

立法的几个 法理问题

——兼论立法实践中的破产管理人制度

Lifa de Jige Fali Wenti

Jianlun Lifa Shijianzhong de Pochan Guanlire Zhidu

| 李翔◎著



四川大学出版社

立法的几个 法理问题

——兼论立法实践中的破产管理人制度

Lifa de Jige Fali Wenti

Jianlun Lifa Shijianzhong de Pochan Guanlire Zhidu

| 李翔◎著



四川大学出版社

特约编辑:唐一丹
责任编辑:李勇军
责任校对:王振漉
封面设计:墨创文化
责任印制:李 平

图书在版编目(CIP)数据

立法的几个法理问题:兼论立法实践中的破产管理人制度 / 李翔著. —成都:四川大学出版社, 2012. 8
ISBN 978-7-5614-6147-1

I. ①立… II. ①李… III. ①立法—研究—中国 ②破产法—研究—中国 IV. ①D920.0 ②D922.291.924

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 207373 号

书名 立法的几个法理问题——兼论立法实践中的破产管理人制度

著 者	李 翔
出 版	四川大学出版社
地 址	成都市一环路南一段 24 号 (610065)
发 行	四川大学出版社
书 号	ISBN 978-7-5614-6147-1
印 刷	三河市天润建兴印务有限公司
成品尺寸	148 mm×210 mm
印 张	7.25
字 数	196 千字
版 次	2014 年 4 月第 1 版
印 次	2014 年 4 月第 1 次印刷
定 价	42.00 元

版权所有◆侵权必究

◆读者邮购本书,请与本社发行科联系。
电话:(028)85408408/(028)85401670/
(028)85408023 邮政编码:610065
◆本社图书如有印装质量问题,请
寄回出版社调换。
◆网址:<http://www.scup.cn>

目 录

第一章 概述	(1)
第一节 “立法”的含义	(1)
第二节 社会何以需要立法——立法目的之思想史考察	(3)
第三节 中华人民共和国六十余年立法及其反思	(18)
第四节 重视立法学理论研究,不断推进我国立法水平	(35)
第二章 法理问题之一:立法、法治建构与传统法文化	(40)
第一节 立法与法治建构	(40)
第二节 立法与中国传统法文化	(59)
第三章 法理问题之二:立法伦理与基本原则	(87)
第一节 立法伦理	(88)
第二节 立法基本原则	(114)
第四章 法理问题之三:立法语言	(132)
第一节 立法语言的含义	(132)
第二节 立法语言的特征	(135)
第三节 立法语言规范化问题	(137)
第四节 立法语言的确定性与模糊性	(165)

第五章 立法实践的思考:以破产管理人制度为例	(170)
第一节 概 论	(170)
第二节 破产管理人职业化含义、特征及其制度的发展历程	(171)
第三节 我国企业破产管理人职业化制度建构之必要性	(177)
第四节 破产管理人监督制度	(205)
主要参考文献	(219)

第一章 概 述

在中国特色社会主义法治建设进程中，如何认识立法及其必要性？我国立法的历史面貌、现状以及发展走向如何？我国的立法学理论发展的道路为何？这些是在我们探讨立法前，首先需要澄清的几个重要问题。

第一节 “立法”的含义

法是随着私有制、阶级和国家的形成而产生的，这是马克思主义法学的基本观点。也就是说，人类的立法活动是伴随着国家的产生而产生的。《左传·昭公六年》中“夏有乱政，而作禹刑”的记载就说明了这一点。但“立法”一词的出现一般说来相对晚于此。我国较早出现“立法”一词的古代典籍是战国时的《商君书》。《商君书·更法》中记载：“伏羲神农教而不诛，黄帝尧舜诛而不怒，及至文武，各当时而立法。”这里清楚地表达了立法是人类历史上伴随国家的出现而出现的社会现象。我国其他古代典籍中也多处出现“立法”一词，但含义各不相同。在西汉司马迁所撰的《史记·律书》中，可以看到“王者，制事立法”的语句，明确表达了立法的基本含义是国家的统治阶级为了进行国家管理而进行的国家活动。《汉书·刑法志》中载有“圣人制礼作教，立法设刑”。这些都从规范人们行为、维持社会安定的角度表达了立法的含义。由此可见，中国古代各典籍中“立法”一词的基本内涵都大致相同，意指国家的统治阶级所创制的规范人们行为、维持社会安定的法律的活动。

