

Forum on Contemporary Legal Focus

主 编
王 瀚

副主编
王小承

当代法学热点问题研究

西安地图出版社

当代法学热点问题研究

Forum On Contemporary Legal Focus

顾 问 赵 威

主 编 王 瀚

副主编 王小承

编 委 (以姓氏字画为序)

马海明 王小承 陈胜

肖光亮 胡振军 薛宁

西安地图出版社

图书在版编目(CIP)数据

当代法学热点问题研究/王瀚主编. —西安:西安地图出版社, 2000. 8

ISBN 7-80545-895-2

I. 当... II. 王... III. 法学-研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 68448 号

当代法学热点问题研究

王瀚 主编

西安地图出版社出版发行

(西安市友谊东路 124 号 邮政编码 710054)

新华书店经销 西安市德力彩印厂印刷

850×1168 毫米 1/32 开本 18 印张 378 千字

2000 年 8 月第 1 版 2000 年 8 月第 1 次印刷

印数:1-2000

ISBN 7-80545-895-2/D·4

定价:30.00 元

序

自党的十一届三中全会决定实行改革开放政策以来,我国的现代化建设取得了巨大成就,国际地位迅速提高。在加速发展的同时,通过实践我们认识到,市场经济是法治经济,我国的法制建设随着经济体制改革和对外开放政策的进一步实施,必然要进一步地变革和完善建国以来颁布的一些法律、法规、法令和条例,有些已经不适应经济体制的发展而应予以废除;有些法律、法规和条例随着我国市场经济的发展和变化需要不断地修订使之完善;我国缔结和参加了很多国际条约和协定,特别是我国即将加入世界贸易组织,需要颁布一系列新的法律、法规和条例,以与国际接轨。应该说,我国现行的法制是社会主义初级阶段的法制,是不断发展和完善的法制。

在我国的法制建设过程中,不可避免地会产生许多实践过程中急待解决的问题,即所谓的“热点”问题,摆在我国法学界面前的紧迫任务,就是要研究和解决不断出现的“热点”问题,本书就是适应这一形势的产物。

本书的作者主要是在校学习的研究生,这些研究生在学习和实践过程中,积极地收集资料,在导师们的指导下,对一些“热点”问题加以研究和探讨取得了一定的成绩。参加论文撰写的还有公、检、法实务部门的一些青年法律工作者,他们在学校毕业后经过多年的司法实践,既有理论基础,又有实践经验,论文的内容更多地触及到司法实践中的问题。因此,这些论文对学习研究法律的同志有一定参考价值。综观本书的论文,涉及面很广,它既涉及到法理学、刑法学、民商法学、诉讼法学各个领域,也涉及到国际公法学、国际私法学、国际经济法学各个领域,更重要的是,这些论文所研究和探讨的是这些法学领域中的“热

点”问题,如保障立法、司法公正、职务犯罪、物权、夫妻财产制、精神损害赔偿、信用证、外贸代理、预签和倒签提单等问题,这些问题的探讨和研究对我国的法制建设是很有裨益的。他们的这些研究成果令人欣慰,他们代表着我国法学界的明天。

总之,该书的出版是一件大好事,它说明我院研究生有一种刻苦努力和深入钻研的精神,说明他们有一种积极向上的精神。研究生们的这些研究成果,不论对法学界还是对司法部门都有一定的参考价值。法学界后继有人,后生可畏。

刘振江

中国国际私法学会副会长
西北政法学院教授
2000年4月10日于西安

目 录

序.....	(1)
--------	-----

法理学 宪法学篇

论授权立法的控制.....	王仰文(2)
社会保障立法问题的若干思考	李瑰华 张炜达(10)
浅议司法权的责任制约	王渊 赵三吉(15)
检察权运作之思考	刘军(21)
当前我国反腐败斗争若干问题	
——兼谈法治道路上的若干障碍 ...	彭新华 贺利平(28)
对当前中国司法改革的几点思考	张媛(35)
监督者权力的限制与司法独立的实现	刘兴平(42)
监督机制与廉政建设	
——从雅典贝壳放逐法说开去	任亚爱 李巍(46)
实现司法公正的思考与对策	张丽华(52)
建立法治国家应实行司法独立	郭锐 孙婧(61)
试论法律适用中法律解释存在的必然性	
.....	张鸿霞 张小军(68)

