

立法学： 原理、制度与技术



杨临宏◎著

中国社会科学出版社

立法学： 原理、制度与技术

杨临宏◎著



中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

立法学:原理、制度与技术/杨临宏著. —北京:中国社会科学出版社,
2016. 12

ISBN 978 - 7 - 5161 - 9010 - 4

I. ①立… II. ①杨… III. ①立法—法的理论—高等学校—教材
IV. ①D901

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 237635 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 张 林
特约编辑 蓝垂华 全顺太
责任校对 冯英爽
责任印制 戴 宽

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 <http://www.csspw.cn>
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 三河市君旺印务有限公司
版 次 2016 年 12 月第 1 版
印 次 2016 年 12 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 26. 75
插 页 2
字 数 428 千字
定 价 96. 00 元

凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社营销中心联系调换
电话:010 - 84083683
版权所有 侵权必究

目 录

第一编 立法原理

第一章 立法概述	(3)
第一节 立法的概念	(3)
第二节 立法权	(10)
第三节 立法学	(19)
第二章 立法体制	(23)
第一节 立法体制的基本理论	(23)
第二节 立法体制的历史沿革与基本内容	(27)
第三章 立法主体	(38)
第一节 立法主体的基本理论	(38)
第二节 立法机关的基本规定	(42)
第四章 立法目的、指导思想和基本原则	(68)
第一节 立法目的	(68)
第二节 立法指导思想	(73)
第三节 立法的基本原则	(79)
第五章 立法程序	(91)
第一节 立法程序的基本原理	(91)

第二节 立法程序的基本内容	(98)
---------------------	------

第二编 立法制度

第六章 最高国家权力机关立法	(121)
----------------------	-------

第一节 最高国家权力机关立法的基本原理	(121)
---------------------------	-------

第二节 全国人民代表大会立法的基本规定	(133)
---------------------------	-------

第三节 全国人民代表大会常务委员会立法的基本规定	(137)
--------------------------------	-------

第七章 授权立法	(149)
----------------	-------

第一节 授权立法的基本理论	(149)
---------------------	-------

第二节 授权立法的基本规定	(155)
---------------------	-------

第八章 国务院立法	(163)
-----------------	-------

第一节 国务院立法的基本原理	(163)
----------------------	-------

第二节 国务院立法的基本规定	(168)
----------------------	-------

第九章 地方性法规立法	(181)
-------------------	-------

第一节 地方性法规立法的基本原理	(181)
------------------------	-------

第二节 地方性法规立法的基本规定	(185)
------------------------	-------

第十章 民族区域自治地方立法	(195)
----------------------	-------

第一节 民族区域自治地方立法的基本原理	(195)
---------------------------	-------

第二节 民族区域自治地方立法的基本规定	(199)
---------------------------	-------

第十一章 规章立法	(204)
-----------------	-------

第一节 规章立法的基本原理	(204)
---------------------	-------

第二节 规章立法的基本规定	(211)
---------------------	-------

第十二章 法律的适用和备案审查	(217)
-----------------------	-------

第一节 法律适用的基本原理	(217)
---------------------	-------

第二节	立法监督、立法备案和立法审查	(220)
第十三章	法律解释	(239)
第一节	法律解释的基本原理	(239)
第二节	法律解释的基本规定	(257)
第十四章	法律的完善	(264)
第一节	法的清理	(264)
第二节	法的修改	(274)
第三节	法的废止	(284)
第四节	法的系统化	(288)
第三编 立法技术		
第十五章	立法表达	(299)
第一节	立法技术概述	(299)
第二节	立法语言	(303)
第十六章	立法谋划	(316)
第一节	立法预测	(316)
第二节	立法规划	(319)
第三节	立法决策	(326)
第四节	立法协调	(330)
第十七章	法律的结构	(339)
第一节	法律的形式结构	(339)
第二节	法律的内容结构	(358)
第十八章	立法评估	(376)
第一节	立法评估概述	(376)
第二节	立法前评估	(378)

第三节 立法后评估	(379)
参考文献	(390)
附录:《中华人民共和国立法法》修改前后对照表	(393)

