

法

的价值与悖论

FA DE JIAZHI YU BEILUN

FA DE JIAZHI YU BEILUN

FA DE JIAZHI YU BEILUN

FA DE JIAZHI YU BEILUN

田 科 等编著

群论出版社

法的价值与悖论

田科 芦葆霖 林得权 李德仁 编著
周立 吉翔天 高吉荣 许传明

群众出版社
2006年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

法的价值与悖论 / 田科等编著. — 北京: 群众出版社, 2006. 10

ISBN 7 - 5014 - 3828 - 5

I. 法... II. 田... III. 法学 - 研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 115224 号

法的价值与悖论

著 者: 田 科

责任编辑: 常玉兰

封面设计: 王 芳

出版发行: 群众出版社 电话: (010) 52173000 转

地 址: 北京市丰台区方庄芳星园三区 15 号楼

邮 编: 100078

网 址: www.qzchs.com

信 箱: qzs@qzchs.com

印 刷: 北京园工印刷厂

经 销: 新华书店

开 本: 850 × 1168 毫米 32 开本

字 数: 370 千字

印 张: 14.75

版 次: 2006 年 10 月第 1 版 2006 年 10 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7 - 5014 - 3828 - 5/D · 1841

印 数: 0001—2000 册

定 价: 35.00 元

群众版图书, 版权所有, 侵权必究

群众版图书, 印装错误随时退换



田 科 法学博士。中国管理科学研究院研究员，讲习教授，律师，记者。长期致力于法学理论和实务研究，出版法学著作5部，发表专业论文36篇，多次参加河南省重大课题研究并获省部级科研成果奖3项。



西振跃 法学博士。黑龙江省人民检察院党委副书记，高级检察官，政工师。



林 杰 法学硕士。广东省普宁市政法委员会书记，禁毒办主任。出版法学著作3部。



李继仁 法学硕士。国家大型钢铁联合企业集团公司总经理。发表学术论文10余篇。

周立 法学硕士。河南省人民政府发展研究中心处长、副研究员。发表论文百余篇，多次参加河南省重大课题研究并获省部级科研成果奖16项。



吉阳天 大学学历。河南省南阳市中级人民法院立案庭庭长。出版法学著作2部。



高吉荣 法学硕士。山西晋运城市中级人民法院审判庭庭长。经济师。出版法学著作2部，发表学术论文十余篇。



许传明 法学硕士。北京道开成信息咨询有限公司法律总监，或通律师事务所主任律师。



在正义和公平的社会里，没有大和小的问题之区别，当事情需要去解决的时候，人们的待遇是平等的！一件事情不对，不管多大或多小，都要有人去讲，没人讲出来，永远不会得到改正。

当人们听到我们发自内心的声音时，没有理由不去思考。为了国家，为了社会，我们能够做些什么，又能做些什么？

——题 记

序*

《法的价值与悖论》是田科、芦葆霖等同志继《法的困境与出路》、《法的理念与实证》三步曲的第三部。该书的目的是推进对权力与权利、法律与道德、价值与利益这些既有区别又有联系的集政治、经济、法律与哲学社会现象的解读。虽然本书主要是为法理与实务的研习而作，但是，我希望本书对于那些主要兴趣不在法律而在道德、哲学、政治或社会学的读者也能有所裨益。社会学者将会把本书视为分析法律与权力、权利与价值的一个尝试，因为它更注重的是阐明法律思想与法治理念的框架，同时对它们加以评说。本书的核心论题之一就是：如果不去鉴别权力与权利、法律与政治诸多不同类型的陈述所具有的决定性差别，我们就不能理解法律与法治，也不能理解其他形式的社会结构。

田科、芦葆霖等同志撰写此书的意图在于：他们撰写此书，恰恰是过去、现在与将来作为法律工作者喜欢读但却为数很少的书，即人们有理由期待的一部导论：一部法律思想与法治理念所追求的公平与正义理论。但它是以一种具有承担责任的品格和具有直接言词评判的手法写成，从而使其读者，特别是具有良知、品行、正义和负责任的读者，一点儿都不会感到他所面对的是“理论”。此外，这部敢于直言的著作，其奥秘还在于无数的法律工作者对他们职业的乐趣，甚至在科学上的最初阅历，都可从中

