

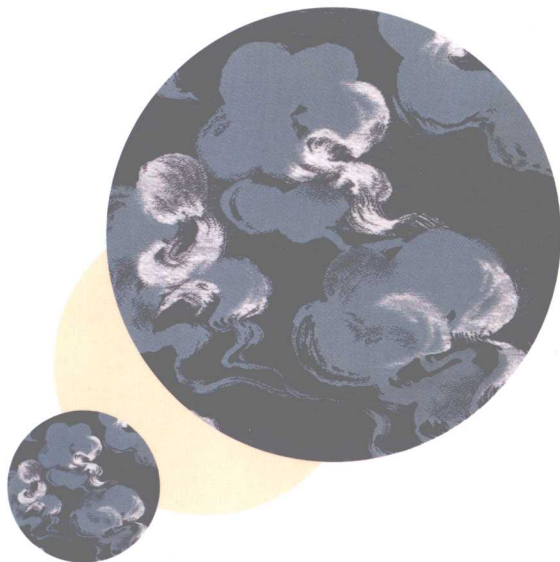
刑事辩护的 技术与伦理

刑事辩护的心境、技巧和体魄

刑事弁護の技術と倫理

刑事弁護の心・技・体

[日] 佐藤博史·著 于秀峰 张凌·译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

刑事辩护的 技术与伦理

刑事辩护的心境、技巧和体魄

刑事弁護の技術と倫理

刑事弁護の心・技・体

[日] 佐藤博史・著 于秀峰 张凌·译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事辩护的技术与伦理:刑事辩护的心境、技巧和体魄 / (日)佐藤博史著;张凌,于秀峰译. —北京:法律出版社,2012.7

ISBN 978-7-5118-3768-4

I. ①刑… II. ①佐… ②张… ③于… III. ①刑事
诉讼—辩护—研究 IV. ①D915.35

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第172611号

刑事辩护的技术与伦理
——刑事辩护的心境、技巧和体魄

[日]佐藤博史 著
于秀峰 译
张凌

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2012年9月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 31.75 字数 371千

印次 2012年9月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

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 978-7-5118-3768-4

定价:55.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

本书是由在《法学教室》杂志中连载的“刑事辩护的技术与伦理”(该杂志 2005 年第 296 号 ~ 2006 年第 307 号)的系列论文修改而成的,观点没有改变,但在出版时对论文的内容进行了全面的修订,并增加了一些最新的文献和资料。

《法学教室》刊登同类连载论文,最早是加藤新太郎法官撰写的涉及民事代理伦理的《律师伦理的一般基础》(载于该杂志 2004 年第 284 号 ~ 2005 年第 295 号)。后来该杂志社开始策划连载“刑事辩护的伦理”。对于刑事辩护来说,如果内容仅限于“伦理”,就不像民事代理那样有大量素材进行长达一年的连载。我们考虑在刑事辩护“伦理”的基础上增加辩护“技术”的内容。于是,连载的题目定为“刑事辩护的技术与伦理”,以前在“刑事辩护的伦理”方面没有考虑的问题,不断地浮现出来,论述的范围远远超出了当初预定的内容。正如高速行驶的汽车需要高性能的刹车装置一样,“伦理”与“技术”是密不可分

的,抛开“技术”单纯论述“伦理”,这种论述是没有根基的。我开始意识到如果按照侦查、公诉、上诉、再审这一刑事程序流程的顺序来考虑辩护的技术,可能会有一些微妙的变化。而且,在论文连载的过程中,正好我有机会在东京大学法科大学院(即研究生院)担任“法曹伦理”的课程,这对我深入思考这个问题有很大的帮助。

如果说本书在“刑事辩护的伦理”这类书籍中表现出其独到之处,可以简单地概括为:辩护人的核心义务是积极的诚实义务,为了履行该义务就必须具备高超的“技术”,而高超的技术恰恰需要高尚的伦理。也就是说,技术和伦理是联系在一起的,需要在侦查、公诉、上诉、再审等各个刑事辩护阶段,结合积极的诚实义务对技术进行具体的论述。而且,伦理(心境)和技术(技巧)是以身体(体魄)为基础的。本书的副标题是“刑事辩护的心境、技巧、体魄”,为了修炼“心境”和磨炼“技巧”,也需要锻炼身体。

在本书的写作过程中,笔者意识到应当把精力集中于与刑事辩护有关的带有共性的基本问题上,但本书只不过是长期从事律师业务日积月累的个人思考的成果而已。在论文汇集成册之际,敬请读者给予批评指正,以使我更加深入地思考这些问题。

