

韬奋园法学文丛

FAXUEWENCONG

中国立法关系论

徐向华 著

浙江人民出版社

D901
273

图书在版编目(CIP)数据

中国立法关系论/徐向华著. - 杭州:浙江人民出版社,
1999.11
(韬奋园法学文丛/曹建明主编)
ISBN 7-213-01759-4

I. 中… II. 徐… III. 立法-法律关系-研究-中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 66452 号

韬奋园法学文丛
中国立法关系论
徐向华 著

出版发行 浙江人民出版社(杭州体育场路 347 号)
责任编辑 张建江
责任校对 张谷年
经 销 浙江省新华书店
印 刷 浙江大学印刷厂(杭州玉泉)
开 本 850×1168 1/32
印 张 12
字 数 28.6 万 插 页 4
印 数 1-5000
版 次 1999 年 11 月第 1 版
1999 年 11 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-213-01759-4/D·252
定 价 20.00 元
如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

总 序

这是一个走向新世纪的时刻,这是一个反思即将过去的世纪,展望未来新世纪的时刻,这更是一个需要大法学家并创造大法学家时刻。历史曾经将革命家推向前台,历史也曾将思想家、哲学家甚至科学家推向前台,但是,在中国社会走向新世纪的今天,历史也将并必然将法学家推向前台。历史需要法学家,并非因为法学家保守与拘谨,并非法学家的理论与修养,而是法学家对新世纪秩序的洞察,对人类规则的历史性贡献的诠释以及对人类的深刻理解和关怀。法学家被社会接受和认同不是由于社会对法学家的同情,而是法学家能以其特有的方式持续不断地、长期有效地服务于社会和人类。

中国法学家在中国现代史上曾经长时期扮演了一个诠释者的角色,一个说明者的角色。这应当成为历史,或者应当尽快成为历史。如今法学家的历史定位已经在市场化进程中,在“依法治国”的社会变革中移至其新的起点。法学家应当并且必须成为历史进步的创造者和推动者。为此,法学家必须在改造社会的过程中完善自身,必须彻底摆脱满足于口号、号召、动员意义上的研究风气;必须完全清除粗糙、主观随意、非理性化的研究风格;必须牢固树立更为积极向上、更为自主独立的学术人格;必须真正将人类关怀、社会责任置于高于自我的位置之上;中国法学家必须是吸收人类法学之精华并从中国大地上站立的法学家。

华东政法学院与浙江人民出版社合作出版的这套法学丛书，就是新一代法学家努力的成果。

《韬奋园法学文丛》编委会

序

中国人抓住了千载难逢的历史机遇,经历了改革开放浪潮的洗礼,所获得的成就令世人瞩目;中国人将继续牢牢抓住世纪之交的千年机遇,把建设有中国特色的社会主义事业全面推向21世纪!然而,在法治立国的新时期,没有立法权力关系的不断优化,没有法德功能关系的恰当定位,没有法之公正、效率价值关系的动态平衡,没有法之实体、程序内容关系的合理重构,没有法之稳定、变异运作关系的适当调适,中国强盛、再领世界之风骚这个百多年来中华民族一切仁人志士为之奋斗、企足而待的弘愿便不能最终实现。这是我们永远不能超越的历史和辩证的设定!

—

冠以《中国立法关系论》的书名,不仅为了强调新时期中国立法在全面推进社会主义宏业中的时代精神和历史使命,^①而且意

^① 1995年9月28日,江泽民同志在党的十四届五中全会闭幕会讲话时,着重强调了社会主义现代化建设中必须正确处理中央和地方关系、物质文明建设和精神文明建设关系、建设和效益关系以及改革、发展和稳定关系等十二个重大关系。1997年9月12日,党的十五次全国代表大会通过的报告,特别强调了“在社会主义初级阶段,正确处理改革、发展同稳定的关系,……具有极端重要的意义”。这是我国在世纪之交推进社会主义建设事业中必须恪守的基本要义,也是我国新时期立法所应着重体现的时代特征。

