

法定权力与权力法治

● 中国社会科学院法学所副教授 屈学武

眼下,无论是行政管理中的腐败、司法腐败还是执法乃至立法活动中出现的腐败现象,归根结底都不外各种法律授予的权力的腐败,例如行政管理权的腐败、司法权的腐败,等等。

对此权力腐败,应取何种对策?一些学者提出了权力的监督、权力的制约、权力的罢免等遏制措施,我们认为,对此系列措施的动态化运作,实质上是一个法定权力的法治化问题。

一、法定权力与权力法治化的概念诠释

法定权力,指特定的机构或者个人根据法律、法规授权获得的、对确定范围内的人与事的支配、影响能力。所谓法定,首先指宪法的规定,包括依据宪法精神制定的法律、法规;所谓权力,从类型学上看,权力的内涵与外延可依分类子项的不同有所差异。对本文之“权力”,就宜作较广义的理解,即本文所指权力,除了抽象的国家政治权力外,还包括各级政府机构正在行使着的行政权管理权、各级立法机构的立法权、各级司法部门执掌的司法权、各国家机关执掌的行政执法权乃至国家行政机关的派出或委托机关、团体执掌的有关行政管理、执法权力。

权力法治化的概念,则应从法治的定义谈起。对“法治”(Rule of Law)定义,中外争议历来颇大。不同历史时代、不同国家有不同的法文化传统,同一国家的不同法学派别之间的法学见解也就不一样,因而学界对此历来见仁见智、意见不一。

中国古代法家思想集大成者韩非,主张以法治作为规范、衡量官吏行为的有效工具,提出了“明主治吏不治民”的著名主张。该主张就吏治角度看,确有一定合理因素,但君主(即便其确属“明主”)统治下的吏治,仍属人治之下的法治,故而此类“法治”显然有悖法治的本质,不可悉取。古希腊哲学领袖亚里士多德认为,“法治应包括两重意义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律”。^①显然,亚氏的法治观极其辩证地阐明了法与治的静动依存关系及其良法与良治的关系。^②但亚氏在此并没有阐明已“成立的法律”得以“成立”的渊源。须知,即便是良法,也并不必然也经由人民制定或经人民授权产生,因而如属专制程序下产生的“法律之治”,本质上仍属人治。近代美国宪法思想家托马斯·潘恩(1737-1809)主张法治的实质在“法律至上”,因为“宪法是人民管辖政府的根本规则”,而“宪法是一样先于政府的东西,政府只是宪法的产物”,因而法律是国王,而

非国王是法律。^③可见,在潘恩那里,法律至上的实质是宪法至上;而宪法之所以“至上”,是因为宪法是人民管辖政府的原则。对此,从“法律对政府的直接管辖”以及“人人在法律之下”这一意义看,“法律至上”的提法确有其合理性、可借鉴性。但我们坚持:法律产生于人民,人民方是法律的统治者、主宰者,从这一意义看,法律至上的提法,至少在字面上有易致人产生歧义之处——虽然潘恩的“法治高于人治”的思想已经非常明确。近代启蒙思想家卢梭主张法治的实质是共和,认为“凡是实行法治的国家——无论它的行政形式如何——我就称之为共和国,……一切合法的政府都是共和制的”。^④卢梭的法治观,就其本质意义看,可以说已经大致揭示了法治的本质在民主。但卢梭没有专门就“法治”的定义作一确定概念,而且,就卢梭当时所处的社会历史条件看,他也不可能抽象出一个既合于当今社会政治历史需要、又合于我国“法治”文字表征的内涵及意蕴的法治概念来。

除上述各种法治观外,19世纪英国法学家戴西(Dicey, A. V.)、当代美国著名法学家朗·富勒(Lon L. Fuller)等都在不同场合、以不同角度阐释了自己的法治观,从而,不同时空范围内的各类思想家,以不同视角为我们提供了可资借鉴、扬弃的种种法治概念的合理内核。

综上所述,怎样定义“法治”,中外争议虽很大,但“法治”概念应当因应时空的不同而有所差别。这一点几乎是肯定的。有鉴于此,我们认为,就我国的法制状况(制定法国家)以及广义与狭义、形式与实质法治的统一角度看——所谓法治,乃指一定权力主体,根据人民制定的宪法原则,在一定法域范围内,按照法定程式并依照相关实体法律的规定,对各类受范对象的定位定性规范与调控,以及各法律关系主体的其他循法适法行为、行为过程、结果及其场域境势的总和。

——据此概念可见:

① 亚里士多德:《政治学》,商务印书馆1965年版,第199页。

② “已成立的法律”既然已经获得“普遍的服从”,该“法治”大约堪称“良治”。

③ (美)潘恩:《潘恩选集》,商务印书馆,1980年版,第254页。

④ 卢梭:《社会主义契约论》,商务印书馆,1980年第2版,第51页。

第一,“法治”概念具有关系性、能动性、状态性^①、情境性和过程性五大特征。因而它是乃活着的、流动着的、表明一定空间场域、一定人与人、人与事之间能动关系的过程体概念。

第二,不同的时空、不同的法域有不同的“法治”定义,但法治的本质是人民之治、法治的目标是保护人民这一点却是法治的核心与基础,应贯穿于法治各环节及其过程始终。^②即国家的终极权力在人民,舍此之“法治”实乃非法治。例如中国历史上的商鞅变法时期也曾有过形式上的“法治”,但始皇专制政权下的法治焉是法治?分明是人治。

