



面向 21 世纪课程教材
Textbook Series for 21st Century

普通高等教育“十五”国家级规划教材

立法学教程

Science of Legislation

周旺生 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D901

6



面向 21 世纪课程教材

Textbook Series for 21st Century

普通高等教育“十五”国家级规划教材

立法学教程

Science of Legislation

周旺生 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

立法学教程/周旺生著. —北京:北京大学出版社,2006.5

(面向21世纪课程教材)

ISBN 7-301-10876-1

I.立… II.周… III.立法-法的理论-高等学校-教材 IV.D901

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第076981号

书 名:立法学教程

著作责任者:周旺生 著

责任编辑:白丽丽 谢海燕

标准书号:ISBN 7-301-10876-1/D·1527

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址:<http://www.pup.cn> 电子信箱:law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 58874085 编辑部 62752027
出版部 62754962

印 刷 者:三河市新世纪印务有限公司

经 销 者:新华书店

730毫米×980毫米 16开本 36印张 676千字

2006年5月第1版 2006年5月第1次印刷

定 价:42.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

内 容 简 介

本书是一部系统构建立法学学科的基本架构,全面和深入地阐述这一架构中的立法原理、立法制度和立法技术三大要素的著作。作者揭示了立法学是一门兼具理论法学和应用法学两方面诸多优点的学问;阐明了立法学成果有直接应用价值因而对理论法学而言是应用法学,立法学成果能指引立法走向科学因而对应用法学而言又是理论法学;证明了立法学的发展,对增强应用法学的理论性,提升理论法学的应用价值,可以提供积极而富有成效的经验和教益。贯穿全书的目的主线是通过这样两个侧面展开的:既注重探讨和阐述立法原理、制度和制度中的基本问题,帮助立法学的研习者系统掌握立法学这一学科的基本范畴、基本知识和基本理论,以填补法学知识结构中的空白;也注重提出、研究和阐述中国立法理论和实践中亟待解决的一系列重大新问题,注重从中国国情出发来探讨、研究和阐明立法过程中的创意、决策和运作的基本知识、基本理论和基本技能,以直接服务立法机构和立法人员的立法实践。本书是在总结和发展作者此前一系列立法学著作和教科书的基础上精心撰写的,是反映作者过去和现在的立法学研究成果的一部重要著作。

作者简介

周旺生，北京大学教授，博士生导师，北京大学立法学研究中心主任，北京市人大常委会法制顾问，中国法理学会副会长。在国内率先创建立法学学科并取得成功。获国务院特殊贡献专家奖、国家教委跨世纪优秀人才奖、全国高等学校人文社会科学研究成果奖、北京市科技进步奖、北京大学优秀教学奖、北京大学优秀主干基础课程奖等十多项奖励，并两次当选北京大学十佳优秀教师。独著著作主要有：《立法学》、《立法论》、《规范性文件起草》、《法理探索》、《法理学》。合著和主编著作主要有：《中关村立法研究》、《当代中国立法》、《立法研究》（第1—6卷）、《中国法律制度》。在国内核心刊物发表万字以上长篇论文近百篇。主张法学应当经世致用，注意参与中央和地方立法，担任多家省市人大常委会和政府的法制或立法顾问，以其立法理念为法治国家建设服务。由周旺生担任专家组组长、首席顾问、起草小组负责人之一的中关村立法，以其一系列制度创新，为诸多立法提供了先行性经验，产生重大影响。

目 录

第一章 导论	1
第一节 作为学科的立法学	1
第二节 立法学的价值和地位	6
第三节 立法学的产生和发展	13
第四节 立法学的研究方法	21

第一编 立法原理

第二章 立法原理总论	27
第一节 何谓立法原理	27
第二节 立法的基本范畴	31
第三节 立法的物质基础	39
第四节 立法与利益、治国和秩序	45
第三章 立法的概念	53
第一节 立法概念释义	53
第二节 立法的外延、内涵和定义	56
第三节 立法和法的创制、制定、制订、拟订	60
第四章 立法指导思想和基本原则	66
第一节 立法指导思想和基本原则概述	66
第二节 中国立法的指导思想	71
第三节 中国立法的基本原则	77
第五章 立法的国情根据	88
第一节 立法与国情的一般理论	88
第二节 立法对国情的依赖性	93
第三节 国情因素对立法的作用	96
第四节 中国立法与中国国情	106
第六章 立法的历史发展	114
第一节 立法法与其历史环境	114
第二节 当代中国立法的发展	127
第三节 立法的产生和发展规律	137

