

立法学：原理与技术

LIFAXUE:
YUANLI YU JISHU

邓世豹 主编



中山大學出版社
SUN YAT-SEN UNIVERSITY PRESS

立法学：原理与技术

LIFAXUE:
YUANLI YU JISHU

邓世豹 主编



中山大學出版社
SUN YAT-SEN UNIVERSITY PRESS

· 广州 ·

版权所有 翻印必究

图书在版编目 (CIP) 数据

立法学：原理与技术/邓世豹主编. —广州：中山大学出版社，2016.9
ISBN 978-7-306-05796-9

I. ①立… II. ①邓… III. ①立法—法学—高等学校—教材
IV. ①D901

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 196154 号

出版人：徐 劲

策划编辑：金继伟

责任编辑：周 玢

封面设计：曾 斌

责任校对：王 璞

责任技编：何雅涛

出版发行：中山大学出版社

电 话：编辑部 020-84110771, 84113349, 84111997, 84110779

发行部 020-84111998, 84111981, 84111160

地 址：广州市新港西路 135 号

邮 编：510275 传 真：020-84036565

网 址：<http://www.zsup.com.cn> E-mail: zdcbs@mail.sysu.edu.cn

印 刷 者：佛山市浩文彩色印刷有限公司

规 格：787mm × 1092mm 1/16 23.25 印张 379 千字

版次印次：2016 年 9 月第 1 版 2016 年 9 月第 1 次印刷

定 价：40.00 元

如发现本书因印装质量影响阅读，请与出版社发行部联系调换

作者简介

邓世豹，男，法学博士，现为广东财经大学地方立法研究中心主任、教授、法学院院长，公开出版了《授权立法的法理思考》《当代中国公民宪政意识及其发展实证研究》等专著，牵头起草了《广东省食品安全条例》《广东省社会科学普及条例》《广东省市场监管条例》等地方性法规，担任广东省地方立法学会副会长、广东省人民代表大会（以下简称“人大”）常务委员会（以下简称“常委会”）立法顾问、广州市人大常委会立法顾问等社会职务。

柳飒，女，法学博士，现为广东财经大学地方立法研究中心副主任、教授、法学院宪法与行政法系主任，武汉大学法律文化研究中心研究员，公开出版了《近代中国公民基本权利变迁研究》等专著，担任广东省宪法学会副秘书长等社会职务。

滕宏庆，男，法学博士，现为华南理工大学法学院教授、院长助理，公开出版了《危机中的国家紧急权与人权——紧急状态法制研究》等专著，担任广东省地方立法研究评估与咨询服务基地专家、广东省地方立法学会常务理事、广州市重大行政决策论证专家等社会职务。

陈军，男，法学博士，现为韶关学院副教授、法学院副院长，主要研究宪法与行政法基本理论，担任韶关市人民政府法律顾问、韶关市人大依法治市办公室特约法制观察员、韶关仲裁委员会仲裁员等社会职务。

姚小林，男，法学博士，现为广东财经大学地方立法研究中心副主任、副教授，公开出版了《司法社会学引论》和《法律的逻辑与方法研究》等专著，专业兴趣为地方立法和司法社会学研究，担任广东省地方立法学会常务理事等社会职务。

摘 要

立法学是一门实践性的部门法学，以立法现象及其发展规律为主要研究对象，其研究方法包括规范分析法、技术分析法、社会学方法和比较分析法等。立法学可分为原理编和技术编两大部分：原理编主要涉及立法的概念体系与立法程序原理，具体包括立法的概念界定与分类，立法的本质、原则和功能，立法的历史类型与演变规律，立法的主体体系与程序制度，立法的解释与监督制度等。立法是一种公共决策活动或过程，具有国家性、程序性和技术性的特点，涵盖法的制定、认可、解释、修改、补充和废止等方式手段。立法具有明显的政治本质与阶级属性，它实质上是一套反映社会主流价值与意识形态的权力话语体系；但同时也具有非政治属性，即一定程度上反映全社会的公共意志与共同利益诉求。立法的双重本质意味着双重功能，它的规范功能最重要的是规范指引功能，而社会功能则包括社会秩序功能、社会构建功能和社会调控功能。立法的历史类型实际就是立法体制的历史类型，按照其对应的经济形态和马克思社会发展阶段论，它可以分为古代社会立法（封建制立法与奴隶制立法）、近代社会立法（自由资本主义立法）和现代社会立法（社会主义立法与资本主义立法并存）。经过清末民初社会转型和如今的立法法实施，当代中国立法仍面临传统继承、域外移植和发展创新的关系处理问题。代议机关是当今世界各国的主要立法主体，享有专属立法权并存在法定立法程序；但国家元首、行政机关和司法机关等也承担某些立法功能，是主要的授权立法主体，并遵循特别立法程序规则。为了维护国家的立法统一，各国都发展了自身的立法解释与立法监督制度，而中国的立法批准、备案和审查制度往往借助关于立法的改变、撤销和裁决方式来实现法律规范性文件的合法性

