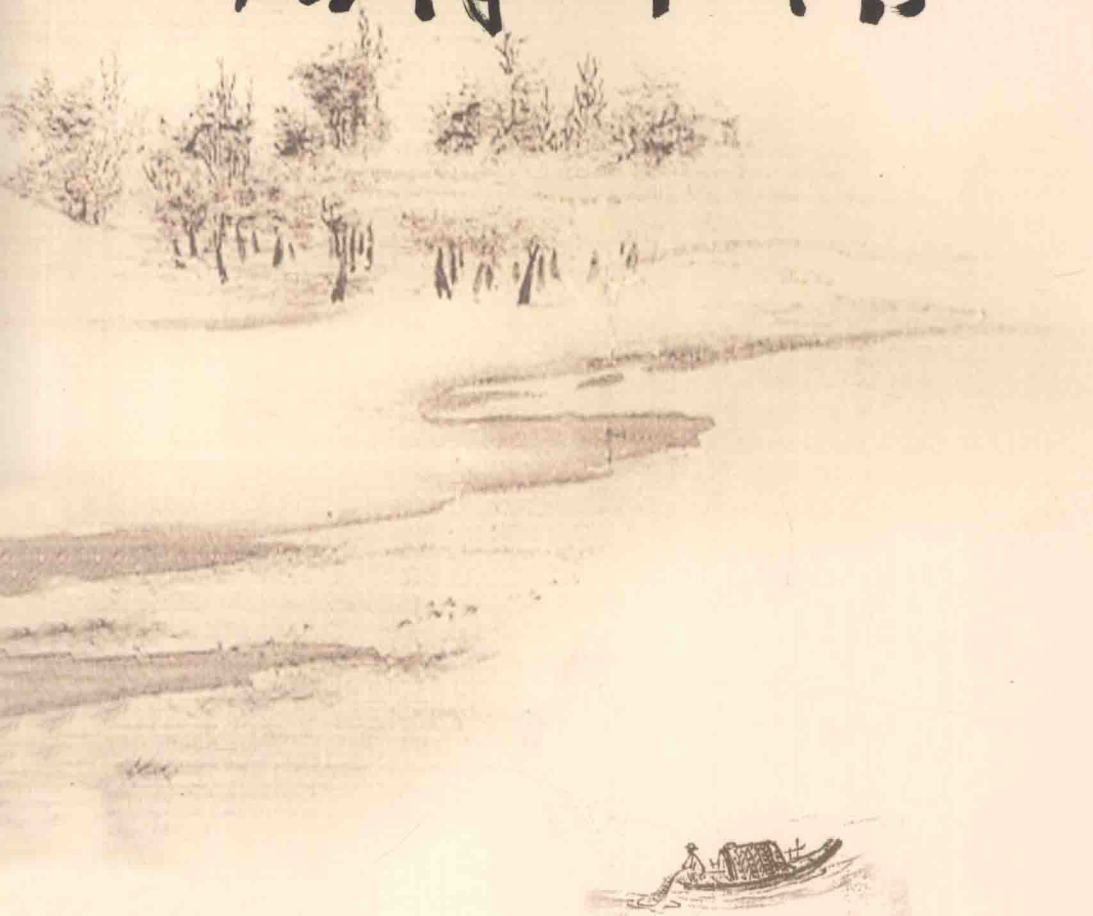


江湖的律法

张鸿巍 著



上海三联书店

法律的江湖

张鸿巍 著



 上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

法律的江湖/张鸿巍著. —上海:上海三联书店, 2015. 3

ISBN 978-7-5426-4989-8

I. ①法… II. ①张… III. ①社会主义法制—中国—文集
IV. ①D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 264449 号

法律的江湖

著 者 / 张鸿巍

责任编辑 / 殷亚平

装帧设计 / 方 舟

监 制 / 李 敏

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

网 址 / www.sjpc1932.com

邮购电话 / 021-24175971

印 刷 / 上海叶大印务发展有限公司

版 次 / 2015 年 3 月第 1 版

印 次 / 2015 年 3 月第 1 次印刷

开 本 / 640×960 1/16

字 数 / 150 千字

印 张 / 14.5

书 号 / ISBN 978-7-5426-4989-8/D·269

定 价 / 38.00 元

敬启读者,如发现本书有印装质量问题,请与印刷厂联系 021-66019858



法律岂容江湖？

谢鹏程

我认识鸿巍教授多年了。近日，他电话邀请我为其文集作序，我自知资历和学识不足以为他人著作作序，当然不会欣然接受。他却说，您先看看书稿，有话要说就随便写点，没话可说就不写。这条件不高，我就应承下来了。打开书稿的电子版，映入眼帘的书名《法律的江湖》让我惊异、疑惑、不平……，不鸣难已！

