

◎何家弘 / 主编

# 证据学论坛 **第八卷**

ZHENGJUXUE  
LUNTAN

中国检察出版社

◎ 何家弘/主编

◎ 刘品新/副主编

# 证据学论坛



ZHENGJUXUE  
LUNTAN

中国检察出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

证据学论坛. 第8卷/何家弘主编. —北京: 中国检察出版社, 2004

ISBN 7-80185-311-3

I. 证… II. 何… III. 证据-理论研究-文集  
IV. D915.130.1-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 103488 号

## 证据学论坛 (第八卷)

何家弘 主编 刘品新 副主编

---

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 ([www.zgjccbs.com](http://www.zgjccbs.com))

电子邮箱: [zgjcbs@vip.sina.com](mailto:zgjcbs@vip.sina.com)

电 话: (010)68650028(编辑) 68650015(发行) 68636518(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京鑫海金澳胶印有限公司

开 本: A5

印 张: 19.5 印张

字 数: 540 千字

版 次: 2004 年 11 月第一版 2004 年 11 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-311-3/D·1290

定 价: 38.00 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

## 《证据学论坛》编委会

**编委会主任：**江 伟（中国人民大学法学教授）

**编委会委员：**（以姓名笔画为序）

龙宗智（西南政法大学校长、教授）

田文昌（中华全国律师协会刑事业务委员会  
主任委员）

刘一杰（司法部法规教育司司长）

汪建成（北京大学法学教授）

何家弘（中国人民大学法学教授）

邹明理（西南政法大学法学教授）

陈一云（中国人民大学法学教授）

张卫平（清华大学法学教授）

郎 胜（全国人大法工委刑法室主任）

赵汝琨（中国检察出版社总编辑）

郝赤勇（公安部部长助理，办公厅主任）

徐立根（中国人民大学法学教授）

袁 江（国家司法考试中心副主任）

崔 敏（中国人民公安大学法学教授）

樊崇义（中国政法大学法学教授）

熊选国（最高人民法院刑二庭庭长）

戴玉忠（最高人民检察院研究室主任）

**主 编：**何家弘

**副 主 编：**刘品新

**学术秘书：**吴丹红

**责任编辑：**李法宝

# 目 录

## 卷首白话

---

歧途·误区·知非 ..... 何家弘/3

## 前沿聚焦

---

改革、完善刑事证据法若干问题之思考 ..... 陈光中/15

关于我国制定统一证据法典的思考 ..... 江 伟 邵 明/37

论证据法的体系和法典化 ..... 高家伟/62

制定统一证据法：现实所需，理论所趋 ..... 陈界融/70

我国现行刑事证据立法的问题分析 ..... 唐永祥/94

建立举证妨碍制度，完善证据立法..... 汤维建 许尚豪/103

关于我国电子证据立法现状的思考..... 刘品新/119

台湾刑事诉讼法修正关于传闻法则之评析

..... 黄东熊（文字整理：吴景钦）/138

台湾刑事诉讼法修正对警讯笔录证据能力之影响..... 邱宝弘/157

## 网上对话

• ————— •

诉讼证明模式与证据审查评断…………… 龙宗智 何家弘/169

## 专论大观

• ————— •

论查处毒品犯罪案件中的事实推定

…………… 崔 敏 周 欣 董林燕/195

论离婚过错损害赔偿适用的证据规则…………… 刘引玲/217

沈家本的刑事证据法思想初探…………… 孙长永 康 黎/233

论刑事疑案与诉讼证明标准…………… 王圣杨 尚 华/244

如何规范我国刑事诉讼中的专家法律意见…………… 聂昭伟/258

## 学术沙龙

• ————— •

证据法三人谈 (四)

