

北京大学立法学研究中心主办
CENTER FOR LEGISLATION, PEKING UNIVERSITY

立法研究

**LEGISLATION REVIEW
OF CHINA**

周旺生 / 主编

Editor-in-Chief: Zhou Wangsheng



第 3 卷

Vol.3, 2002

法律出版社

L A W P R E S S C H I N A

北京大学立法学研究中心主办

CENTER FOR LEGISLATION, PEKING UNIVERSITY

立法研究

LEGISLATION REVIEW OF CHINA

周旺生 / 主编

Editor-in-Chief: Zhou Wangsheng



第 3 卷

Vol.3, 2002

法律出版社

LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

立法研究.第3卷/周旺生主编.—北京:法律出版社,
2002.8

ISBN 7-5036-3935-0

I.立… II.周… III.立法—理论研究—中国—
文集 IV.D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 064207 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法学学术出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京四季青印刷厂	责任印制/李跃
开本/A5	印张/20.25 字数/592千
版本/2002年8月第1版	印次/2002年8月第1次印刷
法律出版社/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-88414121
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-88414115
法学学术出版中心/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)	
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-88414883	传真/010-88414115
中国法律图书公司/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)	
传真/010-88414897	销售热线/010-88414896
网址/www.Chinalaw-book.com	010-88414899
书号:ISBN 7-5036-3935-0/D·3652	定价:38.00元

目 录

立法学学科建设专论

论当代中国立法学学科建设问题	石东坡 (3)
一、问题的含义与意义	(3)
二、中国立法学进程的简要回顾	(7)
三、当前立法学境遇的基本估价	(16)
四、立法学学科建设的发展趋势	(30)
五、结语与必要的限定	(52)

立法理论·论文

中国历代成文法述论	周旺生 (59)
一、成文法是法律发达过程中的高级形式	(60)
二、中国早先的成文法	(63)
三、李悝的法经和魏晋的新律	(68)
四、汉唐宋明清成文法编制的主要成就	(73)
五、中国成文法的主要形式	(84)
六、中国成文法的主要渊源	(97)
七、为中国成文法的公布辩解	(106)
八、中国成文法的阙失	(110)
九、余论三则：关系、原素、书目	(121)

立法决策的若干理论问题探析·····	于兆波(129)
一、慎待立法决策·····	(129)
二、立法决策基础之研究·····	(135)
三、立法决策的价值取向·····	(147)
四、立法决策的主体·····	(163)
五、立法决策的实施或法案起草·····	(177)
立法民主与立法者的职业化·····	封丽霞(190)
一、一个古希腊的民主理想:公众直接立法·····	(192)
二、立法直接民主容易有的弊病以及对它的批评·····	(196)
三、立法的间接民主形式:代议制立法·····	(208)
四、立法民主的衍生形式:职业立法与立法职业者·····	(221)
五、如何实现统合:立法民主与立法职业化·····	(225)
行政立法的扩张与控制·····	湛中乐 康晓明(233)
一、事实:规章在中国法律渊源体系中的变迁进程·····	(235)
二、问题:如何理解“行政立法”·····	(240)
三、分析:行政立法的发展与扩张·····	(244)
四、思考:对规章膨胀与行政立法扩张的控制·····	(254)
律师与社会利益的立法冲突·····	郭永茂(258)
一、引子:概念的界定·····	(258)
二、律师职业的历史和现状·····	(262)
三、律师对立法的参与·····	(268)
四、律师参与立法的困境及其解说之道·····	(276)
五、解决矛盾的尝试:律师对弱势群体的立法援助制度初探·····	(296)
论立法制度资源的合理配置·····	汪全胜(304)
一、制度资源的优化配置·····	(304)
二、中央与地方立法权力资源的优化配置·····	(311)

三、我国立法程序资源的合理配置	(324)
四、我国立法人力资源的合理配置	(333)

立法实践·评论

法典化的益处与建立适合中国国情法典编纂体系的

构想	罗 伟(345)
一、引言	(345)
二、法典化的益处	(347)
三、关于建立一套适合中国国情的法典编纂体系的几点 构想	(351)
四、结束语	(367)

