

第10辑

清华 法治论衡

冤狱是怎样造成的（下）

高鸿钧 张建伟 主编

清华大学出版社



清 華 法 治 論 衡

冤獄是怎样造成的（下）

第 10 輯

高鴻鈞 張建偉 主編



清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本书为“冤狱是怎样造成的”专辑之下卷。本专辑旨在汇集、整理和分析国内外一系列冤假错案,从不同角度全方位揭示和分析当代冤案产生的历史、文化、政治、体制和技术等原因,从具体问题入手推动法治的发展和人权状况的改进。

本专辑主要围绕冤案的传统与现代背景、冤案的政治学考察、冤案的文化透视、刑讯逼供以及程序和证据制度等问题展开。作者既有蜚声学界的法学名宿,也有学界中坚新锐;既有扎实厚重的理论研究者,也有见多识广的实务法律人。他们放眼中西之际,穿梭古今之间,平实言理,从容著文,其文章具有很强的可读性。本辑亦载有德国著名社会学家和法学家托依布纳以法律全球化为主题的三篇重要论文的译稿,它们具有重要的学术参考价值。

本书适合法学研究者及法学专业学生阅读,对于法律实务者,以及关心中国法治和法学发展的其他人士,亦有重要的价值。

本辑执行编辑 鲁楠

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13501256678 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

清华法治论衡·第10辑,冤狱是怎样造成的(下)/高鸿钧,张建伟主编.
—北京:清华大学出版社,2008.1

(清华法治论衡)

ISBN 978-7-302-16316-9

I. 清… II. ①高… ②张… III. 法治—文集 IV. D 902-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 162272 号

责任编辑:方 洁 宋丹青

责任校对:王凤芝

责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社 地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn> 邮 编:100084

c-service@tup.tsinghua.edu.cn

社 总 机:010-62770175 邮购热线:010-62786544

投稿咨询:010-62772015 客户服务:010-62776969

印 刷 者:北京四季青印刷厂

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:148×210 印 张:12.75 字 数:305 千字

版 次:2008 年 1 月第 1 版 印 次:2008 年 1 月第 1 次印刷

印 数:1~3000

定 价:26.00 元

本书如存在文字不清、漏印、缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:(010)62770177 转 3103 产品编号:026509-01

从错误中发现真理

也许,夏虫不可语冰。

我们满怀同情、恻隐之心,也往往无济于事,因为生活在安逸、自由环境里的人,只要没有经受过类似的厄运,还是无法体会被冤屈为有罪、被羁押甚至处决的人在漫长的刑事司法、判决执行过程乃至刑罚执行后(如果他还活着)感受过的长时间痛苦的精神煎熬,以及他们肉体上曾经承受过的痛苦。这就是为什么当一桩冤错案件曝光以后,我们给予的关切其实还远远不够的原因。

错案的受害者,很少谈到他们曾经经过的精神上的巨大痛苦。堀口宗路在《还你清白》一书中记载:日本名律师相马达雄 1977 年 4 月的一天第一次见到松尾政夫——三十四年前冤案的受害人,看见的是这样一个老人:“穿着土黄色的工作服,脚上穿着木屐,手中拎着在小零售商店购物时给的白色塑料方便袋。后来才知道,那袋子里面装的是牛奶和面包。花白的头发,剪成小光头,前额部分已变

