



On The Law And Justice

法与公平论

邵 诚 刘作翔 主编



西北大学出版社

7438

陕西省哲学社会科学规划重点课题

法与公平论

主 编 邵 诚 刘作翔

副主编 陈金钊 雷贵章

撰稿人 (以姓氏笔划排列)

刘作翔 邵 诚

陈金钊 吴 俊

杨凤婷 杨军玲

张洪明 雷贵章

西北大学出版社

(陕)新登字 011 号

责任编辑 徐怀东

封面设计 郭学工

法与公平论

邵 诚 刘作翔 主编

西北大学出版社出版发行

(西安市太白路)

新华书店经销 西北政法学院印刷厂印刷

850×1168毫米 32开本 8.3125印张 209千字

1995年4月第1版 1995年4月第1次印刷

印数:1—1000

ISBN7—5604—0885—0/D·71

定价: 10.00元

前 言

法与公平问题，是中外法律思想史中一个重要研究课题。公平作为法律追求的一个重要价值目标，它同法律的产生和发展紧密相伴随。在我国法学界，公平问题被重视，则是近几年的事情。新中国成立后的近40年间，由于在指导思想上的“左”的影响，公平问题一直是法学研究的禁区，立法公平、立法平等、司法公正等被视为资产阶级法学观点和法律思想受到批判，不可能将这一问题提上研究日程。在破除了“左”的思想影响之后，法与公平问题才渐渐引起法学界的讨论。对它的理论层面的讨论，引发于前几年我国法学界关于法律价值问题的研究；而作为一个法律现实问题，则直接导源于市场经济体制的确立。市场经济增强了社会主体的自主性，社会成员在此基础上产生的公平需求不断增长，而市场经济发展初期的无规则状况，导致了社会上一些不公平现象的出现。新旧体制转换过程中，人们的价值观念也在发生着激烈的碰撞。平均主义的“大锅饭”打破之后，社会以及社会主体面临着一种的新的组合和选择，公平与不公平的价值判断标准也面临着一个重新定位的过程。“效率优先，兼顾公平”原则的提出，更激发了人们对这一问题的关注，也引发了包括法学在内的人文社会科学对公平与不公平问题的全方位讨论。在这样一个背景之下，我们选定了“法与公平”这一研究课题。

全书的思想主线是：公平是法律追求的一个永恒价值目标。只要有人类社会存在，就有对公平的价值追求。只要有法律存在，就有蕴含于其中的公平价值体现。公平作为法律追求的价值目标，既

体现于横断面的法律体系中，也体现于纵向面的法制运转机制和过程中。法律体系的每一个子系统以及法制运转的每一个环节，都要体现和贯彻公平原则。这样，才能仅成一个公平正义的社会的形成。同时，公平在法律中的实现，还要借助于法律中的其他价值要素的相互支持和配合。公平是法律的一个重要价值，但不是法律的唯一价值。法律是一种内含多重价值要素的综合体。正确地寻找和界定公平在法律中的价值定位，才有助于公平在法律中以及社会生活中的真正实现。

按照以上的思路，本课题在结构上作了如下的安排：第一部分从导论至第二章，主要侧重了对法与公平的理论分析。导论部分为全书的引线，论述了公平问题的广泛性以及在社会结构中和法制系统（包括法律体系和法制运行机制两个方面）中的公平要求及体现；第一章则从法理学的角度，对有关法与公平的一般理论作了分析和论述；第二章对自古希腊至19世纪具代表性的西方思想家的法与公平观作了一个简要的述评。第二部分从第三章至第六章，侧重探讨了法制运转机制中的公平体现，分为公平在立法上的体现（立法公平），公平在司法上的体现（司法公平），公平在行政执法上的体现（行政执法公平），公平在程序法上的体现（程序公平），突显了处于动态状态的法制运行过程中的公平问题。第七章则对公平在民商法上的体现进行了一些探讨。结语部分对全书作了简要总结，并提出了“法与公平”需要深化研究的一些问题。

读者也许会发现，这样一个结构安排突出了作为动态的法制运转机制中的公平问题，而对于静态的法律体系中的公平未作专章研究。虽然我们在导论部分的第三节中，对法律体系中的公平要求及体现分类别进行了概要的阐释，但未对此作系统的讨论。这是因为我们考虑到，我国社会正处于社会大变革时期，由计划经济体制向市场经济体制的转轨，使社会关系处于不确定、不稳定

