



## 目录 CATALOGUE

从台州“偷拍上司通奸”案看侵犯个人信息犯罪的辩护.....	1
认罪认罚从宽制度对律师辩护的影响与应对.....	6
都是数量惹的祸：浅谈商标类犯罪的“件数”认定问题.....	9
在学校吃出问题，该如何维权.....	14
对张扣扣进行精神障碍鉴定是法律的要求 更是对生命的尊重.....	17
不可忽视的“税收黑名单” .....	20
看上去很美——评张扣扣案辩护词.....	23
“IQOS 烟弹”是否系烟草专卖品的思考.....	28
公安机关办理非法集资类案件的关注重点.....	34
敲诈勒索犯罪中的被害人过错类型初探.....	38
新刑法解释对追逃追赃工作的加强.....	43
从证明体系到证据链——解读新《刑法解释》关于间接证据定案标准的变化.....	56
恶势力犯罪集团的司法认定浅析.....	61
纪检干部身份不应作为评价是否适用缓刑的理由.....	67
考量与出路：涉黑犯罪侦查阶段辩护策略浅谈.....	73
律师办理认罪认罚案件的实践与思考.....	81
“五多”刑事案件有效辩护漫谈.....	88
民法慈母与刑法严父：生效民事裁判刑事化思考.....	93

## 从台州“偷拍上司通奸”案看侵犯个人信息犯罪的辩护

倪云 发现律师事务所高级合伙人

2018年12月24日，台州“偷拍上司通奸”民警涉侵犯个人信息罪案在浙江省临海市人民法院第二审判庭公开开庭审理。

临海检方指控，自2015年起，池文先后使用多套定位器和密拍设备，对池某、潘某、胡某等6人频繁进行定位跟踪和偷拍，并利用职务之便，非法获取行踪轨迹等公民个人信息132余条，涉嫌侵犯公民个人信息罪。据报道，对于检方指控，池文在法庭上予以否认，坚称无罪。被告人池文的辩护人北京大成（深圳）律师事务所律师杨易藩在辩护时指出，与一般的侵犯公民个人信息案件不同，池文在获取信息后并未将其进行倒卖或从事其他的经营活动，而是向纪检监察部门和主管单位举报，“性质差别很大。”目前，该案已审理终结，将择期宣判。（见公众号“福尔摩斯律师”文《为台州“偷拍上司通奸”民警辩护》）

最终被告人迟文是否构成犯罪，法院会根据法庭审理查明的事实，依据法律的规定，依法作出公正的裁判。本文拟从辩护的角度，浅谈侵犯个人信息罪辩护的几个问题。

### 一、何谓侵犯个人信息罪

所谓侵犯个人信息罪，是指违反国家有关规定向他人出售或者提供公民个人信息，或者将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息出售或者提供给他人以及窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息情节严重的行为。《刑法》第二百五十三条之一规定“违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。违反国家有关规定，将在履

行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者提供给他人的，依照前款的规定从重处罚。窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的，依照第一款的规定处罚。单位犯前三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。”

2017年，两高出台了《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称“《解释》”），对相关司法适用做了明确的规定。

## 二、侵犯个人信息犯罪的几个辩点

### （一）违反国家规定的问题

在本罪中，违反国家规定是一个重要的辩点，根据《解释》第二条的规定“违反法律、行政法规、部门规章有关公民个人信息保护的规定的，应当认定为刑法第二百五十三条之一规定的“违反国家有关规定”。”因此，指控被告人的行为，违反的必须是法律、行政法规、部门规章有关公民个人信息保护的规定，除此之外的规定不能算作本罪中的国家规定。

### （二）将个人信息提供给国家有关单位问题

如果被告人将获取的公民个人信息提供监察委（纪委）、检察院、公安机关等是否构成犯罪问题。从本罪的构成看，出售或提供给他人的，其中对于提供给他人，并未排斥上述机关，因此，仍然构成犯罪，但由于与其他主体的差异，可做从轻的辩护。究其本质在于法不能鼓励“以恶制恶”。

### （三）公民个人信息来源问题

对于公民个人信息来源问题，除履职及提供服务过程中取得外，刑法规定主要是窃取或以其他方法非法获取，根据司法解释，其他方法是指“违反国家有关规定，购买、收受、交换等方式”。因此，围绕信息来源问题，可以从以下方面

辩护：

### 1. 信息是否是通过购买、收受、交换等方式获取

在实践中，公民个人信息往往储存在电脑里，但信息的来源是否是违反国家规定，通过购买、收受、交换等方式取得？基于大数据时代信息的特性，有很多信息如姓名、公司名称、地址、法定代表人、电话（既有座机电话，也有手机电话）等，大量上述的信息是可以通过相关官网如：工商管理局官网、招聘网等公开方式获得的，这些公开公示的信息来源是合法的。对这些信息进行再加工、收集，汇编后的信息进行买卖是合法的，汇编物品是可以买卖的。

因此，审查涉案信息，若存在上述情形的，应当予以剔除。

### 2. 审查被告人使用电脑的时间

有的案件里面，公安机关所查获扣押的电脑属于公司所有或者他人提供。若该电脑在当事人使用前，已经被他人使用了，可能已经存在了各种公民信息。而已有证据无法认定该电脑里的公民信息全部是当事人收集的，也无法区分哪一部分是有当事人收集的。按照疑罪从无的原则，也是无法认定当事人涉案条数的。

#### （四）公民个人信息的数量认定规则

《解释》规定：“对批量公民个人信息的条数，根据查获的数量直接认定，但是有证据证明信息不真实或者重复的除外。”在很多案件里，有很多信息是不真实的，尤其有些涉及密码的，相应的密码绝大多数也是不对的，正确的密码信息条数只占极少数比例，而公安机关按照全部信息条数来计算，显然是与该规定不符的。此问题上，涉及举证责任的分配问题。

因此，辩护人应尽量去核实信息的真实性从而对所有信息的真实性提出有依据的质疑，进而减少涉案信息的条数。

#### （五）注意审查已有信息是否能识别特定自然人身份

若已有信息不能识别特定自然人身份，则不属于刑法第二百五十三条规定的“公民个人信息”。《解释》第一条规定“刑法第二百五十三条之一规定的‘公民个人信息’，是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息，包括姓名、身份证件号码、通信通讯联系方式、住址、账号密码、财产状况、行踪轨迹等。”

因此，辩护人审查涉案信息，若依据在案证据无法识别特定自然人，无法把在案证据信息与特定的某个自然人联系起来，类似这部分信息也应该在计算涉案条数时予以排除。

#### （六）从轻从宽特别规定

《解释》第十条专门规定：“实施侵犯公民个人信息犯罪，不属于‘情节特别严重’，行为人系初犯，全部退赃，并确有悔罪表现的，可以认定为情节轻微，不起诉或者免于刑事处罚；确有必要判处刑罚的，应当从宽处罚。”这也属于辩护的一个要点，可予以特别关注。

#### （七）为合法经营活动而非法购买、收受公民个人信息问题

《解释》第六条专门针对此种情形设置了入罪标准，规定为合法经营活动而非法购买、收受敏感信息以外的公民个人信息，具有下列情形之一的，应当认定为“情节严重”：（1）利用非法购买、收受的公民个人信息获利五万元以上的；（2）曾因侵犯公民个人信息受过刑事处罚或者二年内受过行政处罚，又非法购买、收受公民个人信息的；（3）其他情节严重的情形。

显然，若为合法经营活动而非法购买、收受的，无论信息条数有多庞大，获利有多高，只要是用于合法经营，应认定为“情节严重”，而不是“情节特别严重”，就会在三年以下量刑。

同样的犯罪，不同的案件，辩护点也不一样。前述观点，仅在通常意义上进行了探讨，挂一漏万，在所难免。

## 认罪认罚从宽制度对律师辩护的影响与应对

左青青 发现律师事务所专职律师

认罪认罚从宽制度 2014 年首次提出，2016 年开始启动试点工作，2018 年 10 月 26 日以刑事诉讼法修正案的形式被正式确立为刑事诉讼法上的基本原则。该制度的实施使得我国刑事诉讼格局分化成两大类：认罪认罚的案件；不认罪认罚的案件。对于律师辩护的影响主要体现在以下几个方面：

1. 有效辩护的理念转变。非认罪认罚的案件中，更为强调辩护的充分性；而在认罪认罚案件中，由于办案流程明显加快，辩护空间缩小，更为关注律师参与的实质效果，即辩护的“实效性”，即保证被告人认罪认罚的自愿性、真实性、明智性和合法性，保证三种诉讼合意（认罪合意、认罚合意及程序适用合意）的有效性。

2. 辩护重心前移至审前程序。在审前程序中，律师可以在强制措施的适用、侦查终结时的处理、不起诉决定的作出、量刑建议等方面为犯罪嫌疑人争取从宽处置。

3. 辩护的方式由抗辩转为沟通协商。在认罪认罚案件中，律师辩护的方式主要表现为提供法律咨询、针对控方的量刑建议提出异议、针对程序选择提出建议，这种辩护显得更加温和。

4. 辩护的重点在量刑协商。认罪认罚案件的关键环节在审查起诉阶段，由于审判程序的简化，量刑辩护从庭审阶段提前到审查起诉阶段。量刑协商的结果体现为认罪认罚具结书，检察机关的量刑建议，法院一般应采纳。

5. 部分轻罪委托律师辩护率进一步降低。由于值班律师制度的建立以及办案流程的加快，例如南京试点地区，对现场查获型危险驾驶、盗窃案件，侦、诉、

审三阶段均要求在 2-4 日办结，审判阶段采取“一步到庭”模式，从受案到开庭审理当庭宣判，最少的仅用了 4 个小时。部分试点地区实行“刑拘直诉”制度，三阶段 2+2+3 天时间分配，在刑事拘留七天羁押期办结。部分轻罪案件委托律师无条件或者来不及介入。

6. 律师参与刑事案件的机会增多。由于值班律师制度的广覆盖和强制性，以及值班律师分阶段参与，值班律师转辩护人（法律援助）的试点经验，原本很少接触刑事案件的律师多了参与刑事案件的渠道。

尽管认罪认罚案件大多由值班律师参与，但认罪认罚从宽制度适用于所有案件（包括重罪案件、共同犯罪案件），贯彻于刑事诉讼全部阶段，是刑事诉讼的一项基本原则，并不排斥委托律师的介入。因此，我认为在当前形势下，刑辩律师均应当做好如下应对：

1. 提高对案件快速精准识别的能力。认罪认罚案件不是让律师不作为，反而因为流程快，重心前移，对律师快速精准的进行全案审查提出了更高的要求，对罪与非罪、此罪彼罪，是否遗漏法定、酌定量刑情节，证据是否存在瑕疵等审查工作最短在几日内就要完成，一旦“认罚”，实体处理结果在签署认罪认罚具结书时便已基本确定，虽然允许撤回，但当事人会因此失去量刑优惠，甚至受到自由裁量权范围内隐性的从重处罚。

2. 提高对于瑕疵案件的预判能力。律师应摒弃单纯辩护人的思维，需要从法官角度考虑问题，判断在犯罪事实存在，仅程序上的问题以及证据上的欠缺能够让案件获得无罪可能性的几率，衡量是否接受适用认罪认罚程序。同时，考虑到被指控人不认罪认罚，则指控方会面临指控失败或工作量显著增大的风险，以此作为与检察官协商的“筹码”，力争在法律所允许的框架内寻求双方的平衡点。

3. 提高与办案机关的协商能力。一是强制措施的协商。考虑到办案机关的



考核指标，新政策施行前期的宣传需求，年终向人大作工作报告需要数据支撑，非羁押强制措施适用比例有提升空间，要充分享受“政策红利”；二是量刑协商，律师角色不能异化为犯罪嫌疑人签署具结书时的“见证人”。与认罪合意不同，认罪合意的达成过程中有更大的协商对话空间。通过充分沟通，以在量刑建议中吸收辩方的量刑意见为目标，实现有效的量刑辩护。有效的协商是以充分的阅卷、准确的定性、量刑为前提，沟通谈判的能力也不可或缺。

4. 提高量刑能力。量刑是认罪认罚案件讨论的重点和控辩协商的重要内容。在以往，量刑规范化均是法院刑罚裁量的要求，检察机关很少涉及，律师更不涉及。改革后，检察机关在学，律师也应当学，在量刑协商时双方才有共同基础，才能在法律范围内过招，而不是异化为盲目的讨价还价，才能进行实质性协商，而不是一旦辩护人对量刑建议提出异议而检察机关不同意，便视为“不认罪”。

现阶段量刑规范化的依据主要是《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见》和各地实施细则。量刑指导意见未涵盖的罪名，可以参照管辖法院近三年内同类犯罪判决的平均刑期。因为法院需要考量同类案件的判例，避免出现量刑畸轻或畸重，“同案不同判”，有时会根据平均刑期反过来调整量刑过程中起点刑，量刑情节调节幅度，甚至动用20%自由裁量权以达到类案平衡。意义在于，检察院量刑建议较平均刑期高时，因其有量刑建议采纳率考核指标，在与检察院量刑协商时提供以上数据，会受到重视，接受程度也比较高。

需要提醒一点，量刑建议高采纳率是以宽幅度为代价的，在协商过程中尽量争取让检察机关提出确定刑量刑建议，或者压缩检察机关量刑建议的幅度，使量刑相对确定，从而避免法院最终选取量刑幅度的最高值，与当事人预期存在较大差距的情况发生。

## 都是数量惹的祸：浅谈商标类犯罪的“件数”认定问题

甘哲楚 发现（北京）律师事务所主任

### 一、商标类犯罪“件数”认定问题探讨的缘起

王某某涉嫌非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪案，被检察院指控非法经营数额 13 万元，生产某知名白酒成品包材 12000 套，合计假冒该酒标识 192000 件。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第三条 伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识，具有下列情形之一的，属于刑法第二百一十五条规定的“情节严重”，应当以非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪判处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金：（一）伪造、擅自制造或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识数量在二万件以上，或者非法经营数额在五万元以上，或者违法所得数额在三万元以上的；（二）伪造、擅自制造或者销售伪造、擅自制造两种以上注册商标标识数量在一万件以上，或者非法经营数额在三万元以上，或者违法所得数额在二万元以上的；（三）其他情节严重的情形。具有下列情形之一的，属于刑法第二百一十五条规定的“情节特别严重”，应当以非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪判处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：（一）伪造、擅自制造或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识数量在十万件以上，或者非法经营数额在二十五万元以上，或者违法所得数额在十五万元以上的；（二）伪造、擅自制造或者销售伪造、擅自制造两种以上注册商标标识数量在五万件以上，或者非法经营数额在十五万元以上，或者违法所得数额在十万元以上的；（三）其他情节特别严重的情形。

从上述情况可知，根据王某某的非法经营数额，其法定刑期在三年以下，但根据其制造的商标标识件数，则法定刑期在三年以上七年以下。同一犯罪行为之

所以会触及两个刑罚档次，系因商标“件数”计算方式所致。因为司法机关认为12000套成品酒包材对应包装12000瓶白酒，但每瓶白酒的瓶身、瓶盖、酒盒等上面共有16个商标标识，所以应按192000件商标计算，但笔者认为这不合理，应按12000件商标计算。下面笔者将详细论述商标“件数”在司法实践中的计算方式及其合理性。

## 二、司法实践中的商标“件数”认定通常有以下几种标准

### （一）实际数量说

这种计算方式在司法实践中较多地被采用，理由如下：

1. 这种方式简单明了，易于操作，只需根据查获商标的实际数量进行计数即可。
2. 这种方式从表面上看也符合相关司法解释的规定，不存在于法无据的情况。

### （二）折算说

这种观点的现实依据源于某些产品在单个商品上很可能包含不止一个商标，以联想电脑包为例，在电脑包表面和拉链上均有联想商标标识；又以某知名白酒为例，其一瓶酒上可能有几个甚至十余个商标标识。以折算说的观点来看，一件完整商品所含的数个甚至十余个商标标识应该视为一件商标，而不应独立地视为几件或十余件商标。

## 三、基于整体性评价的“折算说”更具有合理性和合法性上的优势

### （一）构成一件完整商标图案的多个商标应整体视为一件商标

注册商标类犯罪保护的法益之一是商标所有权人和使用权人的商誉，应以标有完整商标图样标识的实际数量为计算依据，即是说应该将组成一件完整商标的

图案的商标视为“一件”。而在现实中，一件商品上往往不止一个商标。因此，不管是注册商标标识的伪造者还是销售者，在生产制造和销售的过程中都是成件（套）制造或出售，极少有单独出售一个商标的行为。比如：一个联想的电脑包在包的表面和背带上各有一个商标，在电脑包的各个拉链头上也会有联想商标标识，因为前述商标均系运用于一个电脑包上，故只应认定为是一件商标。笔者曾经办理的假冒品牌电脑商标标识的案件，主要涉及联想、戴尔、三星等电脑品牌。犯罪嫌疑人开设了一个家庭式的生产作坊，生产电脑包的原因是当时市场上各大电脑厂商都不再生产原装电脑包，也没有委托第三方生产电脑包，也就是说，当时整个市场上就没有真实的品牌电脑包存在，所有在市场上流通的电脑包都是假冒的，都存在假冒注册商标的问题。在侦查阶段和审查起诉阶段，通过辩护人的不断努力，提出认定非法经营数额和违法所得的数额证据不足的意见得到认可。在最终的起诉书，就仅仅依据公安机关在生产现场查获的带有联想、戴尔、三星商标标识的几万个拉链头作为起诉的依据和事实。当时，辩护人的辩护意见就是单个拉链头上的假冒注册商标不具有刑法上的评价意义。数个含假冒商标的拉链头附着于电脑包上才足以构成一个完整的电脑包，才能使假冒的电脑包达到以假乱真的作用，在实际上侵害商标权人的商誉和市场份额等权益。最终，法院充分考量了该意见，被告人获得了较轻的判处。

（二）在非法经营数额和违法所得数额均达不到情节特别严重的情形下，注册商标标识的“件数”认定对量刑档次影响重大

在本文的开篇案例中，该案一审以实际数量说判处王某某三年以上有期徒刑，二审法院按折算说减刑一年。由于该案非法经营数额和违法所得数额均达不到情节特别严重的情形，但是若单以注册商标标识的实际数量为标准，则能达到情节特别严重的标准。因此，控辩双方对件数的认定问题的分歧就比较大。从四川省某地的司法实践来看，均是按实际的商标标识数量作为依据。但笔者认为这种方

式过于简单粗放，具有不合理性。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十二条规定：本解释第三条所规定的“件”，是指标有完整商标图样的一份标识。笔者认为该解释考虑到了商标在具体商品中的运用情况，即考虑到了多个商标附着于具体商品上构成一件完整商标的情况。商标类犯罪的立法目的就是在于打击侵犯知识产权犯罪活动，维护社会主义市场经济秩序，具体地说，就是为了维护注册所有权人和使用权人的合法权益，使其具有良好商誉的商品区别于其它商品。鉴于此，运用“折算说”将商标标识纳入整体性评价更具有合理性和必要性。因为单个的注册商标标识其实是不具有现实的社会危害性的，不致让消费者误认为是正品，进而影响商标权人的市场份额等权益，不会实质影响市场经济秩序。也即是说，脱离具体的商品而独立评价单个的商标标识其实不具有刑法上的意义。比如：某知名白酒每瓶酒的瓶身、瓶盖、酒盒等上面有数种、多个商标标识，共计 16 个商标。那么，如果在一瓶酒上只贴一个商标标识，那么肯定起不到误导消费者的作用，也就是说，想购买该知名白酒的消费者断然不会购买酒瓶上只有一个商标标识的酒，因为这样一买回去，别人就会发现其购买的是假酒。这也充分说明，只有 16 个商标标识都运用于该白酒包装上面时，才是一瓶可能以假乱真的知名白酒，才可能在真正上影响市场经济秩序，冲击其正品销量和商誉。因此，笔者认为，该 16 个商标标识应该视为刑法意义上的 1 件注册商标标识，而不应认定为 16 件注册商标标识。从汉语语义和量词角度来讲，通常来说“件”大于“个”。在一瓶酒中，只有由 16 个商标标识才能组成一件完整的注册商标标识图案。

### （三）单个商标通常不具有经济价值，也不具备刑法上的评价意义

在上述司法解释规定的非法经营数额和违法所得数额中，非法经营数额和违法所得数额实际上也是由销售完整的注册商标标识图案所得。以上述知名白酒为例，单个的白酒商标不会有人购买，只有由 16 个该白酒商标组成的一件完整的

商标才会有人购买。事实上，在犯罪嫌疑生产和销售商标标识的时候，也是以件为单位出售，但是1件是指含有16个商标标识的完整图案。

#### （四）单个商标标识不具有区分此产品与彼产品的功能

注册商标的功能之一是将此产品与彼产品相区分，而单纯的商标是不具有此种区分功能。注册商标只有附着于具体的商品上才会具有区分功能，比如：在商场会看到一些小孩的玩具车模仿宝马、路虎的车型，并使用其商标。但这断然不会误导意欲买宝马、路虎车的人去买拥有宝马、路虎商标的玩具车。

