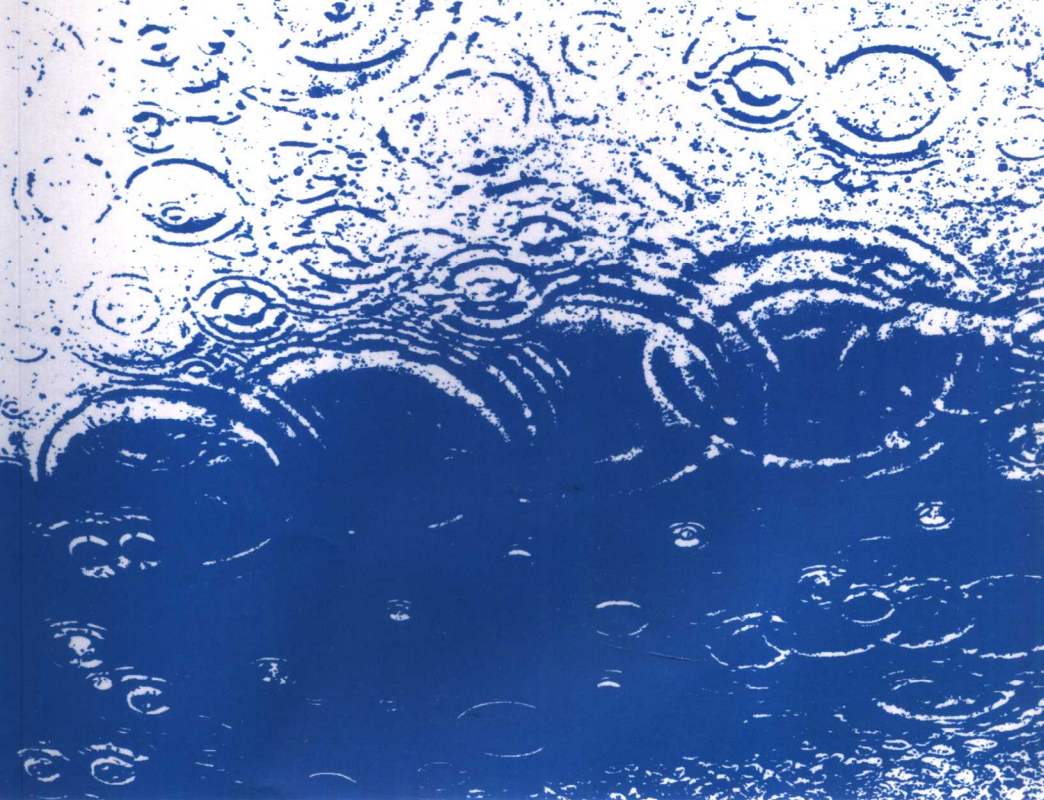




〔证据学文库〕

三言九问

—— 德恒证据学论坛实录

何家弘
张卫平 主讲
汪建成

刘品新 策划编辑

中国政法大学出版社

〔证据学文库〕

三言九问

—— 德恒证据学论坛实录

何家弘

张卫平 主 讲

汪建成

刘品新 策划编辑

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

三言九问:德恒证据学论坛实录 / 何家弘、张卫平、汪建成著. —北京:
中国政法大学出版社, 2007. 9

ISBN 978-7-5620-3111-6

I. 三... II. ①何...②张...③汪... III. 证据 - 理论研究

IV. D915. 130. 1

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第148366号

- 书 名** 三言九问:德恒证据学论坛实录
- 出版发行** 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088信箱8034分箱 邮政编码100088
zf5620@263.net
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010)58908325 (发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印** 北京华正印刷有限公司
- 规 格** 880×1230 32开本 14.25印张 340千字
- 版 本** 2007年9月第1版 2007年9月第1次印刷
- 书 号** ISBN 978-7-5620-3111-6/D·3071
- 定 价** 36.00元

