

经济犯罪与刑事辩护研究

余国华 著

JING JI FAN ZUI
YU
XING SHI BIAN HU
YAN JIU

光明日报出版社



经济犯罪与刑事辩护研究

余国华 著

JING JI FAN ZUI
YU
XING SHI BIAN HU
YAN JIU

光明日报出版社

图书在版编目(CIP)数据

经济犯罪与刑事辩护研究/余国华著, —北京:光明日报出版社,
2001.5

ISBN 7-80145-437-5

I. 经… II. 余… III. 经济犯罪-刑事诉讼-辩护-研究-
中国 IV. D925.25

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 026786 号

经济犯罪与刑事辩护研究

☆

光明日报出版社出版发行

(北京永安路 106 号)

邮政编码:100050

电话:63082642

新华书店北京发行所经销

北京市通州运河印刷厂印刷

※

850×1168 1/32 印张 12 字数 300 千字

2001 年 5 月 第 1 版 2001 年 5 月 第 1 次印刷

印数:1-3000 册 ISBN 7-80145-437-5/D·20

定价:21.60 元

目 录

第一章 刑事辩护立法与司法解释及其适用研究	(1)
一 国家根本大法的规定与适用.....	(2)
二 刑事诉讼法的规定与适用.....	(5)
三 人民法院组织法的规定与适用	(11)
四 律师行业管理的规定与适用	(11)
五 相关司法解释与适用	(13)
第二章 刑事辩护的困阻与错误防范机制研究	(19)
一 刑事辩护困阻的现状与成因分析	(19)
二 现行刑事辩护体制的缺陷及其分析	(24)
三 辩护人的过错及其失误分析	(28)
四 矫治辩护过错的策略和防范机制	(34)
第三章 经济犯罪的种类与辩护研究	(37)
一 破坏社会主义市场经济秩序罪	(39)
二 侵犯财产罪	(51)
三 贪污贿赂罪	(55)
四 毒品罪	(60)
五 其他经济犯罪	(63)

第四章	经济犯罪的构成要件与辩护研究	(65)
一	经济犯罪的主体要件及其辩护	(65)
二	经济犯罪的客体要件及其辩护	(72)
三	经济犯罪的主观要件及其辩护	(78)
四	经济犯罪的客观要件及其辩护	(80)
第五章	经济犯罪的证据与辩护研究	(90)
一	经济犯罪的证据及其比较分析	(90)
二	经济犯罪证据的数量与质量要求	(97)
三	经济犯罪的证据不足及其表现	(101)
四	控诉的证据不足及其辩护范例	(106)
五	辩护律师运用证据的策略	(107)
第六章	经济犯罪的刑事责任与罪轻辩护研究	(111)
一	经济犯罪中的主次责任及其罪轻辩护	(112)
二	犯罪客体的不同及其罪轻辩护	(117)
三	犯罪事实的出入及其罪轻辩护	(121)
第七章	经济犯罪特有情节的法律适用与辩护研究	(127)
一	法定情节与量刑的互动关系	(128)
二	酌定情节与量刑的互动关系	(137)
三	特有情节的法律适用及其辩护范例	(139)
第八章	单位经济犯罪与辩护研究	(144)
一	单位经济犯罪的要件识别与特征	(144)
二	刑法规定的单位经济犯罪与罪名	(146)
三	单位经济犯罪的刑事责任及其辩护	(156)
四	单位经济犯罪的主体之争	(159)

