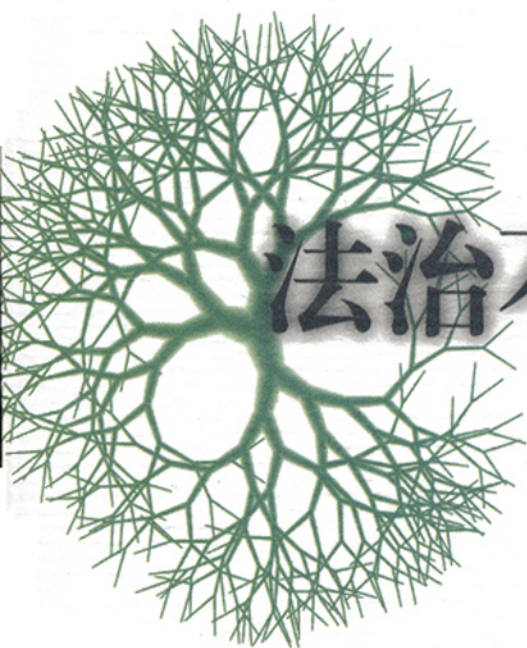




法治不是童话

肖辉 著

河北人民出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

法治不是童话 / 肖辉 著. — 石家庄: 河北人民出版社,
2009.1

ISBN 978-7-202-05117-7

I. 法… II. 肖… III. 法治—文集 IV. D902—53

中国版本图书馆CIP数据核字 (2008) 第208074号

书 名	法治不是童话
著 者	肖 辉

责任编辑	贺秀红
封面设计	苏进起
责任校对	余尚敏

出版发行	河北人民出版社(石家庄市友谊北大街 330 号)
印 刷	石家庄真彩印业有限公司
开 本	850 毫米×1168 毫米 1/32
印 张	7.5
字 数	141000
版 次	2009 年 1 月第 1 版 2009 年 1 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-202-05117-7/D·528
定 价	19.80 元

版权所有 翻印必究

目 录

前 言 1

评 论 篇

法官的感性与法治的理性	7	
“堵被窝”式强制执行与人权观念的淡漠		12
期待刑讯逼供不再成热点	16	
权利冲突与价值选择	22	
疑罪从无的尴尬	28	
法官裁量的空间和尺度	34	
从身份到公权力私有化	39	
法官何故要落泪	45	
“劝富行仁”与“逼富为仁”	49	
问题判决与司法公正	54	
该出手时就出手	59	
尊重民俗与遵循法律	63	
美感与缺失	67	

为了罂粟花不再“灿烂” 71
法治时间表与法治速进主义 76

随 思 篇

法网恢恢 疏而有漏 83
再谈法网中的“疏”和“漏” 87
法律的缺失与补救 92
续谈法律的缺失与补救 96
三谈法律的缺失与补救 100
四谈法律的缺失与补救 104
五谈法律的缺失与补救 108
六谈法律的缺失与补救 112
七谈法律的缺失与补救 116
八谈法律的缺失与补救 121
九谈法律的缺失与补救 125
十谈法律的缺失与补救 130
法律应该被信仰 135
法律怎样被信仰 140
从相信法律到信仰法律 145

随 想 篇

神明裁判的启示 151
良法是法,恶法不是法 155
当众意成为了法律 160
任何人不得从自己的违法行为中获利 165
特例不应成为立法之依据 170

权利是在细微处界定的	175
普罗米修斯的盗火与侵权	180
拆迁楼中的灯光意味着什么	185
时效利益中的法律逻辑	190
公平是法律的一种责任	195
“不二法门”与法律唯一	200
当形象成为了“生产力”	205
法律的“与时俱进”	213
法律是需要想象的	219
法治不是童话	224
后 记	229

前 言

这是一本法治随笔文集，承载着我对于法特别是法律精神的探寻与文化层面的思考，也在形式上记录下我在法律的通俗化言说和文学性表达方面的努力。

做了这么多年的法律教学和研究工作，对法律自然有了诸多感悟和体会，也形成了自己的一些观点和看法，而在职称“进阶”征程中的努力：学术的进一步训练和充实——论证的全面性和阐释的体系化要求，确实客观上增强了我对于法律更为全面的体认，但学术话语架构的抽象性却又疏远了与现实生活的距离。

