

【案例】

俞志刚绑架案 [第496号]

——绑架犯罪人绑架他人后自动放弃继续犯罪的如何处理

何永国抢劫案 [第497号]

——审理共同犯罪案件后到案被告人时，对先到案共犯人的生效裁判文书所采信的证据如何质证

张威同挪用公款案 [第502号]

——个人决定以单位名义将公款借给其他单位使用，没有谋取个人利益的不构成挪用公款罪

【刑事司法规范及其理解与适用】

最高人民法院 司法部关于充分保障律师依法履行辩护职责、确保死刑案件办理质量的若干规定

《关于充分保障律师依法履行辩护职责、确保死刑案件办理质量的若干规定》的理解与适用

【裁判文书评析】

马平华受贿、挪用公款案

——江苏省南通市崇川区人民法院刑事判决书

刑事审判参考

Reference to Criminal Trial

中华人民共和国最高人民法院

刑事审判第一、二、三、四、五庭 / 主办



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

2008年第4集 • 总第 63 集

刑事审判参考

Reference to Criminal Trial

中华人民共和国最高人民法院

刑事审判第一、二、三、四、五庭 / 主办



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事审判参考. 2008 年第 4 集. 总第 63 集 / 最高人民法院刑事审判一至五庭主编. —北京: 法律出版社, 2008. 12
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9007 - 5

I. 刑… II. 最… III. 刑事诉讼—审判—中国—参考资料 IV. D925.218.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 178056 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/肖逢伟 孙 慧

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑统筹/法律应用出版分社
经销/新华书店
责任印制/陶 松

开本/A5
版本/2008 年 12 月第 1 版

印张/6.75 字数/147 千
印次/2008 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 9007 - 5

定价: 28.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

2008年第4集·总第63集

刑事审判参考

编辑委员会

主 任: 张 军

副 主 任: 熊选国 黄尔梅

委 员: (姓氏笔画为序)

王 勇	叶晓颖	任卫华	吕广伦	朱和庆
李武清	沈 亮	张 明	周 峰	杨万明
苗有水	高贵君	高憬宏	党建军	耿景仪
韩维中	裴显鼎	薛淑兰	戴长林	

主 编: 熊选国

副 主 编: 黄尔梅 任卫华 高憬宏 杨万明 高贵君

执行编辑: 冉 容 康 瑛 孙 江 陆建红 吴光侠

特邀编辑:

赵德云 (北京)	黄祥青 (上海)	康建茂 (天津)
宫小汀 (重庆)	史景山 (黑龙江)	张太范 (吉林)
李晓林 (辽宁)	梁国裕 (内蒙古)	张忻如 (山西)
陈庆锐 (河北)	刘玉安 (山东)	吴礼维 (安徽)
童志兴 (浙江)	居国屏 (江西)	茅仲华 (江苏)
王成全 (福建)	田立文 (河南)	姚明智 (湖北)
曾亚杰 (湖南)	罗少雄 (广东)	黄翰绅 (海南)
陈亚天 (广西)	马益讯 (四川)	申庆国 (云南)
张永成 (贵州)	雷建新 (陕西)	刘瑞华 (宁夏)
袁志云 (甘肃)	韩幸生 (青海)	马玉魁 (西藏)
周国胜 (新疆)	温开新 (军事法院)	

编辑说明

作为最高人民法院业务庭主办的业务指导和研究性刊物,《刑事审判参考》自1999年4月创办以来,秉承立足实践、突出实用、重在指导、体现权威的编辑宗旨,在编辑委员会成员、作者和读者的共同努力下,密切联系刑事司法实践,为刑事司法人员提供了有针对性和权威性的业务指导和参考,受到刑事司法工作人员和刑事法律教学、研究人员的广泛欢迎。

《刑事审判参考》由最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭共同主办,最高人民法院张军副院长担任编辑委员会主任,熊选国副院长和黄尔梅委员担任副主任。熊选国副院长任主编,五个刑庭庭长任副主编。

2008年的《刑事审判参考》仍为双月刊,全年共出版6集。设有以下栏目:

【案例】选择在认定事实、采信证据、适用法律和司法解释定罪量刑等方面具有研究价值的典型、疑难案例,详细阐明法官对案件的裁判理由,为刑事司法工作人员处理类似案件提供具体的指导和参考。

【刑事司法规范及其理解与适用】最新的刑事法律、立法解释、司法解释和其他规范性刑事司法文件,并约请参与相关刑事司法规范起草工作的同志撰写理解与适用文章,说明该刑事司法规范的出台背景、所要解决的问题和适用中应当注意的问题。

