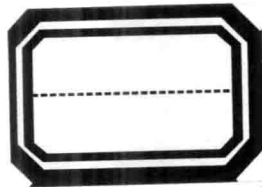


中国法律制度

李 林 莫纪宏 等著

ZHONGGUO FALVZHIDU

中国社会科学出版社



中国法律制度

李 林 莫纪宏 等著

ZHONGGUO FALVZHIDU

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法律制度 / 李林, 莫纪宏等著. —北京: 中国社会科学出版社,
2014. 10

ISBN 978 - 7 - 5161 - 4576 - 0

I. ①中… II. ①李…②莫… III. ①司法制度—研究—中国
IV. ①D926

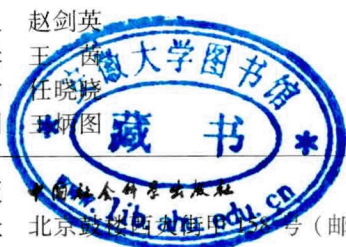
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 163932 号

出 版 人 赵剑英

责任编辑 王 茜

责任校对 任晓晓

责任印制 王 楠



出 版 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街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 北京君升印刷有限公司

装 订 廊坊市广阳区广增装订厂

版 次 2014 年 10 月第 1 版

印 次 2014 年 10 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16

印 张 25.5

插 页 2

字 数 355 千字

定 价 76.00 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

本书作者写作分工：

- 第一章 中国法律制度概述（李 林）
- 第二章 中国的立法制度（李 林）
- 第三章 中国特色法律体系（李 林）
- 第四章 中国的宪法法律制度（莫纪宏）
- 第五章 中国的行政法律制度（李洪雷）
- 第六章 中国的民商事法律制度（谢鸿飞）
- 第七章 中国的经济法律制度（席月民）
- 第八章 中国的社会法律制度（谢增毅）
- 第九章 中国的刑法制度（邓子滨）
- 第十章 中国的诉讼与非诉讼程序法律制度（冀祥德）
- 第十一章 “一国两制”与特别行政区法律制度（陈欣新）
- 第十二章 国际法与中国法律体系（朱晓青）

目 录

第一章 中国法律制度概述	(1)
第一节 法律和法律制度的界定	(1)
第二节 新中国法律制度建设的历程	(13)
第二章 中国的立法制度	(34)
第一节 立法体制的历史发展	(34)
第二节 立法职权划分	(37)
第三节 立法程序	(54)
第四节 立法备案审查、法律解释及解决立法抵触的程序	(64)
第三章 中国特色法律体系	(73)
第一节 世界法系划分与中华法系	(73)
第二节 世界法系对近现代中国法律体系的影响	(79)
第三节 中国特色法律体系的理论与实践	(88)
第四节 中国特色法律体系的完善	(100)

第四章 中国的宪法法律制度	(106)
第一节 新中国宪法的历史发展	(106)
第二节 宪法的法律形式和主要制度	(112)
第三节 宪法的实施	(125)
第五章 中国的行政法律制度	(127)
第一节 行政法律制度的基本情况和主要原则	(127)
第二节 行政组织和公务员法律制度	(131)
第三节 行政立法与行政规定	(134)
第四节 行政处罚和行政许可法律制度	(136)
第五节 行政强制和政府信息公开法律制度	(145)
第六节 行政诉讼和行政复议法律制度	(151)
第七节 行政赔偿与行政补偿的法律制度	(157)
第六章 中国的民商事法律制度	(161)
第一节 民商法体系与特征	(162)
第二节 民事主体法律制度	(165)
第三节 民事权利制度	(175)
第四节 市场交易法律规则	(187)
第五节 家庭与继承法律制度	(198)
第六节 民商事法律制度的改革完善	(202)
第七章 中国的经济法律制度	(204)
第一节 市场规制法律制度	(205)
第二节 宏观调控法律制度	(221)

