

公诉人出庭的方法与技巧

主 编◇王 勇
副主编◇李 勇



公
诉
人
出
庭

的方法与技巧

主 编 王 勇
副 编 李 勇



法律出版社
LAW PRESS-CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公诉人出庭的方法与技巧 / 王勇, 李勇主编. —北京: 法律出版社, 2015. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7947 - 9

I. ①公… II. ①王…②李… III. ①公诉—辩护—基本知识—中国 IV. ①D925.15

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 099622 号



©法律出版社·中国

责任编辑 / 许 睿

装帧设计 / 汪奇峰

出版 / 法律出版社

编辑统筹 / 法规出版社

总发行 / 中国法律图书有限公司

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市龙大印装有限公司

责任印制 / 吕亚莉

开本 / 720 毫米 × 960 毫米 1/16

印张 / 15.5 字数 / 299 千

版本 / 2015 年 8 月第 1 版

印次 / 2015 年 8 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 / xr@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792/9779

网址 / www.lawpress.com.cn

咨询电话 / 010 - 63937329

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 上海公司 / 021 - 62071010/1636

北京分公司 / 010 - 62534456 深圳公司 / 0755 - 83072995 重庆公司 / 023 - 65382816/2908

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 7947 - 9

定价: 45.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

动笔写前言的时候已经时近春节,上班途中车辆明显稀少,地铁站门口原来密密麻麻的电动车现在只有稀稀拉拉的几辆,车厢中更是随处都有座位,一改平时拥挤的局面。这样的场景提醒了我:马上就要过年了。答应出版社写书时,尽管忙碌,但是晚上还偶尔有点时间,自己也偶尔在博客上对一些热点案件随笔涂鸦,但过去的一年却始终如同处在战斗模式,一刻也不停歇,甚至元旦之后还是一个庭接着一个庭的开。今年以来,案件数量没有明显提升,但是工作量却大大增加,经常下班到家已经八点多钟,累得饭也不吃倒头就睡,原因是什么?新《刑事诉讼法》实施后,对庭审的要求越来越高,开庭的任务越来越艰巨,而公诉人的庭审驾驭能力提高的却不显著,大量重大案件庭审需要对出庭公诉人进行指导、培训。在接下来的几年时间里,这种挑战的压力会更大。

十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)提出推进以审判为中心的诉讼制度改革,确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验。习近平总书记在关于十八届四中全会决定的说明第十点也专门强调了推进以审判为中心的诉讼制度改革,并明确“决定提出推进以审判为中心的诉讼制度改革,目的是促使办案人员树立办案必须经得起法律检验的理念,确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律检验,保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用”。推进以审判为中心的诉讼制度改革,其实质就意味着要改掉过去以侦查、卷宗为中心的司法现状,改变刑事庭审只是“形式”的局面,更强调庭审在刑事诉讼中的核心地位。这里面必然包含了直接言词、程序公正优先、司法中立、公开审判、集中审理等原则以及完善辩护制度的发展方向。当前的司法实践中,法学教育中没有阅卷、讯问、询问、庭审应对、法律文书制作的学习和训练,学生走出校门后主要依赖于司法机关传统的师傅带徒弟的学习模式。一个公诉人的出庭风格、答辩思路、讯问方式等,主要是受其师傅和所在单位的影响。这种传统模式在过去律师异地执业少、辩护挑战小的情况下公诉人能够胜任当时的庭审需要,但

在目前优质律师资源开始向少数大城市集中,庭审中程序性辩护越来越重要的情况下,其视野窄、能力受限等缺点就开始逐渐暴露出来。

因此,公诉人只有不断借鉴不同的出庭风格和方式,强化庭审应对能力,才能充分发挥审判中指控犯罪的主体作用,实现控辩双方在庭审中的良性互动,保障庭审效果,这也是本书追求的价值所在。本书在创作初期我们就计划要从实践中来,到实践中去,所有问题都是我们在现实庭审中遇到的问题,答辩和应对方法也是我们在办案过程中经常使用的。每个章节贯穿了司法实践中我们所经办的个案,同时也借鉴了上海等地优秀司法经验的精髓。我们试图用真实的案例、真实的法律文书、庭审笔录来阐述各个环节的工作要点与方法。当然,纸上得来终觉浅,绝知此事要躬行,出庭公诉工作更不能纸上谈兵。庭审现场如同足球比赛,情况瞬息万变,具体的灵活运用完全要靠自己把握,不断在司法实践中摔打、琢磨,而不可能依赖于书本学习甚至预案。本书的内容只是提供一种思路和方法,具体运用则需要根据现场情况当庭判断。我在去年8月份参加一个复杂诈骗案件庭审时,尽管准备了翔实的预案,但庭审初期不同身份的五名被告人及其辩护人对公诉人展开了猛烈攻击,导致公诉人的局面非常被动。我综合分析了现场五名被告人在共同犯罪中的作用、地位后,在法庭调查阶段的前三天时间全力论证四名被告人的犯罪行为,对其中一名被告人钱某某的辩解不仅不予答辩,甚至对其合理部分庭上给予充分肯定,从而成功分化被告人及辩护人的阵营,让钱某某及其辩护人成为“第二公诉人”。但至第四天进入法庭辩论阶段时,我在公诉意见中发力,全面分析钱某某辩解理由的荒谬性以及其他证据之间的印证关系。这种庭审攻击点、攻击时间的选择,庭审前是很难全面考虑的,更多要依赖于庭审时公诉人对整个庭审的把握。

确实,在卷宗中心的工作模式下,这种庭审的技巧除了庭审效果和释法说理之外,对判决的价值是不大的:庭审讯问不利,可以庭下继续讯问核实;举证或者对质证意见答辩不利,可以让法官自己阅卷采信证据、认定事实;法庭公诉意见发表不充分,事后可以通过庭下单独沟通补充。可是,现在《决定》要求“庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用”,最高人民法院的周强院长更是反复强调,要“确保案件证据展示、质证、认证在法庭,证人、鉴定人作证在法庭,案件事实调查、认定在法庭,诉辩和代理意见发表、辩论在法庭,直接言词原则体现在法庭,公正裁判决定在法庭,裁判说理讲解在法庭。”在这种情况下,庭审驾驭就显得尤为重要了。

可惜的是,在主编这本书的过程中,因这一年来工作缠身,自己更多的是担当了一个创意及资料提供者的角色,对于本书最大的贡献就是提供了框架方案和自己执笔的大量预案、文书及事后整理的答辩要点。要特别感谢李勇同志在最后挺身而出承担了

繁重的统稿、修改甚至校对工作,才使本书得以顺利出版;同时还要感谢本书其他各章节的作者。本书各章节的作者分工如下:

王勇(江苏省苏州市人民检察院公诉二处副处长、全国十佳公诉人、江苏省检察业务专家):前言、第十章、第六章第四节;

李勇(江苏省南京市建邺区人民检察院公诉科科长、全国检察理论研究人才、南京市十佳公诉人):第四章、后记;

姚国梅(江苏省苏州市人民检察院检察官):第五章、第二章;

付超(江苏省苏州市人民检察院检察官):第六章第一、二、三节;

朱林林(江苏省苏州工业园区人民检察院检察官):第八章、第九章;

杨诗文(江苏省苏州市人民检察院检察官):第一章、第二章(与姚国梅共同撰写);

金磊(江苏省苏州市人民检察院检察官):第三章、第七章。

在2014年日本年度收视率第一的《律政英雄2014》中,久利生检察官在法庭上曾经陈述过:“正义并非唯一。身为检察官,我们的正义在于不错放一个罪人;辩护律师的正义在于维护委托人的合法权益;而法官席上的各位,也就是各位审判员、陪审员,你们的正义在于听取双方言论,在法律和人情之间,下达公正的判决。大家都坚守着自己的正义,从自己的正义出发,来审视被告人的所作所为,从而促使真相浮出水面,这才能称之为审判!”以审判为中心的诉讼制度改革大幕已经拉开,电视剧中久利生检察官的这段话是庭审正义最通俗的一种表达,公诉人必将面临着越来越艰难的庭审。我们在为法治进步和司法改革欢呼之余,更需要将这种艰难的转变看作新生前的阵痛。公诉人的水平会因为这样的要求而全面提升,规则体系会因为这样的案件而更趋完善,更重要的是只有保障被告人及其辩护人的权利,通过积极的庭审对抗,才可能“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义。”

希望这本书能为部分年轻公诉人顺利适应新的庭审要求做出一点贡献。受能力更是受时间所限,书中内容未及认真雕琢,必然有不成熟甚至不正确的观点,希望大家能提出宝贵意见。

王 勇

2015年2月15日于苏州

目 录

第一章	概述	1
第二章	庭前准备	8
第一节	熟悉案情,做到成竹在胸	8
第二节	熟悉相关法律法规及专门知识	11
第三节	对案件可能引发的舆情有充分的预判	14
第四节	预判争议焦点,提高庭审控场能力	16
第五节	做好被害人、证人、鉴定人、有专门知识的人等出庭的准备工作	18
第六节	做好非法证据排除的准备工作	21
第七节	出庭预案制作	23
第三章	庭前会议	27
第一节	庭前会议概述	27
第二节	庭前会议的适用范围、程序、内容及效力	28
第三节	公诉人参加庭前会议的策略与方法	35
第四章	非法证据调查程序及应对策略	39
第一节	非法证据排除概述	39
第二节	非法证据调查程序的启动	44
第三节	非法证据调查程序中的证明责任及证明标准	47
第四节	非法证据调查程序中公诉人应对之策	51
第五章	庭审讯问、询问	60
第一节	讯问被告人	60
第二节	询问被害人、证人	77
第三节	询问鉴定人、有专门知识的人	86

第六章 举证、质证	91
第一节 举证、质证概述	91
第二节 举证、质证的基本原则	95
第三节 举证、质证的方法及策略	98
第四节 举证、质证阶段常见问题的应对	111
第七章 法庭辩论	141
第一节 法庭辩论概述	141
第二节 法庭辩论的准备	145
第三节 答辩的策略和分寸	159
第四节 法庭辩论阶段常见问题的应对	163
第八章 简易程序庭审	174
第一节 简易程序概述	174
第二节 简易程序的具体适用	177
第三节 简易程序庭审常见问题及对策	180
第九章 二审程序庭审	189
第一节 二审程序概述	189
第二节 检察员出席二审法庭的庭前准备	193
第三节 检察员出席二审上诉法庭	195
第四节 检察员出席二审抗诉法庭	209
第十章 刑事诉讼程序性辩护之应对	219
第一节 刑事诉讼程序性辩护概述	219
第二节 公诉人面对程序性辩护暴露出的问题及应对方法	224
主要参考文献	233
案例索引	235
后 记	237

第一章 概 述

公诉人出庭支持公诉为公诉权的重要内容之一。“检察官必须莅庭实施公诉,此乃检察官最基本之任务,亦为控诉原则及言词原则最基本的要求。”^①按照现代法治“不告不理”的要求,公诉案件中,公诉人提起公诉是法庭启动审判程序的前提条件,而法官的居中裁判决定了公诉人必须出庭,旨在阐明提起公诉的缘由,而在我国,公诉人出庭还蕴涵着保障庭审程序性公正的内涵。因此,从内容上来看,公诉人出席法庭一方面履行着指控犯罪的职能;另一方面还承担着诉讼监督的职能。从价值取向上来看,公诉人出席法庭追求实体正义与程序正义的有机统一。

