

地方立法研究

DIFANG LIFA YANJIU

孙波 郭睿 / 著

吉林人民出版社

地方立法研究

DIFANG LIFA YANJIU

孙波 郭睿 / 著

吉林人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

地方立法研究 / 孙波, 郭睿著. — 长春: 吉林人民出版社, 2017.8

ISBN 978-7-206-14323-6

I. ①地… II. ①孙… ②郭… III. ①地方法规—立法—研究—中国 IV. ①D927

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第201864号

地方立法研究

著 者: 孙 波 郭 睿

责任编辑: 陆 雨

封面设计: 孙浩瀚 孟 露

吉林人民出版社出版 发行 长春市人民大街7548号 邮政编码: 130022

咨询电话: 0431-85378033

制 版: 吉林人民出版社图文设计印务中心

印 刷: 长春市中海彩印厂

开 本: 880mm × 1230mm 1 / 32

印 张: 9.25 字 数: 250千字

标准书号: ISBN 978-7-206-14323-6

版 次: 2017年8月第1版 印 次: 2017年8月第1次印刷

定 价: 30.00元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

目 录

第一章 地方立法概述	1
第一节 四个立法学概念的厘定	1
第二节 地方立法的特征	14
第三节 地方立法的属性与形态	17
第四节 地方立法的地位和作用	38
第二章 地方立法权	41
第一节 中央与地方立法权限划分的比较	41
第二节 我国中央与地方立法权限划分的历史与现状	66
第三节 中央与地方立法权限划分的优化配置	95
第三章 地方立法的扩张趋势	116
第一节 地方立法扩张的表现	117
第二节 地方立法扩张的理论依据和原因	128
第三节 地方立法扩张的合法性保障	163
第四章 地方立法质量	184
第一节 地方立法的质量问题	184
第二节 地方立法质量问题的成因与提高对策	193
第三节 地方立法质量的评价标准	201
第五章 地方立法抄袭	230
第一节 地方立法抄袭的含义与表现	230
第二节 地方立法抄袭的弊害	240

地方立法研究

第三节	地方立法抄袭的成因分析	244
第四节	地方立法抄袭的防范对策	249
第六章	地方立法观念的推陈出新	257
参考文献	286

第一章 地方立法概述

第一节 四个立法学概念的厘定

在我国目前的立法学理论研究中，一些关键性的概念并没有取得理论界的共识，这阻碍了更进一步的研究，极有必要廓清这些概念的内涵和外延。

一、立法

“立法”一词，在古中国的《商君》中就有使用。该著言：“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。”据学者考证，在古西方，“立法”一词的使用时间更早。然而当前对立法概念的解说仍仁智各见，形形色色。

国外，三种学说比较盛行：一是英国《牛津法律大词典》解释的：立法（legislation）是“通过……的过程”^①，称为“过程说”。二是《美国大百科全书》（英文版）所定义的：“立法是指……的活动”^②，此谓“活动说”。三是《牛津法律大词典》的另外一种界定，立法“亦指在立法过程中所产生的结果，即所制定的法律本

① 《牛津法律大词典》（中译本），光明日报出版社1988年版，第547-548页。

② 郭道晖：《当代中国立法》（上），中国民主法制出版社1988年版，第5页。

身”^①，可称“结果说”。

我国关于立法概念的研究中，持“过程说”的不多。学者刘明利认为：“立法，又称法律的创制、法律的制定，一般是指法律的产生和变更过程。”^② 在该著作中，该作者经过对各种立法概念的分析，又将立法定义为：“立法主体依法定职权、遵从一定的立法程序、运用一定立法技术制定、认可、补充、修改、废止各类规范性文件的活动。”实际上，还是“活动说”的赞同者。学者戚渊将立法定义为“一定的主体确立具有普遍效力的法规范和法规”^③，可归于“活动说”，似也可归于“结果说”。多数学者都是从“活动说”的角度定义立法概念，即认为，“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社会规范的活动。”^④ 相对来说，“××法”或“××条例”等就可以表示制定行为的结果，而“立法程序”一词也完全可以用来表示“立法”这种过程，所以，以立法来表示一种“活动”或“行为”似乎更为合适。同样采用“活动说”的诸学者中，其观点也仍然存有分歧。顾昂然认为：“立法是指有权制定法律的国家机关依照一定的程序，制定、修改、废止法律的活动。”^⑤ 这种观点显然将立法主体限于全国人大及其常委，且将“认可”这种立法行为也排除在外，不甚可取。周旺生认为：“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。”^⑥ 这一定义回避了具体的立法主体问题，只是说“特

