

孙潮 著

# 立法技术学

LIFA  
JISHU  
XUE

浙江人民出版社

# 立法技术学

孙潮 著

浙江人民出版社

〔浙〕新登字 1 号

责任编辑:张建江

封面设计:罗伟明

责任校对:朱晓阳

## 立法技术学

孙 潮 著

---

浙江人民出版社出版 浙江丝绸工学院印刷厂印刷  
(杭州体育场路 169 号) (杭州文一路 88 号)

浙江省新华书店发行

开本 850×1168 1/32 印张 9 插页 1 字数 21.2 万 印数 1-3120  
1993 年 11 月第 1 版 1993 年 11 月第 1 次印刷

---

ISBN 7-213-01010-7/G · 253 定价:6.50 元

## 序 言

我们可以毫不夸张地说：当今的法学论文和法学著作无不涉及立法，立法已经成为中国法制建设的热点。中国终究步入了一个前所未有的立法高潮。未来的历史学家可以对现阶段的中国社会发展史的特征做出多种描绘和说明，但是只要是尊重历史的人，都不会否认这样的事实：当代是中国现代法制建设的转折点，现代法制建设是中国二十世纪末、二十一世纪初的时代特征。

如果法律仅仅是一种治理社会的工具，一种扼制恶的手段，那么，完善法律充其量只具有操作和“利其器”的意义。假如我们将法律以及由法律营造起来的社会秩序和体系视为一种信仰、一种生活方式、一种人类生存的必要条件和内容，那么，提高立法技术、完善法律规范才具有历史的合理性和生命力。因为人类在完善法律的进程中做出的努力，与其说是完善法律，还不如说是完善人类自身。法制是人类理性化和文明化的标志之一。

正是站在这样的历史高度，我们提出了立法技术研究的必要性和紧迫性。当人们选择了市场经济体制之后，当法律已经以前所未有的方式渗透到人类生活的方方面面的时候，任何在立法上的草率，在立法表述上的粗糙，不仅使得法律的实施人为地存有障碍，使得司法者存有上下其手的余地，使得公民和当事人得不到应有的法律保护；更重要的是，人们在残缺不全的法律面

前只会丧失对法律的信心。人们时时刻刻将法律视为外在的东西,这只能延缓人类进步的进程。如果说,在原有的计划经济体制下,法律构思不严密、法律表述不规范还不碍大事,因为当时人们的社会生活和社会交往主要不是也不需要法律来调整;如今,当人们的社会政治、社会经济活动更多地需要法律调整时,当人们更多地寻求法治而不是人治作为自己的生活环境时,法律的任何瑕疵都给社会的政治、经济乃至社会心理造成极大的损害。

在我国,法律虚无主义和法律的政策化都使人们在相当长的时间内忽视了对立法技术的研究。在建国后的一段时期内,国家的立法功能相对萎缩,法律制作与政策文件的制作雷同化。人们缺乏完善立法技术的原动力。十一届三中全会以来,中国的法制建设出现了历史性的转机。但是,在原有的计划经济体制下,我国的立法活动仍然是有限的。立法活动对立法技术的需求量仍然十分有限。如今,1993年宪法修正案在法律上确认了社会主义市场经济的宪法地位。宪法明确规定,国家要加强经济立法。这就使我国现代法制建设步入了一个崭新的历史阶段。

立法技术是有关法律制作的技术,它是为人们科学地构思、设计法律文本,准确地表述、记载和传播法律思想服务的。立法技术,从总体上讲,是人类创制法律过程中积累起来的经验和技巧。与流行的关于立法技术的理解不同,我们对立法过程中立法者和法律起草者在法律文本的构思和设计阶段的立法技术的运用作了分析和研究。因为,法律制作过程中,法律的设计和构思、立法价值的确定,从某种意义上讲,比法律语义的表述来得更为重要。因此,立法技术并不是停留在法律表述层面上,而是深入到法律的结构、法律的价值和法律的目的等层面上。立法技术涉及到法理学、法律语言学、法律逻辑学以及法律的一般学科。同

时,立法本身是介于法律与社会、法律与经济、法律与文化之间的活动,因此,立法技术还涉及到其他社会科学领域。

当然,我们并不能奢望立法技术的提高,能导致我国法律在短时期内发生质的飞跃,因为,立法技术的完善不能等同于法制的完善和现代化;但是,立法技术的完善却直接影响着成文法律的构思和表述,影响着成文法律的质量,从而制约着一国法制的水平。

