

主 编 陈金钊
副 主 编 左 峰 吴文新 姚晓雷

黄海学术论坛

HUANGHAI XUESHU LUNTAN

第十一辑



上海三联书店

山东大学威海分校主办

主 编 陈金钊

副 主 编 左 峰 吴文新 姚晓雷

执行主编 吴文新

黄海学术论坛

HUANGHAI XUESHU LUNTAN

第十一辑



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

黄海学术论坛. 第11辑/陈金钊主编. —上海: 上海三联书店, 2008. 8

ISBN 978-7-5426-2844-2

I. 黄… II. 陈… III. 社会科学-文集 IV. C53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 089297 号

黄海学术论坛(第十一辑)

主 编 / 陈金钊

责任编辑 / 邱 红

装帧设计 / 鲁继德

监 制 / 李 敏

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(200031)中国上海市乌鲁木齐南路 396 弄 10 号

<http://www.sanlian.com>

E-mail: shsanlian@yahoo.com.cn

印 刷 / 上海市印刷四厂

版 次 / 2008 年 8 月第 1 版

印 次 / 2008 年 8 月第 1 次印刷

开 本 / 787×1092 1/16

字 数 / 350 千字

印 张 / 21.5

ISBN 978-7-5426-2844-2/C·271

定价: 45.00 元

《黄海学术论坛》学术委员会

主 任 李建军

副 主 任 陈金钊

成 员 (按姓氏笔画排序)

王国和 牛林杰 孙武安 孙迎春

孙翠兰 仵从巨 闫涛蔚 张 平

张东辉 梁文玲 姜爱丽

《黄海学术论坛》编辑委员会

主 编 陈金钊

副 主 编 左 峰 吴文新 姚晓雷

成 员 (按姓氏笔画排序)

古丽娅 刘宝全 张维强

常晓梅 管恩森

目 录

法律研究

和谐社会与我国税法理念的变迁	王茂庆(1)
论司法过程中的“关系”治理	王林敏(9)
美国司法能动主义探析	李 辉(20)
配偶权的私法效力解读	李珂丽(32)
国家赔偿法之私法性探析	赵萃萃(42)
论古希腊以“正义”为核心的法律思想文化	韩 慧(53)
非公有制经济宪法保护的完善	武 勇(64)

哲学与社会发展研究

马克思主义变革本真内涵的思与辨 ——对当前哲学研究范式转型的反思	孙 亮(72)
绿色经典文献十大分类选评	王秀芬(82)
正本清源:郭店楚简几个问题的辨析	赵建功(93)
曾子“一气之化”的天道观	王菊英(104)
论“穷独达兼”的人格范式及其价值取向	赵 焱(112)
中国文化内核“道”的方法	齐善鸿 吴 思(121)

浅谈苏东坡思维的开放性	韦 星(128)
网络与青少年生活方式的转变	郭剑雄(135)
实施海洋生态整治工程	
——“和谐山东”目标下宏观调控新思路	左 峰(144)
节能政策有效性的实证分析	
——基于能源消费减速的视角	王丽波(156)
个案工作与心理咨询:联系、区别及发展	周 慧(166)

休闲研究

论生态旅游的生态休闲之意蕴	包庆德 张 燕(173)
中国产业结构变迁走势:休闲之维的实证考察	刘晨晔(187)
道事合一:对儒学人生修养和境界的休闲学解读	朱康有(205)
休闲方式:休闲文化发展动力及其意义	吴文新(214)
关于现代休闲的哲学思考	梅良勇 刘 凌(228)
科技与休闲的理性重奏	张雅静(237)

语言与文化研究

语用照应视角下外交辞令交际意图分析	钟玉琴(248)
交际中的语用原则与文化语境	李 楠(255)
劳伦斯诗歌中的自然生态美学思想	苗福光(260)
试析元曲中的 ABC 式形容词	褚福侠(269)
当代大学生古典诗词接受障碍及对策研究	张银堂(277)
现代汉语形容词生动形式的性质和读音调查	尹海良(282)
中韩“红娘”典型之社会文化内涵一探	李光在 罗洪玲(289)

文学与艺术研究

- 传诵千年的珠玉集《和汉朗咏集》…………… 张体勇(297)
- 女性体验与民间叙事
- 评王安忆的《长恨歌》…………… 张洪浩(303)
- 朴齐家“诗画境相通”论与中国文人画论…………… 金 哲(310)
- 试论张爱玲《传奇》中的性别关系…………… 周 俊 宋 琦(325)
- 用色彩倾诉
- 论金基德影片之色彩艺术…………… 梁开奎(331)

