



田文昌
陈瑞华
对话录

刑事辩护的 中国经验

三十余年来中国
式刑事辩护
的问题与经验



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



田文麗

陳國華

謝遠深

刑事辯護的 中國經驗

香港大學法律學院

田文昌 陈瑞华 对话录

刑事辩护的 中国经验

 北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

 北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑事辩护的中国经验:田文昌、陈瑞华对话录/田文昌,陈瑞华著.
—北京:北京大学出版社,2012.5
ISBN 978-7-301-20520-4

I. ①刑… II. ①田… ②陈… III. ①刑事诉讼-辩护-经验-中国 IV. ①D925.215

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第067072号

书 名: 刑事辩护的中国经验——田文昌、陈瑞华对话录
著作责任者: 田文昌 陈瑞华 著
策划编辑: 曾 健
责任编辑: 陈 康
标准书号: ISBN 978-7-301-20520-4/D·3090
出版发行: 北京大学出版社
地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871
网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>
电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962
电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn
印 刷 者: 三河市博文印刷厂
经 销 者: 新华书店
965毫米×1300毫米 16开本 25.25印张 316千字
2012年5月第1版 2012年5月第1次印刷
定 价: 49.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

序 言

经过近半年的准备、对话、整理和编辑工作,《刑事辩护的中国经验——田文昌、陈瑞华对话录》终于面世了。

本书记录的是一名资深律师与一名法学教授就刑事辩护问题所进行的对话。对话的目的主要是对刑事辩护的中国经验进行一次系统的总结和整理。所谓“刑事辩护的中国经验”,既包括律师在中国现行体制下进行有效辩护的经验总结,也包括法学研究者对中国刑事辩护制度所做的理论思考。当然,任何律师都不能说自己的辩护经验就等于“中国律师的经验”,任何学者也不能说自己的研究就“完全总结了中国刑事辩护的经验”,我们所说的“中国经验”主要是针对中国现阶段的特定历史条件即“中国特色”而言。我们两人通过对话希望尽量展示中国刑事辩护的一般经验,并使这些经验上升为概念和理论。我们力图证明,即使是在今天中国法律制度还存在一些不尽人意之处的背景下,律师的刑事辩护仍然有相当大的空间。在刑事辩护中,律师与其怨天尤人,倒不如认真研究刑事辩护的经验和技巧,力求挖掘出每个案件的“辩点”,争取在辩护工作中做到不留遗憾。与此同时,在法学研究中,法学家们与其“临渊羡鱼”,简单引进西方国家的概念和理论,倒不如“退而结网”,认真听取中国辩护律师述说其成功的经验和失败的教训,踏踏实实地进行理论的提炼和总结,由此推动刑事辩护理论的研究。

目前,在理论与实务相脱节的问题已经令人担忧的状况下,我们希望,这种“互动”能够起到一些弥补的作用;更希望能引起更多互动的思考。

作为本书的两位作者,我们两人在草拟出对话大纲的基础上,在北京郊外一处环境幽静的避暑山庄里,进行了连续三天两夜的长谈。谈论的话题涉及刑事辩护的性质、刑事辩护制度的发展脉络、无罪辩护、量刑辩护、证据辩护、程序辩护、辩护思路的形成、审判前程序中的辩护、审判程序中的辩护、律师的职业风险与防范等十余个重要题目。在长达数十小时的讨论中,我们既有观点的交锋和争执,也有对诸多问题所形成的共鸣。尽管我们对不少问题都有各自的角度,但都尽力遵从一种专业主义的精神,扬长避短,淋漓尽致地表达了对多个问题的看法。当然,由于所从事的职业不同,我们两人的谈话也具有一定的互补性。律师更擅长从个案的辩护经历中总结辩护经验,谈论自己“过五关、斩六将”的经历,以及“走麦城”的教训,这些经验和教训对于律师业内同行(特别是年轻律师)会有参考价值,对于一般读者了解刑事律师的辩护经历也是重要的资料;法学教授则更注重对辩护问题的理论总结,这些理论观点对于深入研究中国刑事辩护制度,推动中国刑事诉讼理论的发展,将是富有启发意义的。

