

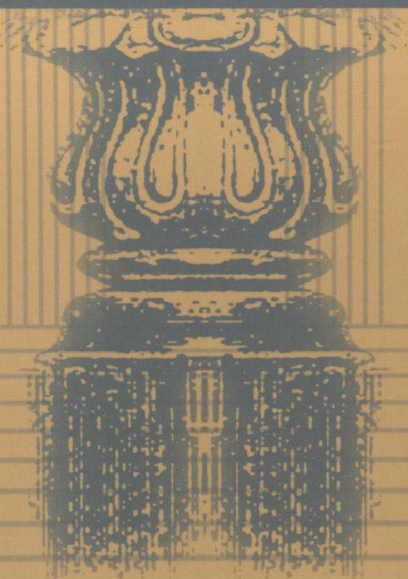
My Views on Legal Science

—— *Liu Luoxiang's Analects*

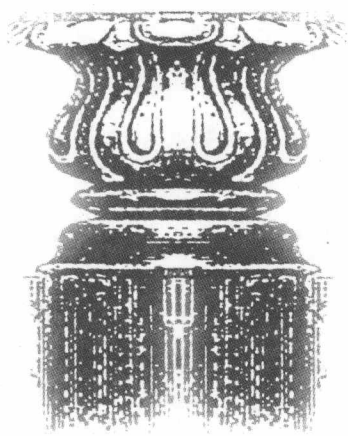
我之法学观

——刘作翔文章选

■ 刘作翔 著



湘潭大学出版社



我之法学观

——刘作翔文章选

■ 刘作翔 著

湘潭大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

我之法学观: 刘作翔文章选 / 刘作翔著. —湘潭: 湘潭大学出版社, 2008.7

ISBN 978-7-81128-049-4

I. 我… II. 刘… III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 102116 号

我之法学观: 刘作翔文章选

刘作翔 著

责任编辑: 饶娣清

设计: 罗志义

出版发行: 湘潭大学出版社

社址: 湖南省湘潭市 湘潭大学出版大楼

电话(传真): 0732-8298966 邮编: 411105

网 址: <http://xtup.xtu.edu.cn>

印刷: 湘潭大学印刷厂

经 销: 湖南省新华书店

开 本: 787×1092 1/16

印 张: 32.5

字 数: 692 千字

版 次: 2008 年 11 月第 1 版 2008 年 11 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-81128-049-4

定 价: 58.00 元

(版权所有 严禁翻印)

作者简介

刘作翔,1956年生,甘肃省平凉市人。法学博士。现任中国社会科学院法学研究所法理学研究室研究员,教授,法学理论专业博士生导师,博士后流动站合作导师,《法学研究》杂志编委。中国法学会法理学研究会副会长。获人事部“1996年度国家级有突出贡献的中青年专家”、国务院1997年度“享受政府特殊津贴专家”、国家七部委全国“百千万人才工程”1995/1996年度第一、二层次人选、陕西省1997年度“社科期刊优秀编辑”等称号。发表学术论文180多篇,有40多篇被《新华文摘》、人大报刊复印资料等全文转载和转摘。出版个人学术著作6部,代表著作是《法律文化理论》(商务印书馆1999年出版),《迈向民主与法治的国度》(山东人民出版社1999年出版),《法理学视野中的司法问题》(上海人民出版社2003年出版),《我之法学观》(湘潭大学出版社2008年出版)。主编法律硕士专业学位研究生教材《法理学》(社会科学文献出版社2005年出版)1部,主编《中国社会科学院法学博士后论丛》第一卷(中国政法大学出版社2004年出版)1部,主编、参编其它著作、教材、辞书等40多部。获各级、各类学术奖30多项,其中省部级以上奖10多项。主要研究领域有法理学、法社会学、法律文化理论、民主法治理论、法学发展等。



目 录

法治的理念

法治社会中的权力和权利定位.....	3
法律与道德:中国法治进程中的难解之题	
——对法律与道德关系的再追问和再思考	18
研究权力制约的理论价值与实践意义	
——兼论权力制约与权力制衡的区别	35
廉政与权力制约的法律思考	40
跳出“周期率”,要靠民主,更要靠法治	
——邓小平“民主法治”理论对毛泽东思想的继承与发展	48
到底是谁的失误?	
——关于“周期率”问题的争辩	63
扩大公民有序的政治参与	
——实现和发展社会主义民主的一条有效途径	67
转型时期的中国社会秩序结构及其模式选择	
——兼对当代中国社会秩序结构论点的学术介评	75
具体的“民间法”	
—— 一个法律社会学视野的考察	89
公平:法律追求的永恒价值	
——法与公平研究论纲.....	101

