

# 《立法法》修改：点赞与检讨

——兼论全国人大常委会立法的“部门化”倾向

李克杰\*

---

内容摘要：《立法法》修改于“四个全面”战略布局开始推进的新时期。这次修改围绕科学立法、保障改革这条主线，从扩权(利)与限权(力)两翼展开，体现了问题导向、人民主体、尊重规律、引领改革和同步配套等新思维新理念。或由于时间仓促、准备不足，这次修法在顶层设计、整体建构、具体制度措施以及文本结构、语言表达等方面还存在不少问题，值得认真总结和检讨。同时，全国人大常委会在这次修法中或存在“部门化”倾向，也值得关注。

关键词：《立法法》修改 部门化倾向 科学立法 后法律体系时代

---

在“四个全面”战略布局<sup>[1]</sup>开始推进的新时期，十二届全国人大第三次会议表决通过了《全国人民代表大会关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》(以下简称《决定》)。这是《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)颁布实施15年来的首次大修，融入了党的十八大、十八届三中全会和四中全会的改革理念和法治思想，充实了科学民主和良法善治的新时代内涵。这部被称为我国“诸法之法”<sup>[2]</sup>的宪法性法律和具有“支架”作用的基本法律的大修，不仅使这部重要法律自身更加科学充满活力，也将在实现“四个全面”战略布局中发挥引领推动和制度保障的关键作用，成为我国立法史上新的里程碑。

这次《立法法》修改虽非全面修改，但《决定》也有46条之多，修改后的总条文数也由原来的94条增至105条，这意味着至少有46处变动，占原法律条文数量的近二分之一。内容涉及立法体制、民主立法、授权立法、配套立法、立法评估、备案审查、法律清理等诸多方面，亮点较多，进步较大，社会反响强烈。然而，限于“部分修改”、“对可改可不改的暂不改”<sup>[3]</sup>的原则，这次修改也并不完美，不仅原《立法法》的一些固有缺陷和不足没有得到弥补和纠正，甚至新修改的内容也存在值得商榷和检讨之处，实施效果或打折扣，难达预期目的。在全国上下深入学习、广泛宣传、全面实施修改后的《立法法》之际，笔者拟在充分关照《立法法》修改时代背景的基础上，对这次修法的亮点进行简要评析，并对修法后仍旧存在的老问题或可能暴露的新问题进行概括性检视和讨论，以期更好更准确地理解和执行新法，防止偏差和走样。

\*山东政法学院法学院副教授，山东省社会稳定研究中心研究员。

[1]“四个全面”战略布局，即“全面建成小康社会、全面深化改革、全面依法治国、全面从严治党”的战略布局”。参见习近平：《领导干部要做尊法学法守法用法的模范带动全党全国共同全面推进依法治国》，《人民日报》2015年2月3日，第1版。

[2]辜胜阻、庄芹、方浪：《新立法法是法治中国升级版的基石》，《法制日报》2015年3月23日，第3版。也有人称《立法法》为“管法的法”，参见张维伟、张宝山等：《立法法升级，为法治中国护航》，《中国人大》2015年第6期。

[3]李建国：《关于〈中华人民共和国立法法修正案(草案)〉的说明——2015年3月8日在第十二届全国人民代表大会第三次会议上》，《人民日报》2015年3月9日，第4版。

## 一、《立法法》修改的时代背景

“制度的性质不过是在特定时代,以特定形态出现的存在,时代和形态是什么样的,存在于其中的制度就是什么样的。”<sup>[4]</sup>特定时代造就特定制度,特定时代也催生特定法律。一部新法律的诞生取决于所处的时代,一部法律的修改也同样取决于所处的时代。实施15年的《立法法》为何在此时修改?为何作这样而不是那样修改?为何是部分修改而不是全面修改?一些内容和事项为何依然没有被界定清楚和得到规范?为何没能呼应民众要求消除原《立法法》的缺陷和不足?如此等等。要弄清这诸多问题的答案,必须从中国当前的改革发展形势即《立法法》所处的特定时代背景中去探寻。当今中国所处的时代和面临的形势,既是中华民族和平崛起实现中国梦的前提和基础,也是完善法治体系建设法治国家的根基和依据,更是修改《立法法》的直接原因和促成条件,当然也是正确理解和严格实施新法的前提和基础。

### (一)修改《立法法》是“四个全面”战略布局协调推进的需要

“四个全面”是党的十八大以来,党中央从坚持和发展中国特色社会主义全局出发,提出并形成的治国理政的战略布局。强调“四个全面”协调推进,这在我们党的历史上是第一次。在“四个全面”战略布局中,全面建成小康社会是中国梦的近期目标,也是“两个一百年”中的第一个一百年目标,全面深化改革是实现这一目标的强大动力,全面依法治国是全面深化改革的强力保障,也是全面建成小康社会的应有之义,而全面从严治党旨在强化前面三个全面的领导核心,是全面推进协调发展的关键所在。“四个全面”是一个完整耦合的系统,彼此相互联系、相互促进。但从逻辑上分析,“四个全面”战略布局的协调推进,都离不开系统完备、协调统一的法治体系的保障,而要实现法治体系的系统完备、协调统一,归根结底要求助于“管法的法”。只有把在我国法律体系中起“支架”和统帅作用的《立法法》修改好、完善好,才能使具有中国特色的社会主义法律体系的进一步完善有法可依,才能把从中央到地方的各级立法权力关进法律的“笼子”里,切实防止权力任性,有效推进国家治理体系和治理能力现代化。

具体来说,民主、文明、和谐、自由、平等、公正、法治,是社会主义核心价值观的重要内容,也是全面建成小康社会的必然要求和应有之义。而所有这些具体目标的实现,都离不开社会主义法治的有力规范和严密保障,更何况,法治文明本身就是小康社会的一个基本面相。全面深化改革尽管是“四个全面”战略布局中的动力系统,但它自身也是一个庞大系统和复杂工程,涉及我国经济、政治、文化、社会和生态的方方面面,涉及制度、体制和机制的各个环节,更涉及中央、地方、地区、阶层、群体和个人等各个层面和每个社会成员,为此国家专门作出了部署安排。党的十八届三中全会决定明确提出,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。到2020年,在重要领域和关键环节改革上取得决定性成果,完成本决定提出的改革任务,形成系统完备、科学规范、运行有效的制度体系,使各方面制度更加成熟更加定型。<sup>[5]</sup>实现国家治理体系和治理能力现代化,离不开《立法法》规范保障下的科学民主立法,而系统完备、科学规范、运行有效的制度体系,更需要高质量《立法法》的统领和指引。全面依法治国是党的十八届四中全会的主题。从改革开放初期的“有法可依”到深化改革时期的“科学立法”,给新时期的立法工作提出了更新更高的要求。党的十八届四中全会决定针对我国法治建设中依然存在着的“有的法律法规未能全面反映客观规律和人民意愿,针对性、可操作性不强,立法工作中部门化倾向、争权诿责现象较为突出”等不适

[4] W. Friedman, Legal Theory (London, 5th edn., 1967), p. 130. 转引自[爱尔兰] J. M. 凯利:《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社2002年版,第261页。