通过集中的对话,我们可以发现,经过几代中国律师的努力和探索,中国律师在刑事辩护中逐步形成了一些特有的风格和模式。这些风格和模式不是某一个或某一些律师所具有的,而是中国刑事律师在一种“集体无意识”中所共同形成的。例如,在中国现行司法制度下,律师辩护逐渐形成了无罪辩护、量刑辩护、证据辩护和程序辩护等多种辩护形态并存的格局;律师辩护有了法庭辩护与审判前辩护的区分,审判前辩护的空间随着刑事诉讼法的修改而呈逐渐扩大之势;法庭上的辩护较为侧重法庭辩论阶段的集中辩护,而法庭调查环节的辩护则有很大的拓展空间;在证据调查方面,面对困难与风险并存的境况,在既要注意自保,又要勇于尽职的同时,更要善于研究和运用公诉方的案卷材料,“以子之矛,攻子之盾”,用公诉方案卷中记载的证据材料中的冲突和漏洞来论证公诉方证据体系的不足;辩

护从方向和策略上看,有积极辩护和消极辩护之分,前者是通过调查收集新证据、论证新观点而进行的辩护活动;后者则属于以公诉方的证据来论证公诉方诉讼主张不成立的辩护活动……

受中国法律制度改革进程的影响,律师在刑事辩护中经常会受到诸多方面的限制,遇到一些无可奈何的尴尬局面。在此困境中,中国律师们也创造了一些独特的辩护经验。例如,在程序性辩护中,与其单纯论证侦查行为存在违法情况,或者论证被告人的权利受到侵害,倒不如多多论证非法取得的证据的虚假性和不可靠性,甚至有可能酿成冤假错案。在现存的司法理念下,这种论证有可能达到更好的辩护效果。又如,在鉴定意见几乎为刑事追诉机构垄断的制度背景下,辩护律师要对鉴定意见进行有效的质证,经常面临困难:律师既无权自行委托鉴定人,也很难申请重新鉴定或者补充鉴定,甚至连申请鉴定人出庭作证都很难成功。但有些律师另辟蹊径,委托一些资深专家出具专家意见,对公诉方的鉴定意见提出专业上的质疑,以达到协助质证的目的,取得了较好的辩护效果。再如,律师在刑事辩护中经常面临无法与司法官员进行有效对话的问题,辩护意见很难为法官所采纳。为解决这一问题,律师在辩护意见中尝试着援引最高人民法院大法官的著述观点,或者直接援引最高人民法院公布的判决书或典型案例,并将这些作为辩护的法理依据,取得了较好的辩护效果。对于这些独特的辩护经验,本书都给予了全面的总结和反映。

2012年3月,全国人大通过了刑诉法修正案,对中国刑事诉讼法作出了重大修改。刑诉法修正案对刑事辩护制度进行了引人注目的改革,扩大了法律援助的范围,确立了律师在侦查阶段辩护人的身份,加强了对律师会见权、阅卷权的保护,确立了律师参与侦查、批准逮捕、审查起诉、庭前准备、死刑复核程序的制度。此外,刑诉法修正案确立了证人、鉴定人乃至专家证人出庭作证的制度,建立了非法证

据排除规则,扩大了二审法院开庭审理的范围……这些改革对于律师的刑事辩护工作将会产生积极而深远的影响。为了使读者全面认识刑法修正案对律师辩护产生的影响,我们在本书出版前夕,又专门补录了一次长达六个多小时的对话,重点对与律师辩护有关的八个问题进行了讨论,既对相关的法律条文进行了学理上的分析,又讨论了这些改革对律师辩护带来的影响。这些与最新立法发展密切相关的部分,也被置于本书之中。

本书是多人集体智慧和共同合作的产物。我们作为作者,尽管通过谈话贡献了思想和智慧,但对话录的整理工作主要是由两位重要人士完成的,他们分别是中南民族大学法学院的陈虎博士和北京京都律师事务所的徐莹律师。他们不仅亲自参与了整个对话过程,而且进行了逐字逐句的文字整理和编辑加工。同时,北京大学出版社的蒋浩副总编,独具慧眼,亲自策划了这一重要选题,积极促成了我们两人的对话,并投入成本,推动了本书的编辑和出版工作。北京大学出版社的资深编辑曾健先生,作为本书的策划编辑和责任编辑,为本书的孕育、编辑和出版,付出了非常多的精力。不仅如此,我们就刑法修正案对律师辩护的影响所做的对话录,还是由曾健先生亲自执笔加工完成的。没有上述各位人士的参与和努力,本书是不可能如此顺利地完成和面世的。在此,向他们表达最诚挚的感谢。

