

法律的灯绳

刘仁文◎著





法律的灯绳

刘仁文◎著

图书在版编目(CIP)数据

法律的灯绳/刘仁文著. —北京:中国民主法制出版社,2012.6
(独角札丛)

ISBN 978-7-5162-0052-0

I. ①法… II. ①刘… III. ①法学—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 055895 号

图书出品人:肖启明

出版统筹:赵卜慧

责任编辑:庞从容 唐仲江

书名/ 法律的灯绳

FALŮ DE DENGSHENG

作者/ 刘仁文 著

出版·发行/ 中国民主法制出版社

地址/ 北京市丰台区玉林里 7 号(100069)

电话/ (010) 63292534 63057714(发行部) 63055259(总编室)

传真/ (010)63056975 63292520

E-mail: MZFZ@263.net

经销/ 新华书店

开本/ 32 开 880 毫米×1230 毫米

印张/ 10.875 **字数/** 230 千字

版本/ 2012 年 6 月第 1 版 2012 年 6 月第 1 次印刷

印刷/ 北京华正印刷有限公司

书号/ ISBN 978-7-5162-0052-0

定价/ 28.00 元

出版声明/ 版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

中国古代，法律用于惩恶，所谓讲法律以儆愚顽。这个传统，一直延续到二十世纪，甚至不绝于今日。其表现于前，有以法律为专政工具的意识形态；绵延于今，有凌驾于个人权利之上的国家主义。不过，共和时代的法律，毕竟不同于古昔。不但普通法律之上有宪法，公法之外有私法，即使名为刑法的这支法律，也大不同于传统的刑律。二者最大的区别在于，人权的价值，权利保障的理念，贯穿于现代法制，也包括定罪名之制的刑法。中国今日之刑事法律制度，其实是在此二者之间，仍在传统刑律转向现代刑法的途中。当下中国社会诸多问题，折射于刑案，如刘涌案、赵作海案、余祥林案、崔英杰案、许霆案、梁丽案、邓玉姣案、李庄案、吴英案等，成为公众关注焦点，主要原因在此。

仁文，刑法学者，其关怀却不止于刑法一科。他面向社会，向公众发言，但不从流俗，坚守独立思考的理性立场。他也从理性中抽取原则，但并不高标理想，罔顾经验与现实。这些特点，在他关于比如“见危不救”应否入刑、“欠薪”应否写入刑法、劳动教养制度改革等问题的讨论中，表露无遗。仁文也是死刑的坚决反对者。他对死刑问题有系统而深入的研究，并在各种不同场合宣讲其反对死刑的观点。同这种观点相一致，他始终反对重刑。在他看来，中国的刑法，不但死刑过多，而且总的来说，刑罚也过重。所以，对于各种想要通过订立新罪名或者加强刑罚来

解决社会问题的想法，他多抱持怀疑和审慎态度。

大约一年前，有若干法律界同仁，就推动中国的禁止虐待动物立法发出呼吁。仁文对此事抱有同情，但同时又对将虐待动物行为入罪表示疑虑，他的基本考虑，就是中国的刑法已经过重，设立新罪当慎之又慎。他还强调说，中国的刑法所规定的内容，大体相当于欧美国家刑法上的重罪，中国的治安处罚法等行政性处分所针对的行为，则与那些国家法律规定的轻罪和违警罪相当。因此，如果要对比虐待动物行为予以处罚，也不一定要动用刑法。

仁文的考虑当然不无道理。不过，法律的规定究竟怎样算重，怎样算轻，有时，这个问题没有简单的答案。依我国香港地区法例，地铁、列车上饮食者，可罚两千港币；公共场所吸烟者，罚款可至五千港币。如此规定，重耶？轻耶？对虐待动物者处刑是更好的事例。香港地区《防止残酷对待动物条例》订立于1935年，后迭经修改，沿用至今。据该法，残酷对待动物者一经简易程序定罪，可处罚款五千港币及监禁六个月。类似立法见于世界上许多国家，在中国大陆以外的地区亦非孤例。中国台湾地区1998年即有“动物保护法”，对违反动物保护之行为，视情况，最高可处以二十五万新台币的罚款，其涉及刑事责任者，移送司法机关侦办。2009年，“台北地方法院”援用该法，判处虐猫人丁某有期徒刑一年六个月。后丁某上诉至“台湾高等法院”，获改判为有期徒刑六个月。中国大陆尚无此类立法，因此，从残忍的活熊取胆，到牲畜家禽的活体注水，再到罔顾动物生存基本需求的各种行为如野蛮运输、过度利用，甚至以虐待、虐杀动物取乐，这类每天且常常大规模发生之行为，无一被视为犯罪。然而，人们显然不能因此得出结论说，中国大陆的法律更合理、社

