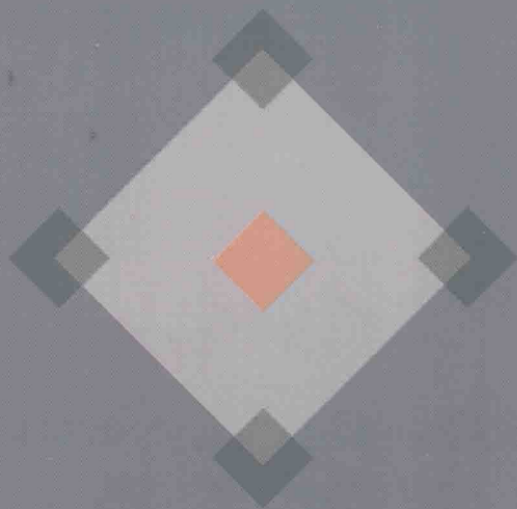


# 行政立法分析

—— 一种政治学与法学的综合视角

温晋锋 著



中国方正出版社

# 行政立法分析

——一种政治学与法学的综合视角

温晋锋 著

中国方正出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政立法分析 / 温晋锋著. —北京:中国方正出版社,  
2004.12

ISBN 7-80107-514-5

I.行... II.温... III.行政立法—研究—中国  
IV.D262.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 088287 号

行政立法分析

温晋锋 著

---

责任编辑:康 弘

---

出版发行:中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编:100813)

发行部:(010)66124758 编辑部:(010)83085204

网址:www.FZPress.com

责任编辑 E-mail:kh1111@126.com

经 销:新华书店

印 刷:北京昌平长城印刷厂

---

开 本:890 毫米 × 1240 毫米 1/32

印 张:8.625

字 数:210 千字

版 次:2004 年 12 月第 1 版 2004 年 12 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

---

ISBN7-80107-514-5

定价:18.00 元

---

(本书如有印装质量问题,请与本社出版部联系退换)

# 目 录

|                                      |      |
|--------------------------------------|------|
| 第一章 行政立法基础分析 .....                   | (1)  |
| 第一节 立法权与行政立法权的界定 .....               | (1)  |
| 一、立法与立法权 .....                       | (1)  |
| 二、行政立法与行政立法权 .....                   | (9)  |
| 第二节 行政立法的源起和存在的缘由分析 .....            | (17) |
| 一、行政立法是现代化进程的一个方面 .....              | (25) |
| 二、行政立法是行政权的特性使然 .....                | (29) |
| 三、行政立法是福利国家的副产品 .....                | (32) |
| 四、行政立法是实证主义法学的胜利 .....               | (37) |
| 五、行政立法是理论强化和认识变化的结果 .....            | (42) |
| 第三节 行政立法的实践 .....                    | (44) |
| 一、英国 .....                           | (45) |
| 二、美国 .....                           | (48) |
| 三、法国 .....                           | (52) |
| 四、德国 .....                           | (55) |
| 第四节 中国政府行政立法权强大的原因分析 .....           | (57) |
| 一、新中国建立时期特定的历史环境造就了特殊的<br>行政权力 ..... | (58) |
| 二、政治建设中的价值评判造成了行政权力的强大 ---           | (61) |
| 三、中国特殊的政治文化对行政权力的强化 .....            | (62) |
| 第二章 行政立法主体分析 .....                   | (65) |
| 第一节 行政立法主体的特征 .....                  | (65) |

