

编者按:刘作翔教授是当代中国有重要影响力的法理学家之一。正视国情、注重常识、关注实践、完善制度,是他长期以来形成的法学研究的显著风格和基本定位。为了让读者系统分享并理解刘作翔教授法学理论研究的核心理念和见解,尤其是近年来他关于法律与国家、法律渊源、司法改革、法律实施、法治国家等方面的思想观点,近日,他在中国社会科学院法学研究所接受了西北师范大学法学院王勇教授的深度访谈。在访谈中,刘作翔教授就“法理学应关注国家和社会现实”、中国法理学的学科定位、中国案例指导制度的宪政定位、当代中国的法律渊源、法律实施与法治国家建设等问题提出了自己独到的看法。“通过法律来锻铸政体”是理解刘作翔教授的学术志业和基本思想的一根主线。

锻铸政体的法理学

——中国社会科学院法学研究所刘作翔教授学术访谈录

刘作翔¹ 王勇²

(1. 中国社会科学院 法学研究所,北京 100732; 2. 西北师范大学 法学院,兰州 730070)

中图分类号: D90 文献标识码: A 文章编号: 1003-3637(2015)01-0144-08

DOI:10.15891/j.cnki.cn62-1093/c.2015.01.034

刘作翔,男,1956年生,甘肃省平凉市人,法学博士。现任法学研究所二级研究员、教授,法学理论专业博士生导师,博士后流动站合作导师,《环球法律评论》杂志主编,中国社会科学院院级特殊学科“法社会学学科”主持人。获国家人事部“1996年度国家级有突出贡献的中青年专家”称号,国务院1997年度“享受政府特殊津贴专家”称号,国家七部委“全国百千万人才工程”1995/1996年度第一、二层次人选称号等。2004年被中组部确定为“中央联系专家”。2004年入选首批“当代中国法学名家”。担任中国法理学研究会副会长,中国法律社会学专业委员会副会长,中国法学期刊研究会副会长,北京市法学会法理学研究会副会长等。主要研究领域和研究方向有法理学、法律文化理论、法社会学、民主法治理论、法学发展问题等。

从1985年至今,发表学术文章290余篇,有60多篇被《新华文摘》、人大复印报刊资料等全文转载(摘)。出版个人学术著作10部,代表著作是《法律文化理论》(商务印书馆1999年出版,已重印7次,达2.1万册),《我之法理学观——刘作翔文章选》(湘潭大学出版社2008年出版),《思想的碎片——刘作翔法学言论选》(中国法制出版社2012年出版),《思想的记录——刘作翔法学演讲选》(厦门大学出版社2013年出版),《思想的碰撞——刘作翔法学演讲与对话选》(方志出版社2014年出版),《权利冲突:案例、理论与解决机制》(社会科学文献出版社2014年出版),《权利与规范理论》(中国政法大学出版社2014年出版),《法治的路径——项目研究报告(2001—2006)》(山东人民出版社2008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)等。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)、《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)等,主编、参编其它著作、教材、辞书等110多部。获各级、各类学术奖30多项,其中省部级以上奖10多项。

王勇,男,1968年生,甘肃金昌人,法学博士,西北师范大学法学院教授、律师,华中师范大学中国农村研究院西北调研基地主任、西北师范大学法学院法律与公共政策调查咨询研究中心主任。主要研究领域和方向有法理学、法律经济学、政治学等。

“法理学应关注国家和社会现实”

王勇(以下简称“王”):刘老师您好!我想借此机会,通过我们之间的对话,来向读者展示近年来您的法学研究的主要脉络和基本观点。近年来,尤其是2006年我在法学所作访问学者期间,在您的指导下进行访问学习。那段时间,我陆续阅读了您的大部分著述和文章,同时也聆听了您的多次现场学术演讲,对您的法理学思想主旨有了一些初步理解和领会。您的著述内容丰富,信息量大,涉及面广,许多论题都是事关中国法治国家建设的重大理论和现实问题。为了能够更为深入、更加准

确地理解和把握您的法理学思想的核心脉络,我试图在寻找和梳理近年来您的有关法理学思考的核心理论关切——也就是一个一以贯之的研究主线。我发现,在“法理学应关注国家和社会现实”,立足于对中国政体的法律型塑和制度完善,是您近年来法理学思考和研究的出发点,或者说是您的法理学思想的一根主线。对此,我想聆听您的解析!

刘作翔(以下简称“刘”):首先,非常感谢您的采访!并且感谢您长期以来对我的研究的关注!作为一名研究者,如果他的作品没有人关注,或者没有人阅读,那是一件很悲哀的事情!有时我在一些大学法学院作演讲,有老师或同学会提出我的某篇文章或某本著作中的观点,让我谈谈看法,或做些进一步的

阐发,我听了后感觉很欣慰,觉得我们的工作没有白做,我们的工作还是有价值的,尤其是在越来越功利化、物质化的今天,还能有人关注着学问和学术,是很难得的事情。

作为华中师大毕业的一名政治学博士,您提出的问题既具有政治哲学的蕴味,也具有实证化和具体化的特点,并且是嵌入到中国的历史和文化中的问题。是的,您的理解是有些道理的。当然,作为一名法理学研究者,我不是先有了您那样的政治学上的自觉,才形成了我的问题意识,而是从我熟悉的法理学,或者说在国家与法的视角下进入的。中国的许多法律学人,思考现实中国的法治或宪政问题,常常忽略中国宪法的存在。1982年中国宪法第二条第一款规定“中华人民共和国的一切权力属于人民。”这一条点明了中国的国体。第二条第二款和第三款规定“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。”“人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。”第三条第三款规定“国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督。”这是中国的政体。这些都是从国家根本制度的层面,所作的原则性的、高度抽象的规定。中国的国体和政体,如何从抽象的宪法文本变成具体的制度实践,这中间有许多的法学理论创新和具体制度建构工作要做。中国的国体,尤其是政体,在具体的制度实践层面,还远远没有锻铸完成,既有许多宏观的宪政框架问题,也有许多中观的和微观层面的制度建构或创新的空间。因此,从规范法学的意义上,中国的政体——民主集中制——便是任何一个务实的中国法律学人思考法治、法律以及法学问题的出发点。

王:您的阐释,使我想到了苏力近年来提出的“宪制”这一概念。苏力将“宪制”界定为“一国的政治性构成,以及为促使一国得以构成和发生而必须以制度回应的核心政治问题。”这是一个有别于通常所使用的宪政或宪政主义(Constitution or Constitutionalism)的概念。我觉得,“宪制”概念更像是一个中性词,从这一概念出发,可以观察到古今中外不同国家的不同宪制问题。“宪制”概念似乎可以把我们通常所理解的“国体”和“政体”概念统一起来理解。所以,受苏力老师的启示,我这里实质关注的是“对中国宪制的锻铸”,只是因为“政体”是我国法学界习以为常的一个概念,故这里也暂且用之,有时,基于透视问题的视角的不同,也用“宪制”来替代“政体”。“宪制的锻铸”的前提当然是“宪制的缔造”,而缔造的宪制仍然是具有弹性和可塑性(malleable)的。不知刘老师对“宪制”这一概念作何评价?