会更文明、法律与社会的关系更协调。实际上，在当下中国，上述虐待动物行为已经不具有道德上的正当性，反对虐待动物的个人和组织、言论和行动，也早已成为一种不容忽视的力量。在此情形之下，立法的滞后显而易见。这时，单纯因为担心刑法过重而反对设立虐待动物罪名，恐怕不是一个有说服力的理据。相反，要判断某个新罪应否设立、罪名是否妥当、罪刑是否相宜等，需要从社会现实出发，综合理性与经验，对所有相关因素详加考量后而定。这一程序，与考虑应否减少死刑、减轻刑罚，其实并无不同。

诚然，中国现行刑法死刑过多，生刑过苛，这些事实不容否认。不仅如此，那些名义上只是行政处分的制度如劳动教养，其严苛程度甚至较刑法更甚。然而在另一方面，中国的法律常常不能被严格和公正地施行，以至于各种违法犯罪行为大行于世，却不受法律明定的惩处。这种情形，与法律名义上和事实上的严苛恰成对照。这些，是所谓中国国情的一部分，也是中国的刑法学者需要面对的问题。也因为如此，中国的刑法学者，不能只关注刑法条文，还应当关注社会，关注现实生活中的法律，关注法律与社会的相互作用。

仁文正是一个视野宽广、胸怀广大的刑法学者。他热情、积极、诚恳、富有正义感，他希望用自己的知识和行动影响和改变社会，让这个世界变得更美好，让这里的人活得更更有尊严。这目标很大，但也很具体，具体到一次行动、一篇文章。因此，我们不妨透过这本小书，认识仁文，认识他的事业。这个事业，其实与我们每个人有关。

梁治平

二〇一二年二月十四日于西山忘言庐

目 录

Contents

第一辑 法苑珠林

建筑与法治	/002
法学与数学	/006
正义与运气	/009
在纽约听庭审	/013
美国毒品法庭参访记	/017
司法中的公民合作精神	/021
法学家为什么没有忏悔	/023
畅通理性表达意见的渠道	/027
追求无害甚至多赢的正义	/030
讲“理”与讲“力”	/034

第二辑 诗性智慧

故乡	/038
宽恕	/042
小的是好的	/046
多余的是有用的	/050

容器之义在其空虚	/053
牛津的晚餐	/057
难忘弗莱堡	/061
阿灵顿的变迁	/064
格兰特墓和李鸿章树	/069

第三辑 诤言无华

“见危不救”要否入刑	/074
从体制机制上提高执法公信力	/082
论法制安全	/088
立法不要回避中国问题	/091
应简化身份证的农历改公历手续	/094
对“律师伪证罪”的深层次思考	/097
反思刑法中的立功制度	/101
监狱防腐要找准四个原因	/105
收容教养制度需要完善	/109
剥夺人身自由的处罚都应纳入刑法	/112
从国际标准看我国囚犯人权保障	/117
律协当自强	/121
律师穿律师服出庭为何至今没落实	/124

第四辑 死刑沉思

亚洲死刑观察	/128
对老年人免除死刑是善治之举	/134

死刑改革不能倒退只能前进	/137
死刑改革与社会管理创新	/141
中国死刑改革的回望与期待	/146
论非暴力犯罪死刑之废止	/154
以“依法”“审慎”让民众信服“吴英案”	/159
要创造条件取消贪腐犯罪的死刑	/163
为什么要创造条件废除贪腐犯罪的死刑	/168
中国废除死刑之路	/176
死刑案件不应排除和解	/184

第五辑 风义师长

梦里才能再见母亲	/188
法界前辈 人生导师	/191
悼念马克昌先生	/197
怀念郑成思老师	/203
大洋彼岸忆定剑	/207

第六辑 断想钩沉

社会转型与刑法的九个转向	/212
从革命刑法到建设刑法	/233
从国权刑法到民权刑法	/242
人权与毒品政策	/246
对《刑法修正案（八）（草案）》的几点意见	/250
在规范与事实之间寻求正义	/264

第七辑 热点冷评

欠薪没有必要写进刑法	/274
“醉驾入刑”看情节没有错	/278
劳教改革与违法行为矫治法的制定	/285
民意与死刑判决	/299
对阿克毛事件的法律评析	/304
注射死刑：12 年的静止与变化	/310
联合国通过全球暂停执行死刑案的意味	/321
取消“以其他危险方法危害公共安全罪”又何妨	/327

后 记	/333
-----	------

第一辑
——
法苑珠林

建筑与法治

建筑，这一人类文明中“凝固的音乐”、“石头的史书”，曾被多少学人从不同的角度进行过研究，美学、文学自不待言，就是政治学、法学，也大有文章可做，如《建筑与民主》、《权力与建筑》等，都可以说是这方面别具一格的著作。

