

刑 中 著

法理文库

权力制约的中国语境

山东人民出版社

D630.9/3

2007

喻中著

权力制约的中国语境



自序

中外历史上，有关权力制约的理论著述，可谓汗牛充栋，数不胜数。在这样的背景之下，我无意铺陈权力制约的一般理论，只想讨论一个相对具体的现实问题：权力制约的中国语境。

更具体地说，本书关注的主题可以从以下几个方面加以限定：从时间上看，主要针对当代，尤其是最近几年；从空间上看，主要针对中国，尤其是中国大陆；从内容上看，主要针对实践，尤其是权力制约的行为与过程。这几个方面意味着，本书研究的出发点，可以说是“当代中国的实践”。我希望，从当代中国的实践出发，有助于就权力制约这个主题做出新的理论阐释，从而在权力制约的实践形态与权力制约的理论表达之间，建立起更加直接的关联。

然而，实践是什么？实践与理论的关系又当如何把握？

1963年，欧洲学者哈贝马斯发表了一册题为“理论与实践”的社会哲学著作。40年后的2003年，中国学者龙宗智推

出了他的法学论文集“理论反对实践”。现代中国的政治意识形态与主流学术理论普遍认为，理论应当源于实践，理论必须联系实践，理论还要服务于实践，实践是检验理论、检验真理的唯一标准。然而，与这种通行看法不同的是，也有一种观点认为，理论必须脱离实践，尚未脱离实践的理论根本就不是理论；理论必须与实践保持一定的距离，必须远离实践，才称得上是真正的理论，否则，就只是实践本身，顶多可以算作一堆记录实践的原始素材而已。

理论与实践的关系，不仅是一个引起广泛关注的哲学问题、政治问题，它同时也是一个令人困惑的法学问题。一方面，学者们千辛万苦地推演出来的法学理论，每每不能让法律实践者产生“甚合我意”之感。在法律实践者看来，法学家总是以不切实际的口吻，阐述一些迂阔的宏论，既不亲切，又不实用。根据法学理论创制出来的法律条文，常常在实践中陷于左右为难的处境。文学家沈从文的《长河》，社会学家费孝通的《乡土中国》，以及当代中国的一些法学著述，对此都有详尽而细致的描绘。然而，另一方面，法学家们又总是在抱怨：当代中国的法律实践者老是站立在法学理论的彼岸，总是不愿跨过那条宽阔的河流，“与理论同行”。不但法律实践者没有亦步亦趋地跟着理论走，就是在理论从业者这个群体中，文史哲、政治、经济等领域的学者也对法学理论有一种挥之不去的疏离与隔膜。换言之，法学理论既没有在法律实践者那里找到足够的卖点，也没有得到其他学术从业者的青睐。难怪有学者对此发出了呼吁：尽快完成法治进程中的知识转型。

其实，在近现代法学理论的主产区（比如美国或英国），法学理论与法律实践之间的对峙，也许根本就是一个虚构的话

题。在那里，法官造法，比较纯粹的法学理论其实就是法官们的办案心得。波斯纳、霍姆斯、卡多佐、丹宁等人，既是声名远扬的法学大家，更是终身主持庭审的办案能手。他们既是法律实践者，更是法学阐释者，一身兼二任，游刃有余地穿行在理论与实践之间。但在当代中国，则完全是另一种语境：主流的法学理论、法学方法基本上都移植于泰西，移植者既非法官、又非律师，而是一群与法律实践基本上不沾边的“启蒙思想家”或“学者”，比如，译述孟德斯鸠的严复，呼吁开设议院的梁启超，因英文著述与圣经翻译而名世的法学家吴经熊，以及精研英美宪政理论的钱端升、罗隆基，等等，既可以说是现代中国“先进”法学理论的阐述者，也可以说是西方法学理论在中国的传播者。然而，经过这些学者阐述的法学理论，并没有随着洋火、洋油、洋车、洋行、洋装一起进行中国人的日常生活、洒扫应对。正如黄宗智在一本书的标题中所分辨的那样：法律的文字表达是一回事，法律的实践运作完全是另一回事，二者有联系，但却是由两种不同的理论逻辑在支配。《易经》上说，形而上者为之道，形而下者为之器。如果说道器之别可以成立，那么，我们在接受西方法律文明之“器”的同时，并没有真正认同西方法律文明之“道”。正是在这里，产生了法学理论与法律实践之间的冲突与矛盾，在这种难以克服的矛盾与冲突中，一个世纪的光阴悄然流逝。

