

陈端洪:立法的民主合法性与立法至上----中国立法批评 PDF  
转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E9\\_99\\_88\\_E7\\_AB\\_AF\\_E6\\_B4\\_AA\\_\\_c122\\_485681.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E9_99_88_E7_AB_AF_E6_B4_AA__c122_485681.htm) 前言 也许和从前相比较，中国一个最显著的特征就是立法。过去的二十年里，我们目睹立法如洪如潮，但是人们却并没有相应地增长对法律的信心和期望。我有这样的经历，在北京乘出租车时经常被司机问到一个同样的问题：“中国有法吗？”而且他们还会愤慨地讲述种种“无法无天”的事例，要么是他们亲身经历的，要么是道听途说的。我发现他们不是不知晓国家有《宪法》、《刑法》等法律，但他们却深深地怀疑“法”的存在。他们的问题强烈地刺激了我，促使我思考为什么法律实施不下去，为什么法律不能赢得人们的信任。腐败？执法不公？武断专横？无视人权？所有这些都会导致法律的低认受度与不可依赖性，导致纸面的法与行动中的法的疏脱与对立，导致官方制定的法与百姓期待的法治的背离。这些因素已有不少行家论及，我发现他们把法律的实施困难纯粹作为一个技术性问题来对待，总被提高有效性的手段所困扰。这里我想改变一下思路，从立法与公民的关系入手。我们可以安全地假定，如果立法出自公民，符合公民的道德意识，那么，法律的实施就不会成为大问题，至多无非是一个技术性问题罢了。本文拟从规范的立场，即根据民主合法性（democratic legitimacy）与立法至上（legislative supremacy）原则论述中国立法权的配置与运用。通过把实际的观察清晰化、观念化，我希望光大基本的宪法原则与价值。全文试图表达一个这样的观点：如果不认真对待宪法规定的民主制度与公民的基本权

利，立法的社会认受度不可能太高，再强有力的执法机构和措施也不能保证法律能被有效实施；同样，拟将通过的《立法法》企图确立形式理性化的立法权结构的努力注定要失败。多层次的双轨立法体制及实用主义的立法观 既然我们选取了立法的视角，那么在展开规范论述之前我们就必须对中国现行的立法体制以及指导立法的主流意识有一个清晰的认识。中国现行的立法权结构是独一无二的。关于中国的立法体制，人们有多种不同的说法，我的概括是多层次的二元（双轨）制。我的描述包含两层意思：从纵向看存在多层次的立法主体，粗略地说是中央与地方两级分权，细致一点发现还存在多个层次。而且，省与直辖市之间、省与自治区之间、内陆地区与沿海地区之间是不平衡的。当然，与联邦制相比，中国的中央地方分权是有限的。从横向看，行政系统与人大分权。二元制的概括形成于1993年，当时就遭到反对，现在还会招致许多攻击，因为从法律规范的层级来讲，行政法规低于法律，更何况我国奉行立法至上。我如此描述一是基于一种特定现象，即行政法规与规章在国家法律构成中的压倒人大立法的巨量和在法律生活中的重要性；二是考虑到行政在没有授权的情况下可依职权立法。其实，德国的Carl Schmitt早就有类似二元制的提法。中国现行立法体制的形成有其实用主义观念基础，我尝试着把这些指导立法的主流意识概括为以下四点：1.工具建构主义我们在新时期之所以重视立法、下放立法权，是因为我们认识到立法的工具性价值，经济的、政治的和社会的，“法制手段”的口头禅集中体现了工具主义法律观。值得指出的是，法律在中国不是限制权力的，其主要职能是为改革保驾护航，它是改革的推进

器和护航舰。通过立法程序，官方意志、政策取得规范的、稳定的地位，新的利益格局与权力关系被合法化、永久化。深藏在这种工具主义观的骨子里的是建构主义的信仰，以为法制是可以通过人为立法象土木工程一样“建设”起来的，因此，象“经济建设”这一片语一样，“法制建设”的提法有口皆传。这些年的实践把立法等同于法，回头来我们却惊异地发现百姓面对繁浩的法律在发出“中国有法吗？”的诘问。

2.精英决定论如果说中国改革的动力来自下层社会，那么改革的设计与指挥权却完全为精英所把握。立法作为一种专业性活动，也完全依赖政治与社会精英，法制的建构主义实际是对精英的智慧和专业知识的仰仗。立法机关通过的法律是由政府的专业部门或者立法机关专职的工作人员起草的，参与起草的还有相应领域的专家、学者，外行的人大代表不过是负责投票的合法化机器，他们对于草案的讨论无法配称审议的程序和对抗的辩论。至于行政立法，那更没有大众参与的份了。普通百姓完全外在于立法过程的结果是法律的异化和百姓面对法律的陌生与麻木。

