

法窗夜话系列

上帝怎样审判

龙宗智 / 著



法制出版社

法窗夜话

• 系列 •

上帝怎样审判

钟为谁而鸣
中国需不需要“社章”
钟探章特与美国诉讼文化

龙宗智 著

走向司法精密
耶稣为什么被钉在十字架上
悬置于虚幻之间的“罗生门”

王夫夫的《诉讼》与司法的悖论
沉默权与法制浪漫主义
诱惑侦查：在合法与非法之间



中国法制出版社

法窗夜话

• 系列 •

上帝怎样审判

龙宗智 著



中国法制出版社

责任编辑 李仕春

图书在版编目(CIP)数据

上帝怎样审判/龙宗智著. - 北京:中国法制出版社,2000.6
(法窗夜话系列)

ISBN 7-80083-720-3

I. 上… II. 龙… III. 审理-判决-文集 IV. D915.182

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 62649 号

上帝怎样审判

SHANGDI ZENYANG SHENPAN

著者/龙宗智

经销/新华书店

印刷/北京市朝阳区科普印刷厂

开本/850×1168 毫米 32 印张/7.25 字数/137 千

版次/2000 年 6 月北京第 1 版 2000 年 6 月北京第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-720-3/D·692

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031) 定价:12.50 元

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话:66062752)

目 录

- 1 钟为谁而鸣（1）
- 2 现代诉讼的结构与精神（5）
- 3 在法理合理性与实践合理性之间（10）
- 4 关于“相对合理主义”的对话（14）
- 5 检察官该不该起立（33）
- 6 移交赃款与司法活动中的相对合理论（39）
- 7 客观公正：执法思想的核心（47）
- 8 由“三盲院长”案谈司法官的资质（53）
- 9 中国需不需要“杜丘”（57）
- 10 “天津事件”与司法独立（61）
- 11 造船渎职案与检察官的独立性（65）
- 12 “大浦事件”与检察官的起诉裁量权（70）
- 13 应当研究“诉讼文化”（74）
- 14 《神探亨特》与美国诉讼文化（77）
- 15 从辛普森案看美国“司法个人主义”的困境（81）
- 16 “检察文化”刍议（86）

- 17 《神判》与实证研究的扎实学风 (91)
- 18 不公正的审判 (94)
- 19 步履艰难“阳光法” (103)
- 20 吃了用了送了咋办 (107)
- 21 嗅觉敏锐的“警犬” (112)
- 22 走向对抗 (116)
- 23 走向司法精密 (123)
- 24 检察官看小说与法官打瞌睡 (130)
- 25 法庭上怎样排座次 (134)
- 26 上帝怎样审判 (141)
- 27 耶稣为什么被钉在十字架上 (147)
- 28 悬置于真幻之间的“罗生门” (151)
- 29 “洋扯皮”与警检关系 (155)
- 30 “检警一体化”？ (159)
- 31 你敢不敢要求公安分血样 (163)
- 32 卡夫卡的《诉讼》与司法的惯性 (167)
- 33 罪名指控与法语言运用 (172)
- 34 沉默的理由和方式 (181)
- 35 沉默权与法制浪漫主义 (186)
- 36 司法的策略与公民的权利 (190)
- 37 律师应该向谁陈词 (194)
- 38 电视直播的正负效应 (198)

39	也谈谈“打”字了得 (206)
40	诱惑侦查：在合法与非法之间 (209)
41	直觉——“灵魂之眼” (215)
42	“万万没有想到”的判决 (220)
后 记 (224)	

钟为谁而鸣

因我国政府已签署《公民权利与政治权利国际公约》，在该公约对我国发生约束力之前，需要确定公约中所肯定的沉默权在我国是否适用，这一问题引起了公众的关注，并成为街谈巷议的内容。从专业人员到普通民众都来参与，大报小报，电台电视台都发了文章，做了节目，很热了一阵。应当说，刑事沉默权在国内还是一个专业人员都未充分研究的课题。联想到上半年重庆綦江虹桥案审判，万众注目，审判中的某些专业问题，如法官该不该改变起诉罪名，诉讼法学家也还未展开讨论，却一下成为普通老百姓谈论的话题。在重庆坐出租车，司机就可能对你谈起他对綦江县质检站长赵祥忠被法院改定责任事故罪的看法，令我们这些在专业“食槽”中拱饭吃的别有一番滋味在心头。

