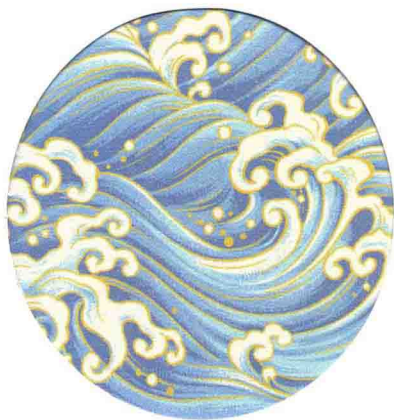


刑事证据审查 三步法则

李勇（悄悄法律人） / 著



- ◎ 原创三步法则，教你如何审查证据；
- ◎ 原创二元主义证明标准，带你走出客观真实与法律真实的迷思；
- ◎ 原创证据分析李氏图示法，向你全程解剖证据分析的奥妙；
- ◎ 原创证据能力三要件，助你对非法证据明察秋毫；
- ◎ 制作百问索引，为你解答百个非法证据难题。

刑事证据审查 三步法则

李勇（悄悄法律人） / 著

本书系最高人民法院2016年度检察理论研究成果（编号G12016C10）成果之一



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事证据审查三步法则 / 李勇著. -- 北京: 法律出版社, 2017(2017. 11 重印)

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1190 - 0

I. ①刑… II. ①李… III. ①刑事诉讼—证据—研究—中国 IV. ①D925.213.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 189400 号

刑事证据审查三步法则
XINGSHI ZHENGJU SHENCHA SANBU FAZE

李 勇 著

策划编辑 许 睿
责任编辑 许 睿
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印业有限公司
责任校对 张红蕊
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法规出版分社
开本 A5
印张 13.125
字数 317 千
版本 2017 年 9 月第 1 版
印次 2017 年 11 月第 2 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1190 - 0

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

预防错案从证据审查开始

(自序)

这本书是关于刑事证据审查、分析方法的著作，以笔者所创立的“三步法则”为主线展开，可以说是对“三步法则”这一创新机制的总结和深化。^①

对于刑事办案者来说，始终要面对两个基本问题：一个是实体法律适用，另一个是证据的审查判断与分析。这一点，

^① 笔者在2009年创立“三步法则”，后来以此为基础开发成培训课程，作为全国检察教育培训精品课程在全国各地很多司法机关讲授（最新消息，“三步法则”已被写入了《江苏省检察机关推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革实施细则（刑事案件审查指引）》）。相关媒体也对“三步法则”进行过报道，参见崔洁、肖水金、张金萍：《证据审查有了“三步法则”——南京建邺：起诉案件连续多年保持零无罪判决》，载《检察日报》2012年2月5日第2版；宋世明：《理性思考 追求卓越——南京市建邺区检察院公诉团队剪影》，载《江苏法制报》2013年5月27日；王丽丽：《李勇：像学者那样阅读》，载《检察日报》2013年2月3日第4版；王丽丽：《南京建邺：“三步法则”防错案》，载《检察日报》2016年2月24日第9版；徐晓红、陈然：《纸上得来不觉浅》，载《检察日报》2015年12月25日第8版；《证据分析怎么做？你首先得掌握这“三步法则”》，载正义网：http://www.jcrb.com/gongsupindao/GSZD/201702/t20170207_1713468.html，等等。

无论对于警察、检察官、法官，还是辩护律师而言，都是如此。^①从某种意义上来说，证据的审查判断这个基本问题更为重要，因为实体法的适用错误可以通过下一个诉讼程序来进行改正，比如侦查阶段罪名适用错误，可以在审查起诉阶段或者审判阶段改正，甚至一审判决罪名适用错误也可以通过二审或再审程序来纠正。然而，证据审查的错误很多时候是无可挽回的，因为证据审查错误直接导致事实错误、出入人罪。证据问题是错案的罪魁祸首，这个命题是当然成立的。错案是我们非常忌讳但又不得不面对的话题，错案就像刑事司法领域中难以驱散的幽灵。余祥林案、赵作海案、张氏叔侄案、呼格吉勒图案离我们大多数的普通办案人似乎很远，但实际上又是那么地接近，很多时候也就是一步之遥。导致刑事错案的原因有很多，但首要的原因是证据问题，正如何家弘教授所言，“历史的经验告诉我们，几乎在每一起刑事错案的成因中都存在着证据的作用”。^②当然，由于刑事司法证明的过程是对已发生案件事实的回溯过程，裁判者不是事件的直接参与者和亲历者，而只能通过证据来探寻和接近真相，因此，在理论上，完全杜绝错案是不可能的，从这个意义上讲，错案具有不可避免性。正如美国学者艾伦教授所言，“一种不犯错误的法律制度是不可能的”。^③但是，采取措施和方法最大限度地预防错案却是可能的，也是可行的。那么最大

