

立法 —— 原则·制度·技术

郭道晖 周旺生 王晨光 主编

北京大学出版社

立 法

——原则·制度·技术

主 编
郭道晖 周旺生 王晨光

北 京 大 学 出 版 社

新登字(京)159号

图书在版编目(CIP)数据

立法——原则·制度·技术/郭道晖 周旺生 王晨光 主编. —北京：
北京大学出版社, 1993. 10

ISBN 7-301-02355-3

I. 立…

II. 郭…

III. 法的理论-研究-论文-选集

IV. D90-53

出版者地址：北京大学校内

邮政编码：100871

排印者：北京大学印刷厂

发行者：北京大学出版社

经销者：新华书店

850×1168毫米 32开本 10.875印张 270千字

1994年1月第一版 1994年1月第一次印刷

定 价：9.60元

作者名单(按姓氏笔划排列)

- 王晨光 (第七、三十章)
〔南〕安东·弗拉塔萨 (第七章)
刘瀚 (第十四章)
刘升平 (第十章)
孙潮 (第三章)
李平 (第八章)
杜万华 (第五章)
任进 (第十五章)
许安标 (第十三章)
吴高盛 (第十七章)
吴大英 曹叠云 (第二十一章)
林喆 (第四章)
周旺生 (第六、十一、十二、二十三、二十七章)
陈延庆 (第二十六章)
房绍坤 (第二十八章)
徐功勋 (第十六章)
郭道晖 (第一、二、九、十九、二十四、二十五章)
郭晓飞 (第十八章)
黄曙海 (第二十二章)
谢怀杖 (第二十章)
黎建飞 (第二十九章)

前 言

洛克(John Locke)说：“立法权是最高的权力”。布莱克斯通(Black stone)在他之前也说过：“国王在万人之上，却在上帝和法律之下。”立法权归谁掌握，根据什么样的理论、原则，建立什么样的体制、程序，运用什么样的方略、技巧，来行使这一权力，历来是古今中外各国统治者、立法者、立法学家深切关注、不断探索和力求完善的课题。

随着我国近十多年来改革开放这一场新的革命的不断深入、扩大，我国立法工作取得了前所未有的进展。伴随立法的步伐，法学界法律界探讨立法问题的著作、论文，近年来也日益增多。但是这一两年，在邓小平的南巡谈话和党的十四大的精神的指引下，我国改革开放和民主法制建设进入新阶段，社会主义市场经济的建立和飞速发展，立法的滞后现象相对来说日益突出。加强立法，改革立法的呼声日益迫切。

1990年在北京大学召开了“立法与现代化国际研讨会”，这是我国首次专门研讨和交流立法理论与实践经验的国际学术会议。1992年全国哲学社会科学规划领导小组批准将《当代中国立法研究》作为国家资助的“八五”重点研究课题。这两件事，可以说是近年我国立法学界的盛举，也表明国家对立法学研究的重视。

呈献在读者面前的这本《立法——原则·制度·技术》，就是在上述会议和上述课题组的支持下编辑出版的。本书选编了会议的部分论文和课题组部分成员的论文，并选采了其他作者近年在报刊上发表的有关论文。全书分立法原则、立法制度、立法技术三篇。所收论文，有少数是80年代较早阐述我国立法工作的论文，大

多是近年的论文,也有1993年本书编辑过程中发表的最新有关立法改革的论文。由于近年立法工作的进展,早年的论文中,有个别情况与提法已与现今有出入(如当时尚未制定而现已正式颁布的法律;当时提“有计划的商品经济”等),同时,限于作者范围和编者局限,选入本书的论文不能说都是上乘佳作,也不一定能全面体现我国立法学界的水平,但毕竟多少反映了我国立法的进程和立法学者较有代表性的研究成果。从中可以看出我国立法的粗略轨迹和立法学界企盼我国立法不断完善的拳拳之忱和一得之见。

在编选中我们也注意同时收录不同观点的论文(如关于立法体制问题),作为一种历史记录供读者研究参考。所有论文都只反映原作者学术观点,不代表编者的倾向。

本书主编是郭道晖(课题组总负责人)、周旺生(课题组负责人之一)、王晨光(国际立法会议主持人)。

本书除由课题组出资出版外,还得到福特基金会的赞助,北京大学出版社及其编辑汪晓丹等同志对本书的出版给了很大支持与帮助,谨致谢意。

郭道晖 识

1993年3月12日

目 录

前 言	1
-----------	---

立法原则篇

第 一 章 中国社会主义立法的权利原则	3
第 二 章 权利立法在立法体系中的地位	11
第 三 章 立法观念的变革	14
第 四 章 立法行为与立法政策	23
第 五 章 法律文化在立法中的作用	33
第 六 章 关于立法规划的几个理论问题	45
第 七 章 以立法促进经济发展	63
第 八 章 国家权力机关应切实加强经济立法工作	70

