

【指导案例】

杨春过失致人死亡案〔第635号〕

——如何区分过失致人死亡罪与故意伤害罪（致死）

包占龙贩卖毒品案〔第639号〕

——在毒品犯罪案件中，如何区别侦查机关的“犯意引诱”和“数量引诱”？对不能排除“数量引诱”的毒品犯罪案件能否适用死刑立即执行

方惠茹传播淫秽物品牟利案〔第641号〕

——以牟利为目的与多人进行网络视频裸聊的行为如何定罪

【刑事立法、司法规范】

《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》理解与适用

【实务探讨】

罪质分析法与转换定罪规则的适用

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

2010年第4集 • 总第 75 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. 2010年第4集:总第75集/最高人民法院刑事审判一至五庭主办. —北京:法律出版社, 2010.12

ISBN 978-7-5118-1517-0

I. ①刑… II. ①最… III. ①刑事诉讼—审判—中国—参考资料 IV. ①D925.218.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第239787号

© 法律出版社·中国

责任编辑/孙慧

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/8.375 字数/217千

版本/2011年1月第1版

印次/2011年1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 978-7-5118-1517-0

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)

2010年第4集·总第75集

刑事审判参考

编辑委员会

主 任：张 军

副 主 任：熊选国 南 英 黄尔梅

委 员：（姓氏笔画为序）

叶晓颖 吕广伦 朱和庆 李 勇 沈 亮
张 明 周 峰 杨万明 苗有水 高贵君
党建军 耿景仪 韩维中 裴显鼎 颜茂昆
薛淑兰 戴长林

主 编：熊选国

副 主 编：周 峰 裴显鼎 戴长林 杨万明 高贵君

执行编辑：冉 容 刘晓虎 孙 江 陆建红 方文军

特邀编辑：

赵德云（北京） 贺平凡（上海） 李 伟（天津）
袁胜强（重庆） 史景山（黑龙江） 姜富权（吉林）
姜 阳（辽宁） 梁国裕（内蒙古） 张忻如（山西）
陈庆锐（河北） 张正智（山东） 吴远阔（安徽）
孙公幸（浙江） 楼建群（江西） 茅仲华（江苏）
王成全（福建） 程慎生（河南） 姚智明（湖北）
李宇先（湖南） 傅曜天（广东） 黄翰绅（海南）
张柚生（广西） 袁彩君（四川） 申庆国（云南）
张永成（贵州） 李勇强（陕西） 杨树宏（宁夏）
朱文忠（甘肃） 王新林（青海） 桑 布（西藏）
洪 流（新疆） 蒲硕棣（军事法院）

编辑说明

《刑事审判参考》系最高人民法院刑事审判庭主办的业务指导和研究性刊物,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、研究人员的广泛肯认和欢迎。

《刑事审判参考》作为最高人民法院用以指导全国各级人民法院刑事审判工作的唯一刊物,由最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭共同主办,最高人民法院张军副院长担任编辑委员会主任,熊选国副院长、南英副院长和黄尔梅委员担任副主任。熊选国副院长任主编,五个刑庭庭长任副主编。

2010年的《刑事审判参考》仍为双月刊,全年共出版六集,设有以下栏目:

【指导案例】选择在认定事实、采信证据、适用法律和裁量刑罚等方面具有研究价值的典型案例,详细阐明裁判理由,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。

【刑事立法、司法规范】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,并配发起草同志撰写的理解与适用文章,为司法实践中准确适用提供指南。

【刑事政策】最新的刑事司法政策,如最高人民法院院领导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等。

【审判实务释疑】最高人民法院刑事审判庭解答在刑事审判工作中具有普遍指导价值的法律适用问题。

【编辑部答疑】编辑部解答题者在刑事司法工作中遇到的疑难问题。

【学术前沿】摘要刊登近期刑事法学界各种刑事实务观点,及时跟踪学术信息,为刑事司法人员提供最新理论参考。

【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;地方各级人民法院在刑事审判工作中对于某些问题的处理政策和意见等。

【实务探讨】针对刑事司法工作中必须解决的疑难、复杂问题,刊登相关学者与司法人员的研究文章,为刑事司法工作人员提供解决相关问题的思路。

【法规和规章】刊登与刑事司法工作密切相关的法律、行政法规和部门规章。

【大案传真】刊登在社会上影响较大的案件的有关裁判文书,及时传递大要案、热点案件的审判信息。

【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,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