3.实验主义的立法观实出无奈，就象经济改革也是摸着石头过河一样。许多新的事物往往先由行政或地方立法调整，经过一段时间的实验，条件成熟时再由全国人大或常委会修改上升为法律。在这种观念支配下，行政立法、地方立法逐渐合宪化，并且成了人大立法的智慧来源。在宪法或国家原有法律来不及修改时，对于行政立法与地方立法的“改革性”内容国家采取默认方式，“良性违宪”的说法就是一些人为这类现象制造的开脱理由。由于立法权分散，地方保护主义、部门保护主义盛行，法律的冲突越来越突出。

4.经济中心主义立法中的经济中心

主义把立法当作推动经济改革与发展的手段，把经济有效性作为指导立法权分配和行使的第一价值准则。它是盛行的社会道德原则??物质主义在法律生活中的体现。应当说，这在很大程度上扭转了过去政治挂帅的乌托邦式的虚妄与偏执，是政府努力增强自己的合法性的正确选择，因为普遍的经济贫困再继续下去就会使百姓丧失对制度与政权的基本信任，从而导致整体性危机。但是，偏重经济有效性使经济立法成为重头，相应地民主与权利保障的立法滞后，宪法的原则与规范被触犯而无人过问。同时由于经济改革是新事业，很多经济立法权实际交由行政来行使，造成了人大与行政二元立法的格局，使立法至上落空。总之，二十年的改革使立法观念与体制都发生了巨大的变化，同时也滋生了许多问题。我们注意到，立法“无序”已经十分严重。对此人们已经做了许多调查，也提出了诸多批评。举其要者，如：立法权配置混乱；行政凌驾立法机关；司法篡夺立法权；透明度不够；权力的地区分配不平衡及地域法律冲突。针对这些问题，有关方面起草了《立法法》，期待一举解决。我无意介绍这个草案的内容，而只想就其中回避了但又无法摆脱的几个规范性问题发表一点看法。必须申明，本文不是要提出重构立法体制的全面方案，只是想展开一些规范性问题，引发进一步的研究。

立法的民主合法性：内涵与问题 合法性的话题常话常新，它源于深刻的危机意识。自近代以来的西方哲学在这方面硕果累累，相反，合法性在当代中国却并没有被知识界广泛关注。其实，它是转型社会中的一个根本性问题，旧法律、旧制度的变革和新法律、新制度的创设都是对合法性的追问和探索。那么，什么是合法性呢？这里的合法性

是legitimacy的汉译，为了区别于一般律师语言中的合法性（legality），有时译作正统性。正统性传统上用来表述子女是否为合法婚姻内所生；现在多用于描述权力关系，当权力按照正当的规则获取和行使，并且有被统治者的同意时，我们称之为合法的（正统的）。?关心合法性的主要有三类人：法律工作者、道德与政治哲学家、社会科学家。一般地说，法律工作者从实在的法律规则出发，把合法性当成法律解释问题，他们的古老的武器是“越权”原则（Ultra Vires）；道德与政治哲学家把授权规则作为靶子，探求背后的原则，因此可以说他们关心的是应然，当然其中也有“歌德派”与批判者之分；社会科学家企图探明特定社会在特定时期权力的合法化方式及其实证后果如何，因此他们的作用是解释。?本文的议题是宪政问题，因此，我们一方面不能脱离宪法的职权设定，另一方面又不能拘泥于实在的规则，而须深入到价值与原则的层面对授权规则提出质疑。立法的合法性的内涵是什么？合法性理论是规范的立法理论的两大关怀之一，另一个是正义论。合法性理论，按照现在红极一时的Ronald Dworkin的说法，它“描述特定的个人或群体有资格立法的环境”。[注释]如同社会任何其它的权力关系，立法首先从既定的规则中取得合法性。但是，与实在法的一致性本身还不是正统性的最终或自足的标准，那授予特定个人与群体权力的规则仍然需要正当化。在一个民主社会，政府的权力以及指导权力运作的规则必须在民主的价值观，在人民的信仰、利益和同意中寻求正当基础。合法性理论的经典问题是：根据什么权利议会的行为(acts of parliament)成为议会法案（Acts of Parliament），从而成为法[注释]？多数人通过的规则凭什

