



主 编 | 樊崇义
副主编 | 陈国庆
种松志

最高人民法院检察理论研究重大课题成果

检察制度原理

PRINCIPLES OF PROCURATORATE SYSTEM



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



主 编 | 樊崇义
副主编 | 陈国庆
种松志

检察制度原理

中国特色检察制度原理研究

PRINCIPLES OF PROCURATORATE SYSTEM



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

检察制度原理:中国特色检察制度原理研究 / 樊崇义

主编. —北京:法律出版社,2009. 11

(法学研究生教学书系)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0081 - 7

I. 检… II. 樊… III. 检察机关—司法制度—中国—研究生—教材 IV. D926.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 195597 号

©法律出版社·中国

责任编辑/朱 荃

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16
版本/2009 年 11 月第 1 版

印张/24.75 字数/440 千
印次/2009 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0081 - 7

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

检察制度是世界各国都具有的司法制度。由于各国检察制度形成和发展的历史条件、社会背景、传统文化不同,因而在具体制度设计和对这一制度的法律地位、职能的确认上有所不同。中国检察制度是具有中国特色的社会主义司法制度,与中国的经济、政治制度和传统文化相适应。正是这一特色决定了中国检察制度的理论研究不能以西方国家检察制度理论为模板,更不能在制度构建上照搬西方国家的检察制度。

2006年6月,由中国政法大学樊崇义教授主持研究的“中国特色社会主义检察制度的基本原理”,是最高人民检察院确立的重大理论课题。为了顺利完成这项课题,樊崇义教授和项目组的同事进行了广泛深入的调研和探讨,并邀请中国政法大学、中国人民公安大学、华东政法大学、吉林大学、深圳大学、中国农业大学等10余所高等院校和最高人民检察院、最高人民法院、公安部等部门的百余位专家学者举行了专题研讨会。经过两年多的潜心研究,反复修改,形成了颇具理论价值、实践价值和鲜明特征的本书。

这部专著集中研究了以下重大问题:

一是中国检察制度的原理问题。这是研究中国特色检察制度需要首先解决的问题。原理是一个制度理论中的核心部分,只有把握了原理才能对制度作出整体性的认识,才能正确认识制度的过去、现在与未来,检察制度也是如此。作为一种制度存在,检察制度有其理论体系,相应地也有其制度原理。制度要改革,理论必先行;理论要深化,原理为中心。对中国检察制度原理研究是解决检察制度的本源问题,是厘清中国检察制度的法理基础问题,是研究我国检察机关各项权能设置与改革的出发点与落脚点。中国特色检察制度中的“中国特色”的具体指向以及中国特色检察制度原理的内容设置及逻辑体系问题,是这一项目研究的重点。没有坚实的基础就不可能有稳固的知识大厦,因此,这一项目选择了中国特色检察制度原理作为研究对象,并将其按照制度基础、制度功能、制度程序和制度运作的逻辑结构,概括为七大原理。其中权力模式原理和权力制衡原理是中国特色检察制度之源,公平正义原理是检察制度的价值目标,公共利

益原理、人权保障原理、法制统一原理是行为准则,正当程序原理是检察行为的具体程序规范。正是对这些原理进行了深入的研究和阐述,本专著才颇具理论特色。

二是中国检察机关职权的研究问题。对于检察机关的职权,我国宪法第129条明确规定:“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关”,这是从国家根本大法的高度,对我国检察机关法律地位和职权的界定。我国检察机关各项具体职权都是从不同的侧面展现和履行法律监督的职能。近年来,我国学术界、理论界围绕检察机关的职权问题进行了一系列有益的研究和探讨。这些研究的视角和方法大多停留在对检察机关现行职权进行剖析和论证的层面,对涉及检察制度深层次的原理问题,尤其是从原理体系的角度对检察职权进行系统研究则更是近乎空白。研究我国检察机关的职权,应当作微观和宏观两个层面的分析。在微观上,包括职务犯罪侦查权、公诉权、批捕权等在内的检察权,目前在具体运作中确实存在着程度不同的立法缺陷和法律保障不足等问题,直接影响法律监督的有效性。但这还不是制约检察机关各项职权良性运行的主因。真正影响深远的问题在于宏观层面,包括法律监督的自身定位、组织体系、行使方式等等。因此,对于中国检察机关职权诸多问题的研究和正确理解,必须深入剖析其结构性原理、功能性原理,并且畅通其实现的路径。只有这样检察制度改革才会有支撑动力,法律监督职能的履行才会取得实质性成效。该书正是从这个视角进行系统的原理研究与分析,揭示检察机关职权的内在联系和规律性,分析了我国检察机关各项权能的确立依据,并有针对性地提出了协调的路径与解决的办法,填补了检察原理研究的空白。

