

利害的分配

我们身边的法律

何兵／著

利害的分配

我们身边的法律

何兵／著



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

利害的分配——我们身边的法律/何兵著. —上海:上海三联书店, 2005. 6

ISBN 7-5426-2170-X

I. 利... II. 何... III. 法律-文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 089845 号

利害的分配——我们身边的法律

著 者 / 何 兵

责任编辑 / 王笑红

装帧设计 / 范峤青

监 制 / 林信忠

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(200031)中国上海市乌鲁木齐南路 396 弄 10 号

<http://www.sanlian.com>

E-mail: shsanlian@yahoo.com.cn

印 刷 / 上海师范大学印刷厂

版 次 / 2005 年 6 月第 1 版

印 次 / 2005 年 6 月第 1 次印刷

开 本 / 640×978 1/16

字 数 / 230 千字

印 张 / 15

印 数 / 1-4000

ISBN 7-5426-2170-X

D·94 定价: 25.00 元

序

那种把今天的中国称之为处在“转型期社会”的说法已经是人们耳熟能详的了。的确,稍微上些岁数的人,都会感受到这个社会所经历的是怎样一种剧变。从“文革”期间的“阶级斗争为纲”到后来的“以经济建设为中心”再到“社会主义市场经济”;从“无产阶级专政”到“建设社会主义民主法制”再到“建设社会主义法治国家”,这些还只是口号层面的,如果深入日常生活中,观察人际关系以及言谈话语、饮食服装等的种种改变,我们真的应当承认,中国的变化使得“沧海桑田”这个成语都失去了夸张意味。记得在十多年前某次比较法的研讨会上,一位英国的学者提交的论文题目颇耐人寻味: The past is another country(历史是另一个国度)。抚今思昔,说今天的中国跟 30 年前的中国判若两个国家当然也不是过甚其辞。

我们无法想象,生活在类似“不知有汉,无论魏晋”的仿佛停滞时代的人们的心态;对世外桃源的歌颂是我们文学里的经常主题,或许它们大多来自处在动荡或剧变时代的人们对于稳定甚至不变的向往吧。只是如果我们设身处地的想来,那种日复一日、年复一年都如同复制般的生活大抵也是相当乏味的。不过,变化剧烈而频繁却也会引出另外的问题——人们对于未来完全没有了预期。

这可以说是我们面临着一个两难境地。多多少少因为自己是法学中人,我感到在法律领域里,这样的矛盾显得尤为突出。在世界的历史上,很少有那个国家像我国这样在短短的二十多年间里制定出如此庞杂

浩繁的法律条文，与此同时，体制上的种种创新又是那样的如火如荼。以近年来特别受到广泛关注的司法改革为例，各个层次的法院每年都能够推出数十种改革新举措，诸如庭审方式改革、大立案、审判与执行分离、对外招考高级法官、审判长选任制、书记员序列单列、一步到庭、人大个案监督、专家陪审员参审、法官穿法袍敲法槌、统一司法考试，还有别出心裁的先例判决、特色独具的房地产庭、温情脉脉的判决后语、毫不留情的末位淘汰……所有这些都让我们感受到司法界创新求变的勃勃生气，当然也是法律人推进社会转型的可贵努力。

但是，这些朝向法治的努力本身就蕴含着一个足以颠覆法治的悖论。抛开这些改革措施之间经常存在的内在矛盾不说，一个更大的矛盾是，本来法治之所以优于人治，正在于规则本身具有稳定性，因为不会朝令夕改，所以人们可以通过对规则的了解而预见行为的未来后果。这是法治能够保障自由的根本原因所在。然而，现实的情况却是法律以及体制却是日新月异，仿佛川剧演员的那张脸，变化多端，惟一不变的就是永远在变。美国立国二百多年，宪法修正案总共只有二十六条。在我们这里，六年之内两次修宪，增改条文就有二十条之多！这厢《刑事诉讼法》刚刚修订通过，那厢学者针对修订法的再修改建议稿就已经出台。如此这般，法律还成其为法律么？当法院也不惜“以今日之我非昨日之我”，合法与非法之间的界限只能是模糊不清，“民无所措手足”的结果就是必然的了。

