

东南法学

SOUTHEAST LAW REVIEW

■ 2013年辑 总第5辑

■ 东南大学法学院

■ 刘艳红 主编

SOUTHEAST

LAW

REVIEW



东南大学出版社
SOUTHEAST UNIVERSITY PRESS

东南法学

(2013 年辑 · 总第 5 辑)

东南大学法学院

刘艳红 主编



东南大学出版社

· 南京 ·

图书在版编目(CIP)数据

东南法学. 2013 年辑: 总第 5 辑/ 刘艳红主编.
—南京: 东南大学出版社, 2014. 12

ISBN 978-7-5641-5355-7

I. ①东… II. ①刘… III. ①法学—文集 IV.
①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 280934 号

东南法学(2013 年辑·总第 5 辑)

出版发行	东南大学出版社
社 址	南京市四牌楼 2 号 邮编: 210096
出 版 人	江建中
网 址	http://www.seupress.com
经 销	全国各地新华书店
印 刷	江苏凤凰数码印务有限公司
开 本	787 mm×1092 mm 1/16
印 张	12.5
字 数	307 千
版 次	2014 年 12 月第 1 版
印 次	2014 年 12 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5641-5355-7
定 价	30.00 元

本社图书若有印装质量问题, 请直接与营销部联系。电话(传真): 025-83791830

《东南法学》编委会

学 术 顾 问 (以姓氏笔画为序)

王利明 李步云 应松年 张文显
陈兴良 韩大元

编委会主任 周佑勇

主 编 刘艳红

副 主 编 汪进元(常务)

编 委 龚向和 孟鸿志 肖 冰 孟 红
周少华 张洪涛 胡朝阳 施建辉
欧阳本祺

编 辑 王禄生 宋亚辉 熊樟林 陆 璐

CONTENTS 目 录

S 东南法学
OUTHEAST LAW REVIEW

名家讲坛

刑事辩护的中国经验 陈瑞华(1)

刑法教义学与刑事政策的关系:从李斯特鸿沟到罗克辛贯通

陈兴良 梁根林(15)

法学专论

非刑精神病强制医疗的欧洲视野 魏晓娜(31)

知情同意原则的外延 赵廉慧(45)

浅析我国 BOT 特许经营之法律障碍 陆 璐 张 敏(57)

论我国城市交通中平等权之实现 陈道英(64)

关于城市交通规划编制法治化的若干问题思考
杨 洁 过秀成(70)

2013年辑·总第5辑

此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

域外法制

日本医疗事故与损害救济

[日]石川宽俊

高翔译(78)

译注日本《医师法》

张忆红(85)

论美国大陪审团制度的历史发展与现实意义

王禄生(93)

青年论坛

论消费者法律概念的适用冲突与协调路径

黄伟峰(102)

论动机错误

朱奕奕(112)

不兼容的排除合理怀疑

韦永睿(123)

社会管理创新视角下的“微博问政”

曾佳(136)

两岸内幕人交易禁止期间之检视

罗四维(146)

实务论坛

违反规章的合同效力判断

桂艳(155)

《检察院组织法》修改背景下检察委员会制度立法完善

之思考

张建兵 张涛(164)

试论新刑法语境下贿赂案件共同被告人

供述证据的补强规则

沈威 姚舟(169)

分离与互动:家事纠纷诉调对接机制之完善

黄银斌(180)

刑事辩护的中国经验^①

——陈瑞华教授演讲实录

陈瑞华*

各位律师朋友,非常高兴我们有这个机会一起讨论刑事辩护问题。我和律师交往很多,已经有十来年的交往历史了,包括全国律协,包括省级的律协。除了讲学以外,我也做了一些研究项目,对刑事辩护的现状和存在的问题也有了一些粗浅的了解。虽然我本人不是辩护律师,但是和律师界有各种各样的交往。其中,我印象最深、最早、最密切的交往来自我和田文昌律师领导的全国律协刑事辩护委员会合作的一个项目。在为期一年多的调研时间内,我参加了20多个座谈会,与数百名全国最优秀的刑事辩护律师进行了交流,了解了刑事辩护中存在的问题,也了解了律师对修改刑诉法的声音。最终,我们形成了一部有关刑事诉讼法修改的建议稿(下称《建议稿》)。

此次刑事诉讼法的修改可能也吸收了《建议稿》的一部分内容,比如律师的会见问题,比如今天一直在争论的刑诉法中最大的突破——三十四条第一款,即律师在前往看守所会见犯罪嫌疑人的时候要带着案卷进看守所与之核实有关证据,这个当初在我们的《建议稿》里面是明确用5~6个条文规定了被告人、嫌疑人的阅卷权。最终,新刑诉法中争议特别大的三十七条第四款就在某种程度上吸纳了此种意见。这一点我待会儿还要特别讲一下。

再比如说,我们吸收了全国很多地方律师辩护的经验,将之变成了新刑诉法第一百九十二条第二款,这是一个重大的突破,可以说它既不是英美法也不是大陆法,完全是中国刑事辩护律师的总结,那就是如何对付控方的鉴定意见,如何打掉控方的鉴定结论。在《建议稿》中我们就提出了一种很多律师都试验过的新的经验——委托专家提供专家意见,出庭作证。我们把它称为对专家的鉴定,对鉴定的鉴定。今天我们越来越多的鉴定机构开始走这样一条道路,给律师提供一种新的业务服务,那就是如何打掉控方的鉴定意见。这里值得注意的是,我的目的不是提供另一个鉴定意见,因为目前的体制并不允许律师提供新的鉴定意见。律师只能申请重新鉴定、补充鉴定,这需要征得法官的同意,在实践中非常困难。因此我们可以尝试“曲线救国”——请更顶级的专家对控方的意见发表意见,指出它的毛病,发现它的不足,打掉控方的鉴定意见,辩护的效果就能同样达到了。新刑诉法第一百九十二条第二款

