



中国刑事辩护之路

主 编 · 贾 宇
副主编 · 舒洪水 陈 为

中国刑事辩护之路

主 编 贾 宇
副主编 舒洪水 陈 为

图书在版编目 (CIP) 数据

中国刑事辩护之路 / 贾宇主编. — 北京: 知识产权出版社, 2015.4

ISBN 978-7-5130-1415-1

I. ①中… II. ①贾… III. ①刑事诉讼—辩护—中国—文集

IV. ①D925.215.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 082047 号

责任编辑: 雷春丽

责任校对: 谷 洋

封面设计: SUN 工作室 韩建文

责任出版: 刘译文

中国刑事辩护之路

主 编 贾 宇

副主编 舒洪水 陈 为

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编: 100088

责编电话: 010-82000860 转 8004

责编邮箱: leichunli@cnipr.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 北京科信印刷有限公司

经 销: 各大网络书店、新华书店及相关销售网点

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 33.25

版 次: 2015 年 4 月第 1 版

印 次: 2015 年 4 月第 1 次印刷

字 数: 566 千字

定 价: 98.00 元

ISBN 978-7-5130-1415-1

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

中国刑事辩护之路

主编 贾宇
副主编 舒洪水 陈为



序

刑事辩护是一种职业，更是追求理想的刑事辩护人的一种事业。中国刑事辩护制度以及辩护律师的处境，攸关中国法律职业共同体的认知，攸关中国人民的法治信心，攸关中国法治建设的未来。我们必须正视当今刑事辩护制度的立法、司法现状与社会现实，反思有重大社会影响的相关案件中凸显的法律、社会问题。作为一个刑事法律人，在法治建设的今天，应当坚持法治信仰，用实际行动夯实刑事辩护制度，改善刑事辩护的法治环境，重构刑事辩护在法治框架中的格局。

刑事辩护制度是否发达，是衡量一个国家民主法治与人权保障程度的重要标志，刑事诉讼的进化历史也可以说是辩护权发展的历史。刑事辩护职能落实的状况如何，在很大程度上反映了一个国家刑事诉讼制度的民主化、法治化、文明化的发展程度，同时也标志着一个国家人权保障事业的发展程度。从1979年的刑事诉讼法中关于被告人辩护权的规定开始至今，中国刑事辩护已经走过了三十多年的历程。经过社会各界，特别是几代法学人和法律人的共同努力，已经有了可喜的进步。尤其是2013年新刑事诉讼法，更是对辩护制度进行了大幅度的改革。针对困扰实务已久的刑事案件辩护律师参与率低，会见难、阅卷难、取证难，以及执业风险高等现实问题，这次刑事诉讼法的修正，重点完善了辩护人在刑事诉讼中的法律地位和作用，扩大了法律援助的适用范围，强化了辩护律师的执业权利保障，试图降低辩护律师的执业风险，标志着我国刑事辩护制度已经取得了较大的发展与进步。

但是，司法现实也时刻警醒我们，所有的有关死刑的冤错案件中，刑辩律师的正确辩护意见都被束之高阁、未予采纳，教训不可谓不惨痛。刑事辩护之路可谓曲折而坎坷，绝非修一部法就可万事大吉。如何守住防范冤假错案的底线，防患于未然，强化刑事辩护是明智的现实选择。由于天然的劣势，刑事辩护要想真正成为与控诉、审判相互独立、制衡的基本诉讼职能并不容易。刑事案件的律师辩护率不断下滑更是令人担忧的现状。据调研表明，近年来，全国刑事案件律师参与的比例不足30%，有的省甚至仅为12%。全国律师现已超过22万人，但2010年人均办理刑事案件不足3件，有些省甚至不到1件，且其中还包括指定的法律援助案件。律师们视刑事辩护为畏途，纷纷退避三舍是不正常的、也是危险的信号。现在，新刑事诉讼法实施了，随之而来的是对法律解释的论争。只有立法环节的制度配置，而无司法环节的技术配套，很容易出现立法文本与司法实践脱节的现象。公、检、法机关相比律师界，更有解释刑事诉讼法的“话语权”，如果刑事辩护理论不能逆袭与雄起，对新刑法的解释适用依然可能出现不利于辩护方、不合理地扩张公权力并压缩辩护权行使的空间的倾向。为此，藉由新刑法颁布的春风，扎实研讨刑事辩护中的疑难问题，化解理论与现实的双重困境，推进刑事辩护职能的有效发挥，从刑事辩护的角度阐释如何确保司法公正，努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义，是我们学人肩负的历史使命，不可推诿。

