

柳波 / 著

证据的脸谱

刑事辩护

证据要点实录

【第二版】

ZHENG JU DE LIAN PU

XING SHI BIAN HU
ZHENG JU YAO DIAN SHI LU

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

证据的脸谱：
刑事辩护证据要点实录

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

证据的脸谱 : 刑事辩护证据要点实录 / 柳波著. —2版. —北京: 中国法制出版社, 2019. 9

ISBN 978-7-5216-0360-6

I. ①证… II. ①柳… III. ①刑事诉讼—辩护制度—证据—研究—中国 IV. ①D925. 213. 4

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第144475号

策划编辑: 戴蕊 (dora6322@sina.com)

责任编辑: 薛强 (editor_xue@163.com) 封面设计: 李宁

证据的脸谱 : 刑事辩护证据要点实录

ZHENGJU DE LIANPU : XINGSHI BIANHU ZHENGJU YAODIAN SHILU

著者 / 柳波

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市国英印务有限公司

开本 / 710毫米×1000毫米 16开 印张 / 22.75 字数 / 302
千

版次 / 2019年9月第2版 2019年9月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5216-0360-6 定价: 76.00元

北京西单横二条2号 邮政编码100031 传真：010-66031119

网址：<http://www.zgfzs.com> 编辑部电话：010-66054900

市场营销部电话：010-66017726 邮购部电话：010-66033288

（如有印装质量问题，请与本社印务部联系调换。电话：010-66032926）

一切过往，皆为序章（二版序）

“流光容易把人抛，红了樱桃，绿了芭蕉”。拙作出版至今这三年多的时间里，刑事诉讼的方方面面发生了不小的变化，体制上有中国特色国家监察体制的构建，法律上有《监察法》的公布施行、《刑事诉讼法》的修改，司法解释上有《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程（试行）》等三项规程、《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》的公布施行，认罪认罚从宽、捕诉一体、刑事辩护全覆盖等制度也应运而生，让人不由得吟诵前述诗句。其间，拙作也受到了广大读者的认可，经常有人问起有无“续集”，让笔者既感鼓舞又更感惶恐。此外，这两年多的时间里，笔者又承办了些案件，对证据制度、证据法也有了新的认识和理解，笔者进一步认识到经验虽然是刑事法律人赖以生存的重要法则，但依赖于经验必然会有所限制，要学会清空、清零，回归“白纸”状态，以接受新理念、新知识，推动自我革新。这让笔者在回顾《证据的脸谱》时，越发惶恐，以致“续集”一直搁浅。

同时，笔者在学习、实践中发现：虽然刑事诉讼的体制、法律、司法解释、制度上有所变化，但“证据是诉讼的灵魂和基石”依然，“证据裁判原则”没变，“法官的目光在事实和规范之间往返穿梭进行法律适用”的基础没变。不仅没变，从体制到法律，再到司法实践，对证据更重视，对证据的要求更严格，对“非法证据”更不容忍，对“证据裁判原则”提出了更高的要求并得到了更好地贯彻。种种在变，“初心不变”，初心仍是“无证据，则无裁判”。

《礼记·学记》有云：“独学而无友，则孤陋而寡闻。”有鉴于

此，笔者只好梳理实务的心得，分享自己的经验教训，接受读者的评判，走出“独学”的樊笼，重拾“续集”之笔。但同样为了“不忘初心”，仍然是从辩护的维度着手，而且本书也不是“续集”，它是在原来十八讲的基础上增加到二十讲，并在每讲案例中新增“辩护思路”内容；为了保持原貌、原汁原味，虽然相关法律规定有变化，笔者对案件的认识也较以前有所不同，仍然据实而录，未作任何增删和美化。

学识浅陋，绝非谦辞，管中窥豹，错谬难免，期待本书能够抛砖引玉，则笔者幸甚！此书幸甚！

路漫漫其修远兮。

是为序！

柳波

2019年8月

证据的脸谱（一版序）

岁月匆匆，流年似水，不知不觉间从事律师工作已十年。古人诗云“桃李春风一杯酒，江湖夜雨十年灯”，细细算来，我在“律师”江湖的十年间，也办理了形形色色几百起案件，尤其刑事案件更是我的工作重心，自觉有了些心得、体会、感悟，有表达出来的想法，亦有总结的欲望。虽心得、体会、感悟杂多，但其中我感悟最深的是——无论何种性质的案件，民事、刑事，抑或行政；无论复杂还是简单的案件；无论是事实存在争议，还是法律适用存在争议的案件，最终评判的基石都要回归到证据，即无证据则无事实，无事实则无法律适用。故，我把证据作为自我总结的主题，因刑事案件是我工作的重心，证据的范围就局限为刑案证据。

同时，又因证据虽对刑事案件的解决至关重要，但它又“萌”且“淘气”，有时隐身难以收集，现身时又有不同的“化身”，可谓千案千面、千人千感，就像普罗米修斯的脸，常以不同的“脸谱”出现，让人“横看成岭侧成峰，远近高低各不同”。欲识真相，需读懂读透“证据脸谱”，欲做好指控、辩护、审判工作，还需用好用足“证据脸谱”，此书遂以“证据的脸谱”为名。

证据脸谱几何？按法定来说，呈现为物证，书证，证人证言，被害人陈述，犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解，鉴定意见，勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录，视听资料、电子数据。按来自何方，可分为控方证据、辩方证据、审方证据。按对犯罪嫌疑人、被告人是否有利，其又表现为无罪、罪轻证据和有罪、罪重证据。按其合法与否，可分为合法证据、非法证据。如此等等，不一而足。

如何透过证据的脸谱认定事实、适用法律，可谓仁者见仁，智者见智，不同的法律人会有不同的见解。但我个人认为，须遵循三大原则。其一，正确理解法律，善意解释法律是基本前提。法律人不应该因指控、辩护、审判立场的不同而曲解法律，只做有利于己方立场的解释。千万不能像我曾“遭遇”的某检察官那样，面对辩方对其“隐匿有利于被告人证据”的质疑，仍铿锵有力地宣称“法律没有规定我们必须把证据全部提交”。其二，客观、理性、全面、综合地分析证据当为第二要义。其三，具体案件具体分析，灵活、综合、全面地运用法律规定和法学理论让证据和后者血肉相融，让法律、法理紧密联系证据，“跳出证据之外看证据”应为第三原则。如此，方可去“不识庐山真面目，只缘身在此山中”之无奈，达“莫畏浮云遮蔽日，只缘身在最高层”之境界。

然原则过于抽象，如何化抽象为具体，透过证据脸谱办理案件，我尝试以案说法，以例说理，以自己承办的案件从辩护的角度诠释三原则，解密证据的脸谱。当然，因水平所限，恐事非所愿，故每一案例不求全面，更不求理论高深，意在厘清某一问题。因此，敬请读者对本书“是其是，非其非”。只要本书有那么一句话对您有所启迪，于我已是欣慰！

是为序！

柳波

2016年3月

目录

[封面](#)

[扉页](#)

[版权信息](#)

[一切过往，皆为序章（二版序）](#)

[证据的脸谱（一版序）](#)

[第一讲 书证的特殊形式——生效的刑事判决书？](#)

[第二讲 证人证言的特点与采信](#)

[第三讲 关键证人证言的审查和采信：不出庭关键证人存在根本性反复的庭前指控证言不应采信](#)

[第四讲 被害人（方）陈述的立场与证据采信](#)

[第五讲 慎信口供：被告人“于己不利”的供述？](#)

[第六讲 书证和言词证据之比较](#)

[第七讲 物证不在案，不能定罪？](#)

[第八讲 鉴定意见，不可置疑的科学结论？](#)

[第九讲 从一起陈年旧案解析现场勘验笔录](#)

[第十讲 辨认笔录，独立的证据？](#)

