



京都律师事务所
King & Capital Law Firm

毒品案件的有效辩护

汤建彬 北京市京都律师事务所合伙人、律师
北京律师协会刑事诉讼专业委员会委员

电话：15011178658

邮箱：15011178658@163.com





毒品案件的 有效辩护



毒品犯罪形势



毒品犯罪的罪名及法规



证据辩护



程序辩护



一、毒品犯罪形势

(一) 全国形势

(二) 北京形势





(一) 全国形势

《最高人民法院工作报告》——2015年起，毒品犯罪案件在刑事案件中占比逐年下降

12.65 % —— 10.57 % —— 8.64% —— 8.35 % —— 6.63 % —— → ?					
2015年	2016年	2017年	2018年	2019年	2020年 ?
一审刑事案件 109.9万件	一审刑事案件 111.6万件	一审刑事案件 129.7万件	一审刑事案件 119.8万件	一审刑事案件 129.7万件	《人民公安报》 1月1日至5月31日 共破获20542起
毒品犯罪案件 13.9万件	毒品犯罪案件 11.8万件	毒品犯罪案件 11.2万件	毒品犯罪案件 10万件。	毒品犯罪案件 8.6万件	



2020年全国毒品案件数量

已选条件:

保存搜索条件

清空搜索条件

案件类型: 刑事案件 ×

案由: 走私、贩卖、运输、制造毒品罪 ×

裁判年份: 2020 ×

共检索到 129128 篇文书, 显示前600条

已选条件:

保存搜索条件

清空搜索条件

案件类型: 刑事案件 ×

案由: 走私、贩卖、运输、制造毒品罪 ×

裁判年份: 2020 ×

审判程序: 刑事一审 ×

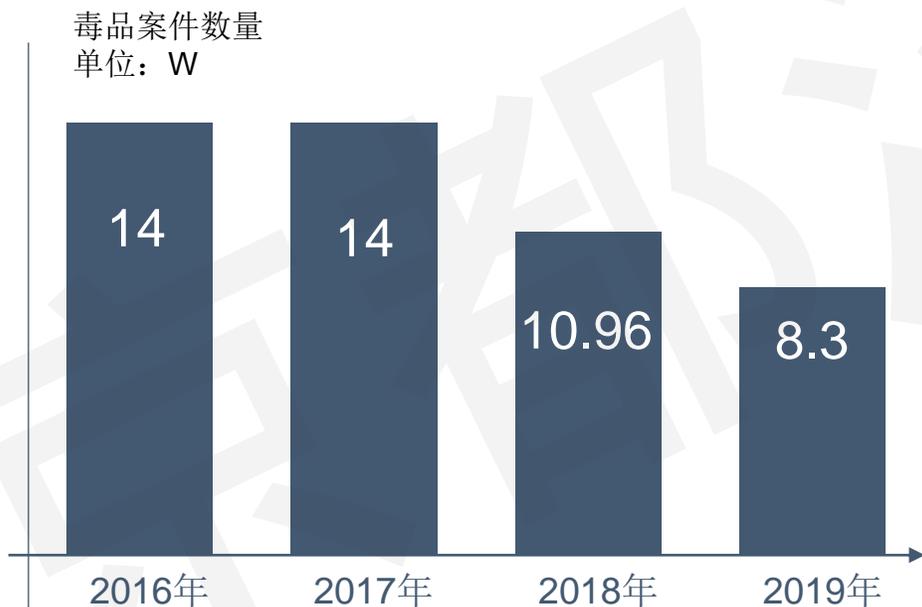
共检索到 50347 篇文书, 显示前600条



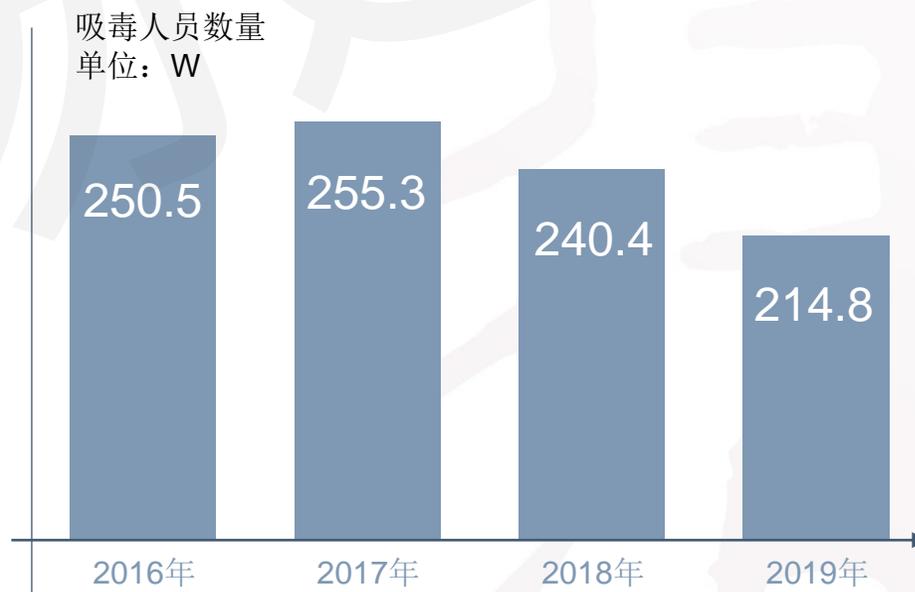
（一）全国形势

《中国毒品形势报告》——毒品犯罪涉案毒品数量程上升趋势

《中国毒品形势报告》



《中国毒品形势报告》





(二) 北京形势

北京市禁毒工作新闻发布会

2016年

- 公：破获1366起
- 检：逮捕案件 1853 件 2085 人，
批准逮捕 1545 件 1714 人；
审查起诉案件 1700 件 1848 人，
起诉 1614 件 1775 人
- 法：一审 912 件

批捕率为 83.3 %
起诉率 94.9 %
重刑率 24.4 % (5年以上)

