

平乱电子资源交易网docsriver.com入驻商家太我也

主办

西南政法大学证据法学研究中心
重庆中钦律师事务所

ZHENGJU XINGBIAN SANSIJI

主编 / 潘金贵
副主编 / 李德伦

证据·刑辩
散思集
(第一集)



中国检察出版社

平乱电子资源交易网docsriver.com入驻商家太我也

主办

西南政法大学证据法学研究中心
重庆中钦律师事务所

证据·刑辩 散思集 (第一集)

ZHENGJU XINGBIAN SANSIJI

主编 / 潘金贵
副主编 / 李德伦



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

证据·刑辩散思集. 第一集 / 潘金贵主编. —北京: 中国检察出版社, 2017.11

ISBN 978-7-5102-2014-2

I. ①证… II. ①潘… III. ①证据—中国—文集②刑事诉讼—辩护—中国—文集 IV. ①D925.013.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 269508 号

证据·刑辩散思集 (第一集)

潘金贵 主编 李德伦 副主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 109 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

编辑电话: (010) 86423751

发行电话: (010) 86423726 86423727 86423728

(010) 86423730 68650016

经 销: 新华书店

印 刷: 北京中石油彩色印刷有限公司

开 本: 710 mm × 960 mm 16开

印 张: 19.25 插页4

字 数: 314千字

版 次: 2017年11月第一版 2017年11月第一次印刷

书 号: ISBN 978-7-5102-2014-2

定 价: 59.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序

基于对证据法学教学科研的浓厚兴趣，以及长期兼职从事刑事辩护实务的经验与感悟，我深刻认识到，加强证据法学学习对于培养合格法科人才的重要意义。“打官司就是打证据”，法科学生或许只有走上司法实务工作岗位，才能真正体会到这个朴素原理的正确性。然而，在我国，证据法学的教学科研长期以来并未受到应有的重视，即使近年来稍有起色，但总体上仍然处于弱势学科地位。某著名政法大学，更是在前几年的本科教学改革中“大刀阔斧”地取消了“证据法学”本科课程，从而开启了政法院系中法学本科不讲授证据法学课程的先河。我从教伊始即主要专注证据法学的教学科研，所讲授的第一门课程就是本科生的证据学。“位卑未敢忘忧国”，作为一名普通的高校教师，我一直在思考，自己应该为培养学生的证据意识，提高学生的证据法学素养，甚或为推动证据法学的教学科研做些什么。

或许除了兴趣之外，更多的是出于作为教师的良知和责任感，我开始做一些力所能及的能够推动至少是自己所任教学校的证据法学教学科研的事情：2011年，经学校有关部门批准，我牵头成立了“西南政法大学证据法学研究中心”。“中心”除了成立之初曾经获得校方极为微薄的启动经费支持外，此后就成了由我“自主经营，自负盈亏”的所谓学术研究机构。长期以来，“中心”既无官方经费支持，也无专门的办公地点和研究队伍，处于“有牌子、无门店、无员工”的窘境，我不得不长期“自力更生”。2012年，我创办了“证据法学讲堂”，后更名为“证据·刑辩讲堂”，邀请理论界和实务界对证据法学有研究兴趣的朋友一起面向全校学生以讲座形式探讨证据法学以及刑事辩护的理论



及实践问题，迄今已经成功举办了15场讲座，成为西南政法大学坚持得最好的“民办”学术讲座。2012年，我自费出资，主编了《证据法学论丛》，其第一卷于当年12月由中国检察出版社出版，迄今已经出版了六卷，为开展证据法学理论研究搭建了学术平台。2013年，我主编了西南政法大学新阶梯法学规划课程系列教材之《证据法学》，弥补了自20世纪90年代初以来20余年西南政法大学无本校证据法学教材的缺憾，并于2016年对该教材进行了修订。2015年，我自费出资，主编了《证据法学译丛》，第一本著作翻译的是澳大利亚著名律师，同时也是大学教师安德鲁·帕尔玛先生的《证明：如何进行庭前证据分析（第二版）》，由中国检察出版社出版，后续译著翻译工作正在紧锣密鼓地进行，从而为介绍外国证据法学理论与实践，拓展证据法学教学科研视野搭建了新的平台。几年来，我积极开展证据法学方面的课题研究，如2012年主持完成了重庆市教学改革项目“证据法学教学模式改革研究”，与重庆市江北区人民法院联合完成了“刑事证人、鉴定人、专家辅助人出庭作证机制研究”横向项目研究，并于2016年成功申报了教育部研究项目“刑事庭审质证规则研究”等。此外，我还利用网络资源，创办了“西南证据法学网”“证据·刑辩论坛”微信公众号等多媒体、自媒体研究、交流平台。聊以自慰地说，经过5年的艰辛付出，我已经在本校证据法学领域基本构建了一个较好的教学科研平台体系。

在诸多努力中，我最引以为豪的是坚持举办至今的“证据·刑辩讲堂”。创立“讲堂”的初衷就是通过系列讲座形式，吸引在校学生关注、重视证据法学的学习，培养学生的学习兴趣。之所以冠以“讲堂”而不是“论坛”之类“高大上”的称谓，主要在于“讲堂”主要采取近乎于讲课的方式进行，内容偏实务为主，极少涉及理论问题，更多的是让学生了解司法实践中证据及刑事辩护方面的一些情况，有“第二课堂”之义。主讲人、点评嘉宾大多是司法实务部门中有丰富实践经验的业务专家，其中不乏“全国检察业务专家”“全国审判业务专家”“全国优秀法官”“全国十佳公诉人”等实务专家莅临支持，也有外籍教授、国内学者以及知名律师举办过主题讲座。“讲堂”每学期举办两至三次，一年举办四至五次，迄今已经成功举办了15场，能够坚持下来，实属不易。“讲堂”目前已经成为西南政法大学颇有名气的学术沙龙，既为理论界和实务界的交流提供了一个平台，更为在校学生学习证据法学架起了课外的桥梁，不乏有本科学生听了“讲堂”的讲座后，报考了我所属专业的研究生，可见善莫大焉！

需要说明的是，“讲堂”在创办之初系由我个人出资举办，从第六期起由重庆智豪律师事务所资助，从第十三期起由重庆中钦律师事务所资助，这或许也算是引进社会力量捐资助学吧。原本“讲堂”的每一次讲座均整理成文字稿备查，今年适逢重庆中钦律师事务所成立十周年之际，经与中钦所蒋夏主任、李德伦主任两位大律师协商，由中钦所友情资助，将目前所有讲座稿汇编成集，付梓出版，以作为重庆中钦律师事务所成立十周年庆典的祝贺文集，彰显其纪念意义。之所以谓之“散思集”，则是考虑到这原本是系列讲座的汇总，是不同主讲人、点评嘉宾对相关主题思考的结果，是大家智慧火花的闪烁。

蓦然回首，“中心”自成立至今，我基本上是以一己之力在支撑其运转，个中滋味，自不堪言。不过，做自己感兴趣有意义的事情，终究是有价值的。故此，我仍将不改初衷、不忘初心，不懈前行！在此谨借《证据·刑辩散思集》（第一集）出版之际，向长期以来对西南政法大学证据法学研究中心予以大力支持的各界朋友致以衷心的感谢。并祝重庆中钦律师事务所乘成立十周年的东风，业务蒸蒸日上，在律师业界开拓出更为广阔的天地！

是为序。

西南政法大学证据法学研究中心主任 潘金贵

2017年9月于歌乐山麓

目 录

01

中国式非法证据排除规则的证明困境及其出路破解：以遏制刑讯逼供为中心

主讲人：**潘金贵** 西南政法大学法学院教授

时 间：2012年5月16日

001

02

刑事审判中的有效质证漫谈

主讲人：**蒋 林** 重庆市第一中级人民法院刑一庭庭长
西南政法大学法学院实务导师

时 间：2012年9月26日

011

03

刑事诉讼的“软骨症”及其克服

——刑事证明责任的实践考察

主讲人：**张 波** 重庆市高级人民法院刑二庭副庭长
西南政法大学法学院实务导师

时 间：2013年3月11日

024



04

美国证据法概论

主讲人：**Laurie Kratky Doré** 美国德雷克大学法学院教授

时 间：2013年3月12日

042

05

高科技条件下的证据运用：电子证据制度的改革与创新

主讲人：**熊志海** 重庆邮电大学法学院院长，教授

时 间：2014年4月28日

072

06

审判阶段非法证据排除的若干问题

主讲人：**卢 君** 重庆市江北区人民法院院长，西南政法大学法学院实务导师

时 间：2014年5月13日

092

07

“非法证据不排除”规则调研报告：对遏制刑讯逼供的冷思考

主讲人：**潘金贵** 西南政法大学法学院教授

时 间：2014年10月21日

104

08

受贿犯罪的认定和处理

主讲人：**吴 雯** 重庆市第一中级人民法院刑二庭庭长
西南政法大学法学院实务导师

时 间：2015年1月6日

117

09

刑事案件证据辩护实务

主讲人：**石宗初** 重庆智豪律师事务所副主任

时 间：2015年3月25日

129

10

检察官眼中的有效辩护

主讲人：**张 丽** 重庆市人民检察院公诉二处处长，全国十佳公诉人

时 间：2015年10月29日

146

11

有效辩护“三张谈”

嘉 宾：**张 丽** 重庆市人民检察院公诉二处处长，全国十佳公诉人
张 波 重庆市高级人民法院刑二庭庭长，法学博士
张智勇 重庆智豪律师事务所主任，重庆市律协刑委会主任

