

中国大律师

Zhongguo Dalvshi Bianhuci Dailici Jingxuan

辩护词代理词精选

田文昌

专 辑

Tianwenchang Zhuanji

田文昌◇著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

本书精选田文昌大律师的辩护词、代理词，这些辩护词、代理词形成于错综复杂的真实案例和控辩双方激烈交锋的基础之上，是面对新问题的有的放矢的思考和论证，具有提升理论和指导实务的综合价值，可供相关读者学习、借鉴和参考。



上架建议 律师实务

ISBN 978-7-5118-4293-0



9 787511 842930 >

定价：88.00元

中国大律师

Zhongguo Dalvshi Bianhuci Dailici Jingxuan

辩护词代理词精选

田文昌

Tianwenchang Zhuanji

专辑

田文昌◇著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国大律师辩护词代理词精选. 田文昌专辑 /
田文昌著. —北京:法律出版社,2012. 12
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4293 - 0

I. ①中… II. ①田… III. ①律师—辩护—案例—
汇编—中国 IV. ①D926.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第286869号

中国大律师辩护词代理词精选:
田文昌专辑
田文昌 著

编辑统筹 法律应用出版社
策划编辑 何海刚
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	开本 720毫米×960毫米 1/16
总发行 中国法律图书有限公司	印张 39.5
经销 新华书店	字数 650千
印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司	版本 2013年1月第1版
责任印制 陶松	印次 2013年1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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4293 - 0

定价:88.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

田文昌律师，京都律师事务所主任、合伙人，法学硕士。1983年至1995年在中国政法大学任教，曾任法律系副主任、研究生导师。1985年开始从事律师工作，1995年创办京都律师事务所。中国法学会刑法学研究会常务理事，中国审判理论研究会常务理事，中国行为法学会常务理事，中国行为法学会法律语言研究会副会长，北京市法学会刑法学研究会副会长，全国律协刑事业务委员会主任，西北政法大学刑事法律学院名誉院长，北京大学、清华大学、人民大学、中国政法大学、国家检察官学院、社会科学院法学所、吉林大学兼职教授。被录入《当代中国中青年学者辞典》、《中国教育专家名典》。1996年被评为北京市首届十佳律师。中央电视台“东方之子”、“实话实说”、“三百六十行”、“面对面”、“人物”等栏目先后对其进行多次专访报道。2002年被美国刑事辩护律师协会授予“终身荣誉会员”证书。

田文昌律师以擅长办理各类典型疑难法律事务而著称，近年来成功代理了天津大邱庄被害人控告禹作敏案、珠海金镭联激光主盘制作有限公司侵犯著作权罪无罪辩护案、81名乘客诉西北航空公司误机索赔集团诉讼案、133名客户诉农业银行广西玉林分行巨额金融期货纠纷集团诉讼案、中国电子进出口总公司信用证诈骗案、松下电器走私案、云南省原省长李嘉廷受贿案、原证监会官员王小石受贿案、沈阳刘涌涉黑案、原福布斯第二富豪杨斌合同诈骗案、黄光裕非法经营案、颜立燕合同诈骗与挪用资金案、南京华夏实业有限公司应诉新华社日报社巨额侵权赔偿案、鞍山钢铁公司诉辽阳三联钢管有限公司亿元人民币购销合同纠纷案、国海、华鑫、华龙证券公司证券买卖纠纷案、东方资产管理公司贷款纠纷案、太原钢铁集团有限公司股权纠纷案等多起国内外影响重大的典型疑难案件，并先后担任中国航空结算中心、北京海洋馆、大港油田、山西宇晋钢铁有限公司等公司、企业法律顾问。有关上述案例及田文昌律师的个人事迹被国内外多种报刊、广播、电视等新闻媒介广泛报道。

田文昌律师素有“学者律师”之称，教学、科研、办案成果丰硕，曾发表学术论文、译文、专著、教材等数百万字。其著作《中国名律师辩护词代理词精选——田文昌专辑》（第一辑、第二辑）、《刑事辩护学》、《刑事诉讼控辩审三人谈》、《律师制度教程》、《刑事诉讼法再修改律师建议稿——条文与论证》、《律师与法治》、《刑事辩护的中国经验》等受到法学界和法律实务界普遍赞誉。

近年来，田文昌律师抽出大量时间代表全国律师协会参加刑法、刑诉法修改活动。同时，还受全国律协指派作为外交部组团的中国人权代表团成员多次赴各国参加人权对话会议。

2006年，法治早报、lenews法薪传媒授予其“首届中国律师风云榜特殊贡献奖”。



序

我和文昌认识有十多年了。那时,我在中国政法大学担任主管教学的副校长,他刚刚从西北政法学院获得刑法学硕士来中政大工作。我和他的专业不同,但这丝毫不影响我对这位新来的教师的注意,因为反馈来的信息使我深知,这位新来教师的讲课备受学生的欢迎。在一个尚受人际关系影响的环境里,作为一个与中国政法大学及其前身北京政法学院毫无学缘关系、靠山关系的纯“外来户”,他在短短的时间内所取得的成就,应该说,全凭着他个人的聪明才华和勤奋努力。

后来,他又担任了法律系的一些领导工作,我又被他的组织才能、工作魄力及思想解放所吸引。在传统观念还比较严重的环境里,他的作风和一些措施、办法当然也招致了一些“非议”。某种特定的环境可以使一个人的才华能力充分得到显现,从而造就了一位人才;某种特定的环境也可以使同样一个人的才华被湮没,从而埋葬了一位人才,田文昌也是这样。在中国政法大学不大不小的政治“漩涡”中,他也被卷入了。他并不惮于在这样的“漩涡”中搏击,然而另一片激流更吸引他,于是他毅然跳进了另一个大海——做专业律师的大海。

在律师工作中,我始终把他看作一位学者型的律师。这不仅因为他具有硕士的学历以及他有较长的法律高校执教的教历,更重要的是,他学者的气质和风度,善于在办案中从学理的角度去分析问题并不断在工作中学习、研究,乃至著书立说,把实践升华为理论,又以理论指导其实践。他办案非常忙碌,但我觉得他不是一个“办案机器”,这本书就是一个明证,体现了他用知识和智慧去办案,用理性和思维去办案的经验总结。

在律师的工作中,我始终把他看作一位理想型的律师。在办案过程中

他不仅仅是为当事人提供应有的法律服务,而是抱着强烈的匡复法律尊严和神圣的信念和勇气。有了这种信念和勇气他就常常出于一颗赤子之心,同情弱者或者叫童心未泯,良知未泯,不是一个“律师油子”。有了这种信念和勇气他就敢于为弱小的受害者打抱不平,向手持权鼎者挑战。虽然在律师工作中他的名气越来越大,物质生活也比在高校当“穷教师”时不知高出了多少倍,但我始终不把他看作是终日为金钱而奋斗的人。这本书就是一个明证,体现他办案中的“正气歌”。只有具有为捍卫法律的理想,辩护词和代理词才能有震撼力,光靠华丽的词藻是写不出好的辩护词和代理词来的!

在律师工作中,我始终把他看作一位多面手的律师。他本身的专业是刑法,办刑事案件自然是他的特长,本书中的十篇辩护词相当精彩。他对民商经济法原本很少接触,但他从很早开始就不断在这些领域内学习、研究、请教。很快,他就深入这些领域之中。本书中他的十篇代理词也毫不逊色。他还努力学习,参加了证券律师资格的考试,还准备向更高的层次,更艰难的领域进军。我始终不把他看作那种安于现状不思进取的律师,“人无远虑,必有近忧”,文昌是一位胸有大志、胸有远虑的律师。

一篇优秀的律师辩护词、代理词不亚于一篇优秀的学术论文,这二十篇辩护词、代理词,就是一本二十篇优秀的论文集。希望从田文昌这本书的出版可以看到将会有更多的这类作品问世。

是为序。

江 平

1997年6月于北京

作者注:此序系江平教授为第一辑《辩护词代理词专辑》所作序言,愿在此后系列《辩护词代理词专辑》中均以此为序。



再版前言

我的《辩护词、代理词专辑》(一、二)两辑出版以来,受到社会各界尤其是律师界同行的广泛关注,曾经加印过几次。目前,由于书店里又脱销,出版社准备再次加印,并同我商议,为方便读者,希望于此次加印时将一、二两辑合在一起作为合订本发行。我欣然同意。感谢出版社,更感谢读者的厚爱,同时,也为我的书能够具有一定的参考价值而自感欣慰。

由于律师制度在我国历史上出现的时间很晚,经验很少,成果亦不多,迄今为止,律师的法庭活动仍处在一种不断探索,逐渐成熟的过程之中。所以,同行之间沟通与交流的作用则显得更为重要。我认为,辩护词、代理词的作用不仅仅关系到某一件个案的成败,而且也是一种理论和能力的提升。同时,还会起到推动立法与司法改革的作用。一篇有水平、有见地的辩护词、代理词,同时也是一篇有价值的学术论文,或者会成为具有创见性的立法建议,甚至会成为引领司法制度变革的号角。

因此,一定不要忽视辩护词、代理词的作用和价值,而且还要善于发现和利用它的价值。

值得强调的是,目前在法学理论界和法律实务界,理论与实务相脱节和相关学科之间相脱节的现象已经十分严重。在此情况下,以辩护词、代理词形式出现的律师的论证观点更容易弥补这种缺憾。因为律师的辩护词、代理词形成于错综复杂的真实案例和控辩双方激烈交锋的基础之上,这种不断面对新问题的有的放矢的思考和论证,更具有提升理论和指导实务的综合价值。所以,每一个律师都应当重视这种价值,并意识到自己在实现这种价值过程中的历史责任。

正因如此,我希望每一位律师都能够高度重视并认真对待自己的每一

篇辩护词和代理词,并通过与同行和对手的相互切磋使自己得到提高。为此,我也愿意将自己的拙作与大家分享,供大家参考并希望得到指正。

我一直认为,辩护词、代理词的水平虽有高低,但是,世上没有完美无瑕的辩护词与代理词。能够在一篇堪称精彩的辩护词、代理词中发现不足和提出高见者,才更有机会提升自己和接近完美。

我希望自己的辩护词、代理词专辑继续发挥抛砖引玉之功,也希望有更多的“砖”和更多的“玉”不断地出版面世。

田文昌

2012年7月1日于北京



引言之一

中华全国律师协会和法律出版社向我约稿,要我出版一本辩护词与代理词专辑。并且,还要陆续出版一批这样的专辑。我想,出版的目的在于推动律师的工作,加强律师的责任感,也是为了使人们进一步了解律师的作用和意义。所以,我挑选的内容并不是以取得胜诉的结果为标准,而是更多地考虑到案件的典型性和代表性。我一向认为,律师不是单纯以胜败论英雄,因为影响胜负的因素实在太多。律师办案子,赢,要赢得光彩;输,要输得潇洒。重要的是,你是否真正尽到了律师的职责,发挥出真正的水平。

在诉讼业务中,辩护词与代理词是律师水平与成果的结晶,应当用律师的心血来完成。当一个律师将自己的辩护词与代理词公之于众的时候,他必须有勇气迎接众多的批评与挑战,进而在批评中检讨和提高自己,以求得到不断进步。

每一次出庭后,我都会发现自己有不同程度的失误或遗憾,总会感到遗漏了一些内容或者换一种说法会更好,即使再精彩的辩论之后也不无这种感觉,完美无缺的情况几乎没有过。所以,尽善尽美的辩护词与代理词并不存在。

正因如此,我愿呈此拙作,以求在公众和同行面前得到批评与指教。

田文昌

1997年6月25日



引言之二

律师不是天使也不是魔鬼

律师不是天使也不是魔鬼,律师既不代表正义也不代表邪恶,而是通过参与司法活动的整体过程去实现并体现正义。简言之,律师就是以依法维护委托人合法权益的方式去实现维护正义的目标。

人们有时将律师视为正义的化身,似乎律师自身就可以代表正义;有时又将律师视为邪恶的代表,似乎律师天生就是亵渎正义的恶魔。其实,这两种认识都不正确。道理很简单:正义的概念是抽象的,人人都可以自以为代表正义和维护正义,而对于正义的价值观却会因人而异,各不相同。更何况,在不同的时空中评价正义的社会标准也会发生变化。如此,便出现了评价正义的法律标准。

作为法律评价体系中的一个必要环节,律师的职责就是为形成这种最终评价提供必要的事实和法律依据,具体表现为依法最大限度地维护一方当事人的合法权益。律师可以有自己的价值观,但是,由于律师的活动发生于法律评价形成之前,所以,他不能以个人评价取代法律评价,更不能因此而做出损害委托人利益的行为。这就是律师基本的职业道德。

从表面形式上看,律师的职业道德有时会与社会道德发生冲突,但是,从本质上看,两者之间却具有高度的一致性,因为律师的职责正是维护社会公平正义统一评价体系的重要组成部分。一个重要岗位的哨兵不能擅离职守,对眼前发生的其他事件去见义勇为,从表面上看,他似乎麻木不仁,违背了社会道德。如若不然,却很可能由于顾此失彼而损害了全社会的更高利益。



所以,严守职业道德,依法最大限度地维护委托人的合法权益,正是律师以法律手段维护社会公平正义的特定方式。

在第一本《辩护词代理词专辑》问世十年后的今天,法治在进步,律师事业在发展。但是,人们对于律师职责的认识仍然不尽一致,其偏见与误解之深,足以说明作为舶来品的律师制度至今尚未在国人的观念中扎下根基。这也是我国律师制度发展举步维艰的根源所在。

十年后的今天,在出版《辩护词代理词专辑》第二辑之际,附上前面的感想,作为对律师职责定位的思考而奉献给读者,期望能够借此抛砖引玉,引起人们对律师更多的关注,激起更多的思考……

田文昌

2007年11月11日于北京



目 录

演讲

- 法庭辩论技巧 (3)
- 法治建设 20 年纵横谈 (32)
- 中国刑事辩护制度的回顾与展望 (57)
- 刑辩律师在大要案中的作用 (65)

辩护词

- 商禄贪污、挪用公款、玩忽职守、毁灭公文、证件案 (79)
- 张某贪污、受贿、流氓案 (107)
- 云立坤故意杀人案 (122)
- 朱佩金贪污、诈骗、行贿案 (129)
- 邹为瑞贪污、诈骗案 (152)
- 黄某受贿案 (164)
- 王保珍受贿案 (176)
- 李某某走私案 (192)
- 贺某贪污、挪用公款案 (203)
- 珠海金镭联激光主盘制造有限公司侵犯著作权犯罪案 (210)
- 李某某被控包庇罪 (217)
- 林××被控职务侵占罪、挪用资金罪 (232)
- 乔××被控集资诈骗罪 (261)
- 李嘉廷被控受贿罪 (278)
- 杨斌被控虚假出资等罪 (286)
- 陈××被控受贿罪 (328)

崔清被控职务侵占罪、虚开增值税专用发票罪	(334)
张世鹏等被控诈骗罪	(351)
中国××外轮代理公司被控单位走私罪	(364)
王小石被控受贿罪	(373)
赵新先被控国有公司人员滥用职权罪	(389)
高斌被控贷款诈骗罪	(403)

代理词

马金山诉赵玉明返还财产案	(415)
黄庭桥诉湖北省宜昌市西陵峡口风景名胜管理局承包企业产 权纠纷案	(420)
南京华夏实业有限公司与新华日报社相邻关系侵权纠纷案 ...	(426)
广西玉林133名客户诉农业银行广西玉林分行外汇期货交易 纠纷案	(439)
希望集团有限公司与广西饲料集团粮油经营部购销合同纠纷 案	(456)
华冠公司与山东临沂公司化肥购销合同纠纷案	(463)
国营七〇七厂诉北京三科经贸公司侵犯商业秘密案	(468)
山东××经济发展公司与中国××工业供销总公司合同纠纷 案	(475)
香港三公司诉广东省湛江海关没收货物违法案	(479)
李强律师诉贵州省遵义县公安局限制人身自由违法案	(486)
全国妇联与王熙民、包阿华及锦州市环境艺术研究所浮雕加 工承揽合同纠纷案	(498)
厦门华益工贸有限公司与北联公司购销合同纠纷案	(513)
海外投资集团(澳洲)有限公司和许荣茂与沈樟林名誉侵权 纠纷案	(518)
海南燕琼电力科工贸公司与广州兴海工贸公司、北京多元 实业发展公司、北京五洲染织集团公司合作建房合同纠 纷案	(523)
中国×××原材料总公司大连分公司与大连××总公司联营 合同贷款纠纷仲裁案	(527)
天津市河东区王串场十七段翻建工程指挥部与天津市运通房 地产建设开发公司房屋联建纠纷案	(538)



北京利达海洋生物馆有限公司与招商银行贷款担保纠纷案	(545)
美国法兹诺公司与石家庄星达影视节目传播中心代理合同纠纷案	(554)
东莞市××制冷工程有限公司与汤××承揽合同纠纷案	(572)
华鑫证券与蚌埠建设投资公司证券交易委托代理合同纠纷案	(585)
大连市农村社会保险管理中心与大通证券股份有限公司委托理财合同纠纷案	(593)
光大证券及下属上海河南南路营业部与上海东方网证券交易代理合同纠纷案	(605)

演 讲



法庭辩论技巧^①

法庭辩论技巧这个题目应当说是一个比较深的课题,要把这个题目讲好是很不容易的,我没有任何理由自信能够讲好。既然来了,今天就与在座的同行一块儿探讨一下。我只能讲一些粗浅的体会,希望在我讲的当中和讲后大家能够提出一些问题我们互相探讨、互相研究,大家可以随时发问,我讲话的时候不怕打断,因为在座的各位恐怕比我有更深刻的体会,比我讲得更好。说实话,我也没做什么准备,原来我在政法大学讲座时讲过一个类似的题目:《法庭论辩艺术漫谈》,当时并没有稿子,只是聊天式的即席发挥,后来研究生们帮我整理出来,这样才有了一点基础。今天我想结合新刑事诉讼法出台的一些相关内容来谈谈法庭辩论技巧这个话题,供大家参考。

第一个问题 首先谈一下新刑事诉讼法中规定的关于刑事辩护和刑事案件代理当中律师工作的内容和方式

根据新刑事诉讼法的规定,律师参与刑事案件的工作内容和阶段有了比较大的变化。可以分为三项内容和两个阶段(或三个阶段)。这只是我个人的认识。

三项内容:一个是被告辩护人,这是和原来的规定一致的。再一个是被害人代理,这点在原刑法中没有规定,后来逐步地开始了这项业务,我们律师在有些案件中做了被害人的代理人,但是这个问题没有得到普遍认同,

^① 本文为作者于1996年5月15日在司法部首期刑事辩护律师高级培训班上的讲座。曾连载于《中国律师》1996年第11期、1997年第1、2期。

有些省市的法庭拒绝律师代理被害人出庭;有的可以代理,但只有在民事部分才有发言权,刑事部分没有发言权。现在新的诉讼法中明确规定了这个权利,可以说加大了律师业务的范围,增加了工作内容。当然,这个规定更重要的意义是对被害人的保护更明显、更明确了,因为过去被害人没有诉讼地位。不知大家注意到这个问题没有,我们的刑事诉讼法中诉讼当事人是单方的,这是非常可笑的。在十几年前第一部刑事诉讼法刚刚出台时我就反复提到过这个问题。所谓诉讼,必须是双方的,有诉有讼。可是在我们的刑诉法中公诉人代表国家,不算当事人,被害人也不算当事人,所以在进行诉讼的法庭上,只有被告一方当事人,这是非常不完善的规定。但当时既已规定,也只能那样了。十几年之后,这个问题终于解决了,应当说这是一个很大的进步:被害人作为当事人了。由于被害人作为当事人,被害人就有抗辩权,特别是被害人有了告状的权利。我这几年遇到过许多被害人状告无门的案子,公安机关不给立案,检察机关不给立案,被害人找到律师,律师也无能为力。新刑诉法出台之后,这项工作就可以做了,律师可以代理被害人去起诉。在公诉案件中,如果公诉机关不提起公诉的话,被害人也可到法院提起诉讼。这是一个很大的进步,随着这个进步的出现,律师工作的内容也增加了,律师的作用也加强了,这是第二项内容。

