

导 语

刑事司法的名称解密

各位同学,大家好!我是何家弘。欢迎大家跟我一同学习刑事司法。我们一同学习,就都是同学。今天,我要讲这门课的第一个基本问题:刑事司法是什么?这涉及刑事司法的名称。不过,在讲这个问题之前,我要先讲我的姓名,因为我的姓名和刑事司法的名称遇到了相似的难题。

一、“法学爷”与“何家宏”

既然是“名称解密”,我就先请同学们破解我的“名称密码”。这是密码语:“弘精扬神法的学可家人。”这句话是什么意思?你们能破解吗?

我估计有人已经找到了答案。这道题很简单,就是使用最简单的解码方法,也就是“隔字连读法”。于是,这句密码就变成了“弘扬法学家精神的可人”,也就包含了我的名字。

我叫“何家弘”,何是可人——“何”,家是法学家的“家”,弘是弘扬的“弘”,把它们反串在一起就是“弘扬法学家精神的可人”。

下面,我再给大家出一道比较难的问题。这是探求原因的问题,是需要推理的问题。刑事司法人员在查办案件的时候,往往要从结果去探求原因。例如,侦查人员发现了一具非正常死亡的尸体,就要查明死亡的原因。如果是自杀,就要查明自杀的原因。如果是他杀,那就要查明谁是凶手。因此,逆向思维或溯源推理是刑事司法中查明案件事实的常用方法。

这道题还是与我的名字有关,就是法学家的“家”。我们为什么叫法学家,不叫法学爷?这是一个语词使用习惯问题,是我们的祖先在很多年前就约定俗成的。但是,老祖宗为什么要这样决定呢?我不是语言学家,不知道这个语词的起源。但是,我知道中国人有称“爷”的传统,特别是天子脚下的北京人。

在北京人的俗语中,官府的人都是爷:皇帝是万岁爷,辅佐皇帝的大臣是相爷;县官是县太爷,辅佐县官的人是师爷;就连那些走卒衙役也得称为军爷。平民百姓也可以称爷,年长的人是老爷,年轻的人是小爷,老爷的儿子是少爷,老爷的女婿是姑爷。此外,北京话中还有一些带有调侃意味的称爷,例如,有钱的人叫款爷,做小买卖的人叫倒儿爷,街头神聊的人叫侃爷,蹬平板车的人叫板儿爷,四处扒窃的人叫佛爷^①。人们供奉的神灵更得称爷了,例如,龙王爷、灶王爷、土地爷、财神爷、门神爷。总而言之,中国人喜欢称爷。

但是,为什么法学家不叫法学爷?其实,法学爷的名称也很响亮嘛,还可以简称为法爷。那本人就是何法爷!这个问题确实很难!我经过多年的思考和认真的研究,终于找到了答案。我采取了比较研究方法,主要是比较“家”和“爷”的语词含义。

“爷”的本意是辈分比较高或年龄比较大的人,引申为具有较高社会地位的人。“家”是什么?我们都有家。家是我们生活中最熟悉的地方,是我们生活中最关爱的地方。因此,我们称一个人是某个学科或领域的“家”,那就是说,这个学科或领域就像他的家一样。于是,我就得出一个结论。如果一个人称得起是“法学家”,那他就要做到以法为家、知法如家、爱法似家、奉法胜家。如果你不能做到以法为家、知法如家、爱法似家、奉法胜家,那你就不能说自己是法学家。另外,法学家不仅是法学教授的称号,也是法官、检察官、警官和律师的称号。如果中国的法官、检察官、警官和律师都能做到以法为家、知法如家、爱法似家、奉法胜家,那么中国的刑事司法就一定是高水平的,就一定能维护社会的公平正义!

有人会问:何老师,您是法学家吗?这个问题嘛,我自己不太好回答。这么说吧,我基本上差不多是个法学家。不过,这个问题不是重点。我今天

^① 这是 20 世纪 70—80 年代流行的说法,取义是“能轻轻拂取他人财物的小偷”。

要讲的是我的名字,重点是请同学们记住我的名字,特别是第三个字——“弘”。这是弘扬的“弘”,不是宏伟的“宏”。

我强调这一点,就是因为网络上经常有人把我的名字写错,写成了宏伟的“宏”。例如,我2023年初在今日头条和B站的“何家弘说案”中发布了视频“2022年中国十大刑案”,知乎网转发时就把我的名字写成了“何家宏”。我2015年在凤凰网的“全民相对论”节目做嘉宾,他们在字幕中也把我的名字写成了“何家宏”。如果你们在网上搜“何家宏”的消息和图片,也有不少就是本人的。这些都是以讹传讹,而源头可以追溯至二十多年前的记者访谈。

那时候还没有互联网和智能手机,记者在电话采访后写的文章中就容易把我的名字写错。我也不知道最初是哪个记者把我的名字写成了宏伟的宏。后来,我在接受电话采访时就会告诉记者,我的名字是弘扬的弘。当时还没有智能的联想汉字输入法,而且弘扬的弘字不太常用,因此有的记者就会追问:是那个宝盖儿宏吧?我说不是,是弘扬的弘,就是左边一个弓,右边是私的那一边。记者就问,公私合在一起,这是什么字?我还真不好解释。后来,我懒得解释了,就说你随便写吧,反正姓名就是个符号,宝盖儿宏也可以算是我的别名吧。于是就有了以讹传讹。

我曾经跟学生们讲过因我的姓名而带来的烦恼。当时正在热播电视连续剧《还珠格格》,有学生就给我出主意。大家都知道乾隆皇帝的名字是弘历,您下次给人解释名字的时候,可以提乾隆皇帝,弘历的弘,大家肯定都知道。

报纸上写错名字,不是什么大事,但是在有些情况下写错名字就很麻烦了,譬如飞机票。那时候还没有身份证号码的联网,买飞机票就报姓名,然后到机场办理值机手续的时候再核对身份证。这些年,我多次给公安机关和警察学院讲课。他们的接待工作都很细致周到,但是也会出一些小的疏漏。

2001年,我到云南警官学院讲课,他们给我买返程机票,就写错了我的名字。那天早上他们送我去机场,我拿到机票就说,名字写错了。他们说,不会吧,我们还特意查过报纸啦。他们立刻打电话找到机场派出所的工作人员进行协调。虽然机场的工作人员很客气,但是人家有原则,机票上的姓名与身份证不符,不能办理值机手续。派出所工作人员又找到国航的柜台,人家的答复简单明了,机票上的姓名不能改,但是可以再买一张机票,而原

来这张机票只能到购票的地方去退。于是,他们又给我买了一张机票,把我送上了飞机。有了这次经历,我在购买机票时就格外小心了。

2002年,我到香港城市大学法学院当客座教授,为期半年。我要回北京时,因为香港飞北京的机票太贵,深圳飞北京的机票能便宜一半,所以我就打电话到深圳的航空公司售票处订购机票。我又遇到了姓名的烦恼。那位小姐的普通话不太好,我解释了半天,她也没明白弘扬的弘不是宏伟的宏。后来,我突然想到了乾隆皇帝,便连忙问道:你知道乾隆皇帝吗?她说,知道的啦。我又问,那你知道弘历吗?她说,知道的啦!我很高兴地说,就是弘历的弘。她沉默片刻,很有些不耐烦地说:“何先生,你早一点告诉我是红颜色的红,就好啦!”我愣了一下,很快就明白了。她想到的红利,不是乾隆的名字,而是分红的红利。这大概也是深圳人最关心的事情。最后,我几乎是一笔一画地解说了弘扬的弘。

我不仅有中文名字的烦恼,还有英文名字的烦恼。30年前,我到美国西北大学法学院留学。我这个人比较传统,不愿意给自己起英文名字,就使用中文名字的汉语拼音,He Jiahong。于是,有的美国学生就叫我“he”,听起来怪怪的。大概他们以为he是我的名,jiahong是我的姓,而且就用英语的发音。我只好耐心地进行解释。

后来,我到海外讲学时就经常这样自我介绍:HE is my family name. It looks like he, but sounds like her. So, I am not Mr. He, but Mr. Her. 这往往能收到很好的开场效果。然后我再说,“何”是我的姓,这与西方人的习惯不太一样。我们中国人把姓放在前面,西方人把名放在前面,这大概反映了中国文化与西方文化的一个差异。千百年来,中国人在说到姓名时总是要“以姓为先”,这就是以潜移默化的方式教育人们要家庭优先;而西方人“以名为先”的习惯则在强调个人优先。这表明中国的传统文化强调集体利益,而西方的传统文化重视个人利益。这种差异也会对刑事司法产生一定的影响。

我的姓名烦恼说明了两个问题:第一,语词使用可能以讹传讹;第二,语词习惯存在文化差异。我想要说明的是:刑事司法的名称也存在相似的问题。

二、刑事司法的语词溯源

刑事司法是什么?这似乎是一个非常简单的问题,因为刑事司法是大

家一看就懂的语词。刑事与犯罪有关,司法与法院审判有关,因此刑事司法就是法院审判犯罪案件。各位同学,你们同意这个解释吗?你们平常是这样使用刑事司法这个语词的吗?

在汉语中,“司法”的本意是执掌法律和管理法律事务,通常指司法人员依照法定职权和程序审理具体案件的专门活动。在中国古代,司法曾是官名。唐朝时,各州主管法律事务的官员称为“司法参军”,在县一级则称为“司法”。^①清朝末年,受西方国家“三权分立”思潮的影响,修订法律者开始使用与立法、行政并列的“司法”概念,并写入《大清新刑律》等法律。^②当时主持修订法律的沈家本曾说:“东西方各国宪法之萌芽,俱本于司法之独立。”^③此处所说的“司法”,应该指法院和法官。

在现代汉语中,司法一词的使用相当广泛,法律学者讲述,普通百姓传说,诸如司法部、司法机关、司法人员等就都是耳熟能详的语词。然而,这个语词的含义并不明确,人们的使用也不统一。20世纪后期就有一些学者在著作中探讨司法的概念,但是观点并不一致,而且多为介绍外国司法制度的著述,例如董番舆教授的《日本司法制度》,由中国检察出版社1992年出版;龚祥瑞教授的《现代西方司法制度》,由北京大学出版社1993年出版。总之,汉语中的“司法”一词就呈现出口语化的状态。

对于大众来说,司法似乎是一个无须界定的概念,或者说,是一个很难界定的概念。因此,规范语词使用的辞书就没有对“司法”作出解释,甚至刻意回避。例如,1979年由上海辞书出版社出版的《辞海》和《法学词典》就都没有“司法”的词条。

1995年出版的《中华法学大辞典》(诉讼法学卷)没有“司法”的词条,但是有41个与司法有关的词条,其主要含义可归为三类。第一类是指司法行政机关,如司法部、司法部长、司法行政、司法行政机关、司法助理员等。第二类是指法院或审判,如司法改革运动、司法建议、司法决斗、司法认定、司法审查、司法终审原则等。第三类是指服务于司法活动的鉴定学科,如司法

① 广东、广西、湖南、河南辞源修订组:《辞源》(修订本),北京,商务印书馆,1988年,第0251页。

② 王利明:《司法改革研究》,北京,法律出版社,2000年,第3-4页。

③ 韩波:《法院体制改革研究》,北京,人民法院出版社,2003年,第2页。

鉴定学、司法精神病学鉴定、司法化学鉴定、司法会计鉴定等。^①这些都是常用的专业术语,但是其中“司法”的含义并不相同。这反映了该语词使用的乱象,而主因是人们对司法主体的认识不一。

按照中文词义,法院和法官肯定是司法的主体,检察院和检察官也可以称为司法的主体,司法行政机关及其工作人员可以因部门名称而归入司法主体的范畴。但是,公安机关和警察不是司法的主体。在我国的语言习惯中,公安是与司法并列的语词,诸如“公安司法机关”和“公安司法人员”就是耳熟能详的官方语言。

在汉语中,“刑事”与“司法”的搭配组合应该是晚近的语言现象,而且源头很难查考。也许有人曾在口语中使用,但无有文字记载,难以为据。根据个人知识,这个语词的形成受到外语的影响,而本人大概也犯了一个错误。今天,我就给大家“解密”,讲讲我犯的“错误”吧。

1983年,我考上中国人民大学法律系的研究生,专业方向是犯罪侦查学。我的导师徐立根教授是我国的犯罪侦查学泰斗,也是物证技术学的创始人。1984年,他到美国访学半年,回来后就给我们介绍了美国的法庭科学,让我们大开眼界。1985年初,经过徐老师的努力,人民大学法律系和公安部二所要联合举办“物证技术暑期讲习班”,邀请美国的专家来讲课。作为准备工作,徐老师让我翻译一些资料。那都是他从美国带回来的复印文章,大多与法庭科学或物证技术有关。

当时,中国人的英语水平都很低,能说几句英语的人就算是凤毛麟角了。虽然我从考大学才开始学习英语,但是方法得当,而且持之以恒,因此在研究生中算是英语比较好的。但是,那些资料中有很多我不认识的单词,我只能不时地查字典。当时还没有计算机互联网,没有现在这么方便的翻译工具。有些英语单词,我在词典中也找不到,其中之一就是 Criminal Justice。

1982年,我在上大学期间“斥巨资”——10元,买了一本英汉词典。该书非常厚重,正文就有2285页。其名称也很长:《最新英汉求解、作文、文法、辨义四用词典》。我是在新华书店买的书,但是该书竟没有版权页,因此

^① 陈光中主编:《中华法学大辞典》(诉讼法学卷),北京,中国检察出版社,1995年,第517-526页。

不知道它的编著者、出版社和出版时间,只在扉页下边看到署名 THE WORLD BOOK COMPANY, LTD.。这也反映了当年我国知识产权保护的状况。我翻译那些讲习班的资料主要依据这部英汉词典。

Criminal 的翻译很简单,就是“刑事”或“犯罪”。Justice 的翻译则很难。那部英汉词典中的译项包括:正义、公正、正当、处罚、裁判、法官等。^①但是,这两个词合成一个专业术语应该怎么翻译,词典中没有答案。在翻译文章的时候,我根据不同的语境,把它翻译成刑事正义、刑事法官或刑事审判。但是我遇到了一个无法回避也无法变通的难题。

那个“物证技术暑期讲习班”邀请两位美国的法庭科学专家授课,一位是后来鼎鼎大名的李昌钰博士,一位是他的老师戴弗雷斯特教授。后者任教的大学是 John Jay College of Criminal Justice, City University of New York。李昌钰也曾在该校学习法庭科学,并且在 1972 年获得学士学位。我的难题是:这里的 Criminal Justice 应该怎么翻译?

我查了一些资料,没有找到明确答案,就在那些译项中选择了最适合作为大学名称的“法官”,把它翻译成“刑事法官学院”。我还找到了两个依据,英国的 justice of the peace 翻译为“治安法官”,美国最高法院的法官称为 justice。徐立根老师看了这个翻译之后认为不合适。他访问过那所大学。他说,那所大学不是培养法官的。我说,那就翻译成“刑事法学院”。徐老师认为也不合适,因为它与美国的法学院完全不同。他说,那所大学很像刑事警察学院,但是它与警察机关没有关系,它的毕业生也不一定都去警察机关工作。另外从语词来说,Justice 肯定不能翻译成“警察”。

我只好再去查阅词典。我在那部大辞典中找到了一个翻译例:Minister of justice,译为司法部长。我受到启发,就把它翻译成“纽约市立大学的约翰·杰刑事司法学院”。虽然徐老师认为在这里用“司法”一词不太符合中文的语言习惯,但是没有更好的译法,也就接受了。

在那个“物证技术暑期讲习班”期间,我担任了全程的翻译。那是李昌钰博士第一次回到中国大陆,也是我第一次见到他。后来,他多次回大陆,我也多次与他见面,包括同台讲课。在那次讲习班期间,我曾经问过李昌钰博士,“刑事司法学院”的翻译是否准确。他回答说,很好啊。

^① 《最新英汉求解、作文、文法、辨义四用词典》,THE WORLD BOOK COMPANY, LTD.,第 925 页。

于是,我就把 Criminal Justice 翻译成“刑事司法”。我也查阅了一些中文专业文献,没有找到“刑事司法”这个语词。既然无人使用这个概念,那我把它作为 criminal justice 的译词,也就难言对错了。而且,我这也算是创造了一个新的专业术语,便颇有些偏爱地作为自己的语词使用习惯。

1987年,我买到一本《英汉法律词典》。那是由法律出版社于1985年11月出版的我国第一部英汉法律词典。在这部词典中,Criminal Justice 译成“刑事审判”。相关的词条还有:criminal justice professional 译为“刑事审判人员”,criminal justice research 译为“刑事审判研究”。不过,我也找到了一个能支持我的译法的词条:Criminal Justice Agency 译为“刑事司法(事务)代行机构”,而且注明为“美国”。^①我认为,这条翻译不太准确,反映了当年我国法律英语翻译的水平。

20世纪90年代初期,我到美国的西北大学法学院留学,攻读法学博士(SJD)学位。我对美国的法学教育有所了解,也知晓了刑事司法学院和法学院的区分。美国的法学院属于本科后教育,专门培养“法律人”(lawyer),包括法官、检察官和律师。刑事司法学院主要是本科教育,也有硕士生和博士生,其课程设置偏重于警察等执法人员的培养。

普林斯顿大学的刑事司法学院是美国最早的刑事司法学院。该院成立于19世纪中期,最初是法学院的附属机构,为法学院学生提供一些刑事司法的选修课程。20世纪初期,该学院正式独立。现在,普林斯顿刑事司法学院设有犯罪学系、刑事法律系和刑事司法政策系。犯罪学系主要讲习犯罪的起因、机制以及犯罪预防和犯罪控制策略等问题。刑事法律系负责培养学生对刑法、刑事诉讼法等法学专业知识的掌握和应用能力。刑事司法政策系则致力于研究刑事司法政策的形成和实施机制,以及与社会变革等相关的刑事司法问题。