么道德力量约束少数反对者？意志可能被代表吗？立法主权等于议会不受限制吗？在一个民主社会如何使议会至上与有限政府以及法治原则协调？当代宪法学探讨较多的还有两个问题：行政立法说得通吗？让法院去审查选举产生的代表制定的法律合乎民主吗？近现代许多思想家都为这些问题所缠绕，最有名的莫过于卢梭，他的《社会契约论》是研究合法性的必读的启蒙作品。与合法性相交织的是立法的正义性。正义性的经典问题是：立法机关能够或者应当制定什么样的法律？换句大家熟知的话说，恶法亦法吗？对于实证主义者来说，非正义的法的问题完全是形而上的法学虚构，正统性归为与实在法的一致性。这种“立法的法律观”的政治后果是使法治堕落为“立法者的统治”[注释]。如果我们承认法与道德之间的联系，那么合法性的追问又需深入到正义的层面，而且如果我们奉行共和主义，那么立法的正义理论又需用民主价值与制度的话语来建构。立法的合法性与正义性同时又引出另一个问题，这就是公众服从的问题。事实上，合法性与正义性之所以得到认可并被严肃对待，往往是在立法的实施发生困难或者出现公众不服从的事例的时候。本文作者也是在人们关于加强执法力度的呼吁无济于事的背景下才转而探讨立法的合法性的。为什么把民主作为立法的合法性的基础呢？从社会学家的立场来看，立法的合法性是什么没有一个普遍的标准，只能通过对特定的社会的实证考察才能得出结论。本文把民主作为立法合法性的理所当然的标准主要基于以下考虑。中国自二十世纪初废除帝制以来就一直实行共和（除袁世凯称帝外），人民主权是历来宪法一致采用的原则。当代中国以人民代表大会制为根本的政治制度，选

举产生的人大是最高的权力机关。从发展方向看，民主化的潮流不可逆转，而且宪法学者应当有点历史使命精神。文章不是要复述西方前辈与当代同行的问题与探索，而是要切中中国时弊，以民主合法性为观念基础，以立法至上的宪法原则为主线对立法权的分配与运用提出批评，在不挑战现行宪法整体和政治框架的前提下促进合宪性，从而使规范意义上的合法性的探讨演变成宪政话语。从哲学的立场看，这样的一种矛盾的审慎的方式未必理想，但我想用Ota Weinberger教授的话来为自己辩解。他在谈到Habermas的民主与正义观念时说过，如果我们把和平与平和的变迁当作基本的社会理想，那我们就应当从事实性(factuality)出发，而且应当把现存的权力关系看成表面合法的[注释]。我们应当为一个更加民主的制度奋斗，但不能靠把现实的情况简单地界定为全部不合法而实现。立法至上与橡皮图章的隐喻 一谈到立法的民主合法性，首当其冲需要探究的就是立法至上的原则。所谓立法至上，也就是立法机关至上，或者说议会至上，至上也就是主权的意思。主权与立法联系在一起是现代的事情，虽然在欧洲中世纪晚期大约从1150至1350年之间就存在主权与国家的概念，但立法性主权观念是从司法性的观念逐渐过渡而来的[注释]。这一过渡也是民主化的过程。立法主权与立法国的提法概括了现代国家以立法为主要基础的特征，同时也隐含着民主体制的确立。顺便说一句，我国宪法学界对主权的研究可以说等于零。象任何其他现代国家一样，中国的宪法体制把人民作为一切权力的源泉，把代表机构奉为最高权力机关。人民代表大会制被认为是根本的政治制度，是社会主义民主的象征。从宪法的文本看，全国人大及其常委会拥有

国家的立法权、创设和监督其他国家机关的权力、决定国家重大事项的权力。?David Beetham在研究合法性危机时指出，“任何制度的合法性都与它的基本的组织原则和权力规则密切相连” [注释]。中国的国家机构的组织遵循的是民主集中制，就象分权原则是许多自由立宪主义国家的组织原则一样。人大至上就是建立在民主集中原则的基础上。对于人大而言，民主集中直接指向民主选举制和多数人决定制。人大体现的主要是国家制度民主的一面，它是政党和人民意愿获得普遍约束力的形式合法化途径。为什么人大通过的东西可以称为法？人们为什么要服从法律？这是由人大组成的民主性和运作程序的民主性所决定的，我们可以把法律看作获得了人民同意的规则。当然，这个结论只能建立在人大代表选举的充分民主性、代表名额分配的合理性和运作程序的公开性的前提之下。然而，民主选举与多数人决定制是代议制政府的共性，那么我们的特点在哪里呢？特点在于强调集中。一般语境下，民主与集中是矛盾的，民主集中制是两个矛盾的概念的组合。民主作为政治决策程序由于实行少数服从多数，本身就是一种集中，这大概就是“民主基础上的集中”的蓄涵。但是在我国集中具有超越民主的意义，这种超越性被格式化为“集中指导下的民主”。当今代议机构其实不是国家权力的核心，这不是秘密，橡皮图章也不是中国的独特现象，社会主义宪制风景线一道独特景观是共产党的领导与立法至上共存，人大的立法必须坚持共产党的领导，按照官方的说法，这叫“党领导人民制定法律”。如何理解这一特色呢？我们还需把民主集中制与人民民主专政联系起来。人民民主专政被称为中国的国体，所谓国体就是国家的阶级本质



