

Post-doctoral Papers,
Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences
Vol.7

中国社会科学院 法学博士后论丛

第七卷

中国社会科学院
法学博士后流动站主编



中国社会科学出版社

80-53
94
57

Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences

Vol. 7

中国社会科学院 法学博士后论丛

第七卷

中国社会科学院
法学博士后流动站主编



中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国社会科学院 [法学博士后论丛]·第七卷 / 中国社会科学院法学博士后流动站主编. —北京: 中国社会科学出版社, 2012. 9

ISBN 978 - 7 - 5161 - 1417 - 9

I. ①中… II. ①中… III. ①法学 - 文集
IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 216524 号

出版人 赵剑英
责任编辑 任 明
责任校对 王兰馨
责任印制 李 建

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>
中文域名: 中国社科网 010 - 64070619
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京奥隆印刷厂
装 订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2012 年 9 月第 1 版
印 次 2012 年 9 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 36.5
插 页 2
字 数 697 千字
定 价 78.00 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联系调换

电话: 010 - 64009791

版权所有 侵权必究

中国社会科学院法学博士后论丛

编辑委员会

主任 李 林

委员 (以姓氏笔画为序排名)

王敏远	冯 军	刘仁文	刘作翔	许传玺
孙佑海	孙宪忠	李 林	李明德	邹海林
沈 涓	宋北平	张广兴	陈泽宪	陈 甦
周汉华	赵建文	莫纪宏	梁慧星	游劝荣
熊秋红	冀祥德			

编辑和出版说明

为了集中反映中国社会科学院法学研究所博士后研究人员的工作成果，展现博士后研究人员的学术风采和水平，优化学术资源，我们决定编辑出版《中国社会科学院法学博士后论丛》，并成立中国社会科学院法学博士后论丛编辑委员会。

作为一套系列性丛书，本论丛计划从2003年起，在已出站博士后的研究报告中，精选出符合论丛出版质量要求的研究报告，编辑出版至若干卷。本论丛的编辑规范，执行的是由北京图书馆学位论文收藏中心和全国博士后管委会办公室1994年9月联合下发的《博士后研究报告编写规则》。此《规则》为目前中国博士后研究报告编写规则的国家标准。

本论丛所发表的博士后研究报告，是每位博士后研究人员在其博士后研究报告的基础上，重新编写的一篇约5万字篇幅的能够反映博士后研究报告概貌、理论预设、主题思想、创新点、理论贡献等精华内容的报告。因此，它不是简单地对原研究报告的浓缩，而是在原研究报告基础上的再创造成果。

《博士后论丛》是每位博士后研究人员在中国社会科学院法学研究所从事博士后研究工作期间学术生活经历的一段值得记忆的历史记载，是每位博士后研究人员学术水平和实力的展示，也是中国社会科学院法学研究所博士后学术水平整体实力的展示。

我们出版本论丛，也是希望得到社会各界对中国社会科学院法

学研究所博士后研究工作的检验。我们热切地希望来自各方面的批评、评论和建议。

中国社会科学院法学博士后流动站

· 2003 年 12 月

/ 目录 /

- | | |
|-----|--|
| 1 | 立法权正当行使的控制机制研究/易有禄 |
| 65 | 我国构建现代警务运行机制的法理学思考
——以我国公安机关及其人民警察为视角/李冰洋 |
| 117 | 群体性事件的预防与应对
——以我国信访制度的完善为视角/梁映敏 |
| 179 | 刑事经济性处分研究
——以被追诉人财产权保障为视角/向 燕 |
| 241 | 黑社会犯罪发展趋势与对策比较研究/李正日 |
| 311 | 英国土地登记的程序与效力研究/陈永强 |
| 375 | 抗辩权理论研究
——实体与程序之间/申海恩 |
| 451 | 论关联企业中从属企业权益的法律保护/马 军 |
| 513 | 村镇银行风险及其法律控制/薛 林 |

