

法

# 的困境与出路

FA DE KUNJING YU CHULU

主编：田 科 任长霞  
陈兆甲 张文春

中国法制出版社

# 法的困境与出路

主 编：田 科 任长霞  
陈兆甲 张文春  
副主编：赵 水 李文卿  
宋建军 宋道良

## 图书在版编目(CIP)数据

法的困境与出路/田科等著. —北京:中国法制出版社, 2003.7

ISBN 7-80182-163-7

I. 法… II. 田… III. 法制-研究-文集

IV. D902-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 063453 号

## 法的困境与出路

FA DE KUNJING YU CHULU

主编/田科等

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/850×1168 毫米 32

印张/11.25 字数/275 千

版次/2003 年 7 月第 1 版

2003 年 7 月印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-163-7/D·1129

定价:20.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66062741

发行部电话:66062752

编辑部电话:66078158

邮购部电话:66033288

读者俱乐部电话:66026596



**田科:** 男, 河南南阳人, 中国政法大学法学硕士研究生。讲师、律师、记者, 致力于法学理论和实务研究。出版法学专著2部, 发表专业论文30余篇, 两次获河南省社科成果奖。



**任长霞:** 女, 河南郑州人, 中国政法大学在职法学硕士研究生。现任登封市公安局党委书记、局长。



**陈兆甲:** 男, 河南郑州人, 中国政法大学在职法学硕士研究生。现任登封市公安局纪委书记。



**张文春:** 女, 北京人, 中国人民大学新闻专业研究生学历, 人事部《中国公务员》杂志编辑。发表文章多篇, 获首届全国人事好新闻三等奖一篇, 获人事报刊社优秀作品三等奖一篇。

赵水：男，河南南阳人，中国政法大学在职法学硕士研究生。现任邓州市人民政府副市长。



李文卿：男，河南郑州人，中国政法大学在职法学硕士研究生。现任郑州市中级人民法院副院长。



宋建军：男，河南安阳人，中国政法大学在职法学硕士研究生，高级经济师。现任安阳环保局局长、党组书记。



宋道良：男，河南南阳人，中国政法大学在职法学硕士研究生。现任南阳宛城区药监局局长、党组书记。



# 前 言

法律是人类文明社会的一种实质性要素。然而，历史展示给人类的，不仅仅是法律的辉煌，而且还有法律的悲哀。这其实也是人类本身的辉煌或悲哀。于是，人类不得不在自我认识的同时，也对法律进行思考：人类文明社会应当如何运用法律这件既可建设又可破坏的武器？法律应当追求什么价值？法律、权力、自由之间的关系怎样建立？法律是否应当具有超己的权威？哪种社会政治结构更适合于将法律导向成功之路？数十个世纪以来，思想家、法学家们对这些最根本问题的探索，在一个方面，构成了法治学说的历程。法治，无疑是当今中国的热门话题之一。它不仅为法学理论带来了荣光和研究的强大动力，而且还实实在在地对中国社会发挥着某种改造和推动的作用，它将最终培育起民主、自由、理性的文化氛围从而使我们彻底摆脱专制、人治、奴役与愚昧。

法治方略的提出与认可，旨在使国家权力置于法律的控制与支配之下，这一事件推进中国社会的进步与良性发展具有无与伦比的重要性，它表达了人民摆脱人治与专制的强烈愿望，令国人欣喜。在欣喜中我们看到了国家不断前行的步伐，现实的图景似乎给人一种法治正在实现或已经实现的感觉。但对法治建设的现实，我们应有一个清醒、理智的认识，不仅要看到成就，更应找到困难与失误。为避免误解或虚假的感觉，我们宜将法治理想或理念与追求理想法治的努力相区别。我们为法治方略的提出而欢欣鼓舞，但这种欣喜之情绝不是一种凯旋之举。我们在迈向法治

的道路上，还只是刚处于起始阶段，或者说正处于从“人治”向“法治”转型的过渡期。犹如婴儿断奶一样，这一转型期是痛苦的，但社会毕竟要进步，法治也终归要走向成熟。为使法治走向成熟，我们必须“断奶”，必须切断与“人治”的联结，获取“法治”充分成长的多种养料。

