

对李庄案的初步看法——致友人的一封信

崔之元

LX:

你几次来函问到李庄案的“内情”和我的看法，迟复为歉。我虽在重庆挂职锻炼，但在经济部门工作，对重庆司法界了解也不多。近日认真看了网上公开的案情资料，形成了几点初步看法，写下来供你和关心此案的朋友们参考。

我先谈谈对李庄案“第二季”为何发生的理解，然后转到李庄案引发的三个深层问题，即（1）对抗式审判制下的律师职业道德标准问题；（2）不同法律体系“杂交”和辩诉交易问题；（3）“法律现实主义”及其继承者“批判法学”对“法律形式主义”的批判和法律与政治的关系问题。

目前，网上流行一种对李庄案“第二季”的看法：“对于律师李庄的‘伪证’提出的再次控告，很容易给人一种‘欲加之罪，何患无辞’的感觉”。¹ 但根据《财经杂志》记者徐凯网上发布的《李庄漏罪真相》，《时代周刊》记者邓全伦发表的《李庄刑期将满，漏罪追诉》，以及重庆市江北区人民检察院副检察长张菁对《中国新闻周刊》记者的访谈，我们可以简单勾勒出李庄案“第二季”的轮廓：

2011年3月28日，重庆市江北区公安局移送江北区检察院审查起诉李庄三项“漏罪”：一是龚刚模的表弟龚云飞2010年2月9日向江北区公安局举报的李庄代理龚刚模案中涉嫌合同诈骗；二是李庄在辽宁辽阳代理朱立岩涉黑案时引诱证人出具虚假书面证言；三是2008年在上海代理朱立岩前妻孟英“挪用资金案”时引诱证人徐丽军作伪证。江北区检察院审查后，去除了公安局起诉意见书中认定的“合同诈骗罪”，单以“辩护人妨碍作证罪”起诉，涉嫌犯罪事实仅保留上海一案。

上海一案的大致案情是：辽阳人朱立岩和孟英夫妇2001年在上海开设“金汤城沐浴有限公司”，很是红火，同乡徐丽军要求入股但未获明确同意。徐丽军给了孟英100万元人民币，孟英用其中50万元还了个人房贷。² 2006年，在徐丽军举报后，上海徐汇区检察院以挪用资金罪将孟英诉至上海徐汇区法院。法院判定孟英挪用资金罪成立，判处有期徒刑三年，缓期三年执行。但因“金汤城沐浴有限公司”9个股东的内部冲突和朱立岩在辽阳因涉黑入狱及朱孟离婚，徐丽军一直没有能拿回她给孟英的钱，也找不到孟英的律师李庄。当她在报纸上看到李庄在重庆代理龚刚模案中被指控“伪证”后，即于2010年1月16日，向重庆市江北区检察院举报李庄教唆她改变证言，将其在金汤城公司的投资款改称是给孟英的个人借款，以避免挪用公司资金的指控。

¹ 江平：“李庄案与法治进退”，一财网

² 详见徐凯《李庄漏罪真相》，<http://bbs1.people.com.cn/postDetail.do?id=108888024>：“... 据徐丽军等人的证言，她和丈夫王德伟一度想投资朱立岩弟弟的浴场未成。即想转而投“金汤城”。其时，朱立岩认为成为“金汤城”的股东，投资当以300万为最低标准，亦拒绝了徐丽军。2004年6月9日，徐丽军找到孟英，要求投资“金汤城”。次日，徐丽军以王德伟名义投了100万元。钱是由公司出纳王龙随王德伟去银行提的款，同去的还有孟英和周立新。双方口说为凭，没有签定任何协议。在2005年7月，孟英在徐汇公安的笔录中承认是投资款，因为当时徐丽军、王德伟是经辽阳市一个叫“铁映子”的人介绍来的。当时，如果王德伟、徐丽军在金汤城投资之后，他们就要给“铁映子”介绍费，因为徐丽军不想付这钱，让我同他们统一说法，就说这钱是借给我们金汤城的。孟英在后来的证词中称：她当时要求徐王的100万以借款形式先进来，曾在电话中答复，办理工商登记很复杂。此次提款办出两张本票，一张49.9万元，进入公司帐户；一张50万元，打入孟英的工商银行帐号，归还到期的房贷。”

不难理解,因为徐丽军的举报和重庆审理的李庄案第一季在性质上的密切关系,重庆市江北区检察院决定对李庄的所谓“漏罪”进行起诉。但是,在庭审过程中,李庄的辩护律师出示了徐丽军于2005年8月接受上海市某法律服务所两名法律工作者调查时陈述的录音资料。这个录音资料系从李庄家中的移动硬盘内提取。这个新证据提出了关键疑问:究竟是徐丽军自己主动改变了证言,还是李庄引诱、教唆她改变证言?江北区检察院副检察长张菁对《中国新闻周刊》记者说:“该案的疑点体现在,通过审查辩护人所举示的证据,显示证人徐丽军在2005年8月向上海市某法律服务所两名法律工作者陈述:她当初意图向金汤城公司投资100万元,但金汤城公司股东朱立岩以100万元投资金额太小而不同意。徐丽军就私下与孟英进行了商议。孟英向徐丽军表示,开业以后不会让徐丽军吃亏。后他人询问徐丽军,孟英是否向徐丽军出具字据,徐丽军自称‘又不是投资出什么条’。该证言,既与徐丽军2005年3月向孟英挪用资金案侦查人员所作证言证实100万元款项是投资款相矛盾,又与徐丽军2010年向重庆司法机关书面控告内容和六次接受重庆警方询问所陈述的100万元是投资款的证言相矛盾,从而导致认定李庄在2008年7月实施引诱、教唆徐丽军违背事实改变证言,构成辩护人妨害作证罪的事实存在疑点”。于是,2011年4月22日重庆市江北区人民检察院决定撤回对李庄的起诉。

你一定已经注意到网上对重庆检察机关为什么起诉而后又撤诉的很多“阴谋论”的解释。但我认为,“阴谋论”可能把简单的事情想复杂了。不妨设想,如果重庆江北区检察院收到徐丽军举报李庄“漏罪”后无所作为,那是正常的,符合“法治”精神的吗?而一旦庭审中发现李庄“漏罪”的事实认定存在疑点,检察院马上就决定撤诉,这不正是对法律和李庄合法权益的尊重吗?

