

XINGSHI YINAN ANLIYU FALI PINGXI

刑事疑难案例与 法理评析

黄文艾 / 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

刑事疑难案例与 法理评析

XINGSHI YINAN ANLIYU FALI PINGXI

主编 / 黄文艾

编辑 / 刘天响 刘婵秀 黄广进



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事疑难案例与法理评析 / 黄文艾主编. —北京:
法律出版社, 2009. 12
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0170 - 8

I. ①刑… II. ①黄… III. ①刑事犯罪—案例—分析—中国 IV. ①D924.305

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 216232 号

刑事疑难案例与法理评析

黄文艾 主编

策划编辑 刘伟俊
责任编辑 张琳
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 A5
版本 2009 年 12 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京民族印务有限责任公司

印张 10.375 字数 285 千
印次 2009 年 12 月第 1 次印刷
编辑统筹 独立项目策划部
经销 新华书店
责任印制 张宇东

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0170 - 8

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

我国是一个制定法国家,司法活动的过程是将国家制定的成文法适用于案件事实的过程。司法的过程表明,从法律条文(大前提)和案件事实(小前提)之中推导出案件结论的过程其实是一个异常复杂的过程。一方面由于法律条文总是对具体事物的抽象概括,将抽象的法律运用于具体案件的过程必定是一个从法律的多种可能含义中撷取合理含义的过程;另一方面由于法律一经产生就几乎无可避免地滞后于现实,新的社会关系不断产生,新的案件不断出现,如何在法律字面规定尚未修订之时将其运用于新生的案件类型,又必然存在一个解释法律的过程。不仅如此,案件事实总是发生在过去,需由一系列证据证成,而司法者通过客观证据“还原”案件事实的过程又必然是一个主观活动的过程,它不可避免地受到司法者对法律的理解以及司法者的习惯、情感、价值观等主观因素的影响,因此面对完全相同的证据,不同的人会对案件事实得出完全不同的结论。以鲜活真实的案例为载体,在剖析案例的过程中可以将司法者如何在抽象的法律条文和具体的案件事实之间找到通往正义的曲折而艰辛的道路展现在读者面前,可以为人们提供法律人运用法律的真实图景和动态过程。

剖析案例的另外一个重要意义还在于它为推动法律的统一适用、促进同案同判提供了一个观点交流的平台。法治社会的基本要求之一就是同等情况同等对待,同案同判。由于诉讼各阶段司法人员都不同程度地实际享有自由裁量权;我国的法律传统和制定法在法律渊源中占绝对主导地位的现实决定了我国在相当长的时间内还不太可能建立判例法制度,目前案例指导制度正在培育之中,因此“同案同判”

作为一种目标仍然需要社会各界付出长期的努力。在诉讼活动之外,司法人员将具体案件作为分析标本,对案件所涉及的法律问题进行理论上的探索和研究,对每一起案件的办理是否适当进行剖析,对后来者提供启示,为做到“同案同判”提供思想交流的空间。本书所选取的案例都是真实发生的案件,其中不乏两个乃至三个案例的作者都是围绕同一个法律疑难问题展开论述的;有的案例在全国、全省范围内曾经有相近或者相同的情形发生,通过作者的收集、整理和比较,无疑为“同案同判”积累了素材,提供了思考的方向。只有通过具体案件的处理,不断总结规律,才能将规律运用于相同的案件,真正实现相同的案件得到相同的处理。司法者以及广大读者也可以通过前后一贯的案例信息形成对法律行为结果的稳定预期。所以,本书的案例分析虽然是对已经办结的案件的总结,但是它的功能却是指向未来的。

