

【案例】

潘儒民、祝素贞、李大明、龚媛洗钱案 [第471号]

——上游犯罪行为尚未定罪判刑的如何认定洗钱罪

张国涛信用卡诈骗案 [第472号]

——如何认定信用卡诈骗罪中的信用卡范围

谈文明等非法经营案 [第473号]

——擅自制作网络游戏外挂出售牟利构成犯罪的应当如何适用法律

【刑事司法规范及其理解与适用】

《最高人民法院、最高人民检察院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定（三）》的理解与适用

【问题探讨】

如何认定收受干股类受贿犯罪

【疑案争鸣】

强行卖唱并索要钱财的如何处理

【裁判文书评析】

徐维联等国有企业人员失职案

——北京市第二中级人民法院刑事判决书(167)

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1集 • 总第 60 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 1 集. 总第 60 集 / 最高人民法院
刑一庭等编. —北京: 法律出版社, 2008. 6
ISBN 978 - 7 - 5036 - 8480 - 7

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 062857 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/孙 慧 肖逢伟

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 6 月第 1 版

印张/7 字数/163 千
印次/2008 年 6 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 - 8480 - 7

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1集·总第60集

刑事审判参考

编辑委员会

主 任：姜兴长

副 主 任：张 军 熊选国

委 员：（姓氏笔画为序）

王 勇	叶晓颖	沈 亮	李武清	吕广伦
任卫华	张 明	周 峰	杨万明	高贵君
高憬宏	黄尔梅	耿景仪	裴显鼎	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）	罗绍雄（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,最高人民法院姜兴长副院长担任编辑委员会主任,张军和熊选国两位副院长担任副主任。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、法规和规章】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，本刊依法追究责任。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】

- 潘儒民、祝素贞、李大明、龚媛洗钱案[第 471 号]
——上游犯罪行为尚未定罪判刑的如何认定洗钱罪 (1)
- 张国涛信用卡诈骗案[第 472 号]
——如何认定信用卡诈骗罪中的信用卡范围 (10)
- 谈文明等非法经营案[第 473 号]
——擅自制作网络游戏外挂出售牟利构成犯罪的应当
如何适用法律 (16)
- 吴江故意杀人案[第 474 号]
——如何处理因恋爱矛盾激化引发的故意杀人犯罪 (26)
- 颜克于等故意杀人案[第 475 号]
——“见死不救”能否构成犯罪 (34)
- 赵春昌故意杀人案[第 476 号]
——如何认定“经查属实已准备去投案”的自首 (41)
- 王国全抢劫案[第 477 号]
——如何认定抢劫致人死亡 (46)

马素英、杨保全拒不执行判决、裁定案[第478号]

——如何理解拒不执行判决、裁定罪中的“致使判决、裁定无法执行”……………(54)

【刑事司法规范及其理解与适用】

《最高人民法院、最高人民检察院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定(三)》的理解与适用
……………马东(59)

【法律、法规和规章】

全国人大常委会

中华人民共和国道路交通安全法……………(72)

国务院

铁路交通事故应急救援和调查处理条例……………(98)

国务院关于加强食品等产品安全监督管理的特别规定……………(106)

国家安全生产监督管理总局

《生产安全事故报告和调查处理条例》罚款处罚暂行规定……………(114)

【问题探讨】

如何认定收受干股类受贿犯罪……………黄祥青(119)

关于聚众斗殴刑事案件适用法律问题专题研讨
……………江苏省高级人民法院刑事审判第三庭(130)

【经验交流】

江西省高级人民法院 江西省人民检察院 江西省公安厅 关于规范故意杀人死刑案件证据工作的意见(试行)	(142)
---	-------

【疑案争鸣】

强行卖唱并索要钱财的如何处理	(159)
----------------------	-------

【裁判文书评析】

徐维联等国有企业人员失职案 ——北京市第二中级人民法院刑事判决书	(167)
---	-------

【案 例】

[第 471 号]

潘儒民、祝素贞、李大明、龚媛洗钱案

——上游犯罪行为尚未定罪判刑的

如何认定洗钱罪

一、基本案情

被告人潘儒民，男，1967 年 9 月 12 日生，无业。因涉嫌犯信用卡诈骗罪于 2006 年 9 月 29 日被逮捕。

被告人祝素贞，女，1979 年 6 月 17 日生，无业。因涉嫌犯信用卡诈骗罪于 2006 年 9 月 29 日被逮捕。

被告人李大明，男，1970 年 8 月 3 日生，无业。因涉嫌犯信用卡诈骗罪于 2006 年 9 月 29 日被逮捕。

被告人龚媛，女，1984 年 2 月 29 日生，无业。因涉嫌犯信用卡诈骗罪于 2006 年 9 月 29 日被逮捕。

上海市虹口区人民检察院以被告人潘儒民、祝素贞、李大明、龚媛犯洗钱罪，向上海市虹口区人民法院提起公诉。

被告人潘儒民、祝素贞、李大明、龚媛对公诉机关指控的事实和定性没有提出异议。被告人潘儒民的辩护人提出，被告人潘儒民认罪态度较好，系初犯，建议对潘儒民酌情从轻处罚；被告人祝素贞的辩护人提出，被告人祝素贞犯罪的主观恶性较小，认罪态度

