

天衡法律通讯

■ 顺以天道
衡平万物

 天衡联合律师事务所
TENET & PARTNERS

2014年
3月号
刑事专刊

01 天衡动态

03 法规快讯

07 律师专栏

07 会见容易，谨慎不易，
且见且珍惜

10 谁来决定缓刑？——
从一起案件看司法局
对适用缓刑的“一票
否决权”

14 案例分析

18 刑事专项法律服
务方案

顾 问：白劭翔
主 编：庄小帅
林巧财
责任编辑：龚晓敏

邮箱：public@tenetlaw.com



扫一扫
了解最新法律资讯

天衡动态

一、“天衡创新实验班”——天衡所与厦门大学法学院推进产学研一体化的重大突破

2014年3月12日，首届“天衡创新实验班”（以下简称“创新班”）开班仪式在天衡所鼓浪厅隆重举行。厦门大学法学院党委书记李智勇老师、党委副书记郭锦星老师、副院长林秀芹老师、教学秘书康小宁老师应邀出席，本所主任孙卫星律师、执行主任白劭翔律师、合伙人张东平律师、合伙人叶勇律师以及王海翔等律师热情接待李智勇书记一行。

厦大林秀芹副院长首先发表致辞，她对本所的实力给予了高度评价，同时回顾了与白劭翔律师商讨共建“创新班”的历程，并对到本所实习的法学院学生致以院方殷切的期望并预祝学生在实务课堂上学有所成。

“创新班”发起人白劭翔律师认为创新班的创建是法律人才培养的新模式，是本所和校方共同努力的结果，白律师着重介绍了本所未来十年的发展规划和目前本所开展的法律前沿课题研究，并表示期望与法学院能有更多的合作互动，也预祝首届创新班取得圆满成功，并获得产学研一体化的成果。

天衡市场总监庄小帅详细介绍了创新实验班的培训课程及研究课题介绍。本所李金招律师、程闽律师助理作为往届培训生代表就自己的实习经验和成功留任本所的经历做了详尽的介绍，以学长的身份传授切身感受，勉励同学们谦虚务实。厦大12级法律硕士连丽红代表培训生新学员讲述了进所以来的感悟及学习成果。

随后，林秀芹副院长与白劭翔执行主任共同签署合作备忘录，李智勇书记与孙卫星主任一同为“创新实验班”揭牌，这标志着厦大法学院与天衡所共建的“创新实验班”正式成立，同时也是实务课程教学模式的一次重大创新。

仪式结束后，进入了轻松的座谈环节。孙主任作为东道主亲切地讲述了天衡所与厦大法学院的渊源，表示乐意与厦大共建实务课堂，共同创新法律人才培养方式，并希望共同促进产学研合作的开花结果。李智勇书记代表院方积极回应了天衡所的共建提议，称“创新班”只是双方合作共赢的开端；并以“家长”身份嘱咐同学们在实务课堂上要严格要求自己。郭锦星副书记提出了要借鉴现今一流法学院校的培养方案，一方面注意学员原来的学科背景，一方面留意学员将来的就业方向，注意数据的搜集和评估，真正把实验班做出成效，做出品牌。

【背景链接】

创新班由天衡联合律师事务所和厦门大学法学院合作创办。此前，厦门大学法学院设立于天衡的“法律硕士专业学位研究生教育创新基地”获评福建省研究生教育创新基地，创新班在该基地良好的资源平台上进一步升级，结合了在校生笔试面试、案件实务操作、内部业务沙龙培训、前沿课题研究、期末总结汇报会等高含金量的培训内容。

作为福建省综合实力长期遥遥领先的综合性大型律所，进入天衡实习及就业的竞争一直异常激烈，创新班学员招募通知发布后，引起了在校生的广泛关注，天衡收到了大量同学的简历和答卷，经过两周

时间的笔试面试，一共有12名在校生过五关斩六将获得了创新班的学员资格，另有8名应届生获得了天衡春招的面试资格，部分未获得创新班学员资格的优秀在校生也将获得暑期实习名额的优先权。创新班是学校与实务机构合作的重大创新，由此获得的成功经验将推进法学实践教育的改革和创新。



厦门大学法学院副院长林秀芹老师致辞



天衡所执行主任白劭翔律师致辞



林秀芹副院长与白劭翔执行主任签署备忘录



李智勇书记与孙卫星主任一同揭牌

二、本所陈珂、张志瀚律师获评“消费维权优秀律师”

2014年3月15日，厦门市消费者权益保护委员会、厦门市工商局、厦门市质量技术监督局、厦门出入境检验检疫局、厦门市物价局、厦门市司法局等联合主办的以“新消法、新权益、新责任”为主题的2014年纪念315国际消费者权益日现场咨询服务活动在湖里万达广场举行。本所合伙人陈珂律师、张志瀚律师在本次活动中受到厦门市消保会表彰，被授予“消费维权优秀律师”称号。

本所合伙人陈珂律师、张志瀚律师在2012-2013年度开展的消费维权工作中，充分发挥法律专业智囊团优势，通过开通律师邮箱、设立律师接访日、参与重大疑难投诉案件调解、提供专业指导意见、撰写“律师说法”、点评不平等格式条款等方式，研究解决了涉及金融、保险、房地产、汽车及公共服务领域等行业的大量疑难消费纠纷，维护了消费者的合法权益，有力促进了消费和谐和社会稳定。

法规新讯



综合

1、国务院发布《医疗器械监督管理条例》（2014修订）

2014年3月31日，国务院公布《医疗器械监督管理条例》【国务院令第650号，下称《条例》（2014修订）】。《条例》（2014修订）自2014年6月1日起施行。

《条例》（2014修订）明确，对医疗器械按照风险程度实行分类管理，按风险从低到高将医疗器械分为一、二、三类。第一类医疗器械实行产品备案管理，第二类、第三类医疗器械实施产品注册管理；第一类医疗器械生产实行备案管理，第二类、第三类医疗器械生产实行审批管理。同时，放开第一类医疗器械的经营，对第二类医疗器械的经营实行备案管理，对第三类医疗器械的经营实行许可管理。

