卫生标准食品罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额 50% 以上 2 倍以下的罚金；对人体健康造成严重危害的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下的罚金；后果特别严重的，处 7 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下的罚金或者没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，

依照上述规定处罚。行为人朱某销售不符合卫生标准的熟菜，造成了 100 余人食物中毒，但尚未给消费者造成严重身体危害，所以应当对朱某处以 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金。

8. 在食品中掺入有毒的非食品原料予以销售，是否犯罪？

[案情介绍]

陈某（另案处理）为牟取暴利，将以每吨 2 400 元的价格购买的工业酒精冒充食用酒精，以每吨 3 000 元至 3 200 元的价格销售给个体商店的丁某等人。被告人丁某购买时已发觉酒精有异味，其仍在酒精中对入井水、少量香料和少量白酒，后购买了印有“林河粮液”的白酒包装箱 100 余个及假冒商标 3 000 余套，进行包装后出售。当地群众购买饮用后，16 人甲醇中毒，其中 4 人死亡，1 人重伤，1 人轻伤。

[法律分析]

被告人丁某为了牟取暴利，在少量白酒中加入大量工业酒精、井水和少量香料，冒充白酒，进行销售，造成重大人员伤亡，其行为已经构成了《刑法》分则第 144 条规定的生产、销售有毒、有害食品罪。

根据《刑法》第 144 条的规定，所谓生产、销售有毒、有害食品罪，是指违反食品管理法规，在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料，或者销售明知掺有有毒、

有害的非食品原料的食品的行为。

生产、销售有毒、有害食品罪的构成特征是：(1) 本罪侵犯的客体是不特定多数人的身体健康和国家对食品卫生的监督管理制度。丁某在白酒中掺入大量工业酒精，并作为真白酒进行销售的行为是违反国家对食品卫生的监督管理制度的，已经造成了损害消费者身体健康的后果。(2) 本罪的客观方面表现为违反食品管理法规，在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的行为。至于该行为是否造成了严重危害后果，不影响犯罪构成。所谓有毒、有害的非食品原料，是指含有毒性元素或者对人体有害的成分而不能作为食品配料或者食品添加剂的物质。丁某违反了食品管理法规，在少量白酒中加入大量工业酒精，而工业酒精的主要成分甲醇是一种有毒性的元素，对人体有害，不能加入食品之中。丁某的这种行为已经符合了本罪的客观要求。(3) 本罪的主体是一般主体，达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人和单位都可以构成本罪的主体。被告人丁某是已经具备了刑事责任能力、达到刑事责任年龄的自然人，符合该罪的主体要求。(4) 本罪的主观方面必须出于故意，具体内容是，明知是有毒、有害的非食品原料而故意掺入在所生产、销售的食品中，或者明知是掺有有毒、有害的食品而故意予以销售。行为人实施本罪一般是出于非法营利的目的，但营利目的不是构成本罪的必备条件。丁某为了谋取非法利益，将有毒、有害的非食品原料——工业酒精与少量白酒和井水、香料进行勾兑，冒充真酒进行销售，其主观上是持故意态度的。

认定生产、销售有毒、有害食品罪，一方面要注意看行为情节是否显著轻微、危害不大。本罪虽属于行为犯，但如果情节显著轻微、危害不大的，根据《刑法》第13条的规定，不应以犯罪论处。另一方面要划清本罪与生产、销售不符合卫生标准食品罪的界限。

根据《刑法》第144条、第150条的规定，犯生产、销售有毒、有害食品罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额50%以上2倍以下罚金；造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患，对人体健康造成严重危害的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金；致人死亡或者对人体健康造成特别严重危害的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对直接责任人员依照上述规定处罚。

丁某销售掺有甲醇的白酒的行为致多人伤亡，应对其处以10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金或没收财产。

9. 生产不符合标准的医用卫生材料构成犯罪吗？

〔案情介绍〕

1997年，郭某利用在某医院当清洁工的机会，大量收集已使用过的一次性输液管，他将这些输液管用开水煮泡后，用食品塑料袋自行封装，共制造这种一次性输液管

1 200套。接着，郭某冒充塑料厂推销员到乡卫生院和村卫生所进行推销，非法牟利4 000多元。乡、村卫生院（所）购买了郭某的输液管后，在临床使用中造成数十名病人感染及3名病人死亡。直到有关单位检查出输液管系郭某自制的伪劣产品，才避免了更多伤亡事故的发生。

[法律分析]

本案中，郭某将使用过的一次性输液管进行简单加工，冒充未使用过的一次性输液管进行出售，造成数十名病人感染及3名病人死亡的结果，其行为已经构成了《刑法》分则第145条规定的生产、销售不符合卫生标准的医用器材罪。

根据《刑法》第145条的规定，所谓生产、销售不符合卫生标准的医用器材罪，是指生产不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，或者销售明知是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，对人体健康造成严重危害的行为。

生产、销售不符合卫生标准的医用器材罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是不特定多数人的生命健康和国家对医疗器械、医用卫生材料的管理制度。郭某将使用过的一次性输液管进行简单加工，冒充未使用过的一次性输液管进行出售，造成数十名病人感染及3名病人死亡的结果，其行为已经侵害了不特定多数人的生命健康，违反了国家对医疗器械、医用卫生材料的管理制度，同时也扰乱了市场经济秩序，符合生产、销售不符合卫生标准的医用器材罪的客体要求。（2）本罪的客观方面表现为生产不符合保障人体健康的

国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，或者销售明知是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，对人体健康造成严重危害的行为。行为人只要实施了生产不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，或者销售明知是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料，对人体健康造成严重危害的行为之一的就可构成生产、销售不符合卫生标准的医用器材罪。本案中，郭某将使用过的一次性输液管进行简单加工，冒充未使用过的一次性输液管进行出售，造成数十名病人感染及3名病人死亡的结果，其行为已经符合了生产、销售不符合卫生标准的医用器材罪的客观要求。(3) 本罪的主体是一般主体，个人和单位都可以构成生产、销售不符合卫生标准的医用器材罪的主体。个人必须是达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人。本案中，郭某是已经达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人。(4) 本罪主观方面必须是出于间接故意，即明知是不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料而故意生产或者销售，对其所生产、销售的不符合保障人体健康的国家标准、行业标准的医疗器械、医用卫生材料对人体健康所造成的严重危害持放任态度。本案中，郭某明知自己收集的一次性输液管是使用过的，仍然对其进行简单加工，并予以销售，对这种不符合卫生标准的一次性输液管对人体可能造成的危害后果持放任态度。

根据《刑法》分则第145条、第150条的规定，犯生产、销售不符合卫生标准的医用器材罪的，处5年以下有期

徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金；后果特别严重的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金，其中情节特别恶劣的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

本案中，郭某将使用过的一次性输液管进行简单加工，冒充未使用过的一次性输液管进行出售，造成数十名病人感染及 3 名病人死亡的结果，其行为已经构成了生产、销售不符合卫生标准的医用器材罪，情节特别恶劣，应对其处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金。

10. 销售明知是不符合安全标准的产品造成严重后果的，应如何处罚？

〔案情介绍〕

某市地毯厂工人崔某用刚购买的热水器淋浴，不料热水器喷头刚一接触到身体，崔某就被强大的电流击倒在地。崔某的妻子听到响动，来到卫生间，发现崔某躺在地上，昏迷不醒。在将崔某送往医院的途中，其停止了呼吸。经医生检查，证明崔某系触电死亡。经查，厂家在生产、销售热水器的过程中，厂长金某曾不断收到销售部门转来的顾客反映热水器漏电的信件，可金某为了赚钱，竟将这些信件全部烧

掉。当有人提醒他“热水器漏电会出人命”的时候，金某仍置若罔闻，还以“用户使用不当”为借口予以搪塞，仍继续生产、销售这些不符合安全标准的热水器，以致造成了致人死亡的严重后果。

〔法律分析〕

本案中，金某作为热水器厂的厂长，为了赚钱，无视用户生命健康权利，明知其厂生产、销售的热水器漏电，仍然继续进行生产、销售，其行为已经构成了《刑法》分则第146条规定的生产、销售不符合安全标准产品罪。

根据《刑法》第146条的规定，所谓生产、销售不符合安全标准产品罪，是指违反国家产品质量管理法规，生产不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的电器、压力容器、易燃易爆产品或者其他不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品，或者销售明知是以上不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品，造成严重后果的行为。

生产、销售不符合安全标准产品罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是不特定消费者的人身、财产安全和国家对产品质量的管理制度，同时也扰乱了市场经济秩序。金某违反国家产品质量法规，生产了不符合保障人身安全标准的漏电的热水器，并予以销售，造成了用户崔某死亡的严重后果，其行为已经符合了生产、销售不符合安全标准产品罪的客体要求。（2）本罪的客观方面表现为违反国家产品质量管理法规，生产不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业

标准的电器、压力容器、易燃易爆产品或者其他不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品，或者销售明知是以上不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品，造成严重后果的行为。本案中，金某违反国家产品质量法规，生产了不符合保障人身安全标准的漏电的热水器，并予以销售，造成了用户崔某死亡的严重后果，其行为已经符合了生产、销售不符合安全标准产品罪的客观方面要求。(3) 本罪的主体是一般主体，个人和单位都可以构成生产、销售不符合安全标准产品罪的主体。个人必须是达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人。单位是犯罪主体的，其直接负责的主管人员和其他责任人员也应当负刑事责任。本案中，金某是热水器厂的厂长，属于直接负责的主管人员，他应当对生产、销售不符合安全标准的热水器，造成崔某死亡的后果，负刑事责任，而且金某已经达到刑事责任年龄且具备刑事责任能力，可以负刑事责任。(4) 本罪主观方面必须是出于间接故意，即明知是不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品而故意予以生产、销售，对其所造成的严重危害后果持放任态度。本案中，金某明知其厂生产的热水器漏电，属于不合格产品，但是为了赚钱，仍然予以生产、销售，对用户使用其厂漏电的热水器可能造成的危害人身安全的后果，持放任态度。

根据《刑法》分则第 146 条、第 150 条的规定，犯生产、销售不符合安全标准产品罪的，处 5 年以下有期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金；后果特别严重的，处 5 年以上有期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚

金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

金某违反国家产品质量法规，生产了不符合保障人身安全标准的漏电的热水器，并予以销售，造成了用户崔某死亡的严重后果，其行为已经构成了生产、销售不符合安全标准产品罪，且造成了用户崔某的死亡，属于后果特别严重的，应当对其处以 5 年以上有期徒刑，对该热水器厂处以销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金。

11. 生产假化肥导致农业生产遭受较大损失的，是否犯罪？

[案情介绍]

某县农民朱某因见他人出售化肥而获利，于是萌生了生产并销售假化肥的念头。1999 年 1 月被告人朱某租用他人场地，然后购得制造化肥的假原料苦盐和钙粉，雇人将两种原料混合粉碎后，用标有“×××公司”的硫酸钾包装袋灌装，后按该公司生产的“××”牌化肥高价出售，获得赃款 7 万余元。当地许多农民购买了朱某的假化肥，施肥后这些农民的庄稼并未增产，反而造成了不同程度的减产，使许多农民蒙受了重大的损失。案发后追回赃款 5 万余元。

[法律分析]

本案中，朱某为了牟取暴利，有意生产假化肥并销售，从而造成了许多农民的损失，其行为已构成了《刑法》第

147 条规定的生产、销售伪劣化肥罪。

根据《刑法》第 147 条的规定，所谓生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪，是指违反国家质量管理法规，生产假农药、假兽药、假化肥、假种子，销售明知是假的或者失去使用效能的农药、兽药、化肥、种子，或者生产者、销售者以不合格的农药、兽药、化肥、种子冒充合格的农药、兽药、化肥、种子，使生产遭受较大损失的行为。

生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪的构成特征是：(1) 犯罪客体是国家对农用生产资料质量的监督管理制度和广大农民的合法权益。朱某生产并销售假化肥的行为已经破坏了国家对农业生产资料质量的监督管理制度和广大农民的合法权益。(2) 犯罪客观方面表现为行为人生产、销售了假冒伪劣的化肥、农药、兽药、种子并使生产遭受了较大的损失。具体是指生产假农药、假兽药、假化肥、假种子，销售明知是假的或失去使用效能的农药、兽药、化肥、种子，或者生产者、销售者以不合格的农药、兽药、化肥、种子冒充合格的农药、兽药、化肥、种子，使生产遭受较大的损失。朱某购买了制造假化肥的原料并租用了他人的场地，生产了假化肥，然后出售给当地的农民，使农业生产遭受了一定的损失，其行为符合该罪客观方面的要求。(3) 犯罪主体既可以是个人，也可以是单位。朱某是已经达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人，符合该罪的主体要求。(4) 犯罪主观方面是直接故意。一般犯罪人明知是伪劣农药、兽药、化肥、种子而故意予以生产、销售，而对伪劣农药、兽药、化肥、种子对农业生产造成的破坏持放任态度。

朱某为了牟取暴利而生产了假化肥并予以出售，其主观上是直接故意，对农民使用其假化肥会造成的损失持放任态度。

如果行为人对生产化肥所使用的原料有误解，从而生产了不符合质量要求的化肥，或者在销售化肥时不知道自己销售的是假化肥、劣质化肥，在这种情况下，行为人主观上不具有生产、销售假冒伪劣化肥的故意，不能认定行为人构成了该罪。但是如果行为人在生产化肥时知道自己使用的原料可能不合格但仍然继续使用，或者在销售化肥时知道自己销售的化肥可能是假冒伪劣化肥但仍然销售的，则构成生产、销售伪劣化肥罪。

根据《刑法》分则第 147 条、第 150 条的规定，犯生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金；使生产遭受重大损失的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金；使生产遭受特别重大损失的，处 7 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金或者没收财产。《刑法》第 150 条规定，单位犯此罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依前面的规定处罚。

本案中，朱某为了谋取非法利益，明知自己生产的是假化肥而坚持生产并予以销售，给农民造成严重损失，其行为已触犯刑律，构成生产、销售伪劣化肥罪。由于其生产的假化肥造成了庄稼减产，给农民造成了重大损失，应按照上述规定，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处或者单处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金或者没收财产。

12. 销售明知不符合卫生标准的化妆品导致他人毁容的，该当何罪？

〔案情介绍〕

河北省某厂家生产了质量低劣的化妆品“太阳”牌特效美容祛斑霜，产品出厂前未经过必要的检验，就以高价投放市场，造成2 000多名消费者受害。使用该品牌美容祛斑霜的顾客不但没有达到美容、消除雀斑的效果，反而造成了毁容的后果。轻者色素沉着，满脸黄黑斑，数月不见消褪；重者肤色变黑，且皮肤受损。有的容貌改变，数周不敢出户；有的甚至家庭破裂，自寻短见。此种化妆品在社会上造成了恶劣的影响。经有关产品质量监督部门检验，该祛斑霜不符合国家化妆品的卫生要求。

〔法律分析〕

本案中，该厂家不经检验，就将其生产的质量低劣化妆品投放市场，造成了广大的消费者容颜受损，家庭生活遭受破坏，其行为已经构成了《刑法》分则第148条规定的生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪。

根据《刑法》第148条的规定，所谓的生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪，是指违反国家产品质量管理法规，生产不符合卫生标准的化妆品，或者销售明知是不符合卫生标准的化妆品，造成严重后果的行为。

生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪的构成特征是：

(1) 本罪侵犯的客体是国家对化妆品的生产、销售的管理制

度和广大消费者的合法权益。该化妆品厂生产质量低劣的祛斑霜，不予检验就予以销售，造成广大消费者容颜受损，其行为破坏了国家对化妆品的生产、销售的管理制度和广大消费者的合法权益。(2) 本罪的客观方面表现为违反国家产品质量管理制度，生产明知是不符合卫生标准的化妆品，造成严重后果的行为。所谓化妆品，根据我国《化妆品卫生监督条例》规定，是指以涂擦、喷撒或其他类似方法，散布于人体表面任何部位，包括皮肤、毛发、指甲、口唇，以达到清洁、消除不良气味、护肤、美容和修饰目的的日用品。违反化妆品管理法规，是指生产不符合卫生标准的化妆品，或者销售不符合卫生标准的化妆品。所谓卫生标准，是指国家有关部门为保证消费者使用安全，专门就化妆品所规定的有关卫生方面的质量标准。本案中，该厂家违反国家化妆品质量管理法规，不经检验，就将其生产的质量低劣的化妆品投放市场，造成了广大的消费者容颜受损，家庭生活遭受破坏，社会影响恶劣，其行为已经符合了生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪的客观要求。(3) 本罪主体既可以是个人，也可以是单位。单位包括公司、企业、事业单位、机关、团体。该化妆品厂属于企业，可以成为生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪的主体。(4) 本罪主观方面是间接故意。一般是指，犯罪人明知是不符合卫生标准的化妆品而故意予以生产、销售，而对不符合卫生标准的化妆品对消费者造成的严重危害持放任态度。本案中，该化妆品厂明知自己生产的化妆品质量低劣，仍然不予检验就投放市场，对本厂的不符合卫生标准的特效美容祛斑霜可能对消费者造成的危害持放

任态度。

根据《刑法》分则第 148 条、第 150 条的规定，犯生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金；单位犯此罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依上述规定处罚。

本案中，该化妆品厂在明知自己生产的是质量低劣的化妆品的情况下而继续生产，并不予检验就加以销售，给广大消费者造成严重损失，其行为已触犯刑律，构成生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪，应按照上述规定对该制药厂处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额 50% 以上 2 倍以下罚金。

13. 销售无毒无效药品，获利巨大的，应如何处理？

[案情介绍]

某制药厂见保健药品市场紧俏，迅速研究出一种人参蜂王浆。为了抢占市场，在未取得批准文号的情况下，即大批量生产，接着就开始大量投放市场，并声称这种人参蜂王浆可包治百病，消费者闻之纷纷购买。该厂因此获利巨大，销售金额达 10 余万元。这种人参蜂王浆虽属于假药，但经有关药品管理部门鉴定，其不会对人体造成直接危害，也不会因服用它而使病人病情恶化。

〔法律分析〕

本案中，该制药厂生产、销售无毒无效保健品——人参蜂王浆获利巨大，但未给消费者造成任何身体伤害，其行为符合《刑法》分则第149条的规定，应当依照《刑法》分则第140条的规定定罪处罚，即依照生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。

《刑法》分则第149条规定，生产、销售《刑法》分则第141条至第148条所列产品，不构成各该条规定的犯罪，但是销售金额在5万元以上的，依照第140条的规定定罪处罚，即生产、销售假药、劣药，不符合卫生标准的食品，有毒有害食品，不符合标准的医用器材，不符合安全标准的产品，伪劣农药、兽药、化肥、种子，不符合卫生标准的化妆品，如果未造成严重后果，不符合各该条规定的犯罪构成，则不能以生产、销售特定种类伪劣产品犯罪论处，但是如果销售金额在5万元以上，符合《刑法》分则第140条规定的，则应当按生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。

根据《刑法》分则第140条、第149条的规定，生产、销售伪劣产品罪与生产、销售上述特定种类的伪劣产品罪存在法条竞合的关系。《刑法》分则第141条至第148条规定的生产、销售伪劣产品犯罪各有其特定的犯罪对象，属于特别法，而《刑法》分则第140条规定的生产、销售伪劣产品罪的犯罪对象则是普通伪劣产品，属于一般法。根据法条竞合特别法优于普通法的原理，如果行为人实施了生产、销售特定种类伪劣产品的犯罪行为，并且符合《刑法》分则各该条犯罪构成的，则应按《刑法》分则第141条至第148条规

定的生产、销售特定种类伪劣产品犯罪论处。如果不符合《刑法》分则各该条的犯罪构成，但实际销售金额在5万元以上的，则依以上所述，按生产、销售伪劣产品罪论处。

本案中，该制药厂在未取得批准文号前，就将该厂生产的人参蜂王浆投放市场，这种行为属于销售假药的行为，因为根据我国《药品管理法》的规定，未取得批准文号的药品属于假药范畴。但是根据《刑法》分则第141条的规定，构成生产、销售假药罪，必须是指违反国家药品管理法规，非法生产、销售假药，足以严重危害人体健康的行为。本案中，该制药厂销售的人参蜂王浆未取得批准文号，属于假药，而且也不具有该制药厂所声称的包治百病的功效，但根据有关部门的鉴定，它不会对人体造成直接危害，也不会使病人因服用它而病情恶化，所以不符合生产、销售假药罪所要求的生产、销售假药足以危害人体健康，不构成生产、销售假药罪。但该厂销售的人参蜂王浆毕竟未取得批准文号，且获利10余万元，依照《刑法》分则第149条的规定，应当按照生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。

14. 销售不符合安全标准电器获利巨大但未造成严重后果的，应如何处罚？

[案情介绍]

王某原系浙江省的一个农民，后经有关部门批准开办了一家个体工厂，生产卡式煤气炉，出售给饭店。由于王某注

意管理，生产成本较低，其生产的卡式煤气炉价格低廉，销路甚好，远销全国许多地方。王某因此大发其财。后来，为了获得更多利益，王某向各个饭店高价回收已经使用过的卡式煤气炉，充气后再次出售。实际上，卡式煤气炉属于一次性产品，已经使用过的不能再次使用。虽然各地均有使用这种回收的卡式煤气炉产生不良状况的反映，但王某仍一意孤行，继续出售回收的卡式煤气炉，且获利巨大。所幸至王某归案时，未造成人员伤亡的严重后果。

[法律分析]

本案中，王某的工厂生产、销售回收的卡式煤气炉获利巨大，但未给消费者造成任何身体伤害，其行为符合《刑法》分则第149条的规定，应当依照《刑法》分则第140条的规定定罪处罚，即依照生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。

《刑法》分则第149条规定，生产、销售《刑法》分则第141条至第148条所列产品，不构成各该条规定的犯罪，但是销售金额在5万元以上的，依照第140条的规定定罪处罚，即生产、销售假药、劣药，不符合卫生标准的食品，有毒有害食品，不符合标准的医用器材，不符合安全标准的产品，伪劣农药、兽药、化肥、种子，不符合卫生标准的化妆品，如果未造成严重后果，不符合各该条规定的犯罪构成，则不能以生产、销售特定种类伪劣产品犯罪论处。但是如果销售金额在5万元以上，符合《刑法》分则第140条规定的，则应当按生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。

根据《刑法》分则第 140 条、第 149 条的规定，生产、销售伪劣产品罪与生产、销售上述特定种类的伪劣产品罪存在法条竞合的关系。《刑法》分则第 141 条至第 148 条规定的生产、销售伪劣产品犯罪各有其特定的犯罪对象，属于特别法，而《刑法》分则第 140 条规定的生产、销售伪劣产品罪的犯罪对象则是普通伪劣产品，属于一般法。根据法条竞合中特别法优于普通法的原理，如果行为人实施了生产、销售特定种类伪劣产品的犯罪行为，并且符合《刑法》分则各该条犯罪构成的，则应按《刑法》分则第 141 条至第 148 条规定的生产、销售特定种类伪劣产品犯罪论处。如果不符合《刑法》分则各该条的犯罪构成，但实际销售金额在 5 万元以上的，则依以上所述，按生产、销售伪劣产品罪论处。

本案中，王某生产、销售的卡式煤气炉属于《刑法》分则第 146 条规定的不符合安全标准产品。但王某的行为并未造成人员伤亡的严重后果，因此不构成该条规定的生产、销售不符合安全标准产品罪。

根据《刑法》分则第 146 条规定，所谓生产、销售不符合安全标准产品罪，是指违反国家产品质量管理法规，生产不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的电器、压力容器、易燃易爆产品或者其他不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的產品，或者销售明知是以上不符合保障人身、财产安全的国家标准、行业标准的產品，造成严重后果的行为。本案中，王某虽然生产、销售了不符合安全标准的卡式煤气炉，但并未造成人员伤亡的严重后果，所

以不能依照《刑法》分则第 146 条规定的生产、销售不符合安全标准产品罪定罪处罚。由于其行为获利巨大，应当依照《刑法》分则第 149 条的规定，按照《刑法》分则第 140 条的规定定罪处罚，即依生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。

第二章

走私罪

15. 走私武器、弹药，构成何罪？

【案情介绍】

宫某原系某公司工作人员，因工作需要经常出国。其见国内对枪支、弹药等武器的管制很严格，而国外很容易买到枪支、弹药，于是萌生了私带枪支、弹药入境，然后出卖牟利的念头。其利用出差到美国的机会，在洛杉矶购买了两枝短枪，若干发子弹，然后将枪弹藏在旅行箱的夹层中，企图逃避海关监管。但在入境时，其在某市国际机场被我国海关人员查获。

【法律分析】

本案中，宫某夹带武器、弹药入境的行为已经构成了《刑法》第 151 条规定的走私武器、弹药罪。

根据《刑法》第 151 条的规定，所谓走私武器、弹药罪，是指违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄武器、弹药进出境的行为。

走私武器、弹药罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是国家对外贸易管制中对武器、弹药禁止进出口的监管制度。宫某私带枪支、弹药入境的行为，已经破坏了国家对武器、弹药禁止进出口的监管制度。（2）本罪的客观方面表现为违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄武器、弹药进出境的行为。所谓违反海关法规，是指违反《中华人民共和国海关法》（以下简称《海关法》）及其他关于海关监管的法规，运输、携带或者邮寄货物、物品进出境。所

谓逃避海关监管，是指在不设海关的边境线上非法运输货物、物品进出境的，或者虽然经过设有海关的边境，但以藏匿、伪装、假报过境货物、物品等手段欺骗海关检查人员，偷运、偷带或者偷寄货物、物品过关的行为。所谓武器、弹药，是指具有杀伤力或者破坏力的器械、装置或其他物品。本案中，宫某违反海关法规，携带国家禁止进出口的枪支、弹药入境，逃避海关监管，将枪支、弹药藏入皮箱的夹层内，妄图蒙混过关，其行为符合本罪客观方面的要求。（3）本罪的犯罪主观方面必须出于故意，过失不能构成本罪。行为人出于什么目的走私武器、弹药，不影响本罪的构成。因不知海关关于禁止武器、弹药进出境的规定，或者不知所运输、携带、邮寄的货物、物品是武器、弹药，而运输、携带、邮寄其进出境的，不构成本罪。本案中，宫某明知海关禁止携带枪支、弹药入境的规定，仍然将枪支、弹药藏入其旅行箱的夹层内，携带入境，其主观上具有故意违反海关法规，逃避海关监管的目的。（4）本罪的犯罪主体是一般主体，凡达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人和单位都可以构成犯罪主体。宫某是达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人，符合该罪的主体要求。

根据《刑法》分则第151条的规定，犯走私武器、弹药罪的，处7年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节较轻的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

参照最高人民法院有关的司法解释，所谓情节较轻，是指走私武器、弹药数量较小，危害不大。所谓情节特别严重，是指一次大量或者多次走私武器、弹药；走私武器、弹药集团的首要分子；走私具有巨大杀伤力的武器、弹药，造成人员重伤、死亡或者公私财物重大损失后果的；在国际上造成恶劣影响的。

本案中，宫某将短枪两枝、子弹若干发藏在旅行箱的夹层中，意图蒙混入境的行为已经构成了走私武器、弹药罪。由于其情节较轻，应当处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。

16. 从境外走私核材料的，是否犯罪？

〔案情介绍〕

万某等四人原系某省派到某国的劳务输出人员。当其四人在该国某市的某核电厂做工时，该国核电厂的工人因该国经济状况不好，意图向万某等人出售核材料。万某等人同意购买，但表示目前没有大量现金可供支付货款，决定回国后，先将这些高浓度的铀235出售，然后再将货款支付给该核电厂工人。该厂工人同意后，让万某等人留下一个人作人质。万某等人留下人质后，将100克高浓度的铀235装入一个铝罐中，夹藏在所携行李里，从边境蒙混过关回国。回国后，万某等人因不知这些铀的真假，决定到北京市某检验所对这些铀进行检验。该检验所经检验，发现这些铀系高浓度的优质铀，对万某等人产生了怀疑，于是暗中报告了公安部

门。后公安部门将万某等人抓获，万某等人交代了自己的罪行。

〔法律分析〕

本案中，万某等四人将高浓度的铀 235 从国外夹带入境的行为，已经构成了《刑法》第 151 条规定的走私核材料罪。

根据《刑法》第 151 条的规定，所谓走私核材料罪，是指违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄核材料进出境的行为。

走私核材料罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是国家对外贸易管制中对核材料禁止进出口的监管制度。本案中，万某等人逃避海关监管，私自购买高浓度的铀，携带入境，其行为违反了我国对核材料的监管制度。（2）本罪的客观方面表现为违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄核材料进出境的行为。所谓违反海关法规，是指违反《海关法》及其他关于海关监管的法规，运输、携带或者邮寄货物、物品进出境。所谓逃避海关监管，是指在不设海关的边境线上非法运输货物、物品进出境的，或者虽然经过设有海关的边境，但以藏匿、伪装、假报过境货物、物品等手段欺骗海关检查人员，偷运、偷带或者偷寄货物、物品过关的行为。所谓核材料是指核燃料、核燃料产物和核聚变材料的统称，根据我国加入的《核材料实物保护公约》的规定，具体包括钚（但钚——238 同位素含量超过 80% 的除外）、铀——233、同位素——235、233 浓缩铀、非矿石或

矿渣形式的含天然存在的同位素混合物的铀以及含有上述一种或多种成分的材料。本案中，万某等人走私入境的铀属于法律规定的核材料。万某等人违反海关法规，逃避海关监管，将禁止进出境的铀藏入行李中，蒙骗海关，将核材料携带入境的行为，符合该罪的客观要求。(3) 本罪的犯罪主体是一般主体，凡达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人和单位都可以构成犯罪主体。万某是达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人，符合该罪的主体要求。(4) 本罪的犯罪主观方面必须出于故意，过失不能构成本罪。行为人出于什么目的走私核材料，不影响本罪的构成。因不知海关关于禁止核材料进出境的规定，或者不知所运输、携带、邮寄的货物、物品是核材料，而运输、携带、邮寄其进出境的，不构成本罪。本案中，万某等人明知其所私藏入境的铀属于核材料，也明知海关禁止核材料进出境的规定，其主观上是持故意态度的。

根据《刑法》分则第 151 条的规定，犯走私核材料罪的，处 7 年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节较轻的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。单位犯本罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

万某等人将高浓度的铀私带入境的行为已经构成了走私核材料罪，应当依照《刑法》第 151 条的规定定罪处罚。

17. 从台湾运输假人民币到内地，应如何处理？

[案情介绍]

蒋某在离职经商期间，伙同余某从福建省平潭县海岸乘台湾轮船偷渡到台湾，结识了台商林某等人，双方策划从台湾伪造并走私伪造的人民币到内地。后蒋某、余某返回内地。同年底，蒋某按照林某的电话通知，到福建省外贸中心酒店，取得写给他的有关接运假人民币的海上方位、暗语等内容的联络信。蒋某指使余某联系接运假人民币的船只，后其亲自与另一走私分子高某驾驶运输船，在平潭县附近的海面上，从台湾走私船上接回装有假人民币的铁罐 24 个，偷运到余某家中。这些假人民币面值达 100 万元。此后，蒋某将假人民币交给几个同案犯贩卖，后被查获。

[法律分析]

蒋某等人与台商勾结，从台湾运输伪造的假人民币到内地，并予以贩卖，其行为已经构成了《刑法》分则第 151 条规定的走私假币罪。

根据《刑法》第 151 条的规定，所谓走私假币罪，是指违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄假币进出境的行为。

走私假币罪的构成特征是：(1) 本罪侵犯的客体是国家对外贸易管制中对假币禁止进出口的监管制度。蒋某运输假人民币入境的行为，已经破坏了国家禁止假币进口的监管制度。(2) 本罪的客观方面表现为违反海关法规，逃避海关监

管，非法运输、携带、邮寄假币进出境的行为。所谓违反海关法规，是指违反《海关法》及其他关于海关监管的法规，运输、携带或者邮寄货物、物品进出境。所谓逃避海关监管，是指在不设海关的边境线上非法运输货物、物品进出境的，或者虽然经过设有海关的边境，但以藏匿、伪装、假报过境货物、物品等手段欺骗海关检查人员，偷运、偷带或者偷寄货物、物品过关的行为。所谓假币，是指仿照真货币的图案、形状、面额、颜色和质地制造的假货币，包括伪造的我国国家货币和特别行政区的货币，也包括伪造的其他国家和地区的货币。蒋某等人所走私的人民币符合假币的要求，而且蒋某等人明知假币是国家禁止进出境的物品，依然逃避海关监管，运输假人民币进境，其行为已经符合走私假币罪的客观方面的要求。(3) 本罪的犯罪主体是一般主体，凡达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人和单位都可以构成犯罪主体。(4) 本罪的犯罪主观方面必须出于故意，过失不能构成本罪。行为人出于什么目的走私假币，不影响本罪的构成。因不知海关关于禁止假币进出境的规定，或者不知所运输、携带、邮寄的钱币是假币，而运输、携带、邮寄其进出境的，不构成本罪。蒋某明知自己所运输的是假人民币，其主观上是出于故意的。

根据《刑法》分则第 151 条的规定，犯走私假币罪的，处 7 年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节较轻的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直

[法律分析]

万某采用伪装、伪报等手段非法出口文物，给国家造成重大损失的行为，已经构成了《刑法》分则第 151 条规定的走私文物罪。

根据《刑法》第 151 条的规定，所谓走私文物罪，是指违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄国家禁止出口的文物出境的行为。

走私文物罪的构成特征是：(1) 本罪侵犯的客体是国家对外贸易管制中禁止文物出口的监管制度。万某非法出口大量国家禁止出口的文物的行为已经侵犯了国家禁止文物出口的监管制度。(2) 本罪的客观方面表现为违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄国家禁止出口的文物出境的行为。这里所谓国家禁止出口的文物，是指具有重要历史、艺术、科学价值的历史文化遗物。《中华人民共和国文物保护法》第 2 条规定，文物的范围包括：具有历史、科学、艺术价值的古文化遗址、古墓葬、古建筑、石窟寺和石刻；与重大历史事件、革命运动和著名人物有关的具有重要纪念意义、教育意义和历史价值的建筑物、遗址、纪念物；历史上各时代珍贵的艺术品、工艺美术品；重要的革命文献资料以及具有历史、科学、艺术价值的手稿、古旧图书资料等；反映历史上各时代、各民族社会制度、社会生产、社会生活的代表性实物；具有科学价值的古脊椎动物化石等。但其中只有具有重要历史、艺术、科学价值的文物才能成为国家禁止出口的文物。《中华人民共和国文物保护法》明文规定，文物出口和个人携带文物出境都必须事先向海关申报，

经国家文物行政管理部门指定的省、自治区、直辖市文化行政管理部门进行鉴定，并发给出口许可证才能出境，具有重要历史、艺术、科学价值的文物，除经国务院批准运往国外展览的以外，一律禁止出境。万某非法与港商签订了文物出口合同，未经该省文化行政管理部门鉴定，也未得到出口许可证，就将大量国家禁止出口的文物以伪装、伪报等手段运输出境，给国家造成重大损失。其行为符合本罪的客观要求。(3) 本罪的犯罪主体是一般主体，凡达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人和单位都可以构成犯罪主体。万某是达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人，符合该罪的主体要求。(4) 本罪的犯罪主观方面必须出于故意，因不知海关关于禁止进出口货物、物品的规定，或者不知所运输、携带、邮寄的货物、物品是禁止进出口的货物、物品，而运输、携带、邮寄其进出境的，不构成本罪。万某与港商非法签订文物购销合同，以伪装、伪报等手段将国家禁止出口的文物运输出境，其主观上是故意逃避海关监管，非法运输国家禁止出口的文物出境。

根据《刑法》分则第 151 条的规定，犯走私文物罪的，处 5 年以上有期徒刑，并处罚金；情节较轻的，处 5 年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

万某的行为已经构成了走私文物罪，应当按照《刑法》分则第 151 条的规定进行处罚。由于其走私国家禁止出口的

重要文物近百余件，给国家造成了重大损失，属于情节特别严重的，应当处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。

19. 私带黄金出境的，应如何处理？

[案情介绍]

游某原系某公司的工作人员，其利用工作之便，准备勾结港商倒卖黄金出境。1997年底至1998年初其在新疆等地收购了大量黄金，伺机走私出境。1998年3月，游某因公事需出差香港，于是其打算利用此机会将其收购的大量黄金携带出境。游某将这些黄金经过伪装放入旅行袋中，意图蒙混过关。在济南国际机场准备飞往香港时，其选择免检海关通道，由于其携带的行李袋明显超出应有的重量，海关人员即上前检查，结果从其旅行袋中查获黄金78公斤，价值700多万元。

[法律分析]

游某违反海关法规，私自携带国家禁止随意出口的贵重金属——黄金出境，其行为已经构成了《刑法》第151条规定的走私贵重金属罪。

根据《刑法》第151条的规定，所谓走私贵重金属罪，是指违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄国家禁止出口的黄金、白银和其他贵重金属出境的行为。

走私贵重金属罪的构成特征是：(1) 本罪侵犯的客体是国家对外贸易管制中禁止贵重金属出口的监管制度。游某非

法携带大量国家禁止出口的贵重金属——黄金准备出境的行为，已经侵犯了国家禁止贵重金属出口的监管制度。(2) 本罪的客观方面表现为违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄国家禁止出口的黄金、白银和其他贵重金属出境的行为。所谓国家禁止出口的贵重金属是指具有高价值性和稀有性的金属，一般是指黄金、白银，也包括与黄金、白银同等重要的铱、锇、钨、铂、铑、钐等国家禁止出口的贵重金属。游某违反海关法规、逃避海关监管，将国家禁止私自出口的贵重金属——黄金藏入其旅行袋中，准备携带出境，其行为已经符合了走私贵重金属罪的客观方面的要求。(3) 本罪的犯罪主体是一般主体，达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人和单位都可以构成犯罪主体。游某是达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人，符合该罪的主体要求。(4) 本罪的犯罪主观方面必须出于故意，因不知海关关于禁止进出口货物、物品的规定，或者不知所运输、携带、邮寄的货物、物品是禁止进出口的货物、物品，而运输、携带、邮寄其进出境的，不构成本罪。游某准备与港商勾结，从新疆等地倒卖黄金出境，将国家禁止出口的黄金经过伪装放入旅行袋中准备携带出境，其主观上是故意逃避海关监管，非法携带国家禁止出口的黄金出境。

根据《刑法》分则第 151 条的规定，犯走私贵重金属罪的，处 5 年以上有期徒刑，并处罚金；情节较轻的，处 5 年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述

规定处罚。

游某非法携带国家禁止出口的贵重金属——黄金准备出境的行为已经构成了走私贵重金属罪，应当对其依照《刑法》分则第 151 条的规定处罚。由于其在准备非法携带黄金出境时，被济南国际机场的海关人员抓获，尚未造成严重后果，属于情节较轻，应对其处以 5 年以下有期徒刑，并处罚金。

20. 偷运大熊猫皮出境，构成犯罪吗？

[案情介绍]

被告人梁某为走私方便购买了一艘机动船，然后前往深圳与香港走私分子王某会晤。王某委托梁某购买、偷运珍贵动物制品——大熊猫皮一张到香港，梁某表示同意。双方约定了交接走私熊猫皮的时间和地点。后来梁某将搞到的熊猫皮装入尼龙袋中，并将尼龙袋藏于机船夹层暗仓内，随后驾船避开海关监督，准备从珠江口偷运出境，后被广州海关人员抓获。

[法律分析]

梁某驾驶机动船，逃避海关监督，准备偷运大熊猫皮出境的行为，已经构成了《刑法》分则第 151 条规定的走私珍贵动物、珍贵动物制品罪。

根据《刑法》第 151 条的规定，所谓走私珍贵动物、珍贵动物制品罪是指违反海关法规，逃避海关监管，非法运

输、携带、邮寄国家禁止进出口的珍贵动物、珍贵动物制品进出口的行为。

走私珍贵动物、珍贵动物制品罪的构成特征是：(1) 本罪侵犯的客体是国家对外贸易管制中禁止珍贵动物、珍贵动物制品进出口的监管制度。梁某驾驶机动船，非法运输国家禁止进出口的珍贵动物制品——大熊猫皮出境的行为，已经侵犯了国家禁止珍贵动物、珍贵动物制品出口的监管制度。(2) 本罪的客观方面表现为违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄国家禁止进出口的珍贵动物、珍贵动物制品进出口的行为。所谓国家禁止出口的珍贵动物，是指国家重点保护的珍贵稀有的陆生、水生野生动物。根据《中华人民共和国野生动物保护法》的规定，国家重点保护的珍贵动物包括一级保护动物和二级保护动物。1988年12月10日国务院批准的《国家重点保护野生动物名录》具体列举了256个种或种类的珍贵动物名称。所谓珍贵动物制品，是指列入国家重点保护野生动物的皮、毛、骨等制成品。大熊猫是世界上面临灭绝的稀有动物，仅存于我国，属于我国重点保护的一级保护动物，其皮毛属于珍贵动物制品。梁某违反海关法规，将国家禁止出口的珍贵动物制品——大熊猫皮藏入机船夹层暗仓内，驾驶机动船，逃避海关监管，妄图非法运输大熊猫皮出境。其行为已经符合了走私珍贵动物、珍贵动物制品罪的客观方面的要求。(3) 本罪的犯罪主体是一般主体，达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人和单位都可以构成犯罪主体。梁某是达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人，符合该罪的主体要求。(4) 本罪的犯

罪主观方面必须出于故意，因不知海关关于禁止进出口货物、物品的规定，或者不知所运输、携带、邮寄的货物、物品是禁止进出口的货物、物品，而运输、携带、邮寄其进出境的，不构成本罪。梁某明知大熊猫皮是国家禁止出口的珍贵动物制品，仍然逃避海关监管，准备将其非法运输出境，其主观上具有明显的故意。

根据《刑法》分则第 151 条的规定，犯走私珍贵动物、珍贵动物制品罪的，处 5 年以上有期徒刑，并处罚金；情节较轻的，处 5 年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

梁某的行为已经构成了走私珍贵动物、珍贵动物制品罪，应当依照《刑法》分则第 151 条的规定进行处罚。

21. 走私珍稀植物，应如何处理？

[案情介绍]

许某原系某林场的工作人员，因贪图不法利益，打算将该林场的珍稀植物——珙桐树作为木材倒卖，以牟取暴利。因该林场接近边境，许某决定将珙桐木材贩卖出境，认为这样可以谋取更多利益。后经多方打听和联络，许某终于联系到境外买主，双方通过秘密商议，决定了接货的时间和地点。经过一番精密筹划，许某将珙桐木材混在一般木材之中，装在多辆卡车上，以林场向境外运送木材的名义，妄图

将这些木材运送出境。经过海关时，海关人员发现隐藏在一般木材中的珙桐木，当场将许某抓获。

[法律分析]

本案中，许某将国家珍稀植物——珙桐木夹藏在一般木材中，妄图运输出境的行为，已经构成了《刑法》第151条规定的走私珍稀植物罪。

根据《刑法》第151条的规定，所谓走私珍稀植物、珍稀植物制品罪，是指违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄国家禁止进出口的珍稀植物、珍稀植物制品进出境的行为。

走私珍稀植物、珍稀植物制品罪的构成特征是：(1) 本罪侵犯的客体是国家对外贸易管制中禁止珍稀植物、珍稀植物制品进出口的监管制度。许某偷运国家禁止进出口的珍贵植物制品出境的行为，已经侵犯了国家禁止珍贵植物、珍贵植物制品出口的监管制度。(2) 本罪的客观方面表现为违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄国家禁止进出口的珍稀植物、珍稀植物制品进出境的行为。所谓国家禁止出口的珍贵植物，是指国家重点保护的原生地天然生长的珍贵植物和原生地天然生长并具有重要经济、科学研究、文化价值的濒危稀有植物。珍贵植物制品，就是指依照条例确定的国家重点保护的野生植物名录中的苏铁树、珙桐等珍稀树种及珍稀植物制成的植物标本、药材、木材、器具、工艺品等。本案中，许某将珙桐木材混在一般木材之中，装在多辆卡车上，以林场向境外运送木材的名义，妄图将这些珙

桐木材从海关运输出境，其行为已经违反了海关法规，逃避了海关监管，符合该罪的客观要求。(3) 本罪的犯罪主体是一般主体，达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人和单位都可以构成犯罪主体。许某是达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人，符合该罪的主体要求。(4) 本罪的犯罪主观方面必须出于故意，因不知海关关于禁止进出口货物、物品的规定，或者不知所运输、携带、邮寄的货物、物品是禁止进出口的货物、物品，而运输、携带、邮寄其进出境的，不构成本罪。行为人携带、运输、邮寄珍贵植物及其制品，但是如实申报了品种、数量，持有有关部门核发的进出口批准文件的，不构成本罪。如果行为人虽持有有关部门核发的进出口批准文件，但超出批准文件规定的数量，超出部分仍以走私罪论处。许某为了谋取不法利益，将珙桐木材混在一般木材中，妄图将这些珙桐木材从海关运输出境，其主观上是持故意态度的。

根据《刑法》分则第 151 条的规定，犯走私珍稀植物、珍稀植物制品罪的，处 5 年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节严重的，处 5 年以上有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

许某的行为已经构成了走私珍稀植物、珍稀植物制品罪，应当依照《刑法》分则第 151 条的规定进行处罚。因为许某在出境时被发现，尚未造成严重后果，应当处 5 年以下有期徒刑，并处或者单处罚金。

22. 运输淫秽录像带入境，应定何罪？

〔案情介绍〕

丁某等人驾驶机动船非法进入香港，为了牟利，购买了大量淫秽录像带，共计 16 种，563 盒。其将这些淫秽录像带用厚纸包好，藏入机舱的空油箱内，准备驾驶机动船绕开海关，乘夜黑人静时返回广州。当丁某等人驾船从香港返回至广东平海海面时，被汕头海关抓获。

〔法律分析〕

丁某等人违反海关法规，驾驶机动船，避开海关监管，私带淫秽录像带入境的行为，已经构成了《刑法》分则第 152 条规定的走私淫秽物品罪。

根据《刑法》第 152 条的规定，所谓走私淫秽物品罪，是指以牟利或者传播为目的，违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄淫秽的影片、录像带、录音带、图片、书刊或者其他淫秽物品进出国（边）境的行为。

走私淫秽物品罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是国家对外贸易管制中禁止淫秽物品进出国（边）境的监管制度。丁某等人驾驶机动船逃避海关监管，运输淫秽录像带，非法进入边境的行为，已经侵犯了国家对外贸易管制中的关于禁止淫秽物品进出国（边）境的监管制度。（2）本罪的客观方面表现为违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄国家禁止进出口的淫秽的影片、录像带、录音带、图片、书刊或者其他淫秽物品进出境的行为。根据 1990 年

12月28日全国人大常委会通过的《关于惩治走私、制作、贩卖、传播淫秽物品的犯罪分子的决定》第8条的规定，所谓淫秽物品，是指描绘性行为或者露骨宣扬色情的诲淫性书刊、影片、录像带、录音带、图片以及其他淫秽物品。这里的其他淫秽物品，按照国务院《关于严禁淫秽物品的规定》，还包括淫秽书刊的手抄本以及淫具、淫药等。有关人体生理、医学知识的科学著作，或者包含色情内容的有价值的文学、艺术作品均不属于淫秽物品的范围。对于淫秽物品的确定，可以参照国务院有关部门的规定。丁某等人违反海关法规，逃避海关监管，有意乘夜黑，驾驶机动船运输淫秽录像带进入国（边）境，其行为已经符合了走私淫秽物品罪的要求。（3）本罪的犯罪主体是一般主体，达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人和单位都可以构成犯罪主体。丁某是达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人，符合该罪的主体要求。（4）本罪的犯罪主观方面必须出于故意，并且具有牟利或者传播的目的。以牟利为目的，是指行为人走私淫秽物品是为了出卖、出租、放映或通过其他方式谋取利益。以传播为目的，是指行为人走私淫秽物品不是为了自用，而是意图在社会上进行扩散。因不知海关关于禁止进出口货物、物品的规定，或者不知所运输、携带、邮寄的货物、物品是禁止进出口的货物、物品，而运输、携带、邮寄其进出境的，不构成本罪。运输、携带、邮寄淫秽物品供自己个人观看的，也不构成本罪。丁某等人为了牟利，而逃避海关监管，用机动船运输淫秽录像带进入国（边）境，其主观上具有将淫秽录像带运输入境的故意，并且具有牟利的目

的，符合走私淫秽物品罪的主观要求。

因此，本案中丁某等人的行为完全符合走私淫秽物品的犯罪构成要件，已经构成了走私淫秽物品罪，应当依照《刑法》第 152 条的规定定罪处罚。

23. 偷运淫秽书刊入境的行为，应定何罪？

[案情介绍]

某省无业人员王某见社会上某些人对淫秽书籍比较感兴趣，其为了谋取不正当利益，决定偷运淫秽书籍入境，然后贩卖。后来王某与香港的不法分子相勾结，准备贩卖一批淫秽书籍到内地。王某借用他人的机动船到达香港，在香港不法分子的帮助下，购买了大量的淫秽书刊，并将这些淫秽书刊进行包装，放入其机动船内，然后连夜驾驶机动船返回内地。其在贩卖这些淫秽书刊的过程中，被有关机关抓获。

[法律分析]

王某偷运淫秽书刊入境并予以贩卖的行为，已经构成了《刑法》分则第 152 条规定的走私淫秽物品罪。

根据《刑法》第 152 条的规定，所谓走私淫秽物品罪，是指以牟利或者传播为目的，违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄淫秽的影片、录像带、录音带、图片、书刊或者其他淫秽物品进出国（边）境的行为。

走私淫秽物品罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是国家对外贸易管制中禁止淫秽物品进出国（边）境的监管制

度。(2) 本罪的客观方面表现为违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄国家禁止进出口的淫秽的影片、录像带、录音带、图片、书刊或者其他淫秽物品进出境的行为。(3) 本罪的犯罪主体是一般主体，达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人和单位都可以构成犯罪主体。(4) 本罪的犯罪主观方面必须出于故意，并且具有牟利或者传播的目的。因不知海关关于禁止进出口货物、物品的规定，或者不知所运输、携带、邮寄的货物、物品是禁止进出口的货物、物品，而运输、携带、邮寄其进出境的，不构成本罪。运输、携带、邮寄淫秽物品供自己个人观看的，也不构成本罪。

本案中，王某为了谋取非法利益，实施了偷运国家禁止进口的淫秽书刊入境的行为，其行为已经违反了海关法规，并且逃避了海关监管，符合走私淫秽物品罪的客观要求，同时侵犯了国家禁止淫秽物品进入边境的监管制度。王某是达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人，符合该罪的主体要求。其为了谋取非法利益，偷运国家禁止进口的淫秽书刊入境，在主观上是持故意态度的。因此王某的行为已经构成了走私淫秽物品罪，应当依照《刑法》第 152 条的规定进行处罚。

根据《刑法》第 152 条的规定，以牟利或者传播为目的，走私淫秽的影片、录像带、录音带、图片、书刊或者其他淫秽物品的，处 3 年以上 10 年以下的有期徒刑，并处罚金；情节严重的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节较轻的，处 3 年以下有期徒刑、

拘役或者管制，并处罚金。单位犯本罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

本案中，由于王某在贩卖其走私的淫秽书刊时被有关机关抓获，尚未造成严重后果，且其走私的淫秽书刊数量尚未达到巨大的标准，属于情节较轻，应当处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金。

24. 走私普通货物、物品，应定何罪？

〔案情介绍〕

博艺公司在总经理吴某的指使下，为了牟取暴利，利用业务活动，先后与港商李某、程某等人勾结，意图向香港倒卖棉纱。后该公司在吴某的指使下，采取“挂空车”的方法，走私棉纱去香港，并以行贿手段收买原文津渡海关的干部陈某。在陈某的配合下，共走私三车棉纱 22.75 吨出境。最后一车 8.5 吨棉纱在出境时，被海关人员查获。

〔法律分析〕

博艺公司在其总经理吴某的指使下，和港商勾结，收买海关干部，逃避海关监管，倒卖棉纱去香港，其行为构成了《刑法》分则第 153 条规定的走私普通货物、物品罪。

根据《刑法》第 153 条的规定，走私普通货物、物品罪，是指违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带或者邮寄国家禁止进出口的物品以外的一般货物、物品进出国

(边)境，情节严重的行为。

走私普通货物、物品罪的构成特征是：(1) 本罪侵犯的客体是国家对外贸易管制。博艺公司在其总经理吴某的指使下，和港商勾结，收买海关干部，逃避海关监管，倒卖棉纱去香港，其行为已经破坏了国家对外贸易管制。(2) 本罪的客观方面表现为违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄国家禁止进出口的武器、弹药、核材料、伪造的货币、文物、珍贵动物及其制品、黄金、白银或者其他贵重金属、珍贵植物及其制品、淫秽物品、毒品以外的货物、物品进出国（边）境，情节严重的行为。此外，根据《刑法》第154条、第155条的规定，下列走私行为构成犯罪的，也应当以本罪论处：未经海关许可并且未补缴应缴税额，擅自将批准进口的来料加工、来件装配、补偿贸易的原材料、零件、制成品、设备等保税货物，在境内销售牟利的；未经海关许可并且未补缴应缴税额，擅自将特定减税、免税进口的货物、物品，在境内销售牟利的；直接向走私人非法收购国家禁止进口物品的，或者直接向走私人非法收购走私进口的其他货物、物品，在境内销售牟利的。博艺公司在其总经理吴某的指使下，违反海关法规，和港商勾结，收买海关干部，逃避海关监管，倒卖棉纱去香港，其行为已经符合了《刑法》分则第153条规定的走私普通货物、物品罪的客观要求。(3) 本罪的犯罪主体是一般主体，达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人和单位都可以构成犯罪主体。博艺公司具备单位犯罪的主体资格，而其总经理吴某作为公司的直接主管人员，是已经达到刑事责任年龄、具备刑

事责任能力的自然人。(4) 本罪的犯罪主观方面必须出于故意。博艺公司的总经理作为该公司的直接主管人员，指使本公司与港商勾结，倒卖棉纱到香港，其主观上是持故意态度的。

本案中，博艺公司在其总经理吴某的指使下，逃避海关监管，倒卖棉纱去香港，其行为完全符合走私普通货物、物品罪的犯罪构成，应当依照《刑法》分则第 153 条的规定定罪处罚。

25. 绕关偷运汽车、摩托车入境的行为，应如何处罚？

[案情介绍]

杜某原系内地某公司的职员，其利用工作之便，和香港永丰贸易公司的职员杨某勾结，谋划非法从香港运输汽车到内地。接着，杨某伙同另外两名香港工人，在香港九龙湾码头，将 31 辆日产小轿车和 2 辆本田摩托车装上船，乘夜黑偷运到约定的海域，交给杜某。然后，由杜某负责运回大陆，并予以贩卖。但当该船行至担杆岛海域时，被深圳市公安局边防分局查获。杜某等人走私货物价值达 827 万元人民币。

[法律分析]

杜某与香港不法分子杨某勾结，逃避海关监管，非法从香港运输日产小轿车和本田摩托车到内地，其行为构成了

《刑法》分则第 153 条规定的走私普通货物、物品罪。

根据《刑法》第 153 条的规定，所谓走私普通货物、物品罪，是指违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带或者邮寄国家禁止进出口的物品以外的一般货物、物品进出国（边）境，情节严重的行为。

走私普通货物、物品罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是国家对外贸易管制。（2）本罪的客观方面表现为违反海关法规，逃避海关监管，非法运输、携带、邮寄国家禁止进出口的武器、弹药、核材料、伪造的货币、文物、珍贵动物及其制品、黄金、白银或者其他贵重金属、珍贵植物及其制品、淫秽物品、毒品以外的货物、物品进出国（边）境，情节严重的行为。（3）本罪的犯罪主体是一般主体，达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人和单位都可以构成犯罪主体。（4）本罪的犯罪主观方面必须出于故意。

本案中，杜某非法从香港运输日产小轿车和本田摩托车到内地，其行为完全符合走私普通货物、物品罪的犯罪构成要件，应当依照《刑法》分则第 153 条的规定定罪处罚。

根据《刑法》第 153 条的规定，犯走私普通货物、物品罪的，根据情节轻重，分别依照下列规定处罚：（1）走私货物、物品偷逃应缴税额在 50 万元以上的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处偷逃应缴税额 1 倍以上 5 倍以下罚金或者没收财产；情节特别严重的，处以无期徒刑或者死刑，并处没收财产。（2）走私货物、物品偷逃应缴税额在 15 万元以上不满 50 万元的，处 3 年以上 10 年以下有期徒