时 间：2016年3月28日

167



12

刑事诉讼中的差异化证明标准探析

主讲人：**刘 晴** 重庆市人民检察院第二分院检察长，全国检察业务专家
西南政法大学法学院实务导师

时 间：2016年11月29日

197

13

改革视野下职务犯罪证据制度完善的几点思考

主讲人：**高松林** 重庆市江北区人民检察院检察长，全国检察业务专家
西南政法大学法学院实务导师

时 间：2017年3月14日

227

14

排除合理怀疑的实践困境与出路

主讲人：**蒋 林** 重庆市第一中级人民法院刑一庭庭长
西南政法大学法学院实务导师

时 间：2017年5月16日

253

15

刑事审判中非法证据排除规则的理解与适用

主讲人：**刘桂华** 重庆市第五中级人民法院刑二庭副庭长

时 间：2017年9月20日

278

中国式非法证据排除规则的证明困境及其出路破解： 以遏制刑讯逼供为中心

主讲人：**潘金贵** 西南政法大学法学院教授

主持人：**王剑虹** 西南政法大学法学院副教授

嘉 宾：**张 丽** 重庆市人民检察院公诉二处处长，全国十佳公诉人

颜 飞 西南政法大学法学院副教授

时 间：2012年5月16日

地 点：西南政法大学渝北校区图书馆学术报告厅

王剑虹：各位同学，晚上好，今天晚上我们有幸请到潘金贵教授来做证据法学研究中心本学期开办的第一次学术讲座。本次讲座的主题为“中国式非法证据排除规则的证明困境及其出路破解：以遏制刑讯逼供为中心”。今晚的嘉宾有重庆市人民检察院公诉二处处长、全国十佳公诉人张丽检察官和西南政法大学法学院颜飞副教授。下面有请潘教授给我们做今晚的讲座。

潘金贵：为什么讲座的主题是“中国式非法证据排除规则的证明困境及其出路破解：以遏制刑讯逼供为中心”？因为我在长期的刑事辩护实务中一直有一个困惑，就是非法证据问题。对于这个问题，法律早就有明确的规定，尤其是去年“两高三部”出台的《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》（以下简称《排除非法证据规定》）和《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》（以下简称《死刑案件审查判断证据规定》）。但是，为什么我们的非法证据依然排除不了，换句话说，为什么我们穿了新鞋还在走老路，一切还是照旧？我一直在思考，用什么方式来解决症结，我认为最主要的是在证明问题上，现有的制度设计把我们给卡住了，在这种制度设计下，有很多案件不



是有没有非法证据的问题，而是能不能证明的问题，所以我定了这么一个标题。

那么为什么要以遏制刑讯逼供为中心呢？因为刑讯逼供目前可能是在“非法证据问题”方面最突出的表现，当然大家不能理解为我国目前刑讯逼供现象很严重。客观地讲，经过几十年的法制建设，我国司法实践中的刑讯逼供现象在逐渐减少，司法法治化、文明化在逐渐提高。只是不能排除在有些时候出现了逆转的情况，甚至是非常严重的情况，问题的关键是从法治长远发展来说要遏制刑讯逼供问题。

对“刑讯逼供”从证据学上解读，不要将这个问题看得深如洪水猛兽，它就是一种司法现象。“刑讯逼供”，古今中外没有哪个国家没有，而且这种现象再怎么想办法减少，都是不可能杜绝的。司法实践中不发生刑讯逼供，可以说这违背了基本的司法规律，因为人是受方方面面因素影响的。一个案件的处理牵扯到太多因素，在这种基础上，要真正杜绝刑讯逼供是一种理想，但是我们可以通过制度的构建去减少这种现象的发生。

今天，我想给大家讲三个问题：第一，中国式非法证据排除规则的基本特点。第二，中国式非法证据排除规则的证明困境，包括证明方式上的困境和证明程序上的困境两个方面。第三，中国式非法证据证明的解决路径。

第一个问题：中国式非法证据排除规则的基本特点。

非法证据排除问题是各个民主法治国家都高度重视的问题。根据我国现有的法律体系，中国式的非法证据排除规则集中地体现在两个法律文件中。一个是“两高三部”的《排除非法证据规定》。这个司法解释为什么出台，而且其从制定到出台仅仅两个月时间，为什么会如此之快？根本原因就在于刑讯逼供问题。2012年3月曝光的“赵作海案件”，就是一个典型的刑讯逼供导致冤假错案的例子，于是中央政法委痛下决心，要在遏制刑讯逼供方面作出努力，所以出台了此文件。这也是排除非法证据最重要的一个司法解释。另一个就是即将生效的新刑事诉讼法，其从法典方面对排除非法证据做了重要规定。中国式非法证据排除规则呈现出以下几个特点：

第一，以遏制刑讯逼供为基本目标。《排除非法证据规定》共16个条文，有14个是关于排除非法口供的，基本上围绕着口供问题展开。而且新《刑事诉讼法》第54条规定：“采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，应当予以排除。

收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。”它强调的是以刑讯逼供等非法方法，这个“等”字我们暂不做研究。首先必须解决的是刑讯逼供问题，这涉及证据学上的其他问题，如威胁、引诱、欺骗。曾有一个中国博士问美国检察官他们是如何处理威胁、引诱、欺骗的。回答是美国的威胁要分情况，欺骗、引诱则不管，送到法院，法官依旧判案。美国人给“欺骗”取了个名字叫诈供，这个问题太复杂了，值得深究。但是立法者首先强调刑讯逼供，这涉及学理上许多问题。到底刑讯逼供该如何界定，这确实是一个值得研究的问题。如果从联合国《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》来说，刑讯逼供是不人道的导致人的精神或肉体上受到折磨的残忍的取证方法。我国最高人民检察院2007年出台的渎职侵权立案标准中也列举了八种情形属于刑讯逼供的情形：以殴打、捆绑等方式进行折磨造成伤亡的；以较长时间的冻饿、晒、烤等方式进行折磨的；由于刑讯逼供造成被取证人自杀、自残或者严重伤亡的；或者造成被取证人精神失常的；使用了指使他人的方式，造成被取证人轻伤以上伤害的；其他（这是一个兜底性条款，还可以加入很多方式）。在司法实践中真正采取打、捆绑方式的，确实存在，但很少。刑讯逼供真的很复杂，实践中有很多做法确实不好界定。比如当天气很热，室外30度时，将犯罪嫌疑人关到房内给他开热风的空调；或者数九寒天，让犯罪嫌疑人洗冷水澡等。还有一个真实的情形，将犯罪嫌疑人关在讯问室几天不理睬他，没有人和他说话，过几天他就自动供述了。这又如何界定？这属于冷暴力，但客观上不能界定为刑讯逼供。刑讯逼供是在审讯中发生，要以获得口供为目的，但上述情形中只是将犯罪嫌疑人关起来，没有审讯，是犯罪嫌疑人自动讲的。刑讯逼供是很复杂的，所以是以遏制刑讯逼供为中心对言词证据实行严格排除，对实物证据裁量排除。

第二，对言词证据排除要相对严格。无论是被害人陈述还是犯罪嫌疑人供述和辩解，我们认为立法者采取这种严格排除方式是对的。因为言词证据的获取往往是与侵犯人权有关联的，而实物证据的收集即便违反了程序也不会改变内容，所以可以相对宽松一点。司法实践中，法官对人证的把握总体上相对严格。一般而言，对于刑讯逼供问题，法官可能更关注一些，尤其是存在暴力、威胁取证的情况。当然类似这种情况也存在，据我了解，某基层检察院的检察官将



行贿人关了一天多，行贿人没讲其行贿经过，后来检察官将他怀孕6个月的妻子关了5个小时，这个人就招了。从我辩护的案件来看，确实存在很多刑讯逼供的情形。

第三，非法证据排除规则适用于整个刑事诉讼过程。从侦查开始就要求排除非法证据，新《刑事诉讼法》第54条第2款规定，在侦查、审查起诉、审判时发现有应当排除的证据的，应当予以排除，不得作为起诉意见、起诉决定和判决的依据。立法者要求公安司法人员从侦查一开始就排除非法证据，但是在绝大多数国家非法证据排除规则不是这样的，后者强调审判中的排除。昨天，我与一名美检察官专门做了沟通，我问他们在侦查实践中检方与警方有无排除非法证据的义务。他说从立法层面没有这种要求，一般发现其违法收集证据行为时会指出来，但是法律没有要求。因为在国外，侦查活动是否合法主要是通过法官来调查的，而我国非法证据排除规则至少在立法上要求侦查、审查起诉、审判时均要排除。这种规定我个人认为只是表达了立法者的良好愿望，但实践效果并不好，至少在我接触的案件里，敢于在侦查、起诉阶段排除非法证据的很少，甚至在法院审判阶段敢于排除的也很少。从理论上分析，为什么在侦查、起诉阶段侦查人员、检察人员在发现有非法证据时不愿意排除？因为侦查、起诉阶段缺少排除非法证据的动力，非法证据是有力指控。所以，我个人认为审前、审判时均适用非法证据排除规则，这是一个缺点。

第四，法律规定不能很好地落到实践。迄今为止，我办理的案件要求排除非法证据的没有一例，非常复杂。去年宁波“张国熹”受贿案件，指控其受贿6万多元，法官适用非法证据排除规定，将检方很多口供都排除了，最后只剩下6000多元，被判免除处罚，媒体称之“中国排除非法证据第一案”。

第二个问题：非法证据排除规则的证明困境问题。

非法证据在实践中难以排除，有两个方面的原因：

第一，证明方式的问题。《排除非法证据规定》要求证明口供合法，要达到证据确实、充分的标准。中国的非法证据证明标准是非常高的，我们将定罪标准和非法证据排除标准放在了一起。昨天，美国检察官对中国博士提的“为什么非法证据的排除标准要比定罪标准低”的问题不知道如何回答，因为在美国，排除非法证据的证明标准是优势证明，即一方举证超过了另一方即可判一方胜出，在检方证明取证的合法性时，证明合法的可能性大于非法就认定其合

法。但中国不是这样的。我个人认为程序法上的事实证明不需要像实体法那么严格，不用达到证据确实、充分的程度，这两者均已明确了。但为什么依然无法证明是否为非法证据，当两个规定在2010年7月生效后，我当时得出的结论是：一切依然照旧。因为立法者在做非法证据排除相关规则时是留了很多余地的，同时它的很多规定在法理上或证据学原理上是没办法起到证明作用的。首先看证明方式的问题。根据《排除非法证据规定》第7条的规定，公诉方可以以下方式来证明：（1）提供讯问笔录；（2）出示原始录音、录像材料；（3）通知在场的人员或其他在场人员出庭；（4）必要时可通知讯问人员出庭；（5）公诉人也可以侦查机关出具的说明情况的来证实。我们来一一解读这五种方式，来看看能否证明取证行为的合法性。

