广东广强律师事务所

广强刑辩

2025年度

刑事辩护研究

12月文章集锦

“精益求精，铸造经典；
极致专业，卓越服务；
以个案推动法治步。”

目 录

一、70 余万的水果味电子烟非法经营案，改变罪名后又获无罪不起诉！

韩武斌……1-4

二、涉案人员超 30 人，有毒有害保健品刑案，第二被告成功缓刑

毕伟成……5-6

三、最高检关于虚开增值税专用发票罪的不法本质左右摇摆

王如僧……7-8

四、关于 USDT、稳定币及虚拟货币，央行等 13 部委的“11.28”会议，有哪些启示？

吴 单……9-10

五、销项税额不是代收关系，所以虚抵进项税额不构成虚开增值税专用发票罪

王如僧……11-14

六、“性贿赂”案件一律不能认定为受贿罪？

肖文彬……15-17

七、虚假宣传、夸大宣传不是认定诈骗犯罪的唯一标准

金翰明……18-22

八、线下德州俱乐部的股东有没有可能争取判缓刑？

黄佳博……23-25

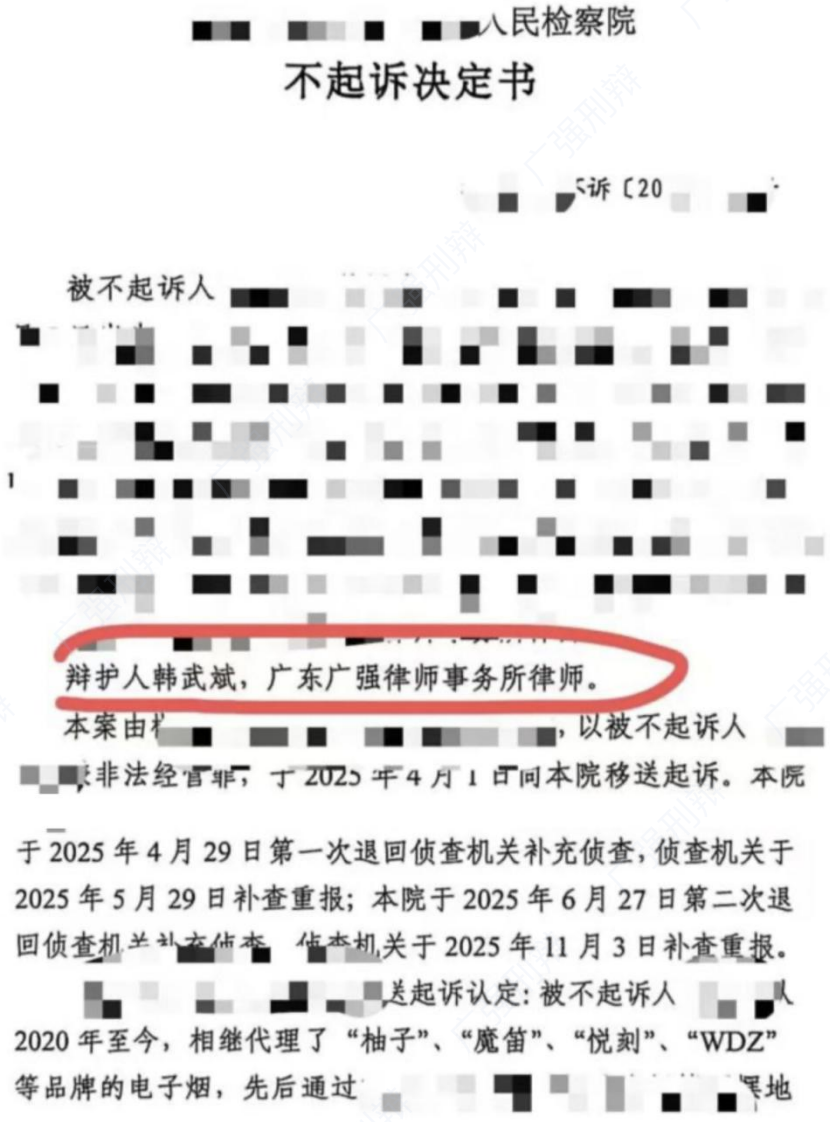
九、广铁警方破获的涉黄案各角色构成什么罪名及辩护要点

马泽恩……26-30

70 余万的水果味电子烟非法经营案，改变罪名后又获无罪不起诉！

韩武斌　17724523021

该起销售金额达 70 余万的水果味电子烟非法经营案，能够获得无罪不起诉，主要归功于有担当、有责任的检察官及其助理等办案人员，对辩护观点的认可。



[redacted]人民检察院

不起诉决定书

[redacted]诉〔20[redacted]

