

■ 在书斋与法庭的两点间往返
■ 在学者与律师的角色中游弋
■ 在理想与现实的反思中探寻

解案

JIEAN SUIBI

随笔



最不公平的判决
——兼论行政许可制
冲出牢笼的怪兽
——兼论行政立法行为
被悬空的权利
——兼论行政登记制
真假猴王之争
——兼论行政处罚行为
一个人和一群人的战争
——兼论“权利的冲突”
用证据说话
——关于证据和证据体系
我们需要走多远
——关于证明标准

赵英彬 / 著
高培勇



法律出版社
LAW PRESS

解案 随笔

JIEAN SUIBI

赵英彬 / 著
高培勇



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

解案随笔/赵英彬,高培勇著. -北京:法律出版社,
2003.8
ISBN 7-5036-4406-0

I.解… II.①赵…②高… III.案例-分析-中国
IV.D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 067591 号

法律出版社·中国

责任编辑/吴剑虹	装帧设计/孙 宇
出版/法律出版社	编辑/法律应用出版中心
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶 松
开本/A5	印张/12 字数/310 千
版本/2003 年 10 月第 1 版	印次/2003 年 10 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法律应用出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939645	传真/010-63939650
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	中法图第一法律书店/010-63939781/9782
客服热线/010-63939792	中法图北京分公司/010-62534456
网址/www.chinalawbook.com	中法图上海公司/021-62071010/1636
电子邮件/service@chinalaw-book.com	中法图苏州公司/0512-65193110
书号:ISBN 7-5036-4406-0/D·4124	定价:26.00 元

| 序

以案说法的形式在最初普及全民法律教育的时候曾经风行过。但这种形式都只是以已发生的事实和案例去证明和论证法律、法规等规定的重要性、必要性、正确性,现在看来这无疑只是一些表面的图解方式的说明而已。

以案说法的书籍已有一些,但不多见。似这类书与以案说法、学法的书已有很大的不同。在此,案件在此只不过是一个引子或载体,通过案件分析其背后的种种法律关系、利害关系,进而透视法律、法规、规章、文件本身的合理性、必要性,进而考虑法律制度内部的价值取向、逻辑过程、利益分割、关系调整、权利保护等等内容,这才是本书值得一读的地方,诚如作者所说,本书是要“讲一讲公正的界限与公正的判断过程”。《解案随笔》一书虽然从名字上看不像其内容那么吸引人,但以“随笔”二字冠名,已足见作者企图体现与一般以案说法书籍不同的良苦用心。

作者讲:人的自由本性与社会的限制本性是一对矛盾。我赞同这种说法。正如卢梭所说,

人生而自由却无所不在枷锁之中。显然,这里的自由指的是人的本性,而枷锁指的就是社会对人的自由本性的限制。

社会之所以要限制每个人的自由本性,说到底还是因为其自由本性本身的原因,社会要秩序,人性要自由,因此才要为之设定一个界限。按照一般的理解,这个界限就是自由与秩序即法律的关系,或者说就是法律本身。

著名匈牙利诗人裴多芬有一名句:生命诚可贵,爱情价更高,若为自由故,二者皆可抛!自由是神圣的,崇高的,那么由法律来限制能否限制得住?能否限制得适当而不伤及自由本身?前者涉及执法问题,后者涉及立法问题,或者说要思考对限制自由的法律的正义性、公正性评价问题。社会是复杂的,解决社会根本问题的种种现象更是复杂的。本书中诸多案例的种种情况,足以说明这一点,也还说明要使限制自由的法律更加符合社会理性和公平正义是多么的不易。同时,即使是有了好的法律,有了很好的社会规则,如果在执行过程中走样,也还是等于悬空。这时,又靠什么来保护我们的自由和权利呢?这的确确是需要我们认真思考的问题。

与自由和法律关系相类似的问题是行政与民事的关系问题。从理论上去分析,行政法律关系与民事法律关系是十分清楚的,完全不混淆。但是,随着经济体制的改革和变化,政府职能的转变,在实践中这一关系往往显现出的状态却远非人们可以理喻。一般地说,人民是权