刑，并处偷逃应缴税额 1 倍以上 5 倍以下罚金；情节特别严重的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处偷逃应缴税额 1 倍以上 5 倍以下罚金或者没收财产。(3) 走私货物、物品偷逃应缴税额在 5 万元以上不满 15 万元的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处偷逃应缴税额 1 倍以上 5 倍以下罚金。

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。

单位犯走私普通货物、物品罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑；情节特别严重的，处 10 年以上有期徒刑。

杜某等人走私小汽车价值 827 万元人民币，偷逃应缴税额已达到 50 万元的标准，应当对其处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处偷逃应缴税额 1 倍以上 5 倍以下罚金或者没收财产。

26. 擅自销售保税货物构成犯罪吗？

【案情介绍】

石某原系福建省某集体企业的厂长。该厂经有关部门批准，具有来料加工资格。因该厂来料加工的原材料、零件等保税货物是国内比较紧俏的货物，石某为了其个人私利，利用职务便利，私自将该厂这些来料加工的原材料等保税货物在中国境内大量销售，牟取暴利，其行为严重损害了国家

利益。

〔法律分析〕

本案中，石某利用其职务便利，私自将该厂来料加工的原材料等保税货物在中国境内大量销售，其行为构成了《刑法》第 153 条规定的走私普通货物、物品罪。

根据《刑法》第 154 条的规定，所谓走私保税货物、物品罪，是指违反海关法规，未经海关许可并且未补缴应缴税额，擅自将批准进口的来料加工、来件装配、补偿贸易的原材料、零件、制成品、设备等保税货物，在境内销售牟利的，情节严重的行为。

根据《刑法》第 154 条的规定，走私保税货物、物品，构成犯罪的，以走私一般货物、物品罪论处。具体说，这类行为须具备以下几个条件：第一，行为人销售保税货物违反法律规定。依照《海关法》的规定，经批准进口的来料加工、来件装配、补偿贸易的原材料、零件、制成品、设备等保税货物，不得擅自自在境内销售牟利。第二，行为人销售的是保税货物。根据《海关法》第 57 条第 4 款的规定，所谓保税货物，是指经海关批准未办理纳税手续进境，在境内储存、加工、装配后复运出境的货物。第三，擅自销售保税货物的行为必须情节严重。一般来说，均将数额较大作为情节严重的标准。数额较大是指走私货物、物品价额较大。本案中，石某为了其个人私利，私自将该厂来料加工的原材料等保税货物，在中国境内大量销售，且数额较大，其行为符合该罪的客观要求。(3) 本罪的犯罪主体是一般主体，达到刑

事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人和单位都可以构成犯罪主体。本案中，石某是达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人，符合该罪的主体要求。(4) 本罪的犯罪主观方面必须出于故意，即明知是批准进口的来料加工、来件装配、补偿贸易的原材料、零件、制成品、设备等保税货物，仍然在境内销售牟利。如果不知是保税货物而予以销售的，不构成本罪。本案中，石某明知自己出售的是国家禁止私自销售的来料加工的原材料等保税货物，其主观上是持故意态度的。

本案中，石某擅自销售国家禁止私自销售的保税货物的行为，完全符合走私普通货物、物品罪的犯罪构成，应当依照《刑法》第 154 条、第 153 条的规定定罪处罚。

27. 擅自销售特定减免税进口货物，应如何处理？

【案情介绍】

被告人刘某原系上海市某有限公司的董事兼销售部经理。其于 1990 年赴美国探亲，定居美国，后来与国内企业合资在国内创办了某公司。1998 年刘某将以其私人名义在美国购买的“福特”牌轿车（价值人民币 7 万余元），以其公司的名义在海关申报免税进关，归其个人使用。同年，刘某违反海关法规，将该车以人民币 24 万元的价格转卖给另一公司，所得款项全部转入其妻熊某的私人账户。案发后，刘某退缴了全部赃款。

[法律分析]

本案中，刘某未经海关许可，并且未补缴关税，擅自将其免税进口的轿车转卖，其行为构成了《刑法》分则第153条规定的走私普通货物、物品罪。

根据《刑法》第154条的规定，走私特定减免税进口货物、物品，构成犯罪的，以走私一般货物、物品罪论处。并且根据《海关法》的规定，未经海关许可并且未补缴应缴税额，擅自将特定减免税进口的数额较大货物、物品，在境内销售牟利的，构成走私罪。

构成走私普通货物、物品罪一般应具备以下条件：（1）行为人销售特定减免税进口的货物、物品违反法律规定。依照《海关法》的规定，未经海关许可并且未补缴应缴税额，不得擅自将特定减免税进口的数额较大货物、物品，在境内销售牟利。（2）行为人销售的是特定减免税进口货物、物品。根据《海关法》的规定，所谓特定减免税进口货物、物品是指经海关批准未办理纳税手续进境的货物、物品。（3）擅自销售特定减免税进口货物、物品的行为必须情节严重。一般来说，均将数额较大作为情节严重的标准。数额较大是指走私货物、物品价额较大。本案中，刘某未经海关许可并且未补缴应缴税额，擅自将海关同意其免税进口的“福特”牌轿车转卖，将所得款项全部转入私人账户的行为，符合走私普通货物、物品罪的客观要求。（4）行为人实施这种行为时必须出于故意，即明知是批准进口的特定减免税进口的货物、物品，仍然在境内销售牟利。如果不知是特定减免税进口的货物、物品而予以销售的，不构成犯罪。本案中，刘某

明知自己出售的是国家禁止私自销售的特定减免税进口的货物、物品，其主观上是持故意态度的。

本案中，刘某的行为完全符合《刑法》分则第 154 条的规定，构成了走私普通货物、物品罪，应当依照《刑法》分则第 153 条的规定对其进行处罚。

28. 直接向走私人非法收购黄金，构成何罪？

[案情介绍]

东兴公司是一家私营的有色金属股份有限公司，该公司为了获取更多的利润，竟无视国家的法律规定，收购走私人向该公司出售的走私进口的黄金。该公司的负责人在业务活动中，结识了一些走私分子，这些走私分子提出可向该公司低价出售走私黄金，该公司的主要股东和负责人经过商议后，使用公司的基金向走私分子购买了大量走私进口的黄金，准备再私自出售，获取不法利益。后来被人告发。

[法律分析]

本案中，东兴公司直接向走私人非法收购黄金的行为，已经构成了《刑法》第 155 条规定的准走私犯罪形式中的一种。

根据《刑法》第 155 条的规定，直接向走私人非法收购国家禁止进口的货物、物品的，或者直接向走私人非法收购走私进口的其他货物、物品，数额较大的，以走私罪论处。

准走私犯罪不是一种罪名，只是一种以走私罪论处的犯

罪形式。

直接向走私人非法收购走私进口的货物、物品的特征是：(1) 其客观方面表现为违反海关法规，直接向走私人非法收购国家禁止进口的货物、物品的，或者直接向走私人非法收购走私进口的其他货物、物品，数额较大的行为。构成这种走私罪，需要以下两个条件：第一，必须是直接向走私人非法收购国家禁止进口的货物、物品的，或者直接向走私人非法收购走私进口的其他货物、物品的。走私人包括直接进行走私的犯罪分子和走私共犯中负责接转、保管、贩卖走私货物、物品的人。所谓直接，是指最先向走私人收购走私货物、物品，即与走私人进行第一手交易。如果不是直接向走私人收购，而是经过两个或两个以上的买卖交易环节以后向走私人以外的人收购走私进境的货物、物品的，即使行为人明知是走私货物、物品的，也不构成走私罪。所谓国家禁止进口的货物，是指武器、弹药、核材料、伪造的货币、珍贵动物及其制品、珍贵植物及其制品、淫秽物品、毒品等货物、物品。所谓其他货物、物品，是指除了上述所列货物、物品以外的货物、物品。例如，文物、黄金、白银或者其他贵重金属。第二，收购的走私物品必须数额较大，即收购的走私物品的价值数额较大。如果收购的是国家禁止进口的货物，不论数额大小，原则上均应以走私罪论处。本案中，东兴公司为了获取非法利益，直接向走私分子收购走私进口的黄金，且数额较大，符合该罪的客观要求。(2) 其主观方面必须是出于故意，即明知对方是走私人，且其出售的是走私进口的货物、物品，仍然向对方购买这些货物、物品。如果

行为人不知对方是走私人，或不知其出售的是走私进口的货物、物品，不构成本罪。东兴公司明知交易对方是走私分子，但为了谋取不法利益，仍然从其手中购买黄金，说明其主观上是持有故意态度的。

本案中，东兴公司直接向走私人收购走私进口黄金的行为，完全符合《刑法》第155条的规定，应当依照该条定罪处罚。

准走私犯罪不是一种罪名，对于准走私行为，一般应当区分不同情况确定罪名。因此本案中东兴公司直接向走私人收购黄金的行为，应当以走私贵重金属罪论处。

29. 在领海贩卖珍贵植物制品，是否犯罪？

[案情介绍]

杜某原系福建省某县的个体运输人员，平时从事海上运输工作。一次其受聘于一家木材进出口公司帮助运输。在此公司工作期间，杜某结识了该公司的职员张某。二人交往到一定程度后，张某表示他可弄到珍贵植物制品，提出可利用杜某从事海上运输之机在领海贩卖，此举将获利巨大，杜某表示同意。二人商议由张某联系买主，杜某进行运输、贩卖。当张某弄到珍贵植物制品，联系好买主，约定好交货的时间、地点后，杜某利用其运输木材的机会，将国家一级珍贵植物银杉木材混入其他普通木材中运输到领海，将这些银杉木材出卖给境外买主。后被他人检举揭发。

[法律分析]

本案中，杜某等人在我国领海贩卖国家一级珍贵植物银杉木的行为构成了《刑法》第 155 条规定的准走私犯罪形式中的一种。

准走私犯罪不是一种罪名，对于准走私行为，一般应当区分不同情况确定罪名。

根据《刑法》第 155 条的规定，在内海、领海运输、收购、贩卖国家限制进出口货物、物品，数额较大，没有合法证明的，构成走私罪。

无合法证明而在内海、领海运输、收购、贩卖国家限制进出口货物、物品，这种准走私犯罪行为的构成特征是：(1) 其客观方面表现为违反海关法规，在内海、领海运输、收购、贩卖国家限制进出口货物、物品，数额较大，没有合法证明的行为。构成这种走私罪，需要以下两个条件：第一，必须是在内海、领海领域内运输、收购、贩卖国家禁止进出口、限制进出口的货物、物品。内海是指我国领海基线以内，包括海港领海海峡直基线与海岸之间的领域属于我国内水的范围。领海是指邻接我国陆地领土和内水的一带海域。我国的领海宽度从领海基线量起为 12 海里。如果行为人是在境内陆地或公海上运输、收购、贩卖国家禁止进出口的物品或国家限制进出口的货物、物品的，不构成这种形式的走私罪。第二，在内海、领海运输、收购、贩卖国家限制进出口的货物、物品，只有是数额较大，没有合法证明的，才构成走私罪。所谓合法证明，是指有关主管机关颁发的能够证明货物、物品合法来源或者合法用途的证明文件。只有

同时具备了以上两个条件才能够以走私罪论处。本案中，杜某等人明知银杉木是国家禁止出口的珍贵植物，没有合法证明仍在领海予以贩卖，且数量较大，其客观上符合该罪的要求。(2) 其主观方面必须出于故意，即明知自己运输、收购、贩卖的是国家限制进出口的货物、物品，且没有合法证明。如果行为人不知自己运输、收购、贩卖的是国家限制进出口的货物、物品，不构成本罪。本案中，杜某等人明知银杉木是国家禁止出口的珍贵植物而在领海予以贩卖，其主观上是出于故意。

本案中，杜某等人在领海贩卖国家一级珍贵植物银杉木的行为，完全符合《刑法》第 155 条的规定，应当依照该条定罪处罚。

由于准走私犯罪不是一种罪名，对于准走私行为，一般应当区分不同情况确定罪名，因此本案中杜某的行为应当以走私珍稀植物、植物制品罪论处。

30. 逃避海关监管运输境外固体废物进境，构成犯罪吗？

【案情介绍】

江西华隆化工有限公司董事兼总经理张某，与不法台商巫某相勾结，在未经批准的情况下，经上海、张家口等口岸，连续 62 次将从德国公司进口的生活废塑料 5.2 万余吨混入该公司合法进口货物之中，运输入境。在国家环保局、江西省环保局、南昌市环保局多次责令其停止进口生活废塑

料并严禁其倒卖的情况下，张某仍与其父组织本公司人员，将未加工处理的生活废塑料销售至全国各地，造成多处环境污染。

[法律分析]

江西省华隆化工有限公司在其董事兼总经理张某的主管下，未经批准，即大量进口生活废塑料，且不听从有关部门的劝阻，将这些生活废塑料销售至全国各地，造成多处环境污染的后果。华隆化工有限公司及其董事兼总经理张某的行为构成了《刑法》分则第 155 条规定的走私固体废物罪。

根据《刑法》第 155 条的规定，所谓走私固体废物罪，是指违反海关法规，逃避海关监管，非法运输国家禁止进口的固体废物入境，或未经国家有关机关批准，非法运输国家限制进口的固体废物进境，情节严重的行为。

走私固体废物罪的构成特征是：(1) 本罪侵犯的客体是国家对外贸易管制中禁止境外固体废物进境的监管制度。本案中，江西省华隆化工有限公司在其董事兼总经理张某的主管下，未经批准，大量进口生活废塑料的行为，侵犯了国家禁止境外固体废物进口的监管制度。(2) 本罪的客观方面表现为违反海关法规，逃避海关监管，非法运输国家禁止进口的境外的固体废物进境，或未经国家有关机关批准，非法运输国家限制进口的固体废物进境，情节严重的行为。所谓固体废物，是指人类在生产、加工、流通、消费、生活和其他活动中提取物体的主要成分后，丢弃的固态或者半固态物质，在常温下有一定的体积和形状，如粉煤灰、城市生活垃

圾、工业废渣等。固体废物分为两类：一类是国家禁止进口的固体废物；一类是国家限制进口的，可用做原料的固体废物。1996年3月1日发布的《国家限制进口的可用做原料的固体废物目录》包括以下九类：动物废料类；冶炼渣类；木、木制品废料类；回收纸或纸板类；纺织品废物类；贱金属及其制品的废碎料类；废旧五金、电机、电器产品类；废运输设备类；其他特殊需进口的废物。未列入目录的所有废物均属于禁止进口的固体废物。限制进口的固体废物必须经国家环保局审查批准方可进口。废生活塑料如有特别需要，须经过国家环保局的批准，方可进口。江西省华隆化工有限公司在其董事兼总经理张某的主管下，未经批准，即大量进口生活废塑料，且不听从有关部门的劝阻，将这些生活废塑料销售至全国各地，造成多处环境污染的后果。华隆化工有限公司及其董事兼总经理张某的行为，已经符合了走私固体废物罪的客观要求。（3）本罪的犯罪主体是一般主体，达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人和单位都可以构成犯罪主体。江西省华隆化工有限公司具备单位犯罪的主体资格，而其总经理张某作为公司的直接主管人员，是已经达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人。（4）本罪的犯罪主观方面必须出于故意。本案中，张某作为江西省华隆化工有限公司董事兼总经理，是公司的直接主管人员，未经批准，即大量进口生活废塑料，并将这些生活废塑料销售至全国各地，造成多处环境污染的后果，张某在主观上是具有故意态度的。

因此，本案中华隆化工有限公司及其董事兼总经理张某

的行为完全符合《刑法》分则第 155 条规定的走私固体废物罪的构成，应当依照该条的规定定罪处罚。

31. 明知他人走私而提供资金的行为，应如何处理？

[案情介绍]

王某原系某市一家金融机构的工作人员，负责该金融机构的贷款业务。一次偶然的机会，经朋友介绍，他认识了一批走私分子。这些走私分子知道王某的工作单位和主管业务后，决定拉拢王某为其提供走私资金。这些走私分子经过试探，觉得王某可以被拉拢，于是向王某提出建议，并允诺如果王某为其提供贷款，可以给予王某高额回报。王某被这些利益所诱惑，决定给这些走私分子贷款。王某先后三次违反有关规定，为这些走私分子的走私活动提供贷款，并获取了不少非法利益。后案发。

[法律分析]

本案中，王某为走私分子提供贷款的行为符合《刑法》第 156 条的规定，其成为走私的帮助犯，构成了走私罪。

根据《刑法》第 156 条的规定，与走私罪犯通谋，为其提供贷款、资金、账号、发票、证明，或者为其提供运输、保管、邮寄或其他方便的，以走私罪的共犯论处。

根据《刑法》第 156 条的规定，构成走私罪的帮助犯的条件是：第一，行为人在客观上具有为走私罪犯提供贷款、

资金、账号、发票、证明，或者为其提供运输、保管、邮寄或其他方便条件和帮助的行为。提供资金、贷款，是指金融机构或其他单位的工作人员将单位资金提供给走私分子用于从事走私犯罪活动，或向走私犯罪分子提供贷款供其走私使用。提供账号，是指将本人或本单位在银行或其他金融机构中设立的账号提供给走私分子，供其在走私犯罪过程中使用，也包括银行或其他金融机构明知他人是为了走私使用而为走私犯罪分子设立账号。提供发票，是指为走私犯罪分子提供可以作为记账、纳税、报销或者办理有关手续、掩盖走私使用的，或者提供写有售出商品名称、数量、规格、价格、金额等内容的发货票或空白支票等。提供证明，是指非法为走私分子提供运输、收购、贩卖走私货物、物品所需要的有关合法证明，如出口许可证、商检证明等。提供运输方便，是指为犯罪分子运输走私货物、物品，提供各种运输工具、专用容器、运输准运证明等。提供保管方便，是指为走私犯罪分子存放走私货物、物品，提供仓库等存放场所和设备，或代为保管等。提供邮寄方便，是指海关、邮电工作人员明知他人邮寄的物品是国家规定禁止进出口的物品或者是超出国家规定的进出境限额的物品而准予邮寄或协助邮寄的行为。提供其他方便的行为，概括了除上述所列各种帮助外，实践中可能发生的各种故意帮助走私犯罪的活动。本案中，王某明知其贷款对象是走私分子，仍然违反规定向其提供贷款，供其走私使用，其客观行为符合该罪的要求。第二，主观上具有与走私犯共同的犯罪故意，即“与走私罪犯通谋”。与走私犯罪通谋是行为人犯罪故意的外在表现，包

括事前与走私罪犯商议，制定走私计划，进行实施走私犯罪活动的分工等，也包括在走私过程中参与其中，与走私分子形成共同的犯罪故意而为走私分子提供帮助。

本案中，王某为走私分子提供贷款的行为完全符合《刑法》第156条的规定，其是走私的帮助犯，构成了走私罪，因此应当以走私普通货物、物品罪论处。

32. 以暴力方法抗拒缉私，应定何罪？

[案情介绍]

李某原系某市公安局边防分局缉私人员，在其负责缉私工作期间，为牟取暴利与走私分子共谋走私，商定从澳门偷运香烟到珠海三灶给走私分子黄某等人销售。李某串通被告人林某以出海执行任务为名，指派警士，穿警服，带枪支，驾驶快艇到澳门九澳深水码头附近海面，接应装载走私香烟的船支。在接头过程中，由于其神色有异，引起海关人员的怀疑。海关缉私人员欲对该船进行仔细搜查。李某等人见状，取出所携枪支对海关人员进行威胁，遭到海关人员的斥责后，竟向海关人员开枪射击，意欲乘乱逃离。此举造成了多名海关人员伤亡。

[法律分析]

本案中，李某携带枪支掩护走私，并用所携枪支对海关缉私人员进行威胁，且开枪射击的行为，触犯了《刑法》第157条第2款的规定，构成走私罪和阻碍国家机关工作人员

依法执行职务罪。

根据《刑法》第 157 条第 2 款的规定，以暴力、威胁方法抗拒缉私的，以走私罪和《刑法》第 277 条规定的阻碍国家机关工作人员依法执行职务罪，依照数罪并罚的规定处罚。

所谓阻碍国家机关工作人员依法执行职务罪，是指以暴力、威胁方法阻碍国家机关工作人员依法执行职务的行为。缉私人员属于国家机关工作人员，因此，以暴力、威胁方法抗拒缉私的，构成走私罪和阻碍国家机关工作人员依法执行职务罪。

以暴力、威胁方法抗拒缉私的，是指对缉私人员采用暴力或者威胁的方法，阻挠缉私人员检查工作正常进行的行为。必须具备以下几个条件：(1) 行为人必须从事了走私行为，即行为人违反海关法规，逃避海关监管，实施了运输、邮寄、携带国家禁止进出境的货物、物品进出国（边）境的行为。(2) 行为人必须采取了抗拒缉私的行为，即行为人在缉私人员依法执行公务，即对其进行搜查、拘捕时，采取不合作的态度，与缉私人员进行对抗。(3) 行为人必须是采用暴力或者胁迫的方法进行抗拒的。所谓暴力，是指殴打、杀伤、捆绑、强拉硬拽等损害执法人员生命健康安全的行为。所谓胁迫，是指以暴力侵害相威胁或者以其他方式对缉私人员进行精神强制。(4) 行为人的暴力与威胁方法必须是针对缉私人员的。行为人采取暴力或威胁方法只有针对缉私人员才可构成走私罪，否则不以走私罪论处。只有针对缉私人员，才可称之为阻碍国家机关工作人员依法执行职务。

本案中，李某等人携带枪支掩护走私，并在海关缉私人员履行缉私职务时用所携枪支对海关缉私人员进行威胁，且开枪射击的行为，符合以暴力、威胁方法抗拒缉私的几个条件。因此，对李某等人应以走私罪和阻碍国家机关工作人员依法执行职务罪实施数罪并罚。

第三章

妨害对公司、 企业的管理秩序罪

33. 使用虚假证明文件申请公司登记构成犯罪吗？

〔案情介绍〕

李某、王某二人欲共同组建一个外贸公司，但缺乏资金。二人经商议决定，通过使用假存单来骗取公司登记。于是二人分别在该地工商银行各存款 2 万元，然后分别将两份存单用“消字灵”涂改为 20 万元，并贿赂某会计师事务所出具虚假验资证明文件，获取了公司登记。

〔法律分析〕

本案中，李某、王某二人为了组建外贸公司，涂改银行存单，贿赂会计师事务所出具虚假验资证明，骗取了公司登记，其行为已经构成了《刑法》分则第 158 条规定的虚报注册资本罪。

根据《刑法》第 158 条的规定，所谓虚报注册资本罪，是指申请公司登记使用虚假证明文件或者采取其他欺诈手段虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门，取得公司登记，虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。

虚报注册资本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是国家对公司登记的管理制度。李某、王某二人为了获取公司登记，涂改银行存单，贿赂会计师事务所出具虚假验资证明，以虚假的注册资本获取了公司登记，其行为已经破坏了国家对公司登记的管理制度。（2）本罪的客观方面表现为申

请公司登记使用虚假证明文件或者采取其他欺诈手段虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门，取得公司登记，虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。所谓使用虚假证明文件，是指使用伪造的或者内容不真实的注册会计师事务所等验资机构、评估机构出具的报告书等验资、评估、验证证明材料。所谓其他欺诈手段，是指采取贿赂手段收买有关机关和部门的工作人员，或者与有关部门人员恶意串通虚报注册资本，欺骗公司登记主管部门等行为。另外，构成本罪，不论是使用虚假的证明文件，还是采用其他欺诈手段，必须是与注册资本虚假有关，如果是与注册资本虚假无关的，则不构成本罪。本罪是结果犯，必须是取得公司登记，虚报注册资本数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为，才可构成本罪。李某、王某二人为了获取公司登记，涂改银行存单，贿赂会计师事务所出具虚假验资证明，以虚假的注册资本获取了公司登记，其行为已经符合了虚报注册资本罪的客观要求。(3) 本罪的主体是特殊主体，即必须是申请公司登记的个人和单位才能成为本罪的主体。个人必须是达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人。在本案中，李某、王某二人是申请公司登记的个人，且二人是已经达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人。(4) 本罪的主观方面只能由故意构成，过失不构成本罪。本案中李某、王某二人为了获取公司登记，涂改银行存单，贿赂会计师事务所出具虚假验资证明，其主观上具有虚报注册资本的故意。

根据《刑法》分则第 158 条的规定，犯虚报注册资本罪

的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚报注册资本金额1%以上5%以下的罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处3年以下有期徒刑或者拘役。

李某、王某二人为了获取公司登记，涂改银行存单，贿赂会计师事务所出具虚假验资证明，以虚假的注册资本获取了公司登记，其行为已经构成了虚报注册资本罪，应当依照《刑法》分则第158条的规定对其进行处罚。

34. 抽逃出资造成严重后果的，是否犯罪？

[案情介绍]

1996年3月，三江实业有限责任公司（以下简称三江公司）成立，注册资本1000万元人民币。公司成立后不久，股东郝某利用其担任总经理职务的便利，将其全部投资的200万元暗地抽出，投入自己参股的宏利公司。1998年6月，宏利公司因经营不善破产，公司财产全部清算偿还了债务。三江公司也出现了严重资金不足，影响了公司业绩。三江公司董事会于1998年2月更换了总经理，郝某卸任。郝某三年来分得公司红利56万元。新总经理上任后，发现郝某抽逃出资，将此事报告董事会。

[法律分析]

本案中，郝某在公司成立后抽逃其全部出资，数额巨大，违反了《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》

的规定，严重损害了公司和公司股东的利益，其行为构成《刑法》第159条规定的抽逃出资罪。

根据《刑法》第159条的规定，抽逃出资罪，是指公司发起人、股东违反公司法的规定，在公司成立后抽逃其出资，数额巨大，后果严重或者有其他严重情节的行为。

抽逃出资罪的构成特征是：(1) 本罪侵犯的客体是国家对公司登记的管理制度。(2) 本罪的客观方面表现为违反公司法的规定，在公司成立后抽逃其出资，数额巨大，后果严重或者有其他严重情节的行为。包含以下两层意思：第一，抽逃出资发生在公司成立后。公司成立后，股东发起人不得抽回出资，这不仅是保持公司的正常经营能力、偿债能力的需要，而且也是公司章程的法定条款。公司的发起人、股东在公司成立后只能依照法律规定转让其出资或股份，这样可以保证公司资本的稳定性。抽逃出资指两种情况，其一是行为人为了达到设立公司的目的，通过向其他公司借款或向银行贷款等取得资金，作为自己的出资，待公司登记成立后，又抽回这些出资；其二是在公司成立时，依法交纳了自己的出资，公司成立后，又将其出资抽回。第二，抽逃出资还要求数额巨大，后果严重或者有其他严重情节。一般情况下，数额巨大是指其抽逃出资已严重影响公司的正常经营活动的数额；后果严重是指公司破产，严重损害债权人的权益等；其他严重情节是指手段恶劣、影响巨大等。本案中，郝某在公司成立后抽逃自己的出资，并造成了公司因资金短缺而经营困难，其行为符合该罪的客观要求。(3) 本罪的主体是特殊主体，即必须是公司发起人和股东，单位作为公司发起人

和股东，也可构成本罪主体。个人必须是达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人。本案中，郝某是公司发起人，且是已经达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人。（4）本罪的主观方面只能由故意构成，过失不构成本罪。

本案中，郝某在公司成立后抽逃其全部出资的行为完全符合抽逃出资罪的构成特征，应当依照《刑法》第159条的规定定罪处罚。

根据《刑法》第159条的规定，犯虚假出资或抽逃出资罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚假出资或抽逃出资金额2%以上10%以下的罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役。

本案中，三江公司股东郝某利用其担任总经理职务的便利，将其全部投资的200万元暗地抽出，投入自己参股的宏利公司，其行为属于个人行为，应当对其处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处抽逃出资金额2%以上10%以下的罚金。

35. 编造虚假内容发行股票的行为是否构成犯罪？

[案情介绍]

大庆联谊石化股份有限公司，其前身是大庆联谊石油化工总厂，1996年经省体改委批准成为股份制企业，1998年

与大庆市三环公司合并，组成大庆联谊（集团）公司。为了申报上市，谋取巨额募集资金，从1996年开始，大庆联谊石油化工总厂不择手段，通过地方有关行政主管部门和中介组织，进行一系列的弄虚作假、欺诈“包装”活动。1996年下半年，大庆市体改委向省体改委请示成立大庆联谊石化股份有限公司，将请示时间倒签为1993年9月20日。黑龙江省体改委批复同意，将批复时间倒签为1993年10月8日。1997年1月，大庆市工商局向大庆联谊石化股份有限公司颁发营业执照，将颁发时间倒签为1993年12月20日。哈尔滨市会计师事务所和万邦律师事务所在知情的情况下，为其出具了内容虚假的审计意见书、法律意见书。1997年3月，黑龙江省证券登记有限公司向中国证监会提供了虚假股权委管证明和虚拟法人股金、资本公积金、虚假企业的报告。大庆联谊石化股份有限公司还虚报公司的利润。通过这一系列的手段，其取得了上市资格。

[法律分析]

本案中，大庆联谊石化股份有限公司与有关方面共同造假，倒签批复时间，提供虚假证明文件，从而取得上市资格，其行为构成《刑法》第160条规定的欺诈发行股票、债券罪。

根据《刑法》第160条的规定，所谓欺诈发行股票、债券罪，是指在招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容，发行股票或者公司、企业债券，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的

行为。

欺诈发行股票、债券罪的构成特征是：(1) 本罪侵犯的客体是公司股票或者公司、企业债券的发行制度以及投资者的合法利益。(2) 本罪的客观方面表现为在招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容，发行股票或者公司、企业债券，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。具体地说包括以下几层意思：第一，行为人有隐瞒重要事实或编造重大虚假内容招股说明书、认股书、公司债券募集办法的行为，即行为人未按法律规定制作内容完全真实的上述文件，使国家有关部门或社会公众产生了误解。第二，行为人实施了发行股票、债券的行为。所谓股票是指股份有限公司签发的证明股东所持股份的凭证。股东可以凭借股票分取股息红利、优先认购新股、参与公司决策。所谓债券是指公司、企业为筹集资金而向投资者出具的承诺按期支付利息并到期偿还本金的有价证券。行为人在招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容，发行股票或者公司、企业债券，其目的在于欺骗国务院证券管理部门，以获得批准募集股份或批准发行债券，并且欺骗投资者认购股份或者债券。第三，行为人以隐瞒重要事实或编造重大虚假内容制作招股说明书、认股书、公司债券募集办法发行的股票、公司债券达到数额巨大、后果严重或有其他严重情节的程度。所谓数额巨大是指发行股票、债券数额巨大；所谓后果严重是指造成了严重的经济损失等；所谓其他严重情节是指产生了巨大的社会不良影响等。本案中，大庆联谊石化股

份有限公司与有关方面共同造假，倒签批复时间，提供虚假证明文件，从而取得上市资格，其行为完全符合本罪的客观要求。(3) 本罪的主体是特殊主体，即必须是法律允许发行股票或者公司、企业债券的单位和个人。个人必须是达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人。大庆联谊石化股份有限公司具备本罪的主体身份。(4) 本罪的主观方面只能由故意构成，过失不构成本罪。从该公司采取的一系列手段中，可以看出其主观上显然是故意的。

本案中，大庆联谊石化股份有限公司的行为完全符合欺诈发行股票、债券罪的犯罪构成，应当依照《刑法》第 160 条的规定定罪处罚。

根据《刑法》分则第 160 条的规定，犯欺诈发行股票、债券罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处非法募集资金金额 1% 以上 5% 以下的罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

本案中，大庆联谊石化股份有限公司属于单位，应当对其判处罚金，对该公司直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

36. 公司提供虚假财务报告严重损害股东利益的行为，应如何处理？

[案情介绍]

海南民源现代农业发展股份有限公司（以下简称民源公

司)为树立良好经营业绩的假象,达到发行可转换债券和挽回所属公司经营亏损的目的,该公司董事长、北京民源大厦董事长、北京凯奇通信总公司董事长马某,指使民源公司聘用的会计班某等人,违反国家关于公司经营管理制度和有关行政管理法规,向股东和社会公众提供虚假利润及虚假资本公积金增加的财务会计报告,误导投资者,并造成“琼民源”股票交易长时间停牌的严重后果,严重损害了股东和持有该公司股票的股民的利益。

[法律分析]

本案中,民源公司向股东和社会公众提供虚假利润及虚假资本公积金增加的财务会计报告的行为构成《刑法》第161条规定的提供虚假财会报告罪。

根据《刑法》第161条的规定,所谓提供虚假财会报告罪,是指公司向股东和社会公众提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告,严重损害股东或者其他入利益的行为。

提供虚假财会报告罪的构成特征是:(1)本罪侵犯的客体是公司财务会计制度以及股东和社会公众的合法利益。(2)本罪的客观方面表现为公司向股东和社会公众提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告,严重损害股东或者其他入利益的行为。包括以下两个方面:第一,公司向股东和社会公众提供了虚假或隐瞒重要事实的财务会计报告。依照《公司法》的规定,有限责任公司应依照公司章程规定的期限向股东递交公司财务会计报告。股份有限公司应在召开股东大会年会20日前,向股东公开财务会计报告。以募集方

式成立的股份有限公司必须公告其财务会计报告。上市公司必须在每会计年度内半年公布一次财务会计报告，并依照有关规定递交有关部门，且将要求公布的信息刊登在指定的报刊上。公司的财务会计报告，又称财务报告或会计报告，是反映企业财务状况和经营成果的书面文件，包括会计报表和财务情况说明书。虚假的财务会计报告，可能是资产负债表虚假，也可能是损益表虚假，还可能是财务状况变动表、财务情况说明书、利润分配表虚假，虚假即不真实。如果公司、企业把经营状况不好说成好，公众就无法了解公司经营的真实状况，无法作出正确的投资选择，从而使股民和其他人的利益受到损害。第二，公司向股东和社会公众提供虚假的或隐瞒重要事实的财务会计报告，严重损害了股东和其他人的利益。两个条件缺一不可。本案中，民源公司向股东和社会公众提供虚假利润及虚假资本公积金增加的财务会计报告，误导投资者，并造成“琼民源”股票交易长时间停牌的严重后果，严重损害了股东和持有该公司股票的股民的利益，其行为符合本罪的客观要求。(3) 本罪的主体是特殊主体，即必须是公司直接主管人员和其他直接责任人员。公司主管人员和其他直接责任人员必须是达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人。在本案中，被告人均是已经达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人。(4) 本罪的主观方面只能由故意构成，过失不构成本罪。各被告人在主观上显然是出于故意。

本案中，民源公司的行为完全符合提供虚假财会报告罪的犯罪构成，应当依照《刑法》第 161 条的规定定罪处罚。

根据《刑法》第 161 条的规定，犯提供虚假财会报告罪的，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处 2 万元以上 20 万元以下罚金。

本案中，民源公司董事长、民源公司聘用的会计班某等人是该公司直接负责的主管人员和其他直接责任人员，应对其处 3 年以下有期徒刑或者拘役。

37. 泰阳公司清算时隐匿财产的行为，应如何处理？

【案情介绍】

某市的一家私营的股份有限公司——泰阳公司由于经营不善，在成立后不久就面临破产，有关主管部门决定对该公司进行财产清算。在有关主管部门成立财产清算小组期间，该公司的股东违反有关法律规定，将公司剩余财产隐匿起来，准备私下里在股东之间进行分配，因而清算小组对该公司的债权债务关系进行清算时，发现已无财产可以偿还该公司的债务。泰阳公司的行为严重损害了该公司债权人的利益。

【法律分析】

本案中，泰阳公司在清算期间，隐匿公司剩余财产的行为，构成《刑法》第 162 条规定的妨害清算罪。

根据《刑法》第 162 条的规定，所谓妨害清算罪，是指

公司、企业进行清算时，隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚伪记载或者在未清偿债务前分配公司、企业财产，严重损害债权人或者其他入利益的行为。

妨害清算罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是公司、企业的清算制度以及公司、企业债权人或者其他入的利益。（2）本罪的客观方面表现为公司、企业进行清算时，隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚伪记载或者在未清偿债务前分配公司、企业财产，严重损害债权人或者其他入利益的行为。公司的清算，是指公司解散或破产，法律规定公司应当清理公司的债权债务的活动。隐匿财产，是指将公司、企业部分财产予以转移、隐藏。对资产负债表或财产清单作虚伪记载，是指公司、企业在清算过程中，在制作资产负债表或财产清单时，故意采取隐瞒或欺骗等方法，对资产负债表或财产清单进行虚报，以达到逃避公司、企业债务的目的。虚报，是指少报、低报、不报债权，或夸大多报债务的行为。未清偿债务前分配公司、企业财产，是指违反财产分配顺序，在未清偿公司、企业各项债务前就在股东之间分配公司、企业财产。《公司法》规定，公司、企业只有在清偿全部债务之后才能在股东之间分配剩余财产，否则就会使公司、企业用于清偿债权人的财产减少，甚至会使有些债权人无法行使其权利。公司、企业清算时，应依照清算费用、职工工资、劳动保险费用、交纳所欠税款的顺序支付，支付上述费用后，首先清偿公司、企业债务，有剩余财产的，股东方可依法定比例分配，否则就会损害债权人的利益。本罪还要求行为结果已达到严重损害他人利益的程度。本案中，

泰阳公司的股东们在公司未清偿全部债务之前，就隐匿财产，准备提前在股东之间分配公司剩余财产，给该公司的债权人的合法利益造成了损失，其行为完全符合该罪的客观要求。(3) 本罪的主体是特殊主体，即必须是进行清算的公司、企业的直接主管人员和其他直接责任人员。进行清算的公司、企业的直接主管人员和其他直接责任人员，必须是达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人。在本案中，被告人是已经达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人。(4) 本罪的主观方面只能由故意构成，过失不构成本罪。本案中，泰阳公司的股东们隐匿财产的行为显然是出于故意。

本案中，泰阳公司的行为完全符合妨害清算罪的犯罪构成，应当依照《刑法》第 162 条的规定定罪处罚。

根据《刑法》分则第 162 条的规定，犯妨害清算罪的，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处 2 万元以上 20 万元以下罚金。

本案中，泰阳公司的股东属于该公司直接负责的主管人员，应对其和其他直接责任人员处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处 2 万元以上 20 万元以下罚金。

38. 销毁会计材料的行为，应定何罪？

【案情介绍】

江某原系某私营公司的总经理，其在公司经营的过程

中，为了谋取更多的利益，命令该公司的会计人员在公司的会计材料上做手脚，实行收支两本账，疯狂地偷税、漏税。后经人举报，税务机关决定对该公司的账务进行核查，并勒令江某交出公司真实的会计账簿。江某由于偷税、漏税的数额巨大，担心有关机关会追究其刑事责任，于是铤而走险，销毁了该公司所有的会计材料，妄图借此逃避税务机关的盘查。

[法律分析]

本案中，江某销毁会计材料的行为构成《中华人民共和国刑法修正案》第 162 条之一规定的隐匿、销毁会计资料罪。

第九届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议于 1999 年 12 月 25 日通过了《中华人民共和国刑法修正案》(以下简称《刑法修正案》)。此修正案在 1997 年《刑法》第 162 条后增加了一条，作为第 162 条之一，该条规定了隐匿、销毁会计资料罪。

根据该修正案增加的第 162 条之一的规定，所谓隐匿、销毁会计资料罪，是指违反法律规定，隐匿或者故意销毁应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告，情节严重的行为。

隐匿、销毁会计资料罪的构成特征是：(1) 本罪侵犯的客体是国家制定的公司、企业正常的财会管理制度。(2) 本罪的客观方面表现为违反法律规定，隐匿或者故意销毁应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告，情节严重的行

为。具体地说，必须符合以下三个条件：第一，本罪的前提必须是违反有关法律规定，具体是指《中华人民共和国会计法》，即中华人民共和国第九届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议于1999年10月31日修订通过的《中华人民共和国会计法》（以下简称《会计法》）。《会计法》第3条规定，各单位必须依法设置会计账簿，并保证其真实、完整。第23条规定，各单位对会计凭证、会计账簿、财务会计报告和其他会计资料应当建立档案，妥善保管。会计档案的保管期限和销毁办法，由国务院财政部门会同有关部门制定。第34条规定，各单位必须依照有关法律、行政法规的规定，接受有关监督检查部门依法实施的监督检查，如实提供会计凭证、会计账簿、财务会计报告和其他会计资料以及有关情况，不得拒绝、隐匿、谎报。第44条第1款规定，隐匿或者故意销毁依法应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告，构成犯罪的，依法追究刑事责任。所以，有关单位和个人必须依照《会计法》的规定妥善保管、如实提供有关会计资料。第二，有隐匿或者故意销毁应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计报告的行为。隐匿，是指将公司、企业的会计凭证、会计账簿、财务会计报告予以转移、隐藏，使其不被人发觉的行为。销毁，是指对会计凭证、会计账簿、财务会计报告进行毁损处理，使其不复存在的行为。会计凭证，包括原始凭证和记账凭证。原始凭证，是在经济业务事项发生或者完成时填写的，用来证明经济业务事项已经发生或者完成，以明确经济责任并用作记账原始依据的一种凭证。记账凭证，是指会计人员根据无误的原始凭证

及有关资料，按照经济业务事项的内容和性质加以归类，并确定会计分录，作为登记会计账簿依据的会计凭证。会计账簿，是指以会计凭证为依据，有一定格式并由相互联系的账页所组成的，对单位的全部经济业务进行全面、分类、系统、序时地登记和反映的簿籍。会计账簿，包括总账、明细账、日记账、辅助性账簿。所谓公司、企业的财务会计报告，又称财务报告或会计报告，是反映企业财务状况和经营成果的书面文件，包括会计报表和财务情况说明书。第三，隐匿或者故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告的行为必须情节严重，只有情节严重才可构成犯罪。如果行为人隐匿或者故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告情节轻微，不构成本罪，如果触犯了其他法律、法规的规定，依其他法律、法规的规定处罚。构成本罪，必须符合以上三个条件，缺一不可。行为人只要实施了隐匿和销毁行为之一的，就可构成本罪。本案中，江某为了逃避税务机关的盘查，违反《会计法》的规定，销毁了公司所有的会计材料，情节恶劣，其行为完全符合本罪的客观要求。（3）本罪的主体是一般主体，达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人和单位都可以构成本罪的主体。（4）本罪的主观方面必须是出于故意，过失不构成本罪。行为人隐匿或者故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告的动机一般是出于逃避财政、审计、税务机关的监督。但行为人的动机不影响本罪的构成。江某销毁会计材料在主观方面显然出于故意。

本案中，江某销毁会计材料的行为完全符合隐匿、销毁

会计资料罪的构成要件，因此对江某的行为应依照《刑法修正案》的有关规定进行处罚。

《刑法修正案》第 162 条之一规定，犯隐匿、销毁会计资料罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处 2 万元以上 20 万元以下罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

39. 利用职务便利索取他人财物，应定何罪？

[案情介绍]

宋某原系昆明市某公司生产部仓库主任。1997 年底，宋某利用替公司聘用民工之机，向民工头索取“管理费”。他以生产部的名义向在生产部承包劳务的民工头索取民工工资总数的 2% 至 4% 的“管理费”。此后宋某在每个半月发工资时先把“管理费”扣下，其余的再交给民工头发工资。自 1997 年 12 月起至 1998 年 4 月止，宋某共提取“管理费”7.112 万元，款项收取后，宋某均以个人名义存入银行。1998 年底，宋某从收取的“管理费”中提出 1 万余元用于其个人挥霍。其余赃款仍存于其在银行的个人账户中，直至案发。

[法律分析]

本案中，宋某利用替公司聘用民工之机，向民工头索取“管理费”的行为，构成《刑法》第 163 条规定的公司、企

业人员受贿罪。

根据《刑法》第163条的规定，所谓公司、企业人员受贿罪，是指公司、企业的工作人员利用职务便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为。

公司、企业人员受贿罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是公司、企业的正常业务活动和公司、企业工作人员业务活动的廉洁性。（2）本罪在客观方面表现为利用职务便利，索取他人贿赂或非法收受他人贿赂，为他人谋取利益，数额较大的行为。所谓利用职务便利，是指公司、企业的工作人员利用自己主管、经管或参与某项公司、企业业务的便利条件。如果行为人未利用职务上的便利而非法收受他人财物的，不构成此罪。为他人谋取利益包括为他人谋取合法利益、非法利益，只要行为人承诺、着手或完成了为他人谋取利益的行为，不论是否已实际为他人谋取了利益，均可认定为具备了为他人谋取利益的要件。行为人实施上述行为，必须数额巨大，方可构成犯罪。根据最高人民法院的有关司法解释，5000元以上为数额较大。宋某利用了自己主管为公司雇佣民工，经手发放民工工资的职务便利，向民工头索取了贿赂——“管理费”，并且以此为条件给民工头以承包劳务的机会。其所得赃款共为7.112万元，已达到了数额较大的标准。（3）本罪犯罪主体具有特殊性，即必须是公司、企业的工作人员。具体是指有限责任公司、股份有限公司的董事、监事或职工。所谓董事、监事，是指根据《公司法》的规定，经过有限公司的股东会、股份有限公司的创立大会、

股东大会选举产生的董事会、监事会成员。公司职工是指除董事、监事之外的包括公司经理、会计等行政人员、业务人员和其他受公司聘用从事公司事务的人员。而企业的工作人员，是指公司以外的企业中非国家工作人员的职工，包括各种所有制成分的企业中非国家工作人员的行政人员、业务人员和其他受聘从事企业事务的人员。宋某属于非国有公司的行政人员，应当适用该罪处罚。(4) 本罪主观方面必须出于故意，并具有索取或非法收受他人贿赂，为他人谋取利益的目的。本案中宋某主观上出于故意，并且向民工头索取了贿赂，为其谋取了承包劳务的权利。

本案中，宋某符合公司企业人员受贿罪的身份要求，并且利用了职务便利，索取了他人的财物，违犯了公司、企业的正常业务活动，破坏了公司、企业人员活动的廉洁性，所以说宋某的行为完全符合公司、企业人员受贿罪的构成要件，应当以《刑法》第 163 条的规定定罪处罚。

40. 违规收受回扣的行为应如何处理？

[案情介绍]

被告人郭某原系某县水泥厂的开发部经理。从 1997 年至 1998 年，其在销售计划价的水泥给李某时，收受了李某的“好处费”2.6 万元；又收取了高某的“回扣”2 万元，以高于市价的价格为水泥厂买进了高某的莹石；在收取了徐某的“回扣”1 万元后，其高价买进了徐某的纸袋。郭某总计收受了他人各种名义的“回扣”和“好处费”5.6 万元。

案发后郭某退回了全部赃款。

〔法律分析〕

本案中，郭某利用职务便利，收取他人各种名义的“回扣”和“好处费”5.6万元，为他人谋取不正当利益的行为构成《刑法》分则第163条规定的公司、企业人员受贿罪。

根据《刑法》第163条第2款的规定，公司、企业的工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，也是受贿的一种形式，应当以公司、企业人员受贿罪论处。

这种形式的公司、企业人员受贿罪的构成特征是：（1）客观方面表现为利用职务便利，收取他人各种名义的“回扣”和“好处费”，为他人谋取利益，数额较大的行为。具体地说，包括以下几个方面：第一，利用了职务便利，具体是指公司、企业的工作人员利用自己主管、经管或参与某项公司、企业业务的便利条件。如果行为人未利用职务上的便利而收取他人各种名义的“回扣”和“手续费”，并为他人谋取利益的，不构成此罪。第二，行为人的行为必须是在经济往来中，实施了违反国家规定，收受各种名义的“回扣”、“手续费”，归个人所有的行为。违反国家规定，是指违反全国人大及其常委会制定的法律，国务院制定的行政法规和行政措施、发布的决定命令。所谓回扣，是指在商品交易中，卖方在收取的价款中扣除一部分返还给买方或者买方经办人的现金。所谓手续费，是多种费用的总称，如好处费、辛苦费、介绍费、酬劳费、活动费、信息费等。行为人往往是在

账外暗中收受各种名义的“回扣”、“手续费”的。第三，行为人必须为他人谋取利益，包括为他人谋取合法利益、非法利益。只要行为人承诺、着手或完成了为他人谋取利益的行为，不论是否已实际为他人谋取了利益，均可认定为具备了为他人谋取利益的要件。第四，行为人实施上述行为，必须数额较大，方可构成犯罪。根据最高人民法院的有关司法解释，5 000元以上为数额较大。本案中，郭某利用职务便利，收取他人各种名义的“回扣”和“好处费”5.6万元，为他人谋取了利益，并已达到了受贿数额较大的标准，符合该罪的客观要求。(2) 犯罪主体具有特殊性，即必须是公司、企业的工作人员。具体是指有限责任公司、股份有限公司的董事、监事或职工。郭某属于非国有公司的开发部经理，应当适用该罪处罚。(3) 主观方面必须出于故意，并具有索取或收受他人各种名义的“回扣”、“手续费”，归个人所有，为他人谋取利益的目的。本案中，郭某利用职务便利，收取他人各种名义的“回扣”和“好处费”5.6万元，为他人谋取不正当利益，从其行为可以看出，郭某主观上具有故意。

本案中，郭某符合公司、企业人员受贿罪的身份要求，并且利用了职务便利，收取了他人各种名义的“回扣”和“好处费”，违犯了公司、企业的正常业务活动的规定，破坏了公司、企业人员活动的廉洁性。所以说，郭某的行为完全符合《刑法》第163条的规定，应当依照该条定罪处罚。

41. 利用职务便利收受他人财物，为他人谋取利益，应定何罪？

[案情介绍]

林某原系某县城市信用社的副主任（该信用社属于股份集体所有制的金融机构）。1997年10月至1998年5月期间，林某利用自己分管贷款业务之便，收受方某送给的影碟机一台，金戒指一枚，价值8 837元，其先后两次为方某办理贷款15万元。林某还利用为吴某办理贷款的职务之便，收受吴某送给的贿赂款9 500元。后林某的行为被人检举揭发。

[法律分析]

本案中，林某利用职务便利，为自己谋取不正当利益的行为，构成《刑法》分则第163条规定的公司、企业人员受贿罪。

根据《刑法》第163条的规定，所谓公司、企业人员受贿罪，是指公司、企业的工作人员利用职务便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为。

公司、企业人员受贿罪与《刑法》第385条规定的受贿罪容易混淆，有必要对二罪进行区分。

根据《刑法》第385条的规定，所谓受贿罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。

二罪的主要差异在于以下几个方面：(1) 二罪的主体不同。公司、企业人员受贿罪的犯罪主体必须是公司、企业的工作人员，具体是指有限责任公司、股份有限公司的董事、监事或职工；而受贿罪的主体是指国家工作人员，具体是指在职的国家工作人员，包括在国家机关中从事公务的人员，国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，及其他依照法律从事公务的人员。(2) 二罪侵犯的客体不同。公司、企业人员受贿罪的犯罪客体是公司、企业的正常业务活动和公司、企业工作人员业务活动的廉洁性；而受贿罪的犯罪客体是国家工作人员职务的廉洁性。(3) 二罪的客观方面有一定的差异，即二者利用职务便利的内容和范围不同。公司、企业人员受贿罪的利用职务便利，是指公司、企业的工作人员利用自己主管、经管或参与某项公司、企业业务的便利条件；而受贿罪的利用职务便利，是指利用本人现有职务范围内的权力，即利用本人现有职务而主管、负责或者承办某种公共事务所形成的便利条件。这是二罪的重要区别所在。

本案中，林某系某县城市信用社的副主任（该信用社属于股份集体所有制的金融机构），属于公司、企业的工作人员，而不是国家工作人员；林某利用自己分管贷款业务之便收受贿赂，其利用的是自己主管、经管或参与某项公司、企业业务的便利条件，而非利用本人现有职务而主管、负责或者承办某种公共事务所形成的便利条件。因此，林某的行为

构成的是公司、企业人员受贿罪，而非受贿罪，应当依照《刑法》第 163 条的规定定罪处罚。

42. 为谋取不正当利益给予他人以财物的行为，应作何处理？

【案情介绍】

某私营建筑公司常年没有工程可以承包，面临倒闭。该公司的经理王某先后三次找房产开发公司联系基建任务，但因其公司建筑质量不过关，均未成功。后王某通过朋友找到房产开发公司的经理郝某，给了郝某 5 万元人民币。后又购买了一台上万元的进口彩电，派人送到郝某家中。王某还找到一年轻漂亮的小姐张某，承诺给张某一笔报酬，让张某为郝某提供色情服务。通过这一系列的不正当手段，王某的建筑公司从该房产开发公司得到了建筑任务。事后因王某未履行诺言，张某未取得所承诺的报酬，发生了纠纷，王某的行为得以暴露。

【法律分析】

王某以给予郝某财物等手段，从其房产开发公司得到了建筑任务的行为已经构成了《刑法》第 164 条规定的向公司、企业人员行贿罪。

根据《刑法》第 164 条的规定，所谓向公司、企业人员行贿罪，是指为谋取不正当利益，给予公司、企业的工作人员以财物，数额较大的行为。

向公司、企业人员行贿罪的构成特征是：(1) 本罪侵犯的客体是公司、企业的正常业务活动，特别是公司、企业工作人员业务活动的廉洁性。(2) 本罪在客观方面表现为为谋取不正当利益，而给予公司、企业的工作人员数额较大的财物。所谓谋取不正当利益，是指谋取非法或者通过正当途径不能获得的利益。所谓给予财物，既包括行为人主动给予公司、企业人员财物，也包括应公司、企业人员的明示或暗示而被动给予财物。所谓数额较大，原则上可以参考公司、企业人员受贿罪5 000元至2万元的标准确定。(3) 本罪的主体是一般主体，个人和单位都可以构成本罪。(4) 本罪在主观方面必须出于故意，行贿的目的是让公司、企业的工作人员利用职务上的便利为自己谋取不正当的利益。

认定向公司、企业人员行贿罪，一方面要区分行贿与正常馈赠的界限，区分这一点关键在于判明行为人主观上是否具有谋取不正当利益的目的。如果行为人主观上具有谋取不正当利益的目的，并且给予了公司、企业人员数额较大的财物，则构成向公司、企业人员行贿罪。如果行为人主观上不具有谋取不正当利益的目的，或是恳求对方为其办理政策、法律许可范围内的事情，或是出于联络感情、增加友谊的目的，而给予公司、企业人员一定数量的财物的，则不构成向公司、企业人员行贿罪。另一方面要严格区分行贿罪与一般行贿行为的界限，区分这一点关键在于数额是否达到较大的程度。

根据《刑法》第164条的规定，构成向公司、企业人员行贿罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处

3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。行贿人在被追诉前主动交代行贿行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。

本案中，王某通过向房产开发公司经理郝某赠送金钱、财物等行为，取得了凭其施工能力不可能获得的施工任务，谋取了其通过正当途径不可能获得的利益，且行贿数额较大，而郝某又不属于国家工作人员，王某的行为已经构成了向公司、企业人员行贿罪，应当按照《刑法》分则第 164 条的规定处罚。本案属于单位犯罪，应对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员——经理王某，依照《刑法》第 164 条的规定处罚。由于王某给了郝某 5 万元人民币，后又送给郝某一台上万元的进口彩电，其行贿数额已达到巨大的标准，所以应对王某处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金。

43. 为谋取不正当利益，给予公司、企业人员以财物的行为，应作何处理？

【案情介绍】

某乡镇企业的厂长秦某为了推销本厂的一批劣质大衣，亲自带一批业务员到城里推销。秦某认为只要进了大商场，商品就会身价百倍，因此对一股份有限公司性质的商厦的经理宋某百般奉迎，多次邀请其吃饭、跳舞，并先后给予对方人民币 1 万元和手表、戒指等物品，共计人民币 1.5 万余

元。于是宋某为商厦大量买入了秦某的劣质大衣。后来宋某因经济问题被逮捕，供出乡镇企业厂长秦某的行贿罪行。

[法律分析]

本案中，秦某为了推销本厂的劣质大衣，向某商厦的经理宋某赠送财物，邀请其吃饭、跳舞，最终通过宋某将其厂的劣质大衣卖给了宋某所在的商厦，取得了其通过正当途径不可能得到的利益。其行为已经构成了《刑法》第164条规定的向公司、企业人员行贿罪。

