



的

40个要点

赢 *Win in Court* 在法庭

刑事辩护与代理

的

40 个要点

赵成民 于紫伊 著



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

赢在法庭:刑事辩护与代理的40个要点/赵成民,
于紫伊著. —北京:法律出版社,2013.1
ISBN 978-7-5118-4010-3

I. ①赢… II. ①赵…②于… III. ①刑事诉讼—辩
护—案例—中国②刑事诉讼—代理(法律)—案例—中国
IV. ①D925.205

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第215902号

赢在法庭:刑事辩护与代理的40个要点
赵成民 于紫伊 著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 薛 晗
责任编辑 薛 晗
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京中科印刷有限公司
责任印制 陶 松

开本 720毫米×960毫米 1/16
印张 22.5
字数 367千
版本 2013年1月第1版
印次 2013年1月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-4010-3

定价:48.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



我国案例制度的曙光

2010年11月26日最高人民法院发布《关于案例指导工作的规定》(以下简称《规定》),标志着我国指导案例制度从学理性分析、参照性指导的地位上,一跃跨上各级法院法官审理“应当参照”的书写判决书的平台。正如中国政法大学教授费安玲给予《规定》的高度评价“指导性案例的《规定》在我国司法审判活动当中是一个重要的里程碑式的事情。”^①自《规定》和第一批四个指导性案例发布以后,^②在司法界引起了强烈反响,其积极作用大家基本都给予充分肯定,对其意义都予以大加赞赏,并且在江苏等地方法院得到了较好的适用,效果良好。^③

我们认为《规定》指出对指导性案例“应当参照”有具体五点含义,其一是指指导性案例可以在审判文书的论理——“本院认为”中援引并说明判决案与指导案例之间“类似”的特征和相互关系;其二是在审判实务中对于类似指导性案例

① 蒋安杰:“案例指导制度规定:一个具有划时代意义的标志”,载《法制日报》2011年1月5日版。

② 最高人民法院审判委员会讨论通过,2011年12月20日发布:“最高人民法院关于发布第一批指导性案例的通知”(法[2011]354号),载《人民法院报》2011年12月21日版。

③ 参见卢杰:“首批指导性案例普遍被基层参照适用”,载《法制日报》2012年2月4日版。

必须参考;其三是当事人以及代理人或辩护人可以援引指导性案例或要求审理法官“应当参照”进行裁判;其四是如果案件审判法院没有参照指导案例进行判决,或当事人及其代理人或辩护人认为适用指导性案例错误,有权据此理由提出上诉或申诉;其五是没有参照指导性案例的判决书中应当说明理由,或在二审程序向上一级法院阐明理由。指导性案例在适用时只有做到上述五点,才能体现出“应当参照”的强制性。

一般认为,我们国家的指导性案例制度并非英美法系国家的判例制度,其作用只是对于法律或司法解释在具体案件中法官的“释法”,是对法律和司法解释疏漏和过于原则的在具体审判案件中凝结集体智慧的创造性的应用,而非法官“造法”。^{①②}但法官这种“释法”与“造法”之间有多大的区别呢?包括最高人民法院在内为何又如此小心翼翼呢?无外乎害怕指导性案例制度走向另一个极端——导向判例制度的窠臼。其实,成文法国家也好,判例制国家也罢,都是法学家作出的理论分类,各自发展的两大法系都在向另一方靠拢——以致两者相互借鉴、相互渗透,最后很难区分。成文法国家法官审理案件一般是采用归纳到演绎的应用法律逻辑推理过程,就是将已经归纳的成文法律或司法解释适用到具体的案件中;判例法国家法官审理案件一般是采取演绎到归纳的应用判例逻辑推理过程,就是将已经生效的判例适用到具体的案件中。一方面,成文法国家在创立、修改成文法、建立成文法的法律体系的发展过程中,不断总结已经生效的经典案例作指导,以弥补法律和司法解释不能涵盖案件千变万化的疏漏,并力图将相同或类似的案件尽力做到一致的裁判,以完善法律制度的统一性,由此成文法国家必然诞生以案例指导审判实践的案例制度。另一方面,判例制国家在总结判例、编撰判例体系的发展演化过程中,将相同案例和审判规则上升为成文法,以补充判例指导判决的局限性,来统一审判的一致性,以做到节约司法资源、提高审判效率,由此判例法国家必然创立成文法以统一司法实践。正如王利明教授所言:在美国所颁布的成文法的数量总和,已经不亚于任何一个大陆法系国家。在德国——尤其是“二战”后设立的联邦宪法法院的判例,对联邦和州各级