/CONTENTS/

- | | |
|-----|--|
| 1 | Research on Controlling Mechanism of Legitimately Exercising of Legislative Power/Yi You-lu |
| 65 | Research on Constructing Modern Policing Operation Mechanism of China in accordance with Jurisprudence/Li Bing-yang |
| 117 | The Prevention and Response to Group Events
——Take the Improvement of Local Petition System for Instance/Liang Ying-min |
| 179 | On Criminal Economic Sanctions
——In the Perspective of Protecting Property Right of the Accused/Xiang Yan |
| 241 | The Comparative Research about Underworld Crime in the Trend of Development and Countermeasures/Li Zheng-ri |
| 311 | Researches on Land Registration Procedures and Its Effectiveness in England/Chen Yong-qiang |
| 375 | On the Theory of Einrede Between Civil and Civil Procedure Law/Shen Hai-en |
| 451 | Associated Enterprises in The Legal Protection of The Interests Subordinate Enterprises/Ma Jun |
| 513 | The Risks of Rural Banks and Its Legal Control/Xue Lin |

· 中国社会科学院 [法学博士后论丛] ·

立法权正当行使的 控制机制研究

Research on Controlling Mechanism of
Legitimately Exercising of Legislative Power

博士后姓名 易有禄

流 动 站 中国社会科学院法学研究所

研 究 方 向 宪法与行政法学

博士毕业学校、导师 中国人民大学 朱力宇

博士后合作导师 李 林

研究工作起始时间 2009 年 12 月

研究工作期满时间 2011 年 10 月

作者简介

易有禄（1971— ），男，江西省于都县人，1994年江西师范大学政法学院政治教育专业本科毕业，2001—2003年中国人民大学法学院法律硕士专业研究生，师从李艳芳教授，毕业论文为《抵押关系中的权益冲突与协调》，毕业后到江西财经大学法学院任教至今，2011年晋升教授职称。2006—2009年中国人民大学法学院法学理论专业博士研究生，在朱力宇教授指导下研习立法学，博士毕业论文题为《正当立法程序研究》。2009—2011年中国社会科学院法学研究所宪法学与行政法学专业博士后，师从李林研究员，博士后出站报告题目为《立法权正当行使的控制机制研究》。目前主要研究方向为：法学理论、立法学、宪法学。近年来发表学术论文20余篇，出版学术专著4部，主持完成省部级以上课题4项。

立法权正当行使的控制机制研究

易有禄

内容摘要：权力始终存在异化和滥用的可能，因而对各种权力尤其是公权力进行制约，便成为法治的应有之义。立法权作为公权力的基本形态之一，也存在异化和滥用的危险。因此，对其也必须予以有效控制。围绕立法权正当行使的控制机制这一主题，本文从阐释立法权正当行使的内涵入手，揭示立法权正当行使的法理基础，把握立法权正当行使的宪法维度，论述立法权正当行使的实体控制机制和程序控制机制。

关键词：立法权 正当行使 控制机制

一、立法权正当行使的内涵阐释

“正当”一词在当下是一个使用范围极为广泛且使用频率极高的词语，但在对其确切含义的认知上，却似乎是只能意会而不可言传。根据高鸿钧先生在其《现代法治的出路》一书中的考证，在古汉语中，“正”和“当”二字通常分别使用，“正”有“不高不下”、“不斜不歪”、“公平合理”等多重含义；“当”则有“相当、对等、适宜、应该”等义项。二字并列构成的“正当”一词，表示“相当相称”、“正确适宜”等意思，例如，《易经·否》：“象曰：‘大人之吉，位正当也。’”《与周参政书》（陈亮）：“文章清古，议论正当。”在现代汉语中，“正当”的意思是“合理合法的”，意指人们基于特定价值尺度对社会秩序、政治法律制度以及人的思想行为等所作的正面评判。在西方，有多个词可以表达“正当”的意思，如“right”、“due”、“proper”、“legitimate”、“legitimacy”等。

