

中国立法学研究会学术丛书

让每一部法律 都成为精品

——中国立法学研究会学术论文集

主 编 张春生 朱景文
执行主编 冯玉军



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中国立法学研究会学术丛书

让每一部法律 都成为精品

——中国立法学研究会学术论文集

主 编 张春生 朱景文
执行主编 冯玉军



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

让每一部法律都成为精品:中国立法学研究会学术论文集 / 张春生,朱景文主编. —北京:法律出版社, 2015.6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8099 - 4

I. ①让… II. ①张…②朱… III. ①立法—法的理论—中国—文集 IV. ①D920.0 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 134119 号

让每一部法律都成为精品

——中国立法学研究会学术论文集

张春生 朱景文 主编

冯玉军 执行主编

责任编辑 高山 黄倩倩

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 58.5 字数 913 千

印次 2015 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-8099-4

定价:136.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

推进立法学研究为完善中国特色社会主义 法律体系而共同努力(代序)

张春生*

我国严格意义上的社会主义法制建设,经过三十年的努力,总体来说,国家经济、政治、社会生活各方面从无法可依到有法可依,法律逐步从零散、不成体系到形成体系。这是社会主义法制史上的一个辉煌成就。

法律体系形成的过程表明,法律制度的建设和法学理论的研究是密不可分的。一方面,立法丰富了法学研究的内容,完善着法学理论,立法实践所提出的各种课题,又推动了法学理论的研究。另一方面,法学理论研究对各项法律制度的建立给了重要的理论支持。三十年来的法制建设,存在这样一个积极的互动关系。

说法学理论研究与法制建设存在这样的互动关系,是有充分事实根据的。无论从宏观上,还是从微观上看,都是这样。比如,我国行政程序法律制度的建设并不是一次完成的,它经历了一个长期的立法过程。这当中既有实践探索,也有理论探索,两者交错前进。行政程序立法大致走了一个从零散到系统、从不自觉到比较自觉、从低层级到高层级的发展过程。1989年《行政诉讼法》的颁布是一个里程碑。它不但确立了“民告官”制度,而且规定了行政机关在作出行政决定时,如果程序违法,就要被判败诉。这就大大促进了立法和执法中程序制度的建设。1996年制定的《行政处罚法》是第二个里程碑。它在已有程序制度的基础上,系统规定了行政处罚的告知制度,相对人申辩制度,行政机关“罚收分开”

* 全国人大常委会法工委原副主任、中国法学会立法学研究会会长。本序言系作者于2010年9月18日在重庆市西南政法大学举行的中国法学会立法学研究会成立大会上所作的发言。

制度,特别规定了听证制度,把行政处罚的程序制度系统化了。这同时也树立了行政程序的一种立法模式,继《行政处罚法》之后,又对行政复议、行政许可、行政强制执行等主要行政行为先后立法,直到将来形成我国的行政程序法典。在这个过程中,行政法学界对行政程序的价值、地位和作用的研究,对听证制度的研究以至对整个立法思路的探讨,都给了行政程序立法有力的理论支持。

其他的如民法、刑法、经济法、诉讼法,各学界也都以各自的理论研究成果,对我国的法制建设作出了不可替代的贡献。

法律体系形成之后,法制建设的主要任务是完善这一法律体系,使这个体系不断趋向完备,同时积极促进法律的有效实施。

面对这个新的任务,立法学研究会所从事的立法理论研究,可以说任重而道远,涉及的工作方面很多,我想着重从理论研究的指导思想上提出几点想法,和大家商议:

一、注重立足国情,从我国国家的实际出发

从法制建设上讲国情和实际,可以讲出许多条,是否可以说最基本的是三条:一是我们正在建设中国特色社会主义。二是我们是一个发展中大国,正处在一个改革和发展的过程中。三是历史上缺乏民主和法治传统,旧思想和传统不是短期可以消除的。在这样的现实国情下进行法制建设,实现法治,除了一般规律之外,有它的特殊规律。举例说,在法国,1803年可以一举制定出《民法典》,并且施行至今。在转型中的中国,民法典的制定却走了曲折前进的道路。

