

不一样的 辩护



*EXTRAORDINARY
DEFENCE:*
31 CASES FROM
SUCCESSFUL LAWYERS

成为刑辩高手的**31**个经典战例

谢望原 谢福笛 著



法律出版社 | LAW PRESS

EXTRAORDINARY DEFENCE
31 CASES FROM SUCCESSFUL LAWYERS

不一样的辩护

成为刑辩高手的31个经典战例



作者从亲手办理的刑事案件中**精选31个经典案例**，揭示案件基本事实，归纳控辩双方争议焦点，提出令人信服辩护意见，说明判决结论，最后做出客观公允分析评论。本书对**检察官和刑事辩护律师**具有极其重要的指导价值，对法官判案也具有重要参考意义。同时，本书也是一部将**刑法学理论与刑事政策运用于刑事辩护实践**的经验著述，对于研习刑法学的人士当然具有直观指导意义。

 **独角兽工作室**
平面设计

上架建议 法律实务·刑事辩护



法律出版社官方微信

ISBN 978-7-5197-1524-3



9 787519 715243 >

定价:79.00元

不一样的 辩护



*EXTRAORDINARY
DEFENCE:*
31 CASES FROM
SUCCESSFUL LAWYERS

成为刑辩高手的**31**个经典战例

谢望原 谢福笛 著



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

不一样的辩护：成为刑辩高手的31个经典战例 / 谢望原, 谢福笛著. -- 北京：法律出版社, 2017

ISBN 978-7-5197-1524-3

I. ①不… II. ①谢…②谢… III. ①刑事诉讼—辩护—研究—中国 IV. ①D925.210.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第254971号

不一样的辩护：

成为刑辩高手的31个经典战例

BUIYANG DE BIANHU:

CHENGWEI XINGBIAN GAOSHOU DE 31 GE JINGDIAN ZHANLI

谢望原 谢福笛 著

策划编辑 杨大康

责任编辑 杨大康

装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京建筑工业出版社

责任校对 杨锦华

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第二分社

开本 710毫米×1000毫米 1/16

印张 24.5

字数 423千

版本 2017年11月第1版

印次 2017年11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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话：

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号：ISBN 978-7-5197-1524-3

定价：79.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

一位法学教授的刑辩感言

——代序

自1992年通过国家律师资格考试并取得兼职律师资格以来,在过去的25年中,教学研究之余,我承担了一些重大、疑难刑事案件的辩护任务,其中不乏社会关注度高的敏感案件,也做过一些民商事或者行政案件的代理法律事务,包括老百姓状告公安局的行政诉讼和繁纷复杂的涉外案件。令我倍感欣慰的是,虽然在律师工作之旅中历经艰辛,但我在办理这些案件的过程中,大都在最大范围内维护了相关当事人的合法权益。我想,这正是我国法治不断进步的最好证明,这也说明律师在社会法律事务中的作用日显重要。25年来的宝贵兼职律师执业经历,也使我深切地体会到律师工作之难、律师责任之重、律师使命之伟、律师工作之慰!

所谓律师工作之难,包括两层意思。其一,律师职业是一项技术含量极高的工作,非下苦功而不可能掌握其基本技能。这恰如医生职业一样,不掌握精深的医学知识就无法治疗各种疑难杂症,不掌握精深的法学知识就不能胜任各项复杂的法律事务。而要掌握精深的法学知识,就必须长期潜心研究且与时俱进更新法学知识,方可驾驭繁纷复杂的法律问题。这一持之以恒的学习过程,本身就是一件艰辛的事情。其二,在一个法治(规则)尚未内化为每一个人行为习惯的社会中,律师的执业活动会遇到难以避免的人为障碍,这一障碍无疑增加了律师工作的艰难。我就遇到过这样的实例:某年我受托办理一件纪委查办的贪污贿赂案件。案件后来到了反贪局,我虽然多次向侦查机关提出会见犯罪嫌疑人的申请,但侦查机关总是以种种理由拒绝会见申请。此后,侦查机关侦查终结后将案件移交到了另一检察机关公诉科审查起诉,并给我出具了已经移交案件的公函。然而当我拿着移交案件公函到某看守所要求会见犯罪嫌疑人时,该看守所仍然说需要有检察机关的批

准会见函才可会见。再后来，我拿着侦查机关的案件移交公函去负责审查起诉的检察机关公诉科提出阅卷要求，该公诉科却又以他们尚未审阅案件为由不同意律师先阅卷。更令人不可思议的是——在审查起诉阶段，某市国家安全局提交给某市检察院的“起诉意见书”上居然标注“绝密”^①！进而又以此为理由，该国家安全局（侦查机关）不准某市检察院向辩护律师提供“起诉意见书”，当然也不准辩护律师复制起诉意见书和案件材料！而作为国家法律监督机关的检察机关本该制止并纠正侦查机关的错误做法，但令人费解的是，该市检察院不但制止并纠正侦查机关的错误做法，反而完全按照侦查机关的错误要求去做。这就使监督与被监督的关系完全颠倒了！当你遇到诸如此类令人啼笑皆非的人为麻烦时，无疑会慨叹律师工作真的很难啊！