|                                |         |
|--------------------------------|---------|
| 一、立法主体与行政立法主体 .....            | ( 65 )  |
| 二、行政立法主体的秉性 .....              | ( 68 )  |
| 第二节 行政立法主体的分类 .....            | ( 75 )  |
| 一、委任行政立法主体与职权行政立法主体 .....      | ( 75 )  |
| 二、中央行政立法主体与地方行政立法主体 .....      | ( 79 )  |
| 第三节 行政立法主体工作制度 .....           | ( 83 )  |
| 一、立法规划制度 .....                 | ( 83 )  |
| 二、立法公开制度 .....                 | ( 89 )  |
| 三、立法会议制度 .....                 | ( 91 )  |
| 四、解释制度 .....                   | ( 92 )  |
| 第四节 行政立法主体的素质 .....            | ( 94 )  |
| 一、行政立法主体重要性 .....              | ( 94 )  |
| 二、行政立法主体的基本素质要求 .....          | ( 96 )  |
| 第三章 行政立法权限分析 .....             | ( 99 )  |
| 第一节 行政立法权限的内涵及意义 .....         | ( 99 )  |
| 一、行政立法权限的内涵 .....              | ( 99 )  |
| 二、划分行政立法权限的意义 .....            | ( 101 ) |
| 第二节 行政立法权限划分的基本原则 .....        | ( 103 ) |
| 一、人权至上原则 .....                 | ( 103 ) |
| 二、法律保留原则 .....                 | ( 105 ) |
| 三、法律优先原则 .....                 | ( 106 ) |
| 四、结合本国实际原则 .....               | ( 107 ) |
| 第三节 中央权力机关与中央行政机关的立法权限划分 ..... | ( 109 ) |
| 第四节 地方权力机关与地方行政机关的立法权限划分 ..... | ( 117 ) |
| 第五节 行政立法主体之间的立法权限划分 .....      | ( 120 ) |
| 第六节 行政机关所制定的非法源性文件 .....       | ( 123 ) |
| 第四章 行政立法个案分析 .....             | ( 131 ) |

|                                        |       |
|----------------------------------------|-------|
| 第一节 “非典”案例分析 .....                     | (131) |
| 一、快速制定相关的行政管理规范 .....                  | (133) |
| 二、采取各种措施 .....                         | (140) |
| 三、及时修正特殊时期所制定的各种规范 .....               | (141) |
| 四、“非典”时期的意外收获<br>——行政立法提案主体公民个人化 ..... | (143) |
| 五、后“非典”时期的反思 .....                     | (146) |
| 第二节 个性化车牌案例分析 .....                    | (160) |
| 一、个性化车牌的实施与夭折 .....                    | (160) |
| 二、个性化车牌夭折的原因分析 .....                   | (161) |
| 三、行政立法中的听证程序 .....                     | (163) |
| 第五章 行政立法监督分析 .....                     | (173) |
| 第一节 行政立法监督的理论和现实依据 .....               | (173) |
| 一、行政立法有可能成为一种新的专制主义 .....              | (175) |
| 二、市民社会理论的兴起为行政立法监督提供了<br>新的视角 .....    | (177) |
| 三、对行政立法的监督是行政立法的内在要求 .....             | (179) |
| 第二节 行政立法监督的概念和内容 .....                 | (181) |
| 一、行政立法监督的内涵 .....                      | (181) |
| 二、行政立法监督的内容 .....                      | (183) |
| 第三节 行政立法监督的方式 .....                    | (187) |
| 一、议会监督 .....                           | (187) |
| 二、行政监督 .....                           | (194) |
| 三、司法监督 .....                           | (197) |
| 第四节 我国的行政立法监督 .....                    | (205) |
| 一、全面落实现有的行政立法监督制度 .....                | (206) |
| 二、建立健全其他有效的行政立法监督制度 .....              | (209) |

