

# 立法技术

● 曹叠云 著

中国民主法制出版社

# 立法技术

曹叠云 著

中国民主法制出版社

(京)新登字088号

立法技术

曹叠云 著

中国民主法制出版社出版发行

(北京西黄城根北街2号)

北京房山南召印刷厂印刷

新华书店经销

787×1092毫米32开10.25印张220千字

1993年6月第1版1993年6月第1次印刷

印数：1—5000

ISBN7—80078—087—2/D·66

定价：6.60元



# 立法技术论纲

吴大英 曹叠云

## 一、概念分析

讨论立法技术问题的前提与条件是如何科学地界定立法技术一词，并形成某种共识。

迄今为止，立法技术一词在我国不是立法术语，而仅仅是一个法学术语。

我们认为，对立法技术作广义与狭义两种理解，是比较合适的。纯粹从狭义上界定立法技术是不妥当的。“立法技术”中“技术”一词，其原始含义虽然比较狭窄，但现在已有一种扩大、发展的普遍趋势。当它十七世纪在英国首次出现时，仅指各种应用技术。到二十世纪初，技术的含义逐渐扩大，它涉及到工具、机器及其使用方法和过程。到二十世纪后半期，技术已被定义为人类改变或控制客观环境的手段或活动。现代技术的最大特点是它与科学的交融。1954年，埃吕尔教授认为，现在技术已经囊括一切，使人们生活于技术环境中而不象以往那样生活在自然界，人们的心理状态完全为技术价值所统治。因此，将技术或立法技术人为地局限于某一范围是有悖于现代科学技术发展的大趋势的。

当然，从另一方面看，立法体制、立法程序方面的技术

基本上由宪法、立法机关的议事规程、行政组织法、行政程序法所规定，虽然可以从立法学方面探讨其改善与改革问题，但一般而言，它们属于比较稳固的环节。立法技术从实际需要与可行原则出发，应着重探讨除此之外的法律的内部结构和外部结构的形式、法律的修改和废止的方法、法律的文体、法律的系统化等方面的规则，我们姑且称之为表达技术。据此，从狭义上把握立法技术是必要的。

立法体制技术、立法程序技术与立法表达技术是相互影响、相互制约，甚至相互交叉与相互转化的。立法机关、立法程序方面的制度，决定或影响着法律条文的繁简、优劣等诸多方面，似乎是显而易见的逻辑结论，反过来，立法表达技术的改善、实施又能动地作用于立法体制、立法程序方面的技术。

立法技术是一个有机整体。同时，立法技术这一术语的偏正结构又决定了立法技术概念的界定与立法概念相关联，并决定于立法的概念的界定。

关于立法的概念，学者们众说纷纭，而其焦点又在于确定法的概念。我们认为，法就是以国家强制力为后盾的社会行为规范的总称或总和，立法就是制定（包括修改与废止）法的活动。据此，在我国立法包括制定“宪法”、“基本法律”、“法律”、“行政法规”、“部门规章”、“地方性法规”、“（地方政府）规章”、具有规范性的“决定”、“命令”、“指示”、“决议”、“自治条例”、“单行条例”等的活动。必须指出的是，立法学，包括立法技术方面的研究，对《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第九条规定的乡、民族乡、镇的人民

政府“执行本级人民代表大会的决议和上级国家行政机关的决定和命令，发布规定和命令”的活动中的规范性文件制定活动，也是不可疏忽的，它们不但是研究的客观对象，也是研究成果发挥指导作用的重要而广阔的领域。

科学地界定立法和立法技术的概念在相当大程度上决定和影响我国立法学、立法技术研究的充分发展。

## 二、立法技术的意义

在研究立法技术过程中，科学地确定其地位、性质，认清其含义，是非常必要的。

立法，从政治学角度看，属于政策形成过程；从法学角度看，属于法律制定过程和结果。法学家如果不关心动态立法过程，就可能沉溺于法规文字的表层；而政治学者如果不关注政策的立法表现，就可能在最后关键上功亏一篑。

