



辩护人 认为

(第二辑)

刑事辩护观点的
挖掘、提炼与运用

刑辩律师贴地操作的实用指引
精解面对棘手案件如何提出破解思路
分享超越个案的刑辩技能、刑辩经验

徐宗新等 / 编著



辩护 认为 辩护人

(第二辑)

刑事辩护观点的
挖掘、提炼与运用

徐宗新等 / 编著


法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

辩护人认为:刑事辩护观点的挖掘、提炼与运用.

第二辑 / 徐宗新等编著. —北京:法律出版社,

2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0845 - 0

I. ①辩… II. ①徐… III. ①刑事诉讼—辩护—经验—
中国 IV. ①D925.215

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 109574 号

辩护人认为(第二辑)

——刑事辩护观点的挖掘、提炼与运用

BIANHUREN RENWEI (DI-ER JI)

—XINGSHI BIANHU GUANDIAN DE WAJUE、
TILIAN YU YUNYONG

徐宗新 等 编著

策划编辑 何海刚

责任编辑 何海刚

装帧设计 汪奇峰

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 固安华明印业有限公司

责任校对 杜 进

责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第一分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 24.5

字数 463 千

版本 2017 年 9 月第 1 版

印次 2017 年 9 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0845 - 0

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

徐宗新,浙江靖霖律师事务所主任,杭州市律师协会副会长,浙江省律师协会刑事专业委员会主任,中华全国律师协会刑事专业委员会委员;浙江工业大学法学院客座教授,华东政法大学律师学院特聘教授;浙江工业大学律师学院刑辩分院执行院长,华东政法大学刑事辩护研究中心执行主任;浙江省法学会刑法学研究会理事,中国刑事诉讼法学研究会会员;浙江省公安厅法律专家咨询委员、特邀监督员,浙江省人民检察院省级人民监督员,浙江省政法委特邀督查员。

李永红,浙江靖霖律师事务所名誉主任,浙江工业大学法学院副教授、副院长,浙江工业大学律师学院执行院长、刑辩分院院长,浙江省人民检察院省级人民监督员,浙江省公安厅法律专家咨询委员,浙江省检察官学院兼职教授。

王正军,浙江靖霖律师事务所副主任,法学硕士,曾在公安机关、法院任职多年,获“公安部部级经侦专家”称号。

张曙,刑事诉讼法学博士,浙江靖霖律师事务所副主任、刑事法研究中心主任,浙江省律师协会刑事业务委员会资深委员,浙江工业大学法学院副教授,浙江工业大学律师学院刑辩分院副院长,浙江省诉讼法学研究会副秘书长、常务理事,中国刑事诉讼法学研究会理事。