【刑事政策】最新的刑事司法政策,如最高人民法院院长、副

院长在刑事审判工作会议上的讲话,刑事审判工作会议讨论的问题。

【审判实务释疑】最高人民法院五个刑事审判庭解答在刑事审判工作中具有普遍性指导价值的法律适用疑难问题。

【编辑部答疑】编辑部解答读者在刑事司法工作中遇到的疑难问题。

【法律、行政法规和部门规章】与刑事司法工作密切相关的法律、行政法规和部门规章。

【经验交流】地方司法机关制定的刑事司法规范性文件及其背景说明;地方各级人民法院院长、副院长在刑事审判工作会议上的讲话,等等。

【问题探讨】法律、司法解释的规定不够明确、具体,在刑事司法工作中必须解决的疑难、复杂问题,为刑事司法工作人员处理类似问题提供工作思路。

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

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

最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭

征 稿 启 事

《刑事审判参考》是最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭共同主办、法律出版社出版、面向国内外公开发行的刑事司法业务指导和研究性刊物。2008 年出版六集。

为能够以最前沿的视野、最权威的高度和最贴近刑事司法实践的方式编辑本书,欢迎读者向本书以下栏目提供稿件:

(一)案例。在认定事实、采信证据和适用法律、司法解释定罪处刑问题上具有研究价值和指导意义的典型、疑难案件,并须附寄加盖人民法院院印的一、二审裁判文书。

(二)经验交流。地方司法机关制定的刑事司法规范性文件及其背景说明;地方人民法院院长、副院长在刑事审判工作会议上的讲话,等等。

(三)问题探讨。对某一类问题提出的解决方案。

(四)裁判文书。具有较强说理性、体现法官适用普遍的法律规范解决具体的疑难、复杂案件的智慧的优秀裁判文书。

(五)编辑部答疑。读者在刑事司法实践中遇到法律适用方面的疑难、复杂问题。

(六)审判实务释疑。针对刑事审判实务中的争议问题进行分析、探讨。

(七)疑案争鸣。针对刊登的疑难案例争议问题进行分析,发表观点。

来稿请注明作者的联系方式(包括地址、邮编和电话)。除

“编辑部答疑,疑案争鸣”外,来稿一经采用,按著作权法的规定支付稿酬。凡在本刊发表的文章,自发表之日起一年内,作者如在其他刊物发表,须经本刊同意。因一稿多投,给本刊造成损失的,本刊件依法追究。来稿一律不退,如需退稿,请声明并附足邮资。

来稿请按以下方式投递:

涉及刑法分则第一、三、八、九、十章和涉外(含涉港澳台)犯罪、涉邪教犯罪的稿件,寄至:北京市崇文区北花市大街9号最高人民法院刑二庭康瑛收。

涉及刑法分则第二、四、五、六、七章(涉外犯罪和涉邪教犯罪的除外)的稿件,分别寄至:

黑龙江、吉林、辽宁、广东、广西、海南的作者寄给北京市崇文区北花市大街9号最高人民法院刑一庭冉容;北京、天津、河北、河南、内蒙古、山西、湖南、湖北的作者寄给北京市崇文区北花市大街9号最高人民法院刑三庭孙江;陕西、山东、浙江、安徽、福建、青海、甘肃、宁夏、新疆的作者寄给北京市崇文区北花市大街9号最高人民法院刑四庭陆建红;上海、重庆、江西、江苏、四川、云南、贵州、西藏的作者寄给北京市崇文区北花市大街9号最高人民法院刑五庭吴光侠。

邮编:100062

如果作者具备发送电子邮件的条件,请将稿件(案例还须附裁判文书,如不能提供裁判文书的电子文本,可单独邮寄裁判文书)发送至:hhky76@163.com,不再邮寄稿件。对于通过E-mail投递稿件的,优先采用。

最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭

目 录

【案 例】

- 谭荣财、罗进东强奸、抢劫、盗窃案[第495号]
——强迫他人性交、猥亵供其观看的行为如何定性……(1)
- 俞志刚绑架案[第496号]
——绑架犯罪人绑架他人后自动放弃继续犯罪的如何处理……(10)
- 何永国抢劫案[第497号]
——审理共同犯罪案件后到案被告人时,对先到案共犯人的生效裁判文书所采信的证据如何质证……(17)
- 卞修柱抢劫案[第498号]
——对推卸责任型翻供如何进行审查判断……(24)
- 吴灵玉等抢劫、盗窃、窝藏案[第499号]
——揭发型立功中“他人犯罪行为”的认定……(33)
- 赵廷贵贩卖毒品案[第500号]
——贩卖含量极低的海洛因针剂,如何认定毒品数量并适用刑罚……(42)
- 高国亮、李永望等贩卖、制造毒品案[第501号]
——加工、生产混合型毒品“麻古”的行为能否认定为