力的主体。一切行政权都是人民赋予的。行政机关依法行政,其根本目的是要维护保护人民、法人和其他组织的合法权益,从而促进社会各方面有序、健康的发展。人民的权利是一切行政权力的来源。这也是三个代表重要思想所要求的,这也是“立党为公、执政为民”所必须的。我们党的宗旨,政府行政活动的目的,我们的宪法不都是如此要求的吗?因此,权力应该说是权利的保护力量,权力不应该去侵犯公民的权利,这才是我们行政的根本准则。不管法怎样规定,依法行政的要求,至少使得权力的行使有了一个基本的底线,不致于使权力游离于法外去行使,不致于在成文的法律条文之外再创造一个别的什么东西或将法律悬空为废纸一张。本书在第一编的若干民事案件中比较集中的讨论了行政许可、行政处罚、行政登记、行政立法等与民事行为的关系,这是其一个较为突出的亮点。

同时,作者关于合同权利与第三人权利的冲突和权利在当事人之间的公平分配,以及对司法对权利的认定和保护等等方面围绕权利这个中心的沉思与深问,既显出了较强的法学功力,也展示其多年职场中锤炼合同的种种能耐。

当然,本书还有些有待进一步研究和完善的地方。比如,作者关于规章和规范性文件的法律地位及效力问题,关于政府立法权问题等认识还值得商榷,对有些案件本身介绍的取舍还需要斟酌,有些章节读后还有不完整感等等。此外,作者是以理性加批判的眼光来看待许多

问题的,因此,虽不乏真实,但也比较负面。须知,对人、对社会,最终起作用的,还是鼓励、奋发的凝聚民族传统和精神的主旋律,正如在危急关头,我们总是高歌义勇军进行曲而不是靠批判的词句一样。

在此,还想为本书的写作风格说几句。

这些年,大家对法律文学已经司空见惯,以司法案件为题材的小说、电影、电视剧数不胜数。究其原因,大概是司法案件中人与人、与社会之间的矛盾最为激烈,也最能彰显人性。而在法律中,文学法律还没有人听说过。长久以来,我们以一种固定的方式书写法律作品,不是议论文,就是说明文。以这种方式创作的作品,以一种冰冷的理性拒人于千里之外,除了我们这些以此为职业的人,少有人爱读。同时,方式本身会限定内容,这种方式在留下法律理性的同时,也使法律失去了其感性的一面。

以杂文、随笔、散文的方式描述法律的运用过程。创作文学法律能不能表现法律感性的一面?在这方面,这部作品是一次大胆的实验。这部作品的主体性很强,字里行间既有作者喜怒哀乐的感情流露,又有作者沉静深刻的理性表达。在案件事实部分,作者以一种文学的笔法给予描述,形象的揭示了复杂的案件背景;在法律说理部分,书里既有严谨的理论解析,又有作者随想随思的杂谈,从而构建了一幅丰富的法律图景。在写作技巧上,过去的此类作品多为静态的解剖,简明倒是简明了,但是略去了复杂的法律运作过程。这本书一反常态,以一种动态的、顺序

的手法去写,案件发展到哪里,文章就写到哪里,真实、生动的再现了这一运作过程。

这本书以百姓的话语写成,其流畅明快的风格,使法律卸去庄重典雅的外装,身披平民外衣,成为百姓的法律通俗读本。对法律实践者而言,这本书严谨的思辨,周密的考量,大胆的质疑,为形成我们的实践智慧开辟了道路,对于法律研究,此书中丰富的背景知识,以及法律运作与背景各个因素的互动,为我们从法律围墙中走出,着眼世界,反观自身,提供了一种思路。对于学生,如何从法律知识转化为法律技术,又如何从法律技术提升为法律智慧,这本书给出了回应。

在律师界,两位作者算是年轻的老律师。我猜想,正是因为他们职业角色,决定了他们独特的法律视角;正是由于他们丰富的从业经历和经验,才决定了这本书色彩斑斓的内容。霍姆斯大法官的名言是,“法律的生命不在逻辑,而在经验。”

在学界,两位作者则是地道的新人,这是他们的第一部作品,堪称新人新作。能写出这样的著作,还是很为他们高兴。我不是什么学术权威,本无资格写什么序,写出上述一些文字,权当一些学习的体会和读后感。希望他们有更多更好的作品问世。