- 声 明**
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

《证据学文库》编委会

编委会主任：徐立根

总 主 编：何家弘

编委会委员：（以姓氏笔画为序）

卞建林（中国政法大学教授）

王若阳（北京市人民警察学院教授）

龙宗智（西南政法大学教授）

江 伟（中国人民大学法学院教授）

李学军（中国人民大学法学院副教授）

刘品新（中国人民大学法学院副教授）

汪建成（北京大学法学院教授）

何家弘（中国人民大学法学院教授）

杨迎泽（国家检察官学院教授）

张卫平（清华大学法学院教授）

周惠博（中国人民大学法学院教授）

徐立根（中国人民大学法学院教授）

崔 敏（中国人民公安大学教授）

作者简介



何家弘 1953年生，男，满族，北京人。“文革”期间曾经在“北大荒”当过8年知青，返回北京后当过两年建筑工人。考入大学后连续攻读法律7年，于1986年在中国人民大学获得法学硕士学位并留校任教。此后两次赴美国进修学习，于1993年在美国西北大学获得法学博士（SJD）学位。曾应邀在香港城市大学法学院做客座教授，在法国艾克斯-马赛大学法学院做访问学者，在台湾东吴大学法学院讲授“刑事证据法”，并访问过欧、美、亚的近20个国家。现任中国人民大学法学院教授、诉讼法学博士研究生导师（证据学、侦查学方向）、证据学研究所所长，最高人民检察院渎职侵权检察厅副厅长（挂职）。1999年入选北京市“优秀中青年法学家”，2003年被国家授予“留学回国人员成就奖”，2004年获得“宝钢优秀教师奖”，2005年被评为“中国人民大学十大教学标兵”。业余时间从事文学创作和法学普及工作，中国作家协会会员，主编《法学家茶座》，并曾经在中央电视台“社会与法”频道担任“周末论法”节目的特邀主持人。



张卫平 1954年生，男，山东莱芜人。1979年考入原西南政法学院法律系，1993年从讲师直接破格评聘为教授，同年作为访问学者赴日本分别在东京大学法学部和一桥大学法学部学习研究，同年获得博士生导师资格，1999年初调清华大学法学院任教至今。现为清华大学法学院教授、博士生导师、中国法学会民事诉讼法研究会

副会长，国家法官学院、国家检察官学院、西南政法大学、四川大学、郑州大学客座教授。司法部、劳动人事部英雄模范(1996)、国家政府津贴获得者(1996)。个人独著有：《程序公正实现中的冲突与衡平》、《破产程序导论》、《诉讼构架与程式》、《探究与构想——民事司法改革引论》、《守望想象的空間》、《民事诉讼法》、《转换的逻辑——民事诉讼体制转型分析》、《民事诉讼：关键词展开》、《那门是窄的》(讲演录)、《琐话司法》(随笔集)、《知向谁边》(随笔集)。在《法学研究》、《中国法学》等杂志上发表学术论文100余篇。



汪建成 1962 年生，

男，安徽太湖人。北京大学法学本科（1983）、法学硕士（1986），中国人民大学法学博士（1999）。现任北京大学法学院教授、博士生导师，中国诉讼法学研究会副会长。曾为比利时鲁汶大学（Kath-

olic University of Leuven）访问学者，美国耶鲁大学（Yale University）富布莱特研究学者。曾获“全国优秀教师”称号，省部级优秀科研成果一等奖 1 次、二等奖 2 次、三等奖 3 次。主要研究领域为刑事诉讼法学、刑事证据学。主要学术著作有《刑事审判监督程序专论》、《欧盟成员国刑事诉讼概论》、《新刑事诉讼法论》、《刑事证据学》、《冲突与平衡——刑事程序理论的新视角》、《理想与现实——刑事证据理论的新探索》等，另在《中国法学》、《法学研究》等法学核心刊物发表学术论文数十篇。

施刑罚，若死者刑，若刑者罚，若罚者免，若此三言者，嬰之禄，君之利也。

——《晏子春秋》

君子有三言，可贵而佩之。一曰：无内疏而外亲；二曰：身不善而怨他人；三曰：患至而后呼天。

——《韩诗外传》

臣之所欲言者，三言而已。愿陛下结人心，厚风俗，存纪纲。

——《宋史·苏轼传》

序 言

证据似乎是一个法律用语，但证据绝非仅存于法律事务之中。其实，在社会生活的诸多领域，证据都在发挥着作用，贡献着力量。譬如，历史学家在研究和探索历史事件的真相时，必须千方百计收集有关的各种证据——史料，然后再根据这些史料去“重建”或“再现”历史事件的本来面目。又譬如，医生诊断病情必须以各种症状为根据，而这些症状也就是证据。无论是中医的望闻问切，还是西医的仪器检验，都是在为确认病情发现证据和收集证据。从这个意义上讲，法律人的工作与历史学家和医生的工作确有许多相通之处。然而，证据对于法律事务来说，具有特别重要的意义。对于诉讼当事人来说，打官司就是打证据；对于执法和司法人员来说，办案就是办证据，审案也就是审证据。虽然诉讼“号称”是解决法律纠纷的，但是诉讼的核心内容往往是由证据所支撑的事实争议。

