



陈雪平·著

立法价值研究

——以精益学理论为视阈

LEGISLATION
VALUE
STUDIES



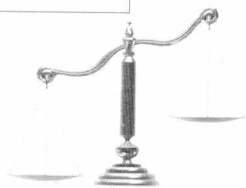
中国社会科学出版社

陈雪平·著

立法价值研究

——以精益学理论为视阈

LEGISLATION
VALUE
STUDIES



中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

立法价值研究:以精益学理论为视阈/陈雪平著.
—北京:中国社会科学出版社,2009.8
ISBN 978-7-5004-8160-7

I. 立… II. 陈… III. 立法—价值—研究
IV. D901

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 162828 号

责任编辑 吴连生
责任校对 曲 宁
封面设计 李尘工作室
技术编辑 戴 宽

出版发行	中国社会科学出版社		
社 址	北京鼓楼西大街甲 158 号	邮 编	100720
电 话	010—84029450(邮购)		
网 址	http://www.csspw.cn		
经 销	新华书店		
印 刷	君升印刷厂	装 订	广增装订厂
版 次	2009 年 8 月第 1 版	印 次	2009 年 8 月第 1 次印刷
开 本	880 × 1230 1/32		
印 张	14.5	插 页	2
字 数	376 千字	印 数	1—2000
定 价	38.00 元		

凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

序

立法是法治的前提，只有所制定的法律本身是优良的，法治的实现才有现实的基础。但法律本身不会自动优良，要使法律优良，就离不开对立法的研究，就要研究立法的价值。就此而言，本书的选题抓住了法律的根本，是大有价值的。

关于立法价值，我认为，最起码包括立法本身的价值和作为立法指导思想的价值两个方面。

立法是为社会立章建制、为国家立法典民，具有极其重要的价值。我们经常讨论如何为社会作贡献的问题，但我认为一个人对社会的最大贡献莫过于为社会、国家建立一套优良的法律制度，因为恶法是百恶之源，善法是百善之首。所以，拿破仑才说，我打了一辈子的胜仗，但都被滑铁卢一仗给全部抹杀了，我真正能留给后人的、让后人永远记得我的，还是我的民法典。每念及此，就会遥想起那些真正的开国元勋，他们是值得人们铭记的先贤和学习的楷模。

立法不仅是法治的基础，也是一切法学研究的最终目的，因为研究问题就是为了提出解决问题的方法，而这种方法的最高形式就是法律规则。法学研究无论是究天人之际，通古今之变，还是博中外之长，成一家之言，最终目的都是为了立一套规则。北京天则经济研究所把“天降大任兴百业，则成律令福万民”立

为所训，这是很值得我们学习的。人家经济学研究尚且追求“则成律令”，我们的法律研究本质上是规则研究，按理说最应该把研究成果“则成律令”，但我们似乎还缺乏这种立法意识，做得还很不够，经常可以看到许多法学研究的成果，包括那些洋洋几万言、几十万言的硕士、博士学位论文，它们研究来研究去，其结论却很少被确立为具体的法律规则。这种研究不仅功亏一篑，而且很不到位，就像踢足球欠缺临门一脚一样，令人叹息。这种现象是我们应该高度重视、认真对待、着力解决的。要是我们的法学研究成果，最终都能确立为法律规则，为我们的法制完善尽心尽力，那么我们实现法治国家的目标就指日可待了。

人的行为深受价值观念的指导，可以说，有什么样的价值观念就有什么样的行为。同样，有什么样的立法价值观念，就有什么样的立法和法律，立法要保证优良，就必须受到正确的价值观念的指导。因此，要研究立法就必须研究立法的价值。这些立法价值包括，一是道德，法律本身应该是道德的，道德是立法的核心价值，如公平、正义、平等、自由、民主、人权、秩序等，它们是立法的根本价值。我认为，一切立法和法律都应是对上述人类普世价值的确定化、规则化和体系化。但由于上述立法价值有其宽泛性和不确定性，需要其他立法价值去补充和确证，因此，除了作为核心立法价值的道德以外，还应选择那些对立法有着重要指导作用的价值作为有益的补充，如习惯、科学即是如此。习惯是法律之母，立法应尊重习惯、符合习惯、记载习惯、升华习惯，这样立出来的法律才不会是无源之水、无本之木；立法是一门科学，应符合科学的要求，具有科学的内涵，体现科学的精神，具备科学的特征，实现科学的宗旨，立法科学才能保证法律科学，法律科学才能行之有效。本书力求在道德、习惯和科学的基础上建立一套多元、系统的立法价值体系。这一立法价值体系

