

立法论

周旺生 著

北京大学出版社

ZHOU WANGSHENG

ON LEGISLATION

PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市社会科学理论著作出版基金项目

立 法 论

周旺生 著

北 京 大 学 出 版 社
北 京

新登字(京)159号

图书在版编目(CIP)数据

立法论/周旺生著.-北京:北京大学出版社,1994.8
ISBN 7-301-02630-7

I.立… II.周… III.立法-理论 IV.D901

书 名: 立法论

著作责任者: 周旺生

责任编辑: 彭克伟

标准书号: ISBN 7-301-02630-7/D·257

出版者: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

电 话: 出版部 2502015 发行部 2559712 编辑部 2502032

排 印 者: 国防科工委印刷厂

发 行 者: 北京大学出版社

经 销 者: 新华书店

版本记录: 850×1168毫米 32开本 24.125印张 600千字

1994年8月第一版 1994年8月第一次印刷

印 数: 0000-4000册

定 价: 10.80元

序

我在北京大学原先是教授法理学的，后来在法理学之外，又研究、教授起立法学来。促成这一转变的一个基本动因，是我深切感悟到立法和立法学对现代社会，对我们这样一个国家，有着怎样的价值。

现代社会应当是法治社会了。事实上当今世界许多国家也早已形成或正在形成自己的法治社会。中国要步入法治社会，自当也是历史规律决定了的。而要实行法治，诚如亚里士多德以来的许许多多思想家所说，需要有良法。

中国虽曾以中华法系闻名于世，过去二千多年中，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，是专制集权统治者手中治民的器具。而我们的人民共和国诞生以来的40多年间，在相当长的时期里，立法又处于异常落后直至走向几近被废弃的命运。近10多年来，立法有快速发展，有引人瞩目的可喜成就，但仍然远远不敷国家生活、社会生活和公民生活的需要。且所立之法的不良之处，亦即不科学、不完善、有弊病之处，多所存在。就全局说，迄今立法还主要是服务于一定目标的手段，未被普遍认作是一门科学。执法、司法、守法中大量存在的问题，有许多便是由立法上的先天不足而注定着要出现的。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理论和学说的问世。

立法的确是整个法治的前提和基础，也是迄今中国法制整体中发展最快的方面，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、方略和技术的骨干、人才来把它不断推向前进。特别是在市场经济刺激中国社会发生愈益深刻而迅速的变化情况下，立法调整、立法研究和立法教学，也愈益清楚地呈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。无论是中央立法还是地方立法，都面临着全新而繁重的任务。而要担负起繁重的立法任务，使立法健康发展，不能没有科学而有成效的立法研究和教学。中国的立法研究长期落后的局面，立法学在法学体系中没有应有地位的局面，是到了必须根本改变的时候了。

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和教学，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。立法学研究和教学的发展，需要综合、汇集宪法、行政法、民法、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。立法学这类新学科的发展，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，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，繁荣和深化法学研究自身，会带来丰厚的、可见度很大的收获。

西方主要国家将立法作为专门学问加以研究已有一个世纪。前苏联、东欧从 60 年代起也重视并较快地展开对立法学的研究。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。为赶上国外的立法研究水准，发展与国外在立法研究和教学方面的广泛交流，也有必要加强中国的立法研究。

铺路石的工作总要有人来做。整整 10 年前我开始了对立法学的研究。1988 年献给读者、献给立法工作者一部《立法学》。我首先想藉此表达一份期盼中国立法事业进一步发展、立法科学得以崛起的拳拳之心。至于《立法学》本身的成败，我自然也颇为关切。但我未曾想到此书面世之后，很快引起学界和立法工作者的注目，不时传来一些赞许。英国、美国有学者专为此书前来造访。不少国家的图书馆中藏有此书。也常有人催问我新的立法专著何时能够面世。有关部门也每每邀我去参加他们的立法活动或为其讲说立法问题。这些肯定和鼓励使我感奋不已，也让我深为不安，感到责任之大、压力之大。学术的历史把我推到在中国创建一门非常重要但却长期未能引起人们注意的学科的行列中来，成为这个行列中的一员。已经是箭在弦上，只能硬着头皮把这门学问做下去了。