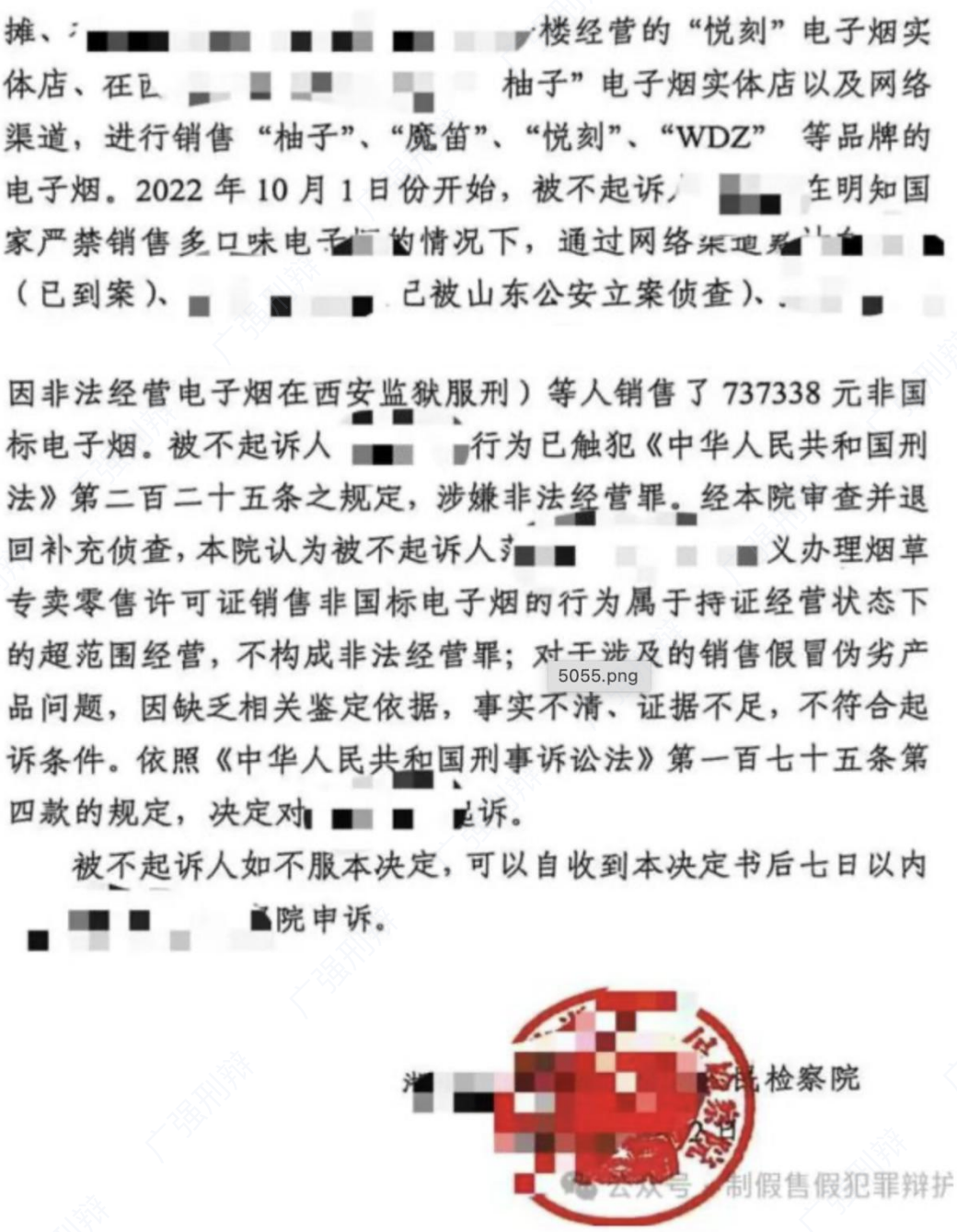
被不起诉人[redacted]

[redacted]

辩护人韩武斌，广东广强律师事务所律师。

本案由[redacted]，以被不起诉人[redacted]非法经营罪，于 2025 年 4 月 1 日向本院移送起诉。本院于 2025 年 4 月 29 日第一次退回侦查机关补充侦查，侦查机关于 2025 年 5 月 29 日补查重报；本院于 2025 年 6 月 27 日第二次退回侦查机关补充侦查，侦查机关于 2025 年 11 月 3 日补查重报。

[redacted]送起诉认定：被不起诉人[redacted]人 2020 年至今，相继代理了“柚子”、“魔笛”、“悦刻”、“WDZ”等品牌的电子烟，先后通过[redacted]地



摊、[redacted]楼经营的“悦刻”电子烟实体店、在[redacted]柚子”电子烟实体店以及网络渠道，进行销售“柚子”、“魔笛”、“悦刻”、“WDZ”等品牌的电子烟。2022年10月1日份开始，被不起诉[redacted]在明知国家严禁销售多口味电子[redacted]的情况下，通过网络渠道[redacted]（已到案）、[redacted]已被山东公安立案侦查）、[redacted]

因非法经营电子烟在西安监狱服刑）等人销售了737338元非国标电子烟。被不起诉人[redacted]行为已触犯《中华人民共和国刑法》第二百二十五条之规定，涉嫌非法经营罪。经本院审查并退回补充侦查，本院认为被不起诉人[redacted]义办理烟草专卖零售许可证销售非国标电子烟的行为属于持证经营状态下的超范围经营，不构成非法经营罪；对于涉及的销售假冒伪劣产品问题，因缺乏相关鉴定依据，事实不清、证据不足，不符合起诉条件。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百七十五条第四款的规定，决定对[redacted]起诉。

被不起诉人如不服本决定，可以自收到本决定书后七日以内[redacted]院申诉。

[redacted]检察院

2[redacted]

5055.png

公众号 · 制假售假犯罪辩护

本案自审查起诉阶段经过第一次退回补充侦查才介入，介入后，得知被控非法经营罪，且销售金额达到70余万，而认定销售金额的证据又是当事人已签字确认的转账流水，要想辩护成功难度可想而知。

介入初期，定下的策略是先推动二次退回补充侦查，以争取更多的时间来研究案件，于是在阅完卷的基础上，确定了从销售金额方面推定

退回二次补充侦查，进而形成了《销售金额存疑事实归纳》：认为销售金额中包括有非电子烟的生意往来的货款；贴纸、滤嘴以及电子烟配件等非烟草专卖品的数额；国标电子烟的销售金额的事实，申请对上述事实予以核实并形成了《调取证据材料申请书》。

与此同时，通过阅卷，对本案的管辖权也提出异议，认为销售的悦刻、柚子、魔笛等品牌电子烟的事实与本案案发的线索事实没有任何关联，行为人销售电子烟的犯罪行为地、犯罪结果发生地以及其本人的居住地与案发地也没有任何关联，从而形成了《管辖权异议书》，在形成上述文书提交之后，也正好得知检察院打算决定二次退回补充侦查。

利用二次退回补充侦查的时间，通过对卷宗材料深入的阅卷，形成了本案不构成非法经营罪，可能涉嫌销售伪劣产品罪的详细意见，并且多次与承办人员沟通，承办人员此时也告知，补充侦查期间也会对本案的产品送往相应的烟草质量检测站进行检测，确定是否构成销售伪劣产品罪。

就在补充侦查期限一个月的时间届满后，得知侦查机关仍然没有完成补充侦查，未将相关补充侦查的卷宗材料移送检察院，针对这一情况，又与承办人员继续沟通，承办人员也告知其已向侦查机关出具了违法行为纠正通知书，督促侦查机关尽快对本案的证据材料进行移送。

此后，侦查机关又久久未予以移送又继续与承办人员沟通，沟通后得知侦查机关有初步撤案以及移送管辖的想法，所以需要时间。

但时隔不久，侦查机关还是将案件移送到了检察院，而此时送来的材

料仍然是第一次退回补充侦查的材料，没有任何新增加的材料。

在此基础上，与承办人员沟通，得知本案可能会涉嫌销售伪劣产品罪，于是，又向承办人员递交了既不构成非法经营罪，也不构成销售伪劣产品罪的建议作出不予起诉决定的意见书。

核心观点是：本案行为人销售水果味电子烟的行为属于超范围经营，不是非法经营，具备法定不诉的条件；即使是构成销售伪劣产品罪，也仍然没有证据证明涉案水果味电子烟属于是质量低劣或不具有使用性能的“伪劣产品”，即使电子烟产品带有味道，也有可能是在101 种添加剂之中的国标电子烟；

