

论法律试行的反思机制

季卫东

序 论

敢于实验是当今我国改革中最引人注目的特点之一。即使在必须具有能对抗事实变更的预期稳定性的法律领域中，也充满了实验主义的精神。除了立法和司法方面具体措施的试点工作以外，哈尔滨、沈阳、大连、西安、武汉、重庆、广州等7个城市被指定为法制建设的全面实验区域。在1979—1985年期间公布的713件法律和行政法规中，具有实验性质的暂行、试行法律法规共有182件，比率高达25%（其年度数值如表1所示）。1985年4月10日第六届全国人民代表大会第三次会议通过了关于授权国务院在经济体制改革和对外开放方面可以制定暂行的规定或条例的决定，这意味着行政法规试行制度不仅将合法地继续存在下去，而且有可能扩大其规模。^①在上述期间，作为立法机关的人民代表大会也公布了6个试行法律，其中包括民事诉讼法、企业破产法这样一些基本法律。此外，将法律草案付诸基层机构讨论越来越成为一种常见的决策方式，最近更发展到采取将重要法律草案通过大众传播媒介公之于世，广泛征求意见和建议的作法（例如国营企业法草案于1988年1月12日公布，从公布之日起到1988年2月25日为止交付群众讨论）。这种作法一方面能充分测定社会上各种有关的利

表1 我国近年暂行、试行法律法规统计

年 度	公布法律、法规 总 数	暂行法规数	试行法规数	暂行、试行法规的 百分比率
1979	64	10	11	33
1980	84	26	4	36
1981	82	19	3	27
1982	110	17	4	19
1983	125	19	8	22
1984	104	16	6	21
1985	144	33	6	27

（本表根据1979—85年间中国法律法规汇编制作）

益要求，另一方面能估计法律公布后的社会影响和实效，不妨被认为具有广义上的实验性质。由于上述现象在功能上具有一致性，为了叙述上的方便，以下一般用“法律试行”这一词组来统称之。

^① 1986年以后法规的数量构成尚不能确认，但仅就通过大众传播媒介公布的主要法规而言，暂行、试行法规的比率在1986年是31%，1987年是27%。

如果从1951年9月3日公布的人民法院暂行组织条例或者1952年8月9日公布的各级人民政府民族事务委员会试行组织通则算起,法律试行在我国已经存续了36年以上,有些暂行法律的实施期限也长到超出一般预想的程度。^①对于这样一种长期持续、规模盛大的法律试行现象,如果简单地视之为权宜之计或法制不成熟的表现,不屑于进行认真的理论研究,则未免失之轻率了。

本文的研究目标主要有两点:

第一,法律试行的目的是为了保证立法的合理性和实效,所以法律试行制度可以理解为一个能不断修正试行错误,通过自我调节适应客观环境,达到预期目标的法律反馈系统。那么,这种信息传递是通过什么方式进行的?这样一种动态对法律原则和制度有什么影响?这种作法能否成为组织和控制社会变化的有效法律装置?如果我们能论证其法理根据的话,则不仅可以把法律试行制度作为我国法律体系的一个具有恒常性的组成部分,而且可以通过这一关键概念来把握我国现代化过程中法律的特色。

第二,法律试行在对于制定规范进行调整的含义上使整个法律制度得以形成一种反思机制。^②随着法制建设的发展,我国长期坚持的群众路线和技术化、程序化的契机相结合使这种反思机制具有一种更深刻的内涵,即在主体与客体辩证统一性基础上的社会责任自觉。从而我们不妨大胆设想这样一种可能性,即法律试行的反思机制不仅倾向于加强成文法体系的社会适应性和公民参加决策的可能性,而且对于既保持程序正义的合理性同时又能克服官僚制度的形式主义倾向方面的法哲学思考,对于建设一个富于自治性的新社会秩序的设计,也不乏其启发性意义。

一、作为反思机制实现方式的法律试行

(一) 基于近代科学论的法律实验

实验是自然科学认识对象物,发现客观规律的主要方法。因而在具有经验科学指向、志在发现社会发展规律的法学家中产生进行社会实验的念头是不足为奇的。J·弗兰克说过,“实验的方法在法律领域中恐怕特别有用。因为法律实务可以被认为是调整人与人之间关系、解决纷争的一连串的实验和冒险。”如果法律家不把法律当作父亲权威的替代物,那么“他对于法律思考就会成为现实的实验性的、即成人的思考。”^③彪特尔(F.K.Beutel 1898—)从“法律的规律(jural law)这一层次上把握法律的意义,树立了实验法学方法论。值得注意的是晚年彪特尔通过实验方式把握民众的要求,使之反映到法律制度中去的实验民主主义构想。

