

刑事辩护
经验与技巧 04

吴宏耀
朱明勇
-主编-

樊崇义
田文昌等
著

刑辩之道

WAY OF

CRIMINAL
IDENTIFICATION




中国政法大学出版社

04

刑事辩护
经验与技巧

刑辩之道



 中国政法大学出版社

2018·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

刑辩之道/田文昌等著. —北京:中国政法大学出版社, 2018. 1
ISBN 978-7-5620-7974-3

I. ①刑… II. ①田… III. ①刑事诉讼—辩护—研究—中国
IV. D925. 210. 4

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第000004号

- 出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908437(编辑室) 58908334(邮购部)
承 印 北京中科印刷有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 12
字 数 270千字
版 次 2019年1月第1版
印 次 2019年1月第1次印刷
定 价 75.00元



目 录

01

樊崇义 | 以审判为中心的诉讼制度改革 ... 001

在以庭审为中心的诉讼制度改革中，刑事辩护工作者也面临着转型：从非理性辩护转向理性辩护；从对抗迈向协商；从无罪辩护转向多元化的辩护。

- 一、以审判为中心的诉讼制度改革的解读 | 002
- 二、以审判为中心与刑事辩护工作 | 015
- 三、刑事辩护工作在当前改革中的转型问题 | 018

02

田文昌 | 刑事辩护中的理论误区 ... 023

刑事诉讼中存在一些普遍的、重要的、没有解决的理念问题，比如无罪推定原则的理解与适用、“宁可错杀一千，不可放过一个”的逻辑冲突、证据真实和客观真实孰重孰轻等。

- 一、雷洋案件引发的思考：执法规范与执法理念的问题 | 024
- 二、刑事诉讼中重要的理念问题 | 029
- 三、刑事诉讼的价值目标 | 036
- 四、律师的职责 | 039
- 五、证据合法性 | 049

03

李贵方 | 刑事辩护的理论与实践 ... 052

刑事辩护律师在与犯罪嫌疑人、被告人的第一次谈话过程中，要充分表现自己的专业能力及专业水平，建立起与客户信任关系。

- 一、关于刑事辩护接受委托和指定 | 053
- 二、侦查阶段律师的地位 | 060
- 三、如何赢得客户信任 | 063
- 四、强制措施辩护 | 079
- 五、会见的规范 | 084
- 六、案件材料的使用 | 093
- 七、调查取证的规范 | 096
- 八、律师的保密义务 | 099
- 九、充分利用证人、鉴定人出庭制度 | 102
- 十、非法证据排除 | 112
- 十一、关于媒体 | 115

04

张燕生 | 犯罪重建在刑事辩护中的应用

——以念斌案为例 ... 119

犯罪重建的精髓包括五项内容：对警察道德规范的严格要求；对证据的解释；对证据的整体性研究；使用科学的分析方法；运用科学的检验方法证伪。

- 一、念斌案的基本情况 | 119
- 二、什么是犯罪重建 | 123
- 三、犯罪重建的历史发展脉络 | 127
- 四、犯罪重建的精髓 | 130
- 五、用犯罪重建方法审视念斌案 | 140
- 六、用犯罪重建的眼光总结念斌案 | 162

05

张青松 | 刑事辩护的经验与技巧 ... 165

程序辩护涉及内容众多，主要包括：司法机关取证方面的程序问题；针对被告人、犯罪嫌疑人人身权利的程序问题；针对财产权利的程序问题；控告渎职行为中的程序辩护等。

- 一、程序辩护的定义 | 166
- 二、程序辩护的内容 | 172
- 三、程序辩护的操作原则 | 203
- 四、程序辩护的价值 | 210

06

朱明勇 | 职务犯罪案件辩护的问题与突破 ... 214

针对职务犯罪案件，我们需要思考：这些犯罪嫌疑人、被告人到底需不需要辩护？谁去给他们辩护？怎样辩护？怎样进行有效的辩护？

- 一、职务犯罪案件的概念 | 215
- 二、职务犯罪案件的背景 | 218
- 三、双规的界定 | 219
- 四、律师权益保障 | 237
- 五、调查取证需要注意的事项 | 247

