

# 大律师

之精彩刑辩系列

## 生死之辩

A Matter of Life and Death

翟建 / 著

- 上海市翟建律师事务所主任
- 上海首届“东方大律师”



在诸多刑案中演绎着“生死之辩”的翟建律师，以他惊人的毅力和执著精神，赢得了“东方大律师”的称号。

——北京大学法学院教授 陈瑞华

G r e a t L a w y e r

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

# 大律师

之精彩刑辩系列

## 生死之辩

A Matter of Life and Death

翟建 / 著

G r e a t L a w y e r

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目 (CIP) 数据

生死之辩/翟建著. —北京: 中国法制出版社, 2008. 4  
(大律师之精彩刑辩系列)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0514 - 0

I. 生… II. 翟… III. 刑事诉讼 - 辩护 - 案例 - 中国  
IV. D926. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 046948 号

## 生死之辩

SHENGSIZHIBIAN

著者/翟建

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2008 年 6 月第 1 版

印张/11 字数/220 千

2008 年 6 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0514 - 0

定价: 28.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfsz.com>

编辑部电话: 66070042

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

## Catalog

生死之辯

屢敗屢戰

我不是自首

為“冷血殺手”辯護

吊詭的中美聯合執法

是功臣不是罪人

蹊蹺的強姦案

眼科專家的官司

情理法的爭辯

轉制的迷霧

命懸一線

上海翟建律師事務所  
SHANGHAI ZHAIJIAN LAW FIRM



## 翟建律师·简介

### 为国家法律守门

---

翟建，1957年生，1978年考入复旦大学分校（后并入上海大学）政法系，1983年毕业后留校任教，先后主讲《刑法学》、《律师业务》和《诉讼技巧》等课程。

1984年开始从事律师业务，专攻刑事辩护，至今办理各种类型犯罪案件千余起，足迹遍布全国各地。其辩护风格曾被当事人总结为“迂回作战的枪手，不蕴不火的棋手，不屈不挠的格斗手”。1989年被评为上海市“十佳刑事辩护律师”，2004年再度被评为上海市“优秀刑事辩护律师”，2005年被评为“全国优秀刑辩律师”。

2002年10月，翟建律师创办了上海市第一家个人开业的律师事务所——上海市翟建律师事务所，并将该所定位为专业的刑事辩护律师事务所。个人开业五年来，翟建律师更承办了一批在全国有重大影响的刑事案件，被誉为“为刑事辩护而生的人”。

2007年4月，当选为上海首届“东方大律师”。

# 总 序

陈 瑞 华

(北京大学法学院教授)

近十年来，中国的律师制度和刑事辩护制度发生了令人瞩目的变化。1996年刑事诉讼法的修订，使得辩护律师有机会参与刑事审判前程序，为嫌疑人提供一定的法律帮助。随着无罪推定原则的逐步贯彻，程序正义意识的慢慢加强，司法官员职业素养的持续提高，律师的刑事辩护环境正在发生显著的改善。从2007年开始，最高法院全面收回曾经下放长达二十余年的死刑核准权，并成功推动了死刑案件全面二审开庭审理的改革。这些司法改革举措无疑给律师参与死刑复核程序和二审程序的辩护，提供了机会和空间。不仅如此，2007年律师法的修改，确立了律师享有职业豁免权、保守委托人职业秘密等国际通行规则，并为解决长期困扰辩护律师的“会见难”、“阅卷难”、“调查难”等问题，提供了一条近乎理想的立法方案。这些新的法律规则能够付诸实施的话，中国刑事辩护制度的整体面貌可望发生实质性的改观。

尽管刑事辩护制度在书本层面上发生了如此显著的变化，但从各种刑事诉讼法律的实施效果来看，律师的刑事辩护实践的确存在各种难以尽如人意之处。律师在刑事辩护中所遇到的“会见难”、“阅卷难”、“调查难”、“法庭质证难”等问题，足以显示几乎所有被确立在书本法律之中的辩护权利都难以完全转化为现实中的权利。在辩护工作面临各种困难的同时，辩护律师还面临着受到刑事追诉的职业风险。这种刑事追诉并不源于律师涉嫌实施普通犯罪行为，而主要是基于律师从事调查、阅卷、会见和法庭上的有效辩护，使得侦查机关的破案和检察机关的公诉成功受到威胁，从而在“控辩双方”之间发生了尖锐的职业利益冲突。一时间，一些地方检察机关动辄以“刑法第306条”等条文为依据，对辩护律师采取立案、拘留、逮捕、羁押、公诉等追诉措施，成为威胁刑事辩护律师职业安全的突出问题。另外，辩护意见难以得到法庭采纳、法庭拒不提供具体的裁判理由、法庭审判流于形式、律师无法参与法院内部的行政审批过程……这些并非罕见的现象，也在不同程度上挫伤了律师从事刑事辩护工作的职业自豪感。

