

雨 根 著

XING
ZHI
BIAN

刑 之 辯

刑事辯護系統方法論

上海社會科學院出版社

刑 之 辯

——刑事辩护系统方法论

雨 根 著

责任编辑 查建国、叶敏、徐毅

封面设计 张金桥



1988年3月

刑 之 辯

——刑事辩护系统方法论

雨 根 著

上海社会科学院出版社出版

(上海淮海中路622弄7号)

中国法律图书公司
上海公司发行

浦江印刷厂印刷

开本787×1092 1/32 印张6.75 字数130千

1989年4月第1版 1989年4月第1次印刷

印数1—10000

书号: 7—80515—354—x/D.53 定价: 2.35元

002497

内容提要:

本书是一本刑事辩护技巧的实用著作。全书以辩护技巧为主线,围绕无罪辩、轻罪辩、法定从轻情节辩、酌定从轻情节辩,以及阅卷、调查取证、案头准备与集体讨论、出庭辩护等,从办案实践出发,总结了律师运用辩护技巧的经验。本书配有较多生动的案件,是本既有学术价值,又有实用价值的专著。



(76)	罪责自负原则	第五节
(77)	罪责自负原则	第六节
(78)	罪责自负原则	第七节
(79)	罪责自负原则	第八节
(80)	罪责自负原则	第九节

目 录

(08)	总论 (代序)	(1)
(09)	第一节 法定辩护权	(1)
(10)	第二节 派生辩护权	(2)
(11)	第三节 系统论用于刑事辩护	(4)
(12)	第一章 罪与非罪→“无罪辩”	(10)
(13)	第一节 犯罪特征辩	(11)
(14)	第二节 犯罪构成辩	(16)
(15)	第三节 情节显著轻微辩	(31)
(16)	第四节 “情节严重”辩	(34)
(17)	第五节 犯罪目的辩	(38)
(18)	第六节 正当防卫辩	(40)
(19)	第七节 紧急避险辩	(44)
(20)	第八节 犯罪地辩	(45)
(21)	第九节 追诉时效辩	(47)
(22)	第十节 刑法效力辩	(48)
(23)	第十一节 程序辩	(49)
(24)	第二章 此罪与彼罪→“轻罪辩”	(53)
(25)	第一节 反革命宣传煽动罪, 还是诽谤罪	(55)
(26)	第二节 放火罪, 还是失火罪	(58)
(27)	第三节 诈骗罪, 还是投机倒把罪	(60)
(28)	第四节 故意杀人罪, 还是故意伤害罪	(63)

第五节	抢劫罪, 还是敲诈勒索罪	(67)
第六节	包庇罪, 还是伪证罪	(71)
第七节	虐待罪, 还是遗弃罪	(73)
第八节	贪污罪, 还是受贿罪	(75)
第九节	故意犯罪, 还是过失犯罪	(78)
(1) 第十节	数罪, 还是一罪	(80)
(1) 第三章	常规辩(一)——法定从轻情节辩	(83)
(8) 第一节	未成年人犯罪辩	(85)
(4) 第二节	聋哑人、盲人犯罪辩	(87)
(01) 第三节	防卫过当辩	(89)
(11) 第四节	紧急避险过当辩	(92)
(01) 第五节	预备犯罪辩	(93)
(18) 第六节	犯罪未遂辩	(96)
(12) 第七节	犯罪中止辩	(99)
(88) 第八节	从犯辩	(102)
(00) 第九节	胁从犯辩	(105)
(11) 第十节	教唆犯罪未遂辩	(107)
(61) 第十一节	自首辩	(108)
(71) 第十二节	国外犯罪已受处罚辩	(111)
(81) 第四章	常规辩(二)——酌定从轻情节辩	(113)
(01) 第一节	犯罪情节轻微辩	(114)
(87) 第二节	初犯、偶犯辩	(117)
(66) 第三节	主观恶性程度较轻辩	(119)
(82) 第四节	客观行为实施恶性程度较轻辩	(121)
(00) 第五节	损害后果较轻辩	(123)
(88) 第六节	悔罪态度较好辩	(129)