第三,真正的法治乃形式法治与实质法治的统一。对此,高鸿均教授曾撰文专论,指出形式法治强调“依法而治”(Rule By Law),隐含着“有人在法律之上用法律统治他人”之意,因而形式法治其实就是把法治当作调控人际、社会关系的工具使用。实质法治(Rule of Law)强调的是法治的价值,含有“人人在法律之下”的法治意蕴。^③我们赞成高教授提出的、在我国应注意形式与实质法治的统合的观点,承认在确定的、具体的场合,确需授权特定的权力机关及其执行人员代表人民执掌一定权力(即国家权力机关、代议政府及其成员),以调控整个社会。但就总体的、一般意义看,权力所有者唯有人民。因而任何机关、个人应向人民负责并受人民的约束,无一例外。由此可见,惟有真正的民主,方能达致此类具体与一般相结合的形式与实质法治的统一。

以此法治观抽象得出相对确定的法治定义、法治特征以后,什么是“权力法治化”的问题即随之而来。我们的答复是——

权力的法治化,即以相对健全有序的法律调控体系依法调控各项法定权力的动作,以防止权力的异化、腐化,从而确保人民权力的行使及人民利益的最大限度的满足。其中,所谓相对健全的法制,即良法而非恶法体系——此乃实质法治的要义之一;所谓法律调控体系,指由多类型的、或授权或约权或督权的法律、法规按一定科学有序的配置结构有机构成的法制系统,而非若干各不相干、毫无关联的法律、法规的机械堆积;所谓法定权力,是相对于非法定的自然权力或其他权力而言,例如监护权属法定权力,监护人以外的长亲对幼亲所享有的亲权就不是法定权力,自然,它也就不在权力法治化拟调控的权力范围之内。所谓确保人民权力的行使及利益的最大限度的满足,即权力法治化的本质及目标所在:人民之治乃权力法治化的本质;人民利益的最大限度的满足乃权力法治化的终极目标——离此目标,权力就没有达到法治化所要求达致的“化境”。

然而,有必要强调的是,权力的法治化,虽然是实现各项权力制约的先决条件,却非充分必要条件。借形式逻辑推理即是:无此即无彼,有此未必有彼。因而,当我们强调权力的法治化时,并不排斥对权力的德治、经济制约等其他权力制约手段的并行。也就是说,强调权力的法治化,并不等于法治是调控权力的唯一机理。实际上,伦理道德规范、行政、经济手段都在一定程度、一定范围内同时调控

和制约着权力。^④但是,由于其他任何手段均不能象法治那样贯穿于权力的产生、配置、行使、监督、罢免的全过程,因而除法治之外,其他手段均在“化”外而非“化”内——例如就伦理道德规范以权力的制约就不宜称为权力的德治化。因为德治对权力的制约,毕竟只在某一方面有其效用,而在权力的产生、配置、罢免等诸方面,伦理规范可以说完全无能为力。

二、权力法治化的构成机制

权力的法治化,是倡廉肃贪的重要环节。从构成机制上来说,对权力的法治化,可从权力的产生、配置、行使、监督、罢免直至权力的辞弃切入析。

(一)权力产生的民主 法治的实质在民主——即人民之治,人民之治的关键却在人民获得真正的选举权。根据我国宪法,人民本是权力的所有者,但在权力行使过程中,“主权在民”总会陷入悖论:即抽象的(理念上的)人民是统治者,具体的(现实的)人民又是被统治者。基于此,如何协调处理二者的关系,如何达致人民主权的真正归依,乃实现权力法治化的前提条件。

根据我国的选举制度及其有关权力产生、职能机制,严格意义看,我国实质上是代议制国家(而非本来意义的共和——在我们这样的幅员辽阔的国家也不可能在全国范围内实行共和),即“国家”代表人民行使着统治职能。据此,国家权力机关、立法机关的代表,即人民代表的产生是否民主、人选是否能够充分反映民意,实质是国家是否实现人民之治的最直接、最直观的体现。基于此:

第一,民主性的当务之急应落实在人民代表(至少区、县一级人民代表)候选人应由民众自行酝酿、自行推举(而不是有关机构预先划定)的民主程序上;代表名额分配,固然可由有关机构根据一定方案事先划定;但候选人应当民选。

第二,直接性指人民代表的产生,宜逐渐扩大直选范围,根据现行选举法,目前人民直接选举的人民代表,仅限于乡、镇、县和市辖区一级,在设区的市、省、直至全国人大代表,都是由下级人民代表选举产生,因而下级人民代表事实上是上一级人民代表的选举人。此种选举制度,在中国这样的泱泱大国,确有保留必要。但为了确保人民主权

^① 所谓状态性,属借鉴王勇飞教授的观点,参见王勇飞、王启富主编:《中国法理纵论》,中国政法大学出版社,1996年版,第395页。

^② 这当然仍然是由我们认同的法治观得出的法治本质结论。但法治的本质在人民之治这一点,可以说已成为流行当今世界的通说观点,虽然有的学者在表述方法上有所不同。例如有人称“法治的本质在民主”、“法治的实质是法律至上”。等等,这些观点,实质都是“法治的本质在人民之治”的不同称谓而已。