* 陈瑞华,北京大学法学院教授,法学博士。研究方向:诉讼法学、司法制度。

① 本文根据陈瑞华教授于2013年10月13日在“刑事辩护论坛”的发言整理而成。录音整理者为厦门大学法学院2012级硕士研究生靳毅文。

说的就是这个意思。不知道各位在实际操作中用到上述策略的比例如何。以我个人接触很多律师的经验来看,最近这一段时间,用这条对付控方的鉴定意见的辩护越来越多。

又比如说,2006年前后我们曾经撰写了一份“律师版的刑诉法修正案”(下称《修正案》),其中第一次规定了庭前会议。当然,在《修正案》中我们把它称作“庭前听证”。之所以增加这一条是基于这样的理念:律师在庭前听证中要有所作为,打官司,先打程序。过去没有庭前会议,是承办法官带着书记员,秘密地、单方面地进行庭前准备活动,律师无从介入,律师只能在审判程序启动以后介入。从新刑诉法第一百八十二条第二款来看,立法者吸收了《修正案》的观点,确立了庭前会议制度。近期发生的几个大案,都有庭前会议的身影。刘志军案件,律师参与庭前会议,进行了一整天,法庭庭审才半天;李天一案件,北京市海淀区法院进行了两次庭前会议,接近两个整天,中间间隔十天左右;薄熙来案件,庭前会议持续了一天。在上述案件的实践中,大量的程序争议问题,放在庭前会议解决。律师在庭前会议可能会提出很多个诉讼请求,跟公诉人进行抗辩,要求法官做出裁决。比如薄熙来案件最后有3个证人出庭,完全是庭前会议律师介入的结果,没有庭前会议律师的据理力争,不可能有这样的结果。

此外,我们需要进一步思考,庭前会议律师做的辩护算什么活动呢?我们在律师界发现,很多律师都反映现在有点乱,传统的理论概括、经验总结已经难以解释当前形势的变化。具体来看,过去的辩护是以审判为中心的,尤其是以法庭辩论为中心的,以审判为中心的辩护,这是一个多年来形成的基本格局。今天看来已经不合时宜了,因为我们看到,审判前的辩护出现了,这次刑诉法修改,侦查阶段律师可以介入,批捕阶段律师可以介入,审查起诉阶段庭前会议律师都可以介入,还可以申请解除羁押、变更强制措施、会见阅卷调查,在庭前大量活动等待着律师去做。上个月我在吉林讲课,我提出一个观点,大家不一定都赞同,但是至少引起了争论,那就是庭前的辩护活动律师做好准备没有。过去我们律师对庭前辩护应该说有两个态度:要么不重视,要么给予暧昧的重视,总认为庭前活动是做一些法律之外的、带有潜规则性质的一些交流妥协活动。如今庭前的一系列辩护程序上敞开了大门,在这种情况下我们如何对待庭前的辩护?是不是还要把我们的辩护活动仍然集中在法庭审判阶段?我认为,单纯以法庭辩论为中心,以宣读辩护词为标志的传统辩护方式已经无法适应新形势的需要。因为制度发生了重大的变革,而我们如果依然遵循以往辩护的经验技巧,可能就跟不上时代的发展。

除了参加全国律协的项目以外,我后来还参加了美国律师协会的一个项目。平心而论,这是我收获最大的一次。在这个项目中我与3个省的律师协会(贵州、河南、山东)进行了为期一年的关于死刑辩护的合作。经过一年的工作,3个省的律师协会都出台了关于死刑辩护的规范指导意见(红头文件)。在这一年的时间里,我们进行了不下20次的研讨会,接触律师600人以上。可以说刑辩界的精英我们都接触到了。当时我们有一个雄心壮志,想系统地把这3个省律师刑辩的经验收集起来。

之所以有这个雄心壮志是因为我想改变过去律师界消极的面貌。因为过去律师开会都是批评的多,诉苦大会开得比较多。我记得最早在2000年左右参加全国律协的活动,今天想想那段经历也是感慨万千,那时几乎都是诉苦、批判。中国律师不应该是这样的模样。中国律师应该是激扬澎湃的,应该作为这个社会人权保障的先驱,应该充满斗争精神,不应该是无奈愁苦乃至凄惨,所以当时我有一个野心:一定要把我们律师界成功的经验写到条文之

中,这个工作律师应该可以做。但是今天看,律师界做这个工作可能会有各种各样的困难,学者做这个工作有一点优势,那就是学者相对超脱一些。有时候站着说话不腰疼何尝不是站着说话更轻松呢,完全可以总结很多经验。在河南,我和一个律所的七八位刑辩律师交流了一个星期,把律师从收案到案件终结每个环节的经验技巧了解一遍。虽然有点像是解剖麻雀式的调研,但是收获极大。

举几个例子,比如我们今天很多律师抱怨:“当事人是当了事就是人,事一过就不是人。”这种现象我也听说过,当事人要的是结果,对过程不关注。但律师不能如此,一个过分关心结果的律师,必然走向风险代理。于是矛盾便产生了:当事人最关心结果,律师不关心结果,你怎么说服他将高额的诉讼费交给你又不投诉你呢?有人曾戏言,人世间最难的两件事都让律师摊上了:第一,用你的思想说服法官,说服中国法官可以说是最难的。第二,把别人的钱从他的腰包里掏过来对方还心甘情愿。怎么做到?这里面当然有最基本的职业操守和职业伦理,要重视客户的利益,但光是这样是不够的,一定要有技巧。比如有一个律师就告诉我,会见阅卷调查,很多律师不重视,尤其是大牌律师更不重视,很多律师都让助手去会见,自己只在法庭说几十分钟。在中国,给了你100万,乃至200万,说那20分钟,你觉得值吗?不投诉才怪!有一个律师就告诉我,为什么不把会见阅卷调查做得非常精致呢,在他的律所中,阅卷已经变成一门专业。年轻的律师进所,他要讲阅卷摘要的制作技巧,一个法律人,案卷摘要是基本功。3天前我在北京参加一个专家论证会,光卷宗就40多卷的合同诈骗案,七八位专家从下午2点论证到晚上8点,根本事实都没搞清楚。律师只是给了40个卷宗,他什么都不做,在这个案卷里面没有留下他的痕迹。我当时就有点发火,为什么不做案卷摘要?为什么不用20页纸把要点都给我摘录出来?缺乏对案情的了解,这种专家讨论是毫无意义的。试想,你在法庭开庭的时候会抱着40个卷宗去法庭吗?你来得及查找吗?在紧张的对抗下根本来不及。因此这就要求我们律师必须做好案卷摘要。我见过做得最好的案卷摘要,20页纸把几十卷的东西摘录进来,20页里的核心是3个要素:(1)证据的简单的摘要;(2)口供等言辞证据的变化情况,有的还有图表;(3)本案的时间表。有的案子非常复杂,拘留逮捕一审、二审、发回重审又退回补充侦查,折腾无数次。没有这个表格的话怎么能说清楚?

