



立法论证研究

On Legislative Argumentation

王 锋 著

非
外
借



商务印书馆
The Commercial Press

创于1897

法学文库

主编 何勤华

立法论证研究

王 锋 著

 商务印书馆
1897 The Commercial Press

2019年·北京

图书在版编目(CIP)数据

立法论证研究/王锋著. —北京:商务印书馆,2019
(法学文库)

ISBN 978-7-100-17625-5

I. ①立… II. ①王… III. ①立法—研究
IV. ①D901

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第141806号

权利保留,侵权必究。

法学文库

立法论证研究

王锋 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商务印书馆发行

北京艺辉伊航图文有限公司印刷

ISBN 978-7-100-17625-5

2019年9月第1版 开本 880×1230 1/32

2019年9月北京第1次印刷 印张 9 1/4

定价:46.00元

总 序

商务印书馆与法律著作的出版有着非常深的渊源,学界对此尽人皆知。民国时期的法律著作和教材,除少量为上海法学编译社、上海大东书局等出版之外,绝大多数是由商务印书馆出版的。尤其是一些经典法律作品,如《法律进化论》、《英宪精义》、《公法与私法》、《法律发达史》、《宪法学原理》、《欧陆法律发达史》、《民法与社会主义》等,几乎无一例外地皆由商务印书馆出版。

目下,商务印书馆领导高瞻远瞩,加强法律图书出版的力度和规模,期望以更好、更多的法律学术著作,为法学的繁荣和法治的推进做出更大的贡献。其举措之一,就是策划出版一套“法学文库”。

在当前国内已出版多种法学“文库”的情况下,如何体现商务版“法学文库”的特色?我不禁想起程树德在《九朝律考》中所引明末清初大儒顾炎武(1613—1682)的一句名言。顾氏曾将著书之价值界定在:“古人所未及就,后世所不可无者”。并以此为宗旨,终于创作了一代名著《日知录》。

顾氏此言,实际上包含了两层意思:一是研究成果必须具有填补学术空白之价值;二是研究对象必须是后人所无法绕开的社会或学术上之重大问题,即使我们现在不去触碰,后人也必须要去研究。这两层意思总的表达了学术研究的根本追求——原创性,这也是我们编辑这套“法学文库”的立意和目标。

具体落实到选题上,我的理解是:一、本“文库”的各个选题,应是国

内学术界还没有涉及的课题,具有填补法学研究空白的特点;二、各个选题,是国内外法学界都很感兴趣,但还没有比较系统、集中的成果;三、各选题中的子课题,或阶段性成果已在国内外高质量的刊物上发表,在学术界产生了重要的影响;四、具有比较高的文献史料价值,能为学术界的进一步研究提供基础性材料。

法律是人类之心灵的透视,意志的体现,智慧的结晶,行为的准则。在西方,因法治传统的长期浸染,法律,作为调整人们生活的首要规范,其位亦尊,其学亦盛。而在中国,由于两千年法律虚无主义的肆虐,法律之位亦卑,其学亦微。至目前,法律的春天才可以算是刚刚来临。但正因为是春天,所以也是一个播种的季节,希望的季节。

春天的嫩芽,总会结出累累的果实;涓涓之细流,必将汇成浩瀚之大海。希望“法学文库”能够以“原创性”之特色为中国法学领域的学术积累做贡献;也真切地期盼“法学文库”的编辑和出版能够得到各位法学界同仁的参与和关爱,使之成为展示理论法学研究前沿成果的一个窗口。

我们虽然还不够成熟,
但我们一直在努力探索……

何勤华

于上海·华东政法大学

法律史研究中心

2004年5月1日

General Preface

It's well known in the academic community that the Commercial Press has a long tradition of publishing books on Legal science. During the period of Republic of China (1912—1949), most of the works and text books on legal science were published by the Commercial Press, only a few of them were published by Shanghai Edition and Translation Agency of Legal Science or Shanghai Dadong Publishing House. Especially the publishing of some classical works, such as *on Evolution of Laws*, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, *Public Laws and Private Laws*, *the History of Laws*, *Theory of Constitution*, *History of the Laws in European Continents*, *Civil Law and Socialism* were all undertaken by the Commercial Press.

Now, the executors of Commercial Press, with great foresight, are seeking to strengthen the publishing of the works on the study of laws, and trying to devote more to the prosperity of legal science and the progress of the career of ruling of law by more and better academic works. One of their measures is to publish a set of books named "Jurisprudential Library".