2017年

- 公：破获 1222 起
- 检：逮捕案件 966 件 1115 人，
批准逮捕 847 件 948 人；
审查起诉案件 1041 件 1162 人，
起诉 1017 件 1118 人，
- 法：一审 1016 件

批捕率为84.1%
起诉率98.2%
重刑率20.5%

2018年

- 公：破获 800 余起
- 检：逮捕案件 961 件 1101 人，
批准逮捕 778 件 865 人；
审查起诉案件 815 件 911 人，
起诉 711 件 796 人，
- 法：一、二审共 1127 件

批捕率为81%
起诉率87%
重刑率21.7%



2019年

破获毒品原植物非法种植案事件 30 余起，铲除毒品原植物5万株

破获毒品犯罪案件800余起

抓获涉毒违法犯罪嫌疑人5000余名，缴毒80余公斤
(多个涉京、滇、粤、湘、冀等地的特大贩毒网络)

共破获第三代毒品犯罪案件20余起，抓获犯罪嫌疑人20余名
缴获“笑气”5万余支，“人工大麻素”200余根



2020年北京毒品案件数量

已选条件:

保存搜索条件

清空搜索条件

案件类型: 刑事案件 ×

案由: 走私、贩卖、运输、制造毒品罪 ×

法院省份: 北京市 ×

裁判年份: 2020 ×

共检索到 350 篇文书

已选条件:

保存搜索条件

清空搜索条件

案件类型: 刑事案件 ×

案由: 走私、贩卖、运输、制造毒品罪 ×

法院省份: 北京市 ×

裁判年份: 2020 ×

审判程序: 刑事一审 ×

共检索到 234 篇文书



二、毒品犯罪的罪名及法规

(一) 毒品犯罪的罪名

(二) 毒品犯罪案件常用法律规范



(一) 毒品犯罪的罪名

刑法第六章第七节

中的 12 个罪名

1. 走私、贩卖、运输、制造毒品罪
2. 非法持有毒品罪
3. 包庇毒品犯罪分子罪
4. 窝藏、转移、隐瞒毒品、毒赃罪
5. 非法生产、买卖、运输制毒物品罪
6. 走私制毒物品罪
7. 非法种植毒品原植物罪
8. 非法买卖、运输、携带、持有毒品原植物种子、幼苗罪
9. 引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪
10. 强迫他人吸毒罪
11. 容留他人吸毒罪
12. 非法提供麻醉药品、精神药品罪



(二) 毒品犯罪案件常用法律规范

1. 《大连会议纪要》
2. 《武汉会议纪要》
3. 《最高人民法院关于审理毒品犯罪案件适用法律若干问题的解释》
4. 《办理毒品犯罪案件毒品提取、扣押、称量、取样和送检程序若干问题的规定》
5. 《关于办理毒品犯罪案件收集与审查证据若干问题的意见（保密）》
6. 《麻醉药品品种目录》
7. 《精神药品品种目录》
8. 《非药用类麻醉药品和精神药品管制品种增补目录》



从两个角度讲有效辩护

证据辩护



有效
辩护



程序辩护

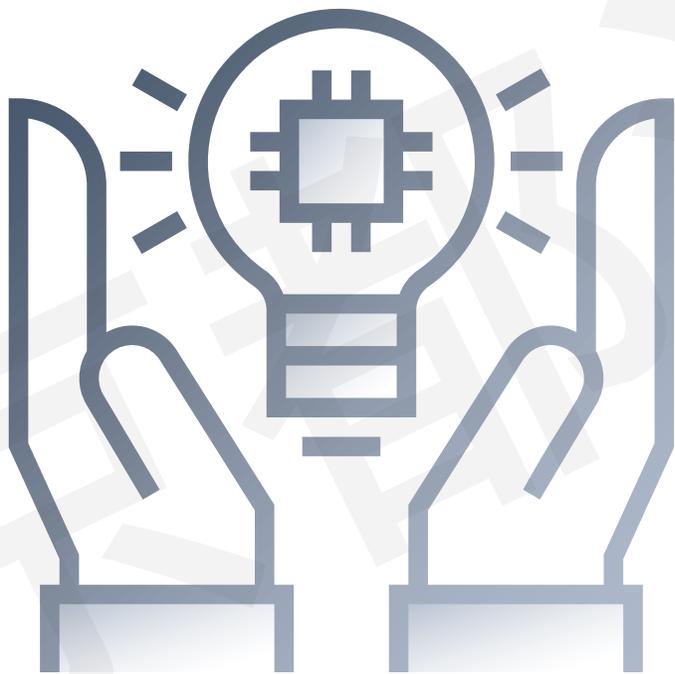


三、证据辩护

- (一) 毒品物证辩护
- (二) 技侦证据辩护
- (三) 特情介入证据辩护
- (四) 控制下交付证据辩护
- (五) 非法证据排除



(一) 毒品物证辩护



毒品物证

毒品物证保管链条

毒品物证的鉴定

毒品鉴定意见常见问题



(一) 物证辩护

1. 毒品物证

(1) 毒品物证需要证明的内容

- ✓ 查获毒品的形态
- ✓ 查获毒品的数量、性质、纯度
- ✓ 查获毒品与鉴定毒品及法庭质证毒品的同一性

(2) 毒品物证的出示和辨认

- ☞ 毒品照片作为物证出示，应显示照片的拍摄人及人数、拍摄时间等信息
- ☞ 被告人对查获毒品进行辨认或指认的证据



《办理毒品犯罪案件毒品提取、扣押、称量、取样和送检程序若干问题的规定》

2. 毒品物证保管链条 (提取、扣押、封装、称量、取样、送检)

① 多地点、多包装毒品未分别提取、扣押、封装、称量

◆ 规范：不能将不同包装物内的毒品混合。

② 衡器未归零及未附有效计量检定证书

◆ 规范：附有法定计量检定机构出具的计量检定证书复印件，计量检定证书在有效期内；称量前显数归零。



2. 毒品物证保管链条 (提取、扣押、封装、 称量、取样、送检)

③毒品取样不符合规范

◆ 规范:

