

国家治理现代化视角下的《立法法》修改

徐向华*

目次

- 一、《立法法》修改的国家治理新视角
- 二、国家治理体系现代化与立法权力的合理配置
- 三、国家治理能力现代化与立法程序的优化设置

关键词 国家治理 《立法法》 法治建设 制度升级 立法权限 立法程序

《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)已施行 14 年有余。作为一部设定、规范立法体制和制度的重要法律,《立法法》在中国法律体系形成过程中的确起到了“桁架”的作用。它第一次以基本法律的形式明确了国家的立法体制,确立了立法权限、立法程序、法律解释、法律监督等一系列立法制度,为立法活动划出了规矩方圆。《立法法》的实施,以国家立法的方式推进了中国立法的规范化,使立法活动逐步驶入制度化、民主化和科学化的轨道。

2011 年 1 月 24 日,时任全国人大常委会委员长吴邦国宣布:到 2010 年底,中国特色社会主义法律体系形成,^[1]国家各个方面实现有法可依。^[2]《立法法》可谓完成了它的阶段性的目标,尤其在维护法制统一、规范立法活动方面做出了不可磨灭的历史贡献。然而,“在以历时性问题但共时性解决为基本特征的中国社会”,^[3]《立法法》的出生必然携带着不完美的基因。^[4]与此同时,基

* 上海交通大学特聘教授、法学博士。上海交通大学凯原法学院林彦副教授、2011 届法学博士生季嘉参与了本文的前期讨论和资料收集,在此致以诚挚谢意。

[1] 参见吴邦国:《在形成中国特色社会主义法律体系座谈会上的讲话》(2011 年 1 月 24 日)。

[2] 参见吴邦国在第十一届全国人民代表大会第四次会议上所作的《全国人民代表大会常务委员会工作报告》(2011 年 3 月 10 日)。

[3] 引自郑成良:《解码:善治的社会参数》(2012 年 2 月 20 日在上海交通大学核心通识课程《规则与善治》的授课视频,未公开)。

[4] 参见徐向华、林彦:《我国〈立法法〉的成功与不足》,载《法学》2000 年第 6 期;杨利敏:《我国〈立法法〉关于权限规定的缺陷分析》,载《法学》2000 年第 6 期;胡锦涛:《立法法对我国违宪审查制度的发展与不足》,载《河南省政法管理干部学院学报》2000 年第 6 期;周永坤:《法治视角下的立法法——立法法若干不足之评析》,载《法学评论》2001 年第 3 期;上官丕亮:《立法法对行政立法程序规定的缺陷及其完善》,载《行政法学研究》2001 年第 3 期;孙潮、徐向华:《论我国立法程序的完善》,载《中国法学》2003 年第 5 期。

于我国经济社会发展水平发生的深切变化,更缘于正始于足下的全面深化改革之路,《立法法》必须与情境和行动同步,完成阶段性的与时俱进,以更好回应并保障迫切的“良法与善治”的时代需求。由此,《立法法》的修改于2013年10月底正式进入《十二届全国人大常委会立法规划》,^[5]相关法律修改案将于今年8月进行初次审议。^[6]

一、《立法法》修改的国家治理新视角

《立法法》改什么,怎么改?这是一个见仁见智的问题,^[7]又是决策者迫切需要回答的问题。尽管修法的结果必然涉及具体立法制度的立与废、存与改,然而,若在谋划阶段便完全专注于某一或某些制度是否“换代”和如何“升级”,则可能只见树木、不见森林,或者仅解近忧、未消远虑。因此,《立法法》的修改理当具有更为宏观的视角。

党的十八届三中全会于2013年11月12日通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)明确提出,“全面深化改革的总目标是完善和发展中国特色社会主义制度,推进国家治理体系和治理能力现代化”。这一全新政治理念的提出,极大地丰富了完善和发展中国特色社会主义制度目标的内涵和要求,对包括法治在内的中国未来整个社会主义现代化来说,无疑具有十分重大而极其深远的理论和现实意义。藉此,以国家治理现代化^[8]的视角来统领《立法法》的修改当属题中之义。

