

法学文萃系列
何家弘作品集

何家弘 著

从它山到本土

刑事司法考究



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

法学文萃系列
何家弘作品集

何家弘 著

从它山到本土

刑事司法考究



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

从它山到本土：刑事司法考究/何家弘著. —北京：
中国法制出版社，2008. 2

(何家弘作品集·法学文萃系列)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0371 - 9

I. 从… II. 何… III. ①刑法 - 研究 - 中国②刑事
诉讼法 - 研究 - 中国 IV. D924. 04 D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 014430 号

何家弘作品集·法学文萃系列

从它山到本土——刑事司法考究

CONG TASHAN DAO BENTU——XINGSHI SIFA KAOJIU

著者/何家弘

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2008 年 3 月第 1 版

印张/17.5 字数/369 千

2008 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0371 - 9

定价：43.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：66010406

市场营销部电话：66033393

邮购部电话：66033288

司法证明“一·三·五”

(代序)

2006年夏天，我又回到了经常令我魂萦梦绕的黑龙江。我此行共有三项任务：其一是应黑龙江省政法委之邀举办讲座；其二是到黑龙江省检察院熟悉反渎职侵权工作的情况（因我刚到最高人民检察院渎职侵权检察厅挂职）；其三是带领“刑事错案”课题组的成员进行实证调研。在哈尔滨的工作结束之后，我们又在黑龙江大学法学院教师的陪同下，来到了风景秀丽、气候宜人的伊春市，并得到了伊春市检察院的热情接待。

虽然我曾经在黑龙江生产建设兵团当过8年的“知识青年”，而且伊春市离我当年“下乡”的北安县并不太远，但是在我的心目中，伊春只是一个相当模糊的地理概念。直到1994年，一个案件才使伊春市成为了我关注的地方。那个案件就是曾经轰动一时的石东玉涉嫌杀人案。1994年10月，伊春市公安局复查该案的人员来到我们人民大学的物证技术鉴定中心，咨询对陈旧血痕和人骨进行DNA鉴定的可能性。由于我们当时不具备DNA鉴定的条件，就把他们介绍到北京市公安局去进行鉴定。不过，那个案件的情况给我留下了深刻印象。当时，我正在构思第一部“洪律师推理小说”，该案颇为及时

地为我提供了创作《人生情渊——双血型人》的灵感。从那以后，我一直想亲自到伊春的林场去走一走看一看，既是为了石东玉的案件，也是为了我的小说。十多年之后，我终于来到了伊春市，而且对石东玉涉嫌杀人案的情况有了更为全面的认识——

二

1989年4月5日深夜，黑龙江省伊春市友谊林场发生了一起凶杀案。护林防火员关传生在林场办公室附近的小路上被人连刺二十余刀后死亡。现场勘查发现，被害人大衣后面正中有刀口一处，尸体相应部位的创口有棱角，侦查人员推测是军用刺刀所致，便在当地的转业军人中查找嫌疑人。他们很快发现家住死者隔壁的石东玉刚从部队转业回家9天，而且案发当晚去向不明，便将其列为重要嫌疑人。

4月6日下午，侦查人员发现石东玉回到家中，便对他进行询问。石东玉说，自己昨天下午到朋友家喝酒，晚上坐林区小火车下山到镇政府办理转业手续。这些人能够证明，但是恰恰在案件发生的那段时间内，没有人能够证明他在何处。4月7日，侦查人员在石东玉家中搜出一件带血的军衣和一把黑塑料把的单刃水果刀。法医检验后确认衣服上有O型血和A型血，而死者关传生的血型为A型。于是，侦查人员突击审讯石东玉。开始时，石东玉坚持说自己没有杀人，但是在审讯持续三十多个小时而且在其三颗门牙“脱落”之后，他终于“招供”——承认了杀害关传生的罪行。

1989年4月18日，伊春市人民检察院批准逮捕石东玉，后来以杀人罪提起公诉。在法庭上，石东玉推翻了自己的认罪口供，坚持说自己没有杀人。然而，辩护律师只是强调石东玉是中共党员，当