第七节 检举、立功辨	(131)
第五章 阅卷	(135)
第一节 基本要求	(136)
第二节 系统方法	(138)
第六章 会见被告人	(144)
第一节 基本要求	(145)
第二节 系统方法	(148)
第七章 调查取证	(152)
第一节 基本要求	(153)
第二节 系统方法	(156)
第八章 案头准备与集体讨论	(162)
第一节 案头准备	(162)
第二节 集体讨论	(171)
第九章 出庭辩护	(176)
第一节 出庭前准备	(176)
第二节 庭审中发问	(180)
第三节 辩护	(182)
第四节 拒辩	(190)
第十章 刑事自诉案件的辩护	(191)
第一节 直辩	(193)
第二节 调解	(196)
第三节 和解与撤诉	(199)
第四节 反诉	(202)

总 论 (代序)

第一节 法定辩护权

《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第125条规定:“……被告人有权获得辩护。”所谓辩护,就是刑事诉讼中被告人及其辩护人在事实上和法律上为论证对被告人有利的理由而进行的诉讼活动。根据《宪法》的精神,《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第四章第26条、第27条、第28条、第29条、第30条对辩护作了明确具体的规定。同时,被告人有权获得辩护的精神还散见于《刑事诉讼法》的其他有关章节,比如《刑事诉讼法》第118条规定的“被告人有最后陈述的权利。”《宪法》和法律是神圣的,《宪法》和法律赋予被告人以辩护权也是神圣的,没有人可以剥夺之。随着我国社会主义民主与法治的前进步伐,被告人的辩护权受法律保护,已成为我国民主制度的一个不可分割的组成部分。这是众所周知的现实。但是,在实践中,如何有效地行使辩护权利是一个值得注意的方法问题。有的被告人,经辩护,获宣告无罪;有的被告人,经辩护,获从轻处罚;有的被告人,经辩护,收效甚微,“辩与不辩一个样”;等等。这些不同的后果,除了根本上有一个案情事实和适用法律的不同所致之外,辩护的方法极为重要。在某种意义上,运用正确的辩护方法,

正是为了使客观的案情事实得到确认，正是为了使适用的法律条款得到实施，从而维护被告人的合法权益。因此，可以毫不夸张地说，辩护方法于被告人是关键的问题，没有再比之更为重要的了。

本书就是对刑事辩护的方法，系统地进行讨论，并将司法实践中一些较有成效的案例加以介绍，以期能够在理论和实践的結合上说明问题。

第二节 派生辩护权

《刑事诉讼法》第26条规定：“被告人除自己行使辩护权以外，还可以委托下列的人辩护”

(一) 律师；

(二) 人民团体或者被告人所在单位推荐的，或者经人民法院许可的公民；

(三) 被告人的近亲属、监护人。

上述规定表明，行使辩护权的除了被告人自己，还有被告人委托的辩护人。辩护人的辩护权，是基于被告人的委托，或者出自人民法院的指定（《刑事诉讼法》第27条），因而这种权利不是象被告人的辩护权那样原始取得的，而是从被告人的辩护权那里派生出来的。没有被告人的辩护权，当然也就没有辩护人的辩护权，正象没有被告人也就没有辩护人一样。尽管如此，辩护人的辩护权行使比被告人的辩护权行使在实际上更有意义，绝不因派生取得而比原始取得显得次要。在审判实践中，被告人仅作案情陈述和最后陈述，而将全面辩护权交于辩护人的，屡见不鲜。因此，本书讨论的

刑事辩护的系统方法，主要针对辩护人行使辩护权而言，但对被告人也不无价值。

根据法律规定，符合条件的不具备律师资格的公民，亦可担任被告人的辩护人。但这在多年来的司法实践中并不多见。刑事辩护人绝大多数是律师担任的。这是因为：

- 1、律师是从事法律事务的专业人员，具有相应的较为广博的法律知识和较为丰富的司法实践经验；

- 2、法律赋予律师较其他辩护人更多的极为重要的诉讼权利，使用这些权利更利于为被告人辩护，如：“辩护律师可以查阅本案材料”。

- 3、我国的律师是社会主义的法律工作者，依法履行刑事辩护人的职责，主要不是为了谋取经济利益。律师辩护不仅要从事有利于被告人出发，而且要以高度负责的精神，通过自己的全部诉讼活动同公安机关、检察机关和审判机关相互配合和制约，其结果无疑增强了辩护作用；