法国学者托克维尔在其《论美国的民主》一书中也曾谈到建筑：为什么美国人建造一些那么平凡的建筑物，又建造一些那么宏伟的建筑物？他对此的政治学解释是：因为在民主体制下，每个个人都显得很渺小和软弱，但是代表众人的国家却显得非常大，于是他们在营造自家的建筑时不会过于讲究，但公共建筑却一定要气象宏大才符合国民对于国家的想象。我国学者贺卫方进一步指出，在与民主制度相对立的专制制度下，也存在着国家政治建筑的宏大和一般民众住宅的渺小这样巨大的反差，只不过个中原因不同：如果说民主体制下这个结果来自于民众对于国家伟大的想象的话，那么专制体制下则来自于统治者把建筑作为震慑子民及外人的权力修辞术。

在托克维尔笔下，美国的国会大厦是其指明的宏伟建筑物之一，我不知道当时美国联邦最高法院的建筑物是否宏伟，因为现在宏伟的美国联邦最高法院建筑物是20世纪30年代才建成的。当时的建筑师卡斯·吉尔伯特有意要将其建成与附近的国会大厦相匹配的建筑物。事实上，这一目的达到了。我曾先后两次访问

过美国联邦最高法院，那希腊神庙式的建筑高大庄严，从长长的台阶拾级而上，让人产生一种对正义的向往和对法律的敬仰。除了外表的庄严素雅，其内部也是功能区分明确、法律文化浓厚，印象最深者莫过于其大审判庭，在它的四周墙壁直至房顶，白色的大理石浮雕刻画着来自世界各地著名的古代思想家、法学家，其中也包括中国的孔子。

把法院的外表设计成神庙式，是有一定历史根据的。在古代神权统治的国家，神庙就是法院。不过应当看到，现代法院的建筑正在走向多元化，据李贤华先生的研究，进入 21 世纪之后，法院建筑已很难找到“神庙”模式的踪影，取而代之的是“水晶宫”模式理念以及加入了“司法为民”元素的多元化设计方案。我不知李先生这里所说的“水晶宫”模式理念是否是指一种“民主和透明的价值”，不过这倒是让我想起自己在海牙国际刑事法院工作时的办公室，面向走道的墙壁确实是一种低能见性的玻璃墙。

在海牙，我还去和平宫拜访过时任国际法院院长的中国籍法官史久镛先生。和平宫之美，大概从门口那众多的来自世界各地的游客争相拍照留念可以得到佐证。记得与史法官道别后，他的助理陪我在和平宫的草地和湖边漫步，我们谈及那怡人的景致，一致认为这种环境有利于法官冷静而理性地思考问题。

可以说，司法建筑的外形与内部布局在某种意义上能够折射出一个国家法治和法律文化的发达程度。犹记得 20 世纪 90 年代初，我与中国社会科学院的一批青年学者到某县去挂职锻炼，我所在的法院不仅地理位置偏僻，而且建筑破败，与那些到党政部门挂职的人相比，让我这个法律学者产生了一种失落感。好在过几年再回去看时，新的法院办公大楼已在县城的显眼位置

拔地而起，其内部大小审判庭的设置也井然有序，走廊两旁的墙上还装饰着恰到好处的中外法律格言。

应当看到，我们这些年的司法建筑在硬件上确实有很大程度的改善，但内部设计却不无改进的空间。例如，我们的审判庭在法官入场和退席时，都得从审判席下来走旁边的侧门，而不像许多国家和地区那样，直接在审判台的后面开设通道，以便迎面而出和背面而退。相比而言，我们审判庭的设计其感官效果就要偏弱些，不利于树立法官威严、坦荡的形象。再如，我们的法庭在被告席的设置上也与国际通行做法不符，国际通行做法是被告人与自己的律师坐在一起，直接与公诉人平等相对，但我们却把律师与聘请他们的被告人分开，只有律师才能与公诉人相对而坐，而被告人却要坐在公诉人和律师之下的特别受审席。

谈到建筑与法治这个话题，我不由得想起边沁设计的“圆形监狱”。按照边沁的设想，圆形监狱由一个中央塔楼和四周环形的囚室组成，每一个囚室有一前一后两扇窗户，一扇朝着中央塔楼，一扇背对着中央塔楼，作为通光之用。这样的设计使得处在中央塔楼的监视者可以便利地观察到囚室里囚犯的一举一动；同时，因为囚犯看不到塔楼的情况，从心理上感觉到自己始终处在被监视的状态，时刻迫使自己循规蹈矩。福柯评论说，这是一种“权力技术”。边沁还认为，监狱应该建在大城市附近，以便成为一个活生生的提醒物，“这种监狱建筑的出现，它的独特形状，周围的大墙和壕沟，门口的警卫，都会唤起人们有关监禁和刑罚的观念”。