的基本特征是，以人类对良法的追求为立法价值的逻辑起点；以人的需要为立法价值的逻辑终点；以道德的正当性为主导，以符合习惯、尊重科学为补充；以实现立法的正当性、实效性和客观性为目的。我认为，书中的这些探讨是十分有益的。

立法是从纷繁多样的社会关系中总结出一般性的法律规则，法律是社会关系的总和，立法关系国计民生，影响国泰民安，涉及方方面面，这就决定了立法是一项错综复杂的工作，它需要百科全书式的知识。所以《查士丁尼法典》开宗明义规定：“法学是关于神和人的事物的知识”。^① 孟德斯鸠指出：“从最广泛的意义来说，法是由事物的性质产生出来的必然关系”，“法律应该和国家的自然状态有关系；和寒、热、温的气候有关系；和土地的质量、形势与面积有关系；和农、猎、牧各种人民和生活方式有关系。法律应该和政治所能容忍的自由程度有关系；和居民的宗教、性癖、财富、人口、贸易、风俗、习惯相适应……这些关系综合起来就构成所谓法的精神。”^② 如此看来，要完成立法工作，立法者必须具有广博精深的知识，立法者的知识广度和深度直接决定着立法的质量。为此，立法者必须先经磨炼，洞悉天人性情，根极天理民彝，称量于人情世故，熟谙各国风教，大小上下，源委重轻，无不了然于心中者，然后推而出之，乃能稳惬人情也。^③ 这就是说，立法者几乎要上知天文、下晓地理、中通人事，应探究天地人、追求真善美，只有具有如此广博精深的知识，才能胜任立法工作。所以有人说，立法者应是一国中最优秀

① [古罗马] 查士丁尼：《法学阶梯》，张企泰译，商务印书馆1987年版，第1页。

② [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》上卷，张雁深译，商务印书馆1993年版，第1、7页。

③ 参见洪仁玕《资政新编》。

的人，甚至是非神明不可。不仅立法需要百科全书式的知识，研究立法和立法价值也同样如此，本书在这方面作了力所能及的努力。它以立法学理论为主线，但在具体问题的论证中综合运用了哲学、历史、政治学、法学、伦理学、经济学等多学科的知识、理论和方法，广泛借鉴和吸取了古今中外已有的研究成果，并在此基础上提出了自己的一些见解。这是可喜可贺的。

还有本书的一个重要方面就是运用了现代管理学的精益理论和方法对立法价值进行了创新性的研究。它将立法过程视为精益过程，将立法价值体系视为精益价值系统，对立法价值进行了精益性分析，提出了道德、习惯和科学等要素在立法价值系统中的地位、功能及各自量化的表现，并以此为基础对立法提出了精益性的要求，使立法价值研究更有现实基础。是呀，我们制作一件物品尚且需要精益求精，制定直接关涉人们生命、自由、财产、安全，关系国计民生、影响国泰民安，也可以说是“为天地立心，为生民立命，为往圣继绝学，为万世开太平”的法律更需要精益求精，也许可以说，这世上大概没有什么东西比法律更需要精益求精的了。其实，我们进行法学研究的最终目的就是为了使我们的法律规则精益求精，如果法律规则精益求精了，那么法律就优良了。相比之下，我们急需对我们的法律规则加以精益求精，因为我们的法律规则除了有剥夺孙志刚生命这样很不人道的《收容条例》和侵害许多婴幼儿生命健康这样匪夷所思的“免检制度”以外，仍然还有许多不够精益求精的地方。例如，《刑法》第十七条规定：“已满十四周岁不满十六周岁的人犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任。”这个规定是不合逻辑的，因为“故意伤害致人重伤或者死亡”，它本身不是一个罪名，而是故意伤害罪的两情节。再如《刑事诉讼法》第二百