刑事司法学院是美国高等教育的“特产”。一方面,美国没有专门培养警察等执法人员的大学。美国联邦调查局在1972年建立了国家学院,但那是职业培训机构,主要培训高级特工。另一方面,法学院的毕业生是高度专业化的法律人,而且拥有高学历,不适合从事警察等普通执法工作。美国法学院毕业生获得的第一个学位原本名为“法学士”(Bachelor of Law)。20世

^① 英汉法律词典编写组编:《英汉法律词典》,北京,法律出版社,1985年11月,第217页。1999年1月,法律出版社出版了《英汉法律词典》(修订本),还保留了上述词条的译法,见第203页。

纪中期,耶鲁大学法学院和哈佛大学法学院率先把学位名称改为“法博士”(Juris Doctor, JD),然后其他法学院纷纷效仿。此外,法学院还设有法学硕士(Master of Laws, LL.M)学位和法学博士(Doctor of Juridical Science, SJD)学位。总之,那时候美国警察无需大学学历。

20世纪中期,随着社会文明程度和法治水平的提升,警察等执法人员接受高等教育的需求不断增长。于是,一些地方的公立大学就纷纷建立刑事司法学院,其中名气最大的就是成立于1964年的纽约市立大学约翰·杰刑事司法学院。该学院冠名“刑事司法”,其实是一所综合性大学,但是以犯罪学、法庭科学、司法心理学、刑事司法政策、公共安全管理等学科为特色。这些刑事司法学院的建立,推动了刑事司法的科学研究,也使刑事司法成为一个流行的专业术语。

1990年初,我应美中法学教育交流委员会的邀请,到美国的西北大学法学院做访问学者。在半年时间内,我通过西北大学法学院教授的介绍和安排,访问了芝加哥的警察局、检察署和法院,还数次旁听审判,并且与警察一起巡逻。据说,我是第一个坐美国警车巡逻的中国人。这些学习访问活动让我对美国的刑事司法有了初步的了解。

在访学期间,我旁听了著名证据法学家乔恩·华尔兹(Jon Waltz)教授的证据法学课程,并多次利用课间机会向他请教,还谈到了在美国攻读法学博士学位的愿望。华尔兹教授在幼年时曾经随经商的父亲在中国上海生活两年,对中国有一定感情。另外,当时在西北大学法学院学习的大陆学生很少,因此华尔兹教授对我的研究计划很感兴趣。他建议我不要局限于犯罪侦查的研究,而应该扩展到对刑事司法的研究。他送给我一本他的专著《刑事证据导论》(*Introduction to Criminal Evidence*),^①还送给我两本刑事司法的著作。

第一本是科尔博(Hazel Kerper)教授的《刑事司法系统导论》(*Introduction to the Criminal Justice System*)。该书包括四部分内容。第一部分的主题是“法律系统的基本要素”,下设三章,标题分别是“法律是什么”“法律的种类”“法院的特殊角色”。第二部分的主题是“犯罪性质与刑事责任”,下设四章,标题分别是“犯罪是什么”“犯罪要件”“侵犯人身罪的要件”

^① 回国之后,我组织一些青年学者把该书翻译成中文,由中国人民公安大学出版社于1993年3月出版,书名是《刑事证据大全》。

“侵犯财产罪的要件”。第三部分的主题是“刑事司法程序”,下设七章,标题分别是“刑事司法程序概览”“刑事司法程序的基本概念”“侦查”“检控”“审判”“量刑与矫正”“未成年人法庭程序与未成年人矫正”。第四部分的主题是“刑事司法系统的专业人员”,下设三章,标题分别是“警察”“法律专业人员和法院专业人员”“矫正官员”。

从这本书的内容来看,刑事司法是一个社会功能系统。它由警察、检察官、律师、法官和狱警组成,通过侦查、检控、审判、刑罚等活动,实现打击和控制犯罪的社会功能。正如该书作者所言,“刑事司法系统是这样一种社会系统,它首先要确定哪些行为必须被刑法禁止,然后通过最终导致犯罪者被处罚的程序来实施该禁止。每个公民都应该理解这个系统是如何运作的。犯罪影响到每一个美国人的生活质量,而刑事司法系统就是承担直接的犯罪控制职责的机构。”^①

第二本是列文(James Levine)、姆史诺(Michael Musheno)和保拉穆伯(Dennis Palumbo)合著的《刑事司法:一种公共政策路径》(*Criminal Justice: a Public Policy Approach*)。这本书的内容也包括四个部分。第一部分的主题是“犯罪分析与刑事司法”,下设四章,标题分别是“冲突的取向:刑事司法的私人动机与公共利益”“感知犯罪”“犯罪原因分析”“刑事司法政策的制定”。第二部分的主题是“刑事司法的机构”,下设四章,标题分别是“美国的警务:目标、工作环境和手段”“诉辩律师:司法的交易人”“法庭决策:裁判的推断性”“转型中的矫正机构:未来的监禁替代方式”。第三部分的主题是“应对犯罪的政策”,下设四章,标题分别是“威慑:通过恐吓预防犯罪”“改造:犯罪行为传统矫治”“非罪化与合法化:刑法范围的限缩”“被告人的分流:社区纠纷解决,咨询和治疗”。第四部分的主题是“刑事司法政策的评估与改进”,下设三章,标题分别是“犯罪衡量及其他刑事司法概念”“刑事司法政策的评价”“变化前瞻:未来的犯罪政策”。

从这本书的内容来看,刑事司法是解决犯罪问题的方法和手段,是社会公共政策的实现路径。虽然它用大量篇幅讨论了刑事政策问题,包括威慑犯罪、罪犯改造以及把某些犯罪行为合法化等减少犯罪数量的措施,但是它讲的刑事司法主体也是警察、检察官、律师、法官和狱警。该书作者在开篇

^① Hazel Kerper & Jerold Israel: *Introduction to the Criminal Justice System* (Second Edition), West Publishing Company, 1979, p. 1.

说道：“对美国人来说，犯罪问题是压倒一切的。新闻报纸上充满了犯罪故事，竞选活动经常聚焦犯罪问题，全国各地的普通美国人关注的主要问题也是犯罪。联邦、各州和地方执法经费的激增就反映了民众的关切。美国社会中犯罪问题的突出，是一个不争的现实。”^①

坦率地说，我当年只浏览了这两本书的大概内容，并没有认真研读，因此对刑事司法也只有一些粗略肤浅的认识。简单地说，刑事司法是由警察、检察官、律师、法官和狱警组成的社会系统，其基本功能就是打击犯罪和治理犯罪。不过，这种初步的认识让我理解了刑事司法的概念，知晓了刑事司法的研究领域，也开拓了我的研究视野。后来，我就从更宽阔的视角去设计我的博士研究计划。

值得注意的是，科尔博教授的《刑事司法系统导论》是美国西部出版公司推出的“西部刑事司法系列”(West Criminal Justice Series)丛书之一。这说明，刑事司法已然成为颇受学者关注的法学研究领域。不过，“刑事司法”还不是成熟的专业术语。1990年出版的第六版《布莱克法律词典》中还没有“刑事司法”的词条，只有“刑事司法系统”的词条，解释为“处理刑法及其实施的法院和法庭的网系(network)”。^②

1999年出版的第七版《布莱克法律词典》增加了“刑事司法”的词条。其解释是：“第一，社会应对那些被指控实施了犯罪的人的方法手段；第二，那些要把执法作为职业的人所要进入的学科领域。”其近义词是执法(law enforcement)和警察科学(police science)。该版保留了“刑事司法系统”的词条，解释为：“被指控犯罪的人所经由处理指控或适用刑罚之机构的集合。该系统一般有三个组分：执法(警察、警务官、法警)、审判(法官、检察官、辩护律师)、矫正(监狱官、缓刑官、假释官)。”其近义词是执法系统(law enforcement system)。^③这应该是英语中刑事司法的基本含义，也是我们研究汉语中刑事司法的词义渊源之一。

① James Levine, Michael Musheno, Dennis Palumbo: *Criminal Justice: a Public Policy Approach*, Harcourt Brace Jovanovich, Inc., 1980, p. 2.

② Bryan Garner, *Black's Law Dictionary* (Sixth Edition), St. Paul: West Publishing Co. 1990, p. 374.

③ Bryan Garner, *Black's Law Dictionary* (Seventh Edition), St. Paul: West Publishing Co. 1999, p. 381.

三、刑事司法概念的本土化

1992年8月,我获准去美国西北大学法学院攻读法学博士(SJD)学位,华尔兹教授是我的导师。他没有要求我去学习课程,让我专心撰写博士学位论文。经过与导师协商,我的论文主题定为“中美刑事起诉制度的比较研究”(A Comparative Study on Criminal Prosecution in the PRC and USA)。这可以说是在刑事司法框架内的比较研究。1993年9月,我通过了博士学位论文答辩,获得了法学博士学位。我因此还在美国创造了用最短时间(1年零10天)完成法学博士学业的纪录。

1993年11月,我留学回国,继续在中国人民大学法律系任教。我对博士学位论文进行修改润色,1995年3月由中国检察出版社出版。这大概是中国大陆地区出版的由中国学者撰写的第一部英文法学专著,书名是*Criminal Prosecution in the PRC and USA: A Comparative Study*。根据编辑的要求,我附上了符合国人语言习惯的中文书名:《中美检察制度比较研究》。

在美国留学期间,我对美国的刑事司法有一些直观的认知。回国之后,我就撰写一些记述留学见闻的小文章,发表在报刊上,其中有些涉及美国的刑事司法制度。这些文章在一定程度上推广了“刑事司法”的语词使用。后来,我把这些文章汇集成书,取名为《毒树之果——美国刑事司法随笔》,由中国人民公安大学出版社1995年出版。该书分为两篇,上篇是“刑事司法系统”,下篇是“刑事司法程序”。这大概是我国第一部以“刑事司法”作为书名的法学著作。

1996年出版的《中华法学大辞典》(刑法学卷)收入了“刑事司法”的词条。其解释如下:“国家司法机关根据宪法、法律赋予的刑事司法权;依照刑事法律对刑事案件进行侦查、起诉、审判、执行的活动。在中国,刑事司法权包括审判、检察、侦查和执行权。其中,审判权统一由人民法院行使;检察权统一由人民检察院行使;侦查权除检察机关行使外,公安机关(含国家安全机关)也参与行使;执行权由人民法院、公安机关和司法行政机关行使。人民法院、人民检察院行使司法权均对权力机关负责,并受其监督。”^①这应该

^① 高铭喧等主编:《中华法学大辞典》(刑法学卷),北京,中国检察出版社,1996年,第665页。

是我国辞书中最早对“刑事司法”作出的解释。此后,“刑事司法”一词越来越多地出现在法律人的口中和笔下,为学术研究者提供了新的视角。

21世纪伊始,我国的一些法律学者开始从“刑事司法”的视角研究相关领域的法律问题。例如,谢佑平教授的《刑事司法程序的一般理论》,由复旦大学出版社2003年出版。该书在刑事司法的框架下研究了刑事诉讼的构造原则、基本模式、强制措施与司法审查、刑事辩护与律师制度、侦控审关系与刑事程序、司法裁判的实体公正与程序公正等问题。姚建龙教授的《超越刑事司法——美国少年司法史纲》,由法律出版社2009年出版。该书从刑事司法的视角,研究了少年犯罪和少年司法的问题。刘玫教授的《刑事司法领域中的女性参与》,由中国人民公安大学出版社2011年出版。该书以刑事司法为视野,研究了女性参与和男女平等的问题。

伴随刑事司法理论研究的发展,我国的一些政法院校相继开设刑事司法专业,例如,中国政法大学、中南财经政法大学和华东政法大学就设有刑事司法学院。中国政法大学的刑事司法学院设有两个本科专业,即法学专业和侦查学专业,而后者是该学院的特色专业。中南财经政法大学的刑事司法学院是在原来的公安学院和法学院刑法学系的基础上组建的,现在有刑法学系、警事科学系和法庭科学系,设有法学(刑事司法方向)、侦查学、治安学和边防管理四个本科专业。华东政法大学的刑事司法学院是在原来的犯罪学系基础上改建的,现在设有侦查学、治安学、边防管理、计算机科学与技术四个本科专业。

此外,许多警官学院都开设了刑事司法系,主要培养刑事警察。毫无疑问,这些院校设立刑事司法专业,在一定程度上受到了美国刑事司法学院的影响,也代表了“刑事司法”概念在我国的本土化。然而,“刑事司法”一词在传说过程中出现了词意的变化,主要是受到汉语中“司法改革”语境的影响。

1997年,中共十五大提出“依法治国方略”,并且强调了推动司法改革的意义。党的“十五大”报告指出,要“推进司法改革,从制度上保证司法机关依法独立公正地行使审判权和检察权”。^①2002年,中共十六大提出要继续推进司法改革,而且明确提出司法体制改革的目标任务。2003年,中央成立

^① 王利明:《司法改革研究》,北京,法律出版社,2000年,第1页。

司法体制改革领导小组,制定了司法体制改革的具体方案。^①这种语境下的司法主要指法院和检察院。例如,司法体制改革的主要内容就是“要推动省以下地方法院、检察院人财物统一管理,将现有的中央、省、地市、县区的四级管理体制,改变为中央和省级两级管理体制”。^②

在司法改革的语境下,学者们必然要论说司法的主体,并且形成了不同的观点。按照一般的理解,司法的主体是法院和检察院,但也有人认为司法的主体就是法院。韩波教授综述说:“大多数学者认为,从广义上讲司法的主体是依据我国宪法规定,享有司法职权的各级人民法院和各级人民检察院。因为人民检察院法律监督机关的宪法地位以及检察院浓厚的行政机关色彩,越来越多的学者认为应从狭义上理解司法的主体,即司法的主体是代表国家行使审判权的人民法院。”^③王利明教授的《司法改革研究》也是以法院为主体,而且体现在书名的英文翻译之中。该书的英文书名是 *Research on Judicial Reform*。在英文中, *judicial* 或 *judiciary* 仅指法院或法官。刑事司法改革的英文是 *criminal justice reform*。

有人主张司法的主体还包括公安机关和司法行政机关。卓泽渊教授在回顾我国的司法改革时说道:“中国将着力优化司法职权配置,健全司法权力分工负责、互相配合、互相制约机制。由公安机关、检察机关、审判机关、司法行政机关各司其职,实现侦查权、检察权、审判权、执行权的相互配合与相互制约。习惯上所讲的公检法排序,要修订为法检公的排序,即法院、检察院、公安机关、司法行政机关。按照新的改革设计,司法行政机关一是有可能获得完整执行权,包括刑事裁判的刑罚执行权和与民事裁判相关的民事执行权。二是有可能获得司法行政事务管理权。”^④

司法行政机关作为司法的主体,似乎是名正言顺的,而司法部管理的事务也都可以归入“司法”的范畴。值得一提的是,律师也曾因此而被归入司法的主体。1986年,中国确立律师资格考试制度,由司法部负责组织实施。1995年,《法官法》和《检察官法》颁布实施,分别建立初任法官和初任检察

① 孙谦:《平和:司法理念与境界——关于法治、检察相关问题的探讨》,北京,中国检察出版社,2010年,第237-238页

② 卓泽渊:《中国的法治之路》,北京,外文出版社,2018年,第173-174页。

③ 韩波:《法院体制改革研究》,北京,人民法院出版社,2003年,第4-5页。

④ 卓泽渊:《中国的法治之路》,北京,外文出版社,2018年,第174页。

官的资格考试制度。2001年,全国人大常委会通过《法官法》和《检察官法》的修正案,规定国家对初任法官、检察官和取得律师资格实行统一的司法考试制度。于是,律师与法官、检察官一样,都要参加司法部统一组织的“国家司法考试”。从这个名称来看,律师也就成为了司法的主体。

因为把律师归入司法主体的做法不符合中文的语言习惯,所以“国家司法考试”于2018年改为“国家统一法律职业资格考试”,并且扩大了参考人员的范围,包括法官、检察官、律师、公证员、法律顾问、仲裁员(法律类)及政府部门中从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决的人员。从“律考”到“司考”再到“法考”,体现了中国法律职业一体化的发展,但是也从一个侧面反映了“司法”语词使用的混乱。

在司法改革的带动下,“刑事司法改革”逐渐成为“热词”,并且在一些重大刑案的推动下成为社会关注的焦点。法学理论界和司法实务界也会集中研讨刑事司法改革的议题。

2022年9月,由中国刑法学研究会、中国刑事诉讼法学研究会和中国法学会检察学研究会联合举办的“新时代中国刑事司法改革发展与展望”研讨会会在京召开。专家学者在这次会议上讨论的主要议题包括:大力推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革,努力建设公正高效权威的刑事司法制度;协同推进认罪认罚从宽制度改革,创造性地贯彻宽严相济刑事政策;坚持证据裁判原则和庭审实质化,确保刑事案件质量和公正;健全完善冤错案件的及时纠正和严格防范机制,确保公平正义不迟到不缺席;强化现代科技支撑,着力提升刑事审判和管理效能。这些内容显然都是以法院和检察院为主体的。

综上所述,“刑事司法”是外来语词与中文语词相结合的产物,于是就形成了两种不同的语言习惯。严格地说,英语的 justice 和汉语的“司法”并非同义词,因此产生语义混乱。根据上文所引《布莱克法律词典》中的解释,我当年的翻译并不精准。在 criminal justice 这个语词中,justice 的含义应为本意,即公平正义,因此翻译成“刑事公义”更为贴切。如果从美国那些学院的专业设置来看,criminal justice 也可译为“刑事执法”。在汉语中,执法可以包括司法。假如我当年译为“刑事公义学院”或“刑事执法学院”,而且被人们接受并传说,那么汉语中大概就不会出现“刑事司法”的两种使用习惯了。由此可见,这个语词的使用有些以讹传讹,现如今只能将错就错。不过,这

也可能是歪打正着!

