

中华全国律师协会刑事业务委员会 / 编

# 刑事辩护律师 审查、运用证据指南

THE DEFENSE LAWYER'S GUIDE TO INSPECTING  
AND USING EVIDENCE IN CRIMINAL CASES

顾永忠 / 主编



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



中华全国律师协会刑事业务委员会/编

# 刑事辩护律师 审查、运用证据指南

以《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》为依据

撰稿人（以姓氏笔画为序）

左 宁 王振勇 许兰亭 吴丹红 张青松 张燕生  
李贵方 苑宁宁 陈雄飞 顾永忠 钱列阳 徐 平  
常 铮 程 雷 韩嘉毅 靳学孔



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



## · 刑事证据规定出台,刑辩律师准备好了吗

(代序)

2010年6月13日,为进一步完善我国刑事诉讼制度,根据中央关于深化司法体制和工作机制改革的总体部署,经过广泛深入的调查研究,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合发布了《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》(以下简称两个《规定》)。两个《规定》最后有一个相同的条文:“本规定自2010年7月1日起施行”。不仅如此,两院三部关于印发两个《规定》的通知还指出:“办理其他刑事案件,参照《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》执行。”这等于是说,在所有刑事案件中都要执行两个《规定》,并且只有半个多月的准备时间。时间如此紧迫,向所有参与刑事诉讼的人员包括刑事辩护律师提出了一个严峻的问题:刑事证据规定出台了,你准备好了吗?

两个证据《规定》看起来好像是从法官如何审查判断证据以正确定案及如何审查排除非法证据的角度制定的,但实际上涉及参与刑事诉讼的各方人员,包括侦查人员、检察人员、审判人员及辩护律师、被告人等。但是,从一定意义上讲,两个《规定》对刑事辩护律师提出的要求更为迫切,律师的诉讼角色更为重要。因为在刑事诉讼中,绝大部分证据都是由侦查人员、检察人员收集并提交给法庭的,作为控方,他们在刑事诉讼中承担着举证责任,因此一般不会对自己收集、提交的证据说三道四。相反,他们会竭力说明及论证自己收集和提交的证据如何合法、真实、与指控事实有关联,希望法官采信以作为定案的依据。而作为法官,由于要保持与控辩双方不偏不倚的中立立场,一般也不会积极、主动、直接对控方证据提出质疑,甚至否定,至少在法庭上不会公开这样做。既然如此,对于控方证据提出质疑甚至否定意见的诉讼任务就历史性地落在由被告人和辩护律师共同组成的辩方肩上,而由于被告人自身的局限性,此项重任则主要

靠辩护律师来完成。对此,刑辩律师责无旁贷应该有清醒的认识,不可犹豫、彷徨,更不能退缩不前。

刑辩律师如何挑起这一重任?首要工作就是学好两个证据《规定》。为此,全国律师协会刑事业务委员会与北京大学出版社经过协商,决定以两个《规定》为依据,以全国刑辩律师为主要对象,编写一本《刑事辩护律师审查、运用证据指南》,帮助刑辩律师尽快学习、掌握两个证据《规定》,并在办案实践中充分运用。同时还确定,以全国律协刑事业务委员会中既具有丰富的辩护实务经验,又具有较深理论功底的部分委员为骨干成员,组成本书的写作班子。经过大家的共同努力,本书即将正式出版。值此,作为主编,我就编写本书的一些想法与读者作一交流。

两个《规定》出台后,有人认为这是为法官如何审查判断证据规定的,律师的工作是辩护,并不是审查证据。其实,这种看法是不对的。不错,律师在刑事诉讼中的职责或使命主要是刑事辩护,但辩护的基础工作就是对控方指控被告人的犯罪事实是否能够成立从证据上分析,并提出意见,这也就是辩护律师们经常所说的事实上的辩护或证据上的辩护。而这项工作的主要任务,就是对控方收集、移送的证据从证据的合法性、客观性、关联性以及证明标准等方面进行全面、细致的审查,以发现是否存在问题?是否影响证据的资格和证据的证明力?是否能作为定案的依据?所有证据是否能达到法律要求的证明标准等?两个证据《规定》虽然主要是从法官的角度对各类证据如何审查判断,发现的问题如何处理,以及从整体上如何把握证明标准等问题作了比较全面、细致、具体的规定,但这些规定实际上也是辩护律师对控方证据进行审查的依据和空间,对于辩护律师如何审查控方证据具有重要的指导意义。因此,本书在审查证据方面的论述也是以两个《规定》为依据的,只是采用了辩护律师的视角和立场。

当然,律师对证据的审查不限于控方证据,也包括自己收集、调取的证据。律师如果要把这些证据提交到法庭上进行举证,此前也应当对这些证据进行审查、判断和筛选,以便发现问题,然后再向法庭举证,以免所提交的证据被控方提出质疑甚至否定。因为,就像律师有权对控方证据提出意见一样,控方也有权对辩方证据提出质疑。

但是,在刑事诉讼中,律师对证据的审查不是目的而是手段,并且是一种为辩护做准备的手段,审查证据的直接目的,是为了在刑事诉讼中正确、有效地运用证据为辩护

服务。所谓运用证据,对于辩护律师来说包括两个方面,一是针对控方以及其他有关方面的证据进行质证,即根据对证据进行审查发现的问题,从证据的资格、证明力以及证明标准等方面提出质疑性的、甚至否定性的意见;二是将自己收集、调取的证据经过认真审查,在确认没有问题或至少没有为控方或法官能够发现的明显问题后向法庭举证,以支持自己的辩护观点。正因为如此,除对证据的审查外,本书另一重要内容就是辩护律师在刑事诉讼中如何运用证据。由于辩方在刑事诉讼中收集证据的能力极其有限,而控方却要承担举证责任,因此,辩护律师在刑事诉讼中对证据的运用主要表现为对控方证据的质证,所以,本书中关于律师证据运用的内容主要是或基本上是律师如何对控方证据进行质证。

在律师界,还有一种倾向,一些人把辩护工作的重点放在会见权、调查取证权、阅卷权本身的实现上,而忽视扎扎实实、认真细致的审查证据工作。前已指出,审查证据以及排除非法证据绝不是法官的事情,从一定意义上讲,主要是辩护律师的工作。辩护律师不审查证据,不提出证据中存在的问题包括非法证据的排除问题,控方自己不会提出来,法官也不便主动、直接提出来。当然,会见权、调查取证权、阅卷权很重要,但是再重要也还是律师辩护中的条件性权利,即是为律师了解案情、熟悉案情提供的条件,而了解、熟悉案情之后,主要是对控方的证据进行审查,以发现并提出其中存在的问题,特别是影响指控的犯罪事实成立的问题,也就是质证。而这是律师辩护中的手段性权利,也是与控方展开理性对抗的武器。在围绕事实问题展开的辩护中,审查证据进而对控方证据进行质证,必要时向法庭提交自己收集、调取的证据,这是律师法庭辩护的主要工作。因此,辩护律师千万不能忽视审查证据和运用证据,为此,应当高度重视两个证据《规定》的出台,认真学习、掌握其内容和精神,在刑事辩护中充分发挥它们的作用。

以上所述,实际上是向读者交待本书的主要内容,也是说明为什么依据两个《规定》编写本书并命名为《刑事辩护律师审查、运用证据指南》。当然,两个证据《规定》还存在这样那样的问题,需要今后不断完善,更需要在条件成熟的时候上升为立法。但是,不断完善也好,上升为立法也好,与每个刑辩律师都密切相关。只有通过大家学习、掌握,并在司法实践中运用两个证据《规定》,才能发现《规定》本身存在的问题以及在执行中遇到的执法环境问题,进而也才能知道完善什么、怎样完善以及如何创造条件使其上升为立法。

话说到此,汇集成一句话就是:刑事证据规定出台了,刑辩律师准备好了吗?本书就是为刑辩律师学习、运用两个证据《规定》准备的一本小书,希望它对律师学习、掌握、运用两个证据《规定》有所裨益。但是,由于时间仓促,水平所限,难免存在不少问题,敬请各位读者批评指正。

顾永忠

2010年10月10日



# 作者简介

(以写作章节为序)

## 顾永忠

哲学学士、刑法学硕士、诉讼法学博士。长期从事刑法、刑事诉讼法学教学、研究工作,并从事专职律师10年。现为中国政法大学诉讼法学研究院副院长、教授、博士生导师;担任全国律师协会刑事业务委员会副主任;中国法学会刑事诉讼法学研究会秘书长;中国法学会审判理论研究会理事。

## 左 宁

中国政法大学2009级刑事诉讼法学博士研究生。

## 张青松

毕业于西南政法大学,1993年起从事律师工作,主要从事刑事辩护业务。现任北京市尚权律师事务所主任、北京市律师协会刑事诉讼法专业委员会副主任、北京市律师协会权益保障委员会委员。

## 常 铮

北京市尚权律师事务所律师,法学学士、经济学学士,刑事诉讼法学硕士。2006年起专职从事刑事辩护。现任北京市律师协会女律师工作委员会副秘书长、青年律师工作委员会委员、北京市未成年人保护公益律师团成员。

## 钱列阳

先后就读于北京市人民警察学校、北京大学分校、中国政法大学、北京大学法学院,法律硕士。1994年开始律师执业,从事刑事辩护。现任北京大成律师事务所高级合伙人,北京市律师协会刑事诉讼法专业委员会主任,全国律师协会刑事业务委员会委员。

## 徐 平

先后就读于中央财经大学、清华大学法学院,研究生毕业。1998年开始律师执业,现为北京市大成律师事务所高级合伙人,全国律师协会教育委员会委员,经济法委员会委员。

### **李贵方**

法学博士,1993年开始从事专职律师工作。现为北京德恒律师事务所副主任、全球合伙人,全国律师协会刑事业务委员会副主任,中国法学会刑法学研究会理事,中国行为法学会律师执业行为研究会副会长。

### **陈雄飞**

法学博士。司法部预防犯罪研究所副研究员,司法部预防犯罪研究所犯罪预防与对策研究室副主任,中国行为法学会律师执业行为研究会副会长。

### **张燕生**

曾任北京市中级人民法院刑事法官,1994年创办北京市大禹律师事务所,任该所主任。担任全国律师协会刑事业务委员会委员、北京市律师协会纪律委员会裁判委员、北京市人民代表大会立法咨询委员会委员。

### **韩嘉毅**

经济学管理学学士,北京大学法学院法律硕士。现为北京京都律师事务所合伙人、律师,担任全国律师协会刑事业务委员会秘书长、北京市律师协会刑事訴訟法委员会副主任。

### **苑宁宁**

中国政法大学2010级刑事诉讼法学博士研究生。

### **吴丹红**

中国人民大学法学博士,北京大学博士后。现为中国政法大学副教授、硕士研究生导师,兼任中国人民大学证据学研究所研究员。2005年起北京蒲泽律师事务所兼职律师。

### **程 雷**

中国人民大学法学院副教授,法学博士,中国社会科学院法学研究所博士后。中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心主任助理。

### **许兰亭**

中国政法大学法学博士,1992年开始执业,北京炜衡律师事务所律师,全国律师协会刑事业务委员会委员,曾任北京市律师协会刑法专业委员会主任,现为北京市律师协会刑法专业委员会副主任。



### **靳学孔**

中国政法大学法学硕士,北京市君永律师事务所律师。1995年进入检察院工作,七年后从事律师职业。

### **王振勇**

中国政法大学刑法学硕士。1993年到最高人民检察院工作,曾任法律政策研究室二处处长、院领导秘书。2001年起从事律师工作,现为北京德鸿律师事务所执行主任,担任北京市律师协会规章委员会委员、刑法专业委员会委员。

## 作者分工

第一章	顾永忠	
第二章	顾永忠	左 宁
第三章	张青松	常 铮
第四章	钱列阳	
第五章	徐 平	
第六章	李贵方	陈雄飞
第七章	张燕生	
第八章	韩嘉毅	
第九章	苑宁宁	
第十章	吴丹红	
第十一章	程 雷	
第十二章	许兰亭	靳学孔
第十三章	王振勇	
第十四章	许兰亭	靳学孔
第十五章	苑宁宁	左 宁



# 目 录

<b>第一章</b>	<b>两个《规定》的背景、意义及适用范围</b>	<b>1</b>
	一、两个《规定》的背景	1
	二、两个《规定》的意义	3
	三、两个《规定》的适用范围	7
<b>第二章</b>	<b>死刑案件的办案要求及证据原则</b>	<b>9</b>
	一、死刑案件的办案要求	10
	二、死刑案件的证据原则	13
<b>第三章</b>	<b>刑事辩护中对物证、书证的审查与运用</b>	<b>20</b>
	一、物证的概念、特征及种类	21
	二、书证的概念、特征及种类	23
	三、对物证、书证的审查	24
	四、对物证、书证的质证	29
<b>第四章</b>	<b>刑事辩护中对证人证言、被害人陈述的审查与运用</b>	<b>36</b>
	一、对证人证言、被害人陈述的审查	37
	二、对证人证言、被害人陈述的质证	41
<b>第五章</b>	<b>刑事辩护中对被告人供述和辩解的审查与运用</b>	<b>44</b>
	一、被告人供述和辩解的概念及其证据地位	45