#### （五）汉语语义的应有之义

从汉语语义上讲，“件”作为量词单位往往大于“个”这一量词单位，通常由多个物品汇成一件物品，比如二十个苹果汇装成一件苹果。根据《四川省高级人民法院关于刑法部分条款数额执行标准和情节认定标准的意见》对假冒注册商标罪的具体情节和数额规定如下：刑法第二百一十三条规定的“情节严重”，是指具有以下情形之一的：假冒的注册商标标识在1万份（套）以上的；“情节特别严重”，是指具有以下情形之一的：假冒的注册商标标识在10万份（套）以上的。而一件（套）常由“多少个”组成，这不仅符合汉语语义，也更符合立法原意。

综上所述，笔者认为注册商标标识类犯罪的“件数”认定应采取折算说，即应以整体性评价为依据，将一件完整的注册商标标识图案视为刑法意义的一件商标，而不应将只是作为完整商标图案的组成部分的单个商标视为刑法上的一件商标。

## 在学校吃出问题，该如何维权

甘哲楚 发现（北京）律师事务所主任

成都一中学被曝学生吃“猪食”，校园食品安全被推上“风口浪尖”。

网友爆料，成都七中实验学校存在食品过期发霉现象，曝光的图片中显示有过期食品、冻肉、烂肉等，令人触目惊心。据调查，供应商为四川德羽后勤管理服务有限公司，除了成都七中实验学校以外，在服务的学校有包括、成都七中、广元中学、广安中学、简阳中学、隆昌一中、雅安中学、兴文二中在内学校 20 余所，服务四川学生 10 万余人。

（来源：中国教育装备网）

近年来，校园食品安全问题层出不穷，2018 年 9 月，《新京报》报道江西省万安县部分学校学生营养餐出现发霉、变质等问题，多名学生在食用午餐后腹痛，其中有 3 名学生被诊断为食物中毒，其中年龄最小的仅 6 岁。时值两会，学校食品安全问题再次报出，牵动全社会的敏感神经，也将此事件及其影响推向舆论高地。

校园食品安全问题关乎广大未成年学生的健康成长，关乎每一个家庭和国家、民族的未来。我们从律师视角，谈谈中小學生应该如何维权。

### 一、维权主体，即由谁来维权

根据法律规定，中小學生作为实际的受害者，具有合法的民事主体资格。由于中小學生大多数是限制民事行为能力人或无民事行为能力人，因此他们的维权事宜一般由其法定代理人（父母或其他监护人）代为提起。

### 二、维权路径，即通过何种方式维权

（一）通过向学校食堂主张违约责任维权。学生在学校食堂就餐，出钱购买

食物，与食堂形成口头形式的买卖合同关系。虽然中小學生大多是限制民事行为能力人或无民事行为能力人，但其在食堂就餐的行为显然是得到其法定代理人认可的，因此系有效行为。那么，食堂承包方作为食物提供者，具有提供安全合格食品的合同义务。若提供的食品不合格，则应承担违约责任；如有发霉食物致使学生身体受损，还应赔偿学生因此而遭受的损失。

（二）通过主张侵权责任维权。食堂承包方售卖发霉变质的食物，侵害了学生的健康权等权益，应当承担侵权责任。根据《中华人民共和国消费者权益保护法》第四十八条、第四十九条以及《中华人民共和国侵权责任法》第十六条等法律规定，可以要求食堂承包方承担相应的侵权责任。

（三）可以要求学校承担相应责任。学生与学校是委托监护的法律关系，根据《中华人民共和国教育法》第三十条第三项规定“学校有义务维护受教育者、教师及其职工的合法权益。”《中华人民共和国未成年人保护法》第二十二条规定“学校、幼儿园、托儿所应当建立安全制度，加强对未成年人的安全教育，采取措施保障未成年人的人身安全。”因此，学校应承担相应的责任。

综上所述，当学生因食用学校食物致使身体受损、食物中毒的，食堂对学生负有违约责任和侵权责任。但在违约责任和侵权责任是竞合的情况下，家长作为学生的监护人，起诉食堂时，只能选择其中一种进行起诉。在通常情况下，以主张侵权责任为宜。

### 三、相关法条

《中华人民共和国食品安全法》第三十四条 禁止生产经营下列食品、食品添加剂、食品相关产品：（三）用超过保质期的食品原料、食品添加剂生产的食品、食品添加剂；（六）腐败变质、油脂酸败、霉变生虫、污秽不洁、混有异物、掺假掺杂或者感官性状异常的食品、食品添加剂。



《中华人民共和国消费者权益保护法》第四十八条 经营者提供商品或者服务有下列情形之一的，除本法另有规定外，应当依照其他有关法律、法规的规定，承担民事责任：（一）商品或者服务存在缺陷的；（二）不具备商品应当具备的使用性能而出售时未作说明的；（三）不符合在商品或者其包装上注明采用的商品标准的；（四）不符合商品说明、实物样品等方式表明的质量状况的；（五）生产国家明令淘汰的商品或者销售失效、变质的商品的；（六）销售的商品数量不足的；（七）服务的内容和费用违反约定的；（八）对消费者提出的修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失的要求，故意拖延或者无理拒绝的；（九）法律、法规规定的其他损害消费者权益的情形。经营者对消费者未尽到安全保障义务，造成消费者损害的，应当承担侵权责任。

第四十九条 经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人人身伤害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿残疾生活辅助具费和残疾赔偿金。造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。

《中华人民共和国侵权责任法》第十六条 侵害他人造成人身损害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿残疾生活辅助具费和残疾赔偿金。造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。

《中华人民共和国未成年人保护法》第二十二条 学校、幼儿园、托儿所应当建立安全制度，加强对未成年人的安全教育，采取措施保障未成年人的人身安全。

《中华人民共和国教育法》第三十条 学校及其他教育机构应当履行下列义务：（三）维护受教育者、教师及其他职工的合法权益。

## 对张扣扣进行精神障碍鉴定是法律的要求 更是对生命的尊重

敬小波 发现律师事务所专职律师

4月11日，陕西高院裁定维持张扣扣故意杀人案的死刑立即执行判决。一时间，网络舆论哗然，有人认为张扣扣手段残忍、死不足惜，也有人认为其为母复仇，罪不致死。每个人都有专属于自己的正义，对于判决结果，笔者不作评判，在此仅就二审以精神鉴定不能被滥用为由驳回辩护人提请对张扣扣精神鉴定的申请作探讨。笔者认为，对可能具有精神障碍的被告人，由司法机关委托专门性机构进行鉴定，是对生命的尊重，也是公正司法的要求。

### 一、公诉人在张扣扣是否患有精神障碍问题上，重辩论而轻证明，忽视了刑事责任能力证明是检察机关的法定责任。

被告人的刑事责任能力是由公诉机关举证证明，世界上多数国家对被告人采取的是“无病推定”原则，即对被告人首先推定系无精神障碍，负有完全刑事责任能力，但在有线索或证据证明被告人可能有精神障碍时，就应当由公诉人来证明，以确定作案时的辨认力和控制力。首先，辩护人已向法庭举证，张扣扣母亲被人称做“疯婆子”，本身就有可能有精神障碍，张扣扣有家族精神病史的迹象。其次，张扣扣13岁时母亲被人打死，并在路边解剖，其目睹了这一切，如此惨烈的经历怎能不对一个未成年人的心里造成阴影。综上，张扣扣具有可能患有精神障碍的高度可能性，在此情况下，检察机关要证明刑事责任能力，就应当委托专门性机构进行司法鉴定，否则就达不到“证据确实、充分”的起诉标准。

### 二、张扣扣是否存在精神障碍，应有专业机构进行鉴定，而不是由司法人员进行主观臆断。

对具有精神障碍的人采取特殊立法渊源，始于《后汉书》“狂易杀人，得减

重论”，对此特殊立法，实际上是人类文明进步的显现，如果一个社会，连精神病人都施以重型，不仅无意义，还会造成更大恶果。生活中，精神病人可能不会认识到自己患有精神病，而有的正常人，却被“精神病”，接受“休假式治疗”。因此，刑诉法规定对精神鉴定应委托专门性机构作出，在张扣扣的二审审判中，法庭仅依据证人片面的生活经验法则来说明张扣扣的日常行为并无异常，驳回了律师的鉴定申请，公诉人甚至用报案人在报案时回答接警人员“不是精神病人杀人”的答案，来论证其不是精神病人，纯粹是走入了诡辩的误区。

### **三、委托精神鉴定，既是张扣扣的权利，也是公众信仰司法的一剂良药，法院无需害怕鉴定结果。**

至今，仍有相当一部分人认为张扣扣童年时母亲的惨死是会造成其性格不健全、精神有疾病的后果的，这是民众朴实的正义，也符合一般逻辑。法院拒绝鉴定申请，匆下判决，是否符合民众对司法公正的期待呢。张扣扣因为不相信法律，走上了复仇的道路，警醒了司法，在悲剧还没结束的时候，更应用事实、用鉴定来说话，树立司法的公正和权威，无论鉴定的结果如何，都不应感到害怕，如果其系完全刑事责任能力人，则回应了民众的疑惑，如果其系具有精神障碍的人，根据程度不同，也只是法院定罪量刑的参考。

《办理死刑案件证据规定》第5条明确规定，办理死刑案件，对于“对被告人有刑事责任能力”的事实证明必须达到证据确实、充分的标准。如果因为事实认定错误或适用法律的偏差，错误的剥夺了被告人的生命，则应了培根说过的一句话“一次不公正的审判比犯罪为祸更甚，因为犯罪只是弄脏了水流，不公正的审判是污染了水源。”

现代法治社会，任何理由都不能成为暴力复仇的借口，但是在张扣扣的眼里，母亲的判决对于他是否公正，司法机关是否主动作为化解了矛盾，社会是否给了

他足够的关爱，如果没有，在今天的审判中，我们又是否充分保障了他作为被告人的权利，尊重他的生命，谨慎地作出判决？

## 不可忽视的“税收黑名单”

艾京皇 发现律师事务所专职律师

本杰明·富兰克林曾经说过一句名言：“在这个世界上，只有死亡和税是逃不掉的。”

纳税人在享受税务总局密集推出的各种税收优惠的同时，也应当对税收违法的各种惩戒措施引起足够的重视。现在，重大税收违法失信案件的“黑名单”成了有效约束税收违法行为的“杀手锏”。

### 一、“税收黑名单”可不仅仅只是吓唬

税务总局公布的数据显示，去年全国税务机关共计公布“黑名单”案件 9344 件，同比增长 70.54%。2019 年一季度全国税务机关共计公布“黑名单”案件 3467 件。截至今年一季度，全国各级税务机关已累计推送多部门联合惩戒“黑名单”当事人 26.09 万户次，其中公安部门阻止出境 4778 人次；1.64 万名“黑名单”当事人被市场监管部门限制担任企业的法定代表人、董事、监事及经理职务；1.69 万户次当事人被金融机构限制融资授信；另外，还有 22.28 万户次“黑名单”当事人在政府供应土地、检验检疫监督管理、政府采购活动、政府性资金支持等方面被有关部门采取限制性管理措施。

那么，再次提醒各位纳税人，一旦被列入“税收黑名单”，除了受到税务系统的惩戒外，还会受到近 30 项联合惩戒：阻止出境、限制融资授信、限制参加政府采购、限制部分高消费、限制取得土地供应、限制担任企业董监高等联合惩戒。在“大数据治税”及全社会建立健全失信联合惩戒机制的大环境下，税收违法成本会大大提高。

### 二、什么情况会上“税收黑名单”？

根据《重大税收违法案件信息公开办法（试行）》，达到一定涉案金额的偷税，逃避追缴欠税，骗取国家出口退税，以暴力、威胁方法拒不缴税，虚开增值税专用发票，虚开普通发票，非法伪造发票，走逃（失联）企业以及其他违法情节严重有较大社会影响的税收违法行为将列入税收违法“黑名单”。

### 三、上了“税收违法黑名单”怎么办？

如果纳税人是误入税收违法黑名单，那一定要及时寻求专业的税务律师的帮助。专业人员会梳理涉案人员误入“税收违法黑名单”的原因，通过汇报沟通、申请复核，甚至是提起行政复议或诉讼，从根本上解决被纳入税收违法“黑名单”的误会。

下面笔者就为大家梳理一下三种常见的误入“税收违法黑名单”的情形。

第一，曾经担任过企业的财会人员，但离职后未到税局办理财务人员变更，企业因税收违法行为了上黑名单，连带自己上黑名单。这种情况是目前误入黑名单较为常见的情形，财务人员应保留充分的证据，以证明企业在被列为非正常户以前，自己就已经离职。各位财会人员一定注意，离职后应索取离职证明，及时办理财务人员涉税信息变更。

第二，未担任过企业会计，但帮企业办理过税务事项，比如领过一次发票，申请过一般纳税人等。由于实名办税的要求，办税之前得先把纳税人的个人信息录入金三系统，企业因税收违法行为了上黑名单，连带帮忙之人上了黑名单。在此提醒各位财会人员：不要随意以自己的身份帮助其他企业办税，个人的证件不要随意外借，认清做兼职会计的风险，会计证书不要随便外挂。

第三，因个人信息泄露误任企业法定代表人。一些以虚开发票为生的不法分子，往往会通过网上购买身份证或身份信息、诱骗不知情的他人提供身份证件等方式，注册一些虚开增值税专用发票的空壳公司。如果纳税人因此进入税收违法黑名单，一定要及时向税务机关反映情况，更不要在不法分子的诱骗下配合其到税务

机关办理涉税事宜。笔者在此提醒大家，一定要保护好个人的身份信息，若曾经有身份证遗失的情况，应及时查询了解自己有没有被冒用身份信息注册公司；更要提醒家里的老年人，不要为了一点蝇头小利就提供自己的身份证给不法分子去做违法犯罪活动。

如果纳税人确实有税收违法行为，那一定要好好珍惜税务机关提供的改过自新机会。税务总局专门设置了税收信用“修复”机制，对符合相关条件的偷税和逃避追缴欠税违法案件当事人能主动缴清税款、滞纳金和罚款的，税务机关将从“黑名单”中提前撤出相关案件信息。尽管纳税人在定性的问题上确定无疑，但是在定量的问题上，纳税人应该聘请专业人员一同配合税务机关准确认定涉案的税款、滞纳金和罚款的数额，以便充分保障自己的权益。

## 看上去很美——评张扣扣案辩护词

居玉洁 发现律师事务所专职律师

早几个月的时候，张扣扣案在法律圈内掀起一阵轩然大波，当时并未过多在意。7月17日，张扣扣被执行死刑，波涛又汹涌起来。这才仔细看了这篇引起热议的辩护词，不得不承认，这是一篇美文，但也不得不唏嘘，“美则美矣，却没什么用”。

从这篇刷屏的“精彩绝伦”的辩护词报道中，首先引起我关注的是张扣扣受审时的照片，神情冷峻，面无愧色，头颅高贵得仿佛永远不会低下来。如果我是张扣扣的辩护人，会认为自己的庭前辅导，很失败吧。再看辩护词本身，似乎找到了张扣扣的头颅得以高昂的理由，辩护人洋洋洒洒的通篇长文，都在为他的杀人行为寻找支撑——复仇有理，情有可原。作为一名非专业社会公众，也许会被这样的朴素情怀打动，但作为一名刑辩律师同行，却倍感遗憾，辩护词中并没有看到关于本案事实、证据、证明标准、证明逻辑、量刑情节、法律规定等方面应有的专业辩护意见。

不能质疑，张扣扣辩护人的情怀与敬业，能写出这样一篇美文，绝非易事，但也必须质疑，辩护策略和辩护重点的抓取，确实出了问题。张扣扣构成故意杀人罪，已无异议，控辩双方争议的焦点，应在于其是否可以从轻处罚，是否必须被判处死刑，是必须立即执行还是可以缓期两年执行的量刑处罚上。张扣扣母亲的死，当年案件的判决，与本案也确有关联，但基本不可能成为对张扣扣从轻量刑的理由和依据。

针对这一焦点，仔细看了看公诉意见，大致归纳了几个主要的点：

### （一）张扣扣蓄意杀人



认为张扣扣杀人行为的动机卑劣，“报仇”只是其宣泄对个人现状不满情绪的借口，王家父子是无辜的，张扣扣母亲一案不存在判决不公。

### （二）主观恶性极深，手段残忍，后果严重

认为张扣扣主观恶性极深，犯罪手段特别残忍，犯罪后果和罪行极其严重，虽具有自首情节，却不足以从轻处罚，一审对其判处死刑并无不当。

### （三）具备完全刑事责任能力

通过张扣扣无家族精神病史，生活能够自理，无异常行为表现，以及作案前后的行为表现，认为张扣扣具有完全的辨认和控制自己行为的能力，不应对其进行精神病鉴定。

综合认为，对张扣扣应当判处死刑，并无不当。

本案的辩护意见呢，除了让人了解了不少同态复仇的历史和知识、感受到辩护人的一颗慈悲之心以外，在事实、证据和法律的见解之上，却极大地缺失了。

法律人有一句口头禅：“以事实为依据，以法律为准绳”。不仅检察官、法官的工作应如此，辩护律师的工作亦是如此。

张扣扣案影响极大，辩护很难。除夕之夜，本应阖家团圆，而受害人一家却三人丧命，险遭灭门，这样的客观事实和伤害，是不能回避的，张扣扣杀人罪名成立，必受严惩的法律后果也可以预判。在这样的情况下，该如何进行有效辩护？由于没有看过本案的卷宗材料，只能试着从几个点展开浅显的分析：

## 一、事出有因，非肆意为之

事出有其因，所为非肆意。痛失母亲之恨并不可取，但这恨并非公诉人所言，是卑劣的。只是，在我们期待随着时间的流逝，在当年的罪犯已接受完刑罚惩罚后，这仇恨能够从张扣扣的心中拔除。然而，因其心智、格局、经历、教育所限，

20 余年的时间里，张扣扣亦未能自我化解。

## 二、主动投案自首，认罪悔罪，积极赔偿

公诉人称其主观恶性极深，但根据有限的材料来看，张扣扣具有自首情节，在犯案后第二天主动到公安机关投案自首，显示出其仍具有认罪、悔罪的态度。张扣扣杀人事实无可辩驳，存在主动投案自首情节，辩护人应当说服其真诚悔罪，向受害人家属表达忏悔，进行积极赔偿。尽管人死不能复生，伤害无法弥补，关系难以修复，但仍应尽力去修复和补偿，这也是悔罪的行为表现。最起码，辩护律师应在庭前辅导中建议张扣扣低下高昂的头，当庭忏悔啊。

## 三、刑事责任能力存疑

如公诉人所言，张扣扣一直生活不顺，处于社会底层，有巨大的生存和心理压力，不排除可能存在精神疾病的怀疑。虽然身边的朋友认为其无异常行为表现，仍可恳请法院同意对其进行精神病鉴定，也可以对该怀疑进行进一步的排除或确认。对于可能面对死刑判处的被告人，对其进行精神病鉴定也是审慎司法的体现。

## 四、宽严相济、死刑慎用

在张扣扣案系由对司法判决的质疑，对痛失母亲的仇恨而生，在其犯下大罪后仍能够自首、认罪、悔罪的情形下，结合宽严相济的刑事政策和罪责刑相适应的刑罚原则恳请法院从轻判处，同时从刑法谦抑性和现代刑事司法理念逐步轻刑化的角度，严格限制死刑的适用，贯彻少杀、慎杀的死刑政策。

## 五、法律效果和社会效果统一

本案社会影响极大，公众关注度高，判决产生的影响力也势必波及广泛，案件判决结果能否满足社会的主流价值观，社会政治、经济、文化利益的长远发展，恳请法院进行平衡和考量，最大限度地使案件的法律效果和社会效果实现统一。

诚然，斯人已逝，多说无益，即使辩护人如此辩护，也很难说张扣扣会是什么结局。无论是张家母子，还是王家父子，整个案件，是一场彻头彻尾的人间悲剧。20余年的时间，从一条生命，到三条生命的逝去，再到前日，张扣扣高傲的头颅也终于低下，社会大众又从这悲剧中领悟了些什么？如果张扣扣得以留下性命，假以时间的力量，教化的帮助，也许还能走出受害者心理，完成自我的救赎。遗憾的是，他再也没有这个机会了。当然，在他决定“手刃仇人”的念头升起的一刻，就走上了一条不归之路。

仇恨，从来都不会带来和平与希望。唯有宽恕，才是唯一的救赎。

再来看这篇辩护词，辩护人在努力为法官刻画出一个“受害者”的形象，企图以“复仇有理”作为辩护的逻辑起点，实现罪不至死的辩护目的，最终却事与愿违。起点错了，路径偏了，又如何能抵达想要去往的终点？

