

# “冤案”与司法活动

## ——从卡夫卡《审判》看

刘 星

(中国政法大学 法学院, 北京 102249)

**摘要:** 冤案研究应从日常司法的关于“是否存在冤案”的对立认识入手,而非“公认冤案”。而发生对立认识时,基于角色担当和功能作用的理由,应主要支持司法活动。社会公众及个人,在冤案对立认识及日常活动中,也有自己的行动责任。卡夫卡《审判》是展开这些探讨的极佳素材。

**关键词:** 冤案; 司法活动; 法律与文学; 社会责任; 司法公信

**中图分类号:** DF81

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1006-6128(2010)01-0026-13

他一面说他不懂法律,一面却说他是无辜的。[1] (P10)

### 一、问题和材料

有时会遇到一种对立:司法活动者认为不是“冤案”,但社会的个人或某些公众认为是。当然,这种对立有时也会发生在司法活动者内部之间,或社会的个人与公众之间,或社会的公众自身之间。但司法活动者和社会的个人或公众之间的对立更为重要。因为,司法活动的公共权力显然使社会对司法活动独有迫切的期待、盯视,甚至严厉的指责。针对司法活动的上访,可以认为是最为显而易见的例子。

细致分辨,如果诉讼发生或结束了,针对“冤案”的这种对立,社会态度有时存在两种情形:第一,同前述一样的“不是”与“是”的对立,如一方的确认为不是,另一方坚决认为是;第二,“可能不是”与“可能是”的对立,如双方仅认为可能,但强调着各自的“较多可能”,会使用“极为可能”、“很有可能”等表述。显然,如果第一种情形出现,则第二种情形总会伴随,这就有如出现生活争论,旁人总会说“一方可能对,另一方可能错”。毋庸置疑,第二种情形更为居多。依此来看,当被指责“会造成冤案”时,司法活动面临着更为复杂、广泛的社会疑惑和压力。

不能忽略的是,当遇到上述对立时,还有一种“不知情”的态度,它表达了“不知道”。由于自认无从了解,这种态度似乎意在“中立”。人们虽然会意识到、提到这种态度,但总会觉得无关紧要。从信息获得的多少以及据信息作出判断的角度来看,这种态度的主体同样广泛。

就冤案论,以往研究和公众理解的主流逻辑首先是“如何伸冤”,其次是“如何避免冤案”。这

收稿日期: 2009-08-28

基金项目: 中国政法大学 211 工程三期建设项目中国特色社会主义法治思想研究成果

作者简介: 刘星 (1958-), 男, 北京人, 中国政法大学教授、博士生导师。感谢中山大学法学博士刘燕、博士研究生张华, 以及中国政法大学硕士研究生杨晖、刘高为本文写作查找相关中外文资料、核对文献。

意味着，讨论冤案，第一个目的是使冤案得以昭雪，第二个目的是使冤案减少。这种主流逻辑的一个认识论预设，在于假定“公认冤案”或说没有对立认识的冤案——如典型的2005年余祥林案[2]——是研究、理解的适宜途径。从广泛的相关话语中，这点可以发现。<sup>①</sup>于是，当思考目标指向司法活动者时，随之而来的一个思路则是，司法活动者的伦理素质是否存在问题，因为不负责是导致冤案产生的一个原因；另一个思路是，其职业方法是否存在问题，因为方法不当也会导致冤案产生，如刑讯逼供。<sup>②</sup>还有一个思路，略带“悲观”但大体上是“前进性”的，即认为司法固有的决疑模式和这种模式的历史局限无法避免冤案，唯有谅解或期待逐步改进。这种思路也涉及司法科技带来的些许乐观，即司法科技发展，如DNA检测技术，可以最大限度——尽管不能根本——消除冤案。<sup>③</sup>

这些思路有意义。尤其是学术的，推进了对冤案的认识，其本身及其带来的话语影响，一定程度缓减了社会因冤案而出现的抱怨动力。但因其总是从“公认冤案”出发，又体现了对司法活动的负面评价意向，或不甚积极的等待姿态，故始料不及且悖论的是，社会依然容易不予理解，乃至指责司法活动者，倾向集中在道德上追究，进而，使司法权威被期待时又被严重削弱，也稀释了司法活动的社会调控这一功能的重要意义。社会的直觉疑问是：被称为专业、职业的司法，怎能造成冤案，有时甚至屡屡？冤案已被公认，司法活动者自己亦承认，由此司法何以被信任？在此，“公认冤案”的思考研究模式，总在不知不觉地向“对立认识”中“可能冤案”的观念倾斜：司法活动易造成冤案。

可以看出，“公认冤案”的研究属于事后研究，即在一个冤案共识达成之后对之讨论，因而带有事后诸葛的色彩。事后诸葛的问题，不仅是智识问题，还在于遮蔽了“事先”问题。而“事先”问题，正在于上述关于“冤案是否存在”的对立认识。其实，“公认冤案”本身亦总是经由这种对立认识演变而来（试想余祥林案未成为冤案之前的过程<sup>④</sup>）。更进一步，也更为重要的，对于当下司法和未来司法，首先且持续使人困惑的也是这种对立，而非“公认冤案”。毕竟，我们极为关注当下和未来的不确定性，这种不确定性，对当事人、公众和司法者都是极大煎熬，使其发觉社会司法控制的方向难以把握，但案件终究要处理。此外，不能因为以前一个冤案被公认了，就轻易假设任何对立认识可以转为公认；而没有公认时，司法还要继续应对可能的冤案尽职尽责。扩展来看，无论伸冤还是避免冤案，特别是不断的更为广泛的司法处理，首先要面对这种对立认识。

我想指出，冤案研究的认识论前提应是仔细分辨这种对立，以及相关的“多大可能是或不是”认识和“不知情”的中立态度，而非“公认冤案”。从这种对立展开并深入，可以进一步理解司法活动的某些机制的必要性。这些机制老生常谈，但总被忽视，且人们当想到“公认冤案”时可能不大情愿接受但颇为重要，比如，司法活动者的“认定”，优先于社会的个人或某些公众的“认为”，甚至普遍公众。从这种对立展开并深入，反过来还可进一步理解“公认冤案”属于什么问题，由此得出结论，甚至可能要比“公认冤案”思考模式本身所期待的更能避免冤案。

本文所选用材料，为卡夫卡《审判》（又译《诉讼》）。<sup>⑤</sup>《审判》是文学作品。从文学作品进入法学研究，常受批评，但法律与文学运动的主张者已较好回应了批评与质疑，此不赘述。<sup>⑥</sup>关于《审

①近期相关文本，见张继成：《可能生活的证成与接受——司法判决可接受性的规范研究》，《法学研究》2008年第5期；郭欣阳：《冤案是如何发现的》，《中国刑事法杂志》2007年第6期；王永杰：《从程序异化到事实异化——以“冤案”为中心》，复旦大学法学院2007年博士论文；陈柏峰：《社会热点评论中的教条主义与泛道德化——从余祥林案切入》，《开放时代》2006年第2期。