	二、对被告人供述和辩解的审查	46
	三、对不能作为定案根据的被告人供述的质证	53
	四、对有瑕疵的被告人供述的质证	54
<b>第六章</b>	<b>刑事辩护中对鉴定意见(鉴定结论)的审查与运用</b>	<b>56</b>
	一、鉴定意见概述	57
	二、对鉴定意见的审查与运用	60
<b>第七章</b>	<b>刑事辩护中对勘验、检查笔录的审查与运用</b>	<b>71</b>
	一、现场勘验、检查概述	72
	二、影响现场勘验、检查质量的有关问题	75
	三、对勘验、检查笔录的审查	78
	四、对勘验、检查笔录的质证和对现场重建的综合运用	91
<b>第八章</b>	<b>刑事辩护中对视听资料的审查与运用</b>	<b>95</b>
	一、视听资料的概念	96
	二、对视听资料的审查与质证	99
<b>第九章</b>	<b>刑事辩护中对其他证据材料的审查与运用</b>	<b>106</b>
	一、对电子证据的审查与运用	107
	二、对辨认活动及辨认笔录的审查与运用	117
	三、对破案经过等材料的审查与运用	123
<b>第十章</b>	<b>刑事辩护中对证据证明力及证明标准的综合审查与运用</b>	<b>126</b>
	一、对证据证明力的综合审查	127
	二、对间接证据定案的审查与质证	130
	三、对根据被告人供述提取的物证、书证的审查与质证	133
<b>第十一章</b>	<b>刑事辩护中对特殊侦查措施所获证据的审查与质证</b>	<b>136</b>
	一、特殊侦查措施概述	136
	二、对秘密监控所获材料或证据的审查与质证	144



三、对乔装侦查所获证据的审查与质证	151
<b>第十二章 刑事辩护中对量刑证据的审查与运用</b>	<b>156</b>
一、量刑证据概述	157
二、对量刑证据的审查	159
三、对量刑证据的质证与举证	171
<b>第十三章 刑事辩护中对存疑证据的审查与运用</b>	<b>175</b>
一、对作证能力有缺陷的人和与被告人有利害关系的人的言词证据的审查与质证	176
二、对法庭核实证据的提出、参与及质证	180
三、对被告人年龄证据的审查与质证	185
<b>第十四章 刑事辩护中对非法证据的排除</b>	<b>189</b>
一、非法证据的界定及排除原则	189
二、审前程序中对非法证据的排除	192
三、审判程序中对非法口供的排除	197
四、审判程序中对非法证人证言、被害人陈述及物证、书证的排除	207
<b>第十五章 典型案例评述</b>	<b>209</b>
一、杜培武故意杀人案	209
二、佘祥林故意杀人案	222
三、赵作海故意杀人案	232
四、黄某故意杀人案	238
五、陆某某贪污案	248
<b>附 录 最高人民法院 最高人民检察院 公安部 国家安全部 司法部印发《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》和《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》的通知</b>	<b>261</b>

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 国家安全部 司法部《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》

263

最高人民法院 最高人民检察院 公安部 国家安全部 司法部《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》

274



### 一、两个《规定》的背景

2010年5月30日,新华社发布官方消息:最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布《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《办理死刑案件证据规定》)和《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》)(两个规定,简称两个《规定》)。这个消息立即引起法律界、法学界、新闻媒体和社会各方面的广泛关注,不少人对两个《规定》的出台感到很突然,甚至有人解读这是由于此前发生在河南商丘的赵作海冤案引起的。

客观而论,两个《规定》在2010年5月底宣布出台确实有点突然。因为据了解,5月30日当日,以上五个部门并没有正式签署这两个《规定》,直到6月13日才签署。此后,6月24日,最高人民法院正式对外全文公布两个《规定》。但是,应该说这只是表象,两个《规定》的制定、出台并非偶然,更不是某一特定个案直接导致的结果。而是由来已久,由多种原因促成的。从大背景上讲,有以下几点:

### 1. 立法机关一直想解决刑事证据制度立法完善问题

1996年,《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)的修改具有重要的历史意义,但施行一段时间后,发现仍存在不少问题,特别是在刑事证据制度方面,由于1996年《刑事诉讼法》的规定过于笼统、简单,实践中仍有不少问题需要解决,由此产生了再度修改《刑事诉讼法》的呼声。立法机关反复权衡、研究,在2001年前后,曾考虑制定专门的刑事证据法,并由立法工作机构展开调研、论证工作。但此项工作开展不久,立法机关高层又决定在十届人大期间对《刑事诉讼法》再度修改,把刑事证据制度问题的完善作为其中的一项重要议题。然而,由于各种原因,十届人大未能按原定计划进行,此项工作又转入本届人大也就是十一届人大的立法规划之中。据了解,立法机关的工作机构已着手调研,并将于2011年拿出修改稿,在本届人大届满前完成修法。可见,刑事证据制度的完善一直是立法机关重视并已着手解决的重要问题之一。

### 2. 最高人民法院多年来致力于刑事证据规则的制订工作

众所周知,最高人民法院于2001年12月6日和2002年6月4日先后制定发布了《关于民事诉讼证据的若干规定》和《关于行政诉讼证据若干问题的规定》两个司法解释。此后,一直想制定出台有关刑事诉讼证据方面的司法解释,但由于刑事诉讼证据问题复杂,牵扯面很广,迟迟未能出台。尽管如此,最高人民法院(简称“最高法院”)一直没有放弃此项工作。据笔者所知,在2004年前后,最高法院与加拿大法官培训学院确立了一项制订刑事证据规则的合作项目,不仅组成了专门班子,还开展了卓有成效的工作,包括境内外的调研、座谈、起草文稿等,并已形成了初步的文字稿。

2007年1月1日,死刑核准权收回最高法院。经过一段时间后,最高法院发现在各地报请核准死刑的案件中,存在大量的事实、证据问题,深感制订刑事证据规则比以往更加迫切,因此更加重视此项工作。

### 3. 党中央领导的新一轮司法体制和工作机制改革,为刑事证据制度的完善鼓满了东风,最终促成了两个《规定》的出台

中央成立了专门机构,建立了联席、协调会议机制,在全面、深入调查研究的基础上,形成了中央关于指导司法体制和工作机制改革的纲领性文件。刑事证据制度的完善是其中的一项重要议题。在此背景下,原来由最高法院一家的工作变成了政法五机关的共同工作,并且由全国人大常委会的立法工作机构即法工委指导、协调。经过大量卓有成效的工作,2009年年底两个《规定》的初稿已基本形成,其后报请中央审定。2010年5月30日,中央司法体制改革汇报会上确定将这两个《规定》正式发布。

正是在以上三方面的大背景下,经历了比较长时间的准备,经历了多方面磋



商、协调和多次的修改、完善,两个《规定》最终才得以正式出台。这个过程显然不能说是“偶然”。从历史的长河和诉讼规律来看,应该说是一种“必然”。很多国家大致都经历了这样一个过程,即刑事证据制度的完善特别是非法证据的排除,往往都是刑事诉讼制度发展到一定程度或发展到一定阶段的产物。回头来看,我国也不例外。从1979年制定通过第一部《刑事诉讼法》,到1996年3月对《刑事诉讼法》进行大规模的修改,再到2010年5月底宣布由中央五部门联合发布两个《规定》,这个过程绝不是偶然的,而是刑事诉讼规律所致。

当然,我们也应看到“必然”当中的“偶然”,也就是不排除两个《规定》在今年5月底宣布出台,与某些特定的个案有一定的联系,这恰好说明中央高度重视一些个案折射出的问题,高度重视在这些个案中反映出的广大民意,也表现出了中央解决当前司法实践中暴露出的一些突出问题的决心。

## 二、两个《规定》的意义

对于两个《规定》的意义,新华网北京5月30日电称,中央政法机关负责人就两个“证据规定”答记者问时表示:“这两个《规定》对政法机关办理刑事案件特别是死刑案件提出了更高的标准、更严的要求,对于进一步统一思想,提高认识,全面准确执行国家法律,贯彻党和国家的刑事政策,依法惩治犯罪、切实保障人权、维护司法公正,具有十分重要的意义。两个《规定》的颁布是我国刑事司法制度改革的重要成果,是我国深入实施依法治国方略的重要举措,也是刑事诉讼制度进一步民主化、法治化的重要标志。切实把两个《规定》贯彻好、执行好,对于进一步提高执法办案水平,进一步强化执法人员素质,必将发挥重要作用。”

以上内容显然代表了中央政法机关对两个《规定》意义的高度概括和宏观评价。笔者作为一名法学研究工作者,通过反复阅读全文,认真思考字里行间渗透的精神实质,对两个《规定》的意义有了一种特殊思考,即认为,两个《规定》的出台,透露出我国长期以来奉行的刑事办案指导思想发生了重大突破,这就是制约高于配合、质量重于数量、严防冤错案件。下面分别加以论述:

### (一) 关于“制约高于配合”

在刑事诉讼中,公安、检察、法院三机关分别承担着侦查、起诉、审判等不同职责。这些职责相互之间应当是什么关系,长期以来有关法律文件以及理论界的界定是“分工负责、互相配合、互相制约”的关系。但是,也有一些学者对其中的“互相配合”提出了质疑:配合什么?怎样配合?既然强调“配合”,又何以实现“制约”?司法实践中发生的一件件令人震惊的冤错案件,诸如余祥林案件、杜培武案

件、赵作海案件等,无不是在“互相配合”有加、“相互制约”名存实亡的体制下发生的,由此,现实对“互相配合”的司法体制提出了现实而严峻的挑战!

其实,这并不是一个多么复杂的问题,早在20世纪50年代中共第八次代表大会上,刘少奇同志代表中共中央所作的政治报告中对此就有了明确而又正确的定位:“我们的公安机关、检察机关和法院,必须贯彻执行法制方面的分工负责和互相制约的制度。”在这里明确强调的是“分工负责”与“互相制约”的关系,而不存在什么“互相配合”的问题。遗憾的是,不知后来为什么在“分工负责和互相制约”的关系中增加一个“互相配合”的关系,直至今天还仍然占据主导地位。尽管如此,几十年来的刑事诉讼的经验和教训乃至刑事诉讼的规律,促使人们不得不一次次地思考:在刑事诉讼活动中,公安机关、检察机关和法院相互之间到底应当是一种怎样的关系?有的人建议在刑事诉讼法的再度修改中,应当把“互相配合”从《刑事诉讼法》第7条中取消。这的确是一个非常值得研究的问题。其实,从权力分工的政治学原理上讲,分工负责的意义就在于分散权力,防止滥权与明确责任,与提高效率两个方面,其中并无“互相配合”的内在含义,因为如果强调“互相配合”,那就不必“分工负责”,权力集中在一家机构就行了。从本次两个《规定》的有关内容来看,虽然在文字上或字面上没有涉及“分工负责,互相配合,互相制约”的关系问题,但从其实质精神上看,在“互相配合”与“互相制约”的相互关系上,更突出、更强调“互相制约”,体现出一种“制约高于配合”的指导思想或精神内涵。

### 1. 两个《规定》的题目体现出了这一思想或精神

无论《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》,还是《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》,都表明,对于刑事诉讼中主要由公安机关以及其他侦查机关收集移送的证据并不能直接用作定案的依据,而应当进行审查、判断,对其中的非法证据还应当加以排除。而“审查判断”也好,“非法证据排除”也好,不是靠侦查机关自身,而主要靠检察机关、人民法院以及辩护律师在履行起诉、审判以及辩护等不同诉讼职能中加以实现,这就是一个“制约”的过程,体现出一种“制约关系”,而不是“配合”的过程、“配合”的关系。

### 2. 从两个《规定》的具体内容看

为了审查判断证据,在《办理死刑案件证据规定》中,不仅规定了证据裁判原则、程序法定原则、证据质证原则以及死刑案件的证明对象、证明标准等内容,而且分门别类地对七种法定证据以及其他证据材料如何审查认定作出了具体规定,还对如何运用间接证据定案、如何补正和调查核实存疑证据以及如何严格把握死刑案件的量刑证据等,提出了明确的要求。最重要的是,对于哪些证据不可以作为定案的根据也作出了明确规定。例如,该《规定》第9条规定:“经勘验、检查、搜查提取、扣押的物证、书证,未附有勘验、检查笔录,搜查笔录,提取笔录,扣押清单,不能



证明物证、书证来源的,不能作为定案的根据”;又如,作出鉴定结论的鉴定机构不具有法定的资格和条件,或者鉴定事项超出鉴定机构业务范围的,鉴定结论不能作为定案的根据;再如,第12条第3款规定:“证人的猜测性、评论性、推断性的证言,不能作为证据使用。”这些规定,不仅对侦查机关如何收集证据提出了要求,而且对检察机关、人民法院以及辩护律师如何审查判断侦查机关收集、移送的证据,提出质证意见以及作出是否采纳相关证据的决定提供了明确的依据。显然这就强化了检察机关对侦查机关,人民法院对检察机关和侦查机关,辩护律师对公安、检察和法院在收集、审查判断以及运用证据定案等方面的制约。而对此过程,两个《规定》中没有提出,更没有强调“相互配合”的问题。