三是中国检察制度的本质属性问题。本书通过历史分析、中外比较以及系统论证,提出“法律监督”是中国特色检察制度的本质属性。我国的权力结构不同于美、英、法等国家,相对于平面化权力结构模式,是一种一元分立的权力结构模式。我国一元分立权力架构下的检察权,其本质属性就是进行法律监督。在我国的权力架构体系中,检察权并不依附于任何一种权力,而是作为独立的法律监督权,参与保障权力的有效运行。这种独立的法律监督权力的突出特点在于解决了在不实行三权分立的社会主义国家如何实现权力制约问题。目前在我国的司法实践中,法律监督职能并没有得到有效发挥。主要表现在法律监督的各个方面都存在诸多亟待解决的问题,或是法律规范欠缺,或是保障措施不完整,或是各个权能的运作机制不协调。该书以七大具体原理为切入点,强调与论证了检察机关的法律监督属性,对推动中国特色社会主义检察制度的进一步完善大有裨益。

鉴于樊崇义教授及其率领的团队为这一项目的完成付出的巨大艰辛,获得了如此重大成果,并祝贺该书的出版,写此文以为序。

张 耕
2009 年 3 月于北京

作者简介及章节分工

- | | | |
|-----|-----|-----------------------------|
| 主 编 | 樊崇义 | 中国政法大学诉讼法学研究院名誉院长、教授、博士生导师 |
| 副主编 | 陈国庆 | 最高人民检察院法律政策研究室主任、博士 |
| | 种松志 | 河南省焦作市人民检察院检察长、博士 |
| 导 言 | 樊崇义 | 中国政法大学诉讼法学研究院名誉院长、教授、博士生导师 |
| 第一章 | 陈国庆 | 最高人民检察院法律政策研究室主任、博士 |
| | 王守安 | 最高人民检察院法律政策研究室副主任、博士 |
| | 吴孟栓 | 最高人民检察院法律政策研究室副处长 |
| 第二章 | 樊崇义 | 中国政法大学诉讼法学研究院名誉院长、教授、博士生导师 |
| | 王 戩 | 华东政法大学副教授、中国政法大学博士后研究人员 |
| | 陈惊天 | 中国政法大学诉讼法专业博士研究生 |
| 第三章 | 种松志 | 河南省焦作市人民检察院检察长、博士 |
| 第四章 | 张 中 | 中国政法大学证据科学研究院讲师、博士后研究人员 |
| | 吴光升 | 贵州大学法学院副教授、中国政法大学诉讼法专业博士研究生 |
| 第五章 | 翁怡洁 | 中国农业大学人文学院副教授、博士 |
| 第六章 | 吴宏耀 | 中国政法大学诉讼法学研究院副教授、博士 |
| 第七章 | 张品泽 | 中国人民公安大学副教授、博士 |
| 第八章 | 史立梅 | 北京师范大学副教授、博士 |

目 录

导言 中国特色检察制度原理研究	(1)
第一章 中国检察制度及其主要特征	(50)
一、检察制度的概念	(50)
(一) 检察与检察制度	(50)
(二) 现代检察制度的产生和发展	(50)
(三) 检察制度的理论基础	(52)
二、检察制度的基本属性	(53)
(一) 国家性(公益性)	(54)
(二) 司法性	(54)
(三) 客观性	(59)
(四) 独立性	(62)
(五) 一体性	(65)
(六) 法律性	(68)
(七) 综合性	(70)
(八) 程序性	(71)
三、中国检察制度的产生与沿革	(72)
(一) 中国检察制度的渊源	(72)
(二) 中国现代检察制度的发端	(72)
(三) 新民主主义革命时期的人民检察制度	(73)
(四) 新中国人民检察制度的建立和发展历程	(75)
四、中国检察机关的性质、地位、任务和职权	(77)
(一) 中国检察机关的性质	(77)
(二) 检察机关的地位	(79)
(三) 检察机关的任务	(80)
(四) 检察机关的职权	(81)