案例分析作品对于丰富和发展法学理论的意义也是十分明显的。理论和实践之间应该建立一种良性的互动关系。理论必须接受实践的检验。那些关于法律规定的通说观点、原理在具体案件中不仅仅被验证,同时也可能面临着被怀疑和被推翻的可能。因此撰写案例分析文章既是运用法学原理解决问题的过程,也是不断通过具体案件反映出来的问题推进理论更新和发展的过程。优秀的司法人员绝不是法律的自动售货机,而应该是具有丰富实践经验和深厚法理修养的复合型、专业型人才。对已经办理的案件进行深入剖析,是一个司法人员不断总结工作经验、提升自身法律素养的重要途径。每一个案件都是一个新的挑战,每一个案件的办理都是办案者检验自己法学知识和办案能力的最佳途径。在案件办理结束之后,对所办案件涉及的实体法、程序法问题进行深入剖析不仅是对自己办案思路的一次整理,也是一次深度思考和学习的过程,更是一次写作能力、论证能力的提升。

研究我们自己的实践问题是检察调研工作和检察理论研究的出发点和立足点。撰写案例评析对于广大检察官来说就是一种最直接、最具有实践价值的研究实际问题的形式。正是立足于这种调研思路,我们组织编写了《刑事疑难案例与法理评析》,旨在以此为切入点,推动检察调研向服务检察实践的方向迈进。东莞作为改革开放的前沿

阵地,经济的飞速发展以及特殊的社会结构也引发了大量刑事案件。本书收集的三十六个案例全部是发生在东莞的真实的、涉及适用刑法和刑事诉讼法的典型性案件。这些案件所反映出来的问题大多是长期困扰办案人员的典型问题:如何区分正当防卫和故意伤害罪;职务侵占罪和盗窃罪的界限如何掌握;共同犯罪中的实行过限问题如何认定和处理;如何挖掘物证的证明力。寻找客观世界和主观世界的规律是人类永远的追求,在纷繁复杂的案件中寻找适用和理解法律的规律,则是司法者不懈努力的方向。司法者通过对具体的案例进行分析,既是对个案的总结和回顾,也是对案件所涉及的规律性问题进行提炼和总结的过程。相信《刑事疑难案例与法理评析》会激发大家研究检察工作的实际问题的兴趣,推动将来的检察研究工作向着来源于实践、服务于实践的方向科学发展。

黄文艾*

2009年9月21日

* 作者系东莞市人民检察院检察长。

目 录

1. 林哲宏等走私普通货物案
——对“易货”走私及涉税数额认定的理解
王岸颖 (1)
2. 杨某等走私普通货物案
——加工贸易企业间相互调剂使用保税货物但未导致国家税款流失的行为之定性分析
董智敏 (8)
3. 远东集团系列木材走私案
——“调剂”在办理走私案件中的界定
赵俊明 (15)
4. 黎维武故意杀人案
——原因自由行为及其在我国刑法中的适用问题
黄广进 (24)
5. 胡某荣故意伤害案
——兼谈共同犯罪中间接放任故意的范围
李远桃 (35)
6. 方某兵故意伤害案
——为预防不法侵害而纠集他人并携带防范性工具能否阻却正当防卫成立
康泽洲 (42)
7. 杨志强绑架案
——浅谈对被绑架人的“实力控制”

黎俊彤	(49)
8. 傅刚绑架案	
——抢劫后临时起意绑架他人的行为应如何定性	
莫志豪	(57)
9. 张杨等非法拘禁案	
——本案构成非法拘禁罪还是绑架罪	
吴志超	(64)
10. 张劲抢劫案	
——入户抢劫三个具体问题的认定	
张冰	(72)
11. 万东抢劫案	
——对入户抢劫之“户”的认定分析	
房洁	(79)
12. 杨瑞棋、邓文创抢劫案	
——对同事下迷药后窃取公司财物如何定性	
张有胜	(86)
13. 向定军抢劫、故意杀人案	
——共同犯罪中实行过限行为的认定	
郑谋生	(92)
14. 张文军等抢劫案	
——抢劫、诈骗、盗窃的区别	
林伟强	(101)
15. 袁效光盗窃、敲诈勒索案	
——绑架、敲诈勒索、抢劫、诈骗、盗窃犯罪的边缘关系	
陈奕许	(110)
16. 刘丽英等三人盗窃案	
——盗窃手段行为与诈骗手段行为交织下盗窃罪与诈骗罪如何区分	
刘适强	(117)