辩护人的职业伦理，是以维护当事人的合法利益为最高准则，无需渲染、煽情、炫技，哪怕用质朴无华的语言，但能依据事实和证据本身，帮助法庭依法作出当事人无罪、罪轻或罪责刑得以相适应的判决结果，就是最大的尽职。

辩护律师是律师群体中最具慈悲情怀和理性精神的代表，但这慈悲，宜藏于内心，无需哗于众人；而这理性，则应尽显于辩护工作的时时处处，方方面面。理性的体现之一，是具备基本的是非观和价值观，正视案件事实，站在客观中立的立场依法依规地偏向辩护。律师不能决定案件的结果，但律师能够帮助法官兼听则明，最终实现裁判的公正。

辩护律师，同时还能承担一些“为社会计深远”的责任，不因一事一案的利益而“饥不择食”“混淆视听”，类似以作古的“同态复仇有理论”羞辱现代文明和理性精神的做法可以休矣。非但如此，作为社会群体中最具理性精神的代表，律师还有责任于案件之中对当事人、委托人对于法律的不当认知和危险的价值观

进行正确引导与纠偏。

最后，以丹诺律师的一句名言，作为文章的结尾：

“我祈求生命、理解、仁慈、友好以及体谅所有人类的无限慈悲，我祈求我们能用仁慈去征服残酷，能用爱去征服仇恨。我知道，未来在我这一边。”

## “IQOS 烟弹”是否系烟草专卖品的思考

倪云 发现律师事务所高级合伙人

2019年11月15日,《四川法治报》公众号报道我省破获首例销售 IQOS 烟弹案,涉案金额 500 余万元,陈某等四名嫌疑人因涉嫌非法经营罪已被采取强制措施(详见“四川法治报”公众号:全省首例入刑!男子网上卖电子烟弹,结果……)。因经营 IQOS 烟弹而获罪,全国有数十起案例。有人提出, IQOS 烟弹系非传统的香烟,不属于烟草专卖品,怎么还被禁止了?“IQOS 烟弹”是否系烟草专卖品?本文试从以下层面去分析。

### 一、IQOS 烟弹是什么?

IQOS 是知名烟草品牌万宝路的生产商 Philip Morris (菲利普·莫里斯)集团研制的新型加热不燃烧卷烟,其包括烟具和“烟弹”,工作原理是通过烟具即加热棒烘烤加热“烟弹”产生烟雾,而不是直接燃烧卷烟。Philip Morris 公司生产的电子烟烟具称为 IQOS,同时生产配套适用 IQOS 烟具的“烟弹”主要有 Marlboro (万宝路)、PARLIAMENT (百乐门)、HEETS (黑丝)等品牌。

在早期, IQOS 烟弹被认为是电子烟的一种,而所谓电子烟是一种模仿卷烟的电子产品,有着与卷烟一样的外观、烟雾、味道和感觉。它是通过雾化等手段,将尼古丁等变成蒸汽后,让用户吸食的一种产品。

根据 2015 年、2016 年、2017 年、2018 年《世界烟草发展报告》对烟草制品的分类,加热不燃烧烟弹与电子烟二者不同,但均属于新型烟草制品,有别于传统烟草制品(卷烟、烟丝、雪茄)和无烟气烟草制品。

按上述分类, IQOS 烟弹在国际上属于新型烟草制品。

### 二、我国法律对 IQOS 烟弹属性的界定

### （一）我国法律法规的规定

《烟草专卖法》第二条：本法所称烟草专卖品是指卷烟、雪茄烟、烟丝、复烤烟叶、烟叶、卷烟纸、滤嘴棒、烟用丝束、烟草专用机械。卷烟、雪茄烟、烟丝、复烤烟叶统称烟草制品。

《烟草专卖法实施条例》第三条：烟草专卖品中的烟丝是指用烟叶、复烤烟叶、烟草薄片为原料加工制成的丝、末、粒状商品。

两高《关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第九条 本解释所称“烟草专卖品”，是指卷烟、雪茄烟、烟丝、复烤烟叶、烟叶、卷烟纸、滤嘴棒、烟用丝束、烟草专用机械。

因此，可以确定，我国法律法规及司法解释没有将 IQOS 烟弹界定为烟草专卖品。

### （二）部门规章相关文件对于 IQOS 烟弹的界定

2017年10月26日，国家烟草专卖局制定下发了《关于开展新型卷烟产品鉴别检验工作的通知》，将 IQOS、GLO、Ploom、REVO 四种类型的新型卷烟产品纳入卷烟鉴别检验目录。2017年11月，国家烟草质量监督检验中心对相关单位送检的“IQOS 烟弹”样品成分进行了鉴别检验，从中检出烟碱、四种烟草特有的 N-亚硝胺、以及与一般烟草及烟草制品中相一致的右旋烟碱旋光异构体比例范围、与一般烟草及烟草制品中相一致的次要生物碱种类，判定“烟弹”样品含有烟草特征性成分，填充物由烟叶制成。

2018年5月21日，针对海关总署的函询，国家烟草专卖局以不公开的方式出具了《国家烟草专卖局办公室关于征求电子烟等新型烟草制品定性等有关意见的复函》（国烟办综[2018]182号）。复函仍然将烟弹归类为“新型卷烟”，应当作为烟草专卖品中的卷烟进行监管。

2018年6月18日，国家烟草专卖局在对外公布的《国家烟草专卖局关于专卖执法中查获新型卷烟适用法律问题的批复》中，规定具备下列特征的产品，属于《烟草专卖法》所称的卷烟：一、全部或部分以烟丝为原料；二、以包裹烟丝的形式制成。

综上所述可以发现，我国法律法规和司法解释对烟草专卖品的规定里没有包含IQOS烟弹，但部门规章将其认定为卷烟，属于烟草专卖品。

### 三、我国司法审判实践对IQOS烟弹的认定

#### （一）多数案例判决中直接将IQOS烟弹表述为烟草专卖品，定罪量刑

查询到的经营IQOS烟弹涉非法经营案判例中，多数判决直接将IQOS烟弹认定为烟草专卖品，对被告人予以定罪量刑。如吉林市船营区人民法院梅婷莉、刘明泽等非法经营罪一审刑事判决，嵊州市人民法院朱嘉士、霍豪、陈业森等非法经营罪一审刑事判决，深圳市宝安区人民法院谢石、谢俊非法经营一审刑事判决等多数多数判决直接表述：被告人\*\*等无视国家法律，非法经营烟草专卖品，扰乱市场秩序，情节特别严重，其行为均已构成非法经营罪。

（二）部分案例审判中辩护人提出了IQOS烟弹的认定问题，法院判决书中对此进行了论述

宁波市鄞州区人民法院金晗、王兆鹏非法经营罪一审刑事判决书认定：1、所谓“电子烟弹”是否属于烟草专卖品不是以是否有正式通知为准，而是以《中华人民共和国烟草专卖法》等法律法规的规定为准。本案中涉案的所谓“电子烟弹”，经过鉴别检验，属于烟叶制品，系真品卷烟，必然属于烟草专卖品。国家烟草专卖局的相关规定和通知系国家烟草管理职能部门对涉案烟弹等烟草专卖品加强监管的具体工作举措，不是扩大烟草专卖品的范围而给涉案烟弹新添定义。2、涉案所谓“电子烟弹”从外观、材质、包装来看，均与普通卷烟基本一致。

岱山县人民法院刘坚新等七人非法经营判决书认定：根据《中华人民共和国烟草专卖法》、《国务院关于严厉打击卷烟走私整顿卷烟市场通告的批复》及《国家烟草专卖局办公室关于征求电子烟等新型烟草制品定性等有关意见的复函》（国烟办综[2018]182号）等规定，IQOS、PLOOMTECH等加热不燃烧烟草制品均属于国家烟草专卖局所称的新型卷烟，应当作为烟草专卖品中的卷烟进行监管，国家对其实行专卖管理，且无“由中国烟草总公司专卖”字样的卷烟只能在国外市场销售，在国内除免税店外，该类卷烟禁止在国内市场销售，卷烟零售户到烟草公司不能进到该类卷烟。

绍兴市越城区人民法院陈超、杨勤超非法经营一审刑事判决认定：一、涉案烟草是否属于香烟范畴。涉案所谓 IQOS “烟弹”，其工作原理是通过加热棒烘烤加热特质烟丝的方式产生烟雾，其与普通卷烟的区别在于其只是加热而非燃烧烟草，不是传统的点燃加热，而是利用烟具电子烘烤加热，因此对直接接触所谓“电子烟弹”的各被告人来说，均能够通过直观认识，应当知道该产品系卷烟制品，是新型加热不燃烧烟草制品。二、涉案烟草是否属于烟草专卖品。2017年10月，国家烟草专卖局制定下发了《关于开展新型卷烟产品鉴别检验工作的通知》，将 IQOS 卷烟纳入我国的卷烟鉴别名录。系国家烟草管理职能部门对涉案“烟弹”等烟草专卖品加强监管的具体工作举措，不是扩大烟草专卖品的范围而给涉案“烟弹”新添定义。在被纳入名录后，IQOS 卷烟属于我国专卖物品，需持有烟草专卖许可证才可以经营。

上述的判决从烟草的事实认定或行政机关的认定入手，对 IQOS 烟弹属性予以了分析论证。

#### **四、认定 IQOS 烟弹不属于我国法律规定的烟草专卖品的主要理由**



有不少律师坚持认为 IQOS 烟弹不属于我国法律规定的烟草专卖品，比如，浙江靖霖（广州）律师事务所的丁风律师根据辩护中的思考撰文予以了分析（见“刑事实务”公众号：售卖“加热不燃烧型烟弹”的罪与罚，作者 丁风）。主要的理由如下：

（一）现行的法律、行政法规及司法解释对烟草专卖品是有明确具体的规定，均未包含 IQOS 烟弹

首先，《烟草专卖法》对烟草专卖品的规定采用列举的方式予以确定。《烟草专卖法》第二条：本法所称烟草专卖品是指卷烟、雪茄烟、烟丝、复烤烟叶、烟叶、卷烟纸、滤嘴棒、烟用丝束、烟草专用机械。卷烟、雪茄烟、烟丝、复烤烟叶统称烟草制品。《烟草专卖法》没有对何为卷烟、何为烟草专卖品作出定义，两高《关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》也没有对烟草专卖品（卷烟）的含义作出明确界定。在这种情况下，可以明确：只有法律行政法规明确规定的烟草制品才能认定为烟草专卖品。

（二）在烟草专卖法对烟草专卖品进行列举确定的情况下，国家烟草专卖局是否有权解释《烟草专卖法》中烟草的定义？

很显然，根据我国立法解释和司法解释的规定，国家烟草专卖局无权对《烟草专卖法》作出解释，国家烟草专卖局将 IQOS 认定为卷烟，属于逾越立法授权的行为。

（三）国家烟草专卖局自行通过文件规定 IQOS 烟弹属于烟草的规定是否有效？若有效，应当自何时起经营 IQOS 才能被认定为非法经营。

通过梳理烟草专卖局的文件可以发现，国家烟草专卖局通过文件、通知、复函、批复等，最终以修改“卷烟”的定义将烟弹归类为卷烟，相关文件也由最初的内部传达，最终对外公开。变化的文件显示了对于新型烟草制品，我们国家对

其的认识和监管也是处于不断完善中。即便认定其有效，有效的时间也应是公开文件公布之后才能计算，即 2018 年 6 月 18 日之后才能予以认定为非法经营。

综上，对 IQOS 烟弹是否属于烟草专卖品的认定，在我国经历了“烟草特征成分-新型烟草制品-新型卷烟-卷烟-烟草专卖品”的变化，卷烟的定义也是多次被修改。也有观点坚持，只要法律法规未明确规定 IQOS 烟弹系烟草专卖品，它就不应当被认定为烟草专卖品。

诚然，在已有司法机关明确案例的情况下，想要否定 IQOS 烟弹不属于我国法律规定的烟草专卖品，难度很大，但依然是努力的方向。抛开对此争议问题的辩护，此类案件依然有其他大量辩点。

## 公安机关办理非法集资类案件的关注重点

罗毅 发现律师事务所主任

王诗琪 发现律师事务所实习律师

非法集资属于典型的涉众型金融犯罪，涉案范围广泛、受害人数众多，对人民群众财产利益及社会经济金融秩序的稳定危害极大。我国对非法集资活动始终秉持着坚决禁止、严厉打击的态度。近年来，各地各部门持续联防联控，积极开展打非处非工作，也取得了一定的效果。但由于非法集资犯罪活动的类型广泛、载体众多、隐蔽性极强，以往法律规范的规定已滞后于依托互联网新兴技术不断翻新变化的非法集资活动，此前的规范难以应对当前高发且态势严峻的非法集资案件处置工作。

今年3月1日已生效的《中华人民共和国刑法修正案（十一）》（以下简称《刑修十一》）中对非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪进行了修订，即将在5月1日生效的《防范和处置非法集资条例》（以下简称《条例》）对非法集资的防范和处置作出了较为全面的规定，对公安机关的执法工作具有重要意义。本文结合《刑修十一》及《条例》的规定，对公安机关办理非法集资案件的相关问题进行解析。对公安机关执法工作的意义

在我国，向不特定对象吸收资金，应当经国务院金融管理部门依法许可并遵守国家金融管理的规定，此外其他吸收资金的行为则属于违法行为，并随着违法程度的加深可能涉嫌非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪等“非法集资”类犯罪。因此违法吸收资金的行为，往往具有行政违法和刑事违法的双重属性，故对此类违法行为的有效规制须涵盖行政处置与刑事打击两方面。

在《条例》出台前，我国并未明确防范和处置非法集资工作机制的牵头部门，处置非法集资类案件的法律依据不足，而行政监管部门主要参照的《取缔办法》

出台时间较早，且其中多系原则性规定，可操作性不强。以往因行政处置手段有限，刑事司法手段便成为规制此类案件的主要方式，致使公安机关担负起办理大量非法集资类案件的艰巨责任。作为首部专门规范非法集资防范与处置工作的行政法规，《条例》的出台意味着非法集资类案件的行政处置有法可依，主体责任落实到位、工作机制得以建立，相关案件的处置效能大大提升，实现了行政处置和打击犯罪的有效分离，将大幅度减轻公安机关办理非法集资类刑事案件的压力。

在刑事方面，根据公安部发布的数据，2019年全国公安机关共立案打击涉嫌非法集资刑事案件5888起，涉案金额5434.2亿元；2020年全国公安机关立案侦办非法集资犯罪案件6800余起，涉案金额1100余亿元。非法集资案件总金额虽在下降，但发案数却逐年上升。为了防范和处置非法集资，保护社会公众合法权益，防范化解金融风险，维护经济秩序和社会稳定，《刑修十一》对非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪的刑罚结构作出了较大调整，进一步提升非法集资类犯罪的规制和惩处力度。

## 一、与公安工作相关的重点规定解读

非法吸收公众存款罪的调整——提高最高刑，积极退赃退赔可减轻处罚

解读：《刑修十一》第十二条对非法吸收公众存款罪主要作出三点调整：①取消罚金刑的上限限额；②增设“数额特别巨大或者有其他特别严重情节”的第三档法定刑，量刑起点为10年以上有期徒刑；③新增退赃退赔的法定从宽量刑情节。

就前述调整情况来说，提升罚金刑和自由刑刑罚力度的主要原因系为控制现实实践中非法集资类案件高发不下的严峻态势。随着社会经济的不断发展，当前非法吸收公众存款类案件涉及资金动辄逾千万，甚至过亿，资金流巨大。若仍依据原法条规定及标准处罚，可能较难做到罪刑相适应，故作出此调整。但“数额

特别巨大或者有其他特别严重情节”的具体标准，尚待司法解释予以明确。

从宽严相济的刑事政策出发，为了最大化减少和挽回社会公众的损失，《刑修十一》首次增设了退赃退赔的法定从宽情节，公安机关可以向犯罪嫌疑人讲解本规定及认罪认罚等相关规定，以促使相关涉案人员积极退赃退赔。

## 二、集资诈骗罪的修改——提高量刑幅度，规定单位犯罪

解读：《刑修十一》第十五条对集资诈骗罪作出三点调整：①取消罚金刑的上限限额；②重构本罪的整体刑罚结构，降低量刑起点，调整量刑分界点，将三档法定刑期变更为两档法定刑期；③新增单位犯本罪时，对单位及其直接责任人员的刑罚处置情形。此次调整实质提升了各档次的量刑起点，刑罚打击力度明显加大。该罪的升格法定刑合并后，对于“数额巨大或者有其他严重情节”的情形，理论上可能会被判处无期徒刑。故提请公安机关注意，根据《刑事诉讼法》第123条以及《公安机关讯问犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像的规定》第4条的规定，公安机关在对可能适用该量刑档次的集资诈骗案件犯罪嫌疑人讯问时，依法应当对讯问过程进行录音录像。

集资诈骗罪要求行为人必须“以非法占有为目的”并“使用诈骗方法”。提请公安机关注意，在款项集得后，犯罪嫌疑人通常会采取各种违法手段转移非法集资款项以逃避追查，故在就相关案件开展侦查工作时，应通过追踪银行转账、调查交易记录等方式，及时查清资金去向，快速止付或采取其他强制措施截断资金转移链条，以追缴违法所得、尽量挽回损失。同时，此罪属于洗钱罪上游犯罪类型之一“金融诈骗罪”中的具体罪名。《刑修十一》对洗钱罪的犯罪构成作出了调整，删除了“明知”的主观故意及具体行为中“协助”二字，将洗钱罪的犯罪主体扩大到实施上游犯罪的本犯。提请公安机关注意，在调查审查集资诈骗罪时应同步犯罪嫌疑人及关联人员转换财产、转移资金的行为，依法严格惩治洗钱

犯罪。定义“非法集资”在《条例》和司法解释中的要件厘清

解读：《条例》第二条规定构成非法集资需要满足以下三要件：①非法性：未经国务院金融管理部门依法许可或者违反国家金融管理规定；②利诱性：许诺还本付息或者给予其他投资回报；③社会性：向不特定对象吸收资金。相较于《非法集资若干问题的解释》中的规定，《条例》将批准吸收资金的“有关部门”明确为“国务院金融管理部门”，却又并未将“社会公开宣传”列为“非法集资”的构成要件，这是因为《条例》更加注重“防范”，强调以打早打小为原则，故并不要求处置的非法集资行为规模、影响力已在社会中达到一定程度。

根据《非法集资若干问题的解释》，对具有社会危害性的非法集资犯罪行为，在认定上还应注意以下两点：①集资行为“非法性”的认定依据为“国家金融管理法律规定”。《条例》作为“防范和处置非法集资，保护社会公众合法权益，防范化解金融风险”的行政法规，也属于国家金融管理法律规定中的一类；②向社会公开宣传是非法吸收公众存款犯罪的构成要件，必须具备。

## 敲诈勒索犯罪中的被害人过错类型初探

倪云 发现律师事务所高级合伙人

近期，某女被告因敲诈勒索 300 余万元被判处有期徒刑 13 年的一审判决书上网引发对该案件的广泛关注与大量讨论。笔者以为，在证据、事实没能全面了解、判决尚未生效的情况下，与其就事论事讨论可能有失偏颇，不如就该案引发的个别法律问题探讨，更为有意义。在此，笔者结合《最高人民法院、最高人民检察院关于办理敲诈勒索刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《敲诈勒索解释》）第六条第二款规定“被害人对敲诈勒索的发生存在过错的，根据被害人过错程度和案件其他情况，可以对行为人酌情从宽处理；情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”就敲诈勒索中的被害人过错进行探讨。

通常理解，所谓敲诈勒索犯罪中的被害人过错，表现为行为人虽然对被害人使用威胁或要挟的方法，向其强行索取了财物，但敲诈勒索的发生往往是由被害人对行为人发生在先的侵犯其合法权益的不当行为而引发构成犯罪。司法实践中，《敲诈勒索解释》第六条第二款的适用情况如何，可以考察该司法解释是否激活以及激活的状况，笔者通过在 Alpha 案例库中检索，发现裁判文书中直接援引了上述法条的判决书、裁定书共 246 篇，考虑入库和裁判文书法条引用的实际情况，应当说实践中适用了该过错条款的案件会更多些。究竟哪些过错可以被认定，即被害人的过错包括哪些类型，通过对检索到 246 篇文书梳理可以发现，司法实践中对于被害人的过错的认定较为宽泛，包括但并不限于以下类型。

