

司法部 “九五” 重点课题

中国立法 体制、程序与监督

主编 马怀德

中国法制出版社

司法部“九五”重点课题

中国立法体制、程序与监督

主 编 马怀德

撰稿人 马怀德 张 越 刘勉义

闫尔宝 杨宣轶

中国法制出版社

中国立法体制、程序与监督

ZHONGGUO LIFA TIZHI CHENGXU YU JIANDU

主编/马怀德

经销/新华书店

印刷/北京朝阳区科普印刷厂

开本/850×1168 毫米 32 印张/12 字数/294 千

版次/1999 年 1 月北京第 1 版 1999 年 5 月北京第 2 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN7-80083-415-8/D·395

(北京西单横二条 2 号华恒大厦 邮政编码 100031) 定价: 19.00 元

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话 66062752)

前 言

不可否认，立法权是国家权力的最重要表现形式，其设置是否科学，行使程序是否公正以及运行是否和谐顺利，都直接关系到国家政治的稳定与社会经济的发展。特别是在法律逐步取代政策，立法活动异常活跃的今天，科学合理地划分各国家机关的立法权限，健全立法程序，完善对立法活动的监督，对于避免越权立法、立法冲突和重复立法，加强立法的科学化、规范化，提高立法质量，维护国家法制统一显得尤为重要。

本书针对我国立法活动中存在的主要问题，结合国外立法制度运行的经验，立足我国实践，根据宪法的原则规定对立法体制、程序和监督等问题进行了系统研究，提出了制定统一立法法，划分立法权限，健全授权立法制度，改革立法程序，完善立法监督制度的具体设想。近 20 年来，随着经济社会的不断发展和法治观念的普及、深入，越来越多、越来越复杂的社会关系亟待调整，人们对规则的需求大大增加，立法在社会政治经济生活中扮演着越来越重要的角色，无论是立法数量还是立法质量都有了明显提高。与此同时，层次多、范围广、数量大的立法活动也导致了一个结果，就是立法失控、立法无序。这表现为冲突矛盾立法，重复立法，越权立法等不规范立法现象不断出现，不同部门之间，不同地域之间，上下级之间争夺立法权的“立法大战”愈演愈烈。一时间，立法权竟成了立法部门和行政机关乃至司法机关竞相争夺、炙手可热的“重权”。由于缺乏程序规则的限制，立法的随意性也大大增加，出现了从乡规民约到国务院行政法规层次繁多、效力不定、界线不清的各种规则，这些规则的出台过程更是五花八门、

无一定规。有时首长的一席讲话，几个人的临时决定，顷刻间便能披上立法的外衣畅行无阻，有时明显违背民意的收费文件会以法的名义迅速下达。文件的称谓叫法更是花样繁多、不胜枚举，如规定、办法、通知、决议、意见、条例……这些现象说明，立法失控或立法无序的现象已经十分严重，如不及时纠正，将会对社会经济生活产生巨大影响。如何规范立法活动？有无必要就此制定专门的法律？要回答这些问题，不能不对立法的一般理论进行研究，特别是对立法体制、程序和监督问题加以研究。

立法体制的核心是划分立法权，而划分立法权的前提条件又是确定法的范围。在定义众多的法概念中，我们选择了较广义的法概念，即“法”应由法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例、行政规章构成。在此前提下，本书重点就中央与地方立法权限的划分，立法机关与行政机关立法权限的划分等问题进行了探讨，分析了影响立法权限划分的因素，对立法权限划分的原则、模式、具体内容、国家专属立法权、地方立法权限、行政机关立法权限进行了具体研究。由于授权立法制度在立法体制中处于十分重要的地位，所以，我们对其单列两章作专门研究，通过对国内外授权立法制度的介绍，试图勾勒出未来我国授权立法的大体轮廓。

在立法程序方面，本书重点就立法程序制度和程序功能进行了详细的分析。立法程序制度包括专家立法、公开立法、听证及公告制，而程序功能要素又包括立法规划、法案提起、审议法案、表决、公布等，对于一个完整、高效又有质量的立法过程而言，这些制度和功能要素是缺一不可的。