一个年轻的律师进律所要想让带他的师父能够省心,充当真正的助手,第一项基本功:阅卷摘要。我相信任何一个国家的法律人只要和案卷打交道,阅卷摘要都是基本功。有律师说,我的阅卷摘要可以做得非常好,让人感觉到我的劳动。好到什么程度?可以让人感觉到我花了一个星期在做这个。而且,阅卷摘要还可以给当事人看。为什么不能给当事人看卷呢?让当事人看卷是最危险的,这里面有无数的经验和教训,泄露国家秘密罪等责任追究在跟着你。让他看阅卷摘要没问题,这是你律师的工作量,这是你律师在案卷中留下的痕迹。你值不值这20万、30万的诉讼费,你的劳动量在那儿摆着呢。

再比如说会见,你会见就知道嘘寒问暖吗?在会见过程中,有经验有技巧。会见可以分为3种会见:第一次会见、中间会见、开庭前最后一次会见,功能都不一样。两年前和田文昌律师对话的时候,我们详细地划分了会见的功能。第一次会见两个功能:(1)建立委托关系。实践中,99%的委托都是家属代为委托的,因此律师第一次会见必须让他签字同意,从而建立委托关系。(2)建立信任关系。第一次会见能做到上述两个部分就不错了。中间会见,功能就多了:了解案情、发现新证据、发现辩护要点、形成辩护思路和协调辩护立场等等。

你研究过这些功能吗？开庭前最后一次会见，比什么都重要。开庭前最后一次会见离开庭越近越好，它最重要的功能是了解被告人在法庭上的思路。一个掌控不了自己当事人的律师是失败的律师。你都不知道他在法庭上要说什么，突然他认罪了，你这儿还念无罪辩护意见呢，这样会导致辩护彻底失败。我和田文昌律师曾经到美国访问。每到一个城市田文昌律师就问一个问题：你能跟你的委托人观点不一致吗？美国律师都笑了，说你这问题都很荒唐，我怎么能跟我的委托人观点不一致呢？还是辩护人么？美国律师说，你这个问题应该换一个问法，庭前沟通得怎么样，庭前不沟通肯定庭上出矛盾。最后一次会见，成功地践行了律师界的一句行话：“律师最好的助手是当事人，在法庭辩护中最好的助手是当事人。”只要被告人和律师在法庭上配合得天衣无缝，辩护的效果就会好一些；只要双方发生矛盾分歧，辩护的效果肯定不好。这涉及律师的职业伦理，律师和当事人的委托关系问题，我待会儿要提到。最后一次会见还有一个要点，你的辩护词必须让被告看。中国刑事辩护的理论研究一个问题，被告人和律师都是辩护方，被告人才是辩护权的来源，被告人才是辩护权的真正享有者，律师只是协助他辩护的人，因此辩护词必须给被告人看。你的辩护词不给他看，他怎么和你配合？他怎么跟你协调一致对付控方？所以多少年来我们的很多律师总是不把被告人当成当事人。我经常说一个观点，法庭不把被告人当当事人，公诉人不把被告人当当事人，剃个光头，穿黄马甲，坐在法庭正中央，这哪是当事人？这是十恶不赦的坏蛋。可见，我国的法庭布局就把被告人妖魔化了。当时在刑诉法修改的时候我提议说，改变被告人的地位从改变法庭布局开始，要么被告人和辩护人坐在一起，要么公诉人和辩护人都坐在被告人旁边。哪有一个国家打官司让被告人离律师五六米远的，能协商吗，能沟通吗？这不是镇压法庭吗？但是我们律师界集体无意识地忽视这一点，我们总认为我们不是为被告人说话，而是为正义说话，为法治说话，但你忘记了一点，律师的第一职业道德是为了客户的利益，没有客户的利益哪有辩护。所以大家看，最后一次会见多么重要。最后一次会见是一个试金石，能试出一个律师的成熟程度，辩护的效果、律师的伦理、律师和委托人的关系都试出来了。凡是能做好最后一次会见的人，法庭庭审的效果能得到基本的保障。相反，凡是不重视的，往往会出意外。例如一个被告人请了两个律师，两个律师背靠背，一个辩护无罪一个辩护有罪，当庭发生冲突。这种情况当然有争议，但我们认为这会造成辩护方的自相残杀，造成辩护方的自相矛盾，造成辩护效果的相互抵消，这是让仇者快亲者痛的事情。当然这个涉及一个最复杂的问题，律师有没有权利独立辩护的问题，这个问题我待会儿简单讲一讲。我们整个的话语系统，和当前律师整个的发展方向可能有些矛盾。需要我们正视它。

