

# 辩护的逻辑

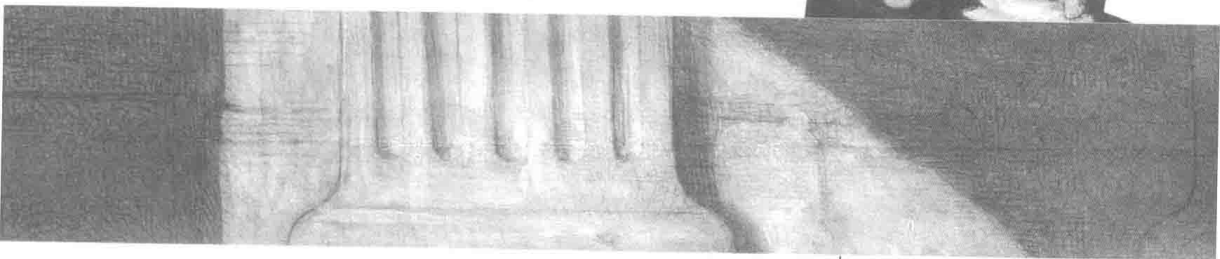
刑事案件的证据分析与法律解释

谢杰 陆裕 著

上海人民出版社

# 辩护的逻辑

刑事案件的证据分析与法律解释



谢杰 陆裕 著

上海人民出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

辩护的逻辑:刑事案件的证据分析与法律解释/谢杰,陆裕著.—上海:上海人民出版社,2019

ISBN 978-7-208-15948-8

I. ①辩… II. ①谢… ②陆… 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(2019)第 132585 号

责任编辑 秦 堃

封面设计 一本好书

## 辩护的逻辑

——刑事案件的证据分析与法律解释

谢 杰 陆 裕 著

出 版 上海人民出版社  
(200001 上海福建中路 193 号)  
发 行 上海人民出版社发行中心  
印 刷 上海商务联西印刷有限公司  
开 本 720×1000 1/16  
印 张 16.25  
插 页 4  
字 数 219,000  
版 次 2019 年 8 月第 1 版  
印 次 2019 年 8 月第 1 次印刷  
ISBN 978-7-208-15948-8/D·3446  
定 价 65.00 元



## 目 录

C O N T E N T S

### 第一章 辩护的逻辑结构 / 1

辩护逻辑具有基本且客观的规范,但其具体的展开势必同时取决于逻辑主体即辩护人的风格与经验。本书所呈现给读者的辩护逻辑,在风格上可以概括为平实,在经验上可以概括为实用,即用平实的表达理性分析案件证据、阐述法律适用规则,以被告人合法权益为导向提出辩护意见而不夹杂任何其他无关甚至是可能引发无效冲突的意见。应当看到,不同案件的辩护意见在具体内容上不尽相同,但在基本框架上仍然可以归纳出一些平实与实用的共性结构与内容。

### 第二章 走私的司法认定

#### ——余东公司走私案辩护意见 / 11

刑法溯及力“从旧兼从轻”原则中的“行为时的法律”或者“新的法律”(即裁判时法),不仅包括刑法及其他所有规定犯罪与刑罚的有关决定、解释等刑事性法律,而且包括此类直接影响罪与非罪的行政法规规章。在走私案件中,关税调整原则上不适用“从旧兼从轻”原则。但是,行政法律法规规章中有关税率、应纳税品类的规定,直接影响出口贸易行为性质的认定。一旦取消关税,就意味着不存在构成走私犯罪的基础。因此,规定取消关税的行政法规、规章等对走私犯罪的罪与非罪具有决定意义,同样存在刑法溯及力问题,应当适用“从旧兼从轻”原则。

### 第三章 正当防卫的判断标准

#### ——陈某某故意伤害案辩护意见 / 25

即使在不法侵害人实施的攻击行为是否构成特殊防卫前提条件存在争

议的情况下,防卫人不当绝对地对死亡结果承担防卫过当的责任,而应当基于风险分担的原则,确定防卫人究竟是否应该以及在多大范围内为严重后果(死亡)的发生承担风险,判断的核心应当是防卫行为的必要性。只有当不法侵害人死亡的结果在客观上可以归责于防卫行为,并且,最重要的是,防卫行为本身缺少必要性及明显过度时,才能让防卫人对死亡损害结果的发生承担法律风险。

