

于世中 著

法理文库

法的合理性研究

山东人民出版社

周世中

著

法的合理性研究

D90
130

北方工业大学图书馆



00546257

图书在版编目(CIP)数据

法的合理性研究/周世中著. — 济南: 山东人民出版社, 2004. 3

(法理文库/徐显明, 谢晖, 王人博主编)

ISBN 7-209-03426-9

I. 法... II. 周... III. 法理学-研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 015688 号

山东人民出版社出版发行

(社址: 济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码: 250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 14.875 印张 4 插页 350 千字

2004 年 3 月第 1 版 2004 年 3 月第 1 次印刷

印数 1—3000 定价: 29.00 元

序

合理性:中国法治化的
生成支点

近年来,法学界越来越关注法和法治的合理性问题,在法学研究中,这个问题逐渐提高到研究主题的地位。为什么出现这种对法治合理性问题的偏好?根本原因是,法治合理性问题不是纯理论问题,而首先是一个实践问题。在我们加强依法治国的今天,进一步研究法治合理性的内涵、判断标准以及实现法治合理化的途径,无疑有重要的现实意义。



合理性,从词上讲,就是“合乎理性”和“合理的特征”。黑格尔讲:“合理性一般是普遍性和单一性相互渗透的统一”。对合理性的理解,不能脱离对理性的把握。理性包含着多重意义:(1)它是人类特有的一种价值标准和评议尺度。它体现着人对外部对象世界的合理性、真理性、完善性以及平等、正义、人权等要求。(2)它又是一种理性方法,作为一种认识方法,它与逻辑化、规范化、条理化、完善化、理想化相联系。运用理性方法去认识对象,则意味着

从人的内在本性要求出发,运用人类所特有的思维能力去认识和评价对象。

对合理性有两种理解方式:一是合乎理性,这时不同主体的内在标准可以产生出不同的合理性观。二是合理的特性,其重点在于追问什么是合理的,它是对事物的存在或人的活动及其结果是否“应当”、“正当”、“可取”的认识和评价,是对对象的正当性、应当性、正常性、可接受性的认识和评判,由此而决定主体对客体的取舍态度。第二种意义,合理性就是合乎理智而被认为是正常的,合乎规范而被认为是妥当的,有根据而被认为是应当的,有理由而被认为是可理解的,有价值而被认为是可接受的,有证据而被认为是可信的,有目标而被认为是自觉的,有效用而被认为是可采纳的等等。现代合理性的研究更多是在第二种意义上的合理性。合理性大致有三种类型:一是工具的合理性。它仅考虑达到目的中介或工具手段的有效性。由于目的本身合理与否不在视野之内,因而易导致把工具本身作为目的而遮蔽目的本身的工具主义。M. 韦伯对西方文明社会的诊断并得出文明无前途的结论,正是从西方文明中单纯工具主义导致的恶果中不自觉地揭示了工具的合理性的片面性。二是价值合理性。哈贝马斯的“交往合理性”实质上就是一种价值合理性。他把真理性、正确性、真诚性等价值辞语作为主体之间交往是否合理的内在尺度,实际上肯定了对目的本身进行合理反思的可能性。三是基于人及其实践的规范合理性。它是最高意义上的合理性类型。它强调从人的生存发展及人性的无限丰富和自由解放出发,对包括人的认识和实践在内的所有行为在目的与手段、活动与结果、长远与近期、理论与实践辩证统一的关系中进行理性规范。

当我们用合理性的思想来研究法治时,我们是用第二种意义上的合理性来追问什么样的法治是合理的、正当的、应当的。用合理性的类型理论来分析,法治也有三种合理性:(1)法治的工具合

理性。法治的工具合理性,是作为调整社会关系或治理国家的结果之间存在的合理性,即法治在选择具体调整方式,以及具体法治形式的合理性。对这种合理性的确认,不考虑法治的根本目的或最终后果和意义,要考虑的主要是法治的运行的具体环境和条件,法治所选择的治国方式对被治理的对象的适当性以及法治可以合理追求和预计的结果。只要符合这几方面的要求,法治就具备工具合理性。(2)法治的价值合理性。法治的价值合理性,是法治对实现某些价值目标的合理性,即法治在实现特定目的上的合理性。对这种合理性的确认,不考虑法治达到这些目的或目标的代价、条件和可能性,直接把法治与一定的价值目标相联系,只考虑法治与这些价值目标之间是否存在内在的一致性。(3)法治的规范合理性。这种合理性可以看作是从工具合理性和价值合理性生出的一种新的和更高的合理性。它将法治活动的目的与手段、活动与结果、长远及近期、理论与实践统一起来进行理论规范。最终实现了从法治理念到法治规范再到法治实践的转化。

