

现代社会中的司法权（上） ——由中国法律的实效性问题的检讨司法权的性质

程春明、泮伟江

1906年的清政府官制改革，改刑部为法部掌管全国司法行政工作，将大理寺改为大理院作为最高审判机构，并颁布了《大理院审判编制法》（注：柴荣：《浅析清末司法制度之变革》，内蒙古大学学报1999年9月。）。司法制度作为一种独设的制度由此被写进了中国法律制度的历史。随后近一百年的时间里，西方现代意义的司法制度却始终没有在中国生成，对中国的社会转型产生足够深刻的影响。在现代社会构建中，司法制度究竟处于一种什么样的地位？司法权对现代社会的政治以及现代社会本身而言究竟有何种重要性可言？为何西方意义的司法制度，在中国的百年发展中总是步履维艰？中国究竟需要一种什么样的司法制度？时下论述司法改革多为程序法学者，其语境是具体的诉讼制度的现代化补课，而较少从历史的和理论的维度，对制度的司法理论演变进行系统的梳理和思考（注：陈瑞华：“我作为一个研究诉讼法和司法制度的学者，一个基本观点是：如果目前还匆匆忙忙像当年搞审判方式改革那样，一起来推动、搞大量的对策研究，不仅无济于事，解决不了现存的问题，甚至又会改出各种各样的问题，把整个改革成果架空。我觉得与其现在要搞司法改革的对策研究，不如搞一点基础理论研究，即什么是司法权？司法权的本质特征是什么？社会生活究竟有哪些领域需要司法权的介入？哪些领域需要行政权、立法权介入？我们能不能从理论上在它们之间做一个划分？这个工作尽管非常复杂烦琐、也是最基础性的，但却是最关键的，司法权的定位搞不清楚，搞改革不仅难以收到成效，甚至会背道而驰。”参见《司法改革之路——司法公正研讨会综述》。<http://www.jc.gov.cn/personal/ysxs/fnsx2/fnsx1018.htm>）。笔者认同目前程序法学者对司法制度的研究并观察到其研究成果对实践产生了相当积极的影响。但就长远而言，以上几个问题，对于中国现代司法制度的改革和建构，乃至对中国法治建设和社会整体和谐发展来说，都无法轻易绕过。

本文从学术史的角度切入，将现有的司法权研究成果归纳入三种理论范式之下：以三权分立理论为核心的政治哲学视角、以市场经济为特征的经济自由主义视角以及强调纠纷解决的法律社会学视角。在检讨各个理论范式之后，本文指出从效力论的角度切入司法权研究，重新检讨三权分立理论范式，是解答上述问题的关键。借助于哈贝玛斯的交往行为理论，以及他对民主和法治的内在关系的分析，本文最后从商谈论的角度来反思司法权的性质和地位，从规范和现实两个维度指出了中国司法权运作的内在逻辑，并试图提出了破解理论困境的可能方案。

一、三权分立范式中的司法权

对于中国知识界来说，司法制度首先是伴随着三权分立的理论进入到中国的。而三权分立制度在百年中国宪政发展史中所处的尴尬境地，也大致反映出中国司法制度之地位。

1840年鸦片战争之后，西方列强用坚船利炮打开了中国的大门，从此中国于屈辱之中被迫与西方列强较量，被动或主动接受西方文明的传播。洋务运动的失败，使中国一部分知识分子进一步认识到西方国家的强盛不仅仅得益于坚船利炮，更在于其背后的一套有效的政治制度。正是在这样的背景之下，中国学者开始关注西方的政治制度和政治思想，认定国与国之间的竞争并不仅仅是技术的竞争，更是政治制度的竞争。中日甲午战争的失败，给了中国朝野很大的震动，也使得中国知识分子注意到了——一个事实：日本政治制度按照西方制度作了彻底的变更。戊戌变法，便是在这样的背景之下发生。百日维新是中国历史上首次在制度和思想上，系统研究和学习以三权分立为核心的西方政治制度的尝试。

所谓的三权分立，按照维新运动的领袖康有为的理解，就是：“其言政权有三，其一立法官，其一行政官，其一司法官。立法官，议论之官，主造作制度，撰定章程者也；行政官，主承宣步政，率作兴事者

