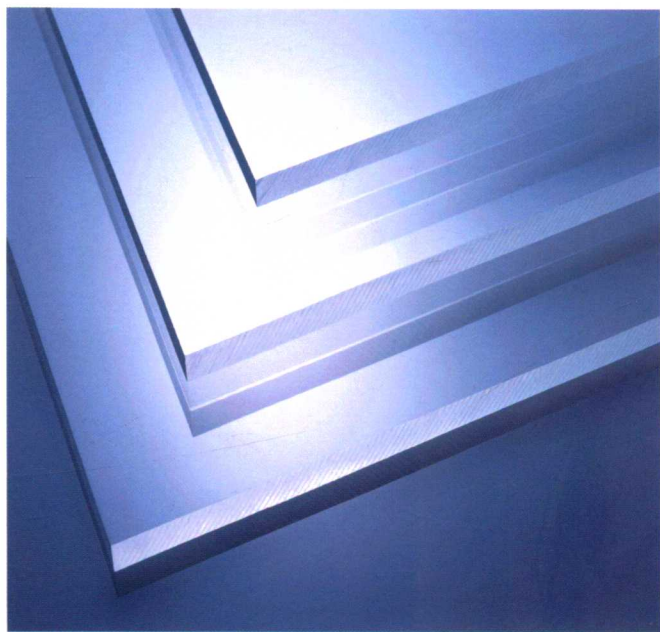




立法法理学丛书 主编 宋方青



实践商谈与理性参与 立法科学化问题研究的新视角

Practical Discourse and Rational Participation

A New Approach to Researches
on the Scientifaction of Legislation

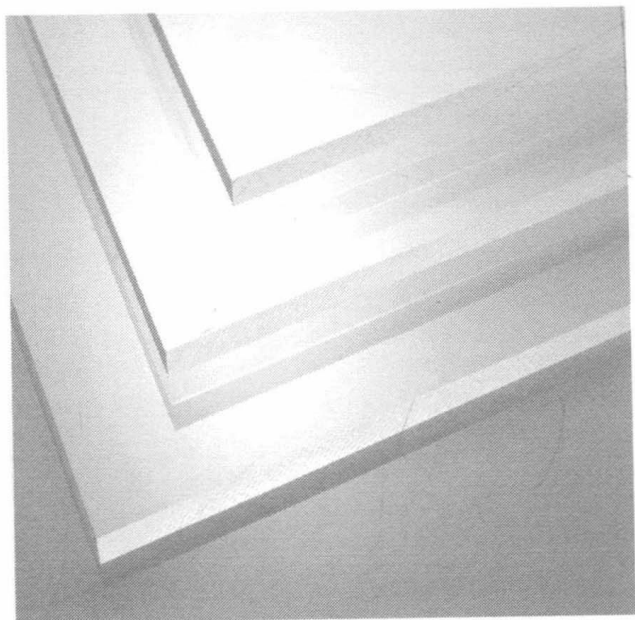
朱志昊
著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



立法法理学丛书 主编 宋方青



Practical Discourse and Rational Participation

A New Approach to Researches
on the Scientifaction of Legislation

实践商谈与理性参与 立法科学化问题研究的新视角

朱志昊 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

实践商谈与理性参与:立法科学化问题研究的新视角 / 朱志昊著. —北京:法律出版社, 2014. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6721 - 6

I. ①实… II. ①朱… III. ①立法—研究
IV. ①D901

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 186157 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京七彩京通数码快印有限公司

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/8.625 字数/216 千

版本/2014 年 8 月第 1 版

印次/2014 年 8 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 - 6721 - 6

定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

立法法理学(Legisprudence),顾名思义即立法的法理学,它是用法律理论的方法及视角研究立法及其过程,并促进立法完善的一门学问,其学术旨趣在于探求理性的立法理论。

