

大传播丛书

十年，案外馀墨



SHINIAN,
ANWAIYUMO

袁南利 著

线装书局

【大传播丛书】第一辑

十年，案外馀墨

袁南利 著

綫裝書局

图书在版编目 (CIP) 数据

十年,案外馀墨 / 袁南利著. —北京:线装书局,
2011.7

(大传播丛书 / 宋立民主编 第1辑)

ISBN 978-7-5120-0395-8

I. ①十… II. ①袁… III. ①案例—中国—文集
IV. ①D920.5-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 134569 号

十年,案外馀墨

著 者:袁南利

责任编辑:郝文勉

排版设计:秋 水

出版发行:线装书局

地 址:北京鼓楼西大街 41 号 (100009)

电 话:010-64045283 64041012

网 址:www.xzhbc.com

经 销:新华书店

印 刷:北京市平谷县早立印刷厂

开 本:710mm×1000mm 1/16

印 张:9.5

字 数:180 千字

版 次:2012 年 3 月北京第 1 版 2012 年 3 月第 1 次印刷

印 数:0001—3000 套

定 价:385.00 元(全 12 册)

单册定价:23.00 元

人生能有多少个十年

——自序

2010年9月,距我2000年9月考入湛江市中级人民法院恰好十周年。回想十年,真是白驹过隙!初出茅庐时的年少轻狂,幸运考入中院时的踌躇满志,对法律、法治纯朴的美好向往,仿佛都是昨日星辰。十年间,坚持不懈地穿行于理论与实务之间,从一名“村官”成为一名法官,并荣幸地被评为“广东法院审判业务专家”。同时,也经历了生命轮回中的生老病死,既体验了初为人父的喜悦,亦尝尽“子欲报而亲不在”的无奈与凄凉。

1998年6月自嘉应大学毕业后,参加雷州市第一届“村官”招录考试,被分配到企水镇农业村委会担任村委会主任助理。2000年参加湛江市机关工作人员招录考试,被湛江市中级人民法院录用。进入湛江中院以来,先后在行政庭、刑二庭当书记员,2003年通过自学考试取得中山大学法律本科文凭,2004年以湛江市第二名的成绩通过国家司法考试,然后在研究室(办公室)负责调研、案例、综合材料、新闻宣传等工作,2007年下半年至2008年初被借调到广东省高级人民法院研究室,2008年下半年开始在刑三庭办案。虽碌碌无为,但从不敢妄自菲薄。

工作之余,得益于中院的调研奖励机制,于是弄文舞墨,时间长了,慢慢就演变为一种习惯。一开始是在《湛江日报》、《湛江晚报》上发表一些“以案说法”的文章,接着在《南方日报》、《信息时报》、《羊城晚报》以及广东省高级人民法院主办的《法庭》杂志上陆续有新闻报道、案例研究、调研报告等文章发表,期间,不断尝试着给最高人民法院机关刊、中文核心期刊、全国百种重点期刊《人民司法》,以及《人民法院报》、《中国审判》等国家级刊物投稿,天道酬勤,投稿多了,陆续就有稿件被采用。2007年5月,荣幸地受到《人民司法》杂志的邀请,以作者代表的身份赴沈阳参加了座谈会。此后,写作的信心、热情更是空前高涨。十年工夫,居然陆续发表了五十多篇与案件、法院工作有关的案例、调研、新闻报道的文章。文字积累多了,就免不了想出个集子。不敢奢想益人,权当自娱。2010年9月,恰好荣幸地被广东省高级人民法院评为“广东法院审判业务专家”,入选广东法院审判理论与审判业务专家库,需要介绍近年来的研究成果,我就把这些文章加以筛选,滥竽充数,同时编成这个集子。

