



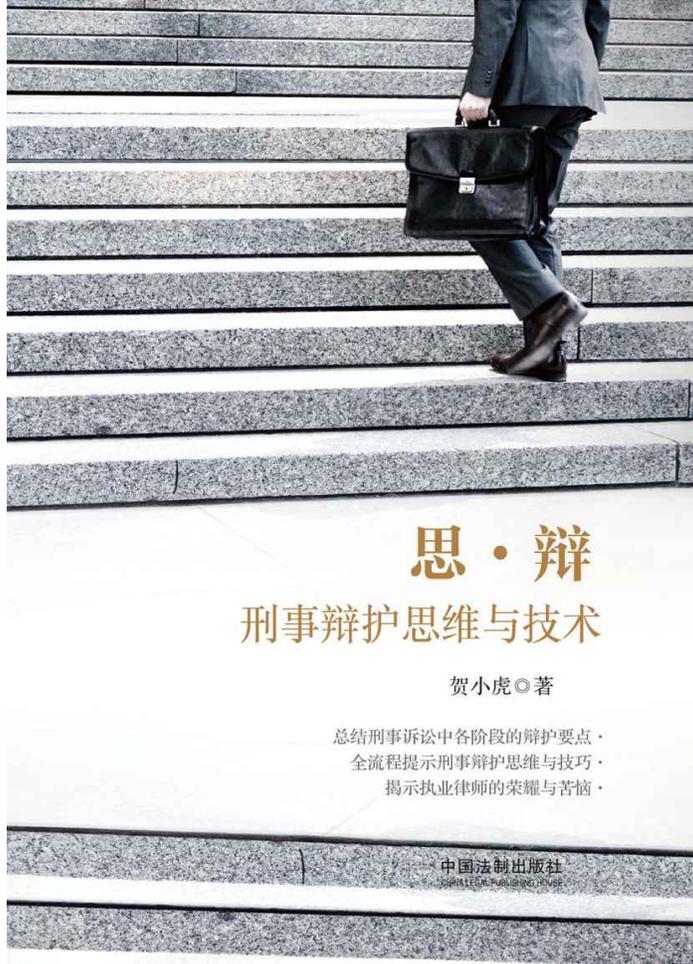
思·辩

刑事辩护思维与技术

贺小虎◎著

总结刑事诉讼中各阶段的辩护要点·
全流程提示刑事辩护思维与技巧·
揭示执业律师的荣耀与苦恼·

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



思·辩

刑事辩护思维与技术

贺小虎◎著

总结刑事诉讼中各阶段的辩护要点·
全流程提示刑事辩护思维与技巧·
揭示执业律师的荣耀与苦恼·

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

思·辩

——刑事辩护思维与技术

贺小虎 著

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

思·辩：刑事辩护思维与技术/贺小虎著. —北京：中国法制出版社，2016. 5

ISBN 978-7-5093-7576-1

I. ①思… II. ①贺… 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119973号

策划编辑 朱丹颖 责任编辑 王林林 封面设计
李 宁

思·辩——刑事辩护思维与技术

SI·BIAN——XINGSHI BIANHU SIWEI YU JISHU

著者/贺小虎

经销/新华书店

印刷/

开本/710毫米×1000毫米 16开

印张/13 字数/185千

版次/2016年7月第1版

2016年7月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-7576-1

定价：40.00元

北京西单横二条2号

值班电话：66026508

邮政编码100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfzs.com> 编辑部电话：
66067369

市场营销部电话：66033393 邮购部电话：66033288

（如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010-66032926）

前言

“委托人把名声、自由乃至生命都委托给了你，这是何等的信任啊！多么可怕的责任，由你一个人承担了。”

——罗伊特·P. 斯特拉伊克

本书的书名是“思·辩——刑事辩护的思维与技术”，起初，只是想写本有关“刑事辩护”的书，把这些年学习、办案的心得做个总结。这里得感谢本书的编辑朱丹颖女士，书名是她的杰作。在后续的写作中，她又一次次提出中肯的建议，迫使我不停地完善、改进书稿内容，再次致谢！