[5] 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,《人民日报》2013年11月16日,第1版。

应、不符合问题,对症下药地提出,必须以规范和约束公权力为重点,坚持立法先行,发挥立法的引领和推动作用,抓住提高立法质量这个关键。使每一项立法都符合宪法精神、反映人民意志、得到人民拥护。要把公正、公平、公开原则贯穿立法全过程,完善立法体制机制,坚持立改废释并举,增强法律法规的及时性、系统性、针对性、有效性。<sup>[6]</sup>而要贯彻落实四中全会决定中的这些重要部署,毫无疑问,修改《立法法》是先导工程,要让“诸法之法”、“管法的法”先科学完善起来。至于全面从严治政,也同样离不开科学、民主、严密的国家立法,因为依法治国还包括依法执政,将党的主张及时上升为国家意志,这既是作为我国执政党的中国共产党的重要任务,也是我国坚持中国特色社会主义道路、建设社会主义法治国家的客观要求。

## (二)修改《立法法》是“后法律体系时代”立法精细化的需要

2011年3月10日,时任全国人大常委会委员长吴邦国在十一届全国人大第四次会议作常委会工作报告时,向全国乃至全世界郑重宣布:到2010年年底,“党的十五大提出到2010年形成中国特色社会主义法律体系的立法工作目标如期完成”。<sup>[7]</sup>这是我国法治建设的重要转折点,学界以此为节点,将中国特色社会主义法律体系形成后的时代称为“后法律体系时代”,用以分析和探讨前后两个不同时期我国法治建设的不同目标、特点和路径。<sup>[8]</sup>从改革开放到2010年的30多年,我国法治建设的突出特点是集中精力大规模、全方位立法,堪称中国的“立法时代”。来自全国人大常委会的数据显示,到2010年年底,我国已制定现行有效法律236件、行政法规690多件、地方性法规8600多件,并全面完成对现行法律和行政法规、地方性法规的集中清理工作。<sup>[9]</sup>这意味着,每年新制定法律8件、行政法规23件、地方性法规260多件,这还未将此间修改、废止的法律、行政法规和地方性法规数量计算在内。这样的立法速度在全世界绝无仅有,绝对是“前无古人,后无来者”的伟大工程,其历史和现实意义不容低估。

中国特色社会主义法律体系的形成,基本解决了“有法可依”的问题。而随着我国法律有无的矛盾得到缓解,“有法必依、执法必严、违法必究”的问题就显得更为突出、更加紧迫。事实上,这也是广大人民群众普遍关注、各方面反映强烈的问题,这就要求我国的法治建设全面转向法律实施阶段。当然,在“后法律体系时代”,特别是在全面深化改革、全面依法治国的新时期,不仅要严格依法治国、依法执政、依法行政,树立宪法法律的至上权威,而且还要适应新形势新任务制定新法律、修改和废止已有法律,努力改变现行法律中科学民主性不足、可执行性不强和立法部门化倾向等问题,让法律更加精细化、更加科学规范和体现民意,从而为全面落实“科学立法、严格执法、公正司法、全民守法”的依法治国新十六字方针奠定坚实基础。“立善法于天下,则天下治;立善法于一国,则一国治。”法律是治国之重器,良法是善治之前提。有良法才有善治,在推进全面依法治国进程中,立法是龙头环节,必须坚持立法先行,发挥好立法的引领和推动作用。而立良法则需要科学的立法体制、明晰的立法权限、广泛的立法民主、严密的立法程序以及高超的立法技术,这都需要一部担当这一重任的《立法法》。在此立法新常态下,及时修改作为“诸法之法”的《立法法》,也就顺理成章了。

## (三)修改《立法法》也是弥补该法的先天缺陷和后天不足,实现与时俱进的需要

修改前的《立法法》颁布实施于2000年。专门制定《立法法》,不仅是新中国成立以来之首次,而且在全世界也少有。<sup>[10]</sup>因而,并没有现成的经验以资借鉴,对正处于全面转型期的中国来说,完全是“摸着石头过河”,其制定难度可想而知,当然其完善程度也无法苛求。2000年《立法法》是改革开放二十

[6]本书编写组:《〈中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉辅导读本》,人民出版社2014年版,第7页。

[7]吴邦国:《全国人民代表大会常务委员会工作报告——2011年3月10日在第十一届全国人民代表大会第四次会议上》,《全国人大常委会公报》2011年第3期。

[8]有学者称之为“后立法时代”,参见王腊生:《中国特色社会主义法律体系形成后地方立法面临的新形势和新任务——以江苏省为例》,《南京工业大学学报》(社会科学版)2012年第2期。

[9]前引[7],吴邦国文。

[10]秦前红:《立法法修改的得与失》,载财新网<http://opinion.caixin.com/2015-03-15/100791320.html>,2015年3月15日。

多年立法工作经验的总结,是对成熟做法和行之有效工作程序的规范化、制度化。《立法法》的起草、制定过程历时7年,是现阶段中国法的渊源中一部特别重要的基本法律,也是现阶段中国法的体系中一部十分重要的宪法性法律。<sup>[11]</sup>该法颁布实施以来,对规范立法活动,推动形成和完善中国特色社会主义法律体系,推进社会主义法治建设,发挥了重要作用。<sup>[12]</sup>但也应看到,它毕竟产生于我国确立“依法治国”方略初期,经过二十多年的立法实践虽然积累了大量经验,也总结了一些成熟做法,但毕竟中国的改革开放和各项建设事业此时正处于大展宏图之际,整个社会处于剧烈转型时期,大量社会关系没有定型和稳定下来,在许多方面依然“摸着石头过河”,未来发展存在许多变数。因而,此时制定的《立法法》只能是粗线条的,“有些问题目前还缺少经验,需要在实践中探索,逐步加以完善;有些问题还有不同意见,需要进一步研究”<sup>[13]</sup>《立法法》存在先天缺陷是必然的。学者们就明确指出,2000年《立法法》对公民基本权利重视不够,未明示它属于法律保留的范围;<sup>[14]</sup>它是一部视野非常有限的文本,充其量只能算是半部立法法,或者说只是一部国家机关立法权限划分法;<sup>[15]</sup>即使是立法权限也存在许多模糊之处,全国人大与其常委会立法权限模糊,授权立法范围过宽,立法审查对象过窄;<sup>[16]</sup>偏重于经验而疏离了立法理论、忽视了立法创新、拒绝了立法借鉴,偏重于立法权限、程序、监督而忽略了立法者的制度规制,偏重于立法制度建置而严重忽略了立法技术事宜。<sup>[17]</sup>

随着中国经济政治形势的不断向前发展,社会文明不断向前推进,治国理政理念发生重大转变,特别是党的十八大以来形成“四个全面”战略布局,使原本具有先天缺陷的《立法法》日益暴露出后天不足。一方面,《立法法》实施十五年来,我国的立法工作又积累了一些成功经验,尤其在公开透明、尊重民意方面有了长足进步,急需通过修法来巩固改革成果;另一方面,为充分调动中央和地方两个层面的积极性,需要重新划分央地立法权,通过修法赋予地方更大立法权既可调动地方积极性又能把地方权力关进法律的“笼子”里,符合全面依法治国的内在需要,可谓一举两得。特别是在要求各级领导干部“谋划工作要运用法治思维,处理问题要运用法治方式,说话做事要先考虑一下是不是合法”<sup>[18]</sup>之际,科学立法、民主立法、周密立法就成当务之急,首要前提就是有一部科学完整周密的《立法法》,于是及时修改《立法法》就成为此时此刻不可回避的重大任务。从这个意义上讲,《立法法》的先天缺陷和后天不足,决定了在全面依法治国的开局之年就必须完成对其修改的任务,这也是强抓机遇的重要步骤。

