

正义
恰恰就
隐藏在
在
细节中。

THE DETAILS OF JUDICATURE

司法的细节

刘仁文 著

江平

梁治平

王人博

／鼎力推荐／



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

THE DETAILS OF JUDICATURE

司法的细节

刘仁文 著



图书在版编目 (CIP) 数据

司法的细节 / 刘仁文著. —桂林: 广西师范大学出版社, 2016.4

ISBN 978-7-5495-7690-6

I. ①司… II. ①刘… III. ①司法—中国—文集
IV. ①D926-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 305671 号

广西师范大学出版社出版发行

(广西桂林市中华路 22 号 邮政编码: 541001)
网址: <http://www.bbtpress.com>

出版人: 何林夏

全国新华书店经销

广西民族印刷包装集团有限公司印刷

(南宁市高新区高新三路 1 号 邮政编码: 530007)

开本: 845 mm × 1 340 mm 1/32

印张: 15.125 字数: 360 千字

2016 年 4 月第 1 版 2016 年 4 月第 1 次印刷

定价: 48.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

细节的力量（序）

从人类历史的发展看,除非在剧烈的时代大变局下细节所起的作用有限,一般意义上的国家治理,细节的力量是惊人的,正所谓细节决定成败。

一、从开会说起

会议是公共治理的一个最具代表性的缩影。大至一个国家和社会,小至一个公司和单位,恐怕没有谁会否认开会的重要性。据说法国大革命期间,曾有代表建议采用英国下院的议事规则,但遭拒绝,以致后来大革命陷入血腥和无序。

早在 100 年前,孙中山就提出“集会者,实为民权发达之第一步”,他有感于“中国人受集会之历禁,数百年于兹……忽而登彼于民国主人之位,宜乎其手足无措,不知所从,所谓集会,则乌合而已”,他花费心血编译美国的《罗伯特议事规则》,¹连同将自己的序取名为《民权初步》,欲在中国推广、演试和习练议事规则之类的集会方法。胡适对这本书评价很高,认为它是孙中山所有著作中最重要的一部。唐德刚在《胡适口述自传》的一个注释中曾说:“汪精卫在‘总理遗嘱’中之所以漏列此书,显然是说明汪氏认为这种小道何能与‘总理遗教’的经典并列?殊不知我国的政治现代化运动中所缺少的不是建国的方略或大

1 1801 年,杰斐逊有感于国会缺乏确定的议事规则,编撰了《议会规则手册》,后为众议院所沿用和发展。但许多政府机构和民间团体还是缺乏固定的议事规则,而且各地议事规则都不一样,共同议事颇为不便。到 1876 年,终于有一位美国将军亨利·罗伯特在收集、整理、总结的基础上起草并出版了一本通用的议事规则,这就是至今已出版了 10 个版本,从最初的 100 多页发展到如今 700 多页的《罗伯特议事规则》。参见[美]亨利·罗伯特《罗伯特议事规则》中文版序二,袁天鹏、孙涤译,世纪出版集团,2008 年。

纲,而缺的却是这个孔子认为‘亦有可观’的小道!”

100年过去了,中国人是否已经学会如何开会了呢?答案恐怕还是喜忧参半。喜,是因为确实有进步,回想当初开大会靠举手表决,现在我们在一些重要事项的表决上采取了比举手更私密的方法,总算改变了什么都“一致通过”的局面;忧,是因为无数事实和教训表明,我们离真正地把会议开好还有很远的距离。为什么许多看似民主决策的会议,到头来却仍然是领导一言堂?为什么有的会议效率低下甚至离题万里?还有的会议要么一潭死水,要么秩序混乱?究其实,还是议事程序规则的缺失。而完善的议事程序规则,靠的是细节。

