

◆ 最高人民法院研究室、北京大学刑事法治研究中心 / 组织编写 ◆

—— 人民法院 ——
刑事指导案例
裁判要旨通纂

陈兴良 张军 胡云腾 / 主编

◆ 上卷 ◆



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

目 录

凡例·····3

序言（节选）·····5

张 军 指导性案例是诠释法律精神的载体·····5

胡云腾 指导性与具有指导性作用案例之别·····7

陈兴良 案例指导制度是一种规则提供方式·····11

内容选读

交通肇事罪（《刑法》第 133 条）·····15

案例：钱竹平交通肇事案

生产、销售有毒、有害食品罪（《刑法》第 144 条）·····17

案例：林烈群、何华平等销售有害食品案

非法吸收公众存款罪（《刑法》第 176 条）·····21

案例：中富证券有限责任公司及彭军等人非法吸收公众存款案

凡 例

一、 本书结构

1. 章节设置：本书的章节与《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）分则对应（其中第十章“军人违反职责罪”因无案例而暂未列出）。
2. 罪名排列：本书各章节下罪名，按《刑法》条文顺序排列。
3. 案例结构：本书收录的案例由“基本案情”和“裁判要旨”两部分构成。

二、 本书案例来源

1. 最高人民法院发布的指导性案例（截至第三批）。
2. 《刑事审判参考》（最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办）。
3. 《人民法院案例选》（最高人民法院中国应用法学研究所编）。
4. 《中华人民共和国最高人民法院公报》（简称《最高人民法院公报》，最高人民法院办公厅主办）。

三、 裁判要旨编号

收入本书的裁判要旨以法条及罪名为依据进行编排，以便读者查找。现示范如下：

编号	编号含义
NO.4-232-1	《刑法》分则第四章第 232 条（故意杀人罪）下第一个裁判要旨。
NO.3-8-225-1	《刑法》分则第三章第八节第 225 条（非法经营罪）下第一个裁判要旨。
NO.3-5-194(1)-1	《刑法》分则第三章第五节第 194 条第 1 款（票据诈骗罪）下第一个裁判要旨。
NO.2-114、115(1)1-1	《刑法》分则第二章第 114、115 条第 1 款第一个罪名（放火罪）下第一个裁判要旨。

四、 最高人民法院发布的指导性案例的处理

1. 将最高人民法院历次发布的刑事指导性案例按本书体例进行整理，编入相应罪名下。

2. 在本书详目中，以“*”标注出最高人民法院发布的刑事指导性案例，以便读者查找。

五、 案例索引

为方便读者查询案例，本书增加了案例索引。

六、 主题词索引

为方便读者查询相关主题，本书增加了主题词索引。

七、 本书与《人民法院刑事指导案例裁判要旨集成》（以下简称《裁判要旨集成》）的关联

《裁判要旨集成》以本书指导案例的裁判要旨作为全书的主要内容，并且与《中华人民共和国刑法》条文及其相关规定编纂在一起，从而提供了另一种刑法典编纂的范式。《裁判要旨集成》体积较小，更方便读者随身携带。根据《裁判要旨集成》上的裁判要旨编号或页码索引，可以迅速在本书相应处查询到相关案例的基本案情和裁判要旨的进一步分析。

序言（节选）

指导性案例是诠释法律精神的载体

张军（原最高人民法院副院长，现任中纪委副书记）

案例是人民法院审理案件后形成的司法产品，是总结审判经验、诠释法律精神的重要载体，具有宣传法治、教育群众和指导审判的重要作用。为了建设公正高效权威的社会主义司法制度，必须充分认识中国特色案例指导制度的意义，积极健全相关配套制度和保障机制，推进案例指导制度稳步、健康发展。

案例指导制度是我国社会主义司法制度的重要组成部分。自人民司法制度建立以来，人民法院就一直重视案例指导，通过编发典型案例的方式指导审判工作。无疑，案例指导工作及其制度是随着国家法制建设发展历程逐步受到重视和发展起来的，大体可以分为以下三个发展阶段：

第一阶段是案例工作探索起步阶段，从1949年10月新中国成立至1985年5月《最高人民法院公报》创刊。其主要特点是以法院文件内部印发案例。1956年在全国司法审判工作会议上，最高人民法院明确提出分类分批汇编案例以适应“比照援用”的要求。20世纪80年代，随着《刑法》、《刑事诉讼法》等重要法律的颁布施行，案例工作有了新进展。为适应1983年开始的“严打”斗争需要，1984年5月、12月最高人民法院以文件形式印发了《刑事犯罪案例选编（一）》和《刑事犯罪案例选编（二）》，共印发34个案例，对当时的刑事审判、“严打”斗争加强指导，发挥了重要作用。

第二阶段是案例工作繁荣发展阶段，从1985年5月《最高人民法院公报》创刊至2010年11月《最高人民法院关于案例指导工作的规定》印发。其主要特点是开始公开向社会发布案例。1985年5月《最高人民法院公报》开始向社会公布经特定程序编选、审查确定的各类典型案例，既以此形式宣传国家法制，又作为总结审判经验的特定形式供各级人民法院在审判工作中学习、参照。与此同时，各地法院也积极进行案例编选，提供审判工

作参考，编辑出版了大量案例参阅刊物，进一步丰富了人民法院案例编选的内容和形式。

第三阶段是案例工作规范发展阶段，2010年11月《最高人民法院关于案例指导工作的规定》出台，形成以指导性案例为统领、参考性案例为基础的案例工作规范化、制度化发展新局面。2011年12月20日，最高人民法院依照规定公开发布第一批指导性案例，标志着中国特色案例指导制度的确立，成为中国特色社会主义司法制度的重要组成部分，案例工作进入新的重要发展阶段。

制度贵在落实。为了保障案例指导制度规范有序运行，充分发挥案例指导作用，我们应当在以下几个方面做出进一步努力：坚持案例指导工作原则，确保工作健康开展；要准确把握编选标准，增强案例指导价值；要注重参照借鉴，切实发挥案例的作用；要完善保障性机制，促进案例指导顺利开展；要加强制度建设，推进案例指导工作规范化；要加强调研和学习，不断提升案例指导水平。

指导性与具有指导性作用案例之别

胡云腾（最高人民法院研究室主任）

当今社会，可以说是我国历史上最重视法治的时代，所以也是案例大放异彩的时代。我认为，当下的案例对于社会生活和法治建设的作用非常重要，我们对案例的发掘与研究应有更广阔的视野和更深入的思考。打几个比喻：如果说法治社会是一条长河，那么人民法院每年审理的上千万件案例，就是铺垫这条大河的河床，对案例的研究就是淘出最具价值的金子；如果说法治社会是一维长空，那么案例则像散落的星辰，对案例的研究就是找出那些发亮的星星；如果说法治社会是一条大路，那么案例就是公民和法人长途跋涉的脚印，对案例的研究就是追寻指引前行的启迪；如果说法治社会是一台大戏，那么案例就是精彩纷呈的剧情，对案例的研究就是分享演员们的智慧、欢乐与悲伤。总之，不论你是干什么的，你从哪个角度观察，案例都可能成为你关注或感兴趣的对象，因为案例往往是一个发人深省的故事，或者是一个与你的切身利益密切相关的事件。

