



辩护人 认为

刑事辩护观点的 挖掘、提炼与运用

三十案例囊括常见罪名辩护方式
面对棘手案件如何提出破解思路
刑辩专业律师贴地操作的实用指引

无罪辩护 轻罪辩护
罪轻辩护 程序性辩护

徐宗新等 / 著



辩护人 认为

刑事辩护观点的
挖掘、提炼与运用

徐宗新等 / 著

图书在版编目(CIP)数据

辩护人认为:刑事辩护观点的挖掘、提炼与运用/
徐宗新等著. —北京:法律出版社,2013.8
ISBN 978-7-5118-5178-9

I. ①辩… II. ①徐… 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(2013)第171430号

辩护人认为

——刑事辩护观点的挖掘、提炼与运用
徐宗新 等著

编辑统筹 法律应用出版社
责任编辑 何海刚
装帧设计 汪奇峰

© 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
印刷 固安华明印刷厂
责任印制 翟国磊

开本 720毫米×960毫米 1/16
印张 17.75
字数 272千
版本 2013年10月第1版
印次 2013年10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 978-7-5118-5178-9

定价:45.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

徐宗新,浙江靖霖律师事务所主任,浙江工业大学法学院客座教授,浙江省律师协会刑事专业委员会主任,中华全国律师协会刑事专业委员会委员。

李永红,浙江靖霖律师事务所兼职律师,浙江工业大学法学院副教授、副院长,浙江省公安厅咨询专家,浙江省检察官学院兼职教授。

胡瑞江,浙江靖霖律师事务所副主任,浙江工业大学法学院客座教授,浙江省律师协会刑事专业委员会委员。

谢如程,浙江靖霖律师事务所副主任,副教授,硕士生导师,浙江省法理与法史学研究会常务理事,浙江省诉讼法学研究会理事。

蓝清,法律硕士,浙江靖霖律师事务所副主任。

堵建军,法律硕士,浙江靖霖律师事务所律师,公司刑事风险防范与辩护部主任。

孙立波,刑法学硕士,浙江靖霖律师事务所律师,公司刑事风险防范与辩护部副主任。

陈洁琼,法学硕士,浙江靖霖律师事务所律师,新型犯罪研究与辩护部副主任。

魏 巍,法律硕士,浙江靖霖律师事务所律师,职务犯罪研究与辩护部副主任。

白争雄,法学学士,浙江靖霖律师事务所律师,传统犯罪研究与辩护部副主任。

钱小琴,双学士,浙江靖霖律师事务所律师。

丁 风,医学学士,浙江靖霖律师事务所主任助理。

金栢震,法律硕士,浙江靖霖律师事务所律师。

李崇杰,法律硕士,浙江靖霖律师事务所律师。

序 言

自律师制度恢复以来,中国的律师们在刑事辩护领域发挥着越来越大的作用。令人信服的辩护意见纷纷出现,杰出的刑事律师脱颖而出,颇具品牌效应的律师事务所也逐渐为世人所熟悉。可以说,尽管司法制度的整体环境还存在不少难以尽如人意之处,但中国刑事律师却创造出不少成功的经验。然而,不知何种原因,律师界对刑事辩护颇有感悟的大有人在,但真正沉下心来总结辩护经验、提炼辩护规律的律师,却是少之又少。坊间偶有律师总结刑辩经验的著作面世,也大多流于对辩护词、代理词的简单汇编,其中既缺乏对复杂办案过程的具体分析,也没有对辩护经验的认真概括。书中,律师们提供了非常好的案例和素材,却没有进行实质性的分析,其间的经验和教训都难以为读者获悉。这种仅仅满足于提供“原材料”的著述方式,着实令人感到可惜。有鉴于此,笔者曾与田文昌大律师联手,推出了一部题为《刑事辩护的中国经验——田文昌、陈瑞华对话录》的著作,以此作为总结刑辩经验的尝试之作。

徐宗新律师曾在浙江检察机关担任公诉检察官数年之久,后来投身于律师行业,成为一位浙江闻名、全国知名的刑事辩护律师。他三年前创办的靖霖律师事务所,坐落在美丽的西子湖畔,与“曲苑风荷”、“灵峰探梅”等著名景点为邻。在宗新大律师的人格魅力感召下,靖霖事务所汇集了数十名有志于刑事辩护事业的杰出律师,并与浙江工业大学法学院建立了密切的学术联系,一批学有所成的法学教授担任该所的兼职律师,不少业内闻名的律师则担任该法学院的客座教授。据我了解,宗新律师是不满足于“为办案而办案”的,他还有对律师事业的人文关怀。他连续多年为浙江省各地律师举办业务讲座,不

