

21

21世纪法学规划教材

立法学

SCIENCE OF LEGISLATION

周旺生 著



法律出版社

21 世纪法学规划教材

立法学

Science of Legislation

| 周旺生 著 |



法律出版社

始创于 1954 年

www.lawpress.com.cn

好书,同好老师和好学生分享

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建设顾问,中国法理学会副会长,教育部跨世纪人才,享受国务院特殊津贴。主要著作有:《立法学》、《立法论》、《规范性文件起草》、《立法学教程》(主编)、《立法学》(主编)、《立法——原则·制度·技术》、《当代中国立法》(第四卷主编)、《立法研究》(主编,已出版四卷)、《中关村立法研究》(主编)、《法理学》(主编)、《法理学研究》(合著)、《西方法学名著评介》(合著)、《西方法律思想史》(合著)。主要论文有:“论创建中国立法学”、“中国法制理论四十年检讨”、“论完善中国法的内部结构”、“中国立法改革三策:法治、体制、决策”、“中国立法五十年”。主持国家九五项目《中国立法与中国立法学》。

出版说明

二十多年前,当中国改革开放开始勃兴,法律和法律教育开始再度崛起之时,法律出版社便以精诚态度和极大力度服务于中国的法律教育。针对不同阶段的读者,本社陆续推出多种系列的法学教材,迄今已达数百种。高等学校教材、教学参考书为其中主要部分。而历年来逐步推出的“八五”、“九五”及正在推出的“十五”国家级规划教材,更为重点。长期以来,“法律版”的众多教材,颇受学林瞩目。在此,我们深深感谢读者和作者对我们的信任。

进入 21 世纪以来,中国法律教育在取得长足发展的同时,也积极酝酿和展开改革举措,培养高素质的现代法律人才成为法律教育的重要目标。为此,本社应时而动,力求从教材的品种上、内容上、形式上实现更大突破,为新一代法律人学取专业知识提供更好读本。

就高等学校教材而言,我们立足两种进路:全面革新既有教材,或推出全新教材。革新既有教材,意在选取已出版教材尤其是“八五”、“九五”规划教材中的精品,从内容到形式全面更新、修订,重新整合,使这些长盛不衰的法律教育财富,以崭新面目,继续服务于新读者。推出全新教材,则或为推出“十五”规划教材,或约请优秀作者撰写新作,精阐原理,结合实践,关注前沿,努力创造出新世纪的新经典。优秀作者,或为老一辈与盛年名家,或为新生代才俊。或革新,或全新,这些教材在 21 世纪呈现崭新风采,并同享规划教材之盛,因之统为一名:“21 世纪法学规划教材”。

我们深信,中国的法律教育事业将在改革和发展中不断壮大;我们承诺,本套“21 世纪法学规划教材”,以及本社所有法律教育图书都将在发展中不断更新和超越。本着竭诚为法律和法律教育服务,竭诚为读者服务之宗旨,我们愿更加敬业,与广大读者和作者一起,共同创造法治事业及法律教育事业的美好未来。

法律出版社
2004 年 1 月

目 录

第一章 导论	(1)
第一节 立法学的价值和地位.....	(1)
第二节 立法学的产生和发展.....	(7)
第三节 立法学的对象和体系.....	(15)
第四节 立法学的研究方法.....	(20)
第二章 立法的概念	(24)
第一节 立法概念界说.....	(24)
第二节 立法的外延、内涵和定义.....	(27)
第三节 立法的基本概念.....	(31)
第四节 立法与法的创制、制定、制订和拟订.....	(37)
第三章 立法原理、制度和技术	(42)
第一节 立法原理.....	(42)
第二节 立法制度.....	(46)
第三节 立法技术.....	(52)
第四章 立法指导思想和基本原则	(65)
第一节 立法指导思想和基本原则概述.....	(65)
第二节 中国立法的指导思想.....	(70)
第三节 中国立法的基本原则.....	(76)
第五章 立法主体	(86)
第一节 立法主体概述.....	(86)
第二节 立法机关.....	(94)
第三节 国家元首、行政机关和司法机关.....	(111)
第四节 立法者和立法工作人员.....	(117)
第六章 立法权限	(121)
第一节 立法权概述.....	(121)
第二节 立法权体系与国家权力体系.....	(123)
第三节 立法权的归属和范围.....	(128)
第四节 明示立法权和默示立法权.....	(131)

