



有度

一切皆有法 一切皆有度

On the Art
of
Criminal Defense

刑事辩护的艺术

陈瑞华/著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

序言

这是一部姗姗来迟的著作，也是历经曲折而最终完成的一部随笔性作品。

这部著作被冠以《刑事辩护的艺术》的书名，可能会引起读者的误会，以为这是作者对“自己”刑事辩护经验的总结和提炼。但熟悉我的朋友都知道，我不是律师，也不从事刑事辩护业务。既然如此，为何要起这样一个标题呢？

其实，从事任何行业，通常都会经历“工匠层级”“职业层级”和“专业层级”这三个境界。一位律师，只要受到过基本的法律训练，具有良好的天资，又具备“为民请命”的信念，经过十几年甚至数十年的磨炼，就都可能成为一名以法律服务为业的专业工作者。但是，确实有为数不多的律师，在“天时”“地利”“人和”等诸多条件同时具备的情况下，既具有为权利而斗争的勇气，又具有在复杂环境下因地制宜、因时变通的智慧，在刑事辩护领域达到了“炉火纯青”的地步，不仅在很多案件的辩护中达到了说服裁判者的辩护效果，而且尽最大努力维护了委托人的合法权益。可以说，刑事辩护的最高层级就是

“艺术层级”。对于这些站在刑事辩护巅峰之上的律师，我们有必要总结其辩护经验，提炼其辩护智慧，领略其刑事辩护的艺术。作为一名试图博采众长的“学术搬运工”，我愿意像蜜蜂采撷花粉酿制蜂蜜那样，发现并分析这些律师的辩护经验，并对这些辩护经验加以总结和提炼，使之成为“中国律师的辩护艺术”。通过对律师辩护艺术的总结，我们既可以对这个时代刑事辩护的状况作出忠实的记录，也可以使年轻的律师从业者获得有益的启迪。

这部著作的写作经历了一个十分曲折的过程。早在十年前，我就作为全国律师协会刑事业务委员会的顾问，主持起草过一部律师版的“刑事诉讼法立法建议草案”，与刑事辩护律师开始了密切接触。后来，与河南、山东和贵州三省律师协会就“死刑案件辩护指导规范”项目的合作，又给了我深度了解辩护律师工作状态的机会。再后来，与山东省东营市律师协会、济南市律师协会以及贵州省遵义市律师协会就“量刑辩护规范”的合作，以及与江苏省律师协会以及山东省律师事务所刑事业务联盟就“非法证据排除与律师辩护”项目的合作，也使我对刑事辩护律师的生存环境有了进一步的认识。

通过近十年的研究和调研活动，在经历了无数次与辩护律师的深度座谈之后，我对于资深律师的辩护经验和智慧也逐渐有了一些认识和感悟。例如，对于律师会见在押嫌疑人、被告人的三种诉讼功能——确立委托关系，了解案情并形成辩护思路，协调辩护立场，我就是在调研过程中逐步产生认识的。又如，一些律师事务所对于律师制作阅卷摘要的具体要求，使我对阅卷的技巧有了深刻的认识。至今，我在给律师授课中仍然强调诸如“对证据笔录进行缩写”“对言词证据通过图表对比法

反映变化过程”“对证据矛盾、孤证以及重大疑问作出列举”等方面的知识，就是在那一时期从律师那里获得的感悟。再如，对于辩护律师与委托人当庭发生辩护观点的冲突，以及诸多律师受“独立辩护论”的严重影响，当庭不理睬委托人的立场而进行“自说自话”的辩护方式，我也是从律师那里有所了解的。在辩护规范的起草中，我还接受一些资深律师的建议，将律师“忠实于委托人利益”以及“与委托人就辩护观点进行充分沟通和协商”的观点，写入规范条文之中。由此引发的争议和震撼，至今还历历在目。还有，在那一时期的调研过程中，中国律师在刑事辩护中所面临的种种职业风险，特别是1997年修订的《刑法》第306条所确立的“妨碍作证罪”使律师所遭受的职业困难，甚至少数律师因此所受到的刑事追诉乃至定罪判刑现象，也使我积极投入到律师维权工作之中，这对我的学术观点也产生了很深的影响。

五年前，一个偶然的机缘，我与田文昌大律师有了面对面讨论“刑事辩护经验”的机会。经过数个日夜连续不断的交流和对话，我对这位被誉为“中国刑辩第一人”的资深律师，并进而对整个中国刑事辩护律师界，有了更为深入的认识。通过那次学术对话，我深切感受到，中国律师界经过几代人的努力，在刑事辩护中逐步形成了一些特有的风格和模式。例如，在现行司法制度下，刑事辩护逐渐具有了无罪辩护、量刑辩护、罪轻辩护、程序性辩护、证据辩护等多种形态并存的格局；律师辩护有了法庭辩护与审判前辩护的区分，而随着刑事诉讼制度的不断改革，审判前辩护的空间还在不断扩大；法庭上的辩护侧重在法庭辩论环节的集中辩护，具有了“大专辩论会”式的风格；在法庭调查环节，比较注重对公诉方案卷材料的研究，对公诉方证据体系的把握，在此基础

上，形成针对言词证据、实物证据的质证方式；辩护从方向和策略上，有积极辩护与消极辩护之分，前者是通过调查新证据、提出新事实、论证新观点来进行的辩护活动，后者则是以公诉方的证据和事实来论证公诉方诉讼主张不成立的辩护活动；在程序性辩护方面，律师与其动辄强调侦查人员收集证据程序的违法性，倒不如论证这种非法取证行为对于证据真实性的实质性影响，这对于说服法官更为有利……

经过对话，我与田文昌律师最终推出了《刑事辩护的中国经验》。这部对话体的著作取得了较好的市场反响，也为我在律师界赢得了声誉。该书侧重于刑事辩护基本技能的讲解和分析，对于初入刑事辩护之门的年轻律师，可能会产生较大启发，基本属于一本入门级的读物。但是，对于那些已经在刑事辩护领域有了数年积累的律师而言，该书没有办法提供进一步的指引，更没有总结律师界在面对重大、复杂、疑难案件时所具有的技巧、风格和策略。再加上作品所采取的对话体的方式，也要求对话双方要在一个整体框架内表达观点，而由于所从事的职业以及兴趣点的差异，一个学者与一位资深律师的对话本身，就容易使各自的思路受困，影响双方全方位地阐述各自的观点。这显然是一个缺憾。也正因为如此，在该书出版后不久，就有律师建议我独立出版一部有关刑事辩护经验的著作。出版界的朋友也早早地“伸出橄榄枝”，与我签订了出版合同。

在下决心推出一部独立著作之后，我就开始了写作的准备工作。在很长一段时间里，我仍然比较迷信“对话体”的写作体例。只不过，我不准备再与律师进行对话，而打算与一些了解律师辩护情况的学者、学生或者新闻界朋友进行对话。在“对话”过程中，另一方只要能敏锐地

发现问题，并将我的观点“逼出来”，就能使我畅快淋漓地讨论辩护问题了。我甚至还极为推崇老一辈历史学家何兆武先生的《上学记》，并将文婧女士整理的这部口述历史作品，作为我整理刑事辩护著作的标准文本。可惜，像文婧女士那样整理口述作品的人，在法学界和律师界都难觅踪迹。我尝试了各种对话方式，找了多个对话的人，整理出多个稿子，最终都不甚满意。在此过程中，我曾经让我指导的博士生，在长达三天时间里，连续听我讲“刑事辩护的理论与实务”，并按照分工，将录音稿整理成文。我还将我到各地律师协会授课的录音，交由学生加以整理。我还说服北京大学出版社专门邀请叶逗逗女士与我进行对话，然后整理我的讲话录音。在整理完几篇稿子之后，恰逢2015年我儿子参加高考，只好中断了半年。在儿子顺利进入大学学习之后，又接连进行了长达半年、每周一次的对话和整理工作。在叶逗逗女士的辛苦整理之后，有关“刑事辩护艺术”的整理稿被发送到我的电脑里。对于这部稿子，我还请一位优秀的博士生继续进行后期的文字加工和内容润色。最终，对于上述所有曾经作出过的对话、整理和润色工作，我都没有达到“内心确信”的程度，仍对其可读性存在“合理的怀疑”。面对一个无法割舍的写作选题，面对多人、多年、多次整理而无效的稿子，面对出版社无形之中施加的催稿压力，我怎么办？答案只能是：“亲自写。”

从2017年6月开始，我全力以赴地投入到《刑事辩护的艺术》的写作之中。一进入写作状态，才发现最难完成的部分是对相关案例的搜集。要知道，这不是普通的案例，而是能记录律师辩护过程、体现律师辩护经验、具有一定挖掘价值的案例。而无论是最高人民法院公报案例、指导性案例，还是《刑事审判参考》案例，尽管具有很大的权威

性，但所记录的都是法官的裁判理由和裁判思路，而无法反映律师辩护的经验和智慧。经过再三考虑，历经苦苦搜寻，我最终还是从三种渠道获取了本书所需要的“经典辩护案例”：一是律师出版的辩护实务著作，里面有大量“成功辩护”的案例；二是律师在网站甚至微信公众号发表的辩护案例，尤其是一些微信公众号，为我提供了律师成功辩护的资料；三是我作为专家参与论证过的典型案例，尤其是那些存在重大争议、给我留下深刻印象的案例。

在对所搜集的案件进行深度加工和整理之后，我根据先前形成的基本框架，也根据案例本身所反映的特殊辩护经验，把我近十年来对刑事辩护经验的认识，进行了全方位的整理和总结，最终形成了大约有三十篇、二十五万字规模的作品。与《看得见的正义》有些相似，《刑事辩护的艺术》也不是一部具有严密理论体系的学术作品，而属于一部由一篇篇学术随笔组合而成的汇集。尽管该书在体例结构上较为松散，但所讨论的问题还是刑事辩护的经验和智慧，所总结的还是一些资深律师的刑事辩护的艺术。

《刑事辩护的艺术》一书分为三个部分：一是“刑事辩护的经验”；二是“刑事辩护的智慧”；三是“刑事辩护的趋势”。在第一部分，笔者讨论了刑事辩护的主要策略和技巧，从案例分析中提炼出诸多经得起检验的观点。该部分所涉及的话题主要有：律师如何提出申请、如何阅卷、如何调查取证、如何挑战公诉方的鉴定意见、如何对公诉方证据进行质证、如何掌握说服二审法官的独特艺术、如何走向实质性辩护、如何从积极辩护的逻辑出发形成辩护思路、如何有效展开程序性辩护，等等。

与第一部分注重总结刑事辩护的策略和技巧不同的是，第二部分则

侧重讨论刑事辩护的智慧。在这一部分，笔者将一些为律师界所熟知的辩护经验概括成若干个朗朗上口的“理论”或短句，以作为对刑事辩护文化的提炼。这些带有个性化色彩的“理论”或短句主要有：“刑事辩护的前置化”“刑事辩护的黄金救援期”“刑事辩护的庭后延伸”“专业化过程理论”“阶梯理论”“相似案例的援引”“战略威慑理论”“为权利而斗争”“政治问题法律化”“适当利用社会和政治力量”，等等。