论法律的作用及其局限性·····	112
社会组织的人性基础和存在意义	
——一个法理的阐释·····	124
中国司法地方保护主义之批判	
——兼论“司法权国家化”的司法改革思路·····	127
案例指导制度的理论基础·····	148
刑讯逼供·沉默权·实验取证	
——一起“实验取证”与“刑讯逼供”交锋的案例及其分析和思考·····	166
市场经济条件下政府职能的几个问题	
——兼议政府职能的法治化·····	175

权利的冲突

权利冲突的几个理论问题·····	185
权利冲突:一个值得重视的法律问题	
——权利冲突典型案例研究·····	202
权利冲突:一个应该重视的法律现象·····	212
反恐与个人权利保护	
——以“9·11”后美国反恐法案和措施为例分析·····	224
信息公开、知情权与公民隐私权的保护	
——以新闻采访中的“暗拍”为案例而展开分析·····	230
从法国“头巾法案”等看政教分离原则与宗教平等权的意义·····	241

法律文化理论

论法律文化·····	249
论法律文化的结构层次·····	257
中国现代化进程中的法律文化传播·····	278
法律文化冲突的原因与形式·····	291
当代中国法律文化的冲突与选择·····	307
法律文化现代化初探·····	314
中国法律文化现代化的历史动力及其转换机制·····	323
从文化概念到法律文化概念	
——“法律文化”:一个新文化概念的取得及其“合法性”·····	331

作为方法论意义的法律文化	
——关于“法律文化”的一个释义	345
作为对象化的法律文化	
——法律文化的释义之一	354
法与社会公平的文化透视	369
儒家义利观与现代法治的价值取向	374

法律的理想

法律的理想	381
法律的理想与相关法学概念关系的法理学分析	393
法律的理想与理想的法律	402
理想的法律模式之建构原则	410
理想的法律模式建构之内容要件	419
理想的法律模式建构之形式要件	431

法理学与法学

世纪之交中国法学研究问题前瞻	443
关于几个法学问题的思考	458
多元的时代与多元的法学	
——迈向 21 世纪的中国法学走向	467
世纪之交的中国法学应重视法学学问题的研究	
——兼论法学学科的功能	473
法理学研究的一般特点及其功能	478
我们需要什么样的法理学	
——比较·借鉴·革新	490

后 记	寻找失缺的“历史感”	496
附 录	刘作翔教授作品目录	498

法治的理念

法治是一个包含着多重内涵的概念。

首先,法治是一种观念,一种意识,一种视法为最高权威的理念和文化。这种观念、意识、理念和文化尊崇以社会集体成员的意志为内容而形成的规则体系。它重视个人在社会中的价值和尊严,但排斥个人在社会运行机制中的权威地位。

其次,法治是一种价值的体现。法治不但要求一个社会的成员遵从具有普遍性特征的法,而且还要求这种被普遍遵从的法必须是好法、良法、善法。也即法治之法包含着民主、自由、人权、平等、公平、正义等等人类价值要素。因此,法治之法使人类对法律提出了更高的要求,它使立法者在法律制定之后必须接受价值的评判和检验。

再次,法治是一种以“法的统治”为特征的社会统治方式和治理方式,它并不排斥社会道德等对人们内心的影响和外在行为的自我约束,但它排斥以个人为轴心的统治方式。它奉行“人变道不变”的政治哲学原则。法治社会中评判人们外在行为的标准是法律。表面看它似乎低于道德标准,但它更有利于社会文明的进展,从最终目标上是向道德准则的接近和迈进。

总之,法治是一个能够统摄社会全部法律价值和政治价值的综合性概念。实现法治,也即实现这些价值;法治的实现,也标志着这些价值的实现。

因此,在中国实现法治,将是我们世纪之交直到下世纪努力奋斗的理想和不倦的追求目标。

刘作翔:《实现法治:我们的理想和追求》(《政治与法律》1996年第5期)

