



中国“基本法律”的 体系化和科学化研究

李克杰 著



中国“基本法律”的 体系化和科学化研究

李克杰 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国“基本法律”的体系化和科学化研究 / 李克杰
著. —北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0930 - 3

I. ①中… II. ①李… III. ①法律—研究—中国
IV. ①D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 126106 号

中国“基本法律”的体系化和科学化研究
ZHONGGUO “JIBENFALÜ” DE TIXIHUA
HE KEXUEHUA YANJIU

李克杰 著

责任编辑 黄倩倩
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 杜 进
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 9
字数 195 千
版本 2017 年 7 月第 1 版
印次 2017 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782

重庆分公司/023 - 67453036

深圳分公司/0755 - 83072995

西安分公司/029 - 85330678

上海分公司/021 - 62071639/1636

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 0930 - 3

定价: 39.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

自序

大学一毕业,我被分配进入一所省属中等法律专业学校任教,并且直接到教研室当专任教师。教研室领导当即安排我讲授法理学,从新学期就开始给新生上课。当时的课程名称为“法学基础理论”,主要运用阶级分析的方法来阐释法学的基本理论问题,好在我们大学时学的就是这些。在那个“中专法学教材是大专的压缩版,大专法学教材是本科的压缩版”的年代,给新生上课,在教学内容上是没大问题的。当然,对于完全没有受过教育教学专门训练更无半点教学经验的我来说,开始上课时的状态和效果可想而知,只能与学生共同学习、共同成长、共同进步。

学过法律的人都知道,法理学是所有法学课程中学生最难理解、最难接受、最不愿意学的一门课程。因为它是法哲学,艰涩抽象,而且通常安排在入学后的第一学期,堪称“当头一棒”。法理学期末考试的“挂科率”又是法学课程中最

高的。其实,这门课对老师也不轻松,许多老师也是避之唯恐不及的。我也是硬着头皮接下这门课,忐忑地走进课堂的。没想到,前辈把我推入法理学课堂,竟成了我近30年以来工作的主要内容和事业。其间虽变换过服务单位,也服从工作需要承担过其他法学课程的教学,但讲授法理学却始终没有间断过。现在想来,不仅没有后悔,反而还有点庆幸了。

在我28年的法理学教学生涯中,经历了法律理念和结构体系的巨大变化,教学方面实现“华丽转身”并无困难和障碍。但其中唯一长期令我难以释怀的一个问题是作为我国主要法律渊源的“基本法律”概念不清、效力不明。一些深入思考的学生问起来,老师也没有能力讲清楚,只能粗略地告诉他(她)们:目前凡是由全国人民代表大会制定的法律都是“基本法律”。我们心里清楚,这样的回答是非常不负责任的,但也很无奈,只能如此。好在这些学生都是一年级新生,刚刚接触法律知识,不会也没有能力深入探讨。能够发现问题并专门问老师的是极个别,绝大多数同学意识不到甚至根本没有关注和思考过这个问题,因而老师可以三言两语打发了这些同学。这导致许多法科学生,包括相继走上教学岗位的法律专业教师,对我国《宪法》明文规定的“基本法律”概念的含义和范围都搞不清楚,更分不清我国法律中哪些是“基本法律”,哪些是“基本法律以外的其他法律”。这必然严重影响人们对我国法律渊源、法律体系和法律效力的正确认知,妨碍尊法、学法、知法守法秩序的形成和建立。越是强调全面贯彻实施宪法,越是重视国家法律体系的顶层设计,这个问题就变得越突出。

