

论文目录

地方立法的立法依据与权利能力辨析.....	莫纪宏	1
点题立法的规范化思考.....	杭州市人大常委会法工委	11
关于地方人大主导立法的问题研究——以绍兴市为例	周骄德 郑镔 马丽	17
专家参与立法: 现状, 问题及完善对策.....	林 彦	23
设区的市法案审议的民主机理与机制完善——以立法审议为中心的 代议民主与审慎民主之融合.....	石东坡	27
设区的市立法权限界定问题再辨析——以“城乡建设与管理” 为中心.....	石东坡	42
提高专家参与地方立法的效能的路径探析.....	李春燕	55
全面依法治国背景下人大主导立法工作研究——基于宁波人大地方 立法工作改革创新的思考.....	宁波市人大常委会法工委	71
专家参与立法的若干问题研究.....	丽水市人大常委会法工委	84
地方立法专家参与比较研究——以日本的立法专家参与立法模式 为例.....	何 东	92
关于地方人大发挥立法主导作用的认识与思考	嘉兴市人大常委会法工委	99
设区的市地方立法应注意的几对关系探析——以我国 J 市地方立法 实践分析为视角.....	金华市人大常委会法工委课题组	108
如何破解地方政府规章范围受限之局——基于《中华人民共和国立法		

法》第八十二条第三款的探讨	叶新火	116
设区的市开始立法的确定与筹备——以《立法法》第 72 条第 4 款 为中心	郑 磊	134
地方立法贵族市的陨落与应对？——《立法法》修改后原“较大的市” 地位变动分析	郑磊 王友健	152
地方立法赋予社会组织行政管理职能的可行性分析	韩振文	165
生态红线有效落地的地方立法检视	韩振文	179
民主立法的基本模式辨析	唐丰鹤	190
地方立法监督实证研究：体制与程序	汪庆红	202
专家参与立法的效能提升及其制度保障——以浙江省为例	马存利	211
民族立法现状调查及对策研究——基于浙江省的实证分析	黄元姗 朱宗侠	217
构建地方国家权力机关主导下的“衡平程序”	陈姜季	229
温州立法轻扬风帆 亲历“首法”漫话体会	叶建平	244
论设区的市立法重复的审视与反思——以城市市容和环境卫生管理 立法为视角	赖之初	250
试论地方立法不抵触原则的具体运用·台州市人大常委会法工委		257
浅论地方立法过程中的专家参与···景宁畲族自治县人大常委会		263

地方立法的立法依据与权利能力辨析

莫纪宏*

内容提要：本文通过考察宪法和立法法文本的方式，结合现行宪法所规定的中央与地方关系，从法理上明确地否定了作为分权意义上的“地方立法权”概念作为地方立法的正当性来源的合法性。在此基础上，通过分析地方立法的立法依据的来源和存在形式、特征，结合民事权利能力概念的逻辑构造，通过引进地方立法权利能力的概念来构建地方立法的正当性基础，并强调要进一步完善我国宪法和立法法所规定的立法授权机制以及加强对地方立法的立法监督机制建设，以此来推动地方立法再上一个新台阶。

关键词：地方立法权 授权 立法依据 权利能力 立法监督

当前，地方立法工作遇到的基本法理问题仍然是合宪性和合法性不清晰，无法形成整合的地方立法体制、机制和制度。尽管 2015 年 3 月 15 日十二届全国人大四次会议修订了 2000 年出台的《中华人民共和国立法法》，扩大了地方立法的“空间”和“范围”，但由于我国现行宪法和立法法并没有在法理上真正有效地解决地方立法的正当性问题，故在深化地方立法工作、提升地方立法能力、强化地方立法作用方面存在着许多无法用法治原则来建立规范化的地方立法体制、机制和制度的法理困境和制度障碍。这些问题必须在理论上给予高度重视，与此同时，应当运用恰当的法律解释方法来为地方立法提供必要的正当性依据。本文试图运用“地方立法的立法依据”和“地方立法权利能力”两个概念来为地方立法的正当性提供较为科学的法解释路径，以期为地方立法工作做出些微的理论贡献。

* 莫纪宏 中国社会科学院法学研究所副所长、研究员

一、地方立法权概念的缺失表明

地方立法缺少法律上的独立性和自主性

众所周知，宪法是我国的根本法，具有最高法律效力。现行宪法第5条第三款规定：“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”在中国特色社会主义法律体系中，地方立法也是重要的立法层次，地方性法规和地方政府规章作为地方立法的最主要的形式，必须要服从作为根本法的宪法的要求。但可惜的是，我国现行宪法文本中并没有“地方立法权”的概念，只有“国家立法权”的术语^[1]。很显然，依据宪法规定享有“立法权”，才能保证享有“立法权”的立法主体立法行为的主动性和自主性。可以说，“地方立法权”是地方立法的正当性基础，没有“权”，哪来的“正当性”？当然，这里的“权”，是国家权力性质的，是 power，而不是 right。可惜的是，在现行宪法没有赋予地方立法权的制度大前提下，地方立法权的概念却一直在地方立法实践中使用，导致了地方立法的“立法依据”理论上的混乱。

值得注意的是，“地方立法权”概念甚至在2000年全国人大制定的《中华人民共和国立法法》的法律文本中也没有出现。2015年修订的《中华人民共和国立法法》第3条规定：“立法应当遵循宪法的基本原则”，故在新修订的立法法文本中也没有出现“地方立法权”概念，这一点确实是“遵循宪法的基本原则”。不仅如此，《中华人民共和国立法法》第2条还明确规定：“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。”上述条款涉及地方立法的立法形式的至少有地方性法规、自治条例和单行条例、地方政府规章，制定地方性法规、自治条例和单行条例、地方政府规章的立法主体的立法行为正当性来自何处呢？毋庸置疑，《中华人民共和国立法法》是地方立法的“立法依据”。因为《中华人民共和国立法法》第2条已经明确讲了“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”；“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。”相对于地方立法基于“地方立法权”运作来说，“地方立法权”的概念无疑赋予了地方立法主体一定的立法自由裁量权，也就是说，基于“地方立法权”而进行的地方立法具有自主性立法的特征，而缺少“地方立法权”保障的地方立法，只能按照“立法依据”来立法，地方立法主体没有独立的立法自由裁量权和自主性处分立法行为的能力。

(1) 现行宪法第58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。

不过，在地方立法实践中，“地方立法权”的概念在学理和政策上一直被“误用”。我国的地方立法一直是在相对于中央立法的立法框架内运行的。首先，在政策层面，十八届三中全会审议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》就明确提出了“逐步增加有地方立法权的较大的市数量”的政策要求，很显然，上述规定中的“逐步增加有地方立法权的较大的市数量”的表述体现了两层含义：一是已经存在着“有地方立法权的较大的市”；二是“逐步增加”进一步肯定了“有地方立法权的较大的市”的政策依据。不过，在十八届三中全会《全面深化改革决定》中的“有地方立法权的较大的市”的概念并没有反映到2015年3月15日十二届全国人大四次会议修订的《中华人民共和国立法法》的文本中，故“地方立法权”只是一个政策性概念。从学理上来看，据CNKI数据统计，“地方立法权”主题词条下共有23060条数据，“地方立法权”篇名词条下共有557条数据^[2]，“地方立法权”俨然是探讨地方立法问题的常用术语，说明学界是基本认可“地方立法权”概念并用这个概念来表述地方立法的正当性。在法理探讨中，“地方立法权”概念被用于与“国家立法权”相对应，存在着“地方立法权”与“国家立法权”之间的“法律关系”，例如，最新的研究地方立法权的文献李少文著《地方立法权扩张的合宪性与宪法发展》就明确地论证了2015年3月15日十二届全国人大第四次会议修订的《中华人民共和国立法法》对“地方立法权”内涵的拓展和扩张。李文指出：“《立法法》修改扩张地方立法权引起了合宪性争议。宪法对地方立法权的规定十分模糊，并存在很多空白，给国家立法机关留下了较大空间。《立法法》修改是立法者阐明宪法的不确定性、填补宪法空白的表现，形成一种由立法者发展宪法的模式。在规范意义上，地方立法权扩张在民主基础上扩大了地方自治。在功能意义上，它契合八二宪法鼓励实验的精神，有利于推动国家治理体系现代化。地方立法权扩张的正当性和合理性是其发展宪法的理性依据。这个例证表明宪法通过民主机制发挥效力的路径。它构成了我们运行中的宪法。”^[3]

尽管法理和政策上都给予了“地方立法权”概念以一定的正当性空间，但从我国现行宪法所确立的国家体制和中央与地方关系来看，“地方立法权”概念的正当性很显然无法得到宪法的支持。因为“地方立法权”概念要能够在法理上成立，必须要以中央与地方之间具有明确的“分权”事项为前提。我国现行宪法第3条第四款是这样表述中央与地方关系的：“中央和地方的国家机构职权的划分，遵循在中央的统一领导下，充分发挥地方的主动性、积极性的原则。”毋庸置疑，根据上述规定，地方没有宪法上独立的事权事项，地方与中央之间

(2) 截止2016年10月10日为止。

(3) 李少文：《地方立法权扩张的合宪性与宪法发展》（论文摘要），《法学论坛》2016年第2期。

的职权划分必须“遵循中央的统一领导”，地方国家机构的职权是中央分配的，没有宪法上的自主性。中央可以根据需要，随时扩大或缩小地方国家机构的职权事项，这就形成了建国以后长期存在的“收--放--收”的动态化的中央与地方职权划分关系。从法律属性上来看，地方国家机构的职权来自于中央国家机构的授权。基本的性质是“授权”，而“授权”的形式表现丰富。有通过中央一级的立法，例如全国人大及其常委会制定的法律、有法律效力的决定，国务院制定的行政法规来规定地方立法的范围，也有中央国家机构向地方国家机构就具体事项进行专项或特别授权的等等。基于“授权”的地方立法与作为授权者的中央立法之间的关系是上下级的“服从关系”，不存在立法权上的平等和制衡关系。这一点，在《中华人民共和国香港特别行政区基本法》、《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》中得到充分体现。例如，《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第2条明确规定：“全国人民代表大会授权香港特别行政区依照本法的规定实行高度自治，享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。”上述条款表明，尽管香港特别行政区的立法机关享有高度自治意义上的“地方立法权”，但这种“地方立法权”的性质是“全国人民代表大会授权香港特别行政区依照本法的规定”享有的，在本质上不属于“分权”的范畴，是一种立法授权行为。故香港特别行政区立法机关只能依据全国人大“授权”立法，而不能自主性立法，当然，这种“授权”立法是明确和公开的，基本授权事项都包含在《中华人民共和国香港特别行政区基本法》的范围内。香港、澳门作为特别行政区的立法机关依据基本法享有高度自治意义上的立法权，其性质尚且属于全国人大“授权”，至于说宪法所规定的一般地方立法机关其立法行为的正当性更是直接来源于中央立法机关的“授权”，包括民族区域自治地方的立法机关制定自治条例和单行条例，地方立法的性质都属于“授权立法”的范畴。

明确了我国宪法上所规定的地方立法的正当性来源，对于地方立法机关来说，不论是制定何种意义上的地方立法，首要的问题是法律法规上的授权依据或者是中央立法机关的特别授权，也就是说，地方立法不能自主进行，更不能创造规范。所谓的在改革开放中形成的“超前立法”、“良性违宪”都与宪法所确立的立法原则格格不入。最起码不符合运用法治思维和法治方式来从事地方立法工作的法治原则的要求。

二、地方立法权利能力与行为能力的立法能力属性二分法

对于整合地方立法的立法依据具有非常重要的建构功能

在分权意义上的“地方立法权”缺少制度层面的合法性的前提下，如何从法理上一般性地概括地方立法的正当性基础呢？在此，可以基于地方立法的“授权”形成授权范围内的立

法权利能力，尽管这种立法权利能力是从属性的，不具有独立的立法权意义，但对于表述地方立法行为的正当性具有非常明显的建构作用。

立法能力是近两年来才开始为学术界关注的立法学理论和实践问题。尤其是将地方人大立法能力作为专题研究对象，目前的学术文献寥寥无几。据中国知网大数据显示，2015年前，没有以“立法能力”作为篇名的论文或文章。只有一篇探讨“立法”与“能力”之间存在一定相关性的文章。据该文介绍，2005年2月23日，西安市人大常委会副主任施启文在市十三届人大五次会议的二次全体会议作了西安市人大常委会工作报告。报告中，他提出2005年要继续加强地方立法工作，不断提高人大依法履职能力⁽⁴⁾。上述文献中，“立法”与“能力”之间的联系是间接的，实际论证的主题是通过“立法”来提升人大的履职“能力”，而没有侧重讨论地方人大本身的立法“能力”。明确以“立法能力”作为篇名主题的文献，只能追溯到2015年4月28日《西江日报》上刊登的报道“提高地方立法能力推进法治社会建设”⁽⁵⁾一文。上述文献首次涉及到了地方立法能力，当然也涵盖了“地方人大立法能力”。此外，还有若干篇文献，主要是报纸上所转载的地方人大工作报告涉及到了地方人大立法能力问题，例如苏励、王玉亮的“增强立法能力，提升立法质量，为良法善治提供制度基础”⁽⁶⁾，张会永的“提升立法能力，为改革发展护航”⁽⁷⁾，宋锦培的“行使地方立法权，立法能力最重要”⁽⁸⁾等。具有一定学术理论探讨性的文章有黄建丰、吴成江的“提升立法能力，锻造有含金量良法——佛山市地方立法工作准备的思考”⁽⁹⁾，任声的“我省对第一批开始制定地方性法规的市开展评估工作，肖志恒：要在提高立法能力立法质量上下功夫”⁽¹⁰⁾等。真正从学术角度来探讨“立法能力”问题的学术论文，目前能够看到的第一篇文献是王辉发表在《中共太原市委党校学报》上的学术论文“国家治理现代化中的立法能力现代化初探”，在该文中，作者全面和系统地论述了提升立法能力的重要性。突出地方人大立法能力建设的文献只有2016年3月14日《宁夏日报》记者李志廷、马晓芳、徐佳敏、李徽报道的“马三刚代表：加强地方人大立法能力建设”⁽¹¹⁾。在此之前，还有《宁夏日报》在2016

(4) 师炜：“继续加强地方立法工作不断提高依法履职能力”，《西安日报》2005年2月24日。

(5) 袁续、吴文颂、岑龙基：“提高地方立法能力推进法治社会建设”，《西江日报》2015年4月28日。

(6) 《河北日报》2015年3月11日。

(7) 《湛江日报》2015年3月1日。

(8) 《四川法制报》2015年12月1日。

(9) 《人民之声》2015年第6期。

(10) 《人民之声》2015年第5期。

(11) 《宁夏日报》2016年3月14日。

年3月3日的一篇报道“自治区人大常委会调研评估立法能力建设”⁽¹²⁾。

由此可见，地方立法能力目前仍然是一个整合性概念，在法理上并没有与“地方立法权”、地方立法的立法依据等概念有机地结合起来。如果能够从法律行为的一般原理出发，对地方立法的正当性作出地方立法权利能力与行为能力的能力属性二分法的区分，将会摆脱目前地方立法的法律依据模糊和不规范的法律困境，以正当性来界定地方立法权利能力，通过最大限度地利用作为地方立法的各种“授权”依据，使得地方立法的正当性通过“地方立法权利能力”的概念规范化地表达出来，从而避免使用分权意义上的“地方立法权”概念，保证地方立法机关更好地认清地方立法的法律性质，定好位、用好权，最大限度地调动地方立法机关的积极性和主动性，把法治原则全面引进地方立法工作中，使得法治思维和法治方式成为指导地方立法工作的重要抓手。

权利能力制度来源于高度发达的罗马法。在罗马法上，生物意义上的人称为“homo”，具有主体资格的人称为“caput”，只有当“homo”具有“caput”身份时，才是法律意义上的“人”(persona)。这种人在法律上的地位称为“personalita”(人格)⁽¹³⁾。在罗马法中，虽然说人与人之间不平等，但该法律制度在人类历史上首创了“法律上的人”，使生物意义上的人与法律上的人区分开来，为以后权利能力的研究和立法奠定了基础。在近现代法律制度上，权利能力问题主要在民事法律制度中得到了具体运用。《德国民法典》将权利能力与自然人的身份紧密结合起来，在第1条规定：“人的权利能力自出生完成时就开始”。“权利能力”在《德国民法典》中成为人人平等原则的具体法律体现。“权利能力”在民事法律制度中逐渐拓展到法律上拟制的“人”，即法人也可以根据法律上赋予的“权利能力”来从事相关的民事活动。“民事权利能力”成为民事活动主体所具备的法律上的“资格”。

“权利能力”的行为可能性原理虽然在公法上运用得很少，但是，对国家机构行使权力的正当性控制也是很有效的。对于立法机关来说，立法权利能力的概念首先就能够为立法机关的立法行为确定一个明确的可能性界限。为此，在深入开展我国地方立法的法理研究时，完全可以引进民事权利能力的理论，通过构建“立法权利能力”的概念，来解决在缺少分权意义上的“地方立法权”概念的前提下地方立法的一般正当性问题。

运用立法权利能力的法理来分析我国当下地方人大的能力建设，首先需要加以研究的重点问题就是立法机关的立法权利能力应当包括立法权中哪些层面的内涵。从权利能力主体的

(12) 姜璐：“自治区人大常委会调研评估立法能力建设”，《宁夏日报》2016年3月3日。

(13) 宗宁：《论法人的权利能力》，西南政法大学硕士学位论文。参见 <http://www.doc88.com/p-2641098149426.html>，2016年10月10日最新访问。

一般法律特征来看，立法权利能力可以分为两个层次：一是立法机关的立法资格，也就是说是否可以作为合法的立法主体资格存在；二是在立法权限划分中获得的立法事权内涵到底有多大。

关于立法机关的立法资格，涉及到不同的立法体制。在实行三权分立的体制下，立法权的享有关机关是非常明确的，除了宪法规定的立法机关之外，其他机关不得直接行使立法权，当然，通过立法机关自身的授权获得的立法权除外。例如，1949年《联邦德国基本法》第20条第三款规定：“立法权应受宪法之限制，行政权与司法权应受立法权与法律之限制。”很显然，根据上述规定，在联邦德国，只有宪法规定的立法机关才享有立法权，在宪法上没有立法权的国家机关，不属于立法机关。不过，不享有立法权并不意味着就不具有立法权利能力，如果通过有立法权的立法机关授权，也可以获得授权范围内的有限的立法权利能力。故当立法权利能力概念从立法权概念中分离出来之后，实际上可以发现，不一定只有立法机关才可以立法，不属于立法机关的其他性质的国家机关，也可以具有一定的立法权利能力。因此，在法理上，不适宜把只要是可以立法的国家机关都视为立法机关。同样在1947年《联邦德国基本法》的框架下，国际组织根据该基本法的规定，也可以获得一定的立法权利能力。《联邦德国基本法》第24条第一款规定：“联邦得以立法将主权转让于国际组织。”很显然，上述规定也包括了将立法权的部分事项转让给国际组织，从而使得相关的国际组织获得一种立法权利能力，但这并不意味着获得部分主权转让的国际组织本身就具有了立法机关的性质。

将基于立法权的立法和根据立法权利能力的立法在实践中区分开来，对于加强地方立法能力建设来说，是很有帮助的。既然我国现行宪法并没有明确肯定“地方立法权”的概念，那么，地方国家机关，不论是地方人大，还是地方人民政府，就不是基于地方立法权来立法，而是根据宪法和法律赋予的立法权利能力来立法。要提升地方立法能力，首先考虑的不是在宪法和法律中如何确定地方立法权的地位问题，而是应当强调如何强化地方立法权利能力。由于立法权利能力受到宪法和法律授权以及享有立法权的立法机关全国人大及其常委会的特别授权的制约，故加强地方立法权利能力建设更多的是要从如何扩大地方立法的授权出发，通过授权来扩大地方立法权利能力，使得地方立法更好地适应立法需求。当然，从立法体制上来说，解决地方立法自主性的问题，最终还要从宪法上肯定“地方立法权”的概念入手，如果地方立法始终没有“地方立法权”的宪法依据，那么，地方立法始终处于一种被动状态，缺少立法上的主动性，特别是无法真正有效地获得独立的立法事权。这一点，从国外的立法实践可以得出这样的结论，只有基于立法权的立法才具有立法上的主动性。例如，1949

年《联邦德国基本法》第 105 条就在税收立法上明确地区分了联邦立法权和州立法权。该条规定：（1）联邦对关税及财政专卖有专属之立法权。（2）赋税收入之全部或一部如划归联邦或遇有本基本法第 72 条第（二）项须定之情形时，联邦对其余之赋税有共同立法权；对地方性之消费税与交易税，如其不属联邦法律所定税收之同一种类时，各邦有立法权。很显然，根据上述规定，在联邦德国，联邦与州都有独立的立法权，也就是说，州也存在基于立法权而立法的专门立法机关。当然，没有立法权的其他性质的联邦和州机关，也可以基于立法权能立法，但这种立法与联邦和州立法机关基于立法权的立法不可同日而语。《联邦德国基本法》第 129 条对法规的立法地位就规定了授权的限制，该条规定：法规（Rechtsvorschriften）如继续以联邦法律施行，其定有发布命令（Rechtsverordnungen）或一般性行政规程及采取行政行为之授权者，此项授权应移归目前主管该事项之机关。如有疑义，联邦政府应以联邦参议院之同意决定之；此项决定应予公布。法规如继续以各邦法律施行，其定有此项授权者，应由各邦法律所定主管机关行使之。上述规定，如授权修改或补充法规或授权发布法规代替法律者，其授权应失效。由此可见，从法理上来看，不是基于立法权的立法必须具有制度上的授权源头，可以根据授权获得立法权利能力。这种区分立法权与立法权利能力的立法制度确实有利于一方面充分保障立法机关的立法权威，另一方面又可以调动立法机关之外的其他国家机关基于授权获得立法权利能力进行必要立法的积极性和主动性。

三、地方立法的正当性需要完备的立法监督制度加以保障

根据我国现行宪法和立法法的规定，包括地方性法规、自治条例、单行条例和地方政府规章在内的地方立法，都存在着正当性上的很大瑕疵，也就是说，我国现有的立法体制不支持分权意义上的“地方立法”，只认同授权意义下的地方立法，但由于我国现行的授权立法机制不健全，授权主体、范围、程序、效力等等都不是很规范，特别是享有国家立法权的全国人大及其常委会本身的立法行为能力有限，致使在立法实践中，无法为众多的地方立法需求提供必要的授权依据，所以，在地方立法实践中，如果一味地要求地方立法机关事事都要有授权依据，不论是法律法规的一般授权，抑或是全国人大及其常委会的特别授权，都是不太现实的。故授权依据对地方立法的正当性的约束效力不够、效率不高。在此背景下，必须要在分权意义上的“地方立法权”与授权意义下的“地方立法权利能力”之间努力寻找一个制度上的平衡点。这个平衡点可以通过完善对地方立法的立法监督制度建设来完成。

我国现行宪法、立法法和监督法都对地方立法的立法监督作出了一定层次的规定。其中，“不相抵触原则”和“备案审查制度”是保证地方立法的正当性最重要的立法监督机制。

关于“不相抵触原则”实际上在授权机关无力给予地方立法机关充分的授权依据和不具有较高的立法监督能力的前提下，赋予了地方立法机关自我监督的“义务”。现行宪法第 5 条第三款规定：“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”这里的“不得同宪法相抵触”主要还是约束地方立法机关的，也就是说，地方立法机关制定地方性法规和地方政府规章，应当自己审查相关的地方性法规和地方政府规章是否具有宪法上的授权依据以及是否与宪法、立法法的授权原则相冲突。当然，我国现行立法法第 99 条、第 100 条还涉及了对违宪违法的行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的审查制度，这种制度既可以在受审查的对象产生法律效力之前进行，也可以在受审查对象生效之后进行。例如 2015 年新修订的《中华人民共和国立法法》第 72 条第二、三款规定：设区的市的人民代表大会及其常务委员会根据本市的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，可以对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面事项制定地方性法规，法律对设区的市制定地方性法规的事项另有规定的，从其规定。设区的市的地方性法规须报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行。省、自治区的人民代表大会常务委员会对报请批准的地方性法规，应当对其合法性进行审查，同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的，应当在四个月内予以批准。省、自治区的人民代表大会常务委员会在对报请批准的设区的市的地方性法规进行审查时，发现其同本省、自治区的人民政府的规章相抵触的，应当作出处理决定。从上述规定来看，设区的市制定地方性法规，在正式生效之前是需要进行“不相抵触”方面的合宪性和合法性审查的，这种合宪和合法审查机制，如果结合《立法法》第 99 条和第 100 条的规定，在立法监督的制度层面，最终应当通过全国人大常委会行使地方性法规的违宪违法审查权来解决，只不过在立法监督的实践中，全国人大常委会还没有依据《立法法》的相关规定作出过一例正式的地方性法规的违宪违法审查，这就需要全国人大常委会进一步发挥自身的主动性和积极性来保证地方立法的正当性。

关于“备案审查”立法监督制度，现行立法法第五章的主题就是“适用与备案审查”。 “备案审查”包含了“只备不审”、“既备又审”、“直接审查”三种情形。其中《立法法》第 98 条规定了各类备案情形：行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章应当在公布后的三十日内依照下列规定报有关机关备案：

- （一）行政法规报全国人民代表大会常务委员会备案；
- （二）省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规，报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案；设区的市、自治州的人民代表大会及其常务委员会

制定的地方性法规，由省、自治区的人民代表大会常务委员会报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案；

（三）自治州、自治县的人民代表大会制定的自治条例和单行条例，由省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案；自治条例、单行条例报送备案时，应当说明对法律、行政法规、地方性法规作出变通的情况；

（四）部门规章和地方政府规章报国务院备案；地方政府规章应当同时报本级人民代表大会常务委员会备案；设区的市、自治州的人民政府制定的规章应当同时报省、自治区的人代表大会常务委员会和人民政府备案；

（五）根据授权制定的法规应当报授权决定规定的机关备案；经济特区法规报送备案时，应当说明对法律、行政法规、地方性法规作出变通的情况。

《立法法》第 98 条规定的上述五种情形的立法备案有四项涉及到了地方立法的备案，包括对地方性法规、自治条例、单行条例、地方政府规章以及特别授权地方立法的备案。这些备案方面的规定与立法法第 99 条、第 100 条关于地方性法规受违宪违法审查的规定等立法监督制度结合在一起，共同构成了对地方立法的正当性的有效控制机制。

总之，我国当下的地方立法是完全可以纳入到规范化的法治原则框架下来加以完善的。在宪法所确立的中央与地方关系基本原则不变的情况下，完全可以不依赖于分权意义上的“地方立法权”概念来推动地方立法工作。即可以在加强授权立法的前提下，通过进一步明确地方立法的立法依据和引进地方立法权利能力的概念，来不断地提升地方立法机关立法工作的主动性和能动性，努力推进地方立法工作迈上一个崭新的台阶。

点题立法的规范化思考

杭州市人大常委会法工委

点题立法，即组织或个人仅以向立法机关提出立法题目的方式，要求或建议立法机关进行立法的活动。立法的启动源自提议。在人大的立法实践中以点题立法这种形式启动立法工作的情况十分常见。本文力图对点题立法进行一些初步研究，并结合杭州市立法实践作一简单的思考。

一、对点题立法的认识

顾名思义，点题立法，重在“点题”，尚不苛及内容。而且“点题”的阶段实际上要先于《立法法》中所确认的“立法程序”。即在“立法准备阶段的法规划、立法计划中的立法项目形成之前。可以说，点题立法是立法项目得以产生的重要动因。根据《立法法》以及地方的立法条例，能够进入正式立法程序的前提是编制立法规划和年度立法计划，在这个编制过程中，需要做到“认真研究代表议案和建议，广泛征集意见，科学论证评估，根据经济社会发展和民主法治建设的需要，确定立法项目，提高立法的及时性、针对性和系统性。”^[1]这便是点题立法的重要依据与存在空间。

点题的主体大致有以下几类：一是人大代表。在人代会期间，代表有提出立法议案和立法建议的权利；闭会期间，人大代表仍可以向人大常委会提出立法建议。如果人大代表只提出立法主题，不附草案，就只能被归类于立法建议，这些建议构成点题立法的内容。二是公民和社会组织。公民和社会组织主动向立法机关提出立法项目的情况较少，主要是立法机关公开征集立法项目时，公民和社会组织根据自己对生活的认知，提出立法建议。如果这些建议只有题目，也称点题立法。三是领导。主要指党委、人大常委会、政府或政协的领导，特别是主要领导，会向立法机关提出立法建议和要求。领导通常只提出立法的题目，因此可算是点题立法的大户。四是党委的决议决定。党委的决议、决定或报告有时会涉及到某些法规

[1] 详见《立法法》第 52 条第 1 款，其他地方立法条例在制定中也基本沿用了这种表述，如《杭州市立法条例》第 7 条第 2 款。

题目，要求立法机关进行立法。

点题立法在立法实践中具有重要意义：其一，可以激发代表参与立法的积极性。许多代表来自基层，虽有通过立法解决身边问题的强烈愿望，但往往不懂法律，不掌握立法技术，不擅长起草立法草案，但在发现问题、提出问题上颇具优势。在立法项目的征集阶段，如果只重视那些附有议事原案的立法议案而忽视点题的立法建议，就会削弱许多代表参与立法的积极性，因为这些问题如能引起立法机关的重视，这些代表就会看到立法解决问题的重要性和有效性，就会发挥人大代表的主体作用，积极参与到立法工作中来。其二，可以充分发扬民主，发现有立法必要的热点难点问题。公开征集立法建议项目是近年来一些地方人大常委会会扩大公民有序参与立法渠道，切实发扬立法民主的重要举措。如每年10月，淮南市人大常委会都要在当地主要媒体上刊登相关立法建议项目的征集公告，请市民出主意、提建议。2008年淮南市刚开始推出这项举措时，工作人员只是抱着试试看的态度，没想到征集公告一出，市民十分踊跃，两三天时间，就征集到上千条意见，绝大多数建议集中在要求立法解决孩子入园难、入学难问题。为此，市人大常委会及时调整原有立法规划，提前启动了淮南市中小学幼儿园规划建设立法程序，制定了《淮南市中小学校幼儿园规划建设条例》，并将“住宅房屋开发建设应当按照中小学校幼儿园布局规划，配套建设中小学校、幼儿园，并与建设项目统一规划、同步建设、同步验收”等市民建议写进法规，取得很好的效果。首试成功，淮南市人大常委会立法建议项目的公开征集工作一发而不可收，此后，源于百姓建议的《淮南市中小学校不动产保护和管理条例》、《淮南市中小学校学生人身伤害事故预防与处理管理条例》、《淮南市学前教育管理条例》等一系列教育领域地方性法规，逐渐制定出台。^[2]其三，可以高效地推进一些确实需要立法引导的社会治理立法。点题立法的一个重要意义便在于可辅助高效筛选。在不需要立即进入草案酝酿的立法项目征集期，在人大常委会深度统筹协调工作开展前，通过点题立法，无需支付太多的立法成本，甚至可以获得高效确定主题而产生的效益。不同组织或个人分别代表了不同的视野和立场，在这方面，领导点题立法也更有其自身优势。在现代化和国际化的形势下，信息短缺和信息不对称毫无疑问会阻碍理性决策的产生。我国信息公开制度虽已取得长足进步，但民间力量与国家机关在对信息的全面掌握能力上仍存在着质的区别，而在国家机关中，行政首长负责制和集体决策制度使领导自然成为资源和信息的最核心集合点。接触的事务多，遇到的问题和矛盾也多，往往会对解决问题有强烈的要求，对解决问题的方式有高屋建瓴的把握，在行政决策上的能力也在一定程度上利

(2) 参见安徽法制报2015年12月24日。

于对事涉全地域全领域立法问题的把控。虽然完整的解决方案未必即刻就有，但领导把握问题和形势的精准性，使其在对立法必要性的阐述上比其他来源更有说服力，立出的法或具有更好的社会效果。

在实践中，点题立法也显示出其局限性的一面：一是民主性还十分有限。在法律意识还不够强的社会环境里，普通公民通过立法来解决经济社会问题的意识和能力显然不足，突出表现在各地立法机关向社会公开征集立法项目时，往往应者寥寥，像淮南市这种情况并不多见。公开征集立法项目也往往被诟病为走过场。事实上，近年来人大征集意见的诚意不断提升，但从公民应和度来讲，并不理想。二是命中率不高。通过观察研究，一般代表和公民点的题，或过于微观片面，或已解决只因为信息不对称而不知全然，或从立法技术上讲不宜以立法形式出现等等，甚至有的代表未经深思熟虑和调查，为了有建议可提而随意提交立法建议的点题情况也不少见。鉴于整体的点题质量有限，加上点题立法解决问题的方案不明确，在客观上削弱了立法机关的重视度，目前代表和公民点的题最终进入立法程序的比例普遍较低。三是立法项目征集程序受到影响。这在领导点题的情形下表现较为突出。领导点题往往不受征集立法项目时间阶段的影响，常常能够直接进入立法程序。而一旦所点的立法项目经评估并不具有立法必要性或难以按领导的预定理念及指示落实，立法机关对于该项立法则会处于不立不行、立了也不行的两难境地。

二、杭州市点题立法的实务分析

杭州市的代表点题立法以及公民、社会组织的点题立法很少，这与市人大常委会要求代表提出议案要附议事原案有关，也与列入建议的立法点题基本没有进入立法程序先例有关。杭州市人大常委会也多次向社会公开征集立法项目，但公民参与的热情不高，甚至点题的情况也很少。但是杭州市在领导和决议决定点题立法方面却有一些案例。

案例1：2001年，市委主要领导十分重视对良渚遗址的保护，先后两次在相关会议上要求市人大常委会制定条例，加强对良渚遗址的保护。市人大常委会组织力量，当年即制定出《杭州市良渚遗址保护管理条例》。

案例2：2006年，市委主要领导多次口头要求市人大常委会就保护杭州国家湿地公园进行立法，还亲自主持了一次专题论证会，由于市人大常委会党组书记、常务副主任坚持认为湿地公园建设未完成，立法恐难遵守，并建议公园建成后立法，致使该项立法工作推迟。

案例3：2010年初，刚从市委主要领导岗位转任到市人大常委会的主要领导在安排当年人大工作时，要求人大常委会就学前教育、杭州西溪国家湿地公园保护、流动人口服务与管

理进行立法。当年杭州市人大常委会就制定了《杭州市学前教育管理条例》、《杭州西溪国家湿地公园保护与管理条例》、《杭州市流动人口服务与管理条例》。

案例 4：2011 年 1 月，杭州市为了贯彻党的十七大提出的建设生态文明的重要战略任务，杭州市委、杭州市人民政府出台了《关于推进生态型城市建设的若干意见》，要求制定出台《杭州市生态文明建设条例》。杭州市人大常委会于 2015 年制定了《杭州市生态文明建设促进条例》。

案例 5：2014 年 12 月，杭州市委为了贯彻党的十八届四中全会精神，出台了《关于全面深化法治杭州建设若干意见》。该文件中，要求人大常委会修改完善《杭州市制定地方性法规的规定》，修订完善《杭州市客运出租汽车管理条例》，加快杭州（跨境）电子商务领域立法进程，加强杭州国家自主创新示范区立法，抓紧修订旅游地方性法规，制定《大江东产业集聚区管理办法》，制定实施生活垃圾分类与减量相关法规，抓紧制定推进生态文明建设的地方性法规。根据文件要求，2015 年，杭州市人大常委会制定了《杭州市生活垃圾管理条例》、《杭州市生态文明建设促进条例》；2016 年，杭州市人民代表大会制定了《杭州市立法条例》、《杭州（跨境）电子商务促进条例》、《杭州国家自主创新示范区促进条例》、《大江东产业集聚区管理条例》、《杭州市客运出租汽车管理条例》列入 2016 年市人大常委会立法计划。

案例 6：2016 年初，杭州市政府主要领导在和人大常委会领导进行工作对接时，建议人大常委会就城市国际化促进方面进行立法。市人大常委会将这一项目列入立法计划中的调研项目。7 月，杭州市委出台了《关于全面提升杭州城市国际化水平的若干意见》，要求人大制定《杭州市城市国际化促进条例》。市人大常委会开始调研、组织人力起草法规草稿。