^③ 此乃引证高鸿均教授专论过的观点。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263页。

^④ 例如同业共同体对权力腐败者的不齿,无疑从伦理、心理角度制约着广大权力行使者是否腐败以及腐败的程度……等,然而,法治对权力的调控毕竟是多方位的过程体;德治却是单一的过程体。

的最大限度的实现,我们认为,有必要扩大目前实行的人民代表的直选范围,例如将其逐渐扩大到设区的市、省一级,可先试点,尔后以点带面地推广。

(二)权力配置的分散 权力过分集中,也是促成权力腐败的重要因素。为此,现行宪法、选举法均宜适度修改。例如,宪法上可对国家权力机关、立法机关的代表(即人民代表)在政府中的任职及其代表资格作出更进一步的限制性规定,以防权力过于集中。所谓更进一步的“限制”,是指当今宪法仅仅限制“全国人民代表大会常务委员会的组成人员不得担任国家行政机关、审判机关和检察机关的职务”,更进一步的限制则是指:

第一,人民代表原则上不得担任各级国家行政机关、审判机关和检察机关负责人职务,以避免担任着行政、司法机关负责人的代表,在事实上一人执掌着三种权力——即国家权力机关代表、立法机关、行政或司法机关负责人所享有的三种权力,从而导致权力过于集中。此外,人民代表选择自己为此类机关负责人,实质上是自己任命自己,这也不符合人民委托其代理人代理人民去择取国家行政、司法官员的委托本旨。

第二,现任各级政府机关、审判机关、检察机关负责人,原则上不得同时享有人民代表候选人资格。目的仍然是为了避免权力过于集中。有而且,如此一来,政府或司法官员以外的普通大众,才能有更多的机会进入国家权力机关、立法机关,从而,国家不仅在更大程度上体现了人民之治,而且权力的分散,也有助于权力的监督和制约,从而有助于倡廉肃贪。

第三,废除终身制。现在今中国社会,一位国家机关官员只要没有大的违法犯罪问题,没有较为严重的健康不良问题;只要尚能工作,即将当权终身。显然,一个永无挑战的权力、一个势将执掌终身的权力,且不说其是否可能平心静气地坐下来接受监督;即或真有可能,又有几个被管理者敢于对其当权者说长道短呢?更甭说提出罢免议案了。

基于此,我们呼吁,国家公职权力的终结,不但应当得自权力的罢免、权力的自辞,还应当得自权力的挑战所致的权力撤换;权力的任满所致的权力的移交以及权力者的年长退休所致的权力转换。同时,这些终结,原则上应为实质意义的下台,而不是“南山下马、北山上马”的转台,^①否则由权力的持久到权力的集中问题将永难解决。

(三)权力行使的公开 指各级国家权力机关、立法机关、司法机关、行政机关权力行使的公开,包括权力行使过程和结果的公开,涉及国家机密者例外。权力公开首先应当做到:

第一,国家各级权力机关权力运作程序和结果的公开。关键在对各级政府官员的酝酿任命或罢免过程的公开、对各级国家机关特别是司法机关监督过程与结果的公开——没有这种公开,就没有真正的监督和人民之治的实现。为此,我国宪法、选举法及其相关法律、法规应逐步作出明确细致而又系统可行的规定来。

第二,各级国家立法机关立法运行程序、结果的公开。现今立法权力异化的现象较为严重:直接立法者往往不是

各级立法机关,而是各行业主管部门各家立法。名为立法机关代表的各级人民代表一般没有参与实际立法过程,因而其对立法主旨和内容往往知之不多,到头来往往往陷为事实上的“表决机器”。人民代表尚且如此,一般大众对立法内容就更加不甚了了。不消说,此种弊象不革除,很难保证立法权力不从异化到腐败。

第三,各级国家行政机关政务过程和结果的公开。这一公开,现今只在国家机关所办政务涉及处罚领域时,方在我国《行政处罚法》中有所规定。除此而外的政务公开,特别是行政过程的公开,在当今我国法律、法规中未见系统明确的规定。然而,没有政务的公开,显然难以实现对各级行政权力的广泛监督。因而对此类政务过程和结果的公开,应当及时提升到由法制到法治的领域。

第四,各级国家司法机关司法程序与结果的公开。司法公开,在我国相关法律中虽早有规定,但迄今为止的“司法公开”,很大程度上仍呈“有法未依”状态,在此特定气候下,一些司法工作人员往往假以各种冠冕堂皇的理由,公然悖逆司法公开的法律原则。基于此,面对此种有法可依、人偏不依的反常现象,理应强化此类罚则立法及其相应操作才是。

(四)权力监督的多类型 指权力监督的分派性与自发性相结合;约束性与制约性相结合;专门性与群众性相结合的多类型监督。分派性监督,指依照法律、法规授权所行的监督;自发性监督指民众、媒介及民间团体自发进行的监督。约束性监督指权力对权力的监督;制约性监督指权力分工所致的监督。