07

刘广三 | 死刑案件的证据审查 ... 251

侦查人员和检察人员用证据说服自己，是推动诉讼进程的动力，但证据最终要用于说服法官，如果不能说服法官，当然只会获得败诉的结果。

- 一、刑事证据给谁看 | 256
- 二、刑事证据的多重视角——刑事证据的分类 | 267
- 三、对刑事证据特征的认识 | 282

08

刘 良 | 专家证人出庭在刑事辩护中的具体应用 ... 292

专家证人分析鉴定文书时重点审查分析意见和鉴定意见，看其是否分析到位、有无遗漏等，并可根据鉴定意见后的说明来判断该意见是否可靠。

- 一、专家证人的基本内容 | 293
- 二、专家证人如何分析审查鉴定意见 | 296
- 三、法医病理不同于临床病理 | 305
- 四、专家证人的相关细节问题 | 307
- 五、实案解读 | 310

09

鲍志恒 | 刑辩律师的媒介素养 ... 330

律师和媒体的需求是双向的：律师对媒体有案件报道的需求、个人声誉及个人形象塑造的需求、参与社会公共议题的需求；媒体对律师则有获得新闻线索、涉及公共事务和法律议题的专业意见的需求。

- 一、重新认识媒体 | 331
- 二、当前的政法舆论形势和转型期政法舆论关系的特点 | 357
- 三、移动互联网时代的传媒变局 | 364
- 四、几点建议 | 368

樊崇义 教育部重点研究基地、中国政法大学诉讼法学研究院名誉院长，享受国务院有突出贡献专家政府特殊津贴，中国刑事诉讼法学研究会顾问，《法制日报》顾问，中纪委专家顾问，最高人民检察院、北京市高级人民法院、北京市人民检察院专家咨询委员会委员，国家检察官学院、国家行政学院和国家法官学院兼职教授。

01 樊崇义 以审判为中心的诉讼制度改革

大家好！非常高兴与大家见面。今天我的演讲主题是“以审判为中心的诉讼制度改革”。以审判为中心的诉讼制度改革，其长远的规划是三个愿景：近期目标、中期目标和最后要达到的目标。要经过若干年的改革，才能真正回归到司法规律，才能真正地改变“公安是做饭的，检察院是端饭的，法院是吃饭的”这样一个局面。所以大家对这套理论一定要有一个深刻的理解，在理解中，找准自己的位置。

根据这样一种精神，我选择这样一个主题，在这个主题下，讲三个题目。第一个题目，以审判为中心的诉讼制度改革的解

读；第二个题目，以审判为中心的诉讼制度改革，庭审要实质化，律师的应对策略与刑事辩护工作的要求；第三个题目，刑事辩护在司法改革中理念的转型、工作的转型，要有几个基本的变化。

一、以审判为中心的诉讼制度改革的解读

（一）以审判为中心的诉讼制度改革的基本概念

以审判为中心是指在我国《宪法》规定的分工负责、互相配合、互相制约的前提下，诉讼制度的各阶段都要按照法院的庭审标准和要求进行，以确保案件质量，防止冤假错案。

昨天在一个研讨会上，有人还提出“侦查一个标准，起诉一个标准，审判一个标准，证明标准要多元化，多层次”。可是中央的规定是什么呢？按照这次孟书记的讲话，就是要按照庭审的标准和要求进行。目的是什么呢？防止冤假错案，提高办案质量。这几年标准乱了，所以冤假错案不断发生。我总结这段话，关键是如何理解这个概念，我讲几个理解，来统一当前大家的认识。

第一个理解，以审判为中心，不是颠覆分工、配合、制约的宪法原则，不是把这个原则彻底地推翻。这就出现了一个中心论和阶段论是不是矛盾的问题，我们现在叫中心论，和过去的阶段论的矛盾和冲突如何解决？我们的方针是不颠覆，不推倒分工负责、互相配合、互相制约的原则，而是在这个基础上进行改进，重点后移。

第二个理解，以审判为中心的诉讼制度改革主体不仅仅是人民法院，还包括公安、检察和刑辩律师。改革特别把刑事辩护律师列为诉讼制度改革的主体。我们是四大主体之一，你要有这种