我国高新科技园区立法的发展与完善 陈 俊(374) |

一、中关村科技园区的奠基立法及其启示	(374)
二、我国高新科技园区立法的模式选择	(386)
三、我国高新科技园区立法的定位和发展展望	(389)
四、我国高新科技园区立法之入世完善	(404)
五、我国其他高新科技园区立法的美与不足	(410)

中关村科技园区政府管理模式立法 彭 亮(419) |

一、引言	(419)
二、中关村科技园区管理机构设置的基本架构	(421)
三、中关村科技园区管理机构设置的现实意义和法律意 义	(433)
四、制约与激励:中关村科技园区政府管理行为的运行机 制	(441)
五、程序民主化和信息公开:中关村科技园区政府管理行 为的程序保障	(447)
六、中关村科技园区政府管理模式制度创新和旧制度的 “遗产”	(454)

七、结语	(461)
入世对中国经济特区立法的影响及应对	宋方青 吴姝君 (465)
一、中国经济特区立法的概况与特点	(466)
二、入世对中国经济特区立法的影响	(470)
三、中国经济特区立法的应对	(474)
WTO 与中国地方立法发展	程 虎 (482)
一、引言	(482)
二、地方立法的基本内涵	(483)
三、地方立法的现状与问题	(484)
四、WTO 与我国地方法规清理	(488)
五、地方立法发展的主要路径	(496)
从立法角度看中国对知识产权条约之适用	廖美香 (503)
一、前言	(503)
二、条约在国内适用的一般方式	(506)
三、中国主要以“转化”方式适用知识产权条约：立法实践的考察	(509)
四、中国适用知识产权条约的立法形式	(524)
五、中国在立法上适用知识产权条约的特点	(537)
六、结论	(545)

域外立法·美国立法专题

美国联邦法律和行政法规的法典化	Philip Berwick (551)
一、简介	(551)
二、出版的权威性	(552)
三、及时更新	(552)
四、主题分类编辑	(553)
五、方便查寻	(553)

六、实例:《克雷顿法令》·····	(554)
七、私人编纂 ·····	(556)
八、行政法规 ·····	(557)
九、印刷版的行政法典的更新 ·····	(559)
十、电子版的行政法典的更新 ·····	(560)
 美国成文法立法技术个案研究·····	纪 旭(561)
一、《特拉华州普通公司法》简述——“公司天堂”的成文 法典 ·····	(563)
二、《特拉华州普通公司法》的修改——以律师协会为主 导的运作机制 ·····	(567)
三、《特拉华州普通公司法》的语言——具体准确 ·····	(576)
四、《特拉华州普通公司法》的独特风貌——法典对法律 文本的影响 ·····	(585)
五、《特拉华州普通公司法》的立法技术——有得有失 ·····	(592)
六、《特拉华州普通公司法》对我国立法的启示 ·····	(599)

人物·著作·学说研究

新中国开国之初立法观念的范本·····	周旺生(613)
一、开国之初权威立法观念的立言人 ·····	(613)
二、立法的价值与功用 ·····	(616)
三、立法与法制 ·····	(619)
四、法律体系与法律完备 ·····	(622)
五、新法与旧法 ·····	(626)
六、立法与党的领导和群众运动 ·····	(629)
七、立法的态度和方法 ·····	(633)

CHINA LEGISLATION REVIEW

Vol. 3, 2002

CONTENTS

SPECIAL COLUMN ON THE CONSTRUCTION OF THE SCIENCE OF LEGISLATION

- On the Development of the Science of Legislation in
Contemporary China *Shi Dongpo*(3)

LEGISLATIVE THEORY AND ARTICALS

- Codes and Statutes of the Successive Dynasties of China
..... *Zhou Wangsheng*(59)
- Several Theoretical Analysis of the Decision-making in the
Process of Legislation *Yu Zhaobo*(129)
- Democracy of Legislation and Professionalism of Legislators
..... *Feng Lixia*(190)
- The Expansion and Control of Administrative Legislation
..... *Zhan Zhongle, Kang Xiaoming*(233)
- Countermeasures Against the Difficult Position of Lawyers in
Legislative Conflicts *Guo Yongmao*(258)
- Reasonable Disposition of Legislative Institutions as
Resources *Wang Quansheng*(304)