[第十一讲 视听资料与证据采信](#)

[第十二讲 电子数据的审查和认定](#)

[第十三讲 非法口供排除的审查重点——同步讯问录音录像](#)

[第十四讲 同步录音录像与讯问笔录不一致时，应如何采信？](#)

[第十五讲 犯意引诱和技术侦查](#)

[第十六讲 证据关门：控辩取证期限大不同](#)

[第十七讲 被害人提交“证据材料”的转化和审查](#)

[第十八讲 如何理解证据的“确实、充分”：让证据“说”真相](#)

[第十九讲 价格认定结论书是书证、鉴定意见，还是其他？](#)

[第二十讲 辩方取证的正确姿势](#)

第一讲 书证的特殊形式——生效的刑事判决书？

——从王某臣被控受贿案分析刑事判决书的预判力

按 语：书证是指用文字、符号或图画所表达的思想内容来证明案件事实的证据，具有思想性、稳定性、多样性。其作为常见证据，法律、司法解释对它的收集、审查和采信作了很多具体的规定，法学著作对它也有很多的研究。故本篇不对书证的常态问题进行探讨，主要围绕司法实践中检方使用生效判决书作为指控证据这一问题展开，同时兼析刑事诉讼中“拆分案件”和“孤证”。

关键词：书证 生效判决书 预判力

◆案情简介

1. 王某臣，原系深圳市某看守所所长。2011年4月14日因涉嫌受贿被深圳市检察院立案侦查；2012年1月11日，被移送汕头市检察院审查起诉；2012年7月中旬，汕头市检察院以王某臣涉嫌受贿441.5万元起诉至汕头市中级人民法院；2013年1月22日开庭审理。

2. 王某臣涉嫌受贿一案，涉及四组行贿人、介绍贿赂人（受贿人）。分别是唐某凯、王某媛；温某麟、周某根；梁某恩、岑某钦；张某针、毛卫某。按照起诉书的指控，四组模式基本相同，均是行贿人把钱交给后者，由后者自己留下部分受贿款后，再将余款交与王某臣。但前者即行贿人与王某臣无交集。

3. 在2011年4月14日王某臣到案前后，所有的所谓行贿人、介绍贿赂人、受贿人均被深圳市反贪局采取强制措施，所有涉案人员都在同一个办案单位——深圳市反贪局掌控之下。但是，深圳市检察院在将上述9人作为一个案件立案，并采取强制措施后，将一案拆分为八案，即1. 王某媛、唐某凯行贿案；2. 温某麟行贿案；3. 周某根受贿案；4. 梁某恩行贿案；5. 岑某钦受贿案；6. 张某针行贿案；7. 毛卫某受贿、介绍受贿案；8. 王某臣受贿案。并且把除王某臣外的前七个案件下移，移送下辖区检察院审查起诉。

4. 在王某臣受贿案开庭审理前，前述七案、八人均已被作出生效判决，且判决在王某臣未到案受审、未到庭作证的情形下，均认定王某臣收受了部分贿赂款，造成了未审先判，并将刑事判决作为指控王某臣的书证，意图“绑架”汕头市中级人民法院。

5. 针对此种情形，辩护人指出：刑事判决不具有预判力。不能以前案判决来证实本案的成立，而应以本案的证据来证实前案是否成立。否则就是剥夺被告人的辩护权，就是形式审判。

6. 2014年1月22日，汕头市中级人民法院作出一审判决：对起诉书涉及温某麟、周某根，梁某恩、岑某钦，张某针、毛卫某六人共计383.5万元的指控，不予支持，辩护人的意见予以采纳。认为王某臣收受王某媛、唐某凯58万元的指控成立，判处其有期徒刑12年。

◆起诉书节录

1. 2004年8月，某区看守所负责采购的民警周某根向王某臣推荐温某麟的食品经销部承接在押人员副食供应。王某臣同意。2004年8月至2009年12月，王某臣经由周某根之手收受温某麟174万元。

2. 1999年7月，梁某恩负责的果菜公司负责某区看守所民警食堂的副食品供应。2006年6月，某区看守所负责民警食堂采购的民警岑某钦

向梁某恩提出须每月给3万元的回扣，岑某钦和王某臣各1.5万元，梁某恩同意。2006年7月至2009年12月，王某臣经由岑某钦之手收受梁某恩75万元。

3. 2003年年底王某臣任某区看守所所长，指定原看守所民警王某媛担任在押人员小卖部负责人。王某媛选定唐某凯的百货商店作为固定供应商。2006年到2011年，王某臣收受王某媛、唐某凯58万元。

4. 2008年7月，王某臣指定毛卫某为在押人员水果供应寻找供应商。毛卫某找到张某针的果菜配送中心。2008年8月到2011年2月，王某臣经由毛卫某之手收受张某针134.5万元。

认定上述事实的证据如下：

1. 书证：同案人温某麟、岑某钦、梁某恩、王某媛、唐某凯、张某针等人的刑事判决书。

.....

本院认为，王某臣犯罪事实清楚，证据确实充分，应当以受贿罪追究其法律责任。

◆辩护词节录

第一部分 刑事判决没有预判力

一、侦控机关违反法律规定，人为拆分案件，制造出七份所谓生效判决，意图绑架审判机关，意图以所谓生效判决弥补指控证据的不足，反而暴露了控方证据严重不足的真相

1. 从法律层面分析，行贿和受贿属于对应型犯罪，属于本质的共同犯罪案件，对行受贿犯罪应作为一个案件合并审理。起诉书也是这么认为的。

2. 王某臣涉嫌受贿一案，涉及行贿人、介绍贿赂人唐某凯、王某媛、温某麟、周某根、梁某恩、岑某钦、张某针、毛卫某共八人，共同指向的受贿人为王某臣。无论是从查明案情的现实需要，还是从共同犯罪的刑法规定，或是从刑事诉讼法的规定来说，把王某臣等九人作为一个案件进行审理，是必要的，也是必需的。

3. 在2011年4月14日王某臣到案前后，所有的所谓行贿人、介绍贿赂人、受贿人均被深圳市反贪局采取强制措施，所有涉案人员都在同一个办案单位——深圳市反贪局掌控之下，无一人不在案，且无一人存在不能出庭的客观情况。将行受贿人员一案审理，无任何客观障碍。

4. 但是，深圳市检察院在将上述所有人员作为一个案件立案，并采取强制措施后，将一案拆分为八案，基本上是一人一案，即（1）王某媛、唐某凯行贿案；（2）温某麟行贿案；（3）周某根受贿案；（4）梁某恩行贿案；（5）岑某钦受贿案；（6）张某针行贿案；（7）毛卫某受贿、介绍受贿案；（8）王某臣受贿案。并且，把除王某臣外的前七个案件下移，移送某区检察院审查起诉。某区法院也作为七个案件进行审理，案件已经判决生效。

尤为需要注意的是：七个案件的审理都是在受贿人王某臣可以到庭作证或接受审判的情形下，检察院没有听取其意见，法院没有让其到庭，七个案件的确没有把王某臣作为被告进行指控，法院对行贿事实进行了审理，但是在判决书中却确认了“王某臣收受贿赂”的事实。这是典型的“缺席审理”“缺席判决”。

5. 这种拆分案件、缺席审理、缺席判决的做法，严重违反了刑事诉讼法的基本原则，实质上已剥夺了法律赋予王某臣的包括辩护权在内的各项权利，且造成了“未诉已定”“未审已定”的客观事实，给汕头市中级人民法院造成了“必须定罪”的压力，有绑架后者的重大嫌疑。我们有理由担忧，也非常担忧汕头市人民检察院和法院能否顶住压力，能