2 检察制度原理

五、中国检察机关的机构设置	(82)
(一)检察机关机构设置的历史变化	(82)
(二)检察系统的层级设置	(83)
(三)人民检察院的内部机构设置	(84)
六、中国检察制度的领导体制	(86)
(一)检察机关领导体制的几次变化	(86)
(二)检察机关现行的领导体制	(88)
七、中国检察机关的活动原则	(89)
(一)服从党的领导和接受人大监督的原则	(89)
(二)依法独立行使检察权的原则	(92)
(三)法律面前人人平等的原则	(93)
(四)公正、民主、文明的原则	(94)
八、中国检察制度的特征	(95)
 第二章 权力结构模式	(98)
一、权力的本征	(98)
(一)权力的源起	(98)
(二)权力的性质	(99)
二、权力结构模式的类型考察	(102)
(一)平面化的权力结构模式:美国	(102)
(二)半平面化的权力结构模式:英国和法国	(105)
(三)层级化的权力结构模式:前苏联东欧国家及我国	(108)
三、不同权力结构模式下的检察权	(111)
(一)三权分立分权下的检察权	(112)
(二)一元分立分权下的检察权	(115)
四、我国检察机关的法律监督权	(119)
 第三章 权力制衡	(131)
一、权力制衡的概述	(131)
(一)权力制衡的涵义	(131)
(二)权力制衡思想的发展历史	(133)
(三)权力制衡的本质特征	(135)
(四)权力制衡的范式	(138)

(五) 权力制衡的基础	(141)
二、权力制衡与检察制度的历史渊源	(143)
(一) 权力制衡——审诉分离的内动力	(144)
(二) 权力制衡在检察权形成中的不同表现形式	(150)
(三) 权力制衡——现代检察制度发展的内动力	(152)
三、权力制衡视角下的检察权功能	(155)
(一) 检察权对审判权制衡之功能	(155)
(二) 检察权对侦查权控制之功能	(160)
(三) 检察权对其他国家权力制衡之功能	(167)
四、法律监督——权力制衡的特殊表现形式	(171)
(一) 法律监督是权力制衡的一种形式	(171)
(二) 法律监督是一种特殊形式的权力制衡	(173)
 第四章 公平正义	(180)
一、何为公平正义	(180)
(一) 有关正义的一些争论	(180)
(二) 公平正义:一套不断发展变化的有关行为和制度的 道德评价标准	(187)
二、司法正义——司法的公平正义	(192)
(一) 法律与公平正义	(192)
(二) 司法正义	(194)
三、检察制度与司法正义的一般关系	(198)
(一) 检察制度与司法正义的生产	(198)
(二) 检察制度与司法不正义的矫正	(199)
四、检察侦查与司法正义	(200)
(一) 检察机关的侦查权问题	(200)
(二) 检察机关的侦查管辖问题	(203)
(三) 侦检关系问题	(205)
五、刑事公诉与司法正义	(210)
(一) 刑事公诉对司法正义的意义	(210)
(二) 我国刑事公诉中存在的问题及其完善	(211)
六、检察监督与司法正义	(216)

