



十字架上的正义

施鹏鹏◎著



中国民主法制出版社

近日，施鹏鹏博士将其随笔集《十字架上的正义》发送给我，并希望能为之作序。作为本书面世之前的读者，粗略看过这位学术新秀的新作，我欣然应允把自己的感受与印象写出来，作为一个短序。在学术氛围仍稍显浮躁的今天，我也希望借这个机会，能与年轻学者们交流一下思想和观点。

我们正处在迈向法治与文明的时代。在这个时代背景下，司法文明颇受关注。司法文明是法治文明和政治文明的核心标志，刑事诉讼文明则又构成了司法文明的核心。作为从事刑事诉讼和司法研究的学者，作者这部《十字架上的正义》史论结合、述论结合，深刻地揭示出了司法文明的丰富底蕴与要素。可以说，这是本著的价值所在。

望文生义，《十字架上的正义》好像是“宗教与诉讼”的故事，其实，作者并未将主题限制于宗教与诉讼，而是涉及刑事诉讼与诸多学科的交叉，包括文学与诉讼、历史与诉讼、艺术与诉讼、故事与诉讼等。作品涉猎范围较广，内容也颇有新意，大体而论具有如下四个特点：

第一，跨学科方法的运用。我一直认为：“法哲学研究范式主要不是‘创造的’，而是‘正在发生的’；不是‘自评的’，而是‘他评的’；不是‘封闭的’，而是‘开放的’；没有‘惟一和绝对的范式’，只有‘不同和竞争的范式’。”因此，跨学科方法，也算是时下较为盛行的一种研究范式。它尝试将经济学、社会

学、历史学等方法综合运用以解决法律问题，以期突破传统法学研究中的一些局限性。《十字架上的正义》一书无疑在这一方面进行了可喜的尝试，对宗教与诉讼、社会与诉讼、游戏与诉讼、文学与诉讼等新颖的命题作了不同程度的窥探，也得出了一系列较为新颖的结论，令读者对刑事诉讼有着全新的理解。

第二，可读性较强。与传统的专业论著相比，随笔集的内容具有发散性、流动性，写作风格也不拘泥于既有范式。通观这部作品，作者的文风平和，但思路开阔，想象力又极为丰富，内容及文字均具有可读性。有些体裁（神话、寓言、小说、艺术等）貌似与司法诉讼相距甚远，作者却能娓娓道来，在诉讼“内”与“外”之间游刃有余，通过鲜活的故事，解构深奥的程序法理，这不能不说是匠心独具，也反映了作者较为扎实的专业功底以及超强的文字驾驭能力。

第三，思想性与趣味性并存。作品既提出了一些极为深邃的命题，如正义的意涵、整体性危机、游戏规则与社会秩序建构等，也融合了当下极为新潮有趣的素材，如《哈利·波特》《死亡笔记》等。在我看来，深刻的思想、趣味的体裁、猎奇的视角、精妙的隐喻等，可在很大程度上克服刑事诉讼原本枯燥生硬的缺憾，使读者在愉悦的心情中感受思想的魅力。

第四，饱含学者及师者的热情。《十字架上的正义》还收录了作者的大学演讲以及自身的求学经历。字里行间，我看到了一位激情四射的青年学者与法学教师。当下，中国高等教育以及学术环境并不尽如人意，我们更需要一批才华横溢的年轻人奋斗在教学与科研的第一线，担当起为法治中国建设培养人才的重任。我也期待施鹏鹏博士能如他在书中所写，“以最理想的信念、最渊博的知识、最诚挚的态度”去对待学术与学生。

当然，书中也存在一定的缺陷，例如作者对许多宗教、文学及历史命题进行的过度的解读可能冲淡思想的链条，有些命题的关联性略显牵强。此外，作为刑事诉讼领域的研究人员，作者对时下发生的许多热点案件及社会事件关注不足，这不能不说也是一大缺憾。当然，作为年轻的学者，我非常期待施鹏鹏博士能保持时下的心境和激情，继续创作出高水平的作品，用思想改变社会，为中国社会主义法治事业的建构贡献力量。

是为序。

张文显

2014年3月28日

目 录

Contents

第一辑 神话与诉讼

十字架上的正义	/003
魔法、巫师与神谕裁判的兴起	/018
冥神抢亲与“调解型”刑事诉讼	/022
法官之魂：朱庇特、赫耳墨斯抑或赫拉克勒斯？	/026
“死亡笔记”与可感知的正义	/030

第二辑 文学、艺术与诉讼

寓言中的诉讼（三篇）	/035
乔峰的“原罪”与“本罪” ——谈刑、民证明的差异	/046
剧与诉的随想	/050
正义之舞	/054
福尔摩斯与柯南：刑事诉讼中的国家与个人	/058
游戏与诉讼	/061
刑事诉讼与法国文化 ——《5 法郎》的故事	/065
程序正义与怨念	/069

第三辑 历史与诉讼

圣殿骑士的死亡密码	/075
人民改变历史：美国陪审团审判中的自然正义	/078
淮南为橘，淮北为枳？ ——英国陪审制在殖民地缘何命运多舛	/082
法律人的爱情之辩：波塔利斯 VS 米拉波	/087
“奥玛杀了我”	/091
欲加之罪，其无辞乎 ——评卡拉案	/097
塞勒姆女巫审判案中的程序与正义	/101
刺破“悬案”面纱的程序利刃	/105