所谓律师责任之重，是因为律师必须在始终坚持职业操守和法律原则的同时，必须“受人之托，忠人之事”——其实这也是一种基本的职业道德，在当事人把自己千钧压顶的法律事务托付给你的时候——特别是当事人可能面对死刑或者长时间失去人身自由的时候，你怎么能够不感同身受，倍感责任重大？诚如美国学者布赖恩·Z. 塔玛纳哈（Brian Z. Tamanaha）所言：律师职业的首要规则表明：律师作为法律界的一员，他代表的是他的当事人。^②当然，律师在致力于客户利益的同时，必须维护公共利益。

对于律师来说，案件无大小，每一个案件都承载着当事人对你的期望与重托，故只要是你承接下来的案件，你必须竭尽全力在法律许可的范围内去为你的当事人争取权利保护的最大化！当下，社会上有一种流行的说法，就是把那些喜欢“较真”的律师称为“死磕派”，而此一称谓多带贬义色彩。其实，我认为，律师就是需要具有“死磕”精神的，而我所说的“死磕”，不是胡搅蛮缠、无理争三分，甚至教唆当事人死活不认账，而是要严格“以事实为根据，以法律为准绳”，力求查明事实真相，敢于仗义执言，勇敢地在法律许可范围内维护弱者的权利！否则，如果一位刑事辩护

^① 根据《中华人民共和国保守国家秘密法》第13条的规定，只有“中央国家机关、省级机关及其授权的机关、单位可以确定绝密级”国家秘密。除非有中央国家机关、省级机关的授权，省级以下任何机关和单位，无权确定“绝密”级国家秘密。而该安全局只是一个处级单位。再者，一份只说明基本涉案事实而无具体涉案细节描述的起诉意见书，怎么可能成为绝密级国家秘密呢？

^② 参见[美]布赖恩·Z. 塔玛纳哈著：《法律工具主义》，陈虎、杨洁译，北京大学出版社2016年版，第187页。

律师丧失应有的法律立场,完全顺从或者配合强力机关出庭“作秀”,这样的刑事辩护不仅毫无意义和价值,而且是对共和国刑事司法制度的亵渎与嘲弄!

所谓律师使命之伟,是指律师与法律共同体中的法官和检察官一样,肩负着守护国家法治以及捍卫公民权利与自由的伟大使命。特别是对于刑事辩护律师来说,刑事辩护不仅仅是一种谋生的手段,更是一种捍卫国民权利与自由的神圣责任。毫无疑问,国家有防止犯罪和打击犯罪的权力,但国家却不拥有滥用公共权力随意抓捕、起诉国民的自由。国家追诉犯罪的正当性依据就是国家制定的刑事法律,而刑事法律恰好就是保护国民人身权利与自由的坚强盾牌。所谓“刑法乃犯罪人之大宪章”,正是在此意义上而言的。而刑事辩护律师所要做的,恰恰就是在刑事诉讼过程中,先要使犯罪嫌疑人或者被告人享受到程序正义的基本权利保障,进而使有罪的人得到公平或公正的处罚,使无罪的人免遭无辜追诉。

所谓律师工作之慰,是因为作为一位律师,你竭尽全力为当事人和社会大众提供负责的法律服务,你通过自己专业的法律素养以及对公平正义的执著追求使你的当事人和社会大众充分理解你、完全信任你,即使你不能满足当事人和社会大众的全部诉求,但是当人们真切地说:你已经尽力了,谢谢你的努力与付出!我想,这应当是律师工作所能达到的最高境界了!而此刻,你一定充满了成就感,当然也会感到无比欣慰。

似乎有必要指出,本书的“基本案情”和“判决结论”,系根据有关真实的起诉书(含起诉意见书)和判决书(含裁定书)所归纳,它们客观地记录了相关案情与案件处理结果,在这里,我们要感谢那些办案人员和相关单位,是他们的司法文书为我们的研究提供了第一手资料;“辩护词实录”乃是当时提交给法庭的辩护词,除了极少数字句有所修正,尽可能保留了原始风貌;而“评析”部分,则力求以客观公允的立场对案件的判决及相关问题做出简要分析,当然,这些分析评论所反映的只是我们的“学术性观点”,如有失当,我们真诚愿意接受读者诸君的批评。

最后,我还要讲一个催人泪下的小故事:我曾经有机会给一位也算曾经位高权重的当事人做刑事辩护。有一次,当我去看守所会见他时,他几近乞求地对我说,你会见完了出去时,让我夫人站在那边玻璃墙下,让我看她一眼好吗?——他夫人是一位庄重贤淑而善解人意的女士,那个看守所条件较为有限,用来隔开会见室与接待室的有一处透明的玻璃墙,而玻璃墙与会见室之间有一条过道。我出来后,就在接待厅等候的那位夫人面朝那堵玻璃墙,那一刻,我看到那位当事人两眼噙满泪

花，十分满足地远远地望了他夫人一眼——尽管是隔着厚厚的玻璃墙，我还是看到了他无比欣慰的惬意表情。就是这一刻，我感受到了人性的伟大而令我此生难忘——人啊，当你“人生得意须尽欢”的时候，切莫忘记，只有自由才是最值得珍惜的财富，而亿万家财与权倾一时又值几何？