我是从什么时候开始立志当一名刑事辩护人的,现在已经记不清了,好像是在刚上大学的时候就产生将来成为刑事辩护律师的志向。现在回想起来,在小学的时候父亲曾带我观看了描写“八海案件”^[1]的电影,影片名称是《暗无天日》,影片最后有一段呼唤的独

[1] “八海案件”是1951年发生在山口县一个叫八海小村庄的老夫妇二人被杀案件。犯罪嫌疑人吉冈幌为了避免自己被判处死刑,供述称自己的四个朋友也参与了杀人,其中叫阿藤的人是主犯。一审法院判处吉冈无期徒刑,他没有上诉;阿藤被判死刑,其他三人被判处无期徒刑。四人均提出上诉,二审对阿藤维持原判,其他三人改判为有期徒刑;四人上诉到最高法院,最高法院决定发回重审,第一次再审判处四人无罪,检察官对此提出抗诉;最高法院第二次决定发回高等法院重审,法院再次判处阿藤死刑,其他三人被判有期徒刑,对此四人再次上诉;最高法院最终对四人作出无罪判决。该案件经过三级法院的七次审理(地方法院一次,高等法院三次、最高法院三次),审判历时16年。——译者注

白：“等着瞧吧，后面还有最高法院呢！”在18年以后，这个案件最后被认定为无罪。还记得有一句话，“真实的事实最后的胜利是在刑事法庭上获得的”。（参见本书第127页）

大学毕业后，我留校担任藤木英雄先生的助手，但当刑事辩护人的初衷始终不能忘怀，因此顾不得给藤木先生添麻烦，在几个月之后，我就辞去了助手的职位，成为一名辩护律师，从那时起到现在已经过去33年了。我并没有把全部精力投入到日常的司法实务中，而是在藤木先生的劝导下，以长期不能忘怀的一般理论为中心度过了一段理论研究的生活。正是由于这个缘故，我在当上了辩护律师之后仍然与许多学者保持密切接触。对于藤木先生的宽广胸怀，我非常感谢，谨此将本书献给已故的藤木英雄先生。^[2] 因为这本书对于我来说，是拖延了33年的“助手论文”。

不过，本书不是学术性著作，没有文献索引，甚至有时重要的文献也没有出处。但是，这本书所写的内容都是我在刑事辩护实践中的思考和经验，而不是纸上空谈。法学专业研究生所需要的正是这种根植于司法实务的东西，也可以说这就是指导司法实务的理论。

这本书首先是为那些有志成为刑事辩护律师的人们而写的。他们可能根据律师事务的情况只选择阅读本书的一部分，考虑到这种情况，本书大幅度压缩了引用的文献，而且主要采用前后参照的引用方式。笔者的最大心愿就是，用本书把读者吸引到“刑事辩护的世界”，让他们掌握“刑事辩护的技术和伦理”，培养出更多优秀的

[2] 藤木英雄先生1932年2月20日生于长野县松本市，1977年7月9日在东京大学法学部担任教授期间，突然去世，年仅45岁。当时我担任律师已有3年了。藤木先生的主要著述有：《可罚的违法性理论》，有信堂1970年版；《过失犯的理论》，有信堂1969年版；《刑法演习讲座》（新版），立花书房1970年版；《刑法讲义总论》，弘文堂1975年版；《刑法讲义各论》，弘文堂1976年版。藤木先生其他大量著述，请参见追悼论文集《藤木英雄其人与学问》（弘文堂1979年版）附录中的著作目录。我在这本悼念论文集中也发表了一篇题为“我与先生的交流”，文中写道：“藤木先生是这样教导我的，即使是著书立说方面的权威，如果他知道自己对司法实务的问题什么也不能回答，那么就只能自己回答自己了。”

刑事辩护律师。

我撰写本书,同时也是为自己提供重新认识“刑事辩护世界”的机会。今天这项工作已经完成了,我沉浸在“刑事辩护世界”的喜悦之中,尽管是暂短的、新鲜的,但现实中的案件却不允许我们满足。“写书”就好像千锤百炼锻造宝剑一样,从无序中创造有序。锻造出来的宝剑在战场上是否得心应手,还不得而知。但只要能符合司法实务和刑事法理论的要求尽全力进行写作就可以了,至于存在那样那样不完善的地方,存在意想不到的错误,都是在所难免的。