刘:苏力近期发表的一些文章我也关注到了。“宪制”这一概念更中性一些,可以帮助我们超越对西方宪政或宪政主义(Constitution or Constitutionalism)概念的束缚,从而更为准确地透视和理解中国的特殊政治问题。但是,能否将“国体”和“政体”这两个概念的内涵统摄于“宪制”之下,还需要进一步论证和辨析。另外,与此相关的一个概念,比如“政制”,也有学者在使用。很多概念大体都是“新瓶装旧酒”,分析问题,关键是要看到真实的问题所在。

王:记得北京大学法学院强世功教授曾经表达过对中国法理学研究现状的不满,大意是说中国法理学是没有国家观的法理学,即“法理学中没有国家”。然而,我发现,尤其是最近十多

年来,您已集中于从国家的视角思考法理学问题了,您好像不是有意识地在“法理学中重新找回国家”,而是一开始就是从国家的视角进行思考的。从早期您对“法律文化理论”“法律的理想”等论题的开创性研究中,已经体现出了这样的理论关切,贯穿着一个一以贯之的研究主线。当然,与此同时,也还有其他一些重要的法律学人,开始从中国现代民族国家建构的视角思考中国法制和法学问题了,比如苏力的《送法下乡》《道路通向城市——转型中国的法治》、强世功的《立法者的法理学》等著述,便显明地流露出在“法理学中找回国家”的倾向。看来在重要的法理学论题上,都是“英雄所见略同”。我想知道的是,这样一种从大处着眼,从小处着手的研究风格的形成,与您童年所处的历史地理文化环境,以及早期的求学经历是否有关联?

刘:记得有人采访著名短跑飞人博尔特,问他为什么采用那样的跑姿时,博尔特说他只会这样跑,没有什么理由。我想,个人经历、处境与其后思考问题的特点之间可能有某种看不见的联系,但也不是必然的,这之间的关系很复杂。研究中国边疆问题的美国著名学者欧文·拉铁摩尔好像说过:中国长城沿线大体都是半耕半牧区,因此,典型如甘肃——历史上的河陇地区——具有“贮存地”(或“储水池”)的特征,从这里出生的人,知道如何统治各种人,似乎有一种天然的统领大中国的能力(大意)。我当然不可能被这样的一个修辞性的断语而“捧杀”,我有自知之明,在历史上出生在江南地区的大人物也大有人在。我想说的是:我是一个地地道道的西北人。我是20世纪50年代中后期在甘肃平凉出生的,在那里度过了我的青少年时代。高中毕业后上山下乡,当知识青年;后被招工,当工人;后又被抽调到机关,当干部(以工代干);后又被抽调到甘肃的一个县的农村,当了一整年的路线教育工作队员,分别在两个生产队各蹲点半年。1979年考入西安的西北政法学院就读法律本科专业,并在那里度过我早期的学术研究生涯;后来来到北京,在北京“皇城根下”(我工作的单位就位于皇城根边)思考中国法治问题。应该说,这样的人生经历比起老一代人来说,算不上丰富,但比起像您一样成长起来的年轻一代学人,还算是有一定的人生阅历。这样的人生阅历,使我们在思考政治、法律、社会、国家等问题时,可能会有不同的问题域和思考点,也会形成不同的思想和观点。比如,如何处理国家与社会的相互照应关系,在大一统的国家结构下如何激活民间社会的自主性和活力以及如何维护同国家结构相适应的法制统一问题,等等,可能会是我经常思考的一些问题。

王:您的法理学思想是一个庞大的体系,如果初学者不能理出一根主线的话,是不容易入门的。这根主线就是从国家建构的视角,立足于对中国政体的法律型塑和制度完善来思考中国的法理学问题。循着这个视角,您的思考便能够获得更深刻的理解。从国家的视角出发,所以就有了您对“权利优先”理论的批判,以及对法理学的学科定位及其价值的反思。您自己是研究法理学的,但您并不打算把这门学科无限拔高,您曾指出,法理学与部门法学不宜定位为指导与被指导的关系;法理学应该是一门独立的法学学科,它有其自己的知识体系,有其独立存在的价值;法理学与部门法学一样是法学学科中平等的一员;它们最大的区别是:部门法学是以某一个单一的部门法体系为依托和研究对象,而法理学则以所有的法律制度和法律现

象为依托和研究对象,视野更开阔、更广泛。这里面,我有点不理解的是,既然法理学是以所有的法律制度和法律现象为依托和研究对象的学科,那么,法理学研究所得出的结论为什么就不能“指导”部门法学呢?

刘:感谢您提出的这个问题!我的这一观点打破了传统的对法理学的定位,使法理学从那种虚幻的不切实的“云端”地位降回到它应有的常态地位。许多法理学者不易接受我的这一观点。这不要紧,可以慢慢通过讨论,逐渐取得共识。这其中的关键是如何理解“法理”这个概念。所谓“法理”,即法之理,法律的道理、学理、论理,等等。可以说,每一个法律里面,都有法理问题。无论是一个制度,一个法令,一条规则,或是法官的一个判决,都有其背后的法理,否则,无以解释它成立和存在的根据和理由。从这个角度讲,任何法律问题中都有法理问题存在。每个部门法本身也有自己的法理学问题。著名的德沃金教授在讲到法理学和法官判案之间的关系时曾说“在法理学与判案或法律实践的任何其他方面之间,不能划出一条固定不变的界线。……任何实际的法律论证,不论其内容多么具体和有限,都采用法理学所提供的一种抽象基础,而且当这些对立的基础产生矛盾时,法律论证就只能采用其中之一而反对其他。因此,任何法官的意见本身就是法哲学的一个片段,甚至哲学被掩盖……法理学是判决的一般组成部分,亦即任何依法判决的无声开场白。”在德沃金教授的这段精辟的论述中,他淋漓尽致地表达了法理学与司法判决的关系以及法理学对司法判决所起的不可替代的功能。