### 一、犯罪类过错

在部分敲诈勒索中，被害人的过错表现为被害人的犯罪行为，侵犯了行为人的合法权益或其他正当利益，激发了敲诈勒索犯罪行为的发生。该类过错可归为犯罪类过错。

贵州省安顺市中级人民法院（2020）黔04刑终186号判决书中，法院查明“吴某1所盗工地扣件，经鉴定价值人民币6585元，被损坏车辆零部件价格人民币4200元。吴某1于2020年9月30日被安顺市平坝区人民法院（2019）黔0403刑初227号刑事判决书以抢劫罪判处有期徒刑三年二个月，并处罚金人民币五千元”。法院认为“上诉人罗忠华、陈二平、何红以非法占有为目的，非法控制吴某1的人身自由，并以吴某1盗窃工地扣件为由威胁、恐吓吴某1及其亲友，强行索要财物人民币50万元，数额特别巨大，三上诉人的行为已构成敲诈勒索罪。但因本案系吴某1盗窃财物，为抗拒抓捕驾车冲撞拦截车辆引发，被害人具有重大过错，可酌情从宽处理。”

## 二、违法类过错

在部分敲诈勒索中，被害人的过错表现为被害人的行为违反治安管理处罚法、道路交通安全法等法律，且该侵犯了行为人的合法权益或其他正当利益，激发了敲诈勒索犯罪行为的发生。该类过错可归为违法类过错。

苏州市相城区人民法院（2019）苏0507刑再2号判决书中，法院认为“被害人在本案中存在一定过错（注：系被害人之前殴打被告人兄弟的女友），对被告人魏林酌情从轻处罚”。

## 三、侵权型过错

在部分敲诈勒索中，被害人的过错表现为被害人出于主观上的故意或过失实施了损害他人合法民事权利的行为，侵犯了被告人的合法权益或其他正当利益，上激发了敲诈勒索犯罪行为的发生。该类过错可归为侵权类过错。

浙江省杭州市中级人民法院（2015）浙杭刑终字第1194号判决书认为“鉴于继生公司的病死动物无害化处理中心生产中产生的臭味可能确实影响村民的日常生活，继生公司亦有一定的过错，二上诉人及原审被告汤某要求继生公司



赔偿有一定的正当理由及维权因素……”

新疆维吾尔自治区乌鲁木齐市中级人民法院（2016）新 01 刑终 255 号判决书认为“但在本案中，被害人马某俊在未取得相关部门批准的情况下，进行露天采矿，造成部分居民财产损失，其具有过错行为。”

#### 四、道德类过错

在部分敲诈勒索中，因被害人与行为人之间不正当的男女关系或不正当的两性关系而发生的敲诈勒索行为，法院的判决认定被害人有过错。该类过错往往表现为被害人出于主观上的故意实施了违背社会公序良俗、伦理规范的行为，侵犯了行为人的合法权益或其他正当利益，激发了敲诈勒索犯罪行为的发生。该类过错可归为道德类过错。

例如吉林省辽源市中级人民法院（2016）吉 04 刑终 70 号判决认定“关于辩护人提出被害人存在明显过错的辩解意见，经查，释某某自身行为不检点，违反人伦纲常和社会公德与上诉人发展为情人关系，在明知不可能与上诉人结婚的前提下，为上诉人购买了房子，并将购房合同、发货票、钥匙等交于上诉人保管，无论其行为动机是赠予使用权还是所有权，客观上都足以诱使上诉人在主观意识上产生对唾手即得财产的贪婪，而自己主动提出分手并想给上诉人五万元钱了事，又在社会一般观念中让人产生始乱终弃的评判，这也是激化矛盾并诱发上诉人用裸照威胁索要钱款的主要原因。同时，被害人在被迫给予 2 万元时，就刻意留存证据，说明已有报案意识，随后约上诉人到辽源交付其余 28 元，在已经报案前提下仍实际支付上诉人 28 万元，在客观上造成犯罪既遂的假像，以上不能排除被害人犯罪引诱的可能。因此，辩护人的此节辩护意见应予支持。”

在山东省滨州市中级人民法院（2016）鲁 16 刑终 137 号判决中认定：关于抗诉机关提出“一审判决认定被害人有过错系认定事实错误，本案中的四名被害

人均是被李亚凯引诱与郝某发生性关系，后遭李亚凯、王某甲敲诈而被迫交出钱财，无证据表明四被害人在本案中具有过错”的抗诉理由，经审理认为，被害人基于满足私欲与郝某发生不正当两性关系，严重违背公序良俗，后导致案发，被害人在此具有一定过错，对上述抗诉理由不予采纳。

在广西壮族自治区河池市中级人民法院（2018）桂12刑终290号判决中，判决认为“本案被害人插足他人家庭，有严重过错，且案发后韦盛宽亲属主动代其退赔全部违法所得并取得被害人谅解，依法可对韦盛宽酌情从轻处罚。”

### 五、工作类过错

在有的敲诈勒索犯罪中，被害人因工作管理上的原因与行为人发生矛盾，激发了敲诈勒索的发生，法院的判决认定被害人有过错。该过错表现为在工作中，由于可规责于被害人工作规范或管理的原因的行为，侵犯行为人的合法权益，进而引发了敲诈勒索犯罪行为的发生。此类过错可归为工作类过错。

海南省高级人民法院（2014）琼刑提字第1号判决书中，法院认为“鉴于骆中芳行为事出有因，手段亦非十分恶劣，被害人任某及其所在的新概念律所在办理结算过程中存在一定过错，同时考虑其勒索的财物已全部基本追回并退还被害人，社会危害明显减少，故量刑时可酌情从轻处罚。”

### 六、其他类过错

基于不能穷尽和分类合理性的问题，笔者认为在已生效的敲诈勒索判决中，还存在不适宜归入上述五类的被害人过错，笔者将其归入其他类过错。例如，在赌博中，受害人出“老千”（作假）导致被告人受损后敲诈勒索犯案。

云南省大理白族自治州中级人民法院（2020）云29刑终163号判决书认为“受害人陈某1对敲诈勒索的发生存在过错（注：系受害人陈某1在与被告人的

赌博中出老千) ”。

从辩护角度而言，上述案例表明，司法实践中被害人过错的认定比较宽泛，对被告而言，极为有利。当然，上述分类并非严格和学术意义上的分类，也不代表笔者认可其中对于被害人过错的认定符合法律的规定。此分类仅系为进一步认识、了解被害人过错而开展的工作，由此引起更进一步的研究才更有意义。

## 新刑法解释对追逃追赃工作的加强

罗毅 发现律师事务所主任

王宇昂 发现律师事务所专职律师

### 一、从没收违法所得到缺席审判，党中央反腐败的坚强决心和鲜明态度始终如一

《中华人民共和国刑事诉讼法》（下称《刑事诉讼法》）自 1979 年发布以来，历经了 1996 年、2012 年、2018 年三次修改。2012 年《刑事诉讼法》修改以前，很多案件即使犯罪事实清楚、证据确实充分，一旦犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡，将导致无法启动刑事诉讼程序，从而使得犯罪嫌疑人、被告人的违法所得及其他涉案财产长期无法追缴。

为满足国家和公众对打击贪污腐败犯罪的需要，2012 年《刑事诉讼法》增设了违法所得没收程序，规定对于贪污贿赂犯罪、恐怖活动犯罪等重大犯罪案件，犯罪嫌疑人、被告人逃匿，在通缉一年后不能到案，或者犯罪嫌疑人、被告人死亡，依照刑法规定应当追缴其违法所得及其他涉案财产的，人民检察院可以向人民法院提出没收违法所得的申请。

2012 年至 2016 年底，全国法院共受理没收违法所得申请案件 38 件，但因违法所得没收程序在我国是一个新的制度设计，已有的立法及相关司法解释规定比较原则，导致大多数案件还处在公告、延长审理期限状态[ 2017 年 1 月 5 日“两高”发布违法所得没收程序司法解释新闻发布会]。为深入推进中央反腐败战略部署和决策，最高人民法院、最高人民检察院发布《关于适用犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序若干问题的规定》（下称《没收程序规定》），明确了认定犯罪事实、申请没收的财产与犯罪事实关联性的证明标准，还对没收申请的审查、一审开庭、二审裁定、利害关系人参加诉讼方式、请求境

外协助执行等相关程序,公告等法律文书格式、内容以及送达方式作了具体规定,增强了违法所得没收程序的实践可操作性,为司法实践中适用违法所得没收程序提供了直接依据。

2015年,中央反腐败协调小组部署的“天网”行动开展,我国发布了针对100名涉嫌犯罪的外逃国家工作人员、重要腐败案件涉案人等人员的红色通缉令。2017年,习近平总书记在党的十九大工作报告中强调,“不管腐败分子逃到哪里,都要缉拿归案、绳之以法”。2018年国家监察委成立后,由国家监察委牵头开展职务犯罪国际追逃追赃专项活动,“天网2018”行动接力前行。

我国腐败案件中大量出现贪官外逃的情况,巨额腐败资金被转移至境外,由于我国《刑事诉讼法》没有规定对被告人的缺席审判制度,使得在被告人逃跑或丧失诉讼行为能力情况下,对被告人犯罪行为的认定,只能因诉讼的中止而无限期拖延,与犯罪相关的财物更是无法作出处理。司法解释虽然对被告人死亡情形下的财产处理作出了上缴或返还的规定,但也由于未经法庭审判程序,使得这种财产处理决定缺乏合法的依据,直接导致我们的司法机关并不能及时作出处理。

2018年《刑事诉讼法》修改,在总结之前违法所得没收程序的司法实践经验基础上,增设了针对特定案件实施的缺席审判制度,对于①贪污贿赂犯罪案件②需要及时进行审判,经最高人民检察院核准的严重危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪案件③犯罪嫌疑人、被告人在境外的案件可以缺席审判,推动司法机关积极履职、丰富惩治犯罪的手段、促进反腐败国际追逃追赃工作。

因2018年《刑事诉讼法》第五编第三章仅构建了缺席审判的基本框架,2021年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(下称新刑诉法解释)出台并自3月1日起施行,对缺席审判程序与犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序中的司法适用具体问题作出规定,进一步加强了追

逃追赃工作的力度。

2020年8月10日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议上，《国家监察委员会关于开展反腐败国际追逃追赃工作情况的报告》明确，推进追逃追赃领域重点立法、提升运用法律手段追逃追赃能力、完善防逃制度机制，将是未来稳步推进追逃追赃法治建设的重点。

## 二、新刑诉法解释赋予人民法院在缺席审判程序中是否对违法所得及其他涉案财物同时作出处理的选择权，缺席审判程序在未来追逃追赃工作中的启动率可能将大幅提高

虽然早在2018年《刑事诉讼法》修改后便在第五编“特别程序”中增设了缺席审判程序，但至2021年才在新刑诉法解释第二十四章增设了对应的“缺席审判程序”，对缺席审判程序的有关问题予以明确，但仍然仅构建了缺席审判的基本框架。又因为缺席审判程序未如违法所得没收程序已出台了可操作性强、规定明确的配套司法解释《没收程序规定》，即使《刑事诉讼法》第二百九十二条明确规定“传票和起诉书副本送达后，被告人未按要求到案的，人民法院应当开庭审理，依法作出判决，并对违法所得及其他涉案财产作出处理”，在实际的追逃追赃工作中一般仍通过违法所得没收程序进行追缴，缺席审判程序遇冷。

尽管以追逃追赃为主要目的，但缺席审判制度自建立以来，司法实践中尚未出现对外逃贪官适用缺席审判的案例，均是通过违法所得没收程序进行追赃。

### 2018年至2020年公开查询到的案例

姓名	职务	追赃情况
白静	原中国农业银行股份有限公司金融市场部投资中心本币投资处原处长	2008年至2011年，白静利用职务便利，伙同他人操纵债券交易，侵吞国家利益，非法获利共计人民币2亿余元。后白静用其中部分违法所得在北京、三亚购置多套房产，登记在其妻牛颖及其他亲属名下。白静涉嫌犯贪污罪，并

		<p>于 2013 年 7 月 31 日逃匿境外，通缉一年后仍不到案。</p> <p>2020 年 11 月 17 日，呼和浩特市中级人民法院一审公开宣判犯罪嫌疑人白静贪污违法所得没收申请一案，裁定没收高度可能属于白静使用违法所得 1.4 亿元购买的 9 套房产。</p>
彭旭峰	原长沙市住房与建设委员会副主任、长沙市轨道交通集团有限公司党委书记、董事长	<p>2010 年至 2017 年，彭旭峰单独或伙同贾斯语等人，利用彭旭峰职务上的便利，为有关单位和个人在工程承揽、土地承租、设备采购等事项上谋取利益，收受有关单位、个人给予的财物共计折合人民币 2.4 亿元和 12 万美元。彭旭峰、贾斯语分别于 2017 年 3 月 24 日、3 月 10 日逃匿境外，至今不到案。</p> <p>2020 年 1 月 3 日，湖南省岳阳市中级人民法院公开开庭审理了“红通人员”犯罪嫌疑人彭旭峰受贿及其妻子贾斯语受贿、洗钱违法所得没收申请一案，裁定没收犯罪嫌疑人彭旭峰与贾斯语在境内的违法所得人民币 1 亿元、黄金制品以及在澳大利亚、塞浦路斯、新加坡等国共计 5 处房产、250 万欧元国债、50 万美元；对彭旭峰、贾斯语违法所得追缴不足部分，继续追缴。</p>
黄艳兰	原广西桂林地区物资发展公司副经理、桂林地区物资发展总公司总经理，兼任桂林地区行署物资局副局长等职务	<p>1997 年 7 月至 1999 年 4 月，黄艳兰从 6 个银行账户转出了共计 3000.35 万元资金，用于购买共计 52 套房产。这些房产分别登记在李和平（黄艳兰的丈夫）、施小刚等人名下。为继续非法占有上述房产，黄艳兰于 2000 年至 2002 年指使李和平将 29 套涉案房产的合同权益虚假转让给施小刚和高兆杰，并以二人名义分别向银行办理按揭贷款和抵押相关手续，支付剩余房款。此后，黄艳兰又安排邓田英（黄艳兰的母亲），与施小刚、高兆杰签订委托合同，全权管理二人名下房产，但房产仍由黄艳兰实际控制。涉案共 52 套房产，黄艳兰已指示他人出售了 15 套房产，后将出售款和剩余 17 套房产的出租款再次用于购买 6 套房产，部分款项存入了以 SHIXIAOGANG、MICHELLE、秦丹名义开设的银行账户。</p> <p>2018 年 11 月 15 日，桂林市中级人民法院一审公开宣判黄艳兰贪污违法所得没收申请一案，裁定没收黄艳兰位于上海市普陀区、闵行区等处 23 套涉案房产以及部分涉案房产出售、出租</p>

		产生的收益；对黄艳兰贪污犯罪产生的违法所得追缴不足部分，继续追缴；依法向相关银行支付上述涉案房产按揭贷款欠款本息及相关费用。
--	--	--

根据《刑事诉讼法》第二百九十二条的规定，在缺席审判程序中，人民法院“依法作出判决，并对违法所得及其他财产涉案财产作出处理”。此处的“并”字表示人民法院若对外逃人员启动缺席审判程序，应当同时对违法所得及其他涉案财产作出处理，对此不能拒绝裁判。但人民法院为避免错判，可能出于以下原因，往往不启动缺席审判程序，不对外逃人员的违法所得及其他涉案财产作出处理。

一方面，对涉案财产作出正确处理的前提是检察机关在审查起诉阶段着重查明涉案财物情况。对于在境内的涉案财物，是否查明其被查封、扣押、冻结并妥善保管；对于在境外的涉案财物，是否查明其出境渠道、在境外的使用情况等。由于贪官外逃前多采用各种隐蔽或非法途径多次向境外转移资产，监察机关、检察机关收集、审查、判断能够证明其境外资产状况的证据在证据的三性上可能存在瑕疵。

另一方面，缺席审判程序作为刑事诉讼特别程序之一，人民法院在对案件的事实、证据进行审查时，仍然以“事实清楚，证据确实、充分”作为标准，贪污贿赂犯罪案件的证据体系高度依赖口供，在外逃人员不到案的情况下，口供的缺失很容易造成证据锁链的断链，无法排除合理怀疑。

为使缺席审判外逃贪官落到实处，织密法网，决不让腐败分子和其他犯罪分子逍遥法外、逃避惩罚，新刑诉法解释第六百零四条第四款新增规定，“适用缺席审判程序审理案件，可以对违法所得及其他涉案财产一并作出处理”，并通过新刑诉法解释第五百九十八条第一款第（六）项明确规定人民法院在缺席审判程



序中应当重点审查“是否列明违法所得及其他涉案财产的种类、数量、价值、所在地等，并附证据材料”。上述规定虽与《刑事诉讼法》第二百九十二条不协调，但无疑赋予了人民法院选择权，对于事实清楚、证据确实充分的犯罪嫌疑人、被告人外逃案件，通过衡量既可以适用缺席审判程序也可以适用违法所得没收程序案件的不同处理结果及效果等因素，人民法院在依法判决的同时对违法所得及其他涉案财产一并作出处理，毋须再经过违法所得没收程序，而且适用缺席审判程序需要将传票、起诉书副本送达被告人，没有必要再适用违法所得没收程序中的公告程序，可节约大量司法资源，加快追逃追赃工作的进程。

在2018年《刑事诉讼法》增设缺席审判程序之初，便赋予了人民检察院对缺席的犯罪嫌疑人是否提起公诉的自由裁量权，对满足提起公诉实体要件案件，也可以作出不起诉决定。《刑事诉讼法》第三章提起公诉通过第一百七十六条为普通程序案件规定了起诉标准，即人民检察院认为犯罪嫌疑人的犯罪事实查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的，“应当”作出起诉决定。但《刑事诉讼法》第二百九十一条却对缺席审判程序作出了特别规定，在同样犯罪事实已经查清，证据确实、充分的标准下，人民检察院却是“可以”向人民法院提起公诉。这背后其实是立法者出于惩罚犯罪与保障人权的平衡、程序公正与实体公正的实现、诉讼公正与诉讼效率兼顾、被告人权利与被害人利益的平衡的考量。

新刑诉法解释从我国刑事缺席审判程序的立法目的、价值和正当性出发，同样给予人民法院在缺席审判程序中是否对违法所得及其他涉案财产同时作出处理的选择权，在当下司法经验和相关制度储备仍有欠缺的情况下，为解决在追逃追踪工作中缺席审判程序遇冷的问题，提出技术性应对方案，不失为一个更加理性的选择。且由于缺席审判程序的启动相较于违法所得没收程序，不需要案件达到“重大”程度，不需要通缉一年和六个月的公告没收违法所得前置时间条件，犯罪嫌疑人、被告人在“境外”较之“逃匿”更为宽泛，在新刑诉法解释为缺席

审判程序处理违法所得及其他涉案财产提供空间的情况下，缺席审判程序在未来的追逃追踪工作中势必会恢复其立法预设的地位，司法实践中首例对外逃人员适用缺席审判程序的案例将不远已。

### 三、新刑诉法解释进一步完善违法所得没收程序并扩大适用范围，深入推进追逃追赃工作的新发展

追逃追赃工作，是惩治贪污贿赂犯罪的重要组成部分。惩治贪污贿赂犯罪不仅要惩处境内的贪污贿赂犯罪分子，对逃往境外的还要开展追逃与追赃工作，一是能够将逃往境外的犯罪分子追回，绳之以法；二是对暂时无法追回的外逃贪污贿赂犯罪分子在境内外的违法所得予以没收。追逃若不彻底，就意味着犯罪分子找到了避罪的“天堂”，逍遥法外，追赃若不彻底，就必然会促使更多的腐败分子携款外逃，国家和人民的利益就无法挽回。

为全面依法治国、从严治党，遏制腐败蔓延势头，震慑、预防贪腐犯罪逃匿，在 2012 年《刑事诉讼法》修改时增设了违法所得没收程序，为犯罪嫌疑人、被告人缺席情况下没收违法所得及其他涉案财产提供了直接法律依据。2014 年追逃追赃工作启动后，最高人民法院、最高人民检察院为解决三年中办理没收违法所得申请案件的争议较大、反映突出的法律适用问题，在 2017 年出台了《没收程序规定》增强了违法所得没收程序的实践可操作性。2021 年，为深入推进追逃追赃工作的新发展，除恶务尽，新刑诉法解释吸收《没收程序规定》有关条文，对违法所得没收程序有关问题作了进一步细化规定，调整了 2012 年旧刑诉法解释与《没收程序规定》不一致的条文，以维持新刑诉法解释作为刑事审判程序基本解释的体系完整性。

（一）追逃追赃工作中适用违法所得没收程序的范围由“贪污贿赂犯罪等案件”扩大到“贪污贿赂、失职渎职等职务犯罪案件”

2012年《刑事诉讼法》增设违法所得没收程序时，关于刑法分则第八章“贪污贿赂罪”规定的所有犯罪是否都可以使用没收程序的问题，考虑到现实情况复杂，有的罪名虽然法定刑较轻，但有时违法所得财产数额巨大，如果不适用没收程序，可能让被告人及其家属从犯罪中获利。因此2017年《没收程序规定》将“贪污贿赂犯罪等案件”的范围限定为14个罪名，即贪污、挪用公款、巨额财产来源不明、隐瞒境外存款、私分国有资产、私分罚没财物、受贿、单位受贿、利用影响力受贿、行贿、对有影响力的人行贿、对单位行贿、介绍贿赂、单位行贿犯罪案件。