立法监督问题历来受人瞩目，特别在立法数量激增、立法质量参差不齐的今天，如何对立法活动加以有效监督便成为整个立法制度的关键环节。我国法律虽然规定了立法监督的基本形式，但由于缺少具体程序制度，这种监督往往流于形式，因此分析立法

监督机制不奏效的原因就颇具意义。从国外立法监督的三种基本模式看,议会监督与专门机构监督、普通法院的监督各具特色,都是各国从本国国情出发作出的选择。我国在加强立法监督体制中,有必要以宪法为依据,大胆借鉴国外立法监督经验,建立起一个较为可行又能发挥作用的监督机制。

通过对立法体制、程序与监督三个问题的分析研究,我们试图为正在研究起草的《立法法》提供一条理论线索,如果它能够为此部法律的出台起到一点作用,那怕是靶子的作用,我们也会感到欣慰的。

本书是司法部 1995 年至 1998 年重点科研课题的最终成果,在学术著作出版难的今天,能够庆幸面世,离不开中国法制出版社、司法部教育司和中国政法大学的大力支持和帮助,在此谨表诚挚的谢意。

作 者

1998 年 7 月

目 录

第一篇 立法体制篇

第一章 立法权限的划分	(1)
第一节 立法权	(1)
第二节 立法权限划分概述	(21)
第三节 完善我国立法权限划分的思考	(39)
第二章 西方主要资本主义国家的委任立法制度	(64)
第一节 概述	(64)
第二节 英国与美国的委任立法制度	(72)
第三节 法德日三国的委任立法制度	(87)
第三章 我国的授权立法制度	(111)
第一节 建国以来我国授权立法的实践	(111)
第二节 授权立法的规范分析	(120)
第三节 授权立法的效力	(135)
第四节 授权立法的现状与完善	(139)

第二篇 立法程序篇

第一章 立法程序概论	(151)
第一节 立法程序的概念	(151)
第二节 立法程序的原则	(155)
第三节 立法程序的分类	(167)
第四节 立法程序的意义	(169)

第二章 立法程序制度	(173)
第一节 专家立法制度	(174)
第二节 立法公开制度	(194)
第三节 立法听证制度	(202)
第四节 法律公告制度	(214)
第三章 立法程序构成——立法程序的功能要素	(229)
第一节 立法规划程序	(231)
第二节 法案提起程序	(236)
第三节 审议准备程序	(245)
第四节 法案审议程序	(251)
第五节 表决通过程序	(256)
第六节 公布生效程序	(266)

第三篇 立法监督篇

第一章 立法监督的一般原理	(273)
第一节 立法监督概述	(273)
第二节 立法监督的主体、内容和程序	(280)
第三节 立法监督的必要性	(285)
第二章 西方国家立法监督制度简介	(295)
第一节 议会立法监督	(295)
第二节 授权行政立法监督	(315)
第三章 我国立法监督的展望	(332)
第一节 我国立法监督制度的发展及现状	(332)
第二节 完善我国立法监督的途径与对策	(352)

第一篇 立法体制篇

第一章 立法权限的划分

在一个有序的社会里，任何社会行为都应该加以规范，立法行为也不例外。只有规范立法行为，才能使“法”体现人民的意志，才能维护法制的统一，才能避免或减少无权立法、越权立法、重复立法、秘密立法等无序现象。规范立法行为，首先要明确立法权限问题，规定什么机关享有立法权，以及享有多大立法权。研究立法权限的划分，能够为科学、明确地规范立法权限提供理论参照。

第一节 立法权

一、我国“法”的范围

这里所言法的范围，是指法的外延，就是指哪些规范性文件可以称得上“法”。在没有明确的、统一的根据，和同样严格或宽松的理解态度之前，对该问题的不同认识是难以避免的。我们认为，划定法的范围，涉及到立法权限问题，涉及到国家机构之间的关系问题，影响到我国的政治体制，因而已触及到宪政问题。所