至于这次修改为何是部分修改而不是全面修改,恐怕也是由我国改革开放所处的当前阶段决定的。“四个全面”战略布局刚刚铺开,全面深化改革的目标是到2020年“形成系统完备、科学规范、运行有效的制度体系,使各方面制度更加成熟更加定型”,这起码意味着在近五年中,许多领域的社会关系仍将处于变动不居的状态,因而难以让《立法法》完全定型下来,数年之后的再次修改应该是全面修改了。

## 二、《立法法》修改的内容评析

这次《立法法》修改尽管只是部分修改,但从最终的立法程序看,并非一般的部分修改,而是涉及该法重要内容的修改。因为按照《宪法》和《立法法》的规定,对全国人大制定的法律的一般性部分补

[11]周旺生:《论立法法与其历史环境——关于立法法研究的一个方法论问题》,《法学论坛》2001年第5期。

[12]前引[3],李建国文。

[13]王维澄:《第九届全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国立法法(草案)〉审议结果的报告》,《全国人大常委会公报》2000年第2期。

[14]应松年:《一部推进依法治国的重要法律——关于〈立法法〉中的几个重要问题》,《中国法学》2000年第4期。

[15]周汉华:《变法模式与中国立法法》,《中国社会科学》2000年第1期。

[16]徐向华、林彦:《我国〈立法法〉的成功和不足》,《法学》2000年第6期。

[17]前引[11],周旺生文。

[18]前引[1],习近平文。

充和修改可以由全国人大常委会在全国人大闭会期间进行。<sup>[19]</sup>有学者认为,本次修改唯一具有重大突破性的,是地方立法权的“扩容”。<sup>[20]</sup>或许从“重大突破”意义上讲,这种评价是恰如其分的。不过,在笔者看来,如果不是仅仅从零星和碎片化的修改内容机械孤立地看问题,而更多地从修法宏旨尤其是背后的法治理念观察的话,我们会发现,这次《立法法》修改有不少亮点值得细述并深挖其背后蕴含的全新法治理念,以便更好更准确地理解和执法新法。

如果我们跳出琐碎内容从宏观、整体和“局外”来俯瞰《立法法》修正案的话,就会发现这次修法的一个极为清晰的脉络,即“一条主线、两翼展开”。所谓“一条主线”,是指科学立法、保障改革。所谓“两翼展开”,一翼是扩权(利),另一翼是限权(力)。

#### (一)一条主线 科学立法、保障改革

科学立法、保障改革是新时代背景下全部立法的根本要求和首要任务,也是良法之治的基本水准和应有境界,《立法法》必须为此提供切实有效的制度、规范和技术保障。这条“主线”串起的内容主要包括:完善了《立法法》目的条款;<sup>[21]</sup>加强了立法统筹规划;更多地由专门委员会组织起草或委托专家起草法律草案;坚持立法公开,公开征求意见;明确法律规范的可执行性;实行重大争议条款的单独表决;加强立法评估、提速配套立法、规范法律清理,保证立法与改革衔接,为改革提供依据。

在党的十八届三中全会决定中明确指出,加快推进社会主义民主政治制度化、规范化、程序化,建设社会主义法治国家,提高依法执政水平,坚持权利平等、机会平等、规则平等,实行统一的市场监管,完善中国特色社会主义法律体系,健全立法起草、论证、协调、审议机制,提高立法质量,健全法规、规章、规范性文件备案审查制度,防止地方保护和部门利益法制化。<sup>[22]</sup>党的十八届四中全会专门就依法治国作出重要决定,这在新中国成立以来尚属首次。决定中进一步明确提出,全面推进依法治国就是要形成完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系,形成完善的党内法规体系,坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进,坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设,实现科学立法、严格执法、公正司法、全民守法,促进国家治理体系和治理能力现代化。在立法方面,特别要求立法先行,发挥立法的引领和推动作用。<sup>[23]</sup>这些更加具体化的目标和要求,不仅让《立法法》修改变得刻不容缓,同时也为《立法法》修改指明了方向。这也是《立法法》修改坚持科学立法、保障改革这条“主线”的根本原因所在。

#### (二)两翼展开 扩权(利)与限权(力)

扩权(利)与限权(力)是围绕科学立法、保障改革这条主线而展开的两翼。主线是主体,也是核心,两翼与主体和核心是有机联系的整体,作用相联、功能互补、相辅相成,同时,两翼彼此也是对立统一的,互为条件、相互制约,共同服务于主体和核心,通过其内容共同构成一部良法,完成一项事业。在这次《立法法》修改中,扩权(利)主要表现在:发挥人大在立法中的主导作用,尊重人大代表的意见,扩大公众民主参与立法,重视回应公众建议,大力推进立法公开,将其纳入立法原则并丰富公开方式。

《决定》在规这些扩权(利)内容时,没有限于原则性、纲领性和表态性的宣示,更重要的是通过具体明确的程序性要求或措施性内容将其具体化、可操作化,从而让扩权(利)真正落到实处。一方面,全国人大常委会通过立法规划、年度立法计划等形式,加强对立法工作的统筹安排并明确编制立法规划、年度立法计划的责任机构并要求其督促规划计划的落实,同时要求国务院的年度立法计划应当与全国人大常委会的立法规划和年度立法计划相衔接;另一方面,全国人大专门委员会、常委会工作机构应当提前参与有关方面的法律草案起草工作,综合性、全局性、基础性的重要法律草案,可

[19]《中华人民共和国宪法》第67条第3项;《中华人民共和国立法法》第7条第3款。

[20]焦洪昌、马晓:《地方立法权扩容与国家治理现代化》,《中共中央党校学报》2014年第5期。

[21]在《立法法》第1条中增加规定:“提高立法质量”,“发挥立法的引领和推动作用”。参见《决定》第1条。

[22]前引[5]。

[23]前引[6],本书编写组书,第4页。

以由有关的专门委员会或者常务委员会工作机构组织起草,专业性较强的法律草案,可以吸收相关领域的专家参与起草,或者委托有关专家、教学科研单位、社会组织起草;<sup>[24]</sup>在扩大公民立法参与方面,首先要求列入常务委员会会议议程的法律案(经委员长会议决定不公布的除外),应当在常务委员会会议后将法律草案及其起草、修改的说明等向社会公布,征求意见。向社会公布征求意见的时间一般不少于三十日。征求意见的情况应当向社会通报。<sup>[25]</sup>其次,在法律案有关问题存在重大意见分歧或者涉及利益关系重大调整,需要进行听证时,应当召开听证会,听取有关基层和群体代表、部门、人民团体、专家、全国人民代表大会代表和社会有关方面的意见。<sup>[26]</sup>第三,明确全国人大有关的专门委员会和常务委员会工作机构应当按照规定要求,将审查、研究情况向提出审查建议的国家机关、社会团体、企业事业组织以及公民反馈,并可以向社会公开。<sup>[27]</sup>同时,要求行政法规在起草过程中,应当采取座谈会、论证会、听证会等多种形式广泛听取有关机关、组织、人民代表大会代表和社会公众的意见。除国务院决定不公布的以外,行政法规草案应当向社会公布,征求意见。<sup>[28]</sup>在推进立法公开方面,一是将立法公开确定为我国立法的基本原则;<sup>[29]</sup>二是法律草案及起草、修改说明公开,征求意见情况公开;<sup>[30]</sup>三是法律文本公开,对各个层次的立法都增加了网络发布渠道和载体,最大限度地满足公众对法律的知晓权;<sup>[31]</sup>四是审查意见公开,激发人民的主人翁责任感。<sup>[32]</sup>

