

跬步千里 共铸大成

大成刑事通讯

2014年第十一期（大成刑事论坛专刊）

总第46期



DACHENG

LAW

OFFICES

大成律师事务所

2014年第十一期
(大成刑事论坛专刊)

目 录

顾 问：陈瑞华 陈兴良
黄京平 曲新久
张明楷

编委会：金 辉 蒲桂平
夏雪飞 徐 平
许昔龙 叶晓东
翟 建 赵运恒
张志勇

(按姓氏拼音排序)

编 辑：林丽凤

序言	4
论坛概况	5
论坛实录	
• 赵运恒律师主持发言	8
• 彭雪峰主任致欢迎词	9
• 许昔龙——涉房类受贿的辩护	11
• 孙瑞玺——贿赂案件刑事辩护的依据和论据	15
• 孙长江——结合司法实践浅谈国有控股、参股企业中国家 工作人员身份的界定	21
• 成安——如何理解受贿罪中“利用职务上的便利” ...	26
• 李送妹——受贿罪辩护的两点经验	31
• 张志勇——从一起受贿案再审改判看律师辩护	34
• 许昔龙律师发言	36
• 段万金律师发言	37
• 张海勇律师发言	40
• 陈兴良教授点评总结	41

2014年第十一期
(大成刑事论坛专刊)

目 录

顾 问：陈瑞华 陈兴良
黄京平 曲新久
张明楷

编委会：金 辉 蒲桂平
夏雪飞 徐 平
许昔龙 叶晓东
翟 建 赵运恒
张志勇

(按姓氏拼音排序)

编 辑：林丽凤

• 徐平律师主持发言	47
• 王兆峰——贿赂犯罪辩护的困境和出路	49
• 龚永茂——非法口供之后	52
• 李春光——受贿罪辩护的几个程序性要点	55
• 蒲桂平——谈谈纪委出具的自首材料	62
• 翟建律师主持发言	65
• 李世清——贿赂案件中刑事辩护的疑惑与困境	65
• 夏雪飞——贿赂案件辩护的几个问题	67
• 马朗——从刑诉法第53条看贪污贿赂案件中的证据辩护	69
• 贾慧平——贿赂犯罪预防与刑事辩护	73
• 王国红——居安思危 谈贿赂案件辩护的得与失	74
• 陈瑞华教授点评总结	78
• 马江涛主任致闭幕词	86
相关媒体报道	
• 官员“礼尚往来”或入刑	87

序言

发行说明

《大成刑事通讯》作为大成首批专业化建设法律电子刊物，在不断摸索中形成了一系列具有刑事特色的精品栏目。随着发行广度逐步增加，法律法规推陈出新，受众法律意识不断提高，大成刑委会与刑事部决定对通讯持续改版，现形成以下格局：

大成刑辩动态，简介大成律师代理的部分有特色的刑事案件和刑辩律师参与的重大社会活动。

业界新闻，从立法、高层、时政、社会等角度介绍刑事领域最新政策信息、民生焦点动态。对于重大活动增设“**大成时评**”环节，以大成刑辩律师的视角全面解读。

要点聚焦，立足于最新立法或重大政治、社会事件，进行纵向刑事分析。

最新案例，简述当下讨论度高、具有重大现实意义的案件。针对时间跨度大、重要性高的刑辩热点，采用连续若干期的方式全面剖析。

大成法眼，通过律师工作随笔，带您领略律师眼中的社会百态。

刑之什锦，点滴什锦展现刑辩律师别样风采。

《大成刑事通讯》的改版工作将根据刑事业务工作实际需要持续进行，敬请关注。同时，诚挚欢迎各位律师向大成刑辩动态、大成法眼、刑之什锦栏目投稿。

大成刑事业务专业委员会
大成律师事务所刑事业务部
二〇一三年一月

2014大成刑事论坛——贿赂案件的刑事辩护

2014年9月27日，由大成律师事务所刑事业务专业委员会、北京大成律师事务所刑事部联合主办的“2014年大成刑事论坛——贿赂案件的刑事辩护”，在首都北京隆重召开，这是大成律师事务所刑事业务专业委员会举办的第六次刑事辩护高峰论坛。会议由大成刑事业务专业委员会理事、北京大成律师事务所刑事部主任赵运恒主持开幕式，全国政协常委、北京大成律师事务所主任彭雪峰致欢迎辞，北京市朝阳区律师协会副会长、北京大成律师事务所管委会副主任马江涛致闭幕词。论坛分别由赵运恒、徐平、翟建主持，北京大学法学院著名教授陈兴良、陈瑞华点评，并做总结发言。论坛分上午进行实体部分、下午程序部分分别进行，许昔龙（北京）、孙瑞玺（山东达洋



所）、孙长江（沈阳）、成安（四川卓安所）、李送妹（北京）、张志勇（北京）、段万金（西安）、王兆峰（北京德恒所）、龚永茂（宁波）、李春光（云南凌云所）、蒲桂平（乌鲁木齐）、李世清（河北济民所）、夏雪飞（成都）、马朗（上海）、贾慧平（山西融融所）、王国红（山东常春藤所）分别就涉房型受贿案件的辩护、受贿案件的再审、非法证据排除等实体和程序性问题，做主题发言。来自北京大成律师事务所及各地分所、全国各地律师事务所的律师代表150余人参加论坛。新华网、法制网、京华时报等多家媒体对此次论坛进行报道。

2014大成刑事论坛——贿赂案件的刑事辩护

目前中央反腐工作不断深化，贿赂犯罪高发，贿赂案件的辩护和代理成为刑辩业务新的增长点。与会代表就常见受贿犯罪、特殊类型受贿犯罪的实体辩护、行贿犯罪辩护、贿赂案件的辩护程序难点解决和程序性辩护等热点、难点问题展开热烈讨论。论坛圆满结束，与会代表一致反映会议高规格、高水平，演讲嘉宾理论与实践结合，无私分享自己的成功经验和心得体会；专家点评深入、到位，拓宽贿赂案件辩护思路，增加辩护经验与技巧，获益匪浅。

本次论坛引起很大关注，在论坛上与会者就目前贿赂案件的形式、认定等方面进行深入分析，并提出多项亟待出台司法解释进行规定的问题，这些内容被媒体迅速报道，诸多消息被广泛转载，甚至上了中国移动手机报的头条。如媒体报道陈兴良教授透露刑法修正案(九)拟定新罪名“收受礼金罪”，以解决向官员进行情感投资的定罪问题。这一罪名是指国家工作人员收受他人财物，无论是否利用职务之便、无论是否为他人谋取了利益，都可以认定为此罪。收受礼金罪并不是受贿罪，量刑比受贿罪轻，这个罪名的设置解决了将感情投资是否构成犯罪的问题。媒体报道陈瑞华教授表示，最高人民法院刑三庭正在研究非法证据排除等问题的细则，其中就涉及到解决“重复自白”的问题，对于非法证据排除规则的适用与认定问题，将有更为具体、可操作的司法解释。另外，媒体也对许昔龙律师关于涉房型受贿案件中房屋价格认定问题，龚永茂律师就非法证据认定的要件、方式、重复和延伸问题，孙长江律师关于在国有控股、参股企业中，如何认定国家工作人员身份的问题，进行了报道。

大成律师事务所刑事业务专业委员会此前已连续举办了五次刑事论坛。经过六届发展，大成刑事论坛的影响力已经从所内扩展到全国、从业内延伸到业外，不仅开阔了大成刑事律师的眼界，提高了大成刑事律师的职业素养，而且在行业内外产生了良好的口碑和品牌影响力，成为国内最有影响力的刑事辩护论坛。



2014大成刑事论坛——贿赂案件的刑事辩护



左图为茶歇时各参会人员交流场景，右图为本次论坛开会中。

论坛实录



赵运恒（北京办公室刑事部主任）：

在这个秋高气爽的季节，又一届大成刑事论坛——贿赂案件的刑事辩护终于在大成刑事部、刑委会的精心准备下开幕了。这个论坛是大家共同努力、顺应时势的成果。我们非常高兴的欢迎各位老师，媒体朋友的到来！我现在来简单介绍下今天与会的嘉宾：坐在前排的有我们著名的刑法学家陈兴良教授，著名的刑诉法学家陈瑞华教授，我尤其要指出一点是，陈瑞华老师多次大力支持大成刑事论坛，包括之前的2012年“大成刑事论坛——非法证据排除”陈教授也参与了，今天这个论坛的主题也是陈瑞华老师一块策划提出的。此外还有我们专门邀请的几位大律师，他们是山东省律师协会副会长孙瑞玺律师，云南省律协

刑委会副主任李春光律师，四川省律协刑委会副主任成安律师——成律师也是为你辩护网的首席辩护律师，山东省济南市律协刑事业务委员会副主任王国红律师，王律师在厦门大成论坛的演讲让人印象深刻，今天王律师的发言在下午场的最后一位，我们非常期待。此外还有下午才能出席的为薄熙来辩护的王兆峰律师，主动参与本次论坛的山西省律协刑委会副主任贾慧平律师。非常感谢各位老师和大律师的光临！

出席本次论坛的还有大成总部和各地分所的同事，各兄弟律所的同仁，以及包括新华网等十几家媒体的朋友们，让我们对他们表示欢迎和感谢！下面我们有请全国政协常委，大成律师事务所主任彭雪峰律师致开幕词。



论坛实录

彭雪峰（大成律师事务所主任）：

尊敬的陈兴良老师，陈瑞华老师，各位来宾，各位朋友，各位大成同仁：

大家上午好，很荣幸有这次机会能够参与此次论坛。我是昨天才从美国赶回来的，本来今天安排了其他事情，但赵运恒律师跟我表达了这次会议的规模，内容和意义，我就表示我一定会赶过来参加。

大家都知道，大成刑委会在中国律所的刑委会中是独树一帜的。我们的同行中有很多大所，有很多有影响力的所，但是在所、有影响所中还能把刑事业务做得有声有色的，可能大成是独此一家。



能够取得这样一个骄人的成绩，肯定是来源于方方面面的支持，各位专家老师，各位同行的支持和帮助以及全体同仁的努力共同造就了今天的大成。大成的刑事辩护业务走到今天取得了这样的成绩，展望未来也面临了新的契机。我们都知道，目前国家层面反腐是重头戏，在这个推进过程中为刑事辩护提供了更多契机。刚才我还和同行在讨论这个问题，我们的反腐工作力度之大是空前的，但是程序性的遵循可能有一些缺陷和问题，这就给我们的刑事辩护工作提供了机会。

相比较之下，刑事辩护工作可能压力很大，在操作上需要注重的问题很多，但也确实给我们提供了很多机会。上个月王岐山书记在全国政协委员会上有一个讲话，王岐山书记表示，反腐不是搞运动，而是长期的、持续性的工作，这可能会在一个历史阶段里面为我们的刑辩工作提供了更广阔的舞台。

大家都知道，下个月召开的十八届四中全会主题是依法治国，我有幸被邀请加入十八届四中全会报告的起草阶段，具体内容是绝密的，但是有一句可以透露给大家，四中全会就法制建设，司法制度改革所推

论坛实录

出的举措是大大超出法律人预期的，四中全会的召开，一定能给法律人以鼓舞，一定将依法治国的进程推上一个新高度。

在这里，我希望大成的同仁在各位专家、朋友的支持下可以利用这个契机，通过这次机遇创造新的高峰！谢谢大家！



赵运恒：

彭主任一贯大力支持大成的刑辩事业，刚才彭主任的致辞和讲话，也是相当鼓舞人心，让人感受到刑辩的明天更加美好！

贿赂犯罪是我们国家一定时期内的高发性犯罪，与普通刑事案件相比，它在影响性、办案程序等方面有着非常独特的一面。律师对贿赂案件的辩护，同样也有着与普通案件不一样的特点和规律，包括面临着不一样的困难和要求。今天，我们就是要研究这样的问题，研究如何使贿赂案件的辩护达到多赢。我们律师既要站在反腐的前沿，也要站在法治的前沿！既要支持拥护对贪官的惩罚，也要依法保障他们的合法权利！

就像彭主任所言，面对贿赂这类特殊案件的辩护，我们律师界有理由相信，不断加大力度的司法改革，将极大地影响我们刑事辩护的环境，给我们的辩护带来新的机遇。我个人最近参加最高院座谈会，感受深刻，上面司法改革的决心很大，步伐很大，非法证据排除实施细则马上出台！这将对我们的辩护，包括贿赂案件的辩护，提供非同寻常的利器。希望在今天的论坛上，大家能够畅所欲言，各尽所能，各位律师把自己的才智和经验奉献出来，使我们能有一个交流上的收获，同时开启刑辩律师自己的明天。

今天论坛上午主要是进行实体方面的研讨交流，下午更多的是研究程序辩护和证据辩护。当然也会存在一定程度的交叉。下面开始具体议程，首先我们邀请大成律师事务所刑事部高级合伙人，著名的大律师：许昔龙律师发言。

论坛实录



许昔龙（北京办公室高级合伙人）：

大家上午好！首先要向百忙中赶来参会的北京大学陈兴良、陈瑞华两位大教授致敬。

最近几年来，我办过不少官员涉嫌受贿案件，在这些涉嫌受贿案件中所被指控的具体犯罪事实，有相当部分是与低价买房相关的，有的一个案件甚至涉及十几套房子，我个人把这些案件命名为“涉房型受贿案件”。

涉房型的受贿案件高发，我想与立法有关，据2007年的最高人民法院、最高人民检察院《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》规定，国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，以明显低于市场的价格向请托人购买房屋的，以受贿论处，而此前低价买房并不作为犯罪处理，

而现在立法了，加上反腐的高压态势，于是出现该类案件井喷；还有很多官员的固有观念认为，直接伸手索要或无偿接受财物，是要不得的，这是违法犯罪，而在有合同约定，并支付了对价的情况下，不可能构成犯罪，开发商无非是看在自己的面子上，给了一定的折扣而已，更令他们不解的是，自己是2007年前买的房子，当时没有说是犯罪，为什么现却又拿以前买的房子说事。

在我所接触到的涉房型受贿案件中，司法机关在认定房屋差价几乎是清一色地将涉案的房屋在事后拿去作价格鉴定，后将鉴定价与实际购买价进行机械地比对，只要得出差价，就将差价作为受贿金额移送起诉，这样粗糙的作法，反而给辩护留下一些空间。

下面我再与大家分享几起与房屋相关的具体涉贿案例的辩护及法院认定情况：

论坛实录

一、集资建房引发的受贿案。几年前我在合肥下面的一个县办过一个当地房管局局长涉贿案件，当地一家开发商在做项目时，由于资金实力不够，于是在一定的圈子内集资，通过协议约定，在房子建成后，集资户享受内部优惠价，剩余对外销售的房子则是较高的市场价。司法机关说这个局长事先没有参与集资却享受了集资户的优惠价，于是将差价指控其受贿，行贿人是开发商。我在这里发现了一个关键细节，被告人确实事先没有参与集资，而是其中有一个原始的集资户，也是被告人的朋友，向开发商要了两个参与集资的名额，他把其中一个名额事后分给了被告人，被告人再补签了关于集资建房的协议，并交了集资款。我在辩护中认为，集资建房是平等主体之间的一种民事约定，尽管集资款是后交的，但所有的集资建房者都追认了其效力，理应享受集资建房者优惠购房资格，更何况，这个集资户的资格是从另外一个人手中转让过来的，不存在事后直接向开发商再索要一个名额的问题，同时也没有发现开发商对被告人有什么具体的请托事由。

后来法院判决认为，辩护理由是成立的。

二、房屋买卖交易过程未最终完成引发的受贿案。同样是上述的被告人，其被指控受贿的另外一起事实就是购买当地一个商铺，司法机关认定其取得商铺并实际使用了，但款没有交齐，就将尾款认定为受贿。对于该起指控，我首先对当地当时涉案的商铺作了初步调查，发现有这么一些特征：该开发商出售的所有商铺均没有办理产权；均没有与众购买者签署买卖合同；众购房者一般都是分期付款，每次付款时间由于没有协议约定，带有一定的随意性等。经过与其他购房者的分析比较，我发现被告人购买涉案商铺的行为与一般人相比并无异样之处，且，尽管商铺已交付使用，但没有证据表明被告人不再支付余款了，被告人与开发商的交易尚未完成，暂不能判断构成受贿，最后法院也认可了辩护人的观点。本院认为被告人购买两间门面房，虽然已收了租金，行使了占有权、收益权，但与开发商既没有签订购房合同，价款没有确定，更没有办理房产证，被告人曾先后两次交款，开发商未拒收，而且被告人向开发商还多次表示房款最后还要结算，这些事实表明交易没有结束。既然交易没有结束，价款尚未确定，也就无从确定明显低于市场价。

论坛实录

三、产权有问题，不能正常上市交易房屋所引发的受贿案。这是我们刑事部李赫律师在山东菏泽中院办结的一起案子，我有幸一起参与讨论该案，并发表了我自己可供参考的辩护意见。该案被告人是青岛某区长，他在当地通过开发商的关系购买了多处小产权房，司法机关通过鉴定价格，利用差价得出受贿的结论。到法院后，我们认为，该房产只有使用权，不是所有权。也就是说，被告人即使占有该房，也只是一种使用权益，而不能处分，不能变现，故不能用现金价值来衡量，是无法进入市场交易环节的，而受贿罪中所收受的财物，是一种所有权，我国受贿罪的追诉标准是5000元起，没有价值就不好追诉为受贿罪，故该笔受贿指控不成立。最后法院认定无法进入市场销售的房产，不能成为受贿的标的物，并认为山东省价格鉴定中心出具的价格鉴定认定的涉案房产鉴定基准日正常交易情况下的市场价格无事实根据和法律依据。

四、购买本身有瑕疵的房屋引发的受贿案。我去年在青岛中院代理一个当地官员涉嫌受贿的案件，其中一起受贿指控是他曾购买了一处小区内独有户型的、房屋上面有水箱的房子，后来司法机关通过价格鉴定，把差价认定其受贿。在庭审中，我极力从该房没有相同户型的房屋可用来进行比较，且房屋本身有瑕疵，平时生活会受水箱噪音干扰，并委托专门机构对噪音作鉴定，得出结论是噪音严重超标的，故该涉案房产应是特价房，理应低价出售，另外，开发商有文件约定员工、亲戚可以享受内部价，而被告人与开发商还真有点远亲关系，所购的房价与内部价正好也是差不多，结合这些理由，不应认定为受贿。遗憾的是，这个辩护理由一审没有被采纳，现正在二审上诉中，近期省高院会安排开庭审理。

五、有市场最低优惠价可供参考的房屋引发的受贿案。前年在东营中院办过一起案子，被告人原是青岛的一位官员，被指控为明显低于市场差价购买别墅一套，后经过阅卷、及调查发现，小区内同一户型、在同一时期出售时，比被告人所购的价格略高，但远低于司法机关使用的鉴定价，辩护时我们认为，房屋差价应该是通过与实际交易行为发生时当地的市场价格进行比较得出的，这个比较是涉案房与小区内同时期、同户型其他房屋的售价进行比对，而不是事后通过对同一个标的物进行价格鉴定得出的，如果能找到交易时当地的市场价格，不用鉴定，就可得出是否存在房屋差价的问题。这个辩护理由也被法院采信了，

论坛实录

法院认为，市场价格包括商品经营者事先设定的针对不特定人的最低优惠价格，应以此作为市场价格，并据此计算是否存在房屋差价款。这样一来，受贿金额得到了大幅降低。此案例对客观公正处理本案类似房屋差价构成受贿罪的指控极具借鉴意义。

在司法实践中，有关房屋差价的问题，如何判定明显低于市场价？有什么样的考量标准，也是一个问题，市场价一百万的房子，打八折，八十万购得，算不算明显低于市场价呢？对于这个问题，我个人认为可以参考最高院合同法司法解释（二）对于“明显不合理的低价”的规定：人民法院应当以交易当地一般经营者的判断，并参考交易当时交易地的物价部门指导价或者市场交易价，结合其他相关因素综合考虑予以确认。转让价格达不到交易时交易地的指导价或者市场交易价百分之七十的，一般可以视为明显不合理的低价。从合同法角度看，存在明显不合理的低价合同是可以申请撤销的。我认为，目前可以此为标准来判定是否明显低于市场价。

以上是我成熟的辩护思路分享，请大家批评指正，谢谢！



赵运恒：

许律师为我们展示了一些他在办理受贿案件中的心得。好多具体内容我也是第一次听说，包括实地走访，以及对房子噪音的鉴定等等，这些工作真是太独到，太细致了。我相信这些心得一定会对我们同仁们办理类似案件有很大的启发性。谢谢许昔龙律师！

下面有请山东省律协副会长、山东达洋律师事务所主任孙瑞玺律师发言。

论坛实录

孙瑞玺（山东省律协副会长、山东达洋律师事务所主任）：

尊敬的陈兴良老师，陈瑞华老师，尊敬的赵运恒律师，大家上午好！

我今天的发言的主题是“贿赂案件刑事辩护的依据和论据”。这篇稿件我去年就完成了，而且已经发表在《中国律师》杂志2014年第7期上，并针对本次论坛的主题进行了相应的修改。