立法技术与政治内容、政策、法律既有联系，又有区别。其客观联系毋庸赘言。必须指出的是，它虽然从属于政治学和法学，但本身是一种技术规范，可以为各种性质不同的阶级、集团、国家所利用。利用同样的立法技术可以制定出在内容和政治上大不相同、甚至完全相反的法律。立法技术作为技术规范，以技术范畴作为其直接的上位属概念，正如语言语法、逻辑工具一样，在各个国家与不同时代之间，可以最大限度地相互借鉴、学习。值得注意的是，立法技术不同于技术立法、科技立法、技术法规等概念，也不同于立法技术或立法技术法规等概念。后者属于法的范畴；前者是法学或技术的范畴。

恩格斯指出，社会发展需要“把每天重复着的生产、分

配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来，设法使个人服从生产和交换的一般条件”，其中的“概括”活动，便是我们所谓立法，这种立法的主要功能是确认与保障现存的社会关系；马克思指出，“无论是政治的立法或市民的立法，都只是表现和记载经济关系的要求而已”，“经济关系的要求”这里似乎可以理解为经济关系发展到一定的阶段之后，产生了新的行为模式的要求，而这种新的模式只有通过立法手段来建立，该种立法的使命是确立某种未来的社会关系。

无论是确认某种社会关系，抑或是确立某种社会关系的立法，都是以法律的形式表现社会生活条件。这种立法有时把这些条件表现得不好，有时表现得坏。立法技术在表现过程中起着实现立法政策的特别重要的作用。历史上，由于立法技术水平高低不同，使法或法案的质量受到不同程度的影响，甚至致命性影响。马克思在批评1842年离婚法草案时指出：“整个草案的逻辑性很差。论点也不够明确，不够确凿有力”。我国历史上的唐律，被现代法律史专家公认为“精神与技术皆不逊于现代刑事立法，甚至现代刑事立法称为进步之规定，亦可在唐律之内见其端倪”。但是，即使从立法技术上看，它也并非全无缺点。例如其“名例”二二·一中“官少不尽其罪，余罪收赎”之“罪”与“名例”三十·三中“九十以上，七岁以下虽有死罪不加刑”之“罪”，字形相同，但内涵不同。又如，同为规定反坐刑罚，“斗诉”四十·一用“反坐”一词，“斗诉”五三·一用“以其罪罪之”；另外，“卫禁”二四·一中“亦如之”、“准此”，“职制”五一·三中“罪同”，也多有参差，而所指为同一内容。



掌握立法技术，还有助于提高立法的速度。列宁极其反对毫无理由地拖延法律的起草工作，他在致库尔斯基的便条中写道：“必须立即神速地提出一项关于惩治贿赂行为（受贿、行贿、串通贿赂，以及诸如此类的行为）的法案”。邓小平认为：“总之，有比没有好，快搞比慢搞好”。彭真在谈到立法问题时指出：“有些事一拖可以拖几年，如果集中力量突击一下，也可以比较快地解决”。万里指出：“要抓紧立法工作，把必要的法令、法规迅速地搞起来。不然就无法可循。你无法可循，就没办法执法”。

立法技术的总的意义在于“快”立“好”法。具体而言，其作用表现在如下几个方面：首先，立法机关或立法者可以利用立法技术在法中明确地表达国家的立法政策，避免对法所规定的内容产生各种不正确的理解，保证法的表达形式同它的内容相符合，便于对法作出统一的解释和适用。其次，利用立法技术，及时制定新法，并对与新法有抵触的旧法及时进行修改或废除。再次，利用立法技术进行法律、法规汇编与编纂，在编纂过程中消除现行法律中某些缺陷，根据制定同一类法的经验和材料，加以编纂，制定内容统一的新法典。最后，立法技术与立法政策内容并非法案的两个孤立的组成部分，立法技术不但决定法案的表达形式，也影响甚至制约着立法政策的形成与制定。立法技术水平是一个国家法制文明水平的重要标志与杠杆，切不可疏忽。

