■ 大学公共课系列教材

现代法治理念

XIANDAI FAZHI LINIAN

赵秉志◎主　编

DAXUE GONGGONGKE XILIE JIAOCAI

北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

■ 大学公共课系列教材

现代法治理念

XIANDAI FAZHI LINIAN

赵秉志◎主　编
熊跃敏◎副主编

北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

现代法治理念／赵秉志主编．—北京：北京师范大学出版社，2012.12
（大学公共课系列教材）
ISBN 978-7-303-15521-7

Ⅰ．①现… Ⅱ．①赵… Ⅲ．①社会主义法治－中国－高等学校－教材 Ⅳ．①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 236109 号

营销中心电话 010-58802181 58805532
北师大出版社高等教育分社网 http://gaojiao.bnup.com.cn
电子信箱 beishida168@126.com

出版发行：北京师范大学出版社 www.bnup.com.cn
北京新街口外大街 19 号
邮政编码：100875
印　　刷：北京东方圣雅印刷有限公司
经　　销：全国新华书店
开　　本：170 mm × 230 mm
印　　张：24
字　　数：438 千字
版　　次：2012 年 12 月第 1 版
印　　次：2012 年 12 月第 1 次印刷
定　　价：32.00 元

策划编辑：李洪波　　责任编辑：李洪波
美术编辑：毛　佳　　装帧设计：毛　佳
责任校对：李　菡　　责任印制：孙文凯

版权所有　侵权必究

反盗版、侵权举报电话：010-58800697
北京读者服务部电话：010-58808104
外埠邮购电话：010-58808083
本书如有印装质量问题，请与印制管理部联系调换。
印制管理部电话：010-58800825

序言　努力探索现代法治理念的有效传播

依法治国、建设社会主义法治国家是我国新时期的基本国策和发展方向，而大学生则是推动我国社会主义法治建设的中坚力量，这不仅适用于法学专业的学生，而且是针对我国各高校中所有专业的学生提出的要求。但与法学本科生不同，要求非法学专业本科生在大学四年期间全面系统地了解甚至掌握各部门法的规范和知识点并不现实，对他们而言，培养基本的法律意识、宏观的法治理念以及基础的法学思维乃是大学法学通识教育的迫切要求。这就要求习惯于培养法学专业本科生的教师在授课环节以及教材选择等方面作出较大的调整，以实现对非法学专业学生法学素养的培养目标。

遗憾的是，迄今为止适合于培养我国非法学专业本科生的教材凤毛麟角，这无疑是我国法学教育的一大缺憾。本教材编写的目的正是弥补这一空白，通过对各部门法的重大法治理念的传播，使学生真正领悟到法治的根本作用是通过约束权力来保障权利。只有树立这一现代法治理念，学生在步入社会后才可能自觉维护法律尊严，成为法治理念的推广者。

基于教材的指导思想和编写特点，结合法学学科自身的体系，本教材以法学专业二级学科分类为基础，采取专题介述和研讨方式。与其他法学教材相比，本教材具有如下特色。

其一，采取比较的方法。一方面，探讨现代法治理念必然无法回避对国外相关理论的引介，一些西方先进理念对于我国社会主义法治国家的建设具有重要意义；另一方面，现代法治理念又非空中楼阁，必须与我国当前的实践相结合。在本教材的编写过程中，主编和各位参编者在着重对那些已在国际上被普遍认可的理念进行阐述的同时，特别注意充分考虑我国当前法治以及其他相关领域发展阶段的特殊性，对相关法治理念进行分析阐述。

其二，重视国内外经典案例、重大事件和热点问题的分析。本教材力图避免传统的灌输式教学方法，体现学术性与实践性的融合，注重时代性、开放性、前沿性，希冀有助于学生从具体层面领悟宏观的法治理念。

其三，结合各类法学经典著作进行讲授，着眼于对学生知识、能力与综合素质的全面培育。

其四，采取跨学科分析方法，尽可能将现代法治理念与非法学的其他相关

专业相结合，从而达到开拓学生视野的目的。

作为全国法学界快速崛起的教学科研单位，北京师范大学法学院和刑事法律科学研究院吸引了大批法学优秀人才，教材的各专题分别由法学两院具有丰富本科生教学经验、教学效果良好、科研能力较强的骨干教师负责撰写，实力雄厚的编写队伍为教材质量提供保障。

