

法治的 罗马城

泪流满面……

让你我

这世上总有一种力量

我相信

(修订版)

黄鸣鹤 著
厦门大学出版社

NOMOCRACY

(修订版)

法治的

罗马城

江苏工业学院图书馆
藏书章

黄鸣鹤 著

厦门大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法治的罗马城/黄鸣鹤著. —修订本. —厦门: 厦门大学出版社, 2009. 3

ISBN 978-7-5615-2005-5

I. 法… II. 黄… III. 社会主义法制—中国—文集
IV. D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 025839 号

厦门大学出版社出版发行

(地址: 厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编: 361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

沙县方圆印刷有限公司印刷

2009 年 3 月第 2 版 2009 年 3 月第 1 次印刷

开本: 850×1168 1/32 印张: 7.5 插页: 2

字数: 150 千字 印数: 1~3 000 册

定价: 25.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



作者简介

黄鸣鹤，男，祖籍福建龙海，厦门市思明区人民法院法官。出身垄田，三十而立。喜从无字句中读书，好与有肝胆之人煮茶纵论天下。不想当官也不适合当官，只想做一名有独立人格的自由思考的知识分子。

■ 徐国栋

嗒嗒鹤鸣，谁识其音？

读者手里拿着的《法治的罗马城》一书是黄鸣鹤法官写成的随笔集。据我所了解的范围，这是中国大陆正式出版的第一本法官个人法律杂文集。这样的“第一”诞生在我们厦门，让我感到骄傲；诞生在我们厦大所在的思明区的法院，让我感到第二层骄傲；出自我们厦大法学院的一名毕业生之手，让我感到第三层骄傲。为了这三层骄傲，我欣然为这本书写序。

写文章易，写杂文却难，写出嬉笑怒骂皆成文章的好杂文更是难上加难，要将深邃或灵空的思想凝练成豆腐块，非一日之功。法律人中，能写出好杂文的不多，法官更少，原因之一乃是我国法官的构成处于转型中。曾几何时，法院被认为是国家专政机器，法官因而成为准军人，不光穿准军人的衣，戴准军人的帽，而且以正式的军人为自己的队伍来源。当然，军中也有很多具有文化底蕴的人才，但由于太难得，部队舍不得放走他们，于是，来到法院的军转干部在繁忙的审判工作之余，舞得动笔杆的不多甚至没有。法官只能写判决不能写随笔遂成为他们的社会形象。上个世纪90年代以来，随着对法院功能从镇压到实现正义的认识的转变，我国刻意更新法官队伍，法律院校的毕业生源源不断输入，形成

了文人型的法官群逐渐取代武人型的法官群。这种转变为黄鸣鹤以及黄鸣鹤们的脱颖而出提供了时代大背景。由此，法官出随笔集只是迟早的事情。

为什么这样的随笔集出自思明区法院的法官之手？乃因为该院较早完成了法官队伍从武人到文人的转变，绝大部分法官毕业于政法院校并且敢于以此为骄傲。我们知道，在“文”“武”并存的法院，武人年资职位皆高，文人暂处“媳妇”地位。在这种环境下，舞文弄墨本身就是一种毛病，能“舞”能“弄”者也只能装愚，因为先哲留下来的生存哲学告诉我们：叫得不好不坏的“鹤”比叫得好或叫得坏的“鹤”有更大的生存机会。能“舞”能“弄”者当然属于叫得好的“鹤”啦，通常首先下锅。一次在外地出差，友人告诉我，他们那地方一些单位的笔杆子甚至被强迫上交稿费，是能鸣之“鹤”遭到的磨难之一。在这样的地方，学历高本身就是一件坏事，因此，许多大学、研究生同学毕业后要学的第一件事就是装傻、装得粗拉。在思明区法院，我却看到了一种独特的学术气候：这里的法官可以公然宣称自己的院校出身，并且经常把本院取得的成绩归因于其院校毕业生多的有利的队伍构成，甚至组织全院法官进行学术研究，与院校联合培训法官等，这都是叫我感到惊异的，因为中国的恐怕是多数的法院还不是这样。说实话，换一个单位，黄鸣鹤的这部随笔集不见得能写出来，写出来也可能要匿名发表或者挂上院长的名字，至少要上交全部稿费。因此，这本书的问世，是思明区法院良好的学术空气的一个见证，也是改革开放以来法官队伍构成和法院形象改变的一个见证。