②这几乎为当代任何研究冤案的中国学者所熟悉。

③参见戴昕：《冤案的认知纬度与话语困境》，载苏力主编：《法律和社会科学》（第一辑），法律出版社2006年版，第98—126页；

苏力：《法律与文学：以中国传统戏剧为材料》，生活·读书·新知三联书店2006年版，126—146页。

④对立认识很尖锐。自司法判决余祥林有罪发生法律效力至2005年，11年间，司法始终认为无罪，余认为有冤。尽管11年前，审判时司法内部曾有不同意见，还曾出现发回重审。

⑤为进一步理解《审判》意义，也许需要注意卡夫卡创作时删掉的一些内容。见[奥]卡夫卡：《卡夫卡全集》叶廷芳编，河北教育出版社1996年版，第184—208页。但本文主要依据已成小说。

⑥参见Peter Brooks《The Law as Narrative and Rhetoric》in Peter Brooks and Paul Gewirtz (ed.), *Law Stories: Narrative and Rhetoric in the Law* Yale University Press 1996 p. 16; Ian Ward *Law and Literature: Possibilities and Perspectives* Cambridge University Press 1995 pp. 16—147. 也可参见苏力：《法律与文学：以中国传统戏剧为材料》，生活·读书·新知三联书店2006年版，第384—386页。

判》针对冤案，我需特别强调其法研究的几层意义：

第一，普遍承认，《审判》的细节描述十分贴近现实生活，微观情节合理可信，<sup>①</sup>对读者尤其是现代读者“有如身边发生”。[3]（P502）甚至“那些看起来最不可能、最不真实的事情，由于细节所诱发的真实力量而显得实有其事”。[4]（P336）显然，这具备了更为敏锐思考相关问题的必要前提。而从理论潜能看，因为《审判》故事叙述体文学十分偏重细节具体的展开，而其细节具体的丰富性，总是提示了从其提炼抽象一般理论的更多可能性。

第二，《审判》围绕“冤案”的诉讼过程——这是小说核心主线——而展开，附着在司法活动之上，有明确的开始和结尾；并“忠实再现了奥匈帝国刑事程序的很多细节”。[5]（P172）有学者提到，《审判》是卡夫卡关于司法活动的最著名文学作品。[6]（P33）如果考虑卡夫卡正规的法学学历背景，丰富的法律实践经验，<sup>②</sup>特别是针对犯罪心理和“心理证据”的理论实践经验，[3]（P505—506）以及卡夫卡时而通过其他小说直接表达对法律意义的理解，典型例子如《关于法律的问题》[7]（P274—275）以及《审判》时常运用逻辑化、猜想式的追究叙述，以增添故事情节展开的侦讯司法特性的感受，典型例子如“他按捺不住一股好奇心，干脆把门推开。他猜得完全正确”，<sup>③</sup>则《审判》的法研究经验样本的价值，可进一步彰显，特别是就冤案来说：

第三，《审判》是公认的文学名著，具有重要的世界阅读影响。<sup>④</sup>人们总是或多或少讨论其中冤案和司法活动的关系，或文学角度，或心理学角度，或哲学角度，或法学角度，或仅欣赏阅读，不分国别地域。<sup>⑤</sup>由此，广泛的阅读实践，本身已提示人们的阅读兴趣和司法活动的某些同样广泛的理解兴趣密不可分。进而言之，这同样具有从其思考较为普遍的司法活动知识理解的很大可能。难怪有学者说，以小说论，卡夫卡的《审判》最为吸引法律与文学运动的学者；[8]（P145）任何法律理论的课，都应以讨论《审判》作为开始。<sup>⑥</sup>

第四，特别重要的是，《审判》中的冤案逻辑没有走向伸冤和避免冤案，因为，其显然并不期待小说中主人公——被诉有罪的约瑟夫·K——最后被证明清白；或更为准确地说，其没有也不设想以“公认冤案”作为叙述路径。这与很多经典冤案文学存在重大差异，<sup>⑦</sup>从而显示了针对上述对立认识而言的研究价值：

第五，本文研究有关冤案的认识对立，现实中对立认识的具体案件，随程序发展，总有可能或变为公认冤案，或变为“铁案”，或其他（如撤案、翻案），对立认识因而消失。于是，讨论曾经具有争议的案例，如中国的刘涌案、许霆案、邓玉姣案，包括类似的古代案例便具有学术风险。<sup>⑧</sup>《审判》同其他文学作品一样，呈现了一个静止的文本境况，其中一切已固定，“案情”不可能变化；即使多年后甚至永久，就冤案的对立认识而言，其依然具有研究普遍结论的相对固定资料的优势，强于现实案例（当然现实案例也并非全无价值，本文便时而涉及）。

①这几乎没有争议。注意卡夫卡的挚友马克斯·布罗德（《审判》即为卡夫卡去世后由其编辑而成）曾说：“他的谨慎细致在艺术上的表现则是他在描绘事物中对细节的专注……他喜爱细节。”[奥]马克斯·布罗德：《卡夫卡传》汤永宽译，漓江出版社1999年版，第53页。

②参见 Ernst Pawel *The Nightmare of Reason: A Life of Franz Kafka*, Farrar, Straus and Giroux, 1984, pp. 117—122.

③[奥]弗兰兹·卡夫卡：《审判》，曹庸译，上海文艺出版社2006年版，第115页（以下引文出处仅示《审判》）。另见神甫和K的关于寓言的交谈，《审判》第299—311页。

④众所周知，1984年，法国《读书》杂志、西班牙《国家报》、西德《时代》周刊、英国《泰晤士报》、意大利《新闻报》联合举办了“欧洲最伟大作家”选举活动。卡夫卡名列第5，仅在莎士比亚、歌德、塞万提斯和但丁之后。详见《外国文学研究》编辑部：《西欧五国举行“欧洲最伟大作家”选举活动》《外国文学研究》1984年第3期。

⑤参见 Carol W. Eisher, *Family Governance: A Reading of Kafka's Letter to His Father*, *Toledo Law Review* 24 (1993), p. 699. 其中有较好的概括。

⑥ John Bouslog, *In Parables: Teaching Through Parables*, *Legal Studies Forum* 12 (1988), pp. 191—210 转引 *Jan World Law and Literature Possibilities and Perspectives*, Cambridge University Press, 1995, p. 24.