孙立波,刑法学硕士,浙江靖霖律师事务所管理合伙人,新型犯罪研究与辩护部主任。

白争雄,法律硕士,浙江靖霖(北京)律师事务所主任,浙江靖霖律师事务所管理合伙人,刑辩技能研究中心主任。

王剑洪,法律硕士,浙江靖霖律师事务所管理合伙人,经济犯罪研究与辩护部主任,曾在省级检察院从事公诉工作多年。

杨昆,法学学士,浙江靖霖律师事务所管理合伙人,曾在省级检察院从事公诉、反贪工作多年。

堵建军,法律硕士,浙江靖霖律师事务所律师,公司刑事风险防范与辩护部主任,曾在国有银行工作多年。

蓝清,法律硕士,浙江靖霖(上海)律师事务所主任,曾在公安机关从事刑侦、经侦工作多年。

叶惟烽,法律硕士,浙江靖霖(温州)律师事务所主任,总所辩论队副队长、新型犯罪研究与辩护部副主任。

丁风,诉讼法学硕士,浙江靖霖律师事务所管理合伙人,网络犯罪研究与辩护部主任,曾在公安机关从事侦查、物证检验工作及在检察机关从事公诉、反贪工作多年。

杨汇,法律硕士,浙江靖霖律师事务所律师,刑辩技能研究中心副主任。

伍炫蓉,法律硕士,浙江靖霖律师事务所律师,刑辩技能研究中心副主任,浙江工业大学律师学院刑辩分院院长助理。

王良宝,诉讼法学硕士,浙江靖霖(上海)律师事务所副主任,总所刑事法研究中心副主任。

倪雨苗,法律硕士,浙江靖霖(上海)律师事务所副主任,总所毒品犯罪研究与辩护部副主任。

胡梁,法学学士,浙江靖霖律师事务所律师,职务犯罪防范与辩护部副主任,曾在法院从事刑事审判工作多年。

牟卫鹏,法学学士,浙江靖霖(南京)律师事务所常务副主任,总所经济犯罪研究与辩护部副主任。

序 一

三年前,我为徐宗新大律师领衔所著的《辩护人认为——刑事辩护观点的挖掘、提炼与运用》作序。在过去的三年中,徐宗新所领导的靖霖律师事务所以一年一本专业书的速度,到这一本,已是靖霖律师事务所编纂的第七本书。

自律师制度恢复以来,中国的律师们在刑事辩护领域发挥着越来越大的作用。令人信服的辩护意见纷纷出现,杰出的刑事律师脱颖而出,颇具品牌效应的律师事务所也逐渐为世人所熟悉。可以说,尽管司法制度的整体环境还存在不少不尽如人意之处,但中国刑事律师却积累了不少成功的经验。然而,不知何种原因,律师界对刑事辩护颇有感悟的大有人在,但真正静下心来总结辩护经验、提炼辩护规律的律师,却是少之又少。坊间偶有律师总结刑辩经验的著作面世,也大多流于对辩护词、代理词的简单汇编,其中既缺乏对复杂办案过程的具体分析,也没有对辩护经验的认真概括。律师们提供了非常好的案例和素材,却没有进行实质性的分析,其中的经验和教训都难以为读者所获悉。这种仅仅满足于提供“原材料”的著述方式,着实令人感到可惜。鉴于此,我曾与田文昌大律师联手,推出了一部题为《刑事辩护的中国经验——田文昌、陈瑞华对话录》的著作,以此作为总结刑辩经验的尝试之作。我不揣冒昧,也即将推出两部有关刑事辩护的著作。

徐宗新律师曾在浙江检察机关担任公诉检察官数年,后来投身于律师行业,成为一位在浙江乃至全国都很知名的刑事辩护律师。他于2009年10月创办的靖霖律师事务所,只从事刑事业务。该所坐落在钱塘江畔,拥有1000多平方米的现代化办公大楼,汇集了近60名有志于刑事辩护事业的杰出律师,在南京、宁波、温州、义乌、上海、北京设有分所,与浙江工业大学法学院、华东政法大学等高校建立了密切的学术联系,一批学有所成的法学教授担任该所的兼职律师,不少业内闻名的律师则担任大学的客座教授、研究员及实务导师。据我了解,宗新律师是不满足于“为办案而办案”的,他有着对律师事业的人文关怀。他连续多年为浙江省甚至全国各地律师举办业务讲座,不遗余力地培养和提携青年律师,毫无保留地将自己的执业经验和技巧

奉献给其他律师。

在《辩护人认为——刑事辩护观点的挖掘、提炼与运用》出版后,徐宗新大律师又带领全所律师,在繁忙的工作之余,集结近三年来的经典案例,写成了《辩护人认为(第二辑)——刑事辩护观点的挖掘、提炼与运用》。毫不夸张地说,这部独树一帜、风格清新的著作,不仅详细介绍了该所律师近年来成功办理的案件,而且对每一个案例的办案过程做出了分析,实属一部讲述律师刑事辩护经验和技巧的佳作。从所涉及的案件类型来看,该书分析的案例不仅有贪污、受贿、职务侵占这些职务犯罪案件,也有当前高发的非法吸收公众存款、集资诈骗、骗取贷款案件,还有相对罕见的侵犯商业秘密、逃税案件;当然,也有故意杀人、强奸、盗窃、诈骗等传统犯罪案件。从所做辩护的类型来看,该书既讲述了无罪辩护的成功经验,也剖析了“轻罪辩护”“罪轻辩护”及程序性辩护的操作技巧。而从写作方式来看,该书不是笼统地坐而论道,而是由各个案件的承办律师亲自讲述办案过程,总结辩护技巧。