“国家治理是现代国家所特有的一个概念,是在扬弃国家统治和国家管理基础上形成的。”^[9]一定意义上看,国家治理的过程就是权力运行的过程。“在高度一元化状态下,最高权力的指令构成全体行动的纲领,社会听命于政治,而政治一统。”^[10]这种情形下的治理当然仅仅需求并强化政治的单向度,无所谓国家治理体系的优化与国家治理能力的提升。

国家治理的现代化首先源于对多元利益的正当分配。其通过国家治理体系和治理能力的现

[5] 《十二届全国人大常委会立法规划(共68件)》,载中国人大网(2013年10月31日,http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/sywxw/2013-10/31/content_1812101.htm)。

[6] 《全国人大常委会2014年立法工作计划》(2013年12月16日第十二届全国人大常委会第十四次委员长会议原则通过,2014年4月14日第十二届全国人大常委会第二十一次委员长会议修改),载中国人大网(2014年4月17日,http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/2014-04/17/content_1859742.htm)。

[7] 概括而言,呼声较大的修改重点包括:全国人大与其常委会之间立法权限配置的“合宪化”、授权立法的进一步规范、地方立法权的改革以及立法程序的完善等。详见焦红艳:《争议立法法修改》,载《法治周末》第194期,见法律周末网(http://www.legalweekly.cn/index.php/Index/article/id/3951);王丽娜、张舟逸、辛颖:《立法法走向》,载《财经》2014年第9期;《王翠凤等代表:建议修改立法法》,载《检察日报》2013年3月18日,第6版,见检察日报网(http://newspaper.jcrb.com/html/2013-03/18/content_122553.htm);郑毅:《立法法修改应重点关注地方立法权改革》,载《检察日报》2014年6月9日,第6版;张琼辉:《修改立法法适度扩大地方立法权》,载《法制日报》2014年4月14日,第13版;阿计:《修改立法法 明确立法立项论证程序》,载《河南法制报》2009年1月13日,第13版;前注[4],孙潮、徐向华文。

[8] 在《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》首次提出“推进国家治理体系和治理能力现代化”之后,学界概括为“国家治理的现代化”,并冠以“第五个现代化”。参见何增科:《怎么理解国家治理及其现代化》,载《时事报告》2014年第1期;许耀桐:《应提“国家治理现代化”》,载《北京日报》2014年6月30日,第18版;沈国华:《国家治理现代化的三大趋势》,载齐鲁晚报网(2014年7月30日,http://www.qlwb.com.cn/2014/0730/175138.shtml)。

[9] 何增科:《怎么理解国家治理及其现代化》,载《时事报告》2014年第1期。

[10] 许章润:《从政策博弈到立法博弈——关于当代中国立法民主化进程的省察》,载《政治与法律》2008年第3期。

代化,最大限度地调动政权的所有者、管理者和利益相关者等多元治理主体的合作积极性并充分发挥各自的功能作用,进而形成自治与共治的良性互动,最终实现公共利益的持续增进和公共秩序的有效维护。因此,国家治理的现代化必须建立在多元主体的培育并形成和多元利益的分配、确认并保障的基础之上。

立法改革是国家治理转型中的关键环节。“法律是沟通国家和社会、政治秩序和民间秩序、政策性规则和关系规则的桥梁和中介”,^[11]因此,在现代化的国家治理进程中,应当主要凭借法律建构来确认权力结构和权利体系的合法性,以制度确认的方式为政治、经济、文化和社会秩序的转换提供符合民意的法律外壳,从而使经济等一整套秩序发生能动的转型。换言之,我国的国家治理转型机制应当从以经济改革为先导来塑成法律的追认模式,转变为以创制法律为路径来推动全方位改革的规范模式,引致治理者对新出现的经济利益和社会结构做出法律文本的阐释,“撞击”既有的法律框架,然后通过立法成果引导政府改革,使公权运行的效用目标与相关利益人的效用目标达致协调,进而实现全社会的可持续稳定和可持续发展。