⑦典型例子如中国古代作品《窦娥冤》、《错斩崔宁》。

⑧古代案例，因为随历史档案研究，可能发现新的线索。

《审判》的主要内容如下：约瑟夫·K一天早上醒来，被两个司法人员监控，被告知，对其有罪的诉讼开始。K虽受到某些监控，但仍有继续从事自己银行高级职员（襄理）工作的自由。为应对司法活动者的诉讼，K不断找人寻求帮助，希望证明自己清白，但总是遇到不理解或怀疑的目光，还遇到“对之同情但无可奈何”的劝解，当然，也遇到了试图从中渔利的“法律帮助”（如律师的意见）。K在遭遇诉讼并感到不安时，依然像以往一样生活，比如继续无拘束的谈情说爱。一年过去，也是一个早上，K被两个司法人员带走处死，但无抗拒。

从法律和司法活动形态的角度看，《审判》交待了如下主要背景：

一，K所在国家有宪法、正式司法制度，社会大体上秩序井然；[1]（P7 P246）二，司法者的态度并不蛮横，反而大体上较为彬彬有礼；[1]（P43 P93—94）三，司法者也正式传讯并审问过K；[1]（P43—65）四，K始终没有被告知到底犯了什么罪，诉讼理由是什么，证据是什么，甚至没有收到任何正式的法律文书，但这基于法律规定，即关于K的“诉讼程序不仅要向公众守秘密，而且还要向被告守秘密”；<sup>①</sup>五，旁人对K的态度总是疑问式的、警惕式的，更多表达了“你很大可能是有罪的”的看法；六，诉讼中，K始终具有人身自由，还能继续工作。<sup>②</sup>

本文讨论与文学评论的最大区别，无疑是法学和文学的各自目的。我希望借助文学讨论法学问题，而非反之。但作为辅助的文学问题辨析，当然是深入讨论法学问题的一个前提。

## 二、冤案的“真实”与“推测”

如上所述，当关于冤案的对立认识出现时，有人会鸣冤，意思是冤案“真实”；有人会说冤案可能，意思表达了“推测”。自然，司法活动者会明确称“没有冤情”。本节讨论“真实”和“推测”。下一节讨论司法活动者的态度。

认为冤案“真实”者，最可能是案中当事人、被告人、犯罪嫌疑人，当然，也可能是旁观者。当事人、被告人、犯罪嫌疑人认为自己蒙冤，容易理解。一般来看，民事案件的败诉方，刑事案件的被告人和犯罪嫌疑人，总会陈述冤意。这点重要，但从一定意义看，又不重要。因为，利益所在或确实受冤，使他们总会提出蒙冤。需特别注意的是旁观者。为什么旁观者有时也会陈述冤意？实践中，对尚未解决的案件，有些旁观者会认为，其中有冤。旁观者没有亲历，为何也会如此表达？

常理推断，是旁观者如此表达的一个重要根据。如邓玉姣案，在异性洗浴场所，且邓贵大曾提出异性服务，邓贵大争吵中推倒邓玉姣，旁观者则会倾向认为邓贵大具有强暴意图，进而认为如对邓玉姣行为不认定无限防卫，则属冤情。<sup>③</sup>“异性洗浴场所”、“推倒”等情景，即为生活经验常理推断的依据。对旁观者而言，这两种情景和强暴存在“自然”的联系，否则，不合情理。

但有时不存在任何证据，或说没有常理推断的依据，旁观者依然会认为其中有冤。在此，最常见的是信任陈述者。陈述者或为亲友，或为普遍认可的道德完美者，或为类似的其他。因特殊人际关系或“被仰慕崇敬”等心理作用，陈述者无法被怀疑。<sup>④</sup>陈述者传达的信息是：怎可质疑？该信息削弱了原有支持“推测”的信息。当然，旁观者认为有冤，有时既是基于常理推断，又是基于信任陈述方。两者若结合，更为增加了确认冤案真实的分量，仿佛“看到”真相。此时不仅削弱了原有支持

<sup>①</sup>《审判》，第164—166页。甚至“法院的诉讼程序一般总是不让下级官员知道的”。见《审判》，第169页。关于K遇到的法律程序的解释，另见《审判》第223页。有批评者认为，书中司法过程荒唐、异化，背离了法律制度，但这种观点似不恰当。如 Robert West, *Autonomy and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner*, *Harvard Law Review* 99 (1985), p. 420. 龙宗智：《上帝怎样审判》中国法制出版社2000年版，第167—171页。

<sup>②</sup>参见《审判》，第20页，甚至全书。

<sup>③</sup>参见《湖北省巴东县人民法院刑事判决书》（[2009]巴刑初字第82号）。以网友评论看，大多持此见。

<sup>④</sup>关于信任层次的一般性分析，见[美]伯纳德·巴伯：《信任——信任的逻辑与局限》，牟斌、李红、范瑞平译，福建人民出版社1989年版，第18—20页。

“推测”的信息，更是消灭了这种信息。

与常理推断和对陈述者的信任相关联的，是冤案经验的记忆。如果分类，这种记忆可经如下几种途径获得：第一，自己曾经蒙冤，或曾遭遇误解；第二，通过伸冤逻辑的现实主义文学作品“看到”冤情或误解；第三，得知“公认冤案”。这三种途径得来的记忆，总是无形中支持着常理推断、对陈述者的信任。

但无论常理推断，对陈述者的信任，还是自己曾经蒙冤，拥有文学记忆或公认冤案记忆，显然不是旁观者作出有冤判断的逻辑基础。容易想到，其原因在于，常理推断和对陈述者的信任，会遭遇例外，被例外证伪。如即使是“异性洗浴场所”，开始时曾提出异性服务要求，男性推倒女性也不必然意在强暴，或许仅仅是“推搡”，表现狂妄的自我，补偿被女性拒绝的男性自尊。<sup>①</sup>就常理而言，不仅有例外证伪，而且有“地方性”问题。有时，常理是地方化的，在一个区域、时段是常理，在另一区域、时段不是常理。同样以男性推倒女性为例，即使特殊场景一样，在男权主义几乎没有痕迹的区域、时段，可被视为企图强暴，此为常理。但在男权主义十分盛行、女子地位极为低下的区域、时段，其可被视为表达男性自尊，此亦为常理。这并非说在后者中，男性不会怀有强暴企图，而是说后者中，人们更易相信其为男性自尊的表现，因为生活中极为可能常见。

来看《审判》。K被监控，深感蒙冤，并且《审判》开篇即说，也许遭遇诬告，“他根本没有什过错，却在一天早上给逮捕了”，[1]（P3）但除了K的叔叔同感蒙冤，<sup>②</sup>其他旁观者——只要关注案件——均表达了“推测”，甚至“很大可能有罪”的“推测”。虽然K自己不解为何被监控、指控，声称“你清白无辜可以给判罪，你不知不觉也可以给判罪，这是这里所行使的法律的一个主要精神”，[1]（P68）但旁观者大致都信，司法活动者不会无缘无故审判，如原来“喜欢和他聊天”的房东格鲁巴赫太太，对K投来疑惑的表情，[1]（P26—27）以往颇为友好的邻居标尔纳斯小姐对K说，“问题可能十分复杂，我可不愿意随便瞎表示意见……我确实不了解你”，[1]（P35）甚至K自己也提到，所见外人都同意，“控诉绝不是随随便便提出来的”。<sup>③</sup>

在《审判》中，K本人不明就里的冤情“真实”和旁观者自然而然的“推测”，始终被分为不可重合的两条情节路线：一方面K总是问，“为什么审判我”；另一方面，旁观者总是说，“K可能蒙冤，但更可能真有罪”。《审判》以吸引人和令人信服的具体事件的逻辑推进，表明K的有冤主观世界和他者的“推测”客观世界，其二元对立，颇为自然，顺理成章。

