

何家弘作品集

· 法道纪实系列

Shengju
de yuyan

何家弘 · 著

证据的语言

法学新思维录



中国人民公安大学出版社

何家弘作品集·法道纪实系列

何家弘◎著

证据的语言

——
法学新思维录

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

证据的语言: 法学新思维录/何家弘著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2009.6

(何家弘作品集·法道纪实系列)

ISBN 978-7-81139-583-9

I. 证… II. 何… III. 证据—法学—研究 IV. D915.130.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 087432 号

证据的语言——法学新思维录

ZHENG JU DE YU YAN——FA XUE XIN SI WEI LU

何家弘 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2009 年 6 月第 1 版

印 次: 2009 年 6 月第 1 次

印 张: 11.875

开 本: 880 毫米×1230 毫米 1/32

字 数: 274 千字

书 号: ISBN 978-7-81139-583-9/D·491

定 价: 25.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

序言

我与证据法学的缘分

我相信人生中有缘分。其实，所谓“缘分”，就是偶然之中的机遇或选择。我当初能入法学之门就是一种缘分，后来专门研究证据法学也是一种缘分。我在大学本科时所学的专业是法学，硕士研究生时的研究方向是犯罪侦查学，毕业后便留在中国人民大学法律系从事犯罪侦查学和物证技术学的教学和研究工作。诚然，无论是在教学科研中，还是在与司法实践的接触中，证据问题都引起了我的兴趣和关注，但是我与证据法学的结缘还是在美国西北大学法学院。

1990年初，我应“美中法学教育交流委员会”的邀请和安排，到美国西北大学法学院做访问学者。坦率地讲，做访问学者可以是一件非常轻松的事情，即使你天天躺在床上睡大觉，也没有人会来管你。不过，那个时候，出国访学对我来说是个非常难得的机会，因此，除了到图书馆看书和走访法院、检察署、警察局等司法实务部门之外，我决定旁听一些课程。然而，西北大学法学院没有开设我的专业——犯罪侦查学方面的课程，于是我只好挑选了两门关系比较近的课程——证据法学和刑事诉讼法学。没想到，这个并非刻意的选择就开启了我与证据法学的缘分。为了提高听课的效率，我事前到图书馆查阅了有关的文献资料，结果发现证据法学是美国西北大学法学院的传统强项之一。而该院的四位法学教授后来都对我

的“证据法学之缘”产生了不同程度的影响。

第一位是美国 20 世纪最负盛名的证据法学家约翰·威格摩尔 (John Wigmore, 1863 - 1943) 教授。他于 1887 年在哈佛大学法学院获得了法学学士学位 (LLB)。在波士顿当了两年律师之后, 他来到日本东京教授法律。1892 年, 他回到美国, 次年开始在西北大学法学院任教。从 1901 年到 1929 年期间, 他一直担任西北大学法学院的院长。他于 1904 年出版的《在普通法审判中的英美证据学体系专论》(A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law) 是他最有影响的著作。该书被人们俗称为“威格摩尔论证据”。后来, 他又出版了一部很有探索性的证据学著作——《建立在逻辑学、心理学和一般经验基础之上的司法证明科学》(The Science of Judicial Proof as Founded on Logic, Psychology and General Experience)。他还发明了“图解法”(graphical method) 来分析证据的价值及其对法官或陪审团的影响, 被人们称为“威格摩尔图表”(Wigmore chart)。威格摩尔教授对美国证据法学和司法实务的影响是持久而深远的。今天, 他的著作仍然是研究证据法学的人必读的书目, 而他当年倡导确立的许多证据规则仍然在指导着法官的审判工作。

第二位是美国 20 世纪后期最有影响的刑事法律与科学证据的权威弗雷德·英博 (Fred Inbau, 1908 - 1998) 教授。早在 20 世纪 30 年代, 英博教授就开始致力于犯罪侦查科学的研究和实践。1933 年, 他到西北大学犯罪侦查科学实验室工作。该实验室是美国最早建立的犯罪侦查科学实验室。1938 年, 该实验室转入芝加哥市警察局, 他便担任了该实验室的主任。1941 年, 他离开警察局, 开始从事诉讼律师职业。1945 年, 他到西北大学法学院担任法学教授。执教 32

年之后，他正式退休，但仍然是西北大学法学院的荣誉教授，仍然在法学院保留着自己的办公室，仍然参加一些学术活动，而且会偶尔给学生做个讲座。他创建了“美国执法效率协会”并担任过该协会的主席和总顾问。他还担任过美国《刑法、犯罪学和警察科学学报》与《警察科学和管理学报》的总编。

