

XINGBIAN 刑辩 DE YISHU 的艺术

汝亚国 著



吉林人民出版社

责任编辑：谷艳秋
封面设计：创意广告

XINGBIAN
DE YISHU

刑辩的艺术

ISBN 978-7-206-05912-4



9 787206 059124 >

定价：15.00元

刑辩的艺术

Xingbian De Yishu

◆ 汝亚国 / 著

吉林人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑辩的艺术 / 汝亚国著. — 长春: 吉林人民出版社, 2008.12

ISBN 978-7-206-05912-4

I. 刑… II. 汝… III. 刑事诉讼—辩护—案例—分析—中国
IV. D925.215

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 202738 号

刑辩的艺术

著 者: 汝亚国

责任编辑: 谷艳秋 封面设计: 创意广告

吉林人民出版社出版 发行(长春市人民大街 7548 号 邮政编码: 130022)

印 刷: 长春永恒印业有限公司

开 本: 850mm×1168mm 1/32

印 张: 7.75 字数: 200 千字

标准书号: ISBN 978-7-206-05912-4

版 次: 2008 年 12 月第 1 版 印 次: 2008 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 15.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

自序

我从小和爷爷生活在一起，经常缠着爷爷讲故事，《水浒传》、《七侠五义》、《杨家将》等等，对故事中的主人公行侠仗义、英勇孤胆羡慕不已，时常闻鸡起舞，半夜到乱坟岗中走一遭，虽吓得头皮发麻，但亦然乐此不疲，倒练出了一身胆量。记得在1982年读高二时，刚下晚自习，被几个小流氓“捎”打了一顿，于是，面对皓月，跪地发誓，不考上政法学院，不扫尽天下邪恶，誓不为人。

1984年如愿考上西北政法学院法律系，在校期间刻苦学习，特别喜爱刑事专业，对刑事侦查学、法医学更是情有独钟，实习期间又向宝鸡市公安局副局长破案能手刘天贵同志学习，自觉受益匪浅。毕业分配鬼使神差，竟然到了律师事务所，于是，从1988年开始，便做起了律师。计划经济下，律师收费标准很低，一个案件30元左右，民事案件不超过50元，每周两次的政治学习，也倒练出了思想硬功，如律师要像法官一样公正，配合政法部门，从重从快从严打击犯罪。

1992年政府要对律师断奶，律师实行自收自支制度，律师工资实行提成制。我记得1992年7月1日那天，我和几个律师含泪签下了40%提成的合同，戏为“卖身契”合同。从此，开始了律师“要饭”的生涯。见到小商小贩，甚至都想亲称一声“施主”：“我给你担任法律顾问吧，一天一块钱，一年360元，你就把我当做临时工看待吧，我起的作用，是其他临时工不能干

的。”施主欣然，于是，一年下来，竟有一万多元的收入，虽然没日没夜地干，心里挺快乐，虽然做的事小，但也积累了很多经验。

接连几年，牛了，收入翻了十几倍，业务也相当纯熟，也办过不少名案，在圈子里也算得上是小有名气了，甚至有时也飘飘然，但夜深人静，倍感失落。失落的是什么？是对真理实现的困惑，是对一些法制弊病的不满，是对权大于法的深恶痛绝，是对恶人横行、弱者无助的哀叹。我思考中国法治之路，奋笔疾书，向党中央、国务院反映贪官污吏的治理途径，反映黑社会的猖獗及横行无忌，反映弱势群体需要的特别保护。从大量的个案中，积累了分析问题、预测问题的真知灼见，随着一篇篇文章的见报，随着荧屏上一次次讲演，我感到特别自豪，我感到我尽自己微薄之力，传播了法制文明，对民众法制观念的形成，起到小小的作用，对社会正义的实现，起到了一点点推进的效果。我不再患得患失，不再因办理案件过程中遭到歧视或屈辱而心理失衡，科学的法律观使我成为一个成熟的法律人。

我感到浩如烟海的法律，需潜心学习，于是，我到南京师大研究生班脱产一年进修法律，学习师大法学院诸教授的各派绝学，特别是有机会领略著名法学家公丕祥先生的中国现代化法制建设之思想，感觉认识更进一步。如果说南方的法学开出经济之花，那么北方的法学则根植于中国深厚的法律土壤内。组织上又派我去中国人民大学做访问学者，从高明暄先生、赵秉志先生这些法学泰斗身上，更感觉到中国法学的博大精深。

