

水木书香



# 凶手 谁有权利宽恕

张建伟 著

正义的图腾  
站起来的中国人  
拉着古人聊聊天  
常识与昧于常识的判断  
活人的司法  
却疑春色在邻家



清华大学出版社

# 雍正朝与康熙朝 凶杀



雍正朝与康熙朝  
凶杀



中国政法大学出版社

谁有权利宽恕  
凶手

张建伟 著

清华大学出版社  
北京

## 内 容 简 介

只有受害者才有权利宽恕凶手。这里的“受害者”既包括死者本人(死者已经永久失去了表达意见的权利,这是凶手造成的恶果),也包括因亲予死亡而痛失爱子的父母或者死者其他近亲属。其他任何人都没有权利代替表达宽恕之情,其他人越俎代庖表达对凶手的宽恕不但无聊而且无耻。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。  
版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

### 图书在版编目(CIP)数据

谁有权利宽恕凶手/张建伟著. —北京:清华大学出版社,2018  
(水木书香)  
ISBN 978-7-302-44442-8

I. ①谁… II. ①张… III. ①法学—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 169626 号

责任编辑:刘 晶  
封面设计:谢元明  
责任校对:王凤芝  
责任印制:王静怡

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>  
地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084  
社 总 机:010-62770175 邮 购:010-62786544  
投稿与读者服务:010-62776969, [c-service@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:c-service@tup.tsinghua.edu.cn)  
质 量 反 馈:010-62772015, [zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn](mailto:zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn)

印 装 者:三河市铭诚印务有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:148mm×210mm

印张:8.625

字 数:196千字

版 次:2018年4月第1版

印 次:2018年4月第1次印刷

定 价:52.00元

---

产品编号:070569-01

收拾来便是良知，散漫去都成妄想。

——[明]高攀龙

这就是我的故乡，我的人民。

这是一片我想发出声响的空间。

——[荷]马斯曼

## 序

读一篇美国学者的文章，文章中反复提到“像法律人一样思考”（thinking like a lawyer），我对这个短语产生了一点兴趣。按照作者的说法，“像法律人一样思考”意味着相信法律工具（首要的是对抗制）是解决所有难题的理想手段。如果与法律制度无关的某一生活领域的事项出了问题，这个解决手段会将法律制度扩张到该领域。在英美人眼里，“法律人”包含受私人委托的律师，也包括在检察机关从事诉讼活动的律师（检察官被称为“控方律师”），甚至在法庭上执槌司法的法官。所以，在这里，对“法律人”一词不妨作宽泛理解。

像法律人一样思考，应当是指一个人的思维方式具有律师思维方式的特性，这种特性植根于法律职业的特性、法律活动本身的传统和性质。它是一种职业习惯，一种角色心理，是养成的，熔铸在律师的群体属性里。我想，一个法律人的意识构造中应当包括如下要素：

现代诉讼中实行证据裁判主义，认定案件事实应依赖于证据，证据是律师武器库中的制胜利器，法律人进行诉讼活动和诉讼外的咨询代理活动，不能不注重证据。有证据意识者，能够注重保全证据、提供咨询意见或者辩论言之有据（证据）、依证据为判断。对于检察官来说，更是有一分证

据说一分话，有七分证据不说八分话（胡适）。

律师以维护权利为己任，受私人委托的律师，基于维护当事人利益的目的进行活动，应勇于和敏于维护权利。作为“控方律师”的检察官，不但要维护被害人的权益，对于嫌疑人、被告人的权益，也要加以公平注意。故而许多国家的法律要求检察官对待有利于和不利于嫌疑人、被告人的证据应一律加以注意，以维护其正当权益，体现和实现正义。法官居中裁判，更应有尊重当事人自由权利的强固意识，否则怎么配做“上帝”在人间的代理人？要知道，裁判人之善恶的法官的位置是人间的法官代坐的。

公平竞赛(fair play)旧译“费厄泼赖”，来源于竞技中的概念。在运动场上，公道待人，注重竞技的公平性，不但与本队的队员通力合作，即使对竞争对手也尊重其人格。流风所及，在政治舞台和司法领域，亦以公平竞赛为原则。这一原则，来源于英国，人们素来认为，“英国政治家的风度是在球场上养成的”，英国的对抗制诉讼也表现出鲜明的公平性质。在诉讼中，公平竞赛意识促使人们遵守自己的本分，在行使自己的权利的时候，亦尊重对方的权利，在司法竞技中不逾矩，不以不正当手段拆对方的台，而以正当手段追求胜诉。

