

• 法学研究 •

《立法法》修订应当明确和理顺立法授权关系

莫纪宏

(中国社会科学院法学研究所, 北京 100720)

摘要: 依据“职权法定”原则和“职权宪定”原则的法治精神以及现行宪法和《立法法》规定的立法权制度, 目前在我国依法享有立法职权的只有全国人大及其常委会, 其他国家机关享有的立法权都不具有法律上的自主性和独立性, 都是全国人大及其常委会依据宪法和《立法法》享有的国家立法权的某种形式或某种意义上的“授权”。由于现行宪法和《立法法》没有明确其他国家机关享有的立法权的基本法律特性是一种“授权”, 故在立法权限的划分上出现了自相矛盾的制度设计, 并且也没有能够有效解决实践中出现的立法权限相互冲突的问题。因此, 可以通过修订《立法法》的方式来进一步理顺立法授权关系, 或者通过修订《立法法》创制与国家立法权相对应的具有独立意义的地方立法权概念, 从而围绕着“职权法定”原则来处理不同国家机关在立法上的基本法律关系。

关键词: 立法法; 宪法; 立法授权; 原生性立法权; 立法职权; 附属性立法权; 立法监督
中图分类号: D901 **文献标识码:** A **文章编号:** 1009-8860(2014)06-0121-06

近期就2000年全国人大制定的《立法法》是否应当修改以及如何修改问题, 学术界和立法部门展开了比较密集的研讨, 大致形成了应当修改的主流意见。^①但在主张修改《立法法》的观点中, 有主张全面修改的, 也有主张部分修改的。主张全面修改的, 其理论出发点是《立法法》的法理依据不充分, 许多重大的法律关系在《立法法》的条文中被混淆了, 必须要依据现行宪法的相关原则和精神, 对《立法法》作全面修改。主张部分修改的, 认为《立法法》总的法律框架是好的, 符合我国目前的宪法体制的要求, 故只需要修改一下在立法实践中迫切需要加以解决的问题。笔者认为, 在目前的立法体制下, 尽管《立法法》存在着大量

的理论问题和实践问题, 但是, 其确立的基本原则还是可以继续适用的。当下应秉持可改可不改的不改和应当加以修改或不得不修改的才加以修改的原则, 对《立法法》作局部修改。其关键是明确立法中的授权关系, 进一步充实《立法法》所规定的授权机制, 并依据严格的立法授权关系来保证各个立法机关依法享有立法权。

一、根据我国现行宪法规定, 只有全国人大及其常委会享有立法权

在一个法治国家中, 立法权是分不同层次的。根据立法权的归属和独立性, 立法权可分原

收稿日期: 2014-06-30

作者简介: 莫纪宏(1965—)男, 江苏靖江人, 法学博士, 中国社会科学院法学研究所研究员, 主要研究方向为宪法学。

^①中国法学会立法学研究会2013年11月2日至3日在江西南昌举行了第四届年会, 年会主题是“为立法法修改提出建议”。年会上, 各方面的立法专家从不同角度为《立法法》提出了各种建议, 其中立法权限划分是重要议题。参见“中国法学会立法学研究会举办第四届年会: 为立法法修改提出建议”一文, 《法制日报》2013年11月7日。

原生性立法权、立法职权以及基于授权产生的附属立法权。

原生性立法权是与主权相联系的,在法治理论上,一般表现为宪法制定权。宪法制定权在宪法理论上通常都属于主权意义上的“人民”,例如我国现行宪法第2条第一款规定,中华人民共和国一切权力属于人民。据此,我国现行法治框架下的原生性立法权主体是人民,这一点也为立法的制度实践所肯定。虽然建国以来,我国已经先后出台了1954年宪法、1975年宪法、1978年宪法和1982年宪法,但即便是1982年宪法也没有将原生性立法权赋予作为最高国家权力机关的全国人民代表大会,全国人民代表大会只享有修改宪法的权力,而没有“制定”宪法的权力,制定宪法的权力根据宪法第2条第一款规定在法理上毫无疑问地属于“人民”。

