

立法制度与技术原理

LEGISLATIVE SYSTEM AND

TECHNIQUE PRINCIPLE

侯淑雯 著

中国工商出版社

立法制度与技术原理

侯淑雯 著

中国工商出版社

责任编辑 董云竹

封面设计 九 歌

图书在版编目(CIP)数据

立法制度与技术原理/侯淑雯著. —北京:中国工商出版社,
2003.6

ISBN 7 - 80012 - 845 - 8

I .立… II .侯… III .立法 - 研究 IV .D901

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 040898 号

书名/立法制度与技术原理

著者/侯淑雯

出版·发行/中国工商出版社

经销/新华书店

印刷/北京白河印刷厂

开本/850 毫米 × 1168 毫米 1/32 印张/9 字数/220 千

版本/2003 年 6 月第 1 版 2003 年 6 月第 1 次印刷

印数/01—3500 册

社址/北京市丰台区花乡育芳园东里 23 号(100070)

电话/(010)63730074, 63748686

出版声明/版权所有,侵权必究

书号:ISBN 7 - 80012 - 845 - 8/D·212

定价:18.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序 言

要建设法治国家,立法是基础。没有完备的立法,要实现法治的目标是不可能的。但有了完备的立法,也并不一定就能实现法治,因为法治本身还包含有深刻的实质内容。早在古希腊时,哲人亚里士多德就说过:“法治应包含两重含义:已成立的法律秩序获得普遍的服从;而大家所服从的法律又应该本身是制定良好的法律。”^① 这就是说,法治的意义不仅仅在于依法而治,更在于依良法而治。如果没有良好的法律,便不可能得到人们的普遍服从,即便能使人们普遍地服从,也不能认为是实现了法治。可见,法治的重心是立良法。这就给立法理论研究者提出了重要的课题。首先是良法的标准问题,什么样的法律才是良法?其次是立法的操作问题,怎样立法才能立出良法?立法理论的研究,就是要从理论的角度,探讨立良法之道,从而为社会立法实践提供依据和参考。

就现代国家来说,良法的标准有两条:一是具有民主、自由、公平、正义之精神;二是具有高质量的立法水准。这两条必须同时具备,不能偏废任何一方,否则,便不可能成其为良法。就立法理论来讲,前者是实质标准,后者是形式标准。实质标准要依靠制度的变革或完善来达到,而形式标准则要依靠立法技术水平的提高。然而,不论是制度的完善,还是技术水平的提高,都需要立法理论的指

^① 见亚里士多德:《政治学》。

导:要健全制度必须要了解制度的缺陷,要知道国外相关制度的状况,要明白制度建立的依据和条件,还要明确该制度所要达到的目标;要提高立法技术水平,既要了解其他国家立法技术的现状,还要了解和认识其技术发展的过程和形成的条件。如果没有对人类立法历史的深刻认识,对国外制度和技术背景的全面了解,就很有可能盲目效仿。这样非但不能使我们受益,反有可能使我们受害。

本书从法的概念和立法概念入手,对立法的本质、立法权的概念和性质、立法体制、立法主体等问题进行了认真的辨析,提出了法律二元论的观点。认为并非所有的法都是立法的产物,立法只和制定法相联系。为了说明政治历史传统对现代立法制度的影响,本书总结回顾了中西方立法思想和立法制度的发展历程,阐释了现代制度建立的社会基础,并对我国立法制度的进一步完善提出了建议。对于立法技术部分,本书不仅重点对立法技术的概念、范围、方式、方法进行分析研究,还试图探寻出立法技术的价值意义,特别是强调规则设定在程序中的特殊作用。同时,对立法进行有效的监督,同样是立法理论中的重要课题,从某种意义上来说,没有监督,就没有现代立法。作为最后一个部分,从立法监督的功能、主体,到立法监督的内容、方式,本书进行了尽可能全面的论述。

改革开放 20 多年来,我国进行了大量的立法活动,制定了足够多的法律。但立法理论研究相对来说还比较薄弱,不能满足立法实践的要求。改变这种状况需要我们扎扎实实地工作和不懈地努力,本书就是这种努力之后的结果。