二、细节于各行各业都很重要

前不久,接触到一个市委书记贪腐的案件。这个市委书记在一个开发商打给市委的报告中批示:请某某部门依法办理。最后这个案件的控辩双方争议的一个焦点问题是:该市委书记有没有权力作这个批示?辩方认为,作为市委书记,他当然有这个权力,他又没有批示让下级部门违法办事;但控方却认为,虽然他这个批示表面看来是要下面依法办理,其实熟悉官场潜规则的人都知道,有了市委书记的这一批示,就等于开发商的事情可以一路绿灯了。

这件事情让我产生联想,想来想去,问题还是出在市委书记与下级各部门的权责不清上。如果凡事都在每一个程序和细节上有章可循,就好判断市委书记有无权力作这个批示了,也好判断下级部门是否违规办理了。中国人之所以如此热衷找领导批条子,我想关键就在于此吧。

去年还有一件事情也让我颇有感触。新加坡国立大学两位反腐专家来社科院法学所访问,所里领导考虑到我在主持一个“反腐败的刑法完善”方面的课题,就让我我和我的团队来接待一下。让我们有点吃惊的是,两位专家告诉我们,在新加坡的反腐法律体系中,刑法占的比

例很小,他们认为最重要的是严密的财会制度。这又一次证明了细节的重要。

最近,邓亚萍受聘中国政法大学兼职教授一事引发社会热议,这让我想起另外一件事情来。德国马克斯-普朗克研究所的一位所长曾受聘为国内一所著名法学院的兼职教授,他见到我时却有点抱怨:这所大学自从给他颁发了聘书后,就再也没有联系了,按他的理解,他应当有相应的权利和义务,如定期收到法学院的情况通报,定期来授课等。

前些年参访台湾“中央研究院”时,我一直纳闷,他们的法律研究所为什么多年来一直叫筹备处呢?带我参观的友人指着墙面上的一些图表告诉我,按照“中央研究院”的章程,要正式成立一个研究所,需要具备章程规定的一些条件,只有等到那些图表规定的条件满足时,才可以去掉“筹备处”这几个字。

我到泰国访问,想给老父亲买条香烟,换来换去,每条香烟的包装盒上都拍摄有吸烟者的可怕的黑牙齿、黑气管乃至黑内脏,就怎么也不敢买来送礼了。想想我们国内那些包装漂亮的香烟盒,虽然上面也写了“吸烟有害健康”,但两相比较,区别立现,可见细节是多么重要!

手上正在看三联书店前总编李昕的《做书》,其中披露,他原来的同事、人民文学出版社原副总编高贤均,一个人就编了三部茅盾文学奖作品,搞文学的人都知道茅盾文学奖的分量。为什么他判断文稿如此准呢?关键就是注重细节。有一次,他看完陈忠实的《白鹿原》,激动地跑来告诉李昕——你快去看看“黑娃吃糖”是怎么写的。作品中的黑娃是个苦孩子,长到20岁从没有吃过糖,当他把第一块糖放到嘴里时,就愣住了,他从来没想到世上还有这样神奇的滋味,眼珠顿时不会动了。《白鹿原》对黑娃表情的描写,从他的嘴,他的眼,到他的神情,他的感觉,非常细腻传神。高贤均说这个细节写得太好了,从这个细节

就可以看出陈忠实的功力。

三、正义隐藏在细节中

在英语里,司法和正义是同一个词(justice),因此当我们说正义隐藏在细节中的时候,其实就等于说,细节对司法是何等的重要。

当前,我们正在推进以审判为中心的诉讼制度改革,这是一项完全符合司法规律、需要在健全和完善法庭细节上下大功夫的重要举措。我曾以兼职律师的身份代理过几起刑事案件,对法庭开庭的不规范、走过场等行为深有体会。以开庭不规范为例,有时在这个地方的法庭上,法官说这个内容不要在这个环节讲,应该放到下个环节再说;等到另一个地方的法庭开庭时,想在前面那个法官指定的环节讲,法官却说这个内容应当在上一个环节讲,这个环节不能再讲了。再以开庭走过场为例,不要说人民陪审员陪而不审,就是有的审判长,也决定不了,他还需要向主管副院长甚至审委会汇报。在这种情况下,律师在法庭上再努力又有何用?恐怕这也是导致一些律师想方设法去搞案外关系的一个重要原因吧。