第四辑 故事与诉讼

扑克牌中的法律故事（四篇）	/111
刑辩律师的三个“故事”	/123

第五辑 制度法理

强化监督实现刑事立案规范化	/129
缺乏刚性，刑事程序难免失灵	/132
走向刑事宪法	/136
刑讯逼供的证明与非法证据排除	/140

何种程序，如何救济？	
——评违法所得的没收程序	/144
虚拟的法院，虚构的正义？	/147
法官权力之源与品格之治	/151

第六辑 学术争鸣

超越东西方的“真”	/157
“职权主义”的认识误区与正当之辨	/161
检察权四论	/175
异哉所谓“有朝一日倒过来”者	
——与贺卫方教授商榷	/188
误读的名言与误解的制度	
——“法官仅是法律的代言人”吗？	/198
刑事调解抑或刑事和解	
——与罗结珍教授商榷	/202
参审制研究的三个错误判断	/208

第七辑 法学教育

法国法学教育三题	/223
给法学留点想象的空间	
——回应某一同事的教学批评	/232
理想很难，但值得我们一辈子追求	
——2009年西南政法大学法学院新生入学 典礼作为教师代表的讲话	/235

我们相互见证成长	
——致 2007 级法学院本科班同学	/238
让激情点燃梦想	
——致 2008 级法学院本科班同学	/241
智慧的断点	
——致 2010 级法学院本科班同学	/244
十字路口	
——致 2011 级实验班学术方向的同学	/248
那曾是也将是一段最美好的缘分	
——谨以家人的名义	/252
取舍	
——致毕业班的学生	/256

第八辑 治学人生

学问于山水之间	/261
埃克斯往事	/266

后 记	/289
-----	------

第一辑
——
神话与诉讼

十字架上的正义

人类，始于一场审判。

上帝造人后，亚当和夏娃在伊甸乐园中幸福地生活，从事着上帝分配的工作。但在蛇的诱惑下，亚当和夏娃违背上帝的旨意，偷食智慧的禁果，犯下了必须世代救赎的原罪。全知全能的上帝并没有直接利用神威认定犯罪事实并科处严厉刑罚，而以讯问方式获得证据以作为罪行认定的依据。《圣经》写道：“天起了凉风，耶和华在园中行走。那人和他妻子听见耶和华的声音，就藏在园里的树木中，躲避耶和华的面。”耶和华先传唤亚当，对他说：“你在哪里？”亚当说：“我在园中听见你的声音，我就害怕，因为我赤身露体，我便藏了。”耶和华说：“谁告诉你赤身露体呢？莫非你吃了我吩咐你不可吃的那树上的果子吗？”亚当说：“你所赐给我、与我同居的女人，她把那树上的果子给我，我就吃了。”耶和华又传唤夏娃：“你做的是甚么事呢？”女人说：“那蛇引诱我，我就吃了。”自此，上帝方科以处罚：之于夏娃，“我必多多加增你怀孕的苦楚，你生产儿女必多受苦楚。你必恋慕你丈夫，你丈夫必管辖你”；之于亚当，“你既听从妻子的话，吃了我所吩咐你不可吃的那树上的果子，地必为你的缘故受咒诅。你

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



必终身劳苦，才能从地里得吃的。地必给你长出荆棘和蒺藜来，你也要吃田间的菜蔬。你必汗流满面才得糊口，直到你归了土，因为你是从土而出的。你本是尘土，仍要归于尘土”。（《创世记》3：8—19）

在上帝眼中，臣民的一言一行皆在掌控之中。传统的注释法学派曾论及，全知全能的上帝无须为凡尘琐事走下圣殿，因此，《圣经》的故事旨在告诫法官勿以自我认知进行定罪裁判，而应立足法定的证据，以形成罪责的心证。“依法定证据裁判”便作为上帝的一种摹仿形象（Imitatio Dei），赋予理性的人类，成为裁判者的道德义务。这在《圣经》的诸多章节中均有表述。该隐与他兄弟亚伯说话，二人正在田间，该隐起来打他兄弟亚伯，把他杀了。耶和華讯问该隐，“你兄弟亚伯在哪里？”该隐辩称，“我不知道！我岂是看守我兄弟的吗？”耶和華随即援引杀人证据，“你兄弟的血有声音从地里向我哀告”，该隐方坦诚供认罪行（《创世记》4：8—10）。人类要建造一座城和一座塔，塔顶通天，“为要传扬我们的名，免得我们分散在全地上”，上帝便决定在采取惩罚行为之前到人间去，“要看看世人所建造的城和塔”（《创世记》11：4—5），这是法律史上第一次现场勘验调查。“所多玛和蛾摩拉的罪恶甚重”，声闻于上帝。上帝云，“我现在要下去，察看他们所行的，果然尽像那达到我耳中的声音一样吗？若不是不然，我也必知道”。（《创世记》18：20—21）

《圣经》对证据形式也作了颇为详尽的规定。例如宣誓，“人若将驴，或牛，或羊，或别的牲畜，交付邻舍看守，牲畜或死，或受伤，或被赶去，无人看见。那看守的人，要凭着耶和華起誓。手里未曾拿邻舍的物，本主就要罢休，看守的人不必赔还。”（《出埃及记》22：10—11）例如实物证据，“牲畜若从看守的那

里被偷去，他就要赔还本主；若被野兽撕碎，看守的要带来当作证据，所撕的不必赔还。”（《出埃及记》22：12—13）例如证人证言，“若有人听见发誓的声音，他本是见证，却不把所看见的、所知道的说出来，这就是罪；他要担当他的罪孽”（《利未记》5：1）；“要凭两三个人的口作见证，将那当死的人治死；不可凭一个人的口作见证将他治死”（死刑案件，《申命记》17：6），“人无论犯甚么罪，作甚么恶，不可凭一个人的口作见证，总要凭两三个人的口作见证才可定案”（其他案件，《申命记》19：15）。