作 者

2003 年 4 月

目 录

序 言	(1)
第一章 立法的概念分析	(1)
一、法概念述论	(1)
(一)关于法的各种定义	(1)
(二)法的不同历史形态	(3)
(三)法的基本特征	(9)
二、立法的起源	(12)
(一)人类早期的法意识	(13)
(二)立法意识的觉醒	(15)
(三)立法的产生	(18)
三、立法的本质属性和立法概念	(18)
(一)立法的本质特征和立法的概念	(18)
(二)英美判例法和制定法的本质区别	(24)
(三)中国古代的制定法和判例法	(27)
第二章 立法的历史发展	(31)
一、中国立法制度的沿革	(31)
(一)中国古代立法制度	(32)

(二)中国近现代立法制度	(36)
二、中国立法思想的发展	(41)
(一)以神权内容为主要特征的奴隶制时期的立法思想	(41)
(二)以“儒法之争”为主要内容的过渡时期的立法思想	(42)
(三)以儒为主,兼取各家的封建正统立法思想	(45)
(四)明清之际启蒙思想家“民主”、“平等”的立法思想	(47)
(五)近代资产阶级立法思想	(49)
三、西方立法制度的沿革	(52)
(一)古希腊的立法制度	(52)
(二)古罗马的立法制度	(58)
(三)中世纪西欧各国的立法制度	(63)
(四)近现代西方资产阶级国家的立法制度	(64)
四、西方立法思想的发展	(68)
(一)以正义为核心的西方古代立法思想	(69)
(二)以人类理性和主权论为中心的近代立法思想	(71)
(三)以多元化理论为特点的现代立法思想	(76)
第三章 立法权和立法体制	(79)
一、立法权	(79)
(一)立法权的性质	(79)
(二)行使立法权的主体	(83)
(三)立法权的概念	(88)
二、立法体制	(90)

(一)立法体制的概念	(90)
(二)立法体制的类型	(104)
(三)中国当代立法体制及其完善	(108)
三、立法机关	(115)
(一)立法机关的概念和类型	(115)
(二)立法机关的产生	(118)
(三)立法机关的性质和作用	(122)
(四)立法机关的体制	(124)
(五)立法机关的职权	(130)
 第四章 质量的必要保证——立法准备	(133)
一、立法预测	(133)
(一)立法预测的概念和作用	(133)
(二)立法预测的分类	(135)
(三)立法预测的基本原则	(138)
(四)立法预测的方法	(139)
二、立法决策	(140)
(一)立法决策的概念	(140)
(二)立法决策的分类	(144)
(三)立法决策的主体	(145)
(四)立法决策的内容	(146)
三、立法规划	(148)
(一)立法规划的概念和意义	(148)
(二)立法规划的分类及原则	(150)
(三)编制立法规划的步骤和方法	(153)
四、起草法的草案	(155)

(一)法的草案的概念及起草主体	(155)
(二)草案起草条件和起草过程	(156)
第五章 法定的民主过程——立法程序	(161)
一、立法程序的概念	(161)
(一)程序的概念	(163)
(二)立法程序的概念	(164)
二、立法程序的价值定位	(167)
三、立法程序的内容	(170)
(一)立法议程的安排	(170)
(二)立法程序中阶段的划分	(172)
(三)程序规则的设定	(182)
四、改革和完善我国现阶段立法程序	(188)
(一)规范立法听证制度	(188)
(二)规范和完善认可、修改、补充、废止法律的 各类程序	(191)
(三)改革审议程序和审议方式	(192)
(四)增加和完善规则设定	(195)
第六章 立法的完善	(199)
一、立法完善的必要性及其内容	(199)
二、法律解释	(200)
(一)法律解释的概念	(200)
(二)法律解释的方法和规则	(202)
(三)法律解释的种类	(204)
(四)立法解释	(207)