的状态，一切都在发生着变化。法律体系对公平价值的体现，也要经历一个相对漫长的变化过程，需要经历一个不断实践、不断总结的历史阶段。同时，社会的公平观也在经历着一个变化过程。在这种不确定的社会关系面前，对作为静态意义上的法律体系中的公平要求及体现的研究带来难度。相对而言，法制运转机制中的公平问题，有一些相对恒定的价值要求及体现和实现方式，因此，我们将它们作为本课题的重点问题之一进行了探讨。对法律体系中的公平问题，需要随着市场经济的不断发展和法制建设的逐步深入，不断观察，不断总结，以从理论上作出一些科学分析，完善“法与公平”问题的研究。

本课题作为一个探索性研究，错误和失误在所难免，我们诚恳的希望得到读者的批评和指正。

邵 诚 刘作翔

1995年3月20日于西安

目 录

前 言	(1)
导 论 公平:法律追求的永恒价值	(1)
第一节 公平问题的广泛性	(1)
第二节 社会结构中的公平要求及体现	(4)
第三节 法制系统中的公平要求及体现	(7)
第一章 法与公平的一般理论分析	(18)
第一节 法与公平的意义	(18)
第二节 法律的特质	(21)
第三节 马克思恩格斯法与公平观	(29)
第四节 法与公平的关系	(36)
第五节 法律公平	(46)
第二章 西方思想家法与公平观述评	(51)
第一节 古希腊、罗马思想家的法与公平观	(51)
第二节 欧洲中世纪思想家的法与公平观	(55)
第三节 十七、十八世纪西方思想家的法与公平观	(61)
第四节 十九世纪西方思想家的法与公平观	(68)
第三章 公平在立法上的体现:立法公平	(71)
第一节 立法平等的几种观点及其评价	(71)
第二节 立法公平概述	(74)
第三节 影响立法公平的因素	(91)
第四节 社会主义市场经济与立法公平	(95)

第四章 公平在司法上的体现:司法公平	(103)
第一节 司法公平概述	(103)
第二节 司法公平的实现	(114)
第三节 影响司法公平实现的因素	(125)
第四节 市场经济条件下实现司法公平的对策	(142)
第五章 公平在行政执法上的体现:执法公平	(164)
第一节 行政执法与公平的一般理论	(164)
第二节 具体行政执法行为中的公平要求	(186)
第三节 行政执法公平实现的几个要素	(206)
第六章 公平在程序法上的体现:程序公平	(218)
第一节 程序公平的规定性	(218)
第二节 程序公平的体现	(220)
第七章 公平在民商法上的体现	(228)
第一节 公平在民商法上的体现概述	(228)
第二节 构建公平的民商法的基本原则	(233)
第三节 公平的民商法律模式	(246)
结 语 法与公平:一个永恒的法学问题	(252)
主要参考书目	(255)
后 记	(257)

导 论 公平：法律追求的永恒价值

第一节 公平问题的广泛性

人类自有法律以来，便有了对公平的追求。甚或在法律产生之前，公平作为一种观念，就已存在。只不过那个时候的公平观，带有原始和蒙昧甚至野蛮的色彩，诸如同态复仇，以牙还牙，以血还血等等，被认为是公平的，是处理问题的公平方式。法律的产生，有其深厚的经济根源，政治根源，历史根源，社会根源。但从经济学角度分析，它同人类的生产活动和交换活动密切相关，甚或直接导源于生产和交换的需要。正如恩格斯所指出的：“在社会发展到一定阶段，产生了这样一种需要，把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来，设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯，后来便成了法律。”^① 人类的生产活动是一种个别劳动，要使生产的产品社会化，商品化，须经过交换这一中介。而交换必须是一种等价的交换，不等价的交换不是一种真正意义上的交换，而是一种专制强权或经济强制。要保证等价交换，首要的就是要确立交换双方主体地位的平等，其次是交换过程的公平合理，自觉自愿，意志自由，排除任何强制的因素，最后，是交换结果使交换双方满意，感到公正合理。而要实现这一切，就需要确立一系列交换规则，这

^① 《马克思恩格斯选集》第2卷，第538页。

种规则延用日久，成为习惯，最后发展为法律。由交换产生公平需求，由公平需求产生公平规则，这种规则又作用于交换，这便是法律产生的经济动因和根源。由此可知，法律的产生，是同人们的公平观、公平感及公平需求相关连的。

