

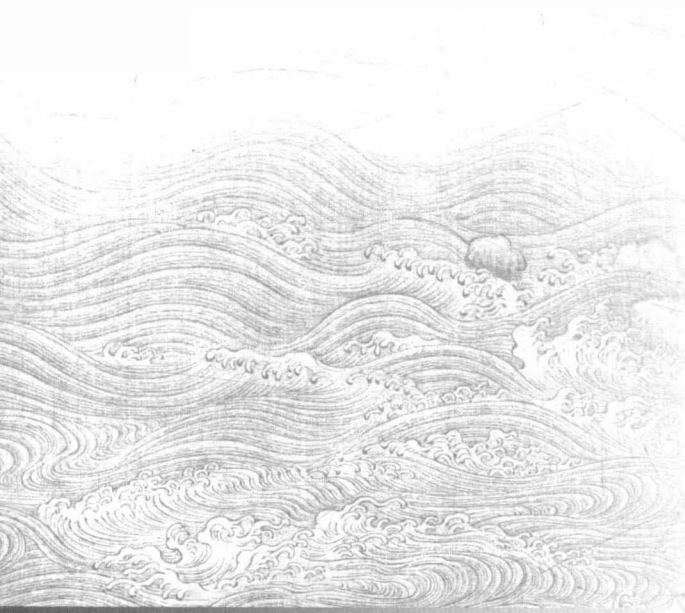


于法较真

YUFA JIAOZHEN

金泽刚 著

上海三联书店



于法较真

YUFA JIAOZHEN

金泽刚 著



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

于法较真. 二/金泽刚著. —上海:上海三联书店, 2018. 3
ISBN 978-7-5426-6222-4

I. ①于… II. ①金… III. ①法律—研究—中国
IV. ①D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 028182 号

于法较真(2)

著 者 / 金泽刚

责任编辑 / 殷亚平

装帧设计 / 一本好书

监 制 / 姚 军

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(201199)中国上海市都市路 4855 号 2 座 10 楼

