

立法权配置与运行 实证研究

谢勇 肖北庚 吴秋菊 / 主编

我国首部总结立法权配置、运行基本规律
与实践经验的著作

有机融合应然的理论世界与实然的立法运行
生动呈现我国立法权配置的现状与运作机制

法律出版社

立法权配置与运行 实证研究

谢 勇 肖北庚 吴秋菊 / 主编

CSS 民主与建设出版社
· 北京 ·

© 民主与建设出版社，2018

图书在版编目（CIP）数据

立法权配置与运行实证研究 / 谢勇，肖北庚，吴秋菊主编. --北京：民主与建设出版社，2018.10

ISBN 978-7-5139-2287-6

I. ①立… II. ①谢… ②肖… ③吴… III. ①立法—研究—中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆CIP数据核字（2018）第199799号

立法权配置与运行实证研究

LIFAQUAN PEIZHI YU YUNXING SHIZHENG YANJIU

出 版 人 李声笑

主 编 谢 勇 肖北庚 吴秋菊

责任编辑 胡 萍 吴优优

封面设计 谢元明

出版发行 民主与建设出版社有限责任公司

电 话 （010）59417747 59419778

社 址 北京市海淀区西三环中路10号望海楼E座7层

邮 编 100142

印 刷 湖南雅嘉彩色印刷有限公司

版 次 2018年10月第1版

印 次 2018年10月第1次印刷

开 本 710毫米×1000毫米 1/16

印 张 17.5

字 数 332千字

书 号 ISBN 978-7-5139-2287-6

定 价 68.00元

注：如有印、装质量问题，请与出版社联系。

从法律规范的立体结构 看地方立法理论根据的更新

一年前，笔者曾著文《给地方立法“松绑”》，针对地方立法当前面临的发展困境提出了若干解决问题的具体对策建议。今天，我想从更具建设性的角度，在立法学的层面上，对地方立法当前面临的问题做一点学理上的探讨，向同行请教。我想谈两个问题，一个问题涉及地方立法的理论基础，另一个问题则与具体立法技术相关。两个问题虽然分属不同分析层面，但却有着紧密的内在关联。我想先从具体立法技术层面展开讨论。

一、一元多层立法体制与法律规范的立体结构

在立法技术理论层面，任一法律规范均应有一个完整的逻辑结构，即“假定+处理+制裁”（更新的观点为：“条件+假定+行为模式+法律后果”）。但在我们的立法实践中，有不少的法律文本只有假定和处理，没有罚则。以往对此立法现象的解释，是认为这些都属于宣示性、倡导性条款，不必具备完整的法律逻辑结构。这样的解释可以说明一些立法现象，如宪法性文件中的条款文本；但是，那些明显属于具体的国家和社会事务管理性质

的法律文件，法律条款缺乏完整的法律规范逻辑结构，用“宣示性”“倡导性”来解释是难以服人的，尤其在全面推进依法治国的今天，在强调科学立法、严格执法、公正司法、全民守法的形势下，这样的理论说明显然已经落伍。因此对立法实践中客观存在的这类现象我们应有更全面的观察、更具实质性的解释。

我们认为，立法实践中存在的那些没有罚则的法律条款，有些是属于宣示性、倡导性的条款，主要存在于宪法性文件里。在具体事务管理法律文件中存在的那些没有具体罚则的条款，很多情况下不是不应该设立罚则，而是因为我国地区广阔，不仅经济社会发展水平地区差异大，而且各地域之间历史文化传统也各具特色，由此导致各地对同一类事务管理所需要投入的管理资源（或称“立法成本”）也是不同的。因此，法律规范中的罚则，除了必须全国统一的部分（如刑法规范的罚则等），还有一部分应该允许各地方因地制宜，以便各地方更有效地使用有限的管理资源（立法成本），达成各个地方具体的治理目标。正是因为有这样的客观限制和由此产生的需要，所以我国作为单一制国家，立法体制并不“单一”，而是“一元多层”。这样的立法体制必然要求有相应的立法技术与其相适合。根据我们的观察，在我国过往的立法实践中，法律规范的逻辑结构不仅有平面的，同时也有立体的。平面的逻辑结构就是常说的“假定+处理+制裁”；在一元多层的立法体制下，同一层级法律文本中多数法律规范都具有这种类型的逻辑结构。但也有一些法律规范，其完整的逻辑结构在某个特定的立法层面（通常是处于上位的立法层面）体现不出来，而需要将一元多层立法体系作为一个整体来观察，这时法律规范的完整逻辑结构方能呈现。换句话说，对于这些法律规