在教材编写过程中，参编教师多次开会讨论，反复调研论证，编写态度严谨。我们希望这部法学教材能够成为深受学生欢迎的良师益友，引领学生步入神圣的法学殿堂。我们也希望今后进一步深化和改进这本教材。

赵秉志

2012 年 8 月于北京师范大学

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

目　录

第一讲　法理学专题 …… 1

第一专题　法律价值 …… 1

第二专题　法律面前人人平等 …… 11

第三专题　依法治国 …… 21

第四专题　权利本位 …… 33

第二讲　宪法学专题 …… 44

第一专题　宪法至上 …… 44

第二专题　人民主权 …… 56

第三专题　分权制衡 …… 66

第四专题　尊重和保障人权 …… 76

第五专题　公民参与 …… 86

第三讲　民法学专题 …… 101

第一专题　诚实信用 …… 101

第二专题　公序良俗原则 …… 110

第三专题　民事主体地位平等 …… 117

第四专题　尊重人格与精神损害赔偿 …… 126

第五专题　意思自治与契约自由 …… 135

第六专题　过错责任与无过错责任 …… 143

第四讲　刑法学专题 …… 153
第一专题　罪刑法定 …… 153
第二专题　刑法的谦抑性 …… 161
第三专题　宽严相济 …… 169
第四专题　限制与废止死刑 …… 179
第五专题　主客观相统一 …… 187

第五讲　行政法学专题 …… 197
第一专题　依法行政 …… 197
第二专题　有限政府 …… 207
第三专题　行政公开 …… 218
第四专题　比例原则 …… 225

第六讲　诉讼法学专题 …… 234
第一专题　程序正义 …… 234
第二专题　司法独立 …… 243
第三专题　无罪推定 …… 252
第四专题　控审分离 …… 264
第五专题　控辩平等 …… 275

第七讲　知识产权法专题 …… 286
第一专题　知识产权的私权性 …… 286
第二专题　知识产权的权利限制 …… 295
第三专题　防止知识产权权利滥用 …… 305

第八讲　环保法专题 …… 314
第一专题　环境伦理 …… 314
第二专题　环境权 …… 323
第三专题　可持续发展 …… 333

第九讲　国际法专题 …… 346
第一专题　国家主权平等原则 …… 346
第二专题　禁止非法使用武力 …… 354
第三专题　和平解决国际争端 …… 364

后　记 …… 374

第一讲　法理学专题

第一专题　法律价值

【导语】

所谓法律价值是指法律制度所承载的那些基本社会价值。法律价值体现着法律的基本理念和精神。法律的创制和实施都离不开这些基本法律价值的导引，否则法律就会背离其根本目的。在现代社会，秩序、正义、自由以及效率是法律制度的基本价值。法律制度借助于对社会主体行为的规范调整来实现秩序价值；通过对社会主体的权利和义务、利益和负担的公平分配来实现正义价值；通过对自由原则和自由权利的确认和保障来实现自由价值；通过科学合理的制度设计来激发社会主体的积极性，进而实现法的效率价值。由于社会生活的广泛性和复杂性以及法律价值主体的多元性，法律所追求实现的多重法律价值之间会出现冲突。立法者或者司法者在解决法律冲突的过程中，应当依据包括适当性原则、必要性原则以及狭义的比例原则在内的比例原则来平衡相关的法律价值。借助于比例原则，可以实现对相互冲突的基本法律价值的理性平衡和兼顾，使得相关法律价值得以最佳实现。

一、法律价值的含义

价值一词的本义是指“珍贵的”“可重视的”。在日常生活中，“价值”通常被视为“有意义”的同义语，是兼有“好”“有用”“善”“美”等含义的概念。因此我们可以将价值界定为客体(各种物质的、精神的、制度的对象)满足主体(某人、某个阶级、某个社会或国家)的需要和利益的积极意义。在法学领域，“法律价值”一词代表着法律这种客体对于主体需要的满足或有用性，是法律制度所具有的积极意义。