为了缩短法学理论与法律实践之间的距离，为了促成法学理论与法律实践之间的理解与沟通。学者们期望实践靠近理论，实践者要求理论符合实践。也有跳跃于理论与实践之间的有识之士提出了折衷的主张：相对合理主义，希望以此来整合理论与实践。但这种妥协性的实践理性又招致了不少批评。理

论与实践的关系到底怎样？莫非又是一个难解的“斯芬克斯之谜”？

正是在这些问题的催促之下，笔者试图以权力制约这个主题作为切入点，就法律实践与法学理论的关系做出新的尝试：在理论阐释的时候，尽量让实践开口说话；在描绘实践的过程中，力求让理论自然而然地浮出水面。

目 录

自 序	(1)
第一章 当代中国权力制约的 研究范式与价值目标	(1)
一、权力制约理论的主要范式评析	(1)
二、权力制约理论研究的范式转换	(12)
三、通过权力制约实现权力的有限性与有效性	(22)
四、通过权力制约保障人的自由而全面的发展	(29)
五、当代中国的宪政重建与权力制约	(41)
第二章 当代中国权力腐败的 社会背景与基本类型	(62)
一、两类社会规则的并存:权力腐败的 社会背景之一	(62)
二、财富分配标准的异化:权力腐败的 社会背景之二	(76)
三、单面性的金钱拜物教:权力腐败的 社会背景之三	(89)
四、消极的权力腐败——以“不予受理”为例	(104)
五、积极的权力腐败——以“买官卖官”为例	(129)

第三章 当代中国权力制约与监督的

基本方式再思考 (147)

一、党内监督的关键环节 (147)

二、人大监督的两种手段 (164)

三、司法监督的特殊功能 (175)

四、民主监督的多重语境 (190)

五、舆论监督的正当基础 (200)

第四章 当代中国权力制约与监督的

若干重点与难点 (212)

一、对“部门立法”的监督 (212)

二、对“利益行政”的监督 (223)

三、对“司法腐败”的监督 (235)

四、对“一把手”的监督 (250)

五、关于“考核指标”的问题 (265)

第五章 当代中国政治领袖关于权力制约

与监督的探索 (278)

一、毛泽东权力制约思想的三个层面 (278)

二、董必武权力制约思想的理论逻辑 (293)

三、邓小平权力制约思想的历史变迁 (307)

四、彭真论权力监督的原则、制度与技术 (329)

五、政治家的法理与权力制约的中国实践 (342)

后 记 (354)

第一章

当代中国权力制约的研究范式与价值目标

一、权力制约理论的主要范式评析

从古迄今，有关权力制约的研究文献堪称汗牛充栋。在当代中国，由于权力现象的复杂性、权力腐败的严重性、权力对社会干预的广泛性等等方面的原因，围绕权力制约问题展开的讨论，一直都是一个引人瞩目的热点问题。在阅读、整理这些资料的过程中，笔者发现，关于权力制约的理论思考大致可以分成四种主要的范式：政治学范式、法学范式、伦理学范式、社会学范式。本节的意图，就是对这四种权力制约的基本范式进行剖析，通过揭示每一种理论范式的逻辑起点与利弊得失，来理解权力制约的多种可能性。笔者相信，这种梳理与归纳，既有助于充分尊重前人的智慧，又可以在已有的研究基础之上推陈出新，从而为当代中国的权力制约探寻新的思路。

1. 权力制约的政治学范式——以权力制约权力

权力制约理论的政治学范式主要是由政治学家阐述的，它的基本着眼点是政治国家与政治权力。这个理论范式有一个著名的命题，那就是“以权力制约权力”。古代希腊的亚里士多德、波里比阿，近代西方的洛克、孟德斯鸠，以及当代中国的一些政治学者、宪法学者，对于这个命题都给出了自己的论证。

“以权力制约权力”的基本思路，就是对国家权力进行横向的分解，使统一的国家权力由不同的分支机构来行使，并在国家权力的不同分支之间，建立起相互牵制的关系。它的主要目标是，国家权力的任何分支机构都不可能随心所欲地行使权力，都会受到其他权力分支机构的牵制。人们相信，只有通过这样的方式，才能达到权力制约的效果。在这个范式的理论谱系中，关于“以权力制约权力”的最卓越的阐述者是孟德斯鸠；在权力制约的实践中，通过分权制衡的方式来制约权力的典型国家是美国。