…………… 卞建林 汪建成 何家弘 (文字整理: 杨文峰) /271

解决司法鉴定结论分歧合法方式探讨

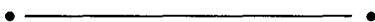
——兼论“终局鉴定”与“复核鉴定”的缺陷…………… 邹明理/281

司法鉴定回避制度研究…………… 刘 鑫 常 林/295

## 中立抑或对立

- 对民事诉讼中鉴定人选任制度的思考…………… 范跃如/310

## 博士殿堂



### 论美国证据法的成因及其对我国证据立法的启示

- …………… 李玉萍/327

### 证人制度的经济学分析

- 主要以新制度经济学为工具…………… 吴丹红/338

### 沉默权制度下鼓励自愿供述机制探微…………… 雷建昌/368

### “排除合理怀疑”标准在英美国家的理解与适用

- …………… 廖 明/387

## 科技平台



### 新科学证据带来的挑战

- 法庭上的新科学证据：历史、传统与功能

- …………… 刘静坤译 邹明理校/415

## 实证研究



- 《案发经过》不应当作证据使用…………… 陈为明/437

### 证据的冲突与价值的选择

- 对“奸淫幼女犯罪”司法解释以真实个案为切入点的分析…………… 王斐弘/445

### 试析言词证据在刑事审判中的审核认定

- …………… 王秋良 张华松/456

## 疑案会诊

• ————— •

### 第七卷反馈：本案的“合同复印件”不能作为刑事诉讼

- 证据使用…………… 甄 卓/475

### 第七卷反馈：该案“合同复印件”不具有证据效力

- …………… 吴群慧 杨文洁/478

### 第七卷反馈：本案的口供和证言表明犯罪嫌疑人熊某

- 构成过失致人死亡罪…………… 胡志坚/482

### 本卷论题：专家会诊意见能够作为定案根据吗？

- …………… 叶 青 皇甫长城 朱鹏程/487

## 外法评介

• ————— •

### 自然化认识论和证据法（下）

- …………… [美] 罗纳德·J·艾伦、布赖恩·雷特著 王进喜译/501

### 大陆法系民事诉讼中的证据收集制度论析

- 兼论我国证据收集制度的建构…………… 熊跃敏/521



## 书苑漫笔

### 证据的程序法解释

——评达马斯卡《漂移的证据法》…………… 汤维建/543

### 从经验到规则

——评《中国证据法草案（建议稿）及立法理由书》

…………… 范 愉 徐继军/572

### 刑事证据研究领域的一部力作

——评《中华人民共和国刑事证据法专家拟制稿》

…………… 黄 豹/577

## 卷末絮语

### 中美“证据开示理论与实务专题”研讨会纪要

…………… 中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心/585

### 证据学研究的“三维世界”

——“证据学论坛”网站诞生侧记…………… 小 龙/601

征稿启事…………… /608

英文目录…………… /611

# 卷首白话



## 歧途·误区·知非

2004年春暖花开的时节，我们师生一行9人来到了盛产郁金香的荷兰。然而，我们并不是来观赏那些美丽花卉的，而是为了完成欧盟资助的一个科研项目来考察欧盟国家刑事司法一体化的情况。在阿姆斯特丹机场，我们按照预定从赫兹租车公司开出了两辆轿车，然后驱车近一个小时，在黄昏时分来到了位于海牙市郊一片茂密森林边缘的比吉霍斯特旅馆。在荷兰那一周的时间内，我们访问了位于海牙市的欧洲刑事警察组织、欧洲刑事司法组织和欧洲司法协作网，还访问了乌得勒支大学的欧洲法律研究中心。当然，我们还利用正式访问的间隙时间游览了荷兰的一些名胜古迹，并开车远足至比利时的布鲁日和德国的科隆。

此次欧洲之行，我的感受是很多的，而最为清新且最为深刻的感受则来自于驾车出行。虽然在此之前我已经五次访问欧洲，而且几乎每次都有坐汽车长途旅行的经历，但那都是别人开车；虽然我在美国留学时也曾驱车近万里，但那毕竟是十多年以前的事情；虽然我目前在北京也会以车代步，但那只是偶尔为之，一年跑下来，行程也不过几千公里；而在荷兰那短短数日，我开车的里程就达到了1600公里。这样的经历使得此次欧洲之行格外与众不同。在欧洲开车，既有惬意和快乐的一面，也有疲惫和紧张的一面。人生路不熟，再加上路标上那些陌生的文字既难识别又难记忆，驾车误入歧途就不是什么值得大惊小怪的事情了。粗算一下，我们那几天开车，走错路的时候竟也有七八次之多。其中，既有小错，也有大错，而最大的一次则发生在去比利时的途中。

