

中国法学会邮件系统

用户名 密 码

信息检索

包含字符 检索内容 检索字段 排序字段 排序方式

一月信息排行

Commun

法学论坛 >> 论坛专题 >> [法理学](#)本层分类：[法制史](#) | [行政法学](#) | [刑法学](#) | [民商法学](#) | [诉讼法学](#) | [法理学](#) | [宪法学](#) | [劳动法](#) | [知识产权法](#) | [投稿须知](#) | [经济法](#) | [探索争鸣](#) | [国际法](#)[→ 法理学](#)

法律的可诉性：现代法治国家中法律的特征之一

阅读次数： 585 2006-11-27 9:35:00

法律的可诉性：现代法治国家中法律的特征之一

(王晨光)

长期以来，我国法理学界公认：法律作为最有效的社会整合机制之一不同于其上层建筑中的其他社会规范；它具有规范性、国家意志性、强制性、以权利和义务为内容等特征。与之相适应，法律具有指引、预测、强制、教育和评价等规范作用。（注：北京大学法学理论教研室：《法学基础理论》，北京大学出版社1984年版。其他同类教科书，如国家教委和司法部组织编写的教材、各大学自行编写的教科书，都在不同程度上采用了这种观点。）

笔者认为：这些特征和规范作用确实真实地反映了法律的属性，但是它们仅从一个角度反映了某些重要方面的属性，而忽略了其他的角度和方面，不能完全反映现代法治的要求。此说根据有二：(1)从法律概念层面上看，上述特征的出发点和运作中心是国家和政府。而现代法治国家不仅强调政府的推动作用，更强调广大人民群众参与和人民主权的落实。（注：在近期发表的众多文章和1997年法理学年会中，不少学者对以法治国的主体进行了深入探讨。虽然观点不尽相同，但人民作为法治的主体（至少是主体之一）则是多数学者的共同看法。）(2)从法律运行层面上看，无论是规范性、国家意志性、还是强制性都暗含着一种自上而下的运行模式，即法律是由国家制定的、用以治理民众的、具有强制性的规范。（注：有的教科书讲：“一国执政者特别看重法律、制度的作用，以法治国，即为通常所说的法治。”这种观点显然是这种仅反映从上而下运行方式的法律特征的逻辑归宿。）因此这些特征表述的不过是这种自上而下的运行模式，即由国家制定，民众执行的单

向运行模式。制定法律规范的目的在于用其规范人们在社会生活中的行为。

徒法不足以自行。由文字和规范构成的法律规范不可能自动运行，而要靠法律关系的参与者通过各种主动或被动的行为来实施法律规范，推动其运行。按照上述单向性的法律特征的观点，我国法学界一般将法律规范在社会中的运行纳入法律实施这一范畴，即法律在社会生活中的具体运用和实现。它包括：法律执行，即由国家行政机关按照法定职权和程序实施法律的专门活动；和法律适用，即国家司法机关按照法定的职权和程序具体运用法律处理案件的专门活动。（注：有的教科书讲：“一国执政者特别看重法律、制度的作用，以法治国，即为通常所说的法治。”这种观点显然是这种仅反映从上而下运行方式的法律特征的逻辑归宿。）在这样一个运行过程中，我们不难发现，公民、法人和法律关系的其他参加者似乎起不到什么作用。如果有的话，他们的作用通常被归入守法这一范畴之中，即社会上的一切组织和个人严格遵守国家现行法律规定，严格依法办事的活动方式。（注：有的教科书讲：“一国执政者特别看重法律、制度的作用，以法治国，即为通常所说的法治。”这种观点显然是这种仅反映从上而下运行方式的法律特征的逻辑归宿。）如此而言，公民、法人等不具有公权力的法律关系参与人所能起到的作用不过是被动地遵守规则而已。