几个月前,我应邀与另一位教授去观摩一个证人出庭的现场会。可想而知,当地为此作了大量的准备工作,办案民警也作为证人出庭接受检察官和律师的发问。开完庭后,检法两家主要领导开了一个闭门会,想听一下我们两位专家的意见。可能让他们有点失望的是,我们两位竟然都对开庭效果的评价不如他们乐观,甚至说如果严格按照无罪推定和非法证据排除的要求来看,本案是否能确凿定案都成问题。更有趣的是,在关于是否要给予被告人向出庭作证民警发问的机会时,我们两位专家的意见也不一致(我主张应当给)。可见,如果要真正实现以审判为中心,我们的法庭规则还有多少细致的工作要做!

这让我想起 2009 年访问台湾地区时,我发现他们的书店有好多关

于交互诘问(cross-examination)的培训书籍。当时正值台湾司法改革,各方都需要对法庭上诘问证人的技巧和规则进行训练。后来我通过登录法院网站,成功申请到了旁听审理陈水扁一案的机会,耳闻目睹了作为一门技术活的“交互诘问”,看那轮番的“主诘问—反诘问—覆主诘问—覆反诘问”,深感不经过专业的训练是扮演不好法庭上的控、辩、审角色的。陈水扁虽然也是律师出身,但由于以往不曾使用过这一套规则,所以他在诘问证人时屡屡犯规,不仅频繁遭到检察官的异议,也不断受到审判长的提醒。

谈到法庭的细节,我还想起去年访问韩国时,在法院旁听一个刑事案件的情景,当时我问陪同翻译,被告人坐在哪里,她特意侧身看了下文字,指着与检察官相对而坐的两个人,用汉语写下来告诉我:“被告人”+“辩护人”。当我告诉她,在中国与检察官相对而坐的只能是辩护人,而被告人被置于另外一个单独的受审席时,这位没有任何法律知识背景的女孩惊讶地说:“那怎么行呢?他要是想与自己的律师商量事情不是不方便么?”我当时就深有感触,一个有悖常识的做法在我们的法庭里实行了几十年,至今若想改却仍然困难。¹也是在这个旁听席上,我看到检察官和法庭全体人员一样,在法官进来时一起恭敬地起立,特别是在走向法庭中央、通过多媒体出示证据的时候,检察官首先朝陪审员们深深地鞠上一躬,当时的我由于还有一个最高检公诉厅挂职副厅长的身份,多少有点不适应,后来慢慢琢磨,突然有了一种顿悟:作为代表国家指控犯罪的强大力量,能在法庭面前如此谦卑,这岂不是国家之福?

1 我曾在有关司法改革的会议上向最高人民法院等部门建议改革我国的法庭布局,有关人士的答复是,目前有关领导还接受不了,专家学者可以多呼吁。这方面的近期文章,可参见拙文《去有罪标签 禁穿囚服还不够》,载《南方周末》2015年3月20日。

四、走向精细化的司法

格兰特·吉尔摩 (Grant Gilmore) 曾说过如下一段话:“我们的专业里有大量的枯燥的苦活:我们必须处理、驾驭大量的琐碎的细节,我们必须极端重视具体细节。我们必须接受这一事实,即我们大部分的时间须花在乏味的工作上。”诚哉斯言,用它来说明司法细节的重要及我们应为此所付出的努力实在是再适合不过了。

君不见,早在 1979 年,我们的刑法、刑事诉讼法就明令禁止刑讯逼供,为何至今屡禁不止?就是因为律师在场权等具体制度没有跟上。有人以为办案机关讯问犯罪嫌疑人时实行录音录像制度就可以了,但实践中却不断爆出,要么是关键时刻录音录像设备出问题,要么是办案机关有选择地录音录像,试想如果有律师在场不就能从细节上堵塞漏洞么?