得稀疏了。身高约 1.58 米,白皙而削瘦,衣服显得肥大不合体。”这个老人经一个地方报社的社长甲斐乡介绍来到相马律师所在的事务所之前,曾经去过很多报社。甲斐乡将这个老人引见给相马律师时说:“他说到我们报社来之前,也去过各处的大报社。不过,好像到哪也没有人理睬。这也难怪,这个人究竟在说些什么也搞不太清楚。”这个被看作古怪的老人一见到相马律师,就开始毫无条理地说起来:“先生,我什么都没干呀。大家都知道是谁干的,就连警察,连法院都该知道的嘛。是那女孩子在撒谎。”翻来覆去重复着这些话。“令人感到惊异的是,他讲话的声音并没有像在诉说一身清白时所应有的那种坚实、强烈的振荡。既不是高声大噪,也不是低声叽咕。就像他行动时慢慢悠悠一样,老人说话的声音也有点慢慢吞吞,从容不迫。”甚至当相马律师为赶到法院开庭不等他说完就打断他的絮叨、匆匆告别之时,“老人并没有显露出似乎特别遗憾的表情,而是笑咪咪地在目送着相马,那简直是一张孩子般无忧无虑的笑脸。”令相马律师没有想到的是,这个老人从早上一直等到傍晚,为了等来相马律师听他的陈述。当相马律师终于接受了他的委托,开始办理这桩陈年旧案之后,他才逐渐发现,这个样子比起实际年龄看起来大十岁的六旬老人是一桩冤错案件的受害者,三十年前他被以强奸罪名判处三年有期徒刑,1989 年 1 月 31 日,熊本地方法院法庭裁判长松永昭次郎宣布发生在

1954 年的那起强奸案的“主角”松尾政夫无罪。一个经过了三十四年获得的无罪判决虽然值得庆幸，但并没有减弱这个案件的悲剧色彩，因为无罪判决作出之前，松尾政夫已经去世了……

在那张孩子般无忧无虑的笑脸后面，富于洞察力的人才能体会到冤狱被害人所具有的痛苦、凄怆、隐忍、绝望与期望交织的复杂情感。只有真正具有责任感的人才会去动手为他们解除精神和肉体上的炼狱，消灭产生他们悲剧的根源。

这样的悲剧，不是只有别的国家才有，这个事实显而易见。

我们这个国家，也存在不少冤错案件。司马迁是少有的将自己的精神创伤形诸文字的冤错案件的受害人。在《报任安书》中，太史公悲愤叙述：“猛虎在深山，百兽震恐，及其在阱槛之中，摇尾而求食，积威约之渐也。故士有画地为牢，势不可入，削木为吏，议不可对，定计于鲜也。今交手足，受木索，暴肌肤，受榜箠，幽于圜墙之中。当此之时，见狱吏则头抢地，视徒隶则心惕息。何者？积威约之势也。及已至是，言不辱者，所谓强颜耳，曷足贵乎？”这段惊心动魄的文字，在我们如今读来，只能通过想象才能与司马迁的切身体会相沟通。

今日也时有冤错案件发生。在本书中，我们将收集来的近年来报章杂志披露出来的冤错案件列出，由于媒体的广泛报道，收集这些案例不费吹灰之力。纸面上的这些案件都是静静的，这些由文字

组成的事件梗概,难以承载冤错案件的受害人真正经历过的煎熬和苦痛。这些案件中的受害人,大多有着同样的不幸,也大多有着相同的幸运——他们曾经是司法错误的牺牲品(个别的还存疑),但在嫌疑得到洗刷时他们大都还活着,亲眼看见了自己被平反的一天。

这些被冤屈过的人的名字应当被记住:岳兔元、王树红、孙万刚、余祥林、李久明、李化伟、杜培武……他们不是共和国的英雄人物,也不是披红挂彩的劳动模范,但他们的名字仍然值得我们铭记。这些名字能够减少我们对于本国刑事司法制度虚妄的满足感,能够时时提醒我们这里的刑事诉讼制度及其实践还存在着严重弊病,能够唤起我们的良知和责任心,促使我们找出产生冤错案件的弊病,清除那些再次发生冤错案件的病灶。

这些冤错案件一经披露,本该朝野震动,至少,不能如清风徐来、水波不兴。只是,也许我们的民族遭遇的苦难太多了,人们不愿长时间面对流血的伤口,人们习惯于回避和遗忘。我们看到的是,为冤错案件的被害人平反,给予他们赔偿,对这个案件的关注也就消弭了,人们用遗忘来麻醉自己。

但错误不因我们不去注意就不存在,罪恶不因我们不去正视就不存在,发生错误的原因不消除,造成罪恶的根源不消除,错误与罪恶还会一次又一次卷土重来。

错案发生后,我们应当追问:

为什么无辜者被羁押、起诉和定罪,哪些原因造成了冤错案件?