由此可见，传统理论对法律特征和作用的论述建立在法律单向运行的模式基础之上，没有为一般民众积极参与法律运行提供充分的理论根据和说明。如果从传统的法律是国家专政的工具、社会控制或狭义的依法治国的角度而言，这样一种单向的、以国家作为立法、执法、适用法律和监督守法启示者的法律运行方式似乎也无可挑剔。事实也确实如此，在社会主义民主受到压制和忽视的时期，这种观念长期被人们所接受。然而，它显然忽略了法治的一个重要方面，且在法律实践中产生了某种偏差和失误。在高扬社会主义法治旗帜的新时期，这种法律概念和运行模式显然无法准确地表述社会主义法治的内涵。

社会主义法治国家的提出（观念的变革）和我国经济体制在市场化道路上的改革（客观环境和社会结构的变化）为我们重新思考这一问题提供了新的视角和机会。

一、法律的双向运行模式是现代法治的要求

按照各国主流法学思潮的看法：现代法治只能以民主制度为基础，是对由国家占主导的传统法律制度和法律理念的否定。它的运作绝不可能采取传统的单向运行模式，即由政府或国家官员立法，并实行从上而下对一般大众的单纯管理、执法和适用法律的模式；而必须采用从一般大众到政府以及从政府到一般大众的不断的立法、规范、监督、反馈和修正的“良性双向运行”（reciprocity）模式（注：Fuller引用社会学家Georg Simmel的话说：政府和公众之间有一种相互尊重，如果这种相互关系被破坏，公众也就不必遵守法律了。Fuller: *The Morality of Law*, 1964, pp. 38-39. Finnis说：法治的理论建立在统治者和被统治者之间的某种互动关系之上。这种互动关系具有自身的重要价值，包括双向性和程序公正。它并非仅仅是实现其他社会目的的手段，故不可为达到其他目的而轻易地被放弃。Finnis: *The Natural Law and Natural Rights*, Oxford Press, 1980, p. 274.）。现代宪法主义和行政法的出现就是这种双向运行模式合理性和必要性的佐证。由此“法治不重复仅仅是公民的准则，而且成了统治者所需要遵循的准则。”（注：W.I. 詹宁斯：《法与宪法》，龚祥瑞译，三联书店1997年版，第32页。）有学者在论述“依法治国”和“以法治国”的区别时指出：“依法治国并不排除政府以法律作为治国的重要手段，不过它强调的是法律的主导地位：政府必须依据和依照法律所批准的方式来思考和行动，治人者须先受治于法，然后方能治人。”（注：郑成良、董进宇、霍存福：《论依法治国之法理要义，以法治国建设社会主义法治国家》，中国法制出版社1996年版，第122页。）我国经济体制改革中提出的“放权”、“小政府大社会”等提法，以及政治体制改革中提出的扩大和加强社会主义民主等措施也都反映了我国社会对这种双向法律运行模式的呼唤。只有在这样一种模式中，人民大众的主动性和积极作用才能发挥出来；法律的民主性和人民性才能得到充分的发挥和强化；法律及其整个法制的合法性才能真正深入人心；社会主义法治也才能奠定在坚实的基础上。

这种双向模式听起来似乎不错。接踵而来的问题是，如何才能使法律运行的双向模式真正在我国的法治实践中得以建立呢？套用马克思的老话：批判的武器不能代替武器的批判，物质世界只能用物质力量去改变。良性双向运行的模式不可能仅仅凭藉理论的论述而建立，而且还要在我国的经济体制改革和政治体制改革不断发展的大环境下，随着社会主义民主的逐步完善和制度的更新而积极推进和建立。这一模式包括在

立法和法律的实施两个层面上的艰苦努力。因此它的建立和完善涉及政府职能的转变、立法的民主化、司法机构的职业化、法律观念的更新、公民权利保障的强化、以及公民参与法律运行程度的提高等方面一整套具体方案和措施的制定和实施。

有关法律特征的思考引起了对法律双向性运行的探讨，而法律双向性的探讨又引发了这众多的方面。可谓牵一发而动全身。本文显然无法涵盖这众多的方方面面，不如还是回到对于法律的一个特征的分析上来，希望以此引发人们从新的角度对法律乃至法治的基本特征进行探讨，唤起对法律运行中一个长期被忽视或没有得到足够重视的层面的关注和研究，从而深化对社会主义法治国家的理论认识和相应的制度设计。

