

# 中國立法體制建構的 幾個問題

李亞如

中國現在的立法體制，基本上是在1949年以後從最初的全國人大為唯一立法機關的「一元一級」，到立法權擴展至全國人大常委會、國務院以及省、直轄市和自治區政府的「一元兩級多體」，再到近年來因經濟特區、行政特區以及地方政府「先行立法」等的出現而產生的「一元多級多體」立法體制。

中國立法體制的建構，有點類似中國近年來流行的房屋改造與裝修模式，即在原來比較窄小舊式的基礎上逐步擴大改裝，以適應住戶的需要，並向其理想中的模式靠近。中國現在的立法體制，基本上是在1949年以後根據多次修改的憲法以及中國的政治經濟形勢的發展，從最初的全國人大為唯一立法機關的「一元一級」<sup>①</sup>，到立法權擴展至全國人大常委會、國務院以及省、直轄市和自治區政府的「一元兩級多體」<sup>②</sup>，再到近年來因經濟特區、行政特區以及地方政府「先行立法」等的出現而產生的「一元多級多體」立法體制。可見，這幾十年來，中國立法體制總的結構雖然仍維持單一或「一元」體制，但它的內在安排與構造卻已發生很大變化。

這種「舊瓶裝新酒」的作法經濟簡便，還可避免因「推倒重建」產生的震撼、斷裂和不確定感。但新舊之間、理論與實踐之間因矛盾而產生的許多問題亦非常嚴重，不容忽視，比如，新產生的立法權的法律效力問題；中央與地方的立法權限制劃分問題；香港與大陸在兩個不同社會性質、不同法律體系下的立法活動如何協調的問題；以及這些問題靠制訂《立法法》是否能夠解決的問題，等等。本文試圖就以上幾個問題作一點淺度分析。

## 一 立法權的法律效力問題

談到法律效力，許多學者都會引用著名德國法學家凱爾森 (Hans Kelsen) 的法律「根本規範」(Basic norm, or Grundnorm) 理論來說明。按凱氏的理論，所有法律規範都是根據另一個更高的法律規範制訂的，也就是說，每一個法律規範的效力都是由另一個更高的法律規範授予的。這樣由低到高，一直追溯到最終的一個法律規範，即「根本規範」，也就是憲法，而憲法的權威是預設或假定

的。這樣，每一個法律規範都有了可以最終追溯到憲法的法律效力，所有這些具有法律效力的規範加在一起就形成了一個有機的、統一的法律體系<sup>③</sup>。

根據這一原理，中國現有的各種立法權都應該而且是必須由更高的法律規範所授予的，否則，本身並未獲得正式授權的立法機關，怎麼會有權立法？它們所立的法又怎麼會有法律效力呢？現在讓我們來看一看，中國現有的立法權是否都獲得了正式的法律效力。

我們知道，在1954年憲法的基礎上，1982年《中華人民共和國憲法》(以下簡稱憲法)將立法權從全國人大擴展到全國人大常委會、國務院、省和直轄市的人大及其常委會，以及民族自治地方的人大<sup>④</sup>。也就是說，這些立法機關均獲得了中國法律體系中的「根本規範」——憲法——的授權，因而其所立法律和法規是合法與有效的。

在1979年制訂，並經過三次修正的《地方各級人民代表大會和地方各級人民政府組織法》(以下簡稱組織法)，賦予地方更大的立法權。根據該組織法，省、自治區政府所在地的市和經國務院批准的較大的市的人大及其常委會，也獲得了制訂地方法規的權力<sup>⑤</sup>；而且，這些市以及其他省、自治區、直轄市的人民政府，也有權制訂規章<sup>⑥</sup>。這些立法機關的立法權由作為國家基本法律的地方組織法賦予，其法律效力應該是不容置疑的。

爭議最多的，倒是最近幾年出現的「授權立法」、「先行立法」以及香港回歸後特別行政區的立法權問題。所謂「授權立法」，即是全國人大或其常委會將憲法和法律沒有賦予的立法權授予國務院或地方政府；而所謂「先行立法」，則是指地方立法機關先於中央制訂應該由中央立法機關制訂的法律。