立法法理学肇始于20世纪50年代的欧美国家,它是伴随着对传统法律理论的批判以及对立法实践的反思而产生发展起来的。

在欧美国家,传统法律理论倾向于法制主义(Legalism)的研究视角。法制主义将规范性行为视为规则遵守问题,主要关注的是裁判问题,即法官对规则的适用,而不重视这些规则的来源,不重视规则的创制。此外,法制主义认为,立法是前法律的(pre-legal)政治理论问题,应由政治家而非法学家去研究。由此,法律理论便逐步将研究重心聚焦司法,但是,由于研究对象的专业性质,政治家对立法问题的研究又显得力不从心,这便造成了立法这一重要问题域被忽视和“边缘化”。总之,传统法律理论对于立法理论是忽视的,立法问题没有被认真对待。

20世纪欧美国家正处在一个“立法国”(legislation-state)的时代,但却面临着立法膨胀(legislative inflation)与立法紧缩(legislative deflation)共存的困境,这主要体现在,欧美国家成文立法的数量呈现指数性的增长,但立法的质量却越来越低,立法没有达到预期的目的。造成这种困境的直接原因是实践中立法的被贬低。在现实中,

2 总序

人们往往将立法问题视为政治问题,并且视政治为非理性、恣意的选择问题,因而立法具有诸多“坏名声”。例如,每每提到立法,人们经常将诸如决策交易、讨价还价、相互吹捧、利益迎合以及政治分肥等标签贴于其上。相对于司法、行政,立法被视为最不道德的(unprincipled)、最不连贯的(incoherent)、最无尊严的(undignified)的事业。

在这种背景下,立法法理学作为研究立法问题的新进路应运而生,它试图构建一种理性的立法理论,以此恢复立法的尊严,并唤醒法律理论家对立法问题的严肃对待。最终,通过理论上的反思与重构为立法实践提供更好的智识支撑,实现提高立法质量的终极目的。

最早使用 **Legisprudence** 这个名词的学者是美国法学教授朱利叶斯·科恩(Cohen Julius)。1950年他在《耶鲁法律评论》上发表的“迈向现实主义的立法法理学”(Towards Realism in Legisprudence)一文中使用了这一名词。1982年在《霍夫斯特拉法律评论》上发表了“立法法理学:问题与方案”(Legisprudence: Problems and Adenda)一文比较详细地说明了这个概念。但在美国并未引起很大的反响。推进立法法理学研究并引向深入的是欧陆国家的学者。在欧陆国家,比利时布鲁塞尔大学维特根斯(Luc J. Wintgens)教授2012年出版的《立法法理学:立法中的实践理性》一书是立法法理学领域的第一部专著,该书对立法法理学的概念、背景、理论基础及主要内容进行了较为系统的分析。目前以布鲁塞尔大学法学院“立法·法例·立法法理学研究中心”、欧洲法律理论研究会等机构为基地,以《立法法理学》期刊(自2007年始,每年出版1期,维特根斯教授任主编)为载体,云集了一大批对立法法理学有浓厚兴趣的学者,从各个学科、各个领域、各个角度探讨立法的理论,成为立法法理学研究的重镇。

自 20 世纪 80 年代以来,我国的立法迅速发展,从中央到地方每年的立法都是以数以百计的规模产出。2011 年我国向全世界庄严宣告:“以宪法为统帅,以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干,由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成,国家经济建设、政治建设、文化建设、社会建设以及生态文明建设的各个方面实现有法可依,党的十五大提出到 2010 年形成中国特色社会主义法律体系的立法工作目标如期完成。”我国的立法可谓硕果累累。但我国立法的质量尚不尽如人意,加强“科学立法、民主立法”,完善中国特色社会主义法律体系成为时代的强音,国内相关的研究成果也越来越丰硕。但从总体上来说,我国现有的立法学研究成果更多地是关于具体的立法制度和立法技术问题的研究,缺少对自身的理论反思及提升,因而,在创建中国特色社会主义法律体系的过程中以及在对立法制度的建构与完善方面,从整体上表现出有限的知识贡献。

国内目前有关立法法理学的研究仅有极少量翻译资料及论文,无体系化的研究成果,研究基础比较薄弱。我与我的博士生姜孝贤合作发表的“立法法理学探析”一文,在国内算是最早的关于立法法理学的专门研究成果。为将立法法理学研究推向深入,并为完善中国立法提供决策参考和理论支撑,特组织一套“立法法理学丛书”。