《辩护人认为(第二辑)——刑事辩护观点的挖掘、提炼与运用》这部著作的成功之处在于,作者不满足于将具体的案例呈现给读者,也没有将律师的辩护词简单地“粘贴”下来,而是对每一案件的办案过程做出了实景式的分析,并从每一个案件中提炼出了若干刑事辩护的经验。在对办案过程的分析上面,作者介绍每个案例中控辩双方争议的焦点问题,也实实在在地指出了律师辩护所面临的挑战乃至风险。面对这些挑战和风险,律师究竟是知难而退,适度地做出一些让步和妥协;还是寻找刑事辩护的突破口,这的确是考验律师办案智慧的问题。我注意到,有些律师在极其复杂的现实环境中,确实能够做到“有理、有据、有节”地表达辩护意见,最大限度地维护委托人的利益。

而在辩护经验的总结方面,该书在每个案例的后面都设置了“心得体会”的部分,给予办案律师进行总结和提炼的机会。应当说,这一部分的设置可谓匠心独运,也算作画龙点睛之笔,而且较第一辑更加深入和全面。在这一部分,作者们不限于就案例而讨论案例,而是从案例中引申出了一类案件如何办理或一类问题如何处理的分析。例如,对“疑罪辩护”问题,作者提出了思路与方法;对“辩护方式”,作者提出了“叙述式辩护”和“组合拳辩护”方式;对“证据辩护”,作者提出了“如何审查商业秘密鉴定意见”和“如何进行电子证据审查”的具体方法;在“定性辩护”上,作者对刑法适用的热点和难点,如“村基层组织人员如何定性?”“国家工作人员认定是公务说还是职务说?”“是生产假冒伪劣产品还是生产假冒注册商标的商品?”进行了实证分析。更值得一提的是,作者们在办理这些成功案例中积累了一套“发掘真相”的辩护方法,“如何透过现象看本质?”和“如何结合前因后果来判断行为性质?”……这些心得体会,其实就是一种办案技术,极具刑事辩护案例教学价值,完全可供其他律师从事刑事辩护工作参考。

我期望读者通过阅读这部由律师执笔的著作,对中国的刑事辩护事业有更多、更真切的了解,也期待读者从中获得更多的灵感和启发。我也期望徐宗新律师以及他所领导的靖霖律师事务所,总结出更多的刑事辩护经验,奉献出更多、更优秀的刑辩作品。

陈瑞华

2016年10月30日于北京大学

序 二

近年来,党中央依法治国理念不断深入,各级司法机关依法保障律师执业权利的措施不断推进,刑事辩护执业环境不断改善。在此背景下,我也关注律师执业能力是否相匹配,达到了有效辩护的要求。值得欣慰的是,据我所知,目前全国已经有十多家刑事专业所和多个大所专业刑事团队,他们致力于开展专业刑辩,不断在办案中总结、归纳、提炼刑辩技能,并通过举办沙龙、组织论坛、著书立说等方式与同行分享,为提升刑辩律师执业能力注入新的力量。

徐宗新主任创办的浙江靖霖律师事务所(以下简称靖霖所),是这些专业律所和团队的佼佼者。徐主任是华东政法学院96级校友,他心系母校,同时也关怀我国刑事辩护事业的发展。2016年9月,他以靖霖所的名义向华东政法大学捐赠100万元,用于华东政法大学律师学院刑事辩护研究中心设立及日常运作。刑事辩护研究中心将依托靖霖所业已成熟的刑辩技能、成果,开展刑事辩护相关课题研究、课程研发、论坛举办、律师培训、书籍出版等,推动刑事辩护律师业务发展,培养刑事辩护专业律师人才。