我在西北大学期间，真切地感觉到英博教授是西北大学法学院的骄傲。凡是到过芝加哥的人，都知道密执安湖对于芝加哥的重要性。没有密执安湖，就没有芝加哥的繁荣和盛名。西北大学法学院就坐落在芝加哥市中心区的密执安湖畔，因此密执安湖也是西北大学法学院的骄傲。此外，西北大学法学院还有另外一个“密执安湖”，那就是英博教授。用该院教师的说法，“西北大学法学院如果没有弗雷德·英博，那就好像芝加哥没有密执安湖一样。”

然而，初次见到英博教授的印象使我有些失望——他身材瘦小，言谈也不像其他美国教授那般风趣幽默。不过，几次接触之后，特别是在谈话涉及专业领域之后，他那敏捷的思维和精辟的见解便很快令我折服。何况他已是年逾八旬的长者！英博教授待人非常热情。他曾经请我到他的办公室一起讨论科学证据问题，曾经请我到酒店吃饭并一起谈论人生，还陪同我访问了在美国很有名气的专门培训测谎和审讯人员的“雷德联合学校”。1990年访学回国之后，我就组织翻译了英博教授与另外两位专家合著的《审讯与供述》（Criminal Interrogation and Confession）。该书于1992年由群众出版社出版，很受中国犯罪侦查人员的欢迎。

第三位就是我的博士生导师乔恩·华尔兹（Jon Waltz，1930—2004）教授。他是一个生活经历非常丰富，兴趣相当广泛的人。他是耶鲁大学法学院的高材生，毕业后曾经担任过诉讼律师、地区检

察长和陆军的军事法官；曾经担任过美国民权委员会顾问和设在佐治亚州的联邦执法培训中心顾问；曾经担任过美国法学教师协会理事和美国法学院联合会证据学分会的主席；还曾经担任过伊利诺依州司法调查委员会委员和美国医学协会医学教育委员会委员。华尔兹教授于1964年开始到西北大学法学院任教，1996年因健康原因退休，然后隐居在密执安湖畔的一座小山上。

第一次见到华尔兹教授就给我留下了深刻的印象。那是1990年1月15日上午10点，我提前10分钟来到听课教室的门口，只见一位很有“派”的老教授坐在走廊的沙发上吸着很粗的雪茄。我猜测他就是华尔兹教授，便走上前去问好并作了自我介绍。华尔兹教授身材不很高，微胖，头发和唇须已几乎都变成了白色，他戴一副眼镜，穿一身笔挺的西服，脖子上打着领结（后来我才知道他不喜欢系领带）。他说他很高兴我来旁听他的课，并说他小时候曾随父母到过中国的上海，但半个多世纪以来他一直没能重访中国。上课时间快到了，他把雪茄头冲外放在茶几边上，并不熄灭（后来我发现这是他的习惯，下课后拿起来接着吸），然后和我一起走进教室。教室呈扇形、阶梯式，位于“扇把”处的黑板前有个大写字台和一把转椅，写字台前还有一个讲稿架——讲课者可以坐在写字台后面的椅子上，也可以站在写字台的前面。然而，华尔兹教授把讲稿架向后移到写字台边，自己则坐到了写字台上！教室里大概有五六十个学生。我刚坐到后面的一个位子上，就听到了华尔兹教授的开场白——“我很愉快地向大家介绍一位来自中国的访问学者，他在这个学期里将和我们一起，他的名字叫——”他转向我，“我想，我最好还是让你自己介绍吧！”

虽然华尔兹教授的话让我有些措手不及，但我好在已站过几年

讲台，而且抵美后多次重复的那套自我介绍的英语也已倒背如流了。面对几十个学生的目光，我尽量不慌不忙地说道——“谢谢你，华尔兹教授。我叫何家弘，在中国人民大学法律系教书。我很高兴能有机会来了解美国的司法制度和法学教育情况。……顺便说一句，我的姓是‘何’，H-E，但发音不像‘他’，而像‘她’！”听了我的话，学生们友好地笑了起来。

在那次访学期间旁听华尔兹教授主讲的“证据法学”课程，使我对英美法系国家的证据法学理论有了初步的了解并产生了兴趣。那年回国后，我便组织一些青年学者把华尔兹教授的代表著作《刑事证据大全》翻译成中文。该书由中国人民公安大学出版社于1993年出版，并且在很长时期内成为我国证据法学研究领域内“转引率”极高的一部译著。1992年，我再次赴美国西北大学法学院攻读法学博士学位，师从华尔兹教授，虽然我的博士学位论文题目是“中美检察制度比较研究”，但是研习期间对英美的证据法学理论又有了进一步的了解，从而奠定了我后来学术研究转向的基础。