为支撑K和他者的关于“冤”的主客观世界二元对立，《审判》运用了“并重”的叙述策略，即在较为肯定式地叙述K有冤的同时，又较为肯定式地叙述外人无法相信有冤。<sup>④</sup>如此，使读者在不断接受、认同一种心理世界时，可不断接受、认同相对的心理世界。具体看，如作为主人公交待，《审判》虽然始终描述了K不断自感蒙冤，心情沉重，又没有被告知何故被诉，明确提示了K无罪，但转入客观视角，也常常描述了K继续和标尔纳斯小姐等没有压力的调情，[1]（P40—41，P76—P151—157，P176）继续参加酒会，[1]（P45）就像以往，<sup>⑤</sup>又明确提示K被诉有罪不是捕风捉影。<sup>⑥</sup>再如，在持续的对话中，K总是合乎情理地真诚表达自己蒙冤，此明确传递了K案有冤的信息，但同时K不能也无法提出有力的说辞改变外人“推测”。K提出的一切“有冤”表达，即使并不苍白，

①这也是为什么湖北省巴东县人民法院可以认为“并不一定存在强奸问题”的理由。见前引判决书。

②《审判》，第133—138页。叔叔以前是K的保护人。见《审判》，第129页。

③《审判》，第210页。K表达的类似意思，另见《审判》，第297页。辅助证据是书中人物交待，凡知道案件者，总认为K会判有罪，见《审判》，第245页。

④关于这点，可以参见文学评论者对《审判》开篇的重要分析，例如[美]温弗里德·库楚斯：《卡夫卡的〈诉讼〉和〈城堡〉中叙述的方式和时间的演变（1964）》，刘立群译，范大灿校，载叶廷芳编：《论卡夫卡》，中国社会科学出版社1988年版，第485—490页。

⑤K每星期和名叫爱莎的女性约会一次，见《审判》，第24页。

⑥有人可能认为，因为K也许觉得“被指控”是个玩笑，故依然轻松（书中有此描述，《审判》，第7—8页）。但通观全书，可发现K除了开始时觉得可能是个玩笑，后始终被“有罪指控”的不祥感觉所压抑，在压抑同时，又时而轻松。

也是无关紧要，而转入外人视角却总有一种“一切疑犯都会如此表白”<sup>①</sup>的印象，甚至《审判》提到K自己说，“并不是我不会犯罪，而是我犯的罪不像他们想象的那般大”，[1]（P36）如此，《审判》又明确传递了“无法相信有冤”的信息。

如果认为《审判》表现了法制文学的意境，则证据的交待也成为支撑《审判》“并重”叙述策略的重要手段。《审判》始终回避关于K有罪的证据的来龙去脉。阅完作品，读者肯定不解证据何在。也许有意回避，但《审判》又说，在法律上外人不可能知道关于K的证据，因为诉讼过程未结束。对刑事案件，在某些诉讼阶段，证据的信息需要封闭，制度有此规定（前述已说明小说这一背景）。这种交待具有平衡的表现功能：其一，将K蒙冤明确凸现出来，既然证据都无法知悉，尤其是K本人不知（自己总知道自己做过什么）为何展开有罪审判？但其二，将旁观者的常理推断、信任陈述者、自己各种经验等，更为有力地置于可疑地位，即旁观者不知证据，何以推断并认为K蒙冤？

文学的“并重”叙述自然意在体现冲突，否定“谁对谁错”这种道德判断的基础及其逻辑依据。以这种方式，文学期待读者驻足彷徨，陷入复杂的情绪波澜，进而引领读者展开想象，在对立中思考问题的究竟。文学中有倾向的单向度的叙述，由此而来的有倾向的单向度的道德判断以及相关逻辑依据的建构，使一切变得单边，爱憎分明，但会推开另一层面的问题复杂；虽然也会产生某种情绪波澜，但会淡化另类深刻，以及由此而来的另类更深打动。<sup>②</sup>

故依赖“并重”的文学叙述，《审判》还原了现实中“对立认识”的某种——可说是更为广泛的——冤案社会感受，以及这种感受的原本结构。运用这种“并重”的文学策略，《审判》在加重蒙冤的可能分量时，加固了有关蒙冤判断的前述“例外证伪”的逻辑。蒙冤可能存在，但常理推断，信任陈述者，还有自己蒙冤的记忆、文学记忆、公认冤案记忆，也需退守自己的位置，如果成为旁观者，则需慎用所有这些。而个人伸冤、社会减少冤案的逻辑，就对立认识而言，由此也需淡化。概括说，冤案的“真实”和“推测”，在《审判》的文学揭示中，其间逻辑鸿沟十分明确，不能逾越。

### 三、司法活动者的“认定”

对《审判》以往各种评论常提到，其中一个重要主题是揭示司法活动者本身的腐化。<sup>③</sup>例如，他们所阅书籍涉及污秽。[1]（P70—71）而且，书中说到，办案要托关系。<sup>④</sup>这些，都围绕着K的“蒙冤”。但通观全书，这类评论显然不当。因为，书中同样可以发现涉及司法活动者正面形象的叙述。如提到，检察官工作十分尽职，甚至通宵工作；[1]（P74）而法院中一位女职员对K很有礼貌，不厌其烦地在小事上给予帮助，直至K离开法院时，倒觉得自己应该做些更有意义的事。<sup>⑤</sup>另提到，因向K索要衣物，最初监控K的两位看守受到检察官的鞭笞处罚[1]（P116）……这意味着，《审判》没有单向度丑化司法活动者，相反，倒是希望将颇为现实的多层面的司法活动者展现出来，使读者体会真实司法。<sup>⑥</sup>

《审判》对司法活动者的形象、司法活动的过程，总是不断地进行“景况扫描”。其不期待停留，防止了政治正确的法学判断，有理由定于一个司法层面。典型例子，如第一次审讯，检察官称K为“油漆匠”，[1]（B4）似乎可使读者认为司法活动者疏忽、十分荒唐，但审讯结束时，检察官又平

①如初审时某些旁听者的态度。见《审判》第57—63页。

②如何另类更深打动，可参见孙坤荣：《译本序》载[奥]卡夫卡：《诉讼》，孙坤荣译，外国文学出版社1986年版，第14页。

③参见Parker Potter: *Ordeal by Trial: Judicial References to the Nightmare World of Franz Kafka*, *Pierce Law Review* 3 (2005), P. 230.

