

国家法官学院司法审判研究中心法学文库

Guojia Faguan Xueyuan Sifa Shenpan Yanjiu Zhongxin Faxue Wenku

法律之内的正义

一个关于司法公正的法律实证主义解读

郑成良/著



法



法律出版社



国家法官学院司法审判研究中心法学文库

法律之内的正义



郑成良，1955年出生，法学博士，教授，吉林大学法学理论博士研究生导师，最高人民法院二级高级法官。现任国家法官学院常务副院长，中国应用法学

研究所所长。曾任吉林大学法学院院长，吉林省高级人民法院副院长。曾发表、出版论著70余篇（部），代表作有：《权利本位说》、《法律、契约与市场》、《法治理念与法律思维》、《无罪推定论》、《法律的阶级性：理论的建构与词的暴政——对法学思维的语言学治疗》等。

责任编辑/王 萍 王耀琪



独角兽工作室

平面设计·曹 轴

ISBN 7-5036-0927-3



9 787503 609275 >

ISBN 7-5036-0927-3/D·730 定价：15.00元

国家法官学院司法审判研究中心法学文库

法律之内的正义

一个关于司法公正的法律实证主义解读

郑成良/著



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律之内的正义:一个关于司法公正的法律实证主义/
郑成良著. —北京:法律出版社, 2002. 12
ISBN 7-5036-0927-3

I. 法… II. 郑… III. 司法—研究 IV. D916

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 095828 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法学学术出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京四季青印刷厂	
开本/A5	印张/6.25 字数/135 千
版本/2002 年 12 月第 1 版	印次/2002 年 12 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-88414121
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-88414115
法学学术出版中心/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-88414883	传真/010-88414115
中国法律图书公司/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
传真/010-88414897 88414899	销售热线/010-88414896
网址/www.Chinalaw-book.com	010-88414900
书号:ISBN 7-5036-0927-3/D·730	定价:15.00 元

开 卷 语

本书是一个用实证方法来分析司法公正问题的尝试,其中,由分析哲学所创制的语义分析方法,构成了本文最重要的分析手段。

公正与否,正义与否,是典型的价值判断问题。分析哲学家艾耶尔把价值判断称之为“情感的呼喊”,而这种“呼喊”与理性和事实没有任何关系,仅仅是个人口味、欲望和偏好的宣泄,不具有任何逻辑成分和可用理性来分析判断的思想内容。分析哲学的主帅维特根斯坦认为,诉诸情感体验的价值判断,是超出了人类理性和语言能力之外的不可言说者,并告诫人们:“不可言说者,沉默!”然而,本文在使用语义分析方法的同时,却试图言说某些分析哲学家们认为不可言说的价值判断——公正和正义问题。

所有的实证分析,如果它确实是实证分析的话,都具有价值无涉和情感中立的特点,理性、逻辑和经验事实是它仅有的凭借。运用拒斥价值判断的实证分析方法来分析公正和正义问题,是否可能?如果分析的目的是说服,它就是不可能的;如果分析的目的是理性的自我反思,它就是可能的。

帕雷托曾有言：人类的天性是既缺乏理性又偏爱推理，明明总是让情感牵着鼻子走，却一定要用理性的逻辑来为自己提供聊以自慰的理由。大概，充满理性的帕雷托曲线，也是用理性的糖衣来包裹情感药丸所制造出来的思想产品。本书的思想作业过程或许没有生产出什么令人感兴趣的产品，但是，那些乐于进行理性反思的人们，也许会在其中发现点儿什么。如果这样的话，本书的目的也就达到了。

