

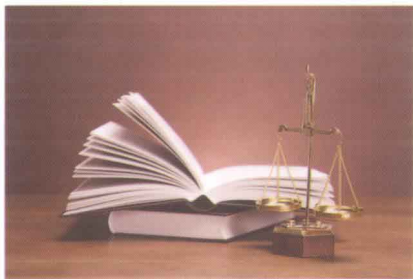
# 主控官笔记

什么是法律问题的正确答案

逢政 / 著

ZHUKONGGUANBIJI

SHENMESHIFALVWENTI  
DEZHENGQUEDAA

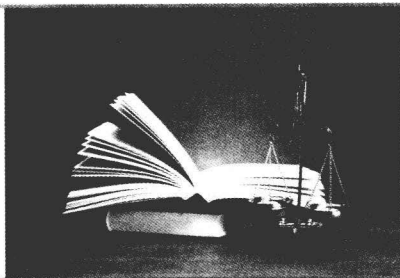


中国检察出版社

# 主控官笔记

什么是法律问题的正确答案

逢政 / 著



中国检察出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

主控官笔记：什么是法律问题的正确答案/逢政著. —北京：  
中国检察出版社，2012.5

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0648 - 1

I. ①主… II. ①逢… III. ①法律 - 通俗读物 IV. ①D9 - 49

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 070216 号

### 主控官笔记

——什么是法律问题的正确答案

逢 政 著

---

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区鲁谷东街 5 号 (100040)

网 址：中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电 话：(010)68658769(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销：新华书店

印 刷：保定市中华美凯印刷有限公司

开 本：A5

印 张：7.875 印张

字 数：173 千字

版 次：2012 年 5 月第一版 2012 年 5 月第一次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 5102 - 0648 - 1

定 价：30.00 元

---

检察版图书，版权所有，侵权必究  
如遇图书印装质量问题本社负责调换



## 代序 触摸法律的温度

——一个法律实践的视角

● 代序 触摸法律的温度 —— 一个法律实践的视角

由现代法律文本堆砌而成的法律城堡孤寂而冷漠地伫立在那里，而经年累月，那些漫天飞舞的理论片页，逐渐把它涂得立体而丰厚。

社会真实不可避免地发生了，正如法律实践者每天所要面对的那样。于是，人们迫不及待或者无可奈何地叩开法律之门，他们要在这个法律的城堡里分割正义的大餐。但问题是，在有些情况下，他们忐忑不安或者肆无忌惮地，撕扯着两个相互矛盾的正义法则。

对他们来说，这个法律的城堡或许有些神秘，而这种神秘让他们无法彻底地托付与信任。于是，畏惧与憎恨也便成为两种畸形的法律心理，所以，“老嫗”怀揣着红包，“悍汉”手持着铁棍。

显然，法律对此似乎早有准备。它无法也不愿从法律万能的神话里走出来，仍然试图以制度的无限掩盖实践的有限。但结果可能是，法律实践经常会因认识能力的有限而屡遭诟病，不幸地辜负了制度设计宏伟的初衷，以及社会公众过高的期望。

从某种意义上说，法律实践活动正是在这样的法律文化生



文关照。

法律的温度，可以是一种司法良知，“善良而公平的艺术”，为了刑法之剑的挥舞不致野蛮地刺痛社会的肌体。

社会问题最终会以法律问题的形式表现出来，或者说，法律问题是社会问题的极端表现形式。法律实践者或可称为“社会医生”，从不断重复的法律实践活动中，把脉社会肌体的健康。作者通过对醉酒暴力犯罪的实证分析，对“剩女时代”婚骗案的深入探究，对“边缘犯罪”空灵城市的寻根探源，不断穿行于法律与社会之间。

法律的温度，可以是一种社会责任，为了警醒世人远离犯罪的边缘。

文字是诗性的，法律是理性的。作者游弋于诗性与理性之间，以诗性装点了理性坚硬的外壳，又以理性填充了诗性温婉的内核。

日本学者牧野英一曾经说过，法律是冷酷的，但我们可以用温暖的方式来处理。我把这句话作为这篇序文的结尾，与所有法律实践者共勉。

上海市浦东新区人民检察院检察长 陈宝富



# 目录

- 代序 触摸法律的温度  
——一个法律实践的视角 /1
- 什么是法律问题的正确答案 /1
- 法律的“自动售货机”？ /6
- 老嫗的红包与悍汉的铁棍 /11
- 经验像头拉磨的驴 /16
- 监狱大门的“门票” /21
- 美国的大片与法律的现实 /26
- 十八只锅贴引发的劫案 /31
- 寂寞城市的一个倒影 /36
- 法律是一场表演？ /42
- 罪犯与法律的“交易” /47
- 司法父爱主义？ /52
- “法律人的”与“社会人的” /57