二

宗教与法律在西方学界一直颇受关注，伯尔曼的大作《法律与宗教》便曾深刻论及两者之间的紧密关系。

“法律不只是一整套规则，它是人们进行立法、裁判、执法和谈判的活动。它是分配权利与义务并据以解决纷争、创造合作关系的活生生的程序。宗教也不只是一套信条和仪式；它是人们表明对终极意义和生活目的的一种集体关切——它是一种对于超验价值的共同直觉与献身。法律有助于为社会提供维持其内部团结所需要的结构和完型；法律以无政府状态为敌。宗教则有助于给予社会它面对未来所需要的信仰；宗教向颓废开战”，“因此，我们对于正式的宗教和法律的幻灭就是一种征兆，它意味着我们从根本上丧失了对于基本的宗教价值和法律价值的信任，意味着对使生活变得有意义的超验实体的信仰和委身意识逐渐消失，以及，对于带来社会秩序与社会正义的任何一种结构和程序的信赖和归属感的式微。对于过去维系着我们的那些价值实体的怀疑令我们痛苦不安，我们开始面对毁灭的前景”。是以，伯尔曼疾呼，“法律必须被信仰，否则它将形同虚设。”

但《圣经》与刑事诉讼之间的关系绝非仅仅是某种神学意义上的观念传承，或者是类似程序规则的攀附解释，而具有更为直接的渊源纽带，甚至是技术嫁接。司法宣誓（le serment judiciaire）与神意裁判（l'ordalie）便是古代刑事诉讼最常见的两种借助神力的纠纷解决模式。

司法宣誓主要表现为一方当事人以庄重的语言表明其对某一争讼事由的有利论据，且将此一论据与某种超自然的权力联系。法官在听取其宣誓后便作出有利于该当事人的判决，因为如果撒谎，宣誓者将因违背誓言而受到神的惩罚。司法宣誓的根本依据便在于对上帝的信仰。涂尔干写道，“不管宗教生活以什么样的形式出现，它的目的都是为了把人提升起来，使他超越自身，过一种高于仅凭一己之利而放任自流的生活：信仰在表现中表达了这种生活，而仪式则组织了这种生活，使之按部就班地运行。”而基督徒对上帝的信仰则通过皈依予以实现。教徒们通过宗教仪式与上帝在神圣的天国相遇，实现与神的亲密接触。在这种“亲密的接触之中，也即是置自己于真实的和有意义的生存之中”。故在与上帝的相遇之中，教徒们是虔诚和畏惧的，没有任何保留地去向上帝敞开自己的心灵世界。宗教信仰的力量成为人类社会最初进行案件裁判的重要屏障。

神意裁判则更为直接，由裁判者诉诸神灵以确定被指控者是否受到神的庇护或惩罚。霍贝尔在《初民的法律》一书中便论及，“在初民的法律中，通过占卜、赌咒、立誓和神判等方式求助于超自然来确定案件真实是非常普遍的。”比较常见的神意裁判包括水审、火审、毒审、吞食审以及决斗审等。例如，在古法兰克时代，裁判者会要求嫌犯在祷告后，迅速吃掉一盎司的面包或奶酪，如果能顺利咽下，就会被判无罪。古巴比伦的《汉穆拉

比法典》则以成文形式规定了裁判“巫蛊之罪”的水审法：将涉案被告投入河中，如果未被溺死，则无罪，告发者应处死刑，其房屋归被告所有；反之，则被告有罪，房屋归告发者所有。《民数记》（5：12—31）还专门记载了古以色列人以苦水试验妻子贞操的记载：

耶和华对摩西说：“你晓谕以色列人说：‘人的妻若有邪行，得罪她丈夫，有人与她行淫，事情严密瞒过她丈夫，而且她被玷污，没有作见证的人，当她行淫的时候也没有被捉住，她丈夫生了疑恨的心，疑恨她，她是被玷污；或是她丈夫生了疑恨的心，疑恨她，她并没有被玷污。这人就要将妻送到祭司那里，又为她带着大麦面伊法十分之一作供物，不可浇上油，也不可加上乳香，因为这是疑恨的素祭，是思念的素祭，使人思念罪孽。祭司要使那妇人近前来，站在耶和华面前。祭司要把圣水盛在瓦器里，又从帐幕的地上取点尘土放在水中。祭司要叫那妇人蓬头散发，站在耶和华面前，把思念的素祭，就是疑恨的素祭，放在她手中。祭司手里拿着致咒诅的苦水，要叫妇人起誓，对她说：若没有人与你行淫，也未曾背着丈夫做污秽的事，你就免受这致咒诅苦水的灾。你若背着丈夫，行了污秽的事，在你丈夫以外有人与你行淫，（祭司叫妇人发咒起誓），愿耶和华叫你大腿消瘦，肚腹发胀，使你在你民中被人咒诅，成了誓语。并且这致咒诅的水入你的肠中，要叫你的肚腹发胀，大腿消瘦。妇人要回答说：阿们！阿们！祭司要写这咒诅的话，将所写的字抹在苦水里，又叫妇人喝这致咒诅的苦水，这水要进入她里面变苦了。祭司要从妇人的手中取那疑恨的素祭，在耶和华面前