目前,我们所开始进行的研究还是初步的。我们希望这种努力能推动中国法制的现代化。

最后,我要向为中国法制的创立做出贡献的立法者、法律起草者表示深深的敬意。评头论足固然容易,实际操作毕竟有难言之苦。立法技术落后并不是哪个人的责任,但是,提高我国的立法技术水平却是我们的责任。

孙 潮

一九九三年八月三十日

# 目 录

<b>第一章 研究立法技术的价值</b> .....	(1)
第一节 立法技术的含义.....	(1)
第二节 立法技术与法制的相互关系 .....	(10)
第三节 当代立法技术研究的走势 .....	(15)
<b>第二章 立法的表现技术</b> .....	(25)
第一节 法律设计的要素 .....	(25)
第二节 法律设计的方法与步骤 .....	(38)
<b>第三章 立法的表述技术</b> .....	(60)
第一节 立法表述技术的含义和功能 .....	(60)
第二节 法律文本的风格 .....	(62)
第三节 法律文本的语言要素 .....	(70)
第四节 法律文本中不同规范的表述 .....	(80)
第五节 法律的形式、格式与布局.....	(92)
<b>第四章 法律总则的制作技术</b> .....	(107)
第一节 我国法律总则制作的分析.....	(107)
第二节 法律总则制作的技术要旨.....	(118)

<b>第五章 法律罚则的制作技术</b> .....	(129)
第一节 罚则的含义和要件.....	(129)
第二节 我国罚则制作的现状分析.....	(134)
第三节 罚则制定的基本原则.....	(139)
第四节 罚则的制作技术.....	(146)
<b>第六章 法律附则的制作技术</b> .....	(150)
第一节 附则的含义及其功能.....	(150)
第二节 我国法律中附则制作的现状.....	(152)
第三节 附则制作的技术.....	(160)
<b>第七章 法律实施细则的制作技术</b> .....	(168)
第一节 授权性立法的由来.....	(168)
第二节 我国法律实施细则制定立法的概况.....	(171)
第三节 法律实施细则制作的技术要点.....	(180)
第四节 授权制定实施细则应注意的几个问题.....	(185)
<b>第八章 法律修正案的制作技术</b> .....	(187)
第一节 法律修正案的性质.....	(188)
第二节 法律修正权及限制.....	(189)
第三节 法律修正的原因.....	(192)
第四节 法律修正的种类和频率.....	(198)
第五节 我国法律修正的概况.....	(200)
第六节 修正案制作中的立法技术.....	(210)
第七节 法律修正案的格式.....	(216)



<b>附录一</b>	中华人民共和国全国人民代表大会会议事规则…	(219)
	全国人民代表大会常务委员会议事规则……	(229)
	行政法规制定程序暂行条例……	(234)
	法规规章备案规定……	(237)
<b>附录二</b>	罗马尼亚规范性文件草案的制定和系统化的立法技术总方法(节选)……	(240)
	美国统一州法典委员会统一和标准法案起草规则……	(252)
	中央法规标准法……	(265)
	行政机关法制作业应注意事项……	(268)
<b>后 记</b>	……	(276)

## 第一章 研究立法技术的价值

现代社会是法制社会。如同人们选择了市场经济体制，选择了现代政治制度，选择了现代文明一样，人们选择了法律作为规范人类行为，保持人类生存和发展的理性化手段。这种对于法制的依赖，并没有使人们盲目地相信如下的判断：即法律的创制是一种简单劳动，是一种无须技术力量和手段来支持并使之科学化的活动。相反，人类对法律的依赖程度越大，人类更应谨慎、科学地对待立法活动。

法律是人类的主观意志的特殊记载，但是，它同时又是人们必须一体遵循的行为准则。这种涉及千百万、上亿人的根本利益，涉及社会乃至自然发展的活动，在这个技术已经广泛渗透到一切领域、一切细节之中，在“技术”一词已被定义为人类改变或控制客观环境的手段或活动的现代社会，不能不借助技术力量来实现其科学化和现代化。我并不想得出这样的结论：即立法技术的现代化必然导致立法的现代化；但是，可以肯定的是，没有立法技术的科学化和现代化，便没有立法的现代化。