目录

上论 公正的概念及语义 ——在各种语境的转换之间

3

第一章 公正的定义与语源

第一节 一个永恒的争论

第二节 关于公正的定义

一、关于公正的实质定义

二、关于公正的形式定义

第三节 公正与正义的词源

15

第二章 “公正”一词的语境与语义

第一节 语义分析所要解决的两个问题

第二节 公正与正义在适用语境上的差别

第三节 关于公平的正义

一、分配的正义

二、交换的正义

三、赔偿的正义

第四节 非关公平的正义

一、报复的正义

二、防卫的正义

三、持有的正义

第五节 非关公平与权利的正义

一、服从的正义

二、付出的正义

第六节 九类典型的语境

中论 司法公正的性质

——制度伦理与法律之内的正义

37

第三章 司法公正与其他正义概念的联系

第一节 对各种正义概念的整理

一、语义交集的两个条件

二、概念的取舍

第二节 司法公正与分配的正义

一、司法公正与强式平等对待

二、司法公正与弱式平等对待

第三节 司法公正与服从的正义

一、对上级指示的服从

二、对法律的服从

三、对道德的服从

第四节 司法公正与报复的正义

一、从报复的角度来看待刑罚

二、等质等量意义上的对等报复

三、等值意义上的对等报复

第五节 司法公正与防卫的正义

57

第四章 报复与防卫

——从价值判断到语义分析

第一节 价值争论中同情的观察者

一、价值判断与情感的表达

二、思想与话语的连贯性

第二节 对报复论刑罚正义观的语义分析

第三节 对防卫论刑罚正义观的语义分析

第四节 正当与善的语义交集和疏离

72

第五章 语境与视角

第一节 一个假定的前提

一、两种不能有效讨论问题的语境

二、由一些假定的事实所构成的语境

三、价值意义上的应当与逻辑意义上的应当

第二节 制度伦理的特点

一、非个人化的标准

二、基础性的功能

三、程度较低的道德标准

四、德性的外在化

五、不完美的伦理

六、可操作性和可强制性

87

第六章 司法公正的特殊品质

第一节 法律之内的正义

一、作为合法性的正义

二、特殊的价值判断

第二节 有限的正义

一、对较小正义的牺牲

二、其他伦理价值对正义的限制

三、功利成本对正义的限制

第三节 普遍的正义

一、普遍正义的优先性

二、有条件的例外

下论 司法公正的结构

——在事实之真与法律之善、实质合理
与形式合理、实体公正与程序
公正之间的理性选择

105

第七章 法律之善优先于事实之真

第一节 实然性判断与应然性判断

第二节 三种可能的结构

一、对客观真实性与合法性的排序

二、制度伦理与制度安排

第三节 司法领域中的事实之真与法律
之善

一、客观真实性原则的适用领域

二、司法活动的性质、目的及其特有原则

第四节 合法性原则对客观真实性原则
的限制和超越

一、不查明客观事实也必须作出结论

二、查明了客观事实也必须作出与之
相反的结论

三、虚构的事实优越于客观事实

四、对探究事实真相加以限制

123

第八章 形式合理性优先于实质合理性

第一节 合理性的两种形态

一、关于理性的语义分析

二、关于合理性的概念

三、形式合理性与实质合理性

第二节 实质合理性优先与人治主义理想

一、实质合理性优先意味着什么

二、人治主义的理想

三、在目的与手段之间

第三节 法律制度的形式合理化

一、什么是形式合理化

二、法律制度理性化的表现

三、形式合理化与法治主义的理想

第四节 形式合理化与法律的确定性及其 限度

一、形式合理化与确定性

二、法律的确定性与不确定性

三、形式合理性优先的例外

第五节 形式合理性优先的理由

一、两个必备的前提

二、形式合理性优先与理性选择

三、两种目的语境中的形式合理性优先 问题

169

第九章 程序正义优先于实体正义

第一节 概念之间的逻辑关系

一、实体正义与程序正义的概念

二、两对概念之间的历史—逻辑关系

第二节 实体正义与程序正义

——在优先与并重之间

一、实体正义优先的司法公正

二、程序正义优先的司法公正

三、实体正义与程序正义并重的司法公正

第三节 丛林正义与制度正义

一、丛林正义的特点

二、制度正义的特点

三、实体合法性的逻辑与程序合法性的逻辑

上论

公正的概念及语义

——在各种语境的转换之间

原书空白页

第一章 公正的定义与语源

第一节 一个永恒的争论

“公正(英文为‘Justice’——或译为正义^{〔1〕})”是人类社会所一直追求着的美德和理想,也是古往今来各种法律的基本价值之一。诚如当代著名法学家、新分析法学派的代表人物哈特(Herbert L. A. Hart)所说的那样:在对法律调整进行道德评论方面,公正是一个“占有最为显赫之地位”的概念,“法律家们对法律及其实施加以称道或指责时,公正或不公正(Unjust)是被使用得最频繁的一组词语。”^{〔2〕}

在法律与各种伦理价值之间,它与公正的联系最为密切,并且

〔1〕 英文“Justice”一词通常译为正义或公正,在国内的学术讨论中,正义和公正一般也被当作同义词使用。当然,就它们所表达的思想而言,两者是实质同一的,不过,在本书的话题上,两者也有细微差别——即正义的语义更为广泛而公正则更能体现司法过程的特有品性。本书在进行语义澄清的同时,在不造成混乱的情况下,照顾到人们的语言习惯,依然对二者进行并用或互用。

