

A Guide to Criminal Jurisdiction

姜伟/主编

本辑要目

【司法实务】

刑事证据运用的几个问题：控辩审三人谈
走私罪认定与处理的若干疑难问题研究

【证据运用】

盗窃罪侦破指南
指控挪用公款罪的最低证据标准

【法律释义】

最高人民法院《关于国家工作人员利用职务上的便利为他人谋取利益
离退休后收受财物行为如何处理问题的批复》的理解与适用

【疑案剖析】

被告人身份对共同犯罪定罪的意义
——析陈维仁、张萍脱逃案

【新罪评释】

操纵证券交易价格罪案例评释

2001年第1辑

(总第5辑)

刑事司法指南

法律出版社

刑事司法指南

2001年第1辑（总第5辑）

姜 伟/主编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法指南. 2001 年第 1 辑/姜伟主编. —北京:
法律出版社, 2001. 3

ISBN 7-5036-3365-4

I. 刑… II. 姜… III. 刑法-司法-中国-指南
IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 14751 号

出版·发行/法律出版社	经销/新华书店
责任编辑/陶 松	
印刷/北京宏伟胶印厂	
开本/880×1230 1/32	印张/6.75 字数/161 千

版本/2001 年 3 月第 1 版 2001 年 3 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/<http://www.lawpresschina.com>

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(市场营销部) 88414121(总编室)

88414933 88414934(读者服务部)

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-3365-4/D·3083

定价: 15.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

刑事司法指南

2001年第1辑 (总第5辑)

顾问委员会

总顾问: 高铭暄 陈光中 王作富
顾问: (以姓氏笔画为序)
龙宗智 刘绍武 张军 陈卫东
陈兴良 周振想 郎胜 南英
胡安福 赵秉志

编辑委员会

主编: 姜伟才 彭东
副主编: 阎敏
主编助理: 黄河
编委: (以姓氏笔画为序)
王军 王健 白贵 泉 史卫忠
李树昆 李景晗 张凤 艳 贺湘君
侯亚辉 聂建华 钱 舫 黄卫平
路 飞 鲜铁可

通讯编委: 苗生明 王秉山 马和琴 赵新华
王金录 杨树林 张义昭 胡秋飞
张东军 季刚 严正华 顾雪松
杨健民 欧秀珠 陈尚云 吕雪松
王永禄 赵铁民 常智余 徐新励
周腾 许玉成 孙治敬 吴永胜
张晓华 王成刚 樊民强 陈新
马学礼 徐树仁 张彩霞
谢饶多吉

执行编辑: 史卫忠 钱舫 侯亚辉 卜大军

目 录

【司法实务】

刑事证据运用的几个问题:控辩审三人谈

..... 张 军 姜 伟 田文昌 (1)

走私罪认定与处理的若干疑难问题研究

..... 徐秋跃 王建明 李文健 张相军 (28)

【证据运用】

盗窃罪侦破指南 李新成 (59)

指控挪用公款罪的最低证据标准

..... 苗生明 李继华 朱宏涛 (77)

【法律释义】

最高人民法院《关于国家工作人员利用职务上的便利

为他人谋取利益离退休后收受财物行为如何处理

问题的批复》的理解与适用..... 侯亚辉 (87)

【疑案剖析】

被告人身份对共同犯罪定罪的意义

——析陈维仁、张萍脱逃案..... 杨健民 钱 舫 (95)

【新罪评释】

操纵证券交易价格罪案例评释 王 健 (105)

【诉讼文书选登】

赵新峰故意杀人、抢劫案起诉书、公诉词、辩护词、 判决书·····	(113)
-------------------------------------	-------

