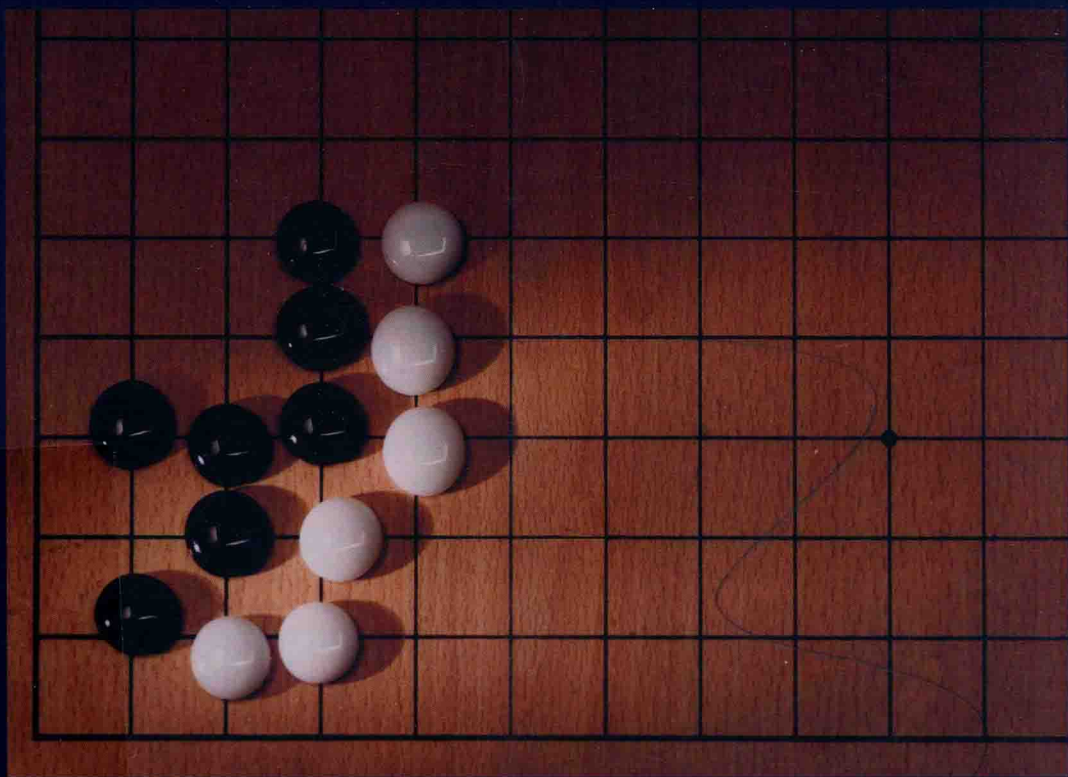


抗辩 博弈

刑事诉讼技巧
与典型案例分析

Defense Game

criminal procedure skills and
typical case analysis



博弈理念深刻影响着刑事控辩活动和法律工作者的行为

木桶效应：找准抗辩的切入点

斗鸡博弈：用实力奠定无罪辩护基石

重复博弈：从争议焦点中找到突破口

智猪博弈：罪轻辩护的最佳选择是等待时机

雷彦璋

著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

抗辩博弈

刑事诉讼技巧与典型案例分析

雷彦璋 / 著

Defense Game

criminal procedure skills and
typical case analysis

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

抗辩博弈：刑事诉讼技巧与典型案例分析/雷彦璋

著. —北京：中国法制出版社，2022.9

ISBN 978 - 7 - 5216 - 2726 - 8

I. ①抗… II. ①雷… III. ①刑事诉讼 - 案例 - 中国

IV. ①D925.205

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2022) 第 102418 号

责任编辑：李璞娜

封面设计：杨泽江

抗辩博弈：刑事诉讼技巧与典型案例分析

KANGBIAN BOYI: XINGSHI SUSONG JIQIAO YU DIANXING ANLI FENXI

著者/雷彦璋

经销/新华书店

印刷/三河市国英印务有限公司

开本/710 毫米×1000 毫米 16 开

版次/2022 年 9 月第 1 版

印张/16.5 字数/208 千

2022 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5216 - 2726 - 8

定价：55.00 元

北京市西城区西便门西里甲 16 号西便门办公区

邮政编码：100053

传真：010 - 63141600

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：010 - 63141663

市场营销部电话：010 - 63141612

印务部电话：010 - 63141606

(如有印装质量问题，请与本社印务部联系。)