2011年3月,全国人大常委会宣布“中国特色社会主义法律体系已经建成”。这标志着我国立法工作跨入一个由重速度、重

数量、重点解决无法可依问题,向重质量、重法律体系内部和谐统一、重点完成“促有变优”任务转变的健全完善的新时期。于是,我将目光聚焦于“基本法律”,撰写了一篇关于我国基本法律标准与范围扩张的长文,发表在以理论法学为方向的学术期刊《法制与社会发展》上。2013年,以“中国‘基本法律’的体系化和科学化研究”为题,申请教育部人文社会科学研究规划基金项目,顺利获得立项。经过两年多的潜心研究,形成了作为本书主体的研究咨询报告,通过专家评审,已获教育部批准结项。这就是课题的来源和本书形成的背景。说明这些是为了让读者更好地了解此项研究的必要性和紧迫性,期待能够抛砖引玉吸引更多的专家学者重视对我国“基本法律”的研究,为进一步明确“基本法律”的宪法地位鼓与呼。

需要指出的是,教育部课题结题报告中的相关数据一般截至2015年年底,而本书的出版面世已是2017年年中。其间,我国不仅补充修改了多部基本法律,还制定了2部基本法律,制定、修改的一般法律数量则更多。为了更准确地反映我国基本法律的当前状况,增强文中资料时效性和论述观点说服力,笔者特将相关数据更新至当前状态。

目 录

第一章 导论 1

第二章 基本法律的概念与地位 40

第一节 基本法律的概念 40

一、基本法律的内涵 40

二、基本法律的特征 52

第二节 基本法律的地位 56

一、基本法律的理论地位 56

二、基本法律的规范地位 61

第三节 基本法律概念的历史源流 66

一、基本法律:从观念形态到宪法概念 67

二、基本法律:带有鲜明中国特色的宪法概念和 法律形式 83

第三章 基本法律体系化与科学化的内涵 88

第一节 基本法律体系化 88

一、法律体系与体系化的内涵 88

二、基本法律体系化及其要求 97

第二节 基本法律科学化 100

- 一、法律科学化与科学立法 100
- 二、基本法律科学化及其要求 112
- 三、基本法律体系化与科学化的关系 117

第四章 基本法律体系化的问题 与完善重构 119

第一节 我国基本法律体系化的现状 119

- 一、我国基本法律的立法进程 119
- 二、我国基本法律的补充和修改 126
- 三、我国基本法律的部门分布 135

第二节 我国基本法律体系化问题 137

- 一、我国基本法律体系化方面存在的问题 137
- 二、我国基本法律体系化问题的原因分析 147

第三节 我国基本法律体系化的完善与重构 156

- 一、切实树立宪法权威,适时修改完善宪法 157
- 二、坚持人大主导立法,正确处理好全国人大与其常委会的立法关系 159
- 三、加强基本法律制度的顶层设计,使部门分布合理化 163
- 四、改革运行机制,完善全国人民代表大会制度 177
- 五、创新机构和措施,强化立法监督 179

第五章 基本法律科学化的问题 与提升路径 182

第一节 我国基本法律的科学化进程 182

- 一、适应、服从、服务改革,推动和保障改革开放

从起步走向深化 183

二、立法理念转变,促进立法内容和技术不断完善
提高 193

第二节 我国基本法律科学化方面存在的 问题 200

一、我国基本法律科学化方面存在的主要问题 200

二、我国基本法律科学化问题的原因分析 211

第三节 我国基本法律科学化的提升路径 218

一、整体推进“四个布局”,促进社会关系定型 218

二、树立正确的法治观,破除各种思想禁锢 220

三、理顺法律渊源关系,明确基本法律地位 222

四、完善立法体制机制,重视基本法律构造 225

五、加强立法队伍建设,提升立法技术水平 228

第六章 结语 230

附文:实证分析——以立法法修改为例 235

一、修改立法法的时代背景 236

二、立法法修改的内容评析 243

三、立法法修改的问题检讨 254

参考文献 269

后记 277

第一章 导 论

一、问题的提出

我国宪法规定,全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。^{〔1〕}以根本法和最高法的形式明确了我国国家立法权的归属。不仅如此,宪法还进一步明确了全国人大和全国人大常委会在行使国家立法权上的权限划分。规定全国人大制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律,^{〔2〕}全国人大常委会制定和修改除应当由全国人大制定的法律以外的其他法律。^{〔3〕}仅当在全国人大闭会期间,全国人大常委会才有权对全国人大制定的法律进行部分补充和修改,而且还不得同该法律的