三、法律的补充、修改和废止	(214)
(一)法律补充	(214)
(二)法律修改	(215)
(三)法律废止	(222)
第七章 立法技术	(227)
一、立法技术的概念及其分类	(227)
(一)立法技术的概念	(227)
(二)立法技术的分类	(230)
二、立法的结构技术	(231)
(一)立法的内部结构技术	(231)
(二)立法的外部结构技术	(235)
三、立法的表述技术	(241)
(一)立法表述技术及其功能	(241)
(二)法律文本的风格	(243)
(三)法律文本的语言	(245)
四、法的系统化技术	(250)
(一)法律清理技术	(250)
(二)法律汇编技术	(253)
(三)法典编纂技术	(256)
第八章 立法监督	(257)
一、立法监督的概念及功能	(257)
(一)立法监督的概念	(257)
(二)立法监督的功能	(258)
二、立法监督主体	(262)

立法制度与技术原理

(一)立法监督主体的分类	(262)
(二)当代主要西方国家及我国的立法监督主体	(263)
三、立法监督的内容	(267)
(一)对立法机构的组成监督	(268)
(二)对立法程序的监督	(268)
(三)对立法内容的监督	(270)
四、对立法的监督方式	(272)
(一)立法监督方式的分类	(272)
(二)几种主要的立法监督方式	(274)

第一章 立法的概念分析

一、法概念述论

(一)关于法的各种定义

在汉语中,“立法”的字面意思就是制定或设立具有强制效力的规范。那么,什么是具有强制效力的规范?“法”究竟如何理解?由于“立法”和法有着无法分割的密切关系,因而法就是一个需要首先明确的概念。

什么是法?自有法学以来人们就开始对自己所接触到和认识到的法进行过各种各样的概括。中国古代的政治改革家、思想家认为:“尺寸也,绳墨也,规矩也,衡石也,斗斛也,角量也,谓之法”^①;“法律政令者,吏民规矩绳墨也”^②;“法者,君之命也”^③;“法者,编著之图籍,设之于官府,而布之于百姓者也。”^④“法者,天下之理”^⑤。西方思想家和法学家对法的定义更是五花八门,自然法学派把法分为自然法和实在法,认为自然法是“人类理性”的法则,而实在法应

① 见《管子·七法》。

② 见《管子·七臣七主》。

③ 见《潜夫论·衰制》。

④ 见《韩非子·定法》。

⑤ 见朱熹:《学校贡举私议》。

该体现自然法的要求。哲理法学派的代表人物康德给法下的定义是：“法是能使每个人的意志依据自由的普通法则和他人的意志相协调的条件之总和。”黑格尔的定义是：“法的基地一般说来是精神的东西，它的确定的地位和出发点是意志。意志是自由的，所以自由就构成法的实体和规定性。”^① 此外，有人认为法是“善和公正的艺术”^②，有人认为法就是理性^③，也有人认为法是主权者的命令，还有人认为法就是“法庭上运用公共力量这种情形之下的声明”^④。而在我国大陆，目前的著述和教科书中对法的概念的表述也极不一致，有人概括为：“国家按照统治阶级的利益和意志制定和认可、并由国家强制力保证其实施的行为规范的总和，包括宪法、法律、法令、行政法规、条例、规章、判例、习惯法等各种成文法和不成文法。”^⑤ 也有人表述为：“法是人们在一定的社会物质生产交换和分配的过程中长期形成的、反映统治阶级意志的、具有正当性或合理性的权利与义务关系的社会共同规则。”^⑥ 也有人主张作这样的定义：“法是由国家制定和认可并由国家强制力保证其实施的，反映着统治阶级（即掌握国家政权的阶级）意志的规范系统，这一意志的内容是由统治阶级的物质生活条件决定的，它通过规定人们在相互关系中的权利和义务，确认、保护和发展对统治阶级有利的社会关系和社会秩序。”^⑦ 更多的则是根本不予定义，只是罗列出法

① 见黑格尔：《法哲学原理》，第10页。商务印书馆，1970年版。

② 见《查士丁尼学说汇纂》。

③ 见 The Summa Theologica of Saint Thomas Aquinas (Trans by Father of the English Doinican Provinces, Revised by Daniel j. Sullivan) Encyclopaedia Britannica, Inc 1952 Vol2, p. 205.