制造毒品罪	(47)
张威同挪用公款案[第502号]	
——个人决定以单位名义将公款借给其他单位使用， 没有谋取个人利益的不构成挪用公款罪	(54)

【刑事司法规范及其理解与适用】

最高人民法院 司法部

关于充分保障律师依法履行辩护职责、确保死刑案 件办理质量的若干规定	(60)
《关于充分保障律师依法履行辩护职责、确保死刑 案件办理质量的若干规定》的理解与适用 耿景仪 秦 鹏	(64)

【审判实务释疑】

在实施拐卖妇女犯罪中将被拐卖妇女的雇主杀害的行 为,能否作为拐卖妇女罪的加重情节?	(74)
--	--------

【法律、法规和规章】

全国人大常委会

中华人民共和国节约能源法	(79)
中华人民共和国循环经济促进法	(95)

国务院

证券公司风险处置条例	(109)
证券公司监督管理条例	(123)

监察部 人力资源和社会保障部 国土资源部

违反土地管理规定行为处分办法 (146)

【裁判文书评析】

马平华受贿、挪用公款案

——江苏省南通市崇川区人民法院刑事判决书 (152)

【案 例】

【第 495 号】

谭荣财、罗进东强奸、抢劫、盗窃案

——强迫他人性交、猥亵供其 观看的行为如何定性

一、基本案情

被告人谭荣财，男，1983 年 7 月 5 日出生，初中文化，工人。2003 年 5 月 27 日因涉嫌犯抢劫罪、强奸罪被逮捕。

被告人罗进东，男，1985 年 5 月 21 日出生，初中文化，无业。2003 年 5 月 27 日因涉嫌犯抢劫罪、强奸罪被逮捕。

（其他被告人略。）

广东省阳春市人民检察院以被告人谭荣财、罗进东等犯抢劫罪、强奸罪，谭荣财犯盗窃罪，向阳春市人民法院提起公诉。

被告人谭荣财辩解，其没有强迫他人性交，不构成强奸罪；不是抢劫案件的主犯。其辩护人提出，谭荣财强迫他人性交的行为既不构成强奸罪，也不构成猥亵妇女罪；其盗窃时未满 18 周岁，系从犯，请求对谭荣财从轻或减轻处罚。

被告人罗进东辩解，谭荣财等人强迫他人性交时，其离案发现场很远，没有参与该行为；其盗窃时未满 18 周岁，请求从轻处罚。其辩护人提出，罗进东是从犯，没有参与强迫他人性交的行为，请

求对罗进东从轻处罚。

阳春市人民法院经公开审理查明:

2003年5月23日20时许,被告人谭荣财、罗进东与赖洪鹏(另案处理)在阳春市春城镇东湖烈士碑水库边,持刀对在此谈恋爱的蒙某某、瞿某某(女)实施抢劫,抢得蒙某某230元、瞿某某60元,谭荣财、罗进东各分得80元。抢劫后,谭荣财、罗进东、赖洪鹏用皮带反绑蒙某某双手,用黏胶粘住蒙的手腕,将蒙的上衣脱至手腕处,然后威逼瞿某某脱光衣服、脱去蒙的内裤,强迫二人进行性交给其观看。蒙因害怕,无法进行。谭荣财等人又令瞿某某用口含住蒙的生殖器进行口交。在口交过程中,蒙某某趁谭荣财等人不备,挣脱皮带跳进水库并呼叫救命,方才逃脱。

2003年5月期间,被告人谭荣财、罗进东伙同他人先后在阳春市春城镇三桥等处先后5次持刀抢劫现金、手机等财物共计价值人民币(以下均同)5879元。2000年9月19日凌晨3时40分,谭荣财在阳春市圭岗镇明景游戏室,从屋顶揭瓦入室,将严仕章的一辆价值3705元的轻骑Qm100/6摩托车盗走。

