

深化改革与依法行政关系之再认识

李 洪 雷

(中国社会科学院法学研究所副研究员、法学博士 北京 100720)

摘要:在改革和依法行政关系问题上,学界主要有“先立法、后改革”和“先改革、后立法”两种观点,前者强调改革试验性、偏重实质合理性;后者强调法治规范性、偏重形式与程序合理性。这两种观点都存在片面性。在全面深化改革和社会主义法律体系已经形成的大背景下,应当重新认识两者之间关系。这种新认识要点是:坚持法律优位,不能进行违法改革;当改革在形式上面临法律障碍时,应首先在法律体系内部解决;合理界定法律保留原则的适用范围;扩大地方立法权的主体范围;行政机关应更加注重以柔性和间接方式实现改革目标;必要时利用授权机制来进行地方改革试验;制定《改革促进法》。

关键词:改革 依法行政 法律优位 法律保留 改革促进法

一、引言

如何处理深化改革与依法治国尤其是作为依法治国之关键和核心的依法行政之关系,是攸关全面深化改革能否顺利推进、依法治国方略能否得到贯彻实施的重要问题。法学界对如何处理改革与依法行政的关系问题,主要观点有两种。一是“先改革、后立法”说。^①该说认为,改革就是要打破旧体制,只要决策者的动机和目的是好的,其实际效果有利于发展生产力、有利于增强综合国力、有利于提高人民生活水平,就可以进行违法甚至违宪的改革。这种改革不同于恶意地破坏法治,属于“良性违宪”、“良性违法”,应当允许甚至鼓励。与之针锋相对的第二种观点是“先立法、后改革”说。^②该说认为,无论是“良性”,还是“恶性”的违宪或违法,都是不允许的,同样必须追究责任。为尊重法律权威,应严格贯彻依法行政原则,改革决策和其他所有决策一样必须要依法进行,对违法改革要“零容忍”,改革决策如果与现行法律规定有抵触之处,就必须先修改相关法律。^③笔者认为,在全面深化改革和社会主义法律体系已经形成的大背景下,需要对上述两种主流观点加以反思,并重新认识改革和依法行政的关系。

二、对两种主流观点之反思

(一)对“先改革、后立法”说之反思

“先改革、后立法”说的核心在于强调政策在推进改革中的关键作用,该说在很长一段时期内支配着我国改革实践:包括农村土地经营体制改革,国有土地使用制度改革,国有企业改革,事业单位改革……都是在没有法律根据甚至违背现行法律的情况下,由党和政府以政策文件的形式推行的。尽管立法机关也制定了很多法律,然而法律只是政策稳定以后发挥事后的确认和保障作用。与西方发达国家通过立法方式推进改革的法制驱动型改革相比,这种政策驱动型改革的优势在于,可以不经繁琐的立法程序,方便、高效、灵活和迅速地回应社会需求。该说注意到了政策驱动型改革的优势和法治的局限性,对法治与改革的内在紧张关系有清醒的认识,这是其力量所在。但是,它的不足之处在于:对政策驱动型改革的缺陷认识