公平不单单是个法律问题，它同时也是政治、经济、哲学、伦理等问题。历史上，思想家们关于公平问题的讨论长久不衰，从古希腊的柏拉图、亚里士多德直到现代的西方思想家，公平问题始终是其思想主线和主题之一。政治学、哲学、经济学、伦理学、法学以至心理学等，都对公平问题给予了高度关注。这是因为，公平问题是一个人类价值问题，是人类的一个恒久追求，是政治社会中所有价值体系追求的一个最高目标。一切社会规范形式，诸如政治规范、经济规范、法律规范、道德规范、宗教规范等等，都将公平作为重要的价值内容和价值目标，体现在和渗透在自身的规范结构之中。由此带来了关于公平问题的全方位讨论。

的确，公平问题是很广泛的，它既存在于社会的经济结构、政治结构之中，也存在于社会的法律结构、文化结构之中；它主要的表现为一种人类的观念形态，也体现为人类观念形态的外化物——规范、制度、组织体系等形态。公平问题的广泛性，导源于它是人类的一种关系范畴，是同人类社会中最重要主体——人及其关系分不开的。这正如西方一位法学家指出的：“公平的概念只在人与人关系上才有意义”^①。离开关系范畴，公平概念将毫无意义。“一个人与自己财产之间无所谓什么不公平”^②。只有在人与人之间的交往中，在人与人之间的关系范畴中，人们才能对公平与否作出判断。有人也许会认为，在人与物，物与物之间，也存在着公平问题。这仅是表面现象。在社会关系领域，物并不能独

① ②〔英〕彼得·斯坦等著：《西方社会的法律价值》，中译本，中国人民公安大学出版社1990年版，第78页。

立存在，它是附属于人的。人与物、物与物之间发生的交换，反映的是人与人之间的关系。独立存在的物（主要指自然物，如未开垦地、太空、海洋等）在未进入关系领域时，它可以独立存在，但一旦进入关系领域，便即刻被属人化了。属人化并不意味着一定归谁所有，而是说对它的享有也存在着一个公平与否的问题，如近年来关于南极大陆的开发问题，外层空间的法律界限问题，太空法律问题，海洋法律问题等等，这些被视为全人类共同财产（或财富）的自然物，一旦进入“人化”的世界领域，便存在一个法律调整问题。“人化”即“关系化”，意指它们进入了人（国家是一种放大了的人，并以国家主权形式存在）与人的关系领域。因之，公平问题的广泛性产生于人与人关系的广泛性，由此就不难理解何以如此之多的人类价值体系都将公平作为一个恒久的价值目标，以及如此之广的研究视角和学科领域都将公平问题作为一个十分关注的焦点问题予以讨论。

近年来，在中国，公平问题也成为人文社会科学关注的一个焦点问题。其直接导因是市场经济体制在中国的实行，而“效率优先，兼顾公平”原则的提出，则更进一步地激发了学者们对这一问题的讨论热忱。支撑这种讨论的则是其背后隐藏着的大量的、广泛的社会现实问题。市场经济增强了人的自主性和自主意识，建立在此基础上的公平需求便更加强烈。但现实生活中，计划体制和市场体制二元经济结构的存在，以及市场经济发展初期难以避免的无序状况，导致大量不公平现象出现，更加剧了人们的不公平感。这种日益增强的公平需求和现实生活中的不公平现象和不公平感形成一对相互对立的矛盾，使得公平问题越来越突显出来。于是，对公平问题的研究，就不仅仅是一种理论上的需求，而且也是一个现实的需要。对公平问题的广泛讨论，其意义也在于此。

第二节 社会结构中的公平要求及体现

一般地，从宏观的角度，人们将社会结构分为社会政治、社会经济、社会文化、以及三者的承担者——社会主体等几个组成部分。讨论社会结构中的公平，自然也就是从这几个部分出发，来分析各个结构中的公平要素及体现。

一、社会政治中的公平要求及体现

社会政治中的公平，简称为政治公平。在一些西方学者那里，也有称之为政治正义。这一层面的公平（正义），主要的表现在国家性质，政权组织形式，权力结构，立法、民族地位等方面。一位西方学者指出，在判断一项法律或一项具体的决定时，靠公平本身是难以得出结论的。必须借助于公平之外的其他价值规范和原则来判断^①。对政治公平的体现和判断，也需要依靠其他的价值要素诸如民主、平等、自由、法治等来进行。其中，主要的是民主和法治。

国家性质层面的政治公平，主要体现为民主性。即在宪政制度方面，要确立“人民主权”、“人民权力本位”的宪政原则，这是政治结构中最大、最高、最基本的政治正义。如果一个社会的政治结构、宪法体制未确立这一原则，那就不能说它具有政治公平（或正义），社会结构的其他方面的公平体现也就失去了政治上的根基。在确认了“人民主权”的国家性质（本质）这一最大的政治正义之后，国家的政权组织形式、权力结构、权力配置、权力运行等等，也要充分体现和反映“人民主权”这一政治公平