第四节 立法的历史类型·····	143
------------------	-----

第二编 立法制度

第七章 立法制度总论 ·····	155
第一节 何谓立法制度·····	155
第二节 立法制度与立法体制·····	157
第三节 中国现行立法体制·····	162
第四节 中国立法体制的改革·····	165
第五节 立法活动过程·····	170
第八章 立法主体 ·····	177
第一节 立法主体概述·····	177
第二节 立法机关:主要的立法主体·····	185
第三节 立法机关的三大主体·····	196
第四节 国家元首、行政机关和司法机关·····	204
第五节 立法者和立法工作人员·····	210
第九章 立法权限 ·····	214
第一节 立法权概述·····	214
第二节 立法权和国家权力体系·····	216
第三节 立法权的归属和范围·····	221
第四节 明示立法权和默示立法权·····	224
第五节 国家立法权、地方立法权和政府立法权·····	227
第六节 立法权之间的关系·····	234
第十章 立法程序 ·····	238
第一节 立法程序概述·····	238
第二节 提出法案·····	241
第三节 审议法案·····	249
第四节 表决和通过法案·····	259
第五节 公布法·····	265
第十一章 中央立法 ·····	271
第一节 中央立法概述·····	271
第二节 全国人民代表大会立法·····	273
第三节 全国人民代表大会常务委员会立法·····	282
第四节 国务院立法·····	288
第五节 国务院部门立法·····	296

第十二章	地方立法	300
第一节	地方立法概述.....	300
第二节	一般地方立法.....	310
第三节	民族自治地方立法.....	317
第四节	经济特区和特别行政区立法.....	322
第十三章	授权立法	329
第一节	何谓授权立法.....	329
第二节	授权立法制度.....	337
第三节	中国授权立法.....	342
第十四章	立法监督	351
第一节	立法监督原理.....	351
第二节	立法监督制度.....	356
第三节	中国立法的批准、备案和审查.....	368
第四节	中国立法的改变、撤销和裁决.....	377
第十五章	立法和法的解释	386
第一节	法的解释原理.....	386
第二节	中国现行法律解释制度.....	389
第三节	中国法律解释运作制度的完善.....	396

第三编 立法技术

第十六章	立法技术总论	403
第一节	何谓立法技术.....	403
第二节	立法技术与立法、法制和社会发展.....	406
第三节	立法活动运筹技术.....	410
第四节	法的结构营造技术.....	413
第十七章	立法方法、策略和要求	418
第一节	立法的一般方法.....	418
第二节	立法的基本策略.....	429
第三节	立法技术的其他要求.....	440
第十八章	立法预测、规划和决策	446
第一节	立法预测.....	446
第二节	立法规划.....	452
第三节	立法决策.....	464

第十九章	法案起草	472
第一节	法案和法案起草.....	472
第二节	法案起草人.....	477
第三节	法案起草的过程和步骤.....	481
第四节	委托起草和合作起草.....	489
第二十章	法的构造	492
第一节	法的结构的要件和类型.....	492
第二节	法的名称.....	494
第三节	法的内容.....	499
第四节	目录、标题、序言、括号和附录.....	503
第五节	卷、编、章、节、条、款、项、目.....	508
第六节	立法语言文字.....	513
第二十一章	法的总则、分则和附则	518
第一节	法的总则.....	518
第二节	法的分则.....	525
第三节	法的附则.....	529
第二十二章	立法的完善	536
第一节	法的修改和补充.....	536
第二节	法的废止.....	541
第三节	法的清理.....	544
第四节	法的汇编.....	552
第五节	法的编纂.....	557

第一章 导 论

第一节 作为学科的立法学

自亚里士多德明确提出人们应当努力懂得立法学以来^①,经过长久的发展,立法学终于逐渐成为学术体系中愈显重要的成员。在现代法学体系中,立法学已经是一门重要的分支学科,一门以立法现象、立法规律以及同立法相关的诸多事物为研究对象的法学学科。

一、立法学研究什么?