### 三、我国立法技术研究

综观我国立法技术研究的历程与内容，可以得出如下数点结论：第一，立法技术在立法学研究中，具有独立的内容

与独特的意义。第二，立法技术在各个国家之间，各个阶段之间，各个部门之间，各个地区之间，具有特别重要的比较研究价值，它与立法政策内容之间既有某种联系，又存在根本的区别，它在本质上属于技术范畴。第三，立法技术是一门法学与语言学、逻辑学、未来学、系统科学等之间边缘性、交叉性学科；同时，它在法学体系内部又吸取了宪法学、法学理论、部门法学、比较法学、法史学的研究成果，具有兼收并蓄的色彩。第四，立法技术是一门实践性很强的新兴学科，它永远与立法实践同步，它既是立法实践发展的结果，又为立法实践进一步提高与改善提供方法或指导。立法技术在进一步抽象化的同时，进一步实务化。是立法技术研究进一步发展的必然趋势。我国立法事业的蓬勃发展，将给立法技术研究提供丰富的材料与急近的需求。

我国在立法技术研究中存在的问题也不可忽略。例如，立法技术在已经开拓的领域尚有待于进一步深化；在有的问题上，应考虑运用数学的方法，加强量的研究，以补充纯粹质的研究之不足，如法律后果表述问题，法规适用对象问题等等；需要研究各种国际条约、公约的缔结、修改、补充、废止的技术；研究法律条文的分类、功能与表述。

#### **四、立法的一般原则**

立法的一般原则，从古今中外的立法实践来看，可包括如下内容：（1）以理论为指导，以实施立法政策为目标，从实际出发；（2）原则性与灵活性相结合；（3）总结本国经验、外国经验与国际经验及历史经验相结合；（4）法律的稳定性与法律变异性相结合；（5）法制统一；（6）法律

的确认性、创造性与纲领性相结合；（7）可行性与实效性相结合；（8）专门性与全面性相结合；（9）细密性与概括性结合；（10）慎重与及时并重。其内容丰富、复杂，必须继续深入探讨。

上述立法的一般原则，是人类立法文化的共同财产，它们属于立法技术范畴，可以为任何人所利用。当然这种利用是有选择的。

立法技术作为立法实践中形成的方法、技巧的总和，是一个有机的整体。研究立法技术问题，必须在实践的基础上，系统地进行理论抽象；而不能随意地从某些概念或某些人的片言只语出发，将零碎、局部的内容拼凑出立法技术理论，甚至立法技术学。

我们认为，当今中国立法实践，其立法机关之多，立法人员之众，立法范围之广，立法规模之大，实属空前。同时，中国法学研究、法学教育、法制实践系统许多有识之士已纷纷开展立法技术的研究，有的甚至提出了“地方立法技术法”、“地方部门立法学”等概念。因此，创立并发展立法技术学的任务现实地摆在我们面前，客观的需要与可能，均已具备。恩格斯指出：“随着立法发展为复杂和广泛的整体，出现了新的社会分工的必要性：一个职业法学者阶层形成起来了，同时也就产生了法学”。立法学、立法技术学的产生遵循着同样的规律。立法技术学的产生、发展的客观条件便是立法实践需要理论指导，立法材料与和立法有关的其他材料的大量积累，并且，社会上已经产生了某种规模的从事立法技术实践与研究、教育的人员。

立法技术学是研究立法技术现实及其发展规律的法学。

立法技术学所研究的对象，即立法技术现实及其发展规律，包括：

- (一) 立法技术的概念、性质、特征、地位、作用等
- (二) 立法技术学说、思想研究
- (三) 立法技术制度研究，立法技术法规研究
- (四) 立法技术的纵横比较研究
- (五) 立法技术案例研究
- (六) 地方立法技术研究
- (七) 部门立法技术研究
- (八) 国际法立法技术研究
- (九) 立法的一般原则
- (十) 立法概念与立法术语及立法文件与文本
- (十一) 法规的内部结构、法律的规范、法律条文等
- (十二) 法规的外部结构
- (十三) 立法模式：法规文本模式、总则模式、法律制裁模式、附则模式、配套性法规模式
- (十四) 立法瑕疵、漏洞及其补救
- (十五) 立法技术评价等
- (十六) 法典编纂
- (十七) 立法规划
- (十八) 立法预测
- (十九) 其他专门立法技术问题