再比如说在死刑辩护中，有律师提出另一个观点，死刑辩护尤其到了二审死刑辩护阶段，要高度重视量刑辩护，我去年参加最高法院的一个会议，最高法院5个刑庭的庭长，告诉我一个数字，让我极度震惊，在最高人民法院复核的死刑案件中，有三分之一的案件，律师做的是无罪辩护。这个不奇怪，如果认为无罪辩护有道理，当然可以做无罪辩护，但是非常遗憾的是，这些做无罪辩护的律师不做任何量刑辩护。法官问他，这个案件有3个争议焦点，涉及生与死，请律师帮助调查一下。然而，我们很多律师都充满道德上的一种正义感，拒绝做量刑辩护，坚持只做无罪辩护。言下之意，是否自首、退赃、被害人有无过错跟我无关，当事人是无罪的，我只做无罪辩护。法官说：这是最后一次机会，两个月以后就要决定杀和不杀了，你能不能提交无罪辩护意见，然后再给我提交一份量刑辩护意见？有的案子法官几乎

到了恳求的地步了，你不去调查我就得亲自到地方上调查，请你帮我调查行不行。律师说不，就做无罪辩护，判无罪，这是你的职责。这里就涉及一个问题，一审、二审和死刑复核辩护，功能上要不要区分。都到了死刑复核了，最后一道关了，无罪辩护勇气可嘉，但是量刑辩护是不能缺的，最大限度地维护当事人的利益要求我们在做无罪辩护意见的同时指出几条量刑辩护意见来，留得青山在不怕没柴烧，先保他一条命再说。

除了全国律协和美国律师协会的项目之外，我跟律师界还有一个接触——与耶鲁大学合作的有关律师会见的项目。项目结束之后，我们整理了25条律师会见规范提交给了全国人大法工委。这个项目一开展，又发现了问题。有些可能比较超前。第一，会见过程中要不要带案卷，在刑法修改前一年我们提交了4条意见给人大，说明为什么要让被告人阅卷。在德国，侦查员在案件正式起诉时，案卷材料要有两份，一份给法官，一份给被告，这是检察官的义务，不做就是程序违法。当然律师也可以到法院阅卷。美国比较复杂，有联邦有各州，根据我看的资料，被告人的阅卷权也是能得到保障的，律师的就更没有问题。被告人为什么要阅卷？第一，被告人有辩护权，有辩护权就得有质证权，有质证权就得阅卷，不阅卷怎么质证。这是辩护权的应有之意。第二，不阅卷的被告人容易和律师的观点发生分歧，对案件的事实产生误判，没法沟通。只有让被告人阅卷，才有可能和辩护人讨论案件。当然尽管被告人本人法律水平有限，但并不能因为这个原因就否定他的阅卷权。我们看薄熙来案，其中有一个细节，首席辩护律师让薄熙来看了全部案卷材料，薄熙来还做了摘录，法庭上一摞纸是他对案件的摘录，薄熙来可以从容不迫地发言。对证据发表质证意见，对证人发问，建立在他阅卷的基础上。所以薄熙来这个案件是特殊的人物、特殊的环境和特殊的背景给他特殊的保障。在现场旁听的律师朋友告诉我，薄熙来比律师发挥得还要好，律师发挥得已经相当不错，薄熙来的发挥则是出乎人们的意料。这跟他充分的阅卷有关。所以我们有的时候，对被告人对辩护的渴望没有重视。新刑法这次之所以把这个写下来，就是基于这个战略考虑，让被告人发挥更大的作用，让被告人和辩护律师之间相互沟通，做有效的质证。有一位律师告诉我他的经验，说一般的案件还看不出来被告人阅卷的优势。他有一次给一个经济类犯罪案件辩护，这个案件非常复杂，涉及很多的票据、董事会决议、合同文本、股权争议，一般遇到这种多学科交叉的案件，定性究竟是民事还是刑事，争议很大。被告人很特殊，是当地国有企业的总会计师，金融学博士，对金融领域的问题了如指掌，那天在法庭上，检察官和辩护人发表意见，讨论到中间，被告人忍不住说，审判长我要发言，审判长同意了。他说能不能让我澄清一下公诉人和辩护人讨论的问题，3分钟把问题澄清了，说这个在金融学领域是常识问题，你们争什么。后来法官休庭，专门跟检察官和辩护人谈：“你们跟被告人再沟通一下，今天上午的讨论时间过得很快，但是很多问题没有讨论清楚。”然后在一个房间里，公诉人和辩护人他们就他们讨论的几个专业问题问被告人，被告回答得一清二楚。你不得不承认，专业就是专业，类似这种高度专业化的知识、经验和技巧，被告人本人具有更大的优势。如果开庭前让他阅卷，跟他沟通，辩护的效果会更好。所以让被告人阅卷，是我国继辩护律师阅卷之后一项重大的突破，最后写在刑法里，这跟我们当年律师界做的努力有很大关系。

再比如说，这次我们在做律师会见规范时，一个新问题又出来了。多少年来，我们理解的会见权就是律师申请会见在押被告人、犯罪嫌疑人的权利，真的是这样吗？请问在押被告人、犯罪嫌疑人有没有权利要求会见律师？根本上说，会见权是辩护权的核心，它是辩护权

的保障也是表现。只有律师会见在押被告人、犯罪嫌疑人的权利,难道就没有被告人要求会见律师的权利吗?你看我国的刑诉法,整个的理念就是保障律师的会见权,为什么不保障被告人或犯罪嫌疑人的会见权呢?我们看医生,医生主动看病人当然好,但难道病人就没有权利主动要求医生来看病吗?谁是得病的人?谁最需要帮助?不言而喻。在去年上海举办的公安部全国监所会议上,当我们把这个问题提出来后,全场的100多个看守所所长震惊了,他们没想过。我说在押被告人、犯罪嫌疑人不是罪犯,不要用改造的思维。除了那些短期自由刑的人,嫌疑人、被告人在法律上是无罪的人,而且还是最需要救助的人。这个时候应该给他特殊的权利保障,你还给他剃光头、穿黄马甲、戴手铐脚镣,为了防止他逃跑可以,但是在法庭上是不能这么打扮的。我说将来得有三项工作要做:第一,每个看守所门口一个电话;第二,电话边要有律所名录;第三,必须有一个图书馆给他们看法律文书。还有嫌疑人应当有权随时随地要求会见律师,和律师沟通,且受托律师有义务到来。没有委托的律师但符合法律援助条件的,要在24小时内指定一个符合条件的律师跟他会见,会见权未来是双重的。这个理念现在有些超前了,但是你想想,会见权的主体是谁?难道被告人、犯罪嫌疑人没有权要求会见律师吗?如果答案是否定的,被告人要求会见律师的权利就成了律师的义务了,你的义务就是会见他。这里面涉及我国律师制度的一个深刻的观念的变革。要不要发生变革?这个大家都可以讨论。