过去我们说既不要有罪推定,也不要无罪推定,我们要的是实事求是。若真能在刑事诉讼中做到实事求是,既不冤枉一个好人,也不放纵一个坏人,那当然最好!问题是,当我们从口号深入到一个个具体的案件时,却发现那些存疑的案件中,面临着要么放要么抓甚至要么杀要么放的两难境地,此时无罪推定就成为不得已的不二选择。

细节的完善跟对一个问题研究是否深入很有关系。正因为我们对某些问题缺乏深入研究,才会出现宏观上拥护、微观上反对的悖论(在宪法领域尤其如此)。前述刑讯逼供是一例,如果从宏观上来讲,我决不怀疑任何公权力机关都是反对刑讯逼供的,但为什么具体到犯罪嫌疑人的沉默权和律师在场权这样的制度构建,有些公权力部门和人士就反对呢?关键还是没有真正认识到,如果没有后面这些制度的跟上,就不能有效地防范刑讯逼供。再比如,我们现在谁都不反对人道主义,但在司法实践中至今犯罪嫌疑人仍不可以在看守所会见亲属,法

庭上被告人仍不可以在休庭时跟旁听的亲人说话,被抓的犯罪嫌疑人不但不给戴头套,甚至还公然让他(她)们在电视上出丑、认罪,连公捕大会、公判大会这样一些不合时宜的做法也还不时出现。我刚接触到一位从事引渡外逃贪官的高级法律官员,他绘声绘色地说,某某女贪官你们别看她在电视上让她按手印时像模像样,其实在步出机舱前她的血压突然上升,很危险的……如果我们真能把人道主义贯穿到刑事司法的每一个细节,我想我们就会同意“并不是所有符合目的的手段都是合理的”这样一个命题。“己所不欲,勿施于人”,这不仅是对公民的要求,也应成为对我们公权力行使者的要求。

这方面我有许多感触,在《刑法修正案(九)》的讨论过程中,针对当前律师行业的某些不规范甚至有一定社会危害性的行为,有关部门曾有过增设某些新罪名、加大打击力度的想法。我的考虑是,许多事情利弊相杂,需要慎重权衡:“近年来许多血的教训表明,正是因为律师的作用发挥得不够,司法机关和办案人员对律师的意见缺乏认真的倾听和足够的重视,才导致冤假错案的频频发生。也正是基于这些血的教训,我们才要致力推进以审判为中心的诉讼制度改革。可以说,这项改革的成败在很大程度上将取决于律师在法庭上如何发挥其作用。律师在法庭上起到的作用的大小是现代法治的晴雨表,善待律师就是善待法治。执此理念,我们的立法能不三思?”¹还好,最后通过的文本在现有条件下总算作了一些折中处理。

2010年,全国人大宣布,中国特色社会主义法律体系已经基本建成。但正如法学家王泽鉴先生所告诫的:“立法工作其实只是万里征途中最初的几步路,更艰难更复杂更细致的工作还在后面。”²2014年,

1 参见刘仁文《善待律师就是善待法治》,载《律师文摘》2015年第4期。

2 转引自周大伟《法治的细节》,北京大学出版社,2013年,第72页。

中共十八届四中全会又提出全面推进依法治国的总目标和重大任务,进一步重申了将法治作为我们基本治国方略的决心。现在我们最需要做的就是按照四中全会的要求,以专业的精神来“极端重视具体细节”,凡有利于实现依法治国的总目标的,就是再枯燥再乏味也要保持定力;凡有悖于实现依法治国的总目标的,就是再习以为常再难以克服也要排除万难。总之,理念不等于现实,从宪法如何实施,到量刑指南如何规范各种量刑情节,直至裁判文书如何说理,我们的司法还存在太多的粗线条,还需要太多的精细化。