摇一摇，拿到坛前。又要从素祭中取出一把，作为这事的纪念，烧在坛上，然后叫妇人喝这水。叫她喝了以后，她若被玷污得罪了丈夫，这致咒诅的水必进入她里面变苦了，她的肚腹就要发胀，大腿就要消瘦，那妇人便要在地民中被人咒诅。若妇人没有被玷污，却是清洁的，就要免受这灾，且要怀孕。妻子背着丈夫行了污秽的事，或是人生了疑恨的心，疑恨她的妻，就有这疑恨的条例。那时他要叫妇人站在耶和華面前，祭司要在地身上照这条例而行，男人就为无罪，妇人必担当自己的罪孽。’”

从罗马帝国后期到 12 世纪，巫师开始假借上帝之名介入刑事裁判，谓之“神谕裁判”。神谕裁判始于弥撒，礼拜仪式为颂扬神之裁判者。之后则为以水驱魔，并告诫各方当事人：“耶稣基督的身体与鲜血今日用于考验”（Corpus hoc et sanguis domini nostri Jesu Christi sit tibi as probationem hodie）。此后，巫师则以神之名义听取各方当事人陈述，审查各类证据并作出裁断。“神谕裁判”赋予法官以上帝的权威，系欧洲司法独立的重要思想渊源。时下欧陆许多国家的法庭还普遍以“末日审判”或“耶稣受难记”作为法庭的背景图腾。

三

《圣经》本身也记载了一些典型个案的审判，并抽象出了若干影响力颇大的证据规则和诉讼法则。例如“两个见证人”规则。早期的犹太哲学家对“两个见证人”的规定不吝赞辞，“不应接受单个证人的证词，这是一项美好的规则。因为首先，单个证人可能在视听上出错，可能忽略或弄错某些事项，因为因一千

个理由而有一千个错误的想象；其次，以一个单独的证人指控一个或数个被告极度不公平：如果存在数名被告，则他们理应比单独的一个证人享有更高的信用；而如果仅存在一名被告，则证人在数量上并未超过被告，为何应信任证人，而不信任被告。……因此，如果双方均没有优势证据或不利证据时，优秀的法官会避免作出裁判。”（Philo JUDAEUS, De Specialibus Legibus IV 53-54）而这直接影响了中世纪法定证据制度对证人作证的规定，“两个典型证人的证言方可作为完全证据，而一个可靠证人的证言，则只能是半个完全的证据”。

《列王记上》（21：1—16）记载，耶斯列人拿伯在耶斯列有一个葡萄园，靠近撒马利亚王亚哈的宫。亚哈对拿伯说：“你将你的葡萄园给我作菜园，因为是靠近我的宫；我就把更好的葡萄园换给你，或是你要银子，我就按着价值给你。”拿伯对亚哈说：“我敬畏耶和华，万不敢将我先人留下的产业给你。”亚哈因耶斯列人拿伯说“我不敢将我先人留下的产业给你”，就闷闷不乐地回宫，躺在床上，转脸向内，也不吃饭。王后耶洗别来问他说：“你为甚么心里这样忧闷，不吃饭呢？”他回答说：“因我向耶斯列人拿伯说：‘你将你的葡萄园给我，我给你价银，或是你愿意，我就把别的葡萄园换给你。’他却说：‘我不将我的葡萄园给你。’”王后耶洗别对亚哈说：“你现在是治理以色列国不是？只管起来，心里畅畅快快地吃饭，我必将耶斯列人拿伯的葡萄园给你。”于是，耶洗别托亚哈的名写信，用王的印印上，送给那些与拿伯同城居住的长老贵胄。信上写着说：“你们当宣告禁食，叫拿伯坐在民间的高位上。又叫两个匪徒坐在拿伯对面，作见证告他说：‘你谤渎神和王了。’随后就把他拉出去用石头打死。”那些与拿伯同城居住的长老贵胄，得了耶洗别的信，就照信而行，

宣告禁食，叫拿伯坐在民间的高位上。有两个匪徒来，坐在拿伯的对面，当着众民作见证告他说：“拿伯谤渎神和王了！”众人就把他拉到城外，用石头打死。于是打发人去见耶洗别说：“拿伯被石头打死了。”耶洗别听见拿伯被石头打死，就对亚哈说：“你起来得耶斯列人拿伯不肯为价银给你的葡萄园吧！现在他已经死了。”亚哈听见拿伯死了，就起来，下去要得耶斯列人拿伯的葡萄园。

在此一案件中，我们不难发现“两个见证人”规则的局限性。在缺乏直接证据的印证下，“两个见证人”规则将可能导致串供，陷害无辜，因此，法官在证据审查与事实判断上应有更大的主动权及裁量权。《圣经次经》中的苏珊娜案则是法官应用询问技术破解证人串供的范例。

巴比伦约金之妻苏珊娜，美丽而虔诚，有两位士师非常贪恋苏珊娜的美色，商量好要寻找一个苏珊娜单独在家的机会，乘机霸占她，满足自己的淫欲。于是，他们随时窥视着苏珊娜。一天，这两位士师溜进苏珊娜的花园，在她洗澡时突然出现，提出求欢要求，并恐吓道：“要是你不答应，那我们就要控告你是荡妇，发誓说我们看见你把所有的女仆都打发走了，好跟一个年轻男子幽会。”苏珊娜拒绝了。她被当众指控为通奸，并被判处死刑。上帝听到苏珊娜的祷告，便启迪一个名叫但以理的青年。但以理要求将两个士师分开，并进行单独讯问。但以理问第一个士师：“请你告诉我，他们在什么树下幽会？”“在一棵乳香树下面！”然后，但以理又问第二个士师同样的问题，而回答则是：“在一棵大橡树下面！”真相由此大白。根据摩西律法，谁作伪证，谁就将受到被诬陷的无辜者已经或可能受到的同样的惩罚（诬告反坐），这样，两个士师将不得不面对被处死的下场。这时，所有在场的人开始一齐赞美主。因篇幅所限，关于此案，龙