雷彦璋，笔名三月雷，1961年1月出生，天津津海律师事务所创始人，北京市京师（泉州）律师事务所执业律师，正高级经济师、证券投资分析师，某央企特聘法务专家。1997年以来一直从事律师工作及大型国企法律顾问工作，以“追求卓越、终身学习”为个人职业理念。先后被数十家公司聘用为企业法律顾问，具有丰富的律师代理经验和大型国企商务管理经历，先后承办经济、民事、刑事、行政、劳动争议等诉讼纠纷案件数百宗，多年担任国家重点建设项目法律负责人。在国家级刊物及个人主页公开发表论文《博弈理论对民事诉讼代理的指导》等一百多篇。个人专著有：《赢在博弈：民商诉讼技巧律师技能突破》《对风险说不：涉外合同关键词导读与解析》《对风险说不：非诉博弈与企业法务精要》《风险博弈：非诉实务与公司法务精要》《胜在博弈：工程建设诉讼技巧与典型案例解析》《黑森林》等十余部。对公司非诉法律事务、民商诉讼博弈、刑事诉讼博弈及工程建设纠纷、股权债权纠纷代理技能有较深研究。

个人QQ：158549276

微信号：18859590322

很小的时候就知道《天鹅湖》这部史诗般的经典舞剧，碧波荡漾的湖边，绿草葱葱，蓝天白云，悠然的天鹅翩翩起舞，浑然觉得天鹅不仅楚楚动人，且是世界上最懂得爱情的生命体，浑身洁白，让人遐思。在《天鹅湖》韵律的熏陶中，逐渐养成了一看到白色，就想到天鹅，一看到天鹅，就想到纯情、洁白与忠贞爱情的思维习惯，几乎成了一种潜意识的条件反射。后来读了一生专注于研究运气、不确定性、概率和知识的美国作家纳西姆·尼古拉斯·塔勒布（Nassim Nicholas Taleb）的《黑天鹅》一书，才知道澳大利亚栖息着很多黑天鹅。黑天鹅的存在相对于人们习以为常的白天鹅来讲寓意不可预测的重大稀有事件，它在意料之外，却又极易改变一切。人类总是过度相信经验，而不知道一只黑天鹅的出现就足以颠覆一切。而且很多事情不仅不可预测，还很难通过数据统计来改变世界，因为很多数据的作俑者低估了数据解读者的智商，认为他们根本不懂得什么叫数据的统计口径与统计子项解释。

故事还是从漫步随笔中开始：

某农场主在三年多的时间里养殖了2000只黑天鹅，但时常发生黑天鹅丢失、死亡事件，由于黑天鹅价值较高，每只都在10万元以上。当地与黑天鹅有关的刑事案件就有近百起。

案件五花八门，有盗窃案，有抢劫案，有故意杀人案，有员工渎职案。这样案件的证据无不与黑天鹅丢失与死亡有关，一旦犯罪嫌疑人确定，检察院就要提起公诉，当然就会有辩护律师参加辩护，为便于分析，也就不严格区分什么司法指定与犯罪嫌疑人委托了。

如果说检察机关提起的公诉案有100件，则法院对其中的95件裁决有罪，

有5件裁决无罪释放。95件有罪判决中，其中有完全支持公诉意见的，也有部分确认需要减刑的，还有免于起诉的。

无罪释放中当然包含检方总找不到重要物证，如黑天鹅尸体或杀害黑天鹅的凶器而按照疑罪从无释放犯罪嫌疑人结案的。其推测可能是黑天鹅的尸体被犯罪嫌疑人享用了，别说血迹了，可能连骨头也没留下，或者是犯罪嫌疑人根本就没使用凶器，徒手作案，刑侦或检方走入了证据收集的误区。

这样如果按照统计数据来分析律师的胜败，律师的胜诉率是5%，败诉率则是95%。

按照法律的正义原则来讲，律师的满意率是100%，不满意率为零。因为律师胜诉的极限也才是5%，无论谁都会感到这是一绝佳的不可超越的战绩吧。

为什么有这样的观点呢？因为本应获罪的，如果在律师的辩护下而没有获罪，那不是对法律正义的践踏吗？

如果该获罪的获罪了，不该获罪的释放了，这样的辩护不是最让人满意的辩护吗！

还有判案结果与公诉意见是否完全一致（这也许是所谓胜诉、败诉的参照点吧），主要取决于以下几点：一是控方的技能水平，职业素质；二是法官的职业素质与业务水平；三才是律师的作用。