① 也正因如此，这是一本适合所有刑事法律人的读本。

② 何家弘：《证据的审查与认定原理论纲》，载《法学家》2008年第3期。

③ [美] 罗纳德·J. 艾伦：《艾伦教授论证据法》（上），张保生等译，中国人民大学出版社2014年版，第5页。

限度预防错案的路径和方法在哪里？虽然制度设计、司法改革都是必要的措施，但是最直接的办法就是“从哪里跌倒，就从哪里爬起来”，预防错案，从证据审查开始！

所以，对于证据问题，我们应该始终保持战战兢兢、诚惶诚恐的心理，始终坚持如履薄冰、如临深渊的审慎态度。“我认为，作为一个能够审判别人的人，应该小心谨慎，并且在尽量深思熟虑之后再发表意见。这是非常必要的。”^① 在审判中心主义背景下，证据审查、证据分析显得更加重要，证据审查方法的研究也显得更加迫切。党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》对审判中心主义进行了这样的阐述：“推进以审判为中心的诉讼制度改革，确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验。全面贯彻证据裁判规则，严格依法收集、固定、保存、审查、运用证据，完善证人、鉴定人出庭制度，保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用。”贯彻审判中心主义需要把握“一个精髓”即庭审的实质化，“两大支柱”即证据裁判原则、直接言词原则。^② 无论是精髓还是支柱，都是围绕证据展开的。

那么，面对一起案件看起来错综复杂、堆积如山的证据材料，如何下手进行审查呢？如何进行分析呢？如何认定事实呢？国内业界对于这个问题的研究几乎一片空白，尚没有人对

^① [法] 勒内·弗洛里奥：《错案》，赵淑美、张洪竹译，法律出版社2013年版，第225页。

^② 参见李勇：《以审判为中心的“精髓”与“支柱”》，载《人民法院报》2016年5月26日。

这一显得如此形而下的技术操作性问题进行系统研究和探索。目前，实务界能做的似乎就是依赖常识和经验。法律执业者，无论是律师、法官、检察官还是警察，甚至还包括一些法律院校的学生，难以找到一本具有可操作性的证据审查、证据分析的本土著作。原因或许在于“学术人常常过于高高在上，而执业者已经倾向于过于世俗”。^①一方面，学者们忙于研究诉讼构造、审判方式等“高大上”的命题，对于证据分析、证据审查这样的“矮矬穷”的问题不屑一顾；另一方面，法律从业者心有余而力不足，偶尔见到的所谓证据审查、证据分析方面的著作，要么列举刑事诉讼法及其配套解释，要么列举常见罪名一般需要哪些证据材料，“食之无味”“读之无用”。这是一种非正常状态。

“每种从事事实分析和推理的职业，都必须开发某些记录和组织数据的方法，以适于分析和使用。”^②对于法律职业人来说，当然更是如此。我2006年从事公诉工作，工作的核心之一就是审查证据，我一直在办案和研究学习的过程中思考和探索证据审查、分析、判断的方法。2009年，我对这一思考过程进行了初步总结，“发明”了证据审查“三步法则”，并在我所在的单位进行试点运用，初试牛刀就取得了意想不到的效果，影响范围不断扩大，逐步由全市走向全省、走向全国，先后应邀在全国各地很多司法机关讲授，如国家检察官学院举办的全国高级检察官培训班、全国经济犯罪公诉业务骨干培训

① [英] 威廉·特文宁：《反思证据：开拓性论著》，吴洪淇等译，中国人民大学出版社2015年版，第22页。

② [美] 特伦斯·安德森等：《证据分析》（第二版），张保生等译，中国人民大学出版社2012年版，第143页。

班以及全国职务犯罪大要案公诉培训班等，以授课的方式进行推广，每次培训都取得令人鼓舞的效果。2013年和2014年先后被江苏省人民检察院评为全省检察培训精品课程（第一名），被最高人民检察院评为全国检察培训精品课程。在此过程中，不断结合办案、阅读、讲课进行深挖和升华。从2009年成型到这本书的出版，可谓“八年抗战”。