法治在中国的实现，并不是一个轻松的话题。尽管我们有着追求法治的激情与渴望，但现实也使我们面临诸多困境。法治以民主自由为基础，需要民主的力量，而我们的法治却是官方在发动和推进，民众似乎处在旁观者的地位而表现出被动与“冷漠”；实施法治意在约束权力，而我们的法治却借助于权力；一方面我们通过法律来限制权力，另一方面又存在权力滥用与肆虐；我们既看到了各地方积极实施“依法治国”策略，并将它具体化的行动（如“依法治省”、“依法治市”、“依法治县”等），却又看到了在这些具体化的行动中存在架空法治的做法；一方面是法律大规模创制，另一方面是大量的法律“白条”；法治要求政府为人民服务，而行政机关却不时追求自身利益或“与民为恶”；法治要求法院独立公正，另一方面却又表现为处处受制于他人；诸如此类，不胜列举。这些自相矛盾的种种表现，是我们这样一个国家从传统人治社会转向现代法治社会所必然要经历的痛苦与迷惑。当然，对此我们没有必要悲观。中国的法治化进程，虽然是在这样尴尬和无奈中进行的，但它毕竟开始了。尽管法治化的现实距离法治理念还有相当大的距离，但这种努力必将触动每一个国人的神经，使其警醒，由警醒而追求其人权的实现，人格的独立与人性的自由，当民众达到这一境界时，他们就为法治建设提供了强大的社会基础与动力。

面对现实法治建设的困境，我们如何才能摆脱？我想，我们应以一种冷静理智的态度对待现实中的困境。这种困境的摆脱将取决于如下几个方面：一是把准法治的精神实质，使法治的追求

不至于背离根本目标；二是检视所走过的历程，不断反省，修正错误，调适不当的观念和做法，探索一条适合于本土的法治之路；三是接受时间的“洗礼”。如此法治终将实现。

法治，说得直白点，就是“以法扰官”“以法保民”。当为官者行使权力背离为民服务的目的时，法律就要使为官者受到干扰和不利；以法律促进公共利益、个人利益的实现并保障公民的权益不受为官者的侵害。基于此种法治精神，法律制度的设计与构造也许不会劳而无功或矛盾重重。

法治从技术层面上看，须以法制为基础。新中国法制的构造，成就非同一般，然而弊端也在所难免。对法制高唱赞歌恐非学者之应为，学者对法制应力图从批评的角度寻找缺失和漏洞，以便让人们对法制有一个清醒的认识，从而不断予以改进。正如一位德国极负盛名的行政法学者福斯多夫所说：“法学者是个警告者、控制者及煞车者。”正是从法治的理念和这一批判的视角，作者对我国法治建设进程中的困境，现行法律及其制度漏洞常有所指陈，以期通过这样的批判能够促进中国法治建设的更加完善。

是的，在法治学说这块已被开垦耕耘的田地里，我们也有许多收获；法治学说史中的那些精辟与深湛的卓越见识，将使我们的获益匪浅。

总之，法治是一个能够统帅社会全部法律价值和政治价值的综合性概念。现实法治，也即实现这些价值；法治的实现，也标志着这些价值的实现。

实现法治是几代中国人的理想。当代中国人有责任使这一理想变为现实。让我们期盼并迎接 21 世纪中国民主与法治时代的到来！

编者

2003 年 7 月



# 目 录

|                       |       |
|-----------------------|-------|
| 前 言 .....             | ( 1 ) |
| 法治的困惑 .....           | ( 1 ) |
| 法律价值的反思 .....         | ( 7 ) |
| 法的价值观的误区 .....        | (18)  |
| 传统文化何以漠视权利 .....      | (32)  |
| 律师——法治社会需要你 .....     | (37)  |
| 律师权利的失衡 .....         | (46)  |
| 权利互惠与现代法制 .....       | (53)  |
| 法权理念与法权配置 .....       | (72)  |
| 社会权利结构的变迁 .....       | (84)  |
| 我们享有什么权利 .....        | (99)  |
| 法与权利 .....            | (108) |
| 权利的法律化与制度化 .....      | (148) |
| 司法现代化与我国司法体制的改革 ..... | (157) |
| 司法现代化的法制理念 .....      | (164) |
| 司法独立：现代司法的本质要求 .....  | (189) |
| 司法改革的法理透视 .....       | (199) |
| 司法公信、公正与权威 .....      | (217) |
| 中立无偏的司法公正 .....       | (239) |
| 刑事诉讼法律制度的改革 .....     | (246) |
| 私法中的人文主义及其衰落 .....    | (275) |

|                    |       |
|--------------------|-------|
| 人文精神的法治建构 .....    | (288) |
| 行政诉讼中的法律适用 .....   | (306) |
| 公平行政的法制原则 .....    | (314) |
| 行政赔偿与过错责任的原则 ..... | (322) |
| 透视腐败 .....         | (330) |
| 安乐死：法的生命与尊严 .....  | (341) |