但是,除了少数犯罪心理学者和行为主义法学者进行过严密控制自变数以外的条件的实验外,美国大多数法社会学的实验具有准实验(guixperimentation)的性质,严格说来,只不过是包含实验要素的比较研究。例如出于学术研究的需要而进行的模拟审判实验和投票“事后实验”,出于立法实验的需要而进行的“新泽西州及宾西法尼亚州的生活费实验”

^① 例如1951年6月8日公布的保守国家机密暂行条例至1988年实施了37年之久。

^② 参见卢曼:《社会学的启蒙》一书的日译本分册《社会系统的元理论》(土方昭译,新泉社,1984年)第77—124页,特别是第80和第84—87页。

^③ J.N.Frank, *Lam ane Hrd Modern Mind, An chor Book edition, 1963, P.105ab init.*

(1967年)及兰德研究公司进行的“住宅津贴实验”(1974年)等,尽管在法律实验方法上有所进步,但并没有能够克服对于人进行实验操作的道义问题和预测不可能性问题。^①

然而在苏联,鉴于社会主义体制的独创性,社会管理中实验的重要意义早就得到强调。^②而且计划体制也为大规模的社会实验提供了客观条件和便利。在法律领域中,以1921年关于职工报酬的一系列试行立法为先驱,进行了多种多样的法律实验。尽管1977年公布的联邦宪法规定了立法统一性原则(苏联宪法第73条第4款),但各加盟共和国的法律仍然千差万异。这种地方立法差异也蕴含着法律实验的契机。苏联的法学者萨发洛夫(Р.А.Сафаров)对上述经验事实进行过理论化的尝试作业。^③萨发洛夫主张,法律实验不仅是关于社会关系的认识方法,而且是变革的方法,并能发挥形成有利于变革的舆论,促进社会教育的作用。这种立场与美国的实验主义法学有明显的不同:他认为应该把实验作为法律创造的一种方法吸收到立法程序之中,使之制度化。

几乎与此同时,苏联另一个法学者吉马诺夫(С.Зимант)在关于法社会学研究方法的论文中论述了法律实验的具体方式——“研究据点”。^④他认为这种据点既是对研究者的理论主张或实践建议进行实验或测验的社会实验室,又是研究者与人民群众的结合点,还可以保证调查研究的群众性。在那里,人们不仅仅是单纯的调查对象,而且通过参加调查活动变成调查主体。但是吉马诺夫没有考虑实验的主客体合一所造成的社会预测无效性的问题,因为站在辩证唯物论的认识论的立场上来看,实验和实践是统一的,任何社会现象都有其因果决定论的结构。但是其后随着社会科学研究的深化,苏联学者也开始重视社会实践的主观性,承认社会客体具有记忆能力,因而可以长期积蓄因果变数的作用,大大限制社会实验的可能性。^⑤

(二) 游离于实然、应然二元论的法律试行的特征

苏联的实践性实验的概念中已经包含了对于笛卡尔的主体客体二元论以来的近代科学论进行反思的苗头。但是这种苗头被教条主义的真理所压抑了。然而,我国的法律试行尽管仍然保留着近代自然科学的实验的色彩,但已经透露出超越实然、应然二元论的新意。这就是从与立法者处于不同立场的人们的观点中寻求并动态地把握对象客观性的保证。与美国和苏联的法律实验的经验相比较,现阶段我国的法律试行表现出以下特征。

1. **立法计划与法律试行的一体化** 与社会主义计划体制和社会的法治化相联系,我国1979年出现了建立法治系统工程学的主张,^⑥1980年初开始实行立法规划。^⑦为了制定立法

① J.R.Seeley, "Social Science; Some Probative Problems", in M.stein and A.vidich (eds.) *Social-gy on Triad*, Prentice-Hall, 1963. 在这里,西利提出了社会无效三原则,即(1)社会科学本身也是参加社会过程的行为的一种。(2)社会记述本身就意味着向社会注入新的内容。(3)作为社会实验对象的人们有采取违反实验相关理论的行为的自由。

② 参阅《列宁全集》第27卷382—387页。

③ 主要指P·A·萨发洛夫的论文《社会实验与国家合法的诸问题》,原载《苏维埃国家与法》1964年第10期。

④ C.吉马诺夫的论文《法学中具体的社会学研究方法确立的经验》,原载《苏维埃国家与法》1964年第12期。

⑤ 苏联科学院社会学研究所编著,唐学文等译:《社会学手册》第537页,浙江人民出版社,1983年。

⑥ 钱学森:《大力发展系统工程、尽早建立系统科学体系》,见《光明日报》1979年11月10日。这种主张在法学界的表现如,熊继宁等:《新的探索——系统法学派的崛起》,载《政法论坛》1985年第3期。强调法律的规范性和现实条件的不同意见如:季卫东、齐海滨:《系统论方法在法学研究中的应用及其局限——兼论法学方法论问题》,载《中国社会科学》1987年第1期第167页以下。