我曾经问过参加培训的学员：“这个课程吸引你的是什么呢？”他们的回答是“有用、实用”。经得起实践检验的方法，才是好方法。其实，不仅仅是因为经得起实践检验的方法，更因为是从实践中提炼并上升到一定的理论层次的方法。本书的核心原创“三步法则”直接来源于司法实践，从实践办案中获得灵感并从实践中提炼出来，再结合理论进行论证和深化，在此过程中所获得的原创性观点——二元主义的证明标准、证据能力三要件、证据分析图示法、非法证据与瑕疵证据区分之实质与形式二分说——都是来源于实践的灵感，再经过理论研究和论证后又经实践检验而形成的。需要特别指出的是，本书在阐述理论基础时尽可能兼顾到大陆法系和英美法系两种理论。我国整体上作为一个大陆法系传统的国家，实体法的刑法是建立在苏俄、德日大陆法系刑法理论基础之上的；而作为程序法的诉讼法、证据法却是清一色的英美法系，这种现象正常吗？难怪青年学者施鹏鹏呼吁“中国的证据法学研究应走出‘英美法中心’的陷阱，走向更契合本国诉讼文化的‘欧陆’证据法学”。^①德国证据法大师密特麦尔指出，职权主义诉讼是不可能确立与当事人主义一样的

^① 施鹏鹏：《跨时代的智者——密特麦尔证据法学思想述评》，载《政法论坛》2015年第5期。

证据规则的，“国家权力主导、职业法官裁判、实质真实探求”的诉讼特质决定了司法官员在刑事证据运用中的决定性作用，且这一作用自侦查阶段便已凸显。受英美证据法学影响，中国时下一些学者主张建立中国的证据法典，个别学者甚至极端地认为把《美国联邦证据规则》直接移植入中国即可。然而，前述观点和做法是否与职权主义的立法传统相悖，这显然值得进一步推敲考量。^① 司法实践的现实情况又是另一番景象，那就是法律实务人士的思维方式及其办案行为自觉或不自觉地更加“亲近”大陆法系，实践中很多习惯做法与大陆法系具有高度的契合性。当前，学界似乎也意识到了这个问题，因此，证据能力、证据禁止、证明力这些来源于大陆法系的概念和术语逐渐流行起来。因此，在本书写作过程中，笔者在借鉴英美法系证据法理论的同时，大量借鉴了大陆法系证据法的一些理论，正如达玛斯卡所主张的，单一的英美对抗式程序制度或者单一的欧陆纠问式程序制度是相当罕见的，大部分程序性体制都是混合的。^②

呈现在读者面前的这本书，是以证据审查的“三步法则”为架构进行深入、系统展开的，是对“三步法则”的总结、提炼、拓展和深化。如果只是宣传标语式的解释什么是“三步法则”，那就是分解验证、双向对比、综合分析，详细解释则是需要用一本书才能说清楚的。本书以“三步法则”为架构，分成三篇：第一篇分解验证，解决证据能力问题。主要

① 参见施鹏鹏：《跨时代的智者——密特麦尔证据法学思想述评》，载《政法论坛》2015年第5期。

② 参见[英]威廉·特文宁：《反思证据：开拓性论著》，吴洪淇等译，中国人民大学出版社2015年版，第196~197页。

围绕非法证据排除规则而展开，阐释各类证据的证据能力的分解验证方法；第二篇双向对比，探讨印证、证明问题，重点解决证据的证明力问题。在第一步分解验证的基础上，以印证证明模式为基础，对证据进行纵向和横向的对比，分析证据的证明力，这一步是形成心证的关键步骤；第三篇综合分析，在前两步的基础上，对全案的证据进行综合分析，以图示法作为工具，对待证事实作出判断，得出结论。上述三个步骤分别对应于英国著名证据法学者特文宁所说的司法证明三大核心要素：证据（Evidence）—证明（Prove）—事实认定（Fact），也即证据学中的“EPF”。^① 第一步分解验证侧重于证据（证据规则），第二步双向对比侧重于证明力，第三步综合分析侧重于事实认定（对待证事实作出认定）。

我在很多地方讲授证据审查“三步法则”课程时，课程结束前我都会讲希望大家记住三句话：第一句是“心中永远充满正义，目光不断往返于客观真实与法律真实之间”。心中永远充满正义非常重要，因为“希望从更好的规则真正获益的一个先决条件是我们的法官和我们的律师必须从精神上加以提升。归根结底，人要比规则来得更为重要。如果运用规则的精神并没有得到相应的提升，则更好的规则将无用武之地……如果法官和律师对实质正义没有正确的现实道德态度，