- 夏洛克的选择 /62
- 坏人的视角 /67
- “尺码”与“自己的脚” /72
- 服务社会与娱乐大众 /77
- 寂寞的证人席 /82
- 从身体到灵魂 /87
- “法律的”与“伦理的” /92
- “被害人”的社会意义 /97
- 法庭与教化 /102
- 一边是爱，一边是怕 /107
- 法律王国里的“知识利维坦” /111
- “一把小葱”的均衡 /116
- 熟悉的陌生人 /121
- 法律的神学胎记 /125
- “疑罪从无”与“疑罪从轻” /130
- 司法的面孔 /133
- “不著名的罪犯” /137
- 权力的老鸨 /140
- 一场道德审判 /143
- 制造罪犯的危险 /146



好大一个口袋	/149
树苗长成木材卖	/152
后锦旗年代	/155
精神病：时尚的表演素材	/158
泛“宽缓主义”	/161
法治的喧嚣与苏氏的寂寞	/164
司芬克斯的谜题	/167
“今宵酒醒何处”	/170
一个罪犯的“忏悔”	/173
司法与网络：一场误会	/176
游弋于文字与真实间的眼光	/179
谁是被害人	/182
墙里墙外	/185
“榔头”与“头”的法律问题	/188
会哭的孩子多吃奶？	/191
移动的车与走失的牛	/194
自首，一个机会？	/197
遭遇“李鬼”	/200
大海里的法律国度	/203
被害人的宣泄	/206

人间冷暖 /209

“罪”与“罚” /212

从“激情犯罪”到“临时性强奸” /215

“打赢了”与“打输了” /218

空盒子的证明难题 /221

“合法的”与“正确的” /224

“醉了”与“罪了” /227

“剩女时代”的法律问题 /230

难以驾驶的“危险驾驶” /233

结语 法律规则的另一面 /236



## 什么是法律问题的正确答案

罗纳德·德沃金在一篇很有名的论文中说，对某个疑难案件的正确结果长期争论不休是否就表明这类案件的法律问题没有正确的答案呢？他回答说，非也。理查三世是否下过处死小王子的命令，有关争议至今仍在继续，尽管如此，他要么下了命令，要么没有。而法律也是如此。

德沃金的意思是，法律问题总有正确的答案，只要我们不断地追寻。这种观点听上去有点浪漫，但至少反映了法律的理想，以及社会公众对法律真诚的期待。诚然，从某种意义上来说，个案中的法律应当有确定的、正确的答案。

对于司空见惯的、反复出现的案件，比如盗窃、抢劫、诈骗等，司法官员们只要毫不伤神地、按照长期以来形成的流水线化的处理模式予以定罪量刑，漫不经心地贴上某个刑法条文的标签就可以批量生产，毫无顾忌地向社会公众兜售，也不会有人怀疑他的产品质量。

但正如哈特所说，在比较重大的案件中，总是有一个选择的问题。在此，法规的一些用语具有两可的意义，对判例的含义“究竟是什么”也会有对立的解释，法官将不得不在其间作出选择。

例如，2007年2月某日，王某在商场购物时有一个意外的

收获，他捡到一张原本以为毫无用处的信用卡，抱着试试看的心态，王某在自动取款机上输入了一个一般被理解为初始的密码，意外地成功提取 5000 元钱，占为己有。

王某的行为在刑法评判上可能面临两种罪名的选择：盗窃罪，或者诈骗罪（此后的司法解释将这种情况规定为信用卡诈骗罪，因成文在先姑且如此——作者注）。王某在持卡人毫不知情的情况下，秘密取走持卡人的钱款，其行为符合盗窃罪“秘密窃取”的行为特征；王某冒用持卡人身份，使用猜中的密码取走钱款，其行为又符合诈骗罪“虚构事实，隐瞒真相”的行为特征。

我们不得不在这两者之间作出艰难的选择，但无论选择前者还是选择后者，都无法像德沃金那样超脱、浪漫，理查三世是否下过杀死小王子的命令，是一个待证的、口水战的问题，而司法活动至少要在法定的期限内表现出务实的态度，无论这种态度是否正确答案。