1980年,全国人大常委会法制委员会有关负责同志曾组织全国知名的民法学者和审判人员起草民法典,按大陆法系民法典的体例,如总则、债权、物权、亲属、侵权责任以及涉外民事关系的法律适用规则,分头研究起草。这项工作只进行了一年多,便告搁浅。主要原因是,长期实行单一公有制和计划经济,又对外封闭的中国,刚刚启动经济体制改革,许多问题如私有经济、农村家庭承包生产责任制、城市租赁活动以及各种形式的合同行为,都处在探索、实践中,短期内难以定型。民法在相当程度上是现实财产关系的定型化,改革不到位,制度不定型,民法典就很难起草。到1981年下半年,在彭真同志的主持下,转变了起草工作的思路,即在研究民法典的同时,逐个研究单行法,根据条件,成熟一个,制定

一个。以这个转变为发端,大家看到继修改《婚姻法》之后,先后出台了《继承法》《收养法》;在相继出台了《经济合同法》《涉外经济合同法》《技术合同法》之后,又制定出统一的《合同法》;近年又先后制定了《物权法》《侵权责任法》。涉外民事关系的法律适用法正由全国人大常委会审议,有望年内通过。经历这样一个过程,可以说,民法典的出台指日可待。看来,不管人们的主观愿望如何,这是一个必经的过程。

改革是把不合理的制度变过来,立法则是要把成熟的经验定下来,稳妥处理这个“变”与“定”的关系,是中国立法工作的特殊性之一。

立法学研究的一个任务,就是探索研究这些中国立法的特殊规律,为继续完善法律体系服务。

二、要保持开放的态度和不断创新的精神

我们的法律体系不仅体现了它的完整性、统一性,合于中国国情,还体现了它的开放性。不能把它看成一个静止的、封闭的体系,而应当看成是一个与时俱进的体系。回顾过去,在建设这个体系的过程中,我们没有照搬照抄外国的法律制度,也没有对外国经验采取封闭、排斥的态度,而是立足国情,凡有利于国家改革发展和社会和谐的制度和经验,都大胆借鉴。传统的、封闭的思维很难一下子打破。应当把解放思想作为一个过程看待。今天看来一些理所当然的事情,当初做起来曾有过激烈争议。1979年春天起草《中外合资经营企业法》,对外资投资额要不要限制在49%以上,受传统观念影响的许多人,坚持外资比例不得超过49%,中方要占51%以上,以把合资企业控制在中方手上。因此,最初的草案中就写下了外资投资比例一般不得超过49%的规定。提交法制委员会讨论时,荣毅仁委员对这个规定有不同意见。他给邓小平写信,认为这样规定势必降低外资对中国的投资兴趣,我方也达不到大量吸引外资的目的,提出在不丧失主权的前提下,不作限制规定,争取更多的外资,引进更多的先进技术。小平同志批示:“我看所提意见颇有道理。”并将信批送其他中央领导同志。陈云同志批示:“我同意荣毅仁的意见,只要外资愿意来中国,我们总有办法管理。”中央领导层同意了这些意见,提交全国人大会议审议的草案就对原来的规定作了修改,改为外商投资比例“不低于25%”。但在代表大会讨论时,对这个问题仍然争论很

大。上海、北京一些代表仍主张外国投资者的出资比例不得超过49%。彭真同志派法制委员会有关负责同志到会向这些代表交换意见,说明这样规定的理由所在。经过解释,代表们接受了这些意见。表决时,《中外合资企业法》获得高票通过。

这样的事例说明,立法中的开放、借鉴实际上是一个解放思想的问题,人们的认识有一个过程。还以引进外资为例,《中外合资企业法》对外国投资者出资比例只规定了一个下限,上不封顶,实践中,不但没有发生问题,效果反而很好。到20世纪80年代中期,起草和审议《外国独资企业法》(外商出资100%,独立经营),大家的认识就趋于统一,法律得以顺利通过。

今后在完善法律体系的过程中,我们仍然要坚持解放思想、实事求是、与时俱进,继续保持开放和创新的精神状态,站得更高一些,看得更远一些。把法律体系的形成和完善放在改革开放和现代化建设的宏伟大业中审视,放在依法治国、建设社会主义法治国家的历史进程中审视,放在人类政治文明发展进步的世界潮流中审视。

