

姜耀雄／著



法律審美

姜藍早菲八歲書



北京邮电大学出版社
www.buptpress.com

法律審美

妻藍早菲八歳書



姜耀雄／著



北京邮电大学出版社
www.buptpress.com

内容简介

本书由作者在2004年至2010年间创作的20篇法律随笔汇编而成，涉及法治、律师、规则、诉讼等诸多话题。大多数文章以杂文或散文的方式写成，力图从司空见惯的小事发掘出制度性问题。作者文笔犀利、观点新奇，思想深刻。

图书在版编目（CIP）数据

法律审美 / 姜耀雄著. —北京：北京邮电大学出版社，2010.9
ISBN 978-7-5635-2422-8

I. ①法… II. ①姜… III. ①法律—文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第174796号

法律审美

作 者：姜耀雄
责任编辑：张 灏
出版发行：北京邮电大学出版社
社 址：北京市海淀区西土城路10号(邮编100876)
发 行 部：电话：010-62282185 传真：010-62283578
E-m a i l：publish@bupt.edu.cn
经 销：各地新华书店
印 刷：北京忠信诚胶印厂
开 本：148×210mm 1/32
印 张：6.25
字 数：142千字
版 次：2010年10月第1版 2010年10月第1次印刷

ISBN 978-7-5635-2422-8

定价：28元

• 如有印装质量问题，请与北京邮电大学出版社发行部联系 •

目录



一、法律和法治

1、审美地对待法律	001
2、规则至上	009
3、我们为什么不遵守交通规则	021
4、法律的后台	031
5、权力资源的分配成本	037
6、体育和政治	045
7、给大人物帮忙	053
8、法律的精度	059
9、作为商品的正义	065
10、法律抢劫和法律工具主义	075
11、中国企业海外上市和美国枪击案	081



目录

二、律师和诉讼

12、一个子不承父业的行业	087
13、律师一家亲	103
14、合伙人：从工匠型到领袖型	111
15、性格决定原被告	119
16、撒谎的权利和边界（一）	131
17、撒谎的权利和边界（二）	141
18、撒谎的权利和边界（三）	155
19、撒谎的权利和边界（四）	175
20、行善——律师箴言	181

审美地对待法律



朱光潜先生在《谈美》一书中写了“我们对于一棵古松的三种态度”：木商的视角是实用的，他看到的是古松的功利性用途；植物学家的视角是科学的，他看到的是古松的解剖结构；画家的视角是美学的，他看到的是古松的美。在法学领域，对于一个案件，也存在三种态度：律师是实用的，法官是科学的，公众是审美的。



一、实用地对待法律

律师判断“买卖”是否值得做的标准是商业性的。在决定是否接受委托之前，律师表现出商人的一面。他关注的并非案件带来的社会正义，而是投入产出比——“产出”除了代理费外，还包括“一案成名”的潜在收益或被冠以“正义斗士”的荣誉。因此，律师感兴趣的不是正义，而是正义的对价——帮助别人实现正义后得到的报酬。就如同商品是商人的标的，到底是什么商品并不重要，重要的是利润多少；正义是律师的标的，到底帮助对抗的哪一边实现“正义”并不重要，重要的是谁支付的对价高。这就不难理解，对于隐藏了天大冤屈的案件，由于当事人支付不起正义的对价，大牌律师并不愿意做这单买卖。这样，社会要专门建立一套司法援助系统，帮着支付不起正义对价但是确实需要实现正义的人们获得公力救济。一旦接受委托，律师则开始追求委托人的利益最大化，双方律师的“自私”促成了被掩盖事实的再现和对多维利益的关注。这就像商人在追求个人利益的同时，无意中带来了整个市场繁荣一样，实现正义也是律师在追逐自己及委托人利益最大化过程中的副产品。

律师处理案件是职业化的。作为谋生方式，其对案件正义性的关注要远远小于当事人，其在法庭上的慷慨陈词只是打动法官的职

业技巧，就像演员的表演或政治家的演说一样，职业中的“情”只是一种手段。每日面对会导致激情疲劳，天天动情也就没了情，类似于出纳数钱时没有了快感、接待上访的官员面对社会黑暗无动于衷一样。对比普通人的一生一次，职业人士显得超然且漠然，这便是实用地对待。

二、科学地对待法律

法官应当科学地对待法律，其不仅要具备从现有证据中发掘真相的科学精神，还要保证分配社会正义时的角色中立，理由符合逻辑，过程遵从程序，并且结果精确。正义，作为一种稀缺产品，是由法官生产和分配的，其天平只有精确才不会倾斜。因此，法官更像一个工程师，其课题是为个案准确地分配权利、义务和责任；判决书就是法官阐释分配结果科学性的论文。

然而，诉讼的实用主义态度将损害法官的科学精神。从实用主义视角看，民事诉讼是为解决利益纠纷创造的工具。所以，司法的目的是解决纠纷，而非查明真相。如果不需要查明真相，或者不需要精确分配权利义务，争议的双方就自行和解了，岂不既达到了诉讼目的，又节约了司法成本？然而，盲目追求和解率，甚至逼着当事人撤诉或和解，不仅有损法官的科学精神，而且辜负了公众对司法寄予的厚望——他们需要一个说法，而不是不清不白的了断。有