如果控方能够保证办案质量100%准确，法官的判案准确率达到100%，那么律师的胜诉率是否就永远定格为零呢？

如果控方能够保证办案质量95%准确，法官的判案准确率达到100%，那么律师尽100%努力的胜诉率为5%，因为律师努力的结果是其纠错被法官采纳。

看来律师的胜诉率不仅建立在检方失误或业务水平不足之上，还取决于法官的判案水准，而绝非光凭律师的技能水平。显然，律师的胜诉也具有一定的运气，这一运气或多或少地取决于控方与法官的职业水平。

为了说明这一简单的道理，还是先演示一个简单、通俗的统计抽样试验吧。

我们做一个模拟现场：将95只白天鹅与5只黑天鹅放到一个黑屋子里，由毫无关系的公证人员捉给控方人员确定天鹅的色泽（如果说是，表明其立场是坚持白天鹅），再让律师来纠偏（如果说反对，表明其立场为黑天鹅），最

后让法官来评判，支持哪一方，反对哪一方，并评述谁对谁错，在辨别中让律师来帮助纠偏，纠偏过程是不准律师用眼看的，只能用心去体会，用声音去感受……

这样，如果控方捉的黑的说成是白的，律师将黑的说成是黑的算胜诉，否则，其他种情况就是败诉。这样律师的胜率不就永远定格在低于5%吗？是否真的可推论出95%的败诉律师都应当受到谴责或责难呢？

如果你要做律师，你就要有被谴责的勇气。

你要做好律师，你就要下决心去探寻黑天鹅，研究黑天鹅，但生活中的黑天鹅是不可能在一夜之间按照你的想象就能变成白天鹅的，而白天鹅是完全有可能被误判成黑天鹅的。律师的责任就是要不厌其烦地向别人诉说什么是白天鹅，什么是黑天鹅，黑天鹅与白天鹅之间有什么本质的区别。

试图找到让人们能够理解的真相，揭示事物的真相，还原事物的真相，最后环环相扣，因果必然，向人们呈现事物的真相，这才是控辩法律人的本职所在。

是以为序！

自《民事诉讼博弈与律师技能突破》《风险博弈——非诉业务技巧与公司法务精要》与读者见面后，作者一直在思考刑事控辩的思维模式问题，终于完成了《抗辩博弈——刑事诉讼技巧与典型案例分析》一书的定稿。这样就形成了“民事诉讼、非诉博弈与刑事控辩”的法律工作三剑客。作者力争做到法律工作集“实务性、案例性与博弈性”于一体。

法律工作是一项实践性很强的法律技能，似乎与深奥的博弈论难以沾边，但代表着一种新概念、新方法论、新思维模式的博弈论确实影响着法律工作者的行为。有时，司法人员与企业法务工作者及律师自觉或不自觉地将博弈理念植入自己的诉讼与非诉活动之中，使之法律技能更加精湛，其应对疑难案件的能力陡增。作者就深得其益，深深感受到法律工作的实质就是一种高境界的博弈。无论对手是谁，法律事务每涉及一宗具体的案件处理，就如同下一盘棋，都是一场实力、耐力的博弈。

作者之所以将博弈理念植入刑事控辩活动之中，是因为每一个具体案件中，对于检察官与犯罪嫌疑人的代理律师来说，所接触的客观事实与经法官认定法律事实是不完全一致的。事实需要有力的证据来证明，在证明的过程中还需要控辩双方的证据把握技巧、释疑技巧、庭辩技巧和诉讼战略等来支撑。而证据把握技巧、释疑技巧和庭辩技巧又无不包含着博弈的思维理念。在整个诉讼中我们还要对每一诉讼程序加以把握，在把握中去研究冲突各方具体情境中的策略选择，如管辖权的选择，追诉时效的利用，认罪与坦白的决断等，无不与控辩者的思维模式有关，而这些都能够用博弈理论来解读。我们在指控或抗辩代理过程中如果能够主动应用博弈理念，能够固化自己成熟的思维模式，代