2012年12月30日，在我的学生、东送能源集团有限责任公司执行总裁陈为的慷慨资助下，“中国刑事辩护问题研究”研讨会在云南昆明召开，会前共有80余篇关于“中国刑事辩护问题”的论文提交大会，共有100余名来自全国各地高校、司法实务部门以及其他单位的朋友参加了会议，他（她）们都曾先后在我名下攻读刑法学专业的博士或硕士学位。更令我荣幸的是，时任云南省高级人民法院院长许前飞教授、昆明理工大学法学院院长曾粤兴教授、云南大学法学院副院长高巍教授出席了会议并作大会发言。研讨会就刑事辩护的立法问题、司法实务问题和理论问题展开了非常热烈的讨论，有观点新颖的主题发言，也有见解精辟的现场点评，还有台下参会人员的即兴辩论，既有理论的升华，也有实务的碰撞，高潮迭起，会议取得圆满成功。

会议之后，各位作者又结合会议的讨论以及新刑法推进的具体情况、辩护制

度理论与实践的变化,对文章作了修改。后经主编、副主编和责任编辑反复统稿修改,最终完成书稿。

这次学术会议及其文字成果《中国刑事辩护之路》,是我的学生们在我迈向知天命之岁,送给我的一份厚礼。昨天,他们恰同学少年,如今,已是天南海北,学有所长,在司法战线和各行业崭露头角,多有建树,令我备感欣慰!

在此,谨向为本书出版付出艰苦努力与耐心等候的知识产权出版社雷春丽女士表示由衷的感谢,向为本书校对付出辛苦劳动的山东师范大学刘娜博士表示真诚的感谢!

贾宇

2014 年秋日

于古都长安

目 录

第一部分 基础理论

刑事辩护策略的解读与运用	贾 宇 舒洪水 / 3
中美刑事法律援助制度比较与启示	宋 楠 /24
论律师刑事责任之豁免	冯卫国 张 艳 /30
当前我国刑事辩护存在的七大不平衡及完善	张向东 冯卫国 /39
刑事司法鉴定启动权研究	龚 卫 /54
“律师伪证罪”否定之否定	张永江 肖 静 /66
刑·诉一体化视野下的实体性辩护 ——兼论刑法规范和理论的缺陷及其调适	陈京春 /74
对死刑指定辩护制度的解读 ——以限制死刑的适用为立场	张 晶 /87
刑辩律师执业风险与防范	王东明 /96
律师刑事辩护风险研究	怯帅卫 /104
法官视野下我国刑事辩护制度改革思考	王 磊 /112

海峡两岸律师会见权比较研究	李岚林 /120
浅议我国侦查阶段辩护制度的发展与完善	胡志清 /128
对秘密取证的立法思考	邵 将 /134
困境·症结·对策	祝 伟 /139
——论我国的刑事辩护制度	
律师伪证罪的废立思考	何希道 /145
——兼谈2012年修订的刑事诉讼法对辩护律师刑事责任的修正	
律师完善犯罪构成理论对于刑事案件辩护的重要意义	姚 东 /151
——兼论律师适用无罪推定原则	
论刑事辩护的“制度之困”及其解决思路	李宗诚 李志强 /161
论风险社会刑罚价值立场抉择对刑事程序正义理念整组的影响	刘跃挺 /169
论辩护律师诉讼地位	子荣超 /177
我国刑事辩护律师会见权的困境与出路	刘霖杰 /186
论刑事辩护中检验法律解释正当性的方法	魏 军 /191
——从“自动投案”说开去	
我国《刑法》第306条的批判及其救济路径	蒋 铃 /199
从死刑错案反观死刑案件中的刑事辩护	刘 娜 /218
——以五例典型的故意杀人罪死刑错案为样本	
论刑事辩护的伦理道德问题	杨芳莲 王一斐 /233
浅谈律师伪证罪的存废	柳菁莹 /238
中国传统文化对刑事辩护制度的消极影响	段阳伟 /246
民意与司法冲突语境下刑事辩护律师的定位和作用	刘祥俊 /252
刑事辩护权受限实质	郭 研 /258
浅析刑事审判中的自由裁量权	陈 靓 /263
——以刑事辩护为视角	

