

辩护智慧

刑事辩护中的
情与理

魏建平 著

 上海人民出版社

辩护智慧

刑事辩护中的情与理

魏建平 著



上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

辩护智慧:刑事辩护中的情与理/魏建平著.—上海:
上海人民出版社,2016

ISBN 978-7-208-13869-8

I. ①辩… II. ①魏… III. ①律师-辩护-研究-中国 IV. ①D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 133661 号

责任编辑 龙 敏 蔡 吉
封面装帧 夏 芳

辩 护 智 慧

——刑事辩护中的情与理

魏建平 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行 常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 9.25 插页 4 字数 100,000

2016 年 7 月第 1 版 2016 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-13869-8/D·2885

定价 30.00 元

目 录

- 一、抓住细节,突破疑虑 / 1
 - 二、取得谅解,先行赔偿 / 14
 - 三、善用同理心争取减刑空间 / 23
 - 四、上诉是考验也是煎熬 / 41
 - 五、面对复杂局面,须尽力而为 / 50
 - 六、亲情感人,但要坚守底线 / 68
 - 七、独立思考,排除干扰 / 92
 - 八、如何定罪,这是个问题 / 99
 - 九、认清社会危害性是刑事辩护的关键 / 107
 - 十、交通肇事,积极赔偿换取减少刑罚 / 116
 - 十一、激情犯罪,取得谅解是获得轻判的关键 / 123
 - 十二、积极辩护与“难断家务事” / 132
- 后记/140

一、抓住细节,突破疑虑

【案情介绍】

2010年8月初起,刘××先后雇用三人,在本市××路手机市场8楼2号摊位销售“苹果”牌手机,6楼30号作为存放仓库,其中,刘××负责进货、结账等,雇用的三人分别负责摊位内销售、售后维修和仓库等杂务。

2011年1月16日,上海市工商行政管理局××分局检查支队在上述摊位和仓库检查时查获假冒“苹果”牌电子产品及四人,后移送上海市公安局××分局,经上海市××区物价局鉴定,上述被查扣的手机均系假冒注册商标的商品,于估价鉴定基准日被侵权产品市场价为人民币6979555元,另,刘××曾于2010年1月10日因销售假冒注册商标的商品行为,被上海市工商行政管理局××分局行政处罚罚款人民币6万元。

【法院判决】

上海市××法院

刑事判决书

(20××)×刑终字第××号

原公诉机关上海市××区人民检察院。

上诉人(原审被告)刘××,男,1968年4月11日出生,汉族,初中文化,个体经营户,户籍地湖南省××市××队,住上海市××区××路1488弄24号楼904室。因本案于2011年1月16日被取保候审,同年7月15日被逮捕,现羁押于上海市××区看守所。

辩护人魏建平,上海汇鼎律师事务所律师。

原审被告吴××,女,1987年11月16日出生,汉族,高中文化,务工,户籍地湖南省××市城建办宿舍。因本案于2011年1月16日被刑事拘留,同年1月27日被取保候审。

原审被告荣××,男,1992年9月22日出生,汉族,初中文化,务工,户籍地湖南省××市××区福善巷8号,暂住上海市××区××路××坊。因本案于2011年1月16日被刑事拘留,同年1月27日被取保候审。

原审被告李××,男,1989年2月3日出生,汉族,初中文化,务工,户籍地湖南省××县××号,暂住上海市××区××路××号202室。因本案于2011年1月16日被刑事拘留,同年1月27日被取保候审。

上海市××区人民法院审理上海市××区人民检察院指控被告人刘××、吴××、荣××、李××犯销售假冒注册商标的商品罪一案,于2011年7月15日作出(20××)×刑初字第××号刑事判决,原审被告刘××不服,提出上诉。本院依法组成合议庭,公开开庭审理了本案,上海市人民检察院××分院派检察员穆××出庭履行职务,上诉人刘××及其辩护人魏建平、原审被告吴××、荣××、李××到庭参加诉讼。审理期间,辩护人及上海市人民检察院××分院分别提出延期审理建议,本院予以同意,本案现已审理终结。

原审法院判决认定:

2010年8月初起,被告人刘××先后雇用被告人吴××、荣××、李××,在本市××路99号手机市场8楼2号摊位销售假冒“苹果”牌手机,6楼30号作为存放仓库,其中,被告人刘××负责进货,结账等,被告人吴××负责摊位内销售,被告人荣××负责假冒手机的售后维修,被告人李××负责仓库等杂务。

2011年1月16日,上海市工商行政管理局××分局检查支队在上述摊位和仓库检查时查获假冒“苹果”牌电子产品及四名被告人移送上海市公安局××分局,经上海市××区物价局鉴定,上述被扣扣的手机均系假冒注册商标的商品,于估价鉴定基准日被侵权产品市场价为人民币6979555元,另查明,被告人刘××曾于2010年1月10日因销售假冒注册商标的商品行为被上海市工商行政管理局××分局行政处罚罚款人民币60000元。

原审法院认定以上事实的证据包括:

1. 上海市公安局××分局制作的《扣押物品、文件清单》及经被告人刘××确认的店铺和被扣押物品的照片;
2. 上海××知识产权服务有限公司提供的苹果电脑贸易(上海)有限公司的授权委托书和商标注册材料、苹果电脑贸易(上海)有限公司出具的《鉴定证明》和《价格参考》等;
3. 上海市××区物价局《物品财产估价鉴定结论书》;
4. 上海市工商行政管理局××分局制作的《涉嫌犯罪案件移送书》、《现场笔录》、询问(调查)笔录、《实施行政强制措施通知书》、《财物清单》和《扣留财物专用收据》;
5. 上海市工商行政管理局××分局《行政处罚决定书》;
6. 被告人刘××、吴××、荣××、李××的供述。

原审法院认为:

被告人刘××、吴××、荣××、李××为牟取非法利益,

销售明知是假冒注册商标的商品，待销售金额数额巨大，其行为均已构成销售假冒注册商标的商品罪，依法应予惩处。本案被查获的侵权产品没有标价，被告人也未能提供销售账册等证据来证实其实际销售价格，根据相关司法解释，应按照被侵权产品的市场中间价格计算，现上海市××区物价局对本案侵权产品所作出的价格鉴定，符合规定，予以确认。但在量刑时结合假冒产品的市场销售情况予以综合考虑。被告人刘××、吴××、荣××、李××已经着手实行犯罪，由于意志以外原因而未得逞，系犯罪未遂，依法可以比照既遂犯减轻处罚。被告人刘××在共同犯罪中起主要作用，系主犯；被告人吴××、荣××、李××在共同犯罪中起次要作用，系从犯，依法应当减轻处罚。四名被告人到案后能如实供述自己的罪行，可以依法从轻处罚。被告人刘××曾因销售假冒注册商标的商品行为被行政处罚，现又销售假冒注册商标的商品构成犯罪，主观恶性程度较深，且待销售金额数额巨大，故不适用缓刑。

据此，依照《中华人民共和国刑法》第二百一十四条，第二十三条，第二十五条第一款，第二十六条第一、四款，第二十七条，第六十七条第三款，第七十二条第一、三款，第七十三条，第五十三条，第六十四条以及《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》第二条第二款，《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（二）》第三条第一款第（一）项等规定，判决：

一、被告人刘××犯销售假冒注册商标的商品罪，判处有期徒刑一年六个月，罚金人民币五万元；

二、被告人吴××犯销售假冒注册商标的商品罪，判处有期徒刑八个月，缓刑一年，罚金人民币八千元；

三、被告人荣××犯销售假冒注册商标的商品罪，判处拘役六个月，缓刑六个月，罚金人民币四千元；

四、被告人李××犯销售假冒注册商标的商品罪，判处拘役五个月，缓刑五个月，罚金人民币三千元；

五、查获的假冒注册商标的商品等均予以没收。

原审被告人刘××以原审判决对侵权产品的市场价格认定错误，以及其犯罪情节轻微、社会危害性不大等为由，提起上诉，请求对其适用缓刑。

上诉人刘××的辩护人认为，刘××犯罪情节轻微、认罪态度较好，且家庭困难，对其适用缓刑的社会效果会更好。

原审被告人吴××、荣××、李××对原审判决没有意见。

二审审理过程中，上诉人刘××提出，其具有立功情节，请求依法从轻或减轻处罚。其辩护人提出相同的意见，请求法院予以查证，并对刘××依法从轻或减轻处罚。

上海市人民检察院××分院认为：原审认定被告人刘××销售假冒注册商标的商品的犯罪事实清楚，证据确实、充分，但鉴于刘××具有检举揭发他人犯罪行为的立功表现，建议依法判决。

