

证据学论坛

第

11

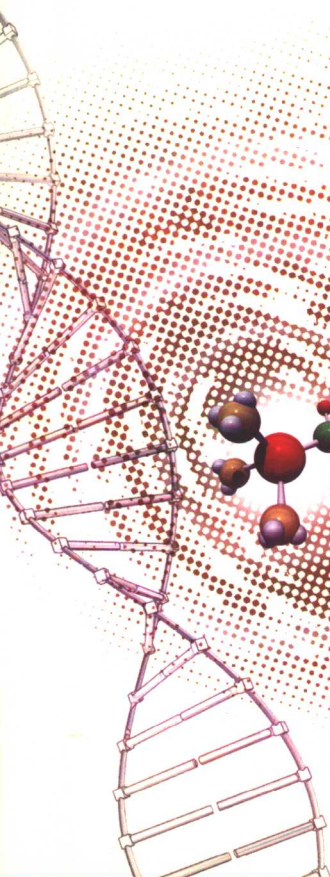
卷



三堂

何家弘◎主编

与
群
言
录



中国政法大学出版社

证据学论坛

第

11

卷

三

与群言录

何家弘◎主编



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

三人堂与群言录 / 何家弘主编. —北京:中国政法大学出版社,
2006.5

ISBN 7-5620-2909-1

I.三... II.何... III.诉讼-证据-研究 IV.D915.130.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 047172 号

书 名 三人堂与群言录
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 15.75
字 数 380 千字
版 本 2006 年 7 月第 1 版 2006 年 7 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2909-1/D·2869
定 价 36.00 元
社 址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)
58908285(总编室) 58908334(邮购部)
电子信箱 z5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

卷首白话

“中国式”论坛

20 世纪 70 年代在“北大荒”务农的时候，笔者从农民那里学了一句歇后语：狗长犄角——羊（洋）式。在那个封闭的年代，我们并不真正知道什么是“洋式”，只朦朦胧胧地觉得是跟我们截然不同的东西。因此，凡是我们感觉怪异的东西，凡是我们看不顺眼的东西，就统统可以称为“洋式”，其中带着明显的不屑一顾的贬义。后来，随着中国的“改革开放”，外国的东西进来多了，中国人出去的机会也多了，我们便发现很多“洋式”的东西其实比中国的好，于是就开始宣扬、学习、引进、效仿，既包括有形的东西，也包括无形的东西。我不赞成把那阵潮流简单地归结为“崇洋”，也不认为那些赞美“洋式”的人就是在盲目地吹捧“外国的月亮”，因为外国的东西确实推动了中国社会的进步。不过，我也承认，倘若今天真的看到外国狗长出了犄角，我们也绝不会嗤之以鼻，甚至都不会觉得怪异了，而会认为那就是名贵的洋狗。总之，社会在发生变化，人们的思想也在发生变化。在以夜郎自大的心态一概否定“洋式”的时代已然成为过去之后，认可并追逐“洋式”似乎在诸多社会生活领域都成为了一种时尚。这是好事吗？我不知道。

20 世纪 90 年代初期，笔者在美国留学的时候，从美国朋友

那里学了一个词：AMERICANA，意思是“具有美国特色的”的东西，也可以翻译为“美国式”。后来在国内举办的一次“美国法暑期班”上，我曾借题发挥，生造了一个英语词：CHINE-SANA，意思是“具有中国特色的”东西，也可以称为“中国式”。当时，包括美国教授在内的很多人都认为这个词很有创意，值得推广。不过，我只是即兴戏说，过后不久也就把它淡忘了。

常言道：三十年河东，三十年河西。斗转星移，世纪交替，国人的思想潮流又发生了一些微妙的变化。从大力提倡乃至全面追捧以“美国式”为代表的“洋式”，到认真反思和重新评判“中国式”的价值，这似乎又代表了中国人跨入新世纪之后的思想趋势。于是，大力挖掘本土资源，弘扬中国传统文化，又成为了时尚的口号。一部名为《中国式离婚》的电影使“中国式”一词成为颇受人们青睐的流行语，而且引发了人们关于“中国式”的思考和讨论，以及一些文人学者的“跟进”。于是，我们又看到了电影《中国式结婚》，以及《中国式管理》等著作。笔者最近在报纸上还见到把“卖身救母”和“买肾救父”等称为“中国式救亲”的说法。诚然，在上述语境中，“中国式”一词既有褒义也有贬义，既有弘扬也有批判。笔者无意探究这些说法的准确内涵和恰当与否。笔者只想指出，这一语词的流行本身就在一定程度上显出国人的本土文化意识。