与合宪性监督。技术编涉及法案表述技术与立法制作技术两大部分，主要关注立法的语言规范性、逻辑规范性和法律规范性标准内容建设。立法的语言规范性意味着立法语言首先要遵循语言规范要求，其次是必须符合语言使用的法律特定要求，这表现在立法文本与言语的词汇、语法和修辞都必须遵循这些标准，不过，我国相关规范化特别是法律化建设还有待完善。立法的逻辑规范性即立法活动或结果都必须遵循形式的或实质的推理与论证规律规则，尽量克服并认真应对立法谬误所表现的逻辑失范问题。立法技术的规范性具体体现于立法准备、法案制作和立法完善三个立法过程或阶段。立法准备主要涉及立法预测，立法项目的编制与实施，法律草案的起草、审议和通过等环节，我国相关的技术规范在不断成熟；法案制作涉及法律规范的内容结构与法律文本的形式结构，主要涉及立法文书制作技术，这与科学技术的发展程度存在直接关联；立法完善的首要技术是立法后评估，其后才涉及法律的修改、补充与废止，才涉及法律的清理、汇编与编纂，这与前述的法案制作技术存在某种程度的关系，都有语言、逻辑和法律等方面的不同规范要求。

目 录

导论 / 1

第一节 立法与立法学 / 2

一、立法的概念 / 2

二、立法学的概念 / 15

第二节 立法学的发展与研究方法 / 22

一、立法学的学科发展 / 22

二、立法学的实践性与理论体系 / 27

三、立法学的研究方法 / 31

原理编

第一章 立法的本质、原则和功能 / 42

第一节 立法的本质 / 42

一、政治属性 / 43

二、社会属性 / 45

三、客观基础 / 46

第二节 立法的原则 / 48

一、立法法治 / 49

二、民主立法 / 52

三、科学立法 / 61

第三节 立法的功能 / 66

一、规范功能 / 67

二、社会功能 / 70

三、立法的局限性 / 73

第二章 立法的历史类型与演变规律 / 76

第一节 立法的历史类型 / 77

- 一、立法产生的原因与规律 / 77
- 二、古代社会立法 / 81
- 三、近代社会立法 / 85
- 四、现代社会立法 / 88

第二节 我国立法的历史演变 / 91

- 一、我国古代立法回顾 / 91
- 二、清末民初的近代中国立法转型 / 93
- 三、立法法与当代中国立法制度的演变 / 96

第三节 立法本土化、域外移植与发展创新 / 103

- 一、立法传统与继承 / 103
- 二、立法的域外经验与移植 / 107
- 三、立法的发展创新 / 110

第三章 立法的主体体系与程序制度 / 113

第一节 立法主体 / 114

- 一、立法主体概述 / 114
- 二、代议机关：主要的立法主体 / 118
- 三、国家元首、行政机关与司法机关 / 123

第二节 立法体制 / 129

- 一、立法体制概述 / 129
- 二、专属立法与授权立法 / 134
- 三、中央立法与地方立法 / 139
- 四、我国现行的立法体制及其完善 / 144

第三节 立法程序 / 147

- 一、立法程序概述 / 147
- 二、普通立法程序 / 149
- 三、特别立法程序 / 152

第四章 立法解释与监督 / 156

第一节 法的效力等级 / 156

- 一、法的效力等级概述 / 156

技术编

二、我国的效力等级体系及其完善 / 160	
第二节 立法解释 / 163	
一、立法解释概述 / 163	
二、立法解释的方法体系 / 166	
三、我国现行的立法解释制度 / 167	
第三节 立法监督 / 172	
一、立法监督概述 / 172	
二、我国立法的批准、备案和审查 / 176	
三、我国立法的改变、撤销和裁决 / 182	
第五章 立法的语言与逻辑 / 195	
第一节 立法语言 / 196	
一、立法语言的概念 / 196	
二、立法语言的词汇、语法与修辞 / 199	
三、立法语言的失范与规范 / 219	
第二节 立法逻辑 / 235	
一、立法逻辑的概念 / 236	
二、立法逻辑的形式与实质 / 240	
三、立法逻辑的失范与规范 / 245	
第六章 立法准备 / 261	
第一节 立法预测、规划与决策 / 261	
一、立法预测 / 261	
二、立法规划 / 267	
三、立法决策 / 274	
第二节 法律的立项与法案起草 / 276	
一、法律的立项的内涵 / 276	
二、法律的立项论证 / 278	
三、法案的起草 / 279	
第三节 我国立法准备技术的完善 / 284	
一、我国立法准备的现状及问题 / 284	
