

2001年第7辑 (总第18辑)

刑事审判参考

Reference to Criminal Trial

中华人民共和国最高人民法院 刑事审判第一庭、第二庭

本辑要目

【案例】

熊漓斌等生产销售假药案

——生产、销售假药进行诈骗的行为如何定性

张君等抢劫、杀人犯罪集团案

——犯罪集团应如何认定？犯罪集团案件是否应全案审判？

【法律·法规和司法解释】

中华人民共和国国防教育法（节录）

城市房屋拆迁管理条例（节录）

关于抢劫过程中故意杀人案件如何定罪问题的批复

【法律·法规和司法解释的理解与适用】

《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的理解与适用

【专题论谈】

如何加大适用简易程序的力度

【裁判文书选登】

郭星虎故意杀人案

——福建省高级人民法院刑事裁定书

法律出版社

刑事审判参考

2001年第7辑（总第18辑）

中华人民共和国最高人民法院
刑事审判第一庭、第二庭

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事审判参考. 2001年. 第7辑. 总第18辑/最高人民法院
法院刑事审判第一庭, 最高人民法院刑事审判第二庭编.

- 北京: 法律出版社, 2001. 8

ISBN 7-5036-2520-1

I. 刑… II. ①最…②最… III. 刑事诉讼-审判-中国-参考资料 IV. D925.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 054238 号

出版·发行 / 法律出版社

经销 / 新华书店

责任印制 / 李 跃

责任校对 / 何 萍

印刷 / 北京民族印刷厂

开本 / 880×1230 1/32

印张 / 3.5

字数 / 84 千

版本 / 2001 年 8 月第 1 版

2001 年 8 月第 1 次印刷

社址 / 北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址 / www.lawpresschina.com

电子信箱 / pholaw@public.bta.net.cn

电话 / 88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

88414933 88414934(读者服务部) 88414135(责任编辑)

出版声明 / 版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-2520-1/D·2134

全年定价: 120.00 元, 含邮费 140.00 元 本辑定价: 10.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

刑事审判参考

2001年第7辑 (总第18辑)

顾问：刘家琛 姜兴长 沈德咏
高铭暄 马克昌 陈兴良

本刊编辑委员会
主编：南英 张军
副主编：(姓氏笔画为序) 李武清
刘效柳 任卫华
高憬宏 熊选国
委员：(姓氏笔画为序)
王玉琦 白富忠 张军
杨万明 刘效柳 任卫华
李武清 李燕明 杜伟夫
周峰 裴显鼎 南英
郭清国 高贵君 憬宏
党建军 韩维中 熊选国

本辑执行编辑：聂洪勇

特邀编辑

周军 (北京)	黄祥青 (上海)	周学智 (天津)
于天敏 (重庆)	关奇才 (黑龙江)	姜富权 (吉林)
吴喆 (辽宁)	梁国裕 (内蒙古)	李睿懿 (山西)
魏健 (河北)	刘玉安 (山东)	石德和 (安徽)
宓小平 (浙江)	纪红华 (江西)	徐安欣 (江苏)
王成全 (福建)	田立文 (河南)	王志辉 (湖北)
贺小电 (湖南)	赵军 (广东)	王永林 (海南)
卢火雄 (广西)	罗书平 (四川)	梁子安 (云南)
陈忠裕 (贵州)	张晓建 (陕西)	张克文 (宁夏)
张荣庆 (甘肃)	徐静 (青海)	桑布 (西藏)
陈国良 (新疆)	苏勇 (军事法院)	

目 录

【案 例】

- 李小平等人故意伤害案[第 111 号]
——对不具有法定减轻处罚情节的犯罪分子应如何
适用刑罚 (1)
- 熊漓斌等生产、销售假药案[第 112 号]
——生产、销售假药进行诈骗的行为如何定性 (8)
- 张君等抢劫、杀人犯罪集团案[第 113 号]
——犯罪集团应如何认定? 犯罪集团案件是否应全案
审判? (13)
- 周建平、卫杨林、吴江、刘有志抢劫、敲诈勒索案[第 114 号]
——如何正确区分抢劫罪与绑架罪、敲诈勒索罪的
界限 (39)

【法律、法规和司法解释】

全国人民代表大会常务委员会

- 中华人民共和国国防教育法(节录) (45)

国务院

- 关于特大安全事故行政责任追究的规定 (47)
- 城市房屋拆迁管理条例(节录) (53)