《条例》（2014修订）加大了医疗器械生产经营企业在产品质量方面的控制责任，建立了经营和使用环节的进货查验及销售记录制度，增设了使用单位的医疗器械安全管理责任。同时，强化了监管部门的日常监管职责，规范了延续注册、抽检等监管行为，并通过增设医疗器械不良事件监测制度、已注册医疗器械再评价制度、医疗器械召回制度等，健全了管理制度，充实了监管手段。在法律责任方面，通过细化处罚、调整处罚幅度、增加处罚种类，增强了可操作性，加大了对严重违法行为的处罚力度。

此外，《条例》（2014修订）不仅没有增设新的许可，而且结合历次行政许可清理，将原条例规定的16项行政许可减至9项。



2、国务院发布《国务院关于进一步优化企业兼并重组市场环境的意见》

2014年3月24日，国务院公布《国务院关于进一步优化企业兼并重组市场环境的意见》【国发（2014）14号，下称《意见》】。

《意见》的要点包括：其一，取消上市公司收购报告书事前审核，取消上市公司重大资产购买、出售、置换行为审批（构成借壳上市的除外），对上市公司要约收购义务豁免的部分情形取消审批。其二，地方国有股东所持上市公司股份的转让，下放地方政府审批。其三，允许符合条件的企业发行优先股、定向发行可转换债券作为兼并重组支付方式，研究推进定向权证等作为支付方式。其四，对上市公司发行股份实施兼并事项，不设发行数量下限，兼并非关联企业不再强制要求作出业绩承诺。其五，改革上市公司兼并重组的股份定价机制，增加定价弹性。

3、国务院印发《关于加快发展对外文化贸易的意见》

2014年3月17日，国务院印发《关于加快发展对外文化贸易的意见》【国发（2014）13号，下称《意见》】，对加快发展对外文化贸易、推动文化产品和服务出口做出全面部署。

《意见》对加快发展对外文化贸易、推动文化产品和服务出口做出全面部署，明确了到2020年的发展目标，从4个方面提出了扶持对外文化贸易发展的政策措施。

《意见》要求，建立健全对外文化贸易工作的多部门联系机制，由商务、宣传文化、外交、财税、金融、海关、统计等部门统筹推进各项政策措施的制定与落实；修订文化产品和服务进出口统计目录，完善对外投资统计，统一发布统计数据；各地各部门要加强组织领导，制定具体实施方案，确保政策落地，取得实效。

公司商事

国家工商行政管理总局公布《公司注册资本登记管理规定》

2014年2月7日，国家工商行政管理总局公布《公司注册资本登记管理规定》【总局令第64号，下称《规定》】。

《规定》自2014年3月1日起施行。

《规定》明确，有限责任公司的注册资本为在公司登记机关依法登记的全体股东认缴的出资额；股份有限公司采取发起设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关依法登记的全体发起人认购的股本总额；股份有限公司采取募集设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关依法登记的实收股本总额；法律、行政法规以及国务院决定规定公司注册资本实行实缴的，注册资本为股东或者发起人实缴的出资额或者实收股本总额。外商投资的公司注册资本的登记管理适用该规定，法律另有规定的除外。



知识产权

国家知识产权局公布《国家知识产权局关于修改〈专利审查指南〉的决定》

2014年3月12日，国家知识产权局公布《国家知识产权局关于修改〈专利审查指南〉的决定》。根据本次修改，图形用户界面的产品将可以申请外观设计专利保护。具体修改内容包括：

- 1、图形用户界面的产品外观设计申请时如何提交图片或者照片；
- 2、简要说明的撰写要求；
- 3、不授予外观设计专利权的情形（游戏界面以及与人机交互无关或者与实现产品功能无关的产品显示装置所显示的图案）；
- 4、判断与现有设计相比是否具有明显区别时应考虑的因素。

司法动态

1、最高人民法院公布《最高人民法院关于修改关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定的决定》

2014年2月20日，最高人民法院公布《最高人民法院关于修改关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定的决定》【法释（2014）2号，下称《决定》】。《决定》于2014年3月1日起施行。

《决定》共计十三项，涉及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（一）》（法释（2006）3号）、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》（法释（2008）6号）和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（法释（2011）3号）等三个司法解释。

《决定》中的内容大部分是针对公司法条款序号的变化所作的相应调整。

《决定》第十三项特别强调，本决定施行后尚未终审的股东出资相关纠纷案件，适用本决定；本决定施行前已经终审的，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的，不适用本决定。



2、最高人民法院公布《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》

2014年3月25日，公布《关于商标法修改决定施行后商标案件管辖和法律适用问题的解释》【法释（2014）4号，下称《解释》】。《解释》自2014年5月1日起施行。

《解释》明确，涉及对驰名商标保护的民事、行政案件，由省、自治区人民政府所在地市、计划单列市、直辖市辖区中级人民法院及最高人民法院指定的其他中级人民法院管辖。

《解释》明确，人民法院受理不服国务院工商行政管理部门商标评审委员会作出的复审决定或者裁定的行政案件，不服工商行政管理部门作出的有关商标的其他具体行政行为的案件，商标权权属纠纷案件等13类商标案件。

《解释》指出，不服商标评审委员会作出的复审决定或者裁定的行政案件及国家工商行政管理总局商标局作出的有关商标的具体行政行为案件，由北京市有关中级人民法院管辖。第一审商标民事案件，由中级人民法院以上人民法院及最高人民法院指定的基层人民法院管辖。在工商行政管理部门查处侵害商标权行为过程中，当事人就相关商标提起商标权权属或者侵害商标专用权民事诉讼的，人民法院应当受理。

