

孙国祥 著

刑事辩护 方略

律
师
实
用
丛
书

孙国祥 著

刑事辩护

方略

江苏人民出版社

律师实用丛书

图书在版编目 (CIP)数据

刑事辩护方略 / 孙国祥著. —南京: 江苏人民出版社,
2001.6

ISBN 7-214-02908-1

I. 刑... II. 孙... III. 刑事诉讼—辩护—方法
IV. D915.35

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 05325 号

- 书 名 刑事辩护方略
著 作 者 孙国祥
责任编辑 姜克强
责任监制 王列丹
出版发行 江苏人民出版社(南京中央路 165 号 210009)
网 址 <http://www.jspph.com>
<http://www.book-wind.com>
经 销 江苏省新华书店
印 刷 者 扬州鑫华印刷有限公司
开 本 850×1168 毫米 1/32
印 张 10.5 插页 2
印 数 1-4125 册
字 数 254 千字
版 次 2001 年 4 月第 1 版, 2001 年 4 月第 1 次印刷
标准书号 ISBN 7-214-02908-1/D·445
定 价 18.00 元(软精装)
(江苏人民版图书凡印装错误可向本社调换)

前言

我是一个农家子弟,上大学之前,除了知道古代有专门“挑拨离间”的“讼师”外,对现代律师职业是一无所知的。大学期间,看当时风靡一时的印度电影《流浪者》,对抗辩式诉讼中律师的作用有了感性的认识。那时的我国,律师制度刚刚恢复,纠问式诉讼制度下的律师作用是非常有限的,加之一段时间内律师的悲剧性遭遇,使人们对律师职业心有余悸。1982年,我从西南政法大学毕业时,同学中很少愿意直接从事律师职业。1986年,我从中国人民大学研究生院毕业,分到南京大学教刑法学。刑法学的实践性使我萌发了参与刑事辩护的动机,1988年顺利通过律师资格考试后便开始了我的律师生涯。算起来,从事刑事辩护业务已经十余年,数百本已经尘封的案卷,真实地记录着我参与刑事辩护的得与失、成功的喜悦和失败的沮丧、经验与教训,这使我一直有一种创作冲动,写一本刑事辩护的书,如实地反映自己的感受和得失、以期抛砖引玉,促进刑事辩护理论与实践的发展。

说到底,律师制度是民主制度的产物。随着国家民主与法制的建设,律师制度也以空前的速度健全。近年来常常看到一些媒体调查,在当今社会所向往、推崇的职业中,律师名列前茅。在常人看来,律师有着较高的收入和社会地位,有着良好的工作环境和自我奋斗的机遇,律师每天都在做不同的工作,极富挑战性。律师走的似乎是一条铺满鲜花和掌声的成功路。然而,一名律师要取得成功,又有多少的艰辛!特别是当今中国的律师刑事辩护,仍是困难重重。著名律师田文昌曾感慨:“在中国现阶段做律师是最难

的,比什么时候都难,比哪个国家都难。”^①造成这种不正常情况的原因是多方面的,有些甚至是深层次的。“左”的观念(一些人将律师的刑事辩护视作是“为坏人开脱”)、刑事诉讼价值的偏向(重实体,轻程序)、司法腐败(打官司等于打关系)、立法偏颇(律师辩护活动的限制较多),这些都是漠视犯罪嫌疑人、被告人的辩护权利、轻视辩护律师的辩护的重要原因。在这种背景下,技巧的运用就更加重要。

一次,在为学生作有关刑事辩护的讲座时,有学生问我:“律师最重要的素质是什么?”我认为,律师个人的才华、学识、技巧都是重要的,但最重要的有三个方面:

首先,律师应忠诚于当事人的利益。1998年,我应日本名古屋辩护士协会之邀,为日本同行作了“中国刑事辩护”的演讲,日本同行关心的是中国的律师是如何为被告人辩护,而我所关心的也正是同样的问题——日本律师是如何维护被告人权益的。双方交流中,发现两国的法律制度、辩护制度尽管有较大的差异,但有一点是共识:律师为了当事人利益,应无所畏惧、一往无前的精神。律师无畏的辩护也许会付出一定的代价,特别是有些有背景的案件,常常不知不觉地得罪了人、闯了祸。作为一名律师,应有充分的准备。