最高人民法院

- 关于抢劫过程中故意杀人案件如何定罪问题的批复 (55)
- 关于在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事

管理工作的人员利用职务便利非法占有本公司财物如何定罪问题的批复…………… (57)

最高人民法院 最高人民检察院

关于办理组织和利用邪教组织犯罪案件具体应用法律若干问题的解释(二)…………… (59)

最高人民检察院

关于构成嫖宿幼女罪主观上是否需要具备明知要件的解释…………… (63)

【法律、法规和司法解释的理解与适用】

《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的理解与适用 …… (64)

正确适用法律依法打击邪教组织犯罪活动
——访最高人民法院、最高人民检察院负责同志…………… (73)

【专题论谈】

如何加大适用简易程序的力度 …… (79)

【裁判文书选登】

郭星虎故意杀人案
——福建省高级人民法院刑事裁定书 …… (92)

【案例】

【第 111 号】

李小平等人故意伤害案

——对不具有法定减轻处罚情节的
犯罪分子应如何适用刑罚

一、基本案情

被告人李小平,男,1949年11月26日出生,原系广东省中山市理科虫草制品有限公司(以下简称虫草公司)总经理。因涉嫌故意伤害罪,于1998年4月10日被逮捕。1999年3月5日因病被取保候审。

同案被告人井照卫、张书凯、刘绍伟、王耀生、池文军、何红涛、张学军、王光辉均原系虫草公司职工。

广东省中山市人民检察院以被告人李小平等人犯故意伤害罪,向中山市中级人民法院提出公诉。

中山市中级人民法院经公开审理查明:

1998年3月2日晚7时许,被告人刘绍伟、王光辉在中山市虫草公司大门右侧处见同乡郭景兰(女)与被害人蒋良利发生争吵,便上前质问并不顾他人劝阻动手殴打蒋良利。蒋良利见势不妙跑向临近部队前面空地,闻讯赶来的被告人王耀生、张书凯、何红涛、井照卫、池文军、张学军一道追截蒋良利,王耀生、张书凯将

躲藏在草丛中的蒋搜出,上述被告人上前一起殴打蒋良利,后张书凯、何红涛将蒋押往虫草公司。蒋良利的同乡李俭、欧海等10多人得知消息后,持铁水管、木棍等工具前来解救,蒋趁机脱身,并与李俭、欧海等人用铁水管等工具猛砸虫草公司的电动闸门,要求交出打人者,双方在电动闸门内互相对峙,互用铁水管等工具乱捅乱扔。被告人李小平接到报告后来到拉闸门前进行劝解,见未能有效平息事态,遂对本公司员工说:“冲出去打,把他们抓起来!”该公司的几十名员工随即手持铁水管、木棍等工具一涌而出,追打见状四散逃跑的蒋良利、欧海等人。欧海被打伤后逃脱,被害人蒋良利跑至广盛公司对面公路时,被何红涛抓住,与随后赶来的王耀生、张书凯、刘绍伟、井照卫、池文军、张学军、王光辉等人分别用铁水管、木棍和拳脚殴打蒋良利致不能动弹。蒋良利经送医院抢救无效死亡。经法医鉴定:蒋良利系他人用钝器打击左腰部致脾脏破裂,出血性休克而死亡;欧海伤势属轻伤。

案发后,被告人所在的虫草公司向被害人蒋良利家属赔偿人民币10万元,被告人李小平个人赔偿人民币5万元。

中山市中级人民法院认为,被告人李小平等人无视国家法律,采用暴力手段故意伤害他人身体,致一人死亡,一人轻伤,其行为均已构成故意伤害罪,依法均应惩处。被告人王光辉犯罪时不满18周岁,依法应当减轻处罚。鉴于被告人所在公司及李小平个人在案发后能积极对被害人家属予以经济赔偿,有悔罪表现,可酌情从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第二百三十四条第二款、第十七条第三款、第五十六条第一款的规定,于1998年8月11日判决,以故意伤害罪,分别对被告人李小平、王耀生、张书凯判处有期徒刑十一年,剥夺政治权利三年;对被告人刘绍伟、何红涛、井照卫、池文军、张学军判处有期徒刑十年,剥夺政治权利三年;对被告人王光辉判处有期徒刑六年;

一审宣判后,被告人李小平、井照卫、张书凯均以自己的行为

属正当防卫,不负刑事责任为由提出上诉;被告人刘绍伟、王耀生、池文军均认为自己的行为属防卫过当,以一审量刑过重为由提出上诉;被告人何红涛、张学军、王光辉服判,不上诉。