很多案件，当事人之间通过暗箱操作了断了，对其关注许久的公众却被戏谑了，他们耗尽热情关注着结果，但只知道故事的开始。其实，一个涉及公共利益、对他人有指导意义的案件不仅是当事人之间的事，其更类似于新闻事件，开始时是两个人的事，一旦被公众关注，就是大家的事了，因为司法对这个事件的态度是指导其他人面临同样事件时如何行为的“先例”。

三、审美地对待法律

审美是欣赏。在远处注视案件审判活动的公众惊讶于曾经的达官贵人或商贾名流被揭露出的种种罪行。虽然多少带有幸灾乐祸的小人心态，但如果能观赏到“精英”们的下场，公众也就不再抱怨自己昨天的辛酸和今天的无奈，从而接受当下角色的“难念的经”。因此，让公众欣赏惩治“精英”的过程有安抚社会的效果，公众可以借此互勉：“你看那些曾经的精英，连明天的太阳都见不到了，做老百姓最好，平平淡淡才是真。”

审美也是移情。在对贪官的口诛笔伐中，公众将自己受到的不公正移情到贪官的罪行中，在此人制造的种种不正义中仿佛又体验了自己受到的那份不正义。进入审美高潮后的声讨，既可以给公众带来发泄的快感，又可使他们通过公开抨击他人的不正义，获得自身的正义优越感。从这个角度讲，公众在消费着罪恶，对罪恶的审

判是社会的审美过程。

对政府来说，让全社会欣赏惩治贪官的过程，也是一种移情，即将制度缺陷造成的民怨转移到一个人身上。当千夫所指的“制度代表”被惩处后，公众就消解了对制度的不满，并开始憧憬继任者带来的美好未来。似乎枪毙了郑筱萸，假药就消灭了，人人看得起病的时代就到来了。

四、视角混淆

律师的实用性、法官的科学性、公众的审美性态度并非是一成不变的。视角混淆不大会发生在律师身上：作为谋生手段，律师对待案件的态度不会是审美的，其追求委托人利益最大化的职业道德也禁止他科学地关注多方利益。视角混淆也不大可能发生在公众身上：公众在评价一个与己无关的案件时，不会是实用性的，因为公众根本就没有对一个遥远的审判抱有利益期待，专业素质和责任感的欠缺以及群体意志的盲从和偏激决定了公众不可能科学地对待一个在茶余饭后闲聊中的人物。

混淆会出现在法官身上，他们对案件可能不再是科学的态度，而是实用的态度。这就是司法权力的寻租，即法官为取得个人收益，不再按照科学原则（通常表现为不中立）使用司法权力，从而造成正义分配的偏颇。

法官的态度也可能嬗变为审美的，这就是司法为防止判决被公众评价为不正义，而故意迎合公众的审美情趣，接受公众意见的影响。掺杂审美态度的法官有一个偏见：公众代表了正义，满足公众的正义审美是司法存在的原始理由。因此，公众说某人该杀，此人必判死刑。刘涌二审被判死缓后，网民们说，“如果罪孽深重如刘涌都可以不死，那么死刑留给谁用”，于是，“如此强烈的民众质疑直接动摇了法院威信，而法院是以威信为存在基础的，在这种情况下，由最高人民法院进行提审还法律以尊严就显得非常必要”。

法院怕公众将对罪犯的怒火烧到自己身上，为避免公众质疑司法正义而迎合民意。但有两个问题：其一，公众审美是一种纯粹直觉，法官参考公众意识，就会将其盲从、偏激、情绪化等直觉特点带到个案，从而损害司法的严谨、中立、精确的科学精神；其二，由于民意是政府通过媒体勾勒出的公共幻觉（公众感觉来源于媒体报道的事实，而媒体由政府控制），民意里有很大一部分是政府意志。现今社会，已没有了“偷听敌台罪”，但要看境外卫星电视频道还得去三星级以上涉外宾馆，并且“原则上不批准新闻类境外卫星电视频道在境内落地”（《境外卫星电视频道落地管理办法》第三条、第六条）。政府控制了舆论导向，就控制了公众的审美取向，从而获得“挟民意以令司法”的控制权。政府可以让全国人民异口同声地喊出“打倒叛徒、内奸、工贼”，也可以将山西矿难、三鹿奶粉等事件捂着直到捂不住。综上，司法迎合公众的正义审美将使民意和政府意志侵犯“法官仅依据法律判决”的司法独立原则。

规则至上



一、规则变异

北京大学出版社2009年出了一本不错的书，叫《英美判例百选》，书中记载了英美122个经典判例，其中的公法案例很值得一读。这当中既有最终确立了违宪审查制度的起诉国务卿的马伯利诉麦迪逊案（1803年），又有为获得水门事件物证而起诉总统的合众国诉尼克松案（1974年），还有当宗教信仰与孩子法定受教育权冲突时保障宗教信仰优先的威斯康星州诉尤德案（1972年）。看完这些案例，联想到多起农民因拆迁上访的案件，最大的感觉就是：在美国没有什么是不可以诉的。

