

陈武军 著

寻找

XUNZHAO SIFA GONGPING
ZHENGYI DE JINGMAI

司法公平正义的径脉



陈武军 著

寻找

XUNZHAO SIFA GONGPING
ZHENGYI DE JINGMAI

司法公平正义的径脉

图书在版编目(CIP)数据

寻找司法公平正义的径脉/陈武军著.

武汉:湖北人民出版社,2015.10

ISBN 978-7-216-08725-4

I. 寻… II. 陈… III. 司法—研究 IV. D916

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第237218号

出品人:姚德海

责任部门:文史古籍分社

责任编辑:余兆伟

封面设计:何 鹰

责任校对:范承勇

责任印制:王铁兵

法律顾问:王在刚

出版发行:湖北人民出版社

印刷:武汉市福成启铭彩色印刷包装有限公司

开本:710毫米×1010毫米 1/16

字数:136千字

版次:2015年10月第1版

书号:ISBN 978-7-216-08725-4

地址:武汉市雄楚大道268号

邮编:430070

印张:10.5

插页:3

印次:2015年10月第1次印刷

定价:32.00元

本社网址:<http://www.hbpp.com.cn>

本社旗舰店:<http://hbrmcbs.tmall.com>

读者服务部电话:027-87679656

投诉举报电话:027-87679757

(图书如出现印装质量问题,由本社负责调换)

自序

党的“十八大”报告提出：“在新的历史条件下夺取中国特色社会主义新胜利，必须牢牢把握以下基本要求，并使之成为全党全国各族人民的共同信念。”其中之一，就是“必须坚持维护社会公平正义。”《报告》指出：“公平正义是中国特色社会主义的内在要求。要在全体人民共同奋斗、经济社会发展的基础上，加紧建设以保障社会公平正义具有重大作用的制度，逐步建立以权利公平、机会公平、规则公平为主要内容的社会公平保障体系，努力营造公平的社会环境，保证人民平等参与、平等发展权利。”《报告》明确提出了“公平正义”的要求，而且要使之成为全党全国各族人民共同的信念。诚然，实现社会公平正义，需要全社会成员共同努力，需要科学机制给予保障。其中重要一点是离不开司法人员的努力，离不开法治的保障。

因此，习近平总书记《在首都各界纪念现行宪法公布施行三十周年大会上的讲话》中，首次提出：“要努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”。

这是党的十八大以来，中共中央对司法工作提出的具体要求，也是人民群众对司法工作的殷切期待。司法是保证社会公平正义的底线，司法不公，何来社会的公平正义呢？司法人员，尤其是法官，是落实社会公平正义的重要主体。每个司法案件能否体现公平正义，都需要每一名法官作出“公平正义”的评判或裁判。因此，保证司法公平正义，不仅是我们司法工作人员的义务和责任，更是我们的权利和职责。

党的要求,人民的期待,对法官既是动力,也有压力。他激励我们恪尽职守,清正廉明,忠于法律,司法为民。同时,告诫我们,有一份权力,就有一份职责;有一份职责,就有一份担当;有一份担当,就要有一份勇气。

从观古今中外,“平等自由”、“天赋人权”、“法律面前,人人平等”、“王子犯法,与民同罪”、“为了公平正义,哪怕天崩地裂”。这些口号或呐喊,无不体现出实现公平正义的渴望。然而,几百年过去了,几千年过去了,今天我们仍然为追求公平正义而奋斗,我们不禁要问这是为什么?

为什么实现公平正义这么难!

陈武军

目 录

自序	1
第一章 公平和正义	1
公平正义,实为何物	1
男女能平等吗?	2
精神病人是“人”吗	3
看得见的公平	4
正义是什么	5
正义是幸福	6
正义是尊严	7
雅典娜的判断	7
正义是“内心”的确认	8
正义是“普罗透斯的脸”	9
辛普森杀妻案	10
冷冻胚胎纠纷案	12
公平正义有时代的烙印	14
诚信是正义的支柱	16
政府的责任谁来担	17
第二章 法的程序和适用	20
法律面前的平等	20
法律思维的要求	21
著名的米兰达案	22

