



中国名律师

Zhongguo Minglüshi Bianhuci Dailici Jingxuan

辩护词代理词精选

顾永忠



专 辑

Gu Yongzhong Zhuanji

法律出版社

中国名律师

辩护词代理词精选

顾永忠

专

辑

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国名律师辩护词代理词精选:顾永忠专辑/顾永忠著.
北京:法律出版社,1998.12

ISBN 7-5036-2608-9

I.中… II.顾… III.律师-辩护-中国-汇编
IV.D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 29143 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/8.125 字数/207 千

版本/1999 年 1 月第 1 版 1999 年 1 月第 1 次印刷

印数/0,001—8,000

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2608-9/D·2218

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)



序

1983年我从社会科学院法学研究所调回中国政法大学任研究生院副院长时，顾永忠正在读研究生。毕业留校后不久，他一方面从事教学工作，一方面还担任研究生院教务处副处长。这种现象在高校较为普遍，被称为“双肩挑”。后来他又辞去行政职务，专做教学工作。1992年在我任中国政法大学常务副校长时，他被评为副教授，派往美国纽约法学院访问学习一年。作为当时的校领导，我希望他在学校教学和科研工作中不断成长、发展，取得成就。不料，1994年底他毅然辞去教职，“下海”做了专职律师。

其实，像顾永忠这样先学习法律，从事法学教育和研究工作十余年之后，改而做律师的并不足为怪。虽然当我以大学领导的身份看到一些年轻有为的青年老师“弃教从律”时，不免为校内教师队伍的稳定有所担忧，但另一方面，作为一名长期从事法学教育和研究，热切期望国家真正走上民主法治道路的老学者，我又为近年来一些受过高等法学教育，具有法学硕士、博士学位，有的还取得副教授、教授职称的青年教师走进律师队伍而欣

喜。因为,这一现象表明,律师队伍的素质在提高,律师职业的社会地位在提高。而律师制度的健全与否,律师队伍的兴旺与否,是衡量一个国家法治程度的重要标志。

顾永忠从事律师工作时间不长,但是从这部书稿——反映他工作情况的记录,使我看到了他的成长与进步,也强烈地感受到做好律师工作须具备的品质、素质和能力。

做一名好律师,必须敢于维护正义、维护法律的尊严。

书中的第一个案例,江苏沛县公安局徐兴锋被控徇私舞弊案,此案我曾与多位教授专家进行过研究论证,认定是一个无罪案。顾永忠的辩护意见有理有据,但办案机关就是不采纳,硬是做有罪判决。一审不行,二审努力;二审维持,再做申诉;原审法院不行,就找上级法院;地方法院驳回申诉,就向最高法院反映。为此,顾永忠已经付出了并且至今仍在付出着不懈的努力。

原山东泰安市委书记胡建学受贿案是具有全国影响的大要案。一审法院判处胡建学死刑立即执行。在二审辩护中,顾永忠和另一位律师大胆提出,对胡建学处以死刑,量刑过重,有失公正,围绕此观点做了充分的论证。最后二审法院改判胡建学为死刑缓期执行。如果没有敢于维护正义、维护法律尊严的勇气,是做不到的。

做一名好律师,必须具有吃苦精神。

据我所知,在办胡建学案件时,开庭前只有9天时间,两位律师要查阅37册4000多页、涉及受贿100余起的案卷材料,还要会见被告人,向证人调查取证,每天只能休息4—5个小时。顾永忠还告诉我,在他的出庭记录上,有两个案件仅开庭时间就长达5天以上。如此艰辛的工作,恐怕有些人是想不到的。

做一名好律师,必须具有良好的业务素质。

在一些人看来,律师都是能言善辩、慷慨陈词的人。这只是现象,光有口才,没有内容,抓不住要害,口若悬河也是没有用的。就出庭律师而言,不仅要口才好,还要在表达的内容上有理

有据,抓住关键,击中要害。这就需要有良好的业务素质。顾永忠承办的董庆尧二审辩护案件,并没有开庭,只是提交书面辩护词,最高人民法院完全采纳他的辩护意见,从一审判决两个罪改为一个罪,从原判二个死刑改为一个死刑。被告人虽然仍被处以死刑,但他向承办法官明确表示死而服罪。再如徐忠受贿案,起诉书指控受贿32万元,顾永忠和另一位律师认为认定受贿数额不当。法院采纳他们的意见,判决认定受贿20万元。不精通业务的律师是不能做到这些的。

做一名好律师,必须具有多方面的知识。

律师是法律工作者,但其应有的知识不可只限于法律,还须具有多方面的知识。因为法律本身涉及到社会生活的方方面面。如顾永忠和另一位律师办理的中科院高能所起诉他人不正当竞争案,涉及到专利技术、非专利技术等很多复杂的技术问题,由于具有这方面的知识,他们在诉讼中能够处于主动地位,获得胜诉。还有安徽某外贸公司被控骗取出口退税款案,涉及到外贸、海关、外汇、税收等多方面的知识。在庭审中顾永忠能从复杂的案情中拨乱反正,引导法庭澄清事实,最后一审法院宣告被告人无罪。公诉机关提出抗诉,仍被依法驳回。

我也曾是兼职律师,但是由于工作和年龄关系,没有多少机会亲自办案。所以,很有兴趣看了书中的一些辩护词和代理词。此外,还看了顾永忠结合律师工作写的几篇理论性文章。作为师长,我为他在短短几年的律师工作中取得的成就而高兴。希望他继续努力,取得更大的进步,也希望这本书对年轻的律师能有所启示,还希望有更多的律师把自己办案经验总结出版。

陈克牛

1998年9月30日



前 言

这是我从事律师工作以来出版的第一本书。我要感谢中华全国律师协会和法律出版社给我提供了这次机会。还要感谢伍远超编辑,为此书的出版,他花费了很多宝贵的时间。最后还要特别感谢我的老师陈光中教授,他在百忙之中为本书写序,给了我很多鼓励。

我在中国政法大学教书整十年,一直是在课堂上和书本上分析案情,适用法律,真可谓“纸上谈兵”。1993年在美国学习时,正值国内律师制度全面改革,不时从国内传来母校某某人“下海”做律师的消息。同在美国进修留学的两位同学和我也被这火热的改革浪潮所吸引,三天两头热线联系,经反复讨论决定回国后也办一家律师事务所。不料办所并非易事,由于多种原因,我们的计划没有实现。但我自己已是欲罢不能,终于在1994年底辞去教职,成了一名职业律师。

我当过知青,做过工人,还当过警察,再后来才是上大学,念研究生,当大学老师。20多年的不同经历,使我深知自己是一个务实的人,而不是一个纸上谈兵的人。因此,在将近不惑之年



重新选择律师职业并不是头脑一时发热的产物。我是用心选择这个职业,同样也是用心在从事这个职业。

辩护词与代理词是出庭律师履行职责的集中体现,也是律师发现问题、分析问题、分辨是非、运用法律、文字表达等多方面能力的综合反映。在没有非正常干预的情况下,一篇高质量,有水平的辩护词或代理词对于案件的正确处理是有重要作用的。正是基于这一认识,我在办案中发表的辩护词和代理词都是用心血来完成的。

本书收录的辩护词和代理词是基于以下考虑选入的:1. 大要案,如胡建学案、周北方案;2. 争议案,如徐兴锋案、李冬兰、王文元案;3. 疑难案,如安徽省某外贸公司案、张兆伟案、王鹏飞案;4. 不同的案由,如6起民事诉讼案案由各不相同。这样做是为了让读者从多方面、多角度了解律师,了解我。

在办理张兆伟案件时,第一次开庭因张兆伟提出公诉人回避申请而休庭。20多天后再次开庭的前一天晚上,为做好出庭准备,我工作到深夜一点。当地司法局的一位同志关心我说:“上次不是已经准备好了吗,早点休息吧。”我告诉他:“不到开庭最后一分钟,永远不能说准备好了。”其实,即使到了开庭时间,也不能说准备好了。只是没有时间再准备了。同理,收入本书的辩护词、代理词必然会存在遗憾、不足,甚至错误。我真诚地希望听到读者的批评、指正。