2018年《中华人民共和国监察法》施行后，根据《中华人民共和国监察法》第四十八条的规定，监察机关依法提请人民检察院向人民法院提出没收贪污贿赂、失职渎职等职务犯罪犯罪嫌疑人、被告人违法所得的申请，因此新刑诉法解释第六百零九条第一款第（一）项将《刑事诉讼法》第二百九十八条规定的“贪污贿赂犯罪”案件的范围扩大为“贪污贿赂、失职渎职等职务犯罪案件”，并采取《国家监察委员会管辖规定（试行）》规定的职务犯罪案件范围标准。

贪污贿赂案件范围在《没收程序规定》的基础上，新增非国家工作人员受贿罪，对非国家工作人员行贿罪，对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪3个罪名，总计17个罪名。

失职渎职等职务犯罪案件可分为：

滥用职权犯罪案件总计15个罪名，包括滥用职权罪；国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪；滥用管理公司、证券职权罪；食品监管渎职罪；故意泄露国家秘密罪；报复陷害罪；阻碍解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪；帮助犯罪分子逃避处罚罪；违法发放林木采伐许可证罪；办理偷越国（边）境人员出入境证件罪；放行偷越国（边）境人员罪；挪用特定款物罪；非法剥夺公民宗教信仰自由罪；

侵犯少数民族风俗习惯罪；打击报复会计、统计人员罪。

玩忽职守犯罪案件总计 10 个罪名，包括玩忽职守罪；国有公司、企业、事业单位人员失职罪；签订、履行合同失职被骗罪；国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪；环境监管失职罪；传染病防治失职罪；商检失职罪；动植物检疫失职罪；不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪；失职造成珍贵文物损毁、流失罪；过失泄露国家秘密罪。

徇私舞弊犯罪案件总计 15 个罪名，包括徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪；非法批准征收、征用、占用土地罪；非法低价出让国有土地使用权罪；非法经营同类营业罪；为亲友非法牟利罪；枉法仲裁罪；徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪；商检徇私舞弊罪；动植物检疫徇私舞弊罪；放纵走私罪；放纵制售伪劣商品犯罪行为罪；招收公务员、学生徇私舞弊罪；徇私舞弊不移交刑事案件罪；违法提供出口退税凭证罪；徇私舞弊不征、少征税款罪。

公职人员在行使公权力过程中发生的重大责任事故犯罪案件总计 11 个罪名，包括重大责任事故罪；教育设施重大安全事故罪；消防责任事故罪；重大劳动安全事故罪；强令违章冒险作业罪；不报、谎报安全事故罪；铁路运营安全事故罪；重大飞行事故罪；大型群众性活动重大安全事故罪；危险物品肇事罪；工程重大安全事故罪。

公职人员在行使公权力过程中发生的其他犯罪案件总计 19 个罪名，包括破坏选举罪；背信损害上市公司利益罪；金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪；利用未公开信息交易罪；诱骗投资者买卖证券、期货合约罪；背信运用受托财产罪；违法运用资金罪；违法发放贷款罪；吸收客户资金不入帐罪；违规出具金融票证罪；对违法票据承兑、付款、保证罪；非法转让、倒卖土地使用权罪；私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪；职务侵占罪；挪用资金罪；故意延误投递

邮件罪；泄露不应公开的案件信息罪；披露、报道不应公开的案件信息罪；接送不合格兵员罪。

《国家监察委员会关于开展反腐败国际追逃追赃工作情况的报告》指出，2014年至2020年6月追逃追赃工作已取得重要成果，共从120多个国家和地区追回外逃人员7831人，包括党员和国家工作人员2075人、“红通人员”348人、“百名红通人员”60人，追回赃款196.54亿元，有效削减了外逃人员存量，制度优势进一步转化成为追逃追赃领域治理效能。

（二）追逃追赃工作中，外逃人员死亡的，违法所得没收程序的启动不受罪名限制

新刑诉法解释吸收《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会关于实施刑事诉讼法若干问题的规定》第三十七条的规定，第六百一十一条规定：“犯罪嫌疑人、被告人死亡，依照刑法规定应当追缴其违法所得及其他涉案财产，人民检察院提出没收违法所得申请的，人民法院应当依法受理。”新刑诉法解释起草小组在解读理解与适用时提出，被告人死亡的，如果依照刑法规定应当追缴其违法所得及其他涉案财产，人民检察院提出没收违法所得申请，人民法院应当依法受理，不受罪名限制。

#### **四、新刑诉法解释施行后，追逃追赃工作中法律服务的新形势**

早在2016年，经中央全面深化改革领导小组审议，司法部、外交部、商务部、国务院法制办公室印发《关于发展涉外法律服务业的意见》，明确提出“为打击跨国犯罪和追逃追赃工作提供法律服务”是发展涉外法律服务的主要任务之一，配合相关部门加强反腐败国际多边双边合作和追逃追赃工作，及时提供法律意见和建议，并加强被判刑人移管国际合作。

近年来，不少涉嫌职务犯罪的官员和企业高管通过现金走私、经常项目下的交易以及境外投资等多种方式的组合，将资产转移至境外。这不但造成了国有资产的流失，而且无形之中增加了识别和追踪赃款的难度。跨境追赃虽然是国家机关依职权从事的司法行为，但是，随着资产转移的方式日趋复杂，各国（地区）对合法财产的保护又日益重视，如何依法追、追得回，成为问题的关键。

律师介入追逃追赃工作提供法律服务，一方面可以减少司法机关境外执法难的窘境，另一方面也有利于贪腐案件中受侵害的企事业单位依法挽回损失，并保障涉案财产利害关系人的合法利益。在缺席审判程序和违法所得没收程序中，律师经犯罪嫌疑人、被告人的近亲属和其他利害关系人委托，作为诉讼代理人参加诉讼，就涉案财产是否与犯罪相关、是属于被告人的个人财产还是家庭共同财产、家庭成员名下的财产是否属被告人所有或有被告人的份额等关键问题进行质证，协助人民法院进行合法财产与非法财产的析产，避免司法擅断，准确量刑而不殃及家人。

对于追逃追赃工作中的境外涉案财产部分，律师可以提供的法律服务包括但不限于：协助办案机关收集并提供有关资产来源于犯罪的证据；协助贪腐案件被害单位挽回损失；协助涉案财产利害关系人维护合法权益，根据《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第十一条的规定，向人民法院提出不应当追缴利害关系人已经善意取得的财产的律师意见，协助利害关系人收集“其对涉案财产存在合法权利，如所有权、留置权、担保物权”或者“其权利系善意取得”的相关证据；为涉嫌贪腐的官员和企业高管提供咨询和辩护服务，协助涉嫌贪腐的官员和企业高管全面地分析内地的刑事司法政策（如主动归案或退回赃款能获得多大程度的从轻减轻处理等）等。

例如我国利用违法所得没收程序开展境外追赃的第一案——李华波案，李华波伙同他人共同贪污，并将部分赃款转移到新加坡后，其本人也于2011年1月

携家人潜逃至新加坡；2014年8月29日，经上饶市检察院提出申请，上饶市中级人民法院开庭审理没收李华波涉案财产和违法所得一案。2015年3月3日，上饶市中级人民法院依法裁定没收被新加坡警方查封的李华波夫妇名下的财产以及李华波在新加坡用于“全球投资计划”项目投资的150万元新加坡元。此案中，律师接受办案机关的委托，采取当地法律所允许的手段查找有关资产的流转及归属情况，并整理、汇总“相关资产来源于犯罪以及资产非法转移”的证据材料等；律师同时也接受被害单位城乡建设集团的委托，协助收集“对有关资产存在合法权利”的证据，协助被害单位依据资产所在地的法律申请财产保全措施，协助被害单位在资产所在地法院提起民事诉讼，在提交大量确权证据的基础上，最终取得胜诉判决，成功追回价值887万元的资产[黄风：《中国境外追逃追赃经验与反思》，中国政法大学出版社2016年版，第218页]。

对于追逃追赃工作中的国内涉案财产部分，律师主要提供代理参加司法程序的服务，通过诉讼程序在合法财产中析出属于被告人个人所有的财产，依法保护被告人的家庭成员的合法财产权益。在无法判断涉案财物属于被告人犯罪所得还是合法财产时，根据存疑有利于被告人的原则，向人民法院提出应当认定为被告人合法财产的律师建议。

## 五、结语

“法与时转则治，治与世宜则有功”。我国《刑事诉讼法》的基本立法目的是惩罚犯罪、保障人权，以实现公平正义。追逃追赃工作通过缺席审判制度能够震慑、预防贪腐犯罪逃匿，保证有罪的人被依法追究；通过违法所得没收程序能够实现追赃彻底，铲除逃匿人员的生存基础，挽回国家和人民的利益损失。但同样应该保障贪腐人员的合法权益，严格程序规范审查调查权力运行，准确性正确区分民事法律关系和犯罪行为。经济社会的发展带来更加频繁的民事交往，党

员干部、公职人员不可避免会参与民事活动。一些职务犯罪行为，往往与民事经济纠纷交织在一起，存在民刑交叉的法律关系。追逃追赃工作应该准确界定涉案财物的范围，结合具体的法律法规把握事物本质，正确区分正常民事活动和职务犯罪行为，区分合法财产与非法所得，既有力惩治腐败犯罪，又保障合法民事权利，以实现公平正义。



## 从证明体系到证据链——解读新《刑诉法解释》关于间接证据定案标准的变化

倪云 发现律师事务所高级合伙人

2020年12月7日最高人民法院审判委员会第1820次会议通过，2021年1月26日公布，自2021年3月1日起施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称2020〈刑诉法解释〉）第140条对间接证据定案的标准从以前的“全案证据已经形成完整的证明体系”修改为“全案证据形成完整的证据链”，有着全新的意义，当引起重视。

基于刑事证明的特殊性，贯穿我国刑事诉讼的一条基本证明标准是：“事实清楚、证据确实充分”。理论界对如何把握证据在量与质上达到“确实充分”进行了充分的探讨，2012年修正的刑事诉讼法针对“证据确实充分”作了具体的解释，第53条规定，“证据确实、充分，应当符合以下条件：（1）定罪量刑的事实都有证据证明；（2）据以定罪的证据均经法定程序查证属实；（3）综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑。”最高人民法院2012年12月20日发布，2013年1月1日施行的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称2012〈刑诉法解释〉）第105条对其中的“综合全案证据”作了进一步的解释：“全案证据已经形成完整的证明体系”。

因此，在司法实践中如何“形成完整的证明体系”就成为衡量证据是否确实充分、判定事实是否清楚的核心指标。

然而，“完整的证明体系”没有被得到普遍的认可，“证据链作为法官智慧和司法经验之体现的裁判方法”（冯爱冰 谢萍：证据链：认证案件事实的另一视角，载《法律适用》2011年第5期）却以创新之态势出现在司法实践中，2014年最高人民法院发布《最高人民法院公布七起保障民生典型案例》中首次在案例

解释中提出“证据链”概念，2014年涉及“证据链”的案件骤增，在最高人民法院随后发布的一系列指导性案例或典型案例中也多次提及“证据链”或“完整的证据链”。2015年6月15日，最高人民检察院发布的《最高人民检察院关于加强出庭公诉工作的意见》进一步明确指出强化出庭公诉需“引导侦查机关（部门）完善证明链条和证明体系”。证明链条又成为决定证明体系是否完整的关键路径，与之相对应的是，最高检发布的指导案例里也多次提及“证据链”或“完整的证据链”。

2020年12月7日由最高人民法院审判委员会第1820次会议通过的2020《刑事诉讼法解释》将原来司法解释中规定的“全案证据已经形成完整的证明体系”修改为“全案证据形成完整的证据链”，正式将司法实践经验、智慧总结上升为规范性文件，用以指导司法办案。

较早对证据链完整性研究的学者是蔡作斌，他认为证据链就是由证据所组成的、环环相扣的、用以证明案件事实的链条。其提出证据链完整性的定义、判断标准和如何进行审查判断。（蔡作斌：证据链完整性的标准及其审查判断，载《律师世界》2003年第3期）

陈为钢认为，所谓证据链是指由两个或两个以上不同的证据链节（或证据）所组成的、通过链头的相互联结形成的联结点以及链头与链体的客观联系，内容能得到相互印证并体现或提高证据的证明力，用以证明案件事实的证据集合体。他认为，在刑事证据链中，证据链节是证据链的基本组成单位，证据联结点为证据链的核心。证据链体通过证据链头的联结发挥证明作用。证明某一案件事实的所有证据链集合在一起，构成证据链集。证据链的联结形态有单点联结、多点联结和面联结以及简单联结与多重联结之分，证据链的不同联结形态，其证明力有所不同。证据联结点的出现概率和情节表述直接影响着证据链的证明力。（陈为钢：刑事证据链研究，载《国家检察官学院学报》2007年第4期）

栗峥教授认为，所谓“证据链”是指证据之间用以证明事实所形成的逻辑关联。他的研究指出，证据是事实的理由，证据链是证据的理由或称理由的理由，它决定着司法证明的逻辑命脉。“完整的证据链”是证成事实的核心标准，其意义重大。就性质而言，证据链属于“非必要的但充分的条件中一个不充分但必要”的链条，具有“偶然中的必然”、“基于认知的证成”等属性。通过“有助益的支撑”的似真推理，可以搭建证据之间最大可能性的支持链接。建立证据链的功能在于：推进证据分类，实现分类证据的可视化；以“涌现”的方式代替因果逻辑；实现对威格莫尔图表法的突破与超越。基于证据链对司法证明展开的逻辑分析属结构主义路径，相比于证据的实质性意义，结构主义更注重证据的关系性意义，它认为只有在证据的相互解释与相互界定的结构之中，证明才有价值。在结构主义看来，真实是被结构生产出来的。（栗峥：证据链与结构主义，载《中国法学》2017年第2期）

所谓链，《辞源》解释为“用金属环连结而成的长条”。证据链，通俗讲就是两个以上的证据连结而成用以证明一个待证事实的证据条，其本质是通过逻辑推理合理的予以证成。例如，在一起没有直接证据的杀人案件里，证明被告人具有作案时间的多个证据连结在一起就构成完整的证据链。

关于作案时间的证据有：

1. 尸检报告报告证实被害人死于下午 15 时至 16 时，死亡点为自己家里；
2. 证人甲看见被告人下午 14 时 30 分左右进入被害人的家里；
3. 证人乙看见被告人 16 时许匆忙的离开被害人的家里；
4. 交通警察在被害人小区门口在 15 时 30 分对一辆违停车辆的一张罚单，车辆登记信息显示该车辆为被告人所有。

这个案件里，即便被告人拒不供述该日下午的行踪信息，或虽供述了却难以有其他证据印证，在上述证据均不能单独证明被告人具有作案时间的情况下，上述证据也能形成完整的证据链予以证实被告人具有作案时间。法官对此的内心确信也会得以形成。

通常情况，绝大多数案件争议的焦点主要在事实认定，而非法律适用。事实认定的争议焦点并不在于是否具有“完整的证据”（由于刑事案件的特殊性，要求具有完整的证据是不可能和不切合实际的），而在于某几个证据是否能对争议事实的认定形成具有“完整的证据链”。

我们发现，多数案件里，在同一裁判文书中，辩护方的辩护意见认为“上述证据未能形成完整的证据链”，与之相对应的是，裁判理由却认为“上述证据已经形成完整的证据链”。一个案件，庭审结束，对控、审双方而言，证据相同，却各执一词。同时，我们发现，多数裁判文书在证据的展示与认定部分，统一采取了“罗列”的方式排列证据。通常表述为，“证明上述事实的证据有：……”，然后以 1、2、3……等数字逐一列举被告人供述、被害人陈述、证人证言等证据，最后直接以“上述证据足以证实……的犯罪事实，本院予以采信”收尾结束。很少有裁判文书对如何形成完整的证据链予以论证。

之所以出现上述分歧，原因是多方面的。其中最重要的就是对证据链的研究和认识尚未深入，栗峥教授认为，其原因在于：其一，“证据链”易于描述却不易衡量。在“证据链”的分析中，“链接强度”是一项核心指标，它直接决定着证明力的大小，但它在非数字形态的文字系统中难以量化把握。其二，即使可衡量，它也极不稳定。两个证据之间是否必然形成链条、形成的链条会不会断裂等仍存在不确定性，这对证据链的稳定性构成极大的威胁。其三，即使稳定，它是否具有说服力。裁判者在某一证据链上的个体确信能否足以撼动他人的不同判断，

令如此的链接关系具有最优的排他力与威信力。（栗峥：证据链与结构主义，载《中国法学》2017年第2期）

随着司法解释对间接证据定案确立了证据链的认定标准，相信，更多的理论研究和司法实践会让证据链理论和适用规则越来越完善。

## 恶势力犯罪集团的司法认定浅析

倪云 发现律师事务所高级合伙人

恶势力犯罪集团属于特殊的犯罪集团，2018 年被正式确立在司法文件中，对其的认定需要严格遵守法律的规定

### 一、恶势力犯罪集团概述

我国《刑法》第二十六条规定：“三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织，是犯罪集团。对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚。”

2018 年出台的两高两部《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》（以下简称“2018《指导意见》”）第 15 条规定：“恶势力犯罪集团是符合犯罪集团法定条件的恶势力犯罪组织，其特征表现为：有三名以上的组织成员，有明显的首要分子，重要成员较为固定，组织成员经常纠集在一起，共同故意实施三次以上恶势力惯常实施的犯罪活动或者其他犯罪活动。”

2019 年出台的两高两部《关于办理恶势力刑事案件若干问题的意见》（以下简称 2019《意见》）第 11 条第一款规定：“恶势力犯罪集团，是指符合恶势力全部认定条件，同时又符合犯罪集团法定条件的犯罪组织。”

因此，“恶势力犯罪集团”由“恶势力”“犯罪集团”两个概念组成，要认定恶势力犯罪集团，需要同时满足“恶势力”与“犯罪集团”的认定条件。

### 二、犯罪集团的认定

根据我国《刑法》的规定，有学者（魏东、郭理蓉，犯罪集团的司法认定问题研究，四川警官高等专科学校学报 2000.2 总第 74 期）认为，犯罪集团的主

要特征表现为四个方面：

（一）成员的多数性

此特征是犯罪集团在组成人员的量上的要求，犯罪成员要求必须在三人以上，是作为构成犯罪集团在人数上的最低要求。

（二）具有共同实施犯罪的目的性

这是犯罪集团在主观目的方面的重要特征。即犯罪集团成立系为了通过犯罪来获取利益，所实施的犯罪系基于集团的需要，犯罪所得利益归属于集团，表现为集团成员间口头或者书面约定体现，当然也可能表现为发展过程中逐渐形成。

（三）具有较强的组织性

这是犯罪集团的组织特征。所谓组织，是指“按照一定的宗旨和系统建立起来的团体”（《辞海》（下）第六版普及本，2010年8月）。因此，成员相对固定、成员间有分工、存在领导与被领导的关系，存在首要分子、骨干分子，也有一般成员，首要分子组织、领导、指挥其他成员进行集团犯罪活动。当然，不同类型的犯罪集团，其组织严密程度是有差别的。

（四）具有相当的稳固性

其稳固性在于犯罪集团的成立和活动均出于长远的考虑，不是为了实施临时的一次犯罪，在实施该犯罪之后仍继续存在。从结构上讲，要求犯罪集团核心人员基本固定且长期稳定。

### 三、恶势力的司法认定

“恶势力”不属于刑法概念，在有关司法解释和规范性文件中提出有其特殊的背景。

第一次明确“恶势力”定义是在2009年出台的“两高一部”《办理黑社会

性质组织犯罪案件座谈会纪要》（以下简称“2009《纪要》”），所谓“恶势力”是指经常纠集在一起，以暴力、威胁或其他手段，在一定区域或者行业内多次实施违法犯罪活动，为非作恶，扰乱经济、社会生活秩序，造成较为恶劣的社会影响，但尚未形成黑社会性质组织的犯罪团伙。“恶势力”一般为三人以上，纠集者、骨干成员相对固定，违法犯罪活动一般表现为敲诈勒索、强迫交易、欺行霸市、聚众斗殴、寻衅滋事、非法拘禁、故意伤害、抢劫、抢夺或者黄、赌、毒等。

值得注意的是，2009《纪要》并未明确“恶势力犯罪集团”这一概念，多数表述为“恶势力团伙”。不过，该文件也明确提到，“同时，还要本着实事求是的态度，正确理解和把握‘打早打小’方针。在准确查明‘恶势力’团伙具体违法犯罪事实的基础上，构成什么罪，就按什么罪处理，并充分运用刑法总则关于共同犯罪的规定，依法惩处。对符合犯罪集团特征的，要按照犯罪集团处理，以切实加大对‘恶势力’团伙依法惩处的力度。”

