

<<法学家茶座.第2辑>>

图书基本信息

书名：<<法学家茶座.第2辑>>

13位ISBN编号：9787209031943

10位ISBN编号：7209031944

出版时间：2003-02-01

出版时间：山东人民出版社

作者：宫本欣

页数：160

字数：140000

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：<http://www.tushu007.com>

## <<法学家茶座.第2辑>>

### 内容概要

现在法学界的学风和文风有值得思考的地方：我们可能从西方的制度中读出了法律的对抗，却没有注意到中国文化的中庸；我们知道了论文的范式，却无法摆脱语言的僵硬。这样的氛围难免将人的思想被禁锢在一个个框框里。

《法学家茶座》的出现打破了这种局面。

《茶座》主张用老百姓的话，说老百姓的事，谈老百姓关注的问题，讲老百姓生活中的法理。她别开生面，没有居高临下，也没有生搬硬套，有的只是平等的交流，观念的碰撞。让法学走出超凡脱俗的“象牙塔”，步入寻常百姓家，这就是《法学家茶座》一贯的追求。

第二辑《茶座》保持和发扬了《法学家茶座》第一辑所确立的定位、风格和特点。一方面强调作者的权威性，作者中既有来自于理论研究领域的专家、学者，也有来自于司法实践部门的法官、律师，基本上囊括了法学界老中青三代学术力量；另一方面强调图书的通俗性，主张“用老百姓的话，说老百姓的事，谈老百姓关注的问题，讲老百姓生活中的法理”。

<<法学家茶座.第2辑>>

书籍目录

[卷首语] 名茶与名家门法治漫谈] 论“保驾护航”应当休欠 向“运动式扭法”说不门 法律体系建构中的开放性思路八 反腐败的“六小理论”(上篇)[法学札记] 漫谈“严谨治学”学术规范和学术思想 刑法的为学之道(上篇)庀8 . 你知道什么是“诊所法律教育”吗[法律解读] 证券法随想 法律可以打折扣么? ——反思数罪并罚的原则[法苑随笔] 为“总统公子”辩 耶鲁的“卖点” 酒文化与职权主义 村学乡学 ——一种乡村制度的话语构建 人为什么要遵守规则[专家访谈] 迟来的召唤, 艰难的过程 ——就“法律职业专业化”专访贺卫教授[身边法事] 立法工作二三事 摩托、吐痰与吸咽、吸毒 话说欺诈性抚养 从对“死囚生育权”的炒作说开 第一次去劳改农场[法林逸事] 古代的绑票: 案与法 / 109 , 中国古代传统的道德法律观门[治学之路] 难忘 ATRIP诞生亲历记[聊斋闲话] 律师名片纵横谈[旁观者说] 文艺创作与“人治”问题[当事人语] 我与各人打官司[名师剪影]王铁崖先生的“条约癖”与谢怀先生交往的几件小事[书城夜话] “法治”的惶惑 评话《最新英汉法律词典》[茶客来函]这个例子妥当放弃权利 权利意识淡薄

## 章节摘录

做学问，贵在“严谨”二字。

写文章或发表演讲，如果一味追求立论新奇而论据不足或者漏洞百出，则会贻笑大方。

近日出席某学术研讨会，听到几位年轻气盛的朋友自信而豪迈的发言，诚感“后生可畏”，然而细品其演讲内容，又觉颇显稚嫩，似乎并非深思熟虑之真知灼见，其立论也就难以令人信服。

有感而发，谈两点浅见：一、发表预测性论断须十分谨慎 理论研究的重任之一，就是要对事物在未来的发展趋势提出预测性论断，以供决策者参考，其作用尽在于“未雨绸缪，防患于未然”。然而，发表预测性论断又是最为困难的一件事。

预言者必须进行充分的论证，要以大量的实证数据和严密科学的逻辑推论为依据，并须对自己的预言承担很大的风险。

这是因为：无论任何预言，都将经受历史的检验。

如果今日发表的预测，听起来似乎言之凿凿，日后却不能兑现，必将成为人们耻笑的对象。

轻则毁掉了自己的声誉，重则有可能给国家和社会带来意想不到的灾难。

例如，上世纪50年代曾经提出“3年超英，15年赶美”的豪迈预言，由于这一预言并不是建立在科学论证的基础上，却据此发动了“大跃进”的决战，结果是导致了一场空前的灾难，付出了惨痛的代价。