第三项内容更新,那就是对犯罪嫌疑人提供法律帮助,比如在第一次讯问以后,或者被采取强制措施以后,犯罪嫌疑人可以聘请律师提供法律帮助,代为申诉、控告、申请取保候审,等等。这个规定也是一个大的进步,所以律师的工作内容又加了一项。这就是律师工作的三项内容:为被告辩护、为被害人代理、为犯罪嫌疑人提供法律帮助。

那么两个阶段又是什么呢?我认为审查起诉和开庭审判可以作为一个阶段,因为它们都是诉讼阶段。在这个阶段,从审查起诉时,律师就提前介入了。这个阶段由过去的只是起诉以后律师才能介入延伸到审查起诉时律师就可以介入,所以律师的工作量加大了。当然,如果分得细一些,审查起诉与开庭审判也可以分为两阶段。

另一个阶段就是被采取强制措施或者第一次讯问之后到审查起诉之前,为犯罪嫌疑人提供法律帮助。当然,根据目前新刑诉法的规定,这个阶段律师工作的内容还不是太具体,现在谁也说不清楚究竟能干些什么。根据目前的立法内容来看,应当说规定得比较空泛,在今后的实践当中可能会进一步解决这个问题。总之,究竟能做些什么,这是个很值得研究的问题。

那么,概括起来,律师工作的三项内容和两个阶段(或三个阶段)与原

来的刑诉法相比,可以说律师的作用加强了,工作量增多了,工作的难度加大了,这不是一般的加大,而是加大了许多。

第一,调查取证难度加大了。我们的刑诉法规定,调查取证时证人和作证的机关可以不回答律师的提问,可以不作证,因为我们要征得别人同意才能取证。这种拒绝权原来还没有这么明确,这一次更加明确了。我认为这一规定是对我们律师非常不利的一条规定。在几次座谈会上我都提出这个问题,不仅是我,许多律师还有学者都提出这个问题,这是个难度很大的问题。而且,虽然我们的介入时间早了,但主动权基本上控制在控诉方,所以说在这个问题上,律师的调查取证是相当困难的,这是第一个难度。

第二,了解案情难度加大了。因为我们不能看卷宗了,看到的卷宗也不会那么具体了,所以了解案情更加困难。过去虽然律师介入的时间晚,但是介入时全部的卷宗都在法院,我们可以仔细研究,从卷宗里发现问题,虽然很被动,有时就是从鸡蛋里挑骨头,挑不出来你就没辙,但是毕竟你还是可以看到全部的案卷材料,包括证据材料在内,你都可以看到。可是,根据新的刑诉法规定,公诉机关给法院的材料本身就比较简单,律师看到的也只能更加简单,许多关键的内容和证据他们就不一定附卷。所以,对律师来讲,他的思维方式应当有重大改变,他不能够只凭卷宗来了解案情。这也是一个难度很大的问题。

第三,风险加大了。这次刑诉法规定,如果律师在调查取证过程中有诱证等其他制造伪证的行为,要追究法律责任。可以说,这对律师是很不公平的,我在会议上多次呼吁过这一点,因为调查取证当中更容易违法的是侦查机关而不是律师;事实上经常违法的也是侦查机关多于律师;现在仍在违法的更是侦查机关而不是律师。这是因为侦查机关实施违法取证的权力和机会比律师更多。那么,如果公平地把侦查机关和律师放在一起规定还可以,但事实上却没有提及侦查机关,而是单独针对律师列了一条,这样问题就比较大了。特别是有这样一个问题(我在一些文章中也写到过),律师和侦查机关是控辩双方平等而又对立的两个方面,侦查机关搞违法取证的时候,由侦查机关自己来追究,而律师要是发现有这个问题,却要由律师的对立方侦查机关来追究。毫不隐晦地讲,这在立法原则上是有问题的。如果由第三方来处理还可以,现在是在对立的双方中由其中的一方来追究另一方,这种规定明显有问题,很难避免职业报复行为。当然,现在立法已经出台,至少暂时是无法修改了,这是一个很严峻的现实。那么,我们面对这个现实就要充分考虑到这个风险,要知道自己的工作该怎么做。特别一条最危险的是

关于律师出伪证,诱使证人改变证词的问题,这个问题是难以明确界定的,是说不清楚的。在过去和现在,已经屡屡发生过这类事情:检察机关、公安机关调查以后,律师再找证人,证人改变了证词,而且有些证词原来是在逼供下出具的,现在经过律师的教育或自己的思考、自己的反省而改变了证词,这是律师工作的贡献,律师并没有采取非法的手段,但是已经有一些律师被抓起来了,因为你改变了我的调查,所以我就认为你改变的手段是非法的。就在最近几天,我还频频听到北京和外地都有律师被抓的消息。所以说这个问题难度是相当大的。那么,是不是由于律师的调查取证在后,而事后调查就不能改变侦查机关的调查,一旦改变,就有违法取证之嫌呢?应当说,根据目前的现状,这个嫌疑很难避掉。所以说,这个问题是相当严重的。正因为如此,我曾经在今年以来的大大小小的包括很高层次的会议上多次呼吁、警告、预测,我说在新刑法实施以后,全国将有一批律师被抓起来,这是个很严峻的现实,但是从宏观角度来讲,这也是中国法制建设向纵深发展的进程中所必须付出的一种代价,包括我本人也准备付出这个代价。我说的话是指在明年一月以后。然而,更严峻的事实已经出现了,现在已经陆续抓了一些人。我听一些个别的检察人员和公安人员讲,已经做好了准备,要抓几个律师。如果一个地方抓几个,全国就要抓几千了。当然,我们不希望这个现实出现,也不会这样严重,但是这个问题确实是不可避免的。我说这句话并不是言过其实,而是希望同行们意识到这个现实,更慎重地、更稳妥地、更负责地、更严格地做好我们的工作。不能因噎废食,工作还要做,问题是怎么做。一些年轻的律师,像初生牛犊,没有更多的经验,再不慎重,可能由于自己的原因而导致这种结果,这是更加需要注意的。反过来,不是由于我们自身的原因,而是由于对方的原因出现了这种情况,我们也应尽力防止。新刑法起草过程中各方争论相当激烈,但总的来讲,进步是很大的。尽管有许多难以突破的困难,但新刑法应当说是在新中国立法史上的一个重大突破,这点是应当肯定的。对于律师来讲,这个重大突破出现之后,应当说是面临着一场挑战,如何做好刑事辩护和代理工作是值得长时间深入探讨的问题。关于律师工作的风险,我希望在座的同行们能充分认识到,注意到,以便最大限度地予以防止。

第四,回到我们的主题上:辩论的难度加大了。因为庭审方式改变了,所以法庭辩论的方式、内容都有了新的变化。这点对我们每个人来讲都是非常陌生的。那么,法庭辩论难度为什么加大了?表现在什么地方呢?

第二个问题 法庭辩论难度加大的原因

法庭辩论的难度加大主要是由于控辩式的庭审方式所引起的。

一方面,在控辩式审判中,由于庭审前律师不能全面地了解控方的证据内容,应变能力就变得更加重要了。

与目前情况所不同的是,以后起诉机关移交给法庭的案卷内容很简单,这样,我们对好多问题都会措手不及,不可能了解得那么透彻,所以,必须有很强的应变能力。我们不可能事先准备好辩护词,甚至连质证的提纲都难以事先拟好。过去我们把辩护词都打印好了,法庭调查提纲至少也拟得相当详细,将来恐怕办不到了,因为不知道对方的底细,对方会拿出什么关键性的证据我们事先甚至都不能了解,所以法庭调查质证的提纲我们也难以准备。那么,就有相当一部分内容要由法庭上的应变水平来决定,这是增加法庭辩论难度的一个很重要的原因。

另一方面,控辩式的审判方式将会使法庭辩论的方式和内容发生两个重要转变。

一个转变是由集中辩论向交替辩论的转变。

过去我们法庭的审理泾渭分明,先法庭调查,后法庭辩论。可能大家都会有体会,我们有些律师在法庭调查当中常常难以把握这个程序,有时就把辩论的内容提前了,而且发生这种情况时往往要受到法官的制止,让你留待辩论的时候再谈。过去的方式都是这样的。那么,将来的方式恐怕就不一样了,因为它是边质证边辩论,很重要的一部分辩论内容挪到法庭质证中了,这样就加大了法庭质证的力度和分量,质证当中就要融进辩论的内容。法庭调查之后的辩论当然还要有,但是前面质证当中已经开始了证据的辩论。试想,如果对于控方证据的真实性、有效性、合法性我们不能及时提出否定的理由来,就等于认可控方证据。反过来,我们如果不能举出对我方有利的证据并且能说明它的有利之处,又怎么能使这个证据得到认可呢?所以说,在质证阶段,一旦失去机会,质证就会失利,这是个非常重要的问题。面对这种情况,我们必须把辩论的某些内容融合在法庭质证之中。如果我们注意到一些文学作品和影视作品所反映的国外法庭审判的情况,就可以发现他们的法庭辩论常常是在质证当中交替进行,若干个轮回地进行辩论。所以,在新刑事诉讼法实施后,我们必须注意到这一点,在质证阶段要不失时机地提出自己的观点和理由,这样才能否定一些不真实的证据,坚持我方的证据。这是第一个转变,即由集中辩论向交替辩论的转变。

另一个转变是由以实体辩论为主向实体与程序并重的转变。

过去在我们的法庭上,辩论的内容重点是实体法问题,这点恐怕大家都有体会,我们辩论的重点主要是定性准不准,罪与非罪及此罪与彼罪的界限问题,重点都是在这些方面,对证据的辩论并不突出。但是在国外的法庭上,恰恰相反,他们打的主要是证据仗,这一点在一些影视节目中也可以反映出来,这是一个很重要的差别。我曾讲过,我们的律师到国外去,肯定会不适应,尤其是英美法系国家,我们是重实体轻程序,他们是重程序轻实体,辩论的内容和方式差别很大。

为什么会有这种差别?

一个是我们国家历史上一直延续到现在的一种重实体轻程序观念,没有把程序法放在一个很重要的地位。

再一点就是实质上的有罪推定。在我们司法人员的意识中,深深保留着一种有罪推定的思想,这个问题在座的同行们一定会深有体会。有罪推定与无罪推定的问题在我国法学理论界争论了几十年。无罪推定的原则是资产阶级革命胜利以后资产阶级刑事诉讼法中一个重要原则之一,它是对封建制刑事诉讼法和刑法的一个最根本性的否定。直到我国新刑事诉讼法颁布之前,关于无罪推定的争论,曾经出现过几次高潮,几起几伏。遗憾的是,每当有学者提出无罪推定时,就会被一棒子打倒。我也曾经提出过这个问题,但没有专门地来长篇大论,因为那时正有人被批判。这个问题是相当严重的,这种观点的存在,对律师的辩护特别不利,大家可能都听过这种普遍的说法:许多公安和司法人员认为,放人就要证明他无罪。我在讲课时曾经问过许多司法人员,有些罪定不上,证据不足时怎么办?他们的回答是我不能证明他无罪,我就不能放他。这是一种根深蒂固的思想,即有罪推定的思想。我经常对他们讲:“宣告一个人无罪不等于他事实无罪,只能说明我们不能证明他有罪,只要不能证明他有罪,就得宣告他无罪。”但这个说法很难被接受。前几年有好多文章,包括权威的立法人员所作的解释中都有一种观点:“我们既不搞无罪推定,也不搞有罪推定,我们讲的是实事求是。”多年来一直是这样讲。我不客气地讲,在这个意义上实事求是只是一句空话,谁都强调自己是实事求是,但重要的是,如何实事求是?做到实事求是的原则是什么?根据是什么?说到底,无非是一个无罪推定和有罪推定的问题。我们这么多年来反对无罪推定的结果实际上就是搞有罪推定,这个问题相当严重,是对我国法制建设的一种障碍。好就好在这次刑事诉讼法基本上肯定了无罪推定,这个问题早就该肯定,在联合国的有关公约中明确写上了无罪推定,而我国也参加了这个公约,所以当然应当承认这个问

题。这次原则上是承认了,比如说任何犯罪嫌疑人没有被法院认定有罪之前都不能视为有罪,这个表述至少在一定程度上包含了无罪推定的内容,还有些相关的表述,这是一个相当大的突破。只有转变这一思想之后,在防止错案方面才会有重大的进步,对搞好律师工作也是有利的。实质上的有罪推定观念使我们律师工作包括法庭辩论的难度很大,因为一个“实事求是”的抽象性概念掩盖了程序上的违法性和主观臆断性,所以不重视程序。可见,我们律师在法庭辩论当中怎样打破这种错误观念?怎样阐述自己的观点?怎样在证据不足时否定对犯罪的指控?这是个很重要的问题。

第三点,我们不是严格的罪刑法定。罪刑法定也是资产阶级刑法当中最根本的一条原则,这条原则的核心是,法无明文规定不为罪,不处罚。我国刑法和刑事诉讼法都没有这样规定。国外有两种情况,有的将罪刑法定原则规定在刑法中,有的规定在诉讼法中,英美法系国家一般是规定在诉讼法中,还有一些国家把这个内容规定在宪法中。可是,我国这几个法中都没有明确规定。在1979年刑法、刑事诉讼法出台之后,学术界一直在讨论我们国家是不是罪刑法定原则,有的说是,有的说不是,有的说基本上是罪刑法定原则,有的说是以罪刑法定为基础,以类推为补充的原则,有的说是有限的罪刑法定原则。有一位学者说得很有新意,他说我们不是罪刑法定原则,而是罪刑合法原则,因为类推和罪刑法定是尖锐对立的,但如果法律规定有类推,就不能说它不合法,所以说是罪刑合法原则,即只要没有超出法律规定的范围就视为合法。可见,罪刑合法原则和罪刑法定原则差之千里,是不一样的。这次修改刑法时大家意见比较一致,主张废止类推。这次新刑事诉讼法的出台在一定意义上也推进了罪刑法定原则的贯彻,将来我国刑法应当明确把这一原则确定下来。我最近准备出一本书:《罪刑法定原则在中国》,我在书中谈到了罪刑法定的概念、内容、起源、历史发展过程和现状,中国现行法律与罪刑法定原则的冲突以及将来怎么办等一系列问题。罪刑法定原则如不明确下来,我们律师工作的难度也会相当大,因为定罪量刑的随意性太强,法官主观臆断的权力相当大,这也是律师在法庭辩论中难度大的原因之一。

还有一点,就是我们的实体法规定得过于空泛、抽象,伸缩性太大,在理解上很容易发生歧义,这也是一个非常现实的问题。大家知道,我国刑法非常简练,只有192条。一些外国学者说:非常欣赏你们的法律,非常欣赏你们的概括能力,你们的法律言简意赅,不过我们是无论如何接受不了的。他们这些话的含义很明确,是认为我们的刑法太简单了。在这个问题上我专

门和外国学者探讨过,我说你们的陪审团制度怎么能够做到严格依法办事呢?陪审团成员不懂法律,他们根据什么行使定罪权呢?在英美国家陪审团的成员要求非常严格,必须是德高望重的、受人们尊敬的,这当然没得说,但还有一条,不能是法律专业人员。很多人都可以报名参加陪审团,经过审查之后就可以成为陪审团的候选人,当一个案子出现后,就可以从中挑几个参加陪审团。所以针对这种情况我就问:你们陪审团成员不懂法律,怎么能够来定罪呢?(因为法官没有定罪权,陪审团才能定罪,法官只是作为顾问,定罪之后进行量刑,至于能不能定罪,由陪审团表决,法官没有权力。)他们解释的一个很重要的原因就是他们的实体法规定的相当具体细致,绝大部分情况是可以对号入座的。所以说律师也好,控方也好,主要是在案件事实上下工夫,把陪审团从情感上、道义上打动了,使他们产生某种倾向和确信。所以双方必须有充分的证据,证据仗打得很具体很激烈,主要是证明犯罪事实是否存在,当然也包括行为人的动机、目的和背景等。可是这一点在我国却很难做到。我国有陪审员,但陪审员的作用大家都很清楚。因为我们的法律连律师与法官都争不清楚,有时连最高法、最高检都争不清楚,甚至连我们很多高层的专家论证会都争不清楚,陪审员怎么会清楚呢?我在一些重大疑难案件中,经常请专家开论证会,我也应邀参加过一些有关部门举办的论证会,我很少遇到过观点完全一致的,大多数都有一些争论。这种现象一方面说明法律是一门科学,理论很高深,有争论是正常的。但是恐怕更重要的是反映出我们的立法太抽象了,给人留下那么多争论的余地。立法不一定都那么科学,任何一个国家、任何一个时代的立法都不可能无可挑剔,都是不断补充和完善的,但是立法一定要明确,不能给人那么多空子可钻。我们国家法律的空子是比较多的,谁都可以钻,这是我们亟待解决的问题。到目前为止,刑法修改的草案已出了好多稿,现在已经变成三十九章五百多条,恐怕还要增加,这是一个大的进步,估计一两年之内能够出台。

我讲这些是说明在国外的法庭上重点是在证据的辩论,是打证据仗,程序问题占了很重要的地位,而我国的法庭上程序的内容较少,主要是在打实体,这是过去,将来新刑法实施以后,程序上的问题增多了,在程序中辩论的难度增大了。但是,由于我国目前刑事实体法的立法现状所决定,在法庭辩论中我们实体上的内容并没有减少,过去是重实体轻程序,现在是实体与程序并重,并不是因为程序上的分量加大了就减少了实体上的分量。所以说,我们律师面临的是双重的难度,比在国外做律师更难,我们是这边顾着程序,那边还不能忘了实体。当然这不是单方面的,我们难,控方也难,难度

是对等的。但是我们对自已就要提出更高的要求,程序与实体这两个问题都不能忽略。要适应这个转变。

好,现在我们来总结一下,刚才讲到新刑事诉讼法实施后在法庭辩论中将要发生两个转变:一个是从法庭调查与法庭辩论分阶段进行向法庭调查质证与辩论交叉进行的转变,另一个是辩论中由重实体轻程序向实体与程序并重的转变。要适应这两个转变,不是件很容易的事情,我们每个律师都应当做好充分的思想准备,要探索,要锻炼,要提高。律协前几天开了几个会在研究这个问题,全国律协准备搞这样几个动作:一是搞模拟法庭,现在我正在拟写模拟法庭的提纲。准备先各搞一个美国律师和香港律师的模拟法庭,因为许多人包括我在内到底怎么搞控辩式审判都是空白。搞了这两个模拟法庭之后,再搞国内律师的控辩式的模拟法庭。把这三个模拟法庭搞好之后,制成录像带,全国每个律师所一套。这是初步定下来的一个打算,是为了使大家能够尽快适应这种庭审方式。另外一个动作就是在全国范围内搞律师的辩论大赛,大学生辩论赛搞了这么多次了,我们律师若不搞辩论赛就非常遗憾了,真正该搞的应该是律师。准备在几个省市先搞,通过中央电视台合作来搞。我们争取年底之前把准备工作做好,这也是对提高律师法庭辩论水平的一个促进,也显示一下律师的实力,律师出来表演,大家看一看。这个辩论赛的提纲也正在准备。

适应新的论辩方式确实要有一个过程,更主要的是多学习。

第三个问题 法庭辩论中律师的优势和劣势

从形式上讲,应当说控方是主动的,辩方是被动的,因为控方掌握证据在先,始终处于攻势的地位。辩方掌握证据在后,处于守势。

但是,辩方律师也有天然优势,这个优势就是举证责任,因为是控方举证,辩方反驳,这是很大的优势。控方必须保证证据的真实性、合法性、一致性和排他性,这一点对控方来讲压力很大。因为谁主张,谁举证,民事审判上也是这样。首先,你控告的证据要真实,要经得起推敲;其次,要合法,不能违法取证;再次,要一致,不能自相矛盾;最后,证据要有排他性,特别是间接证据,我们知道,间接证据必须形成一个完整的、一致的、无法攻破的证据链条,必须具有排他性,否则多少个证据加起来也没有用。在这一点上,作为辩方律师只要攻破控方证据就可以取胜,并不一定要举出反证。这个优势很大。也就是说,只要攻破一点,这一证据就不能成立,就打破了控方证据,控方就要失利,这点的的确是律师的优势。

