

中国大律师 辩护词精选

田文昌专辑

(第三辑)

田文昌 著



中国大律师 辩护词精选

田文昌专辑

(第三辑)

田文昌 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国大律师辩护词精选. 第3辑, 田文昌专辑 / 田文昌著. —北京: 法律出版社, 2015. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8166 - 3

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(2015)第 152780 号

中国大律师辩护词精选: 田文昌专辑
(第三辑)
田文昌 著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 何海刚
责任编辑 何海刚
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

责任印制 翟国磊

印刷 三河市兴达印务有限公司

开本 720 毫米 × 960 毫米 1/16

印张 41

字数 683 千

版本 2015 年 9 月第 1 版

印次 2015 年 9 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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 8166 - 3

定价: 98.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

▼
▼
▼
▼

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“旋涡”中,他也被卷入了。他并不惮于在这样的“旋涡”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“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，仅靠华丽的辞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。



前言

1998年,我整理出版了我的《辩护词代理词专辑》第一辑,2007年又整理出版了第二辑,因为很多读者反映前两辑由于出版时间的问题,虽经再版,但市面上也已经不好买到。因此,在2013年,经出版社和我商量,将我的《辩护词代理词专辑》第一、二辑做成了合辑再出版。很感激该书受到读者们的肯定,也让我看到法律同行们之间的这种交流是必要且必需的。

随着我国法治建设的发展和完善,律师行业分工也越来越专业化、精细化。以我所在的京都律师事务所为例,随着综合化律师事务所的建立,我们已经将业务团队细分到包括刑事诉讼、民商诉讼、企业风险防控、金融、证券、房地产与基础设施、公司、破产重整、知识产权、能源与环保、信息技术、国际、海商海事等13个业务领域,各个部门的律师都力求在本领域内深耕细作,成为专家型律师。我本人也在近些年更加专注于刑事案件和相关的法律研究,代理其他领域的案件相对少了。

此次我将近些年来办理的具有典型意义的部分刑事案件辩护词整理出来,希望能够给年轻同行一些启发。每个律师都有自己的辩护风格,我的辩护词一定不是最好的,但我一直认为,我们老一代的律师,有责任也有义务将我们的经验和体会毫无保留的展示出来,和大家分享,无论案件结果如何,律师本不是以个案成败论英雄的职业,重要的是对法律的理解以及对个案的逻辑思维方式。

需要指出的是,本书收录的近十余年的案件判决结果很好的很少,无罪判决只有一个:广东省佛山市南海区人民法院对程某某职务侵占罪一审判决无罪,检察院抗诉,佛山市中级人民法院二审维持原判。有些明显无罪的案件仍然被判有罪甚至被科以重刑,这在一定程度上也反映出近十年来我

国由于众所周知的原因所导致的法治环境的倒退。

庆幸的是,2014年,党的十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,确定了以审判为中心的诉讼制度改革方向,可以预见,随着规则的逐步完善,将来的法庭审理将越来越具有实质意义,律师的有效辩护也将越来越发挥实质性的作用。新的机遇也向律师行业提出了新的挑战,如何完善知识结构,加强技能培训,迎接挑战,是我们每一个法律人,尤其是从事刑事辩护的律师应该思考的问题。希望借由此书的出版,抛砖引玉,引起同行们的共同交流思考,共同迎接新挑战,抓住新机遇。



目 录

上篇 业务探讨

刑事辩护律师执业技能	(3)
犯罪嫌疑人、被告人对证据享有知情权	(37)
辩方违法证据之证据能力	(41)
辩护权独立性内涵辨析	(48)

下篇 辩护词精选

刘涌被控组织、领导黑社会性质组织罪案	(59)
张某某被控诈骗罪案	(84)
赵某被控贪污和隐匿会计凭证、会计账簿罪案	(96)
徐某被控操纵证券交易价格罪案	(117)
余某某被控贪污罪案	(129)
张某被控受贿罪案	(164)
陈某某被控贪污、行贿、挪用公款、偷税罪案	(185)
尹某被控贪污罪案	(203)
林某被控受贿罪案	(219)
张某某被控贪污、受贿罪案	(235)
王某被控贪污、国有公司人员滥用职权罪案	(262)
郭某某被控行贿罪案	(270)
范某某被控虚报注册资本罪、逃税罪、行贿罪、单位行贿 罪案	(284)
谢某被控贪污、行贿、诈骗、虚报注册资本、职务侵占罪案	(300)
颜某某被控挪用资金罪、合同诈骗罪案	(326)

潘某某被控贪污、挪用公款罪案	(339)
黄某某被控非法经营、内幕交易、单位行贿罪案	(348)
陈某某被控受贿罪案	(371)
黄某某被控走私普通货物罪案	(419)
程某某被控职务侵占罪案	(441)
涂某被控职务侵占罪案	(461)
郭某被控虚开增值税专用发票罪案	(469)
华某君被控受贿罪案	(475)
施某某被控组织、领导传销活动罪案	(510)
张某某被控贪污罪、职务侵占罪、挪用资金罪、行贿罪案	(546)
张某某被控故意杀人罪案	(610)
肖某被控受贿、内幕交易罪案	(630)

上篇 业务探讨



刑事辩护律师执业技能

田文昌

(在全国律协刑事辩护律师执业技能培训班的演讲)

2012年5月30日

一、接谈案件和会见

(一)接谈案件

在接谈案件当中,我想谈三个方面的问题。

第一,耐心倾听而不轻信。在接谈案件的时候,当事人的家属、朋友或者相关的人来谈委托,他们既不懂法又心情急切,感到无依无靠,很惶恐。所以,我们可能面临着各种各样的很难应付的一些情况,他们可能说了一些没有意义的话,甚至挺不着边际的话。但是,我的一个体会——不管什么样的话,都要耐心倾听,就像一个医生面对一个患者。找我们办案的人比求医的人有时候更可怜,他们更需要帮助、同情和理解,所以千万不要对他们表现出厌烦、不耐烦、居高临下、不屑一顾。

当然,我们和国外不一样,国外按小时收费,把表一按,说话的人就发慌,尽量少说。我们没有计时收费,他们就放开了说。我遇见有人几个小时都说不完,我们可以适当地引导一下,但是不要粗暴地打断对方。

为什么要不轻信?因为你没有理由轻信。他可能不了解情况,可能只是分析判断,还可能说假话或者出于各种目的来和你谈一些他的想法。我有一条体会:我谁都不信——当事人不信,亲友不信,警察不信,检察官不信,连法官、判决书都未必信。为什么?都可能有假,都可能有错,都可能有各种问题。信什么?信证据。

我说不信不是太自信,而是一切都要从证据出发。我们办案,查明真相,查清事实,根据是证据,别的都不能作为根据。这就涉及法律真实和客观真实的冲突问题。在现有条件下,当前条件下,我们所依据的只能是法律真实——证据真实。

不要期望相信当事人都说真话,未必如此。换一个角度,即使他和你讲真话,如果没有任何证据,你也束手无策。在当前情况下,从法律角度最公平的认定依据是什么?就是证据,别的都没有意义。

有一年,我到德国去考察,德国一个教授讲,按照德国的理论体系,庭审的目的就是查明事实真相。但我对这个观点是有保留的,我认为把查明真相作为目的不对。我的观点:查明真相是手段,目的是维护司法公正,司法公正的基础是证据真实。有的时候,真相未必查明,但是让人家感到公正了,达到这个目的就行了。

我所强调的就是,我们依靠的是证据。但话说回来,谁说的你都得听,你不能拒绝别人说,也不能不听就简单地相信你自己。什么都要听,但什么都不要信,听是判断的参考,但不是判断的依据。最后看材料,看证据,重调查,重研究,这才是办案子最坚实的基础。

第二,客观分析而不承诺。中国现在有些当事人层次还比较低,一找到你就像抱着一棵大树找到了救星,最爱听的就是你的一个承诺——你能够办到什么程度,对这个案子给他一个结果。这是最普通也是最可怕的问题。我遇到好多次,我不敢给他承诺,我说我们既没有承诺的水平,也没有承诺的条件等。他说人家某某律师都能够答应做到什么程度,你怎么做不到?我只能说人家比我强。但是我告诫大家:千万不要做这样的承诺。而且,你承诺之后会出现副作用,会让人抓住把柄很难交代。所以,绝不能讲大话,最多可以客观分析——根据我们掌握的材料,根据法律的相关规定,我们认为应当达到什么样的水平。但是不能说能够保证或者预测到是一种什么样的结果。

第三,告知权利、防范在先。为了保护我们自己,也为了给当事人一个比较稳妥的说法,我们要做到告知权利、防范在先。就是口头说还不够,最好签约时还有一个权利告知的回执,如律师不能够承诺,不能够讲大话,不能私自收费等。这一点我也体会很深。从我做律师以及给律师们讲课的第一次起,我从来都坚决告诫大家不要讲大话,不要给承诺。但是有的当事人就投诉过我讲大话,承诺了肯定能办到什么程度。我是有苦说不出。什么样的当事人都有,你防不胜防。所以我们要搞一个东西,让他签一个字,这

也是自我保护的一种方法。

(二)会见

会见当事人时要注意以下几个方面的问题：

第一，摆正关系。要明确我们的权利来源——受委托而形成，我们是委托人的代言人。为什么我要讲这个话？到今天为止，还有的律师正襟危坐、煞有介事地去训斥当事人，“我是代表公正、代表法律的”。不是，你收了人家的律师费，接受人家的委托，人家随时可以撤换你，可以解除这个委托，你只是私权利的代言人。你不是代表法律，也不能代表法律，而只能是依照法律为委托人提供法律服务。一定要摆正这个位置，这样你才能放下身段，放下架子。依照法律是前提，为委托人服务才是目的。

第二，端正态度，要有亲和力、信任感。你会见当事人，他见了你像见了亲人，像找到救命稻草一样，不管这个人罪轻罪重、官大官小、是好还是坏。当他落入到这个境地的时候，他肯定拿你当一个救星。当你了解到这样一种状态，理解对方这样一种心态，就一定要给他一种亲和力，让他如见到亲人的感觉，让他信任你，这样他才能把他想说的话都告诉你。

有的当事人不信任你，当然有各种各样的理由和原因，你很难和他沟通，你会觉得他眼睛背后藏着一种东西。这种情况有两种原因：一是当事人本人太狡诈，顾虑太多，城府太深；二是律师没有给人家亲和的感觉。

第三，耐心倾听而不轻信。你与当事人会见的时候，当事人的话可能很乱。有的说得很不着边际，有的滔滔不绝，我们可以适当地引导，但前提是耐心倾听，后话是不能轻信。

第四，不能训斥、贬低当事人。这一条很重要。我经常遇到律师训斥当事人，有时候不耐烦地教训一番，这是非常忌讳的问题。法官、检察官可以教训他，律师只可以帮助他，委婉地说服他。他拿我们当成依靠，你若摆出一副教训的架势、贬低的态度，让他对你根本就没有信任感，你怎么能和他配合好？再说，有些当事人的身份比你高，知识比你多，智商比你高，甚至素质也比你强，他落到这个境地本来就非常不平衡，你再训斥他，会对他有非常大的打击，对你办案子也不利，更不要说我们要尊重人家的人格。

有一次模拟法庭培训，律师说话还以训斥的方式，在场的检察长都和我说：“这是律师，还是检察官？这个角色演的就不对。”这说明我们从根本上没有搞清自己的角色定位。中国的某些律师，有些时候把自己打扮成和官员差不多的角色——官本位的理念太深。律师就是律师，一定要注意这一点，否则当事人不会真正相信你，也不会很好地配合你。

第五,依法行事、遵守规则。有些情况下,当事人家属对我们寄托厚望,同时由于不懂法律、不懂规矩,经常要求我们做一些违反规则的事。我们如果动了感情又忘了规则,在会见时做了一些不该做的事情,这是非常可怕的。最近,全国律协刑委会结合《刑事诉讼法》的修改,正在搞一个新的《会见规则》,到时候大家再按照规则来分析、行事就可以了。

第六,谨言慎行,自我保护。主要包括三个方面:提问、解答问题和解释法律。

首先,要注意提问的方式。谈话的时候,问话的学问很大,可以利用问话首先引出问题,引起互动,进尔发展为更深入的交流。

其次,在交流当中会涉及解答疑问和解释法律的问题。比如对于经济犯罪来说,如讲到贪污受贿,什么叫贪污?什么叫受贿?——包括问话、解答、解释法律的时候,都会有很多这样的问题。比如受贿,谋取不正当利益是受贿,没有谋取不正当利益就不是受贿。这个解答没有问题,再进一步说一点——具体的事怎么办,你给他做了什么,如果你没有做会怎么样——可能越来越接近禁区了。律师怎么办?可以接近,但是不能踏到线上,你可以把法律规定解释得很清楚,很具体,但是你不能告诉他如何去说假话。这就是能力——做到从解释法和解答问题这个范围内来说清楚问题。

像这类问题,我建议将来应当有专门的具体培训,一个一个细抠,模拟一些案例,问问题的时候怎么问,回答问题的时候怎么答,解释法律的时候怎么说。这样才能真正提高我们谈话的能力。

二、调查取证和阅卷

(一) 调查取证

调查取证,这次《刑事诉讼法》没有做出修改是一个很重大的遗憾。说是有进步,把侦查阶段律师的辩护人地位明确了,原来侦查阶段律师没有辩护人身份,所以不能调查取证,这次有了辩护人身份可以调查取证。但是我认为这只不过是一个纠正、一个反省。1996年《刑事诉讼法》在这个问题上表述就是错的。辩护律师从接受委托那天起,他所做的一切工作都是围绕辩护的,就是辩护活动的开始,居然还能够搞出一个侦查阶段没有辩护人身份的“提供法律帮助的人”,这本身就是一个错误。

但是,更遗憾的事在后面。我们一再提出来,要和《律师法》接轨——关于调查权的问题,尤其是向被害方的证人和被害人调查的时候,不应当经过法院或者检察院的允许。但是这一条没有改。既然没有改,那么我们就