顾永忠

1998年10月1日



顾永忠工作照

顾永忠



目 录

律师参与刑事诉讼的主要工作.....	1
试论辩护律师的阅卷权	25
刑事辩护是支撑刑事司法公正的重要支柱	34
1. 徐兴锋徇私舞弊案辩护词	37
2. 胡建学受贿案辩护词	63
3. 董庆尧受贿、贪污案辩护词	104
4. 安徽省某外贸公司骗取国家出口退税款案辩护词.....	117
5. 周北方受贿、行贿案辩护词	135
6. 李冬兰、王文元共同贪污案辩护词	145
7. 张兆伟律师妨害证据案辩护词.....	153
8. 倪××侵占、商业受贿案辩护词	160
9. 徐忠受贿案辩护词.....	172
10. 王鹏飞枉法裁判案辩护词	184
11. 中科院高能物理研究所等诉沈阳鸿福保健品有限 公司不正当竞争案代理词	193
12. 孔兆强联营、承包纠纷上诉案代理词.....	205



13. 周旋诉《环球企业家》杂志、郑雅心侵犯名誉权案	
代理词	213
14. 王小菲诉内蒙古人民出版社、周密侵犯肖像权案	
代理词	218
15. 荣华玻璃(深圳)有限公司担保责任申诉案代理词	223
16. 北京格林沃德公司代销合同纠纷案代理词	232



律师参与刑事诉讼的主要工作^①

修订后的《刑事诉讼法》已于1997年1月1日起生效施行。公安部、最高人民检察院、最高人民法院先后公布了为贯彻执行《刑事诉讼法》而与之配套的具体实施规定,如公安部的《关于律师在侦查阶段参与刑事诉讼活动的规定》、最高人民检察院的《人民检察院实施〈中华人民共和国刑事诉讼法〉规则(试行)》、最高人民法院的《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释(试行)》(以下分别简称公安部《规定》、最高检察院《规则》、最高法院《解释》)。1998年1月19日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会又联合发布了《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》(以下简称《联合规定》)。根据上述法律和规定中涉及律师参与刑事诉讼的有关内容,结合律师办理刑事案件的具

^① 本文系作者应《中国律师报》之约而写,连载于《中国律师报》1997年4月—10月。根据1998年1月19日中央六部门发布的《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》做了相应补充。

体实际,下面对律师参与刑事诉讼的主要工作做一概述,供律师界同仁参考。

一、律师参与侦查阶段的主要工作

(一)与犯罪嫌疑人建立委托关系

律师参与侦查阶段的工作须由犯罪嫌疑人聘请。根据《刑事诉讼法》第96条第1款的规定,犯罪嫌疑人聘请律师的时间有两种情形:其一,犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问后。所谓“第一次讯问”,按照公安部《规定》的解释,是指“在公安机关立案后对犯罪嫌疑人进行的第一次讯问”;其二,犯罪嫌疑人被采取强制措施之日起。

办理聘请律师的手续一般有三种情形:其一,由未在押的犯罪嫌疑人直接到律师事务所办理委托手续;其二,由在押的犯罪嫌疑人指定的代为聘请律师的人到律师事务所办理委托手续。按照公安部《规定》和最高检察院《规则》的有关规定,在押的犯罪嫌疑人可以直接提出欲聘请的律师事务所的名称或者律师的姓名,也可以提出由其法定代理人、其他亲属、朋友或单位代为聘请;其三,由未成年或者盲、聋、哑犯罪嫌疑人的法定代理人到律师事务所办理委托手续。公安部《规定》规定:“犯罪嫌疑人是未成年人或者盲、聋、哑人的,可以由其法定代理人代为聘请律师”。在后两种情形下,由于犯罪嫌疑人在押,不能直接到律师事务所办理委托手续,因此所聘请的律师在第一次会见犯罪嫌疑人时应当征求其意见,如果犯罪嫌疑人表示同意,应当让其在委托书上补充签名,以完备手续。如果不同意,应当记录在案并让其签名确认或者由其亲笔书写不同意所聘请律师的书面意见,之后律师应当与代为聘请律师的人办理解除委托关系的手续。为了保障侦查阶段犯罪嫌疑人聘请律师的权利,《联合规定》第10条提出了具体的要求:“在侦查阶段犯罪嫌疑人聘请律师的,可以自己聘请,也可以由其亲属代为聘请。在押的犯罪嫌疑人提出聘请律师的,看守机关应当及时将其请求转达办案

件的有关侦查机关,侦查机关应当及时向其所委托的人员或者所在的律师事务所转达该请求。犯罪嫌疑人仅有聘请律师的要求,但提不出具体对象的,侦查机关应当及时通知当地律师协会或者司法行政机关为其推荐律师。”

侦查阶段的犯罪嫌疑人可以聘请几名律师,《刑事诉讼法》没有规定。应当认为该法关于犯罪嫌疑人、被告人可以委托一至二人作为辩护人的规定,可以适用侦查阶段聘请律师的情况。但是最高检察院《规则》规定:“许可犯罪嫌疑人聘请律师的,犯罪嫌疑人可以聘一名律师提供法律帮助”。这样规定执行中将会产生不少麻烦。首先,看守所一般都规定律师会见犯罪嫌疑人、被告人须二人进行;其次,律师主管部门也要求会见犯罪嫌疑人、被告人应当有二名律师参加。这一问题如何解决,有待今后研究协调。从便于工作、保护律师的角度出发,侦查阶段聘请律师以二人为宜。

侦查阶段犯罪嫌疑人聘请律师一般是不需要侦查机关批准的。但是《刑事诉讼法》规定:“涉及国家秘密的案件,犯罪嫌疑人聘请律师,应当经侦查机关批准。”公安部《规定》和最高检察院《规则》对于“国家秘密”都做了解释:是指《国家保密法》第八条规定的情形和公安部、最高检察院与国家保密局规定的公安、检察工作中涉及国家秘密具体范围的有关事项。并且规定对因涉及国家秘密不批准犯罪嫌疑人聘请律师的,侦查机关应当通知犯罪嫌疑人或其法定代理人。《联合规定》第9条对于“涉及国家机密的案件”做了明确解释:是指案情或者案件性质涉及国家秘密的案件,不能因刑事案件侦查过程中的有关材料和处理意见需保守秘密而作为涉及国家秘密的案件。今后认定“涉及国家秘密的案件”应当依据这一规定。

(二)向侦查机关提交委托手续并了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名

律师接受犯罪嫌疑人、其法定代理人或其亲属的聘请后,应

应当向侦查机关提交委托手续,以此表明自己的身份并标志着律师正式参与侦查阶段,为犯罪嫌疑人提供法律帮助。

律师向侦查机关提交的委托手续包括犯罪嫌疑人、其法定代理人或其亲属与所聘律师事务所及律师签订的委托书和律师事务所的介绍信。此外,还应当向侦查机关出示律师执业证。

当侦查机关确认受委托律师的身份后,该律师即有权向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名。应当注意的是,这里不仅指被采取了强制措施的犯罪嫌疑人所涉嫌的罪名,还包括未被采取强制措施但侦查机关已经对其进行了第一次讯问的犯罪嫌疑人所涉嫌的罪名,也就是向侦查机关了解清楚为什么对犯罪嫌疑人进行讯问或采取强制措施。因为只有了解了犯罪嫌疑人涉嫌的罪名,才有可能为犯罪嫌疑人提供有的放矢的法律帮助。

(三)会见犯罪嫌疑人并向其了解有关案件情况

律师会见犯罪嫌疑人因其是否在押分为两种情况:其一,会见未被采取强制措施和被取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人。这种会见不需经侦查机关批准,受委托的律师可以径直与犯罪嫌疑人会见。由于《刑事诉讼法》第57条对被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人规定了一条纪律:“未经执行机关批准不得会见他人”,公安部《规定》和最高检察院《规则》都做了相应的规定:在侦查阶段,律师会见被监视居住的犯罪嫌疑人,应当经公安机关、人民检察院批准。针对这一规定,《联合规定》第24条特别规定:“被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人会见其聘请的律师不需要经过批准。”今后应当按这一规定执行。