三、要强化“问题意识”,注重研究解决实践中的问题

在立法工作和立法学理论研究中强化“问题意识”,按照我的理解,就是要注重围绕现实生活中重要问题、法律体系中的重要问题、各方面普遍关注的重要问题,以问题为中心,以中国特色社会主义理论为指导,进行研究,形成成果,对这些问题给予科学的回答。毫无疑问,立法学同其他法学学科一样,有着自己的体例、逻辑结构和叙述方式,这些都应该受到尊重。问题是,我们要为完善中国特色社会主义法律体系服务,就不能只从抽象的定义和概念出发,而所论内容同中国的实际生活和所要解决的问题,似乎没有多大关系。这就很难帮上忙。可喜的是,我们不少法学家,关注改革开放的实际工作和立法工作,围绕重要问题,从理论与实际相结合上进行研究,提出了有价值的理论观点和对策方案。这是很令人尊敬的。

比如,我国的立法体制,《宪法》和有关组织法已有原则规定。但是,在20世纪90年代制定《立法法》的时候,如何具体划分有关机关的立法权限,特别是划分中央和地方、权力机关和行政机关的立法权限,仍然是一个需要研究解决的

问题。在这方面,照抄西方国家不行,因为西方联邦制国家联邦议会和州议会都有权制定法律,而单一制国家只有国家议会有权制定法律。我国是单一制国家,又要赋予国务院、省级权力机关一定立法权,这些权力如何配置?照抄西方没有现成答案。《立法法》(草案)提出的立法权划分的方案是立法工作者与立法理论工作者共同努力的成果。它的思路有两点。一是根据《宪法》和人民代表大会制度,先划出全国人大的十项专属立法权(可以概括为涉及人民最基本的权利和国家基本制度的事务的立法)。也就是说,这些特定领域的事务要立法,只能由全国人大及其常委会制定法律。不经全国人大授权,国务院和地方人大均不得在这些领域制定法规。这在立法制度上,可以称作法律保留原则。二是全国人大及其常委会专属立法权以外的事务,原则上国务院和省级人大及其常委会都可以先行制定有关法规。但是,一旦全国人大及其常委会对这些事务制定法律,有关的行政法规、地方性法规都要作相应修改,或予以废止。这在立法制度上,可以称作法律优先原则。这样一个权力划分方案,既保证了国家法制的统一,又适应了行政立法和地方立法的要求。经过审议,为全国人大所采用。

笔者认为,这个方案的提出和确定,对形成中国特色的统一的、分层级的立法体制,是一个创造。对于推进立法工作,形成中国特色社会主义法律体系,也起到了积极作用。对此,一些法学理论工作者是有贡献的。

立法学研究会的成立为法学理论工作者和立法工作者用其所学、发挥所长提供了一个重要平台。期盼大家互相学习,优势互补,密切合作,共同为完善中国特色社会主义法律体系作出贡献。