通过以上案例可以看出，点题立法尤其是领导点题立法在保障立法项目进入立法程序方面，具有很大的影响力。制定出的一些法规，如《杭州市良渚遗址保护管理条例》、《杭州市生活垃圾管理条例》、《杭州市学前教育管理条例》、《杭州市流动人口服务与管理条例》等在杭州市城乡建设与管理方面也都如愿发挥了较好的作用。但是，这种点题立法也存在一些问题。一是淡化了计划性。点题立法多是领导配合中心工作向人大提出的政治任务，如十七大提出生态文明建设，市委就要求制定生态文明建设促进条例；市委出台了《关于全面提升杭州城市国际化水平的若干意见》，就要求人大制定《杭州市城市国际化促进条例》。这类点题立法往往政治性很强，而且具有时效性。人大的立法都是按计划进行的，突然插进一个甚至几个立法项目，人大立法的计划性就要受到一定影响。二是淡化了程序性。这类点题立法对人大来说，就是市委的指示，是政治任务，大多不需人大进行项目论证。杭州市人大虽然

早已制定了立法项目论证办法，强调重点对内容的可行性、必要性、合法性进行论证，还强调发挥各个工委及专家在项目论证的作用，但在领导的指示之下，这些论证程序大多都省略了。即使进行论证，也不会进行否定性论证。三是淡化了操作性。点题立法的主体关注的多是所点之题有没有变成地方性法规，对市委主要领导要求进行立法的项目和列入市委决议决定的法规项目，市委有关部门要进行跟踪督查，保证这些项目确实被制定出来，至于法规的操作性及法规制定出来后的实施情况则较少关注。这一特点也使得一些部门在立法过程中不求其好，只求其有。法规制定出来后，基本上不再保持对其实施效果的持续关注。

三、点题立法规范化思路

立法规划、立法项目的收集意义是多重的，但最核心的，在于用有限的立法资源投入去获取立法能够带来的最大效益。每个立法周期能够实际完成的立法有限，如何作选择，成本效益的分析是必不可少的程序环节。为此，立法必要性的论证是立法程序中永远不可或缺的把关口。在此之前，项目主题收集重在广度；收集任务完成后，以必要性论证为主的选择斟酌尤其需要慎重对待。点题立法主要表现在“点题”，但其辐射能力显然不局限于“点题”，而是能否形成为人大的“定题”。公民、代表或社会组织渠道的点题立法大多停留于“点题”，人大的项目收集程序结束后，这些点题主体很难发挥“定题”影响力；而领导或决议渠道的点题立法显然不会停留于“点题”，这种影响力会强势推进甚至通过“督查考核”，取代人大的“定题”权。我们研讨点题立法，绝不只在于讨论点题对于项目收集广度保障的意义，更在于目前点题立法现象所呈现的复合效益是否符合合法性、合理性，特别是是否符合十八大报告中关于法治中党的意志转化和立法引领的精神实质。为此，点题立法的规范化是一个有意义的话题。

这种规范化首先要从统一认识，确立人大在立法工作中的主导作用开始。人大发挥主导作用，就是对立法负责，就是对立法项目有自主权。各级领导要把认识统一到所有的立法项目都必须经过人大论证方可进入立法程序上来，这一程序不是只适用某些项目而不适用另一些项目的。很显然，在从“点题”到“定题”的过程中，附有部分拟写草案的题要比孤立的主题更具象，也更有说服力；有更雄厚认知基础的领导或决议点题要比信息获知有限的公民或社会组织点题更可能有质量，也更有说服力。但就“点题”本身之于人大立法项目“征题”的程序而言，所有的渠道来源都应视为平等，这符合宪法对人大职责的设定，也符合立法法对该程序设立的原意。在此基础上，人大行使独立的统筹协调，运用立法专业判断能力，作出最佳选择。党委和人大、政府领导都要熟知这一程序、尊重这一程序，把认识统一到提高

立法质量上来，要提高立法质量首先要从立项环节抓起，放松项目把关，就是放松了对立法项目科学性、民主性的要求，就是放松了对立法质量的要求。

规范化的第二个着力点是加大制度刚性。要通过建立制度，加强党对立法工作的领导。要明确，党对立法的领导主要是政治、方针、政策的领导，而不是具体项目的领导。党的主张向国家意志转化并不意味着立法主体性和专业能力的取代，并且这种转化并非只专注于立法一种载体。党委的决定、报告，党委领导人的讲话可以对具体立法项目提出明确要求，但不宜运用督办方式直接“定题”。党委领导如果对立法的具体项目有些建议，可以通过党委部门和人大部门进行沟通，并纳入人大立法计划统筹考虑。事实上，即便在党委政府这一个点题领域，领导和决议中直接“点题”并“定题”的数量也相当可观，这对于资源有限、计划有限的立法工作来说，不可谓压力不大。人大的论证制度也要明确人大有关部门在主持论证过程中一定要持实事求是的精神，主要对法规质量负责，而不只是对领导负责。人大常委会在确定立法计划时，要尊重人大常委会相关部门的意见，不要不经过论证就随意调整立法项目。

规范化的努力还需要建立有效的沟通协调机制。要建立党委、人大、政府三家法制部门经常有效的沟通协调机制。在征集第二年立法计划时，三家法制部门要充分听取各自主要领导的意见。在立法计划论证过程中，三家都要参加具体的论证，党委部门、政府部门都应提出意见。在立法计划实施过程中，如有项目变动，三家法制部门首先要进行商量，并经过人大部门牵头的严密论证，然后报人大常委会或主任会议批准。沟通协调中应重点加强对点题不予采纳案的说明。立法工作的尊重是双向的，既注重人大立法主体的专业判断选择权，也需尊重点题立法主体的动议权，尤其是当点题是基于一定的调查研究，附随说明时，如若不被采纳，人大应出具相应的说明。在这种反馈机制的运用上，各类点题主体同样是平等的。

关于地方人大主导立法的问题研究 ——以绍兴市为例

周骄德 郑镔 马丽*

内容提要：新修改后的《立法法》赋予了设区的市人大及其常委会地方立法权，明确了人大主导立法、发挥人大及其常委会在立法工作中的主导作用成为法定的规范要求。然而实践中，因多种因素制约，人大主导立法的作用尚未有效发挥，地方立法从行政主导模式向人大主导模式转型任重道远。本文试图从地方人大主导立法的现状中，剖析人大难主导的原因，从而提出推进地方人大主导立法工作的建议。

关键词：地方立法 人大主导 机制建设

立法是法治的起点。党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出：“法律是治国之重器，良法是善治之前提。建设中国特色社会主义法治体系，必须坚持立法先行，发挥立法的引领和推动作用，抓住提高立法质量这个关键。”同时明确提出“健全有立法权的人大主导立法工作的体制机制”的要求。修改后的立法法则将党中央的主张上升为国家意志，人大主导立法、发挥人大及其常委会在立法工作中的主导作用成为法定的规范要求。然而实践中，人大主导立法的内涵还未达成共识，地方人大在立法工作中的主导作用尚未真正发挥，相应的体制机制还未建立健全，地方立法从行政主导模式向人大主导模式转型任重道远。本文试图从地方人大主导立法的现状中，剖析人大难主导的原因，从而提出推进地方人大主导立法工作的建议。

一、地方人大主导立法的现状

囿于我国传统的政治文化、权力观念的制约，政府行政权对立法工作的渗透和影响长久

* 周骄德，绍兴市人大常委会法工委主任；郑镔，绍兴市人大常委会法工委法制处副处长；马丽，绍兴市人大常委会法工委备案审查处副主任科员。

而深远。长期以来的地方立法实践，政府主导模式盛行恰恰印证了这一点。即使在立法法提出发挥人大及其常委会在立法工作中的主导作用的新形势下，地方人大主导立法依然面临不少挑战。以绍兴市为例，在地方性法规的立项、起草、调研、审议等环节，市人大及其常委会发挥主导作用尚有差距。

（一）立项环节主导不够。

立项环节是地方人大主导立法的关口，市人大常委会通过编制年度立法计划和五年立法调研项目库来把好立项关。从立项来源看，虽然市人大各专门委员会、市人大常委会各工委，政府部门，人大代表、社会公众均可以提出立项建议，但实际情况是绝大多数的立法建议项目均由政府部门提出，向人大代表、社会公众征询立法建议，收到反馈甚少，反馈的建议亦无法达到项目申报标准和要求，市人大各专门委员会、市人大常委会各工委因人员力量有限，主动提出立项建议的积极性不高。这就造成了在立项过程中，不可避免地受到政府及其部门立法积极性的制约和影响。此外，在立法项目的筛选过程中，由于前期主动调研不够，论证深度不足，确定的立法项目往往都是政府及其部门提交的立法建议项目的简单汇总，或是平衡协调各部门意见后的产物，还不能有效体现出人大主导的作用。

（二）起草环节主导不够。

政府为主起草法规是普遍化趋势，绍兴市今年两部地方性法规均是由政府部门先行负责起草，虽然为了避免出现部门立法利益化，市人大在立法计划确定后立即提前介入起草工作，制定了立法计划实施方案，明确了各类责任主体以及各环节的时间节点，倒排时间任务表，召开了立法计划推进会，建立进展情况督查周报制度，确保立法计划执行到位。特别是要求起草部门摒弃部门角度和争论，从全局的角度、客观公正的视野去落实任务。但这种非制度化的提前介入，更多的是在程序上的进度把控，实体上如何尽量消除部门利益渗透到法规中有相当大局限性，即使程序上起草部门的单向思维、不与其联系部门主动充分沟通协调的痕迹也十分明显。人大主导作用并未真正发挥，等进入到审议、修改环节出现，就出现了难以彻底纠正，导致花费大量时间精力进行重复修改等一系列问题。

（三）调研论证环节主导不够。

调研论证是立法过程中必不可少的一环，通过调研论证，全面收集立法的法律依据和实践依据，广泛征求专家学者、基层组织、社会公众的意见，提高立法的科学性、民主性。人大对立法调研的主导主要体现在对法规重要性、必要性把握，对法规与本市经济社会的关联度和影响力的评判，对法规中重大争议事项的统筹协调力度。从绍兴市今年的立法实践看，涉及法规设定制度的评估和预测、部门职责分工与合作、执法体制机制等复杂问题，人大统

筹协调的完整认识、工作力度和实际效果依然存在不足，对于协调不成、久调不决的问题，迫于时间紧迫等因素制约，只能做一些原则性、鼓励性的规定。

（四）审议环节主导不够。

关于人大在审议环节的作用，十一届全国人大委员长吴邦国曾说过这样一段话，“衡量专门委员会的工作，主要不是看起草了多少部法律，而是看在法律案的审议中提出了多少有价值的意见。”为适应取得地方立法权的新情况，提高和保证审议质量，我市通过注重修炼内功，重点加强对常委会组成人员、人大代表和立法工作人员的教育培训，做了不少准备工作。自去年来，市人大常委会邀请省人大、杭州市人大等立法专家和领导来绍，分别对地方立法程序、规范性文件备案审查、地方性法规审议实务等方面进行专题辅导讲座共7次。从审议意见统计看，常委会一审时提出意见约400条，二审时提出意见约90条，大部分委员针对法规草案内容提出了有针对性、有价值的意见建议，不少建议被采纳吸收。但也存在一些问题，如有些常委会委员特别是兼职委员的知识结构不合理，提出的审议意见大而空、不着边际，缺乏针对性，有些则提不出具体的意见建议。

二、地方人大“难”主导立法的解析

（一）传统思想观念束缚。

地方人大还不完全适应立法权的行使，对其重要性认识不足，对主导作用认识还比较模糊，特别是对党委领导、人大主导、政府发挥重要作用三者关系把握不准、操作边界不清，过度依赖政府立法，一定程度上影响了地方人大及其常委会充分发挥在立法过程中的主导作用。同时，受传统权力观念影响，统管一切经济社会活动的政府拥有强大的行政权，深深影响着地方立法工作，政府及其部门在立法的立项、起草、调研论证等环节，掌握着多数优良的立法资源，往往拥有更大的话语权。

（二）人大与政府关系尚未理顺。

政府参与立法活动一方面有其天然的优势，地方立法权限所涉的城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面，均属于政府管理的行政事务，政府及其部门熟悉业务、全面了解情况，能更为敏锐地观察到哪些社会问题需要通过立法加以调整，从而使地方立法体现地方特色，有效管用。但另一方面，政府及其部门参与立法活动也容易产生部门利益法律化、推诿原本职责、设定一些“懒政”做法等问题。

地方人大主导立法，可以说让立法模式回归了立法的本意，避免了地方人大立法过度依赖政府，但并不意味着地方人大在立法中撇开政府唱“独角戏”，大包大揽所有立法工作，

这是不现实也是不可能做到的。如何定位人大与政府之间的角色，理顺两者之间的关系，成为人大主导立法需要深入研究的问题。

（三）人大自身能力不足。

地方人大主导立法最大的短板是人大自身能力的局限性。一是面临着对立法工作的组织协调的考验。取得立法权后，人大工作职能和工作格局都发生了巨大变化。同时，立法是一门艺术，是一项兼具知识性、专业性、政策性、实践性的工作，立法过程亦是一个综合考量各方权益，设计出一个能基本平衡各方利益，体现公平正义的制度的过程，其中就需要人大从宏观、整体上把控全局，协调各方的利益博弈，掌控立法的方向、进程和结果。当前地方人大如何实现“华丽转身”，特别是如何尽快解决在立法的立项、起草、调研等环节的组织协调力度不够问题已迫在眉睫。二是面临着立法能力和专业素养的考验。一些常委会组成人员、人大代表除了法律专业知识掌握甚少，也缺少行政管理事务的相关知识和公共管理事项的经验；人大各专门委员会、人大常委会各工作机构之间尚未形成立法的工作合力，相关的工作机制还需建立健全；人大的法制工作机构“新机构、新工作、新成员”三新现象客观现实，还难以达到“专业的事由专业机构、专业人员办理”的要求。

（四）立法参与制度欠缺。

为体现立法的民主性、科学性，坚持开门立法，广泛征求专家学者、社会公众的意见成了立法过程中的必经步骤。但我国目前的立法参与更多的是在立法机关主导下的，自上而下的一种制度安排，公众参与的范围、方式不明确，没有相应的制度加以规范，立法机关的随意性较大，征求意见更多的流于形式，而忽视实效，直接影响了公众参与的热情和积极性。绍兴市两部地方性法规分别向省人大法工委、市四套班子领导、市级部门以及各区、县（市）、四级人大代表等征求意见，又通过门户网站向社会公开征求意见，并专门向市政协征求意见，累计召开各类座谈会 35 个，参加座谈约 800 人次，收集意见建议约 900 条次。但实践中，对公众参与立法提出的意见和建议，采纳随意性较大，采纳情况的反馈机制不够健全，公众因“提了白提”而减少了持续参与立法的积极性。

三、推进地方人大主导立法工作的建议

（一）处理好人大与党委关系，坚持党委领导下的人大主导立法工作的原则。

坚持党委领导立法是关键，这是地方人大发挥立法主导作用的根本政治保证。党委对立法工作的领导主要是政治领导，把握立法的方向、原则，而不是代替立法机关行使立法权。人大要尊重和服从党委在以下重大问题上的领导权：一是党委领导立法工作布局，由党委领

导立法调研项目库、立法计划编制活动，研究重大立法问题和提出立法建议。二是党委对重要法规制定工作的直接领导，坚持在党委的领导下主导具体的立法工作和进程，遵循党领导立法工作的制度，主动向党委报告立法重大事项，认真贯彻落实党委的决策和主张。三在党委支持和保证下充分行使立法权，并在党委的重视下加强立法队伍建设，推进立法队伍正规化、专业化、职业化。

（二）处理好人大与政府关系，发挥政府在立法工作中的重要作用。

有学者指出：“从法理上说，人大立法与政府立法是一种支配和从属的关系。前者处于主导、支配和优势地位，后者则处于从属、补充和服从的地位。后者很大程度上是使前者得以更好地贯彻和实施，或是为前者打下探索性、先行性基础。”⁽¹⁾因此，人大主导立法工作，要理顺与政府的关系，明确立法权力边界，从体制机制和工作程序上有效防止部门利益和地方保护主义法律化。地方人大要充分发挥统筹协调的作用，加强与政府及部门的沟通联系，调动政府参与立法的积极性，充分发挥政府在立法工作中的重要作用，主要体现在以下方面：一是大力支持政府制定地方性政府规章。对能体现地方特色、解决实际执法问题、固化良好做法经验等方面的行政管理事项，要积极支持政府开展规章制定工作，主动共享立法资源，为今后制定地方性法规奠定基础。二是督促政府加强政府规章和规范性文件的系统清理。重视对规章、规范性文件的立改废释，及时将那些实践中行之有效的政府规章上升为地方性法规。三是做好与规章立法计划的有效衔接。人大立法计划和立法调研项目库的编制，要与政府进行充分协商沟通，做好与政府规章立法计划的互相衔接，最大限度地利用好有限的立法资源。

（三）增强“三主”意识，担当起主导立法工作重任。

地方人大在地方立法中居于特殊地位，是否能真正发挥主导作用，从自身角度来说，起码应当增强三种意识：一是增强“主阵地”意识。地方立法权是人大职权中最重要的一项职责，行使地方立法权是推动人大工作协调发展、创新发展的有利契机，也是加快地方科学发展、推进地方依法治理的重要抓手。地方人大首先要在思想认识上真正把立法作为人大工作的“主阵地”，作为一项中心工作、“一号工程”和“一把手工程”来抓。二是增强“主心骨”意识。地方人大要当好把握立法全局的“主心骨”，通过编制立法调研项目库、立法计划等方式，切实加强对立法工作的设计计划、统筹协调，切实认识到自身的职责使命，增强勇于担当的意识，不断加强在立法的方向、进程及结果的主导作用。三是增强“主力军”意识。

(1) 封丽霞：健全人大主导立法工作的体制机制[N].学习时报，2014-11-03。

地方人大要担当好立法“主力军”，提升常委会和专门委员会组成人员的履职能力，定期组织开展专题立法培训，提高审议质量。要重视立法工作队伍建设，通过培训进修、挂职锻炼、考察学习、交流任职、引进人才等多种形式，提高立法工作人员的业务能力和综合素质。要注重发挥人大代表的主体作用，把立法工作和发挥人大代表作用结合起来，让人大代表全方位、全过程参与到立法工作的各个环节。

（四）建立健全制度机制，有序稳步推进立法工作。

地方立法是一项全新的工作，在开始阶段就应当高度重视制度机制建设，形成规矩意识，为人大主导立法的顺利推进奠定扎实基础：一是完善立项机制。建立常态化的立法建议征集处理渠道，向社会公众广泛征求立法建议，汇聚民智，集思广益，防止立法项目过度依赖政府。年度立法计划和立法调研项目库确定后，人大要及时督促落实计划的进度，加强立法工作的统筹安排。二是完善起草机制。探索建立政府部门、人大、专家学者三结合的起草模式，由地方人大牵头组织建立人大有关委员会、政府部门、专家学者等共同参加的立法起草小组，提出起草目标和要求，落实起草任务。地方人大将起草工作重心放在组织协调上，充分调动政府、社会的各类优质资源，及时协调起草中重大分歧，找准立法方向。三是完善审议机制。明确和规范专门委员会初审和法制委员会统一审议的重点和方式，避免法规审议流于形式。完善常委会会议审议机制，根据法规内容适当延长审议时间，保证法规审议时间。四是完善立法参与机制。健全社会公众参与立法的制度，拓展和规范参与立法的渠道、方式，健全公众意见的采纳反馈机制，提高公众参与的积极性和热情。同时通过建立地方立法专家库、立法研究院等形式，为地方立法提供咨询、评估、论证等方面的智力支持，充分发挥智囊团应有的作用。

专家参与立法：现状，问题及完善对策

林彦*

一、我国立法需要专家的三个主要前提

（一）立法机关职业化程度低

兼职比例高，常委会成员连续任职比例少，无法沉淀足够立法经验和专长。这是一个自人大诞生起长期存在的现象，也表明对专家的依赖到目前为止是始至终的。只要这个组织规定性仍然存在，对专家的依赖就一定得到延续。

（二）立法民主、开门立法的要求

在我国，立法民主不仅停留于人大代表的广泛代表性和民主性。同时，“立法应当体现人民的意志，发扬社会主义民主，保障人民通过多种途径参与立法活动。”⁽¹⁾也就是说，我们民意对立法的影响并非仅仅通过选举各级人大代表而一劳永逸地加以解决。代表组成立法机关之后，仍然需要通过选举以外的程序听取民意，包括听取民众对于立法计划、立法草案等的意见。因此，专家作为民众的一个特殊群体，也能透过选举外的途径参与立法。《立法法》以及地方版本的立法条例对于专家如何参与立法做了明确的规定。从某种意义上说，这种机制也是在弥补我国选举制的某些缺陷。但与此同时，这两种不同的民主形式可能在实践中产生冲突。

（三）立法日益专业化

现代行政管理越来越专业化。环境保护、食品安全、产品质量管控、交通秩序维护等各个领域越来越需要专业化的管理，也越来越需要各种专家发挥立法和决策的咨询作用。这是世界现代各国立法机关所选择的相似的应对措施，估计也将伴随着我国立法的进程。

* 上海交通大学凯原法学院教授

(1) 《立法法》(2000年)第五条。

二、我国专家参与立法的领域和条件

《立法法》的制度变迁

原则：

2000年《立法法》第五条 立法应当体现人民的意志，发扬社会主义民主，保障人民通过多种途径参与立法活动。

2015年《立法法》第五条 立法应当体现人民的意志，发扬社会主义民主，坚持立法公开，保障人民通过多种途径参与立法活动。

变化：“坚持立法公开”

具体程序规则：

2000年《立法法》第三十四条 列入常务委员会会议议程的法律案，法律委员会、有关的专门委员会和常务委员会工作机构应当听取各方面的意见。听取意见可以采取座谈会、论证会、听证会等多种形式。

常务委员会工作机构应当将法律草案发送有关机关、组织和专家征求意见，将意见整理后送法律委员会和有关的专门委员会，并根据需要，印发常务委员会会议。

2015年《立法法》第三十六条 列入常务委员会会议议程的法律案，法律委员会、有关的专门委员会和常务委员会工作机构应当听取各方面的意见。听取意见可以采取座谈会、论证会、听证会等多种形式。

法律案有关问题专业性较强，需要进行可行性评价的，应当召开论证会，听取有关专家、部门和全国人民代表大会代表等方面的意见。论证情况应当向常务委员会报告。

法律案有关问题存在重大意见分歧或者涉及利益关系重大调整，需要进行听证的，应当召开听证会，听取有关基层和群体代表、部门、人民团体、专家、全国人民代表大会代表和社会有关方面的意见。听证情况应当向常务委员会报告。

常务委员会工作机构应当将法律草案发送相关领域的全国人民代表大会代表、地方人民代表大会常务委员会以及有关部门、组织和专家征求意见。

第五十三条 全国人民代表大会有关的专门委员会、常务委员会工作机构应当提前参与有关方面的法律草案起草工作；综合性、全局性、基础性的重要法律草案，可以由有关的专门委员会或者常务委员会工作机构组织起草。

专业性较强的法律草案，可以吸收相关领域的专家参与起草工作，或者委托有关专家、教学科研单位、社会组织起草。

变化：

1) 对象扩展：法律草案→法律草案+法律案

2) 形式多样：征求意见→论证会、听证会、参与起草、组织起草

3) 条件更严：

论证会：法律案有关问题专业性较强，需要进行可行性评价的；“应当”

听证会：法律案有关问题存在重大意见分歧或者涉及利益关系重大调整；“需要”、“应当”

起草：专业性较强的法律草案；“可以”

结论：更加重视专家的作用，同时也更加理性地对待专家的作用。

当然，实践中专家参与的活动更加广泛，包括立法计划的筛选、后评估等。

三、专家参与立法的一些误区和面临的挑战

(一) 迷信专家与漠视专家

实践中，一些立法机关对于如何利用专家存在两种极端化的观点。某些立法机关或者工作人员过于迷信、依赖专家，导致自身立法能力的衰退。

另一方面，也有一些立法机关将专家看作纯粹的装饰或者为其决策做某种背书的工具。它们常常对专家意见不够重视，甚至充耳不闻。

(二) 专家的中立性与专家的利益本位

通常而言，专家是中立的，他们以学术良心和操守为准则，实事求是地向立法机关表达意见、提供建议。

但实践中，一些学者的中立性正越来越受到质疑。学者也有其自身的利益诉求，也会被一些利益集团所诱导、影响、甚至控制。

(三) 内部专家与外部专家平衡

组织内的专家与组织外的专家

组织内：全国人大常委会专职委员、研究室

变化：2000年后，加强专家型专职委员的吸收，忽视常委会研究力量的建设和可持续发展；组织内部的旋转门以及专家有序流动的机制建设有所停滞

组织外：

2000年之前：五湖四海、博采众长；

2000年之后：过度依赖某些明星学者（梁慧星：《道路交通安全法》第76条，组织内）

新型的参与组织形式：中国法学会

(四) 行业专家与立法专家的互动不足

物理反应，而非化学反应。

(五) 专家作用的限度：实体、程序

四、完善建议

(一) 专家意见的定位

辅助性：专家意见不能取代代表、委员意见

过程性：专家只在立法的某一个或有几个发挥作用，而不能在全程介入立法，否则将削弱立法机关本身的决策功能

程序性：专家意见的取舍应当尽可能纳入到立法决策的正式程序中，特别是要让代表、委员在不同意见中进行比较之后进行取舍

(二) 参与领域的规范

由于专家片面的学术立场可能会影响立法的方向以及对多元利益的照顾、多元意见的吸收，组织起草这种方式应慎用。

(三) 专家范围的包容性

应当杜绝仅与某一位或某一学派专家合作，确保吸收多元意见，防止个别学者将立法作为实现个人学术理想的平台，将立法作为检验其学术观点的试错场合。

(四) 内部专家队伍的建设

高度重视并进一步加强立法机关内部的智囊团和专家团队建设，以弥补立法经验沉淀不足的缺陷以及由于外部专家“内部人”经验缺乏对立法工作的制约。

(五) 行业专家与法学专家的分工与合作

分工：行业专家擅长事理逻辑，侧重于合理性分析。法学专家精通法理逻辑，侧重于合法性分析。

合作：打破行业的壁垒，加强交流，形成一个共同体。

设区的市法案审议的民主机理与机制完善

——以立法审议为中心的代议民主与审慎民主之融合

石东坡*

内容提要：立法审议的民主，凝聚着其与共和的内在融合，是法律制度创设的产出过程中的“箱体”。立足“主体行为——法律规制”的基本逻辑，立法审议在形成和确立规范性法律文件过程中的地位、功能最为集中和突出，由此，在社会利益多样化的基础之上，输入立法审议的利益、价值和动议等要素应当进一步充分、真实，那么就立法审议中的动议、宣读、辩论、协调、修正、附议、逐条审议和分段表决、机会平等、言论豁免等吸取审慎民主的理念与方法、改进立法审议的方法、技术与规则，是我国《立法法》修订后在中央立法与地方立法，尤其是在最为直接地关系公众切身利益的设区的市立法中应予以接纳和运用的，为此，设区的市的立法条例和议事规则应在《立法法》第 77 条规定为依据之下进行充分的代议民主与审慎民主相结合的细化规定与积极探索。

关键词：共和主义 审慎民主 立法审议 议事规则 立法辩论 立法法

引言：由《立法法》第 77 条规定的实施谈起

在实践中，就包括设区的市的地方性法规的创制程序，按照新的《立法法》第 77 条第一款之规定，“参照该法第二章第二节、第三节、第五节的规定，由本级人民代表大会规定。”

* 石东坡，男，河北无极人，法学博士，教授、硕士生导师，中国文化研究中心客座研究员，浙江工业大学文化与法制研究中心主任，“文化法治研究创新团队”首席专家，学术期刊社主任，主要研究立法学、公法学、文化法学。

本文为基金项目：国家社科基金重大项目(14ZDC008)、教育部人文社会科学研究项目(编号 12YJA820059)、浙江省高校中青年学科带头人学术攀登项目(编号 PD2013033)阶段成果。此系初稿，尚待完善，请勿引用，敬请批评。

由此可知，第一，地方性法规的制定过程，与法律的基本程序环节步骤方式相同，第二，地方性法规的直接援引或依据的程序性法律规范，根据这一规定，由本级人民代表大会规定，即由此授权本级人民代表大会行使自律性的立法权力。而具体到设区的市立法权限行使中的审议程序，是否可以有基于自身的立法效能的目的而进行不同于法律的制定程序的规定？对此，《立法法》未予以肯定或否定的明示。由于《立法法》并未就设区的市人大常委会的审议制度作出“明文规定”，因此有些设区的市在制定地方立法条例过程中，在如何规定常务委员会立法审议制度上产生了较大的分歧。有观点认为⁽¹⁾：可以对“三审制度”变通为选择“两审为一般，一审三审为例外”的审议制度（简称“两审制度”）。并在其合法性上，认为“不构成对上位法的违背或者抵触，且有利于节约立法资源、提高立法效率。”

对此我们不敢苟同。国家权力机关、立法机关的审议（examination 或者 deliberation）是代议人员行使代表权利，分析评价会议动议，相互交流辨析议题认识，构建论证决策决议的行为活动，是集体议决、表决前按照规定程序和方式的讨论、酝酿、协调、商讨，听取和吸纳有关意见建议，审核评议会议议题、确定决策决定、法律规范的内容共识，形成“公共意志”的活动过程，因此，立法审议是整个立法程序、议事程序中的必经阶段和关键环节，关系着法律文本中的制度设计的民主性、科学性和操作性，关系着价值利益资源的分配的导向和格局，关系社会制度体系建构的结构性和均衡性。那么，不仅不应将起步阶段的设区的市立法中的审议环节予以俭省，而且应基于立法审议的本质是民主而进行其民主内涵的有效保障和充分注入。长期以来在实践和理论上基本是立足代议民主来认识和开展立法审议的。而“审慎民主”，作为民主深化和发展的重要理论观点和实践类型之一，具有其特点和作用。立法审议吸纳审慎民主的理念和方法，是必要的、可行的。因此，对于我国立法审议实践的制度和方法，能够、可以和需要提出在吸纳审慎民主基础上的有关对策建言。

一、立法审议及其民主问题的研究述评

在我国法学研究中，立法学比较集中的研究审议（与此相关联的是一些学者倡议的人大学的研究，以及宪法学的研究，也是和立法学的研究相交叉的），第一，在立法过程、立法程序上研究审议的性质地位、类型方式、时限效力（学者周旺生）；第二，在比较范围内分析不同国家和地区审议活动及其规则的共性和差异（学者孙哲、蒋劲松、王瑞贺）；第三，针对我国立法审议或议事活动的效能进行对策分析（学者郭道晖、蔡定剑、田必耀等）。近年来，一些学者提出对于立法学的学科群意义上的多角度、综合性研究（学者李林），将立

(1) 高旭东：《关于设定地方立法审议制度的思考》，《遵义师范学院学报》2016年第1期，第48-50页。

法审议的研究主要定位在立法政治学的领域内。近年来由于一些记述、口述的纪实作品的问世，对于立法审议的经验素材方面的累积在不断得到加强（彭真、宋汝棼、顾昂然、李培传、李鹏等立法活动侧记、文集或日记）。目前，对于立法审议的研究已经明确审议在议事过程、立法进程中的重要性、审议行为的利益支配、认知差异和价值导向等方面的内在支配因素，在实现代表权利、增强政治参与方面完善审议规程、规则和制度的必要性，但是对于审议活动的权利研究、行为研究、规则研究等的系统性、深入性均需要增强。

在我国台湾地区，一方面是在立法学的研究中，针对立法审议（有学者又之称为“立法审查”）的研究主要集中在程序规则方面，以罗传贤、许剑英、罗志渊等学者代表（《立法程序与技术》、《立法审查理论与实务》、《立法程序论》）。另一方面，由于很多学者将审议活动确立在议会研究，并归属在政治学学科之中，因此，主要还是结合台湾地区的实际政治生态进行审议活动中的实证研究、个案研究。

在国外，对审议的研究，基本上也是集中在立法法理学的研究以及政治社会学的研究中，以 Luc Wintgens, Philippe Thion, Melanie Carly. *The theory and Practice of Legislation : essays in legisprudence.* Aldershot, Hants, England, Burlington, Vt:Ashgate Publishing, Ltd., 2005.Cristina Leston-Bandeira. *From Legislation to Legitimation :The Role of the Portuguese Parliament.* London: Routledge Publishing , 2004.Michael zander. *The Law-Making Proess* (6th.edition) .Cambridge , UK; New York :Cambridge University Press , 2004.Luc Wintgens. *LegisPrudence: a new theoretical approach to legislation: Proeedings of the Fourth Benelux-Scandinavian Symposium on Legal Theory.* Oxford:Hart Publishing , 2002.William J.Keefe; Morris S.ogul .*The American Legislative Proess :Congress and The states(10th Edition).*Upper saddle River, N.J.: Prentice Hall, 2001.等为文献基础观察，立法审议的过程、程序、方式、规则、立法审议中的辩论与论辩、阻却，立法审议中的社会背景影响因素及其进入等，都是其中的研究议题。近年来，围绕审慎民主的理念及其方法和因此给审议活动带来的技术层面的变化发展的研究，以及对此实效性、正当性的质疑，成为一个研究热点，比如 Deliberative Democracy in America A Proposal for a Popular Branch of Government By Ethan J. Leib.2004。早期的岩井奉信的《立法过程》、詹姆斯·E. 安德森的《公共决策》，以及海瑞克·史密斯的《权力游戏》等则均主要是在实证的政治（社会）学的视域中研究审议活动中的公民、利益群体、政治人物、立法政策等，正在我国近年来的研究中也有一些体现（学者朱丽君等）。国外关于审议活动过程、审议规范（甚至于早期的罗伯特议事规则）以及审议的典型个案的研究路径，具有借鉴意义。

二、立法审议制度、实践及其代议民主基础的局限性

立法审议作为立法过程的关键环节，使用法案到法律的最后过滤和整合阶段，这一过程应该是“集民智、汇民意、察民情、决民策”的民治核心环节、民众的参与程度、民意的表达机制、都直接关涉民主的实现程度和实现方式以及立法决策的科学性、合理性和可操作性，直接影响立法目的实现和法律价值的体现。立法审议过程是保证利益分配过程中，民众直接参与决策，并深入了解决策原因形成共同认知的过程，是立法乃至政治民主得以实现的关键所在，因而不断完善和规范立法审议的方式方法和制度，也就显得尤为关键和必要。完善而规范的立法审议制度的建立和实行必将加快社会主义民主法治建设的进程，促进社会主义民主更好的实现。在《立法法》修改后，作为国家最重要政治活动和社会最主导制度供应的立法实践中审议环节的可能面临的困境——协调弱化、对抗加剧、整合失效等依然需要高度警惕并切实矫正，以保障立法最大限度地建立在真切全面反映社会利益情势和遵循程序凝聚共识的公共理性基础之上。

代议制民主是立法中审议主体及其活动的前提和基础。立法审议同样也是代议制议会中议会决策的主要部分，正是代议制民主赋予了议会和代表们进行相关活动的能力和资格，并确立了立法审议中主体的构成，审议主体的权利、义务和职责、以及进行审议活动所必须秉承的原则和程序，可以说没有代议制民主的出现就不会有议会立法，更不会有立法审议。正是代议制民主的制度和理念的确立和运行，才为立法和立法审议活动的进行提供了必要条件，为议会立法活动和立法审议确立了相关活动的主体，才保证了立法审议活动的顺利开展和良好运行。由此看来，代议制民主同样是以立法审议主体及其活动的前提和基础出现的，同样也保障着审议活动的顺利开展和良好运行。但是，与此同时，不可否认的是，立法审议如果仅仅奖励在传统民主基础之上，将有着并已经显现处一定的局限性，影响到法律规范作为制度创设的产出的内在质量与后续的实施成效。现行立法审议的民主基础一般认为是代议制民主制度下的议会立法，主要通过选民选取代表或议员，进而由议员或代表代行相关权利进行社会治理和公共立法活动的方式。其秉持的基本原则少数服从多数的“多数决”原则，以多数同意代之以全体同意的方法形成决策，并通过法律的间接民主方式，因此基于其间接性和简单多数以及协商讨价等特点，其在进行立法审议时不可避免地存在缺陷：代议制民主的理想化的完全授权、非直接性和多级性等特点造就的该制度下的参与性不足、利益表达不充分和权力滥用等先天性缺陷，必然要随着多元社会的出现和现代国家事务的繁杂，而使得矛盾不断激化进而出现法律的“合法性危机”，因此我们有必要对立法审议行为及其法律规