同时,这也是一个理论尺度大小之间的分工和合作问题。大尺度并不能指导小尺度,小尺度也不能指导大尺度,两者之间在不同时空背景下的功能是不一样的。巴林顿·摩尔在其《民主与专制的社会起源——现代世界诞生时的贵族与农民》一书的“前言”中对理论的这种局限性以及其应有的价值进行了一段形象的说明,堪称社会科学著述者的“经典”谦辞,大意是:有效的概括,犹如一幅飞行员用以穿越大陆的大比例地形图,对于某些目的来说是不可或缺的,正如更精确的地图之于其它目的必不可少一样;人们在初步寻找地理方位时,并不需要确切地了解每座房屋和每条小路的位置;而当一位探险者迈开双脚——也就是说,当一位比较历史学者要准确地和大规模地钻研历史时,搞清楚细节就成了他的首要目标。这就是说,理论分析总是免不了概括,但概括往往是以删减或忽略诸多丰富的细节为代价的。越是宏观的理论,其删减或忽略的细节就越多。一个具备全部细节信息的理论是不可能出世的。当细节展示的越来越多时,就越接近于经验而不是理论了。关键的问题是:我们在特定情势之下需要或提供什么样的理论,就像是一位决定要去旅行的旅行者,第一步需要的是一张高度概括的世界地图……最后需要的是一张具体旅行目的地的地图。法理学与部门法学之间的关系正类似于此,二者需要的是相互借鉴与参照,而不是“指导”与“被指导”的关系,二者之间没有高下之分。当然,尽管法理学是抽象或概括程度较高的学科,但是,我认为它仍然具有法学的一般特征,即法学是一个“实践性”学科,这一点,也是我在后来转向司法案例研究时所逐渐认识到的。法理学一方面要关注实践中的问题,但另一方面,又要能够跳出“实证研究的陷阱”,这是比较高的要求了。

“三位阶规范结构”理论

王:基于对中国政体的法律型塑和制度完善,您对中国法理学中诸多似乎已被当成共识的基础理论问题提出了自己的反思,比如,关于当代中国的法律渊源问题。您的基本看法是,应该对法理学中的关于正式的法律渊源和非正式的法律渊源的分类理论进行反思;在法律已经将诸如习惯、政策等作为法律缺位时的行为依据以及司法解释等作为裁判依据之后,再将它们看作是非正式的法律渊源已经失去了理论依据和法律根据。总之,在您看来,“非正式的法律渊源”这样一个命题在法理学上缺乏论证,值得质疑。我觉得这个问题事关重大,但初学法律者不易理解,您能否再进一步阐释一下?

刘:这是我近年来思考的一个重要的法理学问题。这里的关键问题是,在我国的许多法理学教科书中,在法律渊源的定位上把中西方的问题混淆在一起了。在中国,关于正式的法律渊源和非正式的法律渊源的分类理论最早源自何处呢?我的考察结论是,国内法学界关于这个法律渊源二分法的命题,主要是受到了较早时期出版的美国法学家博登海默的《法理学——法哲学及其方法》一书的影响。这本书是1987年由邓正来等翻译、华夏出版社出版的,在中国法学界影响很大,因为这本书是国内出现最早的一本“综合法学派”的代表著作之一。在这本书中,博登海默对正式渊源的例举中除了包括典型的成文制定法之外,还特别指出了“司法先例”,但是,国内的法理学者却将司法先例,或者说判例(我们现在的指称是“指导性案例”)纳入非正式法律渊源之中。这就不难发现,国内的法理学者只借鉴了博登海默法律渊源二分法的分类形式,而对其实质内容却进行了割裂。所以,将正式的法律渊源和非正式的法律渊源的分类理论运用于中国是非常勉强的,或者说是很机械的。中国是一个制定法国家。根据现行的《立法法》,各种制定法就是“当代中国的法律渊源”。这是一个大前提。在明确了这一前提之下,我们再回来回答实践中出现的问题:在没有法律的情况下,其他的社会规范类型究竟起什么社会作用,尤其是在司法裁判过程中,它究竟起什么作用?这就是我所提出的“特殊条件下的法律渊源”的命题。“特殊条件下的法律渊源”大体包括:习惯、政策、司法解释、国际条约和国际惯例四类,这在我国现行的法律中都有明确的规定。这都是一些初步的思考,还需要进一步论证。

王:依我的理解,您提出的“特殊条件下的法律渊源”,其实是对以制定法为主体的“当代中国的法律渊源”的一种必要补充。“特殊条件下的法律渊源”往往都是在司法实践中为了补充法律漏洞而被“发现”的,是处于“备用”状态下的法律渊源。但是,我注意到,《物权法》只在第85条即规范相邻关系的条款中,对习惯的法律补漏地位作了规定,这显然是一种个别性规定。为什么作这样一个个别性的规定呢?如此规定是不是表明这样一种立法意旨:如果在我国的司法实践中出现了法律漏洞或空白,司法者还不能一般性地适用“特殊条件下的法律渊源”来补漏?

刘:您提出的这个问题很重要,也是我思考了很长时间的一个问题。我重点谈一下习惯的法律定位。虽然习惯在中国的立法和司法中有一些确认,比如您提到的2007年3月19日

颁布的《物权法》第85条的规定“法律、法规对处理相邻关系有规定的,依照其规定;法律、法规没有规定的,可以按照当地习惯。”还有最高人民法院的一些司法解释。但这些都是个别性规定,都是有特指的。对此,我的意见是,应该从立法上彻底解决问题,将它变为一般性规定。首先在民事法律中有个突破,在民事立法中明确规定习惯的法律地位,将现在的《民法通则》第6条“民事活动必须遵守法律,法律没有规定的应该遵守国家政策”修改为“民事活动必须遵守法律,法律没有规定的应当遵守国家政策,国家政策没有规定的可依当地习惯”,形成一个“三位阶规范结构”,即:有法律时依法律,无法律时依政策,无政策时依习惯。这样从民法的基本原则上彻底解决习惯的地位问题。这样的规定可以从民事行为上一揽子解决问题,把《物权法》的第85条的特别性规定变为一般性规定,使它成为所有民事行为的法律规定。随后,在刑事法领域、行政法领域也应该给习惯应有的法律地位,使习惯成为整个法律体系以及司法过程中的规范类型,发挥其应有功能和作用。总之,我的意见是习惯应作为纠纷解决补充手段进入立法的一般性规定。三位阶规范结构还可以有助于实现现代司法的一个重要理念,即“法官不得拒绝裁判”“法院不得拒绝裁判”。因为确定和寻找规范的途径都指明了。此外,还有一个重要的问题需要强调,“三位阶规范结构”解决的不纯粹是法院的裁决依据问题,它更重要的是作为公民的一种行为依据而存在的。因为行为依据的范围比裁决依据的范围要大得多。