引起法律争议的案件事实一般都是发生在过去的事件，办案人员不可能直接去感知那些案件事实，而只能间接地通过各种证据来认识案件事实。如果我们把办案人员对案件事实的认识活动比喻为过河，即由认识的此岸抵达认识的彼岸，那么证据就是他们过河的“桥和船”。没有这“桥和船”，他们就不可能到达认识的“彼岸”。无论是法官还是检察官，无论是侦查员还是律师，他们在诉讼过程中的主要工作就是围绕这“桥和船”展开

的。他们首先要找到合适的“桥和船”，然后再采取恰当的方式“过桥”或“渡船”。由此可见，关于“桥和船”的知识和技能应该是那些涉足诉讼活动的法律人必须熟练掌握的专业知识和基本技能。

一言以蔽之，证据是非常重要的。既然证据是非常重要的，那么关于证据的学问自然也是非常重要的。这一点毋庸置疑。但是，这里还有一个值得人们认真思考和讨论的问题，即证据学究竟属于一种什么样的学问？具体就法学的学科体系而言，证据学应该属于理论法学的范畴，还是应该属于应用法学的范畴？有人认为，证据学是一门理论性很强的学科，因为其中包含着大量的哲理与思辨，是法学领域中可以和法哲学相提并论的理论学科。也有人认为，证据学是一门实务性很强的学科，因为它的着眼点在于实际运用，而且其运用必须以实践经验为基础，是彻头彻尾的应用法学。

笔者以为，证据学的内容体系中既包含有深奥的理论知识，也包含有大量的专业技能。对于证据学家来说，他们必须深入研究那些深奥的理论知识，如证明的原理和规律等。但是对于法官、检察官、律师等实践人员来说，他们则更应该注重专业技能的养成。换言之，一个人要想成为运用证据的行家里手，不能仅知道“什么是”，还要知道“怎么做”；而要知道“怎么做”，就离不开实践中的操练。从这个意义上讲，运用证据的本领不是在课堂上“学”出来的，而是在实践中“练”出来的。由此可见，实践经验是不可缺少的。当然，这里所说的“实践经验”既包括个人的直接经验，也包括他人的间接经验，而众人经验的总结就是理论研究的源泉。随着我国司法实践的发展，证据学的理论

研究也必将呈现更加繁荣的景象。

顺便说明，证据学的概念有广义与狭义之分。前者意为学科群，包括证据法学、证据调查学和物证技术学等学科；后者则仅指证据法学。证据法学、证据调查学和物证技术学等都以证据为研究对象，但研究的角度和侧重点有所不同。证据法学主要从法律规范和制度方面研究证据；证据调查学主要从调查方法和手段方面研究证据；物证技术学则从科学和技术的角度研究证据，而且主要是各种物证的发现、识别、记录、提取、保管、检验和鉴定。证据学研究需要多种方法的结合，需要以多学科知识为基础，因此，上述学科是互相连接、相辅相成的。

《证据学文库》取证据学之广义。笔者希望，这一套开放式、延续性的丛书可以为这一学科群的发展贡献力量，并得到读者的认同和喜爱。在此，我谨代表文库编委会对丛书的作者和出版者表示衷心的感谢。

中国人民大学法学院

何家弘

证据学研究所所长

2007年元月写于北京世纪城痴醒斋

别样的言说 ——有感于“德恒证据学论坛”

大概两年前，家弘教授找到我，建议由我们两人，再加上一位教授，搞一个类似“锵锵三人行”的证据学系列讲座。他谈了自己的构想，我觉得有意思，我喜欢有对话、有交流的讲座，不仅是与受众的对话和交流，也包括讲座人之间的对话、交流，甚至观点的“碰撞”。三人一台戏，“德恒证据学论坛”就这样开张了。早先是家弘教授，北大的陈瑞华教授（以后是北大的汪建成教授）和我，我们三人正好是人大、北大和清华这三所国内最有名大学的教授，这也许正是这一论坛的看点之一。