现在奉献给读者和立法工作者，奉献给一切关注中国立法事业、立法科学发展的人们的这本《立法论》，是我近 6 年来在立法研究和教学中，在参加立法实践中，所积累的一部分认识、感受的反映。它是《立法学》的姊妹篇。比之《立法学》，它也注重体系，但更多的是注重深入地研究中国立法的一些重大理论和实践问题，以期立法实践的进一步发展提供参考，为立法学研究的

深化抛引玉之砖。一些已有定论或研究颇多的问题，还有一些离我们现实较远的问题，不在此书研究课题之列。限于篇幅，现在应当研究的某些课题，本书亦未能尽都研究。

如同任何一个学科都要经历一个萌生、发展、成熟和进一步发展的历史过程一样，立法学的进步也是一个过程。《立法论》比《立法学》深入了一大步，所研究的范围更为开阔。随着中国立法和立法研究的进一步发展，既有的课题中有不少还将需要给予更深入的研究，一系列崭新的课题必将提到我们的面前。随着对这些课题研究的广泛开展，中国立法学必将日臻成熟和完善。

立法学将有光明前途，因为如前所说立法是整个法治的前提和基础。我们企望在立法学者的共同努力下，在诸多方面的支持下，中国立法学在 90 年代能获得相当发展。

在我们努力创建这一新学科的时候，也应当看到：立法学是从法理学脱身而来的，现有的立法学研究人员多半是法理学和立法学研究的双重承担者。建设和发展立法学，需要与变革法理学和汲取法理学的经验教训结合起来。首先，应当以开拓创新、科学进取的精神和优良学风谋求立法学的发展。10 多年前，最初出现的《法学基础理论》成为后来所有同名教科书的样板，遍察全国数十种《法学基础理论》，体系和基本内容如出一辙。这种情形在立法学研究中亦露端倪，几年前一本立法学著作，为其后接踵而至的多种立法学著述以不同形式所摹写。有的著述频繁利用、摘抄别人观点、论述而不注明出处。立法学要健康发展必须摒弃此习。应当创造风采各异的立法学成果，应当依靠自己的劳动研究立法学。其次，应当切实搞好理论与实际的结合。立法学虽是理论与应用相综合的学科，对这一结合也应当高度重视。所有立法学研究都要以搞好这一结合为要务，教学研究和实际部门两方面的立法学研究应当相互融合，相互走出去请进来；不能只做论证现行立法合理或只对现行立法作刻板摹写的工作，不能只创造立

法工作报告式的成果。重要的是为立法实践提供理论指导，研究立法实践的得失，存其得，去其失。第三，应当科学地解决立法学的对象和体系问题。过去曾对法学的研究对象和体系有所讨论，却忽视对法理学的对象和体系作认真深入的研讨。全国法理学教科书的体系和基本内容如出一辙，而不像国外那样各具鲜明特色，即与此有关。立法学应当以此为鉴。至少可以有三种体系形式同时存在：一是偏重理论的体系，即带有立法哲学特色的从横的角度研究问题的立法学；二是偏重应用的体系，如把立法作为一个运作过程、一个系统工程来研究的纵向立法学；三是理论与应用无所偏向的纵横结合的立法学。

90年代立法学的建设和发展，还要注意相对集中优势兵力有选择地着重解决一些基本的、关键的问题。立法学的根本任务之一是使立法科学化，因此，除了必须注重解决重要的立法原理、立法过程、立法制度等问题外，还要注重解决立法技术、立法方略等问题。立法技术有直接的应用价值，容易见效，与政治、经济、政策的直接关联较少。立法权限的构成、划分、范围与行使，是立法的关键问题，不能不特别注意研讨。积极地、有选择地、有相当规模地翻译、介绍、研究、借鉴外国立法学成果，使我们的立法学研究在不长的时间后就能达到现代立法学研究的先进水平，也是一项重任。撰写立法学史，秉笔记载中国立法的历史进程，对立法学的发展也有重要意义。而对目前和今后相当长的时期来说，研究立法改革以适应社会主义市场经济对立法调整之需求，乃是中国立法学尤为重大的任务。