自80年代以來，全國人大或其常委會曾向國務院和五個經濟特區(廣東、福建、海南、深圳、廈門)有過幾次授權<sup>⑦</sup>。而「先行立法」也在近幾年迅速發展起來，其中一例是深圳先於全國人大制訂《公司法》<sup>⑧</sup>。「授權立法」與「先行立法」產生的背景及其對中國經濟改革和立法實踐帶來的正負面效果並不是本文關心的重點<sup>⑨</sup>，我們這裏要探討的是，這兩種形式的立法權是否具有法律效力。有學者認為，將立法權賦予深圳及廈門這樣的城市，明顯違反了憲法將立法權限於省、自治區及直轄市一級的規定<sup>⑩</sup>。事實上，在現有法律中，均找不到對「授權立法」的規定。那麼，全國人大或其常委會是以甚麼方式「授權」的呢？從過去的情況看，主要是採用「決定」的形式<sup>⑪</sup>。因此，現在的問題是，人大及其常委會通過的「決定」是否具有法律效力？從法律上，我們還找不到這方面的說明或定義；而在實踐中，這種「決定」一直在廣義上被視為法律，具有法律效力。

「先行立法」的情況更複雜一些，它是指地方迫不及待地先於中央制訂某些法律。這樣做的好處很多<sup>⑫</sup>。但問題是，它符不符合法律規定？是否具有法律依據？根據憲法和組織法，地方立法機關「在不同憲法、法律、行政法規相抵觸的前提下，可以制訂地方性法規」<sup>⑬</sup>。這一條可以有兩種解釋：(1)地方立法必須在中央立法之後。地方所立的法規，應該是中央已經立過的，且要與國家法律

最近幾年，對「授權立法」、「先行立法」以及香港回歸後特別行政區的立法權問題的爭議甚多。事實上，在現有法律中，均找不到對「授權立法」的規定。那麼，全國人大或其常委會是以甚麼方式「授權」的呢？「先行立法」是指地方迫不及待地先於中央制訂某些法律，這樣做的好處很多。但問題是，它符不符合法律規定？是否具有法律依據？

和法規相符合；(2) 不管中央是否已經制訂過，地方可以制訂任何地方法規，只要其立法的根本精神和原則不與憲法、法律和行政法規相抵觸。根據前一條解釋，「先行立法」明顯是缺乏法律依據的；而按照第二種解釋，「先行立法」則是合法的。但這樣一來，又會使中央和地方的立法權限更加模糊不清。這是因為憲法雖然規定了全國人大的立法範圍為：憲法、刑事、民事、國家機構的和其他的<sup>⑥</sup>基本法律，但哪些是「其他的基本法律」並不明確。為甚麼地方可以先制訂這個法，而不能先制訂那個法，這裏並沒有一個確定的標準。

那麼，憲法第3條規定「中央和地方的國家機構職權的劃分，遵循在中央的統一領導下，充分發揮地方的主動性、積極性的原則」<sup>⑦</sup>，這一條是否可以作為地方「先行立法」和「授權立法」的最終法律依據呢？如果從法律淵源講，這可以說是一條依據，但因為它基本上是一種政治語言，應該要由其他法律條文將其具體化才具備法律效力。而如上所述，這樣的法律條文似乎還不存在。

如果從邏輯上來推，香港特別行政區的立法權可以說直接來源於香港《基本法》<sup>⑧</sup>，而《基本法》的法律淵源則來自《中華人民共和國憲法》<sup>⑨</sup>，所以可以說，香港立法權的最終法律效力來源於憲法。但憲法僅在第31條規定：「國家在必要時得設立特別行政區。在特別行政區內實行的制度按照具體情況由全國人民代表大會以法律規定。」這在當時看來很有遠見的條文，現在看來顯然太過原則性了。憲法和地方組織法均規定了內地其他地方政府的立法權<sup>⑩</sup>，也同樣應該明確規定特別行政區的立法權。當然，這涉及到修改憲法和組織法的問題，並不那麼簡單。這個問題，也許可以在《立法法》中解決。

綜上所述，中國現存的立法權，特別是1982年憲法制訂後新產生的地方立法權當中，大部分都有明確的法律依據；但其中一部分的法律依據比較模糊，如「授權立法」，因為人大或其常委會以「決定」的形式授予地方立法權，這種「決定」是否成為正式的法律或具有法律效力，應該在憲法或其他基本法律中明確規定。還有一部分立法權的法律效力是值得商榷的，比如「先行立法」。這一立法形式對於地方經濟的發展起了推動作用，但缺乏法律效力，究竟要如何解決這個難題，我們將在最後一個問題中探討。香港立法權的法律效力來源於《基本法》，也可以說最終來源於憲法，但香港特別行政區的立法權，應該在憲法或其他法律中有所體現。

