

文匯新观察丛书

洪流 / 著

法眼

律师眼中的中国法治

为什么总是有那么多冤案？
天为什么是黑的？你的生命属于谁？
为什么我们哀悼乔布斯？案子是如何「做」出来的？
我们需要陪审团？
以何种名义杀人？为啥这些法官不愿干了？
什么样的律师才是好律师？

 文匯出版社

文汇新观察丛书

法 眼

——律师眼中的中国法治

洪 流 著

 文匯出版社

图书在版编目(CIP)数据

法眼：律师眼中的中国法治 / 洪流著. —上海：
文汇出版社, 2016. 1

ISBN 978 - 7 - 5496 - 1692 - 3

I. ①法… II. ①洪… III. ①法治—中国—文集
IV. ①D920.4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 315297 号

· 文汇新观察丛书 ·

法眼——律师眼中的中国法治

著 者 / 洪 流

责任编辑 / 黄 勇

封面装帧 / 周夏萍

出版发行 / 文汇出版社

上海市威海路 755 号

(邮政编码 200041)

经 销 / 全国新华书店

排 版 / 南京展望文化发展有限公司

印刷装订 / 上海宝山译文印刷厂

版 次 / 2016 年 1 月第 1 版

印 次 / 2016 年 1 月第 1 次印刷

开 本 / 640×960 1/16

字 数 / 248 千字

印 张 / 15.75

ISBN 978 - 7 - 5496 - 1692 - 3

定 价 / 45.00 元

序/我看洪流随笔

洪流律师的法律随笔要结集出版了，嘱我写序，由衷地为他高兴。因为改革开放三十余年来，“科普随笔”我们见得很多，但优秀的法律随笔见得不多，其中一个原因就是法律随笔不太容易写好。世俗眼里，“法律是无情的”，严肃的、不苟言笑的、不容轻亵的，而随笔呢，这种文字体裁的规定性就是要求活泼的、轻松的、生动的、智慧的表达，没有一定的才情，两者驾驭不好就会“豁边”。

不知道是不是沾着北大的“仙气”，毕业于北大法律系的洪流就具备这样的才情。大概是四年前，我们认识不久，他就给了我这样的印象，那天说起了北大的学生社团之活跃，特别是文学社团的活跃，看似沉默内敛的洪流忽然说了很多，也很“圈内”，给我的直觉就是学习法律的洪流，同时也是文学的拥趸，便约他为新民周刊写稿，当了他的责任编辑。从此他一发不可收，创作热情高涨，法务再忙，也忙里偷闲地撰稿，几乎是每周一篇的发稿率。

洪流随笔的第一特点是擅长以警策之句，生动地向读者普及、诠释一些法律定义，比如“现代司法”的基本功能，你也许要写几百甚至几千字的简介，但是他却常常能在短文中，于叙事之暇，轻松一带而出：“现代司法的主要功能在于通过一系列复杂的程序规定，认定相应的法律事实，以此来维护社会秩序，调整社会各阶层间以及各种社会利益间的矛盾。”

言简意赅。惜墨如金。如果你要求“中国特色”的诠释，他也能一语中的：“作为一个新近崛起的发展中国家，中国的法治和司法在短暂的数十年间走过了其他国家一两百年才走过的道路，这种急剧的发展，自然让人眼花缭乱。20世纪80年代我们还习惯于在每年的固定时节看司法机关召开的各种公审大会，习惯于看各被告犯罪嫌疑人被五花大绑胸前挂着各种罪名牌子在观众面前低头无语，而今天还有哪个地方的司法部门敢这样冒天下之大不韪把犯人拉上来？止损和威慑都是法治的主要功能，但在现代社会，这样的功能早已不该再通过游街示众来实现……”