较好,在共同犯罪中系从犯,且系初犯,案发后公安机关已追缴了部分赃款,挽回了部分损失,建议对祝素贞从轻处罚;被告人李大明的辩护人提出,被告人李大明犯罪的主观恶性较小,在共同犯罪中系从犯,到案后认罪态度较好,建议对李大明从轻处罚;被告人龚媛的辩护人提出,被告人龚媛在2006年8月初以前对所转移钱款的性质不明知,此阶段的行为不构成洗钱罪;其在明知钱款的性质后,主动提出离开潘儒民等人,系犯罪中止;龚媛犯罪的主观恶性较小,建议对龚媛免于刑事处罚。

上海市虹口区人民法院经公开审理查明:

被告人潘儒民于2006年7月初,通过“张协兴”(另案处理)的介绍和“阿元”(另案处理)取得联系,商定由潘儒民通过银行卡转账的方式为“阿元”转移从网上银行诈骗的钱款,潘儒民按转移钱款数额10%的比例提成。嗣后,潘儒民纠集了被告人祝素贞、李大明、龚媛,并通过杜福明(另案处理)收集陈涛、董梅华、宋全师等多人的身份证,由杜至上海市有关银行办理了大量信用卡交给潘儒民、祝素贞。由“阿元”通过非法手段获取网上银行客户黄明伟、芦禹、姜彤、陈清等多人的中国工商银行牡丹灵通卡卡号和密码等资料,然后将资金划入潘儒民通过杜福明办理的中国工商银行上海分行的67张灵通卡内,并通知潘儒民取款,共划入上述67张牡丹灵通卡内共计人民币1,174,264.11元。潘儒民、祝素贞、李大明、龚媛于2006年7月至8月期间,在上海市使用上述67张灵通卡和另外27张灵通卡,通过ATM机提取现金共计人民币1,086,085元,通过柜面提取现金共计人民币73,615元,扣除事先约定的份额,然后按照“阿元”的指令,将剩余资金汇入相关账户内。案发后,公安机关追缴赃款共计人民币384,000元。

上海市虹口区人民法院认为,被告人潘儒民、祝素贞、李大明、龚媛明知是金融诈骗犯罪的所得,为掩饰、隐瞒其来源和性质,仍提供资金账户并通过转账等方式协助资金转移,其行为构成洗钱

罪,检察院指控罪名成立。在共同犯罪中,被告人潘儒民起主要作用,系主犯,被告人祝素贞、李大明、龚媛起次要作用,系从犯,对被告人祝素贞、李大明、龚媛应当从轻处罚。关于被告人潘儒民的辩护人提出的潘儒民认罪态度较好,系初犯,建议对潘儒民酌情从轻处罚的辩护意见,与事实和法律相符,法院予以采纳。关于被告人祝素贞的辩护人提出的祝素贞犯罪的主观恶性较小,认罪态度较好,在共同犯罪中系从犯,且系初犯,案发后公安机关已追缴了部分赃款,挽回了部分损失,建议对祝素贞从轻处罚的辩护意见,与事实和法律相符,法院予以采纳。关于被告人李大明的辩护人提出的李大明犯罪的主观恶性较小,在共同犯罪中系从犯,到案后认罪态度较好,建议对李大明从轻处罚的辩护意见与事实和法律相符,法院予以采纳。关于被告人龚媛的辩护人提出的龚媛在2006年8月初以前对所转移钱款的性质不明知,此阶段的行为不构成洗钱罪,其在明知钱款的性质后,主动提出离开潘儒民等人,系犯罪中止的辩护意见与已经查证的证据不符,法院不予采纳。辩护人提出的龚媛犯罪的主观恶性较小的辩护意见,与事实相符,法院予以采纳,对龚媛可以酌情从轻处罚,但辩护人提出的建议对龚媛免予刑事处罚的意见,法院不予采纳。依照《中华人民共和国刑法》第一百九十一条第一款第(一)项、第(三)项、第二十五条第一款、第二十六条第一款、第四款、第二十七条及第六十四条之规定,判决如下:

1. 被告人潘儒民犯洗钱罪,判处有期徒刑二年,并处罚金人民币六万元。

2. 被告人祝素贞犯洗钱罪,判处有期徒刑一年四个月,并处罚金人民币二万元。

3. 被告人李大明犯洗钱罪,判处有期徒刑一年三个月,并处罚金人民币二万元。

4. 被告人龚媛犯洗钱罪,判处有期徒刑一年三个月,并处罚金

1. 上游犯罪行为尚未定罪判刑,能否认定洗钱罪?
2. 如何区分上游犯罪的共同犯罪与洗钱罪?
3. 如何区分洗钱罪与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪?