2004年1月9日，华尔兹教授因病逝世。西北大学法学院的一位教授在一篇悼念华尔兹教授的文章中说到，“人们将记住他的许多事情，而其中最重要的是他那种高昂的精神。”这位教授就是我要介绍的第四位教授，即西北大学法学院的罗纳德·艾伦（Ronald Allen）。艾伦教授于1973年在密执安大学法学院获得法博士（J. D.）学位，然后便开始了他的教学生涯。他曾经在纽约州立大学布法罗分校等大学教授法律，于1984年来到西北大学法学院担任法学教授。1990年访学期间，我也旁听了艾伦教授主讲的“证据法学”课程，他的讲课风度给我留下了深刻的印象。1992年我回到西北大学法学院攻读博士学位，他正好被授予了“约翰·威格摩尔特座教授”

的教职。艾伦教授那带有哲学韵味的学术思想也对我产生了很大的影响。留学回国之后,我曾经翻译了一篇艾伦教授的论文——“民事案件证明的认识论”,发表在1996年第2期《外国法译评》上。近年来,艾伦教授多次到中国讲学,其代表著作《证据法》也由张宝生教授等人翻译成中文,由高等教育出版社于2006年出版。

如今回想起来,倘若没有西北大学法学院的访学留学经历,倘若没有这四位美国证据法学教授的潜移默化的影响,我大概不会走上证据法学研究的道路。我相信,这就是缘分。

何家弘

2008年国庆节写于北京世纪城珈醒斋

目 录

何家弘作品集·法道纪实系列

证据的语言——法学新思维录

序言：我与证据法学的缘分	1
上篇 证据新视角	1
一 / 论法律语言的统一和规范	
——以证据法学为语料	2
(一) 证据法学领域内语言混乱的表象	4
(二) 证据法学领域内语言混乱的原因	12
(三) 语言分析将开创证据法学研究的新阶段	23
二 / 证据学抑或证据法学	
——兼与龙宗智教授商榷	31
(一) 中文语境中的证据学与证据法学	32
(二) 外文语境中的证据学与证据法学	36
(三) 甄别语境中的证据学与证据法学	41
(四) 扩张语境中的证据学与“大证据学”	46
三 / 证据法功能之探讨	
——兼与陈瑞华教授商榷	55
(一) 历史的考察——证据法的基本功能	56
(二) 规则的解析——证据法的多元功能	61
(三) 功能的扩张——从认识论到价值论	73
(四) 语言的批判——与陈瑞华教授商榷	78

四 / 对“法律之蝙蝠”的再认识

——论推定概念的界定标准

83

(一) 纯粹英文语境中的推定概念

84

(二) 纯粹中文语境中的推定概念

87

(三) 界定推定概念的“三层递进”标准

95

五 / 从自然推定到人造推定

——关于推定范畴的反思

105

(一) 英美证据法学中推定范畴的反思

105

(二) 自然推定和人造推定的反思

116

(三) 中国证据法学中推定范畴的反思

125

六 / 从明确性到模糊性

——论推定规则的适用

141

(一) 推定规则的概念与结构

141

(二) 推定规则的明确性与模糊性

142

(三) 推定规则的适用程序

145

(四) 推定规则的适用条件

146

(五) 适用推定规则应该遵守的基本原则

149

七 / 从证明责任到证明标准

——推定规则适用的核心问题

154

(一) 推定规则适用与证明责任的配置

154

(二) 推定规则适用与证明标准的确立

169

(三) 一点余论：推定规则语言的规范化

180

八 / 从实证研究到经济分析

——刑事错案中的证据问题

183

(一) 关于错案产生原因的问卷调查

184

(二) 关于七种证据与刑事错案之关系的问卷调查	188
(三) 五十起刑事错案的实证分析	195
(四) 刑事错案中证据问题的经济分析	198
(五) 结论与启示	211
九 / 从行为养成到行为矫正	
——两起刑讯逼供案的启示	216
(一) 两起刑讯逼供案件的调研报告	218
(二) 刑讯逼供行为习惯的养成	224
(三) 刑讯逼供行为的矫正	233
(四) “软审讯法”: 良性审讯行为习惯的养成	243
十 / 从审查评断到审查认定	
——证据的审查认定原理论纲	256
(一) 审查认定证据的基本范畴	257
(二) 审查认定证据的标准、规则及其原理	262
(三) 审查认定证据的路径、方法及其原理	271
下篇 法治新观察	281
十一 / 怪梦七夕谈	
——反腐败之心声	282
(一) 一个怪梦: 大赦天下贪官	282
(二) 怪梦解析: 反腐败的“次佳”路径	285
(三) 怪梦延伸: 开创反腐败的新纪元	289
(四) 怪梦链接: 从“暗赦贪官”到“明赦贪官”	293
(五) 怪梦演绎: 社会成就感均衡论	297
(六) 怪梦升华: 官本位、金本位、善本位	302
(七) 怪梦终结: 执政党人的思想解放	306