* 作者江平，著名法学家。中国政法大学原校长，第七届全国人民代表大会法律委员会副主任委员，中国政法大学终身教授、博士生导师。

受益良多。然而同时也肯定会触及某些人的神经使其不满又难以言表而保持沉默。

田科、芦葆霖等同志努力书写此书，恰恰是他们把权利理念从更使我们深感兴趣，更接近我们内心深处的知识和思想领域引向法律与法治的门槛，从而抑制权力、防止滥权，实现民主政治。根据作者对此任务的理解，那就还应当知道，未来与现实的对立会在最为猛烈的程度上发生冲突。但是，作者在此树立了榜样，而这个榜样足以对文明史上最丰富多产的时代的诽谤者，对浑噩生活的蒙昧无知者，对不自觉的歌功颂德者，对那些想借光混水摸鱼以及滥权者给予无情的批判。

田科、芦葆霖等同志是我们当中最敢于直言的为数不多的人，知道克服困难而思考的人。他们以其开朗的理智去理解法律在权力转化中的困难。正如歌德说过，所有的东西对我们来说都是困难的，而我们又将超越一切困难。

很少有人能像田科、芦葆霖等作者这样以其犀利的文笔来鲜明地表达个性；亦很少有类似文笔能够与此犀利明快、清楚利落文笔相媲美！

开朗的理智是迅达于言而敏捷于行。但我们不妨把这种受到阻碍的少言寡语，那种委婉的谨严慎断之美归结为一种保守的乡土文化。对我们来说，了解田科、芦葆霖等人在于对其迸发的活力予以颂扬。从只有在黑暗中才安适自如的事物中，理性与生命铸造了一种对立——恰似我们的理性并非就是最有生命力的部分，恰以本能与感觉不只是光明生活阳光普照的日出前的朦胧晨影！

田科、芦葆霖等同志的著作就是这样，通过对滥权者的批评和对愚蠢行为的一种满怀信念的斗争，的确是一种愉快的学问。对于作者而言，对真实的如此追求甚于所追求的真实，以致于自己的成果也不能束缚作者保持进行新的追求的兴趣。此书犹如在一个真实的论坛前进行一场永不终止的、公开的、言词的审判，

即生动活跃的评判，令人激情不已的事情，始终更新的而又需要采取立场的各种情况，作者们留给了众多在思想方面感激和追随他们的后来人的不可动摇的信念。

该书探讨了社会事务中，法律工作中通常会出现的种种问题。因此，这一著作不仅只具有历史意义，而是还直接与法律工作者以及其他的人们相关——尤其是每个内心深处具有正义感的法律工作者。

田科、芦葆霖作为本书的作者，也是满怀正气和忧国忧民的年轻学者。他们博览群书，思想敏锐而又满腔热情，对于法律职业在我们这个国家里的命运有着长时间的关注。阅读之后，我觉得此书不仅可以加深人们对于社会民众的权利和甘苦的理解，矫正权力者的滥权，以及人们对法律在社会认知上的某些混乱，更感到此书可以帮助我们更深入的了解社会群体之间的复杂关系，有助于我们寻找通向法律这个职业以及这个国度美好未来的路径。作为一名献身于法学教育、多年来一直参与并关注司法改革的专家学者，我衷心祝贺田科、芦葆霖等同志的辛勤劳作即将付梓，也相信读者能够获得启发并从中获益。

在此意义上，祝愿田科、芦葆霖等同志这部著作中的观点能在读者中获得友好的接受。

是为序。



2006年1月16日

前 言

许多法律具有表达功能。他们对一件好事或者坏事应当怎样评判、作出多少评判“发表声明”。这些法律是为构建并且影响社会价值、社会规则以及社会角色而作出的一种努力。老百姓对于权力完全没有主权，那么可以想象，权力者的许多积极措施都是符合个人自治的。人们的这种感觉没有错误。权力者不应当以权为所欲为。一个自由社会都对允许权力行为的基础作出了限制，它很可能将这些限制描写为“权利”。