我想谈谈对案例特别是指导性案例的观点与看法。我觉得理论界和实务界编选的所有案例，包括本书编选的案例，从应用价值上都可以分为两类，一类可以称之为“指导性案例”，另一类可以称之为“具有指导作用的案例”。在公检法三机关建立案例指导制度以后，“指导性案例”已经成为一个法定的或者特定的概念。就人民法院而言，指导性案例专指依据《最高人民法院关于案例指导工作的规定》程序编选的、并经最高人民法院审判委员会讨论决定后公开发表的案例。至今为止，最高人民法院一共发布了三批共12个指导性案例，其中有4个刑事指导性案例。

所谓“具有指导作用的案例”，就是单位或个人编选的对于理论研究或者司法实践具有指导价值的案例，也可以称之为民间版的指导性案例。这些案例有的是法院或法官编写的，如最高人民法院各业务部门为指导执法办案需要编选的《刑事审判参考》、《民商审判指导与参考》和《知识产权审判指导与参考》等系列案例作品，地方各级人民法院为总结司法审判经验、指导本辖区审判工作编选并发布的“参考案例”、“示范案例”

和“典型案例”等案例文件；还有的是专家学者、执业律师为服务教学科研、繁荣法学理论或者指导办案实践而编选的，如《刑事法判解》、《商事案例判解》和律师编写的“刑事辩护名案选”等案例出版物。这些案例及其解读分析不仅对司法人员、律师办理案件具有重要的指导作用，而且对于法学教学科研人员研习法律、对于社会公众学习法律知识也有很大的参考价值。

不过，由于其编选者的非权威性和编选机制的非法定性，所以，这些案例的指导作用只类似于法学理论著作的指导作用，即理论上或者实践上的软指导作用，而不具备指导性案例所特有的即全国各级人民法院在执法办案过程中必须参照的强制性指导作用。因此，我们在学习、研究案例作品的时候，应当注意指导性案例与“具有指导作用的案例”的特色和区别。

指导性案例是适用法律的模范案例，具有指导作用的案例是适用法律的特色案例

一个案例之所以能够成为指导性案例，并像规范性文件一样发挥指导法官办案的作用，根本原因是法官对案件纠纷裁决得好，法律适用选择得好以及裁判说理论述得好。

指导性案例是认定事实证据的模范，是正确适用法律的模范，是展示法官正确行使自由裁量权的模范。打一个或许不甚恭敬的比喻，指导性案例就像案例中的尚秀云、陈艳萍、詹红丽等模范法官，所以这类案例才十分罕见，最高人民法院对指导性的编选才慎之又慎。而具有指导作用的案例，则是在适用法律方面具有独到特色的案例，这个特色既可能表现在公正适用法律方面，也可能表现在填补法律空白方面，还可能是论证了一个法学理论观点，或者弘扬了一个司法理念，等等。其典型性、权威性尽管可能与指导性案例无法比拟，但具有指导作用的案例的指导作用具有范围广泛和丰富多彩的优势。

指导性案例是有权解释法律的案例，具有指导作用的案例是自由解释法律的案例

以指导性案例为载体的案例指导制度，是中国特色社会主义司法制度的一个方面、一项内容。具体讲，它是人民法院实施法律的一项重要机制，也是人民法院解释法律的一个重要形式。最高人民法院发布指导性案例，就是用案例来推进法律统一、公正、高效地实施，用案例来解释法律的条文和精神。因此，我国的指导性案例只能是释法机制而不是造法机制，这与西方国家的判例制度有本质区别。

指导性案例是形式内容都依法限定的案例，而具有指导作用的案例是内容形式没有限定的案例

指导性案例的依法限定有三层意思：一是指导性案例的文书样式由司法解释规定。指导性案例的文书样式系由裁判要点、相关法条、基本案情、裁判结果和裁判理由等五个部分构成，这些法定的样式要求必须具备，不得缺失；而具有指导作用的案例的编选形式则可以丰富多样；二是指导性案例的编选和发布程序由司法解释规定。所有指导性案例都必须经过推荐程序、编审程序、征求意见程序和最高人民法院审判委员会讨论程序等四大程序；三是指导性案例的指导范围和指导作用由裁判要点限定，只有最高人民法院归纳的裁判要点对全国法院才有强制或者普遍的指导作用，指导性案例中超出裁判要点的其他指导价值，就不具有普遍指导作用。

具体说，只有指导性案例的“裁判要点”所列举的内容，才可以成为指导全国法院审理类似案件时的参照。如果一个指导性案例中有若干个指导要点，但裁判要点中只归纳一个，那就说明最高人民法院只认可这一个裁判要点具有普遍指导意义，其他不具有普遍指导意义。所以，指导性案例的指导意义，仅以裁判要点的归纳为限。

指导性案例是具有强制指导作用的案例，而具有指导作用的案例是具有灵活指导作用的案例

根据《最高人民法院关于案例指导工作的规定》，全国法院在审理与指导性案例类似的案件时，应当参照指导性案例。所谓参照，就是参考、遵照的意思。所谓应当参照，就是必须参照的意思。在办理案件的过程中，如果法官在审理与指导性案例类似的案件时，其裁判违背了指导性案例确立的原则或精神，就可能导致被上级法院推翻。前已指出，指导性案例是适用法律的模范案例，一个裁判违反了指导性案例，就一定会违反指导性案例所适用的法律规则或原则精神。因此，这个裁判本质上不是因为违背指导性案例被推翻，而是由于其违背指导性案例所适用的法律而被推翻。

指导性案例可以在裁判文书中引用，而具有指导作用的案例不宜在裁判文书中引用

指导性案例可以在裁判文书中引用，不过不宜作为裁判的依据引用，而是可以作为说理的依据引用。因为指导性案例虽然是解释法律的机制，但毕竟不是司法解释，如果在裁判文书中作为裁判的依据引用，既无法律依据，也容易引起争议。但是，由于指导性案例是公正适用法律的模范案例，

所以用它来补充裁判说理、加强裁判说理有利于论证裁判的公正，说服当事人接受裁判。

同时，如果在诉讼活动中，当事人提出要求人民法院参照某个指导性案例，人民法院在诉讼活动或者裁判文书中一般要加以回应并说明是否参照的理由，这是实现司法公正的要求，打造司法公信的要求，也是司法活动讲理的必然要求。

