



北京市高等教育精品教材立项项目



公法系列教材

立法法

本书是一本全面系统地阐释《立法法》的教程，以《立法法》为专门研究对象，包揽《立法法》规定的立法原则、体制、程序等所有重大问题，体系完整，结构严谨。

刘莘 ◎主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



立法法

的教程，以《立法法》
定的立法原则、体制、
构严谨。

刘 莘 ◎主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

立法法/刘莘主编. —北京:北京大学出版社, 2008. 9

(公法系列教材)

ISBN 978 - 7 - 301 - 14263 - 9

I. 立… II. 刘… III. 立法法 - 中国 - 高等学校 - 教材
IV. D921.11

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 143773 号

书 名: 立法法

著作责任者: 刘 莘 主编

责任编辑: 白丽丽

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 14263 - 9/D · 2136

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> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

890 毫米 × 1240 毫米 A5 16.625 印张 482 千字

2008 年 9 月第 1 版 2008 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 29.00 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,侵权必究

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

内 容 简 介



本书是一本全面系统地阐释立法法的教程。立法法作为一部完善和规范立法活动的国家基本法律,其起草、制定与实施受到各界的广泛关注。立法法解决了现行立法体制及立法过程中存在的诸多矛盾,但同时也遗留了一些问题有待于深入探索和思考。该书全面阐述了我国立法法规定的立法原则、立法体制和立法程序等重要内容,并结合立法实践分析了当前立法领域存在的热点问题。每章附录了相应的“典型案例”以及“思考与争鸣”,以便于立法法的学习和研究。该书主编一直参与立法法的起草和制定,对立法法的制定过程与背景具有客观深入的认识和理解,并为研究生讲授立法法数年,更加深了对立法法的体会和把握。本书可作为法学专业高年级本科生、研究生学习使用的教材,也可作为研究立法法的参考著作。

主 编 简 介

刘 莘 女,生于1956年;1983年毕业于北京大学,获法学学士学位;1986年毕业于中国政法大学,获法学硕士学位。现为中国政法大学法学院教授,博士生导师,中国法学会行政法研究会常务理事,《行政法学研究》(杂志)副主编。

已发表(出版)论著一百四十余万字。主要著作:《行政法热点问题》、《行政立法研究》、《行政复议法讲话》、《行政法学新理念》、《法治政府与行政决策、行政立法》等。代表性论文:“行政合同刍议”(《中国法学》1995年第5期)、“具体行政行为效力初探”(《中国法学》1998年第5期)、“论摆脱行政诉讼的困境”(《南京大学学报》2000年第2期)、“依法行政与行政立法”(《中国法学》2000年第2期)、“论行政收费的设定与监督”(《政法论坛》2000年第2期)、“行政强制执行体制析探”(《法商研究》2001年第2期,合作)、“行政法上之诚信原则刍议”(《行政法学研究》2002年第4期,合作)、“政府信息公开研究”(《政法论坛》2003年第2期,合作)、“诚实信用原则在行政法上的运用”(《岳麓法学评论》2003年5月,合作)。

近年来,为研究生讲授中国行政法、英国行政法、行政诉讼法、国家赔偿法、立法法以及行政立法和行政司法的专题讲座。

序

刘莘教授为宪法学与行政法学专业研究生讲授立法法课程七八年了,本书凝结了其多年来授课和思索的心得。立法法是近十年来最重要的立法,这不仅仅因为立法法规定了国家立法活动应当遵循的原则、程序,划分了各种立法主体的权限范围,而且因为立法法宣示了不论怎样的国家机关都要按照法律规定办事这种理念。何况,立法是国家其他活动的源泉,对其规范的重要性不言而喻。法律人以奉行法律为己任,但是对法律规范的认识、对立法的认识应当自法科学生始。因此,本书的出版具有理论和实践的重要意义。

刘莘教授多年来一直致力于立法领域的研究,多次参与包括立法法在内的重要法律法规的起草和论证,不仅理论功底深厚,而且掌握丰富的一手素材和实践经验,这些在本书中都得到了充分体现:

首先,本书的写作对象是宪法行政法方向的学者和研究生,因此注重理论深度的强化,对国内外已有立法理论进行了较为全面的比较、分析,对立法理论最新的学术热点,比如对立法权的限制理论等也进行了深入的探索。