这一预言的破产，在人们心目中留下刻骨铭心的记忆，教训不可谓不深。

因此，要做出一项科学的预言，需要对涉及的命题进行认真而深入的调查研究，要对影响该命题下一步发展方向的诸多因素加以仔细的考量，要收集大量的实证数据作为得出结论的依据，并须运用严密的逻辑推理，有充分的理由足以排除其它各种可能性，才能做出理性的预测性判断。

科学预言应当是一项极其严肃、艰苦细致的研究成果，尤其是对于某些重大事项的预言，更须经过多年的知识与经验的积累，绝不可仅仅依据某些局部的现象或者根据一厢情愿的美好愿望，在缺乏深入论证的情况下，不假思索地拍拍脑袋就提出某项预言。

预言者必须对自己的论断承担历史的和道义的责任，切不可哗众取宠或为了求得一时的轰动效应就信口开河。

稍有不慎，预言即等于为自己埋下了陷阱，今日信誓旦旦口若悬河，他日则可能陷于被动乃至身败名裂。

这决不是危言耸听，而是经验之谈。

二、片面性是搞学问的最大禁忌 经常看到一些‘论文或者在研讨会上听到一些学者的演讲，其中不乏独到的见解，然而对其观点的论证，却似乎不够严谨。

论者为支持自己的观点，往往列举若干条理由，乍看起来似乎“言之成理”，然而稍加推敲，又觉似是而非；问题出在哪里？

就在于对主要观点的论证存在着明显的片面性，因而显得论据不足，使人觉得研究缺乏深度。

举例来说，近些年对于沉默权问题的研究，成为法学界和新闻媒体关注的热点。

各种报刊、学报上发表的有关沉默权的论文，少说也有几百篇。

在各种学术研讨会上，不少学者就沉默权问题侃侃而谈，演讲者满怀激情，列举实行沉默权制度的诸多好处，甚而至于把我国司法实践中存在的许多问题，都归结为没有实行沉默权制度使然。

更有人倡导推行“零口供规则”，好像在办理刑事案件中，只有做到让犯罪嫌疑人完全不讲话，我国的法治才算是达到了完美的境界。

诸如此类的主张，自然都会列举出若干条理由，乍听起来似乎头头是道，然而仔细想想，却只是讲了一面的道理，忘记或者忽视了事物还有另几个侧面。

应当肯定，西方国家赋予犯罪嫌疑人沉默权，自有其一定的道理，实行沉默权制度确有诸多好处，但这只是问题的一个方面。

如果换一个角度来看，沉默权是一把“双刃剑”，它本身有其难以消除的弊端。

因此，自从实行沉默权制度以来，国外的许多专家、学者和政府官员就对它提出了强烈的反对意见，而且这种抱怨之声从来没有停止过。

在当前严重的刑事犯罪案件多发，尤其是暴力犯罪、黑社会性质组织犯罪，毒品犯罪、恐怖组织犯罪

## &lt;&lt;法学家茶座.第2辑&gt;&gt;

、贪污贿赂犯罪等反社会行为剧增的情况下，即使在沉默权的发源地英国以及把沉默权推向极端的美国，都已经对沉默权制度作了必要的调整。

如果我国不考虑现实的国情，对上述各类严重刑事罪案的犯罪嫌疑人都赋予沉默权，必将使侦破此类案件更为困难；假如再进一步实行“零口供规则”，让所有犯罪嫌疑人都不讲话，有些案件就根本无法侦破。

假如行贿、受贿和介绍贿赂的三方当事人都保持沉默，试问此案如何审理？

三人共同抢劫银行，警方只抓住一人而另二人潜逃，警察能否立即向被抓之人讯问潜逃者的去向？

如果赋予此类罪案的嫌疑人享有沉默权而给警察破案设置巨大的障碍，社会治安就有可能失控，警方和社会公众恐怕都缺乏这样的承受力。

再说，我国刑事诉讼法明确规定了7种证据，确认犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解是7种证据之一。