我在写作《立法论》的过程中，虽然作了努力，付出了劳动，但其价值需要由社会实践和学术发展的历程来检验。可以肯定，作为一家之说，书中不无可议之处，诚望得到立法工作者、学界朋友和读者的匡正。

汪晓丹同志参与撰写了第三、十六、十七章，独立撰写了第

十章第一、二、三、四节。本书原稿还包括一篇四万余字的绪论，探讨中国立法变故与转折的历程和经验与改革问题，还包括一篇近五万字的尾论，探讨编纂《中国立法法》、使中国立法走向法治之途问题。因篇幅所限，在交稿之际，予以割舍。

《立法论》的写作，得到多方的关注、鼓励和支持。七届全国人大法律委员会副主任、中国政法大学前校长、著名法学家江平教授，审阅了书稿，给予了热情的鼓励和支持，并提出了宝贵的意见。北京大学出版社彭克伟编审为编辑出版本书付出辛劳，提出许多宝贵的、具体的修改意见。北京市社会科学理论著作出版基金办公室张兆民主任、刘艺书副主任对本书的出版给予大力支持，本书获得了北京市社会科学理论著作出版基金的资助。北京大学港澳台法律研究中心主任、著名法学家萧蔚云教授，北京大学社会科学处吴同瑞处长、何淑云副处长、萧群同志，北京大学出版社社长彭松建编审、副社长张晓秦副编审、政经法哲编辑室主任苏勇编审和于军科长，对本书的出版给予多方面的支持和帮助。没有他们的惠泽，《立法论》是难能快速与读者晤面的。倘若《立法论》在中国立法理论与实践走向科学、走向完善的历史行程中，能够对人们有所助益，功劳首先应当属于他们。值此书稿付梓之际，我谨向他们，谨向所有关注本书并对本书寄予期望、给予厚爱的朋友们，谨向一切期待并参与推动中国立法科学和立法运作走向美好明天的人们，致以诚挚的谢意和深深的敬意。

周 旺 生

1994 年仲春于

北京大学燕北园寓所

目 录

序.....	(1)
第一章 立法基本概念若干问题.....	(1)
立法基本概念举要.....	(1)
立法实践需要研究立法基本概念.....	(4)
学术研究的教训与立法基本概念研究.....	(9)
研究立法基本概念的要求.....	(11)
第二章 法、法律和法规.....	(14)
价值、难度和可能.....	(14)
百家异说法的概念.....	(16)
界说法的概念问题上的历史经验.....	(21)
本书对法的概念的定义和解说.....	(24)
法与办案依据.....	(36)
法的概念的使用和表现形式.....	(38)
法与法律.....	(40)
法与法规.....	(42)
第三章 立法与法的创制、制定、制订和拟订.....	(45)
立法概念的使用和研究状况.....	(45)
研究立法概念的方法.....	(49)
立法概念的外延.....	(53)
立法概念的内涵和定义.....	(57)
立法与法的创制.....	(63)
立法与法的制定.....	(68)
立法与法的制订和法的拟订.....	(71)

第四章 立法原理若干问题..... (77)

 立法学体系三要素：原理、制度和技术..... (77)

 立法原理界说..... (79)

 立法起源和发展问题续论..... (82)

 立法与公众意志、利益和幸福..... (89)

 立法与治国和维护社会秩序..... (92)

 立法的基础是社会物质生活条件..... (100)

 正确认识立法与物质生活条件的关系..... (106)

 立法与实际、经验、理论..... (111)

第五章 立法制度若干问题..... (124)

 立法制度界说..... (124)

 立法体制新论..... (128)

 立法活动过程刍议..... (132)

 立法活动过程第一阶段：立法的准备..... (135)

 立法活动过程第二阶段：由法案到法..... (138)

 立法活动过程第三阶段：立法的完善..... (146)

 立法监督的几个问题..... (152)