洪流随笔的第二个特点是“合时而作”，关心当下，关心社会，关心世风，法律人事务繁忙往往容易被业务淹没而不太关心新闻，但是洪流是个例外，再忙，他也见缝插针地关心时务，行之于文，往往可以纵向地一口气指点几个眼球案件，显示了宽阔的视野和扎实的阅读与积累，比如《仅有良知的审判够吗？》一文，从“1970年16岁的张红兵被革命的意念冲昏了头，向当局告发了自己的生身母亲，两个月后，无辜的母亲被枪决”开始，他一口气举了四个与“良知审判”相类的事例，给人感觉浩浩荡荡，气势极大。再如《穿帮了吧你》一文，谈法制新闻报道短板现象的，却如信步山阴道中，左右拈花，随手就拿过一个当初“最当下”的法国“沙利尔周刊”喋血事件，看似无关，其实切中要害，很漂亮的闲笔。

洪流随笔的第三个特点是语言生动，隽永，见解深刻。比如谈复杂的“司法公正”，他会冷不防杀出一句“正义女神双眼被蒙着黑纱是为了保证公平，而决不是为了对恶行视而不见”。你惊愕之下，实在想不出还有更警醒的说法，一如当年读《说岳全传》里“杨家枪”与“罗家枪”比高低的场面，两相争持不下，岳飞出手制止，拍马上前只一枪便刹那间“摆平”两造，这叫没救的“败枪”，在场的顶尖高手统统作声不得。又如谈“现代监控”，对其破案的高效率一方面予

以高度肯定，“当老警察还依赖于靠线人、靠关系、靠摸排获取犯罪信息时，新警察已经习惯于在各种监控视频里搜寻犯罪人的面孔”了；一方面也犀利地指出它的双刃性：“反过来看，人人都可以监控和被监控，对于人与人之间的信任和亲情却未必是好事。夫妻间可以用手机监控对方的忠诚；朋友间可以将彼此饭局的视频上网出卖；情人间可以把当初助兴调情的爱爱片段拿来要挟对方。家庭和亲友，这些组成社会的基本细胞，正被现代化的高科技所腐蚀。监控和被监控，重塑着诚信规则，也在毁灭着诚信规则”。文末竟然以冯梦龙《喻世明言》十六卷所讲述的一个变鬼赴约的令人惊心动魄的故事来讽喻诚信的今非昔比，真可谓奇兵突出，刀枪齐鸣，让人意外之际，击节赞叹。

洪流的性情妙文还有不少，我在此仅以自己印象较深的几篇发表一些感想，并且很想进一步发表一些意见：法律其实是让有才情有性情之人来解读、来践行的，世人已经习惯说“法律无情”，其实都是最皮相的见解，为了保护良知、保护良民的利益，为了保护守法者的利益，为了保护所有受害者的利益，为了公平和正义，法律与人类社会恰恰是最多情、最深情的。

把严谨的法律思考与活泼生动随笔融为和谐的一体，洪流可谓自成一家的斫轮高手，律师界有这样的高手，更是人才难得。惟祈洪流有更多的作品问世，让社会得以更多的普法滋养，则善莫大焉。

是为序。

胡展奋

2015年12月27日于大风楼

目录

序/我看洪流随笔 / 1

法 眼

为什么会有冤案? / 3

走麦城的福尔摩斯 / 6

吴英杀不杀? / 9

两高的困局 / 13

天为什么是黑的? / 16

中国, 你对得起你的孩子吗? / 19

“男孩子” 的恶作剧 / 22

“格列卫” 三问 / 25

幸福的走私 / 28

法律的悲悯 / 31

同性恋——法律准备好了吗? / 34

受虐的性权利 / 37

全裸时代 / 40

监控国度 / 44

体制外的审判 / 47

你的生命属于谁? / 50

人人为我, 我为人人 / 54

自由不是无代价的 / 57
远离毒品 / 60
郭美美好美 / 63
拒绝作证 / 66
穿帮了吧你 / 69
脱下黄马甲就够了吗? / 72
懦弱，以爱国的名义 / 75
为什么我们哀悼乔布斯? / 78
仅有良知的审判够吗? / 82
暴力的选择 / 85
法眼看北洋 / 88