第九章 经济犯罪案件的二审与辩护研究	(162)
一 上诉与抗诉的主体及其辩护人的参与.....	(162)
二 经济犯罪案件的上诉和辩护的互动关系.....	(165)
三 经济犯罪案件的上诉、抗诉与辩护范例	(168)
第十章 经济犯罪案件的再审与辩护研究	(180)
一 审判监督程序的启动条件与内容.....	(181)
二 申诉和再审与辩护的互动关系.....	(184)
三 经济犯罪案件的再审与辩护范例.....	(187)
第十一章 经济犯罪案件的抗诉与辩护研究	(195)
一 抗诉的理由及其成因分析.....	(196)
二 抗诉与辩护的互动机制.....	(201)
三 抗诉与辩护的典型案件透析.....	(205)
第十二章 重特大经济犯罪与辩护研究	(217)
一 重特大破坏市场经济秩序罪及其辩护.....	(219)
二 重特大侵犯财产罪及其辩护.....	(230)
三 重特大毒品罪及其辩护.....	(231)
四 重特大贪污贿赂罪及其辩护.....	(235)
五 重特大破坏环境资源保护罪及其辩护.....	(248)
第十三章 疑难经济犯罪的界分与辩护研究	(253)
一 疑难经济犯罪的界分及其辩护.....	(254)
二 疑难经济犯罪与非罪的识别及其辩护.....	(259)
三 疑难经济犯罪的审判与辩护实例透析.....	(265)

第十四章	国际经济犯罪与辩护研究	(277)
一	国际经济犯罪的基本范围与构成要件.....	(278)
二	国际经济犯罪的刑事管辖与刑事辩护.....	(284)
三	洗钱罪与国际经济犯罪的关联和认定.....	(286)
第十五章	财政金融犯罪与辩护研究	(289)
一	关于新旧刑法的比较与取向分析.....	(289)
二	财政金融犯罪的辨析及其辩护.....	(294)
三	财政金融犯罪的刑罚适用及其辩护.....	(301)
四	对财政金融刑事立法的质疑与思考.....	(306)
五	个案分析与提高审判质量和辩护水平.....	(310)
第十六章	香港经济犯罪的规定与刑辩研究	(313)
一	犯罪的分类以及现行刑事审判机制.....	(314)
二	刑事审判和辩护的若干事由与事件.....	(315)
三	犯罪分类的争鸣与经济犯罪要览.....	(320)
四	刑事诉讼与律师辩护制度.....	(325)
第十七章	澳门台湾经济犯罪的规定与刑辩研究	(332)
一	经济犯罪的罪名及其适用刑罚研究.....	(333)
二	刑事诉讼程序与刑事辩护规范.....	(337)
三	台湾地区的刑事实体法与刑事辩护.....	(341)
第十八章	新中国知名刑辩律师回眸与辩护研究	(345)
一	律师制度与刑辩制度的沿革及其意义.....	(346)
二	知名刑辩律师及其业绩简评.....	(347)
三	辩护实践研究及其启示.....	(356)

第十九章 经济犯罪的辩护质量及其取向研究	(359)
一 刑辩质量的共性与经济犯罪辩护的特性.....	(360)
二 知与行的并重和辩护质量的提高.....	(365)
三 构建刑辩质量的保障与责任追究机制.....	(372)
主要参考书目	(373)
变与不变的追求(代后记)	(375)

第一章

刑事辩护立法与司法 解释及其适用研究

法制的创设与施行,是为了规范社会秩序和追求正义。关于刑事辩护立法的内容和方式,世界各国有不尽相同的规定。普通法系国家审案时尽量让当事双方或其律师最大限度的发挥作用,并将此称之为对抗制度(adversary system)。^① 新中国的刑事辩护立法,在 20 世纪 80 年代以后获得了长足发展。新型的刑事辩护制度已经确立。在我国颁行的许多法律和司法解释中,与刑事辩护有关的规定可以划分为若干层次,从而构成了有中国特色的刑辩法律体系。刑事辩护立法与相关的司法解释,为司法机关正确执法与辩护人参与诉讼从而维护当事人的合法权益提供了法律依据,也有利于我国公民学法、用法和守法。刑事辩护立法与司法解释的丰富内容,主要分布在宪法、刑事诉讼法、律师执业立法和最高人民法院的司法解释之中。整合、疏理刑事辩护立法和司法解释的种种规定,诠释和阐述刑事辩护的法理机制,能够产生多元的积极效能。可以说,关切刑事辩护立法和司法解释的适用状况,是学界进行理论研究的又一终极座标。为了有助于洞察经济犯罪与刑事辩护的内外机理,故先行选择了刑事辩护立法与司法解释及其适用研究。