【司法解释汇集】

2000年最高人民法院、最高人民检察院有关刑事法律的 司法解释·····	(133)
最高人民法院关于审理拐卖妇女案件适用法律有关问题的 解释·····	(133)
最高人民法院关于如何理解刑事诉讼法第二百一十三条中 “交付执行的人民法院”问题的批复·····	(134)
最高人民法院关于审理强奸案件有关问题的解释·····	(134)
最高人民法院关于对受委托管理、经营国有财产人员挪用国 有资金行为如何定罪问题的批复·····	(134)
最高人民法院关于刑事裁判文书中刑期起止日期如何表述问 题的批复·····	(135)
最高人民法院关于农村合作基金会从业人员犯罪如何定性问 题的批复·····	(135)
最高人民法院关于敲诈勒索罪数额认定标准问题的规定·····	(136)
最高人民法院关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用 法律若干问题的解释·····	(136)
最高人民法院关于审理毒品案件定罪量刑标准有关问题的解 释·····	(138)
最高人民法院关于审理破坏土地资源刑事案件具体应用法律 若干问题的解释·····	(140)
最高人民法院关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯 罪几个问题的解释·····	(142)
最高人民法院关于对为索取法律不予保护的债务非法拘禁他	

人行为如何定罪问题的解释	(142)
最高人民法院予以废止的 1999 年底以前发布的有关司法解释 目录(第三批)	(143)
最高人民法院关于国家工作人员利用职务上的便利为他人谋 取利益离退休后收受财物行为如何处理问题的批复	(145)
最高人民法院关于如何理解刑法第二百七十二条规定的“挪 用本单位资金归个人使用或者借贷给他人”问题的批复	(145)
最高人民法院关于审理伪造货币等案件具体应用法律若干问 题的解释	(146)
最高人民法院关于未被公安机关正式录用的人员狱医能否构 成失职致使在押人员脱逃罪主体问题的批复	(147)
最高人民法院关于严格执行案件审理期限制度的若干规定	(148)
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	(152)
最高人民法院关于审理单位犯罪案件对其直接负责的主管人 员和其他直接责任人员是否区分主犯、从犯问题的批复	(165)
最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干 问题的解释	(165)
最高人民法院关于审理抢劫案件具体应用法律若干问题的解 释	(167)
最高人民法院关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律 若干问题的解释	(168)
最高人民法院关于审理破坏野生动物资源刑事案件具体应用 法律若干问题的解释	(172)
最高人民法院关于对变造、倒卖变造邮票行为如何适用法律 问题的解释	(181)
最高人民法院关于审理黑社会性质组织犯罪的案件具体应用 法律若干问题的解释	(181)
最高人民法院关于适用财产刑若干问题的规定	(183)

最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定	(184)
最高人民检察院关于国家工作人员挪用非特定公物能否定罪 的请示的批复	(185)
最高人民检察院关于挪用公款给私有公司、私有企业使用行 为的法律适用问题的批复	(186)
最高人民法院 最高人民检察院 公安部 民政部 司法部 中华全国妇女联合会关于打击拐卖妇女儿童犯罪有关问题 的通知	(186)
最高人民检察院关于以暴力威胁方法阻碍事业编制人员依法 执行行政执法职务是否可对侵害人以妨害公务罪论处的批 复	(190)
最高人民检察院 司法部关于在刑事诉讼活动中开展法律援 助工作的联合通知	(191)
最高人民检察院关于《全国人民代表大会常务委员会关于〈中 华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》的时间效力 的批复	(193)
最高人民检察院关于印发《最高人民检察院 公安部关于适用 刑事强制措施有关问题的规定》的通知	(193)
最高人民检察院关于擅自销售进料加工保税货物的行为法律 适用问题的解释	(201)
最高人民检察院关于挪用尚未注册成立公司资金的行为适用 法律问题的批复	(201)
最高人民检察院关于合同制民警能否成为玩忽职守罪主体问 题的批复	(202)
最高人民法院 最高人民检察院关于对军人非战时逃离部队 的行为能否定罪处罚问题的批复	(202)

【司法实务】

刑事证据运用的几个问题： 控辩审三人谈

张 军 姜 伟 田文昌*

目 次

一、刑事案件的证明标准和证据体系问题

(一)刑事案件的证明标准问题

(二)如何理解“合理的怀疑”