一十二条规定：“死刑采用枪决或者注射等方法执行”。这一规定也是不严谨的，因为刑法的基本原则之一是罪刑法定，不仅要法定，而且刑也要法定，执行刑罚的方法怎么可以“等”呢，“等”给人们留下了很大的想象空间，也埋下了不小的滥刑可能。还有《婚姻法》第七条规定：“直系血亲和三代以内的旁系血亲禁止结婚”，这条规定也是有待完善的，因为这是生育的条件而不是结婚的条件，事实上就有许多人是直系血亲或三代以内旁系血亲，他们的爱情不亚于梁山伯与祝英台，但根据目前《婚姻法》的规定他们是不能结婚的，这种一刀切剥夺他们结婚权利的做法是十分残忍的！如果他们只结婚不生育，如丁克家庭那样，难道法律不应该对他们网开一面吗？当然有人会说，这是为了防止残疾婴儿的出生。但是否会生育出残疾婴儿，其实当事人比任何他人或社会、政府都更为担心和关心，因而他们会好自为之，大概用不着别人为之费心劳神。法律诸如此类不够精益求精的地方还有很多。如果我们能对我们所有的法律进行逐一排查，对每一条、每一部法律都精益求精，那将是功莫大焉的事情。

这篇序已经写得太长了。俗话说，百闻不如一见，还是敬请读者亲睹为快吧。

中国社会科学院法学研究所研究员 邱本

2009年6月20日

目 录

序	邱本(1)
导言	(1)
第一章 立法价值概述	(41)
第一节 价值与立法价值	(42)
一 价值的含义	(42)
二 立法价值的含义	(48)
三 立法价值与法律价值	(62)
四 立法价值与立法目的	(69)
第二节 立法的精益价值方法论	(73)
一 精益理论内容概述	(73)
二 对立法的精益价值范式的分析	(80)
三 立法的精益价值系统形式	(83)
四 立法的精益行为过程	(85)
第三节 立法的精益价值原则	(88)
一 由人民的意志决定立法的价值取向	(88)
二 从立法数量到立法质量	(91)

三	立法价值的内容由全体社会成员的需求拉动、 且能够拉动	(93)
四	消除立法价值网链中的无价值行为和 渐进立法	(95)
五	追求“良法善治”	(97)
第二章	立法的精益价值系统	(98)
第一节	道德	(99)
一	对道德的定性分析	(99)
二	对道德的量化分析	(107)
三	道德的正当性	(149)
第二节	习惯	(154)
一	习惯与习惯法	(155)
二	习惯对社会发展的意义	(161)
三	习惯的实效性	(164)
第三节	科学技术	(169)
一	对科学技术的定性分析	(170)
二	科学技术立法价值的内容	(175)
三	科学技术的真理性和适用性	(180)
第三章	立法的精益行为过程	(198)
第一节	立法主体的界定和立法权限的量度	(199)
一	立法主体的界定	(199)
二	立法权限的量度	(206)
三	对立法主体和立法权限的精益要求	(215)
第二节	立法行为过程的必要条件和准备阶段	(217)
一	立法方法、策略和要求	(218)

二 立法预测、规划和决策	(234)
第三节 立法的精益行为过程	(244)
一 立法民主的程序	(245)
二 民主立法的途径	(258)
第四章 立法的精益价值适用	(268)
第一节 宪法的立法价值	(269)
一 确立宪法的根本法地位	(269)
二 宪法立法价值的取向	(274)
三 对宪法立法价值的精益要求	(280)
第二节 刑法的立法价值	(287)
一 作为公法的刑法的立法价值导向	(288)
二 刑法立法的价值取向	(292)
三 对刑法立法价值的精益要求	(301)
第三节 民法的立法价值	(309)
一 作为私法的民法的立法价值导向	(309)
二 民事立法的立法价值取向	(317)
三 对民法立法价值的精益要求	(326)
第四节 劳动法的立法价值	(332)
一 作为社会法的劳动法的立法价值导向	(332)
二 劳动法的立法价值取向	(336)
三 对劳动法立法价值的精益要求	(343)
第五节 诉讼法的立法价值	(348)
一 作为程序法的诉讼法的立法价值导向	(349)
二 诉讼法的立法价值取向	(352)
三 对诉讼法立法价值的精益要求	(358)

第五章 实现立法价值	(369)
第一节 实现立法价值的缺憾	(370)
一 立法的缺憾	(370)
二 依法行政的缺憾	(378)
三 司法公正的缺憾	(383)
第二节 实现立法价值的途径	(387)
一 立法民主、民主立法	(387)
二 依法行政,打造法治政府	(398)
三 积极推进司法制度的改革,促进司法公正	(405)
四 实现立法价值的其他条件	(420)
第三节 中国现阶段立法的精益价值体系	(425)
一 中国现阶段立法的精益价值体系内容	(425)
二 对中国现阶段立法价值的精益要求	(430)
 主要参考文献	 (441)
 后记	 (449)