法律人有证据意识、权利意识、公平竞赛意识，归结到一点，是信赖法律的正当程序能够实现正义。在这种信仰的支配下，出现纠纷时，自然会选用正当程序作为解决问题的方式，并且为了使法律工具保持有效性，能够自觉抵制败坏法律程序纯洁性的做法。如果法律人对法律工具失去信仰，就会为获得胜诉而大肆钻营，就会竞相逐利而不择手段，从而进一步败坏司法环境，最终使法律工具在解决人们的纠纷中被弃如敝屣。

无须强调，“像法律人一样思考”中的“法律人”，是“真正”意义上的法

律人,是有正义感、道德感的法律人,只有这样的法律人才能够如此思考。毫无道德感和正义观念的法律人,其意识构成有别于此。这样的法律人越多,司法越颓败。

从事法律工作的人,“像法律人一样思考”,能够培养出一种公平诉讼的风气,以及对法制信赖的风气。社会中多数人能够“像法律人一样思考”,则法治的社会基础就容易形成,社会正义就容易得到维护。对于社会法治意识来说,法律人建立起一种道德秩序,树立一种形象,有助于促成和强化这种意识,法律人通过自己的行为和思考方式可以对社会产生良好的影响,起到一种示范作用,从而促进司法环境的改善。所以,当我们想到“像法律人一样思考”这样的概念时,心目中的法律人应当是值得信赖的,值得尊重的。



# 目 录

## 第一辑 正义的图腾

司法的意象	3
忒弥斯的眼睛	8
听听曹刿怎么说	12
智慧不遗传	15
百代皆行秦政制	18
法官对抗国王	21
司法统制的假期	23
老袁都惧它三分	27
彼拉多式司法	30
国情也分好歹	33
新权威主义的法制	38

## 第二辑 站起来中国人

丧钟为谁而鸣	43
--------	----

公民学	48
法律没有说	51
无罪推定滥觞于中国吗？	54
跪还是不跪，这是个问题	57
主宰与敬畏	60
点名撞见“鬼”	63
刑讯心理学	67
公堂上，穿着细事也莫等闲看	72
我们还用“窜至”行文吗？	75
闲读妙判	78
法治不在线	89

### 第三辑 拉着古人聊聊天

追念李离	95
石奢的选择	97
李斯来信	99
酷吏的终局	101
戴胄的失信论	103
《申报》与杨乃武案	106
历史的裸脸	109

## 第四辑 巴掌大的一块青天

谁有权利宽恕凶手	117
世人争说许霆案	120
彭宇案留给我们什么	125
常识与昧于常识的判断	129
上访时代的“糖瓜祭灶”	134
伤心之丘	140
社会正义的“活人祭”	147
面子、心态与法律的尊严	152
等不来的戈多	154
不自愿岂可得乎	158
尴尬的“福尔摩斯”	162

## 第五辑 活人的司法

司法四病	171
谋杀好法官的六大方法	177
黑色的法袍，缄默的法官	182
活到这年纪没有一个污点	185

法官该分等级吗？	189
民国怎样进行司法考试	192
谁动了法官的自由裁量权	200
律师该分等级吗？	203
伽利略与知识等级制	208
公诉人，你可以做得更好	213
“怨偶”意识	222
行贿者的好日子到头了吗？	225
纵然一夜风吹去	228

## 第六辑 却疑春色在邻家

刑事法庭内的壁画	233
从案件名称看诉讼对抗性	235
代价昂贵的手势	238
会错意的一幕	240
庞德的忠告	243
家·城堡·垃圾箱	246
电视观众看得见的正义	249
梅汝璈眼中的东京审判	253
安斯蒂与“贪污巴士”	260
法院门前的掮客	262

---

## 正义的图腾

司法女神，是正义的图腾，一种从古到今裁判者应有素质的形象表达。代表了人们对司法的普遍期待。忒弥斯或者朱斯提提亚的形象提醒我们，司法须公正，鞠案须用心，法律权威须维护，法律面前须平等。这不过是对司法活动的基本要求，是裁判者的圭臬。

---



## 司法的意象

英国伦敦中央刑事法院大楼上最高处的穹形屋顶矗立着一座耀眼的女神像，两臂左右伸展，左手执天平，右手持剑，剑头上扬，直指蓝天。这就是尊名为“正义之秤”的司法女神造像。在莫斯科大学法律系（至今仍称“法律系”，换成中国，早改称“法学院”矣）系史陈列馆里，有一尊司法女神坐像，一手天平一手剑。

在西方社会，司法最著名的标志就是这位女神，她往往用布蒙着眼睛，一手持剑，一手执天平。剑者，表示法律的威严；天平者，表示执法应当公平。司法女神蒙着眼睛，表示法律应当平等适用于每一个人，无论贵贱贫富智愚贤不肖，法律面前人人平等。

