

中国大律师 辩护词精选

田文昌专辑

(第三辑)

田文昌 著



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

中国大律师 辩护词精选

田文昌专辑

(第三辑)

田文昌 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国大律师辩护词精选. 第3辑, 田文昌专辑 / 田文昌著. —北京: 法律出版社, 2015. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8166 - 3

I. ①中… II. ①田… III. ①律师—辩护—案例—汇编—中国 IV. ①D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 152780 号

中国大律师辩护词精选: 田文昌专辑
(第三辑)
田文昌 著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 何海刚
责任编辑 何海刚
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
责任印制 翟国磊
印刷 三河市兴达印务有限公司

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 41
字数 683 千
版本 2015 年 9 月第 1 版
印次 2015 年 9 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 8166 - 3

定价: 98.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序

我和文昌认识有十多年了。那时,我在中国政法大学担任主管教学的副校长,他刚刚从西北政法学院获得刑法学硕士来中政大工作。我和他的专业不同,但这丝毫不影响我对这位新来的教师的注意,因为反馈来的信息使我深知,这位新来教师的讲课备受学生的欢迎。在一个尚受人际关系影响的环境里,作为一个与中国政法大学及其前身北京政法学院毫无学缘关系、靠山关系的纯“外来户”,他在短短的时间内所取得的成就,应该说,全凭着他个人的聪明才华和勤奋努力。

后来,他又担任了法律系的一些领导工作,我又被他的组织才能、工作魄力及思想解放所吸引。在传统观念还比较严重的环境里,他的作风和一些措施、办法当然也招致了一些“非议”。某种特定的环境可以使一个人的才华能力充分得到显现,从而造就了一位人才;某种特定的环境也可以使同样一个人的才华被湮没,从而埋葬了一位人才,田文昌也是这样。在中国政法大学不大不小的政治“漩涡”中,他也被卷入了。他并不惮于在这样的“漩涡”中搏击,然而另一片激流更吸引他,于是他毅然跳进了另一个大海——做专业律师的大海。

在律师工作中,我始终把他看作一位学者型的律师。这不仅因为他具有硕士的学历以及他有较长的法律高校执教的教历,更重要的是,他学者的气质和风度,善于在办案中从学理的角度去分析问题并不断在工作中学习、研究,乃至著书立说,把实践升华为理论,又以理论指导其实践。他办案非常忙碌,但我觉得他不是“办案机器”,这本书就是一个明证,体现了他用知识和智慧去办案,用理性和思维去办案的经验总结。

在律师的工作中,我始终把他看作一位理想型的律师。在办案过程中

他不仅仅是为当事人提供应有的法律服务,而是抱着强烈的匡复法律尊严和神圣的信念和勇气。有了这种信念和勇气他就常常出于一颗赤子之心,同情弱者或者叫童心未泯,良知未泯,不是一个“律师油子”。有了这种信念和勇气他就敢于为弱小的受害者打抱不平,向手持权鼎者挑战。虽然在律师工作中他的名气越来越大,物质生活也比在高校当“穷教师”时不知高出了多少倍,但我始终不把他看作是终日为金钱而奋斗的人。这本书就是一个明证,体现他办案中的“正气歌”。只有具有为捍卫法律的理想,辩护词和代理词才能有震撼力,仅靠华丽的辞藻是写不出好的辩护词和代理词来的!

在律师工作中,我始终把他看作一位多面手的律师。他本身的专业是刑法,办刑事案件自然是他的特长,本书中的十篇辩护词相当精彩。他对民商经济法原本很少接触,但他从很早开始就不断在这些领域内学习、研究、请教。很快,他就深入这些领域之中。本书中他的十篇代理词也毫不逊色。他还努力学习,参加了证券律师资格的考试,还准备向更高的层次,更艰难的领域进军。我始终不把他看作那种安于现状不思进取的律师,“人无远虑,必有近忧”,文昌是一位胸有大志、胸有远虑的律师。

一篇优秀的律师辩护词、代理词不亚于一篇优秀的学术论文,这二十篇辩护词、代理词,就是一本二十篇优秀的论文集。希望从田文昌这本书的出版可以看到将会有更多的这类作品问世。

是为序。

江 平

1997年6月于北京

作者注:此序系江平教授为第一辑《辩护词代理词专辑》所作序言,愿在此后系列《辩护词代理词专辑》中均以此为序。



前言

1998年,我整理出版了我的《辩护词代理词专辑》第一辑,2007年又整理出版了第二辑,因为很多读者反映前两辑由于出版时间的问题,虽经再版,但市面上也已经不好买到。因此,在2013年,经出版社和我商量,将我的《辩护词代理词专辑》第一、二辑做成了合辑再出版。很感激该书受到读者们的肯定,也让我看到法律同行们之间的这种交流是必要且必需的。