法 辩

换个角度看“赛家鑫”案 / 93
人性的光辉 / 97
刑罚的谦抑 / 100
单薄的防弹衣 / 103
你会有病吗? / 106
雷峰塔倒掉了吗? / 109
永州案七宗罪 / 112
有一种处死叫“吓死” / 116
死刑的国际接轨 / 120
从“死刑保证书”看司法权威的没落 / 123
以何种名义杀人? / 126
法律剥夺的，只是他的生命 / 129

有一种敬畏我们是陌生的	/ 132
借尔头颅一用	/ 135
司法公正的成本	/ 138
有司潜规则	/ 141
法律中的“血酬定律”	/ 145
审判的正义	/ 148
酷刑毒品	/ 151
道路通向罗马	/ 154
社会契约新论	/ 157
法治的微观发展史	/ 160

法 律 人

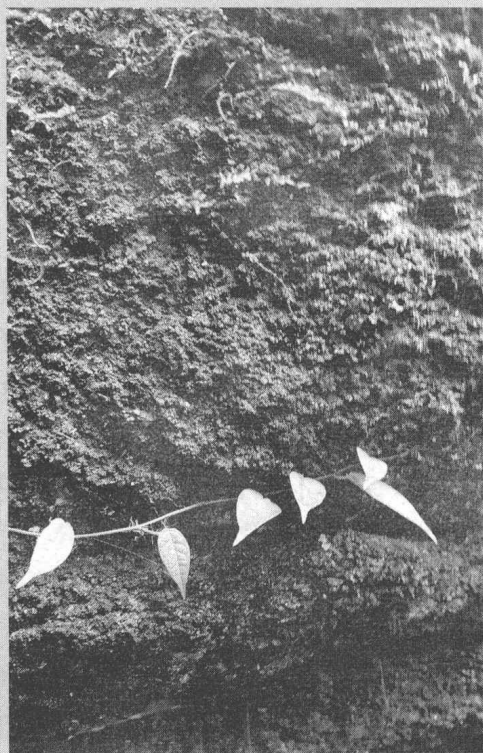
什么样的律师是好律师？	/ 165
律师，你凭什么成为年度法治人物？	/ 168
麦田守望者	/ 171
今年，关于律师的新闻	/ 174
刑辩律师的尴尬	/ 177
生活律师	/ 180
屠龙时代	/ 183
沉默的羔羊	/ 186
金牌律师	/ 189
好律师的黑暗人生	/ 192
法律帝国	/ 195
律师相轻	/ 198
伪证之伪	/ 201

律师袍	/ 205
法官去哪儿了?	/ 208
穷法官的狂欢	/ 211
中国法官的尴尬	/ 214
谁替正义背黑锅?	/ 217
站在历史的山脊上	/ 220
案子是如何“做”出来的?	/ 223
有一种爱，叫圈套	/ 226
法律人的正常生活	/ 229
黑暗中的法律人	/ 232
殉道考	/ 235
后记	/ 238

法眼

FA YAN

黑暗有多暗，只有光明知道。



为什么会有冤案？

从杜培武，到余祥林，到今天的陈建阳等5人的案件，为什么总是有那么多的冤案？

有一部美国电影名叫《肖申克的救赎》，讲的是一个银行家安迪因为妻子和她的情人被杀而被牵连，蒙冤被判无期徒刑，在监狱服刑。在监狱中，他凭借自己的超人能力，改善了监狱的生存条件，成为监狱中囚犯和狱警的红人。经过多年坚持不懈的努力，最终在一个月黑风高的夜晚成功越狱，将罪恶累累的典狱长逼上绝境，通过自己的救赎走上了自由之路。

在小说和电影里，不论在多恶劣的环境里，蒙冤者也不放弃希望，并跨越千辛万苦，凭借自己的能力重新迈向自由之路。而在现实中，我们发现几乎所有的冤案都是那么冰冷残酷且令人绝望。据最近报载，17年前浙江萧山发生一起抢劫命案，两名出租车司机死亡，陈建阳等5人因此被判死刑缓期执行和无期徒刑。2012年，当地警方在侦查其他案件中发现新的线索，认为可能对上述案件的判决有影响。2013年1月19日，浙江省高级人民法院发布消息，称已于1月4日对此案立案复查，并将“有错必纠”。而此时，陈建阳等5人已在大墙内度过17个春秋。

