

干货
Law
系列

刑事实务

办案技能与疑难解析

姚海华◎主编

Criminal
practice

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



刑事实务

办案技能与疑难解析

姚海华 / 主编

Criminal
practice

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事实务 / 姚海华主编. —北京: 中国法制出版社,
2017. 3 (2017. 9重印)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 8258 - 5

I. ①刑… II. ①姚… III. ①刑法 - 研究 - 中国
IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 032983 号

策划/责任编辑: 黄会丽

封面设计: 蒋 怡

刑事实务

XINGSHI SHIWU

主编/姚海华

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 毫米×1000 毫米 16 开

版次/2017 年 5 月第 1 版

印张/46 字数/540 千

2017 年 9 月第 5 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 8258 - 5

定价: 118.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 010 - 66033393

值班电话: 010 - 66026508

传真: 010 - 66031119

编辑部电话: 010 - 66070084

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

序言

2014年6月，当时我是基层检察院的公诉科科长，公诉工作已经有十余年，但科里的绝大部分同志公诉工作是不满三年的，这种队伍结构现象也是各个地区公诉队伍的普遍现象，公诉三年一般就可以称为“老公诉人”。但实际上，我发现公诉队伍拔苗助长式的结构存在很多问题，大部分人平常缺乏学习研究，经验传承的渠道非常少，业务学习培训是当务之急。这个现象在公安侦查、检察院批捕起诉、法院审判、律师辩护队伍中也普遍存在。那么，实务工作人员最迫切得到的是什么？他们面临什么样的困难？对此，我当时做了一个调研，调研的结果基本比较统一的认为，最大的问题是忙于工作，平常没有时间也静不下心来学习比较深的理论知识，而且一般的培训都比较枯燥没有干货。这个调查结果对我的触动还是挺大的，大部分实务工作者每天忙于办案，甚至对于律师而言，时间就是金钱，他们迫切需要的是能指引他们办案并快速的解决实际问题，不办错案，需要实务“干货”，迫切想知道某类案件具体有哪些常见的问题，应该怎样适用法律，全国各地的判例情况如何等等。对于这些“干货”的要求，首先结论要符合实际做法，其次要具有权威性和可参照性，直接可以应用于实践并解决问题，这是广大实务工作者都迫切想要的“培训内容”。为实现这个目标，我当时做了两件事，第一件事是组建实务专家团队，第二件事创办“刑事实务”微信公众

号。组建专家团队是前提也是关键，光我一个人的力量是具有局限性的，因此必须组建一支强大的、既有丰富实践经验又有深厚理论功底的全国性专家团队。在这件事情上，当时我的科员庄力文同志发挥了重大作用，我们邀请到了数百名专家，比如最高法院的一些权威专家，他们中很多人参与过相关立法和司法解释起草工作，对某些问题的理解可以说是权威的。还邀请到了一些知名教授、全国审判业务、检察业务、侦查业务、辩护业务专家等等。我们还大范围的建立了QQ群，吸收了数千名全国刑事业务一线工作的办案人员，并实时向他们搜集和汇总了刑事业务中存在的各种“疑难杂症”，然后通过我们的专家团队直接给出最权威、参照性强的解析，部分成果通过我们的公众号“刑事实务”进行推送刊发，行文的特点讲究的是务实、直接、权威，内容通俗易懂不讲套话，简短精悍直接解决问题避免长篇大论过度理论化，这受到了广大实务工作者的热捧。

在我们的不断努力下，二年后的今天，我们的专家团队解决了实践中数千个疑难复杂问题，通过“刑事实务”公众号的平台，全国有40万刑事业务工作者自发的订阅聚集在一起，这也充分说明了我们的研究、总结、提炼的经验、做法、解析是最接地气和最能解决实际问题的。在我们组建专家团队和“刑事实务”公众号平台快三周年之际，我们决定将三年来的精华沉淀通过精心编排汇聚成书，这里包括我个人未对外发布过的部分文章，也包括其他专家团队成员的很多研究成果，统统奉献出来！最后要感谢各专家团队成员的辛勤付出！

姚海华（深海鱼）

2017年4月13日于中国舟山

实务技能篇

刑事案件汇报技巧	/ 3
如何办好贪污贿赂案件	/ 8
娱乐场所强奸案罪与非罪	/ 17
谈刑事案件如何阅卷	/ 21
对于认为无罪或罪轻的案件应如何选择辩护策略	/ 26
如何寻找辩点	/ 31
庭审实战技巧解析	/ 48
公诉人法庭讯问语言方法（公诉人法庭讯问“圣经”）	/ 56
公诉人出庭用语禁忌及指引	/ 70
浅谈公诉人庭审讯问技巧策略	/ 81
浅议零口供案件的庭审攻略	/ 89
谈公诉人庭审举证质证模式	/ 96
公诉人如何应对辩方提出的非法证据排除申请	/ 104
起诉书常见语言缺陷及解析	/ 111
标准的起诉书制作规范	/ 117

疑难问题梳理篇

- 自首认定观点最全梳理 / 145
- 立功认定的 45 条裁判规则 / 162
- 取保候审期间脱逃又投案的能否认定自首 / 188

危害公共安全罪

- 醉驾类案件办理攻略 / 194
- 危险驾驶罪被纳入规范化量刑后应如何辩护 / 202
- 醉驾案中可能导致“无罪”的五个证据问题 / 212

破坏社会主义市场经济秩序罪

- 生产、销售工业盐行为定性的析疑 / 218
- 骗取贷款罪的十三大疑难问题认定 / 223
- 经济犯罪审判实务的几个问题 / 234
- 上海法院刑事审判观点汇编 / 244
- P2P 非法集资案法院裁判 11 大要旨 / 252
- 56 类非法经营罪大汇总 / 260
- 非法经营罪的 38 条裁判规则 / 265
- 合同诈骗无罪裁判要旨、判决理由及评析意见 / 280
- 合同诈骗罪的八类裁判规则 / 292
- 关于审理侵犯知识产权刑事案件若干问题的解答 / 311
- 关于办理恶意透支型信用卡诈骗犯罪案件若干问题的指引 / 318

◎ 前沿探讨

- 非法经营罪的兜底性条款需有明确规定且与前三项具有相当性 / 321

侵犯公民人身权利、民主权利罪

- 浅谈命案中案发现场之审查分析 / 323
- 轻微暴力致人死亡如何定性 / 333
- 上海法院关于轻微暴力致人死亡研讨 / 338
- 特殊体质命案审查重点基本规范 / 342
- 被害人没有明显反抗的“零口供”强奸案，如何审查！ / 348
- 强奸幼女仍应以“接触说”为既遂标准 / 358
- 猥亵犯罪若干争议问题研究 / 361
- 拐卖妇女、儿童罪司法观点汇编 / 381

◎ 前沿探讨

- 实务中究竟该如何认定“轮奸”情节 / 385

侵犯财产罪

- 实务解析盗窃罪中疑难点 / 387
- 盗窃“数额较大”财物的未遂是否构成犯罪 / 402
- 两次小额盗窃数额可以累计 / 405
- 窃取他人骑行电瓶车车篮内的财物是否属于扒窃 / 408
- 支付宝被盗刷：是盗窃罪、诈骗罪、还是信用卡诈骗罪 / 417
- 拾得手机后使用支付宝转账构成何罪 / 420
- 招摇撞骗财物数额巨大如何定性（招摇撞骗罪 VS 诈骗罪） / 423
- 以占有他人财物为目的的虚假诉讼与诈骗罪之间的关系 / 428
- 电信、网络诈骗的疑难问题解析 / 431
- 捡到信用卡并取款的定性分析 / 438

处理恶意透支型信用卡诈骗案的基本立场	/ 442
第三方受到勒索是否属于绑架罪构成要件	/ 446
抢劫杀人案件定性研讨会综述	/ 450
合同诈骗罪与普通诈骗罪的区别	/ 455
51 个诈骗犯罪指导（性）案例索引	/ 462
职务侵占罪疑难问题的司法认定	/ 468
盗窃罪若干新疑难问题解析（上海高院专题调研）	/ 474