第八章 中国的社会法律制度	(243)
第一节 劳动法律制度	(243)
第二节 社会保障法律制度	(253)
第三节 特殊群体保护法律制度	(271)
第九章 中国的刑法制度	(273)
第一节 刑法结构和体例	(276)
第二节 刑法总则要义	(277)
第三节 刑法分则(上)	(286)
第四节 刑法分则(下)	(293)
第五节 刑法制度的完善	(298)
第十章 中国的诉讼与非诉讼程序法律制度	(304)
第一节 刑事诉讼法律制度	(304)
第二节 民事诉讼法律制度	(315)
第三节 行政诉讼法律制度	(327)
第四节 非诉讼程序法律制度	(335)
第十一章 “一国两制”与特别行政区法律制度	(344)
第一节 “一国两制”与特别行政区法律制度概述	(344)
第二节 “一国两制”条件下特别行政区法律制度的特点	(349)
第三节 特别行政区法律体系是中国法律体系的子体系	(356)
第四节 “一国两制”与中央守法护法	(363)
第五节 “一国两制”条件下不同法域的法制协调	(367)

第十二章 国际法与中国法律体系	(375)
第一节 国际法与中国国内法的一般关系	(375)
第二节 国际人权法与中国国内法	(391)
第三节 世界贸易组织法与中国国内法	(397)

第一章

中国法律制度概述

第一节 法律和法律制度的界定

法律制度的概念，涉及“法律”这个核心词。只有理解了中国人所说的“法律”的含义，才能对中国语境下的“法律制度”有全面把握。

一 中国语境下的法律与法律渊源

（一）何谓法律？

在西方语境下，不同法律学派对“法律”（Law）有不同的解释和观点，有些解释和观点甚至是截然相反的。例如，规范论的观点——以哈特为代表的现代西方法学中的法律实证主义者普遍认为，法是一个社会为着决定什么行动应受公共权力加以惩罚或强制执行而直接或间接地使用的一批特殊规则。又如，意志论的观点——法国卢梭认为：法不过是“意志的记录”；^① 德国法

^① [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1980年版，第51页。

哲学家黑格尔认为法即意志的表现^①。再如，事实论的观点——美国法学家卢埃林认为：法不是本本上的官方律令，法存在于官员或平民的实际活动中，特别是存在于法官的审判活动中。官员们关于争端所做的裁决就是法律。^②

在中国的古代汉语中，“法”与“法律”有自己的解释。据中国历史上第一部字书《说文解字》的考证，汉语中“法”的古体是“灋”。“灋，刑也，平之如水，从水；廌，所以触不直者去之，从去。”^③这一解释表明，古代中国的“法”和“刑”是通用的；“平之如水，从水”，表明法有“公平”的象征；“廌，所以触不直者去之，从去”，表明法有“明断曲直”的含义。据说廌是一种神兽，《神异经》称之为“獬豸”，其“性知有罪……有罪则触，无罪则不触”。

在中国古代，“法”除与“刑”通用外，还常与“律”通用。《唐律疏义》指出：“法亦律也，故谓之律。”“法”与“律”合起来作为“法律”这一合成词，在古代文献中偶尔出现过，但主要是近现代的用法。清末以来，经由日本而受西方大陆法系的影响和清末变法的需要，“法”与“法律”常常是并用的。

在当代中国，多数教科书里所定义的“法律”，是指由国家制定或认可并依靠国家强制力保证实施的，反映由特定物质生活条件所决定的统治阶级意志，规定权利和义务，以确认、保护和发展统治阶级有利的社会关系和社会秩序为目的的行为规范体系^④。在表现形式上，当代中国的“法律”一词有广义和狭义两种用法。广义的“法律”指法律的整体，是指中国法律体系中的所有法律规范文件。狭义的法律仅指全国人大及其常委会制定

① [德] 黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆 1961 年版，第 10、36 页。

② K. N. Llewellyn, *The Bramble Bush*, 1930, p. 3.

③ 转引自《梁启超全集》，北京出版社 1999 年版，第 1258 页。

④ 本书编写组：《法理学》（马克思主义理论研究和建设工程重点教材），人民出版社、高等教育出版社 2011 年出版，第 36 页。

的基本法律和法律。学理习惯上，中国学者往往把广义的法律称为“法”，狭义的法律称作“法律”。

（二）中国语境下的法律渊源

法律渊源（Sources of Law）又称为“法的渊源”，简称“法源”，是指法律的存在形式。法律渊源是一个多义词，它来自于罗马法的 Fontes Juris，本意是指法的源泉。在 18 世纪布莱克斯通的《英国法释义》一书中尚未使用“法律渊源”一词。19 世纪时，奥斯丁在《法理学的范围》（1863 年）一书中较早使用了“法律渊源”的概念，用来表明法律规范所由以产生的渊源在于主权者。克拉克在他 1883 年出版的《法理学》中，把“法律渊源”区分为“法的内容所由产生的渊源和为认识法所提供的资料”两种，前者为“Sources of Law”，后者为法律形式“Forms of Law”。^① 这里的区分把法律渊源视为法的权威、效力的来源等实质性渊源，以及法的历史和内容的渊源；法律形式则被视为法的存在方式，包括成文法和习惯法等。