以，理解法的范围，必须以宪法为统一的依据，并坚持以严格的解释方法来做这项工作。

我国现行宪法第5条第1款、第2款规定，“国家维护社会主义法制的统一和尊严”，“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”；第58条规定，“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”；第62条、第67条规定，全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会有权制定法律；第89条规定，“国务院行使下列职权：（一）根据宪法和法律，规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令；……”；第90条第2款规定，“各部、各委员会根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限内，发布命令、指示和规章”；第100条规定，“省、直辖市的人民代表大会和它们的常务委员会，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规，报全国人民代表大会常务委员会备案”；第116条规定，“民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例。自治区的自治条例和单行条例，报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例，报省或者自治区的人民代表大会常务委员会批准后生效，并报全国人民代表大会常务委员会备案”。根据这些规定以及我们对法的内涵所持有的基本一致的看法，上述“法律”、“行政法规”、“地方性法规”、“部委规章”以及“自治条例”和“单行条例”构成了宪法所直接规定的法的范围。

我国现行地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法第7条规定，“省、自治区、直辖市的人民代表大会根据本行政区域的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可以制定和颁布地方性法规，报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案”，“省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民代表大会根据本市的具体情况和

实际需要，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规，报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行，并由省、自治区的人民代表大会常务委员会报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案”；第43条规定，“省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会在本级人民代表大会闭会期间，根据本行政区域的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可以制定和颁布地方性法规，报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案”，“省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民代表大会常务委员会，在本级人民代表大会闭会期间，根据本市的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规，报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行，并由省、自治区的人民代表大会常务委员会报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案”；第59条规定，“县级以上地方各级人民政府行使下列职权：（一）执行本级人民代表大会及其常务委员会的决议，以及上级国家行政机关的决定和命令，规定行政措施，发布决定和命令；……”第60条规定，省、自治区、直辖市以及省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府，还可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规，制定规章。另外，全国人民代表大会和它的常务委员会还先后特别授权广东省、福建省和海南省人民代表大会及其常务委员会制定经济特区法规（包括在地方性法规之内），授权深圳市、厦门市、汕头市、珠海市人民代表大会及其常务委员会制定地方性法规，深圳市、厦门市、汕头市、珠海市人民政府制定行政规章。（特别授权问题，本书有专章讨论，本章只在必要时提及。）根据这些规定，我们提出以下两个问题讨论：

第一，组织法及特别授权决定扩大了地方性法规制定主体的

范围，即授予一些地方人民代表大会和人民代表大会常务委员会根据宪法不能直接行使的地方性法规制定权，并授予一些地方人民政府根据宪法不能直接行使的行政规章制定权，是否违反了宪法规定？上述“地方性法规”和“地方政府规章”是否应归入法的范围？

第二，民族自治地方的自治机关制定的自治条例和单行条例是否属于地方性法规的范畴？

下面依次分析：

第一个问题。根据宪法的规定，全国人民代表大会是最高国家权力机关（第57条），有权制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律（第62条）；全国人民代表大会常务委员会是全国人民代表大会的常设机关（第57条），有权在全国人民代表大会闭会期间，对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改，但不得同该法律的基本原则相抵触（第67条）。宪法还规定地方各级人民代表大会和地方各级人民政府的组织由法律规定（第95条）。因此，全国人民代表大会有权制定并修改上述组织法，规定地方各级人民代表大会和地方各级人民政府的组成、职权等组织事项，全国人民代表大会常务委员会有权对此进行有限的修正。这从总体上说明了几经修正的地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法的合法性。但宪法是国家的根本大法，其效力高于其他法律，一切法律，行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触（宪法第5条），其制定修改程序严于其他法律。宪法的修改，由全国人民代表大会常务委员会或者1/5以上的全国人民代表大会代表提议，并由全国人民代表大会以全体代表的2/3以上的多数通过；法律和其他议案由全国人民代表大会以全体代表的过半数通过（宪法第64条）。因此，宪法应该并确已规定了国家机构的基本组成和职责权限，组织法在对此进行具体规定时，应该在宪法规定的范围内而不突破该范围。否则宪法关于国家机