司法实践中大家容易将向公司、企业人员行贿罪与行贿罪相混淆，所以应当对二罪作一下区分。二罪的共同之处在于：二罪的主体都实施了向他人给予财物的行为；给予他人财物的目的都在于谋取不正当利益。

向公司、企业人员行贿罪与行贿罪的差异在于：(1) 概念不同。向公司、企业人员行贿罪，是指为谋取不正当利益给予公司、企业的工作人员以财物，数额较大的行为。行贿罪，是指为谋取不正当利益给予国家工作人员以财物的行为。(2) 二罪侵犯的客体不同。向公司、企业人员行贿罪侵犯的客体是公司、企业的正常业务活动和公司、企业人员业务活动的廉洁性。而行贿罪侵犯的客体是国家工作人员所在单位的正常活动。(3) 二罪的犯罪客观方面表现不尽相同。向公司、企业人员行贿罪的客观方面表现为给予公司、企业人员数额较大财物的行为。行贿罪的客观方面表现为行为人给予国家工作人员以财物的行为。两罪行贿的对象完全不同。前罪的行贿对象是不具备国家工作人员身份的人员。后

罪的行贿对象非一般公司、企业的工作人员，即使是在公司、企业工作的人员，也是从事公务的国家工作人员。(4) 向公司、企业人员行贿罪中，给予财物既包括行为人主动向公司、企业人员给予财物，也包括应公司、企业人员的明示或暗示而被动地给予财物。因被勒索给予国家工作人员财物，没有获得不正当利益的，不是行贿。(5) 犯罪主体在規定上有差异。向公司、企业人员行贿罪的主体是一般主体，凡是具备刑事责任能力、年满 16 周岁的自然人和单位均可构成犯罪。行贿罪的主体也是一般主体，只要是年满 16 周岁的自然人都可以成为该罪的主体。但是如果单位对国家工作人员行贿的，只有具备情节严重这一特征才可构成犯罪。所谓情节严重，是指单位行贿数额巨大的；单位行贿并实行了其他违法行为；因单位行贿给国家和人民造成重大损失的；或者手段恶劣的，后果严重的等。而且如果单位的直接主管人员和其他直接责任人员将因行贿取得的违法所得归个人所有的，对其按行贿罪定罪处罚。而向公司、企业人员行贿罪中对单位构成犯罪就没有如此严格的限制。

本案中，秦某为了推销其劣质大衣，向某商厦的经理宋某赠送财物，邀请其吃饭、跳舞，其行为符合行贿的规定，并且该商厦属于股份有限公司而非国有公司，宋某也不具有国家工作人员的身份，而且行贿数额已经达到了向公司、企业人员行贿罪的要求，因此秦某的行为已经符合了向公司、企业人员行贿罪的犯罪构成，应当以向公司、企业人员行贿罪论处。

44. “国企老板”利用职务便利经营同类营业获利巨大，应作何处理？

〔案情介绍〕

某市某国有食品加工厂是一家效益很好的企业，1993年至1996年该厂产值每年递增10%。1996年5月陈某调该厂任厂长。陈某任厂长以后，于1996年10月以其内弟的名义在该市另一区开办了一家私营的春华食品加工厂。陈某利用职务便利将国有食品加工厂的技术、配方和销售渠道用于自己的食品厂，生产和国有食品加工厂一样的食品，销售给同样的客户。不到两年时间，陈某私营的春华食品加工厂垄断了原来国有食品加工厂的绝大部分销售渠道，产销两旺，使该企业成为具有200万元固定资产的私营企业。而该国有食品加工厂因产品滞销，严重亏损，大批职工下岗，面临破产倒闭。1998年7月，陈某辞去该国有食品加工厂的厂长职务，公开了自己春华食品加工厂业主的身份。

〔法律分析〕

本案中，陈某利用职务便利，非法经营同类营业，自己获利巨大，而使国有企业面临倒闭，其行为构成《刑法》第165条规定的非法经营同类营业罪。

根据《刑法》第165条的规定，所谓非法经营同类营业罪，是指国有公司、企业的董事、经理利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的行为。

非法经营同类营业罪的构成特征是：(1) 本罪侵犯的客体是国有公司、企业的利益。本案中，陈某非法经营同类营业，抢夺国有食品厂的销售客户，造成国有食品厂产品滞销，工人下岗，使工厂面临倒闭破产，严重损害了国有企业的利益。(2) 本罪的客观方面表现为，国有公司、企业的董事、经理利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的行为。《公司法》第 59 条第 1 款规定：董事、监事、经理应当遵守公司章程，忠实履行职务，维护公司利益，不得利用在公司的地位和职权为自己谋取私利。第 61 条第 1 款规定：董事、经理不得自营或者为他人经营与其所任职公司同类的营业或者从事损害本公司利益的活动，从事上述营业或活动的所得收入应当归公司所有。第 215 条规定：董事、经理违反本法规定，自营或者为他人经营与其所任职公司同类的营业的，除将其所得收入归公司所有外，并可由公司给予处分。《公司法》的规定是从竞业禁止的角度禁止公司、企业董事、监事、经理经营同类业务。《刑法》规定，要构成本罪需以下三个条件：第一，行为人必须利用职务便利，即利用担任董事、监事、经理之便。第二，有非法兼营的行为。非法经营同类营业，包括两种形式：自己经营与其任职公司、企业同类的营业；为他人经营与其任职公司、企业同类的营业。所谓同类营业，是指行为人所任职公司、企业的营业范围与其所兼营的企业范围相同。第三，获得非法利益，数额巨大。三个条件必须同时具备，缺一不可。本案中，陈某的行为不仅违反了《公司法》和《国有企业财产监督管理条例》，

也违反了《刑法》的规定，其行为已经符合了非法经营同类营业罪的客观方面特征。(3) 本罪的主体是特殊主体，即必须是国有公司、企业的董事、经理。陈某作为国有食品加工厂的厂长，符合该罪的主体要求。(4) 本罪的主观方面必须是故意，目的是获取非法利益，过失不构成本罪。本案中，陈某主观上持故意的态度，并有获取非法利益的目的。

根据《刑法》第 165 条的规定，犯非法经营同类营业罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额特别巨大的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。

本案中，某国有食品加工厂的厂长陈某利用职务便利，自己同时非法经营春华食品加工厂，获利巨大，使国有企业面临倒闭，其行为完全符合《刑法》第 165 条规定的非法经营同类营业罪的犯罪构成。因陈某非法经营同类营业，使其私营的春华食品加工厂成为具有 200 万固定资产的私营企业，非法所得，数额巨大，应对陈某处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。

45. “国企老板”以明显高于市场的价格向亲友所在单位购买商品，应作何处理？

[案情介绍]

叶某是某国有副食加工厂的厂长。叶某在担任该副食加工厂厂长期间，为了照顾其弟弟，拒绝采购质优价廉的进口大米，而从其弟经营的农副产品公司高价购买大米。其先后两次分别以每千克大米高于市场价格（即在同期市场价的基

础上公开加价) 0.35元和0.25元的价格, 从其弟经营的农副产品公司购入大米 20 万千克和 15 万千克, 并对外谎称是进口优质大米。其行为给该国有副食加工厂造成了利益损失。

[法律分析]

本案中, 叶某高价收购其弟经营的公司的的大米, 致使国有公司利益受损的行为, 构成《刑法》第 166 条规定的为亲友非法牟利罪。

根据《刑法》第 166 条的规定, 所谓为亲友非法牟利罪, 是指国有公司、企业、事业单位的工作人员, 利用职务便利, 以权谋私, 致使国家利益遭受重大损失的行为。

为亲友非法牟利罪的构成特征是: (1) 本罪侵犯的客体是国有公司、企业、事业单位的合法利益。(2) 客观方面表现为利用职务便利, 以权谋私, 致使国家利益遭受重大损失的行为。具体而言, 本罪在客观方面必须具备以下三个要素: 第一, 利用职务便利。所谓利用职务便利, 是指利用自己主管、经管或者直接负责单位业务及商品采购的职权及由此形成的便利条件。第二, 具有以权谋私的行为。具体而言, 表现为以下几种方式: 其一是将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营。此种行为构成犯罪的条件是, 在本单位有能力对此进行经营, 或者存在其他能给单位带来更大收益的人员经营的情况下, 以减少收益或降低收益为代价, 将此种业务交由自己的亲友进行经营。如果本单位虽然拥有技术、场地、设备, 但确实无能力或无暇经营此项业务, 而将此种业务交由他人的, 不构成本罪。其二是以明显高于市场

的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品，或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品。这里的明显高（低）价是相对于相同质量的其他同类商品的市场价格而言，因而若是本单位的商品质量不好而被迫低价销售，或者他人的商品质量显然较好因而高价收购的，应当以正常经营行为论，而不构成本罪。其三是向自己亲友经营管理的单位采购不合格商品，即明知自己亲友所提供的是不合格（包括劣质）商品，而碍于情面或者故意主动采购的行为。第三，必须在客观上造成了使国家利益遭受重大损失的结果。如果仅有前述行为，并且利用了职务便利，但并未造成国家利益的重大损失，或者虽有损失，但数量较小的，不构成本罪，可以由单位或者上级主管机关给予行政处分。本案叶某的行为，显然符合上述三个要素，因此构成为亲友非法牟利罪。（3）本罪的主体是特殊主体，只有国有公司、企业、事业单位的工作人员才可成为本罪的主体。更进一步讲，构成本罪主体的人员，是指上述单位中的主管人员、某项业务的直接负责人员以及单位的采购人员。除此以外的国有单位的其他人员，一般不能成为本罪的主体。本案中，叶某作为国有企业的厂长，属于法律规定的主体范围。（4）犯罪人主观上是出于故意，即明知其行为损害了本单位的利益，却为照顾其亲友，仍然决意为之。至于行为人的动机，可能是多种多样的，例如碍于其亲友的情面等。在本案中，叶某明知高价购买大米对本单位有害，却为照顾亲友而为之，其主观上是出于故意。

根据《刑法》第 166 条的规定，犯为亲友非法牟利罪

的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；致使国家利益遭受特别重大损失的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。

本案中，某国有副食加工厂的厂长叶某高价收购其弟公司的大米，致使国有公司利益受损的行为，完全符合《刑法》第166条规定的为亲友非法牟利罪的犯罪构成，应以该条的规定定罪处罚。由于其行为尚未造成致使国家利益遭受特别重大损失的结果，应当对其处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

46. 以明显低于市场的价格向亲友所在单位销售商品，应定何罪？

[案情介绍]

被告人刘某系某国有砂布厂经营办公室的业务员，被告人孔某系该厂经营办公室主任。1998年，繁风五金经营部（个体性质）负责人燕某到砂布厂经营部找业务员刘某联系购买砂布事宜，要刘某提供帮助，所得利润共同分成。刘某答应后找到有权定价和负责在市区销售本厂砂布的经营办公室主任孔某，孔某表示可按厂价下浮70%（不符下浮范围）将砂布销售给燕某。后燕某与刘某商量，先把砂布厂砂布卖给繁风五金经营部，然后再由刘某、孔某帮繁风五金经营部把砂布销售给孔某所辖销售的业务单位，所得利润孔某、刘某与燕某各得50%，孔某认可。后孔某带燕某到其所辖销售的业务单位，要求他们按砂布厂的价格下浮2%买繁风五

金经营部的砂布，其下属单位表示同意。繁风五金经营部从中获取差价6.3万元，刘某分得现金1.6万元，孔某分得现金2 700元。

[法律介绍]

本案中，刘某与孔某以明显低于市场的价格向朋友所在单位销售砂布的行为构成《刑法》第166条规定的为亲友非法牟利罪。

根据《刑法》第166条的规定，所谓为亲友非法牟利罪，是指国有公司、企业、事业单位的工作人员，利用职务便利，以权谋私，致使国家利益遭受重大损失的行为。

为亲友非法牟利罪的构成特征是：(1) 本罪侵犯的客体是国有公司、企业、事业单位的合法利益。(2) 客观方面表现为利用职务便利，以权谋私，致使国家利益遭受重大损失的行为。(3) 本罪的犯罪主体是特殊主体，只有国有公司、企业、事业单位的工作人员才可成为本罪的主体。(4) 主观上是出于故意，即明知其行为损害了本单位的利益，却为照顾其亲友，仍然决意为之。

为亲友非法牟利罪容易和滥用职权罪相混淆。滥用职权罪，是指国家机关工作人员滥用职权，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

为亲友非法牟利罪与滥用职权罪的主要区别在于以下几点：(1) 二罪所侵犯的客体不同。滥用职权罪侵犯的客体是国家机关的正常管理活动。为亲友非法牟利罪侵犯的客体是国有公司、企业、事业单位的合法利益。(2) 客观方面表现

不同。滥用职权罪的表现形式可以归纳为两种：其一是非法地行使本人职务范围内的权力。其二是超越其职权范围而实施有关行为。为亲友非法牟利罪的客观方面表现为以下几种方式：其一是将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营的。其二是以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品，或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品的。其三是向自己亲友经营管理的单位采购不合格商品的。(3) 二罪的主体不同。滥用职权罪的主体，只能由国家机关工作人员构成。国家机关工作人员之外的人员，包括国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、人民团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，都不能成为本罪的主体。而为亲友非法牟利罪，只有国有公司、企业、事业单位的工作人员才可成为该罪的主体。(4) 二罪的职权范围不同。滥用职权罪中的“职权”，是指国家机关工作人员所特有的行政职权。为亲友非法牟利罪中“职权”，仅限于本单位与其他个人或单位发生经济业务往来时行使的职权，即国有单位作为经营者的一方时，该单位的工作人员从事该项经营业务的职权。

本案中，刘某、孔某为了获取非法利益，将本厂的砂布低价出售给个体户燕某，并利用自己的职务便利，又将燕某低价买进的砂布高价销售出去，损害了国家和他人的利益，其行为符合为亲友非法牟利罪的要求，应当依照《刑法》第166条的规定定罪处罚。

47. 因严重不负责任被骗构成犯罪吗？

〔案情介绍〕

山东省某进出口公司的经理吴某于 1998 年和美国赛特公司签订了一份购销合同，由该进出口公司向美国赛特公司出口大蒜。有关部门经过调查，认为美国赛特公司的资信状况不好，交易风险大，曾向这家进出口公司提出警告，但这家公司经理吴某不听劝告，仍一意孤行，而且不依照有关程序 and 规定对赛特公司的资信状况作进一步的核实，就贸然向赛特公司发出价值 400 万美元的大蒜。1999 年，赛特公司突然宣告破产，使山东这家公司的大蒜款分文未收回。

〔法律分析〕

本案中，吴某签订、履行合同失职被骗的行为已经构成了《刑法》第 167 条规定的签订、履行合同失职被骗罪。

所谓签订、履行合同失职被骗罪，是指国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员，在签订、履行合同过程中，因严重不负责任被诈骗，致使国家利益遭受重大损失的行为。

签订、履行合同失职被骗罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是国有公司、企业、事业单位的合法利益。（2）本罪的客观方面表现为在签订、履行合同过程中，因严重不负责任被诈骗，致使国家利益遭受重大损失的行为。具体有以下三个条件：第一，本罪只能发生在签订、履行合同过程中。第二，必须是严重不负责任被诈骗。严重不负责任，是

指没有按规定的程序，严格、谨慎地审查合同的形式、内容，签订合同的对方的主体资格、履约能力，或者明知对方主体不合格、无履约能力而与之签订合同，在履行合同的过程中没有及时采取必要措施，导致合同未能履行或未能完全履行。表现形式或者是盲目轻信，不认真审查对方的资信、主体资格或履约能力，或者是贪图个人私利，不关心产品的质量和价格，或者是违反有关规定，擅自签约。第三，使国家利益遭受重大损失。以上三个条件必须同时具备，否则不构成本罪。本案中，吴某违反规定，不调查赛特公司的资信状况，擅自签约，造成400万美元的大蒜款分文未取回，给国家利益造成重大损失，吴某的行为已经完全具备了以上的三个条件。(3) 本罪的主体是国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员。本案中，吴某的身份是国有进出口公司的经理，符合本罪的主体要求。(4) 本罪的主观方面必须是出于过失，故意不构成本罪。

在区分本罪罪与非罪时，需要注意的是：(1) 看签订履行合同的对方是否为诈骗，只有对方存在诈骗，才谈得上被骗，即对方是否具有以非法占有为目的骗取财物的行为，如对方因经营不善、意外事件或不可抗力或除被骗以外的其他原因导致不能履行合同的，不能认为对方是诈骗，因此也不存在被骗。(2) 看结果是否使国家利益遭受重大损失。本罪为结果犯，如果没有使国家利益遭受重大损失，就不构成本罪。

要将本罪与国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪区分开来。后者是渎职罪，侵犯的客体和犯罪主体都与本

罪不同。

根据《刑法》第 167 条的规定，犯签订、履行合同失职被骗罪的，对其直接负责的主管人员，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

本案中，吴某签订、履行合同失职被骗的行为完全符合《刑法》第 167 条规定的签订、履行合同失职被骗罪的犯罪构成，应当依该条规定定罪处罚。由于吴某违反规定，不调查赛特公司的资信状况，擅自签约，造成 400 万美元的大蒜款分文未取回，使国家利益遭受重大损失，应对其处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

48. 失职造成大量外汇被骗构成何罪？

[案情介绍]

胡某原系某国有进出口公司的经理，因其负责该公司的设备进口业务，所以经常与外商有业务往来，在这些往来过程中，胡某经常流露出想让自己的儿子出国留学的想法。一次，公司需要进口一套设备，由胡某负责此项业务，有许多外国公司欲出售这种设备给该公司，其中一家公司打听到胡某希望自己的儿子能够出国留学，就投其所好，允诺可以担保他的儿子出国留学，并承担留学期间的一切费用。胡某为此允诺所动，不对这家公司的履约能力进行核实，就决定从这家公司购买设备。后该公司给胡某的儿子办好了国外某大学的录取通知书及一张国外银行的信用卡，并以此为条件，

声称设备已在运输途中，要求胡某提前为其开具支票，支付货款。因该公司解决了胡某之子的留学问题，胡某在未见到该公司的设备之前，就为该公司开具了巨额外汇支票。后得知该公司当时已濒临破产，无力履约。该公司的董事、股东得到汇票后已不知去向。

[法律分析]

本案中，胡某失职造成大量外汇被骗的行为构成《刑法》第 167 条规定的签订、履行合同失职被骗罪。

全国人大常委会 1998 年制定了《关于骗取外汇、逃汇和非法买卖外汇罪的决定》，其中第 1 条第 7 款规定，金融机构、从事对外贸易经营活动的公司、企业的工作人员严重不负责任，造成大量外汇被骗或者逃汇，致使国家利益遭受重大损失的，依《刑法》第 167 条的规定定罪处罚，即依照《刑法》第 167 条规定的签订、履行合同失职被骗罪定罪处罚。

根据该决定和《刑法》第 167 条的规定，这种形式的签订、履行合同失职被骗罪，是指金融机构、从事对外贸易经营活动的公司、企业的工作人员在其业务活动中，因严重不负责任，造成大量外汇被骗或者逃汇，致使国家利益遭受重大损失的行为。

这种形式的签订、履行合同失职被骗罪的构成特征是：
(1) 本罪的客观方面表现为在业务活动中，因严重不负责任，导致大量外汇被诈骗或者逃汇，致使国家利益遭受重大损失的行为。具体地说，有以下三个条件：第一，本罪只能发生在业务活动中。在此，对于金融机构来说，其业务活动

主要是指贷款业务；对于从事对外贸易经营活动的公司、企业来说，是指其签订、履行外贸合同的活动。第二，必须是严重不负责任导致外汇被诈骗或逃汇。严重不负责任，是指没有按规定的程序，严格、谨慎地审查合同的形式、内容，签订合同的对方的主体资格、履约能力，或者明知对方主体不合格，无履约能力而与之签订合同，在履行合同的过程中没有及时采取必要措施，导致合同未能履行或未能完全履行。表现形式或者是盲目轻信，不认真审查对方的资信、主体资格或履约能力，或者是贪图个人私利，不关心产品的质量和价格，或者是违反有关规定，擅自签约。第三，使国家利益遭受重大损失。以上三个条件必须同时具备，否则不构成本罪。本案中，胡某违反规定，给国家造成重大损失，其行为已经完全具备了以上的三个条件。(2) 本罪的主体是金融机构、从事对外贸易经营活动的公司、企业的工作人员。只有金融机构、从事对外贸易经营活动的公司、企业的工作人员才可构成本罪，其他机构和公司的工作人员不能构成此罪。这里的工作人员既包括金融机构、从事对外贸易经营活动的公司、企业的主管人员，也包括负责某项具体业务的一般工作人员。本案中，胡某的身份是国有进出口公司的经理，符合本罪的主体要求。

根据《刑法》第 167 条的规定，犯签订、履行合同失职被骗罪的，对其直接负责的主管人员，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。胡某违反规定，给国家造成重大损失，应对其处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

49. 玩忽职守造成企业破产，应如何处理？

[案情介绍]

原四川省国防科工委副主任、新光工业进出口公司总经理郑某，在其主管与港商合资建立的蜀辉有限公司的过程中，严重不负责任，违反规定，不对港商作必需的资信调查，轻率地将中方股金交给港商，致使中方股金 400 万港元被不法港商骗走，给新光工业进出口公司造成了巨大的财产损失，并造成恶劣影响。

[法律分析]

本案中，郑某的行为已经构成了《刑法修正案》第 168 条规定的玩忽职守造成破产、重大损失罪。

第九届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议于 1999 年 12 月 25 日通过了《刑法修正案》。此修正案对 1997 年《刑法》第 168 条的规定作了修改，将原来该条规定的徇私舞弊造成破产、亏损罪分解为玩忽职守造成破产、重大损失罪和滥用职权造成破产、重大损失罪两个罪名。

根据《刑法修正案》第 168 条的规定，所谓玩忽职守造成破产、重大损失罪，是指国有公司、企业的工作人员，玩忽职守，造成国有公司、企业破产或者严重亏损，致使国家利益遭受重大损失的行为。

玩忽职守造成破产、重大损失罪的构成特征是：(1) 本罪侵犯的客体是国有公司、企业的财产利益。郑某的行为已经对国有公司的财产利益造成了损害。(2) 本罪在客观方面

表现为玩忽职守，造成国有公司、企业破产或者严重亏损，致使国家利益遭受重大损失的行为。具体需要符合以下几个条件：第一，前提是玩忽职守，包括行为人未认真履行法律上规定的或职务本身所要求的职守义务，或者未能正确履行职守以及逾越职守等。总之，玩忽职守的行为是多种多样的，既包括作为，也包括不作为。如果无玩忽职守的行为，而是经营失误、管理水平低下等原因，导致了国有公司、企业严重亏损或者破产的，不构成本罪。第二，造成了国有公司、企业破产或者严重亏损。公司、企业的破产，是指公司、企业因不能清偿到期债务，资不抵债，依《中华人民共和国破产法》（以下简称《破产法》）的规定宣布破产。严重亏损，是指企业盈亏相抵，亏损数额巨大的情况。第三，必须使国家利益遭受重大损失，这是构成本罪的法定结果条件。以上三个条件必须同时具备，方可构成本罪。本案中，郑某严重不负责任，不对港商作必需的资信调查，致使中方股金 400 万元港币被不法港商骗走，给新光工业进出口公司造成了巨大的财产损失的行为，完全符合本罪的客观要求。

(3) 本罪的主体是特殊主体，只有国有公司、企业的工作人员才可构成本罪的主体。郑某的身份符合该罪的主体要求。

(4) 行为人在主观方面对于造成国有公司、企业破产或者严重亏损的行为及其后果一般持间接故意，即放任的态度。行为人不一定必须具备谋取私利的目的，但行为人也可能为了私利而玩忽职守，造成国有公司、企业严重亏损的后果。

根据《刑法修正案》第 168 条的规定，犯玩忽职守造成破产、亏损罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；致使国家

利益遭受特别重大损失的，处3年以上7年以下有期徒刑。国有公司、企业、事业单位的工作人员，徇私舞弊，犯该罪的，从重处罚。

本案中，郑某的行为完全符合《刑法修正案》第168条规定的玩忽职守造成破产、重大损失罪的犯罪构成，应当依本条的规定定罪处罚。

50. 滥用职权造成国有企业严重亏损，应如何处理？

〔案情介绍〕

金某原系某县的一家国有食品加工厂的厂长。在其担任该厂厂长之前，该厂的效益还比较好。金某担任厂长之后，利用手中职权，大为其亲友谋取私利。先后将其在农村的文化水平很低的妻子和妻弟调到该厂担任要职，后又经常以极低的价格将该厂生产的食品出售给其弟和其朋友经营的小卖部，并且还任由其亲友到该厂白拿、白吃所生产的食品。其在该厂内任意妄为，提拔无能但对其溜须拍马的人，打击正直的人。其妻子和妻弟由于业务能力低下，经常犯严重错误，但金某仍拒绝将他们调离原工作岗位。由于金某一系列徇私舞弊的行为，使得该厂群心涣散，最后导致该厂严重亏损，濒临破产。

〔法律分析〕

本案中，金某的行为已经构成了《刑法修正案》第168

条规定的滥用职权造成破产、重大损失罪。

根据《刑法修正案》第168条的规定，所谓滥用职权造成破产、重大损失罪，是指国有公司、企业的工作人员，滥用职权，造成国有公司、企业破产或者严重亏损，致使国家利益遭受重大损失的行为。

滥用职权造成破产、重大损失罪的构成特征是：(1) 本罪侵犯的客体是国有公司、企业的财产利益。(2) 本罪在客观方面表现为滥用职权，造成国有公司、企业破产或者严重亏损，致使国家利益遭受重大损失的行为。具体需要符合以下几个条件：第一，前提是滥用职权。滥用职权，是指国有公司、企业的工作人员未依照法律上规定的或职务本身所具有的职权范围行使权力，或者不正确履行其职权，或者逾越其职权范围等。滥用职权往往是因为喜好玩弄权术，或出于私利。一切利用职权为自己或他人谋取各种利益的行为，都可称之为徇私舞弊。如果未滥用职权，而是经营失误、管理水平低下、不负责任、玩忽职守，导致了国有公司、企业严重亏损或者破产的，不构成本罪。第二，造成了国有公司、企业破产或者严重亏损。公司、企业的破产，是指公司、企业因不能清偿到期债务，资不抵债，依《破产法》的规定宣布破产。严重亏损，是指企业盈亏相抵，亏损数额巨大的情况。第三，必须使国家利益遭受重大损失。这是构成本罪的法定结果条件。以上三个条件必须同时具备，方可构成本罪。本案中，金某为了给其亲友谋取不法利益，无视食品厂的工人和国家的利益，以权谋私，导致人心涣散，国家利益严重受损，最终致使该国有食品厂严重亏损，其行为完全符

合该罪的客观要求。(3) 本罪的主体是特殊主体, 只有国有公司、企业的工作人员才可构成本罪的主体。金某的身份符合该罪的主体要求。(4) 行为人在主观方面对于造成国有公司、企业破产或者严重亏损的行为及其后果一般持间接故意, 即放任的态度, 并且行为人具有明显的谋取私利的目的, 但行为人为了谋取私利也可能因过失造成国有公司、企业严重亏损的后果。

根据《刑法修正案》第 168 条的规定, 犯滥用职权造成破产、亏损罪的, 处 3 年以下有期徒刑或者拘役; 致使国家利益遭受特别重大损失的, 处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

本案中, 金某的行为完全符合《刑法修正案》第 168 条规定的滥用职权造成破产、重大损失罪的犯罪构成, 应依该条定罪处罚。由于金某徇私舞弊, 通过一系列滥用职权的行为使得该厂群心涣散, 最后导致该厂严重亏损, 濒临破产, 对其应在 3 年以下有期徒刑或者拘役的量刑幅度内从重处罚。

51. 徇私舞弊低价出售国有资产的行为能否构成犯罪?

[案情介绍]

燕某原系某国有企业的厂长。因全国经济不景气, 兼之其经营不善, 该国有企业濒临破产。有关主管部门决定由燕某负责将该厂折价出售。燕某在将该厂折价出售的过程中, 为了谋取私利, 拒绝依照有关评审部门的科学评估标准进行折价, 将国有资产以远低于实际价值的价格出售给其近亲属

和朋友，或者允诺给予其“好处”的人，给国家造成了重大损失。

〔法律分析〕

本案中，燕某低价将国有资产出售给个人，造成了国有资产的流失，给国家利益造成了重大损失的行为构成《刑法》第169条规定的徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪。

根据《刑法》第169条的规定，所谓徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪，是指国有公司、企业或者其上级主管部门直接负责的主管人员，徇私舞弊，将国有资产低价折股或者低价出售，致使国家利益遭受重大损失的行为。

徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪的构成特征是：

(1) 本罪侵犯的客体是国家对国有资产的所有权和管理制度。(2) 本罪的客观方面表现为徇私舞弊，将国有资产低价折股或者低价出售，致使国家利益遭受重大损失的行为。包含以下三个条件：第一，构成本罪的前提是徇私舞弊。徇私是指谋求私利，寻求或者屈从私情，如贪图钱财、女色或者其他利益，拉结或者照顾亲朋好友及其他各种关系。舞弊是指玩弄欺骗手段，做违法犯罪之事。一切利用职权为自己或他人谋取各种利益的行为，都可称之为徇私舞弊。第二，有将国有资产低价折股或低价出售的行为。《国有企业财产监督管理条例》规定：国家是企业财产的所有者，企业对国家授予经营权的财产应承担一定的责任，即对全部法人财产及其净资产承担保值增值的责任，企业向个人、私营企业、境外投资等转让企业产权的，应当依照国务院规定的权限、程

序报经批准，并遵守法律、行政法规和国家的有关规定。企业改组为股份制，或者与其他企业、事业单位联合成新的企业法人，或者与外商合资经营、合作经营及向境外投资的，须由国家监督机构和有关部门批准。转让国有资产或折价投资入股时，必须遵守该条例的规定。将国有资产低价折股或低价出售，造成国有资产损失的，是严重违法行为。第三，致使国家利益遭受重大损失。以上三个条件同时具备，才可构成本罪。本案中，燕某为了贪图私利，低价将国有资产出售给个人，造成了国有资产的流失，给国家利益造成了重大损失，其行为完全符合该罪的客观方面要求。(3) 本罪的主体是特殊主体，即必须是国有公司、企业或者其上级主管部门直接负责的主管人员。燕某的身份符合该罪的主体要求。(4) 本罪主观方面必须是出于故意，过失不构成本罪。如果是使用的评估标准、参数或者有关资料不科学，不是故意选用错误的评估标准的，不构成犯罪。燕某的行为显然是出于故意。

根据《刑法》第 169 条的规定，犯低价折股、出售国有资产罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

本案中，燕某为了贪图私利，低价将国有资产出售给个人，造成了国有资产的流失，使国家利益遭受了重大损失，其行为完全符合《刑法》第 169 条规定的低价折股、出售国有资产罪的犯罪构成，应依该条定罪处罚。由于燕某的行为尚未给国家利益造成特别重大损失，应对其处 3 年以下有期徒刑或者拘役。

第四章

破坏金融管理秩序罪

52. 伪造美元是否犯罪？

〔案情介绍〕

1994年11月，被告人许某为获取高额利润，通过他人介绍认识了在巴中市新华印刷厂制版车间工作的被告人李某、赵某，并两次前往巴中市，要求二人为其印刷1934年版、面值为500元和100元的假美元。李、赵二人同意后，即用本车间的照相制版设备制出了美元胶片。许为此付给李、赵二人人民币各5000元。后三人又购回一台小型胶印机，由赵调试机器，试印出部分假美元。许某又付给李3000元，赵5000元。1995年6月，许出资人民币8.4万元，购回一台“北京”牌PI144DB八开胶印机及立式制版照相机，并在某酒楼租房，进行制版，印刷了大量1934年版、1966年版的假美元。1996年10月案发。

〔法律分析〕

本案中，许某伪造假美元的行为构成《刑法》第170条规定的伪造货币罪。

根据《刑法》第170条的规定，所谓伪造货币罪，是指违反国家货币管理法规，仿照货币的图案、形状、色彩、防伪技术等特征，非法制造假货币，冒充真货币的行为。

伪造货币罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是国家的货币管理制度。刑法典将伪造货币罪的范围扩大到伪造我国的货币——人民币和其他国家、地区正在流通使用中的外币，体现了对人民币和外币的平等保护和我国对国际义务的

信守。(2) 本罪的客观方面表现为违反国家货币管理法规，仿造货币的图案、形状、色彩、防伪技术等特征，非法制造假货币，冒充真货币的行为。所谓货币，包括我国的国家货币——人民币和外币。外币是指各个国家和地区正在使用和流通的货币，包括可以在我国兑换的货币，如英镑、日元、马克、美元等，也包括目前尚不能在我国随意兑换的外币，如卢布、加拿大元等。所谓伪造货币，是指仿照真货币的样式、票面、图案、颜色、质地、防伪技术等，用描绘、复印、影印、石印、机器印刷等方法，制造假货币冒充真货币的行为。一般来说，伪造的货币应当在外观或形式上能够达到与真货币基本相似的程度，足以以假乱真，使普通人误以为是真货币。如果行为人不是非法制作与真货币相似的货币，而是采用其他方法，如从画册上剪下货币的图案，然后再冒充真货币骗取他人钱财则不构成本罪，该行为具有诈骗性质，可以诈骗罪论处。本案中，许某采购胶印机用来印刷假美元，其行为符合该罪的客观要求。(3) 本罪的主体是一般主体，即任何达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人都可以构成本罪。许某符合该罪的主体要求。(4) 本罪的主观方面必须是故意，行为人不论出于什么目的，只要故意实施了非法伪造货币的行为，均可构成本罪。当然，实践中实施本罪的大多数行为人都是出于谋取非法经济利益的目的，但也不排除出于其他非法目的而故意伪造货币的情况。因此，是否出于谋取非法利益的目的，是否实际获取了非法经济利益，并不影响本罪的构成。本案中，许某伪造假美元的行为显然是出于故意。

关于构成伪造货币罪的数额标准，根据《刑法》第170条的规定，构成本罪并没有数量要求，即只要行为人实施了伪造货币的行为，不论伪造的货币数额大小，都构成伪造货币罪。但是如果行为人伪造货币的情节显著轻微、危害不大的，不认为是犯罪。

根据《刑法》第170条的规定，犯伪造货币罪的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；有下列情形之一的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产：（1）伪造货币集团的首要分子；（2）伪造货币数额特别巨大的；（3）有其他特别严重情节的。

本案中，许某伪造假美元的行为完全符合《刑法》第170条规定的伪造货币罪的犯罪构成，应依本条规定定罪处罚。由于许某伪造假美元的行为无《刑法》第170条规定的加重情节，应对其处以3年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金。

53. 陪同朋友运送假钞，是否犯罪？

[案情介绍]

杜某，男，25岁；原系某运输公司汽车司机。1998年5月4日，杜某受朋友之托，驾车陪朋友前往某市去取东西。当对方递过密码箱朋友打开查点时，他发现里面全部是钱。返回的路上，朋友告诉他那些钱是假币。当他驾车回到朋友处后，朋友以5000元酬谢他。

〔法律分析〕

本案中，杜某出于哥们义气，帮助朋友用汽车转移假币，构成出售、购买、运输假币罪。

出售、购买、运输假币罪，是指出售、购买伪造的货币或者明知是伪造的货币而运输的行为。

出售、购买、运输假币罪的主要构成特征是：（1）犯罪客观方面表现为出售、购买和运输伪造的货币。出售指出卖、销售，购买指收购、收买，运输指将假币从此地运往彼地或从彼地运往此地等。至于采取何种方式运输，不影响本罪的成立。本罪是选择式罪名，即实施其中任何一种行为都可构成犯罪，实施其中两种行为的，也不实行数罪并罚。杜某应朋友之托帮助朋友驾车将假币从外地运回，符合本罪客观方面的要求。（2）犯罪主体是一般主体，即年满16周岁、具备刑事责任能力的自然人均可构成本罪。（3）犯罪主观方面是故意，即明知是伪造的货币而出售、购买、运输。至于是否具有牟利目的，不影响本罪成立。如果不知是假币而运输的，不应以犯罪论处。

根据《刑法》第171条第1款的规定，犯出售、购买、运输假币罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处2万元以上20万元以下罚金；数额巨大的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；数额特别巨大的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产。伪造货币并出售或者运输伪造的货币的，按伪造货币罪定罪，从重处罚。

杜某具备完全刑事责任能力，出于义气帮助朋友运输假

币，虽事先不知情，但在得知朋友运输的密码箱中装的是假币时，仍决意驾车将假币带回，事后还收受朋友5 000元酬金。杜某与其朋友构成事中故意犯罪。因此，对杜某与其朋友应以出售、购买、运输假币罪论处。

54. 金融工作人员以假币换取真币的行为，构成犯罪吗？

〔案情介绍〕

李某，26岁，女，原系某市商业银行柜员。1997年11月至1998年6月，李某利用直接掌握钱款之便，将丈夫在经商过程中不慎收到的1万元假币混入真币中，同时取走1万元真币交给丈夫。

〔法律分析〕

本案中，李某作为市商业银行柜员，利用在银行工作之便将丈夫不慎获得的假币换为真币的行为，构成金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪。

金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪，是指银行或者其他金融机构的工作人员购买伪造的货币或者利用职务上的便利，以伪造的货币换取货币的行为。

金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪的主要构成特征是：（1）犯罪客观方面，表现为两种情况：其一是金融工作人员购买伪造的货币；其二是金融工作人员利用职务上的便利，以假币换取真币，即行为人利用自己管理、经手、

保管货币等职务上的便利条件，按相同的面值、张数，以伪造的货币换取真币。本罪是选择性罪名，行为人实施上述任一行为都构成犯罪，实施上述两种行为的，也不实行数罪并罚。李某实施的即为第二种方式的行为。(2) 犯罪主体是特殊主体，即金融工作人员。金融工作人员是指在金融机构工作的人员，金融机构不限于国有金融机构。李某工作的商业银行属于金融机构，李某应为金融机构工作人员。(3) 犯罪主观方面，行为必须出于故意，即行为人明知为假币而加以购买或利用职务之便将其换成真币。李某明知丈夫交给她的货币为假币，为避免损失仍利用职务之便将其换成真币，显然对其行为扰乱金融机构的正常管理秩序、损害金融机构信用持放任态度。

根据《刑法》第 171 第 2 款的规定，犯金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金或者没收财产；情节较轻的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处 1 万元以上 10 万元以下罚金。

李某身为金融机构工作人员，为避免个人损失，利用在金融机构工作之便将丈夫在经商中获得的假币换取真币，其行为构成金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪，应以该罪论处。因行为人换取的假币只有 1 万元，故行为人李某只能按照基本犯的法定量刑幅度在 3 年以上 10 年以下有期徒刑和 2 万元以上 20 万元以下罚金之内处罚。

55. 期货经纪公司工作人员购买假币，应定何罪？

[案情介绍]

王某，男，30岁，原系某期货经纪公司工作人员。1999年10月，王某因买房负债数万元。听说购买假币然后出卖可以获取暴利，于是其铤而走险去南方某省低价购进大批假币，在返回途中被警方查获。

[法律分析]

购买假币行为构成犯罪的，《刑法》共有两个罪名，即第171条第1款的出售、购买、运输假币罪和第2款的金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪。

二罪的共同特征为均侵犯国家货币管理制度，均出于故意。主要区别在于：(1) 侵犯客体上，金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪可能侵犯金融机构的财产所有权。(2) 行为方式上，出售、购买、运输假币罪表现为出售、购买和运输伪造的货币的行为；金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪表现为购买假币或利用职务之便以假币换取货币的行为。(3) 在主体上，前罪主体为一般主体，后罪则只能由金融机构工作人员构成。实际上，就行为人购买假币行为而言，确定其是构成出售、购买、运输假币罪还是金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪，取决于行为人的身份，即行为人是否金融机构工作人员。因为金融机构工作人员购买假币行为较一般人员购买假币行为具有更为严重的社

会危害性，故刑法特别规定了该罪。

因王某工作的期货经纪公司属于金融机构，因此其属于金融机构工作人员。王某身为金融机构工作人员，为偿还债务，铤而走险购进大量假币，其行为符合金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪的构成要件，应以该罪论处。但在量刑时，应较一般人员实施购买假币行为处罚严重。

56. 伪造货币并出售，该怎样处罚？

【案情介绍】

金某，女，47岁。1998年4月，金某结识并得知卢某等人伪造货币获利后，便与钟某预谋伪造货币牟利。钟某拿出2 000元人民币交给金某，让其到卢某处学习伪造货币技术。金某学成归来后，于同年6月，在家中用自制的币模、药水、纸张等工具伪造人民币12张，每张面值100元，共1 200元。这些假币票面模糊不清，无法假冒真币而被烧掉。同年12月，金某结识林某，二人共谋制造伪钞，并商定金某每伪造1 000元可获得手续费200元。林某提供了2 000元作为母币。1999年1月，金某交给林某伪造好的人民币200张，面值为100元，共2万元。林某交给金某手续费4 000元。此后，金某还伪造面值100元的人民币80张，以每张30元的价格出售，获利2 400元。

【法律分析】

本案中，金某先后与钟某、林某合伙伪造假币，共伪造

假币 292 张（包括认为无法假冒而自行销毁的），共 2.92 万元整。金某的行为构成伪造货币罪。

伪造货币罪，是指仿照货币的图案、形状、色彩等，以印刷、复印、描绘、临摹、拓印等方式，非法制造假的货币冒充真币的行为。

伪造货币罪的主要构成特征是：（1）客观方面表现为仿照货币的图案、形状、色彩等，以印刷、复印、描绘、临摹、拓印等方式，非法制造假的货币冒充真币的行为。所谓伪造货币，是指非法制造假的货币。伪造货币只要形式上同货币相似，能够使人误认为是货币，即可视为伪造货币。伪造方法多种多样，随着科学技术的发展，目前以石印、拓印、描绘等较原始的方式制造货币的行为已不多见，更多的是以高科技手段如仿制版印刷、彩色复印等手段伪造货币。犯罪分子采用电子分色制版，再用彩印和平印、胶印制造出的假币不但数量大，而且仿真程度很高，即使是金融工作人员也难辨真伪。（2）犯罪主体为一般主体，行为人只要年满 16 周岁且具有完全刑事责任能力即可构成该罪主体。（3）主观方面，行为人表现为明知自己伪造货币行为违反国家货币管理制度，是侵犯国家货币发行权、制造权的行为，仍执意为之。刑法并未要求该罪具有特定的目的，因此，不以营利为目的的伪造货币行为同样构成该罪。

伪造货币罪并非一实施伪造货币即构成犯罪，司法实践中，对情节显著轻微、危害不大的，不认为是犯罪，可根据《中华人民共和国治安处罚条例》处罚。根据有关司法解释规定，伪造货币总面值不足 500 元或者货币量不足 50 张的，

可视为情节显著轻微，不认为是犯罪，但对于曾因伪造货币受过刑罚处罚的、利用职务便利伪造货币的或有其他严重情节的，应按伪造货币罪处罚。伪造货币后又出售、使用或运输所伪造的货币的，是否构成数罪呢？司法实践中，出卖所伪造货币行为是伪造货币行为的必然发展阶段，一般作为伪造货币罪一罪处罚。

金某使用自制的币模、药水、纸张等工具先后伪造人民币 292 张，面值 2.92 万元，符合伪造货币罪的构成要件，其后出售所伪造的货币行为为前面的伪造行为吸收。因此，对金某伪造货币并出售的行为应以伪造货币罪论处。

57. 不慎获取假币，为转移损失使用假币购物是否构成犯罪？

〔案情介绍〕

苏某，女，个体商店老板。其长期从事服装业批发，每次业务都能遇到一些假币，数年下来，竟然达到了 4 000 余元。苏某感到很着急。为避免损失，苏某将这些假币集中起来，在一次进货时，全部使用了出去，但被货主识破而婉拒。于是，苏某一直持有这些假币至今。

〔法律分析〕

本案中，苏某持有并使用假币的行为构成持有、使用假币罪。

持有、使用假币罪，是指明知是伪造的货币而持有、使

用，数额较大的行为。

持有、使用假币罪的主要构成特征是：(1) 犯罪客观方面表现为两种行为：其一是持有假币的行为，其二是使用假币的行为。持有假币，是指将假币置于自己的实际控制之下的一种状态，包括带在身上或放置在任何自己可以对假币进行控制的场所。使用假币，是指将假币投入流通领域，使用假币购买商品、接受服务等。本罪是选择式罪名，只要实施两种行为之一，即构成本罪。既持有又使用假币的，不实行数罪并罚。(2) 犯罪主体是一般主体。(3) 犯罪主观方面是故意犯罪，即明知是伪造的货币而持有或使用。

根据《刑法》第 172 条的规定，犯持有、使用货币罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处 1 万元以上 10 万元以下罚金；数额巨大的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金；数额特别巨大的，处 10 年以上有期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金或者没收财产。

《中华人民共和国人民币管理条例》第 32 条规定：“单位和个人持有伪造、变造的人民币的，应当及时上交中国人民银行、公安机关或者办理人民币存取款业务的金融机构；发现他人持有伪造、变造的人民币的，应当立即向公安机关报告。”苏某因长期从事服装批发业务，不慎接受大量的假币，为避免损失将这些假币意图使用出去。苏某的行为，既是非法持有假币行为又是非法使用假币行为，因此，对苏某应以持有、使用假币罪论处。

58. 将人民币“一分为二”揭层使用是否构成犯罪？

〔案情介绍〕

胡某，男，28岁，原系某校职工。一次，胡某在买东西时，收到找回的一张揭层加工而成的10元人民币。胡某灵机一动，利用其所学到的装裱技艺，将50张100元人民币揭层后进行加工，变成100张100元的假人民币。此后，胡某多次乘天黑到校外的摊位上买东西，共用出假人民币24张。

〔法律分析〕

胡某利用装裱技艺揭层、加工人民币并使用的行为构成变造货币罪。

变造货币罪，是指以剪贴、挖补、揭层等方法，对真货币进行加工改造，使货币的面值或数量增加，数额较大的行为。

变造货币罪的主要构成特征是：（1）犯罪客观方面，表现为采用一定的加工改造方法对真货币进行加工改造。变造货币与伪造货币的区别在于：其一是手段不同，其二是变造货币数额较大的才构成犯罪。（2）犯罪主体是一般主体。（3）犯罪主观方面表现为直接故意。

根据《刑法》第173条的规定，犯变造货币罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或单处1万元以上10万元以下罚金；数额巨大的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处2万元以上20万元以下罚金。

胡某因受收到揭层人民币的“启发”，进而自己以身试

法，先后变造人民币1万元，并乘天黑用出2400元，其行为符合变造货币罪的构成要件，因此应以变造货币罪论处。

59. 擅自设立金融机构，是否犯罪？

[案情介绍]

1999年3月下旬，被告人胡某来京开始进行非法设立储蓄所的准备工作。首先，他选择一家银行并以其名义“开办”储蓄所。胡某注意到，如果选择工商行、建行等商业银行，就必须具备通存通兑的业务条件，而这对他来说是根本不可能的。结果，他选择了一家政策性银行，即国家开发银行，避开了很易使其露出马脚的问题。其后，他选择了复兴路22号丙9号内70余平米的房屋作为私设储蓄所的地点。最后，胡某私刻了“中国开发银行储蓄所管理处”和“中国开发银行行政专用章”印章，伪造了姓名为“王京成”的假居民身份证。一切准备工作就绪后，胡某便以“中国开发银行储蓄管理处副处长王京成”的身份，以“中国开发银行储蓄管理处”的名义开始非法设立储蓄所的犯罪活动。

1999年4月初，被告人胡某与复兴路22号丙9号的房屋产权单位签订了租房合同，同时交付三个月的租金2.7万余元。胡某找来装修队，要求按照储蓄所的通常样式对该处房屋加以设计、装修。他又通过人才市场，招聘何某为营业部主任、邱某为储蓄所会计，继而让何、邱二人招聘了保安员、营业员、出纳员、储蓄员等工作人员若干名，并购买大量办公用品，订购储蓄机构专用电脑软件，还安装了监控专

用的摄像头（但没有连接真正的监控设备）。胡某自己根据商业银行票证的样式，设计了一套适用于其开办的这家储蓄所的存折、定期存款凭条、利息支取凭条等 10 种银行专用凭证，并委托北京盛华印刷厂印制。他还订制了一块“国家开发银行总行营业部万寿储蓄所”铜牌并悬挂起来。当有人问及印章与铜牌的银行名称为什么不一致时，他谎称银行名称本来是同一个，只不过在英文翻译上出现了差异等等。为了尽快骗取存款，胡某一方面给招聘来的工作人员布置吸纳储蓄的定额任务，一方面多次向他人宣称，这家储蓄所的储蓄利率比其他银行高，并有一定鼓励存款的措施。

就在胡某筹备开业的时候，国家开发银行保卫处根据群众反映的情况，向公安机关举报了胡某的犯罪活动。4 月 20 日，胡某被公安机关抓获。

[法律分析]

本案中，胡某未经主管部门批准，非法设立金融机构，构成擅自设立金融机构罪。

擅自设立金融机构罪，是指未经主管机关批准，擅自设立商业银行或者其他金融机构的行为。

擅自设立金融机构罪的主要构成特征是：（1）犯罪客观方面，表现为未经主管机关批准，擅自设立商业银行或其他金融机构的行为。商业银行，指依法设立的、从事吸收公众存款、发放贷款、办理结算等业务的企业法人，如中国工商银行、中国建设银行、中国农业银行、光大实业银行等等。其他金融机构，指商业银行以外的、依法设立的经营金融业务的机

构,如保险公司、证券公司、信托投资公司、信用卡公司等等。根据《中华人民共和国银行法》、《中华人民共和国商业银行法》等法律的规定,中国人民银行按照规定审批金融机构的设立、变更、终止及其业务范围。设立商业银行,应当经中国人民银行批准,不依照法定条件、程序提交申请的,或虽提交申请但未获批准的,均属于未经中国人民银行批准。1999年12月25日颁行的《刑法修正案》进一步明确了其他金融机构的外延,即包括证券交易所、证券经纪公司、期货交易所、期货经纪公司、保险公司等。证券交易所、证券经纪公司、期货交易所、期货经纪公司的成立需要经过证券监督管理委员会的批准,而保险公司的成立需要保险监督管理委员会的批准。(2)犯罪主体是一般主体,即年满16周岁、具备完全刑事责任能力的人。单位亦可构成本罪。(3)犯罪主观方面,是故意犯罪。需要注意的是,如果是具有金融行业经营资格的单位,未经主管机关批准开设分支机构的,不构成本罪。

根据《刑法》第174条的规定,犯擅自设立金融机构罪的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处2万元以上20万元以下罚金;情节严重的,处3年以上10年以下有期徒刑,并处5万元以上50万元以下罚金。单位犯本罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照此规定处罚。

被告人胡某未经中国人民银行批准,非法设立银行的储蓄分支机构,私刻印章、伪造身份证明、印制金融票证、租赁房屋作为经营场所、招聘工作人员、悬挂储蓄所标牌,其行为已构成擅自设立金融机构罪,且情节严重,但系犯罪未

遂。需要指出的是，被告人胡某实施的一系列行为，符合数个基本或修正的犯罪构成要件，触犯数个罪名，包括非法吸收公众存款罪，擅自设立金融机构罪，伪造企业、事业单位印章罪和伪造居民身份证罪。胡某实施的伪造居民身份证和伪造企业、事业单位印章的行为，是为其开办储蓄所制造一个假身份，为擅自设立金融机构准备条件，属于手段行为。胡某以开发银行的名义租房、招工、订牌匾、印单据等等一系列设立非法金融机构的行为属于目的行为。一旦所谓的“国家开发银行总行营业部万寿储蓄所”得以设立，则必然着手实施非法吸收公众存款的犯罪行为。由此可见，伪造企业、事业单位印章和伪造居民身份证是擅自设立金融机构的手段行为，而擅自设立金融机构又是非法吸收公众存款的手段行为，它们相互间形成一个有机整体，具有牵连关系。对于牵连犯，除法律有明确规定的外，司法实践中通行做法是择一重罪处断。相比之下，伪造企业、事业单位印章罪和伪造居民身份证罪是轻罪，可不予考虑。对非法吸收公众存款罪之预备与擅自设立金融机构罪之未遂进行比较，二罪法定刑一致，但前者从宽幅度显然大于后者。因此，依照牵连犯择一重罪处断的原则，对胡某应按擅自设立金融机构罪定罪量刑。

60. 转让金融机构经营许可证，是否犯罪？

[案情介绍]

华都公司是一家具有金融行业经营资格的信托投资公司。公司在经过数年的经营后资不抵债，于是决定将金融机

构经营许可证“倒”出去，以便在破产前捞一笔。刚好J公司正在等待主管机关的批文。J公司决定提前开展业务，于是双方达成协议，J公司承继华都公司的金融行业经营资格，J公司一次性支付华都公司转让费若干。

[法律分析]

本案中，华都公司与J公司非法转让金融行业经营资格，构成转让金融机构经营许可证罪。

伪造、变造、转让金融机构经营许可证罪，是指伪造、变造、转让金融机构经营许可证的行为。

伪造、变造、转让金融机构经营许可证罪主要构成特征是：(1) 犯罪客观方面表现为伪造、变造、转让金融机构经营许可证的行为。伪造，是指仿照真的金融机构经营许可证，采用复印、印刷、描绘等方法，制作假许可证。变造，是指对真的许可证采用涂改、挖补、拼剪，改变原许可证的内容。转让，是指将许可证转交他人使用。根据我国法律规定，设立金融机构必须依一定条件、程序向中国人民银行等金融监管机关申请，经审核发给经营金融业务许可证，并在工商部门办理注册登记手续后方能正式经营金融业务。(2) 犯罪主体包括个人和单位。司法实践中，多表现为单位。(3) 犯罪主观方面是故意犯罪。需要注意的是，该罪是一个行为选择的选择性罪名，同时实施伪造、变造或转让金融机构经营许可证三种行为的，也以一罪论处，不实施并罚。

根据《刑法》第174条的规定，犯伪造、变造、转让金融机构经营许可证罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并

处或者单处2万元以上20万元以下罚金；情节严重的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

华都公司为了在破产前大捞一笔，不惜违法转让金融机构经营许可证；J公司为了提前开展业务，不等正式批文下来竟接受非法转让的金融机构经营许可证。二者的行为导致未经批准的金融机构出现在社会上，严重破坏国家对金融机构的管理制度，故构成转让金融机构经营许可证罪，应受到法律的严惩。

61. 套取信贷资金高利转贷是否构成犯罪？

【案情介绍】

张某，男，28岁。其利用其父在某市银行工作的便利，软缠硬磨要求其父的同事为其贷出资金，并以此为业。在短短三年时间内，张某共从银行贷出资金5500万余元，然后转手贷给他人，从中牟取利差约700万余元。

【法律分析】

本案中，张某先套取金融机构资金，再转贷他人以获取暴利，构成高利转贷罪。

高利转贷罪，是指以转贷牟利为目的，套取金融机构资金高利转贷他人，违法所得数额较大的行为。

高利转贷罪的主要构成特征是：（1）犯罪客观方面，表

现为套取金融机构资金高利转贷他人的行为。一般而言，高利转贷行为分为两个步骤：第一步是套取金融机构的信贷资金，如伪造虚假的贷款理由，提供虚假的担保单位或担保财产，从金融机构获得利率较低的信贷资金；第二个步骤是将所套取的信贷资金高利转贷他人，从中获取非法利益。需要注意的是，高利转贷行为只有违法所得数额较大方能构成犯罪。(2) 犯罪主体包括个人和单位。(3) 犯罪主观方面表现为直接故意，并且须具备牟利的目的。

根据《刑法》第 175 条的规定，犯高利转贷罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处违法所得 1 倍以上 5 倍以下罚金；数额巨大的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处违法所得 1 倍以上 5 倍以下罚金。

张某利用与银行工作人员相熟的便利，央求为其贷出资金然后转手贷给他人，并以此牟取暴利约 700 万余元，严重破坏金融机构依法开展的正常贷款业务，谋取大量非法收入，妨害了国家对金融机构信贷资金的管理，应以高利转贷罪论处，并于数额巨大的量刑档内量刑。

62. 非法吸收公众存款，是否犯罪？

[案情介绍]

1995 年下半年至 1999 年 5 月间，李某为谋取高额利差，以做生意资金周转困难为名，用支付月息 1.5% 至 3% 不等的高息分别向江某等 28 人“借款”，并以其个人名义出具借条，非法吸收公众存款共计人民币 444 万元。其间，被

告人李某将上述吸收到的存款又以月息3%至6%不等的高息“放贷”给他人。由于高息揽存及高息“放贷”的巨大风险及“放贷”手续不完善等因素，造成被其“放贷”的500余万元款项无法收回。至案发止，有433万余元款无法归还，给众存款户造成重大经济损失。

〔法律分析〕

被告人李某违反国家有关规定，变相吸收公众存款，扰乱金融秩序，数额巨大，其行为已构成非法吸收公众存款罪。

非法吸收公众存款罪，是指违反国家金融管理法规，非法吸收公众存款，或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的行为。

非法吸收公众存款罪主要构成特征是：（1）犯罪客观方面表现为，违反国家金融法规，吸收公众存款或者变相吸收公众存款的行为。司法实践中，包括两种主要形式。吸收公众存款，是指仿照银行存款的办法但以高于银行的利率引诱公众存款，用于自己经营或者进行其他活动。变相吸收公众存款，是指采取储蓄以外的形式吸收公众闲散资金，如以擅自开办的各种“基金会”或者集资入股等形式，非法吸收公众资金。（2）犯罪主体为一般主体，包括个人和单位。（3）犯罪主观方面表现为直接故意，一般具有利用他人资金获取非法利益为目的。

认定非法吸收公众存款罪，需要注意以下两个问题：（1）刑法对本罪的规定不是以数额较大为要件，而是以“扰乱金融秩序”为要件。司法实践中处理此类案件时，应当考

考虑非法吸收存款数额的大小。对于吸收存款数额不大,不足以扰乱金融秩序的,应当视为情节显著轻微、危害不大,依《刑法》第13条规定不认为是犯罪。(2)认清本罪既遂与未遂的界限。按照刑法理论,只要实施了非法吸收公众存款的行为,扰乱了金融秩序,不论是否已经归还存款人,都构成非法吸收公众存款罪既遂。司法实践中,如果吸收公众存款还处于宣传筹划中,存款尚未吸收到便被有关部门制止,构成犯罪预备。

根据《刑法》第176条的规定,犯非法吸收公众存款罪的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处2万元以上20万元以下罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处3年以上10年以下有期徒刑,并处5万元以上50万元以下罚金。单位犯本罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照上述规定处罚。

行为人李某采取高额揽储方式非法吸收公众存款,违反金融法规规定,构成非法吸收公众存款罪。按我国金融法规规定,只有依法设立的金融机构才有权以储蓄等形式吸收公众存款,任何个人或非金融机构吸收公众存款,都是扰乱金融秩序的行为。对于非法吸收公众存款的行为,刑法规定以犯罪论处。因此,对于李某采取高额揽储方式吸收公众存款,应以非法吸收公众存款罪论处。

63. 涂改作废支票并使用, 是否犯罪?