⑦ 1982年国务院经济法规中心制定了145项法律法规的立法计划。又见中国社会科学院法学研究所编《法学动态》第5期(1983年3月24日)的理论论证。

计划,发现调整社会关系的适当的法律模式,就需要加强立法预测。立法预测的基本任务是:

(1) 确定立法进一步的趋势、途径和形式;(2) 确定现行立法需要修改、补充和进一步完善的各种问题;(3) 确定对特定社会关系进行法律调整的最适当的方法;(4) 确定法律起草的顺序。为此,需要获得包括法律实施效果在内的各方面的客观资料。^①法律试行作为实现上述目标的最重要手段受到了较充分的重视。

2. 法律试行的体系化和日常化 从局部试点(如武汉市破产处理方式)到全面试行(如企业破产试行法),从专题试证(如破产企业职工救济办法)到综合实验(如法制建设城市规划),从平行实验(如国营企业和集体企业的破产比较研究)到连续实验(如对沈阳市防爆器械厂的过程观察),从自然实验(如破产财团的换价和债务清偿)到心理实验(如破产态度调查),我国法律试行逐步形成了一整套互相关联的方法和制度。试行立法通过立法机关本身的实践和授权获得了法律根据,已经构成法律体系中一个带有恒常性的重要的部分。这种作法对法律制度的影响,已经通过“实施细则”、“补充规定”、“紧急通知”等规范形式表现出来。

3. 法律决策主体的多元化 由于法律试行制度的介入,除了全国人大和国务院外,地方人大和地方政府、司法机关实际上在越来越大的程度上参与了立法决策过程。例如,《沈阳市关于城市集体所有制工业企业破产倒闭处理试行规定》(1985年2月9日公布)、《深圳经济特区涉外公司破产条例》(1986年12月3日公布)对于我国国营企业破产法的制定和今后破产法制的完善具有明显的影响。法院在政策决定方面作用的增强集中表现在经济案件的审理中。对于缺乏处理规范根据的案件(如经营承包合同纠纷),法官采取归纳推理的方式作出判断,并通过司法汇报和解释制度形成规范。^②法律制度的实效取决于其社会内在化的程度,从而也就取决于法律制度满足社会成员内在需要的程度。所以,法律试行在很大意义上可以归结为发现这种内在需要以及如何使之得到满足的过程。当法律试行不是一次性的活动,而是一种恒常性的制度的条件下,社会成员可以通过自觉的行为、舆论以及代议形式来参与法律决策。这种主体与客体的辩证关系,在中国被表现为一个简洁的立法口号“从群众中来,到群众中去”,并被体现为国家规范与社会规范的交错互换的事实动态(许多外国法学者已经注意到其外部表现^③)。

上述特点说明,我国的法律试行的意义已经超过单纯的法律实验的范畴,成为立法过程的有机组成部分,并且对整个法律体系发生了明显影响。法律试行使我们感觉到一种新的法律思考方式的形成,即在对于事物的因果关系、客观规律和合目的性的执着的追求中,不断接受关于事物的概率关系、合理程序和功能等价观念。为了把握这种深刻的变化,我们不能不探讨反思机制及其制度化问题。

(三) 法律试行与反思机制

在讨论法律与学习及反思的关系时,最大的困难是如何把握法律的“应然”(Sollen)

① 吴大英:《中国的立法预测和立法规划》,见吴大英、沈宗灵主编,《中国社会主义法律基本理论》第208—209页。法律出版社,1987年。

② 参阅最高人民法院经济审判庭庭长王奇在经济审判专题郑州讨论会上的讲话(1985年5月14日),载《经济审判工作参考资料》1985年第4期第23—24页。

③ 例如,S.Lubman关于非法化规范转移的观察(1970年),浅井敦归纳的“意识变革→新的社会规范→法规范”公式(1973年),F.H.Foster的政策表面法典化的判断(1982年),土岐茂开放性结构论(1987年)等等。

性的问题。卢曼(N. Luhman)批评至今为止多数法社会学理论都在不同程度上回避了对“应然”既法本身的研究,公然宣称要将建立真正的法律(应然)社会学这一极困难的工作作为自己理论展开的主题,并且多处论述了法律与认知、反思的关系。因此,我们不妨首先沿着他的思考线索来深入探讨一下学习事象、反思和法律的关系。

