



李奋飞

著

有一种力量

转型社会的法治细节

图书在版编目(CIP)数据

有一种力量:转型社会的法治细节/李奋飞著. —上海:上海三联书店,2011.5

ISBN 978-7-5426-3550-1

I. ①有… II. ①李… III. ①法律—随笔—中国—文集
IV. ①D92-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 059160 号

有一种力量——转型社会的法治细节

著 者 / 李奋飞

责任编辑 / 王笑红

特约编辑 / 张向玲

装帧设计 / 鲁继德

监 制 / 任中伟

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.sanlianc.com>

E-mail: shsanlian@yahoo.com.cn

印 刷 / 上海惠顿实业公司印刷部

版 次 / 2011 年 5 月第 1 版

印 次 / 2011 年 5 月第 1 次印刷

开 本 / 640×960 1/16

字 数 / 350 千字

印 张 / 21.75

书 号 / ISBN 978-7-5426-3550-1/D·180

定 价 / 48.00 元

人只不过是一根苇草，是自然界最脆弱的东西。但他是一根能思想的苇草。……我们的全部尊严就在于思想。

——[法] 布莱士·帕斯卡

序

在我看来，社会转型下的中国司法明显地存在着两种断裂。

第一种断裂，是法律规则和法律实践之间的断裂，这种断裂已经为人所共知。以现行的《刑事诉讼法》为例。在刑事司法实践中，相当一部分规定被搁置、被架空，从而成了“具文”。对于这一点，李奋飞博士已在其《失灵——中国刑事程序的当代命运》一书中给予了充分的展示。

第二种断裂，是法律人自身的断裂，即知行不一。按理说，法律人深谙法治，行事应该谨遵法律规定。但是，我们很遗憾地看到，一旦自身牵涉到法律问题，法律人却又时常利用或求助于法律之外的力量。

在我的理解之中，奋飞博士的这本新著《有一种力量——转型社会的法治细节》正是沿着这两个断裂展开的。在深刻反思法治的同时，他也在认真反思法律人自身。而这两种断裂似乎都与本书的书名——“有一种力量”——紧密相关。正是某种或明或暗的力量，使得法律成为“具文”，使得法律人欲守法而不得。

它向我们展示了规则和实践如何断裂，为何众多“影响性案件”的处理会严重偏离法治的轨道。

应该说，这是本书的一个重点所在。读完此书，我们大体上可以

得出一个初步的结论——正如本书的书名“有一种力量”所展示的，正是缺乏有效制衡的“法外权力”粗暴地进入“司法场域”，才致使不少社会关注的案件按照“权力逻辑”而不是“法律逻辑”发展。比如，在上海工作的河南灵宝青年王帅因在网上“发帖”反映老家政府的违法征地问题，竟然遭遇到公安机关的“跨省追捕”；再如，2005年被媒体曝光的河北聂树斌案，众目睽睽之下至今竟然没有任何进展。

当然，“法外权力”不一定每次都会以看起来很“坏”的面目出现。有时，“法外权力”反而能给人留下温情脉脉的印象。比如，邓玉娇刺死官员案。在强大的政治干预下，邓玉娇被定罪免刑，顺应了所谓的“民意”。但是，不论“法外权力”以何种面目出现，究其实质，都是对法治精神的背离。别的不说，至少宪法规定的“法院依法独立行使职权”的原则被严重违反。

不过，“法外权力”对司法的干预，倒未必那么显而易见。它更有可能是隐形的、迂回的。它渗透在司法实践中的每一个细节里，甚至成为“土政策”。在本书中，奋飞博士就以律师会见为例，揭示了很多地方看守所的“土政策”——有的地方要求律师会见必须二人以上共同进行；有的地方限制律师会见的时间、次数；有的地方竟然要求律师会见时给自己的当事人带上手铐。这种依赖权力，肆意对法律进行“解释”的行为，实际上从根本上架空了法律。