那是个星期天，我们早上8点钟出发，目的地是位于比利时西

部的古城布鲁日，预计单程所需时间为三个小时。我们计划赶到布鲁日吃午饭，然后观光，然后回海牙，一天的安排应该说还是相当从容的。离开旅馆，我们沿着公路先向东再向南，绕过海牙市区和鹿特丹市区，然后直奔荷兰与比利时的国境。因为是通向邻国的道路，而且是周末，所以高速公路上车很少，我们的感觉很“爽”。一阵“狂奔”之后，我们在一个路口拐上了一条偏向西南的道路。又跑了一段，道路开始转向西方。这时，一个问号浮上了我的脑海——如果我们已经到了比利时境内，这条路就是正确的；倘若我们还在荷兰境内，那可就犯了方向性的错误。由于欧盟的“申根协定”国家之间没有明显的国境线，所以我们也不清楚自己是否已经稀里糊涂地进入了比利时的境界。在这高速公路上，我们也无法问路，因为除了偶尔一遇的飞驰的车辆，周围没有人，我们只好硬着头皮继续前行。

公路两旁的视野非常开阔，风景非常优美。绿色的原野上星罗棋布地坐落着一些建造得很精致的房屋，蓝天白云下一群群奶牛在绿茵茵的草地上悠闲地享受着它们的生活。然而，这样的风景更加重了我心中的疑惑——如果是在比利时，前面就应该有城市了，不应该是如此一派乡村景象。当我们来到高速公路一个十字路口的时候，我们停下车来。在路边，我们仔细研究了一番地图和路标，发现我们仍然在荷兰境内。如果继续向西跑下去，我们就要到达荷兰西南角的海滨小城符利辛根了。至此，我们已经在错误的道路上奔驰了半个多小时，损失了不少宝贵的时间。好在那一路风景如画，我们也算是“计划外”地领略了一番荷兰乡村的风光。

为了赶到预定的目的地，我们急忙掉头，一路疾驰。当我们终于进入比利时境界时，已经接近中午了。在又犯了一次小错误之后，我们临时决定先到附近的安特卫普市吃午饭。反正我们决心已定——不到布鲁日非好汉。午饭之后，我们在安特卫普市中心游览一番，也算“计划外”的收获。然后，我们开车出城，严格地按照路标上的指示西行。当我们终于到达古城布鲁日的时候，已经是下午3点半钟了。不过，布鲁日的名胜古迹确实名不虚传，我们都由

衷地感到不虚此行。那一天，当我们赶回比吉霍斯特旅馆时，已经是晚上9点多钟了。这确实是很长的一天，不过，荷兰的夜幕才开始降临。

开车有歧途，人生也有歧途。在人生的道路上，因为一不留神或一念之差而误入歧途者，绝非罕见。其中，有些事例不仅令人痛心，而且令人警醒。我就曾经听说过这样一个案例，而且那件事情的起因也与开车有关。

某甲本来是一个老实巴交、勤勤恳恳的汽车司机。一天夜里，他开车时没留神把一个骑自行车的人给撞了。他下车一看，见那人满脸是血，昏迷不醒，而且周围没有人。他犹豫了片刻，还是开车逃跑了。后来，那个受害人死了。据大夫说，那个人是因为失血过多死亡的，如果有人及时把他送到医院抢救，他就不会死亡。公安局全力追查肇事逃逸者，某甲觉得自己在本市难以藏匿，就潜逃到外地。在后来的逃亡生活中，他吃尽了苦头，又结识了一些坏人，最终被拉进一个盗窃汽车团伙，走上了犯罪的道路。两年后他被公安机关逮捕。尽管他的认罪态度很好，交了自己的所有罪行和走上犯罪道路的经过，但是他仍须面对法律的惩罚。在监狱里，他后悔万分，认为自己当初不该在撞人之后逃离现场。但是，一失足成千古恨。他在迈出那错误的一步之后，就很难回头了，而且走的越远，就越难回头。假如他当年没有开车疏忽将人撞伤，或者在撞人之后没有选择逃跑，而是勇敢地面对自己的责任，那么他很可能还会过一辈子正常人的生活，还会是一个好人。

