

新编立法学

· XINBIAN LIFAXUE ·

侯淑雯 主编



中国社会科学出版社

新编立法学

· XINBIAN LIFAXUE ·

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

新编立法学 / 侯淑雯主编. —北京: 中国社会科学出版社, 2010. 3

ISBN 978 - 7 - 5004 - 8567 - 4

I. ①新… II. ①侯… III. ①立法 - 法的理论 - 高等学校 - 教材 IV. ①D901

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 034567 号

责任编辑 王半牧
责任校对 王雪梅
封面设计 弓禾碧
技术编辑 王炳图

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 北京奥隆印刷厂 装 订 广增装订厂

版 次 2010 年 3 月第 1 版 印 次 2010 年 3 月第 1 次印刷

开 本 880 × 1230 1/32

印 张 13.625 插 页 2

字 数 369 千字

定 价 29.00 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 言

《新编立法学》系为法学本科和研究生教学而编写的教材。之所以谓“新编”，一则谓系本校原有教学用教材《立法学教程》（孙敢、侯淑雯主编）的换代产品；二则谓体例有新的变化；三则谓研究增加了新视角；四则谓材料内容亦力求有新思、新意也。

中国的改革开放已历经三十余载，与其同步的法制建设亦走过三十余年，其间卓为先导、成就赫然在目的是中国的立法，它从最初的区区数部法律，发展到今天蔚为可观的庞大的体系，实可谓成绩斐然。但也必须看到，立法虽有长足发展，但与法律的完善乃至完备仍有相当的距离。深入研究立法理论，将中国当代的立法理论与中国立法实践结合起来，为中国的立法发展服务，为中国法制服务，最终实现国家法治目标，是我们理论研究的目的，也是我们教学的目的。

为了将最新的理论成果提供给学生，我们除了竭力提出自己新的见解、新的观点外，还试图将同行专家学者们的最新研究成果介绍给我们的学生，我们在各章对相关文献做了介绍，不当之处，敬请谅解，并在此向这些同行表示深深的谢意。

参编此教材的除了本校教师外，我们还邀请了部分兄弟院校的教师、学者参与编写，在此谨表谢忱。

具体写作分工如下（以撰写章节先后为序）：

侯淑雯 教授：导论；第一、二、三、十章以及第十二章附一、附二、附三；

宋在友 副教授：第四章；

王称心 副教授：第五、十六章；

于兆波 副教授：第六、十一章；
马茵 讲师：第七章；
王新宇 副教授：第八章；
周静 法学博士：第九章；
贺利云 法学博士：第十二章；
朱书龙 法学博士：第十三、十五章；
姜廷惠 讲师：第十四章；
蒋立山 教授：第十七、十八章；
宋钢锋 讲师：第十九章；
雷安军 讲师：第二十章。

全书由侯淑雯教授校阅、统稿。简陋之处难免，诚请读者不吝指教。

编者 于中国政法大学

2010年1月4日

目 录

导论 立法学的性质与基本使命	(1)
第一节 基本理论	(1)
第二节 问题分析	(9)
第三节 基础文献概述	(16)
第一章 立法的概念	(23)
第一节 基本理论	(23)
第二节 问题分析	(29)
第三节 基础文献概述	(32)
第二章 立法的功能	(39)
第一节 基本理论	(39)
第二节 问题分析	(49)
第三节 基础文献概述	(55)
第三章 立法的局限	(66)
第一节 基本理论	(66)
第二节 问题分析	(77)
第三节 基础文献概述	(81)
第四章 立法权	(89)
第一节 基本理论	(89)
第二节 问题分析	(95)
第三节 基础文献概述	(100)
第五章 立法体制	(106)
第一节 基本理论	(106)

第二节	问题分析	(115)
第三节	基础文献概述	(121)
第六章	立法决策	(131)
第一节	基本理论	(131)
第二节	问题分析	(136)
第三节	基础文献概述	(145)
第七章	立法主体	(152)
第一节	基本理论	(152)
第二节	问题分析	(156)
第三节	基础文献概述	(159)
第八章	立法程序	(166)
第一节	基本理论	(166)
第二节	问题分析	(170)
第三节	基础文献概述	(173)
第九章	立法监督	(183)
第一节	基本理论	(183)
第二节	问题分析	(189)
第三节	基础文献概述	(195)
第十章	立法技术	(202)
第一节	基本理论	(202)
第二节	问题分析	(207)
第三节	基础文献概述	(211)
第十一章	立法准备	(218)
第一节	基本理论	(218)
第二节	问题分析	(224)
第三节	基础文献概述	(231)
第十二章	立法形态	(238)
第一节	基本理论	(238)
第二节	问题分析	(243)