④ 见约翰·麦·赞恩：《法律的故事》，第2页。江苏人民出版社，1998年版。

⑤ 见《中国大百科全书·法学》，第76页。中国大百科全书出版社，1984年版。

⑥ 见吕世伦、公丕祥主编：《现代理论法学原理》，第29页。安徽大学出版社，1996年版。

⑦ 见孙国华主编：《法理学教程》，第79—80页。中国人民大学出版社，1994年版。

所具有的基本特征,符合这个基本特征的就是法。

(二)法的不同历史形态

那么,究竟该如何理解法的概念?本文认为,要真正准确地把握法的概念,必须首先解决这样一个认识上的问题,这就是:法是一个发展着的历史的观念。在各个不同的历史阶段中,法有着不同的内容和特点。我们不能把某个阶段的法的特点看做是整个法的一般特点,那必然会得出不符合实际的结论。法的特征应该是在不同历史阶段中法的内容的基础上抽象出来的共同特征,它对所有的法都是适用的,而不是相反。就社会发展的状况来看,阶级社会的法有四种形态,即奴隶制法、封建制法、资本主义法和社会主义社会的法。这四种不同类型的法都有各自不同的内容和不同的特点,正是这些不同的特点构成了此类型与彼类型的区别。但在区别的基础上,它们也会有共同的特征。即作为阶级社会中的共同的事物,它们也会有区别于其他事物的共同特征,这些共同特征是从这些不同类型的法中抽象出来的共同特征,最终构成阶级社会法的特征。那么,阶级社会法的特征能不能作为法的一般特征?这要取决于对阶级社会以前的社会规则的了解和认识。如果有人认为,阶级社会以前的社会根本没有社会规则,或者即便有社会规则也不能将其称之为法,那么,阶级社会法的特征就可以被认为是法的一般特征;如果认为,阶级社会以前的社会同样有我们称之为法的社会规则,那么,我们就不能把阶级社会法的特征看做是法的一般特征,而要在阶级社会的法和无阶级社会的法的基础上进行进一步抽象概括,如此抽象出的法的特征,才是适用于所有法的一般概念的特征。

我国大陆传统的理论是,法是阶级社会的产物,在原始无阶级

的社会中并不存在法。虽然原始人也需要一定的社会规范,但那些社会规范因为不具有阶级统治的意义,因此不能称其为法,法是阶级压迫的工具。但近些年来,这种观点受到了严峻的挑战。一些学者接受西方有关理论,结合我国改革开放以来的理论和现实,指出传统的观点无法解释现实的社会现象,主张突破旧有的理论框架,重新认识法的概念和特征问题。他们把法放在一个更广阔的历史背景中,从人类社会发展的角度来全面理解法的概念。其主要观点是:

1. 法不是阶级社会特有的产物。早在阶级社会产生以前法就产生了,它的形态和内容随着社会历史的发展不断发展,因而不会是一成不变的。我国传统法学虽然也强调阶级社会中不同时代的法有着显著的不同特征,如古代法的特征主要是:(1)法在适用上是不平等的,根据自然人的不同身份和社会地位,规定了不同的法律适用标准;(2)刑罚手段野蛮残酷,保留了大量的原始社会残暴的刑罚;(3)不成文的习惯法开始被成文法所取代,法的内容更加稳定、明确、肯定。近现代法的特征主要是:(1)强调法律适用上的人人平等;(2)强调法律至上,排除任何凌驾于法律之上的特权;(3)法律形式复杂多样,规范划分具体详尽;(4)程序规定严格细密。所以,每个时代的法都有自己时代的特征,每一个新的时代的法都会在过去时代的法的基础上有所进步,有所发展,我们不能拿近现代法的标准去衡量古代的法。然而长期以来,传统法学却总是坚持用现代法的标准去衡量原始社会的规范、规则,从而认为,原始社会没有法。新的理论认为,这是不符合事实的。这就涉及到了第二个观点,即法的起源问题。