过兵，一贯表现很好，希望法庭从轻处罚。1991年4月5日，伊春市中级人民法院以杀人罪判处石东玉死刑，立即执行。石东玉以自己没有杀人为理由提出上诉。5月13日，黑龙江省高级人民法院审理后认为，原审判决认定石东玉杀人罪的部分事实情节不清，证据不足，裁定撤销原判，发回重审，并列出了一些需要进一步调查核实的疑点。

1991年9月19日，伊春市中级人民法院重新开庭审理石东玉涉嫌杀人案。虽然公诉方并没有提供新的证据，但是法院认为，该案的证据包括被告人有作案时间的证言、杀人凶器、刑事技术鉴定书、现场勘查笔录等，已经达到了“案件事实清楚，证据确实充分”，因此判处石东玉死刑，缓期2年执行。石东玉接到判决书后，先在上面写了“不服”两个字，但后来又改为“不上诉”。1992年1月7日，伊春市中级人民法院将此案移送省高级人民法院复核并获批准。同年8月31日，石东玉被送进北安监狱服刑。

石东玉一案也给他的家人带来了厄运。当石东玉还在伊春看守所关押的时候，石东玉的姐姐听说他病倒了，立即领着4岁的儿子陈文财匆匆下山去探望。由于她精神恍惚，在火车道上行走时没能及时躲避火车，被火车撞死。母亲被撞死的一幕也给陈文财那幼小的心灵留下了深刻的阴影。石东玉被定为杀人犯，其妹妹难以承受村民的冷眼，离家出走，一直下落不明。石东玉被法院判定有罪之后，其父母一直四处上访，流离失所……1994年7月22日，石东玉因在监狱的劳动改造中表现突出并有立功表现，被减为无期徒刑。此时，他不知道自己的案件已经出现了新的转机。

1994年4月，伊春市公安局在押的蒙面入室抢劫犯马云杰在书面材料中揭发检举道：“我要立功活命。1989年4月5日的杀人案不

是石东玉干的，真凶是梁宝友！”他向警察讲述了自己了解的情况：1989年4月6日凌晨，他在铁道边晨练，见到梁宝友从山上跑下来，衣服上有不少血迹。他便问怎么回事。梁说没事，杀猪弄的。过了两天，梁请他喝酒。在酒桌上，梁对他说：那天晚上林场停电，梁在林场办公室门口等着要收拾夏宝喜。11点半钟，一个人走出办公室，个头儿和身形跟老夏差不多。梁就跟了过去，用扎枪猛刺那人的后腰，那人转过身来拽住扎枪喊了一声。这时梁才发现那人不是夏宝喜，而是关传生。梁见对方已经认出自己，没有办法，只能将错就错，又掏出刀在关的前胸、后背、两肩胛骨等部位连刺十几刀。然后，梁跑到红林站外扒上森铁小火车下了山。

黑龙江省高级人民法院、伊春市中级人民法院、伊春市公安局等有关部门得知这一情况之后高度重视，立即组成了“89·4·5”案件复查专案组。但是，复查人员很快发现要查明事实真相并非易事，因为梁宝友已于1990年10月被他人伤害致死；他的妻子也已改嫁，去向不明；而梁作案时的物证更是难以查找。不过，复查人员并未气馁。1994年7月15日，复查人员在友谊林场找到梁宝友的母亲王丙芹。王丙芹开始时不愿意讲，经过复查人员反复做工作，王终于打消顾虑，说出了事实真相：因为林场防火员夏宝喜曾经处罚过王，所以梁宝友想替母亲出气，教训夏，但是没想到错杀了关。

复查人员还在石东玉的案卷中发现了一些证据漏洞和互相矛盾之处。例如，尸检报告中称尸体上的创口系由双刃刺器形成，而该案认定的凶器却是一把单刃水果刀；侦查人员提取石东玉的“血衣”时发现被扯掉的3枚钮扣都放在衣袋里，而杀人现场的土路两旁都是荒草，且案发时正值停电，如果那钮扣是石东玉与被害人搏斗时扯掉的，他根本不可能找回失落的钮扣；此外，案卷中有证言证明，