本书第三部分讨论了刑事辩护业务未来的发展趋势。笔者曾在多次讲座中对此作出过总结和讲授，引起了律师界的广泛关注。根据我国司法制度改革的发展方向，也考虑到刑事辩护业务的自身发展规律，未来的刑事辩护会出现一些新的发展动向。事实上，有些发展动向在实际辩护过程中已经得到一定程度的显现。在此背景下，谁能掌握未来，谁就有可能占据优势地位，有效地把握刑事辩护的最新机遇。例如，从刑事辩护专业化和高端化的角度来说，这一律师业务应当走向“模块化”和“单元化”；从有效辩护的角度来看，未来的量刑辩护应当走向“数量化”和“精准化”；从未来参与刑事辩护的方式来看，律师在高度重视对抗性辩护的同时，还要重视“协商和妥协”；从律师处理与委托人关系的角度来说，传统的“独立辩护论”已经被律师界集体抛弃，建立在委托人与辩护律师委托代理关系基础上的新的职业伦理逐步确立，因此，未来律师应当注意“不发表不利于委托人的意见”，律师辩护的最高境界是“将委托人转化为得力助手”；在按照传统的“五形态辩护法”展开辩护活动的同时，律师还应高度重视刑事辩护衍生出来的民事代理业务，尤其是那种涉及涉案财物追缴问题的代理业务；鉴于律师的辩护质量和效果受到越来越多的批评，未来律师有必要高度重视有效辩

护问题，避免出现“无效的辩护”；随着公司单位刑事法律风险防范业务的蓬勃兴起，越来越多的律师和律师事务所开始为委托人提供一种有别于传统法律顾问业务的刑事合规业务，未来律师应当高度重视这种刑事合规业务，以最大限度地帮助客户避免可能的刑事法律风险，有效地维护客户的合法权益。

“在一项全身心投入的工作结束之后，所完成的作品通常会给自己带来最大的愉悦”，这是笔者最真切的体验。经过连续半年时间的笔耕不辍，笔者终于推出了这部带有随笔性质的著作。这既完成了一个学术心愿，也是对自己十年来关注并研究刑事辩护问题的一个“交代”。在《刑事辩护的艺术》即将出版之际，笔者要感谢所有为这部著作的出版作出过贡献、提供过帮助的朋友。尤其要感谢为笔者的写作贡献出案例的徐宗新、孙瑞玺、马维国、彭素芬、王亚林、丁一元、王思鲁、刘平凡、张燕生、汪少鹏、张树国、青松、康焯、焦鹏、裘荣刚、余安平、何辉新、邓忠开、成安等各位律师朋友。这些律师在相关案件中所作的成功辩护，值得加以总结和提炼，也值得在全国律师界推广，更值得年轻律师学习和效仿。笔者期待着，我国的刑事辩护制度和司法环境会得到更大的改善，越来越多的律师都能创造奇迹，达到刑事辩护的“艺术层级”。

陈瑞华

2018年2月12日

刑事辩护
的经验

1

2

3

4

5

6

7

8

9

10

9
2
3
4
5
6
7
8
9
10

刑事辯護 的智意

刑事辯護 的培養

9

10

11

12

13

14

15

16

上篇

刑事辩护
的经验

申请的艺术

任何一项诉讼权利，都只有经过激活，才能转化为现实的利益。律师作为帮助委托人行使诉讼权利的辩护人，更是需要通过积极有效的申请，保证委托人的各项诉讼权利落到实处，从而推动刑事诉讼的进程，影响刑事诉讼的结局。因此，总结提出诉讼请求的经验，掌握提出申请的艺术，这是一个刑事辩护律师走向成功的必由之路。

在刑事诉讼中，被告人要提出某一诉讼主张，或者启动某一诉讼程序，通常都会提出各种各样的申请书。但是，在刑事诉讼程序越来越走向专业化的背景下，被告人单靠自身的力量提出申请，是无法达到预期效果的。被告方的申请通常都要由辩护律师代为提出，并以书面方式提交给有权作出决定的国家专门机关。这势必涉及辩护律师为何提交申请书，如何撰写申请书，以及如何提交申请书的问题。在一定程度上，刑事辩护的艺术也就是“申请的艺术”。

在提交申请书方面，有些律师进行了很好的探索，并提炼出一些规律性的论断。王永杰律师就认为，“任何请求，都要书面申请，好处是法院要么书面驳回，要么记在庭审笔录（若没记，提示法官，能否记入笔录）里，从而使上诉有理由，如果一审程序违法，二审可以直接发回重审”。在申请召开庭前会议方面，他认为，“庭前会议靠法院主动召开是不够的，必须通过律师来推动进行”。在申请二审法院开庭审理方面，王永杰律师也颇有心得：“法院的二审一般不开庭审理，律师可以递交申请书要求开庭。实际上，律师要求二审法院开庭的最好办法就是提交新证据。”为促使法院二审开庭审理，他提出了一条独特的辩护经验：“律师在一审时最好不要把辩方证据用尽，要为二审改判留点后手。”^①

^① 参见王永杰：《刑事辩护的艺术》，中国法制出版社2015年版，第9—11页。

这是一位律师对如何提出申请的建议，也是他对自己辩护经验的精彩总结。其实，律师提出申请书的场合并不局限于庭前会议、二审开庭等方面，还包括几十种诉讼场合。最为常见的申请书可以包括取保候审申请书、羁押必要性审查申请书、非法证据排除申请书、调取证据申请书、通知证人（鉴定人、专家辅助人、侦查人员）出庭申请书、重新鉴定申请书、回避申请书、变更管辖申请书，等等。那么，律师究竟在什么情况下提交申请书，如何把握申请书的框架结构，如何将申请书予以提交，遇有不采纳诉讼申请的情形，律师如何寻求司法救济呢？下面以北京马维国、彭素芬律师提交给法院的两份申请书为范例，对此作出初步的分析。

排除非法证据申请书

一、 申请事项

申请排除侦查机关于2012年7月22日至7月26日期间在烟台市公安局某分局刑侦大队地下室对被告人孙某所做的讯问笔录。

二、 申请理由

1. 侦查机关对被告人孙某的讯问地点不合法

《刑事诉讼法》第116条第2款规定，犯罪嫌疑人被送交看守所羁押以后，侦查人员对其进行讯问，应当在看守所内进行。烟台市公安局某分局的《拘留通知书》副本显示，“被告人孙某于2012年7月22日5:30因涉嫌故意杀人被刑事拘留，现羁押在烟台市看守所”。根据该《拘留通知书》，被告人孙某应当于2012年7月22日被送交烟台市看守

所羁押，侦查人员对其进行讯问的地点依法应当是烟台市看守所。

但是，经查阅被告人孙某的讯问笔录，侦查人员对被告人孙某的实际讯问地点均是烟台市公安局某分局刑侦大队，且据被告人孙某补充说明，他被长期关在刑侦大队一个地下室接受审讯。根据《刑事诉讼法》的规定，侦查机关对被告人孙某的讯问地点不合法。

2. 侦查机关在2012年7月22日至7月26日连续五日对被告人孙某采取间歇性电击方式进行讯问，在这期间形成的三次讯问笔录应当予以排除，不得作为判决的依据

据被告人孙某介绍，其于2012年7月22日被刑事拘留之日起至7月26日期间，侦查人员将其关押于刑侦大队地下室，并多次采取电击方式进行讯问。侦查人员让其坐在讯问椅上，使用械具将其双手双脚固定，给其带上黑布头套，在其左右两个食指上分别缠上电线，进行电击。这种电击行为在这五天之内从每天上班开始到下半夜的三四点钟结束，间断性进行，每次持续约十分钟。被告人孙某因电击抽搐疼痛而拼命挣扎，拼命往座椅上蹲坐，导致双脚脚踝处及屁股与大腿连接处严重挫伤，经约1个月的治疗后才能正常蹲坐，目前屁股与大腿连接处仍有伤疤。侦查人员在此情况下获得的三次讯问笔录不得作为本案定案的依据。

3. 侦查机关对被告人孙某的第四次讯问违反了《刑事诉讼法》第116条第1款“讯问的时候，侦查人员不得少于二人”的规定，该讯问笔录不得作为定案依据

被告人孙某的第三次讯问笔录显示，侦查机关在7月25日11:00至15:00对被告人孙某进行了连续4个小时的讯问，而就在当天晚上20:00至次日凌晨1:30期间又对其进行了第四次讯问，第四次讯问笔录显示侦查人员为陈某、姜某两人，但据孙某介绍，在第四次讯问过程

中，最初是由孙某涛警官带领另外两名侦查人员对其进行了长时间的电击，因未获得侦查人员满意的讯问结果，未形成书面讯问笔录。

在孙某涛及其带领的两名侦查人员对孙某电击完离开后，进来一位姓于的侦查人员，于姓侦查员单独对被告人孙某予以讯问，在讯问即将结束时在电脑上操作了较短时间，并在操作电脑后将电脑屏幕转过来给被告人孙某阅读，被告人孙某距离电脑至少在2米以上，根本无法看清电脑屏幕上显示的内容，于姓侦查员打印出来一些纸张要孙某签字，此时已是半夜，孙某已经极度疲惫，且遭受了长时间的电击，极度痛苦，在此情况下签署了第四次讯问笔录。该讯问笔录因存在刑讯行为且在侦查员人数不合法的情况下形成，不得作为定案的依据，应当予以排除。

三、申请排除以上证据的相关线索、材料

1. 孙某在受到刑讯后留在脚踝处、屁股与大腿连接处的伤痕

2. 与孙某同监室人员（鞠某、朱某、孙某良）、看守所医生及警官王某等多人均知道孙某的伤情，请法院依法调查并要求其出庭作证

以上人员是调查孙某因受到电击而引发伤情的关键证人，因申请人无法联系上述人员，无法确切知道其目前的住所，申请人请求法院调查并依职权通知其出庭作证。

3. 2012年7月22日至7月26日孙某被羁押在烟台市公安局某分局刑侦大队期间的全部原始录音、录像资料

基于上述事实和理由，根据《刑事诉讼法》第54条、第56条第2款，《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》第1条、第2条等法律法规的规定，申请人申请贵院排除上述非法证据，请予

准许。^①

这是一份完整的排除非法证据申请书。律师将此申请书提交给法院后，法院召开了庭前会议，启动了非法证据排除程序，对侦查行为的合法性进行了调查，并作出了裁判结论。这份申请书包括了申请事项、申请理由以及相关线索和材料，简要但完整地论述了请求排除非法证据的事实根据和法律理由。值得指出的是，这份申请书之所以能够说服法官启动排除非法证据的程序，原因主要有以下几个：一是通过提交申请书以及相关证据材料和线索，律师承担了初步证明责任，促使法官对侦查行为的合法性产生了疑问，从而通过了初步审查程序；二是列明了所要申请排除的非法证据，也就是几份讯问笔录；三是陈述了排除非法证据的事实根据，如在公安机关地下室讯问，电击嫌疑人并使其产生痛苦，讯问时侦查人员少于两人，等等；四是论证了排除非法证据的法律理由，刑事诉讼法明确禁止在看守所以外的地方进行讯问，禁止刑讯逼供，要求讯问时侦查人员不少于两人，并对违反这些规定的行为确立了排除后果。