---

|                                   |                |
|-----------------------------------|----------------|
| <b>第六章 行政立法发展趋势分析 .....</b>       | <b>( 215 )</b> |
| <b>第一节 行政立法的地位得到巩固 .....</b>      | <b>( 215 )</b> |
| 一、行政立法的成文法垄断地位得到巩固 .....          | ( 216 )        |
| 二、信息时代的特征使政府的行政立法职能得以加强 ...       | ( 219 )        |
| 三、新型管理方式的兴起并没有排斥行政立法权 .....       | ( 220 )        |
| 四、议会监督无力使得行政立法权进一步扩大 .....        | ( 221 )        |
| <b>第二节 建立行政立法责任追究制度 .....</b>     | <b>( 221 )</b> |
| 一、追究行政立法责任的困难性 .....              | ( 221 )        |
| 二、建立行政立法责任追究制度的必要性和可行性 ...        | ( 223 )        |
| 三、行政立法违法行为的形式 .....               | ( 225 )        |
| 四、行政立法责任的追究 .....                 | ( 234 )        |
| <b>第三节 行政立法提案主体的多样化和复杂化 .....</b> | <b>( 238 )</b> |
| 一、多元化的利益使得利益表达主体多元化 .....         | ( 238 )        |
| 二、治道变革必然导致行政立法提案主体多元化 .....       | ( 239 )        |
| 三、行政立法提案主体多元化的探索 .....            | ( 242 )        |
| <b>第四节 全球化下的行政立法 .....</b>        | <b>( 246 )</b> |
| 一、行政立法所扮演的角色越来越重要 .....           | ( 248 )        |
| 二、行政立法具有了国际法的内容 .....             | ( 251 )        |
| <b>后记 .....</b>                   | <b>( 253 )</b> |

# 第一章 行政立法基础分析

“在美国法律秩序的结构中,法规犹如汪洋大海,法律只是漂浮在大海中的少数孤岛。”<sup>①</sup>

## 第一节 立法权与行政立法权的界定

### 一、立法与立法权

从严格的意义上说,立法与立法权密切相关,没有立法权就没有立法行为,显然这是近代社会的观点。在与农业社会相对应的国家不存在立法权的概念,但立法现象却时常出现。

关于什么是立法,在我国古代的史册中有不少记载:“立法二字,数见于吾国载籍。《商君》云:‘伏羲神农教而不诛,黄帝尧舜诛而不怒,及至文武,各当时而立法。’《史记·律书》云:‘王者制事立法。’《汉书·刑法志》云:‘圣人制礼作教,立法设刑。’荀悦《汉纪》序云:‘昔在上圣,唯皇极,经纬天地,观象立法。’刘勰《新论》云:‘治民御下,莫正于法,立法施教,莫大于赏罚。’庾信《羽调典》云:

---

<sup>①</sup> 王名扬:《美国行政法》,中国法制出版社1995年版,第53页。

‘树君所以牧人,立法所以静乱。’”<sup>①</sup>可见在中国古代,立法具有“创作制度,纳民轨物之意。”在汉语中,除了“立法”一词本身的表述外,还有法的制定、法的制订、法的拟定、法的创制等。虽然这些词不完全等同于立法,但它们与立法有着密切的关系。

在西方国家,特别是在英语国家,立法有多种表示方法,最常见的是 legislation, 此外还有 enactment of law、enacting of laws、law-making、rule-making、the law of enacted、enacting of law 等等。古代西方学者对立法的研究也多如牛毛,仅亚里士多德一人在其名著《政治学》一书中,论及立法、使用立法一词就有一百多处。<sup>②</sup>

但是对立法的内涵及外延作出科学的界说,应当是近代国家建立之后的事。<sup>③</sup>

日本著名学者猪口孝先生认为,国家的产生可以分为两个不同的历史时期。第一个时期为国家的形成,是指国家的从无到有,国家从最初的与社会同构到与社会的分离。但是这只是初级形态的国家,是与农业社会相对应的国家。此时的国家,无论是东方的中华帝国,还是西方的大不列颠,都处于“诸权合一,诸法合体”的时代,所有的权力都由国王、皇帝行使。“普天之下,莫非王土;率地之滨,莫非王臣”就是其真实写照。没有权力的分立就无所谓立法权和行政立法权的存在。第二个国家的形成时期是指近代国家的产生。猪口孝先生认为,近代国家的一个显著的变化是“国内社会与国际社会的秩序状态”。与这种世界秩序相联系,近代国家有以下特征:(1)摆脱了宗教束缚和科学精神;(2)健全国家机构;(3)代表议会与社会的强化;(4)国家间战争建立规则;(5)民族主义;(6)世界市场的形成;(7)工业化。<sup>④</sup>现代国家建立起完整的国家权力体系之后,由于不同的权力交由不同的国家机关行使,立法权由议会行使,行政权由行政