边沁关于中央塔楼的监视的思想现在不仅被运用到我国的监狱，还被运用到看守所。不过他关于监狱应建在大城市附近的建议在过去一个相当长的时期里被我们所忽视。新中国成立之初，

为防止监狱关押的犯人破坏新生政权，我们把绝大多数监狱都建在远离大中城市和交通沿线的偏远地区和山区，但近年来我们也开始对监狱布局作出调整，把它们从偏僻的地区搬到城区来。这样做的理由主要还不是前面边沁所说的，而是考虑到便于服刑人员的亲人探望和社会组织进行帮教活动，以及可以方便管教干部的家人就业和子女上学，使之能安心工作等因素。

至于在这一监狱布局的大调整中，大量的建设工程项目如何防止腐败现象的产生，同样与本文的主题有关。由此扩而广之，在时下中国这个大建设、大发展的年代，要想在楼盖起来的同时，官员不致因腐败而倒下去，还真得采取有效措施，做好“建筑与法治”这篇大文章。

（原载《检察日报》副刊“每月名家”，2010年10月22日。）

法学与数学

在讨论一个内幕交易罪的案件时，对于当事人获利数额的计算方法难住了几位与会者。此时，中国政法大学的曲新久教授半开玩笑半认真地说：“我们这些人的数学都不行！”

我不知道有多少法律人的数学不行，至少这戳到了我的痛处，我本人的数学就不好。最近阅读江平先生的《沉浮与枯荣：八十自述》，他也在书中披露自己的数学“很不行”。

数学再不行，毕竟学过，恐怕更突出的问题在于，我们忽略了数学对法学的重要性。如果说在过去我们法治建设的初期，法学对数学的需求还不是那么迫切，那么现在随着我国的法治建设向纵深发展，数学在法学领域的运用不但要提上日程，而且可以肯定地说，它有着广阔的空间。在这方面，我觉得马克思的一句话还是相当有道理的，他说：“一种科学只有在成功地运用数学时，才算达到了真正完善的地步。”

法学应当是一门精确的科学，因为它事关国家权力和公民权利的边界，只有精确的法学理论才能产生精确的法律规范，只有精确的法律规范才能为社会及其成员规定精确的自由程度。我国刑法学者王世洲在翻译了罗克辛的《德国刑法学》之后，曾感叹道：罗克辛的刑法学理论，就像一把精确的尺子，可以用来厘定国家和社会在使用刑法来打击犯罪和保障人权方面的要求和需要。

反观我国刑法理论和刑法规范，这种精确性还多有欠缺，一个“交通肇事罪”和一个“以其他危险方法危害公共安全罪”，前者最高刑罚是7年有期徒刑，后者最高刑罚却是死刑，怎么在实践中有时会出现二者的界限不清呢？

还有，我国刑法的量刑幅度很大，如许多条款都只是笼统地规定“判处有期徒刑或者没收财产”，但罚金总得有个上限；没收财产在刑法总则中是指“没收犯罪分子个人所有财产的一部或者全部”，但仍然很笼统，“一部”是指二分之一还是三分之一？

所以，我们现在要搞量刑规范化指南，要重视量刑阶段在法院庭审中的独立性。我曾经指出：刑事法治从粗糙向精细发展的一个标志就是过去我们只重视定罪，而不重视量刑；现在我们既要重视定罪，也要重视量刑。对一个被告人是判3年还是5年，为什么要判3年或者5年，这对于他来说是很重要的。当然，我们的立法在这方面同样是粗糙的，你看国外或境外的刑法典关于量刑情节的规定是多么的详细，而我们的规定又是多么的简单。

强调数学对法学的重要，不能机械地把它理解为“数字化立法”或者“数字化司法”。事实上，现代数学在传统的精确数学及随机数学的基础上，又发展出模糊数学，后者恰恰是人文社会科学领域运用最广的一门数学分支，它为我们处理不肯定性和不精确性的问题提供了一种新方法。

不幸的是，我们现在的立法和司法没有运用模糊数学的原理和思维去解决复杂的社会现象，而是把数学在法学中的运用推向了庸俗化。一个偷税罪的条文设计，这个比例，那个比例，冗长而费解，到头来反而出现漏洞；贪污罪、受贿罪，立法规定数额在10万元以上的就可以判死刑，结果现在数额在上百万元甚至上千万元的情况都不判死刑，使得法律的这种机械规定无法适应