广东省高级人民法院经审理查明:本案起因系被害人蒋良利路经上诉人井照卫之妻郭××身边时用秽语调戏侮辱郭,据此双方发生争吵所致,当被害人方与被告人方在虫草公司门口互相打斗期间,虫草公司财务总监姚××及李小平闻讯后先后赶到现场劝阻,但被害人方仍不罢休,反而猛砸电动栅栏门并砸烂一辆职工自行车。此时,李小平在劝阻无效的情况下,遂对闸内员工说:“冲出去打,把他们抓起来”。从而导致蒋良利被何红涛、王耀生、张书凯、刘绍伟、井照卫、池文军、张学军、王光辉等人持铁水管、木棍殴打,致蒋良利左腰脾脏破裂出血性休克死亡。

广东省高级人民法院认为:上诉人李小平、井照卫、张书凯、刘绍伟、王耀生、池文军、原审被告何红涛、张学军、王光辉无视国家法律,故意伤害他人身体致一人死亡,其行为均已构成故意伤害罪,应依法判处。王光辉犯罪时未满 18 岁,依法应减轻处罚。根据本案的特殊情况,对李小平等 8 人亦可减轻处罚。原审判决定罪准确,审判程序合法。但未认定本案起因是由被害方引起和在双方对峙中多人出面劝阻等情节不妥,且量刑不当,应予纠正。李小平上诉及辩护人提出不构成犯罪;井照卫、张书凯上诉及辩护人提出属正当防卫;刘绍伟、王耀生、池文军上诉称属防卫过当的理由,经查均不能成立,但根据本案的特殊情况,依法可以减轻处罚。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第(二)项的规定,于 2000 年 3 月 22 日判决:

撤销广东省中山市中级人民法院(1998)中中刑初字第 28 号刑事判决,以故意伤害罪,分别对上诉人王耀生、张书凯判处有期徒刑六年;对上诉人刘绍伟、井照卫、池文军、原审被告何红涛、张学军判处有期徒刑五年;对上诉人李小平、原审被告王光辉判

处有期徒刑三年。

广东省高级人民法院依法将此案报请最高人民法院核准。

最高人民法院经复查查明:1998年3月2日19时许,被告人刘绍伟与王光辉(同案被告人,已判刑)在途经广东省中山市理科虫草制品有限公司大门外时,遇见本厂女工郭××与被害人蒋良利正在争吵,便前去质问并动手殴打蒋良利,引起双方互殴。随之闻讯赶来的被告人王耀生、张书凯、井照卫、张学军手持铁水管等工具也参与殴打蒋良利等人,迫使蒋良利逃至附近的部队院内躲藏。此时,被告人何红涛、池文军也赶来与上述被告人共同搜索、殴打蒋良利,并共同将蒋良利押往虫草公司。途中,遇上了前来解救蒋良利的李俭、欧海等人,蒋良利寻机脱身,上述各被告人退入本公司大院。随后,蒋良利、李俭等人聚集在虫草公司门前,要求交出打人凶手,双方发生争吵并隔着电动栅栏门使用铁水管、木棍等工具相互乱扔乱捅,形成对峙局面。期间,理科虫草制品有限公司财务总监姚××和蒋良利的表姐夫邹景才均力劝双方停止斗殴未果。被告人李小平闻讯赶至现场劝解,仍未奏效。当蒋良利等人猛砸大门并砸烂一辆停放在门外的自行车时,李小平指使本公司员工冲出去打,把对方的人抓起来。随即,理科虫草制品有限公司的数10名员工手持铁水管、木棍等工具冲出大门追打已逃跑的蒋良利、欧海等人。欧海被打伤后逃脱。蒋良利在逃至离理科虫草制品有限公司院门外约50米时,被追赶上来的何红涛拽住,何红涛与随后赶来的王耀生、张书凯、刘绍伟、井照卫、池文军、张学军、王光辉分别用铁水管、木棍以及拳脚共同殴打蒋良利,至蒋倒地。蒋良利经送医院抢救无效死亡。经法医鉴定:蒋良利系被他人用钝器打击左腰部致脾脏破裂出血性休克死亡;欧海系轻伤。

最高人民法院认为,被告人李小平、王耀生、张书凯、刘绍伟、何红涛、井照卫、池文军、张学军等人非法故意伤害他人身体并致人死亡和轻伤,其行为均已构成故意伤害罪,后果严重,依法均应

