

正义的谎言

高德良 著



写给每位读书人的法哲学小册子

正义就是人心中的历史，没有可以度量的标准

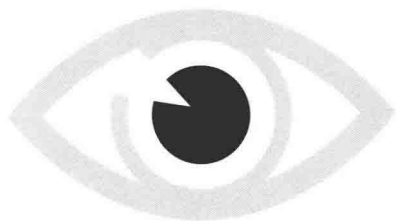


知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

正义的谎言

高德良 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

正义的谎言 / 高德良著. —北京: 知识产权出版社, 2016. 9

ISBN 978-7-5130-4357-1

I. ①正… II. ①高… III. ①法学—研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 191293 号

责任编辑: 齐梓伊

责任校对: 潘风越

封面设计: 张悦

责任出版: 刘译文

正义的谎言

高德良 著

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司

网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号

邮 编: 100081

责编电话: 010-82000860 转 8176

责编邮箱: qiziyi2004@qq.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 880mm × 1230mm 1/32

印 张: 4.125

版 次: 2016 年 9 月第 1 版

印 次: 2016 年 9 月第 1 次印刷

字 数: 72 千字

定 价: 28.00 元

ISBN 978-7-5130-4357-1

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。



高德良 西南政法大学法学硕士，美国明尼苏达大学EMBA肄业，对外经济贸易大学影视传媒EMBA肄业，清华大学与法国时尚学院IFM及巴黎HEC商学院合办高级时尚与奢侈品专业毕业。世界经典法学名著《普通法的精神》译者之一。

广东任高扬律师事务所创始人，曾经服务万科地产、江粉磁材股份IPO、青海华鼎股份IPO、香港红筹中国兴业控股债转股、广东北斗大桥合资项目、广州前锋污水处理厂BOT项目，以及争议额11亿人民币的世纪涉外仲裁案、广发银行560资产重组项目。

现为国内第一家互联网法务公司“易法客www.yifake.com”创始人，深圳前海美银互联基金管理有限公司创始人。

自序

正义会来，尽管经常迟到。这是正义的力量？还是法律的力量？还是时间的力量？中国有朝代的历史4000多年，有杀戮的历史多少年；有法律的历史4000年，有冤狱的历史又有多少年！秦汉唐宋元明清，天下之土莫非王土，天下之民莫非臣民，天下之道莫非王道，天下之术莫非帝王之术，然而帝王的子孙今何在！人有意识的存在最多百年，百年后每个人都会成为宇宙中的一粒尘埃，然而为何不能和平相处，为何不能定分止争！在10多年前，我曾用360天的时间思考正义、法律、暴力的关系。诚恐地发现正义并不是法律的必然结果，只是法律世界中一件华丽的饰品，正义或许是法律思想史上最大的谎言，是权力伪装的多情少女。法律其实是力量的对比、力量博弈后的宁静与平衡，程序才是它的伴侣。我用7天7夜完成的这本小册子初稿，后来得了一点忧

郁症，算是一个半成品。现在为什么想出版，原因主要有以下四个方面：

一、文明的社会应当是法治的社会。这是举国上下认同的目标。律师应当在社会政治生活中扮演重要的角色，律师不可以也不应当只是在具体个案中发挥风险防范和纠纷化解的作用，他们应当积极参与法律改革的理论建设。

二、通过法律创制和移植，中国法治建设取得惊人进步。这种进步更多是技术层面的。中国法律的精神境界、国人以法律方式行事的习惯、国家统治阶层以法律思维管理社会的模式并无实质性突破。原因之一是，中国法律变革的直接动因出自于国强民富的经济动力，而非政治改革本身的内在要求。中国政治历来贬抑法律和法家的地位和作用。其实纵观中国的历史，当国家积贫积弱时，无不以变法为强国的不二法门。从先秦的商鞅变法到宋朝的王安石变法，到清朝末年的戊戌变法，到改革开放，法律为市场经济保驾护航，其中蕴含着一贯的思想脉络，即法律改革更多的是倾向于作为服务经济建设的权宜之计。强调法律对经济的社会功用并无不当，经济本身就是现代社会及其主体意识的重要构成，但长此以往，中国法律必将陷入工具实用主义的深渊，中国法的权威和信仰遥

遥无期。

原因之二是，中国习惯上是一个崇尚仁义的国度，“义”字当头，法无可“法”，因而少有遵法、守法的传统。某种程度上，民众甚至认为法律的立场同自己的诉求相对立。在思维方式上，中国人一贯追求实质性的结果，轻视得出结论、结果的过程。早期法学界还对实体与程序的关系问题纠缠不清。在法律制度的层面上，如果不存在实体与程序的二重关系，将法律正义分为程序正义和实体正义而对号入座，其意义又何在？

大家公认中国古代社会没有权利意识，然而，权利意识是人的本能。正如说中国古代小脚女人自我意识淡漠是一种误读，说古代国人缺乏权利意识，则是对国人民族性格的误读。国人的权利意识不是没有，而是被压抑了！财产的占有权或所有权意识就是人最基本和重要的权利意识。人之所以为人，就是知道财为何物，因为这是人生存的基础。中国古代，从求神、祭司、占卜到婚嫁、读书、为官，无不涉及钱财，这说明至少中国人的财产权意识是强烈的。