限制公权是现代法治的本质属性。党的十八届四中全会决定提出“必须以规范和约束公权力为重点,加大监督力度”。体现在我国的立法活动和《立法法》中,就是清晰划定各种立法主体的立法权限,规范各级各类立法权的行使。在这次《立法法》修改中的另一翼就可以概括为“限权(力)”,这是实现科学立法、保障改革的必要条件。具体内容主要包括:赋予设区的市地方立法权,并严格限定事项范围和开始时点;明确税收法定,收回税收立法权;规范授权立法,严格授权要求;界定规章边界,严禁减权加责;加强备案审查,防止不当立法;规范司法解释,阻止司法立法。

赋予设区的市地方立法权,让全国284个设区的市、自治州全部拥有地方立法权,比原有的49个净增235个,同时还赋予另外4个未设区的市同等的地方立法权,其力度之大、范围之广,前所未有。有媒体和公众因此称之为“扩权(力)”。不可否认,若单从由无到有、由少到多的表面现象看,好像确属给设区的市扩大立法权。但笔者更愿意把它称之为“限权(力)”。原因之一是这次《立法法》修改而获得的地方立法权,其权限范围受到很大限制,有权立法的事项仅限于“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项”。特别对于地方政府规章,还专门作了更为实质性的限制,即“没有法律、行政法规、地方性法规的依据,地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范”。<sup>[33]</sup>而且,其实际行使地方立法权的时间,也由省级人大常委会根据人口数量、地域面积、经济社会发展情况以及立法需求、立法能力等因素确定。<sup>[34]</sup>更为重要的是,通过赋予有限的地方立法权,让本来可以随意制定规范性文件的相关地方人大和政府受制于严格的立法程序和严肃的立法监督,并将立法过程全部曝于阳光之下,向社会公开,接受公众审视,接受备案审查,无异于将其“任性”的权力关进法律的“笼子”里,严格限制了其立法权的行使。这难道不是最好的限权(力)?从正面看,赋权可以充分调动地方政权机关的治理积极性,但若从职权即是职责的现代法治要求观察,拥有了

[24]《决定》第19条。

[25]《决定》第12条。

[26]《决定》第11条第2款。

[27]《决定》第44条。

[28]《决定》第28条。

[29]《决定》第2条。

[30]《决定》第12条。

[31]《决定》第21条、第30条、第34条、第38条。

[32]前引[27]。

[33]《决定》第36条第5款。

[34]《决定》第31条第1款、第32条、第36条。

地方立法权同时也就拥有了认真立法、立良法的法定职责，决不能想立就立，不想立就不立，想公开就公开，不想公开就不公开，立法权一经法定就容不得半点的懈怠和疏忽，否则就要被追责，就是承担相应的政治和法律责任。

细化税收法定原则<sup>[35]</sup>是全面推进依法治国的首个试金石，也是切实回应社会呼声的必选项，更是收回30年授权的新起点。好在税收法定不仅在基本法律层面明晰化了，而且还有了清晰的回归“路线图”。已经党中央审议通过的《贯彻落实税收法定原则的实施意见》将分步分类实施，在2020年前完成相关立法工作。<sup>[36]</sup>反思税收法定与反思授权立法在中国有一定的竞合性，税收法定原则的回归必然牵涉到授权立法的规范。因为税收法定原则长期以来得不到切实落实的根源就在于我国改革开放初期的一次内容极其模糊的授权。<sup>[37]</sup>在吸取历史教训、适应现实要求的前提下，这次修法不仅要求授权决定应当明确授权的目的、事项、范围、期限以及被授权机关实施授权决定应当遵循的原则等，而且还规定授权的期限一般不得超过五年<sup>[38]</sup>，从而避免“一揽子授权”和“无限期授权”。

界定规章边界，将规章原则上限定在“非创制性”范围内<sup>[39]</sup>这是有效防止立法部门化、法出多门的一项重要举措，也是《立法法》的进步体现。当然，这些限制性规定真正得以实施的关键是建立完善的备案审查制度。这次修法在这方面也有一定程度的加强：一是规定有关的专门委员会和常务委员会工作机构可以对报送备案的规范性文件进行主动审查<sup>[40]</sup>；二是扩大了审查主体和审查信息来源，审查主体增加了常务委员会工作机构，信息来源增加了“研究中”<sup>[41]</sup>；三是加强了公众审查建议的反馈和公开，要求审查主体应当按照规定将审查、研究情况向提出审查建议的国家机关、社会团体、企业事业组织以及公民反馈，并可以向社会公开<sup>[42]</sup>；四是要求自治法规、经济特区法规备案时必须说明变通情况。<sup>[43]</sup>

限权(力)的最后一个表现就是规范司法解释。司法解释是法律授予最高人民法院和最高人民检察院的重要职权。新中国成立以来，“两高”分别单独或联合制定了大量的司法解释，仅最高人民法院就单独制定以及与最高人民检察院、中央有关部门联合制定司法解释和司法指导性文件多达3000余件，其中确实存在“超越法律规定范围、违背立法宗旨或者立法原意”的越权解释现象。<sup>[44]</sup>不仅如此，省及以下各级司法机关都陆续制发一些司法解释性质的文件，被其下级司法机关直接适用，甚至架空法律、法规和“两高”司法解释。这在一定程度上影响了法制的统一和权威，也损害了司法的公信力。《决定》专门增加一条规范司法解释的条文，明确要求司法解释“应当主要针对具体的法律条文，并符合立法的目的、原则和原意”，并规定“两高”以外的审判机关和检察机关，不得作出具体应用法律的解释<sup>[45]</sup>，完全是有的放矢、对症下药的。

[35]《决定》第4条。

[36]陈丽平：《规范政府行为完善税收法律制度——全国人大常委会法工委负责人就〈贯彻落实税收法定原则的实施意见〉答记者问》，《法制日报》2015年3月26日，第3版。

[37]这次授权即1985年《全国人民代表大会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的规定或者条例的决定》，至今仍然有效。目前，现行的18个税种中，除个人所得税、企业所得税、车船税由法律规定征收外，其余15个税种都是依据国务院制定的有关暂行条例规定征收。而有关暂行条例的直接法律依据就是前述全国人大的授权决定。

[38]《决定》第5条。

[39]值得注意的是，对部门规章的要求是“零创制性”，而对地方政府规章则开了个口子，条件是“应当制定地方性法规但条件尚不成熟的，因行政管理迫切需要”，可制定规章设定行政措施，实施两年。满两年需要继续实施的，应当提请本级人大或其常委会制定地方性法规。参见《决定》第35条，第36条第4款、第5款。

[40]《决定》第42条。

[41]《决定》第43条。

[42]前引[27]。

[43]《决定》第41条第2款和第4款。

[44]桂田田：《715件“过时”司法解释被废止》，《北京青年报》2015年4月9日，第4版。另参见张媛：《提高立法质量压缩司法解释空间》，《法制日报》2013年4月26日，第3版；袁明圣：《司法解释“立法化”现象探微》，《法商研究》2003年第2期。