- A. 不同形态：粉状、颗粒及块状、膏及胶状、胶囊片剂、液态、固液混合。
- B. 多个包装：10包以内、10-100、100以上。
- C. 包装完好的精麻药品制剂。



2. 毒品物证保管链条 (提取、扣押、封装、 称量、取样、送检)

④违反犯罪嫌疑人在场、见证人见证或者拍照、录像规定

- ◆ 规范：犯罪嫌疑人应在场；见证人要适格、四个环节的主要过程要录像。
- ◆ 不能作为见证人的情形：不具有相应辨别能力或者不能正确表达的人；与案件有利害关系的人；行使勘验、检查、搜查、扣押等刑事诉讼职权的公安、司法机关的工作人员或者其聘用的人员。

⑤称量、取样、送检笔录与提取笔录、扣押清单不一致



⑥当场提取、扣押后未进行封装，异地称量、取样时，没有拆封及重新封装记录，拆封及封装没有犯罪嫌疑人及见证人在场

⑦委托鉴定机构取样没有取样笔录，鉴定意见中也没有记载取样过程

◆ 规范：取样笔录由取样人和侦查人员双方签名。

2. 毒品物证保管链条 (提取、扣押、封装、 称量、取样、送检)

⑧多包毒品分别取样获得检材后，将检材混合

◆ 规范：从不同包装中选取或者随机抽取的检材应当分别独立封装，
不得混合。

⑨多包毒品分别进行定性鉴定后，将检材混合进行含量鉴定

◆ 规范：进行含量鉴定的检材应当与进行成分鉴定的检材来源一致，
且一一对应。



《最高院刑诉法解释》

第七十三条 在勘验、检查、搜查过程中提取、扣押的物证、书证，未附笔录或者清单，不能证明物证、书证来源的，不得作为定案的根据。

物证、书证的收集程序、方式有下列瑕疵，经补正或者作出合理解释的，可以采用：

瑕疵证据

（一）勘验、检查、搜查、提取笔录或者扣押清单上没有侦查人员、物品持有人、见证人签名，或者对物品的名称、特征、数量、质量等注明不详的；

（二）物证的照片、录像、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，或者无被收集、调取人签名、盖章的；

（三）物证的照片、录像、复制品，书证的副本、复制件没有制作人关于制作过程和原物、原件存放地点的说明，或者说明中无签名的；

（四）有其他瑕疵的。

对物证、书证的来源、收集程序有疑问，不能作出合理解释的，该物证、书证不得作为定案的根据。



(1) 定性鉴定

3. 毒品物证的鉴定

- ① 对于含有二种以上毒品成分的**毒品混合物**，
应进一步作成分鉴定，确定所含的不同毒品**成分及比例**；
- ② **制造毒品案件**中，对查获毒品含量明显偏低的，
应申请对毒品中的其他主要成分进行鉴定，
以确定是否为**制毒原料中带有微量毒品**；
如：羟亚胺——氯胺酮；
丁内酯——羟丁酸；



