

制度设计与 立法公正

汪全胜 著

gong fa yan jiu
公法研究

主编 谢 晖
陈金钊
肖金明

山东人民出版社

汪全胜 著

制度设计与立法公正

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

制度设计与立法公正/汪全胜著. — 济南: 山东人民出版社, 2005. 3

(公法研究/谢晖, 陈金钊主编)

ISBN 7-209-03656-3

I. 制... II. 汪... III. 立法—研究 IV. D901

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 018065 号

山东人民出版社出版发行

(社址: 济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码: 250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 12.25 印张 4 插页 290 千字

2005 年 3 月第 1 版 2005 年 3 月第 1 次印刷

印数 1—3000 定价: 24.00 元

《公法研究》总序

自古迄今,人类生活即分公域、私域两途。古典中国以皇权国家为公域,以家族社会为私域;近代西方以政治国家为公域,以市民社会为私域。公、私域之划界,造成人类行为规范——法律之分类。众所周知,公、私法之划分,源自古代罗马法学家。首倡此说之乌尔比安氏认为:公法系以保护国家公益为目的,与此相对,私法则以保护私人利益为目的。自此以后,尽管公、私法划界之标准多变,然公、私法之分类理论体得以坚持并流传。特别近世以来,政治国家与市民社会之分野日显,故公、私法划分理论在法律和法制建设中之作用亦愈重。至于我国,虽曾因意识形态影响,反对公、私法划界,但改革实践之现实,总在证明“形势比人强”,“私法”不存之牢笼亦就不攻自破。

然则更进之问题在于,公法、私法两者,究竟谁主谁从、孰本孰末?近年来,一种被谓之“民法帝国主义”倾向的观点风行我国法苑。于是,民(私)法学科,趋之若鹜,而公法学科,虽不可说门可罗雀,但亦是相形见绌。究其原因,或曰私法更易趋利,或言公法强化权力。无论无知者的趋利之举,抑或有知者的固权理解,本无可厚非。但不无遗憾者,两者皆以误读公法为能事,终致公、私法关系之颠倒。

愚以为：公、私法两者，私法为基础，公法居优位。世有私法，而无以之为基础的公法，私法内容，难以推行，私法精神，亦难得扩展。所以然者何？曰：私法通行，有赖于权力受制。尽管私法亦有约权制官之效，但无相关公法之护佑，则面对权力，其惟余规则；更兼私法之制约权力，乃自结果意义所言者，而非私法之宗旨。相较而言，不论公法学说之“管理论”“控权论”抑或“平衡论”在立论上如何相左，但近世公法之实践，无处不立意于控制公共权力。即使被人误为伸张国家权力之“管理论”，当其强调权力公开之时，同时即在树立控权旗帜。因权力之公开，既使权力之推定得以斩断，也令权力之滥用得以度量。可见，惟有立意于控权的公法，方能使属意于自治的私法在权力面前得保平安。否则，公法之不伸，公权之不约，即使私法完备无遗，想必只见开花而不见结果。

除此之外，作为保障私益之私法，难免与公共利益（即与公法）发生冲突抵牾者。当此之时，如何为之？在奉行“私权神圣”之经济放任主义时代，大体推行私益优于公益原则。但自《德国民法典》以来，此种情形，即使在私法上也有改观。此即所谓“私法之公法化”也。当代福利主义和弱者人权优先保障之深入人心，致使公法地位更加重要。尽管与此同时，以行政权为首之国家权力不断扩张，甚至权力制约原则因此而如履薄冰，但相继成长之公法，使扩张之政府权力尚不致滥用。权力一如既往地受制于公法。特别如“阳光下的政府法”、“行

政程序法”、“国家赔偿法”等公法,令国家权力只能在公法之下既彰公益,亦保私利。如上情形,大致为近代以来,西洋公、私法发展之逻辑。

与西洋相比,吾国法制发展,乃自“公法”主导而进至私法发展。故法学界一切革故鼎新之举,皆自检讨固有“公法”之缺陷始。于是,标举革新旗帜之私法学人,每每借市场经济之大纛,惟恐批公法之不足、不深、不透。于是,公法之类,似乎游离于(甚至解构着)市场经济体制。如此,则婴儿与洗澡水皆被此等学人泼出门外!岂不知市场体制乃是私法与公法共筑之结果。缺乏与市场相得益彰之公法及其规制之政府,而纯粹倚赖私法去规范、构造市场体制,除了幻想,还是幻想;其结果除了失败,还是失败。

基于此种认识,鄙人在主持《法理文库》经验基础上,尝试再辟一套专门研讨公法问题之丛书。此计划已商议三年,原欲以“公法论丛”为此套丛书名,然最近于书肆发现:该丛书名,已有学人捷足先登,故只好另辟门径,以“公法研究”命名之。