你可能问:“检察院为什么在起诉时忽略了辩方律师在庭审时出示的证据?是不是公诉方太草率了”?我没有看到过案件卷宗,只能从逻辑上分析,认为有如下两种可能性:一是江北区公安局在调查时,受到上海徐汇区法院已经判定孟英挪用资金罪成立的影响,因而没有花更大力气去从其他渠道找到徐丽军对上海市某法律服务所两名法律工作者陈述的录音;二是因为该录音是辩方律师“从李庄家中的移动硬盘内提取”,而在开庭前辩方又没有向检方作“证据展示”,从而导致检方在庭上遭遇“证据惊讶”(或译“证据突袭”)。

我国的刑事诉讼法没有对控辩双方庭前证据展示的强制性规定。但辩方律师可以到法院抄写检方向法院提供的指控证据。这就可能造成控辩双方在信息上的不对称。而2002年修订的“美国联邦刑事诉讼规则”第16条³明确规定,控辩双方庭前证据展示应是对称的(reciprocal criminal discovery rule),如果“一方未在庭前向对方开示其将在法庭上出示的证据”,该证据可以被法庭禁止使用。⁴我并不确切知道李庄案第二季是否有庭前证据展示方面的问题,但毫无疑问,李庄案对我国今后法治发展的启发之一是:应该借鉴“美国联邦刑事诉讼规则”第16条。证据展示的对称性或双向性是美国最高法院1970年的“威廉姆斯诉佛罗里达州案”(Williams v. Florida)判决的重要成果,到20世纪90年代,美国多数州的证据展示规则都是双向的了。⁵

³ [Federal Rules of Criminal Procedure](http://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/Rule16.htm), <http://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/Rule16.htm>

⁴ 达马斯卡,“漂移的证据法”,中译本,中国政法大学出版社,2003年,第118页。

⁵ Mark A. Esqueda, “Michigan Strives to Balance the Adversarial Process and Seek the Truth with Its New Reciprocal Criminal Discovery Rule”, 74 U. Det. Mercy L. Rev. 3, 1997

“阴谋论”解释还忽略了重庆市市长黄奇帆在接受新加坡“联合早报”采访时给出的一个数据：“我们不光要求司法正义，也重视法制程序正义。举个数据来说，我们就从检察院起诉了 530 多个涉黑嫌疑犯，但最后法院判决的涉黑犯罪人员约 370 个。这意味有三分之一的人，经过辩护律师在法庭上的辩护后，没被当黑社会成员处理。这个过程代表了法院独立办案和律师在实质辩护的作用。”⁶我觉得这个数据很有说服力，它说明李庄案第二季中的检察院撤诉并不是那么特殊的唯一的事件，重庆打黑的整个司法过程是依正当程序进行的。

其实，在今日中国，检察院撤诉相当常见。有一个著名裸聊撤诉案是：“2005 年 9 月 15 日，36 岁的家庭主妇张立立(化名)在家中利用计算机通过 ADSL 拨号上网，以 E 话通的方式，用视频与多人共同进行裸聊时，被北京治安支队民警与分局科技信通处民警抓获。张对传播淫秽物品的违法事实供认不讳。很快，案件被移送到检察机关。此案最后以聚众淫乱罪提起公诉。案件起诉到法院以后，检察机关仍没有放弃探讨和研究，法院也认为很难定罪，检察院经过反复研究，于 2007 年 2 月撤回起诉”。⁷更有意思的是，根据曾在上海一个区检察院挂职锻炼的四川大学法学院教授万毅的研究，由于对检察院的绩效考核，我国检察院撤诉太多了：“由于长期以来我国检察机关将控制，降低法院‘无罪判决率’列为检察机关和检察官个人的绩效考核的重要指标，导致各级检察机关及办案检察官过分重视‘无罪判决率’，严防死守，甚至在案件并不符合撤回起诉条件的情况下强行撤诉”。⁸

最近，我买到南京市检察院公诉一处处长李爱君的“公诉中的博弈——我的公诉战争”一书。她是第二届全国十佳公诉人第二名。使我略感吃惊的不是她书中《与辩护人的博弈》一章，而是《与法官的博弈》那一章。⁹这也从另一侧面佐证了万毅教授的研究。无论如何，网上一些担心中国又退回到“公检法联合办案时代”的言论，可能是过虑了。

当然，这并不是说中国法治已经很完善，无需改进。拿很多人诟病的李庄案第一季一审中证人不出庭来说，就说明我国在保护证人出庭安全和经济补偿上还需要做大量立法工作。为改变我国出庭证人只有 5% 的状况，2008 年 3 月，最高人民法院确定山东东营中院，云南昆明中院，吉林延边中院，广东深圳中院，广东顺德法院，北京海淀法院，北京东城法院为试点法院。¹⁰虽然重庆市江北区法院不在试点内，李庄案第一季二审中所有检方证人还是全部出庭，接受辩方律师质证，被四川大学法学院龙宗智教授誉为“难能可贵”。¹¹