LEGISLATIVE PRACTICE AND COMMENTS

- Benefits of Codification and Several Suggestions for the Establishment of the System of Codification Which Is Fit for China *Luo Wei* (345)
- Development and Improvement of the Legislation for Science and Technology Parks in China *Chen Jun* (374)
- The Pattern of Government in Zhongguancun Park in the Perspective of Administrative-law *Peng Liang* (419)
- The Influences of WTO on the Legislation of Special Economic Zones in China *Song Fangqing, Wu Shujun* (465)
- WTO and the Development of Local Legislation in China *Cheng Hu* (482)
- An Examination from the Legislative Angle of the Application of Intellectual Property Rights in China *Liao Meixiang* (503)

LEGISLATION IN FOREIGN LANDS

- Codification of the Federal Law and Administrative Law in the USA *Philip Berwick* (551)
- An Specific Study of the Skills in Bill-Drafting in the USA *Ji Xu* (561)

CHARACTER, WORKS AND DOCTRINE

- The Classical Legislative Thought in Early Years of the PRC *Zhou Wangsheng* (613)

立法学学科建设专论

论当代中国立法学学科建设问题

石东坡

内容提要 步入新世纪之初,应当本着继承与创新相结合的原则,回顾与反思立法学的历程和现状,洞察和把握立法学研究的基本走向,巩固和完善立法学科学的内容、结构,丰富和深化立法学学科体系,使之在我国立法实践进程和法学理论研究中充分发挥应有的作用。中国立法学研究历经基础研究阶段,正在逐渐转向专题研究阶段,并呈现出哲理化、实证化、多样化的发展趋势。确立一种对于学科全局的冷静、客观的判断并使之成为立法实践人员和一定研究群体的普遍共识,是准确选定研究主题、适当突出研究重点的逻辑依据,也是积极配置研究力量、自然孕育研究学派的必要前提,尤其是进一步促进理论与实践有机结合、适应立法实践内在需求、提升立法学学科地位的必然要求。

关键词 立法学 学科建设 哲理化 实证化 多样化

一、问题的含义与意义

对于任何一位具有高度自觉意识和不懈创新精神的立法学研究者而言,当代中国立法学的学科建设问题,必然是一个始终萦绕于心的基础问题。因为但凡开展研究和不间断地推进研究,就必须从这一学科

的全局出发,以这一学科的全局相对于现实立法实践的解释能力、指导能力的持续增强为依归。而不甚明了这一学科的现状及其走向,将是不得要领、徘徊不前甚至重复劳作的;同时当代中国立法学的学科建设问题,又必然是一个不断得以印证的前沿问题。因为研究什么,怎样研究,意义如何,都受到关于这一问题的认识基点和认识结论的根本制约,对于这一问题的体认也都会在每一项研究活动之中及其有效性上得到体现和反映。所以,这是一个不可回避、不可不查、不可不明查的立法学的战略层次的首要问题。

对于这个问题的认识,就是要说明立法实践所亟待完善之处何在?相应的迫切理论需求有哪些?而立法学学科发展进程中已经得到解决或者初步得到解决的问题是什么?必须尽快和即将得以解决的问题是什么?制约着整个学科发展的深层矛盾和具体问题是什么?这些问题之间的关联性和层次性是怎样的?现有的研究格局是怎样的?当前大家所表现出的着力点、兴奋点、切入点在哪里?立法学自身成长与一般学科建设的基本规律之间的吻合程度以及立法学自身建设与法学学科体系的发展状态之间的适应程度有多大?归结起来,就是要判断、论证和说明立法学所面临的形势、所处的阶段及其发展趋势是怎样的?归纳起来,关涉到立法学学科建设的客观基础、经验教训、发展规律、现实挑战、主观条件、基本走势、主要选题等诸方面问题的解答。本文即是力图对其加以回应的一种尝试。