3. 两个《规定》还对在办理死刑案件以及其他刑事案件中如何排除非法证据进行了规定

(1) 对于哪些证据应当排除作了明确规定,包括以刑讯逼供等非法手段取得的口供、以暴力威胁等方法取得的证人证言等;(2) 对如何排除非法证据规定了具体的操作规程,包括被告人如何启动该程序、法庭如何初步审查被告人的要求、控方如何证明不是非法证据、法庭如何调查是否为非法证据以及最后如何认定并排除非法证据,都作了具体的规定。在此过程中,控方对辩方提出的非法证据要承担合法取得的证明责任,其中包括必要时通知讯问的侦查人员出庭作证。这个过程充满了辩方对控方的制约、检察机关对侦查机关的制约、审判机关对控、辩双方的制约。这一制约过程不仅对所涉案件本身有直接影响,而且对于其他案件和诉讼过程都将产生重要的影响,对于规范各方的诉讼行为具有重要的意义。

## (二) 关于“质量重于数量”

我国正处于社会转型期,各种社会矛盾、冲突、纠纷突显,由此导致刑事案件处于高发期,案件数量急剧增长。与此同时,司法资源并不能相应增加,刑事案件的数量与司法资源的投入形成尖锐矛盾,进而在刑事诉讼中形成了办案质量与办案数量的尖锐冲突。从理论上讲,我们当然既要保证办案质量,也要强调办案数量,但在现实中,如果强调办案质量就可能牺牲办案数量;反之,如果强调办案数量则势必损害办案质量。赵作海案件多次被检察机关以证据不足为由退回侦查机关,但后来在办案期限的压力下,在有关方面不正常的干预下,最后还是由原检察机关提起公诉并经法院审判酿成了冤案。就在赵作海冤案被媒体公开报道前后,媒体还报道了另一令人震惊的案件,河南某地公安机关在“命案必破”的办案数量及办案期限的双重压力下,将一名精神病患者顶替嫌疑犯破案。这都是强调办案数量忽视办案质量的恶果。

如同企业生产活动一样,首先是质量,其次才是数量,只有在保证质量的基础

上才能追求数量。刑事案件的查处过程及查处结果就是刑事诉讼活动的“生产过程”及“产品”，但这种“生产过程”及“产品”从根本上不同于企业的“生产过程”及“产品”，它直接涉及对公民生命、自由、财产的生杀予夺，涉及政法机关的威信，涉及法律的公正与尊严，因此，刑事案件的办案质量是刑事诉讼的生命线。只有在保证质量的前提下才能追求数量，而不可能、也不应当兼顾质量和数量两个方面，更不能为了追求数量而牺牲质量。但是，在以往的刑事法律上特别是刑事司法实践中，往往对办案质量强调不够，相反，比较强调甚至突出地强调办案数量，还将办案数量纳入对办案机关、办案人员的考核、评价中。但历史和现实都表明，这种做法已经造成严重的负面影响，现在该是正本清源，加以纠正的时候了。中共中央政治局常委、中央政法委书记周永康在中央政法委第13次会议上指出，司法实践中确有一些案件办案质量不高，甚至发生了个别冤错案件，侵犯了当事人的合法权益，损害了司法的公信力。各级政法机关要吸取教训，以对国家、对人民、对法律、对历史高度负责的精神，始终把确保案件质量作为司法工作的生命线。这次两个《规定》的出台，应当说充分体现了质量重于数量的精神。

### 1. 两个《规定》的出台本身就表明了对办案质量的高度重视和突出强调

中央有关方面负责人在回答记者提问时表示：“死刑案件人命关天，质量问题尤为重要。在认定事实和采信证据上绝对不容许出任何差错”；还指出，制定并发布这两个《规定》是“为了能从源头和基础工作上切实把好事实关、证据关”；最后强调，通过发布实施两个《规定》，“在办理刑事案件过程中，要严把事实关、证据关、法律关、责任关，确保把每一起刑事案件都办成铁案，以经得起法律和历史的检验。”

### 2. 从内容上看

两个《规定》实际上是从审查判断证据和排除非法证据两个方面对证据的收集、审查判断及运用证据定案提出了明确而又具体的质量标准。这个标准既有程序法上的，如规定了证据裁判原则、程序法定原则、证据质证原则，并提出了对存疑证据、非法证据如何进行调查核实的程序要求，又有证据法上的，如死刑案件的证明标准是什么，非法证据的证明责任由谁来承担？等等。这就为在诉讼程序上和证据制度上坚持办案质量第一的思想提供了依据。

3. 两个《规定》不仅从正面规定了程序上和证据上的办案质量标准，更重要的是对于不符合质量标准的证据、案件如何处理作出了明确的规定

这里既包括对非法证据、存疑证据、意见证据不能作为定案根据，应当予以排除的要求，也有对未达到法定的并且经过细化的定罪证据标准的案件如何处理的规定。这些规定是非常重要的。因为现行法律、司法解释对一些诉讼上以及证据制度上的要求还是有规定的，譬如关于反对和禁止刑讯逼供的要求，但是由于缺乏



相关的配套措施和制裁措施,往往使这些规定难以落实到位。此次两个《规定》最大的突破在于,不仅规定了应当怎样做和不应当怎样做,还规定了违反这些规定的后果是什么。这就把办案的质量要求落到了实处。

### (三) 关于“严防冤错案件”

为什么要出台这两个《规定》?可能有人会说是为了维护司法公正;也有人会讲是为了在刑事诉讼中确保不枉不纵,如此等等。可以说仁者见仁,智者见智。在笔者看来,维护司法公正,确保不枉不纵当然没有错,但太抽象、太理想化了一些。笔者认为,两个《规定》的出台,最直接的目的就是为了严防冤错案件。正因为如此,哪怕是客观真实的物证、书证,如果没有勘验、检查、搜查、提取、扣押的笔录,不能证明物证、书证的来源的,便不能作为定案的根据;哪怕是内容正确的鉴定结论,如果作出鉴定结论的鉴定机构不具有法定的资格和条件,或者鉴定事项超出鉴定机构的业务范围,也不能作为定案的根据;哪怕是内容真实的认罪口供或有罪证言,如果是刑讯逼供等非法手段取得的或以暴力威胁等方法取得的,更不能作为定案的根据!

其实,在司法实践中的一些特殊案件上,办案机关常常会面对枉与纵或判错与放错的选择,此时主张不枉不纵或要求做到不枉不纵是非常苍白无力的,唯一的出路就是选择宁枉不纵还是宁纵不枉,或者选择宁可错放还是宁可错判。法治国家大都选择宁纵不枉或宁可放错不可判错。因为选择宁纵不枉或者宁可放错不可判错,只是犯了一个错误,将来还有补救的机会。但如果选择宁枉不纵或宁可错判不可错放,则是犯了两个错误,将来也没有补救机会。比如近期揭露出的赵作海冤案,当时抓他、判他证据都不充分,结果导致两个错误的发生:一是错判了无辜;二是放纵了真凶。如果当时没有判他有罪,释放了他,继续对案件侦查,则最近抓获的那3个真凶可能早在十余年前就已归案,不仅避免了对赵作海的错判,而且及时抓获真凶,防止了放纵罪犯。因此,笔者认为,两个《规定》的出台充分体现出了严防冤错案件的精神,为此,哪怕牺牲客观、真实的证据,哪怕牺牲个案的公正。

## 三、两个《规定》的适用范围

两个《规定》如此重要,在时间上和内容上的适用范围如何同样是重要的问题。

对于两个《规定》的生效时间,《办理死刑案件证据规定》第41条和《排除非法证据规定》第15条采用了文字、内容完全一致的规定:“本规定自2010年7月1日起施行。”从5月30日媒体报道中央五部门联合制定、发布两个《规定》,到6月13日上述五部门向地方各级法院、检察院、公安厅(局)、国家安全厅(局)、司法厅

(局)及军队相关部门联合下发通知并印发两个《规定》，再到7月1日起施行，前后仅1个月的时间，足以说明中央有关部门多么重视两个《规定》的实施问题。

至于两个《规定》在内容上的适用范围，从两个题目基本可以作出判断：既然是《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》，必然适用于死刑案件的办理；同样，《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》，也必然适用于所有刑事案件的办理。而所谓“办理”应当包括这些案件的侦查、审查起诉、审判以及辩护等各种诉讼活动，这也正是由中央五部门即最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合制定、发布两个《规定》的初衷所在。因为这些部门分别承担着刑事诉讼的不同任务，由他们采用“红头文件”的形式联合发布两个《规定》，对各自所在的系统都是有效的。正因为如此，中央五部门在6月13日联合印发《〈关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定〉和〈关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定〉的通知》（以下简称《通知》）要求：“各级人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关、司法行政等单位 and 部门应当根据实际情况，通过不同途径，采取不同方式，认真、及时地开展对两个《规定》的培训和学習工作，要精心组织相关办案人员参加专项培训，确保使每一个办案人员都能够全面掌握两个《规定》的具体内容。”

值得特别关注的是，两个《规定》的适用范围不仅如此，中央五部门在《通知》的结尾还要求：“办理其他刑事案件，参照《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》执行。”显然，这实质上是把《办理死刑案件证据规定》的适用范围从“死刑案件”扩大到了所有刑事案件，这是非常值得重视的一个动向，它意味着在条件成熟的时候，关于死刑案件的证据规定的名称和内容将正式适用于所有刑事案件。

最后需要指出的是，这次两个《规定》的出台，由中央五个部门联合发布，还有一个深层含义，即刑事证据制度的完善需要一个不断摸索、总结的过程，将来条件成熟时才可以吸收、转化为刑事证据制度立法。这意味着，一方面，我们各个有关部门应当认真学习、贯彻两个《规定》；另一方面，在此过程中，我们还应当善于发现、研究问题，总结经验、教训，为推动刑事证据制度立法的进程作出各自的努力。

《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》相关条文

**第一条** 办理死刑案件,必须严格执行刑法和刑事诉讼法,切实做到事实清楚,证据确实、充分,程序合法,适用法律正确,确保案件质量。

**第二条** 认定案件事实,必须以证据为根据。

**第三条** 侦查人员、检察人员、审判人员应当严格遵守法定程序,全面、客观地收集、审查、核实和认定证据。

**第四条** 经过当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实的证据,才能作为定罪量刑的根据。

**第五条** 办理死刑案件,对被告人犯罪事实的认定,必须达到证据确实、充分。

证据确实、充分是指:

- (一) 定罪量刑的事实都有证据证明;
- (二) 每一个定案的证据均已经法定程序查证属实;
- (三) 证据与证据之间、证据与案件事实之间不存在矛盾或者矛盾得以合理排除;
- (四) 共同犯罪案件中,被告人的地位、作用均已查清;
- (五) 根据证据认定案件事实的过程符合逻辑和经验规则,由证据得出的结论为唯一结论。

办理死刑案件,对于以下事实的证明必须达到证据确实、充分:

- (一) 被指控的犯罪事实的发生;



- (二) 被告人实施了犯罪行为与被告人实施犯罪行为的时间、地点、手段、后果以及其他情节；
- (三) 影响被告人定罪的身份情况；
- (四) 被告人有刑事责任能力；
- (五) 被告人的罪过；
- (六) 是否共同犯罪及被告人在共同犯罪中的地位、作用；
- (七) 对被告人从重处罚的事实。

## 一、死刑案件的办案要求

### (一) 办理死刑案件的总体要求

《办理死刑案件证据规定》第1条规定：“办理死刑案件，必须严格执行刑法和刑事诉讼法，切实做到事实清楚，证据确实、充分，程序合法，适用法律正确，确保案件质量。”

该条从五个方面对办理死刑案件提出了总体要求：(1) 办理死刑案件“必须严格执行刑法和刑事诉讼法”，这里既包括实体法又包括程序法，是从办案法律依据上提出的要求；(2) 办理死刑案件在定罪量刑上须做到“事实清楚，证据确实、充分”，这是从证明标准上提出的要求；(3) 办理死刑案件还要“程序合法”，这是从程序正义、程序公正上提出的要求；(4) 办理死刑案件还须“适用法律正确”，这是对案件在定性、量刑等方面适用法律提出的要求；(5) 通过以上几个方面，目的是要“确保案件质量”，就是不能在办理死刑案件中有任何差错，更不能发生冤假错案，通俗地说，要把死刑案件办成铁案，经得起法律的检验，经得起历史的检验。以上五个方面既是对办理死刑案件的总体要求，也是贯穿于《办理死刑案件证据规定》全文的指导思想。

### (二) 办理死刑案件定罪的证明标准和证明对象

证明标准一般是指对被告人定罪时要求控方运用证据对案件事实进行证明所应达到的程度。《刑事诉讼法》第162条规定了我国刑事案件定罪的证明标准是“事实清楚，证据确实、充分”。《办理死刑案件证据规定》第1条也开宗明义地规定办理死刑案件要切实做到“事实清楚，证据确实、充分”。但“事实清楚，证据确实、充分”只是一个一般性、总体性、抽象性的要求，其本身可操作性不强。在司法实践中，有的法院在审理重大刑事案件时，由于担心“疑罪从无”会放纵犯罪，在“有罪推定”的思维定式影响下，往往对被告人提出的无罪辩解和证据线索不作认真核查，而以“基本事实清楚，基本证据充分”作为定罪的证明标准。不仅如此，在