憲法和法律對立法權力的界定不清楚，一些立法權的產生和存在找不到確定的法律依據，主要是因為中央和地方立法權限劃分不明確。幾十年來，中央和地方關係一直在「集權—分權—再集權—再分權」的惡性循環中發展，而中央與地方的立法關係也經歷了同樣的過程。

## 二 中央與地方立法權限的劃分問題

這一問題實際上是上一個問題在理論上的延伸。憲法和法律對立法權力的界定不清楚，一些立法權的產生和存在找不到確定的法律依據，主要是因為中央和地方立法權限劃分不明確。幾十年來，中央和地方關係一直在「集權—分權—再集權—再分權」的惡性循環中發展<sup>⑪</sup>，而中央與地方的立法關係也經歷了同樣的過程。

建國初期，中國曾經實行過中央、地區和省三級行政體制，分權程度很高。從上到下，每級政府都享有立法權力，都可以制訂法規，而不僅僅是地方條例。這樣的體制比較適合當時新老解放區差別大的情況<sup>②</sup>。從1953年起，中國開始實行第一個五年計劃，需要加強中央集權控制，因而撤銷了地區政府，立法權也開始由地方向中央集中。按照1954年的憲法，只有全國人大享有立法權<sup>③</sup>。然後，從50年代末到70年代末這二十來年間，中國的立法活動隨着激烈的政治動盪而處於幾乎完全停頓的狀態，一直到1978年後才開始恢復。1982年的憲法將立法權由全國人大擴展到全國人大常委會、國務院和省、自治區等地方政府<sup>④</sup>。加上「授權立法」和「先行立法」，最近20年的中央與地方的立法關係越來越趨於多元，地方立法權較過去擴大了很多。自1978年以來，地方政府的立法已超過了六千多件。許多沿海城市、經濟特區(如深圳)的立法速度和質量在某些方面甚至超過了中央立法機關。

對於地方立法權擴大這一事實，政府官員以及理論界都有着一種複雜的態度。有的樂觀其成，認為中國地方大、發展不平衡，高度集中的立法體制不能滿足不同地方發展的需要；而另一些人則認為，社會主義市場經濟要求建立一個統一的大市場，需要統一的法制加強宏觀調控，因而需要立法權的統一和相對集中；也有人認為，發達的地方立法為中央的立法提供了經驗，另一些人則擔心地方立法權的擴大會導致地方保護主義，等等<sup>⑤</sup>。

中央和地方之間的立法權到底要怎樣劃分才算恰當？這首先關係到國家體制問題，亦即中國實行的到底是單一制還是聯邦制。如果是單一制，那麼香港與未來澳門特別行政區的地位明顯超出了聯邦制國家中的州的地位；如果是聯邦制，那麼除了香港和澳門以外，中國內地其他省又不具有聯邦制國家中的州的地位。然而，不管是從法律還是從現實政治結構來分析，即使有港澳這樣一種獨特的地方政權，中國現在仍然是一個單一制國家。正如在美國，雖然有人認為聯邦主義(federalism)是美國的精神病(neurosis)，應該被去除；美國比中國、印度等國家更加統一，中央政府只需通過放權(decentralization)即可達到比聯邦制度更有效的目的<sup>⑥</sup>。但這種認識並不影響美國作為一個聯邦制國家的主體特點。聯邦制與單一制的最大區別在於：在聯邦制內，聯邦政府的權力來自人民(過去是州)，聯邦與州之間的權力劃分由憲法確立和保障，不得互相侵犯；否則，必須在絕大多數州的同意下修憲。而在單一制內，地方政府的權力來自中央，特區、自治地區的權力也由中央授予；原則上，中央政府可以收回授予的權力而不一定受到憲法的束縛。

可見，中國目前中央和地方之間權力劃分的方式，是與美國等聯邦制國家不同的。中國現在主要還是在一個單一的體制內，按照中央的意願，進行上下之間權力的分配，而不是在兩個不同體制之間(如聯邦與州)進行權力劃分。地方可以得到多少權力，端視中央願意放出多少權力。然而實踐上卻出現了某些類似聯邦制國家中央地方權力劃分的現象，如地方「先行立法」，由中央追認已經獲得的權力；或者中央有條件地認可某地區早已存在並且已有一定規模的權力，

中國實行的國家體制到底是單一制還是聯邦制？這是一個問題。如果是單一制，那麼香港與未來澳門特別行政區的地位明顯超出了聯邦制國家中的州的地位。然而，不管是從法律還是從現實政治結構來分析，中國現在仍然是一個單一制國家。而在單一制內，地方政府的權力來自中央，特區、自治地區的權力也由中央授予；原則上，中央政府可以收回授予的權力而不一定受到憲法的束縛。