为了改变这种状况，伴随这一抽象性表达的过程，我产生了尝试用另一种形式表述法律的念头，以使法律更形象更鲜活，更宜走进民间生活。有了这样的念头，一些鲜活的想法便开始相伴而生，也有了一些感悟。有一段时间，这些想法和感悟沉沉地压在心头，挥之不去，就有了一种要直抒胸

臆、一吐为快，以减疏“压力”的强烈愿望和冲动，于是任由思绪飘逸，随笔挥洒，成就了几篇随笔性质的文章。但仅仅几篇是不够的，难以尽抒对法律的感怀，遂又产生开辟园地的想法，以随笔形式关注法律问题——或以法律人的眼光审视社会热点，在众说纷纭中给出一些理性的思考；或抒写对法律的内心感悟，对法律的精神层面进行挖掘和探寻；或从文化的视角对法律进行多维度的观察、描摹和言说——并集合法律诸学人，共同展开对法律问题的随思随想，以求法律的通俗化表达，使法律更便捷地走进民众的心灵，走进生活，从而对法治建设贡献一些绵薄之力。

这一想法随即得到了河北法制报社王玉朝编辑的鼎力支持。不久专栏开办，首期选定的就是这本文集中的首篇《法官的感性与法治的理性》。当王玉朝先生专门就专栏名称打电话求征于我时，我略作思考，即给出了“法缘笔谭”这个名称。我想，既然是随笔专栏，那么采用诸如夜话、随想、漫谈、杂谈、笔谭之类的名称就是自然而然的事了，此类名称的选用好像也成了一种“惯例”，而其中，相比较而言，“笔谭”则显得更加庄重一些，比较吻合法治随笔亦庄亦谐的要求，“笔谭”的意思如此，自不须多说。“法缘”则取“缘”义，就有了两层含义：其一，与法有缘——只要是与法有缘的问题，所有的感触、感想、感知、感悟甚至是感觉，都可尽情抒写，这样一来，就轻松许多；其二，法的边缘——也就是给法划个“圈”，划个法律的“疆界”，圈里为法内，圈外为法外，但法内法外是否存在泾渭分明的隔绝，是否有条

泾渭分明的界线，如果有，那么这个边缘究竟是条线，还是个面，法内法外到底有多大的“隔离带”（如果有“隔离带”的话），这样就有了广泛探究的空间。

作为该栏目的“构思者”和事实上的策划发起人，我也自然成为该栏目的主笔，一篇篇随笔文稿遂涓涓而出，汇集着我对法律的思考，随思、随感、随想、随悟，跃然于栏目之中，断断续续三年有余，构成了本文集最大的组成。

本文集按内容风格大致分为三个部分：收录在“评论篇”中的文章主要围绕当时的社会热点和视点展开讨论，提出自己的看法和立场，属于以法律的眼光看社会；第二部分“随思篇”中的文章，系从法律的视角和社会的需要看法律，直面法律自身的品格和缺陷，展示一个更为完整的法律概貌，并呼吁在认识法律的基础上相信法律，培养对法律的信仰；第三部分“随想篇”中的文章，则是由法内到法外、再由法外到法内，由法律的中心到边缘再回到中心，以一种更为随意的笔触来抒写对法律生活尤其是法律精神的所思所悟。

就像是在完成一篇法学作业，我对本书的出版始终充满期待。因此，成就这本文集也就绝非偶然，此后似乎可以稍稍停歇了。但我又不敢停歇，因为我深知，在法治的进程中，每一个法律人都要有一份责任，那就是对法律不停歇的探寻；我也深知，法律的探寻需要我们深入到精神的层面，因此需要浸淫我们的肌体，荡涤我们的心灵，使我们自觉于其中，并内化为自觉自律的行为和习惯；而且我更深知，我们努力的方向，就是要伴随法治进程的跫音，让法律真正走进我们

的生活。

因此，我想再次重复我在《“不二法门”与法律唯一》中结尾的那句话：

“法律是一种生活方式，既然已经选定，我们谁都离不开。”