有的法律文件中也有提到“两个基本”的证明标准。但这次《办理死刑案件证据规定》没有提及“两个基本”的证明标准,而是重申、强调了《刑事诉讼法》规定的证明标准。

#### 1. 具有的重要意义在于

(1) 《办理死刑案件证据规定》第5条第1款规定:“办理死刑案件,对被告人犯罪事实的认定,必须达到证据确实、充分。”

(2) 对于何谓“证据确实、充分”,第2款进一步指出:“证据确实、充分是指:(一)定罪量刑的事实都有证据证明;(二)每一个定案的证据均已经法定程序查证属实;(三)证据与证据之间、证据与案件事实之间不存在矛盾或者矛盾得以合理排除;(四)共同犯罪案件中,被告人的地位、作用均已查清;(五)根据证据认定案件事实的过程符合逻辑和经验规则,由证据得出的结论为唯一结论。”

#### 2. 以上规定,与以往有关法律、司法解释关于证明标准的规定,特色显著

(1) 明确了“事实”与“证据”的关系,指出死刑案件的证明对象是“被告人犯罪事实”,证明标准则是“证据确实、充分”,要通过证据来证明、认定犯罪事实,从而打破了以往证明标准中“事实”与“证据”似乎同等重要,平分秋色的局面,确立了以证据为准认定案件事实的定罪思路和证明标准。

(2) 明确了证明标准的具体内容和证明程度。这主要表现在对“证据确实、充分”的具体解释包括五个方面,这里既涉及定罪事实与量刑事实都要有证据证明,也涉及要求每一定案的证据须经法庭程序查证属实;既涉及独立犯罪问题也涉及共同犯罪问题;既涉及证据与证据的关系,也涉及证据与事实的关系,更重要的是,对这些问题应当证明到什么程度提出了明确、具体的要求。

(3) 证明标准中蕴含了排除合理怀疑的精神。从理论上讲,“证据确实、充分”是一个很高、很严的标准,但在实务中如何把握往往在认识上容易产生分歧。如已经披露的一些冤错案件,在办案中,辩护人已经指出了证据上存在的问题,但办案机关却认为事实清楚,证据确实、充分,并定罪科刑。但真相大白后证明这样认定是完全错误的。这就需要从具体操作层面和实务层面上提出一个可以判断、把握是否达到“确实、充分”的钥匙。这次《办理死刑案件证据规定》虽然没有明确使用“排除合理怀疑”的表述,但在第5条第2款第3项和第5项中体现出了这种精神,第3项规定:“证据与证据之间、证据与案件事实之间不存在矛盾或者矛盾得以合理排除”;第5项规定:“根据证据认定案件事实的过程符合逻辑和经验规则,由证据得出的结论为唯一结论。”在这里,无论“证据与证据之间不存在矛盾或者矛盾得以合理排除”,还是“由证据得出的结论为唯一结论”,都体现出一旦认为“证据确实、充分”,就应当不存在矛盾或矛盾得以合理排除,并且由证据得出的结论是唯一结论而不能还有其他结论。显然,这体现了排除合理怀疑的精神,这对于正确运

用证明标准认定案件事实是有积极意义的。

证明标准解决的是证明的程度问题,与此密不可分的还有一个证明对象问题,也就是证明什么的问题,否则证明标准就成了空中楼阁。因为抛开证明对象讨论证明标准没有实际意义,两者必须结合起来才能充分体现证明标准的价值。

《办理死刑案件证据规定》第5条第3款就死刑案件的证明对象作了专门规定:“办理死刑案件,对于以下事实的证明必须达到证据确实、充分:(一)被指控的犯罪事实的发生;(二)被告人实施了犯罪行为与被告人实施犯罪行为的时间、地点、手段、后果以及其他情节;(三)影响被告人定罪的身份情况;(四)被告人有刑事责任能力;(五)被告人的罪过;(六)是否共同犯罪及被告人在共同犯罪中的地位、作用;(七)对被告人从重处罚的事实。”

纵观以上七项证明对象,第1项至第5项属于犯罪构成要件待证事实(第1项、第2项属于犯罪客观方面的待证事实;第3项、第4项属于犯罪主体的待证事实;第5项属于犯罪主观方面的待证事实);第6项和第7项属于量刑证据待证事实。并且这些待证事实之间存在着内在的逻辑联系。掌握这些联系,对于律师在死刑案件中做好辩护工作有重要意义。

3. 具体来讲,律师在办案中应当按照以下思路审查、运用证据

(1) 关注有关指控的犯罪事实是否发生的证据,也就是要特别注意指控的故意杀人罪、爆炸罪等犯罪事实是否确实发生,这是指控的基础,也是辩护的基础。

(2) 在确保指控的犯罪事实确已发生的情况下,要关注该犯罪事实是否为被告人所为,审查证明被告人所为的时间、地点、手段以及其他情节的有关证据。这是把犯罪事实与被告人相联系的纽带。在司法实践中,有的案件确有犯罪事实发生,但由于能够证明系被告人所为的证据出了问题,以致导致冤错案件的发生。例如余祥林案件,那个无名尸体证明确有人被杀害了,但并不是余祥林所为。

(3) 在确保犯罪事实确系被告人所为之后,紧接着要关注被告人的身份情况,包括被告人是否达到法定的刑事责任年龄,是否具有刑事责任能力,也就是其作案时精神状态是否正常,能够辨认和控制自己的行为,因为只有达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的人才应当对自己的行为负刑事责任。

(4) 即使被告人达到刑事责任年龄,具有刑事责任能力,也不一定负刑事责任,还要特别关注其实施行为时主观上是否有犯罪的故意,如果不具有犯罪故意或者仅为过失犯罪,也不构成死刑案件,即使构成犯罪,也属于非死刑案件。

(5) 在以上四个方面确认没有问题后,还要重视审查涉及对被告人量刑方面的证据,包括是否为共同犯罪以及被告人在共同犯罪中的地位、作用,案件中是否有对被告人从重处罚的事实及相关证据。死刑案件的核心在于可能对被告人判处死刑。因此,律师在为被告人辩护时,首先要从犯罪是否成立上下工夫;如果犯罪



确已成立,则应当在量刑上下工夫,力求依法对被告人不判处死刑。

#### 4. 律师在办理死刑案件辩护时,还应当特别注意以下两点

(1) 无论是证明标准还是证明对象,在每个案件中都是因案而异的,一定要结合每个具体案件加以确定。例如在故意杀人案件中,有的案件被害人是谁并不重要,不影响对被告人定罪,但有的案件影响对被告人定罪。例如在余祥林、赵作海冤案中,错误的根本就在于没有搞清那两具腐烂、不完整的无名尸体到底是谁,错误地认定为是余祥林的妻子和赵作海的邻居。后来证明这两个人并没有死,对余祥林、赵作海的定罪完全是错误的。因此,要特别注意案件中是否存在合理的怀疑以及能否排除。

(2) 《办理死刑案件证据规定》第5条第3款第7项只规定对被告人从重处罚的事实要证明到证据确实、充分的程度,而没有提及被告人从轻处罚的量刑事实。这并非说明从轻处罚的量刑事实不是死刑案件的证明对象,而是因为从重处罚的量刑事实一旦得到证明和确认,就可能对被告人科处死刑,因此对这些事实的证明应当达到确实、充分的程度。而涉及对被告人从轻处罚的事实,并不要求必须达到证据确实充分的程度,这对被告人和辩护人是有利的,应当在办案时注意发现、收集并向办案机关提供这些证据。

## 二、死刑案件的证据原则

### (一) 证据裁判原则

证据裁判原则,又称证据裁判主义,是指对案件事实的认定,应当依据证据。证据裁判原则在现代诉讼制度中有着重要的地位,体现诉讼文明和人权保障,是证据法和诉讼法制度的核心原则、帝王原则。证据裁判原则的主要内容包括:

(1) 对事实问题的认定裁判必须依靠证据,没有证据不得认定事实,除非法律另有规定。

(2) 作为认定案件事实的证据必须具有证据能力和证明力。

(3) 裁判所依据的证据是否具有证据能力和证明力必须经过法定程序的调查、确认。

在刑事证明发展的历史中,对于如何认定案件事实的问题,主要经历了三个阶段:初期为神证阶段。主要表现在奴隶社会,由于生产水平、认识能力低下,人们对自然力产生敬畏和崇拜,对于人们之间发生的纷争借用水审、火审等“神明”力量进行裁判,显然这是违背科学规律的。中期为法定证据阶段。主要表现在欧洲中世纪及我国漫长的封建时期。这一时期认定案件事实开始重视相关证据,特别是人证,包括被告人的口供和其他证人的证言。从神明裁判转向证据裁判应当是历

史的进步。但法定证据制度走向了极端,对各种证据的证明力在法律上加以规定,其中被告人的口供被视为“最完整的证据”,是“证据之王”,由此导致刑讯逼供成为“合法”的取证方式。显然,这也是违背科学和人的认识规律的,并且是黑暗、专制的。随着资产阶级革命和人权、自由思想的传播,从16世纪开始,人类逐渐转入以物证为主或者说以科学证据为主的司法证明时期。<sup>①</sup>现代意义上的证据裁判原则正是在这一时期发展起来的。

证据裁判原则已被世界主要法治国家采纳。在大陆法系国家,由于奉行职权主义诉讼模式,非常强调对法官裁判的约束,要求裁判必须依靠证据,以规范法官权力的行使。因此,法律大都明文规定了证据裁判原则。如《法国刑事诉讼法》第427条规定,在轻罪审判中,罪行可通过各种证据予以确定,法官只能以提交审理并经双方辩论的证据为依据作出判决。《德国刑事诉讼法》第244条规定,为了查明事实真相,法院应当依职权将证据调查延伸到对裁判有意义的所有事实和证据。《日本刑事诉讼法》第317条规定,认定事实应当根据证据。在英美法系国家,当事人主义的诉讼构造决定了法官在诉讼中处于相对消极的诉讼地位,法官自己一般不会主动调查收集证据,但是,对于控辩双方调查收集证据非常重视,不仅赋予双方充分的调查、收集证据的诉讼权利,而且在刑事诉讼中逐渐形成了大量关于证据可采性、关联性的证据规则,以及法庭上调查认定证据的法定程序,并且确立了认定案件事实对被告人定罪的证据必须达到“排除合理怀疑”的程度。这些都是证据裁判原则的具体体现。

我国刑事诉讼法中没有明确规定证据裁判原则,但在相关条文中体现出了证据裁判的精神,如《刑事诉讼法》第46条规定:“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,证据充分确实的,可以认定被告人有罪和处以刑罚。”第162条规定:“在被告人最后陈述后,审判长宣布休庭,合议庭进行评议,根据已经查明的事实、证据和有关的法律规定,分别作出以下判决:(一)案件事实清楚,证据确实、充分,依据法律认定被告人有罪的,应当作出有罪判决;(二)依据法律认定被告人无罪的,应当作出无罪判决;(三)证据不足,不能认定被告人有罪的,应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。”

应当说这些条文体现了证据裁判精神。但同时,《刑事诉讼法》第6条规定:“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼,必须依靠群众,必须以事实为根据,以法律为准绳。”其中包含了“以事实为依据,以法律为准绳”的刑事诉讼原则。

<sup>①</sup> 参见宋英辉、汤维建主编:《证据法学研究述评》,中国人民公安大学出版社2006年版,第103页。



对于“以事实为根据,以法律为准绳”的原则,长期以来,理论界提出了不同的意见,认为这与证据裁判原则不符。因为“案件事实”是什么,应当靠证据来认定、裁判。离开了证据,无从“以事实为根据”认定案件事实。而且,强调“以事实为根据”,可能导致在刑事诉讼中不重视或轻视证据在认定案件事实上的地位和作用,甚至导致有的人主观臆断案件事实、对案件进行裁判。因此,有人提出,我们应当在刑事诉讼法上确立证据裁判原则以取代“以事实为根据”的原则。

《办理死刑案件证据规定》第2条规定:“认定案件事实,必须以证据为根据。”这是我国法律文件中首次这样规定。理论界认为,这是在我国法律上首次确立证据裁判原则。应当说与“以事实为根据”相比较,“以证据为根据”更具有科学性,更符合刑事诉讼的规律,更有利于防止认定案件事实上的错误裁判。

(1) 案件事实是已经发生过的事实,具有不可追溯性,应该是诉讼认识的对象,而非认识的根据;证据则是认识反映案件事实的媒介,是经过人们选择、判断、审查而确认的案件事实,二者既有联系,又有区别。