(三)关于证据真实和客观真实

二、秘密取得的刑事证据的可采性问题

(一)秘密取得的视听资料可以作为刑事证据使用

(二)要把秘密取得证据的违法性与证据内容的客观真实性区分开

(三)只有秘密取得的原始的视听资料才能作为证据使用

三、行政执法机关收集的证据材料在刑事诉讼中的使用问题

(一)刑事诉讼中使用行政执法机关收集的材料要区分不

* 张军：最高人民法院刑二庭庭长；姜伟：最高人民检察院公诉厅厅长、博士生导师；田文昌：北京京都律师事务所主任、中华全国律师协会刑事辩护专业委员会主任。

同情况

(二)证据材料经转化和法庭质证才能作为定案依据

(三)非法取得的言辞以外的其他证据材料可以作为证据使用

一、刑事案件的证明标准和证据体系问题

(一)刑事案件的证明标准问题

田文昌(以下简称田):刑事案件的证明标准问题很值得重视。在司法实践中,经常会遇到将侦查线索和定案依据相混淆的情况。在刑事案件侦查中,侦查人员不应放过一切可疑的线索,必须运用合理推测。如果不进行合理推测,就有可能失掉破案的线索和机会。但一定要把合理推测和定罪的依据区分开。

张军(以下简称张):侦查机关在取证时,要特别注意收集物证。我们的观念应该转变,物证才是真正的证据之王,传统的所谓证据之王——口供,是很容易发生变化的。如果庭审中因相关物证没有收集到,证明被告人犯罪的证据不足,根据刑事诉讼法第162条第3项的规定,就不能认定被告人有罪。这等于宣告了此前侦查机关和公诉机关工作失败,也从诉讼程序方面表明我国刑事诉讼的中心和重心在于审判。

侦查机关执行刑事诉讼法的第一步就是侦查犯罪嫌疑人,一旦对犯罪嫌疑人采取了强制措施,接下来所有的工作都是为了证明其有罪,都是为了最终将其送上法庭。既然如此,侦查机关就要知道法庭定罪需要什么。法庭就是需要证据,实际上也就是用证据为侦查机关、公诉机关的工作服务,为证明侦查和起诉工作的正确性服务,这种正确性就体现在法庭上运用证据证明被告人有罪。如果法庭没有定罪,就表明侦查和起诉工作是错误的,侵犯了被告人的合法权益,根据国家赔偿法还得赔偿。刑诉法符合逻辑和诉讼科学的规定,把侦查机关的工作中心和重心明确下来了。在实

践中,许多同志往往就工作论工作,而没有认识到这项工作要达到的目的是什么。侦查工作绝不是检察院一批捕就万事俱备,批捕的条件是相对的,案件最终还得到法庭上检验。证明被告人犯罪的证据不足,就不能认定其有罪,法律上的结论就是被告人无罪。这在修改后的诉讼法中已有明确规定。法院在审理案件时也一定要转变传统观念,不能再像过去那样证据不足就判轻些——“疑罪从有”、“重罪从轻”。指控犯罪证据不足的责任在司法机关,证据不足必须宣告被告人无罪,如有新的证据可以重新起诉,绝不能仅凭直觉、推测定案。过去,这方面有过深刻的教训。

姜伟(以下简称姜):我同意张军的观点。法庭上主要是用证据证实案情,证据一定要全面,不能仅依靠口供,要尽可能在案发之后收集到全案证据。证据都是零散的,运用证据证明案件事实,就需要分析,这一分析判断是在现有证据的基础上作出的,绝不是主观推测。实践中曾出现过仅凭主观推测或根据孤证来推测犯罪的情况,这就使有些案件因证据不足被判了无罪。例如有一起故意杀人案,因为案发后被告人承认是自己杀的人,侦查机关就没有进行尸体解剖鉴定,没有勘验犯罪现场,也没有找到犯罪工具,仅凭被告人的口供和被告人与被害人矛盾的事实,就认定他杀人。法庭审判时,被告人跪着表示忏悔,这表明屈打成招的可能性很小。但律师提出了反对意见,认为没有作案现场的勘验笔录,没有作案凶器,没有现场目击者,仅凭被告人供述,不能认定其有罪。最后,法院以证据不足宣告被告人无罪。从被告人下跪这个情节来分析,可能是其发自内心的忏悔,但下跪不是证据。侦查人员、公诉人不能从推测认定犯罪,不能因为被告人供述了就不收集其他证据,要有证据:第一,要有法庭意识,收集证据是为了能够在法庭上证明被告人有罪,所以要全面收集证据;第二,要设法固定证据,因为证据会发生变化,特别是被告人供述和证人证言经常会发生变化,所以要设法固定证据,可采取由被告人书写亲笔供词、在