◎ 前沿探讨

将银行卡借给他人使用后，通过挂失方式将银行卡内的他人资金 取走的行为，如何定性	/ 486
前科盗窃犯罪是未成年人，数额较大标准能否减半	/ 490

妨害社会管理秩序罪

实务解析妨害公务罪中疑难点	/ 496
刑法修正案（九）之前使用“伪基站”发送短信行为定性	/ 504
寻衅滋事罪的本质特征	/ 508
实务解析聚众斗殴罪中疑难点	/ 514
网络赌博案件的实务办理及法律适用	/ 525
实务解析赌博（开设赌场）罪中疑难点	/ 538
掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪司法观点大全	/ 549
实务解析掩饰、隐瞒犯罪所得罪中疑难点	/ 576
毒品居间介绍、居中倒卖、代购的实务区分	/ 581
实务解析毒品犯罪疑难点	/ 586
实务解析组织卖淫等犯罪中疑难点	/ 604
涉黑犯罪辩护 16 个辩点及 46 个论证方法	/ 613
毒品犯罪指导案例大全（最新版·共 108 个）	/ 631

解析《毒品犯罪最新证据规则》（实务中6大注意事项） / 642

非法持有毒品罪主要司法观点梳理（最新精华总结） / 648

◎ 前沿探讨

利用微信红包赌博，开设赌场罪还是赌博罪 / 657

贪污贿赂罪、渎职罪

贪污贿赂案件追诉时效等问题解答 / 661

贿赂犯罪“经济往来”条款的正确理解与适用 / 675

挪用公款存银行用于完成存款指标的性质认定 / 681

利用职权帮他人骗取拆迁款，自己未得利，定何罪？（审判观点梳理） / 686

渎职罪相关规定大汇总 / 696

受贿罪实务辩点审查有哪些 / 702

贪污解释要点全梳理 / 711

实务技能篇



刑事案件汇报技巧

□ 姚海华（深海鱼）*

一、存在的问题

听取过QQ群、科室讨论、检委会等案件汇报，发现办案人员在汇报案件方面存在很多问题，比如汇报内容有缺失、重点不明、归纳有误、依据匮乏等，一些新手汇报无法抓住关键点，老同志汇报高度概括和提炼，对事实叙述是否符合客观性存在安全隐患，导致领导到最后还是要看案卷材料才放心。其实领导最怕的还是汇报的事实和材料事实有出入，不是怀疑汇报者故意隐瞒，而是怕汇报者省略了自认为不是重点的重点或者怕汇报者理解归纳有出入。

二、汇报的种类

刑事案件汇报主要有两种，一种是制作书面材料汇报，一种是通过会议口述汇报。我们以高规格的检委会、审委会（以下简称“两会”）为研究对象，对于书面汇报材料的规范制作可以查阅熊红文的《公诉案件检委会议题报告制作技巧》，但笔者在本文中不是讲述如何规范书面制作的技巧，规范制作是最基本的满足“温饱”问题，做任何一样事情，你要明白你所服务的对象他们缺少什么，最想得到的是什么。检委会、审委会委员他们也是普通人，具有普通人一样的习惯和共性，一个案情复杂的汇报材料，写短了看不清楚，写长了根本没耐心看。

* 作者：姚海华，笔名深海鱼，曾任浙江省岱山县人民检察院公诉科科长，“刑事实务”公众号的创办人。

事实上，书面汇报材料，部分委员都不会仔细审阅，都想着等开会的时候再仔细听取汇报，所以一般承办人都能较好的过关。其实，大部分委员通过报告想知道的是这个案件争议点有哪些，涉及哪些罪名，这些罪名构成要件怎样，有无相关司法解释、刑事判例，所以作为报告的制作人，必须花比较大的精力去明确争议点，尽量完整的搜集到所有相关的司法解释、正反判例供委员们提前查阅准备，这些内容应当说是书面汇报制作中较容易忽略的但很重要的部分。

口述汇报是两会汇报中最为重要的地方，本文接下去也是以此为课题研究。很多同志制作的书面汇报材料非常规范，也很漂亮，没啥问题，但有些委员根本没有读过就参加两会了。就等着认真地听你现场汇报，并对很多问题提出质疑，很多汇报者因此倍感压力，开两会往往觉得在被开批斗会，所以很多人都不想让自己的案件上两会去讨论。但笔者认为，上两会汇报虽然面临着压力，但同时也是展示你的一个机会，可能关乎着你的前途，所以我们还是很有必要研究下如何在两会上取得较好的汇报效果。

三、如何在两会口头汇报

1. 明确目的和效果。(1) 汇报主要目的是把案件材料及办案过程全面、客观、简要的呈现出来，全面、客观是底线，如果没有做到全面、客观呈现，日后有可能会追究承办人的责任，至少会查一下当初是因为水平问题没汇报到位还是有其他因素导致的，所以每个承办人必须高度重视。而“简要”是建立在全面客观的基础上的，这是一个考验，因为在两会上汇报，不可能像开庭一样宣读笔录，长篇大论。(2) 将在两会上汇报作为展现自己能力的一个平台，给领导们留下好的印象。

2. 汇报前的准备。(1) 提高办案质量、效率。该案件可能要提交两会讨论，那么承办人在办理过程中就应该有意识的更加严格规范办案，查找漏洞，并且应当有意识地提高办案效率，主要做的目的是他日提交两会讨论的时候，委员们首先对你高质量、高效率的办案留下很好的印象。(2) 熟悉案件材料，熟悉到基

基本上能够口述各项证据分布及存在的问题，可以同比庭前准备工作。这样做的目的是要应对汇报时，委员们的突然提问，有些人面对提问，不熟悉情况又不好意思翻案卷材料，会随口编一个情况，这样做是突破底线的做法，我们要杜绝。

(3) 有心的人也可以制作 PPT 汇报。如果是制作 PPT 汇报，而且汇报得很好，很可能就被归入汇报中的精品。因此，在两会上，也可以尝试下。(4) 对于疑难、案情复杂的案件，汇报者在汇报前也可以逐一跟各个委员沟通下，询问各委员是否需要汇报者继续提供哪些材料的，有些委员可能还需要看某些供述材料，这些工作可以在汇报之前一一完成，到开会时就能提高效率。

3. 汇报犯罪嫌疑人及其他诉讼参与人的情况。除了书面材料中的基本信息展示外，对于犯罪嫌疑人及其他诉讼参与人的身份背景等案外因素也一并在此阶段汇报清楚，而在书面材料中，往往会写在最后的“需要说明的情况”中，委员们关注的包括他们跟社会上有名气、有地位的人的关系、平常真实的职业情况、社会上的名气等，有些信息是不易写在书面报告中的，但是在口述汇报中需要详细汇报，虽然跟本案没有多大的关联，但是委员和领导想知道的内容。

4. 汇报案情和证据。在书面汇报材料中，是先有认定的事实叙述，再有证据罗列，而证据罗列往往非常的简单，犹如在起诉书中表述的那样。而在口述汇报的时候，对于证据方面的汇报不能这么简单，不能汇报成有“物证、书证、被告人供述、被害人陈述……”证实，而应当汇报成像判决书中对证据表述的那样，“关于**事实，有被告人的供述和被害人陈述能够证实，而证人 A. B. C 等证实了……，把这些证据串联起来，去叙述证实一部分事实或者一整件事实，并且指出证据间存在问题，比如“关于某事实，证人 A 讲到……而证人 B 却讲到……”。对于案件事实和证据的汇报方式大体存在两种方法：(1) 案件事实认定和证据分布同时汇报。比如犯罪嫌疑人由于赌博输钱产生了盗窃念头，这个有证人 A、B 等人证实，犯罪嫌疑人自己也供认，然后再叙述接下去一段事实以及证据分布情况。这样的汇报方式在 PPT 汇报中用的比较多，比较直观立体地展现了每段事实的证据情况。(2) 先叙述认定的犯罪事实，然后再叙述证据情况及存