在我的词典里，江湖就是非主流的社会、非正规的规则、非国家权力的强制、非官方的文化、地下帮会组织乃至黑社会等，而法律是国家制定或者认可的、以国家强制保证实施的行为规范，是典型的正规规则、主流社会价值观的反映、统治阶级意志的体现。法律与江湖恰恰是对立的两极，是矛盾的两个方面，如何能够组合起来称为“法律的江湖”？这是一种什么江湖？或者说，那又是一种什么法律？但愿我们读一读鸿巍教授的这本书就可以解开这些疑问。

也许我们正处在查尔斯·狄更斯在其《双城记》中所说的那样的时代：“既是最美好的时代，也是最糟糕的时代；既是智慧的年代，也是愚昧的时代；既是信仰的纪元，又是怀疑的纪元；既是生机勃勃的季节，也是死气沉沉的季节；既是充满希望的春天，也是令人绝望的冬天；我们拥有一切，也一无所有；我们都奔向天堂，又都跌入地狱。”在当代中国，社会中所有矛盾着的双方都得到了一定的发展甚至“野蛮生长”，哪一方面成为矛盾的主要方面要么难以确定，要么经常发生变化：政治中的民主与专制，法治与人治、文明与野蛮，经济中的公有与私有、自由与垄断、富裕与贫穷，文化中的传统与现代、主流与支流、正义与邪恶，社会

中的高贵与卑劣、敬仰与鄙视、向往与唾弃……都在变化、转化、整合和不确定之中。正义激不起人们的热情，邪恶也引不起人们的愤慨。这是一个让是非分明的人十分痛苦的迷茫时代，也是一个让墨守成规的人找不着北的混沌社会。在这样的历史条件下，法律与江湖也可能在某些时间、某些地方、某些具体情形中模糊了各自的界线，不分彼此。

读了文集中的几篇文章之后，我慢慢猜出了鸿巍教授心目中的江湖：最低限度的道义和规矩。他想说的大概是，江湖上尚且要讲些道义和规矩，而我们的立法、执法、司法有时连江湖都不如，道义和规矩全无，底线都守不住。他想做的大概是，替当代中国的法律界找回规矩，恢复道义，哪怕是最低限度的，让法律的底线清晰起来，并得到遵守。有良心的当代中国法学家大概都有此念此行，让我好奇的只是他心目中的最低限度的道义和规矩是什么，他给法律界划出了什么样的底线，他如何破解这“有法不依、执法不严、司法不公”的难题。