讯问时给被告人录音录像等方法。

田:有很多国家,在审讯过程中全程录像。

姜:是的。但我们国家条件不同,不可能所有案件都全程录像。但对一些重大案件,比如故意杀人案件,一定要想办法解决录音录像问题,因为人命关天。杀人案件宣判无罪,社会效果也不好。

下面我谈谈证明标准问题。没有证据不能定案,孤证不能定案,这是司法原则已确定的。现在实践中出现的问题,主要是如何理解定案的证明标准。若要求证据体系完全排他,只能得出惟一结论,是不现实的。诉讼理论提出对刑事案件证据体系的认定标准是要排除合理的怀疑,也就是说辩方对控方提出的证据体系提出怀疑要具有合理性、要合情合理或者要有证据支持。司法实践中,有时辩方提出的怀疑并不合理。比如一起受贿案,一个包工头去给某单位掌握工程发包权的厂长送钱,送钱时共去了三个人,包工头、司机和会计。当包工头和会计拿着五万元钱走到厂长住的楼下时,因包工头怕两个人上去送钱厂长可能不要,就让会计在楼下等,自己上了楼。包工头进屋和厂长谈了谈,把钱给了他,下楼后,对会计说给完钱了,就上车走了。案发以后,发包单位的厂长不承认收了五万块钱。控方提出下列证据:第一,有司机、会计作证,这是间接证据;第二,事后,工程也发包给这个包工头;第三,从厂长家搜出五万元钱的存折。但律师提出怀疑,认为包工头上楼时把钱装到自己口袋里,根本没给厂长。我认为,虽然律师可以提出这样的怀疑,但这种怀疑并不合理:第一,包工头求厂长发包工程,能把钱装进自己腰包吗?按常理来看,肯定要给厂长,毕竟是求人办事;第二,事后确实把这工程发包给了包工头;最后,厂长家中正好在那段时间存了五万块钱。我认为,在这种情况下认定厂长受贿应该比较确定,但律师却提出公诉人的证据体系没有得出惟一的结论。证据结论的惟一性、排他性应当怎么理解,要有个合

理的范围,不能盲目怀疑。

田:也不排除这种情况,比如两个人给厂长送钱,一个人在楼下等着,另一个人上楼把钱交给厂长,但厂长是个廉洁的人,坚决不收。于是上楼的人就自己把钱收了起来,别人也不知道。

姜:但这种怀疑是不是合理,关键就在于此。

(二)如何理解“合理的怀疑”

张:刚才姜伟提到的案件,涉及到对“合理怀疑”如何理解、判断。从介绍的情况看,厂长在那段时间在银行存了五万元钱。如果厂长不能说出在包工头行贿后自己家中还有其他五万元钱的来源,那么在一般情况下就可以认定其有罪,但还有特殊情况。比如,被告人恰好在包工头送钱后抢了五万元,他就会考虑,如果说这五万元钱是抢来的,就会被判十年以上的刑罚,要是抢钱过程中把人打伤或打死了,可能被判死刑,于是他宁肯承认这五万元是受贿得来的。虽然这种可能性极小极小,但是不能排除。如果没有被告人事后存款的证据,此案肯定不能定。因为在司法实践中,存在着行贿人把行贿款私吞却谎称已把钱送出的情况。在上述案例中,如果被告人是很廉洁的人,没有收钱也完全可以按规定把工程发包给包工头,所以不能以工程发包给行贿人了,就以此作为被告人受贿的证据,这只能作为参考。因此,我认为,被告人将五万元钱存到银行是个比较有力的证据,但并不能完全排除所谓的“合理怀疑”,即这五万元钱也有可能不是受贿所得。

姜:但这种假设是否属于合理的怀疑?

张:应当排除一切可能不真实的情况。

姜:如果这样认为就太绝对了。如何理解合理的怀疑?从理论上讲,各种假设都会存在。如某国家工作人员有来源不明的巨额财产,那也不一定是贪污受贿所得,可能是卖淫所得,如果被告人不愿说出真情,那就要定巨额财产来源不明罪?