和谐社会与我国税法理念的变迁

王茂庆*

价值理念的共识是规范选择之基础。理念是事物存在的根据,理念变迁是一个社会最深层次的变化。法理念是一切法现象“万变不离其宗”的根据,不同的税法理念对税法研究、立法以及司法实践会产生不同的影响。在市场经济不断完善,人权保障不断提升,民主法治不断推进的背景下,我国税法正在经历一场深刻的理念变迁。基于此,本文认为,建国以来时至今日,长期支配我国税法理论和实践的理念范式是财政论、调控论的。近年来,人权论或者宪法论的理念开始逐渐影响我国的税法理论和实践,但是,由于中国固有的本土资源以及政治惯性,这种新的理念范式植入我国遭遇到一定的困难。构建社会主义和谐社会的提出,使我们“眼前一亮”,因为“和谐”作为中国传统文化的精髓与现代的人权文化有一定的契合,这无疑为我国税法理念的更新开辟了一条新路径。在此基础之上,本文进而分析了和谐社会对税法理念更新的意义与贡献。

一、建国以来我国税法理念简析

法理念的变迁是法律制度变迁的前奏。理念变迁的过程往往先从学界开始,然后会逐步扩展到实务界乃至整个社会。因此,法理念的变迁是全方位的,相互影响、相互渗透的,否则构不成真正的理念变迁。如此界定理念

* 王茂庆,法学博士生,山东科技大学文法学院副教授,主要从事人权、宪政研究。

的变迁,就使我们的考察范围从法理论界扩大到实务界乃至整个社会,而不是仅仅局限在学术界,尽管学术界往往是理念变迁的先锋。

建国以来,我国税法理念是以财政论、调控论范式为主导的。所谓财政论,强调税收是国家的“命根子”,是国家财政收入的主要来源,与此相适应,税法乃保障国家征税之法。财政论在税法研究中长期以来占据主导地位。例如,税法教材往往基本理论部分相对萎缩,篇幅较少,主体内容为各种税种介绍,而税种的介绍顺序往往以一个税种在国家税收收入中所占比重为序,于是流转税在所有税种中被排在第一位,增值税在流转税中被列为第一位。所谓调控论,即把税收工具化、政策化,强调税收是国家重要的宏观调控措施。近来,税收的调控职能受到了空前的重视,作为调控论逻辑的“副产品”,税收增长从这里获得了充分的合法性。简而言之,调控论成为财政论的工具。西方国家针对经济调控税法对近代意义上严格法治所造成的混乱和危害保持高度警觉,而我们对此尚缺乏清醒的认知^[1]。税法学界不少人主张税法属于经济法,其立足点就在于此。

从立法实践来看,财政论、调控论的理念更是支配了税收立法。正因为这两种理念的支配,才有了后来被学界广泛讨论的 1984 年全国人大颁行的那道授权立法令,才形成了授权立法、行政立法、部门立法的体制。从立法技术来看,所有税收法律、法规和规章几乎都没有总则条款,第一条就规定纳税人这一基本税收要素,其立法意图非常明显,税法就是税款征收法。可以说,税法的手段理念是经济调控,目的理念是财政税收。

此外,财政论、调控论的理念还支配了我国的财税体制改革。《中华人民共和国国民经济和社会发展第十一个五年规划纲要》第 32 章“推进财政税收体制改革”所确立的指导思想是,“调整和规范中央与地方、地方各级政府间的收支关系,建立健全与事权相匹配的财税体制。实行有利于促进科技进步、转变增长方式、优化经济结构的财税制度。”《纲要》其他涉及税收的部分都是要通过税收政策,“鼓励生产与消费可再生能源”,“支持服务业关键领域、薄弱环节、新兴产业和新型业态的发展”,“有利于资源节约、综合利用和石油替代产品开发”,“支持自主创新”(技术),“加强和改进对非公有制企业的服务和监管”,“继续实施和完善鼓励企业增加就业岗位、加强就业培训”,“完善和制定鼓励资源节约型和环境友好型社会建设、促进就业和再就