，即各阶级在国家中的地位如何。这在西方宪法哲学中称为分配原则。据称，自由宪政主义的分配原则是国家??社会的二元主义，“就国家而言，个人自由的领域完全是先行推定的（presupposed），实际上，个人自由原则上不受限制，而国家对这个领域的干涉权原则上是有限的。”[注释]但是在马克思主义者眼中，自由宪政主义本质上是资产阶级的专政，国家??社会二元主义不过是一种掩饰。相反，无产阶级政权明确宣告自己的阶级性，中国宪法明确规定，“中华人民共和国是以工人阶级为领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家”。所谓人民民主专政，它建立在两个知识基础之上。一是人民??敌人的二分法，也就是阶级分析法。据此，社会纠纷、冲突被分成两类??人民内部矛盾与敌我矛盾，前者通过民主方式解决，后者通过专政的办法解决，由此我们可以窥见社会主义民主本质上是同一性(homogeneity)而不是多元性。另一个基础是立足于真理的合法性。据信，人类历史是一个从低级到高级的发展过程，在历史的链条中共产主义是目的。无产阶级最先进，只有他们才能把人类引向共产主义。共产党是无产阶级的先锋和核心，是社会利益的代表。这些知识是我们每一个有中学文化的中国人都能倒背如流的，其实它传达的是一个非常哲理化的信息，即新政权的合法性基础。这些与法或者立法有何联系呢？如果我们反思一下中国正统的法观念就会注意到它完全忠实于民主专政。一般通用的界定是这样的：法是通过国家制定或确认的以强制力为后盾的行为规则，是统治阶级的意志的集中表现。法的合法性（正统性）何在呢？人们为什么要服从法律呢？因为一方面法的实施有强制力的保证，不

服从法律的行为“必须予以追究”（《宪法》第五条）；另一方面它是统治阶级的意志，根据上面关于民主专政的权力分配原则，我们可以推出统治阶级意志凌驾社会的实质的合法性；再者，统治阶级意志又国家化了，也就是刚才讲到的通过了代议机构的民主程序，从而具有形式合法性。这种法与立法观念是否无懈可击呢？中国知识界在1980年代对此概念展开了激烈的论战，许多人提出法的本质不是阶级性。我无须“综述”各家观点，这一现象足以表明过去的合法性规则已经受到怀疑和挑战。这里我补充两点意见。第一，立法是一个正常的而不是超常的行为[注释]。在“伟人立法者”的古典时代，立法被当成独特的、奇迹般的事件，相反，现代国家是法律实体，在这个实体中立法是权力行使的正常方式。立法者不是神，也不是历史规律的预言家。把立法当成探求终极真理的活动，在真理或“正确性”的基础上赋予立法以神圣性乃是政治神话，它会导致以真理或科学名义畅行的极权。民主制相信个人有正常的理性，每个人都是平等的，因此，每个人的意志都应当受到尊重，法律只有通过全民直接的同意或由人民的代表按照多数人决定制投票同意才能称为法律。如果不屏弃一元的、绝对的真理观，我国的立法程序不可能与民主价值协调，同样司法也不能摆脱现行的职权主义体制。第二，立法过程是利益分配的过程，正义而不是真理是立法的最终价值准则。人民不是天使，立法者也不是天使，都是自利的存在者。宪法设置必须从这样的现实道德状况出发，尊重人民的利益。所谓大公无私，它作为道德教条也许不无价值，但如果作为立法权的假设基础那是非常危险的[注释]。为此，人大必须具有真正的代表性和权威性