④《审判》第166—167、225页。但这主要通过人物对话体现，而非客观描述。

⑤《审判》第95—99页。另法院为了避免影响K工作，同时展开诉讼，将审讯安排在周末，见《审判》第43页。

⑥波斯纳提到，在《审判》中，看不出对资本主义的社会、法律的某种批判见解。见[美]理查德·A·波斯纳：《法律与文学》（增订本），李国庆译，中国政法大学出版社2002年版，第251页。虽然波斯纳对《审判》的法学意义不以为然，但其上述感受恰当。

静地对 K 说,“今天你亲自错过了一切机会,侦讯总是给被告以各种机会”, [ 1] (P65) 这又可使读者觉得“油漆匠”的称谓,不一定是疏忽、十分荒唐,反倒可能是司法活动者非常谨慎,施展策略。从文学角度看,《审判》试图将读者引入复杂人物活动的迷宫,通过循环推进且收缩自如的叙述,让读者处于不断搜寻、追逐、设问、惊异的体验,以实现另类触动感染。主线是审判,但审判总是融于非审判的一切。以审判开始并作结束,但过程并非总是审判。尽管,审判一直对应着 K 的可能“蒙冤”。这样,《审判》以现代主义的文学逼真使司法某种“内在紧张”得以一窥。依此,在我看来,从《审判》审视进而讨论司法活动者对“所称蒙冤”的态度,更为有益。那么,相对蒙冤本人,司法活动者的“主观认为”和旁观者的“主观认为”,是何关系?显然,前者是后者的法律延续。如果对蒙冤的主观主张,本人为“真实”,旁观者为“推测”,则司法活动者显然为特殊的一类“推测”。而法律延续、特殊的一类,其意谓需要辨析。

《审判》始终托衬司法活动者“K 有罪”的认定。因为司法活动者掌握了证据,尽管这些证据不为他人所知,包括 K 本人;甚至证据本身可能不充分。从情节发展看,《审判》始终将司法活动者的视角加以固定,不让其和 K 本人、旁观者的视角出现并合。司法活动者认为有罪,故不理睬 K 的“伸冤”,也不在乎旁观者的“推测”。比如在开始,两名法院看管监控 K,不论 K 表达如何困惑,不明何以有罪,看管依然宣称监控为职责,说法院“依照法令,对付真正有罪的人” [ 1] (P10) “这可是不会有错的”。 [ 1] (P10) 再如,第一次审讯,代表法院的审讯者表现了“认定”的理所当然,不仅对 K 而且对旁观者…… [ 1] (P65)

十分清楚,在此首要一点是证据。这非常符合证据的效果常识。看到证据,握有证据,自然可以坚持一种“认定”,即使证据本身可能真的存在问题。长期以来的司法证据实践,总在支持司法活动者的认定,尤其当司法活动者自认为“合理”。如果出现针对司法活动者的不同意见,基于司法活动者享有证据,尤其享有相对丰富的证据优势,旁观者仅是“推测”,或仅拥有公众皆知的某些证据,社会则倾向将制度的认可,赋予司法活动者。这是容易想到的法律延续、特殊的一类,其意思所在。但与证据相关的重要问题,是司法活动者的社会角色,即专业、职业。这一点,在讨论冤案时常被忽视。

角色定位,使法院倾向、坚持认定。而倾向、坚持,也不仅仅因为看到、握有证据,包括相对丰富的证据优势;还因为拥有专业和职业的地位。在司法权力配置中,无论警方还是检察官,被赋予权力总是因为其被预设“可以胜任”;如果不能胜任,权力授予则会变得荒谬。在一个如《审判》描述的“拥有宪法、正式司法制度、社会大体上秩序井然”的情形中,这尤其难以怀疑。这并非认为司法活动者不会犯错误,甚至出现素质、腐败问题;而是认为,一般来看,当社会正常运作时,司法活动者总能发挥有效的角色功能,体现专业性、职业性。因此,法院认真对待警方和检察官的指控,超过旁观者的推测以及被告人或犯罪嫌疑人的辩解,是在情理。如果激进些,即使不理睬证据对司法活动的意义,或说没有证据,法院倾向与警方、检察官合作,从角色定位看,亦在情理。同时,也是更进一步,法院被赋予审判权力,又是因为其同样被预设“可以胜任”,其是专业的和职业的,较之警方和检察官,可能尤甚。法院总被认为是司法活动的核心、社会公权力的最后堡垒,若不能胜任,则与公共社会得以维系的基本逻辑相互矛盾。由此,被认为“可以胜任”,具备专业和职业,使法院可以也必须享有“认定”强势。正是在此意义上,当“是否有冤”的对立认识出现时,司法活动者认识优先则属必要。

此外,司法活动者的社会角色,还联系着其给社会带来有序现状的功能。在讨论冤案时,易忽略的一个要点,则是当司法制度存在时,社会关于纠纷解决的有序现状,恰是司法活动者的日常一般的有效运作所带来的。强调这一要点,并非意在权衡日常一般有效运作和司法活动——通过对立认识展开——可能产生冤案,其间孰轻孰重。这是伸冤逻辑和减少冤案逻辑所关心、但无法论证的问题。有此强调,意在主张对立认识中的司法活动者的认定是这种有效运作的一个组成部分。可以设想,当司

法活动者解决纠纷时，刑事案件辩护或民事案件的抗辩无时无刻总在提出，但我们通常并不认为任何一个辩护或抗辩其背后都隐藏了“可能的冤案”。我们更多习惯认为，其仅仅是辩护或抗辩、“澄清案情”。随后，我们期待公平的纠纷解决以及有序现状的维持。因此，司法活动者认定“无冤”，一般而言，呈现为有效运作的一个过程。就此而言，当“是否有冤”的对立认识出现时，司法活动者认识优先仍属必要。

《审判》的叙述策略这样提示：K本人和旁观者的视角阅读感受，根本不能也无法压制司法活动者的视角阅读感受；而在对K的多重向度描述（即表现了K真诚伸冤，同时表现了K似乎无冤）的对照下，司法活动者的认定，可能需要更多认同。《审判》举重若轻的对司法活动的勾勒以及衬以社会总体有序的细节丰富的背景，暗喻了深入理解司法活动者的社会角色和维护现有秩序功能的要义。应该承认，对司法活动者的道德完美有所限定并非多余。以公共选择理论来看，<sup>①</sup>作为公共权力的代表之一，司法活动者有其私利欲望并非意外，其亦为社会利益博弈的一方。因而，从利益博弈角度理解对立认识，进而限定司法活动者的认定似属应当。但相对前述关于社会角色“可以胜任”的分析，包括专业、职业，可看出在此真正问题是：社会角色还有专业职业所带来的正当利益维持对应追逐私利，究竟会使司法活动者如何选择？成为正常的司法活动者，制度自然会赋予正当的欲望回报，如稳定薪水、职位升迁、受人尊敬。当社会正常有序时，有序本身已表明正当的欲望回报发挥了应有作用，也即司法活动者总体已作出了对己有利的选择；追逐私利，亦被表明为得不偿失。故在社会正常有序的条件下，针对如何选择的答案十分肯定。也因此，用道德并非完美的设想，抛开社会整体是否有序的状况来主张尽量悬置则是不恰当的。

#### 四、如何对待可能的冤屈者

上面提到，以往文学作品的冤案，通常具有某种站在冤屈者一面的立场，意在批判司法活动者，强调伸冤和减少冤案。其实，这种文学作品的冤案，暗含了“尽量悬置司法活动者认定”的逻辑。但《审判》较为“客观”，一方面使冤案显得存在，另一方面使冤案显得需要怀疑，从而表达了一种中立立场，并无批判之意，没有伸冤和减少冤案的逻辑，同时不可能暗含“尽量悬置”的逻辑。于是，《审判》的悲剧——K被处死——和通常文学作品冤案悲剧有了很大不同。前者更为敏锐地提示：在不能断然否定司法者制造了冤案的同时，也不能断然肯定，从而批判。这就提出另一问题：当没有正当理由怀疑是否被冤时，如何看待冤屈声称者（可能的冤屈者）？