为什么说是论据呢？原来我一直认为是依据，实际上我也是最近读了清华大学法学院何海波教授写的《实质法治》一书，这里面涉及到法律渊源的问题，我们原来总是习惯把法律渊源认为是依据，实际上法律渊源



好多东西都是作为论据使用的，这些论据既包括法官在裁判案件过程中使用的，也包括刑辩律师在刑事辩护甚至民事代理过程所使用的。

我的经验是，在介入案子之前，应该先从头到尾检索一下，看是否已经搞清楚所有问题的相关司法和理论，如果搞清楚的话才会有一定的发言权。今天非常高兴来这里分享我的一些想法。对于常用的一些法律和司法解释，我这里就不再说了，就除此以外我们看一下，在司法实践中到底还有哪些应该注意却没有注意到的，或者是哪些虽然注意到了但是顺序搞不清楚、没有理顺的问题。

下面我要介绍几个方面：

第一：最高院和最高检的指导性案例。

中国有没有判例法？我认为指导性案例制度的出台为我国的案例制度甚至案例法奠定了很好的基础。

论坛实录

最高法院的蒋惠岭法官就写过一篇《认真对待作为“动态法典”的案例》^[1]的文章，把案例比作“动态的法典”。我认为这个比喻是很形象的。

那么现在指导性案例的现状是什么？最高院发了7批31个指导性案例，涉及刑事的有8个，分别涉及贪污、受贿、故意杀人、抢劫、盗窃、拒不支付劳动报酬等问题和未成年案件适用法律问题。我认为律师遇到相关案子的时候，除了熟悉了解相关法条，也要把涉及罪名的指导性案例给读清楚；最高检发了5批19个指导性案例，涉及21个罪名，这些指导性案例因为时间关系我就不再说了。

与我们相关的是我们如何利用好相关案例为我们辩护服务，最高法院法官意见是，如果当事人在诉讼中明确要求法院参照某个指导性案例，法官可以在裁判过程中或者在裁判文书的说理中作出回应并说明理由。^[2]“应当参照”中的“应当”就是必须的意思。当法官在审理类似案件时，应当参照指导性案例而未参照的，必须有能够令人信服的理由；否则，既不参照指导性案例又不说明理由，导致裁判与指导性案例大相径庭，显失司法公正的，就可能是一个不公正的判决，当事人有权利提出上诉、申诉。^[3]也可以说，人民法院的法官在裁判类似案件的时候，“应当参照”指导性案例。如果事后作出的一个裁决违背了已经发布的指导性案例所适用的法律、司法解释、裁判规则和法律精神，二审法院可以对这个违背指导性案例的法律适用、司法解释、法律精神的裁决予以撤销。^[4]

第二：最高院和最高检的司法文件。

司法文件不同于司法解释。司法解释大家都了解，而最高院和最高检的司法文件具有指导作用是否可以援引并没有明确规定，最高人民法院的法官认为，司法性文件不是司法解释，不具有法律效力，因此不能直接引用，也不能与法律、行政法规等并列作为裁判依据，但可以在说理部分引用作为说理依据。不过1997年以前的司法文件一般作为司法解释。

司法文件法官在裁判中去引用，而我认为律师在辩护案件时也不会要刻意去区分通知、解释等，直接作为依据来处理就可以。作为论据是对法官的要求。

第三：两高院领导的讲话。

论坛实录

如周院长“让每个人民群众在每个案件中感受到公平正义”，这个话我们被告人律师不敢用，这句话在很多法院墙上都有写，如果刑辩律师再勇敢一点，当被告人在程序上遇到不公待遇时，勇敢地 and 司法机关说出这句话，即我们并没有在案件中感到公平和正义，那我想很多不公平都可以得到纠正。现在很多律师不敢进行程序性辩护，实际程序性辩护是非常重要的，它不像量刑辩护那样辩护律师与公诉人双方是和谐的，而程序性辩护，辩护律师与公诉人间具有很激烈的对抗性，程序性辩护是很明显的，是非常重要的一个类型，只不过很多律师对程序性做了“弃权”辩护。真正的实体上的无罪辩护空间非常小了，以后程序性辩护会更加重要。如果律师能勇敢的进行程序性辩护的话，那我认为我们的辩护环境就会越变越好，我建议大成所在程序性辩护中做出榜样。

第四：两高公报中的案例。

2014年第9期最高院公报案例有一个案例—丁利康受贿案的裁判摘要是：国有医疗机构中，从事医疗数据统计、传输、维护等信息管理工作的事业编制人员，其统计、传输、维护的信息和数据系国有医疗机构对医疗业务进行管理、监督、决策的重要依据，属于医保信息，工作内容具有公务性质，该人员系国有事业中从事公务的人员，应以国家工作人员论。该类人员利用从事信息管理的职务便利，非法收受医疗营销人员的财物，向其提供本医疗机构药品使用情况统计数据等信息，为相关药品生产、销售企业以不正当手段销售药品提供便利的行为，应当依据我国《刑法》第385条第1款的规定，以受贿罪定罪处罚。^[5]

可见，有关医保人员事业编制人员属于国家工作人员的说理体现了现在实体辩护空间的不断压缩。

最高院公报已出版至第215期，最高检公报也已出版至141期。律师应该读这些内容，当然公报的地位低于指导性案例，只是参考，不像指导性案例的应当参照。

第五：最高法公布的典型案例。

现在最高法每月都要发布一个指导性案例，每月5个典型案例，那么每年至少公布60个典型案例。这里面对我们有用的信息也很多，这里我就不展开来谈了。

第六：最高院各庭室的指导案例。

论坛实录

由最高人民法院刑事审判第一庭至第五庭共同主办的《刑事审判参考》至今已出版了96集，连续发布了956个指导案例。这些指导案例基本涵盖了刑法分则的主要内容，到今年年底突破1000个指导案例肯定没问题。而且对于贿赂案件在该参考中也有大量说明。

这里再介绍两个检索案例的快捷方法：

1.最高人民法院司法观点集成，这个是6卷13册，计1000多块钱，这个水平不是很高，不过区分了各类罪名，检索起来比较方便，比如这里面就由上海市第一中院副院长黄祥青主编的《最高人民法院司法观点集成》（第二版）（刑事卷①—③册）汇集内容值得注意，这里面涉及到贿赂问题大概有45个。

2、看“为你辩护网”成安律师的更新，这个更新的很及时。

这两个方法比较简单，而且很快，可以下载。

这些东西很重要，如果最高院一至五庭对某个问题有结论，且定性很清楚，那么你要改变就很困难。如果对于这些已经有明确结论了尤其是定性方面的问题的在个案中没有充分依据要推翻很难。你可以痛批它，但是想改变它很难。

第七：审判释疑。

这一般都是在《刑事审判参考》一书中出现。它以问答的形式编撰。在这里我有一个建议，如果你们有一个很好的观点，那么你就可以以一个问答的形式（因为最高院要出司法解释是很难的），如果你们的观点被编辑认为是正确的，那么实际上最高院审判释疑在实际效果中和司法解释、指导性案例区别不大。我尝试过。当然你得有足够说服它的理由。

举个例子，在2013年第3集（总第92集）里，如这样一个释疑，“反复将同一物品出卖给他人后又偷回的行为如何定性及犯罪数额的认定”问题，《刑事审判参考》编辑部解答：反复将同一物品出卖给他人后又偷回的行为应当认定为盗窃罪。盗窃数量为20000元（即2000元×10次）。^[6]那我们遇到基本类似的情况，那我们就可以做量刑辩护了，而做定性辩护是很困难的。

第八：法律释义和立法理由。

论坛实录

最高院和最高检看书首先看立法者的释疑书。我们国家没有立法理由制度，但人大立法后写的书以及其刑法室写的书我们可以看作是准立法理由，法官非常重视。在辩护过程中如果有一些内容说服不了法官，那我们可以买一本包括支持我们理由的立法者或全国人大的书送给法官看。

如由朗胜主编的《中华人民共和国刑法》（第5版，含刑法修改案八）（法律出版社2011年版）；由朗胜主编、全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编的《中华人民共和国刑事诉讼法释义》（最新修正版）（法律出版社2012年版）等均是权威和标准版本的法律释义书。另外，由臧铁伟主编、全国人大常委会法制工作委员会刑法室编著的《中华人民共和国刑事诉讼法解读》（中国法制出版社2012年版）也是我国《刑事诉讼法》的权威读本。

第九：司法解释释义。

我们的司法解释就是要解释再解释。通过释义书反复解释，越解释我们越看不懂，但是法院很重视，某些案件中法官和你的观点不一致而你的观点和最高院的释疑书一致你也可以把这些释疑书作为附件送给法官看。

第十：省、自治区和直辖市高级人民法院和人民检察院制定的规范性文件。

第十一：两高法官和检察官的著述观点。

这两个我就不展开谈了。

第十二：权威教科书和高水平学术专著的学说和观点。

我们要了解法官的学术背景，特定情况下可以拿这个法官、检察官的老师书给他看，很多的法官，检察官在学习理论知识的时候有可能是同一个老师，但是在出社会之后受社会环境影响观点可能会有一些变化，这时候就可以把老师的权威的教科书、高水平的学术专著给他看，毕竟老师的观点还是有一定的参考价值的。

当然我这里说的是权威的教科书。如陈瑞华的《刑事证据法学》，王敏远《中国刑事诉讼法教程》（第二版），这是十二五国家重点图书出版规划项目，要看。而高水平学术专著中，我们应该看看陈兴良的

论坛实录

《刑法学教科书之规范刑法学》，《判例刑法学》(上下卷)，以及《刑法适用总论》(上下卷)（第二版），这些都应该作为刑辩律师的案头书。

第十三：法学专家的论证意见。

如何用好它应该作为刑辩律师的重要论据。应把它的作用的最大化，不论是实体辩护还是程序性辩护。要把它作为证明我们律师观点的重要论据。

以上依据和论据是刑事辩护的重要检索工具。个人的观点是否符合法律和当前司法实践要求，如果把这些问题都检索到了，并形成了自己的辩护观点，那么个人的观点就有了强大的学术基础和实践支撑。如果动辄“我认为”，那观点就可能沦为自说自话，不会得到关注。

我的个人经验是要把辩护词当做学术来写，很多东西加注释，因为很多东西都杂糅到辩护词中不方便，然后后面要有附件，附件装得厚一点，既可以给当事人看，也作为律师自己工作的总结，律师强调的不是结果是过程，做到这种程度律师也就问心无愧了。

以上是我的发言，谢谢大家！



^[1] 载《人民法院报》2005年8月1日第1版。

^[2] 参见张先明：《用好用活指导性案例 努力实现司法公正——最高人民法院研究室负责人就案例指导制度答记者问》，载《人民法院报》2011年12月21日第3版。

^[3] 参见蒋安杰：《最高人民法院研究室主任胡云腾——人民法院案例指导制度的构建》，载《法制资讯》2011年第1期。

^[4] 参见皋陶、曹守晔：《坚持能动司法理念 探索案例指导制度》，载《人民法院报》2010年12月29日第8版。

^[5] 参见《最高人民法院公报》2014第9期（总第215期）。

^[6] 参见南英主编、最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》2013年第3集（总第92集），法律出版社2014年版，第223～226页。

论坛实录

赵运恒：

孙大律师把自己费心作成的科研成果跟我们进行了无私的分享，内容还是非常客观的，从辩护的各种依据这个角度谈到自己所总结出来的辩护的基本规律和指导性原则和方法。

我自己也学了好几招，比如之后我再到某个法院去，我得打听下法官是哪个老师的学生。这些方法都非常好。刚才孙律师还谈到在辩护词里加注释，这我也是第一次听到。我觉得这个方法可以作为以后的重要参考。这些方法确实是充满了很多智慧和经验。

刚才孙律师谈到现在的实体辩护空间比较小，当然我现在遇到的一些案件还是能看出，实体辩护还是存在些许空间的，这其中就包括马上要发言的大成（沈阳）律师事务所主任孙长江律师，他将结合司法实践浅谈国有控股、参股企业中国家工作人员身份的界定，下面让我们一起欢迎孙律师的发言。

孙长江（沈阳办公室主任、高级合伙人）：

尊敬的各位老师教授，各位来宾：

今天我跟大家分享的，是我在刑事辩护实践中获得的一些经验和感想。这些案件应该说都是我现在在具体承办的案件。

这个问题的提出主要源于两个案例：

案例一：某国有控股保险公司经公司党委决定以总经理办公室名义任命的运营管理部部门经理，
案例二：某国有控股网络通信公司经总经理办公室任命的技术部门经理。

第一个案件中任命文件中提到，“经过党委研究，总经理办公会决定，聘用为部门经理”。



论坛实录

在这个案件中，由于该经理收了客户的贿赂，所以被检察机关以受贿罪提起公诉。

第二个案件中，是联通公司公开招聘来的，主要负责信息采集等。按规定他应该给客户一些回报，但是他就以客户的名义领了一部分款据为己有，检察机关就被认定为贪污。

这两个案例的共同点是两家公司都是国有控股公司，而如何认定当事人是否具有国家工作人员身份，成为本案的辩护焦点。针对这个问题，检法意见基础是2010年12月2日《关于办理国家出资企业中职务犯罪案件具体应用法律若干问题的意见》第六项，这个司法解释强调了国有公司委派，任命的工作人员应以国家工作人员对待。而新增加的规定，即“经国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或者研究决定，代表其在国有控股、参股公司及其分支机构中从事组织、领导、监督、经营、管理工作的人员”，也应当认定为国家工作人员。这一条就等于对刑法条款的扩大解释。

我们市公检法联席会议中就针对这一条做了三部门的联席会议纪要，简单的认为，由于国有出资公司具有国有资产的成分，那么就应该按照国有公司对待。他们认为国有公司就是盐，其他公司就是水，再兑水还是有盐的成分在，那么在企业中实施了管理等行为就是履行了公务，就应该认定为国家工作人员。而对于委派，三部门会议规定无论是国有公司委派还是国有控股公司任命的，只要经过公司党委、办公会、总经理办公室等讨论、决定而国资股东没反对的都符合国家任命的条件，都是国家工作人员。

这就大大扩大了司法解释对国家工作人员的界定。同时也扩大了公务的范围。刚才聊天中也提到，现在把信息管理员都认定是从事公务了。按照这个思路，国有出资企业，哪怕它不控股，中层管理干部都可能认定为国家工作人员。这样看就远远超过了刑法的规定，超过了立法本意。

这个的法律后果，羁押国家工作人员，就是按照受贿，贪污来处理。这个量刑和非国家工作人员受贿等就有很大的区别。客体也不一致。

具体到这两个案件中，我们认为这两个中层管理人员直接受聘于国有控股公司，并不是接受他人委派，也不代表他人在国有控股公司中行使监督国有资产的职责，故他们不具有国家工作人员的身份，不应该构成受贿罪和贪污罪，应该构成非国家工作人员受贿罪和职务侵占罪。

我们提出观点的大前提是对国家出资企业的认定。

论坛实录

在2009年5月1日起施行的《中华人民共和国企业国有资产法》就把国家出资企业认定为“是国家出资的国有独资企业、国有独资公司，以及国有资本控股公司、国有资本参股公司。”而在最高法10年司法解释中也引用了这个定义。

国有独资企业和国有独资公司属于国有资产，在日常生活中称为国有企业；而国有控股公司和国有参股公司则不属于国有公司，但是现在在理论上，控股公司也应该作为国有公司对待，因为在经济数据统计上有时候会把国有控股公司的效益视为国有公司的效益对待。但这只是在经济学领域的计算方法，但是在法律领域并不包括。

再来看看国家出资企业的资产属性。国有企业的界定在法律上应该是明确的。而国有控股公司的资产则属于股东共同投资的公司所有。所谓公司所有就不是全民所有，就不是国家所有。公司法就明确规定了股东出资的法定要件，也就是说股东出资后，资产并非属于个人所有，而应该是公司所有，股东以其出资额为限对公司承担责任。而公司有独立的法人财产，是以其全部财产对公司债务承担责任。这个时候你就不能说国有控股和参股公司是国有公司。那国有公司的资产在投入公司后随着注册资本转化为公司资产，就不再存在国有资产的说法。当然这个股份产生的收益还是属于国有资产。

那么我们再看一下最高法对国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织界定。司法解释中并没有明确规定，可供参考的有党委（党章三十二条、公司法十九条）有规定，但公司法规定只有国有企业才有管理、监督职责。因为实际上一家公司只要有党员就可以设置一个党委，但是如果公司没有国有资产，那么也就不存在党委监督一说。

而关于党政联席会议，需要有党委和行政机构共同决定公司事项，这一般也只在全资国有企业中才有。

再来就是股东会，公司法37条规定了股东的职责，其中股东的监督权是通过委派董事长或副董事长来实现的，这一般都会事先在出资协议中规定。股东会的一些具体决议应该会体现出谁是受国有公司委派这么一项内容。

论坛实录

董事会。公司法46条规定了董事。董事会不是委派的，而是由控股公司或参股公司选举出来的。但是我们注意到，这里面有可能出现一个竞合，比如说国有公司推荐了经理，且负有监督职责，而在选举中又被选上了，那么我们认为此时可以认定为是国家工作人员。监事会和董事会一样，但在公司管理过程中，二者都没有监督国有资产的任务，都只是监督公司资产，并不必然具有监督、管理国有资产的职责。而独立董事实际上是公司对外聘任的人员，并没有接受任何一方的指派，不为任何一方监督资产。

综上我认为司法实践中中对“国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织的界定”是不明确的。

下面介绍有关国家工作人员的界定标准。

刑法在订立之初就有规定，第93条规定，“本法所称国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。”

从这一条款看，既然是国有公司企业委派到非国有公司的，往哪里委派？只能是哪些与它有关联的，比如国有参股公司或国有控股公司。它既然委派到这些公司，那么显然就不属于国有企业，那就是立法上就存在一定的矛盾。

第二个是2001年《最高人民法院关于在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员利用职务便利非法占有本公司财物如何定罪问题的批复》，其中就明确了，在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员，除受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派从事公务的以外，不属于国家工作人员。对其利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，应当依照刑法第二百七十一条第一款的规定，以职务侵占罪定罪处罚。即此时认定，国有公司并不包括国有控股和参股公司。

国有控股和参股公司体现的是公司资产，不单独体现国有资产，其中不存在负有管理、监督国有资产

论坛实录

职责的组织，我认为，我们应当在组织鉴定过程中，把各组织的功能和职责范围做一个详细的界定，其中也要注意国有参股和控股公司也有委派的人员。这里我们还要界定“委派”的主体的特定性，也就是国有公司对非国有公司的委派。而最高法院最新作出的解释与之前的解释矛盾，而且是对刑法条文的扩大，是有问题的。第二是目的性，就是说国有公司委派的人员要有为其监督国有资产的属性。第三是形式性。就是要以书面的形式来体现。实践中侦查机关一来查，人都懵了。一问是不会委派的都答是，所以这个委派的形式也很重要，不能口头，要有一定的程序和手续。第四就是隶属性。国有独资企业必须和接收委派人员的公司之间必须有关联，也就是说在委派人员后，当然我们看到现在也有委派党和领导到一些民营企业或学校中去，该人员要有监督和管理的职责。

再一个就是“公务行为”的界定。现在的解释太宽泛了，应该看他的权力来源。工作性质也必须是监督管理职责而不是企业日常经营中的经营行为。

这是我在处理这两个案件的一些体会，法院也表示赞成我们的意见，我注意到有法官认为，打击面太宽太广，跟刑法条款有冲突，他认为可以把委派扩大解释更好。但我认为如果扩大委派的解释范围，那么打击面会更大。

以上是我的发言。谢谢！



赵运恒：

谢谢孙主任的尽心尽力的发言。我能够深刻的感受到他的研究很精细，仅就犯罪主体这么一个问题，从立法，司法，实践，理论等各方面进行论述，我认为对我们是很有帮助的。

我今年上半年代理的几个职务犯罪也都涉及到这个问题，比如说村主任，他从事的哪些工作是协助政府从事公务的行为？司法解释列举了6-7条，还有一条兜底条款，但在实践中运用还是很乱的。很多事情都是协助政府来做的，但哪些属于公务行为还是不明确的。

论坛实录

我还代理了一个案子，涉及一个园林局成立的公司，这些注册资金是职工集资的，但一审法院还是以国有资产对待。我现在正在准备二审，我认为改判的几率有90%。因为园林局一分钱都没有出。

还有一些公司，国有参股是参股了，但是总经理等高管都是社会招聘的，按照公司法规定进行了相应的选举，在工商局也有相应的注册资料。但同时又有上级党委的任命文件。就这些冲突的法律文件，究竟是以哪个文件为准？孙律师的研究就给我们提供了帮助。

我们只要去关注了，那么在案件过程中如果我们对其他内容无法插手的时候，犯罪主体的认定就是一个很好的突破口。

下面有请四川律协刑委会副主任、四川卓安律师事务所管委会主任成安律师发言。



成安(四川律协刑委会副主任、四川卓安律师事务所管委会主任):

尊敬的各位老师，各位热爱、支持和坚守在刑事辩护领域的同仁们：

大家下午好！

非常高兴在北京最美的季节做这个发言。我们每一个刑辩人都是有故事的人，我也想讲一点自己在受贿罪刑事辩护中的苦与乐。记得最成功的一起无罪辩护，某学校因为教材回扣款被指控单位受贿，金额上百万，我成功做了无罪辩护。其中一个原因是当时学校只有一个账号，每个二级单位都会先将钱款打入这同一个账号，然后再转入包干账号。国家工商总局规定了明折明扣入了账就是合法的。