田文昌 陈瑞华

2012年4月22日

目 录

对话一	中国刑辩三十年的发展脉络 001	辩护的概念与要素	005
		法庭辩护与审判前辩护的并存	011
		实体辩护与程序辩护的分离	016
		实体辩护的分化	019
		罪轻辩护与量刑辩护的关系	026
对话二	证据辩护 032	证据能力和证明力的法定化?	037
		证据信息真实性的推定规则	045
		证明责任的分配	051
		证明标准	058
对话三	程序辩护 067	程序性辩护的困境	070
		程序性辩护的技巧	076
对话四	无罪辩护 084	实体上的无罪辩护	090
		证据上的无罪辩护	108
		程序辩护向无罪辩护的转化	113
对话五	量刑辩护 119	量刑辩护的技巧	122
		消极的辩护与积极的辩护	128
		罪轻辩护	135

对话六	辩护思路的形成 140	开庭前辩护思路的形成	140
		开庭前与被告人的沟通与协商	155
		一审中辩护思路的调整	157
		辩护思路的再次调整	163
对话七	庭审前的辩护准备 165	会见的注意事项	168
		阅卷权问题	174
		阅卷的技巧	183
		调查取证的困境与技巧	195
对话八	第一审程序中 的辩护(上) 212	法庭调查与法庭辩论的关系	212
		对控方言词证据的质证	219
		对控方鉴定结论的质证	227
		对控方实物证据的质证	230
		法庭举证技巧	232
对话九	第一审程序中 的辩护(中) 238	辩方证据的合法性问题	238
		律师与委托人的关系	244
对话十	第一审程序中的 辩护(下) 260	法庭辩论技巧	260
		法庭辩论的语言艺术	272
		法庭应变	275
		法庭辩论的风格	286
		指导性案例的运用	290
		第二轮辩论的技巧	294

对 话 十 一	二审和死刑复核 程序中的辩护	二审程序中的辩护	299
	299	死刑复核程序中的辩护	308
对 话 十 二	律师职业风险 防范	律师职业风险的表现	315
	315	《刑法》第306条问题	319
		职业风险的防范	324
对 话 十 三	刑事诉讼法修改 为刑事辩护带来 的新空间与新 挑战	侦查阶段律师辩护人地位的确立	332
	330	律师辩护范围的扩大	341
		律师在侦查阶段会见权的保障	354
		律师阅卷权的保障	359
		法律援助范围的扩大	366
		证人、鉴定人出庭与律师辩护	370
		二审审判开庭审理范围的扩大	378
	非法证据排除规则与程序辩护	384	

对话一

中国刑辩

三十年的发展脉络

辩护的概念与要素

法庭辩护与审判前辩护的并存

实体辩护与程序辩护的分离

实体辩护的分化

罪轻辩护与量刑辩护的关系

陈瑞华 非常高兴能和田老师一起聊一聊刑事辩护的理论和实践问题。屈指算来,我国刑事辩护制度已经恢复三十多年了。这三十多年来,律师们在刑事辩护方面积累了大量的经验和技巧,但遗憾的是,很多律师都忙于具体的案件办理,而很少有时间对自己的辩护经验和技巧进行反思和整理。因此,我们可以通过这次对话,尽力弥补这方面的一些缺憾。田老师作为我国刑事辩护制度恢复的见证者和亲身参与者,这些年来办理了大量具有重大社会影响的刑事案件,同时又担任全国律师协会刑事专业委员会的主任,在刑事辩护方面一定有很多独到的感悟和体会。我们想以田老师的办案经验作为一个分析的样本,看一看近三十年来,中国辩护律师在现有的司法制度下,究竟形成了哪些系统的经验、技巧、方法和策略。我想,对这种经验、技巧、方法、策略的总结和归纳,对年轻律师的成长,以及对我国刑事辩护制度的改革、对中国刑事辩护理论的发展都是非常有益处的。

田文昌

的确如此。市面上出版的一些律师著作,往往偏重于对辩护词和代理词的简单整理,把办案中一些行之有效的做法进行理论上概

括和总结的还相对较少。瑞华教授也可以根据自己多年来对刑事辩护的研究,在理论上进行一些概括和总结。十年前,法律出版社曾邀请我、张军(时任北京市高级人民法院副院长,现任最高人民法院副院长)以及姜伟(时任最高人民检察院公诉厅厅长,现任中央政法委副秘书长)做过一次《控辩审三人谈》,但国内专门就刑事辩护问题进行对话的著作似乎尚未出现,希望我们能弥补这一空白,以和同行分享我们的感悟和体会。