否公正、客观地处理本案。

6. 这种做法使我想起了《水浒传》中杨志卖刀的故事，杨志说自己的刀杀人不见血，牛二说，“你用刀来剁一个人我看，没人杀，你杀了我，要是不敢杀我，就是刀不行”。杨志怒，杀了牛二，果然刀不见血，好刀。现在王某臣说自己无罪，但公诉人举出了七份八名同案被告的生效判决，如果王某臣能否定这七份判决，那王某臣就是无罪，否则就是有罪。王某臣确实否定不了七份判决——这个可恶的“牛二”。但好在我们现在是政治昌明、讲究法治的现代国家，我们公诉人、合议庭不会让“牛二”得逞，辩护人坚信，王某臣不会成为现代的“杨志”。

二、刑事案件的判决不具有预判力，这些被“制造”出来的生效判决不属于特殊形式的书证，这些刑事判决书确认的事实不属于“免证事实”

刑事诉讼不同于民事诉讼，它涉及人的自由、生命等重大权利，对其不能照搬民事证据规则，本案指控的犯罪事实属于控方必须举生效判决外的其他证据予以证明的对象，不属于“免证事实”，绝不能以前案判决来证实本案的成立，而应以本案的证据来证实前案是否成立。否则就是剥夺被告人的辩护权，就是形式审判。如果按照公诉人的逻辑，本案的侦查纯属多余，今天的开庭也不需要，开庭也白开了，法院直接拿前案判决定罪不就行了吗？

三、公诉人以“前案判决证实本案”的举证方法，没有法律依据

广东省高级人民法院对此持明确的反对意见。例如，广东省高级人民法院课题组《关于统一全省法院刑事证据采信标准的调研报告》就指出：“对于其他刑事判决确认的事实是否属于免证事实，认识上有争议。外省法院所制定的刑事证据规则中，有的将此规定为免证事实，我们认为是不妥当的。如在共同犯罪中，共同犯罪人甲先归案，先被判决，在甲的刑事判决中，已认定乙与甲共同作案。乙随后归案，法院在

对乙审理时，如果直接援引甲的刑事判决中所认定的事实，径行对乙定罪量刑，则剥夺了乙的辩护权，实质上是缺席判决，这和我国刑事诉讼的法律规定及诉讼理念是相悖的。故在拟制定的刑事证据采信标准中，不将其他刑事判决确认的事实规定为免证事实。”

第二部分 孤证不能定罪，公诉机关的指控不能成立

一、公诉机关关于指控王某臣通过周某根收取温某麟贿赂款174万元，无确实充分的证据证实，没有事实根据，该项指控不能成立

（一）没有确实充分的证据证实周某根将174万元交给了王某臣。

1. 公诉机关指控的关键环节是周某根是否将174万元交给了王某臣。公诉机关指控被告人犯罪系由以下环节构成：（1）周某根告知王某臣温某麟愿意支付回扣；（2）温某麟将回扣全部交给了周某根；（3）周某根将自己所收回扣的一部分送给了王某臣；（4）王某臣因为回扣同意温某麟负责的新安广民承接供应。这其中最为关键的环节就是周某根是否将174万元交给了王某臣，即谁是174万元的最终收取者，是周某根还是王某臣。只要这174万元不是王某臣占有了，只要公诉机关的证据不能证实第3个环节成立，该项指控就全部不能成立。

2. 控方没有确实、充分的证据证实174万元被王某臣占有，即被告人收取174万元的事实不存在。所谓周某根将174万元送给被告人的证据既不确实，又不充分。

（1）关于此节的证据只有周某根一个人的说法，即只有一个证据，属于孤证，从量上来说，根本谈不上“充分”。从质上来说，周某根与本案存在法律上和经济上的利害关系，其是和温某麟直接接触，直接收取回扣，而且是占有回扣的污点被告人，其口供存在趋利避害、推卸责任的动机和现实需求。尤其是，时间地点不同、讯问人不同、记录人不同的几份口供，在关键情节存在大量一模一样的情形，充分说明口

供不“真实”，更谈不上“确实”。而现在被告人对此予以坚决否认，证据上呈现“一对一”，根据孤证不得定罪的原则，不能认定周某根将174万元送给了被告人。

(2) 可能公诉人会讲“温某麟口供能够印证周某根所说”。辩护人必须指出，这种说法是错误的，是不能成立的。其一，辩护人向法庭提交的九份温某麟口供，一直稳定地供述“贿赂了周某根”，根本不涉及王某臣，没有只言片语谈到“知道周某根将钱送给了王某臣”。其二，控方提供的温某麟口供，从未说过周某根告诉自己把钱送给了王某臣。虽然隐含有周某根可能再打点别人的意思，但这属于推测和分析，是评价性意见，根据法律规定，这样的内容不能作为定罪证据。何况该内容与辩护人提供的口供矛盾。因此，从关联性上来说，控方口供只能证实其给周某根钱，不能证实周某根给王某臣钱。

因此，关于周某根送给王某臣174万元的证据，还是只有周某根一个人的口供，仍然是孤证。而孤证不得定罪。

(二) 同样，没有确实充分的证据证实“周某根告知王某臣温某麟愿意支付回扣”。

关于此节的证据只有周某根一个人的说法，即只有一个证据，属于孤证，既不“充分”，也不“确实”。而王某臣对此予以坚决否认，证据上呈现“一对一”，不能认定该部分事实。具体理由同上，不再赘述。

(三) 周某根向温某麟提出增加回扣，王某臣根本不知情，此节事实与王某臣无关。

关于王某臣提出增加回扣，控方同样只有周某根口供，又是孤证，证据呈现一对一，依法不能认定。关于这一点，起诉书第2点对此描述得很有意味，也没有提及王某臣是否知道。

（四）本案不能排除周某根独吞回扣，栽赃王某臣，或打着王某臣的旗号自己收钱的合理怀疑。

周某根从温某麟处收取涉案的174万元是不争的事实，生效判决已经确认周某根另外收取回扣105万元，且温某麟从合同签订到支付回扣款从未与王某臣发生联系，都是周某根操作。周某根既然能收取105万元，谁能排除身为利害关系人且口供存在大量一模一样之处、犯有受诈骗罪的同案被告，没有独吞回扣、栽赃王某臣或打着王某臣的旗号自己收钱的合理怀疑呢？根据法律规定，定罪必须排除一切合理怀疑，得出唯一结论。

综上，该节指控无证据支持，无事实根据。

二、公诉机关指控王某臣通过岑某钦收取梁某恩贿赂款75万元，无确实充分的证据证实，没有事实根据，该项指控不能成立

（一）没有确实充分的证据证实岑某钦将75万元交给了王某臣。

（二）同样，没有确实充分的证据证实“岑某钦告知王某臣梁某恩愿意支付回扣”。

（三）岑某钦向梁某恩提出增加回扣，王某臣根本不知情，此节事实与王某臣无关。关于王某臣提出增加回扣，控方同样只有岑某钦口供，又是孤证，证据呈现一对一，依法不能认定。

（四）本案不能排除岑某钦独吞回扣、栽赃王某臣，或打着王某臣旗号自己收钱的合理怀疑。

因为该项指控与第一项指控逻辑相同、涉案事实高度相似，具体理由与第一项指控基本相同，在此我就不再展开，详细内容参见第一项辩护内容。

（五）特别指出与第一项指控不同的几个问题，请合议庭高度重

视。

1. 在1999年，岑某钦就负责管理民警食堂，从那时起他就选定了梁某恩。王某臣2003年年底到任，只是沿用老人岑某钦管理而已。

2岑某钦自己都明确认可“梁某恩每月送钱”是“我和梁某恩一起商量的，王某臣事先并不知情”。

3. 一直没有签署书面合同。

综合上述3点，岑某钦告知王某臣、并送给王某臣回扣75万元的可能性该有多大，必要性何在？

三、公诉机关指控王某臣收受张某针回扣款134.5万元，无确实充分的证据证实，没有事实根据，该项指控不能成立

（一）指控王某臣收受134.5万元无确实、充分的证据证实。

1. 从控方证据分析，又呈现一对一情形。

（1）控方据以指控的证据无非是同案被告毛卫某、张某针的口供。根据该二人的口供（除去张某针2011年7月12日10时30分—同日11时20分口供外），可以清晰地看出，所有的钱款都是张某针交给毛卫某。至于毛卫某是否交给了王某臣，只有毛卫某的口供。王某臣对此坚决否认，从证据的量上来看，又呈现一对一情形，毛卫某的口供属于孤证。