人们马上会质疑：在一个非法治的社会里建设法治，居然还要追求所谓稳定性，岂不是要大家在“旧社会”原地踏步？作为过去十多年间司法改革的一个积极介入者，对于变革又表达这样的疑虑又岂非自相矛盾？是的，我必须承认，虽然自己对于法治的基本价值未曾有过怀疑，也坚信法治以及民主、宪政是我们这个老大国家的必由之路，但是，走向法治所面临的这种两难境地却不能因为信念坚定而化作乌有。正视困境是走出困境的前提。此外，学者对于制度背后的知识以及制度本身的原理的认真梳理和传播也是至关重要的。

在过去的多年间，何兵先生一直认真地研究法治和司法改革的问题，也是一位活跃的参与者和勤奋的写作者。他所关注的几乎所有问题也都是我非常感兴趣的，他的许多主张显示了扎实的理论功底和敏锐的现实

观察。当然,对于他的某些观点我并不赞成,甚至我们还曾经在一些研讨会或学术论坛上短兵相接,争辩不休,但是,即便是有争议的观点,他也能够论证得具有启发性,激发更深入的思考。他是安徽人,安徽,那是一个文人辈出的地方,他好像也受到了像唐德刚这样的安徽人的影响,文笔也有些“德刚体”的意味,擅长用形象的比喻和适度的夸张,古典诗句,市井俗语,都信手拈来,妥帖地安排在文章里,增强了可读性和说服力。他甚至在法庭的代理词里也像“德刚体”偶尔显露的那样押起韵来:

审判长、审判员,今天,原告用一纸诉状载来了他美好的梦想,也载来了我们共同的梦想,这就是,让司法的阳光照耀科学的殿堂。一切在变,一切在流淌,但有一种东西是不能放弃的,那是对正义的追求;一切在变,一切在流淌,但有一种东西是不能放弃的,那是对司法的信仰。本着对正义的渴望,本着对司法的信仰,我们走上了法律的殿堂,并向你们说出了心中深深的渴望。请记住原告的呐喊:“千万不要不理我这个无权无势的老实人,因为你们是我的最后一线希望!”

从前科举出身的官员作判词时,讲求对仗、用典,但是今天我们的法律文书却是一片朴实无华。何兵居然在今天的法庭上用这样的语言说服法官,这让我很感意外,也有一种惊艳之感。据说在海淀区法院的法庭上,上面的代理词赢得了旁听学生热烈的彩声和掌声。刘燕文诉北京大学案在一审能够胜诉也许跟何兵的修辞学有关呢。

现在,何兵将他近年来发表的法律随笔、时评、演讲也包括法庭演说词编辑成书,命我写序,推辞不获,只好勉力写了上面这些零散文字。最后,请容许我提醒读者诸君,留意本书作者是如何论证中国法治得以建立的基础的,又是如何解释我们遭遇到的困难和矛盾的,以及在解释的过程中是否也会“暴露”他自家学说里的悖论。

贺卫方

2005年4月6日凌晨

目 录

序.....	1
一、伪善：假想支配利害	1
大义不能灭亲.....	3
“意义”的陷阱.....	6
禁欲主义的黄昏	11
冥河对岸怨恨的目光	15
缄默的法官	21
另类的权利	24
“包公”何以后继乏人？	29
二、常识：利害交易的真实法则	31
“私了”别解	33
调解以情 听讼以法	36
陌生人社会与法治	40
纠纷与社会	44
实现公正，即使天塌下来.....	47

三、识破真身：从事实出发	51
王海败诉的理由	53
警惕专家	56
我的资格哪去了？	59
外语考试：知识领域的计划管制	62
野蛮拆迁者的蛮劲从哪里来？	66
依法断字——多音字诱发的官司	68
从朱元璋的反腐斗争谈起	71
四、程序中的学问	75
法院里的“大锅饭”	77
保卫审判委员会？	80
法官的肩头	83
“掌柜”的法官与“掌勺”的法官	86
“个案监督”非灵药	89
法官：戴枷的舞者	92
在何处为权利而斗争？	95
通过程序挑战法律	100
法律程序的弊端	103
人民陪审员：我的经验与感悟	108
旧社会如何解决纠纷？	118
五、利害的选择：案件里的法律	125
婚宴上坐着居心叵测的人	127
追慕梁实秋	135
县委书记有什么名誉权？	138