宗智教授在随笔集《上帝怎样审判》一书中未作过多论证便感性地认为，“这在证据学上使用了‘矛盾法则’，即以不同的证人在关键情节上的相互矛盾来戳穿其谎言”，由此引发了相当的争议（比较有代表意义的如陈林林：《上帝怎样审判——旁白刑事诉讼维度中的上帝和〈圣经〉》）。

其实，犹太教法律便依《圣经》的启示对“两个见证人”规则及法官的单独询问制度作了翔实的规定。首先，法官会警示证人，法院将对其进行单独的询问，作伪证将受到严厉的处罚。例如，在可能判处死刑的刑事案件中，法官作如下警示：

你应当明了，死刑案件与民事案件并不相同。在涉及财物的案件中，你们可以返还财产，罪行因此得以宽恕。但在死刑案件中，你将永远对他及后裔的血债负责……因此，上帝创设了亚当一人，以教育你：无论是谁，毁灭了一个生命，就视为毁灭了整个世界，而无论是谁，保全了一个生命，就视为保全了整个世界。为了人间能有安宁，任何人都不得对其他人说，我的父亲比你的父亲伟大……我以神的荣誉宣告：人可以以同一印章制造很多硬币，所有硬币都是相同的。但上帝以亚当为原型创造了每一个人，没有哪一个人与其他人是相同的。因此，每个人都应该说，因为我的缘故，世界才得以创造。你是否也应该自问，为什么要作证呢？你应该记得法律的规定，看到或听到某种事情却不作证的人应承担罪孽。你应该自问：为什么因这个人的血而产生罪行？当邪恶毁灭了现有的美好，你应该记得写下什么。

其次，法官将对证人进行单独的询问。12世纪的犹太法典编

纂者迈蒙尼德（Maimonides）认为，“法庭的任务便是广泛地询问证人并调查其证言的准确性。如果存有错误，就回到先前的问题，直至其停止作证或改变证词。”犹太法规定了三种询问证人的类型，分别是 Hakirah、Derishah 和 Bedikah。Hakirah 指询问案件发生的时间和地点。这是询问所有证人时首要且必须的问题。证人回答的准确与否系未来承担伪证罪的依据。Derishah 则主要包括如下一系列问题：谁做的？他做了什么？他如何做到？做之前是否被警告？Bedikah 则是附带事件的询问，主要用于印证证言的真实性。如果两个证人在 Hakirah 和 Derishah 的供述中不一致或存有矛盾，则视为案件存疑，作有利于被告的判决。

最后，迈蒙尼德还列出了十类没有作证资格的人，即妇女、奴隶、未成年人、疯子、聋人、盲人、恶人、品格卑鄙的人、亲属以及诉讼当事人。

当然，《圣经》并非严格意义上的法典，故里面也存在一些未遵守“两个证人”规则的案件，例如亚干案（《约书亚记》7：19—26）。约书亚对亚干说：“我儿，我劝你将荣耀归给耶和华以色列的神，在他面前认罪，将你所做的事告诉我，不要向我隐瞒。”亚干回答约书亚说：“我实在得罪了耶和华以色列的神。我所做的事如此如此：我在所夺的财物中，看见一件美好的示拿衣服、二百舍客勒银子、一条金子重五十舍客勒，我就贪爱这些物件，便拿去了。现今藏在我帐棚内的地里，银子在衣服底下。”约书亚就打发人跑到亚干的帐棚里。那件衣服果然藏在他帐棚内，银子在底下。于是，以色列众人用石头打死亚干。此一案件便仅用了被告的口供，扫罗案亦是如此（《撒母耳记上》31：3—4 以及《撒母耳记下》1：14）。扫罗被弓箭手追上，射伤甚重，就吩咐拿他兵器的人说：“你拔出刀来将我刺死，免得那些未受割礼的

人来刺我、凌辱我。”但拿兵器的人很惧怕，不肯刺他，扫罗就自己伏在刀上死了。后来大卫问报信的少年人，“你是哪里的人？”他说：“我是亚玛力客人的儿子。”大卫叫了一个少年人来，说：“你去杀他吧！”大卫对他说：“你流人血的罪归到自己的头上，因为你亲口作见证说：‘我杀了耶和华的受膏者。’”少年人就把他杀了。这个案件也仅有被告的口供，且是个错案。因为扫罗系自杀身亡，而非报信使者所杀。

四

基督教是不宽容的。“在基督徒看来，所有异教徒都是亟待拯救的迷途羔羊，如果不可救药，中世纪的教会就会毫不犹豫地动用火与剑。”故宣扬《圣经》中的诉讼文化，极易令人联想到欧洲中世纪令人生畏的宗教裁判所。一个必然的追问是：如此残酷镇压异教徒的诉讼，还值得为之歌功颂德吗？

这其实是对《圣经》和宗教裁判程序的误解。宗教裁判并非依《圣经》设立的一套诉讼程序，而是源于罗马法三种不同类型的程序：起诉（*accusatio*）、告发（*denunciatio*）和裁判（*inquisitio*）。1184年，维罗纳会议将该程序作为惩戒异端的规范程序。1199年，教皇英诺森三世在教令中授权在基督教区运用这一程序，并在1215年的第四次拉特兰宗教会议上将其作为常设的教会刑事诉讼程序。此后，格列高利九世初步统一了宗教裁判所的诉讼程序，并在历史上首次建立中央审判法庭，即宗教裁判所。（伯曼：《宗教裁判所：异端之锤》）宗教裁判所设立之初，秉承正义与仁慈之宗旨，以拯救灵魂为最终目的。但随着教权与王权争斗的加剧，宗教裁判开始背离《圣经》所宣扬的正义理念，沦为确保教权在西欧道德与政治领域核心地位的“武器”。故《约