四、刑事司法概念的国际化

刑事司法的概念起源于美国,然后被其他国家的法律人采用,并逐渐成为国际上通用的专业术语。欧洲国家的法律学者在这一领域也取得了一些颇有影响力的成果,譬如英国的麦高伟(Mike McConville)教授。2002年,麦高伟教授与杰弗里·威尔逊教授共同主编的《刑事司法程序手册》由牛津大学出版社出版。^①次年,中国的法律出版社出版了该书的中文版。^②然后,麦高伟教授利用在香港城市大学法学院和香港中文大学法学院任教的便利,组织中外学者通过实证研究,撰写了一部关于中国刑事司法的英文专著,由爱德华·埃尔加出版社于2011年出版。^③这些著作的关键词都是刑事司法(Criminal Justice),因此在一定程度上促进了刑事司法概念的国际化。

欧盟国家的刑事司法一体化也为刑事司法概念的国际化提供了推力。自20世纪中期以来,欧洲理事会和欧盟通过了一系列关于刑事司法协助与合作的公约、条约、条例、指令、决定。1995年开始起草的《刑事大法典》草案是在统一刑事司法方面的重要努力。虽然它尚未通过,但是某些内容已得到实现,例如2002年6月13日通过的《欧盟理事会关于成员国间适用欧洲逮捕令和缉捕制度的框架性决定》。

在警察、检察、审判方面,欧盟国家建立了若干跨国性质的组织机构,而这些组织机构在刑事司法合作方面发挥实际作用,推动了欧盟刑事司法一体化的进程。例如,分别于1957年和1986年建立的欧洲人权法院和欧洲审判法院,通过判例法的约束作用使共同体法在成员国得到适用,并协调各国刑法和刑事诉讼法,成为欧盟一体化进程的驱动器。^④1998年9月25日,欧

^① Mike McConville and Geoffrey Wilson, *The Handbook of the Criminal Justice Process*, New York: Oxford University Press, 2002.

^② 麦高伟、杰弗里·威尔逊主编:《英国刑事司法程序》,姚永吉等翻译,北京,法律出版社,2003年。

^③ Mike McConville, *Criminal Justice in China: An Empirical Inquiry*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2011.

^④ 李晴兰:《欧洲共同体法院在欧洲一体化中的作用》,载《欧洲法通讯》第四辑,北京,法律出版社,2003年,第14页。

盟建立欧洲司法协作网,促进欧盟各国之间的司法协助。1999年7月1日,欧盟建立欧洲刑事警察组织,推动欧盟各国的警务合作。2000年,欧盟建立欧洲刑事检察组织,为有组织犯罪的侦查起诉提供支持。这些组织机构的成立,促进了欧盟各国间的刑事司法协助与合作,在一定程度上协调了各国刑法和刑事诉讼法的实施,推动了欧盟刑事司法的一体化进程。

2004年,我带领一些青年学者去荷兰、瑞典等欧盟国家考察,主要是考察刑事司法的一体化。回国之后,我们编写了《刑事司法大趋势——以欧盟刑事司法一体化为视角》。我在序言中写道:“即使在数百年之后,世界各国仍然会享有独立的刑事司法权,仍然会有各自的刑事司法系统,也仍然可以有并不尽同的刑事司法运作模式,但是,各国的刑事司法活动都要遵循统一的刑事司法原则,遵照统一的刑事司法标准,犹如各国的电子通讯都要遵循统一的标准和体育比赛都要遵守统一的规则一般。这就是刑事司法走向统一的大趋势。”^①

人类社会很难实现“世界大同”,但是可以构建“人类命运共同体”,而且要加强国家之间的交流与合作。就刑事司法制度而言,这种交流合作的需要主要表现在以下几个方面。首先,任何国家的刑事司法制度都是既有优点也有缺点的,因此要相互学习与借鉴。其次,刑事司法有跨越政治制度和文化传统的社会需要、追求目标和发展规律。最后,随着社会发展与科技进步,世界各国之间的交往日益频繁,成为刑事司法趋同的动力。总之,不同制度之间的借鉴与融合是刑事司法的发展趋势。

为此,我还主编了中英文对照版《外国刑事司法制度》,作为面向法学研究生的“21世纪法学系列教材”之一,由中国人民大学出版社于2006年出版。除了在中国人民大学给研究生讲授刑事司法制度的课程,我还到全国各地做了关于刑事司法的讲座。2012年,我受聘担任日本名古屋大学的特任教授,给法科学生主讲了一门课程,名称就是“中国的刑事司法”。

这些著作不仅为刑事司法研习提供了参考文献,也为刑事司法改革提供了参考资料。其实,不仅我国在进行刑事司法改革,许多国家也在推进刑事司法改革(criminal justice reform)。例如,2021年1月,美国总统拜登就提出了刑事司法改革方案,主要内容是要限制执法部门获得军事装备和缩减

^① 何家弘主编:《刑事司法大趋势——以欧盟刑事司法一体化为视角》,北京,中国检察出版社,2005年,第4页。

私人监狱的使用。^① 2022年5月,拜登总统再次签署刑事司法改革令,主要内容是要提高执法效率,强化执法责任,提高公众对刑事司法的信任度。^②

刑事司法已然成为国际通用的专业术语,各国之间的刑事司法协助就是一个例证。2018年10月,全国人大常委会颁布了《中华人民共和国国际刑事司法协助法》。该法第2条规定:“本法所称国际刑事司法协助,是指中华人民共和国和外国在刑事案件调查、侦查、起诉、审判和执行等活动中相互提供协助,包括送达文书,调查取证,安排证人作证或者协助调查,查封、扣押、冻结涉案财物,没收、返还违法所得及其他涉案财物,移管被判刑人以及其他协助。”这条规定对于我们理解刑事司法的概念很有帮助。

联合国制定的《刑事司法准则》(*the Standards and Norms in Criminal Justice*)也对刑事司法概念作出解释:刑事司法是指国家权力机构制定、执掌和适用刑事法律。司法的主语是国家机关,它是一种国家行为。刑事司法指国家各个机关制定刑事法律和运用这些法律对案件进行处理的行为,包括调查或侦查、刑事诉讼中的起诉、审判机构对案件的受理和审判。^③

在此,我们又看到英文与中文的差异。在英文中,Criminal Justice 包括刑事法律的制定,即包括刑事立法。这似乎与汉语的“司法”概念不一致。在汉语中,立法是与司法并列的概念,因此刑事司法不应包括刑事立法。如何理解二者的关系,我在后面讨论刑事司法的基本功能时会具体讲解。

五、刑事司法概念的一体化

如前所述,中国的专家学者在使用“刑事司法”概念时有不同的习惯,而且主要表现为对刑事司法主体的认识不同。受此影响,人们在研讨刑事司法问题时就形成了“部门本位”的刑事司法观和“学科本位”的刑事司法观。

^① 参见2021年1月26日的《环球网》报道:“推动刑事司法改革!外媒:拜登计划施加新政,限制警方获得军事装备。”

^② 参见2022年5月25日《央视网》报道:“美国白宫:总统拜登将签署行政命令,推进警务和刑事司法实践。”

^③ 杨宇冠、杨晓春:《联合国刑事司法准则》,北京,中国人民公安大学出版社,2003年,第3-4页。

（一）部门本位的刑事司法观

受部门利益或习惯的影响,法院、检察院、公安局、司法部对“刑事司法”的解释有所不同。在刑事司法改革过程中,法院强调狭义的司法权,检察院强调法律监督权,公安部强调广义执法权,司法部强调司法人事权。于是乎,符合本部门利益时就积极推动,不符合本部门利益时就消极应付。在涉及不同部门之间的权力配置问题上,这种“部门本位”的刑事司法观就会影响刑事司法改革,与审查批捕相关联的改革就是例证。

按照我国的法律规定,批捕权是检察机关法律监督权的组成部分,是检察机关对犯罪侦查活动进行监督的主要手段。为了强调批捕的监督属性,最高人民检察院于2000年把原来的审查批捕部门改名为侦查监督部门。其基本职责有三:第一是审查逮捕;第二是刑事立案监督;第三是侦查活动监督。

2000年9月,最高人民检察院召开全国检察机关侦查监督会议,强调侦查监督部门要实行从刑事立案到侦查终结的全过程监督,并且提出了“提前介入,引导侦查”的主张。加强侦查监督符合法治发展的需要,也符合刑事司法的改革方向。然而,侦查监督改革涉及检察机关和公安机关的权力配置和关系定位。在这个问题上,检察机关和公安机关的态度就不太一样。

在最高检的倡导下,一些地方的检察机关开始探索侦查监督的新路径和新模式。2001年,河南省周口市人民检察院和公安局联合开启了“检察指导侦查取证”的探索。这一做法经媒体报道,引发法学理论界和司法实务界的广泛关注,并且被称为“周口模式”。^①然而,这项改革在地方可以推进,在全国推行就比较难。

2002年3月,最高人民检察院在工作报告中提出,要深化侦查监督和公诉改革,建立适时介入侦查、引导侦查取证、强化侦查监督的工作机制。2002年5月,最高人民检察院在全国刑事检察工作会议上提出,要坚持、巩固和完善“适时介入侦查、引导侦查取证、强化侦查监督”的工作机制。后来,最高检研究起草了一个“检察引导侦查工作机制”的意见,还召开了专家

^① 周口市人民检察院:《“检察指导侦查”研讨会观点摘编》,载《国家检察官学院学报》,2002年第5期。

研讨会,正式送交公安部审议。我应邀参加了这个专家研讨会。在会上,最高检的领导介绍有关情况,并说已征求公安部有关领导的意见。但是,最高检把那个意见正式送交公安部审议之后,很久没有回音。后来我听说,公安部就此征求各地公安机关的意见,得到的反馈是“强烈反对”。

2014年,党的十八届四中全会提出要推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革。于是,最高检又提出“检察引导侦查”的议题。经过一段时间的协商和研讨,最高人民检察院和公安部于2017年12月联合发布《最高人民检察院公安部关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》。2021年10月,最高人民检察院和公安部又联合发布《关于健全完善侦查监督与协作配合机制的意见》。这些规定在一定程度上体现了“检察引导侦查”的精神。

批捕权的行使涉及检察机关和公安机关的关系,批捕权的配置还涉及检察机关和审判机关的关系,而这也是刑事司法改革的一个议题。有学者认为,批捕权是国家司法权的重要组成部分,应该由承担审判职能的法院行使,不应该由承担控诉职能的检察院行使,因此主张在司法改革中把批捕权划归法院。有的学者还指出,检察机关承担职务犯罪侦查职能。在这类案件中,检察机关自己侦查,自己批捕,削弱了批捕程序对犯罪侦查的监督制约功能。

检察机关不愿放弃批捕权,但是必须对这种改革意见作出回应。2009年9月,最高检印发《关于省级以下人民检察院立案侦查的案件由上一级人民检察院审查决定逮捕的规定(试行)》,明确规定省级以下(不含省级)检察院立案侦查的职务犯罪案件,需要逮捕犯罪嫌疑人的,应当报请上一级检察院审查决定。

2010年,一些地方的检察机关开始试行这项自侦案件上提一级批捕的改革,到2011年底基本完成。这项改革增加了上级检察机关批捕的工作量和工作难度。例如,在地市级检察院负责侦查的职务犯罪案件中,犯罪嫌疑人的批捕以前由本院的侦查监督部门负责,现在则要报请省级检察院的侦查监督部门批准。省级检察院的侦查监督检察官经常要长途跋涉,去下级检察院讯问犯罪嫌疑人。对于辽阔的新疆、西藏、内蒙古等地区来说,这项改革的人力物力投入很大。然而,这是部门利益的需要,反映了部门本位的刑事司法观。

（二）学科本位的刑事司法观

由于刑事司法的概念模糊且众说不一,不同学科的专家就会从本学科的视角进行解说,并形成“学科本位”的刑事司法观。例如,有的刑诉法学者认为,刑事司法改革就是刑诉法的事情,与刑法无关;有的刑法学者认为,刑诉法是刑事司法改革的路,刑法才是刑事司法改革的车。于是,在以“刑事司法”为主题的研讨会上,不同学科的专家学者就会从不同角度发表观点,甚至出现各说各话的状况。

2023年5月14日,中国人民大学法学院在北京召开了“刑事司法的回顾与展望”研讨会。与会的专家学者以“刑事司法”为主题,从不同学科的视角陈抒己见,既有观点的差异,也有观点的碰撞。有的专家就指出,当前刑法的学者和刑诉法的学者在话语体系上有较大偏差,对话很困难。于是,一些刑事司法改革就存在各说各话的问题,并导致了偏离改革目标的情况。还有的专家强调,刑事司法的研究要打破学科之间的壁垒,加强学科群的整体式研究。^①

在中国,学科的划分是精细且严格的,从学科门类到一级学科再到二级学科乃至三级学科,都有明确的名称和地界。根据研究对象不同而对学科进行划分,这是天经地义的,但是划分过细过严且与带有行政管理色彩的职称晋升、科研评奖、课题申报、大学评估等挂钩,就可能影响科学的发展和学术的进步。一些学者就会把学科视为“领地”,自己“不出圈”,他人“别越界”,于是就形成了学科本位的刑事司法观。

学术研究追求精深,因此要划分专业,例如刑法学、刑事诉讼法学、刑事证据法学、犯罪侦查学、犯罪学、刑事执行法学等。然而,刑事司法实务并没有明确的学科划分。例如,侦查人员、检察人员、审判人员在实践中都要综合运用刑法、刑诉法、证据法的专业知识。

社会科学研究的途径之一是问题导向,而司法实践中的问题不会遵守学科的划分,于是,研究者在问题引导下就会“跨界”闯入他人的领地。刑事错案问题研究就是一个例证。刑事错案是刑事司法系统的伪劣产品,反映了刑事司法制度的弊端和漏洞。这不是刑事司法系统中某个部门的问题,

^① 具体内容参见本书的附录一。

也不是刑事司法领域内某个学科的问题,因此需要综合性研究。

在过去二十多年,我国发现并纠正的多起冤错案件,引起了社会各界的广泛关注,也推动了刑事错案问题与刑事司法制度的研究。2005年,我带领一些青年学者开始对刑事错案问题进行实证研究。我们通过一些典型案例,分析了我国刑事司法制度存在的问题,并且提出了一些改良的建议。在此基础上,我撰写了一本专著,书名是《亡者归来——刑事司法十大误区》,2014年由北京大学出版社出版。

刑事错案是人类社会面临的共性问题,而且越来越受到世界各国司法官员和法律学者的重视。虽然我国刑事司法的十大误区具有一定的特殊性,但是也在很大程度上反映了刑事司法的普遍性规律,因此我的研究成果也受到海外专家学者的关注。我在该书序言中说过,“本书一定能够像我的犯罪悬疑小说一样走出国门”。这本书确实“走出去”了,而且比我的小说走得更远。

在过去10年,《亡者归来——刑事司法十大误区》一书已经由美国的夏威夷大学出版社出版英文版,法国的才赋出版社出版法文版,德国的德古意特出版社出版德文版,西班牙的大众出版社出版西班牙文版,巴西的向东方和巴特利出版社出版葡萄牙文版,以色列的皮尔拉维出版社出版希伯来文版,日本的科学出版社出版日文版,中国台湾地区的元照出版公司出版中文繁体字版。

法国前驻华大使白林女士、国际刑法学会主席约翰·佛菲勒教授、德国马普外国与国际刑法研究所所长乌尔里希·齐白教授、美国俄亥俄州洗冤中心主任马克·高德塞教授、巴西瓦加斯基金会大学巴西-中国研究中心主任高文勇教授分别为该书的外文版撰写了序言。一些外国专家还专门就该书写了书评。例如,美国著名的中国问题研究专家斯坦雷·拉博曼(Stanley Lubman)教授在2016年第4期《中国展望》(*China Perspectives*)上发表了一篇书评,标题是“何家弘,亡者归来:中国的刑事司法与错判”(“He Jiahong, Back From the Dead: Wrongful Convictions and Criminal Justice in China”)。美国的刑事错案问题研究专家马文·扎尔曼教授在2017年第1期《中国评论》(*China Review*, SSCI)上发表了一篇长达24页的书评,标题为“错判:中国和世界的系统性关切”(False Conviction: A Systemic Concern in China and the World)。

俄罗斯的联邦工商会杂志《向导》还就本书发表了专访文章。

近年来,我还应邀到许多国家的教育科研机构就刑事错案问题做过讲座,包括美国的纽约大学、哥伦比亚大学和辛辛那提大学,英国的伦敦大学亚非学院、伦敦国王学院、苏塞克斯大学、利兹大学、金斯顿大学和皇家国际事务研究所(查塔姆宫),澳大利亚的国立大学、拉特罗布大学和科庭大学,法国的巴黎七大、蒙彼利埃三大和艾克斯-马塞大学,德国的马普外国与国际刑法研究所,挪威的伯尔根大学,荷兰的乌特勒支大学,比利时的布鲁塞尔自由大学(法语)和蒙斯大学,日本的名古屋大学,墨西哥的国立大学和奇瓦瓦大学,巴西的瓦加斯基金会(FGV)大学等。总之,这部刑事司法一体化研究的学术著作在世界上产生了较大的影响,或可称为中国法学“走出去”的代表作之一。

由此可见,我们应该对“刑事司法”的语言习惯进行整合,或者说,实现刑事司法概念的一体化。简言之,刑事司法是专业人员依照法律赋予的权力,办理刑事案件,适用刑事法律的活动,以刑事调查、刑事检控、刑事审判、刑事执行为基本内容。与此相应,刑事司法系统包括刑事调查机关、刑事检察机关、刑事审判机关和刑事执行机关。刑事司法的主干人员包括刑事调查人员、刑事检控人员、刑事审判人员和监狱管理人员。此外,刑事司法还有辅助人员,包括刑事技术人员和刑事辩护人员。这些专业人员都是刑事司法活动的参与者。

理解这个概念,我们要明确三点:第一,刑事司法是一种跨行业的组织行为。它包括警察行业、检察官行业、法官行业、律师行业、监狱管理行业、刑事科学技术行业等。第二,刑事司法是一个跨学科的法学专业。它不是一个学科,因此不能建立“刑事司法学”。刑事司法的学科群应包括刑法学、刑事诉讼法学、犯罪侦查学、刑事证据法学、刑事执行法学、刑事科学技术等。第三,刑事司法是一个跨部门的功能系统。它的主体不能简单地列举为公、检、法机关。其实,公安局、检察院和法院都不是刑事司法系统的部门,各机关中从事刑事司法活动的人员才是刑事司法的主体,包括刑事调查人员、刑事检察人员、刑事审判人员等。

综上所述,刑事司法是一个重要的法学专业领域,也是一个重要的社会功能系统,大有厘清概念之必要。刑事司法概念的一体化可以促进刑事司法观念的一体化,并进而构建刑事司法的职业共同体。诚然,概念的明

晰和语词的精准,并不能创造事物,但是可以促进事物的发展。借用先哲的用语,概念不能造物,但可以格物,并进而育物,即促进刑事司法的健康发展。

各位同学,我给你们留一道思考题:中国应该如何推进刑事司法的一体化?