阳春市人民法院认为,被告人谭荣财、罗进东等人以非法占有为目的,使用暴力手段劫取他人财物,其行为已构成抢劫罪;二被告人在抢劫过程中,违背妇女意志,使用暴力胁迫的手段,强迫他人 与妇女发生性关系,其行为已构成强奸罪。被告人谭荣财秘密窃取他人财物,数额较大,其行为已构成盗窃罪。被告人谭荣财、罗进东参与抢劫多次,在共同抢劫犯罪中起主要作用,是主犯,应当按照其所参与的全部犯罪处罚。鉴于被告人谭荣财在盗窃犯罪时未满18周岁,被告人罗进东在参与的6次抢劫犯罪中,有4次作案时未满18周岁,依法应当对二被告人未满18周岁时参与的犯罪行为从轻处罚。二被告人犯数罪,依法应当数罪并罚。公诉机关指控的事实清楚,证据确实、充分,罪名成立,予以采纳。被告人谭荣财、罗进东的辩解、辩护意见不能成立,不予采纳。依照

《中华人民共和国刑法》第二百六十三条第一款、第二款第(四)项、第二百三十六条第一款、第二百六十四条、第二十五条、第二十六条第一款、第四款、第二十七条、第十七条第一、三款、第五十五条第一款、第五十六条、第六十九条的规定,判决如下:

1. 被告人谭荣财犯抢劫罪,判处有期徒刑十三年,剥夺政治权利三年,并处罚金人民币 3000 元;犯强奸罪,判处有期徒刑九年;犯盗窃罪,判处有期徒刑十个月,并处罚金人民币 1000 元;决定执行有期徒刑二十年,剥夺政治权利三年,并处罚金人民币 4000 元。

2. 被告人罗进东犯抢劫罪,判处有期徒刑十一年,剥夺政治权利三年,并处罚金人民币 3000 元;犯强奸罪,判处有期徒刑八年,决定执行有期徒刑十八年,剥夺政治权利三年,并处罚金人民币 3000 元。

一审宣判后,被告人谭荣财、罗进东不服,向广东省阳江市中级人民法院提出上诉。

被告人谭荣财、罗进东上诉称,其强迫蒙某某与瞿某某发生性关系的目的是寻求精神上的刺激,调戏取乐,只是观看,没有强奸的故意和目的,原审法院定强奸罪有误,请求撤销原审法院的定罪量刑。

阳江市中级人民法院认为,被告人谭荣财、罗进东以非法占有为目的,以暴力胁迫的手段劫取他人财物,其行为已构成抢劫罪;被告人谭荣财采用秘密方法,入室窃取他人财物,数额较大,其行为构成盗窃罪。被告人谭荣财、罗进东持刀胁迫二人脱光衣服,强迫二人性交,后又强迫瞿某某口含蒙某某生殖器再进行性交,其主观上是寻求精神上的刺激,调戏取乐,没有强奸的目的,客观上没有强奸行为,原审法院认定该行为构成强奸罪不当,应以强制猥亵妇女罪论处,故谭荣财、罗进东的该行为均已构成强制猥亵妇女罪。谭荣财、罗进东的该上诉理由成立,应予采纳。被告人谭荣

财、罗进东在本案中犯数罪,依法应数罪并罚。原审判决认定事实清楚,证据确实、充分,审判程序合法,但适用法律部分错误,定罪量刑部分不当。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》第二百六十三条第(四)项、第二百六十四条、第二百三十七条第一款、第十七条第一款、第三款、第二十五条、第五十五条第一款、第五十六条、第六十九条的规定,判决如下:

1. 撤销阳春市人民法院(2003)春法刑初字第108号刑事判决的第一、二项,即被告人谭荣财犯抢劫罪,判处有期徒刑十三年,剥夺政治权利三年,并处罚金人民币3000元;犯强奸罪,判处有期徒刑九年;犯盗窃罪,判处有期徒刑十个月,并处罚金人民币1000元,决定执行有期徒刑二十年,剥夺政治权利三年,并处罚金人民币4000元。被告人罗进东犯抢劫罪,判处有期徒刑十一年,剥夺政治权利三年,并处罚金人民币3000元;犯强奸罪,判处有期徒刑八年,决定执行有期徒刑十八年,剥夺政治权利三年,并处罚金人民币3000元。

2. 上诉人(原审被告)谭荣财犯抢劫罪,判处有期徒刑十三年,剥夺政治权利三年,并处罚金人民币3000元;犯强制猥亵妇女罪,判处有期徒刑三年;犯盗窃罪,判处有期徒刑十个月,并处罚金人民币1000元,决定执行有期徒刑十五年,剥夺政治权利三年,并处罚金人民币4000元。

3. 上诉人(原审被告)罗进东犯抢劫罪,判处有期徒刑十一年,剥夺政治权利三年,并处罚金人民币3000元;犯强制猥亵妇女罪,判处有期徒刑三年,决定执行有期徒刑十三年,剥夺政治权利三年,并处罚金人民币3000元。

二、主要问题

1. 被告人谭荣财、罗进东并未直接实施强奸、猥亵妇女行为,其强迫他人实施上述行为应当如何定罪处罚?