其二,会见在押的犯罪嫌疑人。由于《刑事诉讼法》第96条第2款规定:“律师会见在押的犯罪嫌疑人,侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场。涉及国家秘密的案件,律师会见在押的犯罪嫌疑人,应当经侦查机关批准。”为此,公安部《规定》和最高检察院《规则》要求律师会见在押的犯罪嫌疑人应当提前告知侦查机关,以便侦查机关决定是否批准会见、是否派员在场。

如果侦查机关不批准会见,应当通知律师并说明理由。《联合规定》第11条对于这个问题也做了进一步明确:“涉及国家秘密的案件,律师会见在押的犯罪嫌疑人,应当经侦查机关批准。对于不涉及国家秘密的案件,律师会见犯罪嫌疑人不需要经过批准。不能以侦查过程需要保密作为涉及国家秘密的案件不予批准。”

律师何时在何处会见犯罪嫌疑人,公安部《规定》和最高检察院《规则》都规定“由公安机关确定”和“由人民检察院根据情况予以确定”,不仅如此,《规则》还将会见的“时间”和“次数”也纳入了检察机关确定的范围。这些规定严格地说并不符合《刑事诉讼法》的立法精神。

由于有上述这些规定,《刑事诉讼法》实施以来,律师会见犯罪嫌疑人的时间和次数受到种种限制。针对这些情况,《联合规定》第11条对于侦查机关如何安排律师会见犯罪嫌疑人提出了非常具体的要求:“律师提出会见犯罪嫌疑人的,应当在48小时内安排会见,对于组织、领导、参加黑社会性质组织罪、组织、领导、参加恐怖活动组织罪或者走私犯罪、毒品犯罪、贪污贿赂犯罪等重大复杂的两人以上的共同犯罪案件,律师提出会见犯罪嫌疑人的,应当在五日内安排会见。”显然这一规定否定了公安部《规定》和最高检察院《规则》的前述规定,律师会见犯罪嫌疑人的时间、次数不应受到限制。

在侦查机关确定会见日期和地点后,律师即可凭侦查机关出具的会见证明或在侦查机关派员陪同下会见犯罪嫌疑人。会见时首先要向犯罪嫌疑人告知自己的身份,征询其是否同意聘请自己为其提供法律帮助,如表示同意应让其补签委托书并记入笔录。其次,应向其了解有关案件情况,主要是了解其自然情况和是否实施或参与了侦查机关认为其涉嫌的犯罪及相关情况。《刑事诉讼法》实施以来,有的侦查机关虽然同意安排律师会见犯罪嫌疑人,但不允许会见时涉及案情,否则取消安排或中止会见。这是没有法律根据的。《刑事诉讼法》第96条规定得

清清楚楚：律师“可以会见在押的犯罪嫌疑人，向犯罪嫌疑人了解有关案件情况。”会见不准涉及案情，何谈“向犯罪嫌疑人了解有关案件情况”？！当然，律师会见在押犯罪嫌疑人时应当遵守《刑事诉讼法》和监管场所的有关规定，此外对会见犯罪嫌疑人了解的案件情况，应当保密。

对于律师会见犯罪嫌疑人时，其表示不同意聘请律师的，应当记录在案并让其签字确认，之后解除委托关系。

（四）为犯罪嫌疑人提供法律帮助

受委托的律师无论是向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名，还是会见犯罪嫌疑人向其了解有关案件情况，都不是律师在侦查阶段参与刑事诉讼的目的所在。律师参与侦查阶段的目的是为犯罪嫌疑人提供法律帮助，包括以下三个方面：

1. 为犯罪嫌疑人提供法律咨询。

由于犯罪嫌疑人一般都不了解法律，对于如何正确运用法律保护自己的权利也不清楚，因此，为犯罪嫌疑人提供法律咨询是律师在侦查阶段参与刑事诉讼为犯罪嫌疑人提供法律帮助的主要工作。不过，无论《刑事诉讼法》还是公安部、最高检察院的实施规定都没有对提供法律咨询的内容、范围做出规定。但是，根据立法精神，应当认为律师可以向犯罪嫌疑人提供以下法律咨询：

第一，有关强制措施的条件、期限、适用程序的法律规定；第二，有关侦查人员、检察人员及审判人员回避的法律规定；第三，犯罪嫌疑人对侦查人员的提问应当如实回答的义务及对与本案无关的问题有拒绝回答的权利；第四，犯罪嫌疑人有要求自行书写供述的权利，对侦查人员制作的讯问笔录有核对、补充、改正的权利以及在承认笔录没有错误后应当签名或者盖章的义务；第五，犯罪嫌疑人享有的侦查机关应当将用作证据的鉴定结论向他告知的权利及要求补充鉴定或者重新鉴定的权利；第六，犯罪嫌疑人享有的辩护权；第七，犯罪嫌疑人享有的申诉权和控告

权；第八，刑法关于犯罪嫌疑人所涉嫌的罪名的有关规定；第九，刑法关于自首、立功的法律规定；第十，其他有关法律问题。

2. 代理犯罪嫌疑人申诉、控告。

代理犯罪嫌疑人申诉，是指受委托的律师根据向侦查机关了解的犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和向犯罪嫌疑人了解的案件情况以及其他证据材料，认为犯罪嫌疑人没有涉嫌犯罪，代理犯罪嫌疑人向侦查机关提出申诉意见，要求侦查机关予以纠正。

代理犯罪嫌疑人控告，是指受委托的律师根据向犯罪嫌疑人了解的有关案件情况和其他有关证据材料，认为侦查人员在办案中违反法律规定，侵犯了犯罪嫌疑人的人身权利、诉讼权利或其他合法权益，代理犯罪嫌疑人向侦查机关、其上级机关或者向检察机关提出控告，要求追究有关人员的法律责任。

代理申诉、控告是非常严肃、慎重的的工作。受委托的律师只有在确有证据材料并经犯罪嫌疑人授权后，才可代理其向有关机关提出。切不可偏听偏信，轻率提出。

3. 为被逮捕的犯罪嫌疑人申请取保候审。

被委托的律师介入侦查阶段后，通过了解案情，如果认为被逮捕的犯罪嫌疑人符合取保候审的条件即可为犯罪嫌疑人申请取保候审。

根据《刑事诉讼法》规定，在侦查阶段为被逮捕的犯罪嫌疑人申请取保候审主要有以下几种情形：其一，犯罪嫌疑人所涉案情符合《刑事诉讼法》第 51 条的规定，不必对其逮捕；其二，犯罪嫌疑人患有严重疾病；其三，犯罪嫌疑人正在怀孕或者哺乳自己的婴儿；其四，侦查阶段对犯罪嫌疑人的羁押已经超过法定期限。具有上述情形之一的，律师即可向侦查机关为犯罪嫌疑人申请取保候审。对于律师的申请，公安部《规定》第 19 条规定“县级以上公安机关应当在五日内作出同意或者不同意的决定。同意取保候审的，依法办理取保候审手续”。此条还规定，该申请“没有被批准的，可以再次向公安机关提出申请。公安机关应

当在接到申请后七日内作出批准或者不批准的决定”。最高检察院《规则》没有如此具体的规定,只是笼统地讲“人民检察院经审查认为有本规则第29条规定情形之一的,经检察长决定,可以对被羁押的犯罪嫌疑人取保候审”。为了统一解决对取保候审申请的批准问题,《联合规定》第20条明确规定:“被羁押的犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属和律师申请取保候审,有权决定的机关应当在七日内作出是否同意的答复。同意取保候审的,依法办理取保候审手续;不同意取保候审的,应当告知申请人,并说明不同意的理由。”需要指出的是,这一规定不仅适用于侦查阶段也适用于审查起诉阶段和审判阶段。

在取保候审的方式上,《刑事诉讼法》第53条规定了两种方式:“责令犯罪嫌疑人、被告人提出保证人或者交纳保证金”,即所谓“人保”或者“财保”。但是,《刑事诉讼法》实施以来,有的地方办案机关双管齐下,两种方式并用。对此,《联合规定》指出“不能要求同时提供保证人并交纳保证金。”显然,取保候审的方式,只能是二者之中取其一,而不能同时并用。