是为序。

青 锋

二〇〇三年八月十二日

| 前言

人与人最初是一种自然联系,两性相吸,繁衍后代,这是由人的自然属性决定的;同时,人与人的有意识的社会联系产生了,男耕女织,采桑种田。按照社会连带法学派的观点,这是基于同求与分工,同求使同类相聚以成群,分工使相互依赖以成体,这就是社会了。

社会使人一方面更大程度的独立于自然,另一方面使人更大程度的依赖于社会。对于人而言,“社会既是一种利益,也是一种负担,……因为,人一旦脱离自我,进入社会,就会得到一定利益,也受到一定的限制。”(见李小兵《我的“精神历史”》)

人的“自由”本性与社会的“限制”本性是一对矛盾。在经历了无数倾轧、掠夺、仇杀之后,在为无数血、泪、汗浸淫之后,人类认识到,为了保证已获得的自由和实现更大的自由,必须对自己天然的、不受约束的自由进行限制,后者是为前者支付的成本。自由不是为所欲为和不受约束,而是各自受限又各得其所。应得应失之

间就是自由的界限了,这种界限并非人预先的创设,而是深深根植于我们的行为和意识当中,这就是自然公正。

法律是“公正”的裁判者与保护者。当法律的界限吻合于“自然公正”的界限,我们称之为善法;反之,则被称之为“恶法”,同样,当司法裁判与“自然公正”相契合,我们称之为“公正”的司法,反之则被称之为司法不公。

公正被人分为实体公正和程序公正,实质公正和形式公正。

前者指公正地分配,是说那个界限是公平、正义的,它与实体法有关,后者指公正的判断,是说我们的判断过程也必须是公平、正义的,它与程序法有关。

公正是一个社会的支柱。应得到的没有得到,不应失去的却失去了,同时这种不公又无法通过正当方式救济,剩下的只能是以同等的方式逾越自由的界限,破坏别人的自由,如此累聚,社会赖以存在的支柱将轰然而倒。

公正同样是一个社会的目标。只有公正的,才是有效率的,贪污、腐败、掠夺、侵占仅只对个体产生私利,而对那些不应失去却失去利益的人,是一种侵害。对整个社会而言,社会财富的总量并未因此而增加,只不过在社会成员之间进行了重新的、不正当的分配。这种分配如果得不到纠正,必然会带来三个后果:一方面机会的不公平会造成社会资源的浪费,优势资源得不到充分利用;另一方面结果的不公平会使创造财富失去动力,财富的增长将因此而停

滞;同时,这种行为如果得不到纠正,会使其具有模仿意义,一种新的机制会代替原有的,这种机制就是掠夺而不是创造,这将耗费大量的社会成本,社会财富不增反减。因此,公正与效率从来都不是对立的,一个机会均等、结果公平的社会必是有效率的社会,社会的公正程度有多高,这个社会的效率就有多高。

我们现在正处于由经济建设向制度建设的转型时期。二十年的改革开放,我们摸着石头过河,抓住老鼠就是好猫,这种实践使我们积累了对市场经济和自由社会的感性认知;二十年后的今天,如何以制度促进、保障社会的发展,把一种盲目的、任意的、随机的感性上升为理性的、有目的的构建,成为我们的课题。

这本书想讲一讲公正的界限和公正的判断过程,主要是民商方面的,没有太多的说教,更多是一些实际的案例,通过这些案例,我们想让大家看一看,我们离公正还有多远?

从内容上看:第一篇我们介绍的是权力与权利之间的冲突;第二篇讲的是合同权利与第三人权利的冲突;第三篇讲的是权利在当事人之间的公平分配;第四篇讲的是司法对于权利的认定和保护;第五篇讲的是司法的两大支柱——律师与法官。这就是本书的全部内容。

作者

2003年6月

| 引子

我们订立了一份合约,大家都对合约的结果有一个预期。于是我们开始执行这份合约,可是在这个过程中,有一天,我们发现执行不下去了,或者执行的结果和我们预想的相去甚远,到底哪出了问题?

