

谢晖 著

法理文库

价值重建与规范选择

——
中国法制现代化沉思

山东人民出版社

谢晖 著

价值重建与规范选择

——中国法制现代化沉思

图书在版编目(CIP)数据

价值重建与规范选择:中国法制现代化沉思/谢晖
著. — 济南:山东人民出版社,1998.3(2000.1重印)
(法理文库/徐显明,谢晖主编)
ISBN 7-209-02212-0

I. 价… II. 谢… III. 法制—研究—中国 IV.
D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 75761 号

价值重建与规范选择

——中国法制现代化沉思

谢晖 著

*

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)

新华书店经销 日照市印刷厂印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 16.25 印张 4 插页 400 千字

1998 年 3 月第 1 版 2000 年 1 月第 2 次印刷

印数 3001—5000

ISBN 7-209-02212-0

D·520 定价:26.00 元

序

如果把中国共产党三代领导集体的治国方略作一比较的话,那么可以清楚地发现他们之间有原则性的不同。第一代领导集体非常重视思想建设,毛泽东同志视思想建设为工作法宝。第二代领导集体十分注重制度建设,邓小平同志认为,制度建设更具根本性、全局性、稳定性和长期性,制度建设重于其它建设。第三代领导集体^①则以发展的姿态旗帜鲜明地提出“依法治国,建设社会主义法治国家”。三种方略的演进,基本概括了共和国民主法制事业50年从冬到春的历史。后一种方略的进程虽然刚刚启动,但却清楚地表明了未来世纪的国家走向,它的实践,将真正使共和国步入制度文明时期。

“依法治国,建设社会主义法治国家”是由两种价值相合而成的一个完整价值系统。“依法治国”是其工具价值,而“法治国家”则是更高层次意义上的目标价值。前者是后者的手段,后者才有我们追求上的终极性。“法治国家”目标价值的再建,从把“法制国家”改为“法治国家”的变化中也可体味出来。虽是一字之改,但却经历了

① “代”的概念可切换为法律上的届的概念。“第三代领导集体”,在党的方面,可表述为:“以江泽民同志为总书记的党的第十四届、第十五届领导集体”;在政的方面,可表述为:“以江泽民同志为主席的第八届、第九届国家领导人”。

124077

18年沧桑。^①价值选择之艰难,由此可见一斑。可否这样评价,新中国建立以来法学界对国家法制建设的最大贡献,就是促成了“法治国家”这一目标价值的最终确立。这是制度史和思想史将来都应大书特书的。虽然在两种价值的运用上目前已出现了明显的对立:一部分人只取工具价值,把依法治国简化为“依法治理”,忘却了法治国家的根本目标,这部分人以权力握有者为主;另一部分人则以目标价值为选择,反对把依法治国庸俗化为“依法治人”,这部分人以学界为主。但这种对立说明的不是新价值目标在走向成熟的市民社会中的失落,相反说明的是,在习惯于治与被治的权力社会中进行价值重构具有时代的紧迫性和必要性。

法治国家的本质问题是什么?一言以蔽之,是公民权利和国家权力间的关系。任何国家的利益资源都是恒定的,如果一社会内的所有利益都必然属于人民而又可用法律方式转化为公民权利的话,那么,任何国家都必须遵循“权利守恒定律”,即人民转移多少权利给国家、给社会,自己留用多少,此间有一个比例关系,在总量不变的前提下,这个比例关系必定是反比例的。国家权力越多越集中,社会权利、公民权利就越少。当公民的一切利益全部交由国家去代表的时候,公民就不再有权利和自由了。反之,公民如果享用了国家的全部利益资源,则国家权力也就等于零了。所以如何确立一个合理的权利与权力的比值是法治国家的核心问题。“公民权利”、“社会权利”、“国家权力”,这种“三权分立”关系是现代法治不同于传统法治的本质特征。通过权利对权力的制约而形成的“三权和谐”,是法治的理想状态。权利守恒定律是确立权利转化比值的基本理论依据。由此权力所获得的解释是:它来源于权利,目的仅在于为权利服务,只是保障权利实现的手段。在这个意义上,法治国家所表明的,是权力服从于权利的国家,这就是法治社会的本质