〔1〕《中华人民共和国宪法》第58条。为方便起见,在下文中,除非直接引语,凡提到“全国人民代表大会”时都按照约定俗成简称为全国人大,凡提到“全国人民代表大会常务委员会”时简称为全国人大常委会。

〔2〕《中华人民共和国宪法》第62条第3项。

〔3〕《中华人民共和国宪法》第67条第2项。

基本原则相抵触。^{〔1〕} 这表明,从我国宪法文本看,国家立法权分为立基本法律权和立非基本法律权,前者由全国人大行使,后者由全国人大常委会行使,两机关地位不同,制定法律的权力有明显差别。宪法的上述规定还表明,基本法律是我国法律体系中地位、效力和重要性仅次于宪法的法律形式。2000年颁布实施的立法法对此也进行了直接的重申和承继。^{〔2〕}

然而,令人遗憾的是,我国宪法确立的基本法律*制度^{〔3〕}不仅没有在法治实践中真正建立起来,甚至在宪法文本中就被其他相关条款所限制、打压乃至扼杀。一方面,宪法没有进一步明确基本法律的范围、标准、制定程序及效力层次,立法法也“默契”地略过了这些内容。如果这基于宪法的最高法地位及其原则性特点还情有可原的话,那么,作为专门承担规范立法活动、明确法律层级的宪法性法律立法法对此也不予作出进一步的详细规定,就非常不可思议了。另一方面,不仅宪法和立法法没有为基本法律制度搭建基本框架,而且还在其他条文中无情地抹杀了基本法律与非基本法律的界限,特别是将这两类法律的效力捆绑在一起与其他法律形式相比较排列位阶,极大压缩了基本法律的存在价值和空间,最终形成了我国当前基本法律似有却无的尴尬景象。这既严重影响了我国基本法律制度的建立和完善,让宪法规定的内容沦为观赏花瓶,更为严重的是,这种尴尬景象在一些法律的实施过程中产生了严重的效

〔1〕 参见《中华人民共和国宪法》第67条第3项。

〔2〕 参见《中华人民共和国立法法》第7条。

* 为行文方便,下文中除个别情况,基本法律、非基本法律、其他法律等概念统一不加双引号。

〔3〕 基于1982年宪法第62条第3项的规定,有学者就认为,围绕着基本法律,实际上存在着一个比较完整的基本法律制度。参见莫纪宏、王毅、刘小妹、韩冰:《“基本法律”制度背后宪法价值的困境——规范性文件合宪性、合法性审查的“技术瓶颈”》,载许崇德、韩大元主编:《中国宪法年刊(2008)》,法律出版社2009年版,第61~78页。

力争议,造成了极为恶劣的法律和社会后果。

立法上,由于宪法和立法法都没有明确规定基本法律与非基本法律的具体标准和界限,导致两种法律形式的调整事项不清。哪些法律应当由全国人大制定和修改,哪些法律应当由全国人大常委会制定和修改,没有清晰的标准,使人们对有限的几个相关法律条文理解不一,再加上其他诸多因素的影响和制约,结果造成本应由全国人大制定的法律最终由全国人大常委会制定,本应由全国人大常委会制定的法律却由全国人大制定,出现了明显的“高法低定”和“低法高定”现象。不仅混乱了两类法律的制定主体,让国家立法权内部界限不清,而且还使原本含混不清的两者效力关系变得更加模糊,给法律的遵守、执行和适用等法治下游环节的工作带来了严重不便。在基本法律的“部分补充和修改”上,问题更为严重,社会反响也更为强烈。突出表现为,因为“部分”的含义具有极强的模糊性和相对性,歧义较大,许多基本法律被全国人大常委会毫无节制地、频繁地“部分补充和修改”,其中不少“补充和修改”被质疑超出了“部分”和“不得同该法律的基本原则相抵触”的限制。不仅一定程度上影响了基本法律的权威性,也严重损害了全国人大常委会及其立法的公信力。