第一单元 基 础

第一讲 刑事司法的历史演进

各位同学,大家好!学习刑事司法,要从历史开始,因为了解它的过去,才能更好地理解它的现在并展望它的未来。正所谓,知晓来龙,方见去脉。

一、神明裁判

人类是群居的动物,而群居就会产生纠纷,或者说发生各种案件。因此,在人类社会的早期,氏族长老或部落酋长的职责之一就是对其成员的纠纷进行裁判。当时,人们生活和交往的地域范围比较小,在同一群体内生活的人口数量也比较少,因此案件的情况一般不太复杂。氏族长老或部落酋长根据双方的陈述和旁人的证言,就可以作出裁判。长老和酋长的威望一般也可以让当事人服从判决,让民众信服判决。但是在有些情况下,纠纷双方各执一词而且没有其他证人,这种原始的查明事实方法就不好用了。而且,随着社会纠纷的增加,长老或酋长的权威也不够用了。于是,人们就开始求助于神的力量。

(一)神誓法

最初,人类请求神灵帮助断案的方法是神誓法。例如,张三找到酋长,指控李四偷了他家的肉。李四拒不承认。双方的说辞都有一定道理,酋长不好裁断,就让双方对神发誓,声称自己的话是真实的。由于该部落的人都

信奉神灵,这种发誓就会对当事人形成心理压力,说谎的一方就不敢坚持原来的说法,于是酋长就可以作出裁判。这就是查明案件事实的神誓法。

对神发誓是有效的,但未必总是有效的。如果发誓太随便,那就可能流于形式。例如,我们在日常生活中时常听到有人讲:“如果我讲的是假话,天打五雷轰!”但是,说话的人和听话的人大概对这个誓言都不会太认真。古代的司法裁判中也有这个问题,于是一些民族为了保证神誓的效力,就规定了严格的宣誓程序和方式。例如,公元6世纪法兰克王国的《萨利克法典》就规定,使用巫术是一种违法行为。如果某甲指控某乙对他使用了巫术,那么某甲就要在法庭上按照特定的程序对神宣誓,并且一丝不苟地使用正确的形式和姿势提出指控。然后,法庭再要求某乙用同样严格的方式作出反驳。如果某人不敢对神发誓,或者在陈述的形式或姿势上出现错误,或者在陈述过程中出现口吃等现象,那就可以证明他说的是假话,法官就可以判他败诉。

古代也有人不信神灵。或者,他们虽相信神灵,但是认为神灵的报应毕竟比现世的惩罚更为遥远,因此就敢于面对神灵撒谎。另外,随着神誓法的重复使用,它的心理威慑作用也越来越小。于是,很多诉讼当事人都敢于面对神灵,信誓旦旦,令人难辨真假。面对这种情况,司法者必须寻找其他求助于神明的方法,必须寻找更有效的断案神器。于是,各种各样的神明裁判就应运而生。

(二)神判法

在世界各国的刑事司法历史中,神明裁判的方法堪称五花八门。古代巴比伦人在审理案件的时候经常采用“水审法”。按照古巴比伦王国的《汉谟拉比法典》的规定,如果某自由民的妻子被人告发有通奸行为,但是她自己不承认,那么司法官就在宗教仪式下让人把该女子扔到河里。如果那个女子沉到水里,就证明她有罪;如果她没有沉下去,而是浮在水面上,就证明她无罪。

水审法是很多民族都使用过的神明裁判方法。不过,古代日耳曼人采用的“水审法”检验标准恰恰相反:浮在水面有罪,沉入水中无罪。被告人的膝盖处被绑起来,然后用一根绳子系在其腰部,并且根据其头发长度在绳子上打一个结。司法者慢慢地把被告人放入水中。如果被告人的身体沉入水

中而且达到淹没绳结的深度,那就证明其是清白的;否则就证明其是有罪的。^①据说,这种裁判的原理是日耳曼人相信承载宗教信仰的水是“圣洁”的,不能容纳提供虚假陈述的罪人。

火审法也是许多民族使用的神明裁判方法。这是利用火的灼热对人体的考验来查明案情的方法。例如,某甲指控某乙偷了他家的财物,某乙不承认,而且双方都没有证人。法官无法查明案件事实,就可以在一定的宗教仪式下,让某甲和某乙先后用手去捧拿烧红的铁器。然后,法官查验双方的手掌,根据伤情判断谁的陈述为真,并据此作出判决。在有些地区,这种考验是单方的。司法官首先让被告人或原告人接受考验。如果考验结果能说明问题,另一方当事人就不必接受考验。但是,如果考验结果不明确,或者证明被考验者没说谎,那么另一方当事人就要接受考验。^②

这些神明裁判大多是通过让当事人接受某种肉体折磨或考验的方式来查明案件事实,因此又称为“折磨考验法”,英文是 Trial by Ordeal。在这种考验中,司法的天平显然不利于接受考验的当事人。因为人手在接触高温烙铁时一般都会受伤,只有在极其特殊的情况下才能得到“神灵”的关照而幸免。由此可见,司法官要求谁去接受考验在很大程度上决定了审判的结果。如果司法官怀疑某人说谎,就可以要求他接受考验。在现实中,被告人往往会成为首选的考验对象。

古印度的不同地区采用过多种神明裁判方法,汇集起来堪称“神明裁判大全”。两千年前的《摩奴法典》规定,如果法官依据人证不能确认案件事实,就可以采用“神明裁判”来查明案件事实。作为《摩奴法典》之补充的《那罗陀法典》第 102 条规定了八种“神明裁判”的方法,包括火审法、水审法、秤审法、毒审法、圣水审、圣谷审、热油审和抽签审。火神法和水审法与上面讲的相似。称审法是要要求诉讼当事人在审判之前和审判之后各称一次体重,有明显差异的当事人就被认定为说谎。毒审法、圣水审和圣谷审的做法相似,就是要求诉讼当事人吃下有有毒的植物,或者在寺庙中供奉多日的水或谷物,然后查看当事人的反应。如果有上吐或下泄的反应,则证明其说谎。热油审是把铜币或石块投入烧热的油锅中,让诉讼当事人用手捞出来,

^① 参见陈一云主编:《证据学》,北京,中国人民大学出版社,1991年,第19-20页。

^② 参见[英]罗伯特·巴特莱特(Robert Bartlett):《中世纪神判》(Trial by Fire and Water: the Medieval Judicial Ordeal),徐昕等译,杭州,浙江人民出版社,2007年,第14-17页。

然后查验手上的伤情,这与火审法相似。抽签审非常简单,就是在一个盒子或袋子里放入形状相同的黑球和白球,然后让当事人去摸取。摸到黑球者说谎,摸到白球者没有说谎。^①

中国古代也曾经把“神誓法”作为查明案件事实的方法。据《周礼》记载,“有狱讼者,则使盟诅”。这就是说,打官司的人要通过宣誓来证明自己陈述的真实性。中国古代也有类似“神明裁判”的方法。据传说,中国司法官员的鼻祖皋陶就使用神明裁判。皋陶是舜帝时期主管兵刑的官员,既是军事长官,也是司法长官。皋陶治狱用“神羊”。“神羊”又称为“独角兽”,是一种传说中的神兽。皋陶在遇到疑难案件的时候,无法判断被告人是否有罪,就让人把“神羊”带上来,对着被告人。如果神羊用独角顶这个人,就说明这个人有罪。如果神羊不顶这个人,就说明这个人无罪。这就带有了神明裁判的性质。一些东南亚国家也有使用动物的神明裁判,例如把被告人扔进寺庙前面的鳄鱼池。如果鳄鱼咬这个人,就说明这个人有罪。如果鳄鱼不咬这个人,就说明这个人无罪。

中国的主流社会没有采用上述“火审”“水审”等神明裁判方法,但是一些少数民族地区则有流行。直到20世纪前期,中国的一些少数民族地区仍然保留着“神明裁判”的方法,例如藏族的“捞热油”,景颇族的“捞开水”,彝族的“捧铧犁”等。^②

(三)神明裁判的评析

在神明裁判中,司法官的职能并不是查明案件事实并在此基础上适用法律,而是扮演裁判仪式主持人的角色。那时的法庭也不是为查明案件事实而设立的司法机构,而只是请神灵揭示案件事实的场所。于是,司法裁判就披上了神灵的外衣。毫无疑问,神明裁判提高了司法判决的权威性,因而有助于维护社会秩序的稳定。

神明裁判不是科学的查明案件事实的方法,是人类社会早期发展阶段的产物,是与人类当时的认识能力相适应的。随着人类社会的发展,神明裁判自然要退出历史舞台。值得一提的是,虽然神明裁判具有浓厚的宗教色彩,但是在欧洲首先禁止这种做法的却是教会法庭。1215年,欧洲天主教拉

^① 参见陈盛清主编:《外国法制史》,北京,北京大学出版社,1982年,第31-32页。

^② 参见夏之乾:《神判》,上海,上海三联书店,1990年,第1-7页、44-47页。

特兰大教会明令禁止在其宗教法庭的审判中使用神明裁判。随后,欧洲许多国家也相继废除了神明裁判。例如,法兰西王国在1260年明令废止;罗马帝国和英格兰都是在1290年废止的。13世纪末,神明裁判基本上退出了欧洲司法裁判的历史舞台。^①

神明裁判并不是荒诞无稽的方法,在司法审判中确实有助于查明案件事实。其实,有些神明裁判方法在今天看来也有一定的科学道理,譬如曾经在法兰西王国流行的“面包奶酪审”。在这种审判中,法官要求被告快速吃下一块大麦面包和一块干奶酪。如果他没有困难就吃了下去,那就证明他无罪;如果他吞咽困难甚至发生呕吐,则证明他有罪。这确有一定道理,因为有罪者在紧张和恐惧等心理压力的作用下会出现唾液分泌减少等现象,于是就会感到口干舌燥、难以下咽。当时的司法人员未必知道这种裁判方法的科学原理,那可能只是一种感性经验的总结。

神明裁判貌似神秘,而且有浓厚的宗教色彩,但是我们可以透过现象看本质,破解其中的秘密。其实,多数神明裁判的基本功能就是识别谎言,而方法就是通过一些人体反应来判断陈述的真假,例如,手掌被热铁烧烤后的伤情,吃了圣谷或喝了圣水之后的人体反应。

司法裁判的首要任务就是判断诉讼当事人陈述的真假,张三说李四偷吃了他家的肉,李四说没偷,司法官员就要判断谁的话是真实的。千百年来,世界各国的司法人员一直在努力探索识别谎言的方法。除了神明裁判,司法人员还发明了其他的方法。

早在春秋战国时期,中国的司法官员就总结出“以五声听狱讼”的方法。所谓“以五声听狱讼”,就是要以察言观色为基础来分析被告人陈述的真假。具体来说,它包括辞听、色听、气听、耳听、目听。所谓辞听,就是听其陈述。如果被告人说话吞吞吐吐、结结巴巴,那就说明他说的是假话。所谓色听,就是看其脸色。如果被告人在回答问题时脸红,就说明他在说谎。对此我有些疑惑,不知道古代人是不是一说谎就脸红,而现代人已经进化到说谎不脸红了,因此现在不能把脸红作为识别谎言的标准。所谓气听,就是听其喘息。如果被告人呼吸急促不匀,就说明他在说谎。所谓耳听,就是要观察其听力的反应。如果被告人似乎听力不好,经常让问案者重复问题,那就说明

^① William Andrew Noye: *Evidence: Its History and Policies*, Australia, Butterworths Pty Ltd., 1991, pp. 8-10.

他要说谎。其实,这不是被告人的听力不好,而是他需要时间来思考如何回答。最后是目听,就是要仔细观察被告人的眼神。如果被告人目光躲闪,就说明他要说谎。总之,中国的司法人员早在两千多年前就提出这种识别谎言的方法,确实很厉害。

神明裁判的基本功能都是判断当事人陈述或证人证言的真假。中国古代没有神明裁判,但是有些司法官员却极富创造性地借用神明裁判来识别谎言。北宋科学家沈括就在《梦溪笔谈》中记述了一个非常有趣的案例。

宋朝御史陈述古曾在福建的浦城担任县令。上任后,他查办积案。县城里曾发生一起盗窃案,一个大户人家丢失金银细软若干。前任县令抓到了几个嫌犯,但是未能查清盗贼。陈述古听说东山庙里有一口大钟,当地人都相信那是神钟,能够识善恶、辨盗贼。于是,他让衙役把那个大钟搬到县衙的后院,用幔帐围起来,并且在大钟外面涂上了黑墨。陈述古升堂问案,把那几个嫌犯带上来。他说,这个神钟能够识善恶、辨盗贼,今天咱们就请神钟断案。你们依次到幔帐中用手摸大钟。如果你是好人,大钟不会响。如果你是盗贼,大钟就会“嗡”地响起来。我也就知道谁是盗贼了。

那几个嫌犯在衙役的引领下走进幔帐摸钟,但是大钟一直没响。就在众人疑惑之时,陈述古让衙役查验这些嫌犯的手掌。只见其中一人的手掌上没有墨黑。陈述古一拍惊堂木,你就是盗贼!他说,大家都知道这个神钟能够识善恶、辨盗贼,因此那盗贼一定不敢去摸钟。其他人手掌上都有墨黑,只有你的手上没有,因此你就是盗贼。听了这话,那个人只好认罪,然后根据他的口供又起获了赃物。于是,陈述古办案传为佳话,被后人称为“摸钟辨盗”,还被写进了史书。当然,这不是神明裁判,但胜似神明裁判。

陈述古的这种方法带有欺骗的性质,但是在当时很有成效。其实,人类历史上一些著名的案例就包含了采用欺骗方法识别谎言的内容,例如《圣经·列王记》中记载的所罗门王“智慧断案”的故事。

有一天,两个妇人来见所罗门王。第一个妇人说:“我主啊,我和这妇人同住;她与我同住的时候,我生了一个孩子。我生了孩子以后的第三天,这妇人也生了一个孩子。房子里除了我们两人以外,再没有别人。夜间,这妇人睡觉的时候,压死了她的孩子。她却在半夜,趁我睡着的时候起来,从我身旁把我的孩子抱去,放在她的怀里;又把她死了的孩子放在我的怀里。第二天早上我起来,要给我的孩子吃奶的时候,发觉他死了。我再仔细察看,

发觉他不是我的孩子!”第二个妇人说:“不!活的孩子是我的,死的孩子才是她的。”第一个妇人又说:“不!死的孩子是她的,活的孩子才是我的。”所罗门王听罢,就让人拿来一把刀,下令说:“把活的孩子劈成两半,一半给这个妇人,一半给那个妇人。”第一个妇人忙说:“我主啊,把那活的孩子给她吧,千万不可杀死他!”第二个妇人却说:“这孩子既不归我,也不归她,劈开吧!”所罗门王说:“把活的孩子给第一个妇人。千万不可杀死孩子,这个妇人确实是他的母亲。”所罗门王下令刀劈孩子的做法就属于“欺骗”。

在中国历史上也有一个类似的案例,就是《折狱龟鉴》记载的“争儿案”。后魏时期,扬州刺史李崇巧妙地审理了一个棘手的案件。当地居民苟秦到县衙告状说,他家三岁的儿子失踪了,后来发现在郭奉伯家中。但是,郭奉伯说那个孩子是他的儿子。两家都有邻居作证。县官无法裁断,就把案件上报扬州府。李崇审问了原告和被告之后,一时也难以裁断,就下令把两个父亲和那个孩子分别关押,并说要派人外出调查。几天之后,李崇让衙役告知二人,那个孩子暴病身亡,让家人办丧。苟秦听说后痛不欲生。郭奉伯听说后却只是唉声叹气。李崇得知这一情况之后,就把那个孩子判给了苟秦。这也是用欺骗方法识别了谎言。

各位同学,你们认为现在的司法人员还可以使用神明裁判吗?在现代社会中,如果人们有信仰,这种查明事实的方法依然有效。我国的审判没有要求当事人和证人宣誓的法律规定,但是在司法实践中偶有所见。试举一例。

2016年2月,浙江省舟山市普陀区法院审理了一起借款纠纷案。原告和被告都是当地的渔民。原告声称他曾经借给被告20万元,但是被告不承认。原告没有借据,也没有其他人证,只能讲述当时借钱的情况。但是被告坚称原告所说都是假的。如果按照民事诉讼的证明分配原则,谁主张谁举证,那么在原告方不能举出充分证据证明其借款的事实主张的情况下,法官就要判原告方败诉。但是,审理该案的法官感觉原告比较老实,就想出了一个颇有创意的办法。普陀山上有一尊高大的南海观音铜像,当地渔民都奉为神明,相信其大慈大悲,能护佑渔民平安。于是,法官郑重地对被告说:请你面对南海观音像发誓,再说一遍你没有借钱。被告低头犹豫片刻,然后承认了借钱的事实,大概他不敢欺骗南海观音。虽然这位法官的做法带有神誓法的性质,但是达到了查明事实的目的。