其次,律师必须尊重事实、尊重法律。现实生活中,有人神化律师,认为高明的律师就是一切,他可以“以非为是”、“以是为非”,黑的可以辩成为白的,白的可以辩成为黑的,有罪的可以辩成无罪。这完全是误解。不能否认,被告人聘请了素质良好的优秀律师比聘请那些平庸的律师更有可能被宣告无罪,但再高明的律师

^① 《中国名律师辩护词代理词精选·田文昌专辑》,法律出版社1998年1月第1版,第40页。

也不能凭他的“唇枪舌剑”而改变案件的客观事实,更不能凭他的雄辩而改变国家的法律。必须将自己的辩护建立在事实与法律的基础上。

再次,律师必须处理好名利得失。作为一名律师,任何时候都应保持清醒,律师成功、出名的机会较多,律师的业务量跟律师的名气大小有关系,追求出名恐怕是大部分律师所希冀的。但把握不住,难免飘飘然,成功了一两个案件,就目中无人,看谁都不顺眼,谁都不如他,最终身败名裂,成为昙花一现的“过路客”。这个社会固然有许多不公,但付出与收获大体上还是平衡的。“名为实之宾”,只有踏踏实实地工作,实实在在地办事,名气自然会不期而至。个人名利的得失与当事人的利益相比,当事人的利益永远高于一切。

真理的惟一性和方法的多样性,决定了刑事辩护的技巧是具体和丰富的,也是在法学院难以学到的。我所说的辩护方略,只是基于我的个性和我个人经历,无疑有一定的片面性和局限性。对于律师职业而言,学识是一方面,而经验则更重要。只有在承办大量案件的过程中,才能不断创新、提高。

我国社会正处于从“人治”向法治社会过渡的转轨时期。20世纪50年代,律师因从事刑事辩护而受到的迫害,今天许多律师因刑事辩护而受委屈甚至遭到不公正的待遇,这是我们在民主与法治进程中所付出的代价。在有着几千年专制传统的社会中,中国要走向法治需要几代人不懈的努力,同样,刑事辩护制度也有一个逐步完善的过程,在我们的后人为我们今天社会对辩护律师的种种限制和辩护律师的命运而不可思议时,这正说明今天的代价是值得的,是今天刑事辩护律师的光荣。“律师制度不立,则宪政

无以成;律师地位不重,则民权无以保。”^①这一理念正成为人们的共识。

为了便于使用,本书按照律师办理刑事诉讼的程序设章节。本书在撰写过程中,江苏省高级人民法院、江苏省人民检察院、江苏省司法厅的许多同志提供了热情的帮助,本书涉及的案例,部分是我和其他律师合作办理的,恕不一一注明。本书得以出版,江苏人民出版社姜克强先生付出了艰辛的劳动,在此一并致以衷心的感谢。令作者倍感兴奋的是,本书写作过程中,司法改革的步伐显著加快。也正因为如此,本书的观点难免有局限性,敬祈读者予以批评与指正。

孙国祥

2000年11月于南京大学南园

^① 杜钢建等主编:《中国律师的当代命运》,改革出版社1997年11月第1版,第2页。



孙国祥 男,1956年生,江苏省张家港市人。1986年毕业于中国人民大学,法学硕士学位。现为南京大学法学院副院长、教授。江苏金禾律师事务所兼职律师。中华全国律师协会刑事业务委员会委员。1993年起获中华人民共和国国务院特殊津贴。

主要从事刑法学、经济刑法学的教学与研究工作。已出版《中国经济刑法学》、《当代刑法理论与罪案研究》、《经济刑法原理与适用》等专著十余部,在各类刊物上发表论文60余篇。律师业务以刑事辩护为主,先后辩护和代理各类案件400余件,其中包括无锡新兴公司邓斌特大非法集资案等十余起全国有影响的刑事案件的辩护工作。