特别说明：在征得著作权人同意之后，本书使用了旷翔宇先生拍摄的我们出庭的照片，在此特向他致以深切谢意！

谢望原

中国人民大学法学院 918 办公室

2017年6月1日

001 彭某为境外窃取、非法提供国家秘密案

核心提示：已申报专利且已经公开的技术，不属于国家秘密，向他人转让已申请专利而公开的技术，不构成境外窃取、非法提供国家秘密罪；若成立为境外窃取、非法提供国家秘密罪，公诉人应当证明行为人主观上具有危害国家安全的故意与目的。

011 王某东销售假药案

核心提示：利用电商平台擅自销售未经批准进口的药品，可能构成销售假药罪；但该假药只是未经批准而进口销售，其药效则真实可靠，故有别于那些掺杂使假的真正假药；如果被告人社会危险性不大，犯罪情节不是很严重（涉案药品大部分尚在仓库没有出售）的，可以对其从轻处罚并适用缓刑。

021 陈某信用证诈骗案

核心提示：成立信用证诈骗罪，行为人必须客观上实施了虚构事实、骗取财物的行为，主观上具有非法占有他人财物的目的；《刑法》第195条的兜底条款，“以其他方法进行信用证诈骗”，应当是指利用“软条款”（陷阱条款）信用证进行诈骗活动，不能作无限任意的扩张解释；犯罪人之间没有共谋和意思联络的，不能成立共同犯罪。

033 张某虚开增值税专用发票案

核心提示：单位的负责人以单位名义、为了单位利益实施的犯罪，应当认定为单位犯罪；行贿人检举揭发他人（行贿对象）犯受贿罪且查证属实的，应当认定成立立功。

057

吴某合同诈骗案

核心提示：合同双方反复商谈并签署的法律文件，属于双方当事人的真实意思表示，由此形成的合同与合同诈骗毫无关系；即使在报批受让股权的材料中有虚假成分，但这与公诉人要证明的合同诈骗犯罪之间根本不存在刑法上的因果关系；即便一方合同当事人存在某些不作为，也仍然仅仅涉及民事违约问题——仅仅是行为人没有积极履行合同约定的民事义务，如果因此造成民事侵权，行为人也只是应当承担民事责任。

075

贾某伤害致人死亡案

核心提示：在双方互殴的情况下，如果一方已经停止斗殴并逃离现场，而另一方仍紧追不舍，继续实行侵害，则前者对后者正在实行的不法侵害，可以进行正当防卫；由于后者（继续侵害方）的非法加害，前者（停止斗殴或逃跑的一方）已处在被害人的地位，其正当防卫行为虽然造成了一定伤亡后果，但依法不应当承担任何法律责任。

085

胡某故意杀人案

核心提示：在场面异常混乱的情况下，行为人只是顺手一刀捅伤被害人，且没有故意捅扎其要害部位，认定行为人不具有杀害被害人的故意，而仅有伤害被害人的故意更合理；行为人主动向公安机关投案，亦能如实供述主要犯罪事实的，当然构成自首；对于具有自首情节的被告人，如无特别不可以从轻或减轻处罚理由的，应当对其从轻或减轻处罚。

097

雷某故意杀人案

核心提示：公安局“生物物证/遗传关系鉴定书”记载，案发现场还发现了垃圾桶顶盖上的疑似痰液和黄鹤楼烟头，经DNA检测，受检痰液和烟头并非被告人和被害人所留，而分别是第四名男性和第五名男性所留，这就意味着，还有两人到过案发现场，如果不能排除另外到达现场的那两人作案可能，就不能得出被告人就是杀人凶手的结论；因邻里纠纷等民间矛盾激化引发的故意杀人犯罪，适用死刑一定要十分慎重，应当与发生在社会上的严重危害社会治安的其他故意杀人犯罪案件有所区别。

107

易某故意伤害案

核心提示：累犯的前罪为非暴力犯罪的，一般可以从宽处罚，换言之，即使具有累犯

情节,也要区别累犯前后罪是否均为暴力犯罪及其严重程度来适用刑罚,而不可不分青红皂白地一律从重处罚;被告人前后两次涉案的犯罪均没有到达判处死刑(包括“死缓”)的程度的,不可以将前后两次犯罪相加而升格为死刑(包括“死缓”)。

117 丁某故意伤害致人死亡案

核心提示:“被害人的过错”距离行为人后续报复性犯罪的时间无关紧要,只要是“被害人一方有明显过错或对矛盾激化负有直接责任”,那么对被告人就可以酌情从轻处罚;在实行过限的情况下,实行过限行为的人理所当然应对其过限行为承担责任,但其他共同犯罪人对过限行为不负责任。

125 高某故意杀人死刑复核案

核心提示:被告人究竟是间接故意还是直接故意,应当综合全案判断,不可忽视案件基本事实——临时起意,将醉酒后驾车撞人认定为直接故意行为,不符合刑法学上有关故意的基本理论;在酒精作用下丧失其认识与控制能力后所为,虽然难以用过失解释其行为,但至多也只能是间接故意;应当客观公允看待被告人的合理辩解,更不能将其对行为性质的正常辩解看作“拒不供认主要事实,且无悔罪表现”;应当正确理解和执行国家死刑政策,司法机关不能成为满足非理性报复的杀人机器。

