

95

“九五”规划高等学校法学教材

◁ 基础课系列 ▷

jiu wu gui hua gao deng xue xiao fa xue jiao cai

周旺生/主编

立法学

(2000年第二版)

司法部法学教材编辑部编审

jiu wu gui hua gao deng xue xiao fa xue jiao cai

法律出版社

95'规划高等学校法学教材——基础课系列

立 法 学

(2000年第二版)

司法部法学教材编辑部编审

主 编 周旺生

撰稿人 周旺生 萧金明 宋方青

法 律 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

立法学/周旺生主编. -2版(修订版). -北京:
法律出版社,2000.8

“九五”规划高等学校法学教材·基础课系列

ISBN 7-5036-2509-0

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(2000)第 67337 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/陶松

责任校对/何萍

印刷/中国科学院印刷厂

开本/850×1168毫米 1/32

印张/21.875

字数/570千

版本/2000年9月第2版 2001年2月第2次印刷

社址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)

电子信箱/ pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2509-0/D·2124

定价:35.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

说 明

根据国家教委《关于“九五”期间普通高等教育教材建设与改革的意见》，我部“九五”规划的重点是编写对实现法学教育目标起关键作用和具有重大影响的现代法学教材。

现代法学教材坚持以邓小平理论为指导，面向现代化、面向世界、面向未来，紧密结合我国改革开放和市场经济、法制建设以及法学教育改革的实际，瞄准培养跨世纪高质量法律人才的目标，努力编写出版反映当代先进水平的法学教材。

这批教材分若干系列，力求完整、准确地阐明基本概念、基本原理和基础知识，吸收国内外优秀学术成果，在理论与实践相结合的基础上，达到理论性、实践性和应用性的统一。

尽管编著者做出了很大努力，但不完善之处在所难免，尚祈读者批评指正。

《立法学》是基础课系列的一种，由周旺生主编。作者在总结本学科教学经验和研究心得的基础上，为本学科构建了新的理论体系。撰稿人分工如下：

周旺生 第一章、第二章、第三章、~~第四章、第五章、第六章~~、第七章、第八章、第九章、第十章、~~第十一章、第十二章~~、第十三章、第十四章、第十五章、第十六章、第十七章、~~第十八章、第十九章~~、第二十章第一节、第二十一章第二至第~~三~~节

萧金明 第五章、第十三章、第二十一章第一节

宋方青 第十二章、第二十章第二至三节

初稿完成后，由周旺生修改定稿。

责任编辑 沈小英

司法部法学教材编辑部

1998年6月

第二版说明

为适应《中华人民共和国立法法》的出台将引致的立法新局面新情况的需要,本书第二版由主编在第一版的基础上作了重要的、幅度较大的补充、修改和调整。主要是全面反映了《立法法》的内容及其所形成的中国现行立法制度;增写了第六章和若干节;还反映了第一版以来中国立法理论和实践的一些新经验和新问题。

补充、修改和调整后的第二版,其撰写分工如下:

周旺生 第一章、第二章、第三章、第四章、第六章、第七章、第八章、第九章、第十章、第十一章、第十二章、第十五章、第十六章、第十七章、第十八章、第十九章、第二十章、第二十二章第二至六节;

萧金明 第五章、第十四章、第二十二章第一节;

宋方青 第十三章、第二十一章第二至三节。

《立法学》第二版,由周旺生修改定稿。

责任编辑 沈小英

司法部法学教材编辑部

2000年8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.....	(10)
第三节 立法学的对象和体系.....	(21)
第四节 立法学的研究方法.....	(28)

第一编 立法原理

第二章 立法原理总论	(35)
第一节 立法原理概述.....	(35)
第二节 立法的基本范畴.....	(40)
第三节 立法指导思想和基本原则.....	(48)
第四节 立法的物质基础.....	(55)
第三章 法与立法	(64)
第一节 法、法律和法规.....	(64)
第二节 立法界说的概况和方法.....	(71)
第三节 立法的外延、内涵和定义.....	(75)
第四节 立法与法的创制、制定、制订和拟订.....	(81)
第四章 立法的历史发展	(88)
第一节 立法的产生和发展规律.....	(88)
第二节 立法的历史类型.....	(95)
第三节 当代中国立法的发展.....	(107)
第五章 立法的法治化、民主化、科学化	(122)