要注意这些问题。在现有的规定下怎么做？我讲三点。

1. 调查取证的作用不容忽视

为什么特别强调这一点？由于我们消极辩护的效果有限，所以取证更加重要。辩护有积极辩护、消极辩护两种。在一个法治发达、程序法受重视的国家或者环境下，律师主要是进行消极辩护，因为举证责任在控方，打破控方的证据链，攻破了控方证据，辩护就会获得成功。可是在我们现有的体制和法治水平下，这种消极辩护的作用很有限，仅靠打破证据链根本不行，往往要你提出反证来，甚至判决书都经常出现“律师……理由没有证据支持”。所以在这种环境下，积极辩护的作用就更加重要。什么叫积极辩护？就是要有调查取证，举出有利被告的证据。

在立法过程中，我和有关领导反复地强调这个问题。有些人认为，我总是强调调查权，没有必要，国外律师也没有那么多调查。我说他不了解中国的现状，国外律师本来就不需要那么多调查，在确实需要调查时，人家还可以专门找私人侦探调查，我们没有。人家不用调查就可以否定指控，而我们否定不了，我们的司法环境摆在这。

所以，我特别强调争取调查权，尽管现在调查面临着很多风险，但调查取证的作用不能忽视。

2. 知难而上，不能因噎废食

由于调查取证有这么多风险，很多人都不去调查。据我了解，很多省市的很多律师由于《刑法》第306条的威胁都不敢调查。这个状况我非常理解，每个人都很担心遇到这样的问题，这也正是我们呼吁废除《刑法》第306条和《刑事诉讼法》原第38条最重要的原因。我曾经有一次说过，“不管你取消不取消，我喊到死也要喊，绝对不允许有这样的法条存在，这是为我们律师执业的安全”。

这次应当说有很大进步，对《刑事诉讼法》第38条做了重大修改，这些修改很艰难，我们一而再再而三坚持提出来，最后总算有了程序上和内容上的修改。但是还没有达到我们希求的目标，没有彻底废除，还是保留了。尽管如此，我们不能因噎废食，要对案件和当事人负责，不能因为担心有风险就不去调查了。很遗憾，很多地方律协规定不准调查，虽然都是出于好意和对律师的保护，但与此同时，我们能不能放弃对委托人利益的维护，眼睁睁地看着应当获取的有利证据而不去获取？这一点我觉得非常重要。

说到这里，我原来谈过一个辩方证据合法性的问题。我们经常在法庭上遭遇被控方质问证据来源，说不清楚或者来源不合法时，我们无言以对。

所以这几年来我一直在提出并想解决这个问题——辩方证据合法性问题。原来没有非法证据排除，这个问题还比较受到漠视，现在排除非法证据的程序已经入了法条，这个问题必须解决。

排除非法证据是否包括辩方证据？绝大多数人，甚至绝大多数的法学专家，都认为是包括的。我是1980年刑法硕士研究生，从我开始学习《刑事诉讼法》那天起，我就知道证据有三性——合法性、真实性、关联性，从来没有对控辩双方证据做区分。直到今天，很多大学生、研究生、博士生，包括其导师，也都认为证据的三性是不分控辩双方的。

现在我可以非常自信地告诉大家，这是完全错误的一种认识。因为对辩方证据不可能要求合法性。非常简单的例子：假如我们都知道，有一个证据可以证明被告人罪轻或者无罪，能不能因为证据的来源不清或者不合法就仍然判他有罪？一个人不是杀人犯，控方指控他，我们辩方拿出一个反证证明他不是杀人犯，但由于这个反证来源不合法，能不能也仍然认定他是杀人犯，把他枪毙掉，谁会这样做？可能没有人说应该这样做。那为什么在理论上没有解决？没有人思考和论证过。

大家都会遇到过一些案件，有的当事人的亲属或者朋友提供一个证据，不敢说是谁给的，还有的甚至是被通缉的人出了一个证据，不敢露面，但是这个证据确实被证明是属实的。这种情况下，非法证据的不利后果不能由被告人和嫌疑人承担。这就涉及法律的价值取向问题，作为公权力一方，控方举证不合法，虽然能够证明被告人有罪或者罪重，但是由于它取证手段不合法，不利后果应当由公权力方承担。这是为了维护法律的公正性，为了普遍正义而牺牲个别正义。而对于被告方作为一种私权利的主体来说，则完全不一样，不能由于律师取证的不合法，而把不利后果加到委托人头上，这是个原则。

我专门到国外做了一些考察，也查了一些资料，我还请陈瑞华教授帮我找理论依据。他找到美国和欧洲的相关法律都有规定——应当排除的非法证据根本不包括辩方证据。这个问题在一个法治发达国家已经成为常识，在我们国家，由于没有人去认识它、思考它、论证它，而变成一个大家统统误解的问题。所以，辩护律师一定要搞清楚，而且要在理论上澄清它，否则我们很被动。我希望大家都关注这个问题，能够在教科书上、课堂上堂堂正正地讲，证据的三性是指控方证据而言，是指定罪的证据而言，辩方证据不要求合法性。当然，这不意味着鼓励律师非法取证，那是两回事情，一定要分开。假如律师非法取证，甚至从最坏的角度讲，律师可以承担非法取证的法

律后果,但是不能让当事人来承担不利后果。

我这里讲的是两个方面:一方面要讲清楚证据合法性的问题;另一方面律师取证时要注意,不能够因为取证危险就不取了。

3. 运用智慧加强自我保护

在了解证据合法性这个概念的同时,我们还要注意取证要合法。我们遇到困难问题的时候可以采取各种方式,运用智慧,还要注意自我保护。

我们一方面要对当事人负责,如果不对当事人负责,就称不上一个律师,我一直这样坚信。有人批判、攻击我——就知道当事人而不注意原则,甚至有人说我为了当事人而不顾法律。当然,我并不这样认为。前提是依照法律维护当事人的利益,我从来没有号召大家去践踏法律,这不是律师应该做的。但是律师的第一目标是为当事人服务。可以这样说,我们是依照法律为当事人服务,不是为了维护法律才去帮助当事人。通过维护当事人合法权益的方式,最终达到了维护司法公正的目的——这是一个辩证关系,一定要搞清楚,绝对不能本末倒置。

既然有这样认识上的误区,有这么多的风险,我们一定要注意,在取证当中要充分运用智慧加强自我防范、自我保护。比如说两个人以上去取证。我们十几年前第一次搞《律师办理刑事案件规范》的时候,法庭没有要求必须两人调查,但我们要求最好这样做。这又涉及一个权利性质的混淆,很多文件和规章里面,要求律师调查取证必须两人以上,这都是公权力的做法。律师是私权利,根本没有任何依据和理由要求必须是两个人或一个人。但是为了自我保护,我们应当尽量用两个人,尽量录音录像。

在《刑事诉讼法》修改的时候,我们一再强调另一问题,希望明确规定律师会见有录音录像权利,至少被告人、嫌疑人同意就可以。但这一条没有被采纳。看守所等可以录音录像,律师更可以录。我们录音录像是为了保护自己,避免第306条这种问题。但是现在没有被写进来,当然也没有否定,将来我们争取在实施细则里面写上去。

还要注意谈话方式问题。和被告人、嫌疑人谈话,在调查取证的时候也是一样,谈话方式更重要,和证人谈话时也需要注意方式保护自己。取证涉及第306条,说实在,稍不注意就容易陷进去。

(学员互动:如果向证人取证或者发问的时候,你的方式不同,可能导致认定事实的结果是不同的。比如,在向一个证人询问被告人是否实施了伤害犯罪,你如果问那个证人:“你看到被告人某某对受害人进行伤害了吗?”他的回答肯定是没有,公诉人就会说:“他没有看到不等于被告人没有

实施犯罪。”另外一种问话的是直接问证人，“被告人是否实施了伤害犯罪”？他的回答也是没有，这个时候的回答就是正面的。我指的是两种问话方式导致的结果对辩护律师是不同的。)很好,这就是一个比较典型的例子,相关的案例大家都可以举出很多。但是,另一方面,稍不注意可能就陷入诱导式问话的误区中,甚至自己的一个口头语或习惯说法都可能引出意想不到的后果。

除此之外,我们可以采用调取书面自书材料的办法,还可以申请出庭作证,当然最后的办法也可以申请法庭去调取证据。这些情况都有。

我前几年办了一个南方的案子,证人是受贿案件的突破口,证明被告人接受了他的贿赂,后来证人在住院期间谈到完全是被逼的。那个案子非常恐怖,我采取了一个办法,通过另外一个人给证人传递我的想法:如果他愿意作证,可以把材料寄给我。他先录了音,做了一个光盘,然后又整理成书面的材料,从浙江寄到了我的律所,我把这个完全相反的内容拿到法庭上了。到今天,我也没有见过这个证人的面。首先我做到了保护自己,就是接收了寄过来的特快专递,我连封皮全都留着。但遗憾的是,案子还是没有解决,后来又把证人抓起来逼供,证人又承认了,那当然是另外的问题。

取证这个问题,可以采取各种方式来做,虽然很艰难,但是我们要充分运用智慧,要想办法,不能不做。几年前,我在北京办过一个敏感的案子,引起了有关部门的重视。我调查了十几份证据,并做好了周密的防范措施,当时有人查我但没有找到任何借口。这个问题短时间恐怕很难解决,但是我们要注意采取更好的策略保护自己。

(二) 阅卷

阅卷的重要性是和国外对比来谈的。案卷的数量之多,我国是超出一切国家的,国外没有这么多案卷。为什么?很简单,因为证人出庭,一切都真真正正在法庭上举证、质证,当面解决,所以不会有那么多卷宗。我们由于证人不出庭,所以有时候一个证人就问十遍八遍,几百个证人就问了上千遍,依此定案。我经历过最多是700多本卷,这说明我们是靠案卷来定罪的,所以案卷就非常重要。这一点一定要注意,这是我们国家的一种特色。阅卷的方法,我个人总结要注意这样几条:

1. 全面细致通览

要全面细致,要通览,不管你认为有用没用。几百本卷,咱们没有那么多精力细看,时间也不够,但是得先看一遍是什么东西。很多案件有很多本卷是没用的,但是你不看怎么知道它没用?先粗看一遍,然后抓重点。

2. 抓住重点

前一段,我在广东办了一个中国远洋公司广东某外代公司走私食用油的案子,走私偷税额 25 亿元,单位犯罪,一审还判了十几个自然人的刑罚。案情是:一个集团公司让它两个分公司从香港往广东走私食用油,走私手段很高明,每一船油都是手续健全的,到了海关以后,把舱单一分为二,一部分正常进关完全合法,另一部分放到保税仓里伺机走私进来。案发以后,走私这一部分的偷税额被认定是 25 亿元,判处第一被告单位的当事人死刑,其他几个人是无期徒刑、有期徒刑,该外代公司单位犯罪,十几个责任人都被判为共同主犯,判外代公司罚金 25 亿元。

后来外代公司聘请我时,希望能够做到罚金少一点就行了。我这个案子做得比较成功,我把单位犯罪打掉了,因为它不能代表单位的利益和单位的意志。同时,又把单位十几个所谓的责任人由共同主犯变成了从犯,刑期减少了一半左右。我只是受单位的委托,那十几个人不是我的委托人。

另外,案件的卷宗是 370 多本,我在卷宗里发现了半页纸中反映出来的重要问题。被判死刑的第一被告人讲:“我们是两个公司,上面有一个总公司。总公司老总给我的任务是把船到港后分舱单,一部分进关,另一部分放到保税区,放保税区以后再怎么进关是另一个分公司的事,我不知道。”我对法官分析说保税区是关外,还没有进关,你根据什么定这个被告走私?这个案子问题在哪?总公司老总和负责保税区公司的老总全跑了,证据链是断的。如果证明这个被告与他们有共谋,可以定走私罪没问题;如果不能证明有共谋,你连定他走私罪都有问题,怎么还可以判死刑?就这样,把这个人的死刑改了。说实话,这十几个人和第一被告都不知道是我把他们给救了。

这个案子我主要想说的就是这一点,这么多卷宗里面,这半页纸反映了一个很关键的问题——没有证据证明他和别人有共谋,实施了走私的行为。后来这个问题完全是我和法官做了交流以后把它改过来了。这么多卷宗,如果不细看可能就发现不了这个问题,你要在粗看当中善于找到哪些是有用的,筛选之后再细看。

还有一个例子,广东珠海的×××是另外一个走私案。×××走私手机案,号称是新中国成立以来第三大走私案,走私金额 78 亿元。走私的事实是有的,当场抓获。怎么走私的?腰里捆绑的,衣服兜里放的,还有在香港与深圳之间的铁丝网下面挖了一个洞,用塑料口袋往这边拽的,都是一些低级、原始的走私方式。当时截获的走私金额有几十万元是真的。但是,海

关侦查时候扩大了战果,在一个走私行为人的家中查到了一个复制的电脑移动硬盘,里面有一百多个没名没姓的账套。他们从这一百多个账套里面挑出了十几个账套,掐头去尾,改头换面连起来变成一个总账,就认定78亿元的总数额。

我们一看,整个证据是复制件本身就不对,掐头去尾更不对,数额也完全对不上。这个案子的法庭质证非常典型。在法庭质证的时候,幸好有一个律师电脑玩得很好,当场演示电脑里这个账套怎么可以改动,并要求鉴定人也出庭,把他质问得无言以对。这个数字完全可以否定,我和法官讲:“走私确实有,有多少定多少就可以了。怎么可以凭空搞出78个亿?”当然,这个案子最后还是照此判了,这另当别论。还有一个,就是第一被告×××把公司卖给另外一个人,我们有大量证据证明他与本案无关,可还是判了刑。买他公司这个人当时跑到国外去了,但是现在回来自首了,×××案子依然没改。

我要说明的是,这一系列问题都是在阅卷时发现的。所以,一定要善于在卷宗中发现问题,要找出重点。

3. 善于理清线索

有一个×××的案子,非常典型,现在还在申诉。一个国企公司的老板,一分钱没出,把一个国企一而再再而三地改制,股东变更先后不下十几次,最后搞成了一个多亿的资产。指控他的罪名是贪污,数额是一亿一千六百万元,当地律师跟我讲怎么样做罪轻辩护。刚看这个卷的时候,我第一感觉是这个人太厉害了,完全是空手套白狼,把国有资产全变到个人头上了。