① 转引自谢正民:《中华民国立法史》,南京正中书局 1937 年版,第 1 页。

② 周旺生:《立法论》,北京大学出版社 1994 年版,第 46 页。

③ 参见周旺生:《立法论》,北京大学出版社 1994 年版,第三章。这不仅是周旺生先生的观点,其他法学学者也基本上持这种观点。

④ (日)猪口孝著,高增杰译:《国家与社会》,经济日报出版社 1989 年版,第 11-12 页。

机关行使,司法权由司法机关行使。于是完全、独立意义上的立法权就出现了,与之相适应的立法主体也开始了自己的活动。

近代国家产生的实质是建立资产阶级民族国家,而建立民族国家的进程是与分权、分皇帝的权、分帝王的专权、分帝王的行政权联系在一起。在西方文明的历史上,最早系统地研究分权理论的是亚里士多德。他认为,一切政体都由三大要素构成,“三者之一为有关城邦一般公务的议事机能(部分);其二为行政机能部分——行政机能有哪些职司,所主管的是哪些事,以及他们怎样选任,这些问题都须一一论及;其三为审判(司法)机能。议事机能具有最高权力,对于(1)和平与战争以及结盟与解盟事项,(2)制订法律,(3)司法方面有关死刑、放逐和没收的案件,(4)行政人员的选任以及任期终了时对于他们政绩的审查,这些都由议事机能作最后裁决。”<sup>①</sup>但亚里士多德的三权分立理论远远不同于现代社会的权力分立理论,<sup>②</sup>对现代国家的分权制度有所建树的代表人物是洛克和孟德斯鸠。

洛克提出两权分立理论<sup>③</sup>,他认为立法权来自人民的委托,<sup>④</sup>“是指享有权力来指导如何运用国家力量以保障这个社会及其成员的权

① 亚里士多德著,吴寿彭译《政治学》:商务印书馆1983年版第215页。

② 见原书注:亚里士多德:《政治学》,商务印书馆1983年版第215页;从表面上看来,这里的三个要素(部分)似乎相同于近代的立法、行政、司法三机能。实际上,亚氏所述都根据希腊各城邦的政法制度:其‘议事机能’有异于现代的‘立法权’公民大会和议事会,虽也有立法权,所议却常是有关行政和司法审判的案件。卷六1317·32就称议事会(‘布利’)为行政机构。他们的‘执政机能’虽各有其行政职司,却不象现今由执掌‘行政权’的人员组成政府而发号施令;公民大会和议事会实际上处于行政职司之上。1275·26等注曾经说明希腊城邦由公民陪审员公决曲直的群众法庭异于现代由常任法官治狱断案的法庭,其‘审判机能’也异于近世国家中的‘司法权’。读者必须凭借古希腊的典章制度和政法情况来理解本书中的政体研究。

③ 虽然洛克自认为他的理论是三权分立——立法权、行政权和联盟权,但按照现代对权力的划分,人们通常把联盟权归属为行政权——本文作者注。

④ 这种理论和观念源远流长,这也是委托理论的来源。“现代民主国家之立法可分为四大类:一为直接立法(direct legislation),即由公共公民创制复决而立法。二是议会立法(parliamentary legislation),即由民选之国会,代表人民行使立法权,又可谓为间接立法(indirect legislation)。三为司法立法,乃法官在审理案件时,作成判例,或对现行宪法或法律加以解释,此种判例或解释,等于创立新法,故谓之司法立法,因多系由法院之法官为之,又可称为法官造法(judge-made-law)。四为行政立法(administrative legislation),乃行政机关在国会授权范围内,或基于职权行使之必要,而订颁具有辅助性法律之法规命令。”(吴万得《论行政立法的概念及其意义》,《行政法学研究》2000年第2期)