为什么这样的随笔集出自一个厦大法学院的毕业

生之手？我认为是厦大法学院以及整个厦门的山水灵气造成。我所属的这家法学院靠山面海，仁智兼得，西有佛教名山南普陀，东有胡里山大炮台。常受那海风吹，常在那海里泡，常在那山上跑，常在那晚钟声祈祷，常看那样的威猛大炮，哪怕是一块来自山中的顽石都迟早会变成灵玉。当然，鸣鹤所在的思明法院枕鹭江、望鼓浪，吞云吐雾于时时，风景绝佳，也供给了他不少灵气。读者看到这本随笔集里包含的空灵之气，不会怀疑我揭示的它们的来源的。

当然，黄鸣鹤那圆圆的脑瓜的结构确实可能有些不一样，这一事实不大好证明，而且甚至在当今之世，这一因素都不宜过分强调，因此就不说它了。

因此，暂且可以认为上面的三个原因造就了黄鸣鹤和他的这本书。让我们看看它有什么妙处？本书分为7个部分：第一部分是《法律与泥巴》，讲了这只会叫的鹤对法律的理解，主要涉及法理主题，其中，他通过《庄子》把法律与泥巴联系起来（见《法律与泥巴》），表达了他的“去神圣化”的法律观；其中讲到一条船员的故事，这条船不是中国船，而是美国船（或许应该叫做英国船），它就是有名的“五月花号”，鸣鹤借着这条船介绍了社会契约论的一次实践和民治的基本法理；还是在这部分，他为律师从人为制造的诉讼中赚得了过多的钞票愤愤不平，从而想起了调解的物美价廉之宝（见《多讼之弊》）。第二部分是《不会说话的鱼和会说话的法律》，主要是环保法理方面的。其中，他从古楼兰的生态灭绝想到了我们这些幸存者可能不幸的未来（见《迟到的法律》），从白蚁纷飞想到了燕子、麻雀的惨遭滥杀（见《人蚁之战》）；第五部分是《跬步的欢呼》，收录的是作者对

这几年来对于中国法治点滴进步的欢欣。其中的《告别大盖帽》一文正好揭示了他所经历的法官由“武”到“文”的演变。我从他的故事想到了我的：当年我也穿警服戴大盖帽照过相寄回家吓唬邻居，而到现在我厌恶一切制服，危难时见到的人民警察制服除外。《听证会的功能》和《一个城市的名字》两文，分别讲民主的疏通作用和个人对整体承担的责任，特别关乎厦门的经历，厦门人读之感到特别亲切；第六部分是《信用的重建》，讲的信用制度对于一个国家和民众的重要性并提出了制度化设计。目前生活在美国这样的信用社会的我，对这一部分感到特别的“巴实”。

通过读这本书，我进入了黄鸣鹤：我们从此书可感作者收入不错、工作不累、思明区法院环境宽松，因而其心思得以常在空灵中盘旋，常与庄子、楼兰国王神交也！一个超越型的法官的形象跃然进入我的心底，其一个重要特征是日常的“做”与日常的“思”的相对脱离。他在审理《给我一个理由》中述及的小案之余，想到的是古的和洋的“五月花号”。按照时下流行的术语，黄鸣鹤应该属于小资型的作者呢！当然，这种脱离又来自“中国传统知识分子那种胎生的叩问苍穹的责任感”，因此，本书的“天问”色彩远远多于其“审判心得”色彩。由于对原因的原因的反复拷问，鸣鹤的兴趣远远不限于法律，顺藤摸瓜，这本书也记载了他在哲学和史学、经济学、政治学、社会学、人类学、自然科学等领域的游踪。特别要说的是，我还从这本书中感到了一种痛楚：作者尽管是天问型的人物，却不得不致力于法槌这样的在大部分国家和中国古代都已经搞定的区区小事，而此等事又必须有人去做，因为我们在法治上的欠账太多太多，此间的滋

