

第十七届“理律杯”全国高校模拟法庭竞赛

辩 护 词

上诉人：李小可

第 12 号参赛队呈递

第一部分 本案事实	2
第二部分 辩护意见	4
一、上诉人李小可在侦查阶段的供述应当依法排除	4
(一) 李小可的讯问笔录应依法适用瑕疵补正规则	4
(二) 李小可侦查阶段的供述应依法适用非法证据排除规则	4
1. 李小可在侦查阶段遭受了非法拘禁与疲劳审讯.....	4
(1) 非法拘禁的相关事实.....	4
(2) 疲劳审讯的相关事实.....	5
(3) 疲劳审讯的判断标准.....	5
2. 证据合法性的举证责任由检方承担.....	6
3. 该供述依《排除非法证据规定》及《防范冤假错案意见》可直接排除....	7
4. 该供述依《刑事诉讼法》第 56 条可严格排除.....	7
(1) 疲劳审讯属变相刑讯逼供.....	7
(2) 本案中非法取证手段已与刑讯逼供相当.....	7
(3) 应适用刑诉法 56 条予以严格排除.....	8
二、金州海关出具的《情况说明》与《核定证明书》不能作为定案依据	8
(一) 《情况说明》不具有合法性	8
1. 《情况说明》不具有形式合法性.....	8
(1) 《情况说明》不是法定的证据种类.....	8
(2) 《情况说明》不符合法定的形式要求.....	9
(二) 《核定证明书》不具有合法性	9
三、上诉人李小可的行为不构成走私普通货物罪	9
(一) 上诉人李小可的行为并未造成客观危害结果	9
1. 《情况说明》与《核定说明书》不能证明涉案设备不应当免税.....	10
2. 一审判决混淆应当免税与落实免税的概念.....	10
3. 无证据证明其他 4 套设备应当按 10%的税率缴税	10
(二) 李小可不具有犯罪的主观罪过	11
1. 一审判决对李小可具有走私故意的认定事实不清、证据不足, 不能认定走私故意.....	11

2. 李小可并未意识到行为的危害结果和社会危害性，不存在走私的故意...	11
四、量刑意见	12
(一) 李小可系自首	12
1. 李小可具有自动投案的行为.....	12
2. 李小可供述了其涉案的行为.....	13
(二) 李小可具有多项酌定量刑情节	13
1. 李小可主观恶性较小.....	13
2. 李小可的再犯可能性较小.....	13
第四部分 本案的思考	14
第五部分 附件	16

上诉人：李小可，男，1969年8月5日出生，身份证号码：340101XXXXXXXXXXXX，汉族，本科毕业，文汇公司法定代表人兼总经理。

辩护人：XXX 正大律师事务所合伙人、律师

律师事务所地址：金州市湖畔大道3号中原大厦C座3层333室 联系电话：XXXXXXXX

辩护人：XXX 正大律师事务所律师

律师事务所地址：金州市湖畔大道3号中原大厦C座3层333室 联系电话：XXXXXXXX

尊敬的审判长、审判员：

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第33条和《中华人民共和国律师法》第25条之规定，正大律师事务所接受本案上诉人李小可的委托，指派XX律师和XX律师担任本案辩护人，依法参与本案的诉讼活动。

接受委托后，辩护人依照法定的程序与职责，认真查阅了本案卷宗材料，依法多次会见了上诉人，同时对与本案有关的证据材料进行了必要的调查与搜集，反复研究了有关法律、法规和司法解释的适用问题，对本案案情有了比较全面、客观的了解。现本着依法辩护的原则与对当事人高度负责的态度，发表以下辩护意见。

上诉人及辩护人认为，一审法院判决李小可构成走私普通货物罪，认定事实不清、证据不足，且适用法律错误，现请求依法撤销海西省金州市中级人民法院于2016年11月7日做出的（2014）金刑一初字第40号刑事判决，并改判李小可无罪。

根据一审判决法律以及对本案所涉罪名的规定，辩护人将本案的争议焦点总结为如下三点：

- 一、李小可在侦查阶段所作供述是否应当排除；
- 二、金州海关出具的相关情况说明能否作为定案依据；
- 三、李小可是否构成走私普通货物罪。

针对上述争议点，辩护人依据事实及相关法律，遵循独立辩护的原则，将辩护意见分述如下，希望合议庭予以考虑：

一、李小可在侦查阶段所作之供述系以非法手段取得，且笔录存在巨大瑕疵，应当予以排除，不得作为定案依据；

二、金州海关出具的相关情况说明与核定证明书不具备合法性，因而不具有证据资格，得作为定案依据；

三、李小可并不具备走私的主观故意，且一审判决对此之认定事实不清、证据不足；

四、涉案设备应当免税，李小可并未侵犯国家税收管理秩序且未造成危害结果。

第一部分 本案事实

2008年底，海西省文汇进出口有限公司（以下简称文汇公司）承揽海西顺成焦煤有限公司（以下简称顺成公司）从美国进口的TITAN130焦炉煤气燃气轮机发电机组的报关业务。

2009年1月7日，文汇公司以原始、真实的合同及报关单证向汝阳海关进行申报，并以担保方式申请办理免税手续。海关经审核后对文汇公司的担保申请予以批准，并要求其以银行保函的方式按10%的税率提供担保。文汇公司按要求提供了担保。

2009年1至3月，文汇公司代理顺成公司向海西省发改委、国务院发改委逐级上报免税申请。

2009年3月12日，该项目取得了国家发改委出具的《国家鼓励发展的内外资项目确认书》（以下简称《确认书》），该《确认书》同意顺成公司进口的两套机组可以申请办理免税手续。随后，文汇公司按程序向汝阳海关提交了免税申请，请求为前述第一套设备办理免税通关。

2009年3月12日至9月23日，汝阳海关一直未按正常程序做出决定。在此期间，汝阳海关提出该进口项目属于低热值燃气轮机，不属于可以免税的项目，应按照3%的税率纳税。文汇公司认为设备依法应当免税，如按照海关要求改单，将不能享受免税政策。

2009年7月9日，文汇公司代理顺成公司向中国机械工业联合会（以下简称中机联）提交了《关于进口焦炉煤气燃气轮机发电机组的问题请示》，请求中机联认可焦炉煤气燃气轮机发电机组与传统火力发电机存在明显不同，不属于《国内投资项目不予免税的进口商品目录（2008年调整）》（以下简称2008版《不免目录》）的范围。

2009年8月、9月份某日，李小可到汝阳海关综合业务科科长杨某生宿舍聊天，表达了对免税手续迟迟办不下来的担忧。杨某生建议李小可尝试将涉案设备按“燃气轮机”（按3%收税）的品名报关。

2009年9月17日，中机联出具了《关于对焦炉煤气燃气轮机发电机组技术鉴定的意见》（以下简称《技术鉴定意见》），载明“焦炉煤气燃气轮机发电机组是由燃气轮机和发电机组两部分组成，核心为燃气轮机，进口设备特性应参照燃气轮机的商品属性。”汝阳海关要求文汇公司改单。

2009年9月23日，文汇公司按照要求提交了《进出口货物报关单修改撤销申请表》，将商品名称由“焦炉煤气燃气轮机发电机组”改为“焦炉煤气燃气轮机机组”。汝阳海关经三级审批同意后按3%税率对该进口项目征税。

2009年7月至2011年，文汇公司又代理了顺成公司进口的第二套燃气轮机发电机组设备，以及海西鑫磊梅花集团诚晨焦化有限公司（以下简称诚晨公司）、海西利源煤焦集团有限公司（以下简称利源公司）各两套焦炉煤气燃气轮机发电机组设备。在请示汝阳海关后，以上设备均按照“焦炉煤气燃气轮机机组”归类申报，汝阳海关在审单、查验后均按照3%的税率征税。