我讲这个问题的意思是我们应当了解自己在法庭辩论中的位置,在法

庭辩论中的劣势、优势各是什么。在处于劣势的一方面,我们应有充分的思想准备,在优势这一方面要更加充分地发挥,这样才有利于取胜。

但是辩方的优势也不是绝对的,有时也有例外。比如正当防卫的问题,我碰到过好多这样的案子。应当说我国对正当防卫的研究在理论上比较薄弱,立法上不够具体,实践中问题非常大。我们在政策上一再讲,鼓励正当防卫,鼓励人民群众用正当防卫的方式同违法犯罪行为作斗争,来维护社会的安定,要放宽防卫的条件。但是,由于理论上研究得不够,实践中往往是“左”的倾向占主导地位。实践中防卫的案件很难辩护,明明是防卫的,常常被定为防卫过当;明明是防卫过当的,常常连防卫的性质都被否定;总是要有些偏差。所以说防卫的案件很难辩护。但我现在说的不是指这个问题,而是说在防卫案件的辩论中律师的位置变了,辩方往往会处在劣势的位置。为什么呢?是因为举证责任变了。一般情况下是控方举证,但是防卫案件中却往往要相反,因为杀人、伤害这样的事实确已发生了,事实在先,控方只要拿出这种事实就可以了,但如果律师认为这是防卫,你就要提出防卫的证据。所以,此时对防卫成立的举证责任就落在了辩护人头上,这时候,我们就处于劣势。而且实践中,防卫案件常常是没有多少证人的,往往是一对一的,这个问题难度相当大。所以在这一点上,我们应当有充分的思想准备,遇到这样的案件,要尽可能充分地寻找证据,要不然即使明知是防卫,拿不出证据也是不行的。再譬如精神病的问题,也比较困难,你怀疑他有精神病,你就要举证。当然精神病要由鉴定机关来认定,但提出鉴定要求本身你就要有一定的证据作基础,否则人家凭什么给你做鉴定呢?我办过一些怀疑有精神病的案子,有的确实被鉴定为无责任能力,有的被鉴定为有责任能力,总之,该是什么就是什么,我们责任尽到了。但是无论如何,你必须提出鉴定的理由,并且要有一定的证据支持这种理由才行。在这方面,律师也是处于劣势的位置。所以说,辩方律师的天然优势并不是绝对的,有些问题上你也要承担举证责任,这样难度就比较大。

第四个问题 法庭辩论的目的和侧重点

应当说,律师进行法庭辩论的目的是使自己的观点能够被接受,而不是哗众取宠,这一点非常重要。我见过一些律师,确实有这种毛病,他们的口才不错,思维很敏捷,但是他们并不考虑实效。在辩论中,只注重以各种华丽的辞藻来展示他的才华,常常博得掌声和喝彩声。当事人往往喜欢这样的律师,他们会感到解恨,感到精彩,感觉到压抑了多时的情绪终于得到发泄。由于当事人不懂法律,所以不知道后果,有时就图一时痛快,这是可以

理解的。但是律师不能这样,因为这样讲了之后并没有什么实际的作用,这样的表演并未充分表达他辩护的理由,而且还很容易刺伤控诉方,甚至刺伤了法官,有的律师对法官也百般嘲笑,结果谁吃亏呢?还是当事人吃亏,没有起到律师应有的作用。法庭辩论的目的是什么?是为了在辩论大赛上的表演呢?还是为了辩论理由的成功呢?这一点是不言自明的。所以,这种表演次数多了之后,当事人也会有所察觉,也不会欢迎,因为他光是说的好听,却没什么效果。这样传来传去对律师的声望也不好,而且司法机关也容易形成对立情绪。所以,应当引以为戒。

那么,法庭辩论的侧重点是什么?与目的一致,法庭辩论的侧重点应当是晓之以理,动之以情,言之有据,而并不在于攻击对方,这是非常重要的。有的律师只是沾沾自喜于把对方打败了,把对方驳得无话可讲了。要知道这一点是远远不够的,重要的是结果怎么样,法官是不是理解了、采纳了。律师在辩论中应当特别注重晓之以理,动之以情,因为你的目的是让人家接受你的观点。所以,侧重点是在于表演?还是在于对实际效果的追求?这个问题非常重要。

在法庭辩论中,论题的确立,辩论内容的展开与调整,辩论方式与技巧的选择和运用等一系列问题,都不能偏离法庭辩论的目的和侧重点。所以,这个问题是法庭辩论取得成功的首要前提。在这个前提确立之后,法庭辩论技巧才可以得到有效的发挥,才会有用武之地,才不会浪费口才。

好,现在我们进入本讲的中心话题:

第五个问题 法庭辩论技巧的具体运用

这个问题比较庞杂,我只能就个人体会较深的几个方面,结合具体案例来谈谈感受,不可能全面展开,更谈不上系统性。

一、辩论要抓住要害突出重点

抓住要害,突出重点,这不仅在法庭辩论中十分重要,在法庭调查和庭前准备中也同样重要。有些比较复杂的案件,内容很多也很乱,这时候一定要抓住要害,突出重点,不宜面面俱到,避免冲淡了主题。有些案件很复杂,甚至涉及十几项、几十项犯罪事实。这还不说,关键是有的案件涉及的证据内容及其他一些内容太多太乱,如果在有限的庭审时间内不能抓住要害,往往会被牵着鼻子走,陷入一种难以解脱的境地,不利于把重点问题说清楚。大兴安岭朱佩金的案子就很典型。这是一件因承包经营而被指控犯罪的案件,被告被关押了5年半,起诉书指控他贪污近40万元,诈骗近40万元,再加行贿共3个罪名,案件历时长达7个年头,最后被宣告无罪。这个案子检

察院侦查了3年多,起诉到法院后,法院又搞了一年多,到我去开庭的时候就只有7天,就在7天时间里我们两名律师除了阅卷和会见被告,还要调取一系列证据,包括坐十几个小时火车到泰来农场和老来农场两个监狱去取证,而且因时过境迁取证相当困难。所以,我看卷的时间只有3天。3860多页的卷宗,就是不睡觉也看不完。怎么办?我通过对一些主要线索的分析,终于找到了关键问题,从根本上否定了犯罪的性质,其他一些次要问题有的一翻而过,有的干脆不看了。因为此案的关键是承包合同的性质和方式,只要把个人承包的基本性质和“大包干”的承包方式弄清楚了,就足以否定贪污和诈骗的问题。所以,对其他一些次要问题就可以泛泛地翻阅,甚至可以略过不看。这样一来,不足3天,我已经把案件全部吃透了。后来同院长交换意见时,他问我看完了卷宗材料没有,我回答说,“我都看明白了。”他会心地笑了。这个院长是科班出身,很有水平,他知道我不可能看完卷宗。但当我全面地分析案情,陈述理由之后,他既满意又吃惊,对我的工作效率感到惊讶。后来在法庭辩论中涉及其他一些枝节问题我一律不予纠缠,就抓住这个要害问题不放,从根本上否定了犯罪性质。假如我陷入那些琐碎的枝节问题之中,那就非常麻烦了,就很难把握住重点,甚至连基本案情都吃不透。事实上,开庭的情况表明,公诉人和审判长对案情都没有吃得很透,尽管他们研究、调查了几年时间。为什么?因为他们没有抓住要害,没有厘清法律关系。

二、善于抓住和利用矛盾

新刑法实施后,法庭调查质证中必然融进辩论的内容,这时如何进行辩论,如何使辩论更有力度,这是个很值得研究、探讨的问题。法庭调查中,主要是举证和质证,事先一定要有一个举证、质证的基本思路,在庭上则要不失时机地寻找对我方有利的线索和机会,一方面要善于发现对方举证中的矛盾,另一方面一定要避免自相矛盾。有些情况下,在法庭调查中不宜过早地暴露自己的思路,以免使对方有所防备,使得一些重要证据无法核实。法庭调查当中这些技巧是很重要的,这不仅是在刑案的辩论中,在民事案件和其他案件中也是一样,凡是涉及法庭辩论的都有这样的问题。下面,我就个人的体会举几个相关的例子供大家参考。

前几年我在广东办了一件行政诉讼案,我方代理香港的3家公司和越南船长诉湛江海关扣船没收货物违法。这件案子一审胜诉,但后来二审败诉了。尽管二审败诉了,我认为这案子是非常成功的,这案子随时随地我都想把它翻过来。案情是海关扣了一艘越南船,运的是香港公司的货物。这

船的合法航程是从香港向越南运货,提单等手续齐全。航行至越南与中国的分航点之前,在琼州海峡的国际航线上,遇到了12级台风,所以驶入广东湛江境内紧急避险。在抛锚停靠当中被公安机关和海关查获,两千多万元的货物被扣留。假如该船是在国内航线上行驶中被扣留,认定走私是没有问题的,但它是在避险中被扣的,而且是处在国际航线上的分航点之前,所以认定走私是缺乏根据的。那么,海关认定走私的关键性证据是什么呢?其中之一是24名船员和船长的口供。但是,阅卷时发现被告把第一次口供全部隐匿了,没有向法庭提交,只提交了第二次口供,而第二次口供虽然承认是走私却有许多破绽,这些口供中有的前后矛盾,有的相互矛盾,显然是不真实的,被逼出来的。在法庭调查中我首先以此为突破点,我开始并没有否定这些口供,只是举出了其中的各种矛盾,当对方被质问得不能自圆其说的时候,就乱了阵脚,跳起来了。在慌乱之中,对方代理人极不冷静,声色俱厉地说:“我们重证据,不轻信口供,那些口供都是胡说八道,不能算数。”结果,本来被当作王牌证据使用的口供首先被他自己否定掉了。于是,我立即提请法庭将被告代理人的这些话记录在案,并声明在口供的真实性和效力问题上,原被告双方已经达成共识,请法庭调查下一个问题。口供的证据效力之争就这样结束了。这时,对方才发觉上当,追悔莫及,但为时已晚。由此可见,一些关键问题在交叉质证时必须及时抓住,一旦失去机会或者一朝失误,就容易陷入被动局面。

再举一个例子,还是刚才我讲的那个行政诉讼案,这个例子发生在二审阶段。当对方的第一个王牌证据——船员的口供被攻破之后,第二个王牌证据是三份电报底稿。海关向法庭提供了船上尚未发出的八份电报底稿,这八份底稿中有三份是最重要的,这三份底稿虽然也是间接证据,但是可以反映出该船具有走私嫌疑。因为按正常手续是从香港运货到越南,在越南办了手续后,不卸货,再从越南转到广西,这样就是合法的,是边贸政策所允许的。而海关扣船的理由,就是认定该船假借到越南的名义,直接驶往广西北海市,这样就会由于没有从香港到广西的合法手续而构成走私。那么,在这三份电报稿的内容中,确实可以反映出从香港直驶广西的嫌疑,至少可以反映在主观上有这种动机。所以,海关将这三份电报稿作为第二张王牌证据。但是经过分析之后,我发现这些电报稿的真实性值得怀疑。第一,这些电报稿是在该船搁浅后草拟的,而在拟稿之前,船上的发报机天线已被风刮断,收、发报已经无法进行。这种情况下拟写电报稿是没有意义的,这种做法违反常理。第二,这八份电报稿都是复印件,海关拒不提供原件。第三,

据我方初步调查,这最重要的三份电报稿的拟稿时间是在船被扣押后船员已经失去自由的第二天。这是最大的疑点,若果真如此,这些电报肯定是假的,因为任何人都不会在失去自由的情况下再主动去为自己制造罪证。但是,由于时间紧迫,我们当时无法取得直接证据来揭穿这个伪证。于是,就只能在法庭上斗智,设法在法庭质证中寻找对方的破绽。为了麻痹对方而防止他们说假话,我并不直接提出这个问题。而是东一下西一下地将各种问题混在一起连续发问,在他们摸不清我方思路并且公开嘲笑我的提问不着边际的情况下,我突然清描淡写地问起了扣船的时间和船员第一次被讯问的时间。但是,就在对方准备回答这个问题的时候,被审判长制止了。说是后面专门安排时间调查这个问题。审判长的这个举动,进一步加深了我的怀疑。于是,我在纸上写了几个大字摆在面前,防止在混战中这个问题被漏掉。果然不出我所料,在以后漫长的法庭调查中,我又两次提出这个问题,每当对方要回答的时候,都被审判长制止了。这样,我总共提出三次,被制止三次,但是每次提问都是单独提出,故意避开电报底稿的问题。所以,对方一直没有弄清我提问的真实用意。最后,直到在审判长宣布法庭调查结束的时候,也没有调查这个问题。这时候,我严厉地向审判长提出质问:“审判长,我三次提出扣船时间的问题,你三次制止,表示安排专门时间调查,现在却宣布法庭调查结束,是忘记了呢,还是不想调查?”审判长迟疑了半天,说“可以调查”。我当即要求对方宣读办案记录,结果真是不出所料,是前一天下午两点钟扣的船,限制了所有船员和船长的人身自由,并于当时进行了第一次询问,录了口供,而这三份电报稿的拟稿时间却是在第二天早上八点钟。宣读完之后,对方律师才反应过来,企图改变说法,但是为时已晚。我当即要求法庭将此记录在案,并提请法庭责令对方将办案记录提交给法庭。这一段艰难的调查、质证,终于揭开了电报底稿之谜,接下来,便开始了充分占有主动权的步步紧逼的辩论,攻破了对方的第二张王牌证据。

第三个例子,前年,我在东北办了一个比较大的贪污受贿案,是一个企业家的案子,因时间关系,具体案情我不多讲,只讲其中有一笔贪污1.6万元的证据问题。公司出纳员证明说,这1.6万元是她分成若干次送给被告的,每次都是被告指示出纳员到银行取款,取款后不许让别人知道,单独交给被告。但在证词中我发现了几处矛盾,一个是出纳员说:“我每次给他钱都没有留存根”,而且又说(在卷宗里反映出来),“我怕他不认账,所以就把存根都给他了。”这句话是矛盾的。又说:“还有一次是他让我到一个地方去送钱,我不认识那个人的家,是他告诉我如何走法,他在门口接我,也不让

我进屋,把钱交给他我就走了。”而在另一次的调查笔录中她又说送钱时看见了屋里有人在打牌,有人在睡觉。更重要的是,我经调查得知,送钱的这家就是她原来的男朋友的家,既然如此,她为什么还需要在被告的指点下才能找到家门呢?根据这些疑点,我坚持要求法庭传这个出纳员出庭作证。法庭调查时,我步步紧逼,穷追不舍地向出纳员发问,结果,她慌乱之中,破绽百出,无言以对,竟在法庭上哭了起来。这时候,我又抛出了一个关键性的反证:我已经查明,这个出纳员最后一次取款的时间是在被告被抓起来之后。举证之后,我当即向法庭指出:“很显然,作为证人的出纳员是不可能到看守所去送钱供被告贪污的。因此,贪污这笔钱的真正罪犯是谁,已经不言自明。”通过这一场质证,得到了一个必然的但又超出了我们律师职责范围内的结果:被告贪污这1.6万元的事实被否定了,但是,作为证人的女出纳员被抓起来了。

实际上,法庭辩论与法庭调查、质证本来就是不可分割的。两者或者是环环相扣,或者是前后呼应。在法庭审理中如何能够及时、准确地击中要害,不失时机地运用证据,发现、寻找证据或者否定证据,其中确实是有些技巧问题的。在庭审方式改革之后,这些问题会更加突出。

我再讲一个例子,就是大家都知道的李强律师诉贵州遵义公安局的行政诉讼案。李强是政法大学的教师,也是我的学生,是华联律师事务所的兼职律师。他代理一个经济纠纷案件时,因为遵义公安局非法干预经济纠纷,把他的委托人抓了,他向公安部和高检等部门反映了情况,告了公安局。结果公安局恼羞成怒,索性把他也给抓了起来,非法拘禁16个小时,打成轻伤。这个案子也是我代理的,打了两审,第一审胜诉了,对方拒不出庭,是缺席判决。后来对方又提起上诉,二审又维持原判。这个案子的影响是比较大的,国内外律师纷纷通电声援。在二审开庭时,对方有一个代理人还是有些论辩水平的,准备很充分,口才也不错。他们精心策划后制造了一个抓李强律师的借口,说李强律师唆使委托人进行诈骗,但在法庭质证中这个谎言被揭穿了。在法庭调查中我问了几个问题:第一个是公安局对李强立案的时间,对方回答是1994年3月31日。过了一会儿我又问,公安局认定李强涉嫌诈骗的根据是什么?他回答是李强唆使委托人转移赃款。第三个问题我又问他认定李强唆使委托人转移赃款的根据是什么?对方回答是根据他的委托人即案件当事人韩××的供述,说韩××供认是李强让他转移的。三个问题全问完了之后,真相就已大白。因为韩××即李强的委托人被抓走的时间是1994年4月7日,而他们对李强立案时间却是3月31日,这里

明显发生了时间倒置的问题,因为委托人供述李强唆使转移赃款在后,对李强立案在前,所以,对李强立案根据的谎言不攻自破。在接下来的法庭辩论中,我在代理词中列出了一份对方在李强案中详细的活动时间表,前后一对照,破绽百出。这时候,对方已经没有任何反驳余地了,因为他们犯了一个无可挽回的错误,而这个错误——时间差,被我及时抓住了。后来,《中国青年报》等一些报纸在报道这个案件时把这个时间表也登了出来。像这些关键性的问题,千万不能忽略,不仅要抓住不放,而且还要及时,不可错过时机。

三、深入浅出,生动形象

法庭辩论是一场关于事实、法律和理论的争论,常常会涉及一些复杂、疑难的理论问题。同时,由于辩论的对手不同,有时候简单的问题也会变得复杂化。在这种情况下,在有限的时间内能够有针对性地使一个复杂的理论问题深入浅出,往往会收到明显的效果。

在前面提到的朱佩金案中有一个涉及法庭辩论的典型例子。其中有一笔指控被告诈骗 20 万元,理由是被告人制造两个假文件实施诈骗。两个假文件是什么呢?其实是两封便函。这两封便函的内容是完全真实的,唯独查不清的就是这两封便函怎么出来的,被告说是单位的书记兼经理(一把手)让他写的,起草了以后,拿到文印室打印后盖章,公章确实是真的,也有这回事,只是没有备案,文印室没有底稿。实际上地区的一个林产公司没有那么严格的程序,没有备案也并不稀奇,由于是一把手让他起草的,他又让文印室打印的,所以文印室的人不能证明是一把手亲自对他说的,一把手又没有书面指示,更重要的是一把手死了,死无对证。所以公诉人和法官都一口咬定这是假文件,他有一百张嘴也说不清。就这么一个问题,庭上调查了近一个上午,还是说不清楚。我一再讲,真假的区别关键在于内容是否真实,伪造是指虚构事实,现在已证明了文件的内容是百分之百的真实,充其量就是文件怎么形成的说不清楚,退一步讲,即使是他私自搞的,但他没作假,是真实的,这就不能说是“伪造”,不能说是“假文件”,所以,不能成为认定诈骗的根据。在法庭辩论中,任凭我从事实、法律和理论上反复论证,也还是无法说服对方。正当我感到哭笑不得,无可奈何的时候,急中生智,打了一个比喻,我说:“私生子是不是假孩子?如果公诉人认为私生子就是假孩子,那么认定这两个文件是假文件似乎情有可原,否则就没有理由认定这两个文件是假文件。私生子无非是程序不合法,但生出来的仍然还是人,除非是狸猫换太子,才能说是假孩子,只要生出来的是人,你就不能说孩子是