王:您的建议真是清晰明了——形成一个三位阶规范结构:有法律时依法律,无法律时依政策,无政策时依习惯。不过,这样可能只是在“逻辑”上解决了法律规则或社会规范的适用问题,但在司法实践中可能还会面临一些问题,比如,司法实践中法官要适用“特殊条件下的法律渊源”,就涉及具体的习惯或政策的“识别”问题,这是否意味着授予了司法者一定的规范选择权即自由裁量权?这样的问题是否存在?如果存在,那么有什么解决的办法呢?这是我的一个担忧。

刘:你的担心有道理。需要指出的是,在司法过程中,授予司法者一定程度的规范选择权即自由裁量权,是有必要的,它也是由司法的特点所决定的。法官并不会像马克思·韦伯所说的成为一台机械的“自动售货机”。这里的关键问题是,要把这种自由裁量权限制到一定的程度范围内。在司法实践中,政策一般是成文化形式,是明确的,一般不存在识别问题。而习惯作为一种具有多面相的社会规范类型,一般是不成文化的存在,确实存在着如何识别的问题。中国的一些地方法院通过法院审委会来对当地习惯进行统一的识别、分类和编纂,以保证在某一地区习惯的统一适用。但这种做法却导致了一个悖论,即习惯原本作为一种不成文规范,却使它以成文的形式去适用。所以,我提出的三位阶规范结构,只是一些原则性的想法,如何在实践层面进一步完善,还需要进一步探讨。

在三位阶规范结构中,如果说习惯和政策等属于“特殊条件下的法律渊源”,那么《立法法》所规定的“法律”则是“常规条件下的法律渊源”。目前,中国特色社会主义法律体系的基本框架已形成,其主体部分就是全国人大和全国人大常委会制定的240多部法律,这240多部法律也就是《立法法》中所讲的国家层面的法律。此外,《立法法》意义上的法律还包括行政法规、地方性法规、国务院部委规章、地方政府规章、自治条例、单

行条例等。至于如何界定或排列习惯、政策、司法解释、国际条约和国际惯例这些特殊条件下的法律渊源的位阶,还需要再探讨。在这个问题上,我的一个基本立场是:对于特殊条件下的法律渊源,我们必须坚持两点:第一,必须坚持“国家法思维”,即国家法律规定了的规范类型,我们才能将它作为法律缺位时的行为依据和裁决依据。要坚持法律的授权,在授权之后才有合法性地位,不然,习惯、政策作为行为依据和裁决依据的根据就不足。第二,即使有了法律授权,也不能改变原有规范类型的属性。习惯仍然是习惯,政策仍然是政策。不能理解为它们都变成了法律。

王:我注意到,您在探讨习惯的地位问题的同时,还特别分析乃至批评了国内关于“民间法”研究中的一些错误倾向。这里面,有一个问题我不太理解,既然您已将民间习惯确定为一种“特殊条件下的法律渊源”,那么,为什么您还不赞同“民间法”或“习惯法”这样的一般性命题或提法呢?

刘:首先,我想先对这两个重要概念谈点自己的看法。从法律文化的发展史以及传统上对“习惯法”的定义来看,习惯经由国家权威机构识别、归类和编纂并认可其法律效力后,才有“习惯法”这样的指称,这也符合国家和法的起源的一般规律:从习惯到习惯法再到成文法。但我发现,中国现在法学研究中所出现的大量被谓之为“习惯法”的研究,实则是对“习惯”的研究。那么,“习惯法”到底有没有?我认为,“习惯法”还是有的,但是在非常有限的意义上和范围内:一是“习惯法”是一个历史性概念,即在法律还没有产生的历史阶段;二是作为一个现实性概念,“习惯法”是指现代法律还触及不到的社会文化区域。而“民间法”这个概念,实指民间社会规范;简而言之,它指民间习惯、风俗、道德、章制、礼仪、禁忌等。“民间法”是一个并不科学和规范的名词和概念,但这些年被众多学者挂在口上和留驻笔端,原因可能在于它有一个很形象化的概括,即“民间法”的概括。这一概括言简意赅地表达了人们欲表达的东西,成为学术交往、交流和学术表达的一个“便利”。它有一个参照物 and 对应物,即那个被称之为“国家法”的东西。有国家法,好像便相应地也应该有个“民间的法”。民间法与国家法相对应,似乎是一组天然的合成,天然的对对应物。人们并不在意在具体的语境中它有没有法的要素,即它是不是法。它将除国家制定法之外的、只要能够对人们的行为起规范、指导、约束等作用的大多数非国家性的社会规范都统统揽入自己的麾下,可谓是一个阵容强大壮观的社会规范组合。

您刚才也谈到了我的一个观察,即近几年来,国内学术界在国家法和“民间法”问题的讨论中,出现了“民间法”无限褒扬的趋向以及对“民间法”所表现出的一种抽象而虚无的理论评判的研究趋向,是存在问题的。我更认同使用“民间规则”或“习惯”这样的指称,而不是“民间法”。只有具体的“民间规则”或“习惯”,而不存在所谓的一般的“民间法”。我们很难在极其抽象的意义上对“民间法”做出一种理论解说和评判。在司法实践中,国家法和“民间法”之间其实不存在一种抽象的普遍法则,只存在具体的案例中所体现和表现出的国家法和“民间法”的孰是孰非的问题和判断。在国家法和“民间法”之间,重要的不在于它叫什么,而在于它是什么。我曾经在《法理学视野中的司法问题》这本书中,列举了大量中外案例,其中显示出了“民间法”的残忍、野蛮、愚昧、落后的一面。“民间规

则”或“习惯”有好的一面,也有不好的一面,如果我们要在法律缺失的情况下适用它,需要我们在具体的案件情境中进行识别和权衡。不分具体场合、一味抽象笼统地褒扬“民间法”肯定是不严谨的,不是一种实事求是的态度。