邮购电话 / 021-22895557

印 刷 / 上海展强印刷有限公司

版 次 / 2018 年 3 月第 1 版

印 次 / 2018 年 3 月第 1 次印刷

开 本 / 640×960 1/16

字 数 / 300 千字

印 张 / 19

书 号 / ISBN 978-7-5426-6222-4/D·380

定 价 / 58.00 元

敬启读者,如发现本书有印装质量问题,请与印刷厂联系 021-66510725

目 录

对“医闹”入刑能不能寄予厚望 / 1

律师做法官会不会是一场秀 / 4

从奖励“线索大妈”看法治的
另一面 / 7

学者型大法官落马的反思 / 9

试衣间应是“公共场所” / 12

扩充地方立法,难处要考虑在前 / 15

有罪判决不是反腐的终点站 / 17

慎给释永信举报人扣帽子 / 20

警察关警察案不可忽视刑事追责 / 23

依法规制污点证人原则以推动法治
反腐 / 26

康师傅的维权官司未必好打 / 34

且看宋城的举报如何收场 / 37

对巡视组拍桌的狠劲从何而来 / 39

无聊索赔背后是权利滥用 / 41

骗奸仍是个不老的话题 / 44

为纪念抗战胜利特赦的法治价值 / 47

贪污受贿依情节处罚考验公正反腐
/ 50

“终身监禁”的探索性意义 / 53

终身监禁的适用问题 / 55

广西“假助学真色魔”的罪与罚 / 58

犯罪嫌疑人照片何时能曝光 / 61

证监会的处罚会不会是以罚代刑 / 63

废除嫖宿幼女罪后涉“少女卖淫”案
咋办 / 66

是法院道歉还是法官道歉 / 69

飞来横祸其实还是人祸 / 72

“强拆”致人死亡后该怎么做 / 74

证监会的重罚能让股民得到点
什么 / 77

抓捕举报人的理由怎么站得住脚 / 80

最高罚单还要是最有效罚单 / 83

“扶老人险”能否解决扶老人危险的
困境 / 88

“穷人共妻”的法律悖论 / 91

事故行政问责,为何可信度不高 / 94

性侵未成年人案件的赔偿机制期待
突破 / 96

抢劫银行致富后该怎么受罚 / 99

给张台长送钱的演员也当法办 / 102

如何破除明星涉毒的怪圈 / 105

教师“虐童”别让“家规”替代了
法律 / 108

农妇缉凶,要点赞更要反思 / 110

为什么一部分案件久拖不决 / 113

运钞车案的赔偿属于什么性质? / 116

30万元受贿案何以“搅动”刑事司
法界 / 119

存钱获得假存单,银行该不该赔 / 121

大学生售鸟案司法判决为何难
服众 / 124

惩治贪官不能“重自由刑轻财
产刑” / 127

“挟尸要价”涉嫌触犯刑律 / 130

林森浩案件折射死刑价值观的
变迁 / 132

公安局长通过司考不该是
稀奇事 / 135

官员“吃喝”能否入刑 / 138

汪峰败诉显现名誉侵权与舆论监督
的界限 / 140

“铁窗内嫖娼”绝不是普通违规违纪
案件 / 143

企业接纳退休官员妥不妥 / 146

郑州强拆医院案,追责不能忘却
刑法 / 149

若百度发布了虚假广告该如何

追责 / 151

“无差别杀人”怎么预防都不
为过 / 154

“南大碎尸案”让人想起“命案
必破” / 157

处理制止当街小便被打案,不要伤了
正义者的心 / 159

应赋予“拼车回家”合法性 / 162

“偷拍县长收礼”案如何能让人
释怀 / 164

冤案追责,当以公开促公正 / 167

冤案追责期待创新思维 / 169

进行羁押必要性审查 / 172

“天价鱼”事件不能让消费者
“假赢” / 174

美华裔警察“误杀”黑人案会不会
误判 / 177

受损车辆入市的责任与风险谁担?

/ 180

防控公共安全风险须社会多方参与
/ 183

比亚迪撞大众,真的不犯法么?
/ 186

敲诈勒索不该是口袋罪,啥都
往里装 / 189

撤销博士点也要讲法治 / 191

女子宾馆遇袭,人人都不该
旁观 / 194

让最严的交通整治彰显法治的
光辉 / 197

防治电信诈骗更需扎紧自己的篱笆
/ 200

贪官落马,情妇得有个说法 / 203

惩治贪官的司法解释有新意更是
考验 / 206

抓嫖执法与程序正义 / 209

管住警权 / 212

处理校园欺凌案的思路该换

换了 / 215

贪官垂泪忏悔的真与假 / 218

查“官员丑闻”的举报人

很不妥 / 221

让奖励让座也成为一种制度 / 224

未成年人犯罪治理新思路——从校

园欺凌事件谈起 / 227

围观拍照究竟是一种什么权利 / 232

执法犯错,我们还缺一部《道歉

条例》 / 235

区政府行贿市委书记案标本意义

何在 / 238

涉毒艺人不可轻易回归演艺圈 / 241

降低民事行为能力年龄下限不可

忘却刑事责任年龄 / 244

“跑官”被骗四千万,该当何罪? / 247

民法保护见义勇为需要国家补偿机
制撑腰 / 249

借国资 6.5 亿元还不了,必须有人
担责 / 252

“骂死保安”是个不小的法律
命题 / 255

偷拍县长案的罪与罚 / 258

是不信张二江减刑,还是不信张
二江? / 262

“性骚扰”事件信仰的该是
法律 / 265

庆安枪击案,别忘围观冷漠症 / 268

导演强奸案,疑问需澄清 / 271

“房多多”事件不能以伪造罪
了之 / 273

扫黄问责不能遗留死角 / 276

满洲里性侵女生案值得追问 / 279

巨腐案件的判决如何更加公开

公正 / 282

防治贿选重在严惩 / 285

人大代表涉案要慎重更要依法
处理 / 288

平反的冤案都是“事实不清,证据不
足”吗? / 291

后记 / 293

对“医闹”入刑能不能寄予厚望

近日,提请十二届全国人大常委会第十五次会议审议的《刑法修正案(九)草案二审稿》备受瞩目,其中“医闹”情节严重将入刑,成为此次修改的一大亮点。然而,就在这个节骨眼上,医闹们也没有停歇。据报道,就在上周,上海三天之内发生了三起伤医事件:6月27日,瑞金医院一名妇产科女医生在查房时因拒绝病人违规延长病假的要求被打;同一天,在儿童医学中心,一名外科医生因去吃午饭引起患者不满,遭家属推打;仅在两天后的6月29日,新华医院一患者家属在质疑是否需要办理出院时情绪激动,用硬物击伤为其解释情况的护士面部,造成当事护士轻微脑震荡。