在审讯室这种相对封闭的环境中，如何证明没有非法取证呢？（1）提供讯问笔录。当被告人翻供说受到刑讯逼供时，把侦查期间的所谓的合法笔录拿来，能否证明他是否遭到刑讯逼供？这本身是存在悖论的，即用主张刑讯逼供的笔录来证明其有无刑讯逼供行为，而且从笔录中是看不出来有刑讯逼供的。这种方式应该被否定。（2）出示原始录音录像材料。首先要存在录音录像资料。以前公安机关没有录音录像的要求。检察系统在2007年的时候就推行讯问犯罪嫌疑人全程录音录像制度，也叫“三全”（全程、全部、全面），要求讯问全过程要“三全”，要求很高。客观地讲，检察机关全过程贯彻录音录像的是少之又少，司法实践中，全部录下来的几乎没有，一般在侦查终结时才录一次，但是录下来的这一次未必能反映前面的讯问情况，很多地方都这样。原始的录音录像必须保证它的完整性、全程性，那么，如果只录了一次就拿到法庭上，也是不能证明其审讯合法性的，而且由于法庭效率问题，出示录音录像也很麻烦，最好作为庭前证据播放。通过截取的录音录像不能证明全程讯问是否合法，并且现在原始录音录像经常出问题（如设备出问题等），也不能很好地证明。所以，在现行操作模式下，通过出示原始录音录像是证明不了有无刑讯逼供的。（3）通知在场人员或其他在场人员出庭。即立法将律师在场考虑进去或将人民监督员监督审讯纳入其中。目前在讯问时基本没有其他人在场，闲杂人不得进入。立法者虽留有余地，但是现有情形下通知本来就不可能在场的其他人去证明，这也是不可能的。（4）必要时候可以通知讯问人员到庭。写“讯问人员”是考虑到纪委介入的案件，现在也称为办案人员。2009年“两高”关于职务犯罪自



首、立功的规定中，用了“办案机关”，我个人认为包含纪委。刑事诉讼法施行后，如果出现刑讯逼供是可以传侦查人员出庭的，即作为事实证人和证明程序性问题要出庭，立法者规定“必要时”，也暗示出这是最后的办法，是对侦查人员无意识的保护，实践中侦查人员更是很少出庭。关键是讯问人员出庭作证，证明没有刑讯逼供，不可能有人会在庭上主动承认刑讯逼供，在否认的情形下，根本是解决不了证明有无刑讯逼供问题的。（5）出具具体情况说明。《排除非法证据规定》出台以后，很多案件用出具情况说明的方式来证明其没有刑讯逼供，情况说明在很多场合被运用。大部分案件中法官会采信情况说明，极少数案件会排除，这成了取证合法性最关键的证据。因为前面的证明手段不好运用，结果出现了很多案件，如河南黑社会案件，一个人带了一群人去汽车销售点把和他有纠纷的人的车砸了，就出现了有名的“与狼共舞”，即刑警队将犯罪嫌疑人关到刑警队警犬训练基地去，用警犬舔他（叫“鬼洗脸”）。开庭时这个人也是用担架抬去开庭的，最后法官还是采信了公安机关出具的证明没有刑讯逼供的情况说明，依法作了有罪判决。所以靠这些方式，我们证明不了取证的合法性，只有个别案件中法官敢于排除非法证据，如“张国焘案”。对于讯问笔录，法官要求提供关键的原始视听资料，公诉人说不能出具，故予以排除了。要求侦查人员出庭，检察机关也予以明确拒绝，法官认为其有非法取证的情形，这个案件公安机关出具的情况说明，也被法官否定了，检察机关在办理这个案件时确实也存在许多漏洞。但是在实践中敢于这样做的法官是少之又少的。在这种情况下整个证明的方式方法基本上不能证明取证的合法性。如何去证明它的合法性，我认为这就是一个关键的问题，这是第一个证明方式的问题。

第二，证明程序的问题。按《排除非法证据规定》的规定，如果被告人在庭审过程中提出遭到刑讯逼供，要率先启动非法证据排除规定程序，对非法证据问题进行调查。对于非法证据排除问题要尽量通过庭前程序完成，新刑事诉讼法在审前程序中增加了一个程序——审前会议。审前会议要解决回避、非法证据排除等问题。但是该司法解释中提出，庭审中辩方指出遭到刑讯逼供的，则可先启动非法证据排除程序。这本来是一个很好的设计，但我为什么说它是一个证明困境？因为在实践中这个程序启动很难，原因是很多方面的：首先是律师在实践中缺乏启动这个程序的动力和勇气。因为非法证据排除是一个很敏感的问题，刑讯逼供又是一个尤为敏感的问题，因此律师在决定是否启动这个

程序时会左右权衡。其次是法官出于各种考虑一般不愿意启动，一申请排除非法证据就会被法官驳回，这就会导致程序虚置。此外，如果查实非法取证后会涉及多方利益，会导致庭审冗长、涉及国家机关形象等许多问题。所以在实践中非法证据证明程序上先行启动再证明其实很少适用，导致《排除非法证据规定》从2010年出台到现在如此长的时间了，我们也只看到了一例报道。

第三个问题：如何证明有无刑讯逼供、非法取证。

遏制刑讯逼供问题有很多方法，学者们也提出了很多宏伟的设想，例如，有许多学者主张遏制刑讯逼供较好的方式是请律师在场，但有的方式或许没有可行性。律师是辩方的参与者，在审讯过程中一直在场，在这种情形下刑讯逼供是没有可能性的。但是中国的讯问与美国不一样。昨天我问美国的检察官，他们的律师是讯问时从头到尾都在场吗？他指出他们审讯往往只有在犯罪嫌疑人到案24小时内可以进行，如果其主张沉默权就不能问，律师不在场也行。但中国的讯问不止一次，每次审讯律师都在场是不可能的。我认为真正可行的是，要想证明审讯是否合法只有从真正意义上坚持全程录音录像。为什么呢？它非常具有可行性。第一，它实际上很简单，一个摄像头就能解决问题。如新刑事诉讼法中规定只有在看守所内才能进行讯问，正常情况下，我们只要做到了在看守所审讯犯罪嫌疑人全程录音录像，那么审讯过程一举一动全在掌控之中，只要保证录音录像全程、同步、完整就行。这可以通过国家财政支持加以实现。如果将这个制度贯彻好，绝对是一个好的方式。但是仍有一个问题，全程录音录像贯彻后怎么用？其实不用全部到法庭上播放，国外也没有那样做，一般情形下是做两份，一份备查，另一份在保持原意不变的情况下经过剪辑用于法庭备查。只有双方对录音录像内容存在争议时，才调取其他存档的完整的录音录像进行核对，这实际上可以很好地解决庭审时间冗长的问题。有一个问题必须要向大家交待一下：就算是同步录音录像，录下来讯问过程中侦查人员有刑讯逼供的行为与被告人的定罪问题、口供能不能使用与被告人的定罪，这是两回事。口供被排除，根据刑事诉讼法的规定，其他证据照样可以定罪。即便有这种行为，从其他国家和地区的实践来看并不意味着口供就完全不能采用。有台湾律师就指出我国台湾地区对于同步录音录像证明有非法获取证据的行为存在的，是否采用这个证据关键是根据社会公共利益与案件的严重程度来加以权衡裁量，并不是绝对不能用。证明取证行为违法和这个证据能否使用可能会

牵扯到很多价值权衡问题。例如，台湾艺人白冰冰的女儿被绑架撕票案，同步录音录像证明警察局长亲自搞刑讯逼供，但是这份证据法官照样采信了。所以这是两回事，但是要证明取证方法是否合法，我认为具有可行性、科学性、合理性的，在现阶段最好的办法就是同步录音录像，但是今后是否会发明更先进的技术手段，那就拭目以待了。

王剑虹：下面就请两位嘉宾对潘教授的讲座进行点评，首先有请张检察官做点评。

张丽：刚才潘老师谈的刑讯逼供的问题，的确在法律理论、实务界相当受关注，也是很敏感的一个问题。我要告诉大家，在实务工作中没有潘老师说的那么恐怖，没有那么多的恐怖事情发生，至少在我从业的16年公诉生涯中，我所办理和审理的案件中，还没有发现有确实、充分的证据证明有刑讯逼供的案件发生。谈到确实、充分问题就涉及证明责任问题，潘老师谈到证据学重要性时指出“用证据说话”，法官问公诉人的证据能证明什么，公诉人在分组举示的证据后，都会有一段话：“刚才公诉人所举示的证据，足以证明某某事实，证据收集程序合法，确实充分，请求法院予以采纳。”公诉人如何应对被告方提出遭到刑讯逼供以及如何看待刑讯逼供问题，潘老师今天讲的是深入浅出，我比较认同其中的一些观点。比如，中国式非法证据排除证明困境中证明方式的五种方式，对这些方式的质疑我是比较认同的。例如，针对情况说明问题，我有一次出庭针对一个很简单的案子，出示了8份情况说明。要证明其没有受到刑讯逼供就必须要有情况说明，这确实是我们实务界一个非常大的难题。情况说明也不是什么证据，我们读起来也挺诧异的，这也给我们提出了一个思考。对于实务界，目前更多会去收集一些如其看守所的体检表、同监室犯的证人证言等。被告人处于孤立无援的境地，他是无法举证的，如“杜培武”案件他能拿出一件血衣，但有多少被告人能这样当庭出示证据呢？这也是实务界应该思考的。另外，对于潘老师关于全程录音录像的观点，现在检察机关要求“三全”。讯问时可以录，但是没有讯问时又是否遭到不公正对待呢？这也是需要思考的，我相信人权保障是我们共同追求的目标，遏制刑讯逼供更是我们实务界追求的一个理想状态。