范，其逻辑结构不是平面的结构（即呈现于同一立法层级的法律文本之中），而是立体的结构（即须对多个立法层级的法律文本进行综合考量才能发现其完整的结构）。这种立体结构正是应一元多层立法体制的客观需要而发展出来的一种特殊的立法技术。分析平面结构的法律规范，运用传统立法学上的“假定+处理+制裁”分析框架即可；但分析立体结构的法律规范，上述分析框架略显粗疏，需要引入新的分析工具或者概念框架。

我们认为，分析立体结构的法律规范，适当的概念框架或许应该是“入法—定向—设标—明责”。下面不妨以立法机关对烟花爆竹燃放一事的立法反应为例，对这一概念框架的大致含义做一说明。燃放烟花爆竹本是一种民俗行为，长期以来一直由习惯或者道德在规范。《中华人民共和国大气污染防治法》第一百一十九条出台后，这一民俗行为整个地被纳入法律调整的范围，这就是所谓的“入法”。一种行为一旦纳入法律调整范围，立法者对其必有一个基本的态度，许可或者鼓励、命令或者禁止，这就是所谓的“定向”。而这一基本态度如果进一步具体化为某种管理措施或者责任形式，就是“设标”。大气污染防治法第一百一十九条是这样规定的，违反本法规定，在城市人民政府禁止的时段和区域内燃放烟花爆竹的，由县级以上地方人民政府确定的监督管理部门依法予以处罚。在这里，立法者如果只是说“燃放烟花爆竹应当依法进行管理”，那么法律规范只是停留在“入法”层面；如果立法者进一步说“燃放烟花爆竹应当依法进行管理，必要时应予以限制”，这时法律规范便到了“定向”层面；而上述法律第一百一十九条显然不仅限于表达基本态度，而是规定了具体的措施（城市人民政府禁止的时段和区域），因此

该法对燃放爆竹这类行为的管理，实际上已经具体到了“设标”的层面。但是也应该注意到，该法对违反该条规定应产生何种法律后果并未明示，而是笼统规定“依法予以处罚”。这显然是适应一元多层立法体制的客观需要，为地方立法针对不同地方情况权衡处置留出了必要的立法空间。如果地方立法在此再进一步具体明确违反法律规定燃放烟花爆竹的法律后果，就是所谓“明责”。按照这样的逻辑进路看下来，我们就会发现，如果单从国家立法层面看，大气污染防治法对燃放烟花爆竹行为的规范是不完整的，法律责任不明确，但如果考虑到地方立法将会在上位法规定的基础上进一步明确法律责任，将多个层次的立法文本综合起来看，则法律规范是完整的。值得注意的是，因调整对象的不同，或立法时机的选择，上位法介入的规范层次是有不同的，有的只会止于“入法”层面，有的则会具体到“定向”“设标”层面，还有的会覆盖所有层面，包括“明责”。我们认为，这就是为什么在以往的一些非宪法性法律文件中，也会出现所谓“宣示性”“倡导性”条文的更具实质性的缘由。

现在做一个小结。一元多层立法体制下的立法实践表明，在我国的法律法规文本中，既有在同一个立法层次上即可呈现完整逻辑结构的法律规范，也有须综合多个立法层次法律文本方可呈现出完整逻辑结构的法律规范。法律规范的立体结构现象，是我国一元多层立法实践在立法技术上的一个特色。这一特色技术解决了“一元”统合之下，上位法与下位法之间的有效衔接问题；而过往国家层面非宪法性法律文件中存在的所谓“宣示性”“倡导性”条文，实际上不过是具有立体逻辑结构的法律规范在“入法”或“定向”逻辑层面的部分呈现。循此思路，就地方立法来