17. 何圣文盗窃案
——盗窃罪与侵占罪的区分
刘鑫 (124)
18. 刘文章盗窃案
——行为人之间主观故意的认定问题
袁慧 (132)
19. 衡东全、高书明、钟燕辉等人盗窃案
——与盗窃犯事先通谋事后掩护销赃或者收购赃物的行为如何认定
黄广进 (137)
20. 谢某盗窃案
——冒充财产所有权人私自出售他人财产如何定性
余辉胜 (149)
21. 黄尚飞盗窃案
——对“失控说”的主张兼对“控制”的阐释
余小松 陈勇权 (155)
22. 梅开云盗窃案
——职务侵占罪与盗窃罪的区别
刘天响 熊霞 (163)
23. 全中辉侵占与职务侵占案
——侵占与职务侵占的区分处理
祝焕仪 (174)
24. 陈某(名画)诈骗案
——诈骗犯罪的主客观认定及与民事欺诈之区分
刘婵秀 (179)
25. 周俊升等四人诈骗案
——设置圈套诱骗他人参赌,在赌博过程中设置骗局骗取财物的行为应如何定性
张亚玲 (190)

26. 林世岳、陈东平、蒋新寿赌博案
——“赌博型”诈骗罪(诈赌)和“圈套型”赌博罪(诱赌)
 的区别
 李承 (197)
27. 蒋丽君非法行医案
——非法接生致胎儿死亡行为的罚则适用
 肖克家 (205)
28. 徐小英包庇案
——矛盾证据的采信及包庇罪与帮助毁灭证据罪的认定
 熊意超 (212)
29. 贺利平、唐乘华窝藏案
——不作为的窝藏构成犯罪的的前提条件
 麦焯林 (220)
30. 朱承保容留、介绍卖淫案
——刑法解释路径的选择与运用
 林丽芬 (229)
31. 牟绍君介绍贿赂案
——受贿罪共犯与介绍贿赂罪的区别
 刘嵘 (241)
32. 刘某洪受贿案
——共同受贿犯罪中不同身份者的罪名认定及处理
 高云丽 (249)
33. 赖俊廉受贿案
——贪污罪与受贿罪的区别
 向芙蓉 (261)
34. 邹承雄故意杀人案
——挖掘物证证明力
 缪伟栋 (267)

35. 吕某故意杀人案	
——从死缓到存疑不诉引发对证明标准及相关程序的思考	
徐玲利 高秀峰	(275)
36. 杨占中职务侵占、假冒注册商标案	
——从自诉案件的被驳回论“公诉转自诉”制度的构建	
袁焕年	(295)
附件 奥林公司拖欠货款案	
——业务混同、职务行为、表见代理与法人责任认定	
刘惠强 王晓玲	(304)
后记	(318)

1. 林哲宏等走私普通货物案

——对“易货”走私及涉税数额认定的理解

王岸颖*

一、基本案情

被告单位:东莞虎门乔工旅行箱厂

被告人:林哲宏、卢敏文

涉案单位东莞虎门乔工旅行箱厂(以下简称乔工厂)系一家成立于1996年的来料加工企业,主要进口新PP塑胶粒、新ABS塑胶粒等原料,生产旅行箱配件、电子产品及汽车零部件等产品复出口。工厂董事长为林哲宏。涉案东莞长安吉祥塑胶厂(以下简称吉祥厂)系卢敏文于2001年开办的无工商登记工厂,主要经营塑胶再生料的加工。