以往理论研究和公众舆论倾向认为，此时需要慎重对待冤屈声称者。所谓慎重，如同“尽量悬置”，实质意思是指应尽力站在冤屈声称者的立场审视疑点，尤其存在某些冤屈迹象时。因为，冤屈声称者，面对的是强大、甚至可以使用任何手段的国家权力，其已处于弱势。即使有观点提到“不枉不纵”，也同样暗含了基于冤屈声称者的立场。<sup>②</sup>这种立场看似合理，但人们总易感到，其与具体实际颇有差距。在一般条件下，具体真实的司法活动者时常并不“如此慎重”。当社会纠纷解决较为有序时，总能看到司法活动是如常运作。为什么？

司法中，任何刑事案件和民事案件，包括近代以来的行政案件，总有一方甚至双方以不同方式、不同程度表达自己“冤屈”。在民事案件中，几乎任何发觉己方可能败诉的当事人都会“鸣冤叫屈”。在刑事案件、行政案件中，相当一部分面对代表国家权力的检控方或行政机关的被告人、行政被处罚者等也会因为可能败诉而称蒙冤。尽管无论在民事案件中，还是在刑事案件或行政案件中，有时未必

<sup>①</sup>参见 [美] 詹姆斯·M·布坎南，《自由、市场与国家——80年代的政治经济学》，平乔新、莫扶民译，上海三联书店 1989年版，第 17—27 页。

<sup>②</sup>权利观念的盛行，尤其对被告人、犯罪嫌疑人亦应强调其权利的观念，使法学界相当一部分人时常如此认为。例子甚多，无需列出。“不枉不纵”的观念，也是人们极为熟悉的，例子同样不胜枚举。



直接出现“冤枉”之类的语词。显然，如司法活动者逐一慎重对待则司法成本之高令人无法承受。<sup>①</sup>而司法成本本身未必是关键，关键在于面对可能的“冤屈”，证据有限甚至没有证据的“鸣冤叫屈”，由此大量消耗司法成本就几乎没有正当性了。这就如同强迫他人大量投资于不确定的事务，回报几乎无从谈起，他人总是没有理由接受。故实践中，司法活动者并不“如此慎重”，如常运作。

此外，若将个人领域和公共领域结合起来，即使真实冤屈（这里真实冤屈，指个人感受或曾感受的，与司法证据证明的冤屈无关）也未必就无法接受；相反，倒是可能具有重要意义。例如，诚实且乐于助人的出借者，没有经验和必要警觉，假设的确出借后没有留下任何证据，在审判中当借贷者否认，则法院总会判决出借者败诉。这种人们熟知的例子，意味着一个人们同样熟知的意义：日后留有证据，如签订协议，也就不会再生冤屈；由此还可广泛地促进借贷关系的良性运转，减少纠纷。真实冤屈，并非总是负面；相反，从未来看，从更为广泛的社会行动秩序看，真实冤屈有时反倒可以避免冤屈。此时要害，在于为何只能强调慎重，而不能强调其相反？其实，这亦为司法活动为何并不“如此慎重”、如常运作的一个内在逻辑，尽管其或许比较隐蔽，或以证据话语作为说辞。

针对《审判》几乎所有评论均特别注意第九章中由神甫讲述的“法律寓言”，指其提纲挈领，位居核心。而“寓言”之前的K与神甫的对话，当然包括“寓言”本身中的对话，则将上述内在逻辑，或直接或间接地表达出来。当K说，“我没有犯罪”，“这是一个误会”，神甫回答：“所有的犯人都都会这样说”。[1]（P296—297）当K讲，“我准备再争取更多的帮助”，“我还有很多机会没有利用”，神甫指出，K寻求的某些帮助不正当，如借助女人接近法院。[1]（P297）

在旁观者，也有怎样对待冤屈声称者的问题。应当说，日常旁观者的态度，远比某些道德观念（如利他主义）、法学观念（如公民权利自觉）倡导的要“冷静”，甚至“冷漠”。陌生人的关系，以及行动“理性”的选择，使更多人表达了“不知情”的态度，表达了“不知道”。在这些道德观念、法学观念看来，旁观者如此，似乎缺乏了社会协助、法治精神（如维护权利、监督权力意识）。但问题是，在没有证据的条件下，或仅知某些众所周知的证据，旁观者怎样判断冤情，进而表达协助、法治精神？更进一步，还需看到：旁观者若不“冷静”，甚至“冷漠”，而总是“热情参与”，以期社会协助，则有可能通过社会压力，反而导致有冤的“无冤”，无冤的“有冤”，以使“正当”变为“非正当”。在余祥林案中，原初警方认定，很大程度即因为各种旁观者的“热情”，由此而来的社会压力而做出。[2]结果则是，旁观者希望正义，但导致了非正义。

还进一步，即使“冷漠”，也未必对社会有序甚至正面防止冤案没有意义。受冷漠，从某种角度看，总是提醒人们注意，交流、行动方式的选择应遵循行之有效的规则，无论规则是国家权力化的，还是民间自发性的；不能无成本地期待“热情”给予，放松警惕。于是，人们总会小心谨慎，采取预防策略，尽力避免被误解，以期降低被指责、指控的可能性。这就一定程度上可以增进社会有序，正面防止冤案的发生。在此，重要的是“冷漠”容易导致负面的相互认知，预设他者的“不信任”，从而使行动者反而更为尽力避免被误解。

可以发觉，《审判》细致且现实地描绘了各类旁观者对冤屈者K的态度，有推测者，如房东格鲁巴赫太太，有疑问者，如标尔斯纳小姐，有冷漠者，如初审时某些旁听者，[1]（P57—63）当然还有静观者，如神甫；除了K的叔叔，真正同情K者绝无仅有。《审判》不厌其“繁”，从而使人“铭记”。K最后被司法处死，“像一条狗”，“留下了耻辱”，[1]（P321）可《审判》似乎幽灵般地在问：如何避免？

<sup>①</sup> Richard A. Epstein 曾详尽讨论了与此有关的司法成本问题，并提出了批评性分析。见 Richard A. Epstein, Simple Rules for a Complex World, Harvard University Press, 1995, p. 99.