随着我国法治建设和完善,律师行业分工也越来越专业化、精细化。以我所在的京都律师事务所为例,随着综合化律师事务所的建立,我们已经将业务团队细分到包括刑事诉讼、民商诉讼、企业风险防控、金融、证券、房地产与基础设施、公司、破产重整、知识产权、能源与环保、信息技术、国际、海商海事等13个业务领域,各个部门的律师都力求在本领域内深耕细作,成为专家型律师。我本人也在近些年更加专注于刑事案件和相关的法律研究,代理其他领域的案件相对少了。

此次我将近些年来办理的具有典型意义的部分刑事案件辩护词整理出来,希望能够给年轻同行一些启发。每个律师都有自己的辩护风格,我的辩护词一定不是最好的,但我一直认为,我们老一代的律师,有责任也有义务将我们的经验和体会毫无保留的展示出来,和大家分享,无论案件结果如何,律师本不是以个案成败论英雄的职业,重要的是对法律的理解以及对个案的逻辑思维方式。

需要指出的是,本书收录的近十余年的案件判决结果很好的很少,无罪判决只有一个:广东省佛山市南海区人民法院对程某某职务侵占罪一审判决无罪,检察院抗诉,佛山市中级人民法院二审维持原判。有些明显无罪的案件仍然被判有罪甚至被科以重刑,这在一定程度上也反映出近十年来我

国由于众所周知的原因所导致的法治环境的倒退。

庆幸的是,2014年,党的十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,确定了以审判为中心的诉讼制度改革方向,可以预见,随着规则的逐步完善,将来的法庭审理将越来越具有实质意义,律师的有效辩护也将越来越发挥实质性的作用。新的机遇也向律师行业提出了新的挑战,如何完善知识结构,加强技能培训,迎接挑战,是我们每一个法律人,尤其是从事刑事辩护的律师应该思考的问题。希望借由此书的出版,抛砖引玉,引起同行们的共同交流思考,共同迎接新挑战,抓住新机遇。

▼
▼
▼
▼

目 录

上篇 业务探讨

- 刑事辩护律师执业技能 (3)
- 犯罪嫌疑人、被告人对证据享有知情权 (37)
- 辩方违法证据之证据能力 (41)
- 辩护权独立性内涵辨析 (48)

下篇 辩护词精选

- 刘涌被控组织、领导黑社会性质组织罪案 (59)
- 张某某被控诈骗罪案 (84)
- 赵某被控贪污和隐匿会计凭证、会计账簿罪案 (96)
- 徐某被控操纵证券交易价格罪案 (117)
- 余某某被控贪污罪案 (129)
- 张某被控受贿罪案 (164)
- 陈某某被控贪污、行贿、挪用公款、偷税罪案 (185)
- 尹某被控贪污罪案 (203)
- 林某被控受贿罪案 (219)
- 张某某被控贪污、受贿罪案 (235)
- 王某被控贪污、国有公司人员滥用职权罪案 (262)
- 郭某某被控行贿罪案 (270)
- 范某某被控虚报注册资本罪、逃税罪、行贿罪、单位行贿
罪案 (284)
- 谢某被控贪污、行贿、诈骗、虚报注册资本、职务侵占罪案 (300)
- 颜某某被控挪用资金罪、合同诈骗罪案 (326)

潘某某被控贪污、挪用公款罪案	(339)
黄某某被控非法经营、内幕交易、单位行贿罪案	(348)
陈某某被控受贿罪案	(371)
黄某某被控走私普通货物罪案	(419)
程某某被控职务侵占罪案	(441)
涂某被控职务侵占罪案	(461)
郭某被控虚开增值税专用发票罪案	(469)
华某君被控受贿罪案	(475)
施某某被控组织、领导传销活动罪案	(510)
张某某被控贪污罪、职务侵占罪、挪用资金罪、行贿罪案	(546)
张某某被控故意杀人罪案	(610)
肖某被控受贿、内幕交易罪案	(630)

上篇 业务探讨

刑事辯護律師執業技能

田文昌

(在全国律协刑事辩护律师执业技能培训班的演讲)

2012年5月30日

一、接谈案件和会见

(一) 接谈案件

在接谈案件当中,我想谈三个方面的问题。

第一,耐心倾听而不轻信。在接谈案件的时候,当事人的家属、朋友或者相关的人来谈委托,他们既不懂法又心情急切,感到无依无靠,很惶恐。所以,我们可能面临着各种各样的很难应付的一些情况,他们可能说了一些没有意义的话,甚至挺不着边际的话。但是,我的一个体会——不管什么样的话,都要耐心倾听,就像一个医生面对一个患者。找我们办案的人比求医的人有时候更可怜,他们更需要帮助、同情和理解,所以千万不要对他们表现出厌烦、不耐烦、居高临下、不屑一顾。

