

怎样保证改革的合法性

——从依靠政策改革到依法改革

甘 藏 春

如何将改革与法制建设有机地结合起来，是我们在前些年改革过程中没有得到很好解决的问题。这一问题的难点就在于它要求将以稳定性为属性的法律与以变动性为属性的改革两组不相容的因素统一协调起来。然而，这一问题又是下一步深化改革必须解决的问题。由于篇幅所限，本文不可能对这一问题作全面的论述，只拟对如何保证改革的合法性问题作一初步探讨。

一

在如何处理改革的合法性问题上，理论界存在着不同的看法。归纳起来，大致有以下几种。

第一种看法为“一致说”。这种看法认为，改革与法律是一致的，没有矛盾，改革必须在法律的范围内进行。我们认为，这种看法是不全面的。它的正确之处在于指出了改革与法律之间的一致性。不足之处则是回避了改革与法律之间的矛盾性，具体表现在：

第一，从理论上讲，法所赖以存在的社会基础发生了变化。改革之前，我国的经济形态是以高度集中为特征的计划经济，法律的主要任务就是维护这种集中型的计划体制，保证国家用行政手段配置资源，在此基础上，形成了严密的法规体系。而我国改革的目标就是建立公有制基础上的有计划的商品经济。有计划的商品经济与计划经济是两种不同的经济运行机制，法律对它们调整的任务、性质、特点各不相同。这样，法律所赖以存在的社会基础发生了变化，改革必然与法律发生冲突。

第二，从法律的属性看，改革与法律的属性也是矛盾的。法律的重要功能就是将社会关系定型化，法律的权威性建立在稳定性的基础上，离开了稳定性，法律将失去生命力。不仅如此，在法治国家中，法律作为社会关系的调节器，如果失去了稳定性，将会引起社会的不稳定。然而，改革恰恰与此相反，改革的特点是社会关系频繁变动，并且变动的幅度和深度往往是覆盖全社会的。这就使得法律调整较为困难。

第三，从我国现行法律的现实看，也存在着与改革不协调的地方。例如，在商品经济条件下，法人犯罪已成为不可否认的现实，但是我国刑法中却没有法人作为犯罪主体的制度，致使一些犯罪的法人未受到应有的惩罚。又例如，我国宪法第15条确定我国的经济运行模式是计划经济，这条规定显然与建立有计划的商品经济的目标不一致。因此，那种只承认法律与改革一致性而否认它们之间的矛盾性的观点是片面的。

第二种看法为“合理违法”说。这种观点认为：在改革过程中，改革与法律的冲突是不可

避免的，合理不合法的事情比比皆是。如果强调改革的合法性原则，改革将寸步难行。因此，为了推进改革，合理性原则应高于合法性原则。

这种看法是错误的。首先，这种看法不符合我国改革的本质。从社会发展史的角度去考察，人类社会变革有两种形式，一种是革命，即社会制度的根本性变动；一种是改良，即在维护制度的根本性原则的前提下，对社会制度进行部分修补。革命是不受任何法律约束的。而改革则要求有序，要求具有合法性。从我国改革的本质来看，改革是社会主义制度的自我完善，这就决定了改革必然要求把合法性作为重要原则。如果离开了合法性，改革也就失去了本来的意义。

其次，这种看法是与改革的目标背道而驰的。众所周知，我国改革的目标是建立有计划的商品经济，而有计划的商品经济客观上要求国家实行法治，正如列宁所指出的那样：“我们当前的任务是发展民事流转，新经济政策要求这样作，而这样作又要求更多的革命法制……我们的政权愈巩固，民事流转愈发展，就愈加迫切需要提出更多的革命法制的坚决口号。”^①因此，实行法治不仅是改革的要求，而且也是改革的重要内容。改革如果放弃合法性原则，实际上也就偏离了改革的方向。

最后，从改革的实践上看，如果离开了合法性原则，改革将寸步难行。改革就其实质而言，是对人们的权利义务的一次大调整。在这种利益调整的过程中，社会成员在利益格局的重组中必然有得有失，这样，每一个受利益波动影响的公民必然提出这样的问题，这种利益调整的合法根据是什么？特别是行政诉讼法实施之后，人们不仅有理由提出质问，而且也有权利提出诉讼请求，所以，离开了合法基础，改革就如同建筑在沙丘之上的大厦。

第三种看法是“超前立法说”。这种看法认为，既然改革与法律有矛盾，那么，为了解决这一矛盾就必须改变立法的指导思想，立法必须超前进行，以保证改革开放的顺利进行。应该指出的是，这种看法立意是大胆的，也是有创新意义的。但是，客观地说，这种看法不具有可行性。