中国学者对于法律渊源从不同角度进行了分类，如形式渊源与实质渊源，正式渊源与非正式渊源，直接渊源与间接渊源，主要渊源和次要渊源等等。这些分类都有各自的合理性和科学性，同时也有某些局限性。事实上，各个国家、各种文化的法律发展是相异其趣的，没有统一的模式可以简单概括或者描述出各个不同类型法律发展的历史过程。法律渊源是各国和各种法律文化发展的组成部分，当然也不可能有简单统一的发展方式。

当代中国的法律渊源是指直接法律渊源，主要包括宪法、法律、行政法规、地方性法规和条约等。

1. 宪法（Constitutional Law）

在绝大多数成文法国家，宪法是国家的根本法，在国内法体系中具有

^① [日] 高柳贤三：《英美法源理论》，杨磊等译，西南政法学院 1983 年内部出版，第 1—3 页。

最高法律效力，是法的最根本最集中的渊源。中国现行宪法渊源主要由1982年颁布的《中华人民共和国宪法》和1988年、1993年、1999年、2004年对该宪法的修改补充（共有31条修正案），以及有关宪法性法律组成，包括《组织法》、《选举法》、《民族区域自治法》、《香港特别行政区基本法》、《澳门特别行政区基本法》、《国旗法》、《国徽法》、《国籍法》、《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法》等。宪法是中国的根本法，具有最高的法律渊源地位和效力地位。一切法律法规都不得同宪法相抵触。宪法的这种地位，一是由它规定的是国家基本生活、基本制度和公民基本权利义务的内容决定的；二是因为它是国家其他法律渊源产生的基础，是制定其他法律的根本依据；三是它要经过严格的修改程序，即由全国人大常委会或者1/5以上的全国人大代表提议，并由2/3以上的全国人大代表通过，才能修改。

中国宪法最高渊源的法律效力主要体现在宪法解释和监督方面：

- （1）宪法规定全国人大常委会负责解释宪法和监督宪法实施。解释宪法主要通过全国人大或全国人大常委会在所制定的立法中阐释宪法的基本精神和有关规定的含义，或者以决议、决定等形式解释宪法。
- （2）全国人大有权改变或者撤销全国人大常委会不适当的决定，撤销全国人大常委会制定的同宪法相抵触的法律。
- （3）全国人大常委会有权监督国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院的工作；撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令，撤销省、自治区、直辖市的人大及其常委会制定的同宪法、法律、行政法规相抵触的地方性法规和决议。

中国宪法最高渊源的法律效力在实行“一国两制”方针的情况下，对于香港特别行政区、澳门特别行政区也有例外。这是在特别行政区实行资本主义制度所必需的，而且是在内地坚持社会主义为主体，在《中华人民共和国宪法》基础上的例外。香港特区和澳门特区基本法是根据《中华人

民共和国宪法》制定的，符合宪法的规定，在这个前提下，特别行政区立法涉及的内容仅以基本法的规定为依据，特区立法机关制定的任何法律不得同基本法相抵触。就法律的效力渊源而言，基本法没有要求特区的全部立法不同宪法相抵触，这就体现了特区法律渊源的高度自治，从法源上保证了“一国两制”的贯彻实施。

2. 法律 (Law)

在一般意义上讲，英文的“Law”具有两种含义：一是指某种社会规范秩序，二是指在自然或者社会的进程中普遍存在的规律。前者通常称为“规范的法”，后者则称为“描述性法则”或者“科学规律”。有些中国学者把“Law”分为“法”和“法律”，认为它们是不同的层次的两个概念，“法”高于“法律”且指导“法律”，因此“法”是“法律”的实质性渊源。但是，在法的形式渊源意义上，“Law”实际上同时具有“法”和“法律”的含义，两者并无截然区别。