当然,我们和国外不一样,国外按小时收费,把表一按,说话的人就发慌,尽量少说。我们没有计时收费,他们就放开了说。我遇见有人几个小时都说不完,我们可以适当地引导一下,但是不要粗暴地打断对方。

为什么要不轻信?因为你没有理由轻信。他可能不了解情况,可能只是分析判断,还可能说假话或者出于各种目的来和你谈一些他的想法。我有一条体会:我谁都不信——当事人不信,亲友不信,警察不信,检察官不信,连法官、判决书都未必信。为什么?都可能有假,都可能有错,都可能有各种问题。信什么?信证据。

我说不信不是太自信，而是一切都要从证据出发。我们办案，查明真相，查清事实，根据是证据，别的都不能作为根据。这就涉及法律真实和客观真实的冲突问题。在现有条件下，当前条件下，我们所依据的只能是法律真实——证据真实。

不要期望相信当事人都说真话，未必如此。换一个角度，即使他和你讲真话，如果没有任何证据，你也束手无策。在当前情况下，从法律角度最公平的认定依据是什么？就是证据，别的都没有意义。

有一年，我到德国去考察，德国一个教授讲，按照德国的理论体系，庭审的目的就是查明事实真相。但我对这个观点是有保留的，我认为把查明真相作为目的不对。我的观点：查明真相是手段，目的是维护司法公正，司法公正的基础是证据真实。有的时候，真相未必查明，但是让人家感到公正了，达到这个目的就行了。

我所强调的就是，我们依靠的是证据。但话说回来，谁说的你都得听，你不能拒绝别人说，也不能不听就简单地相信你自己。什么都要听，但什么都不要信，听是判断的参考，但不是判断的依据。最后看材料，看证据，重调查，重研究，这才是办案子最坚实的基础。

第二，客观分析而不承诺。中国现在有些当事人层次还比较低，一找到你就像抱着一棵大树找到了救星，最爱听的就是你的一个承诺——你能够办到什么程度，对这个案子给他一个结果。这是最普通也是最可怕的问题。我遇到好多次，我不敢给他承诺，我说我们既没有承诺的水平，也没有承诺的条件等。他说人家某某律师都能够答应做到什么程度，你怎么做不到？我只能说人家比我强。但是我告诫大家：千万不要做这样的承诺。而且，你承诺之后会出现副作用，会让人抓住把柄很难交代。所以，绝不能讲大话，最多可以客观分析——根据我们掌握的材料，根据法律的相关规定，我们认为应当达到什么样的水平。但是不能说能够保证或者预测到是一种什么样的结果。

第三，告知权利、防范在先。为了保护我们自己，也为了给当事人一个比较稳妥的说法，我们要做到告知权利、防范在先。就是口头说还不够，最好签约时还有一个权利告知的回执，如律师不能够承诺，不能够讲大话，不能私自收费等。这一点我也体会很深。从我做律师以及给律师们讲课的第一次起，我从来都坚决告诫大家不要讲大话，不要给承诺。但是有的当事人就投诉过我讲大话，承诺了肯定能办到什么程度。我是有苦说不出。什么样的当事人都有，你防不胜防。所以我们要搞一个东西，让他签一个字，这

也是自我保护的一种方法。

(二)会见

会见当事人时要注意以下几个方面的问题：

第一，摆正关系。要明确我们的权利来源——受委托而形成，我们是委托人的代言人。为什么我要讲这个话？到今天为止，还有的律师正襟危坐、煞有介事地去训斥当事人，“我是代表公正、代表法律的”。不是，你收了人家的律师费，接受人家的委托，人家随时可以撤换你，可以解除这个委托，你只是私权利的代言人。你不是代表法律，也不能代表法律，而只能是依照法律为委托人提供法律服务。一定要摆正这个位置，这样你才能放下身段，放下架子。依照法律是前提，为委托人服务才是目的。

第二，端正态度，要有亲和力、信任感。你会见当事人，他见了你像见了亲人，像找到救命稻草一样，不管这个人罪轻罪重、官大官小、是好还是坏。当他落入到这个境地的时候，他肯定拿你当一个救星。当你了解到这样一种状态，理解对方这样一种心态，就一定要给他一种亲和力，让他如见到亲人的感觉，让他信任你，这样他才能把他想说的话都告诉你。