于是，我想起了明朝伦理学家王守仁曾经说过的一句话：“人之善恶由于一念之间”。在现实生活中，因一念之差而步入歧途的人确实不少。其实，生活中的歧途很多，偶尔误入在所难免。在任何一个人的生命旅程中，往往都会有误入歧途的时刻，只不过误入的方式和程度有所不同。从这个意义上讲，误入歧途并不可怕，可怕的是误入之后不知回头，结果是越走越远，越陷越深，导致终生的遗憾。既然在开车旅行的时候，误入歧途可以掉头回来，那么在人生的道路上，歧途知返，亦不为晚。常言道：浪子回头金不换。

## 二

人的认识活动犹如行路，也会面临路径的选择，因而也会步入歧途，或曰进入认识的误区。旅行和人生的歧途往往都是有形的，因而也是比较明确的，或者说，当事者一般都知道自己步入了歧途，尽管那可能属于事后的醒悟。但认识的误区往往都是无形的，因而具有较大的隐蔽性，有时甚至使人步入之后都很难察觉。在有些情况下，人们的认识面临几种不同的答案，而孰正孰误并不明确，是否歧途亦无定论。究其原因，可能是客观条件所至，也可能是主观能力使然。总之，当事者很难确定自己是否已经步入了认识的误区，特别是在认识那些发生在过去而且无法再现的历史事件的时候。我最近经历的一件非常简单的小事就能说明这个道理。

从欧洲考察回国之后不久，我又应邀来到韩国大邱市参加由岭南大学法学院主办的“法学教育制度改革国际研讨会”。会议结束之后，东道主热情地安排我去观光。于是，我在申宇澈博士等人的陪同下，驱车约 200 公里，来到韩国著名的传统旅游胜地——安市回河村。那里山清水秀，景色迷人，特别是那绕山回转的河水与沙滩相配，竟然形成了一幅太极八卦图，令人叹为观止。大概由于那是一块风水宝地，所以自古便有贤人居住，许多高官退隐之后也在此修身养性，其中一位便是在朝鲜历史上享有盛名的柳成龙。此君生于 1542 年，死于 1607 年。当日本倭寇于 1592 年开始入侵高丽半岛时，他正担任首相，遂率领军队英勇抗击倭寇，被后人誉为“抗倭英雄”。退隐之后，他在回河村潜心研习儒家学说并兴学重教，附近的“屏山书院”就是他当年向弟子讲学的场所。他撰写的《惩毖录》一书充分展现了他那深受中华传统文化影响的人生哲理和思想。我们饶有兴趣地参观了柳成龙的故居，并观看了关于其事迹的展览。在展出的遗物中，有一双鞋引起了我们的关注和猜测。

那是一双皮革制成的船鞋，极长，约有 40 多公分。若按脚长与身高的正常比例（大约 1 比 7）推算，此君一定比 NBA 蓝坛“小巨人”姚明还要高出一头！倘若柳成龙身材如此高大，历史文

献中定然有所记载，当地人大概也不会放过这么具有价值的旅游资源，而定然会在展览中大书特书一番。然而，史书中没有记载，旅游介绍中也没有答案。由此可见，柳成龙绝不可能是身材2.5米以上的“高人”。但是，那双长鞋又做何解释呢？我们纷纷猜测，便有了多种说法。第一种说法，这鞋大概是一种套鞋，套在毡靴之外，骑马打仗时穿用；第二种说法，这是在家穿的便鞋，犹如拖鞋，后边长出一截大概属于时髦；第三种说法，这鞋不是给人穿的，就是个摆设，犹如一些鞋店橱窗里摆放的巨型鞋。我们猜测半天，也没能得出大家都能接受的结论。看来，在这个问题上，我们的认识难有定论。