假的。”出乎我的意料，这句话真的起了作用，法庭上的真假文件之争就此结束。休庭以后，很多人心悦诚服，法官也认为这个比喻用得好，采纳了我的辩护理由。后来，省高院刑庭庭长还专门对这个比喻大为称赞，认为有些情况下用这种恰当的比喻比讲道理更有说服力。应当说，这种比喻很通俗，也谈不上文雅，但有的情况下它就起作用。也难怪，在那种紧张激烈的辩论中难免有人一时反应不过来，但“私生子”这样的一个比喻却很容易点中要害，既通俗，又有效果。可见，生动形象的比喻往往会取得意想不到的效果，它可以使一些理论性较深的问题深入浅出，通俗易懂。

四、语言表达要注重方式

在法庭辩论中，还要注意语言本身的表达艺术，其中很重要的一条，就是让人家听得进，听得懂，给人家留下反应和理解的余地。大家都知道，语言的连贯性是很重要的，做律师的不能结结巴巴，张口结舌，要连贯地表达一种意思。但反过来切不可忘了另一条：要给人留下理解和琢磨的余地。律师的口才在法庭上是需要充分表现的，但滔滔不绝、连珠炮似的发言并非贯穿始终的唯一方式，这一点我的体会非常深。因为我是教师出身，所以非常注重讲课的效果，比如，讲课时我要看学生的表情和反应，因为我讲的是我已经理解的甚至深思熟虑的内容，可人家听着却是新的东西，那么，要不要让人家思考一下？要随时根据听众的反应来调整自己讲授的内容和速度，不能强求别人的思维跟你一块儿走，谁的脑子是计算机？有的人只顾自己不顾别人，像机关枪一样一路小跑地讲下去，自我感觉很好，可到头来别人却什么也没听进去，白说了。所以我们一定要明确，我们说话的目的是给别人听，一定要留下充分的余地去让听者反应、理解和思考。否则人家连听都听不懂，又怎么会接受和采纳你的主张？所以，我们的语言表达应当丰富多彩，应当有针对性地变换语速和语调，有时甚至需要一定时间的停顿，让人家重视你的话，琢磨一下你所讲的内容，这样才会使你的语言具有一种磁性，才会使别人愿意听，听得懂，能够品出味道，从而能够专心地听下去。这时候，你的发言就会有感染力，就会有魅力，就会收到最佳效果。我曾有幸遇到过几次精彩的法庭辩论，虽然双方争执到了白热化程度，但每当我发言的时候，全场鸦雀无声，真是静到了连地上掉一根针都能听到的程度。这种气氛首先是由我讲话的内容和方式创造出来的，继而又为我更充分、更自如地表达自己的意思奠定了基础。所以，人们会认真地听我讲的每一句话，我又会在高度放松的境界中充分地敞开思路。当时，我本人和听众，包括法官和另一方当事人似乎都忘记了时间，没有人打断我，直至我发言结束的几十

秒钟之后,才突然打破了沉默。我感到,当法庭辩论达到了这种气氛的时候,可能就接近了最佳状态。当然,这种情况并不多见,我只是有幸遇到几次而已,但这应当是我们努力的目标。

我也遇到律师辩论的两种极端现象:一种是张口结舌,说话没有逻辑性,词不达意,别人听不懂,这当然不好。另一种是说得很利落,很洒脱,但就是太快,又太平淡,不给人以思考的时间。这有什么用呢?你说十句话,可人家却什么也没听进去,与其这样,还不如说一句让人永远也忘不了。可见,发言要注重效果,不能只图自己痛快。否则,就无异于吵架和发泄,就背离了辩论的目的。

五、说理也要讲究策略

法庭辩论中,既要重说理又要讲策略,在关键时刻要善于选择最容易使人接受的理由和辩论方式。在辩论的时候我们可能有很多的道理,但是如何表达?选择什么样的落脚点才会使对方易于接受?这一点非常重要。有时法庭辩论很激烈也很精彩,但水火不相容,双方陷入僵局,又确有各自的道理。在这种情况下,如果仅仅是各执一词,一味僵持下去,也并不见得总是上策。反过来,如果能够不失时机地跳出圈外,找到一个有可能打破僵局的新的思路作为切入点,侧面迂回地发起新的攻势,却很可能取得成功。

例如,不久前我在江苏办了一个受贿案,是同邓斌非法集资案相关联的。邓斌案中不是有五朵金花吗?其中第三号人物(被判死缓)是此案的行贿人黄某,我的被告是受贿人,是当地的一个领导干部,也姓黄。被告托黄某买了一所房子,价值12万元,他没有给黄钱。被告供称,因为他只有9万元,不足以支付房款,所以,他将9万元作为集资款交给黄,待集资返利后就会远远超过12万元(因集资利率很高),再用这钱补齐房款。后来黄将房子手续办了,钥匙交给了被告。这时被告感到房子比较贵,找到了更便宜的房子,于是他没有办房产证,也没有住进去,房子一动没动,同时,他又找好目标,打算把这房子转卖给别人,他另买的一处房子也联系好了,后来就把房子钥匙还给了黄某。但是,在此期间该房的钥匙已经在他手里放了一年多。起诉书认定他受贿了这套房子(12万元),主要理由是:第一,买房没有交钱,集资款和房款是两码事。第二,钥匙在他家放了一年多,退还钥匙是在邓斌案发之后,是为了掩盖罪行。这件案子可以说控辩双方在证据上都比较欠缺,如果按照无罪推定原则来适用证据,作无罪辩护还是比较容易的,但在目前情况下就相当困难。针对这种情况,我在第二轮辩论中就采取了一种新的思路:我首先客观地摆出了控辩双方对此案认识的两种截然

相反的思路,而后再对此两种思路作以分析。我指出,按控方思路去分析,“被告为什么要黄某以自己妻子的名义买房?为什么自己有9万元却不交房款而交了集资款?为什么房子钥匙在你手里放了一年多?为什么归还钥匙发生在邓斌案发生之后?如果将这一系列问题联系起来,站在控方的角度,越分析越是受贿。”反过来,我又从辩方的角度提出了另一种被告不构成受贿的思路。然后指出,从这两套完全相反的思维模式来看,虽然见仁见智,各有理由,都有符合逻辑的一面。但是,在这两种可能性之中事实却只有一种。因此,如何认定,以什么原则来认定被告的行为性质就成为问题的关键。首先,第二种情况(辩方的思路)比第一种情况有更多的证据支持,更有说服力。其次,退一步讲,即使前后两者分量相等,那么,在控方的思维模式和证据不具备排他性,从而无法否定辩方证据和思维模式的情况下,也同样是不能作出有罪认定的结论的,至少是证据不足,而证据不足就不能认定有罪。我这种辩论方式超出了公诉人和法官的意料,但是效果很好。庭上公诉人顿时感到无法反驳,休庭后公诉人表示我的理由确有一定道理,值得考虑。法官态度则更明朗,采纳了无罪辩护的意见,并明确表示辩护意见精彩而客观。所以,有时候讲点策略换一种方式还是非常必要的。

六、把握主攻方向,切忌偏离主题

在法庭辩论时,还要注意一个十分重要的问题,就是一定要把握住自己的思路和主攻方向,不要让对方牵着走,以免误入歧途而不能自拔。有时候,对方会有意识地避实就虚,转移话题,然后攻其一点,不及其余,达到改变辩论主题的目的,这时候一定要反应敏捷,切勿上当。

两年前我在广西玉林办了一件133名客户集团诉农业银行的期货纠纷案。这个案子影响也比较大,国内10余家报纸曝光,新华社发了国内动态清样。基本案情是农行与外商合作搞非法外汇金融期货交易,结果加拿大外商把钱全骗走了。这案子开庭前对方没有提交答辩状,我当时就有察觉,估计到他们可能要搞突然袭击,但袭击的方式和内容我却无法预料。这次开庭是比较热闹的,我方是一百多个原告,5位律师,因为除了我代理集团诉讼之外,还有其他的共同原告单独委托的律师,对方是两个被告3位律师,再加上十几个诉讼当事人和诉讼代表人,庭上一共坐了20多人,简直是一场混战。应当说,对方的律师阵容是比较强的,其中主辩的就是法大毕业的研究生。不出所料,答辩一开始对方就企图转移话题。原告起诉的是他们非法经营外汇期货,经营中有大量欺诈行为。可对方一开口就讲他们根本没有经营外汇金融期货,他们搞的是外汇见证业务,然后就大谈见证业务

的内容,见证业务与金融期货的区别,简直就像作学术报告。有的律师一时反应不过来,就想顺着这个话题去同他辩。我立即识破了对方的意图,是想改变主题,金蝉脱壳。而且,我对外汇见证业务并不熟悉,如果跟着他的思路去理论,势必陷入被动。所以,我在辩论时立即跳出了外汇见证业务的圈子,针锋相对地直奔主题。我首先宣读了广西壮族自治区有关部门的几份文件,指出,这些文件已经明确认定了玉林农行非法经营外汇期货的基本性质,所以,关于被告开展业务的性质和内容已经不存在争议。然后指出,关于外汇见证业务的内容及其与外汇期货业务的区别问题与本案无关,如果作为学术探讨可以专门安排时间,但在法庭辩论中无此必要,除非法庭同意把开庭变成学术讨论会。这样一来,终于破了对方突然袭击、避实就虚的招数,使辩论的基调回到了主题。如果当时稍不慎重,只是出于急于反驳的心理,顺着见证业务与外汇期货业务两者区别的思路去辩论,就会被引入歧途,不仅扭转了辩论的主题,而且会使自己陷入一个陌生的领域,造成被动。

七、法庭辩论中的应变能力

在法庭辩论中,常常会遇到一些意想不到的情况,对于这些情况如何应付?这确实是对律师应变能力的考验。在法庭上,有些情况是不可能提前做好准备的,所以,应变能力对于律师来说非常重要。《三国演义》中孔明说郭嘉:“坐说立议,无人可及,临机应变,百无一能。”就是说郭嘉没有应变能力。可见,缺乏应变能力的只能做谋士,不适合做律师。

我在1990年至1993年承办的那个“河北省企业家商禄”案,就出现过这种情况,这个案子影响较大,好多报纸都报道了,《民主与法制》曾连载八期,题目是:“著名企业家商禄为何被数罪并罚”,这个案子历时3年,从有期徒刑十八年打到无罪。商禄案开庭审理时曾有过这样一段插曲:公诉人借发表公诉词的机会,宣读了一篇“文革”期间大批判式的文章,历时50分钟,严重地污辱了被告的人格。商禄当时是59岁,公诉词从他十几岁上初中时开始,分析他所谓的犯罪思想根源,例如从十几岁开始,就借人家钢笔不还,占小便宜,从而养成了爱占便宜的恶习,所以导致了贪污公款。还说厂里有句顺口溜“商禄说话十句话九句空”,甚至讲厂里许多女工都被他玩弄了,完全是个大流氓,如此等等,罗列出一大串罪状,但是一件具体事实都没有。当时商禄气得脸都白了,我与另一位律师也感到十分气愤。这种情况我们是万万没有料到的,如果不加驳斥,就等于放任,难以维护被告的合法权益,而且会使被告因心理严重失衡而过于激动,影响审判效果。可是驳斥的角度又不好选择,因为他打出的旗号是分析犯罪根源。所以,当时我确

实是既气愤,又紧张,真是有些无可奈何的感觉。后来,我强制自己冷静下来,考虑对策,终于找到了反攻的突破口。对方花了足足50分钟,洋洋洒洒地宣读这篇精心撰写的杰作,然而,这50分钟也给我留下充分思考的时间。公诉词不仅充满了污辱性的语言,而且还列举了一大堆起诉书中没有指控的“罪行”,按照公诉词的说法,其中有些行为不仅已构成犯罪,而且比起诉书中指控的罪行还要严重。于是,我把其中的一些内容和数字迅速记下来,这些内容成了我驳斥对方的重磅炮弹。在开始辩论的时候,我针对公诉词首先作了一些一般性的驳斥,比如法庭上控辩双方应有的态度,公诉人的立场,公诉人和辩护人的关系和地位,等等。进而指出:“法庭既不是控辩双方互相攻击的场所,也不是控方污辱、攻击被告人的场所,法庭上的每一句话都要有事实和法律为依据,‘十句话九句空’,空在何处?必须拿出事实来。难道顺口溜也可以作为公诉词的内容?也可以作为指控犯罪的依据吗?如果可以这样做,那么,‘以事实为依据,以法律为准绳’,岂不成了一句空话?”最后,我直指要害,点中了对方致命之处,我重复了公诉词中列举的几项已经足已构成犯罪的却又在起诉书中没有指控的事实,严肃地指出:“上述行为早已经构成犯罪,而且犯罪的程度远远超过了起诉书中指控的其他罪行。但是,对于这些罪行公诉人却没有向法庭提出指控。原因何在?这个问题公诉人必须作出解释。辩护人认为,这种解释只存在两种可能:要么是公诉人袒护被告,避重就轻,在起诉书中回避了更加严重的罪行,若如此,就是徇私枉法;要么就是公诉人无中生有,污辱诽谤,将‘莫须有’的罪名强加到被告身上,借发表公诉词之机肆意贬低被告的人格。除此之外,不可能再有第三种解释。因此,公诉人对此必须承担责任!”这个问题,的确是个要害,一旦抓住,对方是无法解脱的。因为他无法作出解释。你说人家构成那么多犯罪,你为什么不起诉?这样一来一下子扭转了整个局面,法庭上一片骚动。休庭后,十几名旁听的记者找公诉人要公诉词,但公诉人就是不给。此后,任何人都再也没有见到这份公诉词。

我对这个例子的体会是,遇到突然情况时一定要冷静,应变的前提是冷静,如果缺乏冷静,就难以找出应变的对策。这件事在开始时我就不够冷静,只是感到气愤加紧张,而且是越气愤,越紧张,真是有点发懵的感觉。如果继续槽下去,肯定会十分被动,幸好我终于冷静下来了。反过来,一旦你找到了反击的对策,对方就会陷入尴尬的境地。所以,换一个角度来讲,当你进攻的时候也不能盲动,不能没有退路。否则,反倒会引火烧身,自找麻烦。

又如在东北那个企业家的案子中,就是那个出纳员作假证的案子,在法庭辩论结束之前,也有一个小小的插曲。那个公诉人的辩才是很不错的,在当地很有名气,在整个辩论过程中思路都很清楚,但是在最后却出了一点问题。在最后一轮辩论中,我指出,认定被告有罪的证据明显不足,但被告在经济问题上确有错误,这一点辩护人并不否认,被告作为一名企业管理者,在改革的大潮中放松了警惕,确实犯了一些很严重的错误,对此应当引以为戒。我是从宏观角度来谈这个问题的,意思是要分清犯罪与错误的界限。结果公诉人不假思索,自以为抓住了我的话柄,立即反击说:“看来,连辩护人都不得不承认被告确实犯有严重的错误,问题不是很清楚了吗?既然如此,还有什么好辩的呢?”大家想一想,这句话纯粹是自找麻烦。这句话本来是多余的,完全可以不讲,他只是想找个漏洞攻我一下,结果反把自己绕进去了。当然,我也可以不作回击,但作为律师在那种情况下似乎不该放过反击的机会。所以,我立刻回答:“我非常赞同公诉人刚才所说的一番话,不能否认,被告人确实犯有非常严重的错误,但是必须提醒公诉人,错误不等于犯罪。”话音刚落,听众席上立刻反应过来,我听见前排有人说:“掉进去了,掉进去了!”意思是说,公诉人掉进自己的圈套了。很明显,错误与犯罪怎么能混为一谈呢?可见,在关键的时候,一句话被抓住了,就显得特别被动,这一点是很值得注意的。当然,这种例子中的失误并不会涉及什么实质性的问题,纯粹是一些技巧。但有时在不失体统的情况下,利用某些技巧来取胜,还是可以收到一些辩论效果的。但是,在法庭上一定要避免人身攻击,切忌用恶劣的语言攻击对方,这一点我是很不赞同的。作为律师,应当看重自己的身份,也应当尊重别人。

我也时常遇到在法庭上恶意攻击的现象。有一次我在江苏某地办案,我们四个教授出庭,办一个共同犯罪的案子。公诉人在法庭上拍着桌子说我们四个教授连起码的常识都不懂,语言十分尖刻。面对这种情况,我们都没有采取以牙还牙的做法,而是用一些得体的语言予以回击。这个案子辩论的焦点是强奸的概念,因为它涉及强奸的次数。这个案子有8个被告,强奸、轮奸了很多女孩,确实是一起恶性案件,但起诉书认定的事实和证据出入很大。这些被告年龄都不大,多数是20岁左右,有的还不满18岁,大多数是汽车司机。他们开着车领着一些女中学生出去玩,玩的当中,有的没有发生关系,有的是自愿发生两性关系,有的确实是强奸。但是起诉书认定,凡是一起去玩并发生关系的都是强奸,没有发生两性关系的也是共犯。公诉人坚持说,在这些被告中玩的概念就是强奸,所以认定强奸的人数和次数

很多。这种认定是很不严肃的,而且在辩论的时候语言十分尖刻。针对这种情况,我与人民大学的周振想教授商量一下,决定就在“玩”的概念上展开辩论。我们从事实、证据和法律依据等各个方面,轮番论证了“玩”与强奸的本质区别,当然也时常点出对方所暴露出的一些真正的常识性错误,指出了究竟什么问题才属于常识。这场辩论的确使对方显得很不自在,收到了反击的效果。但是尽管如此,我们并没有使用过激的言辞。我认为,对于律师来讲,一个很好的素质很重要,包括人格素质、语言素质、心理素质等都非常重要。不能为了一时的痛快而有失你的身份,使人觉得你没有层次,没有涵养,没有深度。

第六个问题 赢得法庭辩论的理论基础和工作基础

前面我支离破碎地谈了一些辩论当中的技巧问题,既不全面,也不一定科学,仅供大家参考。现在我要谈的是,技巧归技巧,它毕竟只是赢得法庭辩论的因素之一,而并不是赢得法庭辩论的基础。那么,赢得法庭辩论的基础是什么?首先,要有扎实的理论功底,你没有理论功底,你就要犯错误,你再有技巧也没用,只是哗众取宠,只是嘴上功夫。其次,要有扎实的工作基础,就是说要充分调查取证。你没有证据作基础,凭什么去辩论呢?有些律师连案卷都不看,被告也不见,大致了解一下情况后,就上法庭去辩论,效果如何他不管。我听说有这样一个律师,卷宗不看,被告不见,什么时候见被告呢?在开庭前几分钟把被告提来的时候同被告说几句话,就视为会见被告。出庭时连辩护词也没有,就是在法庭上跟人家耍聪明、斗嘴。这是极不负责任的。你没有深厚的理论基础,口才再好也没有用,即使你是个演讲天才,你也讲不出真正有深度的理论内容和法律依据来;你没有调查研究,没有取证,也讲不出事实依据来。所以,当你在法律依据和事实依据都很缺乏的情况下,你再能讲也是毫无意义的。希望同行们一定要注意这个问题。法庭辩论是一种技巧,但在这个技巧的背后,有大量的工作要做,同时,还要有深厚的理论功底和工作经验为基础。要不然,你这种技巧是没法发挥出来的。前面我曾经讲过,在法庭辩论的某些关键问题上,用一个恰当的比喻,就能起到很好的作用,比如我刚才说的私生子不是假孩子的比喻,确实产生了意想不到的作用,类似的情况我想大家都有可能遇到过。重要的是,当遇到这种情况时,你能否运用自如?因为这种情况往往是事先无法预料的,我当时没有想到,是逼出来的。但逼出来的前提是什么?是理论基础。如果没有理论基础,一旦说错了,那就了不得了,就会弄巧成拙陷入极大的被动。

现在我介绍几个在这方面可以引以为戒的例子,供大家参考:

例如,前面讲到的商禄案中,有一个非常荒唐的贪污情节:商禄率先搞承包,救活了一个企业,采用的方法是:他发动全厂职工缴纳承包风险股金,按风险金的比例承担风险和分红。风险金数额分成几个等级,工人最少,只有几百块钱,他个人最高,要缴1万元。当时,他拿不出那么多钱,他就在大会上表态,他用全部家当作抵押,如果不够,再用四个子女的家当作抵押。由于经营有方,第一年年底就盈利了。厂里成立了一个班子,研究分红的问题,关于如何给商禄分红还专门做了研究,后来决定,虽然商禄的风险金没有缴足,还是应当按照全额计算比例分红,因为他已经用财产作了抵押,如果亏损了,他同样也是要全额承担风险的。就是这么明显的一个问题,却被指控为贪污,说他贪污了那笔分红款,理由就是他没有缴足风险金。在法庭辩论时,我一再指出公诉人在此问题上混淆了民事法律关系与刑事法律关系的界限,因为,首先这笔分红款的取得是公开的,经过认真研究的,不存在私自侵吞或占有的问题。其次这笔款的取得是合理的,符合风险与利益对等的原则。退一步讲,即使这笔款不该得,充其量也是民事上的不当得利,根本不存在贪污问题。这个问题本来是非常简单而明确的,但公诉人却纠缠不休,不依不饶。后来,他很自信地打了一个比喻。他说:“其实,这个问题很简单,打个比方说,我们大家都把鸡抱到一个地方去下蛋,人家的鸡都抱去了,你的鸡还没抱去呢,你就去找人家收鸡蛋,这不是贪污是什么?”这个比喻恰恰使他自己栽进去了。大家想一想,这种行为怎么会构成贪污呢?这种时候我当然不会放过反击的机会。我当即指出:“关于分红款的问题,我本来打算从民事法律关系与刑事法律关系的界限上作以进一步的分析,现在看来已经没有这个必要了。因为公诉人刚刚讲过的‘鸡生蛋’的故事已经非常生动、非常准确地证明了自己的错误。很显然,‘鸡生蛋’的故事反映的内容恰恰是典型的民事法律关系。可见,公诉人在分红款问题上所犯的错误正是在这种错误认识的支配下形成的,由此看来,公诉人的错误也就不足为怪了。”

这个例子充分说明理论功底的重要性。理论功底深的人,是不会犯这种错误的,如果他自己都搞不清楚,犯这种错误就毫不奇怪。

还有一个更典型的例子,又回到刚才讲过的行政诉讼案。我在前面不是讲过,越南的货船是在分航点之前,在偏离国际航线避险时被查获的吗?所以,我在法庭辩论时强调说,“既然船还没到分航点,你怎么能断定它是去越南还是去广西呢?认定走私必须以一定的行为事实为依据,在走私的

行为事实还没有发生之前,就认定是走私,显然是没有根据的,纯属主观推断。”这时候,对方律师打了一个更加可笑的比喻。她用嘲笑的口吻对我讲:“被上诉方代理人怎么会连这一点常识都不懂?比如说贼进了屋,还非得等他拿了东西才能确定是贼吗?他只要进了屋就已经是贼了。这么简单的道理还值得一辩吗?”当时,对于这种说法我简直是哭笑不得。不客气地讲,我感到对于这种无知的比喻如果不加纠正简直就是一种失职,就是对不起良心。所以,我抓住机会,很不客气地反击了一番。我说:“上诉方代理人所讲的‘贼进屋’的故事非常深刻而又生动地反映了被上诉人在本案中贯穿始终的思想脉络。首先,我提醒一下,最高人民法院《关于处理盗窃罪的若干问题的解释》刚刚公布,建议被上诉人代理人先认真学习一下这个司法解释,做律师是不能忽视学习的。俗话说得好,‘捉贼要捉赃,捉奸要捉双’这句话甚至连小孩子都知道,掏包的还要按住手腕才能认定盗窃呢,我实在无法想象,进了屋,没拿东西也是贼,这样的语言居然也会出现在法庭上!”接下来,我进一步指出:“‘贼进屋’故事的真正荒唐之处还并不在于‘进屋是贼’,因为对方代理人刚才所讲的是‘贼’只要进了屋,没拿东西也是贼。所以,事实上她把对贼的定性又向前推进了一步,就是说在进屋之前就已经认定是贼了。这种逻辑如果可以成立的话,恐怕只有一种例外,那就是:除非那个屋是贼屋,不是贼不往里进。否则的话,怎么能还没进屋就认定是贼呢?”接着我开始进一步发挥,指出“‘贼进屋’的故事讲得非常好,因为它充分暴露了上诉人的思维方式和违法行为的思想根源。从违法扣船到制造伪证,直至在法庭上的种种表现,一切都是先入为主,主观推定,就像丢斧子的人一样,把别人都当成偷斧子的人。正是在这种思想支配下,人为地杜撰了一部推理侦探小说。所以,上诉人在法庭上所讲的纯粹是一部推理小说,根本没有事实,更没有法律依据。”说实话,我这一席话讲得比较尖刻,但这也是被逼无奈,因为对方讲话实在太难听,太过分,而且太荒唐。

“鸡生蛋”和“贼进屋”这两个例子反映了同一个问题,就是理论知识的重要性。如果你理论功底深,即使再紧张、再慌乱,也不会出现这种明显的错误。如果你理论知识不足,功底太浅,临场发挥时犯错误就在所难免。而且,你一旦出现错误就容易紧张,就容易乱了阵脚,失了方寸。这是一种连锁反应,而且是合乎规律的连锁反应,这种现象在法庭辩论中经常可以遇到。所以,有时候主动者越战越勇,失利者节节败退,就是这种效应造成的,这也属于一种心理效应。这种效应与讲课的效应很相似,因为我是做教师的,对这一点体会很深。当你讲课效果很好,学生愿意听的时候,会越讲越

好,发挥得很充分。反过来,当你讲得不好,尤其是当你察觉到下面出现不满情绪的时候,你就会紧张,甚至会越讲越糟,比你原有的水平还要差得很多,这种情况与法庭辩论中的状态是同一个道理。避免这种现象发生的前提就是理论基础。所以,理论基础至关重要,它是赢得法庭辩论的前提,是发挥辩论技巧的基础。广义上讲,也可以说它是法庭辩论技巧的一部分。

但是,话又说回来,法庭辩论并不是一件容易的事情。因此,谁也不敢自称是常胜将军,理论功底深的人,也不见得没有失利的时候;理论和辩才两者具备的人,也同样不能排除失利的可能。记得有一次在人民大学讲座,学生向我提了这样一个问题:“您认为有一天您会不会输给您的学生?”我回答说:“我毫不怀疑,一定会有这么一天。而且,这一天正是我所期待的。我并不会因此而感到惭愧,相反,我为击败我的学生而自豪;同时,也为我自己感到自豪,因为我教出了能够击败我的学生。”既然法庭辩论中暂时的失利是难免的,那么,在出现这种局面的时候,如何控制和扭转呢?这就是我要涉及的下一个话题:法庭辩论中的心理素质问题。

第七个问题 良好的心理素质是赢得法庭辩论的重要因素

心理素质方面包含的因素很多,就我个人的体会而言,最突出的一点就是自信。记得有一次在政法大学讲座时,学生问我:“您成功的秘诀是什么?”我说,“我不敢说我已经取得了成功,我只是在不断地争取成功,如果让我谈争取成功的感受,那么,我个人的感受是努力加自信。”我的回答不一定恰当,但我的体会确实如此。在生活中没有自信是不行的,在法庭上更是如此。有一个比喻不知道对不对?当我在舞台上表演的时候,我的感受是目中无人,这样我就能进入角色,不受干扰。相反,如果我总是想着台下的人比我强,谁会挑我的毛病,我就会心慌意乱。当我在讲台上讲课的时候,我的感受还是目中无人。否则,我也会过于拘谨,放不开思路。当然,我所说的目中无人并不是看不见人,而是讲一种自信心。我说句话请大家不要介意,既然我现在在这里讲课,我就觉得我现在比你们强,至少在某个问题上如此。反之,如果我觉得你们都比我强,那我肯定就底气不足,就要慌张,就讲不好。诸位不要觉得我太狂妄了,不是这个意思,谦虚与自信并不矛盾。反过来,诸位要是上来讲,首先你也要建立自信心,你上来讲,我到下边去听,首先你要认为比我强,这样你才能有自信心,要不然你就讲不好。同样道理,在法庭上我也是这种感受,因为法庭也是一个舞台,也是一个课堂,至少我感觉是这样。当然自信要有基础。如果自信没有基础,那就是狂妄。

有很多时候,失败的原因就是缺乏自信心,包括我们的一些教授在内,常常由于缺乏自信而在法庭上失利。有些人的理论水平很高,但一旦有一点失误,就乱了阵脚,就像计算机的程序被打乱了一样,死机了,这时候必败无疑。所以,自信心是保持良好的竞技状态,控制和扭转法庭气氛的重要心理支柱。有了这个支柱,天就塌不下来,出一点点的偏差并不可怕,而支柱一倒,必然天塌地陷。

自信心可以使你保持一种良好的心理状态,这样你就能充分发挥你的应变能力,善于应付各种环境和场面。由于我国的司法环境并不尽如人意,所以,有些案子该输的不一定输,该赢的不一定赢,特别是当这种迹象在法庭上显露出来的时候,就可能影响你的情绪。在这种情况下,自信心会帮助你解脱困境。我曾经对学生讲,律师办案子,赢,要赢得光彩;输,要输得潇洒。就是说:赢,我不是乱赢的,我不是靠拉关系,走后门,搞不正当手段赢的;输,要输得潇洒,因为输的因素很多,不能都怪律师。也许当事人本身就没理,律师又不能光打有理的官司,没理的,我们要给他提供必要的法律帮助,最大限度地维护他合法权益的一面。所以,输了官司不等于一定是失败。更重要的是,由于各种案外因素,本来有理的官司也会输,这就更不能怪罪于律师。所以,只要我们在任何情况下都能充满自信不乱方寸,充分发挥了才智,尽到了责任,该说的都说到,该做的都做到,即使输了,也是虽败犹荣,照样潇洒。但是,作为律师,你不能在法庭上输得狼狈不堪,不能被人家驳得张口结舌,体无完肤;更不能强词夺理,胡搅蛮缠;那样就输得不够潇洒了。例如,在前面提到的那件告海关的行政诉讼案中,虽然我们二审败诉了,但我并不觉得有什么不光彩。我的学生曾经写了一篇文章,叫作《田教授潇洒走麦城》,就是写这个案子。确实,这个案子办得很成功,而且法庭辩论也很精彩,直到现在,它被我视为精品。虽然二审输掉了,但我认为该赢,不该输。所以,任何时候我都可以大言不惭地谈论这个案子,我认为输得很潇洒。相比之下,对方虽然赢了,但赢得并不光彩,而且法庭表现也并不出色,那就并不能算是成功,也没有什么光彩。

说到这里,我想谈谈:律师的责任感和事业心。

这应当算是题外话,但我想也许并非多余,因为做律师不仅需要水平、有技巧、更要有责任感和事业心。否则,你能力再强也做不成好的律师。1996年4月,中央电视台“东方之子”栏目采访我的时候,要我谈谈好律师的标准,我说,一个好律师不仅要有水平,有能力,还要对当事人高度负责,更要有一份社会责任感。所以,律师不能光靠技巧吃饭,一个没有责任感的

律师无法取得委托人的信赖,时间长了,水平再高也没有用武之地。一个有责任感,有事业心的律师,就会对他所承办的案件高度负责,就不会轻易放弃他所追求的目标。

我觉得,每一个律师都应当有自己的精品和杰作,有些案子,该做的你都做了,似乎是无可指责的,但不一定是完美的。如果再做一步,再做两步,就可能取得成功,那你就应当再做下去,我的感受就是这样。当我承办一个案子的时候,特别是一个典型的案子,如果没有做好,我就觉得我的一件作品没有完成,总是耿耿于怀,甚至当事人都觉得没有信心了,不想打了,我还念念不忘,不想放弃,因为作品没有完成,总是感到遗憾。只有把它做好了,或者我所有的努力都尽到了,我才能不后悔,不遗憾。我想,只有这样才能做出精品来,才能做出成绩来。所以我对学生说:“做律师怎么样才能做得最好,我也说不准。但我有一个感觉:就是当你办一件案子办到了忘我的程度,忘记了功利,忘记了艰辛,忘记了风险,忘记了别人怎么说,忘记了各种其他因素,你就是为了办好这个案子而不遗余力地工作,就像是完成一个作品一样,一定要把它做到底的时候,那就会达到一种出神入化的境界,那就是做律师做到家了。”这种感受不知道对不对,反正我是有这种感觉。我认为,你既然当了一回律师,一辈子也好,几年也好,总之你在律师的舞台上走了一遭,你就应当有几个得意之作,哪怕是一个也好,也不枉做了一回律师,也是自己的一种欣慰和自豪。

这一次我又在河南碰到一个案子,也是当事人家属拿着报纸来找的。本来不想接,因为案子实在太多接不过来了,但发现太有典型性,只好接下来。被告是桐柏县县长,一审认定他受贿12万元,判14年。我阅卷之后,同被告在看守所里谈了整整一天,发现又是一个错案。这个县长是个难得的人才,有极强的事业心,忍辱负重,为了改变桐柏县的落后面貌,做了许多工作,并没有中饱私囊。而且这个人说起话来口若悬河,字写得漂亮,文采也好。就这样一个能干实事的县长,被判了14年。这个案子难度很大,是河南省反腐败的典型,翻起来谈何容易?但是,一碰上这种事我就觉得难以超脱,就想把它打到底。一审开庭时,有一个很感人的场面,一审是在离他本县两百多里地的另外一个县开庭,开庭后,近千名农民围着囚车鼓掌、叫好,说我们不怕你受贿,我们就要你去我们县当县长。这个场面是非常奇怪的,想一想,在老百姓对贪污腐败切齿痛恨的情况下,为什么能够对这个县长这么拥护和信任?这个问题不是很值得深思吗?据说他的法庭陈述非常感人。确实,他拿了12万元的好处费是不假,但他并没有揣入个人腰包,而

为了改变桐柏县的落后面貌,他身为县长却代替厂长、经理去跑项目,拿着这笔钱到处烧香磕头去了。并且,他拿这笔钱的数量、用途都向县委书记汇报了,县委书记同意了,并且直到今天,县委书记还证明这个事实。在这种情况下,还要认定他犯了受贿罪,怎么能说得过去呢?这个案子究竟能不能翻过来?我也没有把握,但我是下定决心了。大家知道,这种案子是没有什么经济效益的,但是律师应当有一份社会责任感。否则,正义如何伸张?法制如何健全?社会如何发展?从另一个角度讲,这种典型、疑难的刑事案件也是很能锻炼人的。

有些律师包括有些学者在内认为刑事案件最好办,说这种话的人是他根本就不懂什么是刑事案。刑事案是律师的看家本领,办刑事案件付出的劳动最多,要求律师的素质也最强,是对律师基本功的一种锻炼。当然,在目前条件下,律师特别是专职律师单纯地只办刑事案是有一定困难的,因为要考虑生存、发展,要考虑经济效益。但是却没有理由鄙视和放弃刑事案件,这样对律师事业和律师自身的发展不利,将来也不能放弃刑事案件,而且从长远观点来看,它是维护人权最基本的一项内容。

我在许多场合讲过,在中国现阶段做律师是最难的,比什么时候都难,比哪个国家都难,律师的苦衷太多了。这一点不仅我的体会很深,大家的体会都很深。但是大家必须看到,在这个阶段做律师又是最光荣、最有价值的。因为在中国法制建设刚刚开始走向深入的时候,作为一名律师,虽然我们所付出的代价是成倍的,我们所得到的很少的,但是从历史的观点,从长远的观点来看,功绩是不可磨灭的,这些年来律师的工作在中国的法治发展史上必将留下功不可没的一页。所以说,在这种时候做律师尽管很艰难,但又要有的一种很大的荣誉感和价值感。尽管我们面临着许多困难,但只要我们每个律师都尽心尽力去做了,在几年以后,十几年以后,当我们回顾这段往事的时候,就一定会觉得有很多欣慰和自豪的。

好,话题可能扯得远了一些。因为今天是结合刑事诉讼法的修改来谈法庭辩论问题,所以,重点谈的是刑事案件。但是,无论在任何种类、任何性质案件的代理过程中,这些问题都是有共性的:法庭辩论技巧是相同的;理论功底是必备的;律师的人格素质、心理素质、律师的事业心和社会责任感更是不可缺少的。

希望今天我讲的这些内容对诸位同行能够有一定的参考价值。

谢谢!



法治建设 20 年纵横谈^①

——1998 年 12 月在中国政法大学的讲座

与改革开放同步,我国的法治建设整整 20 年了,这 20 年来法治建设的成果、问题、波折和前景如何? 这些问题很值得回顾和总结,也很值得展望。我仅就个人的体会,向大家作一点介绍和分析。虽然只是个人的看法,但我想,你们这些伴随着法治建设过程成长起来的新一代法学学子将如何看待法治建设 20 年的历程,从我谈到的这些内容中也许会引起一些思考,受到一些启发和激励。

一、法治建设 20 年的成果

回顾起来,法治建设 20 年中取得的成果可以说非常显著。我不能谈全,也不能谈细,因为我掌握的资料很有限,只能根据我个人所感受到和了解到的情况,作一些简要的回顾和总结。

(一) 立法成果

首先谈谈立法的成果。20 年来,全国人大通过的立法,包括各种决定共有 343 件,国务院系统制定的行政法规有 700 多件,总计制定法律、行政法规共 1000 多件。大家可以算一算,平均下来 20 年中每年有 50 多件。更重要的是,我们国家在 20 多年以前基本上是没有法的,不是在有法的基础上加快立法,而是在没有法的情况下,在从无到有的这样一个状态中,20 年就制定了 1000 多件法律、行政法规,可以说,立法速度之快数量之多足以令人瞩目!