(五) 侦查阶段律师可否调查取证

在侦查阶段,犯罪嫌疑人所聘请的律师不是辩护人而是为犯罪嫌疑人提供法律帮助的律师。因此,一般不应当、也不必要收集、提供证明犯罪嫌疑人无罪、罪轻或者减轻、免除刑事责任的材料和意见。但是,如果律师在《刑事诉讼法》第96条规定的范围内为犯罪嫌疑人提供法律帮助,需要调查、收集有关的证据,应当认为律师是有权进行调查取证的。譬如代理犯罪嫌疑人提出申诉,为了证明犯罪嫌疑人不在涉嫌犯罪的发案现场,就需要律师向有关人员调查、收集有关证据,否则提出申诉就缺乏事实根据。又如代理犯罪嫌疑人提出控告,为了证明犯罪嫌疑人因受刑讯而到医院就治的事实,就需要律师向医院及有关人员调查收集证据。再如为犯罪嫌疑人申请取保候审,需要律师收集证明被逮捕的犯罪嫌疑人患有严重疾病或者正在怀孕或者

哺乳自己婴儿的证据。

有一种观点认为,律师在侦查阶段不能调查取证,一是没有法律依据,二是这样做会干扰侦查活动。应该说这种观点不无道理。但是,是不准确的,也是片面的。如果说不应收集证明犯罪嫌疑人所涉嫌的犯罪是否成立、应否处以刑罚以及处罚轻重的证据材料,这种观点是对的。因为侦查阶段的律师不负有辩护人的职责。但是为了履行《刑事诉讼法》第96条规定的职责,律师进行相关的调查、收集证据工作,应当是允许的,也可以说是律师的一项权利。《律师法》第31条规定:“律师承办法律事务,经有关单位或者个人同意,可以向他们调查情况”。应该说这就是法律根据。因为,律师受聘为犯罪嫌疑人提供法律帮助就是“承办法律事务”,当然“经有关单位或者个人同意,可以向他们调查情况”。从客观效果上来说,如果代理申诉、控告得以成立,或者申请取保候审获得批准,不仅不会干扰侦查活动,而且更利于侦查活动或者使错误的侦查活动得到纠正。

二、律师参与审查起诉阶段的主要工作

根据《刑事诉讼法》的有关规定,律师参与审查起诉阶段的诉讼活动包括担任犯罪嫌疑人的辩护人和担任公诉案件被害人的诉讼代理人两个方面的工作。

(一)担任辩护人的主要工作

1. 与犯罪嫌疑人确认或建立委托辩护关系。

刑事诉讼由侦查阶段转入审查起诉阶段后,参与诉讼活动的律师身份也由为犯罪嫌疑人提供法律帮助的律师转为辩护人。身份不同,诉讼地位也不同,权利义务亦有异。因此,参与审查起诉阶段的律师首先要与犯罪嫌疑人确认或建立委托辩护关系。如果犯罪嫌疑人在侦查阶段聘请律师时,在委托书上已经明确不仅委托律师在侦查阶段为其提供法律帮助,而且委托律师在审查起诉阶段担任其辩护人。那么,案件进入审查起诉阶段后律师只需告知检察机关,并要求侦查机关将《委托书》与

案件材料一并移送或向检察机关补送一份《委托书》，以确认委托辩护关系即可。如果犯罪嫌疑人是在侦查阶段没有聘请律师，到审查起诉阶段才聘请律师，或者虽然侦查阶段聘请了律师，但到审查起诉阶段后想重新聘请别的律师，则需与律师建立委托辩护关系，之后由受委托的律师将委托手续提交检察机关。

2. 到人民检察院查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料。

按最高检察院《规则》的规定，“诉讼文书”包括立案决定书、批准逮捕决定书、逮捕决定书、逮捕证、搜查证、起诉意见书等为采取强制措施和其他侦查措施以及立案和提请审查起诉而制作的程序性文书；“技术性鉴定材料”包括法医鉴定、司法精神病鉴定、物证技术鉴定等由有鉴定资格的人员对人身、物品及其他有关证据材料进行鉴定所形成的记载鉴定情况和鉴定结论的文书。根据《刑事诉讼法》的规定，除上述两类材料外，在审查起诉阶段，受委托的辩护律师看不到其他案件材料。应当指出的是，律师作为辩护人查阅、摘抄、复制诉讼文书和技术性鉴定材料不需要检察机关的批准，律师的辩护人身份一经确认就应当允许，若是其他辩护人，则需经检察机关许可。目前在这个问题上各地检察机关的做法不尽一致。有的检察机关基本能够依法提供诉讼文书和技术性鉴定材料供辩护律师查阅、摘抄、复制。也有的检察机关只提供采取强制措施的程序性文书，而不提供在一定程度上能够反映案情的起诉意见书。这样做显然是不符合法律规定的，也不利于律师在审查起诉阶段履行辩护职责。

3. 会见犯罪嫌疑人并可与其通信。

案件进入审查起诉阶段表明侦查工作已经终结，在侦查人员看来，案件事实已经查清，证据也已收集、固定并已确实、充分，不再、也不应担心律师会见犯罪嫌疑人会影响侦查工作，因此法律对于辩护律师会见犯罪嫌疑人没做任何限制。只要具有辩护律师的身份就有权会见在押的犯罪嫌疑人，不需要检察机

关的批准,会见时检察机关也不应当派员在场。在会见的谈话内容上,只要是依法履行辩护职责所需要的都可以谈,不受限制。此外,还可以与犯罪嫌疑人通信。这些与其他辩护人也不同,其他辩护人要会见在押的犯罪嫌疑人,需经检察机关的批准,会见时检察机关根据案件情况和需要可以派员在场。但是,从《刑事诉讼法》实施以来的情况看,这一点执行得也不好。有的检察机关仍然要求律师提出会见申请,有的在律师会见时仍然派员在场。针对这些情况,《联合规定》明确指出:“审查起诉阶段和审判阶段,案件已经侦查终结,辩护律师和其他辩护人会见在押的犯罪嫌疑人、被告人时,人民检察院、人民法院不派员在场。”

4. 进行必要的调查取证。

通过查阅诉讼文书、技术性鉴定材料和会见犯罪嫌疑人,如果认为有必要,辩护律师可以进行履行辩护职责所需要的调查取证工作。应当注意的是,修改后的《刑事诉讼法》对于律师调查取证在程序上做了比较严格的规定。因此,律师在进行这项工作时一定要严格依法办事,否则,不仅所收集的证据不被采纳,还可能触犯法律,被依法追究法律责任。此外,在自己难以收集到证据的情况下,可以依法申请人民检察院收集、调取证据。当检察院接受了律师的申请直接收集、调查证据时,申请的律师可以在场。

5. 依据事实和法律,向检察机关提出辩护意见。

以上查阅诉讼文书、技术性鉴定材料、会见犯罪嫌疑人、进行必要的调查取证,都不是审查起诉阶段辩护律师工作的目的,而只是工作手段,目的则是通过以上工作,最终依据事实和法律向检察机关提出辩护意见,因为这才是辩护律师的职责所在。

《刑事诉讼法》第35条规定:“辩护人的责任是根据事实和法律,提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见,维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。”

这是法律对审查起诉和审判两个诉讼阶段辩护人职责的概括。实际上,两个不同诉讼阶段的辩护职责与其诉讼任务是一致的,但辩护工作的重点不同。审查起诉阶段的工作任务是审查确认侦查机关对犯罪嫌疑人涉嫌的犯罪事实是否查清,证据是否确实充分,依法是否应当追究刑事责任,进而做出起诉或不起诉决定。律师在此阶段的辩护工作除了依据事实和法律提出对犯罪嫌疑人应当做出不起诉决定的辩护意见,争取案件以不起诉的结果结案外,对于依法应当追究刑事责任,势必做出起诉决定的案件,则主要围绕案件的定性提出有利被告的辩护意见,在量刑方面,对于具有明显从轻、减轻以及免于刑事责任的情节案件,也可提出辩护意见,希望检察机关能将这些情节写入《起诉书》中。

至于辩护律师提出辩护意见的方式,也不同于审判阶段主要是通过参加庭审活动提出,而是通过口头或书面方式向人民检察院提出。这一点《刑事诉讼法》第139条规定得很清楚:“人民检察院审查案件,应当讯问犯罪嫌疑人,听取被害人和犯罪嫌疑人、被害人委托的人的意见”,这里当然包含了辩护律师。