## 五、冤案与司法公信危机

在《审判》中，K说：“正义女神应该站得一动不动，否则，那只天平就会摇摆不定，也就无法作出一个公正的判决了。”[1]（P206）K在暗喻司法活动者，也在暗喻其所造成的冤案，还有随之可能发生的司法公信危机。

“公认冤案”和司法公信危机的关系需要剖解。一般而言，“公认冤案”总是个别的；很难想象，“公认冤案”会普遍发生。但即使个别的“公认冤案”，也与司法公信危机存在较为复杂的关联。通常来看，一桩“公认冤案”发生，可能导致社会公众对司法活动的极端否定<sup>①</sup>，进而容易关注，甚至同情当下及未来的冤屈声称者。显然，公权力的赋予，除了专业、职业、能力的预设，时常附带了道德可靠的预设，其典型修辞即为“正义代表”、“公平象征”。同时，公权力的赋予，暗含了案件处理过程中的制度上的信息不对称，司法活动者，总是可以获取更多信息（法律总是规定某时某些案件审判可以不公开）。此外，“公认冤案”对冤案个人，其重要怎样强调均不为过，而他者，则会担心自己成为潜在的冤屈者。于是，随之产生的社会公众预期时常可能较高。高预期的结果，使社会公众总是无法容忍错误发生；一旦发生冤案，社会公众的信念迅速下降，反而更易从负面给与评判，表达深度的不信任，甚至不关心什么原因造成了冤案。这亦为司法活动者在发生“公认冤案”后，有时竭力澄清、申辩，做出特别承诺甚至采取特别措施的激励机制。

但仔细观察，可发现这种公众预期毕竟较为过分，甚至不当。过分与不当，并不因为预期本身有何问题，而是因为这种预期会发生“怀疑”的转移扩散，即一旦出现某些争议的案件，或本文一直涉及的对立认识的“冤案”，公众容易一般化地怀疑司法活动者的专业、职业、能力，还有道德，甚至怀疑信息不对称的制度正当性（典型例子如怀疑为何不公开未审理完毕案件的所有信息）。

“公认冤案”总是个别的。其中的确可能包含司法活动者的专业、职业、能力、道德的失败，还有诸如技术条件、审案固有方式等方面的局限。然而，个别不能含糊其词地替代普遍。上述预期，如不识别自我应有的界限会妨碍社会整体司法活动的功能，甚至得出司法活动应全面停止的奇怪结论（因为任何司法活动显然不能宣告：“绝对不会造成冤案”）。<sup>②</sup>个别的“公认冤案”，只能个别化地解决（尽管毫无疑问地需要彻底公正地解决）。而较高的公众预期，不能成为任由其引发的怀疑转移扩散的理由。虽然扭转公众的怀疑转移扩散十分困难，但是发现问题，并进而作出观念澄清努力是依然必要的。

此外，“怀疑”的转移扩散，还遮掩了个人及公众自我行动的角色责任，甚至使其逃避。避免未来的潜在冤屈，不仅需要司法活动者的正常运作的努力，也需要个人及公众自我行动的自觉。单方面要求司法活动者尽职尽责，而个人及社会公众无需任何积极行动，并不符合现实，也是推卸社会角色责任的一种遁词。司法活动始终是和一对立面——可能包含冤案的社会活动——相互纠缠而展开的。这种社会活动将信息传递给司法活动，引发司法活动；反之，司法活动也在将信息回馈给这种社会活动（以及更广泛的其他社会活动），要求其中个人及公众予以适当的回应，这也是“法律指引功能”的一个意义（人们总是更多通过司法判决来关心、理解、遵循法律）。这种社会活动以及更广泛社会活动中的个人及公众，也就需要适当调整自我行动，以避免可能被误解。这即为现实，亦为责任所在。

①一个例子，可见周宜俊（录音整理）：《上海“余祥林冤案的制度反思理论研讨会”实录》，载游伟主编：《华东刑事司法评论》（第八卷），法律出版社2006年版，第278页。

②难怪有学者认为，司法活动者只需严格依照程序，至于严格依照程序还是出现冤案怎么办，则语焉不详。例子见周宜俊（录音整理）：《上海“余祥林冤案的制度反思理论研讨会”实录》，载游伟主编：《华东刑事司法评论》（第八卷），法律出版社2006年版，第285—286页。

还需看到, 在对立认识的“冤案”中, “公认冤案”的记忆(和强调)包括与其作用接近的“自己曾经蒙冤或被误解”、“伸冤文学”记忆, 除了容易导致“怀疑”的转移扩散, 以及容易遮掩人们自我行动的社会角色责任、甚至使其逃避之外, 还容易导致对立认识的倾斜, 即十分苛求司法活动者, 而颇为“宽容”其对立面——可能的冤屈者。这也进一步增加了司法公信的脆弱, 但这同样有误。对立认识中的冤案本身, 除了鸣冤者自身的内在视角观之, 仅为“可能”。司法活动者坚持自己的法律意见, 如同上访“鸣冤”, 均有其根据, 但以公共视角看, 司法活动者更应获得支持。这里再延伸的是, 本人视角内的冤屈者, 为表明真正冤屈, 只能在社会化的证据(或法律事实)理解共识的基础上, 展现自我; 而认同这一基础, 则意味着公众需要支撑司法公信, 至少不应弃毁。毕竟, 社会化的证据(或法律事实)理解共识, 是由司法公信塑造的, 即实际上通过司法活动, 公共社会得以理解证据意义, 维持有序, 而信任司法对“理解”和“维持”, 总是发挥了无形的支撑作用。

因此, 针对司法活动者, 对立认识中的不断抱怨、指责, 导致了司法公信的危机。而恰当的努力, 应是对立双方——包括第三方(社会公众)——共同履行社会角色的责任; 共同理解对立认识中的冤案, 即使真的发生, 也许是制度有效运行的一个代价, 而且可能还有冤屈者自己的不慎。没人愿意看到现实悲剧, 但不当的司法公信危机亦为现实悲剧, 还可能导致更多的现实悲剧——冤案(因司法活动者难以发挥以往正常的功能)。这是对立认识中的“冤案”里面, 最为棘手的问题。

再看《审判》。K始终质疑针对自己的司法活动, 但实际表达的是疑惑不解, 即“为什么指控我”, 且没有表达对司法的不信任。与此类似, 其他人物, 除了更多是推测K真有罪, 也没有表现对司法的不信任, 倒是同样相信, 司法活动者是在履行职责。即使某些人, 如律师、画师, 试图拉关系运作案件, 似乎暗示司法腐败, 但其实亦仅仅为了通过诉讼获得利益, 而没有真实表达司法活动本身就是腐败的。[1] (P161-182 204-231) 颇为重要的, 如前面已提到, 尽管描述法官所阅书籍涉及污秽, 某些人物说到“法院并不干净”, 但因《审判》又从许多正面角度展开描述, 使司法活动者显现恪守职责, 甚至关心案中的当事者……故在《审判》中, 难以体会、感觉司法公信危机。

从文学看, 《审判》避开伸冤、减少冤案的叙述旨趣, 不期待以此调动特别的失望、愤懑, 而主要是带合读者一种悲凉的阅读感受。故“公认冤案”的元素, 在叙述空间中没有任何位置。也因此, 最易导致文学欣赏中司法公信危机的吸引可能性被抑制了。此外, 就“自我蒙冤或曾被误解记忆”而言, 《审判》也无意将其透露, 以此唤醒读者自我焦虑——因为读者多少会有蒙冤或被误解的记忆——从而追问、想象司法活动的造冤可能性。相反, 《审判》中的一切叙述, 都在对立认识中的“冤案”核心和周边展开, 循序渐进, 这些叙述试图不断地复原复杂的某种现实——可说是更广泛的现实。阅读所获得的, 总是疑问、澄清、疑问……阅读感受则总是: 从K被诉开始, 对K对司法活动者, 对其他人, 究竟发生了什么? 在《审判》的文学评论中, 可发现见仁见智的思考, 主题诠释的结论亦纷然杂陈。有人认为《审判》意在社会批判,<sup>①</sup>有人则说《审判》揭示了个人赎罪(即K有原罪故自我赎罪);<sup>②</sup>有人认为《审判》表达现实荒诞;<sup>③</sup>有人则说《审判》揭示了人类内心梦幻式的焦虑<sup>④</sup>……而凡此种种,<sup>⑤</sup>在我看来, 当然针对法学, 恰恰说明最值得注意的是: 处于对立认识中的K式冤情, 到底属于什么社会、政治、法律问题?