目 录

法律专家意见书:施向法庭的无影神掌	141
天价的葡萄	149
刘燕文诉北京大学博士学位行政诉讼案代理词	152
六、法律讲谈	159
风俗的背后	161
司法的阳光与学术的殿堂	178
永不松懈!	194
如何对待教授们课堂上的错误言论?	207
职业化与民主化:百年司法建设的路径选择	211
后记	230

一、伪善：假想支配利害

“善有善报，恶有恶报，不是不报，时候未到。”从我们投胎人世到行将就木，父母、师长、朋友、领导都向我们传授这一“报应观”。然而事实却是，善未必有善报，行恶未必有恶报。结局虽然令人齿冷，但这并不妨碍社会、家庭继续教育人们向善，引导社会向善。问题在于，善恶只在一念间。善与恶，是与非，不过是利害计算的标准。在善恶的五色旗帜下，隐蔽着血淋淋的利害计算。善恶指导我们进行利害选择，但如果善非善，恶非恶，我们应当如何选择？

大义不能灭亲

父亲老不成器，偷了别人的羊，儿子怎么办？

按我国法律，知道案情的人都有作证的义务，儿子理应恪守国法，大义灭亲，举报或证实犯罪事实。然而，亲手将白发苍苍的老父推入冷冰冰的监狱，为人之子的于心何忍，其置人情于何地？话说回来，儿子倘若经不住考验，为情所困，子为父隐，其又置国家的法律于何地？这真是一个令人头痛欲裂的难题。

这种两难抉择的困境之所以形成，是因为国法与人性较劲，法意与人意相左。法律号召人们以“公理”和“大义”为重，大义灭亲；人性的本能则要求人们以“家庭”和“情义”为重，亲灭大义。法律与人性在唱对台戏。

法律与人性“叫板”的结局必然是法律和人性两败俱伤！

一方面，由于法律的要求与人性相违，违法的行为却合乎情理，法律失去了情理和道德的支持，违法行为将会得到人们包括执法者的广泛同情和理解。执法者出于同情，对这种违法行为时常“睁一只眼，闭一只眼”；百姓一旦认为某一行为虽然违法却又情有可原，就会轻视甚至敌视法律。就违法者本人而言，虽然因为违法而胆战心惊，然而诉诸良心，却又心安理得，问心无愧。此时，法律已不再具有至上的尊严和无言的权威，法律已被人情践踏于脚下，受到人情和道德的致命硬伤。

另一方面，国家如果强行实施违反人性的法律，一部分人势必因为抵抗不住国家的重压而顺应国家的意图，做出违背人性行为。官方虽会对这种行为予以嘉勉，然而，在鲜花和掌声之下，掩盖的却是一颗伤痛的心！

人性受到国法的致命打击，结果是人性的变态和道德的扭曲。“文革”期间的“窝里斗”，让多少夫妻反目成仇，长恨至今？

法律的施行，不仅要依赖国家暴力作为后盾，以阴森森的监狱、黑洞洞的枪口去威慑和镇压那些悍然挑战法律的恶人，更主要的，立法必须得到人情和道德的广泛认同，让人们心甘情愿地遵守法律，成为法律的顺民。一部法律如果沦落到必须完全凭借国家的暴力去兑现的地步，法律就决不是法律——恶法非法——而是张牙舞爪的暴政工具。

反之，法律一旦合乎人性，则违反法律就意味着违反人情，是与人民为敌。此时，不待国家行动，人们将口诛笔伐，群起而攻之，千千万万的人民将自发地成为法律的忠实捍卫者。人民是无所不在、无时不在的，人民自发的道德行动将会为违法者织下天罗地网，让其插翅难逃！不惟如此，法律如果合乎人性，顺应良知，违法就意味着与人性作对，与良知为敌，违法者将会受到内心良知的谴责。这种无时不在的内心煎熬，会使违法者在阳光下心惊，在静夜里长叹。

主张“大义”可以灭亲的一个根本理由是，“大义”所保护的是一个比“亲情”更为重要的价值。然而，扪心自问，对于寻常百姓而言，还有比自己至爱的血亲更为重要的吗？“亲情”难道不是一个至上的“大义”吗？一个将“大义”凌驾于“亲情”之上的人，很可能将大义凌驾“族情”和“国情”之上。一个为了“大义”可以义无反顾地“灭父”的人，就完全可能为了所谓的“大义”去灭祖，去灭族，最终还可能为了所谓的“大义”去祸国！