卢曼考察的出发点是社会系统对于违背(Enttäuschung)处理的两种基本方式——“认知预期”和“规范预期”。^①前者是改变被违背的预期、适应反预期现实的方法(即对于违背行为的学习),而后者是坚持预期、抵抗反预期现实的方法(即对于违背行为的不学习)。然而这种对立不是绝对的,违背的反复出现可以形成一种使规范预期向认知预期转换的压力。特别是许多规范都以具有一定弹性的方式加以规定的,因而法律制度中也隐伏着学习事象。最明显的事例是法律变更,卢曼称之为“对于不学习的学习”。近代法制归根到底是同一法律秩序中学习或不学习的可能性的共同制度化,其前提是对于违背的学习程序(立法)与对于违背的处理程序(司法)的分化。

卢曼认为,规范制定与学习事象的共性在于两者都使行为预期得以安定化,从而容易导致传统化倾向,限制人们发现新变化的机会和变迁能力。有鉴于此,反思机制(学习的学习、规范制定的规范化)逐渐形成起来。对于卢曼来说,从文明发展和决策合理化的需要出发,必须加强法律系统的反思机制,而反思机制得以制度化的先决条件是功能和结构的分化。因而,考虑反思机制时必须分析学习时间和通过学习形成复合系统的时间,系统结构变更的灵巧性和可供选择的手段,以及不同意见之间互相传达影响的渠道等等。从这一视角来认识中国的法律试行,我们可以得出如下结论:法律试行不仅可以补充成文法的反思性(法律变更程序等),而且可以被视作形成反思机制的一种有效方式。因为除了法律的实验和试行作为认知范畴的意义之外,这一制度使各系统(例如行政系统、司法系统、经济系统和立法系统等等)之间合意的形成形态和表现形态也具有反思性;从而为反思机制在个人行为层次上的制度化和公民作为主体参加决策过程,提供了一种新的可能性。

以试行的方式来形成法律制度的反思机制,是由我国社会改革的实践需要决定的。改革者们需要迅速实现法律关系的转换,只能采取立法这种具有明示性和强制力的方式;为了使立法效果能渗透到社会深层结构中,又必须加强反思机制,但是立法的程序化和权限分立这种反思的制度形态几乎不能满足改革的紧迫要求,而这种程序化和分权又是改革者所期望的目标之一。由于法律试行不但没有否定立法程序,而且导入了科学与民主的契机,所以它似乎可以作为摆脱这种两难处境的较好的弹性措施。当然不容否认,法律试行引起了法律体系的不平衡(不包括那些可以克服的不成熟之处);然而不平衡正是秩序变换的必然现象(可以联想自然现象的耗散结构——平衡状态中的分子的不规则运动在一定条件下转变为非平衡状态中的规则运动)。

二、法律试行的结构要件

通过考察和分析导入破产制度的实验过程及其他试行经验可以得知,我国法律试行主要

^① 据石村善助《法社会学序说》第290页,岩波书店,1983年。关于认知预期和规范预期的内容分析详见N. Luhman, *Rechtssoziologie*, 1972, 村上淳一、六本佳平日译本第49页以下,岩波书店,1977年。

有四种基本形态类型。即：

1. **法制试点** 这是在一定的社会区域范围内，(1-a)预先对法律制度和技术的效果进行验证，或者(1-b)以一定的功能假定的前提，从社会自组织化的机制中摸索适当的制度形态的法律实验形式。以(1-a)为目标的实验，有些可以按照严格设计和执行的科学程序进行，但其中大部分和以(1-b)为目标的实验都是把自然观察和调查作为主要技术手段。

2. **试行法律** 在一定或不定期间，对于缺乏实施条件或审判经验、但又不得不尽早制定的部分法律，赋予其一种便于及时修改的实验性结构形式，即：(2-a)立法机关与法律执行机关之间就该项法律的效果确认，保持密切的信息交流关系，(2-b)该项法律不受严格的法律修改程序和立法计划的约束。这种方式适合于法律移植或创新，试行期为新制度适应或改变既存法律关系、避免或减弱改革的波及力所造成的法律秩序的动摇，提供了回旋的余地。全国性立法和地方性立法都可以采取试行法的形式。