目 录

第一章 辩护与辩护律师	(1)
一、从“阿多克梯斯”、“讼师”到律师.....	(1)
二、辩护律师的职责	(8)
第二章 辩护律师与委托人	(18)
一、委托人的一般心理	(18)
二、热情、理智面对委托人.....	(26)
第三章 辩护律师与公诉人	(40)
一、辩护律师与公诉人的诉讼地位	(40)
二、辩护律师与公诉人诉讼职能的对立与合作	(46)
三、辩诉交易	(50)
四、台上是对手,庭下是朋友.....	(53)
第四章 辩护律师与法官	(56)
一、法官是法庭的居中裁判者	(56)
二、尊重法官,不与法官对抗.....	(62)
第五章 辩护律师的出庭准备	(67)
一、充分的准备是成功的一半	(67)
二、阅 卷	(79)
三、会见被告人	(84)
四、庭外调查	(92)
五、相关法律和专业知识的准备.....	(100)
第六章 撰写辩护词	(109)
一、辩护词的作用.....	(109)
二、辩护词的一般特点.....	(111)
三、辩护词的基本内容.....	(116)

四、法庭辩论的准备·····	(140)
第七章 法庭质证(一) ·····	(142)
一、辩护律师在质证阶段的任务·····	(144)
二、对被告人供述和辩解的质证·····	(155)
三、对证人证言的质证·····	(166)
四、对物证的质证·····	(190)
第八章 法庭质证(二) ·····	(194)
一、辩护律师如何面对被害人和被害人的陈述·····	(194)
二、书证的质证·····	(204)
三、鉴定结论的质证·····	(211)
四、对勘验、检查笔录的质证·····	(219)
五、视听资料的质证·····	(222)
六、辩护律师的举证与求证·····	(224)
七、对全案证据的综合分析·····	(227)
第九章 法庭辩论 ·····	(233)
一、前 奏·····	(234)
二、发表辩护词·····	(238)
三、相互辩论·····	(244)
四、法庭辩论结束后的工作·····	(255)
第十章 上诉、抗诉案件中的辩护 ·····	(259)
一、辩护律师如何帮助被告人提起上诉·····	(259)
二、辩护律师参加二审的前期工作·····	(270)
三、辩护律师在二审中的辩护·····	(275)
结语：“？”拉直了便是“！” ·····	(292)
一、步履维艰的当代中国刑事辩护·····	(292)
二、光荣的使命，灿烂的明天·····	(297)
附录 中华全国律师协会律师办理刑事案件规范 ·····	(302)

第一章 辩护与辩护律师

作为一种制度,刑事辩护植根于自由、民主的开放式诉讼制度中,肇始于西方,盛行于现代社会。著名的社会学家费孝通先生曾指出:“讼师改称律师,更加大字在上;打官司改称诉讼;包揽是非改称法律顾问——这一套名词的改变,正代表了社会性质的改变,也就是礼治社会向法治社会的改变。”^①作为一种职业,律师从来就是一个有争议的角色。

一、从“阿多克梯斯”、“讼师”到律师

1. “阿多克梯斯”——辩护律师的萌芽

顾名思义,律师乃法律之师也。然而,在古代,律师这一概念基本上是宗教意义上的。那些通晓经法、佛法的大师常称之为律师。最早的刑事诉讼程序,没有律师参与辩护。对案件事实真相的认识,是通过神明裁判的方法认定的。即法官求助于一种超自然的力量——神灵的旨意,采取赌咒、发誓、决斗、占卜、水审、火审等方式决定案件的是非曲直。被告人除了被迫忍受烧红的烙铁或滚烫的开水考验和指望“神灵”的帮助来摆脱罪责外,没有任何自辩的权利。这种简单的诉讼程序,无需他人的帮助,没有产生辩护和辩护律师制度的社会基础。