并且就被查扣产品的数量也无法满足《电子烟产品鉴别检测实施细则》样品抽样数量的要求，已无法进行检测；

即使能够进行检测，涉案产品也是于 2022 年 10 月之前生产，早已超过了产品的有效保质期，样品已经被严重污染；

而且在 2022 年 10 月之前，我国并未对电子烟产品进行管理，《电子烟管理办法》以及电子烟国家标准并未实施，烟草质量监测站也无法将其判定为是“未经许可生产且不符合电子烟国家强制性标准”的伪劣电子烟。

最终，承办人员采纳了辩护观点，对本案做出了存疑不起诉的决定。

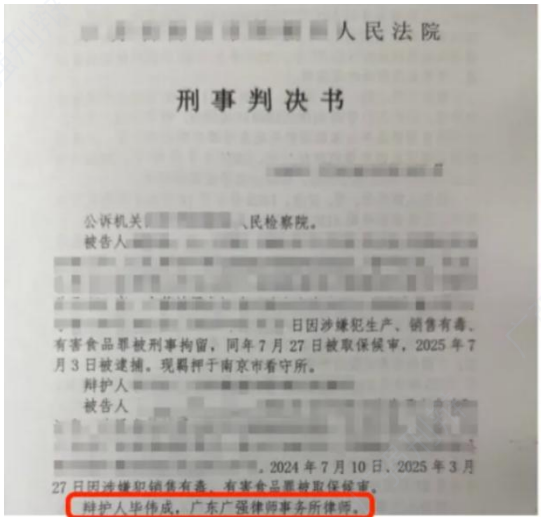
涉案人员超 30 人，有毒有害保健食品刑案，第二被告成功缓刑

毕伟成 13642713407

主办律师：毕伟成

涉案罪名：销售有毒、有害食品罪

办案进度：缓刑结案



人民法院

刑事判决书

公诉机关[redacted]人民检察院。

被告人[redacted]

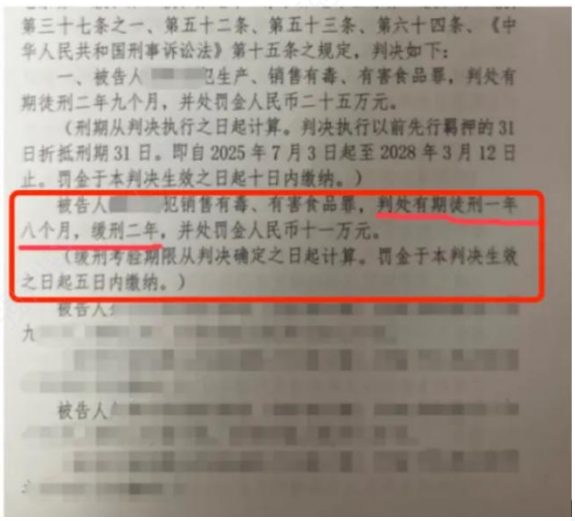
[redacted]日因涉嫌犯生产、销售有毒、有害食品罪被刑事拘留，同年7月27日被取保候审，2025年7月3日被逮捕。现羁押于南京市看守所。

辩护人[redacted]

被告人[redacted]

[redacted]。2024年7月10日、2025年3月27日因涉嫌犯销售有毒、有害食品罪被取保候审。

辩护人毕伟成，广东广强律师事务所律师。



第三十七条之一、第五十二条、第五十三条、第六十四条、《中华人民共和国刑事诉讼法》第十五条之规定，判决如下：

一、被告人[redacted]犯生产、销售有毒、有害食品罪，判处有期徒刑二年九个月，并处罚金人民币二十五万元。

（刑期从判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的31日折抵刑期31日。即自2025年7月3日起至2028年3月12日止。罚金于本判决生效之日起十日内缴纳。）

被告人[redacted]犯销售有毒、有害食品罪，判处有期徒刑一年八个月，缓刑二年，并处罚金人民币十一万元。

（缓刑考验期限从判决确定之日起计算。罚金于本判决生效之日起五日内缴纳。）

被告人[redacted]

九[redacted]

被告人[redacted]

基本案情：

本案的当事人 C 某在微信朋友圈销售涉案的减肥食品，后来经消费者举报，公安对本案开始立案侦查，并将 C 某传唤到案。

经当事人及其家属委托，由本所食品刑案专案律师毕伟成律师承办本案。毕律师介入本案后了解到，本案是一个涉案人员超 30 人的大型案件，而我们的当事人 C 某是本案的第二被告，形势并不乐观。

在进入检察院的审查起诉阶段后，毕律师经过阅卷了解到：

第一，C 某虽然是第二被告，但其在本案中所处的地位与后面顺位的被告人没有任何区别，都是下游的小代理，小分销商，不能因为其排在第二顺位就加重其刑罚；

第二，C 某的涉案金额不大，毕律师向办案机关提交了自己过往亲办的同类型案例，证明在这个区间的涉案金额按照以往的司法实践经验，完全可以适用缓刑，对 C 某适用缓刑明显更符合统一司法适用的原则；

第三，C 某到案后有如实供述，主动退出违法所得等多项从轻情节，依法可以对其从轻处罚。

后来经过多次与办案机关沟通，提交了多份书面辩护意见，办案机关终于采纳我们的观点，愿意对 C 某从轻处理，同意对其适用缓刑。

最终，本案以 C 某终获缓刑结案，当事人免于牢狱之灾，本案至此终结。

最高检关于虚开增值税专用发票罪的不法本质左右摇摆

王如僧 13928882432

第一，最高检在理解与适用中，认为虚开增值税专用发票罪实际上是逃税行为。

最高检在理解与适用中提出：

关于“虚抵进项税额”的逃税行为是指利用虚开增值税专用发票以外的方式虚抵进项税额。例如，根据 2017 年国务院《增值税暂行条例》相关规定，企业购进的货物、劳务、无形资产和不动产用于免费项目、集体福利、简易征税、管理不善导致的毁损等均被视为企业的消费行为，该项目的进项税额不得从销项税额中抵扣。若企业已向税务机关申请抵扣增值税的，应进行进项转出，否则会造成虚抵进项税额的逃税后果。从社会危害性的角度，此种虚抵进项税额的逃税方式轻于利用虚开增值税专用发票的手段虚抵进项税额的逃税方式，按照逃税罪处理，符合罪责刑相适应原则。

