

主 编◎侯淑雯

中国当代法律体系理论 研究论文集

ZHONGGUO DANGDAI FALÜ TIXI LILUN
YANJIU LUNWENJI



中国政法大学出版社

主 编◎侯淑雯

中国当代法律体系理论 研究论文集

ZHONGGUO DANGDAI FALÜ TIXI LILUN
YANJIU LUNWENJI



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目(CIP)数据

中国当代法律体系理论研究论文集 / 侯淑雯主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2012. 7

ISBN 978-7-5620-4380-5

I. ①中… II. ①侯… III. ①法律—中国—文集 IV. ①D920.4-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第148712号

- 书 名 中国当代法律体系理论研究论文集
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034 分箱 邮编100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 6.875印张 165千字
- 版 本 2012年8月第1版 2012年8月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4380-5/D·4340
- 定 价 22.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

本文集得到中国政法大学 211 工程三期项目资助，
特此致谢。



代序： 完善中国特色社会主义法律体系任重道远

李 林*

中国特色社会主义法律体系的如期形成，标志着我国法制建设进入新的阶段，是我国社会主义民主法制建设史上重要的里程碑。同时应当看到，中国特色社会主义法律体系形成于加强社会主义民主法治建设、全面落实依法治国基本方略的实践过程中，我国社会主义民主还不够完善，社会主义法治还不够健全，依法治国基本方略尚未得到全面落实，这种客观条件必然影响到民主立法、科学立法的水平，影响到立法的选择、功能、内容、技术和结果，进而影响到整个法律体系的质量。什么才堪称“完善”？完善的中国特色社会主义法律体系，至少应当具有以下特征：一是经济、政治、文化和社会生活的各个方面都有法可依；二是各类法律从精神到原则再到具体内容统一、协调、可行，将矛盾、冲突和漏洞减少到最低限度；三是无论法典还是单行法从形式到内容，各得其所；四是对过时、落后和冲突、矛盾的法律能够及时发现，及时修改补充，做到法律变动与形势发展同步。所以，

* 中国社会科学院法学研究所所长、研究员，中国法学会副会长、中国立法学研究会副会长。



用高标准来衡量，中国特色社会主义法律体系的形成，仅仅是在整体上实现了有法可依，它“本身并不是完美无缺的”，还存在一些缺陷和不足。用到2020年建成全面小康社会时“社会主义民主更加完善，社会主义法制更加完备，依法治国基本方略得到全面落实”的标准来衡量，用到2050年建成社会主义法治国家的战略目标来要求，形成更加民主科学完善的中国特色社会主义法律体系，将是一项长期艰巨的历史任务。

重点转向宪法法律实施

改革开放三十多年，我国立法取得了巨大成就，但是法律的实施情况令人堪忧。中国法学网对业内人士作了一个网上调查，把我国法律实施状况分为很好、较好、一般、较差、很差五个等级。截至目前，有24160人次点击。其中，认为我国法律实施状况很差的14387人，占60%；认为较差的4908人，占20%；认为一般的3247人，占13%；认为较好的888人，占4%；认为很好的730人，占3%，基本呈一个倒金字塔形。认为我国法律实施状况好的人非常少。我国一方面立法速度很快，制定了大量法律法规，可以向世界自豪地宣布中国特色社会主义法律体系已经形成；但另一方面，许多法律在有些地方、有些领域、有些情况下形同虚设。一些官员不把法律当回事，法律往往被视为约束别人的工具和手段，依法治国被有些干部当做“依法治民”的手段。有的群众也不把法律当回事，“信权不信法”、“信关系不信法”、“信访不信法”。

现阶段我国法制建设的主要矛盾，是法律实施不好的问题，主要表现为明显存在的有法不依、执法不严、违法不究以及执法



犯法、知法违法、领导干部不依法办事等。尤其是“选择性”实施法律，即需要公民尽义务或者要禁止公民做什么事情的法律法规，如税法、刑法、交通法规、安全检查法规等义务性、禁止性和惩罚性法律法规，实施得快捷、及时、到位；需要对官员行为进行约束的法律法规，有法不依的情况较为普遍；而需要国家、政府向公民和社会提供服务或者资源的法律法规，一般不容易及时全面兑现，如义务教育法、劳动法、就业促进法、环境保护法、食品安全法等。这些现象和问题不同程度地存在，严重影响了宪法法律实施的效果，损害了宪法法律的权威。