一般来说,“医闹”是指患者、患者亲属以及受雇于患者方的群体或个人,以医疗纠纷或者医生的过错为借口,采取威胁、伤害医护人员人身安全、侮辱医护人员人格,或者在医疗场所现场滋事、故意扩大事态、制造负面影响等形式严重妨碍医疗秩序的行为。现在,一边是立法讨论医闹入刑,一边却是医闹事件还在接连发生,二者形成鲜明对照。诚然,医闹们未必关心立法正在考虑如何加强打击他们肆意破坏医疗秩序的行为,但作为任何一个都可能要去医院看病的普通民众,他们无疑会关心刑法将医闹入刑后对于遏制医闹事件会不会产生明显的效果。

此次草案二审稿拟将刑法第二百九十条第一款修改为:“聚众扰乱社

会秩序,情节严重,致使工作、生产、营业和教学、科研、医疗无法进行,造成严重损失的,对首要分子,处三年以上七年以下有期徒刑;对其他积极参加的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”在这里,医闹行为入刑其实只是在原来聚众扰乱社会秩序罪的罪状里面增加了一个受害对象(即医疗)而已,因为医疗单位的医疗秩序本就属于法律应该保护的“社会秩序”之一,草案只是把“医疗”明确增加进来而已。按照汉语的字面含义,“医疗”当然可以解释在“工作、生产、营业和教学、科研”范围内,只不过为了突出打击医闹现象,才在这里将它们一并列举,以防认识上发生歧义。也就是说,即使按照现行刑法规定,医闹等严重破坏医疗秩序的行为完全可以按照聚众扰乱社会秩序罪定罪处罚,但实践中为何很少这样处理?原因不是刑法出了问题,而应该归咎于刑法之外的因素。在刑法进行修正之后,处理这类事件将不能再过多考虑刑法之外的影响,而是依照该罪来追究刑责,这也是此次修正的积极意义。

其实,近年来,公安部、国家卫生计生委、最高法、最高检等部门出台了《关于维护医疗机构秩序的通告》《关于维护医疗秩序打击涉医违法犯罪专项行动方案》《关于依法惩处涉医违法犯罪维护正常医疗秩序的意见》等多项规定,各地方政府也纷纷部署严厉打击扰乱医疗秩序行为,但它们多体现在政策和管理层面,效力较弱,执行中各部门之间难以形成治理合力。尤其是对扰乱医疗秩序等行为的性质是医疗纠纷还是治安违法,或者是刑事犯罪,界限上难以区分。加上长期以来,社会上存在“病人就是弱者”的传统思维,对于医院和医生的负面认识较多,所以,针对严重扰乱医疗秩序的行为,司法机关处理起来总是“心慈手软”。更不用说片面的“维稳”思路对于打击医闹形成不小的阻力。有的案件,即使上升到追究刑事责任层面,各地亦容易出现同案不同判的情况,影响了司法判决的权威和公正性。

在医闹明确入刑之后,对于构成犯罪的医闹行为,司法部门有了明确的惩治依据。但医闹确实也包括因医疗纠纷或者医生过错处理不当而引

起的不适当维权行为,这样的医闹不能随意追究刑责。一方面,有必要纠正偏袒医院和医生过错的错误做法,畅通维权渠道,健全医疗赔偿解决机制,另一方面对于“职业医闹”等要依法严惩,构成其他犯罪的也一律追究刑事责任,以筑好维护医疗秩序的“最后一道防线”。当然,最好的社会政策才是最好的刑事政策,培育和谐的医患关系是解决医闹的根本途径。国家政策、政府管理、医疗单位以及保险机构等应该共同在防止医患纠纷、化解医患冲突上多下功夫。事实上,在医疗过程中,医患双方表里不一的不信任关系由来已久,小病大看、药物滥用,医疗资源分配不合理,医疗体制市场化造成的营利性驱动等问题依然突出,若一味寻求刑法的“底线”治理,必将使刑法难以承受的。

(载《南方都市报》,2015年7月4日,金泽刚专栏)