遗余力地培养和提携青年律师,毫不保留地将自己的执业经验和技巧奉献给其他律师。

这部由徐宗新大律师为主写成的《辩护人认为》,就属于靖霖所全体律师集体智慧的结晶。毫不夸张地说,这本独树一帜、风格清新的著作,不仅详细介绍了该所律师近年来成功办理的案件,而且对每一个案例的办案过程做出了分析,实属一部讲述律师刑事辩护经验和技巧的难得佳作。从所涉及的案件类型上看,该书分析的案例涵盖了贪污、受贿、职务侵占、集资诈骗、伤害、强奸、盗窃等十几种罪名;从所作辩护的类型上,该书既讲述了无罪辩护的成功经验,也剖析了“轻罪辩护”、“罪轻辩护”、程序性辩护的操作技巧;而从写作方式上来看,该书不是笼统地坐而论道,而是由各个案件的承办律师亲自讲述办案过程,总结辩护技巧,娓娓道来,令人身临其境,极易产生共鸣。

《辩护人认为》这部著作的最大成功之处在于,作者不满足于将具体的案例呈现给读者,也没有将律师的辩护词简单地“粘贴”下来,而是对每一案件的办案过程做出了实景式的分析,并从每一案件中提炼出了若干刑事辩护的经验。在对办案过程的分析上面,作者介绍每个案例中控辩双方争议的焦点问题,也实实在在地指出了律师辩护所面临的挑战乃至风险。面对这些挑战和风险,律师究竟是知难而退,是寻找刑事辩护的突破口,还是适度地做出一些让步和妥协,这的确是考验律师办案智慧的问题。我注意到,有些律师在极其复杂的现实环境中,确实能够做到“有理有据有节”地表达辩护意见,最大限度地维护了委托人的利益。

而在辩护经验的总结方面,该书在每个案例的后面都设置了“心得体会”的章节,给予办案律师进行总结和提炼的机会。应当说,这一部分的设置可谓匠心独运,也算作画龙点睛之笔。在这一部分,作者们讨论了如何运用常情、常理进行辩护的问题,分析了如何将维护委托人利益“进行到底”的问题,论述了算账类案件如何提出辩护要领的问题,揭示了律师如何与委托人沟通辩护方案,获取理解和支持的问题,说明了受贿案件“事实辩护”的主要方法问题……假如将律师们的“心得体会”做出进一步的梳理和展开的话,这简直就是一部微型的刑事辩护教科书,对其他律师辩护具有较大的参考作用。

我期望读者通过阅读这部由律师执笔的著作,对中国的刑事辩护事业有更多、更真切的了解,也期待着读者从中获得更多的灵感和启发。我也期望徐宗新

律师以及他所领导的靖霖律师事务所,创造出更多的刑事辩护经验,也奉献出更多、更优秀的刑辩作品。

陈瑞华

2013年5月6日于北京大学

前 言

浙江靖霖律师事务所成立三年了。作为专门办理刑事案件的律师事务所，三年来，靖霖律师事务所共办理刑事案件三百余件。在立所之初，我所即自定位为“法治试验田”，试水刑辩难易，探究刑辩规律。一有心得成果，即将之回馈给律师同仁，与大家共享，期待探讨，共同提升刑辩水平，切实助推法治前行。因此，在靖霖所成立三周年之际，我们将办案效果相对较好，或觉得有探讨意义的案例三十件整理出版，以与各位律师同仁交流，并就教于方家。

本书的体例分为“无罪篇”、“轻罪篇”和“罪轻篇”。“无罪篇”有十个案例，律师都提出了无罪辩护意见，但最终有些作撤案处理，有些作不起诉处理，有些作无罪判决，有些作免刑处理，还有些则未采纳律师意见仍作了有罪判决。之所以把有些结果上虽然没有作出无罪处理的案例放在本篇，是因为承办律师至今认为还是应当认定为无罪的，供大家探讨，也想给律师同行们提供一些无罪辩护的思路。“轻罪篇”汇集了经律师辩护将重罪改为轻罪的七个案例。“罪轻篇”篇幅最大，有十三个案例，律师作出了罪轻辩护，均得到检察院和法院的确认。律师作轻罪辩护和罪轻辩护，在实践中占到大多数，往往也很能取得实效，因此“轻罪篇”和“罪轻篇”的篇幅也最大。

在每个案例里，又分为“案件概况”、“辩护意见”和“心得体会”三个部分。“案件概况”介绍了案件的基本情况、律师辩护的基本工作和主要辩护观点、案件的结果，使读者先有个宏观认识。“辩护意见”是重点，将承办律师撰写的辩护意见原汁原味地展现出来，便于参考借鉴。“心得体会”是承办律师办理案件的经验总结，是最为精华的部分。

本书历时三个月,集全所之力,得以完成。我想,这本书有三大看点:

一是辩护意见的撰写可以借鉴参考。三十个案例,涵盖了盗窃、故意伤害、故意杀人、强奸、诈骗、合同诈骗、职务侵占、受贿、贪污、走私等常见罪名,辩护意见如何撰写,体例结构如何安排,论理如何引用法理,证据如何分析运用,用语如何精准到位,都在辩词中得到体现,可资参考。特别是刚跨入刑辩行业的青年律师,更可借鉴。

二是办案心得值得品鉴。每个案例的第三部分“心得体会”是全书的精华,记载着律师办理案件的心路历程。难点在哪里,如何制订方案,采取什么措施,最终怎样破解,都在“心得体会”中体现。本着与大家共同研讨的目的,办案律师将对案件办理的所思所想,毫无保留地展示出来。而且“诉辩交易”的运用、“律师调查”的步骤、疑难复杂共犯“律师团”的组建与配合等做法,还是有一定探索性的。做法不一定对,但确实是取得较好办案效果的案件的思维过程和总结经验。

三是有些刑事法观点可资运用。如“非法占有的故意”如何认定?“连续审讯”是否属于刑讯逼供?“共同犯罪的实行过限”如何把握?共同犯罪的组织犯是否必然判处极刑?股东是否必然被认定为主犯?何为“疑罪从轻”的辩护?“走私珍贵动物制品”所侵犯客体有无时间的限制?“被害人过错”如何认定?“贪污罪”与“滥用职权”的区别?无杀伤力的枪支是否认定为枪支?辩词中对这些问题作出了深入的分析,有些也得到了法院的确认,可以直接用于相关案件的辩护。

最后,提一点建议,本书因隐去真名,有些内容读起来不太好理解,有心者可针对文中内容,将人物关系图画出,然后对照研读,方可事半功倍。有些表述,话中有话,需研读多遍方能会意。

祝大家开卷有益。如有意见,欢迎探讨。

徐宗新

二〇一三年春于杭州西子湖畔金沙曲苑

目 录

无罪篇

是强奸,还是通奸

——包某某强奸撤诉案 (3)

是民事纠纷还是刑事犯罪

——卞某某涉嫌职务侵占无罪案 (17)

是虚开,还是实开

——林某某虚开增值税专用发票被不起诉案 (25)

不得不算清的账

——周某某职务侵占无罪案 (31)

无杀伤力能否认定为枪支

——柳某某非法持有枪支罪二审改判案 (39)

连续审讯是否属于刑讯逼供

——马某某受贿案 (42)

全程的定性辩护

——罗某某三罪被改为一罪案 (64)

无罪辩护取得缓刑结果

——叶某某集资诈骗被判缓刑案 (74)

妨害作证罪的法理辨析

——吴某某妨害作证免刑案 (87)

贪污故意的认定

——卢某某贪污罪无罪、受贿罪免刑、单位受贿罪缓刑案 (95)

轻罪篇

律师团辩护的成功范例

——杨某某等五人贪污罪改私分国有资产罪案 (113)

是贪污还是滥用职权

——夏某某被控贪污以滥用职权定罪免刑案 (124)

是诈骗还是妨害作证

——洪某某被控诈骗改变定性为妨害作证案 (133)

是盗窃还是职务侵占

——牛某某盗窃罪改变定性为职务侵占罪案 (144)

伤害犯罪中故意与过失的区别

——柯某某故意伤害改变定性为过失致人死亡案 (150)

集资类诈骗故意的认定

——杜某某被控诈骗改变定性为非法吸收公众存款案 (157)

职务便利如何确认

——邢某某盗窃改变定性为职务侵占案 (167)

罪轻篇

故意杀人共同犯罪责任区分的成功辩护

——楼某某故意杀人二审由无期改判为十二年案 (175)

是走私从犯,还是掩饰、隐瞒犯罪所得

——武某某走私珍贵动物制品被认定从犯减轻处罚案 (183)

立功情节争取及其他从轻情节在二审中的综合运用	
——薛某某虚开增值税专用发票上诉改判缓刑案	(188)
律师扎实调查在辩护中的作用	
——齐某某被控受贿 11 万元数额减少认定 4 万元	(196)
“诉辩交易”的理解及在辩护中的运用	
——洪某某强奸二审改判缓刑案	(203)
组织犯并不必然判处极刑	
——厉某某故意伤害致人死亡改判死缓案	(217)
疑罪从无还是疑罪从轻	
——钱某某受贿缓刑案	(225)
走私象牙案的辩点	
——徐某某走私珍贵动物制品罪减轻处罚缓刑案	(230)
受贿案特别自首的辩护	
——江某受贿减轻处罚案	(238)
被害人过错的辩护	
——甘某某非法拘禁缓刑案	(244)
股东可否认定为从犯	
——盛某某容留卖淫被认定为从犯判处缓刑案	(249)
非国家工作人员认定贪污罪的定罪与处刑	
——赵某某贪污罪获缓刑案	(255)
保留学籍的不起诉辩护	
——郑某某盗窃被不起诉案	(263)
后记	(267)

