

有效辩护

三步法

法官视角的
成功辩护之道

臧德胜 / 著



 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

律师要善于把维护当事人的合法权益与帮助法官公正司法结合起来，并善于用法官易于接受的方式表达辩护意见；法官要善于把尊重律师的辩护意见和秉公办案有机结合，并善于从律师的辩护意见中汲取公正裁判的智慧。这是我从德胜法官的著作中获得的启迪。

——最高人民法院大法官 胡云腾

辩护的最终目的在于影响审判，从而最大限度地维护刑事被告人的权益。如果法官能够从审判角度对律师如何开展刑事辩护、如何掌握辩护方法进行解读，则对律师会有更大的启发，也更为实用。本书毫无掩饰地揭示法官的“软肋”和“泪点”，为律师有效辩护指明了方向。

——资深刑事辩护律师 田文昌

本书写作的过程中，一直坚持实用、有效的原则，不求观点新颖，不求体系完备，只求写出实实在在的问题。法官在每一个环节关注的重点问题是什么，控方存在哪些薄弱点，辩方针对各种具体案情如何确定辩护方法，正是本书试图探讨的问题。

——本书作者 臧德胜





有效辩护

三步法

法官视角的
成功辩护之道

臧德胜 / 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

有效辩护三步法:法官视角的成功辩护之道 / 臧德胜著

—北京:法律出版社,2016.5

ISBN 978-7-5118-9529-5

I. ①有… II. ①臧… III. ①刑事诉讼—辩护—研究—中国 IV. ①D925.215.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第109610号

有效辩护三步法

——法官视角的成功辩护之道

臧德胜 著

策划编辑 杨大康

责任编辑 杨大康

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2016年7月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

印张 28 字数 430千

印次 2016年7月第1次印刷

编辑统筹 大众出版分社

经销 新华书店

责任印制 沙磊

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 978-7-5118-9529-5

定价:68.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

乐见法官为律师支招

——代序

田文昌

作为一名从事刑事法学研究和刑事辩护的律师,我一直注重对辩护方法的思考。当前,律师和学者研究、介绍辩护技巧、辩护经验的书籍已经日见增多,为刑事辩护律师提高辩护技能提供了学习素材。但是,辩护的最终目的在于影响审判,从而最大限度地维护刑事被告人的权益。如果法官能够从审判角度对律师如何开展刑事辩护、如何掌握辩护方法进行解读,则对律师会有更大的启发,也更为实用。所以,我一直希望能有这样一本书出现。

北京市朝阳区法院刑事审判第一庭庭长臧德胜法官,在从事审判工作过程中,总结分析律师辩护的得失,从审判的角度研究论证律师针对具体案件应该如何辩护,写出了《有效辩护三步法:法官视角的成功辩护之道》一书。德胜法官毕业于中国政法大学研究生院刑法学专业,我早年在中国政法大学从事刑法学的教学工作,虽然没有给其授过课,但在其后来的工作中,因研讨业务及参加学术活动,有过几次交流。他所在的法院堪称全国案件最多的法院之一,重大、疑难、新类型案件多,对法官的学术水平和业务能力都提出了很高的要求。在德胜法官的新书交由法律出版社出版之际,他请我作序。一名法官能够从律师的角度思考问题,并为律师有效辩护支招,作为一名关注刑辩事业发展的老律师,我欣然应允。

随着刑事立法的不断完善、司法体制改革的深入推进,尤其是保障辩护律师权利的一系列司法解释的出台,刑辩律师的执业环境逐步改善,刑辩事业也蓬勃发展,刑辩律师在推动依法治国方面将发挥越来越大的作用。但



是,直面现实,我们清醒地看到,律师与法官之间的冲突时有发生,法官漠视律师辩护意见的现象仍然大量存在,法官与律师之间的人为鸿沟仍未消除。也就是说,当前在刑辩领域,法律职业共同体的形成还处于谈论之中。

建立法律职业共同体,固然需要从改善司法环境、理顺职业关系、调整职业心态、完善司法制度等多方面入手。但是,其中最根本的一点在于,树立共同的司法理念、形成趋同的法律思维、培养一致的法律观点、确立公认的法律规则。控辩审三方在诉讼过程中,尤其是在庭审中,精力应当放在案件本身,关注事实、定罪和量刑中的分歧。辩护律师应当在客观分析案件的基础上,寻求指控中的问题,从事实和法律的角度提出有利于被告人的处理意见,并采用有效的辩护方法,说服法官。如果,公诉人能够尊重事实和法律,客观地指控犯罪;律师能够注重辩护技术,确立专业的辩护思路并恰当地表达;法官能够认真聆听控辩双方的意见,理性对待分歧观点,公正裁判,我想,法律职业共同体的形成也就顺理成章了。

面对一个具体的刑事案件,辩护律师如何形成正确可行的辩护思路,需要专业知识、执业经验多方面的积淀。德胜法官把多年的知识储备和经验积累,凝聚在这本书中,对辩护方法做了系统的梳理。在读了这本书稿后,我以为,可以从四个方面概括本书的特点。