厦门大学法学院法学理论教研室,尤其是以学院为依托的立法学研究中心,长期以来将立法学作为重点研究的方向,发表了一系列研究论文,研究成果为国家立法与地方立法提供理论支持。在我历年指导的硕士与博士论文中,以立法为选题的占大多数。立法是一门科学,要想真正为我国立法提供智力支持,我们的研究既需要有深厚的专业知识,还需要有丰富的实践经验,至少需要对中国立法的现

4 总 序

状有充分的了解。为了使硕士与博士论文的写作不至于陷入空谈,我总是要求学生多了解我国立法的实际,并通过具体参与起草法案而直面立法,深切地感受立法,所写的论文能够理论联系实际,真正做到既有学术价值又有实践意义。本丛书将由我自己的著作和历年指导通过答辩的立法法理学博士论文、博士后研究报告及立法学研究中心同仁相关的研究成果为基础构成。希望本丛书的出版能够为我国的立法提供理论支持,为完善我国的立法制度贡献绵薄之力。

宋方青

2014年5月

目 录

绪论 社会稳定与立法主义法治	1
第一节 法治与社会稳定	1
第二节 中国古代法治的镜像特征	3
第三节 法治司法主义倾向的困境	8
第四节 内在义务感:权力与服从者的纽带	13
第五节 立法主义法治:立法作为长效治理机制	17
第一章 背景与意义:立法科学化问题简述	23
第一节 “立法科学化”概念的背景	24
第二节 “立法科学化”概念的意义	28
第三节 “立法科学化”问题的研究现状	38
第二章 法律本质:立法科学化的前提重述	44
第一节 法的阶级性与社会性:学术争鸣的回顾与反思	45
第二节 国家、人、制度:法本质问题的分析框架	57
第三节 立法与法律本质	69
第三章 客观社会规律:立法科学化的中介概念	75
第一节 从“真”到“有效”:立法视野下的真理问题	77
第二节 社会规律的概念分析	87
第三节 社会规律的客观性	93
第四节 立法与客观的社会规律	102

2 目 录

第四章 科学:立法科学化的核心话语	107
第一节 启蒙语境之下的中国科学话语	107
第二节 现代性背景下的西方科学话语	121
第三节 科学的合理性之维	138
第五章 公共理性:立法科学化的内在要求	160
第一节 商谈理论视野下的立法科学化	160
第二节 立法科学化:理性的公共运用	186
第六章 公共参与:理性国家与理性社会的构建	217
第一节 理性国家与理性社会	218
第二节 作为国家与社会互动方式的公共参与	231
第三节 公共参与的制度完善	240
结语	249
参考文献	252
后记	263

绪论 社会稳定与立法主义法治

第一节 法治与社会稳定

回顾百余年历程(姑且以清末修律为起始点),我们可以看到,中国现代的法律与法治正在经受着各种各样的考验。一方面,我们因为各种各样的原因,在“新”字冠名的旗帜下抛弃了先人曾经依托的法律资源以及其背后的整体社会文化资源,因而在适用“新”的法律之时,或多或少地会带有些疏离感;^[1]另一方面,我们似乎对“普世”一词抱有先天的恐惧,无论是基于政治的原因还是基于文化种族的原因。在背叛与拒绝的双重作用下,指导我们的只剩下“摸着石头过河”:不管现代法律在中国已经有了多少年的实践,只因其“出身”的西方性,我们总是刻意地与之保持距离;同时,现代法律又与我们的直觉、常识相违背,因此,我们选择在法律与以其为治理方式的法治之外另辟蹊径。在常人常事中,我们总是先验地预设法律、规章、制度等显规则在“关系”、人情等潜规则面前会黯然失色,进而孜孜以求地遵循潜规则办事。尤其是在当下,经济的飞速发展带来社会利益的分化,明定规则的失效使得人们更多地依循潜规则甚或是无规则的方式来寻求解决冲突的最佳途径,这无疑地打开了非理性的闸口。