也；主法官，绳衍纠谬也。三官立而政体备，三官不相侵而政体举（注：康有为：《日本变政考》，故宫博物院藏本，卷一按语。）。”在康有为看来，西方列强之所以在和中国的屡次较量中总是处于上风，主要在于其实行了三权分立的政治体制（注：泰西之强，不在炮舰军兵，而“在其政体之善也”。康有为：《日本变政考》，故宫博物院藏本，卷一按语。）。而日本以区区弹丸之地，居然在甲午海战中大胜在世界海军中名列前茅的大清海师，也正是学习西方政制的结果（注：“日本变法之始，先正定官制，可谓知本矣。”参见何金彝：《康有为的政治改革与孟德斯鸠的三权分立学说》，学术月刊1997年第二期。）。因此，在《上清帝第六书》中，康有为提出了自己的政治主张：“近泰西论证，皆言三权，有议政之官，有行政之官，有司法之官，三权立，则政体备（注：康有为《应诏统筹全局折》，有学者指出，这段话实际并未出现于康有为的《应诏统筹全局折》，而是其在流亡日本期间特意加上去的。参见孔祥吉“《戊戌奏稿》的改纂及其原因”，《晋阳学刊》1982年第2期。不过对于本文来说，关键在于考察康有为对三权分立制度的理解。）。”

康有为领导的百日维新运动虽然很快就失败了，但是康有为倡导的三权分立的政体思想，此后却若隐若现地贯穿于中国发展的反思中。我们今天反省康有为的三权分立理论，发现很可能是康有为的观点代表中国的三权分立理论。

首先，这种理论是在“救亡”主题下通过引进三权分立理论切入政治体制改革。在论证三权分立理论制度的合理性的时候，更多地是强调这一政治理论支持下的政治制度，在经验上和西方国家的国富民强恰好正相对应（注：在康有为的论述中，体现这一思想的论证随处可见，此种思想也大量见于其他学者和政治家的论述之中。例如康有为在《请定立宪开国会折》中所说：“自三权鼎立之说出，以国会立法，以法官司法，以政府行政，而人主总之，立定宪法，同受治焉。人主尊为神圣，不受责任，而政府代之，东西各国，皆行此政体，故人君与千百万之国民，合为一体，国安得不强？吾国行专制政体，一君与大臣数人共治其国，国安得不弱？”又如在《中华救国论》中引用英国人博拉斯对美国政治的评论：“美人之能运其民主之制也，以有恭敬爱法守法之念也，概道德与物质之发明，过于政治，而后能成此大业也。”）。这种论证逻辑暗含的另外一个逻辑就是，当发现三权分立的政体理论和政治制度，对于提高中国的政治、军事和经济实力可能并没有帮助的时候，我们也可以弃之如敝屣。在论证三权分立制度是否适用中国的时候，争论的双方往往不是在争论此一政治制度本身内在的价值合理性，而是争论其对促进中国国力发展而言，是否是必须和唯一的。杨小楷和林毅夫之间就中国经济发展“后发优势”和“后发劣势”的著名争论，即为其显著一例。

和第一个特点紧密相联系的是，康有为很少去关注三权分立制度之中各个权力之间的特性以及相互之间的关系。什么是立法权？什么是司法权和行政权？作为三权分立之中的重要一极，司法权究竟有何特质？司法权凭借什么使得其作为独立的一极，从政治权力中分立出来，并且和其他权力形成制约和平衡？其和立法权和行政权之间究竟是如何制约和平衡的？三种权力又各自承担了哪些角色和功能？康有为并没有给出非常详细的论证和思考，后人在论证或否定的时候，也总是有意无意地进行一种印象式的否定和印象式的捍卫。

这种理论的第三个特点，则意在用三权分立制度来取代君主专制，限制君主绝对的不受制约的专断权力。从此以后，政府的合法性基础逐渐从君权神授转变成人民主权。在我们看来，三权分立论传播到中国以来，在理论上可能是肤浅的，在制度运作上也可能是失败的，但这并不影响其在合法性理论上对中国历史发展的重大贡献。

