

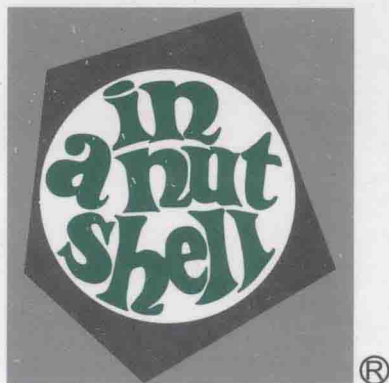


West Nutshell Series
美国法精要·影印本

THOMSON
WEST

Legislative Law and Process 2nd Edition

立法法与程序 [第2版]

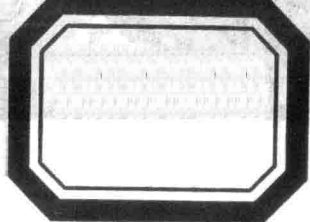


Jack Davies

【美】杰克·戴维斯



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

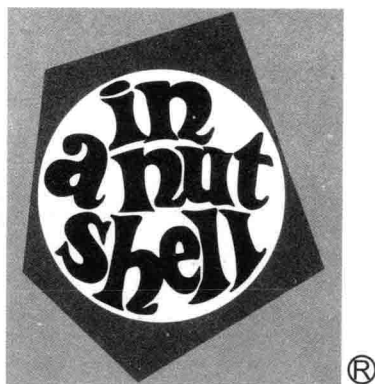


ell Series
· 影印本

THOMSON
★
WEST

Legislative Law and Process 2nd Edition

立法法与程序 [第2版]



Jack Davies

【美】杰克·戴维斯



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

立法法与程序 = Legislative Law and Process / (美)戴
维斯著. —影印本. —北京:法律出版社, 2005. 10
(美国法精要影印系列)
ISBN 7-5036-5881-9

I. 立… II. 戴… III. 立法法—美国—英文
IV. D971.21

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 114298 号

COPYRIGHT©1975 WEST PUBLISHING CO.
COPYRIGHT©1986 By WEST PUBLISHING CO.
Reproduced under license from The Thomson Corporation Hong Kong Limited
trading as Sweet & Maxwell Asia.

本书由汤姆森(香港)有限公司(以 Sweet & Maxwell Asia 之名营业)授权重印。
著作权合同登记号 图字:01-2005-1824

© 法律出版社·中国

| | |
|--------------------------------------|--------------------------|
| 责任编辑 / 郭 亮 | 装帧设计 / 李 瞻 |
| 出版 / 法律出版社 | 编辑统筹 / 对外合作出版分社 |
| 总发行 / 中国法律图书有限公司 | 经销 / 新华书店 |
| 印刷 / 北京北苑印刷有限责任公司 | 责任印制 / 沙 磊 |
| 开本 / 850 × 1168 毫米 1/32 | 印张 / 12 |
| 版本 / 2005 年 10 月第 1 版 | 印次 / 2005 年 10 月第 1 次印刷 |
| 法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073) | |
| 电子邮件 / info@lawpress.com.cn | 销售热线 / 010-63939792/9779 |
| 网址 / www.lawpress.com.cn | 咨询电话 / 010-63939796 |
| 中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073) | |
| 全国各地中法图分、子公司电话: | |
| 第一法律书店 / 010-63939781/9782 | 西安分公司 / 029-85388843 |
| 上海公司 / 021-62071010/1636 | 北京分公司 / 010-62534456 |
| 深圳公司 / 0755-83072995 | 苏州公司 / 0512-65193110 |
| 重庆公司 / 023-65382816/2908 | |

书号: ISBN 7-5036-5881-9/D·5598 定价: 30.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

Licensed for sale in The People' s Republic of China only, excluding the Hong Kong Special Administrative Region and Macau Special Administrative Region: not for export .