首先，从立法学的角度来看，任何法律的产生都不是“先验”的产物，而是社会矛盾发展到一定程度的产物，立法者的任务就是在矛盾的焦点上砍一刀，当社会矛盾还没有成熟到一定程度时，法律是不可能产生的。立法虽然要有一定的预测性，但是法律永远不可能预测未来的一切事情。法律史告诉我们，法律与现实、法律与未来是永恒的矛盾，人类解决这一矛盾除了运用其他法律机制（如法律解释、司法判例等）外，还没有找到更有效的途径。在改革过程中，立法者也只能就改革过程中的突出矛盾来制定相应的法规，也只能与改革的进程相同步。立法不可能超前，但应该与改革同步。

其次，从改革的立法实践来看，改革对法制的要求不仅仅只是立法，更重要的是建立与改革相协调的法律机制。如果没有完善的法律机制，即使有了立法，法律也将成为一纸空文。例如，体现我国企业改革成果的《中华人民共和国全民所有制工业企业法》自1988年8月1日施行以来，效果不尽如人意，其原因就在于对侵犯企业自主权的行为没有建立诉讼机制，也未能建立执行监督机制。

^① 《列宁全集》第33卷，第148-149页。

既然改革必须与法律相协调，那么，我们就应该研究如何运用法律手段来推进改革。

在改革的推进方式上，我们实际上有两种选择。第一种是“政策先行，法律确认”方式。这种方式的内容是，在改革的发动阶段，较多地运用政策手段，待经过改革实践后，再将一些成熟的经验上升为法律或者行政法规。前些年改革基本上是采用这种方式的。第二种是“法律突破，逐步完善”的方式。这种方式的特点是：任何改革措施都是以立法程序并以法律的形式出台，实施之后，发现问题，逐步运用解释、补充修改、判例等形式予以完善，法制建设贯穿在改革的全过程。两种方式比较，各有特点。就第一种方式而言，它有以下优点：（1）由于政策的制定较为灵活，因而改革能较快地发动；（2）由于立法只是将改革的成熟经验予以固定，因而，能够较好地处理改革与法律的稳定性之间的矛盾。但是，这一方式也存在弊端：（1）由于是采用“人治”方式推动改革，有可能导致改革的形势处于不稳定状态，甚至出现大起大落；（2）由于缺少法律的规范性和严格的程序性，有可能导致社会管理失控，使改革失去了应有的有序性；（3）由于政策推进过程中不可能考虑改革措施的合法性问题，因而使改革难以向纵深发展，成果亦难以巩固。第二种方式其优点是：（1）由于通过严格的立法程序，因而能使改革措施集思广益，从而使改革少走弯路；（2）由于采用了明确的法律规范形式以及相应的实施程序，可以减少社会管理失控现象的发生，保证改革成果的稳定性 and 改革过程的有序性。其缺点是：（1）由于经过立法程序，将会使改革措施的出台较为困难；（2）不易保证法律的稳定性。

那么，在九十年代的改革过程中，我们究竟应该选择何种推进方式？我们认为，应采取第二种方式推进较为稳妥。因为：

第一，从九十年代改革所面临的形势来看，改革已经不可能再走先政策后法律的路子。因为经过八十年代的改革，我国已经基本扫清了建立有计划的商品经济模式的外围，改革已经进入了深层次的阶段，党中央明确指出，要在九十年代初步建立有计划的商品经济体制和计划经济与市场调节相结合的运行机制。在少数有条件的地方还应率先建立新体制。根据这一要求，我们需要对已经形成的中央与地方之间、国家与企业之间、政府与公民个人之间的利益格局进行重大调整。并且，在当前的国际形势下，怎样在深化改革的同时保证社会稳定也成为不容忽视的问题。面对这种情势，我们只能走依法改革的道路。这不仅因为，在民主国家，凡属对人民权利义务进行调整需经人民同意是一项基本原则，更重要的是只有经过立法程序，我们才能减少失误，最大限度地争取人民群众的支持和理解。同时，只有依法改革，才能使改革走上规范化的道路，从而最大限度地减少社会管理失控的状况。因此，九十年代的改革实质上已经演化成为法律变革，对这一变化如果不意识到或者不予以高度重视，仍然迷恋八十年代的政策改革模式，最终会贻误改革。

第二，九十年代改革的内容是建立有计划的商品经济秩序。商品经济实质上是一种“法治经济”。商品经济不仅需要运用法律手段来构造市场条件，保证规则化的市场竞争，约束政府权力，建立廉洁高效的政府体制，更重要的是，还需要运用法律，构造社会冲突的仲裁调停程序及其机制，而这些要求显然是政策手段所不可能完成的。离开了法律手段，建立商品经济秩序将成为一句空话。