立法制度篇

第 九 章 我国一元性立法体制	83
第 十 章 当代中国立法体制研究	95
第 十 一 章 现行中国立法体制	110
第 十 二 章 国务院立法的几个问题	131
第 十 三 章 法律和行政法规的调整界限	145
第 十 四 章 论规章	151
第 十 五 章 地方立法中若干关系问题的探讨	161
第 十 六 章 我国地方性法规区域冲突问题初探	169
第 十 七 章 地方性法规与国务院部门规章之间 矛盾的解决	183

第十八章	地方人大对同级政府规章的撤销权·····	189
第十九章	立法无序现象及其对策·····	197
第二十章	也谈立法无序现象·····	212

立法技术篇

第二十一章	立法技术论纲·····	219
第二十二章	关于起草法律草案的若干问题·····	227
第二十三章	完善中国法的内部结构·····	234
第二十四章	宪法演变与宪法修改·····	254
第二十五章	法律修改方略述评·····	269
第二十六章	立法工作中参考借鉴外国经验·····	288
第二十七章	论法律但书·····	295
第二十八章	民事立法瑕疵及其原因与矫正·····	309
第二十九章	立法文字的技术规则·····	320
第三十章	在向市场经济迈进的过程中 逐步完善相应的法律体系·····	325



立法原则篇

第一章 中国社会主义立法的 权利原则

郭 道 晖

对人民权利的确认为保障是一国法治之本。中国立法者认为，社会主义的法律是人民意志和利益的体现。社会主义法律的公平性正义性，就在于它是以维护占人口绝大多数的人民的权力和权利为宗旨，在各项立法中要求处处以人民权力和公民的权利为重，这是社会主义立法的一个重要特色。

中国立法者和立法学者在有关权利的立法中，遵循或者主张如下一些原则。

一、人民权力至上原则

中国立法学者认为，权利不是天赋的，而是人民在一定政治、经济和社会物质生活条件下历史地形成，并由掌握了政权的人民通过国家权力机关从立法上予以确认的。人民的权力是人民获得权利的前提和根本保障。在旧中国，中国人民处于无权（权力）的地位，人民的权利也受到压抑。1949年中华人民共和国建立以后，国家一切权力属于人民，人民行使国家权力的机关是由人民选举产生的全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。与西方议会不同，全国人民代表大会既是最高国家立法机关，也是集中了人民的一切权力的最高国家权力机关，其它行政机关、司法机关都是由它选举产生，对它负责，受它监督。公民的权利也是由它确认并最终

由它保障的。没有人民的国家和人民的权力，公民个人的权利也会落空。因此，中国立法者在谈到权利问题时，首先强调的是人民的权力的至上性，强调维护公民个人权益必须首先在立法上维护和加强作为整体的人民的权力及其主要体现者——人民代表大会制度。这也是当前中国进行政治体制改革的中心环节。在1982年修订的中华人民共和国宪法中，不但明列了全国人民代表大会14项权力，而且还特别另规定一项“应当由最高国家权力机关行使的其他职权”，从而以应有的“剩余权力”的形式，为今后根据需要扩大全国人民代表大会的权力留下了广阔的解释余地。近年来，中国还不断为完善人民代表大会制度进行了一些立法，如几次修改选举法和地方各级人民代表大会组织法，制定完善全国人大有关行使立法权、国家计划与预算审查批准权、调查权、质询权、罢免权等程序的法律，和研究制订加强人大的监督权和人民申诉权等方面的法律，这些都旨在使人民作为权力主体的地位得到加强，人民权力得到有效行使，从而使人民的权利得到可靠的保障。

二、人民政治参与原则

人民的国家由人民来管理。对国家事务的管理权是中国人民的最重要的基本权利。它不仅体现在上述的人民代表大会制度上，而且也体现在各政党、各社会团体和广大人民群众行使集体权利，积极参与管理国家和社会事务的制度上。