在现代西方各国，由于“立法、司法、行政”的三权分立原则被绝大多数资本主义国家所遵循，“立法”一词就成了现代西方各国最常见的法学术语之一。即便如此，关于立法，也没有一个统一的概念。如美国大百科全书把立法解释为“国家机关为了规范社会行为，而制定法律规范的活动”。日本末川博所编的《全订法学辞典》中则把立法当做“与行政、司法相对应的概念”，并认为立法在形式意义上是指“立法机关制定附有法律名称的立法工作”，实质意义则是指“制定一般抽象的法规的工作”。而在法学界影响较大的《牛津法律辞典》中，则认为立法“是指通过具有特殊法律制度所赋予的能有效地颁布法律的权力及权威的人或组织机构的意志而制定或修改法律的过程”，并认为立法过程中所产生的结果即制定的法律本身。从上面的列举中可以看出，尽管西方各国法学界对立法的含义认识存在差异，但基本上也都是把立法作为特定国家机关制定法律规范的活动。

在我国现阶段，特别是党的十一届三中全会以来，我国法学研究日益繁荣，法制建设迅速发展。新时期的法学基础理论、宪法学以及立法学等各个领域的众多学术专著中几乎都对“立法”一词的基本含义作了阐述。但不外乎是在以下两种意义上被使用的。第一，作为各种法律规范性文件的泛称。如完善某一方面立法的提法就是指完善这一方面的法律法规。第二，指国家专门机关按照法定程序创制法律规范，制定、修改、认可或废止具有法的效力的规范性文件的活动。在各个中央文件、国家领导人讲话以及各法学著作中，凡是提到“立法”一词，大都是在第二种涵义上被使用的。因此，本书中所讲的“立法”也是从后一种涵义上来理解、认识和研究的。

第二节 社会何以需要立法——立法目的之思想史考察

社会为什么需要立法？立法者通过立法所希望实现的目的和社会需要法律的目的是否相一致？在阶级社会和阶级差别未消灭的社会里是否存在“超然的立法者”？以上是关于立法必要性的基本法理问题。

（一）我国传统法律思想关于立法目的的论说

中国成文法出现于春秋时期。其时，中国正处于奴隶制瓦解、封建制兴起的大变革时期。新兴的封建势力为适应封建经济发展的需要，公布了封建性质的成文法，强调法律的作用，力图冲破奴隶主阶级“礼治”思想的束缚。这一努力最为典型的代表就是铸刑书，即将制定的刑法铸在鼎上。其代表人物为晋国公孙侨。刑法的成文化，不仅使罪与非罪的界限有了一定的界定标准，即所谓“使都鄙有章，上下有服”，更重要的是奴隶主的任意刑杀特权受到了一定的限制，奴隶主阶级的“临事制刑，不预设法”的立法方式受到了最大限度的制约。

但成文法的制定遭到了以老子、孔子为代表的一大批思想家的反对。当晋国铸刑鼎把成文法公布于众时，孔子（前551—前479年）叹曰：“晋其亡乎！失其度矣。”认为这严重破坏了“贵贱不愆”的社会等级秩序，使奴隶主贵族的地位受到了限制。“民在鼎矣，何以尊贵？贵贱无序，何以为国？”孔子认为，维护和稳定社会秩序应当依靠“礼”所强调的“君君、臣臣、父父、子子”的宗法等级制度，应当注重礼义教化。他认为，刑罚和礼教相比，后者才是根本的。因为刑罚只能于犯罪之后惩办，而礼教、德化却能防患于未然，即“礼之教化也微，其止邪也未于形。使人日徙善远恶而不能自知”。由此，孔子强调统治者的个

人贤明，主张人治，即“为政在人”。他以文武之道为例：“文武之政，布在方策，其人存，则其政举，其人亡，则其政息。”