则的民主性的恰当增进与内涵强化进行反思和研究，不断地完善和巩固现行的立法审议的制度与规范。

在充分肯定我国关于立法、立法审议的宪法、组织法与立法法的规定以及有关议事规则，在新时期社会主义法制建设中确实起到的不可磨灭的重要作用，保证了改革开放以来的立法质量和立法效率的同时，也必须看到市场经济的不断发展，多元社会已经并正在形成的现实，对立法理论和实践都有了新的更高的要求，相应的作为代议民主的议会政治中的重要决策环节，现行立法审议制度更是面临更大的挑战和考验。反观我国现行立法法和人大议事规则的规定，我们发现现行的立法审议存在着如下不足：

首先，审议主体过于泛“精英化”。立法审议主体的泛精英化，是现代代议制民主下的普遍现象，议员或代表在长期的代议制运作过程中，逐渐的脱离了选举他们的选民，形成一个所谓的“精英阶层”变成了职业的“民意代表”和“议政士”，他们中的大多数都有着较强的政治参与能力且熟悉选举的规则，善于把握和引领选民的思维和抉择倾向，很容易获得选民的信任和支持进而当选代表和议员。长期的职业训练使得他们大部分成为“长期”甚至“终身”的职业议员和代表，这也就决定了他们的利益和诉求已经不能完全的与选举他们的民众诉求和利益一致，造就了代表意愿与民意的疏离，违背了代议制度建构的初衷，必然会影响审议制度作用的发挥，进而影响到立法的质量和效益。加之我国特殊的国情决定，选举法还确定了城乡代表分配的差额制度，造就城乡代表分布的不均衡，更加剧了民众利益和诉求表达的不足，也进一步影响了立法审议活动的民主性和合理性。现行人大代表的构成也有着明显的“精英趋势”，在人大代表中政府的代表、各行业的专家、企业家、学者占去了代表的绝对多数，而占全国人口绝对多数的农民和工人代表却为数不多，2008年在我们的全国人大代表中首次出现了三名农民工代表，但这对于数以亿计的农民工来讲何谈广泛的代表性？加之农民工代表本身的参与政治的能力严重缺失，又怎能更好的表达和体现整个农民工群体的诉求和利益呢，这应该引起我们的重视，参与平等要保证，参与能力更要提高，只有都兼顾了才有可能保证审议的质量和效益。

其次，立法审议活动规则不完善。立法审议活动开展的成功与否，直接关乎立法的质量和将来施行后的社会效益，因而当代世界各民主国家都对立法审议活动进行了专门的规范，制定有专门的法律或法规。例如《国会法》、《众议院规则》、《参议院规则》、《常任委员会联合审查规则》以及相应的立法《旁听规则》等，内容比较详尽，可操作性也比较强。从某种意义上讲形成了相对完整而严密的立法审议活动的规则体系，也提升了立法的科学性、合理性保证了立法的质量和效益。而我国现行的《立法法》和《人大议事规则》仅有为数极少的

条款涉及立法审议且都为原则性的笼统规定。关于立法审议的规定主要是依据现行《立法法》第十八条该条规定列入全国人大议程的法律案，由法律委员会根据各代表团和有关专门委员会的审议意见，对法律案进行统一审议，向主席团提出审议结果报告和法律案修改稿对重要不同意见应当在报告中说明，以及人大议事规则的第八条和人大常委会会议事规则的第六条。内容规定不够具体、操作性也不强，影响了整个审议活动的规范化和程序化，使得审议活动的开展无据可依，一定意义上影响了立法审议的质量，进而影响了立法成果的质量和效益。

最后，立法审议的活动流程不尽合理，重点不够明朗。立法审议是法律规则生成和确立的关键阶段，同样也是民意和诉求借以表达并不断融合认知的关键过程，期间必然包含了主张与反驳、论辩和质证的内涵，由此来看立法的审议阶段，应该是利益的表达与整合过程，必然少不得利益攸关方的相互辩难和论证，因此辩论便成了审议活动不可或缺的重要内容。就此看来立法审议应该是多元利益诉求和多种不同声音在议会所提供的特殊的氛围中进行充分、平等、直接的对话、交涉和论证借以达致相近或相同的认知。从这种意义上讲辩论是议会活动的生命。当今现代各国议会审议的主要方式是连续的辩论。而依据我国现行的立法法和相关的法律规定，我国的立法审议基本上不存在辩论和论证，更没有民众直接参与审议活动的相关制度，主要体现为审议过程中代表们的讨论和自由发言，对于立法审议中的辩论的开展更是缺乏具体的可操作性的规定，这种缺乏辩论和论证制度的立法审议，必将难以满足多元社会下，各种诉求和主张意见的调和与协调，不能满足民众对审议活动的民主渴求，更不能让民众的利益诉求得以充分的反应和表达并给与足够的关切和考量，进而直接影响到法律的正当性和科学性，降低了立法成果的质量。

立法审议是要在有限的会期内，尽可能保证各种意见和建议，尽可能多的进行交涉辩论并达致较为统一的认知，因此要求立法审议工作必须要有明确目标和重点。尽量避免时间与精力上的浪费，尽可能的提高审议质量，保证审议效率。当今世界许多国家都通过立法将审议活动的展开和具体内容进行了规定，规定了在不同的审次中审议的重点。我国虽然也确立了“三读”的审议制度，但却未对不同审次的审议重点进行明确合理的规定和安排，可操作性的缺乏使得立法审议经常有倒叙和反复现象的出现，以致造成精力和时间的浪费，影响了立法审议的效率，进而势必也影响到立法的质量。此外立法审议的时间有限也会影响立法审议的质量，即对于利益表达利益协商和利益的规则化实现方案拟定与比较选优的民主化的科学性的论证的不足。

可见，我们认为立法审议主体的泛精英化、审议活动的规范依据的缺失，制度方法的匮乏、审议工作重点的不明等特点导致了现行的立法审议活动缺乏实质性和科学性，更多的

表现为形式性的泛泛规定，也造就了对公众利益诉求的偏离，进而使得立法审议的制度价值得不到完全的体现，影响了立法的质量和效率，造就了法实施成效不佳的现状。因此我们有必要完善现行的立法审议制度，并大胆的借鉴和吸收世界各国先进的文化、思想理论成果以及规则制度和方法等，借以探求新的动力并不断探索新的理念来重塑现行审议制度的形与神。为立法审议注入新的血液和活力。

三、容纳审慎民主的合理性、必要性及若干举措

审慎民主（Deliberative Democracy）也译作商谈民主、协商民主、慎思明辨的民主，我们倾向“审慎民主”的译法，是指意欲通过公众的广泛参与经过理性论辩的论辩进而达致相对公允而共通的一致认识并行形成公共决策的治理形式和机制。我们赞同决策机制说，并进一步将其引入对社会资源进行分配并加以确认的规则制定过程（立法）中，借以优化现行的立法审议的“形”，重塑立法审议的“神”。让立法过程更具参与性、包容性和理性，赋予立法过程更多的生机与活力，进而达到立法“自治”的目的，减少民众对“王法”的抵触心理，增强所制定规则的可操作性、合理性等“生命力”元素。我认为审慎民主是在现代政治共同体中自由而平等的民众，通过理性、平和的参与，合理的表达自己的利益和诉求，经由充分、严谨、理性的辩论，本着公共精神对比别人的偏好，不断地调适和整合自己的利益诉求，进而达致广泛而共通的认知，形成决策的利益调整和划分机制。审慎民主的特质和优势，是指审慎民主与其它民主理论相比较所具有的优越性和特殊品质。主要有：

第一，高度的公开性、开放性。审慎民主注意到了代议制民主因绝对授权而导致的精英阶层的出现，造就了对民意的严重疏离，进而引发了对政府统治行为和公共决策合法性的质疑，于是架构了更加公开和开放的制度，目的就是为了让参与审议的公民或其代表可以在审慎民主所建构的公共领域中，公开表达自己的意见想法和诉求，并通过理性、平和的手段，在温和的气氛中达成治理社会的一致意见。这本身就意味着参与审议的公民或民选代表应当在公开的环境下，公开的表达其意志，表达其对决策的取舍，而不是通过秘密投票的方式表达意愿和取舍。审慎民主对公开性予以强调恰恰表明了公开性的重要意义，只有公开才有助于公民知情权和监督权的实现，减少和遏制“暗箱操作”和“内幕交易”，才有助于公民参与精神的培育，为了避免让自己的利益受到损害，民众必须对自己选取的代表进行监督，并适时更换，避免代表滥用其所授予的权利。同时公开性也从程序上保证了活动的程序正义性，为政府决策赢得了形式的合法性，增强了政府行为的权威性。

开放性体现在审慎民主的目标上，审议活动的目的是为了达致某种共通的认识形成某项

决策解决某一特定领域的问题。但每一次审议并不是都可以取得绝对的共识，但问题总要解决，决策总得出台。每一次审议的依据只能是当前我们所了解的资料和信息，我们不可能知道明天的信息，因而也就不能指望今天的审议结论在明天还能是“共通认识”依然正确有效。因此“对继续对话的可能性保持一种开放的态度，允许公民对先前的决策提出批评，并在此基础上提出动议”⁽²⁾正是审慎民主高度开放性的体现，这也正是这一新生理念的生命力所在，承认审议结果的临时性和保持决策过程的开放性，恰恰为受现实所限达成的临时决策的纠正和修改预留了合理的空间。更何况在现实政治生活中，即使是经过了认真的审议过程。很大部分决策也往往并不是在一致同意的情况下做出的，审慎民主这种开放性特点，更是显示了审慎民主通过相互尊重实现道德分歧缩减的原则。

第二，交涉性、商谈性，审慎民主的基本构想是为民众提供一个公共的论坛，营造一个和平理性的空间，让各种意见、诉求和主张可以得以充分的发表、表达和体现，并经过各种意见理性的交锋和论辩，自我调整诉求、本着公共的精神在对问题认识的不断加深过程中，不断的整合自己的认识，纠正理解的不完善，最后在相互认同的条件下达致通的认知。最后形成公共决策。就此看来它的交涉性更强，是随着论辩的不断深入，而对问题不断加深认识，进而在互相证明的过程中，达致的多数认同和共通意见。商谈和交涉的目的是加深认识，增进理解，最后表现形式是认识“升华”后的真实意愿，这明显不同于代议制民主下的投票制度，投票制度最后的结果是“简单多数决”，赞成者仅凭自己最初的“先见”来判断，仅是一种感性的浅层次认识，往往容易被诱导，最后甚至做出与真实意愿不相符合的决断，进而造就的结果，往往也会因为缺乏理性的论辩、认识的粗疏导致结果的不够理性。与此相应的也就是造就了公共决策和立法成果的正当性与合理性严重不足，并进一步影响到政策和法律实施的效益和社会价值。交涉性与商谈性可以消除和化解代议制的投票制度因理性认识的不足，而造就的结果不理性和不科学，它的这一优势，也正是我们用审慎民主的理念和方法完善现行立法审议的主要原因之一。

第三，自律性、反思性。自律性和反思性，是对参与审议的主体而言的，审议的辩论过程实质上一种互相给出理由并实现自我证明的过程，在这一过程中，每个人都要对自己的诉求给出理由，如果想要自己的诉求和主张最终获得认可，那么必须本着公共的精神，去不断的调整自己的利益诉求和主张，给出具有公共精神的合理性证明，才可以期待自己的诉求和主张可以符合公共精神的需求并最终获得首肯。调整自己利益诉求的过程本身就是一个伴随

(2) 谈火生编：审慎民主.江苏人民出版社.2007年.第9-10页。

辩论和认识的深入，不断地自我反思和约束的过程。这就要求主体的主张和诉求不得过度的自私和苛刻，否则只能在辩论过程中被“过滤掉”，所以整个的审议过程中的利益和诉求的自我调整，都是自我约束和反思的结果。这种主体的反思性和自律性，恰恰又是对治代议制度下代表权力过于缺乏约束的有效方法，代表提出的主张和诉求，一旦缺乏了公共精神，缺少了自律和反思，只有一个结果，他的意见和建议被抛弃或忽略，在一个高度公开和广泛参与的公共领域中，一个缺乏公共精神的建议和诉求，根本无法得到合理的回应更不要讲损害民众利益的主张了，这也就从某种程度上降低了“精英阶层”和“官僚阶级”践踏民意行为发生的可能性，进而可消弭代议制度下代表意志与选民意志的疏离。

第四，严密的论证性。从某种意义上讲，审慎民主所要彰显的就是公民及其代表，必须对其决策的正当性进行论证，在现代民主体制中政府的每一项决策都应当说明理由，并回应社会大众对理由的质疑，必须可以进行自我论证和辩护，应当“满足个体在力求公平合作时没有理由拒绝这些理由。”⁽³⁾即应当能为寻求公平合作、自由而平等的个体所接受。审慎民主认为个人不应该是立法和政府决策的客体，而应该是立法活动和政府决策的主体，应该积极主动的直接或通过其代表参与到社会治理和公共决策中来，提出自己的理由并回应他人的理由，以证明他们必须共同生活其中的原则和具体的决策。这也要求提出决策和接受建议都要有理由且可以经得起辩驳、论证和审议。意味着一项建议和提案要想上升为法律和政府决策必须可以实现“自我证明”且为大多数人依常理所接受。整个的论证过程要有严密的逻辑性经得起反驳和质疑。

可见，审慎民主不仅可以在代议民主的基础上加以吸纳和融合，而且可以并应该针对立法作为制度创设的最为重要的政治法律实践活动类型之一，集中就其中的立法审议环节和阶段本着增进民主的同时推动共和，提高利益表达之后的利益协商和沟通与妥协和共识并将之融会和反映在法律规范对于现实的利益格局加以调整所拟定的“理想的行为模式”之上，是有着直接的针对性、适用性和有效性的。审慎民主所要求的广泛参与、充分参与、实质参与、理性论证等条件对现行民主政治生活中的立法审议而言，尤其有着积极的意义。主要表现为：

首先，促进审议结果的合法化。现代立法审议活动的结果就是通过议会审议的法案，也就是立法的成果。审慎民主以其所构建的理想的审议空间保证了参与的广泛性、充分性并使得各主体的各种意见都有机会在审议时，给予充分而切实的关注和回应，最后在集体论证和认同的情况下形成决策，这一过程也就保证了，所有可能受到审议结果影响的人，都有机会就审议结果是否公正，进行集体的考量并通过反复的辩难和论证，不断的调整自己的偏好，

(3) 谈火生编：审慎民主.江苏人民出版社.2007年.第9-10页。

整合自己的意志，最后形成自己的决定能力，由此可见最后对决策所体现的意志都是在审议过程中，不断完善调整进而定型的参与审议人的“最后意志”和抉择，而不是早已定型的意志总和。事实上受决策约束的人本身就是决策的制定者，正是这一点赋予决策以合法性。相应的审慎民主引入立法审议活动更有利于促进立法决策和立法成果的合法性，因为“合法的法律是共同审议的结果，而不是共同意志的表达”⁽⁴⁾。

其次，促进审议过程的民主化。立法的过程是对社会资源进行重新分配的过程，要实现立法的民主必然体现为集体的决策而不是个别人或个别集团单独的利益表达。现代民主政治都规定了参与的制度，但是审慎民主更注重参与的重要性，而且体现为深入理性的交涉和辩论，面对分歧其采取的是理性的说服和论证，尽可能的追求更广泛的共同认知，而不是将分歧和争议搁置对特殊利益群体的诉求置之不理，而简单的付之于投票来决定，其所努力地是一种更民主的纠纷解决机制而不是简单多数决指导下的形式民主。因为民主不仅仅意味着大多数人的统治和少数服从多数更意味着多数对少数的尊重，其完整内涵应该是对少数人诉求与充分尊重和考量下的多数人决定。审慎民主的制度构建和程序设置，既保证了决策过程的主体有效参与，又保证了决策体现多数人意志，而且还给与了少数人意见和诉求充分而切实的尊重和关注。因此引审慎民主的理念完善立法审议，必然会大大提高和促进立法的民主性和认同感。

最后，促进审议决策的理性化。决策是指人们在生活实践的基础上根据对客观规律及其发挥作用的条件的认识，在主观意志参与下而进行的选择目标和行动方案的活动。决策只有排除和避免盲目和偏差才能保证其科学性和正确性。审议活动的公开性和交涉性决定了审议的目的是通过公开而理性的交涉活动，并在相互论证和辩驳的基础上不断调整自己的偏好，纠正主体间不完善的理解，修正主体对事务的不健全的判断，进而可以在审慎民主所构建的自由、平和的环境中通过对话沟通，寻求理性的共通认知。审慎民主对审议活动公开性和参与性的要求，以及本身对审议方式方法的选择都有助于决策的理性化。立法审议如果可以将审慎民主的这些理念和特性加以借鉴和吸收必然有助于立法决策理性化的提升。

当然，作为理念、制度和方法，审慎民主对的植入，必须要注意原有制度理念与引入制度理念的同构性和兼容性，在对我们现行的政治制度理念和相关法律制度理念进行考察研究后，我们发现了现行制度可以吸纳审慎民主理念的众多“因子”。比如：群众路线体现了相互尊重、广泛参与、理性决策的特点，这些特点都与审慎民主的相互尊重、理性辩论、科学决策形成了“暗合”，群众路线的长期施行，已经培养了政府与民众之间相互尊重、互动参

(4) 谈火生编：《审慎民主》，江苏人民出版社，2007年，第9-10页。

与，民主决策的习惯和传统，为审慎民主进入立法领域，完善现行的立法审议活动提供了极大地可能性。相信新时期它必将依旧成为我们政治体制改革和民主法制建设的指导方针，继续发挥其不可替代的作用。再比如：人民政协的高度包容性、广泛参与性和对各级代表参政议政能力的培养和经验的积累，都为审慎民主的植入提供了先天性的良好条件。人民政协审议和参与的经验必将大大提高审慎民主和立法审议的“形神合体”速度。又比如：基层自治中对于审慎民主加以借鉴的有效实践，比如浙江省温岭市的基层审慎民主的实践探索极其有益做法的一定范围的推广，证明民主在我国实现已经具备了基本条件，广大的基层人民群众通过不断地培养和锻炼，公众有着积极的参与热情，参与政治生活的能力和自我管理的能力都有较大的提升，进而为审慎民主在基层的政治活动和立法活动中的实行和运作创造了必要的主体条件和思想条件。

而就立法制度和实践中分析，我国现行立法审议制度、规则的粗疏和不够完善，使得立法审议中的广泛而切实的参与，缺乏制度性保证，降低了审议活动的效率和质量。立法审议方式和方法的缺失，同样也影响了审议理念在立法审议过程中的体现，缺少了辩论制度的审议，往往容易使得审议会议变为经验交流的场所，缺少了论证和辩驳，更没有了利益的调节和整合，审议会议、特别是一些地方立法中的审议会议，在一定程度上有着丧失审议本身价值和功能的危险。尽管近年来这种情形有了极大的改观。但是在法律制度的层面及其背后的理念支撑的意义上看，立法审议的些许原则性规定，根本不能满足审议活动所要求的广泛参与、平等参与、理性参与的要求。立法审议制度的粗疏和缺失，已经成为影响立法审议活动质量和正常运作的重要因素，相应的也制约了审慎民主理念和制度的吸收和运作。因此我们有必要对现行的立法审议制度予以完善和规范，制定相应的审议制度、引入合理的审议方式和方法。

要实现吸取和运用审慎民主的理念、制度与方法，并使之在立法审议中富有生命力进而增进立法审议本身的决策力及其鲜活性，首先，必须营造审慎民主所得以生存和延续的“环境”，审慎民主要求有广泛而充分的参与，且参与主体之间要保持高度的理性和充分的宽容性，这是对主体的基本要求，充分的参与、理性的参与题中之义即是广大民众有充分的参与意识，参与理念和参与技巧和参与素质，这也是现代政治社会对公民意识的基本要求，据此我们在以审慎民主完善现行的政治制度和立法制度时，必须首先要培养民众的审慎民主理念和审慎民主精神，进而为科学合理的审议“型塑”良好而充分的参与主体。这一过程需要我们在多方面努力，其中需要明确、确认和焕发民众的立法权利意识。造成民众立法参与漠视的原因是多方面的，当然缺乏相关的权利意识是其中的重要原因。公众近年来在法律草案征

求意见、立法听证会议等之中日渐关切和踊跃，积极地主张和行使其在立法活动中的相关权利，实现了积极主动、广泛参与的良好立法互动情境。但是在公民的公法权利、立法权利方面，立法知情权、立法参与权、立法辩论权、立法复决权、立法质疑权、立法意见陈述权的含义内容和行使要求，尚且需要进一步完善立法听证制度、立法提案制度、立法建议制度、立法质疑制度、立法奖励制度等的制度方式和辅助手段，给予不断地激发、维护、保障和调动。毕竟不论何种民主机制和途径，民众参与立法的积极性和可能性，为正确理性的参与提供先决性的“动机”条件和主体条件。只有先保证有参与的热情和广泛的主体，进而才可能有理性而充分的民主审议。

再者，一个不可或缺的主要条件，即使在立法法律规范层次上进行立法审议规则的完善。立法审议规则的修改和完善是立法审议活动完善的制度性保证，也是容纳审慎民主、内生性地加强立法审议中的民主、共和与法治的必然要求。有鉴于审慎民主理念的内在要求和制度设置，参考国内外关于立法审议活动的成功经验，我们认为完善和修改我国的立法审议规则需在以下几方面努力：

第一，修改和完善立法法和人大议事规则。建议在立法法和人大议事规则中将立法审议活动的规则予以详细化、规范化增强立法审议活动的可操作性，并将每次审议的重点予以明确，确立“逐条审议”的制度和分阶段表决制度，将审议结果及时的巩固，避免议而不决现象的出现，引入立法辩论、立法论证、立法旁听、立法听证等形式，减少征求意见、座谈等形式性的制度，切实将审议的工作落到实处，并在时机成熟时，加快专门的立法审议法律法规的制定。立法审议中的方式、步骤、次序、时限直接关系到立法审议主体的平等充分的审议权限的行使及其成效，影响到审议对象是否能够得到在审议意见基础上的修改完善，是整个“正式的”立法活动过程中的主要程序保障。

第二，修改和完善选举法的相关规定。立法审议是立法民主得以体现和实现的关键阶段，民众参与的广度，关乎着立法民主的深度，参与的广度，现行选举法规定的城乡代表的差额选举，造就了农村和其他弱势群体的利益和诉求无法得到充分而切实的表达和主张，代表结构的不均衡性，以及代表的长期性和所谓“职业化”，都造就了利益表达机构和利益划分机制的不够公允，都不利于审慎民主的实现，不能保障立法结果和过程的公意性即体现实质的民主。有鉴于此，我们认为应该修改和完善选举法的规定，实现城乡代表的平等分配，更要顾及到多元社会中不同阶层利益的代表名额分配问题，真正实现代表的广泛性，为多元利益充分表达提供制度性的机会，试行人大代表的连任限制制度，防止变相终身制和职业代表的出现，进一步严格和规范对人大代表的监督监督制度，保障选民对代表的监督和控制的权利，

防止“新贵族”和精英阶层的出现，及其造就的在审议时对民意的疏离和漠视现象的频繁出现和发生。此外还要有相关代表参政、议政能力的培养制度相配套，制定相关额培训细则和培训办法，不断地提高代表们的审议能力和审议责任感，为良好的审议活动培养高素质的参与主体，与有序的机制和规范实现良性互动。

高度重视人大代表的作用。开展立法调研要有代表参加，组织代表活动要有立法事项；要发挥基层人大代表工作室作用，将其作为立法联系群众的纽带、桥梁和信息采集站；要建立全程参与制度，从起草法规案开始，选择有专业特长的代表参加，全程参与各个环节工作；要健全征求意见制度，通过代表来信、代表小组活动、代表调研等各种形式，认真倾听代表对立法的意见、建议，并逐步固化为一种工作规范；要完善衔接制度，及时把人大代表议案、建议纳入立法规划、年度立法计划；要积极借助现代传媒等各种方式，不断拓宽代表参与立法的途径和渠道，实现邀请部分人大代表全程参与立法常态化、征求人大代表意见与建议常态化。建立健全立法论证机制。强化立法评估制度，法规立项前、表决前、立法后要组织有针对性的评估，对立法的必要性、合法性、实效性以及立法成本等内容进行综合分析，提出处理意见，提高立法的科学性。完善立法咨询机制。要重视立法协商，积极向政协委员、民主党派、工商联、无党派人士、人民团体、社会组织征求立法意见和建议。要建立健全立法专家顾问队伍，聘任不同行业、不同领域、不同岗位的法律专家和其他方面的专家、学者参与立法工作。

第三，立法审议方法的完善。立法审议方法的完善是指不断的引入更加科学更加合理的审议手段、技巧和方式来实现立法审议活动的根本目的，提高审议活动的效率和效益。可以引入和确立以下方法：立法辩论，是在立法审议过程中，依据辩论本身确定的规则对所议事项，通过公开的辩驳、论证的过程。辩论原为议会活动的精髓，辩论体现了直接的参与、现实的参与，使得各种利益诉求，通过辩论所确立的规则在平和有序的环境下得以充分的表达和体现，同样也在辩论中获得尊重和必要的考量。毕竟，立法其实是一种公共选择，因而具有公共性。但这种公共选择也是一个个的个人和利益团体进行选择的结果。在立法的过程中，渗透、汲取着社会各个个体的利益。许多个人的利益，经过妥协形成团体的利益，而后团体的利益再经过博弈，最终形成公共利益。表现在法律上，就是创立符合多数共同利益、尊重保护少数利益的法律规范。立法是通过特定的程序形式和活动方式表现其公共性的，这样就能获得社会公众的接受，从而保障立法的合法性和可接受性。依照法律规定的权力、方式、方法和程序对依法拥有提案权的人提出的立法动议（议案）进行审查的审议活动就由此成为立法过程中的关键阶段，关乎着法案的命运和前途，也是代议制度下，拥有提议权的主体的

立法动议和建议，是否能够上升为国家意志，转化为法律的要害环节，对立法决策和成果的科学性、合理性以及后期施行的效果起着重要作用。这也因此需要在审议之中通过一种“装置”来保障利益团体或个人来陈述其利益主张，同时在陈述利益主张之际一并能够提出其主张合理性的论证，并且这些主张和论证还要被社会中的其他利益团体接受或者不给予反对。这种制度就是立法辩论制度。它保障利益团体不但能够发言，而且还能使利益团体之间进行对话和论证，并且对论证做出回应，从而使利益团体的主张具有“公共性”，进而被吸收到立法之中。期间必然包含了主张与反驳、论辩和质证的内涵，由此来看立法的审议阶段——利益的表达之后的真正整合过程，必然少不得利益攸关方的相互辩难和论证，因此辩论便成了审议活动不可或缺的重要内容。就此，立法审议应该是多元利益诉求和多种不同声音在议会所提供的特殊的氛围中进行充分、平等、直接的对话、交涉和论证借以达致相近或相同认知。从这种意义上讲，辩论是议会活动的生命。当今现代各国议会审议的主要方式是连续的辩论。而依据我国现行的立法法和相关的法律规定，我国的立法审议基本上不存在辩论和论证，民众直接参与审议尚在尝试之中，还主要体现为审议过程中代表们的讨论和自由发言，对于立法审议中的辩论的开展更是缺乏具体的可操作性的规定，而这种辩论匮乏、论证不够充分和透明的立法审议必将难以满足多元社会下各种诉求和主张意见的调和与协调，使得利益诉求得以充分的表达并给与足够的关切和考量，进而直接影响到法律的正当性和科学性，降低了立法产品的质量和危及守法的应有自觉。因此，立法审议程序制度特别是其中的辩论制度、会议制度、修正及其中的动议、附议制度是必需的。

因此，要发挥人大在地方立法中的主导作用，要组织搭建沟通、协调的平台，使不同的利益主体在碰撞中实现妥协达到平衡。要建立立法工作联席会议制度，研究、磋商立法工作中的重大问题，及时沟通立法信息，掌握立法动态。完善法规草案审议程序。对涉及改革发展人民群众切身利益的重要法规，常委会组成人员有重大意见分歧的，由主任会议决定，在分组会议或者全体会议上对不同观点、意见进行辩论。通过各种意见面对面的交锋，使立法中的焦点、难点问题得到更加公开、充分的讨论，努力达成共识。要健全单项表决或者逐项表决制度。同时，改革和发挥立法听证制度的应有作用，避免听证会的“形式化”流弊。除此之外，诸如立法民意调查、立法论证等有效方法，我们都应该也可以大胆的借鉴和运用，借以提高立法审议活动的科学性、合理性，使得立法审议活动和立法审议质量得到不断地完善和提高。

综上，我们可以发现，在用审慎民主理念、制度和方法完善和强化立法审议及其民主性的过程中，完善和规范相关的立法审议规则和制度，对于审慎民主理念和制度的吸纳以及整

个立法审议活动的完善至关重要，关乎到整个立法过程的质量和立法审议的功能的实现，直接决定着立法成果的质量和效益。通过对审慎民主先进理念的植入，使得其所具有的特殊价值得到发挥，借以完善现行的立法审议。不仅仅是制度建构层面的植入，也包含理念层面的植入，也即期冀将审慎民主的理念和制度设计与现行的立法审议实现完美对接，夯实实行立法活动的民主基础，通过广泛的参与，充分的辩论，直接的交涉，为立法成果的程序正当性，提供保障并进而实现内容与实质的合法性。进一步通过普遍而较多数的公共认知，为立法成果的施行铺平道路，将纠纷尽可能的消除在法律制定的前奏阶段，借以赢得法律实施的预期效果，实现制度建构的应有效用。

设区的市立法权限界定问题再辨析

——以“城乡建设与管理”为中心

石东坡*

内容提要：立法权限是立法合法性乃至合宪性的首位构成要素。设区的市立法权的事权内涵与边界，因为《立法法》修订中的表述带来诸多理解的严重分歧。对此，应当坚持法治原则、以法治思维和方法，体现立法谦抑的取向和立场，以历史解释和语义解释为基础，严格而非宽泛的界定该事项。同时应注意到在实践中综合运用立法事权，将导致该列举型的立法事权规定虚化。应当加强立法监督与评估，积极促使设区的市的立法权限得以审慎行使。

关键词：设区的市 立法权限 城乡建设与管理 历史解释 语义解释 立法评估

引言

设区的市立法权是《立法法》新修订中的一个重要问题。其中赋予的三类立法权限中城乡建设与管理的内涵与外延如何理解和把握？这日益成为新阶段地方立法启动阶段开展的焦点和难点所在。以权力清单、义务清单和责任清单的思维分析，设区的市立法权限的能为、可为的事项范围、配置行政权力、公众权利以及相对应义务的手段方式类别有哪些？设区的市立法在执行性立法之中应为、必为的项目及其中的制度规范设计的能动范围是怎样的？在违反立法权限范围、超越其边界的情形下，按照有关备案审查及其它监督程序，应当承担怎

* 石东坡，男，河北无极人，法学博士，教授、硕士生导师，中国文化研究中心客座研究员，浙江工业大学文化与法制研究中心主任，“文化法治研究创新团队”首席专家，学术期刊社主任，主要研究立法学、公法学、文化法学。

基金项目：国家社科基金重大项目（14ZDC008）、教育部人文社会科学研究项目（编号12YJA820059）、浙江省高校中青年学科带头人学术攀登项目（编号PD2013033）阶段成果。此系初稿，尚待完善，请勿引用，敬请批评。

样的立法法律责任⁽¹⁾？这些都有待澄清和明确。而不是径直去将立法权限作为一种地方权力进行所谓承接⁽²⁾。纵观学界和实践中的理解分歧之所在，根本上是基于行政事权还是立法事权、公共事务及其必然链接的政务管理、执行性立法与创制性立法之间的关系的辨析。解释和适用立法权限应当立足法治原则、运用法治思维和方法。那么，以政府绩效管理地方立法为例，可以表明，在“城乡建设与管理”等的立法解释尚未明确之前，适宜以立法的合宪性、创设性、地方性为原则，对之予以持中的理解。

一、设区的市三类立法事权的解析与分歧

根据《立法法》之规定，设区的市“根据本市的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，可以对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项制定地方性法规”。对此如何解释和理解？有多个地方提出书面请示要求明确3个领域的具体范围，法工委内部也是有不同意见，一律不做正式回复。根据全国人大法律委员会的意见，三类事项的范围是比较宽的，基本上可以涵盖目前较大的市已制定的地方性法规涉及的领域。（“从目前49个较大的市已制定的地方性法规涉及的领域看，修正案草案规定的范围基本上都可以涵盖。”武增：《中国法律评论》论文。广州地方立法会议上，李适时主任分析。以及《中国法律评论》其他论文。）因此，建议对三类事项的理解应该从宽把握。全国人大法律委的领导在宁波做立法法介绍时，表态是从宽理解。2015年4月13日、14日，河南省人大常委会召开立法培训会，全国人大法律委员会主任委员乔晓阳在授课时的“权威解答”中，第一，相较于“较大的市”立法权，设区的市立法权的限定明确和严格，这是否就意味这地方立法不再是“不抵触原则”？在三类立法权限内是不是还可以有创制性的立法？“以前规定，较大的市在立法时只要不违背上位法即可。”乔晓阳强调，设区的市只能对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等事项进行立法。第二，该负责人同时又表示，“别小看这个圈，虽然只涉及三个方面，但范围很大。”乔晓阳指出，只一个“城乡建设与管理”可能涉及户籍、教育、计生、就业、社保等方方面面。⁽³⁾以上所述“基本上都可以涵盖”以及“可以涉及……方方面面”的回应，坦率地说，是难以精准的，并且似乎容易产生误导。因为根据有关数据分析，比如在福州原本作为省会城市享有行使“较

(1) 温晋锋.行政立法责任略论[J].中国法学,2005(3):73-79.杨福忠.立法责任引入我国宪政制度建设之思考[J].法制与社会发展,2005(6):120-127.陈伯礼,杨道现.立法责任的概念与法理分析——以规范立法权为视角[J].社会科学家,2012(s1):141-142.

(2) 孙良胜,李艳中.立法赋权于设区的市——从背景、理论到实践的探究[J].岭南学刊,2016(1):84-90.