二、审讯问案

在刑事司法活动中,当事人陈述和证人证言是司法人员查明案件事实的主要依据,而审讯问案就是获取这些证据的主要方法。一般来说,被告人是最了解案件事实的人,因此其供述最有证明价值,被很多国家的司法人员视为“证据之王”。例如,法兰西王国的法典中就明确规定被告人的口供是最可靠且最重要的证据。中国古代也有“断罪必取输服供词”和“无供不录案”的诉讼原则。这就是说,司法官员要判被告人有罪,必须获得被告人认罪的供词。

(一) 刑讯逼供方法

一般来说,被告人不会轻易承认自己的罪行,司法官员就必须想方设法逼迫被告人认罪,而刑讯就是让被告人开口的有效武器。在相当长的历史时期内,世界各国的司法官员都在审讯问案中使用刑讯。法兰西王国从13世纪开始广泛采用纠问式诉讼程序,于是,秘密审讯和刑讯逼供就成为获取被告人口供的常规手段。德国1532年的《加格林法典》规定,被告人供述是定罪的主要证据,刑讯是查明案情的主要手段。欧洲的教会法院也经常对被告人使用刑讯,而且有各种残酷的刑具。

中国的刑讯有着十分悠久的历史。早在两千多年前的周朝,刑讯就已经广泛地用于刑事司法之中。据《礼记·月令》上记载:“仲春之月……毋肆掠,止狱讼。”所谓“肆掠”,就是严刑拷问。在春季,为了保证生产的正常进行,要限制对劳动力的刑讯,这也就是说在其他季节可以使用刑讯。

唐朝的法律对刑讯制度有了更为具体的规定。由于司法官常常滥施刑讯,甚至拷囚至死,所以法律对刑讯有所限制。按法律规定,司法官在问案过程中对同一名囚犯实施拷讯不得超过三次,而且拷打的总数不能超过二百。如果在此限度内拷囚致死,执法者不受处罚;如果超过此限度而拷囚致死,执法者则要被判处二年徒刑。宋朝的法律也有类似的规定。

法律上的规定并不能阻止实践中对刑讯的滥用。且不说那些恶官酷吏常借刑讯来草菅人命,就连包公等青天大老爷,也把刑讯看作查明案件事实的“看家手段”,宣称“不用大刑,焉得实供”!而且,当时已经出现了“掉柴”

“夹帮”“脑箍”“超棍”等十分残酷的刑具。

明朝的统治者实行特务政治,所以刑讯逼供又有长足的发展。按《明律》规定:“内外问刑衙门,一应该问死罪并窃盗、抢夺重犯,须用严刑拷讯,其余只用鞭扑常刑。”然而,实践中多用酷刑,且花样繁多,令人瞠目。据《明史·刑法志》中记载:明代锦衣卫镇抚司有 18 套刑具,如挺棍、夹棍、脑箍、烙铁、一封书、鼠弹笋、拦马棍、燕儿飞、灌鼻、钉指等。对于重要的罪犯,这十八般兵器,无不试之。

清朝的刑事司法有宽松时期,也有严酷时期,但是刑讯的基本情况与前朝大同小异。下面,我就讲一个著名的案例。

(二)杨乃武与小白菜案

1873 年 11 月,浙江杭州府余杭县令刘锡彤收到一份诉状。原告葛喻氏声称,自己的儿子葛品连突然死亡,怀疑是儿媳葛毕氏毒死了儿子。刘县令听说过葛毕氏。此女本名毕秀姑,出生在一个普通人家,父亲早逝,母亲以裁缝为生。毕秀姑生得洁白秀丽,人送雅号“小白菜”。小小县城,出此美女,难免招蜂引蝶,并惹出不少“桃色流言”。她自恃貌美,看不上凡夫粗汉,而大家子弟又看不上她的出身和名声,结果是高不成低不就,二十多岁仍未出嫁。

其实,毕秀姑心中有一个情人,名叫杨乃武。此人出身书香门第,相貌英俊,文才出众。他比秀姑年长 8 岁,已有妻室。杨乃武想娶秀姑作妾,但秀姑之母不愿让独生女儿做人偏房,因此好事未成。后来,杨乃武的妻子病故,他便想娶秀姑续弦,但是他的父亲和姐姐都坚决反对,认为门不当户不对,而且秀姑的名声也不好。杨乃武只好作罢,另娶后妻。

秀姑年龄日长,又有流言蜚语,其母心急,就在媒婆冯许氏的撮合下,强把女儿嫁给了当地做豆腐的葛品连。葛品连年过三十,家境贫寒,相貌平庸,体弱多病。秀姑虽然看不起品连,但已成婚,倒也相安无事。没想到,婚后一年半,葛品连暴病身亡。

刘县令曾经听儿子说,坊间有传闻,小白菜与杨乃武通奸杀夫。当时,杨乃武已经考中举人,在当地名声大振。刘县令口说不信,心中也有几分猜疑。如今看到葛母的诉状,就立即下令,到葛家去开棺验尸。

负责验尸的仵作名叫沈详,现场还有衙役沈彩泉协助。按照法律规定,

验尸要填写“尸格”，就是格式化的验尸报告。沈详提交的“尸格”上写了“中毒死亡”的结论。

看到验尸报告，刘县令命令衙役把小白菜葛毕氏带到县衙，升堂问案。在堂上看到葛毕氏，他心想：如此美貌女子，嫁了个粗陋男人，肯定会有奸情。但是，葛毕氏不承认与杨乃武通奸，更不承认杀死了丈夫。刘县令便下令用刑。小白菜是一个柔弱女子，怎能耐受大刑，只好供认了与杨乃武通奸并合谋毒杀亲夫的犯罪事实。

拿到小白菜画押的供词，刘县令便提审杨乃武，但后者不仅不供，而且自恃有功名在身，相当傲慢。按规定，刘县令不能对举人用刑，就呈请学台革除了杨乃武的功名，然后审讯杨乃武，并用大刑，但后者始终不认。刘县令认为案情重大，不宜过分刑讯，决定解送杭州知府审理。

知府陈鲁听过案情报告，也认定是葛毕氏与杨乃武通奸谋害亲夫，但是还需要查明毒药的来源。陈知府升堂问案，首先提审小白菜。知府的大堂比县衙更加威武。已经被刑讯吓破胆的小白菜很快就承认了投毒杀夫的罪行。至于毒药的来源，她说八月二十四与杨乃武见面密谋杀夫，然后杨乃武于十月初五给她送来了砒霜。

陈知府提审杨乃武，后者并不认罪。对于小白菜的说法，杨乃武说，八月二十四自己正在省城参加科举考试，十月初五自己在南乡岳父家商讨家事，而且都有人证。陈知府不信，动用大刑。府衙的刑具比县衙的更加厉害，杨乃武坚持不住，只好承认。陈知府问他在何处购买砒霜，他就说是在东乡的“钱记爱仁堂”药铺。拿到供词，陈知府非常得意，命令刘县令去提取杨乃武买砒霜的证词。

刘县令回去之后，就让师爷章抡香去找“钱记爱仁堂”药铺的掌柜钱宝生，问他有没有卖砒霜给杨乃武。钱宝生当即否认，说自己根本不认识杨乃武，而且自己卖药给谁都是有账可查的。章师爷便请钱宝生到县衙去说话。

在县衙里，刘县令以礼相待。章师爷起草了一份证词。证词说，杨乃武在十月初三到店里来买砒霜，说是要毒老鼠。因为杨乃武是当地有名的绅士，他就没有怀疑，卖了砒霜。一开始，钱宝生不愿意提供这份伪证。刘县令就给他写了一张保证书，说明此案与钱宝生无关，而且不会让他与杨乃武当堂对质。最后，钱宝生在这份证词上具结画押。

见到这份证词，陈知府再次提审杨乃武，杨乃武却死不承认，一再喊冤，

结果陈知府只好让书办写好供词,让衙役趁杨乃武受刑昏迷时按上手印。陈知府呈报浙江巡抚杨昌睿:葛毕氏谋杀亲夫,拟凌迟处死;杨乃武夺妻杀夫,拟斩首示众。杨巡抚审查之后,同意知府的判决,就把案件报送朝廷的刑部审批。

在刑部审核该案期间,杨乃武写了一份两千五百字的申诉状,他的家人也去京城申诉鸣冤。后来,中央的督察院给浙江巡抚发了咨文,要求复查该案。杨巡抚就把案件发回杭州府,下令再审该案。

按照当时的法律规定,再审也要公开,允许民众旁听。因为此案在杭州产生了很大的影响,所以陈知府升堂问案那天,堂下和门口站满了民众,包括杨乃武的家人。陈知府传讯的第一个证人就是“钱记爱仁堂”药铺的掌柜钱宝生,因为他是本案的关键证人。

钱宝生到堂之后,看到府衙的威严和黑压压的观众,不禁心慌意乱。他抱怨说:“从前县令要我承认卖砒霜,我因为没有这事,不肯答应。县主包我无事,不必到案。不知怎样又传我来省审问!”此话一出,现场观众议论纷纷,都说原来的证言有假。陈知府是原判定罪主官,自然不愿意追问此事,就草草收场。长话短说,虽然再审中发现了一些证据的疑点,但是陈知府依然维持了原来的有罪判决。

后来,在督察院和刑部的要求下,杨乃武与小白菜案又进行了复审。但是因为复审都在原地,而且复审官员多与原案有牵连,所以无法翻案。

本案还有一个情节。钱宝生回家以后,继续经营药铺的生意。有一天,官府的一个军爷来找他,让他去给再审作证。他不愿意去,那位军爷也没有强迫。当晚,军爷留宿在药铺,而且与钱掌柜共进晚餐。第二天早上,钱掌柜暴病身亡,据说是食用了大量的巴豆粉。钱掌柜没有家人,因此他究竟是自杀还是他杀,无人追问,不了了之。

当时,上海有一家创办不久的报纸,就是后来颇有名气的《申报》。1874年11月,《申报》连续两天刊发了杨乃武的《申诉状》,而且配上了抨击司法弊端、要求平反冤案的编者按语,在社会上产生很大的反响。

受社会舆论的影响,也有官场斗争的考量,一些京官联名上书执掌朝政的慈禧皇太后,建议让刑部重新审理杨乃武与小白菜投毒杀人案。1875年7月,慈禧下懿旨,将该案交由刑部重审,并且要在京城重新开棺验尸。于是,浙江的官员就开始安排把该案的被告和证人押解到京,而且要挖掘葛品连

的尸棺,运送到京城。

1876年12月,刑部尚书皂保会同京师五城指挥,在北京朝阳门外的海会寺开棺验尸。该案主犯杨乃武和葛毕氏、原告葛妈和证人王妈、余杭县令刘锡彤和仵作沈详等人都在场。现场还有很多民众围观。

开棺之后,尸臭扑鼻,幸亏有大香炉的气味遮掩。葛品连尸体的皮肉已经腐化,仅剩骨殖。刑部的两名资深仵作仔细查验,确认死者的牙龈、手指、脚趾等部位都呈黄白色,没有青黑色。根据法医古籍《洗冤集录》上的检验标准,他们确认葛品连并非中毒死亡。

1877年,全国瞩目的杨乃武与小白菜冤案终于平反,二人被无罪释放。回家后,杨乃武开始养蚕,并经营丝绸,复兴家业。1914年,他因病去世。小白菜出狱后,孑然一身。她万念俱灰,便出家为尼。1930年,她无疾而终。

在刑部再审该案的过程中,这个冤案的成因也被查清,始作俑者是刘县令的儿子刘子翰。这位刘衙内不学无术,吃喝玩乐。想当年,杨乃武考中举人之后,在当地名声大振,地方士绅公子都愿意与他交往,刘子翰也是其中之一,但是杨乃武看不上这位胸无点墨的“官二代”!刘衙内托人结交杨乃武,在自视清高的杨乃武那碰了一鼻子灰,他就记恨在心。另外,刘衙内也曾看中小白菜的姿色,想方设法勾搭,却未能得逞。后来,他听说小白菜与杨乃武有情,心中另有一番醋意。葛品连死后,刘衙内听说有关情况,认为这是报复杨乃武与小白菜的天赐良机。

刘衙内首先找到葛品连的母亲,怂恿她去县衙告状。然后,他借吃饭之机向父亲讲述“杨乃武和小白菜通奸杀夫”的传闻。刘县令下令开棺验尸之后,刘衙内买通了负责验尸的仵作沈详,后者便在验尸中作弊。沈详见尸体口鼻间有少量血迹,就报称“七窍流血”;见指甲灰暗,就报称“甲色青黑”;用银针刺进死者咽喉检验时见针上颜色略黑,按规定应擦净再验,但他即刻报称“验得死者确系中毒毙命”。当时在场的衙役沈彩泉提出,“死者眼耳无血”和“银针只暗不黑”,不像是中毒死亡,但沈详还是在验尸报告上填写了“中毒死亡”的结论。

后来,这个刘衙内在刑部重审该案时坐船外逃,结果那小船在杭州湾倾覆,他葬身大海。有人说他是畏罪自杀,也有人说那是意外事故。无论如何,这个结局也算是罪有应得。

在杨乃武与小白菜冤案中,刘县令等官员都有责任,而且都受到了处

罚。佯作沈详被判处两年徒刑；县令刘锡彤被发配黑龙江充军，终身不得回乡；杭州知府陈鲁和浙江巡抚杨昌睿都革职查办；其他参与审理的官员也都降职罚俸。慈禧皇太后借此案整肃官吏，大概也收到了她想要的效果。

杨乃武与小白菜案是中国历史上著名的冤案，可以说是流传百年，家喻户晓。现在，我们也经常用这个案例来讨论刑事错案问题。2003年国庆节，中央电视台的《今日说法》还做了一期特别节目，通过杨乃武与小白菜案的模拟审判，讲述我国古代的刑事审判。撒贝宁是主持人，我应邀作为点评嘉宾，还扮演了审案的县太爷。

（三）行刑逼供的禁止

刑讯逼供是一种野蛮的查明案件事实的方法，而且容易造成冤错案件。一些恶官酷吏和贪官污吏常常借刑讯来草菅人命，在社会上产生恶劣的影响。因此，在刑讯逼供盛行的同时，也有人在批评这种审讯问案的方法，主张采用文明的审讯方法。

汉朝初期的统治者总结秦朝灭亡的教训，提出了“省刑除苛”的主张。公元前167年，汉文帝正式宣布废除肉刑，代之以劳役刑。西汉著名的司法官路温舒还曾经给皇帝写了一篇奏章，即著名的《尚德缓刑书》。这篇文章被后人收入《古文观止》。路温舒在文章中提出了司法改革的建议。他希望朝廷改变重刑罚、重刑狱的政策，主张“尚德缓刑”。他认为刑讯逼供的结果往往是无辜者含冤受罚，即所谓“捶楚之下，何求而不得”。他建议皇帝实行德政，放宽刑罚，废除刑讯。

在这种背景下，汉朝的司法官员总结出辗转推问，侧面迂回，以便查明案情的“钩距”讯问法。据《汉书·赵广汉传》记载：广汉“尤善为钩距，以得事情。钩距者，设欲知马贾，则先问狗，已问羊，又问牛，然后及马，参伍其贾；以类相准，则知马之贵贱，不失实矣”。

在我国历史上，很多优秀的执法者都善于在问案过程中抓住一些不被人注意的细节，巧妙推问，以使罪犯伏法。明朝作家冯梦龙在《智囊补》中就记载了这样一个案例。

湖州人周生和赵三是好友。二人约定一起乘船到南都去做生意。这天早上，周生如约来到订好的船上，但船主张潮说赵三尚未来到。等了好久，赵三仍未到，周生便叫张潮去赵家催促。张潮到赵家后敲门问道：“三娘子！

三郎为何还不来上船?”赵妻孙氏大惊道:“他出门很久了,怎么还没上船呀!”张潮回复周生。周生很着急,便同孙氏四处寻找,但连找三日未见踪影。周生怕受牵连,便写状报案。县官怀疑孙氏和他人通奸、谋害亲夫,但是没有证据,遂成积案。后来一位杨评事复查此案,发现破绽。他把当事人传来,讯问案情经过。张潮等陈述如前。杨评事听罢追问张潮道:“你敲门便呼‘三娘子’,当知三郎不在家!你从何而知?”张潮语塞,最后只好低头认罪。原来,那天清晨赵三先到船上。因时间太早,他便和衣而睡。张潮贪其钱财,遂将船划至僻静处,将赵淹死,然后复回原处,等候周生。这是一个不用刑讯就让被告认罪的案例。

19世纪,意大利的著名法学家贝卡利亚在《论犯罪与刑罚》一书中强烈地抨击了刑讯逼供制度。与此同时,欧洲各国的资产阶级革命先后取得胜利。许多国家都在法律上禁止了刑讯逼供。

1911年,孙中山先生领导的辛亥革命成功后,南京临时政府曾颁布了一些改革司法制度的法令,其中也包括禁止刑讯的内容。

然而,即使在现代社会中,野蛮的刑讯方法也像幽灵一样时隐时现。虽然许多国家都在法律中废止了刑讯逼供,但在现实中仍然存在大量的秘密刑讯和变相刑讯。值得注意的是,随着法律规制的加强,刑讯方法也发生了一些变化,主要是从“硬刑讯”转向了“软刑讯”。20世纪中期,美国的审讯人员开始使用各种“软刑讯”(Soft Torture),包括“疲劳审讯法”和“精神折磨法”。

2009年4月17日,美国的《纽约时报》报道了中情局特工对恐怖犯罪嫌疑人使用的“软刑讯”,包括关禁闭、强灯照、十指功、放虫咬、撞假墙、水板审等。其中,撞假墙用拍电影的手法设置声光效果,很有科技含量。水板审讯法的英文是 waterboarding,具体做法是把被审讯人的身体以仰卧的姿势固定在一块长木板上,然后用持续的水流冲击面部。这种方法不会直接造成严重的身体损伤,但是会让被审讯人感受到痛苦和死亡的威胁,那感觉比把头按进马桶的做法更为“真切”!美国前中情局长格斯把水板审讯法称为一种“专业审讯技术”。美国前总统特朗普也赞成使用水板审讯法。