139 郭某强被害案代理意见

核心提示:如果只是一方聚集多人对他方进行攻击,他方并无斗殴故意,且遭遇突然袭击,这就是典型的共同故意伤害或者共同故意杀人行为;使用事先准备好的三支双管猎枪,在极其接近被害人的距离(庭审查明约1公尺)向被害人要害部位开枪并造成被害人死亡,此乃典型的故意杀人;自始至终参与并指挥、策划枪杀被害人者,应当对该枪杀被害人行为的全部犯罪后果负主要责任。

147 耿某扰乱无线电通讯管理秩序案

核心提示:某些轻罪的“兼职作案”、偶犯或初犯可以作为从轻处罚的情节予以考虑,坦白、认罪悔罪是法定从轻处罚情节。

155 曲某受贿、巨额财产来源不明案

核心提示:北京市电力局下属的电力电缆维护修试中心属于集体性质企业,本案行

为人被安排担任多种经营总公司副总经理，不属于“国有公司……委派到非国有公司……从事公务的人员”的情况，因而不具有“国家工作人员”身份，进而不能成为受贿罪、巨额财产来源不明罪的主体。

173 张某非国家公职人员受贿案

核心提示：办案机关所掌握线索针对的犯罪事实不成立，在此范围外犯罪分子交代同种罪行的，成立自首；在主动如实供述自己收受他人房产的同时，也检举揭发了其他人收受行贿人所送房产且查证属实的，属于立功；既有自首情节，又有立功情节的，可以较大幅度从轻或者减轻处罚。

181 日本某电装有限公司向非国家工作人员行贿案

核心提示：行贿的代理人可以和真实的行贿人共同构成向非国家工作人员行贿罪，却不能与收受贿赂的非国家工作人员一起共同构成非国家工作人员受贿罪；对非国家工作人员行贿罪乃是数额犯，其中未遂数额部分可以追缴、没收，但不宜与既遂数额混为一谈作为定罪量刑依据。

191 杨某贪污、挪用公款案

核心提示：言词证据具有间接证据性质，若要将其作为认定被告人贪污的定罪证据，仅凭言词证据是不够的，还必须有与之相吻合的其他证据并共同构成严密而完整的证据锁链；一般来说，被告人对赃款的处置并不影响对被告人行为的定性，但是，当赃款事实上具有犯罪对象的性质而成为案件的核心证据时，在没有查明作为犯罪对象的赃款是否存在以及其来龙去脉的情况下，就不能贸然定罪，更不能适用死刑。

203 周某贪污案

核心提示：如何判定贪污罪之既遂与未遂形态，与盗窃罪等财产型犯罪一样，应以财物是否脱离所有人或者保管人的控制并且实际置于行为人控制之下为判断标准。财物已经脱离所有人或者保管人控制，且已实际置于行为人控制之下的，方为贪污罪既遂；反之，则只能系贪污未遂。

211 陈某受贿、行贿、贪污案

核心提示：根据有关规定，“取得中华人民共和国注册评估师执业证书，并经注册登

记的人员,方可从事资产评估业务”,而本案中办案机关委托的会计司法鉴定所,不具有资产评估资格,因而其所做出的鉴定结论不能作为定案依据;被告人妻子在公司兼职工作期间领取的年薪不能计入被告人的受贿数额,被告人妻子转让其持有的15%公司股权取得的300万元收入,更不能被计入被告人受贿数额。

227

丁某受贿、挪用公款、非法经营同类营业案

核心提示:“非法收受他人财物的,必须同时具备‘为他人谋取利益’的条件,才能构成受贿罪”;受贿孳息,应予追缴,但不应记入受贿数额;仅仅因为使用公款的单位有被告人的弟媳开办的公司的股份,并不足以说明被告人谋取了个人利益;非法经营同类营业罪的主体只能是国有公司、企业的经理、董事,不具有“经理”“董事”身份的一般公司“负责人”并不能成为本罪主体。

239

肖某受贿案

核心提示:被告人处于被非法拘禁状态期间的供述不能作为定案依据;对被告人刑讯逼供取得的相关供述属于非法言词证据,应当予以排除;非法拘禁证人逼取证词属非法证据,不能作为定案依据;办案人员在香港对有关境外人员所取证言没有法律根据,故不能作为定案依据;没有被依法指定为办案单位的检察院所做的证人证言笔录不能作为定案依据。

257

季某受贿案

核心提示:对于证据可靠性和事实真实性的认定,不能简单以证据多寡作为依据,现有证据并不能得出行贿人送给被告人的好处是其所持有的公司股份的20%的收益这样一个唯一结论;根据“若有疑点,利益归被告”这一重要刑事司法原则,存疑时应当作出有利于被告人的解释;必须注意区别涉案金额与犯罪数额;如果把仍然处在行贿人实际控制与支配下的股票收益认定为受贿人已经受贿既遂,那就是以可能性(或然性)作为定罪根据;国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,由请托人出资,“合作”开办公司或者进行其他“合作”投资的,其受贿数额为请托人给国家工作人员的出资额,受贿人所获得的分红款,属于受贿孳息,该孳息可依法没收,但不应当计入受贿数额;国家工作人员以“明显低于市场价格”购买请托人房屋才可能构成受贿罪,而“不合理的低价”的标准,至少应当等于或者大于民法上“明显不合理的低价”的标准。