如果实行“零口供规则”，无异于取消了一种证据，岂不直接与现行立法相矛盾？

凡此种种，都是有关沉默权问题的另外几个侧面。

我们在研究沉默权问题时，不能对这几个侧面视而不见或者有意无意地加以回避。

我们在研究一些异常复杂的问题时，必须兼顾到事物的方方面面。

如果只讲一面之词，就会导致片面性的失误。

其实，无论对于什么事物，人们从不同的侧面所看到的情况都可能只是局部的。

只见局部不知全貌，本身就是一种片面性。

因而任何人都难免犯片面性的错误。

问题是：作为一个理论工作者或法学家，在论及一些重大、复杂、疑难的问题时，应当考虑得更深一些，论证更严谨一些，力求不犯或少犯片面性的错误。

要提出某个新观点，不妨先提出几个相反的命题，也就是先给自己设置若干对立面，看能不能将其推倒。

如果没有充分的论据将这些对立面一一推倒，那就表明自己对新观点的论证还不够严密，这一新观点也就难以确立起来。

这就需要进一步深入研究，去寻找更多的论据，用充分说理的方式使他人能够对自己的观点信服。

如果仍然找不到充分的论据足以将对立面推倒，那就表明这一新观点还不成熟，宁可暂时搁置一边，不要忙于抛出。

这或许是避免片面性的一种可行的方法。

美国黑人领袖马丁·路德·金在1968年被杀以后，凶手詹姆斯·厄尔·雷被法庭判处99年徒刑。

这位老兄是否该当其罪，自然无需我们去管，只是这99年的徒刑多少有些令人惊讶。

按照我们中国人的说法，人生不过百年，又岂能承载99年的牢狱之灾？

其实，在人家美国，这并不算什么，罪犯被判刑三五百年，时常有之；更有甚者，曾有一名美国青年，因犯有81起拦路抢劫和强奸罪，被判处2191年的有期徒刑。

在美国法律看来，似乎是人生有期，徒刑无限。

面对诸如此类的判决，我们中国人总以为太缺乏温情，或者近于荒唐。

再看看我们中国的法律，则是完全不同的景象。

依据现行刑法，单项罪行的有期徒刑，期限不得超过15年，若是“判决宣告以前一人犯数罪的，除判处死刑和无期徒刑的以外，应当在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上，酌情决定执行的刑期，但是……有期徒刑最高不能超过20年”（第69条）。

这就是说，假如某人犯有10项罪行，其中一项应判处有期徒刑12年，其余每项均应判处10年徒刑，那么，依照美国刑法，该名罪犯将被判处有期徒刑102年，而根据中国刑法，法官只能在102年（总和刑期）以下、12年（数刑中最高刑期）以上量刑，并且最终判决的有期徒刑不能超过20年。

所以，至少在现今中国大陆的判决书里，绝不可能找到超过20年的有期徒刑。

早在读本科时，刑法学老师就告诉我们，美国的那种做法叫做数罪并罚的相加原则（或并科原则、合并原则），中国的这种做法叫做数罪并罚的限制加重原则。

但我至今不明白的是，在数罪并罚这样一个几乎只是纯技术性的问题上，中美间的差别却如此之大，

## &lt;&lt;法学家茶座.第2辑&gt;&gt;

其原因究竟何在？

它们各自的意义又在哪里？

在思索这一问题时，我曾不止一次地想起黑格尔那句名言——“存在的即是合理的”。

于是，我便相信，中美两国的做法，肯定各自都有其充分的依据、坚实的理由和足够的意义。

但近年来，在追思“法治”理念的过程中，我对美国的刑法似乎有了更多的理解和认同，而对中国的刑法则产生了种种反思和检讨。

依据美国刑法的相加原则，如果你犯有多项罪行，那么每一项罪行所带来的刑罚，最后都要一一加到你的头上，哪怕最终的刑罚数额会大得惊人，以致连你的生命（或寿命）都无法承受，你依然不能脱逃。

这种“斤斤计较”在多数中国人看来或许太不近人情，但我以为，其中实际贯穿着某些十分可贵的精神和理念：其一，每个人对自己的每一个行为都要负责，你种下的每一个苦果都必须由你自己品尝，不管你的生命是短暂还是漫长。

其实，一个人的生命之长短，与其所应承担的责任之大小，这原本是两个完全不同的事情，假如这二者可以混淆，那么，一个身患绝症即将离开人世的凶犯，便可以理直气壮地逃避法律的责任和制裁。

其二，法律是不允许打折扣的，法律所确定的每一项责任都恰如其权利一样神圣，必须不折不扣地落到实处，落到每一个责任者的头上，并且，法律规定该罚多少就得罚多少，套用一句流行的话语，就是“将惩罚进行到底”。

这正是法律的威严所在，也正是法律所应追求的公正。

而这种隐含在法律（刑法）之中的不折不扣的理念，难道不正是现代法治的基本精神么？

此外，如果说到其意义，那至少还可以说，美国的相加原则可以极大地减少违法犯罪者享受违法犯罪收益的机会，从而也在根本上有利于预防违法犯罪。

因为，在大多数场合，一个人违法犯罪的动机，无非是出自对某种利益（特别是经济利益）的追求，所以，其是否违法犯罪，起决定性作用的因素，除了对可能所得利益的估价之外，更主要的，是对法律上的风险和代价（或成本）的预测，其中也包括预测未来享受违法犯罪收益的机会——这种机会常常并不因法律制裁而终止。

