

# 在经验与规范之间:试验立法及其类型化\*

## —— 一种立法进路的提倡

安晨曦

**摘要:**立法理想与法律运行实践间背离的中国境遇,以文本法律不完全是“能用之法”,且立法承诺在执法中不能全部兑现之困局为现实表征。以进化论理性主义的哲学立场和无知论的知识假设为理论支撑,采取反复试错、吸纳建议、对话商谈等自发性工具,将实践证明可行的执法经验提炼与抽象,进而升华为普遍性规则的试验立法进路,是修正建构论唯理主义立法进路并撬动当前格局的一个支点。试验立法进路以“采纳—辐射”这个简式架构为运作逻辑。目前的试验立法主要有尝试探索型试验立法、落实测试型试验立法与示范效仿型试验立法三种模式。试验立法的实践性意味着多数立法活动将建立在证据或实证研究的基础上,也将具有方法论的意义,有望成为我国立法方法法定化的发展方向。

**关键词:**试验立法 尝试探索型 落实测试型 示范效仿型

**中图分类号:**DF01 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-8330(2015)03-0112-12

**DOI:**10.13893/j.cnki.bffx.2015.03.014

### 引言

在我国法之运行或维修实践中,善于观察的人士可能已经察觉到一种现象,即由“立法”直接推动的制度变革,无论是专家学者的文本型理论论证、还是司法实践者基于部门经验的修法建言,抑或是法律修订馆中立法者为吸纳议论和批判而进行的座谈或调查等等,都未能解围一个长期的困局:文本法的立法承诺在执法<sup>①</sup>中并不能全部兑现,文本法不完全是“能用之法”。<sup>②</sup>基于进化论理性主义的哲学立场和无知论的知识假设,“任何个人试图凭据理性而成功地建构出比经由社会逐渐演化出来的规则更具效力的规则,都是不可能的;退一步讲,即使他成功地建构出了这样的规则,那么也只有当这些规则得到了所有人遵守的时候,方能真正发挥其效力并有助于其目的实现。”<sup>③</sup>由于人们都存在必然的无知与认识的偏差,不可能完全预测到制度运行的实际,再加之对新生或移植制度所需的土壤与环境认识不足,更未能去考察所移植制度的域外运行状况,所以这种理想情怀式的、部门本位式的、片面经验式的制度建

\* 本文系2013年国家社科基金项目“我国转型社会中的法治思维研究”(项目编号13BFX010)的阶段性研究成果。

[作者简介]安晨曦,海南大学法学院助教,博士研究生。

① 本文使用的“执法”一语,除特别说明属于行政执法外,均采其广义,包括狭义的行政执法与司法。

② 当然,这个困局是多因一果的产物。除却政治色彩、功利驱使、利益博弈等原因外,建构论唯理主义的立法观是更为主要的原因。

③ [英]哈耶克《自由秩序原理》(上册),邓正来译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第77页。

构主义立法进路,使得立法预期与法律运行实践间背离的中国境遇一直存在。<sup>④</sup>

为突围这个困局,能否创设另外一种立法进路呢?其实,六十余年的立法实践表明,法律草创过程中的先行先试探索是值得肯定并提倡的一种立法进路。虽然法律草创实践中存在着大量的先行先试片段,但这些现象的群集与抽象在“概念”属性上怎样去认识?这些现象有没有一个类属的模式化格局?这种立法现象的未来发展趋势如何?笔者拟尝试性地对这些问题进行探究,并附带对各种先行先试立法现象的积极效果与存在的问题予以评析,但无意对存有的问题提出改良对策,旨在表明一种态度或一个思路,一个旨在撬动当前困局的支点。

## 一、试验立法及其内在逻辑

### (一) 何为试验立法

#### 1. 立法现象对试验立法的诠释

“不明白某学术上之用语者,亦不明白该学术。”<sup>⑤</sup>试验立法作为一种立法现象,<sup>⑥</sup>客观地存在于法之草创过程中,但作为一个学术概念之提倡,并未引起诸学者之关注。他们只是为论证其他议题之需要而借鉴使用或附带说明,无意做出科学周延的界定。概念系理论之基石,若概念不明晰,则判断难以确立、推理难于立足,进而体系无法确立。回答何为试验立法,则需观察诸多的试验立法现象。因为一个科学的概念,不仅具有“理论性的品格”,更有着“客观的品性”。<sup>⑦</sup>

这一问题,需借助“法的产生”问题作为前引。法是如何产生的?尽管不乏先驱之争辩,但至今仍是一个尚无定论、且不会平息的议题。中国社会转型与特殊国情语境下的法律,存在两种推动社会变革的进路:一是基于建构理性的整体主义自上而下的推进模式;二是立足于实践理性的经验主义进路,主张政府主导、社会联动自上而下和自下而上相结合的方式。<sup>⑧</sup>由于我国主要遵从前一种模式,从而出现了文本法“不好用”,甚至被架空或虚置之困境。由于采取被学者称为“变革性立法模式”、“建构主义立法进路”、“立法推进主义的变法模式”等所造之法难以适应当前的执法需求,因而为了改良法的实效性,多元的立法主体<sup>⑨</sup>已在渐进地尝试试错机制,一种类似卡尔·波普尔的“试错法”。<sup>⑩</sup>因为“未来总是不可知的,在社会实践领域,要扩大对它的认识不是通过猜想——猜想意味着太大的风险——而是通过从现实中找出可能与未来有关联的细节,再认真考证它们与未来的关联度:将它们作为前提条件,通过改变这些前提条件,比较不同的结果输出,并反复进行这个过程,直到找出的这些细节和未来的关联度让研究者满意为止”。<sup>⑪</sup>立法者或将非职权立法权范围内的立法事务委托于有权机构自主发掘,或将法律草案中的假设先置于群众中去证伪,或将移植、理性建构的制度在选定的地区试运行等等,基本是一种“从群众中来再到群众中去”的自发性立法进路,这些立法手段均带有学习性、观察性、尝试性等因素,笔者将这些立法现象称为试验立法。这也正如历史法学的主要代表萨维尼所言,立法者是发现,而

④ 为改变这种现状,在刑事司法领域,樊崇义教授、左卫民教授、宋英辉教授等学者与实务部门合作,以美国维拉司法研究所半个世纪从事司法改革项目总结出的、以“试点”为核心的“实证研究方法论”为指导,开展了多项试点型实证研究项目,如证人出庭作证、未成年人取保候审和酌情不起诉、审前证据展示、刑事和解等。参见[美]吉姆·帕森斯《试点与改革:完善司法制度的实证研究方法》,郭志媛译,北京大学出版社2006年版。

⑤ 郑玉波《法彦》(一),法律出版社2007年版,第16页。

⑥ 目前学界对于“试验”与“实验”之用法较为混乱,从词源学解释层面而言,前者意指为了察看某事的结果或某物的性能而从事某种活动;后者是为了检验某种科学理论或假设而进行某种操作或从事某种活动。立法过程中的先行先试模式,应当采用“试验”一语更为妥当。参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室《现代汉语词典》,商务印书馆2005年版,第1248、1238页。

