

大律师

之 精彩刑辩系列

智慧与勇气

Wisdom & Courage



汤忠赞 / 著

- 江西金凤凰律师事务所主任
- 中华全国律师协会刑事业务委员会副主任

有着非凡“智慧与勇气”的汤忠赞律师，是一位气质儒雅、善于娓娓道来、条分缕析的资深律师。

——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

大律師

THE GREAT LAWYER

智慧与勇气

WISDOM AND COURAGE



作者：[作者姓名]

本书讲述了作者在大律师生涯中的所见所闻，以及他对法律、正义和人生的思考。本书不仅是一部法律工作者的自传，更是一部关于智慧与勇气的启示录。

本书由 [出版社名称] 出版，ISBN: [ISBN号]。本书在各大书店均有销售。

——[作者姓名] 敬语

[出版社名称]

大律师

之精彩刑辩系列

智慧与勇气

Wisdom & Courage

汤忠赞 / 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

智慧与勇气/汤忠赞著. —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 - 0511 - 9

I. 智… II. 汤… 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 046951 号

智慧与勇气

ZHIHUI YU YONGQI

著者/汤忠赞

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/13 字数/290 千

2008 年 6 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0511 - 9

定价: 33.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66078158

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

Catalog

“疑罪从无”的适用

“搭干股”是否构成受贿罪

是礼尚往来还是受贿

为公认的好领导、好警察辩护

江西“涉黑”第一案

法制观念淡薄 高校学子失足

杀人偿命 类同殊异

市场经济条件下非法经营罪的探析

虚开增值税专用发票的“虚开”如何认定

谎话惹来的刑罚



汤忠赞律师·简介

汤忠赞，男，江西金凤
凰律师事务所主任，一级律
师。现任中华全国律师协会刑
事业务委员会副主任。

汤忠赞律师从1964年起从事政法工作。历任江西省司法厅律师管理处副处长、处长，江西省律师协会副秘书长、秘书长、副会长。1984年在江西省开创了全国律师资格统一考试的先河，1988年提出了律师管理工作的四大管理和律师业务素质的十要素。1988年在江西省率先组织了律师辩论大赛。

社会兼职 江西省人民政府决策咨询委员会委员，江西省外商投资企业协会、金融协会、工商协会理事，江西省犯罪学研究会常务理事，江西省经济法规研究中心理事，江西财经大学客座教授。

业务专长 政府高层决策咨询；企业经营决策策划；现代企业法律实务；商务谈判；诉讼结果的预测与诉讼风险的防范；出庭艺术与口才学研究与实务；刑法学与民法学基础理论与诉讼策略实务；司法公正与律师刑事辩护学研著；犯罪对策学实务；律师管理学实务。

主要业绩 自1981年以来共办理各类案件600余件，其中成功办理了有重大影响的刑事案件百余件。汤忠赞律师先后担任了百余家大中型企、事业单位的法律顾问。主要的单位有：江西凤凰光

学仪器集团有限公司、南昌国家高新技术产业开发区、江西铁路建设开发公司、江西农业大学、江西省供电局、江西粮油进出口公司、江西华赣企业公司、江西节能公司、江西标力公司、江西省万年春珍珠集团、江西商业储运公司、江西珠湖制药厂抗生素厂、江西造币厂、江西省妇联、江西省医药公司、五湖大酒店、江西邮电设计院、江西盐矿、洪都机械厂、江西南方证券有限公司、江西南昌潮洲大酒店、南昌百货公司、南昌商贸大厦、南昌铁路局、南昌市卫生防疫站、南昌市总工会、南昌市福冈日本料理店、江西省血液中心、江西省外贸厅、江西省农科院、江西华东岩土工程有限公司、江西科龙实业发展有限公司、江西格林柯尔实业发展有限公司、江西省抚州航运公司、余干四安房地产综合开发公司、江西省核工业地质局二六一大队、蓝星化工新材料股份有限公司江西星火有机硅厂、江西万科益达房地产公司、江西省农村信用社联合社、中国财务电力有限公司华中分公司、百花洲文艺出版社、江西绿源油脂实业有限公司、江西省外商投资协会等。

汤忠赞律师以其丰富的阅历、广博的知识、雄辩的口才、敏锐的思辨、理智与幽默的完美结合，成功地办理了许多非诉讼法律事务。其提供的法律服务为委托人贸易的成功、纠纷的平息、合法利益的取得提供了有力的保障，深受当事人的欢迎。