人们应当怎样评价跟法律应当怎样评判不同。我并不是说，由于现在人们通过某种方式对关系、事件、对象或者相互之间进行评判，所以法律就应当接受这些评价方式。我们不应墨守陈规。如果某种特定的评价方式对于公共及个人生活中得到恰当的事物而言更好，那么法律就很可能采纳这样一种方式，而不管它跟现有的社会规范是否相符。

有时，人们说相关行为的交易时刻都在“暗暗地”发生着。如果交易只是“暗暗地”进行，那就很本不应当描述为普通的交易。行为人或许只是在对应当这样评判关系和前途所作系列判断表示承诺；而如果交易是分开进行的，那么该承诺将受到损害甚至侵害。明的交易不同于暗的交易。缺乏明确表示使得某些社会规范得以维持。霍尔姆斯曾经以类推的方式，“即使一条狗也能判断是自己绊倒还是被踢倒的”，绊倒和踢倒的区别在实质上完全一样，但是表达的态度不一样，就跟公开和暗中交易的区别有关。

如果评论社会关系，司法行为与人类生活和权利有关，那么对这些事件和行为所作的评判跟法律定会有着十分密切的关系。在法律的许多领域，事实、行为、结果与法律问题具有令人吃惊的重要价值和地位。

我们论证的事件和行为是否合适，目的在于为法律提出建议。我们不是也不应当是不可知论者，或者说对合适的评价行为表示怀疑。我们也不应当认为，由于人们用特定的方式论证事物，因此法律也应当这样。当然，民主有民主的主张，但是或许有很好的理由对人们针对社会问题作出的、得到普遍认可的评断提出挑战。确实，宪法在某些方面说明，它希望通过限制可能的评价法治对民主讨论加以约束，当宪法上的障碍消除后，民主过程才正式摆脱束缚。

当然，对于合适的法治评判所作的任何论述都是一件复杂的事情。这至少不是因为在一个异类社会里，国家应当允许大量的、各种各样的不同的评判存在。对社会某些领域的评论与批判可能是一件沉闷的事情。至少作为一种假设，国家应当允许人们以其认为的最好方式表达评判行为。一个国家如果可以在评判表达问题上保持中立，那么它可能处境艰难。而社会的中立是不可能的。所以，国家必须决定怎样分配权利，必须决定哪些事情可以在市场上交易，哪些问题必须依附于政治。这些决定在关于合适的社会评判问题上不可避免地会采取某种立场。

法律制度具有简单的救济手段。它通常必须使用金钱救济手段，无论是正值抑或负值。鉴于存在这种限制，这些救济手段和某些损害之间不能具有相同价值而存在的事实通常是一个十分艰难的抉择。当某个人受到损害，或者一条河流受到污染，法律制度就得通过实践来发挥作用，而有些权利在事务的行进过程中又因某种因素而不能得到救济，至此法律的救济手段还不够细致，仍然无法充分显示其价值存在。因此，适合于个人评判的不一定适合法律制度，而可能是权力，其结果可能是公共政策作用的发

挥还得依赖权力这个假设。即使人类不应当依靠权力发挥作用而是规则。或者其结果是法律制度必须经常将权力问题放置一边，把这些问题留给道德而不是法律解决。

这些辩解非常重要。无论怎样，对权力与权利、法律与规则、行为与结果以及各种不同社会事务的不同评价的存在确实有助于澄清许多有关法律本质、法律制度以及法律推理的争论。

我们曾经明确主张，法律中反映的行为评价可能从总体上对社会结果产生影响。这种主张有时是正确的。正如偏好与信仰，评判不是一个前社会的已知的事物，而是一系列复杂的社会力量的产物。有时法律对于权力的影响很多，或者根本没有影响。

对于本书案例的反应我们无法用纯粹后果论的语言充分表达出来，例如，有可能拒绝毁损财物的人所产生的后果总的来说是好的，因为拒绝干坏事的人可以养成使行为利益最大化的态度。不过这是一个复杂的社会问题。我们所强调的是后果论者的论述能够充分表达我们对于这类行为的评判态度。

在社会和法律、权力与权利层面上有一个大致的类比。一个社会可以找出它所追求的评价行为并加以坚持，即使坚持这样的一种评价行为的后果还很模糊或者还不知道。由于表达的需要，一个社会可能坚持制定反对歧视的法律，即使它不知道法律实际上是否对少数群体的成员权利有所帮助。