调取新证据、通知证人出庭申请书

一、申请事项

1. 调取新证据

被告人孙某因治伤染有药水的裤子，现由孙某自行存放在关押他的

^① 这份申请书是2014年笔者在与北京英岛律师事务所马维国、彭素英进行交流时获取的。

宿舍里。

2. 申请通知证人出庭作证

烟台市看守所警官王某，曾被收押在烟台市看守所的鞠某、朱某、孙某良。

3. 请求调取全程录音录像

二、申请理由

1. 孙某存放在烟台市看守所的一条裤子，是证明孙某因受到刑讯逼供而受伤的重要线索和证据

2. 警官王某在接受山东省检察院调查询问时，向调查人员做了不知道孙某受伤的虚假陈述，鞠某、孙某良均能证明警官王某知道孙某受伤之事

3. 公诉人目前提交的7月25日晚上19:17:30至26日凌晨02:05:12期间的录音录像中含有大量泄露孙某在此之前曾被刑讯逼供的内容，为查明孙某确实曾被刑讯逼供，申请人再次请求法庭依职权调取孙某被羁押在烟台市公安局某分局刑侦大队期间的全程录音录像，特别是7月22日后每天早上7:00至第二天凌晨3:00的录音录像

4. 侦查机关第五次讯问孙某的讯问过程的录音录像

以上证据和人员都是证实孙某因刑讯逼供受伤、侦查机关存在侦查违法的重要线索和证据，对本案影响重大，请法庭依职权调取，以查明事实真相。^①

^① 这份申请书是笔者2014年向北京英岛律师事务所马维国、彭素芬调取的。本案的二审判决书系山东省高级人民法院2014年6月17日所做的(2013)鲁刑四终字第165号刑事附带民事判决书。

申请调取证据、通知证人出庭作证，是律师在刑事辩护中经常提出的诉讼请求。本案中律师提交的这份申请书，不仅列明了所要申请的事项，而且简要陈述了调取证据、通知证人出庭的事实根据和法律理由。考虑到这些证据对于证明侦查人员非法取证具有重要的价值，这些证人也都是对侦查人员刑讯逼供行为的知情者，因此，律师的申请书具有很大的说服力。

那么，律师为什么需要提交书面的申请书？

在刑事诉讼中，辩护律师尽管可以代表委托人行使各项诉讼权利，但是，这种权利充其量只是一种申请权，要想使本方的诉讼请求得到实现，就需要从事实认定和法律适用等方面论证本方诉讼请求的合理性，以便说服司法机关接受本方的诉讼请求。作为一种“诉权”，律师的诉讼请求权又可以被称为“诉诸司法裁判”的权利。由于最终的决定权掌握在司法机关手中，司法机关有权随时拒绝辩护律师的诉讼请求，因此，律师需要承担举证责任和论证责任，一方面要提出证据证明所主张的事实成立，另一方面也要从法律适用的角度为本方的诉讼请求找到充分的依据。在一定程度上，申请书既要担负着提出证据证明本方诉讼请求所依据的事实成立的责任，又要承担从法律或法理上论证本方诉讼请求合法性的责任。

在我国的司法实践中，法院对于启动某一诉讼程序通常持较为消极的态度。毕竟，启动任何一项新的诉讼程序都会给法院带来诉讼时间的拖延和诉讼资源的耗费。例如，对于举行庭前会议，很多法官都会面露难色，视为畏途。因为法官不仅要花费时间组织庭前会议，召集各方参加庭前会议，还要在押送在押被告人方面投入不少精力，或者面临一些风险。假如没有律师的积极推动，法院极少会主动召开庭前会议。又如，对于开庭审理，二审法院通常都会持排斥态度，更愿意通过阅卷、

讯问被告人等审理方式来处理案件。没有律师的积极申请和强烈要求，二审法院对于当事人上诉的案件通常都更倾向于采取“调查讯问式”的审理方式。再如，对于证人、鉴定人出庭作证，法院也都采取较为消极的态度，因为这种传召出庭会使法院付出人力、物力、财力、时间的额外支出，大大增加审判办案的成本。而相比之下，法院假如采取宣读证人证言笔录、鉴定意见的调查方式，就会避免这些额外的支出。正因为如此，辩护律师唯有通过积极推动和强烈申请，才有可能促使法院启动一项新的诉讼程序，给予辩护律师参与诉讼活动的机会，从而有效维护被告人的合法权益。

既然辩护律师唯有提交书面申请书，才能启动一项新的诉讼程序，那么，究竟如何起草一份合格的申请书呢？

其实，从刑事辩护的角度来看，天下没有千篇一律的申请书，也不会有统一的格式化申请书。每一位律师的辩护风格不同，每一种诉讼请求的性质不同，所出具的申请书也会有各自的特色。不过，从所要达到的诉讼效果来看，律师的申请书一般需要具有三个方面的构成要素：

一是申请事项。也就是律师的具体诉讼请求。在前面所援引的两份申请书中，律师提出了请求排除的具体证据材料，以及所要申请调取的具体证据材料，所要申请出庭作证的证人名单。这都是非常具体的诉讼请求。相反，假如所主张的诉讼请求并不明确，就会使法官感到困惑，使得他们接受诉讼请求的可能性微乎其微。例如，律师假如动辄提出“排除本案全部证据”“排除本案全部被告人供述笔录”或者“调取所有实物证据”“通知本案全部证人出庭作证”等笼而统之的请求，那么，法官通常都不会接受。

二是申请理由。作为诉讼请求的提出者，律师需要承担证明责任，证明本方诉讼请求的事实基础是成立的。与此同时，作为申请方，律师

也要承担论证责任，以说明本方诉讼请求是具有法律依据的。因此，申请理由要由两个部分组成：一是申请所依据的事实；二是申请所依据的法律条文或法理基础。

三是相关的证据材料或证据线索。为证明本方诉讼请求所依据的事实成立，也为了使法官有机会对相关证据进行调查核实，律师需要列明所掌握的证据材料或者证据线索。所谓证据材料，就是律师通过会见、阅卷、调查已经获取的证据材料。所谓证据线索，就是律师没有能力调取但已经获悉证据材料的情况，如该证据现在何处、由谁保管、形态如何，等等。通过提供这些信息，律师可以促使法官及时将其调取。

当然，即便提交了合格的申请书，也会遇到法官拒绝接受的情况。那么，究竟如何向司法机关提交申请书呢？

律师向法院提交申请书，可以分为庭前提交和当庭提交两种类型。根据一些律师的经验，在开庭审理之前，律师应尽快、尽早地提交申请书。一般而言，律师应尽可能提出召开庭前会议的申请，促使法院组织庭前会议。在庭前会议上，律师可以直接提出各类申请书，并当面向法官陈述这些申请的事实根据和法律理由。由于直接面对法官和公诉人，律师还有可能听到公诉人的意见，并对此作出回应，从而更为有效地说服法官接受本方的申请。有时候即便听不到公诉人的回应和法官的意见，也可以提醒法官将本方的申请及理由记录下来，保留在庭前会议笔录之中，以便为进一步的申请创造条件。

在法院不举行庭前会议的情况下，律师应尽量争取与承办法官进行至少一次当面沟通和交流，届时应将所有申请书一并予以提交。假如无法与承办法官进行面谈，律师也可以将有关申请书递交给法院工作人员，并索取相应的收据。有的律师还有一些非常特殊的体验：遇有法院拒绝接受申请书的场合，律师应尽快通过邮政部门将申请书特快专递给

法院，并将本案的承办法官注明为收件人。据说，这种提交申请书的方式会迫使主审法官不得不予以签收，并将申请书载入案卷笔录。

在法庭审理开始之后，律师仍然有权向法庭提交申请书。但是，考虑到法庭通常都是在做好充分准备的情况下才启动庭审程序的，而法官也更倾向于连续不断地进行开庭审理，而一般不愿意中断法庭审理，因此，这类当庭申请应当格外慎重，律师也要向法庭陈述合乎情理的理由。例如，律师假如要当庭提出排除非法证据的申请，就需要陈述刚刚发现了开庭前没有发现的证据、线索或者事实，因此才在开庭后提出这类申请。又如，律师假如要当庭提出通知证人、鉴定人、专家辅助人或者侦查人员出庭作证的申请，也需要说明庭前没有提出此类申请的正当理由，并要强调传唤这些人士出庭作证的必要性。再如，律师假如要当庭提出延期审理的申请，更要严格根据刑事诉讼法论证延期审理的法定事由，以及延期审理的必要性，以便促使法庭中断法庭审理过程。

最后值得讨论的是，申请一旦遭到拒绝，究竟应当如何寻求司法救济呢？

很多律师都有这样的经历，尽管提出了有理有据的申请书，但是，法院仍然对此申请予以拒绝。例如，律师提出的通知证人、鉴定人出庭作证申请，调取实物证据的申请，重新鉴定的申请，延期审理的申请，二审开庭的申请，等等，经常被法院予以驳回，而又没有提供令人信服的理由。遇到这种情况，律师要么无可奈何，要么作出过度的反应。那么，究竟有没有一种既不容易激怒法官而又能解决问题的救济方式呢？

通常说来，法院拒绝律师诉讼请求的行为，涉及其审判活动是否违反法定诉讼程序的问题。我国刑事诉讼法确立了一种专门针对法院违反法定程序行为的救济方式，那就是法院撤销原判、发回重审的裁判制度。通常说来，对于一审法院违反法定诉讼程序、影响公正审判的行

为，二审法院可以作出这种发回重审的裁定；对于二审法院违反法律程序的行为，最高人民法院在死刑复核阶段可以作出撤销原判、不予核准死刑判决的裁定；对于原审法院违反法定诉讼程序的行为，负责再审的法院在再审程序中也可以作出这种宣告无效的裁决。这些救济方式都赫然写在法律条文之中。可惜的是，这些救济方式经常处于无法激活的状态，很多律师对此感到陌生，更是很少使用这些条款来维护委托人的合法权益。

从刑事辩护的专业化角度来看，对于法院无理拒绝本方诉讼请求的行为，辩护律师可以采取三步式救济方法：一是请求法庭将申请被拒绝的情况写入庭审笔录；二是提出积极主动的抗辩，指出法院拒绝诉讼请求的不合理性和不合法性；三是在二审程序、死刑复核程序以及申请再审程序中，将此无理拒绝诉讼请求的行为视为“违反法定诉讼程序，影响公正审判的行为”，以便寻求上级法院的司法审查机会，促使这些法院作出宣告无效的裁决。一言以蔽之，对于法院无理拒绝诉讼请求的行为，既不要忍气吞声，不做任何反应，也不要反应过度，作出那些容易激怒法官的违规言行，而应当尽量在法律程序框架内，利用法律赋予的合法手段，作出有理有据有节的反应，促使上级法院采取行动，纠正下级法院的不当裁决。

那么，律师在刑事辩护过程中究竟有可能提出哪些申请书呢？这里可以就法庭审判阶段经常出现的申请书提供如下清单：

召开庭前会议申请书；

回避申请书；

变更强制措施（适用取保候审）申请书；

变更管辖申请书；

通知证人、鉴定人、专家辅助人、侦查人员出庭作证申请书；

调取证据申请书；
排除非法证据申请书；
延期审理申请书；
重新鉴定或者勘验申请书；
适用简易程序或刑事速裁程序申请书；
二审法院开庭申请书；
……

任何一项诉讼权利，只有经过激活，才能转化为现实的利益。律师作为帮助委托人行使诉讼权利的辩护人，更是需要通过积极有效的申请，保证委托人的各项诉讼权利落到实处，从而推动刑事诉讼的进程，影响刑事诉讼的结局。因此，总结提出诉讼请求的经验，掌握提出申请的艺术，这是一个刑事辩护律师走向成功的必由之路。