目 录

【指导案例】

吴芝桥非法制造、买卖枪支、弹药案[第 631 号]

——如何认定非法制造、买卖枪支、弹药罪的“情节严重”…………… 杨 华 丁成飞(1)

薛洽煌非法经营联邦止咳露案[第 632 号]

——非法经营药品犯罪案件中情节特别严重的认定
…………… 陆汉杰 陈少旭(9)

焦祥根、焦祥林故意杀人案[第 633 号]

——以欺骗手段诱使他人产生犯意,并创造犯罪条件的,构成共同犯罪…………… 闫宏波 翁彤彦(16)

龙世成、吴正跃故意杀人、抢劫案[第 634 号]

——共同抢劫杀人致一人死亡案件,如何准确区分主犯之间的罪责…………… 徐 琛(24)

杨春过失致人死亡案[第 635 号]

——如何区分过失致人死亡罪与故意伤害罪(致死)
…………… 徐振华 徐竹芄(31)

林明龙强奸案[第 636 号]

——在死刑案件中,被告人家属积极赔偿,取得被害方

- 谅解,能否作为应当型从轻处罚情节……………夏建勇(37)
- 张红亮等抢劫、盗窃案[第637号]
- 劫持被害人后,要求被害人以勒索之外的名义向其
家属索要财物的行为,如何定性……………牛克乾 郭彦东(43)
- 傅伟光走私毒品案[第638号]
- 在毒品犯罪案件中,如何认定行为人的主观明知?
对走私美沙酮片剂的犯罪行为如何适用量刑情节
……………陈 剑 黄超荣(58)
- 包占龙贩卖毒品案[第639号]
- 在毒品犯罪案件中,如何区别侦查机关的“犯意
引诱”和“数量引诱”?对不能排除“数量引诱”的
毒品犯罪案件能否适用死刑立即执行……………王亚凯(65)
- 邵春天制造毒品案[第640号]
- 跨国犯罪案件如何确定管辖权和进行证据审查
……………王军强 冯 姗(72)
- 方惠茹传播淫秽物品牟利案[第641号]
- 以牟利为目的与多人进行网络视频裸聊的行为如
何定罪……………聂昭伟(80)
- 钱银元贪污、职务侵占案[第642号]
- 如何理解村基层组织人员协助人民政府从事“国
有土地的经营和管理”……………孙 炜 范 莉(87)

【刑事立法、司法规范】

最高人民法院

- 关于在经济犯罪审判中参照适用《最高人民检察
院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追
诉标准的规定(二)》的通知……………(94)

关于印发《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》的通知	(96)
最高人民法院 公安部	
关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)	(97)
《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》理解与适用	陈国庆 韩耀元 吴峤滨(127)

【经验交流】

贿赂犯罪法律适用问题解答	上海市高级人民法院刑二庭调研报告(159)
涉外刑事案件法律适用问题解答	上海市高级人民法院刑二庭调研报告(162)
数罪并罚法律适用问题解答	上海市高级人民法院刑二庭调研报告(168)

【实务探讨】

罪质分析法与转换定罪规则的适用	黄祥青(173)
-----------------	----------

【大案传真】

周小弟等故意伤害、非法倒卖土地使用权、懿德公司非法倒卖土地使用权案	
-----------------------------------	--

- 上海市第一中级人民法院刑事判决书 (188)
- 上海市高级人民法院刑事裁定书 (229)

【指导案例】

[第 631 号]

吴芝桥非法制造、买卖枪支、弹药案

——如何认定非法制造、买卖枪支、弹药罪的
“情节严重”

一、基本案情

被告人吴芝桥，男，1978 年 3 月 28 日出生，农民。因涉嫌犯非法制造、买卖枪支、弹药罪于 2007 年 12 月 28 日被逮捕。

浙江省宁波市人民检察院以被告人吴芝桥犯非法制造、买卖枪支、弹药罪，向宁波市中级人民法院提起公诉。

被告人吴芝桥对指控的大部分事实无异议。辩护人对指控的事实和罪名均无异议，但提出吴芝桥非法制造、买卖枪支、弹药的行为没有造成严重后果，其认罪态度较好，主观恶性较小等，并以此为由请求对吴从轻处罚。

