

Series on Legal Practice of
Guangzhou Lawyers

广州律师业务
研究丛书

广州市律师协会
编

刑辩实战采撷

广州律师案例精选

Cases
of
Guangzhou
Lawyers

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

禁止借

Series on Legal Practice of
Guangzhou Lawyers

广州律师业务
研究丛书

刑辯实战采撷

广州律师案例精选

广州市律师协会
编

Cases
of
Guangzhou
Lawyers

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

刑辩实战采撷: 广州律师案例精选 / 广州市律师协会编. —北京: 中国法制出版社, 2018. 11

(广州律师业务研究丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 9901 - 9

I. ①刑… II. ①广… III. ①刑事诉讼 - 辩护 - 案例 - 汇编 - 广州 IV. ①D927. 651. 521. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 254047 号

策划编辑: 戴蕊

责任编辑: 程思

封面设计: 杨泽江

刑辩实战采撷: 广州律师案例精选

XINGBIAN SHIZHAN CAIXIE; GUANGZHOU LÜSHI ANLI JINGXUAN

编写/广州市律师协会

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/730 毫米 × 1030 毫米 16 开

版次/2018 年 11 月第 1 版

印张/20 字数/262 千

2018 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 9901 - 9

定价: 88.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 010 - 66033393

传真: 010 - 66031119

编辑部电话: 010 - 66066620

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010 - 66032926)

“广州律师业务研究丛书”

总编辑委员会

主 任

邢益强

副主任

毕亚林 詹礼愿 王志军 文震殊 黄建水

官选芸 黄 山 林泰松 朱宝莲

委 员

王立新 卢 坚 卢跃峰 刘孟斌 陈广鹏 陈克宇 陈茵明

周 兵 姚忠平 唐健锋 谈 凌 蒋 泓 刘响亮

编委会名单

本册主编

王志军 黄爱华

副主编

张成勇 林志明 李桐样 杨文龙 陈永忠 刘响亮

编委

李伟东 钟 华 伍志坚 南 芳 刘延宇 吴炳波

黄露清 朱天芳 郑 锋 张经中 庄丹丹 周卓豪

郑 懿 朱光辉 王 烨 杨 亮 宋福信 苏丽云

朱海波

编辑

邱佳成 梁嘉麟

《广州律师业务研究丛书》编印说明

广州市律师协会（以下简称广州律协）创立于1988年，是依照《中华人民共和国律师法》成立的社会团体。广州律协依法实施自律管理，作为行业的自律性组织，规划发展战略，提供会员服务，促进行业发展。在广州改革开放和现代化建设的大潮中，广州律协坚持不断完善广州律师行业各项自律机制，做好内部建设，目前已形成专门工作委员会和专业（事务）委员会并驾齐驱，服务行业的局面。

广州律协一直致力于提升广州律师行业的专业化、品牌化、规模化发展。自1979年恢复律师制度以来，广州律师行业从无到有，形成了一支专业领域多元化、业务能力过硬、后备力量充沛的律师队伍。截至2018年11月，广州有700多家律师事务所，超过13000名执业律师，行业规模在全国省会城市中居首。律师业务领域越趋宽广，已逐步由刑事、民事领域的传统业务向知识产权、金融证券、电子商务、企业并购重组、高新科技、基础能源建设等新兴业务延伸。广州律师在维护社会公平正义、推进广州新型城市化发展等方面发挥着重要作用，业务能力和专业优势日益凸显。

党的十八大以来，随着全面深化改革、推进依法治国各项重大举措的实施，广州律师迎来了全新的机遇与挑战。步入新时代，在全面依法治国的时代背景下，政治、经济、社会、文化等各领域的改革发展都为律师创造了转型的契机。这也对广大律师发挥职能、履行使命提出了更高更艰巨的要求。站立在改革潮头的广州律师，迅速抓住发展机遇，广泛探索，深入钻研，将律师业务整体水平提升到更高的位置，做时代的弄潮儿。