Actually, several sets of "library" on legal science have been published in our country, what should be unique to this set of "Juris-

prudential Library”? It reminded me of Gu Yanwu’s(1613—1682) famous saying which has been quoted by Cheng Shude(1876—1944) in *Jiu Chao Lv Cao (Collection and Complication of the Laws in the Nine Dynasties)*. Gu Yanwu was the great scholar of Confucianism in late Ming and early Qing Dynasties. He defined the value of a book like this: “the subject covered by the book has not been studied by our predecessors, and it is necessary to our descendants”. According to this principal, he created the famous work *Ri Zhi Lu (Notes on Knowledge Accumulated Day by Day)*.

Mr. Gu’s words includes the following two points: the fruit of study must have the value of fulfilling the academic blanks; the object of research must be the significant question that our descendants cannot detour or omit, that means even if we didn’t touch them, the descendants have to face them sooner or later. The two levels of the meaning expressed the fundamental pursuit of academy; originality, and this is the conception and purpose of our compiling this set of “Jurisprudential Library”.

As for the requirement of choosing subjects, my opinion can be articulated like this: I. All the subjects in this library have not been touched in our country, so they have the value of fulfilling the academic blanks; II. The scholars, no matter at home and or abroad are interested in these subjects, but they have not published systematic and concentrated results; III. All the sub-subjects included in the subjects chosen or the initial results have been published in the publication which is of high quality at home or abroad; IV. The subjects chosen should have comparatively high value of historical data, they can

provide basic materials for the further research.

The law is the perspective of human hearts, reflection of their will, crystallization of their wisdom and the norms of their action. In western countries, because of the long tradition of ruling of law, law, the primary standard regulating people's conducts, is in a high position, and the study of law is also prosperous. But, in China, the rampancy of legal nihilism had been lasting for 2000 years, consequently, law is in a low position, and the study of law is also weak. Until now, the spring of legal science has just arrived. However, spring is a sowing season, and a season full of hopes and wishes.

The fresh bud in spring will surely be thickly hung with fruits; the little creeks will coverage into endless sea. I hope "Jurisprudential Library" can make great contribution to the academic accumulation of the area of Chinese legal science by it's originality; I also heartily hope the colleagues in the area of legal study can award their participation and love to the complication and publication of "Jurisprudential Library" and make it a wonderful window showing the theoretical frontier results in the area of legal research.

We are not mature enough

We are keeping on exploring and seeking

He Qinhua

In the Research Center of Legal History
East China University of Politics and Law, Shanghai, P. R. C.

May 1st, 2004

自序

《立法论证研究》是在我博士论文基础上,经过近两年修改完善而成的。本书的主题是立法学和法理学的一个比较前沿的领域,拟从立法机关和立法者的视角,研究如何通过理性论证证成立法的合宪性、合法性、合政策性、正当性和合理性,以提高立法的可接受性和可认同性,有效维护国家利益和人民利益。在这一核心主题之下,还对立法论证的主体及立法论证与法律效力的关系,立法论证的思维过程,我国立法论证的体制机制以及完善我国立法论证制度和机制的对策和建议作了论述。本书既是著者从事立法工作十多年对实践和经验的理论思考,也是对如何提高立法质量、提升立法对我国社会实践问题有效应对,实现良法之治的实践关切的一些理论思考。

本书研究的问题意识可以最早追溯至我在西安西北政法学院读硕士期间对于法律论证的认识。当时,法律论证研究的核心主题是法官如何证成其所做的判决。我的硕士论文也是以法律论证理论作为基础材料之一研究法官的法律解释,核心主题是法官如何证成自己在个案中的法律解释。2001年在写作硕士论文的过程中,争分夺秒阅读法律论证理论,苦思冥想构思硕士论文。有一天,从长安南路一家书店出来走在长安南路上,正值秋日,斜阳西照,落叶缤纷,突然灵光乍现,脑海中闪过一个问题:立法领域是否也是法律论证可以运用的领域,是否可以产生一种立法论证的理论?