① 蒋安杰:“最高人民法院研究室主任胡云腾——人民法院案例指导制度的构建”,载《法制日报》2011年1月5日版。

② 李娜:“中国特色案例指导制度绝非司法造法”,载《法制日报》2011年5月19日版。

法院均具有严格的拘束力。两法系的发展已经达到相互补充、有机协调;优势互补,相辅相成的融合状态。^①正是判例制度的架构,为我们走出法制的抽象性困境提供了现实可能,即在维护法制统一性与法的普遍性的同时,仍能顾及对具体个人的权利救济并构建有效的冲突解决机制,从而确保法律体系的开放性。^②

对于刚刚诞生的指导性案例制度,一些学者在忧虑最高人民法院发布指导性案例的合宪性以及合法性,认为最高人民法院《关于司法解释工作的规定》司法解释的形式分为“解释”、“规定”、“批复”和“决定”四种,指导性案例被排除在该规定的法定形式之外,指导性案例合法性只能在2005年10月26日最高人民法院公布的《人民法院第二个五年改革纲要》(2004~2008年)中找到依据。^③值得欣慰的是,有学者研究认为,现在的指导性案例制度相当于古代的定例(在清代趋于成熟),于是找到了发展祖先法律文化遗产的依据。^④我们认为,不必担心指导性案例的合法性如何,司法改革并不是以冲破现行宪法、法律和司法解释的藩篱为代价,而是在现行规范性法律文件许可的范围内大胆创新。其实,指导性案例只是司法解释的一种不同载体表现形式,其意义远大于以前的审判规则和适用法律要点,司法解释如何详细总是给适用者一种“隔靴抓痒”的感觉。而指导性案例是活生生的判决比照和具有针对性的精确严谨的论述说理,适用者深感有的放矢、一语中的。更不要将指导性案例制度或案例制度拘泥于所谓的判例制国家法律体系或是成文法国家法律体系,而是应当从我国现在已经建立的法律体系现状和法官实际审判水平出发,在总结国内指导案例经验、借鉴和吸收国外或境外先进的判例制度的基础上,建立符合中国国情的案例制度。如果因此惧怕法官造法或司法造法,那么法官不遵循已经生效的成功指导性案例判决、不本着公正廉明、奉行法律至上的原则公正判决,岂不是法官将“本院认为”变成“本人认为”的自行“造法”吗?这才是我们最担心,甚至恐惧的自行“造法”行为。

