

是非与曲直

—— 个案中的法理

薛力

Not Just Right or Wrong



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

是非与曲直

—— 个案中的法理

葛力



Not Just Right or Wrong



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

是非与曲直——个案中的法理 / 苏力著. —北京:北京大学出版社, 2019. 8
ISBN 978 - 7 - 301 - 30580 - 5

I. ①是… II. ①苏… III. ①案例—中国 IV. ①D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 133549 号

- 书 名** 是非与曲直——个案中的法理
SHIFEI YU QUZHI——GE'AN ZHONG DE FALI
- 著作责任者** 苏 力 著
- 责任编辑** 李 霞 王 晶
- 标准书号** ISBN 978 - 7 - 301 - 30580 - 5
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn>
- 电子信箱** law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话** 邮购部 010 - 62752015 发行部 010 - 62750672
编辑部 010 - 62752027
- 印 刷 者** 三河市北燕印装有限公司
- 经 销 者** 新华书店
965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 23.5 印张 385 千字
2019 年 8 月第 1 版 2019 年 8 月第 1 次印刷
- 定 价** 68.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370



有度

一切皆有法 一切皆有度

但是我一直没有被迷惑
从来没有
如同河流
在最深的夜里也知道明天的去向

余秀华
《你没有看见我被遮蔽的部分》

一直从事法学理论的教学和研究，自然更容易从宏观的角度考虑问题。但我知道，如果对经验事实缺乏理解和把握，很危险，所有分析和结论可能只是想当然；在部门法法学/法律人看来会毫无用处，就是你自说自话。甚至，都难说你还是位法学人或法律人。“没有调查，就没有发言权。”不关注真实世界的麻烦事，也就根本不可能开发出、提炼出真正有意义的新问题。因为，至少就法学而言，所有的新知或发现都只可能来自经验，不可能来自概念、命题或理论自身。因此，法律人必须“小大由之”，或者说“上得了厅堂，也下得了厨房”。

因此，自大学任教以来，我会不时分析讨论一些我认为还有点意思的法律个案或可能进入司法程序的法律事件。有意思，与轰动程度无关，与社会舆论大小无关。只是我觉得，一、其中有些问题可能别人没看到，忽略了，省略了；二、即便这事过去了，其中那个或那些麻烦还会在，换种说法即其中的争点有超越此案或此事件的意义，若就让这事这么过去了，太亏；三、其中的有些道理，哪怕很残酷，也该说明白，且可以说明白。我喜欢捕捉这种稍纵即逝，但不好高骛远。即便我的分析结论或建议不一定被人接受，甚至错了，我也不担心，就是不希望成了应对个案的法律操作建议。法理人要知道自己的站位。

积攒下来，稍大一点的文章就这些。最早的那篇收入了《法治及其本土资源》，为对得起读者，这本书就不收了，力求“干货”。

Not
Just
Right
or
Wrong

这本书有理论关切，却从实务视角切入，即在我们社会的价值体系中，如何公平合理有效地解决争议。但我既非律师，也非法官，不曾以任何从业者身份介入这里讨论的或其他案件。事实上，我连法律咨询或仲裁的经历都没有。在法学院教书，教的均属理论法学的课，开学术会议也很少，我是典型的象牙塔内的人。我的所谓实务视角下的个案分析不一定靠谱，甚至可能很离谱。但即便说是“法盲”，我也不觉得丢人，因为我确实一直设身处地，也就是所谓“脑补”，尽力体会具有普通智识但通情达理的中国人，也即广大“法盲”，对这些法律事件会怎么想，怎么看，怎么分析，怎么判断，尽可能察知他们的情感，他们的期待，他们的根据和他们的道理。