不足,对法治的功能与作用重视不够,有走向法治虚无主义的危险。实际上,伴随着中国改革的全面推进和经济社会政治的发展,政策驱动型改革的弊端已日益暴露。一是对政策的实施、保障以及责任机制缺乏制度化的规定,人治色彩浓厚。政策出台具有较强的随机性,其合理性在很大程度上依赖于决策者个人的知识和修养;政策实施效果则依赖于领导关注程度,有些政策在执行过程中会因领导人注意力的改变而逐渐处于停滞状态。反之,运用法律形式则有利于确立改革的目标和原则、所要建立的基本制度和所要遵循的程序以及相应的监督机制等,这有利于消除改革中的不确定因素,保证改革目标的实现和改革措施的落实。二是政策难以全面协调各方利益并进而获得社会广泛认同。在改革进入深水区以后,改革所涉及的问题日益复杂,各方面利益博弈日趋激化,改革决策往往涉及深刻而剧烈的利益调整,只有通过正式而严格的立法程序,才能广泛听取各方面意见、协调各个群体利益,才能保障改革方案的公正性、科学性与合理性,从而使其得到社会认同、进而贯彻实施。三是政策无法保证改革的系统性、整体性与协调性。我国处在全面深化改革的历史时期,改革在相当长的时期内都是与发展并重的一个常态主题,其全局性、综合性、长期性和利益关系的复杂性,要求必须注重改革的系统性、整体性与协调性,而这些要求只有通过制度化、规范化、程序化的法治建设才能得到体现。四是伴随着依法治国、建设社会主义法治国家被确立为治国方略并载入宪法以及社会主义法律体系的形成,树立宪法和法律的权威、保证宪法和法律的贯彻实施,成为完善国家治理体系的重要着力点和各界关注的焦点。在这样的历史条件下,违法改革的正当性必然受到很大的挑战,也将使改革者个人遭遇严峻的法律风险。

(二)对“先立法、后改革”说之反思

“先立法、后改革”说主张依赖立法作为推进改革的驱动器,强调法治的价值与功能,对政策驱动型改革的缺陷有着清醒的认识,代表了中国国家治理体系的发展方向。然而,其不足之处在于:对法治本身的局限性以及中国特定历史阶段的特殊性认识不足,有法治教条主义、浪漫主义与理想主义倾向。具体而言:一是法律的制定与修改难以迅速回应改革需要。立法程序的正式、复杂,立法过程中的多方博弈,这固然可提高法律的公正性和科学性,但也伴随着负面后果。比如,难以迅速回应社会需求和得到及时修改。而处于全面深化改革时期的中国,经济社会发展日新月异,新矛盾、新问题层出不穷,单纯依靠法律无法满足目前发展阶段中对决策时限性的要求,在一些领域中即使立法也会很快落后于形势发展要求。二是立法主要是针对未来的一般与抽象事务加以规范,这种事务只能是具有相当程度可预见性与可描述性,从而有可能预先以文字加以设计,而不具有这方面特性者,即使本身或许很重要,也难予以全面、细致的规范。^④因此,法律的作用只有在社会关系相对稳定的条件下才可能得到充分发挥。中国目前处在社会发生急剧而深刻转型的特殊时期,社会关系尚未定型,这极大地增加了立法难度,法律的作用必然受到很大限制。三是立法强调统一性和普遍性,但我国改革一个特点是摸着石头过河的渐进式改革,在很多时候改革的方向尚不明确,在实践中往往通过局部试点等办法,在实现局部突破、积累经验以后,再推广到全国,这就导致在改革初期难以建立统一、普遍的规则,勉强建立反而可能会成为改革的桎梏。四是法治国家建设所涉及的不仅仅是治国方式的变化,而且涉及权力结构的重大调整,诸如党政关系,立法、行政和司法等关系的调整,这些均是难度极大的任务,无法毕其功于一役。

三、深化改革与依法行政关系的再认识

在中国改革进入深水区 and 社会主义法律体系已经形成的背景下,无论是过分强调现实需要、忽视法律规范效力的法治虚无主义,还是过分强调法律的形式约束、忽视社会发展需求的法治教条主义,都是不可取的,必须在两者之间寻求适当的协调与平衡。不过,这并不意味着要采取一种折中的观点:在原则上坚持依法行政,但允许在特殊情形下突破法律。笔者认为,这种折衷观点有“和稀泥”之嫌,并可能为违宪违法活动大开方便之门。科学的观点应当是:全面认识、合理协调深化改革与依法行政的关系。一方面要坚持法律优位的要求,不能超越法律规定的范围进行改革,当改革遇到法律障碍时,应努力在法律体系内寻求解决之道,并通过行政管理手段的创新,避免改革与法制的直接冲突;另一方面要合理界定法律保留原