肖 辉

2008 年 10 月

评论篇

法在表述其价值追求及正义理念方面，不一定要看上去很美；而表现为文本形式的法律更无须追求形式上的美感。法可以体现为正义、善的理念和追求，而法律则更应侧重于对现实生活的适应和调整。

法治的理性是一种制度理性，是以制度理性排除个人感性，通过制度理性来克服人性的缺陷；而不是相反——要求个人通过自身努力冲出感性的包围，通过自我完善来达到人格的完美，迎接理性的光辉。

法官的感性与法治的理性

前些日子读报，看到一篇某军事法院法官写的文章，读罢，颇多感想。

文章写道：“两年前，我结束军校教员生活，走上军事法官岗位。没想到我经办的第一个案件，审的被告人却是自己的学生……”接着，作者简练地描写了院长如何将被告人的卷宗材料交给他并让他担任合议庭成员，又如何带他到看守所给被告人送达起诉书，及返回途中自己的惋惜之情，并以院长的“你现在毕竟是法官了”这番话为警示引发了关于法官职位的思考，得出“忠诚于法律是我的唯一选择”的结论。有了这样的结论，案件审理

结果的公正性自然就有了保障，这可从被告人最后对他的一番表白中得到印证：“现在您虽然没有对我法外开恩，但是我不怪您。我会好好改造的。”

应该说，作者通过情与法的较量，最终选择了法律，维护了法律的尊严，从结果来看是没有问题的。然而，恰恰就是在这个案件中，当我们站在法治的层面，从法治的视角重新审视时，就会发现他在将忠诚于法律作为其唯一选择的时候，却忽视了作为法律有机体的一项十分重要的制度，即回避制度。法治的一个基础就在于制度的设计和运行。是不是需要作为法官的作者这番情与法的较量，主要看法律的制度设计方面是否存在空隙。该文描述的情况是不存在这个问题的。

我国刑事诉讼法第28条至第31条确立了刑事诉讼中包括审判人员在内的有关人员的回避制度，并在第28条规定了四种应当回避的情形，其中第四项为“与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的”。这里的“其他关系”法律虽未作具体规定，但是根据回避的立法宗旨，系对一切可能影响公正处理案件又不宜列举或不能完全列举的情况而作出的原则性规定，如老同学、老战友、老部下等等。从该文涉及的案件中，作者确实因为过去的师生关系而对被告人存了惋惜之情，从而产生了情与法、感性与理性的冲撞。虽然作者最终选择了法律，但毕竟已经有了情感的冲击，有了些许人之常情的痛惋和折磨。

难道法律真的需要司掌法律大权的法官们每每在这种情形下都要经受类似的冲撞而忍受精神折磨吗？答案当然是否定的。同时，这还涉及到法治的另一个内容，即理性。

我国是一个极为讲究熟人伦理文化传统的国家，文章作者面对曾是自己学生的被告人产生感情方面的波动也是人之常情。因此从法律理性出发，在司法裁量权的行使中，就应当杜绝各类熟人关系的存在，这样才能最大限度地保证司法公正。

法治的理性是一种制度理性，是以制度设定规制人们的行为，以制度理性排除个人感性，通过制度理性来克服人性的缺陷；而不是相反——要求个人通过自身努力冲出感性的包围，通过自我完善来达到人格的完美，迎接理性的光辉。法治不要求完人，法治理性的要求恰恰是要从人所固有的或可能存有的不完整中找出缝隙，予以填补。将司法结果的公正寄托于寻求道德自律的胜利，不仅对法官本身来说是苛刻的，而且也是一种非理性的表现，风险极高。这也是回避制度确立的原因。

回避的本意是因避嫌而不参与其事，目的在于防止办案人员主观片面，利用职权徇私舞弊，不公正的处理案件，提高司法工作透明度，增强当事人对其严格执法的信任感，维护司法机关的权威和法律的严肃性。