与此同时,审讯方法也在“由硬变软”。传统的审讯方法属于“硬审讯”,英文是 harsh interrogation,即通过刑讯或折磨来逼迫被审讯者供述。后来,一些审讯专家提出了“软审讯”的概念,就是 soft interrogation。我第一次听到

这个概念是在 30 年前。

(四) 软审讯法

1990 年初,我应美中法学教育交流委员会的邀请去美国西北大学法学院作访问学者。在那里,我认识了美国刑事司法的泰斗英博教授。当时,英博教授已经年逾八旬,但是几乎天天到法学院工作。他待人非常热情,特别是对年轻学者。回国之后,我就组织几位青年学者翻译了英博教授与雷德、巴克雷合著的《审讯与供述》,英文书名是 *Criminal Interrogation and Confession*,该书于 1992 年由群众出版社出版。

约翰·雷德是美国审讯科学和测谎技术的先驱。他于 1974 年在芝加哥创建了雷德联合学校,主要为美国的执法机关培训审讯人员和测谎人员。巴克雷是雷德的学生,在雷德去世后接任了雷德联合学校的校长职位。

1992 年 8 月,我再次到美国西北大学攻读法学博士学位。我给英博教授带去了中文版《审讯与供述》,他非常高兴。9 月 21 日,他带我去参观雷德联合学校并受到巴克雷校长的热情接待。他向我介绍了他们的教学方法,特别提到了“软审讯法”。

这是我第一次听到“软审讯法”的说法,便好奇地请教。巴克雷校长向我做了解释,但是他使用了许多心理学的专业术语,我没有完全听懂,只是大体上得知:这是建立在心理学基础上的审讯方法;基本模式是在分析被审讯人的心理特征和行为特点的基础上,通过语言或其他人体行为来说服犯罪嫌疑人如实供述;它与“硬审讯法”的主要区别在于,它不使用强迫的方法让嫌疑人供述,不是“硬逼着”嫌疑人供述,而是以“软”的方式说服嫌疑人,让其自愿供述。雷德先生创造的“九步审讯法”就很有代表性。下面我就做一个简单的介绍。

第一步是提出正面指控。审讯者直接正面地告诉被审讯人,他已被视为本案的犯罪嫌疑人,然后观察其反应;如果被审讯人没有积极反应,审讯者再重复一遍,语气可更为强烈,但意思表达应非常明确;如果被审讯人同样消极,说明其不诚实;如果被审讯人一开始就强烈反对,说明其可能无罪。

第二步是展述审讯主题。审讯者说出自己对实施该犯罪行为的原因的推测,从而给有罪的被审讯人提供一个可以在道德上为自己开脱的理由——主题;如果被审讯人认真听而且在考虑这一主题,说明其可能有罪;

如果被审讯人立即反对主题并愤怒,说明其可能无罪;被审讯人此时一般都会否认自己有罪。

第三步是阻止再次否认。审讯者打断被审讯人的无罪辩解或者具体说明,并回到第二步的主题上;无罪者一般不会让人打断自己,而是会继续抢发言权;有罪者通常会停止否认,或者减弱否认,顺从审讯者回到主题。

第四步是克服异议障碍。被审讯人会提出针对主题的异议——从情感、道德、事实说明自己不会实施该犯罪;这是对犯罪行为的间接否认,内心压力较小;审讯者应打断被审讯人关于该犯罪原因的辩解,驳倒其说明的理由。

第五步是获取对方注意。被审讯人可能用沉默或其他身体动作掩饰内心斗争,审讯者要努力抓住并保持被审讯人的注意力;审讯人员要表现出自己认真诚恳的态度,可缩短身体距离,甚至拍拍对方的肩膀,以加强和对方的心理接触。

第六步是控制消极情绪。被审讯人心理抗拒减弱,但仍很消极,目光呆滞;审讯者应加强与被审讯人的目光接触,以克服其消极对抗情绪;“讲真话就像一次精神手术,切除心灵上的肿瘤”。

第七步是列出选择问题。审讯者使用一组选择疑问句来让被审讯人是可以接受的方式承认该犯罪行为;选择恰当时机,给被审讯人“保留面子”;故意还是意外或无奈;多次还是第一次;根据情况决定是否改变选择问题;这是审讯成败的关键。

第八步是查明犯罪细节。审讯者不要否定被审讯人选择的答案,而要让被审讯人讲出该犯罪行为的某些只有作案人自己知道的细节;此时不要纪录,不要追究其陈述中的矛盾;必要时可以出示证据和证人。

第九步是提取书面供词。审讯者让被审讯人讲出全部犯罪事实;多数嫌疑人日后会翻供,因此要及时制作书面供述;讯问笔录中注意使用被审讯人自己的语言和语言的明确性,可以故意在每页笔录留一两个错误,以便让被审讯人阅读时亲笔更改并签名。

(五)审讯圈套

20世纪后期,“九步审讯法”是美国警察普遍使用的审讯方法,被称为“教科书审讯法”。但是进入20世纪以后,“九步审讯法”也受到一些学者的

批判,主要是其中包含了一些欺骗的审讯方法,被人称为“审讯圈套”。

雷德在《审讯与供述》一书中讲解了“圈套问题”的使用。例如,在一起杀人案中,嫌疑人声称案发时自己在家。审讯人员就说:“被害人玛丽的邻居说那天晚上看见你的汽车停在玛丽家的门外。你对此作何解释?”这是个“圈套问题”,实际上没有人在现场看见嫌疑人的汽车。这个问题是对嫌疑人的考验。如果嫌疑人是清白的,而且从未去过现场,他就会立刻否认。如果嫌疑人去过现场,就会有些犹豫并试图解释,审讯人员就可以找到破绽。雷德说:“几乎在任何案件中都可以使用圈套问题。圈套问题可以使用真实的证据为基础,也可以使用虚构的事实为依据。它可以设计各种内容,例如,遗留在现场上的手印、足迹、轮胎痕迹、个人物品,以及嫌疑人鞋上与现场泥土种类相同的污泥等。”^①审讯人员有时还可以根据嫌疑人的陈述编造故事。

在一起抢劫案中,嫌疑人为了证明自己不在现场而声称案发时其在百老汇的剧场看歌舞剧。审讯人员可以立刻说,自己碰巧也去看了那个歌舞剧,而且记得在演出过程中发生了两个观众吵架的事件。这是虚构的,但是审讯人员可以把虚构事实描述得活灵活现。这就会使说谎的嫌疑人陷入困境。他或者附和审讯人员的讲述,或者寻找不知情的理由,例如他中间去外面接电话或上厕所了,没看见吵架的事情。这就给侦查人员戳穿他的谎言提供了依据。

2006年到2008年,我在最高人民检察院挂职担任渎职侵权检察厅的副厅长,有机会到各地的检察机关调研职务犯罪案件的查办情况。其中,有些检察官在讯问嫌疑人时使用的方法就很有创意。

在一起受贿案中,嫌疑人是个很有水平也很有口才的官员。面对侦查人员的讯问,他总是以“实事求是”做挡箭牌。他说:“我们共产党最讲实事求是。无论干什么,都要实事求是。我是领导干部,无论对上对下,都要实事求是。我做事要实事求是,说话也要实事求是。我跟你们讲,我没有受贿,就是没有受贿。这就是实事求是嘛!你们检察官是代表党和人民的,办案就应该实事求是。”侦查人员见他反复强调“要实事求是”,就说:“我们都知道要实事求是,不用你讲。这样吧,你把它写在纸上,就不用一遍遍重复

^① [美]弗雷德·英博等著:《审讯与供述》,何家弘等翻译,北京,群众出版社,1992年,第88页。

了。”嫌疑人点了点头,在侦查人员拿来的白纸上写下“要实事求是”,然后又按照侦查人员的要求签上自己的名字。侦查人员结束讯问之后,拿着这张纸找到嫌疑人的妻子,对她说:“这是你老公写给你的,他让你实事求是地回答我们的问题。”妻子仔细查看,发现确是丈夫的笔迹,就如实交代了她和丈夫收受贿赂的犯罪事实。其实,这是侦查人员事先设计的审讯圈套。

毫无疑问,这属于欺骗取证,但是我们应该禁止侦查人员使用这种欺骗方法去获取证据吗?我国《刑事诉讼法》明确规定:“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。”按照这条规定,带有欺骗性质的取证方法都属于严禁使用的范围。但是,侦查人员在调查取证的时候往往要采取一些欺骗手段,例如,化装侦查和卧底侦查。侦查人员打入犯罪集团的时候,能实话实说吗?例如,“我是公安局派来的”。侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候能实话实说吗?例如,侦查人员对受贿嫌疑人说,现在有人举报你,但是我们也没找到什么证据。你自己交代吧。侦查人员当然不能这样说了。一般来说,侦查人员会说,我们已经掌握了你受贿的证据,行贿人也交代了,现在就看你自己的态度了。

(六) 欺骗取证

犯罪侦查具有对抗性和博弈性,双方经常要斗智,包括使用欺骗手段,正所谓兵不厌诈。因此,侦查人员使用带有欺骗性质的方法,符合犯罪侦查活动的要求和规律。1979年的《刑事诉讼法》规定了“严禁威胁引诱欺骗”,那是特定历史时期的产物。1996年修订的《刑事诉讼法》保留了这条规定。很多司法实务人员都承认会欺骗取证,但是认为这种事情是“能做不能说”。

2003年,全国人大法工委组织专家学者讨论再次修改刑事诉讼法,一些学者就提出了欺骗取证的问题。我也写过一篇论文,标题是《论欺骗取证的正当性及限制适用》,发表在2012年第1期《政治与法律》。我在文章中提出,法律不应严禁在犯罪侦查中使用带有欺骗性质的取证方法,但是应该加以限制,而限制的方法就是在刑事诉讼中排除那些以恶劣的欺骗方法获取的证据。什么是恶劣的欺骗方法?我认为有两条标准:第一,这种欺骗突破了我们的道德底线;第二,这种欺骗可能导致无辜者作出有罪供述。我再举一个例子。

在一起抢劫案中,侦查人员得知嫌疑人非常孝敬他的母亲。在审讯中,

侦查人员突然接到一个电话。然后他告知嫌疑人,你的母亲得知你出事后急忙外出找人帮忙,结果在街上出了车祸,正在急救室抢救。嫌疑人是个大孝子,当时就泪流满面,请求去医院看望母亲。侦查人员说,我理解你的心情,但是我们有规定,案子在没有结论之前,我们不能让你出去。如果你供认了自己的罪行,我们就可以立刻送你去医院看望母亲。嫌疑人说,那好吧,我都承认。嫌疑人承认了抢劫的指控。讯问笔录制作完毕,侦查人员又接到一个电话,然后很抱歉地对嫌疑人说,“哎呀,医院弄错了,那个出车祸的老人不是你的母亲”。其实,这是侦查人员针对这个嫌疑人设置的审讯圈套。我认为,这种欺骗方法是恶劣的,是不可接受的,因为它不仅突破了我们的道德底线,而且可能使无辜者违心地承认自己有罪。

2011年8月,全国人大法工委在网上公开征求民众对《刑事诉讼法修正案(草案)》的意见。这个草案取消了“严禁威胁、引诱、欺骗”的规定,修改为“严禁刑讯逼供和以其他非法方法收集证据,不得强迫任何人证实自己有罪。”但是在征求民众意见之后发布的第二稿修正案,这条规定又改回去了。这就是2012年《刑事诉讼法》第50条的规定:“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据,不得强迫任何人证实自己有罪。”

我问过全国人大法工委的有关部门领导。他说,草案公布之后,社会上反对的声音很大。有人说,这次《刑事诉讼法》的修改是在倒退。以前警察办案不能威胁引诱欺骗,以后办案都可以威胁引诱欺骗了!因为这是原有的规定,要删掉必须有非常充分的理由。不过,新修订的刑诉法在排除非法证据的规定中做了区别对待,这就是第54条的规定:“采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述,应当予以排除。”这就是说,采用威胁引诱欺骗等方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述可以不排除。换句话说,对犯罪嫌疑人和被告人采取威胁引诱欺骗方法获取证据是可以接受的。

文明和法治是刑事司法的大势所趋。近年来,我国在这方面不断取得进步,例如制定了有关审讯时同步录音录像和律师在场的法律规定。这些规定对审讯工作提出了更高的要求,因此侦查人员必须提高自己的审讯能力。有人建议,审讯人员应该在闲暇时练习“太极功”。这有助于审讯方法的由硬变软,提高审讯人员“以柔克刚”的能力。

三、科学断案

在很长的历史时期内,刑事司法都以人证为主,但是也在使用物证。一般来说,物证的应用和推广要伴随一定科学技术的产生和发展。虽然物证是客观存在的,但是物证并不能自己到法庭上去直接证明案件事实,必须借助于人的力量,必须由人来解释物证所反映的案件情况。换言之,物证需要人的解读。而解读物证往往需要一定的科学知识,所以物证与科学技术之间的关系几乎是密不可分的。大多数情况下,物证离开了科学技术便无法发挥其证明作用。

在人类社会的历史进程中,各种物证在司法活动中的运用曾经长期处于随机变化和分散发展的状态。直到18世纪以后,与物证有关的科学技术才逐渐形成体系和规模,物证在司法活动中的作用也才越来越显得重要起来。毫无疑问,19世纪是科学证明方法得到长足发展的时期。这主要表现在两个方面:首先,法医学的兴起为科学证明案件事实提供了有效的方法;其次,各种人身识别技术的问世为准确地认定案件事实提供了科学的手段。

(一)法医检验

在中国,司法实践中对物证进行勘验和检查的活动已有两千多年的历史。据《秦简·封诊式》中记载的“贼死”“经死”“穴盗”和“出子”等案例的情况来看,秦朝已经有了一套比较固定的勘验方法和规范。^①例如,在“穴盗”篇中,勘验者不仅记录了现场手印、膝印、鞋印和工具痕迹的数量、位置与形状,而且用语均比较准确,即使用今天的标准来衡量,也算得上一份基本合格的现场勘查笔录了。^②

唐朝时,法律中已经有了关于勘验鉴定责任的规定。如《唐律疏议·诈伪》中规定:“诸诈病及死、伤受使检验不实者,各依所欺减一等;若实病、死及伤不以实检者,以故入人罪论。”^③如果勘验鉴定结论不符合实际情况,那么进行勘验鉴定的人就要依罪受罚,这说明当时在办案断狱中已十分重视勘验鉴定结

^① 参见张晋藩主编:《中国法制史》,北京,群众出版社,1985年,第122页。

^② 参见贾静涛:《中国古代法医学史》,北京,群众出版社,1984年,第23-26页。

^③ 乔伟:《唐律研究》,济南,山东人民出版社,1985年,第266页。

论的作用。此外,唐代时毒物学检验也有了一定的发展,人们不仅能识别中毒的一般症状,而且掌握了证明中毒的方法,如卵白验毒法和银钗验毒法等。

宋朝是中国历史上勘验鉴定快速发展的时期。为了让同学们更好地了解这段历史,我有必要介绍一下宋朝的司法制度。宋朝的中央司法机关是大理寺、刑部和御史台。大理寺是审判机关,犹如现在的最高人民法院。大理寺分为左右二寺,右寺负责审问人犯和查明案情,左寺负责定罪量刑,犹如法国等欧陆国家的预审法官和审判法官。刑部是司法行政机关,但是比现代司法部的权力更大。刑部下面设立若干机构,分别掌管调查、勘验、审讯、缉捕案犯等事务。此外,刑部在各路(犹如省)还设立提点刑狱司,简称“提刑”,审查所属州县的刑案判决和囚犯管理。如有疑狱,提刑官就要亲自调查问案,而且可以委派专人担任体究,即调查人员。御史台是监察机关,可以监督并弹劾百官,并且在各州府设立可以直接向皇帝报告的通判,号称“监州”。在地方,州(府)、县的长官负责审判案件,司寇参军和县尉负责缉捕和审讯案犯,此外还有负责勘验现场的检验官和负责勘验尸体的仵作。因为司法工作的专门化得到加强,所以勘验鉴定的制度和技術都有很大发展。

在宋代前后的历史时期,司法官员重视审判经验的总结,于是就有人编写了案例集,例如和凝父子编著的《疑狱集》(公元960年前后)、郑克编著的《折狱龟鉴》(1140年前后)、桂万荣编著的《棠阴比事》(1213年)、宋慈编著的《洗冤集录》(又称《洗冤录》,1247年)、赵逸斋编辑的《平冤录》(1270年前后)、王与编著的《无冤录》(1308年)。其中影响最大者当属《洗冤集录》。

多年来,人们一直把《洗冤集录》称为“世界上第一部法医学著作”,把宋慈称为“法医学大家”。此说不太准确。宋慈不是法医学大家。宋慈于1186年出生于福建路建宁府建阳县(今福建南平)的官宦人家。其父宋巩曾任广州节度推官,就是在节度使幕府中掌管刑狱的官员。宋慈从小受父亲的影响,对刑案断狱很有兴趣。年轻时,他跟随当地名儒,学习朱熹理学,颇受教益。朱熹的“格物致知论”^①、“知行观”^②和重视观察实证的思想都对他有很大影

① “格物致知”出于《大学》“致知在格物”一语,原无认识论意义,基本上是讲对一般道德的体认。朱熹从认识论的意义上解释“格物”,建立了系统的格物穷理说,具体内容是“穷天理,明人伦,讲圣言,通事故”。

② 朱熹主张“知先行后”,是指儒家的个人道德修养和实践。道德实践需要伦理指导,因此“知为先”。伦理不能流于空谈,因此“行为重”。“知先”“行重”是实践道德的两个方面,有其内在逻辑。