近期我还主持了一个最新的项目。在这个项目中我与山东两个城市的律协(济南律协和东营律协)一起合作研究量刑辩护。量刑辩护又是我国辩护中最新的经验,量刑辩护是建立在对无罪辩护放弃的前提下,或者在做无罪辩护的同时进行量刑辩护。实际上,百分之九十乃至所有的案件都有量刑辩护的空间,那么我们应当怎么做量刑辩护?我们进行了一年的研究,有重大发现。坦白说,民间有智慧,只是智慧没有被吸收进来。总的来说,我在这个项目中有两个重大发现:第一,我们对量刑情节的研究失于简单和草率。近年来,刑法学界研究量刑情节取得了一些进展。但是从辩护实务的角度你会看到,它仍有新的空间。比如在调研的过程中,我们充分吸收了律师的观点,提出了一个标准,量刑情节不仅分法定和酌定,还有另一种分类方法,就是犯罪时已经出现的量刑情节和犯罪后新促成的量刑情节。上述区分标准是以犯罪行为为界。犯罪前的情节很多,比如主从犯、未成年、被告人有无过错、主观过错大小、前科,我国刑法规定的情节绝大部分是犯罪时已经出现的情节。但是近年来,刑事诉讼法和刑罚发生了重大的交叉,新情节大量适用,比如刑事和解,最高人民法院的司法解释把它变成了法定量刑情节,而且应当从轻,可以减轻,可以免除,使之在量刑的意义上可以和自首立功相提并论。这些情况包括但不限于积极退赃、积极退赔、认罪悔罪和被害方谅解。李天一的案件,另外3个被告人的辩护律师就用了一条,那就是和解。3个被告人每人赔了被害人15万,两个判缓刑,已经充分显示出中国法院的判决逻辑了,刑事和解已经发挥作用了。而李天一不认罪,拒绝赔偿,尽管是未成年人,依然被判了10年,那个成年人被判了12年。当然这个判决本身是有争议的,但是我们可以看到,今天中国法院的逻辑,对整个的刑事和解很重视。刑事和解是犯罪后出现的情节,更不用说自首立功坦白了。有人计算了一下,在我国整个的刑事司法辩护实践中,十几种常用的情节都是犯罪后新促成的情节。

如果大家认同这个标准的话,在这两类情节中律师的工作重点是什么?对第一种量刑情节,律师的工作重点是发现、搜集和调查。对后一部分量刑情节,光收集调查没用,要积极

促成。律师要努力成为量刑情节的制造者、促成者。刑事和解不是从天上掉下来的,你要斡旋、促成,要参与妥协的过程。

再比如,在量刑辩护中我们也发现了一种新的经验:律师如何做调查。我们过去老说调查难,在无罪辩护中调查确实困难,在程序辩护中调查确实困难,你调查被告人是否无罪或者被刑讯逼供,难度太大,风险极大。但是我们也发现,在定罪问题基本没有争议的情况下,量刑情节的调查没有那么大的麻烦。到居委会开一个证明,到学校开个证明,到被害人家里调查,到派出所调查,有的时候基本上能得到保障,不像无罪辩护中的调查那么困难。又有一个问题出来了,你会调查吗?我和田文昌律师专门就此进行了讨论,有经验有教训。举例,山东东营一个区法院开庭审判一个抢劫案,案情很简单,两名被告人入住宾馆,叫一楼的按摩女上楼按摩,一进房间门一反锁,嘴堵上,手捆上,把她身上的钱款抢劫一空,最后发现了信用卡。然后经过殴打逼她交出了密码,然后一个人看着她,一个人取钱,取了钱之后两人发了个手机短信跑掉。后来两人走投无路投案自首。经查,两人一共抢了7000元人民币。受审时,案情清楚,没有无罪辩护空间,律师就做量刑辩护,两人对事实供认不讳,没有争议。我们的律师在开庭时当庭递交两份书面意见,说被害人是个河北籍的女子,昨晚才回到东营,调查了两份材料——第一份:被害人的量刑建议书,简单地写了一下情况,说得到了一万元的赔偿,请法院判缓刑,被害人签名了。第二份是被害人的收据,内容为被害人今收到谁谁谁送来的钱,人民币壹万元整,年月日,签名。法庭让公诉人质证,公诉人提了两个问题:第一,谁调查的这两份证据?辩护人说是我,公诉人说你调查怎么在证据上没有反映,你调查的时间、地点、见证人、询问过程和问答都没有,鬼才知道是不是被害人签的字,你向我证明是不是被害人真实的签名。第二份收据是她真的收到这个钱了吗?你怎么能向我证明不是伪造的,不是你随便找个人签的呢。辩护人很委屈:我辛辛苦苦跑了一天搞来的证据,居然不信任我,那要这样的话对你的卷宗我也可以不信任。公诉人问,你看的卷宗,我哪份调查没有时间地点,过程见证人、询问人还是两人。在打证据的时候经常打案件证据的来源,有没有看验检查笔录,有没有搜查笔录,有没有各种笔录的记载、佐证。你的调查有吗?在证据法学上我们有个概念叫鉴真问题,又叫证据链条的完整问题,你这个书证的真实性在哪里?我们当时看到这个案件以后产生极大的震动,过去我们打控方的笔录打得轻车熟路,一到我们的时候犯的是一样的毛病,我们只有结果证据,没有过程证据,没有时间、地点、搜集证据的过程、见证人、案件真伪的保障,更没有办法能保障这份证据没有被伪造篡改。一句话,你如何让法庭相信是真的?所以后来我们在起草量刑辩护指导意见的时候,我们拟定了几条调查规则:第一,调查必须两人进行,一个人调查无效;第二,必须有见证人,一定要找一个有公信力的人,比如居委会的干部、村支书、居委会有一些职务的人或者是警察,有一定的中立性、权威性的人做见证人。