在揭示市场经济、依法治国等社会遽变条件下我国立法发展的自身规律。

纵观历史,横览当今世界,人类社会的一切立法及其发展无一不是在错综复杂、相互交织的关系丛中所作的选择和决断。

其实,何止立法,大千世界中的任何事物都是诸部分或者诸要素诸环节以及这些部分或者要素或者环节之间始终存在着的彼此对应、依存、制约和互动关系所构成的整体;任何事物都有各自的关系模式,都是借助关系和关系群来说明事物的本质及其变化。正因为如此,人们“研究的重点是现象之间的关系,而不是现象本身的性质”^①。

如同世间万物,立法及其发展绝不可能超越这一恒久定律。在立法领域,立体化的各层面关系,诸如立法权力层面关系、立法功能层面关系、立法价值层面关系、立法内容层面关系以及立法操作层面等关系,以及每一层面与立法之间的关系,构成了立法这一事物的特定关系模式,并由此揭示了立法的本质,勾勒出立法的发展规律。毋庸置疑,研究立法关系及其关系群远比研究立法关系的要件更为重要,这是因为,事物的本质受制于事物的内部关系网络。

二

时至今日,我国既定的治国方略已根本转变,它是社会主义建设宏业的一座丰碑,更是数千年沧海桑田中具有划时代意义的伟大变革。的确,依法办事,是现代治国之道;厉行法治,是当今中国的必由之路!然而,法治并不只是一个美丽的口号,并不只是一个神圣的光环,它更意味着良法被社会认同而获普遍效力。

^① 《大英百科全书》(1977年第15版)。转引自陈元晖著:《论冯特》,上海人民出版社1979年版,第85页。

正因为如此,我们不得不正视我国法治现状及其资源水平:人们目睹着立法如洪如潮,但却并没有相应地增长对法的信心和期望。显而易见,法治的两个环节链或因“良法”的先天缺陷或因“普遍遵守”的后天缺如而分离。

是的,就前者而言,“良法”的创制谈何容易?!

那么,如何创制“良法”?又如何将纸上的法由“神话”转变为现实?^①

这些重大法学问题的回答,涉及法学方法论的问题。能回答它们的,是一种哲学,一种历史和辩证的唯物主义哲学。只有对人类社会的普遍规律有所认识,只有对哲学所提供的总体和一般的方法论原则有所把握,才能提高人的思维水平,完善人的思维方法,启迪人的智慧,才能对一个个具体问题提供统一且清晰的诠释。

历史唯物主义是关于历史联系和发展的科学。其最精彩、最核心的思想是:一个社会的经济结构、政治结构、意识形态结构要相互适应。当三者处于适应状态时,社会就稳定并繁荣;当三者处于不适应状态时,社会就动荡并衰落。因此,只有当新时期的我国立法有助于经济、政治和意识形态三个子系统组成一个相互调节的功能耦合网络时,才是“良法”,才能被社会公众广泛认同而具有普遍效力。

辩证唯物主义是关于世界普遍联系和辩证发展的学说。对立统一规律是该学说的实质和核心。它不仅揭示了事物的内部矛盾性是事物普遍联系的根本内容和变化发展的内在动力,而且有助

^① 参见[日]川岛武宜著:《现代化与法》,王志安等译,中国政法大学出版社1994年版,第3页。美国当代法学家博登海默也指出:“如果包含在法律规划部分中的‘应然’内容仍停留在纸上,而并不对人的行为产生影响,那么法律只是一种神话,而非现实。”(E. 博登海默著:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第239页)