本院经审理查明的事实和证据与原判相同。

本院认为，上诉人刘××以及原审被告人吴××、荣××、李××以营利为目的，销售明知是假冒的“苹果”牌手机，其行为已构成销售假冒注册商标的商品罪，应依法予以惩处。本案查获的侵权产品尚未销售，故原审法院以被侵权产品的市场中间价格为标准，来确定本案的非法经营数额，于法有据。本案中，因上诉人刘××及原审被告人吴××、荣××、李××的行为属犯罪未遂，原审法院依法比照既遂犯减轻处罚，本院对此予以确认。

本案二审期间，上诉人刘××检举揭发他人犯罪行为的情

况查证属实,应认定为具有立功表现。根据刘××的犯罪事实及具有立功表现等具体情况,可对其从轻处罚,并予以缓刑考验。

据此,依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第(二)项、《中华人民共和国刑法》第六十八条、第七十二条第一款、第三款、第七十三条第二款、第三款的规定,判决如下:

一、维持上海市××区人民法院(20××)×刑初字第40号刑事判决的第二、三、四、五项,即被告人吴××犯销售假冒注册商标的商品罪,判处有期徒刑八个月,缓刑一年,罚金人民币八千元;被告人荣××犯销售假冒注册商标的商品罪,判处拘役六个月,缓刑六个月,罚金人民币四千元;被告人李××犯销售假冒注册商标的商品罪,判处拘役五个月,缓刑五个月,罚金人民币三千元;查获的假冒注册商标的商品等均予以没收。

二、撤销上海市××区人民法院(20××)×刑初字第40号刑事判决的第一项,即被告人刘××犯销售假冒注册商标的商品罪,判处有期徒刑一年六个月,罚金人民币五万元。

三、上诉人刘××犯销售假冒注册商标的商品罪,判处有期徒刑一年三个月,缓刑一年六个月,罚金人民币五万元。

(缓刑考验期限,从判决确定之日起计算,罚金自本判决发生法律效力之日起十日内向原审法院缴纳。)

本判决为终审判决。

审 判 长 ×××

审 判 员 ×××

代理审判员 ×××

二〇〇×年×月×日

书 记 员 ×××

附:相关的法律条文

一、《中华人民共和国刑事诉讼法》

第一百八十九条 第二审人民法院对不服第一审判决的上诉、抗诉案件,经过审理后,应当按照下列情形分别处理:

.....

(二) 原判决认定事实没有错误,但适用法律有错误,或者量刑不当的,应当改判;

.....

二、《中华人民共和国刑法》

第六十八条 犯罪分子有揭发他人犯罪行为,查证属实的,或者提供重要线索,从而得以侦破其他案件等立功表现的,可以从轻或者减轻处罚;有重大立功表现的,可以减轻或者免除处罚。

第七十二条 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。

.....

被宣告缓刑的犯罪分子,如果被判处附加刑,附加刑仍须执行。

第七十三条

有期徒刑的缓刑考验期限为原判刑期以上五年以下,但是不能少于一年。

缓刑考验期限,从判决确定之日起计算。

【辩护词】

刘××销售假冒注册商标的商品罪案二审辩护词

尊敬的审判长、审判员:

上海汇鼎律师事务所接受上诉人刘××的委托,指派魏建平律师为其辩护人。接受委托后,我们会见了上诉人,对本案所涉情况进行了必要的了解,查阅了卷宗,参加了今天的庭审,根据查明的事实,对本案提出以下辩护意见,请合议庭予以采纳:

一、辩护人认为本案中起诉书和公诉人认为对上诉人刘××的行为应根据《刑法》第二百一十四条之规定追究刑事责任,对一审法院认定上诉人刘××构成销售假冒注册商标的商品罪,基本没有异议。

二、现对上诉人刘××构成销售假冒注册商标的商品罪一案的量刑提出以下辩护意见:

1. 上诉人犯罪情节轻微、认罪态度较好。一审判决认定上诉人属于犯罪未遂,结合本案所涉及的假冒注册商标的商品未实际流向市场,未实际对社会产生危害,上诉人在一审中自愿并如实供述了自己的行为,积极筹借缴纳了罚金,并在一审庭审中自愿认罪等情况,充分反映了上诉人的犯罪情节轻微,认罪态度较好,具有积极悔改表现,上诉人已经认识到了自己行为的后果,刑罚的惩罚和教育功能已经实现。

2. 本案上诉人犯罪主要的原因是上诉人的无知。上诉人仅有初中文化,辩护人在会见他时,问他:“知道什么是商标,什么是知识产权吗?”他说以前真不知道,也没有听说过,更不知

道这几个字如何写,现在经过这次深刻而又沉痛的教训,他已经牢牢记住了,也深刻理解了商标、知识产权这些术语的意思,深深体会到了学习的重要性。这再次说明本案中刑罚的针对性教育功能也已经实现。

3. 本案上诉人不但要接受刑事处罚,还要承担巨大的经济压力,这对上诉人的教训是终生的。辩护人会见上诉人时了解到,货物手机已经被没收,但上诉人购进这些货物所支付近 20 万的款项已经无法索回,加上上诉人缴纳罚款,合计达到了 25 万多元。这 25 万多元钱款,都是上诉人多方借款筹集而来,辩护人在会见上诉人时,看到上诉人痛悔不已,希望能够得到法院宽大处理,通过合法劳动,偿还所欠债务。这让辩护人觉得上诉人是一个老实、本分、负责任的人,是对社会有益无害的人,也充分说明上诉人已经承担了自己行为的后果,刑罚的惩罚功能已经再次实现。

4. 上诉人家境状况堪忧:辩护人了解到,上诉人父母是知青,父亲早年已过世,母亲患有老年痴呆症,另还有两个 15 岁孩子在上学,其中一个患有语言障碍,上诉人本人身体状况极差,腰椎间盘突出,患有肝炎尚在治疗中,每天都要吃药。作为家中主要的劳动力和家庭支柱,上诉人被限制人身自由后,最大的问题是 64 岁的痴呆母亲和 15 岁智障孩子无人照料。现在,家庭所有负担都只能落在其身体也欠佳、瘦弱的老婆一个人身上,导致生活困难,家庭濒临破碎。上诉人也已经充分意识到自己的行为给上诉人及家庭带来的后果是十分严重的,其教育意义是更加深远的。

可以看出,上诉人刘××已经承受了其行为的必然后果,刑罚的教育和惩罚功能均已经体现,而如果将其判处实刑,继续羁押,势必将使其家庭处于生存危机中,也可能因刑罚而致

其更加贫穷,对上诉人的心态也有负面的影响,其教育和惩罚效果未必更加有效。我们知道,家庭是社会的细胞,而我们的生活理念等最初也是在家庭氛围中形成的,每个家庭都过得好,社会也就稳定和和谐了。

综观本案,辩护人认为,对上诉人处以缓刑比处以实刑其社会效果要更加好,刑法的惩罚和教育目的也会体现得更加好。因此恳请二审法院对上诉人处以缓刑,给上诉人一个改过自新的机会,挽救一个家庭,为社会的和谐作出法律框架下的贡献。

以上辩护意见请法庭予以考虑。

辩护人:上海汇鼎律师事务所

魏建平律师

二〇一〇年八月二十四日

【辩与不辩】

《中华人民共和国刑法》第二百一十四条规定:“销售明知是假冒注册商标的商品,销售金额数额较大的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;销售金额数额巨大的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。”上诉人刘××的行为无疑构成了销售假冒注册商标的商品罪,且涉案金额达690多万元,属于数额巨大。而根据《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(二)》第三条第一款第(一)项的规定:“侵犯知识产权犯罪,符合刑法规定的缓刑条件的,依法适用缓刑。有下列情形之一的,一般不适用缓刑:(一)因侵犯知识产权被刑事处罚或者行政处罚后,再次侵犯知识产权构成犯罪的。”一审法院虽然考虑