### 第一节 立法技术的含义

所谓“技术”，《辞海》解释为根据生产实践经验和自然科学

原理而发展成的各种工艺操作方法和技能(包括工艺过程、作业程序)。这是一种对技术的狭义理解。从渊源角度分析,“技术”一词最初是从体力劳动中产生的,是工匠型的技术,中国古人所言的“百技所成”中的“技”,最初是指工匠型技术或技能。现代意义上的“技术”一词,首次出现在17世纪的英国,它仅指各种应用技术。现代技术的最大特点是它与科学的交融。现代技术已经渗透到人类活动,包括体力劳动、脑力劳动的一切领域。西方学者认为,现代技术已经囊括一切,使人们生活于技术环境中而不像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。可见,工匠意义上的技术已经为更为广泛意义上的包括体力、脑力等方面的技术所替代。

对于立法行为而言,我们同样可以看到技术的广泛渗透。人类早期的立法行为是依附于行政行为和司法行为的。立法行为只是专制者们所有政治行为中偶然为之的行为。那时的立法行为既没有独立于其他政治行为的必要,也没有职业化的需求。专制者尽管不一定是一个出色的立法者,但是没有任何人会对此提出责难。当人类步入近、现代社会,立法行为呈现出独立化、职业化的倾向。这不仅源于政治权力分离的设计,而且也源于立法活动的特殊性和技术性的特征。人们已经清楚意识到:任何人无须得到教育和训练便能制定法律、创制规范的时代已经成为历史。当今社会,立法活动已经从一种附带的、完全可以依赖于业余劳动便能完成的活动,上升、转变为一种专有的、职业化的劳动。立法者作为社会分工以及这种分工的日益细化的产物,本身就体现了立法活动与其他劳动的技术差异。毫无疑问,正是技术差异,使社会分工有了其存在和继续的可能。

如果再深入到法律的创制过程中去,我们同样可以发现,立法者的法律构思要素,法律构思方法,法律的起草方式以及法律

内容的表述方式的不同技术线路和处理,都会产生截然不同的效果。同样是制定一部法律或者地方性法规,有的部门或立法机关花费数年的时间和精力才拿出一份不合格的初稿;而有的部门或立法机关却在短短的时间里就完成了一部构思合理、结构严谨、涵盖值大、表述准确的法律或地方性法规草案。这里确有其他非技术因素的影响,但是,无法否认不同技术手段及水平的差异所起的相当大的作用。这种不同技术手段所导致的结果,在国与国的立法数量上也有所反映。我国自十一届三中全会以来,全国人大及其常委会每年制定的法律 10 部左右,国务院每年发布或批准的法规平均为 46 部,地方人大每年制定的地方性法规平均为 300 余部。毫无疑问,上述立法数量与建国后前 30 年相比,确实实现了历史性的飞跃。但是,我们与西方国家相比,甚至与美国州议会立法相比,仍有明显的差距。据统计,英、法、美等国议会每年制定的法律平均在 80 部以上;美国每个州议会每年审议的立法案上千,通过的州法律上百,尽管西方议会和行政机关中的法律起草专家人数仍然是十分有限的。当然,不可否认的是,这之间确实存在物质条件、信息占有和使用方式以及法律制作手段上的不同,但是,规范化、标准化的法律起草,较为成熟、定型的立法思维模式,却大大加快了立法进程,节约了立法中的社会投入,缩短了立法周期,保证了重要法律及时地出台施行。假如不同的社会体制对法律的需求是根本不同的,我们倒无须多虑;如今市场经济体制已经将不同体制下的法律需求的差异缩小到最低限度,而与国际惯例接轨又使法律的社会需求前所未有地加大,因此加快立法进程,就成为当务之急。如果说,诸多的技术曾经给现在甚至将来的人类生活、人类与自然的关系带来巨大的变革,那么,立法技术改变人们的立法观念和立法思维方式也将成为必然。因此,我们在此不是创造立法技术,而是确

认立法技术,并使之科学化。

我国现有的关于立法技术的概念,从总体上讲,是大同小异的。人们将立法技术作广义与狭义两种理解。广义的立法技术,是指包括一国立法活动中的一切规则,它包括立法机关设立的规则,立法程序的规则,规范性文体和法律规范体系名称、结构、分类和文法等方面的规则;狭义的立法技术,是指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<sup>①</sup>。这种定义与原先较为笼统的概念,即立法技术是指制定、修改和废止法律的技术,无疑前进了一步。上述立法技术的含义界定,对于人们理解和把握立法技术是有积极意义的。