2003年下半年,乔工厂经营出现困难。为了降低生产所需原料的成本,该厂董事长林哲宏与卢敏文商定,以乔工厂保税进口的新PP塑胶粒与吉祥厂生产的混合料进行交换,并约定新PP塑胶粒换混合料PP-A的比例为1:1.35,换混合料PP-B的比例为1:1.69,双方无须支付对方任何费用。此后,双方采取上述换料方式进行交易。吉祥厂将与乔工厂所换的新料混入其他在国内购买的再生料后进行加工,部分成品用于与乔工厂换料(乔工厂对此并不知情),部分成品用于销

* 东莞市第三市区人民检察院侦查监督科,检察员。

售。乔工厂将所换的混合料件用于生产,成品复出口,平衡加工贸易合同手册。自2004年4月至2005年11月,乔工厂共计提供新PP塑胶粒1188850公斤给吉祥厂。经核定,该塑胶粒价值人民币12645111元,偷逃应缴税款2805000元。吉祥厂提供混合料PP-A塑胶粒837118公斤、PP-B塑胶粒413000公斤给乔工厂。

2007年7月6日,经人民法院判决,乔工厂的行为构成走私普通货物罪,偷逃国家税款2805000元,判处乔工厂罚金人民币2600000元,判处林哲宏有期徒刑三年,缓刑四年;卢敏文的行为构成走私普通货物罪,判处有期徒刑三年,缓刑四年,并处罚金人民币800000元。

二、争议的主要问题

1. 对乔工厂和吉祥厂“易货”行为的性质应如何认定?
2. 乔工厂内销保税货物的数量认定应否扣除吉祥厂提供给乔工厂的混合料中含有的新料数量?

三、案例评析

(一)对乔工厂与吉祥厂“易货”行为是否属于内销走私的认定问题

根据《刑法》第154条之规定,未经海关许可并且未补缴应缴税额,擅自将批准进口的来料加工、来料装配、补偿贸易的原材料、零件、制成品、设备等保税货物,在境内销售牟利的;或者未经海关许可并且未补缴应缴税额,擅自将特定减税、免税进口的货物、物品,在境内销售牟利的,构成走私普通货物罪。依照《海关法》和《最高人民法院 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》的相关规定,“保税货物”指经海关批准未办理纳税手续进境,在境内储存、加工、装配后复运出境的货物。经海关批准进口的进料加工的货物属于保税货物。未经海关许可并且未补缴应缴税额,擅自将批准进口的进料加工的原材料、零件、制成品、设备等保税货物,在境内销售牟利的行为,属于内销行为。可见,擅自内销保税货物的走私行为包含四个构成特征:(1)销售的对象特指保税进口的货物。(2)行为主体是经

海关和商务部门批准执行加工贸易合同的加工贸易企业,包括经营单位和加工单位,但不排除违背企业意志销售货物的自然人。(3)行为具备“擅自”的因素,根据《海关法》第33条第3款之规定:“加工贸易保税进口料件或者制成品因故转为内销的,海关凭准予内销的批准文件,对保税的进口料件依法征税。”换言之,内销本身并不当然违法,只有未经海关许可并且未补缴应缴税款的擅自内销行为,才构成走私。(4)具备偷逃应缴税额的故意。该认识因素包含两方面的内容,即明知销售对象是保税货物并擅自销售。该认识因素一般情况下表现为直接故意,个别情况下也可以体现为间接放任。

对于上述乔工厂与吉祥厂之间特殊的“易货”行为,笔者认为,该易货行为实质上是一种货物所有权的转化,属于内销保税货物的行为,两厂共同构成走私普通货物罪,理由如下:

1. 实践中,销售行为虽然主要表现为“交付货物,收取货款”的形式,但并不仅限于“一手交钱,一手交货”的单一方式,往往还包括抵扣工资、提供便利、以货换货等形式。本案中,乔工厂将保税进口的原料新PP塑胶粒倒卖给国内个体吉祥厂,吉祥厂将在国内市场收购的废旧原料,掺杂一部分新料经加工后送回给乔工厂加工复出口,虽然双方没有直接就货物价值达成协议,但双方交易的新料与混合料之间按一定比例折算,该折算换料行为应理解为一种默认的货款冲抵方式。也就是说,“易货”行为具体分为两部分,乔工厂将保税进口的原料新PP塑胶粒倒卖给吉祥厂,然后由吉祥厂再按一定比例返还混合塑胶粒以冲抵货款,两个行为是相互独立的意志行为。在乔工厂提供新料时,由于货物的所有权已经发生转移,该厂实质上采取“易货贸易”的方式擅自内销保税原材料。