论坛实录

所以我认为这是一个单位行为，职务行为而不是受贿。因为此案无罪辩护成功，我得到了单位的好评。

但作为贿赂犯罪让我们有感到挫折一面。成都可谓是现在是“官不聊生”。我们也代理了很多这种案件。由于在受贿案件的侦查阶段律师什么都做不了，审判阶段做什么都没有用，在侦查阶段，我们就很无所事事，就只能陪着一个绝望的家属畅想幸福的未来，可未来基本不幸福。

我现在在担任四川律协刑委会副主任，经常搜集了全省律师的意见。其中反馈最多的就是检察院的自侦案件，律师无法辩护，我代理了一个上市公司的老总受贿上百万的案子，积极退赃了，认罪态度好。我在会见的时候对他说，这个案子的辩护效果不会很好。我们都知道，像这种受贿几百万的案子，退赃了，认罪态度也好的，量刑大概就在10年以上15年以下，但又不可能判10年，也就是11、12年。我就跟他说，你还不如请一个代理费用比较低一点的律师，因为效果不会差很多。

此外，从大案和小案来说，我觉得做那些事实清楚、律师辩护空间不大但案值很大的案件还不如做一些案值不大但是律师辩护空间很大、可以体现律师效果的案件有成就感。我们团队今年做了几单受贿几万元的案件，争取到了不起诉，或者是缓刑。这是我最自豪的。

对于官员犯罪的辩护，从营销学角度上说，对很多律师也有些意义，让更多的客户相信这些高级官员都请这个律师，说明这个律师有可信性。

根据我这么多年的办案经验，我想简单总结一下受贿罪的发展趋势和轨迹。应该说现在受贿罪的辩护空间越来越小，刑事辩护越来越艰难。这从两个现象可以看出：首先，今年报考公务员的人数比往年少了；其次，最高检去年公布了一份数据，即它的自侦案件成功率为99.99%。我不知道这个数据还可不可以再具体一点。

总结来看：第一，受贿罪主体不断扩大，除了本人还有特定关系人，密切关系人，还有的共犯正罪化。我们今年有一个案子涉案8人，其中一个民众伙同村委会的工作人员以及一位国家工作人员在职务过程中虚增面积，骗取国家财产。侦查机关全部指控为贪污罪。宣判当天全部的村民都难以接受，因为涉案的这8人是村民，也没有当过官，没有任何权力，还是贪污罪主犯。这让人无法理解。

论坛实录

第二，受贿对象不断扩大。现在刑法规定是收受财物的行为，司法解释规定是财产性利益，比如说代金券，可以计算的财产性利益。然而检察官说还有性贿赂、机会、资格和荣誉等。他们的理由是全世界都是这样的。

第三，关于在罪数的规定上，能够数罪的都数罪并罚，以一罪为例外。按照刑法的基本理论，牵连犯应该择一重处罚，但是还明确规定了受贿罪能够数罪并罚都数罪并罚。

第四，量刑的非均衡化，不科学、不合理。现在的物价水平已经跟以前很不一样了，但10万的标准20年不变。这有时候会导致一种非常奇葩的现象。我跟大家分享一个案件，就是我代理了一个当事人，检察院指控他只构成受贿罪。我在开庭的时候说，这个当事人除了构成受贿罪之外还构成了贪污罪。我这样做是有理由的。在这个案件中，检察院指控的受贿行为有2笔，其中一笔2万元没有任何证据，另外一笔4万元他主动交代了。大家知道如果连续受贿6万元，没有从轻减轻情节，那么基本就是5年以上有期徒刑了。但如果我改变策略，认定其中4万是贪污，并且有主动交代的自首情节、退赃，判个1、2年也是很有可能的；而2万元认定是受贿，判几个月也不为过，这样数罪并罚反而比受贿6万量刑低。这种罪重辩护也是很有意义的。

第三个方面我想谈谈“利用职务之便为他人谋利”。昨天我跟几位律师聊到，现在受贿罪辩护的最后几块阵地都快沦陷了。刑法明确规定“利用职务之便是否为他人谋利”，这个方法我们团队在过去也是常用的。就这个问题，从刑法的通说来看，它的发展轨迹是：旧说中为他人谋取利益是客观行为；后来说此为主观行为，只要有这种想法就是。现在有一种新说是新客观要件，许诺、虚假许诺都构成为他人谋取利益，至于有没有实际的给在所不论。这种许诺可以是明示或暗示或第三人转达，也可以是财产或者是一个资格等利益。

若某国家人员本来没有这个职权，而虚假承诺，实际上也没有实行这个行为，这该怎么认定？举一个例子，当事人塞钱给一个法院的法官让其提供虚假证据。法官虚假承诺了收了钱而实际上并没有去做，虚假的材料没有移交，那么这个构成受贿罪吗？我认为是构成的。

论坛实录

今天主要想强调“感情投资”，也就是没有具体请托或具体实施利益而放长线的是否构成受贿。现在这类情况是，只要是国家工作人员，只要收了钱，给对方可能形成管理关系都构成受贿。但是，我认为如果这种放长线钓大鱼的情况（比如说，今天我认识了一个最高院的法官，然后我给了对方一笔钱，当然我是因为他的这个职务才给的，但是现实上我并没有谋求任何利益，就事发了）都算受贿的话，受贿罪中“利用职务上的便利”这一条就毫无意义了。

我的理解是：第一，从罪刑法定角度，“为他人谋利”是客观构成要件，现在刑法还没有修改；第二，从最高院的法官对这个问题的表态上看，最高院熊选国和苗有水关于职务犯罪的对话是这么说的，“受贿罪的本质特征就是权钱交易，委托人的请托应该是明确具体的，不能是抽象和概括的”。在某中院有一个示范性案例，建设局局长当选当天收了一个仅认识而没有实际工作联系的人10万元，而没有实施具体行为就事发了。法院的解释是，在收钱的时候当事人双方都非常清楚送钱的人是希望以后找他办事，收钱的人也知道对方是因为自己的职务才给的，基于这种概括的请求和请托才构成了受贿。我对这个案例的解释不赞同。因为这个请求是不明确的，而且也是可能不发生的。第三，07年，熊选国在《关于商业贿赂的司法解释》出台之后接受《中国法制日报》的采访中也再次强调了，为他人谋取利益要有具体的请托。第四个理由是，2003年《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》中讲到，国家工作人员明知他人具体请托事项而收受贿赂的视为为他人谋取利益。这个反证了具体请托事项的必要性。第五个理由是，从最高院的指导性案例和参考性案例中、最高院公报（有20个关于受贿的案例）470号案例中最简单的解读就是，行贿人送钱的时候没有具体请托，是在送钱后很长时间才有一个具体请托，是因为后面的请托才把前面的认为受贿。而不是向成都中院那个案例一样没有具体请托就认定为受贿。我认为成都中院是误读了这个案例。

我认为从辩护的角度，我的说法还是有依据的。我的分享就到这里，谢谢大家！



论坛实录

赵运恒：

成安律师是为你辩护网的首席大律师。我也借机谈谈我的观点，首先成律师谈到实体辩护中的一个技巧问题（重罪辩护），我觉得这个技巧问题对我们是大有启发的。我认为这个在特殊情况中是很适合借鉴的。另一个是会见问题，现在新刑诉法实施之后，基本上贿赂案件的会见被一刀切，在侦查阶段都不让会见，有时连移送审查起诉都不让。这其中有没有技巧？当然有。我现在代理了一个首富行贿的案件，已经侦查一年多，我也会见了2次，本来他们是绝对不让会见的，后来我也用了一些方法，我给主办人员都发了信息，内容大概是说让他们别太跟律师对抗，因其程序中可能存在瑕疵，我们争取协商和合作，别让律师的对抗情绪也上升，这样对双方都不好。这个主办人员的领导就找我过去交流，将会见落实了下来。这第一次会见就成功了。会见了之后过了很长时间，经过努力又会见了第二次。方法太重要了，我们不要太依赖找人。

还有一点成安律师提到的一个表述可能不太赞同。成安律师提到随着反腐力度的扩大，受贿罪的主体也会进一步扩大，把没有纳入法定范围的主体和其他构成要件都包含进去，包括把除金钱之外的其他财产性利益，这个会影响到我们的辩护。实际上我认为就是一个表述的问题。从公民的角度上来讲，我是特别赞成把受贿罪范围扩大的问题，因为这涉及到公平公正的问题，这个立法还是有漏洞的，立法范围还是不够大，阻碍了社会的公平和发展。但是作为一个律师，在辩护时只要法律没有规定的，我们还是尽量把它排除，我认为这是作为不同角色的不同想法。

针对成安律师提到的“感情投资”的问题应不应该作为受贿，从辩护的角度来讲，我看到的大多数案件还是不认定的。当然我赞成从立法上纳入，要保证公务员的廉洁性。

下面我们有请大成北京总部的李送妹律师作“受贿罪的两点经验”主题发言。

论坛实录

李送妹（北京办公室律师）：

各位老师，各位同仁：

大家好！

我今天就从受贿罪的微观层面谈自己对受贿罪辩护的两点经验。主要是从两个案子来谈。

在开始之前我先简要介绍一下我对贿赂案件检察机关的办案特点的总结。我承办过也跟别人合作办过很多的贿赂案件，在和检察机关的接触过程中我发现以下几个特点：1、检察机关大多以人立案，以人查事，都是从嫌疑人出发，就是说在一个案子发生具体的事情之后，如果没有指向具体行贿人、受贿人后是很难去立案的。而立案之后都是先抓嫌疑人询问，再根据嫌疑人口供去落实；这也主要是因为贿赂

案件没有案发现场，隐蔽性强，都是一对一的，这个其他刑事案件的立案也有一些差别，这也就导致检察机关办案时特别重口供、轻实物证据，人一抓只要有口供证实的，双方之间有权属关系，可能会为对方谋取利益，那检察机关就认为这个案子差不多搞定了。正是因为口供的重要性，所以检察机关在抓获嫌疑人后就用各种手段突破嫌疑人心理防线，因为他们唯一的目的是拿到口供，所以他们经常会用一些“党纪家规”甚至在开始的时候进行政治教育（在一进来的时候就跟对方说只要进来了政治前途就没了），使嫌疑人情绪崩溃，然后经常说你交待几起这事就完了，其他几笔就不查了，在这种情况下嫌疑人通常就会承认几笔，然后为律师以虚假口供为由留下辩护空间。

我曾经办过一个案子，这起案件也请过在座的两位陈老师做过专家论证。这个案子是股权代持型受贿案件，这类案件对于股份代持人和代持股份之间的法律关系，很少人会关注。我代理的这个案件中，通过论证股份代持人是股份真正权利人而不是代持，最终使案件发生根本性的转变，被法院认定为无罪。31



论坛实录

这个案子是这样的，金某是某村办集团的董事长，姚某是下属公司的分公司总经理，在改制过程中姚某从集团手中买了分公司，金某在这个过程中提供了帮助，为表示感谢就想送10%的股权给金某，但因为金某因还是镇党委书记而属于国家工作人员，（但在这个案子中不是），就觉得不合适，应该找个人代持，就找到了在该厂工作的金某的小舅子朱某让他代持。检察机关去找朱某取证，朱某也承认这个股份是代持的，每年都会有20多万的分红，这些分红都会给金某送过去。

我在审查这个案子的过程中发现一个细节，就是这个代持人，加入说朱某获得股权，支付了相应的对价，那么受贿是否成立？如果成立，那么法律上是否有依据可以合理解释客观证据和口供、证人证言之间的不一致？

当时我就查到了这个入股凭证，在当时这个村办企业筹办的时候，朱某曾经投了2万元到这个企业中，集团在改制之后，朱某的这2万元也随着他进入到了姚某的公司。但是因为这些人员没有法律意识，并不清楚这属于对价。但是作为律师，我认为这就是股权对价，所以我就提出了一个认识错误的概念。就是说如果行为人认为自己的行为是犯罪，但客观上不构成犯罪，是不能以犯罪论处的。而对于姚某和金某之间行贿受贿的行为来说，我也提出一个理论，就是我认为用刑法总则中不能犯的理论来解释，就是说在客观上根本就不可能实现犯罪的目的的行为不构成犯罪。法院采纳了我们的意见，认为这个股份确实不是干股。我对这个案子就有一个总结：现在贿赂案件的实体辩护空间确实已经很小了，基本很难下手，就要注意细节，要重点关注行为人和相对人的真实法律关系，并且注重运用刑法总则中的理论运用，使法官有一个耳目一新的感觉，让法院不要太注重口供。我们要绕开他们对于自己固有模式的遵循。不要让他们认为自己的就是对的。

第二个案件我要谈谈借款型受贿案件的辩护。胡某跳槽到陶某的公司上班，约定年薪200万，因为要到外地工作，胡某的妻子就怂恿胡某找陶某借钱买房，认为年薪这么多，借款都能还，但是这个入职手续还没有办就事发了。事发之后陶某一直不承认行贿，检察机关就说胡某是索贿，胡某在羁押一段时间之后也承认了对方是因为感谢而借款，检察机关就认为这属于约定的事后受贿。这个案子中也做过好几次的专家论证。我审查这个案子也是从每笔款项的流转这个细节入手。最后查到这笔钱不是由陶某直接给的，

论坛实录

而是陶某指示下属公司的财务人员从公司领款后打给胡某的爱人的。那这中间就出现问题，因为从财务人员从公司领款都是要做详细的进出凭证的。我就去公司查这个凭证。这个财务当时在支出这笔款项时有一个备注，说“陶某代某某借款270万元，担保人陶某，并保证于09年12月31日还清。”一看到这个时间我就感到机会来了，因为这个时间整个案子还在审理过程中，我就让该下属公司发了一个催款通知书，直接发给了陶某，让陶某拿着这个备注和催款书给检察院，最后检察院做了不起诉决定。

这两个案子都给我的体会是，我们一定要尤为关注细节性的客观证据，这些证据很有可能是检察机关所忽视的，比如说涉及到款项流转时的公司财务出账的凭证，记录；汇款留言、备注；票据背书；催款通知书；是否经过审批，审批单等等。用这些证据证明这其实是一个民事关系而不是刑事案件，此外如果有些证据还没有完全形成，我们也可以让证据出现，帮助使检察院更易于采纳我们的意见。

最后我想谈一下我在承办贿赂案件时的三点感悟。这些内容刚才成律师也提到了。第一点是贿赂案件侦查阶段的辩护面临名存实亡的危机，甚至波及其他类案件的辩护。如现在有些公安也是有样学样，以涉及三类案件为由，随便一个和三类案件八杆子打不着的，也不让律师会见；办案机关违法使用该项权利没有任何约束机制。

第二点是现在比较关注反腐，但千方百计排除律师会见，因为律师会见之后口供就很难拿下来了，“家法”式反腐，更加深了官员群体对法律的不信任，由于官员的特殊社会地位，更容易滋生整个社会不信任的情绪，反腐与法治渐行渐远。

第三点是贿赂案件范围日益扩大化，远远突破中国传统的礼尚往来、人情交往的界限。过年过节送个礼，朋友间的正常探望给个几百块压岁钱的，也都被认定受贿。罪与非罪之间日益模糊。如我曾经办理的安徽方某受贿案件，受贿金额中有十几万就是十多年多人过年过节，儿子上大学、结婚随礼等名目累计起来的。在河南一个医院院长受贿案中，认定受贿17次，受贿金额13000元（累计数额已经够了），最低的一次300块钱。没有底线的反腐，结果是越反越腐，世界上没一个人不是罪犯。

我今天就先讲到这里，谢谢大家。



论坛实录

赵运恒：

谢谢李送妹律师的发言。确实会见会影响到实体辩护，我们现在刑事部的团队代理了北京市一个局长和家属的案子，也是会见不了。这个案件实体上我有信心把犯罪数额打下来，但现在的问题是我会见不了，没办法了解详细情况和找证人，确实这种情况还是阻碍了我们刑事辩护权利，阻碍了我们对嫌疑人合法权益的保护。

下面请大成刑委会秘书长张志勇律师作“从一起受贿案再审改判谈律师辩护”主题发言。



张志勇（大成刑委会秘书长）：

各位老师，各位同仁：

大家好，我来给大家分享一个真实的案例。我目前受贿罪有三个再审案件，一个在西宁因故没有坚持下去，另一个在大庆正在做，我要说的这个是在江苏，目前取得了阶段性的成果，从10年改判成7年，我认为这对于律师也有突破性的意义，因为在事件中我很少听见有贿赂案件的再审改判的。

这个案件的当事人是江苏镇江市国土局的副局长郭某，他是09年案发的，10年一审、二审判10年有期徒刑，11年的时候家属找到我代理再审，2年时间终于立案，其中酸甜苦辣难以言表，按照常规性的程序阅卷，会见，取证，到江苏镇江中院申请再审，中院在11年10月份举行听证，并给出不予再审通知书。之后我们向高院申请再审，期间做了很多工作，江苏省高院是很正规的地方，虽然那个

论坛实录

立案庭很拥挤，但我每次去都能查到我的记录。此案也引起有关部门的关注，而且有些信函记录都在江苏高院查到。2013年6月，江苏高院认为本案部分事实不清，证据不足，指令镇江中院再审。

在代理这个案件中我穷尽了一切手段，因为这个案件行贿人和受贿人都喊冤，都声称收到了刑讯逼供和诱供，因此我申请了非法证据排除。而且在阅卷时我发现案件不全，我就要求调取所有的案卷材料和同步录音录像，申请证人出庭，最终在13年11月份开庭，到今年5月份改判，大部分辩护意见被采纳，镇江中院根据疑罪从无原则，将郭某的受贿数额由原审60余万将至20万，撤销原判，改判郭某有期徒刑7年。但是我们坚持认为郭某无罪，因此本案仍在申诉中。同时郭某经减刑后，将在今年底刑满释放。

这个案件在代理过程中家属的情绪呈两面化，我当时很冷静，因为当时再审的裁定书写的是“部分”事实不清。这个再审开庭之后，因为严重超过审限了，我就跟法官沟通，我说这个案件什么时候有结果，法官一直说还要再研究，最后说还要向省高院请示，我就质疑办案应该是独立的为何还要向高院请示？法官告诉我，再审决定书写的是“部分”事实不清证据不足。

相信很多同仁也有这样的体会，这种发回重审的案件，将来的审判结果一定跟这个再审理由有千丝万缕的联系。果然这个案件没有出乎我的意料，当时这个案件的审判结果的观点不少，有认为无罪，有人为会判轻的，我觉得这个是不会判轻的，果然再审法院在认定犯罪数额时，其中一笔80万疑罪从无，一笔20万认定自首判7年，但你想，当事人从始至终都没有认罪，何谈自首？但是法院最后就是这么判的我也很无奈。

这个案件是个典型的刑民交叉的案件，开完庭之后我认为如果由民庭的法官来审理会更加适合一些。这个案件涉及到土地承包，租赁，债权债务，物权，合同关系，有大量的民事内容，但是一审、二审包括再审判决书对此基本没有提到。遗憾的是这个法官没有理解民事关系。

我想说一下这个再审决定书，我们应该正确理解再审决定书。通过抓住再审决定书的关键点，理解再审中的重新审理的关键，推动获得较好的再审判决结果。另外，对于再审申诉案件，时间都很长，我觉得我们还是要坚持。

谢谢大家！



论坛实录

赵运恒：

两位张律师代理的这个案子在大成还是很轰动的，因为贿赂案件经过很多年的服刑之后还能改判，是很不容易的。

下面进行自由发言部分，现在有请许昔龙律师。

许昔龙（北京办公室高级合伙人）：

大家好！

我觉得既然是个论坛，有必要把相关的话题讨论起来。刚才成安律师提到关于受贿的认定，它认为没有具体请托事由而送钱不应认定受贿，我觉得在有管理或其他潜在利益关系时给官员钱会破坏官员的职务廉洁性和职务的不可收买性，如：一个律师千方百计通过关系约见最高人民法院的法官，请这个法官吃饭，并一见面就送了钱，这个除了受贿很难解释为其他原因，因为双方之前没有交往，给的钱也不符人情往来的惯例，也很难解释为借款，当然具体案件会有具体的辩解理由，而实际上，就我个人所接触的案子来看，没有任何理由的给官员送钱，没有遇到过，司法机关在办案时落实到法律证据上的，均是把送钱与某种将要进行的请托事由或事后的感谢挂钩，这样一来，认定受贿更是没有问题了。上午孙律师也提到了司法判例的问题，我最近几年也在盯着最高人民法院公报，早在2011年，《最高人民法院关于发布第一批指导性案例的通知》【法（2011）354号】中，第3号案例就是潘玉梅、陈宁受贿案，是由江苏省高级人民法院终审生效的，该案旨在解决新形式、新手段受贿罪的认定问题，就受贿数额来看，潘玉梅认定的是1190余万元，陈宁认定的是559万元，法院判决书中明确写明：“鉴于二被告人均具有归案后如实供述犯罪、认罪态度好，主动交代司法机关尚未掌握的同种余罪，案发前退出部分赃款，案发后配合追缴涉案全部赃款等从轻处罚情节”，但尽管是从轻处罚，潘玉梅被判死刑缓期二年执行，陈宁被判无期徒刑，可笑的是，上述通知明确提出：“各级人民法院对于上述指导性案例，要组织广大法官认真学习研究，深刻领会和正确把握指导性案例的精神实质和指导意义；要增强运用指导性案例的自觉性，以先进的司法理念