鸿巍教授没有从底线说起，而是从顶层揭开了盖子。在《善良的心，是最好的法律》篇中，他说：“善良的心，可以冲刷灰暗、空虚与冷漠，平缓温厚的不可方物。在法治的世界里，人心是杆秤，法律是准绳，两者都不是冷冰冰的。”将法律问题诉诸良心等，显然不是马克思主义的观点，但也不是反马克思主义的观点。良心是每个人心目中的规则，道德是社会公认的规则，法律则是国家制订或者认可的规则。既然它们都是规则，为什么要将一种规则的正当性诉诸另一种规则呢？大概是因为良心就是底线，而且是每个人都可以感知的底线，而真正决定这些“规则”的“物质生活条件”和经济基础是需要经过很多环节的转换和过渡才能认知和证明的。诉诸良心是一种简便的论证方法。孔子说，礼失求诸野。这个“野”不仅是老百姓或者乡村民间，或许还包括没有污染的人性、朴素的良心。法律的形式是复杂而精致的，但是它的内容是简单而朴素的。当人们迷失于法律的丛林之中时，找到方向的最好办法就是接受良心的指引。针对一些执法司法中的野蛮行为，他极力提倡人性执法，“人性执法，不单单是为了怜悯嫌疑人，还有怜悯自己；不单单是为了救赎不法，还有救赎人性善的一面。”

无政府的地方，才有江湖。江湖的义薄云天或者快意恩仇往往是违法甚至是犯罪。它之所以为人们所向往，是因为它是人们对官方丧

失了信心之后于万般无奈中仅有的一点梦想和寄托。社会学告诉我们，江湖存在的基础是政府的替代和政府职能的补充，前提是政府的失职渎职和政府职能的无效。在天下一统、政治昌明之时，江湖必然隐遁，正如阶级矛盾缓和之时民族矛盾往往消弥于无形。声势浩大的“打黑除恶”固然重要和必要，但都是治标；收拾吏治，着力建设民主法治才是治本。

沉滓和邪恶是怎么泛起的？法律为什么得不到严格执行？鸿巍教授写的《古各斯的戒指》给我们一个很好的解释：一旦有不被他人察觉的机会，老实本分的牧羊人也会铤而走险，甚至篡夺皇位。这让人想起最近几年兴起的网络反腐和网络舆论，刚刚发挥了一点作用，马上就触犯或者惊动了当权者及其代言人，什么隐私权、国家秘密、政府形象、网络暴力等都成了压制网络舆论和言论自由的借口。邪恶来自阴暗，专制源于钳口。文明进步的总开关不是领袖的英明而是言论的自由。让人民自由地发表意见，揭发和鞭挞丑恶的言行，才能风清气正，才有朗朗乾坤。中国传统政治的症结在于信官不信民。实际上，人民是永远不会腐败的，但是法律给人民的自由却很少；官员是容易腐败的，但法律给他们的自由却很多。一切让公职人员隐身遁形的制度和主张无异于为虎作伥！

鸿巍教授的这部文集汇编了他近几年观察中国法治现象时的所思所虑，意气风发，纵横古今，妙语连珠，见微知著，值得把玩。不过，对于任何作品，不管是谁写的，包括鸿巍教授写的，读者也要保持批判精神，小心像我中了他的计。

（谢鹏程先生系最高人民检察院检察理论研究所副所长、研究员）

人生的絮语 法治的呼唤

覃匡龙

初识鸿巍，缘于十年前。此后，鸿巍文章常见诸报端，既有长篇巨制，亦有心灵随笔，读后总有不小收获。本次结集的《法律的江湖》，正是他多年人生感悟的集纳，粗览全书，洋洋洒洒，博古通今，纵横捭阖，在优美的文笔下，充满悲天悯人的情怀，饱含法学思想和法治真谛。

于历史中寻找法的要义

法律源于历史。

历史的往昔，无论中西，在鸿巍笔下，即是一个个随手拈来的素材，成为其构筑法律思想和人文精神的基石。又像一颗颗珍珠，被拾掇成串，贯穿其中的，正是法律的红线。

古各斯原是一个老实本分的牧羊人，某日发现了那枚奇异的魔戒，勾起他内心的欲望，以致潜入王宫，引诱王后，杀害国王，篡夺了王位。古今多少事，回望竟相识。《古各斯的戒指》，从魔戒说到人性的善恶，说到对权力的敬畏。