二、法律可诉性作为法律特征的必要性

法律双向运行模式强调一般公众对法律的参与性。被管理和机械守法虽然也是公众参与法律运行的一种形式，但却非现代法治国家所要求的那种积极参与。从政治层面而言，这种参与来自民主制度的确立和完善；从技术层面而言，这种参与来自法律的可诉性（Justiciability），也就是说，法律作为一种规范人们外部行为的规则（从广义而言，法律规范包括规则、原则和立法意图（注：Dworkin主张法律不仅包括法律规则，同时包括规则背后的法律原则和立法意图。只有了解和运用法律原则，才能对法律规则进行完整的解释，从而得出唯一正确的判决。见Dworkin: Law's Empire.）），可以被任何人（特别是公民和法人）在法律规定的机构中（特别是法院和仲裁机构中）通过争议解决程序（特别是诉讼程序）加以运用的可能性。德国法学家坎特罗维其认为：法律是规范外部行为并可被法院适用于具体程序的社会规则的总和（注：Hermann Kantorowicz: The Definition of Law, Cambridge University Press, 1958, p. 79. 坎特罗维其在分析了法律与其他社会规范的区别后指出：以内容、国家渊源和强制性来解释法律的特殊性都不甚令人满意，最为明显的区别应是法律的可诉性。除了坎特罗维其外，本文作者尚未发现其他学者对法律可诉性的论述。这大概是因为在西方社会中，所有法律都可以在诉讼或争端解决程序中被引为争辩的根据。因而法律的可诉性是不言而喻的。这一特点在以判例为主导和基础的普通法系中尤为显著。作为结果，熟视而无睹，当然也就没有必要对其大书特书了。在普通法制度中，法律的可诉性还可指某一争议是否可

以纳入法院的司法管辖权的范围。例如开创美国司法审查权的马伯里诉麦迪逊案就排除了政治决策的可诉性。)。在这一意义上，法律的可诉性是现代法治国家的法律应有的特性。

人们自然会问，既然强制性已经成为法律的特征之一，强制性已经包括了按照法律规定的程序起诉应诉的意思，为什么还要把可诉性单独作为一项特征提出来呢？广义而言，强制性确实包括了诉讼的意思。但是，这种诉讼在很大程度上暗示着由国家主导的诉讼，其主要表现形式是刑事诉讼。而现代社会的法律主要是建立在市场基础上、以民商法和行政法为主干的法律体系。民商法和行政法的运行则有别于刑法的运行。其区别在于：民事、经济和行政诉讼主要是由作为当事人的公民和法人启动的；而刑事诉讼则由国家启动。如果单纯强调强制性，就私法领域而言，市场运行中产生的大量纠纷就会因缺乏当事人的主动性和启动程序而无法通过诉讼途径得以解决。就公法领域而言，政府决策的失误和不断蔓延的腐败就不可能被真正置于有效的法律监督之下。虽然我们有人大，信访，党纪政纪等多种对政府机构和人员进行监督的途径，但真正说来，只有诉讼等法律程序才能将政府机构和人员置于与民众平等的地位，对其行为和权力构成强制性约束，确立其人民公仆的观念。同时，只有通过强调能够激发和鼓励当事人主动性的可诉性，才能使法律成为广大民众手中武器，而非仅仅是政府手中的控制工具；才能体现法律运行中的民主性，建成新型的社会主义法治。在这一意义上讲，法律的可诉性无法被强制性所包容或取代，因而它是一项不可忽视的重要的法律特征，反映了法治的内在要求。

传统的法律特征还包括法律以权利和义务为主要内容。这一特征能否包容法律的可诉性呢？本文的回答是否定的。权利指法律关系主体依法享有的权益和权能。这一特征主要是指法律关系的静态内容，并没有强调法律本身的动态运作方式，因而无法解释和涵盖法律可诉性所表述的现代法律双向动态运行模式。