第三，从九十年代民主法制建设的趋势来看，法制将日趋完善，它在客观上也必然要求改

革首先必须是合法的。八十年代依靠政策的改革之所以得以推行,一个重要原因就是利用了我国法制不完备这一缺陷。然而进入九十年代之后,随着行政诉讼法的颁布实施,客观上给我国的改革试点工作以及改革措施出台的合法性提出了更高的要求。行政诉讼法的受案范围虽然只是“具体的行政行为”,但由于第52条规定:“人民法院审理行政案件以法律、行政法规和地方性法规为依据”,而根据我国的宪法和地方组织法,法律由全国人民代表大会及其常委会制定,行政法规由国务院制定,地方性法规由省级人大及其常委会制定。按照这一规定,我们在省、直辖市、自治区之外的地方所进行的各项改革试点工作将会遇到极大的困难。行政诉讼法第53条还规定:“人民法院认为地方人民政府制定、发布的规章与国务院部、委制定、发布的规章不一致的,以及国务院部、委制定、发布的规章之间不一致的,由最高人民法院送请国务院作出解释或者裁决。”按照上面条款的规定,与法规不一致的行政规章将很难施行,而改革客观上又需要突破法规上的一些规定,如果没有相应的法律手段作为补救,改革将会寸步难行。

但是,要选择后一种模式,我们也需要探索解决由此而产生的法律问题。主要有:

第一,如何解决改革法规与原有法规的协调问题?

由于我国的改革是一个渐进的过程,因而在改革过程中,在法律体系上,将会出现改革法规与原有的法规并存的“法律双轨制”格局,两套并存的法规之间又往往是矛盾的,这样必将给法规的执行造成相当大的困难。如何解决这个问题呢?我们认为,在法律上确立“后法优于前法”的原则较为妥当。所谓“后法优于前法”是指当由立法机关制定的两个法规发生冲突时,司法机关在适用过程中应以最后制定的法规为准,在法律效力上后来制定的法规要优于以前制定的法规。这一原则实际上是对立法疏忽的一种救济,它已经成为许多国家普遍奉行的原则,对于解决法规冲突起了较好的作用。需要指出的是,我国在改革过程中采用这一原则不仅仅是权宜之计,即便是在改革成功之后,这一原则也将长期适用。

第二,如何解决改革立法的法律根据问题?

改革用法律手段推进首先必须解决改革措施的立法根据的合法性和合宪性问题。然而,做到这一点在改革过程中往往是困难的。因为随着改革的深入,改革的一些措施不仅有可能与法律冲突,而且有可能与宪法的部分条款相冲突。特别是在改革的试点工作中更为突出。在这种情况下,如果拘泥于法律和宪法的部分条款,改革就会止步不前,如果推进改革则又会遇到法律基础危机的两难窘境。我们认为对此应该采取“程序合法优先”原则。所谓“程序合法优先”原则是指在改革过程中,如果改革法规与宪法、法律的部分条款在实质上冲突,应首先看其在程序上是否合法,如果程序上合法则应视为合法。具体地说,凡属改革措施与宪法条款相抵触,应由享有制宪权的机关作出;凡属与法律相抵触,则应由享有立法权的机关作出。采用这一原则之所以必要,是因为从法理学的角度去考察,合法性合宪性都可分为实质合法合宪与程序合法合宪两种。对于实质上与宪法法律相冲突的决定经过了严格的程序并且由这些机关作出,在法律上应当视为对宪法和法律的解释或者完善,因而也是合法的。

第三,怎样处理改革与法律的相对稳定性之间的矛盾?

由于在改革过程中,法律对社会关系的调整具有暂时性、易变性的特点,因此,如果在改革过程中运用法律手段推进,势必导致法律频繁变动修改废止,这样又会影响到法律的稳定性。怎样解决这一矛盾?我们认为,可以采取以下方式予以解决:

1. 有选择地运用法律授权机制。选择少数地方,通过全国人民代表大会特别授权,授权

该地方享有部分法律变更权，先就各项改革的措施制定规范性文件，待成熟后，再制定全国性的法律。1989年国务院向第七届全国人大第二次会议提出的关于授予深圳市人大及其常委会制定地方性法规、深圳市人民政府制定规章的权力的议案就是这一方式的产物。

2.灵活地运用各种造法机制。在法律实践中，除了立法这一形式之外，还存在着其它造法机制，作为立法的补充形式发挥着作用。主要有：（1）法律解释机制。在我国，无论是宪法还是法律都有纲领性或原则性的特点，这一特点对于厉行法治来说是不利的，但却为改革提供了较大的伸缩余地，这一特点可以为改革所用。因此，应该十分注重改革过程中的宪法解释和法律解释工作。遗憾的是，在十年多的改革实践中，我国却从未利用这一机制。