张:这种情况就可以认定,因为巨额财产来源不明罪应由被告

人承担举证责任。巨额财产来源不明罪,实质上应称做巨额财产无证据证明合法罪,即被告人把自己的巨额财产的来源说清楚了,侦查机关查不清楚也可以定罪,并不是巨额财产本身来源不明。巨额财产来源不明是指被告人承认确实说不清楚,侦查机关也查不清楚。司法实践中虽允许被告人说清楚财产的合法来源,但如果司法机关查不清楚,就可以定罪。举个例子,被告人自己捡了一笔十五万元的巨款,因为当时没人看见,没有证人证实是捡来的,他自己也无法证明,虽然如此,也只能认定。因为任何一个被告人都可以讲,自己家里的巨额财产是卖了祖传的孤本邮票或古董得来的,这能查清楚吗?绝对查不清,但是必须要认定。这样理解和执行刑法第395条巨额财产来源不明罪,显然不是立法的本意,但在客观上只能如此执行。

姜:理论上的假设和对指控的证据体系合理性的怀疑是有区别的,关键是对“合理”要有正确的界定。一般的原则是,不能无端怀疑他人有违法的行为,这是前提。公诉机关指控被告人有罪是因为有相关证据证明其实施了犯罪行为。包工头去给厂长送钱,自己却把钱私吞了,理论上可能存在这种情况,但这种怀疑不能在没有任何证据的情况下提出,怀疑必须得有依据。对一个人的违法行为,特别是可能构成犯罪的行为,不能无端地提出怀疑。

张:在上述案例中,从利害关系上看,行贿人承认将五万元送给了被告人对自己更有利。如果行贿人讲没有送钱,那就等于承认自己把钱侵吞了,那他就是贪污,就是侵占,承担的罪责就更大。因此,从个人利害关系上看,行贿人有可能私吞行贿款。从实践来看,虽然行贿人拿了五万块钱上楼,但被告人确实没有收到,这也完全有可能。在司法实践中,还发生过另一种情况。行贿人虽然拿着五万元上楼,但自己留下两万元,只送给被告人三万元。后来被告人恰恰有两万块钱的其他收入,但因为其他不可告人的原因不愿讲这两万元的来源。在这种情况下,即使认定被告人犯受贿

罪,也只能定三万。

姜:这些都是分析,没有根据。

张:但既然有这种可能,又没有排除这种可能,就不能定案。

田:姜伟讲的合理性是逻辑上的问题,即指控被告人犯罪是否符合逻辑,其观点成立的几率有多大。我和张军所强调的合理性是定罪原则的合理性。在法庭上也经常出现这种情况,比如,控方提出的证据确实非常合理,公诉人的推断、推测、分析非常合理。按照常理,按照正常的逻辑关系分析,作为一般的辩论,不是法庭上的辩论,这种分析是相当有说服力的。但从定罪原则的角度考虑,这种分析却不一定正确。定罪原则要求认定被告人有罪必须以法律规定的证据为基础,当一种可能性不能被排除的时候,即使存在认定被告人有罪的合理性,也不能将其作为定案的依据。所以,侦查的思路、侦查的线索、侦查当中一切合理的怀疑,与作为定案依据的证据之间具有原则性的区别。在上述案例中,从一般逻辑上看,律师提出的问题似乎有刁难之嫌,因为正常情况下行贿人私吞行贿款的行为不太可能发生。但从定罪的原则来看,是否有这种可能性呢?如果律师提出的问题根本就不可能,其主张就没有合理性。然而且不说实际上有类似的事情发生,就是仅从分析上看也存在这种可能性,公诉人指控被告人有罪的证据就没有排他性。这实际上是一个价值取向的问题。在这种情况下,是宁可从一个合理性的角度来认定被告人有罪,可能冤枉了他,还是宁可不定,可能放纵了他?实际上最后谁也不能说自己肯定是正确的,关键就是价值取向问题。