第五章 公共利益	(223)
一、公共利益概说	(223)
(一)公共利益的含义	(223)
(二)程序法视野的公共利益	(226)
(三)检察机关与公共利益	(227)
(四)检察机关的客观追诉原则与公共利益	(228)
二、公共利益与侦查权	(230)
(一)域外的做法	(231)
(二)我国的做法	(233)
三、公共利益与检察机关的起诉权	(237)
(一)客观追诉原则与检察官的起诉权	(237)
(二)公共利益视野下的检察机关起诉裁量权	(239)
四、公共利益与检察机关提起公益诉讼	(245)
(一)公益诉讼的含义及价值	(245)
(二)由检察机关提起公益诉讼的必要性与可行性	(247)
(三)我国检察机关提起公益诉讼的制度建构	(249)
第六章 法制统一	(252)
一、法治视野下的法制统一理论	(252)
(一)法治与法制统一	(252)
(二)法制统一与法律监督	(257)
(三)我国检察机关肩负维护法制统一的历史使命	(266)
二、我国检察监督制度与法制统一	(274)
(一)我国检察制度维护法制统一功能的综述	(274)
(二)公诉视野中我国检察机关维护法制统一的诸种措施	(275)
(三)我国检察机关维护法制统一现状之评述	(280)
三、强化检察监督的维护法制统一功能	(282)
(一)维护宪法的统一	(283)
(二)促进法律解释与适用的统一	(284)
(三)实现检察机关自身的执法统一	(290)
第七章 人权保障	(295)
一、人权的解析	(295)
(一)人权的起源	(295)

(二)人权的概念	(297)
(三)人权的种类	(299)
(四)人权与人本精神	(301)
(五)人权观念	(304)
二、人权保障对检察制度的影响	(306)
(一)人权保障对西方检察制度的影响	(306)
(二)检察制度的产生对西方国家人权保障的推进	(310)
(三)人权保障观念对中国检察制度的影响	(313)
三、人权保障与检察制度	(319)
(一)人权保障与检察制度的关系	(319)
(二)生命权保障与检察制度	(320)
(三)人身自由权保障与检察制度	(330)
(四)健康权、人格权保障与检察制度	(336)
(五)财产权、隐私权保障与检察制度	(341)
 第八章 正当程序	(344)
一、正当程序的基本理论	(344)
(一)正当程序的起源及其发展	(344)
(二)正当程序的内容	(349)
(三)正当程序的功能	(352)
二、正当程序与检察监督	(354)
(一)检察监督的双重难题——检察权的监督制约与 检察监督的有效性	(354)
(二)通过正当程序解决检察监督的双重难题	(358)
三、正当程序下的公诉权	(361)
(一)审前公诉审查程序的改革与完善	(361)
(二)不起诉监督程序的改革与完善	(362)
(三)公诉变更程序的改革与完善	(363)
四、正当程序下的诉讼监督权	(366)
(一)侦查监督的改革与完善	(366)
(二)审判监督的改革与完善	(370)
五、正当程序下的检察侦查权	(376)
(一)检察侦查权面临的正当性质疑	(376)
(二)检察侦查程序的正当化	(377)

导言 中国特色检察制度原理研究

什么是原理,为什么要研究检察制度原理?这是研究中国特色检察制度原理所要首先解决的问题之一。

“原理”一词,可以说,这是各个专业的理论研究中经常使用到的词语。有作为研究题目一部分使用的,有作为论文关键词使用的,有的甚至将“原理”作为最便捷的论证依据,如用“根据某某原理”、“从某某原理来讲”之语,将所要用于论证主题的理论一笔带过。但对“原理”的具体内涵是什么,有些作者并没有一个清晰的图景。从这些作者运用“原理”一词的上下文来看,真正从原理的本义来使用的并不多,大多数作者是将“原理”等同于“理论”来使用的。其实,虽然在古汉语中有关“原”字的词语并不少,但我们常使用的“原理”一词却并不是本土语,而是外来语,其来源是日语中的 *genri*,而该词又是英语 *theory*、*principle* 的意译,汉语的意思就是“具有普遍意义的道理。”^{〔1〕}商务印书馆的《古今汉语词典》对该词的涵义解释基本上是相同的:“具有普遍意义的可作为其他规律的基础的规律;也指具有普遍意义的道理。”^{〔2〕}这样解释虽然略嫌简单,但也体现出作为原理的一些基本属性。一是作为原理,它必须是具有普遍意义的,具有广泛的适用范围,即具有普遍性。当然,这种普遍性是相对而言的,并不是说可以适用于任何事物、任何领域。要知道,真理再向前一步就是谬误。二是作为原理,它的内容必须具有基础性。这是原理具有普遍性的必然要求与逻辑结果,越是基础的事物才越具有普遍性。这也是原理不同于理论体系之处,原理只是理论体系中最核心、最基础的部分。因此,我们认为,所谓原理,也就是关于事物或自然现象产生或运作的基本规则或法则,而作为一种制度的原理,也就是该制度的基本构成要素以及该制度功能得以产生的机制,它是该制度理论的核心部分,它包括该制度的理论基础、制度的构成要件、运作方式与制度功能等。其中,制度的理论基础是制度原理的基石,它总是建