在理解法律价值含义时需要注意两点：第一，一种法律制度的价值大小，既取决于这种法律制度的性能，同时也取决于一定主体对这种法律制度的需要。法律价值有两方面的特性：客观性和主体性。所谓客观性是指法对主体的积极意义，不管该主体是否认识到和如何认识，都是客观存在的，这是因为主体的需要和利益是客观存在的。主体性是指法或同一法律制度对不同的主体或不同时间、地点的同一主体具有不同的价值。第二，法律价值是一种应然的追求，

是法律制度应当追求而且也完全有可能实现的理想目标。但法律制度能否最终实现其价值，还取决于立法的质量和法律的实施效果。

法律价值反映着法律的理念和精神，因此深入理解法律价值具有重要意义。只有真正领悟了法律制度背后的价值取向，才能在法律创制和法律实施的过程中获得正确的价值指引，才能够防止法律制度背离其深层目的，并进而发挥其应有的功能。

二、基本法律价值

古罗马法谚云：有社会即有法律。人类社会生活的许多方面都离不开法律，法律在人类社会中发挥着重要的功能和作用。法律能够使人类社会处于一种有秩序的状态，能够维护和实现正义，也能够保障社会主体的自由并促进社会生产效率的提高。概括而言，法律的基本价值包括秩序、正义、自由、平等以及效率等。这些法律基本价值反映了法律的理念和目的，体现着法律的精神和品格。判断法律制度的优劣高下，在很大程度上就看其实现这些基本价值的程度。

(一)秩序价值

秩序一词，与混乱和无序相对，是指自然界和人类社会发展和变化的规律性现象。在人类的整个外部世界，存在着两种秩序，即自然秩序和社会秩序。前者表现为自然物质结构的有序性及物质间关系的稳定性和连续性，是客观规律的外在表现；后者是人类社会通过规范手段(道德、宗教、法律等)自觉调节而使人际关系所处的一种有序状态，主要表现为个人角色、地位的确定性，个人与个人、个人与社会、社会与社会之间相互关系的连续性、一致性和协调性。秩序是人类一切活动的必要前提，因此是社会发展所应追求的基本价值。

自然秩序受自然规律的制约，而社会秩序的建构在很大程度上则取决于人类自身的行为。社会秩序的维持依赖于包括道德、宗教和法律在内的各种社会规范。从历史上看，在人类社会发展的早期，社会秩序的维系比较倚重宗教和道德。例如，在原始社会乃至在阶级社会产生以后的很长一段时间内，宗教都是维持社会秩序最主要、最有效的手段，整个社会生活都直接处于宗教的控制之下。在中国封建社会，带有浓厚伦理道德色彩的“礼”在控制社会秩序方面发挥着重要作用。但是，随着社会关系的日益复杂化，人类社会依靠法律调整手段来维系社会秩序显得日益重要。法律制度凭借其国家强制性，而逐步取代宗教规范和道德规范，成为维持社会秩序的主要手段。美国法学家庞德曾经指出，

“从16世纪以来，法律已成为社会控制的首要工具。”[①]因为从那时起，政治组织已成为首要的社会组织。它具有或要求具有，而且整体而言保持着一种对强力的垄断。所有其他的社会控制手段只能行使从属于法律的纪律性权力。

在现代社会，法律对社会秩序的维护主要表现在：第一，建立和维护国家的政治统治秩序。政治统治秩序是一个政治国家存在的标志，法律的职能之一就是调整各种不同类型的政治关系，使国家政权处在一个相对稳定有序的状态。第二，建立和维护社会公共秩序。社会公共秩序是一个较为宽泛的概念，它包括社会公共生活秩序、生产和交换秩序、工作秩序等。社会公共秩序的稳定是一个国家政治秩序稳定的基础。任何国家的法律都必须调整旨在维护公共秩序的社会关系，以使社会的生产、生活和工作等具有常规性和连续性。第三，建立和维护社会结构组织秩序。社会是一个巨大的结构组织体系，合理有效地组织社会、管理社会，分配社会的利益和负担，利用社会的资源，建立社会权力和权利的运行机制，也是法律在实现秩序价值时所要完成的具体任务。