味，一个没有空灵的美学追求的人又怎么能理解呢！

啾啾鹤鸣，其音也哀！吾闻之而神伤也！

无论如何，在福建，在厦门，在思明区法院，“鹤”已经能鸣了，且能放开高鸣，这就是时代的进步，但其鸣也孤哦！法院系统培训高学历的人才，动手早，投入大，从在北大和人大举办法官班开始致力于此已 20 余年，现在该是收获的时候了，而且系统外输入的人才也很可观罗！因此，我在法院能出另外的鹤结束鸣鹤的孤鸣。啾啾鹤鸣，求其友声。此等友声能使我们在欣赏鸣鹤的鸣叫之余，能听到另外风格的鹤鸣。如果鸣鹤属于高音，“友声”很可能是低音，也许它们是“办手中案，想其中理”的风格，霍尔姆斯法官的《法律小径》和丹宁勋爵的《法律的训诫》就是这样的风格呢！或也许，鸣鹤的下一本书就是这样的风格。我当然宁愿它还是出自厦大法学院的毕业生之手。说实话，没有在厦大美丽的校园里生活 4 年以上，吸纳其灵气，想作出色的鸣叫是比较困难的。信不信由你，呵呵！

是为序。

2002 年 12 月 7 日于美国哥伦比亚大学

未有法治国之前

（代自序）

我们行进在一个正迅速变化着的年代中。

这个年代的颜色是如此的丰富，以至于我们无法为之命名或者找出单一的象征色彩。大红色已经成为中国人集体记忆中激情燃烧的岁月，只能怀旧，却无法复制或重新启动。

在这个时代，你可以找到所有的颜色，找到所有的合理与所有的荒谬；在这个时代，你可以找到黄金的辉煌，白银的纯洁，青铜的锈蚀，黑铁的阴沉。

这个时代如万花筒，不同的眼睛可以看出不同的世界；这个时代似火烧云，令人目不暇接却常常令人无所适从；这个时代像 T 型舞台，不管你有没有作秀的动机，你都得表演或都在表演，都在关注与被关注，在经济学家眼里，注意力也是一种生产力。或如一名香港小姐竞选者在回答一个急智问题“怎么才能在十分钟内成为本埠报纸的头条新闻时”，得分最高的答案是“裸体在街上跑。”

这是个混合的年代，社会学家们美其名曰“社会转型时期”，百余年前中堂大人李鸿章称之为“中华数千年来古文明所未面临之大变局”。你可能在不断的失望中感到绝望，却又在濒临绝望时重拾希望的种子。一切都

如月亮的脸般悄悄地在转变，从最激昂的《国际歌》到这个时代最具人性化的五十个细节，从街头垃圾筒的卡通化到天安门城楼的平民化，从小学生教科书的彩图到官员选任的方式。

这是个全方位冲突、抵抗、对话与共存的年代，从餐桌前父亲和儿子的对话到从我们的法学茶座中对于法律价值观激烈的争辩。“我不同意你的观点，但我誓死捍卫你说话的权利”这句话在各种场合中被反复引用。权威不再是放之四海而皆准，无厘头未必只能是俗文化，江湖不再一统，互联网是个灌水的好地方，只要不让网管为难删你的帖子，你有话尽可以好好说，慢慢说。就像在伦敦海德公园中，站在肥皂箱上就可以发表你的施政演说，至于有没有人捧场，那是另外一码事。

改革中的中国目前已经到了深水区，如果说在改革初期尚有石头可摸的话，深水区唯一的出路就是中流击水，奋力向成功的彼岸前进了。有人说，中国目前正处于天堂与地狱间的十字路口。深以为然。且窃以为法治是唯一的出路。一个走向法治国的中国是天堂，也是一个对世界负责任的大国。一个崩溃或失控的中国将如地狱，如蛮荒时代的丛林世界，弱肉强食，暴力是唯一的公理。

每一个有良知的中国人都不愿意见到这一点。但并不是所有的人都在努力将这个国家朝着好的方向推进。我痛恨那一些人，痛恨那一些“在我死后，哪管洪水滔天”的官僚，痛恨那些熟练背诵着政治经典却急匆匆地把自己的子女往外送的政客，痛恨他们甚至超过于痛恨那些“因饥寒起盗心”而被法律网杀的人。