导 言

立法，即以审慎刻意的方式制定的法律，已被论者确当地描述为人类所有发明中充满了最严重后果的发明之一，其影响甚至比火的发现或火药的发明还要深远。然而立法本身从来不是像立法那样被“发明”出来的，因此与这种法律不同，立法的发明在人类历史上相对晚出一些。立法的这种发明赋予了人类以一种威力无比的工具——它是人类为了实现某种善所需的工具，但是人类却还没有学会控制它，并确保它不产生大恶。立法向人类开放出了诸多全新的可能性，并赋予了人类以一种支配自己命运新的力量观或权力观。

—— [英] 弗里德利希·冯·哈耶克^①

^① [英] 弗里德利希·冯·哈耶克：《法律、立法与自由》第一卷，邓正来、张守东等译，中国大百科全书出版社2000年版，第113页。源于：Begulae Rehfeld, Die Wurzeln des Rechts (Berlin, 1951) 第67页中的一段话：“立法现象的出现……意味着人类历史上一种艺术的发明，即规定合法与不合法的艺术。在此之前，人们认为，法律是不能制定的，而法律只能作为某种本来就存在的东西来加以适用。根据这种观念，立法作为一种发明，就可能产生的某种严重后果，与火的发现或火药的发明所具有的那种严重后果一样。这是因为，越加强立法，人类的命运就越依赖于法律。”

立法学作为现代法学体系中一门重要的学科，是对立法现象、立法规律进行理论研究和实践的探索，即立法学一方面要对立法主体、效力及过程给出理性的阐述；另一方面还要对立法的客观状况进行求证。但无论是理论研究，还是实践探索都会同时遇到立法的价值问题。尽管目前立法学的体系还没有将其纳入立法学的内容，但立法的价值问题理应是立法学研究的范围。这是因为，人类实践的价值取向是不容置疑的，是为满足人——作为社会实践主体的需要的必然选择。而人的需求欲望虽然会受到社会历史的物质条件和人类自身实践能力的限制，但是作为具有社会性和自然属性统一本质的人，在受到客观外在限制的同时，其主观意识却在无时无刻地追求这种需求的最大化。自从有了国家，国家的统治者便通过法律规定，规范人的行为，使其能够在法律许可范围内，保护或限制人们为满足自身的需要和他人需要的行为规范，由此必然会形成对立法价值的追求。

在现代社会中，市场经济是当然的法治经济，只有法治经济才能规范市场的主体（在这一点上国家也不例外），才能使立法的价值至少在形式上得到了直接的、纯粹的体现，也使得法治的权威在民众心中得以树立，使遵法、守法、执法、司法及法律监督能够在一定程度上得到良好地运行。近十几年来，由于中国市场经济的不断完善和发展，特别是加入 WTO 后，中国的经济发展已融入世界的舞台。全球经济一体化要求中国依法治国的治理方略应更加完备，更加具有成效。这首先就要求中国必须要有完善而系统的法律体系，因此立法已成为中国权力机关的重要行为之一。然而由于部门权益、群体利益的不同，导致了立法目的和立法过程始终充满着博弈，使得立法者在立法的价值取向上必须权衡利害、舍取适当，在充分或至少体现法的最普遍价值时，兼顾法的其他价值，从而实现立法价值的系统性，特别是立法价值

的精益性。但这一过程由于种种复杂多变的原因，在现实中却是相当艰难的。在这一点上，我们可以从近年来中国制定一些法律的过程中得到证实，特别是《中华人民共和国物权法》和《中华人民共和国劳动合同法》的制定过程更能说明这一点。在十一届全国人民代表大会第一次会议的全国人大工作报告中，着重提出了要以科学发展观为指导思想，以人为本，实现民主立法、科学立法。这一指导思想本质就是通过立法价值的取向，以保护人的基本权益为依托，体现法的价值。而这一过程只有进行精益的有价值的立法行为才能实现。