秩序是法律制度的首要价值，它构成法律调整的出发点，也是法律所要保护和实现的其他价值的基础。如果法律不能使社会处于有秩序的状态，就谈不上对正义、自由以及其他基本价值的维护。当一个国家或者社会遭遇紧急状态时，维护基本的社会秩序往往会成为最为重要的目标，因为一旦社会秩序失控，那么其他法律价值也很难得到保障。在特定情形下，为了维持秩序甚至可以暂时牺牲诸如自由之类的其他法律价值。这样的例子我们经常可以遇到。

2003年4月，整个中国遭遇了一场“非典”风暴。在“非典”期间，为能够有效控制疫情，保护广大人民的生命财产安全，行政机关出台了一系列应急措施，这些措施包括：(1)非法定的行政即时强制措施，如对患者的强制隔离治疗、对疑似病例或接触者的隔离、对相关场所封锁和控制；(2)对不特定的公众科以非法定的义务，如要求公共场所的经营者对公共场所进行消毒、要求用工单位不得遣散员工并承担员工治疗费用、要求流动人口进行健康检查和登记；(3)颁布公共警告、控制人员流动；(4)简化防治“非典”药物的行政许可程序，如新药许可和进口药物许可；(5)对相关商品进行限价；(6)对特定人员科以非法定的义务，如要求国家工作人员不得离职，否则将重罚等。

(二)正义价值

正义是法律的另一个基本价值。古罗马法学家塞尔苏斯曾经说过，法律是

① [美]庞德：《通过法律的社会控制·法律的任务》，沈宗灵、董世忠译，131页，北京，商务印书馆，1984。

善良公正之术。法律在满足人类对秩序的需求之后还要尽可能实现正义，将社会秩序建构成一种正义的秩序。尽管人们公认正义是法律的基本价值，但不同历史时期、同一历史时期不同阶层的人，常常会对正义有不同的理解。正如美国法学家E. 博登海默指出的那样，“正义有着一张普洛休斯似的脸，变幻无常、随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌。”①

古希腊哲学家亚里士多德曾将正义区分为分配正义和矫正正义。所谓分配正义是指根据每个人的功绩、价值来分配财富、官职和荣誉，如甲的功绩和价值大于乙的三倍，则甲所分配的也应大于乙的三倍。矫正正义则是指对任何人都一样看待，仅计算双方利益与损害的平等。分配正义既适用于双方权利、义务的自愿的平等交换关系，也适用于法官对民事、刑事案件的审理，如损害与赔偿的对等，罪过与惩罚的对等。当代美国哲学家罗尔斯将正义区分为社会正义和个人正义以及实质正义和形式正义。他认为，社会正义是指社会制度的正义，主要问题是“社会的基本机构，是一种合作体系中的主要的社会制度安排”，这种正义原则不能等同于个人正义原则，即与“用于个人及其在特殊环境中行动的原则”相混淆。②实质正义是指制度本身的正义，形式正义是指对法律和制度的公正和一贯的执行，而不管它的实质原则是什么。因此形式正义被称为“作为规则的正义”，也就是指“法治”。形式正义意味着对所有人平等地执行法律和制度，但这种法律和制度本身可能是不正义的，所以形式正义不能保证实现实质正义。而在法律领域，程序正义理论具有重要的影响。主张程序正义者认为，正义不仅要实现，还要以通过公正的程序来实现。没有公正的程序很难得出公正的结果，或者说牺牲公正程序得出的结果很难说是公正的结果。因此，法律制度必须追求程序正义。

在马克思主义看来，从来不存在抽象的、超阶级的、超历史的正义。在阶级社会里，正义是有阶级性的，统治阶级和被统治阶级虽然有某些共同的关于人的行为的正义尺度，但在社会制度的正义观上是根本对立的。正义也总是历史的、具体的。正义是历史的产物，并随着历史的发展而不断改变。正义的具体性表现在正义是受一定社会的物质生活条件决定的。尽管马克思主义强调正义的阶级性、历史性和具体性，但这并不意味着马克思主义不承认正义具有部分超越时代与人的主观认识的客观性内容。正义在不同的时空中会改变其内容，