浅谈刑事辩护制度的改革与完善	任 虎 /270
浅析律师伪证罪之存废	张佩瑶 /278
——以“李庄案”为视角	
我国程序性辩护的困境与完善	余艳萍 /289
论刑事辩护制度的价值	双兰档 /296
论中国传统法律伦理思想对刑事辩护的影响	姜昱同 /303
对律师伪证罪的理性分析	胡 越 /310
刑事辩护的“困境与对策”	张红锁 /316
浅析中国传统文化对当代刑辩制度的影响	苟 震 /324

第二部分 实务探讨

不能忽视刑事辩护中的心理因素	谢煜桐 /331
一起无罪辩护案的庭审应对	潘 莉 朱建军 /335
——以朱某盗窃案为例	
检察官眼中的刑辩律师	尉 琳 /345
——陕西省刑事案件中律师的作用及工作状况调研报告	
守好等腰三角形的一角	李 江 /360
——法官视角下律师在庭审中辩护权的行使	
公安机关适用非法证据排除原则解析	田 斐 /368
——以强奸案为例	
量刑规范化改革与律师辩护	李勇维 /377
略谈律师办理刑事案件的基本技能	王耀忠 张 娜 许 健 /382
实务中刑事公诉与刑事辩护的博弈	陈浩铭 /386
——从一起滥用职权、受贿案中谈开	