则适用的范围,并善用授权机制,允许特定地方或行业的改革在获得法律授权的前提下进行制度突破。以下,笔者从七个方面来阐述这种新认识的要点。

(一)坚持法律优位,不能进行违法改革

“依法治国,建设社会主义法治国家”已载入宪法并成为全民共识。尽管其在实践中面临许多障碍与困难,然而作为治国方略的地位不应动摇。在利益诉求严重分化、价值标准趋向多元化的当今中国,必须尊重法律的权威,否则个人自由和权利也难以得到保障,公平竞争的市场秩序和公正的社会秩序很难维持,行政活动的正当性也会受到很大的挑战。为此,需要坚持法律优位原则,一切行政活动包括政府的改革决策,无论是权力性行政还是非权力性行政,无论是干预行政还是服务行政,也无论是负担行为还是授益行为,除非在有法律特别授权的例外情况下,均不得与法律相抵触。在某一行行政领域,只要存在现行有效的法律,行政机关就必须予以适用(适用之强制),且应正确适用而不能有所偏离(偏离之禁止)。^⑤

(二)当改革在形式上面临法律障碍时,应首先在法律体系内部解决

第一,行政机关应当通过法律解释、漏洞补充等技术,维护法律体系的实质正当性,在法律规定的限度内实现法律效果与社会效果的统一。在我国,随着法律手段的广泛运用和立法数量的逐步增多,因为经验缺乏、体制缺陷、程序粗疏等原因而造成的立法问题开始显露,一些法律的内容已经过时,一些法律内容规定不科学、不合理。此时,就会对改革造成障碍。当出现这些情形时,行政机关可以利用法律解释和适用的技术,尽可能克服“恶法”或者“劣法”的约束。例如,可以利用目的解释、社会学解释等方法,对具有模糊性的法律规范加以解释,在其所允许的数种解释内选择最符合社会发展需求、具有最佳社会效果的解释,从而为改革措施扫清障碍。这里应特别提及的是,行政机关在做出改革决策时应注重法律原则的作用。法律原则是法律规则的生命,体现了法律规则所内涵的目的和价值,是其正当化的根据。行政机关在实施法律过程中,当需要使用含义存在模糊和争议之处的法律规则时,可以从隐含于法律规则背后的法律目的、价值和原则出发,选择恰当的解释,或者对法律的表面文义进行目的性扩张或限缩,^⑥以适应经济社会发展形势发展的需要,促进立法目的的实现。

第二,有立法权的地方应灵活运用立法权,进行“先行先试”的改革创新。我国的立法体制为地方立法尤其是地方性法规留下很大作用空间,且不需要特别授权,这就可以在很大范围内进行改革创新。例如,具有立法权的地方人民代表大会及其常务委员会,既可以为上位法在本地的实施制定细则性规定,也可以针对地方性事务自主制定地方性法规,还可以根据本地的具体实际,超越地方性事务的范围(只要不属于全国人民代表大会及其常务委员会的专属立法权)先行制定地方性法规。^⑦通过制定地方性法规的方式采取的改革措施当然不能与法律、行政法规相抵触(除非有特别授权),但如果有正当的理由,即使没有特别授权,也完全可以作出与部门规章不一致的规定。当地方性法规与部门规章相冲突时,也并非一概要适用部门规章,而是要综合平衡国家统一管理的需要和因地制宜、考虑地方特色的需要,结合具体个案,进行具体分析。^⑧

第三,在认定地方立法是否与法律、行政法规相抵触时,不应拘泥于形式上的文义。不能单纯因为地方立法中存在与中央立法不同的规定就认定构成“抵触”,而是要从立法目的、原则和精神出发,进行实质性的考量。例如,国家立法有的时候只是确立了一个最低标准(例如,环境保护和产品质量等领域),它是“地板而非屋顶”式的规定,^⑨有条件的地方为了适应本地经济社会的发展状况、更好地保护公民的生命健康安全,有时可以设定比中央标准更高的标准。