因此,《立法法》的修改必须适应国家治理体系和能力的变化,国家治理现代化的转型也必须通过立法体制和制度的调整来完成自身正当性的确认和固化。一个国家的法治化程度越高,立法过程将越来越成为各种治理制度博弈、各种治理能力对比的主要平台,立法活动将越来越成为多元利益博弈、分配和平衡的重要机制,立法模式将越来越成为国家现代化治理的重要手段。由此,《立法法》修改的文本结果理应忠实展现国家治理体系、治理能力转型的真实状态和多元立法利益博弈的固化结果。

二、国家治理体系现代化与立法权力的合理配置

“国家治理体系是在党领导下管理国家的制度体系,包括经济、政治、文化、社会、生态文明和党的建设等各领域体制机制、法律法规安排,也就是一整套紧密相连、相互协调的国家制度。”^[12]具言之,现代化的国家治理体系是一个政府职能到位、边界清晰的权力治理体系,是一个严格按照“依法治国”原则运行的规则治理体系,是一个实现公民参与和自治的民主治理体系。^[13]对于一切治理体系而言,正义、效率、秩序、人道等是其存在的基本价值。但是,这些基本价值在不同治理体系中的构成“位阶”是不同的。在传统的国家治理体系中,秩序是首要价值,其他价值都存在并服务于秩序的维护。国家治理体系的现代化,要求将正义作为核心的目标价值。它是区分治理体系优劣的主要标准,更是推动治理进化的基本驱动力。其他基本价值则在正义的统辖下,在与国情、民情和社情相适应的前提下,审时度势地相融实现。

立法权是治理体系中权力配置和利益分配的本源。立法活动始终体现着对事权、财权、人事权等诸多权力及利益的分配和再分配,而立法规限制度就是对不同治理主体创制法规权力的配置。申言之,立法权的配置制度是对其他权力和各种利益之分配权的分配并规范。正义的第一要素就是实现分配正义。因此,要实现治理体系的现代化,必须牵住立法权限制度这个“牛鼻子”,抓住各种权益分配的本源,合理反映治理体系中各类主体的权力配比和职责归属,实现效率、秩序、人道等价值的动态平衡。正因为如此,《决定》在对立法方面提出三项改革举措时,将“落实税收法定原则”和“逐步增加有地方立法权的较大的市数量”作为其中两项具体的改革目标。^[14]

[11] 光华法学编委会:《〈光华法学〉第三辑》,西南财经大学出版社2009年版,第16页。

[12] 习近平:《切实把思想统一到党的十八届三中全会精神上来》,载《人民日报》2014年1月1日,第1版。

[13] 参见竹立家:《着力推进国家治理现代化》,载《党政干部论坛》2013年第12期。

[14] 详见《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》。

应该肯定,2000年起实施的《立法法》在配置立法权力上多有建树,中国特色社会主义法律体系的如期形成与之不无相关。然而,如前所述,我国立法权限制度的完善无疑需要进一步适应国家治理体系现代化的要求。《立法法》在立法权力分配方面存在的问题主要反映在以下三个方面。