在问题。此种方法汇报可以事先像写审查报告中证据分析那样写好后，进行宣读，因为大规模的组织证据展示，并且指出证据存在的矛盾等，需要事前完整的组织起来。

对于上述两种汇报方法，笔者认为应当根据具体案件情况进行选择，比如简单案件，像检委会讨论“构罪不起诉”案件、事实认定无争议但法律适用有争议的案件应当适用第（2）种方法进行汇报，能够提高效率，快速进入主要问题的汇报，可以对比下不同案件开庭时的举证，如何做到繁简侧重。但对于案件事实复杂，主要对犯罪事实认定有争议的案件，汇报时建议采用第（1）种方法，也可以类比开庭，对如何举证，有时候也可以进行有效分解分段出示证据，汇报也是如此，主要考虑到委员们对争议事实的消化能力，分段进行能够明确争议点。

5. 分析论证。该阶段是体现承办人实务水平的重要阶段。（1）对事实部分有争议的地方归纳一下，然后进行逐一证据分析论证，最后得出你认为能够证实的事实或者得出关键事实无法查清的结论。（2）引用司法解释、判例、著作。案件汇报和审查报告制作不同，案件汇报中，可以汇报你所搜集的、看到过的有关的资料，除了司法解释外，也可以对各地类似案件的处理情况做一个汇总，比如认定有罪的有哪些地方，认定为无罪的有哪些地方，主要理由是什么，包括著名法学家的一些观点也可以展现。虽然说这些资料不能成为定案的依据，但是委员们需要这些资料，可以作为他们做出判断的参考资料。（3）得出自己的结论。通过上述事实的分析，法律适用方面资料的展现，最终要得出自己的结论判断，有些承办人认为自己也不知道如何处理，我将案件一汇报就等着委员们处理吧，这当然是不可以的。必须要有自己的结论，你认为这个案件事实是否清楚，能否认定犯罪，认定什么罪名，起诉还是不起诉等。

6. 汇报完成后委员提问阶段。上述汇报完成后，委员们通常会提一些他们还想进一步了解的问题。此时汇报者要从容陈述委员们需要了解的细节，不要在陈述完成之时都加上并强调自己的观点。你就当作是机器人，他们要什么，你就给什么，不要有任何方向性的陈述和总结，更不要反驳委员们的质疑。

四、需要注意的其他问题

1. 全程要有良好的心理素质，不要紧张。两会并不是审判你，不是找你麻烦，更不是挑你毛病，而是通过集体决策，来帮助你诊断案件的。犹如病人面对医生，要如实相告病情，信任医生。

2. 语言、汇报手段都可以多样化。为了更好体现汇报效果的，语言也可以口语化或者本地方言，汇报中很难用语言描述的行为，也可以自己用肢体进行示范。

3. 委员在一一发言中，如果出现观点不同，甚至有指责汇报人的时候，不要轻易打断他的话，如果失实指责的，可以在他发言完毕后，补充和解释一下，有不同观点的，切勿去反驳和嘲笑。

4. 要客观展现案件全貌。对犯罪嫌疑人有利的方面，有些承办人有时候会藏起来，理由之一是担心委员们怀疑他跟犯罪嫌疑人有什么关系，这个大可不必，只要心坦荡荡，有什么就应当呈现什么，不可以隐藏，但如果案件办理中有人请托你或者给你打招呼，如果有些委员可能知情的，你在汇报的时候应当也顺带陈述下有这个情况，以免委员们发生误判。

如何办好贪污贿赂案件

□ 姚海华（深海鱼）*

办理自侦案件应当说是检察机关从侦查、审查起诉、出庭各个阶段无缝链接、一气呵成的系统性工程，对外是以检察院的名义查办具体的犯罪分子，因此各个环节的工作人员都应该以“经得起法庭审判的检验”为目标而查漏补缺，相互配合，共同完成查办指控工作。也这需要内部的统筹协调，比如自侦部门在突破口供、取得证据的时候也应当提升到以“审判为中心”的高度，保证自己的侦查行为不成为日后审判过程中的致命“短板”；审查起诉出庭的公诉人也应当对侦查过程中出现过的各种情况了如指掌，因为某些情况随时可能在庭审中暴露出来。本文主要以审判的视角查找具体案件在侦查过程、审查起诉、出庭过程中的“短板”。

一、侦查阶段

（一）“口供”短板

应当说绝大部分案件都是以口供证据为主，也就是言辞证据为主的类型，尤其是受贿案件鲜有客观性证据。这也决定了我们自侦业务的核心技能就是“口供突破”水平，口供证据最大的特点就是不稳定性，能翻云覆雨，所谓成也口供败也口供。我们侦查人员的内心确信，不能代替审判人员的内心确信，换句话说，

* 作者：姚海华，笔名深海鱼，曾任浙江省岱山县人民检察院公诉科科长，“刑事实务”公众号的创办人。

审判人员对你侦查人员不信任的话，口供型的案件就会遭遇变故，遇到这样的情况也并不鲜见。为此，我们侦查人员应当补齐口供型案件固有的短板：

1. 消除刑讯逼供、疲劳审讯等怀疑。一样事情要取得他人的信任，最好的办法是拿出一点说理的客观依据。早前的侦查机关自己一纸“情况说明”证实没有刑讯逼供等非法取证显然是行不通的。通行的做法除了同步录音录像之外，还形成办案日志，办案日志包括嫌疑人确认的生活作息记录以及办案人员自己形成记录的工作日志。该小细节可能有些老侦查人员觉得没有必要或者繁琐，但这细节可能日后有效增强了审判人员的内心确信。

2. 消除同步录音录像拿不出手带来的怀疑。由于现在每个自侦案件一律全程同步录音录像，并审录分离，检察机关上级纪检部门对此也查得很严格，自侦案件的身体接触的刑讯逼供行为基本没有。但为什么很多人不信，甚至前两年某知名大学的某个专家认为检察机关刑讯逼供比公安还多，笔者当然认为他的结论是脱离了客观实际。但从中我们发现原因，我们审讯录像提交到法庭作为辅助证据的比例远低于公安案件，导致一系列的怀疑、猜忌。那么我们录像为什么不提供出去呢，当然首先法律没有规定检察院自侦案件的录像要随案提交法庭作为证据供律师复印查阅，最高法院批复：一旦有关讯问录音录像移送法院，作为证据材料在庭审中公开使用，或者非法证据排除程序已经启动，法院已经调取并在审判阶段使用的，其应属于案卷材料，辩护律师在有权查阅的同时，当然有权复制。最高检：在人民法院审判阶段，人民法院调取讯问犯罪嫌疑人录音、录像的，人民检察院应当将讯问录音、录像移送人民法院。必要时，公诉人可以提请法庭当庭播放相关时段的录音、录像。但辩护人无权自行查阅、复制讯问犯罪嫌疑人录音、录像。仔细阅读最高法院的批复内容，我们发现只有当检察机关主动随案移送到法院作为证据材料公开使用的，辩护律师才有复制权，而没有强制检察院必须移送公开。归根结底，移不移送还是由检察院自己决定。正因为如此，我们侦查工作中不重视，不主动移送成了常态，当突然有个案需要播放以释怀疑的时候，发现里面有这样那样的一些不规范，用语不文明或者笔录内容和讯问内

容大相径庭，尤其是在口供突破稳定后，重复笔录的形式化严重，出现“哑讯”，为形成笔录而笔录，最终感觉录像拿不出手，或者说担心影响形象等等，如果原先就有这种意识，能够主动地想要移送一份或者几份讯问录像，那么在口供突破之后的若长一段时间内，在犯罪嫌疑人情绪稳定，口供稳定时，在看守所进行规范的讯问，一问一答和笔录的内容能高度吻合，形成几份拿得出手的讯问录像并非难事，并主动提供其中完整的综合笔录的讯问录像，主动提供的行为本身就能够增加底气，让法官更加信任，就能补齐讯问录像这块短板。