(三)合理界定法律保留原则的适用范围

法律保留原则要求在某些领域中行政机关必须有法律的授权才能采取行政措施。关于法律保留原则的适用范围,学说上众说纷纭,有干预保留说、全部保留说、重要性保留说等。^⑩在改革时期,我国法律保留的范围不宜过宽,宜采取干预保留说,也即只有在限制私人权利和自由、增设私人义务的情形,才要求有法律依据,而对不涉及私人权利义务或者增加公民权利自由的情形,则允许以非立法性的规范性文件作为依据。因为对私人权利自由的保护是法治最为基本的功能,在宪法已经明定了公民的基本权利并宣示国家

要尊重和保障人权的情形下,也具有较强的明确性和稳定性,由此,行政机关干预私人权利自由的情形必须要求有法律的依据。特别是在给付行政等领域,所涉及的往往是具有高度政策性的议题,如财政资金的分配等等,在我国全方位的改革时期,对这些议题不宜于要求一概地以法律的形式予以规范。

传统干预保留说要着眼的是议会与行政之间的关系,其中的法律主要是指狭义法律,例外情形则包括政府依据法律特别授权所制定的行政立法(法规命令)。但我国依法行政的发展所面临的主要问题并非解决行政活动的规范化问题,由此,需要与传统的干预保留说主张的法律的范围区别开来。笔者认为,我国行政法上的法律保留原则中的法律,是指广义的法律,包括全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律以及行政法规、地方性法规和政府规章等。^⑩国务院《全面推进依法行政实施纲要》关于“没有法律、法规、规章的规定,行政机关不得作出影响公民、法人和其他组织合法权益或者增加公民、法人和其他组织义务的决定”的规定就体现了这一精神。此外,《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)、《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称《行政处罚法》)、《中华人民共和国行政许可法》(以下简称《行政许可法》)和《中华人民共和国行政强制法》(以下简称《行政强制法》)等不同层级法律文件对行政机关在行政处罚、行政许可和行政强制等领域可以规定的事项做了规定,此时,行政机关无论以何种形式出台的改革方案,都不能超越其权限范围。当然,在法律有特别授权的情况下,其他规范性文件也可以作出相关的规定。^⑪

这里应特别注意的是,不属于法律保留范围的事项,只不过是意味着并不强制性的要求以法律形式加以规范,并不意味着法律就不能或不应加以规范。其实,从立法政策角度来说,在客观条件具备的情形下,重大的改革方案应尽可能通过正式而严格的立法程序,以平衡各个群体的利益诉求,保障改革方案的公正性、科学性、合理性和相对稳定性。以事业单位改革为例,我国有各类事业单位120多万个,从业人员近3000万人,^⑫汇集了超过三分之一的专业技术人才,拥有数万亿元国有资产,其改革的社会影响巨大,必须做到科学审慎、公平合理、平稳有序。对于这一改革,在前期经过试点的基础上,就应将其纳入法律的框架内进行,依法有序推进。但是,目前事业单位改革主要依据各相关部门或地方制定的政策性文件分散推进,难以避免部门和地方视角的局限性,改革方案的科学性和权威性得不到保证。应由全国人民代表大会常务委员会制定《事业单位改革法》或者至少由国务院制定综合性的《事业单位改革条例》,明确事业单位改革的目标、原则和步骤,规定推进事业单位改革的负责机构和利害关系人、专家与公众参与改革的方式、途径,设定未来事业单位的组织形态、治理结构、活动原则和监督机制等。^⑬