(2) 运用证据证明案件事实是综合人的认识过程的,虽然由于人类认识能力的有限性,证据不一定能够完全还原案件事实,但相比以“事实为根据”认定案件事实,确立以“证据为根据”认定案件事实,不仅表明了“事实”与“证据”的关系,而且更符合刑事诉讼规律。因为,刑事诉讼作为一种特殊的打上法律印记的认识活动,就在于它是通过收集、审查、判断证据来认识案件事实的,离开了证据就谈不上诉讼活动,离开了证据也无从认定案件事实。从某种意义上讲,诉讼认识活动就是围绕证据展开的。

(3) 强调“以证据为根据”而不是“以事实为根据”,更有利于防止在认定案件事实上发生错误导致冤错案件。因为一旦忽视或轻视“证据”,就可能导致以捉摸不定的“事实”为根据认定案件事实,其结果势必导致冤错案件的发生。

基于以上各点,应当说《办理死刑案件证据规定》确立了证据裁判原则,这是诉讼认识论的一个飞跃,也是司法进步的重要体现。

根据证据裁判原则,辩护律师在办理死刑案件及其他案件的辩护中,应当树立强烈的证据意识,从证据入手展开辩护。

(1) 在办理每个案件中,要特别注意控方指控被告人的犯罪事实是否有相应的证据加以证明。这里涉及两个方面:① 确定控方应当证明的待证事实即证明对象;② 对照待证事实看控方是否有相应的证据能够证明这些证明对象。

(2) 要逐一审查每个证据是否具有证据资格,也就是每一证据的形式要件及其来源是否符合法律的要求,能否作为证据使用或作为定案的根据。《办理死刑案件证据规定》专就各类证据的审查与认定作了详细的规定,不仅涉及刑事诉讼法上已规定的物证、书证、证人证言、被害人陈述、被告人供述和辩解、鉴定意见、勘验、

检查笔录、视听资料等七类证据,还包括刑事诉讼法上尚没有规定的其他证据,包括电子邮件、电子数据交换等电子证据、辨认笔录以及破案经过等证据;不仅对如何审查各类证据作了规定,而且对哪些证据不能作为证据使用、哪些证据不能作为定案根据、哪些证据经过完善补救仍可以作为证据作了规定。如此详细、具体的规定,为律师审查各类证据的证据资格提供了法律依据。

(3) 要把所有证据联系起来作为一个有机整体,看其是否能够达到法定的证明标准,也就是对被告人犯罪事实的证明,是否达到了“证据确实、充分”的要求。这就要结合《办理死刑案件证据规定》第5条的规定加以确认。对于没有达到法定证明标准的案件,依法提出证据不足不能定罪的辩护意见。即使在确定有罪的情况下,还要看引起或导致对被告人处以死刑的量刑证据是否达到法定证明标准。总之,证据裁判原则为辩护律师在死刑案件及其他案件中,针对指控事实展开辩护,提供了广阔空间和充分依据,律师可以大有作为。

但是,也应当指出,“以事实为根据”与“以证据为根据”并不是完全对立的,收集什么证据,收集来的证据是否客观、真实,是否反映了案件事实,也需要联系案件事实加以分析、判断、确定。完全脱离案件事实来谈证据,同样也会发生冤错案件。在已发生的一些案件中并非没有证据,而是证据没有反映案件客观事实。因此不能走向另一个极端。

## (二) 依法收集、审查、核实、认定证据原则

《办理死刑案件证据规定》第3条规定:“侦查人员、检察人员、审判人员应当严格遵守法定程序,全面、客观地收集、审查、核实和认定证据。”

官方发言人以及一些学者将此条文称为“程序法定原则”。但笔者认为,笼统地将之直接界定为程序法定原则不尽准确。程序法定原则是现代刑事诉讼的基本原则之一,它至少有两项基本内涵:

(1) 立法层面的含义,即所有涉及对公民人身、财产权加以限制的刑事诉讼行为及诉讼活动都应当由法律明确规定,没有法律规定司法机关不能作为。这里的法律指的是狭义的,即由国家立法机关制定的法律。这意味着国家行政机关或者司法机关不得制定涉及公民基本权利的程序性规范,否则,可能导致国家行政权或者司法权的恣意与专断。

(2) 司法层面的含义,即司法机关开展任何刑事诉讼活动都必须完全依照刑事诉讼法规定的程序进行,违反程序的行为无效。

在大陆法系国家,宪法及刑事诉讼法通过严密、细致的程序性规范体现了刑事程序法定原则。比如,法国1789年《人权宣言》第7条规定:“除非在法律规定的情况下,并按照法律所规定的程序,不得控告、逮捕和拘留任何人。”1791年法国宪法



对此加以确认,并陆续被欧洲大陆其他国家所借鉴。《日本宪法》第31条规定:任何人,未经法律规定的程序,不得剥夺其生命、自由或者科处其他刑罚。在英美法系国家,程序法定原则具体表现为“正当程序原则”,即除非依照司法程序进行审判,对任何人不得剥夺生命、自由、财产或者其他法定权利。尽管在英美法系国家,判例是刑事诉讼法的主要法律渊源,但随着议会制定的成文法的增多,程序法定原则的作用日益突出。此外,程序法定原则还是重要的国际刑事司法准则,联合国《公民权利与政治权利国际公约》第9条第1款规定:每个人都享有人身自由与安全的权利,任何人不得被任意逮捕或羁押,除非依据法律所规定的理由并遵守法定的程序,任何人不得被剥夺自由。

我国宪法规定,刑事诉讼必须“以法律为准绳”。《刑事诉讼法》第3条第2款规定:“人民法院、人民检察院、公安机关进行刑事诉讼,必须严格遵守本法和其他法律的有关规定。”可以说,我国立法上确立了程序法定原则。但同时,我国在具体贯彻该原则方面仍存在很多问题。比如,对于公诉机关撤回起诉行为、诱惑侦查行为等在立法上并没有明确的规定,而在司法实践中,侦查机关、检察机关普遍这样做,依据的主要是司法解释或部门规章性的文件。这种做法实质上是对程序法定原则的破坏。由此可见,我国刑事诉讼还不具备真正意义上程序法定原则的前提条件,即完善的立法。据此对照《办理死刑案件证据规定》第3条的规定,即侦查人员、检察人员、审判人员应当严格遵守法定程序,全面、客观地收集、审查、核实和认定证据,只是从司法层面上提出的法律语言,未从立法层面根本上解决我国刑事诉讼中的程序法定原则。因此,笔者认为,《办理死刑案件证据规定》第3条不宜称为程序法定原则,可以称为“依法收集、审查、核实、认定证据原则”。

《办理死刑案件证据规定》第3条的规定,看起来是针对侦查人员、检察人员和审判人员所作的规定,但对辩护律师仍具有重要的意义。具体而言,辩护律师在实务中应当认真审查侦查人员、检察人员和审判人员是否依法收集、审查、核实、认定证据。具言之:

(1) 应当认真审查侦查机关及检察、审判机关是否依法收集证据。审查的内容包括收集证据的行为是否符合法定程序,收集证据的方法、手段是否客观,收集证据的范围是否全面等。

(2) 认真审查公诉机关和审判机关是否依法审查、核实、认定证据。检察机关审查起诉及审判机关审判案件,在一定意义上都是审查、核实、认定证据的过程,为此,法律对这些诉讼活动都作了明确的规定。律师一旦参与其中就要依法对检察机关、审判机关的上述行为进行审查、监督并依法参与。对于其中不符合法律规定的行为应当及时依法提出,要求办案机关纠正不当行为,完善缺陷行为,维护法律的正确实施,维护当事人的合法权益。

### （三）证据质证原则

理论上的质证有广义和狭义之分。从广义上讲,质证是指对一切证据的质疑;从狭义上讲,质证仅指法庭上的质证制度,是对提交法庭上的证据由控辩各方当面质询、诘问、探究和质疑,涉及证据的来源、形式和内容等方面,它是证据调查的核心,是法庭认证的前提。

英美法系国家奉行当事人主义诉讼模式,质证程序模式主要指交叉询问。所谓交叉询问(cross-examination),是指在庭审或者审前聆讯程序中,由申请证人出庭作证的一方当事人同另一方当事人依照一定的顺序对证人进行交替询问的制度。在交叉询问过程中,诉讼双方总是竭力揭露对方证人与本案有某种利害关系或竭力证明其对客观事物感知上存在缺陷,最终达到揭露对方证人证言存在缺陷的目的。美国法学家威格莫尔(John H. Wigmore)称交叉询问为查明事实真相而设立的最大法律装置。日本法学家何合弘之说:控诉方对真实情况,是从右边致以亮光,而辩护方则从左边致以亮光,使审判官看清了“真实”情况。<sup>①</sup>可见,交叉询问最主要的功能就是“查明事实”。而在大陆法系国家,虽然也是由控辩双方在法庭上举证、质证,但由于普遍采职权主义诉讼模式,法官在此过程中并不完全处于消极地位,相反会主动调查一些证据,直接参与质证。

应当说,我国现行《刑事诉讼法》虽然没有设专门条文规定证据质证原则,但该原则的精神在有的法律条文中已有体现。如第42条规定:“以上证据必须经过查证属实,才能作为定案的根据。”据此,最高人民法院在法庭程序中专门规定了具体调查各种证据的程序。但在司法实践中,这些规定并没有得到严格贯彻执行。问题主要有:

(1) 法庭质证不充分,走过场,法庭未能对证据展开全面、深入的调查核实。在个别情况下,有的法官甚至将未经质证的证据作为定案的根据。

(2) 在庭前审查中,对控诉方“主要证据复印件”中的证据产生先入为主的认知,往往未经庭审就基本形成对控诉方证据的确信。

(3) 法官在庭审过程中不能保持客观中立的立场,重视控方证据,轻视辩方证据,不能平等保护辩护方行使举证权、质证权,造成辩护方对控诉方证据的质证流于形式。这些问题应当在未来刑事诉讼法的再修改中加以解决。

针对这些问题,《办理死刑案件证据规定》第4条确立了质证原则:“经过当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实的证据,才能作为定罪量刑的根据。”根

<sup>①</sup> 参见[日]何合弘之:《律师职业》,康树华译,法律出版社1987年版,第77页。转引自卞建林:《刑事诉讼的现代化》,中国法制出版社2003年版,第328页。



据此原则,①一切作为定罪量刑的根据的证据,都必须提交法庭,经当庭出示、辨认、质证;未经法庭调查的证据,不得作为定案的根据。②一切经法庭程序调查的证据,只有经查证属实,才能作为定罪量刑的根据,这是对法官提出的要求。

根据证据质证原则,刑辩律师在办案中应当勇于和善于运用举证和质证权,维护被告人的合法权益,充分行使辩护职能:

(1) 应当注意,不论是何方的证据都应依法提交法庭进行调查,由诉讼各方进行质证。这里既包括举证、质证的权力是否受到保障,而且还要看质证的方式是否符合法律的要求。实践中有一种情况要特别注意,即对于法官依职权调取的证据,也应当提交法庭由诉讼各方质证,而不能未经质证就当然作为定案的根据,对于存在的问题,应当当庭提出。

(2) 对于任何一方提交法庭的证据,特别是控方提交法庭的证据,要善于从证据能力和证明力以及证明标准等方面进行质证,对于不具证据能力即证据资格的证据以及虽具有证据资格但证据内容不客观、不真实的证据,应向法庭明确提出不能作为证据使用或不能作为定案的根据。

(3) 质证权是相互的。律师不仅有权对控方的证据进行质证,也有权对法官依职权调取的证据进行质证,同时自己向法庭提交的证据也要接受控方的质证。因此,律师在向法庭提交证据时,应当首先做好自查工作,即从证据来源、证据的形式以及证据的内容等多方面进行自我质证,发现问题,纠正偏误,慎重考虑,是否还向法庭提交证据,一旦提交证据,就要考虑好对于控方提出的质证意见如何回应。在确信没有问题,不会被对方抓住把柄,不会导致证据无效,更不会产生有利控方的效果后,才能大胆地向法庭举证。

《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》相关条文

**第六条** 对物证、书证应当着重审查以下内容：

- （一）物证、书证是否为原物、原件，物证的照片、录像或者复制品及书证的副本、复制件与原物、原件是否相符；物证、书证是否经过辨认、鉴定；物证的照片、录像或者复制品和书证的副本、复制件是否由二人以上制作，有无制作人关于制作过程及原件、原物存放于何处的文字说明及签名。
- （二）物证、书证的收集程序、方式是否符合法律及有关规定；经勘验、检查、搜查提取、扣押的物证、书证，是否附有相关笔录或者清单；笔录或者清单是否有侦查人员、物品持有人、见证人签名，没有物品持有人签名的，是否注明原因；对物品的特征、数量、质量、名称等注明是否清楚。
- （三）物证、书证在收集、保管及鉴定过程中是否受到破坏或者改变。
- （四）物证、书证与案件事实有无关联。对现场遗留与犯罪有关的具备检验鉴定条件的血迹、指纹、毛发、体液等生物物证、痕迹、物品，是否通过 DNA 鉴定、指纹鉴定等鉴定方式与被告人或者被害人的相应生物检材、生物特征、物品等作同一认定。
- （五）与案件事实有关联的物证、书证是否全面收集。