277

张某受贿案

核心提示：认定被告人受贿的数额，缺少必要的书证、物证，主要依靠涉案人员的言词来认定，不符合《刑事诉讼法》和有关司法解释规定的“对被告人犯罪事实的认定，必须达到证据确实、充分”的基准要求；如果受贿人根本不知道他人送给自己财物，而是行贿人之一将贿款截留了，此种情况至多只能认定为行贿未遂，而受贿行为则尚未着手；《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第9条第1款规定的“国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的，不是受贿”，是基于刑事政策立场的规定，所谓“及时退还或者上交”，从规范解释论的立场来看，关键是要看行为人是否在“因自身或者与其受贿有关联的人、事被查处”之前退还或者上交，只要是在“因自身或者与其受贿有关联的人、事被查处”之前退还或者上交的，都属于“及时”的范畴，不应当以受贿论处。

295

黄某受贿案

核心提示：为了公司利益而行贿，仅有行贿人和受贿人的言词证据，没有公司财物账据、银行转账单证，也没有公司其他人证物证的，因为不能排除合理怀疑，故不能认定；司法机关在对法律和司法解释进行解释时必须持谨慎态度，换言之，司法机关对法律和司法解释的理解必须具有充分且合理的根据；在没有任何明确依据或者存疑的情况下，应当作出有利于被告的解释，而不能故意作出不利于被告人的解释。

319

张某利用影响力受贿案

核心提示：“其他关系密切的人”，一般应当是指与国家工作人员具有“共同利益关系的人”，即便是理解上有所扩张，也应当严格限制在情人关系、恋人关系、前妻前夫关系、密切的上下级关系（如领导的司机、秘书）、姻亲关系、密切的老乡关系、老战友关系、老同学关系等范围内。

329

李某行贿、受贿案

核心提示：行贿人与受贿人交往历史久，过从甚密，受贿人也曾经多次送给行贿人礼品、红包等，即使不认定他们两家的交往是礼尚往来，但应当从行贿人的行贿款中扣除受贿人送给行贿人的相应款物；在被追诉前主动交代行贿行为的，“可以从轻或者减轻处罚”，甚至“可以减轻处罚或者免除处罚”；不应当承认口供对案件事实的独立和完全的证明力，在没有必要的其他物证、书证或者其他知情人员的证词情况下，仅

仅依靠涉案人员自己的部分言词证据来认定,这本身就不符合我国刑事证据规则理论与实践的要求。

341 李某单位行贿案

核心提示:被告人在归案后积极配合检察机关的犯罪侦查工作,一方面诚恳交代自己行贿事实,另一方面揭发他人受贿事实,客观上扮演了污点证人角色,可以从轻处罚。

347 王某单位行贿案

核心提示:被告人在纪委“双规”期间主动交代自己基本犯罪事实或者主要犯罪事实的,可以视为自首。

355 郑某滥用职权、受贿案

核心提示:在“实行企业化管理、对内对外均实行有偿服务”的处级事业单位的负责人,根本不具有国家机关工作人员的身份,故其完全不符合滥用职权罪的主体资格;非国家机关工作人员(无身份者)可以和国家机关工作人员(有身份者)构成共同滥用职权罪;如果被告人处理涉案国家财产是按照“行管办”领导意见办理的,此种情况下,只有认定该主管领导和被告人同时构成共同滥用职权罪,才可以追究被告人的滥用职权罪的刑事责任,而不可单独追究并无国家机关工作人员身份的被告人滥用职权罪的刑事责任。

附录:不起诉案

369 1. 谷某涉嫌逃税案

373 2. 徐某涉嫌买卖制毒物品案



彭某为境外窃取、非法提供国家秘密案

核心提示：已申报专利且已经公开的技术，不属于国家秘密，向他人转让已申请专利而公开的技术，不构成境外窃取、非法提供国家秘密罪；若成立为境外窃取、非法提供国家秘密罪，公诉人应当证明行为人主观上具有危害国家安全的故意与目的。

基本案情

武检公诉刑字(2004)196号起诉书指控:1995年,华中理工大学对胰岛素口腔给药制备技术进行研究,研制出“胰岛素舌下含片药”。1997年4月,华中理工大学与湖北建龙商品砼有限公司(以下简称建龙公司)董事长被告人彭某签订技术开发合同,1999年4月30日,建龙公司、华中理工大学科技开发总公司决定组建湖北华工生化工程有限公司(以下简称生化公司),由被告人彭某担任董事长、该项目研究人员杨某担任总经理。后相继研制“胰岛素口腔吸收制剂”和转基因生产的人胰岛素为主要成分的口腔喷剂。2002年7月,科技部将“胰岛素口腔喷剂新药的开发”列为2002年度科技攻关引导项目、“西部开发”重大项目以及2002年国家火炬项目计划,同年11月18日,科技部将“基因重组人胰岛素非注射给药制剂系列新药的研究与开发”纳入国家“十五”重大科技专项“创新新药和中药现代化课题”,被告人彭某代表生化公司与科技部签订国家高科技发展计划(“863”计划)课题任务合同书,该合同书规定课题组和生化公司约定本课题可能形成的专利等知识产权和技术成果归属时,须经科技部认可;还规定实施或者许可他人实施、转让课题成果的,应当事先以书面形式征得科技部同意。2002年3月至8月,国家相继拨款以及华中科技大学(原华中理工大学——作者注)投入人民币469万元。