在这个案件中，如果警方没有发现新的线索来否定之前司法认定的事实，这几个人估计剩下的大半辈子都会在监狱度过。现实中的蒙

冤者不可能像电影里的银行家安迪那样靠自己的力量去拯救自己。希望总是出现在电影和戏剧这样的梦幻场景里，现实中的自由之路却由不得你选择。

为什么我们会有冤案？从杜培武，到余祥林，到今天的陈建阳等5人的案件，我们总是有那么多冤案。看客还需注意，冤案是指最终发现客观事实真相与司法认定的真相相左的案件，而很多案件，即便当事人喊冤，在没有新的证据来否定司法认定的事实前，这些案件还不能称为冤案。

据接近公安的相关知情人士向有关法制媒体透露，当年的办案指导思想是命案必破，命案的破案率直接与民警的晋升、奖金等系列考核指标相挂钩，可以这么说，迫于破案压力，不排除当年办案警察采取刑讯逼供的可能。

又是刑讯逼供。

基于压力，警察采用刑讯逼供，如果说刑讯逼供的警察要对自己的刑讯逼供行为负责，那么又是谁给他们造成了压力？是谁该给他们造成的压力负责？

之所以命案必破，是由于这类犯罪严重危害了公民的安全，对每一个社会成员都形成了威胁，让大家心里都感到了恐慌。作为正常的反应，大家都希冀警察将所有这类犯罪都侦破，并将所有罪犯绳之以法。这就是我们给警察的压力。

而事实上，基于各种客观条件，并非所有的案件都能被侦破，比如在某个城市，100件杀人案最终只有80件被侦破，未被侦破的20件，就是犯罪学上说的“犯罪黑数”。

* 在本书付梓之际，司法机关对于大案命案破案率的盲目追求，已经有了松动的痕迹，但是一些指标性的要求依然存在，例如“错案追究制”以及“错案终身负责制”。案件的侦查和审判，在特定时代受限于当时的侦查技术手段以及刑事政策的严厉或宽松，警察和法官的办案都不可能脱离时代，指标性的要求将时代的责任转嫁到具体的警察或法官头上，对于这些执法者和裁判者也未免不公平。

我们罔顾犯罪黑数的存在，一味地追求破案率，这就好比我们希望有一种万能的可以医治百病的药，而且还希望这种药没有任何的毒副作用。这种“万能”的药，就形成了刑讯逼供的更深一个层面的构造基础。

从某种意义上来说，导致刑讯逼供的真正原因，是我们社会成员心中对于犯罪的恐慌和仇恨。这种恐慌和仇恨，才是冤案的真正原因。如果说警察要在法律事实层面对自己的刑讯逼供行为负责，那么，给了警察破案压力的我们，包括每一个对犯罪心怀恐慌和仇恨的我们，就要在更深的层面为这些所谓的“破案压力”负责。

要让警察恢复到正常的办案状态，让警察都严格遵循法律的规定，杜绝刑讯逼供，除了强化程序和制度，整个社会和大多数公民对于犯罪和法律的客观认识的改变才是最关键的。我们必须允许犯罪黑数的存在，要清楚法律对于惩治犯罪的有限性。当一个社会中充斥着同态复仇、杀人偿命、冤冤相报的感性思维时，这种改变是很难的。

究竟是宁可错抓一百个无辜，也不放过一个罪犯；还是宁可放过一百个罪犯，也不错抓一个无辜，这不仅是警察需要选择的命题，同时更是我们每一个社会人也需要选择的命题。

对于我们今天看到的冤案，我们不要以为我们自己就不需要承担一点点责任。从某种宗教意义上看，那些蒙冤者，甚至那些制造冤案的警察，他们的冤屈和罪恶，是对我们这些身在大墙外的感性而怯懦的社会人的一种救赎。