公诉人出席法庭的活动由庭前准备、参与庭审调查、举证质证及法庭辩论等环节构成,其涉及的内容要求公诉人对案件事实、证据有充分的把握,对法律适用有准确的认知,对庭审可能出现的实体和程序性问题有足够的预判及应对能力,要求不可谓不高。诚然,公诉人在审查证据时对上述问题就应当有所考虑,但是庭审活动与审查证据的本质区别在于其直观性与对抗性,公诉人要通过庭审向法官、被告人、辩护人及其他诉讼参与者展示案件相关证据,充分论证案件提起公诉的依据;公诉人也需要通过庭审活动厘清案件争议焦点,达到释法说理的效果;公诉人还需要通过庭审保障当事人诉讼权利,监督庭审程序的正当性。

一、公诉人出庭的任务和目的

(一)代表国家指控犯罪

公诉机关的设置即为国家指控犯罪的需要,公诉人出席法庭就是代表国家履行指控犯罪,提请人民法院对被告人依法审判的职能,这也是公诉人出席法庭的首要任务。公诉人出席法庭代表的不是个人,而是国家,其应当积极、主动地向法庭展示认定被告人有罪的相关证据,从而实现惩治犯罪、维护社会秩序的目的。

^① 林钰雄:《检察官论》,法律出版社2008年版,第14页。

(二)规范和监督审判权行使

审判权作为刑事诉讼中的关键性权力,应当受到一定的监督和制约,而公诉人出庭对审判行为具有一定的规范和监督作用。

1. 限定审判范围

法庭审理的范围应当受到公诉人起诉书内容的限制,起诉书明确载明指控的犯罪事实,在学理上一般称为诉因,而法院判决则应当围绕着诉因进行。^① 根据我国《刑事诉讼法》的规定,法庭调查等活动都是围绕着起诉书指控的犯罪事实进行,同时允许公诉机关变更、追加起诉。法院发现新的事实可能影响定罪的,可以建议人民检察院补充或者变更起诉,但是人民检察院不予以变更的,人民法院也只能根据起诉书指控的事实作出判决、裁定。因此,根据法律规定,人民法院的判决应当局限于起诉书指控的犯罪事实。这样就限制了法院审理的范围,防止法院过分扩张审判权,从本质上保障了被告人得以在知晓的范围内被判决,保障被告人及其辩护人能够在庭审中针对犯罪事实提出积极的抗辩。因此,公诉人出席法庭即内含着法院必须按照起诉内容进行法庭审判活动,而不得诉外审判。

2. 量刑建议权对法院量刑范围的控制

量刑建议权是公诉机关履行职责的重要内容之一,公诉机关通过向法院提出量刑建议,可以有效地防止法院在量刑幅度较大时滥用自由裁量权,是对审判活动进行控制的有效手段。因此,“公诉机关向法庭提出具体量刑的建议并由此引发辩方的量刑答辩,控辩求罪对等的同时强化辩方的求刑对等,增强控辩诉讼程序的对抗性。同时,控辩双方的具体量刑辨析有助于法官掌握量刑的合理界限形成公正判决,也为公诉机关有效进行法律监督提供透明空间”^②,因此,量刑建议的作用不容小觑。近年来,实践中对量刑建议愈发重视,公诉人出庭时出示关于量刑方面的相关证据、提出量刑建议、参与量刑答辩等都有效地履行了求刑职责,并在一定程度上控制了法院的量刑范围。

3. 实施法律监督

检察机关是我国法律规定的监督机关,公诉人在出庭时应当对庭审活动进行法律监督,其目的在于维护刑事审判活动的公正性,保障各方当事人的合法权益包括被告人的利益,履行客观义务。一般来讲,这类监督体现为两个方面:一是对法庭审判活动本身是否合法进行监督;二是保障各诉讼参与人的合法权益。

根据我国《刑事诉讼法》第203条的规定,“人民检察院发现人民法院审理案件违

^① 参见[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243页。

^② 参见吕端胜、陈娟娟:“公诉权与其他诉讼权能关系之调适”,载《中国刑事法杂志》2010年第6期。

反法律规定的诉讼程序,有权向人民法院提出纠正意见”。根据最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第578条的规定,“审判活动监督由公诉部门和刑事申诉检察部门承办”;该《规则》第580条又规定,“出席法庭的检察人员发现法庭审判违反法律规定的诉讼程序,应当在休庭后及时向检察长报告”。而出庭人员对审判活动的监督主要涉及审判活动是否合法、当事人诉讼权利和合法权益是否得到保障等内容。

二、公诉人出庭的基本原则

简单来说,公诉人出庭的基本原则,是指公诉人在出席法庭时应当遵循的基本规范性准则。对公诉机关来说,“原则实际上具有守法准则和执法准则的双重功能。从积极方面来说,体现在为公诉机关的执法提供法律依据;从消极方面来说,则体现在对公诉机关的自由裁量权的限制”^①。因此,准确把握公诉人出庭的基本原则,有利于明确公诉人出庭时行为的依据和行为的界限。

(一)合法性原则

合法性原则即要求公诉人出庭的相关活动必须符合法律的规定与要求。公诉人出庭的合法性原则主要是遵循我国《刑法》和《刑事诉讼法》的要求。合法性原则是最为核心的原则,其要求公诉人指控的犯罪事实符合法律之规定,履行职责的程序也符合法律之规定。合法性原则看似简单,实则蕴涵着丰富的内容。明确合法性原则,有利于帮助公诉人在出庭履行职务时明确自己指控犯罪、实施诉讼活动的依据,也有利于帮助出庭公诉人规范自己参与庭审活动的行为,提高公诉活动的合法性、规范性,提升公诉机关的形象。

(二)客观性原则

公诉人出庭的客观性原则,要求公诉人不仅仅站在指控犯罪的立场,更要保持客观公正的立场。公诉人出庭的客观性原则起源于德国,并在《德国刑事诉讼法》中有所体现,后在大陆法系国家广泛使用。我国台湾地区学者林钰雄指出,“正是因为要客观,所以利与不利被告之情事要一律注意,所以执行职务有偏颇之虞时要回避”。^② 公诉人出庭之所以需要坚持客观性原则,主要是由于公诉机关代表国家指控犯罪,其在职能上拥有先天的优势,为了更好地保障被告人的权利,体现诉讼活动的公平。我国法律法规也对公诉人出庭的客观性原则进行了规定。根据最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第435条第1款的规定,“在法庭审理中,公诉人应当客观、全面、公正地向法庭出示与定罪、量刑有关的证明被告人有罪、罪重或者罪轻的证据”。

^① 胡子君:“公诉权若干基本问题初探”,河北大学2005年硕士毕业论文。

^② 林钰雄:《检察官论》,法律出版社2008年版,第21页。

从该条就可以看出,虽然公诉机关承担的是指控犯罪的职责,但是法律明确要求其不仅要搜集和出示对被告人不利的证据,也要向法庭出示对被告人有利的证据,这就是公诉人出庭的客观性原则最直观的体现。正确理解出庭公诉人的客观性原则有利于公诉人庭审中平衡指控职能与维护法律的职能,做到不枉不纵。

具体来说,公诉人出席法庭的客观性主要体现在以下几个方面:提出的证据材料应当客观,不仅仅局限于证明被告人有罪的证据,还应当包括证明被告人无罪或者罪轻的证据;案件论证应当客观,全面客观论证被告人的犯罪事实、量刑情节等;如果出现新的事实和证据,或者起诉错误等情况的,也应当及时变更起诉或者撤回起诉。

(三)全面性原则

公诉人出庭活动之所以占有十分重要的地位,实际上是由审判活动的核心地位所决定的,法院必须在开庭时充分听取控辩双方的意见之后才能作出判决,“因为只有庭审,才能通过听证与辩论有效实现对不同主张和根据的兼听。而庭下审则完全可能是选择性的,甚至是片面的,只有庭审,才能保证诉讼的公开性,从而防止暗箱操作”。^①我国法律也规定,没有经过庭审举证、质证的相关证据也不能成为定案的依据。因此,公诉人的出庭活动可以说是向法庭展示自己论点的关键环节。有鉴于此,公诉人应当在出庭时全面地向法庭展示自己的论点、论据,并对辩护方提出的相关意见提出自己的意见,达到法院支持起诉的效果。

三、公诉人出庭的基本方法

(一)充分的庭前准备

充分的庭前准备是公诉人出庭的基础。具体来说,公诉人的庭前准备工作应当包括以下几个方面:

1. 出庭预案的准备应当完善充分。根据我国《刑事诉讼法》及《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》的要求,公诉人在人民法院决定开庭审理之后,应当做好充分的准备工作。这些准备工作,大部分都是通过出庭预案来实现的,出庭预案准备得是否充分一定程度上决定了公诉人出庭的效果。公诉人首先应当对案件的争议焦点有明确的认识和清醒的判断,对需要补充证据的应当及时补充。同时,针对案件可能出现的焦点问题,公诉人在庭前应当思考:(1)对被告人应当采取怎样的方式讯问?如果被告人认罪应当如何讯问?如果不认罪应当如何讯问?有些问题是否需要讯问?对出庭作证的人员应当如何询问?(2)案件应当如何举证?如何将案件证据进行分组,并且明确

^① 龙宗智:“论建立以一审庭审为中心的事实认定机制”,载《中国法学》2010年第2期。

每组证据证实的内容?证据应当采用怎样的顺序出示才能达到较好的效果?每组证据被告人、辩护人可能提出怎样的质证意见?应当如何答辩?(3)如果被告人、辩护人在庭审中提出非法证据排除应当如何应对?(4)公诉意见书如何进行说理?哪些内容应当放在公诉意见书中予以说明,哪些则在答辩环节提出效果更好?(5)被告人、辩护人在答辩环节可能提出的意见,如何进行答辩?(6)案件可能涉及什么样的专业问题、涉及哪些法律法规、司法解释?(7)提交庭审的证据是否存在瑕疵?是否可以使用?是否需要补证以及如何补正?(8)采用什么形式宣读和出示证据?是否有必要对相关证人采取特殊保护措施?(9)如果庭审中出现突发情况怎么办?在认真思考上述问题的基础上,公诉人可以科学地架构自己的出庭预案,做到庭审时成竹在胸,不慌不乱。

2. 相关出庭人员的准备工作。2012年修改后的《刑事诉讼法》进一步完善了侦查人员、证人、有专门知识的人、鉴定人等出庭作证制度,十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》也进一步提出推进以审判为中心的诉讼制度改革,确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验。以往过于依赖言词证据的出庭模式已经不能适应新形势的要求,越来越多的被害人、侦查人员、有专门知识的人、证人、鉴定人出庭是大势所趋。相关人员出庭的效果往往影响到公诉人出庭的效果。因此,公诉人在出庭前要做好相关出庭人员的准备工作。对专家证人、侦查人员这种具有专业性的出庭人员,以充分沟通为主,强化专业知识对公诉活动的支持作用;对于一般证人则要重点分析证人的精神状况、心理素质、证言作用等多项内容。在沟通的前提下,更要做好证人出庭的心理辅导工作,帮助证人了解庭审程序,了解出庭目的,熟悉询问重点和应对方法,以达到预想的出庭效果。同时,对于提出需要接受保护的证人,也要及时联系法庭做好证人保护工作。

(二)适当的庭审技巧

1. 讯问应当有针对性。在庭审讯问阶段,控辩双方的基本论点往往就会逐步呈现,公诉人的庭审讯问一方面要向法庭展现基本犯罪事实,另一方面也要及时针对争议问题予以讯问,为后面的庭审埋下伏笔。同时,也要关注辩方讯问的目的,及时调整和完善庭审策略。

2. 举证应当层次分明。举证应当完整、系统、有层次。公诉机关在审查证据时的一个重要职能就是过滤及筛选证据,而在举证时,公诉人就应当把经过整理后的证据有体系地展现给法庭。公诉人要对证据出示方案精心布置并层层推进,要具有逻辑性,并对证明对象、证明内容、证据与证据之间的关联性予以说明,这样才能达到较好