中国特色社会主义法律体系如期形成后，全面落实依法治国基本方略的一项基本任务应当是实现依法办事，党和国家应当更加重视和加强宪法法律的实施，把解决宪法法律有效实施问题作为未来法制建设的重点，实现从以立法为中心向切实有效实施宪法法律为中心转变，推动宪法法律实施与法律体系建构全面协调地科学发展。

从数量型立法转向质量型立法

我国法律体系形成以后，立法工作应当从数量型立法向质量型立法转变，不仅要考察立法数量，更要关注立法的质量和实效；不仅要有纸面上的法律规范，更要使法律规范真正发挥作用。

以往我国立法工作中存在着“借立法扩权卸责”，立法的“部门保护主义”、“地方保护主义”、重复立法、越权立法，以及“国家立法部门化，部门立法利益化，部门利益合法化”等不正常现象，都或多或少地与片面追求立法数量、忽视立法质量有关系。中国特色社会主义法律体系形成后，应当从以下几个宏观维度来



把握和提高立法质量。

第一，切实坚持民主立法和科学立法。立法是人民意志的体现，追求民主是现代立法的价值取向，因此立法能否充分保障人民参与并表达自己的意见，能否真正体现最广大人民的整体意志，就成为立法质量高低的首要价值性评判标准。换言之，这实际上是“以人为本”、“人民当家做主”以及“执政为民”等政治话语在立法上的表现和落实，是当代中国立法具有合理性、合法性的重要依据。社会主义中国立法的使命在于充分汇集和表达民意，由人民按照立法程序并以立法的方式作出决策和决定，再通过法律的执行和适用等途径，保障人民意志的实现。立法是否表达了民意，并不完全由立法者本身来评判，而主要应当由人民来判断和认可，由广大人民群众在法律制定出台以后对该法律是欢迎、接受、认同还是反对、排斥、抵制等态度作出检测。凡是遭到人民反对、排斥或者抵制的立法，无论其立法词句如何绚丽、立法技巧如何娴熟、立法逻辑如何严密、立法宣传如何漂亮，都不能认为是有质量的立法，甚至应当被视为“负价值”、“负质量”的立法。毛泽东说过，“搞宪法是搞科学”。实现科学立法，要求立法工作应当秉持科学立法的精神、采用科学立法的方法、符合科学立法的规律、遵循科学立法的程序、完善科学立法的技术。坚持科学立法应当尊重立法工作自身的规律，既着眼于法律的现实可行性，又注意法律的前瞻性；既着眼于通过立法肯定改革成果，又注意为深化改革留有空间和余地；既着眼于加快国家立法的步伐，又注意发挥地方人大依法制定地方性法规的积极性；既着眼于立足中国国情立法，又注意借鉴国外立法的有益做法。努力使法律内容科学规范、相互协调。改革开放以来的立法实践证明，只有坚持民主立法，才能保证人民意志、党的意志和国家意志的有机统一；只有坚持科学立法，才能保证立法符合自然规律、我



国社会发展规律和立法自身规律的科学要求；只有坚持民主立法和科学立法，才能从根本上保证立法质量的提高。

第二，进一步完善立法程序。立法的利益平衡功能及其民主性价值是靠立法程序来保障和实现的，立法程序与立法实体价值之间，反映着程序正义与实质正义的关系，体现了立法程序对立法价值目标的规制和引导。法律的立、改、废制度，立法的提案制度、审议制度、表决制度，立法公开制度、立法听证制度、专家论证制度、公众参与立法制度以及立法备案审查制度、立法解释制度等，都是立法程序的重要组成部分。这些程序性制度不仅要完备，而且应当符合科学化、民主化的时代要求，符合我国国情。立法程序是否科学、是否有利于表达和汇集民意，主要应当通过立法程序的设计和制度安排来解决，使科学与民主在整个立法程序中相互融合、相互贯通、彼此统一，在立法程序的各个环节和具体制度中得到落实。在这方面，有许多成功的经验值得总结，但也有一些做法需要检讨和完善。例如，立法听证是为了听取立法涉及的各方利害关系人对法案的意见、从而协调相关利益关系而设计的制度，但在某些地方立法听证的程序安排和实践中，由于立法信息不对称、立法资源不平衡、立法听证的民主参与不充分等原因，立法听证往往变成了立法民主的“走过场”。又如，在立法表决制度中，由于没有关于对法案逐条甚至逐款付诸表决的强制性规定，而通常是对整部法案进行表决，因此投票者如果对法案中的个别或少数条款有不同意见（反对意见），就会面临投票行为的两难选择：要么全盘否定，要么全盘肯定，而无论哪种选择，都将可能违背立法者的立法意志。