首先,对最高权力的监督。没有对最高权力的监督,一切监督均为乌有。对此监督,毋庸讳言,我国现今尚无健全可行的法律原则规定。即我国宪法对此监督虽然有一定条文规定,但由于该条文既不健全也不可行,从而导致了我国在最高权力监督上的事实上的缺位。例如根据宪法规定,我国最高权力机关是全国人民代表大会,其常设机构为全国人大常委会。对此人大常委会,宪法上并无确实可行的监督规定。惟有“全国人民代表大会代表受原选举单位的监督,原选举单位有权依照法律规定的程序罢免本单位选出的代表”的空泛而不可行的规定。为此,对此监督宜于改进的要则在于:

(1)不仅对人民代表个人或最高司法权力,而且对最高权力机构的常设机关、对最高行政权力均应有切实可行的监督性规定;

(2)各类监督性规定均应落在实处。诸如现行宪法中的“原选举单位”对全国人大代表的监督,就是一个下对上的、在我国难以奏效的、不可操作的“非实处”。

(3)建议增设专门的、独立行使监督和罢免职能的特定权力组织。例如可建立直属于全国人民代表大会的国

^① 所谓原则上应当是实质的,是相对于个别场合的特殊情况而言,即我们承认,在因业务水平低下而致撤换权力的场合,不排除有的官员虽不具有办好此类政务的业务能力,却有办好彼类政务的能力。据此,对此类政务官员可以量才度用甚至于其他宜于发挥其管理才能的地方任职。

家廉政总局。其法律地位为最高国家权力机关的特派机构。对此机构的职能、设置建议,后文谈及罢免权时将进一步述及。

其次,对各级行政权力的监督。眼下对各级行政权力的监督,基本上由各级监察机关进行。然而监察机关的人手、财力、视野是有限的,加之,在人事、土地、财政关系上,各级监察机关还须接收当地政府的领导、管理或调拨,其监督因而碍难进行。对各级行政机关的监督修改要则在于:

(1)剥夺地方对各级监察机关的人事、财政管理、调拨大权,各级监察机关直接对最高监察机关负责;最高监察机关对全国人民代表大会负责。

(2)充分动员职能部门以外的其他个人、群体、社区乃到全社会民众构建组成“全民监督”大军,并以此专门化与群众化相结合的双向监督方式,完成对各级权力的全面监督。

再次,对司法的监督。全国及地方人大对司法的监督,既应强化又应防止其滥化。人大对司法的监督,总体看可以说是广度上不到位、深度上也有失肤浅而未及事物本质,然而人大对司法的整体监督秩序又相当无序失范,以至全国及地方人大都不同程度地出现了以干预甚至包办个案的手法代替了司法监督。此种作法无疑侵犯了司法独立,滥用了人大对司法的监督权。因而当前对司法的监督要则在于:

(1)人大对司法的监督原则应为:人大之监督仅是办案原则是否合法合法的监督而非个案监督,更不得是个案干预甚或个案代办。

(2)要注意摆正司法独立与权力监督的关系。当前,我国司法要走向最大限度的独立,有必要在国内实行打破地方界域的大司法,即建立跨行政区划的不受地方财政、人事管辖的法院系统。但司法独立与司法监督是两个大不同的概念。司法独立不等于司法不需要监督;对司法的监督也不等于干预甚至包办代替司法。二者并非水火不容的对立关系,而是相互促进的互动关系。

(3)认真贯彻落实司法公开,以推促广大民众、舆论媒介对司法的监督

(4)取消检察机关对人民法院的司法监督权。检察机关在我国被纳入司法系统,但宪法上又规定最高人民检察院领导地方各级人民检察院;上级人民检察院领导下级人民检察院。检察院之间既是领导与被领导的关系,它们的法律地位就不应当是司法机关而是行政机关。以此机关来监督司法,似乎有碍司法独立;此外,检察机关监督司法,也有碍当今国内正在逐步试行的抗辩制诉讼的健全发展。因为抗辩制在本质上要求控方(检控方)与辩方(辩护律师)法律地位平等,才能达致双方的公平举证和辩论,与此同时,法官不仅是中立的促裁者,还应为法庭庭审中的当然指挥官,抗辩制才能真正发挥效用。而如今的庭审制度,律师是检控官可以随时起诉的对象,法官更成了被监督者,如此一来,效果只能适得其反。为此,建议取消宪法上的检察机关是“法律监督机关”的规定;同时取消刑法中的检察机关对人民法院的监督规定;将检察机关纳入司

法行政机关,即司法部统辖下的部门,以确保司法独立和当今正在稳步发展的抗辩诉讼的良性发展。

第四,对检察机关自身的监督。司法的腐败现今在很大程度上表现为检察机关在对自己自侦案件或审查起诉案件办理过程中的收受贿赂、徇私枉法。然而,如果说公安机关、人民法院尚有检察机关作为专业监督机构的话,对检察机关却没有任何专业监督可言。因而,国家对检察机关自身的专业监督设计,理应提上议事日程。这也是许多学者提议将检察机关转性为司法行政机关的原由之一——如此一来,检察人员起码有了专门的职能约束、监督部门,也不至象今天这样失控失序、缺乏内行的专业监督了。

第五,媒介的监督。媒介的监督作用的真正发挥,有赖于行将出台的新闻法对新闻自由的正确定向与定位。现今媒介对权力的监督,如同人大对权力的监督一样,既监督不力、不够,又时有滥用新闻自由的弊象发生。因而媒介对权力的监督,一方面要强化,另一方面要规范、要引导,要通过新闻法对新闻自由和新闻报道的真实性、客观性及其限制规则作出确当的规定。