说到这里，我顺便提一下龙宗智教授对李庄案“第一季”的证据学研究。他认为，控方对李庄教唆伪证有两个指控：（1）教唆龚刚模说被刑讯逼供；（2）教唆龚刚模找人伪证龚刚模不是保利公司实际控制人。龙宗智教授认为，指控（1）存疑，不应成立，但指控（2）成立，构成伪证罪，¹²不过可以做“无罪化处理”。我这里不拟评价龙教授的结论。但无论如何，从他文章中可见，重庆江北法院不是如网上一些文章所说，仅仅靠指责李庄“对龚刚模眨眼教唆”定案。

下面我们转向对李庄案引发的三个深层问题的讨论：

⁶ <http://www.zaobao.com/special/face2face/pages1/face2face100627a.shtml>

⁷ 北京首例网上裸聊案撤诉：<http://www.sina.com.cn> 2007 年 04 月 16 日 01:38 华夏时报

⁸ 万毅，“实践中的刑事诉讼法 -- 隐形形式诉讼法研究”，中国检察出版社，2010 年，第 183 页。

⁹ 李爱君，“公诉中的博弈 -- 我的公诉战争”，中国检察出版社，2011 年，第 190-211 页。

¹⁰ 袁定波，“证人不出庭成常态，专家吁建保护制度和惩戒机制”，“法制日报”2008 年 11 月 22 日。

¹¹ 龙宗智，“李庄案法理研判 -- 主要从证据学的角度”，“法学”，2010 年第 2 期，第 6 页。

¹² 同上，第 12 页

1. 对抗式审判制下的律师职业道德标准问题

不论人们对李庄案第一季的判决看法如何分歧,恐怕没有人会否定李庄案第一季将引发对律师职业道德标准的深刻反思。在讨论李庄案第一季时,有人指出:“李庄案件引发的另一个问题是,律师能不能把有关的共犯的情况告诉自己受委托的被告人,让他在出庭时有所准备。对这个问题目前的法律是没有明确规定的,《刑事诉讼法》第38条是有辩护人不得帮助犯罪嫌疑人,被告人串供的规定,但《刑法》第306条却没有串供构成犯罪的规定”。¹³ 这里的潜台词是:只要不明确违法,律师就有权为委托人用一切手段服务。这个潜台词触及了律师职业道德标准的根本问题。

有趣的是,我国最近翻译出版了两本关于美国律师职业道德的书,其观点是针锋相对的。一本是蒙罗·弗里德曼的《律师职业道德的底线》,另一本是戴维·鲁本的《律师与正义》。弗里德曼论述的观点是:“一个辩护人,在履行其职责的时候,只认识一个人,就是其当事人。对辩护人而言,其最重要且唯一的职责就是使用一切方式挽救其当事人,为其谋利,并把危险和负担转移到其他人身上。在辩护人履行上述职责的时候,他必须无视其可能对其他人造成的惊慌,痛苦以及破坏”。¹⁴ 而戴维·鲁本恰恰认为蒙罗·弗里德曼的论点荒唐之极。他指出:“按照弗里德曼的说法,如果一个被起诉犯下强奸罪的被告辩称得到了受害人的同意,为其辩护的律师就应当设法交叉询问强奸受害人的性生活,以证明她在性生活方面是如此放纵以至于可以随便勾搭陌生人——即使他的当事人私下里已经告诉该律师,他确实强奸过受害人。”¹⁵

弗里德曼并不否定在戴维·鲁本描述的状况下律师为委托人“尽职辩护”(zealous advocacy)会给自身带来道德上的困扰。但他认为,如果律师考虑其他人(如受害人)的利益,而不是全心全意为委托人服务,将使英美的对抗式审判制失去意义,而“对抗制”审判从长期看是比欧洲大陆的“纠问制”审判更符合正义的要求的。我在下面第二个深层问题的讨论中要谈到“对抗制”和“纠问制”的利弊,这里我只想指出,即便在英国这个“对抗制”的发源地,也有一系列对律师单纯为委托人服务的限制,其中最有意思的是所谓“等车顺序原则”(cab-rank principle)。和美国只有一种律师不同,英国有两种律师,出庭律师(barristers)和事务律师(solicitors),前者人数大约为后者的十分之一。¹⁶ 为了使出庭律师有对委托人的相对独立性,“等车顺序原则”要求出庭律师按顺序接案,这样同一个出庭律师可能本周为控方辩护,而下周又为辩方辩护。¹⁷

美国斯坦福大学法学院教授威廉·西蒙(William H. Simon)是研究律师伦理的著名学者,他是原国民党空军司令周至柔的女婿。在“正义的实践——律师伦理的一个理论”一书中,他深入研究了布兰戴斯(Louis Brandeis)的“人民律师”伦理观。布兰戴斯在1916年任美国最高法院大法官之前,当了30多年律师,现在美国的布兰戴斯大学就是以他命名的。他的“人民律师”伦理观生动地体现在他对一个问题的回答上。在一个案件中有人问他:“你是谁的律师?”,布兰戴斯答道:“我是这一情境的律师”(“I was counsel to the situation”)。有一

¹³ 陈光中,“刑事诉讼法的修改契机”,《中国检察官》,2010年第3期,第30页

¹⁴ 蒙罗·弗里德曼的《律师职业道德的底线》,北京大学出版社,2009年,第74页

¹⁵ 戴维·鲁本的《律师与正义》,中国政法大学出版社,2010年,第48页。

¹⁶ P.S.阿蒂亚,R.S.萨默斯,《英美法中的形式与实质》,第303页,中国政法大学出版社,2005年

¹⁷ Robert Gordon,“The Independence of Lawyers”, Boston University Law Review, 1988, vol.68, p.21