这本《辩护人认为(第二辑)——刑事辩护观点的挖掘、提炼与运用》是靖霖所近三年来所办案例的集结,不仅具有典型性,而且均取得不凡的辩护效果。靖霖所毫不吝惜,将案件的成果和技能分享出来,作为与刑事辩护研究中心联合出品的第一份成果。我认为该书有三大看点:

第一,辩护意见专业严谨,写作风格可资借鉴。辩护意见写作对刑辩律师的重要性不言而喻,辩护意见撰写的优劣往往影响司法人员对辩护律师的感观,进而决定辩护观点能否得到采纳。辩护意见是议论文文体,和学术文章一样,应该是观点鲜明、用词严谨、逻辑有序、论证充实的。我欣喜地发现,书中的辩护词写作风格契合我对优秀辩护词的看法。这一份份辩护词,形式上,由概括精炼的二级到三级的标题搭建起辩护词的“骨架”,鲜明地传达了辩护要点;内容上,从法律规定、司法解释、政策文件、学术观点、证据分析等多方面充实辩护词的“血肉”,论证深入而富有说服力。这是一种值得提倡的辩护词写作风格,有助于全面而清晰地传达辩护观点,对实现有效

辩护大有裨益。

第二,刑辩技能总结精细,刑辩经验值得复制。《辩护人认为(第二辑)——刑事辩护观点的挖掘、提炼与运用》最具特色的是每篇案例最后的“心得体会”部分。作者们在“心得体会”部分,没有局限地就案说案,而是以问题为导向,从具体的案件延伸出去,从中提炼出具有可复制性的刑辩技能。例如,“如何进行书面和口头辩护”“如何采用重构案情的叙述式辩护方法”“如何进行疑罪+轻罪辩护”“两名辩护人如何配合辩护”“如何运用裁判文书网的案例辩护”等,这些问题新颖有趣,同时也是辩护实务难题。作者们没有泛泛而谈,而是作为小课题进行深入剖析,提出的解决方法细致具体,超越了个案,对律师读者办案具有操作指引作用。

第三,事实剖析细致深入,分析方法适宜效仿。刑事司法实务中,事实认定往往比法律适用更为疑难、复杂,而本书分享的案例有大半部分恰好涉及事实、证据辩护,也折射出疑难案件中事实认定的争议性。在事实有争议的情况下,如何说服司法人员采信辩护人的观点,这就需要辩护人对证据有精湛的审查、分析、应用能力。书中,既有“如何说服司法人员不采信有罪供述”“如何运用矛盾分析法审查犯罪嫌疑人口供”“如何运用书证否认证言”等传统类证据的审查和应用方法,又探讨了侵犯商业秘密犯罪鉴定意见、电子证据等新类型证据的审查方法和要点。细读这些讨论,不仅贴近司法实务,而且展现出一定的理论涵养,值得律师乃至司法人员品鉴。

可以说,《辩护人认为(第二辑)——刑事辩护观点的挖掘、提炼与运用》处处彰显精细、务实、理性。我盼望着,通过这本内嵌着刑辩技能的案例集,能够将这股精细、务实、理性的辩护风尚引领下去,让刑事辩护变得更加精细化、专业化、技术化。

最后,我也期待在华东政法大学与靖霖所的深度合作下,律师学院刑事辩护研究中心能够生产出更多理论质量高、实务操作性强的刑事辩护作品,为我国刑事辩护事业的发展增添一分力量。

华东政法大学律师学院刑辩研究中心主任 张 栋

2016年10月31日

目 录

无罪篇

如何运用客观证据来审查主观证据

——钟某某涉嫌盗窃被无罪不起诉案 (3)

区分暧昧之举与强奸犯罪

——郑某某涉嫌强奸被无罪不起诉案 (13)

如何审查辩解的合理性

——赵某贩卖毒品部分无罪案 (19)

重构案情的叙述式辩护

——程某诈骗案无罪辩护二审获改判案 (29)

如何进行疑罪辩护

——史某某被控诈骗部分无罪、减档处罚案 (45)