《解释》明确，除本司法解释另行规定外，商标法修改决定施行后人民法院受理的商标民事案件，涉及该决定施行前发生的行为的，适用修改前商标法的规定。涉及该决定施行前发生，持续到该决定施行后的行为的，适用修改后商标法的规定。



律师专栏

作者简介

李竞皓律师于2008年加入天衡律师事务所，专职从事刑事法律服务业务。从业以来，李竞皓律师参与经办了省内多起重大刑事案件的辩护工作，在案件侦查阶段、审查起诉阶段、一审、二审以及死刑复核阶段均有介入，在刑辩方面积累了一定的办案经验，形成了严谨的办案风格。李竞皓律师在办案过程中一丝不苟、精益求精，理论与实践相结合，力求最大限度地保障当事人的合法权益，取得最好的辩护效果。目前为止其已参与经办刑事案件数十件，且大多数普通刑事案件均取得了令客户满意的结果，其执业态度和办案水平亦受到广泛肯定。

联系电话：0592-2956486、18650806192

李竞皓

天衡联合律师事务所
律师



会见容易，谨慎不易，且见且珍惜

自2013年1月1日修改后的《刑事诉讼法》实施以来，律师的会见权似乎得到了前所未有的保障。特别是在侦查阶段，不需要申请，不需要等待审批，不需要办案部门派员在场，辩护律师可以自由会见当事人（三类案件除外）。乍看之下，辩护律师的权利好像随着法制的进步在逐渐完善，但事实上，随着会见权的逐渐放开，辩护律师在会见过程中诸多细节方面的不注意，轻则被处以警告、暂扣或吊销执照，重则可能就像涉嫌“眨眼罪”的某著名律师一样锒铛入狱。笔者的师父曾反复强调：做刑事律师，再谨慎都不为过。有

鉴于此，笔者根据近年来的办案经验，就会见当事人时需要注意的事项总结如下：

一、各阶段首次会见前，务必先到办案部门递交委托手续

修改后的《刑事诉讼法》虽然取消了在侦查阶段律师介入后，必须向办案部门提出申请，经批准后才能会见当事人的规定，但不代表律师可以在办案部门毫不知情的情况下随意会见当事人。修改后的《刑事诉讼法》第三十三条第四款规定：“辩护人接受犯罪嫌疑人、被告人委托后，应当及时告知办理案件的机关。”虽然刑诉法和相关

司法解释并未对“及时”作出一个明确的时间限制，因此有部分律师在接受委托后，出于方便考虑，会先去会见当事人，之后才随意安排时间去递交手续。就笔者个人认为，除非是极为紧急的状况，否则律师在接受委托后，应当首先到办案部门递交委托手续，特别是承办重大、复杂、敏感案件，必须要事先告知办案部门当事人已委托律师。这样一方面有可能先从办案人员处了解到部分案情，便于与当事人的首次沟通；另一方面在律师会见之后，如果当事人出现反复、翻供甚至串供的情形，也可尽量避免办案部门归责于辩护律师。

此外笔者还要强调的是，在需要办案部门批准会见的三类特殊案件中，危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪是绝大部分律师一辈子都难以接触到的案件，但特别重大贿赂犯罪案件却极易碰到，因为根据《人民检察院刑事诉讼规则》第四十五条的规定，涉嫌贿赂犯罪数额在五十万元以上的，就属于重大案件的范畴。因此，在承办贿赂案件时，更应当首先到办案部门（反贪局）递交手续，了解当事人的涉案金额，以确定是否需要向办案部门递交申请会见的手续。

二、制作会见笔录是保护自己的最好方式

笔者自入行以来，在接受委托后的首次会见过程中，都会给当事人做一份完整的笔录，内容包括询问当事人是否同意其家属委托笔者作为其辩护人、告知当事人辩护律师在刑事诉讼各阶段的职责、向当事人解释其所涉嫌罪名的构成要件及法律规定、向当事人了解其涉案经过、询问当事人是否有其他与案件无关的要求等。如前所述，如果当事人在律师会见后出现翻供等迹象，那么辩护律师所制作的笔录就是洗脱嫌疑的护身符。除首次会见外，在其余的会见过程中，如果遇到以下情况，同样建议大家制作笔录，要求当事人签字确认：

1、当事人提出新的辩解、改变原供述的内容或是对在案证据提出质疑，这时作为辩护律师应当对上述内容进行记录，并在笔录中向当事人提示翻供的法律风险，以及办案部门对当事人供述和辩解的采信标准。

2、当事人到案后始终坚持无罪辩解或拒不供认部分犯罪细节，但辩护律师经与办案人员沟通或审阅案卷材料后，认为当事人认罪更有利于争取良好结果时，在会见当事人的过程中应当制作笔录，在笔录中把当事人坚持无罪辩解、以及自愿认罪所可能面临的法律后果进行全面分析，由当事人自行选择辩护思路并在笔录中签字确认。此举可避免如法院判决不符合当事人或其家属预期时，辩护律师遭无端指责甚至投诉的情况发生。

3、当事人有立功线索时，在会见过程中辩护律师应以笔录的形式记录当事人的线索来源、检举对象和检举事实，并要求当事人签字捺印。此举可保证当事人的检举材料未能及时送达相关办案部门时，辩护律师可将会见笔录临时代替检举材料呈交给办案部门。

三、会见时务必遵守看守所规定，不要让当事人把手机变成手雷

笔者相信很多同仁在会见当事人的过程中，当事人都曾提出用律师的手机与外界通话的要求，这在笔者看来实属正常——当事人在被羁押期间，长期与外界隔绝，辩护律师是其唯一能与外界取得联系的渠道。但笔者认为不正常的是，有一小部分律师竟然真的认为，给当事人打打电话并不是什么大不了的事，毕竟收了律师费，应当尽量满足当事人的要求。对此笔者倒是每年都有听闻，又有几名律师在会见过程中让当事人违规使用通讯工具，被扣证半年。试问这名当事人家属支付的律师费，是否可以抵得上半年的收入？如果因为一个电话让你丢掉饭碗，这手机跟手雷有什么差别？