王剑虹：下面有请颜飞博士点评。

颜飞：谈到刑讯逼供问题，我比较赞成张处长的看法，因为我从2009年开

始也在检察机关挂职，从实务中了解的情况来看，刑讯逼供的情况确实有，但不是很多。其实，采取暴力、威胁，使被告人在精神或身体上受到伤害还是比较好界定的，反而是处在二者之间、介于中间地带的刑讯逼供，很难界定，但也是存在的。动不动打两个耳光，这算不算刑讯逼供？可能在座很多同学认为是，但是在实务中打两个耳光，是打掉他的嚣张、心理防线。刑讯逼供是与暴力建立起关系，打耳光是进去后对于态度傲慢行为的犯罪嫌疑人给个教训，我个人认为是取证不规范问题。就算同步录音录像也不能使法官采信其为刑讯逼供，而这种情况在实务中是比较多的。

潘老师谈到五种证明方式难以证明，我个人认为如果按他的分析方法，没有任何一个方法可以证明。如讯问笔录。讯问往往有很多次，那是否每次均打了？如果第一次打了犯罪嫌疑人说了，第二次没有打，其仍然做了和第一次一样的供述。是否刑讯逼供只要有一次就将全部笔录排除？法官又该如何采信？从讯问笔录上看，通过它的连续性、多次性，其实也可以起到一定的证明作用。这就是我对潘老师提出的质疑。因为他提出的五种证明方法，每一种如果单独提出来实际上都是不可能证明刑讯逼供的，但是从目前来看，也只能通过这五种方式环环相扣来证明。潘老师建议坚持全程录音也是回到了这几种方式上，立法者也没有想到其他方式，我想立足于现有环境下，也只能用这五种方式的相互作用来达到一个相互印证的过程。这里也附带提出一个问题，就是潘老师提到的程序性证明比实体性事实证明要求低，那么从证据学本身来说，因为证明刑讯逼供对检方而言是证明“我没有刑讯逼供”，那么我想证明一个人实施行为容易还是没有实施一个行为容易？任何一种方式要证明“无”总要比证明“有”困难些。从这个角度而言，我觉得公诉人承担的证明程度要低一些，不可能真正达到确实、充分的程度。

最后，关于潘老师主张的要真正贯彻全程录音录像。是不是一进办案机关就要进行，还是在路途上也要进行呢？刑讯逼供完全可能发生在讯问场所以外。所以，我认为证明刑讯逼供靠技术是不能真正根治的。这可能不是单一问题，那就要上升到一个更大环境——如更换办案机制、办案思路，使办案人员不再具有刑讯逼供的动机，办案人员有其他方法来代替取证了，这些问题才能真正得到遏制。

潘金贵：目前我和张丽处长正在做一个课题，也就是非法证据排除的机制



问题，因为我们在共同的实践中都感觉到这个问题的重要性。我们也在力图找到一个解决办法。对于这个办法，颜飞博士提出了批评意见，意见很中肯，有些意见我也会参考。对颜飞博士提出的几个问题，我谈谈个人看法。

第一，关于讯问录音录像，没有进讯问室时录不录。我们要求的是讯问过程中的全程录音录像，至少没进讯问室之前，没有要求录音录像，而且只要求讯问在看守所进行。但是讯问室之外刑讯逼供，到讯问室供述的问题怎么解决？这也反映出法律永远都是存在局限性的，尤其是成文法，不能解决实践中所有的问题。此外，如果执法人员刻意去规避法律，他有许多办法。法典不可能规定实践中的所有问题，我认为，在讯问之前也录音录像从立法本意来讲是可行的，实践中的落实那就需要通过公安司法人员的素质来考量了。

第二，关于检方证明刑讯逼供的“有”与“无”。根据证明的基本规律，是谁主张谁举证，积极主张一方承担举证。从原理上讲，检方没有主张刑讯逼供，是由被告一方主张。因此在被告人主张遭到刑讯逼供时，之前公诉人叫被告人举证，这涉及一个诉讼公平问题。让某一方去证明该行为“无”，或举证责任倒置，这是考虑诉讼公平与举证的难易程度。所以，这种情形下如果一方尤其是被告人处于弱势的情形下，不让他去证明遭到刑讯逼供，这是考虑到诉讼公平。让检方来证明没有刑讯逼供以及取证的合法性，这是学者的主张。这种立法规定符合举证责任分配的基本原理。因为现代法治国家所有的指控都是建立在依法的前提之下。如果遭到刑讯逼供，就对合法审讯提出了质疑，那么检察机关就得来证明“无”的问题。至于采取的方式，刚才张处长提出调查出入看守所体检表、干警证言、被羁押人证言等方式，这样的方式实际上可以涵盖能否证明取证合法性问题，而这种方式在司法实践中也有许多规避，所以说如果证明取证合法，那确实需要确定性规定。

王剑虹：今天晚上两位嘉宾以及潘老师对非法证据排除问题的精彩看法，我相信各位同学也会学到很多东西，对这个问题将会有所思考和借鉴，也谢谢大家今天晚上关注这个讲座。

刑事审判中的有效质证漫谈

主讲人：蒋林 重庆市第一中级人民法院刑一庭庭长，西南政法大学法学院实务导师

主持人：潘金贵 西南政法大学法学院教授

嘉宾：王剑虹 西南政法大学法学院副教授

颜飞 西南政法大学法学院副教授

时间：2012年9月26日

地点：西南政法大学渝北校区图书馆学术报告厅

潘金贵：在证据的收集、举证、质证等若干环节中，质证是一个非常关键的阶段。很多情况下，质证是最考验控辩双方技术水平的渠道。一个优秀的检察官或者律师，开庭后如何讯问被告人、如何就相关证据发表意见等，都可以体现出其业务水平。所以我一再强调，大家一定要好好学习证据学。今天我们非常荣幸地邀请到我们的校友、87级的师兄、重庆市第一中级人民法院刑一庭蒋林庭长，他将从法官的角度给大家讲一讲刑事庭审中应当如何质证。

首先介绍一下今天的主讲人蒋林法官。蒋庭长从西政毕业后，从事了多年的刑事审判工作，审理过很多大案、要案，其庭审水平受到业内公认，得到法官、检察官及律师的普遍尊重，是一名优秀的、资深的刑事审判法官。他不仅是一位审理案件的优秀法官，而且对质证等问题也有着深入的思考。我上课的时候常引用的“庭审不是查明真相的地方”这句话就出自蒋庭长之口。因为在司法实践中，大多数真相的查明并不是在庭审环节，庭审更多的是给大家一个程序正义的感知，让大家知道通过举证、质证后得出的结论是公正的。相信今天蒋庭长的真知灼见会对各位有很大的启发。

今天我们还邀请到两位嘉宾，第一位是颜飞副教授、博士，重庆市江北区人民检察院的检察长助理，指挥并亲自办理了很多刑事案件，今天颜老师也可以代表控方的意见。另外一位嘉宾是刑事诉讼法教研室副主任、证据法学研究中心副主任王剑虹老师，王老师也是为数不多专注于刑事辩护的女律师，今晚可以代表辩方观点。在蒋庭长主题发言之后，也请控辩双方就这个问题发表自己的看法。下面有请蒋庭长做精彩讲座。

蒋林：谢谢主持人，谢谢两位嘉宾，谢谢同学们。每当我走进西南政法大学的校门，总有一种忐忑的感觉。这种忐忑，第一有三分缘于多年来我对母校的一种依恋，对学校怀有感恩之心。第二就是一步入学术报告厅，看到济济一堂，并且面对三位教授睿智的目光，对今天的讲座充满压力，又添了几分忐忑。第三就是按照我个人的看法，质证是控辩双方的事，与法官关系不大，作为一个局外人来讲质证怕讲不好，又添了几分忐忑。最后一分忐忑是因为最近有些案牍劳形，在准备上不是很充分，大家多批评指正。

说到质证问题，刚才潘教授在谈到其重要性的时候，本人心有戚戚焉。作为一个刑事法官，我每天最主要的工作就是探讨证据问题。很多时候，当一个案子的证据问题解决了，法院审理查明的问题也就解决了，最后法律适用和量刑的问题也就不难了。所以从我的职业角度讲，诚如潘教授所言，证据问题是刑事审判的核心问题，并且说它如何重要都不为过。证据问题当中，证据的审查判断是法官的事，但法官怎样审查判断呢？这还得依靠控辩双方提出一些参考性的意见，即质证。他们的参考意见如何提出，用怎样的方式提出，怎样让法官接受他的观点，这应当是质证中一个很重要的问题。质证为法官提供了一些信息，这些信息对控辩双方来说很重要，因为这关系到他们的主张能否依靠这些证据来支撑。当然这对法官来说也是非常重要的。

第一，我国刑事庭审质证的现状如何？1979年刑事诉讼法没有涉及质证的有关规定，1996年修订刑事诉讼法时，简单提到了质证。但很遗憾的是，至今已过去十几年的时间里，什么是质证、质证如何进行、质证质的是什么等一系列问题，法律规定依然是空白的。只有在司法解释当中隐约存在一些规定，一般都隐藏在证据的审查判断和对庭审的有关规定中。最近最高人民法院发布的新刑事诉讼法征求意见稿当中，证据的审查判断占用了大量篇幅，但质证问题依然是藏于此中，尚未成为独立部分。换句话说，从立法以及司法的规范性文

件来看，质证问题很不乐观，这是一个现状。第二，我们业界是怎样看待质证问题的呢？从我整个执业经历来看，客观地说，对质证采取积极的、不遗余力的、据理力争的态度的公诉人或律师并不多见，更多的对质证是懈怠的、消极的。很多律师在法庭审理过程中会说，“我同意被告人本人的辩解”，这是一种不履行自己职责的行为。如果被告人自己能提出有理有据、具有逻辑性的辩护观点或质证意见，那辩护人还有存在的必要吗？有的公诉人在法庭上可能会说，“这个问题请法庭裁决”。再说法官，虽然内心很愿意看到双方激烈交锋的质证意见，但迫于工作压力，使法官们不得不提高庭审效率，加快庭审节奏，对某些质证意见采取比较消极的态度。综上所述，质证意见在说服法官方面发挥的作用并不理想。第三，近年来，有的律师在学习英美国家律师方面非常前卫，他们喜欢用流利的口头表达、华丽的辞藻来渲染气氛，把自己的才华展示得淋漓尽致，让许多旁听的人觉得这个律师了不得，但让法官听得云里雾里，不知所云。我一直在思考出现如此两种截然不同的评价的原因是什么？结论是水土不服。因为在英美法庭上律师展现自己的才华是要说服陪审团，他们可以用情理上的方式进行，比如“这样不太可能”“我的委托人不会……”等，包括在询问证人的过程当中，很多时候要运用证人的品格证据等技巧。但在我们的法庭上，需要说服的人是职业法官，他们的思维方式不同于由普通民众所组成的陪审团，用说服陪审团的方式来说服法官效果肯定不好。我称之为滥用技巧，这是第三个方面的现状。第四，在学术研究方面。多年来我没有看到一本关于质证方面的专著，所有的成果都是论文性质的。没有专著说明一个问题，我们学界并没有对质证有一个很细致的研究，没有建立起一套关于质证的理论体系。关于质证是什么、质证的价值是什么、质证的功能是什么、质证程序是什么等一系列的问题，可能有人在思考，但都没有放到一个大的理论框架当中去研究。

