



新时期 中国立法反思

徐向华 主编

学林出版社

D920.0
49

本书出版由上海市马克思主义学术著作出版基金资助

D920.0
49

新时期 中国立法反思

徐向华 主编

学林出版社

图书在版编目(CIP)数据

新时期中国立法反思/徐向华主编. —上海:学林出版社, 2004. 12

ISBN 7-80668-829-3

I. 新... II. 徐... III. 立法-研究-中国
IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 102832 号

新时期中国立法反思



主 编——徐向华

责任编辑——管志华

封面设计——舒 明

出 版——上海世纪出版集团

学林出版社(上海钦州南路 81 号)

电话:64515005 传真:64515005

发 行——**新华书店**上海发行所

学林图书发行部(钦州南路 81 号 1 楼)

电话:64515012 传真:64844088

印 刷——上海港东印刷厂

开 本——850×1168 1/32

印 张——17.875

字 数——38.2 万

版 次——2004 年 12 月第 1 版

2004 年 12 月第 1 次印刷

印 数——1 500 册

书 号——ISBN 7-80668-829-3/D·35

定 价——30.00 元

序(一)

立法是很值得研究的。但是,学术界一般对立法的内容研究比较多,而对立法本身研究得很少。偶尔有一些关于立法的论著问世,似乎也是拘泥于讨论立法技术的为多,立法学很容易由此被人们视为讨论立法工作实务和立法技巧的学术门类,是法学研究中的另类。其实,立法本身需要研究的内容非常丰富,而且,许多是事关政治体制和法学中一些带根本性的问题,只有通过理论和实际的结合才能研究清楚并加以解决。

立法学是可以有所作为的。十届全国人大坚持的一个目标是,在任期内基本形成中国特色社会主义法律体系;把握的一个工作重点是,保证立法质量。立法学在帮助实现上述预期目标方面作用是很明显的。前一阶段,通过对现状的分析和对问题的梳理,大家对立法中哪些问题需要研究解决形成了共识。从法律法规起草方式的多元化,到立法各阶段利益表达机制的建立和完善;从立法规划的制定工作,到法律法规的颁布实施,这些都不是人们观念中的事务性问题,而是带有根本性的一些大问题,这些问题都是立法学的研究对象。当然,这些问题之下,还有许许多多的问题也需要进行立法学意义上的研究,因为它们都在影响着立法的进程和质量。概括地说,至少有下列问题需要解决:立法中重视行使行政权力进行管理,忽视确认和保障公民的权利;重视确立行政部门的权

力,忽视对这些权力的制衡和监督;重视行政权力运用,忽略其他手段,不顾及制度成本之类的问题;重视立法的进程,忽略对法律实际效果的评估;重视制定法律,忽略法规的备案、审查和法律解释,等等。

立法学应当向两个方向延伸,首先是向立法实务延伸。立法学是应用型的学问,没有应用价值,立法学本身存在的必要性就会受到质疑。把研究成果渗透到立法实践中,对立法产生影响,立法学就有了生存的土壤。立法的过程在某种意义上是解析社会问题的过程,而社会在快速变化之中,为此,立法机关的行为往往很需要理论上的支持甚至指导。比如,立法规划的地位和作用,看似人人明白,但却是立法部门经常讨论的一个问题,面临实际情况的变化,对这个问题,大家不免会有许多困惑。在我看来,这应该是一个正宗的立法学课题,如果研究得透彻,对提高立法机关工作的主动性和工作效率无疑会有很大的帮助。再比如,立法法规定了立法听证的形式,可是,立法听证的作用、效力乃至会议形式,尚无统一的规定,各地都在摸索中,这在一定程度上影响这项制度作用的发挥。解决这类问题,立法学应有义不容辞的责任。如果能提出可资应用的研究成果,立法学自然会受到人们重视,这也就是所谓“有作为才会有地位”的意思。另外,立法学还应向法学各部门、尤其是理论法学渗透。作为学科,有自己的研究对象和范畴自不必说,但是,应当注意将本学科的理论提升为法学的一般理论,与其他学科更好地融合,当然,着力于应用方面,包括在立法技术层面提出研究成果,仍然应当是立法学的重要特点。

立法学应当推动立法民主,特别是促进立法机关在立法

上与社会力量的互动。立法学已经为立法民主的推进做出了积极的贡献,有的专家还亲自主持并提出了立法专家稿。这样的探索是很有意义的。根据我国立法机关的现状,以及行政部门在立法中的作用,有必要加大社会力量参与立法的力度。立法机关应当关注专家学者提出的意见和建议,并在立法中反映出来;起草法律法规,应当更多地吸收社会力量参与,可以委托专家进行立法调研,甚至委托他们进行立法案的起草工作。立法学在促进立法机关和社会力量互动方面,还需提供更具有前瞻性的理论成果,使社会力量的积极性充分发挥,并且促进这类互动的规范化。