^① 本文连载于《中国律师》1999 年第 5~7 期,《民主与法制》1999 年第 19~20 期。

从立法的质量上看,我们主要从立法原则和立法技术上来分析。应该说,立法以后修改很频繁,这种频繁的修改,反映了立法前一阶段的不成熟,但也反映出立法质量提高的速度。从刑法和刑事诉讼法的重大修改可以明显反映出立法质量上的提高。大家都知道,对刑法、刑事诉讼法两部基本法律修改的力度和幅度都相当大,反映了20年里前期和后期在立法上的重大差别。

重要的是,立法的价值取向发生了很大变化,这是一个大家都关注的问题,也是一个非常值得关注的问题。

记得在第一次普法宣传的时候,从宣传法律的内容上看,从宣传法律的最初动因来看,是要求人们了解法律,遵守法律,就是知法守法,法律以保护社会各种秩序为中心,主要是保卫社会,是要老百姓了解法律,遵守法律,不要违法,不要犯罪。那么,随着人们法治观念的不断转变、增强,随着国家立法和司法水平的不断提高,特别是思想观念的转变,在第二次普法时情况就发生了很大的变化。记得当时我们“法大”的学生率先提出一个很有意义的口号:“维护法治,从维护你自己的合法权益开始。”这个口号,反映了法律价值取向的重大转变。从要求人们了解法律、遵守法律,发展到要求社会公众要首先从维护自己的合法权益开始,这就是说,原来的法律是一个框子,我们只是强调应该按照法律的框子去生活和工作,重要的是遵守法律。而现在呢?法律变成了自己手中的一种武器,要用来维护自己的权益。这个转变表明,从开始的知法守法,发展到了护法用法,这种转变是价值观念上的一个重大转变。它表明,法律已经开始从强调保护公民和法人的合法权益方面来体现自己的价值。这种价值取向的转变意义非常重大。

从立法内容来看,这种转变是很明显的,例如,相继制定了商标法、专利法、行政诉讼法、国家赔偿法、消费者权益保护法、产品质量法、反不正当竞争法、著作权法等,大家可以看到,这些法律的调整内容和基本价值取向是什么?是保护公民和法人的合法权益。原来还顾不上制定这些法律,后来迅速而有步骤地制定了这些法律,反映了立法趋向的迅速转变。

从立法原则上来看,我仅举刑法和刑事诉讼法的例子,这很可以说明问题。刑法修订中有几个重大的修改,如取消类推,罪刑法定原则的确立,罪名与罪状的明确化、具体化等,这都反映了立法上价值取向的转变。在1979年刑法立法的时候,保留了类推制度,没有明确罪刑法定原则,我们刑法规定的罪名、罪状都很抽象、概括,在司法实践中很难操作,而这些抽象概括的立法条文本身就是与罪刑法定原则相矛盾的,实际上排斥了罪刑法定

原则。经过了近 20 年的实施过程和社会整个观念的发展变化,这次修改刑法终于在立法上确立了罪刑法定原则,这是一个很大的进步。几年前,我曾经带着我们学校的几个研究生写了一本书,书名是《罪刑法定在中国》,把罪刑法定原则的发生和历史演变过程及其作用都写进去了,旨在呼吁尽快在我们国家的立法中确立罪刑法定原则。后来由于我太忙,耽搁了一段时间而没有及时统稿,结果书还没出来,刑法都修改了。所以这本书没出版,现在书稿还在我的桌子上放着。我举这个例子说明什么呢?说明罪刑法定原则对我们国家的立法和司法都非常重要,也说明这个原则在刑法第一次全面修订时就被确立下来,令人欣慰。

刑事诉讼法修改的力度更大。例如,确立了无罪推定原则,取消了收审、取消了免诉,规定了律师提前介入,改革庭审方式等,这都是非常重大的变化。

无罪推定原则与罪刑法定原则一样都是资产阶级革命胜利以后确立的重大法律原则,是重大的立法成果。那么,无罪推定原则在我们国家的命运如何呢?20 世纪 50 年代时,我们学习的是前苏联的法律,而前苏联原来是否定无罪推定原则的。所以在 50 年代,有些学者,包括我们政法大学的老一辈学者在内,就是由于主张无罪推定原则被打成右派。那么,六七十年代以后,前苏联事实上已经承认了无罪推定原则,但我们在 80 年代又开始学习前苏联的法学理论的时候,学习的还是原来的理论,所以,我们对无罪推定原则仍然持排斥态度。在 80 年代,法学理论界又一次掀起了对无罪推定原则的探讨,我当时研究生还没有毕业,也很想积极地参与探讨,跃跃欲试。但是,还没有来得及参与的时候,这个探讨又被遏制了,刚刚有几篇文章发表,就受到了批评,那次探讨又中止了。我们反对无罪推定原则的理由是什么呢?第一,认为那是资产阶级的东西;第二,我们是无产阶级专政,不搞什么无罪推定,我们既不搞无罪推定,也不搞有罪推定,我们就讲实事求是。那么,反对无罪推定原则的结果如何呢?大家知道,从哲学的观点来讲,目的和手段是不同层次的辩证关系,一定的目的必须通过一定的手段来实现,当否定了具体手段的时候,目的就会成为一句空话,甚至走上歧途。所以,我们大谈反对有罪推定和无罪推定的同时,只强调实事求是,对于“求是”而言,就失去了求得最终结果的具体手段和途径,就等于过河而没有桥梁,最后导致了“我说是就是,说不是就不是”。事实上,反倒出现了很严重的有罪推定倾向,以至于这么多年来,在我们许多司法人员的观念中有罪推定的思想根深蒂固,不讲程序,不讲取证的合法性,不讲证据的效力,最后把判

断实事求是的标准和权利只留给了少数有决定权的人。实践已经证明,我们否定无罪推定的同时实际上必然导致有罪推定,中间道路很难走通。我们时常可以遇到这样的情况,抓了人之后,被抓的人问:“为什么抓我?”回答很简单,“为什么我不抓别人,单抓你,你说为什么?你先想想你有什么问题?”抓了人以后,查不出问题来,定不了罪,可是又不敢放,理由是:“我不能证明他无罪,怎么能放他!他要是真有罪我怎么能担得起责任?”“我不能证明他无罪,所以我就不能放”。在这种认识支配下,在某种意义上司法机关却变成了为嫌疑人洗刷罪名的机关。我在讲课时经常强调这个观点:司法机关是追究和认定犯罪的机关,而绝不能变成替嫌疑人洗刷罪名的机关,如果要洗刷干净才能放人,就改变了司法机关的性质。前面这种认识的根源实际上就是有罪推定的观念。

记得十几年以前我还在法律系做副主任,成人培训是我分管的一部分工作。其中有一个培训班是公安系统的学员,是来自各地公安系统的干部,包括一些领导在内。当时《民主与法制》刊登了一篇文章,题目是“他为什么拥抱火神?”,内容是:有一个青年工人,在街上看见几个警察违反程序抓人,他就打抱不平,上前去制止,结果他也被警察抓起来打了一顿。放出来后憋了一肚子气。回到单位,单位又对他怀疑,说你肯定有问题,没问题警察怎么会抓你?结果是受了冤枉还说不清楚。这个小伙子一气之下,就走了极端,在闹市区浇上汽油,自焚了。因为事情闹大了,后果严重,新闻界也曝光了,几个警察都被抓起来,以非法拘禁罪判了刑。就是针对这个报道,培训班的干警想不通,纷纷向我发牢骚,他们请我作出解释,希望我能支持他们。他们说我们平常也这么做过,都没事,因为他自焚了,警察就被抓起来,如果这样下去就没人当警察了,许多人都理解不了。后来我为此专门开了一个大会,同这些学员们集体对话,我对他们讲,你们过去那样做,同样也是错误的,如果后果严重,就该抓,该判,没有被追究并不是说你没有做错。之后,我就从法律规定和法律原则上作了一些具体的解释,他们才理解到自己在认识上有一个误区。这些学员都很好,之所以在理解上走入误区,也同有罪推定的观念有关系。“我看你不像好人,我就可以抓你,然后查明你不是坏人,我再把你放了。”这个观念相当危险。

可喜的是,经过了这么多年的发展,在这次刑事诉讼法立法中终于确定了无罪推定原则,成果非常可喜,这是我国程序法立法中一个重大进步!

取消收审、取消免诉、律师提前介入,在立法时争论也很激烈,但是终于解决了。刑事诉讼法在第一次修改时,就能够解决这样一些重大问题,成果

不能说不显著。

过去,我们的很多作家,很多电视剧作者们,都是在不了解中国法律的情况下,本着良好的愿望,写出了一些脱离实际的作品。我经常看到电视中有这样的场面:有的人被抓起来以后,立刻就请来律师,就可以会见,就可以取保。实际上在刑事诉讼法修改以前,这是根本不可能的,这都是国外的事。这次刑事诉讼法修改,规定律师可以提前介入案件,虽然经过激烈的争论,但是最后终于把这一条确定下来了,相当不容易,我都没想到会这么快,因为我们法治建设的历史太短了,人们观念的转变还需要一个过程。

庭审方式改革的进程也是比较快的,我们原来是纠问式的,现在一下子发展成抗辩式的审判,虽然新的审判方式还有待于学习和掌握,但毕竟在立法上把它确定下来,这是一件很不容易的事。

大家可以看到,以上我举的这些例子,反映了一个立法上价值取向的转变,由国家本位或者说官本位向公民个人本位的转变,这个转变虽然刚刚开始,但是很了不起,很不容易。

前一段英国首相布莱尔访华的时候,搞了一个英国法律周,法律周上双方作了许多交流。其中一个皇家大法官讲了一句话,他说,以前,英国在法庭上所体现的是被告人同国家的关系,现在,则是被告人同被害人之间的关系。我不知道大家体会到他这句话的意思没有?被告人同国家的关系,就等于整个国家机器在对付一个被告人,被告人非常孤立,现在变成了被告人与被害人之间的关系,国家就超脱出来了,被告就不显得那么势单力薄了,法律就显得更加中立,更加公正了。所以,这句话的含义很深,由被告人同国家的关系转变为被告人同被害人之间的关系,这个转变反映出被告人地位的变化和法律价值取向的变化。我国这次刑事诉讼法修改一个很重大的进步,就是加强了对被告人权利的保护,刑法也有类似的修改,这是价值取向上的重大改变。所以,从立法上反映出来的由国家本位到公民个人本位这样一个价值取向的转变,意义非常重大。当然这个转变还刚刚开始,还要继续发展,它反映了国家法治建设的总体水平。

(二) 司法成果

从司法上来看,20年的成果也是相当显著的。

首先看司法人员的队伍。20年前主要是依靠军队的转业干部和地方的其他人员来充实司法队伍,后来逐步地充实大量的专业人员,这个变化应当说是比较快的。在1985年、1986年以前的本科毕业生当中,中级法院和市级检察院能够得到的为数不多,大部分都是充实到中央一级、省一级的检

法部门,人才非常缺少。那个时候法律院系出来的学生非常优越,基层法院、检察院几乎摸不到边。而现在,你们毕业时不好分配,不那么吃香了。这对你们来讲不太公平,但是从总体上反映出司法队伍成分的变化。当然,这与现实还有一个矛盾,你们分配不出去,并不是说司法队伍已经被大学生充满了,实际上还差得远,把你们都分配出去,再分10年都远远不够,这里还有一些其他原因。但是,从总体上来讲,毕竟反映出供求关系发生了重大变化。80年代初期如果有真正的高中水平,再加上一定的工作经验,当法官也就不错了,至少他能够在基本含义上理解法律条文,因为当时不可能要求太高。可是,后来的情况就大不相同了,法官、检察官至少要经过不同形式的专业培训。

司法人员的专业素质,同样经历过这样一个过程。这些年来,除了大学培养了你们这些正规学生之外,更多的是各种在职学习,如大专班、进修班、短期班、长期班、补习班,包括人大、北大办的高级法官培训班,政法大学仅我在法律系主管成人培训不到4年时间,就培训了2000多人,后来就更多了。同时,各省市都有这样的培训。除此之外,还有政法管理干部学院,中央有,各省也都有,而且先后成立了检察官学院、法官学院。可以说,这种培训的数量是相当可观的,它反映出国家对提高司法人员素质的重视程度。据我了解,现在北京市海淀区检察院的队伍是以本科为起点,还有多名硕士和博士,达到这种层次相当不容易。当然,在全国来看达到这种水平的还很少,但这个例子反映出司法队伍建设的进步。

再看看司法机关的基本建设,仅就物质条件、办公条件而言,原来许多法院连一个像样的法庭都没有。最近几年来,各地甚至有些落后地区的法院和法庭都相当不错,我有的时候都觉得同其他机关相比有点不协调。但是这种改善是必要的,是法律尊严的象征,也反映了国家对法治的重视程度在提高。

司法机关的思想作风也在改进。随着机关干部腐败现象的发生,司法机关的腐败问题也相继发生,因为司法机关不是世外桃源。针对这种情况,中央下决心、加大力度整顿司法机关作风,已经收到了一定效果。当然,提高执法水平,改善司法环境,单靠思想整顿是不够的,也是不稳定的,最有效的是转变机制,这是客观基础。

比如说,庭审方式的改革,由一个法官的纠问式审判,变成控辩双方的对抗,那么必然要求你有一个非常扎实的理论根底和一个敏捷的反应能力,这样才能处理各种问题。这种改革必然推动法官水平的提高,包括检察官、

律师都一样。抗辩式的审判方式实施之后,控辩审三方都面临着新的挑战,有的人对此不理解,一部分人讲检察官难当了,律师好当了,有的人说律师难当了,有的又说法官好当了,这些说法都是片面的。检察官难当了,是因为他要举证、要质证,要对指控承担更大的责任。律师难当了,是因为律师在庭审时还不了解对方情况,原来能看卷,现在连卷都看不到了,调查又受到了限制,过去律师也可以走过场,可以辩护词写好了再上法庭,现在不行了,因为他要应付法庭上出现的各种情况,不可能事先形成完整的辩护意见。有人说法官好当了,是因为法官不用多说话了,其实,不用多说话的法官最难当。过去都听法官一个人讲,那才好当,现在主要是听人家讲,他担任着裁判者的角色,随时得把握庭审的原则和方向,得确定某一个证据是否有效,确定程序是否合法。所以,实际上法官更难当了。当这样一种客观条件摆在面前的时候,就迫使每一个司法人员都必须来提升自己,否则就做不好,就可能出丑。所以,庭审方式的改变,律师提前介入的实施、检务公开、审判公开等这一系列措施的实施,都必然地促使司法人员提高素质。众目睽睽之下,有那么多人听着,那么多人看着,还经常有舆论监督,你不提高行吗?你想徇私舞弊更不容易。

所以,体制的改革,制约机制的加强,是提高整体执法水平,防止腐败,彻底改善司法环境的客观基础。而最重要的是,这个问题在今天已经受到重视,已经提到了议事日程上了。

(三) 律师制度和律师事业的发展

我们国家在50年代就取消了律师制度,在我们这一代人的印象中,对于律师的认识只有作为革命先烈的施洋大律师这样一种历史形象。改革开放以来,中国律师经历了一个从无到有的过程。恢复律师制度以后,律师成了一个新事物,仅仅20年的时间,从没有律师发展到现在的11万名执业律师(还有一大批有律师资格但没有领取律师执业证的不算在内)。11万名律师,从全国的人口比例来讲,还远远不够,但是从发展的速度来讲,应当说相当快。

对于律师的管理经历了一个由行政管理到行业管理的发展过程。原来管理律师完全是行政手段,现在已经过渡到行业自律。北京在这方面发展比较快,率先实行了行业自律。本届全国律师协会和北京的律师协会,都是从执业律师当中选举会长、副会长和理事。这种方式在全国范围内还没有彻底完成,有些地方还是行业管理和行政管理相交叉,但毕竟还是迈出了非常可喜的一步,行业管理越来越受到重视,而且越来越发生作用。

律师的自我约束机制已在逐渐形成。过去律师办理案件,没有一种指导性和约束性的统一规范,十几年都是这样走过来的。前几年给律师培训班讲课的时候,我看了一下课程安排,所有的内容都是锦上添花式的讲座,却没有一项内容是从一加一的基础讲起,比如律师接受了案件以后,如何办理手续?如何一步步地去具体办理案件?办案中应当遵循哪些原则?注意哪些问题?这些规范、程序都没有人讲。后来我就跟律协讲,这是个漏洞,你只讲锦上添花而没有雪中送炭,许多律师连最基本的操作规程都不知道,因为没有人给他们讲。我做了这么多年的律师,从来就没有人跟我讲过,我都是自己摸索出来的,别的律师也一样,这样下去怎么能做好一个律师呢?就是在受到这种启发以后,我提出了一个建议,针对办理刑事案件难度大的现状,先搞一个《律师办理刑事案件规范》。这个建议很快得到支持和认可。随后,我们花了将近两年的时间,集思广益制定了一个规范,有180多条,经过多次修改,已经基本定稿,这次全国律协刑事业务委员会年会上又一次征询了意见,最近准备再做最后一次修改,报请律协理事会讨论通过后,印成单行本,正式发行实施。这是我们国家有史以来第一部律师自行制定的办案规范,其他类似的规范随后也将陆续出台。这个规范对于指导律师办案,提高律师办案质量,会起到非常重要的作用。前不久我到加拿大开会的时候,加拿大的律师工会负责人很自豪地拿他们的律师“操守”(实际上就是规范)向我介绍,说他们非常重视这个“操守”,每个律师都必须遵守。我们今天也有了自己的办案规范,可以说这是一个不小的成果,它对我国律师办理刑事案件,既起到了指导和约束的作用,也起到了保护作用,意义是非常重大的。它反映出律师自我约束机制和自我保护机制健全和发展的过程。

律师的作用,应当说也实现了从虚到实的发展过程。在开始的几年中,律师办案走过场比较普遍,因为无论是司法环境还是律师自身条件,都在一定程度上限制了律师作用的正常发挥。那么,现在的情况已经不大一样了,律师办案的成果已经受到了广泛的认同,对于律师的需求越来越迫切。正因为有了这样的发展,人们才越来越重视律师的作用,所以,虽然现在律师还很难做,但是全国依然保持着不断升温的律师热,每年报考律师资格考试的人数在持续上升。几年前中央电视台好像办了一个节目,题目叫“纷纷扬扬奔‘律卡’”,这律卡就是律师资格证,这种现象反映了人们对律师职业的向往。

20年来,律师队伍从无到有的发展,从少到多的壮大,律师管理模式的

改变,律师行业内部自我约束和保护机制的健全,律师作用从虚到实的体现等这一系列现象都反映出在这短短20年之内,中国的律师制度和律师事业的发展速度和规模是十分可观的。

(四)法学理论研究的成果

20年来,法学理论研究成果累累。这样说并不为过。

法学理论研究的发展可以说是经历了一个从无到有的、加速度发展的过程。20年前,考研究生没有资料。我报考研究生的时候,主要是去阅读马恩列斯的原著,从那里去提炼法学理论的精髓,考试的题目也有很多是对马列原著的分析和理解。再一个就是前苏联翻译过来的一些教材,很少很少,北京图书馆都很难找到,外地的图书馆根本就找不到。我当时在东北的一个城市,只有找到同学的父亲——一个中级法院的老院长,从他那里借来两本很简单的早期政法干校的教材,至今我非常感激他。

考研究生没有资料,搞科研就更没有资料,我们在一些陈旧的杂志上一篇篇地翻,剪裁整理后如获至宝,开始时连复印机都没有,只能用手抄。上学以后,没有教材,研究生教材就更不用说了。所以,80年代初期,全国上下处于赶编教材的那个阶段,老一辈的学者集中力量编写出第一批法学统编教材,实在是功不可没,因为当时参考资料实在少得可怜。我们国家的法学研究和法学教育工作就是这样开始的。现在我们可以看到,专著、论文、教材,像雨后春笋一样铺天盖地而来,有相当一部分学术价值很高的著作陆续问世,这与10年、20年以前相比,简直是不可思议。我自身体会也很深,我考研究生的时候,没有教材,借书都借不着,还不到20年之后的今天,我的著作也有100多万字了,这就是变化,就是发展,但这才仅仅就一个人而言。从法学理论研究的总体质量上看,应当说变化更大。

在80年代前期,我们的理论内容单薄,知识面窄,往往是就事论事,跨学科的研究很少,理论深度很不够,这是普遍性的问题。因为刚刚开始恢复,老一辈学者扔掉了几十年刚刚捡起来,新的学者又刚刚开始学习和研究,外文水平差,翻译资料又少,信息渠道也少,所以研究很受局限。后来逐渐地打破了这样的局面,跨学科、跨领域的研究越来越多,理论研究的广度与深度并进。我建议你们多看一些中青年学者有创新思想的著作,他们的有些研究是很有深度,很有见解的;我还建议你们从死抠书本的学习状态中摆脱出来,不要仅仅局限于把教材背得滚瓜烂熟,要注重理解原理,多看些专著和论文,多接触实际,开拓你们的眼界和思路,这是非常重要的。吃透原理,这是最重要的,原理吃透了可以举一反三,融会贯通,原理吃不透只

能做熟练工,照葫芦画瓢还画不像。现在有些人就是由于不懂原理,只知道照葫芦画瓢,当熟练工,所以,一遇到具体案件他就拿不准,就出错误。要多看一些论文和专著,宁可少背一点教科书,不要局限于一城一池之得,不要局限于一百分,我从不要求高分,我希望有真正的思维能力和分析能力。

理论研究的方向和方法也经历了一个重大的变化,就是从禁锢到开放,从谨慎注释到大胆探索。前些年的法学理论研究,注释的色彩比较浓厚,例如,法的本质问题,罪刑法定原则和无罪推定原则问题、刑罚的本质和目的问题等,在理论研究中都有一些禁区,难以越雷池一步。大学里讲外国法律课时,要坚持“评述结合,以评为主”的原则,不敢过多地正面讲述国外的东西。在这种大环境下,学者们更多的是去解释国内现有的法律,对一些探索性的研究往往不愿涉及。这样就使相当一部分学者变成了注释派的学者,只知道注释,根本就不去研究法律应不应该这样制定,只要它出台了,就挖空心思作解释,谁解释得好,谁解释得圆满,谁就有学问。现在的情况已经大大改变了。近几年来,在法学研究领域可谓出现了“百家争鸣”的活跃气氛,大胆的、有挑战性的研究已经形成一种趋势,尤其是在一些中青年学者当中表现更为突出。这个进步相当大,表明我们的理论研究走出了注释研究的框子,开始了新的起点。