[45]《决定》第46条。

### (三)《立法法》修改中的新思维新理念

综观这次《立法法》修改,除了上述一些具体内容可圈可点之外,修法过程中所坚持和贯穿的立法新思维新理念,同样值得认真归纳总结和挖掘提炼。这有助于准确理解法律内容、完整把握法律框架,更有助于吃透法律精神、明确法律宗旨,确保理解统一、执行一致。在笔者看来,《立法法》修改过程中所体现的新思维新理念至少有几个:

一是问题思维,坚持以问题为导向的理念。长期以来,我国存在“国家的权力部门化、部门的权力利益化、部门的利益法制化”、法律反映人民意愿不够、缺少针对性和可执行性等问题,这需要《立法法》更加规范和严格的约束和制约。这些决定了这次修法必须以解决这一严重问题为基本导向,从制度体制机制等多方面进行健全和完善,以最大限度地避免和纠正这一问题。坚持人大主导立法、发挥人大代表和公众参与的作用、增加立法公开原则、规范政府立法、限制地方立法权限、加强备案审查等内容都是致力于解决这一实际问题的制度设计。

二是民主思维,坚持人民主体、尊重民意的理念。立法就是对社会资源的分配,对权利义务的调整,各种利益主体、社会各阶层的利益诉求都要在立法过程中进行交流、交换和妥协,在各种利益博弈中寻求“最大公约数”。这就必须为全体社会成员设立平等表达的制度,提供充分表达意愿的平台以及公平吸纳意见建议的机制,民主是所有这些目标得以实现的基本途径和保障。高度重视人大代表作用,推进立法公开,尊重公众意见等,都是这一新思维新理念的重要体现。

三是科学思维,充分尊重立法规律的理念。虽然立法必须发扬民主,进行利益博弈,但立法作为国家的一项严肃活动和重要事业,它自身也有独特的运行规律。比如,法律应当反映民意、呼应社会需求并与经济社会发展水平相适应,应当具有明确性、规范性、具体性和可执行性,应当内部协调一致、消除矛盾冲突和漏洞等。这些立法规律性的要求,在这次修法中大都得到了有针对性的回应,甚至在修法中特别突出了“科学立法”的内容。具体措施有强调立法质量、发挥专家作用、由政府主导转向人大主导、通过多种形式广泛征求意见等。

四是改革思维,立法需要改革也引领推动改革的理念。近30多年来,中国是从改革中走过来的,现在正在走向改革,而且是更加深入的改革。因而,中国的所有方面和领域都需要改革,需要深化改革,这正是“全面深化改革”的应有之义,中国的立法也必须改革。事实上,改革开放30多年,也是中国立法不断深化改革的时期。从某种意义上说,这次修改《立法法》是《立法法》实施15年来不断改革、积累经验的必然结果,也是对改革成果的认可和固定。在推进立法改革的同时,也要更好地发挥立法对中国改革的引领和推动作用,这是“全面依法治国”的内在要求。所以,这次修法在《立法法》第1条规定的目的和任务中开宗明义地加入了“发挥立法的引领和推动作用”的内容,<sup>[46]</sup>同时还要求立法应当“适应经济社会发展和全面深化改革的要求”,<sup>[47]</sup>并明确规定了具体措施。<sup>[48]</sup>

五是系统思维,立法要同步、衔接和配套的理念。改革开放是复杂的系统工程,依法治国也是一项庞大的系统工程,立法则是法治体系中的一个居于前提和基础地位的子系统。要提高立法质量,发挥立法的引领和推进作用,就必须更加注重立法的系统性、整体性、协同性,努力实现法律体系中的统一、协调和和谐。为此,《立法法》修正案特别强调立法的系统性,提出要“根据经济社会发展和民主法治建设的需要,确定立法项目,提高立法的及时性、针对性和系统性”,<sup>[49]</sup>强调“法律草案与其他法律相关规定不一致的,提案人应当予以说明并提出处理意见,必要时应当同时提出修改或者废止其他法律相关规定的议案”,“法律委员会和有关的专门委员会审议法律案时,认为需要修改或者废止其他法律相关规定的,应当提出处理意见”。<sup>[50]</sup>这充分体现了《立法法》修改中的系统思维。

[46]《决定》第1条。

[47]《决定》第3条。

[48]《决定》第6条。

[49]《决定》第18条第1款。

[50]《决定》第23条。

### 三、《立法法》修改的问题检讨

这次《立法法》修改坚持科学思维,运用先进理念,可谓亮点多多,已获得社会各界好评,人们对它寄予厚望。但如果我们对中国的立法进步不是微步而安,而是用更高或者应然标准来衡量这次修改的话,我们就会清醒地发现,这次修改还有很多地方不能令人十分满意,不仅修改前的一些固有缺陷和不足没能如愿弥补,甚至新修改的内容中也还存在不够完美的问题,恐怕在一定程度上会影响新法的实施效果。因此,对《立法法》修改后依然存在的突出问题,有必要进行认真检讨。

#### (一)顶层设计欠缺、整体建构不足

近几年来,“顶层设计”已成为中国颇为时髦的政治新名词。它从工程学术语变为政治新名词,反映了中国经济政治社会的巨大变迁,体现了中国改革从“摸着石头过河”的感性推进到主动进行顶层设计的理性谋划的跨越。“四个全面”战略布局是中国最高层次和最宏大的顶层设计,但这并不能代替在重要领域或重大事项上的顶层设计。制定修改《立法法》就需要进行较为严密的顶层设计,因为《立法法》是我国的一部至关重要的法律,从性质上讲它属于宪法性法律和基本法律,统领我国的整体法律体系,规范我国的全部立法活动,承担我国全部法律形式协调统一的重任,其法律地位仅次于宪法。国外多数国家都没有专门的《立法法》,相关内容都是直接规定在宪法中,是宪法的必要部分。由此也可以看出《立法法》在现代法治国家中的应然地位和基本职责。

鉴于《立法法》的特殊法律地位,从顶层设计的角度看,它至少应当清晰明确地规定以下诸多重要问题:一是立法的内涵和外延。界定哪些行为是立法行为,哪些行为不是立法行为,明确规定立法的内涵应为我国《立法法》的第一要务。因为只有明确了立法的内涵,《立法法》的调整对象和调整范围才能得以确定,也才能将非立法行为排除出去,与此同时也才能厘定立法的外延,明确我国哪些规范性文件属于立法。二是有谁有权立法,有权制定哪些法律,有立法权的国家机关存在什么样的等级关系。这是我国立法体制的重要内容,必须清晰协调、高低有序,才能防止立法权的混乱行使。更为重要的是,在这个问题上还要特别体现和发挥人民代表大会制度的作用,充分考虑到立法的人民性,这就要求《立法法》清晰区分人民代表大会与其常委会的立法职权,而不能将其混为一谈,甚至弱化人民代表大会的立法权。三是科学、民主、公开立法。确保所有立法反映人民意愿,扩大公众立法参与,体现社会发展要求,尊重立法自身规律,避免暗箱操作、闭门造车。四是立法监督制度。周密设计包括批准、备案、审查、改变、撤销和裁决在内的立法监督制度,要让每项具体制度方便启动、实质推进、严格严厉和真实管用,而不应因制度内容的残缺使制度长期休眠。五是法律与其他社会规范的关系。随着社会自治范围的不断扩大和深入,社会组织的规范在一定程度上正在分享法律的传统领地,成为与法律共存的社会治理方式,于是如何处理法律与其他社会规范的关系,就成为《立法法》在规定法律适用问题时无法回避的重要方面。我国《立法法》理应从这些方面进行整体建构,以便成为有效满足社会发展需要,切实回应广大公众呼声,科学规范全部立法活动,保障促进改革开放和依法治国的一部“支架”法。