在此情形下，国家的法律机制会面临挑战。

而美国相加原则的意义在于，当一个人的罪责达到相当严重的程度时，不管你如何利用法律的其它各种机制（如假释），你都很难再有机会去享受你的违法收益。

单此一点，便足以令许许多多潜在的违法犯罪者止步。

反观中国刑法的限制加重原则，我们会发现，从“总和刑期以下”，到“酌情决定执行的期限”，再到“有期徒刑最高不能超过20年”，其中一方面不乏中国人历来特别看重的人情味，另一方面也为法官的灵活处置（或曰自由裁量）留下了余地。

在这里，立法者当然自有立法者的道理，比如给罪犯留下改过自新的充分机会、降低国家执行刑罚的成本等等。

但我总觉得，其中所掩藏的问题也实在太多，有些问题甚至可以构成对法治精神的“硬伤”。

首先，所谓“限制加重”，其实就是主张在量刑时可以甚至是必须打折扣。

由此，当一个人的罪行达到一定数量时，不管其罪重还是罪轻，其所得到的法律制裁都是同样的。

比如，倘若一个人犯有多项罪行，而每一项罪行均应判处10至12年的有期徒刑，那么，他犯10项罪行与犯3项罪行所得到的惩罚多半是一样的。

在我看来，这种情形在现实生活中太有可能出现了——无论发生在同一人身上还是降临在不同人之间，都无法与人类所追求的公正相提并论，也无法与刑法所倡导的罪刑相适应原则和谐地统一起来。

其次，由于这种“折扣”，人们实际上不必对自己的每一个行为（罪行）负责。

如在前面的那种假设中，一个犯有10项罪行的人实际上不必对其后7个罪行承担责任。

我无法理解这种原则在道德上的正当性。

……



<<法学家茶座.第2辑>>

媒体关注与评论

名茶与名家 中国有着悠久的种茶、制茶和饮茶的历史，自然就养育出许多名茶。据说，早在唐朝时，中国的名茶就有50多种；至宋朝时则达90余种；而元、明、清三代，名茶的种类一直保持在四五十种左右。

而今，社会生活的方方面面都在“提速”，于是中国名茶的数量也急速增长。

仅《中国茶经》收入的当代名茶就有258种。

如果再加上各地区册封的名茶以及通过广告等方式自我包装出来的名茶，则肯定数以千计。

中国有如此众多的名茶，似乎是制茶人的骄傲和饮茶人的福分。

但是，倘若名茶已沦落为“只要有名字的茶就都可以称为名茶”的地步，那就是名茶们的悲哀了。

不过，于广大茶客而言，这并无大害。

反正要喝茶，喝“名茶”的感觉总归要好一些，何必大认真。

再说，这也是一种时尚。

在我们的社会生活中，类似“名茶”的现象随处可见，譬如名家。

在当今的中国，成家也易，名家也多。

似乎只要一个人在某个领域内有所专长，就可以成“家”；而只要是“家”，自然就是“著名”的。

于是乎，在一些领域的“家们”当中，不“著名”者反倒成了凤毛麟角。

在这种以“自我表扬和互相表扬”为时尚的社会风气下，本人也就不反对别人称我为“法学家”什么的，甚至再加上“著名”等字样。

反正大家都是俗人，胡乱叫的，别太当真，只要叫得痛快听着顺耳就行了。

不过，我自己心知肚明，现在中国像我这个水平的“法学家”，多得很，诚如“名茶”。

笔者此番话的意思是，您别看我们这个“法学家茶座”的字号挺唬人，其实门槛并不高。

只要您自认为在法学界有您这么一号，就尽管落座，从从容容地品茶，大大方方地论道。

平常人加平常心，茶座的氛围自然就轻松和谐。

倘若哪位客官自以为是孔夫子、柏拉图、曹雪芹、莎士比亚那样的“大家”再世，那您就请“悠着点儿”，别吓着谁。

最后，我还借《茶座》披露自己的一项最新研究成果：法学家何以称为“家”这就是因为这些人以法为家，知法如家，爱法似家，奉法胜家。

请问：您是法学家吗？

何家弘 2002年冬日于香港九龙塘喇沙阁

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介, 请支持正版图书。

更多资源请访问:<http://www.tushu007.com>