很高兴地看到,以徐向华教授为首的课题组,立足实践,在立法理论、立法制度和立法技术三方面提出了他们最新的理论成果,他们的论述是有质量的。作为从事立法工作的专业人员,我看了书稿觉得很受启发,我相信本书的许多内容对解决立法中的一些实际问题会产生影响。

我曾经在看完书稿后对书中的内容发表过意见,徐向华教授做事是很认真的,这次一如她研究立法学的执著,希望我将意见记于书前。其实,我上面的看法中也包含了对他们这项课题的意见和建议,但是我还是愿意补充几句。这本书的一个鲜明特点是,作者们对研究的对象很熟悉。他们在上海市人大常委会作了长期的深入调查,有的作者本身是市人大常委会的组成人员,因此,对人大的情况有着比一般研究人员更多的了解,他们熟悉立法的各个过程,甚至对权力配置和利益分配上的一些微妙的环节也了解,这为他们清楚地描述人大这个国家权力机关的运作机制、人大与“一府两院”的关系,提供了基本条件。他们本着“以事实说话”的精神,通过实证

研究,所描述的事务比较忠实于原貌,得出的一些结论也比较可靠。本书的选题也很有特点。既有关关注代议机制这种比较宏观的选题,又有作者自嘲为“小题大做”的选题;既有描述立法决策这种内部运作方面问题的选题,又有论述公众参与方面的选题;及时研究影响我国立法游说机制,有介绍国外有影响的类似制度。于是,虽然是论文集,但却有着近似专著的厚重,对于读者系统了解立法是很有帮助的。当然,书中的一些文章还是存在不足的。比如,有的描述比较表面化,对一些统计数据的分析和阐释还可进一步推敲。不管怎么说,应该肯定,这是同类题材中有质量、有特点的一部学术著作,我极盼它早日问世。

上海市人大常委会法制委员会副主任委员、
法工委主任委员 沈国明研究员

2004年5月

序(二)

由徐向华教授主编的《新时期中国立法反思》是一部视角新颖、颇具特色的立法研究著作。其独特性在于研究的实证性。迄今为止,我国法学研究的主导方式是思辨研究,是基于理论构思和逻辑推理而展开的研究。这种方式对于人们从抽象的角度来理解法律、进而建立法学的理论体系有其特有的意义。但是,当法律研究脱离了生活本身,远离了充满变数的社会舞台,其便失去了针对性,失去了最有生命力的部分。

立法学研究是一门将每天都在发生的立法实践作为研究对象的法律学科。尽管抽象研究对于立法学无疑具有理论空间,但是,实证研究,即以当今中国现实的立法实践作为研究的对象和视角,才是构成立法学鲜活生命的灵魂。我欣喜地发现:这本研究专著广泛地应用实证分析、实证研究和实证演绎的方法,通篇渗透着实证的精神,无论是关乎立法学原理的“代议机制与立法质量研究”、“我国地方立法决策研究”、“立法过程中公众参与问题研究”以及“美国国会的立法游说及其规制研究”,还是涉及立法制度的“我国省级人大立法审议的组织结构研究”、“全国人大常委会基本法律修改权实践分析”以及“我国立法表决制度研究”或者涉足立法技术的“法之生效的研究”,都始终如一地将实证的立意和宗旨用到极致。读者可以从每一论文中找到充满生机的我国立法实践的描述、

概括和提炼。这是一本以实证作为其共同研究基础的论文集,其可贵的不是结论,而是方法、视角以及始终不渝的实证精神。

值得一提的是,上述研究成果不仅对当前立法学研究的前沿性课题作了系统的分析与研究,而且还留下了大量的、可以为日后研究者继续利用的原创数据,人们可以在此基础上深化对我国法制建设的理解和实践。

是为序。

中共上海市市委党校副校长 李琪教授

2004年5月

自序

徐向华

在浩瀚的法学研究体系中,立法研究是一个充满生机、蒸蒸日上的新成员,是与党的十一届三中全会以来的中国立法高潮相伴相随的新领域。

过去的十多年,立法研究曾遭遇过不屑一顾的眼神,经历过难以为继的坎坷,其几乎难以融入法学研究的学术大潮,更难以登上法学研究的神圣殿堂。然而,将服务于如火如荼的法制建设作为义不容辞之历史责任的立法理论工作者们并未踌躇不前,更未彷徨后退。我们一如既往、执著不懈,尤其是青年理论研究者含辛茹苦,几近“忍辱负重”。如今,立法研究的学术性和操作性终于获得了人们的尊重和社会的重视。时代造就了立法学,立法学服务于时代。我们将乘势而上,激流勇进。