(2) 纯度鉴定（含量鉴定）

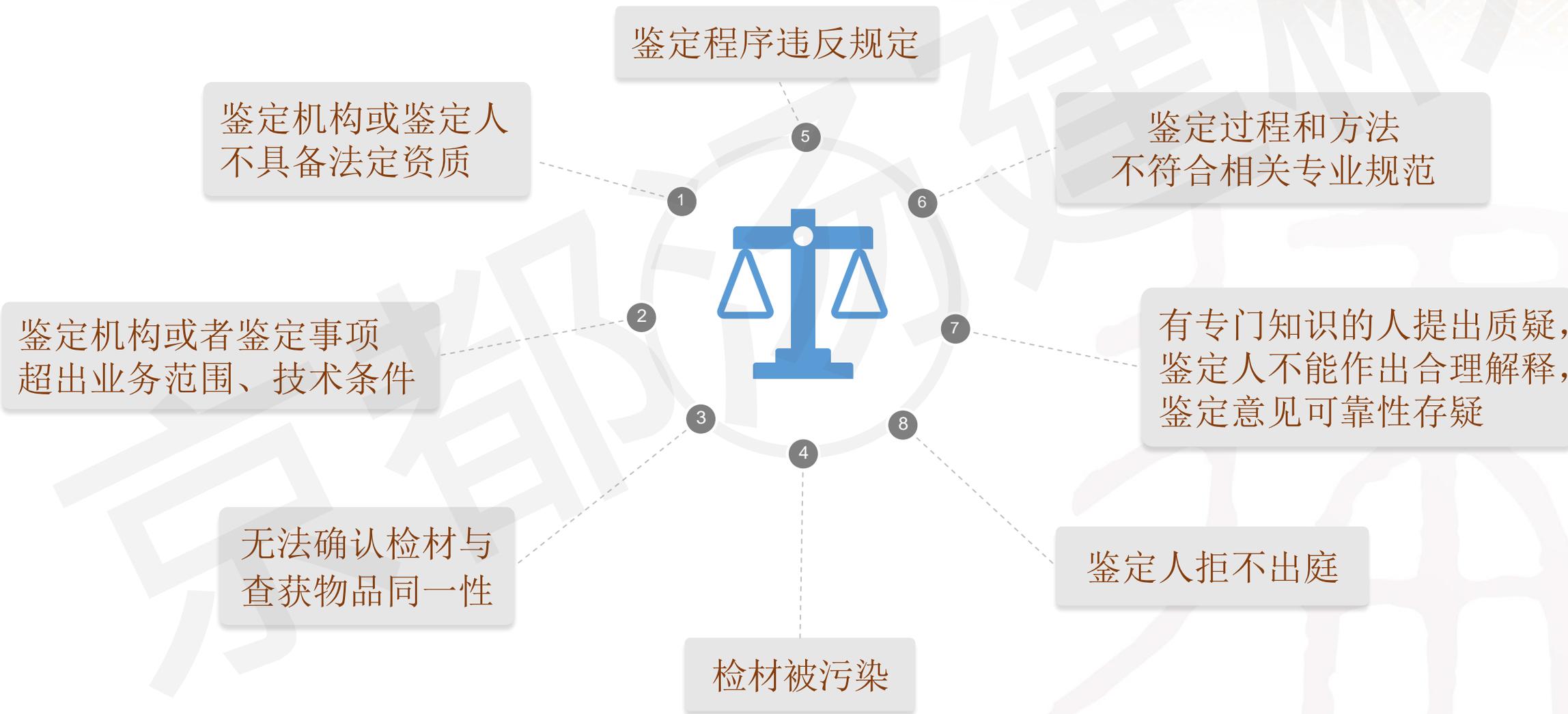
①进行含量鉴定的情形

3. 毒品物证的鉴定

- 犯罪嫌疑人、被告人可能被判处死刑的；
- 查获的毒品系液态、固液混合物或者系毒品半成品的；
- 查获的毒品可能大量掺假的；
- 查获的毒品系成分复杂的新类型毒品，且犯罪嫌疑人、被告人可能被判处七年以上有期徒刑的；
- 人民检察院、人民法院认为含量鉴定对定罪量刑有重大影响而书面要求进行含量鉴定的。

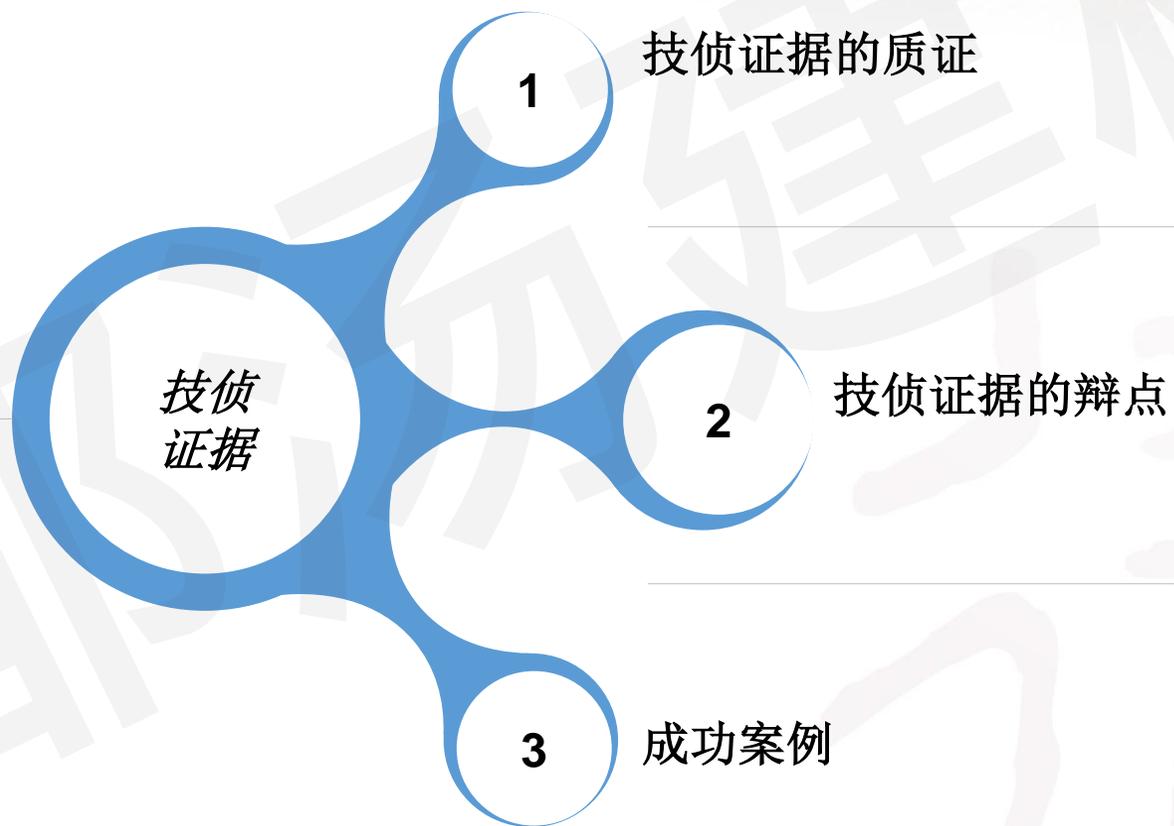


4. 毒品鉴定意见常见问题





(二) 技术侦查证据辩护





1. 技侦证据的质证

- (1) 原则上当庭出示、辨认、质证；
- (2) 其次采取必要保护措施转为不公开审理；
- (3) 再次庭外核实证据，可以召集检、侦、辩三方到场；



2. 技侦证据的辩点

(1) 采取技侦措施是否早于立案时间？

◆ 《中华人民共和国刑事诉讼法》

第一百四十八条 公安机关在立案后，对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品犯罪或者其他严重危害社会的犯罪案件，根据侦查犯罪的需要，经过严格的批准手续，可以采取技术侦查措施。

(2) 采取技侦措施是否经审批？

◆ 技术侦查措施须由地级市公安机关审批



(3) 实施技侦措施是否为公安机关的技术侦查部门？

◆ 《公安机关办理刑事案件程序规则》

第二百五十六条 需要采取技术侦查措施的，应当制作呈请采取技术侦查措施报告书，报设区的市一级以上公安机关负责人批准，制作采取技术侦查措施决定书。人民检察院等部门决定采取技术侦查措施，交公安机关执行的，由设区的市一级以上公安机关按照规定办理相关手续后，交负责技术侦查的部门执行，并将执行情况通知人民检察院等部门。



(4) 采取技侦证据的种类、适用对象和期限是否批准文件的内容一致

(5) 音频资料中的声音主体是否为被告人？

◆被告人否认声音是其本人，应申请做声纹鉴定。

(6) 技侦证据中是否显示特情介入及控制下交付的存在



3. 案例

【基本案情】

从阳某某死刑复核案

成功发回重审

看技侦证据的质证

- ① 阳某某零口供，一、二审判决认定阳某某指使他人帮助其藏匿毒品（冰毒）并贩卖，数量多达十三余公斤，还贩卖部分海洛因和咖啡因。
- ② 涉案毒品并非在阳某某家中查获，阳某某始终未作过有罪供述。