业、促进科技发展和增强自主创新能力、促进文化体制改革”,以及“振兴装备制造业和其他产业健康发展”。因此,纵观整部《纲要》多处涉及税制改革问题,但是贯穿其中的是税收工具主义逻辑,具体而言,就是税收调控论。调控论在国家财税体制改革中占据了支配地位。

然而,近几年来,财政论、调控论的绝对支配地位似乎受到冲击,人权论或者宪法论的理念开始逐渐进入税法领域,甚至开始影响税法立法实践。

二、人权论或宪法论理念范式的植入及其困境

笔者之所以采用“植入”这个词,不仅仅是因为人权论、宪法论的理念对于我国从根本上来说是“舶来品”,而且单就其进入税法领域而言,也得益于外来学术著作的推动。当然,如果没有本土内在需求,人权论或宪法论理念范式的植入也是不可能的。所以,这是多种因素合力的结果。

人权论、宪法论范式引起我国税法理念的变迁首先体现在税法研究方面,为了说明税法理论方面的这一深刻变化,我们选择以下几个方面加以说明:

(1) 税法基本原则得到重视。法律的基本原则一端连接法的价值理念,另一端连接法的具体规则。近几年,我国税法学界对税法的基本原则进行了重新审视,目前税法学界已基本认同和接受西方大陆法系国家税法的基本原则,如税收法定原则、税收公平原则、税收效率原则以及量能课税原则等。

(2) 税收债法理论得到确立。税收债法“是税法的核心,是税法的基本理念、价值和原则最直接的体现”^[2]。税收债务关系理论在我国学界基本上取得了主流地位,这对更新我国的税法理念、实现税收法治和纳税人权利保护具有奠基意义。

(3) 纳税人权利保障成为热点。首先,学界将纳税人的权利进行了“升级”。有的学者从国家财政权与公民财产权的二元划分入手,来证明纳税人权利^[3];还有人从国民财产权、公民财政权、国家财政权、政府财政权的四元划分入手,为纳税人权利寻找和奠定更为深层的、更逻辑化的基础^[4]。其次,税法学界还对纳税人权利进行规范、系统的分析^[5]。

(4) 税收立宪(财政立宪)受到追捧^[6]。学界敏锐地观察到了在中国当前语境下税法对宪政的实际影响,税收立宪(财政立宪)研究使得财税法学者具有了前所未有的“宏大抱负”,这也是税法理念转变的直接表现。

应该说,我国税法研究中理念的转变离不开外力的推动。日本学者北野弘久的《税法学原论》一书在中国的出版功不可没。他论证了税法乃纳税人权利之法,而非国家征税之法,确立了宪法化的税法学理论。我国台湾地区税法学者著作在大陆的出版,影响十分深远^[7]。跨越法理学、民法并最终在税法上用力的台湾学者黄茂荣教授以及葛克昌教授,近年来多次来大陆访学,有力地推动了大陆税法学研究理念范式的转变。笔者认为,刘剑文、熊伟二位学者的《税法基础理论》(北京大学出版社 2004 年版),从某种程度上归纳、总结了我国税法学研究理念范式的转换,具有标志意义。

尽管人权论或宪法论理念范式植入税法学领域在我国有充分的宪法基础^[8],而且税法学研究中的人权论、宪法论理念范式事实上也开始影响立法^[9],但这种转变尚在进行中,还没有真正完成,因为税法立法、司法实践上的理念转变刚刚开始。究其原因,从根源上说,我国缺乏人权观念的传统资源,而且我国计划财政下的传统赋税与西方公共财政下的赋税理论有本质不同,这都使得理念的转变非常困难。同时,现实地看,我国长期以来面临的巨大财政压力,税法作为税收保障之法得到普遍认同,政府从税收增长中获得巨大的资源支配力,人权理念却没有在实践层面得以展开。

三、和谐社会对税法理念更新的意义

当前,中国共产党提出了建设社会主义和谐社会的执政理念,可谓顺应民意,符合潮流。那么,什么是和谐社会?“所要建设的社会主义和谐社会,应该是民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会。”“构建社会主义和谐社会,同建设社会主义物质文明、政治文明、精神文明是有机统一的。要通过发展社会主义社会的生产力来不断增强和谐社会建设的物质基础,通过发展社会主义民主政治来不断加强和谐社会建设的政治保障,通过发展社会主义先进文化来不断巩固和谐社会建设的精神支撑,同时又通过和谐社会建设来为社会主义物质文明、政治文