在意识到这种规则和实践的断裂之后，奋飞博士没有选择“制度完善”、“立法建议”之类的思考模式。近年来，据我对他的了解，对此种研究模式，他越来越持怀疑的态度。也因此，他才采取了乍看起来有些“中庸”的进路。比如，他建议，执法者应该通过打造“影响性案件”，使其成为重建中国司法信任的窗口。他甚至坚信，每一个影响性案件，都可以演绎出当代的“徙木立信”！

但是，如果有人严格地按照“法条主义”，必然要去追问，凭什么

“影响性案件”就能够得到公正的审判，而那些普通的不被人关注的案件却不能？因此，从这个意义上来说，奋飞博士的有些建议带有某种“妥协”的意味，似乎是想对人治与法治两种路径进行“折衷”。甚至，他所推崇的那种独特的“徙木立信”，本身就带有浓厚的人治色彩。

不过，我们现在更关心的问题或许是——不妥协，我们又还能做什么？

完美主义式的法律移植，已经在中国法律实践中失败。假如打造“影响性案件”，真的如奋飞所说的是“惠而不费”，那么，我们何不尝试一下这种“妥协”？

至少，在我看来，这种做法是有益无害的。当然，如果我们愿意使用更为“高尚”的词语来表达，“妥协”其实是寻求中国法治的“本土经验”，寻找“中国模式”。如果我们愿意使用“官方”的词语来表达，“妥协”其实就是尊重中国国情，就是建设有中国特色的社会主义法治。

与第一种断裂相比，我更看重本书中对于第二种断裂的讨论。规则和实践的断裂已经为人所周知，反思此种断裂已经成为法学界越来越重要的共识。但是，反思法律人自身的断裂，尤其是反思法律研究者自身的知行不一，远远没有成为焦点议题。而反思自己的难度，又远远地超过反思他人。“一日三省”，永远都是一种稀缺的品质。

这里，我分享奋飞博士之前的一个论断——关注法律安全，还是关注社会安全，乃是法律职业人士与普通社会公众在思维方式上的主要不同所在。比如，作为普通的社会公众，当然会对打黑拍手称快，甚至还会要求政府打黑要彻底；而作为法律职业人士，我们总是会更多地关注，打黑是否在法律的框架内来进行，被告人在宪法和法律上的权利有没有得到充分的保障。

但是，“知易行难”，尤其是当法律人自己介入到某个具体的法律纠纷中时，是否还能坚持自己的法律信仰？是仅仅使用自己所熟知的

有一种力量——转型社会的法治细节

法律知识？还是努力寻求那些明显不属于法律力量的“润滑剂”？

奋飞博士“勇敢”地写出了自己的困惑和纠结。比如，作为一个兼职律师，他在代理一起刑事案件时，也未能免俗。为了能够及时会见当事人，他不惜动用“关系”，去实现自己本来就应当享有的法定权利。本书开篇的《法律人的风度》，其实也是在讨论这个问题——法律人如何才能保证“知行合一”？

“法律必须被信仰，否则形同虚设”。哈罗德·伯尔曼的这句名言，我们法律人大都比较熟悉。实际上，它是某种警醒，也是某种讽刺。理性选择下，普通老百姓有时会“信访”而不“信法”；理性选择下，法律人选择找“关系”，托“熟人”，而不是“据法力争”。

“是坚持你的信仰，还是进行合理的选择？”这对于行动中的法律人而言，永远都是一个拷问。当然，这更是在拷问当下的中国社会——一个正在转型的社会，为何“依法办事”会这么难？哪里才是“打破僵局”的关键所在？何时“信仰法律”才能成为中国民众的最优选择？

也正是在这样的背景下，我才认为，德国19世纪著名的法学家鲁道夫·冯·耶林的提醒，对于国人尤其是对于我们法律人具有特别的意义——“为权利而斗争是对自己的义务，也是对社会的义务。”