（2）当然，辩护人注意到，张某针2011年7月12日10时30分—同日11时20分口供提到“2010年中秋、春节到王某臣办公室给其4万元，每次2万元”。但这种说法只有张某针一个人的一次口供，除此没有任何证据印证。这样的证据是不是孤证，我都不想再多作说明。要说明的是，张某针的这种说法和公诉人所举的毛卫某口供也是相互矛盾的。张某针的这种说法无疑不应被采信。

2. 从辩护人提交的证据来看，已经否定了控方的证据。举证阶段，我们已经向法庭提交了毛卫某在侦查阶段（2011年9月27日）的口供和毛卫某的庭审笔录。在侦查阶段的口供里，毛卫某坦承没有从张某针那拿钱给王某臣；毛卫某在一审、二审阶段，都再次提出自己的确没有从张某针那拿钱给王某臣。而且毛卫某庭审时解释了自己其他口供的形成是体罚下的产物。毛卫某的这个解释绝非空穴来风，有“到案经过”予以佐证。其2011年4月13日上午到案，我们看到的最早口供是2011年4月15日20时20分的，这几十个小时的时间，侦查人员对他做了什么，我们不得而知。不过，毛卫某的多次口供大量一模一样、提讯时点违背人的生理规律等现象已经告诉了我们答案，控方所举的毛卫某口供是虚假的，不能作为定罪的证据。

3. 现在，两相对比，控方的证据是孤证，不能证实控方的指控。而辩方证据不但证实控方证据的虚假性，而且说明了事实真相——王某臣根本没有收到134.5万元。

（二）指控王某臣通过毛卫某提出提高销售价格，无证据证实。

1. 控方关于这方面的证据也就是毛卫某口供，王某臣予以否认，证据又呈现一对一情形；而且刚才也讲了毛卫某的口供欠缺真实性。因此，此节指控没有证据支持。

2. 在此澄清一点，虽然张某针的口供提到找王某臣审批，“对方提出提高价格”，乍一看感觉“对方”就是指王某臣，但实质上这个对方是毛卫某，不是王某臣，这有控方所举口供证实。侦查人员特意使用“对方”这个词语，不知道是意图掩盖什么，还是意图混淆什么。但事实就是事实，张某针和王某臣没有接触，这是铁的事实。

（三）本案不能排除毛卫某独吞回扣、被迫栽赃王某臣，或打着王某臣旗号自己收钱的合理怀疑。具体理由同前两项指控一样，不再重

复。

四、公诉机关指控王某臣收取王某媛、唐某凯58万元无事实根据

（一）无确实、充分的证据证实王某臣收取王某媛38万元。

公诉机关就此所举的证据就是王某媛口供、毛卫某口供、唐某凯口供。三者均存在诸多问题，不能作为定罪证据。

1. 唐某凯口供从关联性上来说，只能证实其给王某媛钱，不能证实王某媛给王某臣钱。

2. 王某媛口供不真实、不合法。举证质证时辩护人已经指出，王某媛全面涉及五次行贿的4次口供本身和2011年5月30日的王某媛审讯录像，已经证实口供是虚假的，不能作为定罪证据。具体理由不再重复。

3. 毛卫某口供不真实、不合法。质证时和前面辩护人已经多次说明，控方所举的口供不真实，具体理由不再重复。

4. 王某媛口供和毛卫某口供无法印证指控事实。辩护人注意到公诉人说该二人的口供可以相互印证。对此，辩护人必须指出证据间印证的前提是证据必须是真实、合法的，否则，谈何印证。如果要谈“印证”，那只能说虚假的王某媛口供、毛卫某口供印证了王某臣没有收取38万元的事实。

5. 强调指出：2008年王某媛拿现金给王某臣又是一对一的情形。

（二）王某媛转账到王某臣账上的20万元是借款，与犯罪无关。

1. 在侦查阶段乃至今天的庭审，王某臣都辩解是借款；王某媛在一审、二审时也辩解是借款。那到底是不是借款，只有当事人最清楚。这两名当事人的辩解是最直接的证据。试问，我们既不是王某媛，也不是王某臣，我们有什么理由推翻当事人自己的辩解呢？

2. 可能公诉人对此持有异议，会认为有其他旁证足以证实。但要注意，其他旁证绝不是直接证据，而是间接证据。一般来说，直接证据的效力高于间接证据，而且只有在没有直接证据，间接证据能够形成完整的证据链条时，才能定罪。

但是，很遗憾，控方间接证据不能形成指控的证据链条。公诉机关所依据的间接证据主要是李某平侦查阶段的证言，意图用借款的时间晚于王某媛转账的时间，证实不是借款。可是，今天李某平出庭证实：他不止一次向王某臣提出借款30万元，从提出借款到王某臣汇给他款大约有十天的时间，而且他是在王某臣的催促下在其办公室还了20万元现金；在反贪局人员找他调查时，他被连续询问几个小时，他当时明确说了真记不清楚具体的借款时间了，后来在检察院人员提示是不是二十七号时，只好说大概是吧。今天的李某平面对庄严的国徽，在控辩审三方在场的情况下自由陈述了事实情况。其庭审证言的效力当然高于在封闭的侦查阶段被提示、被迫所作证言的效力，其侦查证言应被排除。

因此，控方所依据的间接证据——李某平证言已被否定，其间接证据无法形成证据链条。

3. 当然，除了王某媛、王某臣的辩解外，我们从时间、数额、资金走向等方面可以印证是借款。从时间上说李某平借款在前，王某臣向王某媛借款在后；从数额上分析，李某平向王某臣提出借30万元，王某臣向王某媛提出借30万元，王某臣最终借给李某平也是30万元；从钱款的流向来看，王某媛转给王某臣20万元，王某臣凑够30万元后，转给李某平，李某平随后转出。这个借款脉络非常清晰。

（三）不能排除王某媛自己收钱，根本没有给王某臣的合理怀疑。

1. 王某媛口供一直说得很清楚，唐某凯给自己的40万元没有给王某臣，自己留下了，专款没有专用。

2. 签署合同时王某臣都不收钱，王某媛都不送钱，合同签署后还会送钱吗？

3. 请充分重视，指控收受的38万元是合同签署后。20万元转账是2008年1月，晚于2006年合同近两年，早于2008年12月合同十一个多月。

综上，请合议庭依法宣告被告人无罪。

◆控辩交锋

本案控辩双方的交锋其实就聚焦在控方证据是否确实、充分方面。具体而言：1. 同案人的生效判决书是否具有预判力，它认定的事实是否属于免证事实，能否作为本案的书证直接采信。控方认为“可”，辩方予以“否”。2. 一对一的指控证据，即孤证能否定罪。尽管理论上不存争议，但实践中控方以“孤证指控”屡见不鲜。3. 出庭证人的证言与不出庭又具有利害关系的同案人侦查阶段的证言相左时，采信何者？控辩持有不同意见。

◆判决书节录

关于起诉书指控的第1宗犯罪事实。经查，供货商温某麟在取得某区看守所在押人员食堂的供货权后，按照该所负责采购的民警周某根要求，共将回扣款174万元委托周某根转交给王某臣。周某根供述其已将全部款项转送给王某臣，但王某臣一直予以否认，而温某麟并无直接送钱给王某臣，无法证明周某根是否将钱转送给王某臣。故周某根的供述缺乏其他证据印证，起诉书指控王某臣收受温某麟174万元的事实不清，证据不足，不予认定。对辩护人针对上述指控所提出的辩护意见予以采纳。