^① 英国著名的证据法学家特文宁简称其为“EPF”。笔者于2009年创立“三步法则”的时候，特文宁的这本《反思证据：开拓性论著》还没有在中国翻译出版，笔者也未曾读过英文版，这纯属巧合，但是这种巧合进一步印证了笔者创立的这个方法的科学性。

那么在这个世界上所有的规则都无法使我们获得实质正义”。^① 第二句是“心中一直坚守印证理念和证据能力三要件，目光不断往返于非法证据与合法证据之间”。第三句是“心中永远不忘错案的教训，目光不断往返于分解验证、双向对比、综合分析之间”。希望读者诸君也带着这三句话，去阅读此书。

悄悄法律人 李勇

2016年6月26日

改定于乌鲁木齐飞往南京 MU2270 航班上

^① 威格摩尔语，参见[英]威廉·特文宁：《证据理论：边沁与威格摩尔》，吴洪淇、杜国栋译，中国人民大学出版社2015年版，第247页。

非法证据排除疑难问题百问索引

(请根据标注的页码查阅答案)

- 1 证据禁止理论与非法证据排除是什么关系? / 50
- 2 美国只要取证程序违法就适用排除规则吗? / 54
- 3 我国刑事诉讼法第 50 条与第 54 条是何关系? / 61
- 4 违法取证就等于非法证据排除吗? / 62
- 5 非法证据排除在我国是指不得作为定案根据还是指不具有进入法庭的资格? / 63
- 6 相对排除中需要权衡哪些因素? / 65
- 7 非法证据与瑕疵证据如何区分? / 74
- 8 “毒树之果”一概无证据能力吗? / 81
- 9 辩方调取的证据适用非法证据排除规则吗? / 85
- 10 私人非法取证需要作为非法证据排除吗? / 87
- 11 辩方提取的证据何种情况下要作为非法证据排除? / 90
- 12 “情况说明”类证据的属性为何? / 93
- 13 “可能严重影响司法公正”如何判断? / 94

- 14 物证没有原件都不具有证据能力吗? / 96
- 15 书证没有原件的一律无证据能力吗? / 98
- 16 无证搜查获取的物证、书证有证据能力吗? / 101
- 17 同步录音录像是否属于证据、属于什么证据? / 112
- 18 审查起诉阶段辩护人能查阅、复制同步录音录像吗? / 114
- 19 审判阶段辩护人能查阅、复制人民检察院已经移送和提交的录音录像吗? / 115
- 20 生理和精神上有缺陷如何影响证人资格? / 116
- 21 儿童可以作为证人提供证言吗? / 116
- 22 证人与当事人之间存在利害关系影响证据能力吗? / 117
- 23 侦查人员能作为证人吗? / 117
- 24 单人提审的言词证据一律作为非法证据排除吗? / 120
- 25 侦查人员与一名实习生或协警讯问犯罪嫌疑人的笔录有证据能力吗? / 120
- 26 提押证上注明的侦查人员与笔录中载明的侦查人员不一致的怎么办? / 120
- 27 询问笔录反映在同一时段, 同一询问人员询问不同证人是非法证据还是瑕疵证据? / 121
- 28 讯问聋、哑或不通晓当地语言文字的犯罪嫌疑人而未提供翻译的言词证据有证据能力吗? / 122

- 29 刑讯逼供如何理解？ / 123
- 30 什么是变相刑讯逼供？ / 124
- 31 疲劳审讯属于刑讯逼供吗？ / 124
- 32 暴力、威胁与刑讯逼供是何关系？ / 125
- 33 威胁取证中的威胁如何理解？ / 126
- 34 威胁取证一概作为非法证据排除吗？ / 126
- 35 非法取证中的“等非法方法”如何理解？ / 128
- 36 超过法定传唤时间而没有办理合法强制措施的犯罪嫌疑人供述有证据能力吗？ / 130
- 37 刑讯逼供与获取的供述、暴力威胁与获取的证言和陈述之间有因果关系的要求吗？ / 131
- 38 刑讯逼供、暴力、威胁是否有程度上的要求？ / 132
- 39 引诱、欺骗获取的言词证据一概要作为非法证据排除吗？ / 133
- 40 犯罪嫌疑人送交看守所后出所讯问一概排除吗？ / 145
- 41 受到刑讯逼供的重复自白是“一排到底”还是“适时排除”？ / 149
- 42 首次讯问没有告知犯罪嫌疑人相关权利和法律规定对证据能力有何影响？ / 152
- 43 侵犯犯罪嫌疑人、被告人的律师会见权获得的供述对证据能力有何影响？ / 153
- 44 询问未成年人证人以及讯问未成年犯罪嫌疑人、被告人，法定代