其次,本书背景资料翔实充分,对立法法制定的历史背景和制定过程进行了系统梳理,将立法法制定的必要性及制度和价值争论与选择呈现一副完整的图景给读者。这些大都为刘莘教授当年亲历,娓娓道来自是栩栩如生,使得读者不仅明白立法法之然更知其所以然。另外,本书对立法法所确立的各项制度比如授权制度、法律法规的制定、立法监督等也都逐一进行了整理,将新中国成立以来的制度演变轨迹清晰勾勒。

再次,本书涵盖了立法法各方面的内容,体系完整,结构严谨,注意各章之间以及每章内各部分之间的逻辑联系。写作过程中注意结合典型案例说理,兼顾了学术性和教材使用上的便利性。

最后,本书所涉及的各项理论和制度,都附有中立客观的精巧评论。这些评论立足于当时的历史和社会环境,避免苛求和虚空,目的在于进行深刻而有价值的反思,总结经验和教训,给出对当下实践具有实用意义的建议。这是刘莘教授的一贯风格,也是她多年努力的成就。

应松年

二〇〇八年暮春

目 录

第一章 概述	(1)
第一节 法	(1)
第二节 立法	(21)
第二章 立法法的制定	(29)
第一节 立法法的制定背景	(29)
第二节 立法法的制定	(39)
第三节 《立法法》制定的成就和意义	(47)
第三章 立法的指导思想和基本原则	(61)
第一节 立法的指导思想	(61)
第二节 立法的基本原则	(65)
第三节 立法的指导思想与基本原则的 关系与实用价值	(90)
第四章 立法体制	(97)
第一节 立法权	(97)
第二节 立法体制的含义	(106)
第五章 立法主体	(122)
第一节 立法主体概述	(122)
第二节 国家立法机关	(136)
第三节 最高行政机关	(150)
第四节 国务院部门	(157)
第五节 地方权力机关	(159)
第六节 地方人民政府	(166)
第六章 授权立法	(169)
第一节 授权立法的概念、特征	(169)

第二节	授权立法在国外的发展	(177)
第三节	授权立法在中国的发展	(184)
第四节	授权立法的问题分析	(188)
第七章	法律解释	(206)
第一节	法律解释概说	(206)
第二节	法律解释的作用	(211)
第三节	法律解释的原则	(214)
第四节	立法法关于法律解释的规定	(222)
第八章	法律适用	(237)
第一节	法律适用概述	(237)
第二节	法律适用的原则	(247)
第三节	法律适用的步骤和方法	(256)
第四节	目前法律适用中存在的问题和 可能的解决路径	(264)
第九章	法的清理、汇编和修改	(281)
第一节	法的清理	(281)
第二节	法的汇编	(295)
第三节	法的修改	(305)
第十章	立法监督	(334)
第一节	立法监督的概念	(334)
第二节	国外立法监督简介	(338)
第三节	我国的立法监督	(352)
第十一章	法律的制定	(363)
第一节	法律制定的原则	(363)
第二节	法律的分类	(367)
第三节	法律的制定程序	(375)
第十二章	行政法规的制定	(404)
第一节	行政法规的制定原则	(404)
第二节	行政法规的制定程序	(406)

第三节	行政法规的清理	(415)
第四节	行政法规有关问题分析	(418)
第十三章	地方性法规的制定	(424)
第一节	地方性法规的制定原则	(424)
第二节	地方性法规的制定程序	(427)
第三节	地方性法规的相关程序	(441)
第四节	特殊地方性法规的制定程序	(446)
第十四章	规章的制定	(452)
第一节	规章制定的原则	(452)
第二节	规章制定的权限与效力	(457)
第三节	规章制定的程序	(464)
第四节	规章制定的监督	(476)
附录一	恰逢依法行政全面推进时 追忆陶老行政立法 丰功绩	(482)
附录二	相关法律法规	(486)
后 记		(522)