穷尽手段打出组合拳进行全面辩护

——赵某某被控诈骗百万元无罪案 (61)

“主客观相一致”原则的具体运用

——俞某某诈骗被不起诉案 (89)

如何对群体性案件进行精准辩护

——屠某某被控聚众斗殴后撤回起诉作不起诉案 (93)

充分运用书证进行无罪辩护

——徐某某被控职务侵占无罪案 (108)

“透过现象看本质”的无罪辩护

- 童某某被控受贿无罪,部分改贪污、职务侵占案 (121)
- 商业秘密犯罪案件无罪辩护的关键点
 - 谢某某侵犯商业秘密无罪辩护减档处刑案 (153)
- 进行非法证据排除,成功完成无罪辩护
 - 沈某某被控非国家工作人员受贿罪部分无罪案 (197)
- 对罪与非罪应当结合行为的前因后果来判断
 - 黄某某等人被控挪用公款罪做出无罪判决案 (207)
- 电子证据审查的基本方法
 - 蔡某被控诈骗无罪辩护案 (217)

轻罪篇**把假货当假货卖,不构成生产、销售伪劣产品罪**

- 胡某被控生产、销售伪劣产品罪改销售假冒注册商标的商品罪案 (233)
- 如何判断非法占有的共同故意
 - 万某某一审被判合同诈骗二审改骗取贷款案 (238)
- 存在定性争议的案件的辩护之道
 - 周某某被判走私淫秽物品罪二审改判销售假药案 (251)
- 从职务性质和款项性质入手进行贪污罪的定性辩护
 - 夏某某贪污发回重审改判职务侵占案 (259)
- 村基层组织人员的定性辩护
 - 白某某被控贪污改判串通投标案 (271)
- 精准把握辩护时机和辩护策略
 - 崔某被控抢劫改非法拘禁案 (288)
- 如何区别间接故意和疏忽大意的过失
 - 沈某被控故意杀人改判过失致人死亡案 (292)

罪轻篇**从法医鉴定和物证入手进行技术辩护**

- 李某故意杀人一审死缓二审改判十五年有期徒刑案 (309)
- 融“情”于法,亦可救人一命
 - 程某某抢劫致人死亡(分尸)死刑改判死缓案 (322)

全面辩护与重点辩护相结合	
——葛某某贩卖、运输毒品二审改判死缓案	(332)
法官自由裁量权范围内的减轻之辩	
——沈某贩卖毒品二审改判案	(345)
虚开增值税专用发票的从犯之辩	
——雷某虚开增值税专用发票获减轻处罚案	(351)
达成和解协议,是非法吸收公众存款案辩护的关键	
——钱某某非法吸收公众存款缓刑案	(359)
如何论证“主观不明知”	
——唐某某被控掩饰、隐瞒犯罪所得罪获缓刑处理案	(363)
穷尽各种调查手段去印证被告人辩解	
——虞某掩饰、隐瞒犯罪所得案	(372)
后记	(377)

无 罪 篇

如何运用客观证据来审查主观证据

——钟某某涉嫌盗窃被无罪不起诉案

【案件概况】

某区公安分局侦查认定：钟某某是某区某宾馆的员工，于2015年11月23日上午，在某宾馆1312房间打扫卫生时，顺手窃得被害人放在床头柜上的钻石戒指1枚，经鉴定，价值6100元。

在辩护律师介入前，钟某某做了五份讯问笔录，其中前三份均做无罪辩解，但在第四份做了有罪供述。而后公安机关将案件移送检察机关审查逮捕，检察机关批准逮捕。逮捕后，公安机关再次讯问，钟某某又做无罪辩解。

2016年2月3日，某区公安分局将案件移送某区人民检察院审查起诉。辩护律师介入后，先后提交了审查起诉阶段辩护意见、羁押必要性审查申请书、调取证人证言申请书、调取接受讯问时同步录音录像申请书，并依法调取相关书证提交检察机关审查。