一是体系完整。本书首先从整个刑事业务入手,带领读者思考如何站在不同诉讼立场,确立辩护思路。然后作为全书的核心内容,分三步从事实之辩、定罪之辩、量刑之辩分别论述每一步中具体的辩护方法。最后从方法论的角度探讨有效辩护的实现路径。不论是何种层次的读者,均能通过本书快速了解刑事辩护的基本问题,提升对刑事辩护的认识。

二是思路清晰。法律职业人需要具有缜密的思维和严谨的逻辑,德胜法官通过这本书展示了法律人的思维方式。针对事实、定罪、量刑的每一环节都找到一条刑事法律原则作为指引,然后针对案件的不同情形提出不同的辩护方法,将辩护方法的解读、辩护要点的提示与具体案例的分析相结合,完整展现辩护思路的形成过程。

三是视角独特。一些律师所写的辩护方法的书籍,往往都是站在辩护人的角度看待问题,稍显一厢情愿。本书立足于换位思考,从审判的视角考量辩护思路的确立和辩护方法的选择。辩护人的主要任务在于说服审判者,律



师吃透了法官的所思所想,更容易成功实现辩护目的。

四是方法实用。全书立足司法实务,注重问题导向,目光聚焦于如何在法律规范、案件事实与法官思维三者之间寻求一个最佳的契合点。虽然这是一部关于辩护方法的书,但其中穿插了大量司法实践中形成的裁判规则和要点,针对性强,对于辩护律师具有实用价值。全书归纳出大量的具体辩护方法,观点明确,可操作性强。对于书中观点,人们会见仁见智,但能够引发讨论者价值更重。重要的是,本书开拓了一个全新的视角。

在阅读书稿的过程中,我同样感受到德胜法官对刑辩工作和刑辩律师的认同和情谊。其将自己长期从事审判工作积累的一些认识和了解的一些规则,毫无保留地呈现给律师朋友;毫无掩饰地揭示法官的“软肋”和“泪点”,为律师有效辩护指明了方向。没有对刑辩律师的认同和对法律职业共同体的热爱,很难站在另一立场写出这样一部专业书。法官从专业层面为律师出谋划策,不仅有利于律师辩护技能的提升、法律职业共同体的形成,更重要的是,德胜法官率先以换位思考的角度为律师支招,有利于从根本上实现司法公正。我作为律师深感欣慰,为其点赞!我也希望有更多这样的作品问世。

是为序!

2016年5月于北京

辩护,需要有效

——代前言

臧德胜

自从2001年研究生毕业以来,我一直在朝阳法院从事刑事审判工作,直接承办刑事案件2000余件,参与审理或者研究的案件更多。在处理案件过程中,我一直比较关注律师的辩护意见,分析辩护意见是否合适,是否有好的辩点律师没有提到,并设想如果我是律师应该怎么辩护。其间,既会为思路清晰、精彩到位的辩护而欣喜,也会为虚张声势、不着边际的辩护而叹息。经过长期的积累,从法官角度对律师辩护工作有了自己的看法。

但真正围绕辩护问题写书的想法,还是来源于给律师讲授刑事辩护的过程中。在整个法律职业体系中,律师的学习主动性是相对较强的,业务培训也开展得颇具规模。在交流互动的过程中,律师们非常关注法官对一些具体问题的看法,关注如何辩护更容易打动法官,收到更好的效果。而这些正是我经常思考的问题。我想,在自己多年积累的基础上,根据辩护步骤对辩护思路进行系统的梳理,形成一个体系性的辩护方法用书,给律师辩护工作提供参考,应该是一件很有意义的事情。

在法治不断成熟的背景下,控辩双方的对抗性越来越强,对律师业务技能的要求也越来越高。不可否认的是,有些情况下,辩护律师并没能很好地把握案件中的辩护要点,辩护思路跑偏,即便庭审过程很激烈,但得势不得分,难以收到好的辩护效果。在律师与公诉人的对抗中,公诉人具有先天性的优势,一方面,公诉人往往都是常年从事刑事诉讼工作,甚至集中于某几个罪名,对相关问题非常专业。另一方面,公诉人与对应法院具有较为稳定的关系,在长期磨合过程中,掌握了法院的审判思路,对一些问题也达成了共识。律师要想扭转这种局面,自然需要具有高人一等的水平。



当前,刑事立法逐步完善,司法人员的专业水平也日益提高,辩护律师必须更为关注辩护的专业性,以扎实的法学功底、准确的案情掌控、正确的辩护思路、得当的辩护方法赢得最佳的辩护效果。律师应当将“有效”作为刑事辩护的第一追求。这种有效性,不仅表现为辩护意见被法院判决所采纳,同样表现为辩护意见虽未被采纳,但对法院判决造成了影响,为被告人争取了一个相对有利的结果。刑事案件的处理,包括事实认定、定罪、量刑三个层层递进的环节,每一环节都是一个子系统,内部包括了大量的子环节。辩护律师就需要围绕这三个环节,分步骤地确定辩护思路,找准突破口和发力点,并恰当地表达。法官在每一个环节关注的重点问题是什么,控方存在哪些薄弱点,辩方针对各种具体案情如何确定辩护方法,正是本书试图探讨的问题。

