

辩护律师眼中的“杜丘” PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/481/2021_2022__E8_BE_A9_E6_8A_A4_E5_BE_8B_E5_c122_481359.htm “杜丘”作为一个勇智双全追求正义的检察官形象，曾经也是笔者崇拜的偶像。特别是笔者从事律师职业，屡屡与他的中国同行公诉人对簿公堂之后，笔者对杜丘更增添了一层职业的羡慕。恐怕没有谁比辩护律师有更多的机会见识我们国家的“杜丘”们在法庭上的尴尬与无奈了。当辩护律师针对案件定性、法律适用、定案证据的可采性以及办案程序的合法性等问题提出质疑的时候，作为国家公诉人的检察官往往理屈词穷，组织不起象样的反击。有的勉强应付两轮，即把问题推给法庭：“我们认为本案事实清楚，证据确实充分，定性准确，请法庭依法判处。”全然不顾被辩护人冲击的支离破碎的证明体系根本推不出上述结论。有的公诉人甚至干脆放弃辩论。笔者从事辩护业务数年，手头颇有几个案例可以管窥这一现象：案例一，山东烟台某基层法院审理一起妨害公务案，公诉人在法庭上指控作为主犯的当地一家民营企业家、党支部书记任职十几年间，打骂群众十几次，构成流氓罪，带领群众围攻公安干警，构成妨害公务罪。被告人大喊冤枉。辩护人在解析了流氓罪构成理论以后指出，被告人作为农村干部，工作中打骂过群众，是工作作风粗暴问题，不构成犯罪，更不构成流氓罪。辩护人的发言赢得了旁听席上一片掌声，公诉人无言以对。事后这位公诉人对笔者抱怨：我搞了多年起诉工作，何偿不懂行流氓罪的犯罪构成！但这案子是上头定的，我们具体办案的只好在法庭上出洋相！案例二是笔者承

办的山东青岛某基层法院审理的一起贪污案，阅卷时发现被告人干部履历表上填写笔迹与被告人在会见笔录上的笔迹明显不同，经过调查得知，该表是被告人单位领导在被告人被捕后为其补填的，被告人作案时不具备国家干部身份，而这份履历表将改变对被告人的定性。笔者在法庭上提出质疑，认为被告人不符合贪污罪的主体资格，本案应以侵占罪定罪处罚。令人不解的是公诉人在笔者发言时竟离开公诉席，蹲到法庭门中抽烟。笔者发言结束，审判长问他有何答辩意见，他竟说没有意见。案例之三，涉嫌过失犯罪的是笔者的同事，案情是，被告人作为诉讼一方的代理人与法官一起去向另一方当事人送达传票，双方发生争执，被告人遭到对方殴打后，与司机驾车逃离。受害人（另一方当事人的职工）趁机冲上汽车，（一说是被被告人拉上汽车）在后排与被告人撕打。汽车高速行驶过程中，被害人不知何因从车上坠落，致重伤，成为植物人。侦查机关以故意伤害罪提请批捕，由于没有相应口供，检察机关未予批捕。后再以过失致人重伤罪提请，获得批捕。公安机关的提请批捕书在涉嫌犯罪过程中写道：受害人在车上与犯罪嫌疑人发生撕打，后拉开车门，从车上跳下，头部触地，经法医鉴定构成重伤。（大意）……笔者对审查起诉的检察官指出：既然公安机关认定被害人致伤是自己跳车所致，我的当事人没有作为，又不负有照看一个侵入车内的不法之徒的义务，即不承担不作为责任，有什么法律依据对其定罪？这位资深检察官说，被害人自己跳车致伤是根据被告人的口供认定的，实际上在被害人与被告人撕打的过程中，车门一直是开着的，而且有路人证实被害人的两条腿露在车外，可惜的是公安机关没有深入调查，

取得这些证据。批捕时仅凭被告人口供，定性为过失致人重伤，全然没有考虑在放弃指控被告人作为犯罪后，按被告人当时的情景根本不能构成不作为犯罪。如果是我们公诉人侦查、批捕、起诉一条龙作业，这个案子不会是这个样子。现在我只好承认你是对的……这个案子的最后结果是，我的同事在关押六个月之后，被无罪释放。（上面提到的第一个案子，法院认定被告人不构成流氓罪，经省高院提审，妨害公务罪也被否定，被告人被宣布无罪。第二个案子，被告人被改变定性，以侵占罪从轻判处三年有期徒刑，缓刑四年。而若以贪污罪定性，按当时的法律，被告人最低将被判五年徒刑。）笔者虽然不完全赞成这位检察官对本案的这种看法，（他必竟是站在指控的角度，具有较浓的有罪推定色彩），但客观地讲，倘若如他所言，从公诉的要求出发，取得车辆行驶时车门开着，被害人与被告人撕打时两脚露在车外的旁证，即是我的当事人不供，以间接故意伤害定罪想必不会有太大的问题，笔者即便提出存在被害人自行跳车的可能，也远构不成法律意义上的合理性怀疑。或许有人说，公诉人这种对案件没有决断权力的“案件承办人”的角色定位对律师辩护倒十分有利，其实大谬不然。因为其一，从理论上讲，案件事实需要在庭审中查明，而庭审过程实质上就是控辩双方的交锋过程，尤其在涉及到控辩双方对案件定性发生重大分歧时，法官往往需要通过双方反复质证，多番辩论方能了解双方的基本观点，找出争讼的焦点。倘若一方高持免战牌，另一方棋无对手，庭审只能草草收场，辩护人也难以在法庭上发挥作用。其二、公诉人“诉而不定”的角色定位法官也是心知肚明，且对此大多惺惺相惜。因此，即使公诉人不与辩护人

唇枪舌剑，论法讲“理”，法官也决不会判其败诉。反过来法官甚至责怪律师“鸡蛋里挑骨头”，他们认为，证据是侦查机关搞的，定性是批捕机关定的，公诉人只管起诉，即使证明体系有瑕疵，法官知道也就是了，律师何必跟公诉人过不去？检察官满腹委屈，法官则存偏袒之嫌，辩护律师只能哭笑不得，案件的最终结果只能是牺牲司法公正。检察机关推出的主诉检察官制度是适用司法实践的需要的有生命力的举措，它表明检察机关已经看到了现行检诉制度不符合刑事诉讼制度发展要求的症结所在。但我们还必需看到，由于司法体制本身的问题，我国的主诉检察官的权力还只限于独立决定案件起诉和独立实施公诉这两个层面，对案件的侦查、批捕还不能介入。这离集指挥侦查、追捕、决定起诉于一身的“杜丘”型检察官还有相当距离。但这已属司法体制改革的深层问题。作为辩护律师，笔者欢迎主诉检察官在案件的源头把关，使案件的每一个环节都符合诉讼的需求，保证案件的质量。当然，主诉检察官制度的推行，将使律师的辩护工作面临更严峻的挑战，但唯有挑战，才有机遇，在没有“杜丘”型优秀检察官的司法环境中，很难想象会产生优秀的辩护律师。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com