(四)扩大地方立法权的主体范围

虽然地方立法可以为地方进行改革创新提供重要的法制基础和保障,但在我国,除了特别行政区和民族区域自治地方以外,具有地方立法权的一般地方只有省和较大市级地方人民代表大会(及其常务委员会)和人民政府,其他的市、县和乡镇都不具有立法权。这一立法体制对其他地方的改革创新设置了很大障碍,从宪法制度和法政策学上而言都是不合适的。一是我国的各级地方人民代表大会及其常务委员会,作为直接或间接民选产生的地方国家权力机关,为行使宪法赋予的管理地方事务的权力,均应具有地方性法规制定权,其选举产生的政府应具有地方规章制定权。二是《立法法》中已经明确引入了地方性事务的概念,^⑭而地方性事务不仅是省和较大市一级有,所有的地方都有地方性事务。既然有地方性事务,从逻辑上来说,就应该允许针对地方性事务制定法规。三是我国是一个地广民众的大国,各个地方经济、社会发展又很不平衡,对地方性立法有着迫切的现实需求。四是现行体制虽然否认省、较大的市以外的地方具有立法权,但承认其具有其他规范性文件的制定权,在法理上来说,这些规范性文件既然不属于立法,本不应规定私人的权利义务,然而在实践中,大量的其他规范性文件事实上在设定私人的权利义务,并且因满足了经济社会发展的现实需要而无法否认其效力,结果是法律规范和其他规范性文件二者之间的区分难以维持。而由于其他规范性文件不被认为是法律,又导致制定程序粗疏、质量低劣等弊病。对这一法律规定与实践之间的矛盾,只有通过扩大立法权主体范围的方式来解决。由此,应当借《立法法》修改之机,^⑮扩大地方性立法的主体范围,为地方的改革创新提供更加坚实的法制保障。对这种扩大所可能引发的法律体系混乱等问题,则可以通过限制其立法权限范围和加强监督加以防范。

(五)行政机关应更加注重以柔性、间接的方式实现改革目标

第一,行政机关要注重运用柔性手段来推进改革。我国行政机关习惯于采取的管理工具和策略比较单一和僵化,主要是事先审批和事后惩罚等传统的命令服从式管理手段,对行政指导、行政合同等新型的、柔性或“软法”手段的重视程度不够。可是,这些手段有利于调动相对人的积极性,增强他们的认同度,其所消耗的人力、物力等执行成本也相对较低。由于改革创新是对未知事务的探索,对行政管理领域中出现的一些新情况、新问题,从国内外成功的经验看,更为有效的手段其实是激励或者引导,通过间接方式激发改革主体的内部潜能,主动去推进改革,效果更好。更为重要的是,柔性管理手段受法律约束的程度较为缓和,这就为行政机关利用其进行体制改革提供了很好的机制。例如,对一些缺乏明确的法律依据但又有必要进行管理的领域,行政机关可以考虑通过与相关主体签订行政合同(协议)的方式实现目标,或者采取行政指导的方式,这样既不违反法治原则,又是在相对人自愿配合的基础上实施,会产生积极的管理效果。在利用行政指导、行政合同等方式时,需要注意不能以指导或合同为名,行强制指挥命令之实,变相为相对人施加强制性义务。当然,为增强行政指导等柔性行政手段的实效性,必要时可以结合行政奖励和激励等其他行政手段,如基金赠款、税收激励、提供优惠利率等等。这可以通过改变从业者预期成本、收益的方法来影响其决策,具有间接性、灵活性等特点,有助于在不危害私人主动性和创造性的条件下实现政策目标,但需要保障其公平性,并防止腐败和导致不正当竞争。

第二,行政机关要充分发挥行业自律组织的作用以促进体制改革创新。行业自律或自我监管组织在经济和社会管理中在专业、效率、成本等方面都具有特别的优势。^⑩在我国全方位改革的法制尚不完善的情形下,充分发挥行业自律具有特别的意义。这是因为,首先,一些不具有法律依据的创新措施,如果由国家来实施会面临着合法性困境,而且还可能受到业界的规避或抵制。而由行业自律组织来进行制度创新,可以依靠伦理标准、同行压力或自愿性的行为准则运作,这有利于在维持更高行为标准的同时获得业界的自愿接受。其次,行业自律组织作为私人组织,其在采取自律措施时不需要遵循严格正式的法定程序,同时也可以更加及时、灵活地回应技术发展或经济形势变化的需要,这在互联网、金融业等发展变化迅速的领域,优势尤为明显。最后,行业自律也可以作为一种制度试验。如果行业自律组织所制定的规则被实践证明确实有效,也有可能转化为国家的正式立法。为充分发挥行业自律组织的作用,行政机关要降低行业组织的设立门槛、为行业组织的发展清除不必要的障碍,同时应当提高其内部治理的民主化程度,赋予普通会员及其代表在重大事项上的决策权,并通过程序设计使会员对协会决策的参与渠道更加通畅,以便调动行业成员参与行业自律的主动性和积极性。