现代社会发展的全面性和复杂性向立法学的理论提出了挑战，要求立法活动能从全面的、系统的和多层次的维度考虑问题，要求人们必须运用抽象具体、分析综合等辩证的理性思维，采用量化和实证等方法，从哲学、政治学、伦理学、美学、社会学、心理学、历史学、管理学等多学科视角，对立法价值的深层次的理论问题进行探讨：怎样才能对立法的价值概念进行科学的界定？如何建立立法的价值系统？如何描绘立法价值的行为？在现阶段如何分析和解决立法活动过程中出现的矛盾和冲突？这都需要在理论的层面上进行全面而系统的探讨。当前，中国理论界对具体法律的立法价值探讨的较多，而对立法价值的理论进行研究还比较少。因此笔者试图作出这方面的不懈努力，并试图以精益学理论分析立法价值及实现立法价值的行为过程，期待此举能够对立法价值的理论研究起到抛砖引玉的作用。

一 立法价值研究的重要性和必要性

对立法价值的理论研究，首先是基于现代法治国家的追求，同时也是立法理论自身完善的需要，而更重要的是立法价值适用

的需要，这是立法价值的生命力，也是进行这一理论研究最坚实的基础和最终的着眼点。

1. 现代法治国家的追求

当今世界，除个别国家外，都在积极制定法律，许多国家早已形成或正在形成自己的法治社会。而无论是建设法制或实行依法治国，首先都要立法^①。立法始终是和法治联系在一起的。在人类文明的进程中，国家的形成，使法治在与人治的博弈中逐渐成为执政者主要的或绝对的治国方略，这在现代实行市场经济的国家中尤为明显。

(1) 法治应当是“良法”之治。对立法价值进行“艰苦卓绝”的探讨，其目的是能够为依法治国制定“良法”，以满足人作为实践的主体对立法客体的需要。

在国家形成的初期，由于生产力发展水平的低下，社会意识的功能和作用还处于较低的水平，加之上层建筑的内在结构及其各个部分还没有形成良好的运行机制，使治理国家的途径在本质上是“人治”，但在表现形式上，“人治”的实施是通过法律进行的。特别在人类社会的进步中，执政者逐渐克服了密制酷法、滥设私刑的“愚民”做法，并最终公开颁布的法律和审判定罪得以实现。法律的公布对于约束政治的权威十分重要，“把法律写出来不仅保证了法律的永久性和稳定性，还使法律摆脱了以‘言说’法律为职能的巴赛勒斯的个人权威，变成了公共财产和对所有人都一视同仁的普遍规则。法律是一种适用所有人但又高于所有人的规则，是一种理性的规范，它可以讨论，可以通过决定来修改”^②，至此法律公开，

① 周旺生：《立法学》，法律出版社2004年版，第2页。

② [法]让·皮埃尔·韦尔南：《希腊思想的起源》，秦海鹰译，生活·读书·新知三联书店1996年版，第40—41页。

统治者便将治理国家的厚望寄于法治的权威，而不是仅仅寄于某一个人的身上。这样，立法也就成了统治者在任何时代和时期都极其重要的活动了。

古希腊著名思想家柏拉图在他的《法律篇》中分析了人的本性是贪图和自私时认为：“人类必须有法律，并且遵守法律，否则他们的生活将像野蛮的兽类一样。”由此他得出结论：一个国家的法律如果在官吏之上，而这些官吏又服从法律，这个国家就会获得诸神的保佑和赐福^①。柏拉图的学生亚里士多德则更进一步地提出了“良法之治”的思想，他认为：“法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该是本身制定得良好的法律。”^②即只有符合正义的良法才能树立至高无上的权威，才能被人们普遍遵守。近代以来，资产阶级思想家们强调自由、平等、正义、人权等人道主义精神，并在对社会进行深刻分析的基础上，强调了“法律即王”、“法律高于政治权威”、“法律至上”、“司法独立”、“程序正当”等，以此强调法治的重要性^③。

可见，法治应以良法为前提。何为良法？亚里士多德在《政治学》中提出了这样的标准：第一，良法是能够促进正义的法律。法律的实际意义应该是促成全邦人民都能献身于正义和善德。亚里士多德认为，法律如果能帮助政府和人民为恶，便不是良法。第二，良法不能只于一时一地具有意义。亚里士多德主张

① [古希腊] 柏拉图：《法律篇》，载《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社 1983 年版，第 73 页。

② [古希腊] 亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1965 年版，第 199 页。

③ 参见程燎原、江山《法治与政治权威》，清华大学出版社 2001 年版，第 81 页。