[案情介绍]

刘某,男,27岁。刘某捡到过期作废转账支票一张,

于是将支票上的日期加以涂改，到一家商店欲购买价值9 000余元的音响，当场被商店经理发现破绽，扭送至公安机关。

〔法律分析〕

本案中，刘某涂改转账支票的行为构成变造金融票证罪和票据诈骗罪。

伪造、变造金融票证罪，是指仿照真金融票证制造假票证或者对真金融票证进行涂改、拼接、挖补等加工改造的行为。

伪造、变造金融票证罪的主要构成特征是：（1）犯罪客观方面表现为伪造和变造两种行为。犯罪对象包括：汇票、本票、支票，委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等其他银行结算凭证，信用证或者附随的单据、文件，信用卡。（2）犯罪主体包括个人和单位。（3）犯罪主观方面表现为直接故意。

根据《刑法》第177条的规定，犯伪造、变造金融票证罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处2万元以上20万元以下罚金；情节严重的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；情节特别严重的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照上述规定处罚。

行为人刘某将捡到的过期转账支票加以变造，违反《刑

法》第 177 条的规定，构成变造金融票证罪，之后行为人又使用变造的支票购物，构成《刑法》第 194 条规定的票据诈骗罪。因此，行为人刘某变造过期转账支票并加以使用构成刑法理论上的牵连犯，一般从一重罪即以票据诈骗罪处理。

64. 金融工作人员伪造国库券并出卖，应定何罪？

[案情介绍]

武某，男，29 岁，原系某工商银行工作人员。1997 年其与刑满释放人员张某认识，并向张某学会制模、印刷技术。采用此技术，武某伪造了国库券 2 万余元，并将这些伪造国库券混入发行的真国库券中发行，后为被害人所发觉。

[法律分析]

本案中，武某采用制模、印刷技术伪造国库券 2 万余元，并将这些伪造国库券混入发行的真国库券中发行的行为构成伪造、变造国家有价证券罪和贪污罪。

伪造、变造国家有价证券罪，是指伪造、变造国库券或者国家发行的其他有价证券，数额较大的行为。

伪造、变造国家有价证券罪的构成特征是：（1）伪造、变造国家有价证券罪的客观方面，表现为伪造、变造国库券或者其他有价证券的行为。国库券是国家为解决财政资金、建设资金的不足，由国家发行并由国家财政负责偿还本息的债券。国家发行的其他有价证券，是指国库券以外的、由国

家发行的以票面货币表示的权利凭证，如国家重点建设债券、国家建设债券、特种国家债券、保值的债券、政府债券等。这些债券利率较高，且有国家信用作保证，具有较强的信用。(2) 该罪主体包括自然人和单位。(3) 该罪主观方面表现为直接故意。

根据《刑法》第 178 条第 1 款的规定，犯伪造、变造国家有价证券罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处 2 万元以上 20 万元以下罚金；数额巨大的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金；数额特别巨大的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

行为人武某利用其在金融机构工作的便利，将自己伪造的国库券 2 万余元混入发行的真国库券中发行。因国库券并非人民币，武某以假国库券换取真国库券的目的行为构成贪污罪，手段行为构成伪造国家有价证券罪。因此，按照牵连犯的一般理论，对行为人应从一重处断，按照贪污罪从重处罚。

65. 伪造本公司股票牟利，构成何罪？

[案情介绍]

龙某，男，35 岁，原系某股份有限公司工人。1997 年 11 月至 1998 年 2 月，其见本公司的股票价位不断上涨，遂

产生伪造公司股票的念头。1998年4月，龙某以公司股票两张（面值100元）作样板，私刻各种图章多枚，采用复印临摹、裁剪拼凑等手段，伪造出公司股票152张。在出售时，被识破抓获。

[法律分析]

本案中，行为人龙某以营利为目的，私自伪造公司股票的行为构成伪造股票罪。

伪造、变造股票或者公司、企业债券罪，是指伪造、变造股票或者公司、企业债券，数额较大的行为。

伪造、变造股票或者公司、企业债券罪的主要构成特征是：（1）犯罪客观方面，表现为伪造、变造股票或者公司、企业债券的行为。股票是股份有限公司发给股东、表明其入股股份凭据以行使股权的凭证，是代表股权的有价证券。公司、企业债券是代表公司、企业为筹集资金而依法发行并承诺在规定日期、按规定利率还本付息而发给债权人的债权债务关系证明书，持有人有权在到期后请求公司、企业按债券规定还本付息。股票、债券涉及到公司的财产权以及信用问题，国家对股票、债券的发行均采取严格规定。该罪是行为犯，只要将股票或上述债券伪造出来，数额较大，就是本罪既遂。（2）犯罪主体包括个人和单位。（3）犯罪主观方面表现为直接故意。

根据《刑法》第178条第2款的规定，犯伪造、变造股票或者公司、企业债券罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处1万元以上10万元以下罚金；数额巨大

的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处2万元以上20万元以下罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

行为人龙某私刻各种图章多枚，采用复印临摹、裁剪拼凑等手段，伪造出公司股票152张，可谓数额较大。龙某的行为严重侵犯了公司的财产权和信用，而且侵犯了国家对股票、债券的相关管理制度，构成伪造股票罪。

66. 擅自发行公司股票，该定何罪？

【案情介绍】

1998年8月，某企业公司未经证券委、证监会批准，向社会推出了自制的“蓝天”股票，擅自发行，募集资金4000余万元。

【法律分析】

本案中，某企业公司未经证券委、证监会批准，擅自发行股票的行为构成擅自发行股票罪。

擅自发行股票或者公司、企业债券罪，是指未经国家有关主管部门批准，擅自发行股票或者公司、企业债券，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。

擅自发行股票或者公司、企业债券罪的主要构成特征是：（1）犯罪客观方面表现为，未经国家有关主管部门批准，擅自发行股票或者公司、企业债券的行为。数额巨大、后果严重或者有其他严重情节是构成本罪的必备要件。具体

而言，构成本罪的客观方面主要内容包括以下两个方面：第一，实施了未经国家有关主管部门批准，擅自发行股票或者公司、企业债券的行为；第二，数额较大、后果严重或有其他严重情节。两个条件必须同时具备，才符合本罪客观方面的要求。未经国家有关主管部门批准，擅自发行股票或者公司、企业债券的行为包括以下几种情形：行为人根本就不递交申请而擅自发行股票、债券；递交申请但未获批准而擅自发行股票、债券；虽经批准但后被主管机关撤销批准并通知发行人，仍擅自发行股票或债券；虽经批准发行但发行人超过限额发行股票、债券；虽经批准发行但未通过承销机构承销而自己直接发行；承销机构明知未经批准发行，仍同意与发行人签订协议发行股票或债券。至于数额巨大，是指行为人擅自发行股票或公司、企业的债券的发行量或募集资金数额巨大。后果严重，是指擅自发行股票、债券，严重扰乱证券发行秩序或给投资者造成巨大损失。有其他严重情节，是指多次擅自发行，动机、手段恶劣等。（2）犯罪主体是一般主体，包括自然人和单位。（3）犯罪主观方面是直接故意，即行为人明知所实施的行为未经国家有关主管机关批准而擅自发行。

根据《刑法》第 179 条的规定，犯擅自发行股票或者公司、企业债券罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处非法募集资金金额 1% 以上 5% 以下罚金。单位犯本罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

行为人某企业公司未经主管机关证券委、证监会批准，

向社会推出自制的“蓝天”股票，擅自发行，募集资金4 000余万元的行为，违反有关法律规定，严重破坏了国家对股票、债券发行的管理秩序。因此，对某企业公司应以擅自发行股票或者公司、企业债券罪定罪量刑。

67. 内幕交易行为，是否犯罪？

[案情介绍]

关某，男，43岁，原系某市证券委员会副主任。1998年7月，关某在北京开会期间，获悉沈阳某公司股票即将上市。回到沈阳，他立即把该消息告诉这家公司，并提出要买一点原始股。他熟知证券业务，知道买这种股票不会吃亏，于是买了7万元。一个半月后，关某委托深圳某家证券公司的熟人，将6万元的此类股票出手，一下子获利近百万元。

[法律分析]

本案中，关某在获得内幕信息后，迅即告知发行股票的公司，而后又利用已掌握的内幕信息自行购买该种股票，构成内幕交易、泄露内幕信息罪。

内幕交易、泄露内幕信息罪，是指证券、期货交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券、期货内幕信息的人员，在涉及证券的发行、期货交易或者其他对证券、期货交易的价格有重大影响的信息尚未公开前，买入或者卖出该证券，进行该种期货交易，或者泄露该信息，情节严重的行为。

内幕交易、泄露内幕信息罪具有以下构成特征：（1）犯

罪客观方面，表现为以下两种行为：第一，在涉及证券的发行、交易或者其他对证券、期货的价格有重大影响的信息尚未公开前，买入或者卖出该证券、期货的行为。根据《中华人民共和国证券法》（以下简称《证券法》）等法规的规定，所谓内幕信息，是指证券、期货交易活动中，涉及公司的经营、财务或者对该公司证券市场的价格、期货交易价格有重大影响的尚未公开的信息，具体包括：公司分配股利或者增资的计划；公司股权结构的重大变化；公司债务担保的重大变更；公司营业用主要资产的抵押、出售或者报废一次超过该资产的 30%；公司的董事、监事、经理、副经理或者其他高级管理人员的行为可能依法承担重大损害赔偿责任；上市公司收购的有关方案；国务院证券监督管理机构认定的对证券交易价格、期货交易价格有显著影响的其他重要信息；《证券法》第 62 条所列的各种可能对上市公司股票交易价格产生较大影响，而投资者尚未得知的重大事件。第二，在证券、期货内幕信息尚未公开前，泄露该信息的行为。实施以上行为之一，并且情节严重，即可构成本罪。（2）犯罪主体是特殊主体，即只能是以下两部分人员和单位：其一是证券交易内幕信息的知情人员，即指发行股票或者公司债券的公司董事、监事、经理、副经理及有关的高级管理人员；持有公司 50% 以上股份的股东；发行股票公司的控股公司的高级管理人员；因所任公司职务可以获取公司有关证券交易信息的人员；证券监督管理机构工作人员以及由于法定的职责对证券进行管理的其他人员；由于法定职责而参与证券交易的社会中介机构或者证券登记结算机构、证券交易服务机构

的有关人员；国务院证券监督管理机构规定的其他人员。其二是非法获取证券交易内幕信息的人员，是指通过法定渠道获取内幕信息的人员以外的非法获取内幕信息的人员。(3) 犯罪主观方面表现为故意，包括直接故意和间接故意。

根据《刑法》第 180 条的规定，犯内幕交易、泄露内幕信息罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得 1 倍以上 5 倍以下罚金；情节特别严重的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处违法所得 1 倍以上 5 倍以下罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他责任人员处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

行为人关某身为某市证券监督管理委员会的副主任，属于证券监督管理机构工作人员。利用在北京开会的机会，得知某公司股票即将上市，其先是泄露该内幕信息，后又利用该内幕信息实施内幕交易，获利近百万元，可谓情节严重。根据刑法规定，内幕交易、泄露内幕信息罪是选择性罪名。实施内幕交易和泄露内幕信息两种行为的，以一罪论处。因此，对关某应按照内幕交易、泄露内幕信息罪定罪量刑。

68. 上市公司经理对公司经营状况的评价，是否构成泄露内幕信息罪？

【案情介绍】

夏某，男，48 岁，某上市公司经理。其在上市公司即将配发新股时，向几位从事股票交易的朋友说起最近公司经营形势较好，做成几笔大买卖。这几位朋友听了夏某对公司

经营状况的评价后，纷纷买进夏某公司的股票，然后迅速脱手，获得巨额利润。

〔法律分析〕

泄露内幕信息罪，是指证券、期货交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券、期货内幕信息的人员，在涉及证券的发行、期货交易或者其他对证券、期货交易的价格有重大影响的信息尚未公开前，泄露该信息，情节严重的行为。从夏某的行为来看，似乎符合泄露内幕信息罪的构成要件，但夏某泄露的是否为内幕信息则是决定其行为是否构成泄露内幕信息罪的关键。

认定一项信息是否是内幕信息的标准是什么呢？这一标准是划清泄露内幕信息罪罪与非罪的界限的根本标准，它对行为人刑事责任的确定具有重要的意义。我国《禁止证券欺诈行为暂行办法》明确规定了内幕信息的外延，通常包括：可能对上市公司股票交易价格产生较大影响的而投资人尚未获得的重大事件；公司分配股利或增资的计划；公司股权结构的重大变化；公司债务担保的重大变更；公司营业用资产的抵押、出售或者报废一次超过资产 30%；公司股东会、董事会或监事会的决定被依法撤销；公司的董事、监事或者高级管理人员的行为可能依法负有重大损害赔偿责任；涉及发行人的重大诉讼事项；上市公司收购的有关方案；国务院证券管理部门认定的对证券价格有显著影响的其他重要信息。对于期货交易的内幕信息的确定，有待相关行政法规的出台，目前可以参照证券交易的有关规定执行。

行为人夏某泄露的关于经营状况良好的信息是否为内幕信息，应当视夏某泄露的信息是否会对证券交易价格造成较大影响。从夏某泄露的信息来看，仅仅是关于经营状况好坏的描述，可能会对证券交易价格造成某些间接的影响，但不足以认定为内幕信息。因此，对夏某不能以泄露内幕信息罪处理。

69. 泄露内幕信息行为，应如何处理？

【案情介绍】

赵某，男，47岁，某厂工人，曾因盗窃被判刑3年。赵某在一次潜入他人办公室行窃过程中，发现一份文件。上面记载某公司的经济效益急剧滑坡，准备申请破产。第二天，刚好赵某的哥哥去股市，赵某与其哥谈起这份文件，其哥深信不疑，并将这则消息告诉诸多好友。在当日股市交易过程中，该公司的股票急剧下跌，损失惨重。

【法律分析】

本案中，赵某采取非法手段获取内幕信息，然后将获取的内幕信息透露给其兄，构成泄露内幕信息罪。

我国自1980年恢复重建证券交易市场以来，证券市场迅速发展。上海、深圳两大证券交易所的交易额迅猛上升，对于筹集资金，优化结构，资产重组，市场经济宏观调控发挥了重要作用。为保证证券市场健康有序发展，除1993年国务院发布《股票发行与交易管理暂行条例》外，1998年

12月29日全国人大常委会又通过了《证券法》、《期货交易条例》，禁止一切在证券、期货交易中违反公开、公平、公正和诚实信用原则损害投资者合法权益的行为。内幕交易、泄露内幕信息罪侵犯国家对证券交易市场的管理制度和投资者的合法权益。

我国在《禁止证券欺诈行为暂行办法》中明确规定了内幕信息的内涵和外延。该规定为：“内幕信息是指为内幕人员所知悉的、尚未公开的和可能影响证券市场价格的重大信息”，“内幕信息不包括运用公开的信息和资料，对证券市场作出的预测和分析”。根据这一规定，内幕信息应具有两个基本特征，其一是秘密性，其二是重要性。

泄露内幕信息是指行为人将自己所知悉的内幕信息在该信息不应公开前，告诉他人。泄露是指将处于保密状态的信息公开化，使之进入公有领域。具体表现为：其一，将信息告知不应或无权知道该信息的人，即扩大信息公布范围。这是信息在空间范围的泄露。其二，在保密期届满前解密，即提前公布信息。这是信息在时间阶段上的泄露。事实上，信息在空间范围的泄露意味着信息在时间阶段上的泄露。一般而言，泄露内幕信息是合法获知内幕信息的人员，但不排除某些非法获得内幕信息的人员泄露内幕信息的可能。正如本案中行为人赵某行窃偶然获得内幕信息，再泄露给其哥以利于其哥从事证券交易。这属于非内幕人员的再泄密。

本案行为人赵某在行窃过程中，偶然发现关于内幕信息的文件，向其哥透露以便利交易，导致某公司股票急剧下跌。因此，对赵某应以泄露内幕信息罪论处。至于赵某的哥

哥，可按照内幕交易罪定罪量刑。

70. 传播非自己编造的证券交易虚假信息行为，应如何处理？

[案情介绍]

商某，男，44岁，原系某厂工人。其热衷于炒股，好谈股经。1998年7月其听某股市大户说某公司因走私被处罚，回到股市后未加核实就与中小散户高谈阔论，导致该公司被处罚的信息迅速传播。后查明这是大户的造市行为。然而，商某的传播导致许多散户的跟进使该公司和部分投资者遭受重大损失。

[法律分析]

本案中，商某传播他人编造的虚假信息造成股市震荡和该公司以及部分投资者的重大损失，但其行为不构成犯罪。

编造并传播证券交易虚假信息罪，是指编造并传播证券交易的虚假信息，扰乱证券交易市场，造成严重后果的行为。

编造并传播证券交易虚假信息罪的主要特征是：（1）客观方面表现为编造并传播证券交易的虚假信息，扰乱证券交易市场的行为。这里的虚假信息，是指足以误导投资者作出错误的投资决定，造成证券交易价格剧烈波动的虚假信息，如谎称某公司发生重大亏损，即将宣告破产、被兼并等。传播的方式可以是口头的，也可以利用报刊、影视或其他能使公众知悉的方式。只有传播自己编造的虚假信息，并且扰乱

市场，情节严重，才构成本罪。行为人商某传播的虚假信息是大户为造市所编造的，其本人并未实施编造虚假信息的行为。(2) 犯罪主体为一般主体，包括自然人和单位。(3) 犯罪主观方面表现为直接故意，即明知编造并传播虚假信息的行为可能导致严重后果、扰乱证券交易市场秩序，仍希望并追求该后果发生。

需要注意的是，如果商某是通过内部渠道确知该公司因走私受处罚，而在公司公布前加以传播该信息，即属于非内幕人员的再泄密，可能构成泄露内幕信息罪。所谓非内幕人员的再泄密，是指非内幕人员在获得内幕信息后，又将该内幕信息泄露给他人，使他人利用该信息买卖证券。根据我国《刑法》第 180 条的规定，内幕人员或非内幕人员，利用内幕信息买卖证券，或者根据内幕信息建议他人买卖证券，都是内幕交易。内幕人员向他人泄露内幕信息，使他人利用该信息买卖证券也是内幕交易。

本案中，行为人商某传播非本人编造的虚假信息，客观上造成了较为严重的后果，但商某在主观上并不具有编造和传播的故意，客观方面也不能完全满足“编造并传播”的行为要件。因此，对商某不能以编造并传播虚假信息罪论处。

71. 诱骗投资者买卖证券，如何定罪？

[案情介绍]

1998 年 10 月，投资大户王某和李某以每股 14 元的价格持有某上市公司的股票 14 万股。他们向某经纪人李某行

贿 5 万元后，李某向中小散户散布谣言说，他们卖出了该种股票 20 万股。许多散户信以为真，于是大量抛售该种股票。由于大量抛出，该种股票价格狂跌至每股 8 元。此时，王、林二人又以每股 8 元的价格买进该种股票 14 万股，当其他投资者意识到有投资大户的造市行为时，又纷纷买进，造成股价上扬。王、林又以每股 13 元的价格抛出该种股票 28 万股，从中获利 140 万元。

〔法律分析〕

本案中，李某因受贿变造并传播证券交易虚假信息，诱骗投资者买卖证券，造成严重后果，构成诱骗投资者买卖证券罪和受贿罪。

诱骗投资者买卖证券罪，是指证券交易所、证券公司的从业人员，证券业协会或者证券管理部门的工作人员，故意提供虚假信息或者伪造、变造、销毁交易记录，诱骗投资者买卖证券，造成严重后果的行为。

诱骗投资者买卖证券罪的主要构成特征是：(1) 犯罪客观方面表现为，用提供虚假信息或者伪造、变造、销毁交易记录等方法，诱骗投资者买入或者卖出证券，并且造成严重后果的行为。提供，既包括主动提供，也包括被动提供。提供虚假信息的方法不限。(2) 犯罪主体为特殊主体，仅包括证券交易所、证券公司的从业人员，证券业协会或者证券管理部门的工作人员。(3) 犯罪主观方面表现为直接故意，过失不构成本罪。

根据《刑法》第 181 条第 2 款的规定，犯诱骗投资者买

卖证券罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处1万元以上10万元以下罚金；情节特别恶劣的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处2万元以上20万元以下罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役。

行为人李某因接受大户林某和王某的贿赂，散布他们已先行抛出股份的谣言，导致中小散户纷纷抛出股票，最后由大户操纵了股市的交易价格，形成股市动荡，严重扰乱了证券市场的正常秩序，构成诱骗投资者买卖证券罪。至于受贿情节，作为诱骗投资者买卖证券的手段行为，构成公司、企业人员受贿罪。行为人李某实施的牵连行为构成公司、企业人员受贿罪和诱骗投资者买卖证券罪两罪，构成牵连犯，应从一重罪以诱骗投资者买卖证券罪定罪量刑。

72. 操纵证券交易价格行为，是否犯罪？

【案情介绍】

1997年12月某日，上海证券交易所收市时，渤海公司证券部通过四个A字头个人账户，以连续交易和不转移证券所有权的虚买虚卖的方式拉高本公司股票的价位，使该股票当日收盘价比前日上涨102%。据统计，从12月1日至12月23日，渤海公司证券部先后动用资金2001万元，买入本公司股票398万股，并将其与12月1日前存量84万股全部抛出，获利近600万元。

〔法律分析〕

操纵证券交易价格罪，是指以各种手段操纵证券交易价格，获取不正当利益或者转嫁风险，情节严重的行为。

操纵证券交易价格罪的主要构成特征是：(1) 犯罪客观方面，表现为四种行为方式：第一，单独或者合谋，集中资金优势、持股优势或者利用信息优势联合或者连续买卖，操纵证券交易价格的；第二，与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易或者相互买卖并不持有的证券，影响证券交易价格或者证券交易量的；第三，以自己为交易对象，进行不转移证券所有权的自买自卖，影响证券交易价格或者证券交易量的；第四，以其他方法操纵证券交易价格的。(2) 犯罪主体为一般主体，包括自然人和单位。(3) 犯罪主观方面是故意犯罪且要求具备获取不正当利益或转嫁风险的目的。

根据《刑法》第 182 条的规定，犯操纵证券交易价格罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得 1 倍以上 5 倍以下罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

渤海公司单独利用资金优势，以自己为交易对象自买自卖，操纵证券交易价格，牟取巨额暴利，情节严重。因此，对渤海公司应按照操纵证券交易价格罪定罪量刑。对渤海公司处以罚金，对其证券部的主管人员和直接责任人员在 5 年以下有期徒刑或者拘役的量刑幅度内处以刑罚。

73. 编造保险事故骗取赔偿，该定何罪？

[案情介绍]

万某，女，33岁，原系某非国有保险公司工作人员。其在该非国有保险公司工作期间，利用职务便利，以假名签订保单，虚构保险事故，共骗得公司保险金额20万元。

[法律分析]

本案中，万某利用职务之便，虚构保险事故进行虚假理赔，数额巨大，构成职务侵占罪。

职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。

职务侵占罪的主要构成特征是：（1）职务侵占罪的客观方面表现为行为人利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。具体而言包括以下三个条件：第一，行为人必须利用职务上的便利。所谓利用职务上的便利，是指行为人利用自己在职务上所具有的主管或者管理、经手本单位财物的方便条件。如果行为人仅仅是利用工作上的便利条件，侵占本单位财物的行为，不能认定为本罪。第二，实施了非法占有本单位财物的行为。非法占有，包括侵吞、窃取、骗取等各种手段。非法占有的财物不是本单位的，则不构成本罪。第三，数额达到较大程度。所谓数额较大，是指行为人侵占本单位财物行为的社会危害性已达到应负刑事责任的数额标准。（2）职务侵占罪的主体为特殊主

体，即只有公司、企业或者其他单位中的非国家工作人员才能构成。(3) 在主观方面，行为人是出于直接故意，并具有非法占有的目的。需要特别注意的是，《刑法》第 183 条第 1 款规定，保险公司的工作人员利用职务便利，故意编造未曾发生的保险事故进行虚假理赔，骗取保险金归自己所有的，以职务侵占罪论处。

根据《刑法》第 271 条第 1 款的规定，犯职务侵占罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处 5 年以上有期徒刑，可以并处没收财产。

行为人万某，属于非国有保险公司工作人员。其利用职务便利，编造保险事故并进行虚假理赔，骗得巨额保险金，应以职务侵占罪论处。按照万某实施的职务侵占犯罪行为的数额和情节，应在第二个量刑档次即“5 年以上有期徒刑，可以并处没收财产”内处刑。

74. 孙某制造保险事故骗取赔偿，应如何处理？

[案情介绍]

孙某，男，41 岁，原系某国有保险公司工作人员。其在工作期间，恰逢有客户骗保，被公司查获。孙某认为该客户“太笨”，由此心生借骗保“发财”的想法。孙某利用职务便利，与客户杜某、林某合谋，先签订保单，再制造保险事故，向公司提出索赔。通过此种方式，孙某共骗得保险金额 15 万元。

〔法律分析〕

本案中，行为人孙某作为国有保险公司工作人员，利用职务便利，与客户杜某、林某合谋，先签订保单，再制造保险事故，共向公司索赔15万元，这一行为构成贪污罪。

贪污罪，是指国家工作人员或者受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有资产的人员，利用职务便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。

贪污罪的主要构成特征是：（1）贪污罪的客观方面表现为行为人利用职务上的便利，以侵吞、窃取、骗取或者其他手段侵占财物的行为。利用职务便利和侵占财物必须同时具备，不可或缺，而且二者之间必须具有实质的、紧密的联系。职务便利，是指职务范围内的权力和地位所形成的主管、管理、经手、经营财物的有利条件。非法占有形式多样，法律上将其概括为侵吞、窃取、骗取或其他手段。所谓侵吞，是指行为人利用职务便利，将暂时由自己合法管理、支配、使用或经手的财物非法据为己有。所谓窃取，是指行为人利用职务便利，秘密地将其本人暂时合法管理、支配、使用或经手的财物据为己有。所谓骗取，是指行为人利用职务便利，虚构事实，隐瞒真相，进而非法占有公共财物。（2）贪污罪的主体是特殊的主体，具体包括：国家机关工作人员，国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员，国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企事业单位或者其他国有单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体中从事公务的人员，其他依

照法律从事公务的人员，受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有资产的人员。为加强
对国有金融机构工作人员的贪污行为的惩治与防范，《刑法》
第 183 条规定，国有保险公司工作人员和国有保险公司委派
到非国有保险公司从事公务的人员利用职务上的便利，故意
编造未曾发生的保险事故进行虚假理赔，骗取保险金归自己
所有，数额较大的，也应当以贪污罪论处。本案行为人孙某
的行为正是此种情形。

司法实践中，常常发生具备贪污罪主体身份的人与其他
人员相勾结，侵占本单位财产的情形，如本案孙某勾结杜
某、林某二人共同骗保。对此种情况，《刑法》第 382 条第
3 款作出了明确规定，即与符合贪污罪主体资格的人相勾
结，伙同贪污的，以贪污罪的共犯论处，即对所有共同犯罪
人均以贪污罪定罪处罚。

根据《刑法》第 383 条的规定，犯贪污罪的，应当根据
贪污的数额大小和其他情节，分为四个量刑档次予以处罚。
(1) 个人贪污数额在 10 万元以上的，处 10 年以上有期徒刑
或者无期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处死
刑，并处没收财产。(2) 个人贪污数额在 5 万元以上不满
10 万元的，处 5 年以上有期徒刑，可以并处没收财产；情
节特别严重的，处无期徒刑，并处没收财产。(3) 个人贪污
数额在 5 000 元以上不满 5 万元的，处 1 年以上 7 年以下有
期徒刑；情节严重的，处 7 年以上 10 年以下有期徒刑。个
人贪污数额在 5 000 元以上不满 1 万元，犯罪后确有悔改表
现、积极退赃的，可以减轻处罚或者免于刑事处罚，由其所

在单位或者上级主管机关给予行政处分。(4) 个人贪污数额不满5 000元，情节较重的，处2年以下有期徒刑或者拘役；情节较轻的，由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。对多次贪污未经处理的，按照累计贪污数额处罚。

孙某与杜某、林某共同实施的贪污犯罪，既侵犯公务人员公务行为的廉洁性，又侵犯公共财产所有权。因此，对孙某与杜某、林某应以贪污罪论处。按照案件的数额和情节，应在第一个量刑档次“10年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产”内处刑。

75. 金融业务中收受回扣，该如何处理？

[案情介绍]

胡某，男，50岁，原系中国建设银行某部门工作人员。胡某在中国建设银行工作期间，利用职权及地位之便利，在为某公司办理150万元储备贷款过程中，于1998年5月、10月、11月，共收受北京市经纶商贸公司给予的贷款“手续费”5万元。现赃款已被追缴。

[法律分析]

本案中，胡某身为国有商业银行工作人员，利用职权便利为他人办理贷款收受“手续费”，构成受贿罪。

受贿罪，是指国家工作人员利用职务便利，收取他人贿赂的行为。

受贿罪主要构成特征是：(1) 受贿罪的客观方面表现为

行为人利用职务上的便利，收取他人贿赂的行为。具体而言，受贿罪客观方面具有两大基本特征：第一，行为人必须利用职务上的便利。所谓利用职务便利，是指利用主管、负责或者承办某项公共事务的职权或者与职务相关的便利条件。第二，行为人必须实施了受贿的行为。司法实践中，受贿行为方式具体表现为：其一，索取他人财物，即行为人在公务活动中主动向他人索要财物，包括向他人勒索财物。不论行为人在索取他人财物后是否为他人谋取了利益，均可构成受贿罪。其二，非法收受他人财物，为他人谋取利益，即在行贿人主动向行为人提供财物时，行为人不予拒绝，而予以非法接受，并许诺、着手或已经在公务活动中为行贿人谋取利益的行为。被动地收受贿赂行为构成受贿罪，必须同时具备“非法收受他人财物”和“为他人谋取利益”两个要件。其三，斡旋受贿，即国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的行为。其四，收受回扣、手续费。所谓回扣，是指在经济往来中，卖方从货款中返还给买方单位或委托代理人的款项。所谓手续费，是指在经济往来中，买卖双方当事人或居间活动的经纪人因从事经济活动而获取的酬金。(2) 受贿罪主体是特殊主体，仅限于国家工作人员。(3) 受贿罪主观方面表现为直接故意。

根据《刑法》第 386 条的规定，受贿罪共分四个量刑档次：(1) 个人受贿数额在 10 万以上的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处死

刑，并处没收财产。(2) 个人受贿数额在 5 万元以上不满 10 万元的，处 5 年以上有期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处无期徒刑，并处没收财产。(3) 个人受贿数额在 5 000 元以上不满 5 万元的，处 1 年以上 7 年以下有期徒刑；情节严重的，处 7 年以上 10 年以下有期徒刑。个人受贿数额在 5 000 元以上不满 1 万元，犯罪后确有悔改表现、积极退赃的，可以减轻处罚或者免于刑事处罚，由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分。(4) 个人受贿数额不满 5 000 元，情节较重的，处 2 年以下有期徒刑或者拘役；情节较轻的，由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。对多次受贿未经处理的，应当按照累计受贿数额处罚。索贿的从重处罚。

行为人胡某在中国建设银行工作期间，利用职权及地位之便利，收受办理储备贷款“手续费”5 万元。其行为是否构成犯罪，需要认定手续费的性质。手续费是经济活动中必要的交易手段，但并非所有的手续费都是正当、合法的。我国反不正当竞争法明确规定，经营者销售或者购买商品可以明示方式给对方折扣，可以给中间人佣金，接受折扣、佣金的经营者必须如实入账。《刑法》第 385 条第 2 款规定，如果国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，在账外私自收受回扣、手续费，归个人所有的，应当以受贿论处。显然，胡某为他人办理贷款收受的“手续费”，不属于经济往来中的手续费。但此手续费是否为合法报酬呢？合法报酬，是公民在法律、政策允许的范围内，为他人提供智力或体力劳动而获得的报酬。国家工作人员在本职工作以外，在法

律、政策允许的范围内，利用业余时间为他人提供智力或体力劳动，获得报酬的，不能构成受贿罪。例如，国有单位的科技人员在完成本职工作并且不利用本单位的技术成果、不损害本单位的技术经济利益的前提下，利用业余时间从事有偿技术服务收取报酬的，不能以受贿论处。但是，如果国家工作人员在业余时间，利用职务上的便利为他人谋取利益，获得报酬的，则应以受贿论处。因此，对于胡某利用职务便利为他人办理贷款并收受“手续费”的行为，应以受贿罪论处。按照胡某受贿的数额和情节，应在第二个量刑档次即“5年以上有期徒刑，可以并处没收财产”内处刑。

76. 期货经纪公司工作人员挪用客户资金，应定何罪？

〔案情介绍〕

杨某，男，34岁，原系非国有期货经纪公司工作人员。杨某在为客户代理期货交易时，利用职务便利，挪用客户资金炒股，因所买股票被“套牢”而案发。杨某前后共挪用客户资金15万元，发案时已还5万元，有10万元客户资金无法归还。

〔法律分析〕

本案中，杨某在非国有期货经纪公司工作期间，利用职务便利挪用客户资金炒股的行为构成挪用资金罪。

挪用资金罪，是指公司、企业或者其他单位中的工作人

员，利用职务便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过3个月未还的，或者虽未超过3个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的行为。

挪用资金罪的主要构成特征是：(1) 挪用资金罪的客观方面表现为行为人利用职务便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人的行为。包括两个方面：第一，行为人必须实施了挪用本单位资金的行为。具体表现为三种情况：其一，挪用资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大，超过3个月未还的。这种情形构成本罪必须具备数额较大、挪用时间超过3个月、案发时尚未归还三个条件。其二，挪用资金虽未超过3个月，但数额较大、进行营利活动的。这种情形构成挪用资金罪，数额较大和进行营利活动是必备要求，没有时间长短的限制。其三，挪用资金用于非法活动，包括挪用资金归个人或者他人用于非法活动，如用于洗钱、走私、骗汇、贩毒等活动。这种情形构成挪用资金罪，既没有挪用时间的限制，也没有案发前归还与否的要求。第二，行为人的挪用行为必须是利用了其职务便利。所谓职务便利，是指行为人利用其在本单位中所担任的主管、掌管、管理本单位资金的职权和形成的便利条件。没有利用职务便利，不能构成本罪。(2) 挪用资金罪的主体是特殊主体，仅限于公司、企业或者其他单位中的非国家工作人员。(3) 挪用资金罪主观方面表现为直接故意，且具备非法暂时取得本单位资金的使用权的目的。

根据《刑法》第272条的规定，犯挪用资金罪的，处3

年以下有期徒刑或者拘役；挪用本单位资金数额巨大的，或者数额较大不退还的，处 3 年以上 10 以下有期徒刑。不退还，是指挪用资金后因挥霍或者其他原因而无法归还。不退还只是量刑的一个情节，并不改变挪用的性质。

杨某作为非国有期货经纪公司工作人员，利用职务便利，挪用客户资金炒股，数额巨大。该行为表面上侵犯的是客户资金，实际上客户资金存放于单位归单位占有和支配，单位对该资金负有保管和合理使用的义务。如果资金因单位的不法使用出现不测，单位对客户应负责任。杨某的行为侵犯的是单位资金，构成挪用资金罪。因此，对杨某应按照挪用资金罪定罪量刑。

77. 挪用单位资金，应如何处理？

[案情介绍]

王某，男，26 岁，原系某国有信托投资公司证券营业部资金柜台出纳员。潘某，女，23 岁，原系某国有信托投资公司证券营业部资金柜台复核员。

王某、潘某在该国有信托投资公司证券营业部资金柜台分别担任出纳员、复核员期间，经合谋分别于 1997 年 11 月、12 月间，利用职务便利，以虚存资金的手段擅自将本单位的资金 257 万元人民币划入其亲属及朋友的股民资金账户，进行股票交易。其中，王某使用资金 246 万元，潘某使用资金 11 万元。现被挪用的赃款已全部退还该单位。

[法律分析]

本案中，王某与潘某利用在国有信托投资公司工作的便利，挪用单位资金进行股票交易，数额巨大，构成挪用公款罪。

挪用公款罪，是指国家工作人员利用职务便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动，或者挪用公款数额较大、进行营利活动，或者挪用公款数额较大、超过3个月未还的行为。

认定挪用公款罪，需要注意挪用公款罪的两个客观方面特征：其一是行为人必须利用职务便利；其二是行为人挪用公款归个人使用。两个条件不可或缺，且必须紧密联系。根据刑法的规定，挪用行为包括以下三种法定行为方式：（1）挪用公款归个人使用，进行非法活动，即挪用公款归个人使用，实施国家法律、法规禁止的违法犯罪行为。根据最高人民法院于1998年4月6日作出的《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》的规定，这种情形以挪用公款5000元至1万元为构成犯罪的起点。（2）挪用公款数额较大，进行营利活动。营利活动包括开办公司、投资办厂、炒作股票等牟利活动。此种情形要求挪用公款数额较大，但不受挪用时间超过3个月未还的限制。根据相关司法解释，挪用公款数额较大的起点为1万元至3万元。（3）挪用公款数额较大、超过3个月未还。包括挪用公款用于非法活动、营利活动以外的其他合法事项，如个人消费、建造住房、支付医药费等。此种情形，必须同时具备挪用数额较大、挪用时间（从挪用之日起至案发之日）超过3个月未还两个条件。

多次挪用公款不还的，挪用公款数额累计计算；多次挪用公款，并以后次挪用的公款归还前次挪用的公款的，挪用公款数额以案发时尚未归还的实际数额认定。

挪用公款罪的主体为特殊主体，仅限于国家工作人员。根据《刑法》第93条的规定，国家工作人员是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，视为国家工作人员。在主观方面，挪用公款行为人必须出于直接故意，并且有非法挪用公款归个人使用的犯罪目的。

根据《刑法》第384条的规定，犯挪用公款罪的，分为以下三个量刑档次分别处罚：（1）挪用公款数额较大的，处5年以下有期徒刑或者拘役。数额较大，在挪用公款归个人使用进行非法活动的情形，是指挪用公款5000元至1万元以上；其他挪用公款犯罪情形，是指挪用公款1万元至3万元以上。（2）挪用公款情节严重的，处5年以上有期徒刑。根据相关的司法解释，情节严重，是指挪用公款数额巨大，或者数额虽未达到巨大，但挪用公款手段恶劣；多次挪用公款；因挪用公款严重影响生产、经营，造成严重损失等情形。挪用公款5万元至10万元以上的，属于挪用公款归个人使用进行非法活动的“情节严重”的情形之一。挪用公款数额巨大，是指挪用公款15万元至20万元以上。（3）挪用公款数额巨大不退还的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。不退还，是指由于客观原因在判决确定前不能退还。根

据相关司法解释，如果挪用正在生息或者需要支付利息的公款归个人使用，数额较大，超过3个月，但在案发前已全部归还本金的，可以从轻处罚或者免除处罚，给国家、集体造成的利息损失应予追缴。挪用公款数额巨大，超过3个月，案发前全部归还的，可以酌情从轻处罚。

行为人王某与潘某合谋挪用公款进行股市交易，这种行为是否构成挪用公款罪？这需要区分挪用公款罪与合法借款、挪用公款罪与挪用资金罪的界限。区分挪用公款罪与合法借款的关键在于行为人是否利用职务上的便利和是否履行了合法的借款手续。如果行为人利用职务上的便利，未履行必要的借款手续，即私自将公款挪作个人使用的，则构成挪用公款罪。如果行为人根据财务制度，履行了必要的借款手续后借用公款的，则是合法借款。挪用公款罪与挪用资金罪在客观方面都表现为利用职务上的便利，挪用单位的货币资金归个人使用，都具有日后归还的意图。二者的区别主要在于犯罪主体不同。挪用公款罪的主体是国家工作人员，而挪用资金罪的主体则是公司、企业或者其他单位中除国家工作人员以外的其他工作人员。就行为人王某与潘某合谋挪用单位资金炒股行为而言，行为人主体身份为国家工作人员，并未办理任何手续而挪用单位资金炒股，侵犯公务行为的廉洁性和公款的所有权中的占有权、使用权和收益权。因此，对行为人王某和潘某应以挪用公款罪论处。按照其挪用公款的数额和该犯罪行为的情节，应在第二个量刑档次即“5年以上有期徒刑”处刑。

78. 违反规定向亲友发放贷款，能否构成犯罪？

〔案情介绍〕

丁某，男，48岁，原系某国有商业银行信贷部信贷员。其在该国有商业银行信贷部工作期间，利用职务便利，为其弟多次办理无担保贷款120万元，以济其弟生意周转之急。后其弟做生意亏本，导致银行损失近100万元。

〔法律分析〕

本案中，丁某利用职务之便，为其弟办理无担保贷款，结果导致银行巨额损失，其行为构成违法向关系人发放贷款罪。

违法向关系人发放贷款罪，是指银行或者其他金融机构的工作人员违反国家金融法规，向关系人发放信用贷款或者发放担保贷款的条件优于其他借款人同类贷款的条件，造成较大损失的行为。

违法向关系人发放贷款罪的主要构成特征是：（1）犯罪客观方面，表现为违反国家金融法规向关系人发放信用贷款或者担保贷款的条件优于其他借款人同类贷款的条件，造成较大损失的行为。依照《中华人民共和国商业银行法》规定，关系人，是指商业银行的董事、监事、管理人员、信贷业务人员及其近亲属，及上列人员投资或者担任高级管理职务的公司、企业和其他经济组织。给予关系人优惠条件，主要在贷款数额、贷款利率等方面。（2）犯罪主体是特殊主体，仅限于银行或其他金融机构的工作人员，也可以是金融

单位。(3) 犯罪主观方面表现为故意，包括直接故意和间接故意。

根据《刑法》第 186 条第 1 款的规定，犯违法向关系人发放贷款罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处 1 万元以上 10 万元以下罚金；造成重大损失的，处 5 年以上有期徒刑，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

行为人丁某利用在某国有商业银行信贷部工作的便利，为其弟多次办理无担保贷款共 120 万元，最终导致银行损失近 100 万元。丁某的身份符合金融机构工作人员的要求，其实施的行为严重违反银行法规的规定。因此，丁某的行为构成违法向关系人发放贷款罪。按照行为的情节及发放贷款的数额，对丁某可在第二个量刑档次即“5 年以上有期徒刑，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金”内处刑。

79. 发放贷款造成重大损失，应定何罪？

[案情介绍]

宋某，男，34 岁，原系某商业银行信贷科科长。其在任职某商业银行信贷科科长期间，将信用贷款违法发放给“把弟”王某，导致 85 万元银行巨额贷款不能收回。

[法律分析]

本案中，宋某违反法律、行政法规，将信用贷款发放给

“把弟”，导致银行巨额损失的行为构成违法发放贷款罪。

违法发放贷款罪，是指银行或者其他金融机构的工作人员违反国家银行法规，向关系人以外的其他人发放贷款，造成重大损失的行为。认定违法发放贷款罪需要注意以下几点：（1）必须违反法律或行政法规规定，未违反法律、行政法规规定而发放贷款的行为不可能构成该罪。行为人宋某未审核其“把弟”的资信状况即发放贷款，明显违反相关银行法规规定。（2）必须造成重大损失，造成重大损失是构成该罪的必备要件。向非关系人发放贷款未能造成重大损失的不能构成犯罪。如果本案中行为人宋某向王某发放贷款未造成巨额损失，则应以违反银行法规规定的行政处分处理。

违法向关系人发放贷款罪与违法发放贷款罪的主体、客体、主观方面相同，因此在认定行为构成此罪与彼罪时应特别加以注意。二罪区别在于：（1）前罪发放贷款的对象是关系人，而后罪的对象是关系人以外的任何人。（2）前罪行为是向关系人发放信用贷款或担保贷款条件优于其他借款人同类贷款的条件，而后罪是指一切违法贷款行为。（3）前罪要求造成较大损失，而后罪要求造成重大损失。

根据《刑法》第186条第2款的规定，犯违法发放贷款罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处1万元以上10万元以下罚金；造成特别重大损失的，处5年以上有期徒刑，并处2万元以上20万元以下罚金。单位犯该罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

行为人宋某未审核其“把弟”的资金信用状况即发放贷款，违反银行法规规定，且发放贷款造成巨额损失，构成违法发放贷款罪的必备要件。从贷款对象来看，行为人宋某贷款的对象是其“把弟”，不属于《中华人民共和国商业银行法》规定的“关系人”范围（商业银行的董事、监事、管理人员、信贷业务人员及其近亲属，上列人员投资或者担任高级管理职务的公司、企业和其他经济组织）。因此，行为人宋某的行为构成违法发放贷款罪。按其发放贷款的数额，应当在第二个量刑档次即“5年以上有期徒刑，并处2万元以上20万元以下罚金”处刑。

80. 非法拆借账外客户资金发放贷款，是否构成犯罪？

〔案情介绍〕

杜某，男，42岁，原系某证券经纪公司经理。其在证券公司工作期间，有朋友向其提出欲以高额利息贷款800万元，且短期内予以偿还。杜某认为这是一个公司很好的发展机会，经公司会议决定，以吸收客户资金不入账方式贷出800万元，3个月收回。后贷款对象携款潜逃，发放贷款未能收回分文。

〔法律分析〕

本案中，某证券公司在暴利诱惑下，以吸收客户资金不入账方式非法发放贷款，造成重大损失的行为构成用账外客

户资金非法拆借、发放贷款罪。

用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪，是指银行或者其他金融机构的工作人员以牟利为目的，采取吸收客户资金不入账的方式，将资金用于非法拆借、发放贷款，造成重大损失的行为。

用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪的主要构成特征是：(1) 犯罪客观方面，表现为吸收客户资金不入账，以之非法拆借或发放贷款，以致造成重大损失的行为。非法拆借，是指非法将账外资金挪借给他人或单位使用。重大损失是构成本罪的必备要件。(2) 犯罪主体是特殊主体，仅限于在银行或其他金融机构的工作人员和单位。(3) 犯罪主观方面表现为直接故意，且具备为个人或单位非法牟利的目的。

根据《刑法》第 187 条的规定，犯用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金；造成特别重大损失的，处 5 年以上有期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金。单位犯该罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

行为人某证券公司受暴利诱惑，在公司经理杜某的操纵下，经公司会议决定，以吸收客户资金不入账的方式发放贷款，以牟取暴利，最终导致特别重大损失。行为人的行为构成用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪。该案是一起典型的单位犯罪。在量刑上，应对单位即该证券公司在“5 万元以上 50 万元以下罚金”内处刑，对单位主管人员即该证券公司经理杜某在“5 年以上有期徒刑”内处刑。

81. 金融机构工作人员违规出具信用证，应定何罪？

【案情介绍】

冯某，男，38岁，原系某市农行办事处副主任。朱某，男，24岁，原系某市农行办事处信贷员。

为让A商店购买广东某公司2400台彩电，冯某与朱某为该商店办理了款额分别为80万元和580万元的商业承兑汇票。但该商店逾期未能承付贷款时，冯某与朱某明知该商店账户上只有4.5万元，仍擅自向广东出售2400台彩电的公司出具了担保两张汇票延期付款的保函，并加盖了该办事处的业务专用章。广东公司见有银行保函，便将彩电如约发出，但A商店却无力付款。广东公司向法院起诉，导致该办事处损失600多万元的巨款。

【法律分析】

本案中，行为人冯某和朱某违法出具金融票证，造成较大损失的行为构成非法出具金融票证罪。

非法出具金融票证罪，是指银行或者其他金融机构的工作人员违反国家金融法规规定，为他人出具信用证或者其他保函、票据、存单、资信证明，造成较大损失的行为。

非法出具金融票证罪的主要构成特征是：（1）非法出具金融票证罪的客观方面，表现为违反国家金融法规规定，为他人出具信用证或其他保函、票据、存单、资信证明，以致造成较大损失的行为。未造成较大损失的，不构成该罪，只

能给予行政处分。(2) 犯罪主体为特殊主体，仅限于银行或其他金融机构工作人员和单位。(3) 犯罪主观方面表现为故意。司法实践中，违规出具金融票证可以出自多种动机。动机如何，只影响量刑而不影响定罪。

根据《刑法》第 188 条的规定，犯非法出具金融票证罪，造成较大损失的，处 5 年以下有期徒刑或拘役；造成重大损失的，处 5 年以上有期徒刑。

行为人冯某和朱某在商业银行工作期间，明知出具保函的对象资信不合格，仍然出具保函，违反行政法规规定，且违法出具保函的行为造成了重大损失。因此，本案行为人构成非法出具金融票证罪。按行为的情节和出具金融票证的数额，应在第二个量刑档次即“5 年以上有期徒刑”内量刑。

82. 承兑违法票据造成重大损失，是否构成犯罪？

[案情介绍]

龙某，女，34 岁，原系某商业银行工作人员。其在商业银行工作期间，应朋友之托，违反票据承兑操作规程，为朋友承兑一张面额为 1 000 万元的汇票。后发现该票据纯系伪造。在公安部门的大力协助下，银行及时挽回了巨额损失。

[法律分析]

本案中，行为人龙某应朋友之托，违反票据法规定承兑

非法票据，造成重大损失的行为构成对违法票据承兑、付款、保证罪。

对违法票据承兑、付款、保证罪，是指银行或者其他金融机构的工作人员在票据业务中，对违反票据法规定的票据予以承兑、付款或者保证，造成重大损失的行为。

对违法票据承兑、付款、保证罪的主要构成特征是：(1) 本罪的客观方面，表现为行为人在票据业务中，对违反票据法规定的票据予以承兑、付款或者提供保证，造成重大损失的行为。票据业务，是银行或其他金融机构的一项重要业务。票据包括汇票、本票和支票。(2) 犯罪主体为特殊主体，限于银行和其他金融机构以及其工作人员，既包括自然人又包括单位。(3) 犯罪主观方面表现为故意。认定该罪，需要注意两点：其一是必须违反票据法；其二是必须造成重大损失。

根据《刑法》第 189 条的规定，犯对违法票据承兑、付款、保证罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；造成特别重大损失的，处 5 年以上有期徒刑。单位犯该罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照上述规定处罚。

行为人龙某明知朋友的票据存在一定问题，出于义气违反行政法规规定为朋友承兑非法票据，构成故意。龙某行为是否造成巨额损失，应视其行为本身的结果，而不是行为之后他机关或他人努力挽回损失的结果。龙某非法承兑票据的行为结果使银行巨额损失已经造成，而损失的挽回是银行与公安机关努力的结果。因此，该案中行为人龙

某实施的非法承兑票据已造成巨额损失，构成对违法票据承兑、付款、保证罪。按照其行为的情节和对违法票据承兑的数额，应当在第二个量刑档次即“5年以上有期徒刑”内处刑。

83. 骗购外汇行为，应如何处理？

〔案情介绍〕

1998年1月，某市机械进出口公司在向中东某国出口运输机械时，出口创汇总额30万元。当时，该公司外汇额度偏紧，便将此笔外汇通过该国代理商方某存在该国银行。1999年1月，该公司伪造进口报关单冲销此笔外汇。1999年4月，该公司与国内一家石油精炼厂达成进口一套石油催化设备的协议。该公司通过方某在存有外汇的该国购入一套设备，共计27万余元，以该公司私存于该国的外汇支付。然后，该公司将该套设备卖给石油精炼厂，销售总额达人民币220万余元，该公司从中牟取非法收入50万余元。

〔法律分析〕

本案中，某市机械进出口公司构成骗购外汇罪和逃汇罪。

骗购外汇罪，是指采用各种弄虚作假的欺骗手段，从国家外汇指定银行购买外汇，数额较大的行为。1998年12月29日全国人大常委会通过的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》中新增设了骗购外汇罪的罪名。

骗购外汇罪的主要构成特征是：(1) 本罪的客观方面，表现为采取各种欺骗手段，从外汇指定银行购买外汇，数额较大的行为。具体包括以下三种行为方式：其一，使用伪造、变造的海关签发的报关单、进口证明、外汇管理部门核准件等凭证和单据的；其二，重复使用海关签发的报关单、进口证明、外汇管理部门核准件等凭证和单据的；其三，以其他方法骗购外汇的。伪造、变造海关签发的报关单、进口证明、外汇管理部门核准件等凭证和单据，并用于骗购外汇的，依照本罪从重处罚。明知是用于骗购外汇而向其提供人民币资金的，应认定为骗购外汇罪的共犯。(2) 犯罪主体是一般主体，包括个人和单位。(3) 犯罪主观方面表现为直接故意。

根据《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第1条的规定，犯骗购外汇罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处骗购外汇数额5%以上30%以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处骗购外汇数额5%以上30%以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处骗购外汇数额5%以上30%以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，对单位依照上述规定判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑或者拘役；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。

1997年下半年，随着亚洲金融危机的发展，一些不法分子利用我国当年逐步放宽外汇管制的条件，千方百计骗购外汇，涉案金额巨大，严重破坏国家金融秩序与经济的稳定。本案中，某市机械进出口公司即为一例。该公司先通过方某将外汇私自存放于境外，后伪造进口报关单冲销此笔外汇。该公司的这一行为构成骗购外汇罪。需要注意的是，该公司在逃汇后又实施了骗购外汇的行为，其骗购外汇行为为前述逃汇行为的结果行为，因此，虽然该公司逃汇后又骗购外汇的行为触犯逃汇罪与骗购外汇罪两个罪名，但构成牵连犯，应依“从一重处断”原则按骗购外汇罪定罪量刑。按照行为的情节和所骗外汇的数额，应在第二个量刑档次即“5年以上10年以下有期徒刑或者拘役”内处刑。