阅卷的艺术

阅卷是律师进行辩护准备的重要工作，也是律师了解公诉方证据体系、形成质证意见和辩护思路的直接依据。一份专业化的阅卷摘要，是阅卷工作的主要结晶。很难想象，一名辩护律师携带几十本乃至上百本卷宗材料走上法庭，在公诉方出示一组一组的证据时，手忙脚乱地翻阅并寻找相关证据材料。而要做到有效的辩护，律师至少要在开庭前对公诉方的证据体系了如指掌，在法庭上则从容不迫地提出针对这些证据的质证意见，从而说服法官对这些证据的证明力或证据能力产生怀疑。

阅卷，是辩护律师的基本功，也是律师了解案件情况、发现控方证据漏洞、形成辩护思路的必由之路。从形式上看，阅卷包含了辩护律师查阅、摘抄、复制公诉方案卷材料的活动。但从实质上看，阅卷其实是辩护律师认真研究侦查机关、公诉机关办案过程，全面审查公诉方指控证据体系的活动。在一定程度上，阅卷与会见、调查取证一起，构成律师进行辩护准备活动的“三驾马车”。一个律师究竟如何提出辩护意见，这可以说是律师的辩护技巧问题。但假如一个律师在出庭辩护之前不进行阅卷，也不了解公诉方办案过程和卷宗笔录的内容，那么，他所进行的辩护肯定属于无效辩护。

阅卷是一份辛苦活。有经验的辩护律师对一份案卷材料要研读若干遍，阅卷方式可分为“泛泛阅卷”“精细阅卷”和“有针对性地阅卷”等几种。对于普通的刑事案件，律师动辄都会花费几天甚至一周以上的的时间，一边阅卷，一边整理阅卷摘要，最终形成一份简明扼要但又能反映案卷全貌的阅卷笔录。但是，遇到那些重大复杂的刑事案件，公诉方提交的案卷多达数十本，律师就不得不投入更多的时间，研究各种诉讼文书、办案程序、证据材料，这样才有可能吃透案情，理出头绪。正因为如此，有些律师就把阅卷看作刑事辩护这一复杂脑力劳动过程中的“体力劳动”。

但是，我国律师管理制度和刑事辩护制度还存在着一些缺陷，使得

律师在阅卷问题上没有基本的法律服务质量控制标准。尤其是我国现行的辩护律师收费制度，使得律师与委托方达成委托协议后，委托方通常立即缴纳全部辩护费用。有的律师甚至将与委托人签订协议书、收取辩护费用，视为“刑事辩护活动结束的标志”。至于实质性的辩护活动，则基本交由律师助理去做了。尤其是一些自视为“功成名就”的律师，更是将大量时间精力投入到开会、培训乃至应酬上面，而在接案后不去亲自阅卷。有的律师就发现，

基于各种因素，很多大律师喜欢将案卷材料交给助理去阅读，自己顶多在“宏观”上、“重点”上指点一下、阅读一下。笔者认为，这样做是远远不够的。由于阅卷不是简单的一个看卷的过程，它凝聚了阅卷人的专业认知、经验见识、智慧灵感于一身，因此，囿于上述因素，助理阅卷往往有很多问题是看不出来的，会有遗漏。刑事案件往往涉及被告人的生命、自由与财产，一旦发生失误，对当事人来说就是天大的事情，因此，律师阅卷也得亲历亲为才能保障办案质量。笔者曾见过闻名全国的某一大律师出庭，法庭调查阶段发问环节简单问一两句，法庭调查质证环节一言不发，由助理发表质证意见（自己不阅卷，交给助理阅卷，对案情很陌生）；法庭辩论阶段，由于通过一天的庭审，对案情开始有所了解，这位大律师脱离具体的证据材料“旁征博引”“侃侃而谈”20多分钟，将有罪辩护和无罪辩护相互混同。这样的表现，自然很难得到审判人员的认同。^①

^① 参见肖文彬：《无罪辩护、有效辩护的经验交流》，“刑事实务”微信公众号，2017年5月2日发布。

在刑事辩护实践中，律师不亲自阅卷也会自食苦果，甚至会受到某种程度的惩罚。例如，有律师接到法院的通知，上级法院的法官、检察官来本院考察工作，顺便要讨论一下某一案件的事实认定和法律适用问题，法院指名要该律师参加并介绍案情。但在座谈会上，律师发言不到五分钟，就说错了时间、地点和行为过程，甚至还念错了被告人、证人的名字。法官一气之下，将这位没有阅卷的律师“请出”了会议室。因为没有事先阅卷，这位律师白白浪费了一次与两级法院的法官进行当面沟通的宝贵机会。

又如，一位颇有名气的律师在法庭上进行辩护，在法庭调查环节几乎不作发问，几乎完全由另一名律师（该律师的助手）完成举证、质证活动。到了法庭辩论阶段，公诉人发表公诉意见后，该律师还是让自己助手发表第一轮辩护意见。直到公诉人发表第二轮辩护意见后，该律师认为已经“引蛇出洞”“时机成熟”，才发表第二轮辩护意见，并美其名曰“后发制人”，从事实不清、证据不足以及被告人不构成指控罪名的角度发表了无罪辩护意见。由于在法庭调查阶段根本没有撼动公诉方的证据体系，这种无罪辩护肯定无法达到说服裁判者的效果。庭审结束后，委托方直接提出了“退费”的要求。在遭到拒绝后，委托方向司法行政机关投诉了该名律师。

以上都是一些不太正面的例子。那么，在阅卷问题上，有没有较为成熟的辩护经验可循呢？其实，在阅卷以及制作阅卷摘要问题上，每个律师都有自己独到的经验和体会，并不存在整齐划一的工作模式。不过，我们可以根据一些资深律师的辩护经验，提炼出一些带有普遍性的规律。

安徽的王亚林律师对审查起诉阶段的律师阅卷，有着自己独到的体会。他认为，随着办案人员业务水平的逐步提高，显而易见的证据漏洞、法律错误逐渐减少，律师需要不断阅卷、查找法律依据，从浩瀚的

案件材料中寻找辩护的着力点。他提出了几个制作阅卷笔录的基本方法，如“从诉讼文书入手，提纲挈领”；“从最新时事开始，由近及远”；“以时间任务为纲，分类列表”；“尽力抓住要害，摘要索引”，等等。在他看来，阅卷不仅仅是为了了解案情，更需要是在阅卷的过程中形成辩护的方案，其最终目的是让办案机关作出对犯罪嫌疑人、被告人有利的决定。阅卷笔录客观上能反映律师的工作量，体现其认真负责的工作态度。因此，在制作阅卷笔录时，可以通过摘录、列表、比对、画图等形式进行展示。^①

广东的丁一元律师强调阅卷的目的主要在于对控方证据进行全面审查，而审查应从“形式”和“内容”两个角度来加以展开。例如对于诉讼文书、技术性材料，主要应从制作程序和格式上加以审查，尤其是对鉴定意见，可以从鉴定机关的资质、鉴定人的资质和数量、鉴定人的签名印章以及鉴定过程等方面加以审查。对于言词证据的表现形式，可以从笔录制作时间、制作人、在场人、制作地点、是否告知诉讼权利、笔录的签名等方面进行全面审查；而对于言词证据的内容，则可以从同一陈述者对同一时间的陈述是否存在差异、两个人对同一事实的陈述是否存在矛盾、陈述是否符合常识和情理等方面，进行有针对性的审查。^②

广东的贾慧平律师认为，律师阅卷的过程也就是对公诉方证据形成质证意见的过程，律师应当将全部证据整理成简明扼要的提纲。他认为，

辩护律师应当将全案的证据梳理归纳整理，最好采取列表的形式，将案卷中所存在的全部证据整理成一张张简明扼要的表格，说

^① 参见王亚林：《精细化辩护——标准流程与文书写作》，法律出版社2017年版，第117—118页。

^② 参见丁一元律师团队：《律师办理刑事案件阅卷技巧》，“一元说法”微信公众号，2014年7月25日发布。

明是何种证据以及简单证明内容，注明该证据所在的页码和卷数，在辩护律师庭审需要的时候，立即随时调取出来。这样做的好处是，辩护律师随时都可以对证据指挥有度，不会失之于慌乱和被动。

辩护律师第一次应当粗略全面阅卷，其次再针对起诉意见书、起诉书、一审判决书等法律文书对案卷证据做有重点、有针对性的精读，辩护律师可以采取边注的方式进行阅卷，之后在第二次精读卷宗的时候，按照刑事诉讼法规定的证据顺序，对重点有疑问的证据，形成详尽规范的质证意见，打印成册并在庭审之前交给法庭。

在阅卷过程中，辩护律师的工作重点是分别针对七种证据形式制作阅卷笔录。例如，对于证人证言，律师应当采取列表的方式整理证言笔录的内容，同时一定要标出，哪一位证人是需要通知出庭的证人，并注明申请其出庭的理由。又如，被害人陈述主要有报案材料和侦查机关询问笔录这两种形式，律师在阅卷时应当将所有被害人的陈述编成一张表格，列明被害人所陈述的案件事实的发生时间、地点、证人等。另一张表格是将被害人陈述时间与被告人的供述进行对比，列出表格，记载是先供后证还是先证后供，并填写相关的质证意见。再如，被告人供述和辩解可以分为两个部分：一是被告人的讯问笔录以及延伸的证据，二是被告人讯问过程的同步录音录像。对于讯问笔录，辩护律师应当按照提讯证记载的时间，比照讯问笔录，按照供述的时间顺序，列明被讯问的次数、时间、地点、讯问人员、简要内容等情况，并进行表格化的整理，对前后供述不一致的内容予以标出，对同案被告人不一致的供述部分也予以注明。对于同步录音录像，辩护律师应对讯问笔录与同步录音录像加以比对，对于存在问题的录像，要标注时间段，尤其是与讯问笔

录不一致的部分，或者存在有言不录、无言有录、疲劳审讯、指供诱供、威胁等情节的部分，都要予以注明。还有，对于鉴定意见，在阅卷过程中应当通过标注方式，将所有疑问一一加以列明，将所有鉴定意见列成一张表格，以便对鉴定意见形成适当的质证意见。必要时，针对鉴定意见中存在的疑问，辩护律师可以申请鉴定人出庭作证，或者求助于专家辅助人的帮助。^①

安徽的罗玉林律师认为，整个案卷笔录都是围绕着证明嫌疑人、被告人有罪而制作的书面材料。在审查起诉阶段，律师应当将起诉书作为阅卷的“导航”，可以将起诉书单独打印出来，每次阅卷时把它放在旁边，逐段、逐行、逐字去进行审阅，审查起诉书所罗列的事实是否有足够的证据支持，再把起诉书所列明的重点环节、人物、证据作为再次阅卷时重点核实的内容。在阅卷过程中，律师应当做好笔记，笔记至少可以分为三大类：一是“重点信息摘录”，包括涉案人员的各项信息；涉案人员关系图；案件推演视图；办案人员名单；提讯时间、人员、地点对比信息；证人证言相互印证或存在矛盾的信息摘要等。二是“需要庭审核实的信息”，主要用于草拟庭审发问提纲。三是“质证意见的整理”，可以先把自己假想成公诉人，制作一份公诉举证清单出来，就知道应该如何质证，以及针对哪些证据的质证意见会影响审理结果。罗律师还有一个独特的阅卷经验，那就是善用彩色标签，以便帮助提示卷宗重点。按照他的经验，“使用两种以上颜色的不干胶标签贴，粘贴的时候让填写栏突出卷宗一部分，这样可以很容易看清填写上去的摘要。标签的排列要相互错开位置，最好从卷宗整体看是从上至