响。不过,他不是思想家,而是实干家。

宋慈在31岁时考中进士,被任命为县尉,但是因丧父守孝而未能上任。结果他错失机遇,一直等到40岁时才补授为县衙主簿,后升为县尉。因为带兵镇压农民叛乱有功,宋慈当上了知县,又因为查办刑狱有方,先后担任了建宁府通判、广州知府和广东、江西、广西等路的提刑官。最后担任广东经略安抚使,官居三品,于1249年病逝,享年63岁。宋慈在40岁进入仕途,从科级干部做起,一直干到副省级高官,很有成就。

以上经历表明,宋慈不是法医,而是政府官员。套用现在的说法,宋慈担任过县政府办公室主任、县公安局长、县长、市监察委主任、市长、省级法院院长和省军区司令员。其中,他任职时间最长的就是省级法院院长,主要工作是巡回审理各市县的疑难案件。这些疑难案件多为杀人案件,或者是久拖不决,或者是囚犯鸣冤。宋慈复查这些案件,都要亲自带人查验,认真求证,谨慎裁断。他说自己是“他无寸长,独于狱案,审之又审,不敢萌一毫慢易心”。他深知,刑狱官犯错,关乎人命;人命,大于天。

宋慈为官清廉,听讼清明。他认为,司法官的清正廉明是法律的保障,“吏不良,则有法而莫守”。他重视现场勘验,重视检验取得的证据,不轻信口供,力求查明真相。这些表明,宋慈在查办案件中践行了朱熹的“格物致知”“行为重”和重视观察实证的主张。

宋慈认真总结经验,包括自己的经验和前人的经验。他汇集前人著作,如《疑狱集》《折狱龟鉴》《棠阴比事》等,取其精华,去其糟粕,编著了《洗冤集录》。正如他在卷首语中所说,“遂博采近世所传诸书,自《内恕录》以下凡数家,会而粹之,厘而正之,增以己见,总为一编,名曰《洗冤集录》”。^①不过,他说的《内恕录》已然失传。

宋慈在《洗冤集录》序言中开宗明义便说道:“狱事莫重于大辟,大辟莫重于初情,初情莫重于检验。”他还说:“狱情之失,多起于发端之差,定验之误。”^②《洗冤集录》确有大量篇幅讲述法医检验,但是也有其他痕迹检验的内容,例如足迹检验。他在第二篇“检复总说上”中讲道:“若是临高扑死,要看失脚处土痕踪迹高下。若是落水淹死,亦要看失脚处土痕高下,及量水浅

^① 宋慈:《洗冤集录校译》,杨奉琨校译,北京,群众出版社,1982年,第4页。

^② 宋慈:《洗冤集录校译》,杨奉琨校译,北京,群众出版社,1982年,第4页。

深。”^①在“自缢”篇中,他又说道:“若经泥雨,须看死人赤脚或着鞋,其踏上处有无印下脚迹。”^②

此外,宋慈在《洗冤集录》中还强调了调查访问的重要性。

首先,宋慈认为司法官到达现场之后,应该先查问事件发生的经过,然后再进行勘验。他说:“凡到检所,未要自向前,且于上风处坐定,略唤死人骨属,或地主、竟主,审问事因了……始同人吏向前看验。”^③

其次,宋慈肯定了现场勘验时专派一人担任“体究”的做法。他说:“近年诸路宪司行下,每于初、复检官内,就差一员兼体究。凡体究者,必须先唤集邻保,反复审问。”^④这种“体究”人员的设置,很像现代侦查工作中现场勘验与现场访问的人员分工。

再次,宋慈认为在办案过程中应该广泛地进行察访,全面收集各种案情材料,然后再汇集起来进行综合性分析。他说:“有可任公吏,使之察访,或有非理等说,且听来报,自更裁度。”^⑤这说明他已经认识到收集案情材料切忌片面性。他强调说:“须是多方体访,务令参会归一。切不可凭一二人人口说,便以为信,及备三两纸供状,谓可塞责。”^⑥此外,他还举例说明了察访的重要性:“如斗殴限内身死,痕损不明,若有病色曾使医人、师巫救治之类,即多因病患死。若不访问,则不知也。”^⑦

最后,宋慈还谈到了“耳目”的使用。他指出:“凡官守戒访外事,唯检验一事,若有大段疑难,须更广布耳目以合之,庶几无误。”他还强调了对“耳目”的使用不可偏听偏信。他说:“虽广布耳目,不可任一人,仍在善使之,不然,适足自误。”^⑧

另外,宋慈在《洗冤集录》中还强调尸体检验中应认真记录死者的人体特征,包括有无刺字和刺字的内容,以便查明死者的身份。刺字是中国古老的刑罚,具体做法是在脸上刺字并染黑,称为墨刑或黥刑。汉朝时,墨刑被

① 宋慈:《洗冤集录校译》,杨奉琨校译,北京,群众出版社,1982年,第14页。

② 宋慈:《洗冤集录校译》,杨奉琨校译,北京,群众出版社,1982年,第51页。

③ 宋慈:《洗冤集录校译》,杨奉琨校译,北京,群众出版社,1982年,第13页。

④ 宋慈:《洗冤集录校译》,杨奉琨校译,北京,群众出版社,1982年,第16-17页。

⑤ 宋慈:《洗冤集录校译》,杨奉琨校译,北京,群众出版社,1982年,第26页。

⑥ 宋慈:《洗冤集录校译》,杨奉琨校译,北京,群众出版社,1982年,第17页。

⑦ 宋慈:《洗冤集录校译》,杨奉琨校译,北京,群众出版社,1982年,第16页。

⑧ 宋慈:《洗冤集录校译》,杨奉琨校译,北京,群众出版社,1982年,第16页。

废止。公元10世纪中期,五代之后晋首创刺配法。所谓刺配法,即对流配犯人附加刺字的做法。宋朝沿袭刺配法,且广为使用。宋代对流配犯人不仅脸上刺字,有时还在耳后或手背刺方环或圆环。当时有些流配犯人为了消除身上这些可供识别身份的标记,采用了“艾灸”或“药取”的方法。宋代还实行士兵刺字的制度,禁军和厢军都在脸上刺有军号。

宋慈说:“剥烂衣服,洗了,先看其尸体有无军号,或额角、面脸上所刺大小字体计几行或几字,是何军人。若系配隶人,所配隶何州?军字亦须计行数。如经刺环,或方或圆,或在手背、项上,亦计几个。如是刺字或环子曾艾灸或用药取,痕迹黯滞及成疤痕,可取竹削一篋子于灸处搯之可见。”^①在查验尸体有无刺字之后,还要查验死者身上有无文身、伤疤、黯记等,并且“量见分寸”,或加以说明。如果没有,也要写清楚。此外,还要“打量尸首,身長若干,发长若干,年颜若干”^②。

上述调查访问等内容都超出了法医学的范畴,属于司法官员查办案件的方法和要务。由此可见,把《洗冤集录》界定为法医学专著是不合适的。

我认为,宋慈是中国历史上可与包拯并肩齐名的司法官。如果说包拯以铁面无私著称,那么宋慈应该以科学断案著名。因此,我们可以把宋慈的办案思想称为“科学司法观”,内容包括:重证据,重调查,重检验,科学断案,预防错判。《洗冤集录》是一部刑事司法著作,以预防冤狱为目标,以科学检验为重点。它的基本内容是讲解法官查办疑难案件的方法和技术,它的主旨是纠正错判和预防冤案,正如书名所说的“洗冤”。从这个意义上讲,《洗冤集录》是人类历史上第一部错案研究的专著。

元、明、清各朝的勘验鉴定制度基本上沿袭宋制,但内容不断丰富。例如,元代有了专门检验伪金银、伪印鉴、伪钞及凶器等各种物证的专门人员——“行人”。《元典章·儒吏考试程式》就规定:“诸滥伪之物及伪造所用作杖,皆须行人辨验。穿窬、发冢、杀人之物亦同。”^③不过,杀人案件中的尸体检验依然是司法勘验的重点。

在很长的历史时期内,中国的司法勘验技术都处于世界领先地位。但是18世纪之后,欧洲和美洲逐渐成为世界科学技术发展的中心,自然也就成

① 宋慈:《洗冤集录校译》,杨奉琨校译,北京,群众出版社,1982年,第38页。

② 宋慈:《洗冤集录校译》,杨奉琨校译,北京,群众出版社,1982年,第38页。

③ 贾静涛:《中国古代法医学史》,北京,群众出版社,1984年,第95-102页。

为司法勘验科学发展的中心。19世纪和20世纪,各种服务于司法审判的科学技术不断问世并长足发展,迅速扩充司法证明的“工具库”,包括毒物鉴定、尸体检验、人体识别、笔迹鉴定、指纹鉴识、武器鉴定、齿痕鉴定、足迹鉴定、声纹鉴定、唇纹鉴定、遗传基因(DNA)鉴定等。

伴随这些科学技术方法的发展,世界各国也就出现了一些重大案例。这些案例在一定程度上推进了科学技术的传播,也从不同侧面记录了证据科学以及相关法律规则的进步,于是就有了各种“世界第一案”,包括毒物检验第一案、罪犯识别第一案、指纹鉴识第一案等。这些案件以独特的方式记录了刑事司法发展的历史瞬间。

我在前面讲了杨乃武与小白菜案,暴露了以人证为主的刑事司法的缺陷。当时,欧洲的刑事司法正处于从“人证为主”转向“物证为主”的时期,医学和化学的研究成果为认定中毒死亡提供了更为科学的方法,并形成了新兴学科“司法毒物学”。就在杨乃武与小白菜案发生之前,法兰西王国发生了一起类似的案件,就是玛丽投毒杀夫案。

1840年1月,法国的工厂主夏尔死亡,医生开始诊断为霍乱,后来怀疑是中毒。夏尔的母亲认为儿媳玛丽有重大嫌疑,就到治安法院报案。在审判中,多位医学专家出庭作证,但是意见不同。最后,法官采信了“毒物学之父”奥尔菲的证言,认定被告人玛丽犯有投毒杀人罪,判处终身苦役。后来,菲利普国王得知此案,大概有些怜香惜玉,就改为“终身监禁”。玛丽在蒙彼利埃监狱服刑10年,因患肺结核而提前出狱。几个月后,她在家中病逝,年仅35岁。这个案件经过欧洲许多报纸的连续报道,使“司法毒物学”成为家喻户晓的新名词。因此,该案堪称毒物检验世界第一案。^①

(二)人身识别

人身识别一直是司法证明中的重要课题之一,因此人类一直在探索对与案件有关人员特别是罪犯的人身识别方法。古代中国曾经使用过给犯人脸上刺字以便识别其身份的做法。古巴比伦、古印度和一些欧洲国家则使用过在罪犯身体上烙印的方法来识别其身份。毋庸置疑,这些人身识别方法既不科学也不文明,是野蛮司法时代的产物。当然,在18世纪以前,一些

^① 参见何家弘:《世界名案证据解密》,北京,人民法院出版社,2023年,第2-16页。

国家的司法人员也开始在办案过程中利用人体外貌特征和笔迹等动作习惯特征来对罪犯进行同一认定,但是都没有形成科学的体系。

进入 19 世纪之后,欧洲的科学技术有了长足的进步,也自然地促进了人身识别方法的发展。例如,笔迹鉴定已经成为一门科学。它不仅进入了大学的课堂,而且出现了一些各有特色的流派。

1879 年,巴黎警察局一个名叫阿方斯·贝蒂隆的年轻职员发明了人体测量法。他根据当时医学、人类学和统计学的研究成果,提出了根据人体骨骼长度来对罪犯进行人身识别的设想,并且成功地运用于司法实践之中。1892 年,贝蒂隆运用人体测量法,成功地认定了巴黎爆炸案凶手的真实身份,在欧洲产生了很大影响。有人认为,这是人类历史上第一次系统地运用科学方法进行人身识别,为证明案件事实提供依据。^①

与此同时,欧美的一些犯罪学家和科学家也对人的指纹进行了系统的研究,使指纹成为最有效地识别和证明罪犯身份的证据。从某种意义上讲,指纹技术的问世标志着司法证明方法的一次革命。

1880 年,英国的《自然》学刊发表了一篇关于指纹研究的文章,作者是在日本讲学的苏格兰医生福尔茨。在那篇文章中,福尔茨介绍了自己对指纹的研究成果。他发现日本人重视指纹,在签订合同时要按手印。据说,这是从中国传去的习俗。他讲授生理学,对此很感兴趣,就开始收集指纹样本。他收集了几百份,都是当地的仆人或零工的手印。他发现指纹的图形很有规律,而且人各不同,可以作为人身识别的根据。他在文中说道:“当血污的指纹印在泥土、杯子等东西上留下痕迹时,它们就能导致用科学方法来证明罪犯的身份。”

福尔茨在文章中还讲述了他亲历的两个案件。有一次,一个窃贼在作案时爬过了福尔茨家附近的一面白墙,并在墙上留下了几个很清晰的黑指印。福尔茨听说警方已经抓到了窃贼,就请求警方允许他把被捕者的指纹印制下来,与墙上的指印进行比对。警方大概是出于对这位英国医生的尊敬而同意了他的要求。他的比对结果证明那个被捕者并非此案的罪犯。警方开始还不以为然,后来又抓到一个嫌犯。福尔茨再次提取被捕者的指纹印,比对之后认定此人才是真正的窃贼。警方随后拿下了认罪口供。

^① 何家弘:《世界名案证据解密》,北京,人民法院出版社,2023 年,第 80-89 页。

日本警察认为这个英国医生很神奇。后来,当地又发生一起盗窃案,现场也有手印,警方就主动请福尔茨帮忙。福尔茨在一个玻璃杯上发现了整个手的指纹印。当时警方还没有找到嫌犯,福尔茨就把自己过去采集的指纹样本拿出来进行比对,发现与一份指纹样本完全一样。那是当地一个佣人的指纹样本。他把姓名告诉警方,警方逮捕了那个佣人,那个佣人承认了自己的罪行。^①这大概是人类历史上通过指纹查获罪犯的第一个案例。不过,这个案件的影响不大。1892年发生在阿根廷的弗朗西斯卡杀子案的影响更大。^②

毫无疑问,指纹鉴识法标志着人身同一认定方法进入新的历史时期。因为指纹具有人各不同、指指相异、触物留痕、终身不变等特性,所以在刑事司法中具有极高的应用价值,成为20世纪的“证据之王”。

值得一提的是,欧洲在19世纪也出现了一个堪与宋慈相提并论的人物,就是奥地利的汉斯·格罗斯(Hanns Gross, 1847-1915)。格罗斯曾先后在维也纳大学和格拉茨大学攻读法律,然后在格拉茨地区担任预审法官。当时,预审法官的主要任务是审查警方提交的案件,审讯被告人和询问证人、审查证据,并在必要情况下参与现场勘查等侦查活动。由于当时的警察破案主要依靠耳目提供情报和审讯嫌疑人,所以办案中弊病很多。面对这种情况,格罗斯认识到运用科学技术的重要性。于是他自学了许多自然科学的知识,并转入格拉茨大学法学院任教,专心致力于这一领域的研究。

1893年,格罗斯教授出版了《预审法官手册》(*Handbuch für Untersuchungsrichter*)。1899年该书出第三版时,他增加了副标题 *System der Kriminalistik*。其中, *Kriminalistik* 是他创造的德文新词,后来被引入其他多种语言,包括英语的 *Criminalistics*。在汉语中,这个词曾经被翻译为“犯罪侦查学”和“物证技术学”,格罗斯教授也因此被誉为“现代犯罪侦查学之父”或“物证技术学之父”。然而,这个定位也不准确。

1992年5月,我作为中国人民大学代表团成员访问奥地利,参访了格拉茨大学,并且获得了该校法学院院长特别赠送给我的礼物,就是一本1899年出版的格罗斯教授的著作。回国后,我借助词典翻译了该书的目录。

① 参见[苏联]拉·别尔金:《刑事侦查学随笔》,李瑞勤译,北京,群众出版社,1983年,第136-137页。

② 参见何家弘:《世界名案证据解密》,北京,人民法院出版社,2023年,第124-134页。

该书第一部分是总论,内容包括:第一章预审法官;第二章审问;第三章现场勘查;第四章调查访问。第二部分是分论,内容包括:第五章专门知识及其应用;第六章报纸的利用;第七章欺骗手法;第八章隐语黑话;第九章吉普赛人的行为和特点;第十章迷信;第十一章武器的知识和应用;第十二章绘图及相关技能;第十三章足迹及其他痕迹;第十四章血迹;第十五章密码解译;第十六章人体伤害;第十七章盗窃;第十八章诈骗;第十九章火灾;第二十章生产事故;第二十一章查找贵重物品。

看到这些内容,我认为把 *Kriminalistik* 一词翻译为“犯罪侦查学”或“物证技术学”都不太准确,因为这些内容显然超出了犯罪侦查学和物证技术学的范畴,更像是刑事司法一体化的知识介绍。这个语词是从当时在欧洲流行的“犯罪学”一词衍生出来的,其词根是“犯罪”或“刑事”,因此可以翻译为“犯罪对策学”或“刑事法科学”。

格罗斯的著作与宋慈的著作有相似之处。二人都是司法官,而且都是在个人经验的基础上荟萃前人成果,编辑成书,供司法官参考使用。格罗斯的书名是《预审法官手册》。其实,宋慈的《洗冤集录》也可以称为“司法官手册”。正如他自己在卷首语中所说,“示我同寅,使得参验互考”。^① 不过,格罗斯的著作比宋慈的著作晚生了六百多年。

1907年,格罗斯的著作由约翰·亚达姆和科利尔·亚达姆翻译成英文出版,扩大了该书在世界范围的影响,特别是美国。美国人注重实用。因为该书中涉及犯罪学和刑法学的内容都属于其他学科,所以美国学者主要选用了该书中的科学技术部分,并且逐渐把 *Criminalistics* 的词义限定在这个狭窄的领域。于是,这个词的含义就近似于汉语中的“刑事技术”或“物证技术”,并且可以与英语中的“司法科学”(Forensic Science,又译为“法庭科学”)替换使用。例如,我在“导语”中讲到的戴弗雷斯特教授和李昌钰博士就共同编写了一本教材——《司法科学:刑事技术导论》(*Forensic Science: an Introduction to Criminalistics*)。该书是由麦格罗-希尔公司作为“犯罪学与刑事司法丛书”之一出版的。^②

20世纪以来,随着科学技术的发展,为刑事司法服务的科技手段不断增

① 宋慈:《洗冤集录校译》,杨奉琨校译,北京,群众出版社,1982年,第4页。

② Peter De Forest, R. Gaensslen, Henry Lee: *Forensic Science: an Introduction to Criminalistics*, McGraw-Hill Series in Criminology and Criminal Justice, McGraw-Hill Book Company, 1983.