- 4、律师在自己的诉讼活动中宣传社会主义法制，是一项法定的神圣义务，切实履行该义务对确已构成犯罪的被告人来说，能够促使其尽早或者深化对所犯罪行的认识，端正悔罪改恶的态度。这显然对这些被告人获得从轻处罚有益无弊。

事实上，律师辩护在刑事诉讼中的不可忽缺的巨大作用，已经作为一种现实为人们所接受，其总体社会效果和法制意义已经越来越被人们所认识。据统计，全中国现有21000多名律师，八年来共办刑事辩护案件670000余件。（《法制日报》，1987年10月13日）1986年全国律师共办刑事辩护案件136837件，其中由被告人委托辩护为127013件。（《1987年

法律年鉴》第893页)上海市第一、第二律师事务所曾对办理的1377件刑案作过统计,其中被告人获从轻减处罚的362件,改变性质的52件,免刑的28件,退回补充侦查的9件,宣告无罪的2件,合计为453件,占总案数的33%。(《上海律师》1984年第1期)

当然,因为社会主义的民主与法制的建设是一个渐进的过程,刑事辩护制度的发展和完善也有一个渐进的过程,所以在现实生活中毫不奇怪地发生了一些辩护人形同虚设,“先判后审”等等的事情。这是可以理解的,必将逐步消除。对于刑事辩护律师来说,“如何提高刑事辩护的质量”是当前亟待深入讨论的课题。如何理解和遵循法对刑事辩护的规定性?怎样选择和安排辩护的角度和层次?怎么处理辩护意见中的突出重点和疏而不漏的辩证关系?如何才能最终达到最佳的辩护效果和实现辩护的最大价值?……诸如此类的问题,难道不应将之综合起来,作为一门科学——刑事辩护学加以系统地研究和探讨吗?

本书并不全面阐述上面称之为刑事辩护学的概念,研究对象,范围等等抽象问题,仅在理论和实践的给合上就刑事辩护的系统方法发表一家之言,期望对于辩护人的实施辩护具有参考作用。同时,本书也期望对人民检察院派出的公诉人和人民法院的审判员有所帮助。

第三节 系统论用于刑事辩护

何为系统?系统是一组有联系的元素集合。通俗地说,“我们要处理一个问题,必须把这个问题有关的部分联

系起来考虑，而这个联系考虑的范围就叫做系统。”（钱伟长：《组织和管理的近代科学——系统工程》）。系统观点已经渗透于科学和技术的各种领域中，系统思维方式在广阔的范围内起着显著的作用。法律科学也应当充分运用系统论这种新的科学方法论作为自己的工具。系统论的创始人，美籍奥地利生物学家贝塔朗菲（L·V·Bertalanffy）说，“我认为可以十分有信心地说：社会科学是社会系统的科学。因此，它应该使用一般系统科学的方法。”（冯·贝塔朗菲：《一般系统论（基础，发展和应用）》第185页）。事实上，在法律科学领域，已经有人注意到系统论的巨大作用。例如，有的法学界人士颇有见地地提出，用系统方法定罪量刑，改进审判工作，具有相当的现实意义。（陈浩铨：《系统方法定罪量刑初探》，上海市法学会主办《情况交流》总第28期）同样，运用系统方法进行刑事辩护，不仅是必要的，而且也是可行的，具有重要的现实意义。

根据一般系统论这样一种现代思维方式的特点，我们把刑事辩护看作是一个各阶段相互作用着的大复合体。为了便于系统分析，我们称这个大复合体为 x 系统，也即母系统。 x 系统是个复杂系统，即是个“具有多级递阶结构的系统。”“所谓递阶结构就是每一系统由第一级的元素构成，第一级元素又可作为系统而由第二级的元素构成，由此类推，形成多级结构。每一级元素作为系统时都具有系统的定义性特性。”（何维凌等：《经济控制论》第37页）由此可见， x 系统由若干第一级元素构成。我们称这些元素为A系统、B系统、C系统、……统称为子系统。子系统又由若干第二级元素构成，可称为a系统、b系统、c系统……，统称为支系