立法职权是基于“职权法定”原则或“职权宪定”原则依据宪法和法律的规定享有的专门的立法权。我国现行宪法第58条明确规定:全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。根据宪法第58条的规定,全国人大及其常委会是依据宪法享有立法职权的国家机关。现行宪法只将立法权赋予了全国人大及其常委会,没有授予其他任何性质的国家机关。故只有全国人大及其常委会有权根据宪法规定的国家立法权独立地进行立法活动,不需要受制于其他国家机构。根据“职权宪定”原则,全国人大及其常委会根据宪法各自独立享有立法职权,即便是全国人大,如果宪法没有赋予全国人大的立法职权,全国人大也不能随意行使。根据现行宪法第62条和第67条的规定,全国人大和全国人大常委会都有权制定法律,其中全国人大制定的是基本法律,全国人大常委会有权制定基本法律以外的其他法律;全国人大有权修改自身制定的基本法律,全国人大常委会有权修改自身制定的基本法律以外的其他法律,同时也可以依据宪法规定的程序修改全国人大制定的基本法律。但现行宪法却没有规定全国人大可以修改全国人大常委会制定的基本法律以外的其他法律。根据职权法定的法治原则,法律没有明文赋予的职权,国家机关不得随意行使,否则就违反了法治原则,即便是全国人大作为国家

最高权力机关,也不得随意行使宪法规定应当由其他国家机关行使的国家权力,否则,国家机关之间的权力分工界限将会彻底地丧失。尽管宪法赋予了全国人大最高国家权力机关的法律地位,而全国人大常委会又是全国人大的常设机构,但是,全国人大不能在没有宪法依据的情况下随意行使宪法规定应当由全国人大常委会行使的职权,否则,全国人大常委会就无法有效地依法履行职权。从现行宪法第62条和第67条的规定来看,不能由全国人大随意行使的宪法赋予全国人大常委会行使的职权包括全国人大常委会对自身制定的基本法律以外的其他法律的修改权以及全国人大常委会依据宪法享有的宪法解释权和法律解释权。至于说全国人大能否对全国人大常委会修改全国人大制定的基本法律再行修改,根据宪法赋予全国人大有权修改自身制定的基本法律的规定,全国人大有权对全国人大常委会修改的由全国人大制定的基本法律进行再次修改。

在我国宪法规定的立法体制框架下,国务院、国务院各部委、较大的市地方人大及地方政府、民族区域自治地方的人大、经济特区地方人大等国家机关的立法活动都不是基于宪法规定的立法职权进行的,也就是说,都需要有作为享有立法职权的全国人大及其常委会的“授权”。这些国家机关的立法活动不具有立法上的独立性,由于其立法的本质属性系附属性立法,故这些国家机关的立法活动应当受到享有国家立法权的全国人大及其常委会的立法监督。在享有国家立法权的全国人大及其常委会与可以进行相关授权立法的国务院、国务院各部委、较大的市地方人大及地方政府、民族区域自治地方的人大、经济特区地方人大等立法机关之间不存在着严格意义上的立法权限划分问题,只有制度意义上的立法分工和立法任务的分配。

二、《立法法》对不同立法机关享有的立法权的性质区分存在一定缺陷

2000年全国人大通过的《立法法》基于现行宪法关于立法职权的相关规定,在不同层面进一步细化了不同立法机关之间的立法任务分

工,但由于没有在立法权的“职权法定”原则上标明清晰的立场,所以在制度设计上存在着一些容易引起误解的规定。

例如,《立法法》第二章第一节“立法权限”第9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。此条规定实际上并不属于“立法权限”划分的范畴,因为《立法法》本身就是由全国人大制定的,全国人大及其常委会尚未制定法律的事项,全国人大及其常委会自身依据宪法规定的国家立法权当然可以将部分立法事项授权给国务院,这是全国人大及其常委会依据宪法享有的立法职权的独立性的应有之义,原本无需《立法法》赘述。尤其是《立法法》第9条将全国人大及其常委会向国务院的授权列入“立法权限”。而从《立法法》第56条关于国务院的立法事项规定来看,似乎《立法法》又赋予国务院在(一)为执行法律的规定需要制定行政法规的事项;(二)宪法第八十九条规定的国务院行政管理职权的事项”上不需要全国人大及其常委会的“授权”,有立法上的独立性。事实上,国务院在上述两个事项的立法权也是基于全国人大制定的《立法法》才能享有的,故仍然属于基于享有国家立法权的全国人大的授权才能进行的立法,属于附属性立法的范畴。