翰福音》(15:5—6)言,“我是葡萄树,你们是枝子;常在我里面的,我也常在他里面,这人就多结果子。因为离了我,你们就不能做甚么。人若不常在我里面,就像枝子丢在外面枯干,人拾起来,扔在火里烧了。”这是耶稣对信徒规劝的隐喻,却成为中世纪宗教裁判“火刑”的思想渊源,将众多异教徒送上火刑柱。2000年5月12日,教皇约翰·保罗二世专门发表了公开声明,对宗教裁判所所犯下的累累罪恶表示忏悔,“我们犯了错,我们祈求宽恕。”

不过从诉讼史的角度看,宗教裁判所并没有想象中的那般黑暗,对近代刑事诉讼的发展也曾作出了重大贡献。1998年,教皇约翰·保罗二世曾向来自世界各地的30位学者开放了神圣法庭的档案,研究结果表明,宗教裁判所很少适用酷刑和死刑,那些被送到西班牙宗教裁判所的人中大约仅有1%被执行了死刑。而宗教裁判所所奉行的职权探知、讯问策略、争点排除等方式在很大程度上促进了中世纪职权主义诉讼的发展。例如欺骗及劝告便是当时最常见的侦查方式。法官会在审讯过程中假装翻阅一堆资料,然后警告犯罪嫌疑人,根据证据显示他没有交代出实情;或是挑出其中一张纸阅读上面的内容以蒙骗、恐吓犯罪嫌疑人;或是委婉地告诉他一些异端分子或忏悔者已将他名字招出。宗教裁判所审判官还会命令狱卒佯装关心、同情来逐渐骗取嫌疑者的信任,然后力劝他们认错、忏悔。待时机成熟,审判官会前来宣称他已掌握了确切的证据,如果嫌疑者愿意认罪,并揭发究竟是谁使他走入歧途的,那么他即刻可以得到赦免。此外,宗教裁判所还会根据犯罪嫌疑人不同的性格特点来选用不同的讯问方式。如果犯罪嫌疑人是个重感情的人,宗教裁判所审判官会允许他的妻子及子女来探望他,希望能借

助他们的泪水与恳求之词来说服他，使之放弃异端信仰。如果犯罪嫌疑人是个极端固执的人，审判官则采取恩威并济的方法。将他从阴暗的地牢移送至明亮宽敞的房间，并奉上丰富的佳肴，如仍不改口则被再次送回地牢并加以体刑折磨，以此来使他在希望与绝望之间不断游离，从而慢慢削减他原本坚定的决心。（吴雯雯：《宗教裁判所的纠问式司法审判程序》）在当时科技条件严重受限、侦查水平普遍低下的中世纪，各种讯问技术的发展对有效打击犯罪、维护社会秩序客观上发挥着积极正面的作用，这为欧陆职权主义诉讼的发展提供了必要的灵感。

五

上帝，是初民与现代社会的精神维系，如同穿越时空的绳索，游离于虚幻和现实之间，却紧紧拴住了几千年来人类共同的精神寄托：它令人在黑暗中看到了光明，在绝望中看到了希望，在死亡的时候看到了来生。上帝也在终极意义上彰显了善与正义：神至上的权威、末日审判的威慑，这是对所有无辜者的保护、对所有作恶者的遏制。

尼采说：“上帝已死。”或许，在现代科技与生活方式下，超自然的信仰开始在人们心中消逝。人类的理性和认知已无需借助上帝的威严。从根本而论，人类创造上帝，不是上帝之伟岸，而是人类之渺小。但正如伯尔曼所言，“西方人正经历着一场整体性危机（integrity crisis）——一种许多男男女女在他们年满五十时便会经验到的那种危机。其时，他们极为严肃并且经常不安地自问，生活的意义何在，他们正去向何方。现在，我们不仅作为个人，而且以民族和以民族中各种群体的名义提出同样的问题。我们的全部文化似乎正面临一种精神崩溃的可能”，“这种业已近

之崩溃的一个主要征兆，便是法律信仰的严重丧失，并且这种法律信仰危机不仅局限于普通民众，立法者、执法者和司法者亦如此。宗教信仰也开始丧失了神圣的膜拜、遵从以及获得心灵慰藉的功能”。究其原因，伯尔曼认为，“如何解释我们对法律和宗教信仰之幻灭？自然，其间有很多种原因。而其中之一，我相信，便是法律与宗教的截然分离。这又部分是因为，我们未能恰如其分地认识正式的法律和宗教制度与基本法律价值和宗教价值的关联。我们关于这些问题的想法狭隘而且僵化，对此，法学院和神学院都有责任。”

法国著名的法史学家罗伯特·雅克伯在论及欧洲裁判权形成时写道：“欧洲中世纪后期刑事诉讼的转变与其说是对神的‘驱逐’，毋宁说是对神的‘重构’……甚至可以说，裁判权源自于诸神的力量，系神与世俗的交汇。”法官在裁判时，《马太福音》（7：2）的告诫响彻耳畔，“你们怎样论断人，也必怎样被论断；你们用甚么量器量给人，也必用甚么量器量给你们。”“末日审判”或“耶稣受难日”的图腾几乎系欧洲12世纪至15世纪法庭的代表性装潢。法官在耶稣的注视下作出裁判，象征着“人”借由“神”的力量明辨是非、扬善惩恶。从这个意义上讲，法官也具有康特洛维茨（Ernst Kantorowicz）笔下的两个身体（two bodies）：一个是神，一个是人。雅克伯甚至认为，“时下欧洲不遗余力地向世界推销他们的法治国理念、法律管制的作用，但欧洲人应意识到，此一理论并非近代理性革命的产物，而根源于深远的历史传统……没有西欧神学传统的国家，不可能形成由神至人的法治观念模式。”