阿育王是印度历史上最伟大的国王，某日阿育王提出一个极具哲理的问题，“我的头颅和小沙弥的头颅谁更尊贵？”答案似乎不言自明，实验结果却叫人大跌眼镜，在民众眼里，阿育王竟不如肥硕的猪头。阿育王头颅的尊贵，折射的是官本位的思维，一旦没有权势作为注脚，也是一文不值。阿育王卖头颅的故事不过是个插曲，在崇尚契约自由的法治社会，恰如罗大佑的歌中所唱“野百合也有春天”。千年的宿命，在21世纪的今天，人们会发现有了全新的解释。

春秋时期勇士要离，为了却君王之愿，走上以死妻杀儿断臂的不归路，最后时刻，方才感悟“舍弃妻儿，断失右臂，以求勇士之名，还有何颜面苟活于世？”遂自刎而亡。从《要离之死》，我们看到的是有尊严的活着，比什么虚名都重要。

品味历史，让我们读懂法的精神。一如从宋太祖赵匡胤的“杯酒释兵权”，与罗马帝国皇帝两相对比，让我们体味到“无分权，无法治”的思想。《公仆异说》剖析中国官场传统文化，看一看“法律就是国王”还是“国王就是法律”，以此唤醒国人沉睡的民主意识。

在现实中呼唤法的光辉

法律不是遁入历史，法律需要解构现实。

当下中国，信访可谓一大怪相，信访之路，有时不亚于“蜀道难难于上青天”，以致催生一批信访专业户、钉子户，其间伴随着利益冲突、对立与博弈。作者敏锐地看到，“某些地方息事宁人的一事一议看似公允，却不时游离于法治之外。一旦答应某甲的条件无法全部或大部分在某乙身上兑现，公权力的诚信无形中就大打折扣”。因此，信访，更要信法。这既是对执政者的期许，也是对访民的要求，而这一切的实现，需要法律面前人人平等的法治原则。

官民对立为哪般？作者把目光对准《官民对立的另一面》，直言这是“法治的尴尬”。“政化明而万姓宁”。人性执法，不单单是为了怜悯嫌疑人，还有怜悯自己；不单单是为了救赎不法，还有救赎人性善的一面。在法治的世界里，人心是杆秤，法律是准绳，一如约翰·麦克莱所言，“善良的心，是最好的法律”。

曾为检察官的鸿巍，对公检法的认识，较一般学者有更多的体会。客观公正，是司法追求的永恒目标，而现实中，对许多被害人而言，看似触手可及的司法与正义，有时却咫尺天涯。正义从来不会缺席，但司法有时却可能迟到。《丈量司法与正义》不无忧虑地呼吁，被害人保护的检察介入，也许比想象的要急迫得多。

“公正，前方 500 米”，这块立于高速路上指示广西上思公正乡的路牌，意外地刺激着法律人的神经。我们距离公正有多远？公正能否被准确丈量？我们期待，“当公正唾手可得时，当对公正实现习以为常时，

再度瞅见‘公正’二字不会再生惊艳之感。”

当下社会,比任何时代都复杂,却也为作者提供了充足的研究样本,于是看到,作者细致入微地为我们解析,公德与私德,傲慢与偏见,奴性与人性,官场与排场,背景与背影……

向未成年人传递法的温暖

研究未成年人保护是鸿巍的一项重要工作。

2012年教育部的数字,仅义务教育阶段留守儿童便多达2200万之巨。当失依、留守、照管不良……这一个个触目惊心的词语与个案充斥耳际,不断拷问已然成年的我们时,我们该有何作为呢?