二

对于法治合理性的标准,古往今来因人而异。自古希腊至今,许多思想家围绕应然法与实然法的关系这一中轴,各不相同地对法治合理性的判断标准作了论述。他们的共同思想是:(1)在人的主观意志所能决定的范围以外某个神秘的地方(宇宙、上帝之城、自然状态、价值领域或客观理念等)早就存在着人类社会生活的最公正、最科学的合理法则,并且一直存在着。(2)人类与生俱来的理性享有这种合理法则,它指导人类作出合理的自由意志的选择,而且包括享有是神或自然或理念决定的,是自然而然不假外求的。(3)实在法是人所制定的,它必须依据这种合理法则,否则就不能

算是真正的法律。但实然法并不天然地符合这种合理法则,所以实然法与应然法之间有距离,甚至相对立。(4)这种合理法则就正义和道德自身,用西塞罗的话说,它与“正义”同义,符合这种合理性法则的实在法才是公正合理的。从这些分析中,我们可以发现一些闪光的东西。首先,西方法学家、思想家以实然法与应然法二者的关系为思想中轴,抓住了人类法治实践的根本矛盾,这是法治合理性的实质所在。其次,作为法治合理性之基础的应然性法则,无论是精神的还是物质的,都具有一种客观必然的性质。再次,作为法治合理性的基础的应然法既是客观必然,又是最高善德,这暗含一个重要的思想,即法治合理性的基础乃是规律与合理价值的统一。然而,西方思想家的分析,也有共同的弊病,这就是:第一,离开历史的发展和社会制度的性质去抽象地探讨一般意义上的合理,因而不能得出科学的结论。第二,把自然法、理念、上帝意志这些本身就尚待推论和证明的东西假定为事实,然后以此来说明法和法治的合理性标准,没能找出法治合理性的真实基础,一言以蔽之,是先验主义的。

考查法治合理性的标准,从其最一般的意义上说,源于以下事实:第一,法和法治是实现人的价值需要的工具。任何客观事物,如果不与人的价值需要相联系,就无所谓好坏、优劣、善恶,也就不存在合理不合理的问题。人的需要有很多,生存的需要、安全的需要、归属的需要、发展的需要等等,法治必须能满足人的这些需要,包括直接的或间接的满足,才能体现其价值和合理性。当然,各个阶层、各个人的需要是不同的,我们只能将法治满足需要定位为社会的共同需要,并以此作为衡量、判断法治是否合理的依据。正如英国当代的法理学家拉兹所说,法治尊重人的尊严,为人们提供选择生活的方式、确定长期目标,并有效地保证人们的生活走向这些目标。因此,法治的合理性的第一个相关因素是人的价值需要。第二,社会发展规律即社会发展的必然趋势。从人类的发展历史

看,法治有两种状态:依良法治国(严格意义上的法治)和依恶法治国(非严格意义上的法治)。区别良法和恶法的标准,除了善的主观准则外,还有一个真的客观标准问题,即这种方法是否适应社会历史发展的潮流。有的法,例如法西斯的法,是逆历史潮流而动的,必然为历史所淘汰。即使是同一类型的法治,如资产阶级的法治,由于所处的历史时期不同,其合理性的表现程度是不同的。在自由资本主义时期,法治与资本主义的自由竞争,资产阶级民主制的确立,法律至上观念的形成相联系,法治的合理化呈上升趋势。而在垄断资本主义时期,在一定情况下,法治合理化又在某种程度上出现倒退。因此,法治合理性的第二个相关因素是社会发展规律。第三,法治自身的发展规律。法治的形成、发展有其内在的规律,从立体网络的结构看,法治的构成要素,既有精神要件,也有实体要件和形式要件。法治的发展,既表现为法治与社会经济状况的相互作用,也表现为它自身内部诸要素之间的协调一致,相互促进。人们分析和研究法治的合理性,离不开对这些要件的作用、相互关系以及发展规律的分析。判断某种法治模式是否合理,除了看其是否符合人的需要和社会发展规律之外,还要看其是否符合法治自身发展的规律。第四,人的主观意志,法治和人的主观意志紧密相联。法律是统治阶级意志的体现。立法的过程,就是一个将人的主观世界转化为法律内容的过程。法律制度的形成也可看作是人的意志的物化和对象化。至于执法和司法的实践,更受到执法者的法治观念、法律意识、法律文化素质的影响。