一门学问如果要发展成为一门学科,是需要具备多方面条件的,而其首要条件,是它应当具有特定的或专门的研究对象。立法学正是一门具有特定研究对象的学问。这种研究对象,主要是各种立法现象,同时也包括立法规律以及同立法现象和立法规律相关的种种事物。

(一) 立法学以各种类别的立法现象为研究对象

立法学首先以纷纭复杂的立法现象为研究对象。这些立法现象从横向的角度可以作多种类别的区分。在各种类别的立法现象中,各种立法主体的立法,各种效力等级和效力范围的立法,还有各个时代和历史类型的立法,是人们通常注意的主要的立法现象。立法学以各种类别的立法现象为研究对象,主要即以它们为研究对象。

第一,立法学研究各种立法主体的立法。既研究专门立法机关的立法,如立法会和立法院的立法;又研究以立法为主要职能或重要职能的国家机关的立法,如西方国家的一般议会和中国全国人大及其常委会的立法;也研究行使部分立法权、参与部分立法活动的国家机关的立法,如有关行政机关的立法;还研究享有立法权的国家机关授权有关主体进行的立法。

第二,立法学研究各种效力等级的立法。立法有效力等级的区分:有中央立法与地方立法的区分,有根本法立法与普通法立法的区分,有基本法律立法与非

^① 早在二千多年前,亚里士多德在他的著作《尼各马可伦理学》第十卷第九章“对立法学的需要:政治学引论”中,就阐述了人们对立法学的需求,阐明了懂得立法学对人们有怎样的益处,证明了立法学对产生好的法律制度具有何等重要的价值,并且还讨论了人们可以从哪里以及如何获得立法学知识的问题。参见该书中文译本,廖申白译注,商务印书馆2003年版,第311—318页。

基本法律立法的区分,有法律立法与法规、规章立法的区分,还有其他多种不同效力等级立法的区分。这些不同效力等级的立法现象,立法学都要研究。

第三,立法学研究各种效力范围的立法。除纵向上的效力等级区分之外,立法也有横向的或平面的效力范围的不同。有全国性立法与地区性立法的区分,前者如有权的中央立法主体制定通行于全国的法律、法规或规章,后者如地方立法主体制定地方性法规或自治法规。立法也有本国立法与外国立法的分别。这些不同效力范围的立法现象,都是立法学的研究对象。

第四,立法学还研究不同时代的和不同历史类型的立法。不同时代的立法中,又有不同历史阶段或时期的立法的区分,如当代中国立法就有新时期以前的立法与新时期以来的立法之别。不同历史类型的立法中,也有不同国情下的立法的差异,比如不同历史传统、文化传统以及其他国情氛围下的立法,其风格、面貌都自成一体。这些以历史跨度、性质分野、国情异趣为标准而表现出来的样式繁杂的立法,也都是立法学所要探讨的。

(二) 立法学以立法过程中各种立法现象为研究对象

纷纭复杂的立法现象,从纵向的角度可以根据立法过程的各个阶段来辨明。立法是作为一个过程展开的。这个过程阶段构成和各阶段的立法内容或任务,因不同的立法而有分别。但一般来说,立法过程是分为立法准备、由法案到法和立法完善三阶段的。立法学以各种立法现象为研究对象,也指以立法过程中的立法现象特别是这三阶段的基本内容为研究对象。

第一,立法学研究立法准备阶段的立法活动。就当代立法而言,这一阶段的内容主要包括:进行立法预测,编制立法规划,形成立法创意,作出立法决策,组织法案起草班子,起草法案草稿,协调因立法而引起或存在的种种关系。立法学要研究在立法准备阶段为什么要开展和如何开展这些活动,研究不同种类立法的这些活动有何异同。

第二,立法学研究由法案提出到法的公布阶段的立法活动。立法经过准备阶段而进入由法案到法的阶段后,一般都要履行这样的程序:提出法案,审议法案,表决法案,公布法等。立法学要研究这种种程序,研究履行这些程序过程中的各种问题以及由这些程序所引出的其他有关问题。由于这一阶段在整个立法活动过程中地位特别重要,立法学也相应地注重研究这一阶段的立法活动。