笔者在会见过程中也时常遇到当事人要求使用手机的情况，对此笔者总是会以“相互理解”为由拒绝当事人的要求；如果当事人继续强求，或是搬出诸如“别人都能打电话”之类的理由，笔者当即会告知其可以换一个“能够让你打电话的”律师。——放弃贪图一时方便或蝇头小利的念头，才能把执业生涯维持的更加平稳和长久。

四、传递特殊物品需经管教同意

虽然看守所明文规定，会见时律师与当事人之间不得传递物品。但由于看守所的值班室在接收物品时有严格限制，因为部分特殊的生活用品如眼镜等无法通过接收物品窗口转递，只能由辩护律师再会见时直接交给当事人。但这里需要注意的是，这些物品并非是在会见开始或结束后随意递给当事人就可以，而是应当在看守所内部管教人员带领当事人进入或离开会见室时，将需要传递的物品先交由管教人员确认，随后才能交给当事人。

至于当事人与家人朋友之间的书信，无论与案情有无关联，笔者建议最好不要直接转递，而是将书信内容直接口头转述。

【结语】

在我国目前的司法现状来看，刑事律师仍然是一个低收入、高风险的职业，要想在办好案件的同时又能保全自己，就要在与当事人的接触过程中谨言慎行。做刑事案件就是要有一种如履薄冰的感觉，要让警惕性成为一种习惯，从细节着手，防患于未然，既要保障他人，更要保护自己。





作者简介

李竞皓律师于2008年加入天衡律师事务所，专职从事刑事法律服务业务。从业以来，李竞皓律师参与经办了省内多起重大刑事案件的辩护工作，在案件侦查阶段、审查起诉阶段、一审、二审以及死刑复核阶段均有介入，在刑辩方面积累了一定的办案经验，形成了严谨的办案风格。李竞皓律师在办案过程中一丝不苟、精益求精，理论与实践相结合，力求最大限度地保障当事人的合法权益，取得最好的辩护效果。目前为止其已参与经办刑事案件数十件，且大多数普通刑事案件均取得了令客户满意的结果，其执业态度和办案水平亦受到广泛肯定。

联系电话：0592-2956486、18650806192

李竞皓

天衡联合律师事务所
律师



谁来决定缓刑？

——从一起案件看司法局对适用缓刑的“一票否决权”

笔者从业以来，办理过数十起经法院审理后宣告缓刑的案件。在2011年5月1日《刑法修正案（八）》实施之前，根据原《刑法》第七十二条的规定：“对于被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现，适用缓刑确实不致再危害社会的，可以宣告缓刑。”同时第七十六条规定，缓刑考验期内“由公安机关考察，所在单位或者基层组织予以配合”。由此可见，在《刑法修正案（八）》出台之前，对于被告人是否可以宣告缓刑，人民法院拥有完全的自主裁量权，且只要人民法院宣告缓刑，公安机关必须要无条件进行监管，对犯罪分子进行考察和改造。因此，笔者在此之前所办

办理的缓刑案件，只要被告人符合上述条件，人民法院一般都会采纳笔者要求宣告缓刑的量刑建议。如果人民法院对被告人的监管条件提出疑问，笔者也可在判决前通过当事人本人或其家属，取得被告人户籍地派出所以及居（村）委会所开具的证明，证实其具备宣告缓刑后的监管条件。简而言之，在《刑法修正案（八）》实施之前，作为辩护律师为被告人争取缓刑的难度相对较小，只需要让自己的辩护意见让人民法院采纳，缓刑几乎就是板上钉钉的结果。

2011年出台的《刑法修正案（八）》针对《刑法》第七十二条作出了改动，在保留原来的“三年以下有期徒刑”、“情节较轻”、“悔罪

表现”、“无再犯危险”四个缓刑基本条件的同时，增设了一项条件：“对所居住社区没有重大不良影响。”被宣告缓刑的当事人也不再“监管”，而是改为“社区矫正”，相应的考察部门也由公安机关变成了“考察机关”——即司法局内设的社区矫正办公室及各街道的司法所。而在实践当中，人民法院对于可能宣告缓刑的被告人，在判决之前会发函至被告人户籍所在地司法局征询意见（法院称之为“审前调查表”），由司法局作出被告人是否具备社区矫正条件的回函，人民法院再据此决定是否对被告人宣告缓刑。在上述程序实施之后，笔者一度认为该制度是“形式大于内容”，人民法院对是否宣告缓刑仍有完全的自主裁量权。因为笔者在2011年5月1日之后办理的所有缓刑案件中，司法所对于人民法院的审前调查表均表示同意，没有对笔者的当事人获取缓刑造成任何阻碍。直至笔者在今年办理的一起案件中，司法局向法院回函称被告人不具备社区矫正条件，导致一名应该被宣告缓刑的被告人，即将面临一年十个月的铁窗生活……

一、维权无门，老实人无奈怒砸煤气罐

笔者的当事人叫叶某强，年近五十，厦门本地人，一家三口蜗居在大同路一户狭小的住房内。从2010年开始，叶某强住家楼下陆续开张了多家大排档，生意火爆。这些大排档无视经营秩序，不但胡乱排放油烟，导致包括叶某强在内的诸多街坊邻居不敢打开门窗，而且常常经营到第二天的凌晨。期间客人划拳、掷骰子、醉酒后高声喧哗等吵闹声此起彼伏，给周边群众带来了严重的噪音污染，叶某强等人根本无法正常入睡，叶某强年仅十岁的儿子患有心脏疾病，也没有办法得到良好的休息。为此，叶某强在长达三年的时间里，拨打了上千次包括110、城管、消防在内的报警、投诉电话，也曾与排档的经营者协商理论，但始终没有得到解决。期间叶某强和其他街坊还