(六)必要时利用授权机制,进行地方改革试验

改革开放以来,中央授权特定地方在相关领域进行先行先试,甚至对中央的法律、行政法规等做出变通,为全国范围内改革的推进积累经验,或者授权特定地方制定和上位法不一致但适合本地方特别需要的规范,是一个被实践证明行之有效的有益做法。例如,全国人民代表大会及其常务委员会分五次以授权决定的形式,授权经济特区所在的省、市人民代表大会及其常务委员会可以根据经济特区的具体情况和实际需要,遵循宪法的规定以及法律和行政法规的基本原则,制定法规,在经济特区实施。经济特区法规可以对法律、行政法规的规定作出适当的变通。又如,《行政许可法》第21条规定:“省、自治区、直辖市人民政府对行政法规设定的有关经济事务的行政许可,根据本行政区域经济社会发展情况,认为通过本法第13条所列方式能够解决的,报国务院批准后,可以在本行政区域内停止实施该行政许可”。《行政许可法》的这一授权模式与经济特区立法权的授权模式的主要不同之处在于,省级人民政府并未被概括性地赋予变通行政法规所设定的行政许可的权力,其只有在将具体的行政许可事项报告行政法规制定机关也即国务院并获得批准后,才能停止该行政许可在本地域范围内的实施。再如,2012年8月25日,国务院常务会议批准广东省“十二五”时期在行政审批制度改革方面先行先试,对行政法规、国务院及部门文件设定的部分行政审批项目在本行政区域内停止实施或进行调整。这一改革试点对深化行政审批制度改革具有重要示范意义。^⑪授权部分地区免受中央法律限制的做法,可能会被指责为破坏了国家法制统一性或者不利

于各地方在同一平台上进行公平竞争。这种指责不仅忽视了中国渐进式改革背景下地方先行先试的重要实践价值,而且即使以西方法治发达国家的法理来衡量也难于成立。例如,在美国地方政府法中,多数州原则上确实禁止州议会制定仅适用于特定地方或人群的“特别立法”。但是,特别立法禁止原则所禁止的只是“专断地”分类,而并不禁止对法律的适用范围做出合理的划分。因此,如果该法令是考虑到特定地方的需要、条件和偏好等,而对其做出特别规定,是可以允许的。^⑨应当指出,现行的经济特区立法变通权的概括授权模式和停止行政许可在一定地域范围内实施的具体授权模式,在我国今后改革实践中应在更大范围内加以利用,以为地方的改革创新包括制度突破提供更加广阔的空间。

第一,应当取消对全国人民代表大会特别授权立法授权对象的限制。《立法法》只规定了经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会可以根据全国人民代表大会的授权决定,进行特别授权立法。这个授权范围过于狭窄,对各级各类地方的人民代表大会及其常务委员会以及政府,全国人民代表大会(也包括其常务委员会)在必要时都可以授予其特定的立法权,从而为地方进行突破上位法的改革提供正当性。例如,对国家级的综合改革实验区,就应当考虑由全国人民代表大会或其常务委员会作出授权决定的方式,授予实验区所属的省、市级人民代表大会及其常务委员会或人民政府以一定范围内的立法变通权,以充分发挥其在体制改革和制度创新上“先行先试”的作用。