## 法治的困惑

在一个社会中，只有当人们将伸张正义的可能机会和裁判标准诉诸一个专门化的机构时，现代意义上的司法才能获得了其在制度上和知识上独立存在的合理性，而这正是衡量一个社会之法治状况的重要指标。而时下的中国社会，人们更愿意上访而不愿诉讼，更愿意找党委和政府而不愿找法院，更愿意找媒体曝光而不愿找律师咨询。凡此等等，足以说明我们的社会还远远不是一个法制的社会，“依法治国”可谓任重道远。

当然，我们可以抱怨人们的法制观念和法律意识薄弱，也可以痛斥传统文化给我们在步入现代社会时所带来的包袱。但是，当我们的法律从国家暴力的工具逐步转变为实现社会正义的途径时，当司法公正成为整个社会的关注焦点时，我们不禁要问：我们的制度设计是不是足够合理，以至任何一个理性选择的个人都会选择司法机关作为解决纠纷的最佳手段呢？我们的司法制度本身是否有助于实现司法公正呢？

也许正是通过对现实生活的这种展示，我们才能睁开我们被所谓学术所蒙蔽的眼睛，看一看我们生于斯长于斯的乡土中国。

这些年来，法律法规在日益完善，法制建设的进程在不断加强，全社会的法治意识也一天天强化起来。这是一个不争的现实。但是，在一些地方，普通百姓的权益被随意侵害而难讨公道。权力对法律的随意践踏而难以制约，这是一个突出的问题。

信手翻开近来的报纸，几则要案赫然在目。一则是《从刑讯逼供引出警界冤案》，该文刊登了由民警到死囚，又由死囚到民

警，昆明市公安局戒毒所民警杜培武 26 个月的非常经历至今令人唏嘘不已。他因涉嫌犯罪被立案侦查，在严刑拷打中招认了“杀人罪行”，在公诉机关以故意杀人罪将他公诉到审判机关后，他被判处死刑（缓期 2 年执行）。直到一起其他案件告破，真正的凶手偶然间浮出了水面，杜培武才被无罪释放，又成为一名人民警察。虽然此案已得到了纠正，但此案给我们敲响了沉重的警钟。

昆明市戒毒所民警杜培武差一点含冤丧命的遭遇，让我们不得不面对一个令人深思的现实；过分依赖嫌疑人口供——这一诱发“刑讯逼供”的破案手段再有所改变的话，包括警察在内的人身权利都有可能遭到侵犯。

当然，杜培武案值得我们反思的不仅仅是这一点。让人惊讶的是，当地公安、检察、法院的某些人在对杜杀人“事实”的认定上，居然出奇的“统一”。侦查、起诉和审理，三种不同职能分属不同的机构，目的是为了相互监督，相互制约，防止权利滥用，以确保司法的公正和公平，这是我们走向法治的根本保证。但是在杜案上，公、检、法某些人“形分神同”的表现，让人不得不怀疑法律的神圣尊严在遭受着亵渎和蔑视。

中国的法制建设有一段漫长的路要走，因此，我们要正视现实生活中暴露出来的一个又一个问题。但是杜培武一案的审理过程却让我们忧心，枉法者依然在位，刑讯逼供者未受处罚，直至目前尚无一人真正为这起冤案承担法律责任。我们关注的不仅仅是杜培武案的个人权益是否能够得到维护，我们更关注的是司法公正最终是否能够得到确切的保障。

二则是《是谁制造了错案》。该文刊登了一起证据确凿、事实清楚的买卖纠纷案，在被告于建国手捧“个体户”向两会（人大、政协）捐赠 10 万元的红纸牌子，向正在举行人大、政协两会的省人民大会堂走去，竟使得一些国家工作人员为其摇旗呐喊，有关部门过问此案，并要求法院限期整改上报结果。在此情

况下，原审法院迫于压力和无奈，致使原审法院启动再审程序，撤销原审判决，改判此案被告不承担法律责任。就这样，一个公正的判决被无端地否定了。而今，中级法院虽对这起案件作出了终审判决，事事非非终究有了个说法，但五年沉冤，今日昭雪，它留给当事人的是什么？一起简单明了的贷款纠纷案件，在其中一名被告的“努力”下，有关部门和人员便搞“告状者有理”的推定，支持、纵容、无理请求，以致正义被涂炭，法律遭扭曲。人们不禁要问：一个非法之举为何能让那么多人为其摇旗呐喊？难道都是不明真相或缺少法律知识而一时被迷惑吗？在迷雾的背后是否还有不可告人的交易呢？