在中国，与人民代表大会制度相辅而行的一个基本政治制度是中国共产党领导的多党合作与政治协商制度。中国宪法确认了由中国共产党、各民主党派、各人民团体和爱国民主人士组成的“中国人民政治协商会议”在国家政治生活中的重要地位。它不属于政权机关，而是一个有广泛代表性的统一战线组织。它在中国革命的历史进程中发挥过重要作用，现在则是通过这一组织，使作为

执政党的中国共产党,同作为参政党的 8 个拥护社会主义的民主政党,以及工会、青年团、妇女联合会等人民团体,就国家的大政方针和政策共同进行政治协商,实现国家决策民主化;同时对政府进行民主监督。他们共同行使集体参政议政的权利,发挥了重要作用。

中国宪法还规定人民有管理经济文化事业和社会事务的权利,有实行基层民主自治的权利。近年制定的《全民所有制工业企业法》、《城市居民委员会组织法》、《村民委员会组织法》等法律,使企业职工、城市居民、乡村村民能够分别通过职工代表大会和作为基层群众自治组织的居民、村民委员会,行使民主管理企业和自治管理本居民区、本村的事务等集体权利。

三、个体权利为重点的原则

把人民权力和集体权利放在立法的首位,并不意味着对个体权利加以忽视。相反,个体权利是集体权利的基本构成要素。随着中国实行改革开放和发展有计划的商品经济,保障公民、社会组织和各种利益群体的合法权益,已日益成为中国立法的重点。中国宪法把“公民的基本权利和义务”作为第二章放在“国家组织机构”这一章的前面,就表明了中国制宪者对公民个体权利在宪法中的重要地位的重视。宪法规定中国公民享有广泛的权利和自由,诸如选举权,言论、出版、集会、结社、游行示威自由,人身自由,宗教信仰自由,通信秘密权利与自由,住宅不受侵犯,人格尊严不受侵犯,对国家机关及其工作人员的批评建议权、申诉、控告、检举权,取得国家赔偿权,公民在法律面前一律平等权,科学研究、文艺创作等文化活动自由,劳动权,受教育权,休息权以及获得国家和社会的物质帮助权……;此外,中国的《民法通则》主要是规定个体(公民和法人组织)的权利,包括各种人身权、财产权、知识产权等权利。在

民事、刑事和行政诉讼法中规定了公民和社会组织各种诉讼权利，等等。

中国立法机关近年还十分重视制定保障社会各种利益群体的权益的法律，如已制定《残疾人保障法》、《归侨侨眷权益保护法》、《未成年人保护法》、《妇女权益保障法》以及正在分别拟制的老年人保护法和消费者权益保护法以及宗教法等等。

四、权利推定原则^①

中国立法学者认为，权利立法不可能穷尽一切潜在的权利。除在立法中已于确认的明示的权利外，客观地还存在着为法律所“默示的权利”和其它为法律所“漏列的权利”，或者立法未能预测到的“新生的权利”和为法律所保留的“剩余权利”、“空白权利”，以及种种为法律所默认或不予干预的“习惯权利”。它们作为应有权利或隐含于法律之中，或潜在于法律之外，可以通过“权利推定”明示出来，并确认其法律效力。“权利推定”主要是以法律上的明示权利，或与之相关的法律原则、立法精神为依据，推定出它所“默示的权利”及其他应有权利的存在，并确认其合法性，从而扩大人民的权利领域和保护范围。这有利于法律的民主化，有助于完善权利立法与正确适用法律。譬如中国各项立法中有关权利的规定，除直接来自宪法的明文规定者外，大都是根据宪法的明示权利或宪法的基本原则与精神，推定出来的。中国立法者还常常在立法中明列一些权利之后，又补充“以及其它权利”一语，以概括地默示各种有关的剩余权利。另外，“法不禁止即自由”的原则，也是为中国立法学者所重视的一个极富弹性的权利推定。

^① 关于“权利推定原则”，请参阅本文作者的一篇专论《论权利推定》，载《中国社会科学》1991年第4期。

五、权利义务统一的原则

任何权利都不是绝对的,而是要受一定限制的。中国立法者信守马克思的一句名言:“没有无义务的权利,也没有无权利的义务”。权利的实现以义务的履行为保证。中国宪法第 33 条规定:“任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务”。在立法中,权利与义务在总体上应当取平衡态。每设置一项权利,也就为相对人设定不得侵犯其权利的义务或必须履行的相应义务;同时对权利享有者也规定了必须遵守不得滥用其权利的义务。如宪法在列举了公民的许多权利与自由之后,又在第 51 条规定:“公民在行使自由与权利的时候,不得损坏国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法自由和权利”。宪法中还将教育权、劳动权同时规定一种义务,即不得放弃而必须行使这一权利的义务。