老子（春秋末楚国人）从其独特的“无为而无不为”的哲学思想出发，反对“人为法”。在他看来，制定成文法是“人之道”，而非“天之道”。老子认为“人之道”的目的是“损不足而幸有余”。这样一来，势必导致这样一个结果——“法令滋彰，盗贼多有”，即制定的法令越多，老百姓就越贫困，盗贼也就越多。因为“民不畏死，奈何以死惧之”。因此，老子主张“天之道”。所谓“天之道”，是“高者抑之，下者举之，有余者损之，不足者补之。天之道损有余，而补不足”。因此，老子极为推崇自然法，即“人法地，地法天，天法道，道法自然”。符合“天之道”的自然法必然是公正无私的，也就必将是无往而不胜的。

在这一时期，无论是成文法的拥护者还是反对者，都没有涉及或直接涉及立法的目的。战国时期，中国的封建制已基本形成，新兴地主阶级的政权已基本巩固。在这一历史背景下，思想家开始了对立法目的的研究与探寻，以期为统治者的立法权寻求理论上的支点。下面是几种在当时有代表性的观点：

1. 墨翟（公元前480—前400年）的“一同天下之义”之立法目的说

这个社会为什么要有法律，在墨子看来，这是因为“古者民始生未有刑政之时”，每个人都有自己的是非标准，“一人一义，十人十义”，而又各“是其义，以非人之义”。因此，彼此间必然互相侵害，互相争夺。“天下之乱，若禽兽然。”因而，必须“选择天下之贤可者，立以为天子”，由天子“一同天下之义”——“发宪布令于天下之众”，以使社会的“是非善恶标准”统一起来。当然，这统一起来的标准只能是“天子之所是，必亦是之；天子之所非，必亦非之”。而且，“上之所是，必皆是之；上之所非，必皆非之”。基于这种认识，墨子非常重视“法”、“法仪”、

“法度”的作用。墨子认为，无论从事什么工作，都必须有“法度”，治理天下，国家当然更应该有“法”。以法来作为衡量一切是非、曲直、善恶、功过的统一的客观标准。只有这样，才可能出现一个“强不执弱、众不劫寡、实不侮贫、贵不傲贱、诈不欺愚”的理想社会。

2. 商鞅（公元前 390—前 338 年）“定分止乱”之立法目的说

作为法家代表人物，商鞅十分重视法律的作用，且以独特的观点提出了对法目的的认识。他认为，“在神农之世”，人类社会并没有法律，但社会秩序十分井然，“男耕而食，妇织而衣”，整个社会“刑政不用而治，甲兵不起而王”。但是后来由于社会经济的发展，就出现了“亲亲而爱私”的现象，并逐渐地演化成“以强胜弱，以众暴寡”的相互争夺的混乱局面。圣人为了定“分”止“乱”，就制定了法律，以“作为土地货财男女之分”，即确立“君臣上下之义，父子兄弟之礼，夫妇配匹之合”，并“立君”、“立官”、“立禁”加以制裁。在这里，商鞅不仅将法律的起源与土地、货、财所有权联系起来，而且初步揭示了立法目的是保护私有财产这一基本的朴素唯物主义命题。

由于立法的目的是为了“土地货财男女之分”，因此商鞅认为，立法者所立的法令，必须像称轻重的权衡、量长短的尺寸一样，成为判断人们是非功过和行使赏罚的公平标准，即所谓“法者，国之权衡也”。为实现此目的，商鞅非常注重法令的权威性和严肃性，明确宣布“有敢违定法令，损益一字以上，罪死不赦”。只有这样，才能使人们遵守法令，也才能治理好国家。为了使制定的法令得到顺利的执行和遵守，商鞅主张“为法，必使之明白易知”，力求做到家喻户晓，使“妇人、婴儿皆言商君之法”，只有这样才可以做到“吏不敢以非法遇民，民不敢犯法以于法官也”。