出版的著作 撰写、编纂的著作和论文有《法律为经济建设服务》、《国营大中型企业法律保护》、《全国律师资格统考试题评析》、《律师学习三百题》、《律师制度与律师实务》、《中国律师实用大全》、《律师业务再开发》、《参加全国律师资格统考的考生应如何应考》、《它们呼唤法律——九江市国营大中型企业调查》、《改革开放与法律环境》、《股票法律知识》等，并在《人民日报》、《中国改革纵横谈》上发表了《转换企业经营机制必须加强法制建设》一文。

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、保守委托人商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；有着侠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

路（自序）

路，《离骚》上称：“回朕东以复兮，及行迷之未远。”指的是道路。

路，还可指为道理，即理路，《书·洪范》：“无有作恶，遵王之路。”

路，亦可比喻权位。《孟子·公孙丑上》：“夫子（指孟子）当路于齐、管仲、晏子之功可复许乎？”

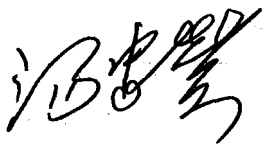
路，泛指大。《史记·武帝本纪》：“路，大也。”《管子·四时》：“国家乃路。”

路，时间的浓缩，空间的延伸；在地球这个星球上，有了生物就有了路。真所谓蛇有蛇路，鳝有鳝路，蚁有蚁路。原始的路是生物存在的象征。人类的路除有物种存在的意义外，随着历史的变迁显得五彩缤纷，反映人生的各个层面。有政治仕途的失意与得意，有生活的艰辛与幸福，有生命存在的长与短，有人生追求的善与恶。总之，对每一个人的评价，以其走过的路为衡量尺度，为评价依据，无一例外。当然，在人类历史的长河中，每一个人视其社会存在的意义不同，评价是不一样的，还有的人不足以引起社会评价。但社会评价毕竟是客观存在的，因为社会发展规律和社会生活规范都会让每一个人自觉不自觉地选择一条生活路，这条生活路走得好还是走得不好，有社会因素，有自然因素，有自我因素，但决定因素是个人，是个人对人生的选择，对人生的设计，对人生的追求，对人生的风险防范，对人生的自我

评价。只有这样对待生活的人，在人生的道路上才能有所为，社会才会对他们有相应的回报，才会回首平生：路漫漫，无憾事，人格魅力永存。

党的十一届三中全会以后，一九八〇年，我国恢复和重建了律师制度。那时邓小平指出：“中国要有几十万律师，不搞这个法制不行。”二十六年来，我国律师为改革开放、为市场经济建设、为维护公民和法人的合法权益、为民主法制建设和社会长治久安作出了举世瞩目的贡献。但中国律师的二十六年是辉煌与艰辛、发展与悲壮的风雨历程。

刑事辩护是中国律师制度的本质体现，是国家民主与法制的象征。刑辩充满着风险、充满着挑战，做刑事辩护律师实际上是挑战一生，实际上走的是护国护民之路。我们要满怀豪情，严格遵守法律规范和职业操守，充分发挥聪明才智，时刻用正义之剑审视自己的灵魂，走好艰险、光荣而神圣的刑辩之路。

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'He Chao' (何超), written in a cursive, expressive style.

目 录

Catalog

刑讯逼供下的事实? 冤屈?

——谢某某受贿案辩护纪实

001

贪污、挪用公款与违反财经纪律的认定

——李某贪污案辩护纪实

023

“疑罪从无”的适用

——饶某某贪污案辩护纪实

034

贪污还是职务侵占

——朱某某贪污案辩护纪实

043

“搭干股”是否构成受贿罪

——尹某某受贿案辩护纪实

052

亲情间行贿、受贿的司法认定

——赵某某受贿案辩护纪实

065

是礼尚往来还是受贿

——张某某受贿案辩护纪实

083

受贿罪故意内容的认定

——韩某某受贿案辩护纪实

095

为公认的好领导、好警察辩护

——罗某某虐待被监管人案辩护纪实

106

江西“涉黑”第一案

——熊某某涉黑案辩护纪实

135

“涉黑”犯罪与共同犯罪

——杨某组织领导黑社会性质组织、强迫交易、
故意伤害案辩护纪实

186

绑架罪、抢劫罪与敲诈勒索罪的认定

——魏某某绑架案辩护纪实

197