由于孟德斯鸠享有的经典作家的崇高地位，以及美国在当代世界的强势地位，“以权力制约权力”的理论范式也赢得了众多的支持者和附和者。但是，值得我们注意的是，这种理论范式却主要是一种政治学话语，体现了政治学的思维模式，它追求的是权力相互制约的政治目标。首先，这种理论范式的逻辑起点在于权力与权力之间的关系。它强调，任何一种权力都不能脱离其他权力的制约而任意行使，任何权力都必须置于相互牵制的权力关系中。其次，它以国家权力的分化、分立为前提，如果没有相对独立的权力分立，就谈不上一种权力对另一

种权力的制约。再次，它的实现途径主要是通过权力划分与权力配置的艺术，使每一种权力都要受制于其他权力。从这个意义上说，“以权力制约权力”是一种政治权力的运作技术。最后，当“以权力制约权力”的目标实现之后，这种理论范式的目标也就实现了。从这几个方面的特征来看，这种理论范式的意图在于实现各种政治力量之间的平衡，防止任何一种政治力量垄断国家政权。

“以权力制约权力”作为一种政治学的权力制约范式，具有较强的实用性和可操作性，也能够给政治人物施展自己的政治艺术提供广阔的空间。同时，通过政治设计和政治运作，这种以分权制衡为核心的权力制约范式，确实有助于从形式上牵制任何一种权力一意孤行，有助于维护某种最低限度的政治平衡，有助于缓解过于激烈的政治动荡。在奉行这种权力制约范式的典型国家，比如美国，通过三权之间的分立与制衡，逐渐发展出一种相对稳定的政治传统。从这个意义上看，政治学的权力制约范式可以带来较大的政治利益。

但是，这种权力制约的政治学范式也存在着诸多值得警惕的缺陷。首先，它始终纠缠于权力与权力之间的关系，主要局限在不同政治势力之间的“你进我退”，特别看重的是“进”的艺术、“退”的技巧，缺乏对于公民权利、公共利益和公众愿望的足够尊重。其次，“为制约而制约”，制约权力既是手段也是目的；一种权力，似乎只有坚持对其他权力说“不”，才能体现自身的价值与意义。“以权力制约权力”因此而可能异化成为权力者之间的一种游戏。最后，由于权力之间的相互制约成了极其现实的目标，更加远大的政治目标常常会受到不应有的忽视，从而使政治过分趋于现实、琐碎、短视、功利。

2. 权力制约的伦理学范式——以道德制约权力

权力制约的伦理学范式主要是由伦理学家阐述的，它的基本立足点是道德修养，它也有一个核心命题：“以道德制约权力”。就像“以权力制约权力”一样，这也是一个相当古老的命题。自孔孟以降的儒家代表人物，几乎都对道德在权力制约方面的功能寄予了高度的期许。在儒家伦理中，按照“内圣外王”、“修齐治平”的逻辑，道德上的修养既是掌握权力的前提，也是正确行使权力的保障。孔子所说的“为政以德”，孟子所说的“唯仁者宜在高位”，都体现了权力制约的伦理学范式：把权力制约的目标寄托在掌权者的道德水准与自我约束上。

在以儒家伦理作为主流意识形态的传统中国，权力制约理念基本上都是在伦理学范式下展开的。数千年来，尽管也从制度上建立了一个绵延不绝的权力制约与监督的传统，但在意识形态中，要求权力者“慎独”、“自省”一直都居于主导地位。甚至在当代中国的主流话语中，这种伦理学范式的理论也是随处可见。比如，各种权力腐败现象的滋生，是因为权力者的思想修养没有跟上，道德水平不高，因此，权力者需要“常修为政之德”。只要把“为政之德”修好了，就能够走出权力腐败的泥淖，就能够把权力真正用于为人民群众谋取福利。

作为权力制约的伦理学范式，“以道德制约权力”的主要特点有：首先，它关注的焦点不再是权力与权力之间的关系，而是人与权力之间的关系，更具体地说，是掌权者的道德修养与权力之间的关系。其次，它认为能够有效地制约权力的不是另一种权力，而是掌权者自己的道德修养。这就是说，权力的