司法权的宪政定位

王: 尽管中国与西方的一些国家都强调并维护“司法独立”这一重要的宪制原则,但是,我发现有不少法律学人并没有仔细辨析“司法独立”在中西方的不同意涵以及所面对的基本问题。我国宪法及宪法相关法都有对司法权独立行使原则的明确规定,其基本内容是:国家的司法权只能由国家的司法机关统一行使,其他任何组织和个人都无权行使此项权力;司法机关行使司法权只服从法律,不受其他行政机关、社会团体和个人的干涉;司法机关行使司法权时,必须严格依照法律规定,准确地适用法律。中国宪法第三条第三款规定“国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督。”显然,在中国,司法独立是具有特定意涵的,是嵌入在民主集中制的政体之中的;司法机关是不能独立于立法机关——人大的。不过,依这样的规定,也许还是有人会产生这样的逻辑上的疑惑:司法“独立”到底是从哪里“独立”出来的呢?因为,“独立”总是意味着“free from……”,即有“免于……控制”的意思。其实,我也一直有这样的困惑。想听听您的看法。

刘: 您提出的这个问题是有理论深度的问题。尽管司法独立作为一项人权原则和法治原则,已被国际社会广泛接受,并且已经成为一项国际标准,而且中国在其宪法和普通法中,也对司法独立作了原则性的确认和规定。但是,在中国现行的宪政体制框架下,中国司法独立或司法改革的关键问题在于司法的行政化和地方化,这是当代中国司法所面临的一个基本问题。目前,中国司法中存在着较为严重的地方保护主义,形成了“司法权地方化”的格局,破坏了法制的统一和司法独立原则的实施。中国司法中地方保护主义有其深厚的宪法根源、体制性根源和思想文化根源。“司法权地方化”的宪法根源体现在现行宪法的第二条第二款“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会”以及第三条第三款“国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督”的规定中,这就必然地包括了司法权由地方产生也是人民行使国家权力的方式之一。并且宪法第一百二十八条明确规定了“地方各级人民法院对产生它的国家权力机关负责”以及宪法第一百三十三条规定的“地方各级人民检察院对产生它的国家权力机关和上级人民检察院负责”等条款,是造成“司法权地方化”的宪法总根源。出现这样的问题是在理论上没有对“国家权力”进行分解所造成的。解决中国司法上地方保护主义问题就需要彻底地改造形成“司法权地方化”的宪法原因和体制性因素,以“司法权国家化”作为司法体制改革的思路,以此来进行相应的司法制度设计。把中国司法从地方保护主义的藩篱中剥离出来时,就有了你所说的“独立”(“free from……”)的真实内容了。

王: 近年来,最高人民法院实行的“案例指导制度”也引起了我很大的兴趣。起初,我以为可能法院系统要通过引进英美

法国家的判例法制度,来改造我国的制定法传统以及司法中的严格规则主义传统,进而形成具有中国特色的判例制度。但后来我发现,我对“案例指导制度”实行的背景及宗旨并不了解,理解上多有偏误。我注意到您近年来一直在主持并参与最高人民法院的“案例指导制度”课题研究,想必这方面的背景情况您特别熟悉,所以,特别想听听您的相关见解。

刘: 是的,我2005年承担了最高人民法院“案例指导制度”的一个调研课题,并参与过最高人民法院关于案例指导制度的文件讨论,对此我有一些深切体会。中国实行案例指导制度,是为了在保持制定法的法律体制下,以依法司法为主要的司法模式,借鉴判例法制度中对我们有用的和有益的东西,以弥补制定法之不足,而不是推倒重来,完全和彻底地改造我们既有的法律体制和司法体制。实行案例指导制度,是一个折中的制度选择。它既表达了我们所实行的是一种“案例”指导制度,而不是完全的“判例”指导制度,同时,也表明我们同过去有所不同,要将“案例”上升到能够“指导”以后法院审判工作的地位,而不是过去的仅仅是起到“参考”的作用。案例指导制度是一种有创新的制度,但不是一种新的“造法”制度,它在本质上仍是一种法律适用活动和制度。因此,我们实行的案例指导制度,是以制定法为主,案例指导为辅,在不影响制定法作为主要法律渊源的前提下,借鉴判例法的一些具体做法。它是一种能够体现中国特色的、并顺应世界两大法系逐渐融合发展之大趋势的制度变革举措。案例指导制度蕴涵着以下几个法律的价值:节约司法资源,提高司法效率;实现同案同判、法制统一的目标,最终实现司法公正;体现司法主动解决社会纠纷的功能,变司法的被动为主动,发挥司法改造不合理制度的功能和能动性;提高司法水平和司法能力,遏制司法腐败。

王: 原来“案例指导制度”也是深深地嵌入在我国的政体架构之中的,其目的并不是完全和彻底地改造我们既有的法律体制和司法体制,而是一种“改良”。这就是说,在现行中国民主集中制的宪政体制内,我国的司法制度还是有很大的改革空间的,寻求法院在政体位置上的突破既不现实,也未必必要或必需。我发现,国内有法律学人,在探讨中国司法改革的“愿景”时,其借以论证的理论资源主要是取自西方国家的“分权学说”,而缺乏对中国政治治理合法性的历史传统和现实经验的深度理解和阐释。如何从理想和现实相结合的角度来论证司法权的宪政定位,我想您一定是有自己的思考了。

刘: 关于司法权的宪政定位,这是一个大课题。我想不妨以前面讨论过的“案例指导制度”为例。任何一种司法改革措施,一定要同中国宪法对司法权的宪政定位结合起来,否则很容易出现以理想代替现实的情形。在中国现行的宪政架构内,司法还有进一步进行制度型塑的空间,这要深入到制度建构的细节中去才能看得出来。在中国,司法权力是属于人民,还是属于“法律人”?1982年中国宪法第二条第一款规定“中华人民共和国的一切权力属于人民。”第二条第二款和第三款规定:“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。”“人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。”第三条第三款规定“国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督。”(政体)显然,在中国,“一切权力属于人民”,司法权当然也属于人民,人民才是司法权的终极