我说这么多是干什么呢,是说我参与律师调研快十年了,参加了4个重大的项目,每个项目里都感觉到活生生的辩护经验都在律师手里,需要总结,需要提炼,所以后来我和田文昌律师不约而同地取了一个名字“刑事辩护的中国经验”,当时搞这本书我和他进行了三天三夜的对话,4个人2个录音笔,敞开聊。我确实发现,30年来中国的刑事辩护律师在中国最恶劣的司法环境中也创造了最悲壮的经验,而且能在很多案件中取得积极的效果,需要我们认真地总结清理。下面我总结一下,究竟有多少经验是我们这本书里涵盖的呢?要讲恐怕一天也讲不完,但是我这里将最重要的做一下概括。

辩护经验之一：多种辩护形态并存

第一个经验，中国律师30年来辩护经验首要的一个，多种辩护形态并存，辩护形态走向多元化。应当说，这个经验是一步一步发展出来的。从20世纪70年代末80年代初律师制度恢复以来，最早的是实体辩护，以定罪为靶子，以无罪辩护为先导，到今天出现了5种辩护形态并存的局面，这是我们这本书的一个基调。这本书的大纲是我列的，我列了大纲，以此为基础和田律师谈的。我说列这个大纲脑子里得有个概念，刑事辩护的5种形态的概念得有，打官司、做辩护，5种形态在中国出现了。这个经验需要总结，这个经验来自两方面：（1）来自中国法律制度的发展。法律制度创造了中国5种辩护形态的基础。（2）来自律师的成功实践。只有成功的实践，才可能有多种辩护形态。

我在这里先不抽象谈，举个例子。北京一个律师给一个医生辩护，这个医生是某医院血液科主任，在当地是响当当的人物，英国的某大学医学院留学回来的博士，号称该省5名顶级的血液病专家之一，主任医师，当地政协委员。检察院以受贿罪对他立案侦查，理由是他利用职务之便收取医药代表的回扣接近70万元人民币。因为在中国的公立医院，存在一个普遍的问题，医药代表为了推销药或者设备，坐镇医院，给所有的医生计算工作量。我们后来看到这个案子的资料才惊讶地发现这真是职业化、专业化的操作。比如说，这个人姓江，江医生2009年一年的看病支出的清单，开100块钱的药，回扣20，好家伙，20%的回扣，这一年就给他发了70万元。该市检察院反腐行动廉政风暴，一抓抓了该市十几个医院的院长和医生，其中也有他，现在搞反腐败一抓就是一串，如果受贿70万元，大体要判刑10~12年，因为本案没有法定减轻处罚的情节。这个案件的律师在侦查阶段就介入了，在批捕环节做了一项工作，提交了法律意见书给检察院。律师认为被告人不构成受贿罪，因为这是典型的非国家工作人员受贿，理由是70万元回扣没有一分钱利用主任的身份。你可以查医院血液科主任的总共8条职责中没有任何一条跟他收回扣有关，收的钱是在门诊室开药方收的钱，任何一个医生只要是在门诊看病都有开处方的权利，这是典型的医生运用开处方的机会收回扣，典型的商业贿赂，是非国家工作人员受贿。该罪的量刑一般是5年以下，数额巨大、25万以上的，要判刑5年以上。这个案件是70万，律师放弃了无罪辩护，在批捕环节就准备申请变更罪名，但反贪局、检察院不听，案件到了审查起诉阶段继续提这个问题，也不同意。律师就在法院开庭阶段正式提出了这个辩护意见，在这个案件中，律师做了好几个辩护。他的辩护意见分了4份，这是我见过的新型的辩护。我问他，为什么不放在一块儿？他说放在一块就100多页，谁有耐心看完？我就把4种观点分别提交辩护意见。比如“江某某案件无罪辩护意见书”、“江某某案件罪名变更申请书”、“江某某案件量刑辩护意见书”和“江某某案件程序辩护申请（意见）书”4份。每一份都在7~8页。一份不采纳没关系，我还有后面好几份呢。分别提交4份，每一份附录法院的判例。法院的案例、先例附在后面，还特意找北京的专家出具了专家意见，每一份附上一份专家意见。首先看第一份，被告人不构成受贿罪，论证了，法院采纳了。第二份，认为被告人构成非国家工作人员受贿罪，变更罪名，在无罪辩护没有空间的情况下，论证构成较轻的罪，打掉较重的罪，这叫阶梯理论，你给法院一个台阶下，给他个出路，体现了律师的智慧，而不是一味地对抗。第三份，本案有量刑辩护意见，提交了一份，这个人得到的锦旗无数，是资深专家，医德很好。收回扣，这是中国国立