构基本组成权限的规定就有被架空的风险。宪法既然没有规定省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民代表大会及其常务委员会制定地方性法规的权力,没有规定省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府制定行政规章的权力,而组织法作出如此规定,严格的说,是不妥的。宪法第95条第2款、第3款规定,“地方各级人民代表大会和地方各级人民政府的组织由法律规定”;“自治区、自治州、自治县设立自治机关。自治机关的组织和工作根据宪法第三章第五节、第六节规定的基本原则由法律规定”。比较这两款规定,可以认为,制定地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法,比制定民族区域自治法,其在宪法范围内活动的余地更小。因此,上述“地方性法规”和“地方政府规章”超出了宪法规定。考虑到我国的现实,并从全局着眼,上述“地方性法规”和“地方政府规章”仍归入了本书法的范围之内。

第二个问题。根据宪法第100条“省、直辖市的人民代表大会和它们的常务委员会,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规,报全国人民代表大会常务委员会备案”;第115条“自治区、自治州、自治县的自治机关行使宪法第三章第五节规定的地方国家机关的职权,同时依照宪法、民族区域自治法和其他法律规定的权限行使自治权,根据本地方实际情况贯彻执行国家的法律、政策”;第116条“民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点,制定自治条例和单行条例。……”等有关条款规定,以及民族区域自治法第4条第1款、第19条,地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法第3条、第7条第1款的规定,自治条例、单行条例同地方性法规是不相同的;自治条例、单行条例也不包括在地方性法规的范围之内。首先,上述法律条文分别使用了“地方性法规”、“自治条例”、“单行条例”的术语,它们之间是并列关

系而不是包容关系。其次，自治条例和单行条例与地方性法规规定的职权依据不同。制定自治条例和单行条例的职权依据是宪法赋予民族自治地方自治机关的自治权，该自治权不为非民族自治地方的地方权力机关所享有；制定地方性法规的职权依据是宪法赋予一般地方（区别于民族自治地方）权力机关的一般职权（区别于自治权）；二者是明显不同的。最后，自治条例和单行条例与地方性法规在内容上也应有所不同。自治条例和单行条例是依照当地民族的政治、经济和文化的特点制定的，体现了当地民族的政治、经济、文化特点；地方性法规则是根据本行政区域的具体情况和实际需要制定的；二者在内容上应各有侧重。

可能是考虑到自治条例和单行条例与地方性法规都具有区域性特点，许多同志在有关问题的论文中，只提地方性法规，不提自治条例和单行条例，这是不严谨的做法。即使纯粹为了行文方便，也应在适当的地方予以特别表明。^①笔者认为，把自治条例、单行条例和地方性法规简称地方性法规的做法，还是不足取的。

在理解我国法的范围过程中，有一个问题必须予以讨论。即除上述法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、行政规章（包括部委规章和地方政府规章）外，“其他规范性文件”是否属于法的范围？在这个问题上，我们既反对把有明确宪法依据的法律文件排除在法的范围之外，也同样反对把没有直接或间接宪法依据的文件归入法的范围之内。“其他规范性文件”的术语从来没有在宪法或组织法的条文中出现过，极有可能是理论界总结出来的用语。因而，把“其他规范性文件”归入到法的范围中来，缺乏明确的宪法依据。虽然宪法条文中多次出现过“决议”、“决定”、“命令”、“行政措施”等术语，但这些术语所表达概念的内涵显然不同于“其他规范性文件”，例如，全国人民代表大会的决议就具有法律的性质。