法治社会中的权力和权利定位*

一、从几件与公民权利有关的事例^①谈起

要对我国目前司法审判中和社会生活中公权力和私权利的现状有些了解,我们可以通过一些案例和事例来予以说明。

事例一:1995年12月,浙江医科大学做出了一则决定,从1996年起该校不招收吸烟学生,其理由是:吸烟是当今世界公认的三大不良生活习惯,而培养健康卫士的医学院校更应带个头。^②这一消息被国内几家有影响的文摘报纸转载。^③在此后的1996年初在北京召开的第十届世界烟草和健康大会组委会上,大会发出了《在全国医学院校开展禁烟活动的倡议》,倡议从1996年开始,医学院校不再招收吸烟的学生。^④

做出上述决定的决策者可能并没有意识到,虽然这一决定的愿望是良好的,但这一决定的实质性内容——不招收吸烟学生——却是同宪法赋予公民的受教育权利相冲突的,

* 《法学研究》1996年第4期发表。此文获西安市法学会1996年度优秀法学成果一等奖;获1998年陕西省教委人文社科优秀成果二等奖;获1998年司法部优秀科研成果三等奖;获中国法学会1998年征文评比二等奖;获陕西省法学会1993—1998年度法学优秀成果一等奖;1998年7月被评为“司法部直属院校九五期间优秀论文”,荣获证书,并收入司法部直属院校“九五”期间优秀论文集《政法论丛》一书,法律出版社1999年6月出版;该文被《中国法理学精粹(1978—1999年卷)》收入,机械工业出版社2004年1月出版。

此文是为参加1996年5月由中国社会科学院法学研究所召开的“依法治国,建设社会主义法治国家”全国研讨会而专门撰写的。文章的主要观点在《法学研究》1996年第3期的会议综述中刊登,并被《新华文摘》1996年第7期转载;《法学研究》1997年第1期的年度学科综述文章《1996年中国法学研究回顾》一文对此文评述道:“此文是我国法学研究中对案例法学的一种可喜的尝试和起步”(见该期第10~11页)。此文也是我第一篇对司法案例进行研究的文章。有的学者甚至认为,此文是我的研究风格的一种转变的标志,意即由过去的“纯”理论分析转向对社会和司法实践的关注。其实,在我看来,可能没有那么大的变化,只不过在研究方法上引入了案例分析。我的目的旨在通过发生在中国大地上的活生生的实际的司法案例,来提出一些我们应予重视的理论问题,最后还是要回到理论的分析上来。中国的法治进程使我在不经意间和不自觉中将关注点转向了中国的社会实践和法治实践(包括司法实践、立法实践等等)。

① 本文之所以用“事例”而没有用“案例”,是因为有些事件还未成为案件。

② 参见《健康报》1995年12月13日。

③ 参见《报刊文摘》1995年12月18日头版;《文摘周报》1995年12月18日头版。

④ 参见《光明日报》1996年2月23日第2版。

因为它以吸烟这一不良生活习惯为由而剥夺了这一类公民的受教育权。^①

概括地讲,这一决定带来以下一些法律问题:(1)当对一种有违“社会公德”的行为进行法律性制裁却又同宪法权利相冲突时,是维护宪法权利,还是为维护“社会公德”而剥夺宪法权利;(2)一个教育事业单位有无权力作出一个同公民宪法权利相冲突的决定?事业单位乃至行政机关的法定权限有哪些?(3)当一个行政的或非行政的决定明显地同宪法权利相冲突时,由哪一级哪一个权力部门对此进行宪法审查和纠正,等等。

事例二: 谯菲与其丈夫张德智是中国石油工程建设公司职工。1993年年底,张向公司提出辞职,公司对其进行挽留,并阐明职工调动、辞职的有关规定:“男性职工申请辞职,如系双职工,夫妇二人应一并提出申请,方可按程序办理。”1994年1月21日,公司又发出《关于职工调动(辞职)补充规定的通知》,规定申请调出(辞职)的职工,如系双职工,夫妇双方应同时调出,三个月后不调出公司的,停发工资,收回住房。1994年7月4日,谯菲接到单位通知,说1994年3月24日公司已同意张德智辞职,同时限令她三个月内调离公司并交回住房。公司自7月5日起不再安排谯菲的工作,7月15日起停发她的工资和各种待遇。