细解一下，这番滋味带点苦涩，我们的专业研究落后于实践——没能及时为司法实践中已经浮出的问题提供合理的法理解释；同时，也带有几分欣喜，对这种专业问题的社会

关注，显示了民众权利意识、民主意识与法治意识的觉醒，这正是专业研究的基础和动力。

沉默权与法院改变起诉罪名，这类属于刑事诉讼法领域的专业问题，如果倒回去一些年，可能也没有多少人会关心。在那时，我们普法常常要讲一讲不要以为自己不犯罪就不学法，法律与公民每一个人相关。现在普法，这种说教应当说已经不太需要了——至少在城市，在基本能够跟上社会发展的人群中间。因为，人们已经体会到，即使是刑事司法制度，即过去所谓的“专政工具”，“刀把子”，也不是只与社会的个别人相关。不知道什么时候，你或者你的亲友，就可能成为某项人身、经济或其他罪行的涉嫌对象或者被害者（直接或间接的），在这种情况下，你就会深深地体会到一个公正的刑事司法制度对个人的生存是多么的重要。当国家权力粗暴地侵犯你的财产和个人自由时，当歹徒为非作歹后却又能大摇大摆地走出法庭时，你可能会问，我们这个制度的哪一个地方“有没有搞错”。

也许更为重要的是，对刑事沉默权这类重要权利的认否，在一定程度上显示国家政策的趋向，显示在当今中国社会中公民的法律地位，人们关注这一问题，也是在更广泛的意义上关心自己的立足点和生存条件，即使他们对自己需要这类刑事程序权利并无迫切感受。

因为在《南方周末》发了一篇论沉默权的文章——《沉默的方式》，接到几封读者来信。其中有一封来信没有信纸也没封口，信写在信封的封底，原文照录如下：

“龙先生：看了你发表在《南方周末》‘沉默的方式’，我深感你骨子里还是把平民百姓当做‘蚂蚁’，如果你的观点是正确的，中国犯罪率应是越来越低，而不是相反，也不会如此众多的冤假错案，假如你有一天你遇到同样情况，而你是完全清白，你是屈打成招，还是抗拒从严，两种结果都不是你想得到的，这个世界瞬息万变，很难说灾难不会降低（临）到谁的身上。祝你好运。”

这封信对我有点辛辣，在研修班课堂上我对学生读了这封信，最后一句话引起了课堂的笑声。

这封来信的写信人可能有一些特殊的经历和感受并有自己看问题的角度，为免离题这里对沉默权也不解释我的观点。但这封信尤其是最后一句对我而言较为辛辣的话回答了本文提出的一个基本问题：钟为谁而鸣？它所表达的意思和我相通：刑事司法制度与公民的基本生存条件有关，因此，这项制度必须为民众而设，充分体现民众的生存需要。在千年相交之际，我摘出一些人们熟悉的引文，表达对国家法律制度及其操作的愿望，并与读者诸君共同回味和讨论。

“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯”。“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。”（《中华人民共和国宪法》第三十五、三十七、三十八条）

“国家对于被告有特定的权利，因为国家对于这个人是以国家的身分出现的。因此，国家就有责任正是以国家的身分和根据国家的精神来对待犯罪，国家不仅有把事情办得符

合自己的普遍性和自己的尊严的手段，而且也有把事情办得适合于被告公民的权利、生活条件和所有权的手段——国家义不容辞的职责就是拥有这些手段并加以利用”。（马克思语）

“坚决的革命行动与对人类的深切同情相结合是社会主义惟一的真髓。旧世界必须被推翻，但是每一滴流淌或被止住的泪水都是一个控诉；一个匆忙赶往伟大事业的人没心没肺地撞倒一个孩子是一件罪行。”（罗莎·卢森堡语）

“没有任何人是与世隔绝自行存在的孤岛；每个人都是大洲陆地的一部分；如果海水冲走一块土石，欧罗巴就少了一角，正如一片流失的岩岬，也正如失去你自己或你朋友的家；每个消逝的生命都是我的损伤，因为我与整个人类相通；因此，莫问钟为谁鸣，它就为你而鸣。”（约翰·亚当语）