三权分立理论自被介绍到中国来之后，生不逢时。三权分立强调权力的制约与平衡，而对处于内外交困的中国来说，保持一个强大的，具有足够权威和动员能力的中央政府，却是必须的。三权分立制度演变得不好，制约和平衡往往蜕化为政客们各自把持一个部门，互不退步，仅仅有制约而没有平衡。这种闹剧事实上自三权分立制度开始在中国施行之后，一再上演。另外，对于处于转型期的中国来说，保持一个稳定的政治和经济环境是相当重要的，一旦开放国会，放开舆论，则民众容易在转型期的一些黑暗现象刺激之下，在激进知识分子的鼓动下情绪激动，从而演变成全国性的动乱。因此，三权分立制度虽然被看作是挽救中国的灵丹妙药，并且对中国知识界和精英阶层产生了强大和持久的吸引力，但是并没有在中国安家落户。

二、市场自由主义逻辑下的司法权

因此，如果我们用三权分立制度的框架来研究和解释中国司法制度的历史和现实，似乎缺乏解释力。取代三权分立这一理论范式，试图重新理解和解释司法制度对近现代中国社会意义的，在我们看来，是经济自由主义的理论范式。这种理论范式继承了三权分立理论引进者们所具有的民族主义的内涵，但是用经

济系统取代了三权分立制度所代表的政治系统。对他们而言，这种取代是正常的，并且是名正言顺的。

最全面、系统论证这种经济自由主义范式及其和中国相关性的是华人学者黄仁宇先生。黄仁宇在《资本主义与二十一世纪》中详细探讨了现代资本主义制度在西方兴起和发展的整个过程，也详细分析了西方学者所作的关于资本主义的种种学说。黄仁宇认为现代资本最早起源于威尼斯，中经荷兰，而最后在英国成熟。而从资本主义的最后成型阶段的英国来考察，则可以发现要从前资本主义的农业体制转化到资本主义体制，必须“一方面必须将其上层结构改组，以便迎合新法制，通常也要翻转其底层结构，以便产生能够互相交换的局面，更要经过一段司法与立法之改革，才能使上下之间关系密切联系，也才能使以上三个原则顺利发展，通过财政税收币制诸种政策，使公私互为一体（注：黄仁宇著，《资本主义与二十一世纪》，生活·读书·新知三联书店，1997年5月第一版，第32页。）。”至此，“整个国家方能够用数目化管理”（注：黄仁宇著，《资本主义与二十一世纪》，生活·读书·新知三联书店，1997年5月第一版，第32页。）。因此，黄仁宇也概括出了资本主义必然具备一种技术性格，这种技术性格又具体表现为三个特征：（1）资金广泛的流通，剩余之资本透过私人贷款的方式，彼此往来。（2）经理人才不顾人身关系的雇佣，因而企业扩大超过所有者本人耳目能监视之程度。（3）技术上支持因素通盘使用，如交通通信、律师事务及保险业务等，因此各企业活动范围又超过本身之能及（注：黄仁宇著：《资本主义与二十一世纪》，生活·读书·新知三联书店，1997年5月第一版，第32页。）。以上三个条件，又全靠信用，而信用必须依赖法治维持（注：黄仁宇著：《资本主义与二十一世纪》，生活·读书·新知三联书店，1997年5月第一版，第32页。）。黄仁宇关于资本主义的思考，首先得益于他对明朝税收制度的研究和思考，之后，并受到了李约翰博士的启发（注：黄仁宇著：《中国大历史》，生活·读书·新知三联书店，1997年5月第一版，中文版自序部分。）。