关于起诉书指控的第2宗犯罪事实。经查，供货商梁某恩在取得某区看守所民警食堂的供货权后，按照其和该所负责采购的干警岑某钦的

事先约定，共将回扣款150万元交给岑某钦。岑某钦供述将其中的75万元转送给王某臣，但王某臣一直予以否认，而梁某恩并无直接送钱给王某臣，无法证明岑某钦是否将钱转送给王某臣。故岑某钦的供述缺乏其他证据印证，起诉书指控王某臣收受梁某恩75万元的事实不清，证据不足，不予认定。对辩护人针对上述指控所提出的辩护意见予以采纳。

关于起诉书指控的第4宗犯罪事实。经查，供货商张某针在取得某区看守所的水果供应权后，按照毛卫某的要求，共将回扣等贿赂款134.5万元委托毛卫某转送给王某臣。毛卫某曾供述已将全部款项转送给王某臣，但王某臣一直予以否认，而张某针并无直接送钱给王某臣，无法证明毛卫某是否将钱送给王某臣。故毛卫某的供述缺乏其他证据印证，且其后来也予以翻供。综上，起诉书指控王某臣收受张某针134.5万元的事实不清，证据不足，不予认定。对辩护人针对上述指控所提出的辩护意见予以采纳。

关于被告人王某臣及其辩护人提出没有收受王某媛38万元现金，起诉书指控证据不足的辩解、辩护意见。经查，同案罪犯唐某凯供述其为了和看守所签订合同，先后2次拿出40万元给王某媛疏通关系。王某媛供述从其中拿了38万元分四次送给王某臣，证人毛卫某的证言也能予以印证。综上，本案证据能够相互印证，足以认定王某臣收受38万元的事实。关于王某臣及其辩护人提出王某臣收到王某媛20万元转账款属于借款的辩解、辩护意见。经查，王某臣收款时没有出具借据，本案也没有证据证明案发前三年多的时间内其有归还或者归还的意思表示，可见该款的往来不符合民间借贷的常情，且又是发生在王某媛对王某臣有请托事项的期间。王某媛也供述王某臣虽然有用借的字眼，但她知道是婉转问她要钱，因为王某臣在签订合同时帮过她的忙，理应感谢他，事后王某臣没有表示要归还，她也没有打算追讨。综上所述，该20万元应认定为受贿款，至于王某臣索要该款时是否为了转借给李某平不影响该款性质的认定。故上述辩解、辩护意见理由不成立，不予采纳。

本院认为：……

判决如下：被告人王某臣犯受贿罪，判处有期徒刑十二年，并处没收价值人民币58万元的财产。

◆辩护思路

拆分案件在司法实务中虽然常见，但有些拆分既不合法，也不符合常理，存在人为因素。侦控机关拆分案件与否，均有着自己的思路和目的，不会冒天下之大不韪去做一件无益于侦控的事情。本案也是如此。就本案而言，表面上看王某臣涉案金额441.5万元，涉及次数多，涉及其他人员多，涉及四组行贿人、中间人共8人。但仔细分析指控，除20万元系转账给王某臣外，行贿人拿钱给中间人，中间人称从中拿出一部分送给王某臣，这两个环节是孤立进行的，尤其是后一环节的证据是一一对一，而且王某臣否认收受钱款。因此，本案指控除20万元外，均系孤证定（案）罪，而孤证不得定（案）罪。控方证据不能证实王某臣收受了上述421.5万元，这是本案指控证据存在的重大问题。当然，侦控机关对此也注意到了，因此，才出现了在客观上并案审理不存在障碍的情况下，深圳市检察院在将上述9人作为一个案件立案，并采取强制措施后，将一案拆分为八案，把除王某臣外的前七个案件下移区检察院起诉，并在七案判决生效后，单独指控王某臣受贿，意图用生效判决作为书证弥补指控证据的缺陷，未审先判，给汕头市中级人民法院施压。梳理清楚侦控思路后，对441.5万元中的421.5万元，辩护人形成了两大辩护要点：1. 前案刑事判决不具有预判力。2. 孤证不得定罪，因此，控方无确实、充分的证据证实被告人收取了421.5万元。对20万元转账部分，辩护人做了钱款性质上的辩护。

◆结语

一般而言，书证应该是在案发时就已形成的客观存在。当然，不排除案发后形成的文字、图像、符号也可以作为定罪证据。但是，像本案

中拆分案件形成的生效判决不能作为指控证据，因为它不符合基本的刑事诉讼原则——直接言词原则，也剥夺了被告人的重大诉讼权利，它是一种实质意义上的“缺席判决”。

尽管《人民检察院刑事诉讼规则》第437条规定了六项“免证事项”：（1）为一般人共同知晓的常识性事实；（2）人民法院生效裁判所确认的并且未依审判监督程序重新审理的事实；（3）法律、法规的内容以及适用等属于审判人员履行职务所应当知晓的事实；（4）在法庭审理中不存在异议的程序事实；（5）法律规定的推定事实；（6）自然规律或者定律。但本案中涉及的七份判决书涉及王某臣的认定事实，不属于该条第（2）项免证事项。因为探究该条第（2）项的设立初衷，其应指不属于本案指控事实的“事实”，不属于本案被告人被控实施的“事实”。“人民法院生效裁判所确认的并且未依审判监督程序重新审理的事实”系指与本案有关联，但不属于“本案指控事实、本案被告人被控实施的事实”。同时也应指出，该条规定既无法律依据，也有违相关法理。

侦控机关拆分案件、用生效判决充当书证的情形并不鲜见，也早就存在，但“存在不等于合理，更不等于合法”。理虽如此，但司法实践中，侦控机关的拆分做法对审判机关是一种巨大压力，对辩方而言也是很难逾越的鸿沟，以致实践中审判机关直接采信者有之，辩护律师因畏难、心怯而放弃质疑者有之，进而导致此种情形日盛。因而，知错必纠、迎难而上、寸权必争、敢于质疑、善于质疑、依法辩争、释理服人就成为辩护律师难以具备而又应该具备的素质。辩护律师应不畏难、不唯权（力），敢于真辩，真的敢辩，要“敢亮剑、能亮剑、善亮剑”，才能使辩护意见得到审判机关的认可、采纳。

刑事案件不同于民事案件，为避免办案机关间的相互“绑架”，为保障被告人的合法权益，建议对于因客观原因不能并案审理的共同犯罪或对应型案件，在前案判决中尽量以“他人”代指未到案的“同案

人”，并在立法上明确规定“同案人的生效判决书不具有预判力”。

第二讲 证人证言的特点与采信

——连某强故意杀人死刑复核案

按 语：证人证言作为一种常见的证据，在很多案件中不可或缺，甚至被作为定罪的主要依据。但因为证人受自身感知、记忆、情绪、表达、立场、利害关系和作证场景等因素的影响，其所做陈述可能不尽“客观、真实”。侦办人员又因听、记、听记转化和职责等因素影响，其所记载白纸黑字的“询问笔录”因兼具“传闻”“传来”性质，离“事实”又会较前者“更远”。因此，证人“眼见不一定为实”“耳听不一定为虚”。不同证人受自身因素、外界因素的影响，对同一事实的表述可能会一致，也可能不一致，甚或“大相径庭”，故证人证言“相互印证、一致”不等于“证言真实、可信”，证人证言“相互矛盾”不等于“证言虚假”。“众说纷纭”“众口一词”均是证人证言特性的外在表现。正因如此，刑事诉讼法及司法解释对证人证言的收集、认证、采信作了较为严格的规定，法律工作者对“证人证言”必须保持应有的警惕，必须严格坚守“确实、充分”的证据标准，尤其是在死刑案件中。