个案看无罪辩护和罪轻辩护的作用

卢新潮 /394

关于青年律师“刑辩难”应对方法的思考

魏千然 /402

第三部分 刑事诉讼法修改与刑事辩护

浅谈我国刑事辩护制度的修改与完善

张 羽 /409

论刑事被害人诉权制衡公诉权的路径

周亦峰 /416

法官视野中的律师辩护权

聂洪勇 /432

刑事诉讼法关于辩护律师权利的修改对公诉工作的影响及对策

张孟东 /448

刑事辩护的修订给公诉带来的挑战及其应对

郝振耀 /457

——以审查起诉阶段为核心

刑事诉讼法的修订对律师行使辩护权的影响

陈武兵 /463

从刑事诉讼法的修改看律师在侦查阶段诉讼地位的变化

董丽静 /471

新辩护制度对公安刑事执法的新要求

张 龙 /477

析2012年修订的刑事诉讼法有关证人作证的规定

喻贵英 /482

第四部分 刑事辩护随想

我为什么不做刑事辩护律师

任亚林 /493

小议中国刑事辩护律师的作用

岳雪玲 /498

良知与道德的呼唤

杨文博 /501

民众心理、正义、人权、民主框架下的刑事辩护之路

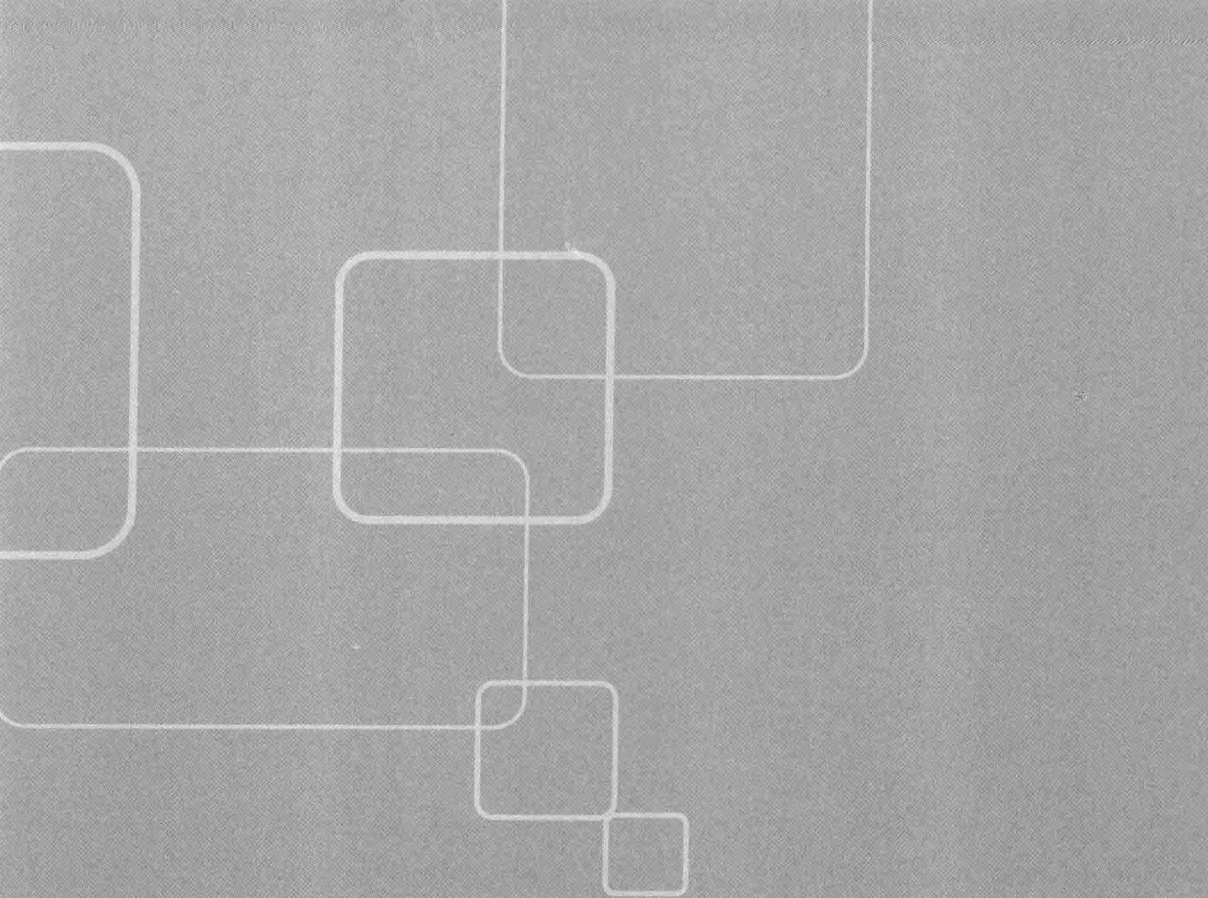
任永前 /505

为辩护人辩护

张 岩 /509

浅谈检察机关对刑事辩护权的保障与应对

俞启泳 /514



第一部分

基础理论

刑事辩护策略的解读与运用

贾 宇* 舒洪水**

刑事辩护需要战略家的气度、军事家的思维、理论家的文采。虽是一场战役，但应讲究战略、策略。就像下棋，开局了了数子却是战略的影子，开庭时一个个一场场唇枪舌剑的战役中都能看到它的光彩，尤其是最后在收官拼刺刀的时刻，更显初期布局时运筹帷幄决胜千里的威力。

一、刑事辩护策略的概念

刑事案件本身参合、渗透了物质与精神，糅合了各种矛盾，是一项浩繁重大的系统工程，应作为一项战略任务来对待。刑事辩护业务是律师执业中最具挑战性、最复杂和最难驾驭的一项工作，是律师综合实力的体现。它不仅要求执业律师熟悉刑事实体法律和程序法律的立法、司法规定；还要求执业律师必须具有深厚的法学理论功底，熟练掌握和运用刑事辩护的各种基本技能和技巧，如与被告人、犯罪嫌疑人及其亲属进行良性沟通、交往的能力，能够正确、适度地与办案人员沟通交往的能力，依法调查收集证据的能力，正确查阅、分析案卷材料的能力，在庭审中向被告正确发问的能力，有效质证的能力，充分举证的能力和有效地与控方辩论的能力。从当前的现实来看，我们有许多刑辩律师的综合素能与发展中的司法实践要求仍然有很大的差距，有些律师的基本素质虽然较高，对法律的掌握也较全面，但对如何灵活掌握、妥当运用相关知识则较为欠缺。实践中，律师更大的不足表现在，有些律师在接受案件之后，对案件没有一个整体的把握，不能积极主动地投入到刑