宁波市中级人民法院经公开审理查明：

2006 年 5 月，同案被告人周鑾弘、许利军（均已判刑）在广东省肇庆市商议非法制造枪支出售，后许利军欲介绍被告人吴芝桥加入，吴表示同意。同年 7 月，吴芝桥到肇庆市与周鑾弘、许利军商议，由吴芝桥、许利军制造枪支，周鑾弘提供枪弹并贩卖，利润平分。随后，吴芝桥出资租房作为制造枪支场所并购买制造枪支所

用的电焊机、车床、锉刀等设备、工具,在周鑒弘提供枪样后又与许利军制作枪械部件图纸,并与周鑒弘联系了制造枪械部件的四家加工点。吴芝桥与许利军对加工点生产出的枪械部件再行加工、组装,制造出猎枪及仿六四式手枪。这一年度,共制造枪支10余支,大部分枪支被吴芝桥销往浙江省慈溪市,少量枪支由周鑒弘出售。2007年年初,许利军因故退出,吴芝桥雇用同案被告人杨峻和(已判刑)及杨效袭(在逃)继续非法制造猎枪及仿六四式手枪销售,并从周鑒弘处购买枪弹。

被告人吴芝桥在广东省肇庆市非法制造出枪支后,到浙江省慈溪市周巷镇找到同案被告人吴洪有、燕子桥(均已判刑),商定将枪支、子弹卖给吴、燕二人。自2006年9月开始,吴芝桥将非法制造的枪支配上周鑒弘提供或从周处购得的枪弹,通过周鑒弘介绍的肇庆市全通货运服务公司托运至慈溪市。吴洪有、燕子桥提货后,分别伙同同案被告人余勇、杨雪令(均已判刑)将枪支非法出售给同案被告人胡向伟、陈高万、王东祁、王贤刚(均已判刑)、“阿辉”(在逃)等人,或通过同案被告人周杰、万强华(均已判刑)介绍,再非法出售给同案被告人鲁华赞、许奔奔、金永芳(均已判刑)及另案处理的徐强、饶天中、柳力、张建军、陈祖庚、张清双(均已判刑)、赵艳红(在逃)等人,或由同案被告人田杰、叶文根、杨满香、袁静安、王镇江、黄立(均已判刑)等人非法持有。2007年9月6日,陈祖庚、张清双、张建军等人在浙江省永康市为争夺赌客与他人发生冲突,携带从陈高万处购买的吴芝桥所制3支猎枪并开枪射击,致三人重伤、一人轻伤。

被告人吴芝桥非法制造、买卖猎枪、仿六四式手枪共计50余支、枪弹约200发。其中,公安机关在吴芝桥、周鑒弘的租房查获猎枪6支及猎枪弹77发、手枪9支,查获已售出的猎枪16支及猎枪弹68发、手枪9支及手枪弹18发。经鉴定,查获的22支猎枪均系唧筒式猎枪,18支手枪均系仿六四式手枪,均以火药为动力

发射弹丸,有杀伤力;查获的145发猎枪弹均系12号标准猎枪弹,18发手枪弹均为制式六四式手枪弹,均有杀伤力。

宁波市中级人民法院认为,被告人吴芝桥违反枪支管理规定,非法制造、买卖枪支、弹药,情节严重,其行为构成非法制造、买卖枪支、弹药罪。其所制造的枪支大部分流入社会,给社会安全带来极大隐患,且已造成三人重伤、一人轻伤的严重后果,依法应予严惩。依照《中华人民共和国刑法》第一百二十五条第一款、第二十五条第一款、第二十六条第一款、第五十七条第一款、第六十四条和《最高人民法院关于审理非法制造、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》第一条第二项、第三项,第二条第一项、第四项之规定,判决如下:

被告人吴芝桥犯非法制造、买卖枪支、弹药罪,判处死刑,剥夺政治权利终身。

一审宣判后,被告人吴芝桥及其辩护人上诉提出:原判部分事实不清,部分缴获在案的枪支与其制造的枪支有区别,所制造的枪支杀伤力有限,且在制造枪支共同犯罪中的作用较小等,请求从轻处罚。