⑦ [英]马丁·阿尔布劳《全球时代:超越现代性之外的国家和社会》,高湘泽等译,商务印书馆2001年版,第126页。

⑧ 王彬《“先行先试”立法模式的经济分析》,载《山东警察学院学报》2010年第1期,第66页。

⑨ 从立法实践看,推动法律制度形塑的主体包括决策主体的立法机构、参与主体如司法机关、民众与民间团体、知识精英等。

⑩ 波普尔指出,科学最根本的方法就是“试错法”,即尝试与清除错误的方法。科学的试错法要取得应有的成果就必须做到既要大胆地尝试,又要足够严格地检验。人类只有试验——错误——认识错误——改正,才能前进。参见[英]卡尔·波普尔《通过知识获得解放》,范景中等译,中国美术学院出版社1996年版。

⑪ 刘明亮《立法中的纠偏机制——一种提高立法质量的制度尝试》,载周旺生主编《立法研究》(第六卷)北京大学出版社2007年版,第138页。

不是创造法律。<sup>⑫</sup>当然,我国不是判例法国家,法的产生虽然要避免对理性能力的过度自信,但不宜通过试验立法的制度改革,还应遵循立法的建构进路,因为“进化论理性主义的侧重点始终在于理性的限度方面,那么它的意思就一定不是说理性根本不具有任何的建设性使命……”<sup>⑬</sup>这也诚如庞德曾指出的:“组成一个法律体系的那部分法令,包含两种成分,一种是命令性成分,一种是传统性成分。前者是立法者的创作……传统性成分是经验的产物”。<sup>⑭</sup>

## 2. 立法模式对试验立法的注解

试验立法是一种立法模式。此结论是以试验立法作为一种立法现象为前提而推出的。因为模式主要是形态各异之现象类型化的结果。但它属于自成体系的模式?还是属于已有模式的一种?则不无疑问。

学界有专门针对立法模式的研究成果,如认为我国存在着(或经历了)变革性立法模式、自主性立法模式、<sup>⑮</sup>追赶型与回应型模式、官僚型与民主型模式、管制型与服务型模式等。<sup>⑯</sup>但我们发现很难将试验立法归入其中的某一特定模式中,如新中国成立初期的暂行法与试行法(以下简称“暂(试)行法”),基本属于寻求“有法可依”目标下的激进立法或追赶型立法;而近年来的法律草案征求意见现象,则明显属于民主型立法模式。又如从司法公开示范立法之形态看,则是典型的服务型立法模式。借鉴立法模式的主流观点来看,“立法模式是一个国家制定、修改、废止法律的惯常套路、基本的思维定式和具体的行动序列以及由诸因素决定的法律确认的立法制度、立法规则”。<sup>⑰</sup>这一界定重在强调“一个国家在一定历史时期内具有相对稳定性的创制法律的惯常风格,这种惯常风格并非一朝一夕可以形成,而是时间的产物,它直接来自于历史的积淀和智慧”。<sup>⑱</sup>而试验立法秉持的理念是“公众对法律的信任不应只是源于异想天开的争论和政治运动的诱人力量,用实验方法证明法律的效力可以为这种信任提供更坚实的基础。在实验观察表明法律的某个方面无效或者有反作用,并对此加以改变的同时,法律自身也会随之得到改进”。<sup>⑲</sup>它注重经由执法经验的提炼与抽象或制度效果证明的试验而升华为普遍性规则。因而,先试先行的理念与由点及面的方法论表明,它属于一种与既有立法模式相并列的新模式。<sup>⑳</sup>

### (二) 试验立法的结构与运作逻辑

事物之逻辑,表征着它发展的客观规律性。分析试验立法的运作逻辑,需要厘清其基本的结构及要素。试验立法结构主要由立法推动主体、试验地区或部门、试验主体、试验项目、试验运行机制、试验结果评价机制等要素组成。这些要素均属于试验立法模式发展和演变的内在驱动力,若从构造主义层面而言,这种内生变量便是构成试验立法模式之要素的总和。其中,立法推动主体因《宪法》、《立法法》等的规制而具有恒定性,即一般是全国人大及其常委会,但也会因正当性不足、试验项目不同而由其他组织,如最高司法机关来推动。<sup>㉑</sup>试验地区或部门的选取,则需考虑地区的代表性、试验项目的性质、重要程度等。有的需在全国范围内试验,如法律试行、创制性行政规范等;有的只需局部试验,<sup>㉒</sup>如授权“两高”对刑事速裁程序试点、最高人民法院(以下简称最高院)引领的司法制度试点等;还有的是以“试

⑫ 参见[德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第7页。

⑬ 邓正来《自由主义社会理论:解读哈耶克〈自由秩序原理〉》,山东人民出版社2003年版,第90页。

⑭ [美]罗斯科·庞德《通过法律的社会控制》,沈宗灵译,商务印书馆2010年版,第2页。

⑮ 参见秦前红《宪政视野下的中国立法模式变迁——从“变革性立法”走向“自治性立法”》,载《中国法学》2005年第3期。

⑯ 参见江国华《立法模式及其类型化研究》,载刘茂林主编《公法评论》(第4卷),北京大学出版社2007年版。

⑰ 关保英、张淑芳《市场经济与立法模式的转换研究》,载《法商研究》1997年第4期。

⑱ 前引⑯,第94—95页。

⑲ [英]C.豪沃思、M. J. 冈恩《实验立法》,洪戈力译,载《外国法译评》1986年第6期,第55页。

⑳ 另有学者指出,“先行先试”立法模式是“变革性”立法模式和“自治性”立法模式的结合体,是统筹“立法先行”和“试错先行”的较优安排。参见吴汉东《“先行先试”立法模式及其实践——以“武汉城市圈”“两型”社会建设立法为中心》,载《法商研究》2009年第1期,第121页。也有学者认为,中国的这种政策制定模式是“分级制政策试验”,此模式的核心是试点和由点及面。参见[德]韩博天《通过试验制定政策:中国独具特色的经验》,载《当代中国史研究》2010年第3期。

㉑ 如最高人民法院多年来自行推动的多项改革,基本属于无正当理由授权的改革。另外,目前学界进行的司法制度改革的实证研究也属于广义的立法推动行为。

㉒ 有学者对局部性的试验提出质疑,认为这样“可能带来仅从本地区特殊性考虑的负面影响,从而使法治的推进形成一种以地域为中心的分割现象”。参见杨解君《走向法制的缺失言说(二)——法理、宪法与行政法的诊察》,北京大学出版社2005年版,第4页。