如香港的各項自治權力。總的來講，在單一制下，地方權力不如在聯邦制下有保障，卻比較有伸縮的餘地。在某些情況下，單一制內自治地區的自治權，甚至還可能超過聯邦制下州的權力<sup>⑤</sup>。

這種在單一制下的權力劃分的隨意性，為中央與地方立法權的劃分帶來了較大的困難。因為中央可以視國家的政治、經濟和其他方面的發展需要，在任何時候改變或調整現有的權力格局；而地方政府也可以在某些權力的「灰色地帶」（即沒有明確規定的地帶）尋找擴權的機會，從而使中央與地方的權力關係總是處於不斷變動和互為消長的過程當中。不過，在任何體制下，中央與地方的權力劃分，始終是一個頗能引起爭議的難題。美國憲法雖然有一大半篇幅是關於立法權的界定，但在實踐中，聯邦與州的關係在兩百多年間仍然經歷許多重大變化，聯邦政府的權力由弱小到強大，以致許多人開始懷疑美國還是不是一個聯邦制國家了。

然而，要找到集權與分權之間的一個最佳平衡點幾乎是不可能的。我很贊同哈佛法學院夏皮羅 (David L. Shapiro) 教授關於「對話」(dialogue) 的主張。他認為，主張擴大地方權力的人，往往並不一定要求大幅削減中央權力；而主張中央集權的人，也並不完全否定地方應有調整地方事務的權力<sup>⑥</sup>。這兩種人實際上沒有甚麼根本分歧，他們之間經常的對話，將有助於使中央與地方的關係趨於最佳狀況。

### 三 香港與中央的立法體制之間如何協調的問題

從法理上看，香港回歸後的立法體制即從原有以英國國會立法和英皇特權立法為依歸的根本規範，轉移到一個以《中華人民共和國憲法》為最終依據的根本規範<sup>⑦</sup>。香港的立法體制變成了中國立法體制的一部分，它的加入和其特殊的存在方式，可能對中國的立法體制產生兩種截然不同的效應：或者成為內地其他地方立法機關的楷模，幫助內地立法體制的現代化、規範化，並帶動地方立法權的進一步擴大，直至促成中國聯邦制度的最終出現；或者引發內地立法機關的惡性競爭，形成各自為政的局面，並導致中央的又一次收權。比如香港的近鄰深圳，這個內地最開發的城市在過去四年中已制訂了約300項法規和條例，其中有三分之二是根據香港法律或與香港合作制訂的。深圳市人大還表示過，它們希望能夠擁有與香港同等的法律地位<sup>⑧</sup>。不管怎樣，香港因素給本來已經比較混亂的中央、地方立法關係又增加了很大的變數。

由於實行「一國兩制」，香港享有許多令內地其他地方政府羨慕的權力，如保有不同社會制度、法律制度的權力，一定程度的外交權，對金融、財政、貨幣、關稅、出入境管理等的自治權，等等。有人認為，《基本法》在將香港收回的同時，又將它與中國其他地方分隔開了<sup>⑨</sup>。按照《基本法》，香港立法機關除了不能在國防、外交、國家人格方面立法外，它可以在其他任何方面立法<sup>⑩</sup>。有人

香港回歸後可能對中國的立法體制產生兩種截然不同的效應：或者成為內地地方立法機關的楷模，並帶動地方立法權的擴大，直至促成中國聯邦制度的最終出現；或者引發內地立法機關的惡性競爭，形成各自為政的局面，並導致中央的又一次收權。比如深圳，在過去四年中已制訂了約300項法規和條例，其中有三分之二是根據香港法律或與香港合作制訂的。

認為，這樣的立法權甚至超過了美國和德國的州的立法權<sup>⑩</sup>。不過，我們在作這樣的比較時，不要忘了美國和德國並沒有「一國兩制」的特殊情況；而且，它們的中央與地方的立法權一旦劃開，即有相當的保障。還有人認為，九七前香港的立法權由港督控制，立法局是協助港督制訂法律的諮詢機關；而回歸後的立法會則是一真正的立法機關，可以提案、通過法律，且行政長官對之沒有絕對否決權<sup>⑪</sup>。然而，香港立法會的地位和權力究竟如何，還有待實踐的檢驗。