但是我提醒大家,不要轻信别人,也不要轻信自己的第一感觉,一定要对当事人负责。我经过反复地琢磨,我和我的助手光画图就做了两个礼拜,反反复复地研究、修改。当我把整个资金流向、公司股东变化走向图画出来以后,我的结论是无罪。为什么?一团乱麻在你手里的时候,你怎么理也理不清,一旦理清了就是一根绳,非常清晰。案子也是这样,把整个纷繁复杂的线索理清了,其实就会变得很简单。所以我说分析案件的时候画图做表是非常重要的。

我曾经带过几个年轻的教授去办案,包括刑事案件和民事案件。他们都是顶尖的学科带头人,专业水平是没有问题的,但是分析案子的时候,他就理不清楚,越理越糊涂,越理越乱。所以我说,学者的本事是把简单问题复杂化,律师的能力是把复杂问题简单化,否则你做不了律师。当然,前提是你先得把简单问题复杂化,然后再简单化。就像毛泽东谈读《红楼梦》一

样,要“钻进去”还得“爬出来”,钻不进去读不懂,爬不出来就中毒,就陷进去了。我们研究案子,先要把它复杂化,不把它复杂化,你就吃不透这个案子。然后一定要简单化,理清楚,理不清楚你就陷进去了。画图做表就是把一个案子简化的过程,就达到了理清线索的目的。

阅卷的时候不能理清线索,可能会白阅,也可能误入歧途。这一点非常重要。大家可能都有体会,现在的卷宗整理水平有时候低得可怜,字看不懂、话说不通,这是次要的,更可怕的是,它会绕来绕去把你绕糊涂了。多年前,黑龙江一个死罪变无罪的案子就是如此。二审期间,庭长和我说:“我们承办法官看不明白这个卷。”后来我说:“我帮你看。不是我水平高,是因为我看熟了,看多了,所以帮你去摘一摘。”确实有的案卷看不明白,稍不慎重就把你绕糊涂了。所以看卷也得“钻进去”和“爬出来”,这样才能看明白。

4. 不要先入为主

分析案卷内容的思路要注意做到客观超脱,不能先入为主,更不能盲目乐观,一定要先从最坏处考虑。为什么?我们是为被告人辩护,但不是凭主观愿望给他辩护,要在事实、证据的基础上进行辩护。这一点请大家注意,一定要从最坏处着眼,多找找自己一方的毛病。有很多律师只愿意报喜不愿意报忧,而当事人就喜欢这样的律师。有些律师总是说得头头是道、天花乱坠,动辄就肯定没有罪。还有的律师,一问他就说人家不对,你要是法官,说不可以驳回,你是律师,光说不可以有用吗?千万要注意。

我有几次开论证会,请专家论证疑难案子。承办律师介绍案情时,我一再强调千万要客观介绍,不能加入自己的认识,那样的话就说不清楚。结果我怎么说都没有用,他一定要加进自己的观点,而且慷慨陈词,非常激昂,这个没有,那个不对。我问有证据吗?他说有,结果什么都拿不出来,都是他想象或者分析的。无论你怎么要求,他说的都带他自己的认识,一听就听出来不是客观的东西。这种做法一定会自欺欺人,把自己也照样骗了。你在这个基础上去思考问题,怎么能客观准确?

所以,这是基本功,要锻炼自己在分析案子的时候把一切偏颇的想法抛开,客观冷静地去分析到底是有利还是不利,而且要先从最坏处着想。当你对于一个案子从最坏处分析已经很充分的时候,就有了充分的心理准备,只能越走越好。当你把这种可能性告知当事人和他亲友的时候,他们也只能是越走越好。否则你说得天花乱坠、充满信心,一旦事实不如此,从天上掉到地下,就全都崩溃了,你自己也不知所措。

当然,我不是说特别悲观,是一定要从最坏处着想,客观、冷静地来分析案件。这一点,说起来容易,做起来不那么容易。一个人最大的弱点就是摆不平自己,上了自己的当。我们成功与否就在于不管做什么具体的事都能超脱出来,战胜自己,任何事都不例外。

5. 案卷摘录要认真、准确

摘录案卷内容的原则是,一定要认真、准确、忠于原文。不能摘录大意,更不能夹带个人的观点。

我要求我们律所的律师,包括听我讲课的律师,摘录案卷内容一定要加引号,一定要忠于原文,错别字、标点符号都不能改,你可以加注解,但是不能改。你如果改了一点点,法官或者谁看了都会不相信,到底是人家说的还是你说的?就像复印、照相一样,一定要忠于原文,然后再加你的评说和解释都可以。这一点非常重要。这样会使你自己分析问题的时候避免失误——因为卷宗多,如果不严谨,你看后就可能自欺欺人了,还有一个是避免别人对你没有信任感。

6. 重视制表、画图

我刚才说×××那个案子,那个图我就画了两个礼拜,画出来把走向弄清楚以后,我豁然开朗,证明他是没有罪的。但是这个图画的准确、科学与否很重要。我画了三个大图,最后把它们拼起来。

还有一个,做表。广东陈某某被控受贿的一个案子,几乎是没有任何有利证据,言词证据完全对的严丝合缝,但是被告人坚决否认。原来的律师找到我,我们详细地研究以后,我和我的助理说,“仔细阅卷,一个字都不要漏掉,仔细地分析”(我就不信找不出问题来)。最后做表对比,把所有人前后的供述和证人证言、若干笔工程的受贿时间全部核对并制表对比以后,再做分析评论,结果暴露出了一系列问题——口供、证言的相互矛盾和自相矛盾,工程时间和受贿时间的矛盾等。对这个案子,我的体会是:如果不做到最细的程度,就很难发现这些问题,但是做细了以后,问题超乎你的想象,这个指控完全不能自圆其说。

回到刚才说的中国特色——只有中国才有这么多卷宗,才能仅凭案卷就给人家定罪,所以办案子就必须重视案卷,对案卷做全面、仔细的地毯式梳理和分析,有时候鸡蛋里面挑骨头也能挑出很多骨头来。所以,中国律师的难点也是亮点,做好了也很有成就感,通过阅卷确实能发现一些非常重大的、关键性的、意想不到的问题。所以我再次提醒大家,对复杂的案子,制表画图非常重要。

1985年,做一个多起盗窃的案子,死刑改成死缓,那是我做律师以来救过的第一条命。那个时候连电脑都没有,我第一次做表,拿一张大纸贴来贴去,画了一张大表,把时间、地点、次数做出来以后,拿给二审法官。这个法官很认真,他也拿出一个表,几乎和我差不多,我俩对表格,案子就明白了。

我经常会在法庭辩论的时候,和搭档两人,一个人拿着表格,另一个人根据这个表格来讲,很直观,很感性,比单纯的表述说得更明白。

7. 帮助法官看卷

我们做的表和图可以提供给合议庭,帮助法官看卷。我有时候把阅卷时制作的图表交给法官作参考,他们说,“没想到你们这么认真,还没看过你这么办案子的”。

有时候复杂的案件,我们做的表非常厚,要下大功夫才能做得好。我们想一想,哪个法官可以像我们这么细致地看卷?法官也承认,他们案件的压力很大,连夜工作也没有那么多时间。所以我们把卷看完后做了摘录和表格或者画图交给他,作为辩护意见的附件给他参考。他们非常高兴,看了这个材料以后可以去查找、去核对。为什么说摘卷时一定要忠于原文?因为加上自己的观点,人家看了就没有可信度。如果完全是原文,再引上页码,他一看重点,一找就找到了。帮助法官看卷不是瞧不起法官,而正是尊重法官,是律师认真履职的一种表现。

我多年前在加拿大考察,和加拿大大法官有一次对话,感触很深。当时,三个最高法院的大法官接待我们,我问他们一个问题:“在中国,法院都是分业务庭的,因为法官的专长不同,可是你们九个大法官同时出庭,平等表决。你们也不会是全才,怎么来解决这个问题?”法官说:“你这个问题提的很好,也很对。我是搞刑事的,他是搞民事的,他是搞知识产权的,我们专业都不同,但是有一点,我们依靠律师。在重大案件里,那个案件的律师都是这个领域的专家,我们的能力和责任就是认真倾听、分析、判断律师提出来的证据和理由。”

在法治发达国家,律师是法官的朋友和助手,法官的层次很高,虽然不一定是某一方面的专家,但他是法学大家,有能力通过倾听律师的辩护和代理来判断你的理由和证据,所以法官是离不开律师的。在同样的案子里面,如果双方律师强弱不一样,有时候弱势一方的当事人是有可能要吃亏的。所以律师的作用是非常重要的。我们有的法官和律师对立起来,这是不正常的现象。我举这个例子是想进一步地说明,我们应当真正起到法官朋友和助手的作用,真正尽力把案卷里的问题、证据、观点、矛盾、冲突研究透、列

出来,再加上我们的意见交给法官,会很有说服力的,是利用证据去说服法官。

三、形成辩护思路

(一)对案件事实的分析

要形成辩护思路,首先要对案件事实进行充分分析,实体和程序两个方面都不可以忽视。当我们阅卷、取证以后,所有材料都准备得差不多了,就开始分析。当然这不是绝对的,阅卷、搜集证据也是一个分析过程,最后要进行综合分析。我要强调的是,不仅对实体问题进行分析,对程序问题也要进行分析。

我非常提倡集体研究论证案件。简单案件不一定都要这么做,复杂一点的案件集体研究还是有作用的。我们律所经常集体研究案件,大家都各有自己的长处,没准研究的时候就会提出一个很有启发性的观点。

包括请专家论证,可以说,在中国请专家论证案件,我是发起人,从九十年代初期就开始了。前些年有些人批判专家论证,说“拿专家压人”、“收买专家”,真是毫无根据!我们自己论证不清楚,请专家来帮助研究法律问题,有什么问题?说句难听的话,专家在中国值几个钱?谁把专家放在眼里?靠行政干预、靠权力干预才能起到“压人”那种副作用。专家论证案件我认为是非常正常的,北京的法院、检察院,各省的法院、检察院,包括中纪委都找我论证过案件,他们找我论证就可以,我找别人论证就不可以了?我要强调:一个人的智慧是有限的,集体智慧、专家智慧,我们充分发挥起来,是为了对当事人、对案件、对法律负责,是对司法公正负责,这是很有必要的。

在论证、研究案件的时候,注意吃透法律原理和条文表述非常重要,我举几个例子。

例如,虚开增值税发票罪,上次搞《刑法修正案》时,我针对修改此罪的问题发表了专题论文,并且提了修法建议到人大法工委,由于时间来不及,没有改。这个问题请大家注意,一定要改。

虚开增值税发票罪是在朱镕基当总理时,因为出台增值税发票退17%税款这个政策,就出现一些人伪造虚假的增值税发票骗钱,确实很恶劣。后来立法修改时就增加了这一条,法定最高刑为死刑。但是,后来实践当中大量的现象发生了变化,有些人确实虚开了增值税发票,但是没有骗税的故意,也没有骗税的行为。最典型的一个是上市公司为增加业绩虚开增值税

发票,还有就是张三供货,李四开票。

我办过一个虚开增值税发票8个多亿的案子,钢铁公司需要大量废钢,但大部分卖废钢的公司没有票,结果只好从那里买了废钢后,又去找别人开票。也就是从张三那买了货,又找李四开票。每吨货都是过秤的,只是换了开票主体,一分钱便宜也没占,国家也没受损失。可是按照现在的规定和最高法院原来的解释——“给他人虚开”、“接受他人虚开”,无论发票项下有没有真实交易,都可以定罪。

这个问题我和最高法、最高检、立法机关的有关领导都探讨过,都认为应当理解为有骗税目的和骗税结果才能定罪。但是由于立法表述不清楚,司法解释更有问题,所以在实践当中就变成了客观归罪的一种做法。甚至有些学者把虚开增值税发票论证为行为犯。理论和实务脱节太可怕了!

我举个例子来对比一下。偷税罪是结果犯,而且数额较大才能构成犯罪,法定刑是三年以下,最高档才三到七年,就是说有最严重结果才可以判七年。按照最新的修正,如果补税就可以不是罪,基本就不追究了。可是虚开增值税发票罪,如果按照行为犯解释,一分钱税没骗,一点损失结果没有,就可以判死刑;虽然这次修正案把死刑取消了,还可以判无期。这样一对比就可以看出,所谓虚开增值税发票是行为犯的说法,完全是错误的解读,如果不搞清楚问题就太大了。

我多年前在北京办过一个虚开增值税发票的案件,虚开的目的就是公司为了虚增业绩。被告被判了8年,后来最高法院过问,宣告无罪了。这说明什么问题?有些情况下,立法表述有问题,理论解释也有限,我们一定要下工夫把它搞清楚;有些情况下,立法上没有问题,理论上也没有问题,我们同样也需要搞清楚,因为有些人理解上有问题。对律师来讲,对犯罪构成的认识首先要搞清楚,搞错了后果不堪设想。

(学员互动:你刚才讲到的集体论证案件这个事,其实我2010年已经非常注意。《律师办理刑事业务规范》有一条:“案卷材料不能给无关人阅卷,包括被告人亲属、同所律师及其任何第三人。”其实我们律所也一直坚持重大案件统一开会讨论一下,但是我在考虑,执业规范中排除“同所律师”参与阅卷这个规定,怎么认识?)