按照最高检的观点，真实交易，不应抵扣却抵扣的，属于虚抵进项税额，属于逃税；没有真实交易，不应抵扣却抵扣的，也是虚抵进项税额，也是属于逃税。同时，第二种逃税也构成虚开增值税专用发票罪。

换一句话也就是说，虚开增值税专用发票罪实际上是一种特殊的逃税手段，与逃税罪之间的特殊法条与普通法条关系。

第二，在六稳六保中，最高检却提出虚开增值税专用发票罪是骗税。

最高检在六稳六保中提出：

依法慎重处理企业涉税案件。注意把握一般涉税违法行为与以骗取国家税款为目的的涉税犯罪的界限，对于有实际生产经营活动的企业为虚增业绩、融资、贷款等非骗税目的且没有造成税款损失的虚开增值税专用发票行为，不以虚开增值税专用发票罪定性处理，依法作出不起诉决定的，移送税务机关给予行政处罚。

六稳六保说到要区分一般涉税违法行为与以骗取国家税款位目的的涉税犯罪的界限，这里又说到“以骗取税款为目的”，即虚开增值税专用发票罪实际上是骗税。

第三，最高检在理解与适用中举的例子，有个漏洞。

虚抵进项税额的逃税行为是指利用虚开增值税专用发票以外的方式虚抵进项税额，即进项发票不能是虚开的。

假设中秋节到了，甲公司给员工发月饼，作为员工福利，去超市买月饼时，为了可以抵扣，甲公司叫超市开具了品名为电脑的发票，这就变成了办公用品了，不就可以抵扣了吗？

甲公司的行为是一种变票行为。这种情况下，发票明显是虚开的，但明显不构成虚开增值税专用发票罪，只能定逃税。

关于 USDT、稳定币及虚拟货币，央行等 13 部委的“11.28”会议，有哪些启示?

吴单 13751778109

2025 年 11 月 28 日，央行、金融办、公安部、外汇局等 13 部委召开“打击虚拟货币交易炒作工作协调机制会议”。

会议强调:

（1）虚拟货币不具有与法定货币等通的法律地位，不具有法偿性，不应且不能作为货币在市场上流通使用，虚拟货币相关业务活动属于非法金融活动。

（2）稳定币是虚拟货币的一种形式，目前无法有效满足客户身份识别、反洗钱等方面的要求，存在被用于洗钱、集资诈骗、违规跨境转移资金等非法活动的风险。

实际上，一个月前的 10 月 27 日“2025 金融街论坛”年会中，央行行长潘功胜在主题演讲中已经明确表示。

“稳定币作为一种金融活动，放大了全球金融监管的漏洞，市场操作投机的氛围浓厚”、“2017 年以来，央行等部门发布的多项与虚拟货币有关的政策文件仍然有效”、“下一步，会继续打击境内虚拟货币的经营和炒作”。

结合 2017 年的“9.4 公告”、2021 年的“9.24 通知”，个人认为有以下启示:

一，在定性上，USDT 等稳定币属于虚拟货币，即有一定经济价值的特殊商品。

二，在使用上，既然稳定币是商品，那么就不得作为法定货币在市场上流通，也不可能是支付结算的对象。

三，在管理上，“虚拟货币相关业务活动”不是一刀切，而是针对“经营”和“炒作”USDT 等稳定币的业务活动，“允许持有，禁止经营，限制交易，风险自担”的基调没有变。

四，在实务中，个人之间单纯将 USDT 等虚拟货币作为特殊商品进行点对点交易的行为，不属于“违规跨境转移资金”，原则上不予禁止，但相关交易方应当尽到与自身认知能力相匹配的注意义务，否则仍可能涉嫌帮信、掩隐或洗钱风险。

当然，如果将 USDT 等稳定币作为媒介，以实现本币与外汇的兑换，就可能构成“非法买卖外汇”，属于当下重点打击的“违规跨境转移资金”活动。

五，在司法逻辑上，既然 USDT 等稳定币系虚拟货币、特殊商品，那就不可能是“货币”，也不可能是“外汇”。

那么，广东大埔法院的陈某买卖 USDT 涉（外汇类）非法经营案和重庆渝北区法院的何某买卖 USDT 涉（支付结算类）非法经营案，是不是可以考虑再审，以统一司法裁判标准、修正对该类案件的法律适用？

销项税额不是代收关系，所以虚抵进项税额不构成虚开增值税专用发票罪

王如僧　13928882432

有的学者提出，销售方与购买方之间是一种代收代缴关系。

如果是代收关系的话，那销售方从购买方手上收到的 13 个点，所有权是国家的，销售方只是暂时代为占有而已，销售方采取欺诈手段，将所有权属于国家的财产非法占为己有，不就是造成国家已收税款损失了吗，那虚抵进项税额就是虚开增值税专用发票罪了。

个人不认同这个观点。

理由如下：

代收关系是指纳税人不是直接将税款缴纳给税务机关，而是将税款支付给第三人，由第三人代为将税款缴纳给税务机关。

1.如果是代收关系，那么下游的购买方才是纳税人，但是，在增值税法律关系中，销售方才是纳税人（购买方是负税人）。

2.如果是代收关系，那销售方就是扣缴义务人了（代收代缴义务人），但是，在增值税法律关系中销售方是纳税人。

3.如果是代收关系，销售方没有如实代收税款并缴纳给国家的话，国家就可以直接绕开销售方，找购买方追缴税款，但是实际上国家并不能这么做。即无论购买方是否将税负支付给销售方，国家都是仅能向

销售方追征税款。

4.销售方与购买方之间是转嫁关系。

在直接税中，譬如个人所得税中，税收财是个人取得的收入，税收客体也是个人取得的收入，这两者是一致的，所以纳税人与负税人是同一个人。

在间接税中，譬如增值税中，税收财是财产的支用数额（购买额），税收客体是销售额，两者是对应关系，不是一致关系，从而也导致了纳税人与负税人不一致。

为什么会这样呢？

如果以财产的支用额为增值税的税收客体，将会变成向消费者直接征税，纳税申报主体太多，逃税太容易，国家的税收征管能力跟不上，税收征管成本太大，征管效率太低，改为向销售方征税，可以有效解决上述弊端，同时允许销售方将承担的税款转嫁给下游，可以间接实现向消费行为（财产支用行为）征税的目的。

增值税是法定间接税的原因就在于此。

增值税是间接税的本质，即纳税人与负税人不是同一个人，销售方将税款缴纳给税务机关之后，可以将税负转嫁给下游的购买方，决定了销售方与购买方之间不是代收关系，而是转嫁关系。