(3) 参见《河南15个设区市首批最早明年获立法权》。http://3g.china.com/act/11145527_19527746.html.最后访问日期：2015年7月22日。

大市”立法权，而按照“设区的市立法权限”的三类事权，则该市现行有效地方性法规 62 件，属于上述三类立法事项的有 40 件，立法受限范围约为 35.5%。⁽⁴⁾ 无独有偶，苏州市情况亦然。⁽⁵⁾

就设区的市的立法权，三类立法事权⁽⁶⁾，根据立法法修订以来本人以及课题组的持续关注和收集的资料，在广东省内有关设区的市的立法选项、甘肃等地的有关省人大的理解（发文等）上，有两种理解（至少），一种是在国务院相关职能部门的三定方案的基础（依据）上，一种则是在相对宽泛的理解上进行衍生。就后者，实质上是一种试图宽展化的对待。本人认为，援引三定方案有些逻辑上的不妥当；但是要进行拓展，似乎缺少了确定性，将虚化立法法的新规定。以此在全国人大常委会没有有关哪怕答记者问的最“灵活”的诠释之前，由职权法定的意义上，似乎还是要基于明确的三类事权的“三定方案”。毕竟这是编办即代表了党与政的一个组织体制上的遵循。遗憾的是组织法过于滞后。而不论哪一种，似乎都要回到在中央和地方立法权限的基本划分准则和规定上来，即第 8 条第 2 项和第 65 条，以及国务院和地方政府组织法的规定上来。在逐步扩大地方性法规的制定主体范围的同时，地方性法规的从属性、补充性的性质没有改变，立法权限范围基本没有扩大，还在一定程度上作了限定，如设区的市人大及其常委会制定地方性法规限定在“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项”。

二、理解和解释设区的市立法权限的四种进路

首先，按照历史解释和语义解释相结合的思路，以立法审议的印证与释义方法，表明其中未予采纳的即不应被解释为该立法意蕴；而被采纳的则是应作为引申和阐发的依据或佐证。

中国人大网讯 12 月 23 日下午，十二届全国人大常委会第十二次会议分组审议立法法修正案草案，全国人大常委会委员刘政奎建议将“城市建设、城市管理”改为“城乡建设、城市管理”，另外建议扩大到社会管理和民生保障等地方性事务，这样放开才更有意义。⁽⁷⁾ 2014 年 8 月《立法法》修正案草案一审稿规定，“较大的市制定地方性法规限于城市建设、市容卫生、环境保护等城市管理方面的事项。”2014 年 12 月二审稿规定：较大的市可以“对城

(4) 程庆栋. 论设区的市的立法权: 权限范围与权力行使[J]. 政治与法律, 2015(8):52-61.

(5) 郑毅. 对我国《立法法》修改后若干疑难问题的诠释与回应[J]. 政治与法律, 2016(1):48-59.

(6) 谭波. 我国立法事权的制度立论及其改革之基本原则[J]. 学习论坛, 2015(11):76-80.

(7) 刘政奎: 建议将设区的市地方立法权范围扩展为“城乡建设、城市管理”_中国人大网 2015 年 2 月 15 日。http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/2014/2015-02/15/content_1900568.htm

市建设、城市管理、环境保护等方面的事项，制定地方性法规，但法律对较大制定地方性法规的事项另有规定的除外。”2015 年 3 月提交全国人民代表大会审议的《立法法》修正案草案规定：较大的市“对城市建设、城市管理、环境保护等方面的事项，制定地方性法规，但法律对较大制定地方性法规的事项另有规定的除外。”对此，根据上文所引全国人大常委会法律委员会《关于立法法修正案（草案）审议结果的报告》，综合以上立法过程中的素材，可知不能够将“城乡建设与管理”割裂开来进行理解和解释，因为以上刘政奎之建议并未被采纳，那么其中所包含的主张中两点：城乡建设、城市管理分别表述和分别成立，扩展中涉及或包括社会管理和民生保障等——这两点不应在所谓的“比较宽”的理解中予以体现，否则就丧失立法审议对立法文本作为立法的共识最终正式结果的羁束。

有学者主张在语义上有两种含义，一是“城乡建设与城乡建设管理”，另一是“城乡建设与城市管理”。两种含义所涵盖的事项范围大不一样，前者仅限于城乡建设及对城乡建设的管理，后者则除城乡建设之外，还包括对城乡各项事务的管理。对此应从宽把握。对此我们难以苟同。⁽⁸⁾ 另外，还有一种观点主张：立法法修改后，地方立法的范围被限定在地方政府建设、城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护与法律授权制定等五个方面。⁽⁹⁾ 但是，由实践部门的操作而言，很多反映“立法范围需要进一步明确。”特别是针对“城乡建设与管理的内涵、范围”。并认为将对编制立法规划、拟订立法计划以及法规立项产生不良影响。

(10)

其次，以归纳的方法来提取实务部门对“城乡建设与管理”的理解。⁽¹¹⁾

兹有以下两个例证：其一，怀化主张城乡规划管理作为城乡建设与管理的应有意项。认为，在规划管理过程“诸如道路退让、离界退让、建筑间距、采光通风等细节方面的问题”、

(8) 易有禄. 设区市立法权的权限解析[J]. 政法论丛, 2016(2):73-79.

(9) 大连市人大法制委员会：《新修改的立法法变化与地方立法实践》中国人大网 2015 年 9 月 24 日。

(10) 其他有关讨论与主张可参见：武增. 中华人民共和国立法法解读 [M]. 北京：中国法制出版社，2015: 53-54. 刘刚志. 《立法法》修改的宪法学分析[J]. 哈尔滨工业大学学报: 社会科学版, 2015(1):39-45. 庞凌. 依法赋予设区的市立法权应注意的若干问题[J]. 学术交流, 2015(4). 袁明圣. 立法法修改与完善的几个问题[J]. 学术交流, 2015(4). 徐亚文, 邵敏. 新《立法法》修订后的市级立法权[J]. 哈尔滨工业大学学报(社会科学版), 2016, 18(2):39-45. 刘风景, 李丹阳. 中国立法体制的调整与完善[J]. 学术交流, 2015(10). 汪俊英. 关于设区的市立法权的若干思考[J]. 学习论坛, 2016(3):64-68.

(11) 有学者以法律续造的思维认为，《立法法》赋予设区的市以地方立法权并不违背我国《宪法》第 100 条：“城乡建设与管理”亦存在相对明晰的逻辑边界和规范内涵等观点。郑毅. 对我国《立法法》修改后若干疑难问题的诠释与回应[J]. 政治与法律, 2016(1):48-59. 另参见：林彦. 通过立法发展宪法[J]. 清华法学, 2013.

“城市地下空间的开发和利用”、“违法建设经查处后，补办规划手续”、“乡村规划”以及追究法律责任的具体裁量问题。⁽¹²⁾其二，在湛江的立法需求上，不自觉地将其表述为：“在城乡建设与管理、环境资源保护、历史文化保护等方面的规定好符合湛江发展实际要求的地方性法规，为湛江持续发展奠定良好法治环境。”“在城乡建设与管理方面亟需由地方立法解决的问题之一是市区扬尘治理。”并主张“规范在建施工工地、建筑垃圾和建筑散体物料运输管理，建立健全长效管理机制，深化扬尘污染防治工作。”⁽¹³⁾而上述似乎以“环境保护”作为立法事权依据更为恰切。由此，似乎对于城乡规划与管理的内容解析还不够清晰、明确、具体。

再比如梅州——拟制定城市绿化管理、农村建房管理、饮用水保护、城区环境管理、农村环境保护、工业园区环境保护、古民居保护等方面的地方性法规。惠州——拟制定城乡规划建设管理、环卫设施和用地管理、公租房管理、查处违法用地和违法建设、西枝江水源水质保护管理、饮食娱乐服务业环境管理、历史文化名城保护等方面的地方性法规。东莞——拟制定出租屋和“城中村”管理、数字化城市管理、环境污染治理、交通整治、历史文化遗产的保护、民间艺术的保护等方面的地方性法规。

北海市 2016 年—2020 年立法规划项目共 10 件，其中《北海市城市市容和环境卫生管理条例》作为 2016 年立法项目，其余 9 件为《北海市历史文化名城保护条例》、《北海市涠洲岛自然资源保护条例》等。

钦州市将《钦州市饮用水水源保护条例》、《钦州市坭兴陶土保护条例》、《钦州市旅游资源保护条例》等 6 个立法项目列入规划设想，2016 年初次审议的法规案为《钦州市饮用水水源保护条例》。

玉林市制定的 2016 年—2020 年立法规划和 2016 年立法计划，将首先制定《玉林市制定地方性法规办法》，同时将急需立法的地方性法规放在立法规划设想中考虑，如《玉林市江河流域水污染防治条例》、《玉林市旅游风景区管理条例》、《玉林市户外广告设置管理办法》等。

再次，以行政职能的三定方案来进行界定。有学者一方面试图比较理想地坚持严格的立宪主义立场，援引《城乡规划法》，结合城乡和住房建设部的三定方案，来界定与“城乡建

(12) 关于将《怀化市城市规划管理条例》列入怀化市首批立法计划的建议。湖南城镇规划网，新浪博客。http://blog.sina.com.cn/s/blog_406a2f7d0102vk21.html。最后访问日期：2015 年 7 月 22 日。

(13) 参见图读湛江：http://zjphoto.yinsha.com/file/201505/2015052921181931.htm?tm=92748056_hao_pg。最后访问日期：2015 年 7 月 20 日。

设”不可分割的“管理”，但是转而又从城市综合执法的现实出发，提出：至于“城乡管理”，根据各地行政实践，参与综合管理的各部门所在领域均可被视为其应然范畴，如财政税务、交通、社保、环保、教育、水务、旅游、公安、卫生、农牧林、广电、工商等。并由此无奈地指出：在既有的规范资源条件下，对“城乡建设与管理”的解释事实上还是较为宽泛的，不确定空间亦相对较多。对此，只能希望全国人大尽速出台权威的法律解释以统一认识⁽¹⁴⁾。而这恰恰表明该立法事权范围限定在《立法法》本身的修订中的局限已经不仅仅是语词表达的缺失所能遮蔽的。

在解释依据上，新近的动向即是对其按照有关行政职能界定的视角与思路去理解。在 2016 年第二十二次全国地方立法研讨会上的小结中⁽¹⁵⁾，李适时主任指出，按照《关于深入推进城市执法体制改革改进城市管理工作的指导意见》和《关于进一步加强城市规划建设管理工作的若干意见》，以及《关于推进中央与地方财政事权和支出责任划分改革的指导意见》，依照其中的“城市管理”界定来推论《立法法》中的这一立法权限界定，即属于这种情形。其认为，除去“城市管理的主要职责是市政管理、环境管理、交通管理、应急管理和城市规划实施管理等，具体实施范围包括：市政公用设施运行管理、市容环境卫生管理、园林绿化管理等方面的全部工作；市、县政府依法确定的，与城市管理密切相关、需要纳入统一管理的公共空间秩序管理、违法建设治理、环境保护管理、交通管理、应急管理等方面的部分工作。”“根据文件精神，出于城市管理需要而延伸的吸引社会力量和社会资本参与城市管理，建立健全市、区（县）、街道（乡镇）、社区管理网络，推动发挥社区作用，动员公众参与，提高市民文明意识等相关举措，也属于城市管理范畴，涉及的这些领域都是立法法规定的设区的市可以制定地方性法规的范畴。”这样第一，将“城乡建设与管理”实际上是作为两个立法事权范围界定的词组或语素。第二，将“城市管理”支撑位针对城市公共空间的秩序为导向的管理。第三，将城市管理中的行政管理与基层自治等在社会管理创新的进程中一并作为立法调整对象。对此值得进一步商榷。

最后，以事后的监督审查中逐步明晰其权限内容与边界的方式。备案审查在新的《立法法》规定之中受到强化。“对审查中发现法规规章和规范性文件在内容上存在违宪违法问题的，可以向制定机关提出书面审查意见、研究意见；也可以召开审查会议，要求制定机关到会说明情况，再向制定机关提出书面审查意见；对于同宪法和法律法规相抵触的规范性文件，

(14) 郑毅. 对我国《立法法》修改后若干疑难问题的诠释与回应[J]. 政治与法律, 2016(1):48-59.

(15) 在第二十二次全国地方立法研讨会上的小结_中国人大网
http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/2016-09/18/content_1997525.htm

经过沟通协调后制定机关仍然不予纠正的，要依法予以撤销。对公民和组织提出的审查建议，都要高度重视，认真处理，件件有结果、有回应，建立健全有效的反馈机制。”⁽¹⁶⁾

由此前全国人大有关备案审查的情形可知，对地方立法是否超越这样立法权是比较敏感和严格把握的⁽¹⁷⁾。但是这种“拦截”将带来省自治区人大常委会与设区的市的人大及其常委会之间的紧张关系，并且导致后者在法治、政治上的被动情形；并且带来立法资源的不应有的浪费。

三、准确适用设区的市立法权限规范的若干基点

首先，设区的市立法权限问题的实质，认识和适用设区的市立法权限的指导思想与学理基础，是法制统一和地方特色或法治实效之间的关系问题。是立法创设在改革的顶层设计与基层动力之间的关系问题，是人民代表大会制度的健全和发展问题，是立法权利与立法权力之间的关系问题。对设区的市立法权限的理解，不能脱离一般意义的地方立法权限的基本准绳。

其次，不能进行所谓的基于实践探索的扩展理解，从而背离法律解释的基本规则与宪治、法治的内在精神。第十二届全国人大法律委员会关于《中华人民共和国立法法修正案(草案)》审议结果的报告中，专门对设区的市地方立法权限作了如下说明：城乡建设与管理、环境保护、历史文物保护等方面的事宜，范围是比较宽的。比如，从城乡建设与管理看，就包括城乡规划、基础设施建设、市政管理等；从环境保护看，按照环境保护法的规定，范围包括大气、水、海洋、土地、矿藏、森林、草原、湿地、野生动物、自然遗迹、人文遗迹等。那么，“城乡建设与管理、环境保护、历史文物保护等”中“等”字的理解是不是可以作为“等外等”？我们认为，必须立足宪法对国家权力的限定立场，对作为基本法律，针对公权力的立法权，不宜扩大解释，所以适宜为“等内等”。立法法第七十三条对地方性法规的权限范围作出规定：“地方性法规可以就下列事项作出规定：（一）为执行法律、行政法规的规定，需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项；（二）属于地方性事务需要制定地方性法规的事项。”“除本法第八条规定的事项外，其他事项国家尚未制定法律或者行政法规的，省、自治区、直辖市和设区的市、自治州根据本地方的具体情况和实际需要，可以先制定地方性法规。在国家制定的法律或者行政法规生效后，地方性法规同法律或者行

(16) 李建国在第二十二次全国地方立法研讨会上的讲话_中国人大网
http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2016-09/14/content_1997476.htm

(17) 参见林彦：《中央地方立法权限划分——以询问答复为中心》，载中国政法大学中德法学院主编：《立法权限划分：中德比较》，中国政法大学出版社.2015.1-29.

政法规相抵触的规定无效，制定机关应当及时予以修改或者废止。”

因此，适宜在立法体制的基本结构中理解设区的市立法权限。准确把握地方立法的权限范围，既要慎重、又要积极：第一，对国家专属立法权范围明确的事项，地方性法规不能涉及，否则就会发生越权问题；第二，对国家专属立法权范围中属于“基本制度”以外的事项。第三，对执行法律、行政法规作出具体规定的事项，以及属于地方性事务的事项，要充分行使地方立法权，作出规定；第四，对国家专属立法权范围之外、尚未制定法律或者行政法规的事项，要根据改革发展实际需要，为国家立法积累经验；第五，对国家尚未制定法律、行政法规，但明显属于中央有关部门主管的事项，要积极争取中央部门支持或者专项授权。

再次，在立法权限的科学范围与合理类别中正确认识设区的市立法权限。

1. 立法事项的调整权与立法行为的实施权
2. 立法环节的专业化与开放性所形成的过程化或体系性的权力
3. 立法的自律权力与立法的调整权力
4. 执行性立法与创设性的立法（试验性和补充性的两类），不抵触为最根本的基准
5. 立法权利和立法权力

最后，立法方式体例的选择可能反作用于立法权限范围的享有。在行使立法权限的方式上，第一，单一性的地方立法与综合性的地方立法，比如生态文明立法（浙江湖州）。综合性的地方立法项目将整合上述立法权限，尽管存在一定的超越立法权限边界之嫌。比如：应对城市严重内涝灾害是否属于设区的市立法权限范围内？这是一个紧迫的现实问题。我们认为，首先，应急救灾法律制度的客观情势和时代背景在发生深刻变化。一方面，极端天气灾害来势迅猛，突发性强、破坏力大，社会脆弱性、风险衍生性和不对称烈度扩散加剧，以及诸多灾害因素之间的耦合几率增加，人民生命财产安全权重增加，信息传播方式多样化和复杂化，灾害预警、防范和救助的挑战越发严峻。另一方面，公众了解、参与和监督决策，实现权益维护保障的意识普遍增强，比如在此次抗洪过程中，即有江城武汉市民迅疾提出有关城市建设中水灾防治财政投入的政府信息公开申请。这些表明，面对城市内涝、地区洪涝灾害，考验着不仅是城市洪涝灾害防治的应急动员能力和组织协调成效，而且在根本上指向的是国家治理能力，特别是其中的制度供给与实施能力。因此，应当在战略层面，比较系统地就地质、水患、天气等自然灾害的形成机理进行深入研究，依据大数据基础上对于中长期多样灾害及其演变趋势的科学研判，深化对应急救灾的法律制度生命周期和适应能力的认识，加快和加强应急救灾法律制度的全面更新，将此作为立法规划和计划中不可忽视的组成部分之一。

其次，在现有立法基础上，无可否认的是，尽管中华人民共和国防洪法 1997 年 8 月 29 日第八届全国人民代表大会常务委员会第二十七次会议通过，根据 2009 年 8 月 27 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十次会议《关于修改部分法律的决定》第一次修正，根据 2015 年 4 月 24 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议《关于修改<中华人民共和国港口法>等七部法律的决定》第二次修正，修法的频率与质点是比较突出的，但遗憾的是相关规定还不够明确，总体上纲领性强，而缺乏操作性和实效性。一些规定过于粗疏，适用对象边界不够明晰，法律规范不够周延，立法技术水平亟待提高。比如第十八条规定中针对防治江河洪水明确了原则、目标、要素，但是却没有相关主体、标准与程序规范上的完备规定和后续跟进。在其第二款虽然折射出城乡规划与建设中防治江河洪水必须立足全局，着眼根本、协调统筹，加强流域水土保持综合治理。但是在如何切实做到“城乡水系统”“集水利、给水、排水、防洪、防涝、水环境保护与治理于一体”，不仅在城市的角度，而是在流域和区域的水灾防治和水利开发系统整合上增强不同地区、不同部门和不同层级的法律主体之间的实质与有效协同上，还缺乏应有的体制机制上具有可行性的规定。再比如第四十六条凸显了泄洪命令、措施的强制性和有效性，但是在宪法有关财产权的保护、补偿条款规定之下审视，则缺乏后续在该防洪法中的征收征用以及补偿等的规定，只是在第四十七条规定了相关的职责，仅仅明确了“水毁防洪工程设施的修复，应当优先列入有关部门的年度建设计划。”且不尽确当地将“洪水保险”国家宣示的规定方式作为第二款。再比如第四十八条则只是笼统地以“各级人民政府应当采取措施，提高防洪投入的总体水平”的极为简洁的规定进行了概括授权和目标设定，忽视了其间可能的权力手段正当性和程序性的法治拘束与制度保障。另，如蓄滞洪区补偿救助制度，实则应当汲取和借鉴汶川震后重建的专门立法予以发展和完善。

虽然应急预案具有法律效力并且各地均有严格实施，但毕竟没有在立法层面的完备依据和具体指引，因而，应急预案的科学性、民主性以及正当性、合法性就需要法律的支持、引领、规范和增进。

再次，就此次水灾特别是城市内涝灾害所暴露出的问题，建议在三个方面加强立法供给：第一，加强城乡建设与管理立法的严肃性和协调性。对于城市建设开发中忽略水生态环境保护，忽略水利建设投入，有意无意地延迟国家正在推进的海绵城市和综合管廊规划建设，严重缺乏社会风险意识和实质性地开展灾害风险评估、社会风险评估的情形，堵塞立法层面的制度漏洞。第二，针对应急救灾法律制度中重视临时应急的动员与强制，却在某种程度上对于城乡、水利、社保等部门日常统筹协调的管理机制上存在着信息共享、行动协同、联

动治理等方面的短板，加强应急救灾机制常态化建设，将其中的程序法律规范及其问责法律机制的缺失予以弥补。第三，在注重立法的系统性的同时，还需要加强在特定灾害防治上的专门性、集成性和融合性的立法，将诸多关键立法质点的法律制度在分别创设和规定的基础上予以贯通和整合，以问题导向和标本兼治的思维推动专门立法及其优化，避免立法层面的静止化和本位化弊端，强化法律制度在实施和实现中相互之间的支撑性、协调性与一致性，从而形成依法治理的合力。总之，推进日常规划建设与监督管理和应急救灾、突发应对和专项治理之间的协同立法，推进已有纲领性立法的精细化，自觉地重视和加强聚焦特定问题域的特别立法或者说专门立法，这三种立法发展进路，是当务之急也是治本之策。

最后，新的《立法法》规定，设区的市对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面事项制定地方性法规。这样的法律对设区的市立法权限的授予，将极大地有利于克服在应急救灾、城乡规划等方面制度短缺。就下水道立法，已经有 98 洪灾以来的十五年以上的呼吁，但是尚未见设区的市立法的实质动作。如果设区的市能够积极回应这些深层次、全局性和日益严峻的立法需求，着力克服立法的浅表化与碎片化，不是仅仅将有限的立法资源投放到诸如城区公共绿地保护、城区临街建筑物外立面管理等项目上^[18]，而是在城市地下管廊建设、海绵城市建设、水系统建设上破解难题，那么城市内涝灾害将会真正一去不复返。

第二种类型，执行型的地方立法与补充性的地方立法。这里即在不抵触原则和地方特色原则之下实质性地使得设区的市立法能够有一定的在事权和制度设计权限上的超越。有特色、不抵触、能管用是三个基本要求。但是，特殊的地方事务和地方问题的立法需求需要回应。这些事项如果有上位法规范，就依上位法，如果没有上位法规范，就应进行地方立法。因此，有必要对这些事项进行梳理，找出需要规范而又没有上位法的情形，制定立法规划和立法计划，逐步填补立法空白。

四、加强对设区的市立法权限行使的评估与监督

必须明确，设区的市立法权不是、不可能是、绝不会演变为一种“完整的立法权”。在来源上，设区的市的立法权限的来源：第一，授权，第二，二次授权？决定的性质？是授权。半立法权或不完整的立法权限问题。在监督上，立法法第九十六条规定，对“超越权限的”可以予以改变或者撤销。在实践上，应当加强对设区的市的立法权限的领导、主导和参与、支持

(18) 参见：《宜昌市城区建筑物外立面管理条例（征求意见稿）》征求意见 http://yichang.gov.cn/art/2016/6/16/art_184_956108.html

与监督。

当前，尤其加强对设区的市立法权限行使状况的评估。当然，在决定设区的市是否能够行使立法权限之初，本应严格地进行立法需求、立法能力的评估。有学者曾提出：制定城市地方事务自治水平的指标评价体系，根据自治水平高低分分数分批次赋予设区的市的立法立法权。^[19]这不失为一个有益的立法总体评估思路。遗憾的是在2015年以来，各地似乎争先恐后地赋予设区的市立法权^[20]。立法评估，特别是立法后评估是法治评估的重要组成部分。法治评估是将管理科学中的定量评价方法与监督反馈机制运用在针对法治建设的全局监控和绩效评定之中，以一定的指标体系及其量化测评的方式，揭示和反映法治实践的进展成效与认知水准的评估活动。法治评估，在法制考核评价的工作机制发展中，衍生和确立了两种基本形态，即一种是党政体系因循对法治的顶层设计和能动构建所作出的阶段部署，以专项、年度或层级的范围进行的考核；一种是在社会组织主体按照对于法治的理念要素与目标设定，以社会组织、公众等的主观感知等为指向所进行的法治状况评估。而这两种之间，既存在着某种张力又存在着某种依存，并且近年来有着某种融合或相互倚重的趋势。法治评估目前遭遇的困境与挑战，不仅在于这一评估对法治实际状态与水平予以诊断的客观性引发怀疑，而且在于法治评估对于法治实践的后续发展能否带来实际促进的因果关系难以把握——尤其是如果不能够将社会组织的评估结论通过移入或转化为党政业绩考核并因此具有相应的约束力。由此，在法治评估将近十周年的探索和尝试期之后，亟待进行其值反思与再造。由此可能需要在以下三点进行努力：首先，法治评估的本质是作为人民民主权利与党政公共权力之间的监督关系及其实现机制。由此法治评估的合宪性、合法性及其有效性——法治、法律实践意义上的效力——激励约束功能才会得到体现和彰显。这是新时期法治评估在其权力支点向着权利支点转变的内在根据。这一视角之下的法治评估，不再仅仅是工作考核、不再仅仅是专家测量。即不再仅仅具有其权力的权威性质、评价的科学属性，在根本上，是民众依法、依规进行法治切实感受与客观进展的表达与反映，所以法治评估是在公众的知情权、监督权、评价权与批评权、建议权的根据之上构建的针对公权力的有序、理性和民主的评判的宪法关系、法律关系的现实化。这正是习总书记反复强调的依照宪法治理国家、党的领导

(19) 郭万清. 应赋予设区的市地方立法权——对城市地方立法权的新思考[J]. 江淮论坛, 2010(3):112-116. 通过设定各地法治的需求指数制度与指标，对法治水准相对较高的地方甚至可以给予相应的奖励。李松刚，刘白瑞，谭波. 新法背景下市级立法主体的权力运行路向及其制度辅佐--以河南省为例[J]. 河南工业大学学报(社会科学版), 2015(2):67-71.

(20) 郑毅. 对新《立法法》地方立法权改革的冷思考[J]. 行政论坛, 2015(4).

和人民民主与依法办事相结合、一体建设法治国家、法治政府与法治社会中的民主补位与民主作为。所以，建议适时开展针对法治评估在这种意义上的地方立法探讨，并非不可能的。近期浙江省人大常委会授权并要求报备G20时期的临时行政措施，就是一个开创性的法治举措。其借鉴意义就在于进一步以民权保障和法治思维审视和对待相应的党政工作决策与部署。而法治评估自身的合法性问题以及后续其有效性问题应当予以明确。公众的监督权是法治评估的权利依据。法治评估不仅以权力——不论是党对法治的领导权还是专家组织对法治的话语权——而且应当以公众的监督权为出发点和落脚点。其次，法治评估的指标是基于法治的价值目标、依托法治实践的决策部署、针对法治的实际进展予以衡量和评价的质点，并且质点之间具有可印证性与可检验性。指标设计，既需要具有在法治全局上的系统性，更需要突出法治实践在发展中的阶段性与累积性。我们认为，根据我国法治在转型社会背景下的构建化的时代特征，法治指标应具有三重性：第一，强制性；第二，引领性；第三，开放性。强制性，系指在指标设计尤其是在三级指标的指向，应强调党政公共权力的职责性质与定位，给出对推进法治的“动作”或动词上的必为内容与实效标准。引领性，系指法治价值目标及其在制度体制机制上的具体要求，应当成为法治评估指标中的更加具有权重的组成部分。比如在公民权利、权益保护上，以侵犯公民合法权益的失职渎职案件发案数量变化作为一个应有的指标质点。这样与行政诉讼中行政主体的败诉案件数量及其变化的指标相配合，增强在凸显法治的权利保障的内涵实现程度上的测评可视度，并发挥由此在建立健全党政机关（广义的，含司法机关等）的内部监督制约机制，引导和推动在法治资源配置上重心下移的作用。开放性，即尊重法治实践的创造性和先行性，赋予各地方各部门在法治的制度体系与自我控权的创新举措一定的分值，呵护和发挥党政公共权力主体的重视和推动法治的积极性、主动性。在上述三重指标的设计中，似乎可以将指标体系的方向性、操作性与包容度兼顾和结合起来，由此既有着折射“法治”、而非反映法制建设工作（只是做了哪些事情，而不问做了之后公众是否受益）的目标上的坚定性、明确性，又有着针对工作、适应基层的操作性和灵活性。最后，法治评估在实施机制上，应当具有进一步的参与性、协同性和过程性。第一，法治评估在主体结构上，建议实行三结合：党领导法治的工作机构，智库机构或专家组织，群众组织或社会组织（群团）以及基层自治组织等以及民众。但是不应实行加权系数或板块结构的分值赋予，而是平行比对的方式，进一步增强法治评估的社会参与度，并且不将其作为一种政府购买服务的外包方式的委托专家组织的形式。并且，建议不应是采取最后给出单一指数的结论方式。第二，在法治评估的实施环节与方式上，建议实行工作考核、舆情调研、恳谈分析、专项解剖、暗访督查等多种方式提取有关指标分值。而不过于依赖年

度问卷的方式。进而将法治评估的监督与评价所带来的压力传导和问题倒逼的反馈与督促作用全时段和全覆盖，将法治评估与日常诸种监督检查和政务督查等予以贯通并且作为统筹。

提高专家参与地方立法的效能的路径探析

李春燕*

内容提要：当专家参与成为地方立法的法定程序之后，如何提高专家参与地方立法的效能成为必须关注的课题。从专家参与地方立法的过程来看，提高专家参与的效能，应当从三个方面着手：一是在确定专家人选时，应当综合考虑专家的专业领域归属、行政区域归属、业务类型以及性别、民族等因素；二是在组织专家参与地方立法时，不仅应当采取准许选择参与事项、提供大量信息和必要报酬等措施，保障专家的参与，而且应当通过建立专家回避制度等方式对专家参与施加必要的限制；三是通过公开专家参与地方立法的情况和对专家的参与情况进行考核，加强对专家的监督。

关键词：专家参与 地方立法 效能 路径

一、序言：提高专家参与地方立法的效能是后立法时代的新课题

在我国，专家参与立法活动的实践始于 20 世纪 80 年代，⁽¹⁾而直至进入 21 世纪，专家参与才成为立法的法定程序。⁽²⁾特别是党的十八届四中全会之后，专家参与立法尤其是参与

*浙江财经大学法学院副教授

(1) 就国家层面而言，1981 年的民法座谈会有多位司法工作者、各部门负责同志和法学专家等方面参加，彭真在会上要求：“进行调查研究要听取干部、工人、农民、专家、知识分子等各方面的意见”；就地方层面而言，北京市第八届人大常委会于 1984 年确立了法制建设顾问工作制度，常委会每制定一项地方性法规都要召开顾问会，听取各位顾问的意见。参见彭真：《彭真文选（1941—1990）》，人民出版社 1991 年版，第 421 页。

(2) 自 2000 年 7 月 1 日起施行的《立法法》将专家参与作为立法的必经程序，其第 34 条规定：“列入常务委员会会议议程的法律案，法律委员会、有关的专门委员会和常务委员会工作机构应当听取各方面的意见。听取意见可以采取座谈会、论证会、听证会等多种形式。常务委员会工作机构应当将法律草案发送有关机关、组织和专家征求意见，将意见整理后送法律委员会和有关的专门委员会，并根据需要，印发常务

地方立法⁽³⁾的法制化程度迅猛发展。

2014年10月23日，党的十八届四中全会通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（下文简称《决定》）。《决定》指出，“建设中国特色社会主义法治体系，必须坚持立法先行，发挥立法的引领和推动作用，抓住提高立法质量这个关键。”基于提高立法质量的需要，《决定》要求依法建立健全“专门委员会、工作委员会立法专家顾问制度”，探索“委托第三方起草法律法规草案”，探索建立“有关国家机关、社会团体、专家学者等对立法中涉及的重大利益调整论证咨询机制”。这为专家参与立法的法制化指明了方向。

2015年3月15日，第十二届全国人民代表大会第三次会议通过《关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》，对《中华人民共和国立法法》（下文简称《立法法》）进行修改。修改后的《立法法》高度重视法律制定过程中的专家参与，并授权拥有地方性法规制定权的人民代表大会根据《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》，参照《立法法》关于立法程序的规定，规定地方性法规案、自治条例和单行条例案的提出、审议和表决程序。⁽⁴⁾

根据《立法法》的授权，拥有地方性法规制定权的人民代表大会纷纷修改或制定地方性法规，对包含专家参与在内的地方性法规的制定程序予以规范和调整。以浙江省为例，2016年1月28日，浙江省第十二届人民代表大会第四次会议通过《浙江省人民代表大会关于修改〈浙江省地方立法条例〉的决定》，从三个方面对专家参与立法作出规定。⁽⁵⁾而且，借鉴《立法法》的模式，《浙江省地方立法条例》授权设区的市人民代表大会和景宁畲族自治县人民

委员会会议。”

（3）对“地方立法”的范围，学界尚有不同认识。本文的“地方立法”，指特定立法机关制定地方性法规、自治条例、单行条例的过程。

（4）参见《立法法》第36条、第77条。

（5）即，第一，对列入省人民代表大会常务委员会年度立法计划的地方性法规草案，专家可以在提案人的组织下参与起草，也可以根据提案人的委托，独立起草。第二，地方性法规案经常务委员会会议第一次审议后，常务委员会法制工作委员会应当向专家提供草案及其说明，听取专家的意见。第三，列入常务委员会会议议程的地方性法规案，法制委员会、有关的专门委员会和常务委员会工作机构应当就地方性法规案的有关问题进行调查研究，以论证会、座谈会、听证会等形式听取专家的意见。而且，地方性法规案有关问题专业性较强，需要进行可行性评价的，应当召开论证会；地方性法规案有关问题存在重大意见分歧或者涉及利益关系重大调整，需要进行听证的，应当召开听证会。参见《浙江省地方立法条例》第13条第一款，第40条第一款，第41条。

代表大会参照本条例规定的程序，规定设区的市的地方性法规的制定程序、景宁畲族自治县自治条例和单行条例的制定程序。⁽⁶⁾2016年3月31日，浙江省第十二届人大常委会第二十八次会议批准《湖州市制定地方性法规条例》、《杭州市立法条例》、《绍兴市制定地方性法规条例》、《台州市制定地方性法规条例》、《金华市制定地方性法规条例》、《丽水市制定地方性法规条例》、《衢州市制定地方性法规条例》、《舟山市制定地方性法规条例》和《温州市制定地方性法规条例》；2016年5月27日，浙江省第十二届人民代表大会常务委员会第二十九次会议批准《嘉兴市制定地方性法规条例》。⁽⁷⁾前述10部地方性法规对专家参与地方立法的规定与《浙江省地方立法条例》完全相同。另外，已被宁波市人大常委会列为2016年立法计划、拟予修改的《宁波市制定地方性法规程序规定》以及《景宁畲族自治县制定自治法规程序规定》（2011年2月27日景宁畲族自治县第七届人民代表大会第五次会议通过）也都将专家参与作为制定地方性法规和自治条例、单行条例的法定程序，只是专家参与的方式与《浙江省地方立法条例》有细微差异。总之，在浙江，专家参与已经成为地方立法的法定程序。可以预见，在全国范围内，专家参与也将成为地方立法的法定程序。⁽⁸⁾

在完成专家参与地方立法的法制化过程之后，如何提高专家参与地方立法的效能就成为新课题。毕竟，我们追求的不是地方立法过程中随处可见的专家的身影，而是专家的智识是否客观地降低了立法成本，提高了立法质量——立法更加科学，更加民主，更加符合社会公正。基于此，笔者不揣浅陋，拟对如何提高专家参与地方立法的效能这一议题发表浅见，并

（6）参见《浙江省地方立法条例》第62条。

（7）根据《浙江省人大常委会关于温州等五个设区的市人民代表大会及其常务委员会开始制定地方性法规时间的决定》（2015年7月30日省十二届人大常委会第二十一次会议通过）和《浙江省人大常委会关于嘉兴等四个设区的市人民代表大会及其常务委员会开始制定地方性法规时间的决定》（2015年9月25日省十二届人大常委会第二十三次会议通过）的规定，至2015年9月26日，浙江省11个设区的市的人民代表大会及其常务委员会都可以开始制定地方性法规了。截至2016年3月31日，11个设区市均有了本地制定的地方性法规。

（8）据统计，截至2016年7月底，在新赋予地方立法权的273个设区的市、自治州、不设区的地级市中，各省、自治区已经确定可以开始制定地方性法规的263个，占96.3%；已经行使地方立法权的设区的市，陆续开展地方性法规制定工作，目前已123个市、自治州人大及其常委会审议通过并经省、自治区人大常委会批准的地方性法规147件，其中，立法条例115件，其他地方性法规32件。（参见李建国：《努力将地方立法工作提高到一个新水平——在第二十二次全国地方立法研讨会上的讲话（摘要）》（2016年9月8日），中国人大网（http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2016-09/14/content_1997476.htm），2016年9月20日访问。）