尽管面临如此复杂的法制环境，很多律师仍然在兢兢业业地从事刑事辩护工作，他们运用自己的智慧和想象力，探索着中国的刑事辩护模式。根据我个人的观察，尽管中国的司法环境还存在一些缺憾，但中国律师的辩护工作已经做到了与国外同行不分伯仲的境界。在十多年前，中国律师所做的最多是以“实体辩护”为基础的无罪辩护，也就是仅仅围绕着法庭审

理，提出诸如“犯罪主体不适格”、“犯罪行为与结果不具备因果关系”、“行为人不具备犯罪故意或过失”、“行为具有法定无罪抗辩事由”等方面的辩护意见。而在绝大多数案件的辩护中，律师所能做的只是指出行为具有各种法定或者酌定的从轻情节，从而要求法庭作出从轻量刑而已。但是，无论是侦查人员、公诉人还是审判人员，在刑事诉讼中发生错误的场合绝不会仅仅局限在实体“定性”方面。他们在证据采纳和遵守程序法方面违反游戏规则的机会更多、问题也更为普遍和严重。于是，在经过几年的尝试之后，“证据辩护”和“程序辩护”也开始成为中国律师辩护的常规辩护形态。

作为两种新型的辩护形态，“证据辩护”和“程序辩护”的出现，大大改变了中国刑事辩护的整体形象。与实体辩护相比，这两种辩护都以“形式理性”为理论基础，都意味着只要办案人员违反法律规则，造成法院定罪的形式要件不具备，辩护律师就可以申请法院作出“无效”之宣告。比如说，公诉方出示的某一证据不具有证据能力，辩护方就可以申请法院作出排除证据的裁决，从而削弱甚至推翻公诉方的控诉证据体系。再比如说，对于侦查人员、公诉人、审判人员严重违反法律程序的行为，辩护律师可以要求法院宣告特定侦查、公诉和审判行为的违法性，并进而要求法院排除非法证据或者撤销原判、发回重审。当然，这两种新型的辩护要取得成功，更要依赖于法院司法裁判的独立性和权威性。因为律师在这两种辩护过程中经常处于与侦查机关、公诉机关甚至法院直接对立的立



场上，甚至有时会面对整个地方政法体制的反对。美国著名律师德肖薇茨就将程序辩护称为“进攻性辩护”，意思是说这种辩护其实就是辩护律师在帮助被告人充当程序上的原告人，从而将侦查人员、公诉人乃至法官置于程序上的被告人的境地，并将侦查、公诉和审判的合法性置于法庭审判的对象。因此，在司法体制存在问题、法院权威性有待提高的情况下，从事这种辩护无疑要面临更大的压力和挑战。

尽管如此，很多律师仍然不畏艰险，知难而进，有着“为权利而斗争”的勇气，同时也显示出“夹缝之中求生存”的超人智慧。他们在自己的执业实践中形成了独具特色的辩护风格，成为具有较高社会威望的“大牌律师”。进入本丛书第一批作者行列的六位律师，就是他们中的杰出代表。例如，有着非凡“智慧和勇气”的汤忠赞律师，就是一位气质儒雅、善于娓娓道来、条分缕析的资深律师；在诸多刑案中演绎着“生死之辩”的翟建律师，以他惊人的毅力和执著精神，赢得了“东方大律师”的称号；对刑事辩护的“道与术”有着深刻理解的钱列阳律师，在诸多大案要案的辩护中显示了独到的哲学思维，达到了出神入化的辩护效果；有着使肝义胆的许兰亭律师，以“仗剑法庭”为己任，运用自己深厚的法律功底，代理了大量影响重大的案件；有着“中国刑事辩护界秘书长”之美誉的韩嘉毅律师，积累了较高的职业威望，实现了自己“刑辩路上的梦”；与“法治”结下“不解之缘”的陈洪忠律师，由一名军队律师转变为知名度较高的辩护律师，在很多案