2013年11月29日，金州海关缉私局立案并制作《立案决定书》与《受案登记表》。同年12月7日下午14时30分左右，李小可经传唤主动到案说明情况，并被限制人身自由至12月9日，期间遭受长时间的疲劳审讯。12月10日，金州海关缉私局出具《拘留证》，12月26日，金州海关缉私局提请金州市人民检察院批准逮捕。

2014年1月10日，金州市人民检察院做出《不批准逮捕决定书》，同日李小可被取保候审。随后，金州海关缉私局多次向金州市人民检察院申请复议。2014年9月12日，海西省金州市人民检察院向海西省金州市中级人民法院提起公诉。2016年11月7日，李小可因走私普通货物罪被判处有期徒刑12年。

为方便合议庭理解上述事实，现将案件事实整理如下：

2008 年底

文汇公司承揽顺成公司两套 Titan 大力神 130 炉煤气燃气轮机发电机组报关业务。

2009 年 1 月 7 日

文汇公司以原始合同等材料向汝阳海关进行申报，并以银行担保方式申请办理免税手续。汝阳海关同意给予三个月的期限让文汇公司办理免税手续。文汇公司按照要求提供了 10% 的银行担保。

2009 年 3 月 12 日

文汇公司取得国家发改委出具的《国家鼓励发的内外资项目确认书》，按程序向汝阳海关提交免申请。

2009 年 7 月 9 日

汝阳海关长达 6 个月未按正常程序作出决定。文汇公司向中机联提交鉴定申请。

2009 年 9 月 17 日

中机联出具鉴定意见，认为进口设备特性应参燃气轮机的商品属性。汝阳海关要求文汇公司改单

2009 年 9 月 23 日

文汇公司按照要求提交了《改单申请》，将商品名称由“焦炉煤气燃气轮机发电机组”改为“焦炉煤气燃气轮机机组”。汝阳海关经三级审批意后按税率 3% 征税。

2009 年至 2011 年

文汇公司代理顺成公司的第二套设备，以及诚公司 2 套、利源公司 2 套焦炉煤气燃气轮机发电设备。请示海关后，以上设备均按照“焦炉煤气燃气轮机机组”归类申报，汝阳海关在审单、查验后均照 3% 的税率征税。

2013 年 12 月 10 日

文汇公司负责人李小可因涉嫌走私普通货物罪被金州市海关缉私局正式拘留。

2014 年 2 月 8 日

金州市人民检察院决定逮捕李小可。

2014 年 9 月 12 日

金州市人民检察院向海西省金州市中级人民法院提起公诉。

2016 年 11 月 7 日

金州市中级人民法院判处李小可有有期徒刑。李小可不服提起上诉。

第二部分 辩护意见

一、上诉人李小可在侦查阶段的供述应当依法排除

（一）李小可的讯问笔录应依法适用瑕疵补正规则

根据2012年《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《刑诉法解释》）第82条之规定，讯问笔录填写的讯问时间、讯问人、记录人、法定代理人等有误或者存在矛盾的，未经补正或合理解释不得作为定案的根据。¹

李小可在侦查阶段所作供述均由案卷材料第二部分第一组的讯问笔录记载，该讯问笔录出现了多处严重瑕疵：第一，第一份讯问笔录仅仅记载了李小可经传唤后的到达时间，却未记载其离开时间。第二，第一组证据材料中第四次讯问笔录显示，该次讯问的侦查员在笔录开头为金州海关缉私局侦查处张三、李四，但笔录落款处侦查员签名者却为王五、赵六，前后出现严重矛盾。

辩护人认为，前述证据之瑕疵严重影响李小可供述的真实性与合法性。第一，李小可的离开时间作为证明讯问的总时长的重要依据，却在第一份讯问笔录上显示为空白，使得讯问总时长无法确定。第二，讯问人与侦查员签字不一致使得第四次讯问的讯问人无法确认，存在侦查人员伪造笔录的重大隐患。

基于此，上述讯问笔录存在技术性瑕疵，虽然与非法证据相比违法性较弱，但足以证明金州海关缉私局在讯问笔录的制作过程中未严格按照法律规定，令人怀疑侦查过程的合法性与规范性。根据《刑诉法解释》第82条及《严格排除非法证据规定》第7条之规定，检察员理应对前述瑕疵进行补正或做出合理解释，以确认该讯问笔录取得过程的合法性以及口供的真实性，否则合议庭应当依法将该笔录予以排除，不得将其作为定案依据。

（二）李小可侦查阶段的供述应依法适用非法证据排除规则

与瑕疵证据补正规则不同，非法证据排除规则所调整的是严重侵犯公民基本权利的重大违法行为。此种违法取证行为违反了宪法和基本法律，严重侵害公民的宪法权利及最基本、重要的诉讼权利，并且违法程度不是一般或轻微程度的技术性违法，而是侵害基本人权的严重违法。²辩护人认为，李小可在侦查阶段的供述系侦查人员使用非法手段取得，应当依法予以排除。

1. 李小可在侦查阶段遭受了非法拘禁与疲劳审讯

（1）非法拘禁的相关事实

根据《刑事诉讼法》第119条之规定，对犯罪嫌疑人的传唤，持续的时间不得超过12小时；案情特别重大、复杂，需要采取拘留、逮捕措施的，传唤、拘传持续的时间不得超过24小时。又根据《严格排除非法证据规定》第4条之规定，采用非法拘禁等非法限制人身自由的方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述，应当予以排除。

据案卷材料第二部分第一组证据讯问笔录及第三组证据侦查卷宗之记载：

第一，李小可于2013年12月7日14时30分经口头传唤，主动到金州海关缉私局说明情况；³

第二，至2013年12月10日10时，金州海关缉私局才向李小可出具拘留证并使其签名、捺印；⁴

¹“讯问笔录有下列瑕疵，经补正或者作出合理解释的，可以采用；不能补正或者作出合理解释的，不得作为定案的根据：（一）讯问笔录填写的讯问时间、讯问人、记录人、法定代理人等有误或者存在矛盾的；”。

²参见杨宇冠、戴莹：《非法证据排除规则的界碑》，载《证据学论坛》2012年第17卷。

³参见案卷材料第二部分第三组证据第1页（案卷材料第26页）金州海关缉私局侦查处出具之《情况说明》。

⁴参见案卷材料第二部分第三组证据第2页（案卷材料第27页）金州海关缉私局侦查处出具之《拘留证》

第三，对李小可的讯问发生在2013年12月8日21时15分至12月9日13时38分期间。⁵

上述证据显示，在12月7日14时30分至12月10日10时的67小时30分钟内，金州海关缉私局对于李小可的传唤早已超过了法律规定的最高24小时限制，在其于12月8日21时遭受讯问之前，也有超过30小时没有任何讯问发生。因此，上诉人和辩护人共同主张，李小可在被讯问前人身自由遭到金州海关缉私局的非法限制，12月8日14时30分以后所形成的供述皆系李小可在非法拘禁状态下作出。

（2）疲劳审讯的相关事实

第一，从讯问时长看，本案讯问笔录显示，李小可共经历四次讯问，分别为12月8日21时15分至12月9日00时15分（共3小时）；9日00时25分至04时25分（共4小时）；9日05时至08时（共计3小时）；9日09时59分至13时38分（共3小时39分），净讯问时长高达13小时39分钟，每次讯问间隔不超过2小时（且前三次讯问间隔皆不超过35分钟）。

根据《最高人民检察院刑事诉讼规则》第80条之规定，两次讯问间隔应不少于12小时，故应当认定该四份笔录系连续讯问所得，而非多次讯问的结果。在如此短暂的间隔期间，李小可不可能得到充足的休息，且处在极度的紧张和压力之中。又因笔录瑕疵，无法显示李小可于何时离开审讯室，故上诉人与辩护人共同认为，在12月8日21时15分至12月9日13时38分间，李小可从未离开审讯室，处于紧张和高压状态，其审讯时长应按16小时23分钟计算，而其中有8小时45分钟属于午夜（8日21时15分至9日06时）。