不可思议的程序正当.....	24
法律适用的公正性.....	25
直接故意和间接故意的区别.....	26
正当防卫与防卫过当.....	27
情节恶劣的认定.....	29
同命同价的思考.....	31
“表见代理”的认识.....	32
要求同样的待遇.....	33
“认罪”与“坦白”.....	34
“人肉搜索”的罪与非罪.....	37
自首的认定.....	41
立功的认定.....	44
法官的思维方式.....	46
第三章 道德的力量	49
道德与法律的关系.....	49
法家与儒家.....	50
道德不能代替法律.....	51
犯罪构成要件.....	53
是否“阻止犯罪”.....	54
法律上的“不作为”与“乱作为”.....	54
“不作为”带来的后果.....	56
“乱作为”造成的痛苦.....	59
性质相同 结果不同.....	61
盗砍林木案.....	63
第四章 法官的品格与素养	66
同一环境下.....	66
法官要有信仰.....	67
法官要有职业道德.....	69

法官要有大局意识	70
法官要有良好的司法能力	72
深厚的法律功底	74
法官要有渊博的知识	75
法官要有语言能力	77
第五章 媒体的魅力	79
蒙着双眼的女神	79
迟来的公平正义	80
从无期到五年	81
刑警的无奈	84
一案两凶,谁是真凶	86
“撞人”与“助人”,一步之遥	87
委屈的警察	88
“伤”和“恨”的唐慧案	91
给受害人一个交代	94
第六章 法律的人情味	98
法的本质是什么	98
“人治”与“法治”	100
“法”与“人情”	101
反悔权	103
安提戈涅的质问	104
桃应的难题	105
“人情”与“私情”	106
普利尼的辩词	107
“人情”的界度	108
人的情感有负面因素	109
城管之死案	110
离不开“人情”的法律	111

“复活”的监护权·····	113
温情的法官·····	115
监护权与抚养权·····	117
第七章 法律要被信仰 ·····	120
独有的“信访”·····	120
“娼嫖”的故事·····	121
不犯错的法官·····	122
商鞅“崇法”·····	123
恶法非法·····	125
恶法亦法·····	126
举足轻重的法律载体·····	128
“一叶知秋”的道理·····	129
同样的错误 不同的结果·····	131
面对两难困境·····	133
第八章 客观事实与法律事实 ·····	136
法律事实·····	136
离奇的故事·····	137
证据的功能·····	138
难以甄别的伪证·····	139
无罪的法官·····	142
法治理念的转变·····	145
证据的特性·····	147
证据制度·····	150
每桩案件都是考卷·····	152
不能丢的能动司法·····	153
没到庭的“被告”·····	155
法律的“自由心证”·····	158
后记 ·····	161

第一章 公平和正义

公平正义,实为何物

我们常把“公平”和“正义”连在一起表述,然而,它们看似相同,却又迥异。它们就像一对孪生的兄弟,相貌相似,却是两个不同的主体。

公平,从字面理解,是指公正、合理,平等、平均。公平与正义,虽然在我们生活中,同指不偏私,不徇情,办事公道,处事公正。但是两者是有区别的。公平是具有客观的因素,是社会的属性,而正义是具有主观的因素,是哲学和伦理的范畴。公平是可以用尺量,用秤称出来,而正义只能用人心的去度量。在人世间,往往用尺秤度出来的“公平”,不一定就是人们用心度出来的“正义”。反过来说,人们用心度出来的“正义”,不一定是公平的。

公平是个社会范畴,其含义带有社会自然客观属性,不以人的主观意志转移的。如我们每个人长得高矮、胖瘦、丑美;我们居住环境的差异,以及地震、山洪、火灾等自然灾害,给我们每个人带来的灾难也是不同的。这些都存在着不公平的意思。而这些不公平,不是我们人为造成的,是客观存在的,是人的意志所不能为的。

再如,我们的出生是不能选择的,有的人出生在贫困的家庭,有的人出生在殷实富裕的家庭,他们所受到的教育,生活的条件肯定是不一样的。这些不公平的现象,是我们无法改变的。

男女能平等吗？

我们总是主张“男女平等”，从1857年3月8日，美国纽约的服装和纺织女工举行了一次抗议，反对非人道的工作环境，12小时工作制和低薪开始。到1909年3月8日，美国芝加哥女工团要求男女平等权利而举行示威，直到今天，世界各国每年举行“三八妇女节”活动，以示对妇女同胞的重视。我国为了加强对妇女权益的保护，于1992年4月3日制定了《中华人民共和国妇女儿童权益保护法》，该法明确规定：“妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等方面享有与男子平等的权利。国家保护妇女依法享有的特殊权益，逐步完善对妇女的社会保障制度。禁止歧视、虐待、残害妇女。”