民商法学篇

浅议精神损害赔偿	张曦 李玉莲(75)
论损害赔偿制度在夫妻关系中的运用	赵江红(83)
夫妻财产制初探	路兴 李建华(90)
论分居法律制度	张小勇 李春荣(98)

自然人所有权和公司法人所有权的比较研究	陈昌雄 孙玉红(104)
试论物权优先力和物权之间的优先效力问题	杜兆丰 徐林豹(112)
论定金与相近概念的界定	车辉(119)
试析新《合同法》中的预期违约与不安抗辩权	肖光明 任玉红(126)
民事法律关系实际运用探究	黄晓华 席晓娟(134)
饭店合同法律制度研究	陈胜(140)
把握纠纷实质廓清错误认识	
——医患关系法律属性浅析	孟俊红(152)
试论我国公司法的完善	
——小股东自益权之保护	惠建利(160)
股份有限公司小股东股权的保护	
——兼论我国《公司法》的完善	彭立峰(167)
股份有限公司中的监事会	
——兼析我国相关规定及实践	樊林 任志忠(174)
债转股过程中的有关法律问题初探	黄劲翔(182)
浅议有限合伙的法律	许军 刘凡(186)
国有企业公司化中的法律问题	陈芄(192)

刑法学篇

刑法与宪法

——从权力与权利配置的角度分析	
.....	裴王建 谢菁菁(202)
对新刑法职务犯罪立法的若干问题的探讨	
.....	董丽静 周蔚(211)

论新刑法中的贪污罪主体	申永梅 张莉(220)
有组织犯罪的治安抗制	朱旭光 舒洪水(226)
浅谈错误论中的“打击错误”	刘永强(236)
交通肇事罪中“因逃逸致人死亡”一语初探	
.....	谢诚 余航(242)

行政法学·经济法学篇

行政法基础论之我见

——关于《现代行政法的平衡理论》概念评析	
.....	陈光辉 王恽(249)

行政法的理论基础

——一个虚构的神话	詹福满 韩书君(255)
我国《行政复议法》的几个主要问题	王云亮 王江桥(262)
新世纪的呼唤:我国需要完善国家赔偿制度	
.....	张宏民 费公驰(268)
浅论存款保险制度及我国的实践	周亦鸣(276)
分期付款房屋买卖中的法律问题	涂远国 杨琴(284)
论商业秘密的法律保护	时颖(293)
浅论房地产开发市场规范的几个问题	王新志(299)
中国国有企业劳动用工制度改革刍议	曹燕(304)

比较法学篇

我国《合同法》和 UNIDROIT PRINCIPLES、

CISG 要约定义之比较	薛宁 朱小华(313)
从国外民事法律中有关地役权的规定看	
中国物权立法	律璞 许晓英(319)

罗马私法物权法述评

- 兼与法、德民法典物权法比较 李燕 张新(326)
- 澳门与内地对非法物证(书证)的不同态度
..... 任维亮 张弘(335)
- 中美产品责任损害赔偿之比较 赵丽 张继红(343)
- 世界各国禁毒立法之比较 宋改平 厉海明(350)

诉讼法学篇

- 浅析审判独立原则 王俊 葛治花(358)
- 民事诉论审前准备程序探究 张弘 任维亮(366)
- 我国法院调解制度的反思与完善
——关于我国法院调解改革的方向 阿尼沙(374)
- 辩护律师在收集诉讼证据过程中存在的问
题的几点建议 焦悦勤(380)
- 试论我国律师制度的国际标准化 杜芳(387)
- 证人出庭问题之探讨 张奋鹏 盛茵(394)
- 证人拒证及对策探析 吴晓辉 王家兵(402)
- 积极研究沉默权制度,完善我国刑事诉讼法规 刘萍(409)