本书被授权在中华人民共和国（不包含香港特别行政区和澳门特别行政区）销售，不供出口。

总序

许传玺*

在美国法律教育界与律师实务界,这套“美国法精要”(Nutshell Series)是颇具特色的一套丛书。这套书最突出的特点当推它们的简捷明快、深入浅出。每种书均由富有教学经验的法学教授执笔,在三四百页的篇幅内介绍某一法律部门的基本原理、主要法规和重点案例。

由于这些特点,这套丛书受到了无数美国读者的欢迎和喜爱。众多法学院的学生将这套书作为课外的辅助教材,由此掌握美国各主要部门法的精义。执业律师也经常借助这套书,以迅速了解自己尚未熟习的某些部门法,或者温习过去曾经学过的某些课程。

相信这套丛书也能赢得国内读者的欢迎。无论是法律专业的本科生、研究生,还是执业律师或其他人士,都能从这套丛书中获得有关美国法律的大量知识,对自己的学习和工作有所助益。此外,通过阅读原汁原味的英文来学习美国法律也应能提高读者的法律英语水平,促进与美国同行的直接对话与交流。

* 美国哈佛大学法博士(J. D.);耶鲁大学社会文化人类学博士;现任中国政法大学中美法学院院长、教授、博士生导师。

应原出版者的要求,这套丛书的国内版增加了中文前言,以介绍美国各部门法的概况、每种书的内容及原书作者等等。这些前言作者都是在美国受过专业教育或从事专门研究的法律学者甚或专家。相信他们的介绍会对读者有所帮助。

Happy reading!

写于哈佛法学院

前言

李亚虹*

《立法法与程序》一书由杰克·戴维斯教授撰写。于1975年由 West 出版公司作为“法律精要”(即“美国法精要”——编者注)系列其中的一本第一次出版,1986年再版。这里所介绍的版本即是1986年版。作者将该书献给美国明尼阿波利斯市的选民们,因为自1958年至1982年这24年来,戴维斯一直担任明尼苏达州的参议员。而这本书即是他在任参议员期间写成。按照作者在其序言中所说,这本书出版后,受到各方好评,成为许多议会游说家们的“指南”。他的一个既是大学教授、议会游说员(lobbyist),又是前参议员的老朋友读后说:“没错,就是这么回事!”

是否“是这么回事”,我们看了本书作者的资历、所介绍的内容及其传递的思想即可得出结论。该书作者有24年立法工作经验,作为明州议会参议院多数党领袖并主管司法委员会,他负责过无数重大法案的制定和通过、委员会的建制与参议院的人事安排。由这样一位经验丰富的行家来

* 斯坦福大学法学硕士(JSM),萨福克大学法学博士(JD),现任香港大学法学院副教授。

写这本书,应该说是非常合适的。

再看本书的内容框架,五大部分囊括了(1)立法的程序;(2)法案的制定;(3)立法权之分析;(4)宪法的影响;(5)法律解释。其他关于立法之法律与程序的书也主要包括这些方面,如伦敦经济学院迈克尔·赞德(Michael Zander)教授的《立法程序》(The Law-Making Process)。本书在五大部分之中又用了无数章节对立法的程序、方法、结构、制度、内外部关系等等作了极为详尽的介绍。以法案起草为例,就有对法案起草的技巧、内容、编辑以及应该避免的错误等有非常细致同时又简明生动的描述,若非一个在立法机关里浸润了几十年的行家里手是不可能做到的。怪不得那些议会游说员们会人手一册,将其作为了解并进而影响议会立法活动的宝典。从这个意义上说,此书在学术价值上虽不能与一些大理论家的著作如哈耶克(F. A. Hayek)的《法律,立法与自由》(Law, Legislation and Liberty)相比,但从实用的角度看,则是无其他同类书籍能够望其项背的。对中国读者而言,虽然不能直接受益其实用性(如将此书作为游说美国或中国的立法机构的指南),却能够从此书对立法过程生动实际的描述与讨论中,一窥美国立法体制与过程的全貌,并将其精华部分借鉴于完善中国的立法体制之中。

通过对程序的描述而传递出的深邃思想,则是此书最有价值、最值得注意的。首先,作者告诉我们,立法是重要而有影响(impact)的。一国之中从宪政、税收、财政、环境、就业、刑罚、婚姻等制度,到骑摩托是否戴头盔、做美容是否清洗梳子等琐事,都要受到法律的规范。因此,立法不是儿戏,不能等闲视之,更不能事不关己。好的立法不论对国家或个人都会产生好的影响,反之则会贻害无穷。最近美国

国会在酝酿是否通过一项《引诱版权侵权法》法案,目的在于规范任何能够导致网络版权侵权的计算机技术。许多人(特别是网络界)对此强烈反对,认为该项法律可能阻止新技术的发展。