84. 非法转移外汇至境外，是否构成犯罪？

[案情介绍]

案例一：新华公司系某市外贸进出口公司。1998年12月，该公司在与香港某公司进行粮食出口贸易时，将出口创汇总额68万美元中的40万美元存放在香港账户上，仅将其余的28万元汇回中国银行账户上，卖给中国银行。为达到逃避外汇管理局的监督以达到自行保留这笔外汇的目的，该公司串通香港公司以“资金不足，难以迅速收回货款”为由拖延这笔外汇的回收。随后，该公司以呆账形式将该账目挂起来，达到了逃脱外汇管理机关监管、私自占有该笔外汇的目的。1999年案发。

案例二：某机械厂是我国纺织机械骨干企业之一，1998 年进行技术设备改造时，经有关部门批准，允许其进口德国设备与技术。1998 年 10 月，德方设备和技术人员到达该厂，经双方努力于 1999 年试运行成功。经计算，厂方应向德方支付 237 万美元，但该厂却高报费用，向上级报告用汇 270 万美元，骗取外汇 33 万美元，并私自存放于国外。

[法律分析]

两案中，新华公司与某机械厂均构成逃汇罪。

逃汇罪，是指公司、企业或者其他国有单位，违反国家规定，擅自将外汇存放境外，或者将境内的外汇非法转移到境外，情节严重的行为。

逃汇罪的主要构成特征是：(1) 犯罪客观方面，表现为违反国家外汇管理法规规定，擅自将外汇存放境外，或者将境内的外汇非法转移到境外且情节严重的行为。(2) 逃汇罪是纯正单位犯罪，犯罪主体只能是公司、企业，或者其他单位。(3) 犯罪主观方面表现为直接故意。

根据全国人大常委会 1998 年 12 月 29 日通过的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第 3 条的规定，犯逃汇罪的，对单位判处逃汇数额 5% 以上 30% 以下罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处 5 年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者有其他严重情节的，对单位判处逃汇数额 5% 以上 30% 以下罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处 5 年以上有期徒刑。

案例一中，新华公司作为某市外贸进出口公司，在进行粮食出口贸易时，将出口创汇存放境外而未卖给外汇指定银行，最后以呆账形式冲销。案例二中，某机械厂进口外国设备与技术，高报进口费用，骗取外汇美元并私自存放于国外。二者的行为都违反了外汇管理法规，将外汇存放境外，且情节严重，构成逃汇罪。按照二者行为的情节和逃汇的数额，应当在第二个量刑档次即对单位在“逃汇数额5%以上30%以下罚金”内处刑，对单位主管人员和其他直接责任人员在“5年以上有期徒刑”处刑。

85. 在外汇交易中心外买卖外汇，应如何处理？

【案情介绍】

郭某，男，24岁，原系某市工人。1999年1月，郭某得知东南沿海地区的美元黑市汇率要远远低于北京、石家庄等地，随即萌发倒买倒卖外汇以牟取暴利的念头。1999年10月，郭某携带巨款前往东南沿海准备倒买倒卖外汇牟利。几经周折，其终于购得黑市美金5.5万元，后在北京、石家庄等地多次倒买倒卖外汇牟利，至被捕前已倒买倒卖外汇4万余元，从中牟取暴利近8万元人民币。

【法律分析】

本案中，行为人郭某倒买倒卖外汇牟取暴利的行为构成非法经营罪。

非法买卖外汇行为，从广义说，是指违反外汇管理法

规，进行外汇买卖的行为，包括私自买卖外汇、变相买卖外汇以及倒买倒卖外汇。私自买卖外汇，通常表现为行为人未经外汇管理局及其分支局批准，擅自在外汇指定银行和中国外汇交易中心及其分中心以外买卖外汇。变相买卖外汇，通常表现为不直接进行外汇和人民币的买卖，而以其他形式出现。倒买倒卖外汇，通常表现为违反国家有关规定，以获取非法利润为目的，倒买倒卖外汇及外汇权益。狭义的非法买卖外汇行为，仅指在国家规定的外汇交易场所外进行外汇买卖的行为。

根据 1998 年 12 月 29 日通过的《关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》第 4 条的规定，在国家规定的交易场所以外非法买卖外汇，扰乱市场秩序，情节严重的，根据《刑法》第 225 条的规定定罪处罚。对于单位实施上述非法买卖外汇行为，构成犯罪的，根据《刑法》第 231 条的规定处罚。至于非法买卖外汇行为“情节严重”与“情节特别严重”的标准，刑法未作明确规定。司法实践中，可以参照《关于审理骗购外汇、非法买卖外汇刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的有关规定。情节严重包括：非法买卖外汇 20 万美元以上的；违法所得 5 万元人民币以上的。对情节特别严重未作解释。非法买卖不同币种的外汇的，以案发时国家外汇管理机关制定的统一折算率折合。

本案中，行为人郭某在黑市购得 5.5 万美元，多次倒买倒卖外汇牟利，属于情节严重，构成非法经营罪。根据《刑法》的规定，应在“5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得 1 倍以上 5 倍以下罚金”内处刑。

86. 为毒品犯罪分子提供账户，应如何处罚？

[案情介绍]

丁某，46岁，原系某国有企业负责人员。其在朋友的巨额贿赂下，决定以企业账户为毒品犯罪分子隐瞒钱财。在丁某的主管下，该国有企业召开会议决定提供账户，收取“账户租赁费”30%，即每存入一笔钱，即提取30%的“纯收入”。通过这种方式，该国有企业很快扭亏为盈，丁某也成为企业的“功臣”。至案发时，该国有企业共为毒品犯罪分子洗钱1200万元，获利360万元。此外，丁某还收受毒品犯罪分子的贿赂20万元。

[法律分析]

本案中，丁某所在国有企业为毒品犯罪分子提供资金账户，共洗钱1200万元，该单位构成洗钱罪。行为人丁某除构成洗钱罪外，还因收受巨额贿赂构成受贿罪。

洗钱罪，是指明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、走私犯罪的违法所得及其产生的收益，仍采用掩饰、隐瞒其来源和性质的方法使违法所得及其收益合法化的行为。洗钱罪的主要构成特征是：(1)本罪客观方面表现为以下五种法定行为方式：提供资金账户的；协助将财产转换为现金或者金融票据的；通过转账或者其他结算方式协助资金转移的；协助将资金汇往境外的；以其他方法掩饰、隐瞒犯罪的违法所得及其收益的性质和来源的。(2)犯罪主体为一般主体，包括自然人和单位。(3)犯罪主观方面表现为直接故意。

根据《刑法》第 191 条的规定，犯洗钱罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处洗钱数额 5% 以上 20% 以下罚金；情节严重的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处洗钱数额 5% 以上 20% 以下的罚金。单位犯该罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

行为人某国有企业为牟取巨额暴利，扭亏为盈，经公司会议决定，为毒品犯罪分子提供资金账户，帮助其转移钱财，其行为构成洗钱罪。丁某作为国有企业的负责人员，在国有企业决定提供资金账户时起关键作用，同时其还收受贿赂 20 万元，构成受贿罪。因此，对该国有企业应当按洗钱罪在“洗钱数额 5% 以上 20% 以下”内处刑；对于行为人丁某应当按洗钱罪与受贿罪依牵连犯的“从一重处断”原则实施并罚。

第五章

金融诈骗罪

87. 非法集资骗人钱财，该如何处罚？

[案情介绍]

某工贸总公司（私营企业）原总经理姬某为了扩大和兴建她的私人企业，图谋向社会集资。在取得该公司董事长权某的同意后，姬某未经有关部门批准，就挂起“集资办公室”的牌子，以3%月利息、6个月付息、1年后还本金的方法，采取开据三联单的形式，擅自以其企业的名义公开向社会集资。为了吸取更多的资金，达到非法占有的目的，姬某、权某等人以高额存款利率（3%月息）为诱饵，并且利用存款和取款的时间差，拆东墙补西墙，最初如数对一些集资户还本付息，从而骗取了人们的信任。致使2.3万余户上当受骗，非法集资金额高达3.6亿余元，其中大部分被姬某、权某任意支配和挥霍，致使1.7亿余元不能返还。

[法律分析]

姬某和权某的行为构成集资诈骗罪。

所谓集资诈骗罪，是指行为人以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大的行为。

集资诈骗罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是国家对金融的正常管理秩序和广大集资公众的财产所有权。（2）本罪在客观方面表现为行为人使用诈骗的方法，进行非法集资的活动，而且行为人非法欺诈集资数额达到了较大的程度。非法集资，是指行为人未经有关主管部门批准或违反批

准的内容，通过不正当的途径向社会公众募集资金。使用诈骗的方法，是指行为人以非法占有为目的，采取编造谎言、捏造或隐瞒事实真相等方法，诱使广大集资公众信以为真，自愿将自己的资金支付给集资诈骗人。同时，本罪的构成还必须集资数额达到一定的程度。（3）本罪的主体是一般主体，即达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的自然人都可以构成本罪。单位也可以构成本罪。自然人实施本罪，一般都是以公司、企业或其他组织的名义进行集资诈骗，此时就应注意自然人主体和单位主体的区别。如果虽然以单位名义实施，但是没有体现单位的整体意志，即使为单位谋取了一定的利益，仍应认定为自然人犯罪。（4）本罪在主观方面是出于故意，并具有非法占有集资款的目的。必须是行为人明知自己的行为会产生破坏金融管理秩序和侵犯他人财产所有权的危害结果，而仍然希望这种结果发生。同时行为人还必须具有非法占有集资款项的目的。不能仅以集资人没有按照约定的条件及时偿还集资款和红利，就认定行为人犯有集资诈骗罪，还应当仔细分析行为人是否具有“非法占有”的目的，这是区别集资诈骗罪与集资借贷纠纷之间的界限。具体地说，应当考虑以下几点：是否携带集资款潜逃；是否滥用集资款或挥霍浪费，致使集资款无法偿还；是否将集资款用于非法活动，致使集资款无法偿还；是否具有其他欺诈行为，拒不返还集资款或者致使集资款无法返还。

依据我国《刑法》第192条、第199条、第200条的规定，如果自然人以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处2万

元以上 20 万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或无期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金或者没收财产；数额特别巨大并且给国家和人民利益造成特别重大损失的，处无期徒刑或死刑，并处没收财产。如果单位犯集资诈骗罪，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或无期徒刑。

本案中姬某、权某的行为明显符合本罪的构成要件，构成集资诈骗罪，应当根据有关法律规定予以处罚。

88. 使用假存单作担保，骗取银行贷款犯什么罪？

【案情介绍】

1998 年 1 月，钱某、张某、顾某三人以宁波市某开发公司的名义，来到该市建设银行某区支行，要求以两张金额分别为 500 万元和 2 000 万元的整存整取定期存单作抵押，申请贷款 1 000 万元。为了鉴定该存单的真伪，该支行向出具该存单的建行海口市分行某办事处查询，证实该办事处的印章已经被盗并宣布作废，钱某、张某、顾某三人所持的两张存单系别人伪造而成。

[法律分析]

钱某、张某、顾某的行为构成贷款诈骗罪（未遂）。

所谓贷款诈骗罪，是指行为人以非法占有为目的，采取捏造事实或隐瞒真相的手段，诈骗银行或者其他金融机构的贷款，数额较大的行为。

贷款诈骗罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是银行或其他金融机构的财产所有权以及国家对金融机构贷款的管理制度。（2）本罪在客观方面表现为诈骗银行或者其他金融机构贷款，数额较大的行为。除了使用伪造存单、将根本不存在的资产作为担保外，其他可以构成本罪的欺骗手段还包括编造引进资金、项目等虚假理由，使用虚假的经济合同，使用虚假的证明文件，超出抵押物价值重复担保等等。构成本罪还必须是骗取贷款数额较大的行为。数额是否较大，是区分本罪罪与非罪的重要界限。（3）本罪的主体是一般主体，即达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的自然人。单位不能构成本罪。（4）本罪的主观方面是出于直接故意，并且具有非法占有的目的。实践中，经常发生从银行或者其他金融机构获得贷款，但到期拖欠不还或无力偿还的情况，而这些行为是否构成本罪就要看其在贷款时是否采用了欺骗手段及是否有非法占有贷款的目的，有些人在贷款时也可能使用了一定的欺骗手段，但如果行为人在主观上不具有非法占有贷款的目的，不构成本罪。

依照我国《刑法》第193条的规定，行为人以非法占有为目的，诈骗银行或者其他金融机构的贷款，数额较大的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处2万元以上20万元以

下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产。

如果银行或者其他金融机构的工作人员，与进行贷款诈骗活动的犯罪分子内外勾结，相互串通，为贷款诈骗活动提供帮助，则以共犯论处。

在本案中，钱某、张某、顾某三人的行为侵犯了本罪的客体；三人共同实施了欺骗行为，即使用伪造的两份巨额存单，并将根本不存在的2500万元资产作为担保，以骗取银行发放贷款，符合本罪的客观方面要件；三人均符合本罪的主体要件；在主观方面，钱某、张某、顾某明知自己与他人共同实施的行为会产生破坏国家信贷管理制度和侵犯公私财产所有权的危害后果，而仍然希望这种后果发生，同时此三人主观上还具有非法占有贷款的目的。因此，三人的行为构成贷款诈骗罪，应按有关法律规定予以处罚。

89. 用空头支票支付货款是犯罪吗？

[案情介绍]

被告人胡某为了达到骗取财物的目的，在某地银行开立了一个银行支票账户。实际上胡某账户内只有几百元钱，但他却利用签发空头支票的手段，连续在一些高档购物中心购买了摄像机、影碟机、电视机及洋烟、洋酒等价值10多万元的物品。

[法律分析]

按照我国《刑法》的有关规定，胡某的行为已经构成了票据诈骗罪。

所谓票据诈骗罪，是指明知是伪造、变造、作废的票据而使用，或者冒用他人的票据，或者签发空头支票或者与其预留印鉴不符的支票，或者签发无资金保证的汇票、本票，或者在出票时作虚假记载骗取财物，数额较大的行为。

本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是复杂客体，即国家对金融票据的管理制度和公私财产的所有权。（2）本罪在客观方面表现为实施了下列任何一种形式的诈骗方式，并且犯罪数额较大的行为：明知是伪造、变造的票据而使用；明知是作废的票据而使用；冒用他人的票据；为骗取财物，签发空头支票或者与其预留印鉴不符的支票；为骗取财物，汇票、本票的出票人签发无资金保证的票据或者在出票时作虚假记载。构成本罪，还要求犯罪数额较大，行为人虽实施了票据诈骗行为，但数额不是较大的，不构成犯罪。（3）本罪的主体是一般主体，即达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的自然人。单位也可以构成本罪。（4）本罪在主观方面必须是故意，并且具有非法占有他人财物的目的。如果仅仅实施了签发空头支票的行为，但行为人主观并非故意，则不构成此项犯罪。如乙厂与丙厂签订合同约定，丙厂于月底将所欠乙厂的货款全部还清。将至月底，乙厂遂向甲公司开出支票，支付其购买的材料款，但由于丙厂违约，致使乙厂向甲公司签发的支票成为空头支票。因该案中乙厂并

无骗取甲公司材料款的故意和目的，故不构成票据诈骗罪。

根据《刑法》第194条第1款、第199条、第200条的规定，个人犯票据诈骗罪，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处2万元以上20万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产；数额特别巨大并且给国家和人民利益造成特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。单位犯此罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑；数额特别巨大的或者有特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。

本案中胡某即是采用了签发空头支票的方法来骗取财物的。所谓空头支票，是指出票人签发的支票金额超过其在银行（或者其他金融机构）现有的存款金额的支票。胡某实施了签发空头支票的行为，并且其在主观上也有骗取财物的目的，所以胡某的行为符合本罪的构成要件，应定票据诈骗罪，按有关法律规定予以处罚。

90. 使用伪造的汇票骗取钱物，如何定罪？

[案情介绍]

被告人徐某系广东省某贸易发展公司业务部承包人。其

从1997年开始，蓄谋实施金融票据诈骗活动。徐某将广东省某进出口总公司营业部作为其冒充开出汇票的单位，想方设法搞到该营业部在银行所留印签的复印件，伪造了该单位的支票专用章、负责人名章，进而伪造了该进出口总公司营业部汇款人民币100万元的银行汇票委托书一份。同年11月30日，银行通过验印审查该票汇委托书后，开出了一份正式汇票交给徐某，并通知了汇入行。徐某在汇入行将100万元转到一贸易公司账户上，之后又经他人帮助将该款转到香港，套取港币130万元。

[法律分析]

徐某的行为已经构成票据诈骗罪。

所谓票据诈骗罪，是指明知是伪造、变造、作废的票据而使用，或者冒用他人的票据，或者签发空头支票或者与其预留印鉴不符的支票，或者签发无资金保证的汇票、本票，或者在出票时作虚假记载骗取财物，数额较大的行为。

本罪的构成特征是：(1) 侵犯的客体是国家对票据的管理制度和管理秩序，以及公私财产的所有权。(2) 本罪在客观方面表现为实施了下列任何一种形式的诈骗方式，并且犯罪数额较大的行为：明知是伪造、变造的票据而使用；明知是作废的票据而使用；冒用他人的票据；为骗取财物，签发空头支票或者与其预留印鉴不符的支票；为骗取财物，汇票、本票的出票人签发无资金保证的票据或者在出票时作虚假记载。(3) 本罪的主体是一般主体，即达到刑事责任年

龄、具有刑事责任能力的自然人，单位也可以构成本罪。

(4) 本罪在主观方面必须是故意，并且具有非法占有他人财物的目的。过失不构成本罪。如果行为人是出于过失或其他原因，不具有骗取财物目的，则不能构成此罪。

根据《刑法》第194条第1款、第199条、第200条的规定，个人犯票据诈骗罪，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处2万元以上20万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产；数额特别巨大并且给国家和人民利益造成特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。单位犯此罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑；数额特别巨大的或者有特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。

本案中徐某即是采用了使用伪造的票据的手段来骗取财物的，并且徐某的行为符合本罪其他构成特征，因此构成票据诈骗罪。

91. 为多取存款涂改银行存单，该定何罪？

[案情介绍]

1998年10月5日，被告人宋某在一公共厕所内拾得某

实业公司经理王某于当日上午遗失的内有存款 9.6 万元的活期储蓄存折一本。宋某顿生发财之心，他回到家中将存折上的金额改为 19.6 万元，于当日上午 11 时找到某工商银行储蓄所，填写了一张 15 万元的取款凭条，并签上假名张军，连同存折一起交给营业员严某。当严某询问为啥王某本人不来时，被告人宋某谎称王某工作太忙，委托他来，骗取了严某信任，取走了 15 万元。

[法律分析]

被告人宋某的行为构成了金融凭证诈骗罪。

所谓金融凭证诈骗罪，是指以非法占有为目的，使用伪造、变造的委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等其他银行结算凭证进行诈骗，数额较大的行为。

本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是复杂客体，行为人不仅侵犯了国家对金融的管理制度和金融秩序，同时也侵犯了公私财产的所有权。本罪的犯罪对象是金融凭证，即委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等除票据以外的银行结算凭证。（2）本罪在客观方面表现为使用伪造、变造的委托收款凭证、汇款凭证、银行存单及其他银行结算凭证的行为。行为人使用的金融凭证，必须是伪造、变造的。所谓伪造，是指未经国家有关部门批准，非法印制金融凭证的行为；所谓变造，是指在真实、合法的金融凭证的基础上或者以真实的金融凭证为基本材料，通过剪接、挖补、涂改等手段，对金融凭证的主要内容，非法加以改变的行为。如果是行为人自己伪造、变造，而后加以使用，则构成本罪与伪

造、变造金融票证罪的牵连犯，从一重罪即本罪处断。行为人使用伪造、变造的委托收款凭证、汇款凭证、银行存单等其他银行结算凭证诈骗数额较大财物的，才能构成本罪。(3) 本罪的主体是一般主体，即达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的自然人，单位也可以构成本罪。(4) 本罪在主观方面只能是出于故意，间接故意和过失都不可能构成本罪，行为人在主观上还必须具有非法占有的目的。

根据《刑法》第194条第2款的规定，犯本罪的，依照票据诈骗罪的法定刑处罚，即处5年以下有期徒刑或者拘役，并处2万元以上20万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产；数额特别巨大并且给国家和人民利益造成特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。单位犯此罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑；数额特别巨大的或者有特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。

本案中宋某使用伪造、变造的银行存单冒充他人领取存款，其行为明显符合本罪构成要件，应按金融凭证诈骗罪处罚。

92. 利用“软条款”信用证进行诈骗，如何定罪处罚？

[案情介绍]

1998年5月，大连某贸易公司与美籍华人马克的美华企业公司签订了销往香港5万立方米花岗岩砌石的合同，总金额1950万美元。美方通过香港某银行开出了上述合同项下的第一笔信用证，金额190万美元，购买5000立方米花岗岩砌石。该信用证规定：货物只能待收到开证人指定船名的装运通知书后才能装运，而该装运通知将由开证银行以修改方式发出。我方贸易公司收到信用证后，将质押金260万元人民币付给了买方的指定代表。装船前，马克派代表来产地验货，以货物质量不合格为理由，拒绝发出装运通知，使货物滞留在产地，中方公司根本无法发货收汇。质押金260万元人民币白白丧失。据查，马克已多次采用类似方法骗取国内出口商的质押金、佣金。

[法律分析]

美籍华人马克的行为已构成信用证诈骗罪。

所谓信用证诈骗罪，是指以非法占有为目的，利用信用证进行诈骗的行为。

本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是我国金融管理制度中的信用证管理制度和他人的财物所有权。（2）本罪在客观方面具体表现为实施了下列几种方式进行诈骗：使用伪造、变造的信用证或者附随的单据、文件；使用作废的信

用证；骗取信用证，即欺骗银行为其开立信用证；以其他方法进行信用证诈骗活动，这主要是指利用“软条款”信用证进行诈骗活动。所谓“软条款”信用证，也称为“陷阱”信用证，其特征在于它赋予了开证申请人或者开证银行单方面的主动权，使得信用证可以随时因开证银行或开证人单方面的行为而消除，从而使信用证受益人承担较大的风险。(3) 本罪的主体为一般主体，即达到法定责任年龄、具备刑事责任能力的自然人都可成为本罪的主体，单位也可以成为本罪的主体。按目前情况来看，信用证诈骗犯罪中许多是境外的犯罪分子所为。如果境外不法分子实施的信用证诈骗行为和危害结果均发生在我国领域内，或者诈骗行为实施于国外而危害结果发生于我国境内，或者诈骗行为在我国领域内实施，而危害结果发生在国外，均可以对其适用我国刑法追究刑事责任。(4) 本罪的主观方面为直接故意，并且行为人在主观上具有非法占有的目的，也就是说行为人希望或追求非法占有他人财物。

根据《刑法》第 195 条、第 199 条的规定，犯信用证诈骗罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金或没收财产；数额特别巨大并且给国家和人民造成特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。根据《刑法》第 200 条的规定，单位犯信用证诈骗罪的，对单位判处

罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处 5 年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑。

本案中马克实施了使用“软条款”信用证进行诈骗的行为。本案中的信用证规定船名、装运通知须开证人同意，开证银行将以修改书的形式另行通知，明显符合“软条款”信用证的特征，从而使开证人单方面获得主动权，可以随便找借口拒绝发出装运通知，因而造成货物滞留、质押金被骗。马克的行为构成信用证诈骗罪，应按有关法律规定予以处罚。

93. 恶意透支信用卡构成犯罪吗？

【案情介绍】

刘某于 1996 年 12 月 10 日依有关章程在中国银行某支行领取了长城信用卡。刘某自开户以来一直多取少存。1998 年 1 月 1 日，扣除其信用卡年费后仍然欠资 16.84 元。在 1998 年 1 月 24 日至 1998 年 2 月 11 日间，刘某通过异地柜员机连续限额取现，突击消费，高额透支 131 笔，共 10.795 1 万元，之后，刘某为逃避债务，携带款物外逃。

【法律分析】

刘某的行为构成信用卡诈骗罪。

所谓信用卡诈骗罪，是指违反有关信用卡管理规定，采

取使用伪造或作废的信用卡、冒用他人信用卡或者恶意透支等方式，诈骗公私财物，数额较大的行为。

本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是复杂客体，即信用卡管理制度和公私财产所有权。（2）本罪在客观方面表现为利用信用卡进行诈骗的行为。根据《刑法》第196条的规定，具体包括以下四种表现行为：使用伪造的信用卡的行为；使用作废的信用卡的行为；冒用他人信用卡的行为；恶意透支的行为。所谓透支，是指持卡人在其信用卡账户余额不足或为零的情况下，经过银行的批准，以超过其账上资金的额度支用款项的行为。根据透支金额的大小、期限和动机，可将透支分为善意透支和恶意透支。善意透支，是指持卡人根据信用卡的管理规则，在规定的范围内短时期地透支，或者虽然超过透支额度，但事先征得发卡行同意和授权所进行的透支。恶意透支，是指持卡人以非法占有为目的，超过规定的限额或者限期透支，并且经发卡银行催收后依然不归还的行为。实施上述四种行为，进行信用卡诈骗的，必须达到数额较大的才能构成犯罪。（3）本罪的主体是一般主体，即达到法定刑事责任年龄、具有刑事责任能力的任何自然人都可以成为本罪的主体。单位不可以成为本罪的主体。（4）本罪在主观方面必须出自故意，并且具有非法占有公私财物的目的。

根据《刑法》第196条的规定，行为人以使用伪造或作废的信用卡、冒用他人的信用卡、恶意透支等方法，进行信用卡诈骗活动，数额较大的，处5年以下有期徒刑或拘役，并处2万元以上20万元以下罚金；数额巨大或者有其他严

重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金或者没收财产。

本案中刘某的行为即是恶意透支的行为。刘某高额透支 10 多万元后，为逃避银行追偿债务，携款物外逃，明显具有非法占有的目的，其行为侵犯了本罪的客体，构成信用卡诈骗罪，应依照有关法律规定予以处罚。

94. 使用捡到的他人信用卡的行为是犯罪吗？

[案情介绍]

被告人王某系某大酒店客房部服务员。1999 年 2 月 14 日，王某在为已经退房的台湾客人林某收拾房间时，捡到一张林某遗忘在宾馆房间抽屉里的万事达信用卡。而后王某伙同男友高某于 2 月 15 日持该信用卡到本市皇冠大酒店，由高某假冒林某的签名，在该酒店商品部骗购 XO 轩尼诗酒、XO 人头马酒各 2 瓶，万宝路香烟 5 条；同月 20 日，二人又到该商品部购买欧米茄手表 1 块，首饰若干，总价值 5 万余元。

[法律分析]

王某、高某的行为已构成信用卡诈骗罪。

所谓信用卡诈骗罪，是指使用伪造或作废的信用卡、冒用他人信用卡或者恶意透支等方式，诈骗公私财物，数额较

大的行为。

本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是复杂客体，不仅侵犯了金融管理制度中的信用卡管理制度，也侵犯了公私财产所有权。（2）本罪在客观方面表现为利用信用卡进行诈骗的行为。利用信用卡进行诈骗表现为以下几种行为：使用伪造的信用卡的行为；使用作废的信用卡的行为；冒用他人信用卡的行为；恶意透支的行为。所谓冒用他人信用卡，是指非持卡人以持卡人的名义，使用持卡人的信用卡而骗取财物的行为；如使用捡来的信用卡，擅自使用为持卡人代为保管的信用卡等等。“信用卡必须由持卡人本人使用”是世界各国普遍遵循的一项原则，如果任何人都可以任意地使用他人的信用卡，就会使持卡人本人的资金置于很大的风险之中，也会给发卡行和商户带来风险。是否构成信用卡诈骗犯罪还要看犯罪数额的大小，这是区分罪与非罪的一条界限。刑法对使用信用卡犯罪的数额规定了三个档次，数额较大、数额巨大和数额特别巨大。在符合数额较大的前提下，才构成信用卡诈骗罪。（3）本罪的主体是一般主体，即达到法定刑事责任年龄、具有刑事责任能力的任何自然人都可以成为本罪的主体。（4）本罪在主观方面必须出自故意，并且具有非法占有公私财物的目的。

根据《刑法》第196条的规定，行为人以使用伪造或作废的信用卡、冒用他人的信用卡、恶意透支等方法，进行信用卡诈骗活动，数额较大的，处5年以下有期徒刑或拘役，并处2万元以上20万元以下罚金；数额巨大或有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上

50 万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或无期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金或没收财产。

本案中王某及其男友采用的就是冒用他人信用卡的方法进行诈骗。王某在拾得他人信用卡后，与其男友一起，冒充持卡人签名，骗购大量财物，两人共同构成了信用卡诈骗罪，应按照法律规定予以处罚。

95. 盗窃他人信用卡后又使用，该定何罪？

[案情介绍]

闫某系秦某新搬来的邻居。秦某终日无所事事，游手好闲，日子过得入不敷出。闫某自家开一加工厂，每日均有进账，虽谈不上百万富豪，也可称得上腰缠万贯。秦某对闫家不禁垂涎三尺。一日，秦某乘闫家举家外出旅游之机，拿出暗自偷配的防盗门钥匙打算对闫家进行“扫荡”，但他只偷到少量现金及两张信用卡。次日，秦某以卡主闫某之名疯狂购物、消费，数额达 5 万元之巨。不久秦某即被捕获。

[法律分析]

秦某盗窃信用卡并使用的行为应定盗窃罪。

所谓盗窃罪，是指以非法占有为目的，秘密窃取数额较大的公私财物或者多次盗窃公私财物的行为。

本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是公私财产所有权。（2）本罪在客观方面表现为秘密窃取数额较大的公私

财物或者多次盗窃公私财物的行为。所谓秘密窃取，是指行为人采取自以为不使财物所有者、保管者发觉的方法，暗中将财物取走。所谓多次盗窃，是指行为人的盗窃数额虽未达到较大程度，但是行为人一贯或多次盗窃，屡教不改。根据最高人民法院于1998年3月10日作出的《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》的规定，数额较大，是指个人盗窃公私财物价值人民币500元至2000元以上，各省、市(直辖市)、自治区司法机关根据当地经济发展状况和社会治安情况，在上述幅度内确定一个适当的起点数额。多次盗窃是构成盗窃罪的另一标准，根据最高人民法院上述司法解释，多次盗窃是指一年之内入户盗窃或者在公共场所扒窃3次以上。(3) 盗窃罪的主体为一般主体，即已满16周岁、具有刑事责任能力的自然人均可成为本罪主体。(4) 本罪的主观方面只能是直接故意，并且具有非法占有公私财物的目的。

根据《刑法》第264条的规定，盗窃公私财物，数额较大或者多次盗窃的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或单处罚金；盗窃数额巨大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；盗窃数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。盗窃金融机构数额特别巨大的或者盗窃珍贵文物情节严重的，处无期徒刑或死刑，并处没收财产。

本案中秦某盗窃信用卡并使用，根据《刑法》第196条第3款的规定，应按盗窃罪论处。因为秦某入室盗得他人信

用卡后，又仿冒卡主签名进行购物、消费的行为，是将信用卡本身所含有的不确定价值转化为具体财物的过程，是盗窃犯罪的继续，其持窃取的信用卡以假冒签名方式骗取财物的行为不构成单独的信用卡诈骗罪，应以盗窃罪一罪定性。在实践中，“盗窃信用卡并使用”还有另一种情况，即盗窃犯罪分子的同伙或朋友明知是盗窃来的信用卡而使用，在这种情况下，对盗窃犯罪分子的同伙或朋友可按盗窃犯罪的共犯处理。但如果某人不知道信用卡是盗窃来的而使用，对使用者则不应按盗窃罪进行处罚，可以按冒用他人信用卡进行诈骗的信用卡诈骗罪处理。

96. 使用伪造的国库券进行诈骗是犯罪吗？

[案情介绍]

一日，四川省某市职工赵某到股市看热闹，这时一自称姓王的男子过来说他的老板欲大量高价吃进“长虹”，要找本地人帮忙，每手付手续费50元。赵某听后表示同意，并说自己手中也有“长虹”等股票，遂回家取来与姓王男子同往其老板所住酒店。到酒店后，该陈姓老板对赵某说，他们以前一直做国库券生意，风险小，回报稳定，但利益不大才改做股票，并打开随身携带的密码箱把快到期的20多万元国库券给赵某看，赵某以为遇上了“财神”，拿出所带的“长虹”1000股，“黄河”、“峨铁”各2000股。陈某马上说要到隔壁请一个懂股票的看看，并表示用20万国库券作抵押。赵以为没有什么危险就同意

了，谁知陈老板一去不复返，连姓王的小伙子也没有了踪影。这时赵某才想起向 110 报警。经鉴定，箱内只有 2 万元国库券，并且均系伪造而成。

[法律分析]

王某、陈某的行为构成有价证券诈骗罪。

所谓有价证券诈骗罪，是指使用伪造、变造的国库券或者国家发行的其他有价证券，进行诈骗活动，骗取财物数额较大的行为。

本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是复杂客体，包括国家对有价证券的正常管理制度和公私财产的所有权。犯罪对象是国库券和国家发行的其他有价证券。其他有价证券，是指国家发行的、国库券以外的券面所表示的财产权利必须实际持有其券才得以实现的书面凭证，如公债、国家重点建设债券、金融债券等，不包括非国家发行的汇票、本票、支票、存单、股票、企业债券等有价证券。（2）本罪的客观方面表现为使用伪造、变造的国库券或者国家发行的其他有价证券进行诈骗活动，数额较大的行为。所谓伪造有价证券，是指依照国家发行的有价证券的票面颜色、形状，采用各种方法制作、冒充真有效价证券的假证券的行为；所谓变造，是指在真有效价证券上，采用挖补、剪贴、涂改等方法，增大票面面额的行为。此外，使用伪造、变造的有价证券进行诈骗必须是数额较大的才构成犯罪。（3）本罪的主体是一般主体，即年满 16 周岁、具备刑事责任能力的自然人均可构成本罪主体。（4）本罪的主观方面是故意，即行为人明知

其使用的是伪造、变造的有价证券，但出自非法占有他人财物的目的，而进行诈骗犯罪活动，从而骗取数额较大的公私财物。过失不能构成本罪。

根据《刑法》第 197 条的规定，犯有价证券诈骗罪的，处 5 年以下有期徒刑或拘役，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金或没收财产。

本案中王某、陈某二人串通一气，使用伪造的国库券使被害人赵某产生错觉，信以为真，从而自愿交出其所有的股票，且数额较大，王某、陈某的行为已构成有价证券诈骗罪。

97. 投保人编造保险事故骗取保险金，如何处罚？

【案情介绍】

被告人李某系内蒙古某县制革厂工人。1998 年李某与他人合伙买了一辆价值 8 000 元的“解放”牌旧汽车，而后以 3.6 万元的金额在保险公司投了保。为诈取这笔保险金，李某与某厂工人齐某进行了密谋。1999 年 5 月 3 日，李某以给朋友送东西为名将车开出，晚 8 时许，李某将车停在公路边一个体餐馆门前，进屋吃饭，随后齐某按预定计划把车开到外地低价卖掉。事后，李某以汽车被盗为由向保险公司索赔，保险公司赔偿李某 3 万元。

〔法律分析〕

李某、齐某的行为构成保险诈骗罪。

所谓保险诈骗罪，是指投保人、被保险人、受益人故意虚构保险标的，或者对已发生的保险事故编造虚假的原因或夸大损失程度，或者编造未曾发生的保险事故，或者故意制造保险事故，骗取保险金，数额较大的行为。

本罪的构成特征为：（1）本罪侵犯的客体除了我国保险业的正常秩序外，也包括公共财产的所有权。（2）本罪在客观方面表现为利用保险合同进行诈骗，表现形式如下：投保人故意虚构保险标的，骗取保险金；投保人、被保险人或者受益人对发生的保险事故编造虚假的原因或夸大损失的程度，骗取保险金；投保人、被保险人或者受益人编造未曾发生的保险事故，骗取保险金；投保人、被保险人故意造成财产损失的保险事故，骗取保险金；投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病，骗取保险金。在实施了上述五项行为之一，并且骗取了保险金数额较大的情况下才构成保险诈骗罪。如果行为人虽然实施了保险诈骗行为，但是所得数额并非较大，则行为人不构成本罪。（3）本罪的主体是特殊主体，即投保人、被保险人和受益人。单位也可成为本罪的主体。其他个人如果与投保人、被保险人、受益人具有共同故意，共同实施保险诈骗行为的，可以成为本罪的共犯。（4）本罪在主观上必须是出于直接故意，并且有诈骗保险金的意图。保险诈骗的犯罪故意可能产生于投保以前，也可能产生于投保以后。

根据《刑法》第198条第1款的规定，进行保险诈骗活

动，数额较大的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处1万元以上10万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处2万元以上20万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑，并处2万元以上20万元以下罚金或者没收财产。根据《刑法》第198条第3款的规定，如果单位犯保险诈骗罪，则对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑。

本案中李某、齐某一起虚构事实，编造未曾发生的保险事故，骗取保险金，同时李某在投保时，故意增大保险标的的金额，将价值仅8000元的汽车以价值3.6万元的金额向保险公司投保，以期骗取大于保险标的数倍的保险金，其行为是虚构保险标的骗取保险金的行为。因此，李某的行为构成保险诈骗罪。齐某因与李某具有共同的诈取保险金的故意，并且与李某配合实施了诈骗行为，构成保险诈骗罪的共犯。对二人应按法律规定处罚。

98. 投保人为骗取保险金故意造成财产损失，该定什么罪？

[案情介绍]

一日晚，山西省某村的一家包装公司突然燃起熊熊大

火，经消防队员、周围群众一个小时的抢救，火魔被降伏。厂子得救了，但7间仓库及仓库内物品已成灰烬。经理隋某心疼得捶胸顿足。事后，隋某以火灾造成损失28万元为由提出索赔，一个月后得到赔偿金10万元。但不久一封检举信揭露了事实真相。原来因隋某经营不善致使其承包的集体企业某包装公司连年亏损。于是，隋某突发骗赔邪念，他先将本公司以149万元保险额投保，又以春节前需向客户发货为名将库存物品悄悄转移，然后乘过年厂里无人之机，将仓库浇上煤油点燃，火灾后向保险公司索赔。

[法律分析]

隋某的行为构成保险诈骗罪和故意毁坏公私财物罪。

所谓保险诈骗罪，是指投保人、被保险人、受益人故意虚构保险标的，或者对已发生的保险事故编造虚假的原因或夸大损失程度，或者编造未曾发生的保险事故，或者故意制造保险事故，骗取数额较大的保险金的行为。

本罪的构成特征为：(1) 本罪侵犯的客体除了我国保险业的正常秩序外，也包括公共财产的所有权。(2) 本罪在客观方面表现为利用保险合同进行诈骗，表现形式如下：投保人故意虚构保险标的，骗取保险金；投保人、被保险人或者受益人对发生的保险事故编造虚假的原因或夸大损失程度，骗取保险金；投保人、被保险人或者受益人编造未曾发生的保险事故，骗取保险金；投保人、被保险人故意造成财产损失的保险事故，骗取保险金；投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病骗取保险金。构成本罪还要求骗取

保险金数额较大。(3) 本罪的主体是特殊主体，即投保人、被保险人和受益人，单位也可成为本罪的主体。(4) 本罪在主观上必须是出于直接故意，并且有诈骗保险金的意图。

根据《刑法》第 198 条第 1 款的规定，进行保险诈骗活动，数额较大的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处 1 万元以上 10 万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金或者没收财产。根据《刑法》第 198 条第 3 款的规定，如果单位犯保险诈骗罪，则对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑。

故意毁坏公私财物罪，是指故意毁灭或者损坏公私财物，数额较大或情节严重的行为。依据我国《刑法》第 275 条的规定，犯故意毁坏公私财物罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者罚金；数额巨大或者有其他特别严重情节的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

本案中隋某为了达到骗取保险金的目的而向保险公司投保，并故意人为地制造保险标的出险的保险事故，其放火烧毁公私财物的行为虽未危害公共安全，但毁坏公私财物数额较大，已构成保险诈骗罪和故意毁坏公私财物罪。根据《刑法》第 198 条第 2 款规定，实施保险诈骗行为，故意造成财

产损失的保险事故或故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病，同时构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚。所以隋某的行为同时触犯了保险诈骗罪和故意毁坏公私财物罪，应根据有关法律规定数罪并罚。

99. 故意为他人提供虚假证明，帮助他人骗取保险金的是不是犯罪？

[案情介绍]

1999年3月，宋某将他的小汽车01—2187向保险公司投保。同年4月，宋某的好朋友曹某所买的一辆与宋某同样的小汽车01—9198在山东境内为躲避一自行车与路旁电线杆相撞，而曹某的这辆车未参加保险。为了达到向保险公司骗取保险金的目的，宋某与曹某二人共同策划，多方托人，找到了处理这起交通事故的交警单某，经过两人软缠硬磨，单某最后终于同意将事故车牌号01—9198改为01—2187，使非保险标的转化为保险标的。结果宋某、曹某得到了保险公司的赔款。单某故意为他人提供虚假证明，帮助他人骗取保险金的行为如何定罪？

[法律分析]

单某的行为已构成了保险诈骗罪（共犯）。

根据《刑法》第198条第4款“保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人故意提供虚假的证明文件，为他人诈骗提供条件的，以保险诈骗的共犯论处”的规定，单某构成了保

险诈骗罪（共犯）。

提供虚假证明文件、帮助他人骗取保险金的保险诈骗罪（共犯）的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体除了我国保险业的正常秩序外，也包括公共财产的所有权。（2）本罪在客观方面表现为鉴定人、证明人、财产评估人出自故意，提供虚假的证明文件并且帮助进行保险诈骗的犯罪人骗取了数额较大的保险金。同时应注意，如果进行保险诈骗的人尚未骗取到数额较大的保险金，不构成犯罪时，提供虚假证明文件的鉴定人、证明人、财产评估人的行为也不应当视为犯罪。（3）因故意提供虚假证明文件，帮助他人骗取保险金而构成保险诈骗罪（共犯）的主体是保险事故的鉴定人、证明人或财产评估人。由于保险事故的鉴定人、证明人、财产评估人在保险事故发生后，参与保险事故的调查工作，他们提供的鉴定、证明和财产评估方面的材料直接影响保险事故调查结果的真伪，因此，法律必须对他们的行为作出严格规定。（4）构成提供虚假证明文件，帮助他人骗取保险金的保险诈骗罪（共犯）在主观上必须是故意，即明知他人是在实施保险诈骗行为，仍为他人提供虚假的证明文件。也就是说，如果证明人、鉴定人、财产评估人出于过失而提供虚假的证明文件，则不能以保险诈骗的共犯论处。

对于故意提供虚假证明帮助他人诈骗，构成保险诈骗罪共犯的，根据《刑法》第198条的规定，骗取保险金数额较大的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处1万元以上10万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处2万元以上20万元以下罚金；

数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金或没收财产。根据《刑法》第 198 条第 3 款的规定，如果单位犯保险诈骗罪，则对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑。

本案中单某在其出具的事故调查书中违背事实真相，将发生事故的小汽车车牌号改为未发生事故但参与投保的小汽车车牌号，从而为欲进行保险诈骗活动的宋某、曹某提供了条件，使他们得以凭借此虚假的证明文件骗取了保险赔偿金。因此，单某的行为构成保险诈骗罪共犯，应按有关法律规定进行处罚。

100. 保险公司工作人员与投保人、被保险人相勾结骗取保险金的该如何定罪？

〔案情介绍〕

1998 年 5 月，林某将自己开办的羊毛衫厂以价值 50 万元的金额向保险公司投保。8 月份长江洪水暴发，将该厂厂房及库存毁损殆尽，除林某提前转移的部分机器设备及原料外，损失 28 万元。为了弥补自己的损失，林某找到了在该县保险公司负责理赔的高中同学杜某，求杜某给自己开一扇方便之门。杜某念及同学旧情，明知林某提供的索赔 48 万

元的材料不真实，仍然给予确认，使林某获得保险赔偿金48万元。本案中杜某的行为如何认定？

[法律分析]

杜某的行为构成保险诈骗罪的共犯。

所谓保险诈骗罪，是指投保人、被保险人、受益人故意虚构保险标的，或者对已发生的保险事故编造虚假的原因或夸大损失程度，或者编造未曾发生的保险事故，或者故意制造保险事故，骗取数额较大的保险金的行为。保险诈骗罪的共犯，是指与进行保险诈骗的犯罪分子共同实施保险诈骗行为或者为其保险诈骗行为提供条件或帮助的犯罪分子。

这种保险诈骗罪共犯除具有保险诈骗罪的构成特征外，还具有自己的特点。(1) 在客观方面表现为保险公司工作人员与实施保险诈骗的犯罪分子相互勾结，对不真实的索赔证明材料予以确认等等。由于有保险公司工作人员充当内应，从而使保险诈骗犯罪轻而易举地实现。同时还应注意，如果进行保险诈骗的人尚未骗取到数额较大的保险金，不构成本罪时，与其勾结、提供便利的保险公司工作人员也不构成本罪。(2) 主体是特殊主体，即保险公司工作人员等。(3) 在主观上必须是出于直接故意，即明知他人实施保险诈骗活动，仍然为其提供便利或帮助。

根据《刑法》第198条的规定，进行保险诈骗活动，数额较大的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处1万元以上10万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处2万元以上20万元以下罚

金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金或没收财产。

本案中林某采用了夸大保险事故损失程度的方法来骗取保险金，而作为保险公司负责理赔的工作人员杜某，虽然没有直接实施从保险公司骗取保险金的犯罪行为，却不履行职责，与林某相互勾结，在明知被保险人所提供的索赔证明材料不真实的情况下，仍然予以确认，因而杜某的行为为林某的保险诈骗犯罪活动提供了条件和帮助，构成保险诈骗罪的共犯，应按有关法律进行处罚。

第六章

危害税收征管罪

101. 为了少交税，在账簿上作虚假记载是不是犯罪？

〔案情介绍〕

1998年1月至1998年11月间，王某在经营小煤窑过程中，未主动向税务机关申报纳税。1998年10月，县税务局检查组依法对其进行纳税检查。王某为了逃避纳税，将其经营账册隐藏起来，并采取弄虚作假的手段，仅向税务机关填报了一小部分纳税额。此后，税务机关查获了王某1998年的销售账本，发现王某应纳税款4.8万元。除掉已缴纳的税款1.5万元外，王某实际偷税3.3万元。

〔法律分析〕

王某的行为已构成偷税罪。

所谓偷税罪，是指纳税人或扣缴义务人故意违反税收法律、法规，采取伪造、变造、隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证，在账簿上多列支出或者不列、少列收入，经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报的手段，不缴或少缴应纳税款，数额较大或者情节严重的行为。

本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是国家税收管理制度。本罪的犯罪对象是依法应缴纳的各种税款。在我国，除了关税以外，其他任何形式的税款都可以成为本罪的犯罪对象。（2）本罪在客观方面表现为违反国家税收法规，以虚假手段不缴或少缴税款，数额较大或者情节严重的行

为。实施偷税行为主要通过以下三种手段：第一，伪造、变造、隐匿和擅自销毁账簿、记账凭证；第二，在账簿上多列支出或者不列、少列收入；第三，经税务机关通知申报而拒不申报或进行虚假的纳税申报。构成偷税罪还要求偷税数额较大或情节严重。数额较大的标准是：纳税人偷税数额占应纳税额的 10% 以上，并且偷税数额在 1 万元以上。情节严重的标准是：纳税人因偷税被税务机关给予二次行政处罚而又偷税的，此种情况对偷税行为定罪既无数额要求也无比例要求。而扣缴义务人构成偷税罪的标准则是：不缴或少缴已扣、已收税款，数额占应缴纳税款 10% 以上，并且数额在 1 万元以上。(3) 本罪的主体是特殊主体，即必须是负有纳税或扣缴义务的人。自然人和单位都可以构成本罪。纳税人是指依法应当向国家缴纳税款的个人或单位。扣缴义务人是指根据税法规定负有代扣代缴义务的单位或个人，具体包括代扣代缴义务人和代收代缴义务人。(4) 本罪在主观方面必须出自故意，即行为人明知自己依法应当纳税而有意逃避缴纳税款，并且具有获得非法利益的目的。如果没有偷税故意，仅因账目不清、漏报税目或因过失超过税务机关核定纳税期限未缴税款的，不构成此罪。

根据《刑法》第 201 条、211 条的规定，犯偷税罪，偷税数额占应纳税额 10% 以上不满 30% 并且偷税数额在 1 万元以上不满 10 万元的，或者因偷税被税务机关给予二次行政处罚又偷税的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处偷税数额 1 倍以上 5 倍以下罚金；偷税数额占应纳税额的 30% 以上并且偷税数额在 10 万元以上的，处 3 年以上 7 年以下

有期徒刑，并处偷税数额1倍以上5倍以下罚金；扣缴义务人不缴、少缴已扣、已收税款，数额占应缴税款额的10%以上并且数额在1万元以上的，依照上述规定处罚。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

本案中王某作为纳税义务人，为了达到逃避缴税目的，将自己的经营账册隐匿起来，只将少量收入记入账簿申报纳税，其偷税数额占应纳税额的10%以上，偷税数额在1万元以上，明显符合本罪构成特征，应按偷税罪处罚。

102. 因偷税被税务机关给予二次行政处罚又偷税，但偷税数额不大的是否犯罪？

〔案情介绍〕

秦某从保定老家来到北京，在东城区一集贸市场内以“栗子王”为名开了一家中型炒货店。该炒货店经营品种不少，但生意一直不景气，秦某便开始打逃避缴税的主意。1997年10月他先是以伪造账册的手段偷税3 000元，被税务机关发现以后，处以7 000元罚款；1998年5月，秦某再次以隐瞒销售收入的手段偷税2 000元，被税务机关再次处以5 000元的罚款；1999年7月，秦某又以隐匿账本的手段偷税5 000元，被税务机关在税收检查中发现。对秦某的行为如何认定呢？

〔法律分析〕

秦某的行为已构成偷税罪。

所谓偷税罪，是指纳税人或扣缴义务人故意违反税收法律、法规，采取伪造、变造、隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证，在账簿上多列支出或者不列、少列收入，经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报的手段，不缴或少缴应纳税款，数额较大或情节严重的行为。构成偷税罪要求偷税数额较大或情节严重。数额较大的标准是：纳税人偷税数额占应纳税额的10%以上，并且偷税数额在1万元以上。情节严重的标准是：纳税人因偷税被税务机关给予二次行政处罚又偷税的。此种情况对偷税行为定罪即无数额要求也无比例要求。

根据《刑法》第201条、211条之规定，犯偷税罪，偷税数额占应纳税额10%以上不满30%并且偷税数额在1万元以上不满10万元的，或者因偷税被税务机关给予二次行政处罚又偷税的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处偷税数额1倍以上5倍以下罚金；偷税数额占应纳税额的30%以上并且偷税数额在10万元以上的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处偷税数额1倍以上5倍以下罚金。

本案中秦某采用伪造账本、隐瞒收入的手段，二次偷税被行政处罚以后又采用隐匿账本的手段偷税，即使未达到法定的数额标准，但其曾因偷税被税务机关给予二次行政处罚，仍不思悔改，继续偷税，仍构成偷税罪，应按有关法律的规定予以处罚。

103. 因犯偷税罪被处罚金的，可以免除补缴税款的义务吗？

[案情介绍]

张某因偷个人所得税 3.5 万元且占应缴税额的 23%，构成偷税罪，被判处有期徒刑 1 年，缓刑 1 年零 6 个月，并处罚金 4 万元。

可否对张某免除其补缴税款的义务？

[法律分析]

本案中，在对张某执行罚金刑前，应当先由税务机关追缴税款，因偷税罪被处罚金的，并不免除补缴税款的义务。

根据我国《刑法》第 212 条的规定，犯偷税罪、抗税罪、逃避追缴欠税罪、骗取出口退税罪、虚开增值税发票罪和虚开用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，被处罚金、没收财产的，在执行前，应当先由税务机关追缴税款和所骗取的出口退税款。这一规定明确了司法机关执行财产刑与税务机关追缴税款和所骗取的出口退税款的顺序问题，确定了税款追缴优先的原则。

税款追缴优先原则的立法基础在于税收的一般优先权。所谓税收的一般优先权，通常是指当国家征税的权利与其他债权同时存在时，税款的征收原则上应优先于其他债权。

危害税收征管罪中涉及到的税款和所骗取的出口退税款与犯罪分子的违法所得不同，它们本来就是国家财政收入的

一部分，分别属于中央财政与地方财政。在司法实践中，有的地方将这些犯罪案件中本应上缴给中央财政和地方财政的税款作为违法所得和罚没收入予以没收，虽然这些罚没收入也应上缴财政，但由于现行财政分配体制规定，这些罚没收入全部上缴地方财政，从而影响到中央财政的收入。

如果先执行财产刑，可能会造成税务机关无法追缴税款和所骗取的出口退税款，为了解决法院执行财产刑与税务机关追缴税款的矛盾，同时也为了确保中央财政的收入，我国刑法典规定了税款追缴优先的原则。这一原则的基本含义就是税务机关追缴税款或所骗取的出口退税款，优先于法院执行罚金和没收财产。

在实际执行中，应当注意税务机关追缴税款或所骗取的出口退税款，是在人民法院根据生效的刑事判决书执行财产刑之前进行的，税务机关先行追缴税款和所骗取的出口退税款是依照法院已生效的刑事判决书中所认定的偷税、逃避追缴欠税、抗税和骗取出口退税等税款为依据而追缴的。

104. 以暴力方法拒不缴纳应缴税款的，如何处罚？

[案情介绍]

张某在市农贸市场承租一摊位卖烟，按规定每月缴纳税款人民币1 000元。在当地税务机关规定的税款征收时间内，张某没有缴纳税款。税收专管员曾某多次催其缴税款，张某仍不缴纳。一日上午，曾某再次催其缴税款时，双方发生争

执。张某破口辱骂曾某，曾某则说“你的税必须交”，张某遂抬脚向曾某小腹踢去，并挥拳猛击曾某头部，威胁曾某以后不得再向他收税。

[法律分析]

张某的行为构成抗税罪。

所谓抗税罪，是指纳税人、扣缴义务人，以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为。

本罪的构成特征为：（1）抗税罪侵犯的客体是复杂客体，即不仅侵犯了国家的税收征管制度，妨害了税务机关依法征税活动，而且也侵犯了依法执行征税工作的税务人员的人身权利。本罪的犯罪对象包括应纳税款和依法执行职务的税务人员。（2）本罪在客观方面表现为以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为。只有同时具备对税务机关和税务人员使用暴力、威胁方法和拒不缴纳税款两个方面的要求才构成抗税行为。这里所说的暴力，主要是指行为人对征税工作人员实行人身打击或强制，如殴打、捆绑等，也包括为阻碍征税工作而砸毁税务人员使用的交通工具、聚众冲击打砸税务机关的行为。威胁，主要是指对征税工作人员实行精神上的强制。拒不缴纳税款，是指纳税人或扣缴义务人应当并有能力缴税而公然拒不缴税的行为。同时我们也要注意，抗税罪构成犯罪的关键特征在于对税务机关和税务人员实施了暴力和威胁的抗拒手段，而没有数额和情节的规定，但这也并不意味着可以不考虑数额和情节。对于抗税数额较小，抗税情节一般，没有造成实际损害，没有明显侵犯税务人员的人身权

利的，应当视为情节显著轻微，危害不大，不以抗税罪论处。(3) 本罪的主体是特殊主体，即必须是负有纳税义务的纳税人，或者负有代扣代缴、代收代缴义务的扣缴义务人。其他人不能单独构成本罪，只能成为本罪的共犯。单位不能构成本罪。(4) 抗税罪在主观方面表现为故意，即明知应当纳税而故意采用暴力、威胁手段抗拒缴纳税款。如果行为人基于其他目的而非抗拒缴纳税款的目的，对税务人员实施暴力或威胁行为的，不构成抗税罪。

根据《刑法》第 202 条的规定，犯抗税罪的，处 3 年以下有期徒刑或拘役，并处拒缴税款 1 倍以上 5 倍以下罚金；情节严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处拒缴税款 1 倍以上 5 倍以下罚金。

根据《刑法》第 212 条的规定，在对判处罚金的犯罪分子执行罚金前，应当先由税务机关追缴所逃避的税款。

本案中张某作为纳税人，本应积极履行纳税义务，却采用暴力手段抗拒缴纳税款，符合抗税罪的构成特征，应根据《刑法》第 202 条的规定处罚。

105. 暴力抗税致人死亡的，如何定罪？

[案情介绍]