**第七条** 对在勘验、检查、搜查中发现与案件事实可能有关联的血迹、指纹、足迹、字迹、毛发、体液、人体组织等痕迹和物品应当提取而没有提取，应当检验而没有检验，导致案件事实

存疑的,人民法院应当向人民检察院说明情况,人民检察院依法可以补充收集、调取证据,作出合理的说明或者退回侦查机关补充侦查,调取有关证据。

**第八条** 据以定案的物证应当是原物。只有在原物不便搬运、不易保存或者依法应当由有关部门保管、处理或者依法应当返还时,才可以拍摄或者制作足以反映原物外形或者内容的照片、录像或者复制品。物证的照片、录像或者复制品,经与原物核实无误或者经鉴定证明为真实的,或者以其他方式确能证明其真实的,可以作为定案的根据。原物的照片、录像或者复制品,不能反映原物的外形和特征的,不能作为定案的根据。

据以定案的书证应当是原件。只有在取得原件确有困难时,才可以使用副本或者复制件。书证的副本、复制件,经与原件核实无误或者经鉴定证明为真实的,或者以其他方式确能证明其真实的,可以作为定案的根据。书证有更改或者更改迹象不能作出合理解释的,书证的副本、复制件不能反映书证原件及其内容的,不能作为定案的根据。

**第九条** 经勘验、检查、搜查提取、扣押的物证、书证,未附有勘验、检查笔录,搜查笔录,提取笔录,扣押清单,不能证明物证、书证来源的,不能作为定案的根据。

物证、书证的收集程序、方式存在下列瑕疵,通过有关办案人员的补正或者作出合理解释的,可以采用:

- (一) 收集调取的物证、书证,在勘验、检查笔录,搜查笔录,提取笔录,扣押清单上没有侦查人员、物品持有人、见证人签名或者物品特征、数量、质量、名称等注明不详的;
- (二) 收集调取物证照片、录像或者复制品,书证的副本、复制件未注明与原件核对无异,无复制时间、无被收集、调取人(单位)签名(盖章)的;
- (三) 物证照片、录像或者复制品,书证的副本、复制件没有制作人关于制作过程及原物、原件存放于何处的说明或者说明中无签名的;
- (四) 物证、书证的收集程序、方式存在其他瑕疵的。

对物证、书证的来源及收集过程有疑问,不能作出合理解释的,该物证、书证不能作为定案的根据。

**第十条** 具备辨认条件的物证、书证应当交由当事人或者证人进行辨认,必要时应当进行鉴定。

## 一、物证的概念、特征及种类

### (一) 物证的概念

物证,是指能够证明案件真实情况的一切物品和物质痕迹。物证多种多样,在刑事案件的调查和审判中具有很高的使用频率和证明价值。我国刑事诉讼法只规定了证据的概念,却没有明确规定物证的定义,对于物证的概念,理论界还存在一定争议,但鉴于本书的实务性,这里就不再对这一概念作更多的理论解释。

## （二）物证的特征

1. 物证是以其存在状况、外部特征、构成属性等对案件起证明作用的物证的外部特征,主要是指物证客观存在的形式、大小、数量、颜色、新旧程度等。物证的构成属性,主要是指物证所具有的质量、性能、结构等。

### 2. 物证的相对稳定性

物证是客观存在的物品和物证痕迹,在一定条件下可以永恒存在,只要及时提取,用科学的方法固定、保存,它就具有较强的稳定性和可靠性。这也是物证区别于言词证据的最大特点。

### 3. 物证的不可替代性

物证对案件的证明一般是通过特定的物品与物质痕迹体现出来的,它能直接反映案件事实本身,因而物证具有不可替代性,经过合法程序收集、保管的物证,其证明力一般是毋庸置疑的。

### 4. 物证的整体被动性

物证是客观实在物,它不能自明其意,它的证据作用是通过人的诉讼行为使其进入诉讼活动而加以实现的。没有人的诉讼行为发现、收集、固定物证,物证就难以发挥证明作用。正是从这个意义上讲,物证具有整体被动性。虽然其他证据形式,如言词证据,也需要通过人的分析判断,但其被动性不是全方位的,而是局部的,而物证作为一种不会说话的物的存在,其整体均处在被动状态,它的任何一点证据意义,都必须通过人的行为得以实现。

5. 物证的又一个特点是不能单独反映犯罪事实是否确实存在以及犯罪人是谁

物证不能单独反映犯罪事实是否存在以及犯罪人是谁,但是,物证能够说明案件的某些情况,为查清案情提供线索,能够和其他证据一起成为正确认识案情和适用法律的根据。同时,查证属实的物证还能印证其他证据的真实性。

## （三）物证的种类

物证从不同角度可以有多种不同的分类,从实践中刑事诉讼经常使用的角度看,物证大致可以分为以下几类:

(1) 犯罪工具,如杀人的刀、枪,盗窃使用的撬锁工具等。

(2) 犯罪现场留下的物品,如犯罪分子遗留在作案现场的烟头、纸屑、衣服等。

(3) 犯罪行为产生的痕迹,如作案现场遗留的脚印、指纹、血迹,被破坏的门窗上留下的撬压痕迹,强奸案件中的精斑等。

(4) 犯罪行为指向的客体物,如盗窃、抢劫或其他犯罪中的赃款、赃物,杀人案件中的尸体等。



(5) 犯罪行为所产生的非法物品,如伪造的国家公文、证件,非法制造的枪支、弹药,非法出版的出版物等。

(6) 在犯罪过程中或犯罪后,犯罪人为掩盖罪行、对抗侦查而伪造的各种物品或痕迹。

(7) 其他可供查明案件真实情况的物品或物质痕迹。

## 二、书证的概念、特征及种类

### (一) 书证的概念

书证,是指以文字、符号、图形等所表达的思想 and 记载的内容对案件起证明作用的文件或其他材料。应当明确的是,并不是所有的书面材料都是书证,有的证据物品,上面虽然有文字内容,但对证明案件并无独立价值,而是以其存放地点或外部特征等对案件起证明作用的,这样的书面文件就不是书证,而应属物证的范畴。如犯罪嫌疑人遗留在发案现场的笔记本,其内容与案件毫无关系,对案件并无证明价值,但由于字迹是嫌疑人书写的,作为物证对于查明犯罪嫌疑人是否到过发案现场具有证明价值。

书证是刑事诉讼中广泛运用的一种证据种类,在刑事诉讼证明中具有重要作用。

### (二) 书证的特征

(1) 书证表现为以文字、符号、图形等方式记载的一定内容或表达的一定思想,而且这些内容或思想能够为人们所认识和理解。

(2) 书证所记载的内容或表达的思想与案件有着一定的客观联系,能用以证明案件事实。

(3) 书证一经形成,只要未被销毁、灭失,所记载的内容就能长期保存,具有一定的稳定性。

(4) 书证以其内容证明案件事实,具有意思清楚、明确、具体的特点。

(5) 书证,特别是经过特定程序认证的书证或采用特定方法形成的书证,真实性相对较强,不易伪造。

### (三) 书证的种类

书证的形式多种多样,按不同标准、从不同角度可以进行不同的分类:

(1) 按表现形式不同,书证可以分为以文字形式表现的书证和以图形、符号等形式表现的书证。

(2) 按书证物质载体不同,可以分为书面材料和以其他材料(墙壁、石碑等)为

载体的书证。

在刑事诉讼证明中,运用比较多的书证是书面材料。而书面材料按不同标准也可以进行不同的分类。如,按制作书证的方法不同,可以分为原本、正本、副本、节录本、影印本等;按制作书证时有无特殊要求,可以分为一般书证和特殊书证;按书证的内容不同,可以分为处分性书证和记述性书证;按书证是否国家机关等依职权制作,分为公文性书证和非公文性书证。

### 三、对物证、书证的审查

物证、书证因其稳定性和不易变化的特点,在刑事诉讼证明中发挥着重要作用,但物证、书证多表现为实在物,俗称“哑巴证据”,自己不能主动表达对案情的证明作用,在多数情况下,需要借助特殊设备和人的专业知识来证明其与案件事实之间的内在联系,如果不通过人的主观能动性,物证、书证就起不到应有的证明价值。但是,由于物证、书证对案件的证明须借助人的行为,在此过程中可能会有意无意地对物证、书证的真实性、客观性产生不利影响,因此,对物证、书证的审查判断尤为重要。《办理死刑案件证据规定》对物证、书证的审查作了较为明确的规定,虽然这是针对办案人员提出的,但对律师在辩护中审查各种物证、书证提供了依据,指出了方向。

根据《办理死刑案件证据规定》,结合实践中办案的情况,律师对物证、书证的审查应从以下几个方面进行:

#### (一) 审查物证、书证是否为原物、原件

物证、书证既然是以其外部特征或思想内容证明案件事实的,其是否为原物、原件,对于案件的证明作用也有所不同。一般来讲,原物、原件因没有经过任何加工、更改,其对案件的证明力较高,相反,证明力就值得慎重看待。

审查物证、书证是否原物、原件的方法主要有两个:一是从物证、书证本身入手进行审查;二是从与在案的其他证据相互联系、对照进行审查。

在司法实践中,侦查机关提取的有些物证、书证的原物、原件,律师通过阅卷是无法看到的,如作案的工具、案发现场遗留的物品或物质痕迹、犯罪行为侵犯的客体物等,通常只能看到物证、书证的照片、复印件、复制品或通过对所提取的物证、书证进行鉴定而形成的鉴定结论等。这就需要律师广开思路,不仅从这些照片、复印件、复制品以及所形成的鉴定结论本身进行审查,而且善于结合所掌握的其他证据种类,对物证、书证进行分析、判断。例如,在故意伤害案件中,作案工具常常会被作为物证提取并以照片的形式纳入案卷证据材料。但是,照片

上的刀、棍等工具是否为作案用的原物,从照片本身有时难以确定,就需要律师将照片上反映的刀、棍的外部形态特征与嫌疑人的口供、被害人的陈述、伤情鉴定结论等其他证据联系、对比,考察被害人的伤口与刀、棍的特征是否吻合,与嫌疑人的供述是否一致,最后确定照片上的刀、棍等工具是否为真正的作案工具,与犯罪嫌疑人、被告人是否确有关联。当仅从照片不能解决这些问题时,律师有权要求出示、提供原物、原件审查、核对。最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第53条规定,收集、调取的书证应当是原件。只有在取得原件确有困难时,才可以是副本或者复制件。收集、调取的物证应当是原物。只有在原物不便搬运、不易保存或者依法应当返还被害人时,才可以拍摄足以反映原物外形或者内容的照片、录像。书证的副本、复制件,物证的照片、录像,只有经与原件、原物核实无误或者经鉴定证明真实的,才具有与原件、原物同等的证明力。

从理论上讲,物证具有不可改变的特性,但实践中也有伪造的可能。如果控方表示提供的物证是原物,律师应当着重审查该物的形状、颜色、体积、温度、质量、来源等,包括在什么时间、什么地点、什么情况下发现和取得,来源是否合法,是否随时间、空间的变化而有所改变。对书证是否为原件的审查,一般通过辨认,必要时通过鉴定来判断,相比物证原件的判断,书证原件的判断需要更强的专业性,需要借助科学技术手段来实现。当然,并不是说物证、书证不是原件就不能作为证据使用,相反,司法实践中大量的物证、书证由于不易提取、难以存放等客观原因,大都以照片、影像的形式固定下来,这就需要对照片、影像的真实性进行审查,特别是注意原件与复印件、原物与复制品或照片之间的对应性。

例如,在一起熟人之间发生的盗窃案件中,被告人某甲供述其盗窃了同学某乙人民币4000元,是40张一百元面额的现金,并于当天用于购买了笔记本电脑。后其感到已被某乙怀疑,怕某乙报案,即从银行取出4000元退还给了某乙。本案在庭审中控方出具了一张物证照片和一份提取说明,称侦查人员从被告人宿舍的床底下查获现金人民币4000元,并进行了拍照。控方将该照片作为物证在法庭上出示,用以证明被告人盗窃后藏匿赃款并被查获的情况。对此辩护人产生了疑问,因为被告人称其在案发前已用自己的钱退还了某乙,床底下根本没放过钱。于是,对该物证照片提出质疑。后经办案机关补充侦查,发现公安人员在了解到赃款已被被告人用于购买电脑之后,为了说明赃款的数额和去向,使案件的指控证据看起来更充分一些,就人为地制造了一个起获赃物的现场并拍摄了照片。这一发现不仅指出了控方物证照片的虚假,而且进一步确认了案发前被告人已主动退还所窃钱款的事实,对于被告人量刑具有积极的证明价值。



## （二）审查物证、书证复制品的制作是否合法

前已指出,在实践中,由于各种原因,物证、书证往往是以复制品的形式出现的。在只有复制品而无原物、原件的情况下,律师应当注意审查复制品的制作是否合法。

(1) 要注意审查物证、书证的原物、原件是否确实属于不便移动、易腐变质不易保存,或者已依法返还被害人,或因保密要求不能调取,或因法律规定不宜随案移送而由公安机关保管或按照国家有关规定已移送主管部门处理或者销毁的物品。这是不能提交原物、原件而提交复制品的前提条件。

