

# 一场奇幻的思想之旅

——评侣化强《形式与神韵：基督教良心与宪政、刑事诉讼》

魏晓娜

大约十年前，我在研究生课堂上讲到教皇英诺森三世在第四次拉特兰宗教会议上禁止神职人员参与世俗审判，从而使欧洲的刑事司法制度陷入暂时的危机，英格兰和欧洲大陆在应对这次危机中走上两条截然不同的道路，成为两大法系诉讼形式分野的肇端。当时就有一个学生对这段历史表现出特别的兴趣，下课后赶上我追问不休，提出各种奇怪的，有的在当时的我看有点荒唐的问题。从那时起，我就知道有个爱钻牛角尖儿的研究生叫侣化强。后来化强读了博士，偶尔也到我办公室聊天，接触中感觉他虽对师长们十分尊敬，但性子有点儿“拧”，说话有点儿“冲”，爱憎分明，在生活中是个容易得罪人的主儿。他考博、出国、工作一路还算顺利，他自己也很感激地说得到过很多人的帮助。我想那么多人愿意帮助他肯定不是因为他长袖善舞，而是大家都觉得他是块做学问的材料而包容了他性格中不那么艺术的一面，毕竟，在中国，像他那样为了学问而做学问的人已经不多了。

化强在纽约准备他的博士论文时，适逢我和家人也到纽约访学，异国寥落，他经常来家里做客，一落座，张口闭口都是“血罪”、“决疑法”，你赞同不赞同，甚至是不是在听都已经不重要，他已经沉浸在他的世界里。那时暗暗为他担心，作为刑事诉讼方向的博士研究生，一头扎进艰深晦涩的基督教逻辑中，这论文可怎么写？后来，化强的论文顺利通过了博士论文答辩，并获得了优秀博士论文。再后来，这本沉甸甸的《形式与神韵——基督教良心与宪政、刑事诉讼》放到了我的手上。

虽然很早就知道西方刑事诉讼与基督教有极深的渊源，但读《形式与神韵——基督教良心与宪政、刑事诉讼》还是犹如经历了一场奇幻的思想之旅，尽管这是一部不折不扣的学术著作。这场神奇之旅始于基督教文化中固有的血罪观念和

---

· 魏晓娜，中国人民大学副教授，法学博士，中国人民大学刑事法律研究中心研究人员。

良心原则。所谓“血罪”，是指任何形式的杀人、流他人血的行为，无论是合法还是非法，包括法官判决死刑，都被视为罪孽，要遭受地狱之灾。为了帮助法官逃避“血罪”，早期基督教区分法官的“公共身份与私人身份”，确立了“法官以公共身份杀人不是罪”的原则。因此，中世纪的法官，为了保证自己免受牢狱之灾，谨守“公共身份与私人身份”的界限，从来不敢迈出法庭大门调查犯罪，也从不动用自己的个人知悉判决案件，而这，恰恰是西方审判中心主义司法传统的神学渊源。<sup>1</sup>

在 13 世纪神明裁判推出历史舞台之后，为了避免法官动用个人知悉、个人判断，帮助法官推却“血罪”，欧洲大陆和英格兰采用了不同的“避祸”机制，成为后世两大法系刑事诉讼法和证据法发展的基础。欧洲大陆纠问制是“以证人代替法官，以证人证言代替死刑判决”，确保死刑判决自动得出。为此，证人必须“出现在法庭上”，陈述其“亲眼看到”的整个犯罪过程。这是传闻规则和直接原则的起源。即便法官对无辜者作出有罪判决，他也没有罪，因为在这种情况下，杀死无辜者的不是法官，而是那些宣称其有罪的人，法官只是公正地依据法律行事。<sup>2</sup>英国则是“法官的救赎，陪审团的地狱”。到 13 世纪时英格兰已经完成了中央集权化，强大的王室有能力迫使 12 个平民代替法官作判决，而为了向陪审团推却血罪责任，法官也经常强迫陪审团作出笼统判决。危机之中的陪审团为了避难，只能无视明显有罪的证据，频频在重罪案件中作出笼统的“无罪”判决。对无罪判决的上诉，会遭到来自（上级）法官的强烈反对，因为这有将血罪转移到上级法官头上的危险。这是“禁止双重危险”的神学起源——只不过原本是法官的危险，后来转变成了被告人的危险。但是，历史的奇幻之处在于，死罪案件中强加给陪审团的作出“笼统判决”的义务以及无罪判决上诉制度的缺失这两个将血罪之灾牢牢地绑缚在陪审团身上、使之成为不折不扣的替罪羔羊的东西，在政治性案件中却神奇地幻化为陪审团避免另一个地狱之灾——“良心之罪”的工具。<sup>3</sup>