《广州律师业务研究丛书》正是广州律协为提升广州律师理论及实务研究水平、促进多元化的交流、鼓励律师业务向更高层次发展而组织编著的。该丛书自2014年起组织撰写，旨在充分发挥广州律协各专业（事务）委员会的科研水平，总结广州律师业近年来在各领域的实务经验，展示业务成果和理论水平。

《广州律师业务研究丛书》作为为广州律师业提供专业、深度的案例分析和理论参考的书籍，具有以下特点：

其一，编审专业权威。丛书由广州律协有关领导组成的总编辑委员会审定选题，由资深律师、知名专家撰写研究性案例或论文，由相关专业（事务）委员会甄选及编

辑，强调专业性，保持高水准。

其二，内容丰富多样。丛书内容覆盖面广，针对性强，有的是涉及新类型案件的，有的是分析疑难问题的，有的是源于现行法律尚未明确规定的或者在实践中存在分歧的。

其三，评析客观全面。丛书坚持以事实和法理为依据，对选取的案例进行客观全面的剖析和点评，务求使读者在全面了解案情、厘清法律应用逻辑之基础上，亦可作出自己的深入思考和客观判断。

其四，经验可供借鉴。基于广州律师业务拓展较快、专业化服务领域对实务水平要求较高的形势，丛书注重总结成功的业务经验，在实用性内容上加以延伸，为法律实务工作者提供业务策略和操作技巧上的参考。

《广州律师业务研究丛书》汇集了广州律师的业务成果，总结了广州律师的执业经验，反映了广州律师的理论水平、实务能力和职业风采。这是广州律协业务研究工作的最新尝试，必将推动律师业务总结和经验交流，推进法治进步和社会文明。

广州市律师协会
2018年10月30日

目 录

一、破坏社会主义市场经济秩序罪

1. 赵某某涉嫌销售假药被撤回起诉案 邓国锐 / 3
——浅析销售假药主观故意的认定及鉴定意见的应对问题
2. 任某某涉嫌骗取贷款罪被不起诉案 范国茂 / 10
3. 周某涉嫌骗取贷款被判无罪、信用卡诈骗被判免予处罚案 王 静 / 13
4. 张某被控走私普通货物、骗取出口退税案 钟剑锋 / 18
——牵连犯从一重处案
5. 李某对打印机软件进行“越狱”被判无罪案 庄丹丹 / 25
6. 孙某某涉假冒注册商标被不起诉案 陈永忠 / 29
7. 陈某某涉嫌串通投标、行贿、介绍贿赂案 朱越勇 / 36
8. 邹某某涉嫌合同诈骗被判无罪案 陈维崧 / 41
9. 周某涉嫌合同诈骗被不起诉案 金 鑫 / 48
10. 盛某某涉嫌合同诈骗被撤回起诉案 李修蛟 / 53
11. 黄某某涉嫌合同诈骗被不起诉案 王瀛杰 / 57
12. 刘某某组织、领导传销活动被轻判案 朱国华 / 64
13. 黄某某涉嫌合同诈骗被撤回起诉案 朱海波 / 69
14. 许某某涉嫌合同诈骗被不起诉案 毕慧芳 / 75
15. 谢某某非法转让土地使用权被判无罪案 苏丽云 / 81

二、侵犯公民人身权利、民主权利罪

16. 容某良故意杀人被判无罪案 戴兴才 / 89
17. 李某某故意伤害被判免予处罚案 江申生 / 95
18. 程某周涉嫌故意伤害被撤回起诉案 王楚豪 / 101
19. 张六故意伤害被判无罪案 陈志忠 / 106
20. 卢某某故意伤害被判无罪案 陈茂义 / 111