(五)权力罢免的民主 权力的罢免,不是针对到期换届自然移交的权力,而是对异化了的权力包括滥用的权力的依法终结。对此,现今宪法上针对小范围内的特定对象有相当原则的规定,这类规定的不完善之处在于:

首先,规定过于原则,笼而统之的“全国人民代表大会”规定固然授予了人民罢免权,但“全国人民代表大会”和“原选举单位”^①均不是一个固定或常设机构,因而对此条文如未作出相应的、切实可行的施行规定,此规定即会在事实上流于“壁上观”之形式。

其次,规定的范围过于狭窄。此规定中,全国人民代表大会的罢免权,仅限于中央一级领导人。对地方各级国家机关领导人,人民无权直接罢免,从而滋长了地方各级官吏只对上级负责、不对人民负责的官本位制的稳步延续。为此,我们提议:

(1)增设特定的民间团体性质的民意测验部,其主要职能为:对各级官员定期进行相应范围(其权力涉及的界域)的民意测验。当其占压倒多数(如90%以上)的民意要求某掌权者引咎辞职或罢免其公职时,应当满足民意(至少从主权在民的角度讲应当如此)。据此,该测定部门应当向有关部门(例如向以下提到的专门的罢免部门)提出罢免建议;有关部门原则上应当采纳此建议。

(2)增设专门的、独立行使监督和罢免职能的特定权力组织。例如可建立直属于全国人民代表大会的国家廉政总局。该国家廉政总局,在法律地位上可定性为最高国家权力机关的特派机构,只对全国人民代表大会整体负责,并定期向全国人民代表大会述职;而且,惟有全国人民

^① 根据我国选举法的规定,所谓“原选举单位”,对间接当选的人民代表,它是指致该人民代表当选的某一级地方人民代表大会;而对直接当选的乡、县或不设区的市、市辖区的基层人民代表而言,它是指直选其成为基层人民代表的该基层人民代表大会或最基层的选举单位。

代表大会整体表决并获法定多数通过方有权任免其主要负责人员。机构工作人员要求业务素质高、道德水准高；反过来，国家也应予其高薪金、高待遇以及一定程度、一定事体范围内的司法豁免权。例如非经全国人民代表大会投票批准，不得对廉政总局工作人员实行逮捕或刑事追诉等，惟其如此，廉政总局的监督罢免职能才能在一定程度上得以发挥。

(六)权力自辞的法定 指对国家机关公职人员，在担任行政职务之际，因职责上的疏于明查而间接导致国家、人民利益遭受严重损失者，立法上应对此类人等作出“应当自行引咎辞职”的明确规定。例如分管捐赠灾区饥民的地方行政官员，对下级贪官污吏挪用、贪污救灾捐赠款物失查，从而间接导致大量灾区饥民失助者，此在官员理应引咎辞职。

立法上所以有必要对此类权力自辞工作法定化，是因为就一般意义看，权力的罢免有较为苛严的条件：不是思想素质太低，就是业务能力过差，抑或有较为严重的违法犯罪行为，而对国家、人民肇致了较为严重的直接损失，等等。有鉴于此，仅仅依据权力的罢免，看来难以及时有效地撤换一些不当或不宜继续行使的权力，为此，国家有必要将权力的辞弃程序化、法定化，以完善权力法治化的全部过程。

三、权力法治化的运作环境

如前所述，我们主张，权力法治化是一个乃活着的、流动的、表明一定空间场域、一定人与人、人与事之间能动关系的过程体概念。因而，仅有权力法制的修改与完善，没有体现一定人与人、人与事之间能动关系的过程的参与，人民对权力的调控，就会始终处于“有制无治”状态。有鉴于此，我们主张，首先，在积极促进现有的物质经济条件及观念上层建筑的进一步良性发展的基础上，有所选择地扬弃中国前现代传统法律文化，借鉴国外优秀法律文化，并在此基础上生成具有现代中国法律特色及实用价值的中国法制体系。与此同时，国家应下大力气积极营造权力法治化的动作环境，以促成权力法治化的生存、运作与发展。

(一)积极营造更加良好的造法、适法条件 我们知道，当今的权力腐败，不是一个简单的法律问题，也不是一个简单的社会问题，而是一个政治问题，说穿了，它是一个与政治体制息息相关的问题。因而没有政治体制的改革，一切“权力法治化”都是空谈。基于此，权力法治化，既须建构于一定的物质环境中，又须建构于一定政治基础之上。

称其必须建构于一定的物质环境之中，是因为法治化首先需要健全的法制体系。根据马克思恩格斯经典作家的唯物史观，我们既不能随心所欲地创造历史，也不能随心所欲地创造法律，相反法律——作为政治上层建筑的重要组成部分，必须建立在相宜的经济基础之上，即必须建立在相应的社会物质经济框架之中，我们不能设想，一个自给自足的小农经济社会能建立起真正的法治化的民主、民主化的法治——显然，无论是实行全民公决式的民主政府还是代议制的共和政府，它都缺乏起码的物质条件。因而要实现法制的民主与健全，首先有赖于社会经济模式由