第二,应当明确规定地方立法主体可以授权其他机关进行立法。《立法法》仅规定了中央层面的授权立法,对地方立法主体的授权立法未做规定,导致其效力不明,程序和监督机制缺失。从法理上来说,拥有地方立法权的主体,在一定条件下同样可以授权其他主体(其可能在现行法下并不具有立法权)制定相关的法律规范。^⑩这对扩大依法进行改革创新和制度突破的主体范围具有重要意义。

第三,应扩大具体授权的适用范围。应规定行政机关在认为现行法律、行政法规、地方性法规或规章的规定对公民、法人或者其他组织的创新、创业活动产生不当负担的,都有权向相关法律的制定机关提出在本行业或者本地区不实施相关规定的具体建议,由法律制定机关作出授权决定,以适应具体行业或地方的实际情况和需要,同时也为相关法律规定的整体修改提供试验。

在扩大授权立法范围的同时,也需要完善授权立法的实施和监督机制,如设定授权的期限即“日落条款”,即授权机关在授权决定中应明确规定授权的期限,在期限届满之前进行评估以确定是否需要继续给予授权。这样可以及时评估改革绩效,避免将临时性措施长期化、固定化。

(七)制定《改革促进法》

近年来我国一些地方已经进行了一些以促进改革为目的的立法,如《深圳经济特区改革创新促进条例》、《西安市改革创新促进条例》、《重庆市促进开放条例》、《武汉城市圈资源节约型和环境友好型社会建设综合配套改革试验促进条例》以及《上海市人民代表大会常务委员会关于促进改革创新的决定》等。这些地方立法对凝聚当地推进改革开放事业的共识,营造深入推进开放工作的良好社会氛围,保障改革开放的规范化,发挥了积极作用。可是,现有的改革促进地方立法在实践中也暴露出很多问题,特别是实效性不足,评估和奖惩机制没有发挥功效,社会关注度低。造成实施困难的原因是多方面的,其中一个主要原因是立法技术存在很大缺陷,这些地方立法中充斥着宣示性、政策性条款,将许多本来应规定在政策文件中的内容简单加工后以法律规范的形式出现,真正具有可操作性的规则较少。此外,现有立法中对法律实施机制规定得不够完善,负责法律实施的机构缺乏必要的权威,相关机构的协调配合机制运行不畅,也是立法成效不彰的重要原因。笔者认为,吸取地方立法的经验教训并参考国外立法的先进经验,为实现改革创新和法治建设的有机统一,以为全面深化改革提供法制保障,可以考虑由全国人民代表大会制定《改革促进法》。《改革促进法》的制定,需要注意以下事项:

第一,要处理好改革顶层设计、地方先行先试和公众积极参与的关系。中国改革已进入“深水区”,确有必要加强改革的顶层设计,明确改革目标、改革重点和时序安排等。同时,中国地域辽阔,各地经济社会发展情况千差万别,因此,应切实尊重基层的首创精神,调动地方积极性,鼓励各地根据自身实际情况在某些领域先试。要鼓励公众积极参与,尊重群众的首创精神,完善公众参与改革计划与项目的机制和程序,

充分兼顾各方利益诉求,营造良好的改革氛围。

第二,要处理好程序性规定和实体性规定的关系。《改革促进法》是一部促进和深化改革的保障法,改革本身的性质决定了大量实体性事项无法定型,所以不宜以法律的形式加以固化,勉强出台法律可能会为进一步调整政策和推行改革制造新的障碍。因此,应将本法主要定位为程序法,着力于完善改革决策机制,加强专家和公众参与,建立部门之间的协调机制等。在该法中也应有适当的条款规定经济体制改革的一些基本目标和原则,并且要科学设置改革的综合协调机制,尤其要明确负责统筹协调和整体推进改革工作的部门及其职责和决策程序。