正义是什么？“全能的上帝”“永在的父”“和平的君”。“耶和华啊，你的慈爱上及诸天；你的信实达到穹苍。你的公义好像

高山，你的判断如同深渊。”（《诗篇》36：5—6）当耶稣被钉于十字架上时，他为人类的罪孽进行了救赎。“神设立耶稣作挽回祭，是凭着耶稣的血，借着人的信，要显明神的义。因为他用忍耐的心，宽容人先时所犯的罪，好在今时显明他的义，使人知道他自己为义，也称信耶稣的人为义。”（《罗马书》3：25）十字架由此成了上帝对信仰者的召唤，成为基督正义的源泉。“惟愿公平如大水滚滚，使公义如江河滔滔！”（《阿摩司书》5：24）

于是，上帝说：

等到圣灵从上浇灌我们，旷野就变为肥田，肥田看如树林。

那时，公平要居在旷野，公义要居在肥田。

公义的果效，必是平安；公义的效验，必是平稳，直到永远。（《以赛亚书》32：15—17）

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



魔法、巫师与神谕裁判的兴起

魔法，系人类原始自然崇拜仪式化的一种重要形式。作为神秘学的重要分支，魔法向来系小说、电影等艺术形式的重要体裁。英国著名女作家罗琳的《哈利·波特》系列作品更是在全世界范围内掀起了狂热的魔法潮。一时间，各种魔法系列的影视体裁蜂拥而至、目不暇接，但在娱乐之余也不乏有一些深刻而有洞察力的评论。例如，某位颇具观察力的哈利·波特迷便细心地发现，霍格沃茨的四个“学院”原型其实是英国法律界著名的“四大律师学院”，而哈利·波特所在的“格莱芬多”学院便是颇负盛名的格雷律师学院。其实，艺术创作源自生活。摒弃某种臆想的成分，作为仪式化表演的魔法与诉讼在场景上自有诸多类似之处：例如，特殊的装饰与道具（魔法服与法袍、魔法杖与法锤等）以彰显地位的显赫与权力的高贵；深奥的魔法咒语与抽象的法律措辞以象征强有力的制裁机制（如黑魔法咒语中的“以神之名义”和法庭判决中的“以法律之名义”）等。但魔法与诉讼的联系显然不仅是某种场景化的“映象”（l'image），而且具有更深、更复杂的渊源，甚至可推及上千年前巫术时代的神谕裁判。

在古代人类社会，司法宣誓与神意裁判是最常见的两种纠纷解决模式。法史及法人类学的研究成果表明，此两种纠纷解决模式适用频率极高，且难以区分。通常而论，司法宣誓主要表现

为一方当事人以庄重的语言表明其对某一争讼事由的有利论据，且将此一论据与某种超自然的权力联系。法官在听取其宣誓后便作出有利于该当事人的判决，因为如果撒谎，宣誓者将因违背誓言而受到神的惩罚。而神意裁判亦遵循类似的规则，但它还设有神的考验，并以此甄别当事人是否受到神的庇护或惩罚。从表现形式看，不管是司法宣誓，还是神意裁判，均是超自然力量的仪式化程序。在很多情况下，这种力量的展现是相当直接的，如火烫、水淹、吞食毒药等。但显然，这类纠纷解决模式在探求案件真实上经常功能失灵，不利于化解族群矛盾。于是便有了《圣经·约伯记》的约伯之“困扰”。

约伯是一位虔诚的耶和華奴仆，忠心、公正、富有，但撒旦降临后一切均发生了改变。《圣经·约伯记》详细记载了穷困潦倒、疾病缠身的约伯与他朋友的对话。约伯无法理解，如果上帝公正全能、惩恶扬善，缘何不幸会降临于忠诚的耶和華奴仆。痛苦的约伯终究无法感受耶和華的恩典，并最终走向背叛的彼岸。约伯的“困扰”亦是长期触动希伯来人的一大命题：上帝如何让其臣民感受正义？

最后，耶和華现身了，彰显了权威，却回避了问题的核心：

是谁在用无知的语言释解我的旨意？我问你，我在立大地根基的时候，你在那里，你知道是谁制定大地的长宽，地基打在什么地方，基石是谁安放的？……你到过海的源头，走过深渊的底吗，死亡的门，曾向你打开吗？他的广大，你能明透吗？你要是知道，只管说吧！……你真想撤销我的判决吗？你怎能定神有罪，来显示自己是义人？你有神那样的臂膀，能象他那样发出雷声吗？……

在市民社会中，约伯的“困扰”始终挥之不去。于是，纯粹超验化的神意裁判逐渐淡出历史舞台。从罗马帝国后期到12世纪，巫师开始假借上帝之力，介入刑事裁判。一种新形式的“神谕裁判”应运而生。神谕裁判始于弥撒，礼拜仪式为颂扬神之裁判者。之后则为以水驱魔，并告诫各方当事人：“耶稣基督的身体与鲜血今日用于考验”（Corpus hoc et sanguis domini nostri Jesu Christi sit tibi as probationem hodie）。此后，巫师则以神之名义听取各方当事人陈述，审查各类证据并据此作出裁断。