3. 荀况（约公元前 313—前 238 年）的“明分使群”和“化性起伪”之立法目的说

荀况从其哲学观点“明于天人之命”和“人性恶”出发，力图从人类社会本身和人性中寻找国家和法律产生的根源，来回答社会为什么需要法律这一问题。他认为，自然界万物的生长变化是自然而然的，并没有什么东西在主宰，而且自然界的运行和变化又有其自身规律，绝不依人的意志为转移。天行有常，不为尧存，不为舜亡。人类为了战胜自然，就必须“合群”，即必须组成社会。而为了组成社会，就必须有分工合作。分工一旦确定，就应恪守本分。荀况所讲的“分”既包括农农、士士、工工、商商的分工，也包括君君、臣臣、父父、子子、兄兄、弟弟的等级名分。但由于“饥而欲食，寒而欲暖，劳而欲息，好利而恶害，是人之所生而有也”，如果没有一定的行为规范来约束人们的行为，“从人之情，顺之人性，必出于争夺”，从而形成“犯分乱理”的暴乱局面。为了促使人们恪守本分、分工合作，“古之圣人以人之性恶，以为偏险不正，悖乱而不治，故为立君上之势以临之，明礼义以化之，起法正以治之，重刑罚以禁之，使天下皆出于治，合于善也”。由此，他认为社会立法的目的是为了“明分使群”和“化性起伪”。他认为成文法的公布不仅可以使“天下晓然，皆知失盗窃之不可以为富也，皆知夫贼害不可以为寿也，皆知夫犯上之禁之不可以为安也”，而且有利于防止徇私，即“君法明，论有常，进退有律”。

作为儒法合流的先驱者，尽管荀况主张制定成文法，但荀况也清醒地认识到法的作用是有限的，再好的法律，若无人去实施也是枉然。他认为，“君之者，法之原也”，即治理好国家的关键在人，而不是法。所谓“法不能独立，类不能自行；得其人则存，失其人则亡”。更何况，国家大事是复杂而又变化无常的，因此法的适用，必须依靠统治者的智慧与能力，即“有法者以法

行，无法以类举”，“则法虽省，足以遍矣”。若仅仅依靠法律来治理社会，由于法律既不能概括无遗地规定所有事情，又不能随时更改，因此“则法虽具，失先后之施，不能应事之变，足以乱矣”。因此，应该说，荀况明确地认识到了法律自身的局限性，“故有良法，而乱者，有之矣；有君之而乱者，自古及今，未尝闻也”。而法律的局限性是成文法诞生以来就一直存在着的。

4. 韩非（约公元前280—前233年）“禁暴止乱”之立法目的说

韩非继承了其师荀况“人性恶”的观点，并将之推向绝对。他认为在人类社会最初曾有过一个无需国家和法律的阶段。那时，社会人口少，自然界能提供充足的生活资料，人们不用为生存而彼此争夺。后来随着社会人口的增多，就出现了“人民众而货财寡，事力劳而供养薄，故民争”的局面。何以如此呢？因为人性是自私自利的，即人人都有“自为心”。而且，韩非认为，人的这种自私自利的本性是不可能通过后天人为的力量加以改变的，即不可能“化性起伪”。

不仅如此，韩非还认为，人的行为、人与之间的关系自始至终都在受这种“自为心”的支配。韩非以舆人为匠人为例说道：“舆人成舆，则欲人之富贵；匠人成棺，则欲人之天死。非舆人仁而匠人贼也。人不贵则舆不售，人不死则棺不卖，情非憎人也，利在人之死也。”他认为这种心态同样存在于君臣之间、君民之间、亲子之间。为此，统治者要想维护其统治地位和富国强兵，就必须制定出体现国家利益的、人人都必须遵守的行为规范，作为衡量人们“自为心”是否有利于国家的标准和实行赏罚的依据，从而发展有利于国家的“自为心”，制止不利于国家的“自为心”。这种行为规范就叫做“法”。由此，韩非得出结论：立法的目的是“禁暴止乱”，就是要“废私”。

韩非坚决主张树立法令的绝对权威，使其成为判断人们言行

是非和进行赏罚的唯一标准。他说：“明主之国，令者言最贵也，法者事最适者也。盲不二贵，法不两适。故言行不轨于法令者必禁。”他坚决反对在法令以外再讲仁义、恩爱，主张“法不阿贵”。为此，他主张法应制定成为成文法并予以公布，所谓“法者，编著之图籍，设立于官府，而布之于百姓者也”。只有这样，不仅百姓有所遵循，而且官吏也不敢专横徇私，使“官不敢枉法，吏不敢为私”。