国际法学篇

- 论空中劫持 彭珂 刘莉(416)
- 浅谈国际私法的性质 邱彦 白春娟(422)
- 论最密切联系原则的发展和适用 刘蓓(428)
- 最密切联系原则评析 王秀英(436)
- 论确定国际民事管辖权之意义 孙尚鸿 蒲芳(442)
- 国际民事诉讼中保护性措施的域外执行问题 刘萍(451)

试析我国海上人身伤亡赔偿制度	
——对烟台 11.24 特大海难事件的几点思考	
.....	肖光亮 蒋薇(458)
预借倒签提单行为法律性质浅析	胡振军 胡卓林(465)
无单放货及其法律责任有关问题刍议	
.....	马海明 杨俊泽(473)
船舶优先与船舶抵押权之比较	杨党代(479)
保险赔偿金之有无	
——船舶优先权与船舶抵押权标的之比较	
.....	祝宁波 王爱霞(487)
遵循国际惯例完善国际贸易立法	
——由一则案例引起的对我国现行国际贸易	
法律法规的思考	刘继英(494)
论信用证法律关系中的基本原则	王峰(501)
一般信用证与备用信用证之比较	冯琳 余慧华(506)
信用证交易中瑕疵单据处理初探	马咏梅 黄保勇(513)
论外贸代理案件中的法律适用	赵士振 唐有斌(520)
联合国《电子商务示范法》与我国电子商务法	
律制度的探讨	王小承(529)
《联合国国际货物销售合同公约》与我国《合同法》的比较研究	
——兼论我国涉外货物买卖合同当事人的法律选择	
.....	赵海怡(536)
论国际货物买卖中的风险转移	李静 吕琴(542)

法
理
学

宪
法
学
篇

论授权立法的控制

王仰文*

一、我国授权立法的背景

授权立法(Delegated Legislation),又称委任立法或委托立法。对此的理解,由于历史背景和法律传统的差异,各国也不尽一致。但一般指“一个立法主体依法将其一部分法定立法权限授予另一个国家机关或组织行使,另一个国家机关或组织根据所授予的立法权限进行的立法活动”。^①

最早起源于西方的授权立法现在已成为一种普遍的立法现象。它的兴起与发展是资本主义社会经济发展,社会生活的日益复杂,需要调整的社会关系增多的结果。授权立法的产生极大地冲击了严格的三权分立经典理论。传统的三权分立学说认为,国家权力可分为行政权、立法权和司法权,并分别由行政机关、议会和司法机关来行使,相互制约,以期达到各权力之间的均衡态势。其中立法权只能由代表人民意志的立法机关来行使,不得授予他人。“立法部门、行政部门和司法部门拥有的权力是人民授给他们的,既然这三个部门是人民所授的立法权、行政权和司法权的接受者,那么它们就必须是这种权力的惟一所有者。”^②实际上,三权分立学说作为权力配置的需要是最终决定于资产阶级政治、经济发展的需要的,也正因为如此,实践中的三权关系并不像早期资产阶级思想家所描述的那样严格界分。相反,三权从未也根本不可能完全分开。三权总是要被基

* 西北政法学院硕士研究生

① 张根大等著,《立法学总论》,法律出版社,1991年,第212页

② 施瓦茨著,徐炳译,《行政法》,群众出版社,1986年,第31页

于各种需要联系起来,立法机关也不得不把部分具体立法权让渡于行政机关或其他机关去行使。

授权立法自在西方产生后,特别是在 20 世纪以后,由于社会立法的迫切要求,得到了普遍的承认。在我国则是在 1955 年才逐步形成发展起来的。“五四”宪法只规定全国人民代表大会“修改宪法、制定法律”,全国人民代表大会常务委员会“解释法律、制定法令”,当时的全国人大常委会尚没有制定法律的权力。随着社会的发展,经济生活中的社会关系又急于用法律来调整,每年一次的全国人民代表大会难以满足立法的需要,于是在 1955 年的一届人大二次会议决议中,授权全国人大常委会制定某些单行法规,开辟了立法机关内部授权的先河。1979 年以后,我国的地方组织法颁布,立法工作步入正轨。但全国人大及其常委会制定的法律较为原则,为保护法律的有效实施,才逐步授权国务院和地方权力机关对法律加以具体化或加以补充。实际上,“中国立法体制中的委任立法权,主要或基本上是由国务院行使的”。^①