理的水平就会自然提高，作者感触甚深。

刑事诉讼与民事诉讼及行政诉讼存在很大的差异，单就证据的举证责任而言，民事诉讼遵循“谁主张，谁举证”。行政诉讼遵循“行政被告机关对具体行政行为的合法性负举证责任”。而刑事诉讼遵循“公诉方应当对包括被告人犯什么罪，犯的是一罪还是数罪，以及有无应当从重、从轻或减轻处罚的情节等所主张的事实承担举证责任，犯罪嫌疑人方仅能就犯罪主体适当性、犯罪嫌疑人不在现场及对于合法收入、财产来源等负举证责任，但犯罪嫌疑人不能自证其罪”。通过应用博弈论的思维方法分析甚而解决刑事控辩中的复杂问题，无论是从信息的角度看待证据的收集整理，还是从得益的角度看待刑罚的适当性，以及从策略的角度看待庭审辩护技巧，都让人思维清晰，抗辩水平再上台阶。

序	1
前言	1
第1章 基本概念：刑事诉讼博弈的辩证观	1
一、善于思考：用博弈理念指导刑事辩护	1
典型案例一：张某抢劫致人重伤罪	5
典型案例二：某律师涉嫌辩护人妨害作证	6
二、基本概念：加深博弈理论的理解	6
三、情感类聚：“陈真”与“去伪”的控辩思维模式分析	13
（一）情感类聚的定义与内涵分析	14
（二）“陈真”与“去伪”两种思维模式的比较分析	15
第2章 变和博弈：刑事诉讼博弈的均衡观	18
一、要素分析：弄清刑事诉讼博弈的基本内容	18
二、特征分析：把握刑事诉讼博弈的基本理念	19
三、法理思考：刑事抗辩选择植入变和博弈的时机	24
典型案例三：焦某军偷税案	24
典型案例四：胡某寻衅滋事罪	25
第3章 抗辩质疑：刑事诉讼博弈的方法论	27
一、特征分析：理解刑事抗辩质疑的基本概念	27
二、结构分析：明晰“法官中立、控辩对抗”的诉讼模式	29
三、目的分析：了解刑事诉讼博弈各方的指向所在	31

第4章 运筹帷幄：刑事诉讼博弈的战略观	35
一、辩护战略的构思	35
二、辩护战略的分类	38
典型案例五：张某故意杀子案	39
三、辩护战略的内容分析	40
四、辩护战略的构思评估	42
五、辩护战略的路径优化	45
（一）庭前准备战略	46
（二）庭中战略	48
典型案例六：邵某涉嫌诈骗罪	49
（三）庭后战略	51
第5章 角色认知：刑事诉讼博弈的风险观	53
一、角色认知：独立辩护人的法律地位	53
二、个体认知错误：刑事辩护等同于民商代理行为	56
三、职业风险：善于辨识律师的执业底线	57
（一）辩护律师因职务行为可能涉及的刑事罪名	57
典型案例七：刘某辩护人伪造证据罪	57
典型案例八：郑某犯行贿罪	59
（二）妨害作证罪的法律规定要素分析	59
（三）妨害作证罪的处罚	60
四、角色修补：从风险防范上思考“铁肩担道义”	61
五、提前介入：律师智谋的展示	62
（一）对律师提前介入的正确理解	62
（二）律师提前介入面临的法律风险	66
典型案例九：薛某辩护人伪造证据罪	68
第6章 辩护构思：胸有成竹的沙盘兵演	69
一、法庭辩论前的准备工作	69
（一）构思辩护框架	71
（二）制作证据清单	72