面对这种突如其来的厄运,谯菲开始向劳动部、全国妇联、全国总工会、公司上级主管部门等单位反映情况。在与单位调解未果后,谯菲于1995年2月底向北京市西城区劳动争议仲裁委员会申请仲裁。仲裁委员会以公司依据内部规章制度作出对张、谯的处理决定并无不妥之处为由,判谯菲败诉。谯对仲裁不服,于1995年7月13日起诉至北京市西城区人民法院。西城区人民法院于1995年8月30日作出一审判决,认为“被告根据本企业特殊性,为稳定队伍,加强管理制定的规章制度,符合国家的法律、政策,予以维护。”谯认为被告不按规定批准张的辞职是违法的;在男职工辞职后对同单位女职工采取的株连行为是违反国家劳动法律和劳动管理政策的,故对西城区人民法院的判决不服,于1995年9月11日上诉至北京市第一中级人民法院。^②北京市第一中级人民法院二审判决:中国石油工程建设公司应张德智的请求将其妻谯菲接收到该公司工作,张德智辞职时曾书面保证其妻三个月后将调离该公司。该公司依张德智的书面保证及该公司的有关规定作出的对谯菲按自动离职处理的决定,是建立在双方权利义务一致的基础上的决定,该决定没有违背国家的有关法律政策,不构成株连。谯菲要求撤销该公司对其的处理决定,理由不足,法院不予支持。

对此案的判决结果,有关方面发表了看法。谯菲的律师指出,判决书对劳动争议的关

^① 关于对这一决定带出的法律问题的详尽分析,请见笔者的评论文章:《神圣的宪法权利与“社会公德”的冲突》,《法学》1996年第3期。

^② 参见《中国经济时报》1995年10月17日;《中国妇女报》1995年10月18日。

键问题之一的即企业所作的“夫妇双方男方辞职,女方也须一同调离或辞职”规定的合法性避而不谈,而完全依据其夫张德智的书面保证作出判决,其性质与丈夫立字据即可卖妻无异;劳动部劳动关系司劳动争议处表示:中油建公司有关职工辞职的规定及补充规定不合法,部分违反了劳动部68号文件,一个与国家政策相抵触的规章,在诉讼中不能作为法律依据;北京市高级法院的两位女法官听取了譙菲一案审理过程后表示,从法律上来讲,此案判决确有与现行法律相违背的地方,但在市场经济条件下此类争议也还有争论,并告知譙菲,对终审判决不服可向终审法院再申诉。^①

这是一个比较典型的案例,并且此类事例在全国并不鲜见。此案暴露出的问题是:该企业作出的这种“夫妇双方应同时调出”的规定明显地同宪法权利、劳动法、妇女权益保障法等相冲突;这样的企业规章竟能够连续得到劳动争议仲裁委员会和一审法院、二审法院的支持;法院的判决理由中所提到的企业制定的这种“规章制度符合国家的法律、政策,予以维护”,认为企业的决定“没有违背国家的有关法律政策”,这其中的“国家法律、政策”指的是什么样的法律和政策;人民法院在对企业规章制度进行司法审查时,依据什么标准来进行;企业在行使企业自主权时,如果制定的规章制度同宪法、法律相冲突时,怎么办;企业自主权的行使是否可以超越国家法律?丈夫是否可以代替妻子处置其劳动权,丈夫的书面保证对妻子有无效力,等等。

事例三:比起上一案例中的譙菲,上海希尔顿酒店原员工王芳就幸运得多,她通过法律诉讼争回了自己的合法权利。王芳原就职于上海希尔顿酒店,后离开了该酒店,应聘于另外一家公司,恰巧这家公司的办公地点就在他原就职的希尔顿酒店内。当她欲前往该公司上班而踏进该酒店时,却遭到该酒店的拒绝。该酒店在其员工手册第9条中规定:“辞职、退职员工,6个月内不得以任何理由进入该店。”这一规定显然侵犯了员工的合法权利,与我国法律相悖。而她新应聘的公司要求她在规定的期限内上班,如不能前来上班,应聘将失效。在这种情况下,被逼无奈的王芳诉至上海静安区人民法院,指控该酒店侵犯了她的人身权利。在经过一段审理之后,静安区人民法院对此案作出一审判决:希尔顿酒店应排除对王芳进入该酒店的妨碍。此案审判长吴裕华认为:“希尔顿”违法之处是它限制了当事人的劳动就业权,其员工手册第9条应该取消。^②