的举证效果。例如杨佳袭警案,^①检察官对于法庭播放的原始录音内容进行了说明:“首先,录音清楚地表明民警告诉了杨佳是依据什么法律对他检查,也确实要求他提供租赁合同给民警查验;其次,录音清晰记录了杨佳面对民警执法所表现出来的不理解、不配合。”检察官在作这段证据说明时法庭相当安静,之后不仅辩护人和杨佳都没有提出异议,媒体也作了正面的报道,这样的说明就比较好地体现了举证成效。^②

3. 质证应当详略得当。对于确有必要质证的应当及时进行答辩,否则会造成公诉人回避问题的感觉。但是,对于被告人、辩护人不断纠缠的问题,或者有必要结合其他证据予以充分说明的,可以向法庭予以说明后,在综合答辩时或者在辩论阶段再提出答辩。

4. 辩论应当重点突出。在辩论时应当及时整理被告人和辩护人提出的相关论点,进行整理后逐一答辩。在答辩时也应当注意哪些内容是必须答辩的,一般来说,与定罪量刑有关的内容属于应当答辩的内容;而哪些内容无须答辩或者是辩方的陷阱,如辩方反复纠缠的、公诉人已经做过充分说明的内容可以不再答辩。在答辩时要保持冷静,不能得理不饶人,无论攻防都要注意分寸,做到有礼有节,保证答辩效果。

(三) 规范的庭审礼仪

公诉人代表国家出庭履行职务,其行为是否规范决定了国家机关的形象,因此公诉人在出庭时应当注重规范的庭审礼仪。一是要着装规范、仪态大方、举止得体。肢体语言的使用应当恰当,不能使用侮辱性的动作。二是用语要规范,措辞应恰当,庭审时应当说普通话。在庭审时不得攻击被告人及辩护人,避免用词口语化、粗俗化。三是要保持冷静的情绪,不可轻易被被告人及辩护人激怒,不能在遇到问题时惊慌失措,遇事要镇定自若,理智解决。四是用词要精准恰当,公诉人应当保证自己说出来的话有理有据,一切从法律和事实出发,不确定的话不乱说,尽量不要让辩方抓住把柄。

(四) 恰当的法律宣传

实践中,大部分的公诉人习惯于在发表公诉意见的时候进行法庭教育,但有些法庭教育直接将被告人的行为进行定罪,违背了任何人未经审判不能被认为有罪的刑事诉讼基本原则。我们认为,公诉人在出庭时结合实际案例可以进行适当的法律宣传。

^① 杨佳袭警案是2008年7月1日在上海市公安局闸北分局内发生的导致6名警员死亡、4名警员和一名保安人员受伤的重大袭警刑事案件。案件经上海市第二中级人民法院和上海市高级人民法院一审和二审后,判决杨佳死刑,并在最高人民法院核准后执行。此案当时引起了社会的广泛关注。

^② 季刚“强化公诉举证的建议”,参见http://www.jcb.com/prosecutor/thepractice/201107/t20110708_569789.html。

这种宣传主要是结合案例向旁听群众答疑解惑,宣传基本的法律知识,达到预防犯罪、防范犯罪的效果,而不是把被告人当做罪犯进行训斥和教育,也要避免把被告人当成罪犯作为反面教材来教育他人。^①

^① 参见李勇:“公诉意见书宜去除‘法庭教育’”,载《检察日报》2013年12月15日第3版。

第二章 庭前准备

刑事诉讼的核心是法庭审理,控辩双方在法庭上通过讯问、举证、质证、辩论,法官居中裁判查明真相。庭前准备工作是出庭公诉工作成功的前提和基础,为保障公诉案件庭审的顺利开展,有必要把庭前准备工作做扎实、做到位。

根据《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第428条^①、第429条^②的规定,公诉人庭前准备工作包括熟悉案情掌握证据情况,掌握与案件有关的法律政策、专业知识,证人出庭及非法证据排除等准备工作。下文将逐一展开分析。

第一节 熟悉案情,做到成竹在胸

即使是再简单的一审案件,也会因为公诉人庭前毫无准备,在面对庭审突发情况时手忙脚乱、难以应对,不知道证据在何处。由于口供长期处于“证据之王”的地位,无论是公安机关、人民检察院、人民法院还是刑辩律师,均格外注意审查被告人在侦查机关的有罪供述。刑事辩护律师通常会从被告人每一份侦查笔录入手,从中细挖侦查违法行为、被告人原有罪供述的不真实、与现有证据的矛盾之处,进而推论指控事实的不成立。如若公诉人未能全面掌握被告人每份供述内容的差异性、被告人辩解的可信性、口供与在案其他证据之间的关系,则很难对辩护观点充分质证。所以,公诉人在庭

^① 该条文的内容如下:“公诉人在人民法院决定开庭审判后,应当做好如下准备工作:(一)进一步熟悉案情,掌握证据情况;(二)深入研究与本案有关的法律政策问题;(三)充实审判中可能涉及的专业知识;……(七)需要对出庭证人等的保护向人民法院提出建议或者配合做好工作的,做好相关准备。”

^② 该条文的内容如下:“人民检察院在开庭审理前收到人民法院或者被告人及其辩护人、被害人、证人等送交的反映证据系非法取得的书面材料的,应当进行审查。对于审查逮捕、审查起诉期间已经提出并经查证不存在非法取证行为的,应当通知人民法院、有关当事人和辩护人,并按照查证的情况做好庭审准备。对于新的材料或者线索,可以要求侦查机关对证据收集的合法性进行说明或者提供相关证明材料,必要时可以自行调查核实。”

前应当进一步梳理全案证据,熟悉案件,做到全案事实、证据、法律适用等心中有数。

一、以“两个基本”为原则审查全案证据

“两个基本”即基本事实清楚,基本证据确实充分。^① 公诉人在庭前准备中不能将“两个基本”原则错误理解为“事实基本清楚,证据基本充分”。“基本事实”就是指决定被告人行为是否构成犯罪、罪行轻重的事实,主要是犯罪构成方面的事实、刑罚及刑事责任方面的事实,即社会危害性大小、量刑情节的事实。“基本证据”是指对案件事实起决定的证据,其范围要由基本事实的范围决定,对基本证据要把握好其三个特性,即合法性、关联性、不可或缺性。在实践中,“两个基本”原则的把握应当根据实际情况具体确定。首先,在定罪、量刑方面的事实和证据必须完备,如行贿罪必须有谋取不正当利益的证据予以证明。其次,对行为人实施了一个犯罪,只要定罪量刑的“两个基本”清楚,边缘事实不影响案件的认定,如物证、作案工具经搜查无法调取到。

二、以“信箱法则”梳理全案证据

我国台湾地区高等法院检察署检察官张熙怀在《公诉精神》一文中指出,“再复杂之案件,依‘信箱法则’将书证、物证、人之供述证据一一归类,另以纵横坐标之方式,将历次人之供述证据依序整理,一切胸有成竹,日夜期盼早日开拓,一展身手,纵使对方是高知名度的大律师甚或律师团,亦不畏惧。”^②“信箱法则”强调的是证据材料要厘清头绪并恰当地排列组合,使证据不但能够清楚地还原案件事实,而且在证明案件事实上逻辑清晰、证明力强。要做到这一点,仅熟悉案情还远远不够,还要准确把握各种类别证据之间的关系,如要把握八种法定证据之间的联系,控诉证据和辩护证据之间的关系,有罪证据与无罪证据之间的关系等;同时,对各种证据的质和量、各种证据之间的相互证明关系也要做到心中有数,在此基础之上才能根据案件的不同情况按照不同的方法恰当罗列。如最高人民检察院公诉厅起诉三处副处长齐涛在讲解公诉案件审查报告的制作时,曾经提过一个案件的审查报告是这样撰写犯罪嫌疑人的供述与辩解的:

^① 在2014年中央政法会议前后,就是否应当废除“两个基本”的提法出现了较大分歧。但最终在相关中央文件中还是坚持了“两个基本”的提法。2014年1月孟建柱在中央政法工作会议上的讲话中提出,“对刑事案件,仍应该坚持‘两个基本’的要求,防止纠缠细枝末节,影响打击犯罪的力度和效果”。我们认为,“两个基本”提法本身并无问题,“基本犯罪事实清楚、基本证据确凿”与“证据确实、充分”的证明标准之间并不矛盾。只是在理解和适用时需要注意,一方面不能将其理解为“犯罪事实基本清楚、证据基本确凿”;另一方面不能在不同案件中机械套用,要避免两个错误倾向:(1)在简易程序、轻刑案件中,比如在数额较大的盗窃案件、轻伤害案件,盲目要求案件的所有细节都要查明,对构成要件事实的证据均确实充分但构成要件以外的细枝末节存在疑问的案件不敢定案;(2)仅以部分事实情节得到证据印证就盲目定案,特别是对重大、重刑、死刑案件,对证据的要求比一般的轻刑案件、简易程序案件要高。

^② 张熙怀:“公诉精神”,载新浪网 http://blog.sina.com.cn/s/blog_a226f7d30101ilqx.html。

【案例1:孙某抢劫、杀人、放火案】^①

犯罪嫌疑人孙某的供述与辩解:那天是阴历八月十五以后的一两天的一个夜里(作案当天经查证是阴历八月十六),我在XX路上一家洗头房里把女店主强奸后杀了,然后把她的店烧了(与报案材料、现场勘查笔录吻合)。当晚十点左右我路过这间洗头房时,见女老板正在准备关门。我到店门口问:“还洗头吧?”她说:“洗头不行,按摩行。”我自认为她让我进去是同意卖淫了。她把我让到里屋后,把大门的卷帘门拉下一半。(证人邻居李某证明大约十点多听见洗头房的卷帘门拉下来的声音,相吻合)我进去后提出和她发生性关系,她说不干这个(证人洗头房工人罗某证明被害人从不从事卖淫活动,公安机关证明未曾发现被害人有卖淫活动),我说“不干这个开什么洗头房”,说完我就用双手从正面掐住她的脖子,把她按到单人床上,掐晕了。我脱掉她的裙子、内裤,趴在她身上强奸了她。(现场勘查在被害人阴道内提取精液经鉴定系嫌疑人所留,相吻合)我起来后她醒了,她坐在床上喊“流氓,救命”,我怕她喊叫就又用双手掐住她的脖子,把她按倒在床上,持续了五六分钟,她就彻底不动了。(法医鉴定分析被害人系在遭受外来暴力扼颈及捂压口鼻致机械性窒息昏迷状态下遭受焚烧及吸入一氧化碳中毒死亡,基本吻合,但嫌疑人未供述捂压口鼻,需落实)我怕她死不了再活过来,就把被子盖在她的身上,用随身携带的打火机将床单点燃后到了外屋。(消防支队出具的材料证明起火点位于床的周围,相吻合)我看到在外屋西南角靠西墙有个放电视的小木橱,当时抽屉是打开的,里面有几十元零钱和一部手机(白色TCL翻盖手机),我都拿走了。(证人洗头房工人罗某证明被害人的手机一般都放在小木橱内,手机的白色TCL的,相吻合)……手机我卖给了一个流动的小贩,1100元。(未能找到)

在这份审查报告里,公诉人将犯罪嫌疑人的供述与证人证言、现场勘验检查笔录、法医学鉴定、报案材料等证据材料之间的关系进行认真的研判,通过阅卷将证据串联起来,分析案件事实是否充分,同时明确缺少哪些证据,以及需要补充证据的方向。科学地罗列、梳理证据有助于公诉人在庭前对证据情况了然于胸,沉着应对庭审。

又如,在下面这起案情复杂的涉黑案件中,公诉人也合理地将全案证据整合在了一起:

【案例2:岳某涉黑案件】^②

在办理岳某涉黑案件过程中,承办人采用“三核一图一表”法,厘清涉案的黑社会

^① 参见齐涛:“公诉案件审查报告的制作”,系齐涛2011年在海南公诉培训班的讲稿。

^② 徐伟:“因龚刚模案与办案民警发生‘矛盾’岳宁案出庭预案达70万字——本报独家探访重庆涉黑案检察官”,载《法制日报》2010年2月12日第5版。

性质组织的结构层次、犯罪事实和证据。“三核”即“核事实、核证据、核人头”；“一图”即黑社会性质组织结构图；“一表”即黑社会性质组织具体犯罪事实一览表，针对每起违法犯罪事实，列出涉案的具体人员、每个人的具体行为，针对每名涉案人员，列出该人员的具体违法犯罪行为，人、事分别列表，一一对查。针对大量人员和事实，将案件化繁为简，梳理出重点和难点问题，和办案组成员共同对案件的侦查提出了100余条补查建议，为该案的准确认定打下了坚实的基础。

岳某涉黑案件是一起人数众多、案情复杂的案件，承办人为达到法庭举证质证的效果，将案件分割成事实、证据、人头三个重要组成部分，有针对性地进行证据复核。同时，通过图表法，更为生动地展现了案件事实，较好地梳理了全案的证据。

三、以无罪推定的理念补强全案证据

任何人未经审判均不得认定为有罪。尽管检察机关已经提起公诉，对被告人的犯罪行为向法院提出控诉，但是作为公诉人，在庭审准备阶段，应以无罪推定理念为指导，以怀疑的精神，审查全案证据材料，发现疏漏及时补强证据，避免出现庭审被动的局面。不要对证据的审查过于自信，要以怀疑的精神，对被告人有罪的认定小心求证。尤其是对于“一对一”案件证据的审查，更要慎重。如贿赂犯罪、毒品犯罪类案件较多地依赖于言词证据，在证据体系中容易形成“一对一”的局面，给认定事实造成了困难。此类案件在审查证据时应注意：一是侦查及审查起诉阶段是否充分听取犯罪嫌疑人的辩解，并对有可能成立的辩解进行有针对性的调查取证、核实，以确定犯罪嫌疑人的辩解能否证实或者证伪。二是案件中有无与案件事实有关的旁证，对“一对一”的供证内容予以佐证，以实现运用间接证据的累积证明力证实案件事实的目的。

四、庭前必要时提审被告人，掌握其心理动向

案件进入审判环节后，由于全案证据材料取证工作基本完毕，侦查机关、检察机关将极少接触被告人，而审判环节是被告人是否成立犯罪、判处何种刑罚的最后一环，被告人的心态可能会较之前的侦查、审查起诉环节发生变化。其心理可能有很多种，如抗拒、对立、抵赖、侥幸、认罪、畏惧、憎恨等，公诉人只有充分了解了被告人的心理活动，才能制定出科学合理的庭审应对策略。同时，犯罪嫌疑人的年龄大小、文化程度状况、知识结构、家庭关系等，也应全面了解和把握，这些情况有利于预测被告人的庭审供述和辩解。

第二节 熟悉相关法律法规及专门知识

庭前准备工作中，公诉人应当针对具体案件，有针对性地查阅全部相关法律法规

的不同规定及专家学者的各种意见,在此基础上形成自己的观点和看法。对不同的法律规定要理解立法目的,以准确适用;对专家学者的不同观点,不能盲从,应进行甄别借鉴。同时,要了解与案件有关的社会科学、自然科学等方面的知识。对于专业知识方面不要求精通,公诉人仅应对常识性的问题有一定的了解和掌握,如金融知识、税务知识、自然科学知识等。因为犯罪是一种社会现象,一个案件就可能涉及不同的专业领域,不掌握相关的知识就不能很好地吃透案情。可以说,优秀公诉人的业务知识是法律知识和社会知识的结合。所以办案不但要精通法律知识,还要具备一定的社会知识,绝不能对刑事法条熟烂于心,而对社会知识一无所知。

一、对于案件有关的法律法规及其背后的法理必须熟练掌握

不仅要知晓与案件相关特别是与案件争议点相关的法律法规条文、司法解释,还需要理解条文背后的法理,学会运用法律解释方法。比如下面这个案例:

【案例3:曹某某妨害公务案】

2012年3月12日15时许,巡逻民警发现被告人曹某某有偷狗嫌疑,后被告人曹某某驾驶摩托车逃跑。当日16时许,被告人曹某某逃至339省道太仓治安卡口时,民警、辅警已按公安局指挥中心的部署设置卡哨,并通过放置停车警示牌、打手势、吹口哨等方式,明示被告人曹某某停车接受检查。被告人曹某某明知民警、辅警在执行公务,仍未减速,试图强行冲卡,并在冲卡过程中将正在放置停车警示牌的被害人蔡某某(辅警)撞伤。经法医鉴定,被害人蔡某某的损伤已构成轻伤。

该案件的争议焦点之一就是合同制辅警在代表国家机关行使职权时是否可以成为妨害公务罪的侵害对象。本案在开庭过程中,公诉人援引最高人民检察院《关于合同制民警能否成为玩忽职守罪主体问题的批复》,认为既然合同制民警可以在玩忽职守犯罪时以国家工作人员论,那么在执行公务被侵害时也可以国家工作人员论。辩护人在发表辩护意见时援引最高人民检察院《关于以暴力威胁方法阻碍事业编制人员依法执行行政执法职务是否可对侵害人以妨害公务罪论处的批复》,认为既然这一批复仅规定了事业编制人员可作为妨害公务罪的侵害对象,没有规定合同制人员,那么合同制辅警就不能作为妨害公务罪的侵害对象。公诉人在庭前未能对上述两个司法解释性文件的关系作出充分准备,所以在针对辩护意见进行答辩时,只是一再复述自己援引的司法解释的内容,未能结合妨害公务罪的构成要件和最高人民检察院两个司法解释的关系展开充分论述以有效驳斥辩方观点,其结论也就难以让人信服。事实上,辩护人的逻辑存在明显漏洞:其引用的最高人民检察院的相关司法解释仅是最高人民检察院针对“事业编制人员”这一具体对象作出的,并未涉及“合同制人员”的内容,因

此并不能超出司法解释的文义范围将合同制人员排除在对妨害公务罪的侵害对象之外。更何况,妨害公务罪的侵害对象是国家机关工作人员,根据法律文本表述的一般规律,在没有特别说明的情况下,同一用语在同一法律文本中的含义应该是相同的。全国人大常委会《关于〈中华人民共和国刑法〉第九章渎职罪主体适用问题的解释》就指出:“在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员,或者在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员,或者虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员,在代表国家机关行使职权时,有渎职行为,构成犯罪的,依照刑法关于渎职罪的规定追究刑事责任。”由于全国人大常委会并未就“国家机关工作人员”的含义作出与这一解释相悖的其他解释,因此,“虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员,在代表国家机关行使职权时”仍应以国家机关工作人员论。

二、对于案件有关的其他学科领域的知识要知悉和了解^①

刑事案件往往不是法律科学知识的孤岛,而是与其他科学领域存在千丝万缕的联系,比如伤害、杀人类案件与法医学、痕迹学、化学、物理力学等知识密切相关;经济类犯罪往往与会计学、金融学、统计学等密切相关;食药品及环境类犯罪与药理学、环境学、营养学等密切相关。对于这些案件,如果公诉人不能庭前充分知悉和了解其他相关领域的科学知识,在庭审中必然陷入被动,甚至无法将案件事实表述清楚。比如下面这个案例:

【案例4:上海复旦投毒案】

2013年3月31日14时许,林某某以取实验用品为名,从他人处取得钥匙后进入他曾实习过的复旦大学附属中山医院(以下简称“中山医院”)11号楼二楼影像医学实验室204室,趁室内无人,取出装有剧毒化学品二甲基亚硝胺的试剂瓶和注射器,并装入一只黄色医疗废弃物袋内带离。当日17时50分许,林某某回到与黄某共同住宿的421室,趁室内无人,将上述剧毒化学品全部注入室内的饮水机中,随后将注射器和试剂瓶等丢弃。次日上午,林某某与黄某同在421室内,黄某从饮水机中接取并喝下有神的饮用水。之后,黄某即发生呕吐,于4月1日中午至中山医院就诊,因病情严重于4月3日转至重症监护室治疗。经全力抢救无效,黄某于4月16日死亡。经鉴定,黄某死于二甲基亚硝胺中毒致肝脏、肾脏等多器官损伤、功能衰竭。^②

^① 此段为副主编李勇撰写。

^② 孙毅蕾:“林森浩一审被判死刑”,载新浪网, <http://news.sina.com.cn/c/2014-02-19/143029509372.shtml>, 2014年2月19日。

此案引发媒体广泛关注,其中一个重要的争议焦点就是死亡原因是中毒,还是乙肝?检方认为:黄某符合二甲基亚硝胺中毒致急性肝坏死引起急性肝功能衰竭,继发多器官功能衰竭死亡。辩方认为:黄某系暴发性乙型病毒性肝炎致急性肝坏死,最终因多器官功能衰竭死亡。二审开庭期间,林某某的辩护人申请“有专门知识的人”胡某某出庭,胡当庭就其与庄某某共同作出的北京某咨询服务中心《法医学书证审查意见书》作出说明,认为黄某系暴发性乙型病毒性肝炎致急性肝坏死,最终因多器官功能衰竭死亡。面对这样的案件,公诉人(包括出席二审法庭的检察人员)必须对二甲基亚硝胺的这一化学领域的知识有所了解,也需要对爆发性乙肝这一医学领域的知识有所了解,甚至对饮水机的工作原理都需要了解。引入注目的是诉讼代理人对于被害人摄入毒物量的分析,值得公诉人学习。庭审中辩护人提出饮水机中二甲基亚硝胺浓度很低,并结合侦查实验通过计算得出被害人黄某喝下的二甲基亚硝胺为0.366克不足以致死的意见。针对该辩护意见,诉讼代理人予以了出色的驳斥,诉讼代理人从国家知识产权局专利检索网站上检索到一份专利申请文件,详细说明了饮水机水槽的工作原理,分析认为林某某推开水桶倒入二甲基亚硝胺的动作,会使饮水机水阀打开,进而使水桶内的水注入水槽内;水桶复位后,由于水槽内的水已经超量,水阀必然处于关闭状态,水槽内的水不可能从水槽内向饮水桶内回流。因此,辩方计算的水桶内二甲基亚硝胺浓度的方法不符合物理常识,据此推论出的二甲基亚硝胺的摄入量是错误的。^①

第三节 对案件可能引发的舆情有充分的预判

近年来,庭审活动越来越多地受到社会舆论的监督,尤其是微博、微信已成为当前信息传播最快的方式,其传播效应远大于传统媒体,甚至个别话题能达到千万人阅读。媒体的记者也偏爱从微博、微信上获取信息,将其转变为传统媒体报道的内容。最高人民检察院在2010年发布的《最高人民检察院关于深入推进社会矛盾化解、社会管理创新、公正廉洁执法的实施意见》中也强调了“三项重点工作中,社会矛盾化解是基础”,而“虚拟社会”的建设与管理是其中的重要环节。但总体而言,检察机关在面对媒体舆情方面应对经验不够,主要存在着两方面不足:一是不知如何应对。目前,对网络舆情的应对缺乏明确的要求和规范性文件,因此在舆情爆发后,不知应对的责任主体,

^① 详细内容参见刘春雷、叶萍:“盖盖弥彰反误卿卿性命,回头是岸何叹朝闻夕死——复旦投毒案二审维持原判”,载 http://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzAxODAyMDQ2Mg==&mid=202418807&idx=1&sn=57137b2f9a34b16a06dcade2e69606f0&3rd=MzA3MDU4NTYzMw==&scene=6#rd, 2015年1月8日。