用这种分析框架，黄仁宇在系统研究了中国历史之后用一种散文的笔调系统反思了中国从商周一直到近代国共两党的合作和抗争。对黄仁宇来说，由于特殊的15英寸等雨线的存在，使得农耕的中原地区和周边游牧民族生活的草原地区区分开来，因此使得世界上最长的国防线的存在成为必要，也因此催化出一个统一的集权的中央政府。由于黄河以及黄土高原的存在，使得黄河水灾的泛滥成为整个中原地区必须共同面对的大事，也使得统一的中央集权的中央政府，对务农的中原地区来说显得必要。正是由于这两个内外原因，使得中国早在秦朝的时候，就建立了现代意义的集权的统一的中央集权国家（注：黄仁宇著：《中国大历史》，生活·读书·新知三联书店，1997年5月第一版，前五章部分。）。但是这种政治商的早熟，从长远的眼光来讲，给中国带来了深远的影响。因为这种中央集权的政府，表面上看起来相当强大，其实力却以大批小自耕农征税和抽调人力为准。基于这个原因，如何保证强大的国家权力能够直接面对原子化的小自耕农，便是汉代之后中央政府的一项重要任务。之后政府打击和限制地方上的乡绅势力，以及重农抑商，都可以从中得到解释（注：黄仁宇著：《中国大历史》，生活·读书·新知三联书店，1997年5月第一版，前五章部分。）。另外，由于当时科学技术以及交通等等的诸多限制，也使得中央政府日常管理国家能力相当有限，不得不在技术之外，依靠文化和意识形态的方式来统治。这种统治特征和性格，也影响到了法律和司法在中国的命运。因为对传统中国来说，小农固然请不起律师，官僚组织也无力创制复杂的治理理论。因此中国的政府，往往以道德代替法律，更以息争的名义，责成里长甲长乡绅将大事化了，小事化无。一方面将衙门的工作分量减轻，一方面则阻塞底层社会里各种经济因素公平而自由的交换（只因为最原始型的交换才能被众目公认，稍带现代型的分工合作，及于较繁复的契约关系，即无社会之保证）（注：黄仁宇著：《资本主义与二十一世纪》，生活·读书·新知三联书店，1997年5月第一版，第二十五页。）。因此，对于传统的中国来说，独立的并且有国家强制力在背后做保障的司法制度，始终不可能形成。而这样一个司法制度，对于现代资本主义社会来说，则具有至关重要的价值。

也是凭借这个分析框架，使得黄仁宇为中国百年来的宪政实践的失败找到了一个理由，那就是虽然整个国家的上层制度已经得到了改进，但是因为整个国家的下层，始终没有得到变换，所以上层的改革始终缺乏下层改革的支持，使得中国的宪政改革，始终停留在名存实亡的尴尬境地。尽管如此，黄仁宇还是认为，国民党领导的民国政府，已经对中国的上层政治结构，进行了相当彻底的改革，而中国共产党领导的农民革命，则相当彻底地改革了中国的下层社会。今后中国改革的方向，是如何将两个各自做了彻底改革的上层和下层进行了改组，彻底改变黄仁宇所说的“潜水艇夹肉面包”的状况（注：黄仁宇著：《中国大历史》，生活·读书·新知三联书店，1997年5月第一版，第十七章到第二十一章部分。）。而所谓的中层机构，不外乎就是各种交通设施，银行，以及司法制度等各种服务于经济系统的技术支持。

黄仁宇没有详细说明他所说的法律究竟是一种什么样的具体含义。不过从黄论述的字里行间，或许我们能够预见，他所说的法律，首先是要保障私人的财产权益，其中所言的法律上的公平，则被限定为经济交往的公平之中。其次，必须具备一定的形式特征，具有稳定性和可预见性。我们或许可以将这种法律概括为“自由主义+形式主义”。如此，司法制度在黄仁宇的法律观念之中，或许比立法制度具备更加实质性的意义。立法制度或许可以在革命之中显示出力量，但是在常规的市场经济中，以法律职业共同体为支撑的司法制度或许更能够体现法律的这种技术特征和信用特征。甚至法律最后就是一种确定的知识体系，可以恒久不变，也不受变化无端民主制度的干扰（注：黄本人也多次用独立不受干扰的司法制度，直接替

代在其他各处法律的说法，例如，黄本人在一九九九年十月二十三日宣读于葡京里斯本“葡、澳与中、欧关系国际检讨会”宣读的“资本主义与负债经营”一文，就出现了这样的说法：“现代经济之有全面性，有如液体封闭于油管，能够保持固定的压力，乃是基于许多技术条件的支持，有如：交通通讯的设备能使统计确实，货币制度之健全能使广泛的交易可能，一个独立的司法系统足以保障各种交易确为公平而自由，而且社会的基层组织已经成熟，内中各种成分须要交换，是为常态”。)。而法律制定的过程，法律专家所起到的作用，更要强于议会制度中的人民代表。在这种经济法律观中，民主制度实际上已经被架空，而法治精神，也脱离了和民主精神的内在联系。如此，中国即使没有成熟的民主制度，也可以有适应市场经济体制的司法制度存在。黄仁宇虽然没有明说这层含义，不过也离此不远了。