首先,在处理“国家立法权”内部关系上显露出“制度性分裂”,即对“国家立法权”的两大行使主体——全国人大与全国人大常委会的立法权限划分,既“沿袭”又“突破”了1982年宪法的规定。所谓“沿袭”,指的是《立法法》第7条对国家立法权内部关系的规范完全“复制”了1982年宪法关于全国人大和其常委会分别制定、修改“基本法律”和“其他法律”的规定。^[15]所谓变相“突破”则主要表现为,虽然《立法法》第8条首次确立了全国人大及其常委会的“专属立法权”,并以列举和概括相结合的方式明确了只能由上述两大主体制定法律的十大类事项,然而,不容否认的是,该规定在厘清国家立法权与其外部的中央行政立法权、地方立法权之间关系的同时,却模糊了国家立法权的内部关系,将包括“刑事的、民事的和国家机构的”立法事项的制定权^[16]同时赋予了全国人大常委会,从而实质性地“变通”,至少“弱化”了宪法关于上述事项只能由全国人大行使制定权的限定。此外,《立法法》设定的法律解释权(第42条和第47条)、^[17]法律效力等级(第79条第1款)^[18]以及法律冲突裁决权(第85条第1款)^[19]等三项制度,也使得全国人大和全国人大常委会两者之间的立法权力配置不尽得当。

其次,在设计中央权力机关对同级行政机关的立法授权上凸显出“整体性粗疏”。应当肯定,相比较1985年的《全国人大关于授权国务院在经济体制改革和对外开放方面可以制定暂行规定的规定或者条例的决定》,《立法法》规范的立法授权制度,尤其第9条首次明确的“法律绝对保留”使得全国人大及其常委会对国务院的立法授权范围具有相对的明确性和可操作性。^[20]然而,授权立法制度的“整体粗疏”依然相当突出。其不仅表现为授权期限的不确定、^[21]授权效力的不

[15] 详见1982年《宪法》第62条和第67条的规定。

[16] 详见《立法法》第8条的规定。

[17] 《立法法》关于法律解释权和解释效力的规定使得全国人大常委会至少在此两方面获得了“母子倒错”上的合法性确认。其第42条关于“法律解释权属于全国人大常委会”的规定至少在字面意义上完全排斥了全国人大对其所立基本法律行使解释权;第47条进一步关于“全国人大常委会的法律解释同法律具有同等效力”的规定也肯定了全国人大常委会对由全国人大制定的基本法律所进行的解释在效力上完全等同于全国人大制定的基本法律。

[18] 变相肯定了“基本法律”和“其他法律”具有同等效力。由于《立法法》第8条将十大类事项笼而统之地概括为全国人大和其常委会都能创制“法律”的共有立法范围,因此,其第79条第1款“不得不”再次笼而统之的规定“‘法律’的效力高于行政法规、地方性法规、规章”,制度性地淡化“基本法律”与“其他法律”之间本应存在的效力等级,由此引发了2008年间关于全国人大常委会能否通过修改《律师法》而对全国人大制定的《刑事诉讼法》进行修改的广泛争议。

[19] 《立法法》第85条第1款规定,“法律之间对同一事项的新的—般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决”。此意味着,若基本法律与其他法律发生冲突时,全国人大常委会裁决适用其他法律完全是于法有据的。

[20] 该条规定,“本法第八条规定的事项尚未制定法律的,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”。

[21] 《立法法》第11条和第56条第3款仅对授权立法的期限进行了间接的规定。前者规定,一旦制定条件成熟,全国人大及其常委会应当“主动及时”地收回授权,后者则要求,国务院“应当及时”提请全国人民代表大会及其常务委员会收回授权。无疑,上述两项规定虽然表明授权立法并非无止境,但依然在授权立法期限上提出可操作的一般要求。