从法治发展的实际状况看，世界上其他一些法治较为完备的国家的经验也证明法律的可诉性是现代法治国家的法律特征之一。英美的普通法自不待说，它本身就是通过诉讼发展起来的。美国宪法中司法审查权的出现和发展便是一个最好的例证。可以说，没有诉讼就没有普通法。在这种制度下，任何法律规范都可以被作为诉讼的根据。大陆法系虽然以成文法为主，诉讼在其中的重要作用却也无需赘言。我们常常不无讥

讽地说，西方人喜欢争讼（Litigious）。其实从法治意义而言，这种争讼并非一味地具有贬义。除去它所包含的视诉讼为解决争端的唯一途径的观念外，它标志着法律的至上性在社会中的确立，也反映出民众对法律制度的信任和依赖。

法律的生命在于它在具体事实中的应用。否则法律不过是一堆毫无生气的词语。（注：美国霍姆斯大法官的名言：“法律不是逻辑，而是经验”可以说是这一观点的最早表述之一。）法律的应用是由社会中的人赋予的，因而其生命也是人带来的。如果我们仅仅把法律的生命置于政府及其官员手中，也就是说只有政府及其官员才能启动法律的运作，法律制度的运作就永远是从上而下的单向性运作，无法达到法治的境界。当我们欢歌高扬的法治旗帜时，当我们聚精会神地论证人民是法治的主体时，切莫忘记探讨和设计如何使这一旗帜牢牢地根植于社会的方法，以及如何能使人民大众真正行使起主体资格的措施。法律的可诉性的论证和设计将是实现这一目标的措施之一。它旨在把法律和法律运行的启动器交到广大人民手中，把法律纳入摆脱行政和人治干扰的良性双向运作之中。这样法律体系才能成为自发的、相对独立运行的自治体系，才能具有强大的生命力。

三、实现法律可诉性的保障

法律的可诉性作为法律的特征之一并非是一个空泛的口号而是体现着法治精神的具体要求。当然，法律的可诉性不可能因为人们把它列为法律的特征之一而自动得以实现，而是要通过一系列的观念、法律和制度上的保障而实现。

首先，观念的更新是一个重要方面。它需要对法律意识和法律文化进行长期培养。因篇幅所限。本文对此不多论述，而是仅仅列出一些可以考虑的方面。例如：法律关系参与者的诉讼意识的提高（可以想象，如果大多数人仍然像《秋菊打官司》中的秋菊那样，仅仅满足于被动地运用法律“讨一个说法”，而非有意识地运用法律保护自身的权益，法律的可诉性也就无从谈起。）；党政机构及其官员的人民公仆意识的强化（如果各级官员认为自己是超乎法律之上的特权人物，法律的双向运行也就成为不可能。）；司法机关工作人员特别是法院法官秉公执法、依法办事观念的增强（如果司法腐败、把“打官司”转换成“打关系”，法律的可诉性也就无法实现。）。在上述方面，“政法战线在推

进依法治国中居于重要的地位，负有重大的责任。”（注：江泽民在全国政法工作会议上的讲话，见《人民日报》1997年12月26日。）在上述各种意识中，“法律至上”的观念尤为重要。这一观念的宪法根据是宪法第2条和第5条关于“一切权力属于人民”和“维护社会主义法制的统一和尊严”，“任何组织或者个人都不得有违反宪法和法律的特权”的规定。

其次，就法律规范而言，要使法律具有可诉性，在立法时就应注意不仅要在法律规范中制定明确的行为模式和相应的法律后果（奖励或罚则），而且要制定产生纠纷后的解决途径和诉讼主体。

在实践中，我们当然不可能在所有的法律条文中都规定相应的具体行为模式和法律后果。“一个法律规范并不一定等于一个法律条文。”有些法律规范的行为模式和法律后果并不同时存在于一个条文之中。