为什么国家要专门立法，来保护妇女的权益？不就是妇女是弱势群体吗？男女有天生的生理上的差异，这是客观的事实，是谁也无法改变的。社会许多家庭重男轻女，抛弃女婴；有的看不起妇女，常有家庭暴力的事情发生；在上学招工上，总有附加条件，限制妇女权益；在继承家庭财产上，很少考虑女儿的份额。这些社会现象的产生，使我们不能不重视对妇女权益的保护。

为了保护妇女的权益，我们在立法时，不得不“偏袒”妇女，设定“不公平”法律条款。譬如，《妇女儿童权益保护法》第五十条规定：“有下列侵害妇女合法权益情形之一的，由其所在单位或者上级机关责令改正，并可具体情况，对直接责任人员给予行政处分：（一）对有关侵害妇女权益的申诉、控告、检举，推诿、拖延、压制不予查处的；”难道对男人的申诉、控告、检举，推诿、拖延、压制就不予处分了吗？这显然是不公平的，但是我们不能说他是不“正义”的。

我国《刑法》规定了强奸罪，构成该罪的要件是指：“违背妇女意志，使用暴力、胁迫或者其他手段强行与妇女发生性交的行为。或者故意

与不满十四岁的幼女发生性关系的行为。”我们不禁要问,如果违背男人的意志,使用暴力、胁迫或者其他手段强行与男人发生性关系了,怎么办,是否也构成强奸罪呢?法律没有作出明确规定,法律没有明文规定的,是不能定罪入刑的,这是刑法的原则。这条法律规定公平吗?

曾经有一位母亲带着自己十五岁的儿子,去桑浴中心洗澡,等儿子洗完澡,母亲结账时,发现要多付三百元钱。母亲问道为什么要多收三百元?收银人员告之;儿子要了“特殊服务”。在母亲的追问下,儿子承认了一切事实:当他刚洗完澡,有个女生进入他的房间,先是主动给他按摩,接着就慢慢挑逗、引诱他,最后,与他发生了性关系。母亲听完后,怒不可遏,立即打电话报警。警察来后,桑浴中心退还了三百元钱。女服务生没有因此被指控犯有强奸罪,因为法律没有这项规定。可是小男孩难道心灵没有受到伤害吗?他是在母亲在场情况下,从本人的意愿讲,是不可能主动与女人发生性关系的。我们可以推断,女服务生是用其他手段与小男孩发生了性关系,是违背男孩意志的。

精神病人是“人”吗

我们说“法律面前,人人平等”。可是精神病人是法律概念的“人”吗?如果说是,那为什么精神病人杀死了人,不受法律的追究?如果说不是,那其他人如果侵害了精神病人,为什么要负法律责任呢?我国《刑法》第十八条规定:“精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果,经法定程序鉴定确认的,不负刑事责任,但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗;在必要的时候,由政府强制医疗。”显然,这是不公平,但不能说不是正义的。从人道主义的角度考虑,我们要维护病人的权益,精神病人是人,而且是病人。不能把他和正常人放在同一个“天平”上,这就是法律上的正义。

不公平的现象是先天造成的,是我们无法选择的,这个道理大家都

明白,所以,人们会坦然接受这种不公平的现实。但是我们要弥补这种天生不公平,就要通过制定规则,使其公平合理。譬如,男人女人、健康人和残疾人,他们在生理上是不同的,不可能享受同样的权利,不可能承担同样的义务。动物也有猪、马、牛、羊之分,它们各有所能。我们不可能把乌龟和兔子分在一个组里,进行赛跑比赛。不可能让猪和牛一样的去做耕田犁地的事。