[1] 传统信念与现代法律之间的冲突,通常体现为以下两个方面:第一,传统家庭伦理与现代法治之间的冲突,特别是“父子相隐”与举证义务之间的冲突;第二,情理与法律之间的冲突在具体的司法适用方面表现地尤为明显,其核心点在于对“法律是正义的”这一命题的不同维度的理解,传统信念倾向于正义的实质内涵,而现代法律则要求形式正义,诸如2003年的“刘涌改判案”,尽管刑讯逼供这一显失程序正义的因素存在,民众仍然不能接受其不死的结局,仅仅因为其“黑老大”的身份。

如果我们暂且搁置价值立场,中性地看待“法治”,将其视为一种以法律为手段的治理方式,那么其首要(而绝非最终)的目的并非是社会公正,而是社会稳定。但目前我国法治并未实现社会稳定这一首要目的。我国目前的社会现状是经济快速发展、政治基本稳定、社会矛盾突出。^[2] 由于法律规则并未起到应有的效力,司法救济制度又不完善,各种非公共性的社会问题旋即转化成为公共性、群体性的事件,从而影响社会的稳定。作为纠纷解决者的司法机关并未真正地做到消极中立,其权威正逐步丧失,私人与私人之间、私人与团体之间、私人与政府之间的纠纷不能在司法的轨道上得以解决。一旦司法无法提供正义,那么民众要么以非理性的方式寻求正义,要么借助公共舆论的力量获得正义。这也即是说,在目前的中国社会,很多本可依靠法律得到解决的问题,必须借助政治性或公共性等手段才能得到真正解决,长此以往,即使最终正义得以实现,理性的、制度化的常态治理方式将被人们彻底抛弃:“大闹大解决,小闹小解决,不闹不解决”的怪状就是规则与制度缺失的结果。基于此背景,或许非法律性的权宜策略就成为了当下的必然选择。^[3]

不管是在民众心中,还是在官员眼中,问题的解决远比问题所依

[2] 孙立平:“调整社会冲突需解决三大症结”,载《经济导报》2010年8月22日。

[3] 我国所采取的维稳政策就是这样一种非法律性的权宜策略。顾名思义,“维稳”就是指维持社会稳定,这与法治的首要目的是一致的。但目前我国的维稳却出现了“越维稳越不稳定”的局面。2010年4月,清华大学社会学系举行了首届“清华社会发展论坛”,社会发展研究课题组在会上发布了“以利益表达制度化实现社会的长治久安”报告,报告中就提及了“越维稳越不稳定”的怪圈,即各级政府投入大量的人力财力来用于维稳,但效果适得其反。报告中将目前的维稳模式归结为“运动式的”治理方式,这种治理方式存在着诸多弊端:首先,这种治理方式预设了一种“不稳定幻象”,即“一种社会矛盾和社会冲突看起来在不断激化,社会稳定面临严重现实威胁的感觉”;其次,在这种幻象之下,正常的利益表达被视为不稳定的根源,进而忽视法律和司法的作用,并将正常的利益问题上升为政治问题和刑事问题。在处理矛盾的方式上,存在“体制性的防卫过当”,将小问题扩大化处理,在萌芽状态消除对社会稳定潜在的威胁,这将使简单的利益问题性质发生极大的转变;另外,政府在这种治理方式中也扮演着积极参与者的角色,导致民事纠纷只能通过司法权之外的公权力干涉才能得到真正的解决;最终的结果是,弱化法律的威信、助长投机心理、治标不治本、维稳成本高昂、社会冲突呈现爆发性增长。报告的缩写版参见“‘维稳’新思路:利益表达制度化,实现长治久安”,载《南方周末》2010年4月15日。

据的规则重要得多。因此,原本与法治具有同样目的权宜策略,就独自成为一种至高无上的话语,并可能获得超越宪法法律的效力,进而弱化法律与法治的权威。与此同时,权宜策略一旦异化就无法真正实现其预期目的,从而导致这样一种悖谬式的困局:权宜策略本是在法治之外解决社会矛盾的手段,这一手段不仅没有获得预期效果,反而逐渐地异化,进而侵蚀了法治这一常态手段,这样一则给社会矛盾和社会冲突留下了相当大的活动空间,这个活动空间越大,社会失范的几率就越高;二则进一步强化了其自身的正当性和必要性,使之成为不得不然的唯一选择。