^① 朱伟一、董婉月编著:《美国经典案例解析》,中国法制出版社,1999 年 5 月版,第 465 页。

一 国家根本大法的规定与适用

宪法是国家的根本大法,具有最高的法律效力,是其他立法的依据。在现行宪法中,有关刑事辩护的规定由两大层次构成:一是“公民在法律面前一律平等”;二是公民享有“刑事辩护权”。

我国宪法第 33 条规定:中华人民共和国公民在法律面前一律平等。平等权被列为公民的基本权利之首。不仅如此,宪法还将平等权作为一条原则予以规定。立法和司法最为忌讳的是不公。在宪法中确认平等原则,足以说明国家对公民平等权的高度重视。“公民在法律面前一律平等”,是指法律实施上的平等。其内容可以内化为互相联系的两个方面。

首先是司法平等,即公民在适用法律上的一律平等。其具体含义可以理解为:凡是我国公民,不分民族、种族、性别、职业、社会地位、财产状况、宗教信仰、受教育程度等等,都平等地享有法律规定的各项权利,任何人都没有超越法律的特权。在刑事法律关系中,不管是任何主体触犯了刑律,都应当依据刑法定罪量刑。这与封建社会的“刑不上大夫”相比,有本质的区别。司法平等与司法公正紧密相联。关于司法公正的标准,学者有不同的观点。其中有学者认为:司法公正包括适用法律的平等、诉讼程序上的规范、判决结果上的公平。^①此说言之有理。诚然,在具体的执法过程中,由于各种刑事案件情况不一,经济犯罪的情形更为错综复杂,需要辩证唯物论的“具体情况具体分析”,不能简单化和绝对化的认识司法平等。即使是相同的犯罪,适用刑罚也不是完全对等和相同的。不能千篇一律的生搬硬套某项法律规定。例如:对某些贪污、渎职犯罪案件,如果被告人确有真诚悔罪和实际的痛改前非

^① 参见林吉“司法公正”,载《政治与法律》1998 年第 3 期。

的表现,具有法定的从轻或者减轻情节,或者有酌定情节,便应当或者可以从轻、减轻其处罚。有的罪犯在监外可以为国家追回巨额损失,那么在适用刑罚和对罪犯的管制方面,便可以适用缓刑,采用监外执行的办法,而不一定非要将罪犯羁押在监狱中。人民法院定罪量刑时综合考虑犯罪的各种情节,依法裁判,同样体现了司法平等的要求。

其次是守法平等,即公民在守法上的一律平等。公民不论职位高低、财产多少、信仰什么宗教,也不论种族、民族与性别各异,只要是中华人民共和国的公民,就应自觉遵守法律,依法办事。然而,守法的理念需要一个长期的涵养过程,将自觉守法和与违法犯罪行为作斗争当成自己的义务,需要良好的法律意识。在一个文明水准不高、文盲充斥的国家里,其学法、用法和平等守法的状况是令人堪忧的。聚焦于社会现实,有的人或者以为自己地位高、后台硬;或者认为自己哥们多、势力强;或者以为自己财力足、能办事,就不把国家法律放在眼里,无恶不作,横行乡里。长期以来,中国刑法崇尚和表意的重刑主义,以及严峻的重刑犯罪与多发犯罪,均在不同程度上与犯罪率较高有关。预防和减少犯罪,特别要提倡公民的自学守法和守法上的一律平等。

需要提起注意的是,公民在法律面前一律平等,排除了立法平等的内涵。也就是说,在立法上人民和敌对阶级或者被统治者是不能讲平等的。从法律属性分析,人民与公民不能混为一谈。立法时不能舍弃人民和社会的整体利益而与根本的对立方理论平等。另外,公民在法律面前一律平等,也不是平均主义。要正确认识法律面前一律平等和平均主义的区别。根据国际惯例和国内立法,某国的外交官在我国享有司法豁免权;全国人大代表享有人身特别保护权和言论特别保障权。如此例外,主要是遵循国家之间的对等原则,或者为了保障他们能够正常履行职务,防止非法追究,并不是说这些主体犯了罪就可以不受法律制裁。不满 18 岁的