二、我国立法准备的创新尝试与制度完善 / 288	

第七章 法案制作 / 293

第一节 法律规范的内容结构 / 293

一、法案与法律规范 / 293

二、法律规范的规则结构 / 294

三、法律规范与法律文本 / 298

第二节 法律文本的形式结构 / 299

一、法律文本的形式要件 / 299

二、法律正文的层次结构 / 305

三、法律正文的形式结构 / 307

四、法律正文的构成要素 / 308

第三节 法律的总则、分则与附则 / 309

一、法律的总则 / 309

二、法律的分则 / 314

三、法律的附则 / 316

第八章 立法完善 / 321

第一节 立法评估 / 322

一、立法评估的概念 / 322

二、立法评估技术体系 / 324

三、我国立法评估的实践反思 / 334

第二节 法的废止、修改与补充 / 337

一、法的废止 / 337

二、法的修改 / 340

三、法的补充 / 343

第三节 法的清理、汇编与编纂 / 346

一、法的清理 / 346

二、法的汇编 / 348

三、法的编纂 / 351

参考文献 / 355

后记 / 360

导 论

在当今世界的人文学术研究谱系中，法学已经建立起非常复杂而庞大的学科体系，而立法学作为独立的法学分支学科置身其中，则是不争的事实。然而，什么是立法学？立法学的学科定位是什么？它究竟是一门纯粹的理论学科还是关涉立法技术的应用科学的争论，由来已久。可以说，英国学者边沁是主张立法科学技术化的第一人，他主张排除政治、道德和权力的干扰，使立法变得像数学一样精密严格并对政治实体有所裨益。因此，他认为：“只有通过像数学那般严格，而且无法比拟的更为复杂和广泛的探究，才会发现那构成政治和道德科学之基础的真理。……不存在通往立法科学的国王之路和执政之门，正如不存在通往数学的国王之路和执政之门一样。”^① 因此，建立此类法律科学是十分必要的，“它对于立法艺术的意义，恰如解剖学对于医术的意义；区别在于，它的对象是艺术家必须与之一起工作的，而不是他必须在其上操作的。对一门科学缺乏了解而使政治实体遭到的危险，不亚于对另一门科学的无知而使自然躯体遭到的危险”^②。而美国学者科恩则强烈呼吁重视立法基本理论的研究，他认为：“作为一个同等重要的法理学分支，立法学必然是一门理论学科，该学科要求将更多精力投入到对普遍抽象事物的哲学分析或批判上而不是要关注法律从业者或立法者。”^③ 以上两位学者的论述，实际上反映了立法学领域的两条不同研究路径和方法论，直接关涉立法学的研究对象——立法及立

① [英] 边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆 2000 年版，第 56 页。

② [英] 边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆 2000 年版，第 55 页。

③ [美] 尤里乌斯·科恩：《立法学：难题及日程》，孙竞超译，载《中山大学法律评论》第 12 卷第 4 辑，第 152 页。

法现象的不同分析解读，关涉不同社会情景与历史背景下的立法学发展动态与规律，简而言之，这关系到立法学的不同学科定位和学科体系的构建与重塑问题。

第一节 立法与立法学

《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）第二条规定：“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的制定、修改和废止，适用本法。国务院部门规章和地方政府规章的制定、修改和废止，依照本法的有关规定执行。”那么，我们所指的“立法”即是指法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、国务院部门规章和地方政府规章等成文法渊源形式的制定、修改和废止吗？我们所指的“立法学”即是关于立法法的规范解读与制度研究吗？其实，并不尽然。作为学术范畴的“立法”和“立法学”概念还存在更丰富的内涵与更周全的外延。在这个问题上，周旺生教授提醒我们：“要把握一般的立法概念或范畴，需要采取正确的方法，即：全面把握立法的内涵和外延，揭示出一个可以反映每一种立法的共同特征的、可以用来说明迄今所出现的各种立法的概念或范畴。”^①为此，我们希望从词源本义、历史渊源、思想渊源、立法内涵—外延的逻辑结构和规范制度等层面全面解读“立法”和“立法学”这两个概念或范畴。