缺乏实务经验是本书的软肋。但一个学人还是可能因为只关心司法如何公正合理有效地解决实在的争议，并在这个意义上，使他的关切和视角是司法的、务实的。缺乏具体制度语境下的工作经验，也未必全是坏事。这有助于他从不同视角——法官、检察官、律师甚或不同当事人的视角——来考察同一个问题。即便转换视角不一定更高明，还可能导致优柔寡断，却可能有更多体察，因此有另一种务实和平衡。我关心，如何在既定的社会、制度、法律、信息、技术、资源甚至主流社会规范条件下，公平合理有效地处理争议。不必像律师那样必须更关心自己能否胜诉，也不必像主审法官那样面对案件堆积、舆情或人际关系的压力，甚至不必像当事

人那么——即便有道理的——情绪用事。颠倒一句老话：败也萧何，成也萧何。

本书的预期读者是法学/法律人。这种说法太容易遮蔽些什么了。其实，即便是同班同学，最后也未必能构成一个想象的“法律共同体”。说不定哪天我还会把你，或是你把我给抓了。一旦进入司法实践，屁股决定脑袋，只能以守法为前提，以不出事为底线，职业法律人会按各自职责来处理相关法律问题。也会打擦边球，由于职业利益，还往往就朝某个方向打，攻其一点不及其余，甚至夸张、牵强或煽情。我不认为有一种可供人人分享的法律人思维或法律思维。

在更大程度上本书是为谨慎保守的判断者准备的，首先是抽象的法官。我之所以说抽象，因为真实的法官，都一定会有种种真实和想象的利益，因此多少会偏离本书展示的思路。其次，真实的法官也会有个人特点，法律训练也没法完全规训，有人会偏于进取，有人则偏于慎重，而且法学教育也就那么几年，更长更复杂的是社会生活经验和各种从业经验，思维方式、平衡感以及对相关变量的权重判断也不同，甚至天赋也不同。本书承认个体法官的差别，我没指望书中提及的考量都被接受；我只希望这一或那一考量不是全没道理，即便之前的教科书或教义没有提及。

也包括其他虚构的裁判者，如检察官、法学人和法学生，以及其他对本书也许感兴趣的普通人。只要不固守某种法治信念——其实是意识形态，我认为，本书中涉及的相关因素都应当进入法律实践关注者的视野。我不想说服某案就该如何处理；我只想读者阅读之后，在思考或处理其他个案时，除关注法律制度的规定外，还知道有些因素不应忽视，至少不应从一开始就忽视；即便有时在最后的利益权衡中忽视了，但别忘了，它也曾进入我们的视野。

从业律师也是预期读者。将之放在最后，是因为两个考量，说偏见也可以。第一，律师的法务实践会令本书的分析对他们来说实在太小儿科了。但本书主要还是说理，让那些“日用而不知”的道理能进入中国法律人的视野，因此很絮叨。但更重要的是，律师的职业伦理和职业利益都要求律师必须首先以当事人的利益为重，这种单一的利益追求迫使他们不得不简化自己的方程式，胜诉必须高于我书中为平衡利益冲突的理性分析，因此对律师来说，实在没必要像书中那般事无巨细；管用，有一招就行。但他们仍可能因浏览本书有所收获。第二，只要还计较案件输赢，一

个守规矩（也即不靠关系）的从业律师，了解其他法律人特别是法官可能如何思考和裁断，会因此获益。此外，专注于司法职业利益，胜诉是一种快乐；但置身输赢之外，以非利害的眼光审视个案也会收获别种快乐。打麻将对有的人是种娱乐，对有的人则只是输赢，虽然都是麻将。

引论除外，其他都是旧作，先后公开发表，有的甚至是新近发表。只有第三章的附录是此次最后改定，其实也可算是论文。但本书并不只是旧文汇编。各章基本观点未变，却也有不少修改调整，有的部分几乎完全重写。各章未按写作年份编排，就是考虑到各章间的内在联系。

感谢不可能在此一一列明的众多学友在我当年写作中曾给予的帮助；同样感谢在此也不一一列明的首发这些论文的杂志和编辑。特别感谢我的大学同学，北京大学出版社的李霞编辑；没有她的耐心，但特别是督促，这本书就不可能在2019年除夕前完稿。