今天，我们正面临着中华民族伟大复兴的机遇和挑战。我们要抓住机遇，迎接挑战，把中国建设成世界上最发达也最美好的国家之一，就必须一方面努力学习外国的先进科学技术和社会管理经验，一方面认真研究中国的社会现状和传统文化。解决中国的社会问题必须从中国的实际情况出发，必须考虑中国的人文传

统，外国的成功经验和经典著作不可能为我们提供现成的答案。诚然，中国的传统文化中既有好的东西也有不好的东西，既有精华也有糟粕，但是，抛弃糟粕，弘扬精华，正是我们研究传统文化的基本任务。这也是我们建设“中国式”现代法治国家的应然之路。

白话了一番国家大事，再说笔者真正想谈的小事——办论坛。自从与中国检察出版社合作于2000年出版第一卷《证据学论坛》，到2005年底我们已经出版了十卷。承蒙作者和出版者的支持以及读者的关爱，这套专业学刊在学术界和实务界的口碑还是相当不错的。但是在这日新月异的时代，我们只有不断更新，不断攀登，才能获得生存和发展的空间。因此，从第十一卷开始，我们的《证据学论坛》将以崭新的面貌与读者见面，希望我们的改版能够得到广大读者的认同。在此，我谨向中国检察出版社的领导和编辑以及《证据学论坛》原编委会的所有成员表示诚挚的谢意。

另外，在德恒律师事务所的资助下，我们于2004年在中国人民大学^{〔1〕}举办了十场“证据学论坛”——系列讲座，很受校内外师生的欢迎。2005年，我们把论坛改为更加生动活泼的三人谈形式，而且加强了主讲者与听众之间的互动，十场^{〔2〕}下来，几乎是场场爆满，那场面可以说是“相当热烈”。论坛的成功，既要归功于主讲嘉宾的学术造诣和人格魅力，也要归功于人民大学法学院有关师生的精心策划和认真筹办。

〔1〕 其中有一场是在燕山大学举办的。

〔2〕 其中，在人民大学举办八场，在燕山大学和清华大学各举办一场；最后一场不是三人谈，而是多人谈。

无论是办文字的论坛，还是办语言的论坛，我都希望能有批评和反批评。论坛就要有争论，就要有思想的碰撞和观点的交锋，因为，碰撞能够产生绚丽的火花，交锋能够提高双方的技艺。自古以来，只有百花齐放和百家争鸣，才能有学术的繁荣和文化的昌隆。然而，我的心底也有一丝隐忧，因为批评有时也会导致学界的分裂乃至学人的对抗。在我国法学界，由学术之争演变成人身攻击最后竟结为“生死冤家”的事情也是有的，而这显然不符合我们倡导学术批评的初衷。于是，我就想到了批评的方式。

一般而言，“中国式”批评是含蓄的，婉转的，先基本肯定再个别否定，先抽象赞扬再具体批判，其文化基础是理性思维与倡和理念。我们在批判他人的观点时，往往首先要思考该观点的合理之处，然后再分析其问题之所在。而在中国传统文化中，提倡“和”的思想占有非常重要的地位。批评要不伤和气，对抗要不损和平。由此，我又联想到中国传统的比武打擂。虽然比武要争个高下，打擂要比个输赢，但毕竟不同于两军对阵，不需要拼个你死我活，终以切磋技艺为宗旨，以点到为止为规则。真正的武林高手参与比武打擂的目的在于提高武术水平，弘扬武术精神。特别是那些崇尚武德的大师在与他人交手时，并不追求把对方打得落花流水或屁滚尿流，往往是手下留情，在旁观者尚未看出明显胜负时就已收身罢手，而对方也已经输得心服口服。此乃中国传统武术之精髓。

另据笔者的管窥蠡测，“美国式”批评一般是明确的，直率的，而且追求打击的力量和否定的效果，其文化基础大概是批判性思维和个人奋斗理念。笔者在美国留学时，注意到其法学教育

很注重培养学生的“批判性思维”习惯，因为这也是抗辩式诉讼制度下律师的基本思维模式。无论对方提出什么观点，先不要考虑其有没有合理之处，立即就寻找其疏漏或毛病，然后组织证据进行反驳和攻击。律师在法庭上追求的就是诉讼的胜利，并不在乎己方的诉讼主张究竟是否有理是否正义。另外，美国社会中存在推崇个人奋斗的文化传统。“美国式”英雄往往是那些通过个人奋斗从社会底层爬到社会顶层的人物，无论其走过的是一种什么样的路径。这些文化元素大概在很大程度上影响了美国人进行批评时的思维模式。笔者在美国时经常观看一个名为“交火”的电视节目，其主持人和嘉宾在就时政问题进行辩论——也可以称为“抬杠”——时的针锋相对和面红耳赤确实令我大开眼界，而他们的敏捷思维和犀利言语也确实令我叹为观止。