于是，我想到了案例，案例就像工人制造的飞机、诗人的诗歌、史学家的史书，对于云山雾罩、艰涩冗长的法学理论来讲，它具有自己独特的优势，它为法律推理磨坊提供磨合物。高明的法律推理不仅涉及处理人与人之间关系的技巧、修辞技巧、政治技巧及其他技巧，而且还涉及伦理道德、社会知识以及世界各方

面的知识。有一句老话说：“生活是常青树，理论永远是灰色的”，没有案例的法学理论是空白的，没有案例的法律推理永远荒谬的，没有案例的法律教学永远是笨拙的。在案件的字里行间，在案例的起承转合中，在案例的来龙去脉里，我们必然会领悟到法律的真谛，法律的内涵，法治的魄力，法学的灵光。

如今，我在一所大学的法学院里担任教师，做个传法的教头，偶尔也接一些个别有影响的案件，不再像做专职律师那样，刻骨铭心地追求经济效益。灵魂深处都想从事有益于社会的工作，“善”缘愈来愈浓，偶尔有想出家的念头，有同事开我玩笑：你已完成原始积累，开始进入另一个境界了。其实这种说法和西方法律界相似，年轻时做律师挣些钞票，年龄大就去做法官、检察官，无论从经验上、经济上都能做到“廉洁奉公”，目前中国经济体制和政治体制改革，一日千里。特别是中国加入WTO以后，经济上与国际接轨，与之相适应的法律也要随之而发生变化，否则，只能阻碍改革的发展，这也是衡量“良法”与“僵法”的根本问题之所在。法律的真谛在哪里，正义在哪里？这是每一个时代的呼唤，每个时代都赋予它不同的内容。法律的真理源于社会发展中，源于一个国家的生产目的，源于进步国家的精神文明，作为一个法律人，我视法如命，惜法如子，我在执业过程中的愤怒，是怒目那些抗法、犯法、玩法的恶棍；我在执业过程中的喜悦，是讴歌那些立法、守法、传法的人们。从学习法律到应用法律，到传播法律，每天兢兢业业，潜心修炼，希望能实现儿时的梦愿。

每当皓月当空，我便魂牵梦绕，思绪万千，这缕缕情思又使我愁肠百结，为伊憔悴，她在哪里？她身披白纱，飘飘欲仙，她有着女神一般的身姿，头戴王冠，眼睛却蒙上了黑布。她右手拿着一把剑，左手拿着一杆秤。在她的案头，摆放着几本书籍和一只骷髅，还靠着一根权杖，那权杖上缠绕着一条蛇，女人的脚

边还伏着一只狗……那是我心目中的朦朦胧胧的女神吗？她偶尔离我那么近，偶尔离我又那么遥远，丢魂般的感觉又那么强烈。

贤惠的妻子看到我那么执著，每天上网刊登寻人启事，每天进入 google。这天，她高兴地喊到：老公，我给你找到梦中“情人”了——正义女神忒弥斯（Themis）。其形象为一蒙眼女性，白袍，象征道德无瑕，刚直不阿；蒙眼，因为司法纯靠理智，不靠误人感官印象；王冠，因为正义尊贵无比，荣耀第一；秤，比喻裁量公平，在正义面前人人皆得所值，不多不少；剑表示制裁严厉，绝不姑息，一如插着斧子的束棒，那古罗马一切刑罚的化身。蛇与狗，分别代表着仇恨与友情，两者都不许影响裁判。权杖申威，书籍载法，骷髅指人的生命脆弱，正义属于永恒……

生命诚可贵
爱情价更高
若为正义故
二者皆可抛

正义，将是我这个法律人终身追求的真理，是我生活中的至尊至爱。谁玷污正义，谁就是人类的公敌。

汝亚国

2008 年 12 月

目 录

案例教学与刑辩方法	(1)
色 辩	(10)
请律师不是为了辩护	(26)
强奸案山重水复 律师辩柳暗花明	(38)
刀下的宽恕	(48)
绝不放过你	
——为被害人的“辩护”	(60)
为贩卖毒品者辩护	(68)
疑罪	(76)
“辩”者无罪	(82)
势辩	(92)
伤辩	(99)
法理的魅力	(108)
理辩	(120)
假币之辩	(128)
情辩	(134)
质辩	
——从无期徒刑改判十二年	(143)
澳门之辩	(158)
她主观不构成挪用资金罪	(164)
小辩也风流	(172)