• 2 • 十年,案外餘墨

收入《十年,案外餘墨》的主要是我自2000年至2010年期间,在《人民司法》、《人民法院报》、《中国审判》、《法庭》、《南方日报》、《信息时报》、《羊城晚报》、《南方都市报》、《湛江日报》、《湛江晚报》等报刊杂志上公开发表的稿件。除[经验交流]栏目中的司考经验刊登在《中国法院网》外,其余稿件均已经在平面载体上公开发表。这些文章发表时,得到原刊杂志和报纸编辑的热心帮助,这次汇编成集,除了在每篇文章末尾注明刊物或报纸名称以外,我也向这些编辑朋友以及其他给予关注、鼓励的人士致以深深的谢意。

“十年一觉扬州梦,赢得青楼薄幸名。”诗人杜牧在追忆自己扬州幕僚生活时,自嘲中充满了迷茫与感伤。人生能有多少个十年?已过而立之年的自己十年来又做了些什么?自问中惭愧不已,这个集子及“广东法院审判业务专家”的称号就权当为自己十年来的碌碌无为找一丝安慰吧。

且为序!

袁南利.2011年6月.湛江

目 录

人生能有多少个十年——自序	袁南利(1)
案例研究	(1)
走私的废物中含有普通物品如何定罪	(1)
对未能扣押走私货物的走私案件如何定罪量刑	(6)
履行合同中调包取走货款的行为构成盗窃罪	(10)
“勒财型”绑架罪与“索债型”非法拘禁罪之区别	(13)
“零口供”下的毒品犯罪认定	(19)
工伤待遇和交通事故人身损害赔偿竞合时的处理	(26)
如何认定公证遗嘱、遗赠遗嘱、遗赠扶养协议的效力	(31)
湛江市外贸企业集团有限公司不服中华人民共和国财政部财政 处理决定案	(36)
调查研究	(42)
法官工作证件亟待规范	(42)
劳动者维权的五大误区	(47)
关于“少杀慎杀”的政策与“杀人偿命”的观念冲突引发集体上访 事件的思考	(51)
扩大司法变更权	(58)
交通安全,你真的注意了吗?	(62)
机动车买卖应及时过户及旧车应及时、依法报废	(68)
道路交通事故索赔、处理之误区及点评	(71)
预防和减少交通事故,共建人、车、路和谐之交通秩序	(76)
以案说法	(78)
单位补发工资后是否可以申请国家赔偿	(78)
未依法取得土地证书不能进行商品房预售	(80)
未依法取得土地证书不能进行土地使用权交易	(82)

行政诉讼中的证据链	(84)
行政诉讼审查的侧重点	(86)
维护权益应在法定期限内依照法定程序进行	(88)
谁开发 谁利用 谁收益	(90)
李 XX 的死亡能否认定为工伤	(92)
该案能否提起上诉	(94)
贩卖毒品还是非法持有毒品	(96)
驳回起诉还是确认无效	(98)
本是同根生,相煎何太急	(100)
被告行为是调解行为还是强制措施	(102)
五龄童浸死灰池该谁埋单	(104)
溺爱,害儿害己	(106)
乘客跌死,该谁买单?	(108)
刑事侦查终结后仍扣押涉嫌赃物被告行为属于行政诉讼受案范围	(110)
考上公务员后引发的劳动争议	(112)
交通肇事后积极主动承担、履行责任,终获缓刑	(114)
儿童触电死亡,赔偿责任如何分担	(116)
劳动维权首要区分劳动关系与劳务关系	(118)
盗窃兄嫂财物也犯法	(120)
案件报道	(122)
湛江再不是“走私者的天堂”	(122)
湛江局长杀害副局长案开庭	(128)
一起诈骗术并不十分高明的诈骗案	(130)
三起因火灾而起的刑事案件带给人们的警示	(132)
股市大热,委托理财须谨慎管理资金	(135)
女孩与“网友”见面须谨慎	(137)
司考故事	(139)
我的司考故事	(139)
结束语	(143)
后记	(144)

案例研究

走私的废物中含有普通物品如何定罪^①

——被告人程瑞洁等十一人走私废物案

要点提示:被告人走私的废物中混装有普通货物,被告人的行为是构成一罪还是数罪?应当认真审查分析被告人的辩解,综合考虑被告人的主观故意,根据主客观一致的原则对被告人进行定罪量刑,防止客观归罪。被告人对此并不知情,主观上没有走私普通货物的故意,应认定为走私废物罪一罪。