应当看到,广义上的立法技术涉及了立法活动的全过程。这种对技术因素广泛存在于立法活动全过程的理解,有助于推动人们对人类立法活动中的共性进行深入的探索;也有助于推动人们对不同层面上、阶段上立法技术的特点以及不同技术之间的衔接作出积极的探索。

同样,关于狭义上的立法技术,现有的界定无疑具有一定的合理性,它将立法技术主要运用和适用的领域限定在法律制作阶段。狭义的立法技术只是指立法与设定法律内部结构和外部结构的形式,法律的修正和废止的方法,法律文体,法律系统化的规则。但是,对狭义的立法技术的界定仍有其缺陷性,它将立法技术仅仅局限在表述层面上,这就显得过于简单化了。

从法律起草和制作的全过程来看,它包含了两个前后相接,重点不同的阶段。它是两个层面上的立法制作,即立法者观念中的法律设计和构思阶段与立法者法律观念的文字表述的阶段。

---

<sup>①</sup> 参见吴大英,《比较立法学》,法律出版社1985年版,第208页。

只要有立法体验,人们都会发现,起草一部法律草案首先要解决的,不是寻找最为恰当的结构和文字符号载体来表述法律思想和内容,而是在立法者的观念中,在抽象思维范畴内构思和设计未来的法律关系。如果该法律草案的设计是残缺不全的,那么,要想得到一部完美、严密的法律,只能是可望而不可及的一种幻想。相反,法律设计得非常合理但没有合适的表述方式,该法律草案的完满也只会流于空想。假如形象地比拟立法者在两个阶段的角色差异的话,我们可以将两个层面的创作视为设计师和建筑师的不同劳作。所不同的是,立法者必须同时具备设计师和建筑师的秉性。因此,如果我们简单地将立法技术定义为制作、修改和废止法律的技术,或者仅仅涉及法律表述而忽略了法律构思和设计,那么,这个定义至少是过于笼统了。

一个立法者或者法律起草者在法律的制作过程中,要成功而有效地工作,那么,他必须具备法律设计师和建筑师的才能。恩格斯曾指出:“如果民法准则只是以法律形式表现了社会的经济生活条件,那么这种准则就可以依情况的不同而把这些条件有时表现得好,有时表现得坏。”<sup>①</sup>这里所称的“表现”,决不是指法律的词语选择、结构设计,即表述方式层面上的内容;而是指立法者能否把握住社会经济发展规律性东西,能否将客观规律有效地、准确地上升为主观意志和观念中的法律关系,这是立法活动中的关键所在。可见,在立法起草过程中准确地抽象社会关系,概括社会及经济发展中规律性的东西,科学设计、严密构思未来的法律,是立法者首要的任务。这种尚不见诸于文字,无须成文的抽象思维活动,是法律起草中至关重要的创作活动。可是,我国现有立法技术的定义恰恰都没有确切地概括和表达这

---

①《马克思恩格斯选集》第4卷,第248—249页。

个层面的内容。相反,人们更多地关注法律文字和篇章结构表述层面上的技术内容。这个疏忽,被近十年来的立法学著作和论文中无一论及立法构思和设计阶段的技术的事实所证实。

那么,法律起草过程中的抽象思维与概括,设计与构思活动有没有技术、技能、技巧或者方法论意义上的特征呢?回答是肯定的。第一,立法者从一般的社会关系、经济活动中抽象与概括未来法律所要调整和规范的对象和内容的过程,具有明显的技术特征。如果说,企业家从复杂、纷乱的经济生活中把握住机遇,不断开拓,是一种能力和技巧的运用;文学家从人类进步和磨难经历中抽象出人类的永恒主题,创作出惊天地泣鬼神的巨著,是一种能力和技巧的准确运用,那么,我们就没有任何理由否认那些为人类自己现在以及未来设定行为模式、设定行为发展方向,其结果将改变一代人甚至几代人的价值取向的立法者的抽象与概括、设计与构思活动,具有强烈的技术的特征,因为这种抽象与概括同样是极其复杂的劳动。第二,立法者的选择、立法者的构思,明显的与社会其他职业的人们不同。当今世界,人们无法否定的事实是,立法和法律起草的工作日益呈现出职业化的倾向。人们可以在一个早晨提出几十个立法动议,但是起草一部设计周密严谨、构思合理、操作性强、涵盖值大的法律却非易事。法律不是互不相关的法律用语的堆砌,法律也不是异想天开的幻想的条文;法律首先是立法者的法律思想、价值判断,是存在于立法者的观念之中的未来社会行为过程以及保证特定行为得以实现的法律措施。因此,立法者如何抽象和概括,即抽象和概括的方法是什么,抽象和概括的过程是什么,未来法律设计和构思的依据是什么,如何最为准确、经济地把握特定的经济规律和社会发展规律等,都具有强烈的技术特征。第三,立法设计和构思意义上的技术与法律表达、法律成文化意义上的技术有内在的