哪些认为销售方与购买方之间是代收关系的观点，实际上是从经济学的角度分析的，与法律形式相冲突。

那转嫁与代收之间有什么区别呢？

个人认为转嫁是有名无份，代收是有份无名。

甲男与乙女没有任何感情基础，但两人就是办了结婚证，就是夫妻关系。丙男与丁女卿卿我我，如胶似漆，但就是只是共同居住在一起，没有办理结婚证，这两人就不是夫妻关系。

假设张三在银行中的征信很一般，李四在银行中的征信很好，因此两人商量之后决定，以李四名义向银行贷款，银行把款项打到李四的账户之后，李四随即打给张三，张三每个月准时打款到李四账户上，李四再打给银行，用于归还贷款。

后开张三生意破产了，失去了偿还能力，没有打钱给李四了，李四能够跟银行说，这笔贷款实际上是张三的，你们不要找我了，找张三要钱吗。

肯定不可以。

所以，如果认为销售方与购买方之间是代收关系，那就应该在前面加上“本质上”三个字，即销售方与购买方之间本质上是一种代收关系，但是与法律规定相冲突，实际上不是代收关系。

5.就算是代收关系，参照第 201 条第 2 款，也是逃税行为。

刑法第 201 条第 2 款规定，扣缴义务人采取前款所列手段，不缴或者少缴已扣、已收税款，数额较大的，依照前款的规定处罚。

也就是说扣缴义务人代收税款之后，采取欺诈手段，没有缴纳给国家

的，按照逃税罪处理。

也就是说，哪怕销售方与购买方之间是代收关系，虚抵进项税额也可能只是涉嫌逃税罪。

“性贿赂”案件一律不能认定为受贿罪?

肖文彬　13716737286

在现实生活与刑法理论中，有人认为“性贿赂”案件一律不构成受贿罪，因为根据刑法规定，受贿罪的对象是财物和财产性利益，“性”贿赂既不属于财物，也不属于财产性利益，所以，“性”贿赂不构成受贿罪。

这种说法有一定道理，但肖律认为，在司法实践中却出现了更复杂的局面。因为在司法实践中，已经有案例突破了“性贿赂”不构成受贿罪的先例!

最典型的案例是中山市中级人民法院审理的晏某军受贿、贪污案（案号：(2016)粤 20 刑初 74 号），在该案中，法院将行贿人郭某 1 为晏某军支付的 200 余次嫖娼费用（共计 60 万元）认定为受贿金额，而非直接将“性服务”本身入罪。

一、案件基本事实

2009 年至 2015 年，被告人晏某军先后担任 G 市 L 区宣传部长、区长及市政府副秘书长期间，利用职务便利为 G 国际旅行社总经理郭某谋取利益（帮助其获得 L 区某地块临时停车场经营权）。

作为回报，郭某在 6 年间为晏某军安排嫖娼 200 余次，并全额支付嫖资，郭某证言称嫖资总计约 70 万元，晏某军在侦查阶段供述嫖娼次数约 200 次，嫖资均由郭某支付。

公诉机关指控该部分嫖资属于受贿数额，辩护律师提出抗辩，认为嫖娼行为应属违纪范畴，不应认定为受贿，且嫖资数额认定有误 。

二、裁判核心观点

中山市中院一审认定晏某军构成受贿罪，涉案 60 万元嫖资计入受贿数额，核心裁判逻辑有三点：

一是明确嫖资的财产性利益属性，法院认为郭某支付嫖资本质是为晏某军购买性服务，该行为产生的嫖资属于“需要支付货币的利益”，符合司法解释中财产性利益的定义，应纳入受贿罪“财物”范畴；

二是严格遵循证据裁判原则，结合行贿人证言、被告人供述及相关证人证言，按照“疑点利益归于被告人”原则，从低认定嫖娼 200 次、单次嫖资 3000 元，合计嫖资 60 万元；

三是确认利益交换关系成立，晏某军利用职务便利为郭某谋取实际利益，郭某支付嫖资是为换取职务关照，双方存在明确权力与利益交换，符合受贿罪构成要件 。

最终，晏某军因贪污罪、受贿罪被数罪并罚，执行有期徒刑六年六个月，并处罚金七十万元。

所以肖律认为，关于“性贿赂”案件能否认定受贿不能一概而论。

具体而言，如果国家工作人员在色情场所嫖娼或者接受其他性服务，由请托人支付相关费用，或者请托人支付费用雇请他人为国家工作人员提供性服务，或者请托人支付费用供国家工作人员包养情人等，鉴

于前述情形属于能够折算为金钱的财产性利益，故应认定为受贿。

但是，请托人直接为国家工作人员提供性服务或者安排单位员工为国家工作人员提供性服务的，不能认定国家工作人员的行为构成受贿罪。

虚假宣传、夸大宣传不是认定诈骗犯罪的唯一标准

金翰明 13802927667

我们经常说，诈骗犯罪案件中，并不是所有的虚构事实、隐瞒真相的欺骗行为，都是符合诈骗罪构成要件的欺骗行为，而只有达到一定程度、可以上升为犯罪层面、符合诈骗罪构成要件的欺骗行为，才能认定是属于诈骗罪案件中的欺骗行为。

针对销售型的诈骗罪案件，比如说销售保健品类，比如说直播销售瓷器类，以及其他各种销售产品类型的诈骗罪案件，到底什么样欺骗行为，才会上升到应当受诈骗罪的规制和处罚？

我们今天重点谈论的是夸大宣传、虚假宣传是否构成诈骗罪的问题。是不是所有的夸大宣传都不构成诈骗犯罪？是不是所有的虚假宣传都一定构成诈骗犯罪？结论当然是否定的。

首先是针对夸大宣传，以销售保健品类型的案件举例，一个产品具有一定的功能功效；以直播销售瓷器的案件举例，销售的瓷器本身具有一定的价值，以及确实有相关的变现渠道。

那么我把这类案件中的功能功效进行夸大宣传，从 1 夸大到 5，这种叫从小到大的夸大宣传，是否就一定不属于欺骗手段？

其次，关于虚假宣传销售产品类型的案件中，涉案公司或者相关的行为人在产品没有某种功能功效，或者直播销售瓷器案件中，涉案公司没有某种变现渠道，亦或是没有宣传的相关内容，此类销售行为是否

就一定属于诈骗犯罪？这个答案也是否定的。

我们在办案过程中，一再强调一个辩护观点，我们反对以类型化概念定性某些行业的销售行为，我们经常会听到“保健品诈骗”“瓷器诈骗”“国学诈骗”“期货诈骗”，这些行业类型化的定性容易给司法实务带来误解，容易产生有罪思维和先入为主。