第三节	基础文献概述	(245)
第十三章	法律的起草与结构体例	(254)
第一节	基本理论	(254)
第二节	问题分析	(262)
第三节	基础文献概述	(270)
第十四章	立法语言	(276)
第一节	基本理论	(276)
第二节	主要问题	(285)
第三节	基础文献概述	(294)
第十五章	法律完善	(302)
第一节	基本理论	(302)
第二节	问题分析	(313)
第三节	基础文献概述	(319)
第十六章	立法评估	(326)
第一节	基本理论	(326)
第二节	问题分析	(333)
第三节	基础文献概述	(341)
第十七章	中国立法的指导思想与基本原则	(349)
第一节	基本理论	(349)
第二节	问题分析	(354)
第三节	基础文献概述	(357)
第十八章	当代中国立法的变迁	(364)
第一节	基本理论	(364)
第二节	问题分析	(370)
第三节	基础文献概述	(374)
第十九章	中国的民事立法	(386)
第一节	基本理论	(386)
第二节	问题分析	(392)
第三节	基础文献概述	(400)

第二十章 中国的刑事立法	(408)
第一节 基本理论	(408)
第二节 问题分析	(411)
第三节 基础文献概述	(421)
后记	(429)

导论 立法学的性质与基本使命

第一节 基本理论

一、立法学的对象

立法学是以立法为研究对象的学问。凡与立法相关的一切问题都是立法学研究的对象。因此，立法学是研究立法这一特定社会现象及其规律的学科。具体地说，它既要对立法活动进行研究，也要对立法活动主体进行研究；既要研究现实的立法，也要研究历史上的立法；既要研究立法思想；也要研究立法制度；既要考察动态的立法过程，也要审视静态的立法规范。因此，立法学研究对象是既明确又广泛的。就外延来说，主要包括立法原理、立法制度与立法技术三大部分。这三个部分涵盖了立法学的所有内容，同时也构成了立法学学科体系。^①

立法原理是有关立法的普遍性、规律性的理论总结或理论概括。它既离不开抽象的哲学思考，也离不开实证材料的支持，是对立法经验的理性总结与概括，是被科学验证的理论。立法原理是立法学体系中不可缺少的内容。离开了对立法原理的理解和把握，就不可能正确认识立法制度，也不可能正确运用立法技术，甚至不可能树立正确的立法目标。因此，立法原理是整个立法学体系的基础，是立法实践的指导或指南。在立法学体系中，有时立法原理体现为总论式的论述，有时则散在于各个不同的问题中，存在于制度

^① 周旺生：《立法论》，北京大学出版社1994年版，第77页。

和技术性问题的分析中,体现为立法制度原理或立法技术原理。如关于立法的起源、立法发展规律、立法本质和性质、立法功能和作用、立法与政治、立法与国家等,均属于总论式原理;而立法体制理论、议会理论、立法运作、立法规划中的原理性内容则属于制度性原理;立法方略、立法模式中的普遍性、规律性内容、法的结构设置规律等则属于立法技术性原理。

立法制度是国家制度的重要内容,也是立法学体系的核心要素。如果说立法原理是以观念形态出现的,立法制度则是以实体形式存在的,是立法原理的实体化表现形式和客观载体。^①立法制度有成文立法制度和不成文立法制度两种形式。成文立法制度是指以法的形式确定的、立法必须遵循的各种准则;不成文立法制度则是指虽没有明确的法的形式,但在立法活动中却实际发挥作用的准则。这两种不同形式的立法制度在不同的国家中有不同的地位,但对国家立法都会产生直接的影响。立法制度包括国家立法体制的结构框架、立法权限的划分、立法权的行使方式、立法运作规范、立法监督规定等。