另外,谈到所谓的刑事辩护应有状态,本书对许多观点进行了毫不留情的批评。如果这些批评引起误解或者存在错误,我将另找机会坦率道歉。这是必须的。刑事辩护就是为委托人服务的,而不是为了自圆其说。

如果本书能够激发一些人立志成为刑事辩护律师,是我的莫大荣幸。我是从前人默默无闻踏过的路走过来的,也期待在我的身后有一群未来的刑事辩护律师。这是我的梦想。我们的刑事辩护也将在世界上引以为自豪。

这里要对两位编辑表示感谢。《法学教室》编辑部渡边真纪编辑认真倾听了我如何把书名定为“技术和伦理”时的烦恼,同时她能不厌其烦地调整我多次修改的文稿;她的后任编辑是足立晓信先生,在他的协助下,连载论文修改成单行本出版,在此对二位深表感谢。

此外,还要感谢我的妻子佐藤有子,她全力以赴地支持我作为一名律师的包括刑事辩护在内的工作,没有她的帮助,本书的出版是不可能的。

2007年4月6日
佐藤博史

凡 例

正文中使用的略语如下：^{〔1〕}

(1) 判例集

刑录 大审院刑事判决录

刑集 大审院、最高法院刑事判例集

民集 大审院、最高法院民事判例集

裁判集刑事 最高法院裁判集刑事

高刑集 高等法院刑事判例集

高刑特报 高等法院刑事判决特报

下刑集 下级法院刑事裁判例集

(2) 杂志

《刑事辩护》=《季刊刑事辩护》

《现刑》=《现代刑事法》

《最判解刑事篇》=《最高法院判例解说刑事篇》

〔1〕 因我国读者对日本的判例集、杂志、法令的略语不够熟悉，在正文中尽量使用全称。——译者注

《自正》=《自己与正义》

《重判解》=《重要判例解说》(《法学家》杂志增刊)

《曹时》=《法曹时报》

《判时》=《判例时报》

《判泰》=《判例泰晤士》

《法教》=《法学教室》

《法时》=《法律时报》

《法评》=《法学评论》

(3) 法令名称

除下列情况外,均使用有斐阁版六法的法令名称略语。

《旧旧刑诉》=《刑事诉讼法》(明治二十三年法律第96号)

《旧刑诉》=《刑事诉讼法》(大正十一年法律第75号)

《联合国人权B公约》=《关于市民及政治的权利的国际公约》

《治罪》=《治罪法》

目 录

第一编 序 论

第一章 什么是刑事律师伦理	003
一、引言	003
二、刑事辩护与律师伦理	005
(一)什么是律师伦理	005
(二)刑事辩护与民事代理	007
(三)刑事辩护的意义	013
(四)有关刑事辩护律师伦理的规定	014
第二章 辩护人的诚实义务与真实义务	022
一、辩护人的任务——诚实义务	022
(一)被告人的自我辩护权(防御权)与辩护人的任务	022
(二)辩护人的诚实义务	027
(三)辩护人的积极的诚实义务(积极的辩护)	029
(四)辩护人的消极的诚实义务	035
二、辩护人的真实义务	037
(一)对被告人的真实义务和辩护人的积极真实义务 的否定	037

(二) 辩护人的消极真实义务	038
三、辩护人的诚实义务与真实义务	040
(一) “椭圆理论”的退变——“圆形理论”	040
(二) 真犯人的无罪辩护与替身犯人的有罪辩护	043
四、小结	048
第二编 本 论	
第三章 侦查阶段的辩护技术与伦理	051
一、引言	051
二、辩护人在侦查阶段的作用	052
(一) 侦查辩护的历史	052
(二) 侦查辩护的重要性	054
(三) 侦查辩护技术的不成熟	056
三、会见的技术	058
(一) 侦查辩护中的辩护人地位及“侦查律师”	058
(二) 会见的目的	063
(三) 会见的方法	066
四、沉默权的行使	077
(一) 讯问犯罪嫌疑人的重要性	077
(二) 沉默权的行使与辩护人的真实义务	079
(三) 讯问犯罪嫌疑人与沉默权的行使	083
(四) 由检察官讯问犯罪嫌疑人	089
(五) 沉默权的行使与辩护人的诚实义务	094
(六) “米兰达”研究会与辩护人的诚实义务	100
(七) 小结	105
五、共犯案件的辩护	106
(一) 案件的真相——《丛林中》	106