① 《牛津法律大词典》（中译本），光明日报出版社1988年版，第547-548页。

② 刘明利：《立法学》，山东大学出版社2002年版，第12页。

③ 戚渊：《论立法权》，中国法制出版社2002年版，第12页。

④ 张文显：《法理学》，高等教育出版社、北京大学出版社1999年版，第271页。

⑤ 顾昂然：《新中国立法概述》，法律出版社1995年版，第33页。

⑥ 周旺生：《立法学》，法律出版社2000年版，第80页。

定主体”，但是在该书的“立法主体”部分，周氏将个人包括在立法主体之内。同时，该定义将“认可”行为视作立法行为的一种，相对来说，较为可取。朱力宇和刘明利两位学者的立法概念则有些相似。朱力宇认为：“立法是国家机关依照法定职权和程序进行的制定、修改、补充和废止规范性法律文件以及认可法律规范的专有活动。”^①刘明利认为，立法是“立法主体依法定职权、遵从一定的立法程序、运用一定立法技术制定、认可、补充、修改、废止各类规范性文件的活动。”^②二位学者都将“补充”行为看作是一种立法活动，较前述几种定义更为全面。此外，还有学者在其定义中，突出强调了阶级意志。如张根大等认为：“立法是……根据统治阶级的意志而进行的……活动。”^③张善恭等认为：“立法……为体现最终决定于社会物质生活条件的执政阶级的整体意志……的活动。”^④

总的来看，上述定义各有光彩之处，又各有不足。一个全面的立法定义，应该包括三个要素：主体、行为和对象，即谁，以什么方式做，做什么。关于立法主体，因为“立法”是一个普遍性的概念，古今中外都曾使用，应该具有较强的适用性，而在中国古代社会，封建帝王“言出法随”，国外很多国家的总统也都享有立法权，所以，立法概念中，既应该包括有权国家机关，也应当包括个人。关于行为方式，我国《立法法》第2条只规定了制定、修改和废止三种行为，但是根据立法理论和国外的立法实践，认可、补充也都是立法的行为方式，所以，应当包含在立法的概念中；个别学者还将解释和监督看作是立法活动的方式，如李步云等认为：“立法

① 朱力宇，张曙光：《立法学》，中国人民大学出版社2001年版，第19页。

② 刘明利：《立法学》，山东大学出版社2002年版，第25页。

③ 张根大，方德明，祁九如：《立法学总论》，法律出版社1991年版，第48页。

④ 张善恭：《立法学原理》，上海社会科学院出版社1991年版，第64页。

是……解释和监督法的活动。”^① 关于行为的对象，即所制定、认可或修改等的对象是什么，学者的观点似乎分歧不大，大多数学者都一致认为应该是规范性文件或者行为规范或者法律文件、法规规范等，有的学者更是将其逐一列举，如马怀德等认为：“我国的立法是指……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。”^② 只有个别学者从狭义角度将其限于“法律”。^③

二、立法的产生时间

关于立法的产生时间，理论界意见不一，主要有两种观点。

杨幼炯在《现代立法问题》一书中认为，立法直到近代社会才产生，“中国立法之发生是由于接受西方民权潮流之激荡……自秦汉以降数千年来法令之更张，制度之兴革，皆缘于君主一人之手，一代之法制，除君主之诏令外，别无法律，自无‘立法’之可言。”^④ 这种观点实际上是以近代的议会立法为考察模式，认为代表民意的权力机关（是一个整体，而不是个人）经过严格的程序产生法律文件的行为才是立法，而古代社会的君主立法是“一人”所定，或无法定程序，因而不应当算作“立法”。这种观点不甚可取，因为考察立法的标准不应该只限于立法主体，还应该包含效力、适用范围等标准。