本书写作的过程中,一直坚持实用、有效的原则,不求观点新颖,不求体系完备,只求写出实实在在的问题。结合案件处理的过程,把我平时所思所想和积累的一些裁判规则、实务观点串联起来,倾囊相送。全书共分五章,第一章概括介绍律师在刑事诉讼中的各项业务及工作要点,为有效辩护奠定基础,只有全面掌握律师刑事诉讼业务,才能更好地辩护。第二、三、四章是主体部分,刑事辩护从案件角度看,包括三步,即事实之辩、定罪之辩、量刑之辩。每一步均有一条法律原则作为支撑,提供依据,故每一章先论述相应的法律原则,分别为无罪推定原则、罪刑法定原则、罪刑相当原则。辩护律师在每一步中都需要根据案情采取不同的辩护方法。书中所论述的各种辩护方法均系根据实务总结而来。在每一种辩护方法中,均会通过真实案例进行解说。所选取的案例,绝大多数系我直接办理或参与研究的案件,我尽可能地把案件原汁原味地呈现出来,读者不仅能了解辩护思路,而且能掌握真实案例的素材,直观感受刑事审判。第五章总结有效辩护的实现路径,即如何才能做到有效辩护,自如地运用前文提出的辩护方法。辩护律师需要在精通法律、吃透案情、了解实务的基础上,注重庭审功能,决胜于庭审。

辩护方法是个博大精深的课题,需要法律人共同探索和不断实践。凭我的学识和能力,尚不足以对此著书。但是,对辩护工作的强烈关注,对法律职业共同体建设的迫切期待,让我勇敢地做一尝试,并一厢情愿地献给读者,以期抛砖引玉。如果,刑辩律师能够通过本书更多地关注辩护的有效性,并因本书内容而在辩护方法上得到一些启发,我将感到无限欣慰。

2016年5月

目 录

第一章	有效辩护的基础：站在不同诉讼立场确立辩护思路	1
第一节	担任被告人的辩护人	3
	一、多因素理解刑辩律师的必要性	3
	二、清晰掌握刑辩律师的介入程序	4
	三、正确理解刑辩律师的工作要点	5
	四、自诉案件中刑辩律师的特殊工作	9
第二节	担任被害方的诉讼代理人	11
	一、正确理解被害人委托律师担任诉讼代理人的意义	11
	二、掌握代理律师的介入程序	12
	三、正确理解代理律师的工作流程及要点	12
第三节	担任附带民事诉讼原告人的诉讼代理人	14
	一、熟练掌握代理律师的介入程序	14
	二、清晰界定附带民事诉讼案件范围	15
	三、清晰界定附带民事诉讼赔偿范围	17
	四、掌握代理律师的工作流程	19
	五、熟悉代理律师的工作要点	20
第四节	担任附带民事诉讼被告人的诉讼代理人	22
	一、熟练掌握附带民事诉讼被告人的范围	22

二、掌握代理律师的工作要点	23
第五节 担任自诉人的诉讼代理人	25
一、刑事自诉案件的范围	25
二、代理律师的工作内容	26
三、代理律师的工作要点	27
第六节 律师刑诉业务的案例解读	29
一、被告人王某某过失致人死亡刑事附带民事诉讼案	29
二、自诉人马某某诉孙某侮辱刑事附带民事自诉案	40
第二章 有效辩护第一步：事实之辩	45
第一节 事实之辩的依据：无罪推定原则	47
一、如何理解和运用好无罪推定原则	47
二、无罪推定原则的具化：证据规则	48
三、“证据印证 + 内心确信”的证明标准	49
四、无罪推定原则指导下的事实之辩	55
第二节 事实不成立之辩	57
一、非法证据排除法	57
二、孤证定案否定法	81
三、冲突证据否定法	90
四、反面证据击破法	104
第三节 事实较轻之辩	111
一、数额较小之辩：鉴定依据辩护法、计算标准辩护法、 证据分析辩护法	111
二、后果较轻之辩：重新鉴定辩护法、因果关系辩护法	137
三、情节较轻之辩：证据分析辩护法、法理分析辩护法	143