利”；只有人民才能通过组成立法机关和指定由谁来行使立法权。<sup>①</sup>孟德斯鸠在洛克理论的基础之上，完成了近代历史上最具有意义的三权分立理论。虽然孟氏理论的宗旨在于权力的制约和抗衡，但他为立法机关所确立的属性也引起了后人的无限遐想。他认为：每一个国家有三种权力：1.立法权力；2.有关国际法事项的权力；3.有关民政法规事项的行政权力。第一种权力是制定、修正或废止临时或永久性法律的权力；第二种权力是媾和或宣战、派遣或接受使节、维护公共安全、防御侵略的权力，简称国家行政权力；第三种权力是惩罚犯罪或裁决私人讼争的权力，称为司法权。这三权不分高低上下，分别由不同的机关行使，以达到权力间的相互牵制和平衡。立法权属于人民所有，因为在一个自由的国度里，每个人都被认为具有自由的精神，都应该由自己来统治自己，所以立法权应该由人民集体享有，人民行使立法权的机构是议会。<sup>②</sup>

恐怕连孟德斯鸠本人也不会想到，他的理论成为后人建立政治制度的核心和基石。由于孟德斯鸠的理论是在资产阶级革命初期提出的，而且顺应了当时的历史发展，所以他的理论成为资产阶级革命的大纛，在近代资产阶级民族国家建立的过程中，处处体现出三权分立制度的光环，立法权的理论也在此划上了一个圆满的符合时代特点的句号。在这些先驱者的眼中，立法权是议会的专利，议会专司立法，其他国家机关不得染指。

以后的学者在论述立法及立法权时，基本上是沿着孟德斯鸠的思路而进行的。

当时间的纵向维度发展到了20世纪时，孟德斯的理论已无法再独领风骚。西方国家由于委任立法权的出现，使得原始的三权分立理论遭受到冲击。原来三权清清楚楚的权力界限现在已被销蚀的模糊不清，所以人们对立法的界定也变得模糊起来。如西方学者对立法的描述，周旺生先生归纳为两类。<sup>③</sup>

① 洛克著，叶启芳译：《政府论》（下篇），商务印书馆1986年版，第88-89页。

② （法）孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》，商务印书馆1982年版第155-158页。

③ 周旺生：《立法论》，北京大学出版社1994年版，第46-48页。

第一,过程、结果两义说。此说认为,立法是一个过程,又是一种结果。其中有的首先注重过程的一面,有的则更注重结果的一面。英国学者戴维·M·沃克指出:“立法通常指有权的个人或者法所确认的机关有意识地制定或改变法的过程,是一种意志的表达。立法一词亦指在立法过程中所产生的结果,即所制定的法本身。在后一种意义上,相当于制定法。”美国学者J·D·丹尼尔·奥兰认为:立法一指将法案变成法(法律、行政法规等)的审议、通过或否决的过程;一指法律、法规等文件。这些定义首先注重过程的一面。美国百科全书的定义是:“立法是指包括政府各部门所使用以规范社会行为的法的规则。一般说,这一术语尤指代议机关所制定的法以及制定法的过程。”这一定义首先注重结果一面。

第二,活动性质、活动结果两义说。此说强调,立法是制定法的规则因而有别于司法和行政的活动;同时又是这种活动的结果,而这种结果又与司法决定不同。英国学者戴维·迈尔斯和阿尔·帕基即持此说,认为:“立法一词通常至少在两种意义上被使用,首先被用来表明有关活动的性质:它的使用意味着法的规则的制定或意味着有意识的法的制定或法的变动。正像我们可以看到的,并非所有立法都制定规则,但通常情况下制定规则构成立法的主要的、明确的目的。这种意义上的立法是不同于司法判决的,比如后者的基本作用是依照既有的规则来处理事端。……‘立法’一词的另一层也是更明显的含义,是用以表示立法讨论过程的结果或产物。在这个意义上,它与英国的议会法、欧洲经济共同体的规章、命令、决定接近。”美国学者威廉·P·斯大茨基在他的《法学词典》中对立法的定义是:立法一指立法机关制定法,一指立法机关通过的各种文件。美国的另一位学者则这样说:立法就是制定出管理国家、州或团体的法。立法由根据宪法选举产生的人员所组成的代议机关制定的法所构成。这些法调整那些生活在该立法机关控制区域内的人们的行为,该立法机关可以是美国国会,也可以是州立法机关和地方政府。