浙江省高级人民法院经二审审理认为,原判认定事实清楚,证据确实、充分。经鉴定,缴获的枪支枪身标识均与加工点查获的模板标识一致,且均有杀伤力。吴芝桥在共同犯罪中的作用大于同案被告人。被告人吴芝桥违反枪支管理规定,非法制造、买卖枪支、弹药,其行为构成非法制造、买卖枪支、弹药罪,且犯罪后果特别严重,情节特别恶劣,应认定构成情节严重。原判定罪及适用法律正确,量刑适当,审判程序合法。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第一项之规定,裁定驳回上诉,维持原判,并依法报请最高人民法院核准。

最高人民法院经复核认为,被告人吴芝桥违反国家枪支管理规定,结伙非法制造、买卖枪支、弹药,其行为构成非法制造、买卖

枪支、弹药罪。吴芝桥非法制造、买卖枪支、弹药数量大,大部分流入社会,有部分枪支被不法分子购买后用于违法犯罪,已造成多人受伤的严重后果,犯罪性质恶劣,情节严重,对公共安全危害极大,且在共同犯罪中起主要作用,系主犯,应当依法严惩。第一审判决、第二审裁定认定的事实清楚,证据确实、充分,定罪准确,量刑适当,审判程序合法。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百九十九条和《最高人民法院关于复核死刑案件若干问题的规定》第二条第一款之规定,裁定核准浙江省高级人民法院维持第一审对被告人吴芝桥以非法制造、买卖枪支、弹药罪判处死刑,剥夺政治权利终身的刑事裁定。

二、主要问题

1. 如何认定非法制造、买卖枪支、弹药罪的“情节严重”?
2. 非法制造、买卖枪支、弹药罪如何适用死刑?

三、裁判理由

(一)非法制造、买卖枪支、弹药罪“情节严重”的认定

涉枪、涉暴犯罪历来是打击的重点。近年来,随着治安形势的变化,涉枪、涉暴犯罪活动呈逐年增多的趋势。据统计,2005年至2009年全国法院受理的非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物案件及非法持有、私藏枪支案件均呈总体增多的趋势。由于枪支、弹药、爆炸物的杀伤力与破坏力相当大,一旦流散社会,可能成为犯罪分子进行暴力犯罪的作案工具,严重威胁人民群众生命财产安全,也给社会治安埋下隐患。保持对涉枪、涉暴犯罪高压态势,坚决遏制此类犯罪,是人民法院刑事审判工作的一项重要任务。

我国刑法第一百二十五条第一款规定:“非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物的,处三年以上十年以下有期徒刑;情节严重的,处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。”2001年5月15日发布、2009年11月16日修正的《最高人民法

院关于审理非法制造、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》(以下简称《解释》),对非法制造、买卖枪支、弹药罪的定罪标准和“情节严重”的认定均作了相对明确的规定。根据《解释》第一条第二项、第三项的规定,“非法制造、买卖、运输、邮寄、储存以火药为动力发射枪弹的非军用枪支一支以上”或者“非法制造、买卖、运输、邮寄、储存军用子弹十发以上、气枪铅弹五百发以上或者其他非军用子弹一百发以上”,即可以非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪定罪处罚。对何谓本罪情节严重,《解释》第二条第一项、第四项作了明确规定。《解释》第二条第一项规定:“达到上述规定的最低数量标准五倍以上的,属于刑法第一百二十五条第一款规定的‘情节严重’。”第二条第四项规定:“达到第一条规定的最低数量标准,并具有造成严重后果等其他恶劣情节的,也属于‘情节严重’。”

从上述规定可以看出,认定非法制造、买卖枪支、弹药罪是否达到“情节严重”的程度,有单纯数量标准和数量加情节标准两种。单纯数量标准是枪支、弹药数量达到入罪最低数量标准的五倍以上即构成“情节严重”;数量加情节标准是数量达到入罪标准而尚未达到五倍以上,但具有造成严重后果等其他恶劣情节的,也构成“情节严重”。单纯数量标准不难掌握,但对“造成严重后果等其他恶劣情节”的理解和适用容易出现分歧。在实践中,“其他恶劣情节”包括:枪支弹药流散到社会后是否造成人身伤亡的结果;是否针对妇女、儿童等特定对象犯罪;非法制造、买卖的枪支、弹药是否被他人用于犯罪活动;是否出于自己实施犯罪的目的或者意图为犯罪分子提供枪支、弹药而非法制造、买卖枪支、弹药等等。本案中,被告人吴芝桥非法制造、买卖枪支50余支已达到最低数量标准五倍以上,且具有造成三人重伤、一人轻伤的严重后果,应当认定为“情节严重”情形。