加。继指纹鉴别法之后,足迹鉴定、牙痕鉴定、声纹鉴定、唇纹鉴定等技术不断地扩充着司法证明的“武器库”。特别是20世纪80年代出现的DNA遗传基因鉴定技术,更带来了司法证明方法的一次新的飞跃。与此同时,人们也在探索审查人证的科学方法,如测谎技术。

(三)测谎技术

19世纪,意大利的一些科学家开始探索识别谎言的科学方法。一位医学家设计出一种灵敏的“科学摇床”。他让受测试的人平躺在摇床上并固定好位置,然后与其谈话。当谈话与案件无关时,摇床保持平衡状态;但是当谈话与案件有关时,被测试人由于情绪激动,而使较多的血液涌到其头部,摇床便失去了平衡。根据这些反应,他可以判断被测试者是否在说谎。一位生理学家设计出一种肌肉颤动描记器和血管容积描记器。他通过记录一个人在紧张恐惧时的肌肉颤抖情况和血管容量变化情况,判断其是否在说谎。意大利著名的犯罪学家龙勃罗梭则通过记录被测试者的脉搏变化来识别谎言。根据文献记载,他曾经在一起盗窃案件中,成功地运用这种方法认定了一个罪犯,同时也证明了另一个嫌疑人的清白。

20世纪初期,美国的科学家开始研究识别谎言的科学方法。一些犯罪学家和心理学家试验了通过血压、呼吸等生理变化来识别谎言的技术。20年代,加利福尼亚州伯克利市警察局长沃尔默领导拉森和基勒等科学家研究测谎技术,经过数年努力,终于研制出一台可以同时记录被测人回答问题时的脉搏、血压、呼吸等生理变化的测谎仪,并且在具体案件中使用。

20世纪中期以来,科学技术的发展为测谎技术的发展提供了支持,特别是在“硬件”方面。60年代,美国的多参数测谎仪可以相当精确地记录被测人在呼吸、脉搏、血压和皮肤电阻等方面的生理反应与变化。70年代,美国科学家发明了操作简便的声析型测谎仪,它可以记录附着在被测人声音中的由声带肌肉微颤所生成的次声波,从而判断被测人的陈述是否真实。90年代,日本和美国的科学家还研究了脑电波测谎仪,通过记录被测人的脑电波变化情况来识别谎言。

与此同时,测谎技术在“软件”方面也有长足的进步。美国的测谎专家在总结实践经验的基础上,制定出多种测谎问题的编排程序和方法,如准绳问题测试法、紧张峰测试法、犯罪情节测试法、问题交叉测试法、真假比对测

试法等。这些规范化的“软件”，提高了测谎技术的可靠性。20世纪90年代，电子计算机技术被引入测谎之中，它大大提高了测谎“软件”的功能和效率。

在犯罪侦查中，测谎技术不仅可以审查犯罪嫌疑人，还可以为侦查人员提供破案的线索。1995年，美国俄勒冈州警察局就运用测谎技术侦破了一起杀人案。一个农场主的妻子突然失踪了，她的邻居和朋友都感到奇怪并怀疑其丈夫，于是报告了警察局。当警察询问时，农场主说妻子回墨西哥的老家了。警察虽然不相信他的说法，但是找不到任何证据，便建议他接受测谎审查。他同意了。在测谎室里，测谎员对他提出了一些与案件相关的问题，例如：你妻子的失踪与你有关吗？他做了否定的回答，但测谎结果表明他在说谎。于是，测谎员对农场主进行了第二轮测谎，在提问中穿插使用了下面这些问题：（1）你是否知道你妻子的尸体在河里？（2）你是否知道你妻子的尸体在铁道旁？（3）你是否知道你妻子的尸体在农场建筑物旁？（4）你是否知道你妻子的尸体在住宅里？他对这些问题都做了否定的回答，但是测谎结果表明他对第三个问题的回答是假的。测谎员又对农场主进行了第三轮测谎，使用的问题涉及农场建筑物周围的一些具体位置，结果发现他在回答“你是否知道你妻子的尸体在车库里”的问题时说了谎。于是，警察对车库进行了仔细的搜索，结果在车库一角的地下找到了妻子的尸体。面对这一事实，农场主只好承认了杀害妻子的罪行。

测谎技术的进步使越来越多的人认识到测谎的科学性和使用价值，使测谎技术得到推广。测谎技术不仅用于犯罪侦查，还用于民事纠纷的调查、机关企业的雇前审查、重要保密部门和岗位的人员审查等。美国的联邦调查局、联邦缉毒署、中央情报局、国防部犯罪调查局以及各州警察机构都有专业测谎人员，社会中还有许多民间的测谎机构。与此同时，世界上许多国家也在积极研究和使用的测谎技术。一时间，测谎仪似乎称为了司法人员识别谎言并查明案件事实的神器。

受意识形态的影响，我国在一段时期内对西方国家的测谎技术持全面否定的态度，宣称那是伪科学的骗人把戏。1983年9月，我考上了中国人民大学法律系犯罪侦查学方向的硕士研究生。在学习期间，我听说美国警察可以用测谎器破案，感觉很神奇，就查看了一些英文资料，并且编译了一篇介绍美国测谎技术的文章，发表在1984年第3期《法学杂志》，标题是《美国

测谎业一瞥》。这应该我国最早介绍测谎技术的文章,引起了公安科技人员的关注。后来,公安部一所的科技人员开始研究测谎技术,并且从美国进口了一台测谎仪。1991年,他们邀请美国密歇根州警察局的测谎室主任帕玛蒂尔来华讲课,还请我去做翻译。1991年,北京市公安局的科技人员研制出第一台国产测谎仪,正式名称为“多参数心理测试仪”。

当时,一些地方的公安机关对这项新技术很感兴趣,将其积极应用于犯罪侦查之中,并且取得了一些成功的案例。1992年1月14日,山东省昌邑县下营镇的党委书记被人杀害。侦查人员通过“摸底排队”确定了3名嫌疑人,但是经过5个多月的调查和审讯,始终不能定案。后来,他们请公安部一所的技术人员来对这3名嫌疑人进行测谎,结果表明这3个人都不是杀人凶手,予以排除。然后,他们又对原先排除的一些嫌疑人进行测谎,很快就查出了真正的凶手。破案之后,当地的公安人员说,如果早用测谎仪,何必费这么长时间,花费这么多的人力和物力!

然而,由于缺乏统一的法律规范和人员管理,测谎中也存在不少问题,测谎结论的证据效力也需要在法律层面予以明确。在司法实践中,测谎结论也出现过错误,甚至造成了冤案,例如云南杜培武冤案。于是,许多人对测谎结论的可靠性提出质疑,一些法学专家也反对把测谎结论采纳为证据。其实,这不仅是中国法律界面临的问题,也是世界各国司法界面临的共同问题。

研究测谎结论的证据效力,必须先了解测谎仪的工作原理,以便正确评价测谎技术的科学性和测谎结论的可靠性。测谎仪并不能直接告诉我们被测人是否在说谎,其功能只是记录被测人在相关问题的心理刺激下产生的生理参数变化,测谎人员再根据这些记录去分析被测人说的是真话还是假话。严格地说,测谎仪测的不是谎言,而是心理刺激所引起的生理参数的变化。因此,一些专家反对使用“测谎仪”的名称,主张称之为“心理测试仪”或“多参数心理测试仪”。

测谎原理的核心在于“心理刺激与生理反应的对应伴生关系”,即只要有某种心理刺激,就会有相应的生理反应出现。实验和经验都可以证明,人在故意提供谎言时会有一定的生理反应,并表现为一定的生理征象和生理参数的变化,例如,呼吸速度与容量的异常;心跳加快、血压升高;体温微升、面红耳赤、前额和手掌等部位的汗液排泄增加;胃收缩、唾液分泌减少、口舌

干燥;瞳孔放大、目光异常;肌肉微颤、声音颤抖、手指颤抖、脸部肌肉抽搐等。在上述征象和变化中,有些是比较明显的,是旁人可以直接用肉眼观察到或者以其他方式感知到的;有些则比较隐蔽或细微,只能借助于灵敏的电子仪器才能识别并记录下来。

自测谎技术问世以来,许多专家学者都进行过许多关于测谎结论准确率的研究。这些研究结果表明,由合格的受过专门培训的测谎专业人员进行的测谎,其结论的准确率在 85%~98%。其中,美国学者进行的一项对 1909 起真实测谎案例的调查结果表明:检测结果认定被测人“说真话”的结论的准确率为 97%;检测结果认定被测人“说假话”的结论的准确率为 98%。中国学者也对测谎技术的使用情况进行过一些调查,其结果表明测谎结论的准确率在 90%左右。

测谎结论确实有错误的,但是我们不能因此就否定测谎结论的证据价值。其实,任何一种证据都不是百分之百可靠的,都是有可能出现错误的。即使是笔迹鉴定、指纹鉴定、DNA 鉴定等科学证据,其结论也有可能出现误差。美国专家曾经做过一个实验,同时使用测谎、笔迹鉴定、指纹鉴定和目击证人证言对 20 个特意安排的“犯罪案件”的作案人进行识别。结果是:测谎结论正确的 18 个,错误的 1 个,未能给出结论的 1 个;笔迹鉴定结论正确的 17 个,错误的 1 个,未能给出结论的 2 个;指纹鉴定结论正确的 4 个,错误的没有,未能给出结论的 16 个;目击证人证言认定结论正确的 7 个,错误的 4 个,未能给出结论的 9 个。由此可见,测谎是一种效率很高的查明案件事实的方法,而且其可靠性并不是最低的。总之,我们应该客观地认识测谎结论的可靠性,既不能盲目崇拜,也不能简单否定。

刑事司法的发展是与人类社会的科技进步相一致的。科学技术的进步不断地为刑事司法提供新的查明案件事实的手段,提高了司法裁判的效率,促进了刑事司法的公正。我在 20 世纪末曾提出司法证明已经进入“科学证据时代”的观点。我写了一篇文章,《21 世纪中国证据法学前瞻》,发表在 1999 年 9 月 2 日的《检察日报》。

在复杂纷繁的现代社会生活中,在日新月异的科学发展进程中,刑事司法的对象也在不断提高其科技含量,刑事司法的环境也在不断更新其科技内容,因此我们要实现司法公正,就必须依靠科学技术,就必须提高司法的科技水平。然而,许多科技成果都是双刃剑,既能造福于人类,也能给人类

造成伤害,核能技术就是一个很好的例证。在电子信息和人工智能技术高速发展的今天,这是一个特别值得我们认真思考的问题。

21世纪以来,电子计算机、互联网、区块链、大数据、大模型、人工智能等新型科学技术促进了刑事司法的创新。例如,自2016年以来,我国一些地方的刑事司法机关就创造了“智能辅助办案系统”,针对某些种类的刑事案件,构建办案模型,统一证据标准。一些地方还创建了互联网法院,甚至使用了人工智能法官,以“全程在线”的方式受理案件、审查证据、作出裁判,促进了证据规则的标准化和审理模式智能化。然而,这是刑事司法的发展方向吗?刑事案件的审理可以使用互联网法院和人工智能法官吗?要回答这个问题,我们还要考察刑事司法制度的历史沿革,而这是我在下一讲要讨论的主题。

四、欺骗取证的小事

我在“导语”中讲了1985年的“物证技术暑期讲习班”,还介绍了李昌钰博士。在这里,我还想讲一个与李昌钰博士有关,也与那次暑期班有关的小事。而且,这件小事还可以为这一讲提供讨论的素材。

1985年的物证技术暑期讲习班期间,我不仅担任翻译,还协助安排外国专家的住宿和访问等事宜。在北京期间,李昌钰博士和戴弗雷斯特教授两家人住在离人民大学不远的友谊宾馆。一开始,两家都在2号楼。李昌钰夫妻和女儿住在一层的套房。戴弗雷斯特教授夫妻二人住在四层的标间。当时,友谊宾馆的客房都没有空调。入住的第二天,李夫人宋妙娟找我说,房间的窗户都没有纱窗,很麻烦。不开窗户吧,太热。打开吧,蚊子就都进来了。我连忙去找服务员。对方解释说,一层的纱窗统一拿去维修了,大概还得过几天才能按上。我就要求换房,还找了宾馆安保部的人帮忙。两天之后,宾馆终于在4号楼安排了一个套房。搬过去之后,李昌钰一家终于住进了有纱窗的房间,宋女士非常高兴。

常言道,外事无小事。在讲习班期间,我一直很紧张,生怕出问题。很多接待工作都是我负责结账,因此有时我的背包里会装几千块钱的现金。我从来没有拿过那么多钱,一直很紧张。在北京机场送走外国专家之后,我终于轻松了。没想到后来又出事了,还是钱的问题。

大概一周之后,人民大学外事办公室的陈主任找我,说出了“大麻烦”。

原来他去友谊宾馆结账的时候,宾馆的人说我们安排外国专家换房时没有退原来的住房,那套房一直为我们留着,没有安排客人,因此我们得付两份房费。他很严厉地批评我,说我给学校造成了很大损失,要负责任。

听了这话,我当时真有点儿傻眼了。要我赔钱吗?那可是好几千块钱哪!我一个月的助学金才三十多块钱!我仔细回忆了一下说,我们换房是宾馆服务员安排的,而且协调了两天才换到4号楼。我们是换房,宾馆怎么可能把2号楼那套房留给我们呢?再说,当时是暑期,北京宾馆的住房都很紧张,友谊宾馆怎么可能把房间空置呢?

陈主任也不相信友谊宾馆的房间会空置,但是人家说我们没办退房手续,我们也没办法。当时北京能接待外宾的酒店不多,属于“卖方市场”,各个高校的外办都不敢得罪友谊宾馆。最后,陈主任让我去找友谊宾馆财务部门的人说明当时的情况,请求人家的谅解。

我不愿意去,但我是个学生,老师让去,我只好硬着头皮去。在去友谊宾馆的路上,我想自己应该怎么办。那个房间肯定有人住,但是我怎么去查证呢?让友谊宾馆财务部门的人去查,那肯定不行。我应该去找2号楼的服务员。但是我怎么说呢?实话实说?那他肯定不会帮我查。我想到了犯罪侦查学中的“侧面询问”方法,就是在不暴露真实意图的情况下进行询问。我曾经在北京市公安局刑侦处实习,跟随老侦查员走访问问,积累了一点经验。那么,我以什么名义去侧面询问呢?突然,一个想法浮上我的心头。

走进友谊宾馆的大院,我直接来到2号楼,找到了值班的服务员。我说自己是人民大学的,我们接待的美国专家上个月曾经住在这里。服务员说他还记得我。我说最近收到李昌钰夫人的来信。她对这里的生活很满意,但是她丢了一副眼镜,很可能是落在2号楼的房间里了,希望我们能帮她找到。我说了李昌钰一家住的房间号和搬出的日期,然后问服务员在收拾房间时有没有捡到一副眼镜。我说的也不全是瞎话,宋妙娟确实丢了一副眼镜,只不过她说没丢在宾馆里,也没说让我来找。

听了我的话,服务员有些紧张,连忙说他们从没捡到一副眼镜。他又补充说,如果捡到,他们都会立刻交给领导,而且会尽快与客人或接待单位联系。我说,我相信你们要是捡到了一定会跟我们联系的,但是,会不会是后面入住的客人捡到了呢?他想了想说,那就说不准了,但是也不会吧。我说,你能帮我查一查后面入住的是哪里的客人吗?我解释说,这样我就可以

给李昌钰夫人回信了,告诉她宾馆服务员查找了,没有发现;再告诉她后面入住的是哪里的客人,说明我们很认真查找了,也就行了。服务员听后,觉得有道理,便立即带我到服务台,查阅客人住宿的“小票”,然后让我看。我很兴奋地发现,在我们的专家搬走的第二天,就有一位日本客人入住;一周之后,又有一对德国夫妇入住。我仔细记下“小票”的内容,由衷地向服务员表示感谢,然后离开了2号楼。

我来到友谊宾馆财务处,见到一位女财务,说明来意,然后讲了我们给专家换房的经过,并强调说当时已经告诉服务员,我们不住2号楼的房子了。女财务坚持原来的说法——我们没办退房手续,那套房子就一直给我们空留着,因此中国人民大学必须支付房费。看着对方那不太友好的态度,我说,那套房子不可能一直空着吧。对方说,没错,就是一直空着。我说,李昌钰夫妇搬走的第二天,李夫人说她的眼镜找不到了,可能落在了2号楼。我就到那个房间去查找,那里已经住了一个日本人。我们还有一个美国专家住在2号楼,我每天都去接他,又看到过那个日本人。后来,我看见那个房间里又住了一对德国夫妇,美国专家还跟他们聊过天。我这是编假话,因为我不能出卖我的情报来源。

女财务愣了一下,然后态度有些缓和地说,她去查问一下,让我到外面等候。我在走廊里等了十几分钟,那个女财务终于出来了。她很客气地说,是他们的工作中出现了失误,那套房子确实有人住了,我们不用付费了,并且表示了歉意。我回学校告诉了外办的陈主任,简单地讲了事情经过。他当时半信半疑。但是后来他找到徐老师,把我夸奖了一番,还说:“你们侦查学的研究生真厉害!”

对于这个结果,我也很满意。不过,我的调查也有一点问题,因为我的调查方法带有一定的欺骗性质。

各位同学,这一讲的思考题是:我们应该如何在刑事司法中规制欺骗取证行为?



何老师留的
思考题



学生访谈