## 第四章 非法集资的共犯结构

### ——刘某某非法吸收公众存款案辩护意见 / 47

私募基金销售中的中介行为是嫁接、撮合投资者与信和公司完成交易的双边沟通、服务,从而达到投资者完成产品购买、信和公司完成产品销售、中介人获取佣金的结果,而非单边的从信和公司的角度单纯的销售产品行为。私募基金销售中介活动中即使有相当不合规之处,比如没有提示投资风险,变相告知投资者保本付息,但这是中介行为过程中的非法因素,不能据此认为相关行为完全基于信和公司利益在单边从事销售行为,更不能基于非法承诺保本付息就认定非法吸收公众存款行为。如果私募基金销售中介从维护客户利益的角度进行过项目实地考察,关注了项目在募集方式和资金投向上的法律与财务安全问题,就应当认定为双向服务的中介行为而非实质上基于单边利益的销售行为。即使被认定为共犯行为,其情节也显著轻微或者明显较轻。

## 第五章 非法占有目的与骗取资金行为的认定

### ——李某某集资诈骗案辩护意见 / 79

在部分非法集资案件中,行为人在长期的借贷往来中归还了本金,却被长期经济往来中形成的高额利息与利滚利拖垮导致资金链断裂,无法归还高额利息。如果全案证据体系中只有被害人提交的借款合同等书证,而对资金流水没有经过全面审计,则不能就此认定为非法集资犯罪行为及其金额。因为相关款项存在借款交付存疑、是否还款存疑等重大认定风险。在经济转轨过程中,确实存在暴利行业,在利息合理甚至是高利息的情况下,实际上也能够支撑高利行业中的业务开展、还本付息以及自身的盈利,不能直接将基于高额利息的借款行为界定为集资诈骗行为。

## 第六章 信息操纵的证明标准与刑法解释

### ——涂某某操纵证券市场案辩护意见 / 97

利用信息优势操纵市场必须证明涉案的公告信息注入市场之后,市场

中的投资者受到了信息的影响,交易量水平、交易模式等出现了明显的异常,进而引发了股票交易价格的异常波动。股价上涨幅度超过大盘或者板块平均涨幅,是由诸多市场因素共同造成的,尤其是小盘股,很容易受到市场游资炒作的影响。因此,在其他重要市场因素介入的情况下,股票价格出现波动实属正常,这种股价波动也不能归责于涉案交易者。

## 第七章 非法经营烟草的刑事违法性

### ——林某某非法经营案辩护意见 / 117

关于超范围经营的行为是否按照犯罪处理的问题,即有经营许可证件,但是违反了相关法规经营合格的烟草专卖品的行为是否按照非法经营罪处理问题,其司法判断规则应该是,有许可证但超范围或者不按照规定的进货渠道进货的行为,虽然违反了有关行政法规,但是对社会的危害性不大,不宜按照犯罪处理,应当给予行政处罚。

## 第八章 国家出资企业中国家工作人员主体身份的认定

### ——李某受贿案辩护意见 / 125

判断国家出资企业中的国家工作人员身份应当注意以下两大条件:其一,形式要件。即该工作人员的任命经国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或者研究决定。其二,实质要件。即该工作人员代表负有管理、监督国有资产职责的组织在国有控股、参股公司及其分支机构中从事组织、领导、监督、经营、管理工作。

## 第九章 交易型受贿的证据标准与新型受贿犯罪的司法判断

### ——于某某受贿案辩护意见 / 143

“明显”低于市场价格是判断房产交易型受贿案件的核心标准。有必要以加权平均法计算涉案房产实际销售完毕、完成购房交易的、所有低于物价部门备案价或者房地产开发商报价的优惠购房价格。在这个实际优惠购房加权平均值(即将各数值乘以相应的权数,然后加总求和得到总体值,再除以总的单位数)之下购买房屋的,才是“明显低于”市场的价格;在这个实际优惠购房加权平均价之上、市场评估价格之下购买房屋的,只是“低于”市场的价格。

## 第十章 贿赂犯罪案件“一对一”证据的认定

### ——顾某某受贿、贪污案辩护意见 / 191

对于证据“一对一”案件,即只有行贿人证言与受贿人供述,且行贿人证言与受贿人供述存在严重不一致(例如,对是否收受财物等核心事实,陈述内容对立),应当谨慎认定涉案金额。同时,有的案件中,行贿人的证言内容本身存在内容上的不确定性与不一致性,很难证明受贿事实,如果要认定受贿,需要其他重要证据印证。