陈某在镇上开了一家饭店，生意一直不错。随着收入增多，陈某的纳税意识却日渐淡薄，由最初的不如实申报经营收入，到不按期缴纳税款，直到公然抗税。一日，镇税务所人员送达核定税款通知书，陈某拒不签字，次日镇税务所征

收人员填发了催缴税款通知书，又被陈某拒签。之后，陈某去找本家族的人并唆使对征税人员实施暴力。三日后，税务人员到陈某家中扣押其物品时，其纠集众人对税务人员大打出手，其间，陈某将随手捡来的一块砖头掷向税务人员张某，击中张某头部，致使张某因抢救无效死亡。陈某暴力抗税致人死亡的行为，如何定罪？

[法律分析]

陈某暴力抗税致人死亡，构成抗税罪和故意伤害（致死）罪，按故意伤害（致死）罪定罪处罚。

抗税罪的构成特征是：（1）抗税罪侵犯的客体是复杂客体，即不仅侵犯了国家的税收征管制度，而且也侵犯了依法执行征税工作的税务人员的人身权利。陈某的行为侵犯了本罪的客体。（2）本罪在客观方面表现为以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为。所谓以暴力、威胁方法拒不缴纳税款，是指以对税务机关实行暴力冲击，对税务人员进行暴力围攻、强制、殴打、伤害甚至杀害的方法，或者对税务机关、税务人员以实施上述暴力相威胁，公开抗拒缴纳税款。如果行为人没有采取暴力、威胁方法抗拒缴纳税款，而是寻找种种理由和借口，软磨硬泡，拖欠税款的，则不能以抗税罪论处。陈某的行为符合抗税罪的客观方面的要求，其在客观上实施了以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为。陈某唆使他人对税务人员大打出手，拿砖头掷税务人员等都说明陈某抗税手段恶劣，情节严重。（3）本罪的主体是特殊主体，即必须是负有纳税义务的纳税人，或者负有代扣代缴、代收代缴

义务的扣缴义务人。陈某符合抗税罪的主体，其经营饭店，依法应缴纳税款，其作为纳税人具备抗税罪的主体要件。

(4) 抗税罪在主观方面表现为故意，即明知应当纳税而故意采用暴力、威胁手段抗拒缴纳税款。陈某符合抗税罪的主观方面。

综上所述，陈某的行为构成了抗税罪。同时，陈某暴力抗税致人死亡的行为又构成了故意伤害（致死）罪。故意伤害（致死）罪是指故意非法伤害他人身体的行为。依据我国《刑法》第234条的规定，故意伤害他人身体，致人轻伤的，处3年以下有期徒刑、拘役或管制；致人重伤的，处3年以上10年以下有期徒刑；致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的，处10年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。

本案中被告人陈某在实施暴力拒不缴纳税款的过程中，为了达到逃避税款的目的，对税务人员进行殴打，拿砖头击中税务人员张某的头部，致使张某死亡。因陈某当时并无杀人的故意，对于死亡结果的发生是过失，其行为符合故意伤害（致死）罪的构成要件，故陈某抗税行为同时又构成了故意伤害致死罪。

我国刑法虽然没有明文规定此类行为的处理原则，但根据刑法理论，暴力抗税致人重伤、死亡案件，实质上只有一个行为，即伤害、杀人行为。这一个行为既构成了抗税罪，又构成了伤害罪、杀人罪，属于一个行为触犯数个罪名，符合想象竞合犯的行为特征。对想象竞合犯应按照刑罚较重的罪名定罪处罚。暴力抗税除致人死亡，也有致人重伤的情

形，但无论是致人死亡或致人重伤，抗税人对客观上所造成的重伤、死亡结果并非都是故意，也可能存在过失犯罪。对于暴力抗税故意造成他人重伤、死亡的，由于故意伤害罪、故意杀人罪法定刑高于抗税罪，则定为故意伤害罪或故意杀人罪；对于暴力抗税过失造成他人重伤、死亡的，则应根据竞合各罪的轻重程度不同具体分析，以较重的罪进行处断。本案中被告人陈某既触犯了抗税罪又触犯了故意伤害（致死）罪，属于一个行为触犯了数个罪名，由于故意伤害（致死）罪的法定刑高于抗税罪法定刑，对陈某应按故意伤害（致死）罪处罚。

106. 没有纳税义务的人为使他人免缴税款而使用暴力阻碍税务人员收税的，该定何罪？

【案情介绍】

1999年10月，某县某乡农民刘某在经营原木时因逃避纳税，被该县某乡税务所税务人员查获。刘某为达到逃税的目的，便求助其邻居赵某说情。赵某主动提出“这事包在我身上，你就说原木是我的”。当天下午，赵某酒后气势汹汹地找到正执行税收检查任务的税务人员说：“这是我自己的木头，纳什么税？”并口出不逊，对税务人员骂个不停。税务所长周某出面劝阻，赵某不但不听，反而朝周某胸部、头部各打一拳，被群众拉开后，仍不罢休，先后两次拿起砖头企图伤害税务人员，均被制止。之后赵某继续同税务人员大吵大闹，时间长达三个多小时，造成近百名群众围观，致使

刘某的原本税款无法征收入库，严重干扰了税收工作秩序。
赵某的行为该定为抗税罪，还是妨害公务罪？

〔法律分析〕

赵某的行为已构成妨害公务罪。

所谓妨害公务罪，是指以暴力、威胁方法，阻碍国家机关工作人员、人大代表、红十字会工作人员依法执行职务或履行职责，或者故意阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务，虽未使用暴力、威胁方法，但造成严重后果的行为。

本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是公共秩序。（2）本罪客观方面表现为以暴力、威胁的方法阻碍国家机关工作人员、人大代表依法执行职务；或者在自然灾害或者突发事件中以暴力、威胁方法阻碍红十字会人员依法履行职责；或者虽未使用暴力、威胁的方法，但故意阻碍国家安全机关、公安机关依法执行国家安全工作任务，造成严重后果的行为。（3）本罪的主体是一般主体，即达到刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人均可成为本罪的主体。（4）本罪主观方面是故意。行为人明知侵犯的对象是正在依法执行公务的国家机关工作人员、人民代表大会代表或者红十字会工作人员而有意识地阻碍其履行职务。如果不知道对象是上述人员，或者虽然知道是上述人员，但不知道正在依法执行职务或误认依法执行公务为不合法而予以阻碍的，则不构成本罪。

根据《刑法》第277条的规定，犯妨害公务罪的，处3

年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。

在本案中，(1) 赵某的行为侵犯了国家税务机关工作人员的公务活动，侵犯的对象是正在依法执行职务、履行职责的税务工作人员，符合妨害公务罪的客体要件。(2) 赵某的行为符合此罪的客观要件，其为使刘某免缴税款，编造谎言，并采取殴打、谩骂、侮辱税务人员的手段，借以阻碍税务人员依法收缴刘某的税款，严重扰乱了国家税收工作秩序，阻碍了税务人员依法执行职务，扰乱了公共秩序。(3) 赵某符合妨害公务罪的主体要件，首先赵某不是纳税义务人，不符合抗税罪的主体要求；其次，赵某也不能成为抗税罪的共犯，因本案中刘某既没有抗税的故意，也没有抗税的行为，刘某对赵某实施暴力的行为并不知道，仅是托赵某为他说情而已，刘某不构成抗税罪，赵某自然也谈不上抗税共犯。(4) 赵某符合妨害公务罪的主观要件，赵某明知对方是正在执行税务检查工作的国家机关工作人员，而有意对其实施暴力、威胁，使之不能正常执行职务或者履行职责，其目的是阻碍执行公务。而抗税罪的故意是明知自己应当纳税而使自己不纳税或少纳税，目的是抗拒纳税义务。所以，本案中赵某构成妨害公务罪，而非抗税罪，应按有关法律规定予以处罚。

107. 纳税义务人为逃税而转移财产的是不是犯罪？

[案情介绍]

河南省郑州市某个体汽车修理厂厂长董某在 1997 年至

1998 年间，欠缴税款 4.5 万元，在税务机关多次催缴未果的情况下，1999 年 1 月 5 日，税务机关告知董某如在一星期内不缴清税款将通知银行对其扣款。董某遂分别于 1999 年 1 月 10 日、1 月 11 日采取转移财产的手段，将该厂在建设银行所存的汽车修理款 6.8 万元全部提现，并以化名存入其他银行，致使税务机关无法追缴其所欠税款。

[法律分析]

董某的行为已构成逃避追缴欠税罪。

所谓逃避追缴欠税罪，是指负有纳税义务的单位和个人，超过税务机关核定的纳税期限，没有按时缴纳税款，并在税务机关追缴税款期间，采取转移或者隐匿财产的手段，致使税务机关无法追缴欠缴的税款，数额较大的行为。

本罪的构成特征是：(1) 本罪侵犯的客体是国家的税收管理制度。(2) 本罪在客观方面表现为欠缴应纳税款，并采取转移或隐匿财产的手段，致使税务机关无法追缴欠缴税款，数额较大的行为。具体说来，本罪在客观方面必须具备以下四个条件：第一，欠缴应纳税款。第二，实施了转移或隐匿财产的行为，如转换开户行、提走存款、运走商品、隐匿存货等等。如果仅仅是公开拖欠，消极地不予缴纳应纳税款，或者采取自身逃匿来逃避追缴欠税的方法的，不构成本罪。第三，行为人转移或隐匿财产的行为致使税务机关无法追缴欠缴的税款，这是构成本罪的结果要件。如果虽然采取了转移或隐匿财产的方法，但不足以使税务机关无法追缴，或者税务机关将转移、隐匿的财产追回的，也不能构成本

罪。第四，行为人致使税务机关无法追缴欠缴税款的数额必须在1万元以上的，才构成本罪，低于这个数额的，则属于行政违法行为。(3)本罪的主体是纳税人，即法律、行政法规规定的负有纳税义务的单位和个人。扣缴义务人通常不具有直接纳税人的财产处置权，所以一般无法转移、隐匿财产，不能成为本罪的主体。(4)本罪主观上出自故意，且具有逃避缴纳应缴税款的目的。如果仅仅是因为财力不足，客观上无力缴纳税款，致使税务机关无从收缴欠缴税款，或者是对纳税期限不知，因过失而引起欠缴税款的结果等等，由于行为人主观上不是出于逃避缴税的故意，不构成本罪。

根据《刑法》第203条、第211条的规定，犯逃避追缴欠税罪，致使税务机关无法追缴欠缴的税款，数额在1万元以上不满10万元的，处3年以下有期徒刑或拘役，并处或者单处欠缴税款1倍以上5倍以下罚金；数额在10万元以上的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处欠缴税款1倍以上5倍以下罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照上述规定处罚。根据《刑法》第212条的规定，对判处罚金的犯罪分子执行罚金前，应当先由税务机关追缴所逃避的税款。

本案中董某作为经营汽车修理厂的业主，理应纳税。但其为了达到逃避缴纳应纳税款的目的，故意超过税务机关核定的纳税最后期限1月12日，仍不缴纳所欠税款，却将自己的存款转移，以化名存入其他银行，致使税务机关无法追缴。董某的行为已构成逃避追缴欠税罪，应当依有关法律规定进行处罚。

108. 假报出口骗取国家出口退税款的是不是犯罪？

【案情介绍】

广东省某进出口公司与美国某公司签订一份出口合同。合同规定，广东省某进出口公司向美国某公司出口棉质睡衣1万套，每套单价25美元，交货时间为1997年12月20日，交货地点为广东某港口。合同签订后，该进出口公司即开始组织货源，从外地购进1万套睡衣，并于同年12月20日在广东某港向美国某公司交货。但因产品质量不合格，该笔生意告吹，该进出口公司只好将货内销。为弥补该笔生意损失，该进出口公司虚开了3万套睡衣的增值税专用发票，并伪造了增加出口2万套睡衣的补充合同，又设法搞到假出口单证、假结汇单证，从而骗取3万套睡衣的出口退税款90万元，其中除掉已交纳税款的1万套睡衣30万元，另外还有未交纳税款的2万套睡衣退税款60万元。

【法律分析】

广东省某进出口公司假报出口，骗取未缴纳税款的2万套睡衣的出口退税款60万元的行为，已构成骗取出口退税罪。

所谓骗取出口退税罪，是指以假报出口或者其他欺骗手段，骗取国家出口退税款，数额较大的行为。

本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是复杂客体，包括国家出口退税的管理制度和公共财产所有权。该进出口

公司没有出口产品而骗取出口退税，破坏了国家对出口退税的管理；其根本没有向国家缴纳税款，却骗取国家出口退税款，又具有诈骗国家财产的性质，因而还侵犯了公共财产所有权。(2) 本罪在客观方面表现为使用假报出口或者其他方法，骗取国家出口退税款，数额较大的行为。行为人在实施骗取出口退税款的过程中，往往会在增值税专用发票上作文章，如果该进出口公司虚开增值税专用发票的行为构成虚开增值税专用发票罪，则符合牵连犯的特征，从“骗取出口退税罪”和“虚开增值税专用发票罪”中择一重罪处断。(3) 本罪的主体是一般主体。既可以是纳税人，也可以是非纳税人；既可以是个人，也可以是单位。这里所说的单位不限于具有进出口经营权的单位，也包括其他单位，只要是采取假报出口或者其他欺骗手段，骗取国家出口退税款数额较大的都可以构成本罪。根据《刑法》第204条第2款的规定，对纳税人实施假报出口或其他欺骗手段骗取出口退税的应当分情况定罪处罚。纳税人交纳税款后，采取假报出口等手段骗回所缴税款的，按偷税罪定罪处罚。如果纳税人骗取的退税款超过所缴纳的税款，对于超过的部分以骗取出口退税罪论处。(4) 本罪在主观方面是出于故意，并且具有骗取国家出口退税款的目的。

根据《刑法》第204条、第211条的规定，骗取国家出口退税款，数额较大的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处骗取税款1倍以上5倍以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处骗取税款1倍以上5倍以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重

情节的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处骗取税款 1 倍以上 5 倍以下的罚金或者没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照上述规定处罚。根据《刑法》第 212 条的规定，在对判处罚金、没收财产的犯罪分子执行罚金、没收财产前，应当先由税务机关追缴所骗取的出口退税款。

本案中该公司在与外商并无出口贸易的情况下，为了骗取出口退税款，弥补其生意告吹的损失，伪造虚假进出口合同，虚开增值税发票，开出假报关单及假结汇单证，骗取税务机关信任，从而顺利骗取到 60 万元的出口退税款。该公司的行为符合本罪的构成特征，应按有关法律规定予以处罚。

109. 虚开增值税专用发票的，如何处罚？

【案情介绍】

顾某个人投资开办了常识全盛实业有限公司。其自任经理，并雇请了几个帮手，以公司名义为他人虚开增值税专用发票，共同牟利。

顾某从 1997 年 11 月至 1998 年 5 月，先后为河北省畜产品进出口公司、中国电子进出口重庆公司、广东省石油化工进出口贸易公司等 16 家公司虚开增值税专用发票 17 起，共 64 份，价款共计人民币 10 639.85 万元，税款 1 808.8 万元。除用于开进项增值税发票的手续费及交税外，共得赃款 132 万元。

[法律分析]

顾某的行为构成虚开增值税专用发票罪。

虚开增值税专用发票罪，是指违反国家发票管理规定，为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开增值税专用发票的行为。

本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是复杂客体，既侵犯了国家对增值税专用发票的监督管理制度，同时又导致税款的流失。（2）本罪客观方面表现为实施了虚开增值税专用发票的行为。所谓虚开有两层含义：第一，根本不存在商品交易，但是无中生有，虚构商品交易内容和税额开具发票。第二，虽然存在真实的商品交易，但随意改变货名，虚增数量、价款和销项税款。虚开包括：为他人虚开，为自己虚开，让他人为自己虚开，介绍他人虚开。行为人只要实施其中一种，即可构成虚开。（3）本罪的主体为一般主体，任何单位和个人均可成为本罪的主体。（4）虚开增值税专用发票罪在主观方面表现为故意，一般都具有牟利的目的。

根据《刑法》第205条的规定，犯虚开增值税专用发票罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处2万元以上20万元以下罚金；虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；虚开税款数额巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产；虚开增值税专用发票骗取国家税款，数额特别巨大，情节特别严重，给国家利益造成特别重大损失的，处无期徒刑或死刑，并处没收财产。单位犯本

罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处3年以下有期徒刑或者拘役；虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑；虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。

根据《刑法》第212条的规定，犯本罪，被处罚金、没收财产的，在执行前，应当先由税务机关追缴税款和所骗取的出口退税款。

本案中顾某明知自己是虚开增值税专用发票，并且明知这种虚开可能导致国家税款的减少、流失，但是为了达到自己非法获利的目的，而故意与其他单位在无真实商品交易的情况下，为他人代开自己领购的增值税专用发票，以获取开票费或所谓“税管费”，该行为符合本罪构成要件，应按有关法律规定予以处罚。

110. 虚开增值税专用发票后又用来骗取出口退税款的，如何定罪？

[案情介绍]

犯罪嫌疑人王某以做服装出口生意的名义，与新疆某进出口公司洽谈、合作服装出口生意，取得了该公司提供的空白出口单证。之后，王某持单证找广东人张某在深圳文锦渡海关虚报出口服装，申报货款价值29.9352万美元。然后，王某又找山西省某服装鞋帽厂虚开增值税专用发票，价税总额共计人民币218.5269万元，并联系广东省中山市某公司

提供外汇，按1美元兑换8.6元人民币比率与新疆该进出口公司结汇，王某从中非法获得2.2万元，新疆该进出口公司持上述单证发票申报出口退税31.2493万元。王某的行为如何定罪？

【法律分析】

王某的行为已构成骗取出口退税罪，在骗税过程中，王某的行为同时触犯了虚开增值税专用发票罪，根据牵连犯从一重处断原则，对王某应按处罚较重的罪名定罪处罚。

本案中王某的行为符合骗取出口退税罪的构成要件。(1) 王某的行为侵犯了本罪的客体，即国家的出口退税制度和公共财产的所有权。(2) 在客观方面，王某并无出口业务，但为了达到骗取出口退税的目的，采取假报出口并虚开增值税专用发票，串通有出口经营权的企业非法获取出口单证，通过非法调汇获取巨额非法利益并取得银行出具的出口收汇单，向海关进行虚假申报等行为，欺骗税务部门，并最终获得出口退税款，数额较大。因此王某的行为符合该罪的客观要件。(3) 王某符合本罪的一般主体要件。(4) 王某在主观上是故意，并具有骗取国家出口退税款、从中牟利的目的。

王某在骗取出口退税款的过程中，实施了虚开增值税专用发票的行为，该行为明显符合虚开增值税专用发票罪的构成要件特征，已构成虚开增值税专用发票罪。

虚开增值税专用发票后又骗取国家出口退税款的行为，属于牵连犯。牵连犯，是指行为人实施某种犯罪，而手段行

为或结果行为又触犯了其他罪名的犯罪形态。本案中王某的行为即属于手段一目的型的牵连犯。虚开增值税专用发票是手段行为，骗取国家出口退税款是目的行为。依照牵连犯定罪从一重处断的通行原则，应该选择法定刑重的作为罪名。如果虚开增值税专用发票骗取出口退税款数额特别巨大、情节特别严重，给国家利益造成特别重大的损失时，根据《刑法》第205条虚开增值税专用发票罪的处罚规定，应处无期徒刑或死刑，并处没收财产，其法定刑高于骗取出口退税罪的法定刑，因而应定为虚开增值税专用发票罪。

本案中王某虚开增值税专用发票骗取税款尚不属于数额特别巨大，情节特别严重，给国家利益造成特别重大损失的，因而必须将王某所犯的虚开增值税专用发票罪与所犯的骗取出口退税罪的法定刑进行具体比较，才能最终确定应定的罪名。

111. 虚开增值税专用发票是否有数额和情节的限制？

[案情介绍]

宏盛经贸部负责人江某从税务局领来一本增值税专用发票打算自用。次日上午，一经营灯具的商户李某找到他，让他代开一份增值税专用发票，并许之以“手续费”。江某犹豫再三，终于按李某的要求开了一份票面金额为4.85万元的增值税专用发票，其中税款825元。

[法律分析]

江某的行为不构成虚开增值税专用发票罪。

本案中江某的行为虽然符合《刑法》第205条关于虚开增值税专用发票罪的构成要件的特征，即出自故意实施了为他人虚开根本不存在商品交易关系的增值税专用发票的行为，但确定虚开增值税专用发票罪与非罪应考虑犯罪数额和情节。

根据《刑法》第205条的规定，只要实施虚开增值税专用发票的行为，均可以构成本罪。从理论上讲，虚开增值税专用发票罪是行为犯，即使虚开一份发票只获得一分钱也可以构成犯罪，但是根据我国《刑法》第13条规定的“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”的精神，对于虚开增值税专用发票数额很小的情况，可以不按犯罪处理。

对于虚开增值税专用发票的犯罪，犯罪数额多少是确定是否犯罪及决定其量刑幅度的主要依据。刑法对构成本罪的数额无明确限制，但根据《最高人民法院关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定〉的若干问题的解释》中第1条的规定，虚开税款数额1万元以上的或者虚开增值税发票致使国家税款被骗取5000元以上的，应当依法定罪处罚。本案中江某虚开税款825元，因此其行为不构成犯罪，而且江某是初犯，对社会的危害不大，属于情节轻微，亦应不按犯罪处理。

综上所述，在确定行为人虚开增值税专用发票的行为是否构成犯罪时，不仅要考察该行为是否符合虚开增值税专用发票

发票罪的构成要件，同时还要看犯罪数额（在这里指的是虚开税款的数额或使国家被骗去的税款数额的大小）和犯罪情节的轻重。只有这样，才能坚持主客观相统一的定罪原则，使真正应该受到刑罚处罚的犯罪分子逃脱不了法网，使无须受刑事制裁的行为人不受法律追究，最大限度地实现刑罚经济的原则。

112. 应他人要求，为他人印刷增值税专用发票是犯罪吗？

【案情介绍】

张某开了一家小型印刷厂。一日，经朋友介绍认识一客户。该客户对张某说，如果张某为他印制 100 本增值税专用发票，他将回报以高额报酬。张某明知违法，但经不住钱财诱惑，终于同意。次日，客户遂向张某提供了仿制不同的增值税专用发票的印刷锌版和丝印版等。张某购买油墨、专用纸张，负责印刷。张某印刷并套印防伪图案的水印，共印制北京市、上海市、浙江省、广东省的万元版、十万元版、百万元版的增值税专用发票 100 本。

【法律分析】

张某的行为已构成伪造增值税专用发票罪。

所谓伪造增值税专用发票罪，是指个人或单位违反国家发票管理法规，仿照增值税专用发票的基本内容（如样式、色彩、图案）、专用纸、荧光油墨、形状等样式，使用各种

方法，非法制造假增值税专用发票，冒充真增值税专用发票的行为。

本罪具有如下构成特征：（1）本罪侵犯的客体是国家税收征收管理制度及国家票证管理制度。（2）伪造增值税专用发票罪在客观上表现为违反税收和发票管理法规，伪造增值税专用发票的行为。伪造，是指仿照增值税专用发票的基本内容、专用纸、荧光油墨、形状等样式，使用印刷、复印、描绘、拓印等各种制作方法，非法制造假增值税专用发票，冒充真增值税专用发票的行为。本罪属于行为犯，只要实施了伪造增值税专用发票的行为，即可构成本罪，并无数量上的要求。（3）伪造增值税专用发票罪的主体是一般主体，自然人和单位均可构成。（4）本罪在主观方面必须是直接故意，而且行为人一般具有营利的目的。行为人若无谋取非法利益的目的，而是出于玩乐等个人目的伪造增值税专用发票的，不构成本罪。

根据《刑法》第206条的规定，犯本罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处2万元以上20万元以下罚金；数量较大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；数量巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产。伪造并出售伪造的增值税专用发票，数量特别巨大，情节特别严重，严重破坏经济秩序的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处3年以下有期徒刑、

拘役或者管制；数量较大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑；数量巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。

本案张某明知其印刷厂为非国家税务主管部门指定的印刷增值税专用发票的企业，但为了谋取非法利益，其违反我国发票管理法规，利用自己的印刷设备及材料，以及他人提供的伪造的增值税专用发票模版，以印刷的方法非法制造假增值税专用发票，侵犯了国家对发票负责制的管理制度。同时，伪造增值税专用发票必然造成国家的税收流失，破坏我国的税收征收管理制度。因此，张某的行为已构成伪造增值税专用发票罪，应按法律的规定予以处罚。

113. 将自己用不完的增值税专用发票卖给他是不是犯罪？

[案情介绍]

王某是增值税的一般纳税人，经营一家物资公司。其隔壁是一家小五金店铺，老板为陈某。陈某店铺里来的顾客有时要求开具增值税专用发票，陈某遂与王某商量，出资购买王某领购的增值税专用发票。王某为了得利，将自己领来的尚用不着的一本增值税专用发票，以1万元的价格卖给陈某。

[法律分析]

王某的行为已构成非法出售增值税专用发票罪。

所谓非法出售增值税专用发票罪，是指无权出售增值税专用发票的人，违反有关发票管理规定，将增值税专用发票非法出售给他人的行为。

本罪的构成特征是：(1) 本罪侵犯的客体是国家对增值税专用发票的管理制度和国家的税收秩序。犯罪对象必须是增值税专用发票。(2) 本罪在客观方面表现为违反国家发票管理法规，无权出售增值税专用发票而非法出售，或者有权出售增值税专用发票的税务人员，违法出售增值税专用发票的行为。根据我国法律规定，只有税务机关才有权出售增值税专用发票，其他人只能自用，而无权出售。所谓非法出售，是指行为人将增值税专用发票提供给他人，并收取一定价款的行为，金钱交易、转移所有权是其本质特征。出售的专用发票，必须是真的发票，而不能是假发票，否则构成出售伪造的发票罪；出售的专用发票，还必须是空白发票，如果出售的是填好了的增值税专用发票，则应按虚开增值税专用发票罪论处。发票的来源可以是合法取得也可以是非法取得，还可以是其他方式取得，无论哪种来源，无论取得是否合法，不影响本罪成立。(3) 本罪的主体是持有增值税专用发票的自然人和单位。自然人是指 16 周岁以上、具有刑事责任能力的人。单位是指公司、企业、事业单位、机关和团体。所谓持有增值税专用发票，既包括合法取得增值税专用发票，也包括通过盗窃、诈骗等非法手段取得增值税专用发票，以及通过捡来等方式取得增值税专用发票。有权出售增值税专用发票的税务机关或工作人员也可以成为本罪主体。(4) 本罪在主观方面是直接故意，并且一般以营利为目的，

间接故意与过失不能构成本罪。

根据《刑法》第 207 条和第 211 条的规定，犯本罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处 2 万元以上 20 万元以下罚金；数量较大的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金；数量巨大的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处 5 万元以上 50 万元以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

本案中王某系无权出售增值税专用发票的主体，其明知自己无权出售用于自用的增值税专用发票，却故意违反发票管理制度及增值税专用发票使用规定，将其因合法领购而持有的空白增值税专用发票提供给他人，并因此收取一定的价款。王某的行为已构成非法出售增值税专用发票罪，应按有关法律规定予以处罚。

114. 购买伪造的增值税专用发票是犯罪吗？

〔案情介绍〕

某电器经营部经理莫某从广州购得显像管时，未取得增值税专用发票；其从上海一个体户手中购买其他电器配件时，亦没有取得发票。莫某为了达到少交税款的目的，从一贩卖假增值税专用发票的外地人手中购买了假的广州的增值税专用发票和上海的增值税专用发票各 20 份，并凭此假增值税专用发票到税务机关充抵。由于税务部门的查处，其没

有得逞。

〔法律分析〕

莫某的行为构成购买伪造的增值税专用发票罪。

购买伪造的增值税专用发票罪，是指以支付一定价款的方式取得他人提供的伪造的增值税专用发票的行为。

本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是增值税专用发票管理制度和国家的税收秩序。本罪的犯罪对象是伪造的增值税专用发票，包括变造的增值税专用发票。（2）本罪在客观方面表现为违反了有关增值税专用发票管理法规，实施了购买伪造的增值税专用发票的行为。增值税专用发票管理是保障国家税收收入的重要手段。我国有关法律对发票领购的主体、程序等均作了明确规定，只有增值税一般纳税人可以领购、使用增值税专用发票，非增值税纳税人和增值税小规模纳税人不得领购、使用增值税专用发票。从非增值税一般纳税人处购得货物后，不能从税务机关抵扣税款，如为了少缴税款，以一定价格买进伪造的增值税专用发票，即符合本罪客观方面要求。（3）购买伪造的增值税专用发票罪的主体是一般主体，包括自然人和单位。自然人是指 16 周岁以上、具有刑事责任能力的人。单位是指公司、企业、事业单位、机关、团体。（4）购买伪造的增值税专用发票在主观方面是直接故意，一般是以牟利为目的。

根据《刑法》第 208 条和第 211 条的规定，犯本罪的，处 5 年以下有期徒刑或拘役，并处或者单处 2 万元以上 20 万元以下罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直

接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。购买伪造的增值税专用发票又虚开或出售的，应分别依照《刑法》第205条规定的虚开增值税专用发票罪、第206条规定的出售伪造的增值税专用发票定罪处罚。

根据最高人民法院1996年10月17日发布的《关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定〉的若干问题的解释》第4条的规定，购买伪造的增值税专用发票25份以上或者票面金额累计10万元以上的，应当按上述规定定罪量刑。

本案中莫某明知购买伪造的增值税专用发票违反我国的发票管理制度，但因从非增值税一般纳税人手中购得货物不能从税务机关抵扣税款，其为谋得非法利益，少缴税款，遂以一定价格买进伪造的增值税专用发票，并利用伪造的增值税专用发票去税务机关充抵税款。莫某的行为已构成购买伪造的增值税专用发票罪，应按照有关法律规定进行处罚。

115. 买来伪造的增值税专用发票又出售，该定什么罪？

〔案情介绍〕

无业人员王某先后五次从湖北省武汉市某人手中以2000元一本的价格购得伪造的万元版增值税专用发票8本，后又以每份180元至200元不等的价格向他人出售100余份，非法获得1万余元。其出售的发票流入社会。已查出被虚

开的 29 份,票面销售金额 50 多万元,已抵扣税款 2.7 万元。

[法律分析]

王某购买伪造的增值税专用发票后又出售的行为,既构成了购买伪造的增值税专用发票罪,又构成了出售伪造的增值税专用发票罪,应定出售伪造的增值税专用发票罪。

所谓出售伪造的增值税专用发票罪,是指个人或单位以营利为目的,通过各种方法将伪造的增值税专用发票提供给他人并收取一定价款的行为。

本罪的构成特征是:(1)本罪侵犯的客体是国家的税收征收管理制度和国家的税收秩序。本罪的犯罪对象是伪造的增值税专用发票。(2)本罪在客观方面表现为行为人明知自己所持的是伪造的增值税专用发票,仍然以收取一定价款的方式将其出卖给别人。(3)该罪主体为一般主体。16 周岁以上、具有刑事责任能力的自然人和单位均可构成本罪。(4)本罪在主观方面必须是直接故意,即行为人明知出售伪造的增值税专用发票违反有关发票管理规定,但受利益驱使仍然决意为之。

根据我国《刑法》第 208 条第 2 款的规定,对构成购买伪造的增值税专用发票罪和购买后又出售构成出售伪造的增值税专用发票罪的行为人不实行数罪并罚,按出售伪造的增值税专用发票罪一罪定罪量刑。

根据《刑法》第 208 条、第 206 条的规定,犯出售伪造的增值税专用发票罪的,处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处 2 万元以上 20 万元以下罚金;数量较大或者有其

他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；数量巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制；数量较大或者有其他严重情节的，处3年以上10年以下有期徒刑；数量巨大或者有其他特别严重情节的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑。

本案中王某支付一定价款从他人手中购买到伪造的增值税专用发票后，又加价倒卖给其他人以获取不法利益的行为，明显符合《刑法》第208条第2款规定的购买伪造的增值税专用发票又出售的特征，应当按照出售伪造的增值税专用发票罪定罪处罚。

116. 销售非法制造的发票是犯罪吗？

[案情介绍]

1998年2月至6月间，孙某在天津市塘沽区以每本50元的价格，从他人处买得伪造的天津市商业零售专用发票和天津市商业批发专用发票共40本，后转手以每本400元的价格卖出30本，获利1.2万元。同年8月，孙某在天津市长春道集贸市场倒卖时，被捕获。

[法律分析]

孙某的行为构成出售非法制造的发票罪。

所谓出售非法制造的发票罪，是指违反有关发票管理规定，出售伪造、擅自制造的发票的行为。

本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是发票管理制度和我国的税收管理制度。本罪的犯罪对象是普通发票，即具有出口退税、抵扣税款功能的除增值税专用发票，可以用于骗取出口退税、抵扣税款的非增值税专用发票以外的发票。（2）本罪在客观方面表现为收取一定的价款，将伪造、擅自制造的除增值税专用发票，可以用于骗取出口退税、抵扣税款的非增值税专用发票以外的普通发票提供给他人的行为。所谓伪造的普通发票，是指无权印制普通发票的人仿照真实的普通发票，非法制造的冒充真发票的假发票。所谓擅自制造的普通发票，是指印制发票的企业未经有关主管税务机关批准，私自印制的普通发票，或虽经批准，但私自超量加印的普通发票。出售非法制造的发票罪是行为犯，刑法没有规定其必须造成某种结果或引起某种后果或具有某种情节方能构成犯罪。但根据《刑法》第13条“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”的规定，如果出售非法制造的发票，社会危害性不大的不认为是犯罪。（3）本罪的主体是一般主体，即任何16周岁以上、具有刑事责任能力的自然人和任何单位都可构成本罪。（4）本罪在主观方面为直接故意，一般具有营利目的。

根据《刑法》第209条第2款、第211条的规定，犯本罪的，处2年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或单处1万元以上5万元以下罚金；情节严重的，处2年以上7年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金。单位犯本

罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

孙某明知自己所持有的是非法制造的发票，出于倒卖渔利的目的，仍违反发票管理法规，将自己手中所持有的通过购买而得到的伪造的不具有出口退税、抵扣税款功能的商业零售发票和批发专用发票，以每本 400 元的价格加价倒卖给他人，谋取非法利益。该行为不仅违反了我国的发票管理法规，侵犯了发票管理秩序，同时也造成了国家税款的流失。孙某已构成出售非法制造的发票罪，应按有关的法律规定予以处罚。

117. 盗窃增值税专用发票后又出卖的，如何定罪？

[案情介绍]

王某听别人说，如果能设法搞些增值税专用发票去卖的话一定能赚大钱，遂开始筹划盗窃增值税专用发票。在一个大雨瓢泼的深夜，王某携带作案工具窜入税务局院内，从一办公室的保险柜内窃取空白万元版增值税专用发票 3 本，共 62 份。一个月后，王某将其所盗的增值税专用发票卖掉 40 份，获赃款 4 万余元。案发后，王某将剩余的增值税专用发票全部烧掉。

[法律分析]

本案是典型的牵连犯罪。王某犯罪的目的是通过销售增

增值税专用发票而谋取巨额利润，但其手段行为又触犯了盗窃罪，因此本案是手段—目的型的牵连犯罪。

王某销售增值税专用发票的行为构成非法出售增值税专用发票罪。根据最高人民法院于1996年10月17日发布的《关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定〉的若干问题的解释》的规定：“出售增值税专用发票25份以上或票面额累计10万元以上的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处2万元以上20万元以下罚金；非法出售增值税专用发票100份以上或者票面额累计50万元以上的为数量较大，处3年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金……”在尚无新的司法解释前，在司法实践中参照此司法解释执行。本案中王某出售增值税专用发票40份，应在第一层次的量刑幅度内予以处罚，即对王某出售增值税专用发票罪应处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处2万元以上20万元以下罚金。

王某盗窃增值税专用发票的行为构成盗窃罪。根据1998年3月17日公布的最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第11条的规定及《刑法》第210条第1款的规定，盗窃增值税专用发票或者可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的，以盗窃罪定罪处罚。盗窃上述发票数量在25份以上的，为数额较大；250份以上的，为数额巨大；2500份以上的，为数额特别巨大。本案中王某盗窃增值税专用发票62份，为数额较大。依据《刑法》第264条的规定，盗窃公私财物，数额较大或多次

盗窃的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。另据上述最高人民法院司法解释的第13条规定，对于依法应当判处有期徒刑，但没有盗窃数额或者无法计算盗窃数额的犯罪分子，应当在1 000元以上10万元以下判处有期徒刑。所以对王某盗窃增值税专用发票，应以盗窃罪处以3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或单处1 000元以上10万元以下罚金。

根据牵连犯从一重罪处断的原则，应按照牵连犯所触犯的数罪名中处罚较重的罪名定罪处罚。本案中王某所触犯的盗窃罪和非法出售增值税专用发票罪在主刑上处罚虽然相同，但非法出售增值税专用发票罪的罚金附加刑明显高于盗窃罪的罚金附加刑，故对本案中王某的行为择一重罪处断，应以非法出售增值税专用发票罪定罪，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处2万元以上20万元以下罚金。

第七章

侵犯知识产权罪

118. 单位假冒他人注册商标的，是犯罪吗？

〔案情介绍〕

1993年2月，某市锁厂获悉某工贸公司需要一批抽屉锁，并在寻找生产单位。锁厂厂长冯某即指派副厂长赵某前往联系洽谈。经双方商议，决定由该锁厂为工贸公司生产502H抽屉锁3万打，使用产品商标为上海新兴锁厂的“808”注册商标。而后赵某又派人到某印刷厂，非法印刷“808”商标抽屉锁中、小包装盒3.8万余打。1993年3月，经厂长冯某同意，赵某具体组织安排生产计划，至5月份，共非法生产冒用“808”商标的抽屉锁3.732万打，其中销出3.7万打，总经营额计102.96万元，非法获利计1.4055万元。

案发后，检察机关以假冒商标罪对冯某、赵某提起公诉，人民法院依照1979年《刑法》第127条分别对冯某、赵某判处了刑罚，同时判决某市锁厂赔偿上海新兴锁厂经济损失，并在国家级报纸上向上海新兴锁厂登报道歉，消除影响。人民法院还对某市锁厂假冒他人注册商标的违法所得予以追缴。

〔法律分析〕

在本案中，某市锁厂未经拥有注册商标所有权的企业许可，在同一种商品上使用了与其他企业注册商标相同的商标，情节严重，根据我国1997年《刑法》第213条的规定，已经构成了假冒注册商标罪。

假冒注册商标罪，是指未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的行为。

本罪的构成特征为：（1）本罪所侵犯的客体为国家的商标管理制度和他人注册商标的专用权。商标，俗称牌子、品牌，是商品生产者或经营者为了标明其商品并与其他商品相区别，而在自己的商品上附加的用文字、图形或其组合构成的显著标志。国家商标管理制度，是指国家为维护社会主义市场经济秩序，促进商品交易和对外贸易的正常进行，提高商品质量，保护商品生产者和消费者的合法权益，通过颁布商标法律、法规，所建立的对商标实行统一管理，对注册商标给予法律保护，禁止假冒、伪造、仿造、销售他人注册商标的侵权行为的法律制度。注册商标专用权，是指商标注册人对其注册商标所享有的独占使用权，其具体内容包括商标专用权人对注册商标的独占权、转让权和使用许可权。商标专用权作为知识产权的一种，受到法律的特殊保护。《中华人民共和国民法通则》第96条规定：“法人、个体工商户、个人合伙依法取得的商标专用权受法律保护。”《中华人民共和国商标法》（以下简称《商标法》）第3条规定：“经商标局核准注册的商标为注册商标，商标注册人享有商标专用权，受法律保护。”该锁厂假冒他人注册商标，情节严重的行为，侵犯了国家商标管理制度和他人注册商标专用权，应予以刑罚处罚。（2）本罪在客观方面表现为未经注册商标所有人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的行为。所谓未经注册商标所有人许可，是指没有

征得注册商标所有人的同意，并未与其达成注册商标使用许可合同。所谓在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，是指行为人在与注册商标所有人所生产或经营的商品同一品种的商品或者是完全相同的商品上使用与注册商标音、意、形均相同的商标，即行为人所使用的商标与注册商标在文字发音、含义、文字内容、构图、外部轮廓、颜色等方面均相同，如果这些方面有一方面不同，就不能认定为相同的商标。所谓情节严重，根据司法实践经验，一般应当包括：假冒他人注册商标，违法所得数额较大的；多次假冒他人注册商标的；假冒注册商标后果严重的；假冒他人注册商标造成恶劣影响的等等。只要行为人具有上述情节之一的，就应认定为情节严重，以本罪论处。（3）本罪的主体包括自然人和单位。对于单位能否成为本罪主体，我国刑事立法有一个演变过程。我国 1979 年《刑法》没有规定单位犯罪，1979 年《刑法》第 127 条规定对假冒商标的直接责任人员处以刑罚，单位不能成为本罪的主体。因此，在某市锁厂假冒上海新兴锁厂“808”注册商标一案中，人民法院根据 1979 年《刑法》第 127 条的规定，只追究了直接责任人员厂长冯某、副厂长赵某的刑事责任，没有对该市锁厂进行刑罚处罚，这是符合当时的刑法规定和我国刑法从旧兼从轻的时间效力原则的。1993 年 2 月 22 日全国人大常委会通过了《关于惩治假冒注册商标犯罪的补充规定》，该补充规定第 3 条规定：企业事业单位犯假冒注册商标罪和销售假冒注册商标商品罪的，对单位判处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员按照假冒注册商标罪和销售假冒注册商标商品罪的

规定追究刑事责任。该补充规定自 1993 年 7 月 1 日起施行。自此，单位可以成为本罪主体，并对单位犯本罪实行双罚制。1997 年修订后的《刑法》以法典的形式进一步肯定了单位犯罪。1997 年《刑法》第 220 条规定：“单位犯本节第二百一十三条至第二百一十九条规定之罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照本节各该条的规定处罚。”因此，从 1993 年 7 月 1 日以后，单位假冒他人注册商标，情节严重的行为，就应以假冒注册商标罪论处。某市锁厂假冒注册商标一案如果发生在今天，对其完全应当以假冒注册商标罪论处。(4) 本罪的主观方面表现为故意，并且是直接故意，即行为人明知自己的行为是假冒他人注册商标的行为，而决意为之。过失不能构成本罪。

对于假冒注册商标罪的处罚，《刑法》第 213 条规定了两个刑罚幅度，即自然人犯本罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。

119. 假冒他人注册商标生产假药的，该如何定罪？

[案情介绍]

被告人邹某曾承包某市中药厂的第二车间，生产名优产品“中州”牌清热解毒口服液，在承包期间其结识了被告人寇某。1998 年 1 月，某市中药厂解除了与邹某的承包合同。

随后，邹某向寇某提出找人印制已经注册的“中州”牌清热解毒口服液商标标识，寇某表示同意。1998年1月至9月期间，寇某未经注册商标所有人——某市中药厂的同意，委托他人非法印制了“中州”牌清热解毒口服液商标标识30万张。与此同时，邹某购买了某市中药厂工人盗窃的该厂“中州”牌清热解毒口服液商标标识1.5万张。1998年9月，邹某、寇某着手筹建“××华侨公司情景保健品厂”。邹某、寇某在没有办理生产、销售药品的合格证、许可证及营业执照的情况下，非法生产了假冒的“中州”牌清热解毒口服液4000余件，并销往10余个市、县，非法经营额达40余万元。经市药品检验所对二被告人生产的假冒的“中州”牌清热解毒口服液进行抽样检验发现，在该药品成分中，生物碱含量不呈正反应；总黄酮含量只有1mg/ml，低于有关文件要求5mg/ml的标准；每支药液装量也少于规定的标准。检察机关以生产、销售假药罪对二被告人提起公诉，但本案辩护人认为本案被告人的行为构成假冒注册商标罪，不构成生产、销售假药罪。

[法律分析]

在本案中，二行为人未经注册商标所有人许可，在同一种药品上使用了与他人的注册商标相同的商标，其行为性质为假冒注册商标的行为；同时行为人在没有办理生产、销售药品的合格证、许可证及营业执照的情况下，非法生产并销售了未取得批准文号的药品，即按照我国药品管理法的规定属于假药和按假药处理的药品，其行为性质为生产、销售假

药的行为，而且这两种行为之间具有方法与结果、手段与目的的紧密联系，共同围绕着同一个最终目的——通过销售假药而谋取非法利益。从行为的违法性角度来看，这两种行为分别构成了刑法所规定的两个不同的罪名——《刑法》第213条规定的假冒注册商标罪和《刑法》第141条规定的生产、销售假药罪。那么，在司法实践中对这种情况如何进行处罚呢？也就是说，是以假冒注册商标罪和生产、销售假药罪两罪并罚，还是以假冒注册商标罪或者生产、销售假药罪一罪论处呢？

在司法实践中，经常会出现行为人为实现一个犯罪意图，达到一个犯罪目的，而其犯罪的方法行为或结果行为又触犯了其他罪名的情况，这种情况在刑法理论上被称为牵连犯，本案就属于牵连犯的情况。所谓牵连犯，按照刑法学理论的一般观点，是指行为人为实施某种犯罪（即本罪），而方法行为或结果行为又触犯其他罪名（即他罪）的犯罪形态。按照这一概念，牵连犯的成立必须具备以下条件：（1）牵连犯必须基于一个最终犯罪目的，也就是说，行为人是为了达到某一犯罪目的而实施犯罪行为的，在实施犯罪的过程中，其所采取的方法行为或者结果行为又构成了另一独立的犯罪，但无论是方法行为还是结果行为都必然是围绕着一个最终的犯罪目的而实施的，这是构成牵连犯的主观要件，而且是认定数个犯罪行为之间具有牵连关系的主要标准。在本案中，行为人邹某、寇某实施了假冒注册商标的行为和生产、销售假药的行为都具有一个最终的犯罪目的——将假药销售出去以谋取非法利益。（2）牵连犯必须具有两个

以上的、相对独立的危害社会行为，也就是说，行为人只有实施了数个相对独立并完全具备犯罪构成要件的危害社会行为，即数行为都能独立成罪，才可能构成牵连犯，这是成立牵连犯的客观外部特征。如果行为人只实施了一个危害社会行为或者行为人所实施的数个危害社会行为中只有一个构成犯罪，数个犯罪行为之间无牵连关系，则不能构成牵连犯。在本案中，行为人邹某、寇某实施了两个分别可以构成假冒注册商标罪和生产、销售假药罪的行为，从而具有构成牵连犯的客观条件。(3) 牵连犯所包含的数个危害社会行为之间必须具有牵连关系。所谓牵连关系，是指行为人实施的数个危害社会行为之间具有手段与目的的或者原因与结果的内在联系，亦即行为人数个危害社会行为分别表现为目的行为、方法行为或结果行为，并相互依存形成一个有机整体。方法行为是为实现目的的犯罪行为服务的，结果行为是使目的的犯罪行为成完成状态而实施的。数个犯罪行为如果没有这种不可分离的牵连关系，则是各自独立的数罪，就不成为牵连犯了。在本案中，行为人邹某、寇某所实施的假冒他人注册商标的行为与生产、销售假药的行为之间明显具有这种牵连关系。(4) 牵连犯的数个行为必须触犯不同的罪名。这是牵连犯的法律特征，也是确定牵连犯的标志。

按照我国刑法学界的一般观点，牵连犯的处断原则为从一重处断，即对于牵连犯，除法律明文规定为应实行数罪并罚的以外，应依照数罪中最重的一个罪定罪，并在其法定刑之内酌情从重判处刑罚。比较假冒注册商标罪和生产、销售假药罪的法定刑，在同一法定刑幅度内，生产、销售假药罪

要重于假冒注册商标罪，因此，对于这两罪的牵连犯应按照生产、销售假药罪定罪并从重处罚。对于邹某、寇某假冒注册商标又制售假药一案，应以生产、销售假药罪从重处罚。

120. 明知是假“红塔山”香烟而销售的，是犯罪吗？

【案情介绍】

某县第二工业供销公司靖江供应处经理龚某因经营不善，单位亏损，欲贩卖假烟获利弥补。龚某找到相识的陈某，请其帮助联系购买假烟，并表示事成后给陈某一定的“好处费”。陈某遂将烟贩唐某、蔡某（另案处理）介绍给龚某。龚某以本单位的名义向两烟贩订购了假“红塔山”香烟5 000条，每条价格35元，总计价款17.5万元。一个月后，唐某、蔡某将假烟送到靖江供应处。收到假烟后，龚某找到鞠某，称有正宗“红塔山”牌香烟可让鞠某代卖，鞠某同意后要了350条。鞠某在带烟回程途中被县工商行政管理局查获。案发后，检察机关以销售假冒注册商标的商品罪对某县第二工业供销公司靖江供应处和龚某、陈某提起了公诉。

【法律分析】

我国1979年《刑法》并未规定销售假冒注册商标的商品罪。为完善惩治销售假冒注册商标的商品的立法，1993年2月22日全国人大常委会《关于惩治假冒注册商标犯罪的补充规定》第1条规定：销售明知是假冒注册商标的商

品，违法所得数额较大的，处3年以下有期徒刑或者拘役，可以并处或者单处罚金；违法所得数额巨大的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。第3条规定：企业事业单位犯销售假冒注册商标商品罪的，对单位判处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照上述规定追究刑事责任。刑事单行法的上述规定确立了销售假冒注册商标的商品罪，为准确打击这种犯罪提供了法律依据。修订后的1997年《刑法》第214条、第220条基本上采纳了补充规定的规定，但对本罪作了三处修改，将“违法所得”改为“销售金额”；将“可以并处或者单处罚金”修改为“并处或者单处罚金”；扩大了单位犯罪的范围，将“企业事业单位”修改为“单位”。1997年《刑法》的这三处修改，实际上扩大了本罪的处罚范围，加大了打击力度，体现了国家对造假售假行为严厉打击的精神。

销售假冒注册商标的商品罪，根据1997年《刑法》第214条的规定，是指销售明知是假冒注册商标的商品，销售金额数额较大的行为。

本罪的构成特征为：（1）本罪所侵犯的客体为复杂客体，既侵害了他人注册商标的专用权，破坏了国家对商标的管理制度，又损害了注册商标商品的信誉和消费者的合法权益。（2）本罪在客观方面表现为行为人明知是假冒注册商标的商品而予以销售，且销售金额数额较大的行为。具体而言，包括以下几点：第一，行为人必须有销售行为。在这里，销售行为是广义的，包括零售、批发、推销、代销、贩卖等。第二，行为人销售的必须是与被假冒的注册商标所有

人的商品相同的商品，即假冒注册商标的商品。第三，行为人销售的假冒注册商标的商品必须是他人生产的，不是销售者本人生产的。如果行为人销售自己生产的假冒注册商标的商品，应认定为假冒注册商标罪。第四，行为人销售假冒注册商标的商品金额必须是数额较大。（3）本罪的主体为一般主体，包括自然人和单位。（4）本罪的主观方面表现为故意，即行为人明知是假冒注册商标的商品而进行销售。1997年《刑法》第214条的规定在主观方面特别强调了“明知”的要件，行为人是否明知所销售的商品是假冒注册商标的商品是本罪罪与非罪的重要界限。在本案中，检察机关未指控鞠某犯销售假冒注册商标的商品罪的原因，就在于鞠某并不知道其所销售的香烟是假“红塔山”香烟。

根据1997年《刑法》第214条和第220条的规定，自然人犯本罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；销售金额数额巨大的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照自然人犯罪的规定处罚。

121. 卖假注册商标标识的，也是犯罪吗？

[案情介绍]

李某是经营小百货的个体工商户，因经营不善，屡屡亏损，其为此十分苦恼。一日，李某偶然听人说倒卖假的注册商标标识十分赚钱，即决心大干一场。1998年3月至5月，

李某先后三次携带 70 万套伪造的浙江鸿雁电器公司“鸿雁”牌激光防伪商标标识到某市进行销售。他以每套 0.025 元至 0.028 元的价格，将其中 30 万套销售给楼某，其余 40 万套通过劳某、褚某（另案处理）售出，共计得款 1.8 万余元。1998 年 8 月，李某又携带 20 万套伪造的“鸿雁”激光防伪商标标识前往某市欲销售时，被公安机关查获。案发后，检察机关以销售非法制造的注册商标标识罪对李某提起公诉。李某认为，自己既未生产、销售假冒注册商标的商品，又未制造伪造的注册商标标识，只是卖了假商标标识，是一个愿买一个愿卖的事，不构成犯罪。

[法律分析]

李某对自己销售非法制造的注册商标标识的行为性质的认识是错误的，根据我国《刑法》第 215 条的规定，李某的行为已经构成了销售非法制造的注册商标标识罪，检察机关对他的指控是正确的。

销售非法制造的注册商标标识罪是非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪的一部分。非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪，是指伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识，情节严重的行为。

本罪的构成特征为：（1）本罪所侵犯的客体为国家对注册商标的管理制度和他人的注册商标专用权。我国《商标法》、《商标法实施细则》和《商标印制管理办法》规定，注册商标的印制和使用必须是经核准的持有指定印制商标单位证书的定点印制单位，按照法定的程序审查商标注册证或营

业执照及商标印制委托书等，才能进行印制并交付商标所有权人使用。伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的行为，直接违反了我国的商标印制、使用管理制度，侵犯了注册商标专用权人的合法权益。(2) 本罪的客观方面表现为行为人伪造、擅自制造他人注册商标标识，或者明知是伪造、擅自制造的注册商标标识而予以销售，情节严重的行为。所谓注册商标标识，是指在商品本身或在商品包装上使用的附有文字、图形或其组合所构成的商标图案的实体，如商标纸、商标标牌、商标识带等。所谓伪造，是指无印制商标经营资格的单位和个人，没经商标印制委托人委托而制造与他人注册商标标识相同的商标标识，或者非商标所有权人，委托商标印制单位为自己非法印制他人注册商标标识。所谓擅自制造，是指有印制商标经营资格的单位或个人，未经注册商标所有权人的委托，制造与其注册商标标识相同的商标标识，或者虽经商标所有权人的委托，但超量印制。所谓销售，既包括零售，也包括批发；既包括市场销售，也包括内部销售等。所谓情节严重，在司法实践中，一般是指伪造、擅自制造或者销售伪造、擅自制造的他人注册商标标识数量多或违法所得数额较大的；多次伪造、擅自制造或者销售伪造、擅自制造的他人注册商标标识的；因伪造、擅自制造或者销售伪造、擅自制造他人注册商标标识被工商行政管理机关处罚后又实施该行为的；伪造、擅自制造或者销售伪造、擅自制造他人驰名商标，造成恶劣影响的；伪造、擅自制造或者销售伪造、擅自制造他人注册商标标识给注册商标所有权人造成严重损失的等等。

(3) 本罪的主体为一般主体，既包括自然人，也包括单位。

(4) 本罪的主观方面为故意，即明知自己的行为是伪造、擅自制造或者销售伪造、擅自制造的他人注册商标标识的行为，而决意为之。过失不能构成本罪。

伪造、擅自制造或者销售伪造、擅自制造的他人注册商标标识罪的处罚，根据《刑法》第 215 条、第 220 条的规定，自然人犯本罪的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金；单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，按照上述规定处罚。

在本案中，李某明知是伪造的他人注册商标标识而予以销售，且销售伪造的注册商标标识的数量多，违法所得数额大，其行为已构成了销售非法制造的注册商标标识罪，应予以刑罚处罚。

122. 假冒他人专利的，是犯罪吗？

[案情介绍]

陈某向国家专利局申请“卡片抽屉穿条装置”实用新型专利获得批准后，某木材加工厂厂长王某没有同陈某签订专利实施许可合同，也未经专利权人陈某同意，擅自利用陈某的专利技术生产产品并销售，非法获利 5 万元。陈某在市场上发现了这种专利侵权产品后，向有关部门报案。案发后，检察机关以假冒专利罪对某木材加工厂及王某提起了公诉。

〔法律分析〕

检察机关认为某木材加工厂和厂长王某犯了假冒专利罪是正确的。我国《刑法》第216条规定，假冒他人专利，情节严重的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。《刑法》第220条规定，单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照《刑法》第216条的规定处罚。检察机关依据刑法的这一规定，对某木材加工厂及其厂长王某提起公诉是正确的。