第一章 概述

第一节 法

现代社会,法或法律是社会生活中出现频率极高的概念。依法治国,依法行政,以事实为依据、以法律为准绳等,这些现代理念广为人知,似乎其中的“法”字含义也是不言而喻,尽人皆知的。但是,我们法律专业的人,尤其是以立法为研究对象的人,不能不认真考究“法”的含义,从而加深我们对研究领域的认识,并且因为有了这个“点”的基础,由此及彼扩展成“片”才成为可能。

一、法的含义

(一) 法的字面含义

中国古代文字中就有“法”字,写作“灋”。按照《说文解字》的解释,“廌”是一种神兽,“廌”下加“去”是因为该神兽有神性,能够“有罪者触之,无罪则不触”,“触不直者去之”;“廌”加三点水,取其平如水。可见,中国古代“法”与“刑”通用,且法已经有了公平的意义。而以神兽裁判有罪无罪,亦带有神明裁判的特点。

自秦汉起,“法”与“律”通用,都有常规、均布、划一的意思。^①“法”、“律”虽然通用或者合称,但在使用上也有区别,“法”的范围大,往往指称整个法律制度,“律”范围小,多指具体规则,尤指刑法。

在现代汉语中,“法”与“法律”有时候是通用、可以互换的。在同一意义上使用“法”和“法律”时,“法”或“法律”有广义和狭义之分。广义“法”或“法律”往往指称作为法律渊源意义上的规范文件总体,狭义“法”或“法律”则指权力机关甚至是全国人大及其常委会制定的规范文件。当然,有时候实践中也常见人们将“法”作为整个

^① 《尔雅·释诂》:“法,常也;律,常也。”

法律体系的代称,而将“法律”定位为狭义即由全国人大及其常委会制定的规范性文件。这种广义和狭义的“法”或“法律”称谓,经常见于实践。但是在法理探讨、学术研究中,对“法”或“法律”在使用上往往有区分。法律指具体规则,是由立法机构制定的法律规则,而法具有更为抽象的意义,指永恒、普遍的正义原则或道德公理。换句话说,信奉自然法的人们认为,法律是法的一种表现形式而已。“法律”是实在法、实定法,而“法”是自然法、永恒法。

结合西方文字看,拉丁文 *jus* 是法, *lex* 是法律;法文中 *droit* 是法, *loi* 是法律;德文中 *recht* 是法, *gesetz* 是法律;意大利文中 *diritto* 是法, *legge* 是法律;西班牙语中 *derecho* 是法, *ley* 是法律。只有英文用“law”指称法和法律。按照语言文字上的分析^①,西文中的 *Jus*、*droit*、*recht* 既表示法,又兼具权利、公平、正义等道德价值的含义。而西文中的 *lex* 等词通常是指具体规则,是人定法,是明确具体、技术性的规则。因而,“法”指永恒、普遍有效的正义原则和道德公理,即哲学概括为“自然法”的东西;而“法律”指由国家机关制定和颁布的具体法律规则,即“实在法”、实定法。因此,信奉自然法的人们认为,法律是法的一种表现形式而已。

(二)“法”的实质含义

探究法是什么,即法的实质,自古至今众说不一。所以哈特说“在与人类社会有关的问题中,没有几个像‘什么是法律’这个问题一样,如此反反复复地被提出来并且由严肃的思想家们用形形色色的、奇特的甚至反论的方式予以回答”^②。

从我国古代起,就有关于法的论述,如管子认为法是规范或规则。但是由于我国其后的发展中封建统治长期占据历史舞台,而封建统治是一种典型的人治,人们对法律的重视和研究自然渐次落在西方人之后。管子的说法是对法的外部特征的直接观察,因而与西方许多法学家的看法类似。如纯粹法学派凯尔森就认为法是一种规

^① 参见张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社1999年版,第43页。

^② [英]哈特著:《法律的概念》,张文显、郑成良等译,中国大百科全书出版社1996年版,第1页。

范体系;社会法学派耶林认为,法是人们利益冲突所产生的国内现行强制规范的总和。虽然此类说法都是将法解释为规范或规范体系,但是,耶林的认识是更进一步的,他看到了产生规范的条件,因此,此类认识是从事实层面而言的,就此而言,马克思主义关于法的本质的言说也是从事实层面界定法的,即法是国家按照统治阶级利益和意志制定和认可、并由国家强制力保证其实施的行为规范的总和。