莫问钟为谁鸣，它就为你而鸣。

1999.12.31

现代诉讼的结构与精神

作为一个程序法学者，对现代诉讼程序及其蕴含的精神不免有一种“职业偏好”，曾打算写一篇短文谈谈现代诉讼的结构与精神以及诉讼程序的魅力，但意象有了，具象没有，过于学理化的东西不适合大众媒介。然而12月3日《南方周末》的一篇文章，使我找到了谈话的由头。

文章题目是“‘学生法庭’开庭”，它报道了深圳高级中学有一个学生自治组织——学生行为自律仲裁法庭。“法庭”的口号是，“校园文明尤须自律，民主法制尤须先行”。“法庭”由代表控方，即代表学生要求的“告诉团”，代表辩方，即学校行政的“律师团”，以及作为裁决者的合议庭组成。当学生不满于学校行政的决定时，经一定程序向“法庭”“起诉”，然后控辩双方收集证据，开庭时在仲裁法庭主席的主持下举证和辩论，最后由仲裁委员们评议并作出裁决。文章介绍了仲裁法庭审理学生对本校校规中关于严厉打击早恋规定的控告的情况。法庭裁决校方败诉，要求学校修改有关

规定，实行先教育后惩戒的办法。校方必须执行这一裁决。

从诉讼合理性的专业角度讲，学生法庭也许存在两个问题，一是诉讼对象。法国学者托克维尔指出，“法官只能审理个别案件，而不能对一般原则进行宣判，一旦他未经待审案件而直接指责一般原则时，他就超出了自己的职权。”（托克维尔：《论美国的民主》）诉讼的对象是个案纠纷，因为只有针对具体案件才能有效举证和准确裁判，一般性规范必须附着于具体的案件（如张三早恋被学校行政处理）才能被法庭评断，而以一般性规范（如学校的某项行政规定）为直接的争讼和裁判对象，不太符合现代诉讼的个案裁决要求。第二个问题是法庭构成。现代法庭预设的前提是作为裁决者的法官应当是公正的、理性的，而且应当中立于原被告双方。正是结构的合理与程序的公正，使法庭形成一种他律机制，从而在制度上保证了诉讼的公正。由学生组成的仲裁庭是否能充分地体现客观中立，充分地考量双方意见尤其是学校行政方的管理需要，对此也许难以作出十分肯定的答复，因为在兼及学管双方的公正性方面，它更多地依靠一种“自律”。诉讼对象问题涉及诉讼的准确性，法庭构成涉及诉讼的公正性，而在准确性和公正性上的瑕疵如不克服，学生法庭长期有效的存在价值以及普遍推广的意义可能会受到质疑。

虽然学生法庭存在上述构造性程序性问题，我认为对于设立学生法庭的做法仍应当予以高度评价，因为它更重要的意义在于“立人”。深圳高级中学校方的态度也十分明确：“为了将孩子们培养成为现代化的人，付出一定的代价是值

得的。对于一所学校来说，‘立人’是最重要的。”

立人，就是培养具有民主和法治的意识及思维方式和操作能力的现代人。作为深圳市政府重点建设的一所现代化示范学校，在学生培养上透出了一种先见和明智。创建“学生法庭”，最重要的意义就是向学生们传递一种精神——民主与法治的精神。这种精神应当是现代人素质最根本的内容。而通过诉讼和法庭的实践传递民主与法治的精神，也正是现代诉讼和现代法庭的要意之所在。

在现代社会中，诉讼和法庭是一种解决社会冲突的机制，其突出优点是其解决纠纷的公正性。而这是由三大制度所保障。一是所谓“相对制度”，即确定原被告为利益相对，但权利平等和手段对等的诉讼主体，通过诉讼抗辩而判定争议事实并解决纠纷；二是“听证程序”，即当事人在充分准备、收集证据的基础上，集中提出证据、论据并由有关各方直接而全面地进行审查；三是“裁决结构”，这是指采用裁决者中立和独立于诉讼当事人的结构来裁决冲突，这种具有三角特征的结构区别于管理——服从这种具有线型特征的行政性结构，其意义在于防止裁决者向某一方的偏倚。同时，为了保证诉讼的公正，它还被赋予了规范化、程序化以及公开化的特点。诉讼程序的程序化与规范化，旨在保证诉讼参与人的正当权利，防止法官的恣意妄为。诉讼的公开化，能使法庭活动置于社会的有效监督之下，可以防止“暗箱操作”，并且使人们“能够看见正义的实现”，从而使裁决权威，使国家的法制获得一种公信力。