次，一位制鞋厂主请他代理因消减工人工资引发工人诉讼他的案子，布兰戴斯建议他不要减薪而是重组库存和营销战略，结果劳资双方均满意。¹⁸

尽管布兰戴斯的“人民律师”伦理观并没有体现在 1983 年美国律协的“律师职业行为规范”(Model Rules of Professional Conduct)中，但美国旨在给予穷人法律援助的“公益律师运动”，却是以布兰戴斯为精神符号的。至于在“非对抗制审判制”的德国，律师职业伦理就更强调律师相对于委托人的独立性了。¹⁹ 德国的律师费用法规定，不论案件输赢，律师都得到同样的报酬，没有美国那种“胜诉酬金”，这就在经济上保证了律师的独立。²⁰

目前网上对李庄案的讨论，较多集中在“刑法第 306 条”“辩护人毁灭伪造证据罪”是否应该废除的问题。此信暂不讨论这个问题，建议你去读清华大学法学院刑法学教授张明楷的两篇文章。²¹ 我想强调的是，李庄案对律师职业道德标准问题的启示可能更值得关注。

现在转向对李庄案引发的第二个深层问题的讨论：

2. 不同法律体系“杂交”和辩诉交易问题

在我国著名刑法学家樊崇义教授 70 华诞纪念会议上，北京大学法学院刑法学教授陈瑞华指出我国刑事司法改革有一种“怪异局面”，即“制度引自英美法”，而“理论来自大陆法”²²：“1996 年，中国的刑事审判方式发生了重大变化，原来实行的带有大陆法倾向的‘职权主义审判方式’，被一种带有明显对抗性色彩的‘抗辩式审判方式’所取代”。他虽然没有使用不同法律体系“杂交”的说法，但意思是相近的。我们都熟悉一句常言：“杂交优势”。但不是所有杂交都必定有优势。实际上，早在 1995 年对抗式审判制刚刚被引进中国时，北京大学法学院朱苏力教授就警告说“杂交可能产生劣势”。他借鉴“法律与经济”学派波斯纳的观点，认为“在采用对抗制的普通法系中，对抗制增加了司法活动的社会成本，但节约了立法活动的社会成本；而在采用讯问制的大陆法系中，讯问制似乎节省了司法活动的社会成本，但要求并且也实际上增加了立法活动的社会成本”。²³ 但“因为中国在立法制度上是大陆法系类型的，而如果在司法制度上，即使仅仅在民事和经济案件中，采用类似普通法的对抗制，这就将两种制度的‘高消费’结合在一起了……结合了这两种制度的毛病”。²⁴

如今看来，我们远远不是“仅仅在民事和经济案件中采用类似普通法的对抗制”，而是在刑事诉讼中也引入了“对抗制”。这就迫切需要我们对于英美“对抗制”和大陆“纠问制”的利弊有深刻地了解，力争杂交优势，避免杂交劣势。实际上，李庄案中辩方律师提出的开庭前在法院查阅控方证据难的问题，是一个带有全国普遍性的“杂交劣势”：因为“对抗制”的实质是让控辩双方当事人自行调查取证，法官开庭前对案情知道越少越好，故“修改后的刑事诉讼法将检察机关移送

¹⁸ William Simon, “The Practice of Justice: A Theory of Lawyers’ Ethics”, p.129, Harvard University Press, 1998.

¹⁹ 详见鲁施迈耶，《律师与社会：美德两国律师职业比较研究》，上海三联出版社，2010 年

²⁰ 戴维·鲁本的《律师与正义》，中国政法大学出版社，2010 年，第 88 页。

²¹ 张明楷，“论妨碍作证罪”，《人民检察》2007 年第 8 期；《论帮助毁灭，伪造证据罪》，《山东审判》2007 年第 1 期。根据张明楷教授的研究，杨金彪博士进一步指出，“辩护人毁灭伪造证据罪”的性质属于“危险犯”，而非“义务犯”，因此不是对律师的歧视。见杨金彪，《刑法前沿问题思考》，中国人民公安大学出版社，2010 年，第 183 页。

²² 陈瑞华，“刑事诉讼法研究的困境与出路”，载樊崇义教授 70 华诞庆贺文集编辑组，《刑事诉讼法前沿问题与司法改革研究》，中国人民公安大学出版社，2010 年，第 7-8 页。

²³ 苏力，“关于对抗制的几点法理学和法律社会学思考”，《法学研究》，1995 年第 4 期，第 83 页

²⁴ 同上注

法院的案件限制在主要证据上面，且主要证据的范围完全要由检察机关自行确定，这就使辩护律师在开庭前无法查阅和研读大量的控方证据”。²⁵而我前面建议的借鉴“美国联邦刑事诉讼规则”第16条进行控辩双方对称性的证据展示，可以理解为变“杂交劣势”为“杂交优势”的探索。