验区”形式展开,如当前的司法体制改革在上海、广东、吉林、湖北、海南、青海6个省市先行试点;接受试验项目的部门也具有多元性,除推动方自身可以进行试验立法外,根据《宪法》、《立法法》或其他法律决定,其他主体包括国务院、地方各级人大及其常委会、最高法院、最高人民检察院等。试验主体,是一个抽象的概念,可以从法的普遍性理论来解释,即全民,如法律草案征求意见的面向主体即是不特定的民众。试验项目,包括法律草案、授权立法事务、单项制度或政策束等。试验运行机制是与试验立法的内在逻辑密切相关的问题,一般而言,多数试点项目都应经过授权、选点、部署、督导、观察、交流、扩点、总结等环节,如维拉研究所实施的司法改革项目,分为项目规划、实施试点项目、评估与调整、推广几个阶段。<sup>②</sup>在试点成果推广前,还存在一个更为关键的环节,即成果的评价。由试点推动方按照一定的标准以座谈会、研讨会、调查或汇报等组织形态对试点项目的试运行情况作出评判。

从上述各要素的架构来看,试验立法是一个由点及面、自下而上的过程。一般而言,无论何种形态的试验立法都是先将制度或政策方案置于推动方选定的地区或部门进行“实践测试”,从演练中吸纳地方知识与经验,进而反馈到立法决策层为正式制度的生成提供机遇。从时间维度看,试验立法一般都有相应的周期,如授权立法中的“条件成熟期”;<sup>③</sup>授权“两高”试点刑事速裁程序的“2年期”;<sup>④</sup>草案征求意见的“起止期”等。<sup>⑤</sup>从空间维度看,试验立法是一个纵横相间且为互动式的立体格局。整个试验过程均在推动方的上层指导与监督下运行,而且各类试验模式均有定期或不定期的汇报、总结、交流等短期试验效果分析阶段。

于此,试验立法基本遵循了这样一条逻辑主线:推动方首先要对试验承担方的试点成果予以认可,然后通过成果转型后逐步将正式的制度推广到全国。这一过程可以用“采纳—辐射”这个筒式架构概括。采纳阶段,即是推动方对试点成果的认可。认可即涉及到推动方对试验结果的评判与取舍;如果是局部试验的,还涉及到是否要进一步扩点推广的问题;若试点结果存在不良取向,还需对试点方案的调整、暂停、叫停等做出决定。在这一过程中,推动方似乎只是试验立法的裁决者,而非当事方主体。而且,试验成果能否上升为法律制度,还存在一个说服机制,即“尽力说服决策者,他们应当永久性地并在更大规模上采纳革新措施”。<sup>⑥</sup>当然,这里需要证明成果的现实可行性、产生的预期结果以及采纳成果是一种英明的投资等。辐射阶段,是将认可的试验成果进行转化后,将制度予以“辐射”式推广,推广的范围一般是全局。以全国人大常委会《关于授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开展刑事案件速裁程序试点工作的决定》为例(以下简称《授权试点决定》),“试点期满后,对实践证明可行的……”这里便存在一个试点结果是否可行的评判,即是否“采纳”试验结果的问题。“对实践证明可行的,应当修改完善有关法律”,既涉及到成果的转型,也涉及到成果向全国的“辐射”或推广。

### (三) 试验立法进路的优越性

与制度建构主义立法进路相比,立法的试验主义进路具有其优越性,即通过立法的试点可以塑造执法中的“能用之法”。从进化论理性主义与建构论唯理主义的知识框架分析,“建构论唯理主义传统所提出的命题之一是人生而具有智识的和道德的秉赋,而这种秉赋能够使人根据审慎思考而型构文明,并宣称所有的社会制度都是,而且应当是,审慎思考之设计的产物。然而,进化论理性主义者却明确指出,文明乃是经由不断试错、日益积累而艰难获致的结果,或者说它是经验的总和……文明于偶然之中获致的种种成就,实乃是人之行动的非意图的结果,而非一般人所想像的条理井然的智识或设计的产物”。<sup>⑦</sup>前者主张“制度的起源并不存在于构造或设计,而在于成功存续下来的实践”;<sup>⑧</sup>而后者认为,“所有的社

<sup>②</sup> 前引④吉姆·帕森斯书,第162页。

<sup>③</sup> 参见《中华人民共和国立法法》第11条、第56条。

<sup>④</sup> 参见《全国人大常委会关于授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开展刑事案件速裁程序试点工作的决定》。

<sup>⑤</sup> 我国法律草案征求意见的“起止期”一般为30日,如《国务院法制办公室法律法规草案公开征求意见暂行办法》第6条第2款规定:“行政法规草案在中国政府法制信息网上公开征求意见的期限一般不少于30天,情况紧急等特殊情况除外。”

<sup>⑥</sup> 前引④吉姆·帕森斯书,第154页。

<sup>⑦</sup> 前引⑬,第90—91页。

<sup>⑧</sup> 前引③,第64页。

会制度都是,而且应当是,审慎思考之设计的产物”。<sup>⑩</sup>在这一点上,培根也预设了人之理性建构法律的能力,<sup>⑪</sup>与哈耶克的想法相悖。

对于2012年修正的《民事诉讼法》确立的诸多新制度,笔者赴海口市两级法院调研后发现,由于新制度没有前期的试点,最高法院又未制定新的司法解释,多数法院对新制度采取了漠视、规避适用的态度。假设立法前经过了制度的试验,在一定周期内反复观察制度运行的效果,执法者可以感悟并总结可行的经验,调整或剔除与制度运行环境不符的制度,这样使得所立之法与能用之法间的隔阂得以消除,真正使文本法的承诺得以实现。

再从我国目前采取的委托立法和自行立法两种立法方式看,前者主要是立法机关委托特定的机关拟制法律草案,而后对草案进行审议、修改、表决通过的立法方式,如立法机关曾委托最高法院拟制法官法草案、委托公安部拟制治安管理处罚法草案等;后者是立法机关通过立法调研形成法律草案,并推动法律的颁行,如2012年《民事诉讼法》的修正就属于此方式。这两种方式的共同缺陷在于,都没有在立法草创中对制度运行进行试点,使得草案本身就带有执行的不可预期性,无法预测制度运行后可能产生的效果,而在立法者良善意愿推动下的制度变革,在司法实践中却变得难以操作。这种通过立法直接推动制度变革的路径,类似于林毅夫先生所指的强制性制度变迁,即政府法令引起的变迁,<sup>⑫</sup>并非将执法规律与经验付诸时间的检验,再转嫁于民意的决策来接纳它。笔者调研发现,《民事诉讼法》确立的诚实信用原则、虚假诉讼制度、裁判文书查阅制度等,法院在无更为具体的司法适用细则指引的情况下,不敢贸然适用,想适用却不知如何具体操作,结果便是新制度只是徒有虚名。也诚如有学者所言:“理论上很完美的制度并不一定可以付诸实施,而行之有效的制度却未必是事先设计好的。”<sup>⑬</sup>