六、最大多数人的最大利益原则

这里,“最大多数人的最大利益”是指立法中设置个体权利时,应符合国家与人民的长远的和根本的利益,至少不与之冲突。中国立法者认为,权利永远不能超出社会的经济结构及由它所制约的文化发展状况。譬如中国是一个人口极其众多(占全世界人口总数的 22%)的国家,为了控制人口过度增长和人口大量流动,中国宪法没有规定生育自由和迁徙自由,而规定要实行计划生育,就是根据最大多数人生存与发展的最大利益来决定的。现在绝大多数省市人民代表大会已制定了计划生育的地方性法规。据国务院计划生育委员会测算,70 年代中国实行计划生育以来,中国人口从 1970 到 1990 年底 20 年内少生了 2.4 亿人,这不仅对中国也是对

人类的一大贡献。

“最大多数人最大利益原则”还要以“照顾少数”的原则作为补充。中国汉族人口占全国总人口的 92%，其他 55 个少数民族人口只占 8%。中国立法者认为，不能因为汉族是“最大多数”就忽视少数民族的权益。在宪法和有关立法中，都有照顾少数民族特殊利益的变通规定，并制定了《民族区域自治法》，赋予少数民族地区实行区域自治权，和其它许多优惠的特权。譬如 1952—1990 年间，中央国家财政给西藏自治区补贴累计达 14.1 亿元，基建投资 32.4 亿元。西藏也不实行控制生育，使西藏人口由 1951 年的 105 万，增至 1990 年的 219.6 万。其中藏族 209.6 万人，占 95.46%，增长 1.1 倍。相反，在西藏的汉族人口则由 1980 年的 12 万人减至 1990 年的 8 万多人^①。

七、权利救济原则

没有救济就没有权利。中国立法机关在授予权利的同时，也注意设置各种救济的手段，使公民的权利受到侵害时能凭借这些手段消除侵害，获得赔偿或补偿。其中，在行政救济方面，已由国务院制定了《行政复议条例》和《行政监察条例》，公民可行使诉愿权，有关行政机关必须受理公民因不服行政裁决或处罚的决定而提出的申诉，进行复议或调查处理。同时立法机关也正在研究拟订《申诉法》和《国家赔偿法》。在司法救济方面，现在中国除制定了刑事诉讼法和民事诉讼法外，还制定了行政诉讼法，使公民和社会组织能以平等的身份控告政府及其工作人员违法的具体行政行为。这是中国立法民主化的一个重要步骤与重要标志。据统计，近年经法院审判，有大约 15% 的行政案件是政府败诉。

^① 见 1991 年 5 月 22 日人民日报第 1 版。

八、权利制衡权力原则

自孟德斯鸠提出“以权力制约权力”的理论以来,对国家权力的制约主要在于立法、司法、行政这三类国家统治权内部的相互制衡。如果国家的统治者是脱离人民或与人民对立的,则人民处于这架密封的统治机器之外,既没有权力,也没有权利来对它进行制约。

在社会主义中国,人民是国家的主人。人民不但可以通过人民代表大会这个权力机关对立法、司法、行政三种权力进行制约,而且也有可能充分依靠人民运用人民的权利来制衡政府权力,监督政府,防止政府权力的腐化和对人民权利的侵犯。(据统计,中国检察机关侦查的贪污受贿大案中,有50%左右是由人民群众举报而立案的。)

实行权利制衡权力的主要立法手段,一是在立法上广泛设置与分配权利,即扩大权利的广度,以制衡政府权力的强度。11亿人民的权利所蕴藏的巨大“动能”释放出来,足以抗衡处于优势地位的政府权力的“势能”,以防范其权力的滥用,使公民“免受自己国家的侵犯”(列宁语)。二是优化权利结构,建立与健全同权力结构相平衡的权利体系。立法授出权力的同时,就要设置相应的权力与权利与之平衡;把有关人民权力和公民权利的立法放在立法体系的优先和主导地位;根据需要与可能条件,及时增植权利新品种。^①

^① 关于“权利制衡权力”原则,请参阅本文作者《试论权利与权力的对立统一》,载《法学研究》1990年第4期。