2015年出台的《全国部分法院审理黑社会性质组织犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称“2015《纪要》”）对于“恶势力”的认定标准对2009《纪要》的规定未作修正，但着重强调要把握好“打早打小”与“打准打实”的关系。

2018《指导意见》在2009《纪要》的基础上对“恶势力”的概念作出了修正：一是在“为非作恶”后增加“欺压百姓”，进一步明确“恶势力”在行为特征、危害特征上与一般违法犯罪行为的区别；二是将“纠集者、骨干成员相对固定”删减为“纠集者相对固定”，降低“组织特征”的认定标准；三是对于“恶势力”惯常实施的违法犯罪活动进一步明确，列举了更加具体的行为表现形式，并划分为“主要违法犯罪行为”与“可能伴随实施的违法犯罪行为”。

2019《意见》对恶势力的规定是对2018《指导意见》的确认，第4条规定：



“恶势力，是指经常纠集在一起，以暴力、威胁或者其他手段，在一定区域或者行业内多次实施违法犯罪活动，为非作恶，欺压百姓，扰乱经济、社会生活秩序，造成较为恶劣的社会影响，但尚未形成黑社会性质组织的违法犯罪组织。”同时，明确其特征，第6条第一款规定：“恶势力一般为3人以上，纠集者相对固定。纠集者，是指在恶势力实施的违法犯罪活动中起组织、策划、指挥作用的违法犯罪分子。成员较为固定且符合恶势力其他认定条件，但多次实施违法犯罪活动是由不同的成员组织、策划、指挥，也可以认定为恶势力，有前述行为的成员均可以认定为纠集者。”

上述规定表明，“恶势力”的认定有三个要件：一是组织特征：经常纠集在一起，一般为3人以上，纠集者相对固定。二是行为特征：以暴力、威胁或者其他手段，在一定区域或者行业内多次实施违法犯罪活动，为非作恶，欺压百姓。三是危害特征：扰乱经济、社会生活秩序，造成较为恶劣的社会影响，但尚未形成黑社会性质组织。

由“恶势力”团伙演变成黑社会性质组织是一个渐进的过程，其组织形态更加严密、社会危害性进一步增大，需要从宏观层面对“黑恶势力”犯罪进行系统化、层次化的评价，因此司法解释及相关规范性文件构建了“恶势力”“恶势力犯罪集团”“黑社会性质组织”分层递进的认定标准体系。

#### 四、恶势力犯罪集团的司法认定

##### （一）须符合犯罪集团的认定标准

我国《刑法》第二十六条规定：“三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织，是犯罪集团。对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚。”犯罪集团的主要特征有四个方面：即成员的多数性，共同实施犯罪的目的性，较强的组织性以及相当的稳固性。因此，恶势力犯罪集团的认

定必须首先要符合犯罪集团的认定标准，严格认定标准，普通的共同犯罪与集团犯罪有本质的差异，认定上要保持刑法的谦抑性，不能随意拔高。

与恶势力相比较，恶势力犯罪集团在组织性上更加明显，恶势力仅要求“纠集者相对固定”，而恶势力犯罪集团要求“明显的首要分子，其他成员较为固定”，同时，组织较为稳固。

### （二）须符合 2018《指导意见》中的“恶势力”规范性规定

恶势力犯罪集团的认定须符合 2018《指导意见》中的特殊规定。该指导意见第 15 条：恶势力犯罪集团是符合犯罪集团法定条件的恶势力犯罪组织，其特征表现为：有三名以上的组织成员，有明显的首要分子，重要成员较为固定，组织成员经常纠集在一起，共同故意实施三次以上恶势力惯常实施的犯罪活动或者其他犯罪活动。因此，恶势力犯罪集团区别于普通刑事犯罪集团，在于恶势力具有一定的地域性，同时犯罪行为类型化。其惯常实施的犯罪活动为 2018《指导意见》第 14 条中规定的强迫交易、故意伤害、非法拘禁、敲诈勒索、故意毁坏财物、聚众斗殴、寻衅滋事等行为。

需要注意的是，基于 2018《指导意见》中对恶势力犯罪集团特征的描述，我们发现，其关于犯罪集团的特性予以了一定程度的回避，“有三名以上的组织成员，有明显的首要分子，重要成员较为固定，组织成员经常纠集在一起，共同故意实施三次以上恶势力惯常实施的犯罪活动或者其他犯罪活动。”其中缺乏了对犯罪集团“组织性”的严格要求，这样的特征描述与刑法对犯罪集团的规定有明显的差距，这是否意味着对恶势力犯罪集团的认定标准有一定程度的降低，我们不得而知。但基于刑法关于犯罪集团的规定，按罪刑法定原则要求，我们认为在认定构成恶势力犯罪集团时仍需要严格刑法解释和司法认定。

### （三）恶势力犯罪集团违法犯罪活动的特殊性

2019《意见》第11条第二款规定：“恶势力犯罪集团应当有组织地实施多次犯罪活动，同时还可能伴随实施违法活动。恶势力犯罪集团所实施的违法犯罪活动，参照2018《指导意见》第十条第二款的规定认定。”因此，评价恶势力犯罪集团的违法犯罪活动，需要结合2018《指导意见》和2019《意见》，即对于恶势力犯罪集团的违法犯罪活动，应当一并评价，不同于普通的犯罪集团一般只评价其犯罪行为；同时，恶势力犯罪集团违法犯罪活动的罪责范围，可根据是否“出于集团意志”“为了集团利益”等标准来确定。基于恶势力犯罪集团发展的高级阶段是黑社会性质组织，因此，其违法犯罪的认定具体可以参照2018《指导意见》第10条第二款规定：“符合以下情形之一的，应当认定为是黑社会性质组织实施的违法犯罪活动：（1）为该组织争夺势力范围、打击竞争对手、形成强势地位、谋取经济利益、树立非法权威、扩大非法影响、寻求非法保护、增强犯罪能力等实施的；（2）按照该组织的纪律规约、组织惯例实施的；（3）组织者、领导者直接组织、策划、指挥、参与实施的；（4）由组织成员以组织名义实施，并得到组织者、领导者认可或者默许的；（5）多名组织成员为逞强争霸、插手纠纷、报复他人、替人行凶、非法敛财而共同实施，并得到组织者、领导者认可或者默许的；（6）其他应当认定为黑社会性质组织实施的。”

综上，评价是否构成恶势力犯罪集团，既要考虑“恶势力”的因素，也要重视“犯罪集团”的要求，予以准确认定。

## 纪检干部身份不应作为评价是否适用缓刑的理由

倪云 发现律师事务所高级合伙人

曾钰欣 发现律师事务所专职律师

### 一、案情介绍

2019年6月5日，某国有企业总部纪委综合室工作人员余金平酒后驾驶自己所有的白色丰田牌小轿车，行驶至北京市门头沟区河堤路1公里处时，车辆前部右侧撞到被害人宋某致其死亡，撞人后余金平驾车逃逸。

当晚9时许，余金平驾车返回其居住地地下车库并擦拭车身血迹，后于当晚11时左右前往某足疗店。次日5时左右，余金平前往北京市公安局门头沟分局交通支队投案，后接受呼气式酒精检测，血液酒精浓度为8.6毫克/100毫升。约1小时后，余金平接受血液酒精检验，但未检出酒精。

一审：法院北京市门头沟区人民法院认为，被告人余金平违反交通运输管理法规，酒后驾驶机动车，因而发生重大事故，致一人死亡，并负事故全部责任，且在肇事后逃逸，其行为已构成交通肇事罪，应依法惩处。被告人余金平作为一名纪检干部，本应严格要求自己，其明知酒后不能驾车，但仍酒后驾车从海淀区回门头沟区住所，且在发生交通事故后逃逸，特别是逃逸后擦拭车身血迹，回现场附近观望后仍逃离，意图逃避法律追究，表明其主观恶性较大，判处缓刑不足以惩戒犯罪，因此对于公诉机关判处缓刑的量刑建议，该院不予采纳。

抗诉机关北京市门头沟区人民检察院认为，一审法院以余金平系纪检干部为由对其从重处罚没有法律依据。根据中国中铁股份有限公司出具的工作证明，余金平担任该公司总部高级经理，在纪检部门的办公室工作，负责撰写领导讲话、工作总结、筹备会议等事宜，不参与纪检案件的办理，不属于纪检干部，且余金平是否具有纪检干部身份与其交通肇事犯罪行为无关，该主体身份并非法律、司

法解释规定的法定或酌定从重量刑情节。支持抗诉机关北京市人民检察院第一分院对抗诉机关的抗诉意见予以支持。

上诉人余金平的辩护人认为：一审判决以余金平身份为纪检干部、在交通肇事后逃逸、意图逃避法律追究、主观恶性较大为由，对其不判处缓刑，没有法律依据。

二审：法院北京市第一中级人民法院经合议庭评议认为，一审法院的判决理由仅将余金平作为纪检干部未严格要求自己及知法犯法，作为不采纳原公诉机关判处缓刑的量刑建议的理由，而并未作为从重处罚的理由。尽管余金平的纪检干部身份与其本次交通肇事犯罪行为本身确实不存在因果关系，但该特殊身份却系评估应否对其适用缓刑的重要考量因素。法院在评估适用刑罚执行方式时，不仅要考虑到个案本身的罪责刑相一致问题，还要考虑到个案判决对社会公众的价值导向问题。就本案而言，余金平作为纪检工作人员，本身应比普通公民更加严格要求自己，更加模范遵守法律法规。法院在评估对余金平是否适用缓刑时，应该充分考虑到本案判决对于社会公众严格遵守道路交通安全法规、高度尊重生命价值、充分信任司法公正的积极正面导向。一审法院将余金平系纪检干部作为对其不适用缓刑的理由之一，并无不当。因此，抗诉机关及辩护人的该项意见不能成立。

## 二、争议焦点

纪检干部身份究竟能否作为评价是否适用缓刑的理由？

## 三、规范分析

1. 我国现行刑法对缓刑适用的积极条件和禁止性条件的规定均未将身份作为适用缓刑的条件

刑法第 72 条规定，“对于被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，同时符合下列条件的，可以宣告缓刑，对其中不满十八周岁的人、怀孕的妇女和已满七十五周岁的人，应当宣告缓刑：（一）犯罪情节较轻；（二）有悔罪表现；（三）没有再犯罪的危险；（四）宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响。”

第 74 条规定，“对于累犯和犯罪集团的首要分子，不适用缓刑。”

## 2. 司法解释和规范性文件也没有将身份作为适用缓刑的条件

《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见》关于交通肇事罪规定了致人死亡、使公私财产遭受重大损失、交通运输肇事后逃逸和其他特别恶劣情节的量刑起点，明确了其他影响基准刑的犯罪构成中的犯罪事实，但并未将主体身份作为评价犯罪情节，并以此限制缓刑的考量因素。

《北京市高级人民法院〈关于常见犯罪的量刑指导意见〉实施细则》规定：“拟判处有期徒刑、拘役并符合缓刑适用条件的，可以依法宣告缓刑。”

一审法院判处余金平有期徒刑 2 年，实际上是对余金平的缓刑适用不予认定，即不认为其“犯罪情节较轻”。

笔者认为，二审法院对犯罪情节有自己的判断认识无可厚非，但绝不能以纪检干部身份作为犯罪情节的考量标准，并以此作为其限制缓刑的理由。本案从一审判决书下达之后，一步步将“纪检干部身份”这个本不该成为焦点的问题，被抗诉机关、支持抗诉机关、上诉人及其辩护人和二审法院反复论证，最终抬到了争议的热点问题之一的位置。

## 四、理论分析

### 1. 严格遵循刑法基本原则应当是且必须是刑事审判者的第一要务

法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚，罪刑法定是法治国家刑法最重

要的原则，其本质是限制国家的刑罚权。孟德斯鸠认为自由仅存在于权力不被滥用的国家中，为了限制权力，才有了权力制衡，才明确了只有立法者才有把一种行为规定为犯罪并处以刑罚的权力，司法者的作用仅在于按照立法者制定的规则定罪量刑。

缓刑，本质上是对罪刑相适应原则在罪刑法定基础之上的诠释，适用缓刑需要贯彻宽严相济的刑事政策，综合考虑具体犯罪的社会危害性、被告人主观恶性和人身危险性、社会治安状况、犯罪的社会影响等因素，决定是否适用缓刑

纵览我国刑法及相关司法解释和法律规范性文件，从未有“某种特定身份不得适用缓刑”的相关规定，也从未针对交通肇事犯罪明确何种身份不属于犯罪情节较轻情形。一审法院以“纪检干部应当明知不能酒后驾车”为理由之一，认定余金平“主观恶性较大”，并以此为由，不予采纳公诉机关的缓刑量刑建议，是否有违罪刑法定原则？

有不少观点学说认为，“身份”影响量刑是刑法中的常规性问题。不仅刑法中的所有特殊主体犯罪都在一定意义上是“身份”在影响量刑，而且“身份”影响量刑也在刑法中有所体现。对于公务员来说，“模范遵守、自觉维护宪法和法律”是《公务员法》要求“公务员应当履行”的“法定义务”。一审和二审法院将其视为一个酌定量刑情节予以酌定考虑，完全符合刑法关于量刑根据和罪刑相适应原则等规定，并无不妥。

但是笔者坚持认为，“知法犯法”不是影响量刑的理由，法律自颁布之日起，即视为行为人知道或者应当知道该法律，何谈“纪检干部应当明知不能酒后驾车”？况且，取得机动车驾驶证的人都应当知道不能酒后驾车，以此推论，是否所有的酒后驾车所导致的交通肇事罪都属于主观恶性较大，均不得适用缓刑？

本案中，一审法院如果依据既有证据，并按照正常演绎推理，认为余金平“知

道或者应当知道发生了交通事故”，并以此认定其存在逃逸情节而限制减刑，是能够得到大多数人的理解支持的。但一审法院以超出法律解释范围的解释方式，对其纪检干部身份扩大到犯罪构成层面，有违反罪刑法定原则之虞。

2、以社会意义作为刑事审判的主要评价标尺，逾越了刑法赋予司法者的裁量权范围，更容易引起一场保守主义的狂欢。

二审判决书中，二审法院敏锐地意识到余金平的纪检干部身份与其本次交通肇事犯罪行为本身确实不存在因果关系，但同时又指出，“该特殊身份却系评估应否对其适用缓刑的重要考量因素”，从另一个角度变相支持了一审法院的观点立场，并将“个案判决对社会公众的价值导向问题”放上了辩论台。

诚然，法律必须体现国家意志，同时也必须兼顾最广大人民群众对于个案的是非曲直直观感受。二审判决可以说取得了很好的政治效果，我们的国家，更多的是守法的、良善的、对于犯罪深恶痛绝的公民，这份判决符合当下右翼保守主义抬头的世界思潮，收获了很大一部分民粹主义者的好感。但从付出的惩罚成本来看，纪检干部犯罪，开除公职，原有的公务员待遇被取消，付出的成本已经比一般人大了，如果再从重处罚，对被告人确实不公平、公正，其违反了刑法的实质公平，有违法律面前人人平等原则，“积极正面导向和社会风气风尚”绝不应该凌驾其上。

3、以职业身份作为适用缓刑考量情节，将对社会结构产生消极影响

虽然中国刑事司法的缓刑适用在大体上具有确定性，但被告人的社会结构差异在司法实践中大量存在，其作为一种隐性的力量，对法官的定罪量刑默默产生影响，也对法律的确定性、公正性和社会正义观是一种极大的挑战。由于其隐藏在法律背后，不易被察觉，因此，会不会带来一些消极影响？

第一，造成同罪不同罚，使刑事判决失之公正。法律面前，平等是正义的前



提条件。放任职业身份对缓刑适用产生影响，必然会造成“相同或相似案件在不同法院、不同法官那里，甚至同一法官在不同时期、不同的境况下会做出不同、甚至大相径庭的判决结果，从而使法律适用的统一性受到挑战，罪刑相适应和刑法面前人人平等的原则被践踏，被告人的合法权利被忽视，司法的公正性、平等性被破坏，法院的权威性和形象被贬低。”

第二，引发特定群体被告人不满。倘若，被告人不具有国家公职人员的职业身份，那就可能得到较为宽宥的处罚，那么，这种量刑上的差异就是对国家公职人员的歧视和不公。这种不公平的判罚，必然会降低被告人裁判的接受度，容易引发特定群体的不满。

第三，增加法律的不确定性。法律特别是刑法，作为一种社会规范，如果缺少了确定性，法律的规范性和普适性下降，导致法律适用对象无所适从。

第四，为司法腐败提供温床。如果因为罪犯的职业身份导致“同案不同判”成为一种普遍的现象，那么，很容易为刑事法官滥用自由裁量权，造成量刑不公提供便利，从而为司法腐败提供了温床。

## 考量与出路：涉黑犯罪侦查阶段辩护策略浅谈

倪云 发现律师事务所高级合伙人

**摘要：**“扫黑除恶”专项斗争背景下涉黑犯罪侦查阶段的辩护工作要有策略思维，要充分认识到公安机关压力巨大、任务繁重、多重目标叠加及政治性法律性追求并存，为此要树立程序性为主、兼顾实体性的辩护目标，辩护工作中要认识侦查人员的思维模式、坚守律师职业道德底线、做好会见工作，实体好运用好例外情形，抓住审查批准逮捕，做好辩护工作。

2018年初，中共中央、国务院发出《关于开展扫黑除恶专项斗争的通知》（以下简称《通知》），一场全国范围内的扫黑除恶专项斗争拉开帷幕。《通知》强调，“要主动适应以审判为中心的刑事诉讼制度改革，切实把好案件事实关、证据关、程序关和法律适用关，严禁刑讯逼供，防止冤假错案，确保把每一起案件都办成铁案。”在涉黑案件的刑事诉讼过程中，律师依法辩护是确保每一起案件都办成铁案、确保让当事人在每一个案件中都体会到公平正义的重要保障。一年之际在于春，侦查阶段处于刑事诉讼过程中的初始阶段，律师选择有效的策略，是涉黑刑事案件有效辩护的良好开端。

### 一、提出策略的现实考量

#### （一）高规格之下公安机关压力巨大

由中共中央发出关于打击犯罪方面的文件，除了1983年的《关于严厉打击刑事犯罪的决定》（以下简称为《决定》），就是此次的《通知》，从内容看，此次比1983年的更集中。《通知》强调，在全国开展扫黑除恶专项斗争，是以习近平同志为核心的党中央作出的重大决策，事关社会大局稳定和国家长治久安，

事关人心向背和基层政权巩固，事关进行伟大斗争、建设伟大工程、推进伟大事业、实现伟大梦想。1月23日，全国扫黑除恶专项斗争电视电话会议召开，中共中央政治局委员、中央政法委书记郭声琨在会议上强调，要自觉把扫黑除恶作为重大政治任务抓紧抓好，坚决打赢这场硬仗，切实保障人民安居乐业、社会安定有序、国家长治久安。要坚持依法严惩方针，聚焦涉黑涉恶问题突出的重点地区、行业、领域，依法严厉打击人民群众反映强烈的黑恶势力犯罪。

最高规格的部署安排让公安机关增添了巨大的压力，为此，1月24日，全国公安厅局长会议在北京召开。公安部党委书记、部长赵克志在会议上强调，要按照党中央统一部署，集中开展扫黑除恶专项斗争，迅速形成对黑恶势力犯罪的压倒性态势。随即，各地公安机关也迅速召开打黑除恶的会议，掀起了新一轮的扫黑除恶高潮。

## （二）三增加之下公安机关任务繁重

这一次的扫黑除恶专项斗争，必然带来三增加：公安机关案件大量增加、律师介入案件大量增加、侦查机关办案难度和办案压力明显增加。公安部党委书记、部长赵克志在1月24日的全国公安厅局长会议上强调，在开展扫黑除恶专项斗争期间，要针对人民群众反映强烈的突出问题，集中组织开展打击整治枪爆违法犯罪、打击电信网络诈骗犯罪、“净网”等专项行动，要坚决打击整治盗抢骗等多发性侵财犯罪和黄赌毒等社会丑恶现象，依法严厉打击危害农村稳定、破坏农业生产、侵害农民利益的违法犯罪活动。

媒体传播兴起，律师的作用被更多的人认识到，民众法律意识的提高，涉罪后委托律师的人越来越多。同时，2012年刑事诉讼法修正案扩大了侦查阶段犯罪嫌疑人、辩护律师的权利，律师介入时间提前、介入范围增加。这必然导致侦查人员讯问犯罪嫌疑人的时间受到影响。此外，抛开律师的违法行为，律师的介

入客观上增加了侦查机关办案的难度与压力，同时给侦查机关办案提出了更高的要求。侦查人员担心：由于没有限制律师会见犯罪嫌疑人的时间和次数，且会见不受监听，犯罪嫌疑人对自己该如何交代所做的事情，有足够的时间与律师商量，若律师给犯罪嫌疑人支招，从而增加了侦查机关讯问等工作难度。同时，律师的法律帮助还会使犯罪嫌疑人更加明白自己行为及所交代事实的法律性质和后果，并不排除犯罪嫌疑人随后供述可能出现不断反复的情况。