* 贾宇：西北政法大学教授、校长，法学博士，博士生导师。

** 舒洪水：西北政法大学教授，《法律科学》副主编，法学博士。

刑事辩护中去，反而被控方牵着鼻子走，始终消极、被动应对，不知道如何开展工作，更不知道在不同阶段、不同环境该做些什么，甚至由于欠缺整体性考虑，导致作出的巨大努力反而与当初的预期相违背。我们认为，其根源就是律师在刑辩中不能正确地制订自己的辩护策略。

刑事诉讼法就是刑辩律师从事刑事辩护的游戏规则，在同样的规则下，有的律师能做到游刃有余，将游戏规则用到极致，从而取得理想的结果；而有的律师却无所适从，反而被游戏规则束缚手脚，最终无法取得理想的效果。这就是刑事辩护中的道与术，充满着智慧和领悟。一起刑事案件辩护的胜败取决于律师能否以其独创性的辩护、才能、机智和法律知识来成功地应对这种局面。而这一切的集中体现就是律师应根据不同案件的不同情况，同一案件的不同阶段，制订出一个切实可行的辩护策略。刑事辩护策略，就是指刑事辩护律师在接受委托或指定后，根据所掌握的案件事实，依照法律对自己的辩护工作所做的整体规划。

二、刑事辩护策略的种类

（一）以对控方指控的罪名能否成立为标准，将辩护策略划分为有罪辩护与无罪辩护

刑事辩护业务中的具体案件，首先需要确定的策略问题，就是根据具体的案件情况恰当地确定是无罪辩护还是罪轻辩护。

所谓无罪辩护策略，就是指辩护人依据所掌握的案件事实和对法律规定的理解，认为控方所指控的罪名不能成立。大多数情况下是认为犯罪嫌疑人、被告人的行为不构成犯罪，也许是绝对无罪，也许是存疑无罪。这一策略是辩护律师的最高境界——最上策。有人说辩护律师应当怀疑一切，其首要的就是怀疑所指控的罪名能否成立，该策略的核心是围绕着控方所指控的事实和适用法律的错误而展开的，尽力证明被告人无罪。

确定原则是：只要实体上存在不构成犯罪的因素，不符合犯罪构成条件的案件，就应当进行无罪辩护；只要可能做无罪辩护的案件，坚决不做罪轻辩护。无罪辩护下，目前的司法现实，虽然不太可能真的由法院判无罪，但法院或者检察院可以让公安

机关撤回案件、变更强制措施，最终也可能不了了之。虽然效果不算最好，但嫌疑人获得了自由，可以说是次优选择。

例如，不具有社会危害性或者社会危害性不大的案件，如安乐死的案件、法律规定不明确案件（如非典型不作为杀人案件）、特殊的重婚案件（湖北“携患病丈夫出嫁案件”）、特殊场合的强奸犯罪、轻微的寻衅滋事案件、数额不大的内部盗窃案件和未成年人盗窃案件等，就属于不具有社会危害性或者社会危害性不大的案件，应当进行无罪辩护。

或者，犯罪较重或严重，但确实存在事实不清、证据不足、认罪和不认罪刑罚结果区别不大的案件，可以选择无罪辩护。如涉案数额超过十万元的贪污、受贿案，强奸罪中具有轮奸、奸幼情节的强奸案，在不具有法定减轻情节的情况下，最低刑是十年，即使不认罪，实际刑罚也多不了几年。如不认罪，根据疑罪从无原则，还会有被判无罪的可能，一旦认罪，将失去这一机会。