《律师办理刑事业务规范》准备在《刑事诉讼法》修改细则出来以后做彻底的修改和完善。我个人主张,律师没有必要回避。律师都有保密义务,出了问题律师要负责任。我遇到这样的问题,有的案子办完了,其他律师办理相关案件需要看,我让他打一个收条,可以给他。作为一个执业律师应当

有这个权利,不给别人看主要是为了避免风险。但是,为论证案件给专家看应当是可以的,给嫌疑人、被告人看也是没有问题的。

关于被告阅卷权问题,由于有几个律师在看守所会见时给被告人、嫌疑人看卷宗被抓了,后来,我提出了被告人、嫌疑人对案卷的知情权问题,也发表了论文。这次《刑事诉讼法修正案》规定“可以向被告人、嫌疑人核对证据”,应当说是重大的突破,是我们很多年来呼吁、争取得来的成果。为了保护律师,我当时还要求加上一句应当明确规定“可以向嫌疑人、被告人出示案卷内容”,但是后来没有加上,仅把“核对证据”四个字写上了。但这样规定也就意味着当事人是有知情权、阅卷权了。关于家属和其他人能否接触案卷材料,在国外没有限制,在中国,我们还是不要出示,容易有麻烦。仅就嫌疑人、被告人的知情权,我几乎喊了十年,终于在理论上和立法上得到认可,很不容易。

对案件的理论问题一定要吃透。像金融诈骗,票据诈骗、信用证诈骗、贷款诈骗,除贷款诈骗罪之外,法定最高刑都有死刑。“以非法占有为目的”是诈骗罪的基本特征,但是实践当中出现了一系列问题:在贷款或者取得票证的过程完全正常的情况下出不了案子,出了案子的都是在取得贷款、票据的过程上有瑕疵,一旦还不了了,怎么样判断有没有非法占有目的?有时候完全是人为判断。有的法官、法院、地区比较宽松、比较慎重,就不定罪或者不起诉;有的不够慎重或者认识上比较左一点就会定罪,而且常常会是死罪。

这个问题在理解上偏差很大,后来我写了一篇论文,也提了增加过渡性罪名的立法建议。你们看到《刑法修正案(六)》第10条,增加了三个新罪名:骗取贷款、票据承兑、金融票证罪——就是指在确实用不正当手段取得贷款和票证,又无法确认有没有非法占有目的的情况下,加一个过渡性罪名,作为轻罪处理。缓解司法的不均衡。从另一个角度来看,这些行为也确实有社会危害性,因为至少他们是把经营风险转嫁给了金融机构,以一种相对较轻的犯罪论处也有一定理由,同时也会有一定的警示作用。有些人胆大妄为,把钱拿来投资,赢了,就成了大亨;输了,责任就推给金融机构。这样也有一定的危害性,由于他不负责任,转嫁风险,因此定一个轻罪,可以缓解很多矛盾。这些现象都是立法不成熟的表现,也是立法不断修正、完善的必要性所在。我们做律师首先要把它搞清楚,同时,根据具体案件所暴露出的问题,提出修法建议,也体现出个案推动立法的作用。

再说说吴英案,现在能够取得把吴英的命保住这样的结果已经来之不

易。但是从专业角度,我坚持并且坚定地认为,吴英是无罪的。这不只是为了吴英,更是为了千千万万的类似吴英的人,法律上必须搞清楚。为什么?从三个层次里分析:

第一个层次,最高层次——诈骗。诈骗罪以非法占有为目的,目的罪必须是直接故意,这没有争议。吴英没有非法占有的直接故意,按照最高法院的相关解释,认定非法占有目的,是要把集资来的款多数或者主要用于挥霍。如果她都用于经营,那就不能说是以非法占有为目的。

吴英案当中,按照检察机关的指控,没有还上3.8亿元,总数是近7亿元,有400万元挥霍了,有600万元购置了豪华汽车、珠宝。她自己的解释是为了经营。退一步讲,假定检察机关指控这1000万元确实都用于个人挥霍了,它也只占这7个亿的不到1.5%。我们客观冷静地分析分析,在7个亿的巨额数目当中,被指控为挥霍的只有1.5%,能说她具有非法占有的目的吗?说不通。既然如此,没有这个依据,你怎么能说她是诈骗?

第二个层次,非法吸收公众存款。立法过程和原意很清楚,集资诈骗罪的前提是构成非法吸收公众存款罪。如果没有非法占有的目的,就只是非法吸收公众存款罪;如果又有了非法占有的目的,才构成集资诈骗罪。非法吸收公众存款罪的立法原意很清楚:是指非金融机构的单位或个人向社会上不特定多数人许以高额回报的方式集资。中国非法集资案第一例沈太福,第二例邓斌,都是典型的案例。中国的语言再复杂、再微妙,什么叫“不特定多数”,大家都能说清楚。吴英向她认识的和不认识的11个放高利贷的地下钱庄的人借款,那是特定的少数还是不特定多数?能说11个人是多数吗?能说有一多半认识的人是不特定的吗?

分析一个案子要拿事实、证据和法律依据来说话。我说的每一句话都有法律、司法解释为基础。我认为向不特定多数人集资和向特定少数人借债是两个概念。有很多企业家和我讲,“我们借的钱和借贷的人比吴英还多。吴英要被判死刑,我们都该死,没有办法做了”。有人甚至主动和我说,“你要开吴英案研讨会,我们出钱,多少都行”。所以吴英案反响才这么大。

第三个层次,因果关系问题。吴英借钱的那11个人,多数人也被判了非法吸收公众存款罪。一种理论观点说,虽然吴英的借款人是特定的,但她的债权人是向社会集资的。我认为持这种观点的人犯了一个最基本的常识性错误,混淆了两个不同的法律关系。《刑法》上的因果关系怎么来划定?整个物质世界都是一个因果链条无限循环的过程,人从生到死无不处在无限循环的因果链条当中。所以,《刑法》上有一个基本原则——刑法的因果

关系不能往复循环,必须在一个链条上截取,就是在一个链条之内,截取一因一果。

我常给学生讲一个例子,一个人不小心出了交通事故,撞伤了另一个人。伤者妈妈一着急眼睛瞎了,伤者儿子有病没人管死了,伤者老婆得了精神病。那这个人就可以构成交通肇事罪、伤害罪、杀人罪,都有了,可能吗?不可能的事情。所以,任何学过《刑法》的人都知道,因果链条的关系不能往复循环,无限延伸。

从这个原则出发,借给吴英钱这些人的集资行为和吴英是一回事吗?每个人向银行借贷的时候,银行的钱都是从数亿的储户那儿吸收来的,我们的借款人能直接对储户负责吗?储户对银行,银行对借款人,这是铁的逻辑。所以,应当是那些存款人对地下钱庄的人,地下钱庄的人对吴英,所发生的法律关系是两个完全不同的因果链条。现在却隔山打炮,把吴英和那些人联系起来,因为那些人是多数,所以吴英集资的对象就是多数,这个逻辑明显说不通。

这里有一个前提,如果吴英和这11个人有共谋,那另说。如果有这样的证据,吴英是非法吸收公众存款罪的共犯,甚至主谋,都没有问题,但是证据显示没有共谋。对这个事实,我有发言权,因为吴英案子找到我,我安排×××和×××两个律师办理,在整个5年多过程当中我都参与了,所有证据材料我都了解,我还亲自会见了吴英,考察了吴英投资的那些店铺和公司。别人可以有不同观点,但是要有证据和法律依据,这很重要。不管结果怎么样,最后怎么判,作为律师,我们要负责任,道理要讲清楚。

(二) 律师办案的策略

律师办案还有策略问题。比如说,涉及地方上的各种因素,迫于无奈,有些时候本来无罪的当事人一定要认罪。我们会采取一些非常尴尬的做法——当事人认罪我不否认,但我从律师角度进行法律上的分析,认为它不构成罪。这是中国律师另一种尴尬。但是无论如何,首先我们一定要把案件的性质搞清楚,不能自欺欺人,不能自己糊涂让别人也糊涂,更不能被别人弄糊涂。

与当事人打交道也同样要谨慎。前些年办过一个包庇案。一个刑法教授办一个死刑案,二审时,那个被告没有从轻的余地,被告哥哥问怎么办,他说唯有立功。被告哥哥说有一个举报线索需要传给被告,然后律师就给人家传了一张纸条,一查属实,二审就改判了。后来,检察院逼问这哥俩,他们全承认了,被告哥哥居然还给律师录音了,交给检察院,结果把律师抓了。

我提醒大家,一定要小心,有时候你的当事人就是你的敌人,真是这样。

律师的这个行为确实有问题,但是构不构成犯罪?

我请了专家们反复研究,大家都认为确实是冤,不该定罪,但是又找不出合适的理由来。因为包庇罪就是让被告人逃避惩罚,而这个案子由死刑改成了无期,确实起到了这种作用,而且他又确实给人传纸条了。在论证这个案子的时候,我也陷入了一种困惑。最后我自己找到了答案,就是回到法条上来。刑法关于包庇罪的规定——“做假证明包庇”,这六个字让我找到了问题的关键所在:律师没有做假证明的犯罪手段。在法庭上,公诉人提出,“律师采取移花接木的方法做假证明包庇”,因为我已经弄清楚了,我可以应对了。

什么是立功的证明?第一要有线索,第二要查证属实。查线索不是证明,查证属实才是证明。那么,只有公安机关才能查证属实,所以,提供证明的只有公安机关,不可能是律师。所以,律师不仅没有提供假证明,而且连证明也没有提供,因为他没有条件和权力提供证明。律师的做法不对,但是按照法律规定,他没有提供假证明包庇。说他移花接木也不对,他没有移花接木,因为他提供的线索是真的,通过提供线索,被告人本人写了揭发材料也是真的,揭发的内容经过查证属实更是真的。所以“移花接木做假证明”的说法违背了基本事实,混淆了基本概念,如果纠正一下,应当是“借花献佛”,“花”是指犯罪的线索,“佛”是国家、政府,被告人把别人的“花”借过来献给政府,律师只是起到了是传“花”的作用,而传花没有罪。

这个案子,大家仔细分析一下,我说的有没有错?我找到这个答案确实很费劲,绞尽脑汁、挖空心思,最后终于找到了突破点,如果我们不去找它,可能就发现不了。这个案子最后宣告无罪了。

所以,这些机会和理由存在于法律规定的条文当中,同时也存在于法理之中,我们要吃透它,还要下工夫。我拿这几个案例简单做一个说明,不是讨论哪一个具体案子,而是要说明如何分析,如何寻找依据。

除此之外还有一个中国特色问题,我们还要研究案件背景。在国外不需要这个东西,但中国的很多案件是有背景的,不了解背景有时候我们就上当,所以要适当的、有条件的了解一下案件背景。

四、庭前会见和庭前准备

(一)庭前会见

庭前会见与前面的会见在目的和重点上有所不同。

1. 交换辩护思路

交换辩护思路,征求意见,取得共识。在开庭前应当与被告统一认识,这一点很重要。我几次在法庭上见识到,被告人坚决不认罪,律师坚持做罪轻辩护,两个人吵起来了,律师振振有词,“我律师依法独立行使辩护权”,太悲哀了!

这就涉及另外一个问题。从我读刑法研究生第一天起,到现在为止,课堂上、教科书上都在讲律师独立行使辩护权,此说法完全正确,但是理解完全错误。为什么这样讲?我们理解成了律师独立于当事人行使辩护权。我们想一想,律师的权利来源是什么?律师的辩护权是基于当事人的委托而形成的。律师接受人家委托,收了人家的钱,还要独立于人家的意志行使辩护权,有这种逻辑吗?

为了弄清这个问题,我做了详细的国内外资料考察和实地考察。我终于弄明白了,美国律师协会的规章规定,律师独立行使辩护权的真正含义是“独立于法律之外和当事人意志之外的其他一切因素的干扰”。相反意思是,绝对忠实于当事人,与当事人要保持一致。人家还向我举例说明:亲属、父母出钱给当事人请律师,如果当事人的意见和他们相左,听谁的?听当事人的。老板出钱请律师,要求你达到有利于老板的目的,但你的职责和职业道德必须忠实于你的当事人,不能忠于出钱的老板。更普遍的是,在美国,90%甚至95%以上的律师是国家提供的政府律师,政府出钱,你还得替当事人讲话。

结果我们照葫芦画瓢给画错了,完全给弄拧了。很多人都解释成律师可以独立于当事人的意志去行使辩护权,这是一个严重的误区。这个问题我到处在讲,一定要把它纠正过来。律师制度本来就是从西方学来的,可是到了我们这儿却给弄错了,弄反了。所以这个问题我们律师一定要弄明白,在教科书上、理论上、课堂上也要弄明白,不能继续错误下去了,这是非常可怕的。

那么,怎么样跟被告人沟通?首先要和他达到一致,实在不一致的争取一致,仍然不一致,你可以拒绝辩护,但是你不能和他对着来。

2. 解释庭审程序

解释庭审程序,指导庭审的应对。在美国律师工会的规定中,这样做对于律师不只是一种权利,还是一种义务、责任,甚至要和当事人在会见的时候搞模拟审判,每一个细节都要教他怎么做。但是这又提到一个理念问题,这一次修法也提出来了,虽然我知道做不到。在英美国家的法庭上,被告人

都是和律师坐在一起,每一个问题都是在律师指导下应对。而我们在法庭上与被告话都说不成,有时候被告人给你递了一个求助的眼光,都会被公诉人和法官指责为暗示。

我在加拿大观摩一个比较简单的法庭,为了节省资源,被告人在看守所不到庭,控辩审三方在法庭上,面前各放一个电视屏。开庭一会儿,被告人说:“等一下,有个问题,我不知道如何回答,要问我的律师。”法官马上宣布休庭,法庭角落上有一个封闭的电话亭,律师关上门和被告人密谈,谈话以后再开庭。这是被告和律师当然的权利,是法律赋予的堂堂正正的权利。而我们连对一下眼都不行,这是很可笑的问题。所以我们提出来,要像英美法系那样,当事人和律师坐在一起,控辩双方坐在一面,都面向法庭,也免得你去对立。但是没有解决,但这是我们要坚持的一个想法、一个要求。

尽管我们理念上还有一些问题,制度上还有一些缺陷,但是我们应当知道律师在做什么,在为谁服务。99%的被告人都是头一次上法庭,可我们有些律师站着说话不腰疼,指责被告说“你怎么什么都不懂?”他怎么不想想他在法庭上晃了多少遍,第一次上法庭的时候,腿肚子都发颤,说话舌头还抖,却要求当事人什么都知道,可能吗?所以,一定不要强人所难。律师的责任是指导被告人怎么开庭。开庭前的会见主要起到这样一种作用。