令人欣喜者,近几年间,专务于公法之著译者日渐增多。择其要者即有:梁治平等主持之“宪政译丛”;罗豪才主持之“公法名著译丛”、“行政法论丛”;罗豪才等主持之“法国公法与公共行政名著译丛”、“现代行政法论著丛书”;贺卫方等主持之“司法文丛”;陈兴良主持之“刑事法评论”;杨春洗主持之“北京大学刑法学博士文库”;夏勇主持之《公法》;周旺生主持之“立法研究”;张

树义主持之“公法论丛”等等。在如此情势下,再编辑出版一套“公法研究”,是否多此一举?古人云:“知出乎争”。已有之研究,未必包罗无遗。倘以上著译各有侧重,则再增加一种也就无妨。更何况以上著译皆为京华学人所操持。编辑此丛书,于变革此一事实之学术“垄断”格局,或许不无裨益。

窃以为,偌大华夏,京华学人之外,仍应有大智慧存焉。想当年华夏,学术灿烂遍于九州,学者士子,不避陋巷;看如今大家者流,争聚京华皇城脚下,商埠省城,皆乡下也。此种积习,只利于支持、助长某种文化专制,而与我学子四海为家之情怀、兼济天下之志趣、崇尚民主之追求,相去甚远。言及此者,非他意,止在说明,重辟华夏多元学术文化格局,实乃吾人使命也。惟愿“公法研究”于此使命之推进,有所助益;于我国公法之建设,有所贡献。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

序于公元 2002 年 11 月 10 日

自序

很难想像，一个社会、一个国家甚至一个企业，没有规则及由此导致的秩序会是一个什么样的状况！规则的重要性在于它创造了一种秩序，而这种秩序不管在什么样的组织中都存在，或者这样说，任何组织都是一种规则化或制度化的形态。法律是社会规范控制方式中一种非常重要的规则，对现代国家而言，离开法律规则的约束同样是件不可想像的事情。

人们需要法律，更精确地说，人们需要由法律所导向的社会秩序。但法律与由法律所规范的秩序毕竟不是一回事。人们所企求的经由法律导致的良好秩序的愿望并不总是能够实现，例如社会公正。自人类产生以来，社会公正一直都是人们追求的理想境界，但是社会公正能否通过法律来实现，人类的历史经验曾对这个命题提出了质疑。不过，反过来我们可以这样设想：既然法律不能完全保证社会公正的实现，那么我们需要设计什么样的法律才能保证社会最大化的公正呢？

我一直倾向认为，法治所讲的“良法”应是公正之法。强调法律公正是强调法律对其所涉及的主体权益的分配合乎社会普遍适用的“公正”观。虽然公正具有时代性，但在特定的时代，社会所确认的公正观应该确立为法律的内在尺度和内在标准。

那么，通过什么样的方式才能制定公正之法呢？我认为，确立立法所赖以存在的完善制度是公正之法产生的必由之路。基于此种设想，我希望通过对有关立法制度的反思，就我国现行的制度

提出一些完善化的构想，促进“法律公正化”目标的实现。

我国于1949年初步建立起崭新的立法制度，起临时宪法作用的《共同纲领》确立的高度集权的中央立法体制规定，只有中国人民政治协商会议全体会议以及中央人民政府委员会才是立法权的主体，而对立法程序、立法技术等问题都无规范。经过五十多年的发展，我国的立法制度已经走向成熟，最为显著的标志就是2000年《中华人民共和国立法法》的出台。

《立法法》是我国第一部完整的规范立法行为的法律，相比于《全国人民代表大会组织法》《地方组织法》《民族区域自治法》等法律法规，它对立法制度的规定更加全面、更加具有可操作性。这主要表现在三个方面：第一，它明确了我国现行的一元两级立法体制，尤其是对地方立法主体作了扩大化的规定。宪法只规定省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会是立法主体，没有确认较大的市人大及其常务委员会地方性法规的立法权以及省、直辖市、自治区人民政府以及较大的市的人民政府地方政府规章的立法权，而这些立法主体的立法权力在《立法法》中得到确认。第二，它规定了国家立法权的专有事项。很多国家解决立法冲突的一个普遍做法是确立中央与地方的专有立法权。虽然《立法法》没有规定地方的专有立法权，但明确了国家立法权的专有事项。在我国这样一个立法主体较多的立法体制下，要维护社会主义的法制统一，确立国家立法权的专有事项毫无疑问是一项切实可行的措施。第三，立法程序运作更具可操作性。《立法法》分专节阐述了全国人民代表大会及其常务委员会的立法程序问题，其规定既全面又具有更强的可操作性，如针对不同提案主体提出的法案采取了不同的列入议程的程序以及审议程序。