## 第十一章 受贿与贪污犯罪的证据标准与实质解释

### ——柳某某受贿、贪污、挪用公款案辩护意见 / 213

有必要严格区分为他人谋利的行为与正常的履行职务,其核心标准在于判断行为是否存在承诺行为,或者明知具体请托事项。只有单方面的给付财物人在证言中表述提出了具体请托事项,但被请托人实际上并未明知这些具体的请托事项,即在证据一对一的情况下不能认定其明知具体的请托事项。现阶段实践中有多个司法文件对受贿罪“为他人谋取利益”要件进行了规定,需要根据司法解释时间效力的规定确定司法解释的适用范围。构成贪污罪的前提是国有资产被国家工作人员利用职务上的便利非法占有。如果被指控贪污的相关奖金,本来就是按照规定经过精确测算与考察可以发放的,这意味着无论发放到谁,不存在国有资产流失的问题,而只存在是否公平分配的问题。既然国有资产在整体上不存在损失,则就不存在构成贪污罪的客观基础。

## 第十二章 单位行贿罪“为谋取不正当利益”的司法判断规则

### ——南方国贸公司单位行贿案辩护意见 / 235

行贿犯罪中的相关利益是否属于应当被认定为非法收益或者犯罪违法所得的不正当利益,进而应当予以追缴,必须基于法律、司法解释和客观事实进行独立判断,不能与作为行贿犯罪构成要件“谋取不正当利益”进行混同认定。即使单位为谋取不正当利益而实施给付相关国家工作人员财物的行为,其最终获取的利益完全可以是单位应当得到的、正当的利益。在行贿犯罪过程中获取的利益与不正当利益不能进行混同。行贿案件中的涉案款项是否包含不正当性进而应当以非法收益予以追缴,不当依附于行贿犯罪“谋取不正当利益”要件的司法认定,而应当根据案件事实与法律规定进行客观分析与量化,判断该笔款项中是否含有以及含有多少不正当利益。

## 第一章 辩护的逻辑结构

辩护逻辑具有基本且客观的规范,但其具体的展开势必同时取决于逻辑主体即辩护人的风格与经验。本书所呈现给读者的辩护逻辑,在风格上可以概括为平实,在经验上可以概括为实用,即用平实的表达理性分析案件证据、阐述法律适用规则,以被告人合法权益为导向提出辩护意见而不夹杂任何其他无关甚至是可能引发无效冲突的意见。应当看到,不同案件的辩护意见在具体内容上不尽相同,但在基本框架上仍然可以归纳出一些平实与实用的共性结构与内容。





刑事案件辩护的实质逻辑是针对证据进行全面分析,在此基础上,证明指控所认定的事实所存在的不能排除的合理怀疑,或者证明直接对被告人、犯罪嫌疑人有利的事实。同时,针对法律适用争议问题进行刑法解释,指出指控所依据的定罪量刑规则在法律及其司法解释适用上的错误或者直接提出对被告人有利且合法合理的司法判断规则。辩护词正是从辩护律师法律文书的角度全面呈现出缜密的辩护逻辑。辩护词中提出的书面辩护意见,以证据分析为事实基础,以法律解释为规范依据,为被告人提出无罪或者罪轻辩护。辩护的逻辑需要经由书面的辩护词,以正式、缜密、严谨的形式予以表达。

运用逻辑的目的在于向信息的接收者有效输出能够为其所接受的信息。相应的,辩护的逻辑,其核心目标价值在于向辩护意见所表达的核心对象,即作为信息接收者的法院、法庭、法官(包括陪审员),有效输出能够为其所接受的观点、意见、事实、法律依据及其论证过程,从而最终在判决书中呈现为对辩护意见的采纳。尽管在庭审中,辩护逻辑的主要展现形式是辩护人与公诉人之间的质证交锋与辩论对抗,但基于既定的控辩对抗立场以及审判机关的居中且最终裁决权,辩护逻辑所内含的有利于被告人的辩护信息,其输出对象显然主要或者完全不是检察官或者任何旁听、关注案件的人,而主要或者只能是法院、法庭、法官。法官对辩护意见的接受、判决书对辩护意见的采纳,指引着辩护逻辑的展开。这种目标价值对辩护的逻辑起着决定性、导向性作用,也是维护被告人合法权利的实用性使然。