法院作出一个判决后，这个判决通常被当作代表国家的基本原则或者承诺。这是一件传统上认为完全不依赖后果的重要事情。人们习惯于注意到司法判决结果的教育效果这一功利问题上，而不论其有无价值存在。但是，或许法院的表达结果或权力表达更能显示出人们经常讨论评价的这些问题。我们或许坚持法律领域和其他领域之间存在某种声音隔离，希望并且相信这种隔离是和权力采用的强制，不会对普通流行的价值评判带来影响。

一个自由的社会允许高度社会差异的存在。对社会差异的自由承诺可以理解成为不同的价值评判留下恰当的空间。

法律在构建并维护不同权利领域的过程中起着非常重要、通常无法忽视的作用，权利与法律不可能是自然的领域。如果我们认为在自然状态下存在价值不同划分的话，那是因为我们知道的太多、感知太深的结果。当然，市场是财产、合同以及侵权等法律的功能之一；没有法律人们就不可能自愿达成协议，也不可能知道它是权利保障的武器。决定什么可以在市场上交易以及怎样进行交易并实现权利的是法律。

不过，企图将当前的做法理想化是愚蠢的，制度上的做法通常事与愿违。政治与权力常常是利用的王国，它具有非常强而有力的市场能量，是一个简单的利益交换现由的过程。相信不同价值评判的人并不否认当前的做法和当前的愿望之间存在着差距。许多社会批评都坚持认为存在这种差距，都主张限制权力而扩张权利，实行变革，已是当前的做法和愿望的一致。

如果我们明白权力与权利之间存在质的差别，而不仅仅是量的差别，或许能够更好地解决法律价值这个问题。但是，一个公正的社会评价其利益而实现正值时不得为了社会或者经济优势而损害这种价值利益。

对于法学理论来说，一项极其重要的任务就是充分描述它在法律环境中，在权力恣意性和法律的公正性之间应当作出选择。在法治社会里，法律是权力的强者，在法制社会里，权利是法律的强者。就目前而言，我们处在法制仍不健全的国度，其中无法摆脱对于社情与国情的仔细考察。坚持依法治国，实现民主宪政，体现法律真正价值是我们研究法律事务得出的最为重要的结论之一，对这些不同的行为价值所作出的评判欣赏将为那些努力理解和诉求公权与私权和谐的人带来很大的益处。

法律与法学研究常常歪曲思想和表达，至少许多非法学学者是如此认为的。法学著作的理论性、哲学性越强，常常越不能为人们所理解。特别是专业术语的使用引起的理解障碍已形成传统。因此人们应当特别注意法和语言这样的问题。现在，大多数

人认为法律理论的著作基本上就是人云亦云的著作，若作者持此种理念，就很难为法律理论的进步作出贡献，若读者持有此种理念，则法律理论的社会价值就将受到削弱。

此书是数年来我们通过对权力与权利、法制与法治这个主题的大量思考、观察和研究后而写成的一本评论性读物所努力的结果。司法问题之所以挤进它目前在本书中所占的位置，是因为要陈述我们对当前社会制度与司法权力和民主政治之间关系的看法，要这样做不对后者作相当广泛的分析说明是不可能的。

我们的工作比我们想象的还要困难。整个文本素材必须加以整理的性质迥异的内容，反映出我们的观点和经验，我们在我们生活的不同阶段具有非权力者通常具有较多的观察机会，我们以非传统的方式对观察到的事物作出反应。我们不希望抹掉这种痕迹，假如我们试图去掉它们，那么本书应有的那种趣味性，便会消失许多。再者，这部著作反映出我们的分析的努力，我们虽然始终认真地试图探索表象下面的真相，但从不把利益问题作为任何一个阶段专业研究的重要主题，因此对某些主题比别的主题有多得多的话要说。

本书就具体实务中现实的诸多问题进行分析与评判，但我们应当避免教条主义，应当乐于实验。我们知道，中国进行了一些颇为成功的改革，全世界所有的国家都在努力寻找社会规则、法律价值与社会正义之间的正确关系，因此，我们也竭尽所能地说明这些问题。他山之石，可以攻玉，相信此书的出版不仅有助于促进中国法治的行程和思想交流，亦将为建立和完善中国的法治体系提供重要的理论借鉴。