事实上,最高人民法院一直利用案例指导立法和司法解释的不足,从而弥补

① 参见王利明:“论中国判例制度的创建”,载《判解研究》2000年第1期,人民法院出版社2000年版,第3~28页。

② 劳东燕:“罪刑法定的明确性困境及其出路”,载《法学研究》2004年第6期。

③ 参见陈兴良:“改革为案例指导提供正当性依据”,载《法制日报》2011年5月21日版。

④ 参见陈兴良:“传统与域外资源的启示”,载《法制日报》2011年5月21日版。

司法审判带来的误区或空白,以统一裁判尺度。1985年7月18日最高人民法院发布《关于破坏军人婚姻罪的四个案例》[法(研)发〔1985〕16号],并要求“现将我院审判委员会第227次会议讨论通过的关于破坏军人婚姻罪的四个案例印发给你们,供参照办理”。1986年3月5日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、卫生部联合印发的《张承月等6人贩卖安纳咖毒品案》,通知中明确规定,各级人民法院在今后的工作中要遵照执行。1985年4月25日最高人民法院发布的《樊明、刘希龙故意杀人、强奸案》,在按语中,最高人民法院认为“北京市中级人民法院对该案的一审判决和北京市高级人民法院的二审裁定,适用法律正确,定罪量刑适当,审判程序合法,可供各级人民法院借鉴”。1986年第1期《最高人民法院公报》刊登了《李金成等5人投机倒把、受贿案》,最高人民法院审判委员会在总结审判经验时认为,“上海市高、中级人民法院对该案各被告人的定罪、量刑是正确的。李金成在该案中虽然没有中饱私囊,但对‘华谊’进行投机倒把活动,负有主管责任,必须依法惩处”,这是以判例的形式对刑法第117条进行了解释,回答了刑法学界和司法实践中关于“中饱私囊”是否构成投机倒把罪的条件问题。典型案例录入司法解释还有醉驾入刑前,为了规范醉酒驾车犯罪适用法律、统一审判的需要,最高人民法院于2009年9月11日发布《醉酒驾车犯罪法律适用问题指导意见及相关典型案例的通知》(法发〔2009〕47号),又一次将司法解释与典型案例一并发布。两个案例:一个是被告人黎景全以危险方法危害公共安全罪,另一个是被告人孙伟铭以危险方法危害公共安全罪。两个判决又是以上述通知发布前的同一时间——2009年9月8日,作出几乎一致的判决,并要求“今后,对醉酒驾车,放任危害结果的发生,造成重大伤亡的,一律按照本意见规定,并参照附发的典型案例,依法以以危险方法危害公共安全罪定罪量刑。”此两典型案例对于当时扼杀风行一时的醉驾起到了积极的指导作用,最高人民法院此行为是对没有修改刑法增设新罪名前的一种以案例指导审判的补救措施。^①因此,我们认为最高人民法院发布上述这些典型案例实质与司法解释一样具有同等法律约束力。

故此,我们没有必要区分(实际很难区分)法官是“释法”或是“造法”,而是

^① 参见“最高人民法院解读醉驾肇事量刑争议”,载最高人民法院网站 http://www.court.gov.cn/xwzx/sjld/sjld/201001/t20100130_860.htm,最后访问时间:2012年2月11日。

真正创立中国的案例制度(而非案例指导制度)。对此,我们建议如下:

第一,将指导案例与司法解释一样,以最高人民法院审判委员会名义发布,各级法院在判决中直接引用,不但可以作为论证说明使用,而且可以作为判决依据直接引用。

第二,指导案例只是限于由最高人民法院发布,地方各级法院或其他机关不得发布。

第三,各级地方法院适用指导案例时,应当经过审判委员会讨论决议,以保证适用的权威和质量。

第四,下级法院对于适用指导性判例的案例层报到上一级法院,上一级法院对其管辖的下级法院适用指导性案例予以指导、监督。

第五,最高人民法院或上级法院对于下级法院审理相类似的案件没有适用指导案例的现象,要追究地方法院不作为的责任。

第六,最高人民法院对于地方各级人民法院适用指导性案例的判例组织编撰后,定期予以颁布。

目前,指导性案例分为民事案件类和刑事案件类的实体部分,将来一定或必然涉及这两类案件的程序类指导性案例。不久也将涉及行政诉讼类的指导性案例。而指导性案例影响最大的还属刑事类案件,下面列举仅近几年发生深具影响的刑事案件,除了最高人民法院自1985年颁布案例、研究案例的多年积累外,这些颇具影响、广泛争议的案件频频出现,可能是促进指导性案例早日诞生的重要原因。

1. 李昌奎强奸、故意杀人案,从一审判决死刑到二审判决死缓,后来又启动审判监督程序改判死刑,舆论在该案的审判过程中一直质疑“少杀慎杀”的标准,人们在审视法院依法审判与平衡舆论“杀”与“不杀”两种声音的能力。

2. 药家鑫故意杀人案,该案是对有自首情节是否予以从轻处罚的挑战,人们反思独生子女道德教育和责任教育缺失的同时,执行死刑的无情枪声和具有音乐才能的大三学生的钢琴音乐声一直交织回响在人们的心中。

3. 郑筱萸等人贪污贿赂案,郑筱萸因受贿罪、玩忽职守罪被执行死刑。综观我国近年来的反腐判例,郑筱萸既不是级别最高(副省级),也不是受贿数额最大的(649万元),特别是郑筱萸还有积极退赃、坦白部分罪行等酌定从宽的量

刑情节,最终被判处死刑。有学者点评郑筱萸受贿案成为我国死刑适用标准及死刑制度改革的“验金石”。^① 尽管专家学者对该案适用死刑大多持肯定态度,但人们还是在质问声中探求:贪污受贿数额多少、何种从轻量刑情节应该判处死缓。^②