“技术”的定位让我一度忐忑，说到“技术”大家会想到“经验”的传授，而本书更多的是“知识”的总结。辗转反思，脑中突现“技术是知识和经验的结晶”，知识是技术的基础，更何况经验本就很难言传身教，只能靠自身更多的实践和体会，便欣然领受了。

本书开篇谈到了“辩护人”的职责和职业道德，其中可以体会到刑辩律师的“荣耀与苦恼”。作为刑辩律师，免不了被人误解，因为刑事辩护是为恶的行为进行“辩护”，如果我们不追求自己是“人权维护者”，我们自身有时就很难解脱。刑辩律师不仅是当事人的“代理人”，还是保护者，保护当事人合法的权益不受公权力的肆意侵犯。

刑辩律师身处利害关系对立最严重的漩涡之中，是以国家司法机关为对象的，如果没有卓越的技术，要想使辩护有效地发挥作用是不可能的。本书着重围绕“刑事辩护的防御准备、实体辩护、程序辩护、证据辩护、量刑辩护、上诉和再审辩护以及死刑复核”来探讨刑事辩护的技术。

“会见、阅卷和调查取证”被称为刑事辩护防御准备的“三驾马车”，刑辩律师只有认真做好庭前准备工作，才能在庭审中展开有效辩护，最大限度地维护被告人的合法权益。

“犯罪构成”在刑事立法上是一种设定犯罪的模型，是一种犯罪的规格，在刑事司法中是一种认定犯罪的依据和操作手段。实体辩护就是根据犯罪构成来划清罪与非罪的界限。当然，罪轻辩护也是一种实体辩护形式。

2012年刑事诉讼法修改的最大亮点是明确规定了“非法证据排除”规则。在法律上搭建了我国非法证据排除的制度框架，确立了严格排除非法言词证据、裁量排除非法实物证据的发展方向。

在刑事诉讼程序中，证据既是诉讼活动的基础，也是认定案件事实的根据，可以说，诉讼的全过程都是围绕证据问题进行的，其重要性毋庸置疑。一般来说，证据问题主要涉及证据资格（证据的采纳）和证明力（证据的采信），一切证据规则均以这二者为中心展开。

量刑对于被告人来说是具有重大意义的事情，量刑的结果最好能够为当事者所预测并参与其中，如果不能预测量刑结果，将无从评价量刑是否公正。“罪责刑相适应”原则提供了量刑基准，该原则的实现，需要合适的量刑方法。由于刑罚既是对犯罪的报应，又是对罪犯的矫正，因此对行为的违法性和有责性程度以及特殊预防必要性大小的评价产生影响的因素，就是量刑时应当考虑的情节。

刑事上诉、再审程序是发现判决、裁定在事实认定或者法律适用方面出现错误时的纠错机制。在此阶段，刑辩律师需要有更成熟的辩护技能方能胜任。本书针对上诉中“上诉状的制作”和再审中“新证据”的审查做了介绍。

“刑罚与其严厉不如缓和”的格言表述了刑罚的谦抑性思想，即在刑事立法上，如果规定较轻的刑罚即可，就没有必要规定较重的刑罚；在刑事司法上，对于已经确定为犯罪的行为，如果可适用较轻的刑罚，便没有必要适用较重的刑罚。死刑是剥夺生命的刑罚，是极刑，剥夺生命意味着剥夺了人一切的权益。过多地适用死刑，不利于树立尊重人的观念。大多数国家废除死刑是出于两个原因，一是“给犯人一个未来”；二是“国家的自制”，即“国家禁止自己对犯人使用同样的暴力”。

刑辩律师需要更多的智慧和淡然，“达摩克利斯之剑”随时都有可能降临。

本书不是学术性著作，仅仅是自己学习和工作的一点心得，总结是为了系统的学习。刑事辩护是刀尖上的舞蹈，既是技术，也是艺术，一切细节的把握与驾驭，都是律师平时不断地积累和修炼的结果。

除了感谢本书的编辑，我也要感谢我们的刑辩团队成员，刘小斌、荆君望、李国梁、牛红普律师，他们听了我的写作中太多的抱怨，给了我莫大的鼓励和一些很好的建议。

2016年3月10日

贺小虎

目 录

前 言

第一章 刑辩律师的荣耀与苦恼

一、为当事人权益而辩护

二、应有的“行为准则”