令人遗憾的是,即使修改后的《立法法》在上述一些方面仍存在着明显的缺陷,这凸显了修法的顶层设计欠缺、整体建构不足。第一,只有我国立法外延的列举,而没有关于立法内涵的界定。这是《立法法》修改前就长期存在的一个重大缺陷,这次修改也未能进行有效弥补。这一缺陷的直接后果是,在我国找不到一个判断某项行为或活动是否需立法的确切、明确和法定的标准,理论上没有“立法性文件”与“非立法性文件”之分,实践中分不清是在立法还是在释法,不仅让理论陷入迷惑,更使实践不知所措,其结果是许多层级低、效力低的政权机关和规范性文件越权制定行为规范,严重影响法律统一和权威,也严重侵害公民合法权益。<sup>[51]</sup>需要指出的是,仅仅列举我国的法律形式,试图从外

[51] 李克杰:《地方“立法性文件”的识别标准与防范机制》,《政治与法律》2015年第5期。

延上来限定我国立法活动范围,难以达到目的。一方面,修改后的《立法法》几乎剥夺了规章的实质立法权,明确规定“部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据,部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范,不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责”〔52〕对地方政府规章,没有法律、行政法规、地方性法规的依据,原则上也“不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范”,只有在“应当制定地方性法规但条件尚不成熟的,因行政管理迫切需要”的“例外”情况下,地方政府规章才可以进行实质立法,但也有两年的实施期限。〔53〕严格来讲,按照修改后的《立法法》,规章已不能纳入我国立法范围。〔54〕另一方面,试图以列举法律形式的方面界定立法范围,必然让《立法法》直接排斥对其他规范性文件的规范和约束,以免人们也将其他规范性文件误认为立法。

第二,立法权限划分比较模糊,特别是全国人大与其常委会、有立法权的地方人大与其常委会的立法权界限不清。这一方面使得基本法律与基本法律以外的其他法律的区别不被重视,常常被混为一谈;另一方面使得全国人大的立法权严重退化,而全国人大常委会的立法权极度膨胀,中国法律的人民性受到质疑。〔55〕与此相关同时也较为重要和独立的问题是,全国人大及其常委会的专属立法权过小,亦即法律保留范围过窄问题,在这次修法中也未得到彻底解决。宪法明文规定的诸多公民基本权利,没有被纳入法律保留范畴,难以防止来自地方权力机关或政府机关的立法侵害。比如公民言论自由权利,正随政府机关对网络信息的严加管束而受到越来越多的限制,这至少与民主发展和时代进步不符。如果说2000年《立法法》未对其进行法律保留还情有可原的话,那么,15年之后的修法仍然无视对公民言论自由的保护,就很难说得过去,所谓“与时俱进”该如何体现?“人民有所呼,改革有所应”又该如何体现?

第三,对立法监督制度也没有实质性完善,甚至被当作修法亮点之一的对备案审查制度的修补,也只是外围的“修饰”而已,其内容和框架建构依然过于空洞,给人以蜻蜓点水、点到为止的感觉。

第四,未厘清法律与道德、习俗和其他社会规范的关系,使散见于其他许多法律之中的相关规定缺乏系统指导和权威依据,继续其碎片化存在,影响其普适性,不利于对法律漏洞的填补。其实这不仅涉及立法理论上的“不立法”问题,更涉及国家与社会、政府与市场、管制与自治关系的大问题,刻意回避有掩耳盗铃之嫌。《立法法》应明确规定何时立法、由谁立法、如何立法以及如何发现并消除不当立法,这是义不容辞的责任,但从辩证和全面的角度衡量,《立法法》也应该明确规定在什么情况下不必立法。如果一个国家和政府总是想着何时立法如何立法,而不关注甚至完全忽视何时何种情况下“不立法”,恐怕公民的自由和权利就没有好日子过了。道理很简单,法律在保护立法冲动的同时,也需适当控制立法冲动,只有这样才能达致立法和谐。正确处理法律与其他社会规范的关系,充分发挥各种社会规范的作用,是实现国家治理体系和治理方式现代化的应有之义。另外,新法也未明确国际条约在我国的适用,显示国际视野不够开阔。

〔52〕《决定》第35条。

〔53〕《决定》第36条第4款、第5款。

〔54〕2000年颁布实施的《立法法》对部门规章和地方政府规章均没有“不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范”的限制,因而,有关行政机关制定规章的活动完全可以归入我国立法活动。彼时,以我国法律形式来限定立法范围似无明显不妥。

〔55〕朱景文教授的研究显示,1954年9月到2009年年底全国人大及其常委会共制定法律和有关法律问题的决定及法律解释679件,其中由全国人大制定的135件,占19.9%,全国人大常委会制定的544件,占80.1%。从发展趋势看,全国人大制定的法律所占比例越来越少,2008年和2009年全国人大没有制定过一部法律,所有法律都是由全国人大常委会制定的。参见朱景文《关于完善我国立法机制的思考》,《社会科学战线》2013年第10期。地方立法的情况更为严重。庞凌教授统计了全国31个省级地方人大及其常委会的立法状况,2000年《立法法》实施后,内容涉及选举、预算、城乡规划、义务教育、计划生育、房屋拆迁、地方发展规划等重要事项的地方性法规99%以上都是由省级人大常委会制定通过的,由省级人大制定通过的屈指可数。参见庞凌《论地方人大与其常委会立法权限的合理划分》,《法学》2014年第9期。

(二)某些制度设计粗糙、规范措施不周

这次《立法法》修改中既有新增制度,也有对已有制度的修补,其进步意义是显而易见的。但也不可否认,一些制度的设计并不十分完美,一定程度上存在着设计粗糙和措施不周的问题,应有清醒的认识和冷静的应对。

首先,关于税收法定制度。在全国人大代表的强烈建议和要求下,将税法的基本要素完整地写入《立法法》,为税收法定原则的真正回归奠定了基础。原本公众还在呼吁落实这一原则的路线图和时间表,不曾想《立法法》修改后不久就有了“《贯彻落实税收法定原则的实施意见》已经党中央审议通过”的好消息,体现了同步配套的立法理念。不过,除此之外,人们还有未竟之问,那就是:税收法定了,政府收费呢?单独制定行政收费法是可行的,但为什么没有在《立法法》中作出原则规定呢?