曾采取往楼下扔垃圾、水袋的方式表示抗议，亦无任何效果。终于，在2013年11月23凌晨，叶某强经过多次报警后，在忍无可忍的情况下，将其家中使用的液化石油气罐点燃并从楼上扔出，所幸没有造成人员伤亡。叶某强随后即被警方控制。更加讽刺的是，在叶某强的行为发生后，大同路70号附近的大排档在一夜之间被全部关闭。

二、同情理解，人民法院有意宣告缓刑

笔者在接手该案后，先后多次与办理本案的公安人员、检察官沟通，为叶某强争取到了自首情节。在法院审理过程中，笔者亦向主审法官阐述了叶某强实施犯罪行为的原因，强调本案主要是因政府相关部门的渎职、懒政行为所引发，且叶某强在羁押期间积极认罪悔过，其犯罪行为所针对的社会矛盾已经消除，其不可能再危害社会，因此请求人民法院对叶某强减轻处罚并宣告缓刑。后合议庭采纳了笔者的辩护意见，认为叶某强具备宣告缓刑的基本条件，随即向叶某强户籍所在地的司法局发出了审前调查表。笔者当时也认为叶某强获得缓刑已无障碍。

三、始料未及，司法局否定被告人具备缓刑条件

在等待两周之后，笔者突然接到法院书记员的电话，称司法局回复叶某强不具备实施社区矫正的条件，人民法院无法宣告缓刑。其后经笔者了解，上述结论系由叶某强居住地的司法所作出。笔者随后与司法所工作人员取得联系，工作人员称经过该所的调查评估，认为叶某强的行为具有社会危害性，因此不具备社区矫正的条件。无论笔者如何解释，司法所始终坚持其作出的结论。最终人民法院根据司法局的回函，在认可笔者要求对叶某强减轻处罚的辩护意见的情况下，以其“户籍地司法局经调查评估认为其有一定社会危害性，不具备实施社区矫正的条件，故对于宣告缓刑的量刑建议不予采纳”为由，判处叶某强有

期徒刑一年十个月。

四、疑问丛生，法院以司法局调查评估结果作为判决依据是否合法

笔者在拿到判决书之后，对于人民法院的上述裁判理由迟迟无法接受，同时也对自己的辩护工作进行了反思，为何一个原本笃定缓刑的案件，最终会被司法所的一纸调查评估报告所否定？结合现行法律法规及司法解释，笔者认为司法局的工作以及本案的判决存在以下疑问：

1、司法局的调查评估工作是否应当公开进行？辩护律师是否应当介入？

笔者在与司法所工作人员的联系中，反复询问其是如何对叶某强是否对该社区具有不良影响进行调查评估的，司法所工作人员仅仅是简单地回复笔者，其调查了叶某强的街坊邻居，同时还向该区域的派出所民警了解情况。然而对于具体调查了何人、调查了何内容等，该工作人员并未进一步说明。由于我国目前并未针对司法局的审前调查工作出台具体的规定，因此难免让笔者产生司法所是否进行了充分调查这一疑问。因为从在案证据来看，在叶某强被采取强制措施之后，有五十余位街坊邻居联名向司法机关出具了《求情信》，对本案的客观事实予以佐证，同时也对叶某强的行为表示理解和同情，要求司法机关对叶某强宽大处理。——对于叶某强是否会对所居住社区造成重大不良影响，街坊邻居显然是最有发言权的，但司法所是否有真正去向他们了解情况呢？笔者不得而知。至于司法所工作人员称其有向派出所民警了解情况，笔者表示完全无法理解，难道派出所民警会告诉司法所，他们在长达三年的时间里对于叶某强的报警和投诉置若罔闻，根本没有进行有效的处理吗？这只能说明，司法所是在完全不了解案件具体情况的基础上就开展了调查评估工作，这如何能保证调查结果的客观性？

对此笔者提醒广大同仁，在日后的辩护工作中，如果法院向司法所发出审前调查表，千万不要以为被告人获得缓刑只是时间问题。笔者建议大家最好积极主动地与相关司法所取得联系，向他们反映被告人的一些客观情况，诸如作案的动机、手段、后果以及被告人的家庭、工作情况等等，尽可能确定司法所能够同意对被告人进行社区矫正。由于此项工作并不包含在辩护职责中，因此在接受委托时应与委托人事先约定，是否需要由律师出面与司法局（所）沟通。

2、当事人、辩护人是否可以对司法局的调查评估结果提出质疑，进而要求重新调查评估？

如前所述，由于目前尚无法律规定对司法局的调查评估流程作出规范，因此司法局一旦得出结论，往往都是无法更改的，对于法院判决的影响也是决定性的。这也是笔者所说的“一票否决权”。因此笔者认为作为辩护律师来说，即便没有参与司法局的评估过程，也应当第一时间掌握其调查结果，如认为结果不公，应立即向负责调查评估的司法部门的上一级司法行政机关反映情况，要求其通过内部程序撤销调查报告，并对被告人进行重新评估。

3、人民法院对于司法局的回函，是否应当作为刑事证据，予以当庭举证、质证？

根据我国《刑事诉讼法》第五十条的规定，审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。且根据《刑法》第七十二条的规定，对判处三年以下有期徒刑的犯罪分子符合宣告缓刑的前三项条件，即“情节较轻”、“有悔罪表现”和“无再犯危险”都需要有证据证明，那么“对居住的社区没有重大不良影响”这一条件同样需要证据支持，该项证据也就是司法局所出具的调查结论，而且是经人民法院根据《刑事诉讼法》第五十二条的规定，向

司法局依法调取的。那么，既然司法局的调查评估报告属于证据的范畴，就应当依法当庭出示并经控辩双方的质证后才能作为对被告人定罪量刑的依据使用。

但在司法实践当中，人民法院往往都是等到宣判之时才会述及该份证据，本案亦不例外。也就是说，人民法院在没有举证质证的情况下，直接以司法局出具的调查评估结果作为对被告人量刑的依据，显然违背了《刑事诉讼法》对证据采信的基本要求。