【核心辩护观点】



在可能存在的监听录音未经质证的情况下，认定阳某某构成贩卖毒品罪的事实不清、证据不足。

- ✓ 监听录音是在本案立案之前取得的，违反了《刑事诉讼法》的强制性规定，且没有证据证明该监听经过合法的审批，因此该监听行为违法，所以监听录音不能作为证据使用。
- ✓ 一、二审未显示有监听录音的相关证据，即使死刑复核阶段承办法官听取了监听录音、调取了审批手续，由于这些材料没有经过庭审质证，剥夺了被告人及辩护人的质证权，也不能作为证据使用。
- ✓ 即使法官听取了监听录音，其中有阳某某实施贩卖毒品行为的内容，根据证据裁判原则，在该录音不能作为证据使用的情况下，法官不能以此建立阳某某贩卖毒品的内心确信，也不能据此认定阳某某构成贩卖毒品罪并核准死刑。



【辩护结果】

最终，法院采纳了本人的上述辩护意见，以认定阳某某构成贩卖毒品罪的部分事实不清、证据不足为理由，将案件发回一审法院重审。

本院认为，第一审判决、第二审判决认定被告人阳■■■■犯贩卖毒品罪的部分事实不清，证据不足。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百三十五条、第二百三十九条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第三百五十条第（三）项、第三百五十三条第一款的规定，裁定如下：

一、不核准■■■■省高级人民法院（2016）■■■■刑终■■■■号维持第一审以贩卖毒品罪判处被告人阳■■■■死刑，剥夺政治权利终身，并



(三) 特情介入的证据辩护



特情介入的类型及法律后果



特情介入证据的辩点



特情介入案件的特殊辩点



1. 特情介入的类型及法律后果

(1) 机会引诱

对已持有毒品待售或者有证据证明已准备实施大宗毒品犯罪者，采取特情贴靠、接洽而破获案件。

◆ 法律后果：

应当依法处理，如果犯罪未遂及存在控制下交付，基于相应情节从宽量刑。



(2) 犯意引诱

行为人本没有实施毒品犯罪的主观意图，而是在特情诱惑和促成下形成犯意，进而实施毒品犯罪的，属于“犯意引诱”。

◆法律后果：

① 《大连会议纪要》：

应当依法从轻处罚，无论涉案毒品数量多大，都不应判处死刑立即执行。

② 刑诉法第153条：

秘密侦查“不得诱使他们犯罪”，非法的侦查行为导致该侦查行为及产生的证据或程序失去合法依据，并不导致刑事案件本身失效。

③ 最新裁判观点：

引诱无犯意的人犯罪，特情人员提供的毒品、毒资及依照特情人员渠道购买的毒品，不能作为证据使用。



(3) 双套引诱

特情既为行为人安排上线，又提供下线。

◆ 法律后果：

处刑时可予以更大幅度的从宽处罚或者依法免于刑事处罚。

(4) 数量引诱

行为人本来只有实施数量较小的毒品犯罪的故意，在特情引诱下实施了数量较大甚至达到实际掌握的死刑数量标准的毒品犯罪的，属于“数量引诱”。

◆ 法律后果：

应当依法从轻处罚，即使毒品数量超过实际掌握的死刑数量标准，一般也不判处死刑立即执行。



(5) 间接引诱

被告人受特情间接引诱实施毒品犯罪。

◆法律后果:

参照上述原则依法处理，其犯意不是特情人员引起，不属于犯意引诱，可参照数量引诱从轻处罚。



2. 特情介入证据的辩点

(1) 是否履行批准手续

(2) 犯意是否为特情人员提起？

◆ 《公安机关办理刑事案件程序规定》

第二百六十二条 为了查明案情，在必要的时候，经县级以上公安机关负责人决定，可以由侦查人员或者公安机关指定的其他人员隐匿身份实施侦查。

(3) 涉案毒品、毒资的来源和去向？



3. 特情介入案件的特殊辩点

(1) 犯意引诱的非法证据排除

引诱无犯意的人犯罪，特情人员提供的毒品、毒资及依照特情人员渠道购买的毒品，不能作为证据使用。

(2) 死刑案件对“犯意引诱”和“数量引诱”适用不能排除的证明标准

对不能排除“犯意引诱”和“数量引诱”的案件，在考虑是否对被告人判处死刑立即执行时，要留有余地。



(四) 控制下交付证据辩护

1. 控制下交付

侦查机关为了侦查毒品犯罪的需要，发现犯罪行为后进行密切监控，等到毒品交接时再将犯罪嫌疑人抓获的一种侦查方法。



2. 控制下交付的法律后果

毒品未流入社会，
社会危害性相对较小，
酌情从轻



控制下交付的
法律后果

可能存在犯罪未遂

可能采取了技术侦查措施

可能存在特情介入



2. 控制下交付的法律后果

《山东高院刑一庭关于毒品犯罪案件常见问题裁判指引》

【17. “毒品没有进一步流入社会”情节对被告人量刑有什么影响？】

“对于涉案毒品全部或者绝大部分查扣的被告人，审判实践中，为全案量刑平衡，可对被告人从轻处罚，但从轻幅度必须严格把握。”