当然，其间必然存在相互关联、交叉。

从目前研究现状看，探讨较多或成就较大的领域有：立法规范问题、立法规划问题、法规外部结构问题、法规文体问题。

从理论完善与实际需要看，除前述几个领域外，所有其余立法技术学研究对象均有待于进行开拓性研究或深入、系统、务实的研究。

从迫切的立法现实需要看，地方立法技术、部门立法技术、立法模式、立法的一般原则、法典编纂技术等方面，涉及范围较广，实际立法工作最为需要，而研究又比较薄弱，是立法技术学面临的重要而紧迫的任务。其中的每一方面问题的解决，既与其他问题相联系，本身又是一个巨大的系统工程。

---

注：本文原载于《中国法学》1989年第4期，转载于国务院法制局《政府法制参考资料》第99期。该刊编者按写道：十一届三中全会以后的十多年来，我国的立法工作已取得了显著成就，面对着日益繁重的立法任务，立法工作者既要不断地学习法学理论，丰富立法实践，又要不断地总结立法工作经验，改进立法技术，进一步提高立法质量。本刊转载中国社会科学院政治学院研究所吴大英、曹叠云同志的文章供立法工作者阅读。

# 开展立法学研究 适应时代需求

## ——兼评吴大英、曹叠云《立法技术论纲》

〔美〕罗伯特·赛得曼

吴大英教授和曹叠云先生在他们合写的《立法技术论纲》这一重要文章中呼吁开展对立法学的研究。这也意味着提倡在法律院系中开设立法学课程。本文旨在阐述这种呼吁的重要性。首先，我将讨论立法的历史，及其作为政府行为的主要表现形式的近期演变；其次，探讨立法学研究论著相对缺乏的原因；第三，这种学术论著缺乏的后果；第四，吴、曹文章对研究者的启示；最后是它对教育的启示。

本文首先从历史——当然是欧洲历史——开始。这反映出我本人狭窄的教育背景。在中世纪，低下的技术水平不可能使社会产生急剧的变化。那时，在社会上和法理学上，法律都被认为是基本不变的；它或是重申经久不变的习惯，或是表达由上帝赋与的自然法。立法几乎是不存在的。在资本主义产生过程中，由于新技术的采用，人们在现存法律制度中发现了漏洞。在十九世纪的欧洲，当资产阶级掌握政权时，他们运用立法并非意在改变社会，而是为巩固他们在“旧世界的母体”中已建立的经济秩序。无论在何种时期，统治者都没有运用立法去变革社会及其经济的意图。

只是在社会主义时代和前殖民地得以解放之后，有意识地利用立法以从根本上改变社会才列入历史日程。几十年以前，资本主义国家开始采用立法建立福利国家时，这种有意识利用立法的方式才略有体现。然而，在第三世界和社会主义国家，使用立法方式试图重塑新世界的做法却达到了高潮。我们应该认识这个事实，并将已逐渐在中国和世界其他地方——甚至至今在资本主义世界成为法律主导形式的立法放在法律研究的中心地位。

在资本主义制度产生和发展时期，在世界上处于支配地位的法律哲学思想是导致学者们对立法学研究少于对司法过程研究的根源。资本主义哲学思想的典范，即新古典经济学理论，赞誉市场为人类自由的根基。在这种理论看来，是边际效益而不是明确的法条在驱动着人们的行为。法律是主要作为解决已出现纠纷的手段而存在。“自由”意味着摆脱政府干预的自由，立法则构成了那种干预的最明显的方式。英国和美国的法理学则盛赞法院是法治和自由的根本表现，且有关司法程序的著述可谓汗牛充栋；而对立法学的研究则实际上寥寥无几。十年前在牛津大学，法学院还没有开设立法领域的课程，立法学就更无从谈起了。