惩处。一、二审人民法院判决认定的犯罪事实清楚,证据确实、充分,定罪准确,审判程序合法。但二审法院认定被害人一方在案件起因上有明显过错以及被告人李小平于案发期间叫人报警缺乏事实依据,对被告人李小平、王耀生、张书凯、刘绍伟、何红涛、井照卫、池文军、张学军在法定刑以下减轻处罚量刑不当,应予纠正。依照《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第二百七十条的规定,于2001年2月17日裁定如下:

一、撤销广东省高级人民法院(1999)粤高刑终字第74号刑事判决;

二、发回广东省高级人民法院重新审判。

二、主要问题

对不具有法定减轻处罚情节的犯罪分子应如何运用刑罚

(一)适用条件

对于不具有法定的减轻处罚情节的犯罪分子,如何在法定刑以下判处刑罚,1979年刑法第五十九条第二款规定:“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,如果根据案件的具体情况,判处法定刑的最低刑还是过重的,经人民法院审判委员会决定,也可以在法定刑以下判处刑罚。”1997年修订后的刑法第六十三条第二款将这一规定保留并修改为:“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,但根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。”二者相比较可以看出,后者对前者作出了三处修改:一是将“根据案件的具体情况”修改为“根据案件的特殊情况”;二是删去了“判处法定刑的最低刑还是过重的”规定;三是将“经人民法院审判委员会决定”修改为“经最高人民法院核准”。这一修改的目的在于防止司法实践中随意扩大适用范围或滥用这一规定的现象发生,因此对适用条件和审批程序作出了更为严格限制和规定,即对于有特殊情况案件,犯罪分子不具有

刑法所规定的减轻处罚情节,但报经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚。这里关键在于何为“特殊情况”。所谓“特殊情况”,主要是指案件的处理具有特殊性,一般应是指涉及政治、外交、统战、民族、宗教等国家利益的特殊需要。当这种情况下,被处罚的被告人又确实属于不具有刑法所规定的预备犯、未遂犯、中止犯、从犯、胁从犯、未成年人犯、限制责任能力的精神病犯、聋哑犯、盲人犯以及具有自首、立功和防卫过当等法定减轻处罚情节,对其判处法定最低刑还是过重时,才能适用本条规定在法定刑以下判处刑罚。

(二)本案不具有应减轻处罚的情况

从本案事实可以看出,一是被告方首先殴打被害人引发事端。在案件起因上,由于被告方首先动手殴打被害人,引起双方互相厮打,且在被告人因打不过对方被迫逃至他处隐藏时,被告方仍不放过被害人,并将躲藏在草丛中的被害人搜出后又继续进行殴打,引发事态进一步扩大;二是被告方对激化矛盾应负主要责任。当被害一方前来解救被害人并聚集在被告方的厂门口,要求对方交出打人凶手时,双方均有使用器械朝对方乱扔乱捅的情节。但由于当时电动栅栏门的阻隔,并未出现人员伤亡的情况,被害方也慑于被告方人多势众,不可能贸然冲进去,双方形成对峙局面。可以说局势尚未失控,完全有条件等待警方前来调解纠纷和平息事态。可被告方在公司总经理李小平的号令下,却冲出门击打被害方,故对案件激化负有主要责任。三是被告方面对本案造成的后果应承担全部责任。被害方看见被告方把大门打开往外冲时,便纷纷逃跑,此时如果被告方能够克制的话,仍能避免事态的恶化,但被告方非但不终止追击,反而不顾旁人的求情和劝阻,将阻截到的被害人群殴至不能动弹才罢手,事后即扬长而去,未对被害人进行任何施救措施。

需要指出的是:一、被告人李小平虽然曾经试图平息事态,但

其努力未能奏效时,又指使其他被告人冲出去打,这是导致被害人被打致死的重要原因。因此,他先前采取的正确做法已被后面采取的违法行为所取代,因而不能成为对其以及其他被告人在法定刑以下判处刑罚的理由。二、本案被害人虽有一定过错和被告人事后积极赔偿等对被告人可酌定从轻处罚的情节,但酌定情节只能成为刑罚幅度内适当从轻处罚的理由,并不能成为在法定刑以下判处刑罚的依据和理由。

