

何进平
著

XUNZHAO
FALV DE LINGHUN

寻找法律的灵魂



法律出版社
LAW PRESS CHINA

寻找法律的灵魂

何进平 著

法律出版社

www.lawpress.com.cn

法律门
Access To 

www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

寻找法律的灵魂 / 何进平著. —北京:法律出版社, 2011. 10

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2616 - 9

I. ①寻… II. ①何… III. ①随笔—作品集—中国—当代 IV. ①I267.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 207616 号

寻找法律的灵魂

何进平 著

责任编辑 刘彦沅

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10 字数 214 千

版本 2011 年 10 月第 1 版

印次 2011 年 10 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京外文印刷厂

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2616 - 9

定价:22.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

Catalog

第一辑：法律生活 001

超越法律的人性诉求 003

寻找法律的灵魂 006

“你有权保持沉默” 008

隐私权·公众人物 010

张金柱与辛普森 012

斯塔尔的豹子胆 014

强权、强人与公理 016

皇帝不是鸟皇帝 018

在文化痛楚中催生新秩序 020

制度比伟人抱负更重要 023

上帝的理性 026

上帝审判我 028

永存的法典 030

“海选”的村主任 032

家庭就是一座城堡 034

婚姻不过一张纸 036

平反：即将消失的词语 038

每天你都在违法 040

媒体与法庭 042

你我都是立法者	044
有网皆漏	046
法律工具主义	048
法律的箱子	050
倾斜也是一种平等	052
为什么查封报亭	054
为什么敢在法庭抓人	056
英雄的盲点	058
法律宽容与道德抵御	061
公正的价格	063
“犯意”的震撼力	065
母亲的子弹	067
沉默的司法	069
辞典上的司法	071
谁来守卫最后的门槛	073
权利与爹妈无关	075
小偷的保密费	077
诉辩交易	079
一刀见血	081
“结束痛苦权”	084
“道法”引出的阵痛	086
法律不问动机	088
“我不争辩”	090
趣味裁判	092
女硕士的智慧	095
法律是个单身汉	097
“倒置”的公平	099

砍头不过碗大的疤	101
平等的认同	103
谁叫你的录像不清楚	105
强势与弱势	107
戒备森严的立法	109
法治的启蒙	111

第二辑：权利生活 125

虚伪的父亲	127
生命的价值	129
讨厌的吸烟者	131
清白的力量	133
平常心与性美感	135
“性福”的效用	138
有话没话 8 分钟	140
我们的目光应当看见想象	142
公示生育	144
“手脚特别灵活”	146
把分数还给考生	148
人脉与边界	150
建议北大录取周迅	152
博导的“规模效应”	154
民工粮折射出什么问题	157
战胜自己的天性	159
信用乏力与过度聪明	161
死亡的坐标	163
与著名教授打个赌	166
专家的立场与公信	168

顽强怎么处罚	170
选择蓝领的意义	172
既往不咎	174
科克伦气病了	176

第三辑：经济生活 179

性感的波音	181
可口又可乐	183
公民形象	185
界面点击	187
剑指审批	189
透明才能发展	191
让贸易真正自由	193
约束行为	196
审查抽象行为	198
政府角色	201
国民待遇	203
隐形政府	206
至高尊严	209
失业挑战	212
安全贸易	214
富国俱乐部	217
棒喝拍板行政	220
司法屏障	223
规则意识	225
另一种声音	228
另一种辉煌	231
“幼稚”的乐观	233

思考 WTO	235
黄金客户	248
主妇和谁对峙	250
变数中的消费诱惑	252
品牌价值	264
除了上帝就是主教练	266
谁在挑选主教练	269
网球花谁的钱	271
大郅的小聪明	273
资本的拳击	276
贵族的衰落	279
女排让球的经济梳理	281
变异的高尔夫	283
暧昧的关联	285
年轻是王	287
体育的置换	289
大象在浴缸中跳舞	291
以小博大与挤掉泡沫的房地产	293
丸红自救的企业精神	295
周正毅崩盘	297
富豪榜的意义	299
创业激情	302
后记	304

第一辑：法律生活

超越法律的人性诉求

对于法律,我们常常进行这样的论证:作为上层建筑的法律,受制于经济基础;社会的经济发展水平,决定了它的法律状况。这种论证大体上能够对法律史作出的解释是:今天的法治文明,已不会苛求先前法律制度的野蛮和荒谬,历史上任何一个时代的法律,都是当时社会条件下人们根据自己理性选择的合理规则。