同样，在社会主义时代和殖民地解放的早期，那里的法学理论也未关注过立法问题。在其法学理论体系中，来自旧世界的观念仍继续存在着。这种状况也反映在法律教育中。在早期非洲的法律院校中，英美有名望的教授们曾被聘作顾问。那里的法学课程和随之而来的学术框架不是反映他们自己新社会的需要，而是追随英国的模式；多年来在法理学课程中，非洲法学院系的学生们都是在研究约翰·奥斯汀这位

十九世纪英国法学界的骄子的法律哲学，而不是非洲的习惯法（它调节着众多非洲人的法律关系）。在东欧社会主义国家，马克思主义的法学著作认为法律是上层建筑的一部分，它不可能改变基础，即生产方式。国家能够通过立法去加固从旧秩序的缝隙中诞生的社会组织形态，而不能变革旧秩序本身。

中国也同样受到这两种意识形态观点的影响。中国的法学界同样倾向于注重司法程序的研究，而相比之下对立法程序的关注则较少。可以理解，几年前当中国法学院复兴时，法学院系吸取着世界其他地方现有的法学思想；它们的研究者们涌向哈佛和牛津，去学习将“自由”界定为“摆脱…的自由”和将立法实践研究排除在外而孤立地研究法院的法理学。中国的法学界就这样追循着那些模式。

这种历史及其法理学上的反映结果已经在中国产生了不良作用：社会主义意味着对“自由”的不同理解。社会主义是人类通过相互合作的努力以改变世界的崇高事业。在社会主义者看来，“自由”意味着人民通过其共同的奋斗去变革世界的自由。因此，主要通过立法而运作起来的国家就成为首要的工具。

更为明智及有效地使用立法这一工具就要求对工具自身有更多的了解。就象工匠必须了解他所使用的木材性质和其工具的功能和局限一样，立法者也必须了解全部立法程序和立法技术，即立法学。由于支配西方世界，而且直到最近也同样支配第三世界的法理学的影响，对立法学的研究至今仍为数不多。我认为，在世界范围内，这将导致令人遗憾和糟糕的立法局面——产生无效的、病态的立法，并伴随着各种



不合人意和难以逆料的结果，以至在许多国家，立法和法律已不再是解决贫穷与压迫问题的对策一部分，而成为问题的一部分。

中国需要一个崭新的、具有中国特色的法理学。而它必需产生于历史赋予中国法律学者的社会需求之中。吴和曹的论文涉及三个方面。

第一，就象为了理解法院是如何运转而研究司法程序一样，学者们也必须研究立法程序。正如某些与会者所说法律的道德性依赖于立法程序在多大程度上将其结果基于事实之上，以及其民主特色和开放程度。这就使法律与政治学和公共行政学联系起来。我们尤其需要案例分析研究，跟踪一个法案形成的全过程，从其早期的立法建议一直到一般性规范成为法律具体条文为止。

第二，学者们应该研究立法的实体。这就尤其要对立法和行为之间的关系进行研究。立法总是旨在解决一些已察觉的社会问题。社会问题则涉及行为。立法则以通过改变行为方式来解决社会问题为目的。没有对法律和行为关系的实证和理论上的深刻认识，立法就不会成功。这又尤其需要对执法机构及其实际如何运作，而不是仅对它们应该如何运作进行研究。简言之，它要求开展法律社会学的研究。它涉及所有社会科学——社会学、经济学、政治学、甚至社会心理学。

第三，立法学涉及在立法中表述法律意念的问题。言词不仅仅是我们装扮构成立法意念的形式。它们是那些意念的载体。起草者不仅是将指导性政策转化为晦涩和迂腐的法律语言的抄写员，同时也是这一复杂和漫长决策过程的中心参