相反，对于具有指导作用的案例，尽管法官在审判案件时可以参照甚至直接借用，但在制作裁判文书时，既不得作为裁判的依据引用，也不得作为说理的依据引用。

在此需要特别说明的是，指导性案例与具有指导作用的案例存在的上述区别，丝毫不意味着案例指导制度出台以后，具有指导作用的案例就不重要了，有关人员可以不编或者少编了。相反，指导性案例出台以后，法学理论界和司法实务界研究案例作品的意义更大了。因为只有价值被充分探讨、认识的案例，才更容易被上升为指导性案例，从而更有利于形成从“具有指导作用的案例”到“指导性案例”的良性互动机制。

案例指导制度是一种规则提供方式

陈兴良（北京大学法学院教授）

2010年最高人民法院和最高人民检察院分别出台了《关于案例指导工作的规定》，标志着我国案例指导制度的正式建立。建立案例指导制度的初衷，是为人民法院的审判活动和人民检察院的检察活动提供司法规则，从而弥补法律与司法解释的不足。因此，案例指导制度是一种规则提供方式，它对于我国法律规则体系的完善具有重要意义。

应当指出，在最高人民法院案例指导制度建立以前，最高人民法院的各业务庭室就曾经编纂出版了大量的案例，这些案例和案例指导制度与最高人民法院正式颁布的指导性案例当然是有所不同的，但这些案例本身同样也具有指导意义，因而亦被称为指导案例。本书延续了《中国刑事审判指导案例》等出版物关于指导案例的名称，以此强调本书案例不同于一般性案例，这些指导案例对于刑事审判具有指导意义。

《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂》一书，在对既有的刑事指导案例进行遴选的基础上，提炼出对于刑事审判具有指导意义的裁判要旨。因而，本书不同于以往的指导案例汇编性著作，它更突出了从指导案例中提炼出来的裁判要旨。可以说，裁判要旨是本书的关键词。

指导案例中的案例，包括案情叙述、裁判结论和裁判理由等内容。本书选编的案例，来自最高人民法院发布的指导性案例、最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办的《刑事审判参考》、最高人民法院中国应用法学研究所编的《人民法院案例选》和最高人民法院办公厅主办的《中华人民共和国最高人民法院公报》（简称《最高人民法院公报》）。

应当指出，这些案例虽然不是最高人民法院审结的，而是由各级地方人民法院审理的案例，但这些案例也已经不是原生态的案件，而是经过了最高人民法院相关业务庭室的加工提炼，有些案例甚至经最高人民法院审判委员会讨论。当然，这些案例和案例指导制度与经过法定程序遴选、确定并颁布的指导性案例还是有所不同的。收入本书的最高人民法院刑事指导案例，对这些案例中存在的争议问题展开了讨论，并对其中的裁判理由

进行了论证。

值得注意的是，上述案例中的裁判理由其实并非审理原案的法官在判决书中提出的裁判理由，而是在上述案例编写过程中，由最高人民法院有关业务庭室的编撰人员执笔所写的法理分析。通过对原生态案例的编写，使其中的争议问题得以凸显，并表明执笔人对相关法律问题的立场，从而使这些案例对于刑事审判具有指导性。

本书在提炼裁判要旨时，注重对应于案情及裁判理由，同时又具有一定程度的抽象，从而做到“源于案例，高于案例”。在同一个案例中，如果存在数个规则的，则分别加以标示。在裁判要旨的提炼中，度的拿捏是一个难题。如果裁判要旨过于抽象，则其等同于法律、等同于司法解释，这就丧失了裁判要旨的独立存在价值。例如在赵志刚伪造有价票证案中，被告人赵志刚伪造本单位内部适用的洗澡票，如果把裁判要旨概况为：“以牟利为目的，伪造有价票证的，应以伪造有价票证罪论处”，则与《刑法》第 227 条规定相差不大，只不过是法律规定的重复而已。但如果将裁判要旨概括为：“以牟利为目的，伪造洗澡票的，应以伪造有价票证罪论处”，则又过于具体，只能适用于伪造洗澡票这一种情形。为此，我将上述裁判要旨确定为：“以牟利为目的，伪造单位内部通用、具有一定经济价值的票证的，应以伪造有价票证罪论处。”这样裁判要旨不仅可以适用于单位内部通用的洗澡票，而且可以适用于单位内部通用的饭票等其他票证。当然，由于我们的水平所限，在裁判要旨的提炼上还存在不足之处，希望读者不吝指教，在此后的版次中加以改进。为方便使用，本项目成果以两种版本出版：一种是包括刑事指导案例与裁判要旨的完整版；另一种是不包括刑事指导案例，将裁判要旨与刑法条文合编的集成版，以便适应于不同的需求。

反之，如果裁判要旨过于具体，则又不足以成为一个规则，限制其适用范围。例如在赵志刚伪造有价票证案中，被告人赵志刚伪造本单位内部适用的洗澡票，如果把裁判要旨概况为：“以牟利为目的，伪造有价票证的，应以伪造有价票证罪论处”，则与《刑法》第 227 条规定相差不大，只不过是法律规定的重复而已。但如果将裁判要旨概括为：“以牟利为目的，伪造洗澡票的，应以伪造有价票证罪论处”，则又过于具体，只能适用于伪造洗澡票这一种情形。

值得注意的是，在最高人民法院和最高人民检察院建立案例指导制度以后，两高先后发布了几批指导性案例。最高人民检察院在 2010 年 12 月 31 日颁布了三个指导性案例；最高人民法院从 2011 年 12 月 20 日起至今，共颁布了三批共十二个指导性案例。这些案例为我们考察案例指导制度提供了依据。从形式上来看，最高人民法院的指导性案例在结构上分为裁判

要点、相关法条、基本案情、裁判结果和裁判理由这五个部分。在此，引人关注的是裁判要点和裁判理由这两部分。其中，裁判要点是指导性案例所创制的司法规则，而裁判理由是司法规则赖以成立的根据。最高人民法院颁布的指导性案例，从体例上来看，分为三个部分，这就是要旨、基本案情和诉讼过程。其中，要旨是案例制度所创制的司法规则，也是指导性案例的精髓之所在。