最近出版了中译本的，耶鲁大学法学院兰博约(John Langbein)教授所著《对抗式刑事审判的起源》一书，对我们理解英美“对抗制”和大陆“纠问制”的利弊有极大的启发价值。他尖锐地指出，“对抗式刑事程序最初专门适用于叛逆案件，这一奇特现象有助于说明对抗式程序的两大特别缺陷：财富效应和敌对效应”。²⁶所谓“叛逆案件”，是指1688年英国“光荣革命”前10年间一系列冤案。由于国王查理二世无子女，英国新教徒们担心信奉天主教的查理二世的弟弟詹姆斯继位后会把英国拉回罗马教廷的怀抱，故政治宗教斗争在贵族内部极为惨烈，冤案不断，而受冤的贵族也没有律师为之辩护，因为传统英国司法观点是被告人自行陈述才有利于发现真相。1696年，英国通过“叛逆罪审判法”，首次将辩护律师引入刑事审判。兰博约教授评论道：“在贵族时代，叛逆基本上是富人才能犯的罪行……1696年‘叛逆罪审判法’的起草者可以想象，对于法案将惠及的对象而言，支付对抗式司法的费用不会难倒这些客户”，“后来……这一当初旨在满足贵族需要的程序制度开始适用于专属穷人阶层的那类法律服务，即严重犯罪。这正好印证了梅特兰在讨论英格兰法律史上另一问题（合同印鉴制度的推广）时所提出的观点：‘上层人士的法律逐渐适用于所有人’。在1696年，没有人会考虑到，为上层人士创设的刑事程序可能并不适用于乞丐”。²⁷这就是对抗制的“财富效应”。而所谓“敌对效应”，是指对抗式审判程序将事实真相的发现置于次要地位，因为对抗制的本质是“将收集和提交证据的工作交给各执一词的双方，所以各方都力图掩盖和歪曲不利于自己的证据”。兰博约教授进一步评论道：“1696年叛逆罪审判法的起草者们何以未能对敌对型司法的内在危险保持更多的警惕？我认为，部分是因为斯图亚特时期的叛逆审判，使他们对派系立场问题已经无动于衷了……起草者们没有预见的是，他们固执其仅适用于叛逆罪的这种程序形式，会超越法案的限制，将新近律师化的叛逆罪的敌对性，推展到普通的刑事司法中”。²⁸

兰博约教授强调，与英美“对抗制”将调查取证权交给控辩双方的“当事人主义”不同，欧洲大陆将“查究事实真相的职责交给法院，并赋予其进行调查的权力和资源。因此，欧陆的程序避免了刑事调查私人化这一英格兰程序中核心的缺陷。从中世纪开始，欧陆人就将刑事调查作为一项公共职能”。²⁹那么，为什么英国人不借鉴欧陆的法官对被告的直接“纠问制”呢？兰博约教授认为，虽然欧陆人将刑事调查作为一项公共职能是正确的方向，但在中世纪实践中有一个重大弊病，即刑讯逼供：“中世纪的欧陆法意识到，如果让法官去探寻和裁断事实真相，会存在错误和专断的风险，因此通过特别高标准的证据要求来约束法官……到13世纪，根据已确立的规则，要判定一项死罪，必须有两名目击证人，除非被告自愿招供……因为严重犯罪在发生时往往都不为人知，两名目击证人的规则其实完全无法接受。但法庭又不愿意直接松动这一原则，因此发展出了司法刑讯……到16~17世纪，许多欧陆国家的法庭都发展出规避两名目击证人的规

²⁵ 陈瑞华，《刑事诉讼的中国模式》，第2版，法律出版社，2010年，第49页。

²⁶ 兰博约，“对抗式刑事审判的起源”，复旦大学出版社，2010年，第95页，

²⁷ 同上注

²⁸ 同上注，第96页

²⁹ 同上注，第316页

则，以避免使用司法刑讯。但到 18 世纪后相当长一段时间，刑讯法依然是欧陆刑事诉讼程序传统中标志性的特色”。³⁰ 而两名目击证人规则没有在英国确立。正如英国法律史大师梅特兰所说：在欧陆，刑讯“逐渐成为对证据法的补救，后者使定罪几乎成为不可能……英格兰很幸运，无论是严格的法定证据规则，还是残酷而愚蠢的变通手段，都没有在这里扎根”。³¹

兰博约教授全书总的结论是：法国革命后，19 世纪席卷欧洲的民主司法改革废除了刑讯，借鉴了英美对抗制中的一些合理因素（如陪审团），使如今“欧陆的刑事诉讼程序制度成为欧陆和英格兰的混合体，但保持了其标志性的特色：刑事法庭有责任和权力寻求真相的原则。相形之下，在英格兰，18 世纪用心良苦的改革导致了对抗性的刑事审判，使其固有制度中的核心错误从此封尘难改：在刑事调查和审判中，不能发展出各种制度和程序来负责和担当起发现真相的任务”。³² 也就是说，兰博约教授认为，前面提到的“财富效应”和“敌对效应”是对抗制的本质性错误，延续至今。

我之所以大段地引用兰博约教授的观点，是因为他的见解对我国目前刑事司法改革的方向有迫切的警示作用。正如北京大学刑法学教授陈瑞华指出，“从近期有关刑事诉讼法再修改问题的讨论来看，那些旨在推动中国刑事诉讼制度走向对抗性司法的激进改革方案，几乎无一不是以围绕着提高嫌疑人、被告人的防御能力而展开的。从非法证据排除规则、沉默权规则、传闻证据规则和口供自愿规则的确立，到辩护律师诉讼权利的扩大、审判方式的改革、二审程序的开庭审理等，几乎所有被正在推行或者即将展开的改革措施，都是以增强控辩双方的对抗性为前提的，也都将刑事诉讼塑造成被告人与国家追诉机构‘平等对抗’的司法过程。但是，这种理想设计既难以解决被害人的有效参与问题，也难以解释司法实践中勃然兴起的刑事和解运动”。³³