“王芳事件”的胜诉,是公民运用法律维护自身合法权利的一个案例,也是司法机关运用国家司法权力维护公民合法权利的一件典型案件。此案审理的首要前提便是对希尔顿酒店员工手册第9条规定进行司法审查,只有在对此规定作出肯定或否定的司法评价

^① 参见《中国妇女报》1996年4月8日。

^② 参见《新民晚报》1995年11月28日;《法制文萃报》1995年12月7日第3版以《企业内部规定与宪法相悖》为题转载了这个报道。

后,才能进而对该酒店的行为作出裁决。问题的实质在于:究竟根据什么来对此(即员工手册第9条)进行司法评价?是根据国家宪法、法律及其他法律性文件,还是根据别的什么标准?在这种评价过程中,行使司法权的法官们的法治意识就不像人们平时所理解的那样抽象和不可捉摸,而是实实在在的直接影响案件公正合理合法裁决的重要因素。

事例四:1995年初,广西南宁市二轻医院职工要求成立工会,并通过院党支部书记请示市总工会组织部。组织部答复:“有80%以上的职工申请,就打报告来。”但此一合乎宪法权利的合理要求遭到该医院院长及轻工局局长、书记的反对,他们召开大会轮流对广大职工进行指责,并当众宣布:职工们要求成立的工会,是要“取消共产党的领导”、“是非法组织”、要“坚决取缔”。职工们对此不服,派代表一次次到上级有关部门反映,奔波呼号近一年,医院的上级领导、南宁市二轻局就是不批准。^①

职工要求成立工会,既是宪法权利,又符合工会法,但竟被这些手里拥有某些权力的人视为“非法”,并扣上“取消共产党的领导”的政治帽子。这样的权力掌有者连基本的政治素质和法律意识都不具备。这样的权力掌有者虽然在我们社会中不占多数,但他们对公民权利的享有和实现却构成极大的威胁。

由以上这样一些个别的、具体的事例,使我思考到更广阔范围的问题。如果以主体的属性来分析,中国有近13亿人口,每一个人都是一个私权利主体,除了法律判决的那些被剥夺政治权利的极少数人外,都享有宪法和法律赋予的应当享有的不可剥夺的法律权利;同时,中国又有从中央到基层不计其数的公权力主体和更不计其数的虽不是公权力主体、但又拥有某些权力的“准公权力主体”^②(如企业、事业单位,社会团体,民间自治组织等等)。这些公权力主体及准公权力主体每日、每月、每年要做出不计其数的涉及公民权利内容的决策,这些决策会直接或间接影响着公民权利的实现。毫无疑问,就总体来讲,社会主义政治权力的本质属性决定了大多数权力性决策为公民权利的充分实现提供了权力保障,否则的话,社会主义社会的人民主权原则和为人民服务的本质属性便荡然无存;但我们还应清醒地看到,也有相当数量的权力性决策和行为同宪法权利是相冲突的,是有悖于人民利益和人民权利实现的,为人民所痛恶的充斥于社会中的“土政策”的大量存在就是例证。这就使得我们不得不去认真考察一下,在我们社会中,究竟有多少权力性决策和行为是同宪法权利相吻合的,又有多少权力性决策和行为是同宪法权利相冲突的。这实

^① 参见《工人日报》1996年1月18日报道。

^② “准公权力主体”是本文作者的一个概括,意指那些虽不具有权力属性、但在实际事务中拥有某些权力特征、扮演着权力人角色的主体。我国的《行政处罚法》第17条规定了“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织可以在法定授权范围内实施行政处罚”;第18条规定了“行政处罚权委托制度”;第19条又具体规定了“受委托组织必须符合以下条件:(一)依法成立的管理公共事务的事业组织;(二)具有熟悉有关法律、法规、规章和业务的工作人员;……”这意味着将有一些“管理公共事务”的事业组织经过“行政委托”后,拥有部分行政处罚权,也即拥有部分公权力属性。当然,委托权有着严格的法定条件和限制。