換句話說，這些高度的立法權是否能夠得到真正的保障呢？以下幾點可能是引起人們擔心的因素。第一，在新的「根本規範」之下，香港的立法權與國內地方立法權一樣，都是由全國人大授予的<sup>⑫</sup>。這種授權關係確定後，無論授權者的權力有多大，都是授權者授予的，因此從道理上講又是可能被收回的，儘管《基本法》，甚至即將制訂的《立法法》都沒有對授出的權是否會收回，或在甚麼情況下收回作出規定<sup>⑬</sup>。第二，《基本法》規定，立法會通過的法律不得與《基本法》相衝突，否則經全國人大常委會發回後立即失效<sup>⑭</sup>。甚麼情況算是衝突？中央會不會根據國際、國內政治經濟發展的需要來確定香港哪些法律與《基本法》衝突而失效？不過，全國人大常委會在作這種決定之前，需要徵詢由大陸和香港兩方代表組成的香港特別行政區基本法委員會的意見，希望這一條能起到一定的制約作用。而且從實踐來看，中國的立法監督機制還很不健全，自1978年以來，全國人大常委會還從未宣布過任何地方法規失效。為保證香港的穩定（主要是人心），中央大概不會輕易宣布香港法律失效。第三，行政長官由中央政府任命<sup>⑮</sup>，他有權拒絕立法會通過的法案；在發回重審又被立法會以三分之二多數通過後，若他仍不同意，則可解散立法會<sup>⑯</sup>。這是否會造成行政權大於立法權？行政長官是否會在壓力之下封殺某些法案，甚至解散立法會？許多人對此深表擔心<sup>⑰</sup>。不過，《基本法》對行政長官還設置了最後一道制約，即被解散後重選出來的立法會，如果繼續堅持或拒絕原來的法案，行政長官必須辭職<sup>⑱</sup>。希望此條能真正發生效力。第四，立法會的組成也頗具爭議。今年6月，回歸後的第一屆立法會便要取代「臨時立法會」，這令許多相信「臨立會」是由中央欽定的人士感到寬慰，但有些人認為現在使用的選舉辦法，並不能完全代表民意<sup>⑲</sup>。不過，直接選舉是否就能保證真正的民主？這在理論上還很有爭議。其實，最重要的並不是使用甚麼選舉辦法，而是看政府是否有誠意保證特區的民主與法律制度。第五，《基本法》並未具體列舉特區應該制訂哪些法律，但卻專門在第23條單獨要求香港立法機關立法禁止有關叛國或其他政治性活動<sup>⑳</sup>。美國憲法也懲罰叛國罪，但卻只限於這一個罪名，且對其加以明確定義，同一條中，還規定了程序上的限制<sup>㉑</sup>。而《基本法》第23條的規定卻很廣泛，除了叛國、分裂、顛覆等外，還包括竊取國家機密、與外國政治性組織建立聯繫等。這些罪名都沒有具體的定義，有很大的解釋餘地，而對如何定罪也沒有相應的程序性規定。這顯示出中央政府雖然有信心讓香港在經濟上繼續其資本主義制度，但卻非常擔心和防範與之相適應的政治上的自由發展。然而，香港的活力就在於其政治、經濟、

今年6月，香港回歸後的第一屆立法會便要取代「臨時立法會」，這令許多相信「臨立會」是由中央欽定的人士感到寬慰，但有些人認為現在使用的選舉辦法，並不能完全代表民意。其實最重要的並不是使用甚麼選舉辦法，而是看政府是否有誠意保證特區的民主與法律制度。中央政府雖然有信心讓香港在經濟上繼續其資本主義制度，但卻非常擔心和防範與之相適應的政治上的自由發展。

資訊、文化和社會全方位的自由。這些自由是互相關聯，缺一不可的。限制了政治上的自由，經濟發展一定受影響，特別是在香港這個資訊和人員流動如此快捷的地方。當然，這一條如果沒有單獨立法，是不能自行生效的。香港法律界對是否要制訂這樣一個法律仍有很大的爭議，一方面是因為它很敏感，另一方面是因為香港在回歸前已有相關的法律存在<sup>④3</sup>。

#### 四 《立法法》在規範中國立法體制上的作用問題

過去幾年，國內立法系統和法學界對《立法法》的起草和制訂給予了極大的關注。迄今已草擬了多部建議稿，僅「專家建議稿」就有約五百多人參與討論或起草<sup>④4</sup>，可見其受重視的程度。