2 立法学

第五节 国家立法权、地方立法权和政府立法权	(134)
第六节 立法权之间的关系	(140)
第七节 中国现行立法权限划分体制	(144)
第七章 立法程序	(149)
第一节 立法程序概述	(149)
第二节 立法活动过程	(152)
第三节 提出法案	(159)
第四节 审议法案	(166)
第五节 表决和通过法案	(176)
第六节 公布法	(182)
第八章 中央立法	(187)
第一节 中央立法概述	(187)
第二节 全国人民代表大会立法	(189)
第三节 全国人民代表大会常务委员会立法	(198)
第四节 国务院立法	(204)
第五节 国务院部门立法	(211)
第九章 地方立法	(215)
第一节 地方立法概述	(215)
第二节 一般地方立法	(224)
第三节 民族自治地方立法	(231)
第四节 经济特区和特别行政区立法	(236)
第十章 授权立法	(242)
第一节 何谓授权立法	(242)
第二节 授权立法制度	(249)
第三节 中国授权立法	(254)
第十一章 立法方法、策略和要求	(263)
第一节 立法的一般方法	(263)
第二节 立法的基本策略	(273)
第三节 立法技术的其他要求	(283)
第十二章 立法预测、规划和决策	(290)
第一节 立法预测	(290)
第二节 立法规划	(296)
第三节 立法决策	(308)
第十三章 法案起草	(315)
第一节 法案和法案起草概述	(315)

第二节	法案起草人	(320)
第三节	法案起草的过程和步骤	(324)
第四节	委托起草和合作起草	(331)
第十四章	法的构造	(334)
第一节	法的结构的要件和类型	(334)
第二节	法的名称	(336)
第三节	法的内容	(341)
第四节	目录、标题、序言、括号和附录	(344)
第五节	卷、编、章、节、条、款、项、目	(349)
第六节	法的语言文字	(354)
第十五章	法的总则、分则和附则	(359)
第一节	法的总则	(359)
第二节	法的分则	(366)
第三节	法的附则	(370)
第十六章	立法的完善	(376)
第一节	法的修改和补充	(376)
第二节	法的废止	(380)
第三节	法的清理	(384)
第四节	法的汇编	(391)
第五节	法的编纂	(396)

第一章 导 论

第一节 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、联接最广的一大事项。同这一情形相联的是,立法问题愈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。难以想像,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的。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

〔1〕 参见纳亭、狄克逊编:《立法:立法例和立法论》,美国,1978年版前言。

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。

中国虽曾以中华法系闻名于世,过去二千年中,差不多每一大的封建王朝都有体系庞大的法典,立法文化传统绵延不绝。但所憾的是,这些法典首先和主要是为支撑封建大厦而产生和存在的,是封建集权统治者手中治民的器具。人民共和国诞生以来的几十年间,在相当长的时期里,立法又处于异常落后的状况。近20年来,立法有快速发展,有引人瞩目的可喜成就,成为整个法制发展链条中最好最快的一个环节,积聚了丰富的需要好生总结的珍贵经验。特别是八届全国人大把建立市场经济法的体系作为这届人大的基本目标以来,中国立法进一步加快步伐,呈现富有进取性的新面貌。到了新世纪来临之际,中国立法远远不敷国家生活、社会生活和公民生活需要的旧状况,已经在相当大的程度上得以改观。但是,整个说来,迄今所立之法的不良之处,亦即不科学、不完善、有弊病之处,仍然大量而普遍存在。就全局说,立法还主要是服务于一定工作目标的手段,未被普遍认作是一门科学。特别是现时期人大和政府的立法人才还远远不敷应用,许多法律、法规、规章是由不太懂法尤其是不太理解立法的人员边干边学地起草、制定的。这样产生的法律、法规、规章,往往不能不是残次品,或是质量不高难以实行,或是质量低劣无法实行。这就不能不付出代价;执法、司法、守法中大量存在的问题,有许多便是由于立法上的先天不足特别是质量不好因而难能有效实行因而注定着要出现的。今日中国立法的发展,不仅要注意数量,也要讲究质量。而无论是数量指标还是质量指标的实现,都呼唤着科学的立法学出现。