第三,立法学研究立法完善阶段的立法活动。法案变为法以后,为使该法进一步臻于完善,需要进行一系列活动,诸如立法解释,立法信息反馈,法的修改、补充和废止,法的清理、汇编和编纂,等等。立法学要研究这些立法活动或立法辅助工作。随着社会特别是立法本身的发展,这方面的立法活动或立法工作益显重要,立法学对它们的研究也应当加强。在立法和立法学较为发达的国家,这方面的研究已有相当进展和大量成果。

第四,立法学还研究差不多贯穿整个立法活动过程的立法监督活动。由于立法监督是现代法治社会中立法活动实现法治化、民主化和科学化不可缺少的重要保障,立法学也自然把立法监督作为自己的研究对象。

(三) 立法学以各种立法规律为研究对象

在立法现象的背后,是有规律存在的。正确认识、把握和运用这些规律,才能正确认识立法现象,有效开展和驾驭立法活动。同立法现象纷繁复杂一样,立法规律也多种多样。这些规律大体可分两类:一是立法发展过程中的规律,二是各种立法现象本身蕴含的规律。立法学作为促使立法活动走向科学或臻于完善的一门学问,也以这些规律为自己的研究对象。

第一,立法学研究立法发展过程中的各种规律。这些规律既指整个立法的发展规律或立法发展的一般规律,又指各种立法的发展规律。立法学研究这些规律,就能为认识、把握和运用这些规律提供必要且有益的指导,为顺应或遵循这些规律来推动立法发展指明清晰的路径。

第二,立法学研究各种立法现象本身蕴含的规律。各种类别的立法现象和立法活动过程中各种具体立法现象,是在人们的主观设计和客观规律相结合的过程中发展的。立法者在立法活动中应当有主观能动性,应当有明确的立法意图或目的。同时,立法者的主观能动性和立法意图或目的,应当与客观规律相吻合。立法者主要应当按客观规律表述法而不是随意制造发明法。立法者要做到这一点,不能不认识和把握立法规律,遵循规律来处理各种立法问题。例如,要按照规律确定立法主体范围、立法的效力等级和效力范围,要按照规律确定立法活动过程各个阶段的内容和方略。立法合乎规律,立法准备、由法案到法和立法完善三阶段的工作,才可能是科学的,所立的法才可能富有实效。而要认识和把握这些规律,先要研究这些规律。

(四) 立法学还以与立法现象和立法规律相关的事物为研究对象

立法现象不是孤立地而是在与其他社会现象发生关联的过程中存在和发展的。立法规律在对立法现象发生作用时,通常也与其他事物及其规律发生联系,立法规律对立法现象发生作用的程度和效果,往往与这种联系的程度和效果密不可分。因此,立法学还要研究与立法现象和立法规律相关的事物尤其是关联紧密的事物及其规律。例如:

要注重研究立法与历史现象和其他种种社会现象的联系,揭示各种立法现象和立法规律的精神实质或其根源。

要注重研究立法与立法思想的联系。各种立法现象通常总是与它们所存在的那个社会、那个时代的立法思想尤其是占主导地位的立法思想,有不可分割的联系。立法学也以这些立法思想为研究对象,研究各种立法现象以什么样的思想资料作参考、作指导,研究这些思想对当时和后来立法的影响,也研究这些思

想基于何种立法现象以及其他因素而萌生而发展。

以上阐述的立法现象、立法规律以及其他相关事物,各国立法学都要研究。中国立法学更应当以上述立法现象和立法规律问题中的中国立法实践和理论问题,或与中国立法实际关联尤紧的问题,作为主要的研究对象。

二、立法学的体系构成

立法学作为一门法学学科,它有其自身的体系,这个体系是由立法学的各个基本要素或各个分支所构成的一个有机整体。其中最主要的要素,即为以立法原理、立法制度和立法技术为研究内容的三要素。如要从整体上把握立法学,便要研究和把握立法学体系;而把握立法学体系,便要研究和把握这三要素。

(一) 立法学体系构成的条件和中西方状况的比较

一门学科的体系构成,如同整个这一学科建设一样,往往要经历一个萌生、发展、成熟和进一步发展的历史过程。立法学的体系构成也是这样。这是我们研究立法学时不可忽视的。但是,另一方面,学科发展包括它的体系构成作为文化现象,其兴起和演变除却同当时的社会物质生活条件,同当时的政制、法治、法律制度的状况,有着深刻的关联外,还同当时整个的文化环境有直接联系。这一点也是不可忽视的。