诚然，这是一件小事。但就是在这样的小事上，我们的认识遇到了反映人类认识规律的难题。人们对于历史事件的认识往往带有一定的模糊性或不确定性。我们知道自己的认识面临着误区，但是却无法避开误区，因为我们甚至都不知道那误区位于何处。由于司法证明活动与历史事件认识十分相似，于是，我又联想到司法活动中认定案件事实的难题。如果说我们在判断柳成龙的“长鞋”时步入误区并没有太大的现实危险，那么司法活动中的认识误区则可能会有致命的后果，哪怕只涉及一个很小的事实问题。试举一例：

2001年8月9日，我国北方某农村发生了一起由入室盗窃转化的抢劫杀人案。被告人某乙是本村的一个青年。由于被告人对指控的犯罪事实供认不讳，而且有其他证据支持，所以一审法院于2002年5月28日判处被告人死刑。被告人提出上诉，主要理由是被告人在作案时不满18周岁。按照我国刑法的有关规定，犯罪的时候不满18周岁的人，不适用死刑。二审法院在审理之后，于2003年4月24日做出裁定，维持了一审法院的死刑判决。2004年3月，在预定执行死刑的那一天，某乙的家人在家中准备为其办理后事，但是晚上却收到了被告人亲自打来的电话，说他没有死，因为他在行刑前喊冤，说自己杀人时不够18岁，所以死刑被推迟了。家人的心底又升起了一线希望。但是他们没有想到，仅仅数日之后，他们又接到了领取某乙骨灰的通知——死刑已然执行了。然



而,本案并没有因为被告人的死亡而划上句号。某乙的家人在律师的帮助下向最高人民法院提出申诉,请求对该案的争议事实进行复查。

在这起抢劫杀人案中,争议的焦点是被告人的准确年龄,而且差异可能只有几天。在日常生活中,年龄相差几天似乎并不重要,但是在本案中,这几天之差则成为了生与死的分水岭。根据当地公安机关提供的出生日期证明和常住人口登记表以及计划生育部门提供的已婚育龄妇女登记卡片等证据,某乙的出生日期为1983年8月7日,案件发生时刚满18岁零2天;但是,根据被告人亲属和村民的证言以及被告人上小学时的登记表等证据,某乙出生于1983年农历8月7日(另一种说法为1984年农历8月11日),案件发生时差二十几天才满18岁。客观地说,本案中的证据既不能确实充分地证明被告人在案件发生时年满18周岁也不能肯定地证明其作案时未满18周岁。换言之,司法人员对这一事实的认识处于模糊的“灰色地带”,而在这“灰色地带”中就隐藏着这样或那样的认识误区。

司法活动中存在着认识的误区,这是不争的事实。其中,有些误区是很难发现甚至难以避免的,有些误区则是可以发现和避免的。因此,司法人员步入认识的误区,有时纯属无奈;有时则属于当事人的过失乃至故意。无法回避的误区,只能硬着头皮闯入。不过,在闯入时也应该坚持“两害相权取其轻”的原则。司法裁判的误区可以分为两类:一类是把有罪者当成了无罪者,即“错放”;一类是把无罪者当成了有罪者,即“错判”。前者是放纵了坏人的误区;后者是冤枉了好人的误区,其中何者为轻,不同的价值取向会有不同的答案。但是在现代文明国家中,基本原则应该是“宁可错放,不要错判”。

研究司法活动中的认识误区,主要目的在于识别那些可以发现和避免的误区,并分析司法人员走入这些误区的主观原因和客观原因,从而尽可能在司法实践中减少步入误区的情况。2004年5月28日,在中国人民大学法学院和美国印第安纳大学法学院共同主