在是一个需要法学界、法律界认真思考研究问题。此外,每一个公权力主体及“准公权力主体”行使权力的法定合理界限是什么?有没有?有哪些?当出现公权力侵犯私权利的现象时,怎么办?公民的私权利如何保障?如何实现?当一个公民的行为没有法定授权时,如何对此作出法律评判?等等。这也就是本文下面想探讨的主题,即法治社会中公权力和私权力^①的合理定位问题。

二、法治社会中公权力的定位

中国在实现现代化进程中,面临着多重的艰巨任务:经济的高速发展,生产力水平的极大提高,政治的高度民主化,人民文化素质和生活水平的极大提高等,而这一切,都离不开法治在其中的运作。法治在实现现代化的进程中也同样承担着多重任务。仅就对公权力^②(国家权力)而言,法治就承担着双重任务:一方面,它承担着对公权力的授予任务,即授权功能。而这一点,目前为学术界研究法治问题所忽略,大多强调的是法治对权力的另一重任务,即对权力的限制、制约和监督。我认为,要全面地认识法治与权力的关系,或法治与权力的定位,就应该从授权和限权两个方面去把握,它们两者同等重要,缺一不可。

(一) 权力授予

首先,权力只有授予,才能行使。虽然有权力就有腐败,但权力并非万恶之源。权力现象从古至今的客观存在,说明人类社会需要权力,权力也是人类组织成社会的重要手段之一。国家和法律的产生、存在和发展,本身就表征着权力的客观属性,它不以人们的主观意志为转移。从某种意义上讲,权力也是伴随人类文明发展历程而不断演化的文明形态之一。因此,我们不能因有权力就有腐败这一权力现象的可能性和现实性,而将权力看作一切罪恶的根源,因而失去对权力现象的客观认识和科学考察。

人类社会在权力问题上经常面临着一种两难选择或者说是“权力悖论”,即一方面,权力存在着易腐败性这一可能性和现实性(实证意义上的),因而人们厌恶权力、诅咒权力,视权力为万恶之源(如果再深究的话,权力之恶来源于人性之恶);另一方面,人类社会又不能没有权力。很难想象,如果没有权力,人类社会将会是一种什么局面?将如何使分散的个体组织成社会?如果像许多人(包括西方思想家)所说的那样,将腐败看作是权力的“特性”,那人类干脆彻底摒弃权力,岂不更好!但这并非是人类的情感和愿望所能决定的。如同原始共产制转向私有制一样,权力的出现、产生和发展也是人类向文明社会

① 本文所采用的“公权力”概念,同权力、国家权力、公共权力是等同概念;而“私权利”则指“个人权利”。并且,“私权利”可以分解为两部分:一部分是已经法定化的权利,即法定权利,包括宪法权利和普通法权利;另一部分则是尚未法定化的权利,可以称之为“个人行为自由”。这后一部分可能会作出正反两方面的评价。本文作者认为,就公民个体而言,只有私权利,而无“私权力”,“私权力”是权力异化的现象和概念。

② 这里的公权力(国家权力)是一个概称,具体可分解为立法权、司法权、行政权、军事权、监督权等等。

转变和迈进的一个自然的客观的必然的生成过程。它既不为人们的好恶所决定,也不因权力的向善或向恶而舍弃;此外,如果将腐败看作是权力的“特性”,那将难以解释作为终极权力形态之一的“人民权力”之属性,即“人民权力”也存在着易腐败性这一权力“特性”,这将可能使我们在理论上陷于困境之中。因为我们知道,当人们将腐败定性为权力的“特性”时,不会是指“人民权力”,而是指受人民权力委托的各种具体权力。但当将一种现象上升到“特性”的概括高度时,那就成为该事物本身难以避免和卸却的属性。如果要贯彻理论的彻底性,那自然会由此推导出一切权力(包括人民权力)都具有腐败这一特性^①,这显然又是我们不能接受的推论。因此,将腐败看作是权力的一种可能性和现实性(历史实证意义上的),而不是将它看成是权力的必然“特性”,更有助于我们对权力的科学认识和后继性权力机制^②的建立。