为什么中国式错案必有刑讯?为什么一些冤错案件屡经披露而刑讯仍在发生?

谁应当为刑事误判负责,应当承担什么责任?

应当如何避免或者减少司法误判?

如何重拾民众对司法的信心?

面对冤错案件,法学者应当如何承担学者的使命?

近年来一连串冤错案件在报章杂志上得到报道,在网络中也有许多议论,但我们很少看到有人对这些案件之所以产生的根源和原因进行深刻的检讨。我们的法学者虽然日日挥霍着自由、民主、人权和法治的抽象概念,却也很少放下身段,仔细分析一下在我们身边出现的这些更为具体的涉及自由、人权的案件的成因,深入剖析我们刑事司法存在的弊病并寻求疗救的药方,进而促使悲剧不再发生或者减少发生的可能性。

然而,我们已经逐步意识到,自由、民主、人权和法治都是具体的,不对这些具体的涉及自由、人权的案件给予足够的关注,法学者就没有履行自己肩负的使命。

尽管法学者都是“夏虫”,并没有真正体验过冤狱被害人向隅而泣的厄运,但他们有着丰富的法学知识、良好的洞察力和判断力、强烈的公民良知、士人的使命感和对于权力系统及社会或大或小的影

响力,他们理应发出自己的声音,他们也能够对刑事司法制度和运作提出中肯的改良建议。

只要这样做了,人们就会从过去的错误中学到许多。正如弗朗西斯·培根所言:“从错误中比从混乱中容易发现真理。”

本辑的作者们正是在这样做。他们所做的,就是从司法错误中寻找可能的真理,他们并没有自负地认为自己发现并垄断了这些真理,但他们可以宣称他们正在做的,正是发现真理的人类努力的一部分。

这种宣告,因面对冤狱受害人的巨大痛苦和难以抚平的创伤而变得谦卑。

张建伟

目 录

主题文章

冤狱是怎样炼成的

——从《窦娥冤》中的举证责任谈起 易延友(1)

并非停留于历史的记忆里 封丽霞(28)

警察为什么刑讯逼供

——来自生理学、心理学和社会学的

初步解释 唐俊杰(42)

程序安定性与“错案可能”之间的

张力 刘 玫,初殿清(60)

立法、实践与政治过程

——谈“冤案”与律师刑事辩护难的成因

..... 刘思达(73)

铁案、冤案:防错与追责 王新环(90)

我们为什么反对刑讯 魏晓娜(99)

无罪判决为何姗姗来迟

——三轮车夫张新亮“杀妻”案之思 李秀平(103)

有一种冤案是可以避免的 阮齐林(114)

政治合法性、整体利益与个案公正 毕竞悦(117)

司法商谈与司法合理性 钱济平(128)

法苑品茗

思痛与痛思

——读《美国八大冤假错案》 赵 晶(147)



见微知著与求名责实之间

——《清代地方政府》书评 王进文(159)

重读《古代法》:扬弃“纯理论”的努力 陆宇峰(176)

文心法言

“承认的法律史”:拥抱与拒斥之间 余盛峰(192)

平等权里的差别对待

——评死亡赔偿金的“城乡差别”和

“地区差别” 向 菲(211)

行为能力、意思不自由与意思决定 李小军(223)

域外法音

“全球的布科维纳”:世界社会的法律多元

主义 [德]贡特尔·托依布纳著,高鸿钧译(241)

匿名的魔阵:跨国活动中“私人”对人权的

侵犯 [德]贡特尔·托依布纳著,

泮伟江译,高鸿钧校(280)

法律刺激:英国法中的诚信条款或统一之法

如何止于新的趋异 [德]贡特尔·托依布纳著,

..... [德]贡特尔·托依布纳著,

马剑银译,高鸿钧校(314)

附录

当代冤案面面观

——刑事错判座谈会纪要 鲁楠整理(355)

编后记 高鸿钧(382)

CONTENTS

MAIN TOPIC

How was Miscarriages of Justice Fashioned:

Starting from the Burden of Proof in

Dou E Yuan Yi Yanyou(1)

Not Staying in the Memory of History Feng Lixia(28)