今天的国家和立法大不同于以往。立法是国家法制的基础,也是法治国家的前提。无论人们是否理解立法,也无论人们怎样看待立法在法制建设和法治运行中的功用,这都是不争的事实。这一事实的存在,决定着增进人们对立法的理解和认识、推进和完善中国立法并进而发掘它在法制建设和法治运行方面的功用,成为今日中国法律家和法学家不能不用心于斯的事情。而实现这种增进、推进和完善,

〔2〕 参见纳亭、狄克逊编:《立法:立法例和立法论》,美国,1978年版前言。

就需要有科学的立法理念、健全的立法制度、先进的立法技术,由此也意味着需要有一个专门生发立法理念、设计立法制度和切磋立法技术的立法学。

中国立法以至于整个法制和法治对于立法研究和立法学说的需求,不仅直接表现为它们需要有科学的理论、方法和技术加以指导、为其服务,需要有大量的熟悉立法事业、通晓立法理论和技术、能快速而科学地起草法案、审慎而高效地解决立法难题的人才和骨干来把它们不断推向前进。而且还特别因为现时中国社会生活的主流对立法研究和立法学说寄予着直接的期望。在市场经济持续刺激中国社会生活发生愈益深刻、广泛而迅速的变化情况下,立法调整、立法研究和立法教学,愈益清楚地凸现出对于市场经济和整个社会发展的重要性和紧迫性。一方面要产生大量的新的法律、法规、规章以适应新的需要,另一方面要对现行法律、法规、规章作大量变动以适应新的情势。今后相当长的时期内,应当是中国立法在继续迅速发展发展的同时,也开始注重现代化的重要时期,无论是中央立法还是地方立法,都面临着全新而繁重的立法任务。要担负起这种繁重的立法任务,使立法健康发展,不能没有科学而富有成效的立法研究和立法学说。中国的立法研究长期落后的局面,是必须根本改变了;立法学在法学体系中的羸弱地位,是亟待改变了。

中国立法实践对立法科学的迫切需要是非常明显的。这些年来立法实践取得的重大成就令人鼓舞,但这些年的立法实践提出的许多问题往往没有获得科学的或充分的理论说明以及由此带来的弊端也令人遗憾。比如:国务院、中央军委、最高人民法院、最高人民检察院等有关国家机关有权向全国人大及其常委会提出立法议案,法律由国家主席公布,这是否意味着国务院等有关国家机关和国家主席享有一部分国家立法权?这种立法提案权和法律公布权是否属于国家立法权的组成部分?全国人大常委会授权国务院和有关省、市制定有关条例、规定,是否意味着国务院和有关省、市享有一部分国家立法权?根据授权制定的条例、规定,是不是法律?如果像有人所说不是法律,那么是不是法规?如果只是法规而不是法律,国务院和有关地方根据宪法规定本来就分别享有制定行政法规和地方性法规的权力,何必再由全国人大常委会授权?根据授权所立的法,究竟与授权者所立的法属于同一级别,还是与被授权者通常所立的法属于同一级别,抑或是介于两者之间?授权立法是单指授权规定,还是单指根据授权规定所立的法,还是兼指两者?对一些事项需要用法加以调整,但应当用哪一级别的法调整,人们并不明确,往往先制定地方性法规,待条件成熟后再制定行政法规或再制定法律,这种观念和做法是否科学?各立法主体的立法权限范围、各种法的调整范围是否要有确定性?有关国家机关制定的规范性文件须经别的国家机关批准,这究竟是批准机关在立法,还是被批准机关在立法?经有关国家机关批准的法,究竟属于哪一效力等级?立法需要具备什么条件?没有直接经验是不是一定不能立法?如果是,还有无必要搞立法预测、立法规划?还有无必要研究立法战略?“成熟一个制定一个”是否应当作

为立法的方式和步骤?如果是,用什么作为衡量成熟与否的标准?立法又如何协调发展、如何形成科学的法的体系?在一个不成熟时,立法是否完全停止?在大批同时成熟时,立法是否不要分别轻重缓急一哄而起?……所有这些问题,都需要予以回答和解决。而要科学地回答和解决这些问题,必须加强立法研究,必须建设和发展立法学。

建设和发展中国立法学,其实践价值和地位当然远不只表现在立法实践提出一系列具体问题需要获得科学的说明。当代中国立法实践发展过程中所提出的一系列带有全局性、根本性、宏观性的问题需要获得科学的说明,可以在更重要的角度显现建设和发展中国立法学的实践价值和地位。这些问题,本书第四章第三节将作为中国立法的基本经验系统提出。而要研究和解决这些关键性的、症结性的问题,非在建设和发展中国立法学方面下大功夫不可。