^① 指从1979年以法律史学界为主发起讨论“人治”、“法治”问题时起算。

问题。

法治国家的形式问题是什么?概言之,是权力优位还是法律优位的问题。国家权力有着一元形式(无其他权力抗衡)、二元形式(俗权、神权并立)、三元形式(三权分立)及五元形式(五权分立)等多种形式,除一元形式外,其它形式都表明一种国家权力受它种力量的制约。权力分立给予人们的观念是:一国内再也没有“最高权力”了。权力如果不是最高的,那么必定有一个东西是受权力尊重的,它就是法律。权力相对于法律是下位的。古典的法治模式是:法律从限制王权开始,到限制住政府全部权力,再到限制住全部国家权力。什么时候权力俯命于法律,什么时候便有了形式意义上的法治。权力对于法律的原则是:启动时要有法律根据,运用时恪守法律界限,遇阻时寻求法律保障。该原则的另解是:权力在无法律根据时不得推定,有根据时不得越限,遇障碍时不得放弃。法律才是权力存在的根据,在权力还敢于对抗法律的社会是没有法治的,更毋言以权抗法、压法的社会了。法律优位于权力的法治形式与权利优位于权力的法治实质是一致的。如果在本质上权力优位于权利,那么在形式上必然权力优位于法律。

建设社会主义法治国家的技术性问题是什么?简言之,是解决行政优越于立法权、司法权及立法权、司法权行政化问题。政府具有前所未有的经济职能,是形成我国政府权力优越于其它权力的主要原因,所以我国的权力资源大部配置于行政权方面,这极易造成权力集中与失衡。在我国,行政违法所以纠正起来困难重重,甚至出现对立法与司法的行政干预,其症结即是行政权肥大化造成的权力结构障碍。这种权力结构一方面导致立法权的虚软及司法权难以中立,而且另一方面导致立法权与司法权在行使方式上行政化。以法理析之,行政权是命令权,立法权是议决权,司法权是判断权,但后两种权力的施行特征正越来越命令化和指挥化,其本应发挥的权力性能因行使方式不当而受到扭曲。以司法权为例,司法权

具有六种特性：其一，是其被动性，即司法权只可被动行使而不可主动行使，所以“提前介入”与“主动服务”、“送法上门”都是违其性质的。其二，是其程序性，即司法权只能在程序提起之后在程序中运用，未提起程序及程序外用权均有违司法权视程序为生命的特性。其三，是其独立性，即司法权只服从法律而不服从指挥，对司法权只能实行监督而不能进行领导。法官如果按领导意图办案，接受上级指挥，即他就不是法的守护神，而变成战斗员了。对法官来说，唯一能使他服从的东西是法律，而不是无论什么人的意图或命令。其四，是其中立性，即司法权只判断“是”或“不是”，而不去证明“是”或“不是”。法官如果被要求去证实犯罪，那他身份就由法官变成了检察官；法官如果帮助民事案件的一方当事人调查取证，那他此时则又变成了该方当事人的代理人了。而这两种情况都难以得证司法的中立与公正。其五，是其审查性，即司法权有权判断立法的不法与执法的不法。立法的不法在立法权内是难以得到纠正的，执法的不法又总是受到行政权的袒护，唯有司法的合宪性及合法性审查与判断才可剋去这二痼疾。其六，是其终极性，即司法权是国家最后的权力，是法治的最后一道防波堤。司法权的终极性体现于它对各种制度的最终保障上，如果司法不能遏制违法，则这个国家就不再有秩序可言了。也正是从权力的终极性上，才可说司法权的腐败是一国内最根本的腐败。一项犯罪，对社会造成的危害如同污水污染了河流，而司法腐败，其危害性则如同污染了水源。司法腐败是以司法不公正为特征的，法官不能向法律负责而不得不向长官负责的司法权行使上的行政化正是导致司法不公正的原因之一。

建设社会主义法治国家的关键性問題是什么？要言之，是执政党依法执政。因为执政党拥有对所有国家权力的领导权，也拥有对法律立、改、废的建议权，所以执政党如何确保在法律范围内运用领导权，就成了推进依法治国、建设社会主义法治国家进程的关键