1997年刑法修订颁布至今,洗钱罪历经了两次修改,一是在全国人大常委会于2001年12月颁布的《刑法修正案(三)》将刑法原第一百九十一条规定的洗钱罪的上游犯罪由毒品犯罪、黑社会组织犯罪和走私犯罪扩大到恐怖活动犯罪,并对情节严重的单位洗钱犯罪中的直接负责的主管人员和其他直接责任人员提高了法定刑,即由原来的仅判处五年以下有期徒刑或者拘役,提高到五年以上十年以下有期徒刑;二是全国人大常委会于2006年6月颁布的《刑法修正案(六)》中,将贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪纳入洗钱罪的上游犯罪,并将行为方式中的“协助将财产转换为现金或者金融票据”修改为“协助将财产转换为现金、金融票据、有价证券”。本案是《刑法修正案(六)》及《反洗钱法》施行后,全国法院审理的首例洗钱犯罪案件,具有一定的典型意义。

根据刑法第一百九十一条的规定,洗钱罪是指行为人明知是毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污

贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪这些上游犯罪的违法所得及其产生的收益而进行掩饰、隐瞒其来源和性质的行为。洗钱罪属于行为犯,只要行为人实施了刑法第一百九十一条所规定的五种行为之一,就构成洗钱罪,当然,如果行为人涉案金额很小,情节显著轻微危害不大的,根据刑法第十三条的规定可以不认定为犯罪。

洗钱罪与上游犯罪的关系密不可分,可以说,如果没有上游犯罪,就没有洗钱罪和掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪这些下游犯罪、派生犯罪。那么,是否必须上游犯罪行为已经法院定罪判刑,才能认定洗钱罪?答案是否定的。我们认为,只要有证据证明确实发生了刑法第一百九十一条明文规定的上游犯罪,行为人明知系上游犯罪的所得及其产生的收益,仍然实施为上游犯罪行为提供资金账户、协助将财产转换为现金等掩饰、隐瞒其来源和性质的帮助行为的,就可以认定洗钱罪成立。上游犯罪行为与洗钱犯罪行为虽然具有前后相连的事实特征,但实践中两种犯罪案发状态、查处及审判进程往往不会同步,有的上游犯罪事实复杂,有的则可能涉及数个犯罪,查处难度大,所需时间长,审判进程必然比较慢;而洗钱行为相对简单,查处难度小;还可能发生实施洗钱行为的人已经抓获归案,上游犯罪的事实已经查清,而上游犯罪行为尚在逃的情形。从程序角度而言,如果要求所有的洗钱犯罪都必须等到相应的上游犯罪处理完毕后再处理,会造成对这类犯罪打击不力的后果,如一律要求上游犯罪已经定罪判刑才能认定洗钱罪成立既不符合刑法规定,也不符合打击洗钱犯罪的实际需要。从犯罪构成上看,洗钱罪的上游犯罪和洗钱罪虽有联系,但各有不同的犯罪构成,需要分别进行独立评价。上游犯罪在洗钱罪的犯罪构成中,只是作为前提性要素而出现,是认定洗钱行为为主观故意和客观危害符合刑法第一百九十一条规定的前提性判断依据,如果根据洗钱罪中的证据足以认定上游行为符合上游犯罪

的要件,那么就应当成立洗钱罪。应当注意的是,在上游犯罪行为为人尚未归案的情况下,可能难以确定其行为性质,此时法院应当慎重处理:只有根据洗钱案件中所掌握的事实和证据,足以断定上游行为属于刑法第一百九十一条所规定的七种犯罪类型的,才能认定洗钱罪成立;如果根据现有的证据材料,尚难以断定上游行为是否构成犯罪、构成何种犯罪,则不宜认定洗钱罪。因为刑法第一百九十一条规定了“明知”要件,如果法院尚不能判断上游行为是否构成犯罪,以及是否属于特定的七类犯罪,就无法断定洗钱行为人“明知”系七类犯罪所得及收益而实施洗钱行为。当然,如果根据证据足以断定上游犯罪属于七类犯罪以外的其他犯罪的,可以依法认定为刑法第三百一十二条所规定的掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪。

本案中,上游犯罪行为人为人“阿元”尚未抓获归案,根据被害人的陈述和被告人的供述,以及有关书证材料,可以确定“阿元”盗划他人信用卡内钱款的行为,已经涉嫌信用卡诈骗罪。潘儒民等四被告人明知“阿元”所获得的钱款系金融诈骗犯罪所得,为掩饰、隐瞒其来源和性质,仍按其要求提供资金账户并通过转账等方式协助资金转移,符合刑法第一百九十一条所规定的洗钱罪的构成特征,且涉案金额达100余万元,应当以洗钱罪对四被告人定罪处罚。

(二)是否通谋,是区分上游犯罪共犯与洗钱罪的关键。毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪分子自己掩饰、隐瞒犯罪所得及收益的,该掩饰、隐瞒行为是前一个犯罪行为的自然延续,为前一个犯罪行为所吸收,属于“不可罚的事后行为”,以前罪定罪处罚即可,不单独成立洗钱罪。因此,是否通谋是区分洗钱行为人是与上游犯罪行为成立共犯还是单独成立洗钱罪的关键:如果洗钱行为人事前与其上游犯罪行为人有通谋,事