医院的体制性问题,把整个的辩护归结于体制。还举了例子,深圳一口气抓了12个医院的院长,后来当局下令,不能再抓了,要不医疗水平会下降很多。另外,获奖无数,救活了多少人,又多次做无偿医疗,这些东西摆出来之后,合情合理,让人震动。不仅如此,还做了程序辩护,这个案件,从批捕环节就提醒检察官不构成受贿罪,检察官不予理睬;审查批捕、侦查阶段,乃至审查起诉阶段检察官都一意孤行,以致今天到了法院。如果这个案件受贿罪不成立的话,结论只有一个,原来的侦查是无效的,因为检察院对非国家工作人员没有侦查权。没有侦查权那么其侦查来的就是无效的 evidence。我后来问他,你真的希望他宣告管辖无效吗?他说当然不是,要想取两分必须拿出十分来,把他吓住。程序辩护就是要在心理上吓住他,让他羞愧,让他无法发言。果然那个检察官说,如果是非国家工作人员受贿,那么我管辖错误,如果是受贿,那么我一点错误没有。当然,把这个球踢给法院了,你怎么办?你要是判是个非国家工作人员受贿,这个案子管辖就错了,要是受贿管辖就对了。最终,律师的辩护效果很好。法院认定了非国家工作人员受贿,也认定了量刑情节。当然关于程序辩护,法院认为尽管在管辖上有瑕疵,但是考虑到这个案件一开始是有争议的,是善意的,不是恶意的,因此检察机关取得的证据仍然有效。最后认定构成非国家工作人员受贿罪,量刑5年,在起刑点上。

概括一下,到目前为止,已经出现了5种辩护形态并存的局面,律师可以做3种选择。第一种选择,在某一个案件中用其中一种;第二种选择,用若干种;第三种选择,全都用上,例如刚才这个例子。这就好比是兜里的钞票,怎么花、花多少,这就是你的工具、你辩护的武器,我觉得如果说10年前总结还不成熟的话,今天已经成熟了。

第一种辩护形态,实体辩护中的无罪辩护,在任何国家都是最难也是效果最好的辩护。推翻指控、认定无罪,这是刑事辩护皇冠上最亮丽的明珠。所以今天我们和很多大律师交流,他们在介绍自己的时候,经常说自己做过几个无罪辩护成功的案子,以之代表自己的成功。无罪辩护在我国大体分两类:实体和证据。实体上的,运用实体上的抗辩事由,如指出其为民事纠纷、行政案件等,认定被告人无罪,这个我不多说了。第二种证据上的无罪辩护,综合全案证据,事实不清,证据不足,指控的罪名不能成立。应当说,这种辩护空间越来越大。因为首先,我国刑事侦查的质量不高,我们2010年以后才有证据规则,证据规则的不完善导致侦查以口供为中心,实践中出现大量常识性的错误。其次,证据法越来越完整,从2010年两个证据规定,到2012年刑诉法,再到最高院的司法解释,我们最高院司法解释里已经有30多条证据规则,每一条都是律师辩护的武器。证据法越来越完善,而公安、检察的侦查水平没有相应地提高,给我们的证据上的无罪辩护创造了空间。有好几个案子,河南李怀亮案件因为证据不足宣告无罪,还有最近冤假错案的纠正几乎都是因为证据不足。王书金案件则是全世界最奇怪的案件,律师认为王书金是罪犯,检察官认为他无罪。为了论证聂树斌是罪犯,我们的检察院充当了人世间最独特的辩护人,找了4个漏洞,论证王书金不是杀人犯。有一种情况比较特殊,非法证据排除能不能导致无罪辩护,如果非法证据排除能够把对方关键证据给打掉,导致检方证据锁链断裂,则非法证据排除滑向无罪辩护,但其本身不是无罪辩护。

第二种:罪轻辩护。刚才这个医生的受贿案是典型的。在打掉重罪的基础上论证被告人构成一个较轻的犯罪。这种辩护有两个前提条件:第一,无罪辩护没有空间,第二征得被告同意,以被告同意为前提,因为律师毕竟要充当一部分公诉人的角色,论证构成一个较轻

的罪名。这种辩护尤其在死刑案件中空间最大,把一个死刑改造成非死刑,空间非常大。比如论证故意杀人或者故意伤害不成立,论证构成寻衅滋事。我最近两年接触了五六个这种案件,一下子把量刑从死刑、无期徒刑降到了7年以下,这最终是一种量刑问题。为了让大家理性地看待这个问题,罪轻辩护又可以分三种:其一,较重的罪名改成较轻的罪名,从而换得量刑上的优惠。受贿罪改成非国家工作人员受贿,故意伤害改成寻衅滋事聚众斗殴,都是这个道理。其二,降低犯罪数额的辩护,一个案件有80多笔受贿,金额2000万,我打掉其中三分之二,量刑自然降下来了,这也是一种罪轻辩护,在财产性犯罪中用得最多。在中国有几个数额非常关键,比如10年10万,如果能降到10万以下就成功了,还有三个档是100万、500万、2000万。其三,打掉部分罪名的辩护,从而降下来量刑。在中国把整个案件推翻非常困难,但是把三个打掉两个,空间是相当大的。因为检察院的心理是都给他打掉了那就是错案一个了,到年终的考核机制是非常残酷的,一票否决,检察院内部有一句不成文的规定叫百分之百的胜诉率,你敢让一个无罪,你检察长在全国同级检察院里排名就是倒数第一了。所以说当一个律师为做无罪辩护成功而喜悦的时候,公诉人在旁边恐怕就要遭受磨难了,这是中国的体制决定的。我现在也担任最高检察院专家咨询委员会委员,每次开会我都提,业绩考核制度不仅毁掉了中国的检察官,也毁掉了中国的辩护制度,毁掉了中国的司法环境,这不光是辩护问题,是体制问题。

下面看第三种,量刑辩护。量刑辩护是在刑事辩护中以量刑情节为依据,追求量刑情节上最有利于被告人结果的辩护。两个特征:第一,打量刑情节,以量刑情节为对象来打;第二,追求被告人量刑上最好的结果,目前方兴未艾。特别是2011年以后,量刑规范化改革,把量刑程序相对独立化。现在我国的法庭调查和辩论都分为定罪和量刑两部分,连检察院的起诉书跟量刑建议都分了,起诉书是定罪申请书,量刑建议书是量刑申请书,所以说这个问题多么重要。要研究它的规律,我们也做了专门的讨论。

第四种,程序性辩护。程序辩护是指以刑事诉讼法为依据,追求有利于被告人的程序上的结果。以刑事诉讼法为依据,与刑法无关,论证有利于被告人的程序上的法律后果。我国在2012年刑事诉讼法修正后已经出现了三类程序性辩护。