第一编

立法原理

第一章

立法概述

第一节 立法的概念

一、中国古代典籍中关于立法的论述

“立法”一词中外古代典籍中很早就已经使用。从实质意义上讲，《左传·昭公六年》记载“夏有乱政，而作禹刑”就包含了立法的意思。从字面上讲，如《商君书·算地第六》中有“观俗立法则治，察国事本则宜。不观俗，不察国本，则其法立而民乱，事剧而功寡”的论述。《荀子·议兵》中主张：“因其民，袭其处，而百姓皆安，立法施令，莫不顺比。”《商君书·修权》有“立法明分，而不以私害法则治。”《商君书·更法》更是进一步论述道：“前世不同教，何古之法？帝王不相复，何礼之循？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，因事而制礼。礼法以时而定，制令各顺其宜，兵甲器备各便其用。臣故曰：‘治世不一道，便国不必法古。’汤武之王也，不循古而兴；殷夏之灭也，不易礼而亡。然则复古者未可必非，循礼者未足多是也。君无疑矣。”《韩非子·诡使》云：“夫立法令者，以废私也。法令行而私道废矣。私者，所以乱法也”；《韩非子·有度》亦云：“能去私曲就公法者，民安而国治。能去私行行公法者，则兵强而敌弱。”《邓析子·转辞》说：“夫治之法，莫大于使私不行；君之功，莫大于使民不争。今也立法而行私，与法争，其乱也，甚于无法。”《史记·律书》主张：“王者，制事立法，物度轨则，壹禀于六律，六律为万事根本焉。”《汉书·刑法志》主张：“圣人制礼作教，立法设刑。”《汉书·艺文志》和荀悦的《汉纪》、刘勰的《新论》、庾信的《羽调曲》中，都分别提出要“各当时而立

法”、“昔在上圣，惟建皇极，经纬天地，观象立法”、“治民御下，莫正于法，立法施教，莫大于赏罚”、“树君以牧人，立法所以静乱”的观点。清代沈家本主张：“为政之道，首在立法以典民，法不一则民志疑，斯一切索隐行怪之徒，皆得乘瑕而蹈隙，故欲安民和众，必立法之先统于一，法一则民志自靖，举凡一切奇衰之说，自不足以惑使人心。”梁启超亦主张：“立法者国家之意志也。昔以国家为君主所私有，则君主之意志，即为国家之意志，其立法权专属于君主固宜。今则政学大明，知国家为一国之公产矣。”这些“立法”的观点，都是指“设立法制”，偏重在设立为维持治安之刑罚法制为主。^①在通常意义上，立法是指国家立法机关依据一定的职权和程序，制定、修改、补充或者废止法律的活动。^②民国政府时期有学者谢振民认为：“就广义言，行政机关之颁布条例章程，自治团体订立公约规则，均可谓之立法。就狭义言，必立法机关依立法程序议决法律案，乃可谓之立法。”^③

此外，还有学者从形式和实质两个方面来认识立法。从形式意义上看，立法“乃国家有意识地创设能够规律、统治特定社会事项的一般、抽象规范之过程”；从实质意义而言，立法“即统治者所发之命令而有强制人民遵行之力者。”并进一步指出：“立法为国家统治权之作用”，“以成文法为限，即以依国家意思而订立之法规范为限”，“依此而订立之规范，系规律国家与人民间之关系”，“此类规范，有时直接完成法的规律，适用于具体事实时，无另为任何行为之必要”。^④

二、西方学者关于立法的观点

在西方，“立法”一词的使用远远多于古中国。古希腊、古罗马思想家都对立法问题发表过议论。但无论中西古代典籍，迄今为止都没有关于立法概念的规范化定义或诠释。在古希腊、古罗马学者的著作中，“立法”一词屡见不鲜。柏拉图在《理想国》、《法律篇》、《政治家篇》，亚

① 罗传贤：《立法程序与技术》，台湾五南图书出版股份有限公司2010年版，第1页。

② 《辞海》，上海辞书出版社2002年版，第1008页。

③ 谢振民：《中华民国立法史》，南京正中书局1937年版，第4页。

④ 罗传贤：《立法程序与技术》，台湾五南图书出版有限公司2010年版，第4页。

里士多德在《政治学》、《尼各马可伦理学》等著作中都有许多关于立法问题、立法家的专题论述。^① 这些定义或诠释的出现,是立法学作为理论法学的一个分科产生之后的事。在英文中,与“立法”对应的词是 Legislation,其含义有二:一是法律的制定;二是制定的法律。^② 在理解上,英国和美国有所差别,英国指“制定法律产生法律的过程”,美国则指“规定或制定法律之行为或制定法律之权力”。^③ 《牛津法律大辞典》给立法下的定义是:“指通过具有特别法律制度赋予的有效地公布法律的权力和权威的人或机构的意志制定或修改法律的过程。这一词亦指在立法过程中所产生的结果,即所制定的法律本身。在这一意义上,相当于制定法。”^④ 《美国大百科全书》对这一词条的解释是:“立法是指包括政府各部门所用的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。”^⑤