^① 费孝通:《乡土中国》,三联书店1998年5月第1版,第54页。

类似于现代社会的辩护制度萌芽于古罗马共和制时期。人们也许容易记得西方奴隶社会在角斗场上殊死搏斗的角斗士,却不知在当时的法庭上,唇枪舌剑,也存在着一个没有硝烟的战场。古罗马,社会经济相对发达,法律制度较为严密,诉讼事宜也日益增多。普通平民无法掌握那么多的法律知识,遇到诉讼,就需要通晓法律的人帮助。而古罗马建立的辩论式诉讼制度,当事人在法庭上可以充分陈述意见,为自己的行为进行辩解,这种诉讼的参与也需要人帮助。正是基于社会的这种客观需要,古罗马出现了一批专门从事代理、辩护和解答法律问题并取得报酬以为生计的人,当时被称之为“代言人”。

古罗马的“代言人”有一定的资格要求,他们经过专门的法律教育,其活动受到执政官的监督,并有希望成为受人尊重的法官(今天的西方国家,仍有从优秀的律师中选拔法官的传统),因此,他们在社会生活中有着较高的地位。

尽管当时刑事案件的审判所涉及的人不会太多,但人们对刑事案件的审判程序的关心和兴趣远胜于其他事件,这是刑事诉讼的特殊性所造成的。因为通过这种程序,可以确定有关的事实情况,并对社会的同类作出有罪或无罪的结论,在有罪的情况下,被告人将招致严厉的惩罚。因此,刑事案件的法庭辩论更加引人注目。在古罗马的《十二铜表法》中,多处提到出庭辩护和依法进行辩护的条文。当时专门从事刑事辩护的代言人称之为“阿多克梯斯”。通常的程序是,法官先宣读原告的起诉书和被告的反驳书,然后双方当事人发言进行辩论。当事人为了感染法官,就不惜花重金雇精通法律和能言善辩的“阿多克梯斯”来为自己辩解,而“阿多克梯斯”在法庭上的辩护策略、方式、技巧以及他们个人的人格魅力,常常影响到法官的判决。“阿多克梯斯”可谓最早的刑事辩护律师。

古罗马的诉讼制度是私人起诉主义,“没有告诉就没有法官”,这种诉讼制度不利于维护社会的整体利益。随着中央集权的专制主义国家的建立,国家追诉主义出现,专制和宗教的结盟,“阿多克梯斯”也只是昙花一现。中世纪的黑暗年代,刑事诉讼是纠问式的。在纠问式的诉讼制度下,被告人往往是被拷问定罪的对象,口供成为“证据之王”,被告人不享有为自己辩护的权利,自然也就少有律师为其辩护,即使保留有辩护制度,也大都流于形式,没有多大的作用,律师辩护制度逐渐衰落。

2. “讼师”——中国古代的“律师”

论辩之道在我国可谓源远流长。春秋战国,各路诸侯雄起争霸,诸子百家造就了一批论辩大师。有诗曰:春秋多奇才,战国有才雄。一言兴邦国,片语退甲兵。逢难论曲直,临危建奇功。然而,这种论辩之风仅适用于当时的外交、政论场合,从没有带到刑事案件的审判中。相反,在专制主义诉讼制度下,采取专横、恐怖、高压的手段对付民众,罪及九族,“宁可错杀三千,不许放过一个”,国家重视的是通过法律规定公民可以做什么、禁止做什么,以保障社会的安定有序和统治秩序的稳定,而国家组织在实施管理活动过程中,应受什么样的约束,如何保证管理活动的公正、正确以及如何保障个人权利,一向不被重视。

在诉讼形式上,我国古代社会是典型的“纠问式”的诉讼,审判职能与控诉职能合二为一。封建行政官吏既是控诉者、又是裁判者,被告人犹如一头扔在砧板上的任人宰割的羔羊,只有认罪、接受刑罚惩罚的义务,而没有为自己辩解、捍卫自身的权利。而且在专制主义社会,法律藏之于官府“秘而不宣”,行政官吏集立法、司法、行政大权于一身,他们对案件的审理,不允许任何人参与,所欲罪则罪,所欲轻则轻,所欲重则重,没有什么具体的标准。那时的

所谓审判,不过是让被告人加以供认,所以动不动就“大刑伺候”,搞得百姓畏衙门为虎穴,视打官司为下油锅。即使有天大的冤枉,也往往是冤沉海底,除非指望有“包青天”之类的清官为其做主、翻案,而漫长的专制社会中,又有几个“包青天”?况且,“包青天”审案,也是动不动就“大刑伺候”,口供定案,当事人又有多少辩解的余地呢?正如有学者一针见血指出的:“历来对明君贤相的歌颂,归根结蒂,都是对制度的否定。只有在制度无望的情况下,人们才拼命赞美个人的道德操守。”^①一个“包青天”,又如何理得清普天下遍地的冤狱呢?