第一节	立法的法治化	(122)
第二节	立法的民主化	(127)
第三节	立法的科学化	(134)
第六章	立法与国情	(142)
第一节	立法与国情的一般理论	(142)
第二节	立法对国情的依赖性	(148)
第三节	国情因素对立法的作用	(152)
第四节	中国立法与中国国情	(166)

第二编 立法制度

第七章	立法制度总论	(179)
第一节	立法制度概述	(179)
第二节	立法体制	(182)
第三节	立法活动过程	(193)
第八章	立法主体	(203)
第一节	立法主体概述	(203)
第二节	立法机关	(215)
第三节	国家元首、行政机关和司法机关	(239)
第四节	立法者和立法工作人员	(248)
第九章	立法权	(253)
第一节	立法权概述	(253)
第二节	立法权体系与国家权力体系	(256)
第三节	立法权的归属和范围	(262)
第四节	明示立法权和默示立法权	(267)
第五节	国家立法权、地方立法权和政府立法权	(271)
第六节	立法权之间的关系	(280)
第十章	立法程序	(286)
第一节	立法程序概述	(286)

第二节	提出法案	(291)
第三节	审议法案	(300)
第四节	表决和通过法案	(315)
第五节	公布法	(323)
第十一章	中央立法	(330)
第一节	中央立法概述	(330)
第二节	全国人民代表大会立法	(333)
第三节	全国人民代表大会常务委员会立法	(345)
第四节	国务院立法	(254)
第五节	国务院部门立法	(364)
第十二章	地方立法	(369)
第一节	地方立法概述	(369)
第二节	一般地方立法	(382)
第三节	民族自治地方立法	(390)
第四节	经济特区和特别行政区立法	(398)
第十三章	授权立法	(407)
第一节	授权立法概述	(407)
第二节	授权立法的基本制度	(412)
第三节	中国授权立法	(416)
第十四章	立法监督	(426)
第一节	立法监督概述	(426)
第二节	立法监督体制	(436)
第三节	中国立法监督	(442)

第三编 立法技术

第十五章	立法技术总论	(453)
第一节	立法技术概述	(453)
第二节	立法技术与立法、法制和社会发展	(457)

第三节	立法活动运筹技术·····	(463)
第四节	法的结构营造技术·····	(467)
第十六章	立法方法、策略和要求 ·····	(474)
第一节	立法的一般方法·····	(474)
第二节	立法的基本策略·····	(488)
第三节	立法技术的其他要求·····	(503)
第十七章	立法预测、规划和决策 ·····	(512)
第一节	立法预测·····	(512)
第二节	立法规划·····	(520)
第三节	立法决策·····	(537)
第十八章	法案起草 ·····	(547)
第一节	法案和法案起草概述·····	(547)
第二节	法案起草人·····	(554)
第三节	法案起草的过程和步骤·····	(559)
第四节	委托起草和合作起草·····	(569)
第十九章	法的构造 ·····	(574)
第一节	法的结构的要件和类型·····	(574)
第二节	法的名称·····	(577)
第三节	法的内容·····	(584)
第四节	目录、标题、序言、括号和附录·····	(589)
第五节	卷、编、章、节、条、款、项、目·····	(596)
第二十章	法的总则、分则和附则 ·····	(603)
第一节	法的总则·····	(603)
第二节	法的分则·····	(613)
第三节	法的附则·····	(618)
第二十一章	立法语言文字 ·····	(626)
第一节	立法语言文字概述·····	(626)
第二节	立法语言文字的风格·····	(629)
第三节	立法语言文字的使用规则·····	(636)

第二十二章 立法的完善	(645)
第一节 立法解释	(645)
第二节 法的修改和补充	(651)
第三节 法的废止	(657)
第四节 法的清理	(662)
第五节 法的汇编	(672)
第六节 法的编纂	(680)

105120

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是如此。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

^① ^② 见纳亭·狄克逊编:《立法:立法例和立法论》,美国,1978年英文版前言。

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而难以有效实行因而注定要出现的。今日中国立法的发展,不仅要注意数量,也要讲究质量了。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,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,也需要糅合政治学、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,