(二)庭前准备

庭前准备有这样几个问题大家要注意。

第一点很重要,是要做好举证的充分准备。对本方需要出示的证据进行整理、分类,准备证据清单和目录。我们必须承认,律师的举证能力不如公诉人,因为他们的主要责任就是举证,有这样的训练和经验,而我们没有。既然不如人家,我们更要有充分的准备。我见过很多律师在法庭上举证杂乱无章、不知所措,被人问的张口结舌,很被动。

在举证环节,我要强调的另外一个问题更重要,可能有些律师不注意这一点。举证包括两部分,一个是自行调取的证据,另一个是案卷中有利于被告的证据。一般第一个方面我们都知道,但是第二个方面就忽略了。有的法庭也不让你举证,理由是卷宗有就不必举证了。

按照真正的庭审规则来看,《刑事诉讼法》明确规定,一切证据都要经过当庭质证,才能作为定案的依据。控方举证常常是只说有利于他本方而不利于被告的证据,断章取义的做法是很普遍的。那么,如果法官较真,他可以认为虽然是卷宗有的证据,但是你没有在法庭上出示,没有质证,当然可以不认。虽然实际上多数情况下法官也没想那么多,他往往把卷宗里有

的证据都认为可以使用,但严格说这是有问题的,因为这些证据毕竟没有经过当庭质证。所以,我们应当周全,避免失误。

怎么办?第一,要准备好;第二,要把有利的证据摘出来,最好单独装订在一起并做好证据目录;第三,向法官指出,这些证据是卷宗当中已经有的有利于被告的证据,但是由于控方没有出示,辩护律师向法庭要求出示。如果法庭认为可以不出示,请记录在案,庭后交给法庭。做到这样,就不出遗漏,不会失误,不会被人家利用,钻空子。严格说是应该这样做的。

第二点是要做好关于证人出庭过的准备。如果有出庭证人的话,要提交申请出庭证人的名单,还要通知证人做准备。

第三点就是要准备好三个提纲。一个是准备法庭询问的提纲,另一个是质证提纲,还有一个是草拟辩护思路的提纲。我说的这个准备是指心理准备和书面准备两个方面。你没有把握就要书面准备,把握性很大的人要有心理准备。法庭询问问什么,质证的目标和方式是什么,辩护思路是什么。最重要的不是准备自己一方的问题,而是如何应对控方的问题。就是不仅要研究你问的时候,对方会怎么答,更要研究对方问的时候,你该怎么答,要知己知彼。

五、庭审技能

庭审中的技能其实问题很多,我简单地总结出这几个方面,供大家参考:

(一) 讯问被告人

讯问被告人要注意这四个方面的问题:

第一是在控方讯问的时候要注意分析控方意图,这非常重要。每一方在讯问的时候都有他的意图,都要达到一种目的。聪明的人就是通过对方的问话来摸清他的意图,好来应对。不要以为有的时候讯问是没有意义的,就不听了。法庭上控方讯问的时候虽然有时候废话比较多,没有用处的话是占绝大多数,但是即使如此也不能懈怠,万一哪一句话有用了怎么办?所以你必须认真听每一句问话内容,更重要的是分析他问话的意图。

第二是对控方的不当讯问方式及时提出反对,这一点也非常重要。控辩双方在讯问当中,诱导式讯问是一种必然倾向。主观上,谁都想通过诱导发问的方式来得到自己需要的内容,客观上,你不由自主都会有诱导的倾向。聪明的做法是,你自己的问话诱导绝不能过限,或者刚说一句马上收住,他反对的时候你已经问完了,一啰唆就不行,就会被打断。另一方面,对

对方的发问,一定要高度警惕,随时发现问题,及时提出反对,问完了再反对就没有意义了。

多年前在山东有一个案子,当地法院的领导请我现场指导,结果看到热闹了。法庭上,控辩双方都和法官打起来了。为什么?控辩双方都在诱导,而对方都提反对。法官急了,要求双方一定要举手经过允许才能发言。我写了一个条子告诉法官,双方反对时得允许他先提出反对意见,不要等举手,不能不让他及时发言,要不然反对就没有意义了,然后你的权力是裁判反对有效或者无效。院长把我的条子亲自递给审判长,审判长一看条子就不再制止双方提反对意见了。但是,由于他弄不清楚诱导与否的界限,所以凡是反对的,他都认定有效。结果,又乱了。

更可悲的是,我在珠海参加的走私手机案的庭审,控方充满了诱导式发问,我反对几次,都不起作用。公诉人是一个副检察长,居然在法庭上质问法官:“我告诉你,这是中国的法庭,不是西方的法庭,怎么能允许律师这么样反对?”后来我说:“我告诉你,这是中国的法庭,根据中国的法律,开庭时律师有权提出反对。”他根本就不懂。但是不管他懂不懂,如果我们不能及时提出反对,他诱导的效果已经发生了,你就被动了。所以一定要注意。

很多律师和公诉人问问题诱导太明显。有一次我开庭就遇到过这种情况,每问必诱。我提了几次反对后,都不好意思再提了,但是我又不能不提。那个法官特尊敬我,说:“田律师,先休庭一下,你给说说什么是诱,什么不是诱?”那个公诉人实在是不明白,不是有意地诱导,但事实上诱导十分明显。现在检察官这方面水平也在不断提高,我们也同样存在这样的问题,也需要不断提高。自己不要过分诱导,而且要善于发现对方的问题并及时提出来。

第三是要把握询问的技巧。提问要简单明确,一次只问一个问题,这是非常重要的。很多法庭上控辩双方都有这个问题,问了一大串,自己都糊涂了,被问的人更听不明白,没法回答。公诉人更是往往自问自答了,律师不能这样做。问话的作用是要问明白,答明白,更主要是让听的人明白。一个最基本的原则是,一次只能问一个问题,越简单越好,不可能再分拆才好。我在美国培训的时候,讲课的培训者从上衣兜里拿出一支钢笔,再把它扔在桌子上。就针对这一个动作,让学员至少提出20个问题来。看这支钢笔什么颜色,钢笔或是圆珠笔,多粗或者多细,怎么拿出来,轨迹怎么走……换了第二个人不能比你问得更细致,你就算成功了。

为什么这样做?首先,清晰、明确、没有歧义,细问以后这些具体的动作

都固定了。其次，现场再现。如果有录音录像，就没有必要问了。由于没有录音录像，就用语言表达的方式再现这个场景。通过你的问话，别人一听就相当于他看见了当时现场的影像，留下印象。最后，固定证据。这么细致的提问，大家都听明白了，都记录在案了，就不可改变了。如果漫无边际地问了一大堆，说完你都忘了就没有意义了，只能是把水搅混，混淆视听。一定要注意这一点。

另外，还要注意一个问题，刚才讲在对方讯问的时候要善于发现他的意图，但是，你在发问的时候，要善于掩盖意图，不要让人家发现。这也很重要。

多年前，我在广东办一个海关扣押走私船的行政诉讼案件，我代理被扣船的一方诉海关。其中有一个关键问题，海关认定走私的主要证据是三份未发出的电报底稿。但是，据我了解，根据案卷中记载的电报底稿的起草时间，是在该船遇到十二级强台风抛锚避险以后，而且当时船上的发报机天线已经被风刮断，不能收发电报了。在那种情况下，还连续起草不可能发出的电报底稿是不合乎逻辑的。更重要的是，我隐约觉得这个电报底稿起草的时间是船被扣的第二天。但我没有机会找证据，就想当庭问清楚电报底稿的起草时间是在扣船之前还是扣船之后。如果是在扣船之后，人都被抓了，不可能再去起草证明自己走私的电报底稿，显然就是假的。

开了两天庭，我怕对方发现我的意图就不给我提供了，就在对方不注意的时候突然发问。对方律师比较蛮横、浅薄，嘲笑我这是不贴边的问题，我故意装傻。可是审判长当时就打断了，说“这个问题先不要回答，一会儿专门安排时间调查。”之前我已经清楚，这个审判长是有倾向的，而且他比对方律师更清醒。我怕给绕过去，就在纸上写一个大字提醒自己。过了几个小时我又间或地提出两次，都被审判长打断。这时，我心里就有八分谱了，肯定有诈。

后来，直到宣布法庭调查结束时也没提这个事，我就向审判长提出：“我三次提出调查扣船时间和限制船员自由的时间，三次被你制止，告诉我专门安排时间进行调查，现在宣布法庭调查结束，什么意思？是忘了，还是不让调查？”法庭几百人都听着，他没有办法，说可以调查。对方律师这时还没有反应过来，理直气壮宣读办案记录，表明头一天下午两点钟公安和海关已经上船控制了所有船员，并将他们单独关押起来做了笔录，而证明走私的电报底稿起草时间是第二天早上八点。这时候，另一个代理人急了，不让念了，可惜主要内容已经念完。

抛开法官不讲,如果我们过早暴露这个意图,对方就可能警觉,会找借口不和你说了。因为那是特殊情况,没有时间和条件取证,让他自己暴露这个问题。这就有一些技巧在里面。

双方都有各自的意图,我们要善于摸清对方的意图,同时不要轻易暴露自己的意图。

第四是在现在的法庭上,我主张对被告人应当少问为佳,主要是纠正对方问话的偏差,澄清事实。如果没有必要,有时候真的可以不询问被告人,控方问完就可以了,律师拿证据讲话,尽量少问。这是关于询问被告人的问题。

(二) 庭审质证

庭审质证往往是法庭审理中最重要的一环,目前律师的质证水平亟待提高。在庭审质证中应当特别重视以下几个方面的问题:

第一,质证成功的前提,是熟悉控方证据。尤其是在目前控方长时间连续举证情况下更重要。按照新《刑事诉讼法》的规定,一证一质一辩,现在我们根本做不到。我在珠海开庭遇到了连续举证四个半小时,还扣除中午休息,然后让你质证,完全是走过场。

这种情况下,只有你充分熟悉控方证据,你才不用只凭借现场去听他说什么,而可以根据准备好的提纲来应对。这是不得已而为之的办法,要是不非常熟悉,就会陷入极大的被动。

第二,质证成功的基础,是理论功底深厚。质证中随时会涉及法理问题。你没有功底,一句话说错,就像泼出去的水一样收不回来,对方会抓住你就没完。

第三,质证成功的保证,是精力高度集中。我们在法庭上一定要处于高度戒备状态,甚至闭着眼睛的时候思维也不能停止。有时候我给律师培训时说,律师在法庭上就像一只警犬,蹲在那里伸着舌头喘着气,一旦对方有情况,马上跳出来猛咬一口。再熟悉案情,再懂法理,如果懈怠了,被人家钻了空子,也会很被动。

第四,质证成功的技巧,是才思敏捷、及时应对。质证应对必须是及时的,事后诸葛亮是没有用的。庭审律师这种反应敏捷的训练,一定要有。律师庭下可以深思熟虑,在法庭上必须反应敏捷。

第五,质证的重要性及与辩论的区别。在抗辩式的审判方式当中,一定要处理好辩论和质证的关系;在纠问式的庭审当中,质证时只让你说真实性、合法性和关联性,不能展开辩论。按照现行《刑事诉讼法》对庭审方式

的要求,法庭质证的重要性越来越高,有时候比辩论还重要。很多问题要在质证当中解决,一证一质一辩,这样才有针对性。但是,质证的辩论不宜展开,不能长篇大论,只能就一个问题点对点进行论证。过去就听精彩的法庭辩论,质证没人听,现在如果质证不好,辩论的意义就会减弱很多。有些问题在质证当中已经解决,记录在案,所以质证绝不能忽视。辩论是一个总结陈词,有些写在辩护词里面,但庭上发言时不一定面面俱到,质证提到了,你再强调一下就可以了。但辩护词必须是一个完整的内容。

质证与辩论的作用差别很大。前几年陈瑞华教授搞了一个排除非法证据的模拟法庭项目,由香港和中国大陆两拨真律师、真公诉人、真法官,用同样的案例来搞排除非法证据的模拟审判,请我做点评。我发现一个非常严重也非常明显的问题。香港的法庭,控辩双方打破沙锅问到底,问得特别细。问完了,旁听者也基本听明白了,然后是简短的总结陈词。大陆的法庭,没话找话,问不到点上,三言两语问完了,谁都听不明白问的是什么,答的是什么,然后双方拿出来事先写好的几张纸念辩论词。

香港的法庭是以问为主,以论为辅;大陆的法庭是以论为主,以问为辅。人家是在交叉质证,针锋相对把问题搞清楚;我们是平行的论证,两股道跑的车,各执一词,找不到交叉点。

这就暴露出一个非常重要而且非常基本的问题——我们不会交叉讯问。很简单,我们没有这个条件、经验和训练,证人都不出庭,我们问谁去?将来证人出庭的人数会逐渐增多。关于证人出庭问题,这次《刑事诉讼法》修改也强调了,但是,没有救济性条款和保障措施。我当时在会上提出来,应当写上一句话——“关键证人不出庭,证言不能做定案依据”。但是这个建议通不过,因为很多情况不是证人不出庭,而是公诉人不让他出庭,甚至法官也不让。直言词原则在立法上就没有明确,这是最大的问题。

但这个问题肯定是要逐步解决的。这次制定细则,我们坚决要求对证人出庭问题至少应当明确有适当的法律后果。不管怎么说,证人出庭的趋势是肯定的。所以律师必须有这样的训练,要学会交叉质证。和人家一比,我才知道其实我也不会,我能看出问题,但是让我演示我也不会,这是一个训练与经验的问题。俗话讲,会说的不如会听的,你问到位了,连旁听的人都能听明白了,比什么都重要,单靠自己论证是没有太大意义的。

(三) 辩方举证

辩方举证方面,主要应当注意这样的问题:

第一,我们是弱项,要充分准备。

第二,要有应对的预案。举证不是举完证就结束,还要回应对方的质证。举证可以事先准备好,对质证的回应却可能会措手不及。所以在举证的时候我们想到的主要不是举证,更重要的是回应。