从周先生的概述中,可看出,持这类观点的学者并没有硬性地区

分立法权的属性问题,即立法权应该归谁来行使。我们也可以得出这样的结论,即在西方国家,许多学者都把立法看作是与立法权联系在一起的社会历史现象。无论是立法过程还是立法结果,立法权是立法活动产生的前提和条件,没有立法权,就无所谓立法活动、立法过程和立法结果。同样他们也没有把孟氏的理论绝对化,即没有把立法和立法权囿于某个机关手中。

在国内学者的眼中,立法的概念可谓仁者见仁、智者见智。有代表性的观点有以下几种。<sup>①</sup>

第一,立法是指一切国家机关,即从中央到地方的各级国家权力机关和从中央到地方的国家行政机关,依据法定权限和程序制定、修改和废止法律这种特定的规范性文件的的活动。这是对立法最广义的解释。

第二,立法是指最高国家权力机关和它的常设机关,依据法定权限和程序,制定修改和废止这种特定的规范性文件的的活动。这是对立法最狭义的解释。

第三,立法是指一切有权制定、修改和废止法律和法规的国家机关,依据法定权限和程序制定、修改和废止法律和法规的活动。

第四,立法是指从中央到地方享有立法权的国家机关制定、修改和废止法律规范的活动。

第五,一般意义上的立法,是指由特定的主体,依据一定职权和程序,运用一定技术,制定、认可、修改、补充和废止法的活动,其直接目的是要产生和变更这种特定的社会规范。

可见不论是哪一种观点,立法并不是一个孤立的事项,立法与立法权相关。马怀德先生概括的立法权有以下几种。<sup>②</sup>第一种观点认为,立法权是“国家制定、修改或废止法律的权力。”<sup>③</sup>第二,认为立法权是立法主体依法行使的制定、认可、解释、补充、修改或废止法律的权

<sup>①</sup> 周旺生:《立法学》,北京大学出版社1988年版,第128-129页;周旺生:《立法论》,北京大学出版社1994年版,第49-62页。

<sup>②</sup> 马怀德主编:《中国立法体制、程序与监督》,中国法制出版社1999年版,第11-12页。

<sup>③</sup> 参见国内出版的《法学辞典》、《宪法辞典》、《宪法学》(高等学校法学试用教材)等。

力。例如,有的同志认为,立法权就是“为主权者所拥有的,由特定的国家政权机关所行使的,在国家权力中占据特殊地位的,旨在制定、认可和变动规范性文件以调整一定社会关系的综合性权力体系。”<sup>①</sup>该定义所言“国家政权机关”即包括权力机关,政府机关和其他机关。第三,认为立法权是国家权力机关(全国人民代表大会和地方各级人民代表大会)制定、修改和废止法律的权力。例如,有的同志认为,只有全国人民代表大会及其常务委员会享有立法权。国务院、地方人民代表大会及其常务委员会等其他国家机关不享有立法权,但可以“使用”立法权;谈立法权限的划分,就是指立法使用权的划分。<sup>②</sup>