在此,笔者无意于对“正当”一词本身的含义和用法作更多语词上的辨析。^①对于立法权正当行使概念的界定,也是取“正当”一词的一般解释,即立法权的正当行使,是指立法权之行使必须既合法又合理。所谓“合法”,是指立法权之行使必须合乎宪法和法律的规定,例如立法权之行使必须符合立法权限的限制并遵循法定的立法程序等;所谓“合理”,则是指立法权之行使必须符合特定的价值尺度,体现适当的价值取向。立法权行使的“合法性”与“合理性”这两者之间不是截然分离的,而是不可分割的,共同构成立法权正当行使的基本内核,也是评价立法权行使的正当性标准。^②在此基本界定之下,笔者认为,对于立法权正当行使的内涵可以作以下三个方面的理解,这三个方面实际上也是立法权正当行使的基本要求。

(一) 立法权行使主体的正当性

立法权行使主体的正当性,首先是指立法权行使主体的合法性,即必须由宪法或法律规定的主体行使立法权。从各国宪法规定看,立法权行使主体主要是代议制机关。例如,《美利坚合众国宪法》第1条第1款规定:“宪法所授予之立法权,均属于参议院与众议院所组成之美国国会。”《法兰西共和国宪法》第34条规定:“所有法律应被议会通过。”我国《宪法》第58条规定:“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。”代议制机关之所以被各国宪法规定为主要的行使立法权的主体,其正当性不能仅仅由宪法规定本身来予以证明,而是因为,代议制机关被认为是主权者的代表。因此,立法权行使主体的正当性,不能仅仅通过其合法性来证成,还要看它是否是主权者的真正代表,这才是立法权行使主体具备正当性的核心要素。至于代议制机关以外的其他主体(如行政机关)行使立法权的情形,其主体正当性可以从代议制机关的授权或者委任来进行解释,实际上,在大多数国家所谓的“行政立法权”,主要是“授权立法权”或“委任立法权”。

关于立法权行使主体的正当性,在这里需要进一步明确的是,制宪权行使主体的正当性问题。有学者认为,制宪权实际上是一种具有主权性质

① 相关分析,参见蒋开富《正当性的语义学与语用学分析》,《广西社会科学》2005年第5期;刘毅:《“合法性”与“正当性”译词辨》,《博览群书》2007年第3期。

② 作为“合法律性”意义上的“合法性”,曾一度取代“正当性”的概念,即认为合乎实证法的规定就是“正当”的,从而抛弃了“正当性”概念的价值与道德因素。参见[德]卡尔·施米特著:《政治的概念》,刘宗坤等译,上海人民出版社2003年版,第254—256页。

的立法权，它不同于一般立法权（即法律制定权）。^①那么，代议机关在行使一般立法权的同时，能否行使制宪权呢？笔者认为，基于制宪权的主权性质，代议机关不能行使或者至少不能单独行使制宪权。这是因为，按照现代宪政民主的原理，制宪权只能属于人民全体，由人民全体通过全民公决等直接民主的方式，在制宪机构的组织下创制、修改以及废止宪法，并通过宪法产生代议制机关，授予其立法权。因此，代议制机关本身作为宪法的产物，除非征得全体人民的具体同意，否则，就不能对宪法进行修改、废止或再创制。由此可见，立法机关所享有的立法权仅仅是立法性质或权力分立意义上的立法权，而非主权意义上的立法权，该立法权是不包括制宪权的。因此，如果立法机关未征得作为主权者的人民的同意而行使制宪权，就是不正当的。

（二）立法权行使内容的正当性

立法权行使内容的正当性，首先是指立法权必须在宪法和法律规定的立法权限范围内行使，即行使立法权的主体不能超越宪法和法律规定的权限立法。立法权限的设定为立法权的行使划定了特定的“界限”，超出该“界限”的立法权行使就是不正当的，其所立之法也应当是无效的。立法权限的设定一般规定在一国宪法或宪法性法律之中，属于对立法权行使的实体性控制的一种形式。例如，美国宪法第一修正案规定：“国会不得制定关于下列事项的法律：确立国教或禁止信教自由；剥夺言论自由或出版自由；或剥夺人民和平集会和向政府请愿申冤的权利。”《联邦德国基本法》于第一条规定：“下列基本权利应作为可直接实施之法律，约束立法、执法与司法机构。”我国《宪法》和《立法法》对于各立法主体的立法权限也作了明确规定，如规定了全国人民代表大会及其常委会行使国家立法权，规定了制定、修改基本法律的专属性，规定了最高行政机关的职权立法，规定了地方性法规的制定主体和范围，规定了规章制定主体及其职权范围，规定了民族自治地方的自治条例和单行条例的制定主体和范围，等等。这些立法主体只有在《宪法》和《立法法》规定的权限范围内进行立法，其立法权行使才是正当的。