因为立法关乎国家乃至每个国民个体的切身利益,所以“那些希望从立法机构得到点什么的人必须自己去要求(“Those who want something from a legislature must ask for it.”)。立法机关更像一个“评审团”(Board of Review),很少主动立法,而是对人们(或利益集团)提出的诉求作出反应、判断并在此基础上形成法规。该书作者甚至认为物理学中的“惯性”(inertia)原理是立法机关普遍的特质,也即是说,法案的通过一般由外界力量推动,否则就搁在委员会“休息”。这个概念说明,立法是一个自下而上的过程,而不是相反。当民众将自己视为“立法者”,为自己的利益积极提出立法诉求后,所通过的法律就更容易为人们所自愿遵守。

当然,大多数情况下,普通民众不可能亲自参与立法过程,他们需要找代言人(或议会游说员)。代言人或游说员的作用类似法庭中帮助法官发现并判断案件真相的律师。一项法案如果没有人反对,即使对某些民众不利,也可能就此通过,就像法庭中的“缺席审判”一样。有了院外游说,就能在一定程度上保证立法的公平公正。因为“正当程序”(due process)的三大要素:通告、听证机会以及公正的审判团在立法程序中的要求没有像在行政程序与司法程序中那么严格。只有立法“通告”是严格要求的;公民的立法听证机会一般由议会游说员代行;立法过程中也没有“公正的审判团”。因为与法官不同,立法者不可能不偏不倚,不与相关利益人接触。相反,他们必须不断地听取各方相关利益

人的诉求,而这些诉求一般是通过院外游说传达给议员的。

本书另一值得关注之点是立法权力的来源与划分。美国联邦宪法第十修正案明确规定,“宪法未授之于美国或未禁止给予各州的权力,保留在各州或人民。”因此,美国国会只享有宪法授予的立法权;而各州享有所有这些权力以及剩余的立法权。也就是说,州立法权的范围宽于美国国会的立法权。中国的立法权划分则是全国人大享有所有立法权,各省自治区与国务院及其下属机构享有全国人大授予的立法权。不过,在实践中,两种体制实际上在日益靠近,美国国会根据宪法第一条的“必要与恰当”(necessary and proper)条款不断扩大联邦政府的立法权力;而中国地方政府也通过“先行立法”等形式不断超越宪法与立法法所界定的权限范围。

与中国立法另一不同之处是,美国法院的判例与立法机关的法律具有同等效力,这种普通法的传统能够同时发挥议会与法院在不同方面的作用:前者宏观,后者具体。两相补充,就可以保证法律既具稳定性,又有灵活性,可以应对不断变化、纷繁复杂的社会事务。

最后,想在此提一提本书作者关于法院与立法机关之间的关系。美国法院与立法机关之间虽是“分权与制衡”的关系,但对司法权似乎更为偏重,比如法院可以对立法进行违宪审查,而议会却不能干涉法院判案。按照马歇尔大法官在马布里诉麦迪逊(1804年)的判决,只有那些将法律适用于具体案件的人才有权解释法律,并在法律发生冲突时,决定哪一项法律违背了宪法,哪一项法律更加适用于解决某一纠纷。当然,法院在行使违宪审查权时,也要受到诸多限制。

以上只是对本书蜻蜓点水般的评价,比较侧重制度方

面。其实正如我在前面所说,本书最重要的是她的实用性,因此,对立法程序技术层面的描述才是最主要、最详细、最实际和最精彩的。可惜,限于篇幅,我不能够在这方面与读者做更多分享。相信读者在仔细阅读本书后,定能全面深入地了解与掌握这些实际而精彩之处。

我现在虽以知识产权法为教学与研究的主要领域,但许多年来一直对宪政制度,特别是立法制度的研究与关注情有独钟,花了不少时间与精力研究各国立法制度。这一特殊的偏好,来自于我当年在中国的最高立法机关工作的那段经历。我非常感谢那段经历,以及在那段经历中共同工作过的人们。那段经历虽然很短,不能与戴维斯的 24 年相比,却让我能够从一个局内人的角度看待中美的立法体制,并让我有理由相信,通过一代又一代辛勤奉献的精英们的努力,中国立法制度会越来越走向完善、成熟。这本书在中国的出版,无疑会为这一努力过程助上一臂之力。

LEGISLATIVE LAW AND PROCESS IN A NUTSHELL

By

JACK DAVIES

**Professor, William Mitchell College of Law
State Senator, Minnesota 1959-82**

SECOND EDITION



WEST GROUP

Bancroft Whiney • Clark Boardman Callaghan
Lawyers Cooperative Publishing • WESTLAW® • West Publishing

For Customer Assistance Call 1-800-328-4880

This book is dedicated to the Minneapolis voters who from 1958 through 1982 made the legislature a subject of more than academic interest to me.