3. 消除证人（行贿人）日后翻证可能性。对行贿人的口供突破或者取证过程中，存在过严或者过松的情况，应当指出的是两种情况都有存在隐患。对行贿人的施压过大，可能会使原本受贿人避重就轻故意错位交代的事情成了熟饭，到时候行贿人会发自内心的要求出庭作证，誓死发誓没有送过钱，这种情况显然会影响后期的质量，并且从具体影响到整体。因此，侦查阶段对行贿人的施压也要有一定的分寸。另外，针对比较配合的行贿人也不能麻痹大意，在侦查阶段应当对其有一定的举措，让他意识到日后翻证需要承担的后果和代价，并且对行贿人的动向在侦查后要有一定的掌控，可以定期了解其心态，不要笔录一完成，就天各一方互不打扰。要为确保出庭工作顺利完成，提供侦后服务。

（二）笔录短板

1. 消除指供怀疑

实践中，大多数自侦案件的笔录都是电脑笔录打印的，少有涂改，这是由于首稿打印出来后经犯罪嫌疑人阅读，指出修改意见后，侦查人员又在电脑上进行修改，最后再打印出来直接交犯罪嫌疑人签名捺印导致的。这样做其实不妥，虽然程序上没有任何问题，但会给之后起诉、审判过程中被告人翻供人为的提供了一个理由，比如“我之前被审讯很疲劳，笔录也没有仔细看，侦查人员记录什么我就照样签名，你们可以看笔录上没有任何改动的痕迹”尤其这种辩解在庭审中突然提出，包括审判人员在内都会引发一定的质疑，即使庭后提供讯问录像证实程序合法，但也已经时过境迁，庭审中造成的负面影响显然无法再修复。因此，

电脑先打印出笔录后就让嫌疑人在笔录纸上修改，形成痕迹，以便更客观的反映核对笔录的过程。

有些案件犯罪嫌疑人侦查过程供述有所反复，很多侦查人员只做犯罪嫌疑人承认犯罪事实的笔录，对翻供的笔录和为什么翻供又为什么又承认未进行笔录记载，笔者认为，从后续庭审角度出发，如果记录了翻供过程笔录，其实更有利于公诉人的发挥和侦查过程合法性、客观性的体现。因为被告人在后续翻供时，仍然会讲到在侦查阶段他也辩解过，但是侦查人员不予记录，不信可以查阅录音录像等辩解理由，而果真像其所言，未进行如实记录，在庭审中公诉人是很被动的，损害的还是检察机关的形象。

2. 消除抄袭应付怀疑

侦查阶段当犯罪嫌疑人供述稳定后，侦查人员仍然会对其在不同的时间做相同的笔录，笔者认为在不同的时间段多做笔录对控方是有利的，能体现供述的稳定性，尤其刑拘后在看守所期间做的笔录。但应当注意到，由于电子笔录容易复制粘贴，侦查人员针对没有翻供的犯罪嫌疑人，经常事先打印好与原来供述差不多内容的笔录，或者现场在电脑里复制粘贴原来笔录的内容让犯罪嫌疑人签名。导致提审文书中反映出来的提审时间较短，比如五六张笔录内容，显示在10分钟内完成，另外还表现出前后笔录内容的惊人相似性，连标点符号都相同。这样一来，原本体现供述稳定效果的重复提审行为，变成了画蛇添足的行为，需要侦查人员引起重视。

3. 消除笔录内容不客观、不真实怀疑

笔录的形成要符合一般人的共性以及犯罪嫌疑人的个性特点，比如具体时间、地点等细节，行贿人说的细节，如果受贿人真回忆不起来，那也没有关系，没必要根据一方的交代而在细节上求完美，可能会出现画蛇添足的情况。相反，细节问题回忆不清楚也能反应一般人的记忆规律，也能完好的证实侦查部门没有指供并把笔录做直等行为，“残缺”有时候恰恰能保证客观完整。另外，事都巨细的笔录，其细节错误的概率就高，一旦出错而且是人为的出错，可能会蔓延成

对整体侦查的不信任，得不偿失。

另外，笔录中涉及的外围客观性证据尽量调取。实践中表现出不少问题，很多侦查人员认为主要口供证据提取后已经足以证实犯罪事实，且口供一直稳定，所以没有必要再去提取其他虽有关联性但是次要的证据，这种点到为止的意识还是挺普遍的。这里侦查人员也要有后续审判的眼光，辩护律师介入后，他的辩护空间，能做的无非是侦查部门没有去取过的证据去核实调查一下，看看是否有破绽，如果真有跟主流指控事实相矛盾的证据，其实也是给案件的后续程序留下了隐患，所以侦查工作该粗的时候要粗，该细的时候也要细。

4. 侦后服务短板

对侦查人员而言，移送审查起诉并不是工作终结，要以成功宣判为节点。侦后服务意识不够、不强甚至向公诉部门保留侦查信息，也成为检察机关办理自侦案件的短板。绝大部分案件，公诉人并没有事先参与到侦查过程中，公诉人接过接力棒，如果不跟公诉人讲清楚一路过来有什么路障、陷阱，公诉人从光鲜亮丽的案卷材料中显然得不到更多的信息，甚至和嫌疑人在对簿公堂的时候也存在信息不对等，嫌疑人辩解出来的各种情况，公诉人闻所未闻，效果显而易见大打折扣。因此，侦查人员要有侦后服务的意识，并且要全程协助公诉人把案件办理好。

二、审查起诉

(一) 应当全面了解案内案外情况。1. 自侦案件从案发到侦破，有些案情靠阅读案件是无法得知的，包括如何真正案发的，不要停留在到案经过的书面材料上，必须跟侦查人员私下沟通，了解侦查的全过程，包括侦查过程中出现的各种案内、案外状况。2. 调取侦查内卷，查看订制在案卷材料中的其他材料，掌握跟案件关联的其他证据，决定是否需要一并移送。3. 对犯罪嫌疑人提出有异议的讯问阶段，应当查阅相关阶段的同步录音录像，以便掌握情况，思考对策。4. 掌握证人（行贿人）在不同阶段的动态思想，以免突然生变。

（二）客观全面听取犯罪嫌疑人辩解、听取辩护人的意见。在审查起诉阶段，犯罪嫌疑人很可能会翻供，作为审查起诉阶段承办人，应当客观、耐心听取犯罪嫌疑人的各种翻供事实及理由，实践中有些公诉承办人会沿用侦查人员的风格，试图不让案件有任何的变数。我们认为，审查起诉阶段如果翻供并不可怕，在该阶段犯罪嫌疑人不能畅所欲言，他到法庭之上仍然会娓娓道来，这时公诉人如何应对以前未掌握的新情况、新辩解？有些被告人到庭审时提出的抗辩事由能直接导致庭审的延期审理。因此，在审查起诉阶段，尽量的听取其各种辩解和理由，公诉人听取后可以和自侦部门人员分析原因，制定对策，该补充证据的补充证据，该重新核实证据的重新核实，为庭审奠定了扎实的审前基础。

（三）案件审查的重点。自侦案件的侦查人员在犯罪主体资格、各书证的调取、自首立功等量刑情节方面存在侦查薄弱点。公诉部门承办人除了案件主要事实的审查外，应当对以上三个方面也予以侧重。

（四）如何应对辩方申请证人出庭或者改变证人证言。审查起诉阶段是否需要证人进行核实，各地做法不一样，有些地方对行贿人等必须再进行笔录核实，而有些地方则不再对证人再进行核实。姚海华（深海鱼）认为，对于关键证人比如行贿人，如果不是在异地，应当再次对其核实制作笔录，在审判人员概念中，审查起诉阶段形成的笔录公正性远比侦查阶段要高，因此对防止和应对证人在审判阶段改变证言具有积极作用。那么，证人如果在审查起诉阶段已经改变证言或者审判阶段改变证言，应当将该情况马上汇报相关领导，侦查部门应配合处理。如果在庭审之前，辩护人突然申请证人作证并获得法院允许，公诉部门应当申请法院延期审理，会同自侦部门对相关证人再进行核实。