我在此想特别指出，由于“对抗式审判制”的巨大成本，英美司法实践中的绝大多数案件并没有真正“对抗审判”。在美国，竟然有高达 90% 的刑事案件是以“辩诉交易”（plea bargaining）结案的。³⁴ “辩诉交易”，指的是被告人以自己认罪（guilty plea），放弃被审判权，来换取减刑的“交易”。虽然这种“辩诉交易”在美国已于实践中存在了一个多世纪，但美国最高法院却是在 1970 年的“Brady v. United States”一案的判决中才正式使之合法化的。中国在 1996 年引进“对抗式审判制”后，如果不相应借鉴“辩诉交易”，将使我们的司法体系不堪重负。值得注意的是，2002 年，我国“辩诉交易第一案”发生在黑龙江省牡丹江铁路运输法院。此案的大致案情是：

“被告人孟广虎在黑龙江省绥芬河火车站北场内，因车辆争道与吊车司机王玉杰发生争执。随后，孟广虎和王玉杰等数人争吵。因感到势单力薄，孟打电话叫来了 6 个人，与王玉杰等人发生互殴，最后致被害人王玉杰脾脏破裂、小腿骨骨折，经法医鉴定为重伤。这是一起共同犯罪案件。但公安机关没能抓获与孟广虎同案的其他犯罪嫌疑人。牡丹江铁路运输检察院欲以故意伤害罪起诉孟广虎。孟广虎的辩护人、牡丹江天元律师事务所律师丁云品认为，由于本案的其他犯罪嫌疑人仍在逃，无法确定被害人的重伤后果是何人所为。公诉方建议辩护人同意采用案件管辖法院准备试用的‘辩诉交易’方式审理此案。辩护人在征得被告人同

³⁰ 同上注，第 317 页

³¹ 同上注

³² 同上注，第 319 页

³³ 陈瑞华，《刑事诉讼的中国模式》，第 2 版，法律出版社，2010 年，第 56 页。

³⁴ 张智辉 主编，《辩诉交易制度比较研究》，中国方正出版社，2009 年，第 2 页，

意后，向公诉机关提出了‘辩诉交易’申请。而后，控辩双方进行了协商，达成三点合意：被告人承认自己的行为构成故意伤害罪，愿意接受法院的审判，自愿赔偿被害人因重伤而遭受的经济损失，请求法院对其从轻处罚；辩护人放弃本案具体罪责事实不清、证据不足的辩护观点，同意公诉机关指控的事实、证据及罪名，要求对被告人从轻处罚并使用缓刑；公诉机关同意被告人及其辩护人的请求，建议法院对被告人从轻处罚并可适用缓刑。控辩双方达成协议后，由公诉机关在开庭前向法院提交了‘辩诉交易’申请，请求法院对双方达成的‘辩诉交易’予以确认”。³⁵

根据美国芝加哥大学政治学和社会学教授帕杰特（John Padgett）的研究，美国有四种不同类型的“辩诉交易”：（1）隐性辩诉交易（implicit plea bargaining）；（2）检察官从轻指控辩诉交易（charge reduction plea bargaining）；（3）法官从轻定罪辩诉交易（judicial bargaining）；（4）检察官量刑建议辩诉交易（sentence recommendation plea bargaining）。³⁶ 按此分类，上面的我国“辩诉交易第一案”属于“检察官从轻指控辩诉交易”及“检察官量刑建议辩诉交易”。而我个人认为，李庄案第一季的二审，则属于“隐性辩诉交易”：李庄以认罪，换取从一审的两年半刑期减刑到一年零六个月。之所以说是“隐性辩诉交易”，是因为在这一类型的辩诉交易中，被告人不能得到法官或检察官的明确减刑承诺，而只能希望自己的认罪能在概率论的意义上带来减刑结果。帕杰特根据对美国实行禁酒令的1920年代的辩诉交易的经验研究，发现美国联邦法院当时更多实行“隐性辩诉交易”，而地方法院则更多实行“显性辩诉交易”（第2, 3, 4类型都是显性辩诉交易）。³⁷ 我认为，李庄案可能提供一个我国法学界深入研究“隐性辩诉交易”的契机。

最后，转到李庄案引发的第三个深层问题：

3. “法律现实主义”及其继承者“批判法学”对“法律形式主义”的批判和法律与政治的关系问题

近年来，我国刑法学界有一场“实质解释论”和“形式解释论”的学术争论。“实质解释论”的代表之一，清华大学法学院张明楷教授曾举了一个生动的例子来说明这场争论。我国“刑法第243条”规定，“捏造事实诬告陷害他人，意图使他人受刑事追究，情节严重的，处三年以下有期徒刑，拘役或者管制”。现有“乞丐乙因为冬天无去处，便请求甲捏造乙盗窃甲1000元人民币的事实，向司法机关告发……以便在监狱里度过寒冬”。³⁸ 如果仅按字面“形式主义”地解释“刑法第243条”，那么甲的行为构成诬告陷害罪。但如果认为“刑法第243条”的实质精神（张明楷教授用的是“保护法益”这一专业术语）是保障公民的人身自由，“那么甲的行为因为得到了乙的有效承诺而不构成诬告陷害罪”。

在李庄案中，我们看到很多“法律形式主义”的表现。例如，关于李庄的委托人龚刚模究竟是否是保利夜总会实际控制人的争论。辩方律师认为，由于公司股东名册和工商登记上不是龚刚模的名字，因此龚在法律上就不是“老板”。但在我国司法实践中，已经出现过“隐名出资人”后来要求明确其股东身份的案例。相关法院并没有“形式主义”地根据工商登记来否定其股东资格，而是依据“隐

³⁵ 张景义等，“聚焦国内“辩诉交易”第一案”，人民法院报，2002年8月8日

³⁶ John Padgett, “The Emergent Organization of Plea Bargaining”, *The American Journal of Sociology*, Jan, 1985, P.756.