根据周旺生教授的总结,当代西方学者关于立法概念的界说主要有两种:一是过程、结果两种意义说。^⑥ 认为立法既指制定或变动法的过程,又指在立法过程中产生的结果即所制定的法本身。二是活动性质、活动结果两种意义说。认为立法是制定和变动法,因而有别于司法和行政的活动,同时又是这种活动的结果,这种结果与司法决定不同。

三、当前我国立法学者关于立法的基本观点

由于立法是所有法学学科都必然会涉及的问题,因此,我国法学界关于立法定义的认识也颇有不同。如《法学词典》中,将立法解释为:“立法通常指国家立法机关按照立法程序制定、修改或者废止法律的活动。广义上的立法,包括由国家立法机关授权其他国家机关制定法规的活动。”^⑦ 关于立法的基本观点,理论界的观点并不完全一致,主要的观点有:

① 郭道晖:《法理学精义》,湖南人民出版社2005年版,第292页。

② 同上书,第293页。

③ 罗传贤:《立法程序与技术》,台湾五南图书出版有限公司2010年版,第1页。

④ [英]戴维·M.沃克:《牛津法律大辞典(中文版)》,光明日报出版社1989年版,第547页。

⑤ 郭道晖:《当代中国立法(上册)》,中国民主法制出版社1998年版,第5页。

⑥ 周旺生:《立法学》,法律出版社2000年版,第72页。

⑦ 《法学词典》,上海辞书出版社1984年版,第217页。

周旺生等认为：“立法是由特定主体，依据一定职权和程序，运用一定技术，制定、认可和变动法这种特定的社会规范的活动。”^①

胡建森教授主编的《公权力研究——立法权·行政权·司法权》一书认为：“立法是指享有立法权的主体依照法定的程序和职权，制定、认可、修改或废止法的活动。其直接目的是要产生或变更法这种特定的社会规范，其实质在于统治阶级通过国家机关把自己的意志转化为国家意志活动。”^②

夏勇主编的《法理讲义——关于法律的道理与学问》一书认为：“立法既可以作为动词使用，也可以作为名词使用。作为动词，立法既指制定和认可法律，也指对法律的解释、补充、修改、编纂和废止等；既指作为代议机关的议会的立法活动，在一定条件下也指行政机关的委任立法（授权立法）、行政立法和司法机关的‘法官立法’。作为名词，立法既指民事、刑事、行政、经济、社会、政治等的立法形式（立法结果），也指国际公法、国际私法、国际经济法的立法形式（立法结果）、在特定情况下还可以指宪政立法。”^③

朱力宇教授认为：“从现代立法的意义讲，广义的立法主要是指法的制定，即指有关国家机关在其法定的职权范围内，依照法定程序，制定、修改、补充和废止法律规范的活动。狭义的立法，专指国家最高权力机关（或国会、国家立法机关等）制定、修改、补充、废止基本法律（或称法典）和基本法律以外的法律（或称普通法律）的活动。所以，‘立法’一词有多种含义，在使用时应明确其含义。”^④

张永和教授认为：“立法是享有立法权的国家机关，依据法定的职权和程序，制定、认可、补充、修改和废止法律的活动。”^⑤

刘莘教授认为：“立法有静态含义和动态含义。静态含义的立法是指立法活动的结果即产生出的法文件，这时候的‘立法’与作为概括说法

① 周旺生：《立法学教程》，北京大学出版社2006年版，第60页。

② 胡建森：《公权力研究——立法权·行政权·司法权》，浙江大学出版社2005年版，第16页。

③ 夏勇：《法理讲义——关于法律的道理与学问（下）》，北京大学出版社2010年版，第489—490页。

④ 朱力宇、叶传星：《立法学（第四版）》，中国人民大学出版社2015年版，第17—18页。

⑤ 张永和：《立法学》，法律出版社2009年版，第5—6页。

的‘法律’或者‘法’的含义是一样的。在这一意义上，立法相当于制定法。”立法在动态意义上，是“指法的创制活动。”^①

黄文艺教授认为：“立法就是立法主体遵循一定的制度创造法律文本的活动。”^②

侯淑雯教授认为：“在当代的中国，立法有广义和狭义之分。广义的立法是指所有依据法律的规定有权制定规范性法律文件的活动。其中既包括权力机关制定法律的活动，也包括行政机关制定法规的活动；既包括法定主体的制定规范的活动，也包括被授权主体制定规范的活动。狭义的立法则仅指权力机关依据法定职权制定规范性法律文件的活动。”^③