### （三）多目标之下公安机关选择易惑

正确处理案件本应是刑事诉讼的唯一目标，但司法机关在法律之外设定的种种考核，导致刑事诉讼目标多元化的混乱，选择的困惑。此次扫黑除恶专项斗争，公安部是否规定了明确的目标，不得而知，但从既往的经验看，自上而下的目标考核是客观存在的，而且该目标考核往往成了各项工作的第一驱动力。而目标考核包括但不限于破案数、案件数、人头数、起诉率等等，甚至包括执法倒查，显然太多的具体目标与根本目标之间存在冲突与选择。特定案件中具体目标之间的选择与平衡，导致公安机关在办理涉黑性质的案件时，容易困惑。辩护律师在辩护时，如果不把这些因素考虑进去，那是无视司法现状的，不利于做到有效辩护，有时还会适得其反。

### （四）双属性之下公安机关价值难衡

就案件本身而言，刑诉法对涉黑刑事案件的办理有明确的规定，刑法对涉黑犯罪的认定与处罚有严格的标准，同时，最高人民“三规程”的出台，也对侦查、取证提出了更加严格的要求。基于涉黑案件的特殊性，各地公安机关在办理该类案件的时候，往往就要求站在维护地方经济社会发展的政治高度，何况此次专项斗争本身所处的政治高度。因此，包括涉及程序性方面以及实体认定方面等法律性问题一旦与对该案办理的政治性要求相互交织的时候，侦查活动的复杂性就远

胜于其他案件了，如何做好法律性与政治性的平衡，显得极为困难。基于当下的环境，政治性必须是首要考虑的，但法律性又时刻被关注。因此，侦查活动中可能出现的各种现象也就不难理解了。

## 二、辩护目标策略：程序性为主，兼顾实体性

在侦查阶段律师的辩护应当以程序性辩护为主，兼顾实体性辩护。这是由侦查机关在侦查阶段的诉讼任务所决定的。侦查阶段的诉讼任务是侦查机关获悉发生了犯罪事实或者可能发生了犯罪事实，依法受理、立案并开展收集证据、明确并查获犯罪嫌疑人等一系列活动，若一旦认为犯罪事实确已发生，且系已查获的犯罪嫌疑人所为，且依法应当追究其刑事责任，就侦查终结遂将案件移送检察机关审查起诉。否则就应当终止侦查，撤销案件。对于涉黑犯罪侦查阶段的辩护，也原则上遵守这样的策略。

### （一）程序性辩护为主可行

对于涉黑犯罪嫌疑人的抓获，往往是出其不意的，大多数涉黑犯罪嫌疑人被查获时是没有相关准备的。嫌疑人一旦被抓获，其本人及家属存在下列心理：嫌疑人本人急想从另一个渠道去了解自己的行为是否涉嫌犯罪、是否严重、有无取保的可能；犯罪嫌疑人家属急想知道涉案人究竟是否涉嫌犯罪、涉嫌何罪、是否严重、是否遭受了殴打等。犯罪嫌疑人及其家属非常渴望得到律师的帮助，以对上述问题有明确的答案。但由于侦查的单轨制，侦查破案、收集证据是由公安机关负责。律师在此时最可能做的就是多在程序方面为犯罪嫌疑人提供辩护帮助，主要包括：了解案情，接受法律咨询，代为申诉控告、取保候审等，具体解决侦查管辖是否合法，强制措施适用是否合法、必要，收集证据的行为是否合法，以及取得的证据是否为依法应当排除的非法证据等问题，向侦查机关、检察机关依法提出相关意见、申请。

## （二）实体性辩护条件不足

实体性辩护的条件不足是由侦查的特性所决定的。客观上侦查机关确立的罪犯嫌疑人也只是被认为有犯罪嫌疑，为此展开调查收集证据。此外，侦查终结的结果有两种可能，即使向检察机关移送审查起诉的案件，在法律上也不能完全确定嫌疑人犯罪成立，也难以涉及量刑问题。涉黑性质犯罪涉案人多，案情复杂，在公安机关最终侦查终结前，往往对参与者犯罪事实的查证及罪名的认定尚未能确定，辩护人也难以进行有效的辩护。同时，涉黑案件前述特性使得辩护律师更难获得案件信息以及相关材料，实体辩护也就无从开展。当然，现有法律制度设计也限制了实体辩护的开展。

## （三）实体性辩护例外情形

《刑事诉讼法》第四十条规定：“辩护人收集的有关犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑、事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人的证据应当及时告知公安机关、人民检察院。” 还有其他情形，诸如犯罪事实没有发生，嫌疑人的行为属于正当防卫等。这里面就涉及到了侦查阶段实体辩护的例外情形。对这些例外情形，辩护律师应予以充分关注，上述事实一旦被查明，侦查活动就应当终止，律师掌握了这些事实和证据就应当及时向侦查机关提出实体辩护。涉黑犯罪侦查之初，基于案件侦查的需要和事实的不明朗，涉入的犯罪嫌疑人是很多的，确实存在个别涉案嫌疑人存在前述例外情形的可能，辩护律师对此要能甄别，并及时开展实体性辩护。

## 三、主要工作方法技巧

### （一）知彼为先：认识侦查人员的思维模式

公安机关内部往往设置有专门的“打（扫）黑”机构，配备有专门的侦查人员。我们的刑事诉讼体制决定了诉讼参与各方各有其立场，各有其职责，利害得

失各有不同。侦查人员也是法律工作者，有他们对公平正义的理解，当然，由于考核的因素，基于职责所迫，可能有一定的异化。“有罪推定、整体思维、破案为主”，往往是办理涉黑案件侦查人员的常有思维。此处的“有罪推定”不具有贬义，是对侦查人员认知习惯的描述。“有罪推定”，对侦查案件而言，它有非常强的合理性，在破获案件的时候需要根据蛛丝马迹来推测一个事实的成立，往往如此才能够破案的。侦查人员的思维模式和律师的思维模式区别是比较大的。同时“整体思维、破案为主”则是基于涉黑案件自身特性所决定的，涉黑案件涉及人多、面广、影响大，嫌疑人反侦查意识强。对侦查人员而言，一子不慎，满盘皆输。而只为一个嫌疑人提供服务的律师，主要考虑自己当事人的权益，显然与侦查人员的考虑是相矛盾的，对此辩护律师要有充分认识。

### （二）消除隔阂：坚守辩护律师职业道德底线

对于律师介入侦查阶段，尤其是涉黑犯罪侦查阶段，侦查人员担心由于律师的辩护，可能导致案件侦破受阻，或者已供犯罪嫌疑人翻供，因而对律师介入抱有较强的戒备心理。应该辩证的看待此问题。确实存在个别律师违法行为，最终让侦查付出了更大的成本，加大了侦辩双方之间的隔阂。但是，应看到，绝大多数的律师是严格遵守相关法律规定的，且他们的介入是确保每一起案件都办成铁案、确保让当事人在每一个案件中都体会到公平正义的重要保障

因此，涉黑犯罪辩护律师应坚守职业道德底线，以扎实的专业能力、良好的沟通技巧，取得侦查人员的信任，为当事人的有效辩护打下扎实的基础。

### （三）抓住核心：做实律师会见与权利告知

在实践中，涉黑犯罪辩护侦查初期律师会见非常不易，应抓好这个机会，与当事人进行有效沟通。在告知犯罪嫌疑人的诉讼权利时，结合最高人民法院发布的《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程（试行）》的规定，着重告知其在

接受讯问时应享有的权利，要认真核对笔录，同时要告知其重视检察官的讯问合法性核查。在侦查阶段律师是否要对当事人的案件情况进行深入了解，要做全面的考虑。通常情况下，律师会见，要详细记录当事人已向公安机关供述的情况，若涉及到罪与非罪问题，再有侧重地核实情况，然后作出相应的判断。对于案件的客观事实，告知当事人法律对主动说与被查实的区别以及客观分析公安机关能否查实的可能，最终由当事人自己决定。

对于涉黑犯罪，在公安机关查获犯罪嫌疑人的过程中，往往被抓的人会判断若同案犯都进来，往别人身上推的可能性会更大，如果自己什么都不说，除认罪态度不好外，有可能反而会导致侦查机关先入为主，按照别人推卸责任的说法，形成了一个案件，并据此完善证据。因此，当事人可能会将相关的犯罪事实都告诉律师。

#### （四）临门一脚：审查批准逮捕务必提出意见

对于侦查阶段的批捕辩护问题，律师大有可为。刑诉法修正案严格了逮捕的条件，检察检察机关基于对公诉总体考虑，对于批捕部门有相应的考核目标，如果批捕不诉率很高则会影响到批捕成绩，因此检察机关在案件批捕之前、之后的态度是截然相反的。在批捕部门对公安机关进行批捕审查、侦查监督的时候，案件证据有瑕疵，在法律定性上有争议，就可能会提出不批捕的意见，以保证批捕起诉率，律师对此要有认识，要及时与批捕部门进行沟通，提出自己的意见，积极促成检察机关作出不批捕的决定。

对于涉黑犯罪的部分人员，比如《全国部分法院审理黑社会性质组织犯罪案件工作座谈会纪要（2015）》（以下简称《纪要》）规定：“对于参加黑社会性质组织，没有实施其他违法犯罪活动，或者受蒙蔽、威胁参加黑社会性质组织，情节轻微的，可以不作为犯罪处理。对于参加黑社会性质组织后仅参与少量情节



轻微的违法活动的，也可以不作为犯罪处理。”除此外，《纪要》还规定了：“1、主观上没有加入黑社会性质组织的意愿，受雇到黑社会性质组织开办的公司、企业、社团工作，未参与或者仅参与少量黑社会性质组织违法犯罪活动的人员；2、因临时被纠集、雇佣或者受蒙蔽为黑社会性质组织实施违法犯罪活动或者提供帮助、支持、服务的人员；3、为维护或者扩大自身利益而临时雇用、收买、利用黑社会性质组织实施违法犯罪活动的人员”等三类人不应以参加黑社会性质组织罪定罪处罚。因此，前述人员是可以不按犯罪处理的，或者说具有不捕的必要性，此时应出具专业、详尽的意见书，积极促成检察机关作出不批捕的决定。

#### （五）绝地逢生：实体辩护例外情形争取见效

对于案件事实比较清楚、定性存在问题的案件，应当及早提出辩护意见。在公安机关侦查阶段，一旦发现在法律判断上当事人不构成犯罪的，在事实基本稳定的情况下，尽可能地不要让案件继续往下走。因为程序越往下推进，涉及的因素就更多，形成无罪辩护结果的阻碍也越大。因此，对于事实清楚、定性有争议的案件，要提前提交辩护意见。

对于涉黑犯罪中的个别当事人，若通过会见当事人，确实了解或收集到有关犯罪嫌疑人不在犯罪现场、未达到刑事责任年龄、属于依法不负刑事责任的精神病人的证据，应提交证据并提交辩护意见。同时，若相关嫌疑人符合《纪要》规定：“对于参加黑社会性质组织后仅参与少量情节轻微的违法活动，也可以不作为犯罪处理。”以及属于《纪要》规定的另外三类人员，不应以参加黑社会性质组织罪定罪处罚。对此，也应当提交详细的辩护意见。

一千件案件，就有一千种辩护思路。涉黑案件的辩护，更是如此。前述观点，仅在通常意义上进行了探讨，挂一漏万，在所难免。

## 律师办理认罪认罚案件的实践与思考

倪云 发现律师事务所高级合伙人

**摘要：**认罪认罚从宽案件的办理，当对认罪认罚从宽的理解达成基本的共识。律师要把握量刑协商的主动性，为当事人设定合理的量刑预期，书面的辩护意见能有助于最大程度上能影响检察官，量刑建议须有依据。对于庭审中法官认为量刑建议“明显不当（偏轻）”的问题，律师需要有效的应对。

自2018《刑事诉讼法（修正案）》确立认罪认罚从宽原则后，各地检法机关已开始在不同程度的开展认罪认罚案件的办理工作，律师如何有效的办理认罪认罚案件，更好的维护当事人的合法权益。从总体上看，认罪认罚案件的办理实现了该制度建立的目的，但也存在部分问题。笔者结合办案的实践、最新的法律规定及相关学者的论述，就有关问题思考如下。

### 一、对认罪认罚从宽的理解

#### （一）对认罪的理解

何谓“认罪”，理论界和实务界对此有不同的理解，孙长永教授总结为三种观点：认事说、认事+认罪说、认事+认罪+认罪名说。“认事说”认为，“认罪”只要求犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行，对指控的犯罪事实没有异议，不要求其承认被指控的行为构成犯罪，不附加任何冗余的内容，犯罪嫌疑人、被告人对指控的个别细节有异议或者对行为性质的辩解不影响“认罪”的认定。

“认事+认罪说”认为，“认罪”不仅要求犯罪嫌疑人、被告人如实供述自己的罪行，对指控的犯罪事实没有异议，还要求其承认自己的行为构成犯罪，但不要求其认可检察机关指控的罪名。“认事+认罪+认罪名说”认为，“认罪”不仅要求犯罪嫌疑人、被告人如实供述自己的罪行，对指控的犯罪事实没有异议，并承

认自己的行为是一种犯罪行为，而且要求其承认检察机关所指控的罪名。

不同的认识，在实践中就会带来执行认罪认罚案件操作的差异，应当说，从认事到认事+认罪+认罪名，是对认罪的要求严格承担的增加，基于认罪认罚从宽制度的本质而言，不应有更高的要求。2019年10月24日，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部印发《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》（高检发[2019]13号，以下简称《认罪认罚从宽指导意见》）对“认罪”提出了把握的标准，指出：认罪认罚从宽制度中的“认罪”，是指犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行，对指控的犯罪事实没有异议。承认指控的主要犯罪事实，仅对个别事实情节提出异议，或者虽然对行为性质提出辩解但表示接受司法机关认定意见的，不影响“认罪”的认定。犯罪嫌疑人、被告人犯数罪，仅如实供述其中一罪或部分罪名事实的，全案不作“认罪”的认定，不适用认罪认罚从宽制度，但对如实供述的部分，人民检察院可以提出从宽处罚的建议，人民法院可以从宽处罚。可以看出，司法实务部门最终选择了“认事说”，这为以后的认罪认罚案件的办理指明了方向。

## （二）对认罚的理解

对于认罚的理解，应当说过去争议不大。《认罪认罚从宽指导意见》予以明确，认罪认罚从宽制度中的“认罚”，是指犯罪嫌疑人、被告人真诚悔罪，愿意接受处罚。“认罚”，在侦查阶段表现为表示愿意接受处罚；在审查起诉阶段表现为接受人民检察院拟作出的起诉或不起诉决定，认可人民检察院的量刑建议，签署认罪认罚具结书；在审判阶段表现为当庭确认自愿签署具结书，愿意接受刑罚处罚。

## （三）对从宽的理解

对从宽的理解，有共识，也有争议，共识就是从宽处理既包括实体上从宽处

罚，也包括程序上从简处理。“可以从宽”并非律从宽，是指一般应当体现法律规定和政策精神，予以从宽处理，对犯罪性质和危害后果特别严重、犯罪手段特别残忍、社会影响特别恶劣的犯罪嫌疑人、被告人，认罪认罚不足以从轻处罚的，依法不予从宽处罚。

有争议的是，在实体法意义上如何理解从宽，是否是一个独立的量刑情节，与坦白、自首之间的关系如何处理。对此，部分诉讼法学者和检察系统多坚持其应作为一个独立的量刑情节，应当独立于坦白、自首予以量刑评价。

《认罪认罚从宽指导意见》对是否属于独立量刑情节作了骑墙式的规定，一方面规定“认罪认罚与自首、坦白不作重复评价”，另一面又规定“对犯罪嫌疑人、被告人具有自首、坦白情节，同时认罪认罚的，应当在法定刑幅度内给予相对更大的从宽幅度”。还规定，办理认罪认罚案件，应当依照刑法、刑事诉讼法的基本原则，根据犯罪的事实、性质、情节和对社会的危害程度，结合法定、酌定的量刑情节，综合考虑认罪认罚的具体情况，依法决定是否从宽、如何从宽。对于减轻、免除处罚，应当于法有据；不具备减轻处罚情节的，应当在法定幅度以内提出从轻处罚的量刑建议和量刑；对其中犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以依法作出不起诉决定或者判决免予刑事处罚。

值得肯定的是，《认罪认罚从宽指导意见》明确了办理认罪认罚案件，应当区别认罪认罚的不同诉讼阶段、对查明案件事实的价值和意义、是否确有悔罪表现，以及罪行严重程度等，综合考量确定从宽的限度和幅度。在刑罚评价上，主动认罪优于被动认罪，早认罪优于晚认罪，彻底认罪优于不彻底认罪，稳定认罪优于不稳定认罪。稍显遗憾的是，没有吸收部分地方的操作实践，比如部分地方规定认罪认罚可从轻 30%以内量刑（又具体规定：侦查 10%，审查起诉 10%，审判 10%），将具体的幅度明确下来。

## 二、如何提出合理的量刑建议

律师提出合理的量刑建议与检察官协商，最终为检察院接受是适用认罪认罚从宽制度的重要组成部分。

据刑事诉讼法的规定，一方面，犯罪嫌疑人签署认罪认罚具结书的前提是自愿认罪并同意量刑建议；另一方面，人民检察院办理认罪认罚案件应当听取犯罪嫌疑人、辩护人或者值班律师对从宽处罚的建议。因此，在人民检察院正式提出量刑建议前，检察官必然要与犯罪嫌疑人、辩护人或者值班律师进行量刑沟通或者协商，协商一致后，犯罪嫌疑人才会签署认罪认罚具结书。这种沟通与协商既有利于保障最终的控辩合意科学合理，当然也是对检察官的要求和义务。在实践中，往往存在检察官希望律师提出量刑的建议，当然也存在部分检察官主动先提出量刑的建议与律师协商。

在审查起诉阶段，律师应当认真阅卷，根据案件证据认定的基本事实和相关情节提出量刑建议，量刑建议主要包括三个方面内容：一是主刑，二是附加刑，三是刑罚的执行方式。律师向检察官提出量刑建议，首先要关注主刑，因为主刑是当事人最优先考虑的（当然，需要了解当事人的诉求，不排除个别当事人更关注附加刑或刑罚执行方式）。与检察官的协商，达成协商需要考虑以下因素：1、书面的辩护意见在最大程度上能影响检察官；2、为当事人设定合理的量刑预期；3、全面而又有依据的量刑建议。

### 1、关于书面的辩护意见在多大程度上能影响检察官问题

对于认罪认罚案件的阅卷工作，不能因当事人认罪就降低要求，相反，全面而扎实的阅卷工作，对影响当事人量刑的各种情节均应涉及并用证据予以固定，对当事人有利的所有疑点均提出，形成完整而又条理清晰的辩护意见，同时，将上述意见形成书面的辩护意见及时交与承办检察官并与其交换意见。但是，与检

察官交换意见时不能过于纠缠某些细节，尤其是对当事人有利的疑点细节。唯有此，才能在最大程度上影响检察官。

## 2、关于为当事人设定合理的量刑预期问题

当事人对于认罪认罚后希望得到很轻的处理往往预期比较高，而律师与检察官就量刑协商后能达到什么样的结果，当事人希望律师能提就此前评估，此时，律师应为当事人拟定合理的量刑预期，让当事人充分认识到，最终能达成的协商结果受诸多因素的影响，不一定能实现最好的结果，因此，制定“阶梯式”的量刑建议是可行的方案，最低刑期与最高刑期之间，预留一定的空间，争取最低的量刑结果，能实现固然最好，最差就是最高的预测刑期，也能接受，确定好“阶梯式”的量刑建议后，律师就从最低刑期最高期望开始为当事人争取。

## 3、如何实现全面而又有依据的量刑建议

律师要为当事人提出合理的量刑建议，就需要了解目前有关量刑的各种知识。目前，常见 23 种罪名已经有明确的量刑标准，涵盖了 90% 的刑事案件，为律师向检察机关提出量刑建议提供了重要的参考指引。而且，不少地方检察机关结合当地司法实践，对辖区的常见罪名量刑标准进行归纳，会同法院明确基准刑起点、量刑从宽幅度的不同层级、适用缓刑的标准、罚金的标准等。上述的做法对减少控、辩、审三方量刑的认识分歧，扩大量刑建议的适用范围，统一量刑标准发挥了积极作用。因此，律师需要积极主动的开展量刑理论、实践知识的系统学习。每一起认罪认罚案件，律师都结合证据、事实提交一份反映量刑建议形成过程的数量刑建议意见书，相信，在基础上控辩双方量刑协商就一定会更容易达成一致意见。