5. 董仲舒（公元前 179—前 104 年）“大德而小刑”之立法目的说

董仲舒创造了一套以儒家思想为核心、杂以阴阳五行说和法家某些思想成分的、加强封建专制的神学政治论和法律观。其理论后来成为统治中国达两千年之久的封建正统儒家文化。

董仲舒秉承先秦儒家天人合一的思想，提出了一套“天人感应”学说。他说：“天者，万物之祖也，故遍包函，而无所殊，建日月风雨以和之，经阴阳寒暑以成之。”即天乃是创造一切、支配一切的最高主宰。君王是上天差到人世进行统治的，所谓“天子受命于天，天下受命于天子”。君王是沟通上天人世的人物。他说王字是“三画而连其中，三画者，天地与人也，而连其中者，通其道也，取天地与人之中以为贯而通之，非王者孰能当是”。因此，君王在人世间是至高无上的，是承受天意的立法者，其言论体现了天的意志，具有法律效力，群臣百姓只能绝对服从，不得违抗。由此，他认为，国家立法的目的就只能是绝对地维护这种“主从关系”。而这种“主从关系”的内容就是其在儒家“君君、臣臣、父父、子子”，以及“忠孝仁义”的基础上，创造出来的三纲五常的理论。三纲是君为臣纲、父为子纲、夫为妻纲；五常是仁、义、礼、智、信。

基于对立法目的的认识，董仲舒主张大德而小刑。他认为秦王朝灭亡的历史教训就在于：秦“师申商之法，行韩非之说”，

导致“群盗并起”，并且“刑者甚众，死者相望，而奸不息”。其根本原因在于，“非有文德以教训于天下”，才会有“法出而奸生，令下而诈起，如以汤止沸，抱薪救火”的局面。因此，董仲舒主张，“王者承天意以从事”，“莫不以教化为大务”，“任德教而不任刑”。当然，在实行“德教”时，也必须“设刑以畏之”，但“刑者，德之辅也”。

自董仲舒后，虽然在各个历史时期，都有一些思想先进的人物，对以儒家文化为主导的正统法律思想提出过异议，但始终是历史长河中的小插曲。直到近代，我国才出现了资产阶级性质的五权宪法思想。

（二）西方法律思想对于立法目的的论说

西方社会自公元前 8 世纪到公元前 6 世纪产生了第一批奴隶制国家。雅典和斯巴达是其中两个著名的城邦。特别是雅典，经过公元前 594 年梭伦立法，以及公元前 509 年到公元前 508 年克里斯梯尼的立法改革，古希腊的法律制度日趋完备，产生了极为丰富的立法思想，这些思想对西方法律思想的发展有着极其重大的影响。古今西方法律思想对于立法目的的论说主要有以下几种：

1. 柏拉图（公元前 427——前 347 年）“立法必须以全体公民的幸福为依据”之立法目的说

柏拉图是古希腊唯心主义哲学的最主要代表人物，他认为社会之所以要立法，是因为社会正义需要维护，即法律是用来维护正义的手段。何谓正义？正义是指各种生来不同等级的人“各司其事”和“恪守本分”。但由于人的品性是由“较善”和“较恶”两部分组成的。恶性是人人都具有的、但不应有的欲望，人们一旦放松对自己善性控制，恶性便活跃起来，即使是好人也难免。人们又无法完全约束自己，所以只好通过服从外在的权威来约束

自己。这个权威就是法律和国家，即立法的直接目的就在于约束和禁止人们放纵“恶性”，依照“聪明”的统治者所制定的行为规范去做。由此，他认为，立法的根本目的就是实现全体公民的福利或者幸福，即立法必须以全体公民的幸福为依据，不能以一部分公民的幸福为目的。

要做到这一点，立法工作必然是极为艰巨和重要的。柏拉图认为立法者在立法的时候，必须对旧的国家制度和人们的品质清洗一番，方能制定新的法律，否则，立法对国家和个人就不能有所作为。就是说，立法不能只是简单地对旧法的一种承续，它应像画家一样，必须先把画板上的旧迹擦洗干净方能绘画。因此，立法必须改变旧的传统和习俗。

同时，柏拉图充分认识到了法律的局限性。他讲：“人们之间和他们行为中的差异，以及人事中的无限的不规则的活动，都不允许有一种普遍而单纯的规则，并且没有任何技术能够制定出一种应付千变万化的原则。”即法律是具有刚性的，它在约束被统治者的同时，也束缚统治者的手脚。而人治，全凭统治者的能力，可以随机应变，制定出一切必要的措施，能够适应变化了的情况和满足特殊的需要。因而，柏拉图更加倾向于人治。