有的当事人不信任你，当然有各种各样的理由和原因，你很难和他沟通，你会觉得他眼睛背后藏着一种东西。这种情况有两种原因：一是当事人本人太狡诈，顾虑太多，城府太深；二是律师没有给人家亲和的感觉。

第三，耐心倾听而不轻信。你与当事人会见的时候，当事人的话可能很乱。有的说得很不着边际，有的滔滔不绝，我们可以适当地引导，但前提是耐心倾听，后话是不能轻信。

第四，不能训斥、贬低当事人。这一条很重要。我经常遇到律师训斥当事人，有时候不耐烦地教训一番，这是非常忌讳的问题。法官、检察官可以教训他，律师只可以帮助他，委婉地说服他。他拿我们当成依靠，你若摆出一副教训的架势、贬低的态度，让他对你根本就没有信任感，你怎么能和他配合好？再说，有些当事人的身份比你高，知识比你多，智商比你高，甚至素质也比你强，他落到这个境地本来就非常不平衡，你再训斥他，会对他有非常大的打击，对你办案子也不利，更不要说我们要尊重人家的人格。

有一次模拟法庭培训，律师说话还以训斥的方式，在场的检察长都和我讲：“这是律师，还是检察官？这个角色演的就不对。”这说明我们从根本上没有搞清自己的角色定位。中国的某些律师，有些时候把自己打扮成和官员差不多的角色——官本位的理念太深。律师就是律师，一定要注意到这一点，否则当事人不会真正相信你，也不会很好地配合你。

第五,依法行事、遵守规则。有些情况下,当事人家属对我们寄托厚望,同时由于不懂法律、不懂规矩,经常要求我们做一些违反规则的事。我们如果动了感情又忘了规则,在会见时做了一些不该做的事情,这是非常可怕的。最近,全国律协刑委会结合《刑事诉讼法》的修改,正在搞一个新的《会见规则》,到时候大家再按照规则来分析、行事就可以了。

第六,谨言慎行,自我保护。主要包括三个方面:提问、解答问题和解释法律。

首先,要注意提问的方式。谈话的时候,问话的学问很大,可以利用问话首先引出问题,引起互动,进而发展为更深入的交流。

其次,在交流当中会涉及解答疑问和解释法律的问题。比如对于经济犯罪来说,如讲到贪污受贿,什么叫贪污?什么叫受贿?——包括问话、解答、解释法律的时候,都会有很多这样的问题。比如受贿,谋取不正当利益是受贿,没有谋取不正当利益就不是受贿。这个解答没有问题,再进一步说一点——具体的事怎么办,你给他做了什么,如果你没有做会怎么样——可能越来越接近禁区了。律师怎么办?可以接近,但是不能踏到线上,你可以把法律规定解释得很清楚,很具体,但是你不能告诉他如何去说假话。这就是能力——做到从解释法和解答问题这个范围内来说清楚问题。

像这类问题,我建议将来应当有专门的具体培训,一个一个细抠,模拟一些案例,问问题的时候怎么问,回答问题的时候怎么答,解释法律的时候怎么说。这样才能真正提高我们谈话的能力。

二、调查取证和阅卷

(一)调查取证

调查取证,这次《刑事诉讼法》没有做出修改是一个很重大的遗憾。说是有进步,把侦查阶段律师的辩护人地位明确了,原来侦查阶段律师没有辩护人身份,所以不能调查取证,这次有了辩护人身份可以调查取证。但是我认为这只不过是一个纠正、一个反省。1996年《刑事诉讼法》在这个问题上表述就是错的。辩护律师从接受委托那天起,他所做的一切工作都是围绕辩护的,就是辩护活动的开始,居然还能够搞出一个侦查阶段没有辩护人身份的“提供法律帮助的人”,这本身就是一个错误。

但是,更遗憾的事在后面。我们一再提出来,要和《律师法》接轨——关于调查权的问题,尤其是向被害方的证人和被害人调查的时候,不应当经过法院或者检察院的允许。但是这一条没有改。既然没有改,那么我们就

要注意这些问题。在现有的规定下怎么做？我讲三点。

1. 调查取证的作用不容忽视

为什么特别强调这一点？由于我们消极辩护的效果有限，所以取证更加重要。辩护有积极辩护、消极辩护两种。在一个法治发达、程序法受重视的国家或者环境下，律师主要是进行消极辩护，因为举证责任在控方，打破控方的证据链，攻破了控方证据，辩护就会获得成功。可是在我们现有的体制和法治水平下，这种消极辩护的作用很有限，仅靠打破证据链根本不行，往往要你提出反证来，甚至判决书都经常出现“律师……理由没有证据支持”。所以在这种环境下，积极辩护的作用就更加重要。什么叫积极辩护？就是要有调查取证，举出有利被告的证据。