2002年11月14日,被告人彭某未经董事会决定,在申报“863”计划期间,私自与台湾正和制药股份有限公司(以下简称正和公司)签订了技术实施许可合同,还将其掌握的部分技术资料交给被告人刘某、周某整理。2003年8月,被告人彭某、刘某、周某共谋窃取杨某电脑中的技术资料,由彭某、刘某、周某趁杨某办公室无人之际,将其电脑中的资料全部下载,后连同先前被告人彭某提供的资料分类整理成“胰岛素口腔喷剂汇编资料之一、之二、之三、工艺规程、质量标准及检验操作规程、国家药品监督管理局法律法规文件”等,交给被告人彭某六册共二套。2003年9月,在科技部将该项目纳入“863”计划后,被告人彭某又私自与正和公司签订补充协议书,将整理的一套资料在香港交给了正和公司,获66万港元,其中60万港元转入其香港的个人账户。正和公司在组织生产过程中遇到问题,向被告人彭某请教,被告人彭某授意被告人刘某解答,2003年10月2日,被告人刘某在新浪网上用电子邮件回答了正和公司提出的配方原料的厂家、生产工艺、无菌过滤等问题。同年

10月15日,正和公司来武汉与被告人彭某、刘某、周某谈论生产方面问题时,被告人刘某、周某将配方原料“大豆卵磷脂”交给了正和公司。

检察机关认为,被告人彭某等无视国法,明知“胰岛素口腔喷剂”研究项目关系到国家利益,属国家秘密,仍采取秘密手段窃取,并非法提供给境外,其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第111条的规定,应当以为境外窃取、非法提供国家秘密罪追究其刑事责任。

控辩争点

控方认为:被告人彭某、刘某、周某无视国法,明知“胰岛素口腔喷剂”研究项目关系到国家利益,属国家机密,仍采取秘密手段提供给境外,其行为均触犯了《中华人民共和国刑法》第111条,犯罪事实清楚,证据确实充分,应以为境外窃取、非法提供国家秘密罪追究其刑事责任。

辩方认为:被告人认为其行为没有危害国家安全,不构成境外窃取、非法提供国家秘密罪。辩护理由为:(1)向正和公司转让胰岛素口腔喷剂技术是生化公司的意思,而不是彭某个人的擅作主张;(2)本案涉及的胰岛素口腔喷剂技术已申报专利且已经公开,并非国家秘密,向他人转让已申请公开的技术,不构成境外窃取、非法提供国家秘密罪;且被告人彭某转让的技术未按“涉及国家安全或重大利益需要的”专利程序申请专利,国家知识产权局(原国家专利局)保密审查时均未按保密申请对待,即并不属于应当保守国家秘密的专利技术;(3)转让给正和公司的“胰岛素口腔喷剂”不是国家“863”课题研发技术;(4)被告人彭某不具有危害国家安全的故意,更无危害国家安全的目的,因而不构成指控的犯罪。

辩护词实录

审判长、审判员:

武汉市中级人民法院今天开庭审理彭某涉嫌为境外窃取、非法提供国家秘密一案,作为彭某的辩护律师,我依法参加今天的审判活动。近期来,我多次会见了当事人、认真查阅了案卷材料、走访调查了相关知情人士与部门,刚才又参与了法庭调查,对案件事实与性质已经有了充分认识,我认为起诉书对彭某的指控事实不

清、定性不当,所控罪名不能成立。现分析说明如下:

(一) 向正和公司转让胰岛素口腔喷剂(舒临[™])技术,是生化公司的意愿,而不是彭某个人擅作主张

本案事实表明,早在2002年3月,正和公司有关负责人员就来到生化公司,洽谈胰岛素口腔喷剂技术转让事宜。生化公司的负责人王某、童某、杨某、彭某等人共同数度参加了与正和公司的谈判。(参见相关证词与照片)其中,生化公司方面还起草了技术转让合同,(杨某或童某)还亲笔写下了“技术实施许可合同修改意见”,对合同进行了认真修改,童某还代表生化公司在技术转让合同上签了字。只是因为技术转让价格上双方存在分歧,故前期谈判未能形成正式合约。(生化公司要价1200万元、800万元)但是,这一事实表明,生化公司(包括王某、童某、杨某等在内)是同意将胰岛素口腔喷剂转让给正和公司的!

后来彭某等人之所以在没有和公司其他负责人协商的情况下和正和公司签订技术转让协议,是因为生化公司内部矛盾激化的结果,却并没有改变生化公司愿意将胰岛素口腔喷剂技术转让给正和公司的事实!而且,作为生化公司的董事长,根据公司章程第27条之规定,“在特殊情况下,可以对公司事务行使特别裁决权、处置权……”因此,彭某作为董事长,以公司名义和正和公司签订的技术转让合同以及后来向正和公司提供有关技术,完全是生化公司的一种正常商务行为。如果说彭某的行为构成非法向境外提供国家秘密罪,那么作为参与和正和公司共同协商谈判并积极提出合同修改意见的杨某、童某、王某等人是否也应当认定为构成了本案的共同犯罪?