^① 丹尼斯·里奥德著：《法律的理念》，张茂柏译，台湾联经出版事业公司出版，第112页。

(政治正义)原则,并贯彻依法运行的法治原则。民主既是一种政治价值和政治要求,也是一种法治价值和法律要求。一切民主内容和形式都必须法律化、制度化,也即上升为法治状态。政治公平(政治正义)中还有一个重要内容,即民族平等。民族平等也是政治公平的重要内容。在一个社会中,各民族都应有平等的政治权利、经济权利和文化、社会权利,非此不足以体现公平精神。

二、社会经济中的公平要求及体现

社会经济中的公平要求,是指在一切社会经济活动诸如生产、流通、消费等过程中所内含的公平要求。它具体的体现为平等性、自主性、自愿性和合理性。这是由经济活动的内在规律所决定,也由市场经济的本质属性所决定。

经济公平这一概念内含着三个层次的含义:其一是各经济主体地位和资格的平等性,无论是国有的、集体的、私营的、个体的,还是外资的、合资的等等,作为一种经济主体,都应该在法律上享有平等的地位,以平等权利资格参与经济活动,即机会均等;其二是经济活动过程的自主性和自愿性。一切经济主体都享有国家法律保护下的自主权利,生产、流通、消费诸环节,都是一种自主和自愿的过程,排除各种外在的压力和强迫。比如对于生产,经济主体有权根据市场需求,生产社会(市场)所需产品;对于流通(交换),经济主体也是按照市场需求来从事流通活动,提供某一区域所需商品;对于消费,更必须出自消费者的自愿选择,国家和法律不能规定、强迫消费者购买某一商品,这有违公平原则。以上主要体现了一种经济过程的自主性和自愿性;其三是经济结果的公正合理性,即通过公民、法人等参与经济活动,最后达至一种公正合理的经济后果,使经济活动的所有参加者感受到一种公正合理之对待,即具有公平感。在经济活动的起点上,也即主体地位和资格上,要讲求平等对待。但在经济后果上,经济

公平区别于经济平等或平均。自然人和法人等诸种经济主体，由于先天的差异以及后天的诸多社会综合因素的影响，不可能做到经济平等或经济平均，充其量也只能做到一个大致的均衡，而这一点不是经济公平所能解决的问题，它属于社会公平范畴的论题。因而我们可以认为，经济公平主要的是一种形式意义上的公平，而不是一种实质意义上的公平。

三、社会文化中的公平要求及体现

社会文化的参加者是社会中每一个独立存在的个体，其文化需求主要是以思想自由为主要内容延展开来的一系列的权利，如言论自由，通信自由，出版自由，新闻自由，学习自由，学术自由等等。社会文化中要体现公平需求，就是要赋予社会中所有的公民平等地享有上述自由，并行使这些自由权，而不能随意剥夺其中的任何一种权利。上述自由权的核心是思想自由，一切其他文化上的自由权利及其表现内容都是由此而衍生的。当然，这些自由权的真正实现，需要借助于经济、政治等其他社会结构条件的支持，并受其制约。正是在这个意义上，马克思精辟地指出：“权利永远不能超出社会的经济结构以及由经济结构所制约的社会的文化发展”^①。但是，一个社会要实现文化结构上的公平，就应从法律上确立这些自由权利，确保公民的思想自由权利，推动社会文化的不断发展。

四、社会主体的公平要求及体现

一切社会的政治、经济、文化结构上的公平要求和体现，最终都归结为社会主体——人的公平要求和体现上。人作为一切社会政治、经济和文化的承担者和创造者，是社会结构诸要素的承

^① 《马克思恩格斯选集》第3卷，第12页。

担者，无论是对于政治公平上的民主要求和法治要求，还是经济公平上的平等性、自主性和自愿性要求，以及社会文化公平方面的自由要求，都可以还原于人对它们的要求和体现。但对于社会主体自身而言，除了上述社会结构方面的公平要求外，还有其相对独立的公平要求，这便是自由和平等。具体言，作为每一个个体，都要求有一个与社会中其他人一样平等的人格地位和权利资格，以排除任何不平等的歧视性对待。当然，在现实社会中，由于先天的和后天的许多因素，使个体与个体之间存在着许多差异。任何一个社会和法律，都无法抹去人类社会个体之间存在的差异，就是再万能的创造者也没有这个能力。但社会和法律有能力对这些充满差异的个体以平等的法律地位和资格，以使个体自身及全体社会成员都得到发展。这是社会主体公平的主要体现。由此观之，社会主体公平也仅仅是一种形式上的公平，而不是实质上的公平，但这一形式公平对每一个社会主体而言却是非常重要的。它是社会主体立足社会，过上平等的社会生活的先决条件，也是封建等级身份制社会同民主平等自由社会的主要区别点之一。