第二，从讯问方式看，侦查机关在讯问中采用了“车轮战”和限制李小可睡眠的讯问方法。在案证据显示，长达16小时的连续夜间讯问中，对李小可讯问的侦查员在第一、第二份笔录中为张三、李四，在第三份笔录中更换为王五、赵六。由于第四份笔录的瑕疵，该时段进行讯问的侦查人员无法确定，但可以肯定的是侦查人员在讯问期间“轮流讯问”，使李小可遭受了巨大的身心压力。

第三，从讯问笔录内容看，讯问笔录存在讯问时间较长但内容却极短的情形。在案证据显示，第三份讯问笔录记载的讯问长达3小时（12月9日5时至当日8时），笔录内容却只有不到2页纸，且其中一半以上为程序性记载与权利宣告，辩护人认为上述情形足以令人怀疑侦查人员在讯问时刻意减少了笔录记载的实际内容。

（3）疲劳审讯的判断标准

疲劳审讯是指对犯罪嫌疑人或被告人长时间的、剥夺其正常休息与睡眠权利的讯问。疲劳审讯虽然不像殴打、吊绑等直接作用于嫌疑人身体的肉刑那么具有外显性，但严重侵害嫌疑人休息、饮食的基本权利，使其遭受难以忍受的痛苦，极不利于司法公正与嫌疑人的人格尊严的保障。目前，我国法律法规对疲劳审讯并没有做出明确的规定，基于此现状，学界提出了不同的判断标准，⁶而其中，审讯时长和夜间讯问是判断是否构成疲劳审讯的重要因素。

第一，关于审讯时长。

对于审讯达多少时间构成疲劳审讯，学界与实务界皆未达成统一的意见。有学者认为，午夜之后的和持续16小时以上的审讯应当认定为疲劳审讯并适用绝对排除规则，16小时以下及午夜之前的审讯应当交由法官自由裁量决定是否排除；⁷另有学者认为应以12小时为准；亦有学者认为，连续讯问超过24小时应被认定为疲劳审讯，而必要休息时间应结合被讯问者的要求和《最高人民检察院刑事诉讼规则》所规定之12小时拘传间隔而定；⁸在实务见解中各地法院判决不一，出现了12小时、16小时、24小时等不同的规则认定。

第二，关于夜间讯问。

⁵参见案卷材料第二部分第一组证据（案卷材料第2~19页）。

⁶参见易延友：《疲劳审讯的认定与界定——以817个实务案例为基础的展开》，载《政法论坛》2019年第2期、董坤《论疲劳审讯的认定及其所获证据之排除》，载《现代法学》2017年第3期。

⁷参见易延友：《疲劳审讯的认定与界定——以817个实务案例为基础的展开》，载《政法论坛》2019年第2期。

⁸参见董坤《论疲劳审讯的认定及其所获证据之排除》，载《现代法学》2017年第3期。

是否存在夜间讯问亦是判断是否构成疲劳审讯的重要标准，从人的生理和心理需求来看，夜间是正常人休息的时间。在夜间进行讯问，本就容易让人在生理上感到疲倦、精神恍惚、神志不清，随着困倦的来临，人也容易违背意愿做出供述。多数学者认为，“夜讯禁止”，即禁止在午夜（当日20时至次日6时）讯问被告人应当成为一项绝对排除规则，或同意将其作为判断是否构成疲劳审讯的重要参考，⁹这一点为部分实务判决所认同。¹⁰此外，这一原则也为我国台湾地区所认可。¹¹

第三，其他参照事实。

在司法实践中除了审讯时长及夜间讯问外，还有其他标准可以作为参考，¹²如嫌疑人是否表明其在侦查阶段曾受过疲劳审讯；根据出示的录音录像，看被讯问人神情是否自然，思维是否清晰，表达是否流畅，是否满足一般人智识上的精神状态良好；是否有入所体检表；所得供述能否与其他证据相印证以及讯问笔录中是否有允许其休息、饮食的记载等。¹³

辩护人认为，将连续讯问16小时以及在午夜进行讯问作为严格排除标准符合《刑事诉讼法》第119条保证犯罪嫌疑人的饮食和必要的休息时间的立法目的，这是因为：第一，非法证据排除规则的立法目的主要在于保障被讯问人的合法权利，而其产生作用的主要方式为通过排除非法手段取得的证据来对公安机关和检察机关产生“吓阻”效果，将明确的审讯时长和情形作原则上的排除能够使侦查机关在取证时对后果有较为清晰的预见，更有利于实现前述立法目的；第二，保障被讯问人每日在夜间至少8小时的睡眠时间，符合一般常识对“合理休息时间”的理解。据此标准，本案侦查机关对李小可进行的讯问当然构成“疲劳审讯”。

2. 证据合法性的举证责任由检方承担

根据《刑事诉讼法》第59条及《严格排除非法证据规定》第31条之规定，对被告人审判前供述的合法性，公诉人不提供证据加以证明，或者已提供的证据不够确实、充分的，则该供述不能作为定案依据。

前述法条明确规定了证明证据合法性之责任在于公诉人，而辩方只需承担初始的推进性证明责任而非提出排除合理怀疑的清晰证据，即用合理陈述、伤痕、验伤报告、证人证言等证据很可能发生过影响证据合法性的事实即可，也即，此处打破了“谁主张，谁举证”的普通证明规则，发生了证明责任倒置。¹⁴

同时，根据《严格排除非法证据规定》第34条之规定，人民检察院提供证据的证明标准必须达到“证据确实、充分”或者“排除合理怀疑”的程度。¹⁵换言之，只要存在“不能排除以非法方法收集证据”的情形，有关证据便应当排除。上述观点为多数学者¹⁶和实务判决所认可。¹⁷

在案证据已经能够明显证实，在李小可经传唤主动到案至被依法拘留期间，滞留时间远超法定的传唤时间上限，且无证据显示其到案后有获得自由与离开海关缉私局的情形，同时其本人亦主张自己遭到了非法拘禁。种种情况不能排除李小可遭受非法拘禁的情形，且所有的供述都发生在该期间之内，故亦不能排除李小可供述来源于非法取证的可能性。根据《刑事诉讼法》第59条和《严格排除非法证据规定》第31条之规定，应当由公诉人承担证明供述取得合法性的责任，若其无法完成证明，则应依《严格排除非法证据规定》第4条将超过规定传唤时间后做出的供述予以排除。

⁹同5、7。

¹⁰参见（2017）粤08刑终8号、（2017）藏01刑初24号判决。

¹¹参见台湾地区“刑事诉讼法”第100条之3。

¹²参见北京市第二中级人民法院（2015）二中刑初字第571号刑事判决书。

¹³同5。

¹⁴参见何家弘、刘品新：《证据法学》2019年版，第320页。

¹⁵参见陈卫东：《2012刑事诉讼法条文修改理解与适用》，2012年版，第10页。

¹⁶参见裴显鼎：《非法证据排除程序适用指南（第二版）》2018年版，第181页、第232页。

¹⁷参见（2013）洪刑二终字第12号刑事裁定书，南昌中院判决“侦查机关以传唤证人为由，将上诉人从住处强行带至办案地点询问调查……上诉人被实际强行滞留的时间超出法律规定，侦查机关亦没有提供相应证据证实此期间取得的上诉人供述系合法取得，不能排除上诉人供述来源于非法取证的可能性。故一审法院认定侦查机关在此期间对龚国强所作笔录应予以排除，符合法律规定”。另外，（2013）皖刑终字第00297号、（2017）藏25刑终7号等诸多判决亦遵循相似的判决逻辑。

基于此，辩护人认为一审法院以“被告人及辩护人并无证据证明本案侦查机关实施了非法剥夺人身自由的行为”为由拒绝辩护人提出的证据排除申请，错误地分配了刑事诉讼的证明责任，适用法律明显错误。