联系。任何立法者和法律起草者都有相同的经历：即设计和构思完满的法律观念更易于条文化。当然，人们的思想也受制于语言，语言的贫乏不会带来深刻的思想。语言与思想两者关系紧密。其实，立法者观念中的法律抽象与概括，构思与设计，是立法语言所要表述的内容；外化了的、成文化了的法律则是立法者的观念中的法律的物化呈现。

毋庸讳言，我国近十年的立法实践已经反映出由于立法者在设计、构思法律阶段上的技术落后而带来的问题。除了立法语言不规范、不准确外，更为突出的是法律草案迟迟无法出台，立法周期过长，立法落后于社会经济发展的需要，以及出台的法律“空白点”过多，法律操作性低，涵盖值小，这些都深刻地反映了我国立法技术的薄弱。例如，我国《民法通则》中没有物权制度的规定，只以财产所有权和与财产所有权有关的财产权代替，缺乏物权一般原理的应有规定；合伙制度中没有隐名合伙的规定；债权制度中没有债的保全、消灭等基本问题的规定；没有纪行、居间等重要合同的规定。又如，《商标法》中没有驰名商标、服务商标、证明商标、联合商标及防御商标的规定，等等。这些法律规范网络中的空白与盲区，是法律设计和构思中问题的记载。因此，尽管从总体上讲，从法律的结构和数量上讲，我们已经告别了无法可依的时代，可是在法律适用中，我们又面对着空白甚多的状况。可以这么说，深层意义上的、操作意义上的无法可依、有法无据的时代还没有彻底结束。当然，上述问题存在的原因是多方面的，但是从法律发生学的角度，从法律创制过程中的技术运用来说，我们在理论和实践中忽视甚至无视立法设计、构思技术层面上的研究和运用，应该说是重要原因之一。

总之，针对法律制作过程中的两个创制阶段，我们将立法技术分为：立法的表现技术和立法的表述技术。所谓立法的表现技



术,是指立法者在法律创作过程中,在自己的观念和思维范畴内设计构思未来的法律关系的技术。在这个层面上的立法技术,注重引导立法者在观念中准确地抽象、概括和再现社会关系中本质性的东西;引导立法者从大量纷繁复杂的社会关系中科学、有效地抽象出应由法律调整的内容,并设计和构思未来法律的规范框架;它帮助立法者解决什么内容应当写入未来的法律,解决未来法律如何与社会发展相互衔接以及与现有法律规范体系之间实现协调互动、良性作用于社会的方式等问题。所谓立法的表述技术,是指立法者为既定的法律思想和设计配置最佳的文字载体的技术。在这个层面上的立法技术,注重于法律思想和设计的准确、简洁表述,注重于法律表述与法律思想的高度统一和吻合,注重于法律表述的规范化。同时,立法者还注重于法律成果的社会接受和适用。

立法的表现技术与表述技术之间存在着内在的联系。表现技术注重从一般社会关系,从经济运行的过程中抽象出未来由法律来规范和调整的对象和关系。这种被立法者抽象、概括进而组合的是客观世界上稳定存在,并对事物的发展、对人类的行为产生特定影响的规律和趋势。它帮助立法者实现一个从客观存在上升、抽象、概括为精神存在的过程。在这个过程中,人们并不是将客观存在复制般地摄入精神观念之中,而是一种去除无数表层的、非本质的、暂时或偶然性的东西,去除无数与法律调整无关的或者法律无须调整的东西,进而概括出可以或必须由法律调整的社会行为。当然,这个过程决不是立法者脱离客观存在,单凭主观臆想实现的抽象与概括。因此,主观臆想式的抽象和“复制”式的抽象都是立法者有效地制定社会成员行为规范之大忌。

如果说立法的表现技术首先实现的是从客观存在上升为主