统。结合刑事辩护的内涵和外延，我们不妨对刑事辩护系统作出其框架结构的图介：

刑事辩护系统框图 (图表 1)

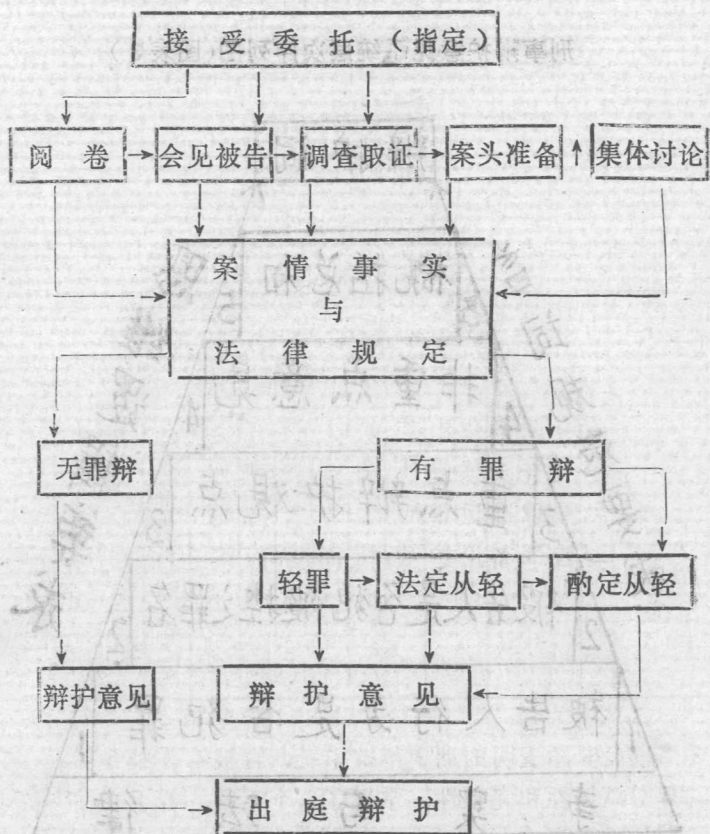
母系统	目标：“根据事实和法律，提出证明被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护被告人的合法权益。”(《刑事诉讼法》第28条)															
子系统	A系统(诉讼活动)						B系统(事实)				C系统(法律)					
支系统	a 阅卷	b 会见被告人	c 调查取证	d 案头准备	e 集体讨论	f 出庭辩护	g 其他活动	a 被告人情况	b 主观方面	c 被侵害客体	d 客观方面	e 其他情况	a 刑法刑事诉讼法规定	b 其他法律规定	c 全国人大决定	d 司法解释

以上框图表明的刑事辩护系统，宜被看作是静态的，但它具有总体性和完整性，掌握了这个系统，着手实施辩护也就不是难事了。

从动态来看刑事辩护系统，也就是实现该系统的操作方法，可以用流程图加以表达。(见第7页图表2)