2013·04·02

走麦城的福尔摩斯

世上真有完全不判错案的司法制度吗？答案是否定的。

这些年来，我们的法治新闻里充满了太多的冤案奇谭，宋慈如果能活到今天，大可以再写一部《洗冤录》，且每个章回都是鲜血四溅。先不说款款而来的杜培武、赵作海和聂树斌，今天我们发现杭州又出了一个张氏叔侄强奸案，而当初对该案负责侦查，曾荣登央视报道、号称已破三百重特大案的当代福尔摩斯——聂海芬警官^①，则已消失在波涛汹涌的声讨大潮中。

当民众将追责的矛头对准聂海芬时，我却在思索这个案件中隐含的问题：张氏叔侄案仅仅是聂海芬的责任吗？

回过头去看中国的法制史，我们不难发现，在中国历史上，所谓的法律在很大程度上只是统治者实施国家统治的工具，执法者的执法水平和道德认知在很大程度上左右着案件的结果。冤案的产生通常有两种，一种是故意造成，例如南宋高宗和秦桧编造“莫须有”罪名冤杀岳飞，由此还在民间编辑出当时的大理寺卿周三畏愤而挂冠的典故，尽管史实上的周三畏浪得虚名；另一种是过失造成，即由于当时侦查手段的局限以及执法者认知的不足所造成的冤案，例如经典戏剧《十五贯》。史书记载最有节操的司法官当属春秋时的李离，其为晋文公时的司法官，因为过失错判人死刑而请求反坐，晋文公觉得李离判错案并非全是李的错，故准备赦免，而李离却一根筋地认为自己应

该担全责，不受晋文公赦免而伏剑自杀。

中国法制史的传承具有惊人的生命力。到了今天，虽然我们仿照西方建立起了一整套的现代法治体系，有部门齐全的各种法律，有了为被告和犯罪嫌疑人辩护的律师，但我们的法制精髓与一两千年以来的传统并无二致。“杀人偿命欠债还钱”的古训根深蒂固，“命案必破”的压力和紧箍咒套在每个办案警察的项上。律师行业虽有了较大的发展，但律师在法律圈内的地位仍是最低，在法庭上并不具有全面对抗警察和检察官的实力，甚至于有的时候，律师还要对抗愤怒的受害者家属及民众。在这样的背景下，出现冤假错案是必然的。

世上真有完全不判错案的司法制度吗？答案是否定的。

在澳大利亚，林蒂（音）谋杀案家喻户晓。1981年，当地警方控告林蒂在露营地杀死了两个半月大的女婴，并把她供奉给了她信奉的神，林蒂在1982年被判处终身监禁，事后证明女婴是被澳大利亚的野狗叼走了。30年后，这个案件的真相才被发现。

在美国，随着DNA测试技术的进步和普及，越来越多蒙冤的囚犯被证明是清白的而获释。根据密西根大学的研究，2000年后，每年平均有43个被错判的囚犯重获自由。伊利诺伊州的Alejandro Dominguez 16岁时被错判强奸而入狱，尽管他与受害者描述的犯罪嫌疑人并不相像，警察还是坚持让受害人指认他。为此，联邦陪审团判决伊利诺伊州政府赔偿他900万美元。

最大限度地避免错案的发生，才是我们应该理性思考的命题。如何来避免呢？

美国刑事诉讼规则中的“毒树之果”制度值得我们参考。在美

① 根据百度百科：2000年以来，聂海芬主办及牵头主办的杭州市区重特大案件350余起，一审判处死刑的300余起。经她手装订的案卷材料可以装满一间30平方米的房间。她审核的预审案件，其中一起张氏叔侄10年强奸冤案已经平反。

聂海芬曾获嘉奖2次，立三等功2次，曾被评为浙江省“三八”红旗手、省刑侦行家、杭州市“三八”红旗手。