辩护逻辑具有基本且客观的规范,但其具体的展开势必同时取决于逻辑主体即辩护人的风格与经验。本书所呈现给读者的辩护逻辑,在风格上

可以概括为平实,在经验上可以概括为实用,即用平实的表达理性分析案件证据、阐述法律适用规则,以被告人合法权益为导向提出辩护意见而不夹杂任何其他无关甚至是可能引发利益冲突的意见。应当看到,不同案件的辩护意见在具体内容上不尽相同,但在基本框架上仍然可以归纳出一些平实且实用的共性结构与内容——

## 一、辩护观点

辩护逻辑的核心是对辩护观点的表达与展开,所以无论是庭审中的语言表达,还是辩护词的书面陈述,都应当清晰地向法庭阐明观点。辩护观点应当紧扣案件事实与法律依据,尤其是针对检察机关的指控提出辩护观点,无罪、罪轻等辩护观点应当简洁明确。

辩护实践中会出现以下几种情形:(1)直接铺陈具体的若干点辩护意见,而没有辩护观点作为统领;(2)用设问的形式概括若干辩护意见的框架,没有辩护意见作为指引;(3)使用反问的方式表达辩护观点,意图加强对指控意见的极其否定与强化辩护意见的力度等。

我们认为,作为一种逻辑的起点,辩护的逻辑应当以辩护观点作为开始。从逻辑的形式分析,辩护观点、辩护意见、辩护论证、辩护总结构成了完整的辩护逻辑形式,这与任何自然与社会科学命题、论证、结论的逻辑展开都是相同的。从逻辑的应用分析,辩护观点的阐明就是为了以最有效率的方式推进法院、法庭、法官接收辩护律师的信息,即辩护人所要进行的是无罪辩护还是罪轻辩护,针对检察机关指控的哪些方面持有异议,所要提出的辩护意见可以概括为什么内容。辩护观点是辩护逻辑的起点与基石。

对于如何表达辩护观点,辩护实践中应当注意避免过于简要与过于复杂两种极端模式。过于简要的辩护观点主要表现为将核心内容表述为例如“被告人陈某某无罪”这样的单调概括,没有对支撑无罪的证据要素与法律要点进行提炼。尽管法官能够在第一时间掌握辩护人采用的是无罪辩护还

是罪轻辩护,但没有任何信息量的辩护观点会造成信息接收者认为辩护律师观点唐突、没有事实与法律依据支撑的印象。过于复杂的辩护观点主要表现为将具体辩护意见在辩护观点部分全面铺陈,然后在具体辩护意见的展开部分重新陈述一遍。尽管复杂且全面的辩护观点有助于信息接收者全面掌握情况,但这样严重挤占了后续辩护意见的时间与空间。尤其是在庭审中,大面积的重复甚至会导致法官以要求不要重复为由合理打断辩护发言,造成辩护节奏的紊乱。

我们认为,在辩护观点的具体陈述上,应当采用“法律判断+要素支撑”的简洁、实用、完整性表达模式。一方面,在表达无罪或者罪轻意见的基础上,为辩护信息接收者提供最有效率的要素依据;另一方面,有效避免辩护观点与具体辩护意见在内容上的不必要重复。

例如,在下文“涂某某操纵证券市场案”辩护词中,我们提出的无罪辩护观点是:“现有证据无法充分且确实地证明被告人涂某某伙同他人‘利用信息优势,发布不以实际实施为目的的利好公告信息,并在二级市场交易该股,操纵 HXSP 的交易价格及交易量,情节特别严重’;《起诉书》认定被告人涂某某触犯《刑法》第 182 条之规定,涉嫌操纵证券市场罪,属于适用法律错误。”这就清晰地表明无罪辩护观点的依据是市场操纵犯罪的证据不足与具体法律条文解释上的错误。

## 二、辩护结构

辩护功能的发挥有赖于合理的结构建设,即通过辩护内容的组织、架构呈现出缜密的辩护逻辑进路,使得法院、法庭、法官在有限的反应时间内有效获取有利于保障被告人权益的信息。这就要求辩护结构在分析问题的过程中必须思路清晰、层次分明、鞭辟入里,注意对影响全局的重要复杂疑难问题进行明确的阐述,而不是纠缠于个别无关紧要的问题。