（五）如何化解侦查瑕疵的硬伤。对于侦查阶段已经客观上造成的瑕疵，应当客观正确对待，如果该瑕疵对整体案件定罪不会产生大的影响，但又可能会让检察机关的公信力及形象大大受损，而辩护人和被告人又揪住不放，可以启动庭前会议，在法院的组织下，由辩护人、被告人充分提出意见，并进行答辩说理，让审判长明确庭审中的辩论焦点，弱化和消除在庭审中对此问题重点纠缠。

三、出庭公诉

(一) 庭审要达到怎样的效果? 对于庭审效果的认识, 不同的人有不同的认识, 同一个人在不同的工作资历中又会有不同的感悟。笔者认为, 不同的案件应有不同的定调。比如北京快播案全程直播的, 公诉人应该是说给大众听的, 合议庭手中有卷甚至心里不屑于听控辩双方的意见, 既然直播就要让广大听众听明白, 通俗、平实的语言甚至用情理、常理都不为过, 大众能听懂, 能顺着你的思路走, 能赞成你的观点, 这就是成功庭审, 你怕没有法言法语合议庭听不懂, 完全可以庭后提供书面的分析意见以供法官参考。我们说说自侦案件需要怎样的定调, 自侦案件有变通的无非是“刑讯逼供”“疲劳审讯”“没看笔录”“检察院乱搞”等等来否定犯罪事实的存在, 你出庭基本上就是围绕打消这些顾虑, 增加检察院的公正、客观可靠形象而展开的, 要有计划有意识地去打造这样一个氛围, 顺便揭露被告人的贪腐糜烂的形象, 暴露被告人撒谎狡辩本性, 这样的庭审才能说成功, 只有在这样的效果之下, 出示的证据才能让法官和旁听人员接受到心里去。公诉人可以把审判人员和旁听人员都当成大众陪审, 公诉人和被告人展开了对决, 对决并不是你有证据, 你宣读了证据, 指控人家犯罪这么简单, 被告人演戏给大众看, 控诉检察机关对他刑讯逼供, 此时装出一副弱弱可怜的样子, 而公诉人当庭怒斥被告人胡说, 用强权者的姿态, 试想一下, 公诉人不正好成就了被告人的演戏吗, 总之公诉人是进是退, 是强是弱, 都要根据具体情况来使用, 目的是为了揭穿显示被告人虚假, 体现指控光明磊落, 一定程度上, 公诉人也要学会“演戏”。

(二) 如何达到以上庭审效果

1. 出庭人员形象要正。公诉人的形象在特定的案件中有一定的效果, 说话让人感觉正派、可信、光明磊落很重要, 说话要有底气, 该较真时要表现较真。

2. 庭审效果要在讯问阶段体现淋漓尽致。以上的效果体现, 要在最初的法庭调查讯问阶段就要体现淋漓尽致。法庭讯问是最能表现公诉人功底阶段, 也

是奠定所有人先入为主印象的阶段，并且是真正意义上直接和被告人对簿公堂，大家不熟悉案情，也不要听你法言法语，就对你们的对话感兴趣。首先，发问直白了当，不要隐晦，有些公诉人说话喜欢套来套去，你要知道大众是否喜欢你这种“阴”人的招式，你或许认为成功了，但别人可能认为你玩的是“技术”而不是事实，“直白”也是体现公诉人自我形象的举措。其次，要及时地以正视听。在讯问的时候，发现被告人辩解的和以前笔录不同或者与事实不符，不要继续随着他的辩解往下问，应当及时打断指出为什么你和以前多次的笔录中讲的不同（也可以简单宣读一小部分）？为什么你说的和证人讲的不同？证人讲情况是怎样怎样的（等会公诉人会出示证据）。这样一来，旁听人员会马上知道被告人说的可能是假话，而且公诉人有证据，被告人的可信度开始扣分，其实就是要把质证答辩的环节提前融入讯问之中。再次，讯问要深入，不要被告人一辩解就换个话题问。比如，被告人说为什么和之前不一样供述，是因为受到刑讯逼供、几天几夜没有睡觉、笔录没有仔细看等等，这个可是大事，公诉人一定要当场刨根问底彻底打消旁听人的顾虑，不要把这个问题留到举证质证或者辩论阶段，应马上解释清楚。指出侦查阶段每次讯问都有全程录音录像，是否有刑讯逼供一看就清楚，公诉人在审查起诉阶段听取被告人辩解后也认真查阅过相关的录音录像，均没有发现有任何违法办案情况，由于录像播放的时间需要好几天，不适合当庭播放，我们会提供给法庭进行审查，也邀请辩护人一并观看。至于被告人的休息权在办案过程中是严格保障的，也有同步录音录像证实，有被告人签名确认的办案日志可以查实。关于笔录问题，被告人在笔录上有过多处涂改，由此说明其仔细地阅读核对了笔录，公诉人认为被告人对自己供述的内容还是很负责的。解释完后，也不需要对该问题再进行纠缠，重在先入为主的解释，让人觉得被告人辩解不合理就行。最后，讯问可以引导旁听人员判断、猜测，而并非所有的讯问都要有充足的证据。比如，被告人你之前到看守所后供述一直非常的稳定，直到*月*日供述开始变化，公诉人注意到你是*月*日辩护人会见你的，你开始改变供述和辩护人的会见之间有没有关系？被告人回答没有关系。这样讯问就到

位了,不需要再继续多问,因为听众已经明白其中的意思,效果显然已经达到。

3. 举证要增加可视性。在自侦案件存在翻供,被怀疑非法取证等情况下,出庭举证一定要有可视化。因为本身检察机关的取证合法性受到了怀疑,公诉人又拿着 A4 纸打印的材料念证据,连案卷都不放在公诉台上,这是很不妥当的做法,大大削弱了出示证据的可信度,人家甚至怀疑公诉人念的是否为真实情况。此时应该将案卷拿在手上,多媒体出示关键的被告人亲笔供词、被告人多次涂改的笔录、被告人休息日志签名等,能出示部分讯问录像的当然更好。

娱乐场所强奸案罪与非罪

□ 姚海华（深海鱼）*

一、研究背景

近几年来娱乐场所性侵案仍高发不下，并且有罪证据薄弱，主要原因是：1. 男性一般在该场所都有过酒精刺激，又有女性陪侍，容易性亢奋。2. 被害人多为外地人，又身处服务性工作中，能独自应付处理一些无理客户是她们的基本处事原则，因此当场一般不会有殊死反抗，留下的客观性证据较少。3. 案发后当场报案的不多，受害人有多种考虑，客观性证据容易灭失。4. 被告人一般不会承认是强奸，多辩解是性交易行为。这类案件的指控率并不是很高，主要是控方证据不足导致，有些案件达不到起诉标准而撤案，又没有做好善后工作，被害人方认为被告人都是本地人，肯定存在司法不公现象，因此在实务中如何做到法律效果和社会效果统一，还是需要研究的。

二、真实案例

庄某于2014年7月10日20时许，酒后和朋友共5名男性到OK厅进行娱乐，期间每人招了一名陪歌小姐，陪庄某的小姐叫张某，20岁，初次到OK厅上班。娱乐期间，庄某时常搂抱着张某，张某喝了多次啤酒，期间张某曾走出包厢到走廊上，从走廊的监控录像看，张某喝酒过多，走路非常不稳，后又回到包厢

* 作者：姚海华，笔名深海鱼，曾任浙江省岱山县人民检察院公诉科科长，“刑事实务”公众号的创办人。

娱乐期间，庄某拉着张某进了包厢卫生间。

张某事后陈述：进入卫生间后庄某用左手从背后抱紧张某双臂，用右手将张某的裤袜和内裤扒下，并掏出自己的生殖器进入张某阴道，期间张某喊“不要、不要”但由于歌声比较大，无人听到，大概做了4分钟后庄某在其阴道内射精，完事后庄某还帮她洗手、擦拭、穿裤子，庄某先出卫生间，张某一直坐在卫生间地上直到较长时间后有人再上厕所时将她拉出卫生间。

庄某供述：进入包厢卫生间后，张某主动亲吻他，并且主动将自己的裤袜脱至膝盖处，并抬起屁股，让庄某和她发生性关系，期间在要射精的时候才听到张某在叫“不要、不要”。事后给了张某500元的小费，正常的小费是300元。他认为双方是在你情我愿的情况下发生了性关系，不存在强奸的事实。