大多数学者都认为立法的产生时间是在近代以前，但其中又有

① 李步云，汪永清：《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 马怀德：《中国立法体制、程序与监督》，中国法制出版社1999年版，第9页。

③ 顾昂然：《新中国立法概述》，法律出版社1995年版，第33页。

④ 周旺生：《立法学》，法律出版社2000年版，第88页。

分歧。

周旺生在其《立法学》中，将立法的产生过程分为两个阶段：一是萌芽阶段或初始阶段，“立法主要采用认可的形式”；二是完成阶段，“立法亦有采用认可形式的，但主要是采用制定形式，成文法便是以制定形式表现出来的立法结果。”亦即，“认可某些习惯使其具有法的效力和作用而由习惯变为法——习惯法，在立法产生的历史过程中位居初级阶段。”^① 赞同此观点的学者还有刘明利等。刘明利认为：“立法活动可以说是和法一同产生的”，“将习惯‘认可’为法正是立法活动的最初表现形式，即使是在现代，‘认可’也依然是立法活动的形式之一。”学者张根大等将立法现象与国家的产生联系在一起，并认为：“有了国家，就必然有立法。立法是与国家同时产生的。”^② 当然，他们也认为，作为习惯法的习惯是经过享有立法权的机关或者个人认可的，如古印度《摩奴法典》中的抽签裁判、《汉穆拉比法典》中的河审等，是经过立法者的认可，才作为法律的一部分，如果原始习惯并未经过立法者认可，即使被沿用，也不属于习惯法的范畴，因而，“最早的立法活动几乎都是对原始习惯的认可和补充。”^③ 张善恭等认为：“世界史上最早产生的法都是习惯法”，“没有统治阶级的人的作用和活动，习惯永远是习惯而不会质变为具有法律效力的习惯法。在习惯演变为习惯法的过程中，统治阶级的人所起的作用和所为的活动，就是最初的立法活动，就是立法的起缘。”这种观点实际上意指，将习惯认可为习惯法，标志着立法的产生。学者朱力宇等的观点与前述观点不同。

朱力宇等学者反对“立法产生于近代，即始于资产阶级的代议机关的建立”这一观点，但同时其也认为，“奴隶制国家早期将氏

① 周旺生：《立法学》，法律出版社2000年版，第88页。

② 张根大，方德明，祁九如：《立法学总论》，法律出版社1991年版，第53页。

③ 张根大，方德明，祁九如：《立法学总论》，法律出版社1991年版，第52页。

族习惯认可为法律的行为，还不完全是立法者自觉的主动行为，而在一定程度上带有自发的被动行为性质，尚不能称为严格意义的立法”，所以，有法就有立法，立法产生于对习惯的认可这种观点是不正确的。进而，该学者认为，“立法始于古代成文法的产生，具体说就是从立法者自觉地将最初的习惯法以文字的形式记载下来的时候”^①，亦即立法的产生不是在习惯——习惯法这一阶段，而是在习惯法——成文法这一阶段。

相比而言，认为立法产生于将习惯认可为习惯法这一过程的观点较为可取，因为立法的形式是多种多样的，并非只有制定成文法才是唯一的形式，而且，如习惯——习惯法这一过程所显示的那样，如果没有人的认可行为在起作用，那么习惯永远只是习惯，即使习惯可能被一直沿用。至于朱力宇等所坚持的理由——认可行为是“自发的被动行为”更不足取，因为，行为是否自觉和主动并不能成为判断立法行为的唯一标准或者关键标准，而且，姑且以其为标准来衡量某一行为是否具有立法性质，“认可”也并不是自发行为或被动行为。在习惯——习惯法这一过程中，并不是所有的习惯都会被认可为习惯法，这同样会涉及权衡、考察和选择等问题，选择过程中当然还会有讨论、协商等行为，因而，“认可”也同样是一种主动的应用智慧和经验的行为。