4. 李庄等辩护人妨害作证案,李庄案在有罪与无罪之间伴随着重庆“打黑除恶”风暴备受司法界关注,李庄以二审认罪后又申请再审而迂回维护自己的权利,随后的广西四律师辩护人妨害作证案也带着置疑声跨进2012年,辩护人妨害作证罪不仅是司法判例的评论焦点和坊间茶余饭后热点话题,^③也是律师界呼吁修改刑事诉讼法改善刑辩律师执业困境的共同愿望。

5. 孙伟铭(醉驾)和黎景全以危险方法危害公共安全案,该类案件导致将醉驾引入《刑法修正案(八)》,司法界置疑修改前醉驾以危险方法危害公共安全罪定罪量刑是否违反罪刑法定原则。

6. 浙江吴英等集资诈骗案,吴英案存在有罪与无罪、集资诈骗罪与非法吸收公共存款罪和具有立功、坦白等从轻情节是否适用死缓之争。浙江省自2009年以来相继有杜益敏、高秋荷、郑存芬、王菊凤、季文华因集资诈骗罪被终审判处死刑,赵婷芝、陈少雅、季林青、季胜军也因集资诈骗罪被终审判处死缓,到2012年出现吴英二审被判决死刑案,引发法律界和企业界的新一轮猜测和热议。^④

① 参见赵秉志等:《刑事大案要案中的法理智慧》,中国法制出版社2011年版,第212页。

② 原云南省省长李嘉廷受贿1810万元,原安徽省副省长何闽旭受贿841万元,原河北省常务副省长丛福奎受贿936万元,原浙江省纪委书记王华元受贿、巨额财产来源不明771万元,公安部原部长助理郑少东受贿826万元,原黑龙江省政协主席韩桂芝受贿702万元,原安徽省政协副主席王昭耀受贿、巨额财产来源不明1353万元等,原江西省政协副主席宋晨光受贿1263万元。以上各被告人因具有立功、坦白、积极退赃等情节,判决死缓;原贵州省委书记刘方仁受贿677万元;原内蒙古自治区副主席刘卓志受贿817万元,这两位被告人具有认罪态度好、坦白情节,判处无期徒刑。

③ 分别输入关键词“李庄案”、“广西四律师辩护人妨害作证案”,点击“百度搜索”,各有825,000条、667,000条相关信息,舆论超乎寻常的关注;由主办单位:中国法学会案例研究专业委员会、南方周末报社、腾讯网和协办单位:清华大学法学院、北京大学法学院、中国政法大学法学院、上海交通大学凯原法学院、中央财经大学法学院,于2012年1月19日按惯例评选出“2012年中国十大影响性诉讼”,《北海律师维权案》名列之首,《“李庄案”第二季:漏罪》名列第五,载南方周末网<http://www.infzm.com/content/67747>,最后访问时间:2012年2月8日。

④ 参见陈东升:“吴英案引发法律界企业界热议,浙江省高院称‘枉法违心判吴英死刑’系谣言”,载《法制日报》2012年2月7日版。

中外媒体也很关注该案,温家宝总理也坦言:“第一,对于民间借贷的法律关系和处置原则应该做深入的研究,使民间借贷有明确的法律保障。第二,对于案件的处理,一定要坚持实事求是。我注意到,最高人民法院下发了关于慎重处理民间借贷纠纷案件的通知,并且对吴英案采取了十分审慎的态度。”^①民间借贷纠纷案件出现“井喷”,仅温州市两级法院2011年共受理案例12,052件,涉案标的额113.434亿元,与2007年相比增加了4倍多。^②故此,2012年“两会”期间部分人大代表和政协委员提出制定《民间借贷管理法》的立法建议。^③一方面是民间融资难而出现浙江中小型企业破产、企业家恶意逃跑。另一方面出现各种形式不规范钱庄大肆聚拢民间财富的涉嫌集资诈骗罪、非法吸收公共存款罪、非法经营罪或组织领导传销罪的大亨,法院的审判导向对能否转变这种“冰火两重天”的融资局面起着重要作用。