立法技术是在立法活动中,由于立法的需要而采用的特定的操作方法和技能。立法虽然不同于一般的生产活动,但在其制定过程中,仍有许多操作性的方法和技巧,而这些方法和技巧运用的好坏往往影响到法律质量的高低。因此,自立法学创立以来,立法技术就是西方立法研究者们十分关注的内容。我国立法学学者也将其看做是立法理论中的重要内容。立法技术可作多种类型的划分。如果按活动阶段来划分,可以将立法技术分为立法预测技术、立法规划技术、法的制作技术、法的系统化技术等;如果按所采用的技术综合程度来划分,可以分为综合立法技术和单一立法技术;如果根据技术对象的特征来划分,可以分为宏观立法技术和微观立法技术;如果根据不同法系的立法特点来划分,可以分为大陆法系立法技术

^① 周旺生:《立法论》,北京大学出版社1994年版,第82页。

和英美法系的立法技术等。对立法进行技术性研究是立法学不同于法学其他学科的一个显著特点，也是立法学作为独立学科存在的一个重要方面。

二、立法学的性质

从立法学产生的过程看，它是理论法学从法学中分离出来后，又从理论法学中分离出来的学科，与理论法学有非常密切的关系。在立法学产生前，有些内容甚至就是理论法学的研究对象。因此有人将立法学归入理论法学的范畴。但立法学同时又以现实立法制度与立法活动为重点内容，有学者认为，关注现实立法，为现实立法服务是立法学的唯一目的。于是，立法学又被人归入应用法学。还有学者从立法学所面对和涉及的领域考虑，认为立法学是一个以社会为研究对象，立法是以实现社会的秩序需求为目的的活动，立法学应以社会为坐标和依归，因此将立法学归类于法社会学范畴。更有人从立法学具有特殊的技术性角度考虑，认为立法学属于交叉学科、边缘学科。

我们认为，确定一个学科的性质应该参考以下几方面标准：一是看它的理论形式；二是看它的现实作用；三是看它的作用领域；四是看它的内容比重。就立法学来说，虽然包含有抽象的哲理性的内容，但并不是纯粹的逻辑推理，也不是单纯的规范分析，而是包含大量实证和经验的内容，要对立法进行实际考察，其理论形式是具有直接指导意义的现实性研究。立法学的作用有两种：（1）确定应然标准。经过对立法学原理的研究，在理论上明确各种制度、规范的本质要求，确定其应然形态；（2）观察和分析立法的实然状态。立法学从理论的角度观察现实立法，审视体系建构，从而发现结构或内容缺陷，提出解决办法，以使法律体系得到完善。比如，中国改革开放后，为了发展经济，大量进行经济立法，却忽视管理和社会保障等其他配套法律的制定，致使一度出现社会秩序的混乱。总结这个教训，立法学提出了在大规模地完成刑事、民事、

经济、行政等基本立法后，现时期应积极发展社会立法的设想。从作用领域看，像法哲学、法理学这些纯理论学科，其研究结论不仅是现实活动的指导，而且也可以作为各个学科的指导。而立法学的学术结论一般说来是对立法活动的指导，很难成为其他学科的指导理论。此外，所谓交叉学科或边缘学科，通常指两个以上学科相互交融、渗透，在内容的比例上难分伯仲，或虽然某一个学科内容占较大比重，但在另一个学科领域中却有着特殊的作用。如司法心理学、法律经济学、法社会学、法行为学（亦作“行为法学”）等。虽然它们的学科属性更偏于后者，但主要作用领域却在前者，因此可谓交叉学科或边缘学科。立法学则不同，无论是从学科比重上看，还是从作用领域讲，它都偏于立法而非技术或其他。因此，立法学从性质上看，应属应用学科而不是其他。

作为应用学科的立法学，学术的目的重在应用，即为现实提供科学的论证与指导。但并不意味着不能将哲理性研究作为自己的内容。正如刑法学、民法学、诉讼法学也要研究刑事理论原理、民法学原理和诉讼理论原理一样。对学科内容进行理论性、特别是哲理性研究是深化学科理论的必要方面，对制度和规范的科学建立具有重要价值。关键是不能只关注哲理性方面的研究而偏废其应用性方面的研究。

从立法学的内容结构看，大体可以分为两大部分，一个是综合理论研究，一个是部门立法研究。综合理论研究是从一般意义上对立法进行的研究。它将具有普遍性内容的东西抽象出来，形成一般理论，运用逻辑推导方式进行理论推演，以深刻认识立法活动中某些有规律性的内容。如长期以来我国立法学界对立法权的研究，对立法机关、立法主体、立法体制、立法程序、立法技术等研究都属此类研究。这种基础性的研究是不可缺少的，它对立法学的深入发展和正确应用有非常重要的意义。目前也具备了一定的基础。部门立法研究也可称之为“具体立法研究”或“个别立法研究”，有学