作为一群深切关注并“偏好”立法研究的人来说,我们一开始就将现实的问题而非“拟制”的问题作为研究的对象。我们直面无穷无尽的新问题,新挑战,我们谙达方兴未艾的立法活动,渴求新理论,进而推进新实践。的确,与日新月异的法制建设和蓬勃发展的其他领域的法学研究相比,立法学研究似乎封步不前。这种状况的持续存在,一方面囿于理论与实践的脱节——我们有着极其丰富的立法实践,但却缺乏对这

些伟大实践的“近距离”观察；另一方面则限于研究的“视角”——现有的论述大多未摆脱“法律帝国”的窠臼而难以在更为广阔的视野下省视立法，并进而为立法实践提供可资信服的理论解说。

因循守旧，难有作为。立法研究需要以实证的精神和多元的方法论来“突出重围”：自鲜活的立法实践中提炼出鲜活的立法理论，秉承现代的理论工具，解析当今的中国立法。从本土需求出发，采集天下之长，创造新的理念，本书就是这样的一种“集体”尝试。作者们通过对我国诸多立法问题的“艰辛”实证分析，力图以政治社会学、制度经济学、组织行为学等“法域外”的视角，运用结构功能理论、公共选择理论、决策成本效益理论等分析工具审视和剖析我国立法现状，探寻和阐述完善之道，从而为我国立法学的兴盛和立法质量的提高尽绵薄之力。

构成本书的8篇论文分别涉足立法学学科体系中的立法理论、立法制度和立法技术三大部分。

第一，立法质量、立法决策和立法参与及其规制等4篇论文所着重关注的都是近年来我国立法理论研究领域的“新”增长点。其中：

我国的立法质量问题，在表层上仅是一个孤立的立法技术问题，然而，其深层却是一个代议理论失误、代议机制缺失的问题。基于我国以往对西方代议制度的批判有失偏颇，《代议机制与立法质量研究》一文在系统阐述代议理论新内涵的基础上，着重剖析了我国传统代议理论的误差以及在其指导下的代议实践的失却现象，系统论证了代议的回归和强化是提高我国立法质量的根本出路所在。

《我国地方立法决策研究》一文将决策学的基本原理移植到立法领域,在比较分析立法决策的概念、属性、主体、程序特性以及系统的基础上,构建了立法决策研究的“输入-决策-输出”模型。运用该模型,该文“解剖”了上海市人大常委会的一个立法实例,不仅细腻、深入地描绘出一幅权力机关“制造法律”的生动图景,而且就我国地方立法决策中所存在的利益表达机制单一、决策系统功能错位等问题提出了纠偏的对策。

立法中的公众参与已经成为我国立法实践活动的一个新亮点,亦成为今天立法学研究的一个热点。《立法过程中公众参与问题研究》一文正是对这一可喜现象的及时回应。论文既说明了立法过程中公众参与的“普适性”理论问题,又分析了我国公众参与立法的现状及其效应和困境,并提出了若干对策性思路。

近年来,发展中的利益团体主动影响我国立法已成为不争的事实。然而,不同利益团体乃至利益集团如何“节制”且有效影响立法、公开而充分的交涉和博弈却还是立法学研究的一块处女地。对此,《美国国会的立法游说及其规制研究》一文提供了一块“攻玉之石”,从一个利益集团及其政治游说相当发达而规制和反规制游说始终交织之国度的相关理论和立法中,我们或许可以找到一点可循的思路。

第二,人大审议的组织结构、基本法律修改权和立法表决等3篇论文所侧重研究的分别是关乎我国立法机关组织、立法权限和立法程序等立法制度层面的重大问题。其中:

《我国省级人大立法审议的组织结构研究》一文同样以上海市人大常委会为考察对象,主要研究立法审议的组织结构与立法审议质量的关联性。论文描述和缕析了近二十年来上

海市人大常委会立法审议组织结构的历史变迁及其演变动因,在印证“组织的发展与其内外环境息息相关”原理的前提下,为我国省级人大及其常委会立法审议质量的提高进行了有益的思考。