从总体来看,我国的授权立法与现今西方各国通行的做法并没有原则的不同。尽管我国的权力机关是行使立法权力的主要机关,但这也并不意味着行政机关就不能立法。从实际需要和长远发展来看,这种形式还是不可或缺的。因为建立和完善社会主义市场经济体制要有一个过程,要形成一个比较完备的法律体系,还有一些市场急需的法律,如社会保险法和若干税法,立法条件仍不成熟,仍需国务院先制定行政法规,等条件成熟后再上升为法律。

二、授权立法的限制

^① 许崇德,皮纯协主编,《新中国行政法学研究综述》,法律出版社,1991 年,第 235 页

发展中的授权立法,对于调整社会经济关系,及时化解矛盾和冲突有着重要的作用。同时,近二十年来的授权立法的现状仍是比较混乱的。立法权限交叉、重叠现象严重,授权立法超出授权法定范围,违背了授权者的本意和目的。实践中暴露出来的问题,对社会主义市场经济和法制建设产生了负面影响。为此,刚通过的立法法对我国的授权立法作了必要的限制。

(一)授权立法权限。明确界定立法权限是完善授权立法的前提和基础。立法法中对授权立法的立法权限的界定是较为明确的。我国《立法法》第9条规定,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定,授权国务院可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规,但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。这样的规定在客观上有利于加快立法步伐,也有利于立法的及时修改和补充,提高了授权立法的可操作性,在极大程度上保护了公民的人身权利。

(二)授权立法的目的和范围。授权立法的目的是所立之法的宗旨和灵魂,是基于授权而形成的,或是为了加快立法的步伐,或是为了使立法及时得以修改和补充,或是出于加强立法的可操作性等等,都是授权主体在迎合现实客观需要的基础上作出的,并通过授权立法进一步表达出来,对所立之法进行宏观指导。为此授权决定应当明确授权的目的,以使被授权机关严格依照遵行。其次,授权决定也应明确授权立法的范围。西方法学家普遍认为,如果议会在授权中没有明确授权的,未规定任何标准制约授予之权,那么就等于向行政机关开出了一张“空白支票”,行政机关可以制定法规,其结果必然使议会的立法权遭到侵犯。授权范围原则性规定,造成实践中理解偏差,执法中的扭曲和变形,致使所立之法违背了授权本意和目的。因此,“理所当然,国会授权给行政机关时,必须规定它们行使这些权力的标

准。”^①授权机关有权撤销被授权机关制定的超越授权范围或者违背授权目的的法规,必要时可以撤销授权。为使授权的范围更为明晰,我们认为,在授权决定中不妨采用行政诉讼法受案范围的规定模式,即采用列举和排除限制并用的方式,既使权限范围的明确化,又使授权立法受一定限制。

(三)次级委任立法的否定。次级委任立法(Sub-delegated legislation),在英国指“根据授权法的规定具有委任立法权的机关可以再授权其他机关行使有关的委任立法权力,所以有时也称为再委任立法。次级委任立法只在法律有规定时为限”。^②也就是说,从理论上和实践中看,英国的次级委任立法如无规定,不得为之。从理论上来说,“立法者的任何授权行为都意味着立法权的有条件的转移”。^③而且由于立法权被层层授予后,有可能削弱权力的影响力,甚至产生权力的变异。在没有原授权机关明确的允许情况下,为提高立法质量,保证授权立法的正常运行,被授权者不得再行授权。我国立法明确规定,被授权机关不得将该项权力转授其他机关。从法律上否定了被授权机关的再授权。

(四)部门立法的控制。由于现代经济科技的发展,立法的内容具有的专业性、技术性越来越强,立法机关无法满足大量立法需求;另一方面,行政机关及其工作人员拥有授权机关所不具有的专业知识和经验。立法机关在难以胜任专业技术性很强的法律任务时,便将法律草案交由各行政业务部门起草。现阶段经济利益多元化,经济上的利益冲突加剧,不同的经济利益产生不同的立法需求。法律的背后是经济利益,各业务部门难免将立法看作部门间权力和利益的再分配,在现有法律、法规不完备

