

◎ 尚伦生 著

刑事辩护

新视角



兰州大学出版社



刑事辩护

新视角

江苏工业学院图书馆

藏书章

兰州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事辩护新视角/尚伦生著. —兰州:兰州大学出版社, 2006.9

ISBN 7-311-02881-7

I. 刑... II. 尚... III. 刑事诉讼—辩护—研究—中国 IV. D925.215.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 108228 号

刑事辩护新视角

尚伦生 著

兰州大学出版社出版发行

兰州市天水南路 222 号 电话:8912613 邮编:730000

E-mail: press@onbook.com.cn

http://www.onbook.com.cn

兰州新华印刷厂印刷

开本: 880×1230 1/32

印张: 8.75

2006 年 9 月第 1 版

2006 年 9 月第 1 次印刷

字数: 240 千字

ISBN7-311-02881-7/D·222

定价: 19.80 元



XINGSHI
BIANHU
XINSHIJIAO

作者简介

尚伦生，甘肃省景泰县人，1962年8月出生。

西北政法学院毕业，1985年开始从事律师工作。

现任甘肃省人大常委会立法顾问，甘肃省律师协会副会长兼刑事专业委员会主任，兰州市人民政府法律咨询委员会委员，甘肃东方人律师事务所主任。

曾获全国3·15荣誉奖、甘肃省优秀律师、兰州市十佳律师、兰州市人民政府“十佳文明卫士”等荣誉称号。

执业二十多年来，共承办各类律师业务1000余件，其中刑事辩护业务600余件。办理过轰动全国的兰州60名法官集体诉讼规划局采光权案、甘肃省第一例判决支持精神抚慰金的案件、甘肃省最大的“黑社会”案件及多名领导干部涉嫌犯罪的案件。他的辩护使20多名一审被判处死刑的被告人获得重生，16名被告人无罪获释。

先后在《法律与社会》、《法律日报》、《检察日报》等报刊上发表论文60余篇。



序

尚伦生律师写了一本有关律师刑事辩护工作的理论与实践的书，邀我写一段开场的文字。我虽应承了下来，但心里又有点不安。因为法律及律师业务都是大而专的话题，要正确引导读者深入体会法律的精髓，了解乃至理解律师及律师工作，都不是一件简单的事情。

在我国，法律既是一个古老的话题，又是一个崭新的领域，它既有丰富的内涵，又有广阔的外延，贯穿于政治、经济、军事、文化、外交以及社会生活的各个方面。我国宪法明确规定，要依法治国，建设社会主义法治国家。这就对律师工作提出了更高的要求。它要求我们必须用新的视角，从战略的层次去定位律师工作，必须依据社会对律师工作的实际需求，认真研究法学理论，及时总结实践经验，提升律师的法律服务水平，以律师工作推动法治建设进程。因此，律师工作必须与时俱进，开拓创新。

近年来，在法学研究领域，刑事法学的研究一直比较超前，可以说是硕果累累。这对广大法律人来说，既是好事，因为已有的研究成果可供学习、借鉴，但也增加了困难，因为很难找到别人没有系统研究过的领域或课题。但实践就会开拓视野，实践就会找出真知。尚伦生律师结合自己的学习体会和实践探索，从具体的刑事辩护案例入手，向更深入、更宽处拓展。纳入本书的文章和案例，从理论到实践，再到制度建设，一步步深化，涵盖了刑法、刑事诉讼法的诸多问题。既有理论分析，又有实证比较，最后落脚于制度层面的思考上，其理论意义和实践指导意义都是非常突出的。

在甘肃法律界，有许多从事理论研究的著名专家、教授、学者，也有许多实践经验丰富的著名律师。但可称为法律专家型的律师则比较少，尚伦生律师就是具备了这两种素质的人。他勤奋好学，热情朴实，



反应敏锐,工作敬业,有比较强的发现问题和解决问题的能力。二十多年的律师工作实践使他具备了良好的理论素养和职业素养。现在看来,在甘肃乃至外省许多知名人士、重要人物或重大案件,当事人执意要选择尚伦生律师担当辩护人,还是有些道理的。