论坛实录

、公平的裁判尺度、科学的裁判方法，严格参照指导性案例审理好类似案件”，但是在司法实践中没有几个法院会遵守这个判决，我们从最近几个重大贿赂案件来看，很少有将受贿额500万元左右判无期的，也很少有将受贿额1100多万判死缓的，实际是降了一格处理，也就是说500多万判有期徒刑，1100多万判无期，较为常见。去年，我在青岛和一位公诉人交流量刑问题的时候，他说内部会议决定以后以薄熙来案为标杆，2000多万判无期，但实际薄熙来案不在指导性案例里。

有律师抱怨，受贿案件辩护的空间越来越小了，立法越来越严了，这不是我们能控制的，受贿罪主体的扩大，一方面看打击力度加强了，另一方面看律师的客户群也扩大了，以前情人、小三都不是犯罪主体，现在是了，案源就增大了。

另外如果我们刑事律师碰到案子要先在专业分析基础上制定思路，把过程把握好，不能一上来就包打结果，结果是法院定的，而且绝大部分的案子是被判有罪的，因为任何一个国家的司法机关不可能总是办错案，不可能总是让一个所谓的大律师来辩护就能变无罪了，不能因为案子被判有罪而心里总是郁闷，那我们心里肯定会倍受打击，司法判决结果往往与所想的有很大差距，追求结果更应有超然去对待结果，我们更应该享受办案的过程，我们在处理一个案件时，如果客户对你的服务完全满意，对你自身非常信任，完全认可你的专业判断，那这个成功感就出来了，所以我认为我们应该把重点放在服务上，案子没有大小，律师也没有大小，这才是辩护律师代理行为的本来面目：我们就是提供服务的，而不是拍胸脯包打结果的。



段万金（西安办公室合伙人）：

感谢赵主任给我这个宝贵的发言机会。

今天上午主题是贿赂案件实体性辩护，我还是遵守规则先谈一下实体方面的辩护。

重大贿赂犯罪辩护我认为首先最重要的犯罪主体的辩护，不管是刑事还是民事案件，主体错了，其他

论坛实录

一切都无从谈起，贿赂犯罪争议最大的是国有控股企业国有参股企业国家工作人员的认定，非常的复杂，至今为止，法律规定很不统一，对于相同的情况，各个法院认定也不一致，有的法院认为是国家工作人员，有的法院又认为不是，这也给企业员工带来巨大风险，只要民营企业 and 国有企业合资成立公司，原来不构成犯罪或构成轻罪的，就有可能构成犯罪或者重罪了！

当然这也给我们巨大的辩护空间，但是效果往往不明显。

法律的规定就应当明确可操作，不要让人陷入巨大莫测的风险之中。

最高法应当对国有控股参股企业国家工作人员做出统一规定，既然国家和民间资本共同开办一个企业，国家有权委派自己的人员进行监管，国有企业或国资委统一委派监管人员，监管人员的规模可以灵活，但是，这种关系必须明确，要有书面委派文件，责权利相统一，只有接受委派的人才能作为国家工作人员，承担国家工作人员的责任，享受国家工作人员的待遇，这个不能扩大解释，否则，任由此下去，所有在国有控股参股企业工作的人都能找出一大堆理由被认定为是国家工作人员了。希望这个建议能被立法或司法解释采纳。

上午几位发言都说贿赂性案件辩护实体辩护空间越来越小，因为贿赂案件主要是口供和言辞性证据，不像故意杀人等那样有大量客观性物证等，检察院侦查阶段的非法取证可能性最大，所以口供和言辞性证据的变数最大，程序性辩护可能要成为今后贿赂案件辩护最重要的辩护。



论坛实录

前一段时间，有个官员和我吃饭聊天，探讨一些刑诉法的问题，他说他现在就给我签署委托书，如果纪委或检察院找他，作为他应该怎么办？这是一个很恐怖的问题。

我在这里不讲程序性辩护难，我讲解决辩护难的根本办法。我想起了在中国推动确立有中国特色米兰达规则问题。

刑诉法规定，犯罪嫌疑人第一次被讯问和采取强制措施时，就可以聘请律师为自己辩护，这个比原来提前了，原来是第一次讯问之后才可以聘请律师。刑诉法还规定，任何人不得被强迫证明自己有罪，这是刑诉法新增加的最重要的规定，沉默权几乎要呼之欲出了！

但是，这两个保护公民权最重要的规定现在几乎被公检法束之高阁！尤其是任何人不得被强迫证明自己有罪的规定。截止今天，无论是公安局、检察院、还是法院对犯罪嫌疑人、被告的权利告知书里，都没有看见这个不得强迫自证其罪的规定，哪怕是敷衍了事例行公事。

为什么会这样呢？因为公检法违反这些法律没有后果。所以，我们就要让他们承担后果。

我们要推动最高法院做出规定，如果侦查机关在第一次讯问前没有告知犯罪嫌疑人聘请律师的权利和不得被强迫证明自己有罪的权利，如果犯罪嫌疑人提出聘请律师但被严重忽视继续侦查讯问，那么法院有权认定这样取得的口供无效，不能作为定案的依据，而不仅仅是限于现在刑讯逼供等狭窄的范围。

只有这样，才能促使司法机关充分遵守法律规定，保护嫌犯的基本权利。

如果这样的话，我们以后可能也会在大陆的影视剧中，看到警察抓人时念念有词：

你有权聘请律师为你辩护，任何人不得强迫证明自己有罪，你应当如实回答我们的问题。

当然，也许这需要一个过程，我们现在更需要普法耕耘，让我们的公民在面对警察时，都敢于义正言辞的对他们说：

我要见我的律师，我会如实回答你的问题，但我懂法律，我只有聘请律师咨询后才能回答你们的问题。

如果这个能成为现实，官员将是最大的受益者，因为官员犯罪率最高，定罪证据又主要是口供，而官员中全国人大代表占到百分之八十以上的比例，只要他们想通了，立法就不存在问题。

论坛实录

当然，这仅仅是一个不太轻松的玩笑。
谢谢大家！



赵运恒：

段律师在业界还是很有影响的，发言还是很睿智的，我总结他的发言，三个特点，第一充满才智，第二一针见血，第三覆盖全。

下面是上午最后一个发言，大成厦门分所刑事部主任张海勇律师发言。欢迎。

张海勇（厦门办公室刑事部主任）：

谢谢赵律师，今天听了各位的激情澎湃的发言，深有感触。

我今天来是带着一个问题，想请在座的专家来解答一下，我想说一个贿赂案件的证人出庭的问题，因为想刚才李送妹律师说的，由于贿赂案件的特点，就是当事人知晓而已，一对一，我们很难找到客观证据作为辅助，这个时候证人的可信度有多高？被告人的口供的真实性也很难核实。我们刑辩律师的主要工作就是要动员证人出庭，但是碍于辩



论坛实录

护人身份不便直接和控方证人接触，只能申请法院让证人出庭。

我现在遇到的一个案子，开了6次庭，法院通知了5次，第一次是没有证人的，我们当庭表示证人的证言有多处是不可信的，是选择性记忆，被告人不承认的部分都说不记得，被告人承认的部分都说的很清楚。我们就认为证人问题很大，明显是由于侦查的引导导致的证言一致，申请多次证人就是不出庭，一审的法官亲自来给我们交谈，说以前这种案子是铁案了，只能是判有罪。提出二审之后我们还是申请证人出庭，但是证人还是以各种理由拒绝。

现在最高院非法证据排除规则说证人应该出庭经法院通知拒不出庭的证言无效，按照这个规定来说，这个证言就是无效的，但是现在法院还是不敢这么判，我就是想问现在有没有一个案例因为证人不出庭把证人证言否决的。反正据我所知是没有，我也同意许昔龙律师的观点，我们对这个案子也没有抱太大希望。

当然这个案件还有一个延伸，由于这个证人的证言导致我的当事人所在公司的领导也被告了，但是那个案子该领导并未因此承担不利后果。这是因为那个案子的辩护律师是通过被告人的家属去求行贿人，并请了一份录音，里面就说了，行贿人是迫于司法机关的压力谎称自己送钱了。在开庭的时候辩护律师就提交了这份证据，检察院也做了质证，当然他们首先就说这个证据的取证来源不合法，并找了行贿人再次取证明其确实送钱了，我觉得这里面也存在问题，值得警示。



陈兴良（北京大学法学院教授）：

今天讨论这个问题，还是要把刑事辩护和贿赂案件有机结合起来，那么今天听了诸位的发言，我总结了大家办理贿赂案件的经验，从理论上对贿赂罪的构成要件从不同角度进行了发言，我觉得大家的经验对我来说还是很有启发的，我先谈谈个人的体会。

首先许昔龙律师提到了，在自己的辩护中有成功的也有失败的，这就引起我的思考，什么是成功？失败？标准是什么？简单的说就是胜诉和败诉，这是经常的一个衡量标准，但是我认为这还是有局限性⁴¹。

论坛实录



刚才也有提到了大案和小案的问题，这个问题是很有意思的，在医学上，病人死的最多的一定是最大的医院，而不会是小医院，因为涉及到要死人的疾病，病人也不会到小医院去就诊。因此那些最著名的医学专家死的人最多，在这种情况下如果简单的用能不能把人救活来作为衡量医术高低的标准，那显然是不合理的，而我们的律师也是这样，越是知名的大律师，接手的案件就越是疑难复杂，这些案件一般的小律师根本办不了，在这种情况下如果仅以能够使当事人无罪或罪轻作为标准，实际上是有所偏颇的。那么这里的成功和失败我认为就是辩护律师的辩护意见被采纳的程度。关键还是载于辩护意见本身是对是

错，有无遗漏。如果律师在辩护中把一切能辩的点都涉及到了，那能不能被采纳又是另一回事。那是律师左右不了的。

因此我认为衡量律师成功与否的标准，不是像民事案件那样胜诉败诉，不能从结果来论，而更要看过程，看是否履行了律师的职责。

在辩护之间存在两个问题，一是过度辩护，二是辩护不足。那么在受贿案件当中，这两方面的问题也是存在的，根据我的观察，律师存在过度辩护的现象，就是说有些律师出于维护当事人权益提的一些观点是很牵强、很难让司法机关接受的。张明楷教授说有些律师太为被告人着想，还是要站在客观中立的角度上，不要一味的做无罪辩护。

我过去曾经说过，律师现在过多的做无罪辩护，但是无罪被采纳的概率又很低，所以这会有损律师形象的塑造。当然我们有律师也是过多的被委托人所控制，为了去讨好委托人去做无罪辩护，我认为律师还是应该以他职业的素养，来为当事人提供法律服务，尽可能从专业的角度，而不要一味的迁就，要和当事人有一个有效的沟通。

论坛实录

我记得以前有一位律师，03年左右他有次接了一个受贿案件，被告人是一个县的财政局长，他收了别人的几十万，这个案子就涉及到了上午讨论的“为他人谋取利益”的问题，当时最高院对经济案件会谈纪要里面已经对“为他人谋取利益”进行了解释，规定了4项已经谋取利益，正在谋取利益，承诺谋取利益，明知请托事项默认为承诺谋取利益。但是这个律师对这个司法解释不了解，就带着当事人咨询专家，实际上我认为有罪判决是合适的，但是律师不了解，因为律师在当事人面前是代表法律的，因为自己的素养不高就误导了当事人和家属，导致当事人不认罪，劳民伤财，家属也一直申诉。

今天上午大家都谈到从实体上看现在受贿罪辩护空间越来越小，上午成安律师提到了感情投资问题，事实上现在的刑法修正案9草案正考虑设定一个收受礼金罪这个罪名，这个罪名也是我们过去一直主张设立的，也就是说在国家工作人员只要收受财物，无论是否利用职务之便，无论是否为他人谋利，都构成犯罪。当然这个是一个受贿罪之外的罪，它的量刑比受贿轻，但是只要收受礼金就构成罪，问题就是看构成重的受贿罪还是轻的收受礼金罪，这样就可以解决感情投资问题。

所以从实体角度说现在辩护空间越来越小，律师的着力点就在于要掌握刑法的专门知识，也就要求要提高业务素质，事实上这个控辩对抗和法院裁判当然有一种权利的对抗，我们的辩护权和国家权力对抗，这种权力的对抗背后是知识的对抗，就要求律师更加了解法律、解释、案例等，要求律师的法律知识越来越精通。

就权利对抗来说事实上律师处于弱势，给律师提供平等权利但这是很难的，律师唯一能做的就是要提高知识水平，要在法律知识上战胜对方，说服法官、检察官，这才是辩护律师的发展方向。

比如说在谋取利益问题上，理论上有几种观点，早上也有律师提到，我持新的主观说的观点，就是不把它看成是客观要件，也不仅仅认为它是一种主观上的意图或承诺，它应该是构成要件中比较特殊的情形，是主观违法要素。那么从字面上来说，好像是一种客观行为，但我认为是立法者在写这个条文时有点言不达意。我认为他实际是想说，在收受财物时主观上具有为他人谋取利益的意图，这样就可以成立。那么这种为他人谋取利益只是意图的表现，它主要想规定的，实际上是一种意图而非客观行为。

这种主观上的目的实际上在刑法中有很多，比方说以营利为目的，以非法占有为目的。这些都是主观违法要素，而不是责任要素。是构成要件要素。那么只有从理论上这样理解，才能够不局限在司法

论坛实录

规定的四种情况之内。为什么这种情况属于为他人谋取利益？律师就要从理论上展开，这是非常重要的。

第二也存在辩护不足的问题，在有些案件中虽然在主观方面，客观方面说了很多，但有些辩点没有提到，尤其是一些对理论知识要求高的辩点。这就要求辩护律师有较高的理论水平。

我曾经遇到一个案件。有一个国有事业单位的领导和建筑商两人共同谋划给单位送一台车，最后是构成单位受贿。单位领导在实际使用但产权未转移，而仍然登记在建筑单位的固定资产名下。在2007年司法解释中认为个人受贿中产权未转移使用权转移的认定受贿，这是针对个人受贿而言，但是在单位受贿中这个能不能直接引用这个认定受贿呢？显然在一般情况下是可以参照使用的，因为法院不能面面俱到，但是也有前提，就是要求两种情形在性质上是相同的。经过分析，我们知道单位的占有和个人占有是不一样的，当然在个人占有中这属于受贿未遂还是既遂时间中还是莫衷一是。但在单位占有中产权未转移这辆车虽然被单位领导使用但还不能认定单位占有，所以不成立单位受贿。这种辩护可能要涉及到民法上的问题，占有在民法上还有刑法上都是一个重要的知识点，律师要具有深厚的理论知识水平，要不然就很难发现这个辩点，才有可能被法院所接收。

综上我认为，在辩护中，无论是过度还是不足辩护，律师都要尽量避免，而避免的根本之道在于律师要提高自己的理论和业务水平。

下面我还想讲一下罪轻辩护和轻罪辩护。

大家对罪轻辩护很熟悉，就是说虽然承认有罪，但是罪行较轻，要求在量刑上从轻处理，这实际上就是量刑辩护；但我们对轻罪辩护不是很了解，就是说在控方指控一个重罪时我们认为重罪不成立而成立轻罪，但是很多律师对此持抵制态度，认为不构成重罪但是关于构成轻罪时完全不提，就做无罪辩护，我认为有些情况下这样更有利将重罪否定掉，你明确说不构成重罪而构成轻罪更容易被采纳。

具体到受贿罪来说，最高法曾经出台过一个在医疗机构中关于商业贿赂的认定，在这个规定之中就规定，在国有公立医院具有采购职权的人员属于国家工作人员，利用职权来收受厂家财务时构成受贿。但如果是医生处方权来收受厂家财务仅仅构成非国家工作人员受贿。

关于这点我遇到一个案子，就是一个骨科主任，在手术当中需要大量使用某种医疗器材，大概几百万，控方对该案指控为受贿，认为骨科主任有权决定使用哪种器材，有这个职权，但是控方忽略了在这个案件

论坛实录

当中骨科主任同时还是一位医生，他本人也动手术，也会使用到这些器材，现在的问题就是很难区分开来，不知道哪些是利用职权实施的，哪些是作为医生实施的，在这种情况下就应该适用有利于被告人原则，按照轻罪，按非国家工作人员受贿定罪量刑。在这种情况下如果光是否定构成受贿罪是很难说清楚的，在很多说明构成轻罪而不是重罪的情况下完整说明不构成重罪而构成轻罪比只说构成重罪更充分。

这种情况很多，比如说盗窃罪和侵占罪，很多律师就只是否认构成盗窃罪，而没有在否定的同时承认构成侵占。类似的可能还有共犯，就是说承认构成一个共同犯罪的从犯否认另一个罪的实行犯和主犯。关于这个问题我认为观念还是要改进，当然如果在个案中确实是不构成犯罪的就只做无罪辩护就可以。

另一个是关于罪数，比如说行贿罪案件中构成三个行贿罪：向单位行贿，向非国家工作人员行贿，向国家工作人员行贿。这个被告人也是推销医疗器材的，他给医院院长送钱，给医生送钱也给单位送钱，虽然数额就100来万，但是构成了三个罪，在这种情况下我认为在某些案件中构成多罪界限模糊的把他合并成一罪可能比较有利。

这样一些辩护的思路都是值得我们思考的。

最后我想谈谈辩护方法论的问题。

我们也看了很多律师的辩护词，我个人感觉许多辩护词都是千篇一律的，一说无罪就是主观不构成、客观不构成什么都不符合，事实上和法律上都不成立，然后讨论此罪和彼罪的时候就会对比主体、客体，这是受旧的四要件理论限制，一个一个讨论4个构成要件，这里面逻辑是混乱的，实际上这些要件之间是有逻辑关系的，因为事实上当我们说当事人没有主观故意的时候就已经承认了有客观行为了，主观故意是依附于客观行为的，没有客观行为谈不上主观方面，我们说他是正当防卫的时候已经默认杀人了。这是由逻辑上的位阶关系。这就是我们常说的三阶层理论确认的思维方式。

首先是构成要件的该当性。首先我们先看有没有刑法分则中规定的构成要件。如果没有就不需要再讨论主观上有无故意的问题，如果有再讨论有无违法，有无违法阻却事由。再讨论刑事责任年龄是否到达，主观上是故意还是过失。这种逻辑上的位阶关系就是说前一个要件的成立不以后要件为前提，但是后一要件的存在要以前一要件的成立为基础。而构成要件中客观行为不以主观故意为基础。举个例子，如果一个人没有杀人，就不存在判断其主观上是有无故意，如果有，才要考虑第二阶段，就是有无刑事责任能力，

论坛实录

是不是精神病人，是不是意外事件，是不是过失。因此我们在辩护中说某点不成立时，要明确是哪里不成立，而不要全部都否认。不同犯罪的区分也是一样。比如抢劫和抢夺，就在客观方面不一样。而我们现在在讨论时就很爱面面俱到，先说侵犯的客体不一样，一个是双重客体一个是单一，然后说主体，抢夺14-16是不构成的等等。这样实际上是把逻辑弄混乱了。

另外在事件中我们也遇到律师经常做“退一步说”的辩护，就是说，退一步说，即使构成犯罪，也怎么样怎么样，这个理论上争议很大，有人说这样就说明你立场不坚定，有人说这样万一无罪不采纳也可以把罪轻的意见传递上去，这个问题还要具体案件具体掌握。

最后说案例指导制度，我前几年也在研究这个制度，大量指导性案例的颁布对我们司法体制和律师辩护有重要影响，律师在辩护中要善于引用指导性案例和其他权威案例。上午成律师谈到成都的案例，这个案例上了最高法院公报，判决理由中引用了03年最高法工作纪要里关于受贿罪“为他人谋取利益”的解释。

我们在引用指导性案例的时候不仅要引用这些案件的裁判依据还要结合这些案件的具体案情。但是在具体的裁判和这个裁判依据是不对接的，这里面明明写的是具体请托事项，但在案例中并没有具体的事项，我觉得这是非常不恰当的。

但是我们注意到最高法颁布的指导性案例第三例中，是潘玉梅等受贿案，是南京的案件，这个案件也涉及到03年的会议纪要，但是这个案例并没有创设新的规则。它是重复了这个司法解释。但是我们注意到那个司法解释里写的是“具体”请托事项，但潘玉梅案里就把“具体”两个字拿掉了，这里面就存在指导性案例是不是修改了司法解释的问题。但是就这个案件本身而言，对方送钱是有具体请托的，这个裁判要旨是重复了司法解释。所以我们在引用某个司法解释的时候是要根据具体案情的。要拿指导性案例和承办案例做比对。这些案件提供了非常丰富的法律资源，如果我们善于利用这些资源，我觉得律师还是大有可为的。