2. 法的起源远远早于阶级的出现。传统法学认为,在原始社会中,生产力极端低下,人们以血缘为纽带建立起氏族组织。在氏族

中实行财产公有制。氏族成员共同劳动、共同消费,没有什么剩余物品,也不可能产生私有制。因此阶级分化的现象不可能产生,从而也就没有用法律作为统治工具的需要。随着生产力的发展,产品开始有了剩余。掌握着氏族权力的氏族首领开始把一部分剩余产品据为己有,私有财产开始出现。随着私有财产的增多,这部分私有者便开始利用财富的优势剥削他人,于是阶级便产生了。阶级的产生使社会成员间的矛盾进一步激化,原有的氏族习惯无法解决这些冲突,于是法才应运而生。法表面上体现为国家的意志,实际上是掌握政权的统治阶级的阶级意志。所以,法是阶级和国家的产物,没有私有制的发展,没有阶级,没有国家,也就没有法。

针对上述观点,新的理论指出,早在史前社会人类就已经懂得利用法对社会的调控功能协调他们的社会生活了。他们提出了三个理由反驳传统理论:(1)法史学的研究证明原始社会有法。20世纪以来,众多的法史学家、法社会学家和法人类学家以及法文化学家的研究都表明,原始社会不仅有法,而且是史前社会秩序和文化遗产的基础。原始社会的法首先表现为原始禁忌,如两性禁忌和生产性禁忌。以后进一步分化和变异而形成习惯。其中一部分习惯关系到社会群体的重大根本利益,如氏族首领的产生,食物的分配规则等等。不论是禁忌还是习惯,在原始社会中都是必须遵守的,如有违犯便会受到来自于氏族的强制和惩罚。这就是原始社会的法。虽然和阶级社会的法律相比,它在调整层次上还相对低下,在调整范围上也相对狭小,但从性质上讲,它都具有法的属性,是最初形态的法律。(2)此前关于原始社会没有法的观点有相当一部分是来自于对马恩经典著作的误读。在对史前社会的认识上,人们经常引用的是恩格斯的一段话:“这种十分单纯质朴的氏族制度是一种多么美好的制度啊!没有军队、宪兵和警察,没有贵

族、国王、总督、地方官和法官，没有监狱，没有诉讼，而一切都有条有理的。一切争端和纠纷都由当事人的全体或部落来解决，或者由各个氏族相互解决；血族复仇仅仅当做一种极端的、很少应用的手段……在大多数情况下，历来的习俗就把一切调整好了。不会有贫穷困苦的人，因为共产制的家庭经济和氏族都知道它们对于老年人、病人和战争残废者所负的义务。……在没有分化为不同的阶级以前，人类和人类社会就是如此。”^① 有学者指出，就这段话的话语环境上看，它不过是比照当时资产阶级的政治社会发出的感慨，丝毫没有否定史前社会有法的意思，我们在其中反而可以窥到它对当时法的存在的肯定。在该文下面的一段话中，恩格斯则是明确无误地表明对原始社会存在着法的肯定：“凡是部落以外的，便是不受法律保护的。在没有明确的和平条约的地方，部落与部落之间便存在战争，而且这种战争进行得很残酷，使别的动物无法和人类相比，只是到了后来，才因物质利益的影响而稍微缓和一些”^②。在后面的论述中，类似的表述还有不下十处。然而，“最大的误解是将马克思恩格斯的国家起源理论误用到法的起源上。在马克思恩格斯那里，法律起源远远早于国家。恩格斯指出：‘在社会发展的某个很早的阶段，产生了这样的一种需要：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……这个规则首先表现为习惯，后来便成了法律。随着法律的产生，就必然产生出以维护法律为职责的机关——公共权力，即国家。’”^③ 这说明，法律的产生先于国家，国家则是法律产生之后的产物。(3)若依照传统的理论，我们便无法解释当代社会中法存在的现象。传统理

① 《马克思恩格斯选集》，第4卷，第92—93页。人民出版社，1972年版。

② 《马克思恩格斯选集》，第4卷，第94页。人民出版社，1972年版。

③ 见周水坤：《法理学——全球视野》，第475页。法律出版社，2000年版。