问题在于，谁来对这个务实的态度做出一个正确与错误的判断：专家？社会公众？上级法院的法官？

有专家认为对王某的行为认定为诈骗罪是一个愚蠢的、不屑一顾的、糟糕的答案，机器怎么可能被骗？“统观世界各国刑法没有机器被骗的案例”。这个我们没有查询过，但也许如此。

机器不可能被骗是因为它没有心智，不能表达自己的情绪。但如果我们把没有心智的机器换成猴子，主人在猴子手里存放了 5000 元钱，猴子喜爱香蕉就像机器认可密码一样，是一个程式，主人对此有着充分的预期（或者干脆假定就是主人的意思）。行为人给了猴子一只香蕉，猴子自愿交付了 5000 元钱，是盗窃还是诈骗？专家可以解释说，仍然是盗窃而非诈

骗：猴子虽然有了心智，但它不是人又如何成为刑法上的被害人？这种解释也不无道理。

那么我们再假设，如果我们把猴子换成幼儿，幼儿与猴子具有大体相当的心智，父亲在他这里存放了5000元钱，委托他做一件事，告诉他哪个叔叔叫出他的名字，就交付5000元钱，这也只是个程式，结果幼儿照做了，但他上了犯罪分子的当，是盗窃还是诈骗？无论如何幼儿总算个人了吧。

由于立法存在对罪状的表述尽可能简洁的技术性要求，刑罚分则的罪状表述大多只是一些简单的、笼统的、原则性的文字，不但埋头于案件材料与繁杂琐事中的司法官们有时会犯糊涂，就连有权做出司法解释的司法官们也往往会左右为难，即使作出解释也未必符合立法本意，遑论有时连立法者们自己也不说清楚。

十年前某个漆黑的寒夜，有人迎着瑟瑟的冷风路过一个偏僻的孤舍，透过窗户，忽明忽暗的灯光映出屋内一对男女的身影，凛冽的寒风中传来女子的声音：去死。

那人把这件事记录下来。十年后有人围坐在这里讨论那天夜里究竟发生了什么事，那个女子当时处于怎样的境遇？那句“去死”究竟是什么意思？是恨之入骨、磨刀霍霍，还是一片娇嗔、情迷骨酥，或者只是那么漫不经心地一说，什么意思也没有，什么事也没发生。

正是这种字面意思的丰富性，为法学家提供了施展才华的广阔舞台，如果生活中的危害行为都能够在刑法条文中简单地对号入座，那些专攻注释的法学家们都该失业了。而我们还得感谢法学家们，司法实践中恰恰是某些理论与注释成为解决案件最有效的工具。事实上，法学家们每天都在造法，而且是最

有意义、最有效的“活法”。

不管是刑法修订，还是有权解释，都像前苏联的机械一样粗黑笨重，而法律理论不仅可以丰富刑法的内容，法学家们消得残酒一觉醒来，还可以迸发出思想的火花。比如，传统刑法理论对抢夺罪的定义是，“以非法占有为目的，乘人不备，公然夺取他人数额较大的财物”，有专家就对“乘人不备”提出了质疑，刑法第 267 条没有规定“乘人不备”的行为特征，“乘人有备”意味着被害人已经有所防备就不能定抢夺罪吗？被害人明明看着（即所谓“目光控制”），却由于疾病或其他客观不能（如人被卡在窨井里）无法反抗时，行为人堂而皇之地轻取被害人撒落于道路上的财物，就不能认定为抢夺罪吗？

解释者说法律是很聪明的，其实法律并不聪明，是注释者把自己的聪明移植给法律，借法律之名不断修正、补充、创新刑法理论，让僵硬的刑法条文不断萌发伸张出鲜嫩的触角，死死抓住社会生活这艘不断游动的巨轮，与之同进。不管怎么说，法律解释的运动要比法律文本化的运动总是“多快好省”。法律文本化运动者动辄批评法律不健全，并天真地以为，法律文本越多，权责利的划分越清晰，办起事来越容易，事实上却是大错特错了，法律文本越多只能为法律注释者、理解者甚至投机者提供更多的随意调味的佐料而已。

“法无明文不为罪，法无明文不处罚”尽管曾经是那么的并还将继续激动人心，但它其实包含着一种实质上的蒙骗，因为它以书面承诺的形式让人忽视了法律背后总是人的法律活动，正如王安石所说，“守天下之法莫如吏”。