（注：沈宗灵主编，《法理学》北京大学出版社1996年版，第30页。）此外，有些法律规范在制定中由于种种原因而没有法律后果的规定。西方学者将这种缺乏具体行为模式或法律后果的法律规范称为象征性立法（symbolic legislation）（注：Roger Cotterell: *The Sociology of Law: An Introduction*, Butterworths, 1984, p. 58.）或叙述性立法（narrative legislation）（注：Jan Van Dunne: *Narrative Coherence and Its Function in Judicial Decision making and Legislation*, *The American Journal of Comparative Law*, 1996, vol. 44, pp. 463-478. 第十四次国际比较法协会曾经对没有制裁的法律进行讨论。但其讨论的前提是法官面对这类法律时应当起什么作用。可见叙述性法律的可诉性仍然存在，并未因制裁的缺少而失去可诉性这一重要的法律特征。参见：Bulletin, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 42, 1994, p. 827.）。我们可将其称为宣言性立法。这类立法目的在于宣布一项社会政策、权利或职责。近年来，不少国家立法和国际条约都出现这种倾向，例如人权、环保等方面的立法。但是，虽然我国的宣言性立法和国外的象征性立法或叙述性立法在形式上颇为相像，它们在适用上，即可诉性上，却大为不同。在西方国家，象征性立法或叙述性立法并不妨碍其在法庭或其他纠纷解决程序中被引证为法律根据，因此它们通过判例和司法解释得到重构和新生；而在我国，这种宣言性立法的可诉性则大为削弱，几乎丧失其作为法律规范的功能。

其三，就制度而言，法律的可诉性要求建立解决纠纷的机构、纠纷解决的程序和有效的执行机构。否则纠纷当事人或告状无门、或无程序可寻，立法上规定的权利也如同虚设。例如，法律规定：选举单位和选民有权监督、罢免他们选出的人民代表。但是在实践中原选举单位和选民则鲜有可行的途径行使这一权利。

制度建设还对纠纷解决机构的工作人员，特别是法院法官，提出了更高的素质要求。他们不仅应做到具有抗拒腐败、秉公执法的良好道德，同时也要做到具有深厚的法律功底和精湛的业务水准。如果我们有了相对完备的法律，但是法官们却无法真正理解和掌握它们，法治的实现就永远是纸上谈兵。可以说，从70年代末法制建设开始以来，我国法制建设主要集中在立法工作上。虽然至今仍有繁重的立法工作亟待完成，但我国的法律体系已初步形成。随着这一进程，立法的压力相对减轻，而执法和司法等法律运行中的压力则日益沉重。可以预见，下一个法治发展阶段的突出矛盾将是“有法不依、执法不严、违法不究”的问题。法理研究的重心也将从静态的立法和宏观理论的研究转移到对动态的法律运行的理论和实践的研究。后一种研究将更加深入、具体、生动和艰苦，同时也将更具有法律的独特色彩，更多地参与法律实践。

四、法律可诉性对我国法治现状的启示

我国法制建设已经取得了长足进步，但同时又存在不少弊端。其中一些弊端的形成和蔓延与长期以来法律的可诉性没有得到应有的承认和贯彻不无关系。众所周知，我国在很长一段历史时期内没有依照法律来治理社会和国家，而是奉政策为圭臬。虽然随着法制建设的推进，政策的法律化强化了法律的中心地位，但是法律的政策化则是这一过程的副产品。它的具体体现是政策性法律和宣言性法律的出现，以及法律适用的政策化。

政策性和宣言性法律的主要特点是不具备或很少具备法律的规范性，特别是法律的可诉性。例如“科学技术进步法”、一系列的“权益保障法”和“母婴保健法”等法律中的大多数条文都不具备法律应有的规范性特别是可诉性。严格讲，这些条文都是宣言性法律。它们的宗旨在于宣告一种国家政策和精神，而非在于赋予公众某种赖以诉诸公堂的法律根据和程序。例如“科学技术进步法”规定：“地方各级政府应当采取有效措施，推进科学技术进步。”“国家鼓励……与国外科学技术

界建立多种形式的合作关系。”等。如果某个公民或机构认为国家和政府没有按照上述法律规定办事，他是否有权提出指控呢？如果有，那么向什么机构通过什么程序提出呢？该法显然没有考虑这些问题，或根本就打算考虑这些问题。在其他一些“权益保障法”中，类似的条文不少。很多权益实际上由于缺乏相应的法律后果的规定而流于形式。例如“任何人不得在中小学、幼儿园、托儿所的教室、寝室、活动室和其他未成年人集中活动的室内抽烟。”如果有人违反规定，有什么有效惩治的法律途径可寻呢？恐怕法院也不会受理这种吸烟案的诉讼吧？