明、精神文明建设创造有利的社会条件。”^[10]

其实,和谐理念在我国有着深厚的传统基础。“和谐是一个极为深刻、伟大、并有着永恒生命力的观念”^{[11](P.187)}。在中国古代,普遍和谐的理想支配着社会和政治领域,和谐即自然,自然即和谐。中国古代的礼兼具习惯法、道德法、实在法三重品格,它不是西方式的约法,也不是西方式的自然法。礼的文化品格就在于这种整体的、自然的和谐精神^{[12](P.160)}。和谐社会这个深具“本土性”理念的提出,为我们提供了一个全新的视角。和谐具有三个维度,即人与自然的天人关系、人与社会的群己关系以及人与自身的身心关系。如何才能实现三种关系的和谐呢?“节制”、“忍让”、“有度”是共通的要求。就天人关系而言,它与西方“主客二分”的征服自然观不同,是一种“天人合一”的和谐自然观。老子讲:“人法地,地法天,天法道,道法自然。”(《老子》第25章)庄子讲:“天地与我并生,万物与我为一。”(《庄子·齐物论》)就社会关系而言,儒家思想倡导统治者讲“仁”、施“仁政”,抨击“苛政”。孟子讲:“民为贵,社稷次之,君为轻。”(《孟子·尽心下》)就身心关系而言,儒家的“修齐治平”成为历代文人的追求,读书不是为了获得征服自然的本领,而是修身养性、回归自然的手段。

普遍和谐理念支配下的中国社会不可能催生出西方基于对抗而产生的观念人权,但这并不表明中国人没有人权,而是享有大量的事实人权。倡导和谐,追求和谐,成为中国古代人实现事实人权的主要路径^[13]。中国古代轻徭薄赋、无夺农时、平均负担、开源节流以及非税的思想深刻地体现了和谐的理念。

当前,中国共产党提出的构建社会主义和谐社会的执政理念与历史传统的密切联系不言而喻,但与传统的和谐理念有本质不同,不同之处就在于和谐社会所蕴含的民主法治与人权保障。如何将现代的民主法治、人权保障理念与传统的和谐理念创造性地融合起来,是一个重大的、复杂的课题。其实,中国传统赋税中轻徭薄赋的思想已经包含了部分的现代人权理念。例如,孟子主张,国家取财于民必须控制在一定的界限内,征税之后必须使百姓“仰足以事父母,俯足以畜妻子”(《孟子·梁惠王上》)。这实际上与现在的生存权思想存有一定的契合。但是,在轻徭薄赋与横征暴敛之间,中国经历了几千年的治乱循环。何以形成这样一个历史的“怪圈”?我们认为,

根本原因在于中国没有西方基于对抗而产生的人权,不能形成对统治者的有效制约,中国历史上出现的轻徭薄赋仅系于统治者单方的“自觉”或“自律”。因此,夏勇先生指出,用和谐观念去统摄、提升人权,要注重个体的地位与价值^{[11](P.190)}。“以和谐精神滋补人权理念,就是要把人权从对立、对抗精神中解放出来,赋予其更为深厚开阔的基础”^[13]。国家税收是带有强制性的,因此,基于对抗而产生的人权理念在税法中有着最集中、最系统的体现。无代表不纳税,税收奠定宪政基础等等,提供了有力的论证。如果说中国古代通过和谐实现了事实人权的话,那么,西方世界则通过对抗人权的诉求实现了事实上的和谐。因此,和谐的理念与现代的人权理念应该是构成税法理念必不可少的两个要素。

那么,如何将和谐精神与人权理念在税法中实现融合呢?首先,在宏观层次,要注重国家财政权与公民财产权之间的和谐。没有公民财产权的真正实现,就不会有国家财政权的有效保障。从某种意义上讲,国家财政权是公民财产权的最高实现形式。当然,国家财政权有“异化”的危险,因此需要公民财产权的制约。从价值选择上讲,税法追求的最高目的,不是公民财产权的保障,而是国家财政权与公民财产权的和谐共处。当前,要尽快改变以增加税收为主导的价值倾向,官方“涸泽而渔”、民间规避税收已经严重地危害了国家财政权与公民财产权之间的和谐。因此,应该确定合理的税收规模,真正实现量能课税与税收法定主义两大原则。其次,在中观层面,要逐步改变以流转税为主导、建立以所得税为主导的税制结构。流转税不利于纳税人权利的保护,因为流转税掩盖了国家与公民之间的税收关系,公民的税收知情权受到影响。国家财政权与公民财产权之间在税收这一关键领域没有一个清晰的界限。因此,我们应该确立以所得税为主导的价值选择。再次,在微观层面,我们应加强纳税人权利的保护。只有加强纳税人权利的保护,才能实现纳税人和税务机关之间的平衡与和谐。为此,要建立和完善纳税人权利保障的制度体系。