三、立法体制

关于立法体制，周旺生认为由三要素构成：立法权限的体系和制度、立法权的运行体系和制度、立法权的载体体系和制度。^② 有

① 朱力宇，张曙光：《立法学》，中国人民大学出版社2001年版，第36页。

② 周旺生：《立法学》，法律出版社2000年版，第88页。

学者将立法体制做广义和狭义之分，并认为，广义的立法体制应该是指国家的立法权体系以及立法机构的设置体系^①；有学者将其表述为“有关法的创制的权限划分所形成的制度和结构”^②“一国立法权限的划分制度及立法主体的组织体系。”^③实际上这都是一种二要素观点，即一是中央与地方的立法权划分，二是同级政权机关的立法权划分。学者朱力宇等将“立法体制”定义为“关于立法权限划分的制度”，“既包括同级的国家权力机关和国家行政机关在横向结构上对立法权限的划分，也包括中央和地方的国家机关在纵向结构上对立法权限的划分”^④，这实际上和前述第二种观点是一致的。另有学者对上述只强调“立法权限划分”的观点进行了批判。学者周旺生认为该解释的明显不足是：立法权的确是立法体制的主要构成部分，但“主要”并非“就是”，立法体制中还包括立法主体和立法运行方面的制度。^⑤学者张根大等也持同样观点：“事实上在奴隶社会、封建社会根本不存在立法权限的划分，没有‘划分’方面的制度。……但在古代仍有立法体制。所以从古至今中外动态考察，‘立法权限划分’不是立法体制的唯一内容。”进而，该学者将立法体制表述为“立法主体的组织体系和立法权限的划分制度。”^⑥朱力宇等认为的“体制主要涉及的是组织管理形式、组织管理机构的设置、组织管理权限的划分、组织管理的方式方法等问题”^⑦，很有道理，但是该学者将立法体制限于立法权限的划分

① 戚渊：《论立法权》，中国法制出版社2002年版，第27页。

② 张文显：《法理学》，法律出版社1997年版，第341页。

③ 刘明利：《立法学》，山东大学出版社2002年版，第70页。

④ 朱力宇，张曙光：《立法学》，中国人民大学出版社2001年版，第114-115页。

⑤ 周旺生：《立法学》，法律出版社2000年版，第183页。

⑥ 张根大，方德明，祁九如：《立法学总论》，法律出版社1991年版，第111-112页。

⑦ 朱力宇，张曙光：《立法学》，中国人民大学出版社2001年版，第114-115页。

地方立法研究

制度是不合适的，实际上，只有该体制概念中的“组织管理权限的划分”才涉及“立法权限划分”，即包括“立法权的归属、立法权的性质、立法权的种类和构成、立法权的范围、立法权的限制、各种立法权之间的关系、立法权在国家权力体系中的地位和作用。立法权与其它国家权力的关系等方面的体系和制度”；至于“组织管理形式”和“组织管理机构的设置”应当包括“行使立法权的立法主体或机构的建制、组织原则、活动形式、活动程序方面的体系和制度”；“组织管理的方式方法”则指“立法权的运行体系和制度”，即包括“立法权的运行原则、运行过程、运行方式等方面的体系和制度。”^①李培传的定义与此比较接近，即立法体制的基本含义“是指享有立法权的国家机关对立法权限的划分和立法权的行使的体制。”^②

关于我国现行的立法体制，理论界的争议比较激烈，基本上都集中在“元”、“级”和“层次”或者“类别”或者“分支”上。比较有代表性的观点是“一元、两级、多层次”，“一元”是基于我国的单一制国家结构形式和一体化的立法体制而得出的结论——“全国范围内只存在一个统一的立法体系”，“两级”是指“中央立法和地方立法两个立法权等级”，“多层次”是指中央立法和地方立法“都可以各自分成若干个层次和类别。”^③学者郭道晖将我国立法体制概括为“一元性二层次三分支”^④，但与前述“一元、两级、多层次”的观点不同，其“一元性”是指国家立法权统一由全国人民代表大会及其常委会行使，“二层次”是指全国人大及其