看，作为下位的、实施性的地方性法规，如果至今仍写一些所谓的“宣示性”“倡导性”条款，即使是从立法技术上看也是不可取的。遗憾的是，在地方立法实践中此类情况至今仍在少数，而个中缘由当然不仅是立法技术上的缺失，更重要的还是地方立法实践在其理论根据问题上亟待更新的、更深入的思考。

二、作为地方立法理论根据的“特色论”亟待更新

长期以来，我国地方立法赖以成立的理论根据之一是“特色论”，即认为地方立法权之所以必要是因为各个地方均有其与众不同的经济社会管理事项需要依法治理，如湖南有张家界、四川有九寨沟、云南有洱海等。在这种理论指引下，多年来各地方制定了一大批以特色山川、特色产业、特色事业、特色职业等冠名的地方法规。这些地方立法实践，对于保障地方依法治理无疑不同程度地都发挥了作用，但是也不能不承认，这些地方立法的所谓特色，除了其指向的调整对象冠有地方特殊的名头外，其法规文本的核心内容与上位法、与邻近地方的类似法规多是大同小异，并无什么“特色”。我们这样评价，并无指责之意。因为在一元多层立法体制之下，就地方立法调整的对象而言，从总体上看无一不处于国家上位法的调整范围之内，因此也才有地方立法的不抵触原则要求。换句话说，地方立法的所谓“特色”不应该，也不会在调整对象方面真正得到体现，因为在单一制国家内部没有不受国家上位法调整的纯粹的地方性特色事务。那么，作为地方立法理论根据的“特色论”是否应该抛弃呢？我们的回答是否定的。“特色论”不应放弃，但需要做出新的解释和说明。我们认为，地方立法的所谓“特色”，主要不是指调整对象本身

有什么与众不同，而应该是指在地方治理过程中，各地方立法机关在有限管理资源（立法成本）的制约之下，根据不同地方实现治理的特定需要，相对集中使用管理资源（立法成本）而形成的特定的法律规范及其治理局面。说得更简洁一些，一个地方在立法上的“特色”，不是指立法选择的调整对象本身有什么特色，而是指该地方立法在分配管理资源的方向和力度上形成了某种区域特点。如湖南就张家界立法，其特色不在张家界这一世界范围内也是独一份的自然遗产，而是湖南地方立法机关基于地方经济社会发展的具体需要，决意向该区域的治理相对集中地投入更多的管理资源。

从管理资源分配的角度来理解和界定地方立法“特色”，对指引当前地方立法工作至少有以下益处：

1. 避免地方立法选题追求表面的所谓“特色”。为了表明立法有特色，最省事的做法就是猎奇，此处有别处没有的事项，不管是否有必要，也不管时机是否成熟，都拿来做法立法的题目，而治理规范却是照抄照搬，了无新意，也未真正解决什么问题，浪费了有限的立法资源。

2. 引导地方立法更加关注法律规范可操作、真管用。在一元多层立法体制之内，地方立法本质上是实施性立法，这就要求地方立法机关必须正视管理资源的有限性，必须关注有限管理资源的合理高效配置。因此，从管理资源优化配置的角度理解和把握地方立法“特色”，可以引导地方立法自觉地把科学立法的关注重点放到管理资源的科学配置上来，从而提高地方性法规的可操作性，真正解决实际问题。显然，这里所谓“管理资源”理应包括人、财、物这类硬资源；但我们更强调管理活动中的那些软

资源，如简洁有效的程序设计、合理易行的法律行为模式、稳定可靠的组织权威或群体压力等。

3. 为国家立法向地方立法合理放权提供理论参照。从有限管理资源更优配置的角度来理解和把握地方立法的“特色”，实际上告诉我们，地方立法要体现实施性，就必须为执行和落实上位法规范努力集合必要的管理资源，并尽可能用好这些资源；而不同地方集合和使用管理资源的能力与选择偏好是不一样的，这样也就形成了地方立法的所谓“特色”。