值得欣慰的是,最高人民法院裁定不准被告人吴英死刑,认为“吴英归案后,如实供述所犯罪行,并供述了其贿赂多名公务人员的事实,综合全案考虑,对吴英判处死刑,可不立即执行。”^④这起看似个案的裁判结论,其实是包括法律界、新闻界、金融界、企业界以及其他民众的案外人对个案的一次公决,最高人民法院不过是以最终裁判者的身份宣布这一民意的调查结果罢了。这或许是社会唯一制约手段的舆论能够制约强力和欲望,^⑤致使判决吴英死刑立即执行的两级法院显得孤立无援了。可见,任何超越法律限度的判决结果,就不再是一种公正的、代表民意的、经得起历史检验的刑罚。

7. 河南时建锋天价过路费案,该案从一审认定被告人诈骗金额的369万元,判处无期徒刑、罚金200万元,到再审认定诈骗金额的49万元,判处有期徒刑2年6个月、罚金1万元,法院认定犯罪数额如同在公众强大舆论之下玩过山

① “在十一届全国人大五次会议记者会上温家宝总理答中外记者问”,载《法制日报》2012年3月15日第2版。

② 参见陈东升、陈逸群:“一年受理12,000多件高利贷纠纷阴阳借条虚假诉讼交织导致真假难辨——温州民间借贷纠纷案井喷挑战法院审理”,载《法制日报》2012年3月7日版。

③ 参见范旭光:“浙江委员:吴英被判死刑没道理”,载《新京报》2012年3月4日版。

④ “最高法院未核准吴英死刑——该案发回浙江高院重审”,载《法制日报》2012年4月21日版。

⑤ [意]切萨雷·贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京大学出版社2008年版,第34页。

车,如此巨大的反差,人们当然在质疑法院的公信力。

8. 许霆盗窃案,该案存在有罪与无罪之争,更存在有罪后一审以盗窃罪判决无期徒刑,重审又改判5年有期徒刑,同一案件、同一事实、相同证据和适用相同法律条款,量刑结果相差悬殊,也给人们质疑法院定罪量刑如同拉皮筋——伸缩太大。时至今日,人们对于该案还是与英国出现同类案件,但法律后果出现天地之差,英国银行认为错在自己,在ATM机上吐出的双倍现金归于顾客。一方以“法律不同结果不会相同”,另一方以“中国的银行该学会担当”进行反驳。^①我们关注的不是法律规范的异同和银行责任意识,更应该反思我国立法和司法机关对于一种违反企业规则的性质判断——属于刑事责任还是民事责任范畴。

9. 湖南省郴州市农民李清假冒注册商标“天价罚单”案,该案经过一审、上诉和发回重审,从判决有期徒刑5年、罚金2151万元,到判决有期徒刑4年6个月、罚金199万元。人们关注的不仅是罚金计算依据,而是只有小学文化的被告人李清的妻子李红英在拷问鄂尔多斯中级人民法院:经过两次审理,案件定性属于假冒注册商标罪还是销售假冒注册商标罪?答案只能等待内蒙古自治区高级人民法院回答,也许还需最高人民法院指导性意见。

10. 前足球管理中心主任谢亚龙谢亚龙等受贿案,将中国足坛反赌扫黑风暴推向高峰。该案还涉及杨一民、南勇、蔚少辉、李冬生、张建强、黄俊杰等足球界高级管理官员和顶级裁判,人们在为司法机关惩治足球界腐败大快人心的同时,因2012年4月24日和25日审判谢亚龙时的大声疾呼“曾在看守所内遭到了吊打、电击、抽耳光、不让睡觉、言语侮辱等刑讯逼供措施”,^②而担忧已经载入2012年《刑事诉讼法》第54条至第58条排除采用刑讯逼供等非法方法收集证据的证据制度能否贯彻落实。警方出具证明试图自己证明自己没有刑讯逼供,控诉方将取消被告人认罪态度良好的认定,^③法官以被告人表示遭到刑讯逼供而宣布取消自首情节。谢亚龙及其辩护人孤掌难鸣,看来,“龙哥”很难能在龙