我国古代也有一些代理制度。诉讼当事人系老弱病残者或“命妇命夫”涉讼,可以由其亲属或其下属代理诉讼。古代也有一些文人专门为他人代写诉状或其他文书,这些人称之为“讼师”^②。“讼师”,实际上带有一定的贬义,好听一点称之为“讼师”,难听一点称“讼棍”。权威的词典称“讼师”为“专门挑拨离间、搬弄是非的人”。可见,“讼师”形式上称之为“师”,实际上是没有什么社会地位的。论及“讼师”,人们首先想到的是那些破落文人,而且他们的活动也仅限于在法庭之外帮助当事人进行诉讼。“讼师”的典型形象是:头戴瓜皮小帽,骨瘦如柴,眼小如豆,游移不定中又透着贪婪、狡黠和冷酷。据说,“讼师”的形象不佳,一是古代的官府百姓都厌恶诉讼。封建官吏不仅以调解、劝谕、教化诸方式来代替判决,而且采取“拖延、拒绝、设教唆词讼罪”等方式以达到息讼止讼

^① 梁治平:《寻求自然秩序的和谐》,中国政法大学出版社1997年5月第1版,第105页。

^② 据考证,中国最早的“律师”为春秋战国时期的邓析子。此人因教人诉讼,并收取费用,被指责为“不法先王,不事礼仪,而好治怪说”(《荀子·非十二子》)、“以非为是、以是为非”(吕氏春秋),竟因此惨遭杀害。参见《中国法律的传统与近代转型》,法律出版社1997年4月第1版,第282页。

的目的。^①《大清律例》就规定：“讼师教唆词讼为害扰民，该地方官不能查拿禁绝者，如只系失于觉察，照例严处。若明知不报，经上司访拿，将地方官照歼棍不行拿例，交部议处。”而“讼师”偏偏以包揽诉讼而著称。二是“讼师”多舞文弄法，颠倒黑白而从中渔利。“由于‘讼师’与今天律师的形式上的渊源关系，仍有人将律师与旧社会的‘讼棍’相提并论，以达到贬低律师的目的。他们将律师看做是隐匿证据、玩弄手腕的‘小人’。报载，南京一辩护律师在外地办案，在法庭上，辩护律师为被告人作无罪辩护，公诉人竟称该律师是‘讼棍’。”^②

在有些人的观念中，律师和“讼棍”没有什么区别。这也许是我国律师，特别是刑事辩护律师至今尚未得到社会应有认同的原因。

3. 民主与法制——现代律师制度的基石

现代意义上的辩护制度肇始于资产阶级革命。资产阶级革命斗争中，资产阶级启蒙思想家对封建专横的纠问式诉讼制度进行了猛烈的抨击，提出了“自由、民主、平等”的口号，建立了民主政治。在刑事诉讼中，提出了“罪刑法定”、“天赋人权”等原则，主张用公开的、辩论式的诉讼代替纠问式的诉讼，被告人有权自行或请律师为其辩护。这些主张在资产阶级的宪法和刑事法律中得到了采纳。1791年《美国宪法修正案》第六条规定：刑事案件被告人要求司法机关以“强制手段取得对本人有益的证据，并受辩护律师的协助”。1808年，拿破仑《刑事诉讼法典》确认了辩论原则、辩护权、律师制度，规定被告人应有选择辩护人的权利。如果没有辩护