3. 该供述依《排除非法证据规定》及《防范冤假错案意见》可直接排除

对于疲劳审讯与《刑事诉讼法》第56条所称的“刑讯逼供等非法方法”有何关联，有几种不同的观点。第一种观点认为，疲劳审讯和冻、饿、晒、烤一同，属于变相刑讯逼供；第二种观点认为，疲劳审讯是不同于刑讯逼供的违法取证方式，属于《刑事诉讼法》第56条所称的“其他方法”。而对于非法拘禁和疲劳审讯的法律适用问题，实务中也产生了数种不同的路径。辩护人认为，只要判定非法取证的手段构成非法拘禁或疲劳审讯，相应供述就应当排除，而李小可侦查阶段供述系侦查人员使用非法拘禁与疲劳审讯取得，故应当排除，理由如下：

从案件事实上看，第一，李小可在讯问前后遭遇拘禁的67小时远超法定传唤时间24小时，期间人身自由遭受的限制并无法律依据，当然属于《排除非法证据规定》第4条所称的“非法拘禁”之方法。第二，李小可时年44岁，却遭受了侦查机关长达16小时23分钟的连续讯问，其中有8小时45分钟的夜间讯问，足以认定其遭受了《防范冤假错案意见》第8条所称之“疲劳审讯”。

从法律适用上看，根据《排除非法证据规定》第4条之规定，采用非法拘禁等非法方法限制人身自由收集的犯罪嫌疑人、被告人供述，应当排除。又根据最高人民法院《防范冤假错案意见》第8条之规定，采用刑讯逼供或者冻、饿、晒、烤、疲劳审讯等非法方法收集的被告人供述，应当排除。

辩护人认为，只要认定侦查机关采用了非法拘禁或疲劳审讯的非法方法进行取证，据此获得的供述便可依前述法律条文直接排除。这是因为禁止疲劳审讯与非法拘禁的主要目的在于保障犯罪嫌疑人的人格尊严和基本权利不受恣意侵犯，保护其不受不人道或者侮辱性的待遇，¹⁸而并不是为了促进真实的发现，在实践中确立具体的量化标准并搭配绝对排除规则有利于使侦查机关对非法取证的后果更有预见性，从而发挥非法证据排除规则的“吓阻”功能。若拘禁时间超出了法律规定的明确限制、审讯时间过长或剥夺嫌疑人的休息权利，已经可以推定其达到了“肉体或精神上剧烈痛苦”的程度，不需要再交由法官进行个案裁量。

综上所述，李小可于侦查阶段做出的供述应当排除。

4. 该供述依《刑事诉讼法》第56条可严格排除

辩护人还认为，即便不依《防范冤假错案意见》第8条直接排除，而是适用《刑事诉讼法》第56条关于刑讯逼供的判定标准，侦查人员实施的疲劳审讯也使李小可产生了难以忍受的痛苦，达到与刑讯逼供相当的程度，使其不愿供述而供述，因而其供述也可依法予以绝对排除，理由析述如下：

（1）疲劳审讯属变相刑讯逼供

根据《刑诉法解释》第95条之规定，使用肉刑或者变相肉刑，或者采用其他使被告人在肉体上或者精神上遭受剧烈疼痛或者痛苦的方法，迫使被告人违背意愿供述的，应当认定为刑事诉讼法第56条规定的“刑讯逼供等非法方法”。辩护人认为，通过对嫌疑人采取不让其休息、饮食的虐待方式逼取口供与采用暴力殴打嫌疑人逼取口供程度相同，均对嫌疑人身心进行了折磨，使其产生不安恐惧心理，从而不愿供述而做出供述，前者不过是变相的刑讯逼供。

（2）本案中非法取证手段已与刑讯逼供相当

根据司法解释性文件《排除非法证据规定》第2条之规定，判断刑讯逼供是否应当排除需要考虑非法手段是否使嫌疑人遭受难以忍受的痛苦。换言之，非法取证手段需要使嫌疑人遭受难以忍受的痛苦，才能达到与刑讯逼供相当的程度。

¹⁸同7。

对于难以忍受的认定标准，实践中可以按照一般人承受痛苦极限的标准认定。本案中，李小可先是被限制人身自由长达30小时，遭受巨大的心理压力和不安，后于深夜遭受侦查人员“车轮战”式的讯问，时长高达16小时。据笔录记载，讯问期间侦查人员从未询问过李小可是否需要休息与饮食，也并未允许其离开审讯室；李小可供述的内容也从逻辑清晰到描述模糊，可以推测其处于高度精神压力和极度疲劳之中，早已超出了人能够承受的痛苦极限，故本案中的非法取证手段已与刑讯逼供达到相当程度。

（3）应适用刑诉法56条予以严格排除

根据《刑事诉讼法》第56条之规定，采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，应当予以排除。根据文义解释，此处只要判定侦查机关采用了“刑讯逼供等非法方法”的非法取证手段，所得供述便应适用绝对排除规则，而无另行裁量之余地。如上所言，金州海关缉私局使用非法拘禁和疲劳审讯的非法取证方法，使李小可遭遇了难以忍受的痛苦，严重侵害了其宪法权利和基本的人格尊严，李小可侦查阶段所作的供述应当依法予以排除。

二、金州海关出具的《情况说明》与《核定证明书》不能作为定案依据

关于证据的定义，在我国立法主要采用“材料说”，即可用于证明案件事实的材料均为证据。任何证据要转化为法院认定事实的根据，都必须同时具备双重证据资格：一是证明力，二是证据能力。¹⁹证据能力，又称为证据的合法性，即为证据能够转化为定案依据的法律资格。²⁰本案一审判决中，关于认定涉案燃气轮机发电机组应当适用的税率以及偷逃税款数额事实的全部证据为金州海关出具的《情况说明》（关于涉案货物适用的税则号及税率）与《核定证明书》，然该《情况说明》与《核定证明书》不具有证据能力。

辩护人认为，《情况说明》和《核定证明书》无法满足合法性标准，依法应当予以排除，不得作为定案依据。理由如下：

（一）《情况说明》不具有合法性

1. 《情况说明》不具有形式合法性

形式不合法而无证据能力，是我国证据学理论中一个独具特色的核心理论，对司法实务意义重大，该形式合法性要求证据种类与格式必须符合法律规定。²¹

（1）《情况说明》不是法定的证据种类

证据必须符合法定的形式。根据《刑事诉讼法》第50条之规定，法定证据种类包括：物证；书证；证人证言；被害人陈述；犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解；鉴定意见；勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录；视听资料、电子数据。且该条文为封闭式立法，并未设置兜底条款，因此从解释上出发，这一条文通过对证据种类的明文列举，构建了一个相对封闭严格的证据种类体系，凡在《刑事诉讼法》第50条明文规定的八种证据种类之外的证据，皆为形式不合法的证据，不具有证据能力。实践中情况说明的内容来看虽然大多数直接或间接与案件相关，但是其并非法定的证据种类，因而不具备形式合法性。具体分析如下：

首先，书证、物证是以物品或者文字为表现形式的实物证据。其特点是不以人的主观意愿为转移，只以其客观存在来证明案件事实的材料。换言之，物证或书证必须是案发时客观存在的，是对案件情况的直接证明，而不是在侦查阶段甚至诉讼阶段补充出具的。该《情况说明》是金州海关在2014年才出具的，因而不能被归入书证之列。

其次，证人只能是自然人，单位作证不符合法律规定。《刑事诉讼法》第62条第1款规定：“凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。”这里没有明确规定证人是自然人还