因此,从《立法法》对立法权限的制度设计来看,全国人大及其常委会在独享国家立法权这个本质问题上似乎遮遮掩掩,缺少自信。《立法法》作为专门规定国家机关立法活动的基本法律,仍然没有完全明确立法权层面和性质的基本任务,给具体的立法实践造成了很大困惑。特别是在宪法与一般法律之间人为地加入了《立法法》的指导层次,更是让本来在宪法中就没有完全说清楚的立法权性质及层次问题更加扑朔迷离。故在修订《立法法》时必须亮明只有全国人大及其常委会才能享有国家立法权的态度,要尊重“职权法定”原则和“职权宪定”原则,明确其他国家机关立法的附属性,这样才能便于作为享

有国家立法权的全国人大及其常委会有效地行使立法监督权。

三、应明确地方人大的地方立法权

我国现行宪法只在第57条规定全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。但是,并没有明确地方人大是否享有“地方立法权”。现行宪法第100条规定:省、直辖市的人民代表大会和它们的常务委员会,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规,报全国人民代表大会常务委员会备案。虽然宪法第100条规定地方人大可以制定地方性法规,但是,宪法并没有明确地方人大制定地方性法规的立法权限从何而来,是一种自主性的立法,还是基于法律授权的立法?这个问题在《立法法》中没有加以明确。实践中就造成了制定地方性法规的地方人大始终无法确认自身的立法权限有多大,这种立法体制实际上严重限制了地方人大在立法方面的主动性和积极性,增加了地方人大对国家立法的依赖性和盲从性。为了解决地方人大立法的法律性质问题,应当在《立法法》中明确省、自治区、直辖市人大享有地方立法权,增强省、自治区、直辖市人大在地方立法领域的自主性和有效性。关于地方立法权的合法性问题,十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确规定:“逐步增加有地方立法权的较大的市数量。”上述规定至少在政策层面表明,地方人大享有的“立法权”已经在很大程度上具有了“自主性”,特别是作为单一制国家,我国的基本国情是幅员辽阔,各地发展不太平衡,历史文化传统存在着较大的地区性差异,因此,通过《立法法》的修订,将一部分不可能在国家层次上立法的事项坚决放下去,这样有利于搞活地方立法体制,使得地方人大具有立法上的主动性和积极性。当然,从“职权法定”和“职权宪定”原则出发,如果在《立法法》中确认地方立法权的概念,就必须明确地方立法权服从“法治原则”和“人权保障原则”的要

求,也就是说,凡是宪法和《立法法》明确赋予享有国家立法权的全国人大及其常委会制定法律的事项,地方人大在行使地方立法权的过程中不得行使,以此来实现“职权法定”原则;地方立法权不得限制公民基本权利实现,为此,应适当限制地方国家机关的权力行使方式,赋予地方国家机关相应的法律职责。对于实施国家法律规定事项的地方性法规要尽量减少数量,凡是非要制定配套性地方性法规的,应当严格按照国家法律中的具体条文的明确授权,而不能笼统地制定“跟风式”的配套性地方性法规。享有地方立法权的地方人大应当认真研究本地区的特殊政治、经济、文化、社会和生态国情,真正制定一些国家法律管不着和管不了、其他行政区域又不具有立法条件的地方性法规,以使地方性法规具有独立的立法价值。

四、应当规范立法的授权机制

目前我国的立法授权制度比较混乱,存在着“依法授权”和“特别授权”两种制度。以国务院制定行政法规为例,现行宪法第89条第(一)项规定,国务院根据宪法和法律,规定行政措施,制定行政法规,发布决定和命令。据此规定,国务院制定行政法规应根据“法律”,而“法律”是由全国人大及其常委会制定的。与此同时,全国人大及其常委会在专门的立法之外,还可向国务院特别授权,允许国务院行使全国人大常委会依法行使的职权。前者例如,1999年8月,全国人大常委会通过了关于修改个人所得税法的决定,授权国务院决定对储蓄存款利息所得征收个人所得税的开征时间,并

制定征收办法。国务院随后于1999年9月发布了《对储蓄存款利息所得征收个人所得税的实施办法》,自1999年11月1日起开始对储蓄存款利息所得征收个人所得税,即利息税。后者如《1984年全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院改革工商税制发布有关税收条例草案试行的决定》、《1985年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》等。2000年出台的《立法法》第9条也规定:本法第8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,授权国务院根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规。然而由于现行宪法第89条第(一)项已经一般性地确立了国务院“依据宪法和法律”制定行政法规的立法原则,所以,从法理上来看,没有全国人大及其常委会“在先”的立法行为,国务院是不能制定行政法规的,这就在理论上否定了全国人大及其常委会特别授权国务院制定行政法规的必要性。^①所以,在国家立法权属于全国人大及其常委会的大前提下,国务院制定行政法规的基本性质就是授权立法,《立法法》没有必要再对此加以强调,否则就容易引发全国人大及其常委会何时通过制定法律授权国务院制定行政法规、何时通过特别决定授权国务院制定行政法规的授权困境。从保证“职权法定”原则出发,必须要明确国务院制定的行政法规不具有“职权立法”的特性;^②在法律上要么属于享有国家立法权的全国人大及其常委会通过其制定的法律中的具体条文进行的一般性立法授权,这类多属于“配套性立法”;^③要么由全国人大及其常委会将依据宪法和《立法法》规定属于应当由全国人大及其常委会自身制定的法律