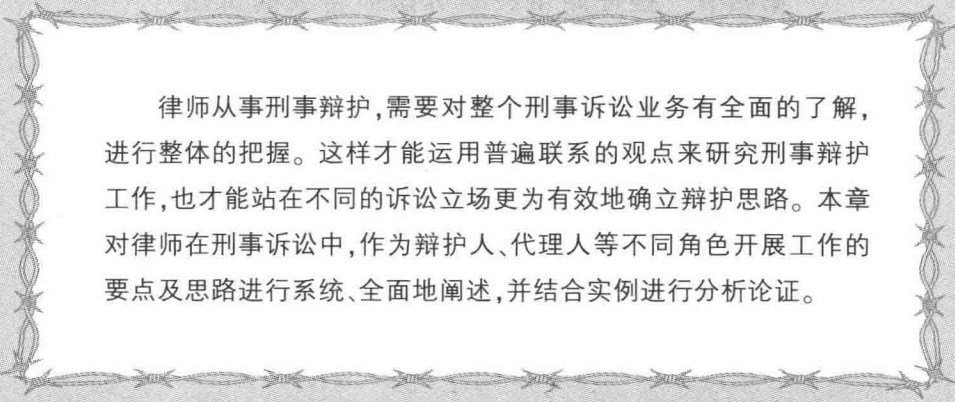
第三章	有效辩护第二步:定罪之辩	157
第一节	定罪之辩的依据:罪刑法定原则	159
	一、罪刑法定原则的法律规定及意义	159
	二、罪刑法定原则的具化:犯罪构成	160
	三、罪刑法定原则的有效运用	162
第二节	无罪之辩	164
	一、“行政违法”辩护法	165
	二、“但书规定”辩护法	169
	三、“违规行为”辩护法	179
	四、“要件欠缺”辩护法	184
第三节	轻罪之辩	195
	一、主观要件辩护法:故意犯罪→过失犯罪	195
	二、行为方式辩护法:占有型犯罪→使用型犯罪	212
	三、主体身份辩护法:特殊主体→一般主体	222
	四、犯罪手段辩护法:暴力型犯罪→平和型犯罪	228
	五、犯罪目的的辩护法:特殊目的→一般目的	239
	六、犯罪形式辩护法:组织型犯罪→松散型犯罪	248
	七、客体区分辩护法:复杂客体犯罪→简单客体犯罪	253
	八、单位犯罪辩护法:自然人犯罪→单位犯罪	261
第四节	少罪之辩	271
	一、吸收关系辩护法	271
	二、竞合关系辩护法	275
	三、牵连关系辩护法	279
	四、法定一罪辩护法	286

第四章	有效辩护第三步：量刑之辩	291
第一节	量刑之辩的依据：罪刑相当原则	293
	一、理解罪刑相当原则的意义	293
	二、罪刑相当原则的具化：量刑规范	294
	三、如何运用罪刑相当原则的实践价值	294
第二节	量刑情节之辩	296
	一、累犯之辩	296
	二、再犯之辩	301
	三、自首之辩	302
	四、坦白之辩	303
	五、立功之辩	307
	六、未完成形态之辩	310
	七、从犯之辩	319
	八、主体可恕之辩	324
	九、被害人过错之辩	326
	十、和解之辩	330
第三节	量刑步骤之辩	333
	一、量刑起点之辩	333
	二、基准刑之辩	335
	三、调节比例之辩	337
	四、调节步骤之辩	338
第四节	刑罚宣告之辩	341
	一、宣告刑之辩	341
	二、免除处罚之辩	343
	三、减轻处罚之辩	358

四、单处罚金之辩	368
五、缓刑适用之辩	377
六、数罪并罚之辩	389
第五章 辩护有效的实现路径	393
第一节 研判案情	395
一、如何会见被告人：一个认识、两个方法、三个阶段、四个释明	395
二、如何阅读卷宗：去粗取精法、抓大放小法、去伪存真法、 求同存异法	399
三、如何询问咨询	401
四、如何现场调查	402
第二节 精通法律	404
一、需要掌握的法律范围	404
二、掌握法律的方法	408
第三节 了解实务	411
一、了解法院的机构设置及运行模式	411
二、了解法院办案思路	413
三、了解实务的途径	416
第四节 决胜庭审	419
一、了解法官驾驭庭审的原则	419
二、有针对性地进行法庭询问	422
三、简洁明了发表举证质证意见	425
四、有理有据发表辩护意见	427
有效辩护三步法示意图	432
后 记	433

第一章

有效辩护的基础： 站在不同诉讼立场确立辩护思路



律师从事刑事辩护,需要对整个刑事诉讼业务有全面的了解,进行整体的把握。这样才能运用普遍联系的观点来研究刑事辩护工作,也才能站在不同的诉讼立场更为有效地确立辩护思路。本章对律师在刑事诉讼中,作为辩护人、代理人等不同角色开展工作的要点及思路进行系统、全面地阐述,并结合实例进行分析论证。

- 第一节 担任被告人的辩护人
- 第二节 担任被害方的诉讼代理人
- 第三节 担任附带民事诉讼原告人的诉讼代理人
- 第四节 担任附带民事诉讼被告人的诉讼代理人
- 第五节 担任自诉人的诉讼代理人
- 第六节 律师刑诉业务的案例解读

第一节 担任被告人的辩护人

说到律师,人们首先想到的就是在法庭上西装革履、意气风发,与检察官唇枪舌剑、口若悬河,最终因被告人的无罪释放而受人顶礼膜拜的形象。一些法学学子正是被刑辩律师的“高大上”形象所吸引,走上了律师职业之路。担任被告人的辩护人,是律师的重要业务之一,也是最能反映律师业务能力的工作。