求教于大方。

笔者认为，提高专家参与地方立法的效能，关键是做好专家的选用、使用和监督工作。

二、专家的选用：综合考虑多种因素

专家参与地方立法的质量首先取决于专家自身的素质。因此，提高专家参与地方立法的效能，首先必须回答的问题是，地方立法机关应当选聘怎样的专家？

所谓“专家”，指“通过教育或经验等而获得在某一领域普通人所不具有的专门知识或技能的人。”⁽⁹⁾可见，“专家”具有两个属性：一是“专家”之称谓必须与特定领域相关联，即具有相对性；二是“专家”的知识或技能在特定领域居于同行的平均水平之上。就后者而言，各行业都有独立的评价体系，如高等学校的职称评审体系、工程系统的工程师评审体系，因此判断起来并不十分困难。也正因此，本文不探讨“谁”是“专家”，而是关注让哪些专家参与地方立法。

一般认为，实践中，专家参与地方立法的方式主要包括三种：一是专家个体以立法顾问或立法咨询委员的身份参与立法；二是专家以立法助理的形式参与立法；三是立法研究机构以组织的名义参与立法。笔者认为，诚然，立法助理制度是立法专业化、精细化背景之下提高立法质量的探索之一，但立法助理的依附性与专家的中立性是相对立的，因此不宜称为“专家”。⁽¹⁰⁾另外，立法研究机构对地方立法的意见和建议是集体行为，立法机关无法掌控具体的、真正的参与者。因此，本文仅探讨地方立法机关在确定第一种参与方式中的“专家”时应当考虑的因素。

笔者认为，地方立法机关应当重点考虑以下因素：

（一）专家的专业领域归属

“卢梭曾经说过，使一个国家的体制真正得以巩固而持久，在于自然关系与法律在每一

(9) 薛波主编：《元照英美法词典（中文）》，法律出版社2003年5月版，第515页。

(10) 在中国，论及立法助理，一般会提到两个地方的实践探索：一是深圳，二是重庆。以重庆为例，之所以要为常委会组成人员聘请立法助理，是因为当时“60多名重庆市人大常委会组成人员中，大多数人在各自所在单位承担重要工作，有些人甚至身任重要领导职务，他们很难保证把时间和精力完全投入到大人的立法和审议中来。而且，立法工作对法律和其他各个领域的知识专业程度要求甚高，一些组成人员在这方面明显力不从心。”被聘任为重庆市人大常委会副主任程贻举的立法助理的李寿廷博士就曾表示，“我希望自己的工作能让程主任满意。”可见，立法助理具有较强的依附性。（参见雷平、程刚：《重庆首位立法助理上岗》，《公民报》2004年2月5日。）

点上总是协调一致。”⁽¹¹⁾因此，“要想提高立法质量，就必须遵循和把握立法规律，就要自觉遵循经济规律、自然规律、社会发展规律以及立法活动规律，使制定出来的法规能够反映和体现规律的要求，符合客观实际，体现党和人民的意志……”⁽¹²⁾基于社会分工的精细化和自身能力的限制，立法机关需要借助专家的力量，全面、准确地认识和揭示各种规律，尽力缩小乃至消除法律规定与各种规律的距离。因此，宏观上，就专业领域归属来看，各行各业的专家都是立法机关的备用智力资源，都可以被纳入立法专家库。

不过，根据《立法法》的规定，立法机关的立法权限具有层级差异。因此，从降低立法成本的角度看，各立法机关应当围绕自身的立法权限来寻找合适的专家。譬如说，根据《立法法》第72条第二款的规定，除法律另有规定外，设区的市的人民代表大会及其常务委员会可以根据本市的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项制定地方性法规。因此，设区的市的人大常委会在建立立法专家库时，城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的专家是必须纳入其中的。⁽¹³⁾

值得注意的是，关注地方立法机关的立法权限，不能只关注它的创设性立法权限，还要关注它的执行性立法权限。譬如说，根据《立法法》第72-73条的规定，《浙江省地方立法条例》第5条将省人民代表大会及其常务委员会的立法权限概况为五个方面，其中包括“为执行法律、行政法规的规定，需要由地方性法规作具体规定的事项”。这意味着，即使属于法律绝对保留或相对保留的事项，省人民代表大会及其常务委员会也可以进行执行性立法。因此，从需要吸纳的专家的专业广度来看，省级地方立法机关与全国人大常委会、国务院并无本质区别。

(11) 转引自唐明良：《地方立法：公开·民主·科学》，《浙江人大》2009年第12期。

(12) 李建国：《努力将地方立法工作提高到一个新水平——在第二十二次全国地方立法研讨会上的讲话（摘要）》（2016年9月8日），中国人大网
http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2016-09/14/content_1997476.htm，2016年9月20日访问。

(13) 关于设区的市的立法权限，理论界与实务界一直有争议：一是《立法法》第72条第二款的“等”是“等内等”抑或“等外等”，二是“城乡建设与管理”、“环境保护”、“历史文化保护”等概念的内涵和外延。对此，全国人大常委会法制工作委员会主任李适时指出，“立法权限的范围是‘城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护’三个方面”，中央和国务院出台的《关于深入推进城市执法体制改革改进城市管理工作的指导意见》和《关于进一步加强城市规划建设管理工作的若干意见》对城市管理的范围作了明确界定”，国务院出台的《关于推进中央与地方财政事权和支出责任划分改革的指导意见》对认识地方立法的权限也具有重要意义。（参见李适时：《在第二十二次全国地方立法研讨会上的小结》（2016年9月9日），中国人大网
http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/2016-09/18/content_1997525.htm，2016年9月20日访问。）

另外，即便某些事项超越自身的立法权限，地方立法机关也可以将该领域的专家纳入立法专家库，只是数量略少而已。这是因为，任何地方性法规都不得与宪法、法律、行政法规相抵触，而在进行这一判断时，必然需要准确把握宪法、法律和行政法规的立法原意、立法目的和立法精神，进而需要掌握前述有关事项的知识和经验的专家。从这一角度看，地方立法机关在确定参与立法的专家的专业归属时，既要充分考虑自身的立法权限，又不能作茧自缚，仅仅局限于与自身立法权限相关的领域。

此外，抛除立法权限这一考虑因素外，以下三类专家同样必不可少：一是法学专家；二是逻辑学专家；三是语言学专家。这是因为，立法是将自然关系、社会关系转化为法律关系的过程，唯有法学专家掌握了相关的转化技术；法律规则的实现过程仰赖于严密的逻辑推演，而逻辑学专家能够发现法律规则的逻辑漏洞，进而有利于提升法律规则的规范性与可操作性；立法文本经过语言学专家的推敲和润色，能够在保留专业属性的同时，更加贴近生活，更加易于被社会公众理解、接受和遵守。

实践中，地方立法机关在聘任立法专家时，专业门类的广泛性还存在差异。譬如说，2016年9月27日上午，深圳市人大常委会聘任37名专家组成新一届的市人大立法咨询专家库。37名专家中，既有全国、广东省人大的立法工作者，也有北京大学、清华大学等高校的教授，还有深圳市各机关企事业单位的工作人员、律师等。其中，法律专业类专家23人，经济管理、企业金融、环境卫生、交通工程、电子通信等专业专家12人，还有语言类专家2人。⁽¹⁴⁾又如，2013年5月28日，新疆维吾尔自治区人大常委会聘请了26名立法咨询专家，“都是自治区法学和法律方面的专家学者，既有高等院校的知名学者，也有执法部门的实际工作者，还有律师行业的杰出代表”。⁽¹⁵⁾

（二）专家的行政区域归属

如前所述，深圳市人大常委会聘任的立法咨询专家不仅来自深圳市，还来自深圳市之外的广东省其他地方以及北京市。不过，2016年3月14日，攀枝花市人大常委会办公室发布《关于选聘地方立法咨询专家的公告》，将“选聘对象”规定为“全市范围内各机关、企事业单位和法学会、律师协会等专业性社会团体及高等院校、科研机构中，从事法律、政治、经济、社会、文化、科技等领域的教学、科研人员和实务工作者，以熟悉城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等法律法规及相关专业知识的人士为主。”⁽¹⁶⁾可见，被选聘专家是

(14) 参见李舒瑜：《市人大聘37位立法咨询专家》，《深圳特区报》2016年9月28日。

(15) 王维：《自治区人大法制委聘请26名立法咨询专家》，《新疆法制报》2013年5月29日。

(16) 攀枝花市人大常委会办公室：《关于选聘地方立法咨询专家的公告》，《攀枝花日报》，2016年3月

否局限于地方立法机关所属的行政区域，各地做法不一。

对这一问题，笔者倾向于以本行政区域为主，面向全国选聘专家。理由在于：《立法法》第72-73条对地方性法规的内容作出限制性规定：一是根据本行政区域的具体情况和实际需要，二是不同宪法、法律、行政法规（本省、自治区的地方性法规）相抵触，三是对上位法已经明确规定的内容，一般不作重复性规定。可见，地方立法应当是特色立法。⁽¹⁷⁾一般来说，本行政区域的专家更了解本行政区域的具体情况和实际需要，更关注本地立法，因此，他们应当是构成当地立法专家库的主力军。不过，如古语所言，“当局者迷，旁观者清”，前述正相关关系有时未必成立。而且，在中国，任何领域的学术研究都是不受行政区域限制的，身处甲行政区域的公民可能对乙行政区域的特定事项进入深入研究。同时，相当多的地方立法强调的是属地管辖，对进入本行政区域的任何自然人和组织都具有约束力，因此也没有理由绝对排斥其他行政区域的专家的参与。另外，中国的政治、经济、文化、社会发展水平不平衡，法治发展水平也存在较大差异，某些地区亟待通过立法解决的问题在其他地区可能已经成为过去时。此时，其他地区的立法经验或许能够为本地区提供借鉴。此外，参与地方立法的专家“多以驻在当地的科研院所、法律实务部门的法学专家为主力”的现象“一定程度上会稀释立法论证的专业浓度和多元性，同时也不利于学术研究的繁荣和法律实务的交流。”⁽¹⁸⁾

（三）专家的业务类型

任何专业领域的专家，都可以分为理论型专家和实务型专家。地方立法，无论是执行性立法，还是创新性立法，都应当具有较强的规范性和可操作性。因此，参与地方立法的专家，应当由理论型专家和实务型专家构成。至于二者在数量上的关系，笔者倾向于理论型专家略多于实务型专家，因为，立法不仅是对现实问题的回应，更是对未来利益格局的谋划，应当具有必要的前瞻性。正是这份前瞻性，为地方立法赢得了稳定性，进而赢得了权威性。特别是在法治中国建设行进到今天时，重大改革必须“于法有据”已成为共识，这对立法的

14日。

(17) 全国人大常委会副委员长李建国指出，“我国是世界上最大的发展中国家，各地的地理、历史、人文和经济社会发展情况千差万别。地方立法一定要在中国特色社会主义法治体系的框架内，按照‘不抵触、有特色、可操作’的要求，从本地的实际出发，在增强地方特色上下功夫。有特色是地方立法始终保持活力的重要体现，也是衡量地方立法质量的一条重要标准。”（李建国：《努力将地方立法工作提高到一个新水平——在第二十二次全国地方立法研讨会上的讲话（摘要）》（2016年9月8日），中国人大网（http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2016-09/14/content_1997476.htm），2016年9月20日访问。）

(18) 李小红：《法学专家参与立法论证的审视与改进》，《四川理工学院学报》2016年第1期。

前瞻性提出了更高要求。相比较而言，理论型专家对地方立法的前瞻性的贡献更大一些。^[19]

以法学专家为例，理论型专家主要指在高等院校、科研机构从事法学研究、并取得一定学术成果的法学教授、法学研究员等；实务型专家主要指在国家机关、企业、事业单位从事与法律的实现相关工作的人员，如法官、检察官、律师等。同时，法律体系由若干部门法组成，各部门法都有自己的理论型专家和实务型专家。

在实务型专家中，尤其应当关注法官和律师这两大群体。这是因为，二者的工作常态就是处理各类案件，因此对特定领域的立法现状、立法漏洞、立法需求有更加真切的认识和理解。而且，根据《中华人民共和国行政诉讼法》第63条的规定，地方性法规是人民法院审理行政案件的依据之一，适用于本行政区域内发生的行政案件。因此，地方立法机关应当将符合一定条件的法官和律师聘为专家。

值得注意的是，深圳市人大常委会聘请的立法咨询专家中包括“全国、广东省人大的立法工作者”。笔者认为，立法有别于司法。诉讼中，上级法院与下级法院之间具有审级监督关系。如果下级法院的法官在裁判之前向上一级法院（包括其法官）进行咨询，就可能架空上诉制度。因此，在案件审理过程中，下级法院的法官不能就疑难问题征求上一级法院（包括其法官）的意见和建议。然而，地方立法的原则之一是不与上位法相抵触，将制定上位法的立法机关的工作人员列为立法咨询专家，对预防立法抵触具有积极意义。当然，被聘为参与地方立法的“专家”的立法机关的工作人员，必须符合“专家”的基本条件。

此外，行政机关的公务员可否被选聘为专家参与地方立法？确实，在行政机关中，不乏有可称之为“专家”的公务员。但是，有两个问题不容忽视：一是基于行政自身所具有的复杂性、专业性和技术性，在相当长的时期内，地方立法机关可能无法改变大部分地方性法规草案由行政机关主持起草的事实。二是基于行政效率的需要，行政一体化原则是公务员应当遵循的基本原则之一。也就是说，被选聘为“专家”的公务员如果是起草地方性法规案的行政机关的工作人员或其下级行政机关的工作人员，那么，在提交论证意见时，该“专家”可能会不由自主地显现出一定的倾向性。因此，笔者认为，地方立法机关不宜选聘本行政区域内的行政机关的公务员作为“专家”参与地方立法。

（四）专家的性别与民族

目前，各地选聘参与地方立法的专家的公告，均未对性别作出限制性规定。这是值得肯定的，因为，根据现行宪法第33条和第48条的规定，中华人民共和国公民在法律面前一

(19) 实践中，地方立法机关确实非常关注理论型专家。譬如说，2015年6月，天津市人大常委会聘请70名专家学者组成新的立法咨询专家库，包括62名高等院校教师，6名科研院所研究人员，2名资深法官。（参见高羽：《把立法工作提到新水平》，《今晚报》2015年6月12日。）笔者认为，重视理论型专家是正确的，但占比如此高则未必合理。

律平等，妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。换句话说，专家参与地方立法这一命题关注的是参与者的“专家”身份，而不是参与者的性别。不过，在确定专家人选时，尤其是符合“专家”的条件的人数非常多，需要立法机关进行取舍时，立法机关应当适当考虑性别结构，确保女性专家占一定比例。

与专家的性别相似，专家的民族同样不是必须考虑的因素。但是，民族自治地方的立法机关在确定专家人选时，应当适当考虑专家的民族归属，以保障民族平等原则的实现。

之所以关注参与地方立法的专家的性别与民族问题，除考虑宪法上平等原则的要求外，还在于专家参与立法具有两方面的属性：一是专家是以公民个人的身份参与立法，是“公民参与立法的一种重要形式”，能够提升立法的民主性；二是专家“对立法机关制定法律的内容的影响要比一般意义上的公民参与立法影响更加深刻和久远，特别是在一些具有高度法律技术特征的立法领域，例如，科技领域立法、法律诉讼程序立法、权利制度立法等等”，专家还可以为立法机关“所制定的法律增加‘科学性’，或者说是‘合理性’”。^[20]在这两种属性中，提升立法的科学性是公民参与立法所无法企及的。因此，在选聘专家时，应当优先考虑备选人拥有的知识与技能状况：当符合条件的备选人非常多，即在立法的科学性能够获得有效保障的情形下，适度考虑被选聘人的性别与民族因素，进一步增进立法的民主性，不失为锦上添花的选择。

三、专家的使用：保障参与与限制参与并重

按照专业门类健全、地域来源广泛、知识结构合理并适度兼顾性别与民族因素的原则选聘专家、并建立地方立法咨询专家库，只是提高专家参与地方立法的效能的良好开端，是成功的一半；成功的另一半，来自对专家的合理使用与有效监督。

就对专家的合理使用而言，地方立法机关应当坚持保障参与与限制参与并重的原则。

具体说明如下：

（一）保障参与

1. 给予专家一定的选择自由

当专家参与成为地方立法的法定程序之后，对于地方立法机关来说，确定哪些专家参与哪些立法项目的哪些立法环节就成为必须完成的基础性工作。在这一过程中，地方立法机关有两种操作方式：一是直接确定，然后通知专家；二是给予专家一定的选择自由，在尊重专

(20) 莫纪宏：《论立法的技术路线——专家立法在立法公民参与中的作用》，《广东社会科学》2009年第4期。

家选择的基础上确定最后的工作分配方案。

笔者建议给予专家一定的选择自由，理由在于：第一，这体现了对专家的尊重。在马斯洛的需求层次理论中，尊重需求（Esteem needs）属于较高层次的需求，它既包括对成就或自我价值的个人感觉，也包括他人对自己的认可与尊重。作为公民，被选聘为“专家”，这本身就体现了地方立法机关对他的认可与尊重。在分配参与工作时，允许专家进行自主选择，意味着相信专家的选择是正确的，这同样体现了对专家的尊重。第二，这可以调动专家的积极性。“几乎没有任何脑力工作像立法工作那样，需要不仅是有经验和受过训练，而且通过长期而辛勤的研究训练有素的人去做。”^[21]无疑，参与地方立法是复杂的脑力劳动，专家可能会面对各种困难。实践证明，“兴趣”是克服困难的重要法宝之一。换言之，对于自主选择的立法参与工作，即便遇到困难，专家因对该工作具有浓厚的兴趣，进而能够积极面对困难，甚至乐在其中。第三，这能够激发专家的责任感。自由是每个人都非常珍视的价值。在日常生活中，一个人被强迫做一件事情，或者自主决定做一件事情，他的责任感是不同的。这是因为，工作中若有闪失，对前者，可以轻松地加以解释，推脱责任——“您看，我说我不擅长这工作，可您偏偏让我做……”——对后者，则意味着要否定自己，而这是任何人都不希望发生的事情。同理，在专家参与地方立法工作中，给予专家一定的选择自由，能够激发专业的责任感，进而有利于提供专家论证意见的质量。

具体来说，地方立法机关在以下两类事项中，可以允许专家进行选择：

第一，参与的立法项目。每年，地方立法机关都会编制年度立法计划。地方立法机关可以将年度立法计划告知专家，由专家选择参与的立法项目。至于选择的数量，立法机关可根据立法专家库的储备情况来决定。在这方面，浙江省人大常委会已有类似尝试。譬如说，2014年，浙江省人大常委会进行立法机制改革，“让（省人大）代表挑选更懂行、感兴趣的法规，有针对性参加省人大常委会组织的立法调研、讨论和审议等活动，深层次参与法规制定”。较以往“撒网式方式发放征求意见函”相比，该举措“既充分发挥代表主体作用，又让立法更加科学民主”。^[22]笔者认为，地方立法机关可以借鉴该举措，确定专家参与的立法立法项目。

第二，参与的立法环节。立法是一个动态的过程，包括三个环节：(1)立法准备阶段，是指提出法案前有关主体所进行的立法预测、立法规划、立法调研、法案起草等活动。(2)法案到法的正式立法阶段由提案、审议、表决、公布四个环节构成，这一阶段直接关系着法

(21) [英]密尔：《代议制政府》，汪瑄译，商务印书馆1984年版，第76页。

(22) 廖小清：《我省试水代表分专业参与立法》，《浙江日报》2016年1月10日。

案的命运，具有决策性。(3)立法的完善阶段，包括法律公布实施之后的评估、解释、修改、废止、清理等活动。其中，在评估、清理等活动中，可以发现和整理出一些能为下一步立法工作服务的信息，因此这些活动也可以被视作立法准备阶段。目前，专家全程参与地方立法被认为是能够充分发挥专家作用的做法。但是，事实上，各立法环节对专家的要求是不同的，而且也很难要求一个专家从头到尾地参与一个立法项目。因此，笔者认为，在立法环节上，也可以给予专家一定的选择权。

2.向专家提供尽可能多的信息

诚然，专家通过教育或经验，获得了在某一领域普通人所不具有的专门知识或技能。不过，在知识飞速更新的信息爆炸时代，估计没有“专家”有足够的自信声称自己在相当长的时间内都将是某一领域的“专家”。或许，“专家”的优势不在于他已经掌握的知识或技能，而在于他掌握了本专业的思维方法，能够对各种信息进行甄别、过滤和整合，进而提炼出自己的观点。而且，获取的信息量越大，专家的考虑就会越周全，相关观点的说服力也会有所增强。

就参与地方立法的专家而言，在特定的时空下，他所面对的问题可以说都是“新”问题。此时，信息的数量和质量与专家所得出的判断结论是否科学合理具有密切关系。确实，专家应当自行进行调查研究，获取第一手资料。不过，如果地方立法机关能够提供尽可能多的信息，那么，专家就可以有更多的时间用于思考。在此，应当明确的是，专家参与地方立法，只是在协助地方立法机关提高立法质量，而地方立法机关才是对立法质量承担法律责任的主体。换句话说，地方立法机关与专家的最终目的是一致的，因此无须对专家保留相关信息。

向参与地方立法的专家提供相关信息，在立法层面已经有所体现，但尚不全面。譬如说，《广东省地方立法条例》^[23]规定了专家在不同立法环节的参与方式，但只在第51条规定，“列入常务委员会会议议程的地方性法规案，法制委员会、有关的专门委员会和常务委员会工作机构应当听取各方面的意见。……常务委员会工作机构应当将法规草案发送相关领域的……专家征求意见。”而且，《广东省地方立法条例》第37条第一款规定：“向省人民代表大会常务委员会提出地方性法规案，应当同时提出法规草案文本及其说明，并提供必要的

(23) 2001年2月19日广东省第九届人民代表大会第四次会议通过，根据2006年1月18日广东省第十届人民代表大会常务委员会第二十二次会议《关于修改〈广东省地方立法条例〉的决定》第一次修正，根据2016年1月30日广东省第十二届人民代表大会第四次会议《关于修改〈广东省地方立法条例〉的决定》第二次修正。

参阅资料。修改地方性法规的，还应当提交修改前后的对照文本。法规草案的说明应当包括制定或者修改该法规的必要性、可行性和主要内容，以及起草过程中对重大分歧意见的协调处理情况。”可见，省人大常委会工作机构并没有将其掌握的信息全部提供给专家。不过，值得肯定的是，《广东省人民代表大会常务委员会立法咨询专家工作规定》^[24]对省人大各专门委员会、省人大常委会各工作委员会向专家咨询意见时应当提供的材料作出了细致规定。这在一定程度上弥补了前述疏漏。

至于地方立法机关应当向专家提供哪些信息，因个案而异，笔者在此不予以展开。

3. 给予专家必要的报酬

对参与地方立法的专家，地方立法机关应否给予必要的报酬？对此，各地态度不完全一致。如，河北省人大常委会《关于建立省人大常委会专家顾问制度的实施意见（试行）》规定，专家顾问提供的“专业咨询属公益行动，应遵循无偿服务原则，也可视情给予适当补贴”；《河南省人民代表大会常务委员会立法咨询专家工作规定》^[25]第27条规定：“省人大常委会应当为专家的咨询活动提供必要的物质条件和适当的咨询费用”。

笔者认为，公平是法治建设的目标之一，而公平的表现形式之一是权利与义务具有一致性，或者说“付出”与“回报”成正相关关系。专家参与立法是复杂的脑力劳动，专家的付出是显而易见的，因此地方立法机关应当向专家提供必要的报酬。不过，专家的初始身份是“公民”，而公民参与立法是其管理国家事务和社会事务的一种方式，并不因此而获得报酬。因此，在确定给予专家的具体报酬时，并不能完全遵循市场经济之下的等价有偿原则。

（二）限制参与

除采取前述措施为专家有效参与地方立法提供保障外，在某些情况下，地方立法机关还应当对专家的参与作出些许限制。笔者认为，以下两个方面的限制是有必要的：

1. 参与回避

周知，“立法是对权利资源、权力资源以及其他有关社会利益，进行法定制度性配置的专门活动，是对个人和组织在国家生活和社会生活中的义务或责任的法定制度性确定，是对所有社会主体的社会行为和社会自由的范围所作的法定制度性界定。”^[26]因此，一方面，公平是立法的永恒追求；另一方面，与立法相关的利益群体总是希望立法能够认可并维护自身利益。

（24）2013年6月14日广东省第十二届人民代表大会常务委员会第八次主任会议通过。

（25）2015年11月17日河南省第十二届人民代表大会常务委员会第六十七次主任会议通过。

（26）周旺生著：《立法学教程》，北京大学出版社2006年版，第60页。

在地方立法过程中，同样存在着利益博弈。而且，行政事务的复杂多变与地方立法机关的立法能力不足相叠加，这使得地方立法机关有时不得不要求行政机关承担地方性法规案的起草任务。“由与拟出台的法规有利害关系的部门提供法规草案，立场决定了其会较多地考虑管理方便和获取利益，从而在草案中塞进本部门的‘私货’”^[27]，“部门利益法制化”由此形成。为了缓解地方立法中力量对比悬殊的利益博弈格局，地方立法机关将“专家”引入立法程序，希望专家能够“本着学术的良知和对人民负责的精神，广泛听取吸收各方意见，集思广益，公正的配置立法涉及的各种利益”。^[28]

然而，“专家（参与）立法优于部门自我立法需要一个前提，即专家确实能够做到与部门利益保持距离，只从社会现实的要求和法律内在的规律出发起草法规规章草案。”^[29]这样，在制度设计上，就应当使专家远离部门利益。

前文已述，目前，专家可以在多个环节参与地方立法。其中，在起草环节，专家可以在提案人的组织下参与起草，也可以接受提案人的委托直接起草。这样，当提案人是一级人民政府，并且某个专家参与了起草工作时，那么地方立法机关在就该地方性法规草案征求意见时，就不应当再邀请该专家参与。笔者将这项制度称为“专家回避”。

建立专家回避制度，主要基于如下考虑：第一，专家在参与由政府组织的起草工作或接受政府委托独立承担起草工作的过程中，与政府建立起密切联系。当地方性法规草案被提交到地方立法机关以后，若该专家受邀提出咨询意见，那么他自然而然地会支持地方性法规草案中所承载的政府的观点——这是既有的思维定式在作祟，况且提出不同观点就意味着对自己的否定，而否定自己历来是一个十分艰难的决定。第二，专家参与具有公民参与的属性。对同一部地方性法规案，既然在起草阶段已经参与其中，那么在后续的立法环节，就没有必要重复参与，除非有证据证明其在不同阶段的参与议题是不同的。否则，不仅增加立法成本，而且剥夺了其他专家的参与机会。

实施专家回避制度，应当科予承担地方性法规草案起草任务的政府以说明义务，即在提交地方性法规草案的同时，还要提交参与起草工作的专家名单，并说明参与方式和参与议题。同时，地方立法机关在邀请专家提供咨询意见时，告知专家应当申请回避的情形。

补充说明的是，专家回避制度并不是反对专家全程参与某个立法项目，而是反对专家将

（27）唐明良：《地方立法：公开·民主·科学》，《浙江人大》2009年第12期。

（28）谭舜哲，万振东，刘志荣：《关于“紧密型”专家参与地方立法的思考——青岛市地方立法研究会在地方立法中的作用实证分析》，《中国人大》2004年第21期。

（29）王峰：《喜闻“专家立法阻击行业保护”》，《法制日报》2001年1月21日。

在某个参与阶段与政府之间形成的“同盟”关系植入到整个立法过程中，进而使“部门立法法制化”畅行无阻。

2.限制参与的次数

确实，“专家既不是一种身份，也不是一种职业，而是一定社会文化和体制对一个人所拥有的知识的多少和是否专业化的评价。”^[30]但是，这种评价能够给专家带来丰厚的回报——不仅仅是报酬，更多的是一种荣誉，一种获取其他资源的资本。因此，一般来说，专家被选聘为参与地方立法的专家之后，都会尽职尽责的工作。至少，当接到地方立法机关的邀请函或论证任务时，基本上不会明示拒绝。与此同时，参与地方立法并不是专家的本职工作，而专家的精力是有限的。这样，地方立法机关分配给专家的调研或论证任务比较繁重时，专家就可能“疲于应付”。

因此，地方立法机关应当对专家每年参与地方立法的次数做适当限制，以确保专家参与的效能。当然，若专家以社会公众身份积极主动地参与地方立法，地方立法机关亦无须制止。

四、专家的监督：公开与考核并进

专家参与地方立法，除能够提升立法的民主性与科学性外，还能够以专家的“中立地位”和专门知识与政府部门的利益形成某种对抗，进而“加强立法机关的立法主导地位”，“弥补立法机关在某些专业性、技术性较强的立法中‘失语’的缺陷。”^[31]那么，前述理论推演能否转化为现实？专家由地方立法机关选聘或邀请，是否客观上就能阻断专家与政府部门的联系？专家会不会利用自身的专业知识优势而获得的立法话语权的垄断地位而为政府部门或某些利益集团代言？^[32]为避免形成新的立法腐败，切切实实提高专家参与地方立法的效能，必须加强对专家的监督。

（一）专家参与立法的公开

“阳光是最好的防腐剂”。当参与地方立法的情况被置于阳光之下时，即被置于社会公众的监督之下时，专家基于维护自身声誉和获得更好的发展机会的需要，就会与政府部门保持适度的距离，并秉持客观中立的立场，对参与事项进行认真调研和严密论证。

专家参与地方立法情况的公开，主要应当公开以下内容：

(30) 王惠玲：《专家在立法听证中的角色和作用》，《现代法学》2007年第1期。

(31) 尹伟琴：《论专家参与地方立法的必要性及动因》，《杭州师范学院学报（自然科学版）》2006年第3期。

(32) 参见缪程磊：《论专家参与立法》，山东大学硕士学位论文，2012年，第22页。

第一，专家的基本信息，包括姓名、工作单位、职业、专业领域、受教育情况、工作业绩以及专业技术职称等。这些信息，不仅能够让社会公众对其是否是“专家”有一初步判断，而且也有利于社会公众对其个人诚信进行监督——如，工作业绩等相关信息是否涉嫌造假？目前，地方立法机关在完成专家的选聘之后，确实也公布了专家名单，但公布的信息比较少，一般包括姓名、工作单位、职业、职务、职称，甚至有的只提及姓名、工作单位和职务。^[33]对于专家的“职务”，笔者主张尽量“淡化”，尤其不应只公开职务，而没有任何能够说明专家的专业知识或技能水平的信息。这是因为，一方面，职务的高低与是否是本领域的“专家”有一定关系，但二者属于两套评价体系，相互之间不能划等号。另一方面，公开专家的职务，有重视行政等级的嫌疑，不利于凸显专家的“中立”地位。

第二，专家的选聘条件与程序。这样，社会公众可以将被聘任的专家与选聘条件相比对，进而对地方立法机关和专家产生怀疑或信任之情。若是信任，则会因此而尊重随后通过的地方性法规，使预期的立法目的得以实现；反之，则视作“作秀”，对随后通过的地方性法规也会有厌恶之感，能否遵守就成了未知数。对选聘程序的公开，可以清除暗箱操作之下社会公众的各种猜疑。可以说，对选聘条件与选聘程序的公开，不仅是对专家的监督，也是地方立法机关树立自身的公正形象提供了契机。

第三，专家参与地方立法的具体情况。即，通过电视、广播、报纸、官方网站等新闻媒体，将专家参与地方立法的情况向社会公众作广泛的宣传报道，或告知社会公众获取相关信息的途径，包括参与了哪些立法项目，对哪些事项开展了调研活动，参加了哪些地方立法座谈会、论证会和听证会，提出哪些立法建议和意见，等等。其中，专家的立法建议和意见是公开重点，因为这将影响地方立法的内容，也是社会公众评判专家是否偏私的重要依据。

对公开专家的立法建议和意见，坊间有两种担心：一是万一最后的立法取舍与专家的建议和意见相左，就会使地方立法机关背负“不尊重专家”的污名；二是某些专家可能会心存顾虑，进而故意迎合社会公众的呼声，所提出的立法建议和意见根本没有价值。

笔者认为，前述第一种担心不是空穴来风，但有化解之道——地方立法机关应当做好两件事情：一是向社会公众进行法制宣传，使社会公众明了“地方立法机关”和“专家”在

(33) 如，泉州市人大常委会办公室：《关于印发<泉州市第十五届人大常委会立法顾问和立法咨询专家名单>的通知》（2016年1月5日），来源：泉州人大官网（<http://www.qzrd.gov.cn/dfl/1582.jhtml>；黄冈市人大常委会办公室：《关于印发市人大常委会立法咨询专家库名单和基层立法联系点名单的通知》（2016年6月16日），来源：黄冈市人大常委会官网（<http://www.hgrd.net/DocManage/ViewDoc?docId=ded7058b-de4c-4e1d-b2c8-485292073324>）。

地方立法中的地位差异；二是在否定专家的建议和意见时，给出详尽的理由说明。至于第二种担心，实际上是低估了社会公众的判断力——专家若只是简单迎合社会公众的呼声，而不能形成系统的分析和论证，那么社会公众是不会“买账”的，因为社会公众知道，空洞的说教是无法说服地方立法机关的。事实上，社会公众根本看不起这类哗众取宠、没有立场的专家。换言之，地方立法机关不必担心专家的立场偏向社会公众，关键还是要做好否定专家观点之后的理由说明工作。

（二）建立专家参与立法的考核机制

对专家参与立法情况进行考核，不仅是因为专家领取了报酬，更重要的是他们的工作关系到地方立法的质量，关系到相关利益主体的正当权益能否得到维护，关系到公平与秩序等价值追求能否实现。

对专家参与地方立法情况的考核，可以从多方面进行，如，参与的次数，参与过程中态度，相关建议和意见的合法性与科学性，等等。不过，必须重申的是，专家不能主宰地方立法的命运，因此，专家无须为地方立法的质量承担法律责任。深言之，对考核不合格的专家，地方立法机关的选择是有限的，充其量是解除聘任，并在一定期限内不再聘任。不过，对专家来说，来自地方立法机关的否定性评价将影响其在本专业的发展。因此，这一考核对专家具有相当的威慑力。

《决定》指出，“法律是治国之重器，良法是善治之前提。”可以说，提高地方立法的质量是地方立法机关的永恒课题。在提高地方立法质量的方法中，理论界和实务界都对专家参与寄予厚望，并促成了专家参与地方立法的法制化。随即，如何使静态的专家参与地方立法制度发挥其效能？这正是本文的旨趣所在。

全面依法治国背景下人大主导立法工作研究

——基于宁波人大地方立法工作改革创新的思考

宁波市人大常委会法工委

内容提要：人大主导立法工作具有深刻的理论渊源和深远的现实意义。从当前地方立法工作实际状况来看，人大主导立法工作虽然取得了一定成效，但政府主导型立法以及由此形成的立法权的行政化、部门化，一直是影响我国立法民主性、公正性的突出问题，立法工作中存在人大主导作用缺位的现象。解读十八届四中全会精神，针对当前立法工作中的突出问题，进一步发挥人大及其常委会在立法工作中的主导作用，关键在于理顺人大与政府、社会公众之间在立法工作中的关系，确立“党委领导、人大主导、政府协同、公众参与”的工作格局，实现立法工作体制机制的全面深化改革。

关键词：地方人大 立法工作 主导作用

党的十八届四中全会《决定》提出：“健全有立法权的人大主导立法工作的体制机制，发挥人大及其常委会在立法工作中的主导作用”。在全面推进依法治国的时代背景下，发挥人大在立法工作中的主导作用，将成为有立法权的人大及其常委会能否在构建中国特色社会主义法治体系中充分发挥立法应有的引领和推动作用的一个决定性因素。在贯彻落实四中全会决定、推进立法工作全面深化改革的新形势下，深入剖析人大主导立法工作体制机制的现状和问题，全面规划改革的具体路径，是当前人大立法工作面临的重大课题。

一、人大主导立法工作的含义：十八届四中全会的视域

《现代汉语词典（修订本）》对“主导”一词的解释是：“主要的并且引导事物向某方向发展的”。据此，单从词义上解释，“人大主导立法工作”可以界定为“人大及其常委会在立法工作中发挥主要的并且引导立法发展方向、路径的功能和作用”。有学者认为，立法中的主导功能应当包括“主体性功能”和“导向性功能”，前者是指“从准备到审议通过、修改