人们之所以怯于干犯法律，固然是因为畏惧法网，另一方面却是出于亲情的羁绊，受困于情网，担心因自己的失足给亲人带来耻辱和伤悲。故此，为了家族的荣誉和亲人的幸福，人们会谨小慎微，以法为纲。大义灭亲的结果是法网斩断情网，而情网一旦被斩断，人们在感情上将会无所羁绊——“赤条条，来去无牵挂”，成为精神上的“孤家寡人”。精神上的“寡人一个”，极易演变为社会上的“光棍一条”，其社会危险性自不待言。一个被亲人灭了亲情的人，将会对人间的一切真情嗤之以鼻并发出冷漠的嘲笑。此种人如果堕落为“冷血杀手”，也就不足称奇了。

“大义灭亲”的最大危险在于：别有用心的人们可以堂而皇之地扛着“大义”的旗帜从事灭绝人性的事业。亲情是人性的基本内容，既然为了

“大义”可以灭绝人性的一部分——亲情，当然就可以为了“大义”而灭绝人性的其他部分，最终结果必然是为了实现“大义”可以灭绝一切人性。我国古代的“存天理，灭人欲”即是这一理念的高度概括。古往今来，所有灭绝人性的行为无一例外地都是在“大义”、“公理”、“正义”的徽号下行事的。刽子手们没有一个敢于自认是在为非作歹，总是为自己的丑恶行径披上“大义”和“公理”的华袂。在古代，皇权是最大的“义”，为了维护这一“大义”，朱元璋毫不眨眼地诛灭九族。到了近代，就连日本人在中国实行的“三光政策”，不也是在“大东亚共荣”这一美丽的“大义”旗帜下行事的吗？

提倡法律应当尊重人情，当然不意味着法律对世态人情的一味迁就，而是主张对于那些根植于最基本人性的善良人情，法律必须退避三舍，保有崇高的敬畏。法律是为了人类的幸福而存在，而不是人类为了法律而生活。“以人性为本”应是立法者必守的至高无上的准则，也是人民防止政府强暴所必须固守的最后城墙。漠视人性的法律即使得到贯彻执行，其营造的不过是一个冰冷的社会；唯有充满人性的法律才能培育一个爱意融融的人间天堂。故此，为了人间的至爱深情，法律不妨准许可怜的儿子为不才的父亲隐瞒真情，即便那是一个“糊涂的爱”。

（原载《法制日报》，1999年12月5日）

“意义”的陷阱

一、朝花夕拾说往事

1980年代初，在我家乡的小县城里，街面上的前卫男女忽然时行穿牛仔裤。穿着半新不旧的破裤子，留着不男不女的长头发，在街头巷尾游荡戏嬉，招摇过市。正人君子们好像国难临头，奔走呼号：“资产阶级腐朽生活方式正在毒害着青少年！”更令正人君子们惶惶不可终日的是，下一辈们对革命歌曲不感兴趣，整天哼哼叽叽的却是：“美酒加咖啡，我就爱喝一杯；想起了往事，又喝了第二杯。……一杯再一杯。”仅仅唱唱，也就罢了，还偏偏要模仿港台歌星，气喘吁吁地唱。道德家们如丧考妣，涕泪交集地四面哀告：“这些靡靡之音会使青少年们玩物丧志，沉沦于肉体的享乐之中。”看看如今的街面，人们当然知道，其结果是不了了之。牛仔裤的风行，“靡靡之音”的兴起，既未亡党，更未亡国。

对事物间的因果关系作不着边际的“遐想”甚至是莫名其妙的“狂想”，是道德家们的祖传秘方。西汉末年，女人的“堕马髻”，“愁眉啼妆”，被说成是亡国之兆。唐代的御史大夫杜淹在归纳历史后得出一个结论：“前代兴亡，实由于乐。陈将亡也，为《玉树后庭花》；齐将亡也，而为《伴侣曲》。行路闻之，莫不悲泣，所谓亡国之音也。”然而，正如鲁迅所刺的那样：“其实亡汉的何尝是女人！”