4、人民法院是否应以司法局的调查结论，作为判定被告人是否具备社区矫正条件的唯一依据？

笔者注意到，司法局认定叶某强不具备社区矫正条件的理由，是认为其具有一定社会危害性。然而判定一个被告人是否具有社会危害性，是属于法院的职责。本案中人民法院一方面肯定叶某强具有良好的悔罪表现，另一方面又认可司法局对其具有一定社会危害性的判断，显然是自相矛盾。因此，笔者认为人民法院在发出审前调查表时，应向司法局明确，只需要调查被告人案发前的惯常表现，与街坊邻居之间是否能够和睦相处，是否能够配合矫正即可。而这些情况如果在案证据中已经有所反映，人民法院也可以直接作出判断，而不需要以司法局的调查结果作为判定被告人是否具有社区矫正条件的唯一依据。从辩护律师的角度来说，如果从案卷材料中发现了被告人符合社区矫正的条件，同样应当向人民法院予以说明。

综上所述，我国目前的社区矫正制度尚处于起步阶段，诸多的细节问题有待逐步完善。在此情况下，作为辩护律师在承办此类案件时，应当坚决维护当事人的合法权益，要求人民法院坚持独立审判原则，从罪刑相适应的刑法原则，以及从被告人实际情况、判决的社会效果等多角度综合考虑，应当宣告缓刑的案件必须依法宣告缓刑。

毕竟，定罪量刑的权力最终还是归属于人民法院，严格来说司法局只能依法对人民法院宣告缓刑的犯罪分子进行社区矫正，而不是通过它的一纸调查评估报告来左右法院的判决，更不能因此形成司法局对可能宣告缓刑案件拥有事实上的“一票否决权”。





案例分析

作者简介

王祎凡，中共党员，2012年7月毕业于集美大学政法学院，获法学学士学位。在校期间多次获得奖学金，2011年一次性通过司法考试，具备扎实的法学理论功底和严谨的逻辑思维。在校担任学生副主席，连续三年被评为“集美大学优秀学生干部”，多次被评为“工作积极分子”，具备良好的工作能力及交际能力，责任心强，对待工作细心谨慎。毕业后即加入福建天衡联合律师事务所，师从薛明波律师，供职期间协助处理顾问单位的各种诉讼事务及其他日常法律事务。

联系电话：18650903071

王祎凡

天衡联合律师事务所
律师



根据特殊情况在法定刑以下 判处刑罚复核制度的适用

众所周知，“罪责刑相适应”是我国刑事审判的一项重要原则，特别是对于某些需要宽大处理、但又不具备法定减轻处罚情节的被告人，要如何正确适用刑罚的问题，我国《刑法》第六十三条第二款的规定：“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，但是根据案件的特殊情况，经最高人民法院核准，也可以在法定刑以下判处刑罚。”明确了在不具有法定减轻处罚情节的情况下，如何在法定刑以下判处刑罚。而上述规定中提及的“特殊情况”，主要是指案件涉及国家利益和个案公正，其中重点要考量被告人的犯罪情节是否属于“特殊情况”，比如犯罪的动机、手段、对象、结果、罪后表现及被告人身份、文化程度、违法性认知水平等等。此外，出于国家利益需要以及实现个案公正，对于没有法定减轻处罚情节的案件适用降档量刑，不受《刑法》第六十三条第一款所规定的，即便具有多个法定减轻处罚情节，也只能降一档判处刑罚的限制。

【案例简介】

被告人李某，中国籍，原系法国拉法基水泥集团非洲尼日利亚工厂员工。2011年4月9日，李某持护照经深圳入境。在入关时，海关人员在其随身携带的电脑包内查获象牙制品共计100件。经有关部门鉴定，李



某携带的是天然亚洲象牙或非洲象牙制品，重量为7740克。依据相关司法解释的规定计算，其携带入境的象牙制品价值人民币322502.58元。李某随后被移交司法机关处理，最终由深证市人民检察院提起公诉。

广东省深圳市中级人民法院经审理后认为，被告人李某无视国家法律，违反海关法规，逃避海关监管，走私国家禁止进出口的珍贵动物制品，价值达人民币32万余元，其行为已构成走私珍贵动物制品罪。根据两高及海关总署《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》第七条之规定，应对李某判处五年以上有期徒刑。但考虑到涉案象牙制品是李某在尼日利亚合法购买，主要目的是用于个人收藏而非牟利。故李某虽不具有法定减轻处罚情节，但根据其犯罪事实、性质、情节和对社会的危害程度，可对其在法定刑以下判处刑罚。据此，依照刑法第一百五十一条第二款、第六十三条第二款、第六十四条，最高院《关于审理走私刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第四条之规定，于2011年12月14日判处李某有期徒刑三年，并处罚金人民币5万元。

宣判后，在法定期限内没有上诉、抗诉，深圳市中级人民法院依法报送广东省高级人民法院复核。广东省高级人民法院经依法核查，于2012年6月12日作出刑事裁定，同意深圳市中级人民法院的刑事判决，并依法报请最高人民法院核准。最高人民法院于2012年8月30日作出刑事裁定，核准广东省高级人民法院同意深圳市中级人民法院刑事判决的刑事裁定。

【案例解读】

我国在1979年《刑法》第五十九条第二款就曾规定：“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，如果根据案件的具体情况，判处法定刑的最低刑还是过重的，经人民法院审判委员会决定，也可以在法定刑以下判处刑罚。”该规定将酌定减轻处罚权赋予了各级人民法院的审判委员会。其后由于实践中出现滥用而导致的刑罚适用不均衡，1997年大修后的《刑法》将该规定调整为第六十三条第二款，具体内容修改为：“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，但是根据案件的特殊情况，经最高人民法院核准，也可以在法定刑以下判处刑罚。”由此，酌定减轻处罚的核准权收归于最高人民法院。以1997年修订刑法的规定为基础，人民法院建构了酌定减轻处罚的一审、二审和复核审（如果没有上诉和抗诉，则只有原审和复核审）机制，实践中被称为法定刑以下判处刑罚复核制度，也有学者称为酌定减轻处罚制度或者特别减轻处罚制度。