第二章 侦查阶段的辩护思维与技术

一、律师会见

（一）会见的基本常识

（二）不同阶段的会见技巧

二、律师阅卷

（一）律师的阅卷权

（二）阅卷技巧

三、律师取证

（一）律师的取证权

（二）“谨慎”取证

附：刑事诉讼羁押期限汇总表

第三章 庭审辩护的思维与技术

一、实体辩护

- (一) 认识“犯罪”的本质
- (二) 犯罪构成要件解析
- (三) 认识阻却犯罪事由

二、程序辩护

- (一) 排除非法“口供”
- (二) 非法“口供”排除的举证责任分配
- (三) 非法“口供”排除的证明标准
- (四) 启动非法“口供”排除
- (五) 区分“瑕疵证据”与“非法证据”

三、证据辩护

- (一) 证据辩护常识
- (二) 刑事诉讼中举证责任的分配
- (三) 刑事诉讼中的证明标准
- (四) 如何审查证据

四、量刑辩护

- (一) 推进量刑规范化
- (二) 如何规范量刑
- (三) 相对独立的量刑程序
- (四) 解读量刑情节

(五) 谈谈缓刑的适用

第四章 刑事上诉和再审阶段辩护的思维与技术

一、上诉辩护

二、申请再审

第五章 死刑复核

一、死刑复核代理

二、死刑改革

三、死刑适用标准

后 记 律师执业风险之《刑法》第“306条”

第一章 刑辩律师的荣耀与苦恼

“你藏着荆棘的皇冠而来，你握着正义的宝剑而来。律师，神圣之门，又是地狱之门。但你视一切险阻诱惑为无物，你的格言：在法律面前人人平等，唯有客观事实才有最高的权威。”

——胡乔木

刑辩律师因其为“犯罪嫌疑人、被告人”（为恶的行为）进行辩护，而被美其名曰“魔鬼代言人”。生活中，律师并不受人欢迎，甚至会遭到共同体的蹂躏。一些笑话是专门用来针对律师的。

一位母亲和她的儿子走过一片墓地，经过一块墓碑，上面镌刻着，“这里躺着一位好的律师，一个诚实的人。”小男孩读着碑文，抬头望着他母亲，问道：“妈妈，为什么他们在这里埋葬了两个人？”

但这一切并不能阻挡一个事实，很多国家把“辩护权”确定为一项宪法性权利，同时把“辩护人”认定为“人权维护者”。现实中，代表律师形象的，往往不是“代理人”，而是“辩护人”。

刑辩律师无论是在其职责还是伦理中都充斥着荣耀与苦恼的矛盾。

一、为当事人权益而辩护

刑辩律师的心中有一个天使也有一个魔鬼，我们往往在一次次挣扎斗争中浴火重生，支持我们一直走下去的信念就是对法律的信仰，其中包括对律师职责的正确认识。

《律师法》第2条第2款把律师的职责规定为：“律师应当维护当事人合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平和正义。”

刑辩律师和民事律师的职责在本质上并没有差别，作为刑事辩护的实务工作者，本书重点从刑辩律师的角度来探讨律师职责。

在刑事辩护中，委托人是“犯罪嫌疑人”或“被告人”。刑事诉讼法规定犯罪嫌疑人或被告人在押的，其监护人、近亲属（配偶、父母、子女、同胞兄弟姊妹）也可代为委托辩护人，但是如果如果没有其确认，律师不能进行辩护。

正是基于犯罪嫌疑人或被告人的委托授权，律师才成为辩护人。刑辩律师的职责就是依法最大限度地维护被告人的权益，这是刑辩律师的执业根基，不能动摇。

律师的辩护是相对于检察机关的公诉和法院的审判（公安机关的侦查是对检察机关公诉的支持，在职务犯罪中检察机关本身就是侦查机关）而言，一个设想的等边三角形。刑辩律师的任务是站在被告人的立场上，使被告人的辩护权得以加强，依法最大限度地维护被告人的权益，避免其受到司法机关的不公正对待。