(三) 熟悉相关法条	72
(四) 完善庭审提纲	73
二、立足反驳：做好撰写辩护词这篇大文章	76
(一) 辩护词的写作技巧	76
(二) 辩护词应注重的细节	80
三、从起诉书的案情中引出辩护观点，寻找辩护论据材料	81
四、完美辩护抗辩模式一二三	84
第7章 路径选择：依据事实与法律确定合适的罪刑辩护策略	85
一、路径依赖：马屁股决定脑袋	86
(一) 把握始点：防止走进误区的良好思维习惯	86
(二) 路径选择：从诉因着手反击	87
二、路径分析：从成功刑事抗辩案例中汲取精华	89
典型案例十：张某交通肇事罪	89
三、尊重法官：及时洞察法院的释证权	90
典型案例十一：龚某受贿罪	91
四、站稳立场：在此罪与彼罪的纠结中，切忌踢出“乌龙球”	93
五、此罪与彼罪：质疑的目的是减轻对犯罪嫌疑人的处罚	94
(一) 质疑此罪：找到确立彼罪的路径入口	94
典型案例十二：张某强奸罪	95
(二) 确立彼罪：找到质疑此罪的着力点	96
典型案例十三：蒋某非法买卖爆炸物、危险物品肇事罪	97
(三) 质疑此罪，确立彼罪的思维路径节点	100
典型案例十四：陈某盗窃罪	102
第8章 犯罪构成：刑事抗辩的基本套路	105
一、犯罪主体：最容易识别的抗辩理由	105
二、犯罪主观方面：从思想牢笼获得感悟	106
典型案例十五：贾某涉嫌走私案的启示	107
典型案例十六：陈某故意伤害罪	109
三、犯罪客体	111

典型案例十七：陈某盗窃罪	111
四、犯罪客观方面：从环境影响中认真甄别	112
典型案例十八：甲某贪污案	113
第9章 罪名认定：“罪刑法定”的综合把握	115
一、指控质疑：认真思考罪名的适当性	115
典型案例十九：梁某拾金案	116
二、“罪刑法定”抗辩的思维过程分析	119
典型案例二十：韩某扰乱社会秩序罪	120
三、主客观一致：以“罪刑法定”把握犯罪嫌疑人入罪的基础	121
第10章 逻辑视角：刑事辩护的制高点	124
一、律师辩论要掌握的逻辑常识	124
二、辩护律师要掌握的逻辑规律	129
三、辩护律师要掌握基本的反驳方法	131
（一）刑事辩护中常用的反驳方法	132
（二）归谬法	133
典型案例二十一：刘某犯职务侵占罪	135
（三）辩护律师要掌握法庭辩论的一般推理形式	136
（四）辩护律师要掌握的“二难推理”	140
四、抗辩大忌：形成悖论与矛盾的辩护意见	140
（一）防止形成悖论的抗辩	140
（二）刑辩律师常见的逻辑错误	143
典型案例二十二：何某、张某共同谋杀案	144
典型案例二十三：张某盗窃罪	146
第11章 逆推归纳：找到犯罪嫌疑人最低入刑的法定标准	152
一、一罪与数罪：从构建犯罪构成的个数入手	152
典型案例二十四：朱某数罪的认定	153
二、犯罪竞合：弄清一罪与数罪的法理基础	154
（一）对于同一行为涉及的数罪，应按一罪进行辩护	156
（二）对于有牵连关系的数罪，应按一罪进行辩护	157

典型案例二十五：刘某敲诈罪	158
(三) 从吸收原则出发，认定一罪，否定数罪	159
典型案例二十六：王某绑架案	160
(四) 从连续性原则出发，认定一罪，否定数罪	161
典型案例二十七：杜某合同诈骗罪案	162
第12章 质证设疑：触动制胜思维线索	164
一、触动制胜的思维线索	164
二、提问设疑，激发制胜线索	165
三、走出误区：改变思维方能赢	168
四、培养良好的置疑思维	172
(一) 置疑之实证性思维	172
(二) 逆向之反扣性思维	173
(三) 敏锐之双关性思维	175
第13章 重复博弈：能够从“争议焦点”中找到突破口	177
一、动态博弈：刑事诉讼控辩是精练而完美的纳什均衡	177
二、特征分析：弄清控辩双方的“争议焦点”	179
三、症结分析：学会把握与发现争议焦点	180
典型案例二十八：辛普森杀妻案	181
典型案例二十九：谢某抢劫案	182
四、精辟归纳：将有利的分歧点提升到“争议焦点”	184
典型案例三十：陈某受贿罪	187
第14章 强枝效应：通过抽取“关键词”抢占控辩制高点	189
一、抽取关键词：熟悉掌握战略制胜的法言法语	189
典型案例三十一：张某诈骗案	190
典型案例三十二：朱某故意伤害案	191
典型案例三十三：天价葡萄盗窃案	193
典型案例三十四：天价手机盗窃案	194
二、通过关键词抽取拆解对手的破绽	195
典型案例三十五：林某绑架罪	195