Why does Police Torture:

Primary Interpretation from Physiological, Psychological
and Sociological Perspectives Tang Junjie(42)

The Tension between Stability of Procedure and Possibility
of Mistaken Cases Liu Mei, Chu Dianqing(60)

Legislation, Practice and Political Process:

The Reasons of Unjust Case and Criminal

Lawyer's Defense Difficulty Liu Sida(73)

Just Case, Unjust Case: Preventing Mistakes and

Investigating Responsibilities Wang Xinhuan(90)

Why are We against Torture Wei Xiaona(99)

Why does Innocent Judgment

Come so Late Li Xiuping(103)

One Kind of Unjust Case can be Avoided Ruan Qilin(114)

Political Legitimacy, Total Interests and

Justice of Single Case Bi Jingyue(117)

Justice Discourse and Justice Rationality Qian Jiping(128)



BOOK REVIEWS

Thinking of Pain and Painful Thinking:

Review on Book *The American Inquisition*

..... Zhao Jing(147)

Between Finding Great from Small and Finding Truth from

Name; Review on the Book *Local Government in*

China under the Ching Wang Jinwen(159)

Rereading *Ancient Law*:

The Critique and Development of "Pure Theory"

..... Lu Yufeng(176)

CULTURAL TALK AND LEGAL SPIRIT

Acknowledged Legal History: between Acceptance

and Rejection Yu Chengfeng(192)

Discriminative Treatment in the Equality Right:

Comment on Compensation to Death of "Difference

between City and Country side" and "Difference

among Regions" Xiang Fei(211)

Behavior Ability, Meaning not Free and

Meaning Determination Li Xiaojun(223)

SOUNDS ABROAD

"Global Bukowina": Legal Pluralism in the World

Society Gunther Teubner, transl. by Gao Hongjun(241)

The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by

"Private" Transnational Actors

..... Gunther Teubner, transl. by Pan Weijiang,

Provered by Gao Hongjun(280)

CONTENTS

Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergence Gunther Teubner, transl. by Ma Jianyin, Provered by Gao Hongjun(314)
--

APPENDIX

Images of Modern Unjust Cases: Summary of Criminal Unjust Case Colloquium Lu Nan(355)
POSTSCRIPT Gao Hongjun(382)

冤狱是怎样炼成的

——从《窦娥冤》中的举证责任谈起

易延友*

元杂剧《窦娥冤》是关汉卿的代表作,取材于民间流传的“东海孝妇”。该故事最早见于西汉刘向的《说苑》,班固《汉书·于定国传》中也有近似记载,后来晋干宝《搜神记》对此作了较为详细的记载,^①元代的其他杂剧作家如王实甫、梁进之等均曾以此为题材进行加工,但因其并无多少批判现实色彩,因而与关汉卿的作品比较起来,似乎黯然失色。而关汉卿的作品《感天动地窦娥冤》(以下简称《窦娥冤》)则在有关记载、民间传说以及当时杂剧作家的基础上,通过赋予窦娥对黑暗司法英勇反抗的性格,揭露当时腐败黑暗的司法状况,真切反映了元代社会的现实生活,同时也表达了被压迫者申冤报仇的急切心愿,从而成为中国古典悲剧中的千古绝唱。^②由于该剧所蕴涵的深刻的思想意义,它不仅成为许多文学家研究的对象,而且也成为许多法学家论文剖析的基础。

本文无意于揭发《窦娥冤》在文学上的深刻意蕴,也无意从法

* 法学博士,清华大学法学院副教授。本文原载《政法论坛》,2006(4)。

① (晋)干宝:《搜神记》,贾二强校点,79页,沈阳,辽宁教育出版社,1997。

② 关汉卿等:《窦娥冤》,北京,人民文学出版社,1958。该书一共收录了元杂剧三篇,其中除了关汉卿的《感天动地窦娥冤》外,还有康进之的《李逵负荆》和无名氏的《陈州粳米》。本文所展开的分析,如无特别说明,均以此处引用的版本为基本依据。