西方税法由于人权理念的支配而具有强烈的对抗性。西方国家的税法是在国家与个人的对抗中,在人权逐步获得有效保障的过程中逐步形成和发展起来的。人权理念、违宪审查以及税务诉讼构成了纳税人权利保障的主要链条。将人权论的理念范式植入我国税法无疑引起了我国税法理念的

一场变革,不过,这场从税法学研究开始的变革算是刚刚开始,还没有真正扩展到税收立法、司法领域。

由于中国缺乏观念人权的传统,进而这个变革缺乏本土资源的支撑。那么,如何从传统中获得一定资源的支持呢?和谐社会的提出,促使我们将和谐理念与人权理念联系起来,以和谐理念来滋补人权理念。和谐理念与人权理念共同构成了我国税法理念的两个维度,通过本土性的和谐理念滋养,推进人权论理念范式在我国税法领域的确立。因此,本文并不是要否定人权论或宪法论的理念范式,而是将这一理念与和谐理念融合起来,以期最终完成我国税法理念的更新。

[注释与参考文献]

- [1] 我国近年来新的税收开征,往往以此为据展开论证,如利息税、房产税、消费税,甚至包括增值税。调控论则为增加税收提供理由。
- [2] 刘剑文,《我国应重视税收债法的研究》,载《税务研究》2004年第1期。
- [3] 张守文在《财税法疏议》(北京大学出版社2005年版)第二章中论述了“两权分离主义”,另见李刚:《国家、税收与财产所有权》,载《财税法论丛》(第四卷),法律出版社2004年。
- [4] 王茂庆,《财政权的宪政分析》,载《财税法论丛》(第九卷),法律出版社2007年。
- [5] 参见陈刚,《税的法律思考与纳税者基本权利的保障》,载《现代法学》1995年第5期;丁一,《纳税人权利保护的最低标准——一种人权的视角》,载《财税法论丛》(第二卷),法律出版社2003年,《纳税人权利之确证》,载《财税法论丛》(第四卷),法律出版社2004年。
- [6] 相关成果有:刘剑文,《关于我国税收立宪的建议》,载《法学杂志》2004年第1期,《税收法治:构建法治社会的突破口》,载《法学杂志》2003年第3期;李龙、朱孔武,《财政立宪主义论纲》,载《法学家》2003年第6期,《财政立宪主义:我国宪法时刻的理论基础》,载《法学杂志》2004年第3期;吕忠梅、赵立新,《税法的宪政之维》,载《财税法论丛》(第五卷),法律出版社2004年;王怡,《立宪政体中的赋税问题》,载《法学研究》2004年第5期,《国家赋税与宪政转型——对

- 刘晓庆案的制度分析》，载《二十一世纪》2002年10月号总第73期；翟继光，《税收立宪的理论与实践问题》，载《财税法论丛》（第三卷），法律出版社2004年；熊伟，《宪政与中国财政转型》，载《法学家》2004年第5期；王茂庆，《略论财政立宪在我国的可能性》，载《人大研究》2005年第5期；周刚志，《论公共财政与宪政国家——作为财政宪法学的一种理论前言》，北京大学出版社2005年。
- [7] 参见葛克昌，《税法基本问题（财政宪法篇）》，北京大学出版社2004年；《所得税与宪法》，北京大学出版社2004年；黄俊杰：《税捐正义》，北京大学出版社2004年；《纳税人权利之保护》，北京大学出版社2004年。
- [8] 2004年，在第四次宪法修订中将“国家尊重和保障人权”写入宪法具有深远的意义。
- [9] 在2005年个人所得税法的修改中，工资、薪金的扣除额的规定，与生存权保障的考量有关。
- [10] 胡锦涛，《在中共中央举办的省部级主要领导干部提高构建社会主义和谐社会能力专题研讨班开班式上的讲话》，2005年2月19日。
- [11] 夏勇，《人权概念起源》，中国政法大学出版社1992年。
- [12] 夏勇，《中国民权哲学》，生活·读书·新知三联书店2004年。
- [13] 齐延平，《和谐人权：中国精神与人权文化的互济》，载《法学家》2007年第2期。