明确^[22]和授权监督的不严格,^[23]而且在授权范围上具有过于宽泛性和不严谨性,即有关“法律保留”立法事项的规定既狭窄又模糊。具体表现在两大方面:其一,关乎国家主权、国家机构的组织、民族自治等国家制度的立法事项尚未列入法律绝对保留的范围。其二,涉及公民基本权利限制的法律保留过于狭窄。“过窄”之一是对公民政治权利的法律保留不完整。即列为“专有”且绝对保留的事项仅限于对公民选举、言论等政治权利和政治自由的“剥夺”,换言之,若国务院的行政法规“限制”上述政治权利和自由的,则无须获得全国人大和常委会的立法授权。“过窄”之二是对公民财产权的保障不充分。一方面,《立法法》仅将“征收”非国有财产作为法律相对保留的事项,从而为授予国务院行使该事项的立法权预留了制度空间。^[24]另一方面,《立法法》对非国有财产同样进行国家干预和限制的“征用”未列为全国人大及其常委会的“专有立法”事项。其意味着国务院可以随时通过行政立法而“合法”地采用除征收之外的其他干预公民财产权的手段。“过窄”之三是对公民基本权利的绝对保留不到位。即禁止授权的立法事项仅限于“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”等,这同样意味着国务院在制度层面获得了除前述事项之外的关于公民政治权利、财产权利、人身权利和其他基本权利的立法及其限制乃至剥夺的权力。^[25]至于税收立法权的长期旁落不仅凸显了全国人大常委会在解释《立法法》第8条时所持的双重标准,^[26]也与人民代表大会制度的基本原则存在冲突。^[27]

再次,在划分中央与地方的立法权限上显现相对模糊性和滞后性。必须肯定,《立法法》在配置中央和地方立法权力关系上具有长足的进步,如第8条和第64条第2款对“中央专有立法”和“中央与地方共有立法”的确定体现并细化了既“维护社会主义法制的统一和尊严”又“发挥两个积极性”的两项宪法原则。然而,《立法法》第8条在确保中央立法权权威的同时,却过度限制了地方立法机关的制度创设潜能。此外,在我国特色社会主义法律体系形成以及国家治理模式变革的大背景下,《立法法》仍需对下述重大问题予以理性且系统的回应:如何在规则创制领域进一步调动中央和地方两个积极性?地方是否仍需立法以及进行哪种形式^[28]的立法?哪些地方主体有权立

[22] 对于国务院行使授权立法权制定的行政法规与法律、非授权所立行政法规的效力等级问题,《立法法》给出了越发模糊和自相矛盾的规定。一方面,其第79条第1款规定“法律的效力高于行政法规”,第89条第5项规定“根据授权制定的法规应当报授权决定规定的机关备案”,另一方面,第86条第2款的规定却又让人不得不得出如下结论:根据授权制定的行政法规与法律具有同等效力,因为该款明确在两者“规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决”,反之,若授权制定的行政法规的效力低于法律,为何不能直接适用第88条第7项的规定,让授权机关直接撤销呢?

[23] 《立法法》第89条第5项规定,“根据授权制定的法规应当报授权决定规定的机关备案”。由于我国现行备案制度的设计初衷为形式监督,因此备而不查的现状完全可能导致授权立法监督的“名存实亡”。

[24] 然而,“征收”作为一种以强制方式无偿取得相对方财产所有权的具体行政行为,通常只能由代议机关予以确认。参见陈征:《私有财产征收中的第三人收益》,载《浙江社会科学》2013年第9期。

[25] 由此,国务院制定《新闻出版条例》《社会团体登记管理条例》的合法性迄今难以受到质疑。

[26] 参见林彦:《法律保留制度的现状——基于询问答复的考察》,载《宪法研究》(第十卷),四川大学出版社2009年版。

[27] 为此,2013年第十二届全国人大第一次会议期间,赵冬苓等32名全国人大代表联合署名提出“关于终止授权国务院制定税收暂行规定或条例的议案”。参见《赵冬苓等代表:税收立法权上收至全国人大》,载《检察日报》2013年3月18日,第6版,见检察日报网(http://newspaper.jcrb.com/html/2013-03/18/content_122558.htm)。

[28] 十届全国人大法律委员会主任委员杨景宇在《关于立法法和监督法的几个问题》(载《北京人大》2013年第6期)的讲话中将地方立法分为四大种类,即“第一种是法律、行政法规的实施条例、实施办法。第二种是本地方具有特殊性的事项,不必也不可能制定法律、行政法规的,只能由地方性法规做出规定。第三种是综合运用有关的几个法律、行政法规,有针对性解决本地方特定问题的地方性法规。第四种是在有些问题上,改革先在地方试点、试验,制定适用全国的法律、行政法规的条件尚不成熟的,有关地方可以先行制定地方性法规,待有关的法律、行政法规出台后,再相应地加以修改或者废止”。作者强调除第一种为实施性的立法之外,其他三种“都不同程度地带有创制性”。