其次,虽然权力只有授予(也即只有取得)才能行使,但从人类社会自古至今权力现象的发展演变看,权力的取得形式和来源有多种多样。有所谓“神授权力”、“天授权力”、“君授权力”、“世袭权力”,也有以篡位、政变、暴力、掠夺等方式取得权力。这是权力取得形式和来源的非法治状态,也是古代社会和中世纪社会权力为恶的由因和表征。近代以来,随着资产阶级民主、自由、人权、平等等观念的传播,天赋人权、人民主权、人民赋权、人民委托等思想深入人心,权力来自于人民、取得于人民就成为权力取得的主要形态。这是一种历史的进步,也是权力观念和权力取得形式和来源的一大历史性飞跃。现代社会继承了这一反映历史进步的文化遗产,并使之更加完备化、完善化、民主化、法治化。因此,现代法治社会在权力问题上所要解决的首要问题就是权力来源和取得形式的合法性问题。其中包括有两层内涵:一是从实质要件上,权力必须来自于人民,取得于人民,受托于人民,服务于人民,这一实质要件的深层本质是人民利益,其权力形态是人民主权;二是从形式要件上,一切权力的取得必须由法律予以规定和确认,即法定授权,它否认、排除和摒弃以其他各种非法治方式取得的权力,即权力法定的唯一性和排他性。上述实质要件解决了权力的本质问题,而形式要件则解决了权力取得的方式问题,只有权力来自于人民,取得于法律,才能说它具备了合法性,因而才具有法律效力。

再次,从授权与限权的相互关系看,授权是限权的前提。没有授权,权力来源的合法化问题得不到解决,根本无法对它进行限制。试想,在专制社会的状态下,怎么可能对权力进行限制?专制社会从根本上缺乏限制权力的社会条件。限权只是民主社会中才会具有的权力约束机制。另外,即使一种权力具备了某种实质的和形式的合法性,但如果授权不明确、模糊,限权也就缺乏法定依据。因为当一种权力其界限不明确时,就无法对它进行限制,也无法判定它是否有滥用权力或越权行为。现实生活中之所以出现滥用权力、越

^① 孟德斯鸠曾提出过“人民腐败”这一概念,但他是从道德和精神的角度论述此问题的。参见孟德斯鸠著:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1961年版,第114页。

^② 即权力产生后的权力运行、制约、监督等机制。

权等权力腐化行为,其原因之一就是有些权力的法定权限不明确,存在许多权力漏洞,因而为权力腐化行为提供了方便。

最后,从权力机制和权力主体的权力意识来讲,理论上的逻辑是:当国家法律在授予某一权力主体权力时,就预示着同时也对该权力主体提出了受约束的范围。因为当一定范围权力的授予明确后,就告知权力主体只能在该权力范围行使权力,超越该权力规定范围,便是越权。这样,便于权力主体明确自身的职责和权限,以便更好地履行法定权力和职能。

从以上分析可以看出,授权对实现法治至关重要。权力由国家法律授予和确认,可以解决权力合法来源和取得问题,也可以排除其他非法治的权力获取途径,这是法治社会对权力的第一要求。否则,权力来源多元化既不符合法治之要求,更给整个社会造成权力紊乱,影响整个社会组织结构的正常有序运转,会产生极大危害,给滥行权力埋下无穷隐患。

(二) 权力限制

前文提到,有权力就会有腐败,这既是权力现象存在的一种可能性,又是为实践所证明的权力现象在人类社会中存在的一种现实性。因此,对权力进行限制就成为法治的另一重要任务。

法治社会中,为什么要限制权力?西方思想家以及当代中国的理论界已经对此进行了大量的较为充分的阐释。概括地讲,因为权力客观上存在着易腐性、扩张性以及权利的侵犯性,因此要对权力进行限制和约束。本文第一部分所列举的有些案例,就是以公权力侵犯私权利的例证。虽然其中有些主体并不具有公权力属性,但在客观上却充当着公权力的角色,对公民合法的、宪法所赋予的神圣的受教育权、劳动权、人身自由权、结社权、行为自由权等造成侵害。权力侵犯权利只是权力扩张的表现之一,权力扩张还有着更为广泛的表现形式。现代社会,权力腐败和扩张主要地表现为以公权力谋私利。市场经济社会中,私利(个人利益)应该受到保护,但私利的获得应通过正当的、合法的途径。用公权力去寻求和获取私利,有违公权力的本质属性和目的。这不仅在社会主义社会,就是在资本主义社会也是为其法治所否定的。