证人：有证人看到张某出来时眼中有泪光，在后续陪歌过程中并无异常表现，但在陪侍结束后有证人证实张某有轻微的自虐割手腕的行为，张某和工作同事讲过被性侵，但不想将事情弄大不愿意报案。一天后张某将遭到强奸的事实告诉了其男友，后在男友陪同下进行了报案。

客观性证据：双方衣物无破损，身体无伤痕。张某性格内向。

三、存在的问题

1. 在客观性证据比较缺少的情况下，庄某又不承认犯罪，能否认定强奸犯罪事实？2. 强奸犯罪如果不能成立，如何处理好善后问题？

四、实务解析

1. 谈谈“内心确信”与“法律事实”

办理零口供证据薄弱的案件，往往会混淆内心确信和法律事实的界限，“内心是否确信”往往是跟每个人的阅历和认知水平有关，有些人认为完全可以内心确信被告人犯罪了，而有些人认为还不确信，因此内心确信标准会因人而异，无法用证据统一说服一般人。“内心确信”往往在侦查中运用具有较高价值，比如

像本案，如果是张某自愿和庄某发生性关系，那么一般情况下张某是不会主动将事情告诉自己的男友的，因为其不告诉男友，男友也不会知道，所以从这点出发，内心确信张某是受到了性侵犯，并且由于张某第一次到OK厅上班，不知道潜在的危险以及自己我保护意识和经验不足，导致庄某拉她去卫生间时表现得很不警惕，而此时唱歌声音比较响，一般的呼救无法被外界听到，而且从性行为的时间看只有4分钟，而4分钟也恰恰是一首歌曲的时间，因为歌曲一结束具有短暂的安静期，所以被告人会在此时结束行为，出来后张某又有泪光，事后又有自虐的行为，双方也没有往性交易上扯。而从你情我愿的角度思考，双方接触这么点时间根本不足以让女方在这种环境中主动迎合男性，而且该庄某长相非常一般，在没有金钱许诺的情况下，一般是无法让女性自愿和其发生性关系的，所以内心确信被害人的陈述是客观的，应当采信被害人的陈述，认定强奸犯罪事实成立。以上是内心确信角度阐述的，实践中很多办案人员就是这样论述犯罪事实成立的，主要集中在凭借经验办案的老同志中。

法律事实是我们审查逮捕、审查起诉、判决的基础。如果“内心确信”是仁者见仁智者见智，那么“法律事实”是要服众的，法律事实建立在证据链基础上的“事实确信”，该证据链的形成具有一定的规则，并且能够排除一般的合理怀疑。比如本案，因为没有客观性证据，所以如何证实“庄某当时已经接收到了张某不愿意性行为的意思表示”，目前不愿意性行为的证据只有被害人张某的陈述，刑事案件办理不同于民事案件办理，不能以被害人陈述相当于被告人供述更为客观，在没有其他证据的情况下而采信被害人的陈述，如果这样能够采信，那么被告人全面履行沉默权，完全的零口供情况下，是否只要有被害人陈述就可以定罪了呢？显然不足以。认为被告人供述的不合理，在没有其他证据印证情况下，不能认为被害人陈述就是客观事实，就可以采信定案。同理，在只有张某陈述的情况下，没有其他证据，不足以证实张某明显地表达了不愿意性行为的意思，因为庄某拉张某进卫生间并无暴力行为，张某也并无明显的不愿意行为，又无衣物破损、皮肤擦伤等痕迹，所以无法证实在卫生间庄某感受到了张某的强烈

人单位或者到办案部门单位所在地进行，只能在这两种地点进行。

2. 同当事人的关系。最近有一个咨询案件，就是被害人指使他的两个儿媳冒充路人去作证。当时根本不在现场。找出证人和行为人的特殊关系，就能有效质疑该证人证言的真实性。

3. 同其他证据之间的矛盾。比如有个证人证实行为人去其家中取账本时是周日，晴天；但实际上一查天气情况记录，当天是阴雨天。

（三）言辞证据违反实录原则问题

讯问应该是采用问答的方式让犯罪嫌疑人在自然状态下进行陈述，笔录中记载的供述或者是证言应当严格忠实于原话，不得加以归纳、总结。但实践中，侦查人员往往采用自己总结或者描述事实，然后以问被讯问人是不是的方式进行，通过指供、诱供、骗供等方式取得口供。比如笔者刚接的一个违法发放贷款的案件，当事人就说警察将他们没说的话记在笔录里。这就是有些素质不高的侦查人员，会先设立一个有罪的框架，再人为地往框架里添肉，故意制造冤案。被告人供述当中说道：因为评估公司的评估报告达不到放款数额的要求，所以被告人同评估公司负责人沟通，要求评估公司将评估价格提高到2个亿。实际上评估价格1.3亿就可以符合要求，这里明显是为了同评估报告中的2个亿相互印证人为制作的笔录。还有非常普遍的复制粘贴笔录问题。除此之外，还存在提前做好笔录直接让犯罪嫌疑人签名、不让核对笔录或者不敢仔细核对笔录害怕报复等问题。笔者办理的很多案件，当事人都提及了这些问题。有的甚至直接在空白纸上签名。再有笔录记载的内容与时间不匹配。诸如：讯问时间很长，但笔录内容很少，或者讯问时间很短，但笔录内容很完整；羁押后不在规定地点进行讯问；一个侦查人员讯问，在笔录制作时出现了侦查人员分身；不告知基本权利等问题。

（四）“鉴定审判”——否定鉴定意见达到辩护目的

鉴定意见在刑事案件的处理中占有重要地位。有时候甚至是决定性地位。从程序上，大家要注意鉴定的告知问题。很多鉴定结论没有告知当事人，或者仅仅是通知结论。实际上这个告知是具有配套的实体权利的，不仅要告知结果，还要

告知当事人不服有申请重新鉴定的权利。不仅是鉴定结果的告知，还有鉴定前的告知，可以申请鉴定人回避。一是鉴定结论的告知问题。鉴定前确定鉴定机构及鉴定人员后，依法应当告知当事人，并询问是否申请鉴定人员回避，实践中，刑事案件当事人拥有的要求鉴定人员的回避权，无一例外地都被剥夺，从来没有一起鉴定在事前询问过当事人的回避意见。辩护律师提出这一重大程序违法，办案人员包括公诉人、审判人员，均认为待当事人拿到鉴定意见后，如果发现鉴定人员有法定回避的情形未回避，可作为鉴定意见不被采信或重新鉴定的理由，鉴定之前未告知并询问当事人是否申请回避，并不侵害当事人的回避权。二是鉴定意见作出后不及时告知当事人，经办案单位审查，如果作为案件的证据使用，应及时将鉴定意见告知当事人，这是为保障当事人对鉴定意见的知情权，也是保障当事人不服鉴定意见申请补充鉴定或重新鉴定的权利。对“告知”程序的重要性，长期以来没有引起办案人员的重视，对“告知”的理解，也与辩护律师存在严重分歧，公诉人、审判人员也是将未履行“告知”程序的鉴定意见当作“瑕疵”证据，一般是庭后补充一个送达回执了事，这是对“告知”程序的严重误解，完全无视程序正当性要求。

再有就是鉴定检材的提取、保管的规范性问题。比如著名的辛普森杀妻案，就是对检材提出了有效质疑，推翻了指控。

（五）勘验、检查、搜查、扣押、辨认程序中存在的问题

1. 见证人制度流于形式问题。实践中，很多侦查人员在调查取证时不严格按照法定程序取证。一般是先取证，后补手续。这种现象在现实中非常突出。如在勘验、检查、搜查等侦查行为过程中，法律都要求要有见证人在场。并且要求见证人是与本案没有利害关系的见证人。形式要件虽然符合法律的规定，但实质违法，不仅会影响到证据的效力，同时也会产生对侦查行为是否客观公正质疑。