## 二、尝试探索型试验立法

顾名思义,尝试与探索性质的试验立法主要是填补法律的真空地带。彭真委员长曾指出,对新的重大问题、重要改革,要制定法律必须先有群众性的探索、试验,即社会实践检验的阶段。在这个基础上,经过对各种典型、各种经验的比较研究,全面权衡利弊,才能制定法律。<sup>⑭</sup>这一类型的试验立法都存在一个共性,即试验项目所依托的试验方案以及根据该方案拟产生的试验成果,完全由试验部门在其权限范围内自主创设。这一共性也是该类试验立法与其他类型试验立法的本质区别,当然也是其自成一类的标准。

### (一) 创制性行政规范

从功能上而言,行政规范有探索性与执行性两重功能。其中,探索性或创制性行政规范主要是行政主体依据法律赋予的立法权,即职权立法权,依法填补上位规范的空白,也被学者称为“先行立法权”。<sup>⑮</sup>此种立法类型之所以存在,主要是基于制定某领域的法律暂时存在经验局限、时机不成熟、社会客观环境所限等原因,<sup>⑯</sup>先由享有行政规范创制权的主体,对某个急需法律调整的社会领域,先以低位阶的规范立法。在制度运行期间通过观察制度的运行效果、反复试错、吸纳建议、对话商谈、<sup>⑰</sup>信息积累等演练场景,为法律的创制提供素材与蓝本。从这个层面而言,“对于幅员辽阔的中央集权国家来说,在确保

<sup>⑩</sup> 前引③,第13页。

<sup>⑪</sup> 培根主张,应当制定一部法典的时代,必当在智慧上超过此前的一切时代。因而,一个必然的结论是,其立法能力必定为其他时代所阙如,因而,应当认为这一时代在其他方面亦且具有高度修养。参见前引⑫,第30页。

<sup>⑫</sup> 林毅夫先生将制度变迁分为诱致性制度变迁和强制性制度变迁两种,前者指一群(个)人在响应由制度不均衡引致的获利机会时所进行的自发性变迁;后者指由政府法令引起的变迁。参见林毅夫《关于制度变迁的经济学理论:诱致性变迁与强制性变迁》,载阿尔钦等《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》,刘守英等译,上海人民出版社1994年版,第374页。

<sup>⑬</sup> 季卫东《法律程序的意义》,中国法制出版社2012年版,第36页。

<sup>⑭</sup> 彭真《论新时期的社会主义民主与法制建设》,中央文献出版社1989年版,第248页。

<sup>⑮</sup> 参见于兆波《从〈立法法〉看地方先行立法权》,载《法学论坛》2001年第3期。

<sup>⑯</sup> 这里的原因,主要是但非限于政治、经济、文化等外生因素。

<sup>⑰</sup> 目前,多元主体推动立法的格局表明,法之生成是一个公共讨论与决策者间交流与沟通的过程。若以哈贝马斯的观点看,现代社会的法律是在交往活动中产生的,合法之法形成于公共讨论与制度化的协调机制,是一种协商式立法实践。参见[美]马修·德夫林:《哈贝马斯现代性与法》,高鸿钧译,清华大学出版社2008年版,第67、99—103页。

国家原则的统一性的前提下容许大量的地方性立法,这种局部的规范现象也具有“试行”的涵义”。<sup>③</sup>

以2007年《政府信息公开条例》(以下简称《条例》)的颁布为例,截至2006年11月,我国共有34个地方政府制定了有关信息公开的地方性法规或规章。<sup>④</sup>在这些规定执行期间,多数被证明可行的制度或举措直接纳入了《条例》的规制范畴。《条例》的实施至今已有六年,学界与实务界均提出了对其修缮的诸多建议,这些建议不仅是信息公开法律制定时的考量因素,也是《条例》运行间吸纳的不满。我国政府信息公开制度的推出,不仅采用了先地方立法积累经验、后中央立法整体推进的方式,实质上也经历了不同时空试错的考量,这种由地方尝试各种解决问题办法的推动模式也正如“原始人设法解决生存难题的基本方法——‘尝试错误法’,一种笨拙的功利主义”。<sup>⑤</sup>此种由点及面、自下而上、由地方到中央的试验主义立法进路,妥当地吸纳了地方经验与知识,也为经验的普及与经验的再否定营造了机遇。

## (二) 授权立法

授权立法是一个存有争议的学理概念。笔者无意对各种观点予以评价,仅在本文议题范围内以《立法法》所规定的授权立法为基点而使用。即试验立法意义上的授权立法,仅指法律条文明示授权、全国人大及其常委会以决定形式作出的特别授权。它与创制性行政规范的本质区别在于,前者的创制主体本身并无职权立法权限,而后的制定主体无需全国人大或其常委会授权即可行使立法权。

授权立法之所以属于尝试探索型试验立法,主要原因有二:一是授权立法属于对法律未开垦领域的发掘。从授权内容或事项看,当属法律调整的范围,但在摸着石头过河的改革进程中各方面的社会资源暂无力供给法律草创所需的内外条件,立法机关基于其职责所在,将立法事务委托于行政主体先行推动。最典型的是对经济特区的授权立法,当然这种授权形式主要是全国人大或其常委会的单项授权,<sup>⑥</sup>如1981年11月,全国人大常委会通过《关于授权广东省、福建省人大及其常委会制定所属经济特区的各项单行经济法规的决议》,广东省人大常委会于1987年通过《深圳经济特区土地管理条例》、1993年制定了《广东省公司条例》、《广东省珠海经济特区职工社会保险条例》等,这些创制性设计为国家相关法律的制定吸纳了经验。30余年来,广东省地方立法中属于创制性、先行性立法的占到了近五成。<sup>⑦</sup>二是被授权事项的规则草创并无先例可循,规范的具体内容、操作细节等问题均需要独自探索,属于首次的规则创制,并非对授权事项的测试;而且此种规范不会长期存在,最终需要将探索的成果转化为法律。正因为是“授权”进行立法,因而亦需关注授权本身的问题,如授权主体、授权期限、授权事项等,这也将是授权立法存续的一个正当性考量。

## (三) 授权司法试点

司法机关针对某制度的改革试点并非新生事物。在前几轮司法改革中,最高法院始终是改革的引领者,已先后制定了四个改革纲要,涉及的改革项目、确定的试点法院数以百计,但有一点也是备受指责的便是其逾越了法治的边界——多数改革项目突破了现有法律规定。如民事诉讼电子送达制度,在《民事诉讼法》将其正名前,最高法院早已在其话语权表达的窗口——司法解释中予以确立。虽然这种制度的试点也是一种典型的立法试验,但与授权立法等模式相比,欠缺合法性支撑。在新一轮司法改革的语境中,顶层设计与摸着石头过河、法治与改革等长期的悖论,以《授权试点决定》通过为标志,有了暂时平息争议的“定论”,但这种授权应由全国人大还是其常委会来决定仍存有争议。《授权试点决定》的“适时”出现,与其说是重大司法制度之变革有了合法性依据,还不如说是对刑事速裁程序前期已有