立法学作为法学领域的一个分支学科,首先出现于西方。迄今西方人的立法学著述已相当丰富。虽然就单个的西方立法学著述看,内容颇为芜杂,鲜有体系完整的,即使是关于立法总论的研究成果也如此。然而观察西方立法学著述所涉及的领域,却可以较清晰地看出,它们主要研究立法总论、立法原理、立法主体、立法过程和立法技术诸方面问题。研究西方立法学的情况可以发现:第一,西方人迄今并未完全解决好这个学科的体系问题,或者说西方人的立法学体系与西方文化或语境水乳交融不宜全然仿效;第二,西方人关于立法问题的大量研究成果已为我们解决这个学科的体系问题准备了素材或曰外部的文化环境。前一点使我们看到在构建立法学体系这个课题上,中国立法学还可以有所作为;后一点使我们看到中国学者构建立法学体系已有可能性。

中国立法学还处于刚才崛起之际。但近年来中国研究立法问题的著述日渐增多,不仅立法学作为法学体系的成员之一已成事实,而且中国立法学一开始就注意体系构成问题。我们所提出的立法学应当由立法原理、立法制度、立法技术三要素构成的观点,已逐渐为人们所认同、所接受。这是中国法学在近年间所获得的一大成就。在一个学科刚才崛起之际,就注意研究如何使它尽可能得以科学地发展,便可以使这个学科有个好的起点。而研究它的体系构成,正是保障它得以科学地发展的一个重要条件。中国立法学是在整个法学完成了同其他学科分离的过程而形成完全独立的专门学科达一个世纪后,又是在立法学在别国形

成几近一个世纪后才出现的。法学领域其他分支学科以及别国立法学发展所积累的种种经验,成为建设中国立法学的有利的文化环境。有这一点存在,中国立法学有可能后来居上,有可能在崛起之际就构建成较好的体系。也正因如此,我们才说一门学科及其体系构成,“往往”而不是“一概”要经历一个萌生、发展、成熟和进一步发展的历史过程。^①

(二) 立法学体系构成的要素和内容

我们主张立法学体系应当由立法原理、立法制度和立法技术三要素构成,是有充分的理由和意义的。这里的“立法原理”,既涵盖西方立法学著述中的立法总论、立法原理方面内容,也增添了我们所要增添的内容;这里的“立法制度”,不仅涵盖西方立法学著述中的立法主体、立法过程诸方面内容,还补充了我们所补充的立法权限、中央立法、地方立法、授权立法、立法监督和有关国家立法制度比较的内容;这里的“立法技术”,除涵盖西方立法学著述中的立法技术总论、法案起草和构造以及立法语言文字方面的内容外,还注重包括诸如立法方法、立法策略、立法预测、立法规划、立法决策、立法完善等方面的内容。立法学体系由这三要素构成,既弥补了西方学者在这门学科的体系建设上的不足,又汲取、借鉴了他们研究这门学科的合理之处。

另一方面,立法学体系由这三要素构成,也是由这门学科自身的性质和特点规定的。多年来中国的法学研究中往往存在两种偏向:要么是脱离实际创造遥远虚玄不切适用或不能应用的经院法学,要么是生产专门注释现行法律、法规、规章的缺乏精神品格的注释法学。由立法原理、立法制度和立法技术三要素构成立法学学科,有利于促进法学理论与实践的结合,有利于促进法学体系和法学研究方法论变革。

立法学体系由三要素构成,有其确定的内涵,对此需要有正确的认知。

第一,立法学体系由立法原理、立法制度和立法技术三要素构成,是指整个立法学应当以这三要素为基本内容,它主要表现为关于立法总论性的著述一般应当包括这三要素,不是说所有立法学著述如要做到体系完整,就都要包括这三要素。各种不同的立法学著述可以并应当有自己的完整体系,但这个体系中未必都需要包括这三要素。

第二,立法总论性著述一般应当包括立法原理、立法制度和立法技术三要素,并不是说只有立法总论性著述才可以而其他立法学著述则不能或不宜包括这三要素。关于立法原理的专著可以甚或应当论及立法制度、立法技术,关于立法制度、立法技术的专著亦都可以甚或应当论及另两个要素。只是立法总论性