第三节 法制系统中的公平要求及体现

在政治社会中，一切政治的、经济的、文化的、以及社会主体的公平要求，最终都必须体现在社会的法制系统中。当然，正如本章第一节所论述的“公平问题的广泛性”一样，公平要求也可以并可能反映和体现在其他社会规范形式和调整系统中，但任何一种社会规范形式和调整系统都不具有法制调整系统的强制性、普遍性、以及可实现性，这是由法制系统的“先天”特性所决定的。

法制系统是由静态的、表现为规范形式的法律体系和动态的、表现为法制产生、运行、实现过程的法制运行机制组合而成的一

个大系统结构。由此，在法制系统中，公平要求和体现从表现形式上看，也就有两个分析途径：一是法律体系中的公平要求及体现，一是法制运转中的公平要求及体现。下面将分别对这两个方面作些概略分析。

一、法律体系中的公平要求及体现

法律体系中的公平要求和体现，主要是从静态的、规范意义的角度，从法律表现内容方面对公平这一价值内容的体现，也即“法律中的公平”，这是法律公平的重要表现形式。公平作为一种法律价值，它蕴含着许许多多的具体内容，将这些许许多多的具体内容体现进法律之中，成为法律的一种内容，这个过程即“公平的法律化”的过程。

同时，法律体系是由一系列互相联系着的法律部门、法典、法律规范组合而成的一个规范系统，要在这样一个规范系统中体现公平价值要求，就需要具备一些基本特征。西方法学家丹尼斯·里奥德(Dennis Lloyd)指出：法律体系应该分别具有形式正义的三项特征，即规则的存在；它们的普遍性；以及公正无私的实施。法律制度的主要特征在于有一套规则来管理人们的行动，同时排解纠纷。而且，这些规则在性质上几乎必然是——虽然容或有例外的情形——普遍的，因为法律的整个目的是把各种行为和情况分门别类，然后提供一般规则来处理^①。上面三个特征中，首先的便是规则的存在，而且还应该是公平规则的存在，普遍性则是法律的主要特性，对规则的公正无私的实施则是涉及到法律运转及程序公平的问题。

按照目前学术界对法律体系的分类，我们可以将法律体系中

^① 丹尼斯·里奥德著：《法律的理念》，张茂柏译，台湾联经出版事业公司出版，第115页。

的公平要求及体现化解为以下几个具体方面，以对各个相对独立的法律系统中的公平要求及体现作出分析。

1. 宪政法中的公平要求及体现

宪政法是一个国家的“龙头法”，是一个国家政治制度、经济制度、文化制度的最高和最根本体现。它以一国宪法为标志，包括同宪法相近内容的宪法性规范文件，如组织法，选举法，立法法等等。它确立着国家的性质，规定着国家的政权形式、立法体制、政府组成、工作原则、军队、政党地位、公民的基本权利和义务等等，它是所有政治行为合法化的依据，也是指导其他法律、法规、制度创立和设定的基本原则依据。现代世界各国都将宪法置于一切法律和政治之上，居于统率地位，因此宪政法的公平要求和体现也必须从宪政法的特点出发，提出相应的公平要求。

概括起来，宪政法的公平要求体现为以下几个层次：第一，在国家性质上，要体现“人民主权”原则，使公民成为国家的真正主人，这是最大的公平和正义，也是其他公平正义体现和实现的基础；第二，在政权组织形式上，要体现民主性原则，不论是权力机关的组成还是司法机关、政府等的组成，都要贯彻民主化原则，这样才能体现出政权组织形式的公平化；第三，在权力运行方式上，要体现合法化原则。权力的来源要合法化，即任何权力来源都要有法律依据，由法律来授权、赋权，而不是由政党、政治集团或个人授权；权力的运用要合法化，即依法行权，凡超越法律界限的权力行使均归于无效；第四，在公民权利和义务上，要体现平等性原则，即凡属法律所辖范围内的公民，都平等地享有宪法规定的法定权利，平等地履行宪法规定的法定义务，不允许有超越法律的特殊公民存在。民族平等也可理解为一种放大的公民平等，这也是宪法意义上的公平体现的重要内容。

2. 民商法及经济法中的公平要求及体现

民商法及经济法，从法律性质上看，均属于调整社会及公民