基于这样的实际情况，在一元多层立法体制下，上位法制定机关在草拟法律规范时就应该注意，对那些虽然需要纳入法律调整，但暂时不必全国统一的事务，可以先在“入法”层次立规，而将“定向”“设标”等层次的规范制定工作留给各个不同地方因地制宜；对那些需要进一步表明国家立法机关管制取向，但仍无须统一具体管理标准的事务，可以在“定向”层面立规，继续向地方立法机关开放“设标”“明责”层面的立法权；对那些需要进一步统一行为标准，但还无须统一规定违法后果的事务，则仍可向地方立法机关开放该法律规范“明责”层面的规范权。循此路径，地方立法与中央立法之间的有效对接，或可谋得一种更加稳定可期的机制。

谢 勇

2017年11月2日

注：本文曾于2017年9月第二十三次全国地方立法工作座谈会上作为大会交流发言发表，再次发表时略有改动。

立法权

001 导论

第一编	016	第一章	立法权在中央和地方国家权力机关间纵向配置研究
立法权配置实证研究	016	第一节	中央与地方立法权分配的理论分析
	036	第二节	中央与地方国家权力机关立法权配置的现状和问题
	065	第三节	建议及制度重构
	082	第二章	立法权在同级人大及其常委会间配置研究
	082	第一节	全国人大与其常委会立法权的分配
	100	第二节	地方人大与其常委会立法权的分配
	137	第三章	立法权在权力机关与行政机关间的配置研究
	137	第一节	全国人大及其常委会与国务院立法权分配
	157	第二节	地方人大及其常委会与同级政府立法权分配
	173	第四章	授权立法研究
	173	第一节	授权立法的理论分析
	192	第二节	我国授权立法的现状和问题
	195	第三节	建议及制度重构

第二编	198	第五章	立法权运行程序
立法权运行实证研究	198	第一节	立法权运行程序的理论分析
	211	第二节	当前立法权运行程序存在的主要问题
	217	第三节	完善立法权运行程序的建议
	222	第六章	公众参与立法的现状与发展
	222	第一节	公众参与立法的一般分析
	233	第二节	公众参与立法制度的现状及反思
	249	第三节	公众参与立法制度的完善
	260	第七章	中国共产党对立法工作的领导
	260	第一节	中国共产党领导立法的必要性
	263	第二节	加强中国共产党对立法工作领导的建议
	267		后记

一、立法权的基本属性

立法是创制法律的活动，是对普遍性事物与行为制定具有普遍性约束力的社会规范的行为。创制法律的活动，具体可以包括制定、认可、修改、补充和废止法律的一系列活动。这些活动一般都是由特定的主体做出，并依据一定的职权与程序，运用一定的技术进行。从历史上来看，立法不是从来就有的，而是人类社会发展到一定历史阶段才产生和存在的，并且在不同的历史时期与不同的国家，立法具有不一样的基本特点，呈现出不一样的基本属性。在西方思想史上，立法权的基本属性问题日益与主权的归属问题联系在一起，主权之所属也就是立法权之所属。而自近代资产阶级革命以来，人民主权论日益成为西方国家的主流学说，立法权属于人民当然也就为西方国家所普遍接受。但是，对于来源于人民的立法权究竟由谁来具体行使，又有着相当大的争议或分歧，比较具有代表性的就是洛克的“间接行使”学说和卢梭的“直接行使”学说。

洛克认为立法权属于人民，但属于人民的立法权必须通过公众所选举或委派而产生的立法机关来行使，也就是立法机关行使的立法权是一种受委托的权力，当人民发现立法行为与他们的委托相抵触时，人民可以罢免或更换立法机关。卢梭则是典型的直接民主论者，他不仅认为主权在于人民，而且认为主权不可转让

也不可被代表，因此立法权只能属于人民。但是要求人民亲自执行立法任务十分困难，甚至是不可能的，所以需要一個超凡的立法者。然而这一具有独特立法职能的立法者，既不属于主权者，也不属于什么行政机关，只是受人民委托编纂法律的人，其没有也不应有任何立法权，卢梭甚至认为其最好是外国人，因为他们和本民族没有任何利害关系，从而可以保证立法的公平性。可见卢梭明确区分了立法权和立法者，他所说的“立法者”与我们通常意义上所说的立法者不是同一个概念，事实上只是法律的起草者。