① ［美］E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，252页，北京，中国政法大学出版社，1999。

② ［美］罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢等译，5页，北京，中国社会科学出版社，1988。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

但正义也有其不变的内容，即正义有一个底线，这个底线是文明的人类社会所共同具有的，不遵守这些底线的社会就不是文明的社会。否则就无法解释为什么所有文明的社会都会对杀人、盗窃、强奸行为作出否定性评价。

追求正义的实现，是法律制度的价值目标。法律依凭其自身的规范性和强制性，能够成为实现正义的有效手段。在现代法治社会，法律通过如下途径来实现正义：第一，通过立法分配权利以确立正义。通过立法过程，把正义的原则或要求法律化、制度化，并具体化为权利、权力、义务和责任，实现对资源、利益和负担的公正分配。这样，正义就转化为法律的正义。只要在立法过程中能够实现分配的正义，那么就为正义的实现提供了坚实的基础。当然，这依赖于立法过程能够充分民主，立法能够反映社会大多数人的利益需求。第二，通过法律实施来保障和贯彻正义。体现正义要求的法律在现实中可能会被社会成员违背。要将字面上的正义转化为现实的正义，就需要通过法律实施来实现。通过法律实施，包括执法和司法，可以惩罚非正义的行为，进而伸张正义。同时，通过公正地解决冲突和裁决纠纷，可以补偿损失以恢复正义。当然，这需要社会中有一套公正地解决纠纷的程序。在现代社会中，为了能够有效地贯彻和保障正义的真正实现，都会建立公正的执法制度和司法制度。

正义是法律的重要价值，无论是在法律的创制还是实施过程中，都必须使法律能够成为保障正义的工具。如果法律违背了正义的要求，甚至可能会失去法的效力。作为西方法律思想史的三大流派之一的自然法学派就曾经提出过“恶法非法”的主张。根据这种主张，如果某部法律违背了正义的要求并构成所谓的“恶法”，那么这些法律就不能称得上是法律，也就不具有法律的效力。这种思想曾经对法律实践产生过重要的影响。

1944 年，一个德国士兵在奉命出差执行任务期间，回家短暂探亲。有一天，他私下里向妻子说了一些他对希特勒及纳粹党其他领导人物的不满。他刚刚离开，他的妻子因为在他长期离家服兵役期间“已投向另一个男子的怀抱”，并想除掉她的丈夫，就把他的言论报告给了当地的纳粹党头目。结果，她丈夫遭到了军事特别法庭的审讯，被判处死刑。经过短时期的囚禁后，未被处死，又被送到了前线。纳粹政权倒台后，那个妻子因设法使其丈夫遭到囚禁而被送上法庭。在法庭上，她的抗辩理由是：据当时有效的法律，她丈夫对她所说的关于希特勒及纳粹党的言语已构成犯罪。因此，当她告发她丈夫时，她仅仅是使一个罪犯归案受审。这个案件以及类似的一系列案件，使得第二次世界大战后针对战争问题的审判在法律上陷入了一个困境，如果严格坚持实证主义的“法律就是法律”的观点，那么，类似像告密者这样的人就不能得到法律的惩罚，但是，如果放弃对这些人的惩罚，又不符合正义的要求。最后，德国的法院援引

了“良知”和“正义”之类的观念，认为“妻子向德国法院告发丈夫导致丈夫的自由被剥夺，虽然丈夫是被法院以违法的理由被宣判的，但是，这种法律‘违背所有正常人的健全良知和正义观念，不能够被看作是法’”。①

在该案中，法官最终以法律抵触正义原则为由，否决了纳粹法律的效力。正义作为法律制度所追求的价值目标，是法律进化的动力。正是对于正义的追求，促使法律制度不断革新和进化。

(三)自由价值

在拉丁语中，自由的本义是指个性的人“从被束缚、被虐待中解放出来”。自由的要求是指自主和自立，它意味着人身依赖关系的解除和人格上的独立。从内容上看，自由可以分为两个方面：一是“消极自由”，指不受他人、国家、社会干预和强制，即所谓“免于……”的自由；二是“积极自由”，即所谓“自由地从事……”它表现为人们可以自主地作出一定行为或不作出一定行为。在法律领域，自由是主体的行为与法律规范的统一。自由意味着主体可以自主地选择和实施一定的行为，同时，这种行为又必须与法律规范中所规定的行为模式相一致。当主体的自由被法律作为一种权利而确认以后，就意味着任何人和机构都不能强迫权利主体去做法律不强制他做的事；同时也意味着权利主体只能在法律界定的范围之内做他想做的事。