这不是一本指导律师工作“急功近利”的小册子,而是一个执业律师熟练运用系统的思考能力,进行分析、论证的成果。具体案例紧扣本书的主题,突出了律师职业的特点。看得出,尚伦生律师是花了一番功夫的。本书资料取舍得当、结构合理、资料翔实、文字流畅、观点准确。书中许多观点及辩护方法,值得重视。如关于刑事再审程序中,应当赋予司法部部长申请再审的权力的建议,独树一帜;罗某某职务侵占一案中,以被告人的行为属债务自救的观点,为被告人进行了无罪辩护,并获得成功。这种超法规辩护思路和方法,给传统的刑事辩护注入了新的元素和活力,对刑事辩护律师有很大的启发。又如李某某故意杀人一案中,用一句俗语“活不见人,死不见尸”挽救了李某某一命。表面上看是一句俗语,其背后则蕴藏着对证据的判断、对证据规则的熟练运用。这便是我们通常所说的“深入浅出”。这些辩护技巧和方法,值得我们进一步思考、研究和借鉴。

我认为,尚伦生律师是一个榜样。这本书的出版,对于我们创建学习型律师事务所,做一名学习型律师具有积极的意义。我相信,广大律师特别是年轻的律师们在自己的执业过程中,积极努力,认真学习,善于思考,肯定能在刑事辩护方面取得更大的成绩,能够为“尊重和保护人权”事业做出更大的贡献,也期待尚伦生律师将来有更大的收获!

张克年

2006年7月

(注:张克年同志系甘肃省司法厅副厅长、甘肃省律师协会党组书记)



前 言

律师需要不断学习。只有这样,才能完成当事人委托的法律事务。二十年来,我丝毫未敢放松对理论的学习和研究。5000多册图书虽然增加了经济上的负担,却是我实实在在的精神食粮,我从中吸取了丰富的营养。编入本书的文章,便是我二十年来学习理论的小结。

律师工作是一个讲求技巧的工作。有人说过,当大家的理论水平处于同一层次时,技巧就决定了律师之间的差别。不同的刑事案件,律师选择的方法或技巧,可能就会产生不同的结果。收入本书的十个案例,便是对不同类型的案件,采取不同的方法进行辩护的探索和总结。至于是否准确,尚需实践的进一步检验。上述案例尽管多数都被媒体报道过,但出于保护隐私权的需要,对起诉书、判决书中的人名、地名及公司名称等作了技术处理。对于二审判决书中引用一审判决书的部分作了删节,以免重复。辩护词除作个别文字修正外,都保持原稿不变。办案摘记是我在办案过程中或结案后的思考和总结。

但愿本书的出版,能获得各方的批评与指正,督促我获得进一步的发展。

尚伦生

2006年7月



目 录

序.....	张克年(1)
前 言.....	(1)

理 论 篇

1 刑事辩护新视角 ——超法规辩护思路的开拓.....	(3)
2 为法官辩护	(25)
3 控辩平等原则的确立 ——以律师辩护权为视角	(30)
4 现行刑事诉讼制度之检讨	(35)
5 刑罚的误区与矫正	(42)
6 刑事再审程序的价值取向	(50)
7 死刑案件辩护方略	(60)
8 揭发他人余罪构成重大立功	(71)
9 律师办理刑事业务的流程与技巧 ——以王碧辉贪污案为例	(74)
10 律师的使命	(111)



实践篇

- 1** 段某某窝藏案
——无证据辩护也能获得成功…………… (131)
- 2** 罗某某职务侵占案
——超法规辩护思路的实践…………… (142)
- 3** 王某某贪污、受贿案
——律师的举证策略：“取证从宽，举证从严”…………… (148)
- 4** 阿某某受贿案
——理论指导实践不是空洞的说教…………… (166)
- 5** 李某故意杀人案
——刑事政策在刑事辩护中的运用…………… (183)
- 6** 李某某故意杀人案
——“与其杀无辜，宁失不经”的现实意义…………… (192)
- 7** 杨某某非法批准占用土地、受贿案
——律师负有引导司法人员转变观念的责任…………… (206)
- 8** 王某某票据诈骗案
——改变定性辩护，只能选择较轻罪名…………… (222)
- 9** 王某某贪污案
——法院不能按未指控的事实定罪…………… (240)
- 10** 沈某某故意杀人案
——从“法院之友”到专家(鉴定)意见…………… (257)

写在后面…………… (271)