<sup>③</sup> 季卫东《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第147—148页。

<sup>④</sup> 其中,最早的福建省于2001年进行了立法,2004—2005年是我国地方政府创制信息公开规定的高潮期,共有25个省市制定了地方规定。从规定的性质看,除广东省人大常委会和大同市人大常委会采用了地方性法规的形式以外,其他地方均采用的是地方政府规章的形式。

<sup>⑤</sup> [英]科特威尔《法律社会学导论》,潘大松译,华夏出版社1989年版,第20页。

<sup>⑥</sup> 《立法法》颁布前的授权有3次属于全国人大的授权,2次属于全国人大常委会的授权。《立法法》颁布后对此作了规范,第65条仅规定全国人大有权对经济特区立法作出决定。

<sup>⑦</sup> 李强《中国特色社会主义法律体系形成:广东“立法试验田”功不可没》,载《南方日报》2011年3月5日第5版。

试点的正当性追认。<sup>⑬</sup>

笔者对《授权试点决定》本身不作价值取向层面的评析,但《授权试点决定》确实开创了全国人大常委会授权司法机关先行尝试新制度运行的先例。司法试点之所以属于探索型立法试验,是因为法律不能及时供给裁判所需制度时,司法机关为寻求问题解决之道自行摸索尝试,其中有益的经验实则也为该问题在立法层面的回应提供了契机。比如,如何简化《刑事诉讼法》的相关诉讼程序,从而建构速裁程序,需要最高法院进行探索,无论是移植域外经验抑或是借鉴本土制度,这种试验形态都是“有证据支持的立法”<sup>⑭</sup>的典型。另外,与创制性行政规范、授权立法一样,《试点办法》<sup>⑮</sup>对刑事速裁程序的规定同样具有法规范的效力,但也由此产生了悖论,即制度试点虽有形式上的授权,但试点确实逾越了公意决策的法律,试点地区与其他区域的不同制度安排会引起行为类似而法律后果各异的不公平性,也可能由此对作为先行先试前提的“坚持国家法制统一原则”造成破坏。<sup>⑯</sup>

### 三、落实测试型试验立法

该类试验立法主要适用于试验推动方按照立法草创程序,已经制定出推动方认为可行的法规范时,在全面推行实施前基于稳妥等因素的考量,通过全面或局部试点的形式观察该规范的“试运行”情况,并吸收各方的意见反馈、不断进行调试与修正以适应社会环境、接近法规范的预设目标。这类试验立法与尝试探索型试验立法的区别在于,前者的推动方已经初步形成了试验项目的最初成果,只是欲求证该成果的现实可行性,试验主体或部门并无权直接对最初成果予以修缮,只能向试验推动方反馈建议,由推动方对建议进行甄别,并在一段时期后正式推广该修正的成果。

#### (一) 暂行法与试行法

我国暂(试)行法的雏形早在清末、民国时期的地方自治章程草创中即以“暂行章程”、“试办章程”等形式出现,如1907年《试办天津县地方自治章程》、1933年《江宁自治实验县县政府暂行组织条例》等。新中国成立初期,受立法所需的社会环境、经验技术等条件限制,暂行与试行性质的法律成为我国法之创设的一种常规且带有模式化运作的立法惯例。据笔者统计,这一时期(1949年—1954年)的暂(试)行法主要有8部;<sup>⑰</sup>1954年《宪法》颁布到十一届三中全会这段时期,暂(试)行法主要有10部;<sup>⑱</sup>恢复法制建设后的暂(试)行法有7部。<sup>⑲</sup>此后,全国人大及其常委会制定的法律不再具有试行的性质,暂(试)行法便集中于国务院及其部委的行政规范。

如果说“在国家建立之初,特别是在过渡时期,政治经济情况变动很快,在各方面都制定带有根本性的、长期适用的法律是有困难的……在这种情况下,国家颁布暂行条例、决定、指示等等来作为共同遵守的工作规范,是必要的,适当的。只有在这些条例、决定、指示行之有效的的基础上,才可以总结经验,制

<sup>⑬</sup> 如2008年由河南省高级人民法院牵头、省公检法司联合会签出台的《关于建立轻微刑事案件快速办理机制的意见》2014年2月青海省政法委员会制定了《关于开展实行轻微刑事案件快速办理机制及发挥拘役刑教育矫治作用改革试点工作的意见》2014年3月浙江省公检法司联合制定《关于轻微刑事案件快速办理机制的若干规定》等。

<sup>⑭</sup> 徐昕主编《司法程序的实证研究》(第二辑),中国法制出版社2007年版,第17页。

<sup>⑮</sup> 全国人大常委会已授权“两高”制定刑事案件速裁程序的试点办法。

<sup>⑯</sup> 李昭《“先行先试”的宪法学审视》,载莫纪宏主编《宪法研究》(第13卷)社会科学文献出版社2012年版,第53页。

<sup>⑰</sup> 《新解放区农业税暂行条例》(1950)、《保守国家机密暂行条例》(1951)、《中华人民共和国法院暂行组织条例》(1951)、《中央人民政府最高人民检察院暂行条例》(1951)、《各级地方人民检察院组织通则》(1951)、《中央人民政府任免国家机关工作人员暂行条例》(1951)、《各级人民政府民族事务委员会试行组织通则》(1952)、《中华人民共和国民兵组织暂行条例》(1952)。

<sup>⑱</sup> 《中华人民共和国逮捕拘留条例》(1954)、《国务院关于工人、职员回家探亲的假期和工资待遇的暂行规定》(1957)、《国务院关于工人、职员退休处理的暂行规定》(1957)、《国务院关于国营、公私合营、合作经营、个体经营的企业和事业单位的学徒的学习期限和生活补贴的暂行规定》(1957)、《国务院关于企业、事业单位和国家机关中普通工和勤杂工的工资待遇的暂行规定》(1957)、《国务院关于工人、职员退职处理的暂行规定》(1958)、《民族自治地方财政管理暂行办法》(1958)、《中华人民共和国工商统一税条例》(草案)(1958)、《国务院关于工人退休、退职的暂行办法》(1978)、《国务院关于安置老弱病残干部的暂行办法》(1978)。

<sup>⑲</sup> 《中华人民共和国森林法(试行)》(1979)、《中华人民共和国环境保护法(试行)》(1979)、《中华人民共和国律师暂行条例》(1980)、《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》(1982)、《中华人民共和国食品卫生法(试行)》(1982)、《中华人民共和国企业破产法(试行)》(1986)、《中华人民共和国村民委员会组织法(试行)》(1987)。