五、说明与致谢

若干年前,我曾应邀在《新京报》上开设《关注司法细节》专栏,陆续发表文章若干。这些文章不同程度地受到好评。记得有一次发出一篇《认真对待被告人的道歉》之后,北京市人民检察院公诉处处长王新环博士还曾专门致电我,说受主管刑检工作的方工副检察长之托,想就此进一步听取我的意见。当时的编辑曹保印先生曾鼓励我一直写下去,说最后由他来负责帮我出一本书。遗憾的是,后来身不由己,只好不了了之。直到2015年,广西师范大学出版社的法政编辑室主任范新先生盛情约稿,当我将相关文字整理成书稿交给范先生后,他觉得当初发表在《关注司法细节》专栏上的那些文章仍然具有可读性,并为我放弃该专栏的写作感到惋惜。

虽然以“细节”命名的书市场上已经有了,如刘瑜的《民主的细节》、周大伟的《法治的细节》,但我仍然决定以《司法的细节》来命名本书,这不仅是基于前述原因,更重要的是,它恰恰说明,当今中国各个领域都太需要在深入和完善细节上下功夫。

这些文章绝大部分都曾在报刊上公开发表过,此次收入时均标注了出处和发表时间,这一方面是为了表示对最初发表这些文章的载体

的感谢,另一方面也便于读者在阅读时结合发表的时间更好地把握语境。说实话,要在如此短的时间里,从自己过去二十多年来的众多文字中全部找出该主题的文章,不是一件容易的事。现在的书稿应当还没有找全,编排也不一定完全合理,而且,不同时期的文章所反映的文字品质和思想的圆熟程度也有差异。要特别感谢那些盛情约稿和邀请我开专栏的编辑朋友,这将是一个长长的名单,时间仓促,又年代久远,为防止挂一漏万,我还是在心底去细细回忆吧。

感谢江平、梁治平和王人博三位先生热情为本书撰写推荐语;感谢广西师范大学出版社法政编辑室的范新主任、徐婷和向雳两位编辑为拙著出版所付出的努力;也要感谢焦旭鹏博士后和王演兵、陈妍茹、刘昭陵等几位博士生在书稿整理、编排和审校过程中给我提供的帮助。最后,一如既往地感谢我的家人对我一直以来的支持。

言由心生,今后我还得继续在提高对人生的感悟能力和精神境界上下功夫,进一步提升自己的学养和审美趣味,争取给读者奉献出更好的文字来。

刘仁文

2016年1月6日凌晨于北京西郊寓所

001 | 细节的力量（序）

001 | 壹 遏公权之放纵

003 // 反特权是当务之急

006 // 禁止领导干部干预司法活动

010 // 法治的要义在于管住“一把手”

013 // 说情亦是犯罪

017 // 保持法院的中立地位

019 // 法院受审：该还是不该

021 // 法官办案如何少受干扰

023 // “公捕大会”的做法应当废止

026 // 怎么又见公判大会？

029 // 再谈“公判大会”当禁

032 // 如何给警察权“减负”

034 // 制度遏制刑讯逼供

036 // 从体制机制上提高执法公信力

042 // “暗中执法”不能再玩捉迷藏

044 // “身份不明”不能成为长期羁押的理由

047 // 鼓励一切适当的民意监督

——就云南看守所躲猫猫事件答《新京报》记者赵继成

057 // 打击网谣与公权慎用

——答《潇湘晨报》记者周喜丰

069 | 貳 筑制度之樊篱

071 // 冤案是如何酿成的

088 // 公诉环节如何防止冤假错案

093 // 错案该如何平反

——答《新京报》记者高明勇

099 // “五个严禁”有利于塑造法官良好的人格

104 // 从“黑哨”案判决看法院变更罪名的是与非

107 // 定罪判刑如何避免“一统就死、一放就乱”

110 // 量刑改革：让自由裁量更阳光

113 // “线人”需要法律规范

116 // 完善人民陪审员制度

119 // 反思刑法中的立功制度

123 // 警察要不要作证

125 // 防止刑讯逼供光把羁押场所划归司法部还不够

128 // 看守所和拘留所：法治不应遗忘的地方

131 // 通过预防增强反腐败的主动性

134 // 监狱防腐要找准四个原因

138 // 用制度建设取代“暗箱操作”