这样的情况在司法实践中经常可以遇到,很有讨论价值。还有这样一个案例,一个文工团的导演,在排练过程中突然失踪,后来发现是电梯出了故障,导演在电梯间踏空身亡。导演的妻子一直对其死因有怀疑,她发现丈夫身上有伤,就怀疑是被团长推落而死。事实上,团长与导演之间在工作上确有害冲突。但是,从现

有材料也难以排除意外事故的可能性。由于没有有力的证据指控团长有罪,所以该案始终没能起诉。这个案例也说明,在两种可能性并存的情况下,尽管具有合理怀疑,也不能离开证据原则去认定犯罪。价值取向只能是无罪推定原则。

姜:我历来主张排除合理的怀疑,不是一切怀疑,这是我们的一个分歧。被告人及其辩护人可以作出假设,假设是否合理最终也应由审判长判断。但是,判断得有依据,如果怀疑一个人实施了违法行为就应有一定的证据支持,这种怀疑才是合理怀疑。就像(田)文昌讲的案例,如果有一定证据支持,这种怀疑就是合理的。但张军讲的那种情况,如果说被告人的钱可能是抢劫来的,又没有任何抢劫的证据,这就不在合理的范围内。在这个意义上,如果按张军讲的逻辑,只要存在“一对一”的情况,只要受贿方不承认,任何受贿罪都不可能认定。

张:也不尽然。

姜:如果受贿人不承认,辩方提出合理范围外的怀疑,能认定吗?

张:有一个真实的案件。行贿人讲自己确实把钱给了被告人,钱用报纸包着。结果在被告人的办公室找到了这张报纸的一半,另一半在行贿人手里。后来被告人也把这些钱存到了银行。

姜:但对此案也可以提出怀疑,被告人可以辩称行贿人送来的是用报纸包着的一个笔记本。

张:被告人拿不出笔记本。

姜:但被告人可以讲是其他东西,这种怀疑都可以存在。通过此案,我想说明,怀疑在任何情况下都可以提出,但要分析怀疑是否合理,不能盲目怀疑。不然,只要被告人否认,任何案件都可以提出怀疑。

田:在这个问题上,控辩双方是不平等的,在质证问题上肯定是辩方优于控方。只要辩方破除了控方的证据链,那么辩方提出

的怀疑就是合理的。相反,如果控方证据很扎实,辩方就不可能攻破,在法庭上这样的证据也并不少见,这种情况下辩方的反驳就没有合理性。

姜:关键是怀疑要有证据支持。

张:没有证据支持就不能够提出合理怀疑,这不合适。

姜:合理的怀疑要有一定范围。如果怀疑对方实施了违法行为就必须有证据支持。

田:姜伟提到的怀疑,是指辩方提出了类似于指控的怀疑。

姜:是对指控的怀疑。我的观点是,提出质疑要有合理的范围,不能盲目地、无端地指责他人有违法行为从而为被告人开脱罪责。国外也有排除合理怀疑的原则,排除合理怀疑不是排除一切怀疑,任何案件都不能做到排除一切怀疑。虽然辩护方可以提出可能出现的任何怀疑,但诉讼要有规则,对合理的范围要有界定,不能认为辩方提出的任何可能性都是合理的,特别是在用一个人可能有违法行为来否认被告人本身的违法犯罪行为时,一定要有证据。比如,辩方提出被告人因侦查机关刑讯逼供而作了有罪供述,如果确实有证据证实,被告人的供述就不能成立。如果没有任何证据证明存在刑讯逼供的情况,被告人翻供了,其他证据又无法印证,就不能无端怀疑侦查机关进行了刑讯逼供。总之,没有证据支持的无端怀疑不属于合理的怀疑。

田:这就涉及到举证原则。举个例子,甲从单位里拿了一笔钱而没有归还,有证据证明是甲拿的,因此甲有贪污的嫌疑。当问到甲时,甲说把钱给了乙,乙又说把钱给了丙,可是丙却不承认拿了钱。那么究竟是谁占有了这笔钱?在这么多的环节中,基本举证责任由谁承担?如果都说不清楚怎么办?认定甲,认定乙,还是认定丙?

姜:这时控方就要分析,甲这样做的原因是什么?是为单位承包工程给他人送礼,还是为了买官、要官?但认定这些事实都要有