关键词：言词证据 易变 立场与真实 选择性陈述

◆案情简介

1. 被告人连某强，男，2006年4月22日独自一人在温州某一游戏厅内与该厅十多名工作人员发生纠纷，连某强被打成重伤后当场昏迷。之后，案发现场在警方到场之前已被洗刷，两名游戏厅工作人员被送就医前均神志清醒，随后在医院里一人死亡。2006年5月24日连某强因涉嫌

故意伤害致人死亡被温州市公安局刑事拘留，2006年6月30日被逮捕。2006年11月27日温州市检察院以被告人连某强构成故意杀人罪，向温州市中级人民法院提起公诉。

2. 2007年12月21日，温州市中级人民法院一审判决被告人连某强构成故意杀人罪，判处死刑立即执行。被告人连某强不服一审判决，以事实不清，定性错误为由向浙江省高级人民法院提起上诉。

3. 2007年3月30日，浙江省高级人民法院经开庭审理后，维持原判，驳回上诉，并将本案报请最高人民法院复核。

4. 2007年4月在本案复核期间，被告人委托辩护人担任其死刑复核阶段的辩护律师。接受委托后，辩护人向最高人民法院递交了委托手续，提出了阅卷要求，在会见了被告人连某强并认真听取了其对案件事实的陈述，详细查阅了案件材料的基础上，于2007年7月13日在最高人民法院向本案承办法官当面详细阐述了辩护意见。本案承办法官和书记员就辩护意见作了详细的笔录。

此后，辩护律师多次向最高人民法院、浙江省高级人民法院、被告人被押看守所了解本案进展，均被告知耐心等待。直到2008年2月临近春节前的一天，被告人家属在电话中哭着告诉辩护人，被告人连某强已于当天被宣判、执行死刑。

◆一审、二审判决书节录

一、浙江省温州市中级人民法院刑事判决书

经审理查明：被告人连某强案发前在浙江省温州市无固定职业，经常到温州市鹿城区沙帽河商城龙虎豹电子游戏室的赌博机上赌钱。2006年4月9日连某强输钱后，向该电子游戏室索要了人民币1000元。2006年4月22日晚9时30分许，被告人连某强持随身携带的匕首捅刺被害人黄某杰、金某胜，黄某杰经抢救无效死亡。经法医鉴定：被害人黄某杰系遭

受他人持单刃锐器捅刺致左肺上叶贯通创，左胸积血，心包破裂，心包腔积血，左心室壁贯通创，终因心脏破裂而死亡；被害人金某胜、被告人连某强的伤势程度均鉴定为重伤。

至于被告人连某强是否在遭受殴打后才持刀反击，鉴于本案目击证人均均为被害人一方，证人林某权的证言前后不一，案发现场已遭破坏等情况，对被害人金某胜、证人林某权、吴某敏证言中关于被告人连某强先持刀捅刺两被害人的情节不予认定。

.....

判决如下：被告人连某强犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身。

二、浙江省高级人民法院（2007）浙刑一终字第24号裁定书

经审理查明，原判认定被告人连某强故意杀人的事实，有被害人金某胜的陈述，林某权、吴某敏、苏某祥、吴某珍、吴某华、李某敏、张某勤、张某豹、贾某权、徐某红、杨某或、刘某花等人的证言，公安机关现场勘验笔录，法医学尸体、活体及DNA检验报告，提取的作案凶器匕首等证据证实。被告人连某强亦供述在案，所供与上述证据证明的情况相符。原判认定的事实清楚，证据充分。

关于上诉及辩护理由。经查：（1）被告人连某强携带凶器，借故前往龙虎豹游戏厅索要钱财，在与被害人发生纠纷过程中，持刀捅刺，造成一死一伤的严重后果，其行为符合故意杀人罪的特征。其与辩护人称本案定性不当，连某强的行为属于正当防卫的理由不能成立，不足采信。（2）被害人金某胜和证人林某权、吴某敏均证实连某强到游戏厅后即索要钱财。张某勤亦证实，龙虎豹游戏室的管理人员并没有纠缠她。故连某强与辩护人称案发当晚，其因游戏厅管理人员纠缠张某勤而去要个说法的辩护意见与事实不符，不足采信。

本院认为，被告人连某强故意非法剥夺他人生命，致一人死亡，一人重伤，其行为已构成故意杀人罪。罪行极其严重，且系累犯，依法应予严惩。连某强与其辩护人要求从轻改判的理由不足，不予采纳。原判定罪和适用法律正确。量刑适当，审判程序合法。出庭检察员的意见成立，应予采纳。依据《刑事诉讼法》第189条第（1）项，《刑法》第232条、第65条第1款、第57条第1款之规定，裁定如下：

一、驳回被告人连某强的上诉；

二、维持原判。

本裁定依法报请最高人民法院核准。

◆辩护词节录

一、一审、二审判决认定被告人连某强实施了故意杀人行为，认定事实错误

1. 本案事实存在两个“版本”。目前，关于本案的事实存在两个“版本”。第一个版本也就是一审、二审判决认定的事实，即2006年4月22日晚9时30分许，被告人连某强以女友遭到温州市鹿城区纱帽河商城龙虎豹电子游戏室工作人员纠缠为由，前往龙虎豹电子游戏室索要钱财，并与该游戏室管理人员黄某杰、金某胜等人发生互殴。连某强持随身携带的匕首捅刺黄某杰、金某胜，致黄某杰死亡，金某胜重伤。连某强也构成重伤。

另一个版本主要是连某强供述（供述一直很稳定，且和我们会见其的陈述基本一致）和其他证据描述的事实：龙虎豹电子游戏室因被人举报而被迫停业，经理吴（事发后连某强才知道其名字，之前只认识人）带人找到连某强的女友张某勤，怀疑是他们举报的，并翻看了张某勤的手机，问是否认识某个手机号。2006年4月22日晚，连某强独自来到游戏室，找到经理吴某敏理论，欲澄清他们没有举报。吴某敏用本地话打

了个电话，过了一两分钟，就来了一个男人揪住连某强的衣领，一拳打在其脸上，连某强的眼镜被打掉了。然后有七八个人用钢管打连某强，并有人用钢管猛捅连某强腹部，连某强被打得实在受不了了，怕自己被打死，被迫拿出平时随身携带的水果刀自卫，因高度近视，眼镜也被打掉了，所以只能毫无目标地挥动水果刀，碰到谁了，碰成什么样自己当时也不知道。后来自己被打昏，迷迷糊糊中听到一个老板叫人在“110”来之前，赶紧清理现场。后自己受了重伤。自己是正当防卫。

2. 尽管两个“版本”存在本质差异，但也存在一致之处。

(1) 游戏室提供赌博业务，连某强曾在那儿赌博。

(2) 游戏室处于停业状态。

(3) 经理吴某敏带人找过连某强的女友张某勤，并翻了张某勤的手机，张某勤将此情况告诉了连某强。

(4) 事发当晚，连某强一人去游戏室找吴某敏交涉。

(5) 事发当晚，被告人一人，且是外地来浙人员；对方人数众多，都是本地人。

(6) 被告人身受重伤，对方一死一伤。

(7) 鉴定结论表明，匕首上没有金某胜血迹。

3. 在存在故意伤害或故意杀人与正当防卫两种事实之争的情况下，不能简单地认为被告人所说的就一定是假的，就一定不真实，被害人方说的就一定真实。这就要分析本案的证据材料，看哪些证据更客观、更真实，且能相互吻合、印证，在此基础上，结合“两个版本的一致之处”才能准确认定事实。