(二) 共犯案件的受理与辩护人的诚实义务	112
(三) 共犯人供述的可信性判断	119
(四) 《暗无天日》——后面还有最高法院的裁判	123
(五) 冤案的辩护与刑事律师伦理	128
第四章 审判辩护的技术与伦理	136
一、引言	136
二、侦查辩护与审判辩护	137
(一) 作为防御手段的刑事辩护	137
(二) 侦查与审判	138
(三) 辩护人在侦查辩护中的地位与“审判律师”	144
(四) 侦查的类型——侦查的多样性	145
(五) 侦查一课类型案件	147
(六) 特别侦查部类型的案件	148
(七) 侦查的过程——不可逆转的曲折过程	153
(八) 检察官开示证据与审判阶段的辩护	158
三、审判的准备	160
(一) 作为防御对象的诉因——裸的事实问题的陷阱	160
(二) 开示证据的魔力	165
(三) 开示证据的假象——再读解开示证据	167
(四) 开示证据的致命弱点	172
四、审判	174
(一) 审判阶段律师的作用——反面例子“芝加哥”	174
(二) 日本的刑事裁判是否有希望	177
(三) 参审制还是陪审制	181
(四) 日本的刑事裁判是有希望的——裁判员制度的意义	186
(五) 再审案件与日本的刑事裁判	193
五、询问证人	201

(一) 询问技术与律师伦理	201
(二) 询问技术(怎样问)的重要性	208
(三) 刑事裁判中询问证人的意义	213
(四) 日本的刑事裁判与询问技术	217
(五) 反询问技术 1. (怎样)问什么——反询问的准备	219
(六) 反询问技术 2. 怎样问(什么)——反询问的注意事项	235
(七) 反询问的成功与传闻例外	250
(八) 磨炼询问证人的技术	252
(九) 反询问与主询问	255
(十) 询问证人与律师伦理——以弗里德曼的三大难题为中心	261
(十一) 主询问的技术 1. 向谁(怎样)问什么——主询问的准备	273
(十二) 主询问的技术 2. 怎样问(什么)——主询问的注意事项	277
(十三) 再次主询问的技术	279
(十四) 刑事询问技术与裁判员制度	282
六、辩护方的证明	285
(一) 无罪的证明——刑事裁判的铁则：“疑罪从无”	285
(二) 侦查一课类型案件与无罪的证明	292
(三) 特殊侦查部类型案件与无罪证明	297
(四) 情节的辩护	301
七、辩论	307
(一) “辩论要旨”的怪圈	307
(二) 辩论的技术与伦理	311
(三) 裁判员的审判与辩论的技术	317

第五章 上诉辩护的技术与伦理	326
一、上诉审的结构与上诉辩护	326
(一) 上诉审的结构	326
(二) 上诉律师的作用	335
二、上诉的请求	338
(一) 上诉请求的要件	338
(二) 上诉请求的时间和方式	347
三、上诉意见书的制作	349
(一) 上诉意见书的提交期限	349
(二) 上诉辩护人的着眼点与上诉审法官的着眼点	352
(三) 上诉理由的发现	356
(四) 上诉理由的论述	364
四、上诉审的审理	367
(一) 与法官(调查官)会面	367
(二) 第一次庭审——根据控诉意见书进行辩论	368
(三) 上诉审的事实调查	370
(四) 上诉审的辩论	373
五、裁判员制度与控诉审的走向	375
第六章 再审辩护的技术与伦理	380
一、再审制度和再审律师	380
(一) 再审的意义	380
(二) 日本再审制度的特色	385
(三) 假证据和新证据——吉田老案件(白鸟案件裁定 的前史)	386
(四) 再审律师	389
二、新证据的壁垒——新证据的特点	390
(一) 新证据的必要性	390

(二) 证据的新规性	393
三、证据的明确性的判断方法——两个阶段的判断	397
(一) 白鸟案件和财田川案件裁定的意义——孤立评价 (心证的承继)与综合评价(再评价)	397
(二) 白鸟案件和名张案件第五次裁定——综合评价与 “证据结构的重组”或“证明力的提高”	403
(三) 名张案件第五次裁定与名张案件第六次裁定 ——限定再评价与全面再评价	408
(四) 限定再评价与全面再评价(二阶段说) ——以新干线为例	416
四、发现新证据——证据结构分析的重要性	424
五、再审理求的审理方法	430
六、再审中的法医学者和律师的伦理——导致错案原因的 鉴定错误和不适当的辩护	432
(一) 鉴定在刑事裁判中的重要性	432
(二) 错误鉴定——弘前案件与岛田案件	433
(三) 不适当的辩护——足利案件	441
术语索引	449
人名索引	473
判例索引	484

第一编 序 论