- ☐ 刑事辩护新视角
- ☐ 为法官辩护
- ☐ 控辩平等原则的确立
- ☐ 现行刑事诉讼制度之检讨
- ☐ 刑罚的误区与矫正
- ☐ 刑事再审程序的价值取向
- ☐ 死刑案件辩护方略
- ☐ 揭发他人余罪构成重大立功
- ☐ 律师办理刑事业务的流程与技巧
- ☐ 律师的使命



理论篇



刑事辩护新视角

——超法规辩护思路的开拓

对于普通的刑事案件,我们采用一般的辩护思路,即能完成辩护任务。但有些情况特殊的案件,如果仍然采用惯常的思维模式或方法应对,并不一定能达到辩护目的。相反,采用一些新的方法可能会产生出其不意的效果。因此,我们除了掌握基本的要领外,还需要掌握一些新的理论、新的辩护理念以及独特的思维方法。这就是我要谈的主题。

我所谓的新视角,专指超出刑事诉讼法和刑法规定,从一般公众理论、公序良俗原则等超法规的理论角度,结合国际司法准则、刑事政策等方面进行刑事辩护的一种思路。但采用这种方法的难度更大一些。因为要用超法规的思路,提出一种新的观点,并且让法官接受,要求律师必须有较高的理论素养。古人所言“工欲善其事,必先利其器”,正是这一道理。律师不仅要掌握国内最新的理论研究成果,而且要掌握国外法律制度及司法实践的基本情况。同时,也要对国际司法准则有一定的了解。

我们知道,中国律师的执业环境不甚理想,存在会见当事人难、调查取证难、辩护难的问题,原因在什么地方?不少人认为是《律师法》没有制定好。实际上,中国律师的“三难”,主要在参与刑事诉讼之难。律师在刑事诉讼中存在“三难”,原因还不完全在《律师法》的制定上,而在我国刑事诉讼制度的设计上。国际上通行的刑事司法原则有:程序法定原则、司法审查原则、审判中立原则、控辩平等原则、无罪推定原则、当事人不自证其罪原则、禁止重复评价原则等等。这些成熟而优秀的刑事司法原则,在我国刑事诉讼法中究竟有多少体现?我以为,这才是中国律师“三难”的根本原因所在。对照一下国际司法准则,便可找出



中国的诉讼制度和律师制度上的缺陷和差距。我们个人虽对立法没有什么作为,但每位律师都应当以先进的理念,尽可能地引导法官,让他们接受这些理念。法官们接受了这些理念,反过来对我们律师工作又是一个极大的支持。这也是我们为中国律师制度的完善、律师执业环境的改善做出的贡献。

马克思主义哲学原理告诉我们,理论来自实践,又反过来指导实践。法律从何而来?就是因为实践中有各种各样的问题,需要上升到法律的层面来调整。于是,理论家们便开始探索、研究、论证,条件成熟时,就上升为法律。从这个角度讲,理论研究是立法的“先遣队”。要想了解立法的基本走向,就必须了解“先遣队”的走向,这样才不至于落伍。

律师的刑事辩护也不例外。我们不能拘泥于现有法律、规范的框框。如果我们只是局限于现有的法律、法规,不去突破,就可能陷入法律条文主义的教条。刑辩律师应当向前看,要有超前的意识。要用超法规的辩护思路,为可能出罪的当事人作最好的辩护。以下十个方面,都可以成为律师刑事辩护的新视角。

一、期待可能性理论

我国《刑法》第二十条规定,正当防卫不负刑事责任;第二十一条规定,紧急避险不负刑事责任。关于这两种正当行为不负刑事责任的法律根据是明确的,但为什么不负刑事责任,我国刑法理论界进行过多年广泛深入的探讨。但各种观点纷呈,均不能揭示其根本。我认为,期待可能性理论,是对这一问题最好的解释。

所谓期待可能性,是指行为人在实施某种行为时,能够期待行为人不实施犯罪行为而实施合法行为的可能性。也就是说,行为人在实施行为时,他是否有选择性。如果既可选择合法行为,亦可选择违法行为时,就存在期待可能性。存在期待可能性时,如果行为人选择并实施了违法行为,则这种行为构成犯罪;缺乏期待可能性,则行为人无责任。这一原理就成功地解决了正当防卫和紧急避险之所以不负刑事责任的