看得见的公平

因此可以说,公平往往指的是客观事实。公平,是可以直观感觉到的,体现在简单的生活经验中。我们在社会生活和交往过程中,常常遇到长度、高度、重量、数量、质量、速度、温度等等,这些可以体现公平的事物。譬如,我们在竞技活动中,看谁跳得高,这时高度对每个人都是一样的,而且,人们是在同一个水平面上起跳;看谁跑得快,那么长度对每个人就要一样的,而且人们是在同一起跑线上起跑的。只有这样,参加竞赛的人才会赢得明明白白,输得服服帖帖。因为,大家知道,这是公平的。我们到商场去购物,必然要看物品的价格,价格如何表现呢?当然是以一个单位来表示,如多少钱一公斤;多少钱一把;多少钱一个,多少钱一包。然后,我们按价格付钱,拿到我们所需要的东西。在这个过程中,我们不会有任何怨言,因为,我们感觉这是公平的。我们在做生意过程中,拿一吨水泥换一吨钢材,或者拿一吨棉花换二吨花生。这种交易,双方各有所需,都认为合情合理。我们在公务员考试中,或者在司法考试中,大家在同一时间里,做同样的题目,最后依据考分有人被录取,有人被淘汰。被录取的人认为是自己努力的结果,被淘汰的人认为自己才不如人,不能怪任何人。因为,大家在同一“起跑线上”,只能怪自己比别人跑得慢。

当然,有人会说:没那么简单,如果有人在比赛时“偷跑”,而裁判

不吹其违规；有的商场短斤少量；有的水泥或者钢材质量有问题；有的在考试时作弊。这能算公平吗？这些问题在现实中，不是不可能存在的。不过，这是另外一个事实问题，用一个法律专业术语讲，这是另一个“法律关系”。如果出现“偷跑”、“短斤少量”、“质量问题”、“作弊”等问题，将要查明事实后，对这此不公平的行为，作出“公平”的处理。

正义是什么

现在问题来了，我们在实践中，如何给正义下个确切的定义？

正义是什么？公平可以从比较中得出结论，而正义很难从简单的比较中得出结果。因为我们很难给正义下一个确切的定义。有人认为正义是“强者的利益”；有人认为正义是“等值回报”；有人认为正义就是“以直报怨”。

正义，具有人类主观意识的属性，受到人类自身的社会实践、文化生活以及每个人的世界观、价值观的制约。不同的信仰，不同的民族，不同的风俗习惯，不同文化层次，不同阅历的人，对正义的判断也不相同。同为一个杀人犯，不同的法官会有不同的判决结果，当一名法官的亲人被人杀害了，那么他对杀人犯，在量刑时一定会考虑重罚，因为，他认为这样才能体现出正义，还被害人以公道。同理，如果一个患者的救命钱被人偷走了，他以及他的亲人会对窃贼恨之入骨，这是不言而喻的道理。

因此，在美国审判刑事案件时，首先要在选区内推选出十二名陪审团的成员，由陪审团的成员决定被告是否有罪，然后，再由法官判决被告人刑期或者是刑种。那么，在推选陪审团成员时，就要考虑选民是否适合参加本案的审理？如果是审理强奸案时，在问卷调查时，就要问你本人或者你的亲人是否遭遇过强奸？当审理抢劫案件时，就要问你或者你的亲人是否遭遇过抢劫？目的就是一个，防止参与审理案件时，该

成员受到感情因素影响,出现不公正的裁决。

正义是幸福

价值观不同,“正义”的标准就不同。有的人以幸福、安康作为实现正义的目的,如果是这样,在奴隶社会,奴隶也会感到“正义”的存在。美国在1936年至1938年间,开展过一个文化项目的调查,调查者走访了大量曾经做过黑奴的老人,记录他们对奴隶生活的回忆。在这些记录里,既有我们意料之中的血泪史,也有一些温暖的,甚至称得上甜蜜的日子。

有的奴隶回忆说:“太太是个很好的人,从不允许主人买卖任何奴隶,种植园里也不设监工,总是由年长的黑人照顾大家。”一位八十六岁的“老奴”回忆道:“我1856年出生于北卡罗来纳的一座种植园里,父母都是这里的奴隶。这里有162个奴隶,大家的伙食不错,衣服也有不少,住的是舒适的两居室。每个星期天都是奴隶们的大日子,大人们去主人的宅子里领取饼干和面粉,孩子们到主人的宅子去吃早饭,每个孩子都领到足够的水果。如果主人和太太发现哪个孩子吃不下饭或者健康状况不佳,就会留下他来,给他吃饭、服药,直到好转。后来北方军打了过来,主人和太太逃走了,奴隶们获得了解放。直到南北战争结束之后的第二年,主人和太太这才坐着马车回来,四处寻找当初的奴隶。每找到一个奴隶,主人和太太都会说:‘这下好了,回家吧。’越来越多的人回来了,有些人甚至为此喜极而泣,因为他们在‘解放’的日子里,过得很苦,连饭都吃不饱。”

我们通过“老奴”的回忆可以看出,“主人和太太”作为奴隶的“主人”,高高在上,与奴隶的地位是不平等的,这明显是不“公平”的,但是他们彼此都感受到了“幸福”。对他们来说,这不是“正义”的存在吗?

