



我们担心的不是司法不公，而是担心找不到造成司法不公的责任人。

谁主宰了法律

兼论司法公正和自由裁量权的函数关系

田永卫／著

WHO
DOMINATES
THE LAW

线装书局

THE LAST

谁主宰了

法律

THE LAST

THE LAST

THE LAST



谁主宰了法律

——兼论司法公正和自由裁量权的函数关系

田永卫 著

线装书局

图书在版编目(CIP)数据

谁主宰了法律 / 田永卫著. —北京: 线装书局,
2009.10

ISBN 978-7-80106-995-5

I. 谁… II. 田… III. 法律适用-研究
IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字 (2009) 第174063号

谁主宰了法律

作 者: 田永卫

责任编辑: 崔建伟

出版发行: 线装书局

地 址: 北京西城区鼓楼西大街41号 (100009)

电 话: 010-64045283

网 址: www.xchbc.com

经 销: 新华书店

印 制: 北京画中画印刷有限公司

开 本: 1460×998 1/16

印 张: 12.25

字 数: 193千字

版 次: 2009年10月第1版第1次印刷

印 数: 2000册

定 价: 30.00元

培根有一句名言，“一次不公正裁判的罪恶甚于十次犯罪，因为犯罪污染的只是河流，而枉法裁判污染的却是水源。”

一种司法体制，法官如果无须对裁判结果承担责任，或者他可以轻易寻找推卸责任的借口，那么，良心和职业本能所具有的抵挡各种诱惑的力量就会慢慢磨蚀以至荡然无存。

——作者题记

目 录

谁主宰了法律	1
第一章 定义和论证方法	1
第一节 引子	1
第二节 定义	2
第三节 寻找答案的意义	2
第四节 可能性和论证方法	4
第二章 委托合同的任意解除权	7
第一节 实证案例一	7
案情梗概	7
法院判决	11
第二节 疑问和求证	11
判决合乎情理吗	11
司法对经济活动的影响	13
“利益裁决者”或“利益输送者”	14
民法的精巧和微妙	15
我国民法之落后可见一斑	16
第三章 添附物的所有权归属和补偿	18
第一节 实证案例二	18
案情梗概	18
法院判决	19
第二节 疑问和求证	21
判决合乎情理吗	21
添附物的法理	22

添附物补偿和违约责任的区别	28
什么是损失	29
添附物补偿为何“打折”	30
第四章 自由裁量权和司法公正的函数关系	32
第一节 寻找答案的历程	32
第二节 我们找到的答案	35
第三节 关于自由裁量权的争论	36
第四节 自由裁量权的有趣悖论	37
第五节 司法实践证明了这个悖论	39
第六节 法官在限制中如何获得“更大”自由	40
限制自由裁量权的案件分类	40
法官享有充分自由裁量权的案件	41
在限制中法官的自由裁量度	42
第五章 同样的事实，不同的解读	45
第一节 实证案例三	45
案情梗概	46
法院判决	47
第二节 疑问和求证	48
证明标准的争论	48
两个不同的判断角度	52
同样事实、不同的解读	53
表象事实与系争事实的区别	55
表象事实的解读标准	57
寻找系争事实真相的方式	59
第六章 无效合同的诉讼时效何时起算	62
第一节 实证案例四	62
案情（一）梗概	63
法院判决	64
案情（二）梗概	65

法院判决	66
案情 (三) 梗概	68
法院判决	69
第二节 疑问和求证	70
哪个判决合乎情理	70
有几个最高人民法院	71
判例法是司法的必然	72
司法解释应及时和有效	73
希腊神话的启示	75
第七章 限制自由裁量权的作用和副作用	77
第一节 限制自由裁量权的三种可能后果	77
第一、法官的错误观点得到及时纠正	78
第二、法官的正确观点没有被采纳	78
第三、法官的错误观点被另一个错误观点取代	78
第二节 限制自由裁量权的作用和副作用	79
第三节 几种常见的“限制”形式	81
我国法律对法官自由裁量权的规定	81
法院内部限制法官自由裁量权的情况	83
第八章 专利权的有效与无效	88
第一节 实证案例五	88
案情梗概	88
复审决定 (第一次)	93
法院一审判决 (第一次)	98
法院终审判决 (第一次)	100
复审决定 (第二次)	101
法院一审判决 (第二次)	105
法院终审判决 (第二次)	107
第二节 疑问和求证	108
案件越疑难复杂, 法官自由裁量权越大	108
从技术内容看“客观标准”	111