以保健品诈骗案件来说，同样有诸多经营销售保健品的行为合法合规的，也存在一些经营、销售行为成立虚假广告罪、非法经营罪，甚至是生产销售层面的它罪，这些均是反证。

但是司法实务中“保健品诈骗”这种概念性词汇，确实给经营销售保健品类型的案件刻上了一定层面的罪名烙印，尤其是在被司法机关因为各种原因查处后，极容易陷入诈骗罪的指控之中。

一旦陷入指控，一些经营层面的违规、瑕疵，就会被无限放大，不断上升为欺诈、欺骗，从而被认定为诈骗犯罪。所以我们强调不要概念化案件类型，每一个案件都要立足于案件本身的事实证据，去做定性的认定以及定性的辩护。

举例而言，有一些案件中，虽然涉案公司只是夸大宣传，但是在通过夸大宣传的方式取得对方的财物之后，不考虑持续经营，而是将财物挥霍、隐匿、高消费或者用于赌博等。

这种情况下，办案机关会认为这种夸大宣传手段，也应当属于诈骗罪构成要件中的欺骗手段，同时针对涉案人员对财物的处置行为，进一步推定非法占有目的，从而认定整个案件构成诈骗罪。

第二种是虚假宣传，有一些案件中，我们都知道涉案公司或者相关的行为人，他在销售产品的时候存在虚假宣传，可能销售的产品不具有某种功能，或者这个产品不具有某种的变现渠道。

但是在综合全案的事实证据之后，我们会发现，虽然涉案公司、涉案行为人在特定的时间内对于销售手段方面存在虚假宣传，但是这种虚假宣传不具有全程性、普遍性，而是只在某一段时间内偶然性出现。

同时涉案公司对于涉案款项的处置态度，一些案件中涉案公司会无条件的退货退款，或者说在出现争议的时候，都会积极的协商解决。

在这种情况下，虽然涉案公司在宣传方面存在一定的虚假成分，但是围绕整个案件的事实去做非法占有目的的推定，我们会发现这些案件无法认定非法占有目的的。

因此，即使涉案公司或者行为人存在虚假宣传，在综合主客观要件之后，虽然客观上符合诈骗罪的构成要件，但是主观上不具有非法占有目的，甚至不能认定诈骗犯罪的故意，此时即使存在虚假宣传，也未必构成诈骗犯罪。

所以针对销售产品类型的案件，我们很多时候会去谈论，夸大宣传不应当构成诈骗罪，虚假宣传可能构成诈骗犯罪，但是这种结论不具有确定性，夸大宣传到底夸大到什么程度？

虚假宣传到底虚假到什么程度？同时结合案件其他事实、证据，针对主观要件的综合考量，以及非法占有目的的认定，去进行犯罪构成要件主客观两个方面的评价，可能我们会得到不一样的答案。

所以重申我们的辩护观点，一个案件到底是属于夸大宣传还是虚假宣传，不是这个案件一定成立诈骗罪，或者一定不成立诈骗罪的唯一衡量标准。

具体案件到底是夸大宣传还是虚假宣传，要具体判断其“欺诈性”的范围和程度，是否一定要上升到诈骗罪处罚，是否符合诈骗罪构成要件的欺骗行为，以及综合具体案件的事实证据，去推定或者排除非法占有目的，以及具体涉案人员的诈骗犯罪故意。

同类型的案件，因为案件事实、证据的不同，可能有截然相反的认定。这样的观点，也能够印证为什么虚假广告罪中的宣传手段也是虚假宣传，为什么不成立诈骗罪，而只成立虚假广告罪。

有人会说虚假广告罪与诈骗罪的区别在于主体的不同，如果我们了解实务中的诸多案例，就会了解二者的区别不仅仅是主体问题，产品的经营者、销售者，同样可能只成立虚假广告罪而不构成诈骗罪，甚至部分案件中只是受到行政处罚而没有认定犯罪，这些案件中也往往存在比较典型的虚假宣传。

所以司法实务中的很多案件，即使存在虚假宣传，即使存在从无到有，从 0 到 10，也未必一定成立财产类犯罪的诈骗罪，而可能只构成虚假广告罪，当然也可能会构成非法经营罪等其他罪名。

我们在很多案件的辩护过程中，去论证夸大宣传、去论证虚假宣传，甚至去进行区分、划界限，本质还是要去证明涉案的欺骗手段，它的程度以及范围到底达到什么样的区间，是否可以不作为诈骗罪指控，

而不是要去证明夸大宣传一定不构成诈骗罪，虚假宣传一定成立诈骗罪？

回归到本文的出发点，同类型的案件可能有不同的处理结果，是因为每个案件在主客观方面的事实、证据、行为有所区别。

我们不应类型化案件并进行定性，去认定一种销售类型或者销售模式一定成立犯罪，或者一定构成某罪，每个案件都应当结合案件中的宏观事实、细节事实、主观要件等方面去逐一分析、论证，这才是刑事辩护的本质。

线上德州俱乐部的股东有没有可能争取判缓?

黄佳博 18819481702

在“WePoker”“德扑圈”等线上德扑 app 内创建俱乐部，招聘客服打粉，以送钻石送返点等为诱惑，通过抖音、微信等社交软件招揽赌客，赌客上分后在俱乐部内可根据自身经济实力选择不同 bb 的牌桌，带入一定分数后“坐下”参赌，每局游戏结束后平台会自动统计输赢情况，赌客可找客服下分。

这是目前线上德州比较常见的聚赌和参赌流程，在整个环节中，参与的人员包括俱乐部创建者、股东、客服、代理、财务、跑分团伙、打粉团队、赌客等，除赌客外，其他人员根据我国目前的法律法规都可能要承担刑事责任，其中，俱乐部创建者和股东有较大可能被认定为主犯进而影响判缓的概率。

但是，这并不绝对，除创建者之外的股东，均有适用缓刑的可能。从辩护的角度而言，可从以下几个角度入手争取从宽处罚，适用缓刑：

第一，罪名适用问题。开设赌场罪要比赌博罪重，创建线上德州俱乐部组织赌局并不必然构成开设赌场罪，如果是熟人局，则由于满足赌客特定且社会影响范围有限，可能仅成立赌博罪。

实务中也存在先例支持这一观点，以（2025）黔 0581 刑初 243 号陈某甲等赌博一案为例，该案的基本案情可以概括为被告人陈某甲与其他赌客系朋友关系。陈某甲创建俱乐部并担任房主，及时邀约几名