2002年硕士毕业后,我考入原国务院法制办开始学习立法工作。

正好这一年,舒国滢教授翻译的德国法学家罗伯特·阿列克西所著的《法律论证理论》出版,阅读本书使我对法律论证理论有了更加深入系统的认识。之后陆续几年,凡是在书店发现与法律论证相关的书我都一一收集阅读。参加工作后,在工作之余,依然保持着阅读和思考的习惯。在下班、深夜加班后,走在文津街、西安门大街、北海公园、后海或者乘地铁的途中,时常思考工作中、实践中或者阅读中的一些问题。在阅读法律论证理论以及其他理论书籍,和从事立法工作的过程中,继续深入思考写作硕士论文中灵光乍现的问题:如果法律论证理论能够适用于司法领域并能够对司法实践产生有效影响,那么法律论证理论是否可以在立法领域适用,或者可以在立法领域可以产生一种新的关于立法论证的理论?事实上,在从事立法的实践中,我深刻认识到对立法制度的论证是立法工作的核心内容。在从事公司法、个体工商户条例、武器装备科研许可管理条例、军工关键设备设施管理条例等 10 多部法律、行政法规的立法过程中,积累了一些立法论证的案例和资料。应当说,硕士期间对法律论证理论的初步涉及为我研究立法论证提供了最初的问题意识,而在原国务院法制办的立法工作和阅读思考则为我研究立法论证提供了丰富的实践经验和更加专门的理论基础。理论的研究不仅需要敏锐的问题意识,更重要的是,需要有丰富的实践基础和积累。理论的源泉在于实践,脱离实践的理论是无本之木、无源之水。对于立法论证研究的问题意识,虽然部分源于对于西方理论的阅读和思考,但是更多源于对立法实践的思考。本书整个理论框架和概念体系是从我国的立法实践中提炼出来,并拟以此为我国立法论证的实践提供一定的解释,提供一定的理论指引。

2002 年年初在原国务院法制办参加面试时,针对当时主考官问我为什么报考国务院法制办的问题,我回答:“如果执法和司法实现的是个案正义,那么立法应当实现普遍的正义。相对于从事实实现个案正义

的执法和司法工作,我更愿意从事实现普遍正义的立法工作。”事实上,由于自己当时刚刚从学校毕业根本没有从事立法工作的实践经验,对于立法实现普遍正义的认识,仅仅停留于理论层面。随着自己从事立法工作实践经验的积累,对立法实现普遍正义的认识也越来越深刻。在从事《特种设备安全监察条例》的立法过程中,深切认识到包括电梯、压力容器(包括城镇和农村使用的气瓶)、游乐设施、索道等均与人民群众生命健康和安全息息相关,通过立法解决上述设备的安全、预防和遏制事故发生就是实现普遍正义。在制定《武器装备科研许可管理条例》《武器装备质量管理条例》《军工关键设备设施管理条例》等三个有关武器装备的条例过程中,深刻认识到在国际斗争的虎狼世界中,武器装备直接关涉国防安全、国家安全,也关涉人民群众的幸福安康、安居乐业,实现的是中华民族和中国人民的普遍正义。这样的例证,还有许多,不再赘述。普遍正义,如果从利益视角审视,实质上就是国家利益与人民利益,有效保障了国家利益和人民利益事实上就实现了普遍正义。

本书的修改完善主要是在我援藏期间完成的。雪域高原干燥缺氧,无疑增加了写作的挑战和困难,写作过程中,时常吸氧以缓解身心大脑的不适。写作疲惫时,散步室外,休憩身心。夜晚,巍峨的布达拉宫近在眼前,高耸的西藏和平解放纪念碑庄严肃穆,明星点点闪耀长空,清风宜人时时拂面,身心的疲惫瞬间消失;白天,炽热的阳光似乎可以照彻人心,纯净的蓝天、纯净的空气、纯净的白云,瞬间令人心神澄澈。在阳光之城的学习、研究和思考,将是自己一生取之不竭、用之不尽的精神财富。

最后,感谢在本书写作过程中给予指导和帮助的刘作翔教授、舒国滢教授。感谢我供职单位领导和同事们的支持和帮助。感谢王兰萍老师对本书前后多次所提的宝贵指导意见,完善了本书诸多章节,于本书增色良多。感谢我的爱人和岳父母,他们承担了对女儿田田的照顾和

4 立法论证研究

教育,承担了本应当由我承担的家庭责任和负担,使我有专门的时间从事思考和写作。感谢远在宁夏的父母兄弟和亲人、朋友,没有他们无私、默默的支持、奉献和关心,作为农家子弟,我不可能有机会读书并思考这些重要而宏大的问题。也可以说,对他们生活和命运的思考是我思考和写作的原动力,也将是我继续思考和写作的动力。

王 锋

2019年1月11日于拉萨

目 录

导论	1
一、引子	1
二、概念界定和限定	4
(一) 论证的语义考察	4
(二) 立法论证的概念及其限定	6
三、立法论证的制度与实践	9
(一) 我国的立法论证制度	9
(二) 实践中的立法论证及其对立法质量和 实施效果的影响	10
四、立法论证:法律论证的新领域	17
(一) 立法论证为什么被忽视	19
(二) 迈向法律论证的新领域	30
五、本书体例	34
第一章 立法论证的主体及其与法律效力的关系	37
第一节 立法论证主体	37
一、国外立法论证主体	38
(一) 国外立法论证的主导主体	38
(二) 参与主体	43
二、我国立法论证主体	47
(一) 领导主体:党中央和相关党组	47