立法权行使内容的正当性除了对立法权的行使必须在宪法和法律规定的立法权限范围内进行提出了要求以外，还对立法内容，即作为立法结果的法律本身的正当性，提出了要求。这就是立法内容必须符合一定的价值标准。如果说，立法权在宪法和法律规定的立法权限范围内行使只是为立法权之行

^① 李林：《立法理论与制度》，中国法制出版社2005年版，第41—42页。

使提供了形式正当性的话,那么立法内容符合一定的价值标准则为立法权之行使提供了实质正当性。关于立法权行使的实质正当性,在不同时代会有不同的评价标准,但是每个时代都具有其时代精神,都会产生那个时代大多数人所认同的价值观。这种共同的价值观也就是立法权之行使所必须遵循并且应当努力去实现的目标。就当今时代而言,笔者认为,评价立法权行使实质正当性的首要价值标准是人权标准,即立法权之行使在价值取向上应当以保障和实现人权为基本出发点和最终依归。因此,那些藐视人权,用权力压制、甚至剥夺人权的立法,在内容上就不具有任何正当性,这种“立法”甚至不配称为法。

(三) 立法权行使过程的正当性

立法权行使过程的正当性,即立法权的行使过程必须是正当的,这主要表现为立法权行使程序的正当性。而立法权行使程序的正当性,首先要求立法权的行使必须按照宪法或法律规定的立法程序来进行。不遵循宪法或法律规定的立法程序的立法权行使是不正当的,这是自属当然。但是,在笔者看来,更为重要的是,立法权行使所依循的程序本身也必须是正当的。也就是说,立法权正当行使所要求的不仅仅是立法权之行使要遵循“法定”的立法程序,而且要求该“法定”的立法程序本身应该是“正当”的立法程序。这是因为,“法定”的立法程序并不一定就是“正当”的立法程序,换言之,立法程序之“正当”与否,也要接受特定价值标准的检验。这种价值评价标准就是立法程序的“正当性”标准。立法权只有依照具有正当性的立法程序来行使,其本身才具有正当性。

对于立法程序的“正当性”标准问题,学界相关的论述并不多见。有学者提出“与立法程序有关的正义标准”是一些特定的应然法则,具体包括六项原则:第一项原则是“立法过程应具有可参与性”;第二项原则是“立法过程应具有公开性”;第三项原则是“立法程序的公平性”;第四项原则是“立法程序的合法性”;第五项原则是“最低限度的程序保障”;第六项原则是“立法程序的中立性”。^①在笔者看来,立法程序的正当性标准,是程序正义对立法程序的最低限度的要求,具体来说,至少应当包括程序民主、程序平等、程序理性及程序效率四项标准。

^① 王爱声:《立法过程的法律控制》,周旺生主编《立法研究》第6卷,北京大学出版社2007年版,第114—117页。

二、立法权正当行使的宪法维度

(一) 立法权与宪法的一般关系

对立法权和宪法的关系,可以从不同的角度展开分析。从立法权作为一种创制法规范的国家权力和宪法作为规范国家权力的实定法的角度看,二者之间的关系可归纳为相互联系的两个方面:立法权是宪法的首要规范对象;宪法是立法权的基本法律依据。

1. 立法权是宪法的首要规范对象

纵观世界各国宪法,无不对立法权作出或原则或具体的规定。其内容大体包括立法权的归属与权限划分、立法权的行使原则与运行程序等。相较于行政权和司法权,宪法对立法权的规范,又往往具优先地位。这不仅表现在涉及立法权的宪法条文数一般要多于行政权或司法权,而且从规范次序上看,也是先立法权,次行政权,再司法权。立法权之所以成为各国宪法的首要规范对象,这既是宪法的特性和规范任务使然,更是由立法权自身的性质决定的。