完善等”各个环节立法活动的“介入程度”，后者是指对“立法的发展方向、具体路径是否具有先导、指向性的作用”⁽¹⁾。另有学者提出：“有立法权的人大及其常委会在立法工作中发挥总揽全局、统筹协调的作用，体现了人大在立法体制和立法工作中的主导地位”⁽²⁾，将“主导”的含义理解为“总揽全局、统筹协调”。2015年3月15日修改的《立法法》规定：“全国人民代表大会及其常务委员会加强对立法工作的组织协调，发挥在立法中的主导作用”，则从强化人大“组织协调”功能上定位人大主导作用。

十八届四中全会从“加强党对立法工作的领导”、“健全有立法权的人大主导立法工作的体制机制”、“明确立法权力边界”等方面，指出了“完善立法体制”的主要路径，并从“加强人大对立法工作的组织协调”、“健全立法机关和社会公众沟通机制”等方面，提出了“深入推进科学立法、民主立法”的基本要求。据此，人大主导立法工作的含义，可以从以下三个层面来界定：一是理顺人大与党委、政府、社会公众在立法工作中的关系，确立党委领导、人大主导、政府协同、公众参与的立法工作格局；二是明确人大立法与政府立法事项范围，完善人大立法主导、政府立法从属的立法权力体制；三是加强人大对立项、起草、审议、表决、法规实施监督等各个环节的组织协调、统筹安排，健全科学、民主的立法工作机制。

二、政府主导型立法的评判：部门主导立法工作的由来和缺陷

在我国，人大行使立法权早在人大制度设立之初就已由宪法确定，但人大行使立法权在法律意义上与事实层面上存在明显的反差。在观念认识上，人大行使立法权的权威地位并未深入人心，不仅政府有关人员没有认识到政府及其部门在立法权力运行中处于附属、配合、服从的地位，就连不少人大工作人员也往往受“人大立法就是根据政府工作需要立法”、“人大立法就是在政府提请的议案、建议的框架内立法”的惯性思维影响。事实情况是，“要不要立法、立什么法规、什么时候立法，原动力和需求主要来自政府部门及其所属执法机构的动议，而非社会公众的诉求和表达，人大自身通过调查研究、组织起草法案的比例也很低”，基本上是“政府提什么、人大审什么”、“90%以上的法规草案都由政府部门起草”⁽³⁾。这就是“政府主导型”立法，由于政府的相关职能分属于组成政府的各主管部门，因此，“政府主导型”立法实质上就是“部门主导立法工作”。

政府主导型立法产生于我国特定的政治和经济体制、行政和法律文化的深层背景。在国

(1) 参见阎锐：《地方人大在立法过程中的主导功能研究》，华东政法大学2013年博士学位论文。

(2) 姚金艳，吕普生：《人大主导型立法体制：我国立法模式的转型方向及其构建路径》，《中共福建省委党校学报》，2015年第2期。

(3) 李高协：《关于发挥人大立法主导作用的分析思考》，《人大研究》2013年第2期。

家权力结构上，我国历史上一直存在立法、行政不分的局面，行政代替立法的现象非常普遍。新中国成立后，虽然建立了独立的立法机关，但立法为行政管理目的服务的色彩依然十分强烈，国家和社会事务的划分按照政府管理职能部门的分工对口入座。与之对应，立法事项尤其是地方立法事项，多数集中于行政管理领域，社会建设和民生事业领域立法事项在很长一段时间内没有受到应有的重视。围绕政府行政管理事务开展立法，可以说是政府主导型立法的一大根源。

政府及其部门具有特定的专业优势、信息优势、管理优势，在改革开放初期“百废待兴、百法待立”的形势下，凭借其专业性、及时性、灵活性，政府主导型立法迅速填补了我国立法的诸多空白，在形成中国特色社会主义法律体系过程中发挥了积极的推动作用，具有一定的现实必要性和合理性，但是，也给法治建设进程带来了不容忽视的负面效果：立法工作中“部门化倾向、争权诿责现象”始终较为明显，“行政部门主导立法以及由此形成的立法权的行政化、部门化，一直是影响我国立法民主性、公正性的突出问题”⁽⁴⁾。十八届四中全会提出“健全有立法权的人大主导立法工作的体制机制”，正是针对当前立法实践中“部门主导立法工作”等问题的直接回应。

三、立法工作机制存在的问题：人大主导作用“缺位”的表现

(一) 地方性法规与地方规章功能上的混同

2000年开始施行的立法法对地方性法规与地方规章的权限作了不同规定，前者可以就“执行性事项”、“地方性事务”、“先行性事项”作出规定⁽⁵⁾，后者只能对“执行性事项”和“具体行政管理事项”作出规定，换言之，地方规章没有“地方性事务立法”和“先行性事项立法”的权限。有人将地方规章权限做扩大解释，将地方规章的事项范围延伸至“地方性事务”和“先行性事项”领域，等同于地方性法规的事项范围。这种状况容易造成地方人大立法与地方政府立法功能混同。实践中，许多地方性法规都是由地方政府规章转变而来的，有人甚至认为地方规章是地方性法规的“前置”程序，致使一些地方性法规充满了政府立法的“先天色彩”。

(二) 地方性法规立项过于依赖政府

近年来，广泛、公开征集立法建议项目成为立项民主化、科学化的重要内容，征集立法

(4) 封丽霞：《健全人大主导立法工作的体制机制》，《山东人大工作》，2014年第12期。

(5) 2015年立法法修改后虽然将设区的市立法的事项范围限于“城乡建设和管理、环境保护、历史文化保护等方面”，但依然保留了地方性法规的“执行性事项”、“地方性事务”、“先行性事项”权限空间。参见立法法第七十三条、第八十二条。

建议项目的途径一般有以下几种：向本级人大各专门委员会、政府各部门和单位、下一级人大常委会书面征集；利用代表联络的各种方式向本级人大代表征集；通过报纸、网络等新闻媒体向社会公开征集。但从实际情况来看，通过上述途径征集并列入立法规划、计划的项目，大部分是由本级政府各部门和单位申报并提出立项调研论证报告的；人大代表、下一级人大常委会提出的立法建议项目数量上近年来有所增加，但经立项论证，绝大多数属于“不具备立法条件”或者“立法条件不成熟”；社会公众提出的立法建议项目数量极少，基本上“不具备立法条件”；除了列入立法计划的调研论证项目外，各专门委员会基本上没有自主开展过立项调研并提出立法建议项目。（见附表一）

（三）政府提案、部门起草成为立法惯例

由政府提出议案并由主管部门起草地方性法规草案的做法从地方人大获得立法权开始就成为一项“惯例”。根据地方组织法的规定，“主席团、常务委员会、主任会议、专门委员会、本级政府、一定数量的人大代表或者常委会委员”联名，均可以向有立法权的地方人民代表大会或者地方人大常委会提出地方性法规议案，但在实践中，绝大多数情况下由本级政府提出法规案，个别情况下由常务委员会、主任会议或者有关专门委员会提出法规案，其他提案主体基本上没有行使过提案权^⑥。由于享有提案权的主体同时可以支配和处分起草权，而且，由于绝大多数地方性法规均需要确定一个政府主管部门，这个主管部门便获得了实质上的“起草权”，单一的提案、起草方式由此确立。

（四）法规案审议工作不够精细

虽然有专门的人大立法工作机构承担对法规案的初审、统一审议职责，并有较为完备的人大及其常委会会议审议组织形式，但在实践中，立项、起草、提案等基础环节的“部门主导”色彩，也无可避免地渗透进法规案的审议工作，正如有的同志所说的：“审议无非就是对政府提交的法规草案做一些装饰、加工而已”，即便是“装饰、加工”，很多时候也不是“精装修”、“深加工”。由于法规案提交人的时间与人大安排会议审议的时间间隔过短，有关

（6）除了规范人大自身工作、无法确定一个政府主管部门的法规以及个别修改和废止的项目外，人大有关专门委员会很少自行提出立法议案和起草法规案，如截止2015年8月，宁波市现行有效的77件地方性法规中，只有《宁波市制定地方性法规程序规定》、《宁波市公会劳动保障法律监督条例》、《宁波市人民代表大会代表建议、批评和意见办理条例》、《宁波市预防和制止家庭暴力条例》、《宁波市志愿服务条例》、《宁波市企业工资集体协商条例》6件法规由有关专门委员会提出议案，其中，仅有《宁波市制定地方性法规程序规定》、《宁波市人民代表大会代表建议、批评和意见办理条例》2件法规由专门委员会起草。另外，近些年来根据上级人大统一部署开展的法规清理要求，在对多件地方性法规的个别条款在一次会议上一并进行修改时，采取由主任会议或者法制委员会提出议案的方式。

专门委员会初审工作不能深入，难以及时发现、提前解决法规案中的重大争议问题，导致统一审议和修改法规草案的质量受到影响；由于人大及其常委会组成人员对法规案缺乏事先的调研，审议中的主体地位难以有效发挥，审议发言的质量也难以显著提高。

（五）法规实施监督工作滞后

受传统立法程序观念影响，许多人依然认为法规的实施监督不属于立法工作或者不属于重要立法工作环节，不重视对已实施的法规质量的跟踪监督，不能及时发现和修改不适应改革发展实际需要的法规。法规实施监督主要有“执法检查”、“立法后评估”、“法规清理”、“备案审查”四种方式，就实际情况来看，执法检查主要以配合和贯彻上级人大统一部署为主，很少自主开展，多数地方性法规从制定以来没有开展过执法检查。立法后评估是立法法实施后地方人大探索“立法工作向立法后环节延伸”的重要创新，但没有形成科学化、标准化的机制，评估的效力、效果受到限制。法规清理主要限于贯彻落实上级人大新制定或修改的重大法律法规的要求所开展的专题清理，没有纳入日常化工作轨道。备案审查局限于同级政府制定的规范性文件，缺乏对法规授权政府及其部门制定配套规范化文件的全面监督。（见附表二）

（六）科学立法、民主立法工作机制尚未健全

多年来，地方人大在探索推进科学立法、民主立法工作中，取得了一些显著成效。许多地方建立了立法专家咨询、基层立法工作联系点、人大代表分专业有重点参与立法等项工作机制，并在立项、调研、修改、审议、后评估等环节，运用公开登报、座谈会、论证会、听证会、实地考察、个别走访等多种形式，广泛征求人民群众意见。但与深入推进科学立法、民主立法的新形势、新要求相比，相关工作机制尚不健全，主要是：日常工作中比较偏重政府主管部门意见，容易忽视政府相关部门之间的沟通协调，导致部门之间职能交叉或者冲突；偏重听取国家机关、专家学者的建议，容易忽视普通社会公众的协商参与愿望，影响公民参与立法的积极性；偏重征询调研的形式，容易忽视征询调研的深度和实效，不利于在互动交流基础上广泛凝聚社会共识。

四、人大主导立法工作的路径：立法工作体制机制的全面深化改革

根据十八届四中全会的精神和要求，针对当前立法工作中的突出问题，人大主导立法工作体制机制的改革，关键在于理顺人大与政府、社会公众之间在立法工作中的关系，确立“党委领导、人大主导、政府协同、公众参与”的工作格局。就设区的市地方立法来说，这种格局必然涉及人大与政府立法权限的进一步划分、人大在立法工作各环节主导功能的完善、科

学立法、民主立法机制的健全和人大自身履职能力、工作水平的提升等范畴。2015年11月13日，中共宁波市委发布了《关于进一步发挥市人大及其常委会在立法工作中主导作用的意见》，提出了“构建党委领导、人大主导、政府配合、各方协同、公众参与”的立法工作格局和全面创新完善人大主导的地方立法工作体制机制的具体目标和任务。同年12月31日，宁波市人大常委会发布了贯彻落实《意见》的通知，进一步提出了具体要求和措施，明确了工作计划和部署。至此，我市立法工作全面改革、全面提升的目标格局、进程路径已经成型。下文对此予以阐述。

（一）人大与政府立法权限的划分

修改后的立法法将设区的市立法事项范围限于“城乡建设和管理、环境保护、历史文化保护等方面事项”。这一规定着眼于维护国家法制统一，对设区的市立法事项范围作了限制，但从发挥设区的市人大主导作用来看，意味着设区的市人大要加强立项工作中的全面调研和深入论证，加大对政府和其他有关方面开展立法项目申报、调研等工作的指导、督促力度，这何尝不是一种“倒逼”机制？更重要的是，立法法还对地方政府规章的权限作了明确限制，除非有法律法规依据，“不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。”意味着地方政府规章只能限于“执行性立法”、“授权性立法”的范畴。针对当前地方立法中存在的将规章作为法规前置程序的现象，立法法还进一步理顺了地方性法规与地方政府规章的关系⁽⁷⁾，健全了地方人大立法居于主要地位、发挥主要作用，地方政府立法处于从属地位、发挥辅助作用的地方立法体制。贯彻实施立法法，必然要求地方人大“积极推动、督促、指导政府及其部门切实履行好立法工作各个环节的职责”⁽⁸⁾，确保政府立法不逾越权力边界，并积极行使法律赋予地方人大的特有立法权力，这将是发挥地方人大在地方立法中主导作用的坚实基础。

（二）人大主导立法工作功能的完善

1.加强法规立项工作统筹安排 立项环节的主导主要解决“立什么法、什么时候立”的问题。立项是一项重大的立法决策权，而不是各方利益的“博弈”。围绕党委中心工作，坚持立法决策与改革、发展、稳定的重大决策相结合，通过五年立法规划、年度立法计划的制定、动态调整、公布和督促落实，对各方面提出的立法项目进行通盘考虑和统筹安排，增强

(7) 立法法第八十二条第五款规定：“应当制定地方性法规但条件尚不成熟的，因行政管理迫切需要，可以先制定地方政府规章。规章实施满两年需要继续实施规章所规定的行政措施的，应当提请本级人民代表大会或者其常务委员会制定地方性法规。”

(8) 2015年9月7日张德江委员长在第二十一次全国地方立法研讨会上的讲话。

立项的科学性、合理性，应当成为人大主导立项工作的根本遵循。具体来说，必须拓宽政府部门、人大代表、社会公众等多元化途径，并“激活”人大各专门委员会主动深入基层实践开展立法项目调研、收集工作的职责，积极引导有关方面提出立法项目，而不是“等米下锅”；必须以客观需求和实际问题为导向，以充分调研为前提，将立法预测、专家评估与深入论证相结合，消除立项的“长官意志”，避免立项论证沦为“听汇报”，确保立法项目具有合法性、必要性、可行性和社会效果。

2.改进法规草案起草方式 起草环节的主导主要解决“对立法进度、指导思想、主要内容的总体把握问题”。近年来，在探索改进地方立法起草方式的过程中，一种开放式的、相关各方参与合作的起草方式逐渐受到了立法机关的青睐，这就是法规草案起草小组制度。起草小组一般由各提案主体负责组织建立，但是，对于列入立法计划的法规案来说，人大应当享有确定法规案起草方式的权力。如果确定由人大之外的主体作为起草人，人大应当监督、指导有关方面建立起起草小组，并通过“直接参与”、“主动介入”等途径，督促做好起草工作，保证法规案如期提交审议。如果认为法规案涉及本地“综合性、全局性、基础性”事务以及人民群众普遍关心的其他重要社会利益关系，不宜由政府部门或者其他主体负责起草，可以确定由人大有关专门委员会和常委会工作机构组织起草，吸纳政府部门、有关专业单位及社会各方面参与。

3.提高法规案审议表决质量 审议环节的主导主要解决法规案“规定什么内容、规定到什么程度的问题”。发挥人大在审议环节的主导作用，关键是发挥人大及其常委会组成人员在审议法规案中的主体作用，需要从三方面入手对现行审议工作机制进行改革：一是改革审议前的提案、初审等工作机制，保证组成人员有充足的准备时间对列入会议审议议程的法规案事先进行审阅、开展必要的调研。二是创新审议方式，对各方争议较大、社会关注度高的重要立法事项，可以进行联组审议或者全体会议审议，适当延长审议时间，必要时，增加审议次数⁽⁹⁾，为了保证提请表决的法规案的质量，可以探索实行重要法规案表决前风险评估制度，对法规的可行性、实施效果和可能出现的问题进行深入评估。三是建立组成人员履职评价制度，对组成人员在会议期间的审议情况和审议发言，应当如实记录并由发言人签字确

(9) 为了保证审议时间、提高审议质量，一些省级人大的做法值得借鉴，如湖北省人大采取“两审三通过”制度，法规案经常委会会议两次审议后，由法制委员会作进一步修改，提交下一次常委会会议表决。浙江省人大常委会提出要“推行法规草案审议辩论制度，常委会组成人员对法规草案中的一些重大问题存在较大分歧意见的，应当召开联组会议或全体会议进行辩论”。参见2014年浙江省人大法制（工作）委员会课题组：《完善科学立法民主立法工作机制的对策研究》一文。

认，将发言质量作为组成人员履职评价的重要依据。

4. 强化法规实施检查监督 实施监督环节的主导主要解决法规“是否有效管用、是否需要修改完善”的问题。随着中国特色社会主义法律体系的形成，“完善型立法”是今后地方立法的基本要求。“完善型立法”要求地方立法工作从“立法前”和“立法中”环节延伸至“立法后”环节，实现执法检查、立法后评估、法规清理、备案审查工作的常态化、制度化。今后，有立法权的人大应当每年确定若干涉及改革发展稳定大局、广大人民群众切身利益、社会普遍关注的地方性法规开展执法检查；法规实施中反映问题较多或者需要落实改革举措的，要及时组织立法后评估；法规实施时间较长、上位法或者经济社会发展客观情势发生变化的，要及时进行清理；法规实施后一年内，相关配套执行文件必须出台，与法规存在不一致规定的，要坚决予以纠正，防止出现配套文件不能准确把握立法精神而使法规效力不断递减”的现象。

（三）科学立法、民主立法机制的健全

1. 加大立法沟通协调力度 立法的沟通协调源于立法所调整的社会利益的复杂性特点。在参与立法的各方利益主体彼此进行沟通、协调的基础上，寻求相互妥协、形成合力的解决问题的方案，是科学立法、民主立法的一大基石，正如学者指出的“在社会主义民主立法中，应当尽快树立没有沟通和妥协就没有立法与和谐的观念。”^⑩ 全国人大常委会法工委主任李适时在2014年9月21日第二十次全国地方立法研讨会上谈到“发挥人大在立法中的主导作用”时，也指出：“对于分歧较大的重点难点问题，坚持从改革发展大局出发，加大沟通协调力度，勇于并善于在矛盾的焦点上‘划杠杠’，有效防止部门利益和地方保护”。近年来，地方人大从完善各环节立法工作机制角度，就加强立法中“横向”、“纵向”、“内部”相关工作机构之间的沟通、协调和配合，开展了积极的探索，逐步推进立法沟通协调的制度化^⑪。十八届四中全会明确要求“加大对立法工作的组织协调”，发挥人大在立法工作中的主导作用，需要进一步加大立法沟通协调力度。

2. 增强立法征询调研实效 立法的征询调研源于立法所调整的社会事务的客观变化性。实践是立法的基础，立法来源于实践。只有深入实践开展调查研究，征询身处实践“一线”的各方人士和基层群众的意见和建议，才能保证立法不脱离实际，具有可行性、可操作性，

⑩ 李林：《立法的沟通与协调》，《浙江人大》2007年第4期。

⑪ 如2009年浙江省人大常委会法工委与浙江省人民政府法制办联合发布《关于进一步加强立法沟通协调改进立法工作的若干意见》，同年，宁波市人大常委会办公厅与宁波市人民政府办公厅联合发布《关于加强立法沟通协调改进立法工作的若干意见》。

因此，征询调研是科学立法、民主立法的基本要求。多年来，各级人大不断加强和改进立法征询调研工作，形成了形式多样、针对性强、效果突出的立法征询调研工作机制，成为推进科学立法、民主立法过程中的一大鲜明“亮点”，但也存在着诸如重视“走走”与“听听”、不重“研究”与“分析”等讲求调研形式不重调研实效的问题。必须将提高征询调研的实效，作为人大主导立法工作的一项“基本功”。创新立法征询调研的方式，除了采用书面征询、召开座谈会等方式外，还要综合运用蹲点调研、跟踪典型案例、“暗访”、随机访谈、特定对象走访、问卷调查等方式，多层次、多方位、多渠道地了解真情实情，掌握“第一手”资料。

3. 推进立法协商民主实践 立法的协商民主源于立法所调整的社会关系的多元化倾向。现代立法权虽然专属于立法机关，但立法事项所涉及的社会关系是多层面、呈现立体式结构的，立法事项所涉及的各类社会主体均有参与立法的实际需求，因此，必须在坚持选举式民主立法体制的同时，开辟一条让广大社会公众直接参与立法工作的民主途径，这便是“立法协商民主”形式。有学者认为：“协商民主与人民选举民主如鸟之两翼、车之双轮，共同确保立法决策最大程度的汇集民意、集中民智。”^⑫ 十八届四中全会提出要“开展立法协商，充分发挥政协委员、民主党派、工商联、无党派人士、人民团体、社会组织在立法协商中的作用”。2015年2月，中共中央印发《关于加强社会主义协商民主建设的意见》，提出要“推进协商民主广泛多层次制度化发展”，并要求“深入开展立法工作中的协商”。在党委领导、人大主导、各方参与的工作格局下，立法协商民主将迎来一个广泛实施、多层次运用、制度化确立的新常态。

（四）提高人大履职能力和立法工作水平

1. 加强人大履职能力建设 人大履职能力是发挥人大在立法工作中主导作用的主体力量保障。人大代表、常委会委员是人大及其常委会的主体力量，只有人大代表、常委会委员积极履行提出立法议案、建议和认真审议法规案的职责，只有其提出的立法议案、建议和法规案审议意见符合立法的质量标准和条件，才能从根本上改变目前在立项、起草、提案、审议等各环节存在的与人大主导立法工作不相适应的“部门主导型”状况。发挥人大代表、常委会委员主体作用，就是发挥其深入了解民情、充分反映民意、广泛汇集民智的优势，发挥其在充分调研基础上提出立法议案、意见和建议的积极性。可以从创新和完善人大代表参与立法的机制入手，鼓励、支持代表开展广泛深入的立法调研；可以逐步提升常委会委员的专业化、职业化水平，提高专职委员比例，增加有法治实践经验的专职委员数量，并探索为人

⑫ 向立力：《立法协商新常态：广泛、多层次、制度化》，《上海人大》2015年第3期。

大代表建立履职“专业服务工作站”，为常委会委员配备立法助理，同时，对人大代表、常委会委员进行与履行立法职责相适应的必要的、系统的培训，多管齐下，努力提高其履职能

力。

2. 加强立法工作队伍建设 加强立法工作队伍，是发挥人大在立法工作中的主导作用的组织人才保障。“立法是政治性、专业性、理论性、实践性都很强的一项复杂工作，需要专业机构和高素质的立法专业人才作保障。”⁽¹³⁾首先，需要全面规划立法工作机构和队伍建设，健全与立法工作任务相适应的专门委员会和常委会工作机构设置，配齐配强立法专业工作人才，大力加强立法工作队伍的正规化、专业化、职业化建设；其次，改革立法人才培养、选拔机制，坚持从有法治实际工作经验并具备职业素养、专业素养的实务部门、律师、法学教师、法学研究人员中招录、选拔立法人才，并通过培训进修、挂职锻炼、考察学习、交流任职、引进人才等多种形式，保障和提高立法工作人员的业务能力和综合素质；其三，加强“立法智库”建设，建立健全立法研究机构和立法工作专家咨询顾问制度，为立法工作提供人才储备和智力支持；其四，将基层人大、基层立法联系点建设纳入立法工作队伍建设的整体框架，利用其联系基层群众的资源优势，为立法工作提供必要的配合、协助性力量支持。

表一：市十四届人大常委会五年立法规划项目库、部分年度（2013-2015）立法计划项目来源结构分解表

类别	立法建议项目总量（件）	列入规划项目库或者年度立法计划的项目数量		人大代表提出立法建议项目数量		市民提出立法建议项目数量		备注
		列入规划项目库或者年度立法计划数量	列入规划项目库或者年度立法计划数量	列入规划项目库或者年度立法计划数量	列入规划项目库或者年度立法计划数量	列入规划项目库或者年度立法计划数量	列入规划项目库或者年度立法计划数量	
五年立法规划项目库	72	38	39	30	13	4	19	本届规划项目库共54件，其余为上届留存项目
2013年立法计划	23	11	18	10	2	0	1	其中有5件同时由部门、其他国家机关、社会组织、代表提出
2014年立法计划	33	14	15	13	4	0	11	
2015年立法计划	39	18	28	16	2	1	5	

注：“其他国家机关”包含县市区人大常委会，由于县市区人大常委会收集的立法建议大多由当地政府部门提出，因此，实质上由政府部门提出的立法建议项目数量比表中列出的数量要多。

(13) 2015年9月7日张德江委员长在第二十一次全国地方立法研讨会上的讲话。

表二：宁波市十二届至十四届人大常委会法规实施监督工作一览表

届别	年份	主体	执法检查		立法后评估	法规清理	法规授权制定规范性文件的监督
			涉及法律法规	执法检查			
十二届 (2003-2006)	2003	省、市人大联动	劳动法、宁波市劳动监察条例、宁波市劳动合同条例、宁波市劳动争议处理办法				
	2004	省、市人大联动	环境保护法、宁波市余姚江水污染防治条例		根据全国人大、省人大贯彻实施行政许可法的统一部署开展法规清理，对存在与行政许可规定不一致情形的17件法规进行修改，废止2件法规	对宁波市现行地方性法规授权市政府及其部门制定实施性行政规定工作情况进行专项调研，发现36个授权条款中，尚有13个未制定相关配套实施细则	
	2005	市人大	食品卫生法、浙江省实施《中华人民共和国食品安全法》办法；宁波市限制养犬规定；人民防空法；宁波市遗体捐献管理条例；广告法、宁波市户外广告管理条例				
	2006	省、市人大联动	安全生产法、浙江省安全生产条例	宁波市国有土地使用权出让招标拍卖办法			
	2007	市人大	农产品质量安全法；档案法，宁波市档案管理条例	宁波市学校安全条例，宁波市城市供水和节约用水管理条例			
	2008	市人大	宁波市爱国卫生条例；宁波市河道管理条例	宁波市劳动合同管理条例			
十三届 (2007-2011)	2009	省、市人大联动	农业法及相关法律法规	宁波市公路路政管理条例			
	2010	省、市人大联动	水污染防治法、浙江省水污染防治条例		根据全国人大、省人大统一部署，根据2010年形成中国特色社会主义法律体系的要求，对与扩大改革开放和经济社会发展要求不适应、与上位法不一致的7件法规进行修改，废止8件法规	对市十二届、十三届人大常委会制定的法规授权市政府及其部门制定配套规定情况进行专项调研，发现47个授权条款中，尚有16个未制定相关配套实施细则	
	2011	市人大	宁波市市容环境卫生管理条例				
	2012	省、市人大联动	食品安全法、国务院食品安全法实施条例、浙江省实施《中华人民共和国食品安全法》办法				
	2013	市人大	食品安全法律法规				
	2014	省、市人大联动	饮用水保护相关法律法规，涉及宁波市余姚江水污染防治条例、宁波市甬江奉化江余姚江河道管理条例、宁波市科技创新促进条例				
	2015	市人大	环境科技进步法、宁波市污染防治情况专项检查	宁波市象山港海洋环境和渔业资源保护条例			

2009	省、市人大联动	农业法及相关法律法规	宁波市公路路政管理条例	根据全国人大、省人大统一部署，根据2010年形成中国特色社会主义法律体系的要求，对与扩大改革开放和经济社会发展要求不适应、与上位法不一致的7件法规进行修改，废止8件法规	对市十二届、十三届人大常委会制定的法规授权市政府及其部门制定配套规定情况进行专项调研，发现47个授权条款中，尚有16个未制定相关配套实施细则
2010	省、市人大联动	水污染防治法、浙江省水污染防治条例			
2011	市人大	宁波市市容环境卫生管理条例			
2012	省、市人大联动	食品安全法、国务院食品安全法实施条例、浙江省实施《中华人民共和国食品安全法》办法			
2013	市人大	食品安全法律法规			
2014	省、市人大联动	饮用水保护相关法律法规，涉及宁波市余姚江水污染防治条例、宁波市甬江奉化江余姚江河道管理条例、宁波市科技创新促进条例			
2015	市人大	环境科技进步法、宁波市污染防治情况专项检查	宁波市象山港海洋环境和渔业资源保护条例		

资料来源：宁波市人大常委会公报

专家参与立法的若干问题研究

丽水市人大常委会法工委

内容摘要：专家学者已成为构建中国特色社会主义法律体系不可或缺的一支力量，丽水市人大常委会在专家参与立法工作上进行了积极探索，并于2015年建立了立法专家库。专家在地方立法中提供地方立法的价值判断标准，从宏观上把握地方立法的合理性和科学性，从技术上形成地方立法的规范系统，同时专家参与地方立法也暴露出了专业化与民主化的矛盾和抑制部门利益与掩盖部门利益的矛盾。因此，还要不断完善专家参与立法活动的制度，明确专家在立法活动中的身份定位，注重参与立法活动的专家的多元化，建立对法学专家立法活动的监督机制，完善公众参与制度。

关键词：地方立法 专家参与 丽水市人大 专家功能

党的十八届四中全会《决定》指出要“深入推进科学立法”，要“探索建立有关国家机关、社会团体、专家学者等对立法中涉及的重大利益调整论证咨询机制”⁽¹⁾；修订后的《立法法》对专家参与立法论证作出了诸多刚性设置⁽²⁾；全国人大常委会提出要“健全立法机关主导，有关部门参与，专家学者、企业事业单位、人大代表和人民群众共同参与的立法工作机制”，研究落实“立法专家顾问制度”⁽³⁾。专家学者成为构建中国特色社会主义法律体系不可或缺的一支力量。

尽管立法论证的专家不只是法学专家，经济学家、社会学家等都可能是参与专家，

(1) 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，来源：新华网 http://news.xinhuanet.com/2014-10/28/c_1113015330_2.htm。

(2) 见该法第三十六条、五十三条。

(3) 《全国人大常委会2015年立法工作计划》，来源：全国人大网 http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/lfdt/2015-05/25/content_1936926.htm

但从频率和作用看，法学专家因为精通法学术语，熟稔立法技能，掌握法律体系内在结构，了解相关制度的全球趋势等，其必然是参与立法论证的主要主体，而且立法专家库的建设较为随意。所以专家参与立法是一个需要慎重关切的问题，因为专家选择是否适当，专家是否真正发挥作用等直接影响立法的品质。提高立法质量，实现科学立法，应首先研究论证如何规范专家立法论证参与行为这一前提问题。

一、丽水市立法专家库的情况

为做好丽水市的地方立法工作，推进立法决策的民主化、科学化，建立公众参与、专家论证与常委会决策相结合的立法决策机制，提高立法质量和效率，丽水市于2015年建立了立法专家库。立法专家库以服务市人大常委会决策为宗旨，以立法研究咨询为主攻方向，以改革创新为动力，集中各方面智慧、凝聚最广泛力量，以专业门类齐全、知识结构合理、人员规模适度为原则，目的是为推进丽水市立法工作提供智力支持。首批专家库人数为25人，其中法学研究类8人、城乡建设与管理类5人、环境保护类5人、历史文化保护类5人、语言文字和逻辑学类2人。

(一) 入库条件。入选专家库的人选应当遵守宪法、法律，拥护党的路线、方针和政策，坚持科学发展观，注重理论联系实际，品行良好，未受过刑事处罚，近5年内未受过纪律处分、行政处分或行业处分；在法学、城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护、语言文字和逻辑等领域具有高级职称或者同等专业水平，或者具有丰富实践经验并在其工作领域享有较高声望的实务工作者；自愿服务地方立法工作，并能够安排必要的时间参与地方立法工作，有较强的民主与法制意识和工作责任心；有较强的调查研究、分析问题和解决问题的能力；年龄在70岁以下，身体健康。

(二) 入库程序。采取组织推荐、个人自荐和定向邀请相结合的方式，征集立法专家人选。组织推荐的，由市人大常委会各办事机构、工作机构、市法学会、律师协会等专业性社会团体、高等院校、科研机构和其他党政机关推荐。个人自荐的，需要充分说明自荐理由。定向邀请的，由法制工作委员会及相关工委根据情况，直接向专家本人发出邀请。法制工作委员会会同相关工委对各方面推荐或自荐的立法专家人选组织审核，并在征求有关方面意见后，综合考虑人员学历、履历、专业特长，在业界的权威、影响以及个人的职业操守，并考虑立法工作需要、年龄结构、行业比例等因素，提出建议名单，报常委会主任会议研究确定。入选专家库的专家学者，由常委会颁发聘任证书。

（三）专家库的职能。常委会就地方性法规草案的立项、起草、审查、解释、修改、废止等活动邀请相关立法专家参与，主要事项包括：立法规划草案和年度立法计划草案；法规草案的起草、修改、审查以及立法后评估等工作；立法中重点、难点问题的论证；关注地方立法动态，为地方立法工作的发展提出合理化意见；上级人大常委会征求我市对法律法规草案的意见；其他重大立法工作事项。立法专家就以下内容提出意见：

1.关于立法必要性的说明。主要包括拟立法事项的现实状况和存在的问题，解决这些问题的必要性和紧迫性；是否属于制定地方性法规的事项；是否存在同主题法律、法规、规章正在制定的情况；已有同主题上位法是否仍有制定地方性法规的必要等。

2.关于合法性的说明。主要包括法规草案建议书内容是否与法律、行政法规、省地方性法规等相抵触；是否超越立法权限等。

3.关于合理性的说明。内容主要包括法规草案建议书内容是否符合客观实际、具有地方特色，是否符合公序良俗和目的的正当性；确定的行政执法机关和行政相对人的权力（权利）与责任（义务）是否平衡；行政程序是否正当；法律责任规定是否与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当等。

4.关于可行性的说明。内容主要包括法规草案建议书规定的管理体制是否符合实际、是否具有现实针对性；管理措施是否高效、便民；行政程序是否简便、易行等。

5.关于规范性的说明。内容主要包括法规草案建议书设定的行为规范的构成要素是否完备、明确，对不同类型行为规范的表述是否符合相关技术要求；概念界定是否准确、周延，语言表述是否准确、规范、简明，逻辑结构是否严密，是否便于理解和执行等。

6.关于立法效益预期的说明。内容主要包括拟确立的主要制度、措施能否较好解决现存问题的分析评估；法规实施的人力、财力等成本支出与实施效益之间的比例关系是否合理；法规施行后可能产生的社会效果等。

7.关于立法准备情况的说明。内容主要包括前期立法准备工作的基本情况；法规草案建议书的成熟度；关于立法时间的具体建议等。

（四）参与工作的形式。邀请专家参与地方立法工作，由法制工作委员会及相关工作委员会根据实际需求，按照专业关联原则，采取专家库成员自主报名与定向邀请相结合的方式确定参与工作的专家。法制工作委员会及相关工作委员会根据立法工作的具体情况和专家报名的意愿，组织成立立法项目专家组，立法项目专家组一般由教

学科研类和实务工作者两个方面的人员组成。法制工作委员会及相关工作委员会与立法项目专家组成员协商确定立法项目专家组召集人，召集人全程参与立法工作，负责协调立法项目专家组的工作，提出立法项目专家组的专家意见或者研究成果。立法专家按照以下方式参与立法工作：

1.书面征求意见。拟定的立法规划草案和年度立法计划草案，或者重要的地方性法规草案，在起草阶段或者草案审核时，书面征求专家的意见建议。

2.专家论证会。专业性、区域性较强的法规草案，或者法规草案各方分歧意见较大的重要问题，或者专业性较强的问题，一般应当召集有关专家进行论证，提出意见。专家提出的意见和研究成果由法制工作委员会及相关工作委员会整理并印发市人大常委会会议。

3.参加立法听证会。常委会在举行立法听证会时，可以邀请立法专家参加。

4.委托专题研究。立法过程中涉及的问题需要进行专业研究的，或者需要开展立法项目成本效益分析的，可以委托立法专家或者立法专家所在的专业机构进行专题研究，提出立法研究报告。