律师做法官会不会是一场秀

上海一家律师事务所的高级合伙人商律师被确定为上海市第二中级人民法院三级高级法官拟任人选,此事作为法律界的新生事物持续被社会各界热议。综合各方面的热评,积极评价者居多,譬如,从官方层面上讲,这是司法改革的进步与实践,从个人方面讲,这为优秀律师走进法官队伍开了先河。但是,如果沉入到基层,听听一些私底下的说法,问题还真不能说不没有。

今年4月,上海正式面向社会公开选任四名高级法官、检察官,具体职位包括一名三级高级法官和三级高级检察官,以及一名四级高级法官和四级高级检察官。结果此次只拟招两人,原因不得而知,是不是报名人数不够多,或者报名者不符合条件,抑或是来自法院、检察院内部有名额的阻力呢?司法改革的重头戏“员额制”对于一些基层司法机关本就压力山大,不进员额关系个人的切身利益,现在还要招几个外面的人,而且直接就是三级法官或者检察官(相当于庭处长级别),内部原本有升级希望的人当然有意见。有的人就认为这没给其他法官检察官一个“同台竞技的平等机会”。

追根溯源,从律师转行做法官大约是移植西方的做法。在美国,先当律师再做法官更是其司法传统。但这些国家的法治环境以及律师在社会

中的地位与我们的国情显然不可同日而语。美国多少总统都是律师出身更是我们经常津津乐道的话题。所以,我们是从律师中选出极少数个别法官,而别人早就打通了从律师到法官的通道。那么,我们是如何的选法就备受关注。至少不能让人怀疑选择的科学性与合理性,比如,是从多少报名律师中选拔的,经历了什么样的笔试与面试,还有道德品行方面的审查,等等,这些至今未见报道。除了选任公告和拟任公示,中间的过程亦未见公开。这本是一次伟大的先例实践,无论结果如何,至少过程还是显得平淡了些。说通俗点,这次选拔似乎“秀”得不够。从律师中选法官如何让被选者令人口服心服,的确是值得选拔者做点创新思考的。

更要紧的是,上海这次选出的律师还是一位“年入千万”的大律师,也就是一般人眼中的能律师,体制内的人难免要想象其到法院的动机是什么,原因显然在收入之外,剩下的就只有一个解释,即追求法律裁判的公平正义,拥有法律从业者的至高荣耀?但这对于当今中国的法官而言,的确是一个有点奢侈的梦想。前一段时间关于法官辞职潮的讨论在某种意义上也说明了这一梦想之难。我们敬佩商律师追求法律理想的精神境界,但也请商律师对理想与现实之间的差距要有足够的心理准备。

再说,律师做得怎么样往往是用金钱来衡量的,但什么是好法官,其标准恐怕复杂得多。数数往日受到表彰的优秀法官的优秀事迹,这个标准也是具有中国特色的。从生活到工作,律师可以尽情发挥,自由洒脱,法官则要内敛、理性、自律。在现行司法体制下,一个再精通法律的法官未必能以一己之见处理一个案件,这也是与律师办案最大的不同。从体制外到体制内,如何公正处理每一起案件,这给当下律师向法官的转换提出了不小的考验。所以,新晋法官必须想好除了收入减少之外的其他难处。说句难听的话,万一将来适应不了这个角色转换,做了几年法官后,再打退堂鼓,那绝对就是“双输”的事情。

马克思说过,法官是法律世界的国王,除了法律就没有别的主上。如今,司法改革的重心正是要以审判为中心,重新将原本属于法官的权力、荣

耀与责任一并交还给法官。从台下做律师选择到台上当法官，只不过是改革浪潮中的一个潮头而已。但愿若干年后，回顾起来，这个潮头已经成为一个标杆。我们期待商律师成功转型，在法官的舞台上同样秀出精彩人生。

（载《南方都市报》，2015年7月13日，金泽刚专栏）

从奖励“线索大妈”看法治的另一面

近日媒体报道，北京“西城大妈”继“朝阳群众”之后成为又一群众情报员。“西城大妈”年龄多在 58 岁到 65 岁之间，都是实名注册的治安志愿者。“西城大妈”提供的情报、线索直接支撑了破案工作，她们也因为提供线索受到了警方的奖励，仅今年前 4 个月，西城警方就对信息员提供重要信息线索奖励 753 人次，奖励金额达到 56 万余元。