应当指出,法律之所以赋予审查起诉阶段的律师履行辩护职责,主要是想通过此阶段律师的辩护工作,把那些不应起诉到法院的案件在审查起诉阶段消化掉,一方面有效地保护公民的合法权益,另一方面也可减少国家的诉讼开支。即使对于那些应当起诉到法院的案件,通过律师的辩护工作,也可帮助检察机关把好审查起诉关,提高起诉案件的质量。但是,在这个问题上,有的检察机关存有偏见,不欢迎律师在此阶段参与诉讼,提出辩护意见,这等于是拒绝帮助。实际上,即使不接受律师的辩护意见,听取和了解辩护意见,对公诉人知己知彼,出庭支持公诉是很有益处的。

6. 依法向检察机关提出解除、撤销、变更犯罪嫌疑人强制措施的意见。

《刑事诉讼法》第 73 条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关如果发现对犯罪嫌疑人、被告人采取强制措施不当的，应当及时撤销或者变更”；第 75 条规定：“犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属或者犯罪嫌疑人、被告人委托的律师及其他辩护人对于人民法院、人民检察院或者公安机关采取强制措施超过法定期限的，有权要求解除强制措施。”辩护律师在审查起诉阶段如发现公安、检察机关对犯罪嫌疑人采取的强制措施不当，或者强制措施超过法定期限的，可以根据上述法律规定向检察机关提出解除、撤销、变更犯罪嫌疑人强制措施的意见。

7. 协助对《不起诉决定》不服的被不起诉人向检察机关提出申诉。

《刑事诉讼法》第 146 条规定：“对于人民检察院依照本法第 142 条第 2 款的规定作出的不起诉决定，被不起诉人如果不服，可以自收到决定书后七日以内向人民检察院申诉。人民检察院应当作出复查决定，通知被不起诉的人，同时抄送公安机关”。这里的“不起诉决定”是指由于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或免除刑罚，检察机关所作出的不起诉决定。由于这种不起诉决定是以本案“犯罪情节轻微”为前提的，因此，法律允许被不起诉人不服的，可以提出申诉。身为辩护人的律师，如遇这种情况，当然应当协助被不起诉人提出申诉。

（二）担任诉讼代理人的工作

公诉案件的被害人及其法定代理人或者亲属，有权委托诉讼代理人参与审查起诉阶段的诉讼活动，维护委托人的合法权益，维护法律的正确实施，是这次《刑事诉讼法》修改增加的一项重要内容。根据法律的规定，可以受委托担任诉讼代理人的不限于律师，还可以是其他人。但从司法实践看，势必主要还是由律师来担任。其主要工作有：

1. 与公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属建立委托代理关系。

根据《刑事诉讼法》的规定,公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属,自案件移送审查起诉之日起,有权委托诉讼代理人。因此,只要他们获知案件已移送审查起诉,即使检察机关还没有通知,他们也有权委托诉讼代理人。为了保证他们及时获知情况,法律要求检察机关自收到移送审查起诉的案件材料之日起三日以内,应当告知他们有权委托诉讼代理人。

建立委托代理关系应当由双方签署《代理委托书》,此后,受委托的律师应当将《代理委托书》和律师事务所介绍信提交检察机关,并出示《律师执业证》。至此,律师作为诉讼代理人的身份就已确定,可以依法行使诉讼代理人的诉讼权利。

2. 查阅、摘抄、复制本案诉讼文书、技术性鉴定材料。

《刑事诉讼法》没有规定律师担任诉讼代理人可否查阅、摘抄、复制本案诉讼文书、技术性鉴定材料的问题,但最高检察院《规则》对此做了明确规定:“律师担任诉讼代理人的,经人民检察院许可,可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料”。从查阅的范围来看与辩护律师一样,只限于“诉讼文书”和“技术性鉴定材料”,不同之处在于担任诉讼代理人的律师须“经人民检察院许可”,而担任辩护人的律师则是“人民检察院应当允许”。

3. 必要时可申请人民检察院收集、调取证据。

与没有规定代理律师可否查阅、摘抄、复制诉讼文书和技术性鉴定材料一样,《刑事诉讼法》也没有规定作为诉讼代理人的律师可否进行调查取证。但最高检察院《规则》对此做了规定:“参照本规则第282条、283条的规定办理”,即参照该两条关于辩护律师申请人民检察院收集、调取证据的有关规定办理。按此规定,担任诉讼代理人的律师不可以单独、直接收集、调取证据,而应当申请人民检察院收集、调取证据,人民检察院批准申请,直接进行收集、调取证据时,提出申请的代理律师可以在场。

4. 依据案件事实和法律,向人民检察院提出自己对本案的

意见。

法律之所以规定在审查起诉阶段公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属有权委托诉讼代理人,就是为了通过诉讼代理人的法律帮助,维护被害人及其法定代理人或者近亲属的合法权益,维护法律的正确实施。因此,担任诉讼代理人的律师了解案情后,有权利也有义务依据案件事实和法律,向人民检察院提出自己的意见。由于审查起诉的任务在于决定是否就本案向人民法院提起诉讼以及如何提起诉讼,代理律师的意见主要围绕应当提起诉讼以及如何提起诉讼的问题上,包括对案件的定性及量刑情节是否认定的意见。

为了保证人民检察院确实能够听到代理律师对本案的意见,最高检察院《规则》规定,人民检察院审查案件应当听取被害人的委托人的意见。听取意见应由二名以上办案人员进行,并制作笔录。如果直接听取意见有困难的,可以书面通知,由代理律师提出书面意见。在指定的期限内未提出意见的,应当记明笔录。

5. 为被害人及其法定代理人或者近亲属提供其他法律帮助。

除了上述各项工作外,在审查起诉阶段,代理律师还可以为被害人及其法定代理人或者近亲属提供其他法律帮助,譬如为他们提供法律咨询,协助他们依法提起附带民事诉讼,当他们对检察院作出的《不起诉决定》不服时,协助他们提出申诉或者直接向人民法院起诉等等。

三、律师参与审判阶段的主要工作

根据《刑事诉讼法》的有关规定,律师参与审判阶段的工作主要是担任被告人的辩护人和担任公诉案件被害人的诉讼代理人,以及担任附带民事诉讼的当事人及其法定代理人的诉讼代理人参加审判活动,依法维护当事人及其法定代理人的合法权益。

(一)担任辩护人的主要工作

1. 接受委托或接受指定担任辩护人。

刑事案件经人民检察院审查起诉,如果向人民法院提起公诉,刑事诉讼活动便转入审判阶段。在审查起诉阶段,犯罪嫌疑人已经委托了辩护律师,并且委托期限包括审判阶段,那么,案件移送人民法院后,原委托的律师应继续履行辩护职责。如果审查起诉阶段犯罪嫌疑人没有委托辩护律师或者进入审判阶段后需变更辩护律师,则可委托或重新委托辩护律师。

在审判阶段,当出现《刑事诉讼法》第34条规定的情形,人民法院则可以或者应当为被告人指定辩护律师:其一,公诉人出庭公诉的案件,被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人的,人民法院可以指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护;其二,被告人是盲、聋、哑或者未成年人而没有委托辩护人的,或者被告人可能被判处死刑而没有委托辩护人的,人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。此外,最高法院《解释》第38条还规定:“对于按照普通程序审理的案件中的被告人,因经济困难或者虽已委托但辩护人不愿接受委托或者亲友不愿为其委托辩护人等原因而没有辩护人的,人民法院一般要指定辩护人为其提供辩护。”

《律师法》第42条规定:“律师必须按照国家规定承担法律援助义务,尽职尽责,为受援人提供法律服务。”据此,受到人民法院指定辩护的律师应当接受指定,依法为被告人提供辩护,不得拒绝指定。但是,如果被告人坚持自己行使辩护权,拒绝人民法院指定的辩护人为其辩护的,被指定的辩护律师可以退出诉讼。

2. 查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料。

律师接受委托或接受指定担任辩护人后,一般首先是到人民法院查阅、摘抄、复制有关案件材料。按照修改后《刑事诉讼法》的规定,检察机关提起公诉的案件,不再像以前那样,把所有