2. 勘验、检查不客观、全面，侦查人进行勘验、检查时带有主观倾向性。聂树斌案中，辩护律师就提出了这样的问题。

3. 勘验、检查笔录制作不按照法律的规定制作，未能反映整个勘验、检查

的过程。

4. 扣押手续事后补签现象突出

这种情况比较突出，尤其在扣押物品数量比较大的情况下，侦查人员往往不当面当场进行清点，而是事后进行清点后让被扣押人签字。

5. 辨认过程同质化，辨认过程流于形式

常见的辨认过程是公安机关把十来张照片贴在一张纸上，然后辨认人在认出的照片上按手印，并辅助简单的辨认笔录。这样的辨认笔录的客观性与可靠性值得质疑。

例如还有些案件，抓获了犯罪嫌疑人获取了有罪供述，然后还把犯罪嫌疑人带去指认犯罪现场，不是犯罪嫌疑人在指认，是公安指认犯罪嫌疑人承认。这也是指供诱供的一种。

（六）审计、评估报告的常见问题

比如笔者在办理违法发放贷款案中了解到，很多审计、评估公司实际上都是违规操作，挂名公司，就是有资质的人把资格证放在公司，公司以其名义作出报告，但实际上审计、评估的程序、依据都不规范、不合法。比如一个房产、土地价格的确定，就有成本法、市场法、成本法加市场法等多种多样的评估标准，依据是完全不同的，结果也差距很大。在具体案件中，我们要详细加以辨别。再比如在生产、销售假冒伪劣产品犯罪中，这种审计报告通常会作为认定销售收入、牟利的直接依据，同行为人的账本辅助。但是仔细研究会发现，经常有审计报告同账本记录内容不相符，不匹配，该减除的项目没有减除，找出这些问题，可以减少犯罪数额。或者以辩护人对这种证据瑕疵的容忍作为从轻处罚的交换条件。

四、总结——如何找到辩点

（一）需要扎实的基本功。刑辩业务有很强的专业性。如果不是下了一定功夫钻研，对辩点的把握能力实际上很难一蹴而就。要想有能力把握每个案件的辩点，必须具备一定的功底。多看基本理论，多研究案例。量变形成质变以后，不

是你找辩点，是辩点找你。有了大量的知识储备。你的刑事法律业务知识储备同侦查人员的知识储备的差别越大，你越能看出侦查人员、公诉人员甚至审判人员认识不到的问题。这个知识储备首先是基本的刑事法律规范，其次是大量的刑事审判资料的研判学习，再次是刑辩专家的专业书籍，以及通过各种渠道听一些有益的讲座。再就是大量的实战演练。笔者不赞同拿手头的案件以练兵的心态去办，这就等于放任和容忍自己的失误或者错误。笔者认为刑辩律师应当把每个案件都办成精品案件，因为你的一个疏忽可能就会严重地影响到当事人的切身的最重大利益。比如你有重要问题没看出来，本来可以做无罪辩护，但是由于你的水平问题，当事人当庭认罪，错过了辩护时机，再想做无罪辩护就是几乎不可能的事情。

(二) 需要崇高的责任心。有足够的责任心是办好案件的重要基石，是钻研业务、认真负责的推动力。

律师是个良心活。笔者前几天刚接手一个贩毒案件，25公斤，已经开完庭了，律师没有找到任何辩点，找到笔者时，笔者了解到死刑基本上已经内定了。笔者加班加点，3天时间写完了辩护意见，归纳了十个点，交到法官手中。法官推迟判决，表示会再研究研究。笔者也考虑到现在提出这些辩护意见不如二审改判效果好，因为那样功劳全是笔者的，现在如果死缓了究竟是哪个律师起了作用说不清楚，但是笔者觉得这是人命关天的大事，应当尽早争取。

不疯魔不成活。像吸毒人员对毒品那样热爱，像游戏爱好者喜欢打电动游戏那样热爱，才能真正干好一个事业。刑辩事业也是一样。只有将热爱和责任加上情怀作为推动力，才能带来名利。

(三) 需要强烈的质疑精神。刑辩律师具有自己业务的特殊性，这种特殊性是由刑事案件的特殊性决定着。由于刑事案件关乎当事人个人的人身自由和最严厉的负面社会评价，往往一个案件能牵涉到社会的各个方面。我们刑辩律师在刑事案件当中角色十分敏感、也十分关键。所以作为一个刑辩律师必须有强烈的质疑精神，质疑你所看到的，你所听到的，质疑你以往对法律法规的认识是否正

确，质疑起诉书里的每一句话，质疑犯罪构成要件当中的每一个字，质疑一切，经常推倒重来，不断地通过质疑和推倒重建使自己的刑事业务更严谨，更经得起推敲。质疑事实、证据、疑固有观念、固有理解、疑侦查机关、司法机关、质疑自己。

（四）需要擅于学习成熟的经验。时刻汲取他人经验，开阔视野和眼界。经常抱着虚心的态度，去学习名师大家的讲座，比如朱明勇老师的“颠覆性思维”，咱们微讲座各位老师的讲座，还有一些刑辩专著，都会有很大的帮助。

及时重构知识体系。刑事规范性文件也是很浩繁的，并且经常更替。必须时刻关注，随时更新。可以定期，比如笔者是每两年再通读一遍最新的司法考试刑法刑诉法教材，更新知识体系。比如现在还有很多人不知道三阶层犯罪构成理论。

庭审实战技巧解析

□ 桑 涛*

公诉人和辩护人在刑事司法过程中的任务是相通的，就是根据事实和法律，公诉人依法提出指控，辩护人作出无罪或罪轻的辩护。法庭辩论包括很多内容：公诉人和律师在法庭上要展现什么样的职业形象、如何展示形象；除了形象以外，公诉人和律师在庭审过程中应具备什么样的气势，并通过哪几个方面设计并形成气势；具备了应有的形象和气势后，我们还要注意法庭答辩的要点、难点。

一、我们要展现什么样的形象？

笔者认为，公诉人、律师的法庭形象总体要求是：理性而不流于平淡，激情而不失却风度。理性者，在发言时语言不能平淡无味，使得听者昏昏欲睡。而激情者，要保持风度，不能张牙舞爪、咄咄逼人。

二、我们在法庭上要有什么样的气势？

首先，要知道什么是气势。气势，是指气质和声势。

气，指气质，气质来自于内在，我们不要求公诉人和律师都是俊男美女，但要求有由内而外散发出来的良好气质。

气，除了指气质，又指气韵，是指说话要有韵味。如果说话结结巴巴，上气

* 作者：桑涛，杭州市检察院公诉二处副处长，全国检察理论研究人才，全国检察业务专家，首届全国优秀公诉人。

不接下气，就没有气韵。

气，还指气场。比如有的律师开庭，举手投足间很有气场，这就给人自信之感。律师要有气场，这不仅要求律师有修养，还要求律师有自己的语言风格。

势，指声势、态势、姿势。三者可以从发言者的声音、态度、体态三方面表现。声音必须洪亮，如果声音细小，则肯定失了气势；态度要有礼有节、不卑不亢。要注意：声嘶力竭不是气势；胡搅蛮缠不是气势；“喃喃自语”没有气势；结结巴巴影响气势；东倒西歪破坏气势；两眼无光丧失气势。