中国宪法把全国人大及其常委会制定的立法规范性文件规定为位阶次于宪法的法律渊源，包括“基本法律”和“法律”。在同一部宪法中，使用了“基本法律”和“法律”两级不同的渊源概念，前者用于表述全国人大制定的法律，后者用于表述全国人大常委会制定的法律。宪法规定，全国人大制定和修改刑事、民事、国家机构和其他的基本法律；全国人大常委会制定和修改除应当由全国人大制定的法律以外的其他法律，在全国人大闭会期间，全国人大常委会有权对全国人大制定的法律在不同该法律基本原则相抵触的前提下进行部分补充和修改。

从对中国宪法规定的法律渊源观察，作为法律渊源的基本法律和法律是存在明显区别的，表现为：（1）制定机关不同。基本法律由全国人大制定，法律由全国人大常委会制定。在中国，立法机关的法律地位通常是决定其所立之法的效力等级的根本因素，法律地位高者，其立的法的效力地位也就高。（2）内容不同。基本法律调整和规范国家的基本制度、基本社

会关系，规定公民的基本权利和义务；法律通常则没有规范“基本”内容的权力。（3）效力不同。法律的制定不得同基本法律相抵触；常委会对基本法律的部分补充和修改也只能在不抵触的条件下进行。但是，在宪法的这一规定以及其他相关的规定中，又存在与上述理解相悖的现象，这种现象也可有另一种解释。

在上述宪法条款规定的表述中，全国人大一方面有权制定“基本法律”，另一方面全国人大常委会有权制定和修改除应当由全国人大制定的“法律”以外的……在同一条文中，全国人大制定的同一类规范既被称为“基本法律”，又被称为“法律”，两者在法律渊源的概念使用上被混为一谈。另外，宪法规定，国务院、省级地方人大有权在不同宪法、法律相抵触的前提下制定行政法规或者地方性法规。这里不抵触的只有“法律”，而没有“基本法律”。因此有人认为，不能把中国宪法规定的“基本法律”和“法律”分开来理解或者解释，它们是一个整体，是一个概念。这种看法是缺乏说服力的。如果两者是同一个概念，那么宪法使用“基本法律”一词就成为多余；如果在法律渊源意义上两者是不可分的，那么，就不能使用全国人大常委会制定的“法律”同全国人大制定的“基本法律”相抵触的立法表述，因为它们是一回事，自己不可能同自己相抵触；如果它们不是一回事，那么，两者出现抵触时，在渊源上如何区分。由此导致我们在实践中面临的一个问题是，《香港特别行政区基本法》和《澳门特别行政区基本法》的法律渊源地位，是属于“基本法律”还是“法律”？如果属于基本法律，宪法中没有关于不抵触基本法律的规定，是否意味着香港特区的立法可以同基本法相抵触（这种可以抵触的理解显然不对）。如果属于法律，那么基本法的法律渊源地位又如何同其他法律相区别。

3. 行政法规（Regulation or Rule and Delegated Legislation）

按照西方传统的权力分工理论，权力机关（议会）是汇集人民意志

的机关，负责代表人民制定法律；行政机关即法律的执行机关，负责严格执行议会制定的法律；司法机关居于“中间人”的地位，根据公正原则负责把法律适用到具体司法案件。在传统分权理论上，行政机关和司法机关是没有立法权（Legislative Power）的。行政机关为了执行法律，可以根据宪法和法律规定的职权制定行政规则（Rule-making）。在法律渊源上，行政规则可以有多种名称，如称为行政命令、行政决议、行政规定或者行政规章等等。

宪法明确规定，国务院有权制定行政法规。行政法规的法律渊源地位在宪法、基本法律和法律之下，地方性法规之上。制定行政法规要以宪法、法律为立法依据，且不得与之相抵触。地方性法规不得同行政法规相抵触。行政法规制定权可以涉及的范围十分广泛，主要有：全国行政工作的管理权，领导和管理全国经济、教育、科学、文化、卫生、体育、计划生育、民政、公安、司法行政、监察、国防建设，对基本人权的具体保障等等。根据《立法法》的规定，国务院制定的行政法规，可以就下列事项做出规定：（1）为执行法律的规定需要制定行政法规的事项；（2）宪法第 89 条规定的国务院行政管理职权的事项。