3. **地方法规** 包括(3-a)全国性法律的实施细则，(3-b)根据权限制定的地方自治性法规和(3-c)根据全国性立法计划的需要制定的先行的实验性的法规。在全国性立法机关可以通过比较各地方立法的不同效果进行选择的意义，上，地方法规也带有实验性质。(3-a)和(3-b)以现行法的规范效力等级体系为前提，可以为全国性法律的制定、修改和具体化提供经验根据。(3-c)的目的是建立新的法律命题，所以往往引起僭越问题和法律原则或条文的冲突(试行法律也存在类似情形)。这种紊乱一般通过委托或授权规范加以调整和镇定。

4. **审判经验** 在社会越来越依赖法律系统进行组织和控制，而实体法不完备的状况下，必须加强法院在制定规范和政策方面的作用。现阶段，通过审判形成法律的主要组织条件是：(4-a)调查、验证判决效果的回访制度和复查制度，(4-b)法院系统内审判经验的总结、交流和汇报制度，(4-c)最高人民法院的指导制度，(4-d)参考案例制度以及预定实行的判例汇编制度。

为了协调法律试行与现行法律体系的关系，建立了一系列**媒介性法律范畴**，例如，作为法律试行的合法性根据的委托或授权规范、立法预测和计划、通则与实施细则、补充规定等等。为了协调法律试行各种形式和不同阶段之间的关系，建立了一系列**媒介性的组织形式**，例如法律起草小组、调查组、联席会议、理论与实践研讨会等等。而在法律试行与社会的反馈系统中，最重要的**媒介变项**是法学研究和群众舆论，两者分别代表了科学化和民主化的契机。但是在宣传这一媒介变项的作用下，专家意见和舆论具有权威指向和社会统一化功能。能制约宣传作用从而保证反馈机制健全性的媒介变项，是基于实践理性的讨论自由度，对此最主要的衡量指标是对反对意见的宽容和对少数意见的尊重。

总之，在理想状态下，法律试行显示了把人从结构化的重负下解放出来，加强其主体性和反思性的可能。如果从现代化社会变动与法律的关系来透视这一问题，那么应该说，法律试行这一特殊现象对于理解我国现代法律的属性和发展方向，具有某种普遍的意义和启示。

三、法律试行的反思化促进模型

(一) 转嫁责任的有限性与反思机制的发动

以上对于我国法律试行的结构要件及其与学习事象、反思机制的关系的论述，并没有考

虑法律试行的历史发展阶段性和反思化程度的变化。利浦斯基 (Micnael Lipsky) 分析美国行政官僚制时指出,大量的试行措施尽管给人以除旧布新的印象,但实际上其多数只开花不结果;在公众不能对试行措施进行评价的条件下则只会造成人们观念上的混乱。由于行政业务的垄断性和对象者的非自发性(被动性),行政机构对于试行错误往往只进行责任转嫁,而缺乏反思性。^①回顾历史可以发现,我国法律试行在不同程度上也存在类似问题。无论是作为非法化方式的法律试行(1979年以前),还是与法制化契机相结合的法律试行(1980年后),在理论上都可能具有反思性,但是实际上试行错误却时常在坚持目的的口号下被正当化,或在舆论操作的过程中被掩盖。

换言之,如果在出现失败时对试行担当者(主要指行政机关)追究责任的话,那么试行担当者将倾向于采取隐瞒失败或转嫁责任的行动。常见的比如“替罪羊”方式,把全局上的失误原因归咎为个人或局部的过错,通过牺牲部分来维持整体;人均分配方式,强调对于失误人人有责,其结果是造成无人负责;条件归结方式,把主观上的失误归结为客观条件,通过解释推诿责任;粉饰方式,通过财政再分配、统计数据处理、回避追查程序、私下互相关照等种种手段掩盖失误、逃避责任,等等。

然而需要看到,在社会主义社会,经济合理计算的职能大部分集中到行政机关,因而对于经济非合理性的责任转嫁实际上变得很困难。一个企业的经营失败也往往被归结为政府失策,在严格计划的媒介作用下,企业失败对社会全体的波及力会被成倍放大。因此,行政垄断性虽然可以助长转嫁责任的倾向,但这是以政治代价为前提的。如果把责任转嫁处理的政治得失进行合理计算,那么似乎应该承认这样的命题:行政机关的业务垄断性越高,承担责任越重,责任转嫁越困难。

在责任转嫁困难的情形下,容易诱发反思机制。例如企业破产问题一旦转换成政策或制度的破产问题,经营失败原因的追究程序就要适用于政策讨论本身。当然,从责任转嫁到反思需要一个过程,即经济——政治代价计算时间,或者说行政机关对于失败或危机的学习时间。根据系统维持和进化模型,反思的出现具有必要性,问题是如何从节约学习时间入手加快反思化的速率。学习形式的固定化在一定时间内可以提高社会组织反思化的速度的概率,但这种方法是以减少独创性为代价的。可以取代这一方法的是使学习过程变得更加开放、更加非定型化,促进信息交流,使个人从旧的结构中解放出来,保障批判性议论和社会通讯的最大限度的自由。这就是法律试行的原理。总之,法律试行通过规范的流动化造成了法律程序的部分性自我破坏和个人解放,从而使利浦斯基指出的一般试行的矛盾得到扬弃,为反思化开辟了途径。