〔1〕 刘正谈:《汉语外来词词典》,上海辞书出版社1984年版,第398页。

〔2〕 《古今汉语词典》,商务印书馆2000年版,第1803页。

立在一些有关人与社会之本质的基本假设之上;制度的构成要件是制度原理的“硬件”,是制度原理得以存在的基本条件;制度的运作方式其实也就是制度构成要件的组合方式,它既是制度的形式要件,也是制度的实质要件;制度功能是制度产生的目标,是制度存在的意义所在。

作为一种制度存在,检察制度有其理论体系;既然有自己的理论体系,检察制度相应地也有其制度原理。为什么要研究检察制度原理?这涉及理论在社会制度生成中的作用问题。而理论是人类理性的产物,因此,该问题终归到底涉及人类理性在社会制度的生成中的作用问题。

对于社会制度是如何生成的,向来有进化主义与建构主义之争。这种争论实际来源于它们的哲学基础经验主义与理性主义的对立。经验主义与理性主义的划分有两种方式。一种是经典的划分方式,在这种划分方式中,理性主义指的是笛卡尔、斯宾诺莎、莱布尼茨等的大陆理性主义,而经验主义指的是洛克、贝克莱、休谟等的英国经验主义。另一种划分方式是“补充的”划分方式,它指的是英国哲学中经验主义和理性主义两种倾向的对立和区分。这种划分方式之所以是补充的,是因为它与前一种经典方式相比较而言,它是次要的、支流的、有所差别的。^{〔3〕}现在所说的经验主义与理性主义的对立与划分,一般指的是前种划分方式。作为两种在认识论领域的不同观点,理性主义与经验主义的对立,一般认为,主要是围绕知识的来源以及如何获得知识的问题而展开的,它们涉及以下几个方面:一是人类知识的根本源泉是感觉经验还是先天观念;二是哪一种知识具有无疑的确实性和真理性,是经验的知识还是理性的知识;三是知识的获得是通过经验的归纳法还是理性的演绎法;四是人的认识能力是否是至上的,它是否囿于一定的范围和界限。^{〔4〕}在知识的来源上,理性主义与经验主义的对立是绝对的:理性主义认为普遍知识起源于心中固有或与生俱来的天赋观念,这些观念是自明的、无误的,通过对它们进行理性推演就可以形成普遍知识的体系;而经验主义认为人心只是一块“白板”,并无所谓的天赋观念,因此,人类一切知识都来源于经验,普遍知识只有在经验的基础上才有可能。由于知识来源不同,这也就带出它们知识判断标准的对立性。经验主义认为,知识确实性与有效性的判断标准在于感觉经验,有感官经验来源的知识才是科学知识,没有感官经验来源的知识都不是科学知识。而理性主义认为,判断标准在于知识本身是否“清楚明白”,而不在于是否有经验的支持。但在其他方面,理性主义与经验主义的对立似乎并不是绝对的,而只是一种倾向,即理性主