辩护犹如建筑,其固然可以有千变万化的造型,但基于材料或者素材所

进行的结构类型划分是相对固定的。建筑按照材料可以划分为钢结构、混凝土结构、木结构等,相应的,辩护按照素材可以划分为程序辩护、事实(证据)辩护、法律辩护。因此,无论辩护的内容、样态、造型如何衍生与变化,辩护的结构万变不离其宗,客观上都按照程序、事实(证据)、法律层面的依次展开。程序是实体定性与定量的基础;证据所证明的事实是法律适用的前提。

程序辩护(尤其是重大疑难复杂案件)主要集中在庭前会议,在法官的主持下,辩护律师主要就相关案件中的程序性(违法)问题发表意见,提出相关程序性申请,例如回避申请、非法证据排除申请、司法鉴定申请等。对于程序性(违法)问题,如果在法官主持的庭前会议上已经形成本次审判中的裁定意见,辩护律师不宜在庭审中重复与纠缠,相关异议可以在辩护词或者相关书面意见中专门提出或者进行重申。事实(证据)辩护应当围绕证据“三性”(真实性、合法性、关联性)以及证据的证明目的与内容提出有利于被告人的事实,并在辩护人认定的法律事实的基础上展开对法律以及相关司法解释的辩护。

### 三、辩护意见

辩护意见是辩护逻辑的核心内容与体现,是通过不同的事实与法律层面论证辩护观点的合法性与合理性。辩护意见应当从具体案件中的疑难与争议问题出发,“就事论事”,避免无关的事实堆砌与空洞的法律理论“升华”。相关意见内容需要有效概括出有利于被告人的重要证据与事实,偏离证据确实、充分标准的起诉事实依据,提出符合司法规则的法律解释,切忌凭空生造、错误套用法律理论。辩护意见的语言建议平实、易懂,但不流于平庸,符合司法活动的语言习惯。

辩护观点或者总体性的辩护意见需要由若干具体的辩护意见展开。落实到每个具体的辩护意见,无论是证据分析与事实认定,还是法律意见的解

释与提出,无论是一个层次的论述,还是多个层次的推进,都应当使用简洁、确定、明晰的判断句式。

以下文“刘某某非法吸收公众存款案”中法律辩护意见的节录为例:

“二、本案中被告人刘某某实施的系撮合投资者与信和公司形成私募基金投资关系的中介行为,在没有明知或者应知信和公司及其负责人、业务员等通过公开宣传、银行等公众渠道、利用多层次有限合伙企业招募 200 余位有限合伙人(以下简称 LP)的方式非法吸收公众存款的情况下,介绍与自己具有长期交往关系的朋友、原同事等特定人员共计 8 人投资私募基金,即使被评价为吸收公众存款罪(共犯),也应当认定其情节显著轻微或者明显较轻。

(一) 本案中被告人刘某某实施的是客观中性的中介行为,没有证据直接证明其明知或者应知信和公司私募基金销售过程中存在非法募集的情况下,即使认定被告人刘某某参与非法集资或者构成非法吸收公众存款罪的共犯,亦应当评价为情节显著轻微或者情节较轻。

1. 将其行为评价为非法吸收公众存款共犯的客观基础相对较弱。

.....

2. 将其评价为非法吸收公众存款共犯的主观基础相对较弱。

.....

其一,被告人刘某某与另案处理的主犯之间就非法公开募集没有明确的意思联络,也没有促进信和公司相关人员非法公开募集的主观故意。

.....

其二,本案中被告人刘某某所具有认知的对象显然是信和公司的行为,而被告人刘某某所具有认知的这部分内容中,并不包括非法公开募集资金犯罪行为的内容。

.....

其三,很难直接认定被告人刘某某明知信和公司及其工作人员非法募集资金而参与。

.....

其四,很难直接认定被告人刘某某应当知道信和公司及其工作人员非法募集资金而放任自己的行为参与其中。

.....

其五,根据当前司法解释性文件中规定的司法判断规则,被告人刘某某较难直接认定为基于明知或者应知的主观心态参与非法集资。

(1)被告人刘某某的主观心态似乎并不完全符合司法解释性文件中关于金融中介人员明知或者应知的规定。

.....

(2)被告人刘某某的主观心态似乎并不完全符合司法解释性文件中有关非法吸收公众存款故意的规定。

.....”