案例索引:

一审:广东省湛江市中级人民法院(2008)湛中法刑三初字第3号

二审:广东省高级人民法院(2008)粤高法刑二终字第218号

一、案情

被告人程某1、程某2、程某3、程某4、程某5、程某5、程某6、程某7、叶某、庞某、黄某。

2007年9月初,被告人程某1接受郭某某(另案处理)的雇请从越南国走私废旧电器进境销售,由郭某某提供运输工具、资金、组织货源,程某1负责召集船员、管理运输过程中一切事务。随后,郭某某租赁一艘“金三角801”号运输船供其走私使用。被告人程某1先后纠集被告人程某2等9人到停泊于北海铁山港“金三角801”号船上工作。上船后,郭某某、程某1分别明确告知上述被告人,驾驶“金三角801”号船前往越南走私废旧电器入境,并确定分工。郭某某另安排武警退役人员庞某、黄某等人跟随“金三角801”号船押运走私物品。

自2007年9月至10月,被告人程某1等11人先后三次驾驶“金三角801”号船从北海出发到越南鸿基港,每次均装载12个40呎集装箱的废旧电器,成功偷运回北海铁山港偷卸。2007年11月3日晚11时许,根据郭某某的安排,被告人程某1等11人驾驶“金三角801”号船从北海出发前往越南。11月4日晚10时许到达越南鸿基港附近海域抛锚。11月5日晚10时许,程某1在接到郭

^① 本文刊登于《中国审判》杂志,2009年第5期。

某某越南代理的电话后,即与其他十名被告人驾驶“金三角 801”号船靠近鸿基港码头准备装走私物品。先由程某 1 与越南海关方面办理好船员登记和货物报关等相关手续后,由码头上的吊机往“金三角 801”号船吊装了 12 个 40 呎装有走私物品的密封集装箱。11 月 6 日凌晨 1 时许,装好走私物品的“金三角 801”号船开始返航,11 月 6 日晚 10 时许,当该船行至廉江安铺港附近海域时,被湛江海关缉私艇追缉查获,扣押了该船及被告人程某 1 等 11 人。

经过对查扣的集装箱进行开箱检查,发现:12 个集装箱中 11 个装满废旧电视机、电脑主机和显示屏等固体废物;另外 1 个集装箱的废旧电器里混杂了全新电器等普通货物一批。经国家出入境检验检疫局鉴定,除混杂的全新电器以外,其他物品均属国家禁止进口固体废物,计重达 261.3 吨。混杂的全新电器等物品重 2.53 吨,属依法应当缴纳税款的一般贸易货物,经湛江海关关税部门计核,偷逃税款达 1869819.88 元。

广东省湛江市人民检察院以被告人程某 1、程某 2、程某 3、程某 4、程某 5、程某 6、程某 7、程某 8、叶某、庞某、黄某犯走私废物罪、走私普通货物罪,应数罪并罚,向广东省湛江市中级人民法院提起公诉。