我国民国时期著名学者费巩先生在论及宪法的特性时指出,有两点为宪法所独有而使之有别于其他法律:一为体制,一为根本。体制者,融合国家政府之各部,使得其和,节节相关,而成完密整齐之组织,国以治,政以行;根本者,限制事务之变迁,使能有恒,易无定为有定,而成稳固坚确之典则,政治乃有轨道,人权庶有保障。^①

费氏所言体制者,指的是宪法在规范内容上的特性,即宪法在规范内容上,以定章立制,即确立国家之体制为主。这种观点自20世纪以来,也为国外许多宪法学者和政治学者所持。例如,英国的詹姆斯·布莱斯认为,宪法包括规定政体和人民同政府间相互关系的权利义务的规则或法律,也就是“通过法律加以组织的政治社会结构”,宪法本身起着授权作用,也即“由法律所规定的永久性机构,它们赋有公认的职能和确定的权利”。C. F. 斯特朗也指出:“一国真正的宪法一定具有以下几个非常鲜明的内容:第一,各种机构是怎样组织的;第二,对这些机构赋予什么权力;第三,这些权力应该怎样行使”。^②

S. E. 芬纳认为,“宪法就是在各政府机构及其官员之间分配职能、权力和

① 费巩:《比较宪法》,法律出版社2007年版,第4页。

② 转引自龚祥瑞《比较宪法与行政法》,法律出版社2003年版,第22页。

义务,规定其与公众关系的法典。”卡尔·洛温斯坦则强调“宪法是控制权力活动过程的基本文件,其目的在于提出限制和控制政府的范围,把规定的权力从统治者的绝对控制下解放出来,使它们在活动过程中取得合法的分享”。赫马·芬纳把政治制度看做一个体系,认为“国家是一个人类集体,在个人与其组成单位之间统治着某种权力关系。各种政治制度体现了这种权力关系,宪法就是基本政治制度的体系”。^①

上述学者们针对宪法的特性和规范任务所作的归纳,虽然具体表述有异,但基本意思却是一致的,即宪法所主要规范的是国家权力的组织和运行。^②立法权作为国家权力之一,自当成为宪法的主要规范对象。然而,立法权作为和行政权、司法权并存的国家权力,其自身又具有不同于后二者的本质属性和基本特质。前章在论述立法权的性质问题时就指出立法权的本质属性是创制性,即立法权作为一种国家权力,不管是从广义上理解,还是从狭义上理解,都是创制法规范这样一种一般性规则的权力,也就是说,立法权是一种创制权。而行政权和司法权尽管也是国家权力,但它们在本质上均属于执行权。正是在创制性这一本质属性决定下,立法权才显现出“根本性”、“民主性”、“政治性”等有别于司法权和行政权的基本特质。

立法权作为一种创制权,其行使的结果就是形成具有国家意志性的法律,而行政权和司法权作为执行权,其行使则必须以立法权行使的结果为依据。在此意义上,可以说正是立法权为行政权和司法权提供了合法性基础。但立法权在为行政权和司法权提供合法性基础的同时,却不能为自身提供合法性基础。那么,谁能为立法权提供合法性基础呢?答案是主权者。而根据近现代主权在民的政治理念和宪政实践,主权者,即人民。人民作为主权者又是如何为立法权提供合法性基础的呢?宪法和宪政发展的实践告诉我们,是通过制宪和行宪。人民正是通过创制宪法,以宪法来规定立法权的归属、行使原则和运行程序等,并通过宪法的实施来保证立法权之行使符合主权者的意志。因此,虽然一国的立法原则、立法体制及立法程序等也存在于宪法以外的普通法律、甚至是议会的议事规则之中,但宪法对立法权的规制应该是首要的和根本性的。^③

2. 宪法是立法权的基本法律依据

上文主要从宪法的“体制性”这一特性,结合立法权自身的性质论述了

① 转引自龚祥瑞《比较宪法与行政法》,法律出版社2003年版,第23页。

② 诚然,宪法规范国家权力之组织和运行的最终目的又在于保障人和公民之权利。

③ 因为普通法律也好,议会的议事规则也罢,其更改在大多数国家均操于立法机关之手,且程序相对简单,致使其对立法权之规制实效大打折扣。