1989年4月4日下午3时许，石东玉与弟弟石东成因家庭纠纷吵架，双方动起手来，弟弟的鼻子被石东玉打得流了血，弟弟从抽屉里拽出一把剪刀要刺石东玉，不想却刺到在一旁拉架的父亲石法礼的手指上，石法礼搂住石东玉让老二快跑，于是，石法礼和石东成的血都沾到了石东玉的衣服上。

然而，仅有上述分析和王丙芹的陈述还不足以推翻原来的判决。如果能够通过DNA鉴定证明石东玉衣服上的血迹不是被害人关传生的血，那将是非常有力的翻案证据。复查人员费尽口舌，终于做通了关传生家属的思想工作，于10月13日依法对关传生坟墓进行开棺，提取了关传生的骨头和毛发等物证。10月25日，复查人员带着上述物证以及石东玉的血衣和石法礼、石东成的血液样本来到北京。北京市公安局的刑事技术鉴定部门并未使用DNA方法就解决了问题，其血型鉴定结论表明：被害人关传生的血型为AB型；被告人石东玉衣服上的血型有AMN型和OMN型；而被告人父亲石法礼、弟弟石东成的血型分别为AMN型和OMN型；因此，被告人石东玉衣服上根本没有被害人关传生的血！当年的法医竟然把被害人的血型错误地鉴定为A型！1995年4月12日，黑龙江省高级人民法院郑重宣告，经公安机关调查之后，伊春市中级人民法院对石东玉杀人案进行再审，宣告石东玉无罪。4月22日，石东玉被无罪释放，走出了北安监狱。然而，这起错案给石东玉及其家人造成的损害却是无法挽回的；这起错案留给世人的思考也是广泛而且深刻的。

三

我们在刑事司法活动中有一句非常响亮的口号——既不放纵一个坏人，也不冤枉一个好人。毫无疑问，这个口号的立意是非常美

好的，但可惜它缺乏现实性，或者说它只是一种美好的愿望。在任何一个国家的刑事司法系统中，人们都不可能真正做到“既不放纵一个坏人，也不冤枉一个好人”。古人说，人非圣贤，孰能无过。司法人员不是神仙，在裁判中出现错误在所难免。然而，我们承认这一点绝不是为司法人员开脱，而是要正视刑事错案出现的必然性并认真研究其发生的规律，以便把错案的发生率压制到最低水平。古今中外，刑事错案的发生往往是由于司法人员在通过证据认定案件事实的时候出现了误差。因此，“事实”和“证据”自然就成为我们研究刑事错案问题的两个关键词。

司法活动的基本内容是运用证据去证明案件事实。诚然，人们对证明的概念有不同的理解和使用习惯，但是为了行文方便，我们可以粗略地把司法活动中的证明称为“司法证明”。就认识活动和认识对象的方向而言，司法证明属于逆向认识活动，即从现在的事情去认识过去的事情，从事件的结果去认识事件的原因。对于办案人员来说，案件事实都是发生在过去的，也许是一天之前，也许是一年之前。由于人类没有掌握穿越“时空隧道”——我们甚至无法相信“时空隧道”的存在——的方法和手段，所以我们无法直接回到那一年之前甚至一天之前去感知当时发生的案件情况，而只能通过证据去间接地认识发生在过去的案件事实。没有案件事实，就谈不上司法证明；而没有证据，司法证明就成为一句空话。由此可见，“事实”和“证据”也是我们研究司法证明问题的两个关键词。

在司法活动中，事实和证据往往也是诉讼参与人争议的焦点和公检法人员工作的中心。对于民事诉讼的当事人来说，去法院就要有事实主张，打官司就是打证据。对于办理刑事案件的警察和检察官来说，其基本工作就是收集证据、审查证据并据此证明案件事实，