141 // 建立减刑、假释的长效监督机制

144 // 收容教养制度需要改革

147 | 叁 察现实之病弊

149 // 中国人为何信访而不信法

153 // 潜规则盛行与社会的“法格分裂”

156 // 对“律师伪证罪”的深层次思考

160 //	我会对许霆案作无罪判决
	——答《经济观察报》记者刘波
167 //	“公益上书”之改进
172 //	尸体为何三年未能火化
175 //	余振东案与“刑法面前人人平等”
178 //	证据三题
182 //	技术侦查获得的材料应提交法庭质证
184 //	刑法该如何面对民事伪证行为?
	——答《检察日报》记者张建新
190 //	如何强化证人出庭作证
192 //	从现场观摩看证人出庭工作的不足
	——在“第九届尚权刑辩论坛”上的发言
195 //	《刑法修正案(九)》的感悟与思考
	——在“第六届博和法律论坛”上的发言
202 //	如何理解和推进“以审判为中心”

207 | 肆 思未来之良法

209 //	人身伤亡的精神损害赔偿
213 //	我眼中的刑事政策变迁
216 //	以“宽”济“严”是宽严相济的时代内容
219 //	立法不要回避现实问题
222 //	“法庭之友”:司法吸纳民意的制度化
228 //	剥夺人身自由的处罚都应纳入刑法
232 //	废止劳教的具体办法及其后续措施
236 //	后功教时代的法治再出发

- 243 // 劳教废止助推“大刑法”格局的形成
- 247 // 类似劳教的制度也有待改革
- 251 // 取保候审公开听证好
- 253 // 刑法应平等保护公有和非公有经济
- 258 // 刑法应慎重介入公民言论
- 260 // 刑法解释不应一概溯及既往
- 263 // 贿赂犯罪中的“财物”应改为“不正当好处”
- 266 // 善待律师就是善待法治
- 270 // 法庭会见应从“破例”走向常态
- 272 // 陈久霖何以当庭才收监
- 275 // “两个基本”不宜继续沿用
- 279 // 强制隔离戒毒工作存在的问题及改进
- 285 // 司法常态化与刑法完善
- 289 // 取消“嫖宿幼女罪”及其善后措施
- 294 // 刑法应去性别化

297 | 伍 探正义之精髓

- 299 // 政府恶意与“选择性起诉”
- 302 // 法律职业的使命与视野
- 305 // 得罪领导还是得罪法律
- 308 // 法治建设中的“自律”与“他律”
- 311 // 司法信息受阻的困境与出路
- 314 // 司法中的公民合作精神
- 316 // 追求无害甚至多赢的正义
- 320 // 恢复性司法不应只是“听起来很美”

- 324 // “赔钱减刑”的价值冲突与协调
327 // 公诉词要不要进行法制宣传
329 // 取消个案请示更符合诉讼规律
331 // 警惕关系盛行对法治的消极解构

335 | 陆 辟人道之曲径

- 337 // 回忆我对重启特赦的呼吁
344 // 中国的死刑问题为什么广受关注
——死刑改革与法治发展系列谈之一
348 // 悲剧发生后怎么办
——死刑改革与法治发展系列谈之二
351 // 人道才能使社会走向文明
——死刑改革与法治发展系列谈之三
355 // 死刑削减仍然在路上
358 // 废除“死刑立即执行”的提法
361 // 死刑犯器官利用需进一步规范
364 // 刑法大修:逐步减少死刑罪名仍是趋势
——答《凤凰周刊》记者吴如加
373 // 法意与亲情
376 // 司法宽容需要这样伟大的母亲
378 // 威慑力并不排斥人道主义
380 // 复旦“求情信”呼吁“超越悲剧”
——答《新京报》记者高明勇
386 // 死刑执行的人道化
389 // 温情执法与法治文明