法及其立法权限？如何判断地方立法的内容创新或权限僭越？如何通过立法权限的适度调整和立法监督的切实到来推进党的十八届三中全会提出的既“加强中央政府宏观调控职责和能力”又“加强地方政府公共服务、市场监管、社会管理、环境保护等职责”^{〔29〕}的落实？例如，财税体制是调整我国中央地方关系的关键点。之前一些地方纷纷出台了乡镇财政管理条例、财政监督条例，^{〔30〕}其中有些规定存在涉足财政基本制度之嫌，但迄今并无相应审查以及纠正机制的启动。又如，事权以及支出责任的明确是完善中央地方关系的基础。问题在于，规范和保障跨区域的公共服务以及跨区域重大项目的建设维护等跨区域事项的立法权属应当如何安排？再如，立法资源在中央与地方之间的流动是两者关系中面临的新问题。《立法法》第63条虽然扩大了地方立法权的行使主体，但其对三类“较大的市”的“圈定”无疑具有较为浓厚的计划经济和行政审批的色彩。扼得太紧的地方立法主体在相当程度上制约了地方的活力和应有发展，以致“较大的市”成为各地竞相争夺的立法权力资源。可以预见的是，随着党的十八届三中全会“逐步增加有地方立法权的较大的市数量”的决定出台，一轮为争夺地方稀缺立法资源而催发的“申大”潮流必将随之而来。这种立法权力配置的松紧失衡和滞后，客观上反映了治理体系中对维护统一法制和促进地方发展之间分寸把握的踌躇。

我国立法权力制度的完善，或多或少都将涉及宪法的修改或者对人民代表大会制度的重大调整。兹事体大，必须集思广益、慎重谋划。其中两条底线必须守住：

一方面，根据《决定》的部署，我国现有的政治制度和治理结构在2020年之前不会进行实质性的改革。这一根本性的前提决定了本次《立法法》的修改也只能是一种局部的调整，甚至只是微调，而带有全局影响的立法体制的变动或者重构将通过修改宪法和组织法来实现。因此，学界的争鸣，尤其是全国人大的决断，应当在这一既定的改革边界和象限内甄别、遴选需要以及可以进一步完善的立法权限配置制度。

另一方面，在宪法未做调整的情况下，立法体制上的完善应当恪守既定的宪法原则和精神，不能突破宪法确立的根本的制度框架。例如，人民代表大会制度是我国的根本政治制度，是国家决策的核心平台。本次国家立法权内部关系的理顺以及外部关系的调整，绝不能以削弱乃至脱离这个平台为指向。相反，应当设法进一步落实和巩固人大的核心决策地位，同时应当设法“回归”人大和其常委会应有的宪法地位以及立法权力限度。再如，如何处理税收立法权归属的问题，又如何处理“较大的市”的地方立法权问题，都应当在宪法框架下进行科学论证。就后者而言，从现代国家治理的内在需求和目标实现来看，扩大地方立法的领域和范围当属大势所趋。尤其在规模超大、多元集成、差异显著、活力无限的我国，适当的地方自治无疑是解决“一统就死、一放即乱”困境的通途。可以选择的路径之一是，采用类似《中国（上海）自由贸易试验区条例》的授权立法机制，以最大限度地盘活立法资源在中央与地方之间的有序流动，实现权力配置领域中正义价值统领下的效率、秩序和人道等价值的动态平衡，进而推进国家治理体系的现代化。

〔29〕《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》（2013年11月12日中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过）。