针对这些问题，我进行了一些思考。什么是质证？现在大概有两种说法。第一种说法是采取交叉询问的方式对证人证言等言词证据提出质疑，第二种说法是把范围进行扩大，指向法庭所出示的证据提出质疑、对抗，以证明其程序不合法，或者不真实，或者与案件没有关联性。在我看来，质证定义为控辩双方对对方所举示的证据发表意见并进行必要的辩论的诉讼活动。为什么说是控辩双方而没有说法官呢？我们知道，法官在任何一个国家的法庭上都不可能是



一种偏袒的形象，他需要中立和公正，在庭审中的每一个行为、每一个发言、每一个神态都需要保持中立。如果说某一个法官在法庭上对被告人表达出蔑视的态度，那么公众有理由相信他对此案不可能作出公正的判决。这样的公正就需要法官不能偏袒控辩的任何一方，所以在质证的过程中如果有法官参与，则必然会导致控辩双方力量的失衡，所以法官不应当参与到质证的过程中。同时法官对于证据的职责是决定是否采信，他的这种决定应该建立在听取控辩双方的意见的基础上，应当建立在他通过审查案卷、调查核实证据、全面掌握案卷信息的基础上，在这两个基础上通过他自己的专业思维、职业判断能力、严密的逻辑思考得出结论。在这里有一个题外话。有时候我会和同事说中国的刑事法官是世界上最难当的，因为我们在做判决的时候要对证据进行分析、论证，要向社会公众说明理由，而不像其他国家的法官那样不用说明理由。所以，法官并非质证的主体。

我经过思考并参考了其他学者的论著，认为控辩双方在质证的过程当中可以对证据发表的意见包括质疑、争辩，也可以是认同。质证的时候可以认同对方的证据貌似有点奇谈，因为在很多人的研究里，质证就是对对方证据的质疑，是一种对抗，所以认同不应当是质证的一个方式。关于认同这一问题，至今我还没有在哪篇文章中看到有所涉及。那么为什么我会认为认同也是质证的一种方式呢？原刑事诉讼法最高人民法院的司法解释中对于质证有这样一个表述，“证据必须经法庭的举示、质证、认证才能作为定案的根据”。但在最近最高人民法院发布的司法解释征求意见稿当中，它的表述改为“证据未经法庭举示、质证、认证，不能作为定案的根据，法律和本解释另有规定的除外”。我不明白这两种规定有什么区别。如果说把质证单纯理解为一种质疑，那辩护律师对对方所有的证据都同意，没有质疑，没有质疑又表示没有质证，依法也就不能作为定案的证据了。这种说法很显然不恰当的、不符合现实的。所以我才主张把认同也作为质证的一种方式，即除了可以对对方所出示的证据在合法性、关联性等方面发表不同意见之外，还可以对对方所提出的证据表示认同。

就目前司法实务而言，庭审中进行标准的“一证一举”“一证一认证”的情况非常少见，更多的是分组或者一次性将全部证据举示完毕。这是现状，与我们刑事司法目前所面临的压力有直接关系。一般情况下，刑事庭审时间在一个小时左右，如果按照“一证一举，一证一质”的过程进行，显然是有困难的。

我们之所以要加快庭审的节奏，与我们所面临的巨大的审判压力有关系，也与习惯上的做法有关系。对于刑事庭审有种评价，叫作“庭审流于形式”，也就是说庭审在查清案件事实的功能上并没有发挥出来。这个问题以前我也和潘教授有过交流，当时我的观点是“庭审不是查明案件事实的最好方式，查明案件事实最好的方式是用警察侦查”。同样在刑讯逼供这一问题上，我的看法是“打出来的不一定是假话，不打不一定说的是真话”。所以，从供述的真与假角度、从冤错案件产生角度，从证据的真实性角度评说刑讯逼供并不能得出令人信服结论，从犯罪嫌疑人、被告人人权保障角度出发的结论就是：不管犯什么罪，都不应该挨打。

我认为庭审的作用，一是为了宣扬法制文明，二是为了把被告人所犯罪行向公众做一个宣讲。公诉人宣读起诉书提出对被告人的指控，再将证据向法庭举证，让公众知道被告人的所作所为，达到一种庭审效果。但是，法官对于案件事实的认定更多是依赖自己对案卷的审查和对证据的核实。此外，法庭之外的信息能够让法官更有信心。正如刚才所说，庭审中出现辩论，存在不同的意见，应当允许举证的一方对对方的意见进行反驳。在如此一个辩论过程当中，法官能够收集到很多信息，方便在审查中对证据的归纳整理以及休庭后对证据的调查核实。

此外，我认为质证的目的是说服法官，而不是所谓的查明事实或确保证据真实等这样的目的。因为证据是否可以作为定案依据的最终决定权在法官手里。质证是在给法官提供审查判断证据的信息，这个信息的作用究竟有多大？取决于你说服法官的程度有多深。如果你的说服已经使法官确信你是对的，那么这个质证对于你来说就是成功的。这样说还基于另外一个理由，即目前证据裁判的意识已经逐步深入人心，逐步让法律界坚信，让社会公众接受。但是依照证据所证明的事实本身与客观事实之间是有差距的，也就是说证据在法庭上所起的作用并不是用来证明客观真实的。那么证据是否可采、法官最后是否采信它，往往与法官在庭审过程中收集到的双方的信息息息相关，与法官对案件整体的判断息息相关。有人非常坚定地反对法官的先入为主，我也反对，但是先入为主是无法克服的，因为法官对于证据，尤其是对证据的真实性进行判断的时候，会服从于他对整个案件的总体把握。法官最终采信证据需要收集的信息量特别大，这就需要控辩双方在质证的时候提出更多的意见供法官在决断的时候思考、



取舍，这个过程对控辩双方来说就是说服法官的过程。

应该如何质证呢？个人认为，要想有效地质证，至少要遵循这样几点：第一，做好准备，说服法官的目的性要非常强。作为律师，你不是要说服你的当事人，作为公诉人，也不是要说服被告人认罪，说服的对象是法官。所以采取的方式要与法官的思维习惯相适应，表达应当是逻辑的而非单纯情理的，违背情理的事发生的概率很小。因此应当用一种理性的、逻辑的方式去说服法官，去引导法官跟着你的思维思考，这样才能实现质证的目的。第二，全面掌握案件所有信息。这些信息不仅包括当事人的阐述、检察官在讯问被告人时得到的信息，也包括了案件材料中反映出来的所有信息，甚至还包括某些其他专业知识，例如人身损害程度（重伤、轻伤）的鉴定标准，法医学意义上常见的损伤是怎样形成的，还有生活上积累的经验。当把这些信息全面掌握之后，接下来的工作就是对信息全面比对、取舍，这个过程也是比较复杂的。当下刑事司法中所谓的疑难案件，往往都是因为在证据方面头绪过多、取舍中需要做的决断过多导致的。按照我的经验，这个过程的专业训练，大家可以参照易中天先生的《品三国》。这本书中，易中天先生收集了《三国志》《资治通鉴》《后汉书》《三国演义》等资料。对这些资料的收集、整理、分析、判断，易先生做得非常好。他不但具有逻辑上的分析、取舍，也有情理上的判断，还有情理上的判断返回逻辑的思维方式，建议大家去看一看，这里面说的就是处理信息的方法。第三，心怀全局，重点突出。所谓心怀全局，就是对案件要有整体的把握。曾经有这样一种现象，有的律师对公诉机关所举示的每一个证据都反对，认为要么是不真实的，要么是违反法定程序的，要么是没有关联性的。律师反对的理由，可能一个小时法官还能挺住，七八个小时甚至十多个小时之后，律师还在反对，这个时候的反对对法官已经没有刺激了，给法官留下的印象也不会太深。所以说，要有一个整体的、全局的把握，在提出质证证据之前，要对对方的证据进行分析、处理，哪一些是可以放弃的，哪一些提出反对意见是没有意义的，进而突出一些有关定罪量刑的重点问题。重点的东西侃侃而谈、洋洋洒洒，即使说的时间再长，只要没有过多的重复，法官都是愿意听的，这样给法官留下的印象也就非常深刻，说服法官的效果也会更好一些。第四，用专业的语言进行表述。之前有人提出构建法律职业共同体，事实上这个观点是可以成立的，至少这种现状是客观存在的。我们需要用法律人之间的对话方式来进行交流，而非用市井

语言或者用文学语言来交流，我们需要一种理性的、逻辑的、条理的、有依据的、规则化的语言。

这是关于质证应当如何去做我所能想到的，至于有些研究中提到的如何交叉询问等问题，我将其理解为一种技术手段，就类似于在打拳时是采用左勾拳或是右勾拳，关键是要把这些技术手段熟练地运用好，把这些技术手段组合起来，不要用单一的方式来发表质证意见。对此，老校长龙宗智教授曾经引用过一个案例，是在讯问的过程当中，通过对对方表达的反驳、证据的比对、辨认、对质等方法综合运用，从而实现对一个虚假供词的否定。因此，要把质证的手段综合运用起来。