必须思考的一个问题是:为何我们追求了百年的法治,到头来仍然需要权宜策略替代法律来解决我们目前所遭遇到的问题呢?问题的根源是什么呢?我们必须回过头来审思。

第二节 中国古代法治的镜像特征

一切历史都是当代史,反之亦然。反思中国法治的当前现状必然无法绕开中国的法律传统。提起中国法律传统,我们总是倾向于将其界定为德主刑辅、礼法并用。这一界定本身如何姑且不论,问题在于,即使承认这些特征,我们也不能借此更进一步对中国传统法律实践、法治实践做出对与错、好与坏的评价。以“同情和理解”的态度来考察中国古代法治特征对于理解我国当下法治所遭遇到的问题有着极其重要的意义,因为不管传统在当代发生怎样的断裂,其碎片还是深深地影响着当下。让我们首先从一个案例中探究中国古代对于法律与法治的态度。

《明史·胡大海传》:初,太祖克婺州,禁酿酒。大海子首犯之。太祖怒,欲行法。时大海方征越,都事王恺请勿诛,以安大海心。太祖曰:“宁可使大海叛我,不可使我法不行。”竟手刃之。

在这个案例中,我们可以看到一种法律本身与外在于法律的合目的性之间的冲突。颁布禁止酿酒法令的目的是恢复农业,确保粮食储备。而王恺的建议则是出于该法律之外的、更具有根本性的目的,即维持将领的忠诚,确保战争的胜利。当时为元至正十八年(公元1358年),仍处于战乱的年代,战争的胜利仍是最为根本的目的,但为了推行法律的效力,朱元璋舍弃了这个更大的价值,这一点是在中国古代的法律实践中是较为罕见的。对于朱元璋的这种“奉法无私”的行为,后世史家多持肯定态度,^[4]但“奉法无私”的目的是什么?仅仅是保障法律可行,或者仅仅是通过强制手段来保障法律本身体现的目的吗?如果我们注意到这样一个事实,即最高统治者集立法权与行政权于一身的话,我们或许就能够回答这个问题:通过君主诏令而颁布的法律,并未被视为独立于国家权力和君主意志的规范条文,对法律的违反即被看作是对君主意志和国家权力的反抗。因而,“奉法无私”的根本目的在于对权力的保障与维护。我们或可以通过另外一个案例来佐证这一观点,明初洪武年间空印案发,^[5]被杀者达数百人,宁海郑士利上书中有如下表述:

……国家立法,必先明示天下,而后罪犯者,以其故犯也。自立国至今,未尝有空印之律,有司相承,不知其罪,今一旦诛之,何以使受诛者无辞?(《明史·郑士利传》)

郑士利的上书不经意地流露出了一种现代的法治观,即罪刑法定的原则,但郑氏最后因朱元璋大怒而被发配戍边。由此我们可以看出,朱元璋并未将法律视为一种独立于个人意志的话语,而其“奉法无私”的目的在于使君主权威和国家权威不受挑战。因而法律话

[4] 孟森:《明史讲义》,上海古籍出版社2002年版,第60~61页;又见吴晗:《朱元璋传》,人民出版社1985年版,第247页。

[5] 《明史·刑法志》:“每岁,布政司、府、州、县吏诣户部核钱粮、军需诸事,以道远,预持空印文书,遇部驳即改,以为常。及是,帝疑有奸,大怒,论诸长吏死,佐贰榜百戍边。”

语分散在政治话语之中,仅仅在要求绝对权力的时候才通过刑狱而得到略微的体现。我们可以从上述案例中看出中国古代对法律的态度,这种态度决定了中国古代法律实践和法治实践的一些特征。