但人的理性始终处于“过程”的状态,理性支配下的规则选择,就很难得到完满的终结,因而,在制度的创建和变迁中,人类常常感到一种被折磨的痛苦。这种痛苦对人类灵魂的拷问,促使人类在自我反省中完成理性升华,由此又推动制度变迁。理性与规则的这种循环互动,很难简单地从“经济基础与上层建筑”的关系中找到结论。法律的历史如果真还有那么点意思,就因为它不“仅仅是‘唯利’或者说‘唯物’在那里驱使和推动”。

一定有某种诉求超越了法律。

1839年,由开发美洲掀起的黑奴贩卖仍在高峰期。刚刚成立五十余年的美国国内,赞成和反对

黑奴买卖的势力并未分出高下，其主要体现在制度上，以契约建国的联邦宪法承认各州宪法和其他法律规定蓄奴或废奴是否合法，也就是说，美国国内由各主权州自行决定保留黑奴制还是废除黑奴制。就在这年的6月29日，两位来自西班牙殖民地古巴的白人奴隶主，押着刚刚买来的53名非洲黑人登上了“阿姆斯特达”号运输船。3天后，“阿姆斯特达”号发生暴动，向往自由的黑人杀死了白人船员，扣押了两名奴隶主。

阴错阳差，“阿姆斯特达”号漂到了美国，被海岸警卫队带到了尚未废除黑奴制的康涅狄格州的一个港口，等待地区法庭的审判，从而引发了一场长达3年的司法大战。

今天读“阿姆斯特达”案，仍让人气喘心急：一群暴动劫杀了白人船员的黑人，面对持有合法贩运黑奴证件的白人奴隶主的起诉，在一个蓄奴州的地方法庭，接受一位曾判决“黑人不是公民”的种族主义法官的判决，还有因外交原因支持奴隶主的联邦总统和司法部长。这些来自非洲，不会讲一句英语的黑人，已经被逼到了地狱门口。

170年后仍在震撼我们的是：黑人胜诉！

探究黑人胜诉的原因已经超出了法理学的意义。在一个合法贩卖黑奴的年代，一群弱小得可被人任意宰割的黑人背后，站着一个素不相识，甚至无法进行语言沟通的白人声援团。而且可以断言，这些为黑人辩护的律师、为争取黑人自由组成的“阿姆斯特达”委员会成员以及各行业专家，几乎都从黑奴贩卖中直接或间接地获得过利益。打这场官司没有一分钱报酬，还要倾其财产甚至冒破产的风险，但在法律确定的非人道制度面前，没有人退缩，辩护阵容越来越强大，支持捐款越来越多，诉讼中的每一个司法漏洞，都被专家找到并发挥到极致以挑战法律。

是什么力量在驱使他们？回过头去看 170 年前的“阿姆斯特达”案，我们得出的结论是：哪怕只有少部分人笃存人道关怀和人性省悟的信念，即使在邪恶时代，这种信念也是改变和推动法律发展最强劲的驱动力。在这里，诉讼技巧已经不重要了，超越法律的人性诉求，是黑人胜诉的根本原因。

Part 02 >>

寻找法律的灵魂

法律由人类活泼的行为规则变成冷冰冰的学问,法学院的教授们应承担一大半责任。人类能够击败动物界的所有对手,是因为人是有灵魂的肉体;法律伴人类而产生、伴人类而消亡,也应该是有灵魂的肉体。但我似乎还没有看到我们的法学教授有这种想象力,法律的肉体 and 灵魂是由西方人告诉我们的。早在16世纪,英国最出色的律师卜劳顿就告诉世人:“肉体 and 灵魂,法律的文字是其肉体,道理及其意义是其灵魂。”

有了这种想象力,英国(主要是英格兰)的法律在世界法律史上占据了重要的位置,并且像英伦岛上浪漫的爱情故事一样传播到世界各地。只是人们过于追求其肉体,把它打扮得壮硕 or 丰腴——世界上最专制国家的立法文本,也可以编纂成厚厚的法律汇编;人们常常忘记了卜劳顿那句话的后半段:“如果只依靠那些文字,就不会从法律中获益。”