¹⁹参见陈瑞华：《刑事证据法》，北京大学出版社2019年版，第119页。

²⁰参见陈瑞华：《刑事证据法》，北京大学出版社2019年版，第136页。

²¹参见万毅：《论无证据能力的证据——兼评我国的证据能力规则》，载《现代法学》第36卷第4期。

是法人，但根据其第2款之规定：“生理上，精神上有缺陷或年幼，不能辨别是非，不能正确表达的人，不能作证人。”显然，自然人才有感官，才能感受和记忆周围的事物；知道案情，才可以作证。同时，证人还须达到一定年龄，生理、精神健全，能够辨别是非和正确表达意思，而具备这些条件的，只能是自然人，不可能是法人。因此，该《情况说明》不能被归入证人证言之列。

最后，鉴定意见是鉴定人运用自己具有的专门知识对案件中专门性问题所进行的分析、鉴别和判断，是一种独立的证据。鉴定意见主要包括法医鉴定、指纹鉴定、笔迹鉴定、化学物品鉴定、精神病鉴定等。鉴定意见的鉴定人不得直接或者间接感知案件情况，应为中立鉴定机关的专业技术人员。涉案情况说明由金州海关关税处出具，并非委托中立的鉴定机构出具。因此，该《情况说明》不属于鉴定意见的范畴。

如前所述，该《情况说明》不属于法定证据种类，不符合证据表现形式的合法性。²²

（2）《情况说明》不符合法定的形式要求

根据《刑诉法解释》第101条之规定，公诉人提交的取证过程合法的说明材料，应当经有关侦查人员签名，并加盖公章。未经有关侦查人员签名的，不得作为证据使用。在本案中，金州海关出具的《情况说明》有盖章无签字，并不符合上述形式要求，不满足证据法定的形式要求。

（二）《核定证明书》不具有合法性

根据《刑诉法解释》第84条第（四）项之规定，应当着重审查鉴定意见的形式要件是否完备，是否注明提起鉴定的事由、鉴定委托人、鉴定机构、鉴定要求、鉴定过程、鉴定方法、鉴定日期等相关内容，是否由鉴定机构加盖司法鉴定专用章并由鉴定人签名、盖章。

具体到本案，《核定证明书》在内容上出现时间矛盾，且不能补正，不符合《刑诉法解释》第85条之规定。根据《核定证明书》中“计核事项”栏显示，该证明书的计核针对“11.29”走私普通货物案。从一审判决书认定的立案登记表等证据中可知，本案的立案时间为2013年11月29日，因此合理推断《核定证明书》中以“11.29”作为本案的立案时间及案号代称。然两份《核定证明书》的签字落款时间皆为2013年10月26日，为正文内容中的“11.29”（也即立案时间）发生前整整1个月又3天。对此，存在有两种可能：一是2013年10月26日时金州海关关税处已事先预知本案立案时间，但此种情况严重违背常理，可信度不足；二来两份《核定证明书》的签字落款及盖章者可能并不知悉正文内容，该《核定证明书》系事后修改伪造而成。因此《核定证明书》内容上存在相互矛盾且不能补正的部分。

综上，案涉《核定证明书》不符合《刑诉法解释》第84条第（四）项对鉴定意见之出具程序合法性的要求，未履行法定手续且出现严重纰漏，合法性严重存疑，故依据《刑诉法解释》第85条第（九）项之规定，应依法排除，不得作为定案依据。

三、上诉人李小可的行为不构成走私普通货物罪

犯罪构成要件，是指犯罪构成中所包含的各种构成要素。作为犯罪构成的基本单元，它是犯罪构成整体的各个有机的组成部分。其作为说明行为的社会危害性程度达到犯罪所必须具备的条件，对于任何犯罪来讲都是不可缺少的条件，如果缺少这些条件，或者根本不构成犯罪，例如缺少罪过；或者不可能达到犯罪的完成形态，例如缺少犯罪结果。同时，犯罪构成要件是由法律明文规定的要素。所谓法律明文规定包括刑法总则的规定、刑法分则的规定，在空白的犯罪构成中还包括其他有关法律的规定。²³本案中，走私普通货物罪犯罪构成要件任一不满足，李小可的行为即不构成走私普通货物罪。

（一）上诉人李小可的行为并未造成客观危害结果

涉案设备应当免税，系海关过错导致涉案设备并未落实免税，李小可的行为并未造成任何国家税款流失。辩护人意见如下：

²²参见陈瑞华：《刑事证据法》（第三版），北京大学出版社2019年版，第138页。

²³参见李永生：《刑法总论》，法律出版社2015年第2版，第89页。

1. 《情况说明》与《核定说明书》不能证明涉案设备不应当免税

第一，诚如上述，《情况说明》与《核定说明书》并不具有合法性，故不能作为证明涉案设备不应当免税的定案依据。

第二，即使《情况说明》与《核定说明书》成为定案依据，也并不能证明涉案设备不应当免税。第一份《情况说明》是金州海关根据海关总署上海归类分中心答复认定该商品应归入税则号 85023900。第二份《情况说明》表明“根据《中华人民共和国海关进出口税则》（2009年）、（2010年）、（2011年）之规定，海西利源焦化有限公司、海西顺成集团煤焦有限公司进口的燃气轮机发电机组应归入‘其他发电机组’类别，编码为 85023900，关税税率 10%。增值税 17%。”可以看到，两份《情况说明》仅根据《进出口税则》认定涉案设备的关税税率，并未考虑涉案设备系国家发改委出具的《确认书》确认的应当免税的进口设备。由此可得，《情况说明》不能证明涉案设备不应当免税。同时，《情况说明》乃《核定证明书》出具之基础，换言之，《核定证明书》仅是建立在《情况说明》认定的关税税率上的具体关税税款的计算方法以及计算结果，并不具有证明涉案设备属性以及关税税率的证明力。

综上所述，《情况说明》与《核定说明书》不能证明涉案设备不应当免税。

2. 一审判决混淆应当免税与落实免税的概念

一般而言，落实免税需要满足三个要件：一是要求设备所属项目是符合《鼓励目录》的国内投资项目；二是要求设备不属于《不免目录》所列商品；三是要求当地直属海关进行免税审批并出具《征免税证明》。具体到本案，本案设备应当免税，未落实免税系海关过错所致。从审批程序上看，汝阳海关既没有根据《进出口货物减免税管理办法》第 14 条之规定于十个工作日之内做出准予免税或者不准予免税的行政决定，²⁴也并未以书面形式向文汇公司说明需要延期的理由，而是以六个月的行政不作为让本应免税的涉案设备处于一种不知能否落实免税的不确定状态。换言之，涉案设备没有落实免税系汝阳海关的过错所导致。

从免税构成上看，是否应当免税，应当抛开形式性的审批程序，只审查涉案设备是否满足实质性要件。第一，根据发改委出具的《确认书》，涉案设备所属项目是符合《鼓励目录》的国内投资项目；第二，根据 2008 版《不免目录》可以得出涉案设备不属于《不免目录》所列商品。故顺成公司的 2 套涉案设备无论是从客观事实上，还是从李小可的主观认识上，都应当免税。

3. 无证据证明其他 4 套设备应当按 10%的税率缴税

第一，一审判决仅通过金州海关出具的《情况说明》与《核定证明书》认定其他 4 套进口设备应当以 10%的关税税率进行缴税，属事实认定不清、证据不足。²⁵辩护人认为，《情况说明》与《核定证明书》不具有合法性，故不应作为定案依据。即使《情况说明》和《核定证明书》可以成为定案依据，也不能证明其他 4 套设备应当以 10%的税率缴税。除《情况说明》与《核定证明书》外，检方并无其他证据能够证明其他 4 套进口设备应当以 10%的关税税率进行缴税；