三、立法学的理论价值和地位

(一)立法学是促进法学理论与实践有效结合的重要学科

法学理论无疑要同法治实践结合。要结合,法学工作者就要参与法治实践,就要参与立法、研究立法。多年来人们对中国法学理论厚望所系,不在于企求它创造遥远虚玄、难以捉摸的经院学说,而在于期待它提供指导实践、说明古今的科学理论。然而这种期待仍有待实现。这里的重要原因之一,便在于法学理论工作者未能广泛而有效地参与实践,法学体系中缺少理论与应用紧密结合的综合学科。立法学的出现,重视和加强立法学研究,将是改变这种症状的一剂良药。立法学成果有直接应用价值,它对理论法学来说是应用法学;立法学成果能指引立法走向科学,它对应用法学来说又是理论法学。立法学研究的发展,需要综合和汇集宪法、行政法、民商法、经济法、刑法、诉讼法以及其他诸多法学分支学科的成果,也需要揉合政治学、经济学等诸多非法学学科的成果,并为它们的深化、提高开辟新路或提供参考。立法学的发展,对增强应用学科的理论性,提高理论学科的应用价值,将会提供有益的启示,将会引发整个法学体系呈现新格局;对法学理论工作者参与立法实践,承接立法项目,帮助起草法律、法规、规章,使法学研究直接取得好的社会效益,从而也给法学研究注入生机,繁荣法学研究自身,会带来丰厚的、可见度很大的收获。这就是说,立法学是促进法学理论与实践有效结合的一门重要学科。

一般地要求人们承认立法理论对于立法实践有着重要的价值,并不困难。在中国这个素来强调以马克思主义理论作指导的国家,要求人们承认立法理论对于立法实践的指导和服务作用,更属容易。但承认是一回事,能不能真实地、自觉地、普遍地运用立法理论来指导立法实践,则是另一回事。多年的经验表明:当立法实践需要有立法理论加以说明、指导时,人们往往并没有去钻研这样的立法理论,提不出也不去积极提出为立法实践所需要的立法理论。长期来的实际情况在相当大的程度上便是这样:一方面是较为丰富的立法实践经验没有得到认真、及时的总

结,立法实践中出现的问题得不到理论的、科学的解答,发展着的立法实践没有系统的、科学的立法理论予以指导,于是责备法学理论与实践脱离的言论和埋怨法学理论落后于实践的言论不绝于耳;另一方面,大批的人力、物力往往被投放到离实践甚远的研究领域,对立法实践提出的问题很少有人问津,很少有作为从事这种研究的物资保证,极少有人能从战略高度聚集人力、投以物力来推动立法学研究的开展。而由于许多理论脱离实践,落后于实践,对实践不起什么作用,又助长了一些人所存在的轻视理论指导、以为理论指导不足道、没有用的认识。立法理论与实践这种严重脱节的状况,成为进一步发展中国法治实践和法学理论的障碍。克服这一障碍,就应当重视研究立法问题,建设和发展中国立法学。

应当指出,关于立法的专门研究和专门学问在中国所以历来很少为人注视,更少有人问津,其根本原因远不仅仅在于中国法学和法治的长期落后。否则,便不能解释何以在法学和法治同样落伍的大背景下,法的应用学说相对于立法学说要远为人们所注重。根本原因恐怕首先在于政治法律文化传统方面。立法,实质上就是对国家生活、社会生活作出重大决策,这种决策在过去二千多年的封建专制制度及其阴影之下,历来总是那些为治者的专利,岂容一般人与问,更岂容人们自由地研究和阐释。生活在这种制度下的人们,大多对参与决策也自然地表现出麻木以至厌弃。旧制度覆灭后,其代表的传统并非随即逝去。即便是法律家和法学家,如若不能真切地明辨自己的研究和参与立法,与法治、与国家、与社会、与民众以及以自己的真正联系,其法律观缺乏真正的民主素质,并没有自觉地与旧的法律观廓清界限,他们对立法和立法学说同样是难能牵挂在怀,更谈不上予以重视的。

(二)建设和发展立法学是发展中国法学体系所必需

立法学是整个法学体系的一个重要组成部分。法治和法学的产生和发展,以立法的发展和对立法的研究为前提。没有立法的发展便没有法治的发展,没有立法学的发展便不可能有法学体系的真正的完善。所以,立法学在整个法学体系中占有重要地位。