三则是2001年2月4日，令人寒心的一幕在安徽省阜阳市颍州区西湖镇上演：26岁的上海同济大学社会科学系研究生亓培玉，携新婚妻子杨雪在家乡一条河边散步，与驾驶一辆“法院”字样车的阜阳市程集镇工商所市场服务部主任韩永臣、西湖镇林站站长赵苏安等4名陌生男子不期而遇，韩永臣下车当着亓培玉夫妇的面小便，亓说了一句“真没修养”，韩等4人勃然大怒，驱车在河边疯狂追打亓培玉夫妇，亓培玉被殴打落水溺死，杨雪在村民帮助下躲在一个草垛后方得以逃生。此一事件是被媒体披露之后，才得到了有关方面的高度重视，人们才能怀着较大的希望拭目以待杀人凶手受到法律制裁。

从新闻角度讲，研究生被无辜毒打致死，虽然比普通百姓成为这样的苦主更具有新闻价值，正因如此，包括央视台在内的数十家新闻媒体进行追踪报道，肯定也正因如此，消息才能以如此之快的速度传到高层并且引起重视。反之，如果死者只是一个平头百姓而且又不具备较高的新闻价值，那么，新闻媒体会深切介入吗？凶手能这么快迫于压力而投案自首吗？

这样的推论，从法律的角度讲是站不住脚的，从情理的角度讲，这样总结地方警方的工作好像也有些不公平，但实际上这不

能算是信口开河。据报道，当地村民在接受记者采访时都提心吊胆不敢说心里话，因为那4个凶手都是恶霸，知道以后会带人过来抄家的；死者的妻子也说，当时歹徒一边大打出手一边逼问丈夫的家庭住址，说回头还要抄他的家。无故将人暴揍一顿还不解气，还要抄人家的家，气焰如此嚣张，这只能是恶霸的口气。试问，如果当地政府的某些部门不曾玩忽职守，也没有人为这些恶棍为虎作伥，他们怎么可能有如此嚣张的气焰？

死者不是死于刀刺或枪击，这样的暴力事件无论从性质还是动因上都具有更大程度的偶然性；将人活活打死并且还要抄人家的家，可见他们平时就是十足的恶霸。罗马不是一天建成的，恶霸也不可能是一天形成的。此前他们的身上也许没有血案，但肯定有打人、抄家的前科，最起码也是“大事不犯，小事不断”，否则，村民不会这样谈虎色变；同样的道理，他们无故伤害他人身体，侵犯他人财产或者擅入民宅的违法行为也从来没有受到应有的惩罚，否则当地也不会这样乾坤颠倒，邪气压倒正气。我们不禁要问，在这群恶霸一天一天地坐大的过程中，当地有关政府部门和警方都在干什么，又都采取哪些有效措施呢？目前，案件尚在审理之中，高层领导的严肃批示能否得到不折不扣的落实还不清楚，我们姑且相信最终凶手会被绳之以法吧。但是假如铲除恶霸都需要省长、市长或市委书记这样级别的领导亲自过问，中国有960万平方公里的国土、13亿人口、2000多个县，领导的精力怎么能够够用，群众安全感又从何而来呢？

一个研究生被无故毒打致死可能有些偶然，但等恶霸形成，领导批示以后问题才能得到解决绝不是偶然现象。预防犯罪是公安工作最基本的原则之一，不知道怎么回事有时候就是不能从墙上、纸上、口头上落实到行动中去。

我们要为那位无辜的研究生感到悲哀，但更可悲的是，我们也许要以这位研究生的生命这样的代价，才能唤醒人们关注原本

就应该属于自己的安全感。

面对尸骨未寒的死者以及他悲痛欲绝的家属，我实在不忍心地说出他的死对当地群众来说也许是好事这样的话来，但又不得不承认实际上就是如此。

其实，生活中这样的事例并非绝无仅有。

一个疑问自然浮现出来：有法必依，违法必究。那些公然作恶，有法不依，残害百姓的权贵、歹徒、恶霸自应严惩不贷，而其背后予以姑息、迁就、纵容、包庇的手中握有权柄的人，为什么很少被法律追究呢？