案件材料包括侦查预审卷、检察卷全部移交到法院,而只是移交部分案件材料,包括起诉书、证据目录、证人名单和主要证据的复印件或者照片。根据最高法院《解释》的规定,“证据目录”是指公诉人拟在法庭上出示的所有证据的目录;“证人名单”是指公诉人准备让其出庭作证的证人、鉴定人、勘验、检查笔录制作人以及拟不出庭作证的证人、鉴定人的名单;“主要证据”是指对认定被告人是否构成犯罪起主要作用,对定罪量刑有重要影响的证据。所有这些材料,担任辩护人的律师可到人民法院查阅、摘抄、复制。

审判阶段的辩护律师可否到检察机关查阅、摘抄、复制案件有关材料,目前在法律上尚无明确规定,由此形成了两种不同观点。其一,认为辩护律师在开庭前只能到人民法院查阅、摘抄、复制检察机关移送的案件材料,不能到检察机关查阅、摘抄、复制未向人民法院移送的材料。因为这样做没有法律根据。《刑事诉讼法》第36条第1款和第2款分别规定的就是辩护律师到检察机关和人民法院查阅、摘抄、复制案件材料的范围。其二,认为辩护律师开庭前可以到检察机关查阅、摘抄、复制检察机关未向法院移送的凡是与指控犯罪有关的案件材料。主要理由是,《刑事诉讼法》第36条第2款规定的是:“辩护律师自人民法院受理案件之日起,可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料”。这里所说的“本案所指控的犯罪事实的材料”,显然不仅仅是指检察机关移送法院的材料,还应当包括没有移送法院但与“所指控的犯罪事实”相关的一切案件材料。因此,辩护律师完全可以到检察机关查阅、摘抄、复制未向人民法院移送的案件材料,除非检察机关认为这些材料不属于“本案所指控的犯罪事实的材料”,不在法庭审判中指控犯罪使用。

笔者是主张第二种观点的。其理由除了上面所述对《刑事诉讼法》第36条第2款的理解外,还有以下两点:首先,从世界主要国家通行的做法来看,检察机关的指控材料并不对辩护律

师封锁,或者在审查起诉阶段,或者在提起公诉以后审判机关开庭以前,通过某种方式向辩护律师展示、交换;其次,让辩护律师全面了解案情,特别是了解控方的证据材料,是设立辩护制度,保障被告人的辩护权,切实、有效地维护当事人的合法权益,防止冤、假、错案的必然要求。试想,辩护律师不能全面了解案情,怎能提出正确的辩护意见,怎能有效地维护当事人的合法权益,怎能实现设立辩护制度的根本目的?

从近年《刑事诉讼法》施行以来的情况看,在这个问题上基本上是按第一种观点实施的,由此已经暴露出不少问题。据悉,全国人大法工委在协调解决公、检、法、司四个方面在执行《刑事诉讼法》中存在的问题时,律师查阅案卷的范围是其中的重要问题之一。

遗憾的是这一问题在《联合规定》中没有获得解决,这对于充分、有效地发挥律师的辩护作用是非常不利的。为了弥补此一不足,《联合规定》第13条规定:“在法庭审理过程中,辩护律师在提供被告人无罪或者罪轻的证据时,认为在侦查、审查起诉过程中,侦查机关、人民检察院收集的证明被告人无罪或者罪轻的证据材料需要在法庭上出示的,可以申请人民法院向人民检察院调取该证据材料,并可以到人民法院查阅、摘抄、复制该证据材料。”这一规定的用心是良好的,但问题是辩护律师不能全面阅卷,何以知道“侦查、审查起诉过程中,侦查机关、人民检察院收集的证明被告人无罪或者罪轻的证据材料”?

3. 同在押的被告人会见和通信。

同在押的被告人会见和通信,是辩护律师了解案情、核实证据、发现问题的重要环节,因此,《刑事诉讼法》规定,自人民法院受理案件之日起,辩护律师就可以同在押的被告人会见和通信。

在审判阶段律师会见在押被告人的问题上,目前一般都比较顺利,只要会见的手续齐备,都能如期进行。虽然最高法院《解释》规定,“会见时,人民法院可以派员到场”,但在实践中这

样做的很少。尽管如此,应当指出,最高法院《解释》的这一规定是不合适的。首先,没有法律根据。《刑事诉讼法》只规定在侦查阶段,“律师会见在押的犯罪嫌疑人,侦查机关根据案件情况和需要可以派员到场”。对审查起诉阶段和审判阶段律师的会见,都没有做类似的规定。其次,没有必要。一个案件经过侦查、审查起诉,事实已经基本清楚,证据也已收集到案,相对固定。并且如果正常的话,律师已经不只一次地会见过犯罪嫌疑人。在此前提下,当审判阶段律师会见被告人时,法院实在没有必要“派员到场”。再次,在《刑事诉讼法》修改以前,法院都没有这样规定,为什么改革了,开放了,反而要做这样的规定?! 基于以上,希望通过立法机关的协调,最高法院《解释》里的这一规定能被取消。现在,《联合规定》已解决了这一问题,明确指出,审判阶段律师会见被告人,人民法院不派员在场。

辩护律师同在押的被告人可以通信,修改前的《刑事诉讼法》也有规定,但实践中这样做的很少。其所以如此,原因较多,其中看守机关对被告人通信的限制是原因之一。对于异地办案的律师来说,可以同在押的被告人通信,对办案工作是有很大便利的。希望通过立法机关的协调,使这一规定落到实处。

在律师会见被告人的次数和时间上,无论《刑事诉讼法》还是最高法院的《解释》都有限制性规定。应当认为,只要工作需要,可以多次会见。

4. 进行必要的调查取证。

经过查阅案件材料,会见被告人,如认为有必要,辩护律师可以向证人或者其他有关单位和个人收集、调取与本案有关的材料。在此工作中,律师要遵守《刑事诉讼法》第37条的规定,严格按照法定程序进行,以确保收集、调取证据的合法性。

为了保障律师的这项工作顺利进行,最高法院《解释》也做了相应的规定:其一,因证人、有关单位和个人不同意辩护律师向其收集与本案有关的材料的,辩护律师可以向人民法院提出

申请,人民法院认为必要的,应当同意并签发准许调查决定书;其二,辩护律师申请向被害人或者其近亲属、被害人提供的证人收集与本案有关的材料,人民法院认为确有必要,应当准许并签发准许调查决定书;其三,辩护律师直接申请人民法院收集、调取证据的,人民法院认为辩护律师不宜或者不能向证人或者其他有关单位和个人收集、调取,并确有必要的,应当同意。并且在派员收集、调取证据时,提出申请的律师可以在场;对于收集、调取的证据,人民法院复制后应当及时移送提出申请的律师。在向律师签发准许调查决定书的问题上,《联合规定》指出:“对于辩护律师申请人民检察院、人民法院收集、调取证据,人民检察院、人民法院认为需要调查取证的,应当由人民检察院、人民法院收集、调取证据,不应当向律师签发准许调查决定书,让律师收集、调取证据”。辩护律师应当熟悉上述规定,学会运用这些规定进行收集、调取证据的工作。

5. 做好开庭前的其他准备工作。

从广义上说,以上都属于开庭前的准备工作。除此之外,开庭前,辩护律师还应做好以下具体准备工作:

其一,拟写出庭提纲,包括举证提纲、质证提纲、辩论提纲;

其二,在接到人民法院通知后,于开庭五日前提供申请出庭作证的身份、住址、通讯处明确的证人、鉴定人名单及不出庭作证的证人、鉴定人名单、理由和拟当庭宣读、出示的证据的复印件、照片;

其三,出庭时可能出现的问题预测及应当采取的对策。

6. 出庭辩护工作。

与侦查阶段为犯罪嫌疑人提供法律帮助和审查起诉阶段为犯罪嫌疑人提供辩护两项工作相比,出庭辩护是最能发挥律师作用的一项重要工作。特别是庭审方式改革后,控辩双方分庭抗礼,唇枪舌箭,斗智斗勇,使庭审活动更趋激烈,庭审作用更加重要。因此,辩护律师一定要抓住时机,充分发挥,使自己在庭

