

论法治的实践理性

谢如程 著

中国法制出版社

论法治的实践理性

谢如程 著

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

论法治的实践理性/谢如程著. —北京: 中国法制出版社, 2004.4

ISBN 7-80182-258-7

I. 论… II. 谢… III. 司法制度-研究-中国
IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 013006 号

论法治的实践理性

LUN FAZHI DE SHIJIAN LIXING

著者/谢如程

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/850×1168 毫米 32

印张/5.5 字数/114 千

版次/2004 年 4 月第 1 版

2004 年 4 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-258-7/D·1224

定价: 10.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66062741

市场营销部电话: 66012216

编辑部电话: 66078158

读者俱乐部电话: 66026596

邮购部电话: 66033288

……由此，就产生了学者阶层的使命：
高度注视人类一般的实际发展进程，
并经常促进这种发展进程。……冷静地进行研究的道路还没有完结。

——〔德〕费希特《论学者的使命》

致 读 者

我以微薄的力量，紧密结合法治实践，选择崭新的论题，以独特的视角、灵活的笔法、简洁的语言，表达关于法治的纯朴的思想。希望能将你带入一个感悟法治的新境界，引起您的深入思考。

这些文字是我——一名基层司法工作者，对法治理论的初步理解和对法治实践的肤浅认识。如果能给读者带来启示，引发更多的人从实践角度审视和继续完善法律制度，将是对我的最大鼓励。

本书的基本立场就是：尽可能清楚地表达和探索法治实践中的重要问题，尽可能地拉近法学理论与司法实践之间的距离，以求进一步完善法律制度，促进法治实践的良性运行，维护稳定和谐的社会秩序。

目 录

致读者	(1)
第一章 理性法治引言——社会管理手段论	(1)
一、论选择法治	(1)
二、论理治	(3)
三、论监督	(6)
四、论城市化	(10)
五、论法治渐进	(12)
六、论法制统一	(14)
七、论法治权威	(15)
八、论诚信法治	(17)
九、论法制缺憾	(19)
十、论法律虚置	(20)
十一、论法律会议	(21)
十二、论法律思维	(23)
十三、论法治与文化	(24)
十四、论法律职业良知	(26)
十五、论法律人才参政辅政	(28)
第二章 立法的理性——协调现实社会论	(30)
十六、论乡土立法	(30)
十七、论刚性立法	(33)

十八、论立法中立	(35)
十九、论法律的使命	(37)
二十、论立法与人性	(39)
二十一、论法律本位	(40)
二十二、论堕胎	(42)
二十三、论死刑	(43)
二十四、论婚姻	(45)
二十五、论解释法律	(47)
二十六、论法律的适应性审查	(49)
第三章 司法的理性——构建司法学的尝试（一）	(51)
二十七、论司法权的定位	(51)
二十八、论司法官员与政治	(52)
二十九、论司法官员的社会角色	(53)
三十、论司法官员的自由裁量权	(56)
三十一、论司法人员的角色内冲突	(58)
三十二、论司法官员的素质	(60)
三十三、论司法官员的待遇	(61)
三十四、论司法考核	(63)
三十五、论司法文书	(65)
三十六、论司法信息	(66)
三十七、论司法判例	(68)
三十八、论司法资源	(69)
三十九、论司法决策风险	(71)
四十、论司法工作主题	(73)
四十一、论司法工作效果	(74)
四十二、论司法工作效率	(76)
四十三、论司法职务安全	(78)

四十四、论司法机构之间的配合	(81)
第四章 司法的理性——构建司法学的尝试 (二)	(84)
四十五、论司法失信	(84)
四十六、论暴力抗法	(86)
四十七、论诉讼自残	(88)
四十八、论媒介与司法	(90)
四十九、论严格执法	(92)
五十、论律师	(94)
五十一、论小额诉讼	(96)
五十二、论协助司法	(97)
五十三、论司法信访	(99)
五十四、论司法环境	(101)
五十五、论司法人道	(103)
五十六、论基层组织	(105)
五十七、论诉讼实力比较	(108)
五十八、论司法模式	(109)
五十九、论司法歧视	(111)
六十、论司法壁垒	(113)
六十一、论司法改革	(114)
第五章 诉讼制度的理性——实用主义论	(117)
六十二、论程序理想主义	(117)
六十三、论证明机械主义	(119)
六十四、论证人宣誓	(120)
六十五、论证据属性	(121)
六十六、论举证责任	(123)
六十七、论证人作证	(125)
六十八、论民事抗诉	(127)