有一起农民上访的案件，是由于行政诉讼不予立案又不出具不予立案通知书引起的。当事人的工厂在被强制拆迁过程中，机器设备和原材料被毁坏了，损失300多万元，可是在当地起诉却不予立案。当事人上访了四年，最高院也曾通知当地法院对该案进行处理，但当地法院告申庭的接待人员仍然拒绝立案并且不出具书面的不予立案通知。有一次立案时，告申庭的人只说了一句“我不认为是侵权”，就把头扭过去再也不理了。由于无法提供不予立案通知书，上级法院就说“你怎么证明下级法院不给立案？”一推了之。当事人就只能一趟一趟上访，这样跑了两年，告申庭的人仍然不予

立案，不过换了一个理由：超过了行政诉讼的诉讼时效，并且仍不出具不予立案通知书。在我国的某些地方，老百姓告政府就是这么难！

行政诉讼法确立的受案范围非常明确，“公民认为”具体行政行为侵犯自身权益就可以起诉，而法院立案的同志说“我不认为”侵权，所以不给你立案。立案的同志每天处理大量案件，应当说非常了解规则，其不按照规则办事一定是受到规则之外的力量的干预。这种力量肯定比规则更有效力。所以，“没有什么是不可以诉的社会”和“有些诉是根本提不起的社会”的差别不在规则本身（本案中规则表现为诉讼法），而在于规则之上是否悬着比规则更有效力的东西。“没有什么不可以诉”是一个表象，表象背后是规则至上的理念：没有什么可以不接受规则的审判或者干预规则的审判；“有些诉根本提不起”也是一个表象，表象背后是规则之上还有某种力量可以超越规则，甚至改变规则。

人们一直有一个错觉：法律完善了，社会就按法律运转了，也就进入法治社会了。二十世纪八十年代，开始大量立法。然而，规则的数量不能说明规则的地位。法律的理念比法律本身更重要。如果说我们已经习惯了“运动治国”，即以开展一项项运动作为治理国家的主要方式，那么在规则存在而社会不按规则运转的背景下，“造法”如同每年选一次十大法制人物一样，更像是一场显示我们已经进入法制时代的运动。为推进“法制运动”，我们在电视上开展过十大优秀法官评选，也曾将1999年定为执行年，还经常上街开展普法教育，每年的12月4日被定为全国法制宣传日。就像经常推出英雄人物以树立政府倡导的公共理想一样，在信仰真空的时代，推

广意识形态最有效的办法就是不断地树立起一个个具体的、凝聚了所倡导价值目标的、十全十美的榜样。“法制运动”也不例外，只不过“榜样”变成了一部部不断推出的部门法。

二、影响规则

可诉和不可诉的差距不是规则本身，而是规则的地位。规则至上是司法独立的前提，当任何力量都无法左右规则的实施时，司法就可以不受干预地执行规则了。然而，在我国，规则经常受到来自各方面的干扰，使其权威性被削弱。

影响规则的最势不可挡的力量就是舆论：人民法院为了表现出“代表人民”，一般都要考虑甚至迎合媒体反映的“民众的意见”，像3·15时重判假冒伪劣产品的销售商。

影响规则的最具决定性的力量就是政治，“政法学院”的名称已经包含了政治和法律密不可分的血缘关系。文艺为政治服务，新闻是政治的喉舌，司法自然是政治的工具。一场政治运动可以砸烂公检法，一个政治局决议也可以再树公检法的权威。如果政治说要严打了，司法就会从重从快地判决。

影响规则的最隐秘的力量莫过于权力。在各种权力中，影响规则的最经常的力量来自行政。在我国目前的制度安排下，行政既然能够决定法官的升迁和福利、法院的选址和经费，就能左右案件的

结果。行政诉讼法要求具体行政行为都应当接受司法审查，但某些将给政府带来实质压力的案件，被立案人员以巧妙的技术手段、婉转地排除立案范围了。常常见到有地位的人遇到诉讼不是找律师，而是找领导，因为他们知道领导可以超越规则，而律师只能解释规则。于是，资源调动型律师就应运而生，他们名义上提供解释规则的一般法律服务，但当事人雇用他们的主要意图是看中了他们与特权阶层的亲和力，可以调动权力来干预规则的实施，因此可以被用做权力寻租的中介。

三、超越规则

在“官本位”社会，权力是终极“规则”，是明说的规则之上的无法明说的“潜规则”，比如没有悬念的选举。权力一方面决定着司法实践中哪些事件可以豁免规则的评价，即使可以明说的规则(诉讼法)已经将该事件列入了司法审查的范围，权力也可以将其移除；另一方面，权力更机智之处在于利用规则为自己非规则化的运作结果做正当化的解释。资源的分配，包括特定时空下稀缺的正义和权力本身，在规则被适用之前就已经有了答案，只不过是按照“潜规则”运作的结果，而“潜规则”的推导过程——权力间的博弈，是不能明说的。因此，为了让人们接受答案，权力仍然会启动司法程序，利用规则为这个答案做正当化的解释。这样，权力博弈