，而不能停留在橡皮图章的角色上。不经授权，不向选民负责，你凭什么说代表我的利益呢？你把自己看成了天使还是看成了我的监护人？在多数人决定的问题上，我们还需进一步追问立法是否歧视少数反对者。多元主义的自由民主制与以同一性为基础的民主制一个重大的差异在如何对待少数人。如果严格按照多数原则制定的法律歧视少数人，立法仍然可以在人权的基础上被攻击。二元立法制：立法至上的没落？上面探讨的是人大立法的合法性，中国独特的权力组织原则和分配原则注定了形式上最高的权力机关实际担当的是橡皮图章的职能。然而，一种完整的关于立法权的宪法体制的论述还必须把握这样一个事实：人大无能制定管理现代社会所必需的全部法律，现实呼唤行政给人大的框架式立法注血添肉，并且有时主动立法。曾几何时当洛克沉思于立法权时还郑重地宣称“立法机关不能把制定法律的权力转移给任何人的手里”[注释]，他何曾料到有朝一日行政立法这样的词语会登堂入室呢？新的立法概念的形成隐含着新的立法合法性理论。我关于中国现行立法体制的概括中的“双轨制”的提法需要面对一个尖锐的问题：行政机关有固有的立法权吗？宪法话语中的委任立法是苍白的虚构吗？也就是说，行政立法的合法性何在？保守的宪政主义者彻底否认行政立法存在的合法性，在他们看来行政立法的概念就是一个邪念。但是全盘否认于事无补，我更偏向审慎务实的态度。John Bell说得对，对于行政立法的客观必然性，宪法的应付办法其实就是在政治合法性各种渊源的框架内使之完成[注释]。为了论述的方便，我想集中关注国务院制定行政法规的行为。（一）行政立法的合法性渊源？按照权力来源，行政法规分为三类：

实施性法规、特别授权法规和自主性法规。1.实施法律的法规法律授权国务院制定实施细则合情也合法；有时没有明文授权，国务院觉得必要也制定实施办法。这类法规的职能是解释，因此，也称为解释性法规。对于明文授权的法规，其合法性无可争论，因为解释性法规不能超出母法的范围，否则无效。法律没有明文授权而制定的法规是否是无效的呢？这方面是否存在普遍原则？答案是：不是必然无效。现代立法多数源于行政，如Crabbe所言，议会的法律无非是政府政策的结晶[注释]。不仅如此，在立法过程中，法律的一部分内容有意识地留给了行政官员，因此，现代的议会立法可以说是立法机关对政府执法机构发布的指示。在这种环境下，解释性的行政法规已经变成了整个法律创制过程中的一环，不管授权与否，结果，“短法律长规章”成了现代立法的共同的漫画[注释]

2.特别的批量授权的法规1982年宪法颁布后行政立法大势扩张主要通过三次授权。于是，在经济改革和对外开放以及其他授权领域，国务院可以超出正常管理的权限制定规范。这类立法我们称为批发式委托立法。“批发”立法权力给国务院好的一面是，通过敏捷而又内行的行政立法程序对经济现代化过程中提出的大量而复杂的要求迅速作出法律回应，避免了低效且不懂行的立法机关可能造成的损失。从宪法上如何看待呢？法学家们不怀疑人大及其常委会可以授权出去，而且宪法第89条（18）也规定国务院可以行使人大或人大常委会授予的其他权力。我想提的原则性问题是：人大是否可以把任何或者每一项职权都授给其他机关呢？或者说，授权是否有某种固有的限制呢？那些没有设定任何标准、时限和监督机制的授权是否有效呢？纯粹从法律的观

点看，似乎很难对人大的授权行为设定规范性限制。但是，顺着这个逻辑走下去就会出现一个窘境：人大是否可以“自杀性地”把所有的职权都授出呢？我相信大家能接受一条普遍的规则，即任何生命都有自我保存的本能。我不赞同那些机械的法律论者，不认为人大可以随心所欲。如果宪政还意味着什么，那它首先是一个理性人的假定。在一个宪政国，总该有些事情是行政不能染指的。批发式授权牺牲了人大的权威和法律的尊严。

3. 国务院在宪法规定的管理权限内主动制定的法规。有些法规的合法性既不能与授权的母法相连，哪怕是间接地、隐含地，也在任何单独授权令中找不到。它们被称为职权法规或自主性法规，因为所涉事项属于国务院职权范围。围绕这类法规的合法性，人们展开了争论。争议焦点是如何解释宪法第89条（1）？国务院“有权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”。当法律空缺时，国务院能否直接根据宪法制定法规呢？从国务院的角度说，宪法第89条（2）（18）赋予的职能需要通过各种适当的手段来实现，制定法规就是其中之一。但是，照这个说法，“根据宪法和法律的”“和”字就等于“或者”了，当法律空缺时，就变成了“根据宪法，在与法律不抵触的前提下”。这样，“次级立法”变成了一级立法。自主性行政立法还需进一步的探讨，以下我将采取两个步骤：一是从人大的功能疲软看行政立法存在的科学性，同时探讨在这种情况下如何做到无伤于人大至上的原则；二是从自由裁量的角度阐述行政立法与法治在某种意义上的一致性。