集中计划式的经济走向市场经济；由分散无序的地方性市场经济走向统一有序的全国性市场经济。目前，我国经济体制改革虽然取得不小的成功，但尚未形成全国统一的商品市场，且今正迈向这艰辛的尝试与改革历程。

经济体制改革十数年来，我国人民可以说是既深尝经济体制改革之喜悦，又备尝体制转型负绩效之艰辛。这当中，随之设定与颁发的“系列法制”既是经济发展之果，又因其巨大的能动作用而成为推促经济发展之因。对此，用一简单的哲学术语概之，就是社会物质经济条件与法制的发展，二者互为因果关系。惟其如此，对经济体制改革进程中难以避免的法律借鉴所引致的东西方法律文件冲撞及其法律转型过程中的负效应问题，学者们往往各有其发生因由探析。例如——

有的学者认为是国内不太注重本土资源的西法移植主义的结果；有的学者认为是人文秩序弱化、后进之果；还有的学者认为是中国的“法律文化积淀太深厚，对于西方法律文化的抗拒作用过于强大”，“所以我们国家，没有象同样深受儒学传统影响的其他东亚国家（如日本、韩国）那样完成法制的现代转型。而这样的文化冲突、煎熬过程，也使中国在进行现代化法制建设时进进退退、曲曲折折，曾为此付出了较为沉重的政治和经济代价”。^①

——对上述法律文化冲撞因由的探析，我们认为，其在各自论域所及范围，均有相当令人折服的论据及其论点，特别是苏力先生关于“法治及其本土资源”的论述，更有发人视域、引人深省的精到观点。^②但是，假如我没有理解错的话，上述观点大致都是以传统文化作为“抗拒与冲撞”发生的主要因由的，相比之下，其对于物质经济条件对法律制度的本动力作用，可能重视不够。我们认为，社会物质经济条件与法制的发展，固然有其互动效应，可谓互为因果。然而二者之中，经济基础对于法律政治上层建筑的“因”动力作用，当属上位的、决定性的。就是说，法制的不断发展，一定程度看，确实阻滞了经济的发展并使国家付出了经济代价；但是，从更大范围或从根本动因角度看，倒是经济的后进与非现代化，决定了法制的守旧及其转型上的困难。这一点，大约也是同样深受儒学传统影响的日本、韩国能够完成现代法制的转型，而现阶段之我国却转型不能的重要原因之一。就是说，促成日本、韩国完成现代法制转型者，恐怕更多地不是因其传统法律文化积淀不厚不深，而是就其国力看，其已经具备与现代法制大致适应的物质经济基础——现代化大生产的市场经济。因而，一句话，我们认为，影响法律制度设计（包括西法的借鉴）成与败的首要因素，还在一定社会的物质经济发展的内在需要，外在的法律制度的超前与滞后，不过是这种需要的外化表现而已。因而，某种意义上看，我国现代化法制转型的受挫，正是我国当前物质经济基础尚未达致真正的“现

^① 此乃中国政法大学舒国滢教授之观点，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384页。

^② 参见苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社，1996年版，第3-22页。

代”,因而尚未产生该种现代(更遑论后现代)法制需要的结果。有鉴于此,大力发展社会主义市场经济并推促其快步迈向整体意义的现代化,提高整个国家的综合国力,并在此基础上,建构与此社会经济基础大致适应的法律框架,恐怕于营造更加良好的法治环境较为相宜。为此,在建立现代法制过程中,在国家宜采(法制与社会现行关系)同步立法还是超前立法模式的争论上,我们较为赞成“同步立法为方主、有限超前为辅”的立法主张。

另一方面,我们还提到,权力法治化还须构建于一定政治基础之上。这是因为,就政治与法律双向角度看,法律可以说是政治的婢女,因而一切法律问题都可以归结为政治问题;政治却非法律的婢女,即一切政治问题并非都可以归结为法律问题,因而在某些相当纯粹的政治领域,法律完全无能为力。就以我国当前的体制改革为例,经济体制改革了,与之配套的经济法律制度也在很大层面上作了修改、补充和完善;然而政治制度不改革,经济体制及其经济法律制度,就只能以市场经济前的政治体制为运作依托,这就难免使其时常失却贯彻到底的政治根基。正是在此政治载体下,经济体制改革以来,我国相继出台的破产法律制度、国家机关干部财产申报制度、反腐倡廉的系列规章制度等等,均难以正常运作。因而在深化经济体制改革的同时同步实行政治体制改革,势在必行。

政治体制,包括国家的根本政治制度、基本政治制度诸多方面。我国的根本政治制度是人民民主专政,基本政治制度乃人民代表大会制度。由于,国家的根本政治制度乃一国国体根本,我们务必坚持,因而所谓政治体制改革,主要相对于国家基本政治制度即人民代表大会制度而言。对人民代表的选举、权力的产生、罢免等,本文在先已经论及。然而前文所及仅仅是代表本身的产生、资格限制及其权力罢免等问题,尚未涉及整个国家权力机关、立法机关、行政机关、司法机关的权力配置问题;而后一问题,牵涉到人民所授与的国家政治权力的再分配问题,因而此类问题,形式上看来是一个宪法规范中的权力设计问题,实质上,是否作此变革设计、怎样设计,均乃政治体制改革问题。对此,这里仅拟就本文主题——权力法治化的本质是人民之治这一主旨,谈谈我们对国家应当(与经济体制改革)并行的政治体制改革的总原则构想。