六十九、论程序公正	(128)
七十、论隐性程序	(129)
第六章 理性地分析与控制犯罪——社会个体主客观	
关系场论	(132)
七十一、论个体主客观关系场的基本问题	(132)
七十二、论关系场的失衡	(136)
七十三、论关系场论的多元适应性	(137)
七十四、论变迁中相对平衡的实现	(138)
七十五、论城市化进程中的犯罪浪潮	(142)
七十六、论恐怖行为	(144)
七十七、论有组织犯罪	(145)
七十八、论毒品和色情犯罪	(146)
七十九、论环境犯罪	(147)
八十、论控制职务犯罪	(147)
八十一、论对行贿者的定罪	(150)
八十二、论索贿受贿	(151)
八十三、论关怀罪犯	(151)
八十四、论打击犯罪的司法紧松政策	(153)
八十五、论避免被犯罪侵害	(153)
八十六、论见义勇为	(155)
八十七、论控制犯罪的基本策略	(156)
第七章 理性法治余论——法学研究实证方法论	(159)
八十八、论法学研究	(159)
八十九、论法学争执	(161)
后 记	(164)

第一章 理性法治引言

——社会管理手段论

——法律是管理社会的有效工具，法治这一社会治理模式是人类的必然选择。

一、论选择法治

一般而言，法治是建立在人性恶基础之上的一种人类社会治理模式。如果国家管理者及被管理者即全体社会成员均有较高的素质，每个个体都有高度的正义感、自觉性、良心，能理性地严格遵守不包含制裁手段的引导性规则，那么不需要法治也并非没有可能。这种具有高度自觉性的社会治理模式就是德治，个体成员的较高的科学文化教育水平和思想道德素质能够共同构筑社会德治的美丽风景线。这可能是人类社会最理想的治理模式——没有对抗，没有制裁，没有司法消耗甚至没有纠纷而社会秩序井然，相互关心蔚然成风。

理想程度居于第二位的治理模式是理治。丰富的科学与高超的管理能力使得政府具有很高的权威：决策正确、执行准

确、社会经济良性发展。虽然在一些局部地区、领域存在小规模的矛盾冲突和并不十分严重的问题，但各方主体仍能以全体根本利益为重，以公平合理为基础，最后虽然经过一定波折和资源消耗，仍能较好地、理性地解决纠纷，保证社会有序。

位居第三位的是法治。国家管理者运用国家强制力作后盾，以明确、公开的法律调整各种社会关系。国家必须为制定、宣传、执行法律消耗一定的物质财富和人力资源，在执行中的冲突与对抗也难于完全避免，甚至在局部损失不小。但由于法律的公正与透明、司法的迅速及时与公正，社会秩序能够得以维持在较为理想的状态。

相比较而言，德治是最理想的，是一种几乎不需要成本的管理模式，理治则次之，法治更次之。

德治需要的最佳物质环境是社会生产力高度发达，但在同时，更为重要的是，还要求社会成员的道德良心在时时处处发挥着调节润滑剂的作用。理治则要求成员能用理性的头脑指挥着行动，在出现阴暗念头与理性解决方法时作出理智的选择。法治则对人们的良心道德和理性没有特别的要求——尽管良心道德对促进法治有积极影响，但它对立法者的理性和司法者的素质以及国家推行法治的物质保障却有比较严格的要求。

在民众贫穷的场合，如果社会成员仍有高度的良心道德理念，那么出现德治状况应该也是可以理解的。在成员们的科学文化素养和思想道德觉悟处于一般水平、物质条件尚可满足司法消耗的情况下，以德治为引导，为最高目标和长远目标，以理治之科学知识教育民众，以法治的方法为常规制裁和处理手段是恰如其分的。

二、论 理 治

一般而言，作为社会个体的人，特别是单个的人，总是富有情感和充满倾向的，即使在遵循既定合理程序的情况下，这样的个人作出的重大决策也难于排除其冲动情感等非理性因素的影响，因此人们常常能找出理由怀疑此种治理模式的合理性。

集众人之智慧，经过认真思考讨论形成的法律，被普遍地认为充满理性，具有稳定性和可预测性，摒弃了个人非理性的情感色彩，以致可以逐步形成被人们视作优越于人治的法治模式。

人治与法治是有重大区别的，人治的效果如何，关键在于容易发生变化的人的素质，虽然其具有相当的灵活性，但难于保证长期可靠。就法治模式而言，因为法包含着智慧、具有稳定性、可预测性和合理性，其治理效果在通常情况下应该较为理想，但它仍有滞后性之不足。

人治与法治实际上均有可取之处，即只要由人格高尚、冷静的智者作为决策者，其所推行的人治应该也会有良好的效果；如果法律制度包含着智慧、具有适度的超前性，相对应的司法具有良性与正义，法治也能推动社会发展并显出勃勃生机。