（二）人大立法的功能局限及其保留内容 人大的立法职能有限制吗？关于一级立法的范围，从宪法直接的相关条文第58、62和67条

的规定看，没有限制。第58条只是含糊地规定，全国人大和常委会“行使国家的立法权”。对于这一条文，人们有两种截然不同的理解。一种解释是主张人大对立法权的垄断，依此，行政立法与地方立法均被否定了立法地位。其规范的理由有二：首先，立法从本质上说是人民意志的表现，只有人大才是由代表组成的，具有民主合法性；其次，单一制国家法制统一的原则不容许立法权的分散化。从实证的观点看，这种论点完全与事实不符。实际情况是，人大的一级立法在量上无法与行政立法相比，而且，宪法及其他法律明确地把行政立法与地方立法作为独立的法源。另一种解读法把第58条解释成人大一级立法的至上性。至上性也可从否定意义上理解，即是说人大不垄断立法权但保留对触犯法律的行政立法与地方立法的撤销权。根据这种观点，法制统一应当以立法行为的富有生命力的多元性为基础，不能以牺牲效率为代价，既然人大无能面对大社会对于规则的需要，为什么不把权力分散呢？剖析开来，其支撑理论是功能主义的政府观，其信条是，最有效的政府就是最好的政体。以上两种观点各执一端，我主张在二者间寻求结合。任何一国的宪法体制都建立在某种合法性理论和科学分工的基础上，只顾一端都是行不通的。立法权能（legislative competence）的概念也包含两方面，即民主合法性和实际功能。在实际功能层面，不可否认人大的立法权能是有限的，因此，面对现实的紧急需要，实验主义的立法观主张大批量地授权给行政，没有授权时职权行政立法也完全有存在的必要。问题是，行政大肆立法如何与人大至上协调起来呢？如果不能协调，行政立法就会丧失民主合法性。在《立法法》的起草过程中，人们提出建立

两个机制：一是法律保留原则；一是对行政立法的监督，包括人大的监督与司法审查。这里我们先谈法律保留事项。下一部分再谈司法审查。总之，如果实现两套机制，行政立法的活力与人大立法至上可以兼得。宪法是否保留一些事项给一级立法呢？似乎大家都认为宪法第62条（3）提供了肯定的答案。该条款与第67条制造了一个基本法律与其他国家法律的区分，刑事、民事、国家机构和其他重要事项由人大立法。“其他”究竟包括什么，不得而知。注意，我们说法律保留，不仅指人大基本法律还包括人大常委会通过的法律。那么，除了第62条（3）列举的内容外，保留事项还有哪些？有无标准可循？一般认为，有关公民基本权利义务的事项只能由人大保留，但是什么是关于基本权利义务的事情乃是宪法解释的问题，没有宪法解释与违宪审查机制，以为通过成文法可以一劳永逸地划定各立法主体的权限是天真幼稚的。保留事项以外的领域，行政是否可以主张共有立法权呢？一旦保留领域划定，摆在我们面前的有两种选择：一是让议会与行政共享；二是把剩余权全部给行政。两种选择都承认职权行政立法，区别是前者承认代议机构的优先权和否决权，后者限制代议机构介入。许多国家采取第一种方略，第二种办法是1958年法国宪法的创造。在法国，议会享有宪法第34条划定的权限，剩余的权力通过第37条授予行政。这个办法实际上是对于法国现实的认可，它引进了一个新的法律优于法规，或者至少是法律与法规平等的原则[注释]。相反，中国宪法没有设定人大禁入的事项，虽然人大实际上不一定有能力涉足某事项，但它保留通过法律取代行政立法的权力。（三）行政自由裁量与合法性危机“如果说立法是行政国的骨架