对于案例指导制度来说，创制规则是其根本职责之所在。没有规则的创制，也就没有指导性案例存在的必要性。案例指导制度通过创制司法规则，发挥其对司法活动的指导作用，以弥补立法与司法解释的不足。从内容上说，两高的第一批指导性案例在创制司法规则和提供对司法工作的指导精神具有重要意义。根据我们分析，两高的第一批指导性案例主要有以下类型：1、规则创制性案例。对于案例指导制度来说，创制规则是其根本职责之所在。没有规则的创制，也就没有指导性案例存在的必要性。案例指导制度通过创制司法规则，发挥其对司法活动的指导作用，以弥补立法与司法解释的不足。最高人民法院颁布的第一批指导性案例，在创制规则方面是值得肯定的。2、政策宣示型案例。在最高人民法院颁布的第一批指导性案例中，某些指导性案例主要起到一种刑事政策的宣示作用。3、工作指导型案例。在最高人民法院颁布的第一批指导性案例中，某些指导性案例具有对检察工作的指导性。检察工作与审判工作在性质上有所不同，审判工作主要是依法从事裁判，因此在指导性案例的类型上，人民法院的指导性案例都是规则创制型的案例。而检察工作除了批准逮捕和提起公诉等活动具有裁量性以外，还有一些其他检察工作，例如监所检察、反贪和渎侦等。通过颁布指导性案例可以对这些检察工作进行指导。

应该说，两高颁布第一批指导性案例只是一个开始，它标志着我国案例指导制度正式启程，对于案例指导制度对我国法治建设的影响还有待于进一步的评估。但我对案例指导制度的前景持一种积极的、乐观的态度，期待着案例指导制度通过创制司法规则，在更大程度上满足司法机关对规则的需求，并使案例指导制度成为一种行政性以外的司法工作指导方法。收入本书的裁判要旨以法条及罪名为依据进行编排，以便查找。例如故意杀人罪的裁判要旨之一的序号是：No.4-232-1。其中，4是指《刑法》分则第4章，232是指《刑法》条文序号，1是指裁判要旨的序号。

如果《刑法》条文章下分节的，则节的序号亦在编排中显示。例如非法经营罪的裁判要旨之一的序号是：No.3-8-225-1。其中，3是指《刑法》分则第3章，8是指第3章第8节，225是指《刑法》条文序号，1是指裁判要旨的序号。

如果《刑法》条文分款的，则款的序号亦在编排中显示。例如票据诈骗罪裁判要旨之一的序号是：No.3-5-194(1)-1。其中，3是指《刑法》分则第3章，5是指第3章第5节，194是指《刑法》条文序号，（1）是指该条第1款，1是指裁判要旨的序号。

值得注意的是，我国刑法个别条文采取了排列式罪名的规定方式，并且是2个条文规定数个罪名。例如《刑法》第114条、第115条第1款规定了放火罪、决水罪、爆炸罪、投放危险物质罪和以危险方法危害公共安全罪。在这种情况下，罪名尚应按其先后排序，并编入相应裁判要旨的序号。例如放火罪的裁判要旨之一的序号是：No.2-114、115（1）-1-1。其中，2是指《刑法》分则第2章，114、115是指《刑法》条文序号，（1）是指该条第1款，第一个1是指放火罪，第二个1是指裁判要旨的序号。以上编排方式虽然较为复杂，但可以保持相对稳定。在本书增补时，也可以维持原有裁判要旨的序号不变。

内容选读

交通肇事罪（《刑法》第133条）

案例：钱竹平交通肇事案

案例来源：《刑事审判参考》总第44集[第342号]

关键词：交通肇事后逃逸逃避法律追究

一、基本案情

被告人钱竹平，男，1979年2月11日出生，汉族，驾驶员。因涉嫌犯交通肇事罪于2002年8月7日被逮捕。

江苏省溧阳市人民法院经审理查明：2002年7月24日凌晨6时许，被告人钱竹平持证驾驶苏DL3308中型自卸货车，沿241线由溧阳市平桥镇梅岭石矿往溧阳水泥厂运石头，当车行至241线127KM+310M处，因遇情况采取措施不当而撞到前方公路上的—名行人（身份不明），致该人受伤。被告人钱竹平下车察看并将被害人扶至路边，经与其交谈后，被告人钱竹平认为被害人没有大的伤害，故驾车离开现场。后被告人钱竹平再次路过此处，看到被害人仍然坐在路边。当天下午，被害人因腹膜后出血引起失血性休克死亡（经了解，被害人若及时抢救可避免死亡）。经交警部门认定，被告人钱竹平负该起事故的全部责任。

溧阳市人民法院认为：被告人钱竹平身为从事交通运输的人员，因违反交通运输法规，发生交通事故，因逃逸致一人死亡，且负事故的全部责任，其行为已构成交通肇事罪。关于被告人钱竹平提出的“当时被害人身体并无异常、其没有逃逸”的辩解意见及辩护人提出的“被告人钱竹平主观上不具有逃逸故意、不构成逃逸致人死亡”的辩护意见，法院认为被告人钱竹平发生交通事故后，应当保护现场，积极抢救伤者，但被告人钱竹平并未履行上述义务，反而驾车逃离现场，导致伤者因未得到及时救治而死亡，符合刑法规定的“因逃逸致人死亡”的情形，故未采纳被告人及其辩护人的意见。依照《中华人民共和国刑法》第一百三十三条和最高人民法院《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第五条第一款的规定，于2002年11月12日作出一审判决：被告人钱竹平犯交通肇事罪，判处有期徒刑八年。

一审宣判后，被告人钱竹平以“其主观上没有逃逸的故意、一审认定

受害人死亡系交通肇事所致证据不足”为由提出上诉。

江苏省常州市中级人民法院经审理认为：被告人钱竹平的行为已经构成交通肇事罪。上诉人及其辩护人提出“没有逃逸故意”的意见，经查，上诉人钱竹平在发生交通事故后，仅看到被害人背部有皮肤擦伤，看不出有其他受伤，且伤者当时能够讲话、在他人搀扶下能够行走，上诉人认为被害人不需要抢救治疗及保护现场而驾车离开。上诉人钱竹平交通肇事后驾车离开现场的行为，虽然没有履行法定义务，但其主观上没有为逃避法律追究而逃跑的故意，上诉人的行为不属于交通肇事后逃逸。原审判决定性正确，但适用法律不当。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第（二）项、《中华人民共和国刑法》第一百三十三条的规定，作出判决：

1. 维持溧阳市人民法院（2002）溧刑初字第 240 号刑事判决对上诉人钱竹平的定罪部分；撤销溧阳市人民法院（2002）溧刑初字第 240 号刑事判决对上诉人钱竹平的量刑部分；

2. 上诉人钱竹平犯交通肇事罪，判处有期徒刑二年六个月。

二、 裁判要旨

No. 2-133-2 交通肇事后，主观上基于逃避法律追究的目的而逃跑的，应当认定为肇事后逃逸。

逃逸是指行为人主观上基于逃避法律追究的目的而逃跑。交通肇事后逃逸行为绝不是单纯客观的离开肇事现场行为，它之所以成为法定加重事由，其根本理由在于逃逸行为会造成法律规定的行为人在肇事后应当承担的对伤者和财产的抢救义务未能及时有效地履行及事故责任认定的困难，使肇事责任的归结无法落实。