21. 租车公司员工陈某诬告陷害被免于刑事处罚案 张 卉 / 116
——兼论诬告陷害罪

三、侵犯财产罪

22. 古某诈骗之存疑不起诉案 黄露清 / 125
23. 刘某实施诈骗被法院轻判案 邓世运 / 129
24. 黄某被控诈骗、掩饰隐瞒犯罪所得被判无罪案 程有社 / 133
25. 胡某甲等多人诈骗案 林振宇 / 137
26. 朱某涉嫌诈骗案探析 黄晓东 / 142
——兼论以投资为名的刑民交叉问题
27. 林某渊被控盗窃然被判成立职务侵占案 刘映旺 / 147
28. 夏某某职务侵占被判有罪案 杨 燚 / 152
——浅论网络游戏虚拟财产相关问题
29. 廖某某职务侵占、挪用资金案 杨 亮 / 156
30. 夏某某挪用资金案 何锦浩 / 163
——兼论职务侵占与挪用资金罪的区别
31. 赵某涉嫌破坏生产经营被不起诉案 林志明 / 168
——兼论经济纠纷中正当自救与破坏生产经营罪的界限

四、妨害社会管理秩序罪

32. 努尔某某涉嫌寻衅滋事和妨害公务两罪被判一罪案 韦穗生 / 177
33. 张某娜涉嫌伪造公司印章被判无罪案 廖 莘 / 181
34. 李某涉嫌参加黑社会性质组织等四罪被判一罪案 谢 俊 / 189
35. 两审法院均直接判决变更罪名的案例分析 吴瑞雪 / 197
36. 对刘某某涉嫌拒不执行判决、裁定罪的羁押必要性审查案 刘 超 / 202
37. 浅议行政处罚与刑事处罚衔接的相关问题 朱光辉 / 207
——以两个案例为视角展开
38. 范某某涉嫌非法占用农用地被不起诉案 陈秋云 / 211
39. 张某某滥伐林木被判缓刑案 南 芳 / 216
——兼论滥伐林木案对所涉林木数量的质证问题

40. 朴某某涉嫌走私毒品被撤销案件评析 钟其胜 / 223
——主观故意不存在,走私冰毒30公斤被无罪释放
41. 成功排除非法证据的几点启示 周卓豪 / 228
——以蔡某某等人贩卖毒品一案为例
42. 利某协助组织卖淫被判缓刑案 吴勇波 / 234

五、贪污贿赂罪

43. 常某贪污、挪用公款案 陈永忠 / 241
——“国际红色通缉令”回国自首广东第一案
44. 刘某涉嫌贪污被不起诉案 宋志斌 向兰金 / 248
45. 李某某挪用公款罪 朱天芳 / 254
46. 樊某涉嫌受贿被裁定终止审理案 刘延宇 / 260
——兼论介绍贿赂与共同受贿的边界
47. 卢某某涉嫌受贿被判非国家工作人员受贿案 钟宇明 / 268
48. 周某某涉嫌受贿被判无罪案 李文海 / 273
49. 毛某某受贿案 郑 锋 / 278
——辩护人从主体身份认定的角度
50. 周某某受贿案 张新强 谢 云 / 283
51. 王某行贿案 伍志坚 / 291
——从自然人犯罪到单位犯罪的转换

六、渎职罪

52. 余某某构成国有公司人员滥用职权罪一案 李桐样 / 299
——兼论国有公司人员滥用职权与贪污罪的区别
53. 陈某某滥用职权案 张经中 / 304
——兼论滥用职权罪中因果关系的认定

- 后 记 310

破坏社会主义市场经济秩序罪



1. 赵某某涉嫌销售假药被撤回起诉案

——浅析销售假药主观故意的认定及鉴定意见的应对问题

邓国锐*

一、当事人和辩护人基本情况及案由

被告人：赵某某，女，汉族，文化程度初中，住广东省××市××区××镇××××大厦D座×××房。因本案于2014年3月21日被××市公安局××分局刑事拘留，同年4月4日被取保候审。同年8月4日，被××市××区人民检察院以销售假药罪提起公诉。

辩护人：安宁、邓国锐，均为广东君厚律师事务所律师。

案由：销售假药罪。

二、案情简介

××市××区人民检察院指控，2013年8月，被告人赵某某在其经营的××市××区××路336号二层H218×档××药材店内销售假药蝉蜕。2013年9月25日，××市××区食品药品监督管理局在上述药材店收取蝉蜕90克进行检验（经检验，上述蝉蜕为假药）。2014年3月21日，被告人赵某某主动向公安机关投案。