件的辩护中创造了奇迹……。

中国法制出版社出版的“大律师之精彩刑辩系列”，是一套经过精心策划、可望取得重大社会效益的丛书。出版者独具匠心，邀请那些具有全国影响力的知名律师作为丛书的作者，并引导他们讲述自己的辩护故事，总结自己的辩护经验，表达自己对中国刑事辩护制度的反思。应当说，记录知名律师讲述自己的“辩护故事”或者“代理经历”，这类著作在法律图书市场上早已出现。但是，以往的出版物要么由于策划出版者的疏忽要么由于作者的写作匆忙，经常不是各种“辩护词”、“代理词”的堆积，就是没有辩护实践基础的所谓“辩护理论著作”，而缺乏对律师辩护活动的生动描述，也很少有对律师辩护经验的系统总结。中国法制出版社出版的这套丛书，恰好弥补了这方面的缺憾。各位作者非常尽职尽责，本着“对自己辩护生涯有所总结”的想法，对自己的辩护活动作出了全方位的展示。他们遴选出了有代表性的案例，并对每次辩护过程中所遇到的困惑和难题做出了细致入微的描述，对自己如何应对困难、取得辩护成功的经过进行了复原。当然，世界上不存在“百战百胜”的将军，也同样不存在每辩必胜的律师，衡量律师辩护是否成功的标志，不能简单地以成败论英雄，关键在于律师是否真正全面地抓住了“辩点”，并采取了恰如其分的法律行动，从而尽了自己的最大努力。这套丛书的律师作者们在总结自己“过五关”、“斩六将”的成功经历时，也丝毫不避讳自己“走麦城”的经历，并向读者交代了自己“屡

败屡战”的经过。这些记述对于读者，特别是法学院学生、初入辩护之门的年轻律师，在了解中国法律制度的运作实践方面将是极为珍贵的活教材；这些经历对于研究中国司法制度改革的人士来说，也是难得的“口述历史”材料。

中国法制出版社的祝立明社长独具慧眼，以令人敬佩的胆识，主持出版了这套系列丛书。本丛书无论从选题策划、作者遴选还是从写作体例，都凝聚了他的智慧和贡献。在此特向祝社长表示衷心的感谢。

中国法制出版社的周文娟女士，对本丛书的策划和编辑加工付出了辛勤劳动，她的专业素养和敬业精神给我留下极为深刻的印象。

作为一名研究刑事司法问题的学者，我对本丛书的各位作者都有一定的交往，对他们的辩护风格和职业声望有所了解。在他们的大作即将问世之际，特写下上述寥寥文字，既作为对他们辩护生涯成功的祝贺，也作为对他们今后取得更辉煌成就的期望。

2008年5月29日于北大中关村

# 序

陆建承

我未曾奢望为名人的著作写序，但作为翟建的同学，实难拒绝他的邀约。其实本书无需序文，十一个案例的辩护如此经典，足以吸引读者，以至任何前叙性文字都有画蛇添足之嫌。但既已应允，简述如下：

寻求中国法治进步的路径，肇于两端，一为理想主义的立标，揭社会之病灶，行破旧立新之途；另一为现实主义的改良，克旧制之弊，行渐进嬗变之道。翟建显然是后者。在我的认知中，他对那些理想主义的宏大叙述颇不感兴趣，他也无意对现行法律系统进行浪漫的批判。作为一名专业的刑辩律师，他把对中国法律进步的希望寄于可操作的层面上。以一个一个个案的积累，孜孜矻矻，锲而不舍，达到正义启蒙，法律进步之效。就结果而言，他给予中国法律（包括社会）变革以适当的方式和机会。如有担当，他不会法国大革命中街角的斗士，而更象英国议会里喋喋不休的议员。

律师都了解中国刑事辩护的现状，虚拟的权力神圣性和实用的司法工具性构成了刑事辩护的险途。如何面对，这是一种选择：

律师匆匆披甲上阵，面对公诉人有理无理唇枪舌战一番，

不着边际或太过矫情的辩论，这种进攻虽然勇猛，结果却无进展。用中国司法之不当，搪塞自己的失败。这种唐吉柯德式的战斗对被告而言是一场灾难。

相对勇气而言，翟建更注重的是智慧。他对案件的分析有着异禀的天赋，疏理有道、布阵沉稳、捕漏慎密；在进攻与防守之间流畅地驾驭逻辑。在失衡的规则体系中，能优雅地把罪轻、无罪的诉请自然地呈递给法官。在刑辩领域中，翟建无疑是成功的，与以案件胜败为标准不同，我认为他的成功在于他以自己的理性、智慧、经验让法庭真正感受到了辩护人的存在。如果要评判风格，这就是翟建的风格。