(2) 要注意审查,制作物证、书证照片、录像、复制品的制作人是否为2人以上,是否附有说明制作原因、制作过程、制作人、原物存放何处等问题的制作说明,并且上面是否有侦查员、制作人、见证人的签名或盖章。

## （三）审查物证、书证是否经过辨认、鉴定

前已指出,物证、书证都属于不会说话的“物”,其是否与案件有联系,能否对案件起证明作用,需要通过辨认、鉴定加以解决。例如,对于与犯罪行为有关的物证、书证,诸如作案工具、遗留物品、赃款赃物等,需要经过犯罪嫌疑人、被告人、被害人以及其他有关人员辨认。律师在审查时,不仅要审查辨认结论,而且还要审查辨认过程,包括对辨认笔录的形式是否完整,是否由两名侦查人员在场制作,犯罪嫌疑人是否签字确认,是否有见证人在场等问题的审查。

有的物证、书证光靠肉眼辨认是不行的,如案发现场遗留的血迹、指纹、毛发等,辩护律师在审查这类证据时,要注意审查办案机关是否对其进行过鉴定,鉴定的过程、鉴定的方法、技术是否科学,结论是否正确,鉴定人及鉴定机构是否具有资质等。

## （四）审查物证、书证的收集和取得是否合法

刑事诉讼中的物证、书证,主要是由办案人员收集、取得的。收集、取得的方式主要有勘验、检查、搜查、扣押等侦查行为。法律对于这些侦查行为如何进行有明确的规定,律师在办案中就要依据相关法律规定,对这些行为进行审查。审查通常主要从以下几个方面展开:

### 1. 审查搜查的主体是否合法

根据法律规定,在我国已有法定侦查机关包括公安机关、人民检察院、国家安全机关、军队保卫部门及监狱的工作人员,在依法进行侦查活动时可以进行搜查,其他任何人不享有侦查权、不得进行搜查行为。因此,律师在审查物证、书证的来源时,如果发现是经搜查取得的,就应审查搜查的主体是否合法。

## 2. 审查搜查行为是否取得搜查证

根据法律规定,通常情况下,侦查人员进行搜查应持有搜查证,只有在法律认可的紧急情况下才可以无证搜查。《刑事诉讼法》第111条规定,进行搜查,必须向被搜查人出示搜查证。在执行逮捕、拘留的时候,遇有紧急情况,不另用搜查证也可以进行搜查。根据这一规定,审查搜查行为首先要看是否有搜查证,如果没有搜查证,进一步审查是否属于法律规定的“在执行逮捕、拘留时,遇有紧急情况”,可以不另用搜查证的情形。

## 3. 审查扣押取得的物证、书证是否具有合法的扣押手续

《刑事诉讼法》第115条规定,对于侦查人员扣押的物品和文件,应当会同在场见证人和被扣押物品持有人查点清楚,当场开列清单一式两份,由侦查人员、见证人和持有人签名或者盖章,一份交给持有人,另一份附卷备查。《公安机关办理刑事案件程序规定》第212条规定,执行扣押物品、文件的侦查人员不得少于二人,并持有有关法律文书或者侦查人员工作证件。第213条规定,对于扣押的物品和文件,应当会同在场见证人和被扣押物品、文件的持有人查点清楚,当场开列《扣押物品、文件清单》一式三份,写明物品或者文件的名称、编号、规格、数量、重量、质量、特征及其来源,由侦查人员、见证人和持有人签名或者盖章后,一份交给持有人,一份交给公安机关保管人员,一份附卷备查。《人民检察院刑事诉讼规则》第190条规定,对于扣押的文件、资料和其他物品,侦查人员应当会同在场见证人和被扣押物品持有人查点清楚,当场开列扣押物品清单一式两份,写明文件、资料和其他物品的名称、型号、规格、数量、重量、质量、颜色、新旧程度和缺损特征等,由检察人员、见证人和持有人签名或者盖章,一份交给持有人,另一份附卷备查。如果持有人拒绝签名或者盖章,应当在扣押物品清单上记明。对于扣押的金银珠宝、文物、名贵字画、违禁品以及其他不易辨别真伪的贵重物品,应当当场密封,并由扣押人员、见证人和被扣押物品持有人在密封材料上签名或者盖章。律师办案中遇到扣押取得的物证、书证时,应当按照上述规定进行审查。

### (五) 审查物证、书证在收集、保管及鉴定过程中是否受到破坏或者改变

物证是以其客观存在的外部特征证明案件待证事实的。但在司法实践中,物证因自然原因、人为原因等改变面貌的现象屡见不鲜。例如,犯罪嫌疑人遗留在现场的足迹被雨水冲坏,作案工具上原有的指纹在收集、保管中不慎抹掉等。物证、书证在收集、保管或者鉴定过程中,如果受到破坏或有所改变,就会使证据失真,完全丧失或丧失一定的证明力。

例如,在云南杜培武冤案中,控方在法庭上称从杀人现场提取的泥土与被告人



鞋底上提取的泥土经微量元素鉴定,两者是一致的,据此认定被告人杜培武到过案发现场,实施了杀人犯罪。但是,辩护人指出,从案内证据材料看,所谓警方从杀人现场提取泥土的事实及过程包括何人提取、何人在场、何时及如何提取的,并没有明确的记录,因此,该泥土的来源及收集过程有重大疑问,并不能以此认定被告人到过案发现场,实施了杀人犯罪。

中央电视台曾报道过一起发生在湖北某地的强奸案。在侦查中,当地警方通过排查把当地有嫌疑的男性集中起来抽取了血样,之后与现场提取的血迹进行比对鉴定,进而认定某甲系犯罪嫌疑人。某甲虽拒不认罪,一审法院还是判决其有罪处以严刑。被告人上诉后,要求重新对其血型鉴定,二审法院采纳了这一要求。鉴定结果出来后否定了原来的血型,排除了某甲作案,将其无罪释放。为什么同样是血型鉴定,第一次认定是某甲,第二次则排除了某甲。问题很可能出在第一次抽取血样时,由于收集、保管不慎把某甲的血样与他人的血样搞混了。

律师在办案中要特别注意审查物证、书证的收集、保管记录,善于发现其中有无问题。对于无收集、保管记录或收集、保管记录不当的物证、书证,更要给予特别的关注,对其来源、真实性保持高度警惕。

#### (六) 审查物证、书证是否确实与案件事实有客观的联系

公安、司法机关调取的物证、书证与案件待证事实之间是否具有关联性,是办案中律师应当重点审查的一个方面。如果误把同案件没有联系的物品、痕迹或书面材料当成本案的证据,就不可能正确查明案情,只有同案件有客观联系的物证、书证,才可能对正确查明案情具有实际意义。律师不仅应当结合被告人供述、被害人陈述进行审查,更要审查现场遗留具备检验鉴定条件的血迹、指纹、毛发、体液等生物物证、痕迹、物品,是否做过DNA鉴定、指纹鉴定等事项,以及鉴定结论如何,特别是是否做了与被告人或被害人的相应生物检材、生物特征、物品等的同一认定,进而判断在案的物证、书证是否与本案事实有一定的关联性,将没有关联的证据予以排除。

#### (七) 审查与案件有关联的物证、书证是否被全面收集

我国《刑事诉讼法》规定,用以定案的证据要达到确实、充分的证明标准,这就要求能够收集、应当收集的证据均要依法收集。同时,既要收集能够证明被告人有罪和可能加重被告人罪责的证据材料,也要收集证明被告人无罪和可能减轻被告人罪责的证据材料,反对主观片面性。据此,律师在审查物证、书证时,也要审查公安、司法机关所收集的物证、书证是否全面,有无遗漏,特别是其中对被告人有利的证据是否全面收集。

在司法实践中,控方有的时候片面重视对被告人不利的“抓住一点,不计其



余”，忽视其他相关证据与已有证据相互之间的印证。如河北某地发生的张新亮杀人案，控方移送的证据中有多份被告人认罪的供述以及现场勘验笔录、尸检报告、鉴定结论等，指控其杀害了妻子。但是案中却没有杀人凶器——一把刀子，对此被告人的口供有多次不同的说法，一会儿说藏在家里某处，一会儿说交给一个亲戚保管，一会儿又说扔到院外某个地方；对于该把刀的来源一会儿说是从商店买来的，一会儿又说是跟一个朋友要来的，如此等等。这种情形，非常值得律师注意，既然被告人已经认罪，为什么对杀人凶器的来源、去向做出如此混乱的交代，为什么警方按其交代到处核查最终也没有查到？后来被告人表示其因为受到刑讯才做了有罪供述，但因其确实没有杀害妻子，无法说出杀人凶器的来源和去向，于是就在供述中胡乱编造。正因为如此，控方当然不能向法庭提供杀人凶器这一重要的物证。根据这一事实并结合其他证据，律师提出本案指控证据严重不足的辩护意见。法院最终采纳了这一辩护意见，宣告被告人无罪。

张新亮案件是从认罪口供入手，审查相关的物证是否已经收集，进而发现案中的问题。此外，也要注意从认罪口供中发现应当收集的书证是否已经收集，特别是对被告人有利的书证。例如，在一起故意伤害案件中，被告人某甲对其持刀杀死被害人的事实完全供认，没有异议，但认为被害人也有责任，因为被害人此前不断地利用被告人的隐私对其进行威胁，二人之间有详细的手机短信联系记录。但是，控方认为被告人对杀人罪供述不讳，其与被害人之间的短信联系对指控的犯罪事实没有任何影响，就没有提取被告人与被害人之间手机短信的内容。辩护人则认为，虽然手机短信的内容不能否定杀人罪，但是，它对认定被害人是否具有过错进而对被告人的量刑具有影响。因此，要求办案机关依法收集。

#### 四、对物证、书证的质证

以上讲的是律师对物证、书证的审查问题。但是审查本身不是目的，审查物证、书证的目的主要是为辩护律师向控方的物证、书证进行质证打好基础，通过审查发现问题，在法庭质证时对控方指出，向法庭提出，以影响法庭对案件的裁判。对物证、书证的质证，应针对物证、书证本身存在的问题，通过提出质疑，否定其证据效力。就单个证据的质证来讲，通常是从证据的客观性、关联性、合法性三个方面提出问题、发表意见。因为否定了证据的客观性，就使该证据失去了证明的事实基础；否定了证据的关联性，就使该证据割裂了与待证案件事实之间的联系；否定了证据的合法性，就使该证据丧失了作为证据的法律资格。但是，对物证、书证的质证不能局限于、分散在一个一个孤立的证据上，还要注意从物证、书证的相互联系上、整体关系上进行质证。

根据《办理死刑案件证据规定》的有关规定,对物证、书证的质证一般从以下几方面展开。

### (一) 对物证、书证证据不足的质疑

#### 1. 对物证、书证证据不足的解读

在诉讼法上,“证据不足”一般是针对全案而言的,但在此处,仅限于物证、书证而言,是指在某一案中应有的物证、书证是否充分或充足,对于物证、书证不足的,律师应当提出质证意见。

#### 2. 对物证、书证不足的质疑

在司法实践中,物证、书证不足的主要原因,往往在于侦查人员在勘验、检查、搜查中已发现可疑的血迹、指纹、足迹、字迹、毛发、体液、人体组织等痕迹或物品,但他们认为与案件事实没有关系,因而没有提取或者提取后没有检验,或者应当在现场发现、提取上述物证、书证,但由于主观上的原因或客观条件的限制而没有提取。基于此,律师在办案中应当注意这些问题。首先在审查物证、书证时善于发现;其次在法庭质证时,及时向法庭提出。例如,在一起受贿案件中,公诉机关指控被告人王某收受刘某所送的人民币10万元,并利用职权为刘某谋利。王某承认为刘某谋利的事实,并认为这是正当、合法的其职务分内的事情,但不承认收受10万元人民币。案内刘某的证词称其所送10万元是在送钱的一周前从银行取出来的,一周后送到了刘某的家中。但是控方没有收集并提供刘某从银行提款的有关书证。对此,辩护人认为,在被告人不承认受贿而刘某又作出其从银行取出10万元尔后送给王某证词的情况下,应当到银行调查并收集刘某是否到银行取款的有关书证,这对判断、确认王某是否收受10万元贿赂有重要的意义。但是,控方没有收集并提交法庭,明显属于证据不足。又如,在一起故意杀人案件中,被害人在自己家中被杀后分尸,但被告人否认犯罪事实,其供述当日他确实去过被害人的家,与被害人发生口角后就离开了,并且是从被害人家唯一的大门离开的。但是,现场勘查笔录表明,案发现场房间的门是反锁的,屋里的窗户则是打开的,在窗户上提取到了指纹但不是被告人的。同时还在窗外发现、提取到了一枚足迹,对此没有进行鉴定。面对这些证据,辩护人提出,仅就物证而言,控方证据不足,一是被害人王某家门上是否有被告人的指纹没有提取也没有说明;二是被害人家窗外的足迹既然已经提取应当进行鉴定,是否与被告人有关,是否与窗户上所留指纹有关,都应当通过鉴定进一步查明。