在追问过程中,我们发现了原因所在,或是政府的原因,政府或是直接剥夺了我们的权利,或是影响着我们权利的实现;或是第三人的原因,在交货的时候,第三人突然跳出来,说货是假的,不能卖;或者我们发现,交易对手是个假的,他背后那个第三人才是真的;也许是因为我们自己的原因,合约之初,我们觉得意思明白无误,可纠纷之后,合约的条文一下子模糊混沌起来。当然,还有老天爷的因素,对此我们在这是不想考虑的。

对于上述这些问题,法院怎么看,律师又怎么看,这些因素对交易是否真的有影响,有多大的影响?这就是我想告诉您的。

| 目录

引 子	1
-----------	---

第一篇 行政:权力之下的权利

1. 最不公平的判决 ——兼论行政许可制	6
2. 冲出牢笼的怪兽 ——兼论行政立法行为	19
3. 被悬空的权利 ——兼论行政登记制	39
4. 真假猴王之争 ——兼论行政处罚行为	47
5. 结语	57

第二篇 第三人:权利之外的权利

1. 一个人和一群人的战争 ——兼论“权利冲突”	63
2. 抓住背后那只手	

——以“权利的名义”	69
3. 没有特权的债权人	
——兼论第三人的权利	83
4. 与京城名律对决	
——兼论第三人的追夺	93
5. 服务业的烦恼	
——兼论第三人的不法侵害	105
6. 王大胆的六审诉讼	
——未主张权利的第三人	108
7. 小结	119

第三篇 相对人:权利的本来面目

导论	122
1. 通过解释寻求权利	122
2. 合同的经济学区根据	127
3. 我们解释什么	133
4. 解释是为了什么	136
5. 小结	140
上篇 市场交易中的合同	141
6. 被改变的意图	142
7. 假定的意图	146
8. 强迫的意图	152
9. 确定的意图	159
10. 废弃的意图	164
11. 混乱的意图	173
12. 误导	186
13. 上篇的结语	195

中篇 公司体内的合同.....	197
14. 国家的事业	201
15. 谁是真正的老板	208
16. 只有一个老板	211
17. 内奸与叛逃者	213
18. 小结	223
下篇 合同的履行——从意图到行为.....	224
19. 制造违约	
——关于同时履行	226
20. 谁在不讲诚信	
——关于合同解除	233

第四篇 司法:权利的证据和保护 权利的正当程序

导论.....	244
1. 权利的保护	244
2. 司法官的责任	247
3. 法律的正当程序	251
上篇 权利的证据.....	256
4. 最失败的案件	
——关于证明对象	258
5. 糊涂的法官	
——关于举证责任	271
6. 用证据说法	
——关于证据和证据体系	279
7. 探求事实真相	
——证明过程: 举证、质证、认证	285

8. 我们需要走多远	
——关于证明标准	292
下篇 正当程序	296
9. 法院和政府,谁说了算	
——行政程序与司法程序	300
10. 失踪少女的困境	
——刑事程序与民事程序	306
11. 不能成立的假想	
——民事案件对刑事案件的影响	310
12. 老张的心愿	
——自治程序、行政程序与司法程序	312

第五篇 法官和律师:权利的 裁判者和谋求者

上篇 权利的裁判者——法官	326
1. 法官的角色	326
2. 法官的品质与才智	330
3. 法官的处境	339
4. 现在的法官	343
下篇 权利的谋求者——律师	346
5. 律师的工作	350
6. 律师的品性	354
7. 律师的处境	359
参考文献	362

| 第一篇 行政：权力之下的权利

行政权对市场交易的干涉程度，决定着一个社会经济的自由程度。政府对市场的干涉是基于它社会公共利益的维护者，是市场的监管者这一角色。然而，这种干涉能走多远？

在市场自由和市场公平之间，在市场效率和社会正义之间，行政权总是在小心翼翼地权衡着，一方面它不愿放任不管，导致市场无序，另一方面它又不能走的太远以致丧失市场自由，这实在是一个不好把握的分寸。

除此之外，政府还有另外一个角色，那就是在有些领域内它还是市场的参与者。比如政府采购，再比如，在由政府垄断的经济资源方面，如矿产、土地、水源等，它还是惟一的卖方。

政府的双重角色是与生俱来的，我们不应奢望政府成为单一角色。问题仅仅在于，政府是否混淆了这两个角色，是否恰当地演好了这两个角色。它是否在动用公共权力时进行了市场交易，让公共权力成为可以买卖的商品，形成所谓的权力寻租；是否在进行市场交易时滥用