(二) 本案涉及的胰岛素口腔喷剂技术已经申报专利且已经公开,并非国家秘密,向他人转让已经申请专利公开的技术,不可能构成境外窃取、非法提供国家秘密罪

胰岛素口腔喷剂的研发始于1995年。1997年4月15日,彭某任董事长的湖北建龙商品砼有限公司与华中理工大学签署《关于合作开发胰岛素口腔吸收制剂新药协议》,彭某的公司为该项研究投入80万元。1999年4月9日,华中理工大学、湖北建龙商品砼有限公司以及华中理工大学科技开发总公司共同签署《关于合作开发胰岛素口腔吸收制剂新药的协议》。1999年4月30日,湖北建龙商品砼有限公司与华中理工大学科技开发总公司签署《关于组建湖北华工生化工程有限公司协议》。1999年10月27日,生化公司与华中理工大学签署《技术开发合同书》,研制“胰岛素口腔喷剂新药”。华中科技大学曾先后于1995年、2000年、2001年向国

家专利局就有关胰岛素口腔喷剂生产及工艺制备技术申请专利。具体情况为：

1. 名称：多肽类药物粘膜吸收剂型的促进剂；申请日期：1995年11月28日；申请号：95119260.4；于1997年6月11日公开；公开号：11513××；

2. 名称：一种多肽类药口腔喷雾剂；申请日期：2000年1月7日；申请号：00114318.2；于2000年8月30日公开；公开号：CN126459××；

3. 名称：胰岛素口腔喷剂及其制备工艺；申请日期：2001年8月8日；申请号：01128323.8；于2002年2月13日公开；公开号：13351××。

根据《专利法》第4条的规定，“申请专利的发明创造涉及国家安全或者重大利益需要保密的，按照国家有关规定办理”。同时，《专利法》第26条第3款还规定，（专利的公开）“说明书应当对发明或者实用新型做出清楚、完整的说明，以所属技术领域的技术人员能够实现为准；必要的时候，应当有附图……”根据本律师的调查核实，上述三件发明专利申请，申请人没有按照“涉及国家安全或者重大利益需要保密的”专利申请程序进行申请，且经国家知识产权局（原国家专利局）保密审查，“均未按保密申请对待”，即该专利技术并不属于应当保守的国家秘密。

由于以上三项专利申请无疑是按照我国《专利法》的要求进行的申请，其公开说明“以所属技术领域的技术人员能够实现为准”，故从其专利申请公开之日起，该专利就已经失去秘密性，更何谈国家秘密！对此，凡是学习过专利法的人均会有共同认识。故即便是彭某自作主张将胰岛素口腔喷剂转让给了正和公司，也不属于为境外窃取、非法提供国家秘密的范畴了。

（三）转让给正和公司的是“胰岛素口腔喷剂”（舒临[™]），不是生化公司承担的国家“863”课题研究技术

起诉书中的一个关键错误，就是不加分析地把“胰岛素口腔喷剂”和生化公司2002年11月18日获准立项的国家“863”课题——“基因重组人胰岛素非注射给药制剂系列新药的研究与开发”混为一谈了。只要认真研究案卷材料就不难发现，彭某等人转让给正和公司的是“舒临[™]”即“胰岛素口腔喷剂”生产技术。该产品系以猪胰岛素为原料，经技术加工而成的治疗糖尿病的药剂，属于化学药品第四类范畴；而《基因重组人胰岛素非注射给药制剂系列新药的研究与开发》所要研究的是“基因重组人胰岛素”对糖尿病的治疗药剂，属于生物类药剂。我们曾就此走访了国家药品监督管理局，该局信访处的技术人员明确告诉我们：以猪胰岛素为原料生产的口腔喷剂和以基因重组人胰岛素为原料生产的口腔喷剂应当属于两种不同药剂，如果从药品注册管理角度来讲，这两种药品必须以不同药品进行注册。而且，此

两种药剂至少在三个方面会有区别:其一,两者分子结构不同,有一个氨基酸不同;其二,两种活性不同,配方量会不同;其三,两者对人的安全性也会不一样。

另外,从研究开发的时间来看,在生化公司2002年11月18日获准国家“863”课题——“基因重组人胰岛素非注射给药制剂系列新药的研究与开发”立项之前,华中科技大学申请专利以及申领国家药品监督管理局新药临床研究批件,都是围绕猪胰岛素口腔喷剂研制进行的,而基因重组人胰岛素的新药研究,尚处于临床前研究阶段。根据生化公司的《“863”计划课题任务合同书》第三部分“课题的年度计划和年度考核指标”中的计划,到2004年才进入临床研究。我们还注意到,根据生化公司与华中理工大学2001年4月27日签署的《胰岛素口腔喷剂新药技术开发合同补充合同书》第1条第1款规定:“新药主要成分改为人胰岛素剂型不变,另行申报新药。”这说明,以猪胰岛素为原料的胰岛素口腔喷剂与以人胰岛素为原料的口腔喷剂是两种不同药品。尽管该两项研技术究可能存在某些共性,但是,由于它们之间存在明显本质区别,任何一个尊重事实的人都不会因为它们的某些共性就把“胰岛素口腔喷剂”(舒临[™])与“863”计划课题涉及的基因重组人胰岛素研究混为一谈!因而,向正和公司转让“胰岛素口腔喷剂”(舒临[™])绝不等于转让了“863”课题涉及的技术。

(四) 彭某不具有危害国家安全的故意,更无危害国家安全的目的,因而不构成指控罪名

我国刑法理论认为,刑法分则第一章规定的危害国家安全罪,其犯罪构成必须是行为人主观上具有危害国家安全的故意,一般还需具有危害国家安全的目的。根据本案的所有证明材料和庭审事实,均不能得出彭某具有危害国家安全的故意与目的。事实上,即使一种治疗糖尿病的新药技术转让给境外人士或制药公司,也不会对中国的国家安全构成任何威胁。而一种治疗疾病的新药在世界上广为流传,不仅不会危害我国安全,而且会造福于包括中国人民在内的全体人类!