立法学作为法学体系的一个重要成员,它与法学体系中的其他组成部分有密切联系。这种联系使得它对整个法学体系的发展有着重要作用。

第一,立法学与法理学关系密切。法理学是从历史的和现实的各种法的现象及其规律中研究法的基本问题和一般规律的学科,是整个法学的基础,也是立法学的基础,它所阐述的关于法的一系列基本原理,对立法学具有指导意义。同时,立法学的研究成果又为法理学提供丰富的材料,进一步映证法理学并推动法理学发展。例如,通过研究法的本质、内涵来揭示法的概念、原理和一般规律,是法理学的一个特点。而立法学则重视研究法的外延、结构和表现形式。如果把立法学的这些成果与传统法理学关于法的概念的观点结合起来,就会全面地、真正科学地理解和揭示法的概念,从而推动法理学的发展。

第二,立法学与法史学的关系也很密切。法制史学是研究各个具体时代的法制及其发展规律的学科,不研究法制史,不弄清历史上个别的立法制度及其特殊规律,就不能从中总结发现立法的普遍规律。同时,不建设和发展立法学,不认真研究立法的普遍原理、基本制度、必要技术和立法的普遍规律,也难以对历史上复杂的、具体的立法现象作出科学的解释和指出其得失,在纷繁杂乱、浩如烟海的立法史料面前就容易手足无措或走偏方向。法思想史学的任务是具体研究历史上各种法思想及其对社会特别是对各时代法制的影响,研究法思想史无疑有助于研究立法学,历史上的法思想中有许多内容本身就是立法思想。而研究立法学,考察立法原理、立法制度和立法技术等等的发展、演变,对更深入、更全面地了解历史上的法思想也大有益处。

第三,直接地、具体地研究法学领域各个专门问题的各部门法学,与立法学的密切关系更是显而易见。一方面,研究立法学要使用各部门法学提供的有关部门法的研究成果和资料;另一方面,立法学的研究成果,如关于法的体系、法的结构、法的协调、法的汇编、法的编纂、立法预测、立法规划……的研究成果,可以直接用来指导建设、发展和完善各部门法,从而也促进各部门法学的发展和完善。

中国的法学事业经受了种种磨难而在这些年终于获得较快发展。今日的法学领域既不是沉寂荒芜的田地,亦不是只有寥寥几个学科,而是已经初步形成了一个主干和支干纵横交错的法学体系。特别是近些年来,诸多新兴学科在法学领域开辟了自己的阵地,其中包括立法学也在法学领域得以崛起。但立法学还是一门新学科,还较为薄弱,立法学研究队伍亟待加强,立法学著述亟待丰富。西方主要国家将立法学作为专门学科加以研究已有一个世纪。前苏联、东欧从20世纪60年代起也重视并较快地开展立法学研究。现今国外的立法研究机构已多不胜数。国外对中国立法问题也相当关注。我们对国外立法研究状况和成果,极少有人知晓,更谈不上像许多国家那样早就建立起全国性的立法研究机构。我们要健全法学体系、改变法学体系内部不协调的状况,赶上别国的立法研究水准,发展与别国在立法研究方面的交流,也有必要加强中国立法研究,建设和发展中国立法学。

第二节 立法学的产生和发展

一、立法学产生和发展的基本条件

科学研究的分工是随着人类文明的发展而逐步细致起来的。一门学科的形成往往要经历一个萌生、发展、成熟和进一步发展的历史过程。立法学也受这一规律支配。

在立法学产生和发展的历史过程中,诸多因素发生了重要作用,其中下述两个条件的作用,显得更重要、更深刻。

首先,立法学的产生和发展以立法的产生和发展,以立法实践经验的积累,为前提条件的。不具备这样的条件,立法学便没有产生和发展的可能性和必要性。在人类社会的早先时代,虽然也有社会规范,却没有具有国家强制性的特殊社会规范——法。后来随着社会的发展,在产生国家的同时也产生了被后人称之为法的这种特殊社会规范。最初的法是习惯法,之后则出现成文法。习惯法经历了由习惯发展为习惯法的过程,这个过程就是人类最初创造法的过程,是立法的起点。当习惯法不足以回应新的社会关系对法的调整所提出的需求时,人们就在习惯法的基础上创制出成文法,于是,正式的立法就渐始产生。开始的成文法和最初的正式立法,作为事物的起点,通常总是要随着人们的经验积累,逐渐被人们自觉或不自觉地扬弃。在这个过程中,人类逐渐形成诸如对法和立法需求的思维,对需要什么法和如何使这种法得以产生的思维,形成如何使既有的法变得更好的思维,如此等等。这些思维的表现形式,起初是立法思想,它们是立法学得以产生和发展的思想渊源,之后在此基础上终于发展为成形的立法学。