环节。这是有待进一步深化研究的问题。

阅谢晖君新著《价值重建与规范选择》文稿后生以上感言,因能先睹为快故亦能先发立存。大凡为人作序者,以同界学富望重者居多,近亦闻有学生为先生笔前言者,愚与谢君非如左两种关联,故受命前后多有思忖,惟恐所发谬言有伤其作儒雅,今不揣浅陋,倘有不经,乞谢君能与余同引为鉴。

徐显明

1998.2.5

目 录

序	徐显明
---------	-----

第一章 法律变迁与法制现代化

第一节 法律变迁概说	(1)
------------------	-----

一、法律变迁研究的参照	(1)
-------------------	-----

二、法律变迁及其成因	(4)
------------------	-----

三、法律变迁中的法律继承和法律移植	(7)
-------------------------	-----

第二节 法律变迁的历史类型	(13)
---------------------	------

一、“人→人→物”社会结构下的法律：对人的法	(14)
------------------------------	------

二、“人→物←人”社会结构下的法律：对事的法	(24)
------------------------------	------

三、“物→人⇌人”社会结构与法：人本的法	(29)
----------------------------	------

第三节 法制现代化的法律定位	(30)
----------------------	------

一、现代法律的社会文化基础	(31)
---------------------	------

二、现代法律的界定：方法、参照及性质	(34)
--------------------------	------

三、现代法律界定的意义	(39)
-------------------	------

第二章 法制现代化的背景、基点与结构

第一节 法制现代化的社会文化背景	(41)
------------------------	------

一、社会现代化与法制现代化的相关性	(41)
-------------------------	------

二、现代法律的产生依赖于现代文化环境	(47)
--------------------------	------

三、现代法律的发展依赖于现代文化环境	(50)
四、现代法律的运行依赖于现代文化环境	(53)
第二节 法制现代化的核心基点	(58)
一、人的现代化:法制现代化的核心基点	(58)
二、权利、义务和个体的关联方式	(65)
三、法制现代化必须重视对个体的研究	(73)
第三节 法制现代化的要素结构	(75)
一、法制现代化的要素	(75)
二、法制现代化各要素间的有机共进	(82)
三、法制现代化之结构弹性的条件	(86)

第三章 中国法制现代化的资源取向

第一节 中国法制现代化进程中的国际性	(88)
一、中国法制现代化的国际动力	(89)
二、中国法制现代化的国际取向	(95)
三、中国法制现代化的国际意义	(101)
第二节 多法域之间的文化冲突及其调控	(105)
一、作为一种文化的法律间冲突效应的含义阐释	(106)
二、一国多法条件下的法律冲突效应	(110)
三、注重多法域冲突的效应调节,创建法制现代化的中国模式	(118)
第三节 法治保守主义思潮评析	(122)
一、法治保守主义思潮及其文化背景	(123)
二、中国本土文化能否成为支持其法治化的主要资源	(127)
三、如何理解中国法治的本土化问题	(137)

第四章 中国法制现代化的价值基础

第一节 道德与法律的社会对位分析	(143)
一、道德及其对位的社会基础	(144)
二、法治及其对位的社会基础	(149)
第二节 法制现代化:道德化法律还是法律化道德?	(155)
一、东西方对比及中国法制现代化的选择	(155)
二、寻求法理社会中法律与道德的互契	(162)
第三节 法治的法律:人化的道德	(168)
一、法治:一种人化的道德需要	(169)
二、法治:人化道德的制度安排	(174)
三、以法治推进道德	(180)

第五章 中国法制现代化的权力要求

第一节 权力不得推定的论域	(183)
一、权力不得推定的时代性	(184)
二、权力不得推定的比较性	(187)
三、权力不得推定的法律性	(190)
第二节 权力不得推定的缘由	(193)
一、权力不得推定的现实基础:权力腐败	(193)
二、权力不得推定的本体基础:权力本质	(195)
三、权力不得推定的价值基础:法治	(199)
四、权力不得推定的实践基础:历史经验教训	(202)
第三节 权力不得推定与相关问题的矛盾辨析	(205)
一、权力不得推定与权力变更	(206)
二、权力不得推定与国家主权	(208)
三、权力不得推定与自由裁量	(212)

第四节 权力不得推定对法制现代化的意义 (216)