2 立法论证研究

(二) 主导主体:立法机关	48
(三) 参与主体	51
第二节 立法论证与法律效力的关系	54
一、法律效力的三个层面	54
二、立法论证与法律效力关系	55
第二章 立法论证的对象和思维过程	57
第一节 立法论证的对象	57
一、立法论证的对象	57
(一) 规范	58
(二) 规范陈述	68
二、立法论证对象涉及的陈述类型	69
(一) 事实陈述	70
(二) 评价陈述	70
(三) 规范陈述	71
(四) 评价陈述与规范陈述的关系	71
第二节 立法论证思维过程	72
一、从社会实践中归纳出事实陈述	74
(一) 立法所要解决的社会问题的性质和限度	75
(二) 由社会问题到事实陈述的逻辑方法:归纳与抽象	76
二、对事实陈述评价得出评价陈述	77
(一) 美国《保卫婚姻家庭法案》(Defense of Marriage Act)的 概述和分析	78
(二) 如何从事实陈述得出评价陈述:价值立场 和判断的介入	80
三、由评价陈述得出规范陈述	81
(一) 从“好(不好)”到“应当(不应当)”的实践分析	81

(二) 从“好(不好)”到“应当(不应当)”的语言和逻辑分析	83
(三) 规范陈述环节中以规范目的和规范手段为内容的实践推理	85
第三章 立法论证中的合宪性、合法律性、合政策性	87
第一节 立法论证中的合宪性	87
一、立法合宪性的涵义	87
二、立法合宪性证成的意义	88
三、立法合宪性证成的分类	90
(一) 对合宪性的证明	90
(二) 对合宪性的否认	91
四、立法合宪性的论证方式	91
(一) 立法合宪性的论证方式	92
(二) 立法合宪性的否认方式	93
第二节 立法论证中的合法律性	95
一、立法合法律性的概念	95
二、立法合法律性证成的涵义和意义	96
三、立法合法律性证成的分类和方式	97
(一) 对拟制定法律相关规范内容合法律性的证成	97
(二) 对拟制定行政法规相关规范内容合法律性的证成	100
第三节 立法论证中的合政策性	104
一、合政策性的概念和依据	105
二、立法合政策性证成的分类和方式	106
(一) 法律的合政策性证成	106
(二) 行政法规的合政策性证成	110

第四章 立法论证中的正当性	114
第一节 立法正当性探析	114
一、正当性与立法正当性	114
二、理性论证与民主和立法正当性的关系	117
第二节 立法正当性的证成	119
一、立法正当性证成的内容	119
(一) 立法目的的正当性	120
(二) 立法内容的正当性	137
二、立法正当性的证成方式	139
(一) 对立法目的的正当性的证成	139
(二) 对立法内容的正当性的证成	140
第五章 立法论证中的合理性	146
第一节 合理性与立法合理性证成	146
一、合理性的概念	146
(一) 西方合理性概念分析	146
(二) 中国对合理性的论述	150
(三) 合理性的含义	152
二、立法合理性证成的内容和要求	153
(一) 立法合理性证成的内容	153
(二) 规范内容合理性证成的要求	155
第二节 立法合理性证成	164
一、规范选择的合理性证成	165
二、规范内容合理性的证成	167
(一) 对规范内容合理性论证的论证形式	167
(二) 实例:军工关键设施设备相关制度对于实现立法目的的有效性、可行性的论证	168

第六章 立法论证的机制:以广告法中烟草广告为例	175
第一节 烟草广告的论证全过程	176
一、第一阶段	176
(一) 围绕 2009 年工商总局送审稿的分歧及其论证	176
(二) 围绕 2013 年 7 月修改意见稿的分歧及其论证	178
(三) 2014 年 2 月 20 日公开征求意见阶段的分歧 及其论证	179
二、第二阶段	180
三、第三阶段	181
第二节 立法论证的共识型机制	182
一、“开门”程度不同	183
(一) 现行“开门”立法的论证机制,有利于集中民智、 回应民需、凝聚共识	183
(二) 西方国家立法论证机制的局限性	190
二、磨合互动还是制衡否决	190
(一) 我国现行立法论证机制,注重磨合协商、凝聚共识	192
(二) 西方国家立法论证偏于制衡否决	194
第三节 共识型机制的基本机制	198
一、纵向授权统合	198
二、国务院统筹相关部门立法决策	201
三、限制否决,强化接触与沟通	203
结论:完善制度和机制的几点建议	205
一、引入公共辩论制度	205
(一) 在立法草案审议过程中,引入辩论环节	207
(二) 加大立法草案审议过程的公开力度	208
(三) 对民众、相关团体等的立法论证意见进行公开回应	209