者谓之“分论”研究。^①它是指对某一个特定的或特别领域的立法进行单独的研究,以提供特别的、有针对性的解决方案。由于不同领域的法律都有其特殊性,有时仅用一般理论尚不能得到根本的解决,因此,对部门立法进行个别研究就成为个别立法的新需求。目前,部门立法研究的需求量非常多,大到民法典的制定,小到地方福利标准的设定,都希望得到立法学界的理论支持或理论参考。问题是立法学界是否做好了准备?由于过去对综合理论研究较为重视,对部门立法研究投入不够,或者说,我们的立法研究视野还不够开阔,深度也有所欠缺。当出现部门立法理论需求时,立法学界的储备显然是跟不上的。有时部门立法或地方立法出现理论性缺陷,立法学界的反应也显得颇为迟钝,缺乏专业敏感和回应能力。如果这种状况不能尽快得到改变,立法学将会远远落在现实立法之后,各部门法学研究将逐渐取代立法学的位置,立法学会越来越疏离于立法活动之外,成为没有实践价值的、空而论道的“悬”学。因此,统一观念,确认立法学的应用法学性质,使立法学不仅在理论上,而且在实践中发挥其学科作用,这是立法学研究者共同的目标和任务。

三、立法学的研究方法

自立法学产生以来,人们就自觉不自觉地采用各种方法来研究立法问题,并取得了各类成果。总结和概括这些研究方法,不仅是立法学理论系统化的一种方式,同时也是反思和发展立法学的必要途径。

作为法学中的一个分支学科,法学研究的许多方法同时也是立法学研究方法。如哲学的方法、历史的方法、实证分析方法、社会学方法等等。但立法学毕竟是一门独立的学科,它除了采用法学一般方法外,还需要有自己独特的方法,从而构成立法学方法论。归

^① 张根大、方德明、祁九如:《立法学总论》,法律出版社1991年版,第2页。

纳起来,在立法学研究中具有特别意义的方法主要有以下几种:

1. 比较研究方法。对各类法律进行比较既是法学的一个分科,也是法学研究常用的方法,同时也是立法学研究的一个重要方法,西方许多立法学著述就是采用这种方法,中国立法学研究最早也是从中外立法制度的比较开始的。^①正是通过比较,人们接触到了众多国家不同类型的制度设计,了解了不同国家立法制度的相同点或不同点,认识到了一个国家的立法不是一个单项活动,它既受国家制度、历史传统、社会条件的影响,同时也反过来影响国家的经济、文化、社会与传统。通过比较研究,增强对立法的理性认识。

比较研究方法要求对立法学问题进行比较研究时,要根据条件、标准和目标对问题进行区分,反对孤立地就制度和规范进行比较,即要比较研究的问题必须具有可比性,不能做无条件的比较。如要“研究两个国家关于人工流产的法律,其中一个国家的目标是在于降低出生率,而另一个国家的目标则在于提高出生率,那么,由于两者的目标不同,就不可能评价说这两个法律中哪一个比较好”^②。“比较法学者当中有一个通常的错误,就是他们——有意或者无意地——假设外国立法者的目标同他们本国的立法目标相同,并且用这个假设作为出发点来批判外国法规没有导致某些结果,而那些结果都是外国法规甚至不打算实现的。”^③中国目前在立法学比较研究中也有类似的情况,只是批判的对象常常是国内的立法,认为国外的立法都是我们应该效仿的。殊不知,盲目效仿有时比没有规范更糟糕。

① 吴大英、任允正:《立法制度比较研究》;吴大英、任允正:《比较立法学》;吴大英、任允正、李林:《比较立法制度》;李林:《比较立法机关》等。

② 吴大英、任允正、李林:《比较立法制度》,群众出版社1992年版,第8页。

③ 参见萨博《比较法学》,载《布达佩斯大学学报年刊·法学专刊》1964年,第114—115页。转引自吴大英、任允正、李林《比较立法制度》,群众出版社1992年版,第8页。