第三，进一步强化立法的可实施性和可操作性。法律创制是人民意志的汇集和表达，法律实施则是人民意志的执行和实现，是使法律由纸面的法变为生活中的法、由文字变为现实的关键。



实践是检验真理、同时也是检验立法质量好坏的根本标准。在良法善治的前提下,如果一部法律制定出来后,不能被有效实施即形同虚设,成为一纸空文,那么它的立法质量就无从谈起。法律体系形成后,我国法制建设要解决的主要矛盾将是有法不依、执法不公、违法不究等问题。如果追根溯源,我国某些法律实施不好或者不能得到有效实施,很可能主要是由立法造成的。立法的瑕疵、立法的漏洞、立法的空白、立法的冲突等立法质量问题,导致了法律实施的不作为或者乱作为。例如,某些地方关于禁止燃放烟花爆竹、限制养犬等立法之所以难以实施,甚至遭到群众抵制,很大程度上是由立法缺乏民意支持等原因造成的,很难说可以完全归责于行政机关执法不力或者司法机关司法不公。

第四,进一步完善立法的整体协调性。立法的整体协调性主要强调法律体系、法治体系的协调发展。这种协调发展,一是包括单个法律内部的协调、同位阶法律之间的协调、不同位阶法律法规之间的协调、整个法律体系相互之间的和谐一致。二是包括立法的协调发展,主要指立法机关对法律的适时制定、修改、补充、解释、编纂和废止,通过这些活动使法律体系保持动态的协调发展。所谓“适时”,既可指代立法时机、立法条件成熟与否,也可指代因情势变化而引起法律的制定、修改、补充、解释、编纂和废止。三是包括立法与行政执法、司法、法律监督、法治宣传教育的协调发展,即整个法治体系的整体建构和协调发展。在政治学意义上,立法过程就是政治决策的过程,立法成果就是政治决策的结果。这种决策质量的高低好坏,既影响着法治体系的整体设计和建构,又引导、制约着它的发展方向、发展路径、发展速度和发展质量。因此,当热衷于研究和规划法治政府、司法体制改革、法律监督制度完善等法制建设各个方面的改革时,必须具有宏观的整体思维意识,更多地关注通过提高立法质量来统



筹规划和安排我国法治体系的整体改革和协调发展，以避免目前存在的局部改革越彻底、越成功，越背离法治统一协调发展整体目标的弊端。

第五，及时调整立法方略和立法方式。我国法律体系形成后，立法工作应当从“成熟一部制定一部、成熟一条制定一条”的“摸着石头过河”的立法模式，向科学规划、统筹安排、协调发展的立法模式转变，从立法项目选择的“避重就轻”向立法就是要啃硬骨头、迎难而上、攻坚克难转变，使立法真正成为分配社会利益、调整社会关系和处理社会矛盾的艺术，成为在“矛盾的焦点上”划出的杠杠。立法工作应当从以创制法律为主，向统筹创制法律与清理法律、编纂法典、解释法律、修改法律、补充法律、废止法律的协调发展转变，使法律体系的清理、完善和自我更新更加制度化、规范化、常态化，使法律体系更加具有科学性、稳定性、权威性和生命力。

在日常生活中，常常可以看到“百年大计，质量第一”、“质量是生命”等口号，这些口号折射出人们对于高质量日常生活产品的渴望和需求。同样，在政治生活和法制建设领域，立法是特殊的政治和法治产品，立法质量是人民民主和法治生活的生命。立法质量的好坏，直接关涉人民当家做主政治生活质量的高低，关涉依法治国和社会主义政治文明建设的成败。