想到司法女神，我有时会想：人们在谈到刑事司法和操持司法权柄的机关之时，心目中经常涌起的意象（image）是什么？他们的笔下或者口中经常运用的意象是什么？

一种意象是剑。剑表达的是对恶的惩罚，它必须锋利而非弩钝，象征着人们对于司法效率的追求。普布里利乌斯·叙鲁斯曾言：“罪人获释，法官就成了罪人。”法官贪墨受賂致使罪犯逍遥法外，是有罪的；若懈怠而不履行查明案件真相的责任而使罪犯逃之夭夭，也是有罪的。

另一种意象是羽毛。罗秉成律师在台北一场题为“神也要讲程序”的讲演中提道：在埃及神话中有“亡灵审判”的故事，人死后，亡灵由鹰头神（Horus）牵到双宝殿接受审判。亡灵自白之后还有一个“秤心仪式”，由狗头神阿努比斯（Anubis）主持。亡灵把心掏出来放在天秤的右端，另一端是一根羽毛。羽毛是埃及神话里正义女神的化身。“你如果仔细看画中的天秤，有些会在天秤的顶端上画一个头，人头上插一支羽毛（有些没画人头，只插一支羽毛在上面）。”羽毛是司法的图腾。

最常见的意象是天平。我国古代用“称”作为意象，与天平是一回事。“称”的意象可以从古人的文章中见到：

律意者，其定律时斟酌其应轻应重其宜也。如称锤然，有物一斤在此，置以十五两九钱则锤昂，置之十六两一钱则锤沉。置之恰当，则不昂不沉，锤适居其中央，故曰刑罚中。中者，中也，不轻不重之谓也。此律意也。何谓律心？《书》曰：“罪疑惟轻”，“与其杀不辜，宁失不经”。曾子曰：“如得其情，则哀矜而勿喜。”此律心也。譬如一称锤也，存心宽恕者，则用锤平，且宁于其出也，微失之昂；于其入也，宁失之沉。若心存苛核者，则用锤也，出必欲其沉，入必欲其昂，此非锤之不平也。故用律者亦然。〔（清）姚文然：《律意律心说》〕

这“称”的意象可谓饱含良意。

在我国，古代司法的图腾是唤作“解廌”（又写作“獬豸”）的神兽，但“解廌”为何物，说法不一：《前汉书·司马相如传注》说解廌“似鹿而一角，人君刑罚得中，则生于朝廷”；王充《论衡》说解廌为“一角羊，性知有罪，皋陶治狱，其罪疑者，令羊触之”。《异物志》避开了似鹿还是似羊的说法，仅云：



“东北荒中有兽，名解豸。一角，性忠，触不直者。”无论如何，这种“性忠”“触不直”的神奇动物，用作司法和司法机关的象征，由来已久，古代官服上就有解廌的形象。它的存在表明人们寄希望于司法的，是明辨是非、惩恶扬善。

不过，称也好，解廌也好，在法律的严酷时期，这类意象往往被斧钺、站笼和铡刀暗中偷换。法律和司法机构都不过是治民之具，好用则用，不好用则改造之，公平不公平，就看是否能够满足朝廷安稳、皇帝放心安睡的需要。《聊斋志异》中“席方平”一则就描述了严酷的法律、残忍的法官和黑暗的法庭共同构成的“地狱”。走进这种衙门，小民只有“老老实实”的份儿，没有“乱说乱动”之权，能够毫发无损就是奇迹。

还有一种意象是盾。葡萄牙学者吉德奥马丁斯指出：“法院是法治国家架构中的基本部件，它的职权是保卫受法律保护的权益，捍卫民主的合法性和制止各种冲突。”换句话说，司法机关不仅是惩罚犯罪的工具，它还是保卫受法律保护的权益（它所面临的不仅是来自犯罪的威胁），捍卫民主的合法性。也就是说，司法机关被赋予了盾的意象。

盾的意象，法律家将其与惩罚犯罪的结果相联系，即通过惩罚犯罪来保护政治制度、社会秩序、经济秩序和人民的生命、自由、健康和财产安全。不过，司法机关作为人民手中的盾，最重要的作用在于防止来自政府（主要是行政机关，也不排除同样可能对个人造成损害的立法机关）的侵害，它为人民提供不受来自政府的侵害以及过于热心的国家官吏的干预的保护功能。这种意义上的盾，才真正代表了近代以来司法机关与中世纪及其以前的刑事司法机关的差异之处。

司法和司法机关具有现代特性的，是在国家权力和个人自由之间发挥