自信。这次的改革，刑辩律师和公检法这四大主体都是改革的主力军。

第三个理解，以审判为中心的诉讼制度改革的内涵和要求，是控辩审三种职能都要围绕庭审的事实、法律的标准和要求而展开工作。这是一个基本的要求，具体来讲它的内涵有三条。第一，审前程序的两种职能，也就是公安机关和检察机关要形成合力，执行控诉职能，建立一个控诉的格局。第二，刑事辩护职能要充分发挥辩护的功能和作用。一是要定位，二是在具体工作上发挥辩护的功能和作用。如何发挥呢？要坚持有效辩护、实质辩护，充分行使诉讼权利。第三，审判的法官必须坚持审判中立原则，坚持严格依法断案，做到兼听则明，作出公正的裁判。要认真听取控辩双方的意见，做到“以事实为根据，以法律为准绳”，这就是我们这场改革的基本内涵之一。

理解这个概念的基本内涵，是我讲的第一个解读。要正确理解它的概念，就要抓住这几点来进行理解。

（二）以审判为中心的诉讼制度改革的形成背景

1. 建设法治国家的政治背景

中央决定要建立具有中国特色的社会主义法律体系，要建设具有中国特色的法治国家。会上有很多同志说司法怎么办？当时就讲科学发展。如何科学发展呢？如何遵守司法规律呢？对照现实的情况，我们觉得差距很大。司法的公正问题、司法的公信力问题，如何走科学发展的道路问题，什么是司法规律问题，如何遵守司法规律问题，会上议论纷纷，提出来好几十个这样的问题。最后归结到一点，就是要建设法治国家，要建立具有中国特色的法律体系。对司法工作，大家研究了我们的三道工序，三个车间的工作，分工负责、互相配合、互相制约的工作。大家认为

如果回到真正的司法规律上，还是法院说了算，审判说了算，要以审判为中心。不容易啊，同志们，大家回想回想，几十年来谁在那儿提以侦查为中心呢？公安局局长要当政法委书记，中央发现以后，纠正，纠正到现在还不彻底。公安厅厅长还是进常委，副省长联系政法口，什么叫联系政法口？还是公安说了算，这违背了司法规律。这是第一个背景，叫政治背景，国家的政治背景要求我们的司法工作，包括我们的刑辩工作以庭审标准和要求来进行，要回归司法规律。

2. 司法实践严重背离司法规律

长期以来，我国司法实践中，存在办案人员对法院的庭审重视不够，法院审判就是走过场的现象。其中的突出问题是关键证据不出示，出示的证据多是非法证据，不能做到“案件事实清楚，证据确实充分”。庭审走过场，质证形式化，根本原因就是没有突出庭审的地位，认为庭审就是办手续。

我带一个澳大利亚代表团在海淀法院旁听庭审。海淀法院是什么法院？全国模范的法院。听完以后我问他们感觉怎么样？人家很不好意思，很客气地说军事化的味道很浓，说我们是军阀裁判。他问我：“被害人到哪里去了？证人到哪里去了？辩护律师为什么不参加辩论呢？光念了一个辩护词就走了？”人家就是讲我们这叫军阀裁判，不是普通的刑事开庭。大家想想是不是这样？我们几十年来甚至近20年来是不是这个状况？不改变行不行？庭审程序虚化，质证形式化，这种质证程序没有质疑，没有质问，没有按照证据的规则和规律来进行，所以现在我们要专门来培训质证的技巧，要一种证据一种证据来研究，要提高我们的水平。这是第二个背景，叫司法实践背景，司法实践违背了司法规律。

3. 司法实践背离宪法要求

司法实践对我国宪法规定的分工负责，互相配合，互相制约这个基本原则的理解和执行出了偏差。第一，有人在大力鼓吹以侦查为中心；第二，公安局局长当了政法委书记，把以侦查为基础篡改成以侦查为中心。老百姓说“公安是做饭的，检察院是端饭的，法院是吃饭的”，我到广东讲课，又听到一条，叫“强势的公安，优势的检察，弱势的法院”。司法权威找不到，判了等于没判。这就是我们为什么要提出以审判为中心，我们实践中出了问题，对这个基本原则的诉讼理论的理解出了问题。这是第三个背景。