苏 力

2019年2月3日于北大法学院陈明楼516室

目 录

引论 摆事实、讲道理、断是非 001

第一章 个人自由和法律责任 018

- 医院做了什么以及能做什么? 020
- 超越法律 030
- 如果强行治疗 045
- 个人自由与责任 053
- 小结: 探讨肖某刑事责任的意义 061

第二章 “黄碟”遭遇陕北 066

- 争点的界定 067
- 自由主义(或个体主义)的法理分析 069
- 社群主义的法理分析 073
- 最低限的女性主义法理分析 078
- 教条主义 083
- 疏于事实 086
- 陌生于执(司)法 089
- 几点说明 093
- 附录 关于警方干预的方式和程序问题的几点说明 095

第三章 罪责自负和殃及效果 097

- “故意杀人的,处死刑……” 098
- “……怀孕的妇女,不适用死刑” 103
- “你害了自己,也害了全家” 109
- “说话态度要和好,尊重群众不要耍骄傲” 115
- 结语 121
- 附录 药家鑫案审理与辩护的几个问题 125

第四章 当睫毛掉入眼中 135

- 案情和问题 135
- 打是疼，骂是爱 138
- “智慧出，有大伪” 145
- 纠结的社会现实 152
- 曾经的审慎与明智 158
- 结语 164

第五章 隐私侵权的法理思考 168

- 名誉侵权还是隐私侵权 168
- 复杂的利益格局 171
- 真相并非至要 174
- 核心是信息对于他人的利害 177
- 不同的信用品——兼论艳照门事件 181
- 反思“公众人物”的进路 184
- 隐私权的法理重构 187
- “为尊/长者讳”与“揭人不揭短”？ 192
- 小结 197

第六章 不只是戏仿 199

- 问题的界定 199
- “搞笑”“搞笑版”和戏仿 202
- 《馒头》刺痛或触动了什么 206
- 利益平衡与“合理使用” 211
- 戏仿的“合理使用” 214
- 戏仿侵犯“名誉”或“声誉” 217
- 戏仿之社会功能的再考察 220

第七章 昔日“琼花”，今日“秋菊” 224

- 引论 224
- 上篇：无法解释的解释，无法证成的证成 230
- 中篇：舞剧《红》的改编 252
- 下篇：舞剧的产权制度：实践与道理 281
- 结语 297
- 附录1 《红色娘子军》大事记 304
- 附录2 《红色娘子军》文学剧本与分镜头剧本的片段比较（常青就义） 306

第八章 法条主义、民意与难办案件 308

- 问题的界定 308
- 一审判决的对与错 310
- 法教义学 316
- 法律推理和论证 321
- 司法民主化? 什么意思 326
- 制度模式, 许霆案的启发 331
- 结语 334
- 附录 许霆案隐含的其他法律争点 336

第九章 司法解释的制度约束 338

- 问题的界定 338
- 为什么特别保护幼女(或少女)? 342
- 其他可能受影响的利益 351
- 隐含的宪制越位 354
- 选择性执法以及社会公正 358
- 结语与建议 361

跋 364

引论 | 摆事实、讲道理、断是非

从实践中来，到实践中去。

——毛泽东^[1]

法律并不总是很合乎逻辑，幸亏如此。

——波斯纳^[2]

这本书汇集了多年来我分析法律个案（包括司法个案或涉法社会事件）的一些论文。分析个案，自然与相关部门法有关，但这仍是一本有针对性的法理之作。

首先针对的是目前中国理论法学研究的一个突出问题：喜欢谈论一些抽象的概念或命题，而不是面对真实的生活世界，察觉其中很难甚或就是不能为这类理论命题涵盖的事实，清楚地讲出点道理，不是讲“某国怎么做”或“张三怎么说”，而是讲这事在我们生活中的道理。这不仅有助于决策和行动，更有助于心态平和，好好活着。