第二，其他 4 套进口设备具有办理免税手续的可能。其他 4 套进口设备与顺成公司的 2 套进口设备品名相同，均为焦炉煤气燃气轮机发电机组。6 套进口设备的技术规格只是略有差异，并无明显不同。顺成公司的 2 套进口设备已经获得国家发改委出具的《确认书》，故应当认为其他 4 套进口设备也存在获得国家发改委出具《确认书》的较大可能性。同时最后 1 套设备通关的时间为 2011 年 1 月 17 日，通过查阅 2008 版《不免目录》可以得出其他 4 套进口设备不属于 2008 版《不免目录》所列商品，因而其他 4 套设备具有满足免税第一个实质要件的可能性并且满足免税第 2 个实质要件。考虑到文汇公司系沿用顺成公司的 2 套设备的归类模式进行报关，海关在第一套设备中的行政不作为直接造成了李小可的对此种可能性的误判，即若其申请了免税确认书也会在海关滞留拖沓无法办理通关

²⁴ “海关应当自受理减免税审批申请之日起 10 个工作日内作出是否准予减免税的决定。有下列情形之一，不能在受理减免税审批申请之日起 10 个工作日内作出决定的，海关应当书面向减免税申请人说明理由”

²⁵ 参见案卷材料第一部分第 21 页。

手续。基于此，其他4套即便未办理免税手续，也不能以此作为判断李小可具有走私故意以及证明案涉设备不能免税的依据。

基于此，涉案设备应当免税，无证据证明李小可造成了国家税款流失的危害结果，其行为并未侵害国家的税收征管秩序，故一审法院对于李小可偷逃税款是否造成实害结果认定事实不清、证据不足。

（二）李小可不具有犯罪的主观罪过

1. 一审判决对李小可具有走私故意的认定事实不清、证据不足，不能认定走私故意

一审判决根据杨某生证言、李小可供述、文汇公司与进口企业就减免税部分签订分成合同及擅自更改货物品名等方面认定李小可具有走私故意。辩护人认为一审判决认定事实不清、证据不足：

第一，杨某生证言与李小可当庭陈述相矛盾，不具有证明力。杨某生证明，李小可于4、5月份来其宿舍抱怨免税无法落实，而李小可当庭陈述却证明，其是于8月份才到杨某生宿舍抱怨免税无法落实。证人与上诉人的陈述存在着事实认定的基本矛盾，并且杨某生与李小可在本案中存在利害关系。基于上述两点，辩护人认为其供述真实性值得怀疑，并且证明力严重不足。

第二，杨某生证言表明，李小可仅仅向杨某生表明减免税无法落实，并不代表此时李小可认为涉案设备应当以10%的税率办理报关手续。未落实免税系海关过错所致，并非因涉案设备不应当免税。李小可并未认识到多缴纳税款的行为可能会对社会造成危害结果。

第三，李小可本人的供述系侦查机关于侦查阶段以非法拘禁、疲劳审讯等非法手段取得，不应作为定案依据。

第四，文汇公司除代理费用外，与进口企业就减免税部分签订分成合同乃是报关企业之正当业务行为。企业是以盈利为目的创建的组织，文汇公司凭借着过硬的专业知识以及丰富的报关经验，在合法的范围内帮助进口企业享受最大程度的减免税政策，并且在帮助其减税部分获取分成，这本就无可非议。其向进口企业表明涉案设备是按照10%的关税税率进行缴税，仅说明文汇公司希望从该业务中获取更多利润，并不代表文汇公司认为涉案设备应当按照10%的关税税率进行缴税。同时文汇公司也对自身业务能力有足够自信，认为其能通过合法方式落实政策，成功办理免税手续。但最终因汝阳海关的过错导致免税没有落实，并不能说明涉案设备不应当免税。故不能通过文汇公司与进口企业就减免税部分签订分成合同认定李小可具有走私的故意。

第五，擅自更改货物品名系文汇公司的行政违法行为，文汇公司确实并未履行如实申报义务。但李小可对发改委出具的《确认书》产生的信赖足以使其认为涉案设备应当免税，涉案设备由本来的免税，被迫改单至3%关税税率，即使改单过程中出现文汇公司擅自更改货物品名的行为，李小可主观也并不具有认识到多缴纳税款可能会造成危害社会的结果的可能性。故不能通过擅自更改货物品名认定李小可具有走私的故意。

2. 李小可并未意识到行为的危害结果和社会危害性，不存在走私的故意

根据《刑法》第14条之规定，犯罪故意是指行为人明知自己的行为会产生危害社会的后果，并且对这种危害后果持希望或放任态度。走私普通货物罪要求行为人的主观罪过为直接故意，²⁶即行为人明知自己的行为一定或可能会发生危害社会的后果，并且对这种危害后果持希望态度。

主观罪过是犯罪的构成要件之一，本案中李小可却无法认识到危害结果的发生。

减免税制度作为税收制度的重要构成要素之一，是指国家对特定的纳税人和征税对象予以一定的时限或者一次性的优惠。它在鼓励、扶持、照顾特定的纳税人及征税对象上起着非常积极的作用。本案中，李小可认为涉案设备可以免税的法律依据为1997年国务院下发的《国务院关于进口设备调整税收政策的通知》，该文件明确规定涉案设备（属国内投资项目）要落实免税应满足的条件有二（具体陈述如上）。承揽顺成公司代理业务后，文汇公司积极努力去实现让涉案设备免税的目标，并且取得国家发展和改革委员会出具的

²⁶贾宇：《刑法学》，高等教育出版社2019年第1版，第70页。

《确认书》。至此，作为一个拥有一般智识的常人，李小可理应也确实认为，涉案设备应当免税，并将于不久后落实免税。

根据《进出口货物减免税管理办法》第14条之规定，海关应在十个工作日之内作出准予免税或者不予免税的行政决定，若需要延期，则应书面向文汇公司或顺成公司说明需要延期的理由。但文汇公司于2009年3月12日提交《确认书》以及相关单据向汝阳海关报关后，汝阳海关却出现了6个月的不作为情况，期间其并无出具任何书面文件通知李小可或文汇公司关于涉案设备的免税程序办理情况。此时若作为毫无报关经验的一般人，可能认为基于某种政策或自身原因，涉案设备的免税将不存在落实的可能。但李小可作为从业多年的海关报关员，在当时就有12年从业经验，并且其于2005年曾办理过同样设备的减免税业务，对相关正常情况有着足够了解。汝阳海关六个月的不作为明显不属于正常情况，原因应系海关过错而非申报人之过错，故此时李小可主观仍认为涉案设备应当免税，仅因海关过错致使涉案设备现并未落实免税。

而后，李小可咨询相关海关工作人员杨某生，杨某生建议其将报关税率由原来的免税调至3%。基于救济成本、通关效率、相关利益及多缴纳税款不具有社会危害性等多方面考量，文汇公司将理应免税的涉案设备的保管税率调整至3%进行报关。由此可见，李小可主观仍认为涉案设备应当免税，不具有走私故意。

四、量刑意见

（一）李小可系自首

辩护人认为，李小可的行为构成了自首，可以在量刑上从轻或减轻处罚。

在我国长期的司法实践中，相比于其他罪名，走私普通货物罪减轻、从轻处罚的情节一直以从宽认定为主，原因有二：第一，走私普通货物、物品罪作为经济犯罪的法定刑过重，量刑的轻缓有助于实现与同等社会危害性的其他犯罪量刑均衡；²⁷第二，对于走私罪，偷逃税额不是犯罪危害程度的唯一标准，还存在如税款流失、税款补缴、非法所得退回、走私物品是否流入社会等法无明文规定的酌定量刑情节。²⁸同时，长期司法实践还表明，自首情节在对走私普通货物、物品罪减轻、从轻处罚的所有情节中占比最大。²⁹换言之，在司法上对走私货物罪自首情节的认定标准相较一般案件更为宽松。