，那么自由裁量??官员在其权限内在多种行为或不作为的方式中选择的自由??就是她的血肉[注释]关于行政国权力分配的生动描述一点也不夸张，特别是针对中国的背景来看待时，因为中国授权的宽泛模糊与职权行政立法是非常典型的。在西方，两个规范性问题被激烈争论着：行政官员没有议员那样的民主责任怎么能行使如此大的立法权呢？在政策问题上的大量的行政自由裁量是否有损于法治？在中国，行政立法应当看作建设社会主义法制的积极的步骤。过去一直是政策优于法，多于法，行政管理主要依政策办理。1970年代末开始的法制现代化是对党与政府、政策与法的关系的重构，也是对政府与公民的关系的重塑。行政立法就是在这个大的背景下发展起来的。从现在行政立法在国家法律渊源中的比例与作用看，它已经构成了一个具有相对独立意义的体系，成了人大立法的实验站。在理论层面上，对行政立法的怀疑很大程度上建立在规则/自由裁量的两分法上，认为法律权利最终只能通过事先确立的规则来裁决。但是，现代社会议会立法已经变成了框架立法，许多情况下并无事先确立的规则可循，在这种情况下如何看待行政立法权呢？一个美国行政法学权威曾经有过对我们富有启发与借鉴意义的论述：“任何拥有自由裁量权的官员也必然有权公开表明他将行使权力的方式，而任何这类公开的申明都可以采取制定规章的方式进行，不管立法机关有没有单独授权官员制定规章。”[注释]通过规章制定，原有的法律空档得到填补，日常的行政管理有章可循。在这个意义上，行政立法是行政对于自由裁量的自律，它加强了法治，是现代法治的新形式。虽然我整体上不否认行政立法的合法性，但这丝毫也不能掩盖我对行政



立法缺少民主参与、缺少人大监督和司法审查的担忧。风卷式的授权既已不可逆转，自由的保障就在于行政过程的民主参与和程序公正了，行政程序成了现代行政法的命根子。公众参与是一种合法化规范，是使公民满意于行政程序及其结果的途径，它维持公众对于政策制定过程的自我认同。通过民主参与形成政府行为的事实材料和法律、政策观点可以使官僚机器理性化，使结果更公正。中国的行政程序是有名的黑箱操作，没有程序正义意识。在起草《立法法》的过程中，人们更多关心的是实体争议，即立法权的分配，而对立法程序，尤其是行政立法程序注意不够。这个工作只有留给下个世纪的人们在未来的《行政程序法》中去完成了。行政立法被排除在司法审查之外的做法使对于行政立法的控制进一步被削弱。行政诉讼以具体行为与抽象行为的二分法为基础，行政立法被归入抽象行为从而被排除在司法审查之外。行政法规是法院的判案依据，规章是参照，如果说法院对于行政规章还拥有有限的审查权的话（这一点有争议），那么对于法规就只有尊让的份了。这与中国的宪法理论把政府与法院看作合作并列的关系而不是制衡的关系有关。黑格尔式的有机国家观是阻碍中国建立违宪审查制度和司法对于行政的审查监督制度的意识障碍，虽然对具体行政行为的司法审查在一定限度内突破了这一障碍。立法至上与宪法的权威：一个悖论 上面探讨了谁是合法的立法者，文章申明立法至上的原则必须被尊重、被落实。但是合法组织的立法机关是不是想怎么样就怎么样呢？换句话说如果立法不人道、不公正，有没有什么救济呢？众所周知，除个别国家外，立法都要受制于宪法。宪法通常都被尊为最高法，以各种方式区别于其

他法律，宪法是其它立法活动的基础。中国《宪法》也不例外，它明文主张最高的尊严。宪法权威的核心问题是宪定基本权利对立法权的限制，即《宪法》第33??50条以友好的措辞设定的基本权利的道德超上性。由于人权的绝大多数内容都包含在内，况且自1990年代以来，人权的提法也为官方所认可、采纳，所以这里人权与宪法基本权利交换使用，虽然在观念上二者有别。对立法者是否存在普遍的规范性要求？立法活动是否必须符合人权呢？尽管中国的法学对于权利与义务的争论连篇累牍，汗牛充栋，但是这个问题却少有问津。相反，美国学者Louis Henkin有深入辟里的见解：“中国宪法对人权的热衷与国际标准的又一个差距隐藏于宪法对合法性的强调” r.Randle Edwards,Louis Henkin and Andrew J.Nanthan,Human Rights in Contemporary China,P.31.。诚然，许多的权利内容被宣称受到法律的保障，非法拘禁、非法搜查、非法侵入住宅均被禁止，合法性被提升为宪法的基本原则。但是，合法性也是限制公民权利的原则。和权利本位的制度不同，在我们的法律中任何权利都被认为是一种法律权利，即有法律创设也可由法律限制、取缔。通贯宪法有关权利的条文的都是一些限制性话语：“在法律规定的范围内”、“合法”（所得）、“依法”（取得赔偿的权利）、“按照法律规定的程序”。宪法??毋须说宪法解释??没有对法律可以规定什么作任何限定，亦即对于立法活动没有起码的道德制约。我不是说法律一点也不能限制权利，但是立法如果不服从某种超越性的规范，立法本身也就“无法”了。为了说明，我举一个地方立法的实例。国家《游行示威法》出台后，各地纷纷制定自己的地方性法规。这种立法的目的何在呢