综合上述分析,我们可以看出,与法治合理性标准有关的因素有四:价值需要、客观必然、自身规律、主观意志,由这四个因素相组合,形成了判断法治合理性的两条标准,即法治的合乎作为历史创造主体的人民群众的需要,合乎规律,即合乎生产力及其决定的社会关系的发展规律和法治自身运行的规律。所以法治的合理性是法治的价值性与真理性的统一。判断法治是否合理的客观标准

就是看法治是否满足作为社会主体的人民群众的需要以及法治是否符合社会发展的客观规律和其自身的发展规律。

三

法治的合理化,是指法治的结构、属性、状态趋向和目标相适应的过程,具体表现为法的普遍平等约束力的确立,依照良法来治理国家,取得积极的法律效果。法治合理化的直接目的是建立一个现代化的法治社会,最终目的是提高人民的生活水平,促进人的全面发展。然而,在法治合理化的进程中,往往出现种种障碍,它们打断了法治合理化的进程。这些障碍主要有:目的的错位、法律规范的滞后、程序的局限和非理性因素。

1. 目的性的错位。人性是影响法和法治的性质和效用的重要因素之一。人们制定法律,依法治国是要给人类带来福音,使人类得到发展,这应该是立法者和执法者的最基本的目的性。可是,在历史上,也有不少的立法者和执法者出于自身私利的考虑,随意践踏人性,把法律变成推行专制,维护特权和私有制度的工具,甚至成为实行法西斯专政的手段。在这种法治下,多少真善美被斩得鲜血淋漓,多少假恶丑通过法律的权威狰狞得势、飞扬跋扈。法治成为人类酿就的灾难。“德国人民在第三帝国时期也许曾处于法律制度统治下,然而,这是一种很多德国人和其他国家的人认为在许多方面令人憎恶的法律。”^① 前南非推行种族隔离而适用未经审判即定罪的一些条款,都是以法治的名义进行的。我国“文化大

^① 《牛津法律大辞典》,光明日报出版社 1988 年版,第 791 页。

革命”时发生的许多暴行,则是依据臭名昭著的“公安六条”施行的。^①历史证明,人的理智一旦完全背离人的立法目的,在这种情况下形成的法律和法治是没有合理性可言的。

2. 法律规范的滞后。法律规范的相对滞后,是阻碍法治合理化的另一因素。法治的合理化,要求法律规范及其适用必须与日新月异的社会变化相适应。但是,法律规范的相对稳定,又不免会使法治与社会变化之间发生冲突。社会生产力是最活跃的因素,它总是要不断向前发展的,与之相适应,由它所决定的社会关系及其运行法则也是不断向前发展的。但是,法律有法治则是稳定的,尤其是“社会上占统治地位那部分人的利益,总是要把现状作为法律加以神圣化,并且要把习惯和传统的现状造成的各种限制,用法律固定下来”。^②这样,反映和维护原有社会关系的法律和法律制度,便要随原有的社会关系一起与新的生产力水平及其决定的新的社会关系发生矛盾,最终这些法律和法律制度便由生产力的发展形式变成生产力的桎梏,原来合理的法律和法律制度因此而日渐丧失其自身的合理性。这方面的例子很多,在计划经济体制下,我们制定了一些曾使我们引以自豪的重要基本法律。而现在相当一些法律已不适应市场经济改革和法制建设的需要。例如,我们制定了民法通则,但是它却不能恰当地解决最基本的民事纠纷——债务问题。在计划经济体制下制定的合同法,由于以遵守国家计划为准则,严重不适应市场经济的需要,在市场经济体制改革之初就被脱胎换骨了。1982年的宪法,没有规定私有经济。但1982年制定宪法时,中国已经出现了私有经济。随后几年,私有经济获得了极大发展,直到1988年,通过宪法修正案,才肯定了私