了刘××到案后如实供述和未销售库存手机构成犯罪未遂,但依法未认定可以使用缓刑。从一审的情况看,确实刘××也不符合适用缓刑的规定。

而要为刘××争取缓刑,则必须要找到突破口和有利的证据。

本案二审首次开庭时,上诉人刘××当庭提到市场上现在做山寨手机的人很多,但没有具体说清楚,辩护人发问也说具体不清楚,但刘××始终重复说市场上很多。

首次开庭结束后,辩护人紧急到看守所会见,希望其考虑提供线索举报,如果可以查证属实,将构成立功或重大立功,案件的判决结果将会非常有利于刘××,但其因顾虑怕举报后会受到打击报复,不肯说出线索,不肯举报。辩护人回来和其家人如实沟通了情况,其家人向辩护人说明了家庭等情况,希望辩护人能够说服刘××。后我作为辩护律师出于职责和良心,顶着高温和烈日,三次会见上诉人,苦口婆心地和其说明情况,打消其顾虑,刘××终于在看守所写下了实名举报的线索材料,拿到该材料,我飞速赶往法院,提交给了主审法官,并于次日申请法院延期审理,合议庭经评议后将举报材料转公安机关进行调查,经过三个多月的等待和数次的延期审理申请,甚至请求检察院也向法院提出了延期审理申请。

就在几乎要绝望的时候,调查有了峰回路转的结果,刘××检举揭发他人犯罪行为的情况查证属实,应认定为具有立功表现。

根据刘××的犯罪事实及立功表现等具体情况,法院认定了可对其从轻处罚,并予以缓刑考验。此时,作为辩护人的我终于松了一口气。

本案中,辩护律师正是从庭审中找到了突破口,实现了依

法为当事人争取辩护利益的目的。如果没有辩护律师丰富的庭审经验,从当事人刘××的庭审回答问题中注意到细节,如果辩护律师没有从刘××当庭提到市场上做山寨手机的人很多这一线索细挖,如果没有辩护律师数次苦口婆心的劝说刘××,打消他的顾虑,就可能无法实现法院最终认定刘××立功的可能,缓刑也可能就擦肩而过了。

辩与不辩,辩的可能就是细节,而充分抓住细节的辩,就可能实现结果的变。因辩而变,展示的则是律师的功底。

【律师感悟】

我们在任何情况下,都要稳得住心神,管得住行为,守得住清白,经得起诱惑,耐得住寂寞。

律师这个职业,为委托人服务,行走在百姓中间,上至高官、富翁,下至黎民百姓、乞丐,对社会的冷暖和百姓的期盼有着独有的深刻体会,切实感受着百姓“急啥愁啥”,真所谓“知屋漏者在宇下,知政失者在草野”。

而在本案的辩护中,我曾听到一个细节,说被告人在一审的庭审中,针对一些事实细节内容做了自行辩解,结果被合议庭认为认罪态度不好,有翻供的嫌疑。这恰恰反映了现在刑事案件辩护中律师辩护的必要性,因为往往被告人的自行辩解(辩护),大多会被定性为翻供或者不如实供述,也可能被认为是认罪、悔罪态度不好。因此做了这么多年的刑事辩护人,我知道他辩胜于自辩,律师辩护更胜于任何辩护(自辩或者非律师辩护人辩护)。律师辩护会有极大可能被认真听取认可,因为代表第三只看案情,尤其是刑辩律师专业、智慧的辩护,更具有实用性。

另一方面,做刑事辩护律师对委托人来说得靠得住、对法

律来说得有本事且过的硬,才能在刑事辩护中立足。具体而言有以下两点:

1. 律师是一个细节决定成败的职业。

2. 当事人需要信任律师才能获得辩护利益,因为不彻底了解证据事实,就没有太大的辩护空间;不彻底了解当事人的想法,就没有办法了解犯罪的主观方面;没有办法了解犯罪的主观方面,即使完全站在嫌疑人的角度,也无法解释其诉求的合理性。

成功的辩护,在律师看来是比预想的结果要轻;但对当事人来说,是要没有预想的惩罚,或者完全无处罚。多年的刑事辩护经验告诉我,我们刑事辩护律师必须在接受辩护委托时说清楚利害关系和结果的多种可能性,但要全力以赴争取最好的结果,只要不触犯法律的底线就应当坚持到底。