2. 卢敏文与乔工厂在内销走私的过程中均有牟利。在2004年4月至2005年11月一年多的时间内,乔工厂共计销售给吉祥厂新PP塑胶粒1188850公斤,吉祥厂也提供相应比例的新旧混合料给乔工厂,双方间形成一种较为固定的合作关系。作为下家,卢敏文在案件中充当收购保税货物以及提供混合料的角色。其先使用自购的再生料顶替新料进行加工的做法,节约出部分新料,再通过对该部分新料

的销售赚取差额利润。乔工厂则在内销换货过程中,一方面通过不同比例的交易,增加原料数量,降低生产成本;另一方面通过用混合料生产出口平衡合同,短期内掩盖内销的犯罪事实。因此,双方在该内销行为中均受益。

3. 卢敏文与乔工厂在内销走私的事先、事中均存在共谋行为。卢与林双方均长期从事外贸生意,熟悉海关对保税货物的监管规定,在明知未向海关申报不能销售保税货物的情况下,仍商量用乔工厂的新料换取吉祥厂的混合料,以交换货物的形式销售保税货物。可见,双方存在共同谋划内销及逃避海关监管的主观故意,属于单位与个人的共同走私。

(二) 乔工厂内销走私的数量认定问题

本案中卢敏文与乔工厂在易货过程中确实存在新料经加工后返还,并最终成品形式出口的问题,具有一定的特殊性。有人认为,该部分新料最后仍以乔工厂的合同备案手册出口,并未造成国家税款流失的结果,应在内销数额中扣除。对此,笔者认为值得商榷。

上述是否应当扣除的意见之争实质上源于司法实践中对走私普通货物罪规定的“偷逃应缴税款”的理解差异。持扣减意见的观点认为,刑法以“偷逃应缴税款”作为定罪的主要依据,表明走私行为必须产生偷逃应缴税款的结果,只有行为违反海关监管规定,并导致了国家税款最终损失的后果,才符合该罪的罪状构成。加工贸易走私犯罪作为后续走私的一种特殊形式,如果行为客观上使保税货物脱离海关监管,但并未造成国家税款的最终流失,充其量只能归类于违反海关规定的违规操作行为,不宜认定为走私犯罪行为。而持不扣减意见的认为,只要保税货物脱离了海关监管,就必然偷逃了应缴税款,只要数额达到起刑要求,行为就构成走私犯罪。

笔者认为,上述扣减论虽然具有一定的合理性,但其适用具有特定的范围,必须严格依照法律和相关司法解释的规定,并不是所有加工贸易类型的后续走私犯罪都适用。综观加工贸易类型的走私犯罪形式,主要包括了擅自内销保税货物的走私、以假核销方式的走私、非法使用保税指标的走私及通过伪报品名、数量或藏匿方式进行的走私