同时,由于宪法和立法法只给了基本法律一个“名”,却没有给“分”,即没有明确规定基本法律在我国整个法律体系中的效力等级,特别是没有区分基本法律与非基本法律之间的效力差别,而是将两者捆绑在一起统称为“法律”,作为我国法律效力等级体系中的一个单一位阶集合体来与其他法律形式进行效力等级排序的。^{〔1〕}因而,法律适用上,当基本法律和非基本法律对同一事

〔1〕 参见《立法法》第87条规定:“宪法具有最高的法律效力,一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。”第88条第1款规定:“法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。”

项规定不一致时,执法者、司法者及社会各界在优先适用谁的问题上往往理解不一、不知所措,实质上影响相关法律的有效实施,妨碍正常社会秩序的建立和恢复。2008年新律师法生效后,围绕它与刑事诉讼法效力问题的激烈争议,就是由此而引起的。这场争议不仅涉及法学界,而且还在实务界形成了强烈投射,直接妨碍了新律师法关于律师权利条款的执行,同时也让作为基本法律的刑事诉讼法权威受到损害。^[1]

在法学研究方面,由于宪法和立法法文本的矛盾和龃龉,致使我国基本法律制度框架模糊,内容虚化,事实上被立法、执法和司法活动所严重无视,让学者们看不到深入研究的前景和改革现状的希望,严重挫伤了法学界的研究积极性。虽然近年来不断出现因基本法律制度缺陷而严重损害国家法制统一和法律权威的热点焦点事件,但却始终无法让这方面的理论研究热起来、深下去。在中国知网数据库搜索,自1982年宪法规定基本法律制度以来,以基本法律为主要研究对象的学术论文不超过15篇,^[2]平均两年多才有一篇。

实践证明,尽管就整体而言我国“由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成”,^[3]但在狭义法律这个具体层次上还存在明显的先天缺陷和后天不足,构成法律的两个主要部分即基本法律与非基本法律之间的标准不明和界限不清,严重制约和阻碍了我国基本法律的体系化和科学化水平,成为中国特色社会主义法律体系中的一个无序领域

[1] 参见韩大元:《全国人大常委会新法能否优于全国人大旧法》,载《法学》2008年第10期。

[2] 详细情况请见下文的“研究综述”。

[3] 吴邦国:《全国人民代表大会常务委员会工作报告——2011年3月10日在第十一届全国人民代表大会第四次会议上》,载《人民日报》2011年3月19日第1版。

和薄弱环节。不仅如此,作为我国法律体系中地位仅次于宪法、为其他法律形式立法依据的法律集群存在的严重问题,其负面影响除了殃及自身外,也必然祸及法律体系的其他集群和部分。

党的“十八大”指出,要把制度建设摆在突出位置,完善中国特色社会主义法律体系。十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,则进一步明确了我国未来数年制度建设方面的深化改革目标,提出全面深化改革的总目标是完善和发展中国特色社会主义制度,推进国家治理体系和治理能力现代化。到2020年,在重要领域和关键环节改革上取得决定性成果,完成本决定提出的改革任务,形成系统完备、科学规范、运行有效的制度体系,使各方面制度更加成熟更加定型。^{〔1〕}而作为我党历史上首个专门为全面推进法治建设而制定的纲领性文件——《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,更是将上述改革目标具体化。明确指出全面推进依法治国的总目标是建设中国特色社会主义法治体系,建设社会主义法治国家。具体来说,在中国共产党领导下,坚持中国特色社会主义制度,贯彻中国特色社会主义法治理论,形成完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系,形成完善的党内法规体系,坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进,坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设,实现科学立法、严格执法、公正司法、全民守法,促进国家治理体系和治理能力现代化。^{〔2〕}并就如何完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系,加强宪法实施,提出