以上辩护意见,请人民法院认真审视并予以采纳。

北京市地石律师事务所律师 谢望原

2004年10月8日

判决结论与评析

(一) 判决结论

一审法院以(2004)武刑初字第241号判决书作出如下判决：检察机关指控被告人彭某所犯罪行成立，被告人彭某的行为构成为境外窃取、非法提供国家秘密罪，判处被告人彭某5年有期徒刑，剥夺政治权利2年。（由于本罪刑罚最高可处死刑，相对而言，该判决结果也算较轻的了。）

本案被告人彭某不服一审判决，依法提出了上诉。二审法院以(2005)鄂刑二终字第65号刑事判决书维持了一审法院对被告人彭某的判决。

(二) 评析

综观一、二审判决，法院在以下方面可能存在问题：其一，对事实认定不清楚：（1）向正和公司转让胰岛素口腔喷剂技术本来是生化公司集体意见，只是因为再转让与受让双方价格分歧太大的情况下，又因为生化公司内部纠纷，被告人彭某作为董事长，决定继续转让胰岛素口腔喷剂技术。但对此，法院没有查清真相就认定被告人彭某窃取并非法向境外提供国家秘密，其合理性显然值得怀疑。（2）一审、二审判决书中的一个关键疑点，就是把“胰岛素口腔喷剂”和生化公司2002年11月18日获准立项的国家“863”课题——《基因重组人胰岛素非注射给药制剂系列新药的研究与开发》混为一谈了。“863”课题涉及的核心技术属于国家秘密并无争议。但是彭某等人转让给正和公司的是“舒临[™]”即“胰岛素口腔喷剂”生产技术，而不是前述“863”课题涉及的技术！其二，本案涉及的胰岛素口腔喷剂技术已经申报专利且已经公开，并非国家秘密，向他人转让已经申请专利公开的技术，不可能构成为境外窃取、非法提供国家秘密罪。其三，公诉人没有证明被告人彭某具有危害国家安全的故意与目的。我国刑法理论认为，刑法分则第一章规定的危害国家安全罪，其犯罪构成要求必须是行为人主观上具有危害国家安全的故意，一般还需具有危害国家安全的目的。在本案一审过程中，公诉人没有提供任何足以证明被告人彭某具有危害国家安全的故意或目的的证据，因而根据本案的所有证明材料和庭审事实，均不能得出彭某具有危害国家安全的故意与目的。但是，一审法院在没有充分分析说理的情况下，就认定“被告人彭某客观上实施了为境外窃取、非法提供国家秘密的行为，主观上存在为实现个人目的而放任危害国家安全结果发生的故意心态”，这显然是一种并非客观公允的评判。任何一个法律从业人员都应该明

白,刑法中涉及的国家安全,乃是指涉及国家领土主权、政治制度、军事、国防、国家经济等重大国家整体利益方面的安全,而不是仅仅涉及某一单位经济利益的安全。如果对“国家安全”不作适当限制,从无限广阔的范围上来把握“国家安全”的话,那么一切危害社会的行为都可以理解为是危害国家安全的行为了!更重要的是,从本案涉及的问题来看,即使一种治疗糖尿病的新药技术转让给境外人士或制药公司,也不会对中国的国家安全构成任何威胁,至多也只是给某一具体企业或公司(如本案涉及的华中科技大学的一个公司)的经济效益带来若干损失。既然如此,又怎能认定被告人彭某具有危害国家安全的故意与目的呢?

特别应当指出的是,我国《刑法》中涉及国家秘密的犯罪还有第398条规定的故意泄露国家秘密罪和过失泄露国家秘密罪。就《刑法》第111条规定的为境外窃取、非法提供国家秘密罪与第398条规定的故意泄露国家秘密罪而言,其关键区别就是看行为人主观上是否具有危害国家安全的故意与目的,有事实和证据证明行为人主观上具有危害国家安全的故意与目的的,构成为境外窃取、非法提供国家秘密罪;反之,没有事实和证据证明行为人主观上具有危害国家安全故意与目的,但客观上出于其他意图实施了故意泄露国家秘密行为的,则构成第398条规定的故意泄露国家秘密罪。



王某东销售假药案

核心提示:利用电商平台擅自销售未经批准进口的药品,可能构成销售假药罪;但该假药只是未经批准而进口销售,其药效则真实可靠,故有别于那些掺杂使假的真正假药;如果被告人社会危险性不大,犯罪情节不是很严重(涉案药品大部分尚在仓库没有出售)的,可以对其从轻处罚并适用缓刑。