2. 系统论研究方法。系统论最初是一个生物学理论。它主张把事物当作一个整体或系统来研究,并用数学模型去描述和确定系统的结构和行为。后经发展成为 20 世纪深刻影响人类思维的一项重要文明成果,并日渐渗透到各个学科和领域。1979 年,钱学森先生首次在中国提出了“法制系统工程”的概念,之后法学界陆续出现了将系统科学的方法运用于具体部门法研究的学者。

按照系统论的原理:一个孤立的系统,其熵增不小于零。它会自发地向均匀无序、组织解体方向演化,也就是说要实现最大数量的可能性。^①当每个事物都要实现自己最大的多样性,世界发展的趋势便是由有序走向无序,系统熵值不断增加,最终归于“热寂”。但普里戈金的耗散结构理论告诉我们,如果通过系统开放与外界的能量和物质交换,引进负熵流抵消系统内熵的产生,形成耗散结构,系统就能通过涨落达到有序。^②人类社会也是这样的—一个系统。由于每个人以及每个集团都会追求自我意志的最大自由和自我利益的最大实现,这就必然产生冲突,系统的熵值增加,社会走向无序。为使人类社会系统不致崩溃,就有必要引进“负熵”,以整合社会的各个子系统,使之保持有序。由于“负熵”流作用,系统保持了有序性。这种维持有序性的系统组成部分,协同学称之为“序参量”。^③立法正是这样一种维持社会系统有序性的“序参量”。^④但要使这个“序参量”恰到好处,不致出现反效应,还需要采用控制论和信息论方法使之科学和合理。

法律是一种以文字、语言等符号为载体而构筑的信息空间,它

① [德] H. 哈肯:《协同学——自然成功的奥秘》,戴鸣钟译,上海科学普及出版社 1988 年版,第 15—16 页。

② [比] 伊·普里戈金、[法] 伊·斯唐热:《从混沌到有序——人与自然的新对话》,上海译文出版社 1987 年版,第 276—281 页。

③ [德] H. 哈肯:《协同学——自然成功的奥秘》,戴鸣钟译,上海科学普及出版社 1988 年版,第 7—8 页。

④ 参见宁杰《系统论在法理学研究中的运用初探》,2006 年 12 月 12 日,载《法律图书馆网》(www.chinalawbooks.com.cn)。

所传达的是控制社会的信息。社会各主体则是接受信息的个体，它们将接收到的信息经过处理后决定采取什么样的反馈行动，这就是系统论上所说的“通讯”。在这个“通讯”过程中，信息的构建是具有目的性的，但同时信息的传输又具有衰减性。经过衰减，信息强度会减弱甚至消失。而信息的反馈又具有非线性。社会各主体会因自身的因素或其他外界因素的作用，做出并非信息发出者所期望的反馈结果。为此就需要建立信息反馈的纠偏机制，形成有效的反馈回路。将这个原理运用于立法系统，就是要破除封闭式的立法，保持系统的开放性，使立法机关与社会各主体间建立有效沟通。同时设置灵活、多元的规范机制，使立法能最大限度地得以实现。

由于多方面原因，系统论研究方法虽然早已为立法学研究者所认同，但尚未被充分运用于立法学研究，这不能不说是一个遗憾。

3. 社会学研究方法。也即实证方法，从社会事实中获得材料和支持的研究方法。立法是对社会进行规范，它离不开对社会的深入体察与认识。否则就不可能制定出符合社会实际情况的法律。正因为如此，马克思才强调：“立法者应该把自己看做是一个自然科学家。他不是在制造法律，不是在发明法律，而仅仅是在表述法律。他把经济关系的内在规律表现在有意识的现行法律之中。”^①但要准确地表述法律，就需要了解社会的真实状况，所以，社会学研究是立法学研究中不可缺少的方法。事实上，在立法活动的各个阶段，社会学研究都是必不可少的内容。如在立法预测阶段需要大量的关于立法趋势和立法可行性调查；在立法决策阶段需要进行立法方式和现有立法状况的调查；在立法起草阶段需要进行社会意见调查；在立法审议阶段还可能进行专门调查；在法律制定后还要进行立法效果调查等。因此，社会学研究方法是立法活动中采用最多和最普遍的形式。如果不对社会进行调查，就不可能对立法制度和立法政策提出中肯的改革意见；如果不进行社会调查，就不可能发

^① 《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社1995年版，第183页。