① 周旺生：《立法学》，法律出版社2000年版，第182页。

② 李培传：《论立法》，中国法制出版社2004年版，第109页。

③ 张文显：《法理学》，法律出版社1997年版，第342页。

④ 郭道晖等：《立法—原则·制度·技术》，北京大学出版社1994年版，第90-91页。

常委会各为一个层次，“三分支”是指全国人大将立法权授予国务院、省、自治区、直辖市的人大及其常委会、民族自治地方三个分支，这种观点值得商榷。“元”实际上是指立法权源出于何处，因为我国《宪法》明确规定：“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。”所以承认我国立法权的“一元性”是正确的，但是绝对不能将“元”归结为中央权力机关，而将地方各级人民代表大会排斥在外；“二层次”的观点将国务院立法和地方立法排除在外，“三分支”的观点则将地方的立法权看作是中央授予的，显然是误解了“授予”一词的含义，更不足取。郭氏“一元性二层次三分支”观点是采取狭义立法定义的结果，即只将全国人大及其常委会制定“法律”的行为才看作是立法，而否定制定法规和规章的“立法”性质。学者周旺生认为我国的立法体制是“中央统一领导和一定程度分权的，多级并存、多类结合。”^①“中央统一领导和一定程度分权”是指“国家立法权”（立宪权和立法律权）属于中央，“国家的整个立法权力”由中央和地方多方面的主体行使；“多级（多层次）并存”指全国人大及其常委会、国务院及其所属部门、一般地方的国家权力机关和政府并存；“多类结合”指前述多级立法与民族自治地方的立法和经济特区以及港澳特别行政区的立法存在差别。周氏回避“元”的用法，而是使用了“中央统一领导和一定程度分权”的提法，其承认地方有权机关制定法规和规章的行为是一种立法行为，这是正确的，但是周氏对“国家立法权”和“国家的立法权”的区分并不清楚，“国家立法权”的理论依据和价值值得怀疑；而其所谓的“多级并存”到底是指哪些“级”，国务院所属部门制定规章和地方政府制定规章的行为处于哪

^① 周旺生：《立法学》，法律出版社2000年版，第189页。

一“级”也不清晰，而且，在“级”的划分中将民族自治地方和港澳的立法权排除在外也不是合适的。另外一种常见的观点是否定我国的“多级”立法体制，认为我国现今是“一级立法体制”。学者刘明利从联邦制国家的立法权限划分入手进行分析，认为联邦制国家不论采用“两分法”（中央和地方各自享有专属立法权）还是“三分法”（除各自的专属立法权，还包括共有立法权），都是一种“二级立法体制。”^① 进而，刘氏将我国地方立法权与联邦制国家的地方专有立法权进行了对比，认为在专属立法范围、是否必须遵循中央立法优越原则和地方立法是否对中央立法具有制约作用等三个方面存在差别，从而认为我国地方人大及其常委会的立法权只是国家立法权的一种“授权”，不能被当作是立法中的一“级”。学者朱力宇等将我国的立法体制归结为“一级立法体制，同时又在一定程度上吸收了某些二级立法体制的特点”^②，实际上更多的还是倾向于“一级立法体制”。“一级立法体制”说的弊端在于，将地方人大及其常委会和地方人民政府的立法行为排除在外，否定其立法性质，而最根本的症结在于地方国家机关享有的立法权到底是一种职权立法权还是一种被授予的立法权，如果属于职权立法权，那么地方立法权就是一级，如果是授予立法权，那么就不能成为一级。实际上，持“一级立法体制”说的学者混淆了“职权立法权”与“授权立法权”的区别，我国的地方立法权是一种职权立法权，而不是授权立法权或委托立法权。授权立法，是指“一个立法主体将其行使的立法权通过法定形式授予另一个能够承担立法责任的主体，该主体根据授权要求所进行的活动。”^③ 根据授权立法原理，