上述法律辩护中的辩护意见多达5个层次,这在重大疑难复杂案件中实际上是比较常见的。但不管案件事实与法律涉及如何繁复的问题与规定,每个层次的意见都应当予以清晰的呈现。

在辩护词中,质证意见与辩护意见并不需要进行严格的区分。在证据与事实辩护中,大量的证据摘录、证据分析、证明规则解释、事实认定等完全可以在辩护词框架下进行集中展现,质证意见完全融合在证据与事实辩护意见之中。然而,由于庭审中对法庭调查与辩论进行环节性区分,质证意见需要在法庭调查中集中发表,实践中往往将其限定为对证据“三性”的意见表达,往往对于辩护逻辑的推进形成了一定程度的障碍。该问题的经验性特征集中表现为:在法庭调查过程中,法庭将举证与质证仅限定为证据“三性”的审查,辩护律师很难对证据内容与证明目的进行阐释。而在法庭辩论中,往往会出现以时间有限为由压缩辩护意见的时间,导致辩护律师实际上没有或者很难对证据展开真正的有效当庭辩论。解决上述辩护逻辑困境的经验在于有效区分辨护词中的证据、事实辩护意见和庭审中的质证意见、辩护意见。辩护词中的辩护意见完全可以融合质证意见(主要为证据“三性”

问题)与辩护意见中的证据分析与事实认定内容,但在法庭调查的质证阶段,实践中必须区分质证意见与辩护意见——矛盾之处在于将质证意见限定于证据“三性”,等于丧失了法庭调查环节对证据的辩护意见,而这种分析往往是针对性极强、紧扣特定指控事实的证据分析。在法庭调查环节针对举证的证据内容展开逐一且精准的证据辩护,其效果显然优于法庭辩论环节的融合性阐述。庭审中的解决方案是,在质证环节遵守法庭调查的基本范式,严格围绕证据发表意见,对于证据“三性”并无过多问题但证据标准、证明目的与证明内容存在较多问题的大部分情况,选择在质证环节于法庭许可的前提下高度洗练地对控方提出的证据所对应的证明目的、内容、标准提出“一句式”质疑,即用非常简洁的观点性(无论证性)陈述反驳控方证明目的与证明内容,提请法庭注意,具体分析在辩护意见中予以展开论述。如果庭审时间充分,在后续辩论阶段可以具体分析控方证明目的存在疑问的理由,同时注意不要重复质证意见;如果庭审时间有限只能限制于法律意见的阐述,或者因为其他原因被打断辩护意见的完整发表,也不会完全在证据与事实辩护战场出现完全失守或者真空的窘境。

#### 四、辩护结论

辩护逻辑的终点是辩护结论,其并非简单重申辩护观点,也不是对辩护意见的堆砌与重复,而是对辩护信息的接收者,即法院、法庭、法官所表达的诉求进行简洁的归纳,实际上就是请求法庭对被告人作出无罪或者罪轻的判决。辩护结论应当明确,事实与法律逻辑应当与辩护观点保持一致性(再次注意不是内容上的重复性),相关诉求或者司法路径能够解决本案中的疑难问题,甚至能够为重大复杂疑难案件的审判工作提供一种合法且合理的出路。

综合上述的辩护观点、辩护结构、辩护意见、辩护结论的辩护逻辑,我们



精选了近十年来承办的重大、疑难、复杂、新型案件,以辩护律师最为重要的书面工作——辩护词为核心,紧紧围绕作为刑事辩护核心问题的证据与法律,从事实逻辑与法律逻辑出发,尝试还原最为真实的辩护实务,同时提炼刑事程序法律与实体刑法规则的理论要义。需要指出的是,本书中的案件是近年来作者陆续承办的案件,少数案件中的若干条法律规则本身可能作出了微调,为了体现案件的原貌,辩护意见中的法律条款序号及其内容都按照当时的法律规定予以呈现。本书中的相关案件覆盖了故意伤害、走私、非法吸收公众存款、集资诈骗、非法经营、操纵证券市场、贪污、受贿、挪用公款、单位行贿等司法实践中多发、常见、重要且在法律适用层面存在诸多争议的行为类型。相关辩护词充分运用证据规则认定事实,深入阐释刑法原理提出辩护意见,依法维护被告人合法权益。我们期待能够为读者们提供一种关于辩护逻辑的实践经验分享与刑事法律理论探索。