于阐明“度”是物质和量的对立统一的辩证原理。这一原理既表明了事物在保持自身存在前提下允许变化并完善的最大限度或者临界极限，又说明了事物在发展优化目标下维持自身存在的最小极限或者触脚边际。据此，新时期立法绝不能沿以往立法之惯性，步旧体制下立法之后尘，而必然在一系列相互矛盾冲突的立法关系及其关系丛中得以再生，在一系列立法关系的调适、平衡或者重构中得以升华。然而，任何立法关系的重塑和变革都必须把握一定的“度”，都必须与我国现阶段政治、经济、文化等意识形态的发展进程及其目标保持适度的平衡，都必须与立法自身发展的度保持高度契合。只有实现中央和地方立法权力的合理配置、法律和道德功能界限的准确定位、效率和公正立法价值的恰当权衡、实体和程序立法内容的和谐配套、稳定和变异立法模式的适当校正，等等，才能使所立之法成为符合时代、国情节拍的良法，才能避免已立之法游离于社会机体之外，才能保障已立之法融入民族的精神和血液而被普遍认同。

用历史和辩证的唯物哲学观点去阐明立法现象，用立法规律去印证历史和辩证的唯物哲学原理，这就是本书所取的基本原则和理论支点。

三

本书分为正文5章和附录5篇。它们是：第一章，中央和地方立法权力关系的协调；第二章，法和道德界限关系的重构；第三章，立法的效率和公正价值关系的权衡；第四章，实体立法和程序立法关系的和谐；第五章，立法的稳定和变异关系的调适，以及荷兰法律草案可管理性和可执行性检测方法、美国威斯康辛州法律草案财政影响估算和各国法律改革委员会比较分析等附录。从内容上看，上述各章涉及领域较多、学科跨度也较大，彼此之间似乎并无关联

而略显庞杂,然而,在方法和主题方面却并不散乱而具有明显的同构性。

马克思曾经指出,“任何真正的哲学都是自己时代精神的精华”,“是文明的活的灵魂”^①。是的,真正的哲学,真正能成为智慧之学的哲学,不仅是社会历史发展的产物,而且总是与时代相呼应,并以创造适合现时代或者未来时代所需求的时代精神为根本宗旨。就个人而言,我并无哲学理论的厚实功底,但是,做学问,做经世致用的学问,是我学术生命的永恒渴望和不懈追求。因此,无论本书的研究方法抑或主题,绝不是从理念到理念,从应然到应然,而必须植根于中国社会举世变革的深厚现实,着眼于法治立国伟大进程中的困境和难题。既然“中国的历史和现实为做学问的人准备了一个‘富矿’”^②,那么,我们又为何要浅“探”辄止,甚至弃“富”投“贫”呢?因此,我的研究决然不是纯思辨的,因为“在思辨终止的地方,……正是描述人们实践活动和实际发展过程的真正的实证的科学开始的地方”^③,我只是在用心地与现阶段中国立法对话;拙作并无完整、系统的理论体系,我只是渴望感悟“真正的哲学”,把握中国现时代的精神,并致力使这一“时代精神”成为中国公民、中国立法者的自觉观念和共同准则,从而为在“加强立法工作,提高立法质量,到2010年形成有中国特色社会主义法律体系”^④的宏大事业中有所作为,竭尽绵薄之力。

在选择哪些立法关系作为我与中国现阶段立法对话的载体

① 《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1956年版,第121页。

② 苏力著:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1994年版,第Ⅳ页。

③ 《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社1995年版,第73页。

④ 《中国共产党第十五次全国代表大会文件汇编》,人民出版社1997年版,第33—34页。

时,判断的标准主要有三个:其一,它们必须是当前中国立法实践中已显现出来的两难抉择或者两律背反的关系;其二,它们对我国立法能否反映“时代精神”,顺应时代变革必然具有至关重要的决定作用;其三,它们应该能够运用以历史、辩证的唯物观为核心的法哲学方法得以阐释。根据这些标准,我选择了十六对立法关系作为我近期个人学术研究的主要论题。本书所涉及的只是我对其中的五对立法关系的初步思考。