第三,就是一定不要忘记,对案卷中有利被告的证据要申请单独出示。

还有一个问题,就是我们要注意坚持辩方在法庭上的平等质证权。有很多法院把举证质证搞成一轮半——控方举证,辩方质证,控方回应,完了就不让辩方说了。这种做法是违背控、辩平等原则的。其实质证和辩论是一样的,应当是你先我后,你回应后我再回应,开始于控方要结束于辩方。我和最高法院的人就这个问题达成了共识,但是下面很多人就不知道。我们给最高法院起草的《庭审规则建议稿》也把这个问题写上了,希望能引起他们重视。但是至今这个问题还是没有得到解决。但无论如何,我们要坚持平等的质证权,不应放弃这个权利。

(四) 询问出庭证人

1. 向出庭证人质证

交叉质证主要是指对出庭证人面对面的质证。这种能力非常重要,将来一定更会有很多证人出庭,那时就动真格的了,证人证言会退居次要地位,主要是在法庭上面对面地问明白。过去有体会,但经验还是少。我们应该多有这样的训练才可以。

有一个贪污案,认定被告人从他的朋友手里面拿了几千美元出国考察。朋友的证言承认“他从我这拿了几千美元出国考察”,但被告坚持是借款关系。后来我找证人了解,发现他们是从小长大的朋友。我要求证人出庭。在质证中我问他:“在你们之间,拿的概念是什么?是借,还是要?”他说:“少了就是要,多了就是借。因为我们的关系到那了。”我问:“多少算借?多少算要?”“几百、几千块钱根本就谈不上借了,我也拿过他的,他也拿过我的,上万就是借,谁的心里都有数,那就得还。因为我们的经济条件也没有那么好。”经过这样一步一步地追问,就把这几千美元的事情弄清楚了,至少不能排除是借款的关系,而且证人已经明确就是借款关系。像这种问题,如果证人不出庭根本弄不清楚,要是没有策略可能也问不清楚。

还有一个受贿案。出纳员证明,每次都是在被告人授意下,给他取上几千块钱单独送去,加起来有几万块钱。后来我发现,这里面有两个疑点:一个是,卷宗里面讲到,这个证人说,有一次送钱,“他告诉我坐几路车在哪个站下车,再拐几个弯到哪个房子”。后来我一调查,这个房子是这个女孩(证人)男朋友家,怎么还用被告人告诉她坐几路车拐几个弯?还有一个疑

点,最后一次取钱时间已经是在被告人被关起来以后了。

我就要求她出庭。就针对这两点我仔细地追问她,特别是最后一次取钱时间。首先问:“每一次你取钱有没有根据?”“有,但是都扔了。”“为什么扔了?”“我怕他事后不认账,所以我把票根都扔了。”慢慢问题都出来了,最后步步紧逼问她:“最后一次取钱的时间准确吗?肯定吗?”她回答非常肯定,而且银行也查到了,时间全固定了。我又问她:“最后一次取钱的时候,你送到哪了?”她回答:“是送到他家了。”“最后一次他是在看守所里面,你怎么送进去的?”她当场就哭了。开完庭这个出纳员就被抓了,实际上钱都被她自己留下了,侦查人员再往被告身上一引,她就顺水推舟推给被告了。

像这样的问题,证人出庭是非常重要的,律师质证水平也非常重要。将来随着证人出庭规定的落实和进一步实现,我们事先要有这种训练才行。

2. 交叉询问技巧

交叉询问,一般就是指开放式讯问和诱导式询问两种情况。开放式讯问就是询问本方证人,这种询问一般事前是有沟通的,你给起个头,让他在法庭上陈述,主要是正面的提问和回答。诱导式发问就是反问,是问对方证人,这种询问要求技巧性很高,最基本的要求是一次只提一个问题,步步紧逼对方证人,挑对方的毛病。

一般情况下,对方证人先前已经有过对开放式询问的回答。比如,他说某年某月某日到某一个大楼,穿着黑色西装、红色皮鞋,拎着黄色提包,8点钟到。那么,你质疑、核实或者要固定证据,主要问某年某月某日你到了什么地方?或者问到了这个大楼吗?你是穿着黑色西装吗?你是穿红色皮鞋吗?你平时的穿戴都喜欢用红色皮鞋与黑色西装搭配吗?你是拎着黄色皮包吗?皮包是深黄色的还是浅黄色的?你是8点钟准时到的吗?8点钟大楼开门了吗?如果他错了就会暴露。还有的律师或者控方会反诱导,就越界了,比如问,你穿着黄色的皮鞋吗?你穿着白色的西装吗?你是到了5层吗?有时候不注意,你可以耍点小计谋,他如果有假的话可能上当。当然主要技巧是在正面询问的基础上找出对方的漏洞,前面对那个女出纳员的询问就属于这种情况。整个询问就是开放式询问和诱导式询问这两种方式,必须要熟练掌握。交叉询问的技巧是大有学问的,既要训练有素,也要有经验积累,并非一日之功。

3. 向鉴定人质证

按照新《刑事诉讼法》的规定,要求鉴定人出庭。这里面又有一个问题,司法鉴定,控方有单方启动权,辩方没有启动权。这次修法时我一再提

出来,但没有被重视。

十年前我和张军、姜伟搞了《控辩审三人谈》的一本书,这次随着《刑事诉讼法》的再修改,我们准备搞一个“再谈”,现在正在谈。当中也涉及很多问题,其中我又提到辩方对司法鉴定的启动权,我认为,需要在实施细则上把它明确下来(现在没有规定)。前几年我在珠海的一个案子搞了一个鉴定,当场被控方否定,法官最后也没有办法,但同意我作为质证意见提出。控辩双方平等的鉴定启动权是理所当然的问题,但是现在就没有解决。

2010年我们全国律协刑委会出了一本《刑事诉讼法再修改律师建议稿与论证》,这次又把《刑事诉讼法》修改最后阶段增加的几部分内容,包括后来搞的《最高法院庭审规则建议稿》、《律师会见规则建议稿》,作为增补内容全写入新的建议稿,又出版了建议稿的增补版。这是全国刑辩律师的集体成果,希望大家能够密切关注,认真研究。

在建议稿中也明确提出了鉴定启动权问题。我们要争取把鉴定权的问题解决。因为法律没有禁止,也没有规定。我考察过的大陆法系和英美法系国家,都是控辩双方具有平等的鉴定启动权,然后双方的鉴定意见都拿到法庭去质证,最后由法庭认定哪个有效和哪个没效。如果都不能认定,法庭有权再委托鉴定机构进行重新鉴定,这是正当的程序。

放下鉴定启动权问题不说,鉴定人出庭已经被法定化。所以,我们首先要能够适应鉴定人出庭的质证方式,这个问题很有难度。增加专家证人可以出庭参与质证很有意义,一个是我们可以向专家请教,另一个是法律允许可以请专家出庭协助质证。这样我们就可以借助专家的力量帮助我们质证,但无论如何,我们自身首先要具有这种质证能力。

多年前我办过一个案子,对鉴定质证就起了作用。一帮小青年和一帮警察(互不认识)同时在一个饭馆喝酒,都喝多了,一个无意碰撞引起了一场命案,最后交警队副队长倒地而死,小青年作鸟兽散。过了几年,把小青年的头目抓到了。证据是一个人证和一个物证。人证是饭馆操作音响的女服务员,距离斗殴现场八米远,又隔着两米的玻璃隔墙,她证明看见一个高个子向另一个高个子的左太阳穴打了一拳。还有一个法医鉴定,结论是死者是外伤性脑出血死亡,可是在尸检报告里却没有一点点外伤的描述。

看了这个结论以后,我在北京请了高检、高法、公安部五个权威的法医专家论证,论证结果是不可能有这样的事,即没有任何外伤的外伤性脑出血。于是,我提出疑问,强烈要求鉴定人出庭。当时不允许专家出庭,出庭质证时,我根据专家事前的指点,步步紧逼,最后达成一个一致的认识,一般

情况下不可能造成没有外伤的外伤性脑出血,但是只有一种例外——在包着厚厚的柔软物质的情况下才有可能出现这种情况。当我说到这种例外并不存在的时候,公诉人说:“你没有到过现场,没有调查。”我说:“我到现场亲自勘察过。”公诉人说:“既然你到过现场,你有没有看到现场铺着厚厚的地毯?”我说:“我看见了厚厚的地毯是铺在地上的,既没有包在手上,也没有包在头上。”这个质证解决问题了。后来,无期徒刑改成七年(实际上是无罪的)。

这种专业性问题我们不可能是专家,所以要学会:第一,请教专家;第二,可以请专家到庭质证。但是质证时,专业问题和法律问题要结合起来,这样才能真正发挥作用。

(五)排除非法证据

排除非法证据是比较难的一个问题。

第一,对出庭侦查人员的质证,基本上是一个自欺欺人的做法。等于我们规定了不得自证其罪,却要求警察出庭自证其罪,这可能吗?

我最近遇到了一个珠海的发回重审案。八个警察出庭,都背好词了,说的完全一样,基本上没有用,但是当然有的时候不排除也会出现破绽,你也得质证。

这有一个理念问题——就是要强调两个方面的无罪推定原则,这很重要。一般来说,如果警察真是那么干了,那就不会承认,若真想承认就不会那么干了。更重要的是,他有顾虑,承认了,追究他刑讯逼供的刑事责任怎么办?所以,在分析这个问题的时候,我们也应当注意强调两个方面的无罪推定原则:我们在排除非法证据的时候,只要有这种可能性,就应当排除,这是一个原则。但是反过来,排除了非法证据,能不能肯定它就是刑讯逼供?这也只是一种可能性。所以,如果给侦查人员定刑讯逼供罪也得按照无罪推定原则,如果只有可能性,但又不能证明他确有非法取证行为也不能定罪。也就是说,非法取证的可能性可以成为排除非法证据的根据。但是,这种可能性却不能成为给侦查人员定罪的根据。对这两个原则,不仅从原理上要有这样的认识,在法律解释上也要落实,更重要的是,在质证时也要特别强调。这样也可能会促使警察出庭时的回答相对客观一些。

第二,要特别注意排除非法证据中对录音录像的质证。这是一个很难的问题。从两高三部的《两个证据规则》出台以后,在我经办的一系列案件当中,没有一次出示了全程同步录音录像,几乎根本就做不到。所以首先我们要强调,对全程同步不间断的录音录像才有质证意义,对现在截取式的播

放必须坚决抵制。有一种说法是没时间全程播放,这根本不是理由。我们可以庭下看,看完和被告商量哪一段需要播就可以。但控方根本就拿出来,要不就没有录,要不就录而不交,要不就是播而不全,断章取义,根本没法质证。所以我们必须要求纠正,这一点一定要坚持。

第三,排除后再供述的重复性内容必须排除。北京有一个案子,我们冒着风险调取了十几份证据,证明确实有明显的刑讯逼供。法官当庭宣布对这部分内容予以排除,但是对下一次的重复供述内容却不排除——理由是这次没有逼供。这种做法其实和截取播放如出一辙。如果允许这样的情况可以不排除的话,那所有的排除都没有意义。

还有一种情况,对言词证据合法性质证的时候,证明主体必须到庭。我在北京办一个案子,证人否认当时的证言,强调是被逼供形成的,法庭允许证人出庭,但是在进入排除非法证据程序时,我一再要求播放证人庭前取证录像时证人应当在场观看,结果却被法官明令制止了,说是排除非法证据只能对被告而不能对证人,并告诉我这是常识。大家想一想,在观看对证人庭前取证的录像时不让他本人在场,怎么排除?连北京都尚且如此,这非常可悲。但是我们一定要坚持证明主体出庭参与非法证据排除程序,否则就纯属自欺欺人!

按照《刑事诉讼法修正案》的现有规定,这一系列问题如果不能有效解决,排除非法证据还是会流于形式,做不到,最基本的全程不间断录音录像都没有解决,而警察出庭之类都解决不了根本问题。看看实施细则能落实到什么程度吧,也正因为这个问题是关键,所以在讨论时的阻力也是最大的,很难通过。

我办过佛山的一个案子,可能是排除非法证据成功的第一例,但是也并没有按照“两个证据规则”的程序走。比如,提出逼供的线索后应该走排除程序,在法院没有认定之前不能再往下宣读被告人庭前供述,但是公诉人坚持宣读,法庭也不予制止,这明显就是违法。那个案子之所以非法证据最终能够被排除是各种因素的综合作用。最后做了一个法医鉴定——被告人被逼供时,脚上大拇指的指甲被鞋跟踩掉了,一年后的鉴定证明有这个痕迹。

具体案情是:被控侵占罪。表舅和表外甥两个人都是我国台湾地区人士,在佛山都有公司,互相打了五年民事官司。开始表舅占上风,后来进入了再审程序,表舅占了下风,就举报外甥侵占。公安局抓了表外甥后,通过刑讯逼供不仅使他认了罪,还写了悔过书和道歉信,很完整。后来我发现,表舅举报侵占的理由是:表外甥(被告人)是他在我国台湾地区公司的中层

干部,被他派到佛山来设立公司,替他服务的,所以表外甥在佛山公司的所有财产都是侵占的。

但是,证据是什么?佛山的公司注册的所有手续都显示是表外甥(被告人)所有。表舅说是他授意的,但被告人说和表舅是合作关系。在没有雇佣合同等任何直接证据条件下,表舅找了两个所谓的我国台湾地区人士,证明被告人是我国台湾地区公司的员工。这个证明是很荒唐的,我当时在法庭上说,这就好比一个男人在大街上看到一个女人,说她是我老婆,虽然没有结婚证,但找两个人证明她是,她就是。更荒唐之处还在于,我国台湾地区人士,在我国台湾地区的公司以及他们之间的劳务关系拿到中国大陆来审,这就好像欧洲美洲所有的员工关系都可以到佛山来审,你能审的了、管得着吗?后来我国台湾地区“法务部”给最高人民法院、最高人民检察院都来过几次函提出质疑。佛山那边依然指控人家侵占,关了一年多。