〔30〕如2010年7月30日修正的《河北省乡镇财政管理条例》、2012年3月31日修正的《湖南省乡镇财政管理条例》，又如2000年5月27日通过的《湖南省财政监督条例》、2002年1月18日通过的《吉林省财政监督条例》、2002年12月7日通过的《甘肃省财政监督条例》、2005年3月27日通过的《福建省财政监督条例》、2006年3月30日通过的《辽宁省财政监督条例》、2007年7月27日通过的《广西壮族自治区财政监督条例》、2008年11月27日通过的《山东省财政监督条例》、2009年7月31日通过的《江西省财政监督条例》、2013年5月30日通过的《四川省财政监督条例》、2013年11月22日通过的《安徽省财政监督条例》等。

三、国家治理能力现代化与立法程序的优化设置

国家治理能力的现代化,是运用现代化的国家制度管理社会各方面的事务,使之相互协调、共同发展。^[31] 国家治理能力强调的是国家统筹改革发展稳定、内政外交国防等各个领域和治党治国治军等各个方面的治理,“在政府的主导之下实现国家治理思维体系、话语体系和制度体系的综合‘大转型’,从单一主体管理变为民主、参与式、互动式的多元主体治理”。^[32] 现代化语境下的国家治理能力,关键要素之一是构建法律体系能力的现代化,这就必须依仗立法过程中的公开与民主、博弈与交涉、监督与救济等程序的科学设计。由此,《决定》将“健全立法起草、论证、协调、审议机制,提高立法质量,防止地方保护和部门利益法制化”作为其对立法方面提出的第三项具体的改革项目。

的确,相比较我国现行的立法权限体制,立法程序的规则过于稀疏,有效表达的机制相对缺乏,充分交涉的程度相当低下,积极过滤的功能难以体现;^[33]同时,相比较我国立法权限制度调整的复杂性、系统性和全局性,立法程序的完善不仅相对易行,而且更具“四两拨千斤”的功效。^[34] 因此,立法程序的完善应当成为本次《立法法》修改的重要使命。具体是:

第一,以充分的立法民主和公开推进国家治理能力的现代化。在民主环节上,可以重点安排以下两项程序制度:其一,进一步完善人大代表参与立法的机制。充分尊重人大代表主体地位,更加注重发挥人大代表的优势和作用,把办理好人大代表依法提出的议案同法律的制定、修改紧密结合起来,将人大代表参与立法论证、立法调研、立法评估的机制以及列席常委会会议审议法律案的机制法定化;其二,进一步强化社会各界参与立法的机制。其中立法听证的规则、法律草案的公开征求意见规则应当进一步明确、具体和赋予刚性。在公开环节上,可以逐步建立以下三项程序制度:其一,审议公开。除涉及国家机密、个人隐私等之外,立法过程应当公开,尤其要注重对重大改革难点、焦点问题审议的公开。其二,表决公开。在我国,立法表决环节上的“公开性”并未贯彻始终。除在整体上公布法案的表决结果,即或者仅仅公布法案通过与否,或者还同时公布其中持赞成、反对或者弃权态度的各有多少人,占多大比例之外,对于与“公开”甚为密切的每个代表或者委员是否履行以及如何履行立法表决职责,包括表决与否、弃权与否和赞成与否等信息,均处于“秘而不宣”的状态。因此,应当有选择地逐步确立和推进记名的公开表决方式,并予以制度化和法定化。^[35] 其三,立法记录的公开。具体规范立法记录的公布主体、公布方式、公布范围和公布内容,明确被公布的立法记录的效力。^[36]

第二,以有效的立法博弈和交涉推动国家治理能力的现代化。立法的公开程序和民主参与必将催生立法博弈和交涉,激发出“立法市场”的制度潜能。其一,就立法博弈的程序规则而言,主要是为立法机关外部的多元利益主体在立法前期和立法过程中提供有效表达、公开竞争的机制,从而使得立法成果能够最大程度地融合不同利益主体的权利诉求,有利于防止破坏分配正义的暗箱