所谓假冒专利罪，是指违反专利管理法规，假冒他人专利，情节严重的行为。

假冒专利罪的构成特征为：（1）假冒专利罪所侵犯的客体是国家的专利管理制度和专利权人的专利权。专利是一项重要的知识产权，专利制度是随着人类科学技术的进步和商品经济的发展而逐步发展起来的。国家专利管理制度，是指国家通过制定专利法规规定授予专利权的条件，专利的申请、审查、批准，专利权的期限、终止、无效，专利的实施，专利权的保护等，从而建立起来的一套完整的管理专利事务的法律制度。国家专利管理制度是维护专利管理秩序和市场经济秩序的重要制度。专利权，是指法律授予专利权人对其获得专利权的发明创造依法所享有的权利，包括专利实施权、专利许可权、专利转让权、专利标记权、署名权等独占权利。所谓专利，是指取得了专利权的发明创造，即享有独占权的专利技术。根据《中华人民共和国专利法》（以下简称《专利法》）及其实施细则的规定，专利包括发明、实用新型和外观设计三种。发明是指对产品、方法或者其改进

所提出的新的技术方案；实用新型是指对产品的形状、构造或者它们的结合所提出的适于实用的新技术方案；外观设计是指对产品的形状、图案、色彩或者其结合所作出的富有美感并适合于工业上应用的新设计。我国《专利法》规定，发明专利权的期限为 20 年，实用新型专利权和外观设计专利权的期限为 10 年，均自申请之日起计算。对专利、专利权、专利管理，我国《专利法》及其实施细则都作出了详尽的规定，这些规定构成了我国专利管理制度。某木材加工厂及王某假冒他人专利的行为，侵犯了专利权人的专利权，破坏了国家的专利管理制度，必须依法予以惩处。(2) 假冒专利罪的客观方面表现为违反国家专利管理法规，在法律规定的专利有效期限内，假冒他人专利，侵犯他人专利权益，情节严重的行为。违反国家专利管理法规，主要是指违反《专利法》及其实施细则以及其他法律、法规中有关专利的规定。假冒他人专利行为的类型主要有两种形式：第一，未经专利权人许可，实施其专利，即未经专利权人许可，为生产经营目的制造、使用、销售、进口其发明或实用新型专利产品，或者制造、销售、进口其外观设计专利产品，或者使用其专利方法以及使用、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。在本案中，某木材加工厂就是采用了未经专利权人陈某的许可，擅自制造并销售了陈某已取得了实用新型专利权的“卡片抽屉穿条装置”专利产品的方法假冒专利的。第二，未经专利权人许可，在自己制造、使用、销售的非专利产品或其包装上标注专利权人的专利名称、专利标记或专利号；故意制造、销售、仿造他人的专利标记；或者在对产品进行

宣传、展览、订立合同时谎称自己是专利权人或宣称自己生产的产品是他人的专利产品，旨在使公众误认为该产品是专利产品或者是用专利方法生产的产品。假冒专利，情节严重，一般是指假冒他人专利，非法经营数额巨大或者非法获利数额较大的；多次假冒他人专利或者假冒他人专利时间较长，经两次以上行政处罚后，仍继续作案的；行为手段极其恶劣、影响极坏的；给专利权人或国家利益造成重大损失的；严重扰乱市场秩序，造成混乱的；严重损害消费者权益，造成较大危害后果的；在国际上造成恶劣影响的等等。只要具有上述情节之一的，就应以假冒专利罪论处。(3) 假冒专利罪的主体为一般主体，自然人和单位都可以构成本罪。本案中的某木材加工厂就是单位主体构成假冒专利罪。(4) 假冒专利罪在主观方面表现为故意，即行为人明知自己的行为是假冒专利的行为，而决意为之。过失行为不能构成犯罪。

在本案中，某木材加工厂未经专利权人许可，擅自制造并销售他人已取得专利权的产品，非法获利数额较大，已构成假冒专利罪，应给予刑罚处罚；王某作为该厂厂长，是假冒专利行为的直接负责的主管人员，根据《刑法》第220条的规定，亦应以假冒专利罪处罚。

123. 剽窃他人作品的，是犯罪吗？

【案情介绍】

大学教授张某，近年来一直潜心研究西洋建筑史，颇有

心得。张教授呕心沥血历经数载寒暑，写出一部洋洋数百万字的《中世纪西洋建筑史大观》书稿。为精益求精，张教授将书稿打印成册，在小范围内征求意见。学界同行阅后，均大加称赞，认为是一部不可多得的学术著作，同时也提出了一些意见。张教授认真地修订书稿，准备与出版社接洽联系出版事宜。不料就在张教授修改书稿过程中，一部同名著作已赫然出版，作者为与张教授同一教研室并看过此书稿的刘副教授。刘副教授的著作与张教授的书稿内容基本相同，其间还有大段大段的文字与张教授的书稿一字不差，明显是抄袭之作。张教授几年心血付之东流，因而气愤之极，欲找有关部门讨个说法。有人对张教授说，刑法中有一个罪名叫侵犯著作权罪，可以对剽窃者定罪判刑。张教授遂找到检察机关，要求检察机关追究刘副教授侵犯著作权罪的刑事责任。但是，检察机关却说，刘副教授的剽窃行为不构成侵犯著作权罪，要张教授到人民法院提起民事诉讼。张教授认为，剽窃他人作品的行为与盗窃行为无异，应当构成犯罪。

〔法律分析〕

按照我国刑法的规定，剽窃他人作品的行为是不能以犯罪论处的，检察机关的意见是正确的。我国《刑法》第217条规定：以营利为目的，有下列侵犯著作权情形之一，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金；未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电

影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的；出版他人享有专有出版权的图书的；未经录音录像制作者许可，复制发行其制作的录音录像的；制作、出售假冒他人署名的美术作品的。从刑法的上述规定可以看出，对剽窃他人作品的行为以犯罪论处是没有法律依据的。

所谓侵犯著作权罪，是指以营利为目的，违反著作权法的规定，以擅自复制发行他人作品、出版他人享有专有出版权的图书、复制发行他人制作的音像制品，或者制售假冒他人署名的美术作品的方式，侵犯他人著作权或与著作权相关权益，违法所得数额较大或者有其他严重情节的行为。

侵犯著作权罪的构成特征为：（1）本罪所侵犯的客体为复杂客体，包括我国的著作权管理制度和他人享有的著作权，及与著作权有关的其他权益，有的犯罪还侵犯了消费者的财产权。著作权又称版权，是指文学、艺术和科学技术作品的作者依法享有的权利。按照《中华人民共和国著作权法》（以下简称《著作权法》）的规定，著作权包括人身权和财产权，具体而言包括发表权、署名权、修改权、保护作品完整权和使用权、获得报酬权，广义的著作权还包括著作邻接权，即主要是艺术表演者、录音录像制品制作者和广播电视组织者的权利。《著作权法》规定了作品范围、著作权内容、归属及保护期限，对侵犯著作权和与著作权有关权益的行为均作了明确的规定，并由此形成了较为完整的国家对著作权的管理制度。（2）本罪的客观方面表现为：第一，未经著作权人许可，复制、发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品。所谓复制发行，是

指行为人以营利为目的，未经著作权人许可而实施复制、发行或者既复制又发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的行为。在《著作权法》及其实施条例中，剽窃、抄袭作品与复制发行作品是两个不同的概念，因而剽窃、抄袭他人作品的行为不能认为是擅自复制、发行他人作品的行为，这是在本案中检察机关认为刘副教授不能构成侵犯著作权罪的理由之一。第二，出版他人享有专有出版权的图书。出版，是指将作品编辑加工后，经过复制向公众发行。图书专有出版权，是指出版者对著作权人交付的作品在合同中规定的时间、地点以原版、修订版方式出版的独占权利。第三，未经录音录像制作者许可，复制、发行其制作的录音录像。第四，制作、出售假冒他人署名的美术作品。构成侵犯著作权罪的行为除了上述四种表现方式外，还必须是违法所得数额较大或者有其他严重情节的。按照有关司法解释，违法所得数额较大，是指个人违法所得数额在 5 万元以上，单位违法所得数额在 20 万元以上。有其他严重情节，是指因侵犯著作权曾经两次以上被追究行政责任或民事责任，两年内又实施侵犯著作权行为的；个人非法经营额在 20 万元以上，单位非法经营额在 100 万元以上的；造成其他严重后果的。违法所得数额巨大，是指个人违法所得数额在 20 万元以上，单位违法所得数额在 100 万元以上。有其他特别严重情节，是指个人非法经营额在 100 万元以上，单位非法经营额在 500 万元以上的；造成其他特别严重后果的。（3）本罪的主体为一般主体，包括自然人和单位。（4）本罪的主观方面为故意，而且必须具有营利目的。所谓

营利目的，是指行为人具有通过侵犯著作权的行为谋取非法物质利益的目的。在本案中，检察机关认为刘副教授不能构成侵犯著作权罪的理由之二就是认为刘副教授在主观上缺乏营利目的。

认定一个人的行为是否构成犯罪，必须以刑法明文规定为基准，这是刑法罪刑法定原则的必然要求，也是法治文明的体现。同时刑罚作为最为严厉的也是最后的惩治手段，不能在社会生活中包打一切，否则会造成社会关系紧张、人人自危的后果。在本案中，张教授的作品被他人剽窃，可以通过向人民法院提起民事诉讼要求侵权者承担停止侵害、消除影响、公开赔礼道歉、赔偿损失等民事责任，并要求有关行政主管部门对侵权者给予罚款等行政处罚。

124. 卖盗版书也是犯罪吗？

【案情介绍】

1996年初，《现代汉语词典》（修订本）刚刚问世，十分畅销，但不久社会上就出现了盗印版。个体书商徐某正为自己手中的书滞销而发愁，当得知《现代汉语词典》（修订本）畅销而当地另一书商陈某盗印了该词典2万多册后，即找到陈某，以20元一册的价格买进《现代汉语词典》（修订本）500本，然后以定价55元的价格出售，非法获利1.7万余元。徐某被抓获后，检察机关以销售侵权复制品罪提起了公诉，人民法院以同一罪名判处徐某有期徒刑1年零6个月，并处罚金5000元，非法所得1.7万余元予以没收。

[法律分析]

按照全国人大常委会于1994年7月5日通过的《关于侵犯著作权的犯罪的决定》第3条规定，以营利为目的，销售明知是侵权复制品，违法所得数额较大的，处2年以下有期徒刑、拘役，单处或者并处罚金；违法所得数额巨大的，处2年以上5年以下有期徒刑，并处罚金。徐某销售盗版书的行为已经构成了销售侵权复制品罪。《刑法》第218条对上述规定作了修改，规定：以营利为目的，销售明知是侵权复制品，违法所得数额巨大的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

销售侵权复制品罪，是指以营利为目的，销售明知是侵犯他人著作权、著作权邻接权的，非法复制、出版、制作的作品、他人享有专有出版权的图书、假冒他人署名的美术作品，违法所得数额巨大的行为。

本罪的构成特征为：（1）本罪所侵犯的客体是复杂客体，既侵犯了著作权人或者邻接权人享有的著作权或者邻接权，又侵犯了国家文化市场的管理秩序。（2）本罪的客观方面表现为销售侵权复制品，违法所得数额巨大的行为。销售，是指出售或者倒卖的行为，可以是批发也可以是零售方式。违法所得数额巨大是本罪的客观方面的一个特殊要件，这是《刑法》第218条对全国人大常委会《关于侵犯著作权的犯罪的决定》的一项变更，该决定规定违法所得数额较大的销售侵权复制品行为就构成犯罪，而《刑法》第218条规定违法所得数额巨大的才构成本罪。根据最高人民法院的有关司法解释，违法所得数额巨大，是指个人违法所得数额在

10万元以上，单位违法所得数额在50万元以上。由此可见，徐某的销售侵权复制品的行为如果发生在1997年10月1日以后，因其违法所得数额未达到巨大的标准，不能构成销售侵权复制品罪，应当承担一定的民事责任和行政责任。

(3) 本罪的主体为一般主体，自然人和单位都可构成本罪。

(4) 本罪的主观方面只能由故意构成，行为人必须明知是侵权复制品而销售的，才构成本罪。

根据《刑法》第218条和第220条的规定，犯销售侵权复制品罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

125. 盗窃本单位的图纸出卖的，应定何罪？

〔案情介绍〕

某变压器厂工程师周某，自认为怀才不遇，厂里对自己大材小用，加之生活压力大，经济一度十分紧张，于是产生了盗窃厂里的图纸卖给其他变压器厂的念头。1992年6月至1993年10月期间，周某多次利用夜间无人之机，将作为商业秘密而严格保密的本厂SFP10—37万/220V、SFP8—40万/220V电力变压器全套图纸及产品说明书等技术资料盗出，并进行复制或复印。周某共盗窃了本厂的技术资料249份，共3533页。经粗略估算，周某盗出的技术资料价值为70余万元。与此同时，周某以提供大型变压器技术咨询及软件为名，分别与甲、乙、丙三个变压器厂联系，将所

盗出的部分技术资料卖给以上三厂，非法获利 7 万余元。案发后，人民法院以盗窃罪判处了周某有期徒刑 15 年，剥夺政治权利 5 年。

[法律分析]

周某盗窃本单位保密的技术资料卖给其他厂家，造成了本单位在市场竞争中的不利地位，实际上是侵犯了单位的商业秘密权。这种行为是否构成犯罪和构成何种犯罪呢？对于这个问题，我国刑法和司法解释有一个演变过程。

在 1979 年《刑法》中没有关于惩治侵犯商业秘密犯罪行为的规定，因而在当时对于侵犯商业秘密的行为无法以犯罪论处。随着经济的发展，特别是社会主义市场经济的确立，在社会生活中侵犯商业秘密的犯罪行为时有发生，且有上升之势。为了打击侵犯商业秘密的犯罪行为，保护企业的合法权利，1992 年 12 月 11 日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理盗窃案件具体应用法律的若干问题的解释》中规定，盗窃的公私财物，既指有形财物，也包括电力、煤气、天然气、重要技术成果等无形财物。依此解释，盗窃重要技术成果的犯罪行为可以以盗窃罪论处，这是我国对侵犯商业秘密行为给予刑罚处罚的最初规定。但是司法机关依据此解释仍然无法惩治以非盗窃的其他手段侵犯商业秘密的犯罪行为和侵犯重要技术成果以外的其他商业秘密的犯罪行为。为此，1997 年修订的《刑法》第 219 条作出了侵犯商业秘密罪的规定，自此以后，侵犯商业秘密的犯罪行为被全面地纳入了刑事法律体系。《刑法》第 219 条规定：有下列

侵犯商业秘密行为之一，给商业秘密权利人造成重大损失的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金：以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。明知或者应知前款所列行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的，以侵犯商业秘密论。

侵犯商业秘密罪，是指侵犯他人商业秘密，给商业秘密权利人造成重大损失的行为。

本罪的构成特征为：（1）本罪所侵犯的客体为商业秘密的所有人和经商业秘密所有人许可的商业秘密使用人的权利，即商业秘密权。所谓商业秘密，是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。商业秘密权利人，是指商业秘密的所有人和经商业秘密所有人许可的商业秘密使用人。按照一般理解，商业秘密权具体包括：占有权，即权利人对商业秘密实际上的管理、控制权；使用权，即权利人依法使用商业秘密的权利；收益权，即权利人获得经济利益的权利；处分权，即商业秘密所有人处置其商业秘密的权利。（2）本罪的客观方面表现为以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人商业秘密的行为；披露、使用或者允许他人使用以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取的商业秘密的行为；违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披

露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的行为；或者明知或者应知上述所列行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的行为。(3) 本罪的主体为一般主体。单位和个人均可构成本罪。(4) 本罪的主观方面只能由故意构成，过失不构成本罪。

按照《刑法》第 219 条和第 220 条的规定，自然人犯本罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员按上述规定处罚。

第八章

扰乱市场秩序罪

126. 诋毁他人商品声誉的，是犯罪吗？

〔案情介绍〕

某市甲日用化学品厂和该市乙家化厂是在该市洗衣粉市场占有率有较大比例的两家企业。甲厂为了占据市场更大份额，排挤作为竞争对手的乙厂，专门拍摄了一则电视广告在电视台播放。广告中说，目前在该市洗衣粉市场上出售的普通洗衣粉均含铝、磷，会诱发老年痴呆症、非缺铁性贫血，助长肺病的发展，而只有该厂生产的洗衣粉才是本市生产的惟一的合格产品，并告诫人们以后不要再去买其他洗衣粉了。广告的播出，给乙家化厂造成巨大损失。

〔法律分析〕

甲厂的行为已构成损害商业信誉、商品声誉罪。

所谓损害商业信誉、商品声誉罪，是指违反反不正当竞争管理法规，捏造并散布虚伪事实，损害他人的商业信誉、商品声誉，给他人造成重大损失或者有其他严重情节的行为。

本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体即商誉权和市场的公平竞争秩序。损害商业信誉、商品声誉罪的犯罪对象包括商品的生产者、经营者以及商品。（2）在客观方面，本罪表现为捏造并散布虚伪事实，损害他人的商业信誉、商品声誉，给他人造成重大损失或者有其他严重情节的行为。所谓捏造，是指无中生有，虚构某种不存在的事实；所谓散布，是指将其所捏造的虚伪事实加以传播，使一定范围内的

社会公众知悉的行为；所谓虚伪事实，是指根本不存在但以影响商业信用主体在生产、商品质量、销售及服务等诸方面获取社会总体好评的情况。实践中常见的损害商业信誉、商品声誉的行为方式包括：第一，在公开的场合如产品发布会上、新闻发布会上，发布对比性广告、声明性广告，贬损竞争对手商业信誉、商品声誉。第二，在竞争对手的固定客户面前公开编造并散布虚伪事实。第三，通过邮寄、散发传单等方式恶意贬低、诋毁他人商业信誉、商品声誉。第四，在商品包装或说明书上，贬低和诋毁他人生产、销售的同类商品，损害他人的商品声誉。构成本罪在客观方面还必须“给他人造成重大损失”或“有其他严重情节”。二者只要具备其一则构成犯罪。（3）本罪的主体是一般主体，包括自然人也包括单位。自然人主体指年满 16 周岁、具备刑事责任能力的人，单位主体在实践中常见的是从事市场经营活动的企业法人、其他经济组织。（4）本罪在主观方面是出于故意，并且具有损害他人商业信誉、商品声誉的目的。过失不构成本罪。

根据我国《刑法》第 221 条、第 231 条的规定，犯损害商业信誉、商品声誉罪的，处 2 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

本案中甲厂捏造并散布虚伪事实，借声明本厂生产的洗衣粉是该市生产的惟一的合格产品来诋毁乙厂生产的洗衣粉，已造成对他人商业信誉、商品声誉的损害，且给乙厂造

成重大损失，因此甲厂符合本罪的构成特征，应按有关法律
规定予以处罚。

127. 利用广告对商品作虚假宣传，构成犯罪吗？

[案情介绍]

上海蒙华日用化妆品厂为了推销其产品“蒙妮坦换肤霜”，在广告中声称“一次使用，更换老化皮肤；八次使用，彻底换了模样”，并称该产品经医院验证有效率达100%，而且适用于任何肤质。广告登出后，广大女性趋之若鹜。许多消费者使用了该换肤霜后，不仅没有达到广告中所声称的功效，反而产生了很大的副作用。有的消费者使用后脸上红肿、发痒、出黑斑，有的甚至起脓泡、流黄水、溃烂。后该广告被国家工商行政管理局认定为虚假广告，禁止刊播。

[法律分析]

该日用化妆品厂已构成虚假广告罪。

所谓虚假广告罪，是指广告主、广告经营者、广告发布者违反国家规定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传，情节严重的行为。

本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是复杂客体，包括国家广告市场的管理制度和消费者的合法权益。利用广告作虚假宣传，不仅直接破坏了国家对广告市场的管理制度，同时也会使因听信广告而被误导的消费者的合法权益受到损害。（2）本罪在客观方面表现为违反国家规定，利用广

告对商品或服务作虚假宣传，情节严重的行为。违反国家规定，主要指违反国家制定、发布的有关广告管理的法律、法规，如《中华人民共和国广告法》、《中华人民共和国反不正当竞争法》等。这些法律、法规对于广告的制作、经营、发布都作了一系列规定，违反这些规定就可能构成本罪。利用广告对商品或服务作虚假的宣传，指利用广告形式，在广告中对商品的性能、产地、用途、质量、价格、生产者、生产日期、有效期、售后服务，以及对服务的内容、形式、质量、价格等作不真实的宣传，无中生有，夸大事实，隐瞒真相等，足以严重欺骗或者误导消费者的行为，同时构成本罪还必须达到情节严重的程度。(3) 本罪的主体是特殊主体，即广告主、广告经营者和广告发布者，其中包括个人和单位。广告主，指为推销商品或为提供服务，自行或委托他人设计、制作、发布广告的法人、其他经济组织或者个人；广告经营者，指受委托提供广告设计、制作、代理服务的法人、其他经济组织或者个人；广告发布者，指为广告主或者广告主委托的广告经营者发布广告的法人或其他经济组织。(4) 本罪在主观方面是故意，即明知广告的内容是虚假的，而故意予以制作发布，并且一般有非法营利的目的。

根据我国《刑法》第 222 条和第 231 条的规定，犯本罪的，处 2 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。

本案中该化妆品厂作为广告主，为了达到非法营利的目的，违反《中华人民共和国广告法》的有关规定，在广告中

对其产品换肤霜作不真实的宣传，故意夸大其产品的效能和质量，严重欺骗、误导消费者，引起多人上当受骗，并且严重损害了消费者的权益，完全符合本罪的构成特征，应以虚假广告罪定罪处罚。

128. 招标人与投标人串通投标是否构成犯罪？

[案情介绍]

某省准备修建一条纵贯全省的高速公路，决定采取分段招标方式选择承包商。其中一段 120 公里的路段因地形简单、易于施工引起了许多建筑公司的兴趣。甲建筑公司为借助这一项目使企业扭亏增盈，对此次招标极为重视。在得知负责本次招标的张某是本公司职员李某的大学同学后，该建筑公司便通过李某以重金收买了张某。通过张某，该公司在投标截止日前一天获得了其他建筑公司的投标价和投标文件等信息，据此该公司以低于最低投标价和其他更优惠的条件，在投标截止最后期限递交了标书，并最终中标。

[法律分析]

甲建筑公司与张某构成串通投标罪。

所谓串通投标罪，是指投标人相互串通投标报价，损害招标人或者其他投标人的利益，情节严重的行为；或者投标人与招标人串通投标，损害国家、集体、公民的合法利益的行为。

本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是复杂客体，

既侵害了正常的招标投标市场秩序，也侵害了国家、集体、公民的合法权益。(2) 本罪在客观方面表现为投标人相互串通投标报价，损害招标人或者其他投标人利益，或者投标人与招标人串通投标，损害国家、集体、公民的合法利益，情节严重的行为。主要表现在以下两个方面：第一，投标人相互串通投标报价，损害招标人或者其他投标人利益，情节严重的行为。如：投标人之间相互约定投标价格，一致压低标价或一致抬高标价或在类似项目中轮流以高价位或低价位中标；投标人之间相互串通，约定给没有中标或弃标的其他投标人以“弃标补偿费”。第二，投标人与招标人串通投标，损害国家、集体、公民的合法利益，情节严重的行为。如招标人在开标前私下向特定的投标人透露招标底价，招标人违反规定提前将其他投标人的标书拆封并将内容告之特定的投标人，严重扰乱公正平等的竞标秩序，给国家、集体、公民个人造成重大损失或产生恶劣影响。(3) 本罪的主体是特殊主体，限于投标人和招标人。个人和单位均可成为本罪主体。本罪多是以共同犯罪形式出现的，其中投标人是指参加投标竞争，并能够影响投标报价的投标参加人；招标人是指主持投标活动项目的主办人或者有关单位、个人。(4) 本罪在主观上表现为直接故意，即行为人明知自己串通投标行为会破坏投标、招标活动，损害招标人、其他投标人或者国家、集体、公民的合法权益，而希望这种危害结果的发生。行为人往往有谋取非法利益的目的。

根据《刑法》第 223 条的规定，犯串通投标罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。根据《刑

法》第 231 条的规定，单位犯串通投标罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照上述规定处罚。

本案中招标负责人张某与甲建筑公司串通一气，故意将其他投标人的投标价和文件等告知给甲建筑公司，使甲建筑公司在得知其他投标人报价的情况下确定其投标价而中标，从而达到排挤其他竞标人、谋取非法利益的目的，双方的行为明显符合本罪的构成要件。同时甲建筑公司还构成单位行贿罪（与串通投标罪是牵连关系），而张某的行为则构成串通投标罪、受贿罪和故意泄露国家秘密罪的牵连，对构成牵连犯罪的应从一重罪论处。

129. 明知自己没有货源，却与他人签订合同进行诈骗的，该当何罪？

[案情介绍]

罗某得知本市蔬菜公司农副产品经销部派人到某县采购木材后，在明知自己没有经营木材的业务，又无资金、货源的情况下，仍决意与该经销部签订木材购销合同。签订合同前为了骗取对方信任，罗某带经销部的负责人到镇农机厂看了并非属于罗某的所有木材，最终顺利签订了一份金额为 8 万元的 300 立方米圆杉木条的购销合同。一周后，罗某收到该经销部预付的定金 3 万元后，携款到邻县买桐籽等回本县出售。在合同规定的期限内，罗某未去联系任何木材货源。

[法律分析]

罗某的行为已构成合同诈骗罪。

所谓合同诈骗罪，是指以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，以虚构事实或隐瞒真相的方法，骗取对方当事人的财物，数额较大的行为。

本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是国家对合同的管理制度、诚实信用的市场经济秩序和合同当事人的财产所有权。（2）本罪在客观方面表现为在签订、履行经济合同的过程中，以虚构事实或隐瞒真相的方法骗取对方当事人的财物，数额较大的行为。具体包括了以下五种行为形式：以虚构的单位或者冒用他人的名义签订合同；以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保；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；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；以其他方法骗取对方当事人财物，此种行为是指在签订、履行经济合同过程中使用上述四种方法以外，以经济合同为手段、以骗取合同约定的由对方当事人交付的货物、预付款、货款或者定金及其他担保财物为目的的一切手段。构成本罪在客观方面除必须实施上述五种行为之一外，所骗取的对方的当事人的财物还必须达到数额较大才能构成本罪。（3）本罪的主体是一般主体，个人和单位均可构成本罪。构成本罪的个人是指年满16周岁且具有刑事责任能力的人。（4）本罪在主观方面必须是出于故意，并且具有非法占有对方当事人财物的目的。

根据《刑法》第 224 条的规定，犯合同诈骗罪的，处 3 年以下有期徒刑或拘役，并处或者单处罚金；数额巨大的或者有其他严重情节的，处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大的或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

《刑法》第 231 条规定，单位犯合同诈骗罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照个人犯该罪的规定处罚。

本案中罗某明知自己没有签订、履行合同的能力，但为达到骗取对方当事人财物的目的，采用蒙蔽手段与该经销部签订了购销合同。签订合同后，不是去积极寻找货源，为履行合同作准备，而是在收受对方当事人给付的定金后将定金作为自己经营用款。其签订合同是假，骗取财物是真，其行为符合合同诈骗罪的构成要件，应按有关法律规定予以处罚。

130. 合同中有虚假内容的，都是合同诈骗罪吗？

[案情介绍]

某科研所与某美术装潢设计有限公司签订了一份技术转让合同。合同规定，该科研所把其研制的“多功能粘合胶”的生产技术转让给该美术装潢设计有限公司。该科研所声称，该粘合胶适用于各种板材和塑材的粘接，具有粘接牢固、适用范围广等特点。双方在合同中约定，该美术装潢设计有限公司支付技术转让费 6 万元，预付 2 万元。在该美术

装潢设计有限公司支付2万元预付金后，该科研所提供了配方及各种技术资料。之后该美术装潢设计有限公司与他人签订了生产合同，但生产厂家按所给配方和技术资料生产出的产品不具有合同规定的特性。后经法院委托有关机构鉴定，该产品与普通粘合胶的配方完全相同，根本不可能达到合同约定的技术指标。

〔法律分析〕

该科研所的行为是民事欺诈行为。

民事欺诈行为，是指故意欺骗他人，使其陷于错误的认识，并基于该错误的认识而为意思表示之行为。它是意思表示不真实的民事行为。就欺诈一方而言，必须是出于欺诈的故意且存在欺诈行为；就受欺诈的一方而言，实施的民事行为是受欺诈的结果。

合同诈骗罪与合同民事欺诈行为存在许多相同之处。首先行为人主观方面都具有欺骗对方，使对方陷于错误认识，从而违背其真实意思与之签订、履行合同的故意。其次行为人客观方面都具有欺骗对方的行为，行为方式上表现为虚构事实、隐瞒真相。但二者又存在质的不同。在合同诈骗罪中，行为人的主要目的是利用合同形式骗取对方当事人的财物，即意图无偿占有他人财物，行为人通常根本不履行自己在合同中的义务或仅履行极小部分义务以迷惑对方。合同欺诈行为中，行为人的主观目的虽然也是为了谋取不当利益或不法利益，但行为人是意图通过合同的履行而获得利益，换言之，行为人为获取对方利益，意图履行自己的义务并支付

一定对价，只不过履行存在瑕疵。

本案中的某科研所虚构其研制产品的性能，使某美术装潢设计有限公司陷于错误认识，并基于此错误认识与该科研所签订了合同。该科研所意图通过合同的履行而获得利益，故其主观上并未有不履行合同并骗取对方当事人财物的目的，不符合合同诈骗罪的构成要件，而仅属于民事欺诈行为。对于民事欺诈行为，应根据《中华人民共和国合同法》的有关规定处理，即一方以欺诈的手段使对方当事人在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或仲裁机构变更或撤销。

131. 违反法律规定，进行非法经营的，是犯罪吗？

【案情介绍】

刘某通过亲戚朋友关系先后在河北、山东等地的生产资料部门购到进口的碳酸二氮化肥 60.656 吨，运回本地后加价卖出。后刘某又以同样手段先后购买碳酸二氮化肥 57.669 吨并高价卖出。刘某还以同样方法购买到硝酸铵、尿素共 27 吨，运回住地后加价卖出。刘某共非法买卖化肥三次，共计 145.325 吨，获利 1.2 万余元。

【法律分析】

刘某的行为已构成非法经营罪。

所谓非法经营罪，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。

本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是国家依法管理的市场秩序。非法经营行为违反了国家的专营、专卖制度，经营许可制度，破坏了市场交易的正常秩序。（2）非法经营罪在客观方面表现为行为人违反国家规定，进行有关非法经营活动，扰乱市场秩序，情节严重的行为。包括三个要件：第一，违反国家规定。违反国家有关法律、行政法规的规定是本罪成立的前提。第二，实施了非法经营行为。具体行为表现形式包括四种：其一是未经许可，经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品。专营、专卖物品是指经国家法律、行政法规允许的特定单位或特定部门经营买卖的物品，如军工产品、火药产品、麻醉药品、贵重金属、烟酒等国家垄断经营的物品。其他限制买卖的产品是指国家法律、行政法规规定限制自由流通的物品，如化肥、种子、农药、兽药等重要生产资料或者药品等关系公众生命健康的物品。其二是买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件。其三是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。其四是其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为，指除前三种以外的国家禁止的非法经营行为，如哄抬物价行为、低价倾销行为等。第三，非法经营罪是情节犯，构成本罪的，要求非法经营行为达到“情节严重”的程度，这是区分罪与非罪的重要界限。关于“情节严重”的具体标准，一般而言是指非法经营数额较大，多次进行非法经营活动的。（3）本罪的主体是一般主体，包括个人和单

位。个人构成本罪的必须是年满 16 周岁且具备刑事责任能力的人。(4) 本罪在主观方面表现为故意，且限于直接故意，即行为人明知自己的行为违反法律规定，从事非法经营活动会扰乱市场秩序，却希望并积极追求这种结果的发生。一般而言，行为人往往具有非法牟利的目的。

根据《刑法》第 225 条的规定，个人犯非法经营罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得 1 倍以上 5 倍以下罚金；情节特别严重的，处 5 年以上有期徒刑，并处违法所得 1 倍以上 5 倍以下罚金或者没收财产。《刑法》第 231 条规定，单位犯非法经营罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照个人犯该罪的规定处罚。

本案中刘某为了谋取非法利益，违反《关于化肥、农药、农膜实行专营的决定》的规定，未经许可，个人擅自经营国家限制买卖的物品，且达到情节严重的程度，故刘某的行为完全符合本罪的构成要件，应按有关法律规定予以处罚。

132. 强买强卖也是犯罪吗？

【案情介绍】

李某、刘某、王某三人在长春市火车站外购得 0.28 元一包的榨菜 100 包、0.3 元一卷的豆腐干 130 卷、0.7 元一包的烤鱼片 200 包，然后一同窜上哈尔滨至菏泽的 118 次直快客车。当日凌晨 1 时许，三人即以三种食品为一份，从

118 次列车的 14 号车厢到 13 号车厢，逐人发卖，每份索要人民币 10 元。旅客不买，三人则施以暴力殴打。三人以暴力和胁迫手段，强行迫使 150 名旅客如数交钱买了食品，并致使多名旅客受伤。

[法律分析]

三人的行为已构成强迫交易罪。

所谓强迫交易罪，是指行为人在商品交易中，以暴力、威胁手段强买强卖商品，强迫他人提供服务或者强迫他人接受服务，情节严重的行为。

本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是复杂客体，不仅侵犯了市场正常的交易秩序，而且也侵犯了他人的合法权益。（2）本罪在客观方面表现为以暴力、威胁手段强买强卖商品，强迫他人提供服务或者接受服务，情节严重的行为。所谓暴力，是指交易中一方对另一方的身体实行强制或打击，如殴打、捆绑、强拉硬拽等，其暴力程度仅限于造成人身轻伤，如暴力超出轻伤的程度造成重伤或死亡的结果，则应按相关的犯罪论处。所谓威胁，是指对交易中的另一方实行精神强制，如以立即实施暴力相恐吓或以损害名誉相要挟等。强迫交易罪表现行为主要有两个方面：强买强卖商品，强迫他人提供或强迫他人接受服务。所谓强买强卖，既包括强迫他人销售其经营的商品或者强迫他人购买行为人本人经营的商品，也包括行为人强迫他人购买第三者经营的商品；既包括低价强买，也包括高价强卖。所谓强迫他人提供服务，指行为人在享受服务性消费时，以暴力、威胁手段强

迫他人提供某项服务。所谓强迫他人接受服务，指行为人在经营服务业过程中，以暴力、威胁手段迫使他人接受某项服务。构成强迫交易罪还必须达到情节严重的程度，所谓情节严重，一般是指经常地实施强迫交易、强行索要价格明显超出合理价格且强迫交易数额较大的、实施暴力致人伤害的、由于强行交易造成恶劣影响的。（3）本罪的主体是一般主体，既可以是自然人也可以是单位。作为自然人犯本罪的，必须是年满16周岁、具有刑事责任能力的人。（4）本罪在主观方面是出于故意。行为人明知对方不愿意买卖商品或者提供、接受服务而故意实施有关强行交易的行为。行为人一般具有谋取非法利益的目的。

根据我国《刑法》第226条、第231条的规定，犯强迫交易罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依上述规定处罚。

本案中三被告人以营利为目的，借暴力销售价格明显超出合理价格的商品，使乘客在违背自己意志的情况下被迫购买三被告人的商品，情节严重，符合本罪的构成特征，应按有关法律规定予以处罚。

133. 伪造火车票又出售的，是犯罪吗？

[案情介绍]

钱某系无业人员，长期从事长途贩运，从广州购货回北京出售。钱某见从北京到广州、上海等线路的火车票非常紧

张，黑市价格高出票面价格数倍，自觉有利可图。经过一段时间练习，钱某自制了一套能印制北京至广州和北京至上海火车票的模具，伪造了 100 张北京至上海、50 张北京至广州的火车票。当其于某日携数张伪造的火车票到站前出售时，被当场捕获。

[法律分析]

钱某的行为已构成伪造、倒卖伪造的有价票证罪。

所谓伪造、倒卖伪造的有价票证罪，是指伪造或者倒卖伪造的车票、船票、邮票或者其他有价票证，数额较大的行为。

本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是一般客体，即侵犯了国家对车票、船票、邮票或者其他有价票证的管理秩序。有价票证，是指车票、船票、邮票及其他经有关部门制造发行的具有一定价值的在一定范围内流通、使用的书面凭证。（2）本罪在客观方面表现为伪造或者倒卖伪造的车票、船票、邮票或者其他有价票证，数额较大的行为。所谓伪造有价票证，是指以特定的方式制造外观上足以使一般人误认为是真实有效的有价票证的假的或无效的有价票证，如仿照真实有效的车票、船票或者其他有价票证的形状、样式、面值、图案等特征，炮制假的车票、船票或其他有价票证；自行设计制作足以使一般人误认为是真实有效的车票、船票或者其他有价票证的假的有价票证。所谓倒卖伪造的有价票证，是指出售自行伪造的有价票证，或者有意买入他人伪造的有价票证后售出，或者为出售而购买伪造的有价票

证。构成本罪在客观方面还要求伪造、倒卖伪造的有价票证必须达到数额较大，也就是说行为人虽实施伪造、倒卖伪造的有价票证的行为，但如果其所伪造、倒卖伪造的有价票证的数额尚未达到法定的较大标准的，不能以犯罪论处，只作一般违法行为处理。(3) 本罪的主体是一般主体，包括自然人和单位。构成本罪的自然人必须是年满 16 周岁、具备刑事责任能力的人。(4) 本罪在主观方面是出于故意，一般具有营利的目的。具体表现为行为人明知自己伪造有价票证的行为会产生侵害国家有价票证管理秩序的后果，仍积极追求这一危害结果发生；或者行为人明知其倒卖的是伪造的有价票证以及明知其倒卖伪造有价票证的行为会产生侵害国家有价票证管理秩序的后果而仍然倒卖。

根据《刑法》第 227 条第 1 款的规定，个人犯伪造、倒卖伪造的有价票证罪的，处 2 年以下有期徒刑、拘役或管制，并处或单处票证价额 1 倍以上 5 倍以下罚金；数额巨大的，处 2 年以上 7 年以下有期徒刑，并处票证价额 1 倍以上 5 倍以下罚金。《刑法》第 231 条规定，单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照个人犯该罪的规定处罚。

本案中钱某明知伪造、倒卖伪造有价票证的行为会侵害国家有价票证管理秩序，但出于牟利目的，仍然自行印制了大量火车票，并意图出售其自行伪造的火车票，且数额较大，符合伪造、倒卖伪造的有价票证罪的构成要件，应按有关法律规定予以处罚。

134. 对倒卖车票、船票的“票贩子”，应定何罪？

[案情介绍]

王某与曲某共谋倒卖火车票赚钱。春运期间，二人商定由曲某负责买票，王某负责卖票。曲某从西直门火车站售票处套购到北京至福州、合肥、广州、大连、西安等地的火车卧铺票 130 张，然后由王某在北京火车站附近，以每张卧铺票加价 100 元到 300 元的高价，卖给急于回家过春节而买不到卧铺票的乘客。至案发时，已卖出车票 112 张，非法获利 2 万余元。

[法律分析]

王某与曲某的行为已构成倒卖车票、船票罪。

所谓倒卖车票、船票罪，是指以谋取非法利益为目的，倒卖车票、船票，情节严重的行为。

本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是国家对车票、船票的管理秩序。本罪的犯罪对象是特定的，即仅指车票、船票，而不包括飞机票、邮票等其他有价票证。本罪涉及的车票、船票不仅包括火车票、地铁车票、汽车票、电车票、船票等陆路、水路客运部门印制、发售的交通票证，也包括坐席、卧铺签字号，订购车船票凭证。车票、船票是本罪选择性的犯罪对象，行为人只要倒卖其中之一的，即可构成本罪，同时倒卖车票和船票的，亦应以一罪论处。（2）本罪在客观方面表现为倒卖车票、船票，情节严重的行为。所

谓倒卖，是指将以正常价格或非正常价格购买的车票、船票转手高价卖出获利的行为。车票、船票，是指真的、有效的车票、船票。如果行为人虽然实施了倒卖车票、船票的行为，但情节并不严重，亦不能以犯罪论处。至于何谓“情节严重”，最高人民法院于1999年9月2日发布的《关于审理倒卖车票刑事案件有关问题的解释》作了部分解释说明。根据此规定，高价、变相加价倒卖车票或者倒卖坐席、卧铺签字号及订购车票凭证，票额数额在5 000元以上，或者非法获利数额在2 000元以上的，构成《刑法》第227条第2款规定的倒卖车票情节严重。但是倒卖船票情节严重的具体界定标准，目前尚缺乏明确的有权解释。(3) 本罪的主体为一般主体，包括个人和单位。自然人构成本罪的必须是16周岁以上、具备刑事责任能力的人。(4) 本罪在主观方面是出于故意，并且具备谋取非法利益的目的。

根据《刑法》第227条第2款的规定，个人犯倒卖车票、船票罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处票证价额1倍以上5倍以下罚金。《刑法》第231条规定，单位犯倒卖车票、船票罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照个人犯该罪的规定处罚。

本案中王某与曲某明知倒卖车票会侵害国家对车票的管理秩序，但二人为了牟利，从售票处套购大量车票后高价转手出售，获利2万余元，情节严重，其行为已侵害了国家对车票、船票的管理秩序，构成倒卖车票、船票罪，应按有关法律规定予以处罚。

135. 中介组织人员受贿，提供虚假证明文件构成犯罪吗？

〔案情介绍〕

张某、崔某等人策划成立某市经济开发有限责任公司，但其注册资本金未达到有限责任公司注册资本金的最低限额。张某通过别人介绍，认识了该市某会计事务所的注册会计师林某。通过重金收买，林某为其出具了合乎公司法有关规定的虚假证明文件（验资报告），从而使该有限责任公司顺利成立。数月后，注册会计师林某又以同样方法为他人提供了虚假的验资报告，并向他人索取了一定财物。

〔法律分析〕

林某的行为构成中介组织人员提供虚假证明文件罪。

所谓中介组织人员提供虚假证明文件罪，是指承担资产评估、验资、验证、会计审计、法律服务等职责的中介组织人员提供虚假的证明文件，情节严重的行为。

本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是复杂客体，即不仅侵犯了国家对中介组织及其中介活动的监督管理制度，同时也侵犯了国家、公众以及其他投资者的合法利益。（2）中介组织人员提供虚假证明文件罪在客观方面表现为承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务等职责的中介组织的人员故意提供虚假证明文件，情节严重的行为。所谓提供虚假证明文件，是指提供的资产评估报告、验资报告、验证报告、财务会计报告、审计报告、法律意见书等证

明文件虚假。虚假既包括这些证明文件的全部内容都是虚假的，也包括对其涉及的重要事项作虚假陈述。我国有关中介监管的法律、法规均明确规定，中介组织人员所提供的证明文件必须真实、准确，同时对这些证明文件的出具程序、内容也作了详细要求。中介组织人员只有严格遵循有关规定，才能确保其提供的证明文件真实、准确。中介组织人员提供虚假证明文件必须情节严重的，才构成本罪。具体何谓“情节严重”，一般认为是指手段卑鄙，多次提供，使国家利益及有关人员的合法权益严重受损害等。根据我国公司法的有关规定，公司申请成立必须具备符合国家规定、并与其生产经营和服务规模相适应的资本数额，并且必须由具有法定资格的验资机构的注册会计师进行验资，出具验资报告，否则便会给一些无本经营的“皮包公司”创造条件，危害公众利益。(3) 本罪的主体是特殊主体，即只能由承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务等职责的中介人员或中介组织构成，具体是指下列中介组织或中介人员：资产评估机构及其人员；会计师事务所及注册会计师；律师事务所及律师；审计师事务所及审计师；公证处及公证员。(4) 本罪的主观方面是出于故意。行为人必须明知自己提供的是虚假证明文件，且明知自己提供虚假证明文件的危害，仍然将虚假的证明文件提供给他人。

根据《刑法》第229条第1款、第2款的规定，个人犯中介组织人员提供虚假证明文件罪的，处5年以下有期徒刑或拘役，并处罚金；索取他人财物或非法收受他人财物，犯中介组织人员提供虚假证明文件罪的，处5年以上10年以

下有期徒刑，并处罚金。《刑法》第 231 条规定，单独犯中介组织提供虚假证明文件罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照个人犯该罪的规定处罚。

本案中注册会计师林某明知委托人注册资本没有达到一定的、符合《中华人民共和国公司法》规定的数额，却多次收取他人财物或向他人索取财物，故意为他人提供虚假的、符合《中华人民共和国公司法》规定的股东出资达到法定资本最低限额的验资报告，使他人申办公司得以成立。林某的行为构成中介组织人员提供虚假证明文件罪，因其索取他人财物及非法收受他人财物，故应处以 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金。

136. 中介组织人员出具证明文件重大失实的行为是否构成犯罪？

〔案情介绍〕

某会计师事务所注册会计师李某工作严重不负责任，没有履行《注册会计师验资规则》所规定的标准程序，将某公司实际的 50 万元注册资本验资为 500 万元，出具了重大失实的验资报告。而该公司以此虚假注册资本取得了公司登记机关发给的营业执照，然后大肆行骗，给他人造成重大损失。

〔法律分析〕

李某的行为构成中介组织人员出具证明文件重大失实罪。

所谓中介组织人员出具证明文件重大失实罪，是指承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务等职责的中介组织人员，严重不负责任，出具的证明文件有重大失实，造成严重后果的行为。

本罪的构成特征是：(1) 本罪侵犯的客体是国家的中介监管制度，而且损及国家、公众和其他投资者的合法利益。(2) 本罪在客观方面表现为中介组织人员严重不负责任，出具的证明文件有重大失实，造成严重后果的行为。所谓严重不负责任，是指中介组织从业人员在执业时未能恪守专业规则，保持职业上应有的认真和谨慎，而是违背职责、漫不经心、马虎大意。出具的证明文件有重大失实，是指出具的资产评估报告、验资报告、验证报告、财务会计报告、审计报告、法律见证书等证明文件中最实质、最核心、与委托人利益最密切的部分与实际情况不符，从而在客观上直接影响委托人合法利益的情形，而不是一般文字误差或细节上的出入。造成了严重后果，何为“严重后果”法律没有明确规定，通常认为是导致有关的公司、企业遭受重大经济损失或影响恶劣等。除此以外，出具的证明文件有重大失实与造成严重后果之间必须有因果关系。(3) 本罪的主体是特殊主体，即承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务等职责的中介组织或者中介人员。具体而言，包括资产评估机构及其从业人员、会计师事务所及注册会计师、审计师事务所及审计师、律师事务所及律师、公证处及公证员、仲裁委员会及仲裁员等等。本罪既可以由单位构成，也可以由个人构成。(4) 中介组织人员出具证明文件重大失实罪在主观

上是出于过失，表现为承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务等职责的中介组织或其从业人员应当预见到其出具的证明文件有重大失实并可能造成严重后果，但没有预见到，或者虽已经预见到但轻信能够避免。

根据《刑法》第 229 条第 3 款的规定，犯本罪的，处 3 年以下有期徒刑或拘役，并处或单处罚金。根据《刑法》第 231 条的规定，单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

本案中注册会计师李某违反《注册会计师验资规则》，工作严重不负责任，在对他人注册资本进行验资时，应当预见到其所出具的证明文件（验资报告）有重大失实及可能造成的严重后果却没有预见到，结果误将 50 万元验资为 500 万元，使验资报告对注册资本的确认与实际资本有很大出入，明显属于重大失实。而且因李某工作严重不负责任，出具重大失实证明文件导致了严重的后果，致使他人上当受骗，造成了重大损失。故李某的行为构成中介组织人员出具证明文件重大失实罪，应按有关法律规定予以处罚。

137. 炒卖土地使用权是否构成犯罪？

【案情介绍】

某省房地产开发公司为获得土地，与某县土地管理局签订了该县甲村 398 亩土地使用权的出让协议书，地价每亩为 8 万元。次年 5 月，该房地产开发公司与该县土地管理局签

订了甲村 398 亩土地的国有土地使用权出让合同。该房地产开发公司受让土地后，在未经任何开发的情况下，开始转让其所获得的土地使用权。同年 6 月，该房地产开发公司与另一家房地产股份有限公司签订了土地转让合同，将其出让获得的 398 亩甲村土地转让给了对方，土地转让价格为每亩 12 万元，合计地价近 4 800 万元，该事件在当地造成恶劣影响。

[法律分析]

该房地产开发公司已构成非法转让、倒卖土地使用权罪。

所谓非法转让、倒卖土地使用权罪，是指以牟利为目的，违反土地管理法规，非法转让、倒卖土地使用权，情节严重的行为。

本罪的构成特征是：（1）本罪侵犯的客体是国家对土地使用权转让的管理秩序，也就是说本罪侵犯的客体是二级土地市场秩序。（2）本罪在客观方面表现为违反土地管理法规，非法转让、倒卖土地使用权，情节严重的行为。所谓违反土地管理法规，主要是指违反《中华人民共和国土地管理法》及其实施条例、《中华人民共和国城市房地产管理法》、《城镇土地使用权出让和转让暂行条例》等法律、行政法规。所谓非法转让土地使用权，是指行为人将通过合法手段取得的土地使用权以违反土地管理法规规定的方式、方法、程序或条件卖给他人。所谓倒卖，是指行为人因转手卖出之目的而买入土地使用权的行为。除此之外，非法转让、倒卖土地

使用权的行为还必须达到情节严重，才能构成犯罪。对于何为“情节严重”尚待司法解释予以明确，一般来说是指倒卖土地使用权次数较多，非法获利数额巨大，非法转让、倒卖行为使土地资源浪费严重的等等。本案中该房地产开发公司以出让方式获取国有土地使用权后，没有进行任何开发和投资即转让给他人，并从中获取利益，此行为是典型的倒卖土地使用权的行为，符合本罪的客观要件。(3) 本罪的主体是一般主体，既可以是单位也可以是个人。在司法实践中，本罪的主体大多为通过土地使用权出让与转让方式取得土地使用权的单位。(4) 本罪的主观方面只能由直接故意构成，而且必须具有牟利的目的。也就是说行为人明知自己的行为是非法转让、倒卖土地使用权的行为，且这种行为会扰乱土地使用权转让的管理秩序，但行为人为了谋取利益，仍然希望自己的扰乱土地使用权转让管理秩序的行为得以实施。

根据《刑法》第 228 条的规定，个人犯非法转让、倒卖土地使用权罪的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处非法转让、倒卖土地使用权价额 5% 以上 20% 以下罚金；情节特别严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处非法转让、倒卖土地使用权价额 5% 以上 20% 以下罚金。《刑法》第 231 条规定，单位犯此罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照个人犯该罪的规定处罚。

本案中该某房地产开发公司明知自己取得国有土地使用权后，通过“炒卖地皮”非法转让、倒卖土地使用权获取暴利的行为会扰乱国家对土地使用权转让的管理秩序，但为谋

取非法利益，仍然将其以房地产开发的名义取得的国有土地使用权进行“炒卖”，且情节严重。该房地产开发公司已构成非法转让、倒卖土地使用权罪，应按有关法律规定予以处罚。

138. 谎称应当实施法定检验的出口商品为不需要实施法定检验的出口商品而逃避商检的，该如何处罚？

【案情介绍】

某外贸公司与新加坡某经销商签订了出口轴承总成的国际贸易合同，约定出口价值达15万美元的轴承总成。由于该批轴承质量低劣，而轴承又属于列入商检机构实施检验的进出口商品种类表中的必须实施法定检验的出口商品，该外贸公司因害怕商检不合格影响这笔生意的顺利进行，所以伪造了国外客商订单，谎称是出口不需要经过法定检验的铸铁件，从而逃避了商检机构的商检。该批轴承出口到国外后，遭外商索赔，影响了我国的外贸声誉。

【法律分析】

该外贸公司的行为构成了逃避商检罪。

所谓逃避商检罪，是指违反进出口商品检验法的规定，逃避进出口商品检验，将必须经商检机构检验的进口商品未报经检验而擅自销售、使用，或者将必须经商检机构检验的出口商品未报经检验合格而擅自出口，情节严重的行为。

本罪的构成特征是：(1) 本罪侵犯的客体是国家对进出口商品检验的管理制度。(2) 本罪在客观方面表现为违反进出口商品检验法的规定，逃避进出口商品检验，情节严重的行为。违反进出口商品检验法的规定，即违反《中华人民共和国商品检验法》及其实施条例，以及其他法律、行政法规关于进出口商品法定检验的规定。逃避进出口商品检验，是指逃避商检机构对进口商品实施的法定检验，将必须经商检机构检验的进口商品未报经检验而擅自销售、使用，或者逃避商检机构对出口商品实施的法定检验，将必须经商检机构检验的出口商品未报经检验合格而擅自出口的行为。对必须经商检机构检验的进口商品和必须经商检机构检验的出口商品的检验包括：对列入商检机构实施检验的进出口商品种类表的进出口商品的检验；对出口食品的卫生检验；对出口危险货物包装容器的性能鉴定和使用鉴定；对装运出口易腐烂变质食品、冷冻品的船舱、集装箱等运载工具的适载检验；对有关国际条约和其他法律、行政法规规定必须经商检机构检验的进出口商品的检验。对“情节严重”目前尚无明确的司法解释，一般是指多次逃避商检的、逃避商检行为造成重大损失或恶劣影响的。(3) 本罪的主体是特殊主体，包括自然人和单位。具体来说，就是对应当实施法定检验的进出口商品负有报验义务的法定义务人。(4) 本罪的主观方面只能是故意，即行为人明知其逃避商检的行为违反了进出口商品检验法的规定而仍然决意为之。

根据《刑法》第 230 条的规定，个人犯逃避商检罪的，处 3 年以下有期徒刑或拘役，并处或单处罚金。《刑法》第

231 条规定，单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照个人犯该罪的规定处罚。

本案中该外贸公司作为从事对外贸易业务的单位，对应当实施法定检验的出口商品负有报验义务。该公司明知出口的轴承总成属于《商检机构实施检验的进出口商品种类表》中规定的应当进行法定检验的出口商品，必须经商检机构检验合格后才能出口，却因担心轴承总成质量不合格不被商检机构放行而影响生意，弄虚作假伪造订单，谎称是不须商检的铸铁件，从而逃避了商检，致使这批轴承总成出口到国外后，遭外商索赔，影响了我国的外贸声誉。该外贸公司构成了逃避商检罪，应按有关法律规定予以处罚。

第九章

贪污贿赂罪

139. 副镇长罚款后将罚款占为己有的行为该定何罪？

[案情介绍]

某镇副镇长戴某主管全镇计划生育工作。戴某经常一人到所辖各村去检查计划生育工作，在检查中如果发现有违反计划生育政策的情况，往往现场办公，就地罚款，并且不给受罚人开具正式的处罚决定书，只打一张白条了事。事后，戴某既不向镇财政所交出罚款，也不给受罚人补办罚款手续，而是将罚来的钱款占为己有，大肆挥霍。几年间，戴某通过罚款迅速致富。经查，戴某非法占有的罚款数额达 30 万余元之多。案发后，人民法院以贪污罪对戴某判处了刑罚。

[法律分析]

按照我国刑法的有关规定，戴某的行为已经构成了贪污罪。

所谓贪污罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。

根据我国《刑法》第 382 条的规定，贪污罪的构成特征为：（1）贪污罪所侵犯的客体为复杂客体，既侵犯了国家对公共财物的所有权，又侵犯了国家的正常管理秩序。公共财物，按照《刑法》第 91 条的规定，是指国有财产、劳动群众集体所有的财产、用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产。国家机关、国有公司、企业、集体企业