陈瑞华

联系到目前的刑事司法制度的变革,这种归纳和总结的意义更为突出。2007年《律师法》修改,对会见、阅卷、调查取证三项制度做了一定程度的改革,但在实施过程中,还是遇到了一些困难和挫折。目前,立法机关已经通过了刑诉法修正案,对辩护制度进行了重大的改革和调整。在这一宏观背景之下,如何看待刑事辩护制度改革中的一些重大问题?又该如何把握刑事辩护的策略和方法?我们可以利用这个机会总结一下中国辩护制度的改革历程,同时也对未来的刑事辩护制度改革提出一些前瞻性的看法。

田文昌

我觉得,可以先研究刑事辩护的一些基本概念、原则以及相应的理论问题,然后在此基础上再讨论经验和技巧等实践方面的问题。瑞华教授是否可以先就我们准备讨论的话题做一个宏观的概括?

陈瑞华

好的。正如刚才所说,刑事辩护制度虽然已经有了三十多年的发展,刑事辩护业务也有了长足的进步,涌现了一大批像田老师一样功力深厚、影响重大、能够进行有效辩护的资深律师。但遗憾的是,中国刑事辩护的理论并没有随着这种辩护实践的发展而得到相应的提高。比如:什么是辩护?为什么需要对被告人进行辩护?为什么要由律师进行辩护?可以说,律师界和法学界就连这些最基本的理

论问题现在都还存在着很大的争论。每当遇到一些社会敏感案件，总会出现对刑事辩护律师进行质疑和抨击的声音，有人甚至把律师看做专为坏人说话的“魔鬼代言人”，对律师进行不尽公允的负面评价，甚至把律师当做社会正义的对立面。网上流传着很多讽刺律师品行的笑话：一个律师的墓碑，上面刻着这样的碑文：“某某律师之墓，这是一个正直的人。”走到墓前的人看到了，惊讶地问：“怎么可能在一个墓穴里同时埋葬着两个人呢？”虽然这只是一则笑话，但其中所蕴涵的社会对律师作用的错误认识却值得我们深思。我们必须回答一个根本性的问题：辩护制度存在的基础和正当性究竟是什么？

田文昌

这就涉及辩护的基本概念问题。总体而言，对于“什么是辩护”这一基本理论问题，就连很多律师本身也未必有清晰准确的认识。一些公众，甚至包括一些高层官员，都有一种普遍的误解：律师辩护就是为坏人说话，而且，只说对被告人有利的事实和证据，对其有罪和罪重的方面则含糊其辞，立场既不客观、也不中立。我在和很多高级官员谈及这一问题的时候，往往都要苦口婆心地详细解释，有时还未必能够获得最终的认同。

陈瑞华

再比如独立辩护问题。中国主流辩护理论一直认为，律师具有独立的诉讼地位，只应忠实于事实和法律，而不受委托人意志的左右，这一条甚至被明确写进了全国律协出台的律师办案规范之中。但是，我们不禁要问：律师真的能够完全独立于他所服务的嫌疑人和被告人吗？比如，法庭上律师的辩护意见一旦和被告人的意见发生了冲突，难道律师只需进行所谓的独立辩护，而不需与被告人进行起码的协商吗？我们还要继续追问：辩护权的来源究竟是谁？是辩护人本身，是委托人，还是律师服务的对象——嫌疑人和被告人呢？不回答好这个基本的理论问题，我们就没有办法面对和正确处理实践

中发生的种种现象。

田文昌

这个问题十分重要。至今还有个别律师,遵循着独立行使辩护权的口号,或者在被告坚持不认罪的情况下,却继续强行为其作罪轻辩护,甚至振振有词地去指控自己的当事人。实际上,辩护律师作为犯罪嫌疑人、被告人一方的代理者出现,是诉讼程序设定的一个制衡角色。既然诉讼制度中设计了控诉方,就理应有与其相对应的辩护方,如果辩方与控方站在同一角度,或者仅仅只是貌似对立,就脱离了辩护职责的基本特征,辩护制度的存在就没有任何意义了。因此,在被告坚持自己无罪时不经其同意仍继续为其作有罪辩护的做法,严重违背了辩护的原则,必须在理论根源上予以澄清。