2016年2月25日，某区人民检察院以事实不清退回补充侦查。

2016年3月25日，某区公安分局补充侦查完毕将案件移送回某区人民检察院。

2016年4月17日，某区人民检察院审查后，采纳了律师的意见，认为某区公安分局认定钟某某以非法占有为目的，秘密窃取他人财物，事实不清，证据不足，且不能认定钟某某构成其他犯罪，没有再次退回补充侦查的必要，不符合起诉条件，决定对钟某某不起诉。

案件终结后，钟某某申请国家赔偿。2016年7月27日，某区人民检察院做出国家赔偿决定。

【第一次审查起诉阶段辩护意见】

一、钟某某唯一的有罪供述系受各方面因素的综合影响而违心供述的，真实性存在严重疑问，不应采信

公安机关共讯问钟某某五次，钟某某仅在第四次讯问时做了有罪供述。其辩解

有罪供述系违心做出。该辩解存在合理根据:

第一,民警存在不当诱供。钟某某辩解,其做有罪供述前,办案民警反复向其强调,其盗窃行为仅是小事,被害人的损失已经挽回,如果早就认罪,民警早就可为其办理取保候审。民警这种不恰当的政策教育方式,加之钟某某缺乏法律知识,不知道认罪的法律后果,导致其产生错误认识,误以为认罪就可以出去。

第二,受同监室室友的影响。钟某某辩解其听监室的人说只有认罪才能取保候审出去。监室室友的说法,使钟某某错误地认为民警的说法是对的,加深了其认罪就能出去的错误认识。

第三,恶劣的羁押环境。钟某某的父亲曾系乡村公职人员,从小家教严格,钟某某从小就树立起了贤良淑德、为人正派意识。在看守所,与各种涉嫌犯罪的人关押在一起,让其备受煎熬,感觉人格受辱,产生严重的精神痛苦,促使其想尽早离开看守所。另外,钟某某2003年曾遭遇车祸,腰椎间盘突出、错位,缝过十多针,2009年左腿又瘫痪过,经理疗才恢复。环境恶劣、痼疾缠身,又加上眼睛老花和看守所非常态的作息规定,使其产生严重的肉体痛苦和精神折磨,更是加深了其尽快出去的意愿。

第四,担心其丈夫为其操劳。钟某某与其丈夫常年同甘共苦,两人感情很好。其丈夫的生日是农历十月十五日即2015年新历的11月26日,是钟某某被刑事拘留的第四天。当天民警也提审了她,而在两天后她又收到其丈夫于11月26日给她寄的衣服(有看守所的家属送物清单可以证实)。这让其想起早年与丈夫共患难的往事,以及11月26日系其丈夫50岁的生日,其丈夫系军人转业,战友间有50岁过寿的惯例,她未能陪伴,却还要丈夫为其奔走操劳。于是,最终下定蒙冤认罪出去的决心。

综上所述,受民警和监友的影响,导致钟某某对认罪后果产生错误认识,误以为认罪就能出去。而恶劣的羁押环境让其承受肉体和精神的双重痛苦。丈夫的生日和他们之间的往事加剧了这种精神痛苦,最终导致钟某某做出了承认盗窃的虚假供述。

二、钟某某有罪供述中的作案手法,与监控录像、经验法则存在矛盾,且该矛盾无法合理排除

钟某某有罪供述中称,其系“一手拿着裹着戒指的抹布,另一手拿着两个塑料瓶,然后将塑料瓶和戒指一起扔进了专门装废弃塑料瓶的袋子里面”。这一作案方式得不到监控录像的印证:

第一,钟某某扔塑料瓶时,其双手拿物品的方式与其供认的方式不符。监控录像10:04:13显示,钟某某是右手拿着一个塑料瓶和一块大抹布,左手拿着另一个塑料瓶。这明显与“一手拿着裹着戒指的抹布,另一手拿着两个塑料瓶”的说法相矛盾。如果钟某某确实有意盗窃戒指,她手中塑料瓶及抹布如何摆放直接关系能否顺利地