本文无意否定这些立法的必要性和合理性。但是不区别法律规范和其他社会规范的不同点，按照道德规范或政策的标准来立法，把不具备法律可诉性的规范用法律的形式制定，显然会降低法律特有的严肃性和威严，从而把法律政策化、道德化。这又带出本节要谈的第二点，即法律适用中的政策化作法也应努力戒除。

政策和法律具有各自不同的实施方式。“上有政策，下有对策”。这反映了政策的灵活性和变通性。如果我们把对待政策的一套办法搬到法律实施中来，建设社会主义法治国家的宏图就难以实现了。因此我们应当对制定那种政策性或道德性法律持审慎的态度，尽量把这类立法以国家规划、人大决议的形式表达出来；如非立不可，则必须考虑并设计出用以保障这些法律实施的法律手段，特别是诉讼途径和机制。就这一点而言，联合国人权宣言等国际法律规范正是力图通过加强其可诉性的方法（如通过联合国的有关法院和欧洲法院等区域性法院机制）不断得以强化和实施。可以说，这一经验对我国的法制建设不无积极借鉴作用。

我国许多法律被作为纲领和宣言制定，因而从来就没有是否要通过诉讼形式或其他争端解决程序实施的问题。首当其冲的就是我国的根本大法，宪法的实施。按照最高法院在1995年颁布的司法解释，宪法条文不得在判决书中直接引用。（注：最高人民法院：关于在刑事判决中不宜援引宪法作论罪刑的依据的复函（研字第11298号），1995年7月30日，摘自《新中国司法解释大全》，中国检察出版社1990年版第420、421页。该复函并未一般地禁止在判决中引用宪法，而是仅规定在刑事判决中不宜引用宪法作为论罪可刑的依据。但是司法实践显然对这一复函作了扩大解释，从而形成了在审判活动中一律不引用宪法的惯例。）虽然该解释指的是刑事案件的审理，但宪法条文在任何案件的判

判决书中不得直接引用成为我国司法活动中的惯例。因此宪法的可诉性一直是我国法律实践中的禁区。在1988年最高法院公布的一起损害赔偿纠纷案中，法院首次引用了宪法“对劳动者实行劳动保护”的规定确立了人身伤害的侵权行为免责条款无效的原则。（注：全国人大常委会法制工作委员会民事法律卷编辑组编：《中华人民共和国法律分类总览》，法律出版社1994年版，第834页。梁慧星：《民法学说判例与立法研究》，中国政法大学出版社1993年版，第280页。）这一变化虽难明确揭示我国宪法可诉性的趋势，但它的产生无疑是向宪法可诉性迈出的重要一步。

香港的顺利回归也会对我国法治建设提出新的课题和挑战。就宪法性法律的可诉性而言，作为香港地区性宪法的《香港基本法》在回归后已经经历了两次诉讼的洗礼。（注：该两起案件为香港特别行政区诉马维宽等案和张丽华等4人案。前案就《基本法》第160条的“采用”二字进行争论，以决定回归前的香港法律是否继续有效。后案则试图论证第24条和第22条的关系，以决定偷渡到香港的港人在内地所生子女是否应当遣返内地的问题。）这两起诉讼表明：宪法性法律在香港特别行政区内可以直接被挑战和引用。透过香港基本法咨询委员会的工作，可以预见：围绕香港基本法产生的问题很可能被提交到全国人大常委会，基本法的问题也很可能引发宪法条文的解释和应用的问题。我国法学界和立法界长期探讨和设计的宪法委员会或宪法法院也将指日可待。

除了宪法外，我国还有一些法律历来缺乏可诉性。其原因或是因为它们被作为纲领而束之高阁，或是因为它们缺少具体的执行机构和程序，或是因为它们的规定太空泛。

综上所述，法律的可诉性应当成为法律，特别是现代法治国家法律的基本特征之一

【返回】