2005年11月初，笔者应邀到西南政法大学做两场学术报告，下午给研究生讲，晚上给本科生讲，而且不在一个校区，颇有些“赶场”的味道。下午讲完之后，按照“地主”的惯例，坐在台上的三位教授要进行点评。邹明理教授和管光承教授首先进行了点评。他们在一番溢美言辞之后，婉转地提出了少许批评。虽然言词有些含糊，但是言者有心，听者有意，在座者均有收益，于是在一片热烈的掌声中达到了皆大欢喜的境界。这是典型的“中国式”点评。然后，龙宗智教授为了保持论坛的“火药味”传统而进行了一番以批判为主的点评。他先批评我的讲座“通俗有余而深度不足”，又指出我的讲话中有“张冠李戴之嫌且不够严谨”。初听起来，宗智教授的点评似乎有些“美国式”，但仔细考较之后，我觉得他的点评仍然属于“中国式”的范畴。且不说他也是在全面赞扬之后才进行批判，仅就其批判的内容而

言，也还是充满了婉转的善意。其一，笔者治学的基本宗旨就是通俗化。无论是行文还是讲课，我追求的最高境界就是用听众喜欢的通俗语言讲出法学的深奥道理。为此，我也经常以“通俗法学家”自诩。其二，笔者治学的特点之一就是“张冠李戴”。这大概源于我最初学习犯罪侦查学和物证技术学时所受到的熏陶，因为这两个学科中运用的许多科学技术都是从其他科学领域“张冠李戴”来的。于是，我就形成了一种“张冠李戴”的思维习惯。往高了说，这叫善于借鉴移植，或者触类旁通、融会贯通什么的。例如，我为每期《法学家茶座》撰写的借茶说法的卷首语就都有些“张冠李戴”的味道。宗智教授与我交往多年，并多次“网上对话”，知我颇深，尽管他可能并不赞同我的治学方法和学术观点。因此，我在听了他的点评之后所说的第一句话就是：“知我者龙宗智也。”……我忽然醒悟了。也许，这就是我们应该倡导的“中国式”论坛。虽然有直率的批判、思想的碰撞、观点的对抗、语言的交锋，但是，因为批评者是善意的，被批评者是宽容的，所以争论有序，对抗有道，仍然保持着论坛的整体和谐。

新年伊始，我应邀在中央电视台“社会与法频道”（12频道）主持了六集的“法律讲堂2006年新年特别节目”。作为特邀主持人，我在最后一集的开场白中说了这样一段话：“在中国传统文化中，有一个字，我很喜欢，就是和平的‘和’字。这个字不仅包含了深厚的哲学思想，还可以组成许多美好的语言。例如，自然以和为美，人类以和为贵；世界要和平，民族要和睦，社会要和谐，家庭要和美；天和风雨顺，地和五谷丰，人和精神爽，家和万事兴。”这也应该是我们主办论坛所追求的

境界。

本卷《证据学论坛》把2005年“德恒证据学论坛”的“三人谈”转化成了文字，而且每位主讲嘉宾都认真地对其语言进行了文字加工和润色。另外，在每个专题之后，我们还邀请青年学者进行了点评。论坛是切磋技艺交流思想的场所，不应该论资排辈。因此，由后生点评先生，让学生批判老师，这也是论坛所应倡导的学风。

我希望这是广大读者喜爱的“中国式”论坛。

中国人民大学法学院

何 家 弘

2006年3月1日

于北京世纪城痴醒斋

目 录

卷首白话 “中国式”论坛

专题论坛一 什么是证据

——从《天下无贼》谈起

背景回放 《天下无贼》留下的困惑/宋庆华 3

学术讲座 证据的概念三人谈/张卫平 陈瑞华 何家弘 5

专业点评 证据的真相/陈碧 38

专题论坛二 如何认定案件事实

——从余祥林“杀妻”案谈起

背景回放 离奇的余祥林“杀妻”案/王向阳 49

学术讲座 案件事实认定三人谈/陈瑞华 张卫平 何家弘 59

专业点评 强化证据观念刍议:

由余祥林案想起的后车之鉴/王戈 86

专题论坛三 如何判断证据的可采性

——从“交警偷拍”现象谈起

- 背景回放 交警偷拍是执法还是违法/王玉清 97
学术讲座 证据可采性三人谈/张卫平 陈瑞华 何家弘 108
专业点评 证据的可采性与非法证据排除/房保国 135