^① 参见贾慧平：《刑辩律师阅卷5步骤与5种材料阅卷技巧》，金牙大状微信公众号，2017年7月21日发布。

下均匀排列的”。^①

河北的徐贞芬律师提出了“全面阅卷”和“有效阅卷”的概念，并认为有效阅卷存在以下基本流程：第一遍阅卷，不是一页一页按顺序往后通读一遍，而是快速浏览翻一遍，初步了解大体的基本案情，也就是用几分钟时间对案件的大体框架有一个概括性的了解；第二遍阅卷，则对程序卷、证据卷进行全面通读，了解案卷材料的整体情况；第三遍阅卷，则要以专业、挑剔、纠错的眼光，带上我们平时掌握的法律专业技能，去寻找、去衡量、去发现案卷材料中有可能存在问题的地方，并作出标记；第四遍阅卷，则开始制作阅卷笔录，律师将主要案情进行摘要、汇总，然后依据法律规定，去逐一衡量证据的三性问题，对案卷中影响定罪量刑的重要证据形成初步质证意见；第五遍阅卷，律师要根据法律规定，将所有证据进行纵向和横向的综合比较，再去寻找和发现证据材料存在的矛盾和不一致问题，这次阅卷是完善、补充第四次阅卷所形成的阅卷笔录的过程，律师借此形成系统的质证意见。当然，根据案情的复杂难易程度，律师还可能进行第六次、第七次、第八次、第九次乃至十次以上的阅卷工作，通过这些必要的补充阅卷，律师可以不断斟酌、推敲、修改阅卷笔录中形成的质证意见，最终形成整体性辩护思路。

徐律师还认为，有效阅卷的外在形式就是阅卷笔录的高质量制作。在她看来：

无论案件难易程度和复杂情况如何，每个律师的阅卷流程和方法如何，做不做阅卷笔录，或者说会不会做阅卷笔录，是区分优秀律师与普通律师的重要标志。在一定意义上，阅卷过程就是去伪存

^① 参见罗玉林：《刑事案件阅卷技巧，你真的掌握好了吗？》，“芜湖律师罗玉林”微信公众号，2016年3月28日发布。

真、简化案卷的过程。案情不同，案卷材料的多少也不相同。对于非常简单的案件，如单人单罪名，案卷材料相对较少，不专门制作阅卷笔录可能没有什么大碍。但在办理团伙犯罪、集团犯罪、非法集资类犯罪以及其他重大经济类犯罪案件时，律师经常会复制出几百本案卷，律师要携带这么多案卷出庭，并在开庭审理中翻阅这些案卷材料，是根本不可能的。在当下的法庭审理中，为了节省时间，提高效率，公诉人通常不是一份一份地出示各个证据，而是一组一组或者一类一类地出示证据。在此情况下，假如没有阅卷笔录，律师根本无法有针对性地发表质证意见。这时候“阅卷笔录”就成为辩护律师必备的庭审保障。当公诉人将一组证据出示后，不论律师是否听清或者记住每一证据的内容，都要按照阅卷笔录从容发表质证意见，最好“信手拈来”“得心应手”，这样的质证就是专业的和全面的。

不仅如此，阅卷笔录还是刑辩律师对整个案件所作的最基础、最接地气的辩护依据。因为阅卷笔录的制作过程是将厚厚的卷宗进行梳理，对那些有异议的证据加以摘要记录并形成质证意见的过程，阅卷笔录也就是简化版的“律师卷宗”。^①

通过分析诸多资深律师的阅卷心得，笔者发现，在如何阅卷以及如何制作阅卷摘要（或阅卷笔录）方面，刑事辩护律师的做法真的是众彩纷呈，“各家有各家的高招”。不过，按照大多数律师的观点，律师应当全面阅卷，将阅卷的过程视为全面了解公诉方证据体系的过程，也是逐

^① 参见《刑辩律师如何有效阅卷》，“大成石家庄刑辩团队”微信公众号，2016年8月29日发布。所引用的观点并不都是原文，经过了笔者的加工整理，但尽可能忠实于所引用文章的原意。

步形成律师质证意见乃至辩护思路的过程。在阅卷过程中，律师不妨站在公诉人的立场上，对指控证据进行全面的梳理和总结，以便了解公诉方的指控思路。在此基础上，律师应当发现公诉方证据在证明力和证据能力方面存在的基本缺陷，从而在开庭之前形成对各项证据的质证意见。为达到上述效果，辩护律师需要制作一份简要但较为实用的阅卷笔录（或阅卷摘要），以便将案卷主要内容呈现出来。这份阅卷摘要既代表了律师的工作量，也是在法庭审理过程中有效参与质证过程的可靠保证。

除了上述对阅卷问题的基本认识以外，我们还应总结出哪些阅卷经验呢？

在法庭审判之前，所谓案卷（或者卷宗），无非是侦查机关、检察机关对所进行的刑事追诉活动所作的书面记录。这种记录大体可分为两个部分：一是侦查机关、检察机关就案件的刑事追诉工作所制作的诉讼文书；二是侦查机关、检察机关为调查案件事实所收集的证据材料，包括相关的证据材料以及为专门调查所作的证据笔录。前者又被称为“程序卷”，后者则被称为“证据卷”。当然，在一审程序结束之后，律师所看到的案卷除了上述材料以外，还会包括法院所制作的各种诉讼文书以及所作的法庭审理笔录。

所谓阅卷，就是辩护律师在全面摘抄、复制上述案卷材料的基础上，对这些案卷材料所进行的查阅、研读并制作阅卷摘要的活动。作为刑事辩护的重要准备活动，律师通过阅卷，既要全面了解公诉方的诉讼文书和证据体系，也要制作相应的阅卷摘要，从而为进一步的辩护活动做好准备工作。那么，通过阅卷工作，辩护律师究竟要达到哪些基本诉讼目标呢？

第一，律师通过阅卷，要了解侦查机关、检察机关从事刑事追诉活动的全部过程，并对其合法性进行审查。这具体包括两个方面的目标：

一是通过阅卷，律师要了解侦查机关、检察机关所作的诉讼决定和诉讼文书，是否具有充足的事实依据和法律依据，例如在立案、管辖、采取强制措施、实施强制性侦查行为、移送审查起诉、提起公诉等环节是否存在违反法律程序或者越权的情况；二是通过阅卷，律师要审查侦查机关、检察机关在实施讯问嫌疑人、询问被害人、询问证人、勘验、检查、搜查、扣押、提取、辨认、鉴定、侦查实验以及技术侦查等方面是否存在程序性违法行为，所获取的证据笔录或者证据材料是否属于排除规则的适用对象。

第二，在阅卷过程中，律师还要全面掌握公诉方据以证明指控主张的证据体系，发现这一证据体系的漏洞和缺陷。在证据的证明力方面，律师要审查各项证据是否存在同一证据前后不一致乃至自相矛盾的情况；不同证据相互之间是否存在矛盾；言词证据是否得到其他证据的印证，或者存在“孤证”问题；物证、书证、视听资料、电子数据等实物证据是否无法形成完整的“证据保管链条”，是否存在无法得到“鉴真”的问题，等等。而在证明标准的审查方面，律师还要关注全案证据结合起来，是否无法形成较为完整的证据锁链，是否存在无法得到合理解释的重大矛盾和疑点，是否无法排除其他可能性，所得出的结论是否唯一，是否还存在其他方面的合理怀疑，等等。

第三，通过阅卷，律师还应注意发现那些有利于被告人的证据材料或证据线索。律师在与在押嫌疑人、被告人进行会见的基础上，要善于通过反复阅卷，在案卷中寻找有利于被告人的“蛛丝马迹”。例如，通过阅卷，律师可能发现侦查机关在控制嫌疑人之后的数天时间里，尽管进行了讯问，嫌疑人作出了无罪辩解，却缺少相应的讯问笔录。但此后却有较为完整的有罪供述笔录。通常情况下，这极有可能意味着侦查机关将部分讯问笔录予以隐瞒，没有载入侦查案卷之中。这就给律师申请调取这部分缺

失的讯问笔录提供了线索。又如，律师在阅卷中发现，被告人所作的供述笔录前后存在重大矛盾，也得不到其他证据的印证。为审查核实被告人供述笔录的真伪，律师有必要申请调取侦查人员所作的同步录音录像，并与被告人供述笔录进行比对。再如，律师通过阅卷发现鉴定意见所依据的检材以及鉴定人的资质都存在严重问题，就可以提出申请鉴定人出庭作证的申请，或者委托专家辅助人出具专家意见，或者出庭作证。

第四，通过阅卷，律师可以制作一份专业的阅卷摘要，既作为辩护律师形成辩护思路的根据，也作为辩护律师与被告人乃至与辩护团队协调辩护立场的基础。一份专业的阅卷摘要，至少要包括以下几个构成要素：一是根据所指控的罪名，或者所认定的事实，对相关的证据进行简要但准确的缩写；二是对于被告人供述笔录、证人证言笔录等言词证据笔录进行横向对比和纵向比较，可以借鉴律师界的通常做法，进行表格化的对比分析；三是对案卷证据材料所存在的自相矛盾、相互矛盾、无法得到印证、存在重大不合情理等问题，作出准确无误的总结和概括。

律师一旦完成这样一份专业化的阅卷摘要，就可以将此作为形成辩护思路的依据。在开庭前的辩护准备过程中，律师也可以将此阅卷摘要交由被告人查看，以便说服其接受自己的辩护思路，并与其协调法庭上的辩护立场。而在那些有多个同案被告人的案件中，整个辩护团队也应获得并研读同一份阅卷摘要，形成各自的辩护思路，协调辩护立场，进行必要的辩护分工。

在需要组织专家论证并出具专家论证意见的情况下，这样一份专业化的阅卷摘要，还可以成为专家全面了解案情、准确提供专家意见的根据。经验表明，辩护律师假如将全部案卷材料提供出来，那么，专家在短时间内根本不可能全面阅卷，这样的专家论证往往会流于形式。相反，假如辩护律师做好充分的准备，事先提供一份简要但全面的阅卷摘要，那

么，专家们就可以尽快进入讨论主题，出具一份有理有据的专业意见。

第五，通过阅卷，律师假如将阅卷摘要提供给公诉方和合议庭成员，使其成为控辩裁三方讨论证据采纳和事实认定的依据，这将是阅卷的最高境界。阅卷摘要并不只是简单的摘录案卷的材料，更不只是辩护律师的阅卷笔记。真正专业化的阅卷摘要，要达到中立、客观、全面的程度，并对公诉方证据体系的漏洞和缺陷给出准确无误的分析。这样的阅卷摘要，对于公诉方而言，就是一份指出公诉方证据体系存在问题的阅卷分析报告；对于合议庭成员而言，就是一份协助其排除非法证据、判断证据证明力以及准确形成内心确信的证据审查报告。无论是公诉方还是承办法官，尽管也会全面审阅案卷材料，甚至还要据此出具“案件审查报告”或者“案件审结报告”，但是，假如辩护律师所出具的阅卷摘要更为客观，也更能发现问题，那么，至少是出于避免冤假错案的考虑，公诉人和合议庭成员也会对这份阅卷摘要给予认真的对待。到了这种地步，阅卷摘要本身，就有可能成为律师辩护的有力武器。