正确运用，依赖于掌权者内心的“道德律”。只要掌权者的思想修养达到了一定的高度，比如，有坚定的共产主义信念，那么，就能够把权力有效地约束在正常的轨道上。再次，它的出发点是人的道德修养有高下之分。按照传统的说法，那就是君子与小人的区别；按照现在的说法，那就是“一个高尚的人，一个脱离了低级趣味的人，一个有益于人民的人”与“一个卑鄙的人，一个低级趣味的人，一个无益于人民的人”之分。最后，伦理学取向的权力制约，不仅要制约权力，而且还要造就理想的人格。在一定程度上甚至可以说，通过道德建设，主要在于培养道德高尚的人格，比如像焦裕禄、孔繁森那样的权力者楷模；至于制约权力，虽然也很重要，但它更多地是作为道德建设的副产品。换言之，当道德建设已经达到了它的预定目标的时候，权力制约自然也就实现了。

“以道德制约权力”的进路，把权力制约的希望寄托于掌权者心中的“道德律”，寄希望于他们的自我约束。必须承认，这种伦理学的权力制约范式具有多个方面的积极意义，其一，用于权力制约的直接成本或经济成本是非常低的，甚至可以说是没有成本的。因为，只要把掌权者头脑中的那一丝“恶念”连根拔除，问题就解决了。用不着叠床架屋的权力监督机构，以及与此相关的极其繁琐的监督程序。其二，以道德制约权力，使道德成为掌权者行使权力的前提，可以为权力增添一层正当性依据。它使权力本身也具有了一定的道德含量，并进而使权力成为一种以人格为后盾的道义性质的权力，而不再仅仅是以暴力为后盾的横暴性质的权力，同时也超越了以经济为后盾的契约性质的权力。这就是说，道德既是制约权力的依据，同时它还是支撑权力的正当理由。其三，从经验层面上

看，由于掌权者之间的个体差异，对于有些掌权者来说，道德的制约作用确实已经体现了独特的价值与意义。比如传统中国的清官海瑞，现代中国的“好书记”焦裕禄，都是以道德的力量约束手中权力的典型代表。

虽然，在康德那里，心中的“道德律”就像头顶上闪烁的星星一样永不坠落，但是，依靠道德修养的伦理学范式仍然带有它几乎是难以克服的缺陷。首先，道德本身的力量主要体现在以血缘关系为主的农耕社会中，血缘关系越重要的社会，对于道德的依赖性就越强。但是，在以陌生人为主的现代商业社会中，道德本身的约束功能已经大大减弱。当代中国商业领域中的诚信水平远远低于传统中国农耕社会中的诚信水平，就是一个显著的表征。因此，在道德本身的力量大大衰退的环境里，它对权力的制约功能显然不宜给予过高的期待。其次，道德对权力的制约主要诉诸于掌权者个人的自我约束能力。这在传统中国，某个县只有“县令”一人是“朝廷命官”的背景下，在权钱交易之类的权力腐败相对较少的情况下，也许是较好的选择，同时也是一种无可奈何的选择。但在现代中国，在相对复杂的政权机构中，在权力对社会的全面介入与干预的背景下，如果仅仅或主要依赖于掌权者心中的“道德律”，是靠不住的。其原因倒不在于“世风日下，人心不古”，而是权力的内容变了，掌权者身处的环境也发生了巨大的变迁。正如一篇时论所说：“在官天下的机制里，人们只能指望官员凭借超人的道德对抗利害趋势。这种对抗肯定有效的，但马德认为效果有限，他甚至建议纪检官员下去进行破坏性试验，看看他

们能否顶住买官和送礼潮流。”^①

3. 权力制约的法律学范式——以法律制约权力

权力制约的法律学范式主要是法学家阐述的，它的基本着眼点是法律的权威或法治的秩序，它提出的中心命题是“以法律制约权力”。在当代中国的法学理论界，这个命题拥有较多的支持者。比如，在蔡定剑先生的《以法律支配权力》一文中，在谢晖先生的《法学范畴的矛盾辨思》等相关论著中，都表达了以法律制约权力的思路。在传统中国，法家学派的代表人物韩非，对于法律约束权力的功能有较多的体会，在《韩非子·有度》篇中，他说：“故审得失有法度之制者，加以群臣之上，则主不可欺以诈伪；审得失有权衡之称者，以听远事，则主不可欺以天下之轻重。”在西方法律史上，所谓法律的统治就包括了法律对于权力的统治。英国法官科克在《科克报告》第12篇中所说的：“国王不应服从任何人，但应服从上帝和法律”，总是被当代中国法学者津津乐道，因为这句名言表达的是国王如何屈从于法律，寄托了中国法学家试图通过法律制约权力的想象与期待。

