

立法法与程序



[立法法与程序 下载链接1](#)

著者:杰克·戴维斯

出版者:法律出版社(中国法律图书公司)

出版时间:2005-1

装帧:

isbn:9787503658815

《立法之法律与程序》一书由杰克·戴维斯教授撰写。于1975年由西方出版社作为“法律精要”系列其中的一本第一次出版，1986年再版。这里所介绍的版本即是1986年版。作者将该书献给美国明尼阿波利斯市的选民们，因为自1958年至1982年这24年来，戴维斯一直担任明尼苏达州的参议员。而《立法法与程序(第2版)》即是他在任参议员期间写成。按照作者在其序言中所说，《立法法与程序(第2版)》出版后，受到各方好评。成为许多议会游说家们的“指南”。他的一个既是大学教授、议会游说员(lobbyists)，又是前参议员的老朋友读后说，“没错，就是这么回事！”

是否是“这么回事”，我们看了《立法法与程序(第2版)》作者的资历、所介绍的内容及其传递的思想即可得出结论。该书作者有24年立法工作经验，作为明州议会参议院多数党领袖并主管司法委员会，他负责过无数重大法案的制定和通过、委员会的建制与参议院的人事安排。由这样一位经验丰富的行家来写《立法法与程序(第2版)》，应该说是非常合适的。

再看《立法法与程序(第2版)》的内容框架，五大部分囊括了(1)立法的程序，(2)法案的制定，(3)立法权之分析，(4)宪法的影响，(5)法律解释。其他关于立法之法律与程序的书也主要包括这些方面，如伦敦经济学院麦克·赞德(Michael Zander)教授的《立法程序》(The Law-Making Process)。《立法法与程序(第2版)》在五大部分之中又用了无数章节对立法的程序、方法、结构、制度、内外部关系等等作了极为详尽的介绍。以法案起草为例，就有对法案起草的技巧、内容、编辑、以及应该避免的错误等有非常细致同时又简明生动的描述。若非一个在立法机关里浸润了几十年的行家里手是不可能做到的。怪不得那些议会游说员们会人手一册，将其作为了解并进而影响议会立法活动的宝典。从这个意义上说，此书在学术价值上虽不能与一些大理论家的著作如哈耶克(F.A. Hayek)的《法律，立法与自由》(Law, Legislation and Liberty)相比，但从实用的角度看，则是无其他同类书籍能够望其项背的。对中国读者而言，虽然不能直接受益其实用性(如将此书作为游说美国或中国的立法机构的指南)，却能够从此书对立法过程生动实际的描述与讨论中，一窥美国立法体制与过程的全貌，并将其精华部分借鉴于完善中国的立法体制之中。

通过对程序的描述而传递出的深邃思想，则是此书最有价值最值得注意的。首先，作者告诉我们，立法是重要而有影响(impact)的。一国之中从宪政、税收、财政、环境、就业、刑罚、婚姻等制度，到骑摩托是否戴头盔，做美容是否清洗梳子等琐事，都要受到法律的规范。因此，立法不是儿戏，不能等闲视之，更不能事不关己。好的立法不论对国家或个人都会产生好的影响，反之则会贻害无穷。最近美国国会在酝酿是否通过一项《引诱版权侵权法》法案，目的在于规范任何能够导致网络版权侵权的计算机技术。许多人(特别是网络界)对此强烈反对，认为该项法律可能阻止新技术的发展。而在中国，北京市的一项交通法规在汽车驾驶人与行人之间引起激烈辩论，结果法规偏向行人的利益，驾驶人不论对错都要承担交通事故的后果。就是法律对社会及个人生活发生影响的例子。

因为立法关乎国家乃至每个国民个体的切身利益，所以“那些希望从立法机构得到点什么的人必须自己去要求”(Those who want something from a legislature must ask for it.)。立法机关更像一个“评审团”(Board of Review)，很少主动立法，而是对人们(或利益集团)提出的诉求作出反应、判断并在此基础上形成法规。该书作者甚至认为物理学中的“惯性”(inertia)原理是立法机关普遍的特质，也即是说，法案的通过一般由外界力量推动，否则就搁在委员会“休息”。这个概念对一些中国读者或许有些陌生，他们认为立法是立法机关(或“上边”)主动的事情，与自己无关。他们只管执行(或想办法规避)通过的法律。其实，当民众将自己视为“立法者”，为自己的利益积极提出立法诉求后，所通过的法律就更容易为人们所自愿遵守。因此，立法应该被看作是一个自下而上的过程，而不是相反。