另一方面,立法学的产生和发展以社会制度尤其是社会政治制度的民主化达到一定程度为条件。立法学固然同其他许多法学学科一样,主要是实践的学问,随着立法实践经验的积累而产生而发展。但其他许多法学学科随着法制实践的发展,在立法学之前许久就产生和发展起来,而立法学作为一门独立的法学学科则是在它们之后姗姗来迟。这里很重要的一个原因,便是立法学的产生和发展对社会制度尤其是社会政治制度的民主化程度,有更高的要求。立法学不仅是实践的学问,而且更是决策的学问,是以立法的形式对社会制度的种种方面作出决策的学问。在专制制度下,作出这种决策的权力专属于最高专制者——专制君主以及以他为核心的最高专制集团。即便专制集团中往往也不乏能正确看待立法的开明人士,但整个说来,专制集团立法的目的主要不过是为着维系自己的专制统治,从总体上说他们不愿也不可能把立法当作科学、当作主要目的在于推动整个社会进步的一种特别重要的国家政权活动来看待。因此,在专制制度下,不会也不可能产生和发展作为独立的、专门的一个法学学科的立法学。独立的、专门的立法学学科,是民主制度和其他现代文明因素相结合的产物和表现。只有民主制度,才需要也才能容纳民主化的法制和法治,才需要也才能允许把立法当作科学。

二、由立法思想和学说到立法学学科

立法学的产生和发展,经历了一个先有立法思想和立法学说,再有独立的、专门的立法学学科的演进过程。

(一)立法学的思想渊源和萌芽

立法学是法学体系的一个组成部分,而法学本身在漫长的历史时期中,曾与哲

学、文学、神学特别是政治学结合在一起。中国先秦典籍《尚书》、《论语》、《商君书》、《韩非子》，都是既论政又论法，论政与论法合二而一的。西方第一本系统阐述政治学的著作——亚里士多德的《政治学》，同时也是西方法学的奠基之作。西欧中世纪的意识形态和整个文化领域长期为神学所统治，法学、政治学、哲学又都成为神学的分支。17、18世纪资产阶级革命时期著名思想家的许多名著，如霍布斯的《利维坦》，洛克的《政府论》，卢梭的《社会契约论》，都既是政治学著作又是法学著作。从希腊人开始到资产阶级革命发生，这期间虽然也曾出现诸如柏拉图的《法律篇》，西塞罗的《法律篇》，盖尤斯的《法学阶梯》，普芬道夫的《法学要论》和《自然法和万民法》，孟德斯鸠的《论法的精神》，布莱克斯东的《英国法释义》等著作，出现罗马职业法学家集团，出现法律学校，出现注释法学派、人文主义法学派、自然法学派，一直到出现一个新的世界观——法学世界观；但这期间法学没有形成今天意义上的、由许多分支学科组成的、较为固定的体系，因而人们往往称这期间的法学不是独立的学科。在这种情况下，当然谈不上有体系健全的、独立的立法学学科。

但没有独立的立法学学科并不意味着没有立法思想和立法学说。这期间，思想家们论述的立法思想和立法学说是丰富的。

此间西方思想家论述过立法的作用、目的和本质，如立法是法治的前提，是政治和治国的工具，是用成文法形式来表现正义、理性或自然法精神，立法是人民公意的反映，其基本意图是谋求公共福利，是保障人的天赋权利，为人们提供行为准则，抑制人类存在的自私、损人、残暴、不正义，也抑制政府使其依法行使职权。论述过立法权的归属和地位，如立法权是由元老院行使、君主个人行使、作为主权者的全体人民行使，还是由代表机关行使；立法权和其他权力既应当分立又应当互相制约、协调，立法权在国家权力体系中是最高权力。论述过立法与政体、政治体制、自由、气候、土壤、民族精神、风俗习惯、贸易、货币、人口、宗教等国情因素都有关联，立法时应当考虑这种种关系。论述过立法应当由贤明者承担起法的起草的责任，法要依据一定程序制定，立法议会的辩论要公开进行，法要经过全国人民讨论、批准，应当公之于众。论述过法的体系是由若干部门法组成的，法的体裁要质朴、平易，条文含义要确切，表达要言简意赅。还论述过立法要具备一定的条件，要有全局观点；要坚持稳定性与适时修改相结合，立法要有严肃、慎重、科学的态度，等等。