由此可见，现代诉讼的构造及展开，体现着一种平等的精神、理性的精神和公正的精神：你可以坚决反对对方的主张，但你必须承认和捍卫对方持有这种主张的权利；你可以声讨对方并通过裁决者对其施以某种强制性惩罚，但你必须采用论证说理的方式，同时让对方也有给出说法并提供论证的机会；作为裁决者，你可以作出有利于某一方的裁决，并不是因为你与那一方的特殊关系，而是因为法律站在那一边。

我国社会过去作为一个传统社会，惯于用行政的方式乃至政治的方式解决社会冲突。由于平等与理性精神匮乏，预置的追究对象没有充分的申辩机会。在一种过分行政化的体制中，对于出现的问题和矛盾，一般采用单方面的调查、汇报、研究决定的方式给予处理，更有甚者，是以简单的政治批判的方式代替问题的论证和说理，一经确定为被追究者，就先定地丧失平等的身分和平等论辩的机会。近年来，随着民主与法制建设的推进，现代诉讼机制已经在社会生活中发挥了更大的作用。行政处罚中听证程序的运用乃至行政诉讼的建立发展，将诉讼机制和诉讼精神引入国家的行政管理活动；国家和地方的立法活动，也普遍举行立法听证，将直接、兼听和辩论质疑原则贯彻于立法过程。现在，深圳市高级中学的同学在自律活动中采用“学生法庭”的形式，其做法虽有待改进，但它仍能使学生实习某些法律操作的技能，更重要的是能够培养民主与法治的意识，使现代诉讼的精神在国家的“新生代”中扎根。然而，这种努力还十分不足，

缺乏平等与理性的精神，是我们这个社会仍然存在的痼疾。随着依法治国战略的推进，我们应当在冲突解决社会治理方面进一步推广诉讼机制，进一步贯彻现代诉讼的平等、理性和公正的精神。

1999.12.19

3

在法理合理性与实践 合理性之间

——《相对合理主义》文集自序

应“中青年法学文库”编者之邀，我将近年来在司法研究尤其是刑事诉讼程序方面写的一些文章编成一个集子。编自己的论文集也许都是一项“遗憾的作业”。写成的东西，尤其是时间久一些的，总觉得不理想，但或考虑某种历史性，或由于才具不足，或因为懒惰，也就凑合交稿，实在看不过去或确有某种兴趣时才作些修改。也许人们总容易把决心下在今后如何如何，而“从现在做起”就比较难。

我自称是一个跳跃于理论与实践之间的人。二十来岁读本科，三十来岁读硕士，四十岁后读博士，每次都是“从实践中来，再到实践中去”：到法学院探讨法理合理性，回司法实际部门去印证实践合理性，理论与实践倒也能相互“支援”。就我主观愿望，也力求使理论较合于现实并使实践比

较理性化。由于这样一种“往来”以及注重理论与实践的兼顾，在做实务操作时容易产生一种“问题意识”，而在专题研究和学理探讨时，则比较注意提出问题的实际背景，解决问题的实际条件以及应对方案的实际可行性及可操作性，力求防止空泛、隔靴搔痒以及不顾及问题的多因素介入和多方面效应而将问题简单化。

然而，这种“跳跃”有时也带来一些矛盾与困惑，甚至在“学术立场”的设置上也有某种为难。这包括未来观与现实观的冲突、知识分子的批判立场与实务工作者的“实事求是”的矛盾、理论与实际的不合，甚至某个部门的立场与法理和实务上的公允性的纠葛等。在西政大的一个研究生讲座上，一位同学问我，“当前在法制建设问题上有两种观点，一种倡导‘拿来主义’，一种主张‘本土资源论’，你对此怎么看？”略思索，我表达了这样一个意思：这个问题实际上问到了我自己的一个难处。我认为，就倾向性看，“本土资源论”立足于现实，而“拿来主义”着眼于未来。当我的主观角色为实际工作者时，往往主张“本土资源论”；而当自我转换成为一个理论工作者，则可能倾向于“拿来主义”。当然，最好的办法是立足于本土资源实行“拿来主义”，然而在现实中二者间的矛盾不可避免，此时作何种取舍及采何种倾向，我也许对此至今也未解决妥当。

“拿来主义”与“本土资源论”的矛盾也可以看作是法理合理性与实践合理性之间的矛盾。为设置一种较为适当的立场，我近年来发展了一种所谓“相对合理主义”的观点。