3.控制下交付的证据审查

01

是否履行
审批手续

02

犯罪嫌疑人
是否完成毒品购
买行为

03

全部毒品是否均
未流入社会

04

是否存在技术侦
查措施

05

是否存在特情引
诱



(五) 非法证据排除

1. 非法证据排除应当审查的内容

(1) 被告人是否认可供述内容

(3) 讯问笔录是否全部随案移送

(2) 是否存在非法取证的情形

(4) 是否有同步录音录像

➤ 刑讯逼供、威胁、非法限制人身自由

➤ 普通案件无期，走、制、贩、运毒品 15 年以上，非持 7 年以上，包庇毒品犯罪分子 3 年以上的，制毒物品 3 年以上的



【基本案情】

2. 案例

田某某贩卖毒品二审

死刑成功改判

之

非法证据排除

一审判决认定：

1. 2015年8月，被告人田某某在广东某地从他人手中购买甲基苯丙胺（冰毒）1000克，并指使被告人康某某将1000克甲基苯丙胺从广东省运到辽宁省某地，后田某某将上述1000克甲基苯丙胺分别卖给其他同案被告人。
2. 2015年9月5日，田某某在广东某地从他人手中购买甲基苯丙胺3000克，并指使康某某将3000克甲基苯丙胺从广东省运到辽宁省某地。9月15日，田某某在辽宁某地贩卖给同案被告人张某甲基苯丙胺1000克。



【辩护思路】

田某某贩卖毒品二审
死刑成功改判
之
非法证据排除

刑讯逼供



非法证据排除

- ✓ 申请法院调取入所前讯问同步录音录像，排除入所前供述
- ✓ 搜集其他证明刑讯逼供可能存在的证据或线索
- ✓ 申请侦查人员出庭说明田某某伤情产生的原因
- ✓ 针对入所后有同步录音录像的讯问笔录，提出重复性供述的意见



【辩护结果】

田某某贩卖毒品二审

死刑成功改判

之

非法证据排除

法院采纳了辩护人的意见，将田某某入所前和入所后的关于第一笔毒品犯罪的有罪供述全部排除。

非法证据的排除为本案改判死缓奠定了重要的基础。



【法院排除非法证据的理由】

1. 法院认为伤情不能证明是抓捕时造成，即不排除是公安机关审讯时造成的。

田某某贩卖毒品二审

死刑成功改判

之

非法证据排除

关于上诉人田■辩护人所提，田■在侦查机关所作出的有罪供述系刑讯逼供而作出的，依法应当予以排除的辩护意见，经查，田■《入监体检表》显示田■身上有伤，入所后仍去医院治疗，虽然公安机关证实田■系抗拒抓捕而受伤，但抓捕时未有录音录像，也未对伤情拍照固定，现有证据不能确定伤情确系抓捕时形成。



田某某贩卖毒品二审
死刑成功改判
之
非法证据排除

2. 法院认为没有同步录像，不能排除非法取证，决定排除第一份有罪供述。

并且《中华人民共和国刑事诉讼法》、《公安机关办理刑事案件程序规定》(试行)《公安机关讯问犯罪嫌疑人录音录像工作规定》等相关法律法规均明确规定，对于可能判处无期徒刑以上的案件，应当对讯问过程进行录音录像，而公安机关未对田■的第一次有罪供述进行同步录音录像，现有证据不能排除田■在办案单位的有罪供述系以非法方法收集，故对田■阳第一次讯问笔录依法应当予以排除；



田某某贩卖毒品二审
死刑成功改判
之
非法证据排除

3. 法院认定第二次供述为重复性供述，且不符合不
排除的例外情形，决定排除第二份有罪供述。

虽然田■的第二次有罪供述系在看守所形成，且有同步录音录像，但根据《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》，采用刑讯逼供方法使被告人作出的供述，之后被告人受该刑讯逼供影响而作出的与该供述相同或重复性供述，应当一并排除，但是侦查期间，侦查机关确认或者不能排除以非法方法收集证据而更换侦查人员，其他侦查人员再次讯问时告知诉讼权利和认罪的法律后果，犯罪嫌疑人自愿供述的不予排除。而本案不符合不予排除和例外情形，故对田■在看守所的第二次重复性有罪供述也应当一并排除。综上，现有证据不能排除田■在侦查阶段的有罪供述系以非法方法收集，应当予以排除，故对田■辩护人所提此节辩护意见本院予以支持。



3. 非法证据排除常见问题

(1) 提供的线索或材料内容有没有标准的要求？

《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程》（试行）

第五条 被告人及其辩护人申请排除非法证据，应当提供相关线索或者材料，但不承担刑讯逼供等非法取证的举证责任。相关“线索”是指涉嫌非法取证的人员、时间、地点、方式等线索。相关“材料”是指能够反映非法取证的伤情照片、体检记录、医院病历、讯问笔录、讯问录音录像或者同监室人员的证言等材料。



一、关于被告人卢[]、冯[]提出在侦查阶段受到刑讯逼供的辩解，以及卢[]的辩护人提出排除非法证据的意见。经查：被告人卢[]、冯[]等人在庭审中虽辩称在侦查阶段遭受到刑讯逼供，但均未提供具体的线索或材料，入所体检表显示二人体表无外伤，体检均正常，二人在入所笔录中也均称没有受到刑讯逼供，因此，对卢[]、冯[]及卢[]辩护人提出的该项辩解及辩护意见不予采纳。



(2) 一审未审查的应该如何处理？

《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》

第五条 被告人及其辩护人在开庭审理前或者庭审中，提出被告人审判前供述是非法取得的，法庭在公诉人宣读起诉书之后，应当先行当庭调查。

《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程》（试行）

第十条 被告人及其辩护人申请排除非法证据，并提供相关线索或者材料的，人民法院应当召开庭前会议，并在召开庭前会议三日前将申请书和相关线索或者材料的复制件送交人民检察院。