“保障正当的程序”也是辩护人的重要任务，辩护人应探寻被告人的供述是否自愿，证据的收集是否合法，非法的证据应依法排除。

刑辩律师处于与国家司法机关相对立的地位，在“无罪推定”的原则下，与其说辩护人是“魔鬼的代言人”，不如说辩护人是与强大的国家司法机关对抗的“人权维护者”。

当下，大多数人认为律师在维护当事人权益时更应维护社会公平和正义，甚至一些律师也如此自诩。在他们的潜意识中，自然而然地存在一种“好人”与“坏人”的偏见，被告人想当然地被他们认定为“恶人”。为“恶人”辩护与维护公平正义显属矛盾。难道“恶人”就没有“人权”可言吗！当被告人处于被追诉的孤立地位时，他们的人权往往容易被侵犯。我们不能因为其是“恶人”，而不尊重其人权。“依法最大限度地维护被告人的权益”何尝不是在维护社会公平正义。

著名刑辩律师田文昌曾经如此说，“律师既不代表正义，也不代表邪恶，既不是天使，也不是魔鬼”。其进一步对此给予解释，“我从来没有说我们律师不追求正义，但是我从来坚决不承认我们律师代表正义”。

不代表正义，不代表不追求正义；维护被告人权益，不代表不维护社会公平正义。

二、应有的“行为准则”

律师“伦理”即律师执行业务时应当遵守的“行为准则”。刑事辩护的伦理并不抽象，而是具化在刑辩律师日常的执业活动中。一个优秀的刑辩律师，除了具备充实的法律知识和高超的辩护技巧，还应严格遵循律师伦理，这是肉与血的关系。

在刑事辩护中，如上文所提到的，真正意义上的委托人是犯罪嫌疑人或被告人。虽然，法律规定犯罪嫌疑人或被告人的配偶、直系亲属、兄弟姐妹也有权委托辩护人，但是如果没有其追认，律师不能为其进行辩护。

被告人是真正意义上辩护权的拥有者。根据律师行为准则，辩护律师应尊重被告人的意见，而不是聘请人的意见。

大部分犯罪嫌疑人被抓后，家属首先想到的就是与办案人员“勾兑”。其实，“勾兑”是花钱费力不讨好的，他们不清楚公检法是一架庞大的分工合作的机器，不是某一个人可以完全逆转的。我们在工作中会遇到，被告人认为自己无罪，而其亲属经向办事人打听，认为判无罪不可能，让其认罪，争取从宽量刑。作为律师我们要坚守职业道德底线，根据事实和法律，分析案情，告知利弊，提出建议，最终以被告人的意见为准。

中华全国律师协会《律师办理刑事案件规范》第5条明确规定：“律师担任辩护人或为犯罪嫌疑人提供法律帮助，依法独立进行诉讼活动，不受委托人的意志限制。”

我们是否可以因此打着“独立辩护”的口号，而无视被告人的意见呢？

陈瑞华教授在一次讲课中举了一个例子：

医生在开刀做手术之前一定要告知病人该手术的性质、可能的风险，病人签字认可后才可以做手术。这就是协商义务，在协商不能达成一致的情况下，就衍生出了告知义务，选择权在委托人。

陈瑞华教授认为，辩护权的来源是委托人的正式授权。严格说来，被告人才是辩护权的行使者，辩护律师不过是协助被告人行使辩护权的法律代理人。律师的辩护思路一旦形成，就需要征求被告人的意见，通过协商、对话、说服活动，获得被告人的同意和支持。那种不与被告人协商，

随性而为、自以为是的辩护方式，几乎是不可想象的，也很难得到被告人的认同和信任。

刑辩律师在开庭前一定要跟被告人沟通辩护方案，双方可能在构成犯罪或者无罪上是一致的；可能被告人认为无罪实际上是构成犯罪的；也可能被告人承认犯罪而辩护人认为不构成犯罪的。沟通达成一致是理想状况，如当事人坚持无罪，辩护人无法妥协，可以选择退出辩护，而不可以进行所谓的独立辩护。在第三种情况下，我们一定要告知被告人我们做无罪辩护，尊重被告人的看法，认罪可以说明其主观态度好。但从犯罪构成的角度，从证据充分确凿的角度，我们不认为构成犯罪，经被告人同意，这时我们可以选择无罪的独立辩护。