 立法与法制、民主..... (157)

 立法与法制、经济体制改革..... (167)

 立法与法制、政治体制改革..... (170)

第六章 立法技术若干问题..... (178)

 立法技术界说..... (178)

 立法的基本条件..... (188)

 立法的合法性、协调性..... (194)

 立法的超前、滞后与同步..... (202)

 立法预测..... (208)

 立法的完备..... (218)

立法要求补论·····	(224)
第七章 立法指导思想和基本原则·····	(233)
立法指导思想和基本原则是客观存在的·····	(233)
立法指导思想和基本原则与市场经济潮流·····	(237)
立法指导思想和基本原则的含义·····	(239)
立法指导思想和基本原则的本质和功能·····	(241)
立法指导思想和基本原则的发展和种类·····	(244)
正确选择和坚持立法指导思想和基本原则·····	(248)
中国立法总的指导思想·····	(250)
中国立法基本指导思想·····	(264)
中国立法阶段指导思想·····	(276)
第八章 立法主体·····	(280)
应当注重研究立法主体·····	(280)
立法主体界说·····	(286)
立法主体与三权分立·····	(293)
立法机关：主要的立法主体·····	(303)
立法者应当是精英人物·····	(312)
第九章 立法权限·····	(320)
立法权问题的理论和实践价值·····	(320)
作为综合权力体系的立法权·····	(323)
立法权在国家权力体系中的地位·····	(326)
立法权的归属·····	(334)
立法权限范围·····	(341)
明示立法权与默示立法权·····	(347)
现行中国立法权限划分体制的改革和完善·····	(352)
第十章 全国人大和国务院立法若干问题·····	(360)
全国人大立法权的地位、完整性和独立性·····	(360)

全国人大的法定立法权、应然立法权和 实际立法权·····	(365)
全国人大的立宪权和立宪制度的改革·····	(369)
全国人大的立法律权：范围和改革·····	(375)
国务院立法权的构成和地位·····	(382)
健全国务院行政法规立法制度·····	(390)
健全国务院授权立法制度·····	(393)
健全国务院立法提案和立法关系制度·····	(396)
完善国务院立法的形式·····	(398)
关于修改《行政法规制定程序暂行条例》的建议·····	(400)
第十一章 地方立法 ·····	(408)
地方立法的含义·····	(408)
地方立法的特征·····	(411)
地方立法的功能·····	(416)
地方立法的发展和经验·····	(420)
地方立法的地位·····	(425)
地方立法的基本原则·····	(434)
地方立法的层次构成·····	(439)
地方立法的范围·····	(443)
第十二章 立法规划 ·····	(459)
作为“准法”的立法规划·····	(460)
立法规划与立法项目、建议、政策和技术·····	(466)
立法规划的功能·····	(472)
立法规划的分类·····	(479)
编制和实施立法规划的基本原则·····	(493)
立法规划权的归属·····	(503)
编制立法规划权的行使程序·····	(507)

编制立法规划的操作规程·····	(511)
立法规划的实施保障·····	(516)
第十三章 法案起草 ·····	(520)
议案、法案、立法议案和法的草案·····	(520)
法案起草的含义、意义和中国法案起草中的问题·····	(527)
法案起草人·····	(531)
法案起草的过程和十大步骤·····	(538)
委托起草与合作起草·····	(557)
法案起草人与立法政策、立法决策·····	(563)
第十四章 法的构造 ·····	(569)
法的结构的要件和类型·····	(569)
改革中国法的名称·····	(572)
完善中国法的内容·····	(584)
法的总则构造·····	(592)
法的分则构造·····	(606)
法的附则构造·····	(614)
法中的目录、标题、序言、括号和附录·····	(624)
法中的卷、编、章、节、条、款、项、目·····	(635)
第十五章 法的但书 ·····	(649)
作为特殊法的规范的但书·····	(649)
法的但书的功能·····	(655)
法的但书的形式·····	(658)
法的但书使用的原则性规则·····	(660)
法的但书使用的技术性规则·····	(665)
第十六章 西方立法学著述一瞥 ·····	(670)
迈尔和帕基的《立法》·····	(670)
纳亨和狄克逊的《立法：立法例和立法论》·····	(679)