(二) 反思化与实践主体的对话

1. 主体与程序

在卢曼看来,反思是系统在部分领域的自我主题化;反思的主体不是具体的个人,而是相互主体化了的作为系统的功能关系,即“含意关连(Sinnzusammennang)”。因此,反思的现实化需要许多前提,只有在进化的一定阶段才能实现^②。J.哈伯马斯在分析反思时虽然也

^① M.Lipsky, *Street-Level Bureaucracy*, The Russell Sage Foundation, 1980.

^② 卢曼:《社会システムエ时间论——社会学的启蒙》,第42—45、47、67页。土方昭译,新泉社,1986年。

谈到过“生活关连 (Lebenszusammenhang, 包括认识的兴趣关连和谋生的利害关连)”、学习过程和社会进化,但他更强调作为实践主体的具体个人的作用,强调反思过程中理性的表白。^①近代以来法律制度的基石是独立人格,即使团体的权利义务关系也往往比照个人关系的处理手法来加以处理(例如法人制度)。社会法概念的出现虽然带来了权利主体的复合化,但它在实质上并不是对人格的否定,而只不过是把抽象的法律人格还原到人的生存和尊严(这一基点与阶级性和阶级解放的马克思主义观念并不冲突),赋予权利的存在形式以一种新的含意而已。通过法律实现正义的主要动力装置是利害关系人的个别权利要求。因此,在论述法律制度的反思时既不能回避也不能轻视个人的主体性和积极行为。从法学实用操作的层次上看,强调个人在促进系统反思化中的能动性或许更有现实意义。

个人通过讨论或对话来表达自己的要求,在互相理解的基础上达成合意,最终实现或放弃或缓和自己的要求。哈伯马斯指出讨论的最重要的特征是要求把对于行为的种种强制和正当要求暂时搁置在一旁,充分考虑相反结论的可能性。^②这与卢曼所说的价值反思的颠倒(反转?)战略有似曾相识之感,但是哈伯马斯关于“理想的讨论状态”的假定除了讨论主体的人格互相承认之外,还强调了讨论的共同前提,即作为正当化根据的理性标准、原理,这就在实际上使价值反思受到限制。考虑到社会变革时期价值观彻底更新这一反复出现的事实,不能不指出确定共同价值前提的现实困难。况且讨论的合理标准本身就需要讨论才能达成一致,在决定内容问题之前已经存在着怎样讨论的程序问题。在这一意义上,卢曼“依据程序的正当化”的命题比较容易理解。

当然,程序本身也存在是否合理的问题;把决策的正当性之类价值问题完全转化为程序问题的手法并不是无可非议。但是程序合理性相对于内容合理性而言比较容易把握和判断,因而比较容易达成合意,也比较容易调整纠偏。从实践的现实性和反思彻底化的角度来看,特别是基于发展中国家的改革经验,强调价值的相对性和作为操作战略的程序问题似乎是更适宜的。

2. 相互学习与共同决定

国家与社会、立法者与公民以及私集团之间也存在着学习和相互影响的机制,法律试行是这种机制的一种特殊存在方式。在法律法规的试行过程中,公民或私集团一方面调整自己的行动以适应新的规范,一方面还可以通过实验期间的行为改变、讨论期间的意思表示、表决期间的投票操作等来影响规范内容。而国家机关根据试行效果,不断交替采取抑制违背行为、变通做法、调节不谐、修改规定等对应措施。这种违背与服从、争执与合意、强行与修正的动态过程,可以用“相互学习”来概括之。当然,这种现象不仅见于法律试行,一般的法律程序形成过程中也存在同样的合力作用原理。但是法律试行的特点在于把介于合法与违法之际的法律发展的契机加以放大,并将之编入法律制度内部。

在某种意义上可以说,法律试行是通过在法律体系内部设置租界的战略实现法律秩序的多元化、开放化。让法律制度把异质物吸入体内的做法是极为大胆而危险的,但对于带有根本性的制度变革来说也许是一种捷径。通过设置“违背租界”来促进法律的反思具有以下功能性的意义:

^① 参阅山本启:《ハーバースの社会科学論》第130—131、152、154—155页,劲草书房,1980年。

^② 哈伯马斯、卢曼著:《批判理论与社会システム理论——ハーバースニルンゲン論争——(上)》第141页,佐藤嘉一译,木铎社,1984年。

(1) **违背正当化问题的回避** 可以说,法律的反思与发展往往是从违背开始的。但是考虑到法律的应然性,不容简单地将违背正当化。至今为止,法哲学领域的关于恶法抵抗权或市民不服从的研究为了使违背正当化提出了多种多样的根据,但大多过于抽象而且歧义丛生,又涉及道德、价值判断,所以极难达成共识。法律试行以暂定的或限定的容许方式,回避了违背正当化的难题。但是,违背正当化过程中包含使法律的反思深化的积极价值,这样的回避可能招致妨碍反思化的结果。幸而法律试行中有两个对抗反思弱化的因素在起作用。即:第一,违背正当化作业的回避而引起的反思弱化效果,可以通过租界化的价值表象的分裂(即价值多元化)的反思促进效果来补偿;第二,违背正当化的作用实际可以由具体的越轨行为或异议表示的辩护活动,以及试行负责机构查明违背原因的职能活动来代替。

(2) **交涉的有序化** 法律试行场合中的合力作用,既不是赤裸裸的力量对抗,也不意味着变幻无穷的相对主义。因为论证试行法规或异议表示的妥当性需要可信证据,决定争议的是非曲直需要正当理由,关系人间的各种相互作用是在现存法律秩序中按照一定程序进行的。而且法律程序本身也成为一定力量对比关系的前提条件,总之,一种动态的交涉的秩序在法律秩序之中形成着。法律领域内部的类似租界的交涉、秩序的存在本身要求不断省视成文法的妥当性,要求功能等价的弹性观念和功能强化的反思努力。

(3) **学习逃脱的防止** 在一般场合,由于守法主义倾向,一般公民对于法律敬而远之的态度以及法律运用的消极性,法律体系的认识和反思的属性往往容易被削弱。但是,法律试行的场合设定使法律与社会的距离缩短了,使参加决策的动机强化了。因而无论是立法者还是普通公民都难以逃脱学习。而且学习一旦成为更为自觉的行动时,其效果也就可以得到增强。

法律试行作为立法过程中的一环的格局,即使未必能保障公民在一定范围内直接参与立法过程,也肯定可以为公民对于立法施加影响提供大量机会。这样一来,1)法律规范的正当性标记分散化了,2)立法机关的决定不得接受外部偏好和价值的洗礼,3)对于立法失败的检验权实际上下放到普通公民层次上;其结果,立法组织原理被潜移默化,从而逐步形成民主主义共同决定的条件。然而,能否有效利用这种条件则取于权利启蒙的程度和公民的自觉自律的人格素质。

(三) 法律试行的问题及其改善

一些学者曾经断定法律在变革中的作用是有限的,它只适宜于推动社会沿着既定方向前进,而不适宜于改换方向。^①法律试行虽然没有超越自上而下的变革的范畴,但其中表现出来的立法者关于选择多样性和功能等价性的观念以及群众参与决策的开放性特征,使我们不能不重新考虑上述命题是否具有普遍意义。实际上,法律试行可以被理解成通过法律积极改变社会发展方向的一种表现形态,因为它为法律提供一个在一定条件下摆脱结构化重负的结构。

但是不可否认,法律试行及其关连现象引起了下列种种矛盾和紧张关系。1)为了适应社会根本性变革的需要而试行的法律常常引起上下位法律效力关系的紊乱,例如我国地方

^① 例如Dean E. peachev & Melvin J. Lerner, Law as a social Trap—problem and possibilities for the future, in The Justice Motive in Social Behavior N. Y.: plenum press, 1981, P. 447.

性破产法规和国营企业破产法（试行）公布时，国营企业法和公司法均未制定。有时甚至发生违宪问题，例如我国宪法曾经禁止土地使用权转让，但在1988年4月通过宪法修正案之前，关于土地使用权转让的一些法规已经生效很长时间。2）法律试点内的权利义务关系与其他地区的不同，同类行为可以产生不同的法律后果。试行法律的错误虽然可以获得纠正，但作为法律实验对象的公民权利多已受到难以补救的损害。这种人为的不公平以合法的形式存在，对于法律的尊严具有挑战意义。由于社会过程具有不可逆性，法律试行错误往往会产生深刻持久的不良影响。3）法律的成熟与完备总是相对的，试行措施实际上具有长期化的倾向。当法律试行成为恒常性制度后，规范的安定度和可预测性往往受到损伤。如果不能从法理上解释和说明、或者从制度上预防和解决上述问题，那么我们不仅无法否定前面提及的关于法律保守性的命题，而且法律试行在推动反思化方面的意义也由于代价太大而不能不重新评价。这里实际上涉及到了法律与社会改革之间关系的根本问题。