往后中国发展的经验，也在相当大的程度上验证了这种推论，尤其是在“改革开放”之中国。在“以经济建设为中心”的改革思路确立之后，经济学家和法学家对中国社会的影响力正在逐渐加强。随着经济体制改革的深入，各种法律制度，尤其是和经济改革相关的经济法律制度逐渐完善，甚至包括象破产法和金融法这种相当前沿的制度也正在逐渐发展和完善。之后“市场经济就是法治经济”的提法逐渐正式化和官方化，在1997年，中央政府提出“依法治国”、“市场经济就是法治经济”，并且提出将法治作为中国的基本治国方略。因此，就司法制度来说，改革开放之后中国的司法改革，首先是和经济活动关系密切的诉讼制度的改革拉动起来的，而所谓的司法公正，其中很重要的一个内容，也是经济活动中的司法公正（注：王亚新《论民事、经济审判方式的改革》，载《中国社会科学》1994年第一期。）。在刑事审判中的公正问题，尽管一直有相当多的学者关注和努力，但是总是不如民事制度的改革来得快，来得及时。之后，中国的经济随着市场化的深入一路迅猛发展，各种立法也逐渐完备，司法制度尤其是民事司法制度的逐渐发展，则确实成为一个不争的事实（注：王亚新：《论民事、经济审判方式的改革》，另外可参见潘剑峰：《中国司法制度改革的若干问题》，烟台大学学报2001年4月。）。而改革开放之后，经济自由主义思潮之所以能够在中国生存并形成一定的影响，与其和市场经济逻辑上的某种契合不无关系。

三、法社会学视角下的司法权

我们不难发现，第二种视角之下的司法权，事实上已经改写了三权分立理论关于司法权的定义，切割掉司法权在政治哲学视角之下的规范意义。这种将法律和经济因素结合在一起，法律为现代经济体系服务的观点，表面上强调了法律对现代社会的重要性，但是实际上却使得法律在某种意义上被边缘化了。法律的合法性和正当性，必须从经济活动中得到解释。这和经典马克思主义理论中法律是经济基础的反映的理论基础几乎一致。因此，重新改写启蒙以来资产阶级革命的历史，就成为很自然的过程。无论是马克思，还是黄仁宇，在提到诸如法国大革命的时候，也总是喜欢从经济上来考虑人权宣言的提出（注：可参见黄仁宇在《资本主义和二十一世纪》中对法国革命和英国革命的评述。黄仁宇：《资本主义与二十一世纪》，三联出版社，1997年5月第一版。另外，黄仁宇对法律和市场经济的这种研究进路，很可能受到另外一个马克思（马克思·韦伯）的影响，韦伯和马克思之间对待经济和法律的关系，有本质性的差异，尽管如此，两人的学术观点到了中国，居然也能够被如此奇妙地糅合在一起，也堪称趣事一件。另外，黄仁宇先生本人对中国的判断，例如治水模式的理论，也受韦伯名著《儒教与道教》的影响不少。）。虽然这种理论视角强调人的自由权利，但是这种自由权利是以人的私有财产权为核心的。正如亚当·斯密所说的，经济系统构成了一种独立于人类控制的一种自主系统，这种自主的系统的运作，有着自己独特的逻辑和力量，最终将影响到政治制度和法律制度的运作，从而席卷一切，将人也异化成其中的一个元素。而人的主体性，人的价值因素和道德因素，最终也会被消除干净（注：可参见哈贝马斯著，童世骏译：《事实与规范之间》生活·读书·新知三联书店，2003年8月第一版，第二章。）。

由此可知，这种理论视角之下法律的制定并不是基于人民意愿的表达和交流，而在于其和经济系统之间的关系。真正制定法律的是那些法律专家，而不是代表人民利益的人民代表大会之间的协商和讨价还价。经济专家和法律专家在现代中国的特殊地位，正好说明了这一点。然而，专家们认为重要的东西，未必是普通老百姓能够理解并对此表示认同的。由于中国制度的特殊性，人民代表大会代表并没有在法律制定过程中起到实质性的作用。大量的大学教授和法律专家以及政府的政治和技术专家，承担了事实上的立法任务。而这些专家制定的法律，最后又往往沦为西方现成法律的复制品，而不是基于中国人民长期生活实践的升华。这样的法律的实际效果如何是无法进行实效评估其预期的。事实上，长期以来中国司法判决的执行难问题，一直是这个问题的副产品。而由于现代法律所特有的复杂性，所以很难要求普通老百姓在日常生活中完全了解法律（注：关于普法的问题，可参见凌斌《变法、法盲和法治》，