上述人治与法治的合理内核，就是笔者所推测的理治，即决策有理性、司法有理性、执行有理性、监督有理性。

具体言之，一切决策必须具有理性。立法决策、社会经济发展决策等事关民生的重大决策，都必须具有理性：符合最大多数人的长远利益。理性的决策依靠的是在调查研究基础上的众多智者的自由意志表达参与和没有私心的专家等人参与的专门论证，最后由权力机关民主集中决策。决策失败是根本性的失败，必须力求避免。可以考虑在决策中建立回避制度，避免私心倾向者参

与决策，防止决策失败。立法决策的理想境界是建立完善的法律体系和高质量的各部门法。所谓完善的法律体系是指具有可行性且符合社会发展趋势的法律体系。发展决策的理想境界是利用了现有资源作投入获得了最好的发展效益：经济文化健康持续发展，社会秩序良好民心安定。

所有的司法行为应当符合理性。刑事侦查、审判、国家公诉等司法行为符合理性与否的标准主要在于是否依法办事。如果依法办事与社会效果或政治效果发生冲突，则可在不违背法律原则或法律精神的前提下适度地变通，并应尽可能地经过最高司法机关的核准。同时，要建议尽快修正导致出现冲突的不合时宜的恶法。并且，如果经济社会条件成熟，建立恶法补偿基金也是必要的，这样能使恶法造成的损害得到一定的弥补。

执法应该符合理性的要求。行政执法、司法执行活动均要有理性，必须依据已有规定严格执行。行政执法必须不怕恶人和强人，也不能歪曲法律去同情弱者，更不能仗势欺人，违法执法。行政执法和司法执行都得有一双明亮的眼睛，能识别狡猾者的伎俩，同时，执法必须严格、文明，并应在依法执行的前提下区分违法过错程度与行为人的主观恶性作相应的人性关怀或显出铁面无私的脸色。例如，给非最严重的违法者以一定的关怀和挽救教育是执法理性的一种表现。

监督要有理性。前提是监督者本身的高素质和构建接受监督的机制。依全面监督的观点，监督工作应当一丝不苟地依法全面进行，对于行使公权的各种行为都可以考虑纳入执政者统领下的监督范围。即不仅要监督司法、执法，也要采取合理的形式监督立法，监督决策，以尽量避免出现立法懈怠、决策失败等问题。

理性治国或理治要求在国家统一规划安排下进行各种阳光作业。阳光是最好的杀菌剂，妖魔鬼怪可能在阳光下显形，各种阴

邪之物会自动地远离阳光作业区域。为此,决策、司法、执行、监督四个方面接受阳光普照,抛弃暗箱,将有利于真正实现理治。

理治要注意吸收精英治国模式中的科学成份,使决策阶层、司法官员、执行官员和监督官员成为相应领域的专家或高水平的艺术家,其奉献即工作行动成为社会精华,培育整个有序向上的社会机制。

理治应是法治的未来,法治是人类社会迈向理治的重要站点。在法治逐步深入人心和运作渐入佳境后,以理性法律体系为基础,以理性司法、执行、监督为具体运作形式的法治基本上可以展示未来理治的面貌,这时的法治可以说实际上就是理治。当然,在初始阶段,法治仍然只是理治的一种探索,是理治的一种保障形式。

理治期望有一个相对稳定的自然物质经济环境。大起大落的社会经济状况和自然灾害给人们过多的过于紧急的考验,此时的决定容易失去理性,应尽力避免。国与国的相处关系和睦与公平竞争也对推行理治有重要作用。理治还要求决策具有前瞻性,这样可使后续决策有正确的轨道,实现理治各环节的良性互动。

理治或完善的法治是盛世独享的人类文明,对已有的法治苗头,人们应该倍加珍惜之,促成之。良好的法治是通向至美至善的理治的必经之路。

理治的胸怀是博大的,理性的决策与引导是其重要内容,同时它也容纳充满人情味的节省人类财富和精力消耗的调解和解等解决纠纷的形式。愉快地接纳主要适用于非恶意侵害的适度的调解是理治模式在初级阶段应具有的胸怀。

理治忌讳决策的随意和决策空白,这种动摇理治应有的稳定性一贯性的懒惰随意的作法能将其置于死地,会严重破坏经过努

力换取的成果。由于受伤害的心对于同样的受伤情形总会有后怕，所以如果出现这种后果，其后续影响必须靠更多付出才可能消除。

理治惧怕拔苗助长。理治之苗只能按规律生长直至开花结果，自以为进入了开花结果阶段，忽略教育、经济等现实条件，幻想式地超越应有的发展阶段，就可能步入不归路，损失将巨大无比。