[31] 参见中央党校中国特色社会主义理论体系研究中心:《如何认识推进国家治理体系和治理能力现代化——三谈深入学习贯彻十八届三中全会精神》,载《光明日报》2013年11月28日,第1版。

[32] 周天楠:《推进政府治理能力现代化的关键》,载《学习时报》2013年12月30日,第6版。

[33] 前注〔4〕,孙潮、徐向华文。

[34] 参见徐向华:《我国地方立法统一审议制度及其运作研究》第一章(博士学位论文,未公开发表)。

[35] 参见徐向华等:《论立法公开表决制度的完善》,载《宪治征程》,中国法制出版社2002年版。

[36] 参见徐向华:《透明度原则和立法记录的公开》,载《上海法治报》2002年1月28日。

操作,有利于避免“有法不依”的情况的产生,为自觉守法、严格执法、公正司法筑建共识基础。其中立法智囊、社会团体对立法的影响方式、时间以及结果是当下需要并可以设定的程序规则。其二,就立法交涉的程序机制而言,主要是为立法机关内部不同的审议组织对列入议事日程的法律草案提供充分审议、民主表决的平台。因此,统一审议规则的完善、^[37]辩论环节的加入、立法修正案制的细化以及单独表决程序的设计^[38]等都可以成为本次《立法法》修改的具体程序对象。

第三,以坚实的立法监督和救济保障国家治理能力的现代化。缺乏有效监督的治理无法形成治理能力间的良性互动,因为“有权无责”的设置将放纵权力滥用而不被追究。立法的监督尤为重要,因为瑕疵法律可以经其合法性将不当利益正当化,并持续挤占其他主体的正当利益,因此,必须建立有效的动态监督制度,矫正立法过程中可能存在的种种问题。问题是,尽管《立法法》第90条设定了立法审查制度,但由于疏漏了相应程序的规定,包括审查由谁提出、提出对象、如何受理、如何审查答复、如何发布审查结果以及此结果具有何种效力等,因而立法审查制度始终处于休眠的状态,立法监督只能是“有影而无形”,没有实效。^[39]对此,《立法法》的修改应当设定立法监督的启动、审查和终结具体程序,^[40]并进一步明确立法的矫正机制。如相当数量的公民或者一定层级的下级国家机关有权向全国人民代表大会,或在闭会期间向其常委会提出动议,要求对法规、规章的合法性与正当性进行审查,一旦发现有违背上位法的情形,应当及时修改、撤销或宣布无效。

每一部立法都是时代的产物,也都无法脱离其所依附的宏观制度框架和社会背景。其局限性、滞后性也都是与生俱来的。立法者的任务是将局限性和滞后性控制在最小的限度内。本文提出的问题远多于答案,这也反映了《立法法》修改的复杂性和难处所在。但无论如何,处于转型和全方位改革期的《立法法》应当高举法治的旗帜,适应国家治理体系和能力的变化,进一步规范和优化立法活动。

(责任编辑:林彦)

[37] 详见徐向华:《地方立法统一审议制度的法定功能》,载《法学》2007年第11期。

[38] 详见黄钰、徐向华等:《地方性法规单独表决制度研究》(上海市人大常委会2011年研究课题成果,未公开发表)。

[39] 参见朱福慧、刘木林:《论我国人民法院的宪法解释和违宪审查提请权——以立法法的第九十条规定为视角》,载《法学评论》2013年第3期。

[40] 例如,刘义就《立法法》第90条第2款关于公民个人向全国人大常委会提出法律等“审查建议”的规定,具体分析了该制度的“申请理由抽象性”“申请对象的限定性”“受理基准的模糊性”和“审查程序的非完整性”等程序缺陷,并针对性地提出了相当具体的完善建议。参见刘义:《德国宪法诉愿的双阶受理程序及其法理——兼论对我国立法法第90条第2款的启示》,载《浙江学刊》2012年第4期。