第一，分析一审、二审判决据以定案的证据。一审、二审判决采信的证据很多，但绝大部分或与案件事实无关，或不能直接证明案件事实，其中对案件事实认定起重要作用的证据主要是：吴某敏证言、金某胜陈述、林某权证言、吴某珍证言、苏某祥证言和张某勤证言。

(1) 关于吴某敏证言，吴某敏作为游戏室的经理，与事件的起因有重要关系，从属于被害人，与被告人对立，与本案有利害关系，其证言往往真假参半，虚假的可能性大，对其证言必须科学分析、客观认定。但就是处于这种地位的证人，其2006年4月23日0时30分—同日1时30分的证言承认以下事实：①吴某敏确实找过被告人的女朋友；②事发当晚，被告人因吴某敏找了自己女友麻烦，才来找的吴某敏；③林某权在场，看见对方想敲诈，就往外走去，过了大概一两分钟，黄某杰进来了，金某胜不一会儿也进来了；④外地男青年的水果刀原先在口袋里，被黄某杰拉了一把后才掏出来的，外面进来了很多人，围住了外地男青年。

(2) 关于金某胜陈述，金某胜作为被害人，与案件存在利害关系，往往夸大对方责任，虚假性较大，不一定“确实”。比如，其陈述称“我从背后抱住他，安徽人就反转刀口向后捅了我大腿一刀（鉴定结论证实是右大腿）”，被告人右手持刀，被人从后背抱住，去捅别人的右大腿是无法完成的，所以仅凭被害人陈述不能定罪。同样，即使这样的陈述，其2006年5月4日13时11分—同日14时53分的证言证实：①黄某杰称被告人多次去吵闹；②金某胜是在办公室里接到黄某杰“安徽籍男子吵闹”的电话去的游戏室；③黄某杰先出的手；④当时现场有四五个工作人员。

(3) 关于林某权证言，其作为游戏厅老板，与案件也有利害关系，尤其2006年4月23日和5月30日的证言就自己是否在现场的语言截然相反，自相矛盾，这两份证言只能同假，不能同真。根据2006年4月23日证言，如果其不在现场，那证明不了案件事实，如果其在现场，为什

么要说假话，目的何在？根据2006年5月30日的证言，先不管其真实性如何，林某权也承认以下事实：①被告人先找的吴某敏，没有针对其他人；②当时己方除了林某权、黄某杰、金某胜和吴某珍四人外，还有三四名男子；③黄某杰先动的手。

(4) 关于吴某珍证言，其作为游戏室员工，从属于被害方，真实性可能存在问题。但即使这样，吴某珍的证言也证实了两点：①游戏厅停业；②在公安来之前，两名管理人员都很慌张，看到地上流了很多血，就让她进去把血擦掉了，这和连某强供述一致，事实上现场也确实被清理了。令人费解的是，游戏室的人是被害方，为什么慌张，为什么要在公安来之前清理现场，保护现场是常识啊！难道是为了掩盖什么？

(5) 关于苏某祥证言，其是否就是当天在场的赌客，是如何查找到的，不能仅凭其2006年6月22日的证言证实，是不是也应该让别人辨认以确认其是否是当天的赌客。这不能不让人产生合理怀疑。辩护人必须指出的是，苏某祥也说当时游戏室人数众多。

(6) 关于张某勤证言，证实不了事发过程，但能证实：2006年4月19日、20日，游戏室的三个人包括吴某敏来到她上班的地方找过她，问她手机号码。

至于，一审、二审判决采信的其他证据，如吴某华、李某敏、张某豹等人证言，充其量只能证实以前被告人连某强的行为，不能证实当晚被告人有敲诈的行为。

综合分析一、二审判决采信的上述证据，既存在虚假性，同时也存在诸如林某权为什么说假话，为什么要在公安来之前清理现场；黄某杰、金某胜等人到游戏室去的真实目的不清；一个外地人对多名当地人明显不利的状况下不可能找事；被告人针对的对象是吴某敏，怎么会涉及其他人；被害人说被告人敲诈，又怎么会无端杀人等不合常理之处，不能达到刑事诉讼“证据确实、充分”的要求，不能排除合理怀疑，无

法得出连某强故意杀人的事实认定。

第二，分析连某强正当防卫的事实是否真实。根据上述分析一审、二审采信证据和被告人供述部分吻合的事实，两个版本相一致的事实，一直很稳定的被告人供述，张某勤、吴某珍等人证言，可以清晰地看到：吴某敏曾找过张某勤查看手机号码，被告人去找吴某敏理论合乎常理；被告人自己也身受重伤，辩护人在会见时，也看到了被告人身上的伤痕，有明显的钢管捅痕；黄某杰和金某胜是被告人到后一两分钟后来的，金某胜是接到电话来的，黄某杰先动的手，其有七八个人，这些和被告人所说对方打了电话后，过了一两分钟，来了七八个人，上来就打，自己被迫防卫相印证，相吻合；现场在公安来之前被清洗也和被告人供述一致。所以，被告人连某强的供述更真实，更客观，正当防卫的事实更客观、真实，更能站得住脚。

不过，在此还必须强调的一点是，即使正当防卫的事实不能成立，在一审、二审判决采信的证据既不确实、又不充分的情况下，也不能认定被告人故意杀人事实成立。因为根据无罪推定和刑事诉讼证据规则，必须有确实、充分的证据才能定罪，而不是被告人否定不了犯罪，现有证据不能否定犯罪，正当防卫不成立就认定犯罪。

二、一审、二审判决认定被告人犯故意杀人罪，定性错误

1. 一审、二审判决认定事实错误，导致定性错误。根据本案事实和证据，被告人连某强不构成故意杀人罪。

(1) 从事发起因看，被告人只是在女友被吴某敏无端找麻烦情况下，去找其理论，这都无法刺激、诱发被告人的杀人动机。

(2) 从动机分析，被告人不存在杀人的动机。事发当晚，被告人去是为了解决问题，怕吴某敏再找女友麻烦，不存在杀人动机。而且，其针对的对象是吴某敏，并不认识黄某杰和金某胜，要是有人杀人动机也

是针对吴某敏，更何况没有杀人动机。即使根据被害方说法，被告人是敲诈，那也只有求财、索财的动机，没有必要杀人。相反，被害方自称多次被连某强敲诈，如果从动机考虑，那也是被害方有伤害被告人的故意。

(3) 从主观故意看，被告人当时是在被打得无法承受的情况下，才拿出随身携带的水果刀自卫，而且是在眼镜被打掉的情况下，毫无目标地挥动水果刀，没有想伤害谁的故意，更没有杀人的故意。

(4) 从事发时的力量对比分析，被告人只身一人，而且是外来人员，对方至少七八个人，而且都是温州人，又是在对方的游戏室内，被告人不可能在众目睽睽之下，以弱对强，持刀杀人，这不符合常理和逻辑。

(5) 从现场被清洗的事实分析，游戏室为什么要在公安到来前清洗呢，肯定是意图掩盖不利于自己的东西，一个非常合理的猜测是：当时到底谁是被害人，对管理人员来说难以确定，当时连某强肯定是被对方攻击，管理人员以为自己这方没什么大损失，为了掩盖伤害连某强的事实，怕己方被追究责任才清洗现场。

(6) 连某强身受重伤的事实最能说明问题，谁伤害的，不言而喻。被害人说是群众，当时游戏室停业，走后门才能进，不是管理人员和熟客根本无法进入，而且也不可能在这这么短的时间内聚集；如果真如被害人方所说，被告人用刀捅刺，那么不打倒被告人，不可能顾及送被害人去医院；而且如果是群众，群众见义勇为，做了好事，怎么一个都找不到。所以这种说法不能成立。