一、立法的概念

（一）立法的词义

在语词结构上，“立法”由“立”和“法”构成。由于发音重心的差异，“立法”一词既可以表达为行为结果的“法”，许慎的《说文解字》解读为刑律，即“灋，刑也，平之如水，从水；廌，所以触不直者去之，从去”。也可以体现为行为过程的“立”，“立的本义就是站，引申为树立、

^① 周旺生：《立法学教程》，北京大学出版社2006年版，第54页。

设立、建立等义，如立功、立法、立威等”^①。正如许慎的解读：“立，住也。从大立一之上。……大，人也。一，地也。”实际上，在中国的古代文献中，“立法”一词很早就已作为独立的动词在普遍使用，主要指称国家法制意义上的法令法规创制活动。如战国时期《商君书·更法第一》云：“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，因事而制礼。”又如《荀子·议兵》言：“立法施令，莫不顺比。”再如汉代司马迁《史记·律书》开篇即曰：“王者制事立法，物度规则，壹禀于六律，六律为万事根本焉。”“立法”一词也可作为名词使用，意指国家树立不同法制的结果，如《商君书·修权》云：“君臣释法任私必乱。故立法明分，而不以私害法，则治。”又如宋代陆游在《上殿札子》指出：“若赋不加轻，则用力虽多，终必无益，立法虽备，终必不行。”此外，值得注意的是，“立法”一词还被泛化为道德、音律等普通社会规则的创立活动，如明代王守仁《传习录》卷下：“德洪之见，是我这里为其次立法的，二君相取为用，则中人上下皆可引入于道。”又如清代李渔《闲情偶寄·词曲上·音律》：“调声叶律，又兼分股、限字之文，则诗中之近体是已……前人立法，亦云苛且密矣。”

在现代汉语中，“立法”也是个多义词，至少在两个不同的层面上使用：一是指静态意义上的规范性文件，在这个意义上它与“法”“法律”同义，特指总体的制定法、成文法，或者是某一部门法，如“民事立法”“行政立法”“刑事立法”等；二是指动态意义上的规范性文件形成过程，即法的创制活动，如本节序言提及的我国现行《立法法》第二条的规定。在当代英语中，与“立法”对应的词语包括 legislation、enactment、lawmaking 等，但 legislation 最为常用，同样存在静态和动态不同层面上的理解。如《牛津法律大辞典》关于 legislation 的解释是：“依据某一特定法律制度能有效宣布法律这种权力和权威的人或机构的意志的表示而慎重制定或修改法律的程序。该术语也用来指立法过程的产物，即由此制定的法律。”^② 其实，早在古希腊罗马时期，立法问题就成为诸多政治家和哲学家关注的焦点。柏拉图立足“善”阐明了他心目中的立法理想，“每个立法

① 《说文解字“立”》，载“中国国学网”[2008-04-01 发布，原载《人民日报》（海外版）] <http://www.confucianism.com.cn/html/hanyu/4868687.html>，2015-12-27 访问。

② [英] 戴维·M. 沃克 (David M. Walker): 《牛津法律大词典》(The Oxford Companion to Law)，李双元等译，法律出版社 2003 年版，第 689 页。

者制定每项法律的目的是获得最大的善”。^① 他还以战争立法为例指出，只有当他把他所制定的有关的法律当作和平的工具，而不是他的关于和平的立法成为战争的工具时，他才是一个真正的立法者。古罗马西塞罗从恶法非法的观点阐明其立法幸福观：“毫无疑问，法律的制定是为了保障公民的幸福、国家的昌盛和人们的安宁而幸福的生活；那些首先通过这类法规的人曾经向人们宣布，他们将提议和制定这样的法规，只要它们被人民赞成和接受，人民便可生活在荣耀和幸福之中。显然，他们便把这样制定和通过的条规称作法律。由此可以看出，那些违背自己的诺言和声明，给人民制定有害的、不公正的法规的人立法时，他们什么都可以制定，只不过是法律。”^②