正义是尊严

有人以人格、尊严作为实现正义的目的。谁都不愿意被人看不起，谁都不愿意受到污辱、辱骂。因为人都有人格和尊严。我们在“对手”面前不愿低头，在“敌人”面前不愿弯腰。“宁可站着死，不愿跪着生”；“宁死不屈”；“威武不屈、富贵不淫、贫贱不移”；“不吃嗟来之食”；“士可杀、不可辱”等等，这些豪言壮语，无不体现出人们对人格和尊严的敬重与维护。但事实并非如此简单，有的人为了获取心中的“正义”，不顾道德的鄙视，不惜贬损自己的人格和尊严，做出“污辱”人格和尊严的行为，他们下跪磕头，匍匐行走，表现得极其谦卑。这此现象，我们在寺庙、宫观处，随时可以看到。这些信徒们，在神的面前极力贬损自己的人格和尊严，越是做以极致的信徒越是容易赢得道德的赞誉。

由此我们可以想到，为什么我们审案时，有的死者(被害人)亲属坚决要求判处被告人死刑，因为，他们认为，只有“以怨报怨”才能有人格和尊严，才能体现出“正义”。而有的死者亲戚当得到被告方的赔偿后，可以谅解被告人，因为，他们认为“以直报怨”才是美德。人死不能复生，关键是，我们活着的人，要继续过着“幸福”地生活。

不同的人，有不同的价值观，不同的正义观。所以，当我们依法公平处理一件案件后，未必能满足每个人心中的“正义”。

雅典娜的判断

据《希腊神话》的记载，希腊联军的统帅阿加门农凯旋回宫的第一夜，便被他的王后与情夫杀死，阿加门农的幼子长大后，又杀死了自己的母后和继父。但复仇三女神却对这个“不孝”的王子穷追猛打，要将其绳之于法。阿加门农的儿子被迫得走投无路，最后逃到巴特农神庙，

请求雅典娜女神为他主持公正的审判。雅典娜选出了若干名法官,并指派太阳神阿波罗作为辩护人和证人也到庭。复仇女神陈词中反复强调一个观点,即王后杀的仅仅是一个丈夫,是一个没有血亲关系的人;而被告人却杀死了自己的亲生母亲。二者相比,被告更应受到法律的严惩。阿波罗的陈词却强调王后进行的是一场“蓄意谋杀”,被告人只是履行了他复仇的义务。

听完双方的陈述后,雅典娜请法官们投票,结果黑白二石的数目刚好相等。最后,首席大法官雅典娜说:“公正的复仇女神们,雅典人民是尊敬你们的,今天雅典娜法官的投票也是公正的,被告人在两种神圣的义务(为父复仇和孝敬母亲)中被迫作了一次选择,就像法官们刚才也作了一次选择,无论他选择的是哪一种正义,他都只能放弃其中的另一种。因此,在作出最后的裁决之前,我想对你们说:慈悲一些吧,你们这些不可和解的女神,不要一味沉浸于复仇里,而忘记了人类的怜悯。”最后雅典娜投了一颗白石子,表示无罪。我们很难判断这个结果是不是公平,但他是正义的;是通过正当程序审判的结果,是大家投票投出的结果,因此是正义的。

这个神话告诉我们,两种不同的观点,很难让人们作出一个统一的选择,但我们又必须作出一个选择。这也许就是我们法官的选择。这个选择也许是不公平的,但必须是正义的。这种正义体现在程序上,体现在最终的(多数人)结果。因此,正义往往指的是处事的原则或处事的结果。

正义是“内心”的确认

无论是叫处事的原则也好,叫规则也好,或者叫标准也好,都是人制定的。既然是人制定的,就有主观因素。因此,正义是由人们主观“内心”所确认的。