朝花夕拾，旧事重提的用意当然不在于博得众人的灿然一笑，而是拾起一面旧日的镜子来昭示现代的人们，道德家们时常莫名其妙地怀负杞

人之忧。

二、“八大胡同”生是非

来看一下几个月前一家大报的评论员高论：

近闻北京某公司正在将“八大胡同”里的青楼遗址开发为旅游景点以招徕游人，不禁愕然。“八大胡同”是什么地方？老北京人都知道，明清时期，那儿是纸醉金迷、灯笼高挂，有“花柳繁华地，温柔富贵乡”之称的红灯区。“八大胡同”重新粉墨登场，不由得让我想起很多……。我不知道还会有多少历史糟粕和封建沉渣会被从垃圾堆中翻出，重新包装、出笼，从而找到再度恣意泛滥的舞台。一旦没有道德底线的约束和高尚文明的指向，精神文明建设和公民道德建设就失去了支撑的骨架，其后果是悲哀的，更是可怕的。令人欣慰的是，记者发此微言之时，因为社会各界和媒体的质疑，“八大胡同”的项目已被取消。

游“八大胡同”就会使“公民的道德建设失去了支撑的骨架”。看着这一英明论断，我们除了感佩这位预言家的丰富联想之外，不得不惋惜这位道德完人的疏忽：他竟然遗漏了故宫！故宫是什么地方？中国人都知道，故宫是封建王朝的堡垒和象征，是三千佳丽的痛心之所，是仁人志士的丧身之地。对于这位评论员，我倒是有一个好建议：“革命尚未成功，同志仍需努力。”他应该力主将故宫给封了，给炸了！其实，正如游故宫的人们不会因此而“图谋帝制，推翻共和”一样，游“八大胡同”的人，也不会因此而生别样的情思。

三、“意义”的陷阱

一个事实的发生已经引发或可能引发何等后果，即是人们通常所说的“意义”。法律人，包括法官、律师、检察官等，可以说在一定程度上，都是吃“意义”饭的。苦主的律师在法庭上摇着三寸不烂之舌，强调被告行

为的“恶劣意义”，进行“意义”的强调和推断——其实就是因果关系的强调和推断。反方律师的作用就是“灭火”，尽可能地淡化被告行为的“意义”，强调被告行为的无足轻重或迫不得已；或提醒法官，有其他因素的介入，试图切断被告行为与后果间的因果关系，以推卸被告的责任。在这一论辩过程中，为了诱导法官做出有利于己的决定，利益格斗的各方将会自觉乃至不自觉地对“事实之间的关系”进行编织，对事实“上纲上线”，编织无形的“意义之网”，并将其罩在法官脑海中，使法官陷入“意义的丛林”之中。在这一过程中，既有因果关系的任意夸大和无根据的推断，也有规则、原理的任意援引。法官稍有不慎，就会掉入律师们编织的“意义的陷阱”而无力自拔。

法官摆脱“意义之网”最佳方法即是“以事实为根据，以法律为准绳”，不轻信无事实依据的“意义”，不援引无法律根据的“原则”，从“意义之网”超然而出。

由于一个原因事实会引发多个后果，一个后果可以起因于多个事实，法官在案件审理过程中，如果将所有的因果关系“一网打尽”，逐一斟酌，势将困于“关系之网”，以至“剪不断，理还乱”。为此，法官在审理案件时，应对事实上存在的、密如蛛网的因果关系进行裁剪，掐去枝蔓，留存主干。那些被剪去的因果关系，视为不存在，而那些留存下来的，则称之为“法律上的因果关系”，有待细加研判。对“因果关系”进行剪裁，不仅涉及到“事实判断”，还涉及到利益衡量。这一过程如同披沙拣金，需要心细如发，洞察秋毫。这是自我锻炼的过程，是斗智斗勇的过程，更是展示法官才情的过程。

四、让我还事实以真面目吧

抽象地解说“意义之网”过于枯燥，试以“八大胡同游”为例，作一分析，以求教于读者诸君。

政府取缔“八大胡同游”系一具体行政行为，相关企业如愿意，当可提起行政诉讼。假如那位评论员成为被告的律师，他的主要辩解理由当是：如果不取缔“八大胡同游”，其结果将是“悲哀的，可怕的。”

心细的法官马上就会发现，被告开始编织“意义之网”，即编织因果关