2. 从法律上说，刑事审判不能客观归罪，也不能有罪推定。而一审、二审法院恰恰是犯了这两个错误，才导致认定事实错误，定性错误。

三、被告人连某强不属于“罪行极其严重”，不应判处死刑立即执行，一审、二审判决量刑畸重

1. 一审、二审判决认定事实错误，导致定性错误，进而导致量刑畸重。

2. 被告人连某强对国家和社会有重大贡献的行为，却从未被兑现政策，此点在量刑时应予以考虑。

之前，辩护人向法庭寄交的淮南市公安局田家庵分局出具的证明材料、安徽省淮南市中级人民法院刑事附带民事判决书、安徽省高级人民法院刑事附带民事判决书、淮南市田家庵区人民法院刑事判决书证实：2002年11月，连某强曾以举报、配合、指认等方式协助公安机关抓获故意杀人犯朱某有（被判处死缓）、故意杀人犯兰某礼（被判处有期徒刑15年），属对国家和社会有重大贡献的重大立功行为，但相关机关从未给被告人兑现过政策。

被告人的行为节省了司法资源，防止了更大危害社会行为的发生，伸张了社会正义，对国家和社会有重大贡献，属于重大立功行为，量刑时应考虑减轻处罚。可能有人认为这不属于立功。其实非也。其一，根据《刑法》第68条的规定，并没有把立功的时间点限制在犯罪之后，有关时间限制的说法属于理论上的探讨，在法律没有明确限制性规定的情况下，应该对立功做有利于被告人的解释。其二，对立功应作广义的解释和理解。根据《刑法》第78条关于减刑的规定，被告人的行为属于该条第（6）项“对国家和社会有其他重大贡献的”情形。其三，从公平的角度考虑，既然累犯应该从重处罚，那么犯罪前的立功行为也应该在量刑时予以考虑，这才是公平的，这点对本案尤其适用。

另外，辩护人在会见时，被告人反映，其曾检举、揭发了他人多起入室抢劫犯罪事实，目前正在核查之中。

3. 从本案的主客观因素综合分析，被告人连某强是正当防卫，不属于犯罪性质极其严重，不属于犯罪手段、犯罪后果极其严重，被告人也不属于主观恶性极深，人身危险性极大的，被告人曾对国家和社会有重大贡献的行为也足以说明其主观恶性不深，人身危险性不大。

四、根据本案事实和我国刑事政策，不应核准被告人连某强死刑

1. 一审、二审判决还存在其他错误。一审、二审判决以所谓连某强曾敲诈游戏室，认定被告人敲诈事实客观真实错误，不管以前的敲诈是否属实，都无法证实被告人事发当晚有敲诈行为。结合本案事实，既然一审、二审判决认定双方互殴，连某强在遭受殴打后持刀伤人，定性也应是故意伤害，而不是故意杀人，而且既然是互殴，被害方的过错在量刑时也应考虑，尤其是被告人的重伤也应由被害方承担刑事责任，但是一审、二审判决让我们很遗憾。二审判决仅仅依据被害方证言就认定被告人到游戏室后即索要钱财，属对证据错误认证、错误采信；不予采信连某强当晚是找游戏室去要个说法的意见，完全背离事实，因为这一点，不但被告人如此供述，吴某敏也证实了这一事实。一审、二审判决认定被告人为索要钱财携带凶器，无证据支持，如果真是这样，为什么不定抢劫罪？

2. 本案在事实和性质上是正当防卫还是犯罪存疑，是故意杀人还是故意伤害存疑，是谁伤害谁上存疑，在是否应该立即执行死刑上存疑，尤其被告人对国家和社会有重大贡献，根据“杀者不疑，疑者不杀”之精神，不应判处其死刑立即执行。

3. 依据我国一直贯彻的“慎杀、少杀”刑事政策，结合死刑复核统一收归最高人民法院的初衷、目的和形式，从社会效果和法律效果的角度考虑，根据刑法谦益原则和轻刑化趋势，从事实关、证据关、程序关、法律适用关等多角度考虑，不应核准被告人死刑。

综上，根据本案证据和事实，依据法律，结合被告人有协助抓获重

大犯罪分子和检举揭发他人犯罪的情节，不应核准被告人死刑。

◆争议焦点

1. 一审、二审判决。因连某强勒索，连某强和被害人方互殴，其间连某强持匕首捅刺被害人黄某杰、金某胜，黄某杰经抢救无效死亡。连某强虽被打成重伤，但不知何人所为。“至于被告人连某强是否在遭受殴打后才持刀反击，鉴于本案目击证人均为被害人一方，证人林某权的证言前后不一，案发现场已遭破坏等情况，对被害人金某胜、证人林某权、吴某敏证言中关于被告人连某强先持刀捅刺两被害人的情节不予认定……”故连某强不是正当防卫，而是故意杀人。至于量刑，判处死刑，剥夺政治权利终身。

2. 辩方思路。因为本案属于死刑复核案件，辩护工作的第一要务就是考虑根据本案事实和证据，如何把被告人从刑法规定的死罪圈、死刑圈中脱离出来，如何阐述和说明对被告人处以死刑立即执行的不当之处。

要想实现上述目的，必须分析二审判决被告人死刑立即执行的判决思路。二审判决的思路为：被告人为勒索财物，持刀行凶，致一人死亡、一人重伤，其行为构成故意杀人罪，罪行极其严重，且属累犯，符合刑法判处死刑立即执行的要件，故判处死刑立即执行。

基于上述考虑，结合案件事实，针对二审判决书的事实认定和法律定性思路，尤其是辩护人了解到被告人在本案事发前曾协助被告人住所地公安机关抓获两名故意杀人犯（后一名被判处死刑缓期执行，一名被判处有期徒刑15年），但没有被兑现任何政策，一审、二审因被告人没有提及，判决也没有考虑该情节；事发当时，被告人是只身一人面对人数众多的被害人方，在所谓被害人经营的游戏厅与被害人方发生冲突；且被告人当时亦被打成重伤，当场昏迷，被害人方在警察到来前有意清洗了地面血迹，其中一名被害人是在送到医院后才因失血过多死亡的事

实。辩护人重点指出：

（1）因对证据主要是对证人证言的认识不同，导致存在故意伤害或故意杀人与正当防卫两种事实之争。但是由于指控故意伤害或故意杀人的被害人陈述、证人证言存在问题，而正当防卫的证据相对真实，因此，一审、二审判决认定被告人连某强实施了故意杀人行为，认定事实错误。

（2）从事发起因、动机、主观故意、事发时的力量对比、现场被清洗的事实、连某强自身受重伤的事实分析，一审、二审判决认定被告人连某强构成故意杀人罪，定性错误。

（3）现有证据充分证实被告人对国家和社会有重大贡献，属于立功，却从未被兑现政策，此点在量刑时应予以考虑，被告人不属于“罪行极其严重”，不应判处死刑立即执行，一审、二审判决量刑畸重。

（4）在事实和性质上是正当防卫还是犯罪存疑，是故意杀人还是故意伤害存疑，是谁伤害谁上存疑，在是否应该立即执行死刑上存疑，尤其被告人对国家和社会有重大贡献，根据“杀者不疑，疑者不杀”之精神，从事实关、证据关、程序关、法律适用关等多角度考虑，不应核准被告人死刑立即执行。

◆死刑复核裁定书节录

经复核确认：2006年4月22日21时30分许，被告人连某强来到温州市鹿城区沙帽河商城龙虎豹电子游戏室，以其女友遭到该游戏室工作人员纠缠为由，与管理人员黄某杰、金某胜等发生争执继而互殴。在互殴中，连某强持随身携带的匕首捅刺黄某杰、金某胜，致黄某杰左肺上叶贯通创，左胸积血，心包破裂，心包腔积血，因心脏破裂而死亡；致金某胜右腹动静脉破裂，失血性休克，构成重伤。连某强也被殴至重伤。

本院认为，被告人连某强故意非法剥夺他人生命，致一人死亡，一