这个案子,后来通过法医鉴定排除了非法证据,最后终于翻案,但是其中的奥妙和难度太多了。春节前一天,一审宣告无罪,春节后上班第一天,检察院抗诉,被告人连我国台湾地区都不敢回了,又拖了好几个月,终于二审维持原判。

另外,现在大家提出,排除非法证据能不能设计一个庭前程序,这个问题在讨论当中。因为我们庭前程序没有先例,可以考虑尝试一下。但是,无论采取何种程序,排除非法证据时,对前面提到的几个问题必须高度重视并且坚持原则,据理力争,否则,排除非法证据就会流于形式,失去意义。

(六) 法庭辩论

法庭辩论涉及的内容比较多,前些年我曾经做过一个关于法庭辩论技巧的专题演讲,内容大家应当已经看过了,这次就不再重复。时间关系,只是重点讲几个在法庭辩论中应当注意的基本问题。

第一,在对抗式的庭审方式中,法庭辩论只是总结陈词,要和前面的质证有机结合起来。这是因为在法庭质证中已经包含了一些辩论观点。

第二,辩论理由要对公诉人有针对性。但有的时候,法官能动性太强,参与意识太强,经常越俎代庖,变成辩护人的对立面,我们却无可奈何。这种情况,就要注意策略。比如,有时候法官暴露出他的观点,我们可以把它假设成公诉人的观点来反驳,争取能够说服法官。这是一种策略方法,即以控方作为假定目标。另外,对法官的说服要委婉地表达。法官再不对,但他是主持法庭的,律师可以和控方对抗,但法官不是对抗目标。所以我们很难,但还要委曲求全、尽量委婉地解决问题。有些时候,甚至法官也不是有

意的,怎么办?我给大家举个例子。

多年前我在黑龙江有一个防卫过当的案子。被告人带着老婆、孩子,和一帮同学20多人在饭馆楼上吃饭,时间是冬天晚上8点多。楼下有两伙人吃饭打起架来,很激烈。打完后,被打的一方回家取一根粗木棒回来报复。可是打他那帮人已经散了,正好赶上被告一伙人下楼,黑糊糊的,目标错误,一棒子就把被告人打倒。被告人以为是抢劫犯,当然就反抗,被告朋友也争抢棒子,在抢棒子的过程当中没有停止侵害。被告晕倒起来后发现还在争抢,拿出随身带的一把水果刀,一刀捅上去就捅死了。

当时能不能成立正当防卫,前提就是是否正在发生不法侵害。抢棒子过程当中,棒子有没有停止动作,有没有搂住那个被害人?有没有制止住他的侵害行为?证据表明,当时被害人正在抢棒子,没有搂住。可是法官在问话时总是带着一种习惯的语气,每一次都说,“你把他搂在怀里了”,“他在你怀里头你怎么样?”这就有问题了,搂在怀里,这就难说是不是已经搂住了,是不是还在抢棒子。证人没意识到这一点,也不纠正,我又没有办法反驳法官。后来,我提出一个请求,说为了说明当时的真实情景,要求和证人现场演示一下。法官允许了。这样我就模拟被害人,让证人搂住我——怎么搂,怎么个方向,有没有搂住,怎么拿棒子,是不是还在抢,搂了多长时间。通过当场演示把这个问题澄清了。说明当时根本就没有搂住被害人,没能够制止住他的侵害行为。

所以,法官不能太能动是有道理的,法官参与容易先入为主。国外的法官没有那么主动、积极的,中国法官参与性太强。针对这种情况我们得有策略,慢慢把这个问题化解掉。

第三,辩论的理由一定要全面、周延、不留余地。我们辩论当中所提出的针对性观点,绝不仅仅是控方已经提出或者坚持的观点,而是控方和审方都可能会想到的观点。这一点很重要。我们的法庭不是当庭宣判,事后的事还很多。当庭可能控方和审方都想不了那么多,你好像赢了,事后一琢磨,他又想出几个理由,你就弥补不了了。所以,我们的一种做法是,要想的更多、更远、更全面。虽然他没有提出来,但是我想到他可能会提,最好也在辩护词中给堵严了,没有任何余地,这样才能减少遗漏,减少遗憾。

第四,二审辩护要注意两条。

一是二审的开庭顺序是颠倒的。谁主张,谁先说。我们有人认识不到,不注意。但有些法庭就不颠倒,法官的水平是随意发挥的,我们得适应人家的方式。他怎么安排你都能应对就可以了。

二是繁简也不定,我们也要适应。有的法官按照一审程序走,当然多数情况下简化了,一审举过的证就不重复说了。但是由于不同法庭的做法不一样,我们就必须做好两手准备,这样才能灵活应对。这都是对应变能力的一种检验。

犯罪嫌疑人、被告人对证据享有知情权

我国《刑事诉讼法》第 47 条规定：“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并且经过查实以后，才能作为定案的依据。”《关于执行〈刑事诉讼法〉若干问题的解释》第 58 条规定：“证据必须经过当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实，否则不能作为定案的依据。”

上述规定体现了嫌疑人、被告人对指控证据的知情权，即嫌疑人、被告人有权知悉被指控犯罪的一切证据，并对证据发表质证意见。但是，这项权利如何得以有效实现，在认识上却存在分歧，虽然这种分歧是不该发生的。

有观点认为，该项权利只能在庭审当中才能行使，在开庭之前，嫌疑人、被告人是无权知悉案卷中证据内容的，进而将此视为对嫌疑人、被告人的秘密。更有甚者，有律师因会见中与嫌疑人、被告人核对案卷证据而被视为串供、泄密，追究刑事责任。这种认识和做法事实上是严重侵犯甚至剥夺了嫌疑人、被告人对证据的知情权。

众所周知，虚设的权利等于没有权利。

质证权行使的前提是对证据的知情权，而这种知情权的意义则在于能够对质证活动进行有效准备。所以，嫌疑人、被告人在庭前应当具有知悉指控自己证据的权利，这不仅源于他们是诉讼的主体，更是因为他们是享有质证权的权利主体。赋予嫌疑人、被告人庭审前对案卷材料的知悉权，是确保其有效准备庭审，充分行使自己辩护权的前提和基础。

最简单的道理表明：作为法律专业人士的控辩双方，在长时间研究、消化全部案卷材料的基础上，还要经过反复研究和充分准备，甚至事先列出详细的质证提纲，才能参与庭审质证活动。那么，对于非法律专业人士的被告

人来说,又如何能在毫无准备的前提下,当庭进行有效的质证呢?

在我国的刑事诉讼中,案卷数量之多,内容之复杂远远超出其他国家,一个案子案卷多达几十本,几百本的情况经常可见。面对大量言词证据和实物证据的相关内容,由于内容的庞杂和时间的久远,往往需要经过仔细的回忆和思考才能提出质证意见。尤其是在经济犯罪中,经常会有大量的账目,单据和数字需要计算、核对。对于如此复杂的问题,控辩双方各自经过长时间准备之后才能做好开庭的准备,如果要求被告人在庭审中只要一听、一看就当即作出回答和提出质证意见,显然是不现实的,其结果只能是流于形式,走过场。目前的庭审中许多被告都是在毫无准备和无暇思考的情况下,极其被动甚至是被迫地应付质证,几十页的账目和单据一翻而过,几十份的证人证言一并宣读(有一个案件庭审中一次连续宣读证言长达四个多小时)。这样的质证实际是剥夺了被告的质证权。而在刑事诉讼中,如果被告方没有质证权,就意味着单方指控也可以入罪,无异于缺席审判。

可现实的权利必有相应的正当程序加以保障。由于在缺乏准备的情况下被告人的庭审质证权无法有效行使,所以,保障这项权利的正当程序在庭审之前就应当得到体现,这种方式是由刑事诉讼的规律所决定的,并不取决于任何人的主观意愿。

在保障被告人庭审质证权的问题上,国际上通行的做法主要有两种:一种是庭前证据开示,另一种是律师向嫌疑人、被告人告知并核对案卷中的证据内容。

在证据开示方式中,在开庭前,控方向嫌疑人、被告人出示全部指控证据,在开示中,一方面可排除双方无异议的证据以节省庭审时间,另一方面可以使嫌疑人、被告人有充分准备后再去行使庭审质证权。

在没有庭前证据开示的情况下,就是由律师在会见过程中向嫌疑人、被告人告知并核对案卷中的证据内容,一方面了解其对相关证据的态度,另一方面则是便于其对庭审中的质证进行准备。

由此可见,律师在会见过程中向嫌疑人、被告人告知并核对案卷中的证据内容,不仅是一项正当权利,而且也是一种责任。因为从本质上讲,对案卷中证据的知情权,是嫌疑人、被告人的权利,而这项权利又需要在律师帮助下才可以实现。在欧盟国家,立法或判例均有一个确立的原则:在没有律师的情况下,犯罪嫌疑人、被告人可以从检察官处获得案卷材料的副本;在有律师的情况下,犯罪嫌疑人、被告人可以从律师处获得案卷材料的副本。美国律师协会制定的《律师职业行为守则》以及《刑事司法工作标准》规定,

律师有义务与犯罪嫌疑人、被告人就如何辩护进行充分的协商。这些国际上通行的原则均表明：获得全部案卷材料的副本，知悉指控的证据，是犯罪嫌疑人、被告人的一项当然的权利，而这项权利必须是在庭审活动之前实现的。在有律师的情况下，这项权利应当在律师帮助下实现，即使在没有律师的情况下，也可以直接从检察官处得以实现。

由此可见，无论是从保障嫌疑人、被告人基本人权的角度，还是从保障庭审质证活动有效顺利进行的角度，抑或是从借鉴各国立法例和通行做法的角度，都可以得出一个明确的结论：在开庭审理之前，嫌疑人、被告人就享有对案卷材料的知悉权，律师有权向其告知、宣示案卷材料并与之核对证据。这应当是一个无可争议的问题。

遗憾的是，目前我国刑事诉讼法对律师能否在开庭审理之前向嫌疑人、被告人开示证据规定不明确，不仅给律师执业带来风险，更重要的是侵犯了嫌疑人、被告人的权利，因此，建议在刑事诉讼法再修改中，应当明确规定：“自审查起诉之日起，会见时，辩护律师可以向犯罪嫌疑人、被告人宣读、出示案卷材料，核实证据，与犯罪嫌疑人、被告人讨论辩护意见。”

在庭审前，律师向嫌疑人、被告人宣读、出示案卷材料并与之核对证据，可以达到以下几个方面的积极效果：

其一，如果控方证据扎实，有助于说服嫌疑人、被告人正视现实，放弃对抗，主动认罪以争取从宽处罚，也可以节省大量的诉讼资源。

其二，在核对证据过程中，有利于及早发现控方证据中的重大缺陷，便于律师及时向控方指出，既维护了当事人的权利，也减少了控方的指控失误。

其三，有利于庭审活动有序、连贯、高效地进行。在庭前不知悉案卷内容的情况下，如果被告坚持要求对控方证据当庭一一进行查阅、核对、辨认，不仅会导致庭审的混乱和中断，严重影响庭审的效率，甚至会使整个庭审活动陷入停滞状态。这种案例已经发生过。

有观点认为，允许嫌疑人、被告人庭审前知悉案卷内容，容易导致其翻供串供，律师甚至会诱导其翻供。这种认识不仅是违反诉讼原则的，也是脱离实际情况的。

首先，指控证据迟早都是要向被告公开并接受其质证的，影响被告翻供的只是证据内容本身而并不在于时间的早晚，如果以担心被告翻供为由而对其封锁证据，那只能解释为对被告搞突然袭击，导致其在当庭质证时措手不及，这恰恰是对被告辩护权的侵犯。

其次,经得起检验的指控证据并不受被告翻供的影响,且口供并非定案的主要依据。

最后,依照我国刑诉法的规定,律师只有在审查起诉阶段才能阅卷,那么,被告人也只能在此阶段了解案卷内容,而在此阶段,侦查活动已告结束,证据已经固定,如果已取得的指控证据确实客观真实,是不易发生变化的。

至于担心律师以泄露证据内容的方式帮助或者唆使被告人与证人串供,那就更是毫无理由的。因为在侦查、起诉及审判活动的每一个阶段中,每一个接触案件、了解案情的相关人员都有这样的机会和嫌疑。现实中公、检机关的办案人员涉嫌违法的不乏其例,而相比之下,律师的这种机会却是最少的,因为律师既无公权力的便利,知悉案卷内容的时间又最晚。

所以,如果以此为由对被告封锁证据,无异于因噎废食,从而也在根本上否定了刑事辩护制度,背离了刑事诉讼的正当性原则。



辩方违法证据之证据能力

田文昌* 陈虎**

真实性、关联性、合法性是刑事证据的基本特征,这是中国法学理论界和实务界的通说。然而,长期以来,由于这种“三性”说并没有将控方证据与辩方证据加以区分,致使这三个特征成为了控方证据与辩方证据的共同特征。多年来,这种认识已经深入人心,无论是在教科书中,还是在司法实践中,很少有人提出质疑。在这种认识的基础上,排除非法证据的原则,理所当然地被认为可以适用于辩方证据。以至于,在法庭上律师经常会遇到十分尴尬的局面:在举证质证过程中,控方常常会以证据不具有合法性或者证据来源不明为由,质疑辩方证据,并要求法庭对该证据予以排除。而辩方律师则会陷入被动,甚至法庭也会轻易地支持控方的质疑。

自律师制度恢复三十余年来,由于在刑事诉讼程序中非法证据排除的规则并未得到有效确立,所以,对刑事证据三性论的解析尚不足以引起关注。但是,随着刑诉法修正案中排除非法证据原则的初步确立,这个问题则成为亟待解决的一个重要课题。

从最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合出台,2010年7月1日实施的《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》,到2012年刑事诉讼法修正案的正式出台,对于非法证据排除的范围,排除程序的启动,证明责任的分配等一系列问题有了初步明确的规定,

* 田文昌(1947~),中华全国律师协会刑事辩护委员会主任,北京京都律师事务所主任。

** 陈虎(1979~),男,安徽淮南人,中南民族大学法学院副教授,法学博士后。



中国式的非法证据排除规则终于得到了体系性的初步建立。这种排除规则的建立,意味着非法证据排除的问题可以堂堂正正地进入诉讼程序,并可以基本上做到有章可循。

但是,由于在排除非法证据的规定中并没有将辩方证据与控方证据加以明确区分,或者说并未明确涉及辩方证据的合法性问题。所以,在启动非法证据排除程序的过程中,势必会涉及辩方证据应否予以排除的问题。由此可见,在目前非法证据排除规则已经得到初步确立,非法证据排除程序已经得以逐步实现的情况下,对刑事证据三性论的明确解读,对于辩方违法证据之证据能力的认可,已经成为一个不容回避的重要问题。

提出这一问题并非空穴来风,事实上,在司法实践中,已经出现大量相关案例。比如,十几年前有一起投机倒把案,被告被指控倒卖汽车和摩托车。众所周知,按照当时的规定,只有具备相关批文才是合法买卖,否则就构成投机倒把。而被告明明有合法手续,却由于这些文件被办案机关收集后未提交法庭,辩护律师也没有正常途径可以获取,结果一审判处被告罪名成立。二审期间,被告的一位朋友从公安局内部将藏到卷柜中的这些文件偷了出来并转交律师,二审才改判无罪。类似的情况还有很多,比如,被告人家属为辩护律师提供了一份关键物证,其客观性和真实性都没有任何疑问,但家属却不敢公开该物证的来源,也不敢公开提供者的身份;再如,一通缉犯向法院寄送了一份能够证明被告人无罪的关键证据,但该通缉犯又无法出庭作证……尽管上述证据都有机会呈交法庭,但却面临一个法律上的尴尬:由于辩方的确是通过一种非正常的途径和方式获取了该证据,在上述情形下,我们能否仅仅由于证据本身收集程序违法或者来源不清,就在该证据的真实性没有疑问的情况下,拒绝采纳能够证明被告无罪或者罪轻的证据?能否让被告人承担证据来源违法或者律师违法取证的不利后果?能否由于辩方证据不具有合法性而放任无辜的被告人被错误的定罪?