① 参见刘海年、李步云、李林主编:《依法治国,建设社会主义法治国家》,中国法制出版社1996年版,第242页。

② 《马克思恩格斯全集》第25卷,第894页。

有经济的合法地位。^①

3. 程序的局限。民主的时代是程序的时代,法治的核心是依法治国,它需要严格程序制度予以保障。法治的合理化要通过程序的合理化来实现。而在法治的运作中,程序本身的局限表现为两种情况:一种情况是程序的不完备,程序本身有缺陷,这种情况在我国法治实践中随处可见。比如,依法行政是法治的重要环节,而行政权力的行使是惟一不需要借助程序就能行使的权力,所以它有极大的随意性和广阔的空间。对行政权缺少程序的控制,使滥用权力、“有权不用,过期作废”成为我们当今社会的一大通病。又如,中国的宪政多注意国体政体、权利义务等实体部分,对程序问题十分忽视。对权利义务有明确的法条规定,而对于侵权行为在什么场合以及按照什么方式进行追究等程序性前提的规定,却一直残缺不全。另一种情况是即使程序比较完善,它也有自身的局限,不一定能保证合理性结果的出现。罗尔斯在谈到程序性正义时说到这种情况,他将程序正义分为三种类型:纯粹程序正义、完善程序正义和不完善的程序正义。在不完善程序正义的场合,程序不一定每次都导致正当的结果,程序之外的标准便具有重要的意义。其典型事例为刑事审判,无论程序要件如何完备,也不能避免错案和冤案。为了弥补不能确保正当结果的缺陷,便需要借助于正义的正当作用,追加一种所谓半纯粹的程序。例如陪审制度,当事人主义的参与等保障制度。但它也不是绝对可靠的。

4. 非理性因素的影响。按照韦伯对法律合理化的解释,法律合理化有四种涵义:(1)由法规支配的;(2)体系化的;(3)基于逻辑分析的;(4)由理智控制的。用这种理论来分析法治,我们可以说,法治的合理化应该是一个理智化的过程,理性的因素(例如概念、判断、推理)对法治的合理化起着重要的作用。但是在法治的运作

^① 参见郝铁川:《温柔的抵抗》,载《法学》1997年第5期。

中,许多非理性因素也在发挥作用,如情感、兴趣、爱好、情绪、个性等因素影响着立法、执法和司法的过程。例如执法者的功利偏好直接影响其执法结果,基于自我功利的实现,执法者易于徇私舞弊,基于社会责任和社会利益,执法者则能秉公执法。再如,属于胆汁质的法官易冲动,具有强烈的爱憎感,而属于黏液质的法官则沉稳或趋于保守。法官的情绪好坏,有时也直接影响法院的判断结果,对此,美国实在主义法学家曾作过生动的阐述。非理性因素在法治中的作用具有两重性:从总体来看,非理性因素不利于法治的合理化,依法治国,应该尽量减少非理性因素对法治的干扰。另一方面,非理性因素在法治的存在和运作中是不可避免的,我们应当因势利导,尽可能地将非理性因素引导到法治的轨道上来。

上述分析表明,制约法治合理化的因素是多种多样的,对于有些人人为的因素,如目的性的错位,我们应该坚决予以扫除;对于有些主观因素,如非理性因素,我们应因势利导,利用其合理的作用,克服其不利影响;对于客观的因素,如法律规范的滞后和程序的局限,我们应根据法治外部环境的变化而采取相应的行动,使法律和法治与社会发展的趋势相一致。这样,才能排除法制的障碍,使之最大限度地趋向合理化。

四

法治合理化的研究,给我们提出了许多值得进一步探讨的问题。这些问题主要有:

第一,研究法治的模式,分析法治的合理性,解决什么样的法治是合理的问题,使我们在众多的法治模式中,选择最适合中国国情的法治模式。在法律日益全球化的今天,学习、借鉴甚至局部地移植别国的法治模式是不可避免的。问题在于选择什么样的法治

模式是最合理的。如同世界之多样化一样,法治模式亦多种多样,例如有资本主义法治、社会主义法治和伊斯兰法治等。在每一类中,又可以分为若干小类,甚至形成了有多少主权国家就有多少种法治模式的局面。当我们借鉴和移植外国的法治模式时,首先必须确定什么样的法治模式是最合理的,只有这样才能进一步确定是否移植这种法治模式。

第二,研究法治趋于合理性的途径,使我们明确中国法治建设中存在的问题,采取相应的措施和步骤,加速中国法治合理化和现代化的进程。中国法治的合理化,既有法治实体要件的合理化问题,如权力和权利的合理配置,控权制度和权利保障制度的建立;也有法治形式要件的合理化问题,如法治的程序合理化,法制的统一性和独立性,司法的中立性等问题,只有大力推进法治的合理化进程,使法治既能符合人民的需要,又能与社会发展趋势保持一致,才能实现发展的目标:建立一个社会主义的法治国家,使人民安居乐业、生活幸福。