基督教神学上的“良心”原则对于西方宪政和刑事诉讼的发展而言，与“血罪观念”同样重要。良心是上帝对人的命令，任何人不得违背，因此违背良心等

---

<sup>1</sup> 参见佘化强：《形式与神韵——基督教良心与宪政、刑事诉讼》，上海三联书店 2012 年版，第二章第三节。

<sup>2</sup> 同上书，第五章。

<sup>3</sup> 同上书，第六章。

于违背上帝，无论情节多么轻微，都是罪孽。但是对于尘世中人而言，什么是“正确的良心”，良心不确定时如何行事经常会成为问题。决疑法就是一种用以解决基督徒在“良心疑惑”时如何行动从而避免上帝惩罚的神学方法论。罗马天主教解决“良心疑惑”的途径是求助于教会、教皇、神父、法学家等“智者、权威”。在死刑审判中，在“良心有疑问”时，求助于上级权威，形成“死刑自动上诉制度”，将血罪推却给最高法院，形成了不区分事实问题与法律问题的重审型上诉。英国清教决疑法则是回归原教旨主义，认为“个人良心=圣灵”，“良心”是上帝派驻在“人心中的小鸟”、“驻在人心中之神”，是上帝种植在人心中接受上帝命令的“接收器”，所以违背个人良心就等于违背上帝。因此，在“良心疑惑”时，英国清教鼓励人们诉诸个人的良心。当国王违背上帝法律进行统治时，当法律内容违背每个个体的良心时，是服从自己的良心、服从上帝，还是服从世俗权威？是选择永世的地狱之灾，还是选择现世的惩罚？当国王从上帝在尘世的代理人沦为专制者时，基督徒应当服从，还是应当抗拒？对于上述问题，清教决疑法有着与天主教决疑法截然不同的回答。正是基于对上述问题的回答，在死罪案件中被法官用来推却血罪之灾的陪审团，可以违背明显有罪的事实和证据，宣布被告人无罪。这是陪审团“废止权”（Nullification）的神学渊源。政治性案件中的陪审团就此完成了“华丽转身”，从“血罪”承担者化身为捍卫公民自由的堡垒。同时，个人基于良心义务反对专制、反对不正义世俗法律的义务也为日后美国的司法审查（违宪审查）制度埋下了伏笔。<sup>4</sup>

《形式与神韵——基督教良心与宪政、刑事诉讼》以清晰的脉络、广征博引的文献和张力十足的语言为读者挖掘出关于基督教和西方宪政、刑事诉讼的一个又一个惊人的秘密。然而，更令人惊叹的是，博大精深的西方宪政和刑事诉讼理论体系，其演进的基础竟然系于在上帝面前无比卑微的尘世司法个体的“避祸”本能和“良心”发现！

巧合的是，中国古代也有“刑官无后”的说法。这一点也是化强在其书末章评论中国历史刑事司法文化时所忽略和误读之处，因此有必要进一步指出。据清周梦颜《安士全书》记载，“明季时高邮州徐某，历官至郡守，清介执法，每差役违限一日，笞五板。有隶违六日，欲责三十。乞贷不可，竟死杖下。其子幼，

---

<sup>4</sup> 同上书，第六章。

闻之惊悸死；其妻惨痛，亦自经。徐解任归，止一子，甚钟爱。忽病，语其父曰：‘有人追我’。顷之，詈曰：‘有何大罪？杀我三口！’言讫而死，徐竟无后。”<sup>5</sup>因此正人君子一般都将作刑官视为畏途，若“不幸而职司其事，便当刻刻小心，临深履薄。恍若天地鬼神，嗔目而视我；罪人之父母妻子，呼号而望我。”<sup>5</sup>可惜到了今世，对鬼神之敬畏几近于无，来世的惩罚已经不再具有足够的威慑力，唯一尚存的是现世的惩戒，以及具体而微的考评标准。然而，一旦案件的处理与司法人员的个人利益相捆绑，司法个体的“良心”同时也就被绑架，就难以避免古人挞伐的“各官但顾自己之功名，不顾他人之性命，宁从重拟，而自安之道，在人之死”（《唐书·决狱平恕》）的现象。在中国，冤案非“亡者归来”或“真凶出现”不能纠正，甚至“真凶出现”也未必能启动再审，这何尝不是司法者的“良心”被现实利益绑架的结果！除此之外，为了转移和分化风险，司法个体不惜双手奉出原本属于自己份内的证据判断权，甘愿接受来自于上级（最高）法院的证明力评判方面的指导。同时，为了最大限度地避免自己的事实判断遭到上级法院的否定，下级的司法个体不得不将自己对证据的判断外化为可供上级法院核查的形式化记录。如果没有被告人的供认将间接证据相串连，司法人员决计不敢轻易依间接证据下判，即使将这些间接证据串连起来的可能是基本的生活常识。因此，在某种程度上，中国的证据制度仍没有完全摆脱“法定证据制度”的印记。由此所造成的一个恶果是，心证缺乏外在化印证素材的司法人员为了定案，必须回过头来再来求诸被告人的口供，如此一来，非法取证势不可免，刑讯逼供永无平息之日。所以，在当下的中国，如何用“理性”之钥打开“法定证据”之锁、归还司法人员在证据评判方面的自由，同时，如何点亮司法人员内心深处的“良心”之烛、强化个体自律，这实在是一个政策制定者需要认真考究的大题目。