和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产，以公共财产论。(2) 本罪的客观方面表现为利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。本罪的客观方面包括两个方面的内容。第一，行为人必须利用职务上的便利。利用职务之便是构成贪污罪的本质特征，是与盗窃罪、诈骗罪等侵犯财产罪最重要的区别所在。所谓利用职务便利，是指利用自己职务范围内的权力和地位所形成的有利条件，即利用其主管、管理、经营、经手公共财物的便利条件。主管，主要是指负责调拨、处置及其他支配公共财物的职务活动；管理，是指负责保管、处理及其他使公共财物不被流失的职务活动；经营，是指将公共财物作为生产、流通手段等使公共财物增值的职务活动；经手，是指领取、支出等经办公共财物的职务活动。第二，行为人利用侵吞、窃取、骗取或者其他手段非法占有公共财物。所谓侵吞，是指行为人利用职务之便将暂由自己合法管理、使用的公共财物非法占为己有或者转归他人所有的行为；所谓窃取，即“监守自盗”，行为人利用职务之便，采用秘密窃取的方法，将自己合法管理、使用的公共财物非法占有的行为；所谓骗取，是指行为人利用职务之便，采取虚构事实或者隐瞒真相的方法非法占有公共财物的行为；所谓其他手段，是指除侵吞、窃取、骗取之外的其他非法占有公共财物的行为。(3) 本罪的主体为特殊主体。按照《刑法》第 382 条的规定，贪污罪的主体只能是国家工作人员以及受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员。国家工作人员，按照《刑法》第 93 条的规定，是指

国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。(4) 本罪的主观方面是故意，行为人明知自己的行为侵犯了职务廉洁性，会产生侵害公共财产的结果，而希望这种结果发生，而且行为人还应具有非法占有公共财物的目的。

本案中，戴某身为副镇长，是国家机关中从事公务的国家机关工作人员，利用其主管全镇计划生育工作的职务便利，将自己暂时保管的罚款非法占为己有，而且数额特别巨大，其行为已经构成了贪污罪，应受到刑罚的严厉制裁。

140. 机械厅副厅长贪污公款达数万元，应如何处罚？

[案情介绍]

刘某原系某省人民政府机械工业厅副厅长。其年近退休，时常觉得自己虽然做了一场官，但并无多少积蓄，心里感到十分不平衡。于是，刘某便利用职务之便，以为下属企业搞计划、上项目，给有关人员送礼为名，盗用北京友谊宾馆售品部和合肥舒而曼百货商场的空白销货发票，自行填写品名、金额，虚构购买歙砚、宣纸、笔墨、铁画、雀巢咖啡、名贵烟酒等商品的事实，然后将假发票在全省 12 个地市中机械厅下属的 57 个企业里报销，共骗取公款、公物价

值达7.541 3万元。此后，反腐败斗争声势越来越大，发展越来越深入。刘某自贪污之后整日提心吊胆，食不甘味，睡不安寝，惟恐事情败露，最后决定自首。刘某遂携带总金额为4.76万元的8张存款单，到省监察厅投案自首，主动坦白了部分犯罪事实。刘某在被采取了强制措施之后，又向检察机关主动坦白了全部的犯罪事实。

检察机关以贪污罪对刘某提起了公诉，某市中级人民法院依法作出了被告人刘某犯贪污罪，判处有期徒刑4年；犯罪所得的赃款人民币6.103 5万元、2 815美元、450港元以及赃物照相机1部、变焦镜头1只予以没收；刘某的个人财产空调器1台、电冰箱1台予以没收的刑事判决。

[法律分析]

本案中，刘某利用其为某省机械厅副厅长的职务和地位所形成的便利条件，采用骗取的手段贪污公共财物，且贪污数额巨大，其行为已构成了贪污罪。那么，对刘某犯贪污罪应如何处罚呢？这涉及到我国刑法对贪污罪的处罚和对自首的规定。

我国《刑法》第383条规定：对犯贪污罪的，根据情节轻重，分别依照下列规定处罚：个人贪污数额在10万元以上的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。个人贪污数额在5万元以上不满10万元的，处5年以上有期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处无期徒刑，并处没收财产。个人贪污数额在5 000元以上不满5万元的，处1

年以上7年以下有期徒刑；情节严重的，处7年以上10年以下有期徒刑。个人贪污数额在5000元以上不满1万元，犯罪后有悔改表现、积极退赃的，可以减轻处罚或者免于刑事处罚，由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分。个人贪污数额不满5000元，情节较重的，处2年以下有期徒刑或者拘役；情节较轻的，由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。对多次贪污未经处理的，按照累计贪污数额处罚。依照上述关于贪污罪的处罚规定，本案被告人刘某贪污数额为7万余元，应当按照《刑法》第383条第2项的规定处罚。在第2项中，所谓情节特别严重，一般是指重大贪污集团的首要分子，贪污行为致使国家造成重大损失的，在国际上造成恶劣影响的等等。由此可见，刘某的贪污行为不属于情节特别严重，因而其犯贪污罪的法定刑为5年以上有期徒刑。

刘某犯罪之后有投案自首情节，因而可依法从轻、减轻处罚。我国《刑法》第67条规定，犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。刘某在犯罪之后自动向有关机关投案，供述了自己的犯罪事实，并在被采取强制措施之后，又向检察机关供述了自己的其他还未被司法机关掌握的罪行，依照此规定，应构成自首。但刘某的犯罪事实不属于犯罪较轻的，因而不能免除处罚，只能从轻或者减轻处罚。所谓减轻处罚，按照《刑法》

第 63 条的规定，是指在法定刑以下判处刑罚。因此，审判机关依据有关法律规定，并根据刘某犯贪污罪的事实和情节以及自首的情况，决定对刘某减轻处罚，即判处有期徒刑 4 年，并处没收部分财产，这种判决是正确的。

141. 公司职工侵吞公款的，应定何罪？

[案情介绍]

某市泰元房地产开发有限公司生意兴隆，利润颇丰。公司聘用的副总经理兼财务部出纳卓某，见财起意，萌发了“弄公司点钱花花”的想法。卓某利用担任公司副总经理兼财务部出纳的职务便利，在两年多的时间里先后多次采用在银行存款和现金科目重复报支的方法，及以擅自开具现金支票提取现金的手段，侵占公司钱款达 29.97 万元。案发后，检察机关以职务侵占罪对卓某提起了公诉。

[法律分析]

按照我国《刑法》第 271 条的规定，职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。

本罪的构成特征为：(1) 本罪所侵犯的客体是公司、企业或者其他单位的财物所有权。(2) 本罪的客观方面表现为利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。(3) 本罪的主体是特殊主体，即公司、企业或者其他单位的人员，而且按照《刑法》第 271 条第 2 款的规定，

国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有职务侵占行为的，依照本法第382条、第383条的规定定罪处罚。因此，本罪的主体只能由公司、企业或者其他单位中不具有国家工作人员身份的人构成，具有国家工作人员身份的人侵占本单位财物的，应以贪污罪论处。(4) 本罪的主观方面为故意，并且具有非法占有的目的。

根据上述职务侵占罪的概念和特征，职务侵占罪与贪污罪的区别主要在于：(1) 两罪的主体不同。贪污罪的主体为国家工作人员和受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员；职务侵占罪的主体为公司、企业或者其他单位中不具有国家工作人员身份的人员。这一点是区别两罪的关键所在。(2) 两罪的犯罪对象不同。贪污罪的犯罪对象是公共财物；职务侵占罪的犯罪对象是本单位的财物，其中既可能包括公共财物，又可能包括私人财物。(3) 两罪所侵犯的客体不同。贪污罪所侵犯的客体是复杂客体，即既侵犯了国家工作人员的职务廉洁性，又侵犯了公共财产所有权；职务侵占罪所侵犯的客体是简单客体，即只侵犯了公司、企业或者其他单位的财产所有权。

根据贪污罪与职务侵占罪的区别，卓某侵吞公司钱款的行为应认定为职务侵占罪，因为卓某不具有国家工作人员的身份，其侵吞公司钱款的行为是利用其在本单位任职的职务之便，因而应以职务侵占罪论处。

142. 单位勤杂人员盗窃本单位财物的，构成什么罪？

[案情介绍]

王某原系某国有商业银行某市第三办事处后勤事务科工人。王某平时沉迷于与人“搓麻”，并逐渐发展到下大赌注赌博，输赢动辄成千上万。由于王某赌技不佳，往往输多赢少，不久，就债台高筑，欠人数万元赌债。债主三天两头上门逼债，王某囊中羞涩，又不敢将此事告诉妻子，被债主逼得一筹莫展。为了还清赌债，王某打起了本单位金库的主意，想铤而走险盗窃本单位每晚从各储蓄所收来的储蓄存款。于是，其在上班时经常到金库串门找人聊天，借以观察金库的结构、人员值班情况等。经过一番准备，王某觉得时机已到。一天凌晨两点，王某潜入金库进行盗窃作案。在盗窃过程中，王某做贼心虚，不慎碰倒了凳子，惊醒了金库值班人员，遂被抓获。

案发后，检察机关以盗窃罪（未遂）对王某提起了公诉。王某认为，自己是银行工作人员，盗窃本单位金库是利用自己的工作之便，因此，自己的行为应构成贪污罪，不能构成盗窃罪，检察机关对自己的公诉是错误的。

[法律分析]

按照我国刑法的有关规定，王某的行为构成盗窃罪，不能构成贪污罪，检察机关对王某的公诉是正确的。

所谓盗窃罪，是指以非法占有为目的，窃取公私财物数

额较大，或者多次窃取公私财物的行为。贪污罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。

盗窃罪与贪污罪的区别主要在于：（1）两罪的主体不同。贪污罪的主体是特殊主体，即国家工作人员。按照《刑法》第93条的规定，国家工作人员是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。《刑法》第382条还规定，受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有财物的，以贪污论。盗窃罪的主体是一般主体，没有特定的身份要求。（2）两罪的犯罪对象不同。贪污罪的犯罪对象具有特定性，即只能是公共财物。按照《刑法》第91条的规定，公共财产，是指国有财产、劳动群众集体所有的财产、用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产。在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产，以公共财产论。盗窃罪的犯罪对象不具有特定性，可以是一切公私财物。（3）两罪的客观方面不同。贪污罪的客观方面要求与行为人的职务有关，即利用职务便利。所谓利用职务便利，一般是指利用职务权力与地位所形成的主管、管理、经营、经手公共财物的便利条件。利用职务之便应当与利用工作之便相区别。如果行为人

利用与职务无关、仅因工作关系熟悉作案环境或易于接近作案目标，凭工作人员的身份容易进入某些单位等方便条件非法占有公共财物的，是利用工作之便，不能以贪污罪论处。盗窃罪与行为人的职务无关，不需要以职务便利为前提条件。是否利用职务便利是两罪区别的关键。

在本案中，王某是国有单位中的勤杂人员，其工作不是从事公务，因而不具有国家工作人员的特殊身份；王某在单位中对金库中的财物既没有主管、管理的权力，也没有经营、经手的职责，因而他盗窃本单位财物的行为没有利用职务上的便利。他在实施盗窃行为之前观察作案现场、熟悉作案环境的行为是利用了在本单位工作的便利条件，不能认为是利用了职务便利。因此，王某的行为不符合贪污罪的特征，而是典型的盗窃行为，应当以盗窃罪论处。检察机关对王某的行为以盗窃罪提起公诉是正确的。

143. 国家机关工作人员挪用公款时间较短的，构成犯罪吗？

〔案情介绍〕

某市税务局为了防止发票的滥用和流失，保证在发票的使用上不出现问题，决定向使用发票的用户收取一定数额的带有保证性质的抵押金，并在该局征收管理科设立了专项账户，指定征收管理科科长齐某负责管理。一日，某啤酒厂劳动服务公司经理王某为个人贩运木材找到齐某，提出借发票抵押金 17 万元。齐某表示同意，并从发票抵押金中拨出 17

万元借给王某，王某向齐某出具了借条。21 天后，王某的木材生意顺利成交，王某将 17 万元借款归还给了齐某。几个月后，税务局财务检查发现了齐某私自将发票抵押金借出的事实，税务局遂向检察机关举报了齐某。

检察机关以挪用公款罪对齐某提起了公诉，但齐某认为，自己挪用公款的时间较短，数额也不大，不构成犯罪。

[法律分析]

按照我国《刑法》第 384 条的规定，挪用公款罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过 3 个月未还的行为。

挪用公款罪的构成特征为：（1）本罪所侵犯的客体为复杂客体，既侵犯了国家工作人员的职务廉洁性，又侵犯了公共财产的所有权。（2）本罪的客观方面具体包括三个方面的内容：第一，行为人利用了职务上的便利。所谓职务上的便利，是指行为人利用主管、管理、经营、经手公款的便利条件。第二，挪用公款归个人使用。根据有关司法解释，挪用公款归个人使用，包括挪用者本人使用或者给他人使用，挪用公款给私有公司、私有企业使用的，属于挪用公款归个人使用。第三，挪用公款的行为具体表现形式有三种，其一是挪用公款归个人使用，数额较大、超过 3 个月未还的。所谓数额较大，是指在 1 万元至 3 万元以上。在这种情况下，挪用正在生息或者需要支付利息的公款归个人使用，数额较大，超过 3 个月但在案发前全部归还本金的，可以从轻处罚

或者免除处罚。给国家、集体造成的利息损失应予追缴。挪用公款数额巨大，超过3个月，案发前全部归还的，可以酌情从轻处罚。其二是挪用公款数额较大，归个人进行营利活动的。这种挪用公款行为构成犯罪，不受挪用时间和是否归还的限制。所谓进行营利活动，是指国家法律所允许的谋利活动。挪用公款存入银行，用于集资、购买股票、国债等，属于挪用公款进行营利活动。所获取的利息、收益等违法所得，应当追缴，但不计入挪用公款的数额。挪用公款给他人使用，不知道使用人用公款进行营利活动的，不能认为是挪用公款进行营利活动。但如果行为人挪用公款数额较大，超过3个月未还，也构成挪用公款罪。其三是挪用公款归个人使用，进行非法活动的。这种挪用公款的行为构成犯罪，不要求挪用数额达到较大标准，也不要求挪用时间超过3个月不还，按照有关司法解释，这种情况以挪用公款5000元至1万元为追究刑事责任的数额起点。所谓非法活动就是国家法律、法规所禁止的活动，包括犯罪活动和一般违法活动。挪用公款给他人使用，不知道使用人将公款用于非法活动的，不能认为是挪用公款进行非法活动。但如果挪用公款数额较大，超过3个月未还，也构成挪用公款罪。(3) 本罪的主体为特殊主体，即只能由国家工作人员构成。根据《刑法》第272条的规定，国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员挪用本单位资金的，以挪用公款罪论处。此外，按照《刑法》第185条的规定，国有金融机构工作人员和国有金融机构委派到非国

有金融机构从事公务的人员挪用本单位或者客户资金的，以挪用公款罪论处。(4) 本罪的主观方面只能是故意，过失不构成本罪。行为人在主观上具有归还公款的意图，这是本罪与贪污罪的重要区别之一。

关于挪用公款罪的处罚，按照《刑法》第 384 条的规定，犯挪用公款罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处 5 年以上有期徒刑。挪用公款数额巨大不退还的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑。挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的，从重处罚。所谓情节严重，是指挪用公款数额巨大，或者数额虽未达到巨大，但挪用公款手段恶劣；多次挪用公款；因挪用公款严重影响生产、经营，造成严重损失等情形。挪用公款 5 万元至 10 万元以上的，属于挪用公款归个人使用，进行非法活动情节严重的情形之一。挪用公款数额巨大，以挪用公款 15 万元至 20 万元为起点。挪用公款数额巨大不退还的，是指挪用公款数额巨大，因客观原因在一审宣判前不能退还的。

在本案中，齐某身为国家机关工作人员，利用管理发票抵押金的职务之便，将公款借给他人进行营利活动，挪用公款数额巨大，虽挪用时间较短，但其行为已构成了挪用公款罪，应受到刑罚处罚。

144. 银行职员挪用本单位资金的，应构成何罪？

[案情介绍]

刘某原系某市农业银行信托投资公司证券二部电脑管理

员，其业余时间热衷于炒股。一日，刘某闻知某股票 A 股将上市，认为该股票上市后价格会猛涨，如能抓住上市之初的机会买入，定能赚钱。但因自己缺乏资金，刘某很是苦恼，遂萌生挪用自己所掌管的本单位客户资金的歹念。在新股上市的前一天晚上，刘某擅自进入本单位电脑房，利用其掌握的电脑密码，在电脑终端机上进入系统数据资金库，自行操作，开设了 773 和 793 两个股东专户，并凭空输入了各专户 10 万元人民币的保证金。翌日上午，刘某以电话委托的方式，用上述两个专户买入三笔 14 手共 7 000 股某股票 A 股，用去 12.476 521 万元。同日上午，柜台业务员在检测中发现 773 和 793 两个专户的电话委托记录上没有股东姓名，立即报告了单位领导，同时采取了冻结专户上的股票和资金的措施。当日下午，刘某向单位领导交待了挪用资金的事实。

案发后，检察机关以挪用公款罪对刘某提起了公诉。刘某认为，自己所在的单位属于金融企业，自己是企业职工，因此自己的行为按照《刑法》第 272 条的规定，应属于挪用资金罪，不是挪用公款罪。

[法律分析]

挪用资金罪，按照《刑法》第 272 条的规定，是指公司、企业或者其他单位的不具有国家工作人员身份的人员，利用职务上的便利，挪用本单位的资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过 3 个月未还的，或者虽未超过 3 个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的

行为。

挪用资金罪的构成特征为：(1) 本罪所侵犯的客体为复杂客体，既侵犯了公司、企业或者其他单位的财产所有权，又侵犯了公司、企业或者其他单位的财经管理制度。(2) 本罪的客观方面表现为利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人并符合其他该罪法定条件的行为。其中包括三个要件：第一，行为人实施了挪用本单位资金的行为，即行为人未经合法批准而擅自将本单位资金挪用。第二，行为人挪用本单位资金的行为是利用职务上的便利实施的，即行为人利用自己具有的管理、调配、使用、经手本单位资金的方便条件实施的。第三，行为人挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过3个月未还；或者虽未超过3个月，但数额较大、进行营利活动；或者进行非法活动。(3) 本罪的主体只能是公司、企业或者其他单位中的不具有国家工作人员身份的人。国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员挪用本单位资金的，应依照《刑法》第384条的规定以挪用公款罪定罪处罚。(4) 本罪的主观方面只能是故意，过失不能构成本罪。

挪用资金罪与挪用公款罪在主客观方面都有相同之处，但二者也有明显的区别，其区别在于：(1) 犯罪的主体不同。挪用公款罪的主体为国家工作人员；而挪用资金罪的主体是公司、企业或者其他单位中不具有国家工作人员身份的人员。这是区分两罪的关键所在。(2) 犯罪的客体 and 对象不

同。挪用公款罪所侵犯的客体为公共财产的所有权和国家工作人员的职务廉洁性，其犯罪对象为公款；而挪用资金罪所侵犯的客体为公司、企业或者其他单位的财产所有权，其犯罪对象为公司、企业或者其他单位的资金。

对于银行或者其他金融机构的工作人员利用职务上的便利，挪用本单位或者客户资金的，应按照上述挪用资金罪与挪用公款罪的区别具体分析，其中国有金融机构和国有金融机构委派到非国有金融机构从事公务的人员挪用本单位或者客户资金的，应按照《刑法》第384条的规定以挪用公款罪论处，这是《刑法》第185条所明确规定的。农业银行是国有商业银行，刘某作为农业银行分支机构的职员应属于国有金融机构工作人员，其挪用本单位资金的行为应当以挪用公款罪论处。检察机关对刘某的公诉是正确的。

145. 挪用救灾款修建办公楼，构成挪用公款罪吗？

〔案情介绍〕

某乡位于平原与山区交界处。某年夏季暴雨成灾，山洪爆发，该乡受灾严重，损失达数千万元，广大农村大面积房屋、道路被冲毁，农田被淹。水灾过后，上级拨给该乡救灾款1 000余万元用于农民重建家园、修复水毁农田设施。广大农民一方面感谢党和政府的关怀，一方面翘首祈盼救灾款早日下发，以便早日重建家园，不误农时。然而，几个月过去了，却迟迟不见救灾款。后经知情人透露，上级拨给的救

灾款早已到位，但乡党委开会通过决议，要将这笔款用于修建乡党委政府的办公大楼，目前正处于工程筹建阶段，不久办公楼就要开工。灾民闻知此情义愤填膺，纷纷向上级纪检监察机关举报乡政府挪用救灾款的行为。接到举报后，县纪检委迅速立案调查此事。经查证，乡党委政府确实打算将救灾款的一部分挪用于建办公楼。纪检委认为该乡党委书记赵某和乡长魏某已经构成了犯罪，于是将本案移交给了检察机关。

上访农民认为赵某、魏某的行为属于挪用公款，但是检察机关却以挪用特定款物罪对赵某、魏某提起了公诉。

〔法律分析〕

检察机关的公诉与上访农民的意见不同，反映了刑法上挪用公款罪与挪用特定款物罪的区别。所谓挪用特定款物罪，按照《刑法》第273条的规定，是指违反财经纪律，挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物，情节严重，致使国家和人民群众利益遭受重大损害的行为。

挪用特定款物罪的构成特征为：（1）本罪所侵犯的客体为国家的财经管理制度。（2）本罪的客观方面表现为违反财经制度，将特定款物挪作其他公用，情节严重，致使国家和人民群众利益遭受重大损害的行为。（3）本罪的主体为特殊主体，即掌管、经手特定款物的直接责任人员。（4）本罪的主观方面为故意。

挪用特定款物罪与挪用公款罪的区别在于：（1）侵犯的直接客体不同。挪用公款罪侵犯的客体为公款的所有权和国

家工作人员的职务廉洁性，而挪用特定款物罪侵犯的直接客体为国家财经管理制度。(2) 犯罪对象不同。挪用公款罪的犯罪对象为公款，而挪用特定款物罪的犯罪对象为用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济的特定款物。(3) 用途不同。挪用公款罪所挪用的公款是归个人使用，而挪用特定款物罪所挪用的款物只限于公用。这是两罪区别的关键。(4) 对危害后果要求不同。挪用公款罪没有明确限定具备何种危害后果才构成犯罪，而挪用特定款物罪则限定为情节严重，致使国家和人民群众利益遭受重大损害的，才构成犯罪。(5) 犯罪主体不同。挪用公款罪的主体为国家工作人员，而挪用特定款物罪的主体为掌管、经手特定款物的直接责任人员。

在本案中，该乡党委书记赵某和乡长魏某作为挪用救灾款的直接责任人员，将救灾款挪作修建乡办公楼，其行为已构成了挪用特定款物罪，应予刑罚处罚。

146. 公安局长见钱眼开，为他人谋取利益的，该当何罪？

〔案情介绍〕

郭某原系某市公安局局长。郭某经人介绍，认识了港商金某。不久，金某向郭某提出，要郭帮助他办理其妻刘某及生意合伙人李某异地赴香港的单程通行证。郭某表示同意，并从本局出入境管理处拿了两张本国公民出境申请表交金某填写。后由郭在申请表上签署“同意其申请”的意见，交有

关部门办理。几天后，郭某将办妥的通行证交给金某，金某送给郭某3万元钱。时隔不久，金某又向郭某提出，为做生意方便，想办一个公安局工作证。郭某又欣然同意，指示有关部门为金办了该局工作证，确定金某为副处级侦查员，金某又送给郭10万元。几个月后，郭某的妻子住院，金某又拿出4万元送给郭，其欣然笑纳。

案发后，检察机关以受贿罪对郭某提起了公诉。

[法律分析]

郭某的行为已经构成了受贿罪，检察机关对其的公诉是正确的。

所谓受贿罪，按照我国《刑法》第385条的规定，是指国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。

受贿罪的构成特征为：(1)本罪所侵犯的客体为国家工作人员的职务廉洁性。(2)本罪的客观方面表现为利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。本罪客观方面具体包括三个方面的内容：第一，行为人利用了职务上的便利。所谓职务上的便利，是指利用本人现有职务范围内的权力，即利用了因现有职务而主管、负责或者承办某种公共事务所形成的便利条件。第二，行为人具有索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。这就是说，受贿罪的行为方式有两种：其一是索贿，即行为人主动向他人索取财物。索贿者，无论其是否为他人谋取了利益，都构成犯罪。其二是收

受贿罪，即行为人对他人给付的财物予以接受。收受受贿者构成犯罪，必须同时具备收受他人财物和为他人谋取利益两方面的内容。只收受他人财物而没有为他人谋取利益的，不能构成犯罪。为他人谋取利益，是指行为人为请托人谋取某种非法（不正当）或合法（正当）的利益，这是作为其收受财物的交换条件。在实践中，为他人谋取利益既可以是行为人允诺或与请托人达成谋取利益的协议但尚未实际进行，也可以是正在为他人谋取利益但尚未完成，还可以是已为他人谋取了部分利益或者全部利益。为他人谋取的利益是否实现，不影响受贿罪的成立。第三，收受回扣、手续费归个人所有。这是较为特殊的受贿方式。《刑法》第385条第2款规定，国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处。所谓回扣，一般是指在商品或者劳务买卖中，由卖方从所收到的价款或者费用中，按一定比例扣除一部分返还买方或其经办人的款项。所谓手续费，一般是指在经济活动中除回扣以外违反国家规定支付给有关公务人员的各种名义的钱物。（3）本罪的主体为特殊主体，即国家工作人员。这里的国家工作人员是指现职的国家工作人员，已经离退休的国家工作人员不能成为受贿罪的主体。与贪污罪的主体相同，受贿罪的主体——国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。（4）本罪的主观方面为故意。

关于受贿罪的处罚,《刑法》第 386 条规定,对犯受贿罪的,根据受贿所得数额及情节,依照《刑法》第 383 条的规定处罚。索贿的从重处罚。

在本案中,郭某身为公安局长,利用了其职务之便,为他人谋取了非法利益,收受他人财物,数额达 10 余万元,已构成了受贿罪,应受到刑罚处罚。

147. 国家工作人员通过其他国家工作人员的职务行为,为他人谋取不正当利益而收受财物的,是受贿罪吗?

[案情介绍]

姜某是某省计划厅厅长,大权在握。某建筑公司经姜某同意,挂靠在省计划厅。经姜某介绍,该公司与新侨公司签订了承包其别墅工程协议书。为了感谢姜某,该公司经理分两次送给姜某 2 万元。此后不久,姜某又先后介绍建设部建筑勘察设计院省分院承担某县八所化工开发区选址勘察的工程任务,及与省计划厅下属的省经济信息中心签订承建其宿舍楼工程的协议书,并同意计划厅与该院合作修建富通大厦。该院副院长为感谢姜某,先后分三次送给姜某 2.2 万元。

案发后,检察机关以受贿罪对姜某提起了公诉。但是姜某认为,自己并无直接决定建筑工程由谁来承建的职权,介绍两个单位承建工程,都是通过私人关系进行的,与他担任计划厅厅长的职务无关,不存在利用职务之便的问题。这两个承建单位给他的钱款是“介绍费”和“信息费”,他收受

这些钱款不构成受贿罪。

[法律分析]

按照我国《刑法》第 388 条的规定，姜某的行为构成受贿罪，检察机关的公诉是正确的。我国《刑法》第 388 条规定：国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的，以受贿论处。《刑法》此条规定的这种情况在刑法理论上被称为间接受贿或者斡旋受贿。

斡旋受贿行为的构成特征在犯罪主体、主观方面、犯罪客体与普通受贿罪相同。其犯罪的客观方面可分为三个方面：（1）行为人利用本人职权或者地位形成的便利条件。在斡旋受贿行为中，行为人利用的本人职权或者地位所形成的便利条件，是指不是直接利用了本人职务范围内的权力，而是利用了与本人职权相关的能够制约其他国家工作人员的职权和地位。这种制约关系一般可以分为两种，其一是纵向制约关系，即上级领导人员对下级国家工作人员在职务上的制约关系；其二是横向制约关系，即在不同部门、单位之间的国家工作人员职务上的制约关系。（2）行为人通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益。通过其他国家工作人员职务上的行为，即指通过其他能为本人职权或者地位所制约的国家工作人员的职务行为。为请托人谋取不正当利益，主要是指非法利益，即法律禁止请托人得到的利益，也包括在不具备取得某种利益的条件、程序下请托人

用不正当手段所获取的利益。(3) 行为人索取请托人财物或者收受请托人财物。

在本案中,姜某虽无直接决定建筑工程由谁来承建的职权,但是按照有关规定,所有单位的建筑项目都必须经过计划部门立项和审批。新侨公司别墅工程、信息中心宿舍楼及八所化工开发区等项目,都是经过省计划厅或其下属计划部门审批的。这些单位考虑到以后的项目还得经过计划部门审批,因而对身为计划厅厅长的姜某给他们指定的承建单位不敢提出异议。另外,姜某介绍的承建新侨公司别墅的建筑公司,又是经姜某同意挂靠在省计划厅的单位。该公司打着计划厅的牌子,又通过姜某的介绍,因此新侨公司才与其签订承建合同的。经济信息中心是计划厅的下属单位,姜某利用其计划厅厅长的职务影响,将该单位的宿舍楼介绍给建设部建筑勘察设计院省分院承建,其利用职权和地位所形成的便利条件就更为明显。因此,表面上看姜某是通过私人关系介绍这两个单位承建工程的,所获取的是“介绍费”和“信息费”,但实际上是利用了其职权或者地位形成的便利条件,通过其他国家工作人员的职务行为,为请托人谋取了不正当利益,同时收受了请托人的财物,因此其行为属于斡旋受贿,应以受贿罪论处。

148. 国家工作人员为社会提供服务而收取报酬的,构成受贿罪吗?

[案情介绍]

杨某原系某县啤酒厂供销科科长。其所在的啤酒厂为搞

活企业经济，厂长在全厂职工大会上宣布：本厂职工可以用本厂的名义出去联系经营业务，所获利润实行二八分成。杨某得知省轻工厅供销公司有计划外议价白糖出售，即从该公司要来100吨白糖的指标。杨某回厂向厂长汇报后，厂长称厂里已有大量白糖，表示不做这笔生意，要杨某自行处理。杨某通过朋友介绍，经与某蔬菜水产联合公司洽谈，将这批白糖卖给了蔬菜水产联合公司。杨某以自己所在单位的名义与对方签订了购销合同，并借用了厂里的银行账户收款。其从这笔白糖生意中共赚取了差价4万余元，与啤酒厂按照二八分成，此外，蔬菜水产联合公司为酬谢杨某提供的信息，还给了杨某6000元“好处费”。啤酒厂认为杨某以啤酒厂的名义与人做生意，自己从中得好处，是受贿行为，并向检察机关举报了杨某。检察机关却认为杨某的行为不构成受贿罪。

[法律分析]

检察机关的处理意见是正确的，杨某的行为性质不是受贿，而是通过为他人提供信息服务而获得报酬。

我国刑法将受贿行为规定为犯罪，主要是因为“权钱交易”的受贿行为侵犯了国家工作人员的职务廉洁性，因此，认定受贿罪的关键在于行为人是否利用了职务上的便利为他人谋取利益。也就是说，国家工作人员如果将手中握有的权力作为个人谋取私利的工具，就是滥用国家所赋予的权力，损害了国家权力的严肃性和法律要求的国家工作人员职务的廉洁性，此种行为具有相当大的社会危害性。权钱交易的行

为如果数额、情节达到刑法所规定的标准，就构成了受贿罪，应给予刑罚处罚。但在社会生活中，也经常会有具有国家工作人员身份的人通过提供劳动而获取合法报酬的情况。所谓合法报酬，是指在法律、政策允许的范围内，行为人利用自己的科技知识、劳动能力或者信息，从事正当活动而获取的报酬。区分形形色色的受贿行为与为他人提供服务获取报酬行为的关键，就在于行为人获得的财物是通过手中的权力换取的，还是通过提供劳务、技术服务、信息服务等合法劳动而获取的，前者是受贿行为，后者是劳务活动。

在本案中，杨某的行为之所以不是受贿行为，是因为：
(1) 杨某联系购销白糖的行为不违反厂里的规定，并在事先得到了厂长的同意，事后又按照厂里的规定将差价与厂里分成，厂方对此亦持认可态度。(2) 杨某没有利用职务上的便利。其是在厂长明确表示厂里不要这批白糖，要他自行处理后，才到处联系销售，最后通过朋友介绍与某蔬菜水产联合公司达成购销协议的。在此期间，杨某都是以个人名义活动的，所花的费用都是由其个人负担的，因而杨某并未利用职务上的便利。(3) 杨某的行为没有社会危害性。其获取的6 000元“好处费”实际上是买方付给其提供信息的报酬，并非回扣，也不是手续费。杨某提供信息、调查市场、联系生意的行为加快了商品流通，使供销双方都从中受益，不仅没有危害社会，而且对社会有益。综上所述，杨某的行为不能构成受贿罪。

149. 公司职工受贿的，该如何定罪？

〔案情介绍〕

刘某原系某钢铁公司取制样工，在工作中负责本单位的外购生铁取样送检。刘某利用这一便利条件，多次向河北省平山公司、山西省某实业公司、山西省某建筑公司等九个生铁供应单位索要或者收受财物共计307.03万元和价值3 980元的日产“松下”牌 J—27 型录像机一台。刘某收受贿赂后，将上述单位送检的生铁以次充好，使其在检验中通过。

检察机关以公司、企业人员受贿罪对刘某提起了公诉。

〔法律分析〕

所谓公司、企业人员受贿罪，根据《刑法》第 163 条的规定，是指公司、企业工作人员利用职务上的便利，索取或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为。

公司、企业人员受贿罪的构成特征为：（1）本罪所侵犯的客体为公司、企业的正常业务活动。（2）本罪在客观方面表现为行为人利用职务上的便利，索取或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为，且索取、收受的贿赂数额必须达到较大的程度。此外，根据《刑法》第 163 条第 2 款的规定，公司、企业人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，也是本罪的表现形式之一。（3）本罪的主体为特殊主体，即公司、企业中不具有国家工作人员身份的人员。按照《刑法》第 163 条第 3 款的

规定，国有公司、企业中从事公务的人员和国有公司、企业委派到非国有公司、企业从事公务的人员受贿的，按照受贿罪论处。(4)本罪的主观方面是故意，过失不能构成本罪。

公司、企业人员受贿罪与受贿罪的区别为：(1)两罪所侵犯的客体不同。受贿罪所侵犯的客体为国家工作人员的职务廉洁性；而公司、企业人员受贿罪所侵犯的客体为公司、企业的正常生产经营活动。(2)两罪的客观方面有所不同。受贿罪中的索贿不以为他人谋取利益为构成要件，而且受贿罪没有明文规定数额较大才构成犯罪；而公司、企业人员受贿罪则无论是索取贿赂还是收受贿赂都要求以为他人谋取利益为构成要件，而且刑法明文规定只有达到数额较大才构成犯罪。(3)两罪的主体不同。受贿罪的主体必须是国家工作人员；而公司、企业人员受贿罪的主体则是公司、企业中不具有国家工作人员身份的人员。这是两罪区别的关键。

《刑法》第184条规定，银行或者其他金融机构的工作人员在金融业务活动中索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，或者违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，依照《刑法》第163条公司、企业人员受贿罪的规定定罪处罚。国有金融机构工作人员和国有金融机构委派到非国有金融机构从事公务的人员受贿的，依照《刑法》第385条、第386条受贿罪的规定定罪处罚。也就是说，金融机构工作人员受贿的，如果具有国家工作人员身份的，以受贿罪论处；如果不具有国家工作人员身份的，则以公司、企业人员受贿罪论处。国有金融机构工作人员受贿的，以受贿罪论处。

在本案中，刘某利用了取样送检的职务之便，索取或者收受他人贿赂，数额巨大，同时刘某又不具有国家工作人员的身份，因此其行为构成公司、企业人员受贿罪，检察机关的公诉是正确的。

150. 单位能犯受贿罪吗？

〔案情介绍〕

某物资资源开发公司向某工商银行提出贷款 400 万元以扩大公司业务的申请。工商银行行长马某为给本行职工谋福利，经与其他领导商议，决定向该公司提出条件，索要 200 套液化气罐。开发公司因急需贷款，不敢违抗，但因这些液化气罐价值高达 15.4 万元，不好入账，遂与工商银行协商，由银行自己购买液化气罐，开发公司支付价款的一半即 7.7 万元，银行表示同意。于是银行将 400 万元贷给了开发公司，开发公司为银行购买液化气罐支付了 7.7 万元。事后银行又从另一客户处开具出一张 7.7 万元的所谓“信息费”发票交给该开发公司入账，以掩人耳目。

〔法律分析〕

我国《刑法》第 387 条规定了单位受贿罪。所谓单位受贿罪，是指国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体，索取、非法收受他人财物，为他人谋取利益，情节严重的行为。

单位受贿罪的构成特征为：（1）本罪所侵犯的客体为国

家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体职务行为的廉洁性。(2) 本罪的客观方面表现为索取、非法收受他人贿赂，为他人谋取利益，情节严重的行为。单位受贿罪中的“情节严重”，一般是指受贿数额较大或者给国家造成重大损失等。此外，《刑法》第 387 条第 2 款还规定，国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体在经济往来中，在账外暗中收受各种名义的回扣、手续费的，依照单位受贿罪论处。(3) 本罪的主体只能是国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体。其他的集体所有制单位、私营单位不能构成本罪。构成本罪的单位，都必须拥有独立的财产或者经费，能以自己的名义进行活动，但不一定都有法人资格，非法人单位也能成为单位受贿罪的主体。(4) 本罪的主观方面只能由故意构成。

对于单位受贿罪的处罚，《刑法》第 387 条规定：对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

在实践中，应当注意把单位受贿罪与个人受贿罪区分开来。两者的主要区别在于：(1) 作出犯罪决意的主体不同。单位受贿必须是由单位决策机构（包括有权代表单位的法定代表人个人）批准、同意或者认可，个人受贿则是由受贿人个人决定的。(2) 索取或者收受财物的归属不同。单位受贿的财物归单位占有，个人受贿的财物归个人占有。所以，即使以单位的名义受贿而财物归个人的，仍应以个人受贿论处。

在本案中，工商银行出于为单位职工购买液化气罐谋福

利的目的，以单位名义向某开发公司索取好处，然后为对方贷款，为之谋取利益，且数额巨大，已属情节严重，符合单位受贿罪的构成特征，应以单位受贿罪论处。在具体处罚时，应对单位判处罚金，同时，行长马某虽然并非为个人牟利，但其身为作出决定的单位直接负责的主管人员，也应承担刑事责任，应对其判处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

151. 为要回欠款给国家工作人员财物的，构成行贿罪吗？

〔案情介绍〕

董某原系某县私营建筑公司老板。其建筑公司为县供销合作社修建了一幢办公大楼，但县供销社一直以各种理由拖欠建筑费，董某为此很伤脑筋。恰在此时，县供销社主任换人，原城关镇镇长崔某被派到供销社任主任。董某认为崔某新官上任可能会与自己结清建筑费用。于是在一天晚上，董某携带 3 万元钱到崔某家，将钱送给了崔某，并要求其为供销社所欠的建筑费用“想想办法，费费心”，崔某欣然笑纳了董某送来的 3 万元钱，表示一定尽快结清董某的建筑费用。不久后，崔某因在城关镇任职期间受贿而被检察机关查处，在审查期间，崔某交待了受贿董某 3 万元的犯罪事实。董某闻知此事后，心中嘀咕：“崔某拿我的钱是受贿罪，我给崔某钱是行贿罪吗？”

〔法律分析〕

所谓行贿罪，按照我国《刑法》第389条的规定，是指为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的；以及在经济往来中，违反国家规定，给予国家工作人员以财物，数额较大的；或者违反国家规定，给予国家工作人员以各种名义的回扣、手续费的行为。

行贿罪的构成特征为：(1) 本罪所侵犯的客体为国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体的正常活动。(2) 本罪的客观方面表现为给予国家工作人员以财物，或者在经济往来中，违反国家规定，给予国家工作人员以较大数额的财物或者各种名义的回扣、手续费的行为。《刑法》第389条第3款规定，因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿。(3) 本罪的主体为一般主体，即任何具有刑事责任能力、达到刑事责任年龄的自然人都可以构成本罪。(4) 本罪的主观方面为故意，并且具有使国家工作人员利用职务上的便利为其谋取不正当利益的目的。谋取的不正当利益是否实现不影响本罪的成立。所谓不正当利益，并不仅仅限于非法利益，还包括行为人不应得到的或者不确定的利益。从实践中具体情况看，不正当利益包括以下三种情况：第一，在任何情况下，法律都禁止得到的利益，如通过偷税、走私等非法行为得到的利益；第二，在不具备取得某种利益的条件下或者是否能取得该利益具有不确定性时，用不正当手段取得该利益，如在建筑工程招标中，以不正当手段获得承建权；第三，依法应当履行的义务通过不正当手段得到减免，如通过行贿得以减免债务等。如

果行为人是为了获得正当的利益，而采取了给予国家工作人员以财物的行为，不能构成行贿罪。在本案中，董某为了催要供销社拖欠的工程款而给供销社主任金钱，其行为是正当的，因此，董某的行为不构成行贿罪。

对于行贿罪的处罚，我国《刑法》第390条规定，对犯行贿罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处5年以上10年以下有期徒刑；情节特别严重的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产。行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。

此外，我国《刑法》第391条、第393条还分别规定了对单位行贿罪和单位行贿罪。《刑法》第391条规定，为谋取不正当利益，给予国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体以财物的，或者在经济往来中，违反国家规定，给予各种名义的回扣、手续费的，处3年以下有期徒刑或者拘役。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照上述规定处罚。这是刑法关于对单位行贿罪的规定。《刑法》第393条规定，单位为谋取不正当利益而行贿，或者违反国家规定，给予国家工作人员以回扣、手续费，情节严重的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役。因行贿取得的违法所得归个人所有的，依照本法第389条、第390条的规定定罪处罚。这是刑法关于单位行贿罪的规定。

152. 为他人帮忙办事, 介绍贿赂的, 构成犯罪吗?

[案情介绍]

夏某原系某县人民法院法警, 其经人介绍认识了香港居民李某。李某正在为家住农村的妻子办理迁居香港的出境手续, 请夏某帮忙。夏某便带李到县公安局外事科找到其朋友欧某, 向欧询问出境手续事宜并请欧帮忙。当晚李某送给夏某4 000元作为“活动经费”, 夏于次日送给欧某2 000元。之后, 李将各种证明文件交夏某转欧某。欧审查后, 将李妻的出境定居手续申报上级公安机关, 最终获得批准。除此事之外, 夏某在两年多的时间中, 采取同样方式先后七次为他人找关系, 帮忙办理出境定居手续, 共收受他人送给的“活动经费”3.76万元, 港币7 000元, 其中夏某转送给公安人员及乡村干部2万余元, 用去办证费7 600元, 其余由自己所得。

夏某的行为被人告发后, 检察机关以介绍贿赂罪对夏某提起了公诉。

[法律分析]

我国《刑法》第392条规定, 向国家工作人员介绍贿赂, 情节严重的, 处3年以下有期徒刑或者拘役。这是刑法关于介绍贿赂罪的规定。介绍贿赂罪, 是指在行贿人和受贿人之间沟通、撮合、引见, 促使受贿和行贿得以实现, 情节严重的行为。

介绍贿赂罪的构成特征为: (1) 本罪所侵犯的客体为国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体的正常活

动。(2) 本罪的客观方面表现为在受贿人和行贿人之间牵线搭桥, 为双方进行沟通、撮合、引见, 以使行贿和受贿得以实现, 情节严重的行为。在实践中, 介绍贿赂通常有两种形式: 接受行贿人委托向国家工作人员介绍贿赂的; 受国家工作人员的委托向他人寻求贿赂的。所谓情节严重, 一般是指介绍贿赂次数多, 数额大或者给国家利益造成重大损害等。(3) 本罪的主体是一般主体, 即任何达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的人都可成为本罪的主体。(4) 本罪的主观方面为故意。在犯罪目的、动机上, 多是为了谋取私利, 也有出于朋友义气、亲属求情、慑于权势等而所为的。动机、目的如何不影响本罪的成立。

《刑法》第 392 条规定, 犯介绍贿赂罪的, 处 3 年以下有期徒刑或者拘役。介绍贿赂人在被追诉前主动交待介绍贿赂行为的, 可以减轻处罚或者免除处罚。

在本案中, 夏某利用熟人关系, 帮助他人办理到香港定居的手续, 收受他人的钱财, 不是利用其法警的职务之便为他人谋取利益, 而是受人之托, 为帮助他人办理出境定居手续, 在行贿人和受贿人之间疏通关系, 撮合条件, 并从中谋取非法利益, 其行为符合介绍贿赂罪的基本特征, 应构成介绍贿赂罪。

153. 公安局长家财万贯, 又说不清合法来源, 是犯罪吗?

[案情介绍]

某市公安局局长洪某平日在局里说一不二, 极为威风。

洪某在任局长期间，利用职务之便，亲自为李某、陈某批准了75辆走私汽车入户，还指使下属人员为市物资局汽车贸易中心、市机电公司旧机动车辆交易部批准了一批走私汽车入户。在此过程中洪某先后收受上述人员和单位的贿赂，计有港币63.5万元，人民币8.5万元，女式劳力士手表2只（价值人民币4.5万元），人头马路易十三酒1瓶（价值人民币4500元），家具1套（价值人民币9604元）。洪某还利用职权批准李某、高某等37人到香港定居，批准市外贸部门的有关人员赴香港从事商务活动，收受上述人员和单位的贿赂，计有27.9万港元，人民币2.9532万元，男式劳力士钻石手表1只（价值人民币16万元），“山水”牌音响1部（价值人民币7000元），“乐声”牌彩色电视机1台（价值人民币2800元），美能达照相机1部（价值人民币800元），“乐声”牌摄像机1部（价值人民币4700元）。综上，洪某收受贿赂共计港币91.4万元，人民币34.8932万元。案发后，检察机关查获洪某的财产共计港币243.1958万元，人民币127.1256万元，美金1150元，英镑60镑，新加坡币50元，加拿大币8元。从中扣除洪某受贿所得及合法收入，尚有港币144.4996万元、人民币69.3799万元，差额巨大。洪某本人不能说明其合法来源。

检察机关以受贿罪和巨额财产来源不明罪对洪某提起了公诉。

[法律分析]

在本案中，公安局长洪某利用职务之便，收受他人财

物，为他人谋取利益，且受贿数额特别巨大，应当以受贿罪论处。洪某拥有巨额财产，不能证明来源合法是否构成犯罪？构成何种犯罪呢？

我国《刑法》第395条第1款规定：国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大的，可以责令说明来源。本人不能说明其来源是合法的，差额部分以非法所得论，处5年以下有期徒刑或者拘役，财产的差额部分予以追缴。这是刑法对巨额财产来源不明罪的规定。根据这一规定，所谓巨额财产来源不明罪，是指国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大，而本人又不能说明其来源合法的行为。

巨额财产来源不明罪的构成特征为：（1）本罪所侵犯的客体是国家工作人员的财产申报制度。（2）本罪的客观方面表现为国家工作人员的财产或者支出明显超过其合法收入，差额巨大，本人又不能说明其来源合法的行为。具体来说，本罪的客观方面包括两个要素：第一，必须存在财产或者支出明显超过合法收入且差额巨大的事实。这是构成本罪的前提。所谓明显超过，是指其财产或者支出数额明显超过其工资、奖金以及依照国家规定取得的报酬等合法收入的数额。一般认为差额在5万元以上，本人不能说明其来源是合法的，是“差额巨大”的起点。第二，被责令说明其差额巨大的财产的真实合法来源而不能说明。所谓被责令说明，是指有关机关（主要是司法机关或者行政监察机关）因无法查明行为人巨额财产的真实来源而要求行为人本人予以说明。不能说明包括拒不作出任何说明，也包括作出与实际情况不

符的虚假说明。如果行为人能够提出证据，合理说明自己的巨额财产的真实来源的，则不构成本罪。(3) 本罪的主体是特殊主体，即只能由国家工作人员构成，国家工作人员以外的其他人和单位都不能成为本罪主体。(4) 本罪的主观方面只能由直接故意构成。

关于巨额财产来源不明罪的处罚，《刑法》第 395 条规定，犯巨额财产来源不明罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，财产的差额部分予以追缴。

本案被告人洪某，拥有巨额财产，本人不能说明其来源是合法的，且差额巨大，其行为已构成巨额财产来源不明罪，应当与其所犯的受贿罪一起受到刑罚处罚。

154. 国家工作人员在境外存款隐瞒不报的，是犯罪吗？

〔案情介绍〕

郑某是某市经贸委干部。一次，市纺织品进出口公司丝绸部经理黄某在郑某家做客时托郑为其公司的一批积压丝绸寻找销路，郑某应允。几个月后，郑某结识美国某纺织品集团公司驻京办事处贾某。郑某询问贾某是否要丝绸，贾某提出要 600 匹。而后，在郑某的介绍下，双方签约并履行了合同。美方收到货物后销售获利 10 余万美元。美方为酬谢郑某，要给郑 3 500 美元作佣金。郑某想到其弟在美国留学，以后可能要用到这笔钱，自己也常有机会到美国，需要美金买带回来的物品，遂委托贾某将这笔佣金全部存入美国某银

行，存款凭证由自己保存。此后，郑某在市经贸委组织的干部财产申报中对这笔境外存款隐瞒未报。

检察机关以隐瞒境外存款罪对郑某提起了公诉。

[法律分析]

检察机关对郑某的公诉是正确的。郑某的行为已经构成了隐瞒境外存款罪。

所谓隐瞒境外存款罪，按照《刑法》第395条第2款的规定，是指国家工作人员违反国家规定，隐瞒境外存款，数额较大的行为。

隐瞒境外存款罪的构成特征为：（1）本罪所侵犯的客体为复杂客体，既侵犯了国家关于国家工作人员申报境外存款的制度，也破坏了国家的外汇管理制度。根据国家有关规定，国家工作人员手持的外汇不得擅自存入境外银行，已经存入的，应当依照规定向有关部门申报。同时我国外汇管理法规规定，国家对外汇实行集中管理、统一经营的方针，国家派往境外的工作人员公毕返回，必须将属于个人的外汇及时汇回或者携回境内，不得存放境外。严禁国家工作人员逃汇、套汇。（2）本罪的客观方面表现为对境外存款隐瞒不报，数额较大的行为。所谓隐瞒不报，是指对于在境外存有外汇的事实不按规定向有关部门申报，或者不按真实存款数额予以全部申报。至于其不申报的境外存款是来源于合法所得还是非法所得，不影响本罪的成立。所谓数额较大，一般是指折合人民币5 000元以上的。（3）本罪的主体为特殊主体，只能由国家工作人员构成。（4）本罪的主观方面只能由

故意构成。

根据《刑法》第 395 条第 2 款的规定，犯隐瞒境外存款罪的，处 2 年以下有期徒刑或者拘役；情节较轻的，由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。

155. 国有单位将国有资产私分给单位职工的，该如何定罪？

〔案情介绍〕

某出版社是国家某部下属的事业单位，对外是独立核算的经济实体，社长缺位，由总编辑王某负责全社工作。时近年底，王某与财务科科长凌某、出版科副科长徐某商议，决定为职工多发奖金。具体做法是：加大赢利书的成本（如加大编辑费、修订费），通过结算成本，将多估算的费用列入“应计划书刊生产费用”会计科目，分奖金的时候再从银行提款。此方法由王某在全社社务会上提出，并规定了各科室的平均奖数额，交科务会讨论后执行。王某还申明，他和几个科长只要最低奖，奖金额向全社公开。不久，某出版社开始分发奖金，由凌某、徐某填写稿酬通知单后让会计或者出纳做支出凭单，交王某审批，再由其他人假冒签字，然后从银行取出现金予以集体私分。以此办法该出版社共计冒领现金 7.8 万余元。

〔法律分析〕

依照我国《刑法》第 396 条第 1 款的规定，该出版社集

体私分国有财产的行为构成了私分国有资产罪。

所谓私分国有资产罪，是指国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体违反国家规定，以单位名义将国有资产集体私分给个人，数额较大的行为。

私分国有资产罪的构成特征为：(1) 本罪所侵犯的客体主要是国有资产的所有权，同时也破坏了国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体的正常活动。(2) 本罪的客观方面表现为违反国家规定，以单位名义将国有资产集体私分给个人，数额较大的行为。所谓违反国家规定，既包括违反国家的法律规定，也包括违反国家行政法规、部门规章和地方性法规、地方性规章的规定。所谓以单位名义集体私分给个人，是指私分国有资产不是根据哪个个人的意思决定的，也不是只分给极少数人，而是由单位决策机构作出私分的决定，并且分给单位全部或者大部分成员。关于数额较大的标准，刑法没有作出具体规定，目前也没有规范的司法解释，刑法学理论界一般认为可以参照贪污罪的数额标准认定。(3) 本罪的主体只能由单位构成。具体而言，只能由国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体构成，但本罪的处罚对象不是单位，而是私分国有资产的国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体中对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员。所谓直接负责的主管人员，一般是指在单位犯罪中负有领导责任的人员，也就是单位犯罪的决策者、批准人等。其他直接责任人员一般是指具体执行犯罪决议、实施具体犯罪行为的自然人，这类人一般是单位的内部职工或者单位的聘用人员。在本案中，总编辑王某作为

私分国有资产的决策者、领导者，无疑是直接负责的主管人员，而两位科长凌某、徐某积极实施私分行为，是其他直接责任人员。(4) 本罪的主观方面是直接故意。

根据《刑法》第 396 条第 1 款的规定，单位犯私分国有资产罪的，对其直接责任人员和其他直接责任人员，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。

在本案中，该出版社用作发奖金的款项是国有资产，给职工多发奖金是由社务会集体作出的决定，不是个人行为；从分配对象上看，全社每个职工都获得了一定数额的奖金。因此，该出版社的行为属于私分国有资产行为，而且私分的国有资产达 7.8 万余元，已达到数额较大的标准，已经构成了犯罪。

156. 交警队将罚款私分，构成犯罪吗？

[案情介绍]

某县境内有几条国道穿过，号称交通枢纽。国道上的交通十分繁忙，因而该县公安交警队的任务较为繁重。为鼓励干警积极执法，交警队领导经队长辛某提议，集体开会决定，实行上路干警罚款提成制度。具体做法是：每月上路干警罚款指标是 2 000 元，超过 500 元，由罚款干警提成 10%，再超过 500 元，提成增加 5%，以此类推。罚款提成办法实施后，交警队干警工作热情十分高涨，人人争先。罚款提成办法实施几个月后，县检察院却要求交警队停止提成，并对

交警队主要领导进行了审查。据统计，交警队几个月来共给干警提成4万余元。

[法律分析]

根据我国《刑法》第396条第2款的规定，该县交警队采取罚款提成的办法私分罚款的行为，构成了私分罚没财物罪。

所谓私分罚没财物罪，是指司法机关、行政执法机关违反国家规定，将应当上缴国家的罚没财物，以单位名义集体私分给个人，数额较大的行为。

私分罚没财物罪的构成特征为：(1) 本罪所侵犯的客体为复杂客体，既侵犯了国家对罚没财物的所有权，又侵犯了司法机关、行政执法机关的正常司法、行政执法活动。(2) 本罪的客观方面表现为违反国家规定，将应当上缴国家的罚没财物，以单位的名义集体私分给个人，数额较大的行为。所谓违反国家规定，是指违反国家法律、行政法规、行政规章、行政措施、行政命令等有关罚没财物应当上缴国家的规定。以单位的名义，是指将罚没财物私分给个人是经单位领导集体研究决定的，即体现了单位的意识和意志。私分给个人，是指擅自分给单位的所有成员或者大多数成员。单位领导和其他直接责任人员是否分得财物，对本罪的构成没有影响。所谓罚没财物，是指人民法院通过对犯罪分子执行罚金刑所获得的现金；人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关追缴的犯罪工具、赃款、赃物、违禁品等；行政执法机关没收的违法人员用于违法活动的财物和违法所得，以

及通过行政罚款而获取的现金等。(3) 本罪的主体只能是司法机关和行政执法机关，但处罚对象是上述机关的直接负责的主管人员和其他直接责任人员。司法机关，是指人民法院、人民检察院和公安机关、国家安全机关中办理刑事案件的部门。行政执法机关，是指海关、工商行政管理机关、技术监督机关、税务机关等具有行政执法职能的行政机关。(4) 本罪的主观方面为直接故意，间接故意和过失都不能构成本罪。

根据《刑法》第 396 条第 2 款和第 1 款的规定，对单位犯私分罚没财物罪的直接负责的主管人员和其他直接责任人员处 3 年以下有期徒刑或者拘役，可以并处或者单处罚金；数额巨大的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金。

在本案中，该交警队实施的罚款提成的行为实际上是将应当上缴国家的罚没款以单位名义集体私分给交警队个人的行为，且数额较大，已经构成了私分罚没财物罪。