神谕裁判系人类司法史上相当重要的一个发展阶段，为现代刑事司法制度带来了诸多核心特质。例如刑事司法之于行政权的独立。事实上，现代刑事诉讼在宗教与世俗分离时并未消除裁判中对“神力”的诉诸。故中世纪后期刑事程序的转变与其说是对神的“驱逐”，毋宁说是对神的“重构”。法官保留了对“神”之权力的生动记忆，这可在欧洲普遍以“末日审判”或“耶稣受难记”为法庭背景图腾中得以佐证。刑事法官在作出裁判的一刻超越凡尘，注入了神的力量，刑事司法权之于王权，如同神权之于世俗权，崇高而独立。这也是为何许多未经历欧洲“从神至人”诉讼发展阶段的国家，迄今难以确立刑事司法的真正独立的原因所在。神谕裁判亦是法官自由心证的雏形。巫师在诉讼中须听取各方当事人意见，对各类证据进行细致审查，以去粗取精、去伪存真，并最终形成证据链条。这类似于现代自由心证制度中的“裁判者通过直觉从证据裁量到责任伦理的过程”。当然，这种带有“主观”色彩的裁判方式相对于客观的“神意裁判”更易查明案件真相，也更易于维护族群稳定。

在《哈利·波特》中，女巫师米勒娃·麦格便是罗马神话中的智慧女神，亦即希腊女神雅典娜。她性格固执、刚正不阿，黑

发束成高髻，身着绿色长袍，法官形象跃然纸上。当然，这也许是作者灵感所至，也可能是笔者的过多解读，但巫师的神谕裁判在历史上却真真实实存在，并在某种意义上奠定了现代刑事诉讼的基石。

冥神抢亲与“调解型”刑事诉讼

在希腊神话中，冥王哈迪斯系众神之王宙斯之兄，四大创世神之一，掌管冥界，负责裁判死灵并给予惩罚。因源自黑暗冥府，哈迪斯性格深沉、冷峻，带着“令人窒息的死亡气息”，对世俗的爱情毫无兴趣。冰雪女神典伊曾为其放弃光明的世界，却遭到无情拒绝。但在一次巡视时，爱与美的女神阿芙洛狄忒对儿子小爱神厄洛斯说，“你的弓箭没有任何神或人能够抵抗，包括那个孤傲的哈迪斯。”于是厄洛斯向哈迪斯射出了金箭。如阿芙洛狄忒所言，冥王亦无法抵挡爱神的金箭，洒出了“圣花”——水仙。

德墨忒尔则是希腊神话中的大地和丰收女神，具有无边的法力，可使土地肥沃、五谷丰登，也可令田园荒芜、万物凋零；可使世人荣华富贵、富甲一方，也可令世人家徒四壁、一文不值。德墨忒尔有个非常美丽的女儿珀耳塞福涅，聪慧可爱，善解人意。一日，珀耳塞福涅和战争智慧女神雅典娜、月之女神阿尔忒弥斯在山谷中嬉闹，偶见冥王的“圣花”水仙，便伸手去摘。突然间，大地裂成两边，冲出一辆由四匹黑马拉着的大车，冥王哈迪斯戴着隐身盔甲，将吓得目瞪口呆的珀耳塞福涅一把抱上车，回到了地下，一切又恢复了原样。此后，在哈迪斯的胁迫下，珀耳塞福涅成为了冥后。

德墨忒尔失去女儿后非常悲伤，离开奥林匹斯到处疯狂寻找，但终无所获。这位愤怒的母亲终究将怒火发泄到无辜的居民身上。瞬间，大地万物荒芜、寸草不生。太阳神赫利俄斯念其亲情，便将珀耳塞福涅的下落告诉了德墨忒尔。

德墨忒尔怒气冲冲地找到哈迪斯，要求其归还女儿。但老谋深算的冥王早已让珀耳塞福涅吞下了冥界的一枚石榴果，令其无法回到人间。万般无奈的德墨忒尔恳求宙斯允许她到冥界陪伴女儿。但宙斯认为，德墨忒尔掌管土地农业，不能擅离职守，断然拒绝其请求。绝望的德墨忒尔从此不理世事，世俗人间自此大祸临头，“代表死亡的黑色慢慢取代了生命的绿色”。迫于压力，宙斯不得不与哈迪斯商议，答应德墨忒尔每年三个月可到冥界陪伴女儿。故在冬季的三个月里，大地不再产出。

在奥林匹斯，十二主神系希腊诸神中最核心的神祇，这些神祇以宙斯为中心。但宙斯虽贵为众神之王，却不能凡事一锤定音，须以维护神祇的统治秩序为己任。故当诸主神发生刑事纠纷时，宙斯只能以调解为主要方式，在尽快的时间内修复神之秩序，而极少判决定案。这便是刑事诉讼的调解模式。故从成因上看，调解模式源自于政治权力的虚化（宙斯权力的受限），进而影响诉讼目的从落实刑罚权转向修复社会关系。而在构造上，此一调解模式包含两个核心要素：其一，具有说服力的第三人（宙斯）；其二，相互妥协以达致某种双方可接受的解决方案（德墨忒尔每年三个月可到冥界陪伴女儿）。

在人类社会早期，调解型的刑事诉讼曾占据一席之地。我们可在人类学的研究中发现一些端倪。如非洲新几内亚卡宝库人（Kapauku）的诉讼。卡宝库人之间发生刑事纠纷后，原告便会大声指责被告所犯之罪行，被告亦会大声辩护。喧哗声将吸引众人