简言之，办案就是办证据。对于法官来说，无论是刑事诉讼还是民事诉讼，其基本任务就是审查证据和认定案件事实。由此可见，当事人讲事实和证据；律师讲事实和证据；警察和检察官讲事实和证据；法官也讲事实和证据。在同一个案件中，事实和证据似乎本不应有任何差别。无论谁讲，事实只有一个；无论谁用，证据都应相同。但是在司法实践中，上述人员讲的事实和证据往往各不相同甚至大相径庭。为什么会出现这种“各说各话”的现象？因为司法证明面临的事实和证据问题可以概括为“一·三·五”：即一项任务、三个事实、五种证据。

司法证明必须完成的一项任务是明确或认定指控或争议的案件事实，例如，关传生被杀案的事实。一般来说，案件事实都是由“七何”要素构成的，即：何时、何地、何事、何人、何物、如何、为何。因此，我们可以把司法证明要解答的问题概括为：“何人”“为何”在“何时”、“何地”，“如何”使用或涉及“何物”地干了“何事”？在民事诉讼中，司法证明往往以查明“何事”为主要任务；而在刑事诉讼中，司法证明则往往以查明“何人”为主要目标。例如，在石东玉案件中，司法证明的任务就是要确定被告人石东玉是否实施了杀害关传生之犯罪行为的人。用犯罪侦查学的术语来说，就是要通过各种证据来对嫌疑人和犯罪人进行同一认定。诚然，就侦查、起诉、审判等具体诉讼活动而言，这一认识活动的结论可以是肯定的，也可以是否定的，但是只有在达成肯定的同一认定结论时，这项司法证明的任务才算真正完成。如果同一认定的结论是否定的，即嫌疑人或被告人不是实施该犯罪行为的人，那么，司法证明的任务还没有完成，办案人员必须继续工作。在一些案件中，这就给侦查人员、起诉人员和审判人员造成了无形的压力。

人们在司法证明活动中所讲的“案件事实”有三个：“事实一”是客观发生的案件事实，例如，关传生被杀案中客观发生的案件事实；“事实二”是当事人主张或公诉人指控的案件事实，例如，伊春市检察院指控石东玉杀害了关传生的案件事实；“事实三”是法官认定的案件事实，例如，伊春市中级人民法院判定石东玉杀人的案件事实。在司法实践中，这三个事实可能相同也可能不相同，或者部分相同而部分不相同。在民事诉讼中，当事人主张的案件事实可能与客观发生的案件事实相同，也可能不相同；可能与法官认定的案件事实相同，也可能不相同。在刑事诉讼中，检察官指控的案件事实可能与客观发生的案件事实相同，也可能不相同；可能与法官认定的案件事实相同，也可能不相同。在这三个事实中，“事实一”属于客观事实，具有唯一性而且不会发生变化；“事实二”属于主张事实，往往具有差异性和对立性；“事实三”属于法律事实，虽应具有稳定性但也可以发生变化，例如在石东玉一案中，原审法院和再审法院认定的案件事实就发生了巨大的变化，前者认定的事实是石东玉杀了人，而后者认定的事实是石东玉没有杀人。在此需要指出，人们在使用“案件事实”的概念时所表达的并不一定是严格意义上的事实，有些所谓的“事实”其实并非真正的事实。

人们在司法证明过程中所讲的“证据”有五种：“证据一”是案件发生时客观存在的“证据”，例如，关传生被杀案的发生过程在尸体和周围环境中留下的痕迹物证以及在相关人员大脑中留下的印象；“证据二”是办案人员或当事人收集的“证据”，例如，在关传生被杀案中，侦查人员收集的各种证据，包括嫌疑人石东玉的供述和血衣等物证；“证据三”是办案人员或当事人提交法庭的“证据”，例如，在关传生被杀案中，检察机关提交法庭的证明石东玉有