四

新世纪的曙光将现,面对跨百年、遇千年的历史机遇,中国更需优化和完善立法关系。这并不是对历史的否定和抛弃,而是对历史的总结和扬弃,是对未来的憧憬和把握。当然,从立法生态学的角度而言,立法关系的优化和完善总是在与一定社会的历史演变和现实发展的动态交融中得以展开,决不可能毕其功于一役。它需要人类执著而永恒的追求和探索。

“学术如积薪”。但愿我的努力在前人之上撞击出新的思想火花,更愿我的追求能为后人的研究增薪传火。

期待着前辈和同仁的匡正。

徐向华

目 录

序	(1)
第一章 中央和地方立法权力关系的协调	(1)
第一节 中央和地方立法权力关系的窘境	(2)
一、中央立法的“筐形稀疏”和地方立法的“无所顾忌”	(3)
二、中央立法的“筐形细密”和地方立法的“束手无策”	(4)
第二节 中央和地方立法权力关系的沿革	(7)
一、法定集中、实际分散行使立法权力时期	(8)
二、法定集中、实际趋向结合行使立法权力时期	(12)
三、法定和实际的集中与分散相结合行使立法权力时期	(16)
第三节 单一制下中央和地方立法适当分权的逻辑	(21)
一、分权的涵义及其实质	(22)
二、立法权与主权的关系	(25)
三、单一制下地方立法权力的属性	(32)
第四节 我国中央和地方立法适当分权的基石	(41)
一、永恒的差异性国情	(41)
二、恰当性需求的回应	(48)
第五节 中央和地方立法权力关系的优化	(54)
一、现行中央和地方立法权力配置的扬弃	(55)
二、现行立法监督机制的强化	(68)
第二章 法和道德界限关系的重构	(76)

第一节 法和道德界限关系的现实警示	(77)
一、法和道德界限关系的实践困境	(77)
二、法和道德关系的理论症结	(81)
第二节 法和道德界限关系的理论沿革	(82)
一、中国传统社会德法关系的审视	(82)
二、当代西方社会德法关系的争辩	(89)
第三节 法和道德界限关系的合理重构	(100)
一、道德蕴含的文明价值高于法,法的强制力强于道德	(100)
二、道德调查领域广袤于法,法的传播过程敏捷于道德	(110)
三、法的普遍性、确定性优于道德,道德的层次性、灵活性长于法律	(119)
第三章 立法的效率和公正价值关系的权衡	(126)
第一节 法的价值及其本质	(127)
一、法的价值理论概览	(127)
二、法的价值本质	(129)
第二节 法的公正和效率价值及其关系	(133)
一、法的公正价值	(133)
二、法的效率价值	(144)
三、法的公正和效率价值关系评析	(146)
第三节 效率优先、实现公正的基石	(150)
一、效率或者公正的极端偏颇	(150)
二、效率和公正的动态平衡	(153)
第四节 效率优先、实现公正的方略	(166)
一、“审时度势”,把握立法时机的度	(166)
二、“积极慎重”,把握立法项目的度	(167)
三、“有所侧重”,把握立法内容的度	(168)

四、“双赢互补”，把握立法原则的度	(171)
五、“因势利导”，把握法的影响方式的度	(173)
六、“各就各位”，把握法的调整类型的度	(179)
七、“借用外脑”，把握法的设计技术的度	(181)
八、“名副其实”，把握法的结构形式的度	(183)
第四章 实体立法与程序立法关系的和谐	(185)
第一节 程序立法的罅隙	(186)
一、程序立法的失衡	(187)
二、程序立法失衡的缘由	(193)
第二节 实体法与程序法关系的变迁和升华	(196)
一、实体法和程序法关系的回眸	(196)
二、法定程序含义的勾勒	(201)
三、程序法和实体法关系的现代诠释	(204)
第三节 实体、程序立法关系和谐的机制	(213)
一、公开机制	(214)
二、参与机制	(218)
三、公正机制	(220)
四、效率机制	(223)
第五章 立法的稳定和变异关系的调适	(228)
第一节 立法稳定和变异关系的错位	(229)
一、法的过度稳定	(229)
二、法的人治变异倾向	(231)
第二节 法的适度稳定的契合	(233)
一、法的稳定的品格	(233)
二、法的动态稳定的内核	(244)
第三节 法的适时变异的把握	(250)
一、法的变异的品性	(250)
二、法的恰当变异的规律	(255)