其次,关于授权立法制度。《立法法》修改后,全社会都在欢呼对授权立法制度的规范和完善,然而,各界却都没有意识到另外的问题。一是授权主体要不要区分全国人大和全国人大常委会,什么情况下应由全国人大授权,什么情况下应由全国人大常委会授权,仍旧不清楚。改革开放初期的多项授权在这个问题上混乱的。二是新法中得到完善和规范的仅限于全国人大及其常委会的授权,那么其他立法主体的授权呢?在实践中,最容易“任性”也是最可怕的,并非全国人大及其常委会的授权立法,而是国务院及其部委、省级及其以下人大及其常委会和人民政府在制定法规和规章中的层层授权(理论上称为“法条授权”),如果不作任何规范和限制,则无法纠正有关机关的立法惰性,将相关立法权力逐级下放给不具有立法权的机关,从而极大地增加了侵害公民合法权益的风险,让“合法侵害”大行其道。深圳市政府的“突击限购”之所以能得到广东省政府法制办的“合法”背书,主要就源于深圳市人大的法规授权和即时决定。<sup>[56]</sup>而这不仅不符合法规规定的程序要求,而且人大常委会也存在不惜严重损害人大及其立法的权威和公信而因事废法的错误,其深层原因就是涵盖性较差的授权立法制度。另外,广东东莞等四个不设区的市获得的地方立法权,是基于授权还是职权?也没有明确。

再次,关于地方立法权扩容。一来,人们对大范围的地方立法权扩容还有不同意见,质疑它的必要性;二来,人们最不放心的是地方立法权扩容后的立法质量如何保证。鉴于已有的经验教训,人们普遍感到新法的相关措施很难保证设区的市的立法质量。因为目前有地方立法权的地方虽然已行使该项权力数十年,依然存在重复上位法、地方特色不明显,甚至滥用立法权、以领导意志立法、与上位法冲突,诱发立法体系混乱等突出问题。<sup>[57]</sup>虽然新法将实际“开闸”的权力交给了省级人大常委会,但在节奏把握上恐怕难以做到完全合理。比如广东省人大常委会主任会议在研究并报广东省委同意后,确定将在今明两年分批推进17个市授予地方立法权,且已组成3个评估组分赴9个地级市,就其是否符合开始制定地方性法规的条件进行评估。<sup>[58]</sup>新《立法法》刚实施一个月就开始评估打算授权,如此急迫,各方准备充分了吗?这也暴露出一个更为全局性的问题,即这次修法赋予设区的市地方立法权,而最终由谁享有却一方面取决于国务院的决定,另一方面还同时取决于省级人大的“开闸”,使标准行政化和地方化,难致统一。事实上造成国家立法体制决定权的残缺不全和地方获得立法权上的不公,对法治统一有何影响,这些问题值得研究。<sup>[59]</sup>

第四,关于界定规章边界。这是本次修法的一大亮点,这意味着政府权力将受到进一步限制。不过,在笔者看来,新法对部门规章的划界相对更容易得到落实,而对地方政府规章的划界,除了新法本身就留下的一个“口子”外,上述授权立法制度的不够严密,将会严重消解新法约束力。因为,立法

[56]《突击限购通过合法性审查 地方任性立法谁来约束》《潇湘晨报》2015年1月31日,第2版。

[57]张洋《地方立法权“扩容”,立法质量如何保障引关注》《人民日报》2015年4月8日。

[58]章宁旦《对首批被授予立法权地区进行评估》《法制日报》2015年4月15日,第3版。

[59]有学者指出,如此“大跃进”式的立法扩容可能面临以下难题:助长地方保护主义、本位保护主义;“法盲立法”,中央立法、省级立法与市级立法之间的“立法恶斗”,形成事实上的“立法联邦主义”,用集体决策、立法包装等形式来抵御问责,早已错乱的市县关系更加错乱。参见秦前红《立法法修改的得与失》,载财新网<http://opinion.caixin.com/2015-03-15/100791320.html>, 2015年3月15日。

层级越低,越容易受到其他机关或领导者个人的不当干预或操控,政府也越容易得到本级人大的授权。有分析认为,通过修法,一些地方限行、限购等行政手段就不能那么“任性”了。<sup>[60]</sup>但笔者看未必,广东省政府法制办给深圳市政府“突击限购令”的背书,让我们看清了这一点。

最后,关于备案审查制度。表面上看,备案审查制度在新法中得到一定程度的充实和完善,但深入研究后就会发现,制度本身的架构仍然没有建构起来,整体来看仍然是一个空架子。比如备案审查由谁提出、对谁提出和向谁提出、如何受理、如何复查答复、如何发布审查结果以及审查结果的效力如何,这些构成备案审查制度骨架的内容,在新法中都找不到明确答案。仅靠笼统的“应当审查和反馈”、“可以向社会公开”等措词,是没有可操作性的。还有,面对长期受到压抑、一时集中迸发的地方立法冲动,如何控制和约束这种冲动,这是备案审查制度当前和未来一定时期面临的重大任务,然而,新法也未提供有效措施和满意答案。

### (三)逻辑结构凌乱、语言不够精当

《立法法》作为我国的一部宪法性法典,理应逻辑严密、结构严谨,语言文字表达明确、精准。然而,若从法典的逻辑结构和法律条文表达方面进行审视的话,修改后的《立法法》依然存在明显问题。

问题之一是授权立法规定不周延。从现有规定来看,我国的授权立法制度采取狭义内涵,即仅指全国人大及其常委会将专有立法权依法授予国务院和经济特区行使的制度。这从条文位置就可以清楚地看出来。但问题是,既然我国狭义的授权立法包括对国务院和经济特区的授权,就要求在规定全国人大及其常委会“立法权限”<sup>[61]</sup>时把“必要时可以授权经济特区进行变通立法”的内容也一并明确下来,而现行《立法法》却只规定了授权国务院的内容。这使得后面关于经济特区立法权的规定,<sup>[62]</sup>显得十分突兀,似无源之水、无本之木,逻辑上讲不通。

问题之二是人大主导立法条款的位置并不妥贴。“人大主导立法”是党的十八届四中全会作出的重大决定。它的完整表述是:“健全有立法权的人大主导立法工作的体制机制,发挥人大及其常委会在立法工作中的主导作用。”<sup>[63]</sup>这意味着,“人大主导立法”是一项全国性的要求,针对所有有立法权的人大及其常委会而言的,并非仅指全国人大及其常委会。而修改后的《立法法》却只作了限于“全国人大及其常委会”的表述,<sup>[64]</sup>不仅降低了十八届四中全会决定关于此内容的层次和统摄性,也缩小了《立法法》这一条款的统辖范围,不能给地方人大及其常委会主导立法以应有的立法支持。应把“人大主导立法”条款写入“总则”,统领中国的全部立法活动,而不只是全国人大及其常委会立法。

问题之三是第82条第5款、第6款次序不当。该条第6款明显是关于地方政府规章一般性限制规定的,即“一般情况下”,“没有法律、行政法规、地方性法规的依据,地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范”。而第5款则规定了“例外”,即在“应当制定地方性法规但条件尚不成熟的,因行政管理迫切需要”时可以制定超出“一般限制”规定行政措施,但实施满两年需要继续的,应当提请本级人大或者其常委会制定地方性法规。在条文次序上显然应当“先一般后例外”,即先规定一般性禁止,然后规定特殊情况下的例外,将现行第5款和第6款的顺序颠倒一下,同时一般性禁止内容也应与部门规章相同。<sup>[65]</sup>

最后一个方面的问题是个别法律条文文字表述不够清晰和精当。至少有两个地方比较突出:一是关于地方性法规的几个条文,即新法第72条和第73条。这两个条文完全可以拆分重组成三个条文,第一个规定省级人大及其常委会制定地方性法规的权力,第二个规定地方性法规可以规范的事项范

[60]《今后限行、限购,不能那么任性了》,《河南商报》2015年3月16日,第A3版。

[61]新《立法法》第二章第一节。

[62]新《立法法》第74条、第90条第2款、第98条第(五)项。

[63]前注[6],本书编写组书,第10页。

[64]新《立法法》第51条,其位置在“第二章 法律”之“第五节 其他规定”之下。

[65]即将新《立法法》第82条第6款的内容变为:“没有法律、行政法规、地方性法规的依据,地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范,不得增加本机关的权力或者减少本机关的法定职责。”并与第5款对调。