审活动中处于积极、主动、有利、有理、有节的状态,从而使自己的辩护意见更具感染力、说服力,最大限度地让法庭接受采纳。

庭审中的主要工作有:

其一,在法庭调查阶段,密切注意公诉人的发言、讯问、发问和被害人、被告人的陈述、答问及相互发问,从中发现问题,并不失时机地在自己发问时提出问题;

其二,对于控方向被告人的讯问、发问方式、内容不当的,及时向法庭提出,要求制止;

其三,在控方证人、鉴定人、勘验、检查笔录制作人出庭作证或向法庭出示物证、书证,播放视听资料等证据时,注意力高度集中,善于发现问题,在向证人发问及对控方证据表示意见时,勇于指出问题,提出异议;

其四,当公诉人要求出示开庭前送交人民法院的证据目录以外的证据时,辩护律师可以提出异议;如果该证据获审判长同意出示,辩护律师认为对该新证据需做必要准备时,可要求审判长休庭;

其五,在控方举证后,经审判长许可,提请通知证人、鉴定人出庭作证,或者出示物证、书证,宣读未到庭的证人的书面证言、鉴定人的鉴定结论;

其六,在法庭调查中,可以申请通知新的证人到庭,调取新的证据,申请重新鉴定或者勘验,但应提供证人的姓名、证据的存放地点、说明所要证明的案件事实及重新鉴定或勘验的理由;

其七,在法庭调查过程中,根据双方举证、质证证实的案件事实,及时修改、调整开庭前准备的辩护提纲,使其持之有据,论之有理;

其八,在法庭辩论阶段,根据法庭调查情况,就本案的事实、证据、适用法律等与控方充分展开辩论。在辩护发言中应当做到:(1)辩论观点、辩护意见与本案定罪量刑密切相关;(2)辩护意见观点明确,重点突出,条理清楚,论证充分;(3)摆事实、讲道

理,以理服人,不感情用事。

7. 庭审后的工作。

庭审后,律师的工作一是参加宣判,二是解答、征求被告人对判决书的意见,在其表示不服一审判决时协助其提起上诉。

(二)担任公诉案件被害人的诉讼代理人的主要工作

在审判阶段,律师担任公诉案件被害人的诉讼代理人,其主要工作是:

1. 向人民法院提交由被代理人签名或者盖章的委托书以及律师事务所介绍信,并出示本人的《律师执业证》,以确认作为诉讼代理人参与审判活动的资格。

2. 查阅、摘抄、复制与本案有关的材料,了解案情。

《刑事诉讼法》对于公诉案件被害人的诉讼代理人在审判阶段可否查阅、摘抄、复制与本案有关的材料未做规定。最高法院《解释》第48条对此做了肯定性的规定,并且对律师担任诉讼代理人与非律师担任诉讼代理人在这项事宜上做了区别,前者不需经人民法院准许,后者则必须经人民法院准许。

3. 必要时收集、调取与本案有关的材料。

根据最高法院《解释》第48条的规定,担任诉讼代理人的律师可以向证人或者其他有关单位和个人收集、调取与本案有关的材料。如果证人、有关单位和个人不同意,可以向人民法院申请签发准许调查决定书。人民法院同意并签发准许调查决定书后,可持此决定书再进行收集、调查工作。由于《联合规定》对于律师申请人民法院收集、调取证据,人民法院可签发准许调查决定书的问题明确作了禁止,今后将不可能再这样做。

4. 出庭参与审判活动。

在法庭审理过程中,担任被害人诉讼代理人的律师可进行以下工作:

第一,经审判长准许,在公诉人对被告人讯问之后,对被告人进行补充性发问;

第二,在辩方经审判长许可向被害人发问时,如果发问内容与本案无关或者发问方式不当,提出异议并要求审判长制止;

第三,在证人、鉴定人作证之后,经审判长许可向证人、鉴定人发问;

第四,对当庭出示的物证、书证,当庭宣读的未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书发表意见;

第五,在法庭审理过程中,有权申请通知新的证人到庭,调取新的物证,申请重新鉴定或者勘验;

第六,在法庭辩论阶段,经审判长许可,可以对证据和案件情况发表意见并且可以展开互相辩论;

第七,参加法庭宣判,协助不服一审判决的被害人及其法定代理人向人民检察院请求提出抗诉。

(三)担任附带民事诉讼的当事人及其法定代理人的诉讼代理人的主要工作。

1.与当事人或其法定代理人建立委托关系并向人民法院提交委托手续。

刑事附带民事诉讼既包括刑事公诉案件附带民事诉讼,也包括刑事自诉案件附带民事诉讼,无论何种附带民事诉讼,律师均须与附带民事诉讼的当事人或其法定代理人签订授权委托书,并将该授权委托书及律师事务所介绍信提交人民法院。

司法实践中,有人把公诉案件被害人的诉讼代理人当然等同于附带民事诉讼的诉讼代理人,这是错误的。公诉案件被害人的诉讼代理人仅对本案刑事部分向被害人提供法律帮助,对附带民事诉讼部分无权参与。因此,如果公诉案件的被害人希望自己的诉讼代理人也参加附带民事诉讼部分的审判活动,还应与其签订参加附带民事诉讼的授权委托书。在此情况下,被委托的人实为一身二任:既是公诉案件被害人的诉讼代理人,又是附带民事诉讼当事人的诉讼代理人。同理,刑事案件的被告

人如果聘请本人辩护律师还担任自己在附带民事诉讼中的诉讼代理人,也必须与其签订授权委托书。

2. 协助附带民事诉讼的当事人提起诉讼或作出答辩。

根据最高法院《解释》的规定,附带民事诉讼应当在刑事案件立案以后第一审判决宣告之前提起,因此,受委托的律师担任附带民事诉讼原告人的诉讼代理人后,如果附带民事诉讼还没有提起,应当首先协助原告人依法提起附带民事诉讼。与此相适应,受委托担任附带民事诉讼被告人的诉讼代理人的律师第一件事则是协助被告人对原告人的起诉依法作出答辩。

3. 做好出庭前的准备工作。

附带民事诉讼解决的是被告人的犯罪行为给被害人造成的物质损失的民事赔偿问题,因此,开庭前双方当事人应当围绕物质损失是否发生、损失的大小、赔偿额的多少做好出庭前的准备工作。而这项工作由于被告人一般被羁押、原告人也不熟悉法律则主要由双方的诉讼代理人来承担。

4. 出庭参加审判活动。

附带民事诉讼虽解决的是民事赔偿责任问题,但由于与刑事诉讼密切相关,因此审判活动也是紧密联系在一起。作为附带民事诉讼当事人的诉讼代理人有权参加审判活动的全过程,并且在审判长的主持下,有权就附带民事诉讼涉及的问题行使广泛的诉讼权利,如有权向被告人发问、有权对法庭上出示、宣读的证据发表意见、有权提请法庭传唤证人、鉴定人、勘验、检查笔录的制作人出庭作证等等。附带民事诉讼当事人的诉讼代理人应当依法行使诉讼权利,切实维护当事人合法权益。



试论辩护律师的阅卷权^①

在刑事诉讼中,辩护律师可否查阅案卷材料,能够查阅哪些案卷材料,应到哪个机关查阅案卷材料,我国《刑事诉讼法》修改后,特别是生效施行以来,这些问题在司法实践中日渐突出,迫切要求作出回答。笔者作为一名职业律师愿就此从理论和实践两个方面做一些分析和探讨。

一、从一起无罪辩护案谈辩护律师阅卷权的意义

1997年3月,笔者曾为一起被控骗取出口退税款罪的某外贸公司出庭辩护。由于该案原准备1996年7月开庭审理,笔者作为辩护人已到法院查阅了全部案卷材料,后因故推迟至1997年3月才开庭。庭审活动是按照新的审判方式进行的。公诉人举证时向法庭宣读了一份外地司法机关对一名因犯有虚开增值税专用发票罪已经被审判机关判处死缓的罪犯的审讯笔录。在这份笔录里该罪犯供述了他为本案犯罪嫌疑人某外贸公司虚开无货的增值税专用发票的过程,其中谈到开票是背着该外贸公