第四节 立法的适度稳定和适时变异的整合	(256)
一、法的内在包容机制——兼顾稳定和变异的法内空间	(256)
二、法的外在开放机制——兼顾稳定和变异的法外空间	(265)
附录一 制衡天平的倾斜：联邦“优先”立法的急骤膨胀	(277)
附录二 一个致力于消除州际法律冲突的民间实体	(285)
附录三 荷兰法律草案可管理性和可执行性检测方法手册	(292)
附录四 美国威斯康辛州 1997 年立法年度法律草案财政影响估算手册	(316)
附录五 各国法律改革委员会比较分析	(332)
主要参考书目	(357)
后 记	(362)

Contents

Preface	
Chapter One	The Relationship of Legislative Powers between Central and Local Governments , Harmonized
Section One	A History of the Relationship between Central and Local Governments and Their Legisla- tive Powers
Subsection One	General and Rough at the Center Vs Extended in the Localities
Subsection Two	Detailed at the Center Vs Contracted in the Lo- calities
Section Two	Relationship of Legislative Powers between the Center and the Localities—a History
Subsection One	The Period of Their Centralization De Jure Vs Decentralization De Facto
Subsection Two	The Period of Their De Jure Centralization to- ward Their De Facto Centralization-Decen- tralization Combind
Subsection Three	The Period of the Integration of Centralization and Decentralization Both De Jure and De Facto
Section Three	A Golden-Section of Law-Making Powers at the Center and in the Localities Under the Uni-

- itary System
- Subsection One The Concept and Essence of Decentralization
- Subsection Two The Relationship between Sovereignty and Legislative Power
- Subsection Three The Properties of Local Legislative Power under the Unitary System
- Section Four A Golden Section of Law-Making Powers at the Center and in the Localities
- Subsection One The Long-Existing Diversities
- Subsection Two The Demanding for the To-the-Point Law-Making
- Section Five For an Optimum Relationship between the Central and Local Legislative Powers
- Subsection One Reconstruction of Structure of Legislation between Central and Local Governments
- Subsection Two Intensifying Supervision of Legislative Power
- Chapter Two Reconstruction the Relationship between Law and Morals
- Section One The Problems of the Relationship between Law and Morals
- Subsection One The Dilemma of the Relationship between Law and Morals
- Subsection Two The Sticking Point of the Relationship between Law and Morals
- Section Two The Theoretic Development of the Relationship between Law and Morals
- Subsection One Review of the Relationship between Law and Morals in Ancient China

Subsection Two	The Arguments of the Relationship between Law and Morals in Modern Western Countries
Section Three	Rational Reconstruction of Relationship between Law and Morals
Subsection One	The Value of Law and Morals
Subsection Two	The Function of Law and Morals
Subsection Three	The Status of Law and Morals
Chapter Three	Balancing the Value of Efficiency and Justice
Section One	The Value and Essence of Law
Subsection One	Theoretic Overview of the Value of Law
Subsection Two	The Essence of the Value of Law
Section Two	The Relationship between the Value of Justice and Efficiency in Legislation
Subsection One	The Value of Justice in Law
Subsection Two	The Value of Efficiency in Law
Subsection Three	The Analysis of Relationship between Justice and Efficiency in Law
Section Three	Efficiency First and Realizing the Justice
Subsection One	Absolute Efficiency and Justice—Dilemma
Subsection Two	Dynamic Balance between Efficiency and Justice
Section Four	The Way of Carrying Out Efficiency First and Realizing Justice
Subsection One	Timing of Legislation
Subsection Two	The Subject of Legislation
Subsection Three	The Content of Legislation
Subsection Four	The Principle of Legislation
Subsection Five	The Impact of Legislation