目前就公检法和律师在指导性案例的运用上，我觉得律师走在前面，就是说律师在承办一个案件的时候，都会去找很多对他们有利的案件作为附件，这就说明我们的律师已经有了这样的思路。过去我们处理一个案件，首先考虑法律、司法解释有无规定，如果都没有再考虑学理上有没有规定，而将来我们则需要再考虑指导性案例有无规定，把案例作为辩护思路的重要来源，这一点我希望大家重视。

由于时间关系我就讲这么多，谢谢大家！

论坛实录



徐平（大成刑委会主任）：

谢谢陈兴良老师。

毫不夸张的说，陈兴良老师的课程几乎是现在每一个法律人的必修课。而且在座的中青年律师应该也是读着陈老师书成长起来的。陈老师对我们法制建设有着巨大的贡献。

从今天我听的来看，陈老师告诉我们，在我们跟公权力博弈过程中，如果我们没有强大的权利做后盾，当然我们也没有，我们唯一有可能跟对方对抗的，就是专业知识，我们要更勤奋刻苦，要用专业的眼光去分析案例，要有更宽广的视野，才能取得这个博弈的资格。这点让我十分感动，所以让我们再次谢谢陈老师！

我先讲讲我的观点，上午孙长江律师做了

详细的论证，我的理解是他想去否认一个司法解释。孙律师认为这个司法解释是很荒谬的，这一点我们大成总部团队也在关注，他其实说的是最高人民法院关于办理国家出资企业中职务犯罪案件具体应用法律若干问题的解释，它的文号是法发2010第49号，长江律师在上午论证的过程中提到它不成立的一个理由是其中的六条国家出资人员的认定，“经国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或者研究决定，代表其在国有控股、参股公司及其分支机构中从事组织、领导、监督、经营、管理工作的人员，应当认定为国家工作人员。”这是一个非常广的含义，几乎可以说只要一个公司里面有国有企业参股，而且还不论股份大小，只要被派来从事管理工作，就是国家工作人员了，我们认为这个范围是非常大的。我们经过

论坛实录

查询发现很多法院判决中都会运用到这个解释。我认为这个逻辑是非常混乱的。并且到目前为止，最高院，最高检的官方网站上是没有这个解释的，但是互联网上有，但即便是北大法宝这样权威的网站上也检索不到，我们也查到这个文号也是不存在的，我们现在也在和最高院沟通这个问题，还没有得到回复。我们现在的意见是，曾经有过研究，但是没有颁布。我们所有机构都在沿用，书里面也有，但是权威机构却不存在。

我现在告诉大家这个阶段性的结果，就是想告诉大家，我们不能迷信，我们觉得有问题的时候就应该亲自去核实。这是我的一个建议。

从今天早上的论坛来看，我发现大家其实有一个共识，就是说目前贿赂犯罪实体辩护有相当大的难度，陈瑞华老师也是一直在鼓励我们做程序性辩护，很多律师也在做这方面的努力，下午我们有相当多的律师分享经验。首先是由北京德恒律师事务所高级合伙人王兆峰律师发言。我先讲讲我的观点，上午孙长江律师做了详细的论证，我的理解是他是想去否认一个司法解释。孙律师认为这个司法解释是很荒谬的，这一点我们大成总部团队也在关注，他其实说的是最高院关于办理国家出资企业中职务犯罪案件具体应用法律若干问题的意见，它的文号是法发2010第49号，长江律师在上午论证的过程中提到它不成立的一个理由是其中的六条国家出资人员的认定，“经国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或者研究决定，代表其在国有控股、参股公司及其分支机构中从事组织、领导、监督、经营、管理工作的人员，应当认定为国家工作人员。”这是一个非常广的含义，几乎可以说只要一个公司里面有国有企业参股，而且还不论股份大小，只要被派来从事管理工作，就是国家工作人员了，我们认为这个范围是非常大的。我们经过查询发现很多法院判决中都会运用到这个解释。我认为这个逻辑是非常混乱的。并且到目前为止，最高院，最高检的官方网站上是没有这个解释的，但是互联网上有，但即便是北大法宝这样权威的网站上也检索不到，我们也查到这个文号也是不存在的，我们现在也在和最高院沟通这个问题，还没有得到回复。我们现在的意见是，曾经有过研究，但是没有颁布。我们所有机构都在沿用，书里面也有，但是权威机构却不存在。

我现在告诉大家这个阶段性的结果，就是想告诉大家，我们不能迷信，我们觉得有问题的时候就应该亲自去核实。这是我的一个建议。

论坛实录

从今天早上的论坛来看，我发现大家其实有一个共识，就是说目前贿赂犯罪实体辩护有相当大的难度，陈瑞华老师也是一直在鼓励我们做程序性辩护，很多律师也在做这方面的努力，下午我们有相当多的律师分享经验。首先是由北京德恒律师事务所高级合伙人王兆峰律师发言。



王兆峰（北京德恒律师事务所高级合伙人）：
各位老师，各位律师同仁：

大家好！非常高兴接受大成所的邀请到这个论坛来分享我在办理贿赂案件中的经验和体会。我的发言主题是“贿赂犯罪辩护的困境和出路”。

首先，刑事辩护在我们律师业务中难度就比较大，职务犯罪在刑事辩护中的难度就更大，如果说辩护难，那么贿赂案件的辩护就更难，也就是说它的困境使律师感受更深切。从哪方面体现呢？

第一，介入很难，侦查阶段介入太难，见不到人，贿赂案件一个特点就是私密性很高，经常是在私密条件下发生的，家属都不知道，见不到人案情就不了解。然后是取证难，风险很大，只要是有关

的证人，侦查机关就会穷尽所有去取证，偶尔有侦查机关漏的证人你去问了他们马上去问，然后他们口供就变了。

论坛实录

第二是程序乱。表现在两点，先是强制措施使用混乱，现在监视居住的使用越来越普遍，为什么呢？因为人不放在看守所，办案起来更加方便，很多案件从犯罪严重程度上来说完全可以逮捕的，但是还是采用监视居住。这样监视居住在哪都不知道就更见不到，甚至没办法去送衣物。还有一个就是分案问题，这个是个老问题，受贿人和行贿人全部都是分案处理，本来在法庭上一对质就清楚了，但是几乎无一例外要另案处理。要么是行贿人另案处理但是实际上不处理，要么是确实另案处理了；而且经常是在时间上分一个间隔，通常是一个案子判决生效了再审另一个，这样无形中就绑架了法院，既然行贿都判了，那受贿也得判，尤其法官都说了，法院生效判决都已经确认额，就把生效判决当证据用，从而变相剥夺质证权利，从而使案件的一些疑点无法得到理清。还有就是非法证据排除问题，贿赂案件中涉及到的非法证据排除就是刑讯逼供或变相的刑讯逼供的情况，我遇到的做法是把非法证据排除放在庭前会议解决，庭上就不处理了，因为庭审公开，庭上说刑讯逼供给公诉人、法庭压力比较大，这就实际让非法证据排除不公开，我就要去庭前会议说完庭审上还要继续，这是一个庭审程序，因为这个事情我还和 公诉人争执过。最后是审级混同，这个在贿赂案件中尤其突出，我办理过很多重大贿赂案件，这类案件很多是上面交办的，案件几乎要请示上级法院，这个就造成实际上诉毫无意义。这个本身就是二审甚至更高级别的法院的意见。越是重大的案件这种毛病更严重。

这些就导致刑事辩护的结果很不好，当然这个有很多原因，首先从实体上讲立法完备了，律师的辩护空间就越小了；还有一个是包括数额的问题，10万的起点确实很容易达到，一般贿赂案件被告很容易被判10年以上。但实际上很多庭审效果很好，点都提到了但是法院不采纳，这也给律师造成很大的挫败感。

那么怎么走出这个困境？

首先我认为专家和律师群体要多呼吁，把一些问题通过司法解释等方式规范起来，诸如会见问题，作为国家来说整体都在这么做肯定是不正常的，我觉得我们要改变这个现状。还有就是说有些案件证人确实应该出庭，哪怕是污点证人，法院要让证人出庭案子就更容易搞清楚的，但法院一般不通知证人出庭，然后还作出对被告人不利的裁判。所以我希望首先就要从立法上把这些障碍排除掉。

还有一个辩护策略问题，刚才陈老师说的我认为很有道理，比如说有些案件从实体上认为是无罪的，但是能不能直接做无罪辩护，这对律师来说确实是个考验，有时你提无罪说的很充分，办案人员认为自己

论坛实录

很被动，恼火，下不来台，最后还是成立罪且量刑上还很重，有这个担心。但是我们在策略问题上来讲是否妥协？

我先把问题提出来，我认为不同的案件通过在和侦查人员的沟通过程中，要注重其不同的性格等等。我想我们在不同程度上都遇到这样的问题。当然我同意做轻罪辩护。如果你提出的问题有道理，那么法官就可能采纳。

最后提一个贿赂案件的重点问题。

我们知道以现在的司法环境而言言词证据很难有突破，就要重视言词证据以外的其他证据，尤其是书证。因为言词证据是人说的，变动很大，哪怕到法庭上都可能变化。而书证的辩护空间小，有时起到了四两拨千金的作用。

前段时间我代理了个案件，尽管说那个案件最后还是被定罪了，但是数额上减了很多。案子是这样的，行贿人和受贿人都说是过春节到受贿人的办公室放了一张卡（里面有存钱）。后来我看卡的银行凭证，开卡是在春节后。这就证明这个言词证据是假的。最后这笔就没有认定。

还有一个案子，是说一个管理粮食的领导，利用职务的便利，把一个不符合条件的人的单位列入有资格的收购名单。我后来查了所有名单，发现这家企业从来没有进入到这个名单里面去。这就奇怪了，行贿人和受贿人都说清楚了，但是书证根本没有支持，而没有遗漏（每年都有记录），就说明两个人都在说瞎话。

这些问题你提出来之后，因为很有可能是硬伤，虽然有时候不会被接受，但是提出来之后就不会再变了。

还有程序性辩护，待会陈瑞华来时也会具体说，例如现在很多监视居住剥夺了人身自由看应该折抵刑期而没有折抵，并且这个强制措施应该是公安机关进行但都是检察院自己搞，有个案件中我就给法院指出来办案人员没有一个公安人员在场，程序本身是不合法的，在这种情况下被告人还坚持说自己受到了兴许逼供，我在法庭上提出来，最后在刑期上有一个优惠。所以程序性辩护看似改变不了定性，但是能在其他方面有帮助。

时间关系我就说这么多，谢谢大家！



论坛实录

徐平：

王兆峰律师总结了目前贿赂案件的困境，比如说会见难的问题，滥用监视居住的问题，不恰当的方案处理的问题，我觉得这种困境是有的，但是从出路上看，王律师说的第一点是专家呼吁，第二个是考虑妥协，第三个是坚持做。这个我感觉上还是没有出路。为什么这么说？今天来说，我5年前做一个辩护，四川高院都是5天内都能安排会见，但是到现在来看5个月都不见得能见。今天彭主任说未来可能会有令人出乎意料的举措，我们相信我们也希望有，但我们也有一个担心，就是这种困境的产生是源于一种权威反腐，所有权威会自我膨胀的，它以后又怎么会自愿被纳入法制渠道中？

非法口供也是几乎所有刑辩律师都要面临的一个问题，我们来听听大成宁波分所高级合伙人龚永茂律师对这个问题的见解。

龚永茂（宁波办公室高级合伙人）：

尊敬的陈瑞华老师、各位大成的朋友，下午好。今天很多律师提了对贿赂案件辩护过程中遇到的这样那样的困惑，特别是会见权尤其是特别重大贿赂案件会见限制滥用的今天也就是律师对办理贿赂类案件渐渐失望的今天，我们大成举办这样一个论坛特别有意义。今天我也是从自己一个刚刚办理的案件说说自己在办理案件中碰到的困惑和心得来和大家做交流。

我办的这个案件简要案情是：宁波县委石溪市下面有一个排水公司，国有公司，总经理于某某，在石溪市一个污水项目排水改造过程中收受贿赂的一个案件。首先是侦查机关查明收受贿赂



论坛实录

四笔，分别是38万、40万、60万、20万总共158万，案件侦查机关侦查完后移送到石溪市检察院公诉科，到了公诉科后律师通过阅卷发现根据被告人最初做的有罪供述以及后期做的反供、案卷内容和律师通过调查取证取得的相应客观证据（也就是款项的去项，送的钱哪里来的哪里去的）从这些方面着手发现38万、40万供述的和客观证据完全不一样，供述说存银行了实际有另外的来源去项，所以在辩护人向公诉机关提交了收集到的客观证据后公诉机关对律师提供的38万元的证据予以确认，认为这笔钱供述和来源去向不一致，去掉了这一笔，在起诉时是40万元、60万元、20万元三笔120万元。到了法院后律师觉得很难着手，去掉了一笔还有一笔40万元检察院不认可怎么办，我们是不是考虑到他前后供述不一致前边是有罪供述后边是无罪辩解这种情况下律师首先想到的是查看全部录音录像，检察院也提供了全程录音录像。辩护人注意到在犯罪嫌疑人先到检察院接受询问笔录再传唤讯问笔录再刑拘再做讯问笔录再送看守所这样一个流程过程中待在检察院是两三天时间，这样一个时间我们从书面的笔录看是由几个笔录组成的，看不出是由非法手段取得的。而我们看了审讯录像发现这个案子从2013年1月21日吃过午饭从纪委带到检察院，检察院传唤时间是晚上9点钟，从1月21日第一天晚上9点钟开始有录像，第二天整天24小时有录像，到第三天上午10点录像结束送看守所。这样一个录像我们看了以后发现什么问题呢，就是犯罪嫌疑人在检察院期间是连续、不间断的在检察院里面，没有给他休息时间。正好这个案子是2013年9月第一次开庭，当时辩护人看了这个录像后提出非法证据排除，理由是疲劳审讯，当时对疲劳审讯的定义还是不明确的，当然控方会说传唤后的法定时间和刑拘后的法定时间都是合法的，虽然从笔录上看是合法的，但是从审讯录像可以体现出那样一个场景：被告人打瞌睡了、头低下去了侦查员还在审讯还在做笔录。这样一个情况辩护人提出一个非法证据排除，排除的依据我们很清楚2010年两高三部的非法证据规则以及最高检的刑事诉讼规则以及最高院适用刑法的解释，正好2013年11月第二次开庭最高院出台了建议建立健全防范冤假错案的公诉意见，这个意见里把疲劳审讯列为了非法取证的方式，它里面说了采取刑讯逼供、冻、饿以及疲劳审讯等非法方式。

所以我们时间也比较巧，我们向法院提出了非法证据排除，这个疲劳审讯就是利用犯罪嫌疑人精神、肉体产生疲劳。这个案子在今年4月份做出了一审判决，石溪市法院怎么判的：辩护人提出的长时间

论坛实录

审讯时间已明显超过正常合理的作息时间，现在公诉机关未提供在这期间已让被告人于某某得到合理休息的证据，根据刑事法律规定对上述时间段内取得的于某某的供述视为非法证据予以排除。表象很漂亮，前面这个时间段里面37小时在检察院审讯时间晚上9点钟开始起算加上前面早上8点起来第三天晚上8点多送到看守所去，其实这个人至少60个小时没睡觉，这个检察院（疑为口误，应为法院）认定非法证据予以排除，但是排除之后作出判决还是依据辩护人提交的客观证据、书证就是款项的来源去项把40万元去掉了，最后法院认定的是60万元加20万元80万元，判决是10年零6个月。

这样一个案子我碰到的困惑是法院判决怎么写后面，前面是非法证据予以排除，但是法院认为其他供述不在排除范围里面，刑拘前的有罪供述、刑拘后的有罪供述接下来是翻供，在辩护人提的时间段是非法证据，后面不是非法证据，我个人认为这是一个非常荒谬的非法证据排除，也是一个非常荒谬的判决。理由有几点：第一，一个焦点是疲劳审讯期间所得的是非法证据，非法证据口供之后的重复和延伸是不是也算非法证据。

我个人的观点有两点：1、非法口供是根据非法证据规则口供的内容适用强制性排除，而对于其他的口供的时间、笔误、侦查员签字可以作为补正规则，而口供的实体内容应当适用强制性规则，这是一个前提条件，笔录的程序性表象可以补正而实体性内容不能补正。2、口供之后的重复和延伸是建立在第一次非法逼出口供为前提的，第二个是不自愿做出的，这两个是应当注意的，前面做出有罪供述后，后面又套取有罪供述，我们都知道侦查过程中，侦查人员要犯罪嫌疑人，现在出现很多电脑笔录就是内容式样差不多的电脑笔录，要犯罪嫌疑人签字是非常简单的技术，这样出现的一个内容的重复和延伸，之前犯罪嫌疑人的口供是不自愿的。所以非法口供之后的重复和延伸应当归属于第一份口供也属于非法证据。

还有一点我个人观点是如果这样的判例其后患是无穷的，为什么呢，如果侦查人员掌握了这样一个技巧，可以滥用非法证据排除规则，第一次刑讯逼供也好疲劳审讯也好，反正用非法取证的方式逼供后套取了有罪供述的笔录，非法取证后被告人稳定了，稳定之后马上连续做几天有罪供述的笔录，之后哪怕翻供也不怕，第一份的笔录哪怕非法证据排除，你非法证据排除了好了，后面的笔录法院认可就行。所以侦查机关掌握了这种规避非法证据排除我认为是后患无穷的。我今天把我的困惑带到这里希望陈瑞华教授可以为我解惑，也希望赵主任说的11月份非法证据新的规则出台的时候对这种情况予以明确，谢谢大家。



论坛实录

徐平：

龚律师非法口供之后的演讲说明了一个问题，我们现在非法证据的排除还是个别排除，辩护人一方有确凿证据证明某个证据是非法取得的话才给他排除掉，这种个别排除有一个比方，当然这种比方不是我们说的，其实很老的比方：煮一锅粥，锅里落了一个老鼠屎，是把这锅粥倒掉呢还是把这个老鼠屎捞出去接着把这锅粥吃掉呢？我们现在基本上是把这锅粥接着吃掉，老鼠屎也可能放边上不一定倒掉了，就告诉你这是一个老鼠屎然后粥继续吃掉。这样非法证据的排除其实和非法证据排除没有任何逻辑上的关联性。

赵运恒：

我刚才说到最高院考虑到这个问题了，就是现在逼取了口供，后面没有再打你没有再疲劳审讯了没有非法方法了但是还复制的口供还算不算非法证据，这次要出台的文件里面可能会有这个，他们已经关注到这个问题了。

徐平：

这是一个进步，如果这个出台了这是一个巨大的进步，至少我们能把这一小锅粥好好处理一下了。下面我们有请云南省律师协会刑委会主任李春光律师给我们介绍下受贿罪辩护的几个程序性要点。

李春光（云南省律师协会刑委会主任、云南凌云律师事务所执行主任）：

非常感谢陈瑞华教授的推荐以及大成律师事务所各位同行的周到安排，今天我要和大家交流的是三个

论坛实录



层面的环节性问题也是程序性问题。一个是办理受贿案件和当事人也是委托人如何沟通问题，第二是如何把涉案款物作为辩护重点的问题，第三是立功情节思维突破的问题。

第一个问题是委托人如何沟通。我觉得极其重要，刚才陈兴良教授也提到律师的辩护成功不是结论是过程，我个人则更倾向于是委托人的评价——你觉得办的再好但是挨当事人骂、被委托人非议也是麻烦的。在受贿案件中和委托人沟通我认为有四个要点，因为从办理受贿案件来讲家属其实就关注几个点：一是已经消失这么长时间了，你什么时候能去见他啊？二是你估计这个案子能不能快点放出来啊？三是放不出来判了刑能不能给他监外执行啊？

四是在办理过程中会有很多当事人来讲那个所谓行贿人找来道歉了，说检察院是逼着他讲的，他讲的是不真实的，你可以让他作为证人出庭吧？我觉得这四个问题都很重要，但是对这四个问题我觉得作为辩护律师的表态应该保守些。比如会见的问题众所周知真是太难了，难的不能再难了，而且会见难带来更大的危害是让律师吃不到这碗饭，严重的甚至威胁到饭碗——当事人请你了一个月没见到、两个月没见到、三个月还见不到被羁押或者被监视居住的人（能坚持到这个时候那已经极其不容易了），基本上就要换律师了，弄不好还去投诉你，对我们职业形象毁损也非常严重。会见难确实是个实际问题，一方面是“特别重大贿赂”被扩大化解释了，虽然除了“五十万”的数额要求之外这个最高检诉讼规则还强调“犯罪情节恶劣”，但是在实践当中只要有前者就有后者，他就会认为情节很恶劣。更有甚者有些案件实际不到五十万，但是我们发现有些办案机关会故意把它说成五十万，涉嫌就是五十万以上，等他查下来虽然可能只有三十万——总而言之，他的目的就是希望你在见他之前要被许可。而许可其实难度则很大，一般就要等到侦查终结，