《立法法》的制訂，是中國加強立法機關制度化 (institutionalization) 的努力，這也是世界的潮流。英美等國家的議會已經非常穩定健全，但他們仍然沒有停止制度化的努力。後共時期的中歐和東歐國家，為提高其新興政權的合法性，也在加強他們的議會制度化。一般來講，促使制度化產生的因素有內部的和外部的。當一個組織膨脹並日益複雜化以後，它就必須建立起一套組織、程序和辦法來應付其內在的要求。而這一組織所存在的外在環境，如意識形態、政治和經濟體制等變化，也會促使它開始制度化<sup>④5</sup>。

如本文開頭所述，近20年來，中國立法體制的內部結構和它所處的外部環境已經發生了重大變化。憲法和地方組織法對立法體制的規定已經不能適應現有的體制，因而在立法權的法律效力、立法權限的劃分、法律之間的協調等方面都出現了許多問題。按照現有的幾部《立法法》草案，制訂《立法法》是「為了規範立法活動，維護社會主義法制的統一和尊嚴」<sup>④6</sup>，或是「為了促進立法的民主化、科學化和規範化，提高立法質量和效率」<sup>④7</sup>。那麼，《立法法》究竟能否實現它的目的，並解決中國立法體制中存在的問題呢？

我們在前面關於法律效力的問題中提到，有一些新的立法形式，如「授權立法」、「先行立法」以及香港特別行政區的立法權，都不能在憲法或地方組織法裏找到直接和明確的法律依據。修改憲法或將這些立法權增加進來，是一種選擇；制訂《立法法》則是另一種補充辦法。現有的《立法法》建議稿對「授權立法」作了比較詳細的規定<sup>④8</sup>，但對香港特別行政區的立法權卻沒有任何規定，不知這是疏忽還是有意如此。至於「先行立法」，幾個草案中都有提及。有的草案籠統規定「國家專屬立法權以外的事項，國家還沒有立法的，地方根據本行政區域的具體情況和實際需要可以先立法，但國家一經立法，地方的立法不得同國家的立法相抵觸」<sup>④9</sup>。可見，中央立法機關和學術界對「先行立法」是持肯定態度的。「先行立法」確實推動了地方立法權的擴大，在地方立法權十分有限而現有法律又無法賦予地方立法權的情況下，是實踐中的一種補充辦法。但是否將這種作法寫入法律，則是值得考慮的。因為「先」與「後」的概念用在法律上不太嚴格，

國內立法系統和法學界對《立法法》的起草和制訂給予了極大的關注。迄今已草擬了多部建議稿，僅「專家建議稿」就有約五百多人參與討論或起草，可見其受重視的程度。《立法法》的制訂，是中國加強立法機關制度化的努力，這也是世界的潮流。

法律上一般是「有」和「無」。如果根據法律規定，地方在某些領域享有立法權，就不存在地方是否「先」於中央立法，其立的法也是應有實效的，而不會因與中央後立的法不協調而作廢。

那麼，究竟怎樣在《立法法》中體現國家鼓勵地方立法的政策呢？如果《立法法》的目的是為了明確各種立法機關的立法權限，特別是中央與地方立法權限的劃分；如果國家的政策是鼓勵地方大量立法，特別是在經濟體制改革的領域有所創新和突破，那麼《立法法》就應該在排除了國家專有立法權的領域後，將那些中央允許地方「先行立法」的領域，明確地、永久地劃分給地方立法機關。或者，以一種「保留條款」(residuary clause)的形式，規定地方可以在沒有明確劃定給中央的立法權範圍內任意立法。這既避免了法律邏輯上的矛盾，又省卻了以後宣布地方立法無效的麻煩。有人即建議在憲法(或在《基本法》或《立法法》，筆者加)中明確列舉香港特別行政區所有可以立法的領域，然後制訂一條類似美國憲法中的「必要條款」(necessary and proper clause)，規定中央在必要時可就某方面對特區加以立法；同時，制訂一條「保留條款」，規定凡中央未授予也未禁止特區行使的權力(即剩餘權力)，由特區保留<sup>⑥</sup>。