最后一个问题是质证过程中应当注意什么，也就是“忌讳”。首先，忌讳武断，不讲理。很多时候这种武断、不讲理是被告人的专利。当举示一个证据问他是否有意见，他说“这事不是我干的”，然后就没有进一步的论证了，很有可能是他也不具备这个论证的能力。作为质证的控辩双方，即公诉人和辩护人，是专业人士，应当对所提出的意见进行说明，不能不讲道理。其次，忌讳全面反对。对于对方提出的所有问题都坚持不对，这也是刚才所提到的问题。当反对太多的时候，法官会产生疲劳，法官的精力分配就不能满足所提出的重点问题的需求，全面反对也就没有了重点。或许你自己认为存在重点，但在法官心中是不够突出的。最后，忌讳表达方式不服务于目的。质证是说服法官的过程，希望法官采纳自己的观点，因此质证要用说服法官的方法。在法庭上用非常煽情的语言来表达自己观点，这种做法没法让法官听明白，法官不清楚你想表达什么。表达需要有逻辑条理，比如“第一……，第二……”，这种方式同时也方便书记员进行记录，法官在做最后决断时也好查阅庭审记录。如果语速过快或是语言过于煽情，可能会打动法官，但是书记员无法记录，也就是做了无用功。在课堂上用这种方式进行讲授，或许能把你们牢牢地吸引住，起到很好的效果，但这决不能在法庭上使用。

今天我想说的核心问题就两个：第一，质证就是针对对方的证据发表意见，以此来说服法官的过程。第二，在庭审实践中，所有的质证行为都要服务于说服法官的目的，无论是从手段、方法上，还是从语言、思维上都要围绕这个目的来展开。如果做到这点，就可以成为一名优秀的律师、公诉人。请点评嘉宾、主持人多批评指教，谢谢大家。



潘金贵：刚才蒋庭长言简意赅、简明扼要地介绍了法官所关注的质证内容，我相信有很多内容，对大家今后走向检察官或者律师的道路上是有收益的。至少有几点是平时大家都不太注意的，如法官在控辩双方质证的时候，他关注的是你要谈什么。包括刚才蒋庭长谈到的一些忌讳，如全盘否认是不可取的。当然有一个核心的问题大家需要注意，那就是质证的目的是什么。蒋庭长刚才强调的问题恰好是质证的关键所在。通过质证，我们要去影响法官；通过质证，我们要证明对方的证据有问题，这对控辩双方都是非常关键的一个环节。因为审判最终决策权在法官，控辩双方的一切行为的目的就是说服法官。在聆听了蒋庭长的讲说之后，我产生了一个小小的疑问，希望蒋庭长能够释疑解惑。刚才蒋庭长一再强调一个问题，那就是控辩双方质证的目的是要说服法官，但同时又强调了另外一个问题——法官更相信自己，就是你质证的过程其实是不重要的，关键是我作为法官最后自己去看案卷、去调查，最后得出的结论才是真实的。这就产生了一个问题，在质证的过程中，控辩双方对法官传递的信息有多少是他所关注的？

颜飞：听了蒋庭长刚才的讲座，给我的第一个启发就是，质证当中控辩审三方的角色和地位问题。只有搞清楚在质证过程中自己的角色是什么、自己想要达到一个什么样的目的，才能把握质证的实质问题。刚才潘教授一直在强调质证的目的是什么，关键的是质证要说服法官，但是怎样去说服法官？在我看来，法庭辩论和大学生辩论赛最大的区别就是，我们是依据法律和事实，通过法理的阐述来完成辩词，而不仅是依靠语言的力量。公诉人现在存在一个两极分化的现状。一种是公诉语言非常丰富，但是没说到点子上。另一种是公诉人对出庭已经产生了麻木，这种情况可能出现得更多。他们在宣读公诉意见书之后很难对证据进行展开，摆出一副法官爱信不信的架势。为什么公诉人在证据举示之后不能在使其更丰满一下呢？对一些疑难案件，公诉方在庭前都会做模拟，针对庭审时辩护人可能提出的问题提前进行准备。有时在一些案件中，虽然辩护律师说得并不在理，但也会感觉公诉人很沉闷。我们一直强调，出庭不仅要强调法庭效果，还要强调社会效果。虽然律师是说给当事人听的，但我们公诉人也要说给当事人听，而不能给当事人形成一种“律师说得很有道理，把公诉人说得哑口无言”的感觉。所以，公诉人出现了这样一种两级分化的现象：要么不说，要么说不到点子上。这也给了我一个启示：质证的目的是要说服法官，

公诉人要以理性为主，当然也要有一定的激情。

同时我也有两个问题想请教一下蒋庭长。您刚才说控辩双方提供的质证信息给了法官更多的参考，但定案在很多时候还是依靠阅卷。质证有几个效力，比如，宣传法治、宣示犯罪事实，但最终内心确信的的形成主要还是依靠阅卷，依靠自己去调查证据。我的第一个问题就是庭前、庭后的阅卷和庭审质证的关系是什么？如果庭前、庭后的阅卷占的比重过大，那庭审时的质证又有多大的意义？第二个是技术方面的问题。站在法官的角度看，是现在这种通过书面证言的质证还是通过证人出庭这种方式来询问得到的证据更容易产生内心的确信？证人有时会说不清楚，法官有时会要求证人退庭后想清楚再写一份证词，那是证人厘清思路后写的详细的证词更可信，还是控辩双方你来我往的自由辩论更可信呢？这是我的两个问题，谢谢大家。

潘金贵：下面有请王剑虹律师谈一谈对这一问题的看法。

王剑虹：最近几年，出现了很多社会公众普遍关注的案件，出现了很多“闹庭”的现象，就是什么都反对。现在传媒非常发达，整个庭审的情况可以在网上直播，我认为这一是为了吸引眼球、炒作，二是为了给司法机关施加压力。我对这种行为是不赞成的。作为法律人我们都知道，法官对于证据的审查、判断到最后作出结论，应当以事实为依据，以理性和经验作为评判的手段。我认为蒋庭长对于这一问题说得非常到位，全面反对等于没重点，这也是今天的讲座对于我们律师的一个启示。

我也有一个问题。刚才蒋庭长说认同也是一种质证意见，那如果控辩双方都保持沉默，认为没问题了，但是法官对它提出反对意见，怎么办？这也与我遇到的一个案件有关，在该案件中关于自首，我和检察官都认为没问题，但是在法庭上我们双方发表完质证意见后，审判长说“这个形式有问题”，要求检察官对这个证据进行形式上的完善，又进行了一轮质证。

另外，我还有一个技术上的问题向蒋庭长请教。新刑事诉讼法规定，通过技术侦查取得的证据可以作为证据使用，但在两个证据规定中指出，法庭对通过技术侦查取证的方法和过程可以不公开，但是取证的方法和过程应当是质证的内容之一，那我们怎样去质证？

潘金贵：蒋庭长的讲座尤其是后面的部分最是精华，有效质证从哪些方面进行，在质证的过程当中有哪些忌讳，指导我们在质证的时候不要犯同样的错误。

律师主要在两个环节反映水平，一是质证，二是辩论。当然，客观地讲，辩论更能反映律师的水平。但反过来讲，因为辩论是在后面，而第一印象又很重要，从你一开始说话法官就能感觉到你这个人的水平，这往往是从讯问被告人时的提问开始的，是从对控方提出的证据的质证意见开始的，所以我也建议同学们好好学习证据学，如果你证据学学得扎实，你就知道法庭辩论从哪个角度切入。我们讲证据的三性——客观性、关联性、合法性，质证的时候可以围绕这些问题去展开。不要用那些花哨的语言，而是要围绕庭审的内容去证明这个证据能不能成立，我相信这样法官会很关注的，这才是解决问题的关键。下面有请蒋庭长针对嘉宾的问题做简短的解答。

蒋林：首先回答潘教授的第一个问题——法官更多的是相信自己，那质证的过程还有没有意义？或许是我刚才的表达有问题——我一再强调质证的过程就是控辩双方试图说服法官的过程。法官处于聆听状态，在听完后，他的脑海里面有信息的储备，正是这种信息储备结合后面的审查判断证据和必要的调查核实以后，才能形成一个完整的资料链条，法官在做判断的时候同样需要前面这些资料。那质证中提供给法官的这些信息究竟能起多大的作用，或者说这个作用与法官去调查核实证据本身谁大谁小，从我的经验看，是没有大小之分的，只能说哪种信息在法官在作出判断的时候更符合规则的需求。法官在做判断的时候也有自己的规则。我说审查判断证据、调查核实法官更相信自己，这跟政策规定有关系。法庭上对于你所说的，我不可能采用一种信任的态度去做判断，而在庭后审查判断证据的时候我有足够的时间。如果我发现有问题解决不了，我可以先把这个问题记下来；如果这个问题，我需要五分钟去思考，我一定会给自己留出五分钟甚至更多的时间去思考，但这在法庭上是不可能出现的。所以，最后的审查判断、调查核实证据与控辩双方质证一样，给法官提供了一个信息源，这个信息源在最终处理中会起到重要的作用，这个作用也跟你对法官的说服力的大小有关系。

第二个问题就是关于颜教授提出的证人出庭。客观地讲，证人出庭更能直接、客观地反映事情的经过——而且法官在控辩双方交叉询问完毕后，也可以对证人进行补充询问，这个询问可能是法官认为需要而控辩双方却忽略了——更能够还原案件的真实情况，证明一些具体内容。这种直观的感知，对于法官来说，它的作用明显超过了单纯的阅卷。单纯的阅卷，像读证人证言的时候，我们会

有很多疑问，所以证人出庭作证是一种好的法治现象。为什么现在证人出庭的比率非常低呢？我想一是和我们刚才谈到过的各种压力有关系，二是来自于传统的习惯。法官已经非常习惯通过阅卷作出判断，现在要改为我们在法庭上通过控辩双方交叉询问后，可以就我认为必要的问题进行询问，这个过程对法官来讲还不习惯。证人出庭作证，国家会为此付出更多的成本，如果说80%的证人都出庭作证，那保守估计我们的刑事法官需要增加两倍以上，庭审时间将大幅度延长。当然，证人出庭作证与阅卷相比，提供的信息量更多、效果更好。