定长期适用的法律”<sup>⑤</sup>,是我国在特殊历史时期权宜立法之举的话,那么为何在改革开放后甚至更长一段时期,暂(试)行法仍长久存续且规模浩大呢?这一现象的存在对我国立法进路的选择又有何种影响呢?笔者拟借助数理统计工具,立于观察者与阐释者的角度,对此现象进行价值无涉的解释与分析。

1979年—1999年暂(试)行法律比例<sup>⑥</sup>

年份	法律(部)	行政法规(部)	暂(试)行法(部)	暂(试)行比例(%)
1979年	15	29	17	39
1980年	13	36	19	39
1981年	12	27	15	38
1982年	16	47	18	28
1983年	15	44	13	22
1984年	11	44	20	36
1985年	11	52	29	46
1986年	15	52	24	36
1987年	13	67	22	28
1988年	21	50	19	27
1989年	11	43	6	11
1990年	20	45	4	6
1991年	16	32	2	4
1992年	17	27	0	0
1993年	33	56	9	10
1994年	18	42	5	8
1995年	24	32	5	8
1996年	22	25	2	4
1997年	24	50	8	11
1998年	20	25	4	8
1999年	24	26	2	4

笔者认为,无论哪个时期的暂(试)行法都有其生存的客观理由。从数据可以看出,改革开放初期暂(试)行法占有较高的比例,其背后的影响因素主要是当时的立法政策,即“边立法、边完善”,“在经验成熟之后,立法机关还可以吸收各方面的经验和教训,对法律进行逐步的完善”。<sup>⑦</sup>彭真委员长在第六届全国人大三次会议预备会议上讲话时指出:“经验证明,凡是新的重大问题、重要改革,总要经过群众性的探索、试验,即社会实践检验的阶段。先用政策作指导,在探索、试验中,成功的,就坚持;不成功的或者不完全成功的,就修正,就是坚持真理,随时修正错误。错了,不改,小问题就可能变成大问题;改了,就会推动工作的前进。在这个基础上,经过对各种典型、各种经验的比较研究,全面权衡利弊,制定

<sup>⑤</sup> 参见《1957年国务院政府工作报告》。

<sup>⑥</sup> 资料来源及数据说明:本表中的法律包括全国人大及其常委会制定的法律、有关法律问题的决定;由于行政法规的名称在《行政法规制定程序条例》颁布前较为混乱,笔者严格按照1987年《行政法规制定程序暂行条例》(现已废止)对行政法规之界定进行了筛选,国务院发布的各类通知性文件未统计在内。本资料出自:(1)全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编《中华人民共和国法律汇编(1979—1984)》、《中华人民共和国法律汇编(1985—1989)》、《中华人民共和国法律汇编(1990—1994)》、《中华人民共和国法律汇编(1995—1999)》,人民出版社1985年版、1991年版、1996年版、2001年版;(2)国务院法制办公室编《中华人民共和国法规汇编(1949—2013)》,中国法制出版社2014年版。

<sup>⑦</sup> 顾昂然《立法札记——关于我国部分法律制定情况的介绍(1982—2004年)》,法律出版社2006年版,第3页。



法律。在社会主义历史阶段,伴随社会和各项事业的发展,立法工作经常存在着这种过渡”。<sup>⑤③</sup>

进入90年代后,暂(试)行法虽在数量、规范类型方面有所变化,但依旧客观存在于现实社会中。究其原因主要有二:一是立法政策。2001年国务院发布《行政法规制定程序条例》,其中第4条规定:“国务院根据全国人民代表大会及其常务委员会的授权决定制定的行政法规,称‘暂行条例’或者‘暂行规定’”。<sup>⑤④</sup>基于该政策创制的暂(试)行法主要集中于行政规范的创制,如《中华人民共和国营业税暂行条例》等,但国务院部委“试行规范”的正当性依据,如国家环境保护总局2007年制定的《环境信息公开办法(试行)》等或许并不能从立法政策中寻求,因为《立法法》、《行政法规制定程序条例》只赋予了暂行性质的法规存在的妥当性。这里也有必要厘清暂(试)行法与试行法的关系:二者都属于法规试验的范畴,但前者具有临时性、过渡性等属性,正如属于《立法法》第8条规定的事项“先行”制定行政法规一样,经过时间与全民的批判性检验最终会过渡到法律,其本质在于,经过这种检验后是否具备了取消其暂行性或上升为法律本身的条件。<sup>⑤⑤</sup>而后者主要是通过反复的试错程序来吸纳民间的多元要求,以鉴别、评价、选择等工具性手段改进法规的制度性设置,进而确保法规的实效性。二是立法试验主义的理念。显而易见,暂(试)行法现象本身蕴含着试验性的成分。试行立法早在新中国成立初期便初见端倪,但当时的立法并非秉持“试验主义”的理念,而是基于立法条件、技术等受限而采取的立法策略。时任国务院法制局副局长的杜佩珊作了如下解释:“我们八年来的法制建设,就是根据国家建设各个阶段的不同情况,依据党的政策,总结各方面工作的实际经验,由粗到细,由简单到复杂,由单行到系统。一句话,从实践产生,再实践再发展的,绝不是坐在‘法律修订馆’里空想或者抄袭而来的。所以我们的法制建设,只能先原则些纲领些,先试行或暂行,而后逐步加以具体化完备化”。<sup>⑤⑥</sup>当前,立法的试验主义进路广泛适用于各种法规规范的草创中,除国务院部委外还有司法机关,如最高人民法院2000年发布的《民事案件案由规定(试行)》、最高人民检察院2012年发布的《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》等。

暂(试)行法在解决社会治理领域无法可依问题上有其存在的必要性,再加之《立法法》第10条所规定的“经过实践检验,制定法律的条件成熟时……”本身是个主观性很强的相对条件,因此,暂(试)行法的客观存在也有其历史必然性,但暂(试)行法的无限期存在势必会对社会与法的确信性与安定性造成破坏。因此,一定期限的预设、法规规章等规范性文件的及时清理、对暂(试)行法运行中的反对、异议等批判性表达的适时评价则显得尤为重要。唯有根据实践效果予以矫正的法律,其正当性才易得到认可。

## (二) 草案征求意见

近年来,法律等规范性文件的决策者,遵照一定程序将草案文本以某种方式征询有关部门或不特定公众意见的尝试已成为寻求立法科学化与民主化的常态机制。<sup>⑤⑦</sup>据笔者统计,自2005年起以互联网平台征集意见的法律草案约有58部。征求意见的期限一般为一个月;参与人数和意见条数最多的草案均是《劳动合同法修正案(草案)》,分别高达131912人次、557243条。除法律草案公开征求意见外,法律草案送审稿、行政法规草案、地方性法规草案、部门规章草案、司法解释草案等均以多种公开渠道向社会各界征集意见。