^① 关于立法学体系构成的条件和中西方立法学体系构成状况的比较,可参见本书著者《立法学体系的构成》一文,载《法学研究》1995年第1期,第3—10页。

著述,其体系应当由这三要素构成;而分别专论立法原理、立法制度和立法技术的著述,其体系中除主要包括所论的专题外,也可以包括另两个要素。一本名为立法制度的专著,平分秋色地把立法原理、立法技术同立法制度都当作自己的主要研究课题,它就文不切题。但如果它旨在系统、深入地研究立法制度,也适当选择与所研究的立法制度关联紧密的立法原理和技术问题加以论述,则是完全可以的,对规模大的专攻立法制度的论著来说还是必要的。同样的,一本名为立法原理或立法技术的著作亦有相应的问题。事实上,无论专门研究立法制度还是专论立法技术的著述,都要分别论及立法制度理论和立法技术理论,而这些理论中通常总要包含若干立法原理。

第三,立法学体系是立法学内容的宏观框架,框架中三要素或三方面各自应当有哪些内容,既未必需要设定一个整齐划一的模式,也不是不需要有大致的确定性。各种总论性或综合性的立法学著述,在研究和安排各项具体内容时,如果都遵循一个既定的整齐划一的模式,立法学研究及其著述恐难有生生不已的活力。反之,如果各种总论性或综合性的立法学著述,都可以忽视立法学研究对象所内在规定的体系上的大致的确定性,来研究和安排各项具体内容,则立法学研究及其著述恐难有科学性可言。

第四,立法学体系应当由立法原理、立法制度和立法技术三要素构成,不是说立法学体系只能以单一的模式出现。以这三要素构成立法学体系,可以有多种表现形式,每一种表现形式便是一种各具特色的立法学体系。立法学体系至少可以有三种表现形式:带有立法哲学特色的,从横向角度研究问题的,偏重理论的立法学体系;把立法作为一个运作过程、系统工程看待的,从纵向角度研究问题的,偏重应用的立法学体系;理论与应用无所偏向的,纵横结合的立法学体系。只是这三种体系中都应当包括立法原理、立法制度和立法技术三要素。

同确立中国立法学的研究对象一样,建设和发展中国立法学,构建其体系或框架,同样需要注意围绕中国立法理论与实践问题,以它们为着重点来研究立法原理、立法制度和立法技术,来形成我们的立法学体系。

第二节 立法学的价值和地位

一、法治时代与立法学研究

现代国家应当是法治国家。事实上今日世界除个别国家外,各国都有法制,许多国家早已形成或正在形成自己的法治社会。而无论建设法制还是实行法治,首先都要立法。成文法国家如此,判例法和成文法并重的国家亦然。我们已经生活在这样的世界:就大多数国家而言,立法几乎成为与国家生活、社会生活

和公民生活关联最紧、连接最广的一大事项。同这一情形相联的是,立法问题日益成为当代法学研究的重大课题,尤其是法制发达和法学发达的国家更如此。这种立法研究成果,作为立法理论、立法实践、立法制度和立法技术的反映,作为立法据以运行的种种氛围、背景的反映,又成为我们观察和了解当代世界的立法,特别是观察和了解主要国家的立法的尤其重要和直接的思想学术资料。要真切地、透彻地了解当代这一法治文明时代的国家生活、社会生活和公民生活,不能不了解当代世界的立法。要真切地、透彻地和全面地了解当代世界的立法,又不能不了解当代世界的立法研究,不能不创建、研究和发 展中国立法学。可以说,事实上也的确是,整个法制和法治主要就是由立法和用法所构成的,整个法学主要也就是由立法学说和法的应用学说所整合的。