陈瑞华

此外,有效辩护的问题也很重要。中国的辩护制度经历了如下发展历程:从最初的被告人有权进行辩护,到之后被告人有权获得律师帮助进行辩护。但是目前的辩护实践表明,很多案件尽管有辩护律师,而且他确实尽力了,但辩护的效果却并不尽如人意。这主要有两方面的原因:一是司法体制的原因。在很多情况下,由于司法环境的问题,公检法对于律师的权利进行了一系列的限制和干预,导致律师的辩护无法产生实质的效果。二是辩护律师自身的原因。个别律师在受理案件以后,没有尽职尽责,或者本身素质就存在一定的缺陷,最后也没有产生实质的辩护效果。于是就产生了一个重大的理论问题:什么是有效的辩护?无效辩护应该有什么样的法律后果?这个问题在国外早已出现。比如,美国联邦最高法院作出的很多判例裁决:辩护无效等于被告人的辩护权受到了剥夺,可以视为程序违法,上级法院可以撤销原判、发回重审。美国律师协会制作的《死刑辩护纲要》,甚至对有效辩护的标准作出了明确的规范,并以此作为美国律师职业操守、职业伦理的认定依据和律师服务质量的评估标

准。我们认为,中国的辩护制度要想取得进一步的发展,必须从被告人有权获得律师辩护这一阶段过渡到被告人有权获得律师有效辩护这一更高级的阶段。

田文昌 我很赞同瑞华教授概括的这些基本理论问题,概括得也比较全面。对辩护概念、辩护制度的理论基础、独立辩护、有效辩护等问题在理论上进行总结和提炼,对律师办案不仅会有直接的帮助,而且还可以对未来的辩护制度改革提供理论指引,在律师遇到疑难案件时,提供处理问题的观念指引。

陈瑞华 既然田老师也同意我的概括,我们的对话就可以围绕这三条线索加以展开:一是辩护律师的经验、技巧和方法。以期从实务操作的层面给律师,尤其是年轻律师提供一个指引。二是刑事辩护制度改革的前沿和疑难问题。通过讨论辩护制度改革的一些前沿问题,发表我们的观点,为辩护制度的改革提供必要的参考。三是刑事辩护制度的深层理论问题。这样,我们可以从经验的总结、制度的反思以及理论的提炼这三个角度形成一个立体的对话框架。

田文昌 好的。

辩护的概念与要素

陈瑞华 我们可以先谈一下辩护的概念。这看起来似乎是一个纯理论问题,其实并不全然如此,从辩护的实践效果和律师辩护的表现来看,厘清辩护的概念还具有十分重要的实践意义。

田文昌

辩护既不是裁判,也不是公诉,而是站在维护委托人合法权益的立场上,依照现行法律的规定,最大限度地维护委托人的合法权益。律师辩护就是通过这种特有的方式去追求司法公正。所以,辩护是法律赋予辩护律师行使自己职责的一种特有的方式,是实现和体现司法公正的必要手段。只有从这个角度来理解辩护的概念,才能给辩护活动一个准确的、正确的定位,才能不把辩护活动混同于控诉行为和裁判行为,才能正确认识诉讼活动的基本规律和基本架构。因此,辩护的概念是我们一切对话的基础,有必要先行探讨。

陈瑞华

我们可以先举几个例子,看一看为什么要谈刑事辩护的概念,以及应该如何厘清这个概念。第一个例子,有些律师在辩护时,往往把法庭上的辩护席当做自己的演讲台,向旁听群众或新闻媒体发表公共演说。之所以出现这种现象是有原因的。在很多国家,并没有法庭辩论这样一个集中的阶段,法庭上的辩论主要是把法庭调查阶段提到的事实和证据再进行一次简单的概括和归纳,因此,而最关键的诉讼阶段是法庭调查过程中的交叉询问环节。而中国的审判活动是以案卷笔录为中心进行的,法庭调查阶段,99%的证人和鉴定人都不出庭,而仅仅依靠宣读原始的案卷笔录材料调查事实问题,在这种书面审理和间接审理的制度环境下,律师在法庭调查阶段发挥的空间和余地自然相对较小,而相比较而言,法庭辩论阶段却为律师展现口才、运用技巧和发表意见提供了最好的舞台,因而,律师往往会把在法庭辩论阶段发表辩护意见当做辩护中最为关键的环节。应该说,绝大部分律师在这方面把握得都比较到位,但是,也有一些律师偏爱把法庭辩论当做发表演讲、发表评论和意见的场合,有的律师喜欢用文学化和煽动性的语言进行辩护,有的律师甚至把旁听公众当做发表辩护词的对象,面向公众高谈阔论,引起法庭的抵触和反感。