朋友在某 app 打德州赌博。法院最终认定陈某甲的行为系以营利为目的的聚众赌博行为，以赌博罪定性。

因此，对于线上德州俱乐部股东而言，如果其所在的俱乐部赌客只是熟人局，或者只在熟人局的桌子里才享有分红权，则可争取成立量刑较轻的赌博罪，提高判缓概率。

第二，**主从犯问题。**如果全案认定成立开设赌场罪，要想争取判缓，就需要尽力争取从犯认定。

股东属于老板之一，想要争取从犯地位不容易，但也不绝对，满足一定条件也能摆脱主犯指控，比如没有参与实际经营、占股比例较小、不是创始股东、实际获利较少等，在（2016）浙 0303 刑初 96 号余某开设赌场一案中，被告人余某是赌场股东，但最终被认定为从犯。

法院的理由是“余某虽占有 10%的股份，但其非本案提议者、出资者，仅因与主犯童某峰关系较近获得股份并收益，从全案看，其实际获利并未明显高于其他从犯；从共同犯罪的作用看，余某只是从事充值等具体操作，其行为具有被动性及附属性，未参与银子商开设赌场犯罪行为的组织赌博及管理活动；

再次，具有股东身份不一定必然是主犯，关键要看其具体行为，就像传统赌场部分赌徒因为积极参赌使得赌场抽头收益增加，而被赌博组织者视为股东参与分配，实践中该部分赌徒也往往被认定为从犯”。

第三，**赌资或获利问题。**先说赌资问题，作为赌场股东，一旦被抓正常要为全案赌资承担刑事责任，但也要看情况，比如非创始股东在拿

到股份之前的赌资与该股东无关，再比如中途退出的股东退出后的赌资与其无关，再比如股东分红与赌客来源挂钩的，非股东自己客源部分的赌资也与其无关。

第四，除此之外，关于股东和违法获得的认定问题，实务中主要依赖审计报告，但审计报告这份证据也经常会出现大大小小的问题，所以，这里面也可能存在一定的辩护空间，特别是对于没有参与经营的股东而言，侦查机关起获的账本可能都没见过，那就更加需要结合交易记录、账户数据等其他证据对审计报告进行仔细研判了。

如果赌资或者获利能有较大幅度的减少，则能够较大幅度提高判缓概率。

第四，自首和立功问题。以笔者的办案经验来看，目前对于这种案件全国各地的量刑尺度存在较大的地域差异，对于非创建者身份的其他股东而言，在部分地方，即使没有争取到从犯情节，如果主动退赃或者积极配合侦查机关追赃挽损，在此基础上争取自首或立功情节，则可以判缓。

综上而言，线上德州俱乐部的股东一旦被抓，一开始被控开设赌场罪很正常，而且由于赌资违法所得达到“情节严重”标准可能面临五年以上刑期，但如果不具有创建者身份，仍有很大的辩护空间，并且在很多案件中结合具体的证据情况选择正确的辩护策略，则能大幅度提高判缓的概率。

广铁警方破获的涉黄案各角色构成什么罪名及辩护要点（马律师办案经验分享）

马泽恩　15622331110

广州铁路公安查获的这起特大传播淫秽物品牟利案，其 “跨地域、多角色、重刑风险高、电子证据密集” 的复杂特性，对辩护律师的专业领域聚焦度、同类案件实战经验、特殊情节应对能力要求极高，笔者作为深耕网络涉黄领域辩护的律师，针对本案整体及各个角色的辩护空间作如下分析。

一、网络运营主体

辩护难点：涉案 100TB 淫秽素材、3200 万元资金易被认定为 “情节特别严重”（法定刑 10 年以上），但根据笔者办理众多重案的经验，这类案件仍可从淫秽物品和涉案金额切入辩护。

（一）从淫秽视频、图片文件的数量入手

1.涉案 100TB 淫秽素材可能包含重复文件、非淫秽内容（如正常影视片段、空白文件），司法实践中对于淫秽物品数量较多的案件会采用抽样鉴定的方式，但如果对鉴定结果有异议，可以申请对淫秽物品进行 “逐件筛查鉴定”。

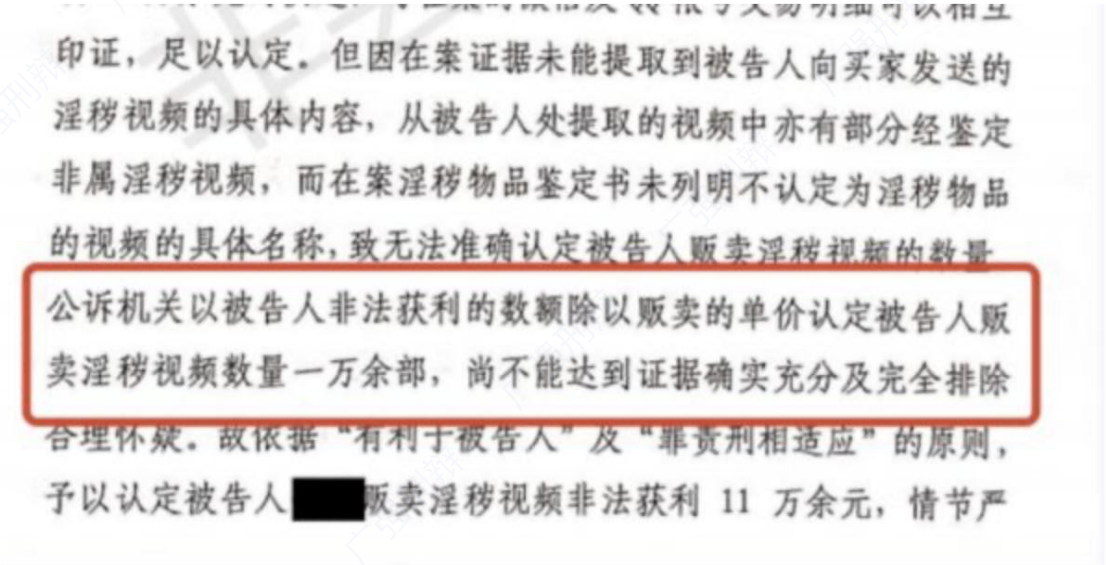
2.涉案100TB 淫秽素材是否全部已经传播？还是需要层层付费才能触及？若是，未付费部分不应计入涉案数量。