虽然现实中“其他规范性文件”的问题很多，需要很好地加

以规范,但并不意味着要改变其性质,把它纳入法的范围,通过制定“立法法”的方式加以解决。解决问题的途径很多,但这些途径都应符合事物本身的性质。认为“其他规范性文件”属于我国法的范围的观点,注意到了法的强制性、规范性特点,却忽视了法的国家性特点,即法须由国家有权机关制定或认可。如果没有宪法根据的所谓“其他规范性文件”是法,那么,就可以得出这样的结论,即立法的权力可以没有宪法的规定而享有。这在一个宪政的国家,是难以想象的。

综上所述,我们认为,我国“立法法”所规范的法的范围应由法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、以及行政规章构成。根据宪法及香港特别行政区基本法的规定,香港特别行政区行使独立的立法权。我国最高权力机关制定的“立法法”将不适用香港特别行政区。因此,这里所讨论的法的范围不包括香港特别行政区立法机构制定的法律文件。

二、立法

虽然“立法”一词是法律理论界和实务界普遍使用的一个概念,但对这一概念的确切理解却存在显著的差异。代表性的观点至少有以下几种:⁽²⁾

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各级国家行政机关,依据法定权限和程序制定、修改和废止各种不同的规范性文件的活动。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、修改和废止法律这种特定的规范性文件的活动。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法这种特定的社会规范。

本书讨论“立法”,并非试图给它下一个一般性的定义,而是试图给我国的立法活动以描述性的定义。由于立法活动既包括活动过程,也包括活动的结果,⁽³⁾因此,我们的任务就是回答下列两个问题:

其一,从立法活动的结果来看,立法活动同哪些规范性文件相联系?

其二,立法活动包括哪些行为?

第一个问题主要涉及立法活动的性质,即只有同“法”相关的活动,才是立法活动,从而排斥了那些虽产生规范性文件,但并非“法”文件的活动的立法性质。这是对立法概念之“法”的解释。

第二个问题则主要涉及到立法活动的范围,即在回答了第一个问题的基础上说明哪些活动是立法活动。回答这个问题,就是对“立法”概念之“立”的阐释。

下面分别予以回答:

第一个问题。根据上文分析,在我国,法的范围包括法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例和行政规章。因此,立法活动是涉及这些“法”的活动。涉及到其他一些规范性文件,例如理论界常言的“其他规范性文件”的活动,就不是立法活动。法之不存,焉谈立法?

第二个问题。从我国的实际情况来看,立法的活动包括产生、变更和消灭法的一系列活动,理论界一般归纳为制定、修改和废

止法的活动。另有同志则归纳为制定、认可、修改、补充和废止五个方面。^{〔4〕}以形式逻辑的观点来看,似可以把“认可”作为法产生的另一种形式而与“制定”相并列,但“补充”似乎应包括在“修改”之内,没有必要单列出来。

把立法活动分解为制定、修改和废止法的活动,是对立法活动的第一层次的分解。当然还可以进行更深层次的分解,例如把“制定”分解为提案、审议、讨论和公布等活动。作为描述性的定义而言,把概念进行第一层分解已经足够。须注意的是,在表述一个概念时,不能将不同层次的概念混在一起使用。^{〔5〕}

综上所述,我国的立法是指有权机关依照法定权限和程序制定、修改和废止法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、以及行政规章的活动。

三、立法权

(一) 立法权的概念

理解立法权的概念,不仅应把握其在现实中的表现,还应把握其演变发展的脉络。

在西方,研究和论述立法权的思想家和政治法律家,不胜枚举,如果承认“立法权的观念源自分权思想”的观点,^{〔6〕}那么,较早提出具有萌芽性质的立法权思想的是亚里士多德。亚里士多德通过对古希腊各种城邦国家政体的研究,指出,一切政体都具有三个要素,即议事机能、行政机能和审判机能。^{〔7〕}亚里士多德关于政体机能“三要素”的思想,虽然与后来洛克等人所说的立法权、行政权及司法权三权分立思想并不等同,但却是后者重要的思想渊源。

资产阶级革命时期,洛克为了阐述英国资产阶级革命的合理性并为这场革命提供理论指导,在其名著《政府论》中明确提出了立法权、行政权和联盟权分立的思想。洛克认为,立法权是来