国务院根据全国人大常委会的特别授权，进行授权立法。1978 年以来，全国人大常委会对国务院的立法授权，共有三次：第一次，1983 年授权国务院修改和补充关于安置老弱病残干部暂行办法和关于工人退休退职暂行办法；第二次，1984 年授权国务院制定和发布税收暂行条例；第三次，1985 年授权国务院制定有关经济改革和对外开放工作的暂行规定和条例。这些授权是在中国立法处于恢复和起步发展阶段、全国人大及其常委会的立法不能满足改革开放的发展需要情况下出现的，以后已不采用这种授权立法方式，而改为“法条授权”。所谓法条授权是指立法机关在其制定的法律中，运用其中的法律条款，将某项或者某些立法职权授予有关主体。在中国，法条授权比较灵活方便，针对性强，但是也存在随意性较大、难以

监控等弊端。

4. 地方性法规 (Local Law and Regulation)

由享有地方立法权的机关制定的在地方特定区域适用的规范性法律文件,称为地方性法规。地方性法规在联邦制国家和单一制国家的法律渊源表现形式不尽相同。联邦制国家的成员邦或州与联邦政府是分权关系,享有较大的立法权。在法律渊源上,它们可以制定邦或州的宪法以及其他内容广泛的地方性法律和规定。单一制国家的地方与中央是授权与被授权的关系,地方有无立法职权以及有多少立法职权,完全由中央政府以宪法或者法律加以规定。因此,在法律渊源上,并不是任何单一制国家都有地方性法规作为该国法律渊源而存在。允许制定地方性法规的国家,其权限范围也不尽相同。

在当代中国,广义地讲,作为法渊源的地方性法规包括各级有地方立法权的人大及其常委会制定的地方性法规(狭义的)、地方的授权立法、自治条例、单行条例、特别行政区的立法等。根据中国宪法、基本法、组织法或者有关授权法的规定,享有地方立法职权的机关有:省级人大及其常委会,省会市的人大及其常委会,较大市的人大及其常委会;因特别授权取得立法职权的市的人大及其常委会,特别行政区的立法机关,民族自治地方的人大。

《宪法》第116条规定,民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点,制定自治条例和单行条例。根据宪法和民族区域自治法的有关规定,民族自治地方的人大享有的立法职权包括两个方面:一是与其他非民族自治地方的人大享有同样的职权,包括以制定地方性法规或其他形式讨论并决定本行政区域内的政治、经济、教育、科学、文化、卫生、民政和民族工作的重大事项;二是民族自治地方的人大享有的诸多自治立法职权。

一般认为,在法渊源的意义上自治条例和单行条例(简称“自治法

规”)与地方性法规是有区别的,不宜将它们混为一谈。两者的主要区别是:(1)主体不同。地方性法规的立法主体是享有地方性法规制定权的各级人大及其常委会;自治法规的制定权由民族自治地方的人大行使,但自治州、自治县的人大也可以行使该项权力。(2)立法依据不同。制定地方性法规的要求是“在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下”,根据本行政区域的具体情况和实际需要;民族自治地方的人大则是根据当地民族的政治、经济、文化特点,制定单行条例和自治条例。制定自治条例无“不抵触”的条件要求或限制。(3)立法程序不同。地方性法规需要经过备案程序,省会市和较大市的法规,报全国人大常委会批准后生效;自治州、自治县的自治法规,报省或自治区的人大常委会批准后生效,并报全国人大常委会备案。

作为法律渊源的自治法规的最大特点还在于,它可以变通法律和法规。所谓变通,是指在具体贯彻法律、法规的过程中,在坚持法律法规的基本原则和精神的前提下,以制定自治法规等形式,对于特定的地方或特定的人可以灵活适用法律、法规。

香港和澳门两个特别行政区享有更大的地方立法权。凡是属于特区自治范围的事项,其立法机关都有权制定法律。在香港特别行政区,其法律渊源主要有:香港特区基本法、立法会制定的法律,以及普通法、衡平法、从属立法和习惯法等;在澳门特别行政区,其法律渊源主要包括:澳门特区基本法、立法会制定的法律、行政长官颁布的行政法规等。

5. 条约 (Treaty)

在国际法上,条约有广狭不同的两种定义。狭义的条约是指以“条约”为名称的国家之间的协定。广义的条约,按照1969年《维也纳条约法公约》的规定,是指“国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定,不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内,亦不论其特定名称如何”。在法律渊源上,条约的适用涉及与国内法的关系,即国际法与国内法的关系。

对于条约与宪法的关系,意大利法学家卡塞西认为各国宪法的情况大