5.起草法规草案。制定专业性或者跨学科的重要法规草案，可以委托专家或者专家所在专业机构起草立法草案，法制工作委员会及相关工作委员会也可以邀请立法专家参加法规草案起草小组。

6.其他形式。法制工作委员会及相关工作委员会根据立法计划的安排，可以有重点地邀请专家参加立法调研、征求意见座谈会、立法工作研讨会等活动。

（五）专家库的管理

1.经费保障。立法专家库工作运行及立法专家参与立法所需的经费和报酬，从立法经费中列支。常委会采用委托专题研究或者起草法规草案形式的，与受委托专家或者教学科研机构订立协议，委托协议载明委托的任务、质量要求、完成期限、工作报酬、验收标准、违约责任等内容。

2.建立日常联络服务机构。常委会在法制工作委员会设立立法专家库秘书处，承担日常联系专家、制定计划、组织活动、专家聘任与解除等工作，主要包括：制作专家库名录并负责联系专家，提供有关立法工作的信息，参与拟定专家参与立法工作的方案，参与组建立法项目专家组，整理专家提交的意见建议和研究成果等。

3.加强工作联系。法制工作委员会及相关工作委员会加强与专家的联系，及时了解和征询专家对立法工作的意见，为专家参与立法工作提供必要的条件和服务。对专家

提出的意见和研究成果，及时进行登记、分析和处理，并在起草或者修改法规时视情予以采纳；未被采纳的重要不同意见，在法规草案说明或者审议结果报告中予以反映并向专家反馈。必要时，可以对专家意见或者研究成果组织再论证。

4.建立表彰激励机制。专家积极参与地方立法工作，提交的意见或者研究成果质量优秀，并且多次被立法吸收采纳的，常委会给予表彰激励。

5.遵守立法工作制度。参与立法工作的专家，应当遵循敬业、尽责、高效的原则，按时出席立法座谈会、专家论证会等立法工作活动，认真负责地提出专家意见，保证意见、建议的质量。涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的，专家应当保守秘密。法规草案定稿后，未经常委会会议审议通过的，参与工作的专家不得擅自向外界披露法规草案所规定的内容。立法专家不得以立法专家组的名义从事与立法工作无关的社会活动。

6.建立专家库任期制度。立法专家库实行届期制度，每届任期与市人大常委会届期同步，并实行动态管理。每届专家库成员聘期满前两个月，法制工作委员会应当启动新一届专家库建立程序，根据专家库成员履职和增补人选推荐情况，结合聘任条件和本人意愿，提出入选新一届专家库成员名单的建议，报常委会主任会议研究确定后公布。专家受邀不参加立法工作连续三次以上或累计五次以上的，其立法专家资格自行终止。立法专家不适宜参与立法工作的，法制工作委员会及相关工作委员会可以提出建议，报常委会主任会议研究后作出调整。

二、专家在地方立法中的功能

在地方立法中，专家能够在解决地方立法的地方特色与可操作性、超越部门利益等环节，发挥不可替代的功能。

(一) 提供地方立法的价值判断标准。立法过程实际是一个价值目标的选择过程。地方立法则是在国家法律的基本价值判断已经完成后，根据地方实际，将国家立法所建立的价值标准具体应用于地方的过程。地方立法由于受到各种因素的影响，专家在参与地方立法的过程中，首要的工作就是对可持续发展进行全面的分析与论证，为地方建立科学、持续、健康的发展理念提供充分的理论指导，为地方环境立法建立符合发展要求的价值判断标准。

(二) 从宏观上把握地方立法的合理性和科学性。地方立法既要保持与国家法律精神的一致性，又要符合地方经济社会环境条件的实际；既要体现地方特色，还要有

一定的系统性。不照抄照搬国家法律条文并非不考虑地方立法的系统性、完整性，而是要在深刻领会国家法律立法精神的基础上，有针对性地进行实施性、补充性立法，这实际上对地方立法的合理性与科学性提出了很高的要求。需要对拟进行的地方立法宗旨、结构、内容、制度、逻辑等进行充分的论证⁽⁴⁾，提出真正能够满足地方经济社会发展需求的理性选择方案。专家参与地方立法，一个重要工作就是充分应用其理论研究基础，以一定的价值判断标准为前提，以地方立法需求和经济社会发展阶段为条件，对地方立法进行合理性和科学性论证。

(三) 从技术上形成地方立法的规范系统。立法技术包括两个方面的涵义，第一是必须符合一般性的法律规则应有的技术要求，如体例安排适当、制度规范严谨、文字表述准确、逻辑结构周密等；第二是必须遵循相关领域的技术规范，如城市管理、生态保护等，专家参与地方立法，主要工作是按照相关领域的技术要求，将立法的特殊性贯彻到具体的条文设计、制度安排以及整体结构中去，帮助地方立法机关把好立法技术关。⁽⁵⁾

三、专家参与地方立法的固有矛盾

(一) 专业化与民主化的矛盾

专家参与立法有着独特的优势。首先，专家也是公民，专家参与立法是公民参与的题中应有之义；专家能弥补普通公众在专业知识、经验等方面不足，提升民意在立法中的科学表达程度，进而提高民主参与的科学有效程度。其次，立法是一项技术含量很高的工作，未经过专业训练的立法者甚至有可能在某些专业性、技术性较强的立法中出现失语现象，专家参与立法有助于法学理论融入法律规范，在立法中引进法学理论和国外的经验，进而提高立法的技术水平和质量。最后，经过系统专业训练的法学专家，通常具备一套特有的理性思维和话语体系，他们参与立法有助于以更符合法律的方式思考各类问题，更可能提出妥善的解决方案，进而增加立法成果的合理性、科学性。

但是上述专业优势在另一方面恰好又是其局限所在。专家习惯于将激烈的利益和价值冲突转化为法律技术来处理，普通民众的利益诉求很有可能被这套技术所过滤；

(4) 吕忠梅：《地方环境立法中的专家角色初探——以<珠海市环境保护条例>修订为例》，《中国地质大学学报（社会科学版）》2009年11月第9卷第6期。

(5) 李小红：《法学专家参与立法论证的审视与改进》，《四川理工学院学报（社会科学版）》2016年2月第31卷第1期。

专家虽然具备理性和抽象思维，但往往对社会实际情况缺乏实际的了解和感受，因此专家的意见很可能偏离社会实际；同时，专家显然也具有自身的利益和意志，他们的意见有时自觉或者不自觉地局限于自己所代表的阶层，不具备更广泛的代表性⁽⁶⁾。上述问题凸显了立法上的一种悖论，即立法民主化与专业化之间的张力。总之，处于独特的教育背景和工作经历，法律专家大都拥有一种“守法主义”的意识形态，国语沉醉在形式和概念的天国之中。最令人担心的是，他们往往会因为对逻辑的追求而傲慢地反对和排斥来自实践的要求。在立法过程中，如何把专业化与民主化有机结合起来，是各个民主国家都遇到的一个难题。

（二）抑制部门利益与掩盖部门利益的矛盾

在我国现有的立法体制下，尤其是在地方立法中，以行政权为中心的权力框架是的地方立法机关相对处于边缘化的位置，立法权与行政权在一定程度上背离了要相互制约的设计，立法为行政服务的色彩依然存在。由地方政府提出议案并且由政府主管部门起草的单一立法方式早已成为牢固的“非法定惯性”⁽⁷⁾，从而严重影响到立法的质量。专家从中立地位和法理角度涉入立法，其使用的一般性和职业性话语，可以在一定程度上对政府部门的利益产生抗衡，这既有利于强化立法机关在立法活动中的主导地位，又有助于促进立法中的平等价值，提升立法质量。因此，专家参与立法是抑制部门利益的一种可能的重要途径。

然而，专家参与立法却同时也可能成为有关部门追求自己利益的障眼法。从目前的情况看，各地立法机关对制度化的专家参与形式青睐有加，在这种模式下，首先，专家组成相对固定，虽然这在保证立法工作和思维的延续性方面是必须的，但长此以往，却可能造成专家论证只是小圈子的论证，很难拓宽思路，专家参与立法以提升立法民主与质量的设想可能会落空。其次，专家的范围通常由立法机关来定，专家往往视参与立法工作为对自己学术价值的最好肯定，颇有些“受知遇之恩”的感受，很难不顾及官员的既有倾向，有时不能做到完全超脱，提出的制度安排也只能是“带着镣铐跳舞”。最后，长期享受立法机关或者政府部门佣金的专家们，如果利用已经形成的对立法话语权的垄断地位为部门利益代言，那么所谓的立法专家阻击部门利益，只能

(6) 莫纪宏：《论立法的技术路线——专家立法在立法公民参与中的作用》，《广东社会科学》2009年第4期。

(7) 尹伟琴：《论专家参与地方立法的必要性及动因》，《杭州师范学院学报（自然科学版）》2006年5月第5卷第3期。

是天方夜谭，部门利益法律化的现象反而在美丽幕布的保护下愈演愈烈。

四、专家参与立法活动的制度完善

（一）明确专家在立法活动中的身份定位。明确了身份定位，是确定职能责任的前提；正确的身份定位是消解立法权旁落疑虑的良药。⁽⁸⁾设区的市人大及其常委会享有立法权，行政机关根据授权享有行政立法权，而两大立法主体中的相关人员是立法者，因此，并未进入立法主体编制的顾问、咨询员、助理等，只能以辅助机构和辅助人员的身份开展工作、提供服务。也就是说，无论是以什么形式参与立法活动的，法学专家只能“听命从事”，在决策事项上不能越俎代庖。

（二）注重参与立法活动的专家的多元化。参与立法活动的专家不仅仅应该包括理论型和实践型两类，在同类专家中，也应增加人员的随机性，如采用设立专家库的方式，将更多的专家纳入“库存”，每次需要专家参与时有立法主体从中选择，而参与不同立法项目的专家人选尽可能地有所区别；再如，实行多版本起草，即委托专家起草法案时可以不限于一个团队，而是让不同的团队提出各自的版本，这还将有利于不同观点的交流，决策时也将有更多选择的余地。

（三）建立对法学专家立法活动的监督机制。法学专家可能利用在立法活动中特殊地位谋取私利，可能在与有关部门和团体的过密交往中形成不妥当的利益关系，因此监督是必要的。除了述职、向其雇主负责外，最好的监督方式就是公开，将专家在各阶段所持的观点公开。虽然专家并非民选代表，无向选民负责、受选民监督的义务，但他们正是协助民选代表和代表机关履行职责。

（四）完善公众参与制度。如果说专家参与阻击部门利益在立法中的垄断的话，公民的充分参与则能有效阻击专家话语在立法中的垄断，同时还能弥补专家与社会现实接触有限的缺陷，实现精英与民众间的互补⁽⁹⁾。可以说，在国家事务的处理中，政务公开、公众参与的理念已经在比较广的范围内得到认可，但仅仅停留在意识和形式上是不够的，除了把公众参与写入法规文本，更要把公众参与落到工作之中。

(8) 陈婷婷：《浅谈我国现阶段法学专家立法》，《内蒙古民族大学学报》2008年11月第14卷第6期。

(9) 王惠玲：《专家在立法听证中的角色和作用》，《现代法学》2007年1月第29卷第1期。

地方立法专家参与比较研究

——以日本的专家参与立法模式为例

何东

地方立法最早可以追溯到 1979 年的《中华人民共和国地方各级人民代表大会与地方各级人民政府组织法》，该法赋予了省、自治区、直辖市的人民代表大会（第 6 条）以及常务委员会（第 27 条）地方性法规的制定权。1982 年地方组织法修改，省会城市及国务院指定的“较大的市”有了地方性法规的草案起草权。同年，82 宪法颁布，第 100 条确认并赋予了 1979 年以来地方人大以及常委会地方性法规制定权的宪法性保障。2000 年，被称为小宪法的《立法法》颁布，第 63 条正式赋予了省会城市（包含自治区）、经济特区、较大的市的立法权。2015 年立法法修改，新增“设区的市的人民代表大会及其常委会”为地方性法规的制定主体，为地方立法提供了法律保障。

一、新《立法法》带来地方立法的机遇与挑战

地方性法规是中国特色社会主义法律体系的重要组成部分。新修《立法法》赋予设区的市地方性法规的制定权，对地方人大而言，即意味着机遇同时又是一种挑战。如何做好地方立法工作，是摆在面前的一项重要任务。,

（一）机遇——赋权增能

立法法修改后，各地方可以对地方事务进行更具针对性、更及时的法律规范和法律调整，有利于促进地方改革的深入发展。同时新修《立法法》还明确将“发挥立法的引领和推动作用”作为立法宗旨之一，进一步突出了人大在地方和社会治理中的地位和作用。

（二）挑战——对地方的立法能力提出新要求

从我国的地方立法实践来看，上海、浙江、广东等省市都已有几十年的经验积累。

地方立法内容涉及经济、文化、卫生、科学技术、城市建设与管理、资源保护等各个

领域。从各地方立法实践来看，地方立法存在立法能力不足的缺陷。这种能力不足首先表现在立法数量不足，地方立法象征化稀薄化。⁽¹⁾由于地方人大立法能力不足，长期以来法规起草权几乎全部由行政部门垄断，严重损害人大的立法权威，也与法治精神相违背。

地方立法能力不足还表现在地方性法规与上位法的抵触。这些抵触主要集中在经济管理和社会管理领域的地方法规。比如上海市公正条例，第 29 条列举了 6 类强制公正的事项，与 2006 年《中华人民共和国公证法》公证申请以当事者自愿为原则，只有法律与行政法规才能设立强制公证的例外，地方法规没有这个权限的规定相抵触。另外，部分城市的出租车管理条例，与 2003 年颁布的《行政许可法》存在矛盾。

新获立法权的城市，由于没有具体的立法实践经验，立法能力不足的问题更为严重。要提高立法能力，各地方人大除了要建立合理科学的立法体制、完善的立法程序外，还要充分发挥专家学者，特别是法学专家在立法中的作用。⁽²⁾党的十八届四中全会也明确提出要“探索建立有关国家机关、社会团体、专家学者等对立法中涉及的重大利益调整论证咨询机制”。修改后的立法法也对加强专家参与立法作出了新的规定。这些新要求都需要地方人大在立法实践中予以贯彻落实。

二、专家参与立法的实践

“专家参与立法”的方式在浙江、广州等地的人大立法中得到了广泛认同，并发挥了积极作用。特别是广东省的“专家立法”现象比较引人注目。2015 年，广东省人大常委会委托 3 所高校分别起草《广东省信访条例》，并于 11 月再次委托两所高校分别起草《广东省救灾条例》。广东省人大常委会也完成了“立法智库”建设，与多所高校合作成立了地方立法研究评估与咨询服务基地，在立法论证、起草、征询等各环节大规模地引入专业人才和社会资源，使“专家立法”由个案探索转向常态机制。

(1) 例如，北京市的地方政府规章与地方性法规比 3：1，而上海市比例超过 4：1。关于土地房屋征收及补偿，出台地方法规只有青岛 1 市，而地方政府出台文件或条例有 78 个。参照孙晓东、朱力宇：《北京与上海市地方立法的比较分析》北京社会科学，2013.1。

(2) 比如在制定 1954 年宪法的过程中，宪法起草委员会聘请了法律专家周鲠生、钱端升为法律顾问，聘请教育家叶圣陶、语言学家吕叔湘为语文顾问，从各个角度对宪法草案进行研究推敲。历史证明，效果是很好的。中国人大网：http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/rdlt/fzjs/2015-04/22/content_1896086.htm

浙江省人大常委会 1995 年在全国率先建立了与高等院校的合作机制，联合浙江大学成立有固定编制的浙江法制研究所。2005 年，又在全国率先组建了地方立法专家库，建立了系统规范的专家参与立法制度。2013 年开始，与高校委托开展较大的市报批地方性法规的合法性审查。2014 年开始，省人大常委会法工委建立了语言文字专家名录，实行法规草案审校工作机制，实现专家参与立法的有序化。除此之外，浙江省人大还通过组织开展专家座谈会、论证会、立法专题调研评估，建立法规起草小组制度，创新了专家参与立法机制。同时，通过出台《关于专家参与立法工作的若干规定》《地方立法专家库工作规则》和《关于本届立法工作中发挥社会机构作用的若干实施意见》等相关规定，实现了专家参与地方立法的常态化、制度化和规范化，有效的推进地方立法公开化，提高立法的科学化。⁽³⁾

但就如省人大刘力伟主任在全国地方立法研讨会上指出的，“我们在专家参与立法方面虽然有了一些进展，但也存在系统性不够强、参与度不够深、机制不够健全和实效性不够高等不足之处”。⁽⁴⁾

三、专家参与立法的日本做法

专家参与立法，在西方代议制国家有比较成熟的制度实践，可为我们提供有益的参考。比如美、英、法、德等西方国家的立法助理制度，对于议员立法助理的设置以及相关规定，国内学者也都比较了解，介绍也比较多，有些地方已经进行了制度性尝试。所以，本文打算通过介绍国内学界相对陌生的日本专家参与立法的做法，对比日本的专家参与立法的实践，探讨专家参与立法的合理机制，为提高我国地方人大立法能力，完善专家参与立法机制提供理论参考。

（一）日本专家参与立法的类型

日本的立法大致可以分为议会立法与委托立法两种。⁽⁵⁾ 无论是议会立法还是委托立法，都离不开专家参与。专家不但是顾问、咨询，同时还负责起草和审议。

1、立法辅助机构。由于日本的国会议员并非都是法学出身，所以日本在议会设置

(3) 中国人大网：http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/2016-09/18/content_1997551.htm

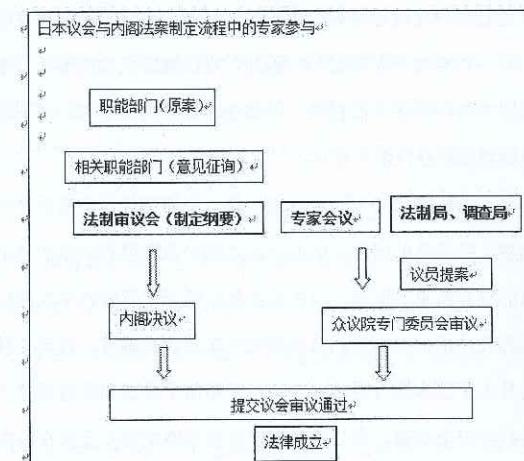
(4) 中国人大网：http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/2016-09/18/content_1997551.htm

(5) 地方立法在日本是个比较陌生的概念，因为日本宪法仅仅承认国会是唯一的立法机关，从严格法律意义上讲不存在所谓地方立法机关。所以本文主要以日本国家层面立法中的专家参与为分析对象。但近年来，随着地方自治制度的发展，被称为“市民立法”的地方自治立法（条例制定权）得到较为迅猛的发展（林田：“日本‘立法法’探究”，日本研究，2016.2）。

了立法辅助机构：议会法制局和调查局。现在法制局有 73 人，主要工作就是：一、协助国会议员起草法案；二、审查政府或委员会提出的法律案，起草法案修正案。三、为国会议员进行法律咨询；四、进行有关法律资料的收集、整理，接受委员会委托进行相关立法调查。

除了法制局，众议院调查局也是辅佐立法活动的专门机构，有专职的调查员，受各委员会委托进行相关立法调查。调查员提供其自身以及重要学者的观点，整理各立法委员会负责法律案的现状、背景、经过、今后的动向、以及需要克服的课题等。

2、法制审议会。政府立法过程中，专家参与的主要形式就是法制审议会。进入 20 世纪以后，随着经济科学技术的发展和，政府在解决国家政治、经济和社会新情况和新问题的重要性不断加强。从国会通过的法案件数来看，山政府提出的法律案高达 85%，远远高于议员提出的法案数。政府提出法律案，通常先由各职能部门确定政策目标、决定制定新法还是修改原有法律，然后制定原案，并与相关职能部门交换意见调整内容，再交由法制审议会审议，经内阁法制局审查、内阁决议，最后提交议会通过。



日本法制审议会根据 1949 年制定的《法制审议会令》而设置，是法务省的咨询机构。法制审议会的职能，是就民事法、刑法及其他法务的基本事项进行调查和审议。现在的法制审议会虽然处于法务大臣顾问机构的地位，但按惯例，政府在民事、刑事以及司法方面进行立法时，必定会咨询法制审议会，并且在起草法案时，会最大限度地尊重法制审议会的意见。

日本的法制审议会采取“合议制”、“自由审议”和“非官僚体制”，在法律案审议过程中扮演“独立与公正”的角色。法制审议会专家接到法务大臣的咨询后，从各自的专业角度开展审议和研究，并将审议和研究的结果整理成《要纲案》。法制审议会提交法案《要纲》后，法务省会忠实的按照《要纲》内容起草法案。因此可以说，对于新法律的制定或现有法律的修改，审议会的审议具有决定性的意义。

3、专家会议。对国民普遍比较关注某一特定议题，政府通常会直接任命专家组组成临时专家会议，推动立法。比如最近，为了实现日本明仁天皇生前退位的法律完善事宜，日本组成了以团联名誉会长、前新日铁会长今井敬为主席6人专家会议，负责讨论天皇的公务责任、以及退位实现可能性等问题。专家会议将在充分讨论的前提下，向政府提交政策建议书，可能推动政府出台“特别措施法”。

当然除了以上三种比较重要的机制外，还有专家听证会、立法研究会、立法评估等非正式的灵活多样的专家参与立法的做法。

（二）参与立法的专家类型

1、具有“职业素养”的辅助机构。法制局的专职人员在起草法律案过程中起重要作用，辅助工作从论证法律案规定是否合适，到斟酌法律是否具有完整性即用语、条文排列的准确性，几乎贯穿整个立法过程。因此，立法辅助机构的专职几乎都是法学出身，他们精通法律术语，具备立法技能，掌握法律体系内在结构，了解相关制度的全球趋势等，是名副其实立法技术专家。

政府立法往往会涉及一些比如专利、环境污染、交通拥堵、产品质量技术标准等具有非常强的专业性、技术性的问题。因而立法过程中就需要该领域的技术专家来就这些问题发表具体的专业意见。例如，日本正在制定的无人驾驶汽车共同标准，为了制定国际性的自动驾驶技术标准协议、自动驾驶汽车的认证制度，自动驾驶规则体系专家小组成员不仅导入了日本国内的技术专家，还邀请了韩国和欧盟委员会的代表共同参与，一起讨论制定安全规范、事故责任以及包括道路交通安全法在内的相关法规障碍和修改内容。

2、“学术权威”的法制审议会

目前，法制审议会由20名兼职委员组成，委员任期为2年，可以连任。法制审议会主要审议法律案是否符合宪法，公民基本权利是否得到保障，是否可能产生公权力的不当行使，与现行的法律是否矛盾，所以大学的法学教授是主要成员。2016年现在的法制审议会会长是原东京大学法学教授高桥宏志，成员包括原东京大学法学学术院

教授原日本刑法学会理事长井上正仁，原东京大学法学教授日本私法学会理事长岩原伸作，东大名誉教授国家司法考试委员会委员长山口厚，原东京大学民法学教授能见善久，原京都大学宪法学教授初宿正典以及国家副检察长，东京高等法院院长等法学权威。同时，法制审议会制度还是立法民主的一项设计，除了法律专业知识上的把关外，还起到了确保公正性和调整利益关系的作用。为此，法制审议会成员还包括了日本总工会主席、读卖新闻社论副总编、新日本驻住金株式会社副社长、日本主妇联合会前会长等著名的经济学家、社会学家、媒体评论家类“学识经验丰富者”。

3、“具有重要社会影响力”的专家会议

因为专家会议主要是回应国民普遍比较关注某一特定议题的立法需求，所以专家会议的专家往往来自不同的领域。比如日本互联网金融立法小组是以日本东京大学法学院道垣内弘人教授为核心，包括日本学园大学法学院森下哲朗教授等多位法学家及银行的金融专家组成。

而天皇退位专家会议的专家除了会议主席经团联名誉会长、前新日铁会长今井敬，其他成员包括东京大学名誉教授、著名政治学者御厨贵和山内昌之，庆应义塾大学校长、著名经济学者清家笃，千叶商科大学教授、国际政治学者宫崎绿以及上智大学教授、行政法专家小幡纯子。日本内阁官房长官菅义伟称，这6人“具有高度见识、且在组织管理和会议运营方面具有丰富经验”。日本《每日新闻》称，专家会议成员对日本宪法、历史和皇室典范相当熟悉，引导国民讨论方面也比较有能力。

四、地方立法专家参与完善建议

与日本相比，目前我们地方立法中存在的专家参与立法的立法顾问、立法助理、立法研究机构等模式，在立法实践中区分度并不明确。笔者认为，针对不同的立法需求与不同的立法环节，专家参与立法模式、专家组成结构必须不同，功能上也要有所差别。

（一）立法机构应配备专职“立法助理”或“立法辅助机构”。科学立法就是借助法学理性思考，汇总立法的经验，运用立法技术，保证立法取得最佳社会效益。为人大提高立法能力，保证立法质量，建议为省、市人大常委会委员配备的立法助理，也可以参照日本，在立法机关内部成立专门的法制局和调查局，专职从事收集、整理相关立法方面的资料，接受委托进行立法调研，按照立法者的需求提供常的立法咨询服务和法律文案工作。立法助理的人数可以参照欧美的经验。此外，立法要求在立法过

程中进行，要严谨细致的立法论证、规范的立法语言表述、使用规范的法律名称，法律案不仅要满足合法性、正义性和合目的性的外在标准，还要满足完整性、明确性和协调性的内在标准。^[6] 所以立法助理或辅助机构工作人员，应该具有法学研究生学历。

（二）建立“法制审议会”制度，配合人大做好政府的规范性文件规范化工作。

新修《立法法》第八十二条规定：“没有法律、行政法规、地方性法规的依据，地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范”。全国人大常委会副委员长李建国指出，依法赋予设区的市地方立法权，就是要对部门规章和地方政府规章权限进行规范。通过完善立法体制，做到立法决策和改革决策相统一、相衔接，改革和法治同步推进。所以，地方人大在接下来的一段时期的重要任务，就是政府规范性文件的法律化。笔者认为，只有建立以法律专家特别是宪法学、行政法学专家为核心的“法制审议会”制度，才能更好的对“红头文件”进行制约和控制，科学合理地规定公民、法人和其他组织的权利与义务、国家机关的权力与责任，顺利完成政府文件法律化工作。

（三）“专家会议”解决区域性问题立法。修改后的立法法还相应明确了地方立法权限和范围，明确设区的市可以对“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事宜”制定地方性法规。对于这些领域立法，可以借鉴日本的专家会议形式，采用“技术专家”+“部门法专家”+“有引导公众参与讨论”“具有重要社会影响力”公众人物+政府职能部门的多方专家参与形式。同时，如果考虑法律不可以大规模的试验，因为它“会花费很长时间，或者带来无法克服的伦理问题”，所以我们需要借鉴西方的立法成就。虽然每个国家国情不同，我们不能盲目照搬，但是并不意味我们可以闭门造车。因此，“专家会议”也要吸收外国法专家、海归博士，总结国外立法经验及教训，是提高我们地方立法能力的重要途径。

[6] 载周旺生主编：《立法研究》第2卷，法律出版社2001年版，第113—154页。

关于地方人大发挥立法主导作用的认识与思考

嘉兴市人大常委会法工委

内容提要：党的十八届四中全会决定和新修改的《立法法》确定了在立法过程中地方人大应当发挥主导作用。地方人大发挥立法主导作用对于全面推进依法治国、全面深化改革、推动人大工作与时俱进具有重要意义。但实际考察立法过程，会发现实践中部分地方人大在立法中并没有发挥出应有的作用。针对现实需要和存在的问题，可以从四个方面来谋求改进。

关键词：地方人大 立法主导作用

在党的十八届四中全会决定明确人大及其常委会主导立法工作之后，新修改的《立法法》又进一步在法律上确认了人大在立法工作中的主导地位。如何落实“人大主导立法”这一党中央的主张和新修改的《立法法》的要求，构建地方人大主导立法体制，提高立法质量，是地方立法工作亟待解决的问题。

一、推进地方人大发挥立法主导作用势在必行

十八大以来，党中央高度重视人大的主导立法问题。习近平总书记指出：“加强人大对立法工作的组织协调，健全立法机关主导、社会各方有序参与立法的途径和方式，健全起草、论证、协调、审议机制，完善立法项目征集和论证制度。”^[1] 在第二十一次全国地方立法研讨会上，全国人大常委会委员长张德江对推进人大发挥立法主导作用提出了具体要求。这些表明党中央和全国人大将人大主导立法提升到依法治国战略的高度，标志着地方人大及其常委会的立法工作将迈入一个全新的发展阶段。

（一）推进地方人大发挥立法主导作用的必要性

发挥地方人大及其常委会在立法中的主导作用，是加强和改进地方立法工作的一个重要着力点，也是新常态下地方立法工作的新任务新要求，对于全面推进依法治国、

[1] 参见汪洋：《坚持人大主导立法的实践与思考》，人大研究2015年第10期。

全面深化改革、推动人大工作与时俱进具有重要意义。

一是全面推进依法治国的必然要求。新修改的立法法将设区的市级立法主体从 49 个增加到 288 个，这意味着地方人大不仅要保证法律法规的正确实施，还要承担着制定地方性法规的任务，这对于加快形成完备的法律法规体系，保障法制统一，全面推进法治建设意义重大。同时，发挥 288 个市级人大在立法中的主导作用，也为依法治国战略的实施注入了新内涵新动力。

二是发挥立法引领和推动作用的现实需要。凡属重大改革都要于法有据。改革发展对立法的要求，已经不仅仅是总结以往经验、肯定已有做法，而且需要通过立法做好顶层设计、引领改革进程、推动科学发展。^[2] 比如浙江省嘉兴市承担了 60 多项国家及省部级的改革试点任务，这些改革任务都涉及到制度体制层面的问题，其中一部分就属于地方的立法范围内。坚持立法先行，发挥好立法的引领和推动作用，必然要求发挥地方人大在立法中的主导作用。

三是不断提高立法质量的有效途径。随着社会发展，民众民主意识、法治意识的提高，人大政治地位的回归，政府主导立法长期取代人大主导立法，已经不合时宜；^[3] 同时，广大人民群众对立法的要求，已经不是有没有，而是好不好、管不管用、能不能解决问题。因此，着力提高立法质量和立法效率，防止部门利益和地方保护主义法制化，都要求推进地方人大发挥立法主导作用，将行政机关的权力关进法律法规的笼子。

（二）推进地方人大发挥立法主导作用的可行性

一是有理论依据。党的十八届四中全会《决定》指出，要“健全有立法权的人大主导立法工作的体制机制，发挥人大及其常委会在立法工作中的主导作用。”这是第一次正式以高规格文件形式就地方人大主导立法问题作出明确规定。同时，从世界范围内的立法来看，由人民选出的代表所组成的代议机关来主导立法过程，是立法获得正当性与公正性的基础，亦是各国立法体制的精神内涵所在。^[4]

二是有法律支撑。宪法第 100 条和新修改的立法法第 51 条，都对地方人大主导立法的精神作了规定。如 2016 年修改出台的《浙江省地方立法条例》第 4 条规定，“地

[2] 参见李适时：《完善立法体制》，人民日报 2014 年 11 月 26 日。

[3] 参见胡戎恩：《人大主导立法权的意义及路径》，法制日报 2014 年 12 月 10 日。

[4] 参见封丽霞：《健全人大主导立法工作的体制机制》，山东人大工作 2014 年第 12 期。

方人大及其常务委员会应当加强对立法工作的组织协调，健全地方立法工作机制，发挥在地方立法工作中的主导作用。”因此，地方人大及其常委会根据有关法律法规的规定，发挥立法主导作用是符合法律规定的。

三是有制度和实践基础。一些先行立法的城市经过近些年来的探索，已经在发挥人大立法主导作用方面取得了成效、形成了经验，并构建了一整套科学的制度体系，为推进地方人大发挥立法主导作用提供了有力保障。如武汉市、南京市、珠海市已经各制定出台了近 20 项制度，涉及立项工作规则、法规草案起草工作规则、法规草案初审工作规则、地方立法咨询专家库管理办法等方面。

（三）正确把握推进人大发挥立法主导作用的内涵

“主导”在《现代汉语词典（修订本）》中解释为：“主要的并且引导事务向某方面发展的。”^[5] 因此，地方人大主导立法就是地方人大按照党委的统一决策部署，根据改革发展的需要，在政府及其部门以及社会力量的配合支持下，从立法项目、规划的确定，到重要法规的组织起草、重要问题的协调等环节入手，发挥对整个立法活动的主导功能，保证立法体现党委意图和人民意志的统一。一般来说，具有以下几个特征：

一是在立法顶层设计上的主导作用。突出地方人大不仅要统筹自己的立法规划，还应统筹政府的立法规划，确保将有限的立法资源用在刀刃上。^[6]

二是在立法具体环节上的主导作用。突出地方人大在起草、审议、修改等各个环节发挥的统筹协调作用，确保有关方面抓紧法规案起草工作，及时提请审议，维护立法计划的严肃性。

三是在立法制度设计上的主导作用。突出抓住法规中“关键的那么几条”，重点解决制约立法项目中重大制度设计顺利推进的难点问题。

二、地方人大发挥立法主导作用的基本现状

（一）对地方人大发挥立法主导作用的基本判断

自 1979 年地方组织法赋予部分设区的市地方立法权以来，各地人大及其常委会都在发挥立法主导作用方面进行了许多有益的探索。如深圳市委、宁波市委先后出台有关文件，为推进人大发挥立法主导作用提供有力支持。如福州市人大常委会在法规立项上积极发挥主导作用，慎重进行项目筛选、论证，取得了较好的社会效益。如南昌

[5] 参见中国社会科学院语言研究所编：《现代汉语词典》，北京商务印书馆 2002 版第 438 页。

[6] 参见柳飒：《论构建市级人大立法主导体制的途径》，广西社会科学 2016 年第 3 期。

市人大常委会在制定《南昌市城市管理条例》时，提前介入法规起草，使得法规的具体条款充分体现管理理念和管理体制机制的改革创新。如嘉兴市、湖州市立法也在前期相对“人大热、政府冷”的情况下，由人大直接组织法规的起草，确保了法规起草的质量和效率。但不可否认的是，在我国的实际立法过程中，地方人大在立法工作中主导作用发挥不足的状况依然存在。

一是在顶层设计上，政府部门申报法规项目一直都是立法项目的主要来源，人大往往只能从政府部门报送的法规建议项目中选取。虽然一直倡导人大自身提项目，但是数量还是少之又少。即使有项目提出来，由于综合性比较强、难度比较大、部门没有积极性等原因，最终很难列入出台项目。^⑦

二是在具体环节上，人大的统筹协调作用发挥不到位。如在政府起草方面，人大系统所制定出台的调整行政活动的法规，其所依据的草案中有百分之八十以上由同级人民政府作为议案提出，有的草案虽然不是由政府直接提请，实际上也是由行政部门为主起草的；^⑧同时，有的起草部门存在依赖心理，认为法规是由人大最后兜底的。在提前介入方面，人大参与总体比较松散，主导作用发挥不够明显，主要是了解掌握情况，即使人大发表一些意见，也是提供给起草单位参考，没能体现主导作用。

三是在制度设计上，地方人大在多数情况下都会表决通过，“过滤”的程序没有起到应有的效果。正如党的十八届四中全会《决定》所指出的：“有的法律法规未能全面反映客观规律和人民意愿，针对性、可操作性不强，立法工作中部门化倾向、争权诿责现象较为突出”。

（二）地方人大发挥立法主导作用不足的原因分析。

造成地方人大在立法工作中的主导作用发挥不足的因素较多，主要有：

一是部分地方人大主观上不积极，甚至不作为，没有真正树立起主体意识，导致部分立法工作程序流于形式。^⑨

二是既有地方立法工作机制不完善、不健全的问题。如在法规政府起草阶段，对地方人大提前介入的“度”缺少相应的机制去规范；在法规审议阶段，对法规案中焦

^⑦ 转引自《发挥人大立法主导作用的实践与探索——以南昌市人大立法工作为例》，(2015-9-25),
http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/2015-09/25/content_1947249.htm。

^⑧ 参见丁祖年：《健全人大主导立法体制机制研究》，法治研究 2016 年第 2 期。

^⑨ 转引自《对人大在立法中发挥主导作用的认识和实践》，(2015-9-24),
http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/2015-09/24/content_1947151.htm。