基本法律修改权是我国人民代表大会制度的一个特色制度。尽管法的修改因全方位的社会改革而频率渐高,但修改权的研究并未如同制定权在我国立法权限理论和体制中获得应有的一席之地。《全国人大常委会基本法律修改权实践分析》一文通过对基本法律修改权的实证分析,论证了规范与失范并存是基本法律修改权实践的基本表征,在强调“失范”现象不仅导致众多基本制度趋于不稳定而且造成民意流失的同时,就导致“失范”的立法技术和“路径依赖”两大原因,探寻了治标和治本两大对策。

表决是立法程序的一个关键环节,其应然价值在于保障立法表决的民主与效率两大价值的理性平衡。然而,考察与检视我国立法表决运作的实然状态,不难发现有些立法表决法定制度难以充分保障民主与效率的有机统一。《我国立法表决制度研究》一文在参考大量文献的基础上,结合中国立法表决实践,对公开、部分和委托表决方式、“多数决”制中的比例和范围规则等立法表决制度进行了开拓性研究。

第三,作为立法技术的内容要素,《法之生效的研究》一文可谓是“小题大做”。论文从我国法的生效规定之现状出发,结合法的效力和法的运动原理,探寻了我国立法实践中关于法的生效之规定的技术特点,指出生效条款在立法技术上所存在的生效形式不规范、生效日条款缺失或者用语混乱、即时生效使用过多等五大问题,并为完善相应的立法技术提供了

初步构想。

尽管上述 8 篇论文从不同侧面和角度研究了立法理论和实践中的不同问题,然而,全书的主题则是通过理论的、制度的、程序的和技术的方式来优化我国立法的外部环境,进而给人民以“良法”,让人民充分享受社会主义法治带来的民主、自由和幸福。

最后,本书的付梓出版得到了上海市马克思主义学术著作暨上海市哲学社会科学学术著作出版基金的资助,在此表示衷心的感谢。

2004 年 5 月于华东政法学院

目 录

序(一)	1
序(二)	5
自序	徐向华 7

立法理论

代议机制与立法质量研究	孙 潮 3
一、代议理论的新要素	3
(一) 经济学“基因”:决策成本与外部成本的均衡	6
(二) 政治学“基石”:代议制与代表责任制	9
(三) 组织管理学要素:议决的有效组织形式和空间	12
(四) 代议的核心内容:利益表达与博弈	15
(五) 代议的活动原则:多数决	17
(六) 代议的技术形式:代表的职业化、专业化	18
二、我国代议实践的误区及对立法质量的危害	20
(一) 代议规模不当	20

(二) 表达利益缺位	27
(三) 代表责任失却	30
(四) 职业化、专业化水平低下	32
三、代议制的宪政回归	36
(一) 代议观念的重塑	37
(二) 代表责任制的建立	40
(三) 人大常委会组成人员的结构性改革	49
我国地方立法决策研究	章润华 58
一、立法实例:《上海市房地产登记条例》的修订	60
(一) 地方性法规议案的提出	60
(二) 上海市第十一届人民代表大会常务委员会 的立法经过	62
二、立法决策理论研究	65
(一) 立法决策的概念	65
(二) 立法决策的主体	72
(三) 立法决策的程序	75
(四) 立法决策的系统	81
三、立法实例分析	84
(一) 信息系统的信息输入	84
(二) 决策系统的立法决策	90
(三) 决策系统的法规输出	100
四、我国地方立法决策的完善	107
(一) 信息系统的完善	108
(二) 决策系统的完善	114
立法过程中公众参与问题研究	姚岳绒 129

一、立法过程中公众参与的基本理论	131
(一) 立法过程中公众参与的涵义	131
(二) 立法过程中公众参与的动机与行为取向	136
(三) 立法过程中公众参与的必要性	141
二、当代中国立法过程中公众参与的实践及实证 分析	149
(一) 当代中国立法过程中公众参与的兴起 ...	149
(二) 当代中国立法过程中公众参与的现状 ...	161
(三) 当代中国立法过程中公众参与现状的 原因分析	168
(四) 当代中国立法过程中公众参与实践的 效应分析	175
三、我国立法过程中公众参与的对策与思路	184
(一) 我国立法过程中公众参与所需解决的 问题	184
(二) 我国立法过程中公众参与的对策与 思路	185
美国国会的立法游说及其规制研究	
徐向华 瞿莉娜	204
一、游说的种类及其概况	205
二、游说制度的理论基础	209
三、规制游说的法律及其评述	213
(一) 1946 年的《联邦游说规制法》	214
(二) 1995 年的《联邦游说公开法》	221