在立法过程中，我和有关领导反复地强调这个问题。有些人认为，我总是强调调查权，没有必要，国外律师也没有那么多调查。我说他不了解中国的现状，国外律师本来就不需要那么多调查，在确实需要调查时，人家还可以专门找私人侦探调查，我们没有。人家不用调查就可以否定指控，而我们否定不了，我们的司法环境摆在这。

所以，我特别强调争取调查权，尽管现在调查面临着很多风险，但调查取证的作用不能忽视。

2. 知难而上，不能因噎废食

由于调查取证有这么多风险，很多人都不去调查。据我了解，很多省市的很多律师由于《刑法》第306条的威胁都不敢调查。这个状况我非常理解，每个人都很担心遇到这样的问题，这也正是我们呼吁废除《刑法》第306条和《刑事诉讼法》原第38条最重要的原因。我曾经有一次说过，“不管你取消不取消，我喊到死也要喊，绝对不允许有这样的法条存在，这是为我们律师执业的安全”。

这次应当说有很大进步，对《刑事诉讼法》第38条做了重大修改，这些修改很艰难，我们一而再再而三坚持提出来，最后总算有了程序上和内容上的修改。但是还没有达到我们希求的目标，没有彻底废除，还是保留了。尽管如此，我们不能因噎废食，要对案件和当事人负责，不能因为担心有风险就不去调查了。很遗憾，很多地方律协规定不准调查，虽然都是出于好意和对律师的保护，但与此同时，我们能不能放弃对委托人利益的维护，眼睁睁地看着应当获取的有利证据而不去获取？这一点我觉得非常重要。

说到这里，我原来谈过一个辩方证据合法性的问题。我们经常在法庭上遭遇被控方质问证据来源，说不清楚或者来源不合法时，我们无言以对。

所以这几年来我一直在提出并想解决这个问题——辩方证据合法性问题。原来没有非法证据排除，这个问题还比较受到漠视，现在排除非法证据的程序已经入了法条，这个问题必须解决。

排除非法证据是否包括辩方证据？绝大多数人，甚至绝大多数的法学专家，都认为是包括的。我是1980年刑法硕士研究生，从我开始学习《刑事诉讼法》那天起，我就知道证据有三性——合法性、真实性、关联性，从来没有对控辩双方证据做区分。直到今天，很多大学生、研究生、博士生，包括其导师，也都认为证据的三性是不分控辩双方的。

现在我可以非常自信地告诉大家，这是完全错误的一种认识。因为对辩方证据不可能要求合法性。非常简单的例子：假如我们都知道，有一个证据可以证明被告人罪轻或者无罪，能不能因为证据的来源不清或者不合法就仍然判他有罪？一个人不是杀人犯，控方指控他，我们辩方拿出一个反证证明他不是杀人犯，但由于这个反证来源不合法，能不能也仍然认定他是杀人犯，把他枪毙掉，谁会这样做？可能没有人说应该这样做。那为什么在理论上没有解决？没有人思考和论证过。

大家都会遇到过一些案件，有的当事人的亲属或者朋友提供一个证据，不敢说是谁给的，还有的甚至是被通缉的人出了一个证据，不敢露面，但是这个证据确实被证明是属实的。这种情况下，非法证据的不利后果不能由被告人和嫌疑人承担。这就涉及法律的价值取向问题，作为公权力一方，控方举证不合法，虽然能够证明被告人有罪或者罪重，但是由于它取证手段不合法，不利后果应当由公权力方承担。这是为了维护法律的公正性，为了普遍正义而牺牲个别正义。而对于被告方作为一种私权利的主体来说，则完全不一样，不能由于律师取证的不合法，而把不利后果加到委托人头上，这是个原则。

我专门到国外做了一些考察，也查了一些资料，我还请陈瑞华教授帮我找理论依据。他找到美国和欧洲的相关法律都有规定——应当排除的非法证据根本不包括辩方证据。这个问题在一个法治发达国家已经成为常识，在我们国家，由于没有人去认识它、思考它、论证它，而变成一个大家统统误解的问题。所以，辩护律师一定要搞清楚，而且要在理论上澄清它，否则我们很被动。希望大家都关注这个问题，能够在教科书上、课堂上堂堂正正地讲，证据的三性是指控方证据而言，是指定罪的证据而言，辩方证据不要求合法性。当然，这不意味着鼓励律师非法取证，那是两回事情，一定要分开。假如律师非法取证，甚至从最坏的角度讲，律师可以承担非法取证的法