为证实前述事实，公诉机关用以指控的证据有：1. 现场照片等物证；2. 营业执照复印件、检查笔录、药品抽样记录、公安机关的抓获经过、破案经过、情况说明等书证；3. 被告人赵某某的供述与辩解；4. ××市药品检验所检验报告、××市××区食品药品监督管理局复函等鉴定意见。

据此，公诉机关认为，被告人赵某某无视国家法律，销售假药，其行为触犯了

* 邓国锐，广东君厚律师事务所律师，广州市律师协会普通犯罪刑事法律业务专业委员会委员。

《中华人民共和国刑法》第一百四十一条第一款之规定，犯罪事实清楚，证据确实、充分，应当以销售假药罪追究其刑事责任。

三、争议焦点

1. ××市药品检验所出具的《药品检验报告书》能否作为定案的根据？
2. 《药品检验报告书》检验结论能否得出销售假药罪的指控？
3. 赵某某是否具有销售假药的主观故意？

四、辩护思路

赵某某涉嫌销售假药一案，公安机关对赵某某采取刑事拘留后，笔者第一时间接受家属委托作为侦查阶段辩护人介入，经听取赵某某的供述，查阅赵某某提供的食品药品监督管理部门向其出具的处罚文件，了解中医药相关知识后，笔者向检察部门提出不批准逮捕申请，经审查，检察部门作出不逮捕决定，后赵某某被取保候审。

在案件被提起公诉后，通过认真阅卷，笔者注意到，本案据以指控赵某某涉嫌销售假药的依据是××市药品检验所作出的《药品检验报告书》和××市××区食品药品监督管理局作出的《复函》。其中，《药品检验报告书》显示，供样单位是××市药品检验所一分所，在未对检验过程、检验方法、性状差异进行任何描述的情况下，得出的检验结论为“性状与标准不一致，不符合规定”，而该报告书签名处仅有授权签字人一人签字，没有鉴定人员签名；食品药品监督管理局出具的《复函》则列明，根据《药品管理法》第四十八条第二款第（二）项规定，赵某某销售的蝉蜕为假药。

经过分析研究，前述两份文件是本案是否构成犯罪的关键性证据。如果这两份文件违反法律对鉴定意见的规定，亦不符合实际事实，则指控赵某某构成销售假药罪的依据不足；如果这两份文件合法合规，则赵某某被判处犯销售假药罪的可能性很大。经与赵某某作深入的沟通后，赵某某认为其并没有销售假药，涉案蝉蜕产地为浙江，虽然其确实是从流动商贩处购买，但其对该等蝉蜕外观已作仔细查验，通过外观确定该等药品属于蝉蜕，其并不清楚该等蝉蜕的质量不合格。当时在食品药品监督管理局做笔录时，因食品药品监督管理局称蝉蜕不合格，赵某某为了尽快配合相关部门处理，尽快完结调查，故只能承认其行为不合法，亦没有对检验报告提出异议。

结合与赵某某的会见情况，经赵某某同意，笔者拟为赵某某作无罪辩护。开展无罪辩护，即意味着需提请法庭注意到××市药品检验所作出的《药品检验报告书》和××市××区食品药品监督管理局作出的《复函》不能作为认定赵某某销售假药的定

罪根据。经进一步查阅蝉蜕入药的著作、教材和论文，笔者发现，产地为浙江的蝉蜕称为金蝉蜕，与北方地区的土蝉蜕均归属于蝉蜕一类，金蝉蜕并未以单独品种作为药材入药。就这一问题，笔者向中医药专家进行请教，亦得出相同结论。因此，笔者当时对本案形成如下辩护思路：

1. 因《药品检验报告书》中有关检材来源、检验过程和检验方法、性状差异等内容缺失，报告书描述含糊不清，需要向法庭申请鉴定人出庭作证和接受质证。

2. 因《药品检验报告书》并未列明作出报告所依据的具体检验项目数据资料，需要申请法院调取该等数据资料；同时，因《药品检验报告书》中检材来源存在重大瑕疵，为进一步核实赵某某销售的蝉蜕是否属于假药，需要申请法院对行政机关提取的涉案蝉蜕进行调取。