在现代汉语中，周旺生教授认为，我们还有必要厘清“立法”与“法的创制”“法的制定”“法的制订”和“法的拟定”等概念之间的关系。^③ 首先，“立法”和“法的创制”：它们之间存在一致性，都是指国家旨在创立和变更法的活动和过程，有别于作为名词形式的“立法”（即法律）；但是“法的创制”的含义更广，不仅像“立法”一样包含创立和变更法的整个过程，也包含同这一过程相关联的各种事物或现象，还比“立法”更多强调理论的东西，因此常被用于法理学著述，以阐明立法的现实需要和社会价值诉求。其次，“立法”与“法的制定”：在制定法中，“法的制定”在两个不同层面上使用，一是将它与“立法”概念的外延等同，涉及制定、认可新法和修改、补充、废止既有法等立法的全部表现形式，如我国现行《立法法》第六十五条规定，“国务院根据宪法和法律，制定行政法规”；二是指特定的主体制定新法的活动，同认可、修改、补充和废止相对应，为“立法”的主要表现形式，如我国现行《立法法》第七条规定，“全国人民代表大会制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律。全国人民代表大会常务委员会制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律；在全国人民代表大会闭会期间，对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改，但是不得同该法律的基本原则相抵触”。再次，“立法”与“法的制订”：“法的制订”是指一定的主体，

① [古希腊] 柏拉图：《法律篇》，张智仁、何勤华译，上海人民出版社2001年版，第6页。

② [古罗马] 西塞罗：《论法律》，王焕生译，上海人民出版社2006年版，第11页。

③ 参见周旺生：《立法学教程》，北京大学出版社2006年版，第61-65页。

依据一定职权或有权主体的授权,按照一定的原则、程序和要求,以拟定法案或对有关方面拟定的法案加以审议、修改、抉择和认可为基本内容,所进行的一种立法活动,它属于立法准备阶段的重要工作,显然,“立法”涵盖“法的制订”概念。最后,“立法”与“法的拟定”：“法的拟定”是指一定的主体,依据一定职权或有权主体的授权,按照一定的原则、程序和要求,所进行的草拟、订立法案(议案和草案)的活动,显然,它属于立法准备阶段“法的制订”的前置程序,不涉及对有关法案的审议、修改、抉择和认可活动。如我国现行《中华人民共和国全国人民代表大会事规则》第二十四条规定,“全国人民代表大会决定成立的特定的法律起草委员会拟定并提出的法律案的审议程序和表决办法,另行规定”。

(二) 立法的内涵

概念的内涵是指概念所反映事物的特有属性或本质属性。但是,“事物本身所具有的属性是多方面的,其中有本质属性和非本质属性。不同的属性,对于确定事物的质具有不同的作用”^①。由于事物存在属性的多样性,至于哪些属性属于事物的特有属性或本质属性,则是仁者见仁、智者见智。关于立法的概念内涵,学者们同样很难达成广泛共识,他们往往根据自己的研究需要从不同侧面来界定立法概念的属性特征。不过,大致说来,学者们不外乎围绕立法行为的“谁来立”“立啥法”和“如何立”这三个具体问题展开。

1. 第一个问题：“谁来立”

“谁来立”,即立法行为主体是谁,它解决的是立法权来源问题,直接关系到立法主体所立之法的效力位阶与本质特征。在这个问题上,学者们的观点一般可以归结为“国家机关立法主体说”和“组织(或个人)立法主体说”两类。^②

(1)“国家机关立法主体说”,强调行使立法权的主体为国家机关,此学说又细分为三类:一是广义说,立法是指一切国家机关(包括从中央到地方的各级国家代议机关和行政机关以及被授权的国家机关)依照法定权

^① 李秀林、王子、李淮春:《辩证唯物主义和历史唯物主义原理》(第4版),中国人民大学出版社1995年版,第170页。

^② 参见徐向华:《立法学教程》,上海交通大学出版社2011年版,第24页。

限和程序创制各种规范性法律文件的活动；二是折中说，立法是各级国家代议机关依照法定权限和程序创制各种规范性法律文件的活动；三是狭义说，立法专指国家最高代议机关和它的常设机关依照法定权限和程序创制各种规范性法律文件的活动。实际上，这三类学说都明确承认最高代议机关立法所生成法律文件的至高效力，并以成文法（制定法）的效力位阶理论为依据。