第十八条 人民法院决定对证据收集的合法性进行法庭调查的，应当先行当庭调查。在对证据收集合法性的法庭调查程序结束前，不得对有关证据宣读、质证。



(3) 是否没有同步录音录像就一定能够排非？

《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程》（试行）

第二十六条 经法庭审理，具有下列情形之一的，对有关证据应当予以排除：

（二）应当对讯问过程录音录像的案件没有提供讯问录音录像，或者讯问录音录像存在选择性录制、剪接、删改等情形，现有证据不能排除以非法方法收集证据的；



(4) 一审未提二审提出排非申请，二审是否应当审查？

《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程》（试行）

第二十九条 被告人及其辩护人在第一审程序中未提出排除非法证据的申请，在第二审程序中提出申请，有下列情形之一的，第二审人民法院应当审查：

- （一）第一审人民法院没有依法告知被告人申请排除非法证据的权利的；
- （二）被告人及其辩护人在第一审庭审后发现涉嫌非法取证的相关线索或者材料的。



(5) 不服一审不排非，二审是否应当继续审查？

《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程》（试行）

第二十八条 人民检察院、被告人及其法定代理人提出抗诉、上诉，对第一审人民法院有关证据收集合法性的审查、调查结论提出异议的，第二审人民法院应当审查。



四、程序辩护

(一) 刑事诉讼中的程序违法

(二) 九种程序违法情形





(一) 刑事诉讼中的程序违法

《刑事诉讼法》第 238 条

第二审人民法院发现第一审人民法院的审理有下列违反法律规定的诉讼程序的情形之一的，应当裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判：（一）违反本法有关公开审判的规定的；（二）违反回避制度的；（三）剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正审判的；（四）审判组织的组成不合法的；（五）其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的。

《最高院刑诉法解释》第 350 条

原审违反法定诉讼程序，可能影响公正审判的，应当裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判。



(二) 九种程序违法情形

1. 一名辩护人先后为同案不同被告人辩护，或为未同案处理但犯罪事实存在关联的不同被告人辩护，**属于影响公正审判的程序违法**，应当发回重审。

- ✓ 《最高院刑诉法解释》第三十八条第二款明确规定：“一名辩护人不得为两名以上的同案被告人，或者未同案处理但犯罪事实存在关联的被告人辩护”。
- ✓ 《刑事审判参考》发布的第733号、第956号指导案例也基于此情形，做出了不核准死刑，发回重审的裁定。



- ✓ 第733号指导案例（陈某贩卖、运输毒品案）：**律师在侦查阶段先后接受有利害关系的两名同案犯委托，在审判阶段又为其中一人辩护的**，属于影响公正审判的程序违法行为。
- ✓ 第956号指导案例（刘洪高、刘开贵贩卖、运输毒品案）：**同一辩护人不得为两名以上犯罪事实存在关联的被告人辩护**，否则属于影响公正审判的程序违法行为。
- ✓ 同一律师在侦查和审判阶段先后接受同一案件中有利害关系的两名犯罪嫌疑人、被告人的委托，参与刑事诉讼活动，对公正审判的影响非常明显，**侵犯犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，干扰司法机关查明事实真相的正常活动，影响司法的公信力。**



✓ 规定“未同案处理但犯罪事实存在关联的被告人”也不得由同一辩护人辩护，有利于避免审判过程中因利益冲突产生的损害被告人诉讼权利的问题。

- 毒品犯罪的上下家，行贿和受贿双方。
- 恐怖组织、黑社会性质组织的参加者。
- 洗钱，窝藏、包庇，掩饰隐瞒犯罪所得、犯罪收益等下游犯罪。



2. 死刑案件未经审判委员会讨论，属于影响公正审判的程序违法，应当发回重审。

- ✓ 《最高院刑诉法解释》第一百七十八条规定：“拟判处死刑的案件、人民检察院抗诉的案件，合议庭应当提请院长决定提交审判委员会讨论决定。”
- ✓ 《刑事审判参考》发布的第1232号指导案例（高朝能贩卖、运输毒品案）中认定死刑案件未经审判委员会讨论，属于影响公正审判的程序违法，基于此不核准死刑，发回重审。



- ✓ 审理死刑案件，应当更加重视程序公正。基于《最高院刑诉法解释》的规定，死刑案件都“应当”提交审判委员会讨论决定，而不是“可以”提交审判委员会讨论决定。
- ✓ 《最高院刑诉法解释》做出“应当”提交审判委员会讨论决定的刚性规定，正是因为基于坚持“保留死刑，严格控制和慎重适用死刑”政策的目的，基于严把案件事实关、证据关、法律适用关和诉讼程序关的目的，基于确保死刑判决取得更好的社会效果的目的。这些目的，正是公正审判的应有之义。因此，**未经审判委员会讨论的死刑案件之裁判必然“可能影响公正审判”。**



3. 未通知诉讼当事人的情况下更换合议庭成员，属于影响公正审判的程序违法，应当发回重审。

✓ 《最高人民法院关于人民法院合议庭工作的规定》第三条规定：“合议庭组成人员确定后，除因回避或者其他特殊情况，不能继续参加案件审理的之外，不得在案件审理过程中更换。更换合议庭成员，应当报请院长或者庭长决定。合议庭成员的更换情况应当及时通知诉讼当事人。”



- ✓ 范某寿、范某坤贩卖、运输毒品死刑复核案：二审阶段两次庭审的合议庭组成人员不同，并且更换合议庭成员也未通知上诉人及辩护人，违反了集中审理原则。
- ✓ 最高人民法院在不核准死刑裁定书中认为，第二审法院在未通知各诉讼当事人的情况下更换合议庭成员，违反了《最高人民法院关于人民法院合议庭工作的规定》第三条规定，作出不予核准范某寿、范某坤死刑，撤销二审判决，发回辽宁省高级人民法院重新审判的刑事裁定。



4. 庭审中仅由辩护人发表辩护意见，未安排被告人发表辩护意见，属于影响公正审判的程序违法，应当发回重审。

- ✓ 法庭辩论阶段，法庭不讯问被告人有无辩护意见，也不安排被告人发表辩护意见，径直让辩护律师发表辩护意见，剥夺了被告人自我辩护的法定诉讼权利。
- ✓ 《刑事诉讼法》第二百二十七条规定：“剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正审判的”，应撤销原判，发回重审。
- ✓ 《最高院刑诉法解释》第三百五十条中规定：原审违反法定诉讼程序，可能影响公正审判的，应当裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判。



5. 由未入额的检察官、法官承办案件，**属于影响公正审判的程序违法**，应当发回重审。

✓ 2019年10月1日起实施的《检察官法》、《人民法院组织法》、《法官法》中明确规定检察官、法官实行员额制管理，所有被任命的检察官、法官，只要未入额，就不能作为案件承办人员，没有公诉人、审判员资格，只能从事司法辅助工作。