根据《刑法》第67条之规定，自首成立的两个必备条件是：第一，嫌疑人自动投案；第二，嫌疑人能够如实供述自己的罪行。³⁰辩护人认为李小可的行为构成自首，理由如下：

1. 李小可具有自动投案的行为

根据最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第1条之规定，犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉，或者虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动、直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案，这是最为典型的自动投案。但与其他犯罪不同，在走私普通货物、物品案件中，典型的自动投案一般均指经海关行政部门或侦查部门电话通知后自己至海关接受调查，而未经通知主动、直接投案的极为少见。³¹因此，虽然本案中李小可没有《解释》规定的典型自动投案行为，但其在海关调查期间主动到案并供述案件经过、细节和其他涉案人员的行为应当视为自动投案。³²

对于将李小可的行为认定为自动投案的意见，一审判决也予以肯定。一审判决认为，“李小可虽有自动投案行为，但一审庭审中对其主要犯罪事实不能主动供述，因此不能认定为自首”，可见李小可的行为系自动投案已经被一审法院查明并认定。

²⁷参见郑允展、徐兵：《从司法平衡到规范重塑——走私普通货物、物品罪税额量刑标准设置方法研究》，载《建设公平正义社会与刑事法律适用问题研究》。

²⁸参见宋军：《走私普通货物、物品罪罪刑均衡实证研究》，载《犯罪研究》2015年第1期。

²⁹参见项谷：《走私普通货物、物品案件自首的认定及适用——以实证研究为切入》，载《政治与法律》2015年第4期。

³⁰《刑法》第67条：犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。

³¹同3。

³²参见案卷材料第二部分第一组证据（案卷材料第二部分第2~19页）。

2. 李小可供述了其涉案的行为

第一，李小可在被讯问时如实供述了自己的行为。据案卷材料第二部分第一组证据讯问笔录之记载，李小可在讯问期间将自己参与案件做出的所有行为进行了详细供述，且该供述内容绝大部分能与其他证人证言或客观证据材料相印证，只有极少部分没有其他证据佐证，但同时也没有任何证据能够将这部分供述证伪。由此可见李小可对其案发期间的行为进行了如实供述。

第二，根据法释〔2004〕2号《最高人民法院关于被告人对行为性质的辩解是否影响自首成立问题的批复》之规定，被告人对行为性质的辩解不影响自首的成立。本案中，李小可在侦查阶段便如实供述了自己的行为，尽管其行为构成犯罪，也不影响自首的成立。故一审法院以“一审庭审中对其主要犯罪事实不能主动供述”为由认为自首不成立适用法律错误。

（二）李小可具有多项酌定量刑情节

1. 李小可主观恶性较小

李小可实施改单行为，系在面对海关长时间行政不作为，导致本应予以免税迟迟无法落实的尴尬境地之下，出于对时间成本、金钱成本不断增加之艰难处境的现实考虑，且基于海关工作人员杨某生的“意见”实施的无奈之举。李小可自始至终受到国务院发改委合法有效的《确认书》之信赖保护，坚信自己的行为是为了提高效率尽快过关，而为国家多缴纳了3%税款的无奈之举；而不是出于对非法利益的追求而实施的恶意欺瞒行为。其主观恶性极小，希望合议庭予以考虑。

2. 李小可的再犯可能性较小

李小可早年大学毕业后即投入了贸易事业，后来又下海经商，在十几年创业经历中为社会创造了充分的就业岗位，通过从事外贸业务帮助民营企业减少经营成本，提高生产效率。李小可是一个卓有成绩的优秀企业家，其再犯可能性较小，对社会几乎不可能造成更多的危害。

综上所述，李小可的主观恶性和再犯可能性均较小，希望合议庭认真考虑上述情形。

第四部分 本案的思考

一、非法证据排除规则的适用困难与反思

2012年修订的《刑事诉讼法》对2010年颁布的两个刑事证据规定进行了吸收，正式将非法证据排除规则确立于国家的基本法律之中，此举对我国刑诉法的发展具有里程碑式的意义。自此之后，有关非法证据排除规则的相关立法与司法解释逐渐增加，2013年最高人民法院先后发布了《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》和《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》，中央政法委亦出台了《关于切实防止冤假错案的规定》，2017年两高三部联合出台了《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》以及《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程（试行）》对非法证据排除规则的适用对象与实用程序作出了进一步的完善。然在司法实践对排非规则的具体适用中，仍然出现了许多新的问题需要解决，概而言之，其存在如下问题：

（一）疲劳审讯等违法取证手段缺乏明确的判断标准

无论是依据《排除非法证据规定》第2条还是《刑事诉讼法》第56条，现行非法证据排除规则对于刑讯逼供都采取了较为严格的排除立场，然而对于疲劳审讯这类处于“灰色地带”的非法取证手段，在现实中的排除却不尽如意。我们认为，造成此种现象的原因主要有三：第一，非法拘禁、疲劳审讯等非法取证手段与暴力殴打、吊绑等手段相比不会造成嫌疑人明显的伤痕，且手段较为“温和”，侵害性相对不突出；第二，疲劳审讯本身缺乏明确的判断标准，造成其构成本身的认定困难；第三，虽然从文义解释上，最高院出台的《防范冤假错案意见》第8条将疲劳审讯作为了一项严格排除的依据，但后续的《排除非法证据规定》等司法解释却并未体现相类似的态度，在适用上产生了些许难题。

（二）部分判决错误分配证明责任

2010年最高人民法院出台的《非法证据排除规定》确立了“公诉方对审前供述的合法性承担证明责任”，这一证明责任的分配被2012年的《刑诉法解释》所重申，且《刑诉法解释》规定只要具有“不能排除存在非法取证的可能性”，便可成为排除的原因。然而在司法实践中，部分法院却错误分配举证责任，要求处于证据收集弱勢的被告人及辩护人一方承担证明侦查机关非法取证的举证责任。刑讯逼供、疲劳审讯的受害人一般都是刑事案件的嫌疑人或被告人，在刑讯期间自由受到严格限制，处于极其弱勢的地位，更不用说收集非法取证的相关证据。加之疲劳审讯等非法取证手段不会造成明显外伤，难以通过体检辨别，要求辩护方承担这一责任实属困难。

二、非法证据排除规则的完善与建议

基于前述之情况，试就完善、补充非法证据排除规则的相关功能提出以下建议：

（一）建立明确的疲劳审讯排除标准

疲劳审讯作为一种变相的刑讯逼供方式，严重侵害犯罪嫌疑人受《刑事诉讼法》第119条保护的合理休息权利以及基本人权，从而造成其身心上的双重痛苦。有理由相信，若审讯时间达到一定长度或者发生在夜间，对嫌疑人合法权利的侵害并不亚于传统的暴力、吊绑等刑讯逼供手段。诚如法谚所言“任何人都不得从其不法行为中获得利益”，非法证据排除规则的作用与目的在于通过宣告侦查行为的违法性，剥夺所获证据的证据资格，对违反程序的取证行为产生谴责并起到“吓阻”作用。然而，若仅仅在法律条文中对疲劳审讯进行模糊的否定性评价而并不将其量化，则法官在实践中不得不自行进行量化判断，造成标准不一，不利于法律适用的统一。更有甚者，法官有可能以“法律并未明确规定审讯时长”为由拒绝对疲劳审讯的相关事实进行司法审查，从而在客观上纵容侦查机关非法取证的可能性，不利于保障嫌疑人的人格尊严和基本权利。基于此，有必要从立法层面对疲劳审讯进行规定并搭配严格排除规则，也即设置明确的讯问时长标准并禁止夜间讯问，一旦侦查机关超越了这条

“红线”，则其所获供述应当绝对排除，无另行裁量之余地。

（二）明晰非法证据排除中的证明责任分配

在具体的司法实践中，司法机关应当贯彻由公诉机关承担取证合法性证明责任的分配原则，且公诉机关的证明必须达到“证据确实、充分”也即“排除合理怀疑”的证明标准，司法机关才得以采信相关证据，若公诉机关无法举示确实充分的证据，则应当承担举证不能的相关后果。但由公诉机关证明取证合法性的责任并不意味着辩护方不需要承担任何举证责任，考虑到诉讼效率，被告人及辩护人也应承担初始的推进证明责任，即提供足以使法官产生“可能存在非法取证”之合理怀疑的相关证据以开启非法证据排除程序，如被告人的伤情鉴定、讯问笔录等。明晰前述证明责任分配有助于让具有较强证据搜集能力的公诉机关承担起主要的证明义务，从而更有效地保障刑事被告人的合法权利。