首先,在中国古代并不存在独立的法律话语,^[6]面对律令、刑狱等问题,统治者更加倾向于在政治、伦常、德性方面进行思考与论证。其中尤为显著的是董仲舒提出的“春秋决狱”,即在司法过程中以《春秋》中的伦理原则来解释汉律并补充汉律的不足。这一方面是用儒家伦理克服刚性法治所带来的弊病,更为重要的一方面是对秦朝的“垂法而治”在伦理上做出了否定性评价,从而凸显儒家伦理在国家与社会总体性(totality)^[7]中的重要性,并且彻底排除了法律话语独立的任何可能。伦理、道德、权力等话语被赋予了相较于法律的优先性,而更多时候,这些话语本身就作为目的,法律则沦为它们非必需的工具。

其次,在中国古代法治实践中,并不存在抽象的、非人格化的立法机关。法律之所以不能获得独立的话语资格(即作为论证资源的资格),乃是因为法律制定者与最高权力享有者之间存在着必然的、绝对密不可分的逻辑联系,即立法的人格化。由于不存在专门的立法机关,法律通常以君主谕令的形式出现,即使各朝开国之初都会颁

[6] 从本体论的角度讲,法律话语就等同于法律世界(法律本体),“是由各种构成要素组成的一个意义世界……是一种整体性的言说方式”。参见李旭东:“法律话语的概念及其意义”,载葛洪义主编:《法律方法与法律思维》(第五辑),法律出版社2008年版,第86~87页。而更进一步地,作为与实体存在相对的话语,其在语用学的意义上与“论证”相关,“话语”就等同于“论证主张”、“论证资源”。比如说,在区分政治话语和法律话语的时候,如果我们说:“法律话语要独立于政治话语”,其实我们是在说:“对某制度、行为、理念等评价或论证要使用法律这一标准而非政治的标准”,或者更简单地说:“这么说、这么想、这么做是对的,因为它符合了法律而非政治”。总而言之,话语既是一种论题、论域,又是一种论证资源、论证主张。

[7] 总体性的概念大致是指在不考虑诸价值领域(科学、宗教、道德、法律等)分化的前提下,意义、理念、价值判断所依据的元理论、元规范。在中国古代,总体性表现为不区分主体与客体、涵摄信仰与道德的“天人合一”世界观。

布成文法典,但开国之时“三尺法”之效力也因后世“人主意指”而逐渐削弱,^[8]现世君主的谕令具有绝对至高无上的制度效力。于是,法律的制定权、解释权、修改权、废止权与君主权力混为一谈。虽然现代国家立法权同样是主权的一个分支,但立法权的享有者已经从具体的个人转变为拟制的人,即抽象的机构,主权内部也发生了职能分化或权力分立,立法权已经不再能够体现任何自然人的意志,其体现的是经由立法机构抽象出来的国家意志。而在中国古代,立法权从制度结构上就昭显了具体自然人的意志,由于具体自然人无法在其观念上将法律与政治、道德、伦理等范畴相区分,而以一种总体视角看待法律,因而,立法这一概念就消弭于君主权力之中,即我们通常所说的“口含天宪,言出法随”。

最后,也是最为根本的,在中国古代法治实践中,法律仅具有工具性效能而不具有独立的的目的性价值。正是法律话语和立法概念缺乏必要的独立性,中国古代法治才会显现出一种单纯传达总体性的镜像特征,法律只不过是照射国家与社会总体性的一面镜子,其本身既非总体性资源的组成结构,也不能反过来补充总体性资源,即法律既不能为国家与社会提供一种总体筹划,又不能在诸如宗教、政治、道德、伦理等其他范畴指导国家与社会的理念、行为、价值判断等的时候,为其提供可论证的资源。法律被排除在国家与社会的总体性之外,其本身并不具有任何内在的目的性价值,而至多只有外在的工具性效能。在这种情况下,符合法律并不能为行为提供某种正当性(legitimacy),^[9]正当性只有通过法律外的资源才能获得,当且仅当

[8] 汉代酷吏杜周一语道破天机:“三尺安出哉?前主所是著为律,后主所是疏为令,当时为是,何古之法乎!”(《汉书·杜周传》)