3. 针对蝉蜕的中药材性质、蝉蜕的产地、金蝉蜕和土蝉蜕的区别和疗效、浙江产地的金蝉蜕是否属于假药等情况，制作专家辅助人意见的调查笔录供法庭参考。

4. 根据《刑事诉讼法》第一百九十二条第二款规定，申请法庭准予相关领域的中医药专家作为有专门知识的人出庭就鉴定人作出的鉴定意见提出意见。

5. 向法庭提供能说明浙江产地的金蝉蜕属于中药蝉蜕的教材、著作和论文。

6. 结合案件的实际情况，针对交易合法、正常市场价格交易、购买前仔细查验、销售公开等方面论述赵某某不具有销售假药故意，不符合销售假药罪的主观构成要件。

五、双方意见

（一）控方意见

用以送检的蝉蜕是××市××区食品药品监督管理局依法对赵某某销售的蝉蜕进行提取后，送往具有法定资质的药品检验所进行检验的，检验过程合法依规，药品检验所出具了“性状与标准不一致，不符合规定”的检验结论，食品药品监督管理局据此认为所销售的药品违反《中华人民共和国药品管理法》第四十八条第二款第（二）项的规定，属于假药，该认定亦是符合相关规定，对此检验报告，赵某某没有提出异议，故赵某某销售的蝉蜕属于假药。

赵某某从流动商贩手中购买涉案蝉蜕，并非从正规渠道购买，具有明知是假药仍然予以销售的主观故意，在供述中其亦认为自己的行为不合法，故本案指控赵某某构成销售假药罪的事实清楚、证据确实充分，应予定罪。

（二）辩方意见

赵某某销售的蝉蜕事实上并非假药，《药品检验报告书》并未描述抽检蝉蜕性状与标准不一致的内容，且检材来源存在重大瑕疵，现物证蝉蜕已全部被销毁，无法作

进一步核实。此外，《药品检验报告书》的形式、程序、内容亦与鉴定意见的要求不符，不能作为定案的根据，食品药品监督管理局据该检验报告作出假药认定显属错误。

赵某某从流动商贩中购买蝉蜕是法律允许的，并未以低于市场价格购买，销售时亦是公开的，不存在明知是国家禁止的假药仍故意销售的情形，不具有销售假药的主观故意，依法不能构成犯罪。

退一步而言，《药品检验报告书》的检验结论仅能对应《中华人民共和国药品管理法》对劣药的规定，而本案没有任何证据证实赵某某销售的蝉蜕已对人体健康造成危害，亦不符合销售劣药罪的构成要件。故请求法院判处赵某某无罪或者建议公诉机关撤回起诉。

六、辩护理由

依照前述辩护思路，结合庭审情况和鉴定人出庭作证的陈述内容，笔者通过对检验报告内容进行质证，对鉴定人出庭陈述内容与专家辅助人证实内容、教材、著作和论文内容进行比对的方式，紧紧围绕鉴定意见不合法和赵某某不具有销售假药的主观故意，提出了如下主要辩护理由：

（一）赵某某销售的浙江产蝉蜕属于蝉蜕，并非假药，公诉机关指控涉案蝉蜕为假药没有事实依据

1. 《药品检验报告书》的形式、程序、内容均与鉴定意见的要求不符，且物证蝉蜕已全部销毁，公诉机关指控涉案蝉蜕为假药没有依据。

从形式上而言，《药品检验报告书》根本不具备鉴定意见应具备的形式。包括鉴定事由、鉴定要求、鉴定过程、鉴定方法等内容均没有列明，连检验人数是否符合法律规定、检验人员是否具备检验资格，均无法从该报告中体现，且报告书落款处仅有一人签字，完全不符合法律规定。从程序上而言，该报告书并未明确记载委托单位以及送样过程等内容。报告书上所列的抽检编号亦与药监部门抽检文件的抽样编号无法对应一致，故无法判断样品的来源是否真实合法。从内容上而言，该报告书上的检验结果显示“性状与标准不一致，不符合规定”，但没有列明现抽检的蝉蜕的性状情况以及在性状上与《中国药典》的相关标准有哪些不一致的地方。因此，该报告书无论是形式上、程序上，还是内容上，均不符合鉴定意见所应具备的要件，其真实有效性无法确定，该份检验报告书不应作为证据采信。