还有一些学者、学派的观点也是从事实层面进行判断的,如社会法学派庞德认为,法是一种实现社会控制的社会工程;实用主义法学创始人霍姆斯认为法是对法庭实际上要做些什么的预测。当然,这些论述也是从功能意义上作出的判断。

除了从法的外部特征、功能上对法作出判断外,还有从法的价值角度评判法的实质的,如古希腊斯多葛学派认为法是理性的体现,此后各个历史时期都有人持此说,康德、黑格尔认为法是自由意志的体现,历史法学派萨维尼认为法是民族精神的体现等。价值判断的好处是,不再把形式意义上的法律(广义)统统当作法律,只有那些符合合法的价值形式法律才是真正的法律。卢梭则认为法是社会契约的产物、法是公意或公共意志的体现,这是一种介乎价值判断和事实判断之间的说法。还有人认为法是经济(波斯纳),法是政治(昂格尔)。

我们国家研究立法问题的学者,如周旺生认为:法是以政权意志形式出现的,作为司法机关办案依据的,具有普遍性、明确性和肯定性的,以权利义务为主要内容的,首先和主要体现执政阶级意志并最终界定于社会物质生活条件的各种社会规范的总和。戚渊认为应当从法具有的时间性、空间性、事实性、价值性去认识法,因此“法是在一定时间、空间内调整人们之间相互关系的具有普遍效力的规范和规则”。这两种界定虽然都在力图超越前人,更为全面地定义法,但追究还是从事实层面进行的描述性定义。

而哈特认为研究法的实质实际上要回答三个问题,即法律与以威胁为后盾的命令有何区别与联系?法律义务与道德义务有何区别与联系?什么是规则以及规则达到何种程度才成为法律?第一个问

题,是从法律是一种命令出发,但却要将法律与强盗抢劫时的命令区分开。第二个问题是因为对第一个问题的回答肯定会涉及法律的内在品质有着与强盗命令不同的东西,也就是说,强盗命令不含道德因素,而法律却因着道德具有了与强盗命令截然相反的性质。但是由此也引出了法律与道德的区分。第三个问题是将法律规则与其他规则区分开来。其实法律作为一种命令与强盗抢劫的命令的区别在于它的道德性,法律代表着公正,代表着不偏不倚,代表着无差等地对待所有的人。强盗的命令当然不具有这样的道德力量,它是自私自利,受到道德价值判断否定的命令。既然法律作为命令与强盗的命令的区别在于其道德性,哈特的第二个问题就是要区别法律与道德,虽然法律与道德有同一性,但是毕竟两者不能“二而一”。没有道德的法律不是真正的法律,道德是法律内核,但是道德与法律确实又不是同一的,许多道德是在法律之外的,只有那些必须遵守的道德规范才被写入法律。法律就是法律,没有分别,而道德实际上是分层次的,一些人类生活必需的道德规范才成为法律规范,而另外一些道德规范就在法律外约束或指导人们的行为。回答哈特的第三个问题,即法规范与其他社会规范的区分,就在于法律规范是有国家强制力保障实施的,是以国家暴力为后盾的规范。其他规范如宗教规范、社团规范、道德规范都是以对人内心的影响力为特点的,即使是某些社团规范对社员有一些强制性的规定,但是这些强制性规定并非靠国家强制力保障实施,而是由社团成员组成社团时共同认可的章程确定下来的,实际上强制力还是来源于自我约束。因此,法律与其他社会规范的区别在于强制力是否来源于国家。

总之,本书认为,法确实不是单一维度的,因此从不同角度切入可以概括出法的不同方面的样态。但法的规范性、法所代表的理性应当是法最具普遍性、最本质的特质。大体说来,法律是以国家强制力保障实施的,以道德为基本信条的、约束人们行为的社会规范。

二、法的特征

法的特征是法的本质的外在表现形式,是法本质的外化。法的特征是法所固有的,不是人可以任意抹杀或增加、减少的,但是

人们认识法的特征确实又可以是多角度的,从某一方面去把握法的特征,本书认为法既然是体现人类理性的规范,其特征可以归纳如下:

(一) 法是指引人的行为、调整社会关系的规范

调整人的行为和调整社会关系被认为是一个意思的两种说法。^①但是实际上,人的行为与社会关系还是不一样的,人的行为具有可选择性,而社会关系往往是行为的结果。所以,我们称“指引人的行为”,而不是“调整人的行为”,是因为“指引”更加强调人的主观能动性,人的行为即人想要怎样做或者想不怎样做,是由其自身决定的。所以与其说是“调整”人的行为,不如说是“指引”人的行为来得更加恰当。

法是一种预先设定的行为准则,因而对人的指引作用是毋庸置疑的,人们根据这种预设的准则,估计行为将引出何种后果,从而作出自己如何行为的决定。

人的本质是社会的,人不可能脱离社会谈及尊严、财富、权利、地位等。所以,人时时刻刻与其他人交往、发生社会关系,人的行为在绝大多数情形下都是与他人交互发生关系或影响的,行为一旦作出,相继出现的就是有另一方当事人出现在一端的社会关系了。当然,法律规范中有时候也有技术规范,技术规范是调整人与自然关系的,诸如怎样使用生产工具,如何开发自然资源,如何制作会计账簿等。这是因为,这些技术规范如果得不到遵守会导致伤亡、效率低下,造成环境污染或者环境质量下降,以及危及某种社会秩序,如交通秩序、生产秩序、财会秩序等。所以,技术规范变成法律规范说穿了,还是因为人对自然做功时会影响、波及他人,会影响对所有而言都有意义的社会秩序。当然,技术规范与法律规范是有区别的,技术规范如果不会对社会产生影响,就只是技术规范而已,如果对社会有实质性影响,则可能写入法律,变成法律规范。

法律规范与发生命令效果的另一种文件极其相似,例如政府或

^① 参见沈宗灵主编、张文显副主编:《法理学》(第二版),高等教育出版社2004年版,第39页。

者行政机关要求某一企业停产停业,税务机关要求某一企业补缴税款并罚款若干,这些文件不是规范性文件,其与法律规范文件的区别在于,它只适用于具体对象,而且是一次性适用,而规范文件是适用于不确定的对象,反复适用的文件。另外,规范文件是向后发生效力的,而具体命令、决定或者其他处理文件是向前发生作用的,也就是说具体命令是对已有事件的一个“总结”。类似对比容后再议。

(二) 法是国家制定或者认可的规范

在诸多社会规范中间,法规范的这种国家赋予效力的规范是区别于其他社会规范的显著特征。如社团规范、宗教规范、道德规范、社会习俗、乃至各种社会潜规则,都不是国家制定或认可的规范。

国家制定或认可,是法律产生的两种主要途径。国家制定就是国家立法机关包括国家立法机关授权的组织(其他国家机关、社会团体等)通过一系列有序活动,把法律“写出来”。这种法律又称为“成文法”或“制定法”。我们国家是成文法国家,我们的法律主要是制定法。我国的制定法主体较多,有全国人大及其常委会,地方人大及其常委会,国务院及其部门,以及一定级别的地方人民政府。如截止到2007年3月,国务院现行有效的行政法规有655件,现行有效的国务院部门规章有3031件和地方政府规章有9664件。

国家认可的法一般指习惯法。习惯本是既存于社会、民间的礼仪、教义、规矩、习惯等,习惯经由国家立法机关或者司法机关赋予法的效力,即变成习惯法,由于它们往往不是通过规范性文件表现出来,也被称为“不成文法”。例如,司法机关在审理家庭亲属之间的分家案件时,可能遵循了该地方的习惯具体确定了如何分家。判决遵循了该习惯,该习惯具有了法的效力,但是该习惯仍然是不成文的。

国家认可在我国除了上述方式外,还有其他具体方式,例如全国人大“认可”某种行为规范具有法的效力,如1990年全国人大制定的法律《香港特别行政区基本法》第8条规定:“香港原有法律,即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法,除同本法抵触或经香港特别行政区的立法机关作出修改者外,予以保留。”如此,全国人大就认可了香港继续保留原来在香港适用的各种英国流传过来的法律。那些原先不属于我们本土的法律,现在在香港作为法律保留了