二、审判

法院经审理认为,被告人程某 1、程某 2、程某 3、程某 4、程某 5、程某 6、程某 7、程某 8、叶某、庞某、黄某无视国法,在郭某某、程某 1 的纠合下,明知是境外的废旧电器,却违反海关法规和国家关于固体废物管理的规定,逃避海关监管,驾驶“金三角 801”运输船将国家禁止进口的境外废旧电器 263.83 吨运输进境,其行为均已构成走私废物罪。且均属情节特别严重,应依法惩处。在“金三角 801”运输船走私共同犯罪中,被告人程某 1 受雇后积极负责招募人员,联系交货、装货,负责与老板联系确定返航时间,负责配合办理报关手续,代老板发放船员工资,在走私共同犯罪中起主要的作用,属主犯,应按照其所参与或组织、指挥的全部犯罪处罚;被告人程某 1、程某 2、程某 3、程某 4、程某 5、程某 6、程某 7、叶某、庞某、黄某,均系一般的运输人员、船员、看货人,只领取工资、不参与分赃,受他人雇佣而参与走私的运输环节,在走私共同犯罪中起次要的作用,是走私共同犯罪的从犯,均应依法从轻处罚。检察机关指控被告人程某 1、程某 2、程某 3、程某 4、程某 5、程某 6、程某 7、程某 8、叶某、庞某、黄某犯走私废物罪的事实清楚,证据确实、充分,所定罪名成立,应予支持;指控被告人程某 1、程某 2、程某 3、程某 4、程某 5、程某 6、程某 7、程某 8、叶某、庞某、黄某犯走私普通货物罪证据不足,所定罪名不成立,不予支持。但混杂在废旧电器中的普通货物亦属赃物,应予没收。被告人程某 1、程某 2、程某 3、程某 4、程某 5、程某 6、程某 7、程某 8、叶某、庞某、黄某及被告人庞某、黄某的辩护人的辩解辩护意见,部分与本案事实相符,予以采纳。根据被告人程某 1、程某 2、程某 3、程某 4、程某 5、程某 6、程

某7、程某8、叶某、庞某、黄某的犯罪事实,犯罪的性质、情节及对社会的危害程度,依照《中华人民共和国刑法》第一百五十二条第二款、第二十五条第一款、第二十六条第一款、第四款,第二十七条、第五十二条、第五十三条、第六十四条以及最高人民法院《关于审理走私刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》第六条、第七条之规定,判决:被告人程某1犯走私废物罪,判处有期徒刑七年,并处罚金七千元;被告人程某2犯走私废物罪,判处有期徒刑五年六个月,并处罚金六千;被告人程某3、程某4、程某5、程某6、程某7、程某、叶某、庞某、黄某均犯走私废物罪,各判处有期徒刑五年,并处罚金五千元。

一审宣判后,被告人程某1等十一人均以一审判决量刑过重为由,向广东省高级人民法院提起上诉。广东省高级人民法院于二〇〇八年十一月三日以(2008)粤高法刑二终字第218号刑事裁定书,驳回上诉,维持原判。

三、评析

本案争议的焦点在于:被告人走私的废旧电器中混装有全新电器等普通货物的情形是否应当适用最高人民法院、最高人民检察院、海关总署《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》(法[2002]139号)第六条:“关于行为人对其走私的具体对象不明确的案件的处理问题:走私犯罪嫌疑人主观上具有走私犯罪故意,但对其走私的具体对象不明确的,不影响走私犯罪构成,应当根据实际的走私对象定罪处罚。但是,确有证据证明行为人因受蒙骗而对走私对象发生认识错误的,可以从轻处罚。”之规定,构成一罪还是数罪的问题。

(一)第一种观点认为被告人程瑞洁等人的行为已经构成走私废物罪以及走私普通货物罪,应当进行数罪并罚,理由如下:

第一、本案适用《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》第六条的规定。本案中,虽然郭某某对被告人程瑞洁等人说明是走私废旧电器,但被告人并没有参与装货、卸货等过程,亦没有进行开箱检验,实际上是不能确定自己走私的货物是什么的,对于其走私的废旧电器里混装有全新电器,应认定为各被告人受到老板蒙骗而对走私对象发生认识错误,可以对其从轻处罚。

第二、认定被告人的行为构成走私普通货物罪并不超出被告人的主观故意,不属客观归罪。被告人在主观上采取消极的放任态度来参与走私,客观上也实施了走私普通货物的犯罪行为,应该以实际走私的货物定罪量刑,即适用第六条规定。

第三、如果只认定被告人犯罪行为构成走私废物罪,不利于打击走私犯罪。假设本案中被告人走私的废旧电器非常少,而夹杂的是大量的全新电器,或者全是枪支、弹药或毒品,且废旧电器部份不构成犯罪,那么应当如何定罪量刑?这无疑会放纵走私犯罪,也是与立法原意相违背的。

(二)第二种观点认为被告人程瑞洁等人的行为只构成走私废物罪,理由

如下:

第一,关于被告人程某1等11人的主观故意问题,目前的证据已经足以认定程某1等11名被告人主观上是具有明确的走私废旧电器入境的故意,明确知道走私的对象就是废旧电器,应当知道集装箱中所装货物为废旧电器。据被告人程某1等人的供述,自2007年9月—10月份,程瑞洁等十一名被告人已经成功偷运3次废旧电器入境,均是同一批人、同一条船、每次都是偷运12个集装箱废旧电器入境。据此,可以认定程瑞洁等十一名被告人对于自己的走私对象是废旧电器是清楚的。上述《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》(法[2002]139号)第六条:“关于行为人对其走私的具体对象不明确的案件的处理问题……”适用于被告人在主观上具有走私的故意,但对于具体的走私对象不明确,对于具体的走私对象采取放任的态度的情形。而本案被告人的走私对象是明确的,被告人对于走私对象并没有采取放任的态度,故本案并不适用上述《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》(法[2002]139号)第六条之规定。

第二、程瑞洁等十一名被告人在侦查、审查起诉阶段的供述以及庭审上的辩解辩护中均称不知道废旧电器中混装有全新电器等普通货物。目前,郭某某仍然在逃,无法证实郭某某事前是否向程瑞洁等人讲明废旧电器中混装有全新电器等普通货物,亦没有证据证实集装箱里混装的全新电器等普通货物是被告人程瑞洁等人藏匿的。此外,侦查机关在查获“金三角801”前获得的情报也是该船从越南鸿基港装载12柜废旧电器入境。因此,可以认定程某1等11名被告人对于废旧电器中混装有全新电器等普通货物是不知情的,其主观上并没有走私普通货物的故意。

第三、参考最高人民法院《关于审理走私案件具体应用法律若干问题的解释(二)》(法释[2006]9号)第五条:“对在走私的普通货物、物品或者废物中藏匿刑法第一百五十一条、第一百五十二条、第三百四十七条、第三百五十条规定的货物、物品,构成犯罪的,以实际走私的货物、物品定罪处罚;构成数罪的,实行数罪并罚。”的规定,对于走私的普通货物、物品或者废物中藏匿有刑法条款规定的特定走私对象,该条规定的是“藏匿”而不是“混有”,而藏匿本身就客观表明了走私犯罪分子的主观故意。而本案并没有证据证实废旧电器中混有的全新电器等普通货物是程某1等11名被告人所藏匿的。

第四、参考广东省高级人民法院《关于办理破坏社会主义市场经济秩序犯罪案件若干具体问题的指导意见》(粤高法[2002]87号)第3条的规定:“关于走私特定物品的认定。走私特定货物的犯罪,行为人除了具有走私故意以外,主观上还必须明知走私的对象是毒品、假币、淫秽物品、枪支弹药等特定物品。在处理这一类案件时,既要防止客观归罪,也应当认真审查分析行为人的辩解……”在程某1等11名被告人没有走私普通货物的主观故意的前提下,单凭被告人走私

的废旧电器中混有全新电器等普通货物,据此认定程某 1 等 11 名被告人构成走私普通货物罪,属于客观归罪。

综上所述,程某 1 等 11 名被告人基于单纯的走私废旧电器的故意,实施了一个走私行为,其主观上没有走私普通货物的故意,基于主、客观相一致的原则,程某 1 等 11 名被告人的行为只构成走私废物罪,,而不是同时构成走私废物罪与走私普通货物罪,予以数罪并罚。但在确定各被告人刑罚时可将在走私的废旧电器时混有全新电器等普通货物一节作为一个量刑酌定从重情节进行考虑。笔者赞同第二种观点。一、二审法院的判决是完全正确的。

对未能扣押走私货物的走私 案件如何定罪量刑^①

——被告人郑某、钟某、黄某走私普通货物案

要点提示：被告人多次走私普通货物，走私既遂部分没有被侦查当场查获，扣押到涉案走私货物，只要有其他相关证据能够予以证实，仍然可以认定行为人的走私犯罪行为；由于走私既遂部分涉案走私货物未能扣押、且行为人系雇佣人员，受他人雇请而参与走私的运输环节，不参与分赃，量刑时对被告人可以从轻、减轻处罚。