（2）引进法律惯例机制。法律惯例在当代世界无论是普通法系国家，还是大陆法系国家都普遍采用的制度，它的最大特点就是能够缓解法律与社会发展之间的矛盾，从而时时以新的活力注入已定的法律之中。这些年来，我国的法学工作者呼吁运用判例制度来解决法律与改革之间的矛盾，他们的看法是科学的，是应该给以高度重视的。

三

既然改革必须与法律相协调，那么，我们还必须研究如何运用法律手段来实现对改革的过程的控制。对改革过程的法律控制是指将改革从试点到推广的全部操作过程都纳入法制的轨道。从改革的实践上看，主要应加强以下几项制度建设。

第一，抓紧建立改革权制度。

在八十年代的改革中，在中央各部门和各地方的努力下，改革取得了举世瞩目的成就。但是，毋庸讳言，改革也有秩序紊乱，政出多门的现象。要根除这种现象，就必须在法律上引入改革权的概念，建立改革权制度。改革权这一概念最早作为一个法律概念出现在法律上是在1984年5月31日第六届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国民族区域自治法》，该法第27条规定：“民族自治地方的自治机关在坚持社会主义原则的前提下，根据法律规定和本地方经济发展的特点，合理调整生产关系，改革经济管理体制。”我们认为，改革权作为一个法律概念，其内涵有：（1）改革统一规划协调权；（2）改革试点批准权；（3）体制变更的决定权。改革权的主体只能是各级国家权力机关和各级政府，各级体改机构只是协助同级人民政府行使改革权。各级国家权力机关和各级人民政府的改革权的范围，则应按改革事项的性质来确定，凡涉及全国性的事项由中央决定，凡仅涉及本地方的事项则由地方决定。确定改革权制度并不意味着各部门放弃改革的职责，相反，只会在体改部门的统一协调下把体制改革搞得更好。

第二，用活用好全国人民代表大会的授权决定。

为了推进改革开放，全国人民代表大会及其常务委员会曾先后两次通过了授权国务院制定有关规定或条例的决定。全国人大的授权规定具有以下几个特点：（1）授权的事项性质是经济体制改革和对外开放；（2）授权的对象是国务院；（3）授权的范围是不与法律和全国人大及其常务委员会的有关决定的原则相抵触，这就是说，国务院对法律有部分变更执行权，国务院领导改革开放只要不违背法律的基本原则可以突破具体的法律规定。授权的范围是较为广泛的。因此，我们必须用活用好这个授权决定。

第三，抓紧制定改革试点法，把试点工作纳入法制的轨道。

任何改革措施出台必须先经过试点，待成熟后再向全国推广，这已成为我国改革的一条

成功的经验，也成为我国改革操作的一道必经程序。由于试点工作的实质意义在于在局部地区进行改革的超前试验，就不可避免地发生与现行法律、行政法规相抵触的现象，而且试点项目的验收和推广也缺少必要的程序。上述问题的发生最主要的原因就是缺乏一部《综合改革试点法》，该法应该由全国人大颁布，以明确试点的程序，授予试点单位明确的试点权（如法规变通执行权）。

第四，探索建立改革法律体系。

既然改革在我国将是一个长期的过程，而改革又必须依法进行，因而，就必须开始着手研究并探索建立改革法律体系的工作。我们认为，改革法律体系具有以下几个特点：（1）以宪法为依据。（2）改革法律体系具有综合性，它涉及到各个法律部门。（3）改革法律体系具有过程性，它将随着改革的进程而逐步推进，并且随着改革的完成而消亡。改革法律体系解决的重点问题是两套不同特点的法律体系（即以维护高度集中的计划经济为任务的法律体系与改革后建立在有计划的商品经济基础上的法律体系）并存时的协调问题。

第五，在全国人大设立专门的改革委员会，协助全国人大作好改革的领导工作。

在全国人大设立专门的改革委员会，协助全国人大领导改革工作，既可以使我国的改革措施具有权威性，又可以沟通全国人民代表与体改部门的联系，加深对改革的理解和支持，从而使改革走上稳步发展的道路。

（作者单位：国家经济体制改革委员会）

责任编辑：秦 凤

书

讯

陈宝树、欧阳涛等著的《经济犯罪与防治对策》一书，近期由河南人民出版社出版。该著作是中国社会科学院“七五”计划法学重点科研项目。该书对我国经济犯罪的现状和特点以及经济犯罪的概念、构成要件、刑事责任、法人犯罪等重要理论和实践问题进行了比较深入的探讨，并在吸收国际防治经济犯罪经验的基础上，系统地阐述了我国防治经济犯罪的法律、行政、经济、科技、教育等对策。具有资料翔实、观点新颖等特点。可供立法、司法、法学教育、法学研究工作者和法科学学生参阅。全书共二十一章，37万字，精装本定价9.40元。欲订购者，请与中国社科院法学研究所欧阳涛（北京沙滩北街15号，邮编100720）联系。