应该说，《立法法》对于我国立法权力的安排以及立法程序的具体设计都是适合我国当前的国情并且具有极为现实的意

义与作用。但是制度的完善总是相对的，随着立法实践与立法理论的加强，人们会期待着更为完善与科学的制度。正因为如此，作者不揣浅陋，本着对立法理论的兴趣与探索的乐趣，对我国立法权力以及程序制度的具体设计作出一些自认为有意义的构想。

尽管制度公正并不必然导向社会公正，但是良好的制度总是更多地促进社会公正。反过来讲，公正的社会必然存在公正的制度。对我国立法制度的完善设计是为了能够产生公正的法律，公正的法律是为了促进社会走向公正。

弘扬法治精神 真诚支持学术

法理文库

- | | |
|-----------------------------|-----------|
| 1. 法治论 | 王人博 程燎原 著 |
| 2. 权利及其救济 | 程燎原 王人博 著 |
| 3. 法律信仰的理念与基础 | 谢 晖 著 |
| 4. 价值重建与规范选择
——中国法制现代化沉思 | 谢 晖 著 |
| 5. 权利的法哲学
——黑格尔法权哲学研究 | 林 喆 著 |
| 6. 法律对行政的控制
——现代行政法的法理解释 | 孙笑侠 著 |
| 7. 迈向民主与法治的国度 | 刘作翔 著 |
| 8. 法学范畴的矛盾辨思 | 谢 晖 著 |
| 9. 法律解释的哲理 | 陈金钊 著 |
| 10. 义务先定论 | 张恒山 著 |
| 11. 基本法律价值 | 谢鹏程 著 |
| 12. 中国法理念(增订版) | 江 山 著 |
| 13. 探索与对话:法理学导论 | 葛洪义 著 |
| 14. 法律思维学导论 | 林 喆 著 |
| 15. 中国法律传统的基本精神 | 范忠信 著 |

- | | | |
|----------------------------|-----|---|
| 16. 德国公法学基础理论(上下) | 陈新民 | 著 |
| 17. 法的现象与观念(增订版) | 孙笑侠 | 著 |
| 18. 法权与宪政 | 童之伟 | 著 |
| 19. 法的应然与实然 | 李道军 | 著 |
| 20. 现实主义法律运动与中国法制改革 | 周汉华 | 著 |
| 21. 权利现象的逻辑 | 公丕祥 | 著 |
| 22. 法学方法论导论 | 胡玉鸿 | 著 |
| 23. 宪政的中国之道 | 王人博 | 著 |
| 24. 法治的生态环境 | 姚建宗 | 著 |
| 25. 人权与法治 | 齐延平 | 著 |
| 26. 法律推理与法律制度 | 张 骐 | 著 |
| 27. 权利政治论
——一种宪政民主理论的阐释 | 范进学 | 著 |
| 28. 所有权的兴起与衰落 | 肖厚国 | 著 |
| 29. 近代中国的自然权利观 | 赵 明 | 著 |
| 30. 发展中国家的政治与法治 | 夏立安 | 著 |
| 31. 法律的社会学分析 | 魏 宏 | 著 |
| 32. 司法权威论 | 季金华 | 著 |
| 33. 程序正义论 | 徐亚文 | 著 |
| 34. 法律文化视野中的权力 | 喻 中 | 著 |
| 35. 宪法解释的理论建构 | 范进学 | 著 |
| 36. 法的合理性研究 | 周世中 | 著 |
| 37. 道与中国法律传统 | 龙大轩 | 著 |
| 38. 语境与工具
——解读实用主义法学的进路 | 苗金春 | 著 |

- | | |
|------------------|-------|
| 39. 良宪论 | 汪进元 著 |
| 40. 法学研究与方法论 | 李其瑞 著 |
| 41. 凯尔森法律效力论研究 | 梁晓俭 著 |
| 42. 民权与民治的试验 | |
| ——晚清地方自治制度的生成与演变 | 汪太贤 著 |
| 43. 法律人的法理阐释 | 胡玉鸿 著 |
| 44. 宪政的理念与机制 | 季金华 著 |
| 45. 宪政主义与制度转型 | 王 怡 著 |

法 学 论 丛

- | | |
|------------------|------------|
| 人权研究(第一、二、三、四卷) | 徐显明 主编 |
| 民 间 法(第一、二、三、四卷) | 谢 晖 陈金钊 主编 |
| 法律方法(第一、二、三、四卷) | 陈金钊 谢 晖 主编 |
| 中国诠释学(第一、二辑) | 洪汉鼎 主编 |
| 法治社会之形成与发展(上下) | 徐显明 刘 瀚 主编 |
| 法解释的基本问题 | 刘士国 主编 |

公 法 研 究

- | | |
|-------------------|-------|
| 1. 法治与法律方法 | 陈金钊 著 |
| 2. 欧洲:从民族国家到法的共同体 | 李道刚 著 |
| 3. 行政法的私权文化与潜能 | 关保英 著 |
| 4. 现代行政法的基本理念 | 陈贵民 著 |
| 5. 从宪法到宪政 | 谢维雁 著 |