其次，从方法上看，这些个案分析或可用作法学教育，让法学生察知，进而能有效应对，法律经验世界中各种行动者对事实和规范的利用、挪用甚至死磕，以及由此而来的意义的复杂、流变和微妙，也因此真正理解了在这个世界中法律人选择的可能和必要。

再次，既然涉及具体的法律案件或事件，却又不像部门法学家那样往往不得不更关注直接的法律应对甚或诉讼的胜负，我希望还能从中抠出点新意，与相关部门法或司法实践或其他有关；起码可以用法理方式来重新表达相关部门法通

[1] 这是对毛主席原话的一种概括，原话是：“认识从实践始，经过实践得到了理论的认识，还须再回到实践去。认识的能动作用，不但表现于从感性的认识到理性的认识之能动的飞跃……”《实践论》，《毛泽东选集》卷1，人民出版社1991年，页292。

[2] *United States v. Browning*, 436 F. 3d 780, 782 (7th Cir. 2006).

常以教义方式表达的一些内容。我希望以此展示（而不是论证）理论法学的实践意义，也即竞争力。

—

如今的法理研究常常让许多法律人觉得非常无力，非但于法律人的实务没什么实际帮助，更重要的是对总体理解把握法律往往也缺乏智识启发。其实不仅在中国如此，波斯纳法官就曾多次吐槽法理学，认为其研究的都是些有点常识还要养家糊口的人连一分钟都懒得思考的问题；他引证了哈特《法律的概念》，一点不装，他坦承，看不出这本书为啥受人崇敬；在一个判例中，波斯纳就指出：“美国法的慢性病之一就是概念越来越多，这导致人们更注意定义，而不是实践。”〔3〕

法理，在我看来，必须至少在某一点上有助于我们更清晰、更真实、更全面地理解这个世界，而不应攒一堆值得供奉的正确命题。举一个法学的核心概念或命题为例。我们如今很多人主张“为权利而斗争”，有“权利本位”论，主张“走向权利的时代”，等等。抽象地看，当然很对，我们确实应当维护每一个人的权利。这类主张或话语有法治意识形态宣传的效果。但理论法学如果不能由此再向前迈进一步，则无助于理解和发现新问题，其意义就会非常局促。因为在真实世界中，几乎所有案件或争议事件都不是或至少很难说是一个界定和维护某一方权利的简单问题。一个最基本的事实就是科斯指出的权利相互性。〔4〕保护一方主张的权利，一定会波及，至少是影响，甚至“侵犯”另一方主张的权利。宿舍内，我唱歌，你就没法安静；你想熄灯休息，那我怎么看书学习？除非借助大家都认同的方式，达成协议并遵守协议——其实就是双方都修改并自我限定自己的权利主张，这种冲突就不可能有你好我好大家好或“双赢”的局面。无论如何主张“为权利而斗争”“权利哲学”“权利本位”等，或是再多抽象的讨论，都无法解决这类问题；对权利问题只可能具体地分析，具体地

〔3〕波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2001年，页2、4。波斯纳：《各行其是：法学与司法》，苏力译，中国政法大学出版社2017年，页76注〔26〕。

〔4〕科斯：《社会成本问题》，《论生产的制度结构》，盛洪、陈郁译校，上海三联书店1994年，页142。

限定，具体地解决。如果冲突各方相互不妥协，如果居间调解无法达成共识，那就只能交由各类裁判者判决，而判决的真正意义并非只是宣布一个决定，而是由此得以合法化地“强制执行”“你不服不行”，哪怕你真实的感觉是自己的权利被剥夺了。