赫曼的《各国议会》	(689)
赞德的《立法过程》	(693)
奥尔森的《立法过程比较研究》	(699)
庇佐卢索主编的《法在制定中：概要比较》	(704)
狄克逊的《立法起草》	(710)
狄克逊的《法的起草基本原理》	(715)
第十七章 当代世界立法研究总说	(720)
法治时代与立法研究	(720)
关于立法总论的研究	(721)
关于立法原理的研究	(725)
关于立法主体的研究	(729)
关于立法过程的研究	(745)
关于立法技术的研究	(752)

第一章 立法基本概念若干问题

立法基本概念举要

立法基本概念，是立法实践的理性化的重要表现形式，是立法理论的细胞，是立法研究成果的基本载体。

在法制日益昌明的现代社会，立法作为国家政权活动中地位特别重要的活动，立法学作为法学中一门独立的分支学科，它们所包含的基本概念甚多。这些基本概念，依其在立法活动和立法研究中的地位、使用频率和相互关系，可以分为若干层次。它们结合在一起，构成整个立法实践和立法理论的基本框架。

法、立法、立法原理、立法制度、立法技术等概念是最基本的概念。它们在整个立法概念体系中占有特别重要的地位，其他立法概念一般都派生于这类概念。从使用频率来看，法和立法，使用频率很高；立法原理、立法制度和立法技术，使用频率较高。这类概念，我们可以称之为立法基本概念中第一层次的概念。

直接从第一层次的概念中派生的、与第一层次的概念关系贴近的概念，可以视为立法基本概念中第二层次的概念。这类概念大体包括：（1）直接从法的概念中所派生的概念，如法典、法律、法规、规章、授权法、规范性法文件、宪法、基本法、非基本法、条例、规定、办法、决定、决议、法的规范、法的原则、法的精神、正式法、试行法等。（2）直接从立法的概念中所派生的概念，如法的创制、法的制定、法的制订、法的拟订等。（3）直接从立

法原理的概念中所派生的概念，如立法本质、立法作用、立法目的、立法任务、立法规律、立法范围、立法种类、立法模式、立法条件、立法根据、立法经验、立法政策、立法原则、立法战略、立法方略（方式方法）、立法协调、立法效率、立法效果、立法评价等。（4）直接从立法制度的概念中所派生的概念，如立法体制、立法主体、立法权、立法过程、立法运作、立法程序、立法解释、立法监督等。（5）直接从立法技术的概念中所派生的概念，如立法艺术、立法风格、法的构造、立法语言、法的规范化、法的系统化等。

这些概念大多是关系立法和立法研究大局的、非常重要的概念。它们的使用频率大都较高，有的还很高。其中法的概念和从法的概念中直接派生出来的概念，在立法学没有作为独立分支学科出现之前，主要由法理学研究；在立法学成为独立分支学科之后，则由法理学和立法学共同研究，并且大多由立法学着重研究。

由第二层次的概念中派生的概念，属于立法基本概念中第三层次的概念。它们一般较具体，使用频率大都较高，有的使用频率还很高。第二层次的概念中一般都可以派生或包含若干具体的概念。特别是立法制度和立法技术这两个概念所派生的第二层次的立法概念中，可以派生更多的概念。例如，从立法体制概念中可以派生出单一立法体制、复合立法体制、制衡立法体制、一级立法体制、两级立法体制、综合立法体制之类的概念；从立法主体的概念中可以派生出立法机关、立法者、立法参与者、议会立法、立法议会、立法委员会、立法工作机构、政府立法、法官立法（司法立法）、政党立法、社团立法之类的概念；从立法权的概念中可以派生出立法职权、立法权限、议会立法权、政府立法权、国家立法权、地方立法权、自主立法权、授权立法权（委托立法权）之类的概念；从立法过程、立法运作和立法程序的概念中可以派生出立法准备、立法决策、立法预测、立法规划、立法项目、