第三个问题是王剑虹教授提到的：双方的意见一致，法官站出来质证了怎么办？我个人认为法官属于调查核实，法官的调查核实与质证也是有关联的。当然也包括控辩双方的质证意见很有道理，提出了一些依据，认为这个证据与案卷中的某一个证据相矛盾，但是这个案卷在什么地方我找不到，要求法官去调查核实，法官就需要去做调查核实的工作。调查核实是在做最后决断前的一个必经阶段，如果案件需要，他就需要去做这项工作，这是为了对证据之间的矛盾作出合理的解释，对有瑕疵的地方作出补正。所以我不认为调查核实属于质证的一部分，而是最后采证过程的一个阶段。

对于第四个问题，说实话，是我以前没有思考过的，也没有遇到过类似的问题。如果在工作中出现了这样的问题，我们会采取立场化的原则，按照公安机关的办案说明的形式作出。对于办案说明，我也有一点看法。我认为办案说明只能用于对某些疑问的解释或者说程序问题上的完善，而不能作为证明被告人有罪的证据。为什么这么说呢？办案说明是以办案机关的名义出现的，在我们的刑事诉讼法中没有以单位作为证人的规定，单位是不能证明任何问题的，除非是侦查人员将自己的亲身经历以证言的形式提出，才可以作为证据使用，但办案说明却不可以。至于今后侦查当中的某些环节在实践当中应该怎么用，还值得我们在实践当中去探索。

潘金贵：关于质证的相关问题，尤其是从法官的角度进行解读，对大家以后走上工作岗位非常有帮助。下面就进入互动环节，在座的同学有证据方面的相关问题，可以向蒋庭长请教。

提问一：实习生充当侦查人员，但登记的名字却是另外一个侦查人员的名字，这不是一种合法的证据类型呢？控方全案移送给法院，法官会先入为主，那么这个证据集合会不会对您的审判产生一种影响呢？



蒋林：实践当中确实存在刚才这位同学提到的现象，只能说这条路还任重而道远。但是这必须成为一个质证的依据，这是对于第一个问题的回答。第二个关于先入为主的理解，我们两个有些偏差。你理解的是我在开庭之前先入为主地认定这个人有罪了，其他的过程都是逢场作戏，并没有多少实际意义；而我所说的先入为主不是臆断，而是我们比较习惯的一种思维。比如，公诉人所举示的证据，辩护人没有比较充分的理由的话，很有可能我们就不太赞同辩护人的质证意见，这和臆断的先入为主是有区别的。

提问二：在质证中如果出现了不讲理或者全面反对的情况，就会引起法官的疲劳或反感。如果当事人并没有请辩护律师而自身又不具备相关的辩护知识，他并不具备质证的能力，很有可能会出现上述情况。此时，法官应当作出怎样的平衡或判断呢？

蒋林：这是一个很好的问题。我可以很负责地说，即便辩方不能够很好地提供质证意见，法官也会依据职业要求对全案进行客观的判断，不会因为有没有辩护而对被告人的实体权益造成损害，这个说法会“得罪”在场的两位控辩代表，但客观上确实如此。

提问三：我想问王剑虹教授一个问题。您在办理案件的时候积极参与证据的收集，将证据收集后移交给检察院，就是为了缓和双方的矛盾，不至于过于激化。但是我想请问，您取得证据不是为了质证吗，如果和检察院达成一致意见，会不会对双方当事人造成一定损害呢？

王剑虹：在我国相关的司法解释中也有规定，律师取得证据后，一般是要交给法院，也是为了告知检察院去法院了解我们辩方所取得的证据。我当时之所以要这样做，是考虑到打黑的特殊情况，考虑到我自身的安全问题，也想知道对方对于这个问题是怎么看，这是一个方面。另一个方面，从法理上讲，你所认为的损害了当事人的合法权益，这是一种误解。如果控辩双方在法庭上要充分发表质证意见，之前肯定对这个证据要有了解，如果事先没有了解，对另外一方也是不公正的。我们是要在法庭上对证据充分地发表意见，以便让法官作出一个评判。

潘金贵：对于这个问题我补充一点。在司法实践中，控辩双方都存在证据突袭的问题，但实践中用的最多的是检察官而不是辩护人。证据突袭在诉讼原理上是有道理的，因为诉讼讲求对抗，控辩双方都要讲究诉讼技巧。在美国 20

世纪 30 年代大力提倡证据突袭，但随着司法关系的转变，这种靠技巧性的手段在司法实践中越来越少。我还要提醒各位，如果你的对手是一位优秀的检察官或者律师，这种方法解决不了任何问题。这种做法我是不主张的，在法庭上突然拿出来一个证据，除了能带来刺激外，解决不了任何问题，因为你要接受对方的质证。大家以后在办案时也要注意，技巧要有，但是不能偏离公正的底线。

由于时间关系，今天的讲座就到这里，希望大家以后继续关注。

刑事诉讼的“软骨症”及其克服 ——刑事证明责任的实践考察

主讲人：张波 重庆市高级人民法院刑二庭副庭长，西南政法大学法学院实务导师

主持人：潘金贵 西南政法大学法学院教授

嘉宾：蒋林 重庆市第一中级人民法院刑一庭庭长

张步文 西南大学法学院副院长，教授

时间：2013年3月11日

地点：西南政法大学渝北校区图书馆学术报告厅

潘金贵：今天我们非常有幸请到了重庆市审判业务专家、重庆市高级人民法院刑二庭副庭长——张波博士。张波博士主攻的是刑法，但是对于证据方面有非常精深的研究。今天讲座的主题是刑事证明责任分配的有关问题，讲座的题目叫“刑事诉讼的‘软骨症’及其克服”，之所以称为“软骨症”，是因为有位著名的日本证据学学者说过：“证明责任是诉讼的脊梁。”但在我国的司法实践中，尤其是刑事诉讼中证明责任如何分配的问题，确实还欠缺正确的把握。有一些案件最终的结果，错就错在证明责任的分配上，例如杜培武案，被告人一再辩解人不是他杀的，法官就明确跟他说：“你说人不是你杀的，那么你把你没有杀人的证据拿出来。”这个问题到底该怎么认识和理解，那就需要我们对证据学尤其是证明责任有关的问题有所了解。所以，今天张波博士所讲授的专题非常有现实意义，看似是抽象的问题，但是在实践中也许就是最致命的问题。

今天我们也非常荣幸地邀请到了两位嘉宾，第一位是重庆市第一中级人民法院刑一庭蒋林庭长，他也是最优秀的审判专家之一。第二位是西南大学法学院副院长张步文教授，他对证据学很有研究。此外，我们非常荣幸地邀请了一位客

申嘉宾，西南政法大学法学院梅传强教授。下面有请张波博士进行演讲。

张波：大家都熟悉两个法谚：“证明责任是诉讼的脊梁”，“证明责任之所在，乃胜负之所在”。在我看来，证明责任不仅是诉讼的脊梁，更是诉讼内在的动力。作为一种风险分配的机制，它先于证明过程而存在，决定诉讼推进的方向和进程。尤其是在事实和证据难以查清辨明的情况下，责任分配往往直接决定案件的结果。正如美国法学家埃尔曼指出的一样：“举证规则可能使实体法规则完全不适用。”进一步思考我们还可以发现，证明责任其实是无罪推定原则、证据裁判原则、被告人不被强迫自证其罪原则的交会和结合的领域。它在诉讼法中是一个极其重要的领域。但是非常遗憾，证明责任在刑事司法当中却长期受到忽视，不为人所关注。这在一些事实证据不甚清楚，证明责任对于决定行为人罪与非罪、此罪与彼罪、轻罪与重罪有关键影响的情形下，案件质量就很难得到保障了。证明责任关系到人的基本权利，关系到人的生命、自由、财产和荣誉，但是它却不那么挺拔，不那么坚挺和有力，很难看出它承载了脊梁的功能，反而显得疲软和无力，造成审判质量不高，甚而导致冤错案件出现。所以我就借用医学术语“软骨症”来形容。我的一个基本观点是：由于刑事诉讼中证明责任的理论、立法都还粗疏，导致诉讼实践中它很难担起“脊梁”的责任，“脊梁”疲软必然导致审判实践中需要由证明责任决定胜败输赢的时候，是非不清，阻碍我们诉讼水平的提高。

目前，对证明责任的理解还处在一个百家争鸣的阶段，没有通说，处于非常初级的阶段。说初级，第一就是理论上处于低级阶段。在我的印象当中，我们的教科书对证明责任少有涉及，纵有少量的介绍也都是蜻蜓点水，浅尝辄止，而且不乏谬误。直到近年来，才稍有一些介绍国外证明理论的译著面世。我也注意到西南政法大学的孙长永教授和四川大学的龙宗智教授都有过专题的著作，还有一些博士论文。我查阅了一些资料，发现当前这方面的理论和意见少有共识。能做到理论与实践相结合的独占鳌头、经得起批判的成果更是凤毛麟角。

第二是立法上疲软。诉讼法从1979年到现在34年，其间我们经历了1979年、1996年刑事诉讼法，这两部法都没有关于证明责任的规定。直到2012年刑事诉讼法才规定了公诉案件证明被告人有罪的责任由人民检察院承担。这个“脊梁性”的问题，经历了33年才有了这样一个常识性、宣示性、原则性的规定，这说明我们的立法是比较落后的。2012年刑事诉讼法仅仅树立了一个基本的观