① 郭文靖:“法律不同结果不会相同”、张海英:“中国银行该学会担当”,载《法制日报》2012年5月22日版。

② 张磊:“谢亚龙称遭刑讯逼供 检方否认——谢亚龙否认检方12项指控中的8项,因翻供其自首情节被取消”,载《新京报》2012年4月25日版。

③ “公安机关否认对谢亚龙刑讯逼供——辽宁省公安厅专案组称谢亚龙及其代理律师混淆视听”,载《新京报》2012年4月26日版。

年掀起“排除非法证据”之龙卷风。

以上列举的这些颇受社会热议、影响深远的典型案件,人们热议的原因,一方面因任意裁判而导致的判决不精密、不统一,而要求法官说明判决理由、论证判决依据、开示裁量基准,尤其是在成文法条使用“情节严重”、“情节特别严重”、“数额巨大”、“数额特别巨大”等抽象、模糊的字眼时,不同法院不同地区的法官对这些模糊规定的理解和把握的尺度,就可能出现不一样的情况。^① 另一方面由于法院在资源配置方面尚不足以化解社会转型带来的权利失范、分配不公、权利冲突和社会民生等一系列问题,司法这道“最后的社会防线”就注定成为“最后的批判靶子了”。^② 故此,公众强烈要求最高人民法院来统一量刑尺度,规范法官审判行为,避免“同案不同判”、“同案不同刑”的混乱局面。实践证明,建立案例指导制度是进一步统一司法裁判制度的最佳方案。^③ 其实案例指导制度是伴随我国一系列司法体制改革措施而诞生的,如将死刑复核程序统一于最高人民法院,就是通过死刑复核权来指导、平衡、统一全国死刑量刑尺度。再如,规范性量刑制度实质是最高人民法院采取的一种将待判决的个案与刑法中宽泛的量刑档次进行抽象归纳的统一量刑规范。与案例指导制度相关的一系列司法体制改革的目的,不外乎是规范法官判决、统一裁判尺度、平衡社会矛盾,运用国家司法权促进社会民主法治制度健康发展。

编撰、评析生效(可能并非经典)案例,以及当下推荐和适用的指导性案例,旨在规范相类似案件的统一判决量刑尺度,以维护国家司法制度的权威性。国家不仅通过法律和司法解释规范法官的判决行为,现在还要以统一的指导性案例规范法官的论证依据——使法官判决时左右平衡个案与共案的关系,做到每一宗生效的判决都能经得起历史的检验,每一例生效判决都是一部释解法律、应用指导性案例、平衡对立矛盾关系、促进和谐社会的经典教科书。正如浙江省高级人民法院院长齐奇所言:“法官正确裁判一个案件,就是在明示一个法律标准,树立一个行为规范,就是让规则意识和法治精神在越来越多的民众心底生根

① 胡云腾、于同志:“案例指导若干重大疑难争议问题研究”,载《法学研究》2008年第6期。

② 参见陈林林:“公众意见在裁判结构中的地位”,载《法学研究》2012年第1期。

③ 刘作翔、徐景和:“案例指导制度的理论基础”,载《法学研究》2006年第3期。

发芽”。^①

我们相信,此次最高人民法院发布的《规定》,只是中国案例制度的萌芽。随着案例指导制度的不断完善,相关经典案例总结、研究的不断扩展,尤其是随着我国司法制度的改革的逐步深入,适宜于中国国情并与中国法律体系相融合的案例制度必将诞生——因为我们已经看到了她的曙光。

^① 齐奇:“裁判一个案件就是在明示一个法律标准”,载《法制日报》2012年2月2日版。

PREFACE

前言

2011年10月27日国务院新闻办发表《中国特色社会主义法律体系》白皮书,向全世界宣告中国特色社会主义法律体系已经建成,总体上解决了有法可依的问题。但我们认为,我国今后在一个相当长的时期内,有法必依、执法必严的问题还要走过漫长的一段道路。《孟子·离娄上》已有名言:“徒善不足以为政,徒法不能以自行”,再好的“良法”都必须在人的操控下、结合具体案件得到贯彻执行,当下老百姓更关心的是个案的依法裁判和个案之间的所谓“同案同判”、“同案同刑”的比较。故此,我国最高人民法院和最高人民检察院自20世纪80年代就开始研究案例指导工作,尤其是刑事判例的整理和发布工作。最高人民法院第一至第五刑事审判庭主编出版了《刑事审判参考》(自1999年以来已经出版83集);最高人民法院于1991年2月21日成立了中国应用法学研究所,开始专门研究法学理论在审判实践的应用,并编辑出版《人民法院案例选》;最高人民检察院公诉厅编辑出版了《刑事司法指南》(自2000年以来已经出版48集)。近几年来,包括法学家在内的研究学者,尤其注重刑法案例的研究,出版了大量著作,如赵秉志教授主编的《中国刑法典型案例研究》(第一至第五卷,北京大学出版社2008年版),《刑事大案要案中的法理智慧》(中国法制出版社2011年版);刘树德教授著的《实践刑法学》(总则、个罪Ⅰ、个罪Ⅱ,中国法制出版社2010年版),《最高人民法院公报案例全文·裁判要旨·学理展开,中国法制出版社2010年版》;于志刚教授著的《案例刑法学》(总论、各论,中国法制出