在现代民主社会，法律的基本目的之一就是要保护和扩大人们的自由，使大多数人摆脱不合理的奴役和压迫，能够独立自主地从事一定的活动，选择自己的行为。为了保障自由不受侵犯，大多数现代法治国家都在其宪法或者法律中将自由原则规定为一项基本的法律原则。例如，《美国宪法修正案》第5条规定：“未经正当法律程序不得剥夺任何人的生命、自由或财产。”法国第五共和国《宪法》(1958年)第2条规定：“共和国的格言是：自由、平等、博爱。”在私法领域，财产自由与契约自由作为个人自由的重要内容，被赋予至高无上的地位。此外，许多具体的自由权，比如言论、出版、结社、信仰、游行、示威等政治自由也会被规定在法律之中。

自由并不意味着为所欲为，自由意味着必须在法律规定的范围之内活动。法国著名启蒙思想家孟德斯鸠指出：“政治自由并不是愿意做什么就做什么。在一个国家里，也就是说，在一个有法律的社会里，自由仅仅是：一个人能够做他应该做的事情，而不被强迫去做他不应该做的事情……自由是做法律所许可

① 本案件材料引自强世功：《哈特与富勒的论战：一场表演(下)》，载北大法律信息网，http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=28971&Type=mod。

的一切事情的权利；如果一个公民能够做法律所禁止的事情，他就不再有自由了，因为其他的人也同样会有这个权利。”[①]自由是从事一切对他人没有害处的活动的权利。因此它必须有一个合理的限度。法律为自由确立了合适的限度。超过了这个限度(或范围)，就不再是国家法律许可和保障的行为。相反，它要受到法律的禁止和限制。

言论自由被视为是公民所有自由中最为重要的一项。许多国家的宪法中都有专门的条款对这项自由进行特殊保护。美国《宪法第一修正案》规定：国会不得制定法律……剥夺言论自由或出版自由。但这并不意味着法律对言论自由就没有限制。公民在行使言论自由的时候也不能逾越法律的界限。在 Schenck v. United States 一案中，霍姆斯大法官提出了限制言论自由的法律标准，即“清楚与现存危险”(Clear and Present Danger)的原则。霍姆斯大法官在意见书中写道：“我们承认，在通常时期的许多场合，被告具有宪法权利，去谈论在其传单中所谈论的全部内容。但每一项行为的特征，取决于它在被作出时的情形。即使对言论自由最严格的保护，也不会保护一人在剧院谎报火灾而造成一场恐慌。它甚至不保护一人被禁止言论，以避免可能具有的暴力政策。每一个案例的问题是：言论是否被用在如此场合，以致将造成清楚与现存的危险，并带来国会有权禁止的实际危害。这是一个程度问题。当国家处于战争时期，许多在和平时期可被谈论的事物，将对战争构成如此障碍，以致这类言论不能再被忍受，且法院不得认为它们受到任何宪法权利的保护。”[②]

自由是法律的目的。即便是对自由的法律限制，也是为了更好地保障自由。英国哲学家洛克说：“不管会引起人们怎样的误解，法律的目的不是为了废除和限制自由，而是为了保护和扩大自由。这是因为在一切能够接受法律支配的人类状态中，哪里没有法律，哪里就没有自由。这是因为自由意味着不受他人的束缚和强暴，而哪里没有法律，哪里就不能有这种自由。”[③]

为了更好地保障自由，必须通过法律限制自由；但是对自由的限制也不能没有限制，否则就可能会背离保障自由的根本目的。一般而言，对自由的法律限制仅限于如下情形：第一，法律基于社会生活条件的制约而限制自由。自由要受到社会物质生活条件的限制。“权利决不能超出社会的经济结构以及由经济