³⁷ John Padgett, “Plea Bargaining and Prohibition in the Federal Courts, 1908-1934”, *Law and Society Review*, 1990, No.2, p.449

³⁸ 张明楷，“实质解释论的再提倡”，《中国法学》，2010年第4期，第49页

名出资人”是否实际在公司中行使股东权力来判定，³⁹ 除非隐名出资的原因是违背国家法规的（如干部隐名入股小煤窑）。

在此，我想强调，“法律现实主义”是对法律条文的实质解释，而不是脱离法律条文的实质解释。例如，我们也可以说龚刚模的“第一桶金”（以 4300 多万元收购东方资产管理公司的 21 亿的不良债权）⁴⁰ 实质上不合理，但这就是脱离法律条文的实质解释，如果以此给龚刚模定罪就违背了现代刑法基本的“罪行法定”原则。因此，“法律现实主义”对“法律形式主义”的批判并不是否定“形式”本身，法律条文总是要有一定形式的，而是批判“法律形式主义”忽略法律条文的实质精神。

“法律现实主义”是美国 20 世纪上半叶的主流法学运动，其代表人物包括哈佛大学法学院多年的院长庞德等人。霍姆斯大法官的名言“法律的生命不在于逻辑而在于经验”代表了“法律现实主义”的精神。目前“法律现实主义”的继承发展者是“批判法学运动”，其代表人物是哈佛大学法学院庞德法理学讲座教授昂格尔（Roberto Unger）⁴¹ 和他的同事肯尼迪教授（Duncan Kennedy）。我前面提到的研究布兰戴斯“人民律师”伦理观的西蒙（周至柔将军的女婿）就是昂格尔和肯尼迪的学生。“批判法学”的一个基本观点是“法律在根本上是政治性的”。⁴² “批判法学运动”在 1970 年代最为活跃，哈佛大学法学院一度三分之一教授都属于“批判法学”学派。但 1980 年里根上台后的保守政治氛围使“批判法学”运动相对衰落。但根据耶鲁大学法学院巴肯（Jack Balkin）教授的说法，美国最高法院 2000 年对“布什诉戈尔”一案的判决，使“法律在根本上是政治性的”的“批判法学”观点深入人心。⁴³

你一定还记得 2000 年美国大选时布什和戈尔在佛罗里达州的选票因计票机器故障而争持不下。为了阻止戈尔一派重新计票（当时佛罗里达州法院已经宣布重新计票），布什上诉戈尔到美国最高法院。保守派大法官们先是判定佛罗里达州法院无权要求重新计票，因为根据美国宪法第二章，州议会而不是州法院才有权决定州“选举人”的产生方式。但美国最高法院保守派大法官们自己也感到这样判决太牵强，故最后他们以美国宪法第 14 修正案作为否定重新计票的依据，因为“平等保护”是第 14 修正案的核心精神，而如果只对佛罗里达州的几个选区重新计票，而不对全美其他也有机器故障的地方重新计票，就违背了“平等保护”。而众所周知，第 14 修正案的“平等保护”条款是美国自由派大法官判决公民权运动的关键案例“布朗诉教育委员会”的依据。美国最高法院保守派大法官们为了使布什当上总统，不惜使用自己对手的论据，这就在广大人群面前显示了“法律在根本上是政治性的”的“批判法学”观。

也许除了“布什诉戈尔”一案，还有两个美国最高法院的判案可以生动地说明“法律在根本上是政治性的”。一是 1965 年的“Griswold v. Connecticut”案，二是 1986 年的“Bowers v. Hardwick”案。在前一案中，美国最高法院判定康涅狄格州禁止已婚夫妇使用避孕工具的法律是违宪的，因为破坏了公民“隐

³⁹ 冷铁勋，“隐名出资的若干法律问题”，《司法一线报告》，第 272 页，人民法院出版社，2009 年

⁴⁰ 刘亢等，“回收率为 2.1% 不良资产处置引争议”，（《环球视野》摘自 2006 年 10 月《半月谈内部版》）。
<http://www.globalview.cn/readnews.asp?newsid=9544>

⁴¹ 关于昂格尔的详细介绍，可参见我编写的昂格尔读本英文版“Politics: Theory Against Fate”，Verso, 1997. 中译文：崔之元，“超自由主义”，www.cui-zy.cn。

⁴² 戴维·凯瑞斯编，《法律中的政治——一个进步性批评》，中国政法大学出版社，2008 年。

⁴³ Jack Balkin, “Bush v. Gore and the Boundary between Law and Politics”, *The Yale Law Journal*, June, 2001, p.1441: “Jurisprudentially speaking, the big winners of the 2000 election were American Legal Realism and Critical Legal Studies”.

私权”。而在后一案中，美国最高法院判定乔治亚州禁止“肛交”的法律并不违宪。⁴⁴ 一般来说，根据逻辑一致性的原则，人们会认为美国最高法院应该判定乔治亚州禁止“肛交”的法律违宪，因为这个法律和康涅狄格州禁止已婚夫妇使用避孕工具的法律在破坏公民“隐私权”上没有什么不同。这是否说明美国最高法院的判决没有尊重“法治”呢？

这就涉及对“法治”的较精致而非天真的解释了。“法律形式主义”认为法律规则的逻辑一致性和演绎性可以给每一个案例唯一正确的判决，但“法律现实主义”认为，可能适用或经过解释后适用于的一个具体案例的法律规则常常不只一个，法官最后用哪个法律规则深受政治和意识形态的影响（这种影响有时可能是潜意识的）。如上述“布什诉戈尔”一案，美国最高法院5位保守主义大法官权衡选定用宪法第14修正案为判决布什胜诉的依据。不难想象，如果美国最高法院的多数是自由派的话，他们也可以找到宪法依据判定布什败诉。而这两种情况都没有违背“法治”。因此，“法律现实主义”和“批判法学”认为，应该实事求是地承认法治是政治斗争的特殊领域，而不是像“法律形式主义”那样故作天真地认为法治就是逻辑演绎。这次李庄案第二季中，控辩双方对管辖权的争议，从“法律现实主义”上看就很容易理解了。