目 录

一、完善中国特色社会主义法律体系

中国特色社会主义法律体系:结构、特色和趋势 朱景文 / 003

略论完善中国特色社会主义法律体系的基本原则 冯玉军 / 034

一个中外立法史的经验:完善法律体系永无止境 俞荣根 / 057

论法律体系理论在我国立法中的应用 钱大军 / 064

宪法的社会化立法路径探究 周祖成 / 074

关于全面推进社会领域立法工作的几点建议 李 健 / 087

我国社会救助立法理念及其维度

——兼评《社会救助法(征求意见稿)》的完善 蒋悟真 / 095

民生立法的理念革新与技术保障 刘光华 / 117

中国社会福利立法建构研究 杨思斌 / 123

对公共领域立法的思考 张 引 郭金忠 / 138

“中国特色”的税收立法授权及税收授权立法 熊 伟 / 144

税收法定原则在中国:收回税收立法权没有时间表? 袁明圣 / 154

以人为本视角下加强重点领域立法的思考 陈俊 / 169

二、立法体制改革与法治中国

中国法制改革与立法发展三十五年述评:成就、困境、特征 冯玉军 / 185

行政立法的体制、程序与民主性思考 侯淑雯 / 228

传统法律文化对立法的影响 柳正权 黄雄义 / 237

当代中国立法与政治体制改革关系的演变 刘松山 / 246

从法律人和普通人认知异同看上海法治的阶段和类型 邓少岭 / 265

三、人大制度的理论与实践

试论加强和完善党对立法工作的领导 邹川宁 / 275

试论我国立法的政治伦理 蒋德海 / 282

“法治中国建设”背景下党的领导与人大立法间关系的思考 陈俊 / 300

关于充分发挥立法引领和推动改革作用的思考 朱玉 / 325

如何全面推进新时期立法工作 武树森 聂洋 / 334

我国法律解释体制变迁 田芳 / 340

加大大立法工作队伍建设,适应立法工作的实际需要 周望 / 354

论我国县、乡人大代表选举委员会制度的完善

——兼议 2011~2012 年县乡人大代表选举 陈伯礼 陆强 / 359

四、科学民主立法

从立法与实践关系的视角谈科学立法的几个问题 张春生 / 379

科学立法论纲 孙国华 / 389

科学立法刍议 张 引 王爱声 / 393

论科学立法的几个问题 胡云腾 / 400

立法规划之功能分析 李雅琴 / 415

改进中国法律公布方式的考量 张俊杰 李 侦 / 426

科学立法原则在董必武法学思想中的体现 季长龙 / 437

从危险驾驶人入刑看立法的民主性与科学性 王志祥 戚进松 / 445

以开门立法推进我国立法民主化的几点思考 陈 俊 / 457

行政立法的公众有效参与 杨书军 / 470

试论完善立法参与制度的目标、原则与方案

——以《立法法》修改为指向 石东坡 周 微 / 481

美国立法审议中的博弈及其程序规则评析 石东坡 姚 瑶 黄信瑜 / 501

五、《立法法》修订

《立法法》的历史贡献及其修改建议 高绍林 王 洋 / 525

关于修改完善《立法法》的几点思考 邹川宁 / 536

关于完善《立法法》的思考 孙德英 / 541

修改《立法法》的若干建议 刘松山 / 547

关于完善我国立法权限划分的思考 肖迪明 谭 鹏 / 560

论立法协商制度的法律化

——《立法法》修改之建议 杨宗科 / 570

我国法律案表决程序的完善 易有禄 肖德辉 / 590

关于以《立法法》规范和调整立法规划的若干思考 朱力宇 李雅琴 / 603

六、立法学的规范分析

法条序号的功能定位与设置技术 刘风景 / 617

下位法尾大不掉问题的解决机制

——“新上位法优于旧下位法”规则之论 杨登峰 / 638

系统论视角下的社会整合 陈征楠 / 653

实施性义务条款之浅见 李维民 / 662

七、相关领域立法研究

生态文明建设立法几个重要问题的探讨 陈小平 / 667

妇女法的几个基本理论问题 林建军 / 677

预反腐败与《行政程序法》立法研究

——结合湖南样本的实证分析 蒋建湘 / 693

加强预反腐败立法,推进廉洁城市建设 吴小云 / 708

公共人物理论视角下网络谣言的规制 郭春镇 / 716

网络谣言立法研究 杜文俊 徐 贇 / 742

论宗教立法的基本原则 汪俊英 杨合理 / 757

论我国电影产业繁荣发展的立法保障 王子正 常 静 / 770

行政收费立法研究

——以有关我国行政收费范围的立法建议为中心 江利红 / 782

劳动教养是法定制度吗?