专题论坛四 证人为什么要出庭

——从杰克逊“变童”案谈起

- 背景回放 杰克逊“玩火自焚”，涉嫌变童对簿公堂/孙凰 143
学术讲座 证人证言三人谈/陈瑞华 张卫平 何家弘 156
专业点评 证人如何出庭/廖明 182

专题论坛五 如何分配举证责任

——从《妇女权益保障法》与性骚扰案谈起

- 背景回放 性骚扰案中的举证责任/彭霄 203
学术讲座 举证责任三人谈/张卫平 陈瑞华 何家弘 207
专业点评 举证责任的分配原则/季美君 235

专题论坛六 律师如何质证

——从赵燕在美被打案的审判谈起

- 背景回放 赵燕在美被打牵动国人心
凶手被裁无罪难抚伤者痛/李娟 247
学术讲座 质证三人谈/王丽 张卫平 何家弘 259
专业点评 发现事实，还是遮蔽真相？
——评质证的意义/刘品新 281

专题论坛七 法官如何认证

——从香港“世纪争产案”的审判谈起

- 背景回放 世纪争产案的来龙去脉/王佳 329
- 学术讲座 法官认证三人谈/高憬宏 张卫平 何家弘 296
- 专业点评 对矛盾的鉴定该如何认证/郭欣阳 321

专题论坛八 如何确立证明标准

——从“超女大赛”的评选标准谈起

- 背景回放 “超级女声”的由来及评选标准/朱晓琪 331
- 学术讲座 证明标准三人谈/卞建林 王敏远 何家弘 336
- 专业点评 诉讼中的案件事实与证明标准
——对“科学的证明理论”的质疑/王晓霞 360

专题论坛九 证据的审查判断与自由心证

——从美国影星布莱克“杀妻”案谈起

- 背景回放 美国再掀“辛普森第二”案：老牌影星罗伯特·
布莱克涉嫌杀妻/付丽娜 371
- 学术讲座 自由心证三人谈/汪建成 张卫平 何家弘 380
- 专业点评 裁判者的心证/毛淑玲 402

专题论坛十 刑事错案中的证据问题

——中国当代刑事错案的专业盘点与解读

论题一 刑事错案的标准与证明标准

[主题发言]

- 解读刑事错案离不开语境/刘仲一 414
- 错案应以证明标准来判断/丁杰 422

从证明标准看刑事错案/房保国 428

关于错案标准与证明标准的两点认识/刘品新 431

[自由发言与评论]

简单的错案，不简单的定义/李贵方 435

刑事错案的标准：案件程序上是否存在错误/陈碧 438

论题二 错案的形成与证据观念、证明规则

[主题发言]

司法实务中错案成因面面观/张桂勇 440

犯罪现场勘查工作中的失误对错案形成的影响/陈刚 442

刑事错案与非法证据排除规则/王晓霞 447

把好证据关是防止错案的关键/李娟 453

[自由发言与评论]

实务中刑事错案的两个主要成因/杨玉岐 460

错案是综合因素所致/廖明 461

刑事错案的制度症结/马滔 463

提高办案水平，防止错案悲剧/徐立根 471

树立现代理念，防范错案重现/周惠博 473

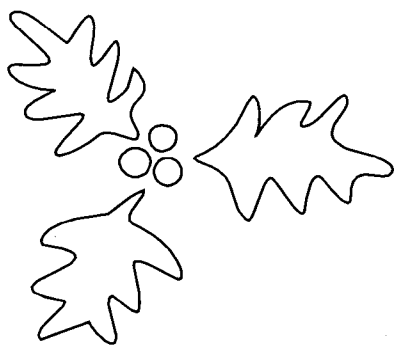
《证据学论坛》第十二卷征稿启事 478

英文目录 481

专题论坛一

什么是证据

——从《天下无贼》谈起



【背景回放】

《天下无贼》留下的困惑

宋庆华*

《天下无贼》是2004年惟一可与周星驰的《功夫》对战的华语片，它的公映激起了影迷及评论界的热情，冯小刚也以深厚的功力回报了观众，深深地打动了观众们的心。这部电影播出后评论如潮，评论的角度、层次令人眼花缭乱，赞的有之，批的有之，《天下无贼》的每一个情节都成了人们茶余饭后热议的话题。许多台词传遍了大街小巷成为人们的口头语。而在法律人眼中，这部片子展现的却是一个个设计精巧的犯罪行为，是足可以充当刑事侦查及证据认定活动对象的一个个活生生的疑难案例。之所以疑难，是因为事实难以认定。就本片而言，贼们个个武艺高强、身手了得，往往在电光火石之间就会作出N个诡异的动作且踏雪无痕，这些动作甚至连摄影机也难以尽录。所以对于司法机关而言，远没有看电影那样轻松、清楚。更何况真实的犯罪除非运用秘密侦查手段是没有镜头回放的。而在这些疑难案件中最典型的莫过于“胡黎盗窃、杀人案”了。

……胡黎趁看押人员大意悄悄捅开手铐，携带作案工具和易

* 中国人民大学硕士研究生。