自2014年以来，司法改革决策者提出了“建立以审判为中心的诉讼制度”的改革目标，并逐步启动了“庭审实质化改革”，试图实现法院调查证据在法庭、庭审质证在法庭、裁判理由形成在法庭的目标，避免法庭审判流于形式，使得法庭审理真正成为刑事诉讼的中心环节。但是，案卷移送制度可能很难得到废止，甚至其受到削弱的可能性都微乎其微。在此背景下，检察机关在开庭前移送全部侦查案卷，法官在阅卷的基础上组织法庭审理的做法，可能还将继续实行下去。对公诉方案卷材料的全面审阅，也仍然将是辩护律师进行辩护准备工作的重要组成部分。而辩护律师唯有在阅卷工作方面总结经验，在阅卷的专业化方面得到显著提升，才能对公诉方的证据体系提出强有力的挑战，并实现有效辩护的目标。

调查取证的艺术

调查取证是律师从事积极辩护的基本手段。假如律师不满足于仅通过会见、阅卷来形成辩护思路，而是想提出一种足以产生“釜底抽薪”效果的辩护观点，就必须发现搜集新的证据材料，或者寻找新的证人证言，以便论证一种有别于指控事实的新“故事”。

调查取证与会见、阅卷一起，被称为律师进行庭前防御准备工作的“三驾马车”。如果说会见更多的是从在押嫌疑人、被告人那里获取案件信息，阅卷是对公诉方的证据体系和办案过程进行全面了解的话，那么，调查取证则是律师获取新证据、核实原有证据的专门调查活动。从调查取证的方式来看，这项辩护活动可以分为两种类型：一是自行向有关单位或者个人调查核实证据材料，或者了解案件情况，制作相关笔录材料；二是向检察机关、法院申请调取相关证据材料，或者申请传召证人出庭作证。对于前一种调查取证方式，我们可以称之为“自行调查取证”；对于后一种调查取证方式，我们则称之为“申请调查取证”。

根据众多律师的辩护经验，调查取证是一项十分重要而又充满职业风险的辩护活动。之所以说调查取证十分重要，是因为这是律师从事积极辩护活动的基本保障。假如律师不满足于通过会见、阅卷来形成辩护思路，假如律师要另辟蹊径，提出一种足以产生“釜底抽薪”效果的新的辩护观点，就必须发现并搜集新的证据材料，或者寻找新的证人证言，以便论证一种有别于起诉书所记载的指控事实的新“故事”。在一系列案件的审理过程中，辩护律师即便明确指出了公诉方的证据存在“重大矛盾”“无法形成完整的证据锁链”“无法具有排他性”等方面的问题，都很难说服法官接受其无罪辩护意见。但是，律师假如发现了新证据足以证明，“凶手另有其人”，或者“被害人安然无恙地归来”，那

么，原来认定被告人构成犯罪的“事实”也就不攻自破，根本无法成立，于是也就容易实现无罪辩护的目标。这就足以说明，积极辩护是无罪辩护的有效途径，而调查取证则是律师从事积极辩护不可或缺的重要手段。

那么，为什么说调查取证又属于充满职业风险的辩护活动呢？这是因为，我国刑事诉讼法为律师辩护设置了多项禁止性规则，严禁律师毁灭、伪造证据，或者帮助犯罪嫌疑人、被告人或者证人隐匿、毁灭、伪造证据，严禁律师采取威胁、引诱或者其他方式唆使证人违背事实改变证言或者作伪证。律师违反这些禁止性规则的，轻则会受到纪律处分，重则有可能被追究刑事责任。特别是我国《刑法》第306条所确立的“妨碍作证罪”，已经成为悬在律师界头上的一把“达摩克利斯之剑”，并且每年导致多名律师被采取强制措施甚至被定罪判刑。通常情况下，遇有某一控方证人或者被害人提供了不利于被告人的证言陈述，辩护律师向其进行单方面调查取证，而这些证人、被害人改变了证言陈述，或者提供了有利于被告人的新证言陈述的，侦查机关就有可能对这些证人、被害人连同辩护律师一起进行立案侦查，甚至提起公诉。自2012年以来，随着刑事诉讼法对辩护律师涉嫌犯罪案件的立案管辖作出了一些调整，实践中对辩护律师启动刑事追诉程序的案件也在逐年减少，但是，律师界仍然噤若寒蝉，对于调查取证所可能带来的职业风险心有畏惧，对于调查取证本身也是避之唯恐不及。在一定程度上，调查取证已经成为刑事辩护律师自行设定的一大“职业禁区”。

尽管如此，一些资深辩护律师仍然坚持进行调查取证工作，并将调查取证视为积极辩护的内在要素以及有效辩护的基本保证。例如，根据北京的王誓华律师的经验，律师不进行调查取证工作，所作辩护就可能完全流于形式。辩护律师在办案中一定要善于调查取证，取证工作应坚

持“无限进行”的原则，只要有利于当事人利益，就应该进行取证工作，这也是律师独立行使辩护权的体现。在如何调查取证方面，王律师认为，律师对于那些没有被载入诉讼卷宗的证据材料，应当向法院及时申请调取，这是律师获取对被告人有利证据的一个方法。在调查取证过程中，应当首先进行客观证据材料的调取，然后再进行证人证言的调取，以作为客观证据材料的补强证据。对于其证言存有争议的证人，律师应当坚持申请法院传召其出庭作证，发问时找到一个好的切入点，这样有可能取得意想不到的良好效果。^①

按照广东的丁一元律师的观点，刑事辩护是一个“良心活儿”，证据是刑事诉讼的核心和灵魂，是成功辩护的关键因素。凡是不以调查取证积极辩护为目的的辩护都是不可取的。尽管在中国调查取证的难度和风险都远远大于其他国家，但是律师调查取证，“愿与不愿是主观态度问题，能与不能是客观因素问题，怕与不怕是水平心态问题”。假如只防守不进攻，就永远不会取胜，进攻才是最好的防守。所谓积极辩护，是律师通过发现、寻找有利于被告人的证据，来否定有罪指控的辩护活动。相反，消极辩护就是“不取证、不踩线，等着阅卷开庭，挑公诉人案卷中的毛病”，“往往选择以‘事实不清、证据不足’这种泛泛之谈为辩点，或者以被告人无前科、家庭情况不好、以往表现不错、悔罪态度好等品格证据”来进行的辩护活动。丁律师根据切身辩护经历，认为通过积极调查取证，可以改变案件的定性，降低法院犯罪数额的认定，获取排除非法证据的线索，发现自首的材料。除此以外，通过调查取证，还可以“促成新的量刑证据、制造新的量刑情节”，比如推动立功、

^① 参见牛律师文化公司：《王誓华律师受邀来深，“商事犯罪辩护高端刑辩沙龙”成功举办》，“刑辩力”微信公众号，2017年9月7日发布。

促成和解和赔偿等，使得案件的辩护取得较好的效果。以下就是该律师通过调查取证取得积极效果的案例^①：

案例一 调查取证，改变定性

2000年我办理的梁某非法持有毒品案，一审时法院判处他无期徒刑，并处罚金10万元，没收非法所得50万元，二审法院改判10年有期徒刑。这个案件在一审时我做了改变定性的辩护，以窝藏毒品罪来辩护，但没被法院采纳。二审时我经过搜索信息，调查证人，询问到一个新的线索，通过新的证人证实有人在某天早上交了一份东西给被告人。我将调查笔录交给了广东省高级人民法院合议庭，并申请合议庭调查，最后二审法院认定了这份证据，成功将非法持有案件改为窝藏毒品案件，由无期徒刑改判为有期徒刑10年，并将没收的现金与罚金退还。

案例二 调查取证，降低数额

去年我在天河区法院办理的周某受贿44万一案，最终判缓刑。我接受委托以后，发现他没有自首情节，还做过受贿有罪供述，但后来一直否认控罪。这类案件如果不进行调查取证，结果就是大家预料的10年以上有期徒刑。我经过阅卷、会见，发现这个案子有两个问题：一是主体身份存疑，被告人当时在马会公司任总经

^① 参见丁一元：《凡是不以调查取证积极辩护为目的的辩护都是“耍流氓”》，“一元说法”微信公众号，2015年10月29日发布。

理，但属于受聘的，且上级单位是联营性质，其中有非国有的成分，经过调查取证，认定主体身份是非国家工作人员。二是金额有误，其中一笔10万元的金额，被告人否认是受贿款，而承认是借款，但检察机关认为行贿人与被告人有业务往来，且笔录中承认是送给被告人的，所以认定是行贿款。后来我冒着风险去调查控方证人，询问时对方承认此款是借款，我将此询问笔录作为证据提交法院，并申请证人出庭。但开庭时证人并未出庭，最后法官认定辩方和控方的两份证据是相互对立的，且证人未能到庭作证，按照疑罪从无的原则，认定这笔10万元的受贿款不成立，判决认定为非国家工作人员受贿，受贿额为34万，判处被告人缓刑。从此案来看，如果不大胆地调查取证，被告人的刑期就不可能为缓刑。

案例三 调查取证，获取排除非法证据的线索

目前我正在办理一件制造毒品k粉案。当我去清远一个县级看守所会见犯罪嫌疑人时，发现其双脚被打得皮开肉绽、淤血肿胀。因为看守所不要求保管手机，当时我纠结了很久是否应该掏手机拍照，将来排除非法证据时使用。考虑到可能面临行政处罚，最后无奈放弃。但我仍然内疚至今，即使证据来源不合法，也是有效的。

案例四 调查取证，发现自首线索

我曾办理张某故意伤害致死的案件，一审佛山市中级人民法院

判处被告人无期徒刑。二审时被告人委托我。通过会见，我发现一个情节。当时被告人和工友在工厂斗殴后，用木棒把被害人打倒在地不知死活。当潜逃到妹妹处后，他朋友打电话说被害人在医院抢救，且公安机关也介入调查了，让他赶紧到医院送钱抢救。他听后立即赶到医院，被埋伏在医院的便衣警察抓获。我当时听后觉得被告人的行为可以构成自首，于是就找到其朋友取证，后来高级人民法院也采纳了我的观点，从无期徒刑改为有期徒刑15年。还有地产公司翟某职务侵占28万元一案。案发后当事人曾与单位就款项处理事情进行沟通，在协商未果之后乘坐飞机离开广州，到达南京机场后随即被抓获。通过了解情况，我找其单位做了一份调查笔录，证明其是在不知道网上追逃的情况下，坐飞机回南京娘家，且与单位早就有过协商，并不属于卷款潜逃，相反属于自首情节。公安机关的起诉意见书没有认定自首，但海珠区检察院采纳了我关于自首的意见。最后也取得缓刑的理想效果。

当然，也有更多律师对调查取证持极其谨慎的态度，强调要防范调查取证过程中的职业风险。特别是在面临我国《刑法》第306条所设定的“妨碍作证罪”的情况下，律师在调查取证方面应当格外留意，避免自身陷入刑事指控之中。甚至有个别侦查人员更是对律师发出明确的警告：“千万不要把当事人给救出来了，却把自己给送进去了。”广东的刘平凡律师更是对律师如何防范调查取证中的职业风险提出了系统的建议：