版社 2010 年版);谢望原、赫兴旺教授主编的《中国刑法案例评论》(第一、二辑,中国法制出版社 2007 年版和 2008 年版)。这些案例编撰、分析和研究的著作,对于推动我国刑事立法进程,提高法官断案说法技巧,提高律师刑法司法实践理论水平都具有重大意义。

对于案件的当事人来说,法院的一个法律文书可能是他们一生只有这一次“亲临”法律的实施于己,体验法律与自己的切身关系,来评判公安机关立案、侦查是否能依法保障各方权利人的合法权益,检察机关是否能站在国家法律监督的位置上,正确、无私地监督法律的正确实施,法院审判是否公开、公正断案判决,律师执业是否能倾心为受托人提供法律服务。因此,一个判决就是一部法律全书;一个判决就是对一个人的一生普法教育的最终结论。一个判决就是法院向公众公示——法官是否总览全局、无私公正、业务娴熟、知识博深。

我们刑辩律师更重视具体案件的审判结果、法官在判决书中的论理以及适用法律的正确性,因刑辩律师对于法官判决个案结果与类似案例差异的感触最深,一方面根据证据和法律的适用在法庭上倾心力争,另一方面还要承受判决结果或许不能令被告人及其家属满意的心理压力,再一方面类似案件的不同判决结果的对比又不能使自己满意,往往一宗案件的判决会一直纠结律师较长一段时间。故此,我们将近十年来的刑事辩护、刑事代理以及与刑事诉讼相关联案件(如刑民交错案件)筛选、汇总,并结合相关案例予以评析,以期从这些平常“小案”出发,总结自侦查程序到审判监督程序我国刑事法治的一般规则。当然,这些体会也凝集着一起合作律师的智慧,我们曾经一道奔波于看守所征尘之中、一同论辩于法庭的累卷叠纸之间、一起讨论切磋于电脑屏幕之前、一次次相约于咖啡与茗香的茶吧之内,共同评析“事实清楚”的案情、探寻“确实充分”的证据、对比“类似案件”的异同。

回顾 22 年的刑辩律师执业生涯,用两个字予以概括——沉静。从哈尔滨到秦皇岛,再从青岛到北海,一路南下,长时间没有沉淀下来,近两年稍一安定,回味曾经辩护和代理的刑事案件,深感有必要提炼、深思——甚至重新审视。本书中的承办案例并非作者担任辩护人或代理人的成功案例,有几个案例判决结果

与委托人的期望和律师们的预测相去甚远,这样的案例之所以“晒”出来,是因为其具有个案失利的代表性和可评议性;部分案例录入“引证案例”以加强论理;每一章还附有综述性的总结提示,以期与读者朋友进行交流、讨论。如果这些案例和论述能同朋友们形成某些共鸣,将是最令我们欣慰的。

赵成民

2012年8月1日

于广西北海市白金瀚宫



我国案例制度的曙光(代序)	1
前言	1
一、律师参加侦查程序辩护	1
要点1 律师提前介入侦查程序的“提前”界限	3
要点2 律师调查取证权在侦查程序中的施展空间	7
要点3 律师在审查批捕程序中的作用	11
要点4 律师在侦查程序中应以解除羁押嫌疑人为宗旨	16
要点5 律师在涉外侦查程序中的辩护特点	19
总结提示 关于保障律师辩护权的探讨	24
二、律师参加审查起诉程序辩护	33
要点6 律师对不起诉决定: 否决“证据确实充分”的追求	35
要点7 律师对开庭后撤销案件程序违法决定的抗辩	38
要点8 律师对补充侦查改变罪名的质疑	45
要点9 律师对撤回起诉合法性的担忧	51
要点10 律师对撤诉后改变强制措施的评价	58
总结提示 公诉案件撤回起诉制度的构想	66

* 本书共收录真实、典型案例共79个,其中承办案例48个,引证案例31个。