〔1〕《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(2013年11月12日中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过),载《人民日报》2013年11月16日第1版。

〔2〕《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过),载《人民日报》2014年10月29日第1版。

了许多可行的途径和措施。

法律,特别是其中的基本法律,是中国特色社会主义法律体系的“支架”,是我国宪法实施必不可少的方式和途径,起着极为重要的承上启下作用。因而,无论是强化宪法实施,还是建设中国特色社会主义法治体系,都必须从“根”上入手,唤醒休眠 30 多年的基本法律制度,激发这项重要宪法制度的活力,充分发挥我国法律体系“支架”部分的强力支撑作用。这就要求我们深入研究并切实完善我国基本法律制度,让中国的基本法律体系化和科学化,让法律集群内部协调统一,真正发挥法律集群在我国整个法律体系中的枢纽作用。

二、中国基本法律问题研究综述

“草色遥看近却无”,这是唐代大诗人韩愈描写和赞美早春美景的著名诗句。这也是基本法律制度在我国法律文本和法治实践中生存状况的真实写照。不过,用它来形容早春美景是诗情画意和唯美的,而用它来形容基本法律在我国的存在状态和现实处境却是黯然失色和尴尬的。中国基本法律极为尴尬的现实处境,极大地影响了人们的研究热情,阻碍了对它研究的理论深度和广度。

基本法律于 1982 年正式写入我国现行《宪法》,不仅成为我国一项重要的法律制度,而且还成为一个重要的宪法概念。更为重要的是,1982 年《宪法》将“制定和修改基本法律”的权力直接赋予作为国家最高权力机关的全国人大,作为其行使国家立法权的主要内容和基本方式。因而,基本法律也是由我国国家最高权力机关制定的唯一一种法律形式。^{〔1〕}按理说,随着宪法的实施,

〔1〕之所以这么说,主要是因为全国人大只有权“修改宪法”,而基本法律以外的其他法律则由全国人大常委会制定,且基本法律的“部分补充和修改”也可由全国人大常委会进行,如此一来全国人大在国家立法权方面的唯一“特权”就是“制定基本法律”。

特别是我国改革开放事业日益推进和扩大,社会主义法制不断健全和完善,中国特色社会主义法律体系逐步形成,人们理应迸发出研究基本法律制度的极大热情,使之成为我国宪法体制中的一项极具影响、充满生机和活力的骨干制度。然而,现实却有点令人失望。从1982年《宪法》的制定实施到2000年《立法法》的制定实施,其间18年的漫长岁月里,除了在法理学、宪法学和立法学教材中对基本法律概念进行一般性的释义,简单直观、极为粗浅地区分基本法律与基本法律以外的其他法律^[1]外,只有个别学者在研究我国立法体制和立法权限划分,关注人大与其常委会立法关系时,论述一下基本法律与其他法律之间的应然和实然界限,指出我国宪法规定存在的问题,^[2]但没有一篇直接研究基本法律制度及相关问题的学术论文公开发表。在这一时期,更多的是人们使用基本法律概念来定性一些重要法律,用以说明相关法律的重要地位和作用。^[3]也就是说,基本法律更多地被“标签化”使用,而较少被追问内涵与体系。

在立法法文本中,对基本法律的规定完全照搬了1982年宪法的相关内容及表述方式,基本法律的法律地位并未进一步明晰,效力等级也未比非基本法律更加凸显。但在之后的研究中却

〔1〕 参照学者们的表达习惯,“基本法律以外的其他法律”在后文中简称为非基本法律或其他法律。

〔2〕 如陈为典、许崇德:《论我国立法体制及其新发展》,载《东岳论丛》1983年第6期;蔡定剑:《立法权与立法权限》,载《法学研究》1993年第5期;郭道晖:《论国家立法权》,载《中外法学》1994年第4期;黎小伍、朱应平:《试论扩大全国人大常委会的立法权》,载《法学》1996年第6期;李林:《关于立法权限划分的理论与实践》,载《法学研究》1998年第5期。