数千年的中国封建社会，讲的多是“人治”、“为政在人”、“权大于法”。今天不一样了，我们已开始步入法治社会。谈到法治，当然要有逐步完善的法律条文，要有安全性能好、稳定性强、运作效率高的法律实施机制。但是，更重要的还是要确立以宪法为核心的法律拥有至高无上的权威，不允许任何组织或个人凌驾其上，人人在法律面前均有平等的权利和义务。这些年来全社会的普法工作很有声势，也很见成效。但是，老百姓更多的不是从法律条文，而是从身边眼前的司法实践去感受法律的权威，去树立法律的信仰，去生发自己的法治意识。如何把法治的要义付诸实践，保证司法的公正、廉洁、理性，乃是全社会实现法治的基础和关键。

促进社会治安状况的根本好转，一直是党和政府关注的重点。但是为什么一些社会恶势力敢于肆无忌惮地横行一方？为什么一些犯罪分子敢于视法律为儿戏、公然行凶作恶？为什么一些工作人员有法不依、执法犯法、以身试法？用老百姓的话说，其中重要的一点，他们往往是“朝中有人”或者是“手握权力”。

广大群众对法治有迫切的需求。但是，面对犯罪分子的强暴，一些人或忍辱含冤，或铤而走险，为什么不去主动拿起法治的武器勇敢地抗争呢？

应该说，法治是大势所趋。但是，为什么在不少地方、不少环节难关重重？根源之一，就是在权与法的较量中，封建社会的“人治”传统还有其强大的惯性。

我们正处于一个社会变革的年代。贫富差别的扩大，社会分层的加快，多元价值的分化，必然引发不同群体、不同层面、不同价值取向的摩擦、碰撞。这就需要社会自觉地用法律手段自我整合由此引起的冲突、无序和混乱。而现实生活中由于缺乏约束的权力对法律的亵渎、对私利的谋取，对社会恶势力的姑息、庇护，必然导致对社会法治的消解，导致社会价值的失范，导致社会矛盾的激化。

法治，是一项神圣崇高的使命，是一道社会进步的阶梯，也是一个艰难曲折的进程。

推进法治，就当加快发育广大百姓的主体意识、公民意识和权利意识，让人们学会用法律来维护自己的独立人格、自由、尊严和利益。

推进法治，就当加大惩治腐败的力度，推进社会主义民主政治建设，建立严密的权利参与和保障制度。

推进法治，就当切实尊重、维护法律的权威。我们不仅要對犯罪分子绳之以法，而且也要对他们背后的那些“很硬的后台”，那些予以姑息、纵容、包庇的“关系网”、“保护伞”，予以坚决的清除，更要对那些手握权柄、唯利是图、有法不依、执法犯法的“毒瘤”彻底地铲除，不要让法律迫于无奈。

无论是谁，都必须承认，中国的法治现代化进程中，在社会实现法治是问题的关键所在。在改革开放之后，大家已经逐渐认识到，中国社会存在着一种与理想中的国家法律制度不同的逻辑，而如何认识和理解这种逻辑也就成为许多学者的任务。对于这个问题关心的并不只有法律学者，社会学者和人类学者同样也主要是为了完成这一使命。



## 法律价值的反思

法律价值即法对人的积极意义或有用性。旨在保护公民、法人和其他组织的合法权益，体现其自身价值和社会价值。法律就是使人类行为服从规则治理的事业。然而人们却发现，日常生活中我们的一些规则正在被破坏：我们一些执法人员很厉害，他们代表国家执行法律，干的却是一些违反法律规则的事情；我们的少数地方部门很厉害，他们出台的政策很多的时候可以盖过法律；我们的一些地方长官和地方传媒也很厉害，有时候某书记市长的批条，可以让法庭上悬而不决的事情一锤定音；传媒的关注和热炒，能够让法官内心的天平倾斜。我们不仅要问：法律的价值何在？如何才能实现法律的公平和正义？法律至上的权威何时才能得以确立？在大力提倡依法治国的今天，现实法律价值问题不能不令人深思。

### 忧心忡忡的社会治安

1979年，我国相继制定了刑法和刑事诉讼法，从此开始了法制时代。本来，法律的制定应该是对各种反社会行为更好地制约，然而事实却是随之而来的一个汹涌的犯罪浪潮。1983年，各类痞子、流氓所从事的刑事犯罪已经到了沿用常规的法制手段无法收效的地步。高层人士不得不采用一个非常的手段来进行一次所谓“运动式司法”——“严打”来稳定社会，来重建人们对于社会制度的信心和依赖。应该说“严打”的效果是明显的，尽