案例索引：

一审：广东省湛江市中级人民法院[2008]湛中法刑三初字第13号

一、案情

被告人郑某、钟某、黄某。

2008年2月20日，被告人郑某经他人介绍认识走私分子“阿深”（另案处理）。双方联系见面后，郑某同意担任“长阜138”船的负责人，负责按老板的电话旨意安排该船的装卸货及航行、船员管理及伙食开支管理、联系越南代理、打点越南“通关”等各项事宜，走私偷运货物到越南。随后，郑某按照“阿深”的旨意，先后召集被告人钟某、黄某和林某彬、钟某林、林某磊（三人均另案处理）等人到该船工作，向其讲明该船系运输走私货物到越南，工作性质具有一定违法性，并指定黄某为船长，钟某为轮机长。

2008年3月2日晚，郑某按照“阿深”指示，伙同林某彬等人将“长阜138”船停靠在防城港港务局码头，当晚11至12点钟开始装货，第二天早上7、8点钟装货完毕。“阿深”指令将船开离码头抛锚，等待“东哥”（另案处理）电话。3月5日，郑某按“东哥”电话指示，同钟里海等人驾驶“长阜138”船将871条钢坯偷运至越南四屯，然后过驳到指定的越南货船后返航。经海关核定，该批钢坯重569.82吨，偷逃税款人民币594435.77元。

2008年3月11日晚，郑某按照“阿深”旨意，伙同钟某、黄某等人将“长阜

^① 本文刊登于《人民司法·案例》杂志，2009年第10期。

138”船停靠在防城港港务局码头装货,3月12日上午8时许装货完毕。郑某、钟某、黄某、林某彬、钟某林、林某磊按各自分工,驾驶“长阜138”船运输没有合法证明的钢坯523条到越南四屯,过驳到指定的越南货船后返航。经海关核定,该批钢坯重547.96吨,偷逃税款人民币603236.01元。

2008年3月14日中午11时许,郑某按照“阿深”的旨意,伙同钟某、黄某、林某彬、林某磊、钟某林五人驾驶“长阜138”船到广西防城港港务局码头装载没有合法证明的钢坯549条,并将船开离码头500米的海面上抛锚。因船的机器坏了,15日“阿深”叫人来修理机器,16日修好机器后,郑某电话通知“阿深”,“阿深”叫其等“东哥”电话才去越南四屯。3月20日晚约8点钟,“东哥”打电话通知其将船驶向越南四屯。郑某遂伙同钟某、黄某、林某彬、林某磊、钟某林六人按各自分工,驾驶“长阜138”船将该批钢坯运输去越南四屯。3月21日凌晨0时许,“长阜138”船航行至北部湾北部海域时被广东省边防总队海警三支队查获,随船货物无任何合法证明。经海关核定,该批钢坯重580.14吨,偷逃税款人民币605201.58元。

广东省湛江市人民检察院以被告人郑某、钟某、黄某犯走私普通货物罪,向广东省湛江市中级人民法院提起公诉。

二、审理

广东省湛江市中级人民法院经审理认定被告人郑某、钟某共同参与了2008年3月2日、3月11日、3月14日三次走私偷运共计1697.92吨钢坯去越南,偷逃税款1802873.36元;黄某参与了2008年3月11、3月14日的二次走私偷运共计1128.1吨钢坯去越南,偷逃税款1208437.59元,其行为均已构成走私普通货物罪。依照《刑法》第一百五十三条第(一)项、第三款、第二十五条第一款、第二十六条第一款、第四款,第二十七条、第二十三条、第五十二条、第五十三条、第六十四条之规定,判决:

一、被告人郑某犯走私普通货物罪,判处有期徒刑十年,并处罚金人民币10万元;

二、被告人钟某犯走私普通货物罪,判处有期徒刑八年,并处罚金人民币8万元;