市场经济于市场主体而言,其不同于计划经济的主要特点是自主经营、自负盈亏、自提风险、自我约束。因而,自经济体制改革以来,国家已从统得死、管得紧的计划经济模式中大规模撤退出来,改为导向型的市场经济。国家仅仅通过银根投放、存贷利率调整、财政税收、国债发放等手段对市场进行宏观调控。与此相适应,政治体制要适应市场经济的改革,恐怕也必须走到这条大社会、小政府的道路上去。即国家在权力配置上,似应更进一步地由国家权力本位,到人民权力本位;由公权利本位到社会、公民个人权利的衡平。因而改革的症结点应在:对国家行政权力,应使其既强大又(比现今)有更大幅度的限制。强大,是相对于国家政权的效应而言,即国家政权在效应上理当是高权威的、说一不二的;有更大范围的限制,则是相对于国家政权的效用而言,即人民对政府权力的范围限制,应

当比现今有所扩大——市场经济既然在本质上是法治社会下的自律经济,政府的行政权力范围即当随之萎缩,否则,市场经济所要求的自律经济碍难形成。与此同时,权力法治化所要求的对权力的产生、配置、制约、监督、罢免等方面的制约也难以形成和贯彻。因而上述大社会、小政府的思想,正是我们所期许的国家进行政治体制改革过程中可予采纳的和遵循的基本改革思路。

(二)积极促进社会观念上层建筑的更新 权力法治化环境的形成,还有赖社会观念上层建筑的更新。如前所述,权力终身制在我国虽已在形式上获得解决,实质上却相当顽固。究其原因,除了政治体制本身的因素外,恐怕与社会观念上层建筑的守旧不无关系。

然而,观念上层建筑与政治上层建筑之很大不同,正在于前者比之后者有更大的对社会物质经济形态的相对独立性。因而即便我国社会的物质经济基础已经趋叩现代化之门,即便国家政治上层建筑已经在政治、法律制度诸方面作出了相当顺应市场经济需要的革新,但传统却是既难改变,又不能舶来的。因而两相比较,观念比之于政治上层建筑的革新,恐怕更加难于完成。

应当指出,作为传统文化重要部分的我国现有的观念文化,既有值得中华民族自豪并加以发扬光大的优秀传统文化遗产,例如坚韧、豁达、忠贞、抗争等;又有可供国家开发利用以资当今法治“本土资源”的中性观念文化,例如淑世、容忍、出人头地、光宗耀祖等;也有在大落后并阴滞着我国当今社会物质存在的劣风陋习。后者正是我们所指的应予革新的传统观念文化,例如对司法程序的普遍轻忽不尊、对民事、经济判决执行的消极被动直至抗拒、不分是非曲直的江湖义气、官本位观、权力终身观等,都大大有碍于权力法治化环境的生成和运作,从而有碍于反腐倡廉工作的良性运行。为此,国家和社会应当通过种种德治、经济、行政等手段作有意识的纠偏补漏以及对新型观念的有意识的灌输和倡导。

然而,传统文化特别是表现为传统观念文化的正负面,正如庞朴先生曾指出的那样,还不是盛放在两个不同箱子里的优点和缺点,可以任由我们各取所需、随意剔取的。它们多已“浑然一体,自成系统,优点掺和着缺点,负面牵连着正面,其所以呈现这些缺点,正因为具备那些优点”。^①这正如不分是非曲直的江湖义气既是缺点,也隐透着对朋友之忠贞的优点一样——它们有时是那样的交融渗透、难解难分,为此我们恐怕只能因势利导地去引导、改造它而不能一刀切地铲除它了。惟其如此,这一意识形态的重塑工作,某种意义上看,可能比之于任何其他硬件改造工作都要维艰得多,其所经历的改造之路也相对更加漫长。然而,我们坚信,既然人的个性可以销蚀,品性可以重塑;既然西方精神可以东渐——其一些并非健康的文化意识正潮水般地荡涤着我国传统观念并深刻影响着我国青少年的贞操、婚恋、家庭文化观等——既如此,我们对落后传统文化的更新,又何而不能为、不可为呢?而况,当今我

^① 参见庞朴:《文化的民族性与时代性》,中国和平出版社,1988年版,第54页。

国的传统观念文化已经面临着西方的文化侵蚀和挑战,以至社会在相当层面呈现出礼治与法治同时缺失的局面——前者被破坏,后者尚未建立。有鉴于此,发扬光大我国的优秀传统文化;开发利用可为我国法治服务的本土文化;学习借鉴域外优秀观念文化,摈弃我国落后守旧的意识——使营造权力法治化的软、硬要件并行不悖的齐头发展,^①法治“主机”才能正常运转,人民对权力的调控也才能最终步入正轨。

(三)法治人才的造就 “法治”既是一个乃活着的、流动着的、表明一定空间场域、一定人与人、人与事之间能动关系的过程体概念,法治机制的成就,就免不了人的活动。在此法治环境中,每一个人,包括执掌国家最高立法权力、司法权力、行政权力的人,都免不了同时又是该法治社会的一定规范的受范人、循法人、适法人等,惟其如此,革新旧的社会观念意识,开塑适应社会物质经济基础的社会新风,才成为营造法治过程体的必要因素。