〔3〕 周晓亮:“西方近代认识论论纲:理性主义与经验主义”,载《哲学研究》2003年第10期。

〔4〕 周晓亮:“西方近代认识论论纲:理性主义与经验主义”,载《哲学研究》2003年第10期。

义倾向于认为理性的知识才具有确实性与真理性,知识主要通过理性演绎所得,人类理性是至上的,而经验主义则是相反的倾向。

经验主义与理性主义的对立体现在社会科学研究中就是进化主义与构建主义的分野。构建主义是建立在理性主义哲学基础之上的,这种观点的一个总的特征就是相信人类理性的力量,相信仅凭人类的理性就能够设计出一套完美无缺、运行良好的社会制度。这种思想其实并不是在近代才出现的,在古希腊就已有萌芽,当时新生的自然法观念实际上就是这种制度建构主义传统的先河。如柏拉图就认为“理性的命令就是法律”,人定法是理念法的摹本。亚里士多德也认为,法律是不受主观愿望影响的理性。^[5] 古罗马人也继承了这种理性主义精神,把法分为永恒的自然法和制定法。如西塞罗就指出,自然法的本质就是正确的理性,它存在和发展于人类心灵中,指导着人们应当做什么而不应当做什么。^[6] 而托马斯·阿奎那则认为,理性的规则就是自然法。^[7] 经过文艺复兴时代的洗礼之后,人类理性被从神学的压制下解放出来,西方自然科学获得了长足的发展,由此带来的结果是,人类的理性替代神而成为人类膜拜的对象。表现在社会科学的研究上就是制度建构主义获得前所未有的支持。如霍布斯就认为:“约法对于每一个臣民来说就是国家以语言、文字或其他充分的意志表示命令他用来区别是非的法规;也就是用来区别哪些事情与法规相符、哪些事情与法规相违的法规。”^[8] 从制度的产生来看,罗尔斯的公平正义理论也可归入建构主义之列。因为从罗尔斯的《正义论》来看,罗尔斯实际上吸收了康德的先验理性方法,其所指称的两个正义原则是人的合理慎思的结果,是理性人在原初状态中进行反思平衡的结果,也是公民运用公共理性达成的重叠共识,是人在理性多元化的文化背景中对政治价值的共享性理解。^[9]

与建构主义相反,进化主义似乎对人类理性能设计出一套完美无缺的社会制度持一种怀疑态度,持进化主义立场的人一般认为,制度的源头不在于构建与设计,而是与生物的进化一样,在于通过成功竞争且存续下来的传统与习惯,立法可以发现并记载一切,但却不能凭空制造一切,那种希望脱离实践而通过人类理性构建一个合理制度,从而创制出一个崭新秩序的诉求是不符合现实的。其代表人物除前述经验主义人物洛克、休谟等人以外,还有历史法学派之代表人物萨维尼、英国

[5] 亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1981年版,第163页。

[6] 张乃根:《西方法哲学史纲》,中国政法大学出版社1993年版,第60页。

[7] 田成有:“理性主义与经验主义之争的法律视角”,载《甘肃政法学院学报》2002年第4期。

[8] 霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第206页。

[9] 贾中海:“哈耶克进化论理性主义对罗尔斯理性建构主义的批判”,载《学习与探索》2006年第4期。

法史学家梅因、纯粹法学创立者凯尔森、现实主义法学家卡尔·鲁维林以及哈耶克等人。萨维尼认为每个民族都有自己的传统和习惯,法律规则就是由这些传统与习惯逐步发展形成的。梅因也通过研究大量的古代法资料发现,法律是沿着神观念时代到“习惯法”时代再到“法典”时代的历史线索演化和发展的。凯尔森则完全抛弃了传统法理学把自然、理性和正义列入法学概念的做法,认为事实上能为人人都提供幸福的、合乎“正义”的秩序根本不存在,因为每个人的幸福观都是主观的、相对的,正义的价值观念因人而异,正义只不过是人类不能认识的理想,如果正义的社会秩序可以通过自然、理性或神的意志加以认识,“那么国家立法者的活动,就如在灿烂的阳光底下点灯一样无聊”。^[10] 卡尔·鲁维林也认为,法律制度是十分复杂的,它不仅是由许多原则、概念组成的规范体系,更包括许多精心设计的技术手段,如先例方法等,而后者往往是由一批法律如何执行的经验组成,而所有这一切都受控于“法律人”的实践活动。^[11] 在这些制度进化主义的支持者之中,也许哈耶克的“自生自发秩序”理论最具体系性,且对制度构建主义最具有震撼力。出于对人类理性有限性的认识,哈耶克首先从他最擅长的经济学入手,通过批判具有严重理性构建主义倾向的计划经济和国家干预主义是个人自由的最大敌人,从而建立一个以保障个人自由为目标的涵盖经济、政治与法律等各方面的制度生成理论体系。哈耶克认为,人的智识是有限的,世界上没有全知全能式的人物,即使那些所谓最有知识的人,也只是掌握了全部知识中的一小部分,因此,仅凭一人或一个团体就能设计一个合理的社会制度,那是人类理性的“致命的自负”。“正是对理性的力量的高估,才致使人们反对服从抽象的规则。建构论唯理主义之所以拒不承认需要对理性进行规戒,实是因为它自欺欺人地认为理性能够把握所有的特定细节。”^[12] 这种“致命的自负”的结果只能使个人自由遭受践踏,从而走向被奴役之路。合理的制度应当是如何形成的? 哈耶克为此将秩序分为内部秩序与外部秩序,内部秩序是指“人之行动而非人之设计”的自生自发的秩序,而外部秩序是内部秩序演化的结果或规则安排,即通过立法者之手而形成的各种制度。因此,在哈耶克看来,制度安排虽然要借助于立法者之手,但制度并不是立法者理性设计的结果,而是立法者发现并固定内部秩序即自生自发秩序的结果,先有自生自发之秩序而后才有各种制度。这也就是说,人之理性在制度形成过程中的作用在于感悟已有的内部秩序并将之转化成各种有形的制度,而不在于凭空设计未有