[9] Legitimacy 这一概念在汉语中有诸多译法,中国大陆、香港特别行政区、台湾地区、日本存在“合法性”、“正当性”、“正统性”、“正当合法性”等不同译法。本书为行文方便、避免歧义,如用在行为方面,使用“正当性”,如文中提到的“行为正当性”;如用在政治、法律等方面,使用“合法性”,诸如“政治合法性”、“法之合法性”等。而对下级法符合上级法、行为符合实在法的情况,则一律使用“合法性”(legality)。

法律本身传达了某种法律外(ex - legal)的正当化资源,符合法律的行为才是正当的行为,朱元璋手刃胡大海之子的事例只是沧海一粟。因而,法治本身所蕴含的守法要求,在古代中国国家与社会的总体性资源面前是不堪一击的,故而法治本身也是相当脆弱的。由于法律与君主意志的一致性,因而我们可以看到,中国古代的法治是与君主的价值取向息息相关的,这也是许多学者否认中国古代存在法治的一个重要原因。

当然,上述对中国古代法律的特征,是在理念与规范的层面上阐释的,在经验的层面上,并不能排除法律独立地起到调整和控制作用。然而,即使法律实际上或多或少地起到了独立调整社会行为和社会关系的作用,这种独立性也是偶发的,而不具有必然性。对理论与规范的探讨本身就超越了经验的层面,而考察具体现象之间的普遍的必然的联系。

借助对中国古代法治的略显粗梗的审思,我们可以看到:当下之所以会使用权宜策略来化解纠纷,直接的原因固然是当下法治存在诸多问题,使得借助法律的手段无法处理日益突出的社会矛盾;但更深层的原因是,自古传承而来的法律实践和法治实践为我们所提供的或多或少的背景性资源,一方面是当下法治诸多问题的起因,而另一方面,又让我们更加无法相信法治这种治理方式,转而寻求一种被我们认为是快捷、有效的治理手段。虽然传统中国国家与社会的总体性(天道、天理)已经瓦解,但传统的碎片仍然会通过各种各样的方式影响着我们的世界观与方法论。而且,由于我们构建新总体性资源的过程并不顺利,与传统国家、社会总体性具有相同作用的理念形态并未成型,在短暂的“背叛式”的社会文化事件之后留下的空白,更加容易被传统所填充。

第三节 法治司法主义倾向的困境

目前法治实践中最具争议的就是司法制度改革的问题。从司法职业化、专业化,到司法大众化、民主化,每一个司法制度的改革措施都会引来诸多争议,司法成为了学术界和实务界经久不衰的关键词,司法制度改革也一度被学者看作是中国法治与宪政的出路与希望。那么,究竟法治的这种司法主义倾向为何会产生?

第一,司法是法律制度、法治实践中的重要环节,国外较具典型意义的法律传统,要么以司法模式为主要特征(普通法系),要么逐渐地向司法模式倾斜(大陆法系)。司法之所以具有如此重要的地位,并不是因为其在理论上的天然优势,而仅仅是英国普通法发展以及英美相继主导世界的偶然结果,^[10]其理论上的优势是其长期实践的结果而非前提。因此,前提与结果的纠缠、混合,以及西方话语的主导性,使得我们在构建法治体系的开端,就过早地将结果认作是前提,而对司法制度改革趋之若鹜。

第二,导致目前我国法治的司法主义倾向最为重要的根源,是立法观(the point view of legislation)的缺失与立法制度的不完善。我国当下流行的观念是将立法看作政治事务,而非法律事务,即使将立法看作是一个法律问题,那也是停留在技术层面而非理论层面。学术界对于立法的探讨,要么是依托部门法的具体制度、规范,要么是针对立法制度、立法结构、立法程序和立法技术,很少能够以 legislation 而非 law-making 的视角来审视整个中国法治。立法观的缺失与立法制度的不完善息息相关。由于我国目前立法过程的开放性尚

[10] 正如卡内冈教授所言:“无论是就一般而言的总体历史发展,还是具体到普通法的确立过程,偶然因素的作用是如此地显著一致,我们不能对它充耳不闻。”
[英]范·卡内冈:《英国普通法的诞生》,李红海译,中国政法大学出版社2003年版,第137页。