- | | | |
|-------------------|-----|-------|
| 6. 西方宪政思想史略 | 黄基泉 | 著 |
| 7. 选举及其相关权利研究 | | |
| ——美国选举个案分析 | 王雅琴 | 著 |
| 8. 证券市场监管与司法介入 | 金泽刚 | 著 |
| 9. 中国近代自由主义宪政思潮研究 | 石毕凡 | 著 |
| 10. 探寻宪政之路 | 郭宝平 | 朱国斌 著 |
| 11. 西方立宪主义的历史基础 | 刘守刚 | 著 |
| 12. 立法机关委员会制度比较研究 | 周 伟 | 著 |
| 13. 宪法概念在中国的起源 | 王德志 | 著 |
| 14. 制度设计与立法公正 | 汪全胜 | 著 |
| 15. 财产权与宪法的演进 | 何 真 | 唐清利 著 |
| 16. 宪法运作的实证分析 | | 张淑芳 著 |
| 17. 和平·秩序·好人政府 | | |
| ——加拿大宪法的精神与实践 | 徐亚文 | 著 |
| 18. 宪政视野中的中国城市化研究 | 秦前红 | 著 |
| 19. 宪法的国家结构问题 | 童之伟 | 著 |

私 法 研 究

- | | | |
|-------------|-----|-------|
| 中国民法典制定问题研究 | 刘士国 | 著 |
| 企业并购与并购法 | 吴国萍 | 周世中 著 |
| 商标权及其私益之扩张 | | 崔立红 著 |
| 继承法律制度研究 | | 安宗林 著 |

目 录

《公法研究》总序	谢 晖 (1)
<u>自 序</u>	(1)

第一部分 立法权的配置及其行使

第一章

立法权解读	(3)
-------------	-------

- 1.1 立法权理论的历史演进..... (3)
- 1.2 立法权范畴界说..... (11)
- 1.3 立法权的性质..... (15)
- 1.4 立法权的归属与行使..... (18)

第二章

《立法法》与我国的立法体制	(23)
---------------------	------

- 2.1 立法体制的内涵..... (23)
- 2.2 立法体制的类型..... (25)
- 2.3 立法体制模式理论上的探索..... (28)
- 2.4 《立法法》与我国立法体制的具体设计..... (32)

第三章

中央与地方立法权力的划分体制及其优化	(38)
--------------------------	------

- 3.1 中央与地方立法权力划分体制的探索路径..... (38)
- 3.2 中央与地方立法权力配置体制的现状考察..... (42)

3.3	中央与地方立法权力资源优化配置的目标 与原则	(47)
3.4	中央与地方立法权力资源优化配 置的制度化措施	(52)

第四章

政府立法权	(59)
4.1 政府立法权具有行政权与立法权的 双重性质	(59)
4.2 政府立法主体的权力范围	(63)
4.3 政府立法的一般程序	(69)
4.4 政府立法的监督方式及其实施	(73)

第五章

立法变通权	(80)
5.1 立法变通权的概念	(80)
5.2 立法变通权的类型	(81)
5.3 立法变通权的限制	(85)
5.4 对行使立法变通权的监督	(87)
5.5 立法变通权会破坏法制统一原则吗?	(89)

第六章

自治条例的制定权	(92)
6.1 自治条例与一般性地方立法	(92)
6.2 自治条例的立法范围	(94)
6.3 自治条例的变通权	(96)
6.4 自治条例的监督机制	(100)
6.5 问题与对策:自治条例制定权的完善	(104)

第七章

授权立法	(108)
7.1 授权立法的类型	(108)
7.2 授权立法的位阶	(111)

7.3	授权立法的法治价值	(114)
7.4	授权立法的弊端考察	(116)
7.5	授权立法的限制	(118)
7.6	《立法法》对授权立法的规范	(121)
第八章		
	立法撤销权	(127)
8.1	立法撤销权的概念及功能	(127)
8.2	立法撤销权限的划分	(129)
8.3	立法撤销的根据	(131)
8.4	立法撤销的程序	(133)
8.5	法官能裁决法规规范性文件无效吗?	(135)
 第二部分 立法程序的完善设计		
第九章		
	建构立法准备制度	(141)
9.1	审视我国现行的立法准备制度	(141)
9.2	建立健全立法准备制度的必要性	(144)
9.3	建立健全我国立法准备制度的几点构想	(146)
9.4	制度设计:建立我国的立法助理制度	(149)
第十章		
	立法论证	(155)
10.1	立法论证的概念与功能	(155)
10.2	立法论证的主体	(157)
10.3	立法论证的内容	(160)
第十一章		
	立法的效益论证	(167)
11.1	立法成本及其构成	(169)
11.2	立法效益的内容	(171)