无 罪 篇

是强奸,还是通奸

——包某某强奸撤诉案

【案件概况】

包某某,某县医院医生,2010年9月30日其邀请同事王某以及刘某等人一起去喝酒,一直喝至次日凌晨3时许,共计喝掉啤酒二十余瓶。包某某先驱车将刘某送回了家,随后在送王某回家的途中,当车子行驶至某县某某街道某某西路路段时,其将车停下,爬到汽车后座,与王某发生了性关系。

检察机关认定,被告人包某某违背妇女意志,以暴力方式强行与妇女发生性关系,其行为已经触犯《刑法》第236条第1款,应当以强奸罪追究其刑事责任。

辩护律师首先提出,双方当事人包某某与王某平时就是关系较好的同事,且当事人王某与其丈夫钟某之间的夫妻关系比较紧张,从事前背景情况中可以发现,指控被告人包某某犯强奸罪与事实 and 情理严重不符。其次,事中性行为的过程则表明,当事人之间的性行为是双方自愿发生的,不存在强迫一说。再次,事后各方行为表明,客观上并不存在强奸犯罪的事实,只是存在已婚男女的婚外自愿性行为被家人发现后的纠纷事实。最后,从法律上看,包某某不但不应被追究刑事责任,而且他还是钟某、王某非法拘禁、敲诈勒索和诬告陷害的被害人。本案经法院开庭后,由检察机关撤回起诉,最终由公安局撤销案件。

【辩护意见】

综观本案,辩护人认为:指控被告人包某某涉嫌强奸的证据严重不足,依法应认定被告人包某某无罪。

一、事前事实情况分析

事前事实情况之一:就主观方面而言,包某某与王某在事发前属于关系较好

的同事,说其存在强奸犯罪的作案动机有悖常理,这是在包某某和王某同部门的同事刘某的证人证言及他们的同事某县医院 33 位同事出具的证明中共同证实的事实。与包某某、王某一起喝酒聊天的刘某证实:“我们是同事关系,都在某部门工作。平时在工作中我们 3 个人是谈得来的。”包某某的同事、某县医院的 33 位同事共同签字证明:“某某科医生包某某和护士王某关系一直比较好,众所周知。”就常理而言,包某某作为县医院医生,事业上小有成就,在一个县城中也是具有一定身份和体面职业的人,加上自己已经成家立业,上有老、下有小,又怎会去强迫一个与自己同处一个科室、关系尚且不错、低头不见抬头见的同事、熟人与自己发生性关系,不顾事业、家庭和名誉去触犯刑律、自毁前程?说包某某存在强奸王某的动机就让人匪夷所思。难怪在公安机关问到包某某的同事、医院某某科负责人秦某“你对于包某某和王某现在所发生的这笔事情(指强奸)有何看法”时,秦某说:“我感到奇怪,其他什么也没有了。”

事前事实情况之二:王某与其丈夫钟某的夫妻关系紧张。主要原因是王某对钟某在外乱搞男女关系不满,钟某也担心王某在外有不正当的男女关系,双方相互猜疑的情绪严重。这个事实应该说已经在王某自己的陈述、包某某的辩解、一起喝酒的刘某的证人证言中得到了印证。以王某自己的陈述为例,公安机关询问“在酒吧喝酒期间,你有没有说过你们夫妻感情不好的事情?”王某答“有说过,因为之前有一次,我在外面逛街,我老公在外面喝了酒,打电话给我问我在哪里,说要来载我,我怕他喝酒了,到时乱搞,丢面子,所以不告诉他,这样我老公一直怀疑我在外面搞鬼,给他‘戴绿帽子’,对他不忠。然后在喝酒的时候,我发过牢骚说我老公不是,他自己在外面瞎搞,还怀疑我之类的话”,“在酒吧喝酒时,我老公打过我好几次电话,并且因我老公在电话里口气蛮重,还骂我,我当时也很火,打电话的口气也很重”。3 个人在酒吧喝酒聊天时,王某把夫妻双方的个人隐私透露给他人,给包某某和刘某留下的印象是夫妻不和,相互猜疑对方对自己不忠。因此在包某某的辩解中曾说:“在酒吧的时候,王某跟我们说,她老公一直都害怕她在外面戴‘绿帽’,其实是她老公在外面给她戴了‘绿帽’,她都知道的,只不过没有讲,她其实有过一次差一点儿给她老公戴‘绿帽’过,但没有戴,如果几时火起来,真的去给她老公弄顶‘绿帽’戴戴。”这种言语在一定程度上为 2 人喝酒以后发生性关系埋下了伏笔。

事前事实情况之三:事实和证据表明,包某某和刘某、王某一起喝酒后,王某