^① 本文是作者1997年11月向中国诉讼法学研究会97年会提交的论文。



司派去的业务人员进行的。由于第一次开的增值税发票有明显的破绽,担心会被业务人员发现,所以又重新开票感到没有问题了才交给业务人员。这是一个非常重要的情节,它证明该罪犯虚开无货的增值税发票是有意背着外贸公司的业务人员的,进而也证明,该外贸公司虽然使用了该罪犯虚开的增值税专用发票从税务机关办理了出口退税,但它并不知道税票是虚开的,主观上不具有骗取国家出口退税款的故意。因此,庭审时当我听到公诉人要宣读这份笔录时,既感到意外又感到兴奋,因为这也正是我准备向法庭出示、宣读的证据。不料,公诉人宣读该笔录时,只念了前面和后面有关业务人员与该罪犯联系接触的过程和取走该罪犯虚开的增值税专用发票的情况,惟独没有念笔录中间部分关于该罪犯安排他人背着业务人员,两次虚开增值税发票的内容。针对这一情况,当审判长征询我对公诉人宣读的该证据有何意见时,我当即指出公诉人有意隐瞒了其中足以证明被告人并无骗取国家出口退税款主观故意的最重要的内容,并在自己举证时当庭宣读了这段内容。根据这一重要证据以及其他有关事实和法律规定,我对本案提出了无罪辩护意见。1997年9月,审理该案的人民法院对本案做出一审判决,宣告被告人无罪。检察机关不服一审判决,提出抗诉。二审法院审理后做出裁定:驳回抗诉,维持原判。

这是一个在时间上横跨新旧《刑事诉讼法》不同实施阶段的案件。由于我于1996年7月系统地查阅了案卷,掌握了这份证明被告人不具有犯罪故意的重要证据,以及其他有关证据材料,才在公诉人举证时能够发现其有意隐瞒这一证据中如此重要的内容,也才能够据此提出无罪的辩护意见,并且为人民法院所采信,对被告人做了无罪宣告。反之,如果我没有系统地查阅过本案案卷材料,就不可能当庭发现公诉人隐瞒了如此重要的内容;进而推之,如果公诉人不仅没有宣读这一重要内容而且庭审后也没有将这一证据材料向法院移送,那么,势必影响法院对该案

做出正确判决。这一典型案例充分说明了律师查阅案卷材料的重要性和必要性。

在刑事诉讼立法上以及刑事诉讼活动中,是否应当赋予并保障辩护律师的阅卷权,这与设立刑事辩护制度特别是律师辩护制度的目的和意义息息相关。

当今社会,世界各国的法律普遍规定犯罪嫌疑人、被告人依法享有辩护权,不仅有权自行辩护,而且有权获得他人包括律师为他辩护。但是,追溯人类与犯罪做斗争的刑事诉讼制度发展史,刑事辩护制度并不是伴随刑事诉讼制度与生俱来的,而是刑事诉讼制度发展到一定阶段的产物。至于律师辩护制度则又是刑事辩护制度发展到一定程度的结果。

刑事诉讼活动说到底确认犯罪嫌疑人、被告人是否实施了犯罪,应否承担刑事责任的一项专门活动。这一活动的进行不仅要适应与犯罪作斗争的需要,而且有其自身的发展规律和客观要求。在刑事诉讼活动中,只有控诉,没有辩护;只有指控,没有制约;只有权力,没有监督,必然产生徇私舞弊,贪赃枉法,导致大量冤假错案。正因为如此,人类在与犯罪长期作斗争的过程中,逐渐形成了控诉、辩护和审判三种职能融为一体的刑事诉讼制度。其中刑事辩护制度的内容如何,辩护人的权利怎样,标志着一个国家、一个社会刑事诉讼制度科学化、民主化的发展程度。没有辩护职能,没有辩护制度的刑事诉讼制度决不是一个科学、民主的诉讼制度。

从世界各国的立法来看,大多数国家法律规定能够充当辩护人的不限于律师,但是从司法实践看,律师实际上是辩护人的主体。有的国家甚至规定只能由律师充当辩护人。这主要是因为无论是犯罪嫌疑人、被告人自己,还是其他人,一般都不具有专门的法律知识及辩护技能和辩护经验。而律师作为专门的法律工作人员,在这些方面有着职业上的优势。这就使得律师辩护制度在刑事辩护制度中居于重要的地位。

在我国,法律赋予辩护人的职责是“根据事实和法律,提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见,维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。”辩护律师要完成这一职责,就必须享有了解案情、知悉案情的权利。否则,“根据事实和法律”提出辩护意见就是一句空话,辩护制度也就等于虚设。从世界范围看,凡是在刑事诉讼制度中赋予律师辩护权的国家,一般都在法律上为律师规定了了解案情、知悉案情的广泛权利,包括与在押的犯罪嫌疑人、被告人会见的权利,向证人及有关单位和个人调查、收集证据的权利,到办案机关查阅案卷材料的权利,申请办案机关收集、调取证据的权利,以及参加庭审调查活动的权利等等。在这些权利中,到办案机关查阅案卷材料的权利即阅卷权对于辩护律师履行辩护职责来说是最重要的权利。其他权利诸如会见权、调查权等只从一个侧面为律师提供了了解案情、知悉案情的条件,而阅卷权则为律师了解、知悉案情全貌创造了机会。特别是在会见权、调查权以及证人出庭作证难以切实保障、落实的情况下,阅卷权对于辩护律师更为重要。

完全可以这样认为,阅卷权是辩护律师充分行使辩护职能的重要前提和保障。辩护律师没有阅卷权,或者阅卷权不充分,没有切实的保障,律师的辩护职能就不可能得到充分的行使,进而律师辩护制度乃至刑事辩护制度就将受到很大的削弱。控辩职能的不平衡必然导致冤假错案的大量发生。可见,辩护律师在刑事诉讼中的阅卷权,不是辩护律师个人权利大小的问题,而是直接关系到设立刑事辩护制度根本目的的大问题。

二、外国刑事诉讼中辩护律师的阅卷权

尽管律师制度在中国产生于何时,在理论上还有分歧。但是大多数人还是认为,近代意义上的中国律师制度是从西方国家引入的,因此考察一下外国刑事诉讼中辩护律师的阅卷权对我们不无裨益。

德国刑事诉讼制度在大陆法系国家具有代表性。其刑事诉讼法第 147 条就“辩护人查阅案卷”专门做了规定,不仅“在程序的任何一个阶段都不允许拒绝辩护人查阅对被告人的询问笔录,查阅准许他或者假如提出要求时必须准许他在场的法院调查活动笔录,查阅鉴定人的鉴定”,而且当案件移送审判机关后,“辩护人有权查阅移送法院的,或者在提起公诉情况中应当移送法院的案卷,有权查看官方保管的证据”。

法国在刑事诉讼中实行具有补充侦查和审查起诉性质的预审制度,其刑事诉讼法第 114 条规定,预审阶段“在第一次讯问或第一次听取陈述以后,律师可以以自己的费用要求发给他一切档案文件和证据专供自己使用。但不得进行复制”。在意大利刑事诉讼中,按照《刑事诉讼法》第 416 条的规定:“公诉人提起公诉后,要移送有关卷宗,其中包括犯罪信息、关于进行侦查工作的材料,在负责初期侦查的法官面前实施的行为笔录。无需另地保存的犯罪物证和犯罪有关的物品一并附卷”,这些材料辩护律师都可以查阅。

英美法系国家一般也都允许辩护律师在法院开庭前查阅案卷材料。据了解,在英国检察官将案件起诉到法院后,会主动通知并提供案件材料供担任辩护人的出庭律师查阅。美国在预审和审判中实行“证据先悉”制度。联邦刑事诉讼规则第 5 条第一项规定“被告人的律师可以领到预审时听证的有关记录,以便律师为进一步的听证或审判做准备。根据地方规则,地方(县)法院可以为律师阅卷指定地点或确定提供律师阅卷的条件”。

以起诉状一本主义为特征的日本刑事诉讼制度,严禁法官在庭审前接触任何证据材料。但是辩护律师对控方证据有先悉权与阅卷权。韩国实行与日本类似的制度,开庭前法官不能看到案卷材料,但辩护律师可以到设在法院的检察官办公室查阅案卷材料。

尽管以上各国在辩护律师查阅案卷的时间、地点、范围及方