今日中国刑辩流年不利。法学院毕业生一旦披上律袍，就会“弃刑经商”，能坚守以刑辩为专职的律师凤毛麟角。但翟建及翟建组建的团队，却守望着这一阵地，以特有的方式，为中国的法治作出贡献，本书就是证明。

2008年5月25日

## 目 录

### Catalog

#### 生死之辩

##### ——留美女硕士杀夫案 ..... 001

清华高材生、留学美国著名大学、曾经的恩爱夫妻、枪杀丈夫、肢解尸体、女扮男装潜逃回国,这些新闻要素哪怕只有一项,都足够吸引公众眼球了,何况它们叠加在了一起案件中。

#### 屡败屡战

##### ——申容锋诈骗案 ..... 026

由于受理本案的人民法院对本案既没有地域管辖权,也没有级别管辖权,因此,哪怕今天合议庭当庭对被告人宣告无罪释放,依然是违法的,依然是不公正的,因为贵院根本不具有对本案进行实体审理和判决的权力。没有程序的公正,就不可能有实体的公正。

## 我不是自首

——收藏家走私案 ..... 059

你到底认为你的当事人是无罪还是有罪？自首的前提是一个人是有罪，当你说自己的当事人自首时，你就等于否认了他是无罪的。或者，如果你的当事人是无罪的，当然就不会是什么自首。

## 为“冷血杀手”辩护

——一起曲折的脱逃犯杀人案 ..... 096

不要因为上诉人以前的种种“案底”而认为将一起缺乏必要证据的杀人罪套在他头上也问题不大。一个人，即便他是一个犯人，其合法权益也应依法予以保护。

## 吊诡的中美联合执法

——顾贺东销售盗版碟片案 ..... 113

中美就执行知识产权法展开的首次联合行动的最大收获，居然是一名有着显赫家世背景的美国公民。显然，顾贺东是一个在错误的时间、错误的地点里做了错误事情的美国人。

## 是功臣不是罪人

——黄秋实贪污案 ..... 138

所谓利用职务上的便利,是指行为人利用职务上的权力,换言之,利用职责范围内主管、经办、管理公共财物职权所形成的便利条件。这是贪污个罪必备之要件。

## 蹊跷的强奸案

——网友性侵犯的非典型案例 ..... 178

在互联网搜索引擎“谷歌”中输入“网友强奸”,可以得到2,690,000个结果。这里要讲述的,是我所承办的一个真实案件。它留给我们的,决非单纯的案件输赢问题,很多的思考,其实在案件之外。

## 眼科专家的官司

——陈浩明贪污案 ..... 194

古诗云,横看成岭侧成峰。对同一事物的看法,不同的人有不同的评价。公安侦查部门、检察反贪机关,审判机关,出于各自工作重点与职业习惯,对一件事情的看法同律师有分歧,是非常正常的。闻过则喜,是只有圣人才能达到的境界。因此,对于案件,必须一步一步的进行解释、澄清,急当事人之所急,想办案人员之所想,两者不能偏废。



## 情理法的争辩

### ——儿童福利院切除智障少女子宫案 ..... 226

众所周知,刑法的三项基本特征是:行为具有社会危害性;行为具有刑事违法性;行为具有应受处罚性。三项特征中,社会危害性是最根本的特征。没有社会危害性,一切行为都不应当受到刑法的追究和制裁。

## 转制的迷雾

### ——海归博士挪用公款案 ..... 282

应该说,民办学校不是一个正式的称呼,因为在法律上没有这样的概念。但在实践中,民办学校除了指私立学校外,还包括一大批公立转制学校。而转制中学校工作人员的身份认定,则成为案件的关键。

## 命悬一线

### ——邢兵杀人自救案 ..... 317

法律不强人所难,或者说,法律不规定普通人做不到的事。这是古今中外概莫能外的一句法谚。它的意思是说,立法者应当设身处地地为公民着想,不能单纯出于道德或者情理而制定法律。