“德恒证据学论坛”的特点还不仅在于三人在台上你一言我一语，还在于论坛的气氛使之有别于其他类型的讲座，每一次讲座均是以轻松的话语——甚至玩笑的话语——开端，不仅在轻松的话语中开始，在轻松的话语中进行，也在轻松的话语中结束。家弘教授和我都是喜欢轻松的人，家弘教授是一位老道的主持人，总能找到使人轻松、活跃气氛的话语。瑞华教授则是一个比较严肃的人，尤其是在自己的专业面前就更为严肃，社会和学术责任感、反思及忧虑随时写在脸上，有他的严肃，就与家弘教授和我的轻松形成了鲜明的反差和对照，也是一种天然的艺术构成。后来北大的建成教授成了论坛的“另一角”，我们自然又构成了证据学论坛的新“铁三角”。建成教授同样是一个喜欢幽默的人，而且更有些冷幽默的特点，雄赳赳的，有一种北方人的直率、坦诚，往往突然来上一句，直抵脊梁骨，其实建成教授是安徽人。家弘教授有一种儒雅气质，总是西装笔挺，声音不大，表

达讲究准确、细腻，常常是娓娓道来，其实家弘教授是地道的北京人。我们三人以各自的言说表达方式构成了和谐的言说场面。

证据学论坛的受众是学生，不是学者，并且以“别样”的方式言说严肃的话题，实际上法律上的话题从来就没有轻松的，但我们试图以轻松的方式谈论严肃的话题，对于学生而言，这大概也是一种快乐的接受方式。这显然不同于课堂上正襟危坐，传道解惑的方式，更没有压迫式的提问。这种方式要求学者要有些牺牲，牺牲严密的逻辑推理、复杂的论证过程和精确的学理表达，从而也有可能牺牲学者自己高大“学术形象”，这的确是一种牺牲。尽管如此，我们也需要将研究的高深学理以“普通话”的方式传递给学生，并且是以不同于课堂以及纯学术讲座的方式传递，形成多样化传递，多样化总是优越和进步的。

三人一台戏，唱好这一台戏需要言说者之间的相互配合和理解，因为不小心，有的话可能要伤人。三人之间必须有交锋，没有交锋就没有意思，因为每一个学者的思维角度、认识背景和思路总是有差异的，我们正是要将这种不同和差异展现给听者，讲座正是展现这种思维运动的过程，展现彼此之间观点的碰撞和博弈的过程。虽然言说者总是自信自己的观点是有道理的，但我们之间做到了对他人言说的尊重。尽管我们讲的是证据学问题，但由于刑事诉讼与民事诉讼的分界，彼此之间还是存在着“话语隔阂”，有严重“地方口音”，我发现同样的概念竟然在刑事诉讼法学中是另一种含义，至少“重音”或“声调”不同，例如举证责任或证明责任，在民事诉讼法学中注重的是结果责任，而依我看来刑事诉讼侧重的却是行为责任。很显然在学科的分界中民事诉讼法和刑事诉讼法形成了自己的语境，毕竟实体法差异太大。证据学论坛不仅使我对这种语境差异有了进一步的了解，同时也体会到了自己思维方式的局限。在不经意的博弈中，自己自

然是获益匪浅。

应当承认由于刑事诉讼的社会关注度远远高于民事诉讼，加上主持人的学术研究背景，因此，论坛主要是以刑事诉讼证据为主线展开的，我不是埋怨主持人，实际上家弘教授已经尽可能在选题上关注民事诉讼领域，但我们的论坛有一个要求就是尽可能从社会关注的案例中引出话题，这也是该论坛的特色，而不是就学术谈学术，论坛试图做到社会性与学术性的结合，有些类似于追求电视的收视率与电视节目品味或艺术性之间的协调。显然由于涉及刑事案件，刑事诉讼中的问题就更为人们所关注。我也曾奉家弘教授之命，认真找了找，看看有没有为人们所普遍关注的民事案件，遗憾的是至今也没有找到能够与余祥林、聂树斌、黄静、高莺莺、邱兴华相提并论的案件，想来也不可能有，也不应当有，一个人的生命和自由是财产所不能比的，加之民事实体法规定实在太细、太庞杂，人们不大可能形成周知，因此交代起来比较复杂，不能一下进入话题，因此也不适合在论坛上议论，这样一来在涉及非常专业的刑事诉讼的问题时，我往往就成了看客，只不过是坐在台上的看客，作为主持人何教授还需要照顾到我，真是为难主持人了。不过因为有不同专业的学者在一起，也往往能够反映不同的思维路径，的确有些启发，也复习了一遍刑事诉讼。