然而,一个法治社会中,除各类受范人、适法人外,还有各类监督人、仲裁者、执法人、司法者参与。某种意义上看,此类人等正是法治社会的主体力量。因而这些人思想、业务素质如何,直接关系到国家从法制到法治社会的成败。基于此,合格法治人才的适时与适量培养,也是营造权力法治化动作环境的重要环节。这当中:

首先要注重全民综合素质特别是法律意识的提高。法治工程,是一个全民参与的社会工程,因而,某种意义上看,全民皆为该法治工程的“施工者”即广义上的法治人才。因而人才培养,首先免不了全民素质的提高。所谓全民,不仅包括成年人,还包括青年甚至幼儿教育。实际上,思想素质、法律意识,就必须从对青少年甚至幼儿的耳濡目染、着意灌输抓起。所谓综合素质,包括伦理道德、精神文明素质、智力文化水平、思考力、理解力。所谓法律意识,包括对法律常识的了解和对法律程序的高度尊重;对国家法律法规的切实遵循以及对司法判决——主要指已经生效的民事、经济、行政判决的自觉执行,等等。

第二、着重对法治专业群体的操守、业务素质的适时培养、定期检查和度量才德录用。所谓法治专业群体即上文所述的法治社会中各类专业监督人、仲裁者、执法人、司法者等。这当中,除已经就职于此类法治岗位的人才外,还应包括行将就职于此类岗位的人才,如法律大专院校的学生等。

英国哲学家培根(Francis Bacon)有一句名言:“一次不公的判断比多次不平的举动为害尤烈。因为这些不平的举动不过弄脏了水流,而不公的判断则把水源败坏了”。^②我们认为,历史上的培根此言虽是针对司法人员而言,但现代社会中,由于各类专业监督人、仲裁者、执法人等,都在不同程度、不同范围内判断着行为与规范的符合性,因而这种“为害尤烈”的情况,实际上可程度不同地及于法治社会的各类专业法治人员。基于此,对此类人等的素质培养和要求,乃是我们锻造和调理各类法治人才不可或缺的策略和手段。

第三,罗致、延揽出国留学人员中的优秀人才。改革开放以来,我国大批优秀人才或自费、或公派出国留学。

所赴之地,大多有较为现代的法制体系和法治传统。对西方法律,尽管我们反对不顾本国传统与当今现实的西法移植主义,但与此同时,我们也不能隐人完全不讲扬弃与借鉴的国粹主义中去——那种只见本国之优、无视他国之长的自我封闭,实质上是自我戕害。事实上,任何一国在任何界域,都不可能尽皆“国粹”——都有一个借鉴域外优秀文化遗产的问题。更何况,我国法律制度确实既不现代也未然法治。因而,对国外法律文明成果,我们既不赞成全盘移植;也不主张尽皆抛弃,而主张扬弃、借鉴其中之优秀文化精髓。有鉴于此,对经耳濡目染国外法治观、因而有较强法治意识和法治业务水平的各类归国法治人才,我们应当有意识地去罗致、去延揽,并注意随时度量其德才录用。这样,我们才能以他人之长克己之短,逐渐营建起人才荟萃的法治人才系统来。

(四)权力法治工程的经济化 经济化,在此主要指以尽可能小的社会资源耗出,获得最大限度的对法定权力的法治效果。即,对权力法治化工程有必要按照社会经济学、制度经济学的社会产出大于社会投入的效益原则,对各类法治因素按照市场经济的最佳资源配置原则,实行科学投入、合理配置、高效产出。在此方面,我国早有学者就市场经济与立法的关系,进行了相当深入的研究,指出国家在立法规划、顺序方面,似应以“最有效的促进社会资源的配置以及最佳使用立法资源为标准”。^③这一主张,与我们上文提到的“同步立法为主,有限超前为辅”的立法观点,实际上并不必然相左——二者只是研究问题的出发点不同而已。也就是说相对于社会的物质经济基础而言,我们主张“同步立法为主,有限超前为辅”的立法模式;相对于社会效益而言,我们赞成“最有效的促进社会资源的配置以及最佳使用立法资源”的立法规划和顺序标准。但是,假如因为操作不当而致二者真的相悖,则应考虑经济效益优先原则,即应通过对上述“为主、为辅”的幅度掌握上的灵活与变通,达致社会资源的最佳配置。

同理,除立法设计外,对法治社会的各类法治因素,均应根据此类经济学原理,测算出此类法治要素的社会成本和社会效益,进而完成权力法治化的设计方案——惟使其所得效益较高,才能最终达致法治化环境“营造”的基本成功、成行。反之,则法治化环境不但难以营建,即便人为地预设成功,也将因难于操作或社会效益低下、阻碍了社会经济基础的发展,而被验证为该上层建筑与经济基础不宜而应淘汰、摒弃。不消说,如此结局,表明立法者预设的法治系统不是对现存社会关系宜于调整的法律过程体的准确反映和写照,必须依据社会经济关系的现状,按照经济化的原则,重新测算与设计。

本文责任编辑:李郁平

^① 这里之软要件,特指社会意识形态;硬要件指社会物质经济存在和政治基础。

^② [英]培根:《培根论说文集》,商务印书馆,1958年版,第193页。

^③ 参见苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社,1996年版,第100页。