论坛实录

而侦查终结是一个非常漫长的过程，诉讼规则其实也说的非常清楚了，按照274条的规定要三个月，275条的规定沾上274条就是七个月，如果再沾上276条就非常不幸得差不多一年了。所以就这个会见的承诺问题我们现在的经验就是当事人一来我们就会实事求是告诉他别指望马上见，太难了，我翻条文给你自己看，让委托人把他期望值变得理性些。上午赵运恒主任提到会见技巧，我们也有些经验分享，那就是跟检察院说认罪、退赃问题可以帮助做些工作。譬如接受委托的第一个要求就应该是要求家属退赃要跟律师商量，不商量就别干，那律师就和检察院去沟通：你这个案件我们听说还没退赃，因为家属很着急如果见不到什么都不放心，如果见到了里面传话出来了那么家属可能就配合退赃这个事就圆满了。我们觉得有些案件除非跟政治挂号了，否则还是有可能性的。至于效果，我们是没有对检察机关有承诺的义务的，只要不违背原则尽些力即可。

第二是关于缓刑的问题，我觉得作为受贿案件还是要尽可能降低当事人对缓刑的期待，因为这个缓刑现在实在是太难了，早就有规定一万元以上缓刑几乎不太可能，2012年又搞了一个文件而且还规定了九种不适用的情形，说的都非常具体，刚才陈兴良教授也建议大家多去扣一下条文，我很赞同。

第三个就是监外执行的问题，虽然涉及到执行阶段但是很多律师在做辩护时执行程序还是会涉及到的。关于监外执行一个是2009年就有文，更麻烦的是2014年中央政法委出一个5号文，基本上对监外执行可以彻底打消念头了，而且2014年8月份最高检有一个新闻发布会明确了全国从3月份开展的为期9个月的专项工作收监了700多个监外服刑者，所以就这个问题我觉得要对当事人也要做慎重的意思表示。

第四个就是证人出庭，这个确实太难了，因为就这问题刑诉法确实留了一个很大的漏洞：申请证人你是有权利的，但是有个关键的环节是需要人民法院得认为“有必要”，而实践中我们申请到了法院都被认为没必要，他们会解释说检察院已经做了那么扎实的笔录了还有什么出庭必要呢，所以就没必要了。当然也有比较个别的可能性就是家属跑来说证人已经同意出庭了，但是这种事最好慎重。我们确实有过这样的案件，有的是证人同意出庭，还有的是证人同意接受你的调查，我们也做了笔录做了录音，确实跟检察院做的不一样，但是到了开庭发现就变味了，证人来了就明确地讲我是以检察院的为准。律师当时就懵了，就会问证人那当时跟我们讲的为什么不一样，他就说记错了，如果和检察院有抵触情绪就会认为我们威胁、诱惑了证人改变证言，这就更是非常危险的。所以我们认为就这个事也要和家属说清楚，证人出庭可能会有不利后果，即便真的出了也可能不会有利。

论坛实录

这是我谈的四点沟通建议，我觉得很重要也必要，总而言之是要避免他们对我们律师辩护的不合理期望。

第二个问题是对涉案款物的关注。上午成安律师讲受贿案件律师“基本无事可做，无所事事”，我其实不是很赞同，受贿案件难辩护都知道，但是不难找我们干什么呢，他自己就辩了，所以在难中找突破点我觉得很重要的。我觉得涉案款物这问题多关注就是个困境突破，有意义。从量刑的情节来讲我们都知道十万到一百万就是十年，三百万以下是十五年，五百万以上几乎就是无期了，三百万以上如果有三个情节所谓拒不退赃啊、索贿啊、给国家造成损失啊基本上也是无期了，所以刑期的空间其实不是很大，我们认为作为律师如果能为当事人多留下一点财产其实是一个很大的成绩。那么就涉案款物关注主要有三个要点：一个是涉案物品价值的问题，怎么样能让这些价值和我们的期待更接近，第二就是对于非赃款的物品或说对于不应没收财产的非刑诉委托问题，第三就是退赃策略还有一个民法原理的适用。

首先是收受物品的鉴定。我觉得我们在做刑事辩护的时候这个思路要开阔一点，多查查相关联的法律法规可能会查到一些支撑。我简单说几个案例：比如我们办过一个案件，有官员受贿了一根非洲象牙，那么办案机关就去做了一个鉴定，鉴定结果是这跟象牙价值人民币25万，这个象牙25万的依据就是国家林业局2010年有个文件，这个文件是破坏野生动物资源罪涉及到走私象牙的一个意见，它规定一根走私象牙就是25万，如果不是整根的每千克就是4万多，鉴定机构就拿这个作的依据。我们就提出意见：首先这不是一起涉嫌破坏野生动物资源的，第二虽然涉案的是非洲象牙，但你怎么能证明它是被走私来的呢？这个文件说的非常清楚，就是走私的才一根象牙25万。如果你不能证明它是走私的你的依据是不是就出现了重大瑕疵呢？最后这个案件我觉得还是基本成功的，象牙的价格在判决书中就基本没提了。还有一个我们处理的案件，是一个官员接受黄金饰品，特殊在这个黄金饰品是卖黄金的人给他的，经营珠宝的人，那么检察机关认定的就是找了这样的货物的零售价格，当时我们就提出异议，因为零售价格和收购价格是有30%左右的差距的，那作为经营饰品的经营者送的这个金应该以进货价可能更为理想，这个意见实际上也被采纳了。当然还有别的鉴定问题，比如前两年云南的这个兰花很疯狂，一棵兰花可能值上百万，云南也出现好几起类似的盗窃兰花被判死刑的，那么这个我们也做过辩护提到的问题就是鉴定机构，云南很多涉

论坛实录

案的兰花价格是云南省兰花协会成立的一个的鉴定专业委员会，没有任何资质，但是这些年所有的案件都是他们干的，那么后来我们遇到有这么一起受贿案件我们提出来他有什么资格来做这样的鉴定，大家可以翻一翻全国人大05年的决定还有07年司法部的一个通则，我觉得这些是有力武器，虽然之前有关部门也出过一些关于鉴定的意见，但现在既然全国人大有这样的意见了应该以这个为准，这是我们的依据。

还有第二个是非赃款物品即对于不应没收财产的非刑诉委托问题。比如起诉意见书上认定他受贿物品三百万，我们就想这个问题如果最后判决结果认定他只有两百万怎么办呢——他已经交了三百万赃款但实际只认定两百万，是不是有一百万就要退回来了呢？我们知道刑事案件是不能做风险代理的，这是各地的规矩也有上面规范的指示，但是在实践中可以创造了一种合法的方法：跟当事人谈签一个非赃款物即不应没收财产的民事代理——我们从理解上来讲如果退赃了就不叫涉案财产，那么它就不属于刑事诉讼范畴，所以我说我和你签一个风险代理委托，如果退回100万给我20%可不可以，我认为这是一个可以做的，我们研究过相关规定我觉得是可以突破的，这实际上也给我们刑事律师办理很难辩护的受贿案件的一个突破。包括一些没收财产，如果一审判没收了二审把他追回来呢，万一返还了也就是有效果了，所以我觉得可以研究，起诉意见书认定了我们就可以和他签协议了如果起诉书发现少了一部分到了一审又少了一部分到了二审又少了一部分就整个少的部分，我认为就此都是可以谈风险代理的，这是我的观点以供同行们商榷。

第三是退赃的策略，很多家属或者官员一进去都很紧张，急着退赃，吐得一干二净说多少吐多少，但是从我们的经验来讲我们一直是建议慢慢吐，挤牙膏一样，因为他是有效果的，因为一方面基于我们刚才谈到的量刑的标准，你说十万和三百万到底差距有多大呢，就是四五年的差距，如果你退了呢又能怎么样？减一格，基于退赃减一格，减一格就是一两年的空间又有多大意义，所以我们对家属一般是建议反贪退一点，不退可能也不行，然后公诉盯得紧了再退点，最好是等到二审再退一点，这个情节我认为是明显的，因为我们也有相关规定，只有是办案机关依职权追缴的才和主动退赃是有区别的，至于你是二审退还是侦查退不存在情节上的差别，我个人认为越往后是越有利的，不管收支怎么两条线，各部门的利益还是有差别的，所以我觉得这是一个策略，退赃的策略，并且对国家利益而言也没任何实际损失。

论坛实录

第四个是民法原理在刑事诉讼中的适用，上午山东的孙律师业提到，我们在辩护中会经常使用民法的原理，比如借款的问题，公诉人说你借款为什么不打借条？我们会讲合同法规定合同有口头形式的，谁说非得是书面的？还有我们有的案子借了一辆车，用了一年多，检察机关认为是受贿，我们说借用是可以的，检察官说借用为什么不给人家钱啊，我们就会说法律规定借用合同可以是无偿的，这是有明确的，我翻条文给他看。还有涉及到别的问题，比如我们有一个案件涉嫌受贿、挪用公款的案件，一审的时候把他上海的一栋房子没收了，价值1400多万。我们就查这个房子权利问题，发现这个房子一可能是夫妻共有财产，不能证明它是用贿款买来的，二是这个房子已经抵押给上海的中国银行，那么它有抵押权的问题。我们就去跟法官交换意见这个抵押权是优先的，它要保护的，你真的把这个房子没收了怎么办谁来还银行的钱？后续麻烦会非常多。最后这个案件二审刑期一点都没变，但是非常成功我们把这栋房子要回来了，如果我们事先有一个关于非涉案财产的一个风险代理，那效果是很乐观的。

第三个问题是立功情节的思维突破。对受贿案件如果有立功情节确实是非常值得欢欣鼓舞的，因为作为受贿案件的主要量刑情节一个是自首一个是立功，这也是辩护律师要经常去找的。但是自首现在太难了，非常之难，一个是比较麻烦的是2009年的规定，这个规定非常模糊的一个点是“办案机关”的界定，只要办案机关采取调查、谈话、约见等措施即便你交待了也不能算自首，那对“办案机关”怎么理解，虽然我们从法理角度认为纪委肯定不算办案机关，但实践中纪委好像都算的，这就很麻烦——他一旦双规时主动交待了再被采取刑事强制措施那也不算自首，所以我觉得现在找自首的辩点太难，几乎是绝路了，没有多少可行性。

但我觉得从立功问题可以去多想一想。立功上我重点谈两个方面，一个是抓同案的问题，这个比较有意思，我们一般不主张你的上级或下属谁再有什么事拱点出来。但我们可以提醒他去想行贿人有点什么事没？或者行贿人在哪？我们办理楚雄州州长那个案件时，他向办案机关提供了行贿100万的一个人的电话，据此行贿人被抓获。这属于这个法定立功情形，提供了把办案机关没有掌握的联系方式，而且行贿100万属于重大立功了，反贪局就给出了立功材料，但那个案件我们确实觉得可能有别的因素，反贪局出了但是到了公诉他们说了我们不认，但案卷中就有这个立功的证明材料，我认为这个材料应当是被认可的。

论坛实录

而对于行贿人，抓了其实业没有什么大的问题，录完口供基本就放了，所以我觉得抓行贿人应该属于立功的思路。还有一个很重要的问题就是同监的问题，我们认为这个立功问题不能总盯着自己，所以我们就跟被告人讲，反正你也这样了睡不着觉你就少睡一点，多听听别人是不是有什么梦话，然后多交朋友，北京的情况不太清楚，云南的看守所条件是比较麻烦的，最好的看守所一个监室要关二十多个人，有干警说翻身使要喊一二三的，所以我们讲要多和同监交流。事实也证明我们成功的办理几个立功案件，我们有一个人防办主任一审判了14年，二审他就跟一个毒贩聊天，那个毒贩就跟他吹牛说我这个应该是没啥事的，说出去我是养老都有保障的，当时这个毒贩被查获的车辆中被查获一部分，但是他在车后面的备胎里藏了2公斤海洛因没被发现，他对我讲了之后我就马上叫了驻监的检察官过来我说他要举报，确实那个被举报人也关在里面，这个线索不是我违法提供的，我只是分析认为他知道的这个事说出来可以构成立功，这个案件非常成功，重大立功，最后二审改判5年。还有一个案件，就是有一个同监羁押的人在放风的时候拿回一块石头，磨他那个床的钢脚，据说磨了很大的豁口，我们提供辩护的这个被告就发现那个人经常在那磨，他就问我说举报这个算不算立功，我说肯定算啊，他磨钢脚想干什么啊，劫狱、越狱都可能啊，这属于重大立功啊。我们就建议马上举报，他马上就举报了，然后石头也找到了那个钢脚磨的一个缺口也在，而且这个人也承认就是想磨一块钢下来，那我们就推理这个劫狱是多大的事啊，尤其黑龙江这几天出了这么大的事，所以这应是重大立功，这个案件二审也改判了。

所以就这些案件提醒告诉大家，“仰之弥坚，锲而不舍”，贿赂案件辩护却是很难，但不要放弃，要研究如何找出路突出重围，突出去了，就会有收获。

谢谢大家。



徐平：

李律师给我们介绍了点经验，就是对内降低委托人的预期，对外尽量争取立功机会，挺好，长知识了。下面有请大成乌鲁木齐分所刑事部高级合伙人蒲桂平律师谈“谈谈纪委出具的自首材料”。

论坛实录



蒲桂平(乌鲁木齐办公室高级合伙人)：
各位老师，各位同仁：

非常高兴能有这样一个机会跟大家交流和汇报我的工作情况。刚才李律师讲了立功，我现在讲一下自首。

前不久，我办理了两起案件，一件是被中纪委网站和央视新闻报道过的新疆生产建设兵团第五师副师长受贿案，另一件是被新疆克拉玛依市纪委要求作为观摩庭的陈某贪污和私分国有资产案。两案都已经审结，这两个案件的共同之处是：都是由纪委移送的；纪委都出具了自首的材料；所以，想根据办理这两起案件的情况，谈谈纪委出具的自首材料：

第一、纪委出具自首材料的特点。

1、纪委出具自首材料一般以“情况说明”形式出现，通常由控方举证提交法庭；

在我办理的这两起案件中，纪委出具的自首材料都是以“情况说明”形式出现的，这些材料虽然要律师争取，但是纪委通常都是交给检察机关。我记得在克拉玛依的那个案件中，在开庭的前一天纪委出具了这样的材料，检察机关非常认真，联系我问这份证据在开庭时由谁提交法庭，我说尊重检察机关的意见，但如果在观摩庭上检察官既出示指控被告人有罪的证据，也提交被告人从轻、减轻处罚的证据，这样庭审效果和社会效果就会更好。结果开庭时控方将这份材料作为控方证据向法庭出具了。

2、纪委出具的自首材料法院一般不详细审查，且采信率很高；

按照规定，对于自首的证据材料，法院应当对被告人投案经过、有罪供述以及能够证明其投案情况

论坛实录

进行审查，但是纪委出具的自首材料，法院一般不审查，只要庭审中控辩双方意见一致的就会被采信。

3、纪委出具的自首材料对案件量刑的影响比较明显；

如：新疆生产建设兵团某副师长受贿案：起诉书指控受贿十起，辩掉两起，认定受贿金额**236**万元，有索贿情节，自首情节，判处有期徒刑十一年六个月。而该师的另一位副师长受贿案，判决书认定受贿金额**54**万元，判处有期徒刑十一年。同一工作单位、同样的案件性质、同样的职务、受贿金额差距近二百万元，但因为自首情节，两案刑期却相差不大。

再看克拉玛依的陈某贪污、私分国有资产案，在审查起诉阶段，我们对贪污罪提出证据不足的意见，起诉书最终以私分国有资产罪诉到法院，判决书认定陈某等私分国有资产**1400**万元，一审判决陈某有期徒刑三年九个月。我们上诉后，二审改判陈某有期徒刑三年缓期五年执行。从两案件判决结果可以看出，纪委出具的自首情节对被告人从轻、减轻处罚起到了非常大的作用。

第二、纪委出具证明材料的必要性。

从审判角度讲：自首、坦白是对涉罪行为进行量刑的重要依据，这些情节一般发生在纪委调查的阶段，如果没有纪委证明材料，案件是否具有这些法定情节，法庭就无法查明，这对案件的正确量刑是不利的。

从辩护的角度讲：在涉嫌多起受贿行为的案件中，并不是每起受贿行为都有举报线索，对嫌疑人自己主动供述的那些受贿行为即便对认定自首有争议，也应该认定坦白。所以，庭前力争使纪委出具初查阶段的自首或坦白“情况说明”是必要的。

第三、纪委对自首认定的标准

根据法律规定，成立自首须具备自动投案和如实供述自己的罪行两个条件，自动投案是前提，如实供述是关键。我个人认为纪委对认定自首的原则和依据与司法机关的把握是一致的，但是在具体的操作上略有区别：

实践中，纪委对“如实供述”一般采用严格标准，“自动投案”则常常是允许采取较为宽松的解释，

论坛实录

只要行为人自愿将自己置于司法机关的控制之下，就可以视为自动投案。行为人接到“双规”通知后，虽然到案有一定的被动性，但还是自愿接受纪委的审查和监督，只要其能如实供述本人的罪行，就可以认定为自首。

这个观点和原最高人民法院刑事审判二庭庭长任卫华答记者问时的意见是不太一致的，但是在实务中，纪委对自动归案的把握，常常会充分考虑惩办与宽大相结合的刑事政策。

就拿这两个案件来讲：某副师长受贿的案件是中央第六巡视组关注并希望在离开新疆前见到判决书的，新疆兵团纪委根据其双归期间能如实供述，积极退赃，结合案件具体情况出具了自首材料；另一个陈某私分国有资产案件，纪委通知嫌疑人后，其如实供述，悔罪态度好，克拉玛依市纪委对这个观摩庭案件，也出具了自首的材料。这些证据均由检察院举证，法院经过审理在判决书中予以认定。

因此在办理贿赂案件的时候，是否可以积极和纪委进行沟通，虽然每个地方的纪委对自首的把握标准也会不一样，但是纪委出具自首材料的情况是会经常出现的。

一点不成熟的意见供大家参考，批评。



徐平：

蒲桂平律师提到的自首问题和检察院的情况说明我想在座的各位或多或少都会遇到。但这里有一个问题，我昨天跟李煦燕律师业讨论，就是说现在自首这一块法院基本上是放弃裁量的，法院会说如果认定为自首就要纪委出具材料，这样一个法定裁量的问题就变成了由法外机构进行的问题，谈论这个问题我觉得某种程度上是法内力量的悲哀。

论坛实录

翟建（上海办公室刑事部主任）：

前几天我在四川自贡和一些律师进行交流，我也是在这个时候出场，上午是辜永忠讲课，我被排在下午4点半到6点半讲课。当时我的压力很大，但今天我并没有压力，因为今天所有人讲的都很精彩。个中有个中的高招。

下面由河北政法管理干部学院刑法教研室副教授、河北济民律师事务所李世清律师作关于“贿赂案件中刑事辩护的疑惑与困境”主题发言。



李世清（河北政法管理干部学院刑法教研室副教授、河北济民律师事务所律师）：

各位老师，各位律师：

今天我来主要是提几个问题。

首先是刚才也有律师提到过，之前提过的分案问题，既有行贿与受贿分开审，也有共同犯罪中的分开审，这个我和检方沟通有几个好处，一个是防止开庭时串供，如果开庭审一块翻供就麻烦了；一个是便于上诉，如果只有一方来上诉，那么二审法院就很有可能按照一审法院的判决来判，因为不是所有的一审被告都会上诉；再一个是让检察院业绩多。

对此我的问题是，在这样的案件中，有的时候行贿人和受贿人都上诉了，但此时法院仍然采取不开庭审理，这种审理方式对我们律师辩护确实存在障碍。对于这种案件我们也要求过一块审理，但是法院都置之不理。

论坛实录

下一个就是非法证据排除的问题，之前提到了疲劳审讯已经排除了一部分证据，那顺下来的证据应不应排除，我之前办过的涉黑案件，一抓就是到专门的基地监视居住，我们提出了非法证据排除，侦查机关排除掉了，但是把在看守所做得同样的证据接着用。检察院说时间地点是合法的，那我的疑问就是这样的证据能不能接着用？

还有就是会见问题我就不多说了，我本人也认为50万以上的是明确规定的，此外能严重影响国家利益等案件一般也很难见到。

再一个就是退赃，退赃往往起到两个方面的作用，首先一退赃司法机关就说这个罪是成立的，不成立怎么会有退赃，那么我就想问在本人不认的情况下家属退赃了这种时候怎么办，对这个退赃怎么去说，量刑上怎么去体现？

鉴于时间限制我就提出几个问题。

翟建：

包括我在内每一个律师都是苦大仇深的。比如说二审维持，我有时候觉得这个问题说难也难，说容易也容易，如果二审法院的考评标准变成每年都改判了多少个案子而非维持原判了多少，那状况立马就会改变了。

对于像非法证据排除，确实在受贿案件中特别复杂，我办的案子当事人跟我说自己在双规的时候受到了逼供。但是在庭审的时候检察机关说口供是在没有打当事人的情况下做出的，不构成非法证据，法院也认可这个观点。就是故意把自己扮成一个弱智者。

下面由大成成都分所刑事部高级合伙人夏雪飞律师作关于“贿赂案件辩护的几个问题”主题演讲。66
欢迎访问大成刑辩网：<http://criminallaw.dachenglaw.com>



论坛实录

夏雪飞（成都办公室高级合伙人）：

各位老师，各位同仁：

下午好！

现在成都是反腐的重灾区。现在我们在这方面也有很多问题。刑法规定的三个案件中重大贿赂案件是比较常见的，另外两个我们很多律师都没有办理过，比如说涉恐的案件和国家安全的案件。