？是保障还是限制游行示威权？某市的法规草案公布时，人们发现列举禁止游行示威的场所包括党政机关所在场所、主要的公共场所和15条街道，而事实是，这个城市主要的街道就这15条！偏偏草案第一条称立法目的是保障权利。这个草案合宪吗？立法机构合宪；立法程序合宪；立法内容在字面上与宪法和国家法律无抵触。辩护得越有力，我们越觉得可悲。鉴此，如果我们把人权当回事，把宪法当回事，我们迫切地需要另一种宪法解释理论。这让我想起了一则笑话。一个乡村教师跑到乡长那里去诉苦。乡长根本没理睬，这位教师气坏了，他掏出了一本《宪法》，理直气壮地说，“宪法规定……”。没等老师说完，乡长破口大骂：“你这个傻子，你以为宪法是为你制定的？那东西是给联合国看的！”？笑话尖酸、刻薄，但它发人深省，提出了一个我们不能回避的问题：宪法是不是给人民制定的。如果是，人权就应该被尊重。人权概念的提出，首先是针对公共权力的，它是评价、制约权力的超越性标准。中国宪法关于人权的思想过于强调形式合法性，而否认自然法的地位，否认人权的道德超上性，因此，缺乏对立法的人权评判。不仅如此，我们在制度设计上还存在一个巨大的障碍，它使得宪法的权威无法在立法领域实现。如果我们把宪法的最高性与立法主权联系起来，就会发现一个悖论。一方面人大作为一个国家机关受宪法的统制，任何立法如果抵触宪法都无效，但另一方面宪法本身是个“哑巴”，全国人大常委会垄断宪法的解释权，而且全国人大有权修改宪法，只不过需要2/3多数通过而已。假定对某个法律的合宪性有怀疑，怎么办呢？实际上我们现在是视而不见。在理论上，人们提出了许多设想，西方国家也有不

少成功的范例。在中国却进退维谷。如果让全国人大常委会行使违宪审查权，它充当了自己案件的法官。如果仿效美国模式，一来触犯宪法关于宪法解释权的规定，二来和立法至上相冲突。如此一来，宪法的权威变成了人大的自律，实际上“无律”。同样，宪法关于一切政党应当把宪法作为基本的行为准则的规定也只具有口号一样的宣传效力。也许人们会反驳，至少中央政府、地方人大和政府还得守宪。我不想从现实的立场来回答，即便从理论上说，这话也没有意义，因为在那种大的制度安排下，守宪与遵守全国人大立法、全国人大常委会立法和宪法解释是一回事。也许有人会说，抛开政党制，中国在这一点上与英国处境相同。但我们必须看到英国没有成文宪法，在法律层级中，宪法没被赋予特别的分量；中国是成文法国家，宪法被置于法律层级的顶峰。成文宪法就意味着人大受限制，假如宪法还意味着什么的话。立法者是否有规范性义务遵守宪定基本人权，这在西方学术界也是一个争议，但从制度设计看，违宪审查已成为西方民主制的一个重要内容。违宪审查的批评者认为它违背民主的程序和制度，赞成者认为它在更深层的意义上服务于民主，即民主的价值。立法机关虽然在程序上是民主的，但它只有服从并服务于民主价值才具有实质的民主合法性，否则，纳粹政权及其政策也就是民主的了，合法的了。结语 该回头看看我们跋涉过的长途了。我们阐述了立法至上面对的几方面的窘境：一是政治体制的，立法要想获得社会广泛的服从，必须贯彻民主的原则，人大的至上应当名副其实；二是行政扩张，行政立法膨胀，使国家形成了二元鼎立的客观局面，为此应当限定行政立法准入的范围，大力强化民主参与和司

法审查；三是宪法的至高地位与立法至上的矛盾，立法者“头上有神明”，基本人权具有道德超上性，人大立法受制于宪法与民主价值。以上种种使我们感觉到立法的民主合法性危机。文章宣扬的主旨用一个概念来简单概括，就是立宪民主制。民主合法性是一个敏感的话题，但又是一个具有非同寻常的挑战性的智力运动。执业的律师在法制的合法性框架内思考，法学家对制度的合法性提出批评。但是，法学的批评不是浪漫主义，政治浪漫主义也许不失为有趣的学术历险，却无助于宪法文化和稳定的宪法秩序的平和培育。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)