4. 蔑视生效判决

人民群众和当事人蔑视法院生效判决，观念的淡薄，判了等于没判，落实难，执行难，甚至个别当事人抗拒执行，上访告状满天飞，这些问题到今天还没有解决。根据国家上访局统计，80%的上访案件和刑事判决决定有关。所以这个诉访分离问题，以审判为中心制度的改革问题，目前挺严重的，希望同志们要深刻地理解，这个制度改革的提出是有它深刻背景的。

（三）以审判为中心的诉讼制度改革的目标

1. 改革的步骤安排

中央将改革规划为三个目标，分三步走。一是近期目标，要在现行《刑事诉讼法》的框架内，通过庭审方式的改革，统一刑事司法标准，加快以庭审为中心，促进以审判为中心，先解决庭审的问题。二是中期目标，要通过深化司法改革，进一步优化司法职权的控辩审各项职能职权的配置，实现对侦查公诉活动的有效制约。法院要进行制约，要实现对公诉、对审判的有效制约。三是远期目标，要推动《刑事诉讼法》的再修改。在再修改的过

程中，要按照以审判为中心的诉讼程序结构来重构诉讼体制，建立更加符合法制规律的诉讼制度。具体而言，审判要介入侦查，包括立案、侦查、采取强制措施、扣押、搜查等。几乎所有国家的刑诉法，都把侦查和起诉纳入审判之中，侦查、起诉都是为了审判，都要受到审判程序的制约。

2. 改革的价值目标

第一个目标是总目标，通过庭审程序的改革，实现程序公正，通过程序公正，来达到实体公正。第二个目标是价值目标，也是直接目标，就是保证庭审的功能和作用，保护诉权，公正裁判，保障庭审的决定权，以庭审为标准。第三个目标是保障经过庭审的案件经得起法律的检验和历史的检验，保障案件的质量，实现司法公正，提高司法的公信力。

（四）以审判为中心的诉讼制度改革的具体任务

第一个任务，必须要把侦查这个基础夯实，这也是我们辩护工作的第一个目标。就当前我国的侦查工作情况，我总结这么几句话：第一句话，刑讯逼供仍然屡禁不止。第二句话，侦查中的违法情形乱象丛生。第三句话，非法证据充斥诉讼。最后一句话，冤假错案我不敢说是大量存在，但起码时有发生。

最近我受人之托，会见了一个副局级干部。见到我以后，跪倒在我面前说：“打我，我不怕；骂我，我也不怕；不给吃也不怕，不给喝也不怕，我最怕两条。”我说：“你怕哪两条？”他说：“两个武警看着，每两个小时换一次班，换班的时候那个皮鞋声咔嚓一立正，然后高喊‘目标没有问题’，我最怕这两条。一天一共24个小时，12次皮鞋声，12次‘目标没有问题’，我还睡觉不睡觉啊？你看我现在这个样子，还让我天天想问题，逼着让我想问题，想什么啊？我自己长什么样子我都忘了。”这种反复

的方法行不行？同志们，好事也要办成坏事。我们刑辩律师对这个问题有没有引起高度的重视？在辩护的工作中什么是非法证据？诉讼的过程中，这种刑讯逼供的状况，我们是拿出什么方法和措施来解决的？

中央这次律师工作会议叫你们监督司法，你们是怎么监督的？当然了，我对检察机关讲，像我这个岁数也敢说大话，我是批评的办法，你们这个法律监督是怎么做的？在律师场合我讲你们这个法律辩护是怎么辩护的？你是不是把住这个关了？我讲这四句话，“刑讯逼供屡禁不止，侦查中违法乱象丛生，非法证据充斥诉讼，冤假错案时有发生”，希望同志们每一个案子都要从这四个方面来把关。解决这四句话，按照当前《刑事诉讼法》的规定，同志们，一个辩护的标准，一个法律标准，一共是六项措施，大家来倒逼和追问。

第一，侦查中的拘留逮捕，必须送往看守所羁押，这是《刑事诉讼法》规定的。羁押的场所变了没有？拉到看守所以外是什么情况拉的？哪一次拉的？时间、地点、方法？每次口供是在什么地方收集的？第二，讯问审讯必须在看守所进行，这就是《刑事诉讼法》的原话。第三，审讯的方法如何由刚变柔？是柔性讯问还是刚性讯问？现在我们对公安、检察院反贪部门的培训就是解决这个柔和刚的问题，都有具体方法和措施。第四，讯问全程是不是坚持了录音录像？每次审讯笔录是不是有录音录像？第五，侦查的模式如何从以口供为本转向以实物证据为本？第六，我们反反复复地告诫侦查部门，不要颠倒办案程序，先搜证，后动人，再讯问。我想对侦查部门的这些要求，这些法律标准，都是我们辩护的武器。只有遵守了这几条，才能夯实侦查的基础，实现以审判为中心的改革。所以我把它作为第一项任务，叫夯实