罪的口供和物证等;“证据四”是经过法官初步审查之后获准进入诉讼程序的“证据”,或者说法庭决定采纳的“证据”;“证据五”是法官经过审查之后采信“证据”,即法庭作为定案根据的“证据”。虽然目前在我国的司法实践中对“证据四”和“证据五”的区分不够明晰,但是,无论就司法证明的客观规律而言还是就案件审判的实际情况而言,这种区分确有必要。

在司法活动中,上述五种证据都可以称为证据,但是却存在许多差异。首先,“证据二”与“证据一”就存在差异。这主要有两种情况:其一是“证据二”少于“证据一”;其二是“证据二”多于“证据一”。第一种情况是指侦查人员或当事人收集的证据少于客观存在的证据。这在司法实践中是一种相当普遍的现象。几乎在所有案件中,侦查人员或当事人都不可能发现并收集全部与案件有关的客观存在的证据。换言之,客观存在的证据是大量的,有一部分“潜在证据”没能转化为现实证据——无论是由于侦查人员或当事人没有发现还是视而不见——是难以避免的事情。例如,在关传生被杀案中,侦查人员没有能够发现杀人现场的一些与案件有关的痕迹,也没有能够收集到罪犯杀人用的扎枪及其血衣,而这些都是客观存在过的证据。第二种情况是指侦查人员或当事人把本来不属于客观存在之证据的东西当作证据收集回来并用作证据,例如,石东玉家中的水果刀和血衣本来与本案无关,但是被侦查人员错当证据提取了。其次,“证据三”与“证据二”也可能存在差异,这一般表现为诉讼双方提交法庭的证据少于其收集或掌握的证据。在民事诉讼中,当事人不把那些可能对其不利的证据提交法庭的做法屡见不鲜。在刑事诉讼中,虽然我国法律明确要求办案人员既要收集能够证明被告人有罪的证据也要收集能够证明被告人无罪的证据,但是侦查

人员或公诉人员不把能够证明被告人无罪的证据提交法庭的做法亦非罕见。例如，在石东玉案件中，侦查人员收集到的证据中本来包括石东玉声称自己无罪的陈述和可能证明石东玉不是杀人凶手的证言，但是却没有被公诉方提交法庭。在此需要说明，能够证明石东玉无罪的那些陈述本来不属于关传生被杀案中客观存在的证据，因为其不具有关联性，但是当石东玉成为该案的犯罪嫌疑人和被告人之后，这些陈述就具有了证据的关联性，因为它们可以证明石东玉不是杀人凶手。最后，“证据三”、“证据四”、“证据五”之间也可能存在差异，这一般表现为“证据四”少于“证据三”，而“证据五”又少于“证据四”。换言之，诉讼双方提交法庭的证据不一定都能获准进入诉讼的“大门”，而获准进入诉讼“大门”的证据也不一定都能成为定案的根据。另外，使用证据者对收集到的客观证据做出了错误的解读，也属于上述证据之间差异的一种表现形式。诚然，明确上述差异的主要目的是让司法人员努力使“证据二”直至“证据五”都尽可能符合“证据一”，但是在司法实践中要做到这一点诚属不易。

司法证明确实是一项十分复杂且十分困难的工作。司法人员游走于五种证据与三个事实之间，却必须完成一项同一认定的任务。特别是对审判人员来说，尽管他们对案件事实的认识经常处于一种非黑非白的“灰色地带”，或者说，他们对案件事实的认识处于一种模糊状态——例如，刑事诉讼的被告人可能是有罪的也可能是无罪的，但是他们也必须做出明确的判决——或者判被告人有罪，或者判被告人无罪。客观事实、主张事实、法律事实混杂在五种证据中间，孰真孰假，孰是孰非？这认识的模糊性与裁判的明确性，困扰着每一个坐在法官席上的普通人。