有趣的是，“法律现实主义”和“批判法学”对“法律形式主义”的批判，可以说在美国法学界已经成了主流了。“法律与经济”学派的代表，美国联邦第7巡回法院首席大法官波斯纳(Richard Posner)也公开批评“法律形式主义”，这在他的“超越法律”⁴⁵一书中特别明显。波斯纳在他另一本书“法理学问题”中用有趣的比喻把音乐和法律联系起来：当一个音乐演奏者“解释”作品时，他是在阐明作曲家的创作“意图”，还是不可避免地表达他自己的理解？音乐史上有个著名故事：贝多芬创作第一钢琴协奏曲时，由于当时钢琴的设计还不能发出“F sharp”调，故他可能在一个想用“F sharp”的地方用了“F natural”。现在音乐界有个争论：今天的演奏家在弹奏第一钢琴协奏曲时，是否还必须按“F natural”演？“法律现实主义”的代表人物之一弗朗克(Jerome Frank)喜欢把法律比作“作曲”，而具体判案比作演奏。波斯纳也用音乐来说明“法律形式主义”的问题，这可能的确表明他向“批判法学”靠近了。⁴⁶

最后，我想强调，“法律现实主义”和“批判法学”说“法律在根本上是政治性的”，并不是不要“法治”，而是实事求是地承认法律领域是社会政治斗争的一个特殊领域，“法律形式主义”则是羞羞答答地回避这一事实。关于法律与政治的关系，我们常听到一种说法：“党的领导”，“人民群众当家作主”和“依法治国”三者应该“有机统一”。但如何真正做到这个“三结合”，还是有很多难题需要我们去探索解决。如果说重庆打黑和李庄案对我国法学，政治学理论有什么启示的话，那就是在这个“三结合”上还有很多需要改进，改革和创新的地方。

具体说来，“党的领导”在刑事政策上的最新表述是2006年10月中国共产党十六届六中全会通过的《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》，其中明确提出了“宽严相济刑事司法政策”。但是，我们没有能尽快地出台针对黑社会性质犯罪的特殊立法，使“宽严相济”中“严”的方面缺乏在一般刑法之外的有力明确的立法支持。令人深思的是，美国驻华大使馆法律顾问李张健仪

⁴⁴ 凯斯 R. 孙斯坦：《法律推理与政治冲突》，法律出版社2004年版，第188页

⁴⁵ 波斯纳，《超越法律》，苏力译，中国政法大学出版社，2001年

⁴⁶ Sanford Levinson, “Strolling down the Path of the Law (And toward Critical Legal Studies?): The Jurisprudence of Richard Posner”, *Columbia Law Review*, Vol. 91, No. 5 (Jun., 1991), pp. 1221-1252.

(Amy Chang Lee, 美国司法部有组织犯罪处前副处长) 建议我国借鉴美国国会 1970 年通过的《反欺诈与腐化组织法》(RICO, 即 “The Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act”)。该法在一般刑法之外, 包括了一个回溯性条款: “起诉时通常不能对发生在起诉日 5 年之前的罪行进行指控……然而, 根据 RICO 的规定, 只要首次起诉时其中一个被指控的上游罪行发生在起诉日之前的 5 年之内, 该罪之前的敲诈勒索型的犯罪行为只要是发生在最近犯罪之前的 10 年之内就可以被起诉”。⁴⁷ 当然, 更为我国读者熟知的是, 美国反恐中的“爱国者法案”中对一些一般刑法中不容许的侦查手段的特许。我这里不是对美国“爱国者法案”的实质合理性做评价, 而是指出美国常用的特殊立法方式对我国可能有一定启发。“党的领导”在刑事政策上应通过人民代表大会特殊立法来打击黑社会组织犯罪。这是“党的领导”和“依法治国”的结合点。

那么, “党的领导”和“依法治国”与“人民群众当家作主”的结合点在哪里呢? 我认为, 在“人民陪审员”。我国 1954 年宪法明确规定, 人民法院实行人民陪审员制度, 但 1982 年宪法并没有再规定人民陪审员制度。2005 年 5 月 1 日, 全国人大常委会《关于完善人民陪审员制度的决定》再次强调人民陪审员制度的必要性, 这是一个巨大的进步。但该决定中第 4 条规定, “担任人民陪审员, 一般应具有大学专科以上文化程度”, 我对这点很反感。我赞同托克维尔对美国陪审团的评价: “陪审团根本上是一个政治制度”。⁴⁸ 它和相信人民, 依靠人民的精神一脉相承。我曾撰文称赞重庆“民生十条”,⁴⁹ 我希望重庆在人民陪审员制度上也有所创新, 这可能在人民的主导性上开创我国改革的新局面。

好了, 我这封信已经太长。希望你和朋友们还能耐心阅读, 并赐教于我。

祝好

崔之元

⁴⁷ 李张健仪, “美国对有组织犯罪的调查与起诉经验”, 载周常军, 于改之主编, 《实体与程序: 打黑的国际经验与中国课题》, 中国检察出版社, 2011 年, 第 12 页。

⁴⁸ Tocqueville, *Democracy in America*, p.293(P.Bradley rev.ed.,1945)

⁴⁹ 崔之元, 《重庆十大民生工程的政治经济学》, 中央党校学报, 2010, 第 5 期。