2011年《刑法修正案（八）》对1997年《刑法》作了大幅度的修改。其间，围绕酌定减轻处罚的实体条件（“特殊情况”如何理解）和核准程序（是否下放至高级人民法院），理论界和实务界进行了广泛的讨论。由于意见存在分歧，修正案未对该规定进行修改，但对该条第一款进行了修改，明确规定：“犯罪分子具有本法规定的减轻处罚情节的，应当在法定刑以下判处刑罚；本法规定有数个量刑幅度的，应当在法定量刑幅度的下一个量刑幅度内判处刑罚。”据此，对于2011年5月1日之后发生的具有法定减轻处罚情节的案件，对被告人不能再像此前那样无限制降档量刑，即便具有多个法定减轻处罚情节，也只能降一档处理；对于酌定减轻处罚的案件，仍须报最高人民法院核准。

本案是犯罪行为发生在《刑法修正案（八）》施行之前、审理在此之后的案件。结合该案例就法定刑以下判处刑罚复核制度法律适用分析如下：

1、法定刑以下判处刑罚复核制度适用的案件范围

哪些案件可以适用法定刑以下判处刑罚复核制度，取决于如何理解《刑法》第六十三条第二款所规定的特殊情况。

本案依据2011年4月26日最高人民法院《关于审理走私犯罪案件适用法律有关问题的通知》规定：

“刑法修正案（八）施行后，新的司法解释出台前，各地人民法院在审理走私普通货物、物品犯罪案件时，可参照适用修正后的刑法及最高人民法院《关于审理走私刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定的数额标准。”因此，本案适用刑法修正案（八）修订后的刑法第一百五十一条第二款的规定，被告人李某走私珍贵动物制品仍属情节特别严重，适用的法定刑幅度为十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处没收财产。另，广东省两级法院引用2002年最高人民法院、最高人民检察院、海关总署《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的意见》第七条之规定，认为被告人李某对应的法定刑幅度为五年以上有期徒刑，并处罚金。经查，适用上述《意见》的规定对走私珍贵动物制品罪降一档量刑，必须同时具备两个条件：一是珍贵动物制品购买地允许交易；二是入境人员为留作纪念或者作为礼品而携带珍贵动物制品进境，不具有牟利目的。尼日利亚系《濒危野生动植物种国际贸易公约》的缔约国，是禁止象牙及其制品交易的，尽管当地有象牙制品买卖，但并非合法交易，故广东省两级法院适用上述《意见》的规定，确定李某对应的法定刑幅度值得商榷。

李某并无法定减轻处罚情节，依法本应在10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处没收财产的幅度内量刑，但鉴于如下理由，对其在法定刑以下判处刑罚：首先，其主观恶性较小，系初犯、偶犯。其在尼日利亚从事正当工作，并非专门从事走私活动的犯罪分子；其次，其所称出于收藏和馈赠亲友的目的携带象牙入境的辩解有一定可信之处，现有证据无法认定其具有牟利目的；再次，其走私的象牙制品价值30余万元，仅略高于“情节特别严重”的量刑标准；最后，考虑到象牙制品在非洲管制和交易的实际状况，以及我国公民在象牙制品使用方面的传统，虽然出于保护珍贵动物的需要，应对其定罪判刑，但判处十年以上有期徒刑显属罪刑不相适应。

根据前述，虽刑法和相关司法解释均没有明确界定“特殊情况”，但从司法实践的情况看，“特殊情况”是指对案件量刑产生重大影响的非常规因素。行为人虽然构成犯罪，但综合其犯罪的动机、手段、对象、结果、罪后表现及被告人身份、文化程度、违法性认知水平等情况来看，其主观恶性和社会危害性明显较小，对其判处法定最低刑仍然过重，需要在法定最低刑以下判处刑罚才能做到罪刑相适应的，即属于

案件的特殊情况。

2、法定刑以下判处刑罚复核的案件能否连降二档甚至多档

《刑法修正案（八）》施行之前，刑法第六十三条并没有对减轻处罚的幅度进行限制，故对犯罪分子减轻处罚时，无论是具有法定减轻处罚情节，还是具有酌定减轻处罚情节报最高人民法院复核，均可不受法定量刑幅度的限制。最高人民法院曾经核准了不少法定刑以下判处刑罚的案件，都是在法定量刑档次的下二档判处刑罚，取得了较好的社会效果。而在2011年5月1日之后，《刑法》第六十三条第一款作出了对于具有法定减轻处罚情节的犯罪分子在法定刑以下判处刑罚的限制，实践中对该条第二款是否受制于第一条，即最高人民法院还能否核准在法定量刑幅度的下二档量刑幅度内判处刑罚的案件，出现不同观点。

一种观点认为不能。理由是，犯罪分子具有法定减轻处罚情节的，只能在法定量刑幅度的下一档量刑幅度内判处刑罚，而没有法定减轻处罚情节的犯罪分子却可以在法定量刑幅度的下两档甚至多档量刑幅度内判处刑罚，一方面可能破坏执法公平，另一方面可能导致法定刑以下判处刑罚复核程序的过度和不当适用。因此，刑法第六十三条第一款和第二款中的“在法定刑以下”的含义是一致的，均只能在下一档量刑幅度内处罚。

另一种观点认为可以。理由是，为了政治、外交、国防等国家利益的需要，以及为了实现特殊个案的公正，必须降二档处罚的，最高人民法院只有核准才能达到目的。因报经最高人民法院核准才能在法定刑以下判处刑罚，程序相当严格，所以不必担心权力的滥用。因此，没有法定减轻处罚情节的，报经最高人民法院核准，也可以降二档甚至多档处刑。而且，对于具有法定减轻处罚情节的被告人，如果根据案件需要，确实应当降二档或多档处罚才能实现罪刑均衡的，也可以报经最高人民法院核准。