〔3〕 参见邵成:《〈民族区域自治法〉是实施民族区域自治的基本法律》,载《西北政法学院学报》1984年第4期;应松年:《规范行政处罚的基本法律》,载《政法论坛》1996年第2期;杨振山:《一部历史性的基本法律——纪念〈民法通则〉实施十周年》,载《中国法学》1997年第1期;吴振贵:《体现“一国两制”的重要基本法律——香港特别行政区基本法简介》,载《上海人大》1997年第7期等。

出现了不同于以往的良好势头。突出表现是,一些宪法和法理学者高度关注基本法律自身的概念、内涵、标准和范围及其与非基本法律之间的界限划分、等级高低,并结合我国立法实践中不断出现的相关立法冲突进行理论探讨和实践界分,相继发表了多篇专门以基本法律为研究对象的学术论文,^[1]使长期以来存在于宪法和立法法规定中的基本法律问题由隐变显,受到社会各界的更多注意和重视,引起越来越多学者乃至立法者的关注,改革呼声日益高涨。^[2]但总体而言,学界对此问题的研究是比较少的,热

[1] 从2000年7月1日中华人民共和国立法法实施以来,以基本法律为研究对象的学术论文主要有(按发表时间先后进行排列):林彦:《基本法律修改权失范及原因探析》,载《法学》2002年第7期;韩大元、刘松山:《宪法文本中“基本法律”的实证分析》,载《法学》2003年第4期;薛佐文:《论“基本法律”和“法律”的性质和地位——质疑〈立法法〉第7条、第8条》,载《西南政法大学学报》2003年第2期;林彦:《全国人大常委会基本法律修改权实践分析》,华东政法学院2003年硕士学位论文;崔敏:《关于对基本法律的修改权限问题》,载《人大研究》2007年第4期;张震:《基本法律抑或宪法性法律——〈村民委员会组织法〉的宪法考量》,载《内蒙古社会科学(汉文版)》2007年第5期;莫纪宏、王毅、刘小妹、韩冰:《“基本法律”制度背后宪法价值的困境——规范性文件合宪性、合法性审查的“技术瓶颈”》,载许崇德、韩大元主编:《中国宪法年刊(2008)》,法律出版社2009年版;韩大元:《全国人大常委会新法能否优于全国人大旧法》,载《法学》2008年第10期;豆星星:《〈铁路法〉第58条与〈民法通则〉第123条的冲突与适用》,载《河南工业大学学报(社会科学版)》2009年第3期;韩大元:《“全国人大修改选举法”与基本法律的修改权》,载《法学杂志》2010年第7期;莫纪宏:《论宪法与基本法律的效力关系》,载《河南社会科学》2010年第5期;林彦:《再论全国人大常委会的基本法律修改权》,载《法学家》2011年第1期;李克杰:《我国基本法律的标准及范围扩张》,载《法制与社会发展》2012年第2期;何力:《论〈涉外民事关系法律适用法〉与〈民法通则〉的关系》,载《政法论丛》2013年第2期;沈寿文:《“基本法律”与“基本法律以外的其他法律”划分之反思》,载《北方法学》2013年第3期;马英娟:《再论全国人大法律与全国人大常委会法律的位阶判断——从刘家海诉交警部门行政处罚案切入》,载《华东政法大学学报》2013年第4期;易有禄:《全国人大常委会基本法律修改权行使的实证分析》,载《清华法学》2014年第5期。

[2] 近年来,不仅学者们强烈呼吁切实明确基本法律的内涵和标准,而且一些地方人大负责人和全国人大常委会部分组成人员也不断呼吁进一步明确全国人大及其常委会立法权限,清晰规定哪些是基本法律。参见张琼辉:《对“基本法律”等作具体明确规定》,载《法制日报》2014年3月29日第3版;陈丽平:《明确具体规定哪些是基本法律》,载《法制日报》2015年2月11日第3版。