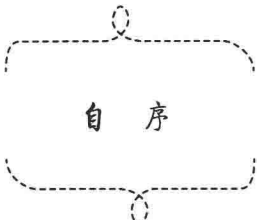
近年，一些冤假错案进入公众视野，引发学界对正当程序重要意义的讨论。但这些讨论未能从哲学源头解决正当程序之于法正义的逻辑必然性。一般的文章喜欢就事论事，就道理论

道理，其结果自然容易陷入公说公有理、婆说婆有理的怪圈。

西方学者在阐明一种主张时，无论这种主张是经济学的、政治学的还是法学的，都会先找到其理论的理论，也就是形而上学的基础，比如人性的、心理学的、认识论的，其理论或主张才有生命力。离开哲学，特别是形而上学的基础来构建法学理论，好比在沙滩上建立高楼大厦。

中国法学界讨厌形而上学的研究，其中一个理由是，西方的形而上学已经没落；理由之二是，形而上学是一些空洞的东西，没有实际意义。冯友兰说，形而上学有两种方法，一种是“正”的方法，一种是“负”的方法。“正”的方法是以假设的概念为出发点，“负”的方法是以直觉的概念为出发点。

对于后一种形而上学，我们的法学研究中可能用得很少，说它空洞、无用，我勉强赞成。对于前一种形而上学，冯友兰说，西方哲学的方法就是所谓“正”的方法。西方法学界早已没落的形而上学正是这种形而上学。但是，我们忽略了，整个西方哲学史就是一部形而上学史，其没落符合盛极必衰的自然原理，形而上学的方法已经溶解在其思维和血液中。对于这种形而上学，冯友兰说在中国的哲学研究中用得很少，其实是很客气的说法，至少，在法律思想史上，有没有过“正”方法的形而上



自序

学研究，值得怀疑。

而这正是本书的一种尝试。以假设的概念为出发点，并不在于假设本身的正确性或道德性，而在于通过假设的概念推导出什么样的结论，以及以这样的结论为基础构建的理论会产生什么样的后果。此外，冯友兰认为，形而上学的另一个重要用处是用来提高精神的境界。对于中国法律界，我想没有比提高法律的境界更重要的了。

三、我在写作本书时，还没有读过哈耶克的《法律、立法与自由》，当时可能没有中译本。哈耶克认为，法律正义本身是虚幻的，正义永远不可能被证明，能够被证明的是“不正义”，我们能够做的是尽可能地消除“不正义”，让不断被修正的正义无限地接近它本来面目。纽约世贸大厦被毁和美国首都华盛顿五角大楼被袭的“9·11事件”，基督教世界称之为弥天大罪，而伊斯兰世界称之为真主的惩罚，这为哈耶克的正义观提供了强有力的现实依据。哈耶克的观点与霍金证明时间起源的方法有些近似。巧合的是，这正是本书的立足点和出发点。正当程序原理的推导即以此为起点。

四、本书中提到的部分建议被最高司法决策层近年的司法改革措施所印证。原本打算对本书做必要的修改再付梓，但发

觉要改的地方确实太多。10 年的心路历程，心性发生了很大的变化，再续前言已是面目全非。但我还是做了一些小小的修改，并非观念有什么变化，主要是因为原来字数不多，担心出版社拒绝出版。当然在证据材料上有所丰富，使文章尽可能丰满一些。原样出版算是我世界观发展的一个历史过程和见证，不怕有错误，就怕没有闪光点。此外我打算在另一本科普小册子《法律的谎言》中丰富和修正本书的观点。



2016.7

目 录

CONTENTS

引言：法治化时代中的程序·····	001
程序定位：现代法治的中心·····	003
苏格拉底之死·····	003
客观与公正之对立·····	007
法律下的权力与法律背后的强力·····	018
非人格化的法律与法律中的人情因素·····	022
规则与裁量的冲突，法律实证主义的困境·····	026
现代新概念“程序”法治的理论与实践·····	029
引子：雅典娜的智慧·····	029
公正推定：社会正义实现中的程序性设计·····	030
杠杆原理：权力控制中的程序性操作·····	037
程序识知的表象·····	045
之一：从宗教到民主政治·····	045

之二：正当程序的内存特征·····	058
之三：对峙·····	062
之四：程序的公正原理·····	067
之五：法律程序的基本原则·····	071
正当程序的十定律·····	077
法律的形而上学词汇表·····	080
后 记·····	119

引言：法治化时代中的程序

在国际化成为时代潮流的今天，各个国家和民族排除误解和隔阂，就许多共同关心的全球性问题，诸如妇女的地位、老人和儿童问题、贫困与失业、环境污染等进行了广泛的商讨和合作，并在局部领域取得了共识或共鸣。在这样的背景下，1991年，世界上一百多个国家的法学家再次云集印度德里，共同讨论“法治”这一古老却又带有强烈政治色彩的课题，并重申了关于“法治原则”的《德里宣言》。