徐向华教授主编的《立法学教程》一书认为：“立法是一定政权中的特定主体以政权的名义，为体现最终决定于社会物质生活条件的执政者的共同意志，依据一定的职权，遵循一定的程序，运用一定的技术，提供具有普遍性、明确性的法律规范的活动。”^④

戚渊则认为：“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。”立法是一定主体确立具有普遍效力的法规范和法规规则的活动；立法是一种结果，它确定法规范和法规规则；立法是一个过程，一定的主体进行立法时必须依据既定程序，否则法规范和法规规则就不具有效力；立法包括议会立法、司法立法、行政立法及古代的国王立法；规范和规则也不排斥法的价值。^⑤

近年来我国学术界对立法概念的解释渐多，较普遍的观点有以下几个。

第一，立法，是指从中央到地方一切国家机关制定和变动各种不同规范性文件的活动。这是所谓对立法最广义的解释。

第二，立法，是指最高国家权力机关及其常设机关制定和变动法律这种特定规范性文件的活动。这是所谓对立法最狭义的解释。

第三，立法，是指一切有权主体制定和变动规范性法律文件的活动。这是介乎广狭两义之间对立法的解释。

这些解释虽能够揭示立法的某些特征，可以说明某些立法，却不能说

① 刘莘：《立法法》，北京大学出版社2008年版，第21—22页。

② 黄文艺：《立法学》，高等教育出版社2008年版，第15页。

③ 侯淑雯：《新编立法学》，中国社会科学出版社2010年版，第24页。

④ 徐向华：《立法学教程》，上海交通大学出版社2011年版，第41页。

⑤ 戚渊：《论立法权》，中国法制出版社2002年版，第12—13页。

明一般的立法，不适宜作为一般立法的定义。

从以上列举的定义来看，笔者认为关于立法的定义，学者的认识大体是相同的，学者之间的认识没有根本性、对立性的差别，其差别只不过是表述的角度、方式和表述的详略程度不同。

四、本书关于立法的基本认识

笔者认为，立法既可以作为动词使用，也可以作为名词使用。作为动词使用时，立法是指享有立法权的国家机关，在自己的职权范围内，依据法定程序，运用专门技术，制定、认可和变动法律规范的活动。作为名词使用时，立法是指立法活动所产生的结果，即法律。在一般情况下，人们将其作为动词使用较多，将其作为名词使用较少。本书研究的立法是指作为动词使用意义上的立法。

要把握一般的立法概念，需要全面把握立法的内涵和外延，揭示出可以反映各种立法共同特征的、适合于说明各种立法而不只是某些立法的定义。基于这一立场，可以将立法界定为：立法，即法律的制定，是由享有立法权主体，在职权范围内依据法定程序，运用一定技术，制定、认可和变动（解释、补充、修改、编纂和废止）法这种特定社会规范的活动。

按照这一界说，立法的特征亦即立法的内涵在于以下几个方面。

第一，立法是由享有立法权的主体进行的活动。立法是以国家的名义进行的，但不是所有国家机关都有权立法，只有特定国家机关亦即有权立法的主体才能立法。一个国家的哪个或哪些机关有权立法，主要取决于国家的性质、组织形式、立法体制和国情等因素。在现代各国，议会（代表机关）以及其授权的国家机关可以称为有权立法的主体；在君主独掌立法权的专制制度下，专制君主则是最主要的立法主体。立法所以要由特定的主体进行，根本原因在于立法活动在国家的各种活动中，是最重要的活动之一，关系到国家能否制定出适合自己所要维护的社会关系的社会规范。立法问题，也直接关系到国计民生。这样重要的问题，只有交由特定的主体处理，才能保证不至于大权旁落，也才可能处理得好。

第二，立法是依据一定职权进行的活动。有权立法的主体不能随便立法，而要依据一定职权立法：①就自己享有的特定级别或层次的立法权立法。例如，只享有地方立法权的主体就不能行使国家立法权。②就自己享

有的特定种类的立法权立法。例如，只能制定行政法规的主体便不能制定刑事法律。③就自己有权采取的特定法的形式立法。例如，只能制定行政法规的主体，便不能制定基本法律。④就自己所行使的立法权的完整性、独立性立法。例如，只能就制定某种法行使提案权的主体，便不能就制定该种法行使审议权、表决权和公布权。⑤就自己所能调整和应当调整的事项立法。例如，只能就一般事项立法的主体，便不能就重大事项立法；应当就一定事项立法的主体，便不能不就整体事项立法。立法主体不依自己的立法职权立法，就可能超越或滥用职权，或不努力行使自己应当行使的职权，就会生出诸多弊端。