理人或其他相关合适成年人未到场对证据能力有何影响？ / 154

44 传闻证据法则有哪些例外？ / 156

44 传闻证据与传来证据什么关系？ / 158

47 未签字确认的笔录一概要作为非法证据排除吗？ / 161

48 犯罪嫌疑人、被告人拒绝在笔录上签字怎么办？ / 162

49 同步录音录像应录而未录要作为非法证据排除吗？ / 162

50 录音录像与笔录不一致怎么办？ / 164

51 常见的同步录音录像问题有哪些？ / 164

52 未列入司法鉴定机构名录的鉴定机构出具的鉴定意见一律无效吗？ / 169

53 检验报告与鉴定意见是何关系？ / 173

54 没有实物或购买凭证等的价格鉴定有证据能力吗？ / 175

55 （危险驾驶案）抽血不是医生或没有见证人，血检报告一概没有证据能力吗？ / 177

56 鉴定意见缺少签名和盖章可以补正吗？ / 178

57 鉴定意见没有或者不及时告知当事人会导致非法证据排除吗？ / 178

58 公安人员可以提取血液等生物样本吗？ / 181

59 职务犯罪案件生物样本不是医师提取的怎么办？ / 181

60 滥伐林木、环境污染等案件中公安机关提取的检材可以使用吗？ / 182

61 勘验、检查中侦查人员少于两人一定作为非法证据排除吗？ / 183

- 62 家属不配合尸体检验怎么办? / 183
- 63 勘验、检查笔录形式要件不全会作为非法证据排除吗? / 184
- 64 辅警等人员能主持辨认吗? / 186
- 65 辨认笔录没有见证人怎么办? / 186
- 66 违反辨认前回避规则的辨认笔录是否具有证据能力? / 187
- 67 违反禁止暗示规则的辨认笔录是否具有证据能力? / 187
- 68 违反个别辨认规则的辨认笔录是否具有证据能力? / 188
- 69 违反混杂辨认规则对证据能力有何影响? / 189
- 70 辨认笔录的陪衬人、照片到底是多少个? / 189
- 71 陪衬照片特征差异明显的辨认笔录可以作为定案根据吗? / 190
- 72 侦查实验未经审批怎么办? / 192
- 73 侦查实验相似性规则如何判断? / 192
- 74 侦查实验的反复试验规则如何把握? / 195
- 75 以数字化记载的证人证言、被害人陈述、犯罪嫌疑人供述属于电子数据吗? / 200
- 76 电子数据适用非法证据排除规则吗? / 201
- 77 电子数据适用绝对排除规则还是相对排除规则? / 202
- 78 电子数据提取只有一名侦查人员怎么办? / 204
- 79 初查收集的电子数据都具有证据能力吗? / 206
- 80 电子数据的“毒树之果”证据能力如何? / 207

- 81 哈希 (Hash) 函数是什么? / 209
- 82 违反无损规则对电子证据的证据能力有何影响? / 210
- 83 电子数据发生增、删、改等就一定无证据能力吗? 210
- 84 电子证据的原始性规则有何要求? / 210
- 85 电子证据的检查 (分析) 规则有何要求? / 214
- 86 电子数据提取没有见证人怎么办? / 214
- 87 电子证据提取笔录有何要求? / 215
- 88 电子证据存储介质有何要求? / 217
- 89 短信、微信等聊天记录以及通话清单等打印件或截屏照片是书证还是电子证据? / 217
- 90 行政执法提取的言词证据都必须转化后才具有证据能力吗? / 218
- 91 行政执法提取的言词证据未经转化的一律不具有证据能力吗? / 221
- 92 行政执法调取的实物证据当然具有证据能力吗? / 222
- 93 行政执法鉴定意见必须重新鉴定吗? / 224
- 94 纪委、监察委办理职务犯罪案件的言词证据是否需要转化? / 227
- 95 未经审批等违反程序的技术侦查获取的证据具有证据能力吗? / 232
- 96 毒品犯罪中的犯意引诱证据是否具有证据能力? / 234
- 97 未经审批的特殊侦查措施取得的证据有证据能力吗? / 236
- 98 诱惑侦查的“毒树之果”具有证据能力吗? / 236
- 99 被告人翻供怎么办? / 284
- 100 证人 (被害人) 翻证怎么办? / 289