（二）非法制造、买卖枪支、弹药罪适用死刑必须达到情节特别严重

非法制造、买卖枪支、弹药罪“情节严重”的，是判处十年以上有期徒刑至死刑的前提条件，而要判处死刑，除了数量达到“情节严重”的标准外，还要达到情节特别严重。把握情节特别严重，要根据非法制造、买卖枪支、弹药的数量，犯罪情节，危害后果，被告人的主观恶性，人身危险性，在共同犯罪中的地位，作用以及当地社会治安形势等因素综合考虑。只有对那些罪行极其严重、社会危害极大，依法应当判处死刑的，才能判处死刑。就本案而言，应当综合以下几个方面的因素考虑被告人的量刑问题：

1. 非法制造、买卖枪支、弹药的数量

在涉枪案件中，非法制造、买卖枪支、弹药的数量在一定程度上反映了犯罪行为对社会危害程度的大小。在本案中，被告人吴芝桥等人非法制造、买卖猎枪、仿六四式手枪多达50余支，枪弹约200发，为近年来全国涉枪案件所罕见，远高于“情节严重”的数量标准。需要强调的是，本案核准死刑的枪支数量是50余支，并不意味着该数量就是判处死刑的量刑标准，即并不是涉枪案件超出50支的就要判处死刑，或者低于50支的就不判处死刑。枪支、弹药数量是量刑的重要情节，但不是唯一情节，是否判处死刑，还要综合考虑数量以外的其他严重情节。

2. 非法制造、买卖枪支、弹药的规模

非法制造、买卖枪支、弹药的规模直接体现了该行为对社会的危害程度。一般而言，有组织地进行制、售“一条龙”式的非法制造、买卖枪支、弹药行为的危害要大于单个行为人实施的制造、买卖枪支、弹药的行为。本案被告人吴芝桥与同案被告人在制、售枪支、弹药的过程中，形成了相对固定的制、售枪支、弹药的犯罪团伙。吴芝桥与周鑑弘、许利军商议造枪并做出分工，购买了制造枪支的设备和工具，联系加工点；加工并组装枪支。制造出枪支后，

吴芝桥再联系吴洪有、燕子桥,吴、燕二人又分别伙同余勇、杨雪令将枪支非法出售他人,或通过周杰等人介绍再次非法出售他人。本案被告人达20余人,涉案人数之多、规模之大在全国并不多见,因此,与一般制造、买卖枪支、弹药的案件相比,吴芝桥的犯罪情节更恶劣。

3. 造成危害后果的严重程度

从本案来看,非法制造、买卖枪支、弹药行为的危害后果主要体现在两方面:一是非法制造、买卖的枪支、弹药流入社会,对社会造成潜在的威胁。如果行为人非法制造枪支后尚未来得及出卖即被收缴,或虽卖出但案发后全部收缴,其危害后果相对较小;如果非法制造、买卖的枪支、弹药流入社会的数量较大,虽没有发现造成实际严重后果,但对社会造成较大的潜在危害,危害后果就相对严重。二是行为人非法制造、买卖的枪支、弹药被用于违法犯罪并已造成严重后果。非法制造、买卖枪支、弹药的犯罪行为具有特殊性,行为人制造、买卖的枪支、弹药可能成为实施暴力犯罪的工具,尽管持枪暴力犯罪的严重后果可能是本人也可能是他人造成的,但行为人在非法制造、买卖枪支、弹药时,对其行为可能造成枪支、弹药在社会上流散,从而可能引发其他严重后果在主观上应当明知,因此,这种相关联的严重后果也要纳入犯罪的危害后果予以评价。本案中,被告人吴芝桥共出售枪支37支、枪弹110余发,大部分枪支、弹药被社会闲散人员购买,除依法收缴的外,尚有10余支枪、30余发子弹流入社会,下落不明,对社会治安构成潜在的威胁。同时,还查明,他人携带吴芝桥所制造的3支猎枪参与械斗并开枪射击,已经造成三人重伤、一人轻伤的严重后果,故吴芝桥实施的犯罪行为危害后果特别严重。

4. 其他严重情节

非法制造、买卖枪支、弹药的行为人是否具有其他主客观方面的严重情节,也应在量刑时予以考虑,包括犯罪动机、有无前科、是