这种权利冲突也不限于民事案件，即所谓的好人之间。它同样会，并以同样的程度和同样的百分比，出现在刑事案件中，在所谓的或“本质上”的好人与坏人之间。刑法和刑诉法主张保护被告的权利要做的就是这事。当然这很人权，很善良，很暖心，至少在主要是但不只是刑事法律人/法学家看来如此。但也必须看到，无论你是否赞同，是否支持，如此主张和保护刑事被告的权利都一定会以牺牲受害人的某些权益为代价，还会以增加警方和检方直至整个国家的人力、财力和智力支付为代价。“疑罪从无”当然很好，至少就原则而言，在某一个具体案件上是这样的，否则没有良心。但从社会层面来看，当其他变量不变时，一刀切的“疑案从无”，不论疑点大小和程度，不论涉及轻罪、重罪以及再犯的概率（如恐怖犯罪），不论是谁（法官、检察官、辩护律师乃至有时社会公众）心中的疑点，不论社会科技发展和潜能，换言之完全没有成本收益考量或社会风险考量，结果一定趋于，与“证据确实、充分”或“不存在合乎情理之怀疑”相比，有更多案件最后无法破案，无人出庭受审或出庭后无法定罪。这对你我也许无关，但这意味着至少受害人没得到法律允诺的公正救济，意味着有些世俗意义的罪犯因未成为法律意义上的罪犯而被放纵了。社会公众因此对警方、检方和法官可能产生更多不满、批评、指责、嘲笑甚至辱骂。如果否认这一点，那就是没有脑子。我们希望自己有良心，也有脑子。

相比日常的书本上的法理，社会生活的经验现象，即便一则新闻，也会令人有法理的觉悟，对现有法理命题有所反思。大约两周前，某地警方抓获两名14岁窃贼。审讯时，其中一位竟有些得意地说：“我知道我还能偷400多天，到16岁我就不偷了！”〔5〕这可以说是通常说的“知法犯法”，但有些许不同，因为行为人告白自己正依法犯罪〔6〕，尽管这个

〔5〕《两14岁少年偷窃手机案值20多万，被抓后竟称“还能再偷400天”》，<http://china.huanqiu.com/article/2019-01/14148797.html?agt=46>。

〔6〕《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第17条规定：已满十六周岁的人犯罪，应当负刑事责任。已满十四周岁不满十六周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任。

“罪”只是社会意义的，而非刑法意义的。不应低估这些细微的不同，以及它可能具有的法理可能性。若只是知法犯法，许多人，甚或法律人，看到的就是这位少年的荒唐，或是现行法治还不完善，等等。针对这类现象和民众反映，最高检也已开始有所动作。^{〔7〕}很好。但从法理视角看，这里就有个智识无解的问题：无论我们喜欢不喜欢，如果真的仅仅依法办事，必然结果之一就一定是有更多人“依法犯罪”“依法违法”。由此才可以理解孔子当年曾预测和告诫过的：“道之以政，齐之以刑，民免而无耻”；老子当年也曾预测和告诫过：“法令滋彰，盗贼多有”；以及与此相伴的其他历史实践或断言。^{〔8〕}进而可能理解孔子他们之所以这么说，不是因为两位哲人愚蠢，或有社会偏见，只相信人治/礼治，搞法律虚无主义；恰恰因为他们务实，不仅理解人性的复杂和法律的功能，更看到当时社会的技术能力和政治治理能力，才准确预判了相应的不可欲结果。只要不将他们的看起来“反法治”命题当成普世真理，则会发现，他们的洞察反倒比不具体考察社会各种条件一味重复“依法治国”更有法理意义，至少这有助于预测甚或弱化以“成”文化为法治核心可能引发的不可欲后果之一。它起码告诫我们，法治是防君子不是防小人的。真正务实的人不可能指望单靠法治就能建构一个完美的世界，法治只是要件之一，用来建设和规范一个绝大多数人觉得还行的世界。因此，如此思考，或理解先哲，丝毫不意味着看轻法治；就如今天欧洲人仍讨论《理想国》并不意味着贬低法治。而且，事实胜于雄辩，得相信人性，在现代社会条件下，真有效率的法治实践一定会比任何反法治的言辞更强有力。