三、被告人黄某犯走私普通货物罪,判处有期徒刑六年,并处罚金人民币6万元;

四、扣押的赃物钢坯依法予以没收。

宣判后,检察机关没有提出抗诉,三被告人均没有提出上诉。本案已经发生法律效力。

三、评析

(一)如何认定郑某等人的走私次数、偷逃税额的问题。

本案中,公诉机关指控被告人郑某、钟某参与三次走私、黄某参与二次走私,其中2008年3月14日开始装货的走私活动于同月20日在偷运前往越南的途中被海警当场抓获,当场扣押到郑某等人及走私货物,可以说是人赃俱获,认定被告人参与该起走私事实没有问题;关键是2008年3月2日开始装货以及3月11日开始装货的两起走私活动已经偷运成功,并没有被侦查机关当场查获,亦没有扣押到走私偷运的钢坯,能否认定上述两次走私行为存在两种观点:

第一种观点认为,走私普通货物罪中最主要、最直接的证据就是扣押到的走私货物,走私货物涉及到被告人走私普通货物偷逃税额的核定,据此确定对被告人的量刑,由于上述两次走私活动并没有被当场抓获,并没有扣押到走私货物,防城港务集团有限公司货商中心提供的3月2日、3月11日随船的《防城港务集团有限公司港务货物交接清单》显示上述两次货物的目的地是海南省海口市,并没有证据证实该批货物已经成功偷运出境,故主张不认定3月2日、3月11日两次走私的犯罪事实,只认定3月14日这一起走私犯罪事实。

第二种观点认为,应当认定被告人郑某等人参与3月2日、3月11日、3月14日三起走私犯罪事实,理由如下:1、上述3月2日、3月11日两起走私事实有被告人郑某、钟某、黄某的供述,且上述被告人的供述与同案人林某彬、林某磊、钟某林的供述之间相互吻合;2、防城港务集团有限公司货商中心提供的3月2日、3月11日的《防城港务集团有限公司装货验证记录》、《防城港务集团有限公司卸货验证记录》可以证实上述两起走私货物的数量、型号,且与随船扣押到的被告人郑某用来记录走私活动次数、走私货物数量、走私人员领取工资等情况的笔记本中记载的3月2日、3月11日的记录基本相吻合;3、防城港务集团有限公司货商中心提供的3月2日、3月11日随船的《防城港务集团有限公司港务货物交接清单》上钢坯的购买单位、目的港为海南省海口市,经查均系伪造,证实该批货物的目的港并不是海南省海口市;4、随船扣押的越南文《船员花名册》,经被告人郑某辩认,证实该名册系其驾驶“长阜138”号船从越南回防城时,越南代理给其的船只出入越南的通关手续。该名册记载的船员中有郑某及其身份证号码,且与公安机关提供郑某的户籍证明及其身份证号码相符,船名以及抵达/离开时间亦与郑某及钟某、黄某等人的供述相符,相互印证,证实郑某等人走私偷运钢坯的目的地就是越南。综上,上述被告人的供述、相关书证相互吻合,相互印证,已经形成证据链,足以认定被告人上述两次走私偷运钢坯的犯罪事实以及走私偷运钢坯的数量、型号,故对于3月2日、3月11日、3月14日三起走私犯罪事实均应认定。笔者赞同第二种观点。

(二)走私普通货物案件中,由于涉案的走私货物未能扣押,被告人系受他人

雇请而参与走私的运输环节,只领取工资,不参与分赃,量刑时对被告人可依法从轻、减轻处罚。

走私普通货物案件中涉案走私货物的数量对于核定被告人走私偷逃税额和量刑十分关键,我国刑法中涉及走私普通货物的罪名对于被告人走私偷逃税额都有着数量上的要求,可以说偷逃税额的多少决定着罪与非罪、是否适用重刑等重大问题。但是也应看到偷逃税额的多少只是走私犯罪中的一个重要情节,而不是全部情节。偷逃税额的多少是一个重要标准,但不是唯一标准。在要综合考虑犯罪的具体情节、危害后果、被告人主观恶性、是否具有法定、酌定从轻、减轻处罚情节等因素。