法官自由裁量权的特殊性	112
第九章 司法体制改革的“牛鼻子”	114
第一节 自由裁量权是司法改革的“牛鼻子”	114
司法改革的“牛鼻子”在哪里	114
为什么说司法裁判权的改革是司法改革的“牛鼻子”	115
第二节 建立高效和完善的监督制度	118
第三节 自由裁量权与法官和外界的关系	119
第四节 自由裁量权改革的最大阻力在哪里	120
第五节 自由裁量权和社会公正	124
第十章 结束语	125
附录	128

谁主宰了法律

第一章 定义和论证方法

【本章摘要】：

徒法不足以行。

在法律适用过程中，谁主宰了法律？研究这个问题的意义在于找到根治司法不公和司法腐败的方法。

本书题旨就是要解密这个不以人的意志为转移的司法客观规律。

人类历史和他国法治文明和法治成熟的实践，证明了这一司法客观规律的存在。

第一节 引子

法律的作用是维护社会的公平和正义。

在一个法治社会，实现人人期望的公平、正义和秩序的根本方法，就是把一切活动交由法律主宰。任何人、任何时候都需要并且应该得到公平、正义，在遇到危难和委屈时得到至高无上的法律的庇护。这是社会主义科学发展观和建立和谐社会的根基。

徒法不足以行。

这样，就自然派生出一个问题：谁主宰了法律？法律不是花瓶，如果仅仅摆放在那里，无论多么赏心悦目都不能实现她之所以产生和存在的目的。那么，在法律适用过程中，谁在控制和支配法律呢？毋庸证明的历史和经验告诉我们，法律可以在正确支配下，实现社会的公平、正义。但是，很多时候法律却在错误支配下，破坏了社会的公平、正义。

谁主宰了法律？

司法不公和司法腐败现象已经成为当前社会反映最强烈的问题之一。我们冀希望发现解决问题的办法。《谁主宰了法律》就是要解密一个客观

的、不以人的意志为转移的司法客观规律。研究这个问题的意义在于找到根治司法不公和司法腐败的方法，从而真正奠定司法公正的基石，实现依法治国的目标。

第二节 定义

我们先要对本书的题目有个明确的定义。本书题旨不是讨论法律意志、法律精神或者法哲学的高深理论，本书所要讨论的只是在司法过程中的法律适用问题，即在法律的适用过程中，谁的意志决定了法律的适用。因此，这个题目所要讨论的范围非常狭窄，仅限于司法裁判权中的法律适用。

诚然，如果简单而又笼统地说，法律的意志主宰了法律的适用，这在法学理论上或许是成立的，但是对我们探讨司法实务却是没有丝毫意义。谁的意志，或者说谁主宰了法律适用？“谁”的定义，是指具体的一个人或者一个组织，他（他们）根据自己对法律的认识和理解，依靠其享有的公权力或其他力量，来最终主宰法律的适用。换句话说，正是我们研究的这个问题的答案中的“谁”，最终，他（他们）的意志演变成法律的意志。

仁者见仁，智者见智。这个问题，不要说是社会大众，就是“法律职业人”中，答案也不尽相同。更有甚者，同一个行业，同一个人，在不同的案件中或者需要选择法律适用的不同的场合下，也有不同的感知。

归纳起来，这个问题可能的答案可以说是包罗万象。譬如，主审法官给出的答案，或许是合议庭、审判长联席会议、庭长、院长、审判委员会、上级法院，等等；审理法院给出的答案可能是人大、政法委、行政干预、个别领导过问，等等；普通民众给出的答案可能是人情、金钱、权力，等等；此外，还有享有法律监督权的各级检察院，以及维护党纪政纪的各级纪检部门、监察部门，以及其他可能影响司法裁判的个人或者组织。