重大贿赂案件本身在刑法上规定的就是说50万以上的就是重大贿赂案件，后来在检察院规则里面又加了两点，情节严重的和给国家造成特别严重损失的。那么本身50万的规定不让会见我们还好说一点，因为有时候受贿金额是一目了然的，但是加了这两点理由，就给律师会见增加了难度。我们跟检察机关交流的时候还有的说是如果涉及国家秘密的也不让见。确实我们认为这个问题我们都要呼吁，说的人多了就会引起重视。

第三是指定地点监视居住，监视居住应该在家里进行，他给你指定到你没有居所的县管辖，然后你就没有居所只能指定地点监视居住，然后用监视居住第二款未经办案机关批准不得会见、通信，这样任何一个案件都能给你弄一个指定地点监视居住然后不让你见。比如说我知道的一个案子，是一个很小的案子，在泸州的一个县，本身就应该在当地那个县管辖，但是为了不让律师见，就让另一个法院去管辖。当时一审法院的辩护律师对这个做法持有强烈的反对态度，我后来跟这个律师说，法院有权指定管辖，而且指定管辖对这个案子来说也不是很大的影响。但是这个指定管辖的目的就是



论坛实录

为了不让律师见，故意把他弄到别的地方去，然后在别的地方没有固定的住所，就可以监视居住，最长是6个月，在这期间要会见的话就要经过检察院批准。

另一个就是现在指定地点监视居住被滥用。有时候立法机关相当周全，如果不给侦查机关一些权限就没有办法办案，但是给了之后使权力最大化。我们没办法控制。

最后一个问题是关于同步录音录像的问题，我们现在感觉比较大的案件，只要作为证据移送的录音录像都可以复制，但是在某些二、三线的区县还是不让复制同步录音录像。前几天我看到微信群里都在发最高法刑二庭关于辩护律师能否复制侦查机关询问录像的批复，这是明确允许律师复制的，但是前几天我去锦江区去要求复制的时候，被拒绝了。

有时候我们会见当事人，当事人说自己被讯问了五次，但是在法院我只看到了2次，而且这两次当事人都承认了犯罪，当事人说了还有3次是没有承认，2次承认是因为对方说如果我承认就放我回家。然后我们通过法院申请调取这3次录像，但是检察院拒绝提交对被告人有利的证据，尤其是对被告人有利的录音录像不作为证据提交。检察机关还有监督职能，所以我认为对被告人有利的证据还是应该提交。这一点我们毫无办法。

这些问题该怎么办？希望下面发言的律师能支支招。谢谢！



翟建：

在13年新刑诉法之前，很长一段时间刑辩律师有三难，经过律师和学者、专家的努力，现在基本重大贿赂案件等一小部分案件之外，会见难问题基本得到了解决。

事实上现在有一点问题，就是不仅仅在重大贿赂案件中会见难，还有一点蔓延扩张之势。比如说像上海的21世纪网的敲诈勒索（有的被通知是强迫交易），但是没有一个家属被通知是重大贿赂。但是所有的人就是不让会见。这是中国刑事诉讼的通病：大案要案，程序靠边。就是没有程序。

前天有5为被告的律师到上海政法委去沟通，看能不能解决这个问题。我觉得短期内是解决不了的。尤其是贿赂案件靠言词证据定罪，而前面过程又不公开，使得大家就会质疑案件的合法性和真实客观性。

下面请大成上海分所马郎律师做“从刑诉法53条看贿赂案件中的证据辩护”主题发言。

68

论坛实录



马朗(上海办公室合伙人)：

各位下午好！

我仔细听取了前面十几位律师同行的发言，大家有一个共识就是说，贿赂案件的辩护空间已经被压榨得所剩无几，但是大家并没有在这里倒苦水，而是从各个角度去建言献策，期望在有限的空间里寻求有效的辩护。

先来看看刑法53条：

对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据确实、充分的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。

证据确实、充分，应当符合以下条件：

- (一)定罪量刑的事实都有证据证明；
- (二)据以定案的证据均经法定程序查证属实；
- (三)综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑。

刑法53条是我在贿赂案件办案过程中反复使用的一条。这里面给出了证据确实、充分的标准，就是首先要有证据，其次证据要经过查证属实，最后证据要能排除合理怀疑。我的看法是这一条证据标准应该在所有的刑事案件中无差别适用，贿赂这种通常靠言词证据定罪的案件，尤其如此。

但是我近半年来办的贿赂方面的案子，虽然辩护过程中都用了这一条，从结果上看，都是完败的。我

论坛实录

这个人有个陋习，就是拿到判决书之后我如果不服，我会和法官打电话，他这个判决书没有说服我，我要问他判决依据究竟在哪里？有个法官跟我说刑法53条这个法条应该这么理解：没有被告人供述时，证据确实、充分的标准确实应当参照刑法53条规定的标准，但是，有被告人供述时，只要被告人的供述有其他证据印证、形成证据锁链就可以了，不必再适用刑法53条规定的达到排除合理怀疑的地步。我听上去感觉这个思维方式跟我理解的差的很远，我一下子茅塞顿开，知道我为什么会败诉了。因为我们对法条的理解完全是两个方向。我本来以为这只是个别法官的想法，但是后来跟很多法官沟通，我们发现他们都是这么理解的。我不知道哪一种解释更贴近立法原意。

所以一旦有了被告人供述（贿赂案件中拿到被告人的有罪供述太简单了），就很好办了，我最近办了上海杨浦区的一个案子，我的当事人被指控受贿100多万，他做了十多份笔录，其中只有一份有罪供述。检察机关为了坐实这一笔受贿的犯罪事实，又找了4个关键的证人。这4名证人每个人都做了多次笔录，总体上每个证人的证言都可以分为2大类，一类是认为我的当事人受贿了，一类是认为没有受贿。但公诉人只取其中对被告人不利的部分，说这个案子有被告人供述，又有有其他证据佐证，形成了完整的证据锁链。公诉人完全不跟你按照刑法53条规定的标准来讨论问题，我没办法，最后只好把4名证人证词中对被告人有利的那部分拿出来作为辩方证据，再向法庭出示一遍，我告诉法庭，公诉人只有一条证据锁链，而我这有好几条呢。但我估计这个案子最后还是要判下去。

再比如办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定里对证人在庭上推翻之前证言和被告人当庭翻供时，规定的证据规则是，被告人庭前供述一致，庭审中翻供，但被告人不能合理说明翻供理由或者其辩解与全案证据相矛盾，而庭前供述与其他证据能够相互印证的，可以采信被告人庭前供述。

这一司法解释内含的逻辑就是，一旦被告人庭前做了有罪供述，庭上再翻供，就负有举证证明翻供是合理的、或者翻供有其他证据印证的证明责任，证明不了，法庭就会采纳你庭前有罪供述。这一逻辑的前提是，侦查阶段的有罪供述是天然真实有效的，我们的法官也是按照这种思维去判案的。这一点是让我觉得非常恐怖的。

论坛实录

非法证据排除已经被架空的情况下，靠被告人、证人在法庭上翻供来自证清白，几乎不可能。我这里有一段发生在南通法院贿赂案件刑事法庭上的一段法官与证人也就是行贿人的对话，可有看出行贿人在法庭上如何能做出合理的翻供解释。

法官：你在侦查阶段的供述是否真实？

证人（行贿人）：真实。

法官：你在侦查阶段笔录中说，给被告人（受贿人）送过钱，今天在法庭上，你却说没送过，到底哪个说法是真实的？

证人：两个说法都是真实的。

法官：这两种说法相互矛盾，不可能两个都是真实的，你能否解释一下？

证人：可能是一种幻觉。

我们的刑诉法中有很多法条，立的时候，可能没想那么坏，但是执行的时候就变味了，这样的例子除了上面的还有很多。比如刑诉法50条规定任何人不得自证有罪，我最近在重庆三中院听到一种奇葩的说法，法官说我现在没有逼你自证有罪，而是让你自证无罪。言下之意，庭前做了有罪供述，庭上不能自证无罪的话，你就是有罪的。

最后我想跟大家分享的是我在办案过程中经常遇见刑辩律师抱怨纪委和侦查机关违法办案的，我个人的看法是我们要看清谁是我们的对手，或者说谁是我们说服的对象，我经常看到有同行抱怨侦查机关违法办案，这其实是侦查机关给我们制造辩护空间。我们要争取的对象应当在法院，如果我们的法院在司法过程中能够守住底线，我们的辩护才会有效果。

论坛实录

今天在座的都是来自五湖四海，我个人其实没那么崇高的情怀，要为公平正义才来开这个研讨会。对于辩护律师来说，只要你的辩护有用，绝大部分贿赂案件的当事人应该不差钱，所以贿赂案件的辩护就是我们刑事辩护碗里的一块肉，为了各位不至于每天吃青菜萝卜，希望各位尤其是陈瑞华老师能把我反映的刑事司法实践中法官如何理解法律的情况，反馈给立法者。

谢谢!



翟建：

上海的四大机关确实是非常有文化的，比如说我说的21世纪网不让会见的案子，按理说我们现在只要凭着三证，只要不涉及到3个案件，就应该给我们安排，如果说是因为看守所不给我们安排，那他们就违法了。那我们上海的看守所是怎么处理的呢？看守所说我这没这个人。家属拿出拘留通知书，看守所否认这个通知书是自己发出来了。这就是有文化的结果。

下面有请山西省律师协会刑事专业委员会副主任、山西融融律师事务所主任贾慧平律师作关于“贪污受贿犯罪预防与刑事辩护”主题发言。

论坛实录

贾慧平（山西省律师协会刑事专业委员会副主任、山西融融律师事务所主任）：

尊敬的各位同仁：

大家好！

现在太原一跃成为全国被抓贪污犯的重灾区。很早以前太原就被认为是“钱多，人少”。因为刑事辩护中主要就是几个问题，会见，阅卷，复制同步录音录像，还有共同受贿案件的拆分处理，非法证据排除，还有证人出庭问题。大家都谈论很多了，我现在就根据我承办的一个案件，谈谈我的看法。

我要将的是一个南昌拆分窝案，这个涉案公司一共被抓了8个人，省检察院立案后就把它打乱

了分布在各个区。除了一个案件由中院审理其他7个案件放到这个中院下面的区法院，由于拆分就出现了管辖等问题，中院第一个开庭审理的时候另外7个还在侦查阶段。

大家也知道刑事案件的证据必须在法庭上得到核实才能作为定案的依据。但是这个案子还存在一个间接受贿的问题。在遇到这种情况时怎么认定身份？在这个案子中是被告人，到了另一个案子就是证人？而且在这个案子审理的时候那个案子还在侦查就可以出庭作证？我觉得这是一种非法拆分。

按照最高院的刑事诉讼规则，如果共犯中有一个案子在上级法院那么全部都要在上级法院。而现在我的案子就遇到一个问题，就是上级法院判完了之后，下级法院就按照上级法院的判决来判，如果不这么判，在中国的司法实践中就很难解决。

还有一个问题，这个当事人明明是共同犯罪的当事人，怎么在这个案子中就摇身一变变成了证人？这个证人还不出庭，仅仅依靠询问笔录作证。这个问题也是很奇怪的。



论坛实录

还有一个同步录音录像的问题。我办的案件由于是自侦案件，检察院不给我，到了法院之后法院也不给我复制，只给我看，理由是怕我发到网上去。但是我发现，在明明询问了20次的情况下，检察院只向法院提交了其中的8份询问笔录和相应的8份同步录像，我们也向法院提出了这个问题，我说12份是不是非法证据。

关于会见的问题，我认为现在的侦查机关是公然违法，刑法规定既要打击犯罪也要保障人权，犯罪嫌疑人也有人权。

关于非法证据排除，这是不是司法机关的义务？在法律条文中并没有明确，我觉得是不是不是当事人申请的问题，而应该是司法机关主动告知和行使职权，我觉得这个局面应该扭转过来。

在中共十八大四中全会到来之际，在山西反腐大潮到来之际，我们这个论坛十分的顺应时势，也非常欢迎大家来山西。谢谢！



翟建：

今天是我们论坛的压轴戏。下面是山东省济南市律协刑委会副主任、山东常春藤律师事务所合伙人王国红律师做关于“居安思危-谈贿赂案件辩护的得与失”主题演讲。

王国红（山东省济南市律协刑委会副主任、山东常春藤律师事务所合伙人）：

陈老师，翟老师，尊敬的大成同仁：

你们好！

和大成结缘是在12年的厦门论坛上，今天再次受到邀请我觉得非常荣幸。

论坛实录



珠玉在前，各位分享了很多经验，我现在要说的是，在刑事诉讼中还有一个很重要的经验就是寻找一个好法官，在刑事审判中那些民商事背景的法官通常更容易倾听我们的声音，也更能跟我们沟通，而那些专职刑事审判的法官会越来越可怕，这点80%靠运气，也有20%的运气我们可以通过管辖、回避等去创造，最后没办法的时候还可以短期内去“培养”，真正的刑事辩护有时候是要针锋相对的，但更多时候我们还是要公检法去接受我们的观点，我们的观点的专业性在哪里，这大概才是刑辩的关键。很多的专业观点是可以在沟通中不知不觉中让法官、公诉人、侦查机关把你的观点当做他自己的观点而不是你灌输给他的观点。

我的题目是“居安思危”，但实际上我们做刑事辩护我们从来就没有“安”过，基于刑事辩护的困难和工作制度的对抗性，公检法机关对于对抗的难以理解甚至排斥，是很难“安”的，所以这个题目项下我更多要谈的是“思危”。

今年以来，反腐风暴项下我们的客户群急剧扩大，我们有做不完的业务，接不完的单。到目前为止我一个礼拜都没有歇过。很多同行都认为法制的春天到来了。可是在这种情况下我越发觉得我们越发要警示，第一我们要去判断是不是法制的春天？怎么去界定春天？春天的时间能有多长？我们的知识储备和修养水平能不能与之契合？

论坛实录

前段时间我在看守所做过一个贿赂案件项下的调查，被告人对辩护律师的满意程度低于我们的想象。他们用了“跳梁小丑”，“坑蒙拐骗”等词来形容辩护律师。在这种形容下形容为春天，我想在冰没有破之前，我们会陷入更大的一个坑。

还有贿赂案件基于其特有的敏感性，我们在刑事辩护中还是要注意很多方面，比如调查取证步子迈得非常大。比如我上周和一位律师共同代理了一个局长的受贿案。这个律师在第一次会见的时候跟我一起，在介绍我给局长之后，就说要去调查第五个证人了，还说在取证的时候是保密的，谁也不让参加，而且已经做了四份材料了。这个律师告诉我是没有风险的，并且这些证人也同意作证还愿意出庭。他走了之后我跟被告人说这个律师真是把当事人当成亲人了，而没有把自己当成辩护律师。在具体案件办理过程中我们对于风险的防范还有点不够。

还有就是在面对当事人时候给他们的心理预期，还有辩护思路的选择。陈兴良教授认为有时候律师会过度辩护，有些案件做无罪辩护是不可能的，但是在很多情况下律师辩护思路的选择并不是律师个人意志的表现，很多时候还要考虑家属和被告人，如果事先没有有效的沟通，家属也会对辩护人群起攻之。例如我的代理的一个二审案件中，同案犯的辩护律师非常投入，慷慨激昂，他的思路在审前得到家属和被告人的完全支持，在不能让人满意的结果出来后家属和被告人完全倒戈，认为是律师激起了公诉人的对抗情绪。所以他们要求律师承担责任。

就这个经验和教训，得与失上，我搜集了若干的案例，在我们最近办理的贿赂案件过程中，我们有一个明确的体会是很难找爱一个独立的受贿案件只起诉一笔，侦查机关为了追求稳妥，往往在起诉时由此上溯到过去的二十年。我们有同行说越来越难做无罪辩护，我想着点是有统计学上的问题。我认为这个结论不全面。

就我代理的案件来看，当事人被指控约106起，如果这些受贿都成立了的话，那就应该是成立106个受贿犯罪，只不过是合并审理了。要求全部都无罪很难成功，但部分无罪还是可行的，在陈兴良老师的观点中把它归到量刑辩护一类，把多变少，我觉得这充满了无罪辩护的思路。这样的案件我有若干起，当然在辩护的过程中有交叉，有事实之辩、证据之辩、程序之辩等等，就上面提到的案例来看，因为没有请托事项拿掉了13笔，程序违法拿掉了1笔，也就是说尽管我们的压力很大，辩护空间很小，但是小不代表没有。

论坛实录

在另外的一起山东青岛的涉嫌受贿、巨额财产来源不明案例中，每一个被追究的政法官员都有受贿的罪名，我的当事人涉嫌盗了受贿**13**起，但是这**13**起我的当事人是零口供，然后我就从不同角度出发做了无罪辩护，后来法院认定无法排除合理怀疑而排出了将近一半的指控数额。所以说证据之辩，程序之辩也是可行的。

所以我认为通过这些案件我认为在贿赂案件中还是有很大的非法证据排除的空间。就像陈兴良教授说的成功的标准我也是很赞同的。

再说一个案例。这一起也是最近发生的，经过审判前的辩护，实际上很多无罪判决越来越少，就是很多无罪的内容在审判前的内容就被拿掉了，在公诉阶段我们做了很多辩护，把合同的观点，借贷的观点等等努力让公诉人接受，并成功的把大案变成了小案，在小案中经过努力，法院最终认定因没有共同预谋和实施不构成共同犯罪，仅以个人所得计算犯罪数额。还有一笔因为证人证言的前后矛盾不予认定。马朗律师刚才也讨论过，实际上在日常工作中要排除证人证言，除了坚决的要求证人出庭之外，还有一种核对证言的方法可能更有利于案件的进行，那就是三方核查方法。因为证人出庭很可能带给法院方方面面的压力，但是在庭后的核查压力是比较小，在这个案子中我们就成功的让证人的漏洞百出，就排除掉了。这个案子中海油**1**起因为涉案物品价值及收受事实证据不足就被拿掉了，最后就从几百万元最后只认定了**2**万元。但是我的被告人对这个判决还不是很满意，但是我觉得作为辩护工作来说，这种层层剥皮式的方式很可能有利于一个案件的解决，同样也给我反思，就是给客户的预期不是只在一开始辅导时候就可以，而应该伴随全过程。

今天下午的主题是一个程序之辩。我在厦门论坛中也提了**10**个我经办的非法证据排除的案件，其中有**7**份是贿赂案件。所以说在贿赂案件的辩护当中，这也给我们很大的空间。

以上的就是我要分享的经验和教训，供我们大家反思和参考。谢谢！



论坛实录

翟建：

非常感谢王国红律师。

给我印象最深的是她分享了很多成功的案例，我觉得这对我们刑事辩护律师来说是非常重要的。

上午我们有些律师表示刑辩律师并不追求结果。我觉得这个说法不能说错，但是我觉得刑辩律师还是追求结果的，不仅是要按摩还要能够治病，不然的话我们对自己的要求就太低了，就太没有价值了。

其实我和大家一样非常期待陈瑞华教授的发言。下面让我们欢迎陈瑞华老师发言。

陈瑞华（北京大学法学院教授）：

陈兴良老师已经对上午的发言进行了点评，我就不再多说，就今天下午的发言来看，可以说这是我参加律师的论坛以来收获最大的。至少有80%的发言是让我很有收获的。中国刑辩律师的生命在于自救。

今天发言好多人点我的名，仿佛我是立法者，我是那个会见需要批准的罪魁祸首，我没有那么大的权力。会见需要批准不是个人或某个机关的悲哀，而是整个体制的悲哀。在解决了普通刑事案件的会见难，阅卷难之后，又出现了一个新问题，就是贿赂案件的会见难，这个解决起来比较困难。而且我发现一个规律，越是年轻的律师越是愤慨，就像10年前的我一样。不过现在这几年我平和多了，我一直在倡导的观点就是要让优秀的律师在这个体制下能够生存下去，而且有成就的律师讲出他的问题，今天很多律师都做到了。

今天很多律师都无私的奉献了自己的经验，因为还存在着同业竞争的问题，上午许昔龙律师、孙瑞玺律师、孙长江律师、王兆峰律师的发言都很有道理。

许昔龙律师告诉我们对涉案的财产要挑战控方的辩护结论，甚至找专家辅助人出庭作证。是很专业的。

孙瑞玺律师他把自己最好的经验分给了大家，就是说不要光引用法条和司法解释，还可以用大量的

论坛实录

案例和法官的论述。孙律师过去也曾经用案例做了成功的辩护，山东一个副局级的干部，一审法院判受贿2800万死刑，这个金额是最高的了，上诉到省高院后，孙律师找到了以前全国5个地区数额高于2800万但没判死刑的案子。这五份判决书提交给省高院，最后审委会决议，改判死缓，这是我第一次见识到律师能够用相似的案例挽救了一个人的生命。