公民不享有选举权和被选举权的规定,也不是意味未成年人与成年人不享有平等的法律地位,而是因为未成年人没有具备相应的民事行为能力,尚不能正确行使选举权和被选举权。与此同时,在我国社会主义初级阶段长期的渐进历史过程中,法律上的平等和事实上的平等时常背离。两者的统一与和谐决非短期所能成就。

确保和赋予犯罪嫌疑人与被告人的辩护权,导源于宪法关于平等权的规定,是宪法适用于生活实际的范例,也是刑事辩护制度的立法根基。有的人误将宪法视为“闲法”。究其成因,是对宪法的权威性和适用性缺乏认识 and 了解。

宪法第 125 条规定:人民法院审理案件,除法律规定的特别情况外,一律公开进行。被告人有权获得辩护。宪法规定“被告人有权获得辩护”,其目的是为了客观真实地查明案情,准确定性,保证法院正确地行使审判权,维护被告人的合法权益。然而,真正从法律制度和民主制度的高度认知其内涵并非易事,在“反右”扩大化和“文革”期间,不少律师身陷囹圄概与为被告人辩护有关。这种特定历史时期形成的阴霾,至今尚存。

刑辩制度的创设和实施,保障犯罪嫌疑人或者被告人有实际可能详细陈述案情。犯罪嫌疑人和被告人是刑事案件的直接利害关系人。从法理上讲,应当给其阐述事实和申辩理由的机会。这两种主体亲身经历案件的全过程,被告人的阐述和供述,同是刑事诉讼法规定的证据之一。开庭前后依法听取被告人的供述,有利于做到兼听则明,客观、全面地分析判断案情。

从控辩关系来看,犯罪嫌疑人和被告人有权向司法机关提出反驳指控和罪责的理由,提出从轻或者减轻其罪行的证据。使审判机关在控诉与辩护的对抗过程中,剔剔真伪,把握罪与非罪。由于客观情况的复杂性,在不同环境、不同动机、不同心理状态下产生相同法律后果的案件比比皆是。例如:某被告人出于故意杀人的动机而将被害人砍伤;某被告人在对方故意严重伤害己方的情

况下,抢下对方的凶器,并将对方刺伤。从形式上分析,这两种行为的结果相似,都是伤害了对方的身体。但是,其原因、动机和事物发展的具体过程不一样,在定罪量刑时就会相差甚远。因此,让被告人向法院据实提出反驳罪责的缘由和证据十分必要。即便是被告人有意为自己开脱罪责或者混淆罪与非罪,也不是由被告人说了算。司法机关历经调查与核实,有利于严格的查明和判断是非曲直。客观事实和证据确凿,并不因为被告人矢口否认就不成立。更不能以此为借口,否定或者剥夺被告人享有的辩护权。

被告人享有辩护权贯穿于刑事诉讼的全过程,而不是提出起诉之后的某一审判环节。从法律地位和人格的内在要求斟酌,刑事诉讼的控辩双方是平等的主体,不是互相隶属的封建式臣仆关系。于此,控辩双方才有平等的权利进行辩论,主审法院才能在直接了解案情真实的基础上作出正确的判决。在刑事侦查、起诉和审判过程中,不论公诉人还是辩护人,或者自诉人还是辩护人,都依法享有平等的诉讼权利。就是在被告人犯罪事实确凿的情况下,被告人也享有最后陈述的权利。依法保障被告人享有的辩护权,能够充分体现出我国法律维护人权和公平、公正的实质。

二 刑事诉讼法的规定与适用

刑事诉讼法是我国的基本法。我国现行的刑事诉讼法,从1997年1月1日起施行。从此,将在起诉以前被司法机关羁押的当事人称之为犯罪嫌疑人,提起公诉之后才称之为被告人。从基本法的层面对刑事辩护进行细化和规范,符合宪法的要义,也是为了便于操作。该法是打击刑事犯罪,保护公民合法权益的程序性行为规范,与实体法互相衔接。关于刑事辩护,该法在刑事诉讼法第11条、第32条至38条,共用了8个条文,对犯罪嫌疑人和被告人的辩护权、辩护人的范围、辩护人介入案件的时间、辩护人的权