为市长辩护	(186)
终获无罪	(195)
辩《天下无贼》	(199)
故意伤害辩	(201)
“动机目的”辩	(207)
女校长不构成贪污罪	(214)
后记（辩者苦言）	(232)

目

录

案例教学与刑辩方法

一、案例教学

所谓案例课程教学法，即按照法学的各个主要领域，把历史上最具有代表意义的著名诉讼、案例、汇编成“案例课本”；使学生在上课前预先阅读指定的案例，并在课堂上分成法官、检察官和辩护律师三方，进行模拟法庭辩论，以提高诉讼技巧。就其性质而言，这种案例教学旨在提供灵活细致的辩论方法学训练及其深入探讨研究法律科学的方法。法学是一门实践性科学，法学理论和实践的发展哺育着近现代法官、检察官、律师的成长，法学案例教学的思想、方法、技能也常常是法学人才法学素质的成长点，且在培养学生基本素质和能力方面，具有不可替代的重要组成部分。

这门课程的优势在于：1. 法学案例教学课程内涵丰富，所覆盖的知识面和包含的信息量，以及能够对学生完成的基本训练内容是其他课程难以比拟的。2. 法学案例课程在学生深入观察现象、分析、判断案件结果准确度，激发学生的想象力、创造力、应辩力、沉稳性和提高学生独立开展法学研究工作的素质和能力方面具有重要的奠基作用。

按照“加强基础、重视应用、开拓思维、培养能力、提高素质”的指导思想，法学案例教学的单独设课，教学目的可达到：验证法学中各门学课的基本原则，找出法学实践和理论的结合点，更重要的是培养学生从事法学实践所必须具备的基本思想

方法和做法,以及对未知领域主动探索与开拓创新精神。

学生经过案例教学系列内容的训练,可逐步摆脱对老师的过分依赖,开始了独立思考、独立办案、独立分析、判断案件结果的可靠程度和存在问题的能力。经过法学案例教学实践内容的训练,则对拓宽学生知识面、开阔视野、增强与专业的衔接,培养综合司法实践能力起到重要作用,但在案例教学中,我也感觉到学生对实践兴趣不浓,重理论,轻实践,只是习惯模仿重复,甚至机械性地记忆一些法律条文,写份起诉书、判决书、辩护词应付了事。这种学习方法严重限制了学生创造性思维能力的发展,严重限制了法学人才实践中所具备各种能力素质的提高,为了使该门法学课程在我院生根开花,建设法学院法学案例教学课程新特点,培养一大批德能兼备具有法学院特色的符合社会需要的法学人才,为了改变目前的法学院学生被动的学习状态,我在实践中做了一下探索。

(一) 强调课前预习,实行角色转化,实现职业优势互补

课前预习是做好案例教学的前提,我要求学生在上课前,阅读有关的资料内容,如一本刑事卷宗,将学生分成不同角色,按不同角色写出阅卷报告。课前能够对该课的案例有个估计,找出可能出现问题的地方,如何解决,思想上有充分的准备,辩论时不会手脚忙乱,决不打无把握之仗。这样才会保障案例教学顺利进行。在进行角色分配中,将律师、检察官、法官、犯罪嫌疑人等诉讼参加人尽可能地一案一角色转换,从不同角度理解所担当角色的法律内涵,寻找彼此的弱点,实现心理、职业优势互补。

(二) 注意培养学生的独立思考和解决问题的能力及实事求是的科学作风

教学中坚持启发式教学、教师主要对学生采用了引导、启发、讨论的方式指导实践,使学生树立理论结合实际、实事求是的科学作风。培养学生主动探索的精神以及虚心好学、尊重事

实、重证据的科学态度。如梁某毒杀亲子案。梁某。男，68岁，有一子梁军。28岁，10年前患精神病，屎尿不知，生熟不知，时常具有攻击性，梁某10年来，悉心照顾，卖掉家产为儿子看病，不能治愈。梁某考虑自己年迈，无力照顾儿子，同时也不忍心让儿子在世间受罪，遂用毒药毒死他亲生子梁军。让学生分成控方、辩方、审判方进行独立操作。学生表现了极大的学习及探索兴趣，从不同角度，完成独立解决问题的构想。学生分析此案，表现出很大的探索性，如涉及到社会学中，人的价值，不能治愈的精神病人是否具有存在的价值。涉及到伦理学、教育学、心理学的理论，刑法中的安乐死与杀人罪的区别以及无社会危害性不犯罪的处罚，学生查阅资料有百余份，学生观点对抗很激烈，吃饭、睡觉前、路上，有空就辩。有效引导学生展开思维、独立思考。最后，再引导学生在尊重事实、尊重法律、实事求是的基础上按法律规定去办案；从梁某犯罪动机、目的、手段、后果、社会危害性着手，分析梁某杀人罪的定性和酌情量刑情节，教育学生法、情、理冲突情况下，法是最根本的，不能以情代法，让学生的理智战胜情感。