3.淫秽素材数量只能证明取证时当下的数量，涉黄网站的电子数据时

刻在增减，不能以取证时的数量作为量刑依据。

4.依据最高院《批复》第二条，可突破唯数量量刑论，但本案若涉案金额高达 3200 万元，恐怕以此辩护有点困难。

马律师曾在福建李某传播淫秽物品牟利罪二审案件中，成功打掉该案一审判决“一万余个淫秽视频认定”，一审判处十年，二审改判轻判六年，以下为判决书节选：


印证，足以认定。但因在案证据未能提取到被告人向买家发送的淫秽视频的具体内容，从被告人处提取的视频中亦有部分经鉴定非属淫秽视频，而在案淫秽物品鉴定书未列明不认定为淫秽物品的视频的具体名称，致无法准确认定被告人贩卖淫秽视频的数量，公诉机关以被告人非法获利的数额除以贩卖的单价认定被告人贩卖淫秽视频数量一万余部，尚不能达到证据确实充分及完全排除合理怀疑。故依据“有利于被告人”及“罪责刑相适应”的原则，予以认定被告人[redacted]贩卖淫秽视频非法获利 11 万余元，情节严

（二）涉案资金 3200 万元是否全部为违法所得？

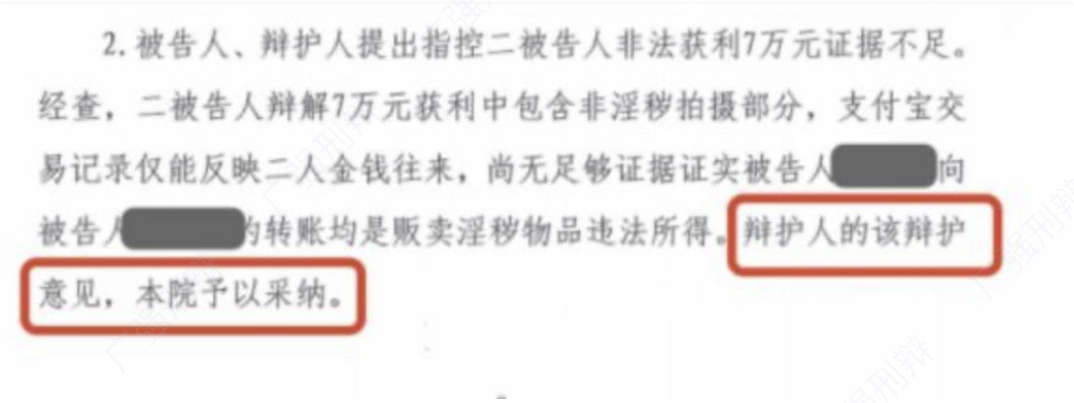
3200 万元资金中可能含有合法广告收入，应区分 “传播淫秽物品获利” 与 “其他合法收入”。

若在案证据无法证明全部收入为违法所得，根据存疑有利于被告人原则，可否定该金额作为量刑依据。

依据上述司法解释，仅 “传播淫秽物品直接获利” 才计入犯罪数额。

马律师在广州冯某传播淫秽物品牟利案中，就曾以在案证据无法证明

交易流水与传播淫秽物品行为的对应性，成功剔除 7 万元非涉案资金，直接降低量刑基数。以下为判决书节选：



2. 被告人、辩护人提出指控二被告人非法获利7万元证据不足。经查，二被告人辩解7万元获利中包含非淫秽拍摄部分，支付宝交易记录仅能反映二人金钱往来，尚无足够证据证实被告人[redacted]向被告人[redacted]的转账均是贩卖淫秽物品违法所得。辩护人的该辩护意见，本院予以采纳。

二、技术运维人员（服务器托管、网站技术支持）

（一）无罪辩点：证明技术服务的“中立性”

1.提交服务合同、沟通记录等证据，证明仅提供基础技术服务，未参与内容审核、运营决策，收费符合市场正常标准。

2.强调无涉黄获利动机：若服务费为固定标准，与网站流量、会员数量无关联，可主张无直接牟利关联。

3.区分服务阶段：仅负责前期平台搭建、不参与后期运维的，主观不知情的辩解成立概率较高；若全程提供运维服务，因难免接触淫秽内容，主观不知情辩护难度极大。

司法实践中，平台与技术人员的对接聊天记录常成为认定主观知情的关键证据，此类情形下无罪辩护空间有限。

可参考马律师此前文章:网络涉黄犯罪研究（四十二）：为涉黄直播平台提供技术支持，有可能不起诉吗？

（二）罪轻辩点：从犯认定/帮助网络犯罪信息活动罪

1.争取从犯身份：可获得从轻、减轻处罚，甚至适用缓刑。

马律师曾参与办理的为涉黄游戏平台案件中，提供技术支持人员均被认定为制作、传播淫秽物品牟利罪的从犯，均获缓刑判决。

2.主张构成帮信罪：相较于传播淫秽物品牟利罪，帮信罪最高刑期仅3年，且一般可适用缓刑。

马律师曾参与办理的网络技术服务公司为直播平台提供 sdk 技术支持的案件中辩护，技术人员全部被认定为帮助网络犯罪信息活动罪，判处缓刑。

三、地推人员（高铁站小广告推广者，如巫某）

（一）争取认定从犯，减轻或从轻处罚，争取适用缓刑

当事人可提交聊天记录、转账记录，证明仅负责“盖印小广告”，未参与网站运营、收费，且对“淫秽内容具体情况”不知情，属于“帮助犯中最底层”。

马律师办理的 D 某推广羞羞漫画平台涉传播淫秽物品牟利案中，涉案金额虽然远超过“情节特别严重”（十年以上）的金额标准 25 万元，但最终通过从犯情节减轻处罚，判处有期徒刑三年二个月。

（二）定帮信罪，最高刑期三年，一般可适用缓刑

地推也属于“推广行为”，若仅实施二维码盖印行为，未明确明知推广内容涉黄，仅对内容非法性有概括性觉察，可争取认定为帮信罪，

其最高刑期为 3 年，且一般可适用缓刑。

可以参考马律师此前文章:推广涉黄 APP，为何罪名分属帮信罪与传播淫秽物品牟利罪？——从典型案例看司法定性边界

四、资金结算人员（资金转移、洗钱者）

这类人员往往构成两个罪名：帮助信息网络犯罪活动罪（下称“帮信罪”）或掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪（下称“掩隐罪”），这两个罪名的区分在实践中长期存在较大争议。

结合最高检《把握“三个关键”准确区分帮信罪和掩隐罪》（作者：陈成忠 孙本雄，来源：检察日报），掩隐罪需 “对资金系犯罪所得有明确认知”，若仅为概括性明知且作用被动，可能被认定为法定刑更轻的帮信罪（最高刑 3 年）。

由于帮信罪更轻，作为辩护律师，则应着重从主观方面分析行为人是否属于概括性明知且作用被动，以争取轻罪认定从而争取轻判。