理治需要培育知识就是向社会提供服务的资格、知识就是为社会服务的权力这一理念。有知识的人们应当有机会以各种形式向社会提供其智力，报效于治国大计。未来的世界将会是理治的世界，更是知识竞争的时代，尊重知识是理治的应有之义。

理治注重公平、正义、效益，反对弄虚作假、形式主义。面对现实，运用科学知识、运用规律去驾驭社会发展是理治的应有含义。一切诈骗、腐败都是破坏理治的行为；理治鼓励创新，鼓励真才实学，鼓励流动选择中合理配置官吏才能资源，促进高效治理。

高度文明社会中的权威主要来源于理性，野蛮社会中的权威才只靠暴力维系，任何社会必须对此进行选择。而如何进一步保证和促进理治，取决于试行有效的法治模式的逐步完善和进一步深化的状况以及社会经济文化发展情况。

三、论 监 督

为了保证正义在全社会得以实现，对各种事关当事人权益的裁量性行为，不管是宏观间接的还是微观直接的，都有进行监督的必要，这一必要性在社会经济日益发展民众民主权利日益受到重视的时期更显突出。

对司法必须予以全面的监督，缺乏监督就可能无法阻止司法不公。司法的范围不能仅限于法院的判决行为，还应包括法院主持下的调解行为，对当事人实行的民事制裁，对妨害诉讼采取的强制措施和执行方法等——凡是法院作出的重新分割或确定当事人人身财产权益和损害当事人权益的决定及其相对配套的各种强制措施，都应纳入监督的视野。

检察机关实施的具有司法属性的行为也应纳入司法监督的范围，其起诉与否、对贪污渎职犯罪的侦查活动也是监督的必然对象，对检察机关本身的监督行为也应该采用适当的方式进行监督，否则也难以从体制上保障其监督行为长期完全正确。

警察机关对侦查刑事案件的活动，自然也应纳入监督范围，不该立案而立案的要通过监督纠正，该立案而不立案也同样要予以纠正，以上所述只是监督范围中的一部分。

对于准司法行为也应考虑予以实在的监督。所谓准司法行为，即是各类的仲裁机构所作出仲裁行为，基层政权就某些纠纷作出的决定，均属此类。监督的目的就是为了保证社会主体之间的权利义务关系得到公正的调整。上述准司法行为对公众的权利义务有如此重要的影响，它置身于受专门监督范围之外并无充足理由。此外，对于具体或抽象行政行为也应考虑予以监督，特别是对于没有具体的特定针对对象的抽象行政行为，如政府作出的某项涉及全辖区民众的卫生健康福利的决定等，就有纳入监督范围的必要。对于制定基本法之外的法律法规的立法行为，也应有监督之必要与现实可能。

设立专门的综合监督机构是实现监督的一种思路。在这个综合监督机构里，有立法监督部门——起着协调法律的作用；有司法监督部门——专门监督司法；还有针对行政行为的监督部门。综合监督机构应由权力机关产生并对其负责，受其监督，同时必

须自觉置身于执政者的统一领导指挥之下。

对立法、司法和行政而言，监督者最好是相对超然的角色，其监督行为引起的直接后果是原实施者必须对某一已经作出的决定或行为进行重新审视，从公平的角度，从效率效益的角度，全方位地重新评估。

有理由认为原实施者作出的重新评估不合理的，监督者应当据理力争，与之共同协商解决或向与被监督者共同的上司直至最高权力机构提出意见，请求重新评判。在权力机构作出最终裁决前，监督者与被监督者均可主动纠正自己发现的错误并告知各方。否则，一旦权力机构断定监督方错误或被监督方拒绝接受正确监督意见，就必须考虑追究有关人员的责任。对于监督者未及时履行监督职责而经公众反映后仍未及时履行职责的，权力机构应视情追究监督者的相应责任。

上述促使监督与被监督者对立的设想，是监督的必然要求。只有忠实于国家政权的毫不妥协且目光犀利的监督者，才能真正地最有效地促进社会发展、保障社会稳定。

监督要注重同步进行。监督的目的在于使监督对象避免出现错误和及时纠正或督促及时纠正已发生的错误。由于行使权力的官员的业务水平与工作复杂性之间的不相称或者由于他们缺乏良好的职业道德，运用职权就可能出错，如在司法领域，这种错误既可出现在案件的审理过程中，也可发生在裁判结果当中，侦查、起诉、审判活动的各个环节均存在出现差错的现实可能性。国家的监督机关实施监督的根本目的就在于通过监督工作促使公权运行工作避免出现错误和及时督促自行纠正已经发生的错误，以维护公正。正因为监督既要及时纠正已然错误又要防患于未然，并且为节省监督成本、提高监督效率而必须更加注重防患于未然，故而监督必须包括同步监督这一重要形式。轻视同步监督