（三）注意培养学生阅读摘抄卷宗，发现矛盾，寻找破绽，严谨求实的科学态度

在教学当中，发现有些学生卷宗摘抄不完整，证据之间的矛盾性、关联性掌握不好，阅读卷宗走马观花。一个卷宗往往厚达半尺到数尺，有些同学抓不住重点，漫无目的，只凭记忆便大加发挥想象，把一个严谨的案件演绎成五花八门的推理。案件事实只有一个，为什么会出现有罪无罪的各种结果呢？这就是对证据的认识，证据源于调查，源于法定的七种证据之中，每一种证据又派生出若干种证据，这些证据都在卷宗中体现，因此，阅读卷宗，推敲证据及时摘录、列表，核对证据，分析异同，合理排除矛盾是一个司法人员必备的科学态度。有些学生认为：阅读卷宗

枯燥无味，浪费时间，往往只在卷宗中挑几份证据，便在实践中侃侃而谈。结果，遇到没看到的证据在辩论时无力招架，大败而归。让学生明白，认真阅读卷宗，系统掌握案件的每一个环节是正确处理案件的最基本条件，切忌人云亦云，主观臆断。轻率的结果只会草菅人命，出现冤假错案。

（四）注意对学生辩护风度、辩论意志、辩论能力的培养

诉讼是一场漫长而危机四伏的角逐，是一场战争。通往正义诉讼道路需要有破釜沉舟的决心，披荆斩棘的勇气，呼风唤雨的本领，谨小慎微的细心。任何的胆怯懦弱，任何的粗心大意，任何欠缺周到的考虑都是十分危险的。因此，在教学中，贯彻这种综合能力的培养，不单纯给学生演示或告诉学生论辩过程，而是根据案例特点提出相关问题，启发诱导学生主动思考和探索，锻炼学生在各种论辩下从容不迫，严格要求学生言谈举止、音容、笑貌、庄重潇洒，有意识通过发问、提问，培养学生灵巧的智慧、敏捷的思路以及瞬间决定应对的能力，告诫学生，优柔寡断、缺乏自控力、语讷，是审判、控辩大敌，鼓励学生敢控、敢辩、敢判，实现司法公正。

（五）注意对学生心理适应性的培养

大学生年龄较小，没有社会阅历，思想单纯，不相信邪恶事物。面对案例教学，总是问，无冤无仇，为什么残忍杀人，遇到性方面的犯罪，谈性色变，对涉及强奸、猥亵妇女、儿童，卖淫等方面的犯罪，哑口无言，这类犯罪占整个犯罪的50%，而该罪的犯罪方法、动机、目的直接影响罪与非罪，此罪与彼罪。在案例教学当中，有意识引导学生敢于分析，敢于表达，增加学生的心理适应性，达到培养学生实践能力的目的。

（六）根据学生的不同水平，不同特点，体现因人施教，深化法学实践

因于学生基础不同，有的学生理论基础扎实，写作能力强，

论辩能力强,有的理论知识一般,能力一般,可根据他们的不同特点,因人施教,以便随时了解情况,发现问题因势引导。对“吃不饱”的学生,增加一些较为深入的问题,让他们多思考。对成绩优良、能力素质较好的学生,让其整理出自己撰写的司法文书,联系共建单位,如公、检、法、律所聘请指导老师,再进行专业深化,达到司法实践的专业标准。法学院聘请大批法学兼职教授,对案例教学不足起到很大的弥补作用,是法学理论学实践案例教学很好的结合点。

(七) 边教边掌握学生的思想动态,发现问题及时解决

在教学过程中,大多数准备考研的学生认为案例教学与研究生考试无关,影响理论学习。甚至有些人认为与将来的工作也不会有多大关系,因此,敷衍应付,我们发现问题,及时强调案例教学重要性,强调法学就是一门实践性很强的课程。无论你从事立法,法律教学,还是法学实践,都离不开案例这个生动的课程。及时联系班主任做好学生的思想工作,经过交谈,进一步明确理论和实践的关系,使学生认识到案例教学可以巩固已学的理论知识,培养自己各方面能力,适应跨世纪法学人才的需要。由于思想通了,对案例教学也感兴趣了。实践证明经过案例教学的多种锤炼,学生各方面素质明显上升,特别是写作、总结、辩论、表达各种能力突飞猛进,外表现或刚毅或温文尔雅或潇潇洒洒,内在素质或雄辩或胸有韬略或文思如泉,具备一个法学人才良好的内外在素质。