<sup>⑤③</sup> 全国人大常委会办公厅研究室编《中国特色社会主义法律体系形成大事记(1978—2010)》,中国民主法制出版社2011年版,第47页。

<sup>⑤④</sup> 此条的“授权”是根据《立法法》第9条所规定的授权:“本法第八条规定的事项尚未制定法律的,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定,授权国务院可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规,但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。”

<sup>⑤⑤</sup> 如在车船税立法中,从1951年《车船使用牌照税暂行条例》、1986年《车船使用税暂行条例》到2006年《车船税暂行条例》,再到2011年条例终止暂行上升为《车船税法》,暂行期长达60年。全国人大常委会法工委经济法室主任黄建初指出,在改革开放初期,我国税收立法缺乏必要的实践经验,需要探索、试验,制定法律的条件还不成熟。在总结实践经验的基础上,车船税制定法律的条件已经比较成熟,应当将暂行条例上升为车船税法。参见谢素芳:《车船税法:民主立法的典范》,载《中国人大》2011年第5期,第52页。

<sup>⑤⑥</sup> 参见周旺生主编《立法研究》(第6卷),北京大学出版社2007年版,第152页。

<sup>⑤⑦</sup> 参见《中华人民共和国立法法》第5条关于法案征求意见的抽象性规定。

从功能主义角度而言,按照法案意见征集的理论基础——人民主权与利益博弈理论,法案征集意见的初始功能在于获得人民对法规范有效性的承认以及在理想交谈下达成共识,或者还在于探寻法规范可贯彻的机会,而非“依法律规范的内容,法律义务人在其良知内接受法律规范的机会”。<sup>58</sup>然而,这只是——一个侧面,问题还在于它的立法测试性功能。也就是说作为法规范的两极抽象主体,在对某一领域的权利义务之质量达成合意的过程中,需要一个吸纳不满与反抗的意思表达机制,而这一机制建构的前提即是对预设规范假如付诸实行的优劣,尤其是不可执行性予以表达。

法案的意见征集作为非正式的“意见——意志”形成过程,<sup>59</sup>是将文本法转化为社会法的一个立法途径。一个健全的法案意见征集功能不仅可以使法案获得某种正当性许可,更在于能够确保预设的法规范功能与其实然的功能相一致。然而,由于立法的保守传统与法案测试中草创者的话语主导权,使得测试功能的实际效果不甚良好,似乎仍在营造一种民主立法的氛围,只是用测试所喧嚣出的规模来规避非理性造法的指责。

### (三) 方案与意见的落实: 细则、办法、纪要

在一个主要依托法规治理社会的国家中,将框架性的法律层层细则化是我国司法机关裁决案件的重要策略,目的在于引导与规制司法人员的行为。这种策略在试验立法意义上,实则是对试验方案的落实。如在各种制度试点前,总会有诸如实施方案、指导意见等类的文本,将其作为有关地区或部门开展试验工作的测试对象。而被确定为试点的单位,其任务便是通过“再行”拟定更具体的操作规则——实施办法、细则或形成会议纪要等方式,负责落实“指导意见”、“实施方案”中的具体内容,并适时总结试点工作中的经验及存在的问题,定期向试点推动方报告工作进展。以最高法院推动的民事案件小额速裁试点为例,为服务《民事诉讼法》的修订,确保被移植的小额速裁程序的本土兼容性,最高法院于2011年制定了《关于部分基层人民法院开展小额速裁试点工作指导意见》,对小额速裁程序进行试运行,这一文本中已经对小额速裁程序的适用对象、起诉与审理、裁判与收费等作出了明确规定,只需试点法院按照要求测试这些要件的可行性即可。当然,各试点法院也根据实际情况再行制定了更具可操作性的细则,但一般无需对最高法院指导意见中未涉及到的问题进行创新性探索。可见,在一个主要依托类似产品使用“手册”或“说明书”性质的细则方有勇气办案的司法环境下,试点单位的主要任务是测试或试运行文本所承载的制度方案,试验的底线即是文本范围,无需突破。

## 四、示范效仿型试验立法

与前两类立法现象不同的是,推动方为进一步推广某制度的实施,考量一定因素后,选择部分地区或部门按照推动方拟订的较高示范标准,在试验制度已取得一定经验的基础上,再继续深入发掘或攻克制度在试行中存在的壁垒;示范地区或部门在实现既定目标的同时,重在对制度的操作方法、现实成效尤其是积极正面意义上的实施效果,通过一定的渠道或途径进行具体展示,以为其他地区或部门在落实该项制度时参考或效仿,起到宣传、展示、引领的作用,这种立法现象属于示范效仿型试验立法。<sup>60</sup>

由于此类试验侧重于将某一新制度做成示范样本,以期推广到全国,最终上升为立法,因而它更注重做法上的规范性,目的是为了给司法实践中的同行提供标准的操作样本。<sup>61</sup>这种模式目前主要在法院系统应用,为此,笔者以最高法院确定的司法公开示范法院为例予以论证。司法领域的公开,从法定公开角度看,最初只限于庭审公开。在知情权理念与民众诉求日益高涨的时代,庭审公开已难以回应社会转型与时代变迁之需求,而且实务中一些法院自行推动的其他公开举措亦需立法的适时回应。于此背景下,最高法院在四个五年改革纲要以及《关于司法公开的六项规定》(以下简称《六项规定》)等文件中,要求进一步推动司法领域的公开。当前的司法公开,除庭审公开、民事裁判文书公开有明确法律规

<sup>58</sup> [德]阿图尔·考夫曼《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2011年版,第216页。

<sup>59</sup> 参见张骥《论法的价值共识——对当代中国法治进程中一个悖论的解决尝试》,载《法制与社会发展》2001年第5期。

<sup>60</sup> 某些创制性的地方性行政法规,如2008年《湖南省行政程序规定》,虽对于其他地方的立法具有示范作用,但与此类试验立法不能同日而语。

<sup>61</sup> 参见葛琳《从理念到技术:在司法领域中运用实验方法的局限性》,载《清华法学》2011年第6期,第117页。

制外,其他行为与事项的公开则处于学者推动、实务界试行探索的阶段。2009年最高法院发布了《六项规定》,对司法行为公开、司法信息公开作了较全面的规定。一年后,最高法院为总结推广各地法院推进司法公开的有效措施和经验,经各高级法院推荐,确定了100个法院为“司法公开示范法院”。此举之目的在于通过发挥示范法院的示范和引领作用,以期为其他法院所效仿,这种几乎全部法院都认可的行之有效的公开行为,会反馈到立法决策层寻求法律的认可。同时,为进一步落实《六项规定》,提高示范法院的司法公开工作水平,最高法院制定了《司法公开示范法院标准》,要求各示范法院严格按照示范标准,全方位地开展司法公开工作。示范法院标准是对《六项规定》的细化,同时也规定了考评办法与工作机制。在此基础上,最高法院又于2012年对示范法院进行了扩点,再确定100个法院为第二批“司法公开示范法院”,目的在于推动和引导司法公开制度朝着由法律规制的方向进行。