2. 如何看待蒙某某在本案中的作用?

3. 为寻求精神刺激,强迫他人性交和猥亵供其观看的行为构成强奸罪还是强制猥亵妇女罪?

三、裁判理由

(一)行为人虽然没有亲自实施强奸、猥亵妇女的行为,但其强迫他人实施上述行为的,其属于间接实行犯,应当按照实行正犯来处理。

共同犯罪的实行犯有两种,一种是行为人自己直接实行犯罪构成客观要件行为的直接实行犯,一种是利用他人作为犯罪工具实行犯罪行为的间接实行犯。一般情况下,强奸罪或强制猥亵妇女罪的行为人为满足性欲、追求性刺激,均亲自直接实施强奸或猥亵行为;但在特殊情况下,行为人不必要直接实施实行行为,而让其他人代为实施强奸或猥亵行为,亦能达到宣泄性欲,或者追求其他目的的效果,如打击报复、羞辱被害人等。这种情况下,未直接实施实行行为的行为人实际上是利用其他人作为犯罪工具,其虽然没有亲自直接实施强奸、猥亵行为,但行为人本人仍然构成间接实行犯,应当按照实行正犯来处理。

本案被告人谭荣财、罗进东为追求精神刺激,用暴力胁迫的方式,利用蒙某某作为犯罪工具,强迫蒙某某与瞿某某先后发生性交行为和猥亵行为供其观看,其虽然没有亲自实施强奸、猥亵瞿某某的行为,但其强迫蒙某某实施上述犯罪行为,实际是将无犯罪意图的蒙某某作为犯罪工具实施了其本人意欲实施的犯罪行为,因此,对二人应当按实行正犯来处理。

(二)蒙某某在生命受到现实威胁的情况下,被迫与他人性交的行为,系紧急避险行为,不构成犯罪。

审理中,有人提出蒙某某在他人胁迫下对瞿某某实施了强奸和猥亵行为,是否按照胁从犯处理?我们认为,蒙某某也系本案的被害人,其被迫与瞿某某发生性行为属于紧急避险行为,不构成

犯罪。

紧急避险行为中行为人因受威胁而为之的损害他人利益的行为,与共同犯罪中胁从犯因被胁迫实施的犯罪行为虽有一定的相似性,即行为人均是在受人胁迫的前提下,实施了损害第三人利益的行为,但是,二者的区别还是比较明显的:一是从危险的紧急性来看,紧急避险中的危险是正在发生的危险,后者既可以是正在发生的危险,也可以是将来可能发生的危险。二是从保护的利益来看,紧急避险保护的是合法权益,包括国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产或其他权利,后者既可以是保护合法权益,还可以是保护非法权益,如本人或他人的非法所得、不良隐私、违法犯罪行为等。三是行为人意志自由丧失程度不一致。紧急避险中的行为人在当时的危险状态下,其完全无选择意志的自由,即其实施损害第三人利益的行为是在别无他法可以避免危险时才允许,也就是“不得已”而为之。胁从犯虽然是被胁迫而参加犯罪,但其还是有一定程度的自由意志,其参加犯罪仍然是其自行选择的结果。四是是否承担刑事责任不同。紧急避险未超过必要限度的,不负刑事责任,超过必要限度造成不应有的损害的,应当负刑事责任,但是应当减轻或者免除处罚;胁从犯则均应负刑事责任,只是可以减轻或者免除处罚。可见,基于上述不同,对于紧急避险,从权益衡量原理出发,允许为了保护较大的合法权益而牺牲较小的合法权益,并将之看做是对社会有益的行为;后者基于可期待性原理,对被胁迫参加犯罪的行为人只在量刑上予以适当考虑。

本案中,蒙某某被他人持刀威胁,要求其与瞿某某性交,否则蒙某某、瞿某某会遭受生命危险。蒙某某在二人生命受到紧迫威胁的情况下,在没有其他方法避险的情况下不得已侵犯了瞿某某的性权利,属于为了避免造成较大合法权益的损害而侵犯他人较小合法权益的行为,系紧急避险行为,不构成犯罪。

(三)为寻求精神刺激,在同一时间内强迫他人对同一犯罪对