Jack Davies

•

PREFACE

During 24 years as a state senator, I had the opportunity to view the legislative institution from a surprising variety of perspectives. I started as the youngest senator, a liberal law student in an institution of mature, conservative patriarchs. I was, at first, a member of the minority caucus in a partisan body, and I entered in a bitterly partisan year. Later, actually quite soon, the rulers of the institution accepted me as a useful member deserving a place on the best committees. Though a minority member, I felt I was almost "in the club." But, during fourteen years as a minority member, I learned to press my objectives by amendment, to blur partisan lines, and always to recruit majority caucus allies. I learned to wait, to educate, to let others take the credit. And I learned to love the legislature.

Then, political fortunes changed; for the next ten years I served as a leader in the majority caucus. As a majority member, I authored and passed dozens of major bills. Partly because I was a law professor, the procedures of the body became my responsibility. I served on the organizing committee that wrote the rules, that designed the committee structure, that named the chairmen and committee members, that hired the senate staff. For ten years I chaired the judiciary committee. I

PREFACE

headed the subcommittee responsible for higher education appropriations. For six years I was the senior member of the senate, its historian, its memory. In my last term I presided as senate president.

I wrote the first edition of this book while serving as the senior member of the majority caucus in the Minnesota Senate. My hope was to describe the nature of the legislative process, to give readers a realistic understanding of how legislatures work. I think I succeeded, for it has become common to spot my Nutshell in the hands of new lobbyists starting their careers in the Minnesota Capitol and having them tell me that some old pro had recommended it as "The best guide you'll find."

The most satisfying review of the first edition came from a friend who is also a college teacher, a lobbyist, and a former senate colleague. He said that as he read the book he kept saying to himself: "Yes, that's the way it is."

Why then a second edition? A few things had to be added: a fuller discussion of ethics, the review of campaign "reform" in the past decade, comment on the new idea of a common law function for courts in an age of statutes. I have expanded the treatment of statutory interpretation, particularly the material on legislative history. Also, a few sections have been brought up to date, like the material on the legislative veto.

PREFACE

The style throughout has been sharpened. And I have mixed in the pronoun "she" in equal measure with the old pronoun "he."

The book presents legislation as one long and intellectual journey. Legislation starts before the legislature is involved, when there exists only hope or anger or disappointment or concern in someone's mind. The book describes what is needed to turn these emotions into ideas and then into effective legislative bills. It describes the process used by legislative institutions to test and refine ideas. It examines the tactics of advocates which speed, impede, or redirect legislative action. The dynamic life of legislative law after enactment is described, including how agencies, local governments and businesses use statutes and how citizens, lawyers and courts adjust them to fit life's realities.

The basic emphasis is on the power of ideas in the legislative process. This tale is seldom told, yet it provides the most accurate and practical look into legislative law and process. After all is said and done, ideas dominate legislative life.

PROFESSOR JACK DAVIES

St. Paul, Minnesota
January, 1986

.

OUTLINE

| | Page |
|---------------|------|
| PREFACE | V |

PART I: THE LEGISLATIVE PROCESS

| | |
|---|-----------|
| Chapter 1. Four Fundamental Ideas | 1 |
| A. Legislation Is Important | 1 |
| § 1-1. Legislation Has an Impact | 1 |
| § 1-2. The Tasks That Make Legisla- tures Important | 2 |
| B. Obligation to Petition | 4 |
| § 2-1. Board of Review | 4 |
| § 2-2. The Silver Platter | 5 |
| § 2-3. Malapportioned Lobbying | 6 |
| C. The Forces at Work | 7 |
| § 3-1. Acquiescence | 7 |
| § 3-2. Inertia | 8 |
| D. Legislation Is Words | 10 |
| § 4-1. A Bill for an Act | 10 |
| § 4-2. Legislative Initiative Through Bill Drafting | 11 |
| § 4-3. Legislative Initiative Through Amendment Drafting | 11 |
| Chapter 2. Legislative Institutions | 13 |
| A. How Legislatures Vary—And Don't | 13 |
| § 5-1. Common Threads | 13 |
| § 5-2. Federal Congress and State Leg- islatures | 14 |
| § 5-3. Year to Year | 14 |