论司法过程中的“关系”治理

王林敏*

一、司法过程中“关系”治理的必要性

当下中国是一个关系社会,在很多公共领域,关系因素对正式规则的“挤压”甚至使正式规则受到漠视、公共权威受到质疑。几乎所有中国人都能对“关系”所指向的内涵心领神会,都知道“找关系”意味着什么。比如在民间流传的有关司法领域的顺口溜:“关系一进门,两头都托人。”“以事实为根据、以法律为准绳、以关系为关键。”^{[1](P.36)}“打官司就是打关系”,直接把官司和关系等同,“这不仅是普通社会主体的观念,而且是不少执业律师、甚至是法官的观念”^{[2](P.497)}。这些现象说明在司法领域,关系因素对中国司法过程的渗透和影响是一种现实的、当下的存在。此处,“当下”一词指明了“关系”因素存在的时间向度。“关系”并不是一种超越时空的存在,今日中国的各个公共领域中均存在“关系”的影子,并不表明“关系”是一种无法治理的社会顽疾,也不能表明未来中国也会是一个关系社会。随着中国社会的发展,即中国社会的法治化和市场化过程的深化,人们必然会对“关系”的合法性提出更加强烈的质疑,同时,正式规则也会对“关系”形成更加强有力的排斥和规制;因此,可以预测,“关系”迟早会退出公共领域——特别是在司法过程中——退出与正式规则的竞争,实现真正的“公”权力的“公化”、关系的

* 王林敏,山东大学法学院博士研究生,研究方向为法哲学、法社会学。

纯粹“私化”。

与“当下”一词相联系的空间向度是“中国”，学者对“当下”中国社会的一个基本判断是：中国正处于转型时期。因此，本文研究的“关系”的宏观社会背景是：转型时期的中国社会，转型中国的司法过程。这是一个特殊的时期，是“我们”所处的历史时期，也许正是因为“我们”身处其中——身在庐山看庐山，才使得“我们”对它的理解的难度加大。“关系”作为这个时期的一种“实然”的存在，本身正在经受着“应然”的合法性拷问。这个“应然”的规范标准便是“法治”，法治视野中的“关系”是一种非法的存在。从这个意义上讲，本文便是对“关系”的正当性、合法性的一个“拷问”。当下中国“转型社会”的内涵很丰富，其中的两个面向是：“伦理社会”向“法理社会”的转变，“人治（权治）社会”向“法治社会”的转变。建设法治社会，就是从权治社会向法治社会过渡。所谓“法治”，不是喊几句口号或者写几个标语那么简单，法治也不是写在书中的学者们的研究成果，法治是个远期的社会目标，更是个艰难的社会过程，政治家的口号和学者的研究都只是推动的因素而已。

从社会转型的角度来看，法治对当下社会而言，具有一种否定性的力量。也就是说，“法治”是对过去和当下中国社会治理方式以及人们的社会交往方式的否定，是社会治理方式和交往方式的重新建构。法治对于中国而言，只是一种理想型的存在，而不是现实的存在，但是这种理想一旦露出端倪，成为国家和社会的追求，成为“政治正确”的代名词，即使它不是实践标准，也会成为一种评价标准。“否定”表现为一个过程，一种历史的力量，它将创造一种新型的社会结构。关系与法治本身就是相互排斥的，法治化的过程就是关系退出公共领域的过程。也就是说，就本文的视野而言，法治要否定的社会交往方式就是“关系”及其关系规则，在把关系规则驱逐出包括司法领域在内的公共领域，代之以法律规则作为规范人们交往行为的唯一准则。中国不是没有法律来规范司法过程，只是在某些特殊的情形中，法律不被人们尊重和遵守，关系因素影响了正式规则的运作。公共领域、进而司法过程中的“关系”，是权力私化的一种实证的表现形式，是权力功能背反的一个方面，是权力的异化。权力权利化，即权力私化，是权力和权利功能背反的一个方面。“权利与权力的功能背反是指两者在实践中各自发挥了对方的功能或者两者在实践中功能渗透的状态……权力权利化（私化）指权