2. 亚里士多德（公元前 384—前 322 年）“促进正义的实现”之立法目的说

亚里士多德是古希腊奴隶主阶级的伟大科学家和杰出思想家。他认为，立法的根本目的就是促进正义的实现，用法律的手段节制、教育、培养人民的正义观念和美德的观念。亚里士多德所讲的正义是指行为的适中。他认为，人的一切行为都有过度、不及和适中三种状态。

“过度和不及是恶性的特性，中庸则是美德的特性。”因此，亚里士多德认为：“立法家的任务在于参考历史、斟酌现状，制定出合乎正义的法律，并拥有执行这种法律的权威。”为了使法

律能更好地符合政体的要求，实现正义、善德和幸福，亚里士多德认为，法律不应该一成不变，而是必须在某些境况下、在某些时候加以变革。但变革要慎重，不能轻率进行，变革应以增进社会的幸福为宗旨。如果法律的变革对社会所作贡献不大，那么即使原有法律有缺点，“还是姑且让它沿袭的好”，不要去变革。如果草率从事，朝令夕改，就会使社会无所适从，法律的威信必然会降低。

作为法治的倡导者，亚里士多德清楚地认识到法律的局限性，并提出了自己认为可行的解决方法。首先，“法律应在任何方面受到尊重而保持无上的权威”。但是由于法律只能订立一些通则，不能把一切细节和所有问题都包括进去，特别是一个国家（城邦）的事务又是非常复杂且经常变化的，法律不可能及时地适应这个需求，即“完全按照成文法律统治的政体不会是最优良的政体”。

因此，亚里士多德提出：执法者行事。凡法律有明确、详细规定的，理所当然要严格执行；凡是法律不周详的地方或者没有明确规定的，就要按照事实以及法律的本质精神，公正地处理和裁决。

3. 西塞罗（公元前 106—前 43 年）“真正的法律”之立法目的说

西塞罗是古罗马的政治家和杰出的法律思想家。他认为，法律的本原，既不是产生于人类的思想，也不是各民族固有的习惯，更不是国家和执政者制定的。“法律是最高的理性，从自然生出来的，指导应做的事，禁止不应做的事”，“法律是上帝的一贯意志，这种理性，当在人类理智中稳定又充分发展的时候，就是法律。因此，法律不是在编制时才发生的，乃是和上帝的心意同时发生的”。由于人类和上帝共同具有同一性质的理性，所以，在人类社会中必然存在着同一性质的法则。这一法则具有温和和永

恒的性质。因此他认为，人类社会的立法目的，是为了维护国家的统一和人民的安全与幸福。并且指出，只有当各国制定的法律符合这种目的时，才具有“真正的法律”的性质。

4. 托马斯·阿奎那（1225—1274 年）“公共幸福的安排”之立法目的说

托马斯·阿奎那是西欧中世纪最有权威的神学家和经院主义哲学的最典型代表，也是重要的政治思想家。托马斯·阿奎那认为，立法的目的是为了人们的公共幸福，法律必须以整个社会的福利为其真正的目标。他说：“法律不是制定的，而是一种由管理社会的人所公布的，以共同福利为目的的理性的命令。”“法律的首要 and 主要的目的是公共幸福的安排。”

由于法律是以公共福利为目的的，因此，对法律制定者来讲，应当注意：第一，所制定的法律不能超越制定者的权限。第二，应当以公民的普遍利益而不是个别利益为目的。第三，在制定和通过法律时，必须考虑到将来法律的实施，也要注意人们将来守法的情况。因为公共福利是由许多不同的因素所构成的，无论人对物，立法时都必须考虑到这些不同的因素和不同的时代。而且，法律一旦制定，它对每一个人都是适用的。第四，就其形式（内容）而论，法律规定公民所承担的义务，应当按他们增进公共福利的程度实行分配。他认为，能做到这些，法律就是正义的；反之，就是非正义的。

5. 托马斯·霍布斯（1588—1679 年）“体现统治者的意志”之立法目的说

霍布斯是英国资产阶级革命时期政治法律思想的代表。霍布斯第一次明确提出法律是统治阶级意志的体现。他认为，法律就是命令，乃是发布命令机关用口头说明，或用文字以及其他方法宣布统治者的意志。

因此，他认为法律必须由国家来制定，统治者享有立法的权