一、确保以法治权..... (216)

二、防止权力滥用..... (217)

三、保障主体自由..... (219)

四、实现社会正义..... (220)

第六章 中国法制现代化的现实选择

第一节 战略选择:继承还是移植..... (222)

一、本土性与世界性:含义、意义及其在法制中的
聚焦..... (222)

二、历史反观:百年来中国法制现代化进程的冲突
..... (225)

三、现实透视:规范法律文化与观念法律文化的
严重对立..... (232)

四、战略选择:继承还是移植 (237)

第二节 道路选择:经验还是建构..... (240)

一、经验与建构:两种不同的法治进路 (240)

二、经验式法治与建构式法治是完全排斥的吗..... (245)

三、沟通经验理性与建构理性,寻求两者在法治
进程中的公平对话..... (249)

第三节 动力选择:权威还是民众..... (256)

一、权威推进与权威制约..... (256)

二、民众主导与民众启蒙..... (264)

三、中国法制现代化需要权威与民众的共同推动 ... (271)

第四节 规范选择:私法优位还是公法优位..... (274)

一、从不同社会关系之作用机制看公、私法关系 ... (274)

二、私法基础与公法优位之根源..... (276)

三、市场经济既需私法也需公法·····	(279)
---------------------	-------

四、关于社会法问题·····	(283)
----------------	-------

第七章 中国法制现代化的学理前提

第一节 变法与革理——20 世纪中国法学发展的 逻辑·····	(289)
------------------------------------	-------

一、清末变法与修律：中国传统法学与现代 法学的最后对垒·····	(289)
-------------------------------------	-------

二、从预备立宪到五四运动：变革社会中的 法学独立·····	(293)
----------------------------------	-------

三、救亡与内战：国难时代的法学重新政治化·····	(297)
---------------------------	-------

四、革命与改革：法学从依附政治到再次获得 相对独立·····	(301)
-----------------------------------	-------

第二节 法学的流派化与法学现代化·····	(306)
-----------------------	-------

一、创建我国的法学流派·····	(306)
------------------	-------

二、我国法学的现状：多元并存的法学及其流派 化倾向·····	(315)
-----------------------------------	-------

三、中国法学流派化存在的问题·····	(324)
---------------------	-------

四、完善法学流派进一步发展的条件·····	(330)
-----------------------	-------

第三节 法学现代化中的法学家·····	(336)
---------------------	-------

一、法学家对创建我国法学流派的作用·····	(336)
------------------------	-------

二、法学家：文化品位、学术品位及其实现条件·····	(338)
----------------------------	-------

三、现代化学法拒绝终极裁判·····	(346)
--------------------	-------

第四节 浪漫的法理与现实的法·····	(354)
---------------------	-------

一、浪漫的法理·····	(355)
--------------	-------

二、从浪漫的法理到现实的法·····	(359)
--------------------	-------

三、现实的法与多元的法理·····	(364)
-------------------	-------

第八章 中国立法现代化研究

- 第一节 现代化立法的组织：议行分开…………… (368)
- 一、“议行合一”与权力失约…………… (368)
- 二、“议行合一”背反了商品—市场社会的要求…………… (377)
- 三、“议行合一”削弱了我国权力行使的社会效应
…………… (380)
- 四、“议行合一”在民主制度下不可能真正实现…………… (382)
- 第二节 现代化立法的原则：客观理性…………… (384)
- 一、法律创制的客观规定性…………… (384)
- 二、法律创制的主观能动性…………… (390)
- 三、法律创制的客观规定性与主观能动性的协调
…………… (396)
- 第三节 现代化立法的程序：正当程序…………… (398)
- 一、正当程序与立法权制约…………… (398)
- 二、与立法权相关的正当程序及其要求…………… (402)
- 三、立法权运行正当程序与立法和法制现代化的
关系…………… (407)

第九章 中国行政现代化研究

- 第一节 行政法治：现代化行政的基本理念…………… (413)
- 一、行政法治的一般原理…………… (414)
- 二、行政法治的要素…………… (415)
- 三、行政法治各要素间的协调…………… (421)
- 第二节 法外行政：现代化行政的现实障碍…………… (423)
- 一、法外行政的表现及特征…………… (423)
- 二、法外行政的原因…………… (427)