理论研究中还有一个明显的进步,就是改变了理论与实务严重脱节的状况。开始的时候,理论与实务脱节比较严重,实务界排斥理论界的现象也很普遍。在80年代初期,有些执法人员还以没有学过法律为光荣,认为理论束缚手脚;一些司法机关不愿意接收大学生,认为大学培养出来的法律专业的大学生什么能力都没有,什么都干不成。当然,刚毕业的学生实际工作能力比较差,这是现实问题,也与教育方法有关,但并不能说这些人还不如没有学过法律的人。关键还是认识问题,是没有认识到专业知识和理论研究的重要性。前些年我做兼职律师到法院办案子,有的法官听说我是政法大学的教师,先说一句“你是专家”,紧接着就说“理论和实际可不是一回事!”言外之意就是你别跟我搬理论。这种心态反映出一种抵触和轻视理论的情绪。

近几年情况发生了相当大的变化,现在司法机关的人员主动学习法律,主动著书立说,主动请教专家,整体的观念和做法都在改变。这几年我经常到外地办案,也经常在办案的前后被邀请讲课,现在我还欠了好多账,还没去讲。去年最高检察院在河南办了一个全国优秀公诉人培训班,也邀请我去讲课。这次讲课的意义不一样,原来我在政法大学是以教师的身份出去

讲课,给公、检、法讲课是很正常的,这次是以律师的身份出现而不是以教师的身份出现,这不仅反映出司法机关对理论的重视,也反映出他们对律师的重视。现在司法机关编写的著作也很多,他们以办案实践为基础著书立说,针对性很强。最近一段时期,我的不少在各地司法机关工作的学生,给我寄来论文,请我帮助修改和发表,这都反映出实务界与理论界由排斥到融合的趋势,它表明了法治建设总体发展水平的提高。

理论研究方向和方式的转变,不仅推动了理论研究自身的发展,而且真正体现了理论对实践的指导作用。在此,我仅举两个例子:

一个是“刀”制与“水”治之争。几年前,我国法学理论界爆发了一场“刀”制与“水”治的争论。一种观点认为“刀”制与“水”治之间有非常大的差别。以“刀”制来定义“法制”,所表明的是国家用一种法律制度来进行管理,那么“法制”就只成为一种被国家运用的管理工具或手段。如果以“水”治来定义“法治”,所表明的是以法律来治理国家本身,那么,“法治”就成为治理国家的基本手段。二者虽然只有一字之差,却反映出治国之策的指导思想不同。所以,这种观点主张,不应用制度的“制”来定义国家法制建设,而应当用治理的“治”。这种表面看来似乎是一种纯学术之争的现象,受到了各方的重视,以致终于在党的十五大报告中用“水”治来定义“法治”。现在,我们改变了多年的提法,表述为“建设社会主义法治国家”,是治理的“治”。“刀”制与“水”治之争反映了法学理论界勇于探索的精神和先导作用。

还有一个例子,就是刑事诉讼法的修改。刑事诉讼法的修改,之所以在立法上具有重大进步,理论界发挥了重要作用。在立法过程中,我国的专家学者们通过对国内外立法和司法实践的深入考察,结合我国的具体情况,提出了多种立论充分、基础坚实的立法方案,供立法机关参考。在讨论中又能提出具有说服力的主张,使这次刑事诉讼法的修改加快了同国际接轨的速度,推动了我国法治建设的发展,也引起了国际上的关注。虽然刑事诉讼法修改后,还有一些折中性的规定,但在中国目前的条件下,能够做到这样已经是难能可贵了。

我仅举了这两个例子,一个是“刀”制与“水”治之争,一个是刑事诉讼法立法的过程,由此可以看出,我国的法学理论界在仅仅20年时间里取得了相当可喜的成果,发挥了相当重要的作用,迈出了相当大的步伐。

(五)全社会法治观念普遍增强

我还讲第一次普法。我第一次参加普法的时候,是十几年前,政法大学

的教师们,到街头去做义务普法宣传。开始时没有几个人来咨询,有些人咨询时却是偷偷摸摸,畏畏缩缩,左顾右盼之后,跑到你的面前,不说话,拉着你的衣服走到小胡同里去讲话。当时,在中国老百姓眼中,好像只要是谈法律问题,肯定是见不得人的、是丑事,真可谓谈法色变。我们当时是哭笑不得,只好到小胡同里,神秘地向他们解释法律。那么今天,十几年以后的情况就大不一样了。例如,近几年来,讨个说法的观念已经逐渐深入人心。大家知道,国贸大厦的侵权案;模特侵权案;全国首例误机索赔案等,这些案例都反映出公民法治观念的增强。

误机索赔案是我办的,当时我恰好也乘坐那班飞机。所以后来有人同我开玩笑,说这场官司主要是因为我才引起的,要不是我也乘坐那班飞机就不会想到打官司。我说这个玩笑开得不完全对,但它引发了一个问题,就是这场官司的发生反映了社会公众法律意识的增强。我认为,这个案件的提起是偶然性与必然性的结合,如果再提早几年,有十个像我一样的律师在场,照样打不起来;如果再推后几年,没有我这样的律师在场,照样能打起来。而这一次恰好是有律师又有记者在场,加上各种原因聚会在一起才引发了这场官司。所以说这是偶然性与必然性的结合,它反映出全社会公众法律意识的增强已经达到了一定程度。

消费者权益保护法出台以后,社会上出现了许多斤斤计较的消费者,“消协”的秘书长接受采访的时候也讲,应不应该做一个斤斤计较的消费者,实际上反映出法律意识同市场经济意识相互联系,相互促进的关系。王海打假是在什么情况下出现的?如何评价?前一段时间爆发了一场争论。有人从学术的角度来讲,认为王海不是真正的消费者,是以营利为目的而打假,所以不应予以肯定。这是一种角度。我认为,对王海打假,不能就事论事,应放眼从一种历史的角度和社会学角度来看这个问题。哪怕王海是一个坏人,之所以他能够得逞,说明你有假,你如果没有假,王海这种人也就不存在了,况且王海并不是坏人,所以我支持王海打假。我们在这里根本没必要去评价王海的好坏,没有必要评价王海的动机和目的如何,我只能说王海打假,是特定的历史条件下产生的特定的历史现象。这种现象,对于推动打假起到了不可否认的客观的推动作用。所以,尽管人们对此评价各说不一,我认为从历史的角度去评价是应当肯定的,没有理由去求全责备。更重要的是,王海现象之所以引起社会的反响,反映了全社会法治观念的增强,反映了消费者权益保护法已经深入人心,反映了人们已经开始认识并习惯于运用法律手段来保护自己的合法权益。

这次我受中华全国律师协会和外交部的委派去加拿大参加人权对话会议时,我曾问过加拿大的法学专家:“你们加拿大法治建设搞了多少年了?我们中国仅仅搞了20年,在这20年的时间里有了这么大的发展,从历史的角度看,它在绝对速度上是快还是慢?”他们也不得不承认是很快的。但从相对速度上来说,我们还是嫌慢。因为我们同西方发达国家处在同一个历史层面上,我们不能与他们过去走过的进程相比较,我们需要更快的发展。这正是我们要共同努力的方向。

在20年的时间内,我们的群众从根本没有法律意识、不知道法律是一个什么东西,到现在处处要讨个说法,很多问题可以搬到法庭上来谈了,应当说进步是很快的。这是个很有说服力的客观事实。

那么,如何认识法治观念迅速增强的原因呢?或者说增强法治观念的基础和动力是什么?我认为这里有一个很重要的问题应当引起重视,那就是我们原来有些太侧重于强调说服、宣传和思想教育了。按照马克思主义唯物论的基本观点,是物质决定意识,是经济基础决定上层建筑。所以,从我个人体会来看,推动法治建设发展,推动法治观念增强的最基本的动力就是市场经济。这个基础非常重要,人们的认识都是在这个基础上自觉地或不自觉地发生着变化。我们可以想一想,为什么老一辈的人对法治观念的接受就常常受到阻碍?我认为最重要的原因就是计划经济的观念已经根深蒂固。例如,平调、划拨、协调、行政干预等,这些都是计划经济的重要手段,在这样的基础上,人们就缺乏等价交换的观念,缺乏平等、独立的意识。所以那个时候你如果说谁是斤斤计较的消费者,那个人可能就被看成自私自利的私有观念太强的人。所以,在这种经济体制上产生的观念,就不可能太注重等价交换,不能有很强的法律意识。因为发扬风格被理解得简单化了,个人私利应当舍弃,那么,个人的合法权益也就很难主张了。一切矛盾和冲突都可以通过行政手段加以解决,所以,人们就难以形成以法律手段来调整社会生活的观念。只有市场经济,等价交换,自由竞争才改变了人们的观念,人们开始增强平等意识,认识到交换和竞争的基础必须是平等的;认识到合法权益与自私自利的区别;诸如一分钱、一分货等这些表面上看来似乎很浅显的道理,实际上决定了人们的基本观念。只有市场经济这样一种平等交换、平等竞争基础的出现,才冲击了人们思想意识深处所固有的计划经济的观念,使人们认识到,任何一种付出和收入都要平等,都要合理,不合理我就想办法要它合理。怎么样让它合理?用什么样的手段来加以调整呢?原来是依靠行政手段调解,没有那么多法庭,法庭也不管你这些乱七八糟的

事,只要通过从上至下的行政手段全都可以解决。可是现在这些不灵了,就必须寻找一种能够解决问题的手段,而这种唯一的手段就是法律。

可见,只有经济基础的变革,才能从根本上改变人们的观念,改变解决各种矛盾和冲突的方式。所以,市场经济是法治建设的客观基础和基本动力,如果市场经济夭折,法治建设也会夭折;市场经济发展得快,法治建设就一定发展得快。二者之间具有内在的、不可分割的联系。

以上我们从立法、司法、律师制度、法学理论研究和全社会法治观念这几个方面简要回顾了20年来我国法治建设的成果,在这些十分有限的资料和内容中,仍然可以看出,20年的成果是非常显著的。虽然我们对此并不满足,也不应当满足,但必须对这些作出客观的总结和评价。因为,只有在肯定成绩,发现问题的基础上,才能求取更大的发展。

二、法治建设20年的问题与波折

现在,我们还是从前面归纳的几个方面来综合分析一下20年法治建设存在的问题与波折。

(一)立法中问题不少波折不断

前面谈到20年中立法成果非常显著,现在我们来换一个角度,客观、深入地分析一下立法中存在的问题与波折。20年来,我国的立法正是在这些问题与波折并存的情况下得以发展,所以,找出这些问题与波折的表现及其根源,对于加快立法的进步无疑具有重要价值。

刚才说到刑事诉讼法修改的重大进步,其中,律师提前介入刑事案件是这次修改的重大突破之一。但是,由于立法中难以解决各部门不同观点的冲突,出现了一些折中性的规定和模糊条款,致使律师提前介入的实施受到比较大的阻碍。比如律师会见难、取证难,在侦查阶段难以发挥作用等。新刑事诉讼法实施后的实际情况表明,律师办理刑事案件,在某种意义上比以前难度更大了。这种立法与现实相冲突的结果,如不及时加以解决,就会出现进一步,退两步的消极局面。这种情况是立法当时所始料未及的。从刑法修改来看,这次立法对死刑问题争论较大,学者们一再呼吁要减少死刑,因为我们国家确实死刑太多,经济犯罪,除了我国以外其他国家几乎没有死刑。这次在加拿大人权对话的会谈过程中,对方很注意我们的死刑问题,攻得很激烈。当然我们做了很多的解释,比如我们强调社会公众的容忍程度问题,对于一些重大犯罪,尤其是严重侵犯人身权利的犯罪,如果没有死刑,由于社会公众难以容忍,将会导致另一种不安定因素。所以,立法不能超越现实。但是死刑太多也不好,死刑的威慑作用是有限的。我的观点

是不主张取消死刑,从我国现有的实际情况来看,取消死刑显然为时过早,但是应当限制死刑、减少死刑,死刑太多并不能起到抑制犯罪的作用。但在这一点上人们的观念上转变不了,缺乏一种科学的认识,所以仍然没有减少。

刑法和刑事诉讼法相配套,规定了一条辩护人妨碍证据罪,这条罪的规定就是针对律师的。在立法的时候,理论界、律师界包括我本人在内到处奔走呼号,争取取消这个罪名,但后来还是规定了。这在全世界的立法上也是少见的。国外的律师执业都有一些豁免性的规定,没有律师、辩护人犯伪证罪或妨碍证据罪的。我国目前规定了这样的罪名,就等于给律师设下了一个陷阱,我坚持认为这个规定将来要修改。

关于私营企业是否算“单位”的问题,在立法中没有明确,急需作出解释。这个问题正在研究和探讨当中,我也多次发表自己的观点。新刑法中规定了单位犯罪,而单位犯罪与个人犯罪是有区别的。那么,私营企业算不算单位?有相当一部分人主张私营企业不算单位,私营企业只能算个人,只有集体企业、国有企业、有限公司等企业才能算单位。这本身就不平等!因为你要讲市场经济,要强调对企业的平等保护,那么就应当不管什么企业,从平等保护的角度看,都应该视为单位。不看成单位,把明明有几亿元资产的企业当成个人,说不过去。而且从法律原则上讲不是平等的保护。这是从经济角度,从民事角度看平等保护的问题。进而再看,它是不是单位,则涉及是否构成犯罪的的问题,这个问题更大。如果它是单位,按单位犯罪处理就很轻,如果不是单位,按个人犯罪处理它就很重。据了解目前占主导地位的观点,主张应该把私营企业作为单位来对待。我认为这是正确的。听说最高人民法院近期要作出解释,希望能够尽快出台。

与此相联系的是对挪用公款归个人使用的理解,最高人民法院前一阶段作出一个解释,明确指出挪用公款归私营企业使用的,视为归个人使用,可以构成犯罪。这就跟我刚才讲的问题联系起来,如果把私营企业解释为单位的话,就不能视为归个人使用,就不构成犯罪,这里就出现了罪与非罪的区别。

还有一个问题,这次在无锡开年会,是中华全国律师协会刑事业务委员会和中国法学会刑法学研究会首次联合会召开年会,在会议上讨论了一个很重要的问题,就是村干部应否视为国家工作人员。全国人大法工委专门派人去听取意见,要对此问题作出解释。为什么呢?因为到目前为止还有相当一部分人坚决主张把村干部视为国家工作人员。理由是:有些村干部鱼

肉百姓的情况很严重,根据目前的立法难以处理。我认为这个理由本身是可以理解的,有的村干部确实很恶,很霸道,确实应当予以惩处。但法律不能感情用事,要用其他的方法去解决。你总不能把既不吃皇粮,又没有城市户口,没有公费医疗,什么待遇都没有的人视为国家工作人员,这样做是显然缺乏依据的,国家工作人员不是谁都可以当的。如果只有经村民选举产生,不拿工资,不吃皇粮,没有城市户口,没有任何待遇的人成了国家工作人员,这该怎么解释呢?多数人坚决不同意这样做。虽然我认为这种观点不会被认可,但是为什么有这种观点存在,而且要求强烈,它反映了一些人的观念问题,也反映出立法上的缺憾。

再如婚姻家庭法,关于婚姻家庭法的立法研讨中,现在有一个比较突出的争论问题,就是关于对第三者惩罚的问题。前些天北京的一家杂志专门采访我,想听听我的看法,我不知道你们是什么观点,对第三者应不应该进行惩罚?我认为不应该。但有相当一部分人,就认为应该惩罚,这反映出立法观念的差别。惩罚第三者实际上是一种迁怒于他人的做法,没有第二者哪来的第三者?迁怒于第三者这个做法本身就不对,这是中国的封建传统观念,立法原则上讲不通。但是立法是一项非常复杂的工作,因为思想观念上的差别,许多问题不会一下子解决,出现各种波折并不奇怪。

部门立法中出现的部门保护问题也值得重视。有些部门在立法过程中或出于对本部门利益的偏重,或出于考虑问题的片面,缺乏立法的客观性和全面性,造成部门规章之间的冲突。这些现象是立法不成熟的表现,应当尽快加以调整和改善。

在此,我只是举了几个不同侧面的例子,它们可以反映出立法的发展过程和尚待解决的一些问题。但是这些问题并不奇怪,因为,任何事物都不能超越其必经的历史过程,所以,立法是具有时代性的,问题与波折更是难以避免。当你们成长起来的时候,你们参与立法的时候,你们会有深刻的体会。那时候,在立法方面会有更大的改观。

(二)司法实践中诸多问题不容忽视

司法实践与法治建设的关系最为密切,它可以更直观地反映出法治建设的状况。因此,对于司法实践中的问题更有必要认真总结。

先谈审判活动。前一时期北京市第一中级人民法院率先施行全方位的公开审判,新闻媒介广为宣传,这是一个很大的进步。但同时必须注意到另外一个问题:公开审判是宪法早有规定的;虽然现在有些地方做到了,但是在大部分地区还没有做到。这说明长期以来公开审判是有阻力的。一方面

是客观条件的限制,另一方面是主观认识问题,没有认识到公开审判的重要性,或者不愿意公开审判。前一段《人民司法》杂志向我约一篇稿子,“公开审判与司法公正”,已经发表了,我在文中谈到公开审判与司法公正的关系,提出公开审判是司法公正的前提和基础。目前,在全国范围内,公开审判的全面落实还需要多长时间?这是一个需要尽快解决的问题。

现在北京的法院已经全面实行公开审判,每个公民凭身份证都可以进法院旁听,所以法院设了安全门,进入法庭要做安检,这是必要的,国外也如此。但又出现了新的问题,就是对律师也要安检,但对检察官不安检。为了这个问题,我通过北京律协、全国律协等各有关部门向法院反映,提出了议案。要求很简单,要么控辩双方一块过安检,要么控辩双方都不过安检,这反映出地位平等。但是这个问题至今仍然没有结果。这反映出在审判活动中控辩双方的地位仍然不平等。

不久前中国法学会向我约稿,请我写一篇命题文章“依法治国与司法改革”,我受命写了这篇文章。我在文章中提到很多问题,包括检察院制约机制的问题、律师地位问题、律师办案的困难、司法机关协调办案的弊端,包括案外干预问题,也包括检察委员会、审判委员会体制改革的问题等。我认为现在的审判委员会、检察委员会的作用弊大于利,有很多弊端不能解决,不仅妨碍了独立审判原则,而且有时成为司法人员推诿责任的借口。虽然在设立之初是有一定好处的,主观愿望是为把质量关,避免法官擅断,但是现在看来弊端很大。有一次接待联合国任意拘留委员会主席的时候,对方问到许多问题,其中就涉及审委会问题。他问“你们的审判委员会见不见当事人?看不看卷宗?参加不参加庭审?有没有决定权?”等一系列问题,使我很难回答。你如果说有决定权,那么说不出道理,不见当事人,不看卷,不参加庭审,却决定案件结果,这个问题实在不好解释。我们开一次审委会有时要讨论十几个案件,并决定案件的结果,能不能定得准?承办人汇报案件的时候,不可避免地会带着个人的主观色彩,很可能与事实大有出入。我现在正在办的一个巨额的支付令执行异议案,这个案子已经在最高人民法院立了案。可是从基层人民法院、中级人民法院、省高级人民法院层层上报的情况及结论,都与我们掌握的事实相差十分悬殊,多次间接地交换意见都难以统一。后来在最高法工作组、省高法领导及承办人都在场的情况下,面对面地交锋,澄清事实,阐明观点,才把问题搞了个水落石出。可见,如果不面对面地交锋,有些汇报似乎很有道理,听取汇报的人又听不到相反意见,就难以发现问题。这种例子不少,这种现象也很正常。之所以要开庭审判,