第三，立法是依据一定程序进行的活动。现代立法一般经过立法准备、由法案到法，再到立法完善等阶段。其中由法案到法的阶段，一般都经过法案提出、审议、表决和法的公布诸道程序。在特殊情况下可以有特殊程序。古代立法似乎是随便进行的，但实际上也有自己的程序。在实行民主、共和政体的古代国家，立法要遵循一定的程序自不必说，即使在君主“言出法随”的专制国家，立法一般也都有问题的提出、处理和法的形成过程，这个过程通常总按惯例进行，这种惯例经法律确定后便是立法程序。立法程序本无固定模式，今天的立法程序同古代的立法程序存在本质的差别，只表明不同文化形态下的立法文化的多样化和差异性，不表明古代立法没有程序。立法依据一定程序进行，才能保证立法具有严肃性、权威性和稳定性。

第四，立法是运用一定技术进行的活动。立法是一门科学，要使所立的法能有效地发挥作用，必须重视立法技术。明智的立法者一般都能比较自觉地重视立法技术。不重视立法技术，立法就缺乏科学性，就会有许多弊端，立法的目的就难以实现。立法技术在不同时代和国情之下有很大差别，但就其基本含义来说，是指一定的立法主体在立法的过程中所采取的如何使所立的法臻于完善的技术性规则，或是制定和变动规范性法律文件活动中的操作技巧和方法。在此意义上，立法技术又具有共通性，古今中外的立法技术对提高我们的立法工作都具有积极的参考借鉴价值。

第五，立法是制定、认可和变动法的活动。立法是一项系统工程，包括制定法、认可法、修改法、补充法和废止法等一系列活动。制定，通常指有权的国家机关进行的直接立法活动，如全国人民代表大会及其常务委

员会制定法律、国务院制定行政法规。认可,^①指有权的国家机关进行的旨在赋予某些习惯、判例、法理、国际条约或其他规范以法的效力的活动。修改、^②补充、解释^③和废止法,则指有权的国家机关变更现行法的活动。

这些特征结合在一起,使立法与其他活动区别开来,而成为具有自己特色和独自属性的活动。

第二节 立法权

一、立法权的概念

立法权是国家权力体系中的重要组成部分,是相对于国家的行政权、司法权、军事权而存在,并由专门机关行使的一项国家权力。但“立法

① 如《香港特别行政区基本法》第八条规定:“香港原有法律,即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法,除同本法相抵触或经香港特别行政区的立法机关作出修改者外,予以保留。”《澳门特别行政区基本法》第八条规定:“澳门原有的法律、法令、行政法规和其他规范性文件,除同本法相抵触或经澳门特别行政区的立法机关或其他有关机关依照法定程序作出修改者外,予以保留。”

② 如2014年11月1日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》;2015年3月15日第十二届全国人民代表大会第三次会议通过《全国人民代表大会关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》。

③ 如2014年11月1日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过的《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国民法通则〉第九十九条第一款、〈中华人民共和国婚姻法〉第二十二条的解释》规定:“最高人民法院向全国人民代表大会常务委员会提出,为使人民法院正确理解和适用法律,请求对民法通则第九十九条第一款‘公民享有姓名权,有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名’和婚姻法第二十二条‘子女可以随父姓,可以随母姓’的规定作法律解释,明确公民在父姓和母姓之外选取姓氏如何适用法律。”“全国人民代表大会常务委员会讨论了上述规定的含义,认为:公民依法享有姓名权。公民行使姓名权属于民事活动,既应当依照民法通则第九十九条第一款和婚姻法第二十二条的规定,还应当遵守民法通则第七条的规定,即应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益。在中华传统文化中,‘姓名’中的‘姓’,即姓氏,体现着血缘传承、伦理秩序和文化传统,公民选取姓氏涉及公序良俗。公民原则上随父姓或者母姓符合中华传统文化和伦理观念,符合绝大多数公民的意愿和实际做法。同时,考虑到社会实际情况,公民有正当理由的也可以选取其他姓氏。基于此,对民法通则第九十九条第一款、婚姻法第二十二条解释如下:公民依法享有姓名权。公民行使姓名权,还应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益。公民原则上应当随父姓或者母姓。有下列情形之一的,可以在父姓和母姓之外选取姓氏:(一)选取其他直系长辈血亲的姓氏;(二)因由法定扶养人以外的人扶养而选取扶养人姓氏;(三)有不违反公序良俗的其他正当理由。少数民族公民的姓氏可以从本民族的文化传统和风俗习惯。”