当然，这只是我对本书的一点感受，在此愿与读者诸君共勉。

1999年，《南方周末》的新年献词叫“总有一种力量让我们泪流满面”，其中写道：“阳光打在你的脸上，温暖留在我们心里。有一种力量，正从你的指尖悄悄袭来，有一种关怀，正从你的眼中轻轻放出。在这个时刻，我们无言以对，惟有祝福：让无力者有力，让悲观者前行。”

请让我们相信，本书中的“有一种力量”！虽然邪恶强大，但终究会被驯服，关入法治的囚笼！

陈卫东 谨 识

致 谢

旧有的真理若要保有对人之心智的支配,就必须根据当下的语言和概念予以重述。

——[奥地利]弗里德里克·A.哈耶克

本书收集的主要是作者两年多来所写的随笔和评论。其中,有些是作者在基层调研过程中的所见所闻,有些是作者在日常生活中与人碰撞出的思想火花,而更多的则是作者对一些影响性案件的观察和思考。

一年前,我在上海三联书店出版了《失灵——中国刑事程序的当代命运》一书。该书出版后,有位我很敬重的师友曾善意地提醒我,以后要多写些正经文章,不要把聪明才智都浪费到——关注影响性案件——这些对你的未来发展可能意义不大的事情上面。从内心深处,我是非常感激这位师友的关爱的。我自己也曾多次暗下决心要“洗心革面”,并试图去做一些“高深”的学问。但是,每当某地发生了影响性案件,我还是禁不住手指发痒。

冥冥之中,似乎有一种力量在牵引着我、激励着我,促使我心甘情愿地放下手中的所谓“正事”,为那一起又一起影响性案件“劳神费

有一种力量——转型社会的法治细节

力”——从跌宕起伏的“聂树斌案”到沸沸扬扬的“邓玉娇案”，从跨省追捕的“王帅诽谤案”到自焚维权的“唐福珍事件”，从“习水嫖幼案”到“李庄伪证案”，从“贵州枪案”到“南平惨案”，等等。说实在话，当初在关注这些影响性案件的时候，我并没有细想，究竟是什么力量，会让自己对它们如此“走火入魔”？！

现在，当把这些文字集结成书的时候，我才猛然认识到，这是一种信仰的力量。这力量，既来源于我对法治中国之路的内在接受，也来源于我对法治中国之路的偏向。近年以来，我越来越深刻地体会到，法治不仅是法律（规则）之治，更是司法（实践）之治。因此，法治不应该仅仅是抽象的，而更应该是具体的，不应该仅仅是理论的，而更应该是行动的。也因此，一个有社会责任感的法律人，既要关注立法，更要关注司法。如果说，法治就是一个活的生命有机体的话，那么发生在中国大地上的每一个个案都是它的细胞。

每一个个案——尤其是影响性案件——的处理，无论其最终结果如何，都会悄悄地改变着人们的心理习惯、思维方式乃至行为方式，也都将轻轻地唤醒、发育、训练与养成公民的权利意识。这一切，无疑都是在培育法治的社会基础。而没有这样的社会基础，即使立法堆积如山，即使那些崇尚法治的人们把法治叫得“震天响”，法治也只能是一个虚幻的空中楼阁。甚至，我还可以断言说，法治的蓝图，并不是什么天才人物事先设计和建构出来的，而是人们——尤其是那些渴盼和平与秩序的人们——在社会生活中自觉实践和提炼出来的。

作为法律学人，我们与其关注大而空的“法治理论”，倒不如去关注那些“影响性案件”。每一个影响性案件，都蕴含了大量的法治细节。从这一起又一起影响性案件中，我们既可以看到一个正在进行社会和经济转型的中国具有什么样的法治面相，也可以清晰地发现那些推动（抑或阻碍）中国法治进步的力量。也正因为如此，我才选择了