✓ 因此，由未入额的法官作为审判员参与诉讼活动，不符合合议庭组成的相关规定，也不符合审判权的划分，违反了法定诉讼程序，可能影响公正审判。



6. 侦查机关因指定管辖获得案件管辖权，对应的检察院、法院未经指定管辖起诉审理案件，属于违反地域管辖规定的严重程序违法行为，**可能影响公正审判**，应当发回重审。

✓ 最高院曾经发布“如何确定毒品犯罪案件的地域管辖”的指导案例（《刑事审判参考》第551号闵光辉、马占霖、帕丽旦木·买森木贩卖毒品案），该案例确立了“原审法院没有管辖权，应当发回原一审法院，由原一审法院报请与有管辖权的法院共同的上级法院依法指定原一审法院管辖”的裁判要旨。



- ✓ 傅某运输毒品死刑复核案：案件的侦查机关异地办理无地域管辖权案件，后因指定管辖获得案件管辖权。侦查终结后，移送对应检察院、法院审理，承办的检察院、法院在没有地域管辖权也未获得指定管辖的情形下，对案件进行起诉审理，最终作出判决。
- ✓ 刑事诉讼中关于管辖权的规定属于强制性规定，也是承办案件必要条件。检察院、法院在没有管辖权的情况下实施的诉讼活动，属于《最高院刑诉法解释》第三百五十条中规定的“原审违反法定诉讼程序，可能影响公正审判”的情形，应当裁定不予核准死刑，撤销原判，发回一审法院。



7. 法院调取对被告人不利的新证据，未进行出示及质证，并据此作出对被告人不利的认定，属于剥夺上诉人质证权的严重影响公正审判的程序违法，应当发回重审。

- ✓ 刑事庭审主要是在法庭上就公诉机关指控被告人的犯罪事实展开证据调查，而质证是证据调查的核心，是法庭认证的前提。对作为审判中认定案件事实根据的任何证据，均需经过质证。
- ✓ 法院调取对被告人不利的新证据，未进行出示及质证，并据此作出对被告人不利的认定，剥夺和限制了被告人及辩护人的辩护权，属于影响公正审判的程序违法，应当发回重审。



- ✓ 《刑事诉讼法》第五十条：“证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据”。
- ✓ 《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第六十三条：“**证据未经当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实的，不得作为定案的根据。**”
- ✓ 最高人民法院《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）》第三十六条第二款：“对于控辩双方补充的和法庭庭外调查核实取得的证据，**应当经过庭审质证才能作为定案的根据。但是，对于不影响定罪量刑的非关键性证据和有利于被告人的量刑证据，经庭外征求意见，控辩双方没有异议的除外。**”



- ✓ 最高院《刑事审判参考》第260号王雪玲故意伤害案：未经庭审质证的证据不得作为定案的根据，法院庭外调查所取得的新证据也必须经过庭审质证。
- ✓ 裁判理由：一审法院不经庭审质证，将对被告人不利的证据直接作为认定被告人犯罪事实的根据，不仅违反了证据裁判原则，而且也严重违反法律规定的诉讼程序，限制了当事人的法定诉讼权利。因为，这事实上剥夺了被告人的质证权和辩论权，使被告人对于指控完全丧失防御的机会，处于极其不利的境地。一审法院的这种做法属于严重的程序违法，显然影响了公正审判，其法律后果应当是一审法院的审理归于无效，其判决将被撤销。



8. 检察机关在二审期间提供**对定罪有重大影响新证据的**，法院不得直接改判有罪，应当发回重审。

- ✓ 《刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第三项规定：“原判决事实不清楚或者证据不足的，可以在查清事实后改判；也可以裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。”
- ✓ 《刑事审判参考》第833号邱垂江强奸案：检察机关在二审期间提供新证据，涉及无罪改有罪、轻罪改重罪，应当发回重审，以保障被告人的辩护权、上诉权等合法权益。



✓ 裁判理由：在二审期间出现新证据的情况下，应当区分以下情形分别作出处理：

(1) 新证据有利于被告人，且被告人及辩护人没有异议并经查证属实，原则上应当直接改判。

- 如重罪改轻罪，二审直接改判可以保证司法效率，避免浪费司法资源。

(2) 检察机关在二审期间提供新证据，涉及无罪改有罪、轻罪改重罪，应当发回重审，以保障被告人的辩护权、上诉权等合法权益。



- ✓ 一审作出无罪判决，检察机关提出抗诉并在二审期间收集到证明被告人犯罪的新证据，如果二审法院可以直接采纳检察机关提交的上述新证据，并据此认定被告人有罪，作出有罪判决，则实际意味着被告人丧失了就新证据所作出的有罪判决进行上诉救济的机会，也变相剥夺了被告人的辩护权和上诉权，不利于保护被告人的合法权益。
- ✓ 因此，当检察机关在二审期间提供的新证据对认定被告人的行为是否构成犯罪有重大影响时，为充分保障被告人的辩护权和上诉权，应当发回重审，而不宜直接改判。



9. 法律援助律师开庭前未会见被告人，属于影响公正审判的程序违法，应当发回重审。

✓ 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》明确：“承办律师应当在首次会见犯罪嫌疑人、被告人时，询问是否同意为其辩护，并制作笔录。犯罪嫌疑人、被告人不同意的，律师应当书面告知公安机关、人民检察院、人民法院和法律援助机构。”



- ✓ 中华全国律师协会《律师办理刑事案件规范》第一百三十条规定：“二审程序启动后，辩护律师应当及时到法院查阅案卷材料，会见上诉人、原审被告人，必要时调查收集相关证据材料。”
- ✓ **法律援助律师的违规行为导致被告人辩护权受到限制和侵害**，应当认定为属于影响公正审判的程序违法，对存在此情形案件，应当发回重审。



京都律师事务所
King & Capital Law Firm

谢 谢!

汤建彬 北京市京都律师事务所合伙人、律师
北京律师协会刑事诉讼专业委员会委员

电话: 15011178658

邮箱: 15011178658@163.com