要控辩双方辩论,正是这个道理。所以,审委会的作用问题是值得探讨的,如果变成一个指导性的机构,也许会更加有利。

再说地方保护主义的问题。地方保护主义在经济纠纷案件中体现得最为明显,在涉及地方经济利益时,有些法院干脆就没有决定权,动辄就被认为是吃里爬外。现在人们在呼吁司法体制改革,司法机关应当彻底吃皇粮,垂直领导,否则地方把握人权、财权,从根本上难以排除地方保护,难以做到司法机关独立行使审判权。

公、检、法三机关协调办案,这个问题也很值得引起重视。协调本身从本质上讲是计划经济体制下的一种产物,协调办案的背后实际上难以排除交易,而交易往往以轻视法律、轻视原则、无视当事人的利益为前提,这种后果相当严重。本来公、检、法三机关是一种制约的关系,以制约求公正。如果把制约变成了协调,就发生了质的改变。协调是一种配合,是一种交易,制约是一种牵制,是一种监督,两者不能混为一谈。协调办案出现弊端的例子也不少,我手中有一个案子,被告是一个司法局的副局长,被定为贪污罪判了15年,这是个完全无罪的错案。但是在进入二审程序时,却遇到一个很棘手的问题:两级法院的关系都不错,既然一审判了15年,二审改成无罪就很难办。这种情况在检、法两家都存在。虽然这个案子最后终于改判无罪了,但难度之大可以想象,直至请示了最高人民法院才改过来。

还有一个更典型的例子,被告被起诉受贿1万元,挪用公款几十万,外加重婚。这个案子拖了9年之后才起诉,才开庭,被告被间断地关押了4年零6个月,先后关押在了14个看守所,可称为中国诉讼时限之最了。更重要的是,这是个无罪的案子,可还是判了11年。其实,这个案件本身并不复杂,本来是私营企业,全部是个人投资,根本就不存在贪污、挪用问题。被告与其前妻原属事实婚姻,后来自行协议离婚,协议离婚后又与现在的妻子正式登记结婚,目前孩子已经6岁了,被告的前妻也早已再婚。然而,法院却认定被告与现在的妻子共同构成重婚罪,宣布其婚姻无效。那么,且不说这种情况并不能构成重婚罪,仅从其社会效果来看,法律究竟是保护什么呢?是要保护两个已经不可能恢复原状的家庭呢?还是要破坏两个已经依法组成的新的家庭呢?被告的前妻是否也同样构成了重婚罪呢?这本来是个十分可笑的问题,是对法律的亵渎!但是在各种干预和协调的背景下,就硬是这样判下来了。我认为这样的判决并非出于法院的本意,似有难言之隐。这个案子现在还在申诉当中。

其次,再谈司法人员的素质。我前面提到司法人员的素质同以前相比

有了很大提高,这是不可否认的。但存在的问题也很严重,有些甚至是意想不到的。例如就在刚刚提到的那个案子二审开庭时,庭审中法官多次打断辩护人和被告人的发言,在我发表辩护意见时,又是一再打断我的发言,当我提出抗议时,主审法官竟然说:“你左一个提请法庭注意,右一个提请法庭注意,法庭还用你提请吗?你是什么意思?”事实上,“提请法庭注意”这是法庭上的常用语,甚至是套话,绝没有不尊重法庭的意思。谁会想到,居然被当成了大逆不道的语言,遭到强行打断和严厉斥责呢?

又如有一次我在一个法庭开庭,在法庭调查时公诉人首先问被告人是否认罪,被告表示不认罪,公诉人立刻提出休庭,理由是被告不认罪不能开庭。后来控审双方争了起来,直到各自请示领导后再决定继续开庭。

类似的情况,在律师当中也发生过。比如,有的律师在法庭调查中当庭举证时提出,“据一位不愿透露姓名的人证实……”并宣读这位证人的证言,要求法庭予以认定。这种做法和请求把法官弄得哭笑不得,不透露姓名的证言如何去查证呢?

以上几个例子反映了一个共同的问题:20年来我们司法人员包括律师的整体素质虽然有了相当大的提高,但问题仍然不少,少数人的素质还相当差,差到了无法容忍的程度。这是不容忽视的。

(三) 律师执业面临困惑

记得在两年前,就在这里讲座的时候,同学们问我,做律师的感受是什么?我的回答是两个字“难受”。做律师确实很难受。律师办理刑事案件,上有尖刀,下有陷阱,防不胜防。律师因办案被追究的人数,全国恐怕已经过百了。

我下周要去吉林白山市出庭,去为吉林大学的一位刑法学博士、副教授作辩护,这是第二次开庭。这个案件很典型!此人是兼职律师,他在办理一个二审死刑案件中,在被告哥哥的请求下,给被告传递了一个揭发犯罪线索的条子,被告就按他哥哥写的这个条子写了揭发检举材料,经公安机关查证属实,破获了案件。后来二审法院认定其立功,改判为“死缓”,结果律师被以“包庇罪”起诉。传递条子的做法当然有问题,但能否构成犯罪呢?在第一次开庭时,公诉人发表了长篇公诉意见,指控其采用“移花接木”的方法,帮助被告人出具假证明,制造假立功材料,使被告人逃避惩罚。这个理由,看起来似乎有道理,深入分析起来却站不住脚。法律明确规定,包庇罪的基本特征是:“做假证明包庇。”包庇罪从立法原意来讲,它是伪证罪的一种特殊条款,伪证罪是证人、鉴定人、记录人、翻译人这四种特殊主体的犯罪,包

庇罪实际上是指一般主体做伪证的行为,所以它的基本特征是做假证明。那么,在本案中律师有没有做假证明呢?律师传递的揭发犯罪的线索是不是假证明呢?显然不是。因为:第一,这个揭发线索与被告本人的罪行无关;第二,这个线索要经过公安机关查证属实后,才能成为证明立功的证据;第三,揭发材料是被告亲自写的而不是律师冒名伪造的,也不是律师授意的。所以,律师传递的揭发犯罪的线索不仅不是假证明,而且连证明都不是,即他根本没有提供过任何证明,更不用说是假证明。而且法律并没有规定构成立功的揭发线索必须是揭发人亲自感知的,除了揭发同案犯外,揭发他人的犯罪线索大部分是传来消息,但这不影响立功的成立。这是因为,法律关于立功的规定,实际上是国家与犯罪人的一种交易,是对犯罪的人一种奖励,鼓励犯罪人帮助揭发犯罪线索,便于破案。至于犯罪人主观恶性大小及悔改表现如何,并不影响立功的成立。所以,“移花接木”的比喻,在事实和法律上都是错误的。“移花接木”是指将别人揭发犯罪的行为安到了被告的头上,可事实并非如此。准确地说,这种行为的表现形式应当是“借花献佛”。“花”是犯罪线索,“佛”是政府,“献”是揭发检举的行为,是被告本人通过他自己真实的意思表示,把借来的犯罪线索献给了政府。而律师的行为,只是把借来的线索从别人手中传给被告。所以,“借花献佛”与“移花接木”在行为性质上具有本质的区别。这样深入分析以后就可以看出,被告“借花献佛”仍然可以构成立功,而律师传递揭发线索的行为并不构成包庇罪。

类似的例子还有很多,其中,律师有过错的也不少,但过错绝不等于犯罪。新刑事诉讼法实施以来,许多律师因办案而遭到无端指控,主要原因是侦查机关对律师提前介入有抵触。这个问题如果解决不好,从表面上看受伤害的是律师;从实质上看,受损失的是需要律师提供法律帮助的当事人,因为,律师可以不办或少办刑事案件,而被告和犯罪嫌疑人却不可以没有律师,法庭上更不可以没有律师。

律师调查取证难,也是当前律师办案中一个大问题。不久前《中国律师报》和《检察日报》都向我采访“律师调查取证难”问题,已经见报了。不仅刑事案件取证难,民事案件,非诉讼业务,几乎在各个方面律师调查取证都很难。有些单位甚至明确规定,接待调查取证只对公、检、法,不对律师。律师在社会上还没有相应的地位,或者说律师在社会中的定位还没有真正明确。所以,在社会上还比较普遍地存在一种偏见,有相当一部分人甚至认为律师似乎是一种社会的异己力量。之所以会有这种看法,是由于他们还

不了解“法治”究竟是怎么回事,更不了解律师在法治建设中的作用。其实,道理很简单,资本主义国家法治搞了几百年,律师制度也有几百年,而资本主义国家的律师并没有成为资本主义制度的异己力量,更没有成为资本主义制度的掘墓人。相反,它维护了资本主义制度,促进了资本主义国家法治建设的发展。资本主义国家离不开律师,许多国家的总统都是律师出身,美国总统几乎有一半是律师出身。那么,我们国家的律师难道能成为社会的异己力量吗?虽然社会制度不同,但是法治化的调整机制和原理是一样的。在我国,律师制度也应当是法治建设不可缺少的部分。这个道理本身并不复杂,但是,在对于“法治”的内涵没有真正理解的情况下,对于律师制度的偏见也就难以消除。所以,我非常希望有人能写一篇文章,题目就叫“律师是个什么东西?”因为很多人就是不知道律师是个什么东西,甚至认为律师不是个好东西。所以我非常希望把律师到底是个什么东西说清楚。让人们来了解和评论律师,这对中国法制建设的发展是很有意义的。因为,对律师的偏见,对律师的歧视,对律师作用的削弱和限制,表面上受到伤害的是律师,但是从根本上讲受到伤害的是国家的法治建设。

律师执业面临的困惑,原因来自于立法本身,也来自对律师和律师制度的偏见,这双重原因的存在使律师的作用受到很大限制。这是一个亟待解决的问题。

(四)法学理论研究应当进一步调整方向

前面谈到在20年中法学理论研究取得了十分显著的成果,这是值得我们引以为豪的。但是其中的许多不足之处也值得引起重视。就我个人体会,至少在以下几个方向应当加以改进或者加强。

首先,理论研究脱离实际的问题没有彻底解决。这种现象表现在以下几个方面:

在这次刑法修改中,我就感到有一个在立法中实体法与程序法相脱节的问题。这是我做律师以后才体会到的。这次刑法修改增加了许多经济犯罪的罪名,其中有些犯罪是以“非法占有为目的”为重要构成条件的。但是,由于这些犯罪在认定其主观目的时难度很大,所以,司法实践中操作起来相当困难。那么,如果在理论研究中能够充分注意到这个问题,使实体法的研究与程序法的研究结合得更为紧密,是否能够使立法更为完善,更具有可操作性呢?比如,对从“非法占有为目的”等这一类主观要件规定得更为具体一些,界定出一些具体的标准或原则,这样就可以使司法人员有所遵循,避免产生更多的歧义。我认为这是可以尝试的。我原来是搞实体法的,

在接触大量实际案例之前对这个问题就缺乏体会。比如你讲犯罪构成时,只需要讲几个要件,这些要件的有无决定了是否构成犯罪,而对于证据问题常常有些忽视。在办理实际案件中逐步体会到,证据的认定与实体法的规定是紧密相关的。所以,实体法的立法不应当忽视程序问题,应当充分考虑到立法的可操作性。如果我们的理论研究能够注意到这个问题,我们立法水平也许会有进一步的提高。

理论研究中另一个值得注意的问题,是纯理论研究较多,总论研究较多,而对于具体应用的理论,对分论部分的研究却不够深入。这种现象有其历史原因,因为我国法治建设历史太短,理论研究中断多年后几乎是从零开始。所以,在前一段时期偏重于在根本性问题上加深探讨是必要的,也是必然的。但是现在情况不同了,一方面我们的理论研究已经有了相当的深度,另一方面在法律实施过程已经发现了许多操作上的难点和误区。在此情况下,理论研究中的转向问题就成为一种客观的需求。例如,刑法修订后,增加了那么多新罪名,对于这些犯罪的构成要件急需作出理论上的研究和界定,可是目前这种研究还相当薄弱,大部分教材和专著都是蜻蜓点水,点到为止。我曾建议,学者们应当分工,对一些疑难的新罪名进行重点专题研究,写出一批既有深度又有可操作性的论文来,供司法机关参考,我认为这样做很有必要。在民法和经济法研究中也有同样的问题。所以,理论研究的现实性、应用性和针对性非常重要。这是法治建设向纵深发展的一种客观需求。

跨学科的研究仍然不够深入,这是理论研究中又一个缺憾。目前,无论是理论界还是实务界,闭门研究和单向思维的现象仍然比较普遍。例如,在一些学者和法官中,搞民事的不懂刑事,搞刑事的不懂民事。结果,前者看什么都像是民事纠纷,后者看什么都像是犯罪。在司法实践中,混淆民、刑法律关系的情况时常发生。具体地看,是法官素质问题,追根溯源,与理论研究的单一化不无联系。所以,跨学科的比较研究很重要,例如,民、刑法的比较研究就十分迫切,如果能够结合案例把两种法律关系中易混淆的问题作一些深入透彻的分析,对于司法实践会有重要价值。

脱离实际的理论观点,有时候还会产生消极作用。例如,有一次北京市高法召开专家座谈会,专门听取对北京市全面落实公开审判的意见,会上多数人都对落实公开审判和新闻监督表示支持和赞赏。但有一位学者却发表了相反意见,认为公开审判中的新闻监督不值得提倡,并以美国新闻爆炸现象为例强调新闻干预司法的弊端,担心新闻监督会妨碍司法独立。我认为,

这种观点就脱离实际,是用美国的现状来分析中国问题。殊不知,美国的法治搞了多少年?中国的法治搞了多少年?美国的新闻媒体与中国的新闻媒体又怎么能相提并论?美国的新闻爆炸不假,可中国的新闻又怎么能奢谈爆炸?任何事物的发展都要有一个过程,都有历史阶段。目前,中国的新闻监督从总体上讲还相当薄弱,对此,现在刚刚有一个好的开端,刚刚开始发挥一些作用,就受到遏制,岂不成了因噎废食吗?

这个例子进一步说明,理论研究本身很重要,理论与实践相结合更重要。我在成果累累的基础上,还需要进一步调整方向,加强探索的深度和广度,加强研究的实用性。理论研究应当在立法和司法活动中真正发挥出先导作用和指导作用。

谈了这么多问题,这么多波折,那么,出现这些问题与波折的根源是什么?我认为,最主要的根源是计划经济体制下形成的传统观念,例如,协调办案干预、国家本位等,都与计划经济的观念有着一定的内在联系。所以说观念的转变是推动法治建设发展的最基本的前提,而促使这种观念转变的原动力就是市场经济的冲击。一定要迅速地发展市场经济,没有市场经济,就没有法治。我最近写的任何一篇文章,包括口头采访、约稿在内,几乎在结尾的时候都有一句话,就是转变观念。因为你说一千道一万,归根结底,观念不变,什么也变不了。

出现问题与波折的另一个重要根源,就是体制。我说的体制就是指制约机制,有了强有力的制约机制,什么都可以解决。制约机制的形成主要有两个障碍:一个是受观念的影响,不自觉地或自觉地排斥制约;另一个就是制约机制需要有一个形成过程,创制一种机制需要探索和尝试。我们现在一方面是对制约的认识不够,另一方面是认识到了又探索不够,这样就需要一个过程,但是首先必须引起足够的重视,这样才能缩短这个过程,加强制约机制的创立。过去仅靠学雷锋,靠道德标准,这些因素会起一定作用,但不起根本作用。你不能要求每一个人都成为共产主义战士,但是你可以用机制来制约他。在好的机制下,坏人可以变好,在不好机制下,好人也可以变坏。我现在的体会越来越深,不管这个人多高尚,做出了多少贡献,在一定条件下就可能变质,就可能沦为罪犯。“文化大革命”斗私批修那么多年,灵魂深处闹革命那么多年,结果越闹私心越重,是用虚伪掩盖了真实。当前,许多老干部和杰出的企业家腐败犯罪,除了其自身原因之外,也同样有机制的问题。这些教训应当是沉痛的。历史证明了这一点,一定要靠机制,科学完善的制约机制,是确保法治建设正

常发展的重要基础。

三、法治建设的前景

最后我想简单地说一说,20年过去了,那么,今后法治建设发展的前景如何?我想从这几个方面加以概括:

第一,传统观念已经受到冲击,新的观念已经开始形成。这一点非常重要。当一个传统观念没有被冲击,没有被打破的时候,越雷池一步就相当困难,当它一受到冲击,受到动摇的时候,前进的步伐就会大大加快。

第二,法治建设中的各种问题已逐渐暴露。刚才谈到那么多的问题,说明这些问题已经暴露出来了,有问题不要紧,就怕不暴露。首先是暴露,然后是解决,就如同对症下药一样,有了症状才可以开药方。所以,暴露本身就是一种进步。

第三,全社会的法律意识越来越强。这是有目共睹的现实,也是加强法治的社会基础。

第四,国际大环境的影响和国际交流的不断加强,对于加快法治建设步伐具有重要的促进作用。近年来,学术界和司法界的国际交流越来越频繁,越来越深入。这些活动无论对于观念的转变,还是对于机制的改革,都已经发生并将继续发生重大影响。

第五,年青一代的迅速成长是法治建设的希望。你们是改革开放以后的一代人,是伴随着改革开放而成长起来的,你们没有传统观念的束缚,可以在观念上彻底地接受新东西。所以,你们是推动中国法治建设的真正的生力军。

第六,市场经济向纵深发展的趋势不可阻挡,这是不以人的意志为转移的。市场经济的发展必然带动法治建设的发展,所以,我国的法治化方向不可逆转。

从以上六个方面来看,可以不容置疑地认为,法治建设的前景乐观,发展趋势不可阻挡。

归纳起来,回顾、评价和展望中国的法治建设,可以概括为16个字:“成绩显著,问题不少,波折不断,前景乐观。”但是,这种乐观的前景并不会自动地出现在我们面前,必须依靠我们几代人去共同奋斗,共同争取。我们这一代人,包括我们这代人的前辈,只能起到开拓、铺路的作用,你们这一代人才是真正的生力军。你们有条件、有义务去创造出中国法治建设真正辉煌的未来。我们经过那么多艰辛的努力,经历了从无到有的过程,这是最艰苦,也是最宝贵,最有历史意义的20年。可以相信,再过一个20年,必会有

新的突破。

再过 20 年,你们都 40 岁左右,如果没有新的突破,你们就会愧对历史。



中国刑事辩护制度的回顾与展望

——在 2000 年全国律师协会刑事业务委员会
年会上的发言

中国刑事辩护制度的历史过于短暂,在发展过程中又充满波折,这种现实使中国刑事辩护制度的发展举步维艰,面临种种困惑。但是,市场经济与法治建设向纵深发展的大环境,世界现代文明与民主制度的影响和冲击,却形成了中国刑事辩护制度在曲折中快速发展的基础和动力,决定了与发达国家辩护制度相接近的必然的趋同性。所以,中国的刑事辩护制度将出现一个迅速发展的时期。这个时期的来临将不会太久。

一、中国刑事辩护制度的短暂历史

由于历史的原因,与西方多数国家相比,中国刑事辩护制度形成的时间很晚,人们对于辩护权的认识在历史上就比较淡漠。

在西方国家,自古希腊时期就出现了古代“辩护士”的雏形,罗马共和国时期出现了“控诉式诉讼”,又称“辩论式诉讼”。在《十二铜表法》中曾确认了保护人制度,允许保护人帮助被告人进行辩护,对控告实行反驳,并且在法庭上可以询问证人,以及向对方证人交叉提问。至罗马帝国时期,则出现了一些专门从事法庭辩护和以诉讼代理为业的专门人员,形成了历史上最早期的律师团体。

在中世纪的欧洲,多数国家废除了古典控诉式诉讼,改变为纠问式诉讼。司法专横和罪刑擅断主义盛行,使辩护制度的发展受到遏制,并且出现了作为封建统治附属品的协助审判官说服被告人认罪的僧侣律师。但是,随着神权的逐渐削弱和王权的日益强大,世俗律师逐渐代替了僧侣律师。