本案中,被告人郑某、钟某共同参与了2008年3月2日、3月11日、3月14日三次走私偷运钢坯去越南,前二次成功将钢坯偷运出境,属既遂,第三次运输途中被查获,属未遂,三次走私偷运钢坯共计1697.92吨,偷逃税款1802873.36元;黄智峰参与了2008年3月11、3月14日的二次走私偷运输钢坯去越南,第一次成功将钢坯偷运出境,属既遂,第二次运输途中被查获,属未遂,二次走私偷运钢坯共计1128.1吨,偷逃税款1208437.59元,其行为均已构成走私普通货物罪。在“长阜138”运输船走私共同犯罪中,被告人郑某受雇后积极负责招募人员,联系交货、装货,负责与老板联系确定返航时间,负责配合办理报关手续,代老板发放船员工资,在走私共同犯罪中起主要的作用,属主犯;被告人钟某、黄某均系一般的运输人员,在走私共同犯罪中起次要的作用,均属走私共同犯罪的从犯。根据《刑法》第一百五十三条第一款第(一)项之规定,走私货物、物品偷逃税额在五十万元以上的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑……但综合考虑到被告人郑某、钟某、黄某均系受雇用人员,受他人雇请而参与走私的运输环节,只领取工资,不参与分赃,且考虑到前两次的走私货物未能缴获,故依法对被告人作了从轻、减轻处罚。

综上,审查认定行为人的走私犯罪事实过程中,侦查机关是否当场查获、扣押到行为人的走私货物只是审查认定行为人走私犯罪事实的证据链中的一个环节,且不是法定的必须环节。对于被告人系受雇用人员,受他人雇请而参与走私的运输环节,只领取工资,不参与分赃的,在量刑时可对被告人从轻、减轻处罚。

履行合同中调包取走货款的行为构成盗窃罪^①

——被告人范某、张某盗窃案

要点提示:行为人预谋诈骗,以虚构的单位与他人签订合同,在合同履行过程中,用调包手法取走货款的行为,看似合同诈骗,实则构成盗窃罪。

案例索引

一审:广东省湛江市中级人民法院(2004)湛中法刑二初字第8号

二审:广东省高级人民法院(2004)粤高法刑二终字第385号

一、案情

被告人范某、张某。

广东省湛江市中级人民法院经审理查明:2003年清明节后,被告人范某、张某伙同林某、黄某(均另案处理)合谋诈骗并共同出资,在湛江市虚构成立了“越南北方钨钼冶炼厂驻湛江办事处”(以下简称办事处)。以有钨粉出售为名,经电话联系,湖南省株洲市某硬质合金工具厂(以下简称工具厂)派刘某寿到湛江购买钨粉。在刘某寿到湛江看货前,经林某要求,刘某寿将身份资料传真给林某。范某根据刘某寿传真过来的身份资料,找人伪造了一张刘某寿的假身份证。同时,被告人张某、范某分别出资购买了20吨白色石粉及30公斤钨粉,伪装成钨粉存放在湛江火车站货场集装箱里,以便验货时蒙骗刘某寿。同年7月16日,黄某用刘某寿的假身份证到银行开设了一个账户,同时办理了一本银行存折和一张借记卡。同日,刘某寿抵达湛江,林某、张某带刘某寿到湛江火车站货场验货,刘某寿认为该钨粉符合其要求,双方遂草拟了一份《关于20吨钨粉的购销协议》。约定:工具厂(甲方)向办事处(乙方)购买20吨钨粉,每吨4.3万元,共计86万元,甲方先将货款的50%即43万元存到银行以刘某寿为户名的账户上,待货到株洲验收后,将43万元付给乙方,余下的货款在甲方收到货后四天内付清。林某要求刘某寿到银行开设账户,待其厂家将货款汇入刘某寿开的账户以验其付款能力后才发货。刘某寿同意,并在林某、张某的陪同下,在银行用身份证开

^① 本文刊登于《人民司法·案例》杂志,2007年第14期。