若回答这个问题,我们首先必须正视一个不容回避的简单话题:在有证据表明一个人无罪的情况下,能否仅仅由于该无罪证据来源不明或者系非法取得,而仍然判决其有罪?如果可以这样做,那么,公平与道义何在?如果不可以,那么,要求辩方证据合法性的理由又何在?

如果说,在过去非法证据排除问题尚未得到真正实现的情况下,关于辩方证据合法性的问题也常常被忽略,因而难以引起重视。但是,在如今关于控方非法证据排除的问题已经进入审判程序的情况下,这个问题就再也不能避而不谈了。

一、辩方违法证据应当排除吗？

辩方证据是否也要求具有合法性？通过违法方法收集的辩方证据是否应该加以排除？如前所述，从常理上讲，这个问题其实不难回答。而真正容易引起人们困惑的，却是问题的另一个方面：既然对控方的非法证据必须排除，为什么对辩方的非法证据却不能排除？这样做是否也会有失公平？

要从理论上解答这些问题，首先必须准确认识非法证据排除规则的性质和功能。

非法证据排除规则从其诞生的那天起，就与宪法权利有着极为密切的联系。作为现代非法证据排除规则发源地的美国，一直都将该规则视为宪法权利的救济手段。根据英美法“救济先于权利”、“没有救济的权利无法实现”的普通法理念，虽然排除规则没有被明确写在联邦宪法之中，但经过联邦最高法院判例的解释，却日益成为了宪法权利的必要组成部分。^① 在1961年的马普一案的裁决中，大法官克拉克代表最高法院发表了该案的判决意见，他指出：“坚定不移地把排除规则作为沃尔夫案所承认的那一权利的基本要素之一，既是逻辑上的必然结论，也是宪法的客观要求。”如果不把排除规则作为宪法权利的必要组成部分，就必然造成这样的后果：“尽管法律赋予了公民不受不合理搜查和扣押的宪法权利，但是，在实践中，却在抑制该权利的兑现和行使。”^②长此以往，第四修正案将会沦为一纸空文。^③

既然非法证据排除规则是宪法权利的救济手段，那么，其所矫正的对象也就只能是那些宪法性的侵权行为，而非公民之间实施的私人侵权行为。根据程序性制裁理论，程序性违法主要可以分为两个层次：公益性违法和侵权性违法，后者又可细分为一般性侵权和宪法性侵权两种。其中宪法性侵权所侵犯的就是犯罪嫌疑人、被告人的宪法权利。而根据宪法理论，宪法属

^① 根据美国联邦最高法院的解释，能够作为排除规则救济对象的主要是以下四项宪法权利：1. 宪法第四修正案关于不受无理搜查扣押的权利；2. 第五修正案关于不被强迫自证其罪的权利；3. 第六修正案关于被告人获得律师帮助的权利；4. 第五和第十四修正案关于未经正当法律程序不得被剥夺自由、财产和生命的权利。

^② [美]约书亚·德雷斯勒、艾伦·迈克尔斯：《美国刑事诉讼法精解》，吴宏耀译，北京大学出版社2009年版，第375页。

^③ 正如联邦最高法院在 *Weeks v. United States* 一案中指出的那样：“如果信件和私人文件能够……被警察扣押，占有并采用为对被告人不利的证据，那么，第四修正案所宣告的他所享有的不受任意搜查和扣押的权利就将毫无意义。”陈瑞华：《问题与主义之间——刑事诉讼基本问题研究》，中国人民公安大学出版社2003年版，第53页。

于公法范畴,承担宪法义务的主体只能是国家与政府机构,而不可能是公民个人或私人机构。虽然宪法中也规定了诸如公民隐私权等私领域的权利,但其针对的义务对象仍然是公权力。换句话说,以私人身份出现的公民只可能违反普通法律,但不可能违反宪法,因而不可能构成宪法性侵权。既然只有政府才可能构成侵犯宪法权利的主体,而排除规则作为宪法权利的救济手段,自然只能针对政府的违法取证行为,而不适用于私人违法取证行为,后者只能通过其他途径加以制裁。

可见,非法证据排除规则主要是为了抑制国家公权力而设置的,正如美国联邦最高法院于1921年 *Burdeau v. McDowell* 案中明确指出的那样:“第四修正案条款乃意图对统治权力活动的抑制,并非意图对公务员以外者加以限制。”

正是由于以上原因,英美法系国家的非法证据排除规则才将私人违法获取的证据作为排除规则的例外不予排除。比如,1921年,美国联邦最高法院在 *Buedeau v. McDowell* 一案的裁决中就对这一问题首次表明立场。该案的被告人是一家公司的经理人,公司派人以强制手段在被告办公室获取文件并将文件作为证据交给警方,被告主张这些文件为失窃之赃物,法院不得将其作为证据,并要求返还。^① 最高法院认为,本案不适用非法证据排除规则,理由是私人非法取得的证据不应被排除。“第四修正案保护公民不受非法的搜查和扣押,正如先前判例所示,这种保护适用于政府的行为。它的起源和历史清楚地表明,修正案的目的在于抑制主权行为,而非限制其他非政府机构的行为。”^②

由此可见,在刑事诉讼中,证据合法性原则并非平等地适用于控辩双方。

民事诉讼中也有非法证据排除规则,最高人民法院在2002年正式实施的民事证据规定里明文规定,以侵犯他人利益、违反法律禁止性规定取得的证据不得作为定案的根据。这是因为,民事诉讼有一个基本的特征:它是平等的法律主体之间平等的讼争。双方的取证手段和取证机会是均等的,所以对原告和被告不做区分,证据都应具有合法性。

但刑事诉讼却不相同,辩方的取证手段和取证机会与控方远远不可同日而语,因此在合法性的要求上,自然应该有所区分。刑事诉讼中公诉方的

^① 高咏:《刑事诉讼中私人违法取得证据之证据能力评析》,载《证据科学》2011年第1期。

^② 256 U. S. 465(1921).

力量太过强大,双方无法势均力敌,天平理应倒向弱者,让控方承担更多的义务,这就是所谓的诉讼关照,要在制度设计上给予辩护方特殊的权利保障,所以非法证据排除规则不应适用于辩方。

更重要的是,排除控方非法证据的价值在于捍卫人权,维护法治,防止冤假错案。所以,即使这种排除以放纵个别罪犯为代价,也应当在所不辞。而排除辩方非法证据的代价,却可能会践踏人权,制造冤假错案。这两种代价,一种是国家来承担,另一种则是由无辜的个人来承担,显然不能一视同仁。

其实,不仅排除规则是为了防止公权力的滥用而存在,其他一系列证据规则都具有类似的目的。以无罪推定为龙头而建立起来的现代证据规则体系,几乎无一例外,都是以防止公权力滥用定罪权而设置起来的。正如陈瑞华教授所指出的那样:“传统证据法从其理论根基到制度安排都将定罪权的滥用视为主要的假想敌,证据规则在不同程度上被塑造成防止法院任意定罪的制度保障。”^①既然其设置的目的就是防止滥用定罪权,该规则针对的对象仅限于控方证据也就不难理解了。

二、律师违法取证的后果应当由被告人承担吗?

辩护律师通过非法手段取得的证据究竟可否采纳,还可以从辩护律师与被追诉人责任分担的角度加以论证。

众所周知,在公权力违法的场合下,必须由违法主体的雇主(政府)承担替代责任(vicarious liability,罗马法谚:respondeat superior,指的就是雇主责任的不可脱免)。而与公权力违法不同的是,在私权契约关系中,代理人超出代理权限的行为以及一切违法行为,其后果都应由代理人本人承担,而不应由被代理人承担,否则就会对被告人产生极不公平的结果。辩护律师和被告人之间是一种委托代理的契约关系,具有私法属性。在私权契约关系中,代理人超出代理权限的行为以及一切违法行为,其后果都应由代理人本人承担,而不应由被代理人承担。辩护律师的辩护活动应当以获得被告人的授权或同意为前提,以维护其最大利益为目标。在刑事诉讼中,被追诉人由于缺乏相关的专业法律知识,人身自由处于被限制或剥夺的状态,无法收集相关证据和有效地组织辩护活动,因而聘请辩护人对自己提供法律帮助,协助其完成辩护职能。辩护人基于当事人的委托而取得法律上的地位,

^① 陈瑞华:《量刑程序中的理论问题》,北京大学出版社2011年版,第76页。

从事诉讼活动,其目的是达成委托人的诉讼目标,实现委托人利益的最大化。就这个角度而言,辩护人与诉讼代理人并无本质上的不同,都是基于委托人委托和授权而产生,并因为委托人的聘请而实际上处于被雇佣的地位,“严格说来,被告人才是辩护权的行使者,辩护律师不过是协助被告人行使辩护权的法律代理人”。^① 尽管由于刑事诉讼事涉国家和社会利益,因而必须考虑公共利益,但其与委托人关系的本质仍然是一种委托代理关系。所以,委托人不应当承担因代理人行为而产生的不利后果。在刑事案件中,辩方违法获得的往往都是有利于被告的无罪或罪轻证据,一旦排除该证据,就会让无辜之人蒙受不白之冤。因而,正是为了让无辜的人不致承担被冤枉的不利后果,对辩方的非法证据才可以更加宽容而不予排除。美国对待私人非法证据的不予排除模式体现的就是这样一种理念:宁愿放过十个坏人,也不冤枉一个好人。基于这一原则,即使采取了非法的方式,只要收集的证据有利于被告人,证据就可以作为认定无罪或罪轻的根据。

这一对待有利于被告人的程序事项放宽要求的做法在各国再审程序理由设置中体现得尤为明显。以日本为例,日本于“二战”之后公布了《刑事诉讼应急措施法》(见昭和二十二年法律第76号),依照这一法律,旧刑事诉讼法中对被告人不利的再审制度被停止适用。^② 现行刑事诉讼法不仅没有采用根据实体真实主义设定的不利于被告人的再审理由,甚至连根据程序合理主义设定的不利于被告人的再审理由也被彻底抛弃。根据这一理念,对已经确定无罪的判决改判为有罪,或是对已经确定有罪的判决改处较重的刑罚的再审行为,都是对宪法第39条的违反,理应被视为无效。现行法律只承认有利于被告人的再审理由,如根据新发现的确凿证据,应当对受有罪判决的人宣告无罪或免诉,应当对被判处刑罚的人宣告免除刑罚,或者应当对原判决认定的罪宣告较轻的刑罚。^③ 只承认有利于被告人再审的国家还有法国,即使是保留了不利被告人再审制度的德国,也对其提起条件进行了严格的限制:“如果要提起对被告人不利的再审,除了依据被告人的自白之外,只能以程序上的问题,即诉讼参与人等有重大的职务上违反义务的

① 陈瑞华:《律师辩护能完全独立吗?》,载 http://www.148com.com/html/3/474484_2.html,2010年10月22日访问。

② 这一规定的法律依据是《日本宪法》第39条的规定:“凡是属于行为时符合法律的行为或是已经视为无罪的行为,不负刑事上的责任。对同一犯罪不得重复追究其刑事责任。”

③ [日]田口守一:《刑事诉讼法》,张凌、于秀峰译,中国政法大学出版社2010年版,第362页。

行为为理由方可进行,至于实体上的有关案件新证据的发现则不能引起这类再审。”^①

由此可见,无论诉讼程序或实体审理发生了什么错误,被告人不受错误定罪的实体权利都具有价值上的优先性,应当首先保障不会冤枉无辜。既然会造成更大损害的公权力违法都无法否定有利于被告人的裁判结果,辩护律师的违法行为就更不应阻碍被告人不受错误定罪的实体权利的实现。换言之,即使辩护律师通过违法手段获取被告人无罪或罪轻的证据,只要该证据是真实的,就应采纳该证据,作出对其有利的裁决。

综上所述,准确地讲,真实性、关联性、合法性应当是控方证据的基本特征,或者说是定罪证据的基本特征,合法性并非辩方证据的基本特征。因此,辩方证据不适用排除非法证据规则。

^① 《德国刑事诉讼法典》第 359 条和第 362 条。