我们丝毫无意为立法中不成熟甚至不妥当的某些现象作辩护，提高立法水平乃是我国当前一项十分重要的任务。但是不能不首先指出社会大变革时期法律秩序具有独特的性质，这时社会控制由结构性控制转变为反思性控制，制定法在有目的地确定发展方向和基本规范后，必须借助社会自组织化机制来逐步完善细节，必须接受动态平衡的存在方式。法律即是一整套行为规范，同时又是社会共有的含意（meaning）系统。在大变革之际，首先是在含意的层次上重新认识既存的存在方式，摸索取其而代之的新的存在方式。然后使之在行为层次上现实化。差异是含意的源泉，因此变革中的社会或发展中国家的法律往往表现为多层次的复合结构。^①有的法律家对于这种复合结构感到不安，试图通过法律前提（legal postulate）这一抽象概念来统合之。但是在变革时期统一的法律前提难以成立，法律意识形态也往往呈现出内在矛盾。^②法律试行中的一些不均衡只不过是变动的从而不免充满矛盾的现实的体现而已。

但是法律作为具有普遍性和强制性的行为规范总是要求逻辑上首尾一贯和效力上范围明确，否则在适用于具体案件时就会遇到无所适从的困难。法律试行通过授权立法、暂行措施和正当性追认等技术手段来缓和上述种种紧张关系，这是可行的，但仍不充分。首先立法和法律试行的权限划分及程序步骤应该进一步合理化、制度化，在规则变更和规则不完备的情形下，法律系统就会失去其自我依据的完整性。其次有必要完善发现、补充和修正具体规范的法律解释制度，而这是以法官的良好职业素养和独立审判原则为前提的。至于由区域性法律效果差异引起的公平问题最终不妨归结为正当化问题，除了以上两个条件外，公民真正参与决策过程是正当化的最重要的根据。总之，改善法律试行的任务实质上就是程序合理化和决策民主化这两个命题如何实现的问题。

结 论

任何复杂的理论总是比现实远为简单，而现实中每一项行之有效的措施总是比提出一个

^① 近年来出现的许多法律复合结构的模型可以被认为表现了社会变革中的法律属性，详见安田信之：“ラシラの法と社会”（三省堂，1987年）中的总结性介绍以及他本人的三法理展开模型，特别是第58、63页。

^② 参阅季卫东：《中国法文化的蜕变与内在矛盾》，《比较法研究》1987年第4辑第9—10页。

理论设想困难百倍。本文通过对我国法律试行制度的初步描述和分析，说明它具有比一般所说的法律实验更丰富的意义。实际上法律试行既是通过法律组织和控制社会变动的一种特殊装置，同时又是公民参加立法决策的重要组织形式，能促进政府和法律制度的反思化。对于法律试行的研究不仅应该引起法律与社会发展的理论及第三世界法学的兴趣，其中包含的应然与违背、结构与变化、管理与自治等一系列悖论的独特含义也值得从法律哲学的角度加以玩味。

卢曼已经指出过以自我依据、自我实现预言为特征的法律系统是一个危险的结构，也许可以说这种危险性在法律试行中尤其突出，因为法律系统得以维持其内在逻辑的合法与不法的二分法编码在试行状况下变得更暧昧了。这种问题只能靠更复杂的制度化和理论化作业去解消，因而要求把学习、交涉、循环性的修改过程也巧妙地编入到法律制度和程序中去。表面看来我国法制化只不过是法律系统的更大规模的政治化（即非法化），但实际上这同时也是政治系统的法律化。在法律系统和政治系统相互作用之中，一种带有自治色彩的新型法律秩序也可能由此诞生。

问题是这一过程怎样才能合理地实现，许多题目还有待于进一步研究，例如法律试行对于法律原理原则和运行机制究竟有什么样的影响，促进反思化的具体操作变数怎样确定，法律试行本身完善的具体途径和实现方式如何，等等。在实地调查和经验资料的基础上对法律试行进行理论化、模型化的研究还有待于今后更大的努力。

（本文注释有删节）

本文作者是日本京都大学法学博士中国留学生

责任编辑：谭 深

山东省举行纪念中国社会学重建十周年座谈会

山东省社会学学会于1989年6月22日在山东社会科学院举行了社会学工作者座谈会。出席这次座谈会的有50人。会上总结了山东省社会学恢复十年来所作的工作和取得的成绩，为今后继续开展活动奠定了基础，指明了方向。