在正式阅读本书之前，作为读者，您不妨给出在您心目中认为最合适的一个答案，然后，把它写在这里。

第三节 寻找答案的意义

以维护社会公平和正义为目的的法律，为什么经常会出现偏差，使需

要她的人雪上加霜？甚至有时候，恰恰就是因为法律适用中的偏差，使人受到不公正的待遇，甚至失去人身自由。这样的例子，现实中遇到的太多太多。

可以毫不夸大地说，谁主宰了法律？谁的意志支配了法律？寻找这个问题的答案，就是寻找实现社会公平正义的途径，就是寻找维护司法公正、防止司法腐败的有效机制和对策，就是寻找实现社会和谐发展的“灵丹妙药”。

也许有人会提出不同的看法。譬如，司法不公和司法腐败的原因是多方面的，它不仅有现实的原因、还有历史的原因；不仅有体制上的原因、还有体制以外的原因，等等。在已经查明的腐败案件中，所反应出来的不公正和腐败的原因也是多样化和复杂化，并不是某一个确定的单一的因素。

还有人会提出，谁的意志支配了法律？这个题目本身就是一个或许比司法不公和司法腐败更复杂的社会问题。我国宪法虽然规定了人民法院独立行使审判权，但是，法院和法官往往会受到来自体系以外的各种影响或干扰。有些应属于正常的渠道，比如，人大监督、群众来信来访等；有些属于非正常的渠道。这种情况不胜枚举。

站在客观存在的现实状况的角度分析，这些不同的看法都有一定的道理。然而，社会公众所看到的、发生在眼前的这些现实，仅仅是事物的表象，或者说，是司法状况的最终结果。从结果中分析原因，毫无疑问是解决任何问题的正确的考察方法。但是，我们要时刻提醒自己的、或者说最要避免的是因果倒置。结果的差异性、多样性，并不必然导致原因的差异性、多样性。单一的原因，由于外在其他因素的存在和干扰，也会产生结果的多样化。

“我们看事情必须要看它的实质，而把它的现象只看作入门的向导，一进门就要抓住它的实质，这才是可靠的科学的分析方法。”（毛泽东《星星之火，可以燎原》）

正如立法者在创设一项法律时，要解决创设这项法律应体现“谁”的意志一样，法律在适用中，也会必然遇到“谁”的意志在支配、控制法律适用的问题。

在一起案件中，“谁”的意志决定这起案件适用哪一条哪一款法律，“谁”的意志排斥哪一条哪一款法律的适用，那么，案件的结局就体现了

“谁”的意志。那么，“谁”的意志通过主宰法律的适用，或者维护了社会的公平和正义，或者相反，破坏了社会的公平和正义。

司法公正是党和国家提出的依法治国的核心。要实现司法公正，毫无疑问应该找到影响司法公正的根本原因。正如医生给病人治病，病因诊断正确，开出的药方才能对症下药；病因诊断错误，开出的药方肯定不对症。如果真能有一剂简单的良药，能够从根本上遏制司法不公和司法腐败，正如本书题旨所说，的确是再好不过了。

探讨“谁主宰了法律？”这个问题的重大意义就在于此。

第四节 可能性和论证方法

那么，接下来的问题显然是，在法律适用中是否存在“谁主宰了法律”这个问题的答案。

当然，这个答案不应该是孤立的、单一的某个个案中所反映出来的特殊情况，而应该是司法领域中的一个客观规律。它应当具备两个属性：第一，客观性；第二，普遍被遵守。客观性，这个很好理解，就是不以人的意志为转移，无论你是否承认，它都在发挥着作为司法规律的作用；普遍被遵守，就是这个司法规律就像经济学中的“供求关系决定价格”的规律所起的作用一样，在法律适用中发挥着作为客观规律的普遍作用。