律师接受委托后，是否进行调查取证，应当对调查取证的必要性和显现或潜在的风险进行充分的评估、研判。如果确有调查必要

的，方可进行调查取证；对于无调查必要的，不能进行调查取证。其中，对于无关紧要、不影响定罪量刑的证据最好不调取，对于已经客观存在的书证、物证可以适当调查取证，对于主观性较大的证人证言或者证人作出的书面证词的调查务必十分慎重，不能轻率或盲目进行。

从证据效力、审判实践中对证人证言的采信经验及大量可以汲取的反面教训出发，下列情形的证人，不得进行调查取证：（一）受贿案的行贿人（或者纪委查办的“双规”案件的有关证人）；（二）证言不明确、反复、不稳定而公安机关或检察机关已经多次取证的证人；（三）证言属于“孤证”（即缺乏旁证或其他证据相互印证）的证人；（四）案件的处理结果与其有直接的利害关系的证人（如强奸案件的受害人，故意杀人、故意伤害案件的被害人及其家属，交通肇事案件的被害人及其家属等）。

律师认为证人确有调查取证必要的，除了选择自行调查取证这种方式外，还应该尽量考虑：（一）最好申请侦查机关、检察机关或人民法院调查取证；（二）最好申请证人出庭作证，而不直接向其本人调查取证。

对于侦查机关或检察机关已经多次取证的证人，建议一般不再重新自行调查取证，如果对其证言有异议而且认为其证言事关重大的，可以向法院申请该证人出庭作证以便质证。

律师自行向证人调查取证的，必须做到合法、客观、全面，而且要注意方式方法。具体来说：（一）在调查取证时，只要条件许可，尽量由两个律师进行；对于重大、复杂、敏感或定性争议较大的案件，必须由两个律师进行……（二）律师向证人调查取证而询问证人时，应当提醒其他人员回避，拒绝证人以外的无关人员（尤

其是其家属、亲友)在场,更不得由被告人家属、亲友陪同一起取证。因为,询问证人时,如果有其他人员在场,会影响到取证的客观、真实性。更重要的是,如果有与犯罪嫌疑人、被告人有一定利害关系或利益关系的他人在场,一旦证人“翻证”(改变证言),证人可能以此为由将所谓受到他人在场的心理压力而不能如实回答的责任推到律师头上。(三)调查证人时,应当向证人单独取证,不得向多个证人同时取证。向未成年人取证时,应有监护人在场,并请监护人在笔录上签字。(四)调查证人时,必须向证人说明作伪证所负的法律后果,必须强调证人应当如实作证,询问切忌粗糙、简单而应该尽可能详细、具体,提问不能含糊其辞或模棱两可,更不得带有主观倾向进行提问。(五)询问证人制作的笔录字迹要清晰,修改处和每一页都要签字、捺印手印,最后形成的笔录要由证人阅看或向其宣读并签字确认。(六)为了自我保护和防止调查证人出现不必要的纰漏、麻烦,对于重大、复杂、敏感或争议较大的案件向证人进行调查取证时,建议尽量做到全程录音录像、请公证机关予以公证或证人同时亲笔书写证词等多种形式的配合及相互补充,一并提交给法庭。^①

对于律师的实质性辩护、积极辩护乃至有效辩护而言,调查取证是非常重要的工作保障。而对于律师自身的维权而言,调查取证有可能带来非常多的职业风险,律师需要小心翼翼,时刻防范因为调查取证而“引火烧身”。这种令人压抑和无奈的司法环境,使得大量律师在调查取证前都望而却步。既然如此,律师究竟应当如何展开有效的调查取证工

^① 参见刘平凡:《刑事辩护律师在调查取证过程中的风险防范》, http://blog.sina.com.cn/s/blog_789fddae0101sxa.html, 2017年10月11日访问。

作呢？律师又如何在“救人过程中展开自救工作”呢？

根据一些资深律师的辩护经验，在调查取证方面，律师应当“有所作为”，通过调查取证来获取新的证据材料，获得新的证人出庭作证的机会，这是有效展开积极辩护的基本要求。但另一方面，律师也应当谨慎从事，做到“有所不为”，把握律师执业的底线，凡事做到留有余地，控制住自己的情绪，掌握好调查取证的节奏和火候，做到调查取证“零风险”。

其一，律师调查取证应当按照程序规范谨慎展开。

律师自行向有关单位或个人进行调查取证的，应当尽量避免一人单独进行，最好在至少一名律师助理陪同下，进行调查取证工作。调查取证无论是在城镇还是在乡村，尽可能请一名无利害关系的第三人陪同在场，充当事实上的“见证人”。调查取证要做好相关的书面记录，完整而准确地记录调查取证的全部过程，并要求所有参与调查取证的在场人员签字或者盖章。在有条件的情况下，律师可以对调查取证的全过程进行录音录像，并制作多份视听资料。

其二，调查取证应同时搜集两种证据材料：一是结果证据，二是过程证据。

“调查取证”，顾名思义，似乎是律师向有关单位或者个人搜集“证据材料”的活动，获取这些“证据材料”就是调查的主要目的。但实际上，律师通过调查既要获取诸如物证、书证、视听资料、电子数据等实物证据材料，也要真实地记录调查取证的全部过程，从而形成有关调查程序合法性和完整性的“过程证据”。而在言词证据的收集方面，律师除了制作证人询问笔录，或者请求其提交书面证言材料以外，还应将询问证人的全部过程进行准确无误的记录，从而形成有关该证言提取过程的证据材料。将来在法庭审理中，律师除了将调查取证的结果，也就是实物证据和言词证据提交法庭以外，还应将那些记录调查取证过程

的证据材料，如询问笔录、录音录像材料等，一同加以提交。制作并提交过程证据，主要目的在于向法庭证明调查取证的真实性、合法性和完整性，以便回应公诉方可能提出的质疑和挑战，以维护本方所调取的证据材料的证明力和证据能力。

其三，律师所获取的证据材料，包括实物证据和言词证据笔录，未经提交法庭予以审核确认，并被纳入法庭调查的范围，就不属于证据。

在调查取证方面，很多律师都想当然地以为自己所调取的证据材料具有证据效力，并据此讲述一个与指控事实完全不同的“新故事”。但是，我国实行的是案卷移送制度，检察机关在提起公诉时将全部案卷材料一并移交法院，法院在全面审阅侦查笔录和审查起诉笔录的基础上，开始进行审判前的准备工作。这意味着公诉方提交的案卷笔录材料都被法院接纳为“证据”。当然，这些“证据”要转化为“定案的根据”，还需要通过法庭上对其证明力和证据能力的审查和判断。但是，辩护律师经过调查取证所获取的材料，就连“证据”都不算，最多算是一种“证据材料”或者“证据线索”。要想使这些“证据材料”转化为“证据”，律师就必须将其提交法院，请求其将这些材料纳入法庭调查的范围。因此，在开庭前的准备阶段，尤其是在庭前会议阶段，律师应当提出申请，请求法院将本方所调取的材料纳入法庭调查的范围，如将有关实物证据出示在法庭上，将有关证人传召到法庭上提供证言，等等。法院经过审核，只有同意接纳律师所提交的证据材料，这些材料才具有“证据”的效力。当然，与公诉方的证据一样，这些被接纳为“证据”的辩护方材料，要转化为“定案的根据”，也要经过法庭上的举证、质证和辩论，并最终获得法庭的采信。

其四，尽量避免对控方证人或被害人进行单方面的调查工作，如果实在要进行调查核实证据，也要告知办案机关，并建议控辩裁三方共同

前往调查。

在调查取证方面，律师最大的职业风险来自对被害人或控方证人的单方面调查活动，尤其是在这种调查过程中，被害人或控方证人改变了或推翻了原有的证言陈述，而作出了有利于被告人的陈述。为避免激化矛盾，引起公诉方的激烈反应，辩护律师应尽可能避免对被害人或控方证人进行单方面调查活动。换句话说，律师尽量不要私自找被害人或控方证人进行调查取证。这是避免职业风险的基本要求。

但是，律师假如发现某一被害人或者控方证人提供了前后自相矛盾或者不可信的证言陈述，不得不对其进行当面调查的，也应当及时告知办案机关。尤其是在检察机关提起公诉之后，律师应尽快告知法院。在办案机关不表示反对的情况下，律师应请求法官、公诉方一同前往调查，向被害人或者相关证人进行当面询问，以便对其证言陈述作出全面的调查核实。

其五，遇有法院、公诉方拒绝共同前往调查核实证言陈述的情况，律师应及时向法庭提出传召其出庭作证的申请，使其在法庭上接受控辩双方的交叉询问。

在公诉方或者法院拒绝共同前往调查核实证言陈述的情况下，律师应提出传召被害人、控方证人出庭作证的请求。为说服法官接受这一请求，律师应当说明对该被害人陈述笔录、控方证人证言笔录所提出的质疑，并说明该陈述笔录和证言笔录对于定罪或者量刑具有重大影响，非经出庭作证，无法对其查证属实。一旦法院接受了律师的请求，律师就要做好当庭对被害人、证人进行交叉询问的准备工作。

如何挑战公诉方的鉴定意见

对于公诉方所出具的鉴定意见，辩护律师一般有三种质证方法：一是申请检察机关、法院启动重新鉴定或者补充鉴定程序；二是申请法院传召鉴定人出庭作证；三是对鉴定意见存有异议的，委托有专门知识的人充当专家辅助人，或者出具专业意见，或者出庭作证，就鉴定意见发表专家意见。在这三种方法中，最有效、最体现律师专业能力也最容易产生出人意料之效果的质证方法，莫过于对专家辅助人制度的灵活运用。

在大多数刑事案件的诉讼过程中，侦查机关都会委托或者聘请司法鉴定机构或鉴定人，就案件中的专业问题出具鉴定意见。常见的鉴定意见会涉及法医学、物证技术学、会计审计学、声像及电子数据等多个专业的领域，涉及纷繁复杂的科学知识和技能。而根据我国多年实行的司法鉴定制度，侦查机关无论是委托本机关内部鉴定机构进行鉴定，还是聘请其他社会鉴定机构提供鉴定意见，几乎都垄断了司法鉴定的启动权。被告方被剥夺了独立启动司法鉴定的资格，而最终只能向检察机关或者法院申请重新鉴定或者补充鉴定。结果，在刑事诉讼中，辩护律师所面对的将是公诉方几乎将全部鉴定意见都作为控方证据的局面。

既然鉴定已经成为侦查的附庸，鉴定意见也几乎都被视为控方证据，那么，对这种鉴定意见的有效质证，就成为辩护律师的基本功。经验表明，对公诉方所出具的鉴定意见，一般有三种质证方法：一是申请检察机关、法院启动重新鉴定或者补充鉴定程序；二是申请法院传召鉴定人出庭作证；三是对鉴定意见存有异议的，委托有专门知识的人充当专家辅助人，或者出具专业意见，或者出庭作证，就鉴定意见发表专家意见。

但是，由于检察机关同时承担公诉职能，法院倾向于刑事追诉，且受到审判时限的限制，辩护律师要想启动重新鉴定或者补充鉴定程序，通常会面临极大的困难，在实践中的成功率也并不高。而向法院申请通

知鉴定人出庭作证，则经常面临法院以“没有必要”为由加以任意拒绝的情形。而即便鉴定人最终出庭作证，辩护律师实现了当庭对其交叉询问的意图，也通常难以达到预期的辩护效果。