无论是洛克的“间接行使”，还是卢梭的“直接行使”，最终都是视人民为立法权的最终权力来源。因此人民主权论下的立法权，代表了国家的最高权力。但从世界各国的立法实践来看，除了极其少数国家，人民在多数情况下并不直接行使立法权，而是通过立法机关间接行使立法权。由于人民直接行使国家权力很不方便，间接行使国家权力的代议制民主更容易为多数民主国家所接受，从而将立法权的享有与行使区分了开来，多数民主国家的宪法都在规定主权属于人民的同时，也规定立法权由代议机关来行使。我国现行宪法第二条规定：中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。由此可见，在我国，一切国家权力皆来源于人民，但人民所拥有的立法权并非由人民直接行使，而是由有关国家机关，即全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代为行使。然而，人民对立法权享有最终决定权，行使立法权的国家机关由人民通过一定方式产生，其在行使立法权时要以人民利益为依归，所制定的法律应当反映人民的愿望与要求。在这个意义上，与其说这些立法机关享有立法权，不如说它们担负着行使立法权的职责。

在我国，全国人民代表大会和地方各级人民代表大会作为人民行使国家权力的机关，在一定程度上可以说，分别行使着中央权力机关的“中央立法权”或“国家立法权”与地方权力机关的“地方立法权”，这构成了我国立法权配置的核心。这种最终来源于人民的立法权，属于一种本源性的立法权，也可以称之为源生立法权。只有理顺和实现中央与地方立法权力资源配置最为合理的安排，形成最能发挥立法权力资源功能的中央和地方之间的立法权力结构，才能真正保证

中央统一领导与一定程度分权相统一的立法体制得以全面贯彻。根据我国宪法、立法法等的规定，全国人民代表大会以及享有地方立法权的各级人民代表大会同时设有常务委员会作为常设机构行使一定的立法权限，厘定其与人民代表大会之间的立法权配置，也是落实人民民主的必然要求和重要环节。

依照经典的人民民主宪法理论，所有的法都应该由议会或国会制定，即立法权只能由人民的代议机关行使，行政机关只能执行议会或国会制定的法律。我国作为人民民主国家，理应由人民代表大会行使立法权。但是行政机关作为执行法律的国家机关，担负着广泛地组织和管理经济、文化与社会事务的重要职能，因此要将立法权与行政权完全区分开来是不可能的，也是没有必要的。赋予行政机关一定的立法权限是非常必要的。在西方国家，除了议会拥有主要的、基本的立法权外，部分行政机关也享有一定的立法权。在我国，宪法、立法法等法律也赋予了部分行政机关一定的立法权，如国务院享有行政法规立法权；国务院各部、委、行、署和其他直属机构享有部分规章的立法权；省、自治区、直辖市，设区的市、自治州的人民政府享有地方政府规章的立法权。我国行政机关享有的这些立法权，最终仍然来源于人民，属于一种派生立法权，是基于人民代表大会制度的委托立法权或授权立法权，因为在人民代表大会制度下，一切国家机关包括行政机关都由人民代表大会产生，并向人民代表大会负责。因此，充分研究各级行政机关拥有的立法权或授权立法权，以及它们与各级人民代表大会及人民代表大会常委会之间的立法权限关系，是我国立法权理论与实践需要面对的重要问题。

我国的人民民主政治具有自身鲜明的特点，这是在中国共产党领导下得以实现和不断巩固的，可以说，作为我国根本政治制度的人民代表大会制度，是党领导的人民民主制度。因此党的领导是中国特色社会主义最本质的特征，是社会主义法治最根本的保证。把党的领导贯彻到依法治国全过程和各方面，是我国社会主义法治建设的一条基本经验。我国宪法确立了中国共产党的领导地位。坚持党的领导，是社会主义法治的根本要求，是党和国家的根本所在、命脉所在，是全国各族人民的利益所系、幸福所系，是全面推进依法治国的题中应有之义。因此，加强党对立法工作的领导，完善党对立法工作中重大问题决策的程序，是完