的确，今天无论是在发展中国家还是在发达国家，法律都扮演着越来越重要的角色。在现实生活中，法治比以往任何时候都更贴近它本身应有的主旨。因此，有人称，法治先进国家正在经历法律在社会中功能显著增加的“法化”现象。这不仅因为社会生活中越来越多的领域企盼法律的调整，更为重要的

是，人们已经不满足于法律赋予每个人以公正的结果。他们要求更为广泛地参与法律的过程，即重在“参与和过程”。人们的自信心在增强，参与意识在膨胀，自我实现的砝码在加重。因此，与“法化”现象相伴随的现象是规则及程序的繁殖。民众希望通过开放的程序参与民主政治，政治决策期望借助程序的透明度获得国民的理解和支持，行政强制性命令企图靠合理的程序来软化大众的不满情绪并实现人权的保障，诉讼机制则寄希望以公正的程序来求得判决的权威性。

一个更为有趣的现象是，在一向较少拘束的私法领域，亦出现了契约的程序化趋向。在过去，契约概念的基础是承诺，而现代社会则认为，契约的关键词是“交换”和“过程”。过程观念势必要求对于无法事先确定的契约行为进行事后评价——一般表现为程序要件的满足和促进交涉的规则。

契约的程序化正成为强有力的学术潮流。在此种情况下，正在推行现代化进程的我国法律，加强给予了法律程序以特殊的关注。

程序定位：现代法治的中心

苏格拉底之死

法律，每个国家都有，每个民族都有，而且自古以来就有。美国法学家庞德说，宗教、道德、法律是社会和平与秩序的三种力量，其中，宗教代表神的力量，法律代表国家或世俗王权的力量，道德代表原始习惯的力量。但是有法治必有法律，有法律未必有法治。

在历史的进化过程中，宗教、道德、法律的发展是不平衡的。这与各民族的性格有关。然而，究竟是宗教、道德、法律发展的不平衡铸就了不同的民族性格，还是不同的民族性格导致了宗教、道德、法律发展的不同结局？我们不得而知。

宗教、道德、法律的发展互相交织、互相影响，而又互相牵制，此消彼长。在历史的演绎过程中，有的民族国家宗教占了主导

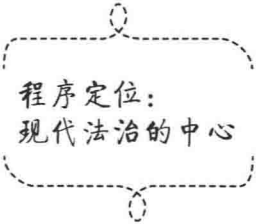
地位，比如大多数的伊斯兰国家；有的民族国家道德占主导地位，比如中国；有的民族国家是法律占主导地位，比如西欧国家。历史的经验表明，似乎只有法律占主导的国家才有将法律变成法治的可能，而在宗教或道德主导国家的政治和社会生活的国度，法律往往充当宗教或道德的工具。

为什么法治国家在地理位置上集中在西欧？这个问题本身是个很大的课题，只是这一课题并不在本书的讨论范围内。

美国和日本是后来的事，而且在法统上也是承袭欧洲的。因此我们讨论法治只有从古代欧洲开始。

人类社会一切伟大的制度，必先有伟大的思想。将法律演变为法治，必先有关于法治的思想。法律史的研究表明，欧洲最早的法治思想起源于希腊。人类现代的各种法治观念，在古希腊时代都已有萌芽。这一点，我们可以从古希腊伟大的先哲们，如苏格拉底、柏拉图、亚里士多德残存下来的篇章中找到有力的证据。非但如此，西方世界近现代的法治思想也可以说是古希腊时代法治源流的延续和发展。

然而，作为一种制度，法治不仅仅是西方文明的结晶，而且是近现代社会的产物。法治这样一个东西，从古希腊理想的萌芽到近、现代法治制度的设计和实现，尽管是差强人意的设



程序定位：
现代法治的中心

计和实现，不难计算，竟有上千年的漫长历史。相形之下，在技术革命领域，人类从“嫦娥奔月”的梦想到航天时代才不过几十年的短暂历史；从1905年爱因斯坦提出物质与能量的关系，到1945年原子弹在日本广岛爆炸，历时40年；从因特网诞生，到如今互联网主宰世界，亦不过短短数十年。技术革命可以用十年、数十年的时间实现人类社会早期在一千年才能实现的目标，而人类希望通过法治实现公平、正义、自由、和平的理想，却是步履蹒跚。法治理想的实现何以如此之难？是因为人类缺乏对法治目标的清晰定位？还是因为人类缺乏对法治目标的忠贞追求？而且一个更为深层次的问题是：法治的目标是什么？衡量法治目标的标准又是什么？要回答这些问题，且从古希腊时代谈起。

古希腊的思想家们认为法治可以实现三个目标：首先，法治代表着理性的统治，使人治中排除兽性的因素。因为，即使是最好的贤人也不能消除兽欲和私人情感。而兽欲和私人情感正是执政的偏见和腐败之根源。其次，法治外化形态的民主共和国制有助于消除危及城邦幸福和谐的某些个人情素，因为群众比任何一个人更能作出较好的判断。最后，法治内含着平等、自由、和善的社会价值，推行法治也就是在促进这些社会价值