当然，在向检察官提出量刑建议时，除了考虑主刑外，也不能忽视附加刑和是否适用缓刑问题，从逻辑顺序上讲，首先应考虑主刑取得协商一致，其次才是

附加刑问题。

### 三、关于量刑建议“明显不当（偏轻）”的问题

《刑诉法》第201条第2款规定：“人民法院经审理认为量刑建议明显不当……人民检察院不调整量刑建议或者调整量刑建议后仍然明显不当的，人民法院应当依法作出判决。”在认罪认罚案件量刑裁判实践中，检、法两院争议最大的问题是如何处理“量刑建议明显不当（偏轻）”的案件，在实践中此类案件占一定比重。

在这个问题上，就法院而言，应当结合案件事实在法律允许的范围内最大限度地尊重检察机关的量刑建议权，不能轻易地认定量刑建议“明显不当（偏轻）”，若确需改变，也要通过量刑调整程序加以改变，以便维护检察机关从宽承诺的权威性，使检察机关有足够的空间和时间与被追诉人及其辩护人 or 值班律师就量刑问题进行协商。

就检察机关而言，应当努力依据案件事实和法律规定以及与被追诉方的协商结果提出适当的量刑建议，避免出现量刑建议“明显不当（偏轻）”的情况。一旦出现法院认为量刑建议“明显不当（偏轻）”的情况，检察机关应当依法及时作出是否调整的决定，并尽快通知法院。如果没有特别的理由需要改变原有的量刑建议，检察机关应当将量刑建议形成过程告知法院，明确建议不予调整，若确有特别的理由需要改变原有的量刑建议，要与被告人及其辩护人 or 值班律师重新进行协商，力争达成新的具结书，然后提出新的量刑建议，以便继续适用认罪认罚从宽制度推进诉讼活动。

就律师而言，若在法庭审理中法官提出量刑“明显不当（偏轻）”时，律师应当及时调整辩护思路，并重点就存在影响量刑的各种情节作全面辩护，以图影响法官；在庭后就该问题及时与承办检察官和法官及时沟通。尽管在认罪认罚案

件中，依法兑现“从宽”政策、实现司法公正，是检察机关和法院的共同责任，但律师也要充分发挥自己辩方的积极责任。妥善处理量刑建议“明显不当(偏轻)”的问题，既需要控、辩、审三方在控辩沟通机制、诉判衔接机制的基础上共同努力，也需要法律对该问题作进一步明确的规定。



## “五多”刑事案件有效辩护漫谈

倪云 发现律师事务所高级合伙人

近期出现海口中院“法官庭审责令将律师带离”事件及其他地方类似的事件，反映了涉案人数众多、案件事实多的刑事案件在庭审中出现了诸多不和谐的因素，其产生的原因是多方面的。

近些年，团伙犯罪、集团犯罪增加显著，该类案件涉案成员较多、犯罪事实多，法庭审理与律师辩护也出现了一定的变化，司法机关与律师若不充分认识这种变化，妥善处理和应对，类似的事件可能还会发生。

法庭上的“冲突”，除了对控、辩、审三方造成不同的伤害外，也会极大程度的影响被告人合法权益的保护，更会对法治建设造成难以估量的影响。

笔者结合前期参与的多起类似案件，发现该类案件主要呈现为：涉案人员多、犯罪事实多、证据数量多、指控罪名多、事实与法律争议多、案件办理周期长等特点，笔者将其归纳为“五多”刑事案件。

律师应当充分认识该类案件的特点，展示法律智慧、专业技能、职业勇气、辩护责任，追求有效辩护，切实维护当事人的合法权益。

### 一、此类案件的特点

此处所说的“五多”刑事案件，主要是指涉众类的团伙犯罪、集团犯罪（包括有组织犯罪）案件，并非法学意义上的概念，其涵盖的案件类型较多。其特点表现为：

#### 1. 涉案人员多

在这样的案件里涉案人员为 3-10 人的都算人数比较少，通常为 20-30 人左

右，某些个涉案人员超过了 50 人。涉案人员往往分首要分子（组织、领导人员）、重要成员（骨干分子）、一般参加人员。同时，涉案人员之间往往存在亲属、家族关系，或者系一个公司或组织的同事等。

## 2. 犯罪事实多

违法犯罪事实众多，据笔者了解，在这样的案件里，指控的犯罪事实通常会很多，至少会在 20 起以上，有时还包括不少违法事实。

同时，有一个特别的现象需注意，部分违法犯罪事实发生在多年以前，且该违法犯罪事实已被有关部门处理或知晓过，嫌疑人在当年甚至可能是“被害人”。

## 3. 证据数量多

这类案件里，证据数量特别多、卷宗数量特别多，卷宗普遍 200 卷左右，多的达 1000 余卷。同时，在案证据种类多，基本涵盖了《刑事诉讼法》所规定的证据种类。

需要注意的是，这类案件中定罪证据主要以言词证据为主。

## 4. 指控罪名多

此类犯罪中，无论是刑法第 294 条的组织、领导黑社会性质组织罪，还是恶势力团伙、恶势力集团犯罪，以及其他的集团犯罪，公诉机关指控的罪名通常不会少于 3 个，平均在 10 个左右。

## 5. 事实与法律争议多

这类案件里争议普遍较多，表现为以下方面：

### （1）事实是否存在的争议多

有关指控的违法犯罪事实比较多，而对于部分违法犯罪事实是否存在争议比

较大，相当于有没有发生这件事情，都存在争议。

### （2）事实存在，定性争议比较大

关于是否构罪的争议比较大，比如过去已经处理的行为，又被重新追究责任；比如，有的行为性质究竟该属于民事法律调整的范畴还是属于可以跨领域的刑事调整；又比如，多年前的轻微违法事实，是否有必要作为事隔多年而作为犯罪打击。

### （3）证据前后矛盾多

单个人证的言词证据前后矛盾多，多个人证的言词证据之间矛盾多，且难以做出合理解释。

## 6. 案件办理周期长

此类案件办理的周期较长。首先是侦查历经的时间比较长，从立案开始直到侦查终结，往往费时一年以上。同时，该类案件审理时间也特别长，有时，即便开了庭，也是久久不会宣判。

## 二、实现有效辩护必须考虑的因素

由于“五多”案件的特殊性，因此律师开展辩护时必须考虑到的背景因素。

### 1. 把握我国诉讼制度对律师参与辩护权利的保障状况

首先要从宏观上审视我国刑事诉讼机制体制的变化，从而把握我国刑事诉讼的特质，这是办理此类案件的律师不得不考虑到的因素，不能一头扎入案件而不抬头看路。

结合司法实践，我国刑事诉讼制度对律师参与刑事诉讼的权利保护相比以前取得了巨大的进步，当然，实践中个别案件依然存在限制律师执业权利的情形，律师要运用智慧、勇气及各方资源去努力和争取。

## 2. 理解宏大背景下公权力机关的角色定位

对于公安、监察、检察、法院等相应司法机关、政治机关的角色定位问题，一方面要从相应法律法规的规定中去认识，另一方面一定要结合当下的背景，即刑事政策指导下的刑事司法角色定位问题。总体一致，但侧重点会出现差异。

从公、检、法等机关官网报道来看，很多地方对于这类案件都会提前召开三家联席会议。相当于法院在侦查阶段就已经介入“引导侦查”“指导侦查”，某种意义上，法院也是这场战役的主力军。

并且，这类案件中涉黑恶案件的辩护要求律师须司法局备案，作为社会主义国家的法律工作者，律师也必须讲政治、顾大局。

## 3. 庭审实质化与认罪认罚制度下司法理念的适应

认罪认罚从宽制度确立后，刑事司法活动发生了巨大的变化，同时，庭审实质化的改革，法庭审理如何开展，相应的司法理念如何适应，对检察官、律师是挑战，对主持庭审的法官而言更是挑战。

个别地方此类案件的庭审存在虚化的情形，出现审者不判，判者不审的现象。所以庭审对抗性会加强，但辩护效果却不明显。辩护律师唯有充分履职，揭示案件证据存在的问题，力争为当事人获取较轻量刑结果。

## 4. 经验丰富的职业法官审理

我国刑事审理不同于英美法系的陪审团审理，在这些案件中合议庭成员以职业法官为主，主审法官更是具有丰富经验的职业法官，通常系该院刑庭的副庭长、庭长，有时还是院领导，他们审理刑事案件的经验相对丰富。

因此，他们希望律师不能有过多的技巧炫耀，更多的是直奔主题，针对关键证据、有关定罪量刑争议部分。所以，对于公正与效率的追求是他们必然考虑的，

同时其他客观条件（诸如疫情的影响、被告人的身体状况等）也是他们会考虑的因素。

### 三、律师辩护工作如何开展的探讨

面对这样的案件，究竟该怎样辩护，这是一个非常大的话题。不同的律师，有自己成熟的应对经验。

#### 1. 侦查阶段争取会见是重中之重

会见当事人，是此类案件办理的重要一步。从诸多案件反馈看，此类案件侦查阶段的会见在部分地方仍存在障碍，因此，需要利用规则和智慧，争取实现会见。

#### 2. 精细化的阅卷是基石

当案件移送检察机关后，为开庭所做的准备是非常之多的，阅卷、与被告人核实证据、与检察官沟通等工作需要在有效的时间里完成，尤其是前述“争议多”特别显著时，一定要与检察官沟通，争取尽可能解决掉部分争议。

#### 3. 良好的庭前会议是实现庭审顺利进行的重要

庭前会议是处理好各种问题、保障庭审顺利如期进行的重要事项，争取让被告人亲自参与庭前会议，并且将要通过庭前会议解决的诸多问题做好准备，在庭前会议上尽最大努力解决庭审中可能出现的各种问题。

#### 4. 有效的庭审应对是实现有效辩护的根本保障

法庭审理中，律师如何处理好法庭发问、质证、举证、辩论问题，不同的个案，相关工作是不同的。

正如前述，所有这些工作均需基于前述背景因素的考量，并且应当在开庭前就做好相应的准备和沟通。当然，庭审是有很多变量因素。辩护人熟悉案卷证据、制定好多种庭审预案是保证实现有效辩护的“不二法门”。

## 民法慈母与刑法严父：生效民事裁判刑事化思考

倪云 发现律师事务所高级合伙人

### 引言

民法是慈祥的母亲，保障每个民众的权利，呵护其一生，从出生到死亡，乃至死亡后的人格权和财产权，这般表述主要源自孟德斯鸠的名言“在民法慈母般的眼里，每一个人就是整个的国家”。当然，有人说，与之相对的，刑法就是严厉的父亲，他不允许个人犯严重的错误，一旦犯了，就将科以刑罚处罚。2020年5月28日，全国人大表决通过了《中华人民共和国民法典》，该《民法典》自2021年1月1日起施行。因此，所有法律人、非法律人都在学习《民法典》，当然，各自的重点不一样。近些年，刑事审判中出现了不少已经生效的民事生效裁判被推翻，当事人被予以刑事追责的情形，笔者就此问题予以思考。

所谓生效民事裁判刑事化是指对已生效民事裁判所确定的事实予以刑事立案、审查起诉和审判的活动。

由于事关司法权威与裁判效力问题，生效民事案件刑事化问题值得深入关注。太阳底下无新鲜事，早在2010年，就有类似的案件发生并被报道出来，“内蒙古法院‘以下犯上案’真相披露”（中国新闻网<http://www.chinanews.com/gn/news/2010/03-16/2171530.shtml>），2010年9月28日，第三次司法制度学术研讨会——“司法权威与裁判效力”学术研讨会在北京理工大学法学院召开，会议由司法高等研究所主办。来自全国多家高校及相关媒体的15名学者参加了研讨会。（司法权威与裁判效力——以内蒙古基层法院否定高级法院判决案等影响性案件为例，法治论坛2010年04期）。

### 生效民事判决可否被推翻

从正常情况看，一起案件一旦作出了终审判决，除了经过审判监督程序，无法对它进行有法律意义的评判的，因为其确认的事实法律评价已确定。当然，作为个体评判案件判得对还是不对，是可以发表个人意见的，但是，即便就是申诉，从机制上也是没有意义的，不会产生任何法律意义。

这既是裁判的效力，也是司法权威的必然要求。

从裁判的效力而言，理论上用判决既判力予以表述，是指当事人不得在以后的诉讼中主张与该判决相反的内容，法院也不得在以后的诉讼中作出与该判决相冲突的判决。当然，也包括对事实的法律评价。

而司法应当具有权威，这是司法定分止争的核心追求的必然要求。司法的权威首先来自于司法文书的权威，若生效的司法文书可以被肆意推翻的话，那司法的权威即当然无存。当然司法的权威还依赖与司法人员的权威、司法机关的权威。关于司法权威，美国联邦最高法院的杰克逊法官有一句名言：“不是因为我们绝对正确，我们所作的裁决才是终局的；而是因为我们所作的裁决是终局的，我们才绝对正确。”

故此，生效民事裁判原则上不能轻易被否认推翻。

### 凡事皆有例外

由于生效文书所确定的事实属于“法律事实”，因此，符合特定条件和经过特定程序，其依然是可以被推翻和否定的。但基于维护生效裁判的既判力和司法的权威，任何国家对推翻生效文书的条件和程序均作了严格的规定，我国也不例外。

司法实践中，生效民事裁判被推翻主要存在下列情形：

1. 生效民事裁判被推翻，主要是通过审判监督程序予以开展，《中华人民共

和国刑事诉讼法》第十六章“审判监督程序”专章予以了规定，同时最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》审判监督程序若干问题的解释（法释〔2008〕14号）予以了细化规定。

2. 此外，就是非法集资类刑事案件被立案后，已生效的借贷民事裁判暂停执行，并与已进入民事诉讼的该部分案件一定移送公安机关或者检察机关。

两院一部《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》（生效日期：2014年3月25日）第七项“关于涉及民事案件的处理问题”，明确规定：对于公安机关、人民检察院、人民法院正在侦查、起诉、审理的非法集资刑事案件，有关单位或者个人就同一事实向人民法院提起民事诉讼或者申请执行涉案财物的，人民法院应当不予受理，并将有关材料移送公安机关或者检察机关。人民法院在审理民事案件或者执行过程中，发现有非法集资犯罪嫌疑的，应当裁定驳回起诉或者中止执行，并及时将有关材料移送公安机关或者检察机关。公安机关、人民检察院、人民法院在侦查、起诉、审理非法集资刑事案件中，发现与人民法院正在审理的民事案件属同一事实，或者被申请执行的财物属于涉案财物的，应当及时通报相关人民法院。人民法院经审查认为确属涉嫌犯罪的，依照前款规定处理。”

3. 另一种情形就比较复杂。主要是因启动了刑事立案，进入审判后生效民事裁判确定的事实与法律关系，被重新予以了评价，且该种评价往往为反向评价。

例如，曾经的民事侵权赔偿，在被生效民事裁判确认后却被刑事立案最后刑法评价为敲诈勒索，原来的民事侵权人变成了刑法上的受害人。曾经的股权纠纷被法院生效判决确定后，却因强迫交易罪被刑事立案。从法律语言描述而言，两者不存在冲突，各自成理。但从常识判断而言，这肯定存在一定问题。尤其是前者已被司法机关生效文书加以确定，却又被另一个司法机关的文书推翻，而本身



事实却又无根本性的变化。

对此，有相关规范予以规定，《公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》第十二条之规定，“需要立案侦查的案件与人民法院受理或作出生效判决、裁定的民事案件，属于同一法律事实，如符合下列条件之一的，公安机关应当立案侦查：

（一）人民法院决定将案件移送公安机关或者撤销该判决、裁定的；（二）人民检察院依法通知公安机关立案的”。

### 生效民事裁判刑事化的限制

现实生活中，对同一事实的法律评价存在多种，比如民事领域的占有与刑事领域的贪污、侵占，民事领域的欺诈与刑事领域的诈骗、骗取，民事伤害侵权与刑因此事伤害犯罪等，引发刑事诉讼领域的刑事追责和刑事附带民事赔偿并行等。实践中部分人认为，对于已经生效民事裁判所确定的事实和法律关系可以通过刑事化予以改变，主要原因在于事实求是的要求，司法认识更加深入的反映。

因此，通过审判监督程序予以改变是有必要的。同时，检察机关作为法律规定的监督机关，对生效裁判提出抗诉也是其法律规定的职责。

但是，对于启动刑事立案最终推翻民事裁判却应当作严格的规定。

#### 一、立案启动的限制

根据公安机关办理案件的规范要求，需要立案侦查的案件与作出生效判决、裁定的民事案件，若要立案侦查需要满足两个条件。

1. 司法机关已作出相关要求，即：人民法院决定将案件移送公安机关或者撤销该判决、裁定的；或者人民检察院依法通知公安机关立案的。

对于人民法院决定将案件移送公安机关或者撤销该判决、裁定的理解不易产生理解上的分歧。需要注意的是如何把握人民检察院依法通知公安机关立案。我们

理解，至少应当是人民检察院对于该生效民事裁判已作出抗诉的决定，认为涉嫌刑事犯罪，需要立案侦查，因而一方面依法向人民法院提出抗诉，同时通知公安机关予以立案。根据民事诉讼法的规定，通常情况地方各级人民检察院发现同级人民法院已发生法律效力民事裁判确有错误的，一是向同级法院提出检察建议，并报上级检察院备案；也可以提请上级人民检察院抗诉。

提出检察建议，并不必然启动抗诉，因此也不能成为通知公安机关立案的理由。只有正式作出抗诉的决定，才满足通知公安机关立案侦查的理由。

## 2. 需要立案侦查的案件与作出生效判决、裁定的民事案件属于同一法律事实。

所谓同一法律事实，也称同一事实，认识有分歧。2019年7月3日，最高人民法院审判委员会刘贵祥委员在全国法院民商事审判工作会议上的讲话中，明确提出，“要从行为主体、相对人以及行为本身三个方面认定是否属于‘同一事实’：一是从行为实施主体的角度判断。‘同一事实’指的是同一主体实施的行为，不同主体实施的行为不属于同一事实。要特别注意的是，法定代表人、负责人以及其他工作人员等对外以法人名义从事的职务行为，应当由法人承担相应的民事后果。如果法定代表人、负责人以及其他工作人员构成犯罪，但法人本身不构成犯罪的，鉴于犯罪行为的主体与民事行为的主体属于不同的主体，一般不宜认定为‘同一事实’。二是从法律关系的角度进行认定。如，刑事案件的受害人同时也是民事法律关系的相对人的，一般可以认定该事实为‘同一事实’。实践中，侵权行为人涉嫌刑事犯罪，被保险人、受益人或其他赔偿权利人请求保险人支付保险金；主合同的债务人涉嫌刑事犯罪，债权人请求担保人承担民事责任的，因涉及不同的法律关系，均不属于‘同一事实’。三是从要件事实的角度认定。只有民事案件争议的事实，同时也是构成刑事犯罪的要件事实的情况下，才属于‘同一事实’。如当事人因票据贴现发生民事纠纷，人民法院在审理过程中发现汇票的出票人因签发无资金保证的汇票构成票据诈骗罪，但鉴于背书转让行为并

非票据诈骗犯罪的构成要件，因而民事案件与刑事案件不属于‘同一事实’。”

## 二、如何防范规避同一法律事实而立案的情形

对于恶意规避法律规定，违法予以立案侦查的，为维护法律和司法的权威、尊严，检察机关应当加强立案监督。修订后的人民检察院《刑事诉讼规则》规定，“对于有证据证明公安机关可能存在违法动用刑事手段插手民事、经济纠纷，或者利用立案实施报复陷害、敲诈勒索以及谋取其他非法利益等违法立案情形，尚未提请批准逮捕或者移送起诉的，人民检察院应当要求公安机关书面说明立案理由。”“人民检察院要求公安机关说明立案理由，应当书面通知公安机关，并且告知公安机关在收到通知后七日以内，书面说明立案的情况、依据和理由，连同有关证据材料回复人民检察院。”“公安机关说明立案的理由后，人民检察院应当进行审查。认为公安机关不立案或者立案理由不能成立的，经检察长决定，应当通知公安机关撤销案件。”

## 三、证明标准和证据要求

刑事诉讼的证明标准应高于民事诉讼，因而刑事立案、审查起诉和判决必须回答什么样的新的证据足以达到更高的证明标准。比如因股权纠纷引发的诉讼，经历多次民事审判，相关争议点多次经历法庭辩论和审查，很显然任意以其中的一点立案是极不合理的。公安机关应持足够的谨慎态度和予以严格的解释，避免轻易否定生效裁判的效力。同时，在面对重大或疑难问题时，公安机关应当保持足够的谨慎，克制惩罚犯罪的冲动。

## 题外话

妥善解决生效民事裁判刑事化问题，需要更多外部条件的完善。笔者以为，至少需要下列诸多因素的考量：

二审终审能否真正实现司法的权威；再审是否损害司法确定性和司法终局性；离开再审却无法解决实践中的大量冤假错案；信访制度的有效性与司法权威消解之间的矛盾；司法的地方化与司法的统一性问题。