法学是一门社会科学，它的基本规律和其他社会科学有着共同点。例如，在经济学领域，各种经济现象也是交互影响、错综复杂，经济学家在研究经济问题时，也同样要分析和发现经济运行的客观规律，依此来指导和解决经济问题。如果经济学家发现的经济规律正确，就能够把脉未来经济趋势，提出正确的应对政策，否则，就会走错方向，付出代价。

在法律适用中，是否存在这样一个司法客观规律呢？我们冀希望发现和找到这一司法客观规律。只有找到这个不以人的意志为转移的司法客观规律，我们才能不但尊重而且遵循这一客观规律，实践社会主义科学发展观，实现党和政府提出的依法治国的目标。

我们可以用反证法来证明这一司法客观规律的存在。

人类法治文明是一个渐进的过程。一个民族、一个国家都在不同的历史时期经历了法治从不完善到逐步完善的演进过程，尽管当中还有反复

和曲折。就当今世界范围来看，有些国家法治比较成熟，有些国家法治要差一些。就一个国家而言，会出现在某一个特定历史时期，法治状况比较好，而在另一个特定历史时期，法治状况不好。这些客观存在的法治状况的差异性，就证明了这个司法客观规律的存在。

当人们意识到并且遵循这一司法客观规律时，整个社会的法治状况就会有所进步。找到了“谁主宰了法律”这个问题的正确答案，并且在国家司法体制的构建中尤其是司法活动中，严格遵循这个司法客观规律，那么，这个国家的法治就会比较成熟；相反，没有找到“谁主宰了法律”这个问题的正确答案，或者在司法过程中，没有严格遵循这个司法客观规律，司法不公和司法腐败现象就会不断滋生。

不同国家的法治状况的差异性，或许有人会归因于国体和政体的差异。这种观点是非常错误和有害的。国体和政体的差异绝不等同于法治的差异。正如实行君主制的国家，其法治状况也有优劣之分；实行共和制的国家，其法治状况同样有好坏的差异。我国的立国之本是中国共产党领导下的社会主义人民民主共和国，法治建设和进步取决于我们自己的不懈努力。法治文明和司法公正是人类的共同价值。展望长远的目标，社会主义法治建设应该做的更好。

“谁主宰了法律”这个问题的答案是什么呢？如果从事物的表面分析，似乎当然是法官主宰了法律。社会发展和社会分工之所以产生法官这个职业，或者说，从法官这个职业产生的历史和这个职业的作用来考察，国家之所以任命法官、并以纳税人的钱供养法官，唯一目的就是让法官作为法律纠纷的“居中裁决者”。自然，主宰法律适用的就应当是法官。

如同教师教书育人、医生救死扶伤一样，法官的天然职责就是主宰法律适用。可是，让人惊奇的是，现实社会中反对这种观点的人居然很多。即使在法律职业人当中，质疑这个观点的人比认可这个观点的人也要多的多。而且更有意思的是，恰恰是法官尤其是基层法院的法官，他们对这个观点质疑最为强烈。有些法官直言不讳讲，这种观点是书生误国之谈。

如何解开“谁主宰了法律”这个谜呢？从逻辑学的角度，论证的基本方法有归纳法和演绎法。这两种逻辑论证方法都有以偏概全之嫌，尤其是类似本书这个题目，一是我们永远无法穷尽所有的案例，二是案例之间案情差异很大，各种因素交织在一起。如果试图采取这些普通逻辑论证方法

论证，或许从一开始就让读者感到乏味，也没有任何说服力。

本书找到了一个独特的研究视角。从这个视角研究本书讨论的题目，应该具有很强的证明力和说服力。本书依据权威性和代表性，筛选出五个实证案例，这五个实证案例从“骨髓”里面影射出了“谁的意志”主宰了法律的适用。

这五个实证案例不是社会公众关注的热点和焦点，没有诱人哗众的噱头，更没有悬疑跌宕的情节，读者如果不胜其烦，实在不能说是读者的错。不过，如果读者有耐心和兴趣，有探索和追寻这个问题的意志，不妨慢慢读来，推敲和分析这些案例。谁主宰了法律？以及司法公正和法官自由裁量权的辩证关系，这些问题的答案就会自己走出来。