要明确这一问题,首先要对于立法学做出一个初步的厘定。在我们看来,简而言之,立法学,就是以立法实践为研究对象,^①探寻立法规律、解释立法现象、指导立法活动、明辨立法意识的一门法学分支学科(可以将之称为狭义的、学科意义上的立法学),以及以此为核心学科所形成的、子学科构建在一起的、兼顾若干紧密边缘交叉和综合学科的

^① 我们认为法学的研究对象应当表述为法律实践活动,而不适宜笼统地表述为法律现象。参见石东坡:《应用法学教学改革初探》,载《河北大学学报》(自然科学版)1999年“教学研究与教学改革成果”专刊。另,关于法学、法理学研究对象的探讨,可以参见何勤华:《西方法学史》,中国政法大学出版社1996年版。葛洪义:《探索与对话:法理学导论》,法律出版社1996年版。刘作翔:《迈向民主与法治的国度》,山东人民出版社1999年版。

学科群体(可以将这样的整体称之为广义的、未来群体意义的立法学)。作为其研究对象,立法实践是一种文明的、理性的、高级的调整社会关系的专门社会实践活动形式,是以执掌国家政权的阶级及其联盟作为最终支配主体、以特定国家政权机关作为正式实践主体、以规范性法文件的形成和变动作为主要实践表现、针对基本或者主要社会利益关系格局这一实践客体予以普遍调整和强制规范的政治法律实践活动。立法实践是极其复杂的,具有多方面的属性和功能。就其特征而言,至少具有实质上的利益属性、价值属性等政治社会特征以及形式上的程序属性、技术属性等运行机制特征。就其功能而言,具有认识、评价、指导、确认等基本规范功能和沟通、协商、吸附、强制等主要社会功能,尤其是其中的动员、决策、控制、疏导、传播等重要的政治功能。在结构上,立法实践既是一般实践结构在立法活动过程中的展开和反映,又是对立法活动自身复杂多样的实践形式的抽象概括,具有认识层面、实践层面(狭义的、感性活动意义上的^①)和价值层面等三重构成。其中特别需要指出的是立法实践的全局性、决策性、过程性和技术性因素的综合作用。立法实践是形成和存在纷繁复杂的立法现象的动态源泉和现实依托。对于立法实践的法律科学领域和方法上的剖析,是“纯粹意义的”立法学的定位^②;对于立法实践的社会科学领域内和相应的多方法的分析,是“发散意义的”立法学的范围。二者之间是核心与外围、局部与整体、独立与依赖的关系。

因此,立法实践是立法学的惟一的、最终的研究对象,而立法思想、立法过程和相关事物则是从属于立法实践的、特定层面的构成要素或

① 参见高清海:《实践观点作为新思维方式的意义》,载高清海:《哲学与主体意识》,吉林大学出版社1988年版,第203—206页。

② 另外,有学者在政策科学和政治科学的范围和基础上,将立法学作为从属于其中的分支学科,比如日本学者岩井等很多学者就将立法的研究作为政府过程研究的组成部分。参见[日]岩井奉信:《立法过程》,李薇译,经济日报出版社1990年版。该书就是以政治学丛书的一种出现的。我国早期一些学者也主要是从政治学的视角分析立法机关和立法过程的。但是我们坚持认为立法学作为法学的分支学科比较适宜,当然这样并不排除和排斥其他学科领域的研究;反之,将会有利于立法研究的全面深化,相互之间除去差异和平行之外,主要的还是一种互补和融合的关系。

者所依存的环境生态因素;同时,立法实践是立法规律的客观基础,立法规律是立法实践的内在依据。从立法学、特别是狭义立法学的角度看,所应当认知的立法规律是观察和描述、分析和研究立法实践的基本结论和成果形式;对于立法规律的客观、深刻、完整并且富有预见性的揭示,是立法学的基本目标和恒久追求,而立法实践对于这些关于立法规律的认识的评判也是检验立法学研究成败得失与真理含量及其作用力度的惟一尺度。这样,基于立法的实践本质,基于立法实践业已成为“复杂和广泛的整体”并不断地强化这样的表现形式,就不仅历史地决定了法学的产生^①,而且也决定了和正在决定着立法研究及其学科建设所达到或者实现的独立的力度、纵深的广度、贯通的可能以及丰富的态样。概言之,立法实践的性质和发达决定了和制约着立法学的构成、内容、领域和视界。