(三)关于本案定罪量刑的问题

本案众被告人非法故意伤害他人身体并致人死亡和轻伤的行为,均已构成故意伤害罪,一、二审法院以故意伤害罪定罪准确。量刑上,一审法院考虑到当时作案人数多,殴打现场较为混乱,究竟被告人中谁是致死被害人的直接凶手已无法查清,故只能认定各被告人对被害人被伤害致死共同承担责任。同时还考虑到被害方在本案中也存在过错以及案发后被告人所在单位和被告人李小平个人对被害人亲属积极予以经济赔偿,被害人亲属有请求司法机关对本案被告人予以从轻处罚的要求,决定酌情从轻判罚本案被告人(其中被告人王光辉因犯罪时未成年,依法予以减轻处罚)是较为适当的。而二审法院在未能提出新的减轻处罚理由的情况下,即适用刑法第六十三条的规定,对本案被告在法定刑以下减轻处罚,显然与该法条规定的要求不符。且在具体量刑时,二审判决不仅对具有主犯身份的被告人李小平的量刑比其他被告人低,而且与具有法定减轻处罚情节的被告人王光辉的处罚相同,有悖于刑法关于对主犯应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚的规定。由此可见,二审法院在本案不具有特殊情况以及一审法院的量刑未明显过重的情况下,对本案某些被告人在法定刑以下量刑是不适宜的。

(执笔:周峰 审编:南英)

[第 112 号]

熊漓斌等生产、销售假药案

——生产、销售假药进行诈骗
的行为如何定性

一、基本案情

被告人熊漓斌,男,1970年8月15日出生,壮族,无职业。因涉嫌犯销售假药罪,于1999年8月6日被逮捕。

被告人谢庆庄,男,1959年5月20日出生,汉族,个体户。因涉嫌犯生产假药罪,于1999年8月6日被逮捕。

被告人莫忠明,男,1963年4月16日出生,汉族,捕前系来宾县榭丽宾馆副经理。因涉嫌犯生产假药罪,于1999年8月6日被逮捕。

被告人唐荣付,男,1972年8月8日出生,汉族,农民。因涉嫌犯销售假药罪,于1999年8月6日被逮捕。

被告人兰忠灵,男,1968年11月7日出生,汉族,农民。因涉嫌犯销售假药罪,于1999年8月6日被逮捕。

桂林市七星区人民检察院以被告人熊漓斌、谢庆庄、莫忠明、唐荣付、兰忠灵犯生产、销售假药罪,向七星区人民法院提起公诉。

桂林市七星区人民法院经公开审理查明:

1998年10月的一天,被告人熊漓斌找到被告人兰忠灵、唐荣付,与兰、唐在桂林商量做三金片(药品名)的生意,兰忠灵找到被

告人谢庆庄让其出资做三金片的内包装,谢庆庄同意后找到被告人莫忠明共同出资作三金片的内包装,莫忠明表示同意。1999年5月1日,被告人兰忠灵与谢庆庄、莫忠明到桂林找到被告人熊漓斌商量制作三金片的具体事宜后,决定由熊漓斌负责提供药片、塑料瓶并负责销售,由谢庆庄和莫忠明负责所有的内包装以及生产、包装,并谈好获利后由熊漓斌与兰忠灵、谢庆庄、莫忠明四六分成。5月至6月间,被告人熊漓斌提供穿心莲片(药品名),被告人兰忠灵、谢庆庄、莫忠明在柳州租房请工人将熊漓斌提供的穿心莲片用三金片的包装瓶进行分瓶包装。因兰忠灵与谢庆庄等人发生矛盾,谢庆庄与熊漓斌将包装工作转到广西来宾县莫忠明提供的房间内进行,共计包装好264件假三金片。6月27日,被告人谢庆庄、莫忠明租车将造好的假三金片从来宾县运到桂林交给熊漓斌存放。当天熊漓斌将假三金片已运到桂林的情况告诉了唐荣付,并让唐一起找客户。6月28日8时许,被告人熊漓斌用电话与柳州地区医药工业公司的莫明新联系,向莫谎称该批药是唐荣付的亲戚从桂林三金药业集团公司内部得到的正宗三金片,被告人唐荣付也在电话里向莫明新证实了熊漓斌的说法,莫明新表示要货,被告人唐荣付将假三金片运到桂林市国际贸易中心停车场停放。11时30分左右,莫明新与妻子邱雪松应约到桂林三分药业集团公司门口。被告人熊漓斌和唐荣付在此等候。熊漓斌假装让唐荣付到厂里提货,唐荣付把预先已装在货车上的180件假三金片从国际贸易中心停车场运到三金药业集团公司门前的路口,称这批货是从公司里提出来的,事先已交代好的司机也做同样的回答。莫明新夫妇信以为真。之后,莫明新夫妇在本市平山停车厂验货后以每件1200元的价格购得该180件假三金片,共付货款人民币216000元。被告人熊漓斌分得赃款57150元,谢庆庄分得赃款67850元,莫忠明分得赃款55000元,唐荣付分得赃款36000元。案发后分别从被告人熊漓斌、唐荣付、谢庆庄、莫忠明追缴赃款