围,第三个规定设区的市的地方性法规立法权,同时清晰地区分出原较大的市的立法权和新增设区的市的立法权,这样既符合逻辑,也更清晰易懂。二是关于地方政府规章的条文即新法第82条,也存在相同的问题。若把它拆分成至少两个条文就会变得逻辑严密、清晰易懂。对一般人而言,一个法律条文超过四款,中间再夹杂项的划分,就会出现理解上的障碍,即使对执法和司法而言,引用起来也不方便,容易出错。

#### 四、从《立法法》修改看全国人大常委会立法的“部门化”倾向

这次《立法法》修改,进步与亮点一箩筐,但正如上文所述,缺陷和不足也不少。看到进步就是看到成绩所在,看到不足就是看到改进方向,有时候看到不足比看到进步更重要,因为所有的进步都是从弥补不足开始的。笔者在观察中发现,这次修法除了法律本身的进步与不足外,还有一个情况也值得高度关注,那就是,在《立法法》修改过程中全国人大常委会似也存在着一定程度的立法“部门化”倾向。

在我国各层次的立法中,长期以来一直存在一种极不正常的现象,即立法“部门化”倾向。特别是一些在立法过程中具有较强话语权的部门在左右和主导立法,结果使一些立法有失偏颇。其根本原因在于,我国的绝大多数法律法规都由政府职能部门主导起草,其中夹杂着部门利益。数据显示,我国现行法律90%以上都是由国务院相关部门起草制定的,<sup>[66]</sup>地方性法规由地方政府部门起草的情况也大体如此。<sup>[67]</sup>正是为了消除我国立法中的“部门化”倾向,党的十八届四中全会决定才提出“人大主导立法”的思想。设若人大也存在“部门化”倾向,将是十分可怕的现象。这要求我们认真研究人大立法活动,观察和讨论其中是否确实存在以及如何切实避免这种不正常现象,既是防微杜渐,也是警钟长鸣。

由于相关环节缺乏及时详细的说明和解释,我们无法了解和把握立法法修正案草案起草者的真实意图和想法,因而,针对这个问题的讨论,我们只能将《立法法》修正案草案的一、二审稿与表决通过稿的条文和内容进行对照,从字里行间寻找论据,得出结论。

可疑迹象比较集中的是《决定》中多处“应当”和“可以”的使用。它们在法律上有着完全不同的意义。“应当”是义务性规定、命令性规范,是当为的行为模式,行为主体必须积极作为,没有选择或协商余地,而“可以”则是授权性规定、权利性规范,是可为的行为模式,行为主体可以为也可以不为,有一定自由选择的余地。据笔者统计,《决定》共有57处使用“应当”,26处使用“可以”。其中19处“可以”为表达赋权事项,是必须的和恰当的,7处“可以”涉嫌减轻全国人大专门委员会或全国人大常委会及其工作机构的职责,赋予了过大的选择权,这些“可以”理应换为“应当”。比如,要求行政法规在起草过程中,应当广泛听取有关机关、组织、人民代表大会代表和社会公众的意见,而在人大相关机构组织起草法律案时,则是“可以”,在规定召开论证会、听证会时更是附加了许多条件后才用上“应当”。这并不是说对行政法规起草工作不该严格要求,关键是它反衬出作为《立法法》修正案起草单位的全国人大常委会及其工作机构在立法中表现出“宽以律己、严以待人”的部门利益保护倾向。对照下一、二审稿和表决通过稿的相关内容,我们能更清楚地看出这一点。(见下表)

上述各事项都涉及全国人大专门委员会或全国人大常委会工作机构的工作职责,从无到有,从“可以”到“应当”,意味着大量增加它们的立法工作量,自然会从自身的利益出发来斟酌用词和拿捏分寸。这从人之常情的角度看是可以理解的。但若从规范立法完善立法的角度看,特别是从全面推进依法治国的战略布局看,则是不能接受的。另外还有一些直到最终都保留了“可以”字眼的条款。比如“可以”进行立法评估,立法调研“可以”邀请有关的代表参加,“可以”提前参与法律起草、“可以”由专

[66]张维伟《立法法修改：为法治引领改革立章法》,《中国人大》2014年第19期。

[67]甘肃省人大1979年至2009年制定的155件现行有效法规中,由政府部门直接起草的占总数的86.5%,南京、长春等市某届制定的所有法规中,政府相关部门起草的法规占近90%。参见徐清《避免人大主导“名过于实”》,《检察日报》2015年3月23日,第6版。

立法法修正案部分条款三稿演变表

内 容	一审稿	二审稿	通过稿
坚持立法公开	无	无	有
常务委员会会议审议法律案，_____邀请有关的全国人民代表大会代表列席会议。	无	可以	应当
法律案有关问题具有较强的专业性或者需要进行可行性评价的，_____召开论证会，听取专家、有关部门等方面的意见。法律案有关问题存在重大意见分歧或者涉及利益关系重大调整的，_____召开听证会，听取……意见。	应当	可以	应当
列入常务委员会会议议程的法律案，应当将法律草案文本及其说明等通过网络等媒介向社会公布，征求意见。	无期限	20日	30日
法律规定要求有关国家机关对专门事项作出配套的具体规定的，有关国家机关应当及时作出规定。	无期限	无期限	1年内
有关的专门委员会和常务委员会工作机构_____对报送备案的规范性文件进行主动审查。	无本款	可以	可以
全国人民代表大会有关的专门委员会和常务委员会工作机构在审查过程中，_____将审查情况向提出审查建议的国家机关、社会团体、企业事业组织以及公民予以反馈，并_____向社会公开。	可以 无规定	可以 可以	应当 可以

门机构组织起草、“可以”吸收或委托专家起草等内容。这些“可以”大大降低了法律规范的刚性程度。因为这些要求在立法实践中都在“两可”之间，存在较大的或然性，人民无法依赖它。从良法之治的高度观之，这些“可以”也都应改为“应当”，其实并非客观条件不允许，恐怕是主观方面不愿意。至于对配套立法的时限要求，前两稿都笼统为之，恐与全国人大常委会及其工作机构没有正确把握自身定位、缺乏与全国人大地位相称的强势姿态有关。十二届全国人大第三次会议的“强硬”改变，凸显了全国人大的至高无上性，也体现了全国人大代表的超脱地位，同时也反衬了全国人大常委会立法的弱点和短板。

就整体而言，从时代背景和现有条件衡量，这次《立法法》修改范围完全可以更大一些，内容可以更丰富一些，让《立法法》更完善一些。为什么没做到呢？源于仓促上阵，还是全国人大常委会的本位主义或“部门利益”，抑或囿于已有的立法经验，值得认真分析。当然，更为重要的是，它促使我们反思，“人大主导立法”到底应该是人民代表大会主导还是人大常委会主导，如何处理人民代表大会与其常委会的关系，人大常委会立法是否也有“部门化”问题，这些问题已变得越来越突出，越来越急迫，不能再继续模糊下去了。如何推进“人大主导立法”原本应作为这次修改《立法法》予以妥善解决的一个问题，事实上却并未涉及，结果只能继续悬而不决。这大概是因为，全国人大常委会及其工作机构受制于“横向”关系，对其他“同级”机关尊重过多，对自身最高权力机关地位和应发挥的主导作用意识不够。也许这就是全国人大常委会立法的“部门化”倾向。