令我惊讶的是,美国芝加哥的约翰·麦·赞恩,从低等昆虫蚂蚁的行为法则中,就领悟到了法

律的灵魂所在。读《法律的故事》一书,除因对一些案例的生疏而略感障碍外,阅读的快感真让那些把法律越弄越深奥的法学教授们汗颜,教授们告诉我们法律代表正义与公正,但这种干巴巴的概念不足以揭示法律的灵魂。我相信读过《法律的故事》一书的读者中,会有人与我有相同的感悟:法律的灵魂是抗拒——抗拒一切非人性和非理性的东西,不管这东西是上帝的旨意、是传统的习俗、还是专横的权势。

在《汉谟拉比法典》最辉煌的时代,巴比伦王国用“神裁法”惩罚不贞的女人,把有通奸嫌疑的妇女投入河中:沉下去的有罪,浮起来就无辜。“神裁法”实施的结果是使巴比伦的妇女个个都成了游泳好手。这个故事的最后结局,是“神裁法”和巴比伦王国的消亡——我们是不是可以从中领悟到一点法律的灵魂?

在西方,三权分立是法律抗拒“君权神授”的结果,宗教对法律的粗暴干涉换来了“君权民授”的呼声和“主权在民”的实践,法律最终把专制逼到了悬崖边上,而把坦途让给了自由和民主;三权分立发展成为今天西方世界的宪政法治,保证了资本主义的稳定发展。

法律的历史充满了故事,但不是所有的故事都美丽如童话;法律的故事也有许多邪恶,这种邪恶在今天的法治社会中仍时常游荡,庆幸的是,“法律上的污点都是人类自己用手涂上去的,这些手也可以将那些污点抹去”。尽管我并不完全同意赞恩先生关于法律对人类的功劳超过了其他一切人类活动的观点,但我还是愿意在纷繁缛杂的法律肉体中去寻找它的灵魂——我们未来的美好生活,需要法律灵魂的保佑。

Part 03 >>

“你有权保持沉默”

对于大洋彼岸的美国,我们最熟悉的一句话,也许是“你有权保持沉默”。沉默是一种权利。连嫌疑犯或罪犯都有这样那样的权利,美国人的权利实在是太多了。

然而,读《历史深处的忧虑》时,我无法不思考:在美国宪法及宪法所确立的司法制度的保护下,自由的美国人还有什么可忧虑的?美国的法学理念和法律体系相当健全和完善,假如我们能够抛开意识形态、文化传统和价值观念的差异,以单纯的法律眼光去审视,就会惊奇近 1787 年颁布美国的宪法,220 多年不曾改动过一个字,也会惊奇于作为宪法一部分的 26 条修正案精深入地阐发了立宪者的思想光辉。读美国宪法,想想立国初始不是首先考虑严肃纲纪法政,而是认真讨论如何建立切实保护老百姓自由权利的司法制度,不能不为美国的开国元勋们追求理想的勇气和理性所折服。

正是如此,美国才建立了以宪法为核心、事无巨细、包罗万象的法律体系。更重要的是,宪法至上不仅仅是一个理念,而且实实在在地保护着个人

的权利；即使总统恨你入骨，也奈何不得。美国人享受自由就像享受阳光一样随意。

但是，总不能只享受阳光而不留下阴影，阳光和阴影是一对孪生子。美国人为自由也支付了代价，并且是非常沉重的代价。用我们的天平去衡量，自由的代价已远远超过了自由本身：为言论自由支付了滥用自由，为新闻自由支付了国家利益，为枪支自由支付了社会安全，为审判公平支付了正义追求……令人深思的是，尽管美国人支付了如此沉重的代价，但他们仍不肯改动宪法，仍选择了自由。

美国人必定有他们的忧虑。宪法就像一道牢固的大堤，挡住了汹涌的潮水，这大堤如果有哪怕一点点的缺口，就可能造成整个大堤的坍塌。当为了国家利益压制了一次新闻自由，就可能再也听不到自由的声音；当为了申张正义剥夺了罪犯的一点权利，就可能再也得不到公平的审判。美国人忧虑的正是这种“可能”。大堤一旦缺口，面对强大的国家机器，一个个人连上帝也别想指望。所以，他们情愿为自由支付代价，也不让这种“可能”变为现实。这种忧虑真是“历史深处的忧虑”。

让人思考的还有我们自己。将两个完全不同社会的司法制度作比较是不明智的。但既然生活在同一地球，人类总该有一些共同之处。因此，看到新的刑法体系开始引入曾被长期批判的“无罪推定”原则，我就相信，在并不遥远的将来，我们的警察在亮出手铐的同时，也许会大声告诫：“你有权……”之类。