侦查基础。当然做到这六条是很难的，别的不讲，就那个录音录像执行得怎么样，我想同志们都比我了解。

我到山西省辩护，对这个录音录像的运用，我们律师提出来了，说这是非法证据，录音录像有问题，要启动非法证据排除程序。结果法院还不错，启动了。启动以后，法院开庭审判，先把录音录像调来播放。播放以后，辩方提出来这个录音录像下头标的数字是2012年1月28日，本来该是1月22日。审判长把桌子一拍，怎么回事，那6天到哪里去了？你猜那个侦查人员在法庭上怎么回答的？“到哪里去了你别问我，停电了，你去找那个供电局去。”人家去一查，那天是个礼拜五，根本就没有停电。再往下放，声音没了，图像也没了。还有进一步解释，为什么22日出了一个28日？从武汉买这个片子质量太差了，按了一个22日，出来一个28日。同志们知道这个录音录像是我2002年提倡的，叫三项制度，录音制度、录像制度、律师在场制度。经过10年的实验，录音录像制度进入了刑诉法典。要是录音录像制度不行，我们就要启动律师在场的实验，因为录音录像不好好搞，就只能把律师派到审问的现场。

这个假期我们团队已经总结了世界上21个国家的刑诉法，只要开始审讯，律师不到场，口供就不能作为证据使用。特别是俄罗斯刑诉法典（2015年）的规定，律师不到场的口供不能作为证据使用。俄罗斯的刑诉法典有一条叫作不采证的范围，其中就包括律师不到场的口供。

第二个任务，坚持执行我国《刑事诉讼法》规定的严禁刑讯逼供的机制。《刑事诉讼法》实施这几年来，我也在多处宣讲，《刑事诉讼法》第50条规定，对证据的收集必须做到不得强迫自证其罪。这一条落实得怎么样，我想同志们都比我清楚。另外，

对非法证据要进行排除。我们确立了非法证据排除规则，规则确定了，但实际情况同志们都比我清楚。什么叫非法？我们在原来的基础上又归纳了十种情况，这十种情况已经两年了，就是出不了台。出不了台的一个核心问题是疲劳审讯问题。最高人民法院坚持每天的审讯要有不能少于6~8个小时的休息和饮食时间，要给足8个小时。结果有人就反对，经过反复的讨论，最后形成的文件是夜里零点至六点不准审讯，要给被审讯人一个休息的时间。什么叫疲劳审讯？当然了，西方国家审讯只能白天进行，夜间不能进行。像俄罗斯，什么叫夜间？日出日落还加一个括号，房间什么都写得很清楚，每次审讯只能4个小时，两次审讯8个小时，之间要相隔一小时。那个时间标准划得非常清楚。我们不敢达到这样的高标准，但起码6~8个小时的饮食和休息时间得保证。所以尊重和保障人权，是人性的至高性，体现了人权的至高无上，这在我们实际工作程序中的每个环节都体现得非常突出，因此以审判为中心的制度改革在我国要首先落实严禁刑讯逼供的机制。第一，不得强迫自证其罪，第二，非法证据要排除，第三，全程录音录像，如果再加上一个律师在场，我想这个刑讯逼供的问题基本上就解决了。这是以审判为中心的诉讼改革中一项重要的任务，也是夯实侦查基础的一项重要任务。

第三个任务，关于审查起诉。审查起诉，是以审判为中心的制度改革的一个环节，也是防止冤假错案的一个屏障。

第四个任务，庭审是以审判为中心的制度改革的一个核心。具体到法院怎么做，首先是要以一审程序为中心，一审还得以庭审为中心，要发挥庭审的决定作用。特别要以庭审的要求和标准来制约侦查和起诉。现在这个口号是提出来了，但还没有具体的制度和程序来制约侦查和起诉。我们将来的第三期改革，要在具