① [美]施瓦茨著,徐炳译,《行政法》,群众出版社,1996年,第31-32页

② 王名扬著,《英国行政法》,中国政法大学出版社,1987年,第112页

③ 孙潮著,《论立法技术》,浙江人民出版社,1993年,第185页

的情况下,作有利于本部门的立法或解释。如宪法第 90 条,立法法第 71 条,均规定国务院各部、委等可以根据国务院的行政法规、决定、命令,在本部门权限内,制定规章。对于此处的“本部门的权限”,各部、委等诱于功利,会尽量扩大本部门的权力和利益,致使草案部门的倾向严重。对此我国立法法规定了两种控制模式。一是在授权立法的起草过程中,起草单位要以座谈会、论证会、听证会等多种形式听取有关机关、其他组织和公民的意见,各方面对草案主要问题的不同意见要报送授权机关法制机构进行审查。客观来讲,这种征求意见的作法因其缺乏程序保障和透明度也有一定的局限性,如在征求法规草案的意见时,选择谁为对象,在起草时采纳和取舍实际上都无不包含着起草单位以及调查对象的分配者自身利益考虑。二是部门规章间对同一事项的规定不一致的,由授权机关予以裁决,视情况并予以改变或者撤销。总体上,这种控制对于防止部门倾向,减少立法竞合或冲突,纯净立法环境都是很有积极作用的。

三、授权立法的监督

1980 年以前,我国的立法权高度集中,法律均由全国人大及常委会制定,立法监督的必要性不大。但此后,国家立法权下放,使得立法主体多元化,特别是近期以来,授权立法一直比较活跃,为保持立法权一定程度的集中和统一,立法监督成为一种必然要求。长期以来,“尽管我国已形成至少在形式上形成了多层次的立法监督体系,立法监督在我国法律上有这么一种精神和构架,但作为一种制度,目前并没有形成。”^①

我们认为,授权立法的根据或者说其直接依据是立法机关

^① 李步云,汪永清主编,《中国立法的基本理论和制度》,中国法制出版社,1998 年,第 368 页

的授权,而此授权包括了两个方面的内容,即立法权限的有限授予和立法内容的明确规定。因此对授权立法的监督也理应从此出发。

(一)特定立法权的授权和行使。这里主要涉及到授权立法的主体,(包括授权主体和被授权主体)的资格问题。授权主体为有立法权的机关,而被授权主体在实践中却并没有限制在有立法权的主体范围内。如《建制镇规划建设管理办法》第49条规定:省、自治区、直辖市人民政府、建设主管部门根据本办法制定实施细则,而根据宪法和组织法的有关规定,省级政府的业务部门是无此立法权的。我们认为,这种形式的授权是不符合法律规定和现实需要的,从提高授权立法的质量,防止权力的过度分散,维护法制的整体统一出发,对无立法权的被授权主体应取消其成为被授权主体的资格,授权主体也应把需要授予的立法权赋予有立法资格和条件的有关主体。

(二)授权立法内容和范围的监督。在西方,授权立法的内容不得违背授权决定或被授权机关应当遵循的其他法律要求,行政管理法规的内容超过或违背授权法的范围是实质上的越权;同时,议会的具体授权法和国家的有关法律中也都有关于行政机关制定法规的程序性要求。防止授权下立法权的滥用,出现法规与授权目的和意图相悖的现象,并作为议会或法院对行政机关所立之法进行审查时的依据。相比之下,在我国国家立法机关对授权立法的监督和审查显得力不从心,在更大的程度上是依赖于法院的。从理论来说,授权立法是具有双重性的,授权立法机关原则上不具有这种立法权利,所制定的法规多属执行性、补充性或管理性,从这个意义上说,它是一种执行委托机关的授权法律的执行活动,所以要受到上级机关监督和法院的司法审查。

基于国家权力的分工,现行法律将授权和授权立法排斥在