既然现代国家应当是法治国家,中国要丢弃人治、步入法治社会,自当也是历史规律决定了的。但今日中国所要追求所要实行的法治,不能是商鞅、韩非的为专制集权服务的旧法治,而应当是旨在使中国成为富强、民主、文明国家的现代法治。这种现代法治的主要标志或要素就在于,一要有法,二要有良法,三要使法得到有效实行。具体来说则是:第一,国家生活、社会生活和公民生活的各个基本方面或绝大多数环节,都依法运行;国家一切权力的存在和行使都应当有法的根据;社会生活的众多方面都应当接受法的调整;社会成员以公民的身份进行活动,其各种行为都应当以法为规范,享有法所确认的权利,履行法所规定的义务。第二,这种法有利于社会进步,有利于维护社会安宁,有利于保障人类的生存权、自由权、平等权、财产权和追求幸福的权利;只要不侵害国家、社会和公民的利益,凡是法未禁止的,任何个人和组织都可以按照自己的意愿活动,没有法的根据,一切个人和组织的合法权益不受任何方面的剥夺,一切公民不受任何个人和组织超出法的范围所追加的义务的约束。第三,所制定的法在国家生活、社会生活和公民生活中具有最高地位和权威,获得普遍的服从,任何个人和组织都不得凌驾其上,任何个人和组织违反法的行为都要受到应有的追究。

现代法治的三个标志或要素中,前两者属于立法范畴,后者亦与立法直接相联。要步入现代法治社会,就要实现立法的现代化;要实现立法的现代化,就要有立法科学的发展。难以想象,实现法治,建设现代法治国家,立法活动、立法运作以至各项具体立法工作,可以长期由不懂或不大懂得立法科学、缺乏立法知识的官员来从事。同时,要步入现代法治社会,建设现代法治国家,使良法得到良好的实行,把法的实施和法的普及、宣传、解释搞好,也要有立法科学的发展。行政机关执法,司法机关司法,公民和各社会组织守法,有关方面普及、宣传、解释法,都需要对法有正确的理解,要懂得法的目的、原则、精神、内容,有的还要了解法的背景和其他相关情况。要做到这些,就不能没有专门研究立法和法的目的、原则、精神、内容、背景以及其他相关问题的立法学。

关于时代对立法研究和立法学的需求,美国著名立法学者查尔斯·B.纳亭和里德·狄克逊教授在他们1978年再版的《立法:立法例和立法论》一书中所作的论述,可以为我们借鉴。两位教授指出,今天的美国已是立法研究和立法教学较为发达的国家之一,但此书1950年首次出版时,美国的立法教学和研究同后来的状况有不小的差别。那是立法教学和研究走向发达状况的初级阶段,法学院的学生和律师以及其他从事法律实务的人们,对立法的认识水准和兴趣,都未达到理想的程度。^①因此,当时此书的作者特别注重强调立法研究和立法教学的重要性。作者认为,在本书再版的今天,美国的律师或法学家比他们的前辈更需要懂得立法过程和立法成果。如果还有人怀疑这一点,只要看一看新近的司法判决汇编中收集有大量的有关诉讼问题的制定法的规定,只要注意到制定法已取代、补充或在废弃迅速减少的法官所创制的普通法,他们的困惑就会消除。现代律师和法学家如果在校学习期间对立法不熟悉,他们就不能为处理现实问题做好准备,因为他们在实际上很快就会知道他们面临的最多的事务,是与制定法的条文而不是与普通法的判例有关。因此,他们必须熟悉立法机制——立法机关的组织和程序,常设委员会和调查委员会的功能,对院外活动的限制,以及对制定法的形式和内容的宪法性限制,等等。而要使人们熟悉立法,就要注重立法研究和教学。仅对制定法作偶尔的、零星的研究,是不能满足新的需要了。上一代传统法学课程的特色之一,正是对制定法作偶尔的、零星的研究。作者强调指出:强化和发展有关立法问题的研究,已不可避免。要消除顽固的传统,要改变只习惯于判例方法、只习惯于用司法观点解释法的毛病。^②两位美国立法学者从历史发展的角度所阐述的重视立法学和立法研究的观点,值得我们参考。

二、立法实践与立法学研究

当代中国立法应当是科学的、现代化的立法。做好中国立法科学化、现代化这篇大文章,需要着力于立法实践和立法学研究这两个环节。立法实践和立法学研究实际上是一个问题的两个方面。立法实践是硬件,立法学研究是软件。这两方面的建设同时并举,立法实践才能在与客观条件相适应的同时,按照人们的科学设想向前发展;立法学研究才能在成为有源之水之际,获得真正可以正确发挥自己价值的出发点和归属。中国立法也才能由此沿着健康、科学和现代化的路径前行。

^① See Nutting, Dickerson, *Cases and Materials on Legislation*, Fifth Edition, St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1978, p. xv.

^② Ibid.