在本案中，被告人钱竹平交通肇事后因过于自信导致对后果认识错误，离开事故现场，致被害人未能得到及时救助而死亡；但其主观上没有逃避法律追究的故意，其行为不属于交通肇事后逃逸行为。No.2-133-3 交通肇事逃逸中的逃避法律追究，是指逃避抢救义务和逃避责任追究。

从行为人的动机考察，逃避抢救义务和其后逃避责任追究是逃逸者的两个根本动机。所谓逃避抢救义务的动机，是指不予保护现场、进行救护、迅速报案等；所谓逃避责任追究的动机，是指意图从根本上希望自己的肇事行为不被发现，从而逃脱责任追究，而不包括在肇事者和肇事行为清楚的前提下试图混淆责任认定、避免责任追究的情形。在一般情况下，逃逸者同时具有逃避抢救和肇事责任归结的动机。但特殊情况下，可能存在并不逃避抢救义务但尽可能逃避肇事责任归结这种单一动机的情况。如行为

人驾车将被害人撞成重伤后将被害人送至医院落，后乘机逃走。在这种情况下，仍应认定为交通肇事后逃逸。

生产、销售有毒、有害食品罪（《刑法》第144条）

案例：林烈群、何华平等销售有害食品案

案例来源：《刑事审判参考》总第15辑[第91号]

主题词：销售有毒、有害食品以危险方法危害公共安全销售不符合卫生标准的食品

一、基本案情

被告人林烈群，男，1958年8月10日出生，原系广东省深圳市龙岗区沙湾深安贸易部经理，法定代表人。因涉嫌犯以危险方法危害公共安全罪，于1999年5月31日被逮捕。

被告人林少坤，男，1979年9月7日出生，原系广东省深圳市龙岗区沙湾深安贸易部职员。因涉嫌犯以危险方法危害公共安全罪，于1999年2月1日被逮捕。

被告人何华平，男，1963年5月1日出生，个体工商户。因涉嫌犯销售不符合卫生标准的食品罪，于1999年2月1日被逮捕。

被告人黄华香，女，1964年6月1日出生，农民。因涉嫌犯销售不符合卫生标准的食品罪，于1999年2月2日被逮捕。

被告人吴贛池，男，1963年9月17日出生，个体工商户。因涉嫌犯销售不符合卫生标准的食品罪，于1999年2月1日被逮捕。

被告人罗伟华，男，1968年10月28日出生，个体工商户。因涉嫌犯销售不符合卫生标准的食品罪，于1999年2月1日被逮捕。

被告人黄俊海，男，1972年9月20日出生，个体工商户。因涉嫌犯销售不符合卫生标准的食品罪，于1999年2月2日被逮捕。

江西省赣州市中级人民法院经审理查明：1998年12月，被告人林烈群、林少坤连续几次将其以每吨1400港币从香港进口的工业用猪油（其中部分被有机锡污染）冒充食用猪油，以每吨7600元批发给江西省定南县的食油经销商被告人何华平。何华平加价后再批发给被告人黄华香、吴贛池、罗伟华、黄俊海等人销售。同年12月16日之后，定南县龙塘、月子、老城等乡镇和龙南县的文龙镇等地相继出现大批群众食用猪油后中毒现象。林烈群等人的行为共造成1002人中毒，其中3人中毒死亡，57人重度中毒。

同时，造成定南县附带民事诉讼原告医疗费共计 1 273 407.2 元（包括发病初期中毒人员自行现金治疗的 848 153.9 元），误工费 638 223 元，营养费 99 180 元，交通费 81 040 元，伙食补助 65 736 元，死者邓石发死亡补偿费、丧葬费等 23 760 元，黄雪红的死亡补偿费、埋葬费及抚养费等 23 760 元，护理费 302 880 元，共计 2 510 686.2 元。造成龙南县附带民事诉讼原告医疗费 436 856.42 元，误工费 74 393 元，营养费 15 240 元，交通费 22 166.50 元，伙食补助 10 296 元，死者黄福秀死亡补偿、丧葬费及被抚养人生活费等 24 597 元，护理费 76 240 元，共计 659 788.92 元。

赣州市中级人民法院认为：被告人林烈群多年经营工业用猪油，明知工业用猪油是一种工业原料而非食用猪油，被人食用后会危害人体健康，却为了牟取暴利，将大量工业用猪油冒充食用猪油批发给何华平等销售，致使 3 人死亡，1 000 余人中毒，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第一百四十四条之规定，构成销售有害食品罪。被告人林少坤明知林烈群销售的是不能食用的猪油，并明知被告人何华平等人到林烈群处购买猪油是为了再销售给人食用，而仍然帮助林烈群批发销售，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第一百四十四条之规定，构成销售有害食品罪。两被告人在主观上有共同的故意，在客观上互相配合，是共同犯罪。其中，林烈群积极组织实施，起了主要作用，系主犯，情节特别恶劣，后果极其严重，应依法严惩。但鉴于林烈群并不知道其以食用猪油出售的这批进口的工业用猪油已被包装桶上的有机锡污染，案发后能够投案，并有一定的悔罪表现，对其可酌情从轻处罚。林少坤在共同犯罪中起了次要和辅助作用，是从犯，可对其减轻处罚。被告人何华平、黄华香、吴赣池、罗伟华、黄俊海销售没有食品卫生检验合格证的猪油，造成严重后果，其行为均已触犯了《中华人民共和国刑法》第一百四十三条之规定，构成销售不符合卫生标准的食品罪。何华平直接从林烈群处购销猪油，对本案的发生及后果应承担主要刑事责任。黄华香、吴赣池、罗伟华、黄俊海从何华平处购进猪油，并主要用于零售，其主观罪过及危害结果均明显轻于何华平，对该 4 名被告人可减轻处罚。由被告人的犯罪行为所造成的附带民事诉讼原告人的经济损失，各被告人均应承担相应的民事责任。各被告人承担的赔偿金额，应根据其在本案中的责任、作用及赔偿能力等情况予以判处。依照《中华人民共和国刑法》第一百四十四条、第一百四十一条、第一百四十三条、第二十五条第一款、第二十六条第一款、第二十七条、第四十八条第一款、第七十二条、第七十三条第二款、第五十二条、第五十三条、第五十六条第一款、第五十七条第一款、第三十六条第一款和《中华人民共和国民事诉讼法通则》第一百一十九条之规定，于 2001 年 1 月 19 日判决如下：

1. 被告人林烈群犯销售有害食品罪，判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，并处罚金五十万元。