证据学论坛“三人谈”就像是“三人转”，一年多来还“转”的不错，成功的运转当然应当归功于家弘教授高超的主持艺术。主持人常犯的错误是利用话语权“霸占”话语，使嘉宾边缘化，论坛成了主持人一个人的论坛。严格而言，家弘教授是“两性人”，既是主持人，又是主讲人，这就更容易“霸占”话语，但家弘教授把握得很好，他属于那种比较中性、平和、低调的人，动作不夸张，就像他打羽毛球一样（何教授就指出，我打

球的动作太大，一方面是不够隐蔽，另一方面是没有效率，其实不止打球这一点），总能为其他主讲人留出话语空间，也不利用自己主持人的权力“打压”他人的观点。记不得是在哪里，大概家弘也在，当主讲人讲完之后，该主持人总是一通批评，且不让别人回应。在有些跑题的场合，家弘教授也能够及时将话语顺回到正题，这也需要艺术，弄不好会伤了其他主讲人的兴致。观点过火时，也能够及时灭火消解，就像一个很好的消防员；理论要“撞线”时又能够及时打舵，如同一名“大副”。

关于论坛，还需要提到运作论坛的其他人，尤其是刘品新博士，他就像一台戏的舞台监督、舞台调度、技术总监、场记和灯光师一般，论坛的许多技术运作都在是他的努力下完成的，因此，我以为应当特别感谢刘博士为论坛的付出。

也许我将不会再出现在证据学论坛上了，将告别这别样的言说，虽然这种言说不错，但基于心理学上的“审美疲劳”和经济学上“边际效益递减”的原理，应当是挥挥手，说“再见”的时候了，但毫无疑问，我将非常怀念证据学论坛讲述的日子，回忆与几位教授愉快合作的日子。

张卫平

2007年2月18日

目 录

序 言 1

别样的言说

——有感于“德恒证据学论坛” 1

第一问 如何评断民事自认的证据价值？

——从孙英杰状告于海江投放兴奋剂案谈起 1

【背景介绍】尿检阳性惹官司，被告自认定尘埃 3

【论坛正文】案件是如何发生的/民事自认有何约束力/
现场互动 8

【扩展阅读】（一）民事裁判中的司法公正与真相揭示

——如何看待孙英杰诉于海江案中的自认
27

（二）自认制度机理及理论的基本构成 32

第二问 如何确立刑事诉讼中的口供规则？

——从中国银行开平支行余振东等
巨额贪污案谈起 47

【背景介绍】中行开平支行三任行长外逃 49

【论坛正文】案情回顾/辩诉交易的概念与形式/辩诉交易的理论基础/辩诉交易存在的制度环境/口供的内涵与外延/同案被告人陈述的性质分析/民事自认与刑事口供的采纳标准/现场互动 54

【扩展阅读】辩诉交易的理论基础 80

第三问 如何审查和运用证人证言？

——从美国白人警官丹尼尔殴打非裔青年案

以及中国证人李文娟等屡遭报复案谈起 91

【背景介绍】阴霾中的证人制度：矛盾的证言与危境中的证人 93

【论坛正文】案情回顾/证人证言的特点和运用中的难题/证人证言形成的三阶段/如何把握询问证人的艺术/我国保护证人的现状/强化证人保护亟待建立配套措施/我国证人保护的现实选择/现场互动 105

【扩展阅读】刑事证人制度之基本理论三论 131

第四问 如何审查和运用书证？

——从张卫平教授的“麻烦”谈起 141

【背景介绍】关于“法学之父” 143

【论坛正文】张卫平教授遭遇“法学之父”的麻烦/交通事故责任认定书是书证吗/文证审查意见书与书证的关系/证据是否一定要分类/书证的审查与运用/现场互动 150

【扩展阅读】英国历史上的“文书审”与文书证据规则 176