在这期间，中国思想家论述过立法指导思想、目的、作用和产生。例如，是以礼、以法，还是以德来指导立法；立法的目的是“定分止争”、“化性起伪”、“明分使群”，还是“一同天下之义”；是对皇权作无微不至的确认和保护，为皇帝治民、制民、典民提供器具，还是使所立之法成为“公天下之法”、以“天下之法”取代“一家之法”。论述过立法权要绝对由君主掌握，一切形式的法都必须由君主发布或批准。论述过要因时立法，要保持立法的稳定性，要因人之情立法，立法要考虑客观可能

性,等等。

这些立法思想和学说,是立法学作为独立的、专门的法学学科得以形成、发展的思想资料或思想渊源。它们是立法学的萌芽或先声。

(二)立法学的生长和形成

随着资产阶级法学世界观占据主导地位 and 资产阶级政权的建立,立法在世界范围内获得大发展。与此同时,人类的科学水平有很大提高,科学研究的分工得以进一步深入。这些条件终于促使法学完成了同其他学科分离的过程,形成为一门完全独立的、近代意义上的法学学科。这一时期,立法学先是同法理学、法史学和正在形成过程中的比较法学融合在一起,而不是法学体系中一门独立的分支学科;后来,则随着对立法问题的研究范围逐步拓宽和研究深度逐步发展,立法学作为法学体系中一门独立的、专门的分支学科,逐步生长和形成起来。

这一时期,在西方,古典自然法学派走向衰落,在法学领域逐渐占据主导地位的是哲理法学派、历史法学派和分析法学派,出现了黑格尔的《法哲学原理》,萨维尼的《论立法和法理学的现代使命》、《中世纪罗马法史》和《现代罗马法制度》,边沁的《道德与立法原理》,奥斯汀的《法理学范围》、《法理学讲义》,密尔的《代议制政府》,梅因的《古代法》、《古代法和习惯》,戴西的《英宪精义》,胡贝尔的《瑞士私法制度和历史》,耶林的《罗马法的精神》和《法律的目的》,霍姆斯的《普通法》等法学名著。这些著作对立法问题作了大量论述,提出了一系列立法观点、原理和原则。例如,在立法的本质、目的和作用问题上,有的坚持自然法学说,主张立法应当体现理性、正义和维护人的天赋权利;有的反对自然法学派理性主义的观点,认为实在法不是理性的产物,而是如同语言和习惯一样随着历史的发展而自然地产生和发展的,是民族精神的体现,不能通过立法来人为地加以变更,习惯法应当高于立法;特别是边沁的《道德与立法原理》,提出功利是人类社会发展的根本动力,也是评价法律制度的可靠标准,立法者的任务就在于计算苦乐的多少,最好的立法是达到大多数人的最大幸福。不仅这些法学名著阐述了大量立法学说,这期间已有一系列专门的立法学著作,例如:在法国,1776年马布利成就了他的论著《论立法或法的原则》;在英国,1877年瑟林的专著《实用立法》问世,1890年威拉德的《立法手册》也提供于世人面前。

进入20世纪后,西方法学获得全面发展,法学家、法学流派、法学名著不断涌现,立法学也相应获得较大进步。至第二次世界大战结束前,西方国家专门的立法学论著已多不胜数。例如,在美国,有伊尔伯特的《立法方法和形式》(1901)、《法的制定的技术》(1914)、《立法的方法》(1925)、弗洛恩德的《美国立法标准》(1917)、《立法规则》,卢斯的《立法程序》(1922)、《立法议会》(1924)、《立法原则》(1930)、《立法问题》(1935),切斯特·琼斯的《美国法的制定》(1912),哈洛的《立法方法的历史》;在英国,有斯蒂蒙的《立法的起源、历史和目前趋势》,布朗的《现代立法的基本