我们先看两个实证案例。其中一个是在司法界享有盛誉的国家首善之地的人民法院裁判的案例，另一个是最高人民法院裁判的案例。

第二章 委托合同的任意解除权

【本章摘要】：

通过这个实证案例，可以看到《合同法》第四百一十条规定的不足之处。

司法裁判对经济活动的巨大影响。

审理民商事案件的法官，应当具备敏锐的商事洞察力和判断力，他才能成为一个公正的“利益裁决者”，避免成为一个“利益输送者”。

民法于细微处见精神。

第一节 实证案例一

向社会公众普及法律知识是建设法治社会必不可少的一项工作。全国各地电视台几乎都有专门的法治类节目，其中，中央电视台的《经济与法》栏目是很有权威性的。2003年5月28日，该栏目播出了一期节目，题目是“这个合同能否解除”。这是一个非常典型的案例。我们就从这个案例开始。

案情梗概

北京有一家房地产公司，上个世纪九十年代末，该公司在北京市朝阳区雅宝路外交部南街附近开发了一个房地产项目。第一期规划的公寓楼当时销售情况不太好，平均每平方米销售价格不足万元。第二期原计划也是开发公寓楼，此时，该房地产公司遇到了香港国际信达行投资有限公司总经理邓智仁。邓是最早涉足大陆房地产顾问经纪业的人士之一。邓智仁建议该公司变更第二期开发计划，将公寓楼改为写字楼。在该公司犹豫不决的情况下，邓又提出可由其独家策划包销、并承担该项目的所有广告宣传投入，保证未来销售底价不低于每平方米12000元，同时，又为其分析了当时北京及周边写字楼市场的前景。邓智仁作为香港房地产顾问经纪行业的资深人士，其观点和建议令该房地产公司很兴奋。该房地产公司开出了销售底价之上五五分成的合作条件。于是，双方在2000年7月6日签订了《独

家策划销售顾问合同》。

为了保持案情的原貌，还是看一下合同全文：

《独家策划销售顾问合同》

本独家策划销售顾问合同（以下简称“合同”）由北京恒润房地产开发公司（以下简称甲方）与香港之国际信达行投资有限公司（以下简称乙方）于公元2000年7月6日订立，内容如下：

第一条、甲方现委托乙方为在全球独家策划销售其所拥有位于北京市朝阳区雅宝路外交部南街十号之项目（项目名称待定，以下简称“项目”）的顾问。乙方有权将上述受托顾问事项委托乙方于全球的分公司或子公司承担。

第二条、甲方委托乙方销售之面积为20,000平方米（以下简称“该面积”）。

第三条、签署本合同后，乙方可立即启动销售，在项目工程启动并且销售许可证领受之日起6个月内，若乙方未能成功出售该面积之百分之三十，则甲乙双方可立即终止本合同。否则，本合同期限自动顺延半年，过了顺延之半年后双方商议是否再顺延。

第四条、顾问费

4.1、乙方成功出售之任何该项目面积或单位，乙方有权向甲方收取该成交价之2%或以底价每平方米USD1,430计算之超出部分差价之50%作为顾问费，两者取其金额高者。

4.2、在项目工程启动并且销售许可证领受之日起6个月内，若乙方成功售出此项目之18,000平方米，甲方除需向乙方支付根据本合同第4.1条所规定的应付顾问费外，还需向乙方支付人民币1,000,000作为额外顾问费。

第五条、顾问费支付方式

当客户在律师行签订正式预售合同并交付的首期款达百分之十以上时，甲方应指示律师行在该楼款中扣除相当于出售面积/单位之成交价之1.5%作为部分顾问费，直接支付给乙方，剩余部分顾问费，则按下列情况支付：

当客户办妥按揭贷款手续或全数楼款付清时，甲方应将欠乙方之剩余