[10] 刘全德:《西方法律思想史》,中国政法大学出版社1996年版,第234页。

[11] 田成有:“理性主义与经验主义之争的法律视角”,载《甘肃政法学院学报》2002年第4期。

[12] [英]哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第38页。

的制度。至于自生自发的秩序如何成为可能,哈耶克认为,这是自由的个人长期互动与博弈过程的结果,此过程既是人们不断试错的过程,也是人们不断相互调适、相互适应的过程。在此过程中,遵守传统是一个不可缺少的因素,正因为传统的这种重要作用,哈耶克认为,“一个成功的自由社会,在很大程度上,将永远是一个与传统紧密相连的并受传统制约的社会。”^[13]作为这种制度形成过程的生动体现,哈耶克认为最典型的是英美普通法的形成过程。

如何评价上述两种不同的制度生成观点,我们认为还得从其所依赖的哲学基础来看。极端的理性主义即唯理论将理论与经验完全割裂开来,正如诸多哲人所批判的,它完全是错误的,因为在人类心灵中根本就不存在任何不依赖经验知识的先验的知识,某个特定时空的人也许会拥有一些没有经过自己经验检验的知识,这些知识表面看起来是先验的,但它实际上依然是来源于经验知识,来源于前人的经验知识。相应地,建基于唯理论哲学基础上的、认为仅凭人类理性就可以设计出一整套社会制度的极端构建主义也是不足取的。因为社会制度作为特定时空的人类文化的组成部分,也是此特定时空之下人们的一种生活方式,是这种生活方式的常规化或制度化。而作为一种生活方式,它必定是人们与所处环境进行互动的结果。在这种互动过程中,虽然不能排除人类在理性指导下的能动作用,但也不能脱离人类通过感官与外界相接触的经验。而且,社会制度是否符合社会发展的需要,还离不开经验性的实践检验。换句话说,也就是传统与经验在社会制度的生成过程中并不是可有可无的因素,社会制度往往就是在一种不断实践与修正的过程中向前发展的。

经验主义反对唯理论的先验理论,认为知识的最终来源是经验,这是应当肯定的。但其怀疑人类的理性,贬低理论的作用,认为只有可经验的东西才是科学知识,却是走向了另一个极端。因为经验的积累离不开理论,理论对经验具有一种主导作用。首先,不仅理论的增值可以促进经验的增值,而且有时候理论的会聚和收敛同样可以促进经验的增值。如某种理论获得接受后就往往可以使各种科学实验朝特定方向进行深化与扩展,从而产生更加精确的经验。其次,理论对经验有一种共时建构作用,即在人的知觉层次上,观察渗透着理论,对于相同的感官刺激,主体背景信念不同,可以产生完全不同的知觉模式;在经验的表达上,理论为描述经验提供了基本的语言框架,不同的理论表述会形成完全不同的认知经验。最后,理论会影响经验的事后解释,同样的经验,在不同理论的解读下,意义会完全不同,从而

[13] [英]哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,三联书店1997年版,第76页。