（2）“组织（或个人）立法主体说”，认为行使立法权的主体为组织（主要是国家机关）或个人。此说依据立法内容所反映的意志（法律本质）不同，又可细分为两类：一是“统治阶级（或国家）意志说”，立法是享有立法权的国家机关或个人根据统治阶级的意志而进行的创制各种规范性法律文件的活动；二是“政权意志说”，立法是以政权的名义，由有权立法者（具有特定职能的机关或个人）为体现执政阶级的整体意志而进行的创制各种规范性法律文件的活动。这两类意志说都触及到了立法的本质和价值问题，即立法的政治属性，以及立法究竟体现国家意志抑或统治阶级（执政阶级）的意志，但没有提及立法具有非阶级性的公共属性。

2. 第二个问题：“立啥法”

“立啥法”，即立法行为的对象是啥，它解决的是立法宗旨与社会需求问题，直接关系到不同的立法载体形式选择。这个问题的不同回答反映了作者关于“法”的概念的不同理解和研究视角差异，与第一个问题“谁来立”相对应，涉及判例法、习惯法的立法地位以及制定法以外的其他社会规范的立法功能判定。在这个问题上，主要存在制度法学（或规范法学）、现实主义法学和法社会学三类不同研究路径和理论观点。

（1）中国传统的制度法学研究者，一般将“立法”之“法”定位为制定法，而关于“法”的研究主要着眼于文本形式的法律条款解读，立法被视为国家机关特别是代议机关的专利，立法活动主要限于法定的立法程序阶段，法律草案只要经过国家机关审议表决通过并发布生效，即宣告立法结束。

（2）现实主义法学将“立法”主体从代议机关延伸至司法审判机关，认为法官造法也是国家立法的基本形式，正如美国大法官卡多佐援引霍尔姆斯关于 *Southern Pacific Co. v. Jensen* 的司法意见时所指出的：“我毫不犹豫地承认，法官必须而且确实立法，但他们只是在间隙中这样做；他们被

限制在克分子之间运动。”^①在他看来,“正是在没有决定性的先例时,严肃的法官工作刚刚开始。这时,他必须为眼前的诉讼人制作(fashion)法律,而在为诉讼人制作法律时,他也就是在为其他人制作法律”^②。因此,法官必须采取现实主义的立场,根据现实的社会需要来寻求法律规则真实含义:“当需要填补法律的空白之际,我们应当向它寻求解决办法的对象并不是逻辑演绎,而更多是社会需求。”^③相对于代议机关立法专属权而言,也有学者认为,法官造法应归属于“准立法”的范畴,法官仅仅是在个案审判中行使解释法律的权力,是司法能动性的表现。梁慧星教授将中国最高人民法院规范性的司法解释认定为“准立法”,在他看来,“说司法解释具有准立法的性质,首先说它不是立法,其次是说它在具有普遍拘束力的行为规则这一点上与法律相同,可以将它当作法律那样对待”^④。崔永东教授也认为:“如果法官倾向于否定立法或忽视先例,那么该法官就是奉行司法能动主义;如果法官在司法审查中能够创制新的判例,即行使一种准立法权,那么该法官就是奉行司法能动主义。”^⑤

(3) 如果说现实主义法学将立法界定为国家机关(包括代议机关和审判机关等)的专属权行为,那么法人类学、法社会学则将立法泛化为一切社会规则的生成活动,认为立法的结果就是一种公共决策、一种普遍认可的人类社会规则。法人类学家马林诺夫斯基通过对南太平洋岛特鲁布里安德(Trobriand)未开发部落的长期观察或认为:“法律规则与其他规则之所以不同,就在于它们能被感受并确定为一个人的义务和另一个人的权利诉求。它们不仅仅只依靠心理动机,而是正如我们所知道的那样,是由建立在互赖基础上和互惠服务的同等安排的认同上的特定社会约束力机制所强制执行的,并将这些权利主张融入错综复杂的关系网络中才能得以实现。”^⑥很明显,马林诺夫斯基所理解的立法行为不见国家形态如立法机关、官僚、警察和法庭的任何影子,反而认定这些非西方国家形态的社会

① [美] 卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第42页。

② [美] 卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第9页。

③ [美] 卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第76页。

④ 梁慧星:《裁判的方法》,法律出版社2003版,第67页。

⑤ 崔永东:《司法风格与司法传统》,载2014年7月18日《人民法院报》。

⑥ [英] 马林诺夫斯基:《原始社会的犯罪与习俗》,原江译,法律出版社2007年版,第36页。