一、多因素理解刑辩律师的必要性

在当前,由于来自社会、司法、制度等各方面因素的综合作用,导致刑辩律师具有很强的必要性,聘请律师进行辩护成为刑事被告人的必要选择。

第一,从社会因素看,国民总体法律知识水平较低的状况,决定了刑辩律师的必要性。在我国当前,学习研究法律的人员在全人口中所占比例相对较低,绝大多数人没有专业的法律知识。即使具有法学教育背景的人,也有一部分人属于刑事法学专业。对于非刑事法学专业的人员来说,刑事诉讼仍然是一个陌生的领域。而且,法律是一门实践科学,虽然受过法学教育,但没有相应的实务经验的人,对于刑事诉讼活动仍然是生疏的。可以说,不是从事刑事诉讼活动的人员,在自身成为刑事被告人之后,都很难有效地自行辩护,因此有必要聘请专业的刑辩律师为其服务。

第二,从司法因素看,被告人普遍被先行羁押的做法,决定了刑辩律师的必要性。根据当前的司法现状,刑事被告人以被先行拘留、逮捕予以羁押为主,而被采取取保候审、监视居住等开放性强制措施相对较少。取保候审、监视居住往往适用于罪行较轻且自愿认罪的被告人,从而导致那些涉嫌的罪行较重,且对案件的认定具有异议的被告人难以获得人身自由。这些被剥夺了人身自由的被告人,为自己辩护的能力进一步削弱,更需要专业律师为其



辩护。

第三,从制度因素看,检察机关相对于被告人的强势地位,决定了刑辩律师的必要性。从诉讼构造上看,控辩双方应当具有同等的诉讼地位,只有这样才能保证被告人能够平等地对抗控诉方。我国宪法、刑事诉讼法一方面规定了无罪推定等诉讼制度,给予了被告人抗辩的地位;但另一方面又突出强调检察机关的追诉职能,赋予检察机关对审判机关的检察监督职权,形成了控辩双方地位在事实上的不完全对等。在被告人相对处于弱势地位的情况下,刑辩律师的介入能提升被告人的抗辩能力,具有重要的意义。

二、清晰掌握刑辩律师的介入程序

《刑事诉讼法》第32条规定,犯罪嫌疑人、被告人除自己行使辩护权以外,还可以委托一至二人作为辩护人。据此,一名被告人至多只能委托二名辩护人。律师可以一人单独担任辩护人,也可以二名律师共同担任辩护人,或者律师与一名非律师的公民共同担任辩护人。

《刑事诉讼法》第33条规定,人民法院自受理案件之日起三日以内,应当告知被告人有权委托辩护人。犯罪嫌疑人、被告人在押期间要求委托辩护人的,人民法院、人民检察院和公安机关应当及时转达其要求。犯罪嫌疑人、被告人在押的,也可以由其监护人、近亲属代为委托辩护人。辩护人接受犯罪嫌疑人、被告人委托后,应当及时告知办理案件的机关。根据该条规定,法院受理案件后,在向被告人送达起诉书副本的同时,会告知其委托辩护人的权利。至于是否委托辩护人,由被告人自行决定,法院不能以任何理由剥夺、限制被告人委托辩护人的权利。实践中,有些在押被告人的亲属为被告人委托了辩护人,而被告人向法院表示不委托辩护人。由于被告人亲属及律师无法向被告人本人确认其真实意愿,容易产生对法院的怀疑,认为法院通过某种手段向被告施压,从而使被告人违心表示不委托辩护人。在此种情况下,律师或者亲属可以要求法院安排与被告人当面确认。

律师一旦取得被告人或者被告人亲属委托之后,应及时告知法院,向法院提交授权委托书(即《律师刑事诉讼格式文书五》)及律师事务所函(即《律师刑事诉讼格式文书二》),从而介入诉讼。

从行使辩护职能角度看,律师最迟应当在庭前介入诉讼,从而参与庭审。



如果被告人在庭审之后至一审宣判前委托辩护人,律师接受委托后,应及时与法院沟通。因为被告人随时可以委托辩护人,所以法院即使在庭审后也不能拒绝辩护人介入。法院可以安排二次庭审,让辩护律师行使权利,发表意见。

三、正确理解刑辩律师的工作要点

根据《刑事诉讼法》第35条的规定,刑事辩护律师的责任是根据事实和法律,提出被告人无罪、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、被告人的诉讼权利和其他合法权益。辩护律师受被告人之托,为被告人争取利益最大化。在这一目标的指引下,刑辩律师在审判阶段需要从事多项工作。

第一,获取指控信息。辩护律师介入诉讼之后,成为法定的诉讼参与人。法院会在收取辩护手续材料后,向辩护人提供起诉书副本、量刑建议书等。律师应在第一时间通过这些材料,了解检察院指控的犯罪事实、罪名以及建议的量刑幅度。实践中,一些案件起诉书对于指控的事实表述过于笼统、概括,指控信息不明确;一些多起事实、多个罪名的案件中,对于哪一起事实触犯哪个罪名表述不明确。在这种情况下,辩护人可以与承办法官沟通,要求公诉机关对此问题予以明确。