第三,要处理好倡导性规定、宣示性规定与强制性规定的关系。应当谨守立法的必要性原则,除了改革的基本原则和目标之外,一些宣示性的条款尽量不放在法律中规定,否则,不仅导致立法资源的浪费,而且影响法治权威。对条例中的强制性规定要做“硬”做“实”,优化健全实施机制,强化监督检查和责任追究,防止“硬法”变软,使立法成为摆设。

注释:

①参见郝铁川:《论良性违宪》,《法学研究》1996年第4期;《社会变革与成文法的局限性——再谈良性违宪兼答董之伟同志》,《法学研究》1996年第6期。

②参见董之伟:《“良性违宪”不宜肯定——对郝铁川同志有关主张的不同看法》,《法学研究》1996年第6期;《宪法实施灵活性的底线——再与郝铁川商榷》,《法学》1997年第5期。

③参见罗豪才、宋功德:《坚持法治取向的行政改革》,《行政管理改革》2011年第3期;胡健:《法治框架内的改革才是真正的改革》,《法制日报》2006年3月20日。

④参见许宗力:《法与国家权力》,台湾月旦出版公司1993年版,第193页。

⑤参见陈敏:《行政法总论》,自印,2011年第7版,第155页。

⑥如果从立法目的出发,法律文义的范围过于狭窄而不能涵盖其本应涵盖的生活事实,则存在超越该规定的文字扩展其适用范围的需要。这就是“目的性扩张”。“目的性限缩”则是指因字义过宽而适用范围过大的法律规则,依法律调整目的或其意义脉络将其限制在宜于适用的范围之内。参见[德]拉伦兹:《法学方法论》,陈爱娥译,台湾五南图书出版公司1996年版,第306—308页;陈清秀:《依法行政与法律的适用》,载翁岳生编:《行政法》,中国法制出版社2009年版,第214—216页。

⑦参见《中华人民共和国立法法》第64条。

⑧参见最高人民法院:《最高人民法院关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》,http://www.fdi.gov.cn/1800000121_23_66499_0_7.html,2014-01-22。

⑨See William Buzbee, Asymmetrical Regulation: Risk, Preemption, and the Floor/Ceiling Distinction, 82 New York University Law Review 1547 (2007).

⑩参见[日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第45页。陈慈阳:《行政法总论:基本原理、行政程序及行政行为》,自印,2001年版,第93页。

⑪这种意义上的法律保留,也不同于《中华人民共和国立法法》第8条规定的法律保留或全国人民代表大会及其常务委员会的专属立法权。此外,这一问题与下文关于扩大地方立法权主体的讨论也具有密切联系。

⑫例如,根据《中华人民共和国行政许可法》第14条即授权国务院可以以决定的形式设定临时性的行政许可。

⑬参见王澜明:《改革开放以来我国事业单位改革的历史回顾》,《中国行政管理》2010年第6期。

⑭参见李洪雷:《依法分类推进事业单位改革 努力建设服务型政府》,《法制日报》2007年11月11日。

⑮参见《中华人民共和国立法法》第64条之规定。

⑯参见陈丽平:《十二届全国人大常委会立法规划》,《法制日报》2013年10月31日。

⑰See Robert Baldwin & Martin Cave, Understanding Regulation, Oxford University Press, 1999, pp. 126—129.

⑱但是这一改革试点从法制角度看也存在一些问题,如《中华人民共和国行政许可法》中所规定的可以在一定行政区域内停止实施的行政许可只限于“有关经济事务的行政许可”,而这次行政许可的改革试点则并未局限于经济事务。

⑲See Osborne Reynolds, Jr., Local Government Law, West Group Press, 2001, p. 98.

⑳例如,《重庆市实施〈中华人民共和国老年人权益保障法〉办法》第25条规定:“对一百周岁以上老年人,由区、县(自治县、市)人民政府按月发给营养补助费。营养补助费的标准由区、县(自治县、市)人民政府规定”。关于发生在地方层面的授权立法实例,参见俞荣根、陶斯成:《地方性法规授权立法研究——以重庆地方立法为例》,《重庆行政》2008年第4期。

责任编辑 戚建刚