2. 被告人林少坤犯销售有害食品罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚金六万元。

3. 被告人何华平犯销售不符合卫生标准的食品罪，判处有期徒刑十五年，剥夺政治权利五年，并处罚金五万元。

4. 被告人黄华香犯销售不符合卫生标准的食品罪，判处有期徒刑二年六个月，并处罚金三千元。

5. 被告人吴贛池犯销售不符合卫生标准的食品罪，判处有期徒刑二年六个月，并处罚金三千元。

6. 被告人罗伟华犯销售不符合卫生标准的食品罪，判处有期徒刑二年，并处罚金八千元。

7. 被告人黄俊海犯销售不符合卫生标准的食品罪，判处有期徒刑二年，并处罚金一万元。

8. 附带民事诉讼原告人经济损失共计人民币三百一十七万零四百七十五元，由被告人林烈群赔偿三百万元，被告人林少坤赔偿三万零四百七十五元，被告人何华平赔偿四万元，被告人黄华香、吴贛池、罗伟华、黄俊海各赔偿二万五千元。

9. 存放在广东省深圳市公物仓的被告人林烈群的3 922 桶工业用猪油变卖后用于赔偿附带民事诉讼原告人的经济损失。

宣判后，各被告人均未上诉，检察机关亦未抗诉。

赣州市中级人民法院依法将此案报请江两省高级人民法院核准。江西省高级人民法院依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百零一条的规定，于2001年3月14日裁定核准江西省赣州市中级人民法院以销售有害食品罪，判处被告人林烈群死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，罚金五十万元的刑事判决。

二、 裁判要旨

No. 3-1-144-1 以工业原料冒充食品予以销售致人死亡的，应以生产、销售有毒、有害食品罪论处。

生产、销售有毒、有害食品罪是指在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料或者销售明知是掺有有毒、有害的非食品原料的食品的行为。本罪不仅侵犯国家对食品卫生的管理制度，同时也危害广大消费者的生命、健康安全。依照《中华人民共和国食品卫生法》的规定，严禁生产、经营下列食品：(1) 腐败变质、油脂酸败、霉变、生虫、污秽不洁、混有异

物或者其他感官形状异常，可能对人体健康有害；(2) 含有毒、有害物质或者被有毒、有害物质污染，可能对人体健康有害的；(3) 含有致病的寄生虫、微生物的，或者微生物毒素含量超过国家限定标准的；(4) 未经兽医卫生检验或者检验不合格的肉类及其制品；(5) 病死、毒死或者死因不明的禽、畜、兽、水产动物及其制品；(6) 容器包装污秽不洁、严重破损或者运输工具不洁造成污染的；(7) 掺杂、掺假、伪造，影响营养、卫生的；(8) 用非食品原料加工的，加入非食品用化学物质的或者将非食品当做食品的；(9) 超过保质期限的；(10) 为防病等特殊需要，国务院卫生行政部门或者省、自治区、直辖市人民政府专门规定禁止出售的；(11) 含有未经国务院卫生行政部门批准使用的添加剂的或者农药残留超过国家规定容许量的。由此可见，立法者在设置生产、销售不符合卫生标准的食品罪和生产、销售有毒、有害食品罪两个罪名时，不是简单地将有毒、有害的食品视为不符合卫生标准的食品，而是考虑到有毒、有害的食品会比不符合卫生标准的食品给消费者造成更为严重的人身健康和生命安全的危害，因此有必要规定更高的法定刑（前者的最高法定刑为七年以上有期徒刑或者无期徒刑，后者的最高法定刑为十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑）。

在处理生产、销售有毒、有害食品造成严重危害后果的案件时，应着重分析行为人的主观目的并以此确定罪名。若行为人销售有毒、有害食品的主观目的是为了牟利，但同时又放任严重危害后果发生的，则应定生产、销售有毒、有害食品罪；若行为人出于各种动机，如造成当地治安混乱，人心恐慌，主观目的就是追求严重危害后果的发生的，则应定以危险方法危害公共安全罪。

生产、销售不符合卫生标准的食品罪，是指生产者、销售者明知生产、销售的食物不符合卫生标准而进行生产、销售，足以造成严重食物中毒或者严重食源性疾患的行为。该罪与生产、销售有毒、有害食品罪在犯罪客体要件、犯罪主体要件、犯罪主观要件都存在相同之处，但是两者在以下方面也有着明显的区别：（1）犯罪对象方面。前者是不符合卫生标准的食品（详见前述，但不能再包括含有有毒、有害的非食品原料的食品）。其中，食品，是指通过人体消化系统，可被人体消化、吸收，能满足人体生理需求和营养需要的一切物品，既包括一般食物，也包括食物添加剂、调味品、色素、保鲜剂，还包括油脂和饮料等。后者是有毒、有害的非食品原料和含有有毒、有害的非食品原料的食品。有毒、有害的非食品原料是指对人体具有生理危害性的，食用后会引起不良反应，损害机体健康的不能食用的原料，例如，用工业酒精兑制白酒、用不能饮用的污水兑制酱油、用石灰水掺进牛奶中，等等。若掺入的是食品原料，只是因污染、腐败变质或

者过量而具有了危害性,则不能构成本罪。至于非食品原料是否有毒、有害,要经过有关机构鉴定确定。(2) 犯罪结果方面。前者是危险犯,即需有足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾患的危险结果作为构成犯罪的条件。其中,严重食物中毒是指细菌性、化学性、真菌性和有毒动植物等引起的严重暴发性中毒;严重食源性疾患是指以食物为感染源而导致的严重疾病,如痢疾、肝炎等。后者不要求特定犯罪结果的发生。(3) 犯罪主观方面。前者在主观上对生产、销售不符合卫生标准的食品的行为持直接故意,但是对该行为将造成的严重后果,则既可能持放任的态度,也可能是过失的心理。后者在主观上只是对掺入、生产、销售行为持直接故意,至于对行为结果的主观态度则没有限制。

非法吸收公众存款罪(《刑法》第176条)

案例:中富证券有限责任公司及彭军等人非法吸收公众存款案

案例来源:《人民法院案例选》2007年第2辑

关键词:非法吸收公众存款罪变相吸收公众存款涉案金额

一、基本案情

被告单位(上诉人)中富证券有限责任公司(以下简称中富证券)。

被告人彭军。

被告人楼群。

被告人陈军。

被告人李刚。

上海市第二中级人民法院经审理查明:2001年6月,友联公司(现更名为上海友联管理研究中心有限公司,另案处理)在上海市成立,注册资金200万元,德隆国际战略投资有限公司(以下简称德隆集团)的法定代表人唐万新(另案处理)兼任总裁,德隆集团的董事唐万川、张业光(均另案处理)分别兼任法定代表人和常务副总裁。2002年2月,中富证券在上海市成立,注册资金5.1亿元,该证券公司具有受托投资管理等业务的资质。2003年初,中富证券经股权转让后的实际股东是利德投资有限责任公司(以下简称利德公司)等4家单位,利德公司控股54.12%。同时,唐万新在与唐万川、张业光等人共谋后,决定友联公司通过唐万川兼任法定代表人的中企公司以3.6亿余元的价格收购利德公司,开始控制中富证券。2003年7月,被告人彭军受友联公司委派任中富证券总裁助理,全面负责