一般來講，享有剩餘權力的政府(不管是中央還是地方)，權力比較強大。在美國，憲法將剩餘權力保留給各州或人民，目的是加強州的權力；加拿大則相反，聯邦政府既享有特定權力，也享有剩餘權力；各省的權力卻是特定和有限的，目的是加強聯邦政府的權力。然而，有趣的是，這兩個國家的實踐結果卻與他們最初的意圖相反。美國各州的權力不僅沒有被加強，反而一天天被聯邦政府侵吞；加拿大聯邦政府的權力不僅沒有擴大，反而越來越受各省勢力的威脅，以致到了有些省(如魁北克)希望脫離聯邦的地步<sup>⑦</sup>。從這兩個國家的經驗看中國的情況，我們可以得到兩點啟示：第一，中國現在中央與地方立法權之所以劃分不清楚，既與中國迅速和多元的變化有關，更是因為中國到底應該建立一個強中央，還是給地方更多自主權這一問題不清楚。雖然政府的主觀願望是建立一個強大的中央，但近年來經濟改革又要求地方自主權的擴大，反映在立法權的劃分上，就是左右搖擺、上下兼顧。既要維護中央的強權，因而在《立法法》草案中劃出大量的中央的「專屬立法權」；又要發揮「地方的積極性」，因而允許「先行立法」。其實「先行立法權」就是「剩餘立法權」，只是為了強調中央的權威而用「先行」二字，以表示這些權力不專屬於你，只是讓你先用而已。比較起來，中國現在的立法權劃分，更像加拿大的模式。第二，即使政府的意圖一開始就非常明確，但實踐的結果也可能走樣。因此，《立法法》雖對規範立法體制有一定作用，但人們不應該期望它能解決一切問題，特別是那些涉及到國家權力劃分的根本問題。中央和地方在立法權上的明爭暗奪、討價還價還會繼續。

《立法法》制訂後，最重要的是看它能否得到執行。在現有的幾部《立法法》草案中，有幾部都專列了「立法監督」，但最近的一稿卻取消了這一章。因為中國一直沒有憲法監督制度和獨立的司法審查制度，憲法和其他法律的貫徹執行很不得力，這已成為中國法制建設中最大的問題。在《立法法》中規定「立法監督」

目前，中國中央與地方立法權之所以劃分不清楚，既與中國迅速和多元的變化有關，更是因為中國到底應該建立一個強中央，還是給地方更多自主權這一問題不清楚。反映在立法權的劃分上，就是左右搖擺、上下兼顧；既要維護中央的強權，又要發揮「地方的積極性」。我們不應該期望《立法法》能解決一切問題，因為中央和地方在立法權上的明爭暗奪、討價還價還會繼續。

並建立相應的「立法監督委員會」(或稱憲法委員會)應該是非常必要的。至於該委員會是否能起實質作用，則要看它由誰組成以及是否能獨立。

### 註釋

①② 見1954年《中華人民共和國憲法》，第22條。

②④⑤ 1982年《中華人民共和國憲法》，第58條規定全國人大和全國人大常委會行使國家立法權；第89條賦予國務院按照憲法和法律制訂行政條例的權力；第100條賦予省、直轄市人大及其常委會，在不與憲法、法律、行政法規相抵觸的前提下，制訂地方性法規的權力；第116條賦予民族自治地方(包括自治區自治州和自治縣)的人大依照本民族特點制訂自治條例和單行條例。

③ 見陳弘毅：〈香港回歸的法學反思〉，《二十一世紀》(香港中文大學·中國文化研究所)，1997年6月號，頁138-39；Raymond Wacks, "One Country, Two Grundnormen? The Basic Law and the Basic Norm", in *Hong Kong, China and 1997, Essays in Legal Theory*, ed. Raymond Wacks (Hong Kong: Hong Kong University Press, 1993); Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law*, trans. Max Knight (Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1967).

⑤⑥ 見《中華人民共和國地方各級人民代表大會和地方各級人民政府組織法》，第7條、第43條；第60條。

⑦ 人大或人大常委會向國務院的授權有三次：第一次是1983年授權國務院對職工退休退職辦法進行部分修改和補充；第二次是1984年9月授權國務院改革工商稅制和發布試行有關稅收條例；第三次是1985年4月授權國務院在經濟體制改革和對外開放方面制訂暫行規定或者條例。向特區的授權分別為：廣東、福建(1981年11月)；海南(1988年4月)；深圳(1992年7月)；廈門(1994年3月)。

⑧ 深圳於1993年4月通過《股份公司條例》和《有限公司條例》；全國人大於1993年12月通過全國性的《公司法》，於1994年7月實施。

⑨⑩⑪ 有關討論見李亞虹：〈對轉型時期中央與地方立法關係的思考〉，《中國法學》，1996年第1期，頁24-25。

⑩ Perry Keller, *Legislation in the People's Republic of China*, 23 UBC Law Review 660, 681 (1989).