孙长江律师特别提到了公司资产和国有资产的界限。刚才我和陈兴良老师交谈，认为这完全可以作为一个成功的经验。

成安律师提到了物质利益和非物质利益的问题，特别是感情投资，没有承诺没有请托事项，这种完全是可以做无罪辩护的。

这是我认为上午发言中认为非常有见地的内容。

今天下午就程序辩护，我要高度评价几位律师。

首先王兆峰律师提到在今天贿赂案件的困境下没有渲染这个困难，找到了几条出路，既要对抗又要适当的妥协，最大限度的维护当事人利益，言辞证据没有突破口能不能导向书证等，强调客观证据和鉴定意见，尤其提到要程序辩护与量刑辩护结合，我到美国去看他们的辩诉交易，我们知道辩诉交易的基础就是要有律师手里有新证据或非法证据这样的杀手锏，有一个律师跟我说非法证据排除是律师手里最大的战略核武器，带有威慑力，可以和控方做交易。我们也可以通过非法证据作为杀手锏争取量刑空间。

李春光律师的发言也是让我耳目一新，他提供的是超级智慧，现在刑事辩护的量刑辩护的空间也不大，比如涉案财产的价值鉴定问题，没收财产与判决财产的差额的计算问题，退赃问题，甚至还包括揭发行贿人的方法等问题，这绝对是他多年的智慧和精华。



论坛实录

王国红律师提供了成功的案例。打掉部分数额是完全有可能的，规格到底还是一个问题，什么事成功的辩护？我认为成功的辩护是两个极端的中间点，有些律师只重视结果，我同意翟建律师的观点如果完全不看结果就太不切实际，当我们看着当事人家属求救的眼神时说我们不在乎结果是很不可能的；但是说把结果当成唯一的标准在中国也是不现实的。我们把这种现象称之为辩护律师的当事人化，甚至我们的辩护词写的像上访材料，充满了上访般的语言，要在乎结果但是不能把结果当成唯一的结果。另一个极端是只重视过程，过程要走好，我们的生命在于过程当中，但是在辩护中要专业，更细腻，更有区别于当事人、普通人。今天呢很多律师就给我们展示在在同样的司法环境下，他就能把受贿案件办得如此专业，比如说李春光律师说要对涉案赃款进行重新鉴定。我们看最近的念斌案，我认为这最成功的就是辩护人到香港中文大学找了几名顶级专家对福建省公安局出具的意见进行了毁灭性的打击，又在北京找了公安部和最高法院两名退休人员进行了鉴定，这些人员在刑法中我们称之为专家辅助人，当然这跟辩护人长达7年的辩护也是非常有关联的。所以我认为在有些案件中要寻找其他专业人士的帮助，去挑战控方的鉴定结果。

对受贿案件我也想发表在自己的一点体会，受贿案件是刑事业务中的高端业务，我不建议年轻律师做这样的业务，受贿案件最大的特点是政治性强，有政治背景，每个案件都有政治斗争，这就要求辩护律师要有一定的政治智慧，要看透这个案件；第二点这类案件中司法独立是最差的，由于中国的司法体制同级检察院有对同级法院的监督权，法院害怕检察院。为什么会有这个情况呢？我们得对中国的司法体制有一个基本的认识，中国的检察院在组织法上是可以监督法院的，法院尤其害怕检察院手里的立案侦查权。当年美国的汉密尔顿有一句名言，谁控制了法官的生存谁就控制了法律，这里说的就是司法独立的问题。我在这里不是为法官辩护，而是要请大家看到司法体制的特点。所以年轻律师建议先做简单案件，比如两抢一盗，杀人强奸，比较有成就感。就好像理发店里的新入行的人就要找最简单的头来剃，干律师的活不能激动，既要有政治的眼光，又要有一定的智慧，还要掌握火候。中国律师界现在还有个问题需要改变就是单枪匹马单打独斗，遇到复杂案件要找师父找大律师合作。

受贿案件在程序中还有很多问题很难解决，能怎么办？刑法每个一二十年也很难有修改，就只能呼吁，而且现在反腐处于最高峰，呼吁也没什么用。现在从程序和证据上是有空间的，所以更重要的是经验，

论坛实录

首先是辩护思路的战略选择，要在脑子里形成辩护思路库，我今天在这里总结一下，刑事辩护的思路有无罪辩护（这是刑事辩护的最高境界）、量刑辩护（在无罪辩护可能不大的情况下最大限度使当事人获得最轻的处罚）、罪轻辩护包括陈兴良老师提到的轻罪辩护（我认为罪轻辩护更形象，就像王国红律师提到的打掉部分犯罪数额或事实以及重罪改轻罪）、程序辩护，而广义程序辩护还包括证据辩护，其中狭义程序辩护是挑战控方程序决定，最明显的就是非法证据排除的辩护。非法证据排除的最终目的就是打掉某一证据使之变得无效，予以排除。至于之后能不能影响定罪量刑又是另一个问题。我们认为在狭义辩护的范围内还应该增加一项证据辩护。比如许昔龙律师、成安律师、李春光律师都提到的做鉴定的问题，通过请了专家辅助人来推翻控方的鉴定意见。

一共五种辩护思路，你选择对了吗？我认为辩护思路最重要，思路错了越辩越错。我这里跟大家举两个失败的例子。一个律师代理一个案件，一审认定受贿**60**多起**1000**多万，多次多人受贿，这个律师准备打掉其中的三分之二的金额，写了**100**多页的辩护词，主要的辩护观点就三点：这些是人情来往，没有为他人谋利益，没有请托。法院完全没有采纳。案件到了二审。这个律师就写了一页的辩护词：“本律师二审继续代理本案件，没有新的观点，特附上一审**120**页辩护意见。”结论是二审法院不会看。二审针对的是一审的判决书，二审的辩护词没有针对一审判决书进行反驳而用一审辩护词，这怎么可能成功？

还有一个广东珠海商业银行行长受贿案，受贿金额**2000**多万，当事人找到北大要求出专家鉴定，我们看到辩护词完全大吃一惊，因为辩护词就三页，三页还都在论证这个商业银行行长不是国家工作人员。理由一二三。但是这个受贿了**200**笔，没有证据、程度的分析，而司法解释明文规定这个行长属于国家工作人员。这也是很失败的。

当然这两种情况都是少见的，但是这两个案件都有一个通病，就是辩护思路没有找准，很多人问我怎么去找辩护思路，我认为需要大量的工作，比如请示同行，跟专家沟通，此外每次会见一次重要功能就是验证辩护思路，当你坚信不疑这个辩护思路可以成立之后，要和你的委托人沟通辩护思路，你的当事人是你的辩护思路最重要的助手，人生最大的悲哀就是被告人当庭和你的观点不一致。那最后一冲突效果就取消了。当然也不排除是故意唱反调的，唱双簧，但前提是要沟通好，让对方知道你的思路，双方要为共同的辩护思路努力。

论坛实录

思路很重要，这是我要讲的第一点。北京的很多所有一点很好的做法，就是资深的合伙人帮助年轻律师出主意，找到辩护思路，我们最近和江苏律协合作想出一个非法证据排除规则准则，其中总则的第一条就是在排除过程中遇到疑难问题，有争议的问题，应该提交本所进行讨论。

我们看美国，在死刑案件中必须有四名律师参与辩护，两名辩护律师，一名专家，一名调查员，一个都不能少。标准的四人组合。死刑案件是不可恢复的，所以要求团队合作，所以我们今天遇到困难，就可以找师傅。

第二点，在整个辩护中大家今天下午提到最多的是非法证据排除问题，我这里稍微给大家谈一下，刚才赵运恒律师提到现在最高刑三庭正在起草非法证据排除的细则，其中，重复自白的问题是要点。今天也有三位律师提到这个观点。刑诉法没有解决这个问题，比如说第一次刑讯逼供取得口供，第二次没有刑讯逼供取得了，第三次之后这些能不能要？现在很多国家都排除了这点，有的国家把它称之为刑讯逼供的非法证据排除的延伸的效力。就是说只要对这个当事人非法取证了一次，那么同一侦查员之后进行的同样的取证都无效。这就是重复自白的效力问题，这在理论上没问题，但是在中国，连非法口供都难以排除，重复自白就更不要说。去年《人民司法》第9期最高法的戴长林厅长的一篇叫《非法证据排除中的若干问题》，里面明文写下，在有条件的情况下，非法取得的证据派生的证据一律无效。你完全可以引用这篇文章作为辩护依据。当然这里面也有一些例外，比如说如果换了侦查员，结果你还交代了，这就可以用，这个叫做非法取证效力的中断。文章里面分析了好几种例外，这在国外也有类似的情况。这篇论文解决了非法证据排除的边界和例外的问题，很有参考价值，大家可以去找找看。此外在《人民司法》第12期戴长林庭长还针对庭前会议的问题写过近两万字的文章。所以中国不是没有解决问题的方案，关键是你发现他。这些问题我们可以在最高法的文章、学术著述等途径找到。

而关于非法证据我有三个观点：

第一，在受贿案件中要勇气把非法证据调查清楚，作为战略核武器，至于能不能用，什么时候拿出来用，要根据具体案情来定。

这是辩护的杀手锏，该搜集证据就搜集证据，该调取录像就调取录像，该申请证人出庭就申请，

论坛实录

我们认为新刑诉法实施以后律师要积极提出申请书。不要指望法院公正审判，这是不可能的，要想让法院公平对待你，就要给法院足够的压力，形成有效的制衡。我们认为在辩护中诸如证人、鉴定人、专家辅助人出庭申请，庭前会议召开申请书，调取某种视频资料申请，非法证据排除申请，二审开庭申请书，都是要积极提交申请书的。中国的法院是不愿意开庭的，麻烦而且很容易出问题。二审不开庭的很重要的一个原因是律师给的压力太小。我们要反复援引刑诉法关于二审开庭条件的规定。即便不开庭，我们也要把申请书附卷，为进一步救济留下前提，而不要被动等待。

第二，非法证据排除我们争取最好的结果就是把某个证据排除掉，要学会和委托人沟通，把非法证据排除当成一个单独的诉。

这种诉只有一个目的，就是打掉其中一个证据不要让当事人产生一种幻觉，就是非法证据排除了就能无罪了，因为当事人只在乎结果的，律师要告诉他，非法证据排除只是打掉其中一个证据，让整个证据链的效力和指控体系削弱。正如我们要动一个手术，病人反复问动了手术是不是就能痊愈，医生是回答不了的，只能告诉他是必须做的。贿赂案件中侦查机关是肆无忌惮的，这就给辩护律师留下了很大的辩护空间。我们在江苏地级市的反贪局，我们一看，一谈糊涂，把能犯的错误都犯了，拘传连续讯问6天6夜，录像就一次，但笔录有六次，其他五次都是打印的。那些都是伪造的，而且那唯一的一次经过整理发现三分之二的内容跟录像的供述不一致。这个证据就被排除掉了，后来就重新补充侦查。最后有罪无罪又是另一回事，因为让法院判无罪比登天都难。

第三，非法证据排除中要学会妥协。

中国律师是全人类最富有战斗精神的，这种精神是值得钦佩的，但是就像一枚硬币，这种战斗是需要伴随着妥协的。人生能活下来就是妥协的结果。所有的案件都要斗争，那就会充满了伤感。在美国一个联邦地区法院，是一个比较发达的大城市，一共不到10位法官，一位法官告诉我在他的法庭上18年来没有一例无罪的，而非法证据排除能够成功的连5%都不到，有的年份连1%都没有，这大大出乎我的意料。我们去的时候刚好遇到了非法证据排除的案子，控方挑战一份窃听资料，美国FBI对一个贩毒集团进行窃听并取得了法官的许可令，庭审讨论的是当时提交申请的时候有没有隐瞒窃听是否必要这一点，不到20

论坛实录

分钟，法庭当庭驳回，没有理由。后来控辩裁三方跟我进行沟通，我问他原因，法官告诉我案件正在审理当中不能说，律师说了要上诉。我举这个例子是想证明，全世界的律师其实都面临着类似的问题。真正的普适性价值是斗争的精神。我05年到美国的密西西比州参加美国律师协会的年会，第二天奖励了五名“最佳斗争精神”律师。所以说律师要学会妥协，要用非法证据和非法证据排除可能的后果以及侦查过程中真实存在的违法事实的存在，对付法官，为当事人采取最大的利益。

第四，证据辩护中要学会运用证据规则，尤其是排除性的证据规则。

中国刑诉法、司法解释明文规定的有50余条。鉴定有10条，大量的排除，口供里的排除也有5种，证言5-6种，物证多达4种，辨认笔录多达7，8种。但很多律师都没有利用上。这些都有大量的论文进行了释义。

我之前遇到一个涉及商业秘密的案件，他拿出了一个电子证据，案情很简单，就是电子集团跳槽被挖走，原工作单位就举报，证据就是五份电子邮件。事实没有争议，现在的问题是，公安机关提交了5张A4纸，上面有五封邮件的内容，律师问我应该怎么办，我告诉他，现在法律规定电子数据必须提交光盘等存储的介质，得有专业的介质，要详细的写明搜集经过，记载来源和提取记录，来源不明或提交记录不详的不能作为证据。而不能单纯的打印在纸上。

中国近年来在证据立法上突飞猛进，原来只有1条，刑诉法有10多条，司法解释有60多条，这些条文只指望法院主动适用是不现实的，这要求律师要大胆适用。比如说控方提出的鉴定意见，律师很难申请重新鉴定（法官从来不批准，最高法明文鼓励不批准），又很难申请出庭鉴定，怎么办？新刑诉法好不容易采纳了我们的建议，就是申请专家辅助人出庭，这个的法律依据在刑诉法192条第二款。有的律师告诉我他们用了这一点取得了辩护的成功。面对这种傲慢到几点的鉴定意见，唯一的办法就是自己找专家做鉴定，当然专家辅助人的级别最好还是要比鉴定人高，他请副教授你请讲师是没有用的。有的案件是只有这条路可以走的。

客户的满意是律师服务的最高境界，在中国如此的困境下，在当前反腐大潮下，我们的辩护是很难进行的，我们在社会舆论面前和社会公众面前都是不占优势的，但是我们可以同行间得到支持，在

论坛实录

法律上每个人都有自己的基本人权，当事人都有得到辩护的权利。

因此，在受贿案件中，勇气是第一位，但是更需要智慧，在自己不清楚某些问题的情况下，要积极寻求专家的帮助。在这一点上，我认为律师和医生的职业特点很相像。没有一位医生会去承诺手上的所有疑难杂症自己都能解决。只要尽职尽责，每一步不出现事故，就算成功的医疗。如果一个地方能百分之百全胜，那只有调解中心。所以衡量律师成功的标准就是为有利于当事人的目标尽职尽责和专业化的进行整个过程。

讲的不对的地方请多多批评。谢谢各位！



翟建：

感谢陈瑞华教授给我们带来的一场理性、智慧、激情和正能量的演讲。下面由大成常委会副主任马江涛律师致闭幕词。

论坛实录

马江涛（大成常委会副主任）：

各位嘉宾、律师、大成的同仁们：

首先我来是祝贺这次大会的成功，我认为一个大会的成功并不在于时间的长短或是有多少专家学者来致辞，而在于大会上有多少专家和精英在这里发表了多么精彩的言论。大家在这里都学到了什么，我觉得这个才是论坛的要点。今天有很多同行从外地赶来，很辛苦，而且也学到了很多，我觉得这个就是一个成功的大会。

就我个人而言，我是中国政法大学的博士，而我的毕业导师是陈瑞华老师，就今天仅仅30分钟

来说，我受益良多。

第二点我想说一个感谢。我深知参会的人不容易，组织这场会的人更不容易，所以在这里我代表事务所和参会的各位，要感谢刑事部赵运恒主任，刑委会徐平主任，许昔龙大律师，还有各行政人员，在这里向各位表示感谢，大家辛苦了！

最后代表大成所在这里由衷的欢迎各位的到来。希望我们可以呈现更多这样的论坛来招待大家。谢谢大家！



相关媒体报道

• 官员“礼尚往来”或入刑

刑法修正案(九)拟定新罪名“收受礼金罪”，以解决向官员进行情感投资的定罪问题，这是于9月27日在北京举办的2014年大成律师事务所刑事辩护高峰论坛上获知的消息。在该论坛上，与会者就目前贿赂案件的形式、认定等方面进行分析，并提出多项亟待出台司法解释进行规定的问题。

■ 解读

拟增设“收受礼金罪”

根据现行规定，官员单纯收受礼金的行为不构成受贿罪，视情节轻重要受党纪、政纪处分。在司法实践中，一些官员经常以“礼尚往来”为由为实际上的受贿行为辩护。《刑法》规定，受贿罪是指国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。这意味着，除了“索贿”，还必须满足“为他人谋取利益”这一条件才构成受贿罪。虽然中办、国办早就规定在公务活动中不得以任何名义和变相形式接受礼金和有价证券，但因为只是违纪的处罚，执行不力。

在昨天的论坛上，北京大学法学院刑法教授陈兴良透露，刑法修正案(九)拟设置“收受礼金罪”。这一罪名是指国家工作人员收受他人财物，无论是否利用职务之便、无论是否为他人谋取了利益，都可以认定为此罪。收受礼金罪并不是受贿罪，量刑比受贿罪轻，“这个罪名的设置就将感情投资的问题解决了”，陈兴良说。

制定非法证据排除细则

大成宁波律师事务所律师龚永茂表示，他曾代理宁波市一国企老总受贿案，检方指控了40万元、60万元和20万元3笔受贿。由于受审老总经历了37小时的连续审讯，龚永茂提出了非法证据排除。最终法院采纳了他的意见，认定了40万元部分的有罪口供为非法证据，并予以排除，但认定了60万元和20万元的受贿。龚永茂认为，国企老总的后续有罪供述都是在之前的非法证据上进行的重复和延伸，是在不自愿的情况下作出的。龚永茂表示，就非法证据认定的要件、方式、重复和延伸问题，亟待出台司法解释进行规范。

相关媒体报道

北京大学法学院刑诉法教授陈瑞华表示，最高人民法院刑三庭正在研究非法证据排除等问题的细则，其中就涉及到解决“重复自白”的问题。陈瑞华表示，刑三庭庭长戴长林曾在《中国司法》上发表论文《非法证据排除规则司法适用疑难问题研究》，对于“被告人在侦查阶段作出多次认罪供述，其中第一次认罪供述被认定为通过刑讯逼供方法取得，依法予以排除，后续取得的被告人重复性供述是否都应当依法予以排除”的问题，论文认为，检察院需要提供证据证明，第一次刑讯逼供对被告人所造成的影响在此后的各次讯问中已经消除，否则就将影响到所有认罪供述的可采性。此外，影响被告人自愿供述的因素是否存在、是否仍有控制作用，都要进行考虑。

■ 建议

司法解释“低价买房”

现状：2007年两高出台司法解释规定，“国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，以明显低于市场的价格向请托人购买房屋的，以受贿论处”。曾代理“十大反腐典型案例”之国家药监局医疗器械司司长郝和平受贿案的律师许昔龙表示，“低价买房”被纳入犯罪处理后，该类案件呈现井喷模式，其自己也代理了大量官员因低价买房而涉贿的案件，有的案件甚至涉及十几套房子。他表示，在实践中，司法机关在认定房屋差价时，几乎是清一色的将涉案房屋在事后做价格鉴定，后将鉴定价与实际购买价进行机械的比对，只要得出差价，就将差价作为受贿金额移送起诉，这种做法比较粗糙。

建议：许昔龙指出，目前，我国法律及司法解释，没有对“低价买房”中的“明显低于市场价”进行规定，如何判定，如何考量，没有法律标准。他认为，对于这个问题，两高应该出台相关司法解释进行解决，在此之前可以参考最高法合同法司法解释对于合同法74条规定的“明显不合理的低价”的解释，认定转让价格不足70%的，视为不合理的低价，高于30%的，视为不合理的高价。

界定“国家工作人员”

现状：大成沈阳所主任孙长江称，在国有控股、参股企业中，国家工作人员身份的认定，目前司法实践在认定上尚不明确，往往存在“一刀切”的情况。随着股份制改革，单纯的国有企业越来越少，更多是

相关媒体报道

国有资本控股与国有资本参股公司。这一转变带来的新问题是国有控股、参股公司中国家工作人员的认定问题。然而各地缺乏统一认识，对同类案件的处理大相径庭，存在同类案件不同判决结果的现象。

建议：孙长江指出，是否是国家工作人员的认定，不仅决定案件是由公安机关还是由检察机关进行立案侦查，而且也极大地影响对行为人的定罪量刑。其中，受贿罪的最高刑是死刑，而非国家工作人员受贿罪则是15年。建议国家权力机关尽快出台相关司法解释来解决这一司法实践中的难题。

■ 背景

刑法修正案修法历程

1979年7月1日五届全国人大二次会议上通过了新中国第一部刑法典。1997年，中华人民共和国刑法进行全面修订，随即又先后通过了一个决定和七个刑法修正案。

2011年2月25日，全国人大常委会表决通过刑法修正案(八)，完善死刑法律规定，适当减少死刑罪名，调整死刑与无期徒刑、有期徒刑之间的结构关系，进一步强化了刑法对民生的保护。

刑法修正案(九)已经列入十二届全国人大常委会立法规划和2014年立法工作计划。其中对侵害儿童犯罪案件的认定标准和量刑原则是关注热点之一。

(来源：京华时报)





DACHENG
LAW
OFFICES

大成律师事务所

www.dachenglaw.com

100020 北京市朝阳区东大桥路9号侨福芳草地D座7层

7/F, Building D, No.9, Dongdaqiao Road, Chaoyang Dist. Beijing, China 100020

Tel: +8610 5813 7799

Fax: +8610 5813 7788