资产管理业务；被告人陈军任中富证券资产管理部总经理，具体负责资产管理业务的操作。其间，唐万新明确要求彭军以保本并支付高于银行同期利率数倍利息的方法吸收公众资金，并下达了吸收资金6亿元的指标，还规定所吸收的资金由友联公司统一支配。为此，彭军、陈军先后制定了《分支机构开展资产管理业务的指导意见》、《委托资产管理业务考核暂行办法》等具体规则，拟制了《资产管理委托协议书》、《资产管理委托协议附加条款》等合同的格式文本，多次召开各部门和下属营业部相关人员参加的会议，组织员工培训和向各营业部分解指标等。2003年9月至2003年12月间，中富证券向北京市人防开发管理中心等5家单位和王宏等22名个人吸收资金计1.9亿余元。2004年1月，被告人彭军离开中富证券后，被告人楼群受友联公司委派接任中富证券副总裁，全面负责资产管理等业务。同年2月，被告人陈军离开中富证券，资产管理部的业务由时任该部门副总经理的被告人李刚具体操作。同年4月，楼群被任命为中富证券总裁，李刚任中富证券资产管理部总经理。其间，在唐万新向楼群等人下达了吸收资金30亿元的指标后，楼群、李刚除沿用彭军、陈军任职期间制定的相关运作制度外，还通过召开会议、培训员工、分解指标、提高利率、到各营业部巡查等方法，继续以上述同样方法吸收公众资金。2004年1月至同年4月间，中富证券向通用燃气有限公司等17家单位和殷新红等41名个人吸收资金计6亿余元。2003年9月至2004年4月间，中富证券以承诺保本和支付4.5%至13%利息的方法分别与上述20家单位和62名个人签订《资产管理委托协议书》、《资产管理委托协议附加条款》等合同，吸收资金共计7.9亿余元。其中，被告人彭军任职期间吸收资金1.9亿余元，被告人楼群任职期间吸收资金6亿余元，被告人陈军任职期间吸收资金2.2亿余元，被告人李刚任职期间吸收资金5.7亿余元。中富证券将吸收的资金全部交友联公司支配，主要用于购买股票和国债、支付本息、开展其他业务等。至2004年7月7日案发时，中富证券客户账户上的资金余额仅为3370万余元，证券市值仅为2.6亿余元，且尚有6.1亿余元未向客户兑付。中富证券和每名被告人在案发前向司法机关供述了上述事实。

公诉机关上海市人民检察院第二分院认为：被告单位中富证券的行为已触犯《中华人民共和国刑法》第一百七十六条之规定，数额巨大，应以非法吸收公众存款罪追究其刑事责任。被告人彭军、楼群应作为直接负责的主管人员承担刑事责任，被告人陈军、李刚应作为直接责任人员承担刑事责任。鉴于中富证券及每名被告人均有自首情节，可依法从轻或者减轻处罚。

被告人楼群称：其到中富证券工作不是受友联公司委派，且在中富证

券开展工作受董事会和董事长领导。

被告单位的辩护人意见：中富证券具有受托资产管理业务资质，其向客户收取 7.9 亿余元资金中的大部分均用于资产管理业务，故指控中富证券的部分行为构成犯罪，缺乏法律依据。

被告人彭军辩护人意见：(1) 彭军等人具有违规行为，应给予行政处罚，指控彭军的行为构成犯罪，缺乏法律依据；(2) 指控彭军的犯罪金额中，有 1.1 亿元资金没有存入中富证券，有 3 000 万元资金不是发生在彭军任职期间，彭军不应对上述 1.4 亿元承担责任。

被告人楼群辩护人意见：对楼群等人的违规行为法律没有规定为犯罪，楼群也不是直接负责的主管人员，故楼群的行为不构成犯罪。

被告人陈军辩护人意见：陈军主观上无犯罪的直接故意，且法律也未对陈军等人的行为规定为犯罪，故陈军不构成犯罪。

被告人李刚辩护人意见：李刚根据单位安排履行职责，故指控李刚系中富证券单位犯罪中直接责任人员的证据不足。

上海市第二中级人民法院认为：被告单位中富证券在未经中国人民银行批准的情况下，以开展所谓的资产管理业务的名义，采用保本付息的方法，向社会不特定的单位和个人变相吸收存款计 7.9 亿余元，其行为已构成非法吸收公众存款罪，依法应予惩处。被告人彭军、楼群先后受友联公司委派，分别担任中富证券总裁助理和副总裁、总裁，两人在明知其负责开展的保本付息吸收公众存款“业务”系违法行为的情况下仍积极付诸实施，其中彭军任职期间吸收存款 1.9 亿余元，楼群任职期间吸收存款 6 亿余元，两人均应承担中富证券单位犯罪中直接负责的主管人员的刑事责任。被告人陈军、李刚先后担任中富证券资产管理部总经理，两人在明知中富证券开展的保本付息吸收公众存款“业务”系违法行为的情况下仍具体操作，其中陈军任职期间吸收存款 2.2 亿余元，李刚任职期间吸收存款 5.7 亿余元，两人均应承担中富证券单位犯罪中其他直接责任人员的刑事责任。上海市人民检察院第二分院指控中富证券和各名被告人犯罪的罪名成立。被告人彭军、楼群、陈军的辩护人所出示的证据，均不能否认中富证券变相吸收公众存款和各名被告人的地位、作用等事实；被告人楼群的辩解、被告单位和各名被告人的辩护人的辩护意见，亦无事实和法律依据，均不予采信和采纳。鉴于中富证券和各名被告人在案发前向司法机关如实供述犯罪事实，系自首，依法均可减轻处罚。根据本案的具体情况，对被告人陈军、李刚可以宣告缓刑。根据《中华人民共和国刑法》第一百七十六条、第三十条、第三十一条、第六十七条第一款、第七十二条、第七十三条第二款、第三款、第五十三条和第六十四条之规定，判决：

1. 被告单位中富证券有限责任公司犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑人民币一百万元；

2. 被告人彭军犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑一年，并处罚金人民币四万元；

3. 被告人楼群犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑一年六个月，并处罚金人民币五万元；

4. 被告人陈军犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年，并处罚金人民币三万元；

5. 被告人李刚犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑一年六个月，缓刑一年六个月，并处罚金人民币四万元；

6. 违法所得的一切财物予以追缴。

一审宣判后，被告单位中富证券和被告人楼群不服，提出上诉。

被告单位认为：一审认定中富证券非法吸收公众存款 7.9 亿余元的数额不当，其中 5.9 亿余元均按合同约定投资，符合资产管理业务本质，不应作为犯罪数额认定，一审据此数额判处中富证券罚金 100 万元属量刑过重。