---

① [法]孟德斯鸠：《论法的精神》(上册)，张雁深译，154 页，北京，商务印书馆，1987。

② 张千帆：《宪法学导论》，314、315 页，北京，法律出版社，2004。

③ [英]洛克：《政府论》(下篇)，叶启芳、瞿菊农译，36 页，北京，商务印书馆，1964。

结构制约的社会的文化发展。”[①]我国现行宪法中之所以没有规定迁徙自由，正是考虑到我国的经济条件和人口状况的限制。第二，促进自由权利人的利益，禁止其利用自由进行自我伤害。例如，法律禁止自杀、赌博、决斗，强令摩托车手在行车时戴安全帽等。第三，禁止在行使自由时侵犯他人的相同自由和其他权利。第四，自由的行使必须体现个人利益与社会(集体)利益、国家利益的统一，应当有利于或至少无害于社会、集体和国家。

(四)效率价值

效率是指社会或者个人给予一定的(劳动、资源等)投入而获得收益最大化的比率。效率，是任何谋求发展和进步的社会所必然追求的价值目标。现代社会应当按照效率的原则来建构它的经济、政治和法律制度，使整个社会既要做到公平、平等、自由，又要做到有序、安全和高效率。

现实中有很多人片面地认为法学所要解决的根本问题是“正义”(公平)问题，即如何在社会成员(包括社会集体、阶层等)中合理分配权利、义务、资源、收入等；而经济学才关注“效率”问题，即如何有效地利用资源(包括自然资源、人力资源、社会资源等)，增加社会财富总量。如果把要制作和分配的东西比作一块蛋糕，法学家关心的是如何把大小已定的一块蛋糕合理地分配给人们，经济学家关注的则是如何有效地利用原材料制造一块又大又好的蛋糕。在生产几乎完全是私人的事情，国家和法律不怎么介入的时代，法学家一度认为经济学的效益原理对于说明法的性质、法律价值，对于确定权利和义务的合理界限并无太大意义；经济学家则认为，他们的工作是寻找实现最大效益的办法，至于对效益进行何种分配是“最好的”、“公正的”，那是社会理论家和法学家的工作。实际上，在国家承担了经济职能，直接参与社会资源的分配和再分配，参与社会生产的总体规划和社会收入的总分配的当代，法学家就不仅要考虑法在分配方面的正义性或者公平性(如何合理地分配蛋糕)，而且还必须考虑法在管理和分配方面的效益(如何使蛋糕做得又大又好)。经济学家也不得不把法看作从事经济活动的制度环境因素，考虑法在管理和分配方面的作用如何影响到以至决定经济效益。所以，关注正义与公平的法律制度同样也要关注效率，甚至可以说，正义与公平本身就包含了对效率的追求。

效率是现代社会法律制度所追求的价值，法律在其制定和执行的过程中应当以效率价值为指向的目标。效率价值和原则将影响着法制的建立和发展，法律通过合理的制度安排又反过来促进效率价值的实现。法律作为可以计算、能

① 《马克思恩格斯选集》第3卷，305页，北京，人民出版社，1995。

够为人们的行为提供预期的规则体系，其自身的运行机制固然要体现效率的价值标准，同时它在社会资源的合理配置、促进生产效率、配置效率、工作效率和社会效率诸方面也将发挥其独特的作用。在生产效率方面，法律应当鼓励和保障个人和生产者的物质利益，引导生产者在生产过程中做到“增产节约”、“增收节支”，合理地实现其物质利益的最大化。在配置效率方面，法律应当通过其特有的权利和义务、责任制度的调节，来使社会的产品、财富、组织和资源按照最优的原则进行合理配置，以避免由于法律制度的混乱而造成社会资源的浪费、社会组织的无序和社会利益的分配不公。在工作效率方面，法律应当更详细地规定人们(尤其是国家机关工作人员)的工作程序和责任以及相应的监督机制，使工作人员不因工作的失误或低效率而给他人、社会和国家造成损失。在社会效率方面，法律能够通过有效地运行创造良好的社会秩序环境，把社会的矛盾、对立摩擦和冲突减少至最低限度。