理论家们甚至可以一边把“罪刑法定”奉为刑法总则的上帝，一边不断释放刑法分则的能量。而司法官们可以把理论家

们传递出的所谓理念当做一个借口，或者仅仅当做一个借口，结合自己的法律素养及办案经验，将手中的案件作出务实适格的处理，不断推动社会生活向前发展。

王某“拾得信用卡并到自动取款机取款占为己有”的行为，我们已经务实地以诈骗罪提起公诉，并获得法官的判决，被告人也未提出上诉。当然，这个答案也许未必是正确的，但却是终局的。对于司法实践而言，终局的就是正确的，而对于专家们而言，终局的判决也许只是争论的刚刚开始，而且还要长期争论下去，谁能告诉我们正确答案，要看谁掌握了话语的霸权。

一位教授与一位渔民来到海边松软的沙滩，他们同时第一次发现了螃蟹，教授认真地研究起来，它来自哪个水域，它适合生存的环境是什么，它是不是可食用的动物，而那个渔民端详了片刻，径直蒸而食之。次日，渔村里弥漫着螃蟹的芳香，四处都在流传着螃蟹是如何的肉肥味美。

所以说，第一个吃螃蟹的人是英雄，我们相信那个英雄一定是个渔民，而不是个教授。



## 法律的“自动售货机”？

我国法律对于追寻客观事实的过度狂热，以及司法官们被绝对要求的无限忠诚，使得有人把中国目前的司法官们戏称为“法律的自动售货机”。换句话说，司法官员被简单化为一种司法工具，他们的主要用途就是把刑法给定的公式往一个一个鲜活的案件上套，至于这个工具是张三，抑或李四，得出的答案应当也必须是标准的、统一的，就像一加一等于二那么天经地义，无须探究。

但在司法实践中，只要我们稍加思索，有时就可能会发现，这种标准的公式化司法也许足够客观，但却并非像我们想象和追求的那样实质公正。例如，这里我们将要讨论的李某抢劫案。

李某（女）来自北国一个贫瘠的乡村，与其他背井离乡来到这个繁华都市打工的姐妹们不同的是，她幸运地嫁给了上海的一位船员，并生有一女。据当地居委会干部反映，李某为人忠厚朴实，由于丈夫常年在外，她养育女儿，照顾公婆，打理家务，任劳任怨。也许是她的勤劳贤良感动了丈夫，一天她从丈夫那里得到2000元钱奢侈地想买部手机，不幸的是，却在半路上被人偷走。

而更加不幸的是，她思前想后决定去搞点钱以寻求补偿。



她就像儿时记忆中“善良的诈骗犯”那样在街上寻找作案目标，先是在东方明珠塔下搭识了个女人，据她后来讲她觉得那个女人太可怜就放弃了。天色渐晚，她又游荡到某大厦的门前，看到一个女子独自站在路边，于是戏剧性的一幕发生了。李某冲上去一边抓住那女子的包，一边勾住那女子的脖子，大叫“别动，抢劫，我手里有刀”，不料却被附近保安当场轻松扭获。经过清点，被害人包中也仅有160元钱和一部手机。

我不认为这个案件在法律上有任何讨论的意义，即便是刚刚踏出校园的“自动售货机”也不会出现技术上的故障。本案中，李某为了“搞点钱”寻求补偿，当场采用暴力、威胁的方法，强行劫取公民财物，完全符合抢劫罪的犯罪构成，依法应处三年以上十年以下有期徒刑。当然，李某的行为是犯罪未遂，依法可以从轻、减轻处罚。

这个结果起码可以说在司法技术上是客观公正的，用句俗套的话说，“是经得起历史检验的铁案”。但历史如果站在社会的立场而不是法律技术的立场，她可能会吃惊地发现，对于李某这样的贤妻、良母、好儿媳，几年的铁窗生涯是否就是这个社会所希望、所期待的？法律在保护一种社会秩序的同时，似乎又破坏了另外一种伦理的秩序。

如果没猜错，我们都谙熟这样的字句，“法律是阶级统治的工具”，所以，司法官员便当然成为执行法律的工具。这种司法官员工具论把法官、检察官们异化成一台机器，一种呆板严肃的符号，一种抽象化了的躯壳。而法律是有精神的，司法是有灵魂的，司法官员是有社会良知的。

尤其令人不安的是，忽略了这些东西，僵硬的法律就会与社会之间发生隔阂，法律在此岸，社会生活在彼岸，法律所折