第二,会见被告人。根据《刑事诉讼法》第37条的规定,辩护律师可以同在押的被告人会见和通信。其他辩护人经人民法院、人民检察院许可,也可以同在押的被告人会见和通信。为了与被告人有效沟通,律师应当会见被告人,当面交流。通过会见,询问被告人对指控事实及罪名的意见,向被告人核实有关证据,向其释明相关法律规定,阐述辩护思路,就辩护思路与被告人达成一致意见。对于被告人自愿认罪,而辩护人拟作无罪辩护的,需要征得被告人的同意。相关的法律及司法解释^①明确了会见程序,扫清了律师会见的

^① 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于依法保障律师执业权利的规定》第7条规定:

“辩护律师到看守所会见在押的犯罪嫌疑人、被告人,看守所在查验律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函后,应当及时安排会见。能当时安排的,应当当时安排;不能当时安排的,看守所应当向辩护律师说明情况,并保证辩护律师在四十八小时以内会见到在押的犯罪嫌疑人、被告人。

看守所安排会见不得附加其他条件或者变相要求辩护律师提交法律规定以外的其他文件、材料,不得以未收到办案机关通知为由拒绝安排辩护律师会见。”



障碍。一方面,律师一人即可会见被告人;另一方面,辩护律师持律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函要求会见在押的犯罪嫌疑人、被告人的,对于一般案件而言,看守所应当及时安排会见,至迟不得超过48小时。对于取保候审或者监视居住的被告人,律师会见则更为方便。

第三,查阅、摘抄、复制案卷材料。根据《刑事诉讼法》第38条的规定,辩护律师在检察院审查起诉阶段,即可查阅、摘抄、复制本案的案卷材料。如果律师在审查起诉阶段即介入诉讼且完成上述工作的,在法院审判阶段可以了解检察院提供的材料有无增加,对增加部分另行查阅、摘抄、复制。如果是在审判阶段介入诉讼,或者在审查起诉阶段未能阅卷,应在审判阶段及时完成查阅、摘抄、复制案卷材料工作。复制的方式可以是复印,也可以是拍照。电子证据的,可以拷贝。关于案卷材料的范围,可以理解为公诉机关向法院移送的全部材料。对于案卷材料,是否包括对被告人的讯问录像,实践中理解并不完全一致。最高人民法院在《关于辩护律师能否复制侦查机关讯问录像问题的批复》中作出了肯定性的确认。^①

第四,收集或者申请调取证据。《刑事诉讼法》赋予了辩护律师调查取证的权利,但需要注意的是,辩护律师向证人或者其他有关单位和个人收集证据,需要征得前述人员的同意。向被害人或者其近亲属以及被害人提供的证人收集证据,不仅要经前述人员同意,还要经过人民法院的许可。如果收集证据存在困难的,可以申请人民法院收集、调取证据。律师也可以申请人民法院通知证人出庭作证。这里的证人既包括已经提供过证言的证人,也包括未作过证的证人。辩护人申请法院调取证据或者通知新的证人到庭,应说明

^① 最高人民法院《关于辩护律师能否复制侦查机关讯问录像问题的批复》2013年9月22日[2013]刑他字第239号。

“广东省高级人民法院:

你院(2013)粤高法刑二终字第12号《关于辩护律师请求复制侦查机关讯问录像法律适用问题的请示》经研究,答复如下:

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第三十八条和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第四十七条的规定,自人民检察院对案件审查起诉之日起,辩护律师可以查阅、摘抄、复制案卷材料,但其中涉及国家秘密、个人隐私的,应严格履行保密义务。你院请示的案件,侦查机关对被告人的讯问录音录像已经作为证据材料向人民法院移送并已在庭审中播放,不属于依法不能公开的材料,在辩护律师提出要求复制有关录音录像的情况下,应当准许。

此复。”



申请的理由,有条件的可以提交证人作证的内容。另外,辩护律师有根据认为在侦查、审查起诉期间公安机关、人民检察院收集的证明被告人无罪或者罪轻的证据材料未向法院提交的,有权申请人民法院调取。

从取证规范性和风险防范角度考虑,律师向被害人、证人收集证据,应当由两名律师共同完成。收集证据的地方,既可以是律师办公场所,也可以是被害人、证人居住或者方便的地方。对于重大或者对抗性较强的案件,可以跟法院协调,律师与被害人或者证人共同到法院取证。

第五,申请变更强制措施。对于在押的被告人,符合下列条件之一的,辩护人可以申请取保候审:(1)可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的;(2)可能判处有期徒刑以上刑罚,采取取保候审不致发生社会危险性的;(3)患有严重疾病、生活不能自理,怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女,采取取保候审不致发生社会危险性的;(4)羁押期限届满,案件尚未办结,需要采取取保候审的。辩护人申请取保候审时,应具体说明被告人符合哪一项条件,对于以第(3)项理由申请取保候审的,应提交相应证据。法院不同意取保候审的,可以要求其说明理由。