三、法律价值冲突及其解决

立法者总是期望利用法律制度实现多元的价值诉求。但在某些情况下，法律制度承载的多元价值之间可能会出现冲突。当出现法律价值之间的冲突时，就需要立法者、执法者或者司法者依据相应的准则来进行价值的平衡，进而解决价值的冲突。

(一)法律价值冲突

由于社会生活的广泛性与复杂性，社会条件的多重性与变化性以及法律价值主体的多元性，使得不同的法律价值主体有不同的价值愿望、价值要求和价值满足感，从而引发那些多重的法律价值之间的冲突。法律价值冲突给立法、执法和司法带来了许多难题。通过下面的例子我们可以很容易理解这一点。

某市为加强道路交通管理，决定出台一项新举措，由交通主管部门向市民发布通告，凡自行摄录下机动车辆违章行驶、停放的照片、录像资料，送交并经交通部门确定后，被采用并在当地电视台播出的，一律奖励人民币200～300元。此举使许多市民踊跃参与，积极举报违章车辆，当地的交通秩序一时间明显好转，市民满意。新闻报道后，省内甚至外省不少城市都来取经、学习。但与此同时，也发生了不少意想不到的事情：有违章驾驶者去往不愿被别人知道的地方，电视台将车辆及背景播出后，引起家庭关系、同事关系紧张，甚至影响了当事人此后的正常生活；有乘车人以肖像权、名誉权受到侵害，把电视台、交管部门告上法庭；有违章司机被单位开除，认为是交管部门超范围行使权力引起的；有抢拍者被违章车辆故意撞伤后，向交管部门索赔的；甚至有利用偷

拍照片向驾车人索要高额“保密费”的，等等。报刊将上述新闻披露后，该市治理交通秩序的举措引起了社会不同看法和较大争议。

在上述案例中，交管部门出台相关措施，是为了促进法律的秩序价值，但该措施在促进秩序价值的同时，却对其他的法律价值如个人隐私造成了损害。

(二)解决法律价值冲突的原则——比例原则

法律价值冲突的有效解决意义重大，因为这直接涉及法律目标的实现。在解决法律价值冲突时，应当对相关法律价值予以合理平衡，使得这些相关基本价值能够尽可能得以最佳实现。在法学领域，立法者或者司法者通常依据比例原则来解决法律价值之间的冲突。

比例原则有广义和狭义之分，狭义比例原则是广义比例原则的一个下位概念。广义的比例原则包括适当性原则、必要性原则和狭义比例原则三个子原则。所谓适当性原则是指，为了保护某种法律价值而采取某项措施时，所采取的这项措施必须能够实现该法律价值或者至少有助于该法律价值的实现并且是正确的手段。比如，当两种法律价值 V1 和 V2 相互冲突时，如果试图以采取措施 M 干预 V1 为手段来达到保护 V2 的目的，但实际上 M 根本无法达到保护 V2 的目的。如此一来，非但无法实现 V2 反而还会侵害到 V1，这就违反了适当性原则的要求。所谓必要性原则，也被称为最少侵害原则，是指在能够实现某一法律价值的各种方式中，应当选择那种对其他法律价值侵害最小的方式。例如，为维护公共秩序，必要时可能会实行交通管制，但应尽可能实现“最小损害”或“最少限制”，以保障社会上人们的行车自由。换而言之，即使某种价值的实现必然会以其他价值的损害为代价，也应当使被损害的价值减低到最小限度。所谓狭义的比例原则，是指通过采取某种措施来加以保护的法律价值必须与牺牲的法律价值合乎比例或者相称。也就是说，所保护的法律价值应当高过所牺牲的法律价值或者至少与其相当。俗语所称的杀鸡取卵或削足适履的行为就明显违反了狭义比例原则。因为以剥夺鸡的生命为代价去追求一个鸡卵的目的，或者以伤害身体的成本来获得穿合适鞋这样的收益是不成比例的。无论是立法者还是司法者，应当在依据比例原则对相关法律价值进行理性衡量的基础上来解决这些价值之间的冲突，唯有如此，才能实现对相关法律价值的兼顾，使其得以最佳的实现。

【参考书目】

1. [美]罗尔斯. 正义论[M]. 何怀宏、何包钢等译，北京：中国社会科学出版社，1988.

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com