上诉人楼群认为：(1) 中富证券具有合法的资产管理业务资格，其行为不构成非法吸收公众存款罪，中富证券的资产管理业务无须中国人民银行批准，原判认为“中富证券在未经中国人民银行批准的情况下，以开展所谓的资产管理业务的名义，采用保本付息的方法，向社会不特定的单位和个人变相吸收存款 7.9 亿余元，其行为已构成非法吸收公众存款罪”的表述不当；(2) 楼群并非受友联公司委派到中富证券工作，楼受中富证券董事会、董事长领导，对楼不应以中富证券直接负责的主管人员判处刑罚；(3) 唐万新、申尔等人证实楼受友联公司委派、全面负责资产管理业务的证言缺乏客观真实性，不能作为定案的根据。

上海市高级人民法院认为：一审法院认定中富证券和彭军、楼群、陈军、李刚非法吸收公众存款的犯罪事实清楚，证据确实、充分，适用法律正确，量刑适当，审判程序合法。据此，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第（一）项的规定，裁定驳回上诉，维持原判。

二、 裁判要旨

No. 3-4-176-1 承诺保本付息进行所谓投资理财，属于变相吸收公众存款行为。

中国证券监督管理委员会（以下简称中国证监会）于 2001 年 11 月 28 日发布的《关于规范证券公司受托投资管理业务的通知》第一条规定：“受

托投资管理业务，是指证券公司作为受托投资管理人，依据有关法律、法规和投资委托人的投资意愿，与委托人签订受托资产管理合同，把委托人委托的资产在证券市场上从事股票、债券等金融工具的组合投资，以实现委托资产收益最优化的行为。”也就是说，证券公司代理客户管理资产，由证券公司通过向客户提供投资方法和投资时机的建议，让客户参考建议自己操盘或者由客户全权委托证券公司操盘等形式进行投资理财，以实现客户资产保值、增值的业务。资产管理的内容包括代理客户办理委托管理资金的划付、代理客户办理理财收益和到期本金的划付等。以上内容揭示了受托投资管理业务最主要或最本质的三大特征，一是客户与证券公司在开展受托投资管理业务中系委托和代理关系，证券公司开展资产管理必须以客户的名义进行；二是证券公司的行为体现的是作为委托人客户的意愿，目的是为了客户的利益；三是证券公司受托管理的资产风险由客户自行承担，证券公司不承担任何风险。中国证监会鉴于受托投资管理业务的上述特征，于2003年12月18日公布了《证券公司客户资产管理业务试行办法》，该办法第四十三条强调了受托投资管理业务的投资风险由客户自行承担的规定。

然而，部分证券公司开展保本付息承诺的所谓受托投资管理业务，其具体运作过程是，证券公司以给予固定回报或高于银行同期储蓄存款利率数倍的承诺为前提，通过与客户签订名为资产管理合同等方法吸引客户投入资产，再以证券公司自己的名义将该资产投入证券市场从事股票、债券等金融工具的组合投资，实现自己收益最大化。上述行为过程反映的主要特征，一是证券公司与客户之间虽然签订了名义上的资产管理合同，但这不是真正的委托代理协议，其实质是证券公司向客户约定到期兑现的承诺书，故证券公司与客户之间不存在委托代理关系；二是证券公司在取得客户投资的资产后以自己名义对外投资，投资方法和投资时机等均由证券公司自己决策或决定，体现的是证券公司的意愿，客户在证券公司向其作出承诺后并不关心证券公司如何使用其投入的资产；三是无论证券公司是否盈亏都要在约定期限内兑现承诺，即客户投入资产的风险由证券公司承担。由此可知，证券公司推出保本付息承诺的委托理财业务，不是法律规定的受托投资管理业务，而是以所谓的委托理财名义向社会不特定人员借用资金的性质。这与储户将钱款存入储蓄机构，由储蓄机构向储户承诺给予还本付息的吸收公众存款的性质完全一致，也符合国务院1998年6月发布的《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》第四条关于变相吸收公众存款是指未经中国人民银行批准，不以吸收公众存款的名义向社会不特定对象吸收资金，但承诺履行的义务与吸收公众存款性质相同的活动之规定。

故证券公司推出保本付息承诺的所谓委托理财业务属于变相吸收公众存款的行为。No.3-4-176-2 非法吸收公众存款的涉案金额，应以实际收取的客户享有所有权的自有资金为准。

证券公司通过开展保本付息承诺的所谓受托投资管理业务时，向客户吸收资金的形式大致可归结为三种，第一种是证券公司实际向客户吸收资金，到期后给予客户保本付息的固定收益，即证券公司向客户实际收取的金额与合同约定金额相等；第二种是证券公司实际向客户吸收的资金少于合同约定的金额，不足部分以证券公司承诺保本付息的固定收益作为客户已交纳的金额直接冲抵，即证券公司向客户实际收取的资金与合同约定的金额不等；第三种是证券公司先给予客户约定保本付息的固定收益，然后在一定期限内向客户收取合同约定的金额。上述三种形式中的第一、第三种性质是一样的，也就是证券公司都向客户收取了合同约定的资金，只是在给予保本付息固定收益的时间上有先后区别而已，对这两种形式所吸收的资金是客户实际向证券公司缴纳的自有资金，故以该金额认定一般不会产生多大的异议。而在第二种形式中，证券公司给予客户保本付息的固定收益能否作为吸存金额认定，争议较大。

证券公司以保本付息承诺的所谓受托投资管理名义吸收存款，构成犯罪的金额应以实际收取客户享有所有权的自有资金认定为妥。理由之一，证券公司与客户之间签订的含有保本付息承诺的所谓资产管理协议书，明显违反了《资产管理办法》第四十一条关于证券公司从事客户资产管理业务，不得向客户作出保证其资产本金不受损失或者取得最低收益的承诺之规定，从民事法律角度来看，该协议的签订不符合法律规定，属无效合同，无效合同自始不发生法律效力，合同双方据此所取得的财产应予返还。所以，证券公司给予客户保本付息的资金权属没有发生实质变化，证券公司以其支付保本付息的固定收益作为客户交存的资金，等于是证券公司向自己“吸收”资金，这不符合非法吸收公众存款罪应向不特定公众吸收存款的犯罪特征。理由之二，证券公司及相关人员在明知从事资产管理业务不得向客户作出保证其资产本金不受损失或者取得最低收益的情况下，仍故意采取上述方法吸收存款，有的将吸收的资金用于证券公司之外的其他经营活动，更有甚者用于犯罪活动或被个人侵占等，证券公司的行为使自身利益受到侵害的同时，也构成犯罪。从刑事法律角度而言，对于因犯罪导致证券公司流失的全部财产必须予以追缴并返还证券公司。倘若将证券公司给予客户保本付息的固定收益也作为非法吸收公众存款罪金额认定的话，无疑在法律上承认了该资产原本就属客户应得的合法财产，这是完全错误的。