（原载《中国司法》2011年第4期）



Contents

目录

代序：完善中国特色社会主义法律体系任重道远 … 李 林 / 1

上编 法律体系理论原理

当代中国社会主义法律体系：外在方面与内在方面 …… 宋在友 / 3

立法与法律的正当化 …………… 朱书龙 / 14

论我国法律体系构建的误区

——以中日涉罪轻微行为的处理方式为

分析起点 …………… 钱大军 马国强 / 34

论政治法与法政治学

——从政治与法律关系契入 …………… 闫 海 / 50

中编 法律体系的制度设置

论我国行政立法体制的民主性缺憾

与技术性完善 …………… 侯淑雯 杨 阳 / 69



论法律之间的效力关系与冲突解决

——以《道路交通安全法》、《治安管理处罚法》

与《行政处罚法》的冲突规定为例 朱继萍 / 81

行政规范性文件研究

——从权限与程序正当性视角考察 郭清梅 / 99

地方与中央立法的协调性问题分析

——以《广西北部湾经济区条例》制定为例 余俊 / 114

立法质量、科学立法与立法评估

——中国法律体系形成背景下的立法质量

反思与解决路径分析 王称心 / 129

下编 法律体系的结构与技术

论婚姻家庭法在中国特色社会主义法律

体系中的独立地位 熊松涛 / 159

试述“语言模糊性”在法学和语言学中的

认定差异 姜廷惠 / 179

迈进“后立法时代”的中国法治建设 蒋立山 / 197

上 编

法律体系理论原理



当代中国社会主义法律体系： 外在方面与内在方面^{*}

宋在友^{**}

法律体系是对国家法律规范进行宏观把握、进行体系化思维的产物。任何国家的法律规范都应该是一个有机联系的和谐整体，它以部门法的划分为基础，以法律部门为构成单位。我国法律体系是具有中国特色的社会主义法律体系，其构成单位包括宪法部门、民商法部门、行政法部门、经济法部门、社会法部门、刑法部门、诉讼和非诉讼程序法部门。我国社会主义法律体系的建立意味着我国社会关系、社会生活各主要方面都已基本做到有法可依，有相应的法律规范进行调整，能使社会关系转换为法律关系，社会秩序可以法律秩序的方式表现出来。据统计，我国现行的法律有 239 部，行政法规有 700 部，地方性法规有 8600 多部。宪法是我国的根本法，规定了公民的基本权利和义务以及国家根本制度。民商法部门是调整平等主体之间财产关系、人身关系和商事关系的法律规范类别；行政法部门是调整国家行政管理活动中产生的行政关系的法律规范的类别；经济法部门是调整国家对经济

* 本论文受中国政法大学 211 工程三期项目资助，特此致谢。

** 中国政法大学法学院副教授。



活动进行宏观调控过程中产生的经济管理关系的法律规范的类别；社会法部门是调整劳动关系、社会保障、社会福利和特殊群体权益保障等方面的法律规范总称；刑法部门是有关犯罪和刑罚的法律规范；诉讼和非诉讼程序法部门是调整保障实体法内容的实现而进行诉讼活动和非诉讼活动所遵循的程序以及由此产生的社会关系的法律规范类别。对中国特色的社会主义法律体系，我们可以进行外在方面和内在方面的解读。

—

从外在方面看，法律体系是一个由抽象程度不等的上位概念和下位概念构成的概念之间的逻辑涵摄体系。中国当代法律体系是以宪法为核心构成的规范体系，即“宪法——普通法”体系。宪法规范是抽象程度比较高的规范，所谓抽象程序比较高，则是相比较而言，其内含比较少而外延比较广；普通法规范则是抽象程度比较低的规范，所谓抽象程序比较低，是指其内含比较丰富而外延比较窄。“宪法——普通法”体系是一个“抽象——具体”的规范体系，抽象程度越高，其内含越少而外延越广；反之，抽象程度越低，则其内含越多而外延越窄。而内含和外延是逻辑上用来下概念的基本方式。从法律体系的外在方面看，法律体系就是一个概念体系，减少若干要素可以形成抽象程度较高的上位概念，增加若干要素可以形成抽象程度较低的下位概念。当我们面对一个法律规范时，首先要问它是什么；问它是什么，就是对它下概念，指出其内含和外延。如面对刑法上的“罪刑法定原则”，我们首先要问：什么是罪刑法定原则，对它下一个概念，指出它是什么。以宪法为核心构成的“宪法——普通法”体系，是一个