其次,还必须对于“学科”进行一定的说明。学科,一般是指专门研究某一事物、把握其中的特殊矛盾及其辩证运动所形成的知识系统或者体系。这种意义上的“学科”就是某一门比较成型的科学(Science)。②而在教育学的视野中,“学科”又称科目,即教学科目,主要是指依据一定的教学理论组织起来的科学基础知识的体系(Subject)结构。③因此,这种“教学科目”和与之相对应的科学学科之间既有联系又有区别。前者是在后者的基础上,以适应基于特定教育阶段和针对教育对象的教育实践活动为指向的、经过教育需求和教育理论的评价、选择、剪裁后形成的一种编排和设计;作为前者的渊源,后者则是在研究逐个侧面问题的基础上按照事物自身的逻辑结构和运动变化来加以再现才形成的一种描摹和论述。当然,就科学而言,还需要区别自身的前期积累阶段的问题研究与后期奠定阶段的系统研究。有学者指出,④科学研究是

① 恩格斯:《论住宅问题》,载《马克思恩格斯选集》(第2卷),人民出版社1995年版,第539页。

② 《法学词典》编辑委员会编:《法学词典》,上海辞书出版社1984年版,第602页。

③ 参见《中国大百科全书》(教育学卷)“学科”辞条,中国大百科全书出版社1985年版。

④ 参见《光明日报》2002年6月4日第3版,理论周刊学术版“学科发展与学科制度建设”座谈会纪要,蔡曙光发言。

以问题为基础的,只要有问题的地方,就会有科学和科学研究。这种意义的科学就是处在前期阶段的形式。而学科是科学研究发展成熟的产物,并不是所有的研究领域最后都能发展成为学科。科学研究发展成熟而成为一个独立学科,就进入到随后的系统化、规范化和稳定化的高级阶段了。包括立法学在内的一切科学、学科的发展都必然历经这样的过程。在本文中对于立法学,基本上从研究的角度采取后者含义的指称,侧重“作为科学的学科”、并且是在规模覆盖、完备结构和健全体系的学科意义上运用的;而只是在涉及立法学教学时才在“科目”的意义上使用。

可见,当代中国立法学发展及其学科建设问题是一个站在拓荒者、巨人的肩膀上继续攀登的、浇筑坚实和宽厚的学术新起点、以期达到深化的目的和进入真正繁荣的新境界的问题。从实践上看,提出这一问题、并使之获得客观实在的内容,即使之成为一个真实问题,是适应和促进当代中国法治进程和立法实践的必然要求,是观察和诊断当代中国立法实践的制约瓶颈和内在矛盾的必然结论,是反省和回馈当代中国立法思潮和学界激荡与变革状况的必然举措。从理论上看,认识这一问题,并使之得以一定程度的明晰和解决,即使之在形式上得到“持久的”保留,但是在内容上则得到不断的更新,是使具有鲜明的理论联系实际的学风和突出的“经世致用”的品格的中国立法学的学科地位得以巩固,^①推进立法学研究并使之得以持续深化、延展开拓的重要步骤之一。

二、中国立法学进程的简要回顾

回顾我国立法学的历程,如果考虑到历史的贯通性和连续性,那么,可以也应当将立法研究与立法学研究联系起来,或者将在立法学学

^① 这里实际上涉及到立法学在整个法学体系中的功能、性质和地位问题。在早期一些学者那里,立法学被作为应用法学之一。参见陈春龙:《法学体系初探》;谷安梁:《建立我国社会主义法学体系的刍议》,载张友渔等著:《法学理论论文集》,群众出版社1984年版,第232、248页。目前,主导的观点认为立法学是“理论与应用紧密结合的综合学科”,参见周旺生主编:《立法学》(第2版),法律出版社2000年版,第7页。但我们认为,将立法学表述为综合学科容易引起误解。我们前述的学科群体中的综合学科的含义与这里的不同,是指侧重在对于立法实践进行多角度综合研究的学科类别。