^① 马作武：《古代息讼之术探讨》，载于《武汉大学学报》1998年第2期。

^② 《谁来为律师辩护？》，载于1998年8月7日《东方文化周刊》。

人的参与,各种诉讼文件就无效。因此,现代辩护制度是建立在资产阶级的民主制度基础上的,是资产阶级民主制度的一个重要组成部分。没有民主政治制度,就没有民主公开的诉讼制度;而没有民主公开的诉讼制度,也就没有真正意义上的辩护制度。从这个意义上说,“古代讼师与现代律师之别远非名词之别,实缘于官权本位与民权本位之异。讼师制度以官权为本,法庭内外朝廷上下不知民权为何物。律师制度则以民权为本,程序先后诉与非诉均以保障民权为重。”^①

最初西方社会用“LAWER”(法学家)称谓律师,表示只有达到像法学家那样的高深的学问,才能胜任律师这一职业。随着资本主义社会的迅速发展,律师在现代社会生活中的作用越来越大,有人曾说过,现在“美国人连一步也离不开自己的律师”。律师也越来越受到人们的尊敬,一时间成为人们趋之若鹜的职业。律师的业务活动已渗透到社会生活的各个角落,但刑事辩护仍然是律师最主要的也是影响最大的业务。

20世纪90年代中期,在美国曾发生20世纪“最激动人心的世纪大辩护”,拥有千万美元身价的橄榄球大明星辛普森被控谋杀了前妻及其男友。强烈的求生欲望促使被告以天文数字般的酬金,聘请了美国当代能言善辩的最强者,组成了一个阵容空前辉煌的辩护律师团,大律师们个个足智多谋,身手不凡。他们在参与诉讼中对控方的指控百般挑剔,施展辩才,终于使辛普森赢得了诉讼,这一案例使人们再次领略了当今西方社会辩护律师的作用。

当然,即使在西方社会,人们对律师的态度也是矛盾的。现实生活中,人们离不开律师,对律师大加赞扬者有之。他们将律师描

^① 杜钢建等主编:《中国律师的当代命运》,改革出版社1997年11月第1版,第1页。

绘成公众仆人,是社会医生,为被告人辩护是在履行自己的神圣职责。律师也有着足以自豪的社会地位、稳定和丰厚的收入,同时,当律师也是踏入仕途大门、进入政坛的重要途径。迄今为止的美国数十位总统中,从昔日的林肯到刚卸任的比尔·克林顿,有 23 名是律师。特别是林肯,在他就任美国第 16 任总统之前,就是美国的一位著名律师,他的精彩辩护至今仍为人们津津乐道。今日美国国会议员中,大多数也是律师出身。毋庸讳言,在另一些人的观念中,又腻味讨厌律师。在国外,对律师颇有微辞的人也不少,将律师称之为“为法律设置陷阱的人”。认为在控辩式的诉讼中,被告人是否有罪,往往不是证据的多少,而在于有没有好的律师。真正的罪犯因为有钱请得起有经验的律师,就可以逍遥法外。相反,有些不是真正的罪犯又因为无钱雇请律师被冤枉下狱。有的作品中就把律师看做是挑词驾讼、惟利是图的极端拜金主义者。著名文学大师狄更斯在他的著作中曾写道:“律师的生活是由许许多多的吵嘴争斗编织而成的,他们考虑如何吵嘴,研究如何争吵。除了介入各式各样的纠纷之外,他们似乎没有其他嗜好了。”这种自古就有的偏见在今天仍有市场。

实际上,律师职业具有特殊性,他在给一方带来希望、利益的同时,就可能招致另一方的不满甚至责难,不同的立场与感受自然会得出不同的评价。

在我国,宪法第 125 条确定了“被告人有权获得辩护”的原则,《刑事诉讼法》第 11 条也规定:“被告人有权获得辩护,人民法院有义务保障被告人获得辩护权。”根据刑事诉讼法的规定,被告人辩护权的内容主要包括:(1)自行辩护权。在刑事诉讼的各个阶段,犯罪嫌疑人、被告人都有权自行辩护。(2)委托辩护权。公诉案件自移送审查起诉之日起,犯罪嫌疑人有权委托辩护人,自诉案件的被告人有权随时委托辩护人。(3)获得指定辩护权。在审判阶段,