善我国立法体制的重要问题。

人民民主是立法权的最终来源，因此如何确保立法反映和符合民意，是确保立法权的民主本质的必然要求。这就需要国家权力机关在行使立法权的过程中，能够遵循人民民主的基本要求。而要确保立法的民主属性，就必须建立起严格的立法程序，保证立法取决于民意或合意而防止立法权行使过程中的权力专断。在这个意义上，立法程序不仅仅是立法活动所遵循的步骤和方法，也是立法权力在运行过程中的一种表现或配置。可以说，程序内含有权力，或权力寓于程序之中。只有建立起完善而有效的立法程序，才能真正确保立法民主的实现。而要确保立法体现人民的意志，尤其应该强调民主参与立法的程序，坚持立法公开，保障人民通过多种途径参与立法活动，营造一种自由、平等的对话条件和氛围，确保各种利益主体平等地参与立法过程。可以说，民主的立法程序尤其是民主参与立法问题，是人民民主立法的本质要求，是理解立法权的基本属性的重要内容。

二、立法权配置的研究意义

作为创制法律的活动，立法必须是掌握国家权力的特定主体的行为。只有享有立法权的国家权力机构或个人，才能赋予立法以国家政权的强制力。人类社会的立法活动源远流长，但是立法权这一概念的提出却是近代以来的事情，是西方资产阶级国家近代分权理论与实践的产物。从形式上来看，立法权可以简单地定义为“国家制定、修改或废止法律的权力”。但从实质上来看，我们必须深入到权力分立的理论体系之中，才能比较准确地把握好立法权的真正内涵。

在分权理论中，立法权是国家权力体系中一种相对独立的权力，是具有政治性质的一种重要国家权力。在实行三权分立的资产阶级国家，立法权无疑属于一种相对独立的权力，无论在适用范围、运作特点、合法性基础等各方面，都与行政权、司法权有着显著的不同。之所以如此，关键在于立法权是一种具有政治性质的权力，因此其通常与国家的最高权力相联系，体现、代表国家主权或人民主权，并且管辖具有普遍意义的事物。正因为如此，自由主义思想的代表洛克总

是不厌其烦地强调：“立法权，不论属于一个人或较多的人，不论经常或定期存在，是每一个国家中的最高权力。”^①而民主主义思想的代表卢梭则更用一种生动的比喻张扬立法权的重大意义：“立法权是国家的核心，行政权则是国家的大脑，大脑指使各个部分运动起来。大脑可能陷于麻痹，而人依然活着。一个人可以麻木不仁地活着；但是一旦心脏停止了它的机能，则任何动物马上就会死掉。”^②卢梭甚至将立法权所具有的政治意义推向极致，认为“国家的生存绝不是依靠法律，而是依靠立法权”^③。马克思主义经典作家同样强调“立法权是组织普遍事物的权力”^④，即通过行使立法权所制定的行为准则，形成对全社会的普遍约束力。所以解决属于特殊性事物或执行方面问题的行政权，以及解决个案问题的司法权，都应接受立法的指导并以法律为依据。在这个意义上，立法权应该是高于行政权、司法权的。

立法权不仅体现、代表着国家主权或人民主权，在国家权力体系中处于相对独立或最高地位，而且在立法运行过程中也是最为核心的基本因素。首先，立法权是构成立法体制的主导因素。广义的立法体制是指立法权体系以及立法机构的设置体系，而狭义的立法体制则仅指立法权体系，包括议会立法权、委任立法权、地方立法权、司法立法权以及各自的权限。可见，没有立法权，立法体制就是空洞无物的东西。其次，立法权是确定立法主体的决定因素。只有将立法权具体划分为立法职权，即由特定主体享有的具体的立法资格和权限，才能确定依法拥有立法职权的国家机关、组织或个人为立法主体。最后，立法权是引导立法程序的动力因素。立法是内容与形式的统一，也是实体与程序的统一。有什么样的立法权，就需要与之相适应的立法程序。

由此可见，立法权既是国家最高的、相对独立的完整权力，又是体现人民共同意志和整体利益而对普遍性事物制定普遍性规范的国家权力，所以维护国家立

① 洛克. 政府论（下篇）[M]. 叶启芳，瞿菊农，译. 北京：商务印书馆，1964：83.

② 卢梭. 社会契约论[M]. 何兆武，译. 北京：商务印书馆，2003：113.

③ 同②.

④ 马克思恩格斯全集（第一卷）[M]. 北京：人民出版社，1998：312.