5700元、9050元、20209.10元、36000元；被告人莫忠明的亲属已主动为莫忠明退出赃款19000元，以上共计人民币899591.10元，已退还被害人莫明新夫妇。

桂林市七星区人民法院认为：被告人熊漓斌、谢庆庄、莫忠明、兰忠灵、唐荣付明知是假药而非法生产、销售，足以严重危害他人身体健康，五被告人的行为均已构成生产、销售假药罪。依照《中华人民共和国刑法》第一百四十一条、第二十五条第一款、第七十二条、第七十三条第二、第三款的规定，于1999年11月12日以生产、销售假药罪分别判处熊漓斌、谢庆庄、唐荣付、莫忠明、兰忠灵有期徒刑三年；有期徒刑三年；有期徒刑二年六个月，缓刑三年；有期徒刑二年，缓刑三年；有期徒刑一年，缓刑二年。判决宣判后，上述被告人均未提起上诉。

二、主要问题

熊漓斌等人以穿心莲片假冒三金片而生产、销售的行为，应定生产、销售假药罪还是诈骗罪？对此，讨论中有两种意见：

第一种意见认为：应定生产、销售假药罪。生产、销售假药罪，是指违反药品管理法规，生产、销售假药，足以严重危害人体健康的行为。本案中几被告人以穿心莲片冒充三金片，已属生产假药的范围。如果假冒的三金片流入社会，病人服用后，延误病情，可能造成严重后果，足以危害人体的健康，符合生产、销售假药罪的特征；被告人明知是假药，但为了营利的目的而故意生产、销售。因此，几名被告人的行为构成生产、销售假药罪。

第二种意见认为：本案应以诈骗罪定性。由于构成生产、销售假药罪销售行为并未完全实现，几被告人用以假冒三金片的穿心莲片本身对人体无害，且假药没有流入市场，未造成严重危害的后果，这一点与生产、销售假药罪中的“足以严重危害人体健康”的客观要件不符。因此，以生产、销售假药定性不妥。本案中，几被告人以非法占有为目的，隐瞒真相，以穿心莲片冒充三金片，使受害

人产生错觉,信以为真,从而“自愿地”交出财物;且被告人主观上具有直接故意,符合诈骗罪的构成要件,应认定为诈骗罪。

三、裁判理由

生产、销售假药罪,是指违反药品管理法规,生产、销售假药,足以严重危害人体健康的行为。所谓假药,根据《中华人民共和国药品管理法》第33的规定,典型的有两种:一种是药品所含成分的名称与国家药品标准或者省、自治区、直辖市药品标准规定不符合;另一种是以非药品冒充药品或者以他种药品冒充此种药品。穿心莲片与三金片从成分、效用以及国家药品的标准规定均不符,属于假药的第二种情况,即以彼药品冒充此药品,这是认定生产、销售假药罪的基本依据。

(一)生产与销售行为是否必须同时具备才能构成本罪是本案争议的一个焦点

实际生活中,生产假药即制造假药,销售假药即出售、供销假药,生产与销售往往是联系在一起的。但有时也不完全如此,有些案件中,生产者不一定是销售者,而销售者也不一定是生产者。根据我国刑法有关生产、销售假药罪的规定,只要实施了生产或者销售假药的一种行为,并且足以严重危害人体健康的,就可构成犯罪。何况被告人熊漓斌等人已经将假药批发出去了,只是没有直接造成危害后果而已,因此,认为几被告人没有实施销售行为,不构成生产、销售假药罪的理由是不能成立的。

(二)是否足以严重危害人体健康是本案定性的关键所在

所谓“足以严重危害人体健康”,是指生产、销售的假药,具有严重危害人体健康的可能性,并不要求发生实际的严重危害后果,也不以实际上造成严重危害人体健康的结果为本罪既遂条件。第二种意见认为假冒的三金片并未流入市场,没有造成严重危害后果,且穿心莲片本身对人体无害,不构成“足以严重危害人体健康”的条件。假冒三金片是否“足以严重危害人体健康”,根据《最高人