对个体而言需要正确引导的“避祸”本能，在制度设计上却可能成为决定诉讼制度之成败的“命门”。中国虽然没有基督教文化浸润中形成的“血罪”观念，但死刑后果严重，一旦犯错，不可逆转，无论是对被告人个体，还是对司法公信力而言，都影响巨大。但正如罗尔斯所言，刑事审判属于“不完善的正义”，无论程序怎么设计，实际上都难以确保总是得出正确的结论，<sup>6</sup>所以即便是死刑判决，出错也是人力难以完全避免的。合理的制度设计，一方面要提高事实发现能

<sup>5</sup> 周梦颜：《安士全书》之“昔于公治狱，大兴驷马之门”。

<sup>6</sup> 参见罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 81 页。

力，最大限度地保证准确认定案件事实；另一方面也要合理分化和转移错判的风险。在中世纪，为了转嫁死刑、流血刑案件中法官的“血罪之灾”，欧洲大陆选择了证人，“以证人代替法官，以证人证言代替法官”，并设计出判决自动得出的“倒置司法模式”；英格兰则选择了陪审团，区分事实问题与法律问题，由陪审团和法官分别裁决，从而分摊血罪责任。可惜的是，在西方被用来分摊和转移风险的证人制度和陪审制度，在中国都没有受到应有的重视，因而也没有发挥应有的作用。证人出庭率一直徘徊在 5%以下的水平，陪审员的产生、遴选方式以及法庭配比导致“陪而不审”现象十分突出，因而在现阶段，无论是证人制度还是陪审制度都难以承担起转移和分担风险的重任。而且，中国死刑案件中特殊的审级结构和“全面审查”原则导致风险被层层传递给了最高法院。对于死刑案件，我国在普通的两个审级之外，还设置一个自动启动的强制性的死刑复核程序，由最高的中央审判机关统一对死刑的适用进行审核。在审理范围方面，二审实行“全面审查”，可以对第一审判决认定的事实、适用法律甚至量刑进行全面、综合地审查，不受上诉范围的限制。死刑复核程序的审查范围刑事诉讼法并没有明确规定，但根据最高人民法院有关司法解释，其审查范围范围涵盖了案件事实、证据、情节、法律适用、诉讼程序等可能影响死刑适用的方方面面。<sup>7</sup>这意味着二审法院或者死刑复核法院可以在事实认定、法律适用或者刑罚量定中的任何一个方面否定前一个审级的判决，因此，审级越高，权威越大，最后集中于最高法院。这在某种程度上也意味着将矛盾集中到了最高法院，集中到了北京。在这种情况下，“重心越高，稳定性越差”的物理学定律就可能演变成司法制度的“魔咒”。各国设计审级制度的出发点之一是将社会矛盾分散化处理，增加社会不满的吸纳点和吸纳能力，尽量避免将大量社会矛盾引向中央政府。但是，由于我国死刑案件中特殊的审级构造，特别是由于第一审程序、二审程序和死刑复核程序的功能没有合理的分化和定位，统统实行不区分事实问题和法律问题的综合审查，导致最高法院在死刑案件中成为矛盾的聚集点，令中央司法机关直面大量的社会矛盾，一旦处理不慎，容易引发政治风险。因此，对于死刑案件，我们有必

---

<sup>7</sup> 《最高人民法院〈关于适用中华人民共和国〉的解释》第 348 条规定：“复核死刑、死刑缓期执行案件，应当全面审查以下内容：（一）被告人的年龄，被告人有无刑事责任能力、是否系怀孕的妇女；（二）原判认定的事实是否清楚，证据是否确实、充分；（三）犯罪情节、后果及危害程度；（四）原判适用法律是否正确，是否必须判处死刑，是否必须立即执行；（五）有无法定、酌定从重、从轻或者减轻处罚的情节；（六）诉讼程序是否合法；（七）应当审查的其他情况。”

要改变目前“头重脚轻”的格局，对第一审程序、第二审程序以及死刑复核程序的功能进行重新定位，并使之合理分化。淡化第二审程序、死刑复核程序的事实审色彩，突出第一审程序在事实认定方面的权威地位，这样死刑程序控制体系的重心必然下移。同时，采取措施提高第一审程序中证人出庭率，改革和完善陪审制度，使陪审员真正成为社会的发声器，而不是法院的应声虫。这既有利于增强事实发现的能力，也有利于分化和转移风险，提高司法公信力。

当然，《形式与神韵——基督教良心与宪政、刑事诉讼》一书给我们的启示远不止这些。作者在史料梳理的过程中随处可见的思想之花照亮了原本干燥晦暗的宗教文献，使一个宗教大门之外的凡夫俗子也能够循着作者的思路走入基督教的神秘世界，然后再沿着书中铺就的思想路径走出来，回归于尘世，再以全新的眼光重新审视我们的司法制度，完成一个奇幻的思想旅程。在某种意义上，《形式与神韵——基督教良心与宪政、刑事诉讼》是一部奇异之书，无论是专注于刑事诉讼、证据法，还是对宪政、比较法抱有感兴趣的读者都能寻找到心灵的共振，这大概是因为埋头于现世的人们总是需要一些彼岸灯火的指引。