利与义务、指定辩护和拒绝辩护等方面作了较为周详而具体的规定。

犯罪嫌疑人和被告人有权获得辩护。刑事诉讼法不仅将被告人有权获得辩护作为一条基本原则,而且还明确规定“人民法院有义务保证被告人获得辩护”,为被告人的该项权利提供了审判环节的组织保障。

辩护人的人数及范围有限制性要求。刑事诉讼法第32条规定:“犯罪嫌疑人、被告人除自己行使辩护权以外,还可委托一至二人作为辩护人”。辩护人的具体范围和6种除外情形分别是:第一,除了律师、人民团体或者犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人,以及犯罪嫌疑人、被告人的监护人、近亲属外,其他公民一律不得担任辩护人;第二,正在执行刑罚的人不得担任辩护人;第三,依法被剥夺、限制人身自由的人不得担任辩护人;第四,公安、检察、法院的工作人员不得担任辩护人。但如果他们是犯罪嫌疑人、被告人近亲属或者监护人,要求充当辩护人的,根据情况可以准许;第五,同案证人不能同时担任同案人的辩护人;第六,同犯罪嫌疑人、被告人犯罪活动有牵连的人,在案情弄清之前,不得担任辩护人。

辩护人介入案件的时间及其运作方式较以前的立法有进步。在这一敏感而尖锐的问题上,控辩双方主要是负责刑事侦查的公安机关和审查起诉的检察机关,与犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人有着重大分歧。一方以妨碍侦查为由强调推迟辩护人介入的时间,一方以辩护权应贯穿刑事诉讼的始终为由要求提前参与。在长时间的争辩与探索后,97刑事诉讼法终于有了重大的转机和突破。刑事诉讼法关于这一内容的规定有三个层次:第一,“公诉案件自案件移送审查起诉之日起,犯罪嫌疑人、被告人有权委托辩护人。自诉案件的被告人有权随时委托辩护人。”即辩护人介入案件的时间可以提前到审查起诉阶段而不再是审判阶段。辩护人提前介入

案件,可以有更为充分的时间进行阅卷和调查取证,更有利于澄清事实真相,维护犯罪嫌疑人或者被告人的合法权益。第二,“人民检察院自收到移送审查起诉材料之日起三日以内,应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。”第三,“人民法院自受理自诉案件之日起三日以内,应当告知被告人有权委托辩护人。”规定检察院和法院的告知义务及其时间界限,其目的是提醒那些不知自己享有辩护权、不了解辩护制度的犯罪嫌疑人、被告人及时行使辩护权,是对其享有的辩护权利的一种程序上的救济。而且,人民检察院、人民法院还应当向他们介绍可以委托哪些人为辩护人、辩护人的职责、权利和义务等内容。97 刑事诉讼法的立法转机与突破虽然有限,但毕竟脱胎于刑辩制度并不完善的国家。在打击、限制与保护、维权的选择中,统治阶级自然地会偏重于前者。

辩护人的责任、权利和义务趋于定型与合理化。刑事诉讼法第 35 条规定:辩护人的责任是根据事实和法律,提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见,维护被告人的合法权益。其含义有二:一是辩护人的辩护应当从有利于犯罪嫌疑人、被告人的方面进行。这与国际惯例和绝大多数国家的刑辩立法是相通的。根据美国《联邦证据法》,辩护律师应当保守与当事人谈话的秘密。未经被告的同意,律师不得透露被告坦白的内容。^① 辩护人提出有利于犯罪嫌疑人、被告人的材料、证据和意见,决不能混同为包庇罪犯,而是履行辩护人的职责。二是任何单位和个人都不得强迫辩护人提供不利于犯罪嫌疑人、被告人的材料或要求辩护人揭发、检举犯罪嫌疑人或者被告人的罪行。当然,如果犯罪嫌疑人、被告人确实隐瞒了重大罪行,辩护人可以说服其坦白交代,争取宽大处理。如果犯罪嫌疑人、被告人