更不知道应对的操作要求和规范。二是不敢应对。由于受到检察机关的纪律要求,检察机关工作人员普遍担心因应对不当或者措辞有瑕疵被恶意炒作,个人要承担相关责任,因此,大都怠于应对。但是我们应该看到,即便解决了不愿应对、不敢应对的问题,也并不能从根本上解决问题,实践中我们看到的社会民众“一边倒”地支持不利于指控的舆情确实有一些是因为检察机关应对不当造成的。

我们认为,庭审前公诉人针对舆情应当做好以下几个方面的工作:

一、及时关注收集舆情信息,做到知己知彼

“人民网舆情监测室提出了突发事件处置的‘黄金四小时’原则,指的是政府部门要第一时间发声,第一时间处理问题,做事件的‘第一定义者’。如果检察机关不能及时公布真相,让谣言滋生、蔓延,那么在数小时内,事件就很有可能发酵成具有重大舆论影响的舆情危机。”^①正由于现代舆情的这种突出特征,这一问题已经引起了越来越多检察机关的重视,并且有些检察机关有专门部门负责搜集和化解涉检舆情。公诉人在办理案件过程中也要密切关注案件舆情动态,对舆情不逃避、不恐惧,并且清醒地认识到舆情可能成为庭审争议焦点,必须做好应对准备工作。

二、针对误区和盲点,做好释法说理工作

实践中,很多不利于公职机关的舆情不断扩大实际上来自于信息不公开、不透明,从而引发了舆论的质疑。如下面这个案例:

【案例5:深圳“5·26”飙车案】

2012年5月26日凌晨3时8分许,深圳市滨海大道发生一起重大交通事故。一辆红色的GTR跑车与一辆蓝色比亚迪E6纯电动出租车相撞,造成出租车司机及车内乘客共三人当场死亡。同时,另一辆红色出租车为避让失控的红色GTR跑车,车头与道路中间的绿化带相撞后翻车,出租车司机受伤。事发后,肇事司机离开现场。^②

该案聚集了跑车、醉驾、飙车、逃逸、富二代、疑顶包等一系列吸引大众眼球的词汇,迅速引发了媒体及社会公众的广泛关注,同时引发了一场对执法机关能否依法办案、质疑执法机关公信力的网络舆情。深圳市交警部门连续两天召开新闻发布会,公布了相关证据,但由于公布的信息有限,媒体及死者家属质疑肇事司机是替跑车主许某某“顶包”。次日,深圳交警部门再次召开通报会,邀请了死者的家属到场,公布了DNA检测报告及一系列收集到的视频资料和相关证据。但是,网络上的质疑声音持续

① 参见孙丽:“当前我国涉检网络舆情的现状与困境分析”,内蒙古大学2015年硕士研究生论文。

② 参见孙丽:“当前我国涉检网络舆情的现状与困境分析”,内蒙古大学2015年硕士研究生论文。

不断,导致舆情继续发酵,中央、省市等平面媒体也深度跟进,舆情的影响力越来越大。^①

这起案件就充分说明了信息的不透明造成了舆情扩大,如果一开始没能把握好赢得舆论信任的契机,接下来的一系列补救措施的效果也会不尽如人意。

因此,检察机关要认识到,社会舆情发生后是无法躲避的,与其事后补救不如事前堵漏。在处置危机时,应当“不盲目、不拖延、不遮掩、不含糊,通过对话与沟通、疏通与引导、转换与重建来应对网络传播危机”。^② 公诉人在办案时一旦发现涉检舆情,就要能进行释法说理,有针对性地进行说理,及时化解疑问,防止谣言的产生,使得有些舆论争议焦点不带入法庭。需要指出的是,这种释法说理应当以不影响案件办理、不泄露涉密信息为前提。

第四节 预判争议焦点,提高庭审控场能力

凡事预则立,不预则废。庭审阶段公诉人要宣读起诉书、示证、质证、宣读公诉意见书、法庭辩论,若想始终掌握主动地位、控制庭审局面,保障庭审按照有利于指控犯罪的方向运行,不因庭审突发情况而陷于被动,公诉人必须要在庭前做好、做足工作,针对诉讼程序、认定事实、采信的证据等方面可能存在的薄弱环节进行充分准备,准确全面地预测质证焦点、辩论焦点,并就公开庭审的程序性问题与法院沟通,提前做好准备工作。

一、对庭审焦点进行预判

预判庭审焦点具有一定的现实基础。一方面,公诉人可以通过审查证据材料来进行预判。《刑事诉讼法》规定在案件审查起诉过程中,公诉人应当讯问犯罪嫌疑人,听取辩护人、诉讼代理人、被害人等人的意见。公诉人在庭前准备阶段可从讯问笔录、听取意见书等书面材料中管中窥豹,获取被告人辩解的资讯、辩护人辩护的方向。另一方面,公诉人可以与法官沟通,提前查阅辩护词等,掌握辩护观点。可以说,大部分刑事案件庭审争议焦点都是可以预测的。在庭前,公诉人应当重新梳理案件证据,主要思考以下几个常见的问题:(1)案件事实认定的难点在哪里?这一点公诉人在审查案件的时候就应当有判断、有结论,在庭审前应当再次总结,并将难点一一列出,将攻破

^① 参见孙丽:“当前我国涉检网络舆情的现状与困境分析”,内蒙古大学2015年硕士研究生论文。

^② 支卫平、张雪松:“徘徊与期待:涉检网络舆情学术研究综述”,载《四川警察学院学报》2012年第4期。

难点的证据逐一予以分析说明;(2)被告人有没有庭审翻供的可能性?如果有,将会对庭审进行和事实认定带来怎样的影响?公诉人应当如何推进庭审?是否需要继续补充证据?(3)侦查程序是否存在瑕疵?是否有可能引发案件证据不能使用的情况?是否需要及时让侦查机关补强证据?通过思考这些问题,主要解决案件可能发生的庭审争议焦点问题,并有所准备。

【案例6:王某故意伤害案】

2011年11月21日中午,上诉人王某在搬家过程中,和被害人徐某某发生争执,上诉人王某用右手打了徐某某的左边脸颊一下(所有的在场证人,上诉人所述的都是扇了徐某某一耳光,打在左边),之后徐某某蹲了下去,后送医院检查为继发性青光眼。案发后,徐某某在甲地接受了一段时间的治疗,后徐某某回到了老家继续治疗,经治疗无效左眼失明。本案在案发当天被害人徐某某向公安机关报警,王某当天经民警电话通知到公安机关接受调查,因当时无法确定徐某某伤势情况,民警向王某告知回去等候处理。后经法医鉴定,徐某某左眼伤势已构成重伤,公安机关予以立案。后经网上追逃,王某被抓获归案。

二审检察员在收到案件之后分析认为,本案存在着以下几个问题:(1)打耳光能否将人打瞎?(2)徐某某到底是否离开过现场?检察员阅卷过程中注意到有一名证人提到徐某某离开了现场,回来后才倒在了地上,然后说眼睛疼。到底徐某某有没有离开现场,到底有没有受到其他外力伤害?(3)徐某某眼睛本身到底有无问题?案件有证人反映到徐某某眼睛一大一小,左眼比较小,右眼比较大。如果徐某某的眼睛本身就存在问题,是否阻却伤害行为与结果之间的因果关系?

检察员针对这几个问题在庭审前走访鉴定人、证人,明确本案的因果关系:(1)明确徐某某本身眼睛没有问题。2011年案发时有多名工地上的工人在场,并且作证。当时有两位证人提到徐某某的眼睛看起来一大一小。但是一大一小是否代表着小的那只眼睛(即左眼)本身就是失明的呢?由于这些工地的工人流动性大,对该证据予以核实也有很大的困难。到底怎么证实徐某某之前左眼并无眼盲?检察员在向法医了解徐某某病情的相关情况时,法医解释到青光眼的突出特点就是眼压比较高。检察员注意到徐某某第一份就诊病历,医生诊断的徐某某的眼压是正常的。针对这个问题检察员走访了医院的医生、鉴定人等,他们均表示既然第一次检查时徐某某眼压正常,而且徐某某最早诊断的时候都有视力检查,从有光感到到视力全无,完整地反映了徐某某左眼失明的过程,也反向论证了徐某某在案发前左眼有视力,是在受到外力打击的情况下视力才不断下降,直至失明。(2)明确徐某某在案发后并未离开过现场。徐某某和王某均表示徐某某被打后没有离开现场,二审期间检察员补充了一位证人证言证实

案发后徐某某当时就倒在地上。上诉人王某也供述徐某某当时就喊眼睛疼。虽然王某随后离开了现场,继续搬家,但是当时现场有多位证人在场,且均证实徐某某当时倒地喊眼睛疼,未离开现场,后老板来到现场将其送往医院救治的情况。二审期间还找了老板做笔录,证实从案发地到医院救治途中,徐某某也再未受到其他外力的伤害。因此,徐某某被打之前眼睛没有问题,被打之后在没有受到其他外力伤害的情况下即送医院治疗,医院第一份诊断病历就显示两眼均受到伤害,因此完全可以确定王某的殴打行为和徐某某眼伤之间存在因果关系。

由于检察员对二审庭审中可能出现的问题有充分的预判,故庭审准备充分,较好地解决了庭审中出现的状况。

二、针对庭审活动与法院进行必要的沟通

有些程序性问题必要时可以与法官进行沟通,以保证庭审秩序的舒畅。需要特别指出的是,这种庭前沟通仅限于庭审程序性问题,比如公诉人准备出示证据的顺序、是否适用多媒体等,而不包括实体、事实和证据问题,以避免法官形成先入为主的预断。这在举证阶段尤为明显,因为公诉人可结合案件情况自行对证据进行排列组合,如果法官不掌握公诉人的举证内容、顺序、方式等,在公诉人集中举证时,法官频频打断公诉人的举证活动,要求控辩双方质证,或者在公诉人逐一举证时要求公诉人集中进行,甚至是法官质疑公诉人所举的某些证据的必要性,这一方面会影响到公诉人举证的顺畅进行,另一方面也有损公诉人代表检察机关出庭指控犯罪的严肃性,效果不好。所以,公诉人有必要在庭前针对庭审活动与法官进行必要的沟通,协商。

第五节 做好被害人、证人、鉴定人、有专门知识的人等出庭的准备工作

《刑事诉讼法》修改后,被害人、证人、有专门知识的人、鉴定人等出庭作证将会常态化,为保障相关人员出庭作证的效果,公诉人有必要在庭前做好准备工作。

一、庭审前应对出庭人员的笔录进行核实,对其出庭的必要性进行评估

公诉人庭前对出庭人员的笔录进行审查,不能停留在其陈述内容的真实性、与其之前笔录内容的一致上,而应立足庭审中可能遇到的发问和质疑,从笔录内容是否为被害人、证人等直接感知,被害人、证人等的认知水平、记忆能力、身心状况,其言词证据与其他证据之间能否印证等方面,对其陈述内容的可靠性进行全面审查。结合案件情况,公诉人在必要时可以在庭前接触出庭人员,理解其心理动态,核实其以往形成的