等。上述多样的走私方式中,只有以假核销方式进行的走私犯罪才可以适用扣减标准。

根据最高法、最高检、海关总署《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》(法〔2002〕139号)第10条的规定,在加工贸易经营活动中,以假出口、假结转或者利用虚假单证等方式骗取海关核销,致使保税货物、物品脱离海关监管,造成国家税款流失、情节严重的,依照《刑法》第153条之规定,以走私普通货物罪追究刑事责任。但有证据证明因不可抗力原因导致保税货物脱离海关监管,经营人无法办理正常手续而欺骗海关核销的,不认定为走私犯罪。此处的“不可抗力”,除了因保税货物被盗,或因自然等不可预见、不可避免的因素灭失外,实践中还包括如合同转入方收货后加工复出口,但由于经营不善倒闭或歇业,不可能继续办理转厂;合同转入方由于未对进口项目进行备案,或出于自身利益考虑不肯办理转厂进口手续,或者办理的转厂数额少于实际收货数额,但实际转厂货物业经加工出口等情形。如果基于上述原因,合同转出方为平衡合同被迫与其他企业进行了相关货物的假转厂,那么,该走私行为就不能单纯以假转厂、假核销的数量予以认定,必须进一步查实脱离海关监管的保税货物是否被内销或已经出口,是否造成国家税款的实际流失等情况。如果确属实情,对于已经复出口的数量,由于其并未偷逃国家税款,理应予以扣减。因此,上述规定实质上肯定了可能存在保税货物脱离海关监管但由于未造成国家税款流失而不以走私罪处罚的情形。

对于其他类型的加工贸易走私犯罪,笔者认为,认定走私犯罪的逃税数额可依照其犯罪构成既遂时的数额予以核定,无须再考究货物究竟是否已经出口,应否予以扣减的问题。如对于常见的非法使用保税指标的走私犯罪,非法使用者通过购买其他加工贸易企业的保税合同指标进口货物,由于货物非为合同手册登记备案的企业所使用,海关无法从该手册中对备案企业的货物进、出口情况进行监控,货物进口的同时,实际上已经脱离了海关的监管,处于游离状态,关税部门也无法对该批形式上以保税或免税方式非法进口的货物征缴相应的税收。在该种情形下,逃税的结果在货物通关后应认定为即时产生,走

私犯罪实施完毕并已既遂,犯罪数额按照伪报进口的数额进行核定。如果继续要求核实货物是否最终出口、国家税款是否实际流失的话,一方面会无限度地加大侦查的难度,如货物经过数次转手;另一方面也会陷入走私行为何时完成、如何认定走私既遂的悖论。

回到本案的内销行为上,内销走私犯罪在刑法规定上表现为走私普通货物罪,按照该罪构成的客观要件,主要包括三个方面:一是行为违反海关法等相关法律法规的规定;二是实施了逃避海关监管的行为;三是偷逃应缴税款并达到起刑点。就案件而言,乔工厂通过“易货贸易”的形式将保税货物内销给吉祥厂,该行为本身就违反海关关于保税货物内销必须备案登记并补缴相应税款的有关规定。当乔工厂交付货物,完成倒卖行为后,特定的保税货物的所有权发生转移,完全脱离了海关的监管,此时,内销行为得以完成,走私犯罪已然既遂。至于吉祥厂如何处理从乔工厂购得的新料,并不影响内销走私数额的认定。如前所述,吉祥厂返还再生塑胶粒的行为,目的只是为了冲抵货款,是走私完成后双方的另一种贸易行为,就算吉祥厂在销售给乔工厂的货物中掺杂从乔工厂购得的新 PP 塑胶粒,也只能认定为吉祥厂的内部生产经营行为,不能认定吉祥厂通过掺料的形式将部分新料归还给乔工厂。

那么,可否将上述掺料回厂的行为看成是一种违法的外发加工行为呢?答案依然是否定的。保税加工货物的外发加工,是指保税加工企业因受自身生产工序限制,经海关批准并办理有关手续,在保税料件所有权不发生转移的前提下,委托承揽企业对保税货物的某道工序进行加工,在规定期限内将加工后的料件、半成品或成品运回本企业并最终复出口的行为。按照海关相关法规的要求,加工贸易企业对保税货物外发加工前必须先向海关部门递交书面申请,经核准后方可交付加工。实践中,由于海关监管的法定性与企业经营的随机性始终存在矛盾,企业迫于市场的变化和自身的技术力量,为满足生产经营的需要,时常出现违反规定、擅自外发加工的情形。虽然违规行为与走私行为同样违反海关的规定,造成货物监管缺失,但两者有着本质的区别,那就是行为人是否存在偷逃税款的主观故意。如果行为人只是