十二 / 职权优化论	
——腐败之关键	309
(一) 法律监督: 由“软”到“硬”	310
(二) 职务犯罪侦查: 由“分散”到“集中”	313
(三) 检察内设机构: 由“对称”到“不对称”	317
十三 / 反思三问	
——文明发达之路径	322
(一) 什么是“中国特色”?	322
(二) 什么是民主?	324
(三) 如何达致和谐?	327
十四 / 奥运新感觉	
——民主与法治	331
(一) “奥运精神”解析	331
(二) “奥运专用通道”与特权	335
(三) 奥运开幕式: 天公还算作美	336
(四) 开幕式女孩“替唱”怎么了	338
(五) 竞赛规则的合理性	340
(六) 金牌, 抑或高尚	341
(七) 为什么不相信刘翔	343
(八) 八宝茶与奥运会	345
十五 / 茶座新语丝	
——法学与做人	347
(一) 《法学家茶座》与“核心期刊”	347
(二) 《法学家茶座》与学者影响力	348
(三) 好茶与好人	349

（四）“范跑跑”与“周老虎”	351
（五）半个法律人	352
（六）羽毛球场上的法学家	355
后记：我需要一个信仰	361

上篇 证据新视角

题 记

在很多学科领域内的学术争论或理论纷争都纠缠于语言——概念和语词。其中，有一半是因为争论者各自使用的概念或语词不同；还有一半是因为争论者对同一概念或语词的理解或解释不同。因此，有些争论问题可能属于“假问题”，即没有实质性分歧或实际意义的问题。在语言层面对这些争论问题进行研究和分析，有助于使学术研究和理论探讨更加纯洁，有助于在学术界“定纷止争”。

论法律语言的统一和规范 ——以证据法学为语料

法律是以语言为生命的。这不仅因为语言是法律存在的形式，而且因为语言是法律精神的体现。法律的基本功能是通过规范社会成员的行为来维持社会生活的秩序性和稳定性，而这种功能只有借助语言才能实现。在此，法律和道德略有差异。虽然道德和法律都是人类在社会群体生活中的行为规范，但是道德可以通过人的举止、情感、思想等非语言方式发挥作用，而法律则必须通过语言才能实现其功能。在人类社会的早期，当人类的群体生活需要法律的规范时，人们就是借助语言的形式把行为准则制定为法律——无论是由社会成员共同协商达成的还是由社群首领颁发命令形成的，也无论是使用口头语言还是使用文字语言。因此，法律自诞生之日起就是以语言为载体的。法律的基本精神是公平正义。虽然这种精神是不依赖于语言而存在的，但是却只能通过语言才能表现出来。实际上，正是在法律规定的字里行间，人们才可以领悟到法律的精神。一言以蔽之，没有人类的语言就没有人类社会的法律。

语言是法律的载体，但是，语言也是一种人类行为；因此也需要规范。诚然，语言的一般规范不属于法律的范畴，而属于语言使用规则的范畴，如语法规则和句法规则等，但是在有些情况下，语

言使用问题也可以成为法律规范的对象，例如，使用语言诽谤他人或敲诈勒索就可以构成法律所禁止的犯罪行为。总之，语言的使用是需要统一规范的，否则就无法作为人类交流思想的工具。假如对同一种动物，有人称之为“猪”，有人称之为“狗”，那么人们之间的思想交流就会遇到“各说各话”的障碍。在社会生活中，这种语词使用的统一和规范往往表现为自动协调的渐进过程，即约定俗成，但是在专业研究领域内，由于语词的创立和使用往往伴随着理论研究的进展甚至成为学术研究成果的表征，所以其统一和规范也需要在理论研究中完成而且经常会引发学者之间的论争。然而，专业语言的统一和规范不仅是非常重要的，而且在一定程度上是学科发展水平的标志。

法律是普遍适用于社会成员的行为准则，其本身就应该具有统一性和规范性，因此，法律语言的统一和规范就具有了较其他学科更为重要的意义。然而，在现实生活中，法律语言的使用也存在着不统一和不规范的现象，或者说，也存在着有人称“猪”，有人称“狗”的怪现状，只不过那些带有学术韵味的语词使得这些差异宛如理论观点的分歧乃至学派之争。此外，学术研究的思维个体性和时空分立性也使一些学者习惯于在著书立说时“自言自语”，于是，人们对同一法律问题的讨论有时就变成了不同学者的“各说各话”。也许，这是在法律制度和法学理论的初建或重建过程中不可避免的现象；也许，这种法律语言不统一和不规范的现象只能随着时间的积累和沉淀才能有明显的改观。但是，我们必须认识到法律语言的混乱对法律制度和法学理论的发展所产生的阻碍与拖累作用，必须以积极作为的态度去面对并解决这个问题。在本文中，笔者将主要以证据法学中的专业术语为语料，探讨统一和规范法律语言的重要意