法院在什么情况下会对被羁押人员取保候审,具有较为稳定的做法,辩护人应该有针对性地申请。司法实践中,对于上段第(1)种情况,罪行较轻,刑期较短,辩护人无须申请取保候审。即使申请,法院也会选择尽快宣判,不会选择手续更为烦琐的取保候审。因为一般而言,办理取保候审,既有内部的院长审批手续,又需要到看守所办理释放手续。上段第(2)种情况,法律规定较为概括,而且大量案件的被告人均符合此条件,辩护人申请取保候审得到批准的机率较小。上段第(3)种情况中,怀孕或者哺乳期妇女,属于法定不能羁押人员,无须辩护人申请,司法机关一旦发现就会立即变更为取保候审;患有严重疾病、生活不能自理的,具有一定的弹性,且继续羁押存在羁押期间死亡的风险,或者因生活不能自理造成羁押成本的增加,辩护人申请取保候审获取批准的可能性较大。对于上段第(4)种情况,在审判期间,如果法院不能在既定的审限内审结,继续羁押确实侵犯被告人的合法权益,辩护人要依法及时申请取保候审。尤其对于案件认定有分歧的案件,存在无罪的可能性,法院变更强制措施的可能性更大。对于二案发回重审的案件,如果二审系因被告人不构成犯罪而发回重审,辩护人更应积极申请,促成法院对被告



人取保候审。

辩护人申请取保候审,为了增加获得批准的可能性,应向法院提供可靠的保证人。保证人可以是被告人的亲友,也可以是被告人单位、所在基层组织的人员,但保证人不能与案件有关联。

第六,与法院沟通退赔、赔偿等事项。对于被告人的行为给被害人或者被害单位造成经济损失的案件,能否退赔、赔偿,直接影响对被告人的量刑。辩护人应征询被告人及其亲属的意见,在经济能力许可范围内,尽量地退赔、赔偿。对于违法所得,主动退缴。这些工作,需要主动跟审判人员沟通,确定数额及缴纳方式。对于退赔、退缴的案件,尽量获取被害人的谅解,符合条件的,按照刑事和解的方式处理。

第七,参加庭审。庭审工作是刑事诉讼的最为核心环节,也是辩护律师最合适的用武之地。律师如果在特定的时间段因特殊原因不能出庭,应提前与审判人员沟通,以争取合适的庭审时间。庭审中,辩护人具有申请回避、法庭询问、举证、质证、法庭辩论等诉讼权利。在庭前,律师应根据阅卷及会见被告人的情况确定庭审辩护思路,拟写辩护词。庭审过程中,要根据庭审情况,及时调整辩护思路。对于审判人员、公诉人侵犯被告人权益的行为,可以当庭提出。对于公诉人当庭出示新证据的,可以不急于发表质证意见,申请延期审理,进行准备。在法庭辩论环节,发现需要对某些问题进行法庭调查的,可以申请法庭恢复法庭调查。在被告人最后陈述环节,发现需要进行法庭调查或者辩论的,可以申请法庭恢复法庭调查或者法庭辩论。

第八,参加宣判。对于当庭宣判的案件,宣判是庭审的最后一步程序。对于法庭不能当庭宣判的案件,则需要择日另行宣判。刑事案件的宣判,一律公开进行,包括因涉及个人隐私等原因不公开审理的案件。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称《刑诉解释》)第248条的规定,公诉人、辩护人、诉讼代理人、被害人、自诉人或者附带民事诉讼原告人未到庭的,不影响宣判的进行。也就是说,宣判时辩护人不是必须到庭的。这一点,与庭审不同。

宣判之后,辩护律师可以会见被告人,征询其对判决的意见,决定是否提起上诉。辩护人拟写的上诉状,需要被告人签名或捺手印确认后,才能向法庭提交。



四、自诉案件中刑辩律师的特殊工作

律师可以接受自诉案件被告人的委托,担任其辩护人。担任自诉案件被告人的辩护人,除了履行公诉案件被告人辩护人的基本职责外,还要根据自诉案件自身的特点开展工作。

第一,审查案件是否符合自诉案件的受理条件。根据法律规定,是否符合立案条件,属于法院在立案阶段的职权行为。辩护人介入时,案件已经确定立案,是否符合立案条件不是辩护律师的工作。但是,在立案登记制的背景下,对于何种案件符合自诉立案条件,自诉案件立案标准是什么,法院并没有统一的做法。一些本不符合立案条件的,也进入了诉讼程序。辩护人可以对此进行进一步的审查,发现不符合立案条件的,依法向法院反映,从而争取法院直接驳回自诉人的自诉,减少被告人及辩护人的诉累。《刑诉解释》第1条^①进一步明确了自诉案件的范围,第259条规定了自诉案件的条件,^②这些条文为审查判断提供的依据。

第二,决定是否提起反诉。区别于公诉案件的是,自诉案件中被告人可以提起反诉。辩护人经审查认为符合反诉条件的,可以与被告人共同确定是否提起反诉。提起反诉的被告人只能是自诉人本人,且针对的事实也是与本

^① 《刑诉解释》第1条规定:“人民法院直接受理的自诉案件包括:

(一)告诉才处理的案件:1.侮辱、诽谤案(刑法第二百四十六条规定的,但严重危害社会秩序和国家利益的除外);2.暴力干涉婚姻自由案(刑法第二百五十七条第一款规定的);3.虐待案(刑法第二百六十条第一款规定的);4.侵占案(刑法第二百七十条规定的)。

(二)人民检察院没有提起公诉,被害人有证据证明的轻微刑事案件:1.故意伤害案(刑法第二百三十四条第一款规定的);2.非法侵入住宅案(刑法第二百四十五条规定的);3.侵犯通信自由案(刑法第二百五十二条规定的);4.重婚案(刑法第二百五十八条规定的);5.遗弃案(刑法第二百六十二条规定的);6.生产、销售伪劣商品案(刑法分则第三章第一节规定的,但严重危害社会秩序和国家利益的除外);7.侵犯知识产权案(刑法分则第三章第七节规定的,但严重危害社会秩序和国家利益的除外);8.刑法分则第四章、第五章规定的,对被告人可能判处三年有期徒刑以下刑罚的案件。本项规定的案件,被害人直接向人民法院起诉的,人民法院应当依法受理。对其中证据不足、可以由公安机关受理的,或者认为对被告人可能判处三年有期徒刑以上刑罚的,应当告知被害人向公安机关报案,或者移送公安机关立案侦查。

(三)被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任,且有证据证明曾经提出控告,而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件。

^② 《刑诉解释》第259条规定:“人民法院受理自诉案件必须符合下列条件:

(一)符合刑事诉讼法第二百零四条、本解释第一条的规定;

(二)属于本院管辖;

(三)被害人告诉;

(四)有明确的被告人、具体的诉讼请求和证明被告人犯罪事实的证据。”



诉事实相关的事实。这种相关性,更多地表现为互相侵害的案件,如互殴造成伤害。对于自诉人的诉讼行为不得提起反诉。也就是说,自诉人提起自诉,被告人不能以自诉人诬告陷害为由提起反诉。

第三,与自诉人调解。《刑诉解释》第 271 条规定,人民法院审理自诉案件,可以在查明事实、分清是非的基础上,根据自愿、合法的原则进行调解。自诉案件可以调解结案,也就是说双方达成调解的,不再追究被告人的刑事责任。辩护人可以根据案情,决定是否与自诉人调解。对于被告人的行为构成犯罪的,可以通过调解的方式,为被告人争取更大的利益。

第四,提交辩护意见。公诉案件,法院一律需要开庭审理,所以辩护律师可以在庭审中发表辩护意见。但自诉案件,如果法院认为自诉人的指控缺乏罪证的,可以不开庭审理,直接劝说其撤诉或者驳回自诉。辩护人在介入诉讼后,如果认为自诉不成立的,可以直接向法庭提交辩护意见,驳斥自诉人的自诉,说服法官不再开庭,这样既减少诉累,也减少开庭后被告人被追诉的风险。实践中一般掌握,对自诉案件如果缺乏罪证的,不开庭审理直接裁定驳回自诉人的自诉,而一旦开庭审理了,则只能以判决的形式宣告被告人有罪或者无罪。相比较而言,驳回自诉往往承办法官或者合议庭就能决定,而宣告无罪内部程序更多。

第二节 担任被害方的诉讼代理人

我国《刑事诉讼法》赋予了被害人当事人的诉讼地位。在被害人系限制行为能力人或者无行为能力人的情况下,其法定代理人具有当事人的诉讼地位。在被害人死亡的情况下,其近亲属具有当事人的诉讼地位。在侵犯单位权利的案件中,受害单位具有当事人的诉讼地位。为了表述的方便,这里将被害人或者其法定代理人、近亲属以及被害单位统称为被害方。^①被害方为了维护自身的合法权益,依法追究被告人的刑事责任,具有委托律师担任诉讼代理人的权利。

一、正确理解被害人委托律师担任诉讼代理人的意义

一般认为,刑事犯罪是被告人对整个社会秩序的侵犯,虽然直接受害的可能是具体的某个被害人,但不论直接被害人是否要求追究,对于告诉才处理的案件之外的刑事案件,检察院都要代表国家提起公诉。所以,在刑事公诉案件中,被害人可以放弃诉讼权利,不参加诉讼。同时,如果其认为有必要,可以当事人的身份参加诉讼。被害人参加刑事诉讼区分两种情况,其一是配合协助公诉机关指控,被害人与公诉机关意见一致;其二是在被害人与公诉机关意见不一致的情况下,独立地向法庭表明自己的意见。

在被害人自己不方便参与诉讼,或者认为自身能力不足以有效参与诉讼的情况下,委托具有专业知识的律师参与诉讼就成为必要。通过委托律师参与诉讼,能够更好地了解案情,因为律师具有阅卷等专有诉讼权利。同时,律

^① 在有些案件中,被害方有权利提起刑事附带民事诉讼,同时具有了附带民事诉讼原告人的身份,对律师担任附带民事诉讼原告人的代理人问题,将在下一节专门介绍,本节仅限于不提起附带民事诉讼的被害方,律师代理其参与刑事诉讼。