理学的角度阐发《窦娥冤》所具有的丰富哲理。本文仅希望通过对窦娥悲剧形成的制度原因,来探讨刑事诉讼程序中有关无罪推定、举证责任等制度的基本内涵,从而揭示该剧对于现代诉讼法制可能具有的启发意义。因此,本文第一部分将在各种版本的《窦娥冤》关于事实叙述的基础上,展示窦娥冤屈发生的过程;第二部分阐述在现代举证责任规则下窦娥案件可能的处理方式,并从窦娥冤案审判过程本身所凸现出来的特征,分析窦娥的悲剧形成的制度原因;第三部分紧承其后,分析古代社会存在的事实上的有罪推定与现代社会所追求的法律上的无罪推定之间的深刻差别,从而阐发现代无罪推定原则在举证责任分配方面承担的技术性功能;第四部分对古代有罪推定背后的意识形态进行分析,指出无罪推定和有罪推定的区别并不仅仅体现在技术的层面,而是深深地植根于对待人权的态度这一意识形态方面;第五部分则对无罪推定及其所体现的意识形态决定的制度结构进行阐释,从而指出其对于人权保障所具有的积极意义,以及制度的完善对于实现其所追求的目标的重要性。结论部分试图就中国刑事诉讼中相应制度的完善提出可行的建议,并对某些法学家的错误说法予以澄清。

一、冤狱是怎样炼成的

(一)剧中的基本情节

根据关汉卿的《窦娥冤》,故事的开始起源于书生窦天章因欠蔡婆婆高利贷而将女儿作抵押。抵押时窦娥刚满7岁,便被窦天章送到蔡婆婆家做童养媳。不幸的是,窦娥在与蔡婆婆之子成亲

后不到2年,就成为了寡妇。^①蔡婆婆因讨债,被债务人赛卢医骗至一僻静处,差点被勒死。此过程恰巧被路过的张驴儿父子看见,将蔡婆婆解救下来。张驴儿知晓蔡婆婆家中尚有一寡妇儿媳,遂以赛卢医勒蔡婆婆的绳子威逼蔡婆婆同意将窦娥嫁给张驴儿。蔡婆婆无奈之下,将张驴儿父子二人带回家中。但窦娥死活不顺从张驴儿。张驴儿出计从赛卢医处讨得毒药,企图害死蔡婆婆,乘窦娥孤苦无依之际,将其据为己有。不料阴差阳错,毒药没有毒死蔡婆婆,反将张驴儿馋嘴的父亲毒死。张驴儿一看自己父亲被毒死,立即指认是窦娥下毒,威胁窦娥嫁给自己(私了),否则便要向官府告发(官休)。^②窦娥不愿私了,张驴儿便拉了窦娥、蔡婆婆,三人来到公堂之上。

张驴儿作为原告首先陈述:“小人原告张驴儿,告这媳妇儿,唤作窦娥,合毒药下在羊肚汤儿里,药死了俺的老子。这个唤作蔡婆婆,就是俺的后母。”法官——楚州太守桃机——问道:“是哪一下下的毒药?”窦娥答道:“不干小妇人事。”蔡婆婆说:“也不干老妇人事。”张驴儿也说:“也不干我事。”桃机问道:“都不是,敢是我下的毒药来?”窦娥答道:

我婆婆也不是他后母,他自姓张,我家姓蔡。我婆婆

① 见第一折:(蔡婆婆云:“自十三年前窦天章秀才留下端云孩儿与我儿做儿媳,改了她小名,唤作窦娥。自成亲之后,不上二年,不想我这孩儿害若症死了。媳妇儿守寡,又早三个年头,服孝将除了也。”——关汉卿等:《窦娥冤》,6页,北京,人民文学出版社,1958。

② 见第二折:(张驴儿云:)窦娥,你药杀了俺老子,你要官休,要私休?(正旦云:)怎生是官休?怎生是私休?(张驴儿云:)你要官休呵,拖你到官司,把你三推六问,你这等瘦弱身子,当不过拷打,怕你招认药死我老子的罪犯!你要私休呵,你早些与我做了老婆,倒也便宜了你。”关汉卿等:《窦娥冤》,21页。