K最后被没有解释、理由的宣布处死。K的一切努力似鸿毛之轻。有人会说, 这即为司法活动的失败, 可激起阅读中情绪化谴责的波动。但纵观《审判》对法律背景的正式交待, 对司法活动者不

①如 J. P. Stern: *The Law of the Trial in Franz Kafka* (ed.), *On Kafka: A 50th Anniversary Perspectives* Elek 1976, P. 30

②如残雪:《灵魂的城堡: 理解卡夫卡》, 上海文艺出版社 1999年版, 第 87—88页。

③如韩瑞祥、仝保民:《总序》载[奥]卡夫卡:《卡夫卡小说全集I》, 韩瑞祥等译, 人民文学出版社 2003年版, 第 9页。

④如张莉:《卡夫卡与 20世纪后期中国小说》, 苏州大学文学院 2006年博士论文, 第 47页。

⑤关于以往评论的概括及多样性问题, 参见谢莹莹:《Kafkaesque——卡夫卡的作品与现实》,《外国文学》1996年第 1期, 第 41—47页。

偏不倚的中性描绘，对旁观者意见多面化的展示，以及更为重要的，K临死时没有任何挣扎、抗拒，仿佛任凭走向自然毁灭，如同梦境。<sup>①</sup>可认为，激起疑惑、迷惑、困惑情绪的波动才更为可能、正常。《审判》摈弃了造冤、伸冤、解冤、纠冤的文学模式——“公认冤案”塑造，故无法发觉司法公信危机的警醒。但也由此，从《审判》中可抽象演绎更为重要的警醒：司法公信危机，在将矛头指向司法活动者时，本身是否又在肢解全社会的共同责任？

## 六、结 语

需要坦言，本文关于冤案和司法活动的某些观点，如关于常理推断、信任被陈述者以及司法活动者实际上怎样面对对立认识中的冤案，并非新颖，甚至老调重弹。但结合重要文学作品，即《审判》则可赋予这些观点更为厚重的意义，使之不被遗忘，甚至推陈出新。故本文当然也有自己的观点努力，如强调且论证为何应从对立认识而非“公认冤案”中的冤案切入去理解冤案，以及以此为基础强调且论证面对冤案（特别是对立认识中的冤案）可能的冤屈者、社会公众和司法活动者，均应尽到自身社会角色的责任，而非仅仅“聚焦”司法活动者。

本文无意主张，司法活动者不需通过“公认冤案”汲取教训。法学界讨论冤案的主流趋向，一直强调教训的汲取以及如何预防。但纵观实践，当真正出现了“公认冤案”，司法活动者没有也不可能不汲取与预防。甚至司法活动者比法学界本身，更为关心自我反省。因为角色担当（如身为法官即应如何）、制度制约（如冤案责任追究），本身即有压力功能，应当说这些从未缺失，而且如前文所述，司法活动者亦为“理性”者，总是知道何为恰当选择。故本文实为强调，“公认冤案”的汲取、预防，不是思考关键；而《审判》的“对立认识中冤案”的寓意挖掘，可提供广阔且更为关键的讨论前景。

对《审判》的广泛阅读使《审判》具有深远的文学意义，因其法律题材的内置，故伴有了深远的法学意义。不断阅读，可使人们反复体会其中关于冤案的叙述意向。而以往“伸冤逻辑”的文学，自然已有深远的文学意义并有重要的法学提示，仍被不断阅读，发挥关于“冤案”的观念影响作用。就此而言，挖掘《审判》的冤案理解，其另一目的，实质上是在社会意识形态领域中对抗“伸冤逻辑”文学的观念，矫正其不应占据的话语地位。而文学的阅读，对社会公众，终究具有潜移默化的规训，进而也会左右其对现实法律实践的看法，最终“干预”法律实践。所以，本文主张，需要恢复对冤案与司法活动的关系的平衡理解，因为原有“伸冤逻辑”的文学改变了平衡，也会改变社会冤案实践的观念平衡。重读《审判》，阐述其中关于冤案和司法活动的关系的寓意，目的即在于保持平衡。

最后就法律与文学的学术旨趣来看，更普遍地说，文学的法学意义并非总是自明，需要法学的辨析，由此激发文学的法学影响（毕竟，人们总是喜欢文学、易接受文学）。本文即为又一努力尝试。

### 参考文献：

- [1] [奥] 弗兰兹·卡夫卡. 审判 [M]. 曹庸译. 上海: 上海文艺出版社, 2006
- [2] 张立. 愚人节这天, 他“无罪出狱”——一个残酷的法律“玩笑”: 含冤 11年间余祥林家破人亡 [N]. 南方周末, 2005-4-7 (A6).
- [3] George Dang. Reclaiming Franz Kafka: Doctor of Jurisprudence [J]. Brandeis Law Journal, 2007, (45).
- [4] [匈] 乔治·卢卡契. 弗兰茨·卡夫卡抑或托马斯·曼 (节选) (1958) [A]. 叶廷芳译. 叶廷芳. 论卡夫卡 [C]. 北京: 中国社会科学出版社, 1988

<sup>①</sup>参见《审判》，第319—321页。这也是众多文学评论最为感兴趣的问题。

- [5] [美] 理查德·A·波斯纳. 法律与文学 [M]. 李国庆译. 北京: 中国政法大学出版社, 2002
- [6] Patrick Glenn. The Deconstruction and Reification of Law in Franz Kafka's "Before the Law" and the Trial [J]. Southern California Interdisciplinary Law Journal 2007 (17).
- [7] [奥] 弗兰兹·卡夫卡. 关于法律的问题 [A]. 谢莹莹译. 载 [奥] 卡夫卡. 卡夫卡小说全集III [C]. 韩瑞祥等译. 北京: 人民文学出版社, 2003
- [8] Ian Ward. Law and Literature: Possibilities and Perspectives [M]. New York: Cambridge University Press, 1995

[责任编辑: 刘星显]

## Unjust Cases and Judicial Activities: A View from Kafka's The Trial

LIU Xing

(Law School, China University of Political Science and Law, Beijing 102249)

**Abstract:** The study of unjust cases should begin from the contradicting recognition of "whether unjust cases exist" in daily judiciary instead of well known unjust cases. When contradicting recognition occurs, it is necessary to support judicial activities by reasons of role playing and functioning. Social individuals assume their own responsibilities in contradicting recognition of unjust cases and daily behavior. Kafka's The Trial provides excellent materials for these researches.

**Key words:** unjust cases; judicial activities; law and literature; social responsibility; judicial public credit