《有一种力量——转型社会的法治细节》作为本书的书名。

虽然本书算不上什么高深的学术著作，而且不少文章都是即兴之作，有些观点思考得并不成熟，也没能做到旁征博引（这也是理工科出身的我心中永远的憾事）。

但是，我还是想说，本书的语言还是较为灵动的，有些结论大体上也是能够经得起推敲的。尤其值得一提的是，本书凝聚了很多热心人的经验、智慧和力量。值本书出版之际，谨向这些可亲可爱的人们，表达我心中最诚挚的谢意。

我要特别感谢我的两位恩师中国人民大学法学院的陈卫东教授和程荣斌教授，正是他们的悉心栽培，使我能够进入神圣的法律殿堂，并得以逐步成长。

我还要特别感谢那些长期关心、鼓励、支持我的老师们和朋友们。正是他们的关心、鼓励和支持，给了我勇往直前的勇气，也让我时时感受到生活的温暖。他们是中国人民大学法学院王利明副校长、韩大元院长、张志铭教授、戴玉忠教授、叶秋华教授、王轶教授、何家弘教授、汤维建教授、刘俊海教授、陈桂明教授、胡锦涛教授、江伟教授、姚辉教授、肖建国教授、邵明教授、刘计划副教授、魏晓娜副教授、刘刚副教授、程雷副教授、田宏杰教授、史延安副教授、冯玉军教授、姜栋副教授、杜唤芳副教授、侯东亮博士、简乐伟博士、高通博士、乔鹏博士，中国青年政治学院常务副院长王新清教授、林维教授，北京市人民检察院副检察长甄贞教授，北京大学法学院陈瑞华教授、汪建成教授、陈永生副教授、陈虎博士后，中国政法大学樊崇义教授、吴宏耀副教授、于志刚教授、许身健副教授，北京师范大学法学院宋英辉教授、杨正万教授、王超副教授、廖明副教授，中国社会科学院王敏远教授、熊秋红教授、冀祥德教授，中国人民公安大学樊学勇教授、李玉华教授，清华大学张卫平教授、张建伟教授、易延友教授，国家检察官学院副院长单民

教授、周洪波教授，《中国检察官》杂志社社长朱建华副院长、苗红环博士、岳向阳博士，国家法官学院副院长郝银钟教授、梁欣副教授，河南检察官学院副院长田凯博士，内蒙古大学法学院李卫东副教授，最高人民法院研究室副主任胡云腾教授，最高人民法院刑四庭罗智勇法官、民二庭李湘波法官，最高人民检察院研究室陈国庆主任、王守安副主任、石献智副处长，最高人民检察院侦查监督厅万春厅长，最高人民检察院大要案指挥中心副主任陈东博士，北京德恒律师事务所刑业务部主任王兆峰律师，《方圆律政》杂志社曾献文副主编，《广州日报》肖成记者，北京广银律师事务所主任翟雪梅博士，北京德恒律师事务所副主任李贵方教授，大成律师事务所高级合伙人钱列阳律师、尚权律师事务所张青松主任，北京 309 医院结核科王金河主任，中仪公司岳新江副总经理，中国青少年犯罪研究会副秘书长刘桂明教授，北京市委政法委黄春旺处长，北京市高级人民法院民一庭单国军庭长、张朝阳法官，河南省人民检察院办公室副主任刘怀印博士，郑州市金水区公安分局刑侦七中队张卫军队长，驻马店市人民检察院李庆照检察长、张桂平副检察长、马迅副检察长、田东松处长、刘冰主任、李清华处长、李年主任，驻马店市驿城区人民检察院王柏亭副检察长，上蔡县人民检察院郭东升检察长，汝南县人民检察院黎梅香检察长，驻马店市地方税务局周学宪局长，驻马店市公安局刘斌副局长，确山县公安局赵全中局长，西平县公安局张善华局长，日立电梯(中国)有限公司河南分公司孟来彬总经理。