（三）建立自白任意性规则

从立法层面上，应呼吁建立自白任意性规则，即只有基于嫌疑人自由意志而作出的自白才具有证据能力，缺乏自愿性或具有非自愿性怀疑的自白，不论原因为何均不具可采性。与现有的非法证据排除规则相比，自白任意性规则并不需要嫌疑人达到“难以忍受的痛苦”，进一步地降低了非法证据排除的门槛。保证自白的任意性对保障犯罪嫌疑人的合法权利意义重大，可以维护被告人诉讼主体的地位并能够有效遏制侦查机关的违法取证行为。同时，应当保障侦查阶段的律师在场权和权利告知程序、规范讯问过程中的强制录音录像、树立讯问时长的明确标准，推进刑事程序法治之完善，保障犯罪嫌疑人的合法权利。

（四）积极推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革

我国现有的刑事司法制度和程序的设计以“打击优先于保护”、“实体优先于程序”、“国家利益至上”为理念，刑事庭审形式化是我国刑事诉讼中长期存在的一个问题。推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革，是党的十八届四中全会作出的重大改革部署，也是坚持严格司法、确保刑事司法公正的现实需要。

以审判为中心的刑事诉讼制度强调，审判案件应当以庭审为中心，事实证据调查、定罪量刑辩论和裁判结果形成都应在法庭而非庭外。而在我国司法实践中，庭审前侦查机关收集的证据材料往往不经当庭质证便作为定案根据，审判方式有着明显的“案卷笔录中心主义”；并且，根据《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》第78条第2款之规定，证人当庭做出的证言与其庭前证言矛盾时，法庭适用“印证规则”决定采信哪一份证言，这将审判的中心置于法庭之外。在实际的法庭调查中，被告人不仅需要面对公诉人和法官的“纠问”，而且如果“翻供”做出与庭前不符的供述，很可能遭到诉讼上的不利影响，其当庭供述更是极难被采信为定案依据。但就事实证据而言，当庭证言受到公开作证、交叉询问等多重程序保障，相较庭前侦查机关单方面收集的证言具有明显优势。因此，为查明事实真相，保证刑事司法公正，应当积极强化庭审中的证据调查对定案的作用。

无论是为了实现程序公正还是实体公正，均要求被告人的刑事责任在审判阶段通过庭审方式解决，这是刑事庭审实质化的要义，也是以审判为中心的诉讼制度改革的落脚点。只有积极推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革，才能真正发挥庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中的决定性作用，实现公正司法的目标。

第五部分 附件

附件一：授权委托书

授权委托书

海西省高级人民法院：

贵院受理的由金州市人民检察院提起公诉的李小可涉嫌走私普通货物、物品罪一案，正大律师事务所受委托人李小可之委托，指派XX律师担任辩护人。

XX律师在李小可涉嫌走私普通物品罪一案中的代理权限为：一般代理。

本委托书有效期自即日起至二审判决宣判时止。

委托人：李小可

正大律师事务所
2019年11月2日

（注：本委托书一式三份，由委托人、律师事务所各持一份，交人民检察院或人民法院一份。）

附件二：相关法律条文

一、法律

1. 2015年4月24日第十二届全国人大常委会第十四次会议修改后的《中华人民共和国税收征收管理法》，简称为《税收征收管理法》。

2. 2017年6月27日第十二届全国人大常委会第二十八次会议修改后的《中华人民共和国行政诉讼法》，简称为《行政诉讼法》。

3. 2017年9月1日第十二届全国人大常委会第二十九次会议修改后的《中华人民共和国行政复议法》，简称为《行政复议法》。

4. 2017年11月4日第十二届全国人大常委会第三十次会议修改后的《中华人民共和国刑法》，简称为《刑法》。

5. 2017年11月4日第十二届全国人大常委会第三十次会议修改后的《中华人民共和国海关法》，简称为《海关法》。

6. 2018年10月26日第十三届全国人大常委会第六次会议修改后的《中华人民共和国刑事诉讼法》，简称为《刑事诉讼法》。

二、行政法规

1. 2017年3月1日由国务院公布的《中华人民共和国进出口关税条例》，简称为《进出口关税条例》。

2. 2018年3月19日由国务院公布的《中华人民共和国海关事务担保条例》，简称为《海关事务担保条例》。

三、部门规章

1. 2013年1月1日由公安部部长办公会议通过的《公安机关办理刑事案件程序规定》，简称为《办理刑事案件程序规定》。

2. 2018年7月1日海关总署发布的《中华人民共和国海关进出口货物征税管理办法》，简称为《进出口货物征税管理办法》。

3. 2018年7月1日海关总署发布的《中华人民共和国海关进出口货物减免税管理办法》，简称为《进出口货物减免税管理办法》。

4. 2018年11月23日海关总署发布的《中华人民共和国海关进出口货物申报管理规定》，简称为《海关进出口货物申报管理规定》。

5. 2018年11月23日海关总署发布的《中华人民共和国海关进出口货物报关单修改和撤销管理办法》，简称为《进出口货物报关单修改和撤销管理办法》。

四、司法解释

1. 2013年1月1日最高人民法院发布的《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》，简称为《刑诉法解释》。

2. 2014年9月10日最高人民法院、最高人民检察院发布的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》，简称为《两高关于走私刑事案件适用法律若干问题的解释》。

3. 2017年6月27日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部发布的《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》，简称为《排除非法证据规定》。

五、其他规范性文件

1. 2002年7月8日最高人民法院、最高人民检察院、海关总署发布的《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》。

2. 2013年10月9日最高人民法院发布的《关于建立健全防范刑事冤假错案工作机制的意见》，简称为《防范冤假错案意见》。

附件三：证据清单

一、一审判决所采信的部分证据

1. 证人杨某生的证言（案件材料第一部分第12页）
2. 证人董某刚的证言（案件材料第一部分第13页）
3. 证人秦某海的证言（案件材料第一部分第14页）
4. 本案另一被告沈某洪的证言（案件材料第一部分第15页）
5. 受案登记表、立案决定书（案件材料第一部分第20页）

二、本案一审中的争议证据

1. 李小可侦查阶段的供述笔录共4份（案件材料第二部分第2至19页）
2. 金州海关缉私局侦查处出具的《情况说明》（案件材料第二部分第26页）
3. 金州海关缉私局出具的《拘留证》（案件材料第二部分第27页）
4. 金州海关缉私局出具的《提请批准逮捕书》（案件材料第二部分第27页）
5. 金州海关关税处出具的《情况说明》和《归类指导意见书》（案件材料第二部分第20页）

三、本案二审中辩护方举示的证据

1. 2009年3月12日发改委给顺成公司的《国家鼓励发展的内外资项目确认书》（含附表设备清单）复印件（案件材料第三部分第6页）
2. 2008年版《国内投资项目不予免税的进口商品目录》（案件材料附件）
3. 2012年版《国内投资项目不予免税的进口商品目录》（案件材料附件）
4. 2010年《海关总署办公厅关于武汉钢铁股份有限公司进口燃气轮机发电机组税收问题的复函》（案件材料第三部分第11页）
5. 2009年7月9日顺成公司向中国机械工业联合会发出的《关于进口焦炉煤气燃气轮机发电机组的问题请示》顺字(2009)第6号文件（案件材料第三部分第14页）
6. 太西煤焦公司《免税证明》（案件材料第三部分第18页）
7. 《国务院关于进口设备调整税收政策的通知》（案件材料第三部分第22页）