李林先生对立法权的归纳也说明同样的问题,<sup>③</sup>他认为立法权分为三个层次的含义。第一,立法权是指立法机关(议会或其他代议机构)行使的制定、认可、解释、补充、修改和废止法律的权力。这个意义上的立法权是立法机关职权的一部分,而不是全部,它不包括立法机关的行政监督权(包括议决案、议决条约案、宣战案和媾和案,议决大赦案,以及质询权、同意权、弹劾权、不信任投票权等权力)。这是狭义上的立法权。第二个意义,立法权是指由立法机关行使的对应于行政权和司法权的权力。这个意义上的立法权,是三权分立意义上的立法权,它包括了立法机关的全部职权。这是广义上的立法权。第三个意义上的立法权,是指立法主体依法行使制定、认可、解释、补充、修改或废止法律的权力。这是极广义上的立法权。极广义立法权的概念与狭义、广义立法权的概念相比,它们的主要区别是:(一)它们的主体不同,极广义立法权的主体是指一切能够制定具有法律效力的规范性文件 and 判例等的机关或个人,诸如立法机关(国家元首)、行政机关、司法机关(法官)、军事机关等;狭、广义立法权的主体则专指国家的立法机关(国家元首)。(二)它们的权力依据不同,极广义立法权的权力依据,既可以是国家宪法、组织法的直接规定,

① 周旺生:《立法论》,北京大学出版社1994年版,第324页。

② 蔡定剑:《立法权与立法权限》,《法学研究》1993年第5期,第3-4页。

③ 李林:《立法机关比较研究》,人民日报出版社,第218-220页。

也可以是立法机关的授权(或上级有立法权机关的授权),还可以由历史和习惯使然(如“法官立法”或“司法立法”);狭义、广义立法权的权力依据最主要的和最常见的来自国家宪法和组织法的规定,某些地方权力机关的立法权是来自上级或中央立法机关的授权。(三)它们创制的法律不同,极广义的立法权创制的法律,是广义的法律,包括一切具有法律效力的规范性文件 and 判例;狭义、广义立法权创制的法律,是狭义的法律,不包括行政法规、判例等。此外,与广义立法权概念相比,极广义立法权概念通常没有立法机关所具有的行政监督权。

“在我国,立法是指由特定的国家机关,依据一定的职权和程序,制定、认可、补充、废止、解释和监督法定活动。”<sup>①</sup>

立法就是一定的主体确立具有普遍效力的法规范和法规规则。”<sup>②</sup>

从以上不同的观点可以看出,中国学者对立法权所作的理解和诠释是在对整个西方立法权的发展脉络进行思考的基础上提出的。他们或坚持孟德斯鸠的三权分立观点,立法权应专属立法权机关,其他机关不得染指;或是对立法做扩大的解释,认为立法是国家机关的事务。

无论是西方学者的观点,还是国内学者的判断,立法的概念都是以规范、权力、有权机关、活动过程等中心词来构筑其基本理论的。立法是指实证法或制定法,而并非指自然法。<sup>③</sup>“自然法是实在法的对称。自然法学家认为自然法是居于实在法之上并指导实在法的基本法则。在不同的历史时期,对自然法的理解也不相同。”<sup>④</sup>由此我们可以对立法作个粗线条的描述:

所谓立法是指有权机关制定、修改和废止一定社会规范的活动

① 李步云、汪永清主编:《中国立法的基本理论和制度》,中国法制出版社1998年版,第20页。

② 戚渊:《论立法权》,中国法制出版社2002年版,第12页。

③ “制定法最初是指君主的敕令,现在是指由正式组成的立法机关根据预先规定的程序所颁布的法律,以及公共普通法律、法规、地方法律、法规。”戴维·M·沃克:《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年版,第856页;戴维·米勒、韦农·波格丹诺:《布莱克维尔政治学百科全书》,中国政法大学出版社1992年版,第744页。

④ 法学词典编辑委员会:《法学词典》上海辞书出版社1980年版,第279页。

以及表现出来的成果。它具有以下特征(1)它是一种综合性权力体系,而不是单一的权力结构。(2)它以制定、认可和变动规范性文件即宪法、法律、法规等为直接目的,而以达到调整一定社会关系为其根本目的。(3)它是国家权力体系的组成部分,因历史、国情条件不同而在国家权力体系中占有极为重要或特别重要的地位。(4)它由重要的而非一般的国家政权机关行使,而在根本上归主权者所拥有。<sup>①</sup>