那么是什么原因导致了文中所述情况的发生，是不了解这项法律制度的存在吗？答案同样是否定的。因为不论是对已经具备了一定审判实践经验的院长，还是当时刚刚

迈进法院大门从事审判工作的作者，作为一项诉讼活动基本内容有机组成的回避制度可以说是一种常识性的要求。那么唯一的解释只能是忽视（作者在整篇文章中根本就没提及），认为可以通过自己对法律的信仰和捍卫法律的行动（当然都是实体法部分）来达到司法结果的合法和公正。这反映了其对体现法治精神和要求的“法律至上”信念的理解上的偏差。虽然文章作者意识到法官职业的神圣性，而将法律至上、忠诚于法律作为自己走上法官岗位后所追求的目标，并在审理结果上贯彻了这一精神和要求，并未因故旧的师生关系而“法外开恩”。但作者的这种“忠诚”和“至上”却因为对程序法中回避制度的规避而不可避免地蒙上了一层阴影，也使自己的法治信念多多少少存在了一些瑕疵。

毫无疑问，法律至上就法治的理念层面而言，指的是法律的整体。不仅在实体法上如此，而且在程序法上也应如此，甚至在一定意义上说更要突出程序法的价值和要求。因此，法律至上不仅仅是法律工作者的一句口号，也不仅仅是对部分法律的忠实实践，而应是对全部法律、是对法律整体的实践和遵守。

长期以来，轻程序重实体，重结果轻规则的习惯思维和做法一直影响着我们的执法和司法活动，对我们的法治建设已经产生了越来越大的消极影响。维护程序正义，从而使每一位法律工作者都能从我做起，从点滴做起，从每一个法律制度和规则的规定和要求做起，从每一个案件以

及每一个案件的具体审理环节做起，不仅在根本上是实现法治的需要，而且也是以程序正义保证实体正义，最终实现法治目的的必然要求。

2005 年 11 月 29 日

在维护判决既判力、捍卫判决神圣性的同时，不要忘了，在强制执行中，采用何种方式，采取什么手段，绝不是一件简单的事情，特别是在民事判决的执行中，一定注意不要损害被执行人的其他权利。

“堵被窝”式强制执行与人权观念的淡漠

北京市高级人民法院有关人士近日向社会通报，对拖欠物业费的业主实施“堵被窝”式强制执行的做法，已经被叫停。此举无疑彰显了法的精神。按理说，法院对已经生效的民事判决进行强制执行，从法理上看并无不妥，但问题的关键是，应该怎样强制执行，采取什么样的方式强制执行更为妥帖？这恐怕是我们应当认真思考的。“堵被窝”式强制执行至少存在着两个问题：一是有损于法的精神，二是拉远了人们与法治的距离。

法的精神，在于以人为本。人本主义不是一句口号，而且更不应该只成为一句口号。法治的落脚点也在这里，

通过法律的治理使人们过上权利得以保障、自由得以实现的美好生活，只有这样，法律所创设的规则生活才能得到民众普遍的认同，法律的“统治”也才能顺利实现。

古希腊的亚里士多德曾经说过，法治应该包括两重意义：已成立的法律得到普遍的服从，而人们所普遍服从的法律又是本身制定得良好的法律，即良法之治。良法体现着法的精神。17世纪英国著名法学家霍布斯把良法定义为“为人民的利益所需而又清晰明确的法律”。从实体内容上讲，良法应当充分体现现代法治的价值要求，其中一项十分重要的内容就是人权。而对人权的尊重就是人性化在法的运行当中的内涵所在。

2004年宪法修正案明确将人权写入宪法，使人权不再仅限于政治范畴，而且也成为法律概念，或者更准确地说，成为一个宪法概念，“尊重和保障人权”因此而成为宪政实施中的必然要求，进而成为一切法律活动中所应贯彻和执行的标准。

民事案件，尤其是涉及物业公司与业主之间的纠纷处理，更要考虑人性化的标准和要求，在证据取得和证据链条的形成认定上更要考虑作为弱势一方的业主的利益和诉求。证据规则不应是冷漠的，证据规则更不应当僵化。在我们思考如何更好维护程序正义的时候，我们也不能把社会的实体正义弃之不顾。

物业纠纷问题复杂，物业费的欠交原因很多，其中大多是基于对物业公司的服务不满。当然，我们应当提倡通