⑪ 例如，第七屆全國人大常委會第二十六次會議於1992年7月1日通過了授權深圳市人大及其常委會和深圳市人民政府分別制訂法規和規章在深圳經濟特區實施的決定。

⑬⑭ 《憲法》，第100條；《組織法》，第7條、第43條。

⑭⑮⑯ 《憲法》，第62條；第3條第4款；第31條。

⑰ 《中華人民共和國香港特別行政區基本法》，第2條、第11條、第17條。

⑱ 1958年，一外國記者問毛澤東是如何管理像中國這樣一個大國的。毛的回答大意是：我只有一個經驗，那就是當分權太過份了，我就開始集權；當集權太過份了，我就開始分權。Cited in Li Yichang, "An Insider's Perspective: The Development of Chinese Administrative Science", in *Public Administrative in China*, ed. Miriam K. Mills and Stuart S. Nagel (Westport, Conn.: Greenwood Press, 1993), 139.

⑳ 郭道暉：《中國立法制度》(北京：人民出版社，1988)，頁13。

㉑ E. Rubin & M. Feeley, *Federalism: Some Notes on a National Neurosis*, 41 UCLA Law Review 903, 909 (1994). 他們認為，分權是一個管理概念，即在一個

由上至下嚴密組織的體制內，中央對地方有廣泛的權力，可以選擇、決定或同意某種政策，從而達到他們認為最佳的目標，甚至包括在某些地區進行政策的實驗。按照他們的分析，聯邦制則不是一個管理的概念，而是一個制度的架構原則，中央(或聯邦政府)不得侵犯地方(或州)在某些領域的權力。地方的權力也不是由中央授予的，而是從其他地方獲得的。在聯邦制內，各地方的目標是不一致的。

②⑤ 陳弘毅：《香港法制與基本法》(香港：廣角鏡出版社有限公司，1986)，頁211。

②⑥ David L. Shapiro, *Federalism: A Dialogue* (Evanston, Ill.: Northwestern University Press, 1995).

②⑦ 見註②⑤陳弘毅，頁53。

②⑧ Daniel Fung, *Foundation for the Survival of the Rule of Law in Hong Kong – The Resumption of Chinese Sovereignty*, 1 *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 283, 316 (Fall/Winter 1996-97).

②⑨ Benjamin L. Liebman, *Separation without Autonomy: Environmental Law and the Basic Law of Hong Kong*, 39 *Harvard International Law Journal* 233, 236 (1998).

③④⑤⑥⑦⑧⑨⑩ 《基本法》，第17條；第2條；第11條、第17條；第45條；第49條、第50條；第52條；第23條。

③⑪ 范忠信：《一國兩制與跨世紀的中國》(香港：香港文教出版企業有限公司，1998)，頁90。

③⑫ 王叔文主編：《香港特別行政區基本法導論》(北京：中共中央黨校出版社，1997)，頁261。

③⑬⑭⑮ 《中華人民共和國立法法》(徵求意見稿)，1997年6月5日稿第17條第2款規定：「授權期滿，根據授權制訂的法規，規章繼續有效。」；第1條；第14-18條。

③⑯⑰ Kathleen Cheek-Milby, "Legislative Representation and Power: The U.S. Constitutional Mandate and Its Application to Hong Kong's Legislative Council", in *The United States Constitution: Its Birth, Growth, and Influence in Asia*, ed. Joseph B. Starr (Hong Kong: Hong Kong University Press, 1988), 292; 307.

④⑱ "Direct Elections Our Only Hope, Says Lee", *South China Morning Post*, 28 November 1985, p. 16.

④⑲ 美國《憲法》1787年，第3條第3款定義判國罪為「同合眾國作戰，或依附、幫助和鼓勵合眾國的敵人」。程序上的限制為：必須有兩個證人作證，或本人在公開法庭上供述。

④⑳ *Crimes Amendment Bill*, no. 2, 21 November 1996.

④㉑ 李步雲：〈關於《中華人民共和國立法法》(專家建議稿)的說明〉，《中國法學》，1997年第1期，頁11-19。

④㉒ Gary W. Copeland and Samuel C. Patterson, eds., *Parliaments in the Modern World: Changing Institutions* (Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1994).

④㉓ 《中華人民共和國立法法》(專家建議稿)，1996年10月20日，第1條。

④㉔ 《中華人民共和國立法法》(建議稿)，1994年12月17日，第14條。

④㉕ Martha A. Field, *The Differing Federalisms of Canada and the United States*, 55 *Law and Contemporary Problems* 107, 108 (Winter 1992).