第一类,批捕环节申请检察院不批捕的辩护,打官司先打程序,打程序先打批捕,只要能变成取保候审,大获成功。你如果能够申请检察机关不批捕,就是成功。最近这次刑事诉讼法给我们提供了许多武器来做不批捕的辩护,或者进而推广到变更强制措施的辩护。因此,我们律师要研究刑事诉讼法第七十九条“逮捕的必要性”,逮捕必要性的5个标准,每个都是律师拿来论证被告人没有达到逮捕必要性的法律依据,你比如说,交通肇事案有必要逮捕吗?一个怀孕的妇女,最多判5年有必要逮捕吗?一个未成年人、一个高中生,就因为偷了一部手机,最多判3年,有必要逮捕吗?你先让他不逮捕了,再做其他辩护。北京现在到了什么程度?北京市三级检察院,未成年人案件的批捕率,最新数字到去年年底是62%左右,接近40%的不批捕,这个数字还在扩大。现在检察机关对逮捕必要性审查的观念越来越深入人心。尤其未成年人案件,不批捕率大幅度上升。一个律师给一个未成年人辩护,你如果能让他不批捕,变成取保候审,这就意味着有可能不判实刑,甚至有可能判无罪,难道这不是无罪辩护成功的先兆吗?另外,羁押必要性审查的辩护,我们现在的羁押必要性审查,你律师就要把他用起来,论证没有羁押必要,建议变更强制措施。这个辩护不光在批捕环节,还涉及一审二审,都可以做。递交申请书,建议变更强制措施,解除羁押状态,原来羁押的理由不存在了。

第二类程序性辩护是庭前会议中的辩护。我现在越来越发现很多律师已经开始很好地利用庭前会议了。我的一个律师朋友告诉我,他有一个案子在江苏泰州一个基层法院开庭,他申请庭前会议成功了,庭前会议要干几件事,他说他要把刑法给他的权力都用尽。首先,他要申请5个证人出庭做证,前面3个是烟幕弹,后面2个是真实的想法。其次,申请专家辅助人出庭,运用一百九十二条第二款,对控方的鉴定意见发表意见,从北京请了顶级的专家,来打掉控方的意见。现在我在北京见到很多专家,都开始搞这个业务了,很多鉴定机构开始做这个业务了。各位律师要学会用好它。昨天在飞机场候机的时候我还帮浙江的一个律师联系了3个专家,上海1个,北京1个,当地1个。我请司法部司法鉴定管理局局长给他找顶级的审计专家,来打掉对方的审计报告,检察院请当地的2个会计师做证,结果他最后告诉我,准备请北京那个全国著名的审计鉴定专家。因为有的案子,恐怕就是打鉴定。庭前会议中的程序辩护就多了,申请回避、申请变更管辖、申请证人出庭都是,都应该用好。

最后一类程序性辩护是非法证据排除,这是最重要、最难得的一种程序性辩护。这种辩护就是美国哈佛大学教授、著名辩护律师德肖维茨在《最好的辩护》里写的,反守为攻的辩护,这是最好的辩护。在七八年前,我写了一篇文章《论程序性辩护》,主要指的就是这第三类辩护。当时前两类在我们国家还没有出现,只有第三类。什么叫反守为攻的辩护?程序性辩护在非法证据排除里面特征有三个。第一个特点,被告人成了原告,律师是代理人,侦查人和检察官成了共同被告,你指控他违法,要求法院排除。这是一种独立的司法审查之诉,申请法院挑战侦查的合法性。这个带有进攻性。最近我在写一篇文章《论公诉的三个类型》,在这种案件中,公诉人做的公诉比较特殊,叫防御性公诉,他成了防御的一方了,你成了进攻的一方了,你提交的申请书副本还要送达给他,他要抗辩,他成了被告人的形象了。第二个特点,这种案件不是追究谁的责任,不要试图追究侦查员的责任,那是死路一条。在中国启动追究侦查员的责任比登天都难,这种案件就一个目标,打掉控方的证据,论证对方证据的合法性问题,宣告证据无效。早在2004年我就出版了一本书《程序性制裁理论》,这是一种独特的程序法上的制裁方式,两个无效:侦查行为无效,结果也无效。到此为止,不要过多渲染侦察员违法,而要更多地渲染他违反法定程序,证据不具有证据能力,我在证据法和程序法上和你对话。第三个特点,在这个诉讼中,主要的手段是两个:第一,要求审查控方的证据,控方会逐一向你出示他的证据,最常见的证据,口供笔录、情况说明、录像资料等等,你要做好充分的知识储备,来打掉控方的证据。所以我们今天看,时代已经发生重大变化。最近浙江有一个律师,打掉控方的情况说明,打得控方落花流水。公诉人提交了一份情况说明,上面写道:兹证明,我公安局工作人员李某某、张某某没有刑讯逼供,依法办案,特此证明。“这种不叫证据,叫外交部声明。外交部声明只是个主张、立场,没有提供任何事实。请公诉人告诉我,被告人5页刑讯逼供起诉书,某年某月几点几点,侦查员采用了什么手段刑讯逼供,有没有?回答我。”问了五六个问题,公诉人回答:我不知道,不是我干的我怎么知道。你不知道让侦查员来,别在这发表声明,没有任何证据效力,既不是书证也不是人证,也不提供事实。当然有时候我们律师的意见法官听不进去,这个案子很侥幸,碰上一个比较讲理的法官,法官说,情况说明无效,请让侦查员出庭作证,至少打掉了情况说明。还有录像,我不知道我们今天的律师能够容忍这样的录像展示方式吗?48个小时的录像就放20分钟,剪辑后的。拒绝参与质证。经过剪辑后的录像是不具有证据效力的,录像的生命在于完整性、同步性。我哪知道全程是什么样子。所以现在控方在法庭上整个的举证留下了无限