——兼论立法体制的宪法构建 林 彦 / 807

文化立法转型的路径选择

——从保障文化财产权开始 胡戎恩 / 826

跨国并购国家安全立法问题初探

——以制定《外商投资国家安全法》为视角 扬志勇 / 834

从公共秩序的限制适用趋势析我国有关立法之完善 马德才 / 850

《问题金融机构国家救助法》政策目标与基本原则 巫淑玮 巫文勇 / 859

论我国保护儿童免受不良信息侵害立法的完善 吴鹏飞 余鹏峰 / 877

附 录

总结三十年立法经验,为形成和完善中国特色社会主义法律体系做出
新的贡献

——中国法学会立法学研究会“完善中国特色社会主义法律体系”系列学术
报告会追记 / 895

一、完善中国特色社会主义 法律体系

中国特色社会主义法律体系： 结构、特色和趋势

朱景文*

中国共产党十五大提出,到2010年形成有中国特色社会主义法律体系,十六大重申到2010年形成中国特色社会主义法律体系的目标。作为一项政治使命,现在这一任务已经完成。一个以《宪法》为中心,包括宪法相关法、民法、商法等法律部门在内的中国特色社会主义法律体系已经形成。这就为从理论上深入研究中国法律体系奠定了现实基础。中国社会主义法律体系如何划分很早就是法学界关注的问题,但是由于缺乏现实立法的根据,除了引用国外的材料,难免无的放矢。作为一项科学研究,中国特色社会主义法律体系的内在结构如何,它未来的发展趋势,这种趋势和世界其他国家的法律发展有什么关系,其中中国的特色在哪里,是中国法律体系今后向着更高的目标发展所应该弄清楚的问题。本文试图对上述问题做一探讨,求教于法学界的同人。

本文的分析框架是双向度的,即规范性法律文件和法律规范的性质。规范性法律文件和法律规范的关系是表现形式和内在结构之间、现象和实质之间的关系。分析单元之一是规范性法律文件,研究它们在各个法律部门中的大致归属,借以分析中国立法的现状;分析单元之二是法律规范,分析公法与私法、实体法与程序法、国际法与国内法规范在现行法律文件中的分布和构成。这里不涉及诸如公法和私法之类的划分是否恰当的争论,而只是把它们作为一种分析工具或理想类型,借以从不同角度分析法律体系、法律部门的性质和变化。

* 中国人民大学法学院教授、中国法学会立法学研究会常务副会长。本文原载《中国社会科学》2011年第3期。系作者在立法学研究会2011年年会上提交的论文。

选择公法与私法、实体法与程序法、国际法与国内法作为衡量法律结构变化的指标不是任意的,一是由于它们在法学研究中有悠久的学术传统。二是由于它们在法律体系中的覆盖面不只是涉及个别法律制度,而具有整体性,能够大致涵盖改革开放以来中国法律结构变革的范围。三是它们与中国社会变革相联系,其中公法与私法代表公共权力行使和私人自治的两个维度,可以分析公权力对社会的干预和公民对公共事务的参与程度;实体法与程序法代表实体权利和实现实体权利的程序的两个维度,它们是一个国家法治的两个相互依赖的方面,可以分析法治本身变革的程度;国际法与国内法代表法律变革中的国际因素和国内因素的互动,可以分析国际因素对国内法律变革的参与度。借助这些工具,可以分析中国法律体系过去、现在和将来在不同维度之间发生的变化,进而通过法律规范性质的变化解释中国法律体系的复杂结构和发展趋势。

一、法律体系结构的历史演变

一个国家法律体系的发展与社会关系的发展一样,有一个从简单到复杂的过程。

在人类刚刚进入文明社会初期,社会关系简单,调整它们的法律规范也简单,法律主要以习惯法的形式表现出来,而且调整社会关系的法律规范与其他社会规范也没有严格的界限,法律与道德、宗教往往是一而二、二而一的关系,法律部门更谈不到什么划分。中国古代社会的法律“民刑不分,诸法合体”,从现在的观点虽然也可以分辨出刑法、民法、行政法、诉讼法等成分,但是它们都混杂在一起,始终停滞在诸法合体的状态。

随着社会关系的复杂化,特别是随着社会分工的发展,开始出现简单的法律门类的划分,如罗马法中的公法与私法、中世纪的教会法与世俗法、英国法中的普通法与衡平法。所有的法律,要么可以归入这一类,要么可以归入那一类。以大陆法系公法与私法划分为例,在古罗马时代这种分类适应了当时社会关系简单划分的要求,那时的一切社会关系要么属于私人自治的领域,要么属于公权力行使的领域。普通法与衡平法的划分也具有这种非此即彼的性质,衡平法的出现是为了弥补普通法的不足,如果普通法的救济能够达到公正,不得使用衡平法的救济手段。万民法和市民法的划分也是这样,凡是调整罗马公民之间关系的