其实，近年来公安部发布了许多针对打击犯罪的举报奖励规定，但是各地的执行情况不尽相同。在北上广这类大城市往往效果较好，一方面是因为这类城市属于陌生人社会，民众举报的心理负担较小；另一方面，这类城市的奖励机制较为公开透明，能够起到正确的激励引导作用。其他一些城市虽然有相应的奖励制度，但是民众对具体规定并不了解，奖励机制透明度不高，想举报的人对接受举报单位的保密制度也有疑心。所以，北京西城的这种高调奖励举报人的做法对很多地方显得颇有样本意义。

实际上，法治不仅仅是惩罚违法犯罪，奖励和惩罚都是依法治国的体现。惩罚是通过治理已经发生的违法犯罪行为，避免违法犯罪再次发生，无论是对于已经违法犯罪者，还是对于潜在的可能违法犯罪人员，都能起到威慑和预防作用。而奖励则是鼓励普通市民积极参与到社会治理中来，其性质是民众自治与公权力的结合，是群众路线在治理违法犯罪过程中的

积极实践。从西城大妈举报的实践来看，它不仅可以降低当地社会治安综合治理的成本，而且举报本身对违法犯罪也起到了震慑作用。所以，大妈们获得奖励当之无愧。不过，从全国其他一些地方暴露的情况看，无论是制定奖励规定的机关，还是实际操作的具体部门，对奖励制度远未给予足够的重视。在某些地方，举报靠的是群众觉悟，对举报予以奖励甚至被认为是可有可无的事。

同样是奖励，见义勇为的认定也经常遇到瓶颈。从一些地方做法来看，英雄流血又流泪的事件还时有发生。由于顾及地方经费问题，加上证据搜集困难等原因，见义勇为经常难以落实，有的地方甚至还发生了十几年后才认定见义勇为的事件。不仅如此，有的见义勇为者甚至还要冒着被追究违法犯罪的法律责任的危险。因为一旦见义勇为发生在与违法犯罪作斗争的场合，就会涉及刑法规定的正当防卫制度，若见义勇为者不能被认定为正当防卫，那反而容易背上违法犯罪的黑锅。2014年7月，见义勇为青年小涂就差点被深圳警方认定为犯罪嫌疑人，小涂从一开始被刑拘，再到被释放，再到被确定为见义勇为，14天时间犹如坐过山车一样大起大落。这一案例从反面也说明，社会观念对见义勇为的评价仍有很大的偏差，更不用说进行奖励了。

一个良性运行的社会，一定是一个充满正能量的社会。而正能量也是需要法治护航的。奖励民众自觉参与到治理违法犯罪中来，实际上也是法治的另一面。法治的范畴中不应该仅仅只有惩罚，还应该有奖励，这种奖励是对正能量的支持，更是对正能量的呼唤。

（载《南方都市报》，2015年7月15日，金泽刚专栏）

学者型大法官落马的反思

最高人民法院副院长、二级大法官奚晓明涉嫌严重违纪违法，接受组织调查的消息比其他普通副省级官员的落马更令人震惊。一方面，身为执司法牛耳者却犯了法，这种角色错位耐人寻味，另一方面，在其落马的各路消息中，许多人（尤其是非法律界人士）据此获知，这位拥有知名学府硕士和博士头衔的副部级高官，还是中国民商法领域的权威，是学界公认的学者型法官。

证明奚晓明是学术权威的资料还真不少，比如，奚晓明主编的书就很多，亚马逊网站上查找到“奚晓明”的词条达360多条，其中大量的图书为其主编的工具书。因为除了审判工作之外，最高法院的一个重要职能是对下级法院进行业务指导。最高人民法院发布的许多司法解释的条文都出自最高法的法官之手。每次有新的法律或司法解释出台，最高法可能就要出一套书，以指导司法适用。此外，还有常年定期出版的审判指导用书（尤其是以案例指导为主），这些书往往都由最高法院的相关审判庭编写，主编一般由主管副院长挂名。奚晓明由此“著作等身”不难理解。但其本人究竟写了多少，是否审阅过相关内容，却是另一回事。事实证明，有了领导这个位子，挂的主编就会很多，加上来自最高法院出的书，地方法院的法官们人手一套，使用率就非常高，这大约就是“学者型法官”的理论依据。又据媒