三、我们在法庭上的形象如何展示出来？

公诉人、律师在法庭上的形象，是通过其在法庭上的活动表现出来的，而这种活动分为两个方面：一是肢体的动静，二是语言的表达。

肢体动静，表现为法庭上的衣着面貌、精神状态、举手投足、坐立顾盼、面部表情等。

语言表达，表现为在法庭上的语言交流，既包括法庭上的举证质证、发问询问、法庭辩论等“工作语言”，也包括与合议庭、抗辩对方的交流语言。

上述两方面的表现，构成了法庭上其他人员对于公诉人和律师的印象。而对法庭形象的感受，正是通过这两个方面获得的。

四、法庭形象与气势应该如何设计？

出庭人员应当从步入法庭那一刻起，直至走出法庭，始终注意自己的法庭形象。具体地说，可以根据在法庭上的活动顺序和内容，设计和保持法庭形象。

（一）进入法庭到庭审开始前的阶段

1. 步入法庭时，是在法庭上的第一次形象的判断，此时需要精神饱满，斗志昂扬。

2. 出庭人员在法庭上就座后，要注意保持良好的坐姿，做到直腰挺胸，镇定自若，不能缩胸抱腹，给人一种缺乏信心之感。

3. 在法庭上，如果遭遇突发的骚动，公诉人与律师应当做到以下几点：镇定自若、处变不惊、目光控场、提醒法庭。

（二）法庭调查阶段

1. 宣读法律文书时要口齿清晰，铿锵有力。公诉人和律师在说话时，应当有感情起伏、有合适的断句，有适当的节奏，才能凸显重点，使听者领会到出庭人员所表达的意思。

2. 公诉人讯问被告人、律师发问时，总体的形象是态度威严而不失和气，语言严肃但不盛气凌人。按照法律规定，被告人尚未被法庭判处犯罪之前，都还是犯罪嫌疑人，不是罪犯，公诉人不应该用居高临下、盛气凌人的态度讯问被告人。

3. 交叉询问，应当理性、严肃、通俗、不威胁、不诱导，同时密切注意对方的发问态度、方式，及时抗议、反对。

4. 质证的气势，对于公诉人来说，在举证时要像“说”证据一样，要让别人听明白每一组证据要证明哪些事实。对于律师来说，在质证时，要密切注意被告人、对方对所举证据的质疑、辩解等，及时对证据进行有效的质疑、说明，驳斥对方观点。

（三）法庭辩论阶段

1. 首轮辩论阶段。一般情况下，首轮辩论阶段，双方都会事先写好公诉意见书、辩护词。但笔者认为，这其实是一场公诉人、律师的法庭演说，所以应该有演说的感觉，如果能用演讲的方式表达出来，那效果会是最好的。

2. 在听取对方发表辩论意见阶段，同时要用肢体语言表明自己是在认真倾听。因为此时要对对方的观点进行驳斥，这就好比是辩论赛，当对手已经做好了立论的情况下，我们就要做好驳论准备，想方设法驳斥对方观点。而驳斥的前提，是听清楚了对方观点。

3. 法庭答辩阶段，是对各方心理素质、语言素质、应变能力的集中检验，也是法庭形象的又一次集中展示。因而律师一定要在这方面下苦功夫。律师答辩

阶段，要做到态度不愠不火，答辩有理有节，并可适时运用一些手势，让人觉得挥洒自如，既威严又不失温和，真正表现出理性、平和。

答辩的语言要有力度和气势。这“气势”二字怎么来？不是靠吼，靠的是声音洪亮，使全场能够听见；靠的是语言流利顺畅，不结巴，不频繁使用语气词；靠的是语言要抑扬顿挫，该停顿的时候停顿，不轻易把话语滑过去，该放慢节奏的时候放慢节奏，加重语气，表示强调，该铿锵有力的时候语调要激昂起来，这叫气势。

（四）法庭气势的养成与训练

孟子说“吾善养吾浩然之气”，这就是要求我们注重平时的仪态仪表，养成法律人的气质。孟子还说“自反而缩虽千万人吾往矣”。这就是说，要加强自我暗示，建立庭审时的信心。当我们面对不同于我们的观点时，不能退缩、不能害怕，只要我们认为道理在我们这一边，就要据理力争。

此外，还要加强语言技巧训练，形成有气势的语感。通过听、说、读、写四个方面，训练自己的基本功。

五、如何在法庭辩论中取胜？

法庭辩论，是控辩双方在法庭调查基础上，就案件事实、证据和法律适用问题提出各自意见并进行辩驳、论证的诉讼活动。正是在相互激烈的对抗辩论中，公诉人、律师才能不断发现彼此辩论能力与水平的优劣，从而取长补短，提高自己的办案能力和辩论水平。

（一）法庭答辩语言的特点

1. 语言的辩驳性：法庭辩论侧重点在于反驳对方观点，是“破中立”。要求出庭人员在破了对方的同时，也要立自己的观点。

2. 发言的即时性：律师在对方发言后，必须立即应答，发言具有即时性。既要求律师庭前准备要充分，又要有快速应变能力。

3. 语言的多向性：法庭辩论活动，其真实目的不是说服控辩对方，而是将

道理说给法庭听，让法庭在聆听辩论的过程中辨别孰是孰非。

4. 发言的交替性：由于发言的交替性，在对方发言的时候，律师要在倾听对方发言的同时，利用好这一时间进行下一轮答辩的准备。

5. 发言的针对性：法庭辩论必须针对对方的观点展开，对错误观点进行批驳，对正确观点予以肯定，针对性是其特征，有的放矢是其要求。

6. 语言的简洁明快性：法庭是有时间限制的，不可能任由一方无限制地说下去，所以要求出庭人员组织语言要完整全面，力求简洁明快，掌握发言的密度。

7. 用语的通俗性：由于法庭辩论是说给别人听的，而不是简单的控辩双方之间的交流，因而要多使用音感较强的发音词，切记故作高深、晦涩难懂，慎用那些口语表达时容易产生歧义的同音异义字词，忌用方言土语和歇后语。

8. 用语的逻辑性：用语的逻辑性，要求律师在答辩中注意遵循逻辑规律，不要犯逻辑错误，从而保证自己的论证经得起推敲，保证观点的可靠性。

9. 语言的准确性：要求公诉人、律师在答辩中使用规范性的语言，用语要严谨，逻辑要缜密，不给对方留空子，不因语言上的疏漏失误影响案件定性。

10. 表达的艺术性：只有动人的语言，才能让别人听进去，才能让法庭吸收你的观点。

（二）法庭答辩的难点

1. 法庭辩论最终是知识储备的较量。在庭上，最重要的不是语言上有多花哨，而是内容上是否专业、准确。没有刑法理论做支撑，再高超的语言也是废话，不具任何价值。

2. 法庭辩论是语言的艺术，需要高超的语言技巧。否则，无法说服审判长。

3. 法庭上局面瞬息万变，出庭人员要具备较高应变能力。

4. 法庭上的主动权需要争取，学会掌控局面，不能被对方牵着鼻子走。

5. 法庭上会出现一些意想不到的问题，需要及时作出应对。如有时会出被告人及其家属起哄闹事的情况。

（三）当前法庭答辩中公诉人与律师都存在的问题

1. 慢。也就是反应慢。在法庭上，绝对不能因为反应不过来就闭嘴不回应，这明显就是在示弱，这是极为不利的。
2. 断。断有几种，一种是说话时候吐字断断续续，还有一种是表达的观点前后是断开的，没有逻辑上的关系。
3. 乱。表达乱，不成体系，想到一点是一点。
4. 散。观点不集中，态度不明朗，意见分散。
5. 软。说话不利索，做不到铿锵有力，给人理屈词穷之感。
6. 顶。与对方，或者与法官顶撞。律师发表观点是为了争取法官的认同，如果顶撞法官，逞口舌之快，牺牲的是当事人的利益。
7. 僵。新手往往会在庭上僵化地使用事先准备的材料，只会僵化地读材料，不会根据庭上发生的新情况而改变答辩内容。

（四）法庭答辩的一般要点

法庭答辩的一般要点，可以概括为：立、备、听、思、变、对。

1. 立：立足于我，守住阵地。也就是说，一定要守住自己的观点，不被别人牵着鼻子走。
2. 备：庭前预测，充分准备。我们不可能要求公诉人、律师对所有刑法问题都精通，我们只要求他们在办理某个个案时，对个案里的专业问题能有很强的钻研力，做到在个案中是专家。
3. 听：认真倾听，听出门道。如果不听对方发言，就无法驳斥对方，庭审就成了各说各的，这样的庭审没有意义。
4. 思：迅速思考，找出对策。法庭的审理过程是千变万化的，即便庭前做了充分准备，也不可能预料到所有庭上可能出现的问题，这就要求我们能够迅速思考，以最快速度找出对策。
5. 变：及时应变，掌握主动。一个出色的出庭律师，是一个能够及时应变，掌握庭审主动权的律师。