念：公诉案件由公诉方即人民检察院承担证明被告人有罪的责任，自诉案件由自诉人承担。这只是一个宣示性的规定。众所周知，控方指控被告人有罪，必须同时提供证据予以支持。从这个角度来讲，在诉讼当中证明责任是一个无须多言甚至不言自明的观点。但我想提醒大家注意一点的是，证明责任理论在控方证明被告人犯罪的过程当中，当证据采信、事实认定发生疑问的时候，它的作用就显现出来，它明确谁承担进一步推进诉讼的责任。诉讼发展到僵持不下时，此时谁承担举证责任就很重要，有时候甚至直接决定裁判的结果。这就是埃尔曼教授所说的，在这样的情况下，证明责任的分配使实体法规则完全不适用。前不久有一个案件，一名女子报案被一名男子强奸，提供了她身上的残留物、阴道拭子检查，并且表明身上有伤。该男子声称是网友自愿的开房行为，不存在强奸一说。女子要求犯罪嫌疑人戴避孕套，男子拒绝戴并强行发生关系。男子辩称称这是双方自愿的。被害人称身上的伤痕就是犯罪嫌疑人打的，犯罪嫌疑人说这个女的有受虐倾向，她自愿并且喜欢这种方式。这种问题谁去举证？证明责任分配问题在此时就非常重要。刚开始是控方承担举证的责任，证明到一定程度的时候，双方对这个事实发生争议、观点发生矛盾的时候，双方都不推进，这个时候证明的价值就体现出来了。在事实争论不明的情况下，证明责任规范作为一个杠杆指向一方承担责任，应当承担责任的一方不能举证，就要承担败诉风险。在办案过程中经常会对举证责任问题发生争议，因此需要法律对证明责任的问题进行规范。区分不同的情况，如何分配举证责任以及在不同情况下的裁判规则，是证明责任的内容。但是非常遗憾我们法律没有这样的规范。立法上的欠缺必然导致司法的混乱。

软骨症的第三个表现，就是司法实践的混乱。《刑事诉讼法》第49条规定，公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担，自诉案件中被告人有罪的举证责任由自诉人承担。但是《刑事诉讼法》第50条又规定，审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。审判人员、检察人员、侦查人员都有责任来寻找证据，但是法官只是一个中立的裁判人。司法的中立性原则是司法的国际准则，是司法的最低标准。司法必须中立，那为何要求人民法院来证明被告人有罪或是无罪呢？

还有一个鉴定问题。伤情鉴定、精神病鉴定等在实践中通常都是由法院来

做。被告人如果称自己有精神病，就需要做鉴定，这是一个取证的过程，是一个应当由控辩双方中的一方来完成举证的任务。但现在因为做鉴定需要花费，所以被告人提出需要鉴定以后，检察机关基本上不予理睬，作为裁判机关的法院为了查清事实，没有办法，往往越位去做鉴定，然后根据鉴定意见作出判决，这种情况很常见。大约20年前的一个放火案，一名姓胡的农民被指控因邻里纠纷报复他人，实施了放火行为，点了一把火，把邻居的房子烧掉了，还烧死2个人，一审以放火罪判处这个人死刑，立即执行。二审期间，被告人胡某向法院辩称自己有精神问题，法官对其进行提讯的时候，发现这个人表达怪异反常，于是组织精神科专家对其进行了司法精神病学鉴定。专家的意见是这个胡某患有精神病，在实施放火行为时，处于无刑事责任能力状态。法院于是根据专家意见认定胡某为无行为能力人，将他无罪释放了。稍后不久，重庆市璧山县有一男子在深夜搭乘摩的的时候，持刀将摩托车驾驶员杀掉，朝其乱捅18刀，一审被以故意杀人罪判处死刑。二审时男子母亲说他从小就爬树翻墙，行为怪异，一直服药，要求做鉴定。经审查，在侦查阶段公安机关嫌疑人做过精神病鉴定，结论是正常，具有完全行为能力。到了二审被告人母亲再次提出这个问题，法官走访了被告人所在的街道，向当地基层组织、邻居、学校老师等了解被告人的相关情况，大家都反映该男子精神状态一直存有问题，加上先前的鉴定机构资质有些问题，于是法院就组织了具有资质的鉴定机构再次为被告人进行了司法精神病学鉴定，专家认为被告人无刑事责任能力，最后法院将这个被告人释放了。现在类似的鉴定都是由法院做的。我认为如果辩方提出有精神病，如果控方认同，法院就应采纳辩方的意见作出判决，这也是控辩双方无异议的不争议的情形。如果控方不同意，控方就需要举证排除被告人患有精神病、不具有刑事责任能力的可能，这个证明责任应当由控方来承担。当然，并不是说辩护人、被告人提出任何问题都需要由控方来承担。

关于证明责任，还有一个重要的问题，也是司法实践中最为常见，常常决定诉讼进程和诉讼结果的问题，那就是被告人是否承担证明责任的问题。我们的教科书中都主张特殊情况下应该承担这个责任，例如被告人说自己精神有问题或者系正当防卫，就需要承担举证责任。但是我个人的观点是被告人不承担证明责任。在刑事诉讼中，控方应当承担证明被告人有罪的责任，控方指控被告人犯罪，就要证明他的行为符合犯罪构成要件。按照我们的法律体系，主体、



客体、主观方面、客观方面都要证明。假如一个涉嫌贪污罪的被告人辩称自己没有非法占有单位财物的主观故意，并提出了一些证据或者线索证实这种可能确实存在，那么，控方的指控就没有达到排除合理怀疑，只要这个怀疑不能被排除，就不能够证明被告人有非法占有公款的主观故意，控方的证明责任就没有完成，当然就不能认定被告人有罪。在这里，证明责任始终由指控方承担，其指控应当达到排除合理怀疑的程度。被告人有的是辩解辩护的权利，他可以不同意控方的指控，但为了使其辩解辩护意见形成一个合理怀疑，他应当提供相应的证据或者线索。这并不意味着被告人应当承担证明责任，举证证明自己没有犯罪。证明责任始终在控诉方。如果被告人在整个诉讼中拒绝开口说话，控方还是必须承担证明被告人有罪的责任。但是，面对控方指控，被告人有权利辩解辩护，有权利提出事实、证据和线索，瓦解对方指控，形成合理怀疑。假如一个被告人辩解称自己持刀致伤被害人是正当防卫，法律不要求被告人来举证，证明自己确实属于正当防卫。他只需要提出为自己的辩解提供一些理由，让法官相信存在正当防卫的可能性就可以，在这样的情况下，实际是说，控方的证明责任还没有完成，还没有达到排除合理怀疑的程度，控方应当继续完成证明责任。有这样一个案例反映出我们在司法实践当中长期出现的由于证明责任不清导致案子在处理当中出现问题的情形。被告人吴某某，系重庆市化工轻工总公司下辖某子公司副经理，该公司经营爆炸物。吴某某是国家工作人员，他担任副经理期间，在单位采取收钱不开票或者收钱少开票的方法收取业务单位提供的回扣 1.5 万元，事实清楚，证据充分。检察机关指控吴某某利用职务之便收取回扣节流用于私人用途，构成贪污罪。然后，辩护人提出被告人确实收取了 1.5 万元，但是其没有用于个人私用，他将其中的 1.3 万元用于公司员工发放效益奖，并提供了相关凭证和收条，公司相关人员证实收到了钱。被告人说是用这 1.5 万元钱中的 1.3 万元来发放的，5 月 23 日收取的 1.5 万元，5 月 24 日发效益奖，直接就发掉了，没有存入个人账户。同时，在 4 月到 8 月期间，没有在小金库私人支出一分钱的记录。被告人吴某某提出这样的观点：在 8 月之后，没有证据证明收取了现金。他将 1.3 万元用于了集体，其余的 2000 元在案发之后交到了检察机关。一审法院认定被告人收受 1.5 万元事实清楚、证据充分，他虽然辩解把这 1.3 万元用于公务，但是其没有证据证明他用于公务的 1.3 万元就是来自于收取的 1.5 万元中，所以他的辩解不能成立，由此判处他有期徒刑两年。

被告人不服，提出上诉。二审法院同样认为吴某某的辩护人在二审提供的证据不能证明其非法收受的1.5万元用于小金库日常开支的唯一结论，亦不能推翻吴某某以前的供述及相关证据，故对一审判决维持原判。法院当时要求律师要得出唯一的结论，也就是这个钱只能是并且必须是收受的1.5万元，法院认为这个钱可能是其他的钱，不能证明发放的1.3万元就是来源于收受的1.5万元，所以对律师的意见不予采纳，驳回。被告人继续申诉，中级法院立案后认为，立案庭仅凭被告人未将相应的款项存入小金库就认定被告人有贪污公款的事实及贪污的数额其结论并非唯一。换句话说，这个钱可能发放了也可能贪污了，不能得出唯一结论。原判决在没有证据否认吴某某将收受的回扣用于单位开支的情况下认定其贪污属于事实不清、适用法律不当，故裁定进入再审。但是再审最终又认定吴某某收受1.5万元没问题，被告人不能证明其发的1.3万元就是收受的1.5万元，所以这1.3万元认定是贪污，事后上交的2000元被认定为赃款。被告人被判处两年徒刑。案子一直申诉到高级法院，最终认定检察机关指控被告人收受1.5万元未入账、未交公事实清楚、证据充分。如果被告人没有提出合理怀疑，没有新的理由，就可以判定被告人构成犯罪，原则上贪污罪的基本事实成立。但是，被告人提出用了1.3万元，这1.3万元没有从公家支出，所以我们认为吴某某可能用收受的1.5万元发了这1.3万元。我们认为要得出唯一的结论，这个唯一的结论要由控方得出，被告人只需要提供一种可能性，我们认为控方没有尽到证明责任，没有把案件事实证明到排除合理怀疑的程度，所以我们认为不能认定被告人有罪，最终判定被告人无罪。从这件案件的审理中，我们能够清楚地看到控方证明责任与被告人辩护权利之间的互动关系。首先，控方举证证实吴某某收受了应当由单位占有的钱，但其没有上交，没有入账，没有报告，就是非法占有，就是贪污。的确，如果被告人不能提出合理辩解，形成合理怀疑，控方的指控当然成立。其次，被告人的辩解没有贪污，此时面对控方的事实和证据，不能凭空说话，需要用事实、证据来支持其辩解，让法官相信被告人的辩解确有可能存在。吴某某提出收到钱以后，没有上交、入账、没有报告属实，但其辩称第二天就发效益奖了，而且自己没有从单位另外支出发放效益奖的钱，并提供相关证人来证实。这一下，就形成合理怀疑了。这个案件存在两种可能：一种是吴某某收钱以后，自己占有使用，挥霍掉了。另一种是他第二天就发给大家了。既然存在无罪的可能，控方的证明责任就没有完成。控方的指控就