所谓有罪辩护策略，是指辩护律师依据所掌握的事实和对法律的理解，同意控方的有罪指控，多数情况下是不仅承认犯罪嫌疑人、被告人有罪，而且认为指控的罪名正确，只是在适用法律上和事实上选择对当事人有利的情况和规定，提出对犯罪嫌疑人、被告人从轻、减轻或免除处罚的事实依据和法律依据，以求得对当事人从宽处罚的最大化。这是实践中最常使用的一种策略。有罪辩护中的关键，是要寻找和收罗免除处罚、从轻或者减轻处罚的情节，包括法定情节和酌定情节，都要充分地予以列举和论证。例如，在辩护词或者法庭辩论中，要总结性地说明诸如“被告人具有以上两个法定从宽处罚情节和三个酌定从宽处罚情节，显然应当依法如何从宽处罚、如何判决处理”等意见，以极大地提示合议庭。

少数情况下，虽然认为犯罪嫌疑人、被告人构成犯罪，但指控的罪名和罪数有误。辩护律师提出推翻指控罪名和罪数的意见和建议，要求人民法院依法对指控的罪名更改。对此，有人认为，辩护方只需依照事实和法律指出指控的罪名不能成立即可，没有必要说明被告人构成何罪，更不能将指控的一罪变成数罪。我们认为，不能一概而论。一般说来，辩护人的责任是依据事实和法律，提出被告人、犯罪嫌疑人的无罪、罪轻的材料和意见，没有指控犯罪嫌疑人、被告人的权利和义务——对控方将轻罪指控为重罪时，律师据理力争，将所指控重罪的事实及理由予以驳斥使其不能成立；

对控方错误地把一罪指控成数罪的事实及理由予以驳斥,使当事人构成的犯罪越少越好。但是,刑事诉讼是非常复杂的,有时控方指控某个轻罪为重罪,我们虽然将其指控的重罪的事实和理由驳倒了,但又可能给法官形成虽然不构成此罪,但又可能构成另一种重罪的印象,为防止法官将其认定为另一种重罪,就有必要对被告人构成的这一轻罪的理由充分说明。

当然,绝不能在控方误将重罪指控为轻罪时,要求法官改变定性。通常对定罪保持沉默,只从量刑情节方面辩护即可。对于控方指控罪数少于实际罪数的,也不是说就不能在辩护时要求增加罪名。要充分利用数罪并罚、自首、立功等制度的有利点,以求得对被告人处罚的最轻化。

例如,陕西省某市检察机关指控被告人王某在担任某国有企业负责人期间,利用负责为单位采购原材料的职务之便,先后收受销货方回扣 18 万元归个人所有,构成受贿罪。据查,被告王某确实将这 18 万元非法占为己有,但其中有 9 万是双方在签订合同时另有副合同,合同约定是售货方给购方单位的返还款,其余 9 万元明确是销售方给王某个人的。如果我们一概同意控方对王某只构成一个受贿罪的指控,按当前的量刑标准,被告人就会判处 10 年以上有期徒刑。如果我们将其中的 9 万元看作销售方给被告单位的回扣,其所有权归被告人所在的单位,他又利用职务之便将其据为己有,那么这 9 万元就是贪污,其余 9 万元是受贿,根据量刑标准和司法实践,对其贪污和受贿均可处 5 年以上 10 年以下的有期徒刑,数罪并罚一般不会超过 10 年。

又如,2012 年在西安交大一附院曾经发生的“病人想转院遭妻子拒绝,情绪失控医院内连砍 9 人”案,公诉机关起诉的是“以危险方法危害公共安全罪”,如果辩护律师以故意伤害的连续犯辩护,根据刑法理论,连续犯择一重处,最多判 3 年有期徒刑。

(二) 以反驳的对象是控方指控的事实错误还是法律适用错误为标准,将辩护策略划分为事实辩护和法律辩护

所谓事实辩护,是指认为控方指控犯罪嫌疑人、被告人的有罪事实不存在或所依据定罪的事实不清、证据不足,我们通常也将其称为证据辩护,控方证明被指控人有罪的有力武器就是有罪证据,即能够证明犯罪事实存在和犯罪为犯罪嫌疑人、被告人所为的证据。证据辩护策略的核心就是收集和运用能够否定犯罪事实存在,或者能够证明犯罪嫌疑人、被告人未实施犯罪行为的无罪证据。由于目前辩护律师