#### 3. 物证、书证证据不足的后果

对于物证、书证证据不足的,《办理死刑案件证据规定》第7条规定:“对在勘验、检查、搜查中发现与案件事实可能有关联的血迹、指纹、足迹、字迹、毛发、体液、



人体组织等痕迹和物品应当提取而没有提取,应当检验而没有检验,导致案件事实存疑的,人民法院应当向人民检察院说明情况,人民检察院依法可以补充收集、调取证据,作出合理的说明或者退回侦查机关补充侦查,调取有关证据。”可见,辩护人提出物证、书证不足的质证意见,是有法律依据的,能够得到法院的重视和采纳。辩护人在办案中应当重视从这方面提出质证意见。

## (二) 对不能作为定案根据的物证、书证的质证

根据《办理死刑案件证据规定》第8条、第9条的规定,物证、书证不能作为定案根据的情形有三种,律师在辩护中应当从这三个方面提出质证意见:

### 1. 控方提供的物证难以确信其客观、真实性

根据上述规定,原则上据以定案的物证应当是原物,除非原物不便搬运、不易保存或者依法应当由有关部门保管、处理或者依法应当返还,才可以用照片、录像或者复制品替代。但照片、录像、复制品必须经与原物核实无误或用其他方式核实确系真实无误的,才能作为定案的根据。如果照片、录像、复制品不能反映原物的外形和特征,不能作为定案的根据。

据此,对于物证能否作为定案的根据,律师可以从以下几方面进行质证:(1)如果在法庭上公诉人没有出示物证的原物,律师应当向公诉人提问是否提取了原物,如果提取了原物应当在法庭上出示,供被告人辨认。如果没有提取原物,律师可以要求公诉人说明没有提取的理由,并审查该理由是否符合法律的规定。(2)对于公诉人在法庭上出示的物证的照片、录像或复制品,如果律师之前通过会见被告人或从案卷中发现其本身模糊不清,不能客观反映原物的外形和特征,应当对其客观性、真实性提出质疑,明确指出不能作为定案的根据。

### 2. 控方提供的物证、书证难以确信其客观、真实性

根据上述规定,与物证一样,作为定案根据的书证原则上也应是原件,只有在取得原件确有困难时才可以使用副本或复制件。在此情形下,必须经与原件核实无误或以其他方式证明为真实的,才可以作为定案根据。如果书证的原件有更改不能作出合理解释,或者副本、复制件不能反映书证原件及其内容的,不能作为定案的根据。律师在办案中应当注意,从这几个方面对书证进行质证,包括提出不能作为定案根据的质证意见。

### 3. 控方提供的物证、书证来源不明

对于控方提供的物证、书证,律师应当对其来源给予关注,如果公诉人表示是经勘验、检查、搜查、扣押获取的,应当附有勘验、检查、搜查笔录及扣押清单,如果未附有相关的笔录或清单,不能证明物证、书证来源的,律师有权向法庭提出不能作为定案的根据。



比如,在一起盗窃案件中,被告人始终不承认自己实施了入室盗窃行为,公安机关从被告人的住处也没有搜查到任何赃款、赃物,但是公安机关称在案发现场发现了一枚指纹,经鉴定确认与被告人的指纹同一。但是辩护律师从卷宗材料中没有发现提取指纹的相关记录。在法庭质证时,律师对该指纹的来源提出质疑,要求公诉人出示相应的勘验记录,但是公诉人说公安机关没有提供,对该指纹的提取没有记载。据此,律师提出这枚来源不明的指纹证据不能作为定案的根据。

### (三) 对需要辨认、鉴定的物证、书证的质证

#### 1. 何谓需要辨认、鉴定的物证、书证

如前所述,物证、书证是不会说话的“物”,它们对案件起证明作用不仅需要是客观、真实的,而且需要确与案件有客观联系,对案件有证明价值。例如一把匕首如果成为一起暴力犯罪的杀人工具,就需要证明这把匕首确实被犯罪嫌疑人作案时使用过,证明的手段首先是应当把这把匕首提供给犯罪嫌疑人(或被告人)进行辨认;如果犯罪嫌疑人(或被告人)予以否认,还应当通过科学技术手段对匕首进行鉴定,发现有关痕迹,确认其确实使用过。在办案中遇到类似这样的物证、书证,可以称其为需要辨认、鉴定的物证、书证。当然,光是“需要”还不够,还应当具备辨认的条件或鉴定的必要。如果不具备辨认条件或鉴定的必要,即使“需要”也是难以辨认或鉴定的。

#### 2. 如何确定辨认的条件或鉴定的必要性

在司法实践中,并非所有的物证、书证都具备辨认的条件,例如,有些物证本身由于空间环境、自然环境的变化,已经丧失了原有的特性;有些书证由于案发中或案发后丢失、毁损等,已无法进行辨认。但是,由于辩护人不负有举证责任,通常不应由辩护人对是否具备辨认条件直接说明,而只要针对控方提供的物证、书证本身看是否需要进行辨认进而提出应当辨认,或指出未经辨认的物证、书证存在什么问题即可。至于是否具有辨认的条件,控方有义务予以说明,如果控方拒绝说明或说明的理由不成立,律师可以就具备辨认的条件予以论证,并向法庭提出辨认的要求。重点在于如何对具备辨认的条件进行论证。辨认条件主要有两个方面:(1) 辨认对象,大体上有四类,即人、物、尸体和犯罪地点,一般来说,在这些辨认对象客观存在的情况下,就应当认为具备辨认的条件;(2) 存在辨认的主体,通常为犯罪嫌疑人、被告人、被害人、证人等。这两个方面都具备,一般认为辨认条件具备了。在此情况下,就可以要求对相关的物证、书证进行辨认。

在有的案件中,即使已经进行了辨认,但辨认难以形成确定的结论,或者当事人对辨认结论表示不服,提出异议。在此情况下就产生了对相关物证、书证作出鉴

定的必要性。律师可以要求对相关物证、书证进行鉴定。

应当指出的是,鉴定的“必要性”并不是以辨认为前置条件的。一般来讲,对于作为证据的物证、书证,只要具备鉴定的条件,从查明案件事实的角度出发,都应当进行鉴定。例如对于案中发现的纸条,即使被告人承认是其本人所写,但如果供认不稳定,反复无常,就应当对其进行笔迹鉴定,以确认到底是不是被告人所写,这样就不再怕被告人的口供变来变去。

### 3. 需要辨认、鉴定的物证、书证没有辨认、鉴定的后果

《办理刑事案件证据规定》第10条仅规定:“具备辨认条件的物证、书证应当交由当事人或者证人进行辨认,必要时应当进行鉴定。”这一规定体现了一种程序性后果,即具备辨认的条件或具有鉴定的必要性,应当进行辨认或鉴定,这就为辩护律师针对这类物证、书证提出质证意见提供了法律依据。至于辨认的程序、结果如何,鉴定的结论怎样,律师还有权进行质证,这些问题在后面设专题论述,本处不再赘述。

#### (四) 对瑕疵物证、书证的质证

##### 1. 如何对瑕疵物证、书证进行质证

瑕疵物证、书证是指,因收集物证、书证的程序、方式、形式存在某种缺陷,但对物证、书证的证明价值没有实质影响的物证、书证。比如,收集调取的物证、书证,在勘验、检查、搜查、提取笔录,扣押清单上没有侦查人员、物品持有人、见证人签名,或者物品特征、数量、质量、名称等注明不详的;收集调取物证照片、录像或者复制品,书证的副本、复制件未注明与原件核对无异,无复制时间,无被收集、调取人(单位)签名(盖章)的;物证照片、录像或者复制品,书证的副本、复制件没有制作人关于制作过程及原物、原件存放于何处的说明,或者说明中无签名的;物证、书证的收集程序、方式存在其他瑕疵的,等等。

(1) 辩护律师要对这样的证据进行质证,了解法律关于物证、书证的收集程序、方式以及形式是如何规定的。《刑事诉讼法》第43条规定:“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序,收集能够证明犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗,以及其他非法的方法收集证据。”这只是一个总的规定,何谓收集证据的“法定程序”,主要看刑事诉讼法针对每种证据所做的具体规定以及公安、司法机关的相关规定。

(2) 辩护律师还应当了解勘验、检查、搜查、提取笔录以及扣押清单如何制作,内容上应包含哪些方面,缺少哪些内容将影响证据的证明力等。这些具体细节性、操作性的问题,一般在刑事诉讼法上规定得比较原则、笼统,主要规定在公安、司法机关发布的程序性法律文件中,律师对这些规定的出处、规定的内容应了然于胸,



这样在办案中就容易发现具有瑕疵的物证、书证。例如,现场勘查笔录应把现场上一切与犯罪有关的客观事实和侦查人员进行勘验的情况以及现场绘图、现场照相和现场录像都如实记录下来,并且参加勘验的人员及见证人都要签名或者盖章;搜查笔录不仅要记载搜查的时间、地点、物品,还要有侦查人员和被搜查人或者其家属、邻居或者其他见证人的签名或盖章,如被搜查人或者家属在逃或者拒绝签名盖章,应在笔录中注明;对于扣押的物品、文件,侦查人员应当会同在场见证人和被扣押物品、文件的持有人查点清楚,当场开列清单一式两份,由侦查人员、见证人和持有人签名或盖章,一份交给持有人,另一份附卷备查。在勘验、检查、搜查、扣押笔录中,还应当载明物品的特征、数量、质量、名称等。对于物证的照片、录像、复制品或书证的副本、复印件经核对确认无误后应当注明与原物、原件核对无异,注明复制时间,复制过程,原物、原件存放何处,并有收集人、调取人或单位的签名或盖章。

辩护律师通过阅卷以及会见被告人与其核对进而掌握有瑕疵的物证、书证后,在质证时应具体指出存在什么样的瑕疵,如没有相关人员签字,物证、书证的名称、数量不详,没有制作时间、制作过程,对原物、原件存放何处没有说明,等等。

## 2. 瑕疵物证、书证的后果

《办理死刑案件证据规定》第9条第2款对存在瑕疵的物证、书证如何处理,作了如下规定:“物证、书证的收集程序、方式存在下列瑕疵,通过有关办案人员的补正或者作出合理解释的,可以采用:(一)收集调取的物证、书证,在勘验、检查笔录,搜查笔录,提取笔录,扣押清单上没有侦查人员、物品持有人、见证人签名或者物品特征、数量、质量、名称等注明不详的;(二)收集调取物证照片、录像或者复制品,书证的副本、复印件未注明与原件核对无异,无复制时间、无被收集、调取人(单位)签名(盖章)的;(三)物证照片、录像或者复制品,书证的副本、复印件没有制作人关于制作过程及原物、原件存放于何处的说明或者说明中无签名的;(四)物证、书证的收集程序、方式存在其他瑕疵的。”

可见,控方提供的物证、书证如果只是在技术上存在一些瑕疵,人民法院不一定会排除这些证据,而是通过要求办案人员加以补正或作出合理解释加以解决。辩护律师如果在办案中发现控方证据或其他方面的证据存在《办理死刑案件证据规定》第9条规定的瑕疵物证、书证,有权对瑕疵物证、书证提出质疑,至于如何处理由法庭作出裁定。应当注意的是,即使控方对瑕疵物证、书证进行了补正,作出了说明,并不意味着补正后、说明后的证据就没有问题。如果补正后或说明后,仍然不能排除合理怀疑,其客观性、合法性、关联性仍存在无法解决的疑问,律师就可以要求法庭对这些证据不予采信。这一点在《办理死刑案件证据规定》的第9条第3款作了明确的规定:“对物证、书证的来源及收集过程有疑问,不能作出合理解释的,该物证、书证不能作为定案的根据。”可见,瑕疵物证、书证并不是都能转化为定



案根据的。关键是看存在的问题确实只是瑕疵,不影响证据的证明价值,还是已影响或无法排除对证据证明价值的影响。因此,辩护律师在办案中还要学会善于分辨真正有瑕疵的物证、书证与看似只是瑕疵但确已对证据的证明价值产生实质性不利影响的证据,对于前者通过质证使其补正、完善说明,仍可以作为证据,对于后者,通过质证,促使法院不能作为定案的根据。

《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》相关条文

---

**第十一条** 对证人证言应当着重审查以下内容：

- (一) 证言的内容是否为证人直接感知。
- (二) 证人作证时的年龄、认知水平、记忆能力和表达能力，生理上和精神上的状态是否影响作证。
- (三) 证人与案件当事人、案件处理结果有无利害关系。
- (四) 证言的取得程序、方式是否符合法律及有关规定；有无使用暴力、威胁、引诱、欺骗以及其他非法手段取证的情形；有无违反询问证人应当个别进行的规定；笔录是否经证人核对确认并签名（盖章）、捺指印；询问未成年证人，是否通知了其法定代理人到场，其法定代理人是否在场等。
- (五) 证人证言之间以及与其他证据之间能否相互印证，有无矛盾。

**第十二条** 以暴力、威胁等非法手段取得的证人证言，不能作为定案的根据。处于明显醉酒、麻醉品中毒或者精神药物麻醉状态，以致不能正确表达的证人所提供的证言，不能作为定案的根据。

证人的猜测性、评论性、推断性的证言，不能作为证据使用，但根据一般生活经验判断