三、法外行政的对策·····	(434)
第三节 行政确权:现代化行政的根本保障·····	(438)
一、行政权失范:监督行政的理论与实践困惑·····	(438)
二、从失范到规范:行政权建设的理论设计·····	(441)
三、行政确权:行政权规范化的基本意蕴·····	(445)
四、行政确权的意义·····	(452)
第十章 中国司法现代化研究	
第一节 司法现代化概说·····	(454)
一、司法现代化的界定·····	(455)
二、司法现代化的基本原则·····	(461)
三、司法现代化在法制现代化中的作用·····	(468)
第二节 现代化司法的诉讼模式·····	(471)
一、三种现代诉讼模式及其优劣比较·····	(471)
二、中国诉讼模式的逻辑建构·····	(476)
三、诉讼模式选择与中国司法现代化·····	(482)
第三节 司法独立:现代化司法的本质要求·····	(486)
一、作为法治现代化完成之基本标志的司法独立·····	(487)
二、我国司法独立的困境·····	(492)
三、实现我国司法独立的方略·····	(499)
后记·····	(505)

第一章

法律变迁与法制现代化

第一节 法律变迁概说

一、法律变迁研究的参照

法律变迁一词,是我们借社会学之社会变迁(social change)一词而采用的。社会变迁一词,人们通常在广、狭两义上使用,“广义指整个社会的制度、结构、物质文明和精神文明的变化过程,因而亦称‘社会文化变迁’。狭义主要指社会的经济体制和经济关系的变化,也包括政治关系的变化。狭义的社会变迁决定广义的社会变迁。”^① 这是一个被号称最困难又最吸引人的社会学问题:“现代社会学正是从奥古斯特·孔德(Auguste Comte)以及19世纪的其他学者企图解释社会变迁的原因和过程而发轫的。”^② 由此足见社会变迁一词在社会学中的重要性。

① 《简明社会科学辞典》,上海辞书出版社1984年版,第530页。

② [英]G·邓肯·米切尔主编,蔡振扬等译:《新社会学辞典》,上海译文出版社1987年版,第298—299页。

可以说,法律变迁是整个社会变迁的一个重要方面。人类社会要稳定、和谐、自由、有序地发展,必需一系列的规则加以规范,其中法律规则是最重要的影响弥深、弥远的一种社会规则,是最有效的经纬社会的规则,因此,法律事实上是构成社会的必不可少的内容,是社会构造的神经。这样,在整个社会变迁中,必然含有法律的变迁;同样,法律变迁也必然意味着社会或小或大的变迁。由此,我们不难看出法律变迁与社会变迁之间的内在的必然联系:法律变迁是社会变迁的有机组成部分,社会变迁了,法律必然要变迁;法律如果在质上变迁了,也必然意味着社会的质的变迁;法律如果仅是量上的变迁,则只意味着社会的局部变迁。

论述至此,还不能说明何谓法律变迁,法律变迁对社会变迁的从属性只表明了法律变迁与社会变迁的关系,而不是法律变迁本身。要透析法律变迁问题,还必须对法及法律有所界定。^①事实上,从古至今,人们对法律之范围和含义有截然不同的看法。现以人类学家们的视角为例说明。对法律范围的界定,人类学家们曾给以特别的关注,人类学之鼻祖——英人马林诺夫斯基认为:“法是赋予一方以权利,另一方以责任的有约束力的义务,它是由社会结构所固有的相互性和公开性的特殊机制有效地维持的。”^②他是通过对南太平洋地区的一个岛屿——特鲁布里安德未开发部落的活动规则进行长期观察而得出这一结论的。之所以称这些规则为法,在于它们既可使人们组织起来,又能使违“法”者因他人行为及态度的压制而得以纠正,还能使该社会免致分裂。显然,据此观点,则“规则就是法律”,相应地,法律的变迁历程就要复杂得多。

① 对此,笔者在《法律信仰的理念与基础》一书中曾专门予以探讨,此不赘述。参见该书(山东人民出版社1997年版)第478页以下。

② 转引自朱景文:《法的起源》,载孙国华主编:《法理学》,法律出版社1995年版,第105—106页。