## 二、行政立法及行政立法权

黑格尔曾说,密纳发的猫头鹰要等到黄昏到来才起飞。

行政立法是行政法学学理上的名称,并非法定名称,惟其相关用语,因学者探究角度不同而显得庞杂,有的称部门立法(departmental legislation)、行政机关立法(legislation by administration bodies)、准立法(quasi-legislation)、次级立法(subordinate legislation)、委任立法(delegated legislation)等不一而足。其中,部门立法和行政机关立法,乃基于行政机关行使立法权的事实而得名,而委任立法,则是基于立法机关授权的观点而得名。<sup>②</sup>

行政立法的出现以委任立法为始作俑者。

但这个委任与人民的委托是两个截然不同的概念。如果我们不否认近代国家的产生,那么立法机关的概念就来源于委托,立法权的观念则来源于分权思想。“倘若没有分权思想把国家权力区分开来,国家权力集中于一个主体统一行使,则立法权观点的产生势必缺乏理论基础。”<sup>③</sup>“法律是由人民的同意和委派所授权的一些人制定的;没有人民的这种同意和委派,他们中间的任何一个人或若干人都不能享有权威来制定对其余的人具有约束力的法律。”<sup>④</sup>

但是行政立法滥觞于委任立法并不是指上述意义,它是指权力机关对行政机关的委托,而不是人民把自己的权利委托给权力机关,即元委托。

① 周旺生:《立法论》,北京大学出版社1994年版,第324页。

② 吴万德:《论行政立法的概念及其意义》,《行政法学研究》,2000年第2期。

③ 李林:《立法机关比较研究》,人民日报出版社1991年版第215页。

④ 洛克著,叶启芳译:《政府论》(下篇),商务印书馆1986年版,第129页。

委任立法与议会立法权和行政机关立法权有关,现代委任立法始于1834年英国修正济贫法<sup>①</sup>。但后来由于人们对委任立法权的理解不同,产生了多种多样的委任立法权。据李林先生统计,主要有七种观点。<sup>②</sup>

第一种观点认为,委任立法又称次级立法,是指行政机关根据议会授权制定的各种行政管理法规。<sup>③</sup>根据这种观点,委任立法的授权者为立法机关,受权者为行政机关,立法机关授权的内容非常广泛,包括“各种行政管理法规”的立法权均在授权之列。

第二种观点认为,授权立法是指法规非由议会制定,而是由议会为特定的事项授予无立法权的团体或人制定。立法的权力通常可以授予政府、公共事务行政机构和委员会、地方当局、法院、大学和其他机构。<sup>④</sup>这种观点的受权者十分广泛,已超出了行政机关的范围,但授权的内容却十分有限,只能就特定事项授权。

第三种观点认为,委任立法是基于法律授权的立法,是法律委任行政当局制定的具有法律内容和法律同等效力的法规,其权限由授权法规定。<sup>⑤</sup>这种观点的独到之处,是它强调受权者所制定的法规,具有法律的内容并和法律有同等效力;而且委任立法的立法权应由授权法授予,而不是来自宪法。在第三种观点看来,立法授权中的受权者实际上包括各部部长、地方当局、自治团体——法定企(事)业,甚至私营公司、群众组织(教会),它们基于法律规定制定具有和法律同等效力的规章制度。

第四种观点认为,委任立法是指当代行政机关颁布具有法律效力的规章。委任立法权则是颁布这种规章的权力,是行政机关行使从属的立法职权。这种观点的一大特点,是强调为了保持立法机关作为

---

① 龚祥瑞:《比较宪法与行政法》,法律出版社2003年版,第412页。

② 李林:《立法机关比较研究》,人民日报出版社1991年版,第273-275页。

③ 王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社1987年版,第108页。

④ 沃克著 北京社会与科技发展研究所组织翻译:《牛津法律大辞典》,光明日报出版社1988年版,第250页。

⑤ 龚祥瑞:《比较宪法与行政法》,法律出版社2003年版,第436-437页。