从实效层面看,司法公开制度立法所采取的示范效仿型模式,以互联网发布裁判文书的成效最为典型。正因为各地法院对互联网发布裁判文书已有多年的试行摸索,虽然目前尚有反公开等选择性倾向,但总体的正面效果是试点中示范效仿立法进路推动的结果。相反,对于立法前没有采取规模化试点的民事裁判文书查阅制度,则几乎属于被虚置的制度装置。司法信息公开的法制化,以《民事诉讼法》确立的民事裁判文书查阅制度为起点,<sup>②</sup>但这项仅在部分法院<sup>③</sup>自行摸索后尚无群众基础、也未得到多数法院认可便在全国推广的制度,结果是多数法院要么不知道有此规定,要么认为已在互联网发布了裁判文书公众可以上网查阅,更多的还认为当事人以外的公众不能查阅或者只限于特定人员且需按照案卷查阅的规定经过院领导审批后方能查阅。从“为公众知悉,受公众检验,被公众认可”的目标来看,法院都不知晓且将制度异化,更何况公众呢?由此也造成在笔者调研中所获悉的目前无人查阅的结果。一项基于公众司法知情权而建立的制度,在实践中不仅难以运行,甚至出现了变异。究其原因,除了司法信息公开理念层面的因素外,制度确立前的示范运行缺失是更为深层次的因素。

另外,还需要深思的是,《民事诉讼法》为何不将已经较为成熟的互联网发布裁判文书制度化,反而将一项青涩的制度直接入法?笔者认为,除了立法机关利用该制度中的“公众主体”凸显司法公开、司法民主、司法为民、公众司法知情权等理念外,依旧是一种浪漫主义情怀的制度建构进路。

## 五、结 论

制度建构主义立法进路的明显缺陷在于,立法者提出的相对前瞻性的制度方案,若只经过专家的理论论证,或者某些制度预设并无前期的研究基础,而只在进入法律审议阶段才“忽然”出现,<sup>④</sup>或即便采取了立法调研,但在未采取任何制度试验的情势下便直接付诸实施,那么法的执行机关极可能面对新制度而无从操作,或者无从适应而抵触、规避适用,或漠视立法前后制度的变化,仍然适用旧制度而突破或违背新制度。<sup>⑤</sup>于此便出现新制度难以实施,甚至被虚置的局面。诚如有学者指出,我国的立法有着“浪漫色彩与粗犷的线条,这种浪漫性与粗犷性使得我们的法条晦涩、空洞及缺乏足够的现实可操作性……”<sup>⑥</sup>

试验立法进路将是一个多元主体互动的开放性架构,它改变了既往的法生长模式,即我们的“立法

<sup>②</sup> 《中华人民共和国民事诉讼法》第156条:“公众可以查阅发生法律效力判决书、裁定书,但涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的内容除外。”

<sup>③</sup> 如1999年7月20日,北京市第一中级人民法院院长马艾地向社会宣布:从即日起,凡年满18周岁的我国公民持合法有效证件,可以查阅本院已经结案案件的裁判文书。参见杨建文:《15年前地方法院迈出公开第一步 15年后全国性公开网络平台建成:人民法院网上公布裁判文书过程揭秘》,载《法制日报》2014年1月8日第4版。

<sup>④</sup> 如民事案件小额程序受案标的额按各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资百分之三十以下确定之立法规定,即无前期的研究而是在民事诉讼法修正案第三次审议稿中确定的。于此,新法实施后在部分省份出现此标的额太小而案件量少,或者省高院以指导文件直接改变立法规定标的额的现象。参见浙江省高级人民法院《关于适用小额诉讼程序审理民事案件相关问题的意见》第5条;河南省高级人民法院《关于适用小额诉讼程序审理民事案件若干问题的指导意见》第5条等。

<sup>⑤</sup> 如笔者在调研中发现,调解协议司法确认程序中,法院对人民调解委员会作出的调解协议以外的其他协议,如行政调解协议等也进行了确认。此举在民事诉讼法确立司法确认程序前,按照最高法院的司法解释规定当然无可厚非,但该程序被立法认可后,民事诉讼法仅规定对人民调解委员会作出的调解协议进行确认,因此,某些法院的确认行为直接违背了立法规定。

<sup>⑥</sup> 黎四奇:《对中国浪漫式立法实践的批判与反思——兼析应有的立法观》,载《内蒙古社会科学》2008年第3期,第10页。

者”,“任务是去‘阅读秩序’,‘阅读’社会生活中实际存在的秩序和规则,概括、提炼并转化为法律的规定”。<sup>⑥</sup>这也意味着我国多数立法活动都应建立在证据或实证研究的基础上,立法的实践性也将具有方法论的意义,试验立法的制度化也有望成为我国立法方法法定化的发展方向。但是,任何一个方法论并没有一个终极的目标,也不以思维建构的目标为诉求,这也正如有学者在肯定“立法试点”的同时所指出的,要进行立法试点要事先明确哪些方面需要“试”或能够“试”,试点尚须考虑有无法律依据、可行性、必要性和合理性,关注公平和效率的机制目标等。<sup>⑦</sup>试验立法进路有其优越性,也存在不足之处,但不能彻底否定这种模式,因为作为一种试错性的法生成机制,制度试验从未要求试验方案绝对“正确”,也未期待所有的试验都取得成功。试验立法制度的完善只是一种相对理想,是制度发展过程中的一个阶段性目标,因为“完善性只是永久不断地对完整性的接近而已”。<sup>⑧</sup>

## Experimental Legislation and Categorization between Experience and Norms – A Proposal from Legislative Perspective

AN Chen – xi

**Abstract:** Deviation arises between legislative ideology and performance of law in China, which means legal texts are not all applicable law and legal promises failed to be fully accomplished in enforcement of law. Based on the philosophy of evolution theory and rationalism, as well as the knowledge presumption of agnosticism, self-generating instruments have been adopted such as trial and errors, absorption of suggestions, dialogue and discussion, so that the experiences of enforcement of law which are proved feasible have been refined and abstracted in order to be sublimed as general principles. This experimental legislation method is the trigger to correct the construction of fideism and to change the current pattern. Adhering to the functional logic of a simple structure named as “adoption – dissemination”, the experimental legislation method includes three categories of trial and exploration, implementation of experiments and imitation upon demonstration. The practice of experimental legislation means most legislations are based on evidence and positive research, enjoying methodological significance as well, which may stand for the trend of a statutory methodology for the legislation in our country.

**Key words:** experimental legislation the category of trial and exploration the category of implementation of experiment the category of imitation upon demonstration

⑥ 马新福《立法论:一种法社会学视角》,吉林人民出版社2005年版,第74—75页。

⑦ 参见张守文《我国税收立法的“试点模式”——以“增值税”立法试点为例》,载《法学》2013年第4期。

⑧ [德]黑格尔《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1979年版,第225页。