那么，什么是法治？什么是法治国？我们需要什么

样的法律价值观？

在大学时，老师依照教科书告诉我们：法是由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的具有普遍意义的规范性文件。法是统治阶级意志的体现，而国家是一个阶级压迫另一个阶级的工具。

毕业后，另外一种法律价值观告诉我们，法是人类社会紧张与冲突的结果。冲突的必然性是由自然资源的有限性与人类欲望的无限性所决定的。你见过人类因为争夺空气和海水而冲突吗？没有，那是这两样东西相对丰富而远远多于人类所需，但人类会为了土地和淡水而发生个体冲突甚至群体冲突，因为资源的有限性。法是不同利益的各阶层妥协的结果，法是一种游戏规则，法是一种裁判标准，法是陌生人社会中建立信用的平台，法是对人类行为的最低准则，法是人类本能中兽性成分的外在约束和捆绑。

3

这种理论告诉我们，千万不要把法律当成神殿中的祭台，也不要迷信于法治，人类选择法治，是因为人类无法战胜自身的私欲，无法通过无限提高内心的道德修养来约束自己的行为，没有法律，人类将如同野兽，世界将如同丛林，只有弱肉强食这一自然法则起作用，人类从野蛮走入文明，就需要法律这种国家暴力，通过奖励和惩罚维系秩序与平衡。

西方的宪政选择了分权，是因为西方的法律思想是建立在人性本恶的哲学思辨上的。“制度设计时应该将所有权力的掌握者假设为恶棍。”在这种“人之初，性本恶”的法律思想指导下，以权力制约权力成为两害相权取其轻的最终选择。虽然在柏拉图的理想国中，最好的统治方式是人治而不是法治，选择法治是因为人们无法

在现实生活中找到集智慧、公正、宽容、勇敢等所有人类美德于一体的哲学王当自己的领袖。

大道之行，天下为公。柏拉图的理想国，儒家理想中的“大道之行，天下为公”的大同社会，两者的哲学体系，各自发展成为东西方的文化起源的基石。而在当时，分别住在不同半球的人们，是不可能知道彼此的存在的，甚至连地球是圆的这一现代地球人都知道的知识都要在一千多年后才得到证实。

是英雄所见略同，还是真理原本就殊途同归？或者甚至如基督徒所说的，真理原本就是上帝创设的，在创世纪之前就已经存在，人类只是真理的见证者？

人生识字忧患始。消解这种忧患的唯一方式是思考，思考也是智者最大的快乐。真理的发现如同淘金，有时，你必须洗一吨沙子才能淘到一克金子，而有时，你在沙漠中跋涉，突然发现那块把你绊倒的石头竟然是一块狗头金。

多年来，除了为生存而工作外，我的最大乐趣就是读书与思考，反复探索和叩问法律是什么这一法律王国的源代码。

这本书就是个阶段性总结。就是我个人目前有法学功力的外在表现。

收录的都是小文章，发表在报纸上如豆腐块。唯一区别是许多文章在发表时由于版面或其他原因，做了一些删节，而将我一些认为经典的但带刺的话删去了，书中选用的电脑中的原稿，也算是一种还原吧。

作为法官，与法学院的学者相比，我们对于法律的理解似乎更为直接、微观和具体，可以说，我选择一直呆在法院的原因是因为这是个很好的观察哨。在这里，各

种社会冲突和人生悲喜剧不断上演，无需编剧，不用导演，拒绝彩排，就能够确保让你看到人性和社会最真实的一面，这也是这些法律杂文最丰富的原材料。

我周期性地将自己的观察和思考提炼成文字，并通过传媒的倍放作用布之于众。因为我知道，中国法治的根源性问题，不在于立法的数量，而在于法治理念的传播，这也是法治传播长期缺乏的中国在法治建设进程中所必须补的第一门课，也是最难且课时最长的一门基础课。

书名取《法治的罗马城》一名，取意西方谚语：“罗马城不是在一夜之间所能建成的。”同理，法治国的建立，也是一个路漫漫兮其修远的过程。而且，中国能否成为真正的法治国，取决于你我，取决于这个国家的每一个，而不是某一个人或一群人。