笔录的内容是否真实。

同时,公诉人应对相关人员出庭的必要性进行评估。因为并非所有人员都适合出庭,如表达能力欠缺、交流困难、身体状况不佳的证人就不宜出庭。

二、庭前与出庭人员进行必要的沟通

公诉人要与出庭人员就出庭作证的程序性问题进行必要的庭前沟通,向其说明出庭目的及庭审作证的程序,并就相关法律规定等对出庭人员予以辅导,以提高其作证能力。同时,由于大多数社会公众没有出庭作证的经验,出庭作证对于普通民众一般会造成较大的心理压力。对此,公诉人在庭前应当注意帮助出庭人员调节心理压力和舒缓情绪,避免出现庭审中因紧张造成的陈述不流畅、表达失误等情况,提高出庭人员出庭作证的效果。同时我们应当认识到,出庭人员的身份不一样,其出庭的目的不同,效果可能也不一样,要注意讲究沟通方法。比如被害人出庭的,被害人由于与案件之间有着密切的联系,一般出庭的积极性较高,但是其容易受到主观情绪的影响,往往造成陈述夸大其词,或者庭审中情绪激动导致庭审无法推进等情况,因此需要在庭审前安抚其情绪,向其说明作证的目的,保证出庭效果。又如,有专门知识的人、鉴定人专业知识掌握较多,但是往往会在庭审中大量使用专业术语,如果不对这些术语进行必要的解释和说明,参与庭审的人员无法听懂,就无法实现出庭的目的。因此,需要对哪些是庭审中需要说明的问题,哪些是不需要说明的问题,在庭前与有专门知识的人、鉴定人进行充分的沟通,建议其将专业化的语言转换成通俗的语言在庭审中予以说明。“如在鉴定意见中,记载有‘左小腿肿胀,中上1/3处扪及骨擦感伴假关节形成’的表述,庭审中鉴定人就明确指出:该记载意味着被害人被撞击的部位就是左小腿,导致该小腿撞击后关节错位,形成假关节。鉴定意见还提到被害人左右颞部均有损伤,但鉴定人结合医院病历所记载的‘右侧颞骨线形骨折、右颞部急性硬膜外血肿’等内容,客观判断出了被害人被撞击后系右脑首先着地,进一步造成颅脑损伤的结论”。^①

又如下面这个案例,由于申请有专门知识的人出庭,达到了一定的庭审效果,但是还存在着公诉人与出庭人员沟通不充分的情况:

【案例7:赵某抢劫案】

2012年5月中旬,被告人赵某预谋采用名为“乖乖水”的麻醉品将人麻醉的方法实施抢劫,从网上购买了2瓶“乖乖水”。同月30日凌晨1时许,被告人赵某将被害人张某骗至一龙虾店喝啤酒,其趁被害人张某去卫生间之机,将事先准备好的“乖乖水”倒入被害人张某的啤酒中,被害人张某在不知情的情况下喝下该啤酒。后当被害人张某

^① 参见陈荣鹏:“刑事案件鉴定人出庭作证的庭前准备与庭审把握”,载《人民检察》2013年第11期。

行走至龙虾店对面马路时,因药性发作神志不清摔倒并致左上颌中切牙部分缺损,被告人赵某乘机将被害人张某的 iPhone4s 手机(价值人民币 3956 元)劫走。

本案的争议焦点是被告人赵某否认自己抢劫故意的情况下,如何认定被告人的行为构成抢劫罪?控辩双方对鉴定意见“乖乖水”中含有氯硝西洋成分的意见,都不持异议,但氯硝西洋是一种专业医学药品,其应用领域、药品特性,事关案件事实,直接影响本案的定罪量刑。故本案公诉人邀请了某人民医院精神科医生出庭,就氯硝西洋所涉及的专业问题给予答疑解惑。公诉人就氯硝西洋的药品属性、应用领域、对人体的作用以及流通领域等问题向其询问,其都给予了专业解答。通过询问,使法官对氯硝西洋有了清晰的认识,对查清案件事实、指控犯罪是十分有利的。但公诉人与医生在庭前的交流还不够充分,设计的问题还不够深入全面。例如,本案中被告人赵某一直辩称卖家告诉其“乖乖水”有一种神奇的效果,人服用后将钱乖乖地给别人。公诉人可以进一步就此问题询问医生是否会有如此神奇的效果,这对揭露被告人辩解的荒谬性有一定的帮助。另外,若公诉人就该药一般的服用剂量向专家询问,再结合本案中被害人服用的剂量,通过这种比较来揭露案件事实,庭审效果会更好。

三、加强对证人的保护工作

2012 年修改后《刑事诉讼法》规定了对证人保护的制度,我们在推进以审判为中心的司法改革后,证人出庭的情况将越来越多,实践中证人权益保护将越发重要。检察机关应当采取有效措施保护重点证人,排除作证的干扰,解决证人出庭的后顾之忧。一旦发现严重妨碍作证行为时,可以通知公安机关介入,同时向人民法院提出建议或者配合做好相关保护工作。根据《刑事诉讼法》的规定,证人保护工作在审查起诉阶段主要体现为:第一,不公开出庭证人的真实姓名、住址、工作单位等个人信息,隐去案卷材料中该证人的真实姓名、住址、工作单位等个人信息;第二,禁止特定的人员接触证人及其近亲属;第三,对证人及其近亲属的人身和住宅采取专门性保护措施。证人保护工作在审判阶段主要体现为:第一,传唤证人及证人退庭经由专门通道进出法庭;第二,出庭时不暴露外貌、声音;第三,探索证人远程出庭制度,通过视频作证保障证人的信息不泄露。此外,审查起诉阶段证人保护措施也适用于审判阶段。公诉人应当结合《刑事诉讼法》的相关规定配合审判机关做好证人保护工作。比如下面这个案例:

【案例 8:姚某某受贿案】

2001 年至 2012 年期间,被告人姚某某利用职务便利,为他人谋取利益,先后多次非法收受刘某某、陶某某、顾某某等人所送的贿赂款合计人民币 69600 元。本案在一审、二审期间,姚某某家人多次采用恐吓证人作虚假证言并录音,上门哄闹、围堵、泼粪、撒

黄纸、破坏车辆等方式威胁、恐吓证人刘某某,使得多名证人及其家人的生活受到了严重影响。

本案受到骚扰的证人系案件的关键证人,而姚某某家属在民警多次出警后仍然反复实施打击报复行为。本案证人受到威胁、恐吓的情况得到了当地司法机关的重视,公安机关一方面汇总证人的多次报警记录,综合评价被告人姚某某近亲属的行为是否违反相关法律法规,是否应当予以处罚,同时在证人家外围安装监控探头,固定证据,切实保障证人的安全;另一方面,在姚某某父亲对证人采取人身攻击时,及时对姚某某父亲采取强制措施,后该案正式进入司法程序,保护了证人的合法权益,确保了诉讼的顺利进行。

第六节 做好非法证据排除的准备工作

公诉人应当在庭审前,对于案件中可能存在的非法证据进行充分的研究和预判,不管被告人和辩护人在庭审前有无提出,都要进行充分的研判,防止庭审中突然出现意外情况而导致被动。

一、充分理解什么是应当排除的非法证据

对于非法证据排除,公诉人应当首先对什么是非法证据有充分的认识,实践中我们遇到不少辩护人提出案件缺少见证人签名系非法证据、案件没有同步录音录像系非法证据等等。但我国《刑事诉讼法》对于非法证据范围的认定范围是比较严格的,根据《刑事诉讼法》第54条的规定,只有“采用刑讯逼供等非法方法搜集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述,才应当予以排除。收集物证、书证不符合法定程序,可能严重影响司法公正的,应当予以补正或者作出合理解释;不能补正或者作出合理解释的,对该证据应当予以排除。”因此,公诉人首先应当对嫌疑人、辩护人提出的是非法证据还是瑕疵证据有充分的认识。如某案件中搜查笔录、扣押清单无见证人签名。对此,辩护人提出应当将搜查笔录、扣押清单作为非法证据将予以排除。实际上,搜查笔录、扣押清单无见证人并不一定属于非法证据,多数情况下属于瑕疵证据。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》第73条的规定,瑕疵证据经补证或合理解释的,可以采用。公安机关在紧急情况下,搜查时未找到见证人,取证程序存在瑕疵,但本案有证人证言反映了搜查、扣押的经过,与公安机关的搜查笔录、扣押清单相印证,证实该证据具备合法性、真实性和关联性,应当予以采信。从这个案例我们可以看出,实践中很多所谓的非法证据

都是瑕疵证据,公诉人准确认识真正需要排除的证据才能更好地应对庭审。^①

二、切实研判可能存在的非法证据及解决方案

(一)被告人、辩护人等庭前没有提出非法证据排除诉求的解决方案

庭前如果存在非法证据该排除的排除,该补正的补正,防止庭审被动。对于瑕疵证据尽量在庭前对瑕疵采取补正、重新制作等措施。实践中,公诉人在庭审中应对非法证据排除往往处于被动地位,主要原因有两点:一是发现渠道单一和发现能力有限,即使非法获取的笔录也总呈现合法的面貌,经过侦查人员的加工,形式上存在违法表象的证据较少,甚至有侦查人员采取选择性移送卷宗材料的方法来掩饰非法取证问题;二是部分辩护人、被告人掌握了非法取证的线索,为了实现庭审突袭等目的而故意在庭审阶段才提出。因此,公诉人要有主动排除非法证据的意识,而不能盲从于案卷已有证据,不会排除甚至不愿排除非法证据。在审查起诉时充分听取犯罪嫌疑人辩解,听取辩护人的意见,发现有非法证据排除线索的要引起重视并及时进行调查,并通过办案提高对侦查机关办案的监督能力和监督效果。

(二)在提起公诉前就已经收到非法证据排除诉求的解决方案

公诉人对于开庭审理前收到的人民法院或者被告人及其辩护人等送交的反映证据系非法取得的书面材料,如果该诉求已经在审查逮捕、审查起诉期间提出并经查证不存在非法取证行为的,应当通知法院、有关当事人,并按照查证的情况做好庭审准备,包括调取的其他讯问笔录、同步录音录像、羁押记录、出入看守所的健康检查记录、看守管教人员的谈话记录以及侦查机关对讯问过程合法性的说明等。

(三)在提起公诉后收到非法证据排除诉求的解决方案

对于新的材料或者线索,公诉人应当充分利用审前的准备阶段,复核相关线索,可以要求侦查机关对证据收集的合法性进行说明或者提供相关证明材料,必要时可以自行调查核实。一旦核实确实存在刑讯逼供等非法取证行为的,应将涉及的非法证据予以排除,并在开庭前告知审判机关、辩护人和其他当事人。如果系可补正的瑕疵证据的,应及时进行补正或者令侦查人员作出合理解释,无法补正或作出合理解释的,应将该证据予以排除。上述非法证据排除后证据体系不能成立、不能得出被告人有罪结论的,应当依据《刑事诉讼法》第434条的规定,要求撤回起诉,并在撤回起诉后7日以内作出存疑不起诉的决定。对于撤回起诉的案件,没有新的事实或者新的证据,人民检察院不得再行起诉。

^① 关于非法证据排除的相关内容,可参见本书第四章。

第七节 出庭预案制作

根据最高人民法院《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第428条的规定,出庭预案主要包括如下内容:讯问被告人提纲,询问被害人、证人、鉴定人、有专门知识的人提纲,宣读、出示、播放证据提纲,质证提纲,证明证据合法性的提纲,公诉意见书,辩论提纲。最高人民法院在1996年《刑事诉讼法》颁布后,即通过司法解释的形式规定了公诉人在法院决定开庭审判后应当制作出庭预案^①。但司法实务中贯彻落实得并不理想。很多公诉人不制作出庭预案,在法庭上即兴发挥,或者出庭预案制作得极为简单、所有案件千篇一律适用格式化模板。这本质上是案卷中心主义的体现,法官裁判案件多依靠自行审阅案件以及对证据的把握,控辩审三方均过于轻视庭审查明事实真相的作用。2012年《刑事诉讼法》的修改,突出强调了庭审中心主义和法官中立性,庭审由法官主审转换成控辩双方唱主角,由法官当庭核实证据转换成公诉人与被告人及其辩护人当庭示证、质证,庭审的重心向控辩双方转移。公诉人若想实现指控犯罪的目的,树立检察机关公信力,必须充分把握庭审的机会,必须对被告人、辩护人提出的质疑一一质证、答辩,切实履行职责。然而,“事实不会从法庭的窗口飞进来”,庭审的“所有其他特征——如即席演说、奔放的热情、丰富的想象、巧妙的措辞、灵活的表情,所有这些都是卫星,它们围绕着同一个太阳旋转,而这个太阳即是充分准备”^②,出庭预案是庭前准备工作的载体,做好庭审预案,就为成功庭审打下了坚实的基础。如下面这个案例:

【案例9:某集团故意杀人、运输毒品、绑架、劫持船只案】

2011年10月5日,两艘中国货船在湄公河金三角水域遭劫持,13名中国籍船员遇害。这个案件是新中国成立以来中国公民在海外遭受不法侵害最为严重、影响最大的案件之一。该案侦查过程异常艰辛,公安机关移送了大量的证据材料至检察机关。这种案件的出庭预案如果只是简单地罗列证据,缺乏科学的分类整理,则会严重拖延庭审进程,影响庭审效果。让我们看一下本案的公诉人是如何制作庭审预案的:

检察机关将证据分为9组,包括“10·5”案件的6组证据,即案件来源,某集团组织概况,被告人、犯罪嫌疑人供述、辨认笔录及照片、集团其他成员的证言,证人证言,

^① 1997年《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第330条规定,公诉人在人民法院决定开庭审判后,应当拟定讯问被告人、询问证人、鉴定人和宣读、出示、播放证据的计划并制定质证方案,拟定公诉意见,准备辩论提纲。

^② 张熙怀:“公诉精神”,载新浪网 http://blog.sina.com.cn/s/blog_a226f7d30101ilqx.html。

现场勘查笔录及调查报告,毒品的提取、检验、称量、鉴定;“4·02”案件的2组证据,即案件来源,绑架、劫持船只犯罪事实的相关证据。通过有效组织、排列各种证据,使证据之间的结合更为科学,确保了本案证据链的完整、严密。根据反复讨论和不断修改,检察机关还决定在每组证据展示之后作出分析小结,并在全部证据展示后撰写证据综述,从而使证明的内容更为清晰明了,也使公诉人的观点意见更为突出鲜明。在庭审举证质证阶段,公诉人依据精心制作的举证质证提纲,以事实为依据,以法律为准绳,对某组织系跨国武装犯罪集团的定性、6名被告人的犯罪构成和应当承担的刑事责任展开了严密、充分的论述。在举证质证的同时,为了更加直观地揭露犯罪,清晰地展示全案证据,检察机关同步展示近200页的多媒体示证资料,通过展示犯罪现场情况、各种物证照片、犯罪现场位置图、犯罪嫌疑人辨认照片、犯罪集团结构图等证据材料,在法庭上形象直观地揭露了犯罪事实,为圆满完成举证质证工作打下了坚实的基础。开庭前检察机关全面分析预测了庭审中可能出现的各种问题,如该集团组织主犯等人实施了劫持船只、杀害船员、放置毒品数种行为,究竟应数罪并罚还是应择一重罪处罚;关于共同犯罪及罪责分担的问题;关于将毒品放置在中国船只上是否构成运输毒品罪;域外证据的合法性问题;等等。办案组认真研究应对方案,将所有可能涉及的问题分为6大块13个问题制作了答辩提纲,做到心中有数,有备无患。^①

在此案出庭预案的制作上,我们可以看出公诉人做到了以下几点:(1)将案件证据科学分组,并且论证各组证据之间的关联性;(2)对证据证实的内容进行分析说明,强化法庭说理效果;(3)采用多种方式展示证据,除了传统的书面举证提纲之外,还将案件现场图等证据通过多媒体方式展示,提高了举证的效果;(4)科学预判庭审中可能出现的问题,并制作答辩提纲。

但是需要注意,庭审预案仅供庭审应对参考,不可照本宣科。因为庭审是互动的、参与式的,即公诉人在庭审过程中无论是讯问、询问、举证还是发表公诉意见都是在与被告人、辩护人、证人等诉讼参与人发生互动、对话。互动的结果是庭审的发生过程具有易变性,很难与公诉人提前准备的庭审预案完全一致。所以,即使庭前预案做得天衣无缝、完美无瑕,公诉人也应当结合庭审中发生的具体情况,灵活处理,如变换发问方式、调整举证顺序等。即使真的出现庭审过程与公诉人庭前预判完全一致的情况,公诉人也不能照本宣科。如前所述,庭审是互动式过程,不是公诉人的“独角戏”,公诉人若全程与被告人、辩护人等均无眼神交流,仅低头照稿子读,毫无自信笃定之神色,即使公诉人的质证、答辩均具有针对性,也难以让被告人、被害人信服,更加无法树立

^① 参见杨健鸿、吕彬:“指控糯康,证据6000页”,载《检察日报》2012年11月8日第5版。

检察机关指控犯罪之公信力。我们倡导公诉人要理性、平和,但不是自说自话。照本宣科很难进行角色代入,难以恰当地表达情绪以履行指控犯罪的职责。公诉人需要结合庭审变化,随机应变,在面对恶意翻供的被告人时迂回包抄、穷追猛打;在面对翻然悔悟、痛改前非的被告人时能予以肯定,劝导其勇于担当;在发表公诉意见时能够浩然正气,痛陈犯罪的社会危害性,痛心被害人的权益损失;在答辩阶段可以言辞恳切、人情入理。照本宣科、味同嚼蜡的语言,难以与被告人、辩护人等产生互动、对抗,难以在辩论过程中向法庭展示案件真相。

我们认为,出庭预案制作应当坚持如下原则:

一、以犯罪构成为核心,与起诉书指控具有关联性

出庭公诉的目的就是为了指控犯罪。根据罪刑法定原则,犯罪成立必须要符合法律规定的犯罪构成。故出庭预案的制作(除质证提纲、证明证据合法性的提纲等证明证据能力的预案外)应当围绕犯罪构成来制作。当然,由于各预案的内容不同,其所涉及的犯罪构成要件也有所差别,可能包含全部构成要件,也可能仅仅用于证明某一构成要件。《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》也对此有所体现,第436条规定,“公诉人讯问被告人,询问证人、被害人、鉴定人,出示物证,宣读书证、未出庭证人的证言笔录等应当围绕下列事实进行:(一)被告人的身份;(二)指控的犯罪事实是否存在,是否为被告人所实施;(三)实施犯罪行为的时间、地点、方法、手段、结果,被告人犯罪后的表现等;(四)犯罪集团或者其他共同犯罪案件中参与犯罪人员的各自地位和应负的责任;(五)被告人有无刑事责任能力,有无故意或者过失,行为的动机、目的;(六)有无依法不应当追究刑事责任的情况,有无法定的从重或者从轻、减轻以及免除处罚的情节;(七)犯罪对象、作案工具的主要特征,与犯罪有关的财物的来源、数量以及去向;(八)被告人全部或者部分否认起诉书指控的犯罪事实的,否认的根据和理由能否成立;(九)与定罪、量刑有关的其他事实。”

二、各提纲、预案之间相互关联,逻辑严密,层层推进,逐步升华

对于公诉机关来说,庭审讯问、询问、举证、质证、发表公诉意见、答辩等各个阶段密不可分,其服务于一个共同的目的就是指控犯罪。那么,公诉人制作的出庭预案,也应当做到各预案之间相互关联、环环相扣,要具有一定的逻辑性,且前后连贯、呼应。如对于被告人在侦查阶段如实供述犯罪事实、但在审查起诉阶段翻供的案件,公诉人应在讯问时对其翻供的阶段、原因予以查明,在举证阶段要通过罗列证据证明其翻供的不可信以及原有罪供述的真实,在辩论阶段则一方面结合全案证据分析被告人翻供的虚假,另一方面要对其认罪态度予以否定评价,并建议法院在量刑中予以衡量。

三、用语规范、平和,避免抵触对抗情绪

一方面,我国《刑事诉讼法》第43条规定:“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以

及其他非法的方法收集证据”；《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》第438条规定：“讯问被告人……应当避免可能影响陈述或者证言客观真实的诱导性讯问”；《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213条规定，讯问被告人“不得以诱导方式提问”。这些规定构成了讯问合法性规则的法律基础。该规则要求公诉人在出庭预案中的语言必须符合法律规定，不能有任何威胁、引诱、欺骗以及其他非法的言辞。另一方面，基于公诉人客观中立的立场，预案用语必须规范平和，应有相应的证据基础，尽量使用中性的词汇，切忌夹杂个人情绪或使用贬低他人人格、人身攻击性质的词汇，如丧尽天良、不知廉耻等。如果仅仅因为使用了个别词汇引起了被告人的逆反心理，带来庭审无意义的对抗争端，易于将公诉人限于被动局面。

四、语言通俗易懂，保障诉讼参与各方听得懂

出庭预案由于表现形式的书面化，极易出现通篇法言法语的情况。有些公诉人善于将法言法语的预案转换成通俗易懂的语言再现于庭审之上，但很多公诉人不能达到这种灵活应变的境界。不积跬步，无以至千里，公诉人以通俗易懂的语言阐述控诉主张、讯问及询问诉讼参与人的能力，也需要日常办案一点一滴的积累。故建议大家在制作出庭预案时就充分考虑对象的身份特征，如受教育程度、理解能力、生活经验等，熟练灵活运用各种表达方式，让大家听得进去、听得明白。

第三章 庭前会议

第一节 庭前会议概述

1979年《刑事诉讼法》要求人民法院在庭前应当对公诉案件进行实质性审查,通过这样的方式,法官在庭前就实现了对案件的“提前介入”。法官未经庭审程序而对案件有所预断,无疑容易形成庭前的偏见,这种先定后审的模式实际上是对庭审功能的削弱和干扰。为解决上述问题,1996年《刑事诉讼法》将人民法院庭前的案件审查由实质性审查转变为程序性审查。检察机关提起公诉,只移送起诉书、证据目录、证人名单以及主要证据的复印件。为防止庭前预判而要求程序性审查,在一定程度上抑制了法官擅断冲动的同时,却又激发了“硬币”的反面,如管辖权异议、回避、出庭证人名单等程序性的问题全部集中到正式庭审中加以解决,导致正式庭审轻易被打断,从而造成诉讼效率的低下、庭审质量的下降……所有的证据与争点都被留到了正式庭审中整理和明确,法官难以在庭审中发挥有效的引导作用,以致庭审拖延、诉讼周期过长,有限的司法资源被浪费等^①。因此,2012年修改后的《刑事诉讼法》增设了庭前会议制度,改变了1996年《刑事诉讼法》“一步到庭”、将所有问题都要集中到庭审活动中解决的审判模式^②。

2012年《刑事诉讼法》第182条第2款规定:“在开庭以前,审判人员可以召集公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人,对回避、出庭证人名单、非法证据排除等与审判相关的问题,了解情况,听取意见。”该规定被认为是庭前会议程序在我国刑事诉讼中的正式确立。庭前会议制度的建立,打破了1996年《刑事诉讼法》规定的刑事审判程序由起诉到庭审的直接过渡,在起诉、庭审之间植入了一道具有程序过滤作用的中间程序,通过解决与审判相关的一些程序性问题,提高庭审的质量和效率。

^① 参见叶青:“庭前会议中非法证据的处理”,载《国家检察官学院学报》2014年第4期。

^② 参见韩红兴:“刑事公诉案件庭前程序研究”,中国人民大学2006年博士学位论文,第164页。

庭前会议是在人民法院决定开庭审判后,开庭审理之前,由审判人员主持的由控辩双方共同参加的梳理、解决案件程序性问题及部分实体性问题的刑事诉讼活动。庭前会议是为开庭审理程序作准备的预备性程序,是一个庭前准备程序^①。因为承载着公正与效率两大价值,庭前会议从设立之初,就被理论界和实务界寄予厚望。