由于权力存在着以上诸种特性,因此必须对权力进行限制和约束,这也是民主法治社会的要义之一。法治对权力的制约可以体现在以下几个层面:

第一,立法明示。首先,法律要以明确的规范,确认各权力主体行使权力的职能、范围,即权力法定原则。法律所规定和确认的各权力主体行使权力的职能和范围,是各权力主体行使权力的法定依据。在法治社会中,任何公权力的行使和运用,都应有法律上的依据,没有法律依据的公权力行为,都不得视为有法律效力之行为;这应该成为司法判断的准则和依据。公权力职能和权限范围的确定,是对权力进行制约的前提,也是判定其权力行为合法性的标准;其次,立法要以明确的语言,对权力行使规定一些限制性条款,仅有授权,而没有限制性条款,权力主体就会任意扩大权力的自由裁量范围,因而可能导致滥用

权力、越权行为发生；再次，立法要尽量减少权力真空、权力漏洞。因为权力真空、权力漏洞的存在，会给权力滥用、扩权、越权行为造成可乘之机，也缺乏制裁依据；最后，要以立法方式对权力行使行为规定法律责任条款，尤其是对滥用权力、越权、扩权等行为，要有明确的责任承担规定，使权力行使者预先可以明确自己行为的后果。责任制度是对权力制约的有效机制之一。^①

第二，司法校正。司法是实现法治的重要闸门和忠实卫士，是对不公正、不合理、不合法行为的一种校正机制，也是对公权力的一种制约机制。一切公权力行为，在不发生诉讼的情况下，一般可理解为被权力对象所接受或赞同（当然不发生诉讼并不意味着公权力行为的完全正当性和合法性，这其中也掩藏着比较复杂的情况，比如或因为来自于公权力的强盛和重压，或因为权力对象的软弱，权利意识的淡薄和不发达，诉讼机制的不健全等，即使存在不正当和不合法的侵权现象，也难以提出诉讼）。但一旦提交诉讼，司法就承担着对公权力行为或“准公权力行为”的法律评价任务，肯定或否定，赞同或反对，任由司法作出裁断。这时，司法对于维护法治举足轻重，尤其是当涉及有关公民权利的诉讼时，司法的裁决结果会直接导致公民权利能否受到保障。像本文第一部分所列举的事例二“丈夫辞职妻子也要随之调走”一案，司法判决竟以支持企业明显地违反劳动法和妇女权益保障法的规章制度为最终结果。这样一个判决结果使公民的合法权利失去了最后的一道保护屏障，更增加了权利实现的难度。这样一个判决结果明显地背离了司法对于公权力行为的制约功能和对公民合法权利的保护功能。但“王芳诉希尔顿酒店侵权”一案的审理结果，明显地同前一案不同：它以司法判决的形式，保护了公民的合法劳动权和人身自由权，撤销了同国家法律明显相悖的企业自制规章，维护了法治的尊严，充分显示了司法对于维护法治、保护公民权利、校正权力失范行为的功能和作用。

第三，宪法审查。宪法是根本大法，是一切公权力主体行使权力的最高依据。当任一公权力主体在进行决策、行使职权等行为时，除了依其法定职权外，还要看看该决策和行为是否同宪法条款发生冲突，这是宪政意识在权力行为中的直接体现。有些公权力，其权力行为可能符合法定授权，有法律上的授权依据和范围，但其行为内容则可能同宪法条款发生冲突，因而作出一些同宪法条款、内容、精神相违背的决策或行为，其原因在于缺乏“宪法至上”的意识，而“宪法至上”是法治的第一要义。

这里还有比较复杂的分析因素：当一个权力性决策和行为的内容是指向那些既违反社会道德又违反法律精神时，人们一般会持赞成态度而不去怀疑它；但当一项决策和行为的内容同社会道德和文明进步相吻合，而却同法律原则和宪法权利相冲突时，这就增加了人们对此作出正确判断和评价的难度。比如像浙江医科大学所作出的“不招收吸烟学生”的决定，从决策者的动机和愿望来讲，无疑是良好的，并且也符合社会文明和进步，但它却在没有国家立法的情况下，剥夺了这类公民的受教育权，明显地同宪法赋予的公民权