〔2〕 哈特:《法律的概念》(张文显、郑成良等译),中国大百科全书出版社1996年版,第155页。

意味深长地在许多民族的语言文字上被直观、生动的体现出来。例如,拉丁文的“jus”、法文的“Droit”、德文的“Recht”、俄文的“нрав”都兼有法律与公正的含义;英文的“Justice”,更是司法职业的象征,并使法官们获得贵族般的尊崇(人们对法官的称谓是Justice …);在汉语中,法字(古为“灋”)从水,依《说文》之释,寓“平之如水”之义,也隐含公正的意味。^{〔3〕} 这些事例似可从一个细微的侧面印证下述早已为理性的观察所确证的事实:在文明的演进过程中,公正和正义是人类对法律应有伦理品质的最重要的界定,也是人类对法律应有功能的最基本的预期。

然而,什么是公正和正义?这却是一个争论了数千年而依然充满了歧见和困惑的问题。古往今来,“为了正义的问题,不知有多少人流了宝贵的鲜血和痛苦的眼泪,不知有多少杰出的思想家,从柏拉图到康德,绞尽了脑汁;可是现在和过去一样,问题依然未获解决。”^{〔4〕} 之所以如此,主要是三方面的原因所致:

首先,关于公正和正义与否的判断是典型的价值判断,而不是事实判断。对于古往今来不同时空中的社会而言,其主导性价值观念的形成均受到当时当地社会生活条件的制约。包含经济、政治、宗教、历史传统和地理环境等多重因素的社会生活条件上的差

〔3〕 蔡叔衡先生在其《中国刑法史》一书中提出,法字从水,乃取置罪犯于水上,放逐而去之义;所谓“平之如水”,系“后世浅人所妄增”(参见蔡叔衡:《中国刑法史》,广西人民出版社1983年版,第170页)。本人以为,文字初成之时,以法人水,究竟取平之如水抑或顺水放逐之义,现有两说均不失为后人之合理猜想,但何者为确,实难推知。从考据学上看,也许“顺水放逐说”理由更为充分,但是,自东汉许慎著《说文》以来,两千年间“平之如水说”一直被广泛接受,从法律文化的角度上看,法律应“平之如水”已经成为中华民族对法律的“集体想象”的一部分,这也是一个不争的事实。

〔4〕 凯尔逊:《什么是正义》,《现代外国哲学社会科学文摘》,1961年第8期。

异,会导致不同时代的人们或同一时代不同社会的人们对公正和正义有着相当不同的理解,因此,在代际之间和国际之间,公正和正义的概念常常带有鲜明的时代性、地域性和民族性,被某一时代或某一社会视为公正和正义的事情,在另一个时代或社会却可能被认为是令人难以容忍的“不公”和“不义”。

其次,对于每个现实的个人而言,即使他们生活在同一时代的同一社会,他们也可能在区分公正和“不公”、正义和“不义”时发生争议,并发现自己难以说服对方,也难以被对方说服。此类“是者是其所是,非者非其所非”的现象,随着文明的演进而日渐增多。此中缘由,在于不同的个人在生活经历、人格特征、社会地位、家世背景、族群归属以及年龄、性别、职业、社交等方面总会有异于他人,而个人价值观念的形成则与这些因素有密切的关联,因此,在不同的个人之间,对于“什么是公正和正义”的问题,永远也不会像对于“什么是水和空气”的问题那样,能够达成一致的理解。在价值观念多元化的现代社会更是如此。

最后,公正和正义概念本身就构成了一个障碍。公正和正义是一个具有高度抽象性的概念,而且这一概念的背后并不存在一个与之相对应的固定不变的实体和纯客观的指称对象,正是这一点使它与生物、力、能、速度等同样抽象的概念区别开来。关于后一类概念,人们很容易取得一致的理解,即使发生争议也存在解决争议的可能性,而公正和正义的概念则不然。公正和正义的指称对象来源于人类的想象力(如同数学概念一样),而且,在词的使用过程中,它的具体指称高度依赖于陈述者个人精神世界的特殊结构和特殊性质(数学概念则与此不同)。于是,我们会看到“正义”一词既可以被用来指称“侠盗罗宾汉”者流“替天行道”的抢劫行