真正负责的法律人，无论是理论法学还是部门法学，一定不会是那些成天掰活和捋饬各种概念、教义、理论甚或理论家名字的人，那些爱给学者分类贴标签的人，那些太善于归纳、概括、梳理思想理论源流脉络的人；而一定是那些高度关注各类事实，努力清理和理解这些事实背后的意味，基于职责，但更出于公心，不仅听取各类诉求，而且会设身处地地发现

〔7〕 2019年2月12日，最高人民检察院向社会发布了《2018—2022年检察改革工作规划》。其中第15项写道：检察机关将深化涉罪未成年人的教育感化挽救工作，探索建立罪错未成年人临界预防、家庭教育、分级处遇和保护处分制度。<http://www.chinanews.com/gn/2019/02-12/8751564.shtml>。

〔8〕 杨伯峻：《论语译注》，中华书局1980年，页12；陈鼓应：《老子今注今译》，商务印书馆2003年，页280。又如：“善人在上，则国无幸民。谚曰：‘民之多（饶）幸，国之不幸也。’”“先王议事以制，不为刑辟，惧民之有争心也。”“刑不可知，则威不可测。”李学勤主编：《十三经注疏·春秋左传正义》，北京大学出版社2000年，页674、1226、1227。

各方甚或不在场者的潜在的未来诉求，尽力协调平衡立法、行政和司法中那些都可以也很容易用各种教义、理论或人名的虎皮装饰的利益冲突，毅然地，有时甚至是不计毁誉地，在制度范围内，在自己能力可及的范围内，坦然做出自认为最佳的选择的人。有时，甚至因为这种抉择，他其实在一定程度上是以“人治”来推进或创造法治。^[9]事实上，这类法律人，即便懂，他/她也根本不在意理论，因为更重要的从来都是改造世界，而不是解释世界。若只研究法律，那他/她也仍然会认真具体实在地了解相关的各种事实，发现必须应对的种种实在或潜在的麻烦，然后根据各种资源和条件，提出应对这些麻烦的决断。他不仅能说清如此决断的所以然，更重要的甚或是，至少是独自凭栏时，他/她还会承认并理解，这个“最佳选择”有时就等于“只能如此”，承认决策者的无力和无奈。

其实这就是我喜欢的，也认为是中国法理研究应当坚持的进路。用一句老话来说，就是摆事实，讲道理（法理），断是非。三者的顺序也不能乱。只有针对众人确实能经验感知的事实，才能展开可分享的说理，即便由于对相关因素的评价不同，甚至因为自我利益的驱动，各自的判断有所甚或完全不同。

这也是本书的追求。尽管是非常不同的案例，涉及不同部门法，我从各案例提炼的争点也很不同，但我都希望尽可能从案件中的事实出发，不仅是法律人通常关注的狭义的案情，还有那些会被法律人有意遗忘、主动省略或懒得以实证经验核实的各类事实，甚至会包括案件或事件发生的历史和社会的语境。我不是上帝，并非无所不能，我只能拒绝居高临下以所谓的普世价值命题来裁判。我追求一种更生动也更开放的案例分析。所谓更生动，我不急于用案例分析来印证或支持某一个法理命题或法学教义，也不总是急于得出一个仅解决此案纠纷的确定方案，我更希望发现和展示在我看来有法律制度、理论意义的重要争点，由此开放一个或一些更有智识意味的分析。我希望，即便这个争议以某种方式处置完了，我提出的这个问题以及有关的讨论本身，仍有意思，仍可能对其他法律人或其他事有点启发甚或只是“忌惮”。

[9] 想想“1979年，那是一个春天，有一位老人在中国的南海边画了一个圈。”“同其他创新者一样，制度开创者必须是冒险家。他做的不是跨过从现行法到新情况的坚固大桥，他要带来一个‘范式转换’，后来者才能因此实践‘常规科学’。”Richard A. Posner, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard University Press, 2003, p. 91。