主体,各级司法机关及其工作人员只是代表人民行使司法权的“委托代理人”。如何让这个“委托代理人”忠实而又能动地实现人民的司法权,这里就存留着很大的制度建构的空间。许多“具体法治”的工作我们还远远没有完成,既缺乏想象力,也缺乏深入地调查研究和分析论证。我在很多场合讲过,在中国这样的制定法国家,立法的任务是设定规则,而司法的主要任务与功能是适用规则。现在的司法解释还是个适用法律的活动,只不过是解释的方式来行使。中国司法的特性不能从所谓司法的人民性和民主性上去把握,而应从法律的人民性和民主性上去理解。司法权属于人民体现为司法权属于国家设立的专门的司法机关,当然,“司法权属于国家”我们不能望文生义地理解为是在倡导“国家主义”。

王:我注意到,您在研究司法问题的同时,您还特别关注权利平等保护问题,比如交通事故和工伤事故中的“同命不同价”的问题,同样的案件在不同的法官手里,由于价值观念的不同结果会有不同,“同案不同判”的问题相当严重。您的落脚点最后还是回到如何通过司法来实现权利平等保护的问题上。您的这些研究,也是我特别感兴趣的领域。近年来,我在西北民族地区进行了一些调查研究,发现“权利保障与国族认同(nationalism)”之间具有正相关性。对于权利平等保护的这样一种意外的“政治效果”,您也许没有特别留意到。我特别想了解的是,如何通过司法来实现权利平等保护?请您具体阐释一下。

刘:在当下的中国,法定权利与现实权利之间存在着差距,是一个不争的事实,其实,这也应该看作为一种“常态”。如果法定权利与现实权利完全一致了,那法律以及司法等就没有必要存在了。我们知道,权利主体平等在法律层面虽没有完全解决(如男女同龄退休问题等),但已经基本解决了,在宪法和普通法中都有主体平等的相关规定,比如,2007年3月的两个标志性立法即《物权法》和《企业所得税法》,解决了立法上的两大问题:一个是财产权平等保护问题,一个是赋税平等问题。但是这一问题在现实中还没有解决,在现实生活和具体的司法、执法实践中表现出来了。法律的书面规定与法律实施的实践之间有很大差距。立法只是表达了立法者的理想目标,但现实中如何实现这一理想目标,是一个很大的问题。现在的一个严重的问题是,权利平等问题被肢解成两个问题:一个是权利主体平等问题;一个是权利类型平等问题。我否认所谓“权利位阶”的理论。权利之间不应该有一个先在的价值位阶,比如,《宪法》第35条规定的基本权利之间,是很难进行一个先入为主的价值排序的。法律由于其制定机关的不同,效力不同,因此有位阶的高低,但权利不能说哪个地位高哪个地位低,权利类型的高低从抽象层面是论证不出来。“权利位阶”理论的背后其实意味着权利主体的不平等,这是很危险的。权利在成文法中是一个抽象的表述,但是,一旦进入社会生活和诉讼过程,每种权利都是具体的,都附着于具体的主体,在生活实践或诉讼过程中,不是两个权利在较量,而是两个权利的主体在较量。平等并不意味着无差别,平等问题本身就包含着差别对待。通过司法来实现权利的平等保护,关键是法院的裁决要有一种合理的论证,判决书要有理由支撑;属于科学的问题,要由科学家来说话。现在,我们想通过案例指导制度来解决这个问题,对于一些疑难的问题,在法律没有修改之前,通过指导性案例的

方式来统一全国在法律适用问题上的标准,这样至少可以在一定程度上避免“同案不同判”这样一种现象。

法律实施与法治国家

王:多年来,我一直给法学院的新生讲授《法理学》这门课程,选用过不同版本的《法理学》教材。我发现,有些教材里面在“法的制定”这一章之后,紧接着就是“法律实施”这一章,有些却没有“法律实施”这一章,而是分成具体的立法、执法、司法和守法等章节来编写。我弄不清“法律实施”这个命题或范畴是不是中国法理学的一个基本问题?或者说,“法律实施”是否是一个必要的命题或范畴?

刘:您提到的这个问题很重要。“法律实施”这个在中国法理学教材中的常识性概念,现在已被肢解了,有许多人把“法律实施”等同于“法律适用”,而法律适用就是指的司法,这是个严重的误解。所以我觉得常识被搞混乱了,有必要回到常识上去。法律实施,简单来讲,就是法律制定出来以后怎样在社会生活中落实,通过哪些机制和环节来实现它。“法律实施”至少应包括三大块,即行政执法,公民守法,最后就是司法,也即我们说的法律适用。这三大块合并起来,就是我们所说的法律实施。这三大块是不能少的。有人还加上一个法律监督。法律监督能不能作为法律实施的一块,还可以讨论,但至少这三大块是不能切开的。现在我们谈论法律实施,都谈的是司法问题,把其他的问题都忽略了。这样的现象实际上严重影响了对法律实施的理解,进而影响到了法律实践。我们应该回到常识。沿着从“法的制定”到“法律实施”这样的法制运行逻辑,中国宪法中的人民主权即立法主权的地位就清晰地呈现出来了。

王:我发现,自从全国人大在2011年初宣布中国特色社会主义法律体系已基本形成以后,有人就认为现在应该是从“立法中心主义”转到“司法中心主义”。对这样一种判断,您是怎样看的?

刘:近年来,确实有人提出我们的法治国家建设的中心工作应该从“立法中心主义”转向“司法中心主义”上来。对于这样一个观点需要具体分析。有时候我在司法系统开会或者讲课,说你们法院不要上这个当,检察院也不要上这个当。表面上看这个观点好像抬高了司法的地位,实际上,它既不符合事实,也使已经不堪重负的司法更加不堪重负。这实际上是一个“套”,把你放到风口浪尖上去。司法中心主义是不可能的,也是不可行的。为什么?一方面,“司法中心主义”很容易使人误解,使其与中国宪法中的人民主权即立法主权发生抵牾,因为这一提法实质上是对中国法治路线的批判。另一方面,从一个简单的比例分析,如果我们承认法律实施至少包括执法、司法和守法这三大块,中国现在有240多部法律,这240多部法律主要是通过什么途径去实施?不是主要通过司法,而是通过行政执法,是通过公民守法。司法是不告不理,无论民事案件还是刑事案件。司法的这个特性就决定了司法所能承担的法律实施功能从比例上讲是很小的一部分。所以,我们应该加强行政执法对于法律实施功能最大限度的发挥,另外还要加强立法机关对于法律实施的作用。我们的立法机关也承担着法律实施的功能,这一点是我们过去所忽略的,也是很少提及的。比

如,全国人大及其常委会以及地方各级人民代表大会,就承担着实施《立法法》的任务;全国人大及地方各级人大,都在承担着实施各级人大组织法、各级人大监督法的任务。而公民守法,那更是一个庞大的法律实施主体。中国特色社会主义法律体系形成以后,法律实施问题确实已成为中国法治国家建设的重点领域,但是,在法律实施中,不能简单地轻易地讲从哪个中心到哪个中心,这是既不科学也不可能。

王:我理解,提出“司法中心主义”的法律学人,可能醉翁之意不在酒,并不在包揽法律实施的所有重担,而是想借此提升司法部门在政治上的地位。因此,实质问题可能不是工作上的“中心”之争,而可能是隐藏在背后的“主义”之争。您的本意是否在于重申中国立法权和司法权的宪法定位问题?