^① 朱伟一、董婉月编著:《美国经典案例解析》,中国法制出版社,1999 年 5 月版,第 465 页。

一意孤行,辩护人可以拒绝为其辩护,并告知他们另行委托辩护人。对于这种职责定位及其选择,目前还有很多公民包括不少司法工作者都耿耿于怀,接受不了这样的理念。

关于辩护人所享有的权利,刑事诉讼法第36条、第37条有较为详尽的规定。权利的设定,是为了辩护人履行正当的职责。

辩护人有查阅、摘抄、复制本案材料的权利。该项权利行使的时间为:“自人民检察院对案件审查起诉之日起”和“自人民法院受理案件之日起”。其立法动因是使辩护人有较为充裕的准备时间。该项权利所包括的内容为:辩护人“可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料”和“本案所指控的犯罪事实的材料”。具体包括立案决定书、侦查终结报告书、起诉意见书、逮捕书、有关家属通知书和有关技术鉴定书等。显然,立法上采用了有所限制的行为模式。如果辩护人要求查阅上述内容以外的诸如人民检察院、人民法院的内部意见等材料,法律则不予保障。同时,在辩护人行使该项权利时,人民检察院、人民法院的工作人员如果附加无理条件或对该项权利的内容有所保留时,辩护人并没有应付能力。

辩护人有同在押的犯罪嫌疑人、被告人会见和通信的权利。在押的犯罪嫌疑人、被告人都是依法被限制人身自由的当事人,一般公民未经决定羁押的机关许可不得与其见面和通信。但是,辩护律师要全面了解案情,就必须要与犯罪嫌疑人、被告人接触。因此,刑事诉讼法规定律师有与犯罪嫌疑人、被告人会见和通信的权利,是为了保障辩护律师正确地履行职责。

辩护人有向有关单位和个人收集与本案有关的材料的权利,即辩护人有取证权。在刑事诉讼中,一般由公安机关和检察院调查取证与举证。但是,由于职业定位的要求不同,取证时的侧重点也不同。如果仅仅依靠公安机关或者检察院从证明犯罪嫌疑人、被告人有罪的角度而搜集的证据定案,很可能是不完整、不准确和不公平的。辩护人从维护被告人合法权益的角度出发依法取证,

可以从另一方面阐述案情的真实过程。人民法院根据控辩双方提供的证据来定案,定罪量刑就要准确得多。因此,刑事诉讼法明确规定了辩护人的该项权利,不仅为辩护人合法取证提供了法律依据,而且是我国刑事辩护制度的重大进步。

然而,辩护人在调查取证的过程中,必须注意以下事项:辩护人向犯罪嫌疑人、被告人及其提供的证人或者有关单位和个人调查取证时,经上述人员同意即可;但是,辩护人向被害人、被害人的近亲属或被害人提供的证人调查取证时,不仅要经过他们的同意,还必须经人民检察院或者人民法院许可。辩护人可以直接向有关证人收集与本案相关的材料,也可以向人民检察院、人民法院申请收集、调取证据,还可以申请人民法院通知证人出庭作证。同时,辩护人调查取证的内容不得脱离本案。即辩护人只能收集与本案有关的证据,不得对与本案无关的情况进行调查取证。证人可以拒绝向辩护人提供与本案无关的证据。

辩护人还依法享有如下权利:出席法庭、参与诉讼;获得本案法律文书副本;因不可抗力、意外事件或其他正当理由,可以申请人民法院推迟开庭时间,等等。

如果辩护人不是由辩护律师担任,而是由其他人担任(即其他辩护人),那么其他人在行使前述有关权利时,一般要经过人民检察院、人民法院的许可。而法律对其他辩护人的调查取证权没有明确的保护性规定。

权利与义务总是相对而言的。刑事诉讼法第38条同时规定了辩护人应当承担的义务。其主要内容有:辩护人不得帮助犯罪嫌疑人、被告人串供或隐匿、毁灭、伪造证据;辩护人不得威胁和引诱证人;辩护人不得进行干扰司法机关诉讼活动的行为;辩护人还有保守在辩护过程中知悉的国家、当事人的秘密的义务,要注意维护当事人的隐私权。

指定辩护已经得到了更高层次的重视,其配套机制较以前完