目 录

何家弘作品集·法学文革系列

从它山到本土——刑事司法考究

司法证明“一·三·五”(代序)	1
第一篇 侦查制度考究	1
一 / 犯罪侦查制度的界说	1
二 / 犯罪侦查制度的基本范畴	6
三 / 英国的犯罪侦查制度	26
四 / 美国的犯罪侦查制度	56
五 / 法国的犯罪侦查制度	87
六 / 德国的犯罪侦查制度	115
七 / 俄罗斯的犯罪侦查制度	142
八 / 日本的犯罪侦查制度	172
第二篇 检察制度考究	201
九 / 中国特色检察制度的完善	201
十 / 检察机关执法观念的更新	217
十一 / 英国的检察制度	229
十二 / 美国的检察制度	237

十三 / 法国的检察制度	267
十四 / 德国的检察制度	281
十五 / 俄罗斯的检察制度	289
十六 / 日本的检察制度	298
第三篇 审判制度考究	307
十七 / 论法官造法	307
十八 / 论最高法院的职能	332
十九 / 英国的法院和法官	336
二十 / 美国的法院和法官	351
二十一 / 法国的法院系统	358
二十二 / 德国的法院系统	368
二十三 / 世界陪审制度的历史沿革	373
二十四 / 世界陪审制度的发展趋势	394
二十五 / 中国陪审制度的改革方向	402
第四篇 综合制度考究	421
二十六 / 司法公正论	421
二十七 / 刑事司法的难题	442
二十八 / 刑事司法的价值取向	446
二十九 / 刑事司法与反腐败	474
三十 / 刑事司法的十大发展趋势	518

第一篇 侦查制度考究

|—|

犯罪侦查制度的界说

考究世界各国的犯罪侦查制度，首先就要明确有关的概念。众所周知，由于社会制度和传统文化的差异，不同国家的人赋予某一概念的含义并不尽一致。例如，在中国、美国、法国的刑事司法制度中，“预审”都是一个重要的程序，然而该程序的功能和规则却有所不同。在中国，“预审”是依照法律对刑事被告人进行讯问和调查的一种诉讼活动，它是警察机关的一项职能。在美国，“预审”由司法官负责，其主要任务是审查检察官的起诉证据是否充分。在法国，“预审”由预审法官负责，其功能主要是为法院审判收集和审查证据并决定是否应当启动审判程序。另一方面，不同国家中在表面上毫无联系的两个概念很可能实际上具有很大的相似性。例如，美国的“辩诉交易”与德国的“刑罚命令程序”似乎是两个风马牛不相及

的概念，但是当我们深入考察其实际效果时便不难发现它们都具有简化审判程序和减轻司法系统负担的功能。由此可见，在具体考察外国的犯罪侦查制度之前，明确并统一有关的基本概念是十分必要的。

一、犯罪侦查

犯罪侦查是有关人员为了查明案情和收集证据而就被控犯罪行为进行的调查活动。它是人们对已发事件的一种认识活动。侦查的基本任务是查明案情和收集证据。查明案情，就要从已知的犯罪结果出发，根据收集到的案情材料进行逆向思维，推断已经发生的案件事实。收集证据也是对过去事件的一种认识方式，也往往需要回溯推理。诚然，已经过去的事件不可能真实地再现，但是可以在侦查人员的思维活动中再现，也可以在一定的模拟条件下“再现”。这是犯罪侦查活动的一个特点。

关于犯罪侦查活动的性质，不同国家可能有不同的解释。在某些国家中，犯罪侦查被解释为一种“国家职能”，即只有国家的专门机关才有权进行侦查活动，其他任何组织和个人都不得进行侦查活动。另外一些国家则不对犯罪侦查做这种限制，因此除警察等执法人员外，私人侦探等也可以参与侦查活动。由于本文涉及多个国家的犯罪侦查制度，所以使用的犯罪侦查概念并不局限为国家职能。

在中国，“侦查”与“侦察”这两个概念经常并用或混用。当然，国内学者对这两个概念的内涵和外延尚有不同解释。笔者无意在此讨论这两个概念的异同，因为这一争论与“各国侦查制度的考究”并没有太大的关系。但是，本书是为国内读者撰写的，所以仍有略加说明的必要。本书中所说的犯罪侦查既包括那些公开的调查活动和有关的强制措施，也包括那些秘密的调查手段。换言之，这