理论问题。

期待可能性理论源于德国的“癖马”案。1895年,德国一个马车夫受雇于一家经营马车出租业的雇主。在受雇期间,被告人发现其驾驶的一匹马时常用尾巴缠绕缰绳,并用力将缰绳下压,妨碍被告人驾车,并且容易造成事故。被告人虽多次要求雇主更换马匹,但未能获准。迫于生计,被告人只好依从。1896年7月19日,正当被告人驾车之时,该马的尾巴突然缠住缰绳并用力下压,致使被告人不能控制马车,造成一行人被撞伤。检察官以过失伤害罪提起公诉,法院却判其无罪。检察官不服提出上诉,被帝国法院驳回上诉,维持原判。理由是,要确定被告人基于违反义务的过失责任,不但要依据被告人当时可能并且已经认识到了该马伤人的可能性,还要求被告人处于当时的境遇有无拒绝驾驶的可能。法院认为,被告人在事先已经知道该马存在伤人之危险,并且向雇主提出了换马的要求,但雇主未获准。但被告人又不能放弃这份工作,因为如果他拒驾,他就无法生存。因此,法院判决被告人无罪。受这份判决的影响,有个叫迈耶的法学家,在1901年写了一篇名叫《有责行为与其种类》的论文,后经一些学者共同探讨,并最终确立了期待可能性理论。后来,在德国刑法理论界形成共识,期待可能性理论成为德国刑事责任构成要件之一。这一理论在20世纪初传入日本,日本在刑法中已有规定。自从20世纪90年代中期这一理论引入我国后,逐渐被广大学者所认同。

介绍期待可能性理论的目的,在于为我们拓展一个刑事辩护的视角。有些刑事案件就可以运用这一理论,从犯罪构成的角度提出辩护意见。如,对于正当防卫的案件,如果我们用期待可能性理论,会使防卫行为得到更合理的解释;又如,被他人拐卖的妇女,因生活所迫与他人结婚的,是否构成重婚罪?当然,我们也可以用《刑法》第十三条“但书”进行辩护,但显得苍白无力。如果用期待可能性理论解释这种行为,当事人是在不可能作出合法选择的情况下的无奈选择,即非出于本人的意愿,而是为了生存这一最基本的需要,因而圆满地解释了这种行为不负刑事责任的根本原因,足以成为出罪根据。如果运用得当,会取



得意想不到的效果。

二、一事不再理原则

一事不再理原则(又称一事不二理或禁止重复评价)是现代刑事诉讼的一项基本原则。其基本内涵是:原告不得就同一事实、同一被告,在已经提起诉讼的情况下,再提起诉讼;法院不能对同一事实、同一被告的案件在已经判决的情况下,再次判决。这项原则的重大意义在于:第一,一事不再理原则有利于实现刑事诉讼保障人权的价值目标。国家有权对实施了犯罪行为的被告人实施刑罚。刑罚权的行使,是通过刑事诉讼的程序来实现的。可以肯定地说,国家在行使刑事追诉权时,必然要与被告人的权利发生冲突,对此,被告也有服从或忍受的义务。可见,在国家公权面前,被告人是软弱无力的。因此,国家在行使公权时,必须有一定的节制,这是法治社会的一个重要特征。在刑事追诉权上,国家在程序上也只有一次机会。一旦国家对某人行使了刑事追诉权,无论将来结果如何,国家的追诉权已经用尽,不得就同一事实对同一被告人再次行使追诉权。这样,才能使社会中的每个人的人权有基本保障。如,甲检察院提起公诉的李某受贿案,在甲法院审理时因证据不足被判无罪。后又发现李某还有新的受贿罪,乙检察院侦查后提起公诉,并将原来甲法院判决无罪的内容也起诉了。我们按一事不再理的原则提出辩护,乙法院采纳,只判决了以前未曾提起公诉的罪行。但是,存在的障碍是,最高人民检察院在《关于刑事抗诉工作的若干意见》中规定,对于人民法院按证据不足宣告无罪的案件,人民检察院如果发现新的证据,证明被告人有罪,应当重新起诉,而不应抗诉。这种规定明显违背一事不再理原则。第二,一事不再理原则,有利于实现诉讼效益的价值目标。任何国家的司法资源都是有限的,因此,国家才提倡司法的公正与效率。如果允许国家重复行使刑事追诉权,势必重复启动司法程序,对司法资源也是极大的浪费。因此,一事不再理原则的积极意义是十分明显的。

一事不再理原则的适用条件:



一是被告同一。在刑事诉讼中,一事不再理原则只适用于同一被告人。在共同犯罪中,一事不再理原则的效力只适用于已经被起诉或已经被判决的被告人,而不涉及其他共同被告人。二是事实同一。原则上,一事不再理的效力只适用于被告人已经被起诉或已经被判决的同一犯罪事实,不及于被告人的其他犯罪事实。例如,被告人犯有强奸、杀人两起罪行,但检察机关在起诉时,遗漏了杀人罪,一事不再理的原则就不适用于杀人罪,我们也不能以此原则要求检察机关对其杀人罪不提起诉讼或要求法院对杀人罪行不予判处。另外,如果检察院以被告人犯有贪污罪提起诉讼,法院以侵占罪判决,检察院就不能以另外的罪名对被告人的这一事实再次起诉。对法院来说也是一样。

但是,我们也要看到,在“有错必纠”思想的指导下,中国刑事诉讼制度确定了一个“审判监督”原则,导致一个被告人因一个行为被多次反复追究的情况经常出现。1994年7月河北承德发生一起抢劫出租车案,两名出租车司机被杀。同年11月,四被告人被抓,检察机关以抢劫罪提起公诉,1996年8月,承德市中级人民法院一审判处四被告人死刑。四被告人不服,提出上诉,河北省高级人民法院发回重审。1997年7月,承德中院再次作出判决,仍判死刑。又上诉,又发回。第三次,承德中院改判两被告人死缓,再上诉。四上四下,法院进行了无休止的重复审判。于是,有记者发出了“一个人可以被判处几次死刑”的感叹!还有一些判决已经生效,也常常被法院按审判监督程序提起来再审。某市就有一个被告人因故意杀人罪一审判处无期徒刑,二审又发回,发回后的一审又判处15年有期徒刑,被告人上诉,二审法院维持判决的案件。被告人投入改造后,不断申诉,法院予以再审,改判有期徒刑10年;被告人仍不服,法院再次再审,又改为有期徒刑7年。现在,被告人虽然已经出狱,但仍在申诉,还可能引发再审。我们没有办法估量,一个案件究竟要审多少次才能最后终结?尽管我刚才所说的这个案件的再审是有利于被告人的,应当支持,但即便是有利于被告人,也不能没完没了地审下去呀!公正也需要效率,迟到的公正是打折扣的公正或不是公正。



还需要强调的是,刑事诉讼和民事诉讼不同,刑事附带民事诉讼与单独提起的民事诉讼也有差异。如果被告人在刑事诉讼中未提出附带民事诉讼,而在刑事诉讼程序终结后另行提起民事诉讼,并不是对同一事实的重复评价。因为不同性质的诉讼的判决对其他性质的诉讼不产生既判力。美国辛普森案件也是如此。辛普森虽然在刑事上无罪,但在民事诉讼中却输得一塌糊涂,道理正在于此。

2004年9月,在北京召开的第十七届国际刑法学大会上,对一事不再理原则进行了广泛讨论,并形成决议。吴邦国委员长出席开幕式并作了重要讲话,阐明了中国政府的原则立场。可以预见,在不久的将来,一事不再理原则会纳入我国的刑事诉讼法中。

三、恢复性司法

恢复性司法是人类早期解决争端的司法模式。现在重提恢复性司法,是对现代司法模式的高层次的回归。它不仅可以解决一部分争端,也是对现代司法的有益补充。

1999年7月28日,联合国经济及社会理事会(即经社理事会)通过了《判定和实施刑事司法调解和恢复性司法措施》的1999/26号决议,提议联合国预防犯罪和刑事司法委员会考虑制定联合国的标准。2000年7月27日,经社理事会又通过了《关于在刑事事项中采用恢复性方案的基本原则》的2000/14号决议,请联合国秘书长向会员国、有关政府组织征求意见。2002年4月,《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则》在维也纳联合国预防犯罪和刑事司法委员会第11届会议上通过。该决议草案有待经社理事会进一步审议通过。目前,这一决议虽然尚未生效,但草案已反映出联合国预防犯罪和刑事司法委员会对待恢复性司法的基本立场。

恢复性司法,通常是指在调解人的帮助下,由受害人和犯罪人及社区成员共同参与解决由犯罪行为造成的问题的程序方案。或者说,所谓恢复性司法,是在犯罪事实确定之后,在调解组织或调解人的帮助下,由犯罪人、受害人及其代理人或社区成员参加的情况下,达成解决