近年来，随着我国刑事诉讼法中专家辅助人制度的正式确立，辩护律师可以协助委托人聘请有专门知识的人对鉴定意见发表专业意见。这通常被通俗地称为“专家评判专家”的制度。这种专家辅助人在接受被告方的委托后，既可以出具专家意见，也可以出庭作证，当庭对鉴定意见发表专业评论。当然，专家辅助人并不是新的鉴定人，也不对案件的专门问题发表新的鉴定意见，而只是对公诉方出具的鉴定意见发表评论，目的在于增强被告方对鉴定意见的专业质证能力，因此被视为辩护律师对鉴定意见进行质证的有效手段。而在专家辅助人出具专家意见或者出庭作证的情况下，公诉方迫于应对专家辅助人的需要，也不得不通知鉴定人出庭作证。在有些重大、复杂、疑难案件中，公诉方为了应对辩方专家辅助人的质疑，除了请鉴定人出庭作证以外，还特地委托了本方的专家辅助人出庭作证。于是，在法庭审理中，鉴定人、辩方专家辅助人、控方专家辅助人先后出庭作证，就案件的专业问题发表专家评论，这使得刑事法官获得了听取三类专家意见的机会，避免了仅从鉴定人那里获取专业意见的局限性。在一定程度上，辩护律师对专家辅助人制度的灵活运用，大大弥补了自身专业知识的不足，既可以对鉴定意见进行有效的质证，也可以迫使鉴定人出庭作证，大大避免了刑事法官对鉴定意见的先入为主和偏听偏信，为说服法官接受本方的辩护意见创造了条件。

在辩护律师委托专家辅助人的众多案例中，福建念斌案和浙江某生化公司案就是两起值得关注的案例。

案例一

2014年8月22日，福建省高级人民法院对念斌涉嫌投放危险物质一案作出了无罪判决。从2006年7月本案案发，2008年2月1日福州市中级人民法院判处念斌构成投放危险物质罪、判处死刑立即执行以来，本案历经福州市中级人民法院三次死刑判决、福建省高级人民法院两次发回重审裁定和一次维持死刑判决、最高人民法院不予核准死刑裁定，最终以福建省高级人民法院改判无罪而结案。福建省高级人民法院于2013年7月4日至7日、2014年6月25日至26日，分两次对本案开庭审理，先后传召鉴定人7人次、侦查人员13人次、证人2人次、“有专门知识的人”9人次出庭作证。福建省高级人民法院认为，“二被害人系中毒死亡，但原判认定致死原因为氟乙酸盐鼠药中毒依据不足，认定的投毒方式依据不确实，毒物来源依据不充分，与上诉人的有罪供述不能相互印证，相关证据矛盾和疑点无法合理解释、排除，全案证据达不到确实、充分的证明标准，不能得出上诉人念斌作案的唯一结论”，故而认定公诉机关指控的罪名不能成立。本案的无罪改判一度引起较大的争议。福建警方在案件判决生效后仍然将念斌列为本案的犯罪嫌疑人，并拒绝为其办理出境证件。而念斌案辩护团队则因为在念斌案辩护中的杰出表现，则被中央电视台评选为央视年度法治人物。本案的二审审理和判决被思想开明的最高人民法院沈德咏大法官奉为“庭审实质化的标杆”。

根据公诉方的指控，2006年7月27日凌晨1时许，被告人念斌到其与丁云虾等人共同租用的厨房，将半包鼠药倒进矿泉水瓶，掺水后倒入丁云虾放置在厨房烧水的铝壶中。当日下午，陈某用铝壶中的水帮助丁云虾煮鱿鱼，傍晚丁云虾用铝壶中的水煮稀饭。当

晚，被害人俞攀、俞悦、丁云虾等五人食用了稀饭和鲑鱼后，相继中毒。其中，俞攀、俞悦经抢救无效后死亡。检察机关据以指控念斌犯罪的证据除了有被告人的有罪供述、被害人陈述笔录、证人证言笔录、勘验检查笔录等以外，还有福州市公安局出具的理化检验报告和法医学鉴定。根据后两份证据材料，俞攀、俞悦心血尿液中检出氟乙酸盐鼠药，系氟乙酸盐鼠药中毒死亡；丁云虾铝壶中的水、高压锅残留物以及铁锅残留物均检出氟乙酸盐成分。而证人杨某承认向念斌出售了氟乙酸盐鼠药；念斌在公安机关所做的多份供述也证明其将氟乙酸盐鼠药投入丁云虾铝壶中的作案过程。

被告人念斌在法庭审理中否认了使用氟乙酸盐鼠药投毒的事实，并指称侦查人员对其采取了刑讯逼供行为。一审辩护人最初的辩护意见是念斌不具有投毒犯罪的动机；本案从买鼠药到投放鼠药的全过程事实不清，证据不足。但福州中院没有采纳这些辩护意见。自2008年开始，北京大禹律师事务所的张燕生律师开始参与此案的辩护工作。张律师通过研究公诉方的理化检验报告和法医学鉴定，产生了一些质疑：对于门把手上是否留有氟乙酸盐的成分，报告的结论是“倾向于认为”含有这种成分，这种结论怎么能作为定案的依据呢？既然法医鉴定认定两名被害人死于氟乙酸盐中毒，那么，同样吃过稀粥的丁云虾体内怎么会没有氟乙酸盐呢？为了解决自己的困惑，张燕生律师向一些毒物鉴定领域的专家进行了咨询。在专家的支持下，张燕生律师在福建省高级人民法院进行了二审辩护。福建省高级人民法院将案件撤销原判、发回重审。

2009年，福建省高级人民法院对此案再次进行了二审开庭审理。张燕生律师的主要辩护意见是：对于毒源是否来源于铝壶中的水的问题，存在着相互矛盾的证据，难以认定；理化检验报告关于

铝壶水有毒的结论与案件事实不符；本案不排除侦查人员采取非法手段获取了物证和被告人供述。为佐证本方的辩护观点，辩护人申请法庭传召两名专家出庭作证：一是原公安部物证鉴定中心毒物麻醉药品鉴定处处长张继宗；二是原北京市公安局法医中心毒物检验室高工潘冠民。这两位专家旁听了庭审过程，并与此案鉴定人就毒物性质、中毒情形、毒物检测等问题进行了讨论。但由于鉴定人没有出庭等方面的原因，法庭最终没有准许两位毒物专家出庭作证。令人不解的是，在法庭审理结束后，本案合议庭成员听取了两位专家的意见，在判决书中给出了“二位专家亦同意福州市公安局意见”的结论。这次审理以维持原审原判而告终。

2010年，最高人民法院作出了不核准念斌死刑的裁定书，为此案带来了重大的转机。在福州市中级人民法院第三次作出认定念斌有罪并判处死刑的判决后，案件第三次被上诉至福建省高级人民法院。

2013年7月4日，福建省高级人民法院对此案进行第三次开庭审理。在开庭前，经法院再次调取，公诉方终于向法庭提交了警方用做鉴定依据的原始质谱图。所谓质谱图，是指毒物检验过程中检测物的离子被分离后，被检测仪器检测并记录下来、经计算机处理后所形成的图。质谱图通常被用来作为分析检测物是否为毒物、为何种毒物的依据。此前，在长达数年的时间里，辩护方一直向法院申请调取公安机关掌握的质谱图，都没有成功。在这次二审开庭之前，辩护律师会同专家团队，对26张质谱图进行了认真研究，认为公诉方的检验报告和鉴定存在以下问题：检测日期与报告记录不符；报告没有按规定操作；质谱图中样品存在污染；所得结论与事实不符。

与此同时，根据2012年修订的《刑事诉讼法》的规定，辩护方申请法院传召本方专家作为专家辅助人出庭作证，法庭最终准许辩护方的两位专家出庭，他们是肖宏展，北京微量化学研究所分析中心研究员；胡志强，北京市华夏物证鉴定中心法医室主任。与此同时，公诉方也聘请了两位专家辅助人出庭作证。检察机关聘请有专门知识的人就鉴定意见说明情况，这未必属于第一次，却肯定属于极其罕见的一次。在法庭审理中，在鉴定人出庭之后，辩护方的专家辅助人当庭就鉴定意见和检验报告存在的问题发表的意见，接受了控辩双方的询问。紧接着，公诉方的专家辅助人就鉴定意见发表了意见，对辩护方专家辅助人的意见给予了反驳。法庭审理持续了四天，法庭宣布休庭。7月8日，张燕生又组织召开了一次专家研讨会，专家们认为，质谱图表明，在死者肝脏和胃中没有检出氟乙酸盐，可是在心血和尿液中却有。这简直是“神检验”。这次研讨会得出的结论是“死者不可能死于氟乙酸盐中毒”。

2013年7月26日，在福建省高级人民法院休庭期间，经过辩护律师的积极努力，六位毒物鉴定领域的专家出具了《关于念斌投毒案理化检验报告及法医学鉴定书的专家意见书》。六位专家除了张继宗、肖宏展、胡志强以外，还包括了宋朝锦（北京通达首城司法鉴定所法医毒物室主任）、麻永昌（原公安部物证鉴定中心主任法医）和王鹏（司法部司法鉴定科学技术研究所研究人员）。六位专家认为，本案是一起急性食源性中毒案件，胃组织及胃内容物应当是毒物含量最高的检材。如果在刷洗干净的炒菜铁锅中检验出氟乙酸盐，如果在死者心血和尿液中检出了氟乙酸盐，而在中毒死者的胃、肝组织中检验不出氟乙酸盐，只能说明其检验结果是错误的。“本案认定系氟乙酸盐中毒缺少实验室有关毒物检验的实证依

据。由于一系列检材提取、送检、检验程序以及检验性质认定上的明显错误，所有检验结果都是不科学、不真实、不可信的。导致本起中毒事件的毒物目前仍然没有查清。”同时，“从这些检材中检出氟乙酸盐鼠药的结论是不规范、不科学、不可靠的，因为不能排除检测过程中的污染和残留对检材的干扰”。辩护律师随即将该专家意见送交福建省高级人民法院。

2014年2月，在休庭期间，张燕生律师与被告人的姐姐念建兰经过认真研究，了解到“香港有亚洲最好的毒物鉴定专家”，几经周折，找到了香港特区政府化验所前任负责人莫景权，把福建公安机关制作的全部检验鉴定意见和全部质谱图交给了他，委托他以独立专家的身份对这些鉴定意见和图谱重新进行检验。莫曾经是澳大利亚化学学会的院士及特许化验师，曾受聘担任澳大利亚新南威尔士政府化验所高级分析员，后来又回到香港担任了10年的香港特区政府化验所高级化学师，主管该化验室毒理学组。他在毒理学界有着非常高的声望。

据张燕生律师回忆，拿到莫的审查报告后，又与莫进行了交流。莫非常坦诚地认为，念斌案辩方律师委托的国内专家出具的专家意见写得非常好，非常精彩，对其中的观点他是赞同的。他非常震惊地发现，当“详细检查参考资料（检验报告）包括质谱图后，发现以下的图谱出现非常严重的矛盾”。这句话，莫在报告中使用了红色的字迹。这些“非常严重的矛盾”是指：（1）分别被标示为“俞攀的心血”以及“呕吐物”的样本，两者质谱检测显示为同一个样本。（2）分别标示“俞悦尿液”和“标样”的两张质谱图，“皆源自同一样本，只是在不同的滞留时间做取样而已”。换句话说，福建公安机关竟然使用实验室测试用的标准的氟乙酸盐样品冒