当然，刑辩律师履行辩护义务并不意味着一味地顺从，一味地顺从有时恰恰不能维护被告人的利益。律师之所以成为辩护人，是基于其专业化的知识和实战的经验。对被告人言听计从的辩护，很容易受到公诉人的反诘，并不是有效的辩护。我们应将疑问直截了当地告知被告人，我们需要其合理的解释。当然，这种解释也许并不是客观真相。如果辩护人根据被告人陈述的事实进行辩护，即使这种事实是违反客观真实的，也与辩护人的主观认识没有矛盾，辩护活动并不存在问题。

被告人有可能会向辩护人陈述犯罪事实，但不主张认罪，辩护人作为被告人的辩护人，绝不能将被告人的告白向外透露，辩护人有保密义务。对于辩护人来说不能牺牲被告人的利益而追求其他利益，除非有现实的危害性。

律师的保密义务是国际公认的，联合国《关于律师作用的基本原则》第22条规定：“各国政府应确认和尊重律师及其委托人之间在其专业关系内所有联络和磋商均属保密”。我国《律师法》第38条第2款也作了相应规定：“律师对在执业活动中知悉的委托人和其他人不愿泄露的情况和信息，应当予以保密。但是，委托人或者其他准备或者正在实施的危害国家安全、公共安全以及其他严重危害他人人身、财产安全的犯罪事实和信息除外。”

设立刑辩制度的目的本就是为了实现控、辩、审的三角平衡，从而更好地实现公平正义。倘若辩护律师不替被告人保守秘密，那么被告人也就不敢请律师，那么控、辩、审的三角就失去了辩这一角，公

平正义将不复存在！同样，被告人基于委托代理关系对辩护律师也应负有保密义务，信任关系是相互的。刑事辩护依赖于以保密义务为准则的被告人与辩护人之间的信赖关系。

“李庄案”树立了一个非常坏的典型，那就是被告人为了活命，可以拿自己的辩护律师祭旗，动摇了辩护律师和被告人相互信任的基石。

美国著名的人权律师德肖维茨说过一句话：“当事人不是朋友，朋友不是当事人。”这并不是说律师不需要朋友，往往律师会有很多朋友，而是要说，律师需要更多的理性。

被告人向辩护律师告白了自己的犯罪行为，但主张无罪的，辩护律师可以劝告被告人认罪，并据此进行辩护；如果劝说失败，根据现有证据无法证明被告人就是犯罪行为人的，可以证据不足为理由提出无罪主张；如果辩护活动不能达到无罪的效果，可以选择退出辩护。

田文昌律师对“独立辩护权”有过这样的解释：“律师辩护权应当独立于出资人意志和法律之外的其他因素的干扰，而不能违背委托人的意志”。

“维护被告人权益”是辩护律师的职责，但是有一个大前提，就是一定要依法，不能逾越这个底线。有人提出维护被告人的权益应当是“合法”权益。如何判定“合法”与“不合法”，不是辩护人所能判断的，“依法”足以。

无论如何，辩护律师伪造证据、教唆被告人及证人做虚假供述和虚假证言，是绝对不允许的，这本身就涉嫌犯罪，辩护律师可以保守秘密，但不得实施积极的歪曲事实的行为。

辩护律师也不是代言人。“李某某等五人涉嫌强奸案”中有的律师成为当事人的“代言人”。律师具有独立人格，应遵守执业纪律，不能成为当事人的代言人！

辩护律师更应该明白一切从现实出发的道理，绝不可为了追求更高、更圆满的目标而使本应可以实现的目标落空。理论上可以追求全案无罪，而从实践的角度看则往往难以实现，辩护中形成一种“诉辩交易”的态势，有时是一种不错的选择。被告人往往根本不需要什么正义，他们要的是开释，或者是尽可能短的刑期。曾经代理的一个诈