泰戈尔说,“青春是没有经验和任性的。”成长的烦恼,烦恼的成长,伴随每一个人的青春时代。孩子是父母的责任。作者严肃指出,父母生养之责永远是维系孩子远离歧途的核心力量,离开父母的监护与教养,再好的法律也仅仅是看上去很美。

现实也面临无奈与尴尬,比如《未成年人保护法》,常常就是“说起来重要,做起来次要,忙起来不要”。典型案例如李某某强奸案,其放荡不羁的往事,在全民搜索中,被毫无遮掩地呈现于世人面前。“有法不行,与无法同”。这无疑是法治的悲哀。

对未成年人犯罪,也许拉一把就是大学生,推一把就是少年犯。我们不需要“熟悉的陌生人”。对预防未成年人犯罪,作者倾注了一腔热血,结合中外司法实践,对预防未成年人犯罪法的修订,从顶层设计上给予几多建议,对修改后刑法中的未成年人刑事政策,给予积极建言……

“教育、感化、挽救”,定格了应对未成年人犯罪的主题词。宽严相济之下,体现的是未成年人刑事司法的正义,传递的是法律的脉脉温情。

美国联邦最高法院奥利佛·W.霍姆斯大法官曾经一声叹息:“这个世界不是我们想将孩子带来的那个世界。”

我们的世界,不该让霍姆斯的叹息成为现实。

那么,我们何不让现实如童年憧憬的那般:幸福、真实、自然,充满阳光和爱?

法律的江湖，法治的呼唤。

法是什么？

法是心中的敬畏，

法是制衡戾气与贪念的砝码，

法是让权力正确运行的轨道，

法是开启智慧之门和慈悲情怀的钥匙……

尚法执法守法之路不易，

且行且珍惜。

（覃匡龙先生系正义网执行总裁、检察日报社编委）

目 录

序一 法律岂容江湖? / 谢鹏程.....1

序二 人生的絮语 法治的呼唤/ 章匡龙.....1

法律的江湖.....1

善良的心,是最好的法律.....4

政化明而万姓宁.....8

要离之死.....12

信访更信法.....16

江湖无路,洪流不息.....20

古各斯的戒指.....26

公德与私德.....31

阿育王的头颅.....35

公仆异说.....39

一个人的出家.....43

丈量司法与正义.....47

模糊处,亦是真切处.....51

背景与背影.....55

分权不为苟冒.....59

新傲慢与偏见.....66

奴性与人性.....70

肉食者的传说.....74

我们距公正有多远?.....78

官场与排场.....81

开会的学问	85
猪的理想	88
岁月是把杀猪刀	92
霍姆斯的叹息	96
熟悉的陌生人	100
我与宋朝有个约	104
架构福利:给儿童一个更美好的未来	108
年少都来有几	116
未成年人刑事检察的价值取向	120
未成年人刑事司法中的正义	124
孩子是父母的责任	128
法立于上则俗成于下	132
《预防未成年人犯罪法》修订中应注意 的几个问题	138
酒香搅乱少年心——低龄饮酒之禁	145
受伤的花蕾,谁为哭泣?	150
天堂的温度	154
花殇·诉痛	157
“娱乐至死”与“娱乐致死”	161
宵禁:未成年人夜出的罪与罚	166
后刑事诉讼法修订的未成年 人刑事政策浅谈	170
《未成年人保护法》是部什么样的法	176
悟空的口敞	181
当杜鹃声似哭时	186
公众之敌,抑或儿童之光	190
未成年人刑事案件社会调查的 “过”与“不及”	194

解读四护:沉睡的责任与责任的苏醒-----	198
感念珞珈-----	201
美国枪支管制的那些事-----	204
铁面的背后-----	208
检察官的底线操守-----	211
江湖何处(代后记)-----	215

法律的江湖

法律中不允许过度矫情和做作的表述，因为这种伪装的确定性会干扰真正的法律确定性。

——西 谚

有人，便有江湖。

如今海内升平，中文与各式洋文相互交流起来虽是小摩擦不断，总的来说也还算顺利。不过，倒是这“江湖”二字却难得在英文中一现。倘是直译，把“江湖”译为“river and lake”似乎也没有太大问题。清代叶燮在《原诗·外篇上》中亦说“大之则江湖，小之则池沼，微风鼓动而为波为澜，此天地间自然之文也。”由是观之，中西方文化的对立与冲突好像并没有乍听起来那样鸿沟不断。