<http://www.xbzfdl.com/article/printpage.aspx?id=450>然而普通人对复杂的现代法律，并不十分了解，这是现代社会非常普遍的问题，而不仅仅是一个中国问题。这倒是给我们提供了一个极好的机会，来反思立法中专家和民主之间的关系问题。）。因此，法律在多大程度上得到遵守，又必须要由司法判决来体现。

决大量存在于老百姓之间的纠纷。这一现象引起了许多法理学者注意的思考。最初从“秋菊打官司”这一艺术作品开始，苏力严厉地质疑了这种法律专家占主导地位的，移植西方法律制度的政府推进型的法治模式。在苏力看来，这种政府推进型的法律移植模式，在知识观上受启蒙运动以来天赋人权观的影响，是以知识的客观性和普遍价值观为基础的（注：苏力：“变法、法治及其本土资源”，载苏力著：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年10月第1版。）。在著名的“秋菊的困惑和山杠爷的悲剧”一文中，通过对电影《秋菊打官司》的分析，苏力提出了知识的地方性问题，对启蒙的大写的真理观提出了批评。同时，通过对《被告山杠爷》的分析，苏力也开始注意到国家权力的边界问题（注：苏力著：“秋菊的困惑和山杠爷的悲剧”，载苏力著《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年10月第1版。）。国家权力的边界问题，其实已在苏力稍早的一篇论文“法律规避和法律多元”体现出来。在这篇论文中，启发苏力思考的是中国当代中广泛存在的“私了”现象。“私了”现象，本质上就是在谋求纠纷解决的过程中，回避国家正式司法机关，或者仅仅将其作为纠纷解决背景。秋菊和山杠爷的例子仅仅表明国家正式的法律制度虽然有效运作，但是不被理解，并且在强制执行之后产生了一系列意想不到的不利后果。“私了”现象的广泛存在，和司法判决的大量不被执行一道，直接表明国家正式的法律制度已经失去了吸引力和运作能力，已经被逐渐边缘化了（注：苏力：“法律规避和法律多元”，“再论法律规避”，载苏力著：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年10月第1版。）。通过对一件农村私了案件的分析，苏力得出了如下两个结论：（1）“以中国传统法律为基础的中国民间法律对以欧洲法律为模式的法制”存在着“一种抵制”。（2）即使在同一个国家内部，也存在着诸如大传统和小传统等多元的法律模式，在各自的领域中发挥着作用（注：苏力：“法律规避和法律多元”，“再论法律规避”，载苏力著：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年10月第1版。）。在《再论法律规避》一文中，苏力强调了民间法对国家法的启示意义。

苏力同时也在《法治及其本土资源》的其他几篇文章中公开宣布，其拒绝从诸如三权分立这样政治哲学的角度来论证和反思中国的司法制度（注：苏力：“论法律活动的专门化”，载苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年10月第1版。）。对苏力而言，社会学的视角，以及法律技术的方法，更具有吸引力和启发性。虽然如此，苏力却反对和抛弃传统的法律教义学的法律方法论，以及规范分析的研究视角（注：苏力：“也许正在发生”，<http://www.law-thinker.com/detail.aspx?id=1678>。）。另外，苏力也强调其所做的工作是对法律制度的学术研究和哲学思考（注：苏力：“什么是你的贡献”，苏力著：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年10月第1版。）。