近20年来，借助“法治”的强势话语，法学与法律在当代中国的影响越来越大，强调以法律制约权力的呼声也越来越高。在权力制约的法律学范式中，人们普遍认为，各种各样的权力腐败现象根源于权力失约，即缺少法律规则的约束。要保证权力的正当行使，主要的途径是为权力制定规则。无论是权力的授予、权力的运行还是权力的监督，都要通过法律规则的

① 吴思：《官职交易的机制反思》，载《中国新闻周刊》2005年第13期。

方式来进行。权力既可能“作恶”也可能“行善”，而法律规则则是保证权力“行善”的主要依据。

作为权力制约的一种思路，以法律制约权力的主要特点包括：首先，它关注的焦点是法律与权力的关系，或规则与权力的关系，强调的是法律与权力之间的关联性。其次，它认为权力秩序可以对应于法律秩序，权力秩序是法律的产物。或者说，权力秩序依赖于法律规则的规划与安排。再次，它认为，制约权力主要应当依赖于法律，因为法律是客观的、稳定的、可预期的规则，它为权力的正确行使提供了一个基本的轨道，因此，不断完善法律是制约权力的基本路径。

这种理论范式自有它的优点：首先，法律作为人类理性的体现，通过它，可以对权力进行符合人类需要的规划、约束和限制。通过法律制约权力，可以满足人们对于理性的权力秩序的强烈愿望。其次，法律可以为权力的行使规定程序、边界和限度。再次，就像道德一样，法律本身还可以为权力提供合法性依据与正当性理由。最后，由于法律所具有的惩罚机制，为各种各样的权力腐败带来了潜在的风险，很多超越了法律界限的权力者最终受到了法律的惩罚，已经体现了法律对权力的制约功能。

尽管在法律理论界，“以法律制约权力”的思路得到了较广泛的承认。但是，在这个命题的背后，也存在着它所固有的不易觉察的缺陷。首先，“徒法不足以自行”，只有针对权力的法律规则体系，特别是当法律仅仅作为一种纸面规定的情况下，并不能对权力产生有效的约束力。其次，一方面，是法律在制约权力，但在另一方面，法律本身也是由权力所塑造的，法律的产生是各种权力相互较量的结果。换言之，从根本

上看，是一个国家的权力状况在决定这个国家的法律状况，而不是相反。正如英国国王查理一世所言：“只要有权，没有法律可以造出一条法律来。”^②这句话也许不大好听，但它也说出了某些真理性的成份。再次，从当代中国的权力实践与法律实践来看，虽然已经建立了不同层次、不同领域的权力规则体系，但是，一个不争的事实是，这套法律体系并没有对权力构成有效的制约。不仅如此，在名义上的法律规则体系之外，还逐渐演生出一套非正式的权力规则，即流行于权力领域内的所谓“潜规则”。

4. 权力制约的社会学范式——以社会制约权力

权力制约的社会学范式主要由具有社会学倾向的学者阐述的，它从社会与国家二元划分的角度，论证了“以社会制约权力”这样一个基本的权力制约范式。从思想渊源上看，“以社会制约权力”的观念源远流长。卢梭的人民主权理论，杰斐逊关于权力来源于人民委托的观点，黑格尔的市民社会理论，等等，都为“以社会制约权力”提供了理论基础。当然，关于这种理论范式的经典表达者还是法国学者托克维尔，他在《论美国的民主》、《旧制度与大革命》等著作中认为，美国社会既有自由又有民主，是因为美国形成了一个由各种独立自主的社团组成的多元社会对国家权力所构成的限制，这个社会中的中产阶级、法律职业团体、言论自由等等，都是约束国家权力的重要力量。当代理论家罗伯特·达尔在他的《民主理论的前言》一书中，进一步发展了托克维尔的观点。达尔反对

② 龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法律出版社2003年版，第76页。