作者

2006年1月26日

目 录

司法自治的矛盾与冲突·····	(1)
司法公正的现实与反思·····	(28)
中国司法走向何方·····	(51)
法治中国的缺失言说·····	(81)
权利的成本·····	(107)
认真对待权利·····	(133)
权力转让与社会制衡·····	(154)
走出权力与权威的禁地·····	(177)
权利失衡法律何为·····	(201)
法律救济的界限·····	(237)
输不起的错判拷问司法·····	(262)
谁来监督监督者·····	(301)
谁在虚置事实与法律·····	(323)
罪与罚的考量·····	(348)
罪与非罪的界面·····	(369)
走在权利边缘的律师·····	(401)
律师不该承受如此之轻·····	(424)
后 记·····	(448)
鸣 谢·····	(451)

司法自治的矛盾与冲突

呼之欲出且渐行渐进的司法改革大幕可以落得如此静悄，以至于时至今日，诸多的朋友时常还要认真地问起：“你们法律人的法制改革近来怎样了？”这个问题太过复杂，所以也可不予回答。不知不觉或半知半觉潜移默化的变化正在进行，而我们在生活之中所耳闻目睹和亲身经历的案件又是如此的矛盾，尽管最后的结果是一个折中的，在一些重要规则方面甚至大打折扣的制度损害了寻求公正的人们的利益，聪明的人们却已经学会了该如何尽力保护自己利益的捷径。虽然为此可能会付出很大的代价与成本，但人们却还是乐此不疲地奔波劳碌，无论有多少茫然、失落、痛苦与悲伤！

一

在与人类社会有关的规则、原则建构和秩序有关的问题中，没有什么像法律的公正、公平与司法的自由裁量这个问题一样，在生活中如此反复地被人提出并且由严肃的政治家、思想家、法学家们用形形色色、奇特无比甚至反论的方式予以回答。即使略去古代和中世纪关于法律“本性”的思索，而仅仅注意近 150 年的法律理论，我们在任何其他作为治理国家的论纲中就司法的定位仍待其中。

就法制中的司法来说，那些看上去同样奇怪的意见经常被表

达出来，不仅讲而且还用雄辩和激情以各自的主观论调去呼吁，宛如他们即司法治理之显示，而长期以来，这些公平、正义、权威却被关于司法自由裁量本性的大量虚谬之辞掩盖起来了。

然而，在司法实践之中由于个人主观的不同和认知的偏见，那些带有偏离政治色彩的言论并不是出自于那些在非职业上倾向于对最清楚的言词表达以示怀疑的业内人士。它们是对让诸多司法结果从理论到实践之后对司法行为反思的结果。而且他们关于对司法不公的言论也确实在他们所体悟的范围内增进了我们对法律的了解。了解法制所处的具体环境之后，那些对法治所抱的不平言论便显得既具有启发性又令人困惑：与其说它们是确立不动的秩序规则，倒不如说它们是对那些被过分忽视了的法制真诚的巨大伤害，其负面使得我们能够看见司法之中的许多隐蔽之物。但是，司法光芒如此之弱，以致我们对其余的东西视而不见，并因此使我们对司法治理社会的行为仍然不能有一个清晰而全面的见解。

针对中国的司法改革，社会中的某些人们早已开始撰写这场改革的历史要义了。但就史学家或律学家无论如何写法，有一个现实的问题是大家不会忽略的：这就是无论倡导这场改革的先锋，态度复杂的支持者，还是反对司法独立改革的智者，对它的最后结果都是不能令人满意的，或者是非常的不满。这一点可以说在一定程度上指明了司法改革为人重重提起却又被轻轻放下的原因。人们对司法不满在胸中郁结的不平烦闷之气各有所因，而用来描绘规则块垒的却几乎是同一杯陈酿：制度缺失、司法不公。无论想求而求不得公正，想寻而觅不得公正，或者简单地想以公平公正来论事实的，都面对着一个不乏讽刺意味的事实：时至今日，就中国司法的改革与发展，司法的治理与救济来说，法律的公平、公正与权威对论争事实的处置依然是一座可望而不可及的高峰。

我们的司法独立与否，法官的自由裁量太大，一个审判员、