本案中，对被告人李某判处有期徒刑三年，是在其法定量刑幅度的下二档判处刑罚，可见，为了国家利益需要以及实现特殊个案公正，司法实践中更倾向于对罪刑均衡的考量，没有法定减轻处罚情节上报复核的在法定刑以下判处刑罚的案件，不受刑法第六十三条第一款所规定的只能降一档处刑的限制，最高人民法院可以核准。

【本案对刑事辩护的启示】

在司法实践中，大部分的辩护律师在确定辩护思路、发表量刑建议时，往往只着眼于被告人是否具有法定的减轻处罚情节，即便被告人具有法定减轻处罚，也只求人民法院能在法定量刑幅度的下一档对被告人判处刑罚。这实际上忽视了我国《刑法》第六十三条第二款的作用和立法目的。特别是在一些具体较大社会影响，或是当事人主观认知因素存在重大偏差的案件中，被告人或多或少都具备酌定减轻处罚的“特殊情况”。在此情况下，作为辩护律师应当具备敏锐的判断能力，积极主动地向人民法院提出对被告人可酌情减轻处罚的事实和理由，要求人民法院逐级上报至最高人民法院核准。以此为被告人争取罚当其罪的判决，同时也有利于社会的和谐与稳定。



本期主题：刑事专项法律服务方案

为您量身定做 的法律服务

本所刑事业务律师团队拟提供的法律服务主要由以下工作内容组成：

- 职务犯罪预防培训及咨询；
- 代理报案、提供法律咨询；
- 在侦查阶段担任犯罪嫌疑人的辩护人；
- 在审查起诉阶段担任辩护人和诉讼代理人；
- 担任公诉案件一审辩护人；
- 担任公诉案件二审辩护人；
- 审判阶段担任公诉案件被害人的诉讼代理人；
- 担任自诉案件当事人的诉讼代理人或辩护人；
- 担任附带民事诉讼原告人或被告人的诉讼代理人；
- 在死刑复核、审判监督、执行阶段代理当事人提出申诉意见；
- 刑事案件申诉。

若有进一步了解需求，欢迎向联系人提出咨询并索要相关材料。
联系人：

陈庆勇律师：0592-6304501 13850082527

李竞皓律师：0592-2956486 18650806192





福建天衡联合律师事务所

TENET & PARTNERS

房地产及建筑业务部

本部拥有一批擅长房地产、建筑工程、项目投资等法律业务的专业律师，率先在厦门等地成功推出商品房项目开发、土地一级开发项目、房地产项目转让、购房置业投资法律顾问等诉讼与非诉讼法律服务。

金融证券部

金融领域：本部配备了具有专业外语水平的执业律师，能熟练运用英语为中外客户提供中、英文法律服务。在厦门率先开展汽车消费贷款、二手房按揭贷款、银行不良资产的清理等新型金融法律服务项目。

证券领域：本所系目前厦门市律师事务所中证券执业律师和从事证券法律业务较多的律师事务所，具有证券从业律师事务所资格。本部律师业已经办多家股份公司的首发新股、配股、增发新股、股改等A股项目。

公司商事业务部

本部以常年法律顾问及专项法律顾问作为主要的运作模式，以多

名精通公司法和公司经营管理，并拥有良好的职业素养和丰富的执业经验的资深律师为核心组成公司事务部，深得国内外客户所认可。

知识产权部

拥有多位知识产权法律专家，在专利、商标、商业秘密以及著作权等知识产权事务中，曾为国内外当事人提供各种法律服务。2005年天衡律所应邀参与了知识产权网络维权活动，并担任福建省知识产权维权网的牵头单位。

海商海事部

本部有多名专业律师拥有国际贸易、航运、物流、保险行业工作经验，注重业务实践与办案经验的结合。长期为海运、船舶管理、外贸、物流及保险行业的客户提供深入全面的诉讼及非诉讼法律服务。

家庭法律服务中心

本部律师接受国内外当事人的委托，起草各类婚前、婚内、离婚协议以及遗嘱等相关文件，办理离婚、继承、分家析产等各类婚姻继承案件。

劳动&HR法律事务部

本部律师精通劳动相关法律，一直参与厦门劳动立法、教育和推广工作；担任数十家大中型企业的劳动法律顾问，熟悉企业的人事管理以及相关规章制度；担任劳动争议仲裁委员会兼职仲裁员。

争议解决部

本部配备了熟悉综合法律业务的律师，能够为当事人提供全面的法律服务。诸多诉讼、非诉讼案件均由本部门承担办理。

海外事务部

本部可为客户在海外置业、多国移民、海外投资等方面的法律疑问进行专业解答和规整，拥有专业服务平台和多家配套执行机构。

刑事业务部

本部是以犯罪预防培训与刑事辩护为主，刑事代理为辅，专业提供刑事法律服务的部门。重点从事犯罪预防培训及咨询，刑事辩护业务——为涉嫌犯罪案件当事人提供专业的全程服务。

厦门办公室

地址：厦门市思明区厦禾路666号海翼大厦A栋16-17层(361004) 电话：0592-5883666 传真：0592-5881668

上海办公室

地址：上海市浦东新区浙桥路277号3幢1519-1520室(200122) 电话：021-58305510 传真：021-58305519

福州办公室

地址：福州市台江区广达路108号世茂国际中心10楼(350000) 电话：0591-83810300 传真：0591-83810301

泉州办公室

地址：泉州市丰泽街建行大厦9楼(362000) 电话：0595-22182603 传真：0595-22189083

龙岩办公室

地址：龙岩市新罗区南城溪畔路5-1号四楼(364000) 电话：0597-2297688 传真：0597-2230266