首先,着眼于集中梳理、解决与审判相关问题的庭前会议,力求使控辩双方在一些程序性问题及部分实体性问题上缩小乃至消除分歧,达成共识,从而有效压缩证据突袭、临时申请证人到庭、回避等突发情况存在的空间,力图使控辩双方庭审的精力专注于解决对于被告人定罪量刑有争议的问题,避免庭审因突发情形而阻断或迟滞,提升庭审效率。比如,在原铁道部部长刘某某案中,北京市二中院开庭审理时,检方指控刘某某的罪名共涉及案卷材料477卷,证据400余份,但庭审仅用了3个半小时。高效的庭审得益于成功的庭前会议。在案件开庭前,北京市二中院召集公诉人、被告人及其辩护人参加了庭前会议,对是否申请回避、非法证据排除等问题充分了解了情况,听取了意见。李某某轮奸案在未开庭之前就召开了两次庭前会议,薄某某案也是通过庭前会议解决了一系列程序问题。^②

其次,利用扮演“清道夫”角色的庭前会议,控辩双方可以进行充分的证据展示、非法证据排除意见的交换,调取庭审所需证据,确定出庭的证人、鉴定人和有专门知识的人的名单,有利于保障各方程序方面的各项权利,彰显程序公正。同时,通过对疑难、复杂案件证据及事实争点的整理,使得法庭审理的方向和重点得以凸显和强调,庭审将集中解决控辩双方争议较大的事实和法律问题,为庭审的实质化奠定了基础,避免了庭审的形式化、走过场。

庭前会议制度建立起了一整套控辩双方有效参与的诉讼化解决争议的机制。无论是庭前会议的启动,还是控辩双方充分参与下具体问题的解决模式,庭前会议的制度设计均凸显了控辩双方的参与性,对当事人的诉权予以了积极的回应和关照。

第二节 庭前会议的适用范围、程序、内容及效力

一、庭前会议的适用范围

《刑事诉讼法》对适用庭前会议的案件范围没有明确,第182条第2款对庭前会议

^① 参见朱孝清:“庭前会议的定位、权限和效力”,载《检察日报》2014年8月13日第3版。

^② 参见李斌:“庭前会议程序的适用现状与发展完善”,载《法学杂志》2014年第6期。

的召开用了“可以”一词,意思是并非所有的案件都必须召开庭前会议。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《解释》)第183条规定,“案件具有下列情形之一的,审判人员可以召开庭前会议:(一)当事人及其辩护人、诉讼代理人申请排除非法证据的;(二)证据材料较多、案情重大复杂的;(三)社会影响重大的;(四)需要召开庭前会议的其他情形”。该条对庭前会议适用的案件范围进行了具体划定,主要是考量了案件中证据的证据能力、案件复杂程度、社会影响力三个方面。从庭前会议的功能和价值来看,庭前会议所适用的类型最主要的是存在程序性请求或争议,可能导致庭审延滞的案件以及重大复杂、需要对证据及事实争点进行整理的案件。具体而言,包含存在非法证据排除、申请回避、申请变更强制措施等程序性争议或请求的案件,存在罪与非罪、此罪与彼罪等实体性争议的案件,以及证据材料繁多,社会影响重大的案件。参与上述案件庭审的各方可以通过庭前会议提前了解情况,听取意见,做好庭审准备工作,以达明确庭审重点、厘清庭审思路、实现庭审优质高效的目的。当前司法实践中,由于大部分公诉案件为常见罪名、常见形态犯罪案件,事实清楚,争议不大,庭前会议的适用比例是比较低的。以苏州市检察机关庭前会议的开展情况为例,苏州市检察机关2014年共提起公诉案件1.3万余件,而召开庭前会议的仅为17件,占比0.13%。

【案例10:张某某等人故意伤害案】

被告人张某某曾与被害人张某产生纠纷,遂对被害人怀恨在心。2012年8月29日23时许,被告人张某某通过被告人李某某的电话告知了解到被害人张某的行踪,遂伙同被告人李某某纠集被告人陈某等6人将被害人张某挟持至苏州市虎丘区通安镇阳山大酒店南侧约300米处的水泥路上,由史某某提供部分作案工具,由其他被告人分别持棒球棍、砍刀等工具殴打被害人张某,致被害人张某头部及身体多处受伤,后经医院抢救无效死亡。

该案涉案的被告人多达8人,案件的卷宗达15册,证据材料较多。法院为提高庭审效率,在一审庭审之前召集了庭前会议。在庭前会议中,辩护人就回避、管辖等问题发表了看法,审判人员听取了双方对在案证据的意见。正是由于庭前会议扫清了案件审理的程序性障碍,本来可能需要一天审理完成的案件,在3小时之内就顺利开庭结束,取得了较好的审理效果。

实践中,对于两类案件应根据具体情况决定是否适用庭前会议程序。第一类是被告人不认罪的案件。在对该类案件的认识上,控辩双方一般可能在事实认定或者法律适用等方面存在较大争议。从庭审功利的角度来说,该类案件有召开庭前会议的必要。通过召开庭前会议,各方能预先了解控辩双方争议的焦点,整理证据材料,并做好

庭审预案,以保证案件质量,防止冤错案件的发生。但与此同时,并不能认为凡是被告人作无罪辩护的,都要召开庭前会议。对于很多事实清楚,证据确实充分,法律适用没有争议,被告人的无罪辩解只是单纯的狡辩,没有任何证据支持或明显不符合常理的,就没有必要召开庭前会议而徒增各方庭前的工作量。第二类是简易程序案件。实践中,有些地方通过检、法、司等机关联合制定庭前会议实施意见或实施细则的方式规定适用简易程序的公诉案件不适用庭前会议;也有的地方规定在控辩审三方一致同意的情况下适用简易程序的案件也可召开庭前会议。原则上适用简易程序的案件可以不召开庭前会议。通常,适用简易程序的案件事实清楚,证据充分,加之被告人认罪,适用简易程序能够实现案件的繁简分流,提高诉讼效率,降低诉讼成本。召开庭前会议不仅本身需要额外的诉讼成本,而且庭前会议的召开会影响此类案件的批量集中处理,与简易程序的设立初衷相左,故一般情况下适用简易程序的案件可以不召开庭前会议。但是,2012年《刑事诉讼法》扩大了简易程序的适用范围,涵盖了1996年《刑事诉讼法》规定简易程序及其后司法解释确立的被告人认罪案件的普通程序简化审的案件。其中,不能排除辩方可能会提出某些程序性的请求甚至控辩双方之间存在程序性争议的情况,也存在因被告人犯数罪而需要进行证据整理的情形,这样就存在召开庭前会议的必要性。

此外,在适用庭前会议的过程中,应避免两种倾向:一是避免程序歧视的倾向。庭前会议适用与否与案件程序没有直接、必然的关系。庭前会议不仅适用于一审程序,还适用于二审程序。二审案件如果符合条件,确实需要召开庭前会议的,也应该可以召开庭前会议。加之二审案件本身可能会存在非法证据排除、申请回避等特殊情况,通过召开庭前会议进一步明确争议焦点,对保障庭审顺利进行具有重要作用。如何某等人聚众斗殴案^①在苏州市中级人民法院二审期间,就召开了庭前会议,审判人员充分

^① 徐某某欠下曾某等人人为其提供的巨额赌资,后曾某亲自或指使杨某等人多次向徐某某讨要该笔赌债。后被告人何某等人受徐某某指派与杨某等人就如何归还该笔赌债谈判未果。被告人何某与杨某手机通话过程中,双方发生言语冲突,后被告人何某打电话给曾某,双方恶语相向,互有挑衅。被告人何某三次打电话给张某,要求张某带人至某公司。被告人张某、陈某、张某某、龙某某及李某某即至某公司并准备菜刀等工具,后被告人何某再次主动拨打曾某电话,致使矛盾升级激化。曾某随即纠集杨某等人,持刀赶至某公司,被告人何某持械在办公室内等候,后双方相互持械斗殴,致被告人何某及龚某、胡某受轻微伤。2011年8月15日,常熟市人民法院以聚众斗殴罪判处被告人何某等五人有期徒刑三年。同年8月22日,被告人何某提出上诉。此后,何某的母亲有选择性地编辑了现场的一段视频上传至各大网站,后逐渐引发全国广泛关注,各大门户网站均在头条报道此案,随后大量媒体纷纷关注此案。期间,公益律师团介入导致该案舆情升级。苏州市中级人民法院第一次二审以事实不清、证据不足为由将该案发回重审。后常熟市人民法院经过长达十二天的庭审后,以聚众斗殴罪判处被告人何某有期徒刑一年六个月;判处被告人龙某某、李某某免于刑事处罚;其余被告人均被判处有期徒刑。该判决得到二审维持。

听取了双方的意见,为二审的顺利开庭奠定了良好的基础。二是避免一概准入的倾向。实践中,某些地方对于不存在争议的案件也适用庭前会议程序,这种忽略个案需求差异而过于追求形式上统一的做法,有违庭前会议制度设立的初衷,未体现出庭前会议繁简分流的原则,徒增工作量而对庭审的益处不大。

二、庭前会议的启动方式

2012年《刑事诉讼法》并没有明确庭前会议的启动方式,而只是简单地表述为“审判人员可以召集公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人……了解情况,听取意见”。《刑事诉讼法》并未对“召集”的概念予以界定。“召集”是人民法院自主决定,还是依公诉人建议,当事人、辩护人、诉讼代理人申请并不明确,即庭前会议启动权的归属问题在《刑事诉讼法》中尚属空白。这个问题在最高人民法院随后颁布的司法解释中也没有得到进一步的回答。

从目前的司法实践来看,普遍认为庭前会议有诉权启动和职权启动两种方式,既可依控辩双方中一方的申请并由法院决定启动,也可由法院直接依职权启动。一方面,庭前会议可依公诉机关的建议而决定启动,比如,当公诉机关办理一些案情复杂、证据繁多的案件时,希望通过召开庭前会议来进一步明确案件的争点,以便有针对性地制定出庭预案,提高公诉效率,赋予公诉方庭前会议启动的建议权有利于更好地实现庭前会议的效率价值;另一方面,辩方同样享有庭前会议启动的申请权,赋予辩方启动庭前会议的申请权是控辩平等的应有之义,符合程序正义的基本要求。具体来说,辩方可能会对管辖、回避、侦查机关取证的合法性等方面提出异议,或者向法庭提供新的证据或申请法庭调取新的证据等。

需要注意的是,控辩双方享有的只是庭前会议启动的建议权或申请权,申请并不必然导致庭前会议的召开,最终是否召开庭前会议要由法院来决定。庭前会议的主要目的是提高诉讼的整体效率,赋予人民法院召开庭前会议的最终决定权就是要发挥其“过滤”作用,避免诉讼资源不必要的消耗。但是,法院应充分尊重当事人的诉权,法院作出拒绝辩方的启动申请的决定时应以书面的方式说明理由。另外,对于被害人及其诉讼代理人提出召开庭前会议的申请,法院认为有必要的也应组织召开。送达相关文书时法院应书面告知被害方享有申请召开庭前会议的权利,并写明庭前会议的适用范围等内容。

最后,在控辩双方没有明确提出启动庭前会议的建议或申请时,法庭可根据案件情况依职权启动庭前会议。如案情重大复杂,证据材料繁多时,法庭可开启庭前会议整理证据、明晰争点;也可以召开庭前会议解决变更指控罪名等问题。

综上,笔者认为,庭前会议的启动模式,既可以是人民法院根据案件的具体情况在