## 第二章 走私的司法认定

——余东公司走私案辩护意见

刑法溯及力“从旧兼从轻”原则中的“行为时的法律”或者“新的法律”(即裁判时法),不仅包括刑法及其他所有规定犯罪与刑罚的有关决定、解释等刑事性法律,而且包括此类直接影响罪与非罪的行政法规规章。在走私案件中,关税调整原则上不适用“从旧兼从轻”原则。但是,行政法律法规规章中有关税率、应纳税品类的规定,直接影响出口贸易行为性质的认定。一旦取消关税,就意味着不存在构成走私犯罪的基础。因此,规定取消关税的行政法规、规章等对走私犯罪的罪与非罪具有决定意义,同样存在刑法溯及力问题,应当适用“从旧兼从轻”原则。



## [ 案情 ]

2007年7月30日(第1票涉案走私货物)至2010年8月12日(第93票涉案走私货物),余东稀土集团股份有限公司(以下简称“余东公司”)进出口部(2010年7月26日机构调整为国际贸易部)部长、被告人陈某某(单位部门负责人)个人决定并指使,进出口部出口操作员、被告人董某某(普通员工),制作真假两套合同、发票,采用低报价格的方式向海关申报出口货物(稀土),偷逃(少缴)税款343万余元(单位走私数额)。

## [ 辩护意见主文 ]

辩护人的总体辩护意见是:起诉书有关被告单位余东公司犯走私普通货物罪的指控不能成立,有关本案成立单位犯罪的认定,事实不清、证据不足,被告单位余东公司无罪。

一、被告单位及其相关被告人涉案行为无论是“行为时”还是“裁判时”都不能认定为犯罪

(一) 我国对于稀土产品征收关税属于违规和违约

根据世界贸易组织规则以及相关裁决,对稀土征收出口关税违反中国加入世界贸易组织时的承诺,存在违规收税的情况,故被告单位余东公司涉案行为对应的所谓“偷逃税款”原本就属于不应当缴纳的税款。

《中国入世议定书》第一部分第 11.3 段的规定要求中国不得对附件 6 未列出的产品征收出口关税。但是,在中国征收出口关税的产品中,却存在着议定书附件 6 中并未列出的包括涉案稀土在内的 80 余种产品,而且中国按从价税率对稀土等各种产品计征的出口关税从 5%到 25%不等。

根据经过公证并提交给法庭的世界贸易组织争端文件等证据,2012 年 6 月,美国、欧盟、日本就中国稀土、钨、钼三种原材料出口管理措施,正式向世贸组织争端解决机构提起诉讼,提出中国对上述三品种采取出口关税等,违反中国 2001 年加入世界贸易组织时的承诺。2014 年 3 月,世界贸易组织初裁中国稀土等稀有金属涉案产品的出口关税等管理措施违规。2014 年 8 月,世界贸易组织公布了美国、欧盟、日本诉中国稀土、钨、钼相关产品出口管理措施案上诉机构报告,维持专家组关于中国稀土等涉案产品的出口关税不符合世界贸易组织规则和中国加入世贸组织承诺的裁决。

## (二) 国内规定和国际条约规定有冲突时理应优先适用国际条约规定

辩护人注意到,本案相关被告单位和被告人行为的发生时,我国国内的相关法规确实还规定要对稀土出口征收关税,也即当时国内相关法规的规定实际上与我们参加的国际条约规定是冲突的。对发生于此间的行为应如何认定?

辩护人认为,根据《海关法》第五十六条的规定,中华人民共和国缔结或者参加的国际条约规定减征、免征关税的货物、物品,减征或者免征关税。我国在《中国入世议定书》已经作出了承诺,在这一议定书生效后,如果国内相关法规规定的内容与之相冲突的,理应首先适用该议定书的规定,即承认在本案被告单位和被告人在行为时已经对稀土出口实行免征关税。特别是在世界贸易组织裁决已经明确中国不得对稀土征收出口关税的情况下,稀土就是免征关税的货物。同时,辩护人也注意到了,《海关法》第五十八条规定,本法第五十六条、第五十七条第一款规定范围以外的临时减征或者免征关税,由国务院决定。显然,该条规定的是国际条约规定减征、免征关税等范围之外的临时减征、免征关税货物、物品,国务院具有决定权。《海关法》