刘:我多次强调,中国是一个制定法国家。在制定法国家,“立法先行”是法制运行机制的前提条件,这是由制定法国家的特点决定的。人们的行为必须要先有依据,没有依据,其他的后续性法制机制就跟不上来,所以先要“有法可依”,然而接下来才是“有法必依、执法必严、违法必究”。相对于在人民代表大会主导下的法的制定,司法和行政其实都属于法的“实施”。在中国,作为民意代表的立法机关主要任务是制定规则,而司法的主要任务与功能是适用规则。有人说中国是大陆法系,这是不对的。中华法系也不是大陆法系。英美法系和大陆法系是有确指的,这两个概念不能随便套用。中华法系是以制定法作为法律传统的法系,中华法系在清以前,是以法典作为主要的法律形式,所以我们是制定法国家。基本上可以说,关于“法的制定”与“法律实施”的分类,是中国这样的“制定法国家”所具有的。

王:依您在前面提到的观点,在法律实施中,行政执法和普遍守法应该是法律实施的主要环节,大量的法律制定出来以后,实际上主要是通过这两个环节在社会生活中得以具体落实的。那么,执政党是否也要在这个环节中找到自己的定位?

刘:是的。这里就涉及中国建设法治国家的一个关键性问题——执政党依法执政的问题。“党的领导、人民当家作主、依法治国”是“三位一体”的治国理念和国家治理方式。三者之间有一个最后的落脚点,即“建设社会主义法治国家”。依法执政是依法治国基本方略在党执政问题上的具体体现,加强党的执政能力建设的关键在于依法执政的贯彻实行。依法治国是治国方略,依法执政是执政方略。依法治国是党提出的关于国家的治国方略,侧重于国家和社会事务;依法执政是党提出的关于中国共产党作为执政党的执政方略,侧重于执政党对国家的领导和执政事务。但两者在所依之法上是重合的,即都要依据宪法和法律。因为宪法和法律本身就是党和人民意志的最终体现。并且在总体目标上是一致的,即都要依法办事,都是为实现建设社会主义法治国家这一目标而努力。加强党的执政能力建设的关键在于依法执政的贯彻实行。

“通过法律来锻铸政体”

王:如果说1787年的美国费城制宪会议搭建了美国政体的基本框架的话,那么,1954年制定的中国宪法则搭建了中华人民共和国政体的基本框架。宪制的基本架构搭建后,面临的

一个共同任务便是如何在接下来的“国家建设”中从制度细节和微观机制上进行充实和完善,这就是我所理解的“锻铸或型塑政体”。“锻铸或型塑政体”在实质上也是一个创造性工程,是对政体基本架构的“再制度化”(re-constitutionalization),这一工程具有长期性和实践性,其所面临的智识挑战的难度丝毫不亚于政体基本架构的缔造者。这让我常常想起的就是1803年美国马歇尔主审的“马伯里诉麦迪逊案”……

刘:听您这样阐述,现在我发现您访谈的主旨已完全浮出水面了。马歇尔对美国政体的“锻铸或型塑”的确功不可没。马歇尔的判决意见一直以其创造性而在美国司法界闻名,在他任职最高法院首席大法官的30余年间,他建立了一系列奠基性的司法先例,特别是“马伯里诉麦迪逊”,开创了司法对联邦立法进行审查的先河。记得美国著名法学家、法律家,后来联邦最高法院法官卡多佐对此曾有一个中肯的评价:“我们的宪法性法律的形式之所以今天如此,就是因为马歇尔在它仍然具有弹性和可塑性之际,以自己强烈的信念之烈焰锻铸了它”。另一位美国著名法学家卢埃林说过,马歇尔的司法判决风格属于与“形式化风格”相对立的“宏大风格”,具有一种“注重结果的智慧”(wisdom-in-result)。任何一个国家宪政的基本架构搭建后,都面临着进一步对其进行“锻铸或型塑”的问题,这是毫无争议的。但是,不同的国家,实现对政体进行“锻铸或型塑”的道路、途径和方式可能不同。美国可以通过司法来“锻铸”,但是,在中国可能不行。

王:您这样的分析也提醒了我。有人曾经把马歇尔的“马伯里诉麦迪逊案”看成是一种“司法抢滩”的策略,这可能有点言过其实,因为此案并不是马歇尔有“预谋”地精心筹划的结果,而只不过是“有心栽花花不发,无意插柳柳成荫”而已。但是,不可否认,从“事后诸葛亮”的视角讲,马歇尔的“司法抢滩”策略,也确实对中国的某些法律精英产生了某种程度上的“暗示”效应。比如发生在数年前的所谓“中国宪法司法化第一案”似乎具有一种“仿效”马歇尔的意味,当然在今天看来,这基本上是一次失败的“仿效”。这种“仿效”的背后,很可能就是以西方的分权或宪政体制作为价值判准的。

刘:您把“中国宪法司法化第一案”与“马伯里诉麦迪逊案”进行比较,我觉得有点意思。但是,案件处理背后的动机可能更多是您的猜测,各种复杂的因素,岂能是你我所能知晓的。不过,后来大家都注意到,当年最高人民法院就齐玉苓案所做的《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》(法释〔2001〕25号)已被宣告废止,与其他司法解释被废止的理由不同,该司法解释只是因“已停止适用”而被废止,既无“情况已变化”,又无“被新法取代”。我想可能是考虑到我国现行体制,最高人民法院无权对涉及宪法的问题做出解释,所以要停止适用。中国的法治国家建设,应该在立法/人民主权的框架内寻找出路。

王:所以,我试探性地将您的法理学思想想象为是一种“锻铸政体的法理学”,即“如何通过法律来创建或型构政体”。如前所谈,因为共和国的基本政体的框架在五四宪法以及八二宪法中已经确定,需要的是锻铸中国政体的细节,并使其具有实质性内容。如果说,在美国,锻铸政体的主要工作事实上经由司法者完成的话,那么,在中国,则主要通过“作为立法者的法学家”来完成。我发现,您的法理学研究事业似乎与“锻铸政

体”结下了不解之缘。您可能觉得这样的定位过于“武断”,是随意“贴标签”?