第三,研究法治合理的内在矛盾,找到处理法治实践中合理性与合法性矛盾的方法和途径。在法治实践进程中,合理性和合法性是贯穿始终的一对矛盾,合理不合法,合法不合理的现象随处可见,《秋菊打官司》中秋菊的困惑以及《被告山杠爷》中山杠爷的悲剧都说明了这一点,正确阐述法治的合理性,就必须分析合理性与合法性的关系,并作出科学的界定。

类似的问题还有许多,它需要我们去探索。

五

在法治合理性的研究中,我的博士生周世中,做了不少研究工作,《法的合理性研究》是在其博士论文的基础上撰写而成的。我

把这本书看作是一种深度挖掘法的合理性的学术努力,是一部有助于提升我国法的合理性研究水平并回应当前法治建设的法学理论新作。全书以合理性理论为基础,研究了法的合理性的概念、类型、历史发展,在此基础上,从立法、执法、司法等方面,剖析了我国法治运行过程中的合理性问题。有理由相信,这样的思路设计是新颖的,这样的思考是深入的,这样的理论分析与论证是充分的。全书的构思与内容分析,反映了作者对法的合理性理论的理解和把握,并体现了作者扎实的法学理论功底与学理分析水平。当然,在我看来本书也存在一些不足,如有些问题还有待于进一步深入挖掘,有些论证不够简洁明快,实证材料的利用也稍显不足。但瑕不掩瑜,这部著作对法的合理性的研究是值得充分肯定的。

世中同志这几年在法的合理性研究方面,取得了一些学术成果,相信会有更好的著作奉献给学界同仁。在此,也祝愿他不断进取,在法学理论的研究中,取得更丰硕的成果。

吕世伦

2004年1月5日

于中国人民大学静园

目 录

序 合理性:中国法治化的生成支点	吕世伦(1)
导 言	(1)
第一章 法的合理性的概念释义	(8)
一、理性与合理性	(8)
二、法的合理性	(17)
第二章 法的合理性与相关法学概念辨析	(28)
一、法的合理性与合法性	(28)
二、法的合理性与法的价值	(39)
三、法的合理性与正义	(58)
四、法的合理性与法律理想	(62)
五、法的合理性与法的现实性	(65)
第三章 中国法的合理性范畴的发展	(68)
一、理范畴的产生与释义	(68)
二、儒家礼法合一的合理性思想	(76)
三、法家法之理的思想	(88)

四、程朱理学的“法者，天下之理”的思想	(93)
五、近代法的合公理性思想	(97)
第四章 西方法的合理性思想的演进	(111)
一、以理性为基点的自然合理性学说	(112)
二、分析法学对自然合理性学说的反叛	(124)
三、社会学法学在重建合理性中的作用	(131)
四、导向法的实践合理性的学说： 马克思的理论	(137)
第五章 法的合理性的类型研究	(144)
一、法的规范合理性与法的物质合理性	(145)
二、法的实质合理性与法的形式合理性	(149)
三、法的价值合理性与法的工具合理性	(158)
四、法的思想的合理性与法的行为的 合理性	(163)
第六章 法的实质合理性	(165)
一、法的实质合理性的地位	(166)
二、法的实质合理性的内在要求	(172)
三、制约法的实质合理性的主要因素	(194)
四、两种实质合理性	(208)
第七章 法的形式化及其合理性	(214)
一、法的形式化的缘起	(215)

二、法的形式化与形式合理性	(221)
三、法的形式合理性的内在要求	(226)
四、法的形式合理性的外在表征	(239)
第八章 法的实践合理性	(244)
一、法的实践合理性的提出	(244)
二、法的实践合理性的内涵	(247)
三、法的实践合理性的内在要求	(255)
四、法的实践合理性的动态考察	(260)
第九章 法制现代化与合理化	(266)
一、法制现代化的核心是合理化	(266)
二、法制现代化的价值合理性考察	(271)
三、法制现代化的工具合理性透视	(274)
四、中国法制现代化的合理性分析	(279)
第十章 立法的合理性	(300)
一、立法合理性的概念释义	(300)
二、立法权的合理性	(305)
三、立法程序的合理性	(311)
四、立法内容的合理性	(318)
五、我国立法的现状及合理化分析	(325)
第十一章 依法行政的合理性	(349)
一、行政与依法行政	(349)