^①应松年认为“专属立法权还可以更加明晰,现在确实感觉国务院行政权力太大,应该是专属立法权的事情它也来插一脚,监督的程序又落不下来。”应松年“立法法修改工作已经启动”,法治政府网,参见 http://law.china.cn/features/2014-03/24/content_6767677.htm 2014年6月26日最新访问。

^②张可然、张帆在“关于《立法法》的若干修改意见”一文中提议《立法法》应当明确规定“行政法规不得同宪法、法律相抵触”。这一表述可以避免一些学者认为国务院可以“依据宪法和法律”自主性地享有制定“行政法规”的立法职权。参见《消费导刊》2008年第15期。

^③有全国人大代表建议,只要全国人大及其常委会有相关法律出台,地方人大就要立即制定整体性配套法规,这种意见是存在问题的。例如,全国人大代表、广州市人大常委会法制工作委员会主任李力2005年3月6日向全国人大会议提交议案,建议对已实施5年的《立法法》进行修改。李力建议在《立法法》中明确规定:国务院或者被指定的其他国家机关,应当自法律施行之日起3个月内或者法律确定的时限内,颁布与法律配套的施行性办法或者规定。参见“广东代表建议针对《立法法》实施中的问题进行修改”一文,《广州日报》2013年3月7日。

事项,通过特别的授权文件授予国务院制定行政法规,并且赋予与相关法律相同的法律效力以区别于国务院基于法律中的一般性授权而制定的“配套性行政法规”。

五、应明确“批准”行为的性质就是行使立法权

我国现行宪法、《立法法》就“批准”立法行为有不同规定。现行宪法第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。自治区的自治条例和单行条例,报全国人民代表大会常务委员会批准后生效。自治州、自治县的自治条例和单行条例,报省或者自治区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,并报全国人民代表大会常务委员会备案。由于“批准”行为是自治条例、单行条例生效的必要条件,所以,经过全国人大常委会“批准”生效的自治条例、单行条例实质上是全国人大常委会的立法行为,在“批准”之前的所有立法活动只是立法程序的延续。因此,结合《立法法》第90条的规定,自治条例、单行条例在全国人大常委会批准生效后属于全国人大常委会立法的一部分,在法理上不存在与全国人大常委会制定的“法律”相抵触的问题,所以,《立法法》第90条规定的“国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的要求,由常务委员会工作机构分送有关的专门委员会进行审查、提出意见。前款规定以外的其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议,由常务委员会工作机构进行研究,必要时,送有关的专门委员会进行审查、提出意见”。上述规定存在明显逻辑矛盾,应当将“自治条例和单行条例”从可以提请违宪和违法审查的“对象”序列删除。事实上,《立法法》已经从“立法监督”的相关规

定中解决了这个问题。《立法法》第88条规定:改变或者撤销法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章的权限是:(一)全国人民代表大会有权改变或者撤销它的常务委员会制定的不适当的法律,有权撤销全国人民代表大会常务委员会批准的违背宪法和本法第六十六条第二款规定的自治条例和单行条例。毋庸置疑,《立法法》上述规定已经将“自治条例”和“单行条例”作为全国人大的立法监督对象,概缘于“自治条例”和“单行条例”系由全国人大常委会“批准”的,全国人大常委会本身无法有效地进行监督。

六、《立法法》应增加一章“常见立法术语释义”