① 刘明利：《立法学》，山东大学出版社2002年版，第86-88页。

② 朱力宇，张曙光：《立法学》，中国人民大学出版社2001年版，第126页。

③ 李步云，汪永清：《中国立法的基本理论和制度》，中国法制出版社1998年版，第306页。

授权机关所被授的权力是宪法和法律已经授予授权机关明确享有的权力，只是因为经济、社会或者立法机关自身方面的原因，授权机关才将这种权力授予受权机关行使。在我国，只有1996年八届全国人大四次会议等对经济特区等所授予的才属于授权立法权，至于一般的地方立法权和民族自治地方的立法权都属于职权立法权，其立法的事项范围来自于宪法（或宪法性法律）或者《地方组织法》的明确规定。

对立法体制的描述存在着众多分歧，其原因在于对“立法权”“元”“级”“层次”等的理解不在一个共同的话语系统之内。有学者认为，在“分歧得以弥合之前，要想给我国现行立法体制予以周全的、众所认知的概括是不可能的。”^①

四、立法程序

立法程序是一个实践性比较强的论题，对其争议比较大。

我国台湾学者罗传贤认为，立法程序包括立法准备、提案、院会三读、委员会审查、人民请愿案、覆议、行政命令之监督等程序。^② 同是台湾学者的罗志渊则认为“立法程序乃为规范立法机关会议之构成、法案之提出、议程之编制、法案之审查、讨论、修正、再议、覆议诸种立法过程中必要的程式，及其应有的规律，兼及委任立法的运用与限制。”^③ 我国台湾学者朱志宏以英、美、德三个民主先进国家的国会为讨论对象，认为现代国家的立法程序主要包括提案、辩论、质询、投票表决以及协调歧见等几个阶段。^④

① 马怀德：《中国立法体制、程序与监督》，中国法制出版社1999年版，第20页。

② 罗传贤：《立法程序与技术》，台湾五南图书出版公司1996年版，第328页。

③ 罗志渊：《立法程序论》，台湾中正书局1986年版，第3页。

④ 朱志宏：《立法论》，台湾三民书局1995年版，第147页。

实际上，在这几个立法比较发达的国家，立法程序是非常细致和复杂的。以美国为例，其立法程序竟然包括了 20 多个小步骤：法案提出于众议院、委付于一个常任委员会、委员会提出报告、编入议程、全院委员会审查、二读、楷书誊写及三读、通过、以咨文将该案移送参议院、参议院审议并通过、参议院咨还该案未具修正案或复具修正案、众议院审议参议院之修正案、由协议委员会解决两院歧见、由众议院誊录于羊皮纸上、登录法案委员会之检查、众议院议长及参议院议长签字、移送于总统、总统认证及签署或否决该法案、如总统否决则众议院复议、复议如通过则维持原案并移送国务院公布。^①

我国大陆对立法程序的研究，争议主要集中在一个完整的立法程序主要应该包括哪些环节，立法程序从哪个环节开始。尽管存有争议，但是基本的共识还是存在的，如几乎所有学者关于立法程序的阶段构成有四个是共同的：法案提出、法案审议、法案表决和通过、法的公布等四个阶段。其中有的学者认为还应该包括其他一些步骤。有学者基于立法规划是立法机关正式的决议，其本身就是立法活动的一种成果以及立法规划对于指导立法研究具有重要意义等理由，将其列为立法程序的第一步，此外，在法案提起和法案审议之间还应有法案审议准备程序，即立法程序包括立法规划、法案提起、审议准备、法案审议、表决通过、公布生效等六个阶段。^②李步云等也认为立法程序包括六个阶段，但与前述六阶段观点稍有不同，即在立法规划和法案提起中间存在一个法案起草阶段，而不

^① 罗志渊：《美国国会立法程序研究》，台湾正中书局 1961 年版，第 65-66 页。

^② 马怀德：《中国立法体制、程序与监督》，中国法制出版社 1999 年版，第 231-270 页。