语义看似不错，不过倒也是差得十万八千里。“江湖”实出于《庄子·大宗师》，“泉涸，鱼相与处于陆，相响以湿，相濡以沫，不如相忘于江湖。”场景之下，泉水干涸，两鱼困于陆洼，相互以口沫滋润，不由缅想昔日畅游江河湖海间的快意。词义衍变过程中，一如“两广”指广东、广西及“云贵”代云南、贵州，“江湖”古时亦曾指江西、湖南。如今“江湖”二字却被滥用得一塌糊涂，多被用来形容“三停刀上血光飞”的性命相搏及恩仇与共。

江湖风云际会，“一波未平，一波已作”。近北有天山论剑闹剧，南有上海法官集体嫖宿，一南一北，一时间让人眼花缭乱，顷刻间毁了三观。在扯虎皮做大旗屡见不鲜的今天，既然有人爱坐轿，便有人投其所好，在旁伺候和吆喝着。一唱一和之间，道义的底线不断下探，贻害甚

多,小到弄虚作假,大到不惜罔顾他人身家性命。

有江湖的地方,便有恩怨情仇。

好在是非在于公道人心。

仗剑天涯,道义关乎底线公义。“道义”者,道德义理。无论是庙堂之上,还是窝棚之下,如何了断却都要奉行故事。这江湖道义,理极精微,既有言之凿凿的明规矩,亦不乏“名无固宜,约之以命”的潜规则。若是懂道上的规矩,不知如何以对,饶是挠破了脑袋,亦是无可奈何。

杯光壶影间,江湖故事多。近期一则新闻令人大跌眼镜,说的是某人因东窗事发潜逃多年,终抵不过对久病父母的牵肠挂肚,遂呼应当地警方号召,拟回乡自首。若是只停留于此,这则新闻自然毫无“新”闻可言。之所以能够如平静湖面不期砸下鹅卵石,实在是自首人的惊人之举。他不但煞有其事地在网上晒出此事的来龙去脉,还语带双关地表明其目前“身体健康”。显然,“身体健康”四个字不足以说明其爆料的决心,更隐约可见其对自首身后事的担忧。

这一新闻的真实性已无从考究。倘若确凿无疑,却也是黑色幽默中的奇葩了。回想一段时间以来看守所出现的若干匪夷所思的在押人员莫名死亡或重伤案件,某人网上发帖的惊人之举便看似水到渠成,其实却再自然不过了。

只是这样的自然之举,无论如何都让人觉得极其不自然。

人本主义哲学家埃里希·弗罗姆(Erich Fromm)悲叹,“一个人所处的荒谬的也是悲剧性的处境就是:当他最需要良知时,良知却最软弱。”看守所之所以屡被爆料,实出于对其“一看二守三送走”职责之外潜规则的惊惧、质疑及愤懑。江湖道义的底线公正一步步下探,在押人员喝水死、睡觉死、躲猫猫死等见所未见,一次次冲击世人对看守所监管的正常理解。

江湖告急!

真实的谎言无处不在,躲让不及。笃近举远,谣言、辟谣、质疑、再辟谣、再质疑……如此循环往复,不但真相愈渐模糊,更直引得公正愈行愈远。

这种拉锯战看似遥遥无期,实则“棋枰胜负,翻覆如斯”。

江湖之远,千山万水;江湖之近,耳鬓厮磨。

尽管上海法官集体嫖娼丑闻穷形尽相,羁绊公正的顽石却并不以贪吏为限。在绩效考评一统江湖的现实面前,任何震耳欲聋的口号立马归于寂静。公正的实现更有赖于一系列内在和外化的价值标准,而这些标准又不可避免地受制于社会条件特别是法的普遍适用与遵从。