典型案例三十六：周某合同诈骗案	197
第 15 章 刺猬效应：学会与其他诉讼参与者协调	200
一、刺猬效应的原理分析	200
二、法律对诉讼参与者权利的保障	201
三、罪轻抗辩：从犯罪嫌疑人的最大利益出发	202
典型案例三十七：林某职务侵占罪	203
四、律师辩护应尊重委托人或犯罪嫌疑人意见	205
五、律师在选择争取时间等战术策略时应注意遵守法庭秩序	206
第 16 章 协和谬误：“罪责刑相一致”的抗辩权行使	208
一、协和谬误：认识“一路走到黑”的抗辩误区	208
二、掌握“数罪并罚”的抗辩技巧分析	211
三、罪刑相适应原则的应用	212
典型案例三十八：邓某娇故意杀人案	213
第 17 章 智猪博弈：弱者求轻的最佳选择是等待时机	214
一、吃透案情：不要过早暴露抗辩意图	214
二、罪重罪轻：控辩双方抢占的制高点	216
（一）找到确立轻罪的路径入口	217
（二）确立轻罪：找到质疑重罪的抗辩着力点	218
典型案例三十九：张甲故意伤害（致人死亡）案	220
三、质疑重罪，确立轻罪的抗辩着力点	220
典型案例四十：李某合同诈骗罪	223
第 18 章 斗鸡博弈：用实力奠定无罪抗辩的基石	224
一、斗鸡效应：领悟无罪辩护的精髓	224
（一）从刑法谦抑性角度制新行为的社会危害性	226
（二）对于法律的解释过于扩张	226
典型案例四十一：汪某职务侵占罪	227
（三）对于证据方面的适用扩大了社会危害性的解释	228
（四）其他方面的质疑方向	228
二、无罪抗辩：寻找罪名不当的突破口	229

(一) 无罪辩护应遵循的原则	229
(二) 无罪辩护的技巧	231
(三) 无罪辩护的思路	232
三、罪与非罪：从犯罪构成中寻找突破口	233
(一) 质疑有罪：找到无罪辩护的路径入口	233
(二) 确立无罪：找到质疑有罪的抗辩着力点	235
典型案例四十二：邹某挪用公款罪	237
第19章 枪手博弈：共同犯罪中的抗辩要点	240
一、共同犯罪：利用枪手博弈的基本原理把握诉讼得益	240
二、否认指控：从共同犯罪的认定着手	241
三、涉及多名主犯的共同犯罪，避免全部适用死刑	242
(一) 主从犯认定是辩护重点	242
(二) “一命偿一命”的辩护思维	243
(三) 对于非罪大恶极的犯罪嫌疑人，一般抗辩不适用判处死刑	245
四、注意共同犯罪中各主犯罪责的轻重，找到合理的辩点	245
典型案例四十四：罗某抢劫案	247
后 记	248

博弈论“研究决策主体的行为在直接相互作用时，人们如何进行决策以及这种决策如何达到均衡”。通俗地说，博弈论就是研究不同情境下战略、战术选择的一种理论。

开展刑事诉讼博弈的基本前提是控辩双方诉讼参与人就犯罪嫌疑人是否有罪，是否应当受到刑罚，刑罚是否恰当，以及犯罪嫌疑人是否具有减轻或免除刑罚的法定情节等所涉及的法律及事实问题发生了争议，而争议的解决要依赖于人民法院的公正裁判。

一、善于思考：用博弈理念指导刑事控辩

综观刑事诉讼的冲突各方，如犯罪嫌疑人及其辩护人、受害人及其代理人、附带民事诉讼指控方及其代理人、控方及支持控方的公安机关（含控方要求出庭的证人及司法鉴定人员），为了获得最大的诉益，为了让对方心服口服，总是要设法与冲突对方进行博弈，在博弈中总是要通过事实的澄清、法理的应用、举证与质证、立论指控与抗辩反驳，来均衡各方的诉益，在失衡中寻找平衡，从而获得最大的诉益。

用博弈理念来研究刑事诉讼有四点值得注意：

第一，博弈论是一门显学，很多理念有其不周延性，利用博弈论研究刑事诉讼，探讨刑事诉讼实务技巧，并不是为了利用人性的弱点、法律的不周延、诉讼程序中信息的不对称，使用非法手段替犯罪嫌疑人开脱罪责以攫取不正当利益，或恶意构陷。相反，任何法学理论与实务技巧都应当用于弘扬公平、正义