当然，大多数情况下，普通民众不可能亲自参与立法过程，他们需要找代言人(或议会

游说员)。代言人或游说员的作用类似法庭中帮助法官发现并判断案件真相的律师。一项法案如果没有人反对，即使对某些民众不利，也可能就此通过，就像法庭中的“缺席审判”一样。有了院外游说，就能在一定程度上保证立法的公平公正。因为，“正当程序”(due process)的三大要素：通告、听证机会以及公正的审判团，在立法程序中只有“通告”是严格要求的；公民的听证机会一般由议会游说员代行；立法过程中也没有“公正的审判团”。因为与法官不同，立法者不可能不偏不倚，不与相关利益人接触。相反，他们必须不断地听取各方相关利益人的诉求，而这些诉求一般是通过院外游说传达的。中国的立法程序也要求立法咨询与听证，但一般是“自上而下”，有选择的，而不像美国的院外游说是自下而上，无孔不入。如果在中国的立法过程中也注入一股院外游说的力量，也许对立法的公正与民主有积极促进的作用。

《立法法与程序(第2版)》另一值得关注之点是立法权力的来源与划分。美国联邦宪法第十修正案明确规定，“宪法未授之于美国或未禁止给予各州的权力，保留在各州或人民。”因此，美国国会只享有宪法授予的立法权；而各州享有所有这些权力以及剩余的立法权。也就是说，州立法权的范围宽于美国国会的立法权。中国的立法权划分正好相反，全国人大享有所有立法权，各省自治区与国务院及其下属机构享有全国人大授予的立法权。这两种相反的划分，基于两个相反的理论预设。在中国，全国人大代表人民，与人民一体；而在美国，州即是人民，而联邦政府则是剥夺和侵犯人民权益的潜在威胁。这两种不同的体制都强调“主权在民”，但究竟是中央还是地方权力机关更能代表民意，则是见仁见智。不过，在实践中，两种体制实际上在日益靠近，美国国会根据宪法第一条的“必要与恰当”(necessary and proper)条款不断扩大联邦政府的立法权力；而中国地方政府也通过“先行立法”等形式不断超越宪法与立法法所界定的权限范围。

与中国立法另一不同之处是，美国法院的判例与立法机关的法律具有同等效力，这种做法能够同时发挥议会与法院在不同方面的作用：前者宏观，后者具体。两相补充，可以保证法律既具稳定性，又有灵活性，可以应对不断变化，纷繁复杂的社会事务。当然，法官立法，除了是长期的普通法传统外，对法官职业素质的要求也不一般，并不一定适合中国的法律传统与国情。

最后，想在此提一提《立法法与程序(第2版)》作者关于法院与立法机关之间的关系。美国法院与立法机关之间虽是“分权与制衡”的关系，但对司法权似乎更为偏重，比如法院可以对立法进行违宪审查，而议会却不能干涉法院判案。按照马歇尔大法官在马布里诉麦迪逊(1804年)的判决，只有那些将法律适用于具体案件的人才有权解释法律，并在法律发生冲突时，决定哪一项法律违背了宪法，哪一项法律更加适用于解决某一纠纷。当然，法院在行使违宪审查权时，也要受到诸多限制。在中国，法律发生冲突时，特别是涉及是否违宪的问题时，全国人大常委会享有绝对的解释权。但对此理论界存在争议，实践中法院也常常面对必须立即对法律违宪或冲突问题作出解释的案例。等候立法机关解释不仅会延误判案，也不一定得到适当合理的解释，因为立法者哪里有处理具体案件的执法者更了解实际情况呢？

以上只是对《立法法与程序(第2版)》蜻蜓点水般的评价，比较侧重制度方面。其实正如我在前面所说，《立法法与程序(第2版)》最重要的是她的实用性，因此，对立法程序技术层面的描述才是最主要，最详细，最实际和最精彩的。可惜，限于篇幅，我不能够在这方面与读者做更多分享。相信读者在仔细阅读《立法法与程序(第2版)》后，定能全面深入地了解与掌握这些实际而精彩之处。

我现在虽以知识产权法为教学与研究的主要领域，但许多年来一直对宪政制度，特别是立法制度的研究与关注情有独钟，花了不少时间与精力研究各国立法制度。这一特殊的偏好，来自于我当年在中国的最高立法机关工作的那段经历。我非常感谢那段经历，以及在那段经历中共同工作过的人们。那段经历虽然很短，不能与戴维斯的24年相比，却让我能够从一个局内人的角度看待中美的立法体制，并让我有理由相信，中美立法制度中的差距与差别，通过一代又一代为中国立法制度的发展辛勤奉献的精英们的努力正在大大缩小。《立法法与程序(第2版)》在中国的出版，无疑会为这一努力过程助上一臂之力。

作者介绍:

目录:

[立法法与程序_下载链接1](#)

标签

法学

评论

[立法法与程序_下载链接1](#)

书评

[立法法与程序_下载链接1](#)