即便如此,盗亦有道,更何况是在盘桓于法律间的江湖。江湖坦荡,道义莫过于公道、扶弱、抗暴。平地起风浪,在司法与良知面前,看似垂手可得的公正有时却隔山隔水。现实逼迫我们一次次回复到现实中来。亚里士多德(Aristotle)告诫,“公正不是德性的一个部分,而是整个德性;相反,不公正也不是邪恶的一个部分,而是整个邪恶。”由臣民到公民,每个人都是江湖一分子。不公正的骤然而至,无论是人微言轻的小人物还是嵩生岳降的大人物,一如被大浪拍至岸边的小鱼小虾,顷刻间浑身动弹不得,茫然无措。

歪江湖,正道理。

行走于江湖,不免要按江湖道义办事。即便这些道义有时会被破坏,它仍有其底线。《韩诗外传》有云,“耳不闻学,行无正义。”当榫木法槌沉闷地敲下时,神判终于一发不可收拾地被扫入了历史的故纸堆里。法律的世俗化如泄闸洪水,一泻千里。然而,法律的世俗化并不等于法律的庸俗化。江湖中对正义、对公义、对公正的追求与恪守,乃是行走江湖的道义所在。法治的实现,仍须仰仗于对道义的守文持正以及对违反道义时的暴风骤雨。

宁可无武,不可无侠。江湖的道义,看似随性而发,实则有其亘古不变的内核。“智者不惑,仁者不忧,勇者不惧”,道义朴素易识,既温和,又有力。法律的江湖,不啻于新自然法学派代表人罗纳德·德沃金(Ronald Dworkin)所言之“法律帝国”。于其之中,三教九流,既有被顶礼膜拜的菩萨神仙,亦有威严正坐的主持方丈及提灯秉烛的和尚喇嘛,还有朝参暮礼的芸芸众生。身份有异,但基本的江湖道义仍还是要把素持斋的。否则有江湖无道义,抑或真江湖假道义,各出各牌,遵道秉义便无从谈起。

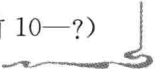
在法律的江湖,正邪殊途,铁肩担道义。一旦逾越了道义的红线,江湖的规矩可就不一定那么彬彬有礼了。

善良的心,是最好的法律



法乃善良公正之术。

——(古罗马)奥卢斯·塞尔苏斯
(Aulus s Celsus, 约公元前 10—?)



试问岭南应不好? 却道,此心安处是吾乡。

中国实在是个很奇特的国家,即便生于斯,长于斯,奋斗于斯,充盈于斯,有些东西却好像隔着层薄纱,隐隐约约总是看不清,既熟悉而又陌生。熟悉的是周遭的一切仿佛量身打造,本土元素一应俱全;而陌生的是久居却常如过客,生疏得一塌糊涂。

近日,一中年男子赤裸上身被铐在某市交警大队门口,引来众人围观。有好事者将被铐男子痛苦状的照片上传至网络,一时间网民口诛笔伐不绝于耳。事情起因着实简单,据称涉案人驾驶无牌摩托车时被抓,因驾驶证与驾驶车型不符,当班警员对其作出罚款一千元、行政拘留 3 天及扣 12 分的决定。

在这场官方澄清与网民质疑的拉锯战中,官民对立特别是警民冲突成为吸引网民眼球的不二法宝,虽然有时吸引眼球的未必一定是真相。

舆论与法律的矛盾在全民媒体时代交缠得更为纠结,一如美国废奴运动领袖温德尔·菲利普斯(Wendell Phillips)所言,“若是没有公众舆论的支持,法律是丝毫没有力量的”。作为舆论漩涡的核心,交警振振有词,亦很委屈。以法律的名义,警方先依《道路交通安全法》做出处罚决定,后据《人民警察使用警械和武器条例》对其使用手铐。于是乎,