受苏力问题意识的启发，同时也受黄宗智《华北的小农经济与社会变迁》（北京：中华书局，1986）和《长江三角洲小农家庭与乡村发展》（北京：中华书局，1992）以及杜赞奇等人关于国家权力深入农村基层等观点的影响，从现代性的角度对这种现象作出了和苏力的观点有联系，但是完全不同的解释（注：强世功著：《法治与治理——国家转型中的法律》，中国政法大学出版社2003年第1版。）的研究引人关注。和苏力一样，强世功对这种法律的实效研究，也以经典的案例为焦点，这就是他自己在陕北做社会学调查时所见证的“收贷案”（注：强世功：“法律是如何实践的”，“法律不入之地的民事调解”，载强世功著：《法治与治理——国家转型中的法律》，中国政法大学出版社2003年第1版。）。收贷案和秋菊案件之间很大的不同，就是秋菊案明确表明的是对司法判决的逻辑的理解问题，而收贷案，说到底可能未必是理解的问题，而是执行的问题。执行的问题，本质上是一种行政权力，而未必是司法权力，是和国家权力如何延伸到基层的问题联系起来的。苏力告诉我们，国家强制力并不能解决问题。而强世功则告诉我们，国家强制力本身也存在着一个被接受的问题。无视这些问题，国家强制力就变成了单纯的暴力。对于前现代社会来说，虽然国家权力无法延伸到农村基层，但是国家的意识形态是通过科举制度散播到乡村知识分子之中，并通过乡村知识分子散播到普通老百姓的日常生活之中。为国家权力作合法性论证的儒家伦理，经过几千年的教化，已经根植到中国普通老百姓的人心之中了。自从科举制度取消以后，再经过“五四”新文化运动，儒家的意识形态已经从意识层面和制度层面被消减了。与此相映成趣的是，晚清之后，由于强大的国际竞争的压力，明朝之后具有保守性格的国家权力，却不得不在财政和税收等各个方面向地方基层延伸。司法制度在中国的建立，扩展，恰恰是在这样背景之下进行的（注：强世功著：《法治与治理——国家转型中的法律》，中国政法大学出版社2003年第1版，然而很多人在考察中国司法制度演变的时候，往往在传统和现代的二元模式中忽略了背景。如左卫民、周长军著：《变迁与改革：法院制度现代化研究》，法律出版社2000年版。）。苏力本人在“本土资源”这一概念受批评之后，也逐渐将注意力转移到国家权力延伸到基层这个思路。苏力的《法治及其本土资源》之后，其第一本专著取名为《送法下乡》，即取此含义。从《法治及其本土资源》到《送法下乡》，苏力关注的重心，悄悄地从民间法转移到了国家基层的司法权之运作逻辑。原来民间法和国家法之间、中国本土资源和西方法治经验的二元对立，慢慢地演变纠纷解决和规则之治、灵活的司法和僵硬的立法之间的对立了。对苏力而言，似乎在背后支撑立法的是法学教育和学术体制，而法学教育和学术体制所生产和传授的则是西方的法学知识，这种由西方历史经验向中国实践的传送带，被苏力看作是一种权力意志。在苏力看来，真正中国的法治和法学知识的生产，应该摆脱这种传送带，并且逆向传播法学知识（注：苏力：“基层法官知识的开示”，载苏力著：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社2000年第1版。）。

对于向农村基层扩展的国家权力而言，其本身的合法性需要重新确立。正如上文指出的，儒家的君权神授合法化模式之后，在中国占支配地位的合法性模式是人民主权模式。强世功从苏区时期革命根据地的司法制度到现代的司法制度的考察，正是试图了解这种合法性重建的逻辑和效果。对强世功来说，这种合法性重建，具体到司法机关来说，首要的就是司法机关对纠纷的解决，并且最终能够被群众的接受。也就是所谓的群众路线模式（注：强世功著：《法治与治理——国家转型中的法律》，中国政法大学出版社2003年第1版，第二章。）。

在苏力的概念体系中，制定法实际上不具效力，缺乏解决纠纷的能力，是和对西方法治模式的移植联系在一起。在某种意义上说，似乎是对前者的批评，其实也就是对后者的批评。由于法律的实效问题，使得苏力对立法模式本身也产生了深刻怀疑。在苏力的概念体系中，中国法治的问题不是司法的问题，而是立法模式的问题。在立法模式中，因为法治是一种规则之治，法治强调司法推理的客观性，强调司法判决对制定法的忠实不二。因此，司法仅仅是法律的嘴巴。一旦通过司法层面发现法律的实效问题，那么也就否定了立法模式本身的问题了。苏力后期强调司法权所具有的纠纷解决功能，强调基层司法权运作的赤脚医生化，强世功详细考察并正当化司法权运作的行政调解化，凌斌强调司法权运作的群作路线，强调司法权运作的民主化，恰恰是在这样的理论背景中提出来的：一方面以现实主义的态度面对强制执行的司法判决的蛮横、无理和外强中干，另外一方面，仅仅把目光局限于司法权的运作，并将司法权和其他国家权力，尤其是立法权中抽象、割裂出来进行考察和论述。在这一点上，苏力和他所批评的市场自由主义视角是一样的，他们都有意忽略了立法权对司法权所施加的影响。

原载于《中国司法》2005年第9期。

相关文章

现代社会中的司法权（下）

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办
电话: 64022187 64070352 邮件: law-culture@163.com
地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720