我在鼓励学生时常说,哈佛大学法学院毕业的学生有句格言:上帝做不到的,哈佛大学能做到。哈佛法学院学生在实践上,是不战而屈人之兵,我们法政学院的学生只要认真钻研案例,积极培养能力,也将是一支无人匹敌的法学劲旅。今天你以学院为荣,明天学院以你为荣。学生的积极性空前高涨,对自己要求更加严格。

在案例教学中，要教好、教活这门课，使学生感兴趣，除对学生严格要求外，对教师的要求更加严格，要一丝不苟，严肃认真地对待，要不断更新知识，提高教师自身的素质，这才是提高教学质量、搞好教学的根本保证。只有这样，才能适应新世纪法学人才的需要，才能培养出具备坚实的理论基础、出色的法学实践能力和勇于开拓创新精神新世纪的法学精英。

二、刑辩训练

辩护人是受犯罪嫌疑人、被告人的委托或人民法院的指定，帮助犯罪嫌疑人、被告人行使辩护权，以维护其合法权益的人，辩护权是我国法律赋予犯罪嫌疑人、被告人的一项重要诉讼权利，其内容是针对控诉进行辩解和反驳，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。在司法实践上，担任辩护人的大多是专业律师，专业律师在接受案件之后，从哪里着手进行辩护呢？

我国法律的基本原则是以事实为根据，以法律为准绳对被告人定罪量刑，因此，确定了辩护方向。

（一）方向

1. 事实辩，即案件的事实是否清楚，对此，我们要掌握中华人民共和国刑事诉讼法中的举证责任问题，要了解辩护证据有其鲜明的特点，首先辩护证据具有针对性。针对公诉主张或公诉证据而收集证据，是针对争议较大的问题而收集的证据。主要是无罪或罪轻，从轻处罚的证据，该证据是从某一点或几点出发，通过否定公诉主张的一点，来达到否定公诉主张的全部或一部分的目的。辩护证据具有否定性，在刑事案件中，认定被告人有罪或认定被告人无罪，对证据量的要求是不一样的，认定被告人有罪必须是证据有确实、充分，认定被告人无罪则不需要证据确实、充分，只要认定有罪的证据不足，就应当宣判被告人无罪。

另一方面，只要有一项否定被告人作案的证据，如被告人不在现场，就足以判定被告人无罪。再者，从辩护证明的程度来看：追诉方证明被告人有罪要达到事实清楚，主要证据有确实、充分的最高证明标准，而被告方举证的证明标准，只需达到证明该事项事实存在之可能性大于其不存在的可能性，即完成了举证责任，反驳的责任就由公、检、法等司法机关转移给了追诉方。辩护方的举证责任范围小、程度低，不应是证据确实、充分，且在无举证可能时不需要负担举证责任。

2. 情节辩，新的刑法典规定，在对被告人量刑的时候，要考虑犯罪的动机（即犯罪人实施犯罪的内部驱动力）、目的（犯罪人所要达到的结果）、手段、时间、后果、认罪态度、初犯、悔罪表现，酌性考虑从轻处罚。在法定情节上面，要考虑主犯、协从犯、立功表现、防卫过当、投案自首等法定从轻情节。

3. 定性辩，根据本案的存在的证据，能否印证本案的事实，是否符合该罪的定性，在定性问题上，要深刻理解刑法总则的规定，如牵连犯等，还要理解特别法优于普通法，而正确适用法律。如对于实施生产、销售劣商品罪，同时构成侵犯知识产权罪、非法经营等其他犯罪的，依照处罚较重的规定处罚。对于实施刑法第140条至148条规定的犯罪，又以暴力、威胁方法抗拒查处，构成其他犯罪的，依照数罪并罚的规定处罚，如不能熟练掌握法律条文，则不能正确适用法律。

4. 罪与非罪辩，对于此问题要把握犯罪的基本定义，我国刑法第十三条规定：“一切危害国家主权、领土完整和安全、分裂国家、颠覆人民民主政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利，民主权利和其他权利及危害社会的行为，依照法律应当受刑法处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”这一定义是从