本书的部分文章曾经在《法制日报》、《中国经济周刊》、《法学家茶座》、《检察日报》、《中国检察官》、《检察风云》等刊物上发表过。因此，我要感谢蒋安杰主任、杨眉主编、刘卉编辑、林燕编辑、李晶晶记者、孙薇薇编辑、黄学昌编辑对我的文章给予的厚爱。

感谢上海三联书店的优秀编辑王笑红博士。她的才情和敏锐令

致 谢

人敬佩,她为本书倾注的心血令人感动。

当然,这里,我也要感谢任教以来教过的每一位学生。正是他们的悉心聆听和热烈掌声,使我充分地意识到,如何才能做一名受学生喜爱的教师,也使我逐步体会到,究竟应该怎样对法律问题展开研究。

李奋飞

2010年5月26日夜于世纪城寓所

目 录

序(陈卫东)	1
致 谢	1

第一章 法律职业

1. 法律人的风度	3
2. 中国需要更多“非暴力沟通”	11
3. 裁判者靠什么认知事实	20
4. 应该怎样看待刑辩律师的作用	30
5. 有一种力量	37
6. 让中国律师走向自治	41
7. 法院体制如何走出“恶性循环”的怪圈?	46
8. 监督者咋成了被监督者的“马仔”?	53
9. 《准则》的生命在于厉行	56
10. 司法考试与法学教育如何实现良性互动	59
11. 一个与回避制度有关的真实故事	67
12. 司法工作的“和谐”之路	70
13. 派出所是如何“摆平”纠纷的	75

第二章 法律信任

- | | |
|----------------------------|-----|
| 14. 法律如何被信仰——一桩小案的启示 | 83 |
| 15. 法律兴亡,“我”的责任 | 91 |
| 16. 信访机制改革迫在眉睫 | 97 |
| 17. “潜规则”与“土政策” | 108 |
| 18. 守着公共权力的最后底线 | 112 |
| 19. 司法如何赢得公众信任 | 118 |
| 20. “千人下跪求见市长事件”三问 | 124 |
| 21. “上访”总比“绝望”好 | 131 |

第三章 法律评论

- | | |
|---------------------------|-----|
| 22. 影响性个案打造法治中国 | 141 |
| 23. 从邓玉娇案看正当防卫的司法证明 | 148 |
| 24. “流血拆迁”为哪般? | 152 |
| 25. 打造“铁案”不能回避程序裁判 | 158 |
| 26. “审”完不“判”,在等什么? | 163 |
| 27. 在哪儿审判“李庄案”更为合适? | 167 |
| 28. 刑讯逼供与破窗理论 | 171 |
| 29. 看守所内的暴力为什么久盛不衰? | 176 |
| 30. 让“合法伤害权”不再合法 | 184 |
| 31. 莫让“进一步调查”不了了之 | 192 |
| 32. 拿什么来终结“诽谤政府案” | 196 |
| 33. “彭宇案”:我们该反思什么? | 200 |
| 34. 从“贵州枪案”看“警民关系” | 209 |
| 35. “南平惨案”与“价值多元” | 217 |

36. 让禁止强迫自证其罪的观念深入人心	223
----------------------------	-----

第四章 身边法律

37. 中国引入陪审团制度的障碍在哪里?	233
38. 检察官的客观义务之我见	244
39. 半斤白酒与一滴敌敌畏	251
40. 制度的缝隙靠什么来填充?	256
41. 宪法的权威与人民的尊严	263
42. 刑事诉讼立法应“拒绝崇高”	268
43. 从“民告官”走向“官告民”	276
44. 人们因何聘请律师	281
45. “逮捕”无法承受之重	286
46. 反腐败需要新思维	291
47. 保障人权和控制犯罪血脉相连	301
48. “旁听证”不死,审判公开难活	309
49. “温水煮青蛙”的悲剧是如何酿成的	315
50. 体育比赛与程序制裁	320
代后记:有一种力量叫时间	324

第一章

法律职业