《立法法》第2条规定:法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的制定、修改和废止,适用本法。国务院部门规章和地方政府规章的制定、修改和废止,依照本法的有关规定执行。既然《立法法》已经将自身定位成其他法律形式制定、修改和废止的“法律依据”,那么,《立法法》就有义务通过明确“常见立法术语”含义的方式,来解决立法过程中出现的各种分歧。例如,现行宪法文本中“法律”一词共出现了82处,但是,总共82处“法律”在语法上是否都是内涵与外延等值的,这个问题宪法文本没有予以明确。这个问题给宪法实施工作带来的麻烦就是到底如何理解宪法文本中不同的“法律”术语内涵。特别是“依据法律规定”这样的规范要求,是否意味着最高立法机关有义务制定此类法律等等,必须在《立法法》中加以说明,否则,在全国人大常委会很难启动宪法解释程序的前提下,宪法文本中规定的“法律”二字在实践中被随意解释和使用,就无法构建有效的立法秩序。与此同时,“依据法律规定”也是“职权法定”原则和立法授权原则的法理来源,如果“依据法律规定”中的“法律”自身内涵不清晰,在立法实践中也就难以界定“职权”如何“法定”问题,从而导致立法活动不自觉地受到“行政层级化”的影响。当“职权法定”原则无法确定和立法授权概念不清晰的时候,必然只能依据立法机关的行政级别的高低来处理

不同法律规范形式之间的效力等级关系,行政管理中的“层级化”、“官僚化”的问题也就不可避免地要在立法体系中得到对应性的体现。

七、《立法法》中关于“军事法规” 的立法依据要重新规定

《立法法》在法律形式创制方面的最大贡献就是肯定了“军事法规”的合法地位。《立法法》第93条规定:中央军事委员会根据宪法和法律,制定军事法规。但上述规定存在明显的制度缺陷,即现行宪法并没有规定中央军事委员会有权制定军事法规,中央军事委员会制定军事法规不符合“职权法定”原则。《立法法》明确规定“中央军事委员会根据宪法和法律,制定军事法规”,显然缺少宪法依据。其解决问题的思路有两种:如果《立法法》在现行宪法再次修改之前修改,可以将“中央军事委员会根据宪法和法律,制定军事法规”修改为“中央军事委员会根据国防法和本法,制定军事法规”;如果《立法法》在现行宪法再次修改后修改,建议保留《立法法》第93条的规定,在现行宪法关于中央军事委员会的规定事项中增加

“中央军事委员会根据宪法和法律,制定军事法规”,明确“军事法规”与“行政法规”享有同等的宪法地位。

总之,《立法法》的修改要真正解决问题。凡是理论上存在重大缺陷或者是在立法实践中迫切需要加以规定,才应当加以考虑,对那些仅仅是实施中的问题则尽量通过完善《立法法》的实施途径加以解决,以避免对《立法法》所确立的立法体制做出太大的变动,从而影响《立法法》自身的权威性和稳定性。修订《立法法》的最重要问题,是应当在不同国家机关所享有的立法权的性质问题上表明明确的立场,如果坚持现行宪法规定的只有全国人大及其常委会才享有国家立法权,其他国家机关不享有立法职权,则其他国家机关享有的立法权在法律上的基本性质必然是某种程度的“授权立法权”,而不具有“自主性立法权”的法律特征;如果要明确地方立法权的概念,则需要以立法制度规定在一些独特的立法领域,明确排斥国家立法权的介入,除依据宪法解释或违宪审查机制国家立法权进行必要的法律监督之外,地方人大应当享有地方自主立法的一块独立领地。

责任编辑 晨 晓

Amendment to *Legislation Law* Should Clarify and Rationalize Legislative Authorization Relationship

MO Ji-hong

(Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720, China)

Abstract: In accordance with the principles of “statutory powers”, “constitutional powers”, and “rule of law”, and based on the existing Constitution and provisions of legislative system in *Legislation Law*, the only body authorized to legislate in today’s China is the National People’s Congress (NPC) together with its Standing Committee, and the legislative powers of other state organs do not have the autonomy and independence in the legal sense, all of which are results of “authorization” in certain sense by the NPC and its Standing Committee based on the Constitution and *Legislation Law*. Since the current Constitution and the *Legislation Law* do not clearly state that the basic legal nature of legislative rights of other state organs is a form of “authorization”, it leads to contradictory systematic designing in dividing legislative authorities, and it fails to solve the contradiction between legislative authorities in practice. Therefore, it is possible to further clarify the legislative authorization relationship by amending the *Legislation Law*, or to establish the concept of local legislative power with independent nature corresponding to the national legislative power by amending the *Legislation Law*. These acts can help rationalize the basic legal relationship among different state organs based on the principle of “statutory power”.

Key Words: *Legislation Law*; Constitution; legislative authority; original legislative power; legislative powers; subsidiary legislative power; legislative supervision