以上流程图表明的刑事辩护系统操作方法，也可以说是辩护律师工作的一般操作规程。但是，在特定案件的办理

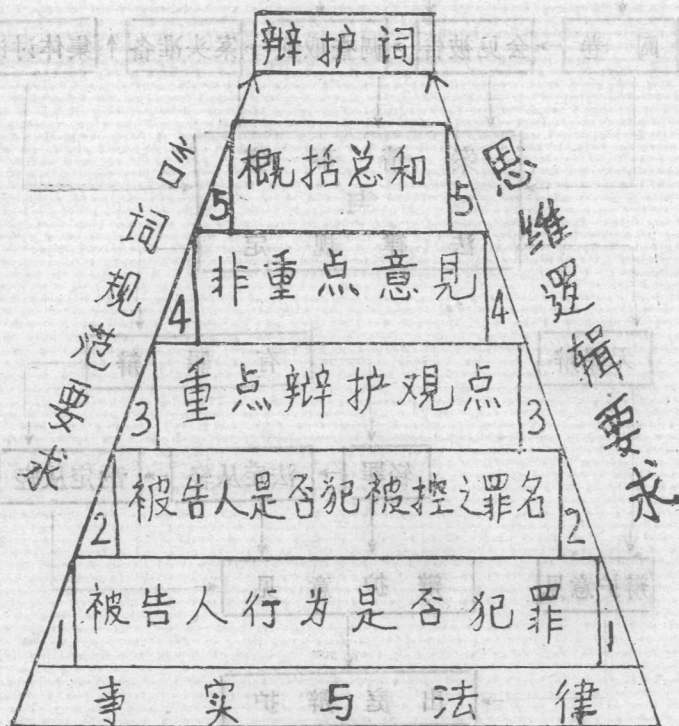
刑事辩护系统操作流程圖（圖表2）



中，具体落实到辩护意见，又成为一个独立的系统。因为“层次序列的一般理论显然是一般系统论的主要支柱”，（冯·贝塔朗非：“一般系统论（基础，发展和应用）》第25页）所以，在辩护人的辩护词中，总是层次分明的。我们仍然用抽

象的结构图来体现辩护意见的层次序列:

刑事辩护意见系统层次序列图(图表3)



是“代因”。该系统立底个一代如又，且意与概既定皆补具，中
 贝。辩护意见系统分有层次，其他的子系统、支系统都分有
 层次。即使是母系统，也分有层次。它的层次就是它的子系
 统。没有层次，就没有系统论；没有层次，也就没有刑事辩

护的系统方法论。换言之，刑事辩护的系统方法论，就是在理论和实践的给合上探索刑事辩护的层次序理论。

本书将系统论运用于刑事辩护，旨在建立一种适合我国国情的社会主义性质的刑事辩护模式。不管人们是不是承认这样一个模式，实际上，许许多多的辩护律师及其他辩护人都已经这样做了。本书仅仅是将他们的经验系统地总结成有形的文字材料，在整体性的意义上为人们提供一个有应用价值的刑事辩护模式。

关于本书的几点须知：

1. 为了便于说明，在有关章节后面尽可能附上真实案例，以供参考。

2. 各章各节，自为系统。因为本书旨在表述刑事辩护的方法系统，所以在具体章、节的论述中，只是粗线条地勾勒，没有作进一步展开。

3. 刑事辩护的系统方法，可以适用于一审程序，也可以适用于二审程序和再审程序，故本书不再就不同的审判程序分别阐述。

第一章 罪与非罪——“无罪辩”

根据我国法律的规定，须在检察机关向审判机关对被告人提起有罪控诉并要求追究其刑事责任（公诉）之后，或者刑事自诉人向审判机关对被告人提出有罪控告并要求追究其刑事责任（自诉）之后，律师才能依法以辩护人身份介入刑事诉讼。这与西方国家的辩护制度是不同的，但绝不意味着律师辩护在刑事诉讼活动中的无足轻重和无所作为。“刑事辩护”作为系统工程（母系统）的目标中第一个层次，即实体层次上所要考虑的，是被告人确已犯罪，还是没有犯罪，即“罪与非罪。”中国的辩护律师作为国家的法律工作者或者社会的法律工作者，从根本上与公诉人的目标一致，而由于在刑事诉讼中的特定地位和义务，不允许其接案之始就产生“先入为主”的指导思想。同样，在刑事自诉案件为审判机关所受理之后，辩护律师也不能有任何的先验之见。律师的头脑中，既不能有“有罪推定”，也不能有“无罪推定”，而应独立地思考问题，依据详尽的材料和法律的规定，作出自己的“有罪辩护”或“无罪辩护”的选择。如果被告人的特定的作为或不作为，都为刑事法律规范所排斥，也没有适用“类推”“比照”的可能，那么，律师的“无罪辩”当义不容辞。