此外，根据侦查部门提供的《情况说明》显示，作为本案定案依据的物证蝉蜕已被药品检验所销毁。在该《药品检验报告书》的合法性和真实性存在大量疑点的情况

下,关键证据亦灭失,蝉蜕是否存在性状不同、是否假药已无法确定,案件事实明显存疑,更不能据此定案。

2. 赵某某销售的浙江产蝉蜕为真药,不存在假药情况。

《药品抽样记录及凭证》《药品检验报告书》以及赵某某在侦查阶段的供述均可反映,赵某某所销售的是产地为浙江的蝉蜕,而并非其他中药材或药品。结合辩护人提交的相关书籍和论文可知,蝉蜕分为土蝉衣和金蝉衣,均属于昆虫纲蝉科昆虫的若虫羽化后的蜕壳。浙江是中药蝉蜕,尤其是金蝉衣的主产地之一,在入药时,两种蝉衣并不作细分,在药性与归经、功能与主治、炮制、用法与用量、贮藏方面均完全一致,金蝉衣不是假药,而是规格好、价格高的一种蝉蜕,有效成分和药用价值效果更是比普通蝉蜕要好;而且金蝉衣与蝉蜕一样,都是纯天然的,是无法复制、无法人工培育的。由此可见,赵某某所销售的浙江产的蝉蜕是可入药的中药材,属于蝉蜕的一种,所销售的并非假药,不存在以药品冒充非药品以及以他种药品冒充此种药品。结合相关书籍著作、论文和专家辅助人出庭作证的证言,不能仅以《药品检验报告书》所载明的“性状与标准不一致,不符合规定”即否认金蝉蜕不是蝉蜕品种的事实,进而认定为假药,该认定严重违背了客观事实和中药蝉蜕的入药情况。

(二) 从犯罪构成来看,赵某某无销售假药的主观故意,依法亦不应构成犯罪

赵某某在中药材市场零售中药材已有十几年,但此前未销售过蝉蜕,涉案蝉蜕是赵某某第一次销售的,其对蝉蜕的认识仅限于培训教材等书本知识,而培训教材上显示,产地为浙江的金蝉衣属于蝉蜕。因蝉蜕并非处方药或实施批准文号管理的中药材,法律并没有明确的规范指引。现涉案的蝉蜕是流动商贩以当时正常合理的市场价格67元/公斤到店铺向赵某某销售的,无论是外观还是色泽都与正常蝉蜕完全无异,赵某某根本无法判断该等蝉蜕是否属于假药。赵某某并非通过非正常渠道购入蝉蜕,而是在经营场所按照正常市场价格购买的,而且在销售过程中,赵某某持证合法销售中药,其并没有进行隐蔽交易,而是将蝉蜕放于店面,用透明塑料袋装着展示销售,而且在药监部门抽样时亦积极配合,上述行为和事实足以充分证实赵某某不存在销售假药罪所指的“明知是国家禁止的假药仍故意销售”的情形。

另一方面,赵某某从流动商贩处购入蝉蜕这一行为,不能推断为其具有销售假药的主观故意。因为《中华人民共和国药品管理法》第三十四条已明确规定,购进没有实施批准文号管理的中药材并非必须从具有药品生产、经营资格的企业购进,可见蝉蜕属于自由交易的中药材,故赵某某以正常合理的市场价格从流动商贩处购入该蝉蜕的行为是合法合理的,不能据此而认为赵某某存在违法情形。

此外,赵某某于2014年1月15日所做的××市××区综合行政执法局《询问笔录》亦明确承认,其购进该批蝉蜕时并不清楚质量不合格。可见,赵某某不存在明知