多年来，我不停地说，不停地写，在十字街头呐喊着，虽声音已日渐疲惫，但心灯犹燃。因为我始终认为：哪怕每一篇文章只召集了一位同志，中国的法治总是多一分希望。许多次，希望破碎了，重拾碎片补补又上路，自称“贼心不死”。

有人说，黄鸣鹤，你的思维太超前了，在当今中国是没有市场的。你要么出生在中国的下个世纪，要么学会识时务。

笑笑，不以为然，当然偶尔也惘然。理想是一种奢侈品，需要付出很多，最要命的是播下去的是龙种，收获的也许只有跳蚤。我不是圣人，也不是先知，而只是一个观察者、思考者和见证者。也许我在思考的时候，上帝和人类都在发笑。

幸好这是个地球如同村庄的年代，不然我真的只好

和《天下粮仓》中的米河一样，躲在阁楼中和自己的影子说话了。

互联时代给我们提供了一个克服空间障碍的平台。在这个虚拟的空间中，我读到了许多思想，发现这个世界上原来有许多人和我思考着同样的问题。在一些法律网站上应该可以经常看见这些人的身影，或者也可以这样说，这些人无论在网络上还是在现实生活中都是一群活跃分子，具有相当的影响力，当然，如果以高校的学术标准论英雄的话，他们可能够不上法学家这一称号。或者说，他们也根本不认为或者说不屑于称自己为法学家，但他们对于中国法治的进步及法律理念的传播，贡献并不比某些学者小。他们是直接面对于法律具体操作和无数鲜活法律故事的人，他们思考的素材源于最直接的样本。他们生活在中国法治的理想和司法现实中，在保存自己的法治理想的同时却必须直面中国司法最阴暗的一面。困惑、痛苦、挣扎、抗争、最后只能是伤痕累累后的妥协。最后，他们只能学会在现实中犬儒般地生活的同时，在另一个空间，构筑自己的精神家园，一群人取暖般地挤在一起，互相呵护和鼓励，尽力维系着每个人心中那一盏被绝望的黑暗重重压迫的心灵之灯。他们不是理论法学家，但他们是行动法学家，他们是法学界的游骑士，在各自的领域坚守着自己对于法学光辉的理解与敬畏，并努力从各种世界的夹缝中发出自己的声音，即使这种声音是如此的微弱。

在法治国中，法官的职责就是孤独而又执著地守望法律，如同守望自己的精神家园。但在当今的中国，在法律的罗马城没有建立起来之前，法官就不可能是高贵而孤独的王侯，而应当是个泥瓦匠，从抹一把泥砌一块

砖做起；是个农夫，从撒一把种子锄一次草开始；应当是个传教士，把法律思想的种子撒向每一颗心灵深处。

因此，我向孩子讲述法律的故事，因为他们没有受固定思维污染的眼睛就是一片明亮的天空；我写每一篇小小的法律文章，讲述我对于法律的迷恋与信仰，因为每一个对我的文章有所心动的人，就意味着法律的种子在他心中的萌发；当我于每一个清寂的夜晚，于孤灯之下，徘徊在法律街头时，透过夜幕，我相信，如此星辰如此夜，一定有很多与我有着相同理念的人在做着同样的事。

未有法治国之前，让我们将抱怨的时间节省下来，烧好每一块砖。





目 录

啾啾鹤鸣,谁识其音?(序)/1

未有法治国之前(代自序)/1

第一章 法律与泥巴/1

法律与泥巴/3

多讼之弊/6

法律、微波炉和椰子/9

西方的纳税人诉讼制度/12

立法的成本与执法的成本/15

“五月花号”上所承载的东西/18

如果五月花号上载的是中国人/22

“顺民”和“暴民”之间是“公民”/28

第二章 不会说话的和会说话的法律/37

不会说话的和会说话的法律/39

迟到的法律/42

当一个国家失去领土时/44

以下一代的名义起诉/46

谁来保护公共利益?/49

第三章 在东方碰到西方前/57

勉为其难包青天/59

幕后听审

——刑名师爷,中国法庭看不见的法官/65