刘:我比较感兴趣的还是对问题的讨论。我曾经说过,作学术研究的人,肯定是有影响的,但至于意义多大,能有多大的贡献,这不是自己能够去判断的。我曾经很严肃地思考过一个人人生哲学问题,即在这个世界上,有什么东西是不能替代的?想来想去,即一个人的思想和感情。一个人的思想是不能被替代的,哪怕这个思想别人也曾经思考过。也就是说,一个人的思想是永远不可能被别人替代的,这就是思想的专有性和特有性。记得马克思、恩格斯在《德意志意识形态》一书中说过:“不应该忘记,法和宗教一样,是没有自己的历史的”。这说明,法律是为了解决各种社会问题应运而生的,是实用性和工具性的东西,法律的历史就是某一民族或国家的历史。波斯纳也说过,“法律思考很难跨越国界”。中国的法治国家建设,确实具有很多特殊的问题。马歇尔正是通过“马伯里诉麦迪逊案”,才使美国的分权制衡的政体具有了实质性内容,或名至实归,这就是“锻铸或型塑”政体的意涵所在。这个事例我大致同意。美国联邦党人(当然所包括“反联邦党人”)属于“创建政体的立法者”,马歇尔在这里就成了“政体的锻铸者”了。在中国,不仅是“作为立法者的法学家”,我认为更重要的是以全国人大为主导的“一元、二级、多层次”的立法体制及其实践锻铸了中国的民主集中制的政体。

王:我在写博士论文《划界定牧与国家建构》时,有一个发现——现代民族国家建构成熟的标志之一就是:从事后救济型秩序走向事先防控型秩序,从自由裁量主义的司法走向严格规则主义的司法,或者说,从司法主导型秩序到立法/行政主导型秩序。波斯纳在谈到司法/正义的起源问题时也说道,司法是与初民社会高度联系的,司法主导型秩序是“前国家时代”,或者说“非国家空间”和“弱国家空间”秩序的典型形态。而中国尤其是中原地区,是一个“早熟的国家空间”,故立法/行政主导型秩序很早就确立了,这与近代法国的法律与国家建构的逻辑——从司法主权到立法主权——很相似。尽管一些典型的英美法系国家,还保持着较为强大的“普通法传统”即司法独立的传统,但是立法/行政主导型秩序却有不断增强的趋势。这样,我就能够理解您之所以特别强调当代中国的法律“实施”问题了。

刘:没有想到您从大历史的视角梳理出了这样的理论主线,有新意,让我很受启发。我注意到,有学者研究发现,中国早期即秦汉及以前的州县官吏和地方贵族首先是司法官而不是行政官,说明早期的社会秩序确实具有您所说的“司法主导型秩序”的特征。其实,美国从“911”以后,已经出现了立法/行政权强化的趋势,这是新形势下“国家建构”的需要。法官的工作似乎越来越从早期的具有独立的“领主”或“贵族”身份向“官吏”的角色转化了。法官的工作越来越像是科层制下“从政”的工作了。中国的立法即制度化的职能是在国家权力机关的主导下完成的,司法者是典型的“执法者”而不是“立法者”,“严格规则主义”的司法职能是其应有的宪政定位。给司法者

和公民提供更多更好的“操作性规则”而不是原则性指导,似乎是中国立法者的应有职责,因此,中国司法的主要目的是为了解决纠纷,而不是创制规则,司法解释不能违背法制统一这一基本的宪法原则。最高人民法院试行的“案例指导制度”在性质上并不属于“判例法制度”,仍然是一项法律适用的制度,不是法外之法。看来,法律与政体是一个具有广阔研究空间的领域。我期望着您能够在这方面作出超越性的贡献!

王:最后,我还有一个理论上的困惑,那就是,从您的整个研究主线来看,您似乎都是从“法的制定”→“法的实施”→“法的实现”这样一个单向度的视角分析的,而且重心在法的实施和实现法制统一上。如果立法质量是无疑问的,那么,这样的进路是有说服力的。但这是不可能的,因为没有“全知全能的立法者”。这里有个问题,就是谁来保证法的制定即立法的“质量”呢?

刘:谁来保证立法质量的问题?这个问题提的好!关于立法质量问题,既涉及立法前的充分论证,立法中的广泛讨论,也涉及立法后的评估问题。在西方一些国家,对立法质量的保障任务主要是经由立法与司法及其背后的多元利益团体之间的制衡、博弈和妥协来完成的;国会之所以要进行立法前评估,其主要顾虑之一其实在于防范行政机关的“用脚投票”即“法律规避”行为,以及,回避最高司法机关的“达摩克利斯之剑”——违宪审查,显然,国会在立法前的谨慎和成本考量当属情理之中。不要以为经由立法与司法的博弈制衡就能实现最好的“立法质保”,这样的判断在中国的一些成功经验出现以前,也许是有一定道理的,因为那时,中国的立法质保基本上是缺失的。在美国,经由立法与司法的博弈制衡来不断实现制度的自我更新,有利于提升成文法的形式上的质量——逻辑自洽,也有利于保障成文法的实质内容的“品质”——“主权在民”。当然,这样的立法质量保障机制,并不是理性设计和建构的结果,而是在不断地探索中发展来的。在中国,除了在立法前进行充分的论证,立法中依照立法程序进行广泛的讨论等这样一些机制外,现在则是通过立法机关主导下的“立法后评估”来实现的,比如,经由地方立法质量跟踪评估这一“中介机构”来打通中央立法(制度化)与地方立法(再制度化)之间的“经脉联系”,从而使法律的统一性、稳定性和灵活性得以兼顾。这是在民主集中制的政体之下保障立法质量的一个必由之路。当然,这只是保证立法质量的机制之一。总之,理论探讨和制度创新是无止境的,我们一直是行进“在路上”!

王:非常感谢刘老师!对您的访谈让我受益匪浅。期望我们还有机会,继续我们关于“法律与政体”这一主题的对话和深度交流!

基金项目:本文受2011年国家社科基金项目(11BZZ029)和2011年西北师范大学青年教师科研能力提升计划骨干项目(SKQNGG110)资助。

责任编辑:文德;校对:宁远