点问题的决策不能做到精准到位等等。

三是地方人大主导立法的组织协调还不到位，社会各方在支持配合地方人大发挥主导作用方面还没有形成良好的工作氛围。

四是地方立法资源还不足。当前从事地方立法工作的机构和人员数量少，工作人员的素质和能力与新形势下地方立法工作的要求尚有一定差距，导致人大在法规立项、起草、审议等环节上处于被动地位，无法发挥主导作用。以嘉兴市人大为例，负责地方立法工作的专门委员会有4个，每个专门委员会办公室工作人员基本上是1-2人，除了要做好大量的考察调研、法律监督等工作以外，还要从事立法工作，力量明显不足。

五是人大代表立法作用发挥不够。如常委会组成人员审议法规时，由于前期参与立法调研不足，对法规内容了解不够，常常会出现尽管审议了很长时间，但实质性意见不多等现象；征求所有代表对法规案意见的做法虽然做到了广覆盖，但从意见反馈情况上看，反馈的意见不多，特别是有价值的意见更是很少。

三、推进地方人大发挥立法主导作用的几点建议

推进地方人大发挥立法主导作用并不意味着地方人大在立法中唱“独角戏”，包揽所有立法工作，而是需要地方人大积极转变角色，调整工作思路，完善工作程序，主导地方立法的方向、进程和节奏。

（一）要树立地方人大主导立法的理念。

认识是实践的先导，理念是行动的指南。针对党的十八届四中全会对地方立法工作提出的新任务、新要求，地方人大应当树立主导立法的理念，把这种理念始终贯穿于立项、起草、调研、修改、审议整个立法过程，改变过去那种政府提请什么，人大就审议什么的模式，实现由被动“等米下锅”向主动“点菜上桌”的转变。要强化担当意识，主动承担地方立法使命和责任，把握法规立项主动，牵头起草综合性重大法规，加强与各有关方面的沟通协调，对涉及改革全局、有较大争议的立法项目，善于从全局高度化解分歧，确保法规内容公平公正。要进一步完善地方立法工作程序，对立法活动的所有程序作出详细地规定，使得立法活动各环节在人大及其常委会的主导中有规划、有计划，按程序的稳步推进。

（二）要加强地方人大主导立法的组织协调。

地方人大发挥立法主导作用并不是在立法各个环节上大包大揽，而是需要正确处理好立法工作各个层面相辅相成、相得益彰的关系。

一是坚持党的领导，保障地方人大发挥立法主导作用。坚持党的领导是地方人大在立法工作中发挥主导作用的重要前提和坚强后盾。要牢固树立党的观念、政治观念、大局观念和群众观念，把地方立法工作自觉摆在中央、省、市落实“四个全面”战略布局中去谋划，通过立法制度设计贯彻落实市委的决策部署，并通过法定程序凝聚共识、协调利益。要建立健全地方立法重大事项报告制度，凡地方立法涉及重大体制和重大政策调整，以及社会高度关注、各方面意见分歧较大的难点问题，必须报同级党委讨论决定。涉及立法规划、立法计划和地方性法规的制定等重大问题，由人大常委会党组向同级党委报告。要积极争取同级党委对地方人大行使立法权的支持和保障，定期听取立法工作汇报，研究解决立法中遇到的问题，推动立法工作顺利开展。

二是推进政府协同，保障地方人大发挥立法主导作用。法规草案由行政主管部门起草、由政府提出议案，这一模式容易滋长立法中的部门利益倾向。要使立法跳出部门利益的樊篱，必然要求地方人大积极推动、督促指导政府及其部门切实履行好立法工作各个环节的职责。在这方面，要建立市人大与“一府两院”立法工作联席会议制度，及时掌握和了解立法计划实施情况，定期通报研究立法工作中的重大问题。要增强立法计划的刚性，督促政府按照立法规划、计划和实施方案的任务分工，及时组织起草法规草案、按时提请审议，并做好草案有关制度设计的第一关，从源头上防止部门利益法制化或地方保护主义倾向。法规草案通过后，要督促政府按照要求及时出台配套规章或文件，确保法规得到有效实施。

三是加强立法能力建设，保障地方人大发挥立法主导作用。人大立法能力建设水平的高低，直接影响立法主导作用的发挥。要结合换届选举，优化常委会组成人员的结构，进一步增加有法治实践经验的专职常委比例；要建立健全立法咨询专家顾问制度，对常委会组成人员、法制委成员开展有针对性的培训，以此进一步提高其政策、理论和法律水平，以更好地发挥审议主体的作用。要通过各种形式加强对立法工作者的培养、培训，不断提高他们的政治辨别能力、解决问题能力、组织协调能力、文字功底能力，以胜任日益繁重的地方立法日常工作。要结合工作需要，设立如“立法研究中心”这样的专业机构，增强立法力量。要建立从符合条件的律师、法学教师、法学研究人员中招录立法人才，并积极探索采取人大系统法制工作机构上下挂职、交叉任职等方式，培养立法骨干人才。

（三）要补齐地方人大主导立法的过程控制短板。

当前，中国特色社会主义法律体系已经形成，对立法的要求，已经不是数量，更

多是质量的要求。因此，发挥地方人大在立法中的主导作用，要求在立项、起草、审议等环节上严格把关、补齐短板，确保地方立法“不抵触、有特色、可操作”。

一是要补齐立项环节的源头控制短板。法规立项工作是体现人大立法主导作用的关键，是立法主导性的第一道关口。要围绕党委、政府工作大局，突出城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等重点领域，重点聚焦法律法规的“真空地带”、法律职能的“交叉地带”、法律实施的“悬浮地带”来进行通盘考虑、总体设计、全面论证、科学选择，使法规制度能够充分反映经济社会发展的客观要求，及时回应人民群众的迫切期待。对政府提出的立法建议，不能简单照单全收，要坚持不是经济社会发展急需的不立，虽有立法必要但立法条件不具备的不立，能用党纪、政策、规章、道德解决的不立，立法目的针对性不强、效果不理想的不立。^[10]以人大及其常委会通过立法规划、年度立法计划的形式，加强对立法工作以及政府立法规划、计划的统筹，切实做到不浪费立法资源、不重复和交叉立法。要制定立法计划实施方案，督促指导政府或者有关单位按照立法计划的任务分工和时间节点组织起草法规草案。

二是要补齐起草环节的制度设计短板。立法的起草和修改工作直接关系到法规的质量，也决定着立法工作的成败。对于政府提请审议的法规草案，人大有关专门委员会和常委会工作机构要关口前移，掌握好提前介入的“度”。这个“度”就是加强与政府有关部门的联系，了解法规起草情况，参与法规前期的调研论证工作，对立法思路、框架和重点、难点进行调查研究和规范引导，必要时，从合法性角度提出纠正性意见，从立法技术方面提出指导性意见。涉及综合性、全局性、基础性等事项的法规草案，可以由专门委员会或者常委会工作机构牵头起草，吸收政府有关部门参与，也可选择部分市人大代表、立法咨询专家自始至终参与起草。对于专业性强、利益关系调整复杂的法规草案，可以委托有关专业单位组织起草，也可以同时委托数家单位同时开展起草工作，最后的成果可以吸纳各家单位的精华。

三是要补齐审议环节的科学决策短板。提高对法规草案的审议水平，是人大在立法中发挥主导作用的最重要环节。要强化初审阶段专门委员会的职能和任务，提高审议的质量和效率。为了强化法制委员会委员的责任意识，可以将法规分解落实到人，全程跟踪法规，使之对法规有全面的认识，审议时能够有的放矢。对于常委会组成人员的审议，可以通过法规内容授课、专题说明会、实地查看等方式，强化对法规内容

(10) 参见李琦：《人民与权力》，2015年第10期。

的理解，提升对法规内容的审议水平。应将涉及经济社会发展大局和人民群众切身利益的重要法规提交人代会审议，使立法更能体现人民意志，更具有社会基础。对于法律关系比较复杂、分歧意见较大的法规草案，以及审议中遇到的分歧意见较大、影响立法进度的重点难点问题，地方人大要勇于在矛盾的焦点上“划杠杠”，把握立法决策主导权。对于难以协调解决的，要及时通过人大常委会党组请示同级党委决定。

（四）要完善地方人大主导立法的参与机制。

党的十八届四中全会决定提出：“拓宽公民有序参与立法途径，健全法律法规规章草案公开征求意见和公众意见采纳情况反馈机制，广泛凝聚社会共识。”新修改的立法法第5条再次强调规定：“立法应当体现人民的意志，发扬社会主义民主，坚持立法公开，保障人民通过多种途径参与立法活动。”因此，地方人大应当不断探索主导立法的新形式、新方法，进一步拓宽公众有序参与立法的渠道和途径。

一是要推动公众参与地方立法。要进一步完善立法调研、听证、咨询和基层立法联系点制度等制度并按实主导运作，广泛听取基层单位和人民群众对地方立法工作的意见、建议，努力提高地方立法质量。要探索通过扩大市民旁听范围等多种方式向社会公开审议过程，增加法规审议过程的公开度和透明度。要通过“互联网+立法”等多种形式征求公众的意见，并将有关情况予以反馈。对于征求意见的形式，除法规文本外，还可以列出征求意见提纲，避免公众对整个法规的阅读产生畏难情绪。对于热心地方立法事务的群众，可以聘请为“兼职立法员”，保持其对地方立法的长期关注。

二是要推动专家参与地方立法。专家学者和相关科研机构在人大组织下参加立法，是提高人大主导立法质量的有力保障。要建立健全人大常委会立法咨询专家库，完善专家库管理制度。要进一步研究优化专家库的管理机制，加强服务联络，做到日常联系“不断线”、调研视察“齐参与”、专题讨论“摆重点”、意见建议“有反馈”，要将专家发挥作用的空间从法规案的起草、审议、征求意见建议等环节延伸至地方性法规的贯彻执行情况，也就是要开展好立法前、中、后的全过程评估，还包括今后将面临的立法清理工作。要建立第三方评估制度，对部门间争议较大的重要立法事项，由人大委托相关研究机构、专业评估组织或者社会组织等开展专题评估，提出客观、公正、有说服力的评估报告，促进科学决策。要建立健全专家参与立法意见奖励制度，充分调动专家参与立法的积极性。

三是要推动代表参与地方立法。充分发挥人大代表在立法中的重要作用，是发挥人大及其常委会立法主导作用的重要体现。要在人大代表培训时，增加立法知识培训

内容，并通过代表联络站和代表履职平台等载体，征求人大代表对立法计划项目和法规草案的意见，便于人大代表更好地参与立法工作。要高度重视人大代表依法联名提出的立法议案，把代表议案建议办理与立法规划计划、制定修改法规紧密结合起来，要积极拓展基层人大代表参与立法工作的渠道，邀请相关代表参与立法起草、论证、调研、审议等活动。在组织各级代表参与系列主题活动时，要注意收集并分类汇总有关立法建议，多途径、多渠道推动我市地方立法工作“立得住、行得通、真管用”，并定期或不定期向人大代表寄送立法规划和立法计划，为人大代表有准备的参与立法工作创造条件。

设区的市地方立法应注意的几对关系探析

——以我国 J 市地方立法实践分析为视角

金华市人大常委会法工委课题组*

内容提要：设区的市立法作为国家立法体系的一个组成部分，在立法实践过程中面临着需妥善处理若干对直接关系立法质量的对立统一关系问题，如地方特色性与国家法制统一性、人大主导和政府发挥重要作用、科学立法与民主立法、长期规划与近期立法项目选择等关系。设区的市地方立法的“特色”性需求应以法制统一原则为前提，而政府重要作用的发挥应服务于人大主导立法，同时立法过程要以问题为导向，区分轻重缓急稳步推进。

关键词：地方立法 社区的市 立法实践 关系 对立统一

设区的市被赋予地方立法权，是中央全面推进依法治国的重要举措，但设区的市地方立法作为国家立法体系的一个组成部分，在立法实践过程中面临着地方特色性与国家法制统一性等几对关系的妥善把握问题。本文试以我国 J 市地方立法实践分析为视角，对其进行分析，以期对设区的市的立法有所助益。

一、设区的市的立法现状及特征

2015 年 3 月 15 日，十二届全国人大三次会议审议通过了《中华人民共和国立法法》修正案，将地方立法权扩展至全国 282 个设区的市。我国 J 市作为中等城市，为行使好地方立法权，加强了机构、制度和能力建设，并开展了有一定的立法探索，在刚刚获得立法权的设区的市中，其立法实践方面具有一定的典型性和代表性。

* 金华市人大常委会法工委课题组成员：李克勤、钱静、方炳富、朱剑冰。李克勤，金华市人大常委会副秘书长；钱 静，金华市人大常委会法工委主任；方炳富，金华市人大常委会法工委副主任；朱剑冰，金华市人大常委会法工委干部。

(一) 我国 J 市地方立法基本概况

在《中华人民共和国立法法》修正案赋予市区的市立法权之后，J 市于同年 7 月 30 日，被省人大常委会批准准予行使地方立法权。今年年初，J 市召开人民代表大会议，审议并通过了首部程序法规《J 市制定地方性法规条例》，其后还制定了《J 市地方性法规立项工作规则》、《J 市地方性法规草案起草工作规则》等六项配套程序规范。

鉴于 J 市境内河流众多，河网密布，流域面积广，且处于钱塘江、浦阳江、瓯江等河流上游地区，区域环境敏感，近几年 J 市采取了一系列措施加强水环境保护，水环境质量有较大提升，一些好的做法急需通过立法予以固化，实体法规立法项目选择水环境保护项目。6 月下旬市政府将条例草案提请市人大常委会审议。8 月下旬经 J 市人大常委会会议第一次审议，市人大常委会法工委对该法规草案进行重大修改，现正对法规草案修改稿进行多层次征求意见或者论证，预计十月份提请该市人大常委会会议审议通过。

(二) 我国 J 市地方立法的基本特征

1、立法经验欠缺且缺乏系统的立法理论指导。

该市刚刚行使地方立法权，极度缺乏立法经验，对地方立法过程中的问题导向、地方特色、不重复上位法的规定以及立法过程中的协调机制、征求意见机制等有关立法重要问题的思考和理解没有经过实践检验。相关立法工作人员，无论是人大常委会法工委立法工作人员还是政府及其法制部门立法工作人员都是在“干中学”、“学中干”，在没有经过系统专业的立法理论培训，缺乏系统的立法理论指导下进行立法。

2、政府及其部门对立法重视程度与立法形势需要不符。为了制定年度立法计划，该市人大常委会多层次向政府、人大代表、公众征求立法建议项目。根据立法法规定，提交立法建议项目时，必须同时提交可行性报告、地方性法规草案文本和参阅资料，这是立法机关论证立法建议项目合法性、可行性、成熟度的基础材料和重要依据。但是政府相关部门在提交立法建议项目时，仅仅提交一个“立法题目”，表明其明显有“地方立法是人大的事，不是政府的事情”的不当认识。

3、人大主导立法在立法过程中逐步展现。首先是立法项目的选择确定，该市人大常委会从征求的 70 多件立法项目中选择水环境保护立法项目，体现了该市人大常委会对地方立法立项工作的主导。其次是在政府正式向该市人大常委会提交法规草案后，该市人大常委会高度重视立法民主，多方征求意见，并根据多个意见对草案做了大幅度修改，体现了该市人大常委会对法规草案的审议、修改的主导。

4、重视地方立法的技术性规范建设。J市人大常委会除制定了《J市制定地方性法规条例》外，还及时制定出台《J市地方性法规立项工作规则》、《J市地方性法规草案起草工作规则》等六项配套程序规范，初步建立了涵盖立项、起草、初审、审议、专家参与等重要立法环节的立法行为规范体系。

二、设区的市地方立法“几对关系”问题分析

（一）法制统一性和地方特色性关系问题

法国著名思想家孟德斯鸠在《论法的精神》一书中曾说过，一切有权力的人都爱滥用权力，直到有限制的地方为止。地方立法是国家立法的延伸，是我国法律体系的重要组成部分，不得超越权限立法。同时，地方立法必须要有特色，这也是对地方立法的基本要求。设区的市立法过程中面临的“法制统一性和地方特色性”关系问题主要涉及以下几个方面的内容：

1、地方“特色”难点问题。所谓“特色”，就是地方立法应从本地区的实际出发，充分把握地方特点和规律，立法符合本地区的实际情况。地方立法的“立”，就是创新，就在于解决上位法没有解决的问题，是对上位法的补充和细化，而不是抄搬、重复上位法已有的规定。如该市政府提请审议的《J市水环境保护条例草案》，由于水环境保护涉及范围较广，为兼顾各方面不得不面面俱到，因而重复上位法的条款高达50%以上，有些条款深圳仅仅修改了上位法个别字词，或者调整一下句式，换一种方式表达而已，可见地方立法的难点和重点确实在于特色性。

2、“法制统一”底线问题。在行使地方立法权时，必须坚持与上位法“不抵触”的原则，力求避免与上位法相冲突的地方性法规出现，力求避免通过地方立法强化地方保护主义的现象发生。要以问题为导向，在突出地方特色的前提下，确保法制统一性。J市水环境保护条例草案中，有关禁磷和租赁管理中相关规定就引发师傅存合法性问题的争议，该市人大法制委经统一审议，认为存在合法性问题，删除了相关条款，但在以后的数次审议中不少地方和常委会组成人员还有建议要求在条款中加上相关条款，可见不违反上位法并非想象中的那样容易操作。

3、二者对立统一关系问题。“特色”是衡量地方立法质量和价值的主要标志，突出地方特色也是地方立法在整个立法体系中地位决定的。在立法实践中，若过于追求地方特色、追求创新性，很有可能会违反上位法的规定；而过分担心抵触上位法，畏首畏尾，简单重复抄袭上位法的规定，则会导致立法资源浪费。如J市水环境保护

条例草案，重复上位法的条款高达50%以上，而有些创新性条款又存在超越上位法授权情况，可见处理好二者之间的关系是立法的重点和难点。

（二）人大主导和政府发挥重要作用关系问题

党的十八届四中全会决定明确指出：“健全有立法权的人大主导立法工作的体制机制，发挥人大及其常委会在立法工作中的主导地位。”但是人大主导立法，不是人大唱“独角戏”，需要政府方面发挥重要作用。人大主导和政府发挥重要作用关系问题主要涉及以下几个方面的内容：

1.人大主导立法问题。人大主导立法，体现在人大主导法规的立项、起草、审议和进程等几个立法关键环节。在地方立法初期阶段，人大主导立法主要是如何把握好人大提前介入的深度问题。例如J市的立法项目名称《J市某某江流域水环境保护条例（草案）》，在政府起草过程中变更为《J市水环境保护条例（草案）》，并经该市政府两次常务会议讨论，水环境保护范围大大扩展。若是人大提前介入过深，则可能出现政府相关起草部门推诿起草责任，将起草工作任务和质量保证全部推给人大；若是提前介入深度不够，则会出现情况掌握不到位，增加后期立法协调难度。

2.政府发挥重要作用问题。地方立法工作是一项复杂的系统工程，设区的市刚刚获得地方立法权，立法能力、立法人才和立法经验相对薄弱，立法后贯彻执行也需要靠政府部门，故地方政府应发挥其在立项、起草过程中的重要作用。从J市政府相关部门在提交立法建议项目时，均只提交“立法题目”而不是立法项目，表明政府层面积极主动谋划立法全局的意识不强，对人大主导立法工作的依赖性比较重。当然，政府法制机构的立法力量和能力不足，也是难以适应新时期地方立法工作需要的重要原因之一。

3.二者对立统一关系问题。二者关系的协调，主要是提前介入的时机问题。特别是在政府起草法规草案的过程中，人大何时介入草案起草问题。在政府起草法规草案的过程中，人大有关机构或者工作人员提前介入，能有效整合资源和力量、提高立法效率。有的地方人大在法规草案起草时，即派相关工作人员参与起草，或者在起草部门将草案提交政府常务会审议前派员直接修改草案。但提前介入的时间过早，可能无法充分发挥政府在法规草案起草过程中的重要作用；若介入的时机过迟，后期的法规草案修改需付出更大的代价。

（三）科学立法与民主立法关系问题

科学性和民主性是地方立法的根本属性，也是地方性法规和一般规范性文件的根

本区别。科学立法的本质，是体现人民的意志，符合经济社会发展的规律。科学立法与民主立法关系问题主要涉及以下几个方面的内容：

1、立法协商基本内容问题。中央关于加强社会主义协商民主建设的意见，对于人大开展立法工作中的协商做了专门规定⁽¹⁾。立法法也规定了“听取意见可以采取座谈会、论证会、听证会等”的立法协商的基本含义和要求。但是上述规定比较原则，需要在地方立法实践中对立法协商的对象、程序和范围等予以明确和细化。J市召开第一次立法协商工作会议后，着手制定立法协商工作办法，但由于对立法协商对象存有重大分歧和争议，最后暂时搁置。

2、科学立法问题。科学立法的本质，是准确反映和体现法所调整社会关系的客观规律，同时要遵循法律体系的内在规律，不得违反立法法等上位法的程序性规定。设区的市地方立法在科学立法方面，存在的问题是在立法技术方面，由于经验和人才缺乏导致立法缺乏深层次的理论支撑。如J市在制定《地方性法规立项工作规则》、《地方性法规草案起草工作规则》等六项配套制度时，征求意见过程中均存在制定相关规定必要性质疑。有观点认为应先行立法，再根据立法实践过程发现的问题完善立法制度。

3.二者之间的关系协调问题。科学立法、民主立法，是内容与形式的有机统一⁽²⁾。地方立法的过程，也是对社会各界就相关事项达成共识的检验，是一次凝聚共识的过程。通过地方立法，平衡利益关系，反映人民意愿，保障人民利益，增强社会的凝聚力和向心力。两者的一致性，但毕竟侧重点不同。科学立法更加强调反映和体现法所调整社会关系的客观规律，同时要遵循法律体系的内在规律，而民主立法更加强调平衡利益关系，凝聚共识的问题。因二者侧重点不同，致分析问题的角度不同，需要认真对待。

（四）长期规划与近期立法项目选择关系问题

通过行使地方立法权，对本地区重大公共事务、社会关系调整作出制度性的安排，从而确保改革创新于法有据，但地方立法项目推进必然是“有先有后”、“有急有缓”的。长期规划与近期立法项目选择关系问题主要有以下几个方面：

一是能不能立的问题。这主要涉及设区的市的立法权限。立法法规定“设区的市

(1) “健全立法论证、听证、评估机制，探索建立有关国家机关、社会团体、专家学者等对立法中涉及的重大利益调整论证咨询机制”。

(2) 参见刘锦森：《对立法法修改后地方立法问题的一些思考》，载《人大研究》2015年第5期。

的人民代表大会及其常务委员会根据本市的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，可以对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事宜制定地方性法规”，在立法法规定的设区的市可以制定地方性法规三方面立法事项中，大家对“城乡建设与管理”的理解争议较大，这在一定程度上影响和制约立法规划和年度立法计划的制定和立法项目的选择。

二是宜不宜立的问题。这主要解决在有地方立法权限的情况下，立法项目的择优问题。地方立法应该在不重复上位法的前提下，优先考虑解决迫在眉睫的问题，凸显地方立法对相关问题解决的推动促进作用。确定地方立法选项要非常慎重，必须牢牢把握体现本地特色和根据需求立法这两个要求。有些项目属于设区的市立法权限范围内，但是不属于急需解决的问题，或者不符合本地的实际，就不宜立法。比如沿海设区的市拟就海洋保护区管理进行立法，而内陆的其他设区的市就不适宜。

三是先不先立的问题。所谓“先不先立”是指长期规划和近期立法选项的关系问题。对于属于设区的市立法权限范围内的立法项目，应优先选择属于近期急需解决且立法条件成熟的事宜。比如J市发展面临的突出问题是各县（市、区）发展过“散”，需要“集能聚力”、“优势互补”、“抱团发展”，而水环境保护恰恰是抱团发展的重要事项之一，而且立法条件比较成熟，故其第一部实体地方性法规就选择水环境保护，符合该市地方立法实际情况。

三、设区的市地方立法“几对关系”的思考与建议

（一）地方“特色”需以法制统一原则为前提

1、设区的市地方立法需过“特色”关卡。一是地方立法需研究本地实际问题，在与法律、行政法规不相抵触的前提下，紧扣地方实际、突出地方特色，解决地方立法面对的现实问题。二是勇于创新，对国家和省尚未立法的事项，进行超前的自主性立法，对上位法已有立法的事项，进行具体的实施性补充立法。

2、地方特色需以法制统一为前提。一是设区的市制定地方性法规要严守同宪法、法律、行政法规和省人大制定的地方性法规不抵触的法律底线。二是设区的市立法权限应严格限制在城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护三个方面，不得擅自扩展。三是为便于设区的市立法操作把握，减少额外探索成本，应逐步明确设区的市立法权限负面清单。

(二) 政府重要作用的发挥应服务于人大主导立法

1、政府发挥重要作用意识要提高。一是政府应加强与市人大常委会立法计划编制工作的衔接，研究拟定由政府提请审议的地方性法规项目。二是加强对立法起草工作的动态管理。对列入立法计划的起草项目，起草部门要根据立法计划制定科学、可行的工作进度表，提出具体的工作任务和时间节点。对于起草过程中存在的困难和问题，也要及时汇报，加强沟通协调，保证草案如期提交市政府研究，提请市人大常委会审议。三是积极主动配合市人大常委会审议地方性法规草案。密切配合市人大常委会有关专委和法工委做好立法调研、征求意见、协调论证和法规草案修改完善等工作。

2、人大对立法的主导要落到实处⁽³⁾。一是做地方立法内容的决定者。人大主导立法不仅意味着人大是程序上的立法主体，更应成为实体上的立法主体，成为立法过程真正的组织者、主导者、协调者以及法规内容真正的决定者。二是敢于果断决策。人大在立法中遇到各方争议较大、涉及经济社会发展全局或者人民群众切身利益的重大问题时，要积极组织开展研究论证，在各方利益充分表达权衡的基础上果断作出决策，敢于并善于在矛盾焦点上做结论。三是善于作出决策。为此应强化人大主导立法能力和机制建设，增强人大常委会地方立法审议能力和工作能力⁽⁴⁾。

(三) 科学立法与民主立法统一于提高立法质量

1、立法全程必须坚持程序规范。一是立法项目规划与计划的制定，法规草案的起草、提出、审议、表决，法规的修订、废止，法规的批准、颁布等等，都必须有明确的程序性规定。二是立法过程中，要严格依照程序进行。三是法规草案的起草，其布局结构，章、节、条、款、项、目的安排，要合乎技术规范；法规用语的表述，要用“法言法语”。

2、提高立法质量是关键。一是重视平衡各方利益诉求，在地方立法全过程中，力戒本位主义、部门主义的影响。二是尊重地方立法规律，及时总结地方立法经验，提高地方立法技术，并充分发挥地方立法智库作用。三是将民主协商和科学立法统一于提高立法质量，使地方立法更加符合实际，更加符合人民群众的根本利益。

(四) 以问题为导向，区分轻重缓急稳步推进地方立法

1、要摒弃“大而全”，追求“小而精”。一是应立足补充、细化上位法，针对地方

(3) 浙江省人大法工委主任丁祖年关于设区的市地方立法有关工作讲话。

(4) 参见上海人大工作研究会第一研究小组课题组：《关于地方人大及其常委会在立法工作中的研究报告》，载《上海人大》2016年第6期。

实际制定自主性或先行性法规，力求避免“大而全”。二是坚持问题导向，结合本地实际，重点就具体的、单一的事项进行自主性立法。三是走本地实际的地方立法路径。要贯彻“依程序、不抵触、能管用、有影响、好操作”的立法原则，以自主性立法求特色、以先行性立法求示范、以实施性立法求细化，走一条符合本地实际的地方立法路径。

2、区分轻重缓急，积极稳妥地推进地方立法。一是要把握地方立法重点，优先考虑解决迫在眉睫的问题，突显地方立法对地方发展的推动及促进作用。二是要统筹兼顾。根据项目的重要性、迫切性和成熟度，合理制定年度工作计划。对需要充分调研论证、立法条件尚不成熟的项目，待条件具备后再列入计划。

参考文献

- 1、廖红新：《立法法下我国地方立法界限探究——以法律保留原则为视角》，载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2016年7月。
- 2、姚爱国、凌冰、吴伟：《设区的市开展城乡规划地方立法若干问题之思考》，载《规划师论坛》2015年第12期。
- 3、涂永珍、丁建国：《河南省地方立法的现状、问题及对策思考》，载《公民与法》2016年第4期。

如何破解地方政府规章范围受限之局

——基于《中华人民共和国立法法》第八十二条第三款的探讨

叶新火*

内容摘要：按照新修订的《立法法》，设区的市的政府规章限于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事宜，这对较大的市原先较为广泛的规章制定权做了重大限制。政府制定规章和规范性文件的权力来源是《宪法》《组织法》，但从《行政处罚法》等现有法律规定看，政府规章除了可以设定部分行政处罚和委托以外，和规范性文件并无明显的实质区别；宁波市、珠海市、兰州市等地制定政府规章的实践也反映了这个问题。因此，如果按照新《立法法》对政府规章的权限进行限制，政府规章将丧失其法的属性；同时，很多事项也将通过规范性文件得到解决。因此，应当重新审视《立法法》对政府规章的限制，明确政府规章的定位，厘清规章和规范性文件的关系。

关键词：立法法 宪法 组织法 政府规章 规范性文件

前言

地方政府规章的立法权限是 2015 年 3 月 15 日第十二届全国人民代表大会第三次会议通过的《关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》（以下简称《立法法》）重点修改的内容。按照新修订的《立法法》第八十二条，设区的市中的较大的市，原先行使的广泛的立法权被限制在城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面；其他的设区的市，根据所在省人大的批准也获得了这些方面的立法权。按照《中

* 叶新火，男，华东政法大学法学硕士，宁波市政府法制办备案审查处（法律顾问事务处）处长。

电话：13567889849,0574—87182025，地址：浙江宁波市行政中心 2 号楼 18 楼市政府法制办，315000

华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）、《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》（以下简称《组织法》），设区的市政府还可以制定规范性文件。在这些法律背景下，如何审视设区的市的政府规章和规范性文件的关系及其调整对象？如何理解对政府规章制定范围进行限制？本文将以理论和法律分析为基础，对宁波市、珠海市和兰州市的政府规章和规范性文件进行实证分析，并对政府规章的权限受限之局提出建议。

一、地方政府规章和规范性文件的权力来源与形式分析

（一）地方政府规章的权力来源与发布形式

按照权力法定原则的要求，设区的市人民政府制定政府规章的权力来自于《宪法》《组织法》的授予。不过上述两部法律并没有“政府规章”的明确表述，使用的是更为广泛的“行政措施、决定和命令”。比如《宪法》第一百零七条规定，“县级以上地方各级人民政府依照法律规定的权限，… 发布决定和命令，…”《组织法》第五十九条也规定，县级以上的地方各级人民政府行使下列职权：（一）执行本级人民代表大会及其常务委员会的决议，以及上级国家行政机关的决定和命令，规定行政措施，发布决定和命令。虽然《宪法》《组织法》并没有就制定政府规章做出直接规定，但行政措施包括政府规章，这一点是没有异议的。

2000 年 3 月 15 日第九届全国人民代表大会第三次会议通过的《立法法》把“政府规章”作为“法”的形式之一，并在第二条明确规定：“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。”在发布形式方面，《立法法》要求政府规章以政府令的形式发布⁽¹⁾。不过，《立法法》中的“令”和《宪法》《组织法》中“命令”相比，范围显然要小得多。这是因为：第一，从命令的内容看，根据中共中央办公厅、国务院办公厅 2012 年 4 月发布的《党政机关公文处理工作条例》（中办发〔2012〕14 号）第八条第（三）项“命令（令）适用于公布行政法规和规章、宣布施行重大强制性措施、批准授予和晋升衔级、嘉奖有关单位和人员”，命令是党政机关在工作过程中广泛使用的一种文书，发布的内容既包括行政法规规章等抽象行政行为，也包括针对某种情况而施行的重大强制性措施，还包括对某个单位或个人的晋升

(1) 参见修改前的《立法法》第七十六条第二款：地方政府规章由省长或者自治区主席或者市长签署命令予以公布。修改前的《立法法》第八十五条第二款规定，地方政府规章由省长、自治区主席、市长或者自治州州长签署命令予以公布。

嘉奖；规章只是命令发布的内容之一。第二，从发布命令的主体看，按照《党政机关公文处理工作条例》以及《宪法》《组织法》，中国共产党机关和国家行政机关都可以发布“命令”；而按照《立法法》规定，只有设区的市人民政府和省级人民政府可以通过“令”的形式发布政府规章，而有权发布“命令”的主体则要广泛的多。

（二）规范性文件的溯源

设区的市政府制定规范性文件的权力也来源于《宪法》《组织法》。对规范性文件，有学者从是否局限于法律领域对其进行了区分，认为“规范性文件”是法律中经常出现但又并不局限于法律领域的一个概念，它主要是指具有规范性（即规定权利和义务的、适用于不特定对象的各种文件；而在非法律领域，“规范性文件”主要被用来指对某一群体具有纪律约束力的文件，例如，2013年颁布的《中国共产党党内法规和规范性文件备案规定》就将共产党的某些纪律性文件称为“规范性文件”。^②在名称上，有关规范性文件的表述不尽相同。如2005年发布的《信息产业部规章制定程序规定》第二条第二款规定：“本规定所称规章是指信息产业部根据法律、行政法规和国务院的决定、命令，在信息产业部的权限范围内，依据有关法律、行政法规和本规定确定的程序制定的规范性法律文件”。2010年发布的《违反公安行政管理行为的名称及其适用意见》第七条第（四）点要求：“公安法律文书引用法律依据时，应当准确完整写明规范性法律文件的名称、条款序号，需要引用具体条文的，应当整条引用”^③。有文件采取了“法律规范性文件”的表述，比如《郑州市人民办公厅关于印发郑州市会展业发展专项资金使用管理办法的通知》号第十条第七项规定，法律咨询经费用于会展纠纷处理，各项合同文本、法律规范性文件审定的法律咨询活动。^④还有些文件混同使用“规范性法律文件”和“法律规范性文件”，比如2005年出台的《云南省行政复议规定》第三十条第二款规定“在前款法律规范性文件中……”，在该款第（四）项又要求：“同一机关发布的规范性法律文件，《中华人民共和国立法法》认可的文件优于其他规范性文件。”

（2）黄金荣：《“规范性文件”的法律界定及其效力》，载《法学》2014年第7期。

（3）公安部发布该文件是为了统一规范违反公安行政管理的行为名称及其法律依据的适用，是对治安违法行为依据及其法律责任的梳理和汇总。由于只有法律、法规、规章才可以设定行政处罚，因此，这里的“规范性法律文件”是指法律、法规和规章。

（4）结合上下文表述，笔者认为，这里的法律规范性文件还包括了会展行业、组织等在经营活动中制作的各类法律文书。

在国家立法层面，1989年出台的《中华人民共和国行政诉讼法》第三十二条要求“被告……应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件”；但该法第十二条在相同意义上，又使用了“具有普遍约束力的决定、命令”，把它和行政法规、规章一起，作为行政诉讼不予受理的事项^⑤。”1996年出台的《中华人民共和国行政处罚法》在法律上首次对“规范性文件”的权限作了明确的限制。该法第十四条规定：除本法第九条、第十条、第十一条、第十二条以及第十三条^⑥的规定外，其他规范性文件不得设定行政处罚。此后颁布的《中华人民共和国行政许可法》《中华人民共和国行政强制法》基本沿用了《中华人民共和国行政处罚法》的表述，规定“其他规范性文件一律不得设定行政许可”、“法律、法规以外的其他规范性文件不得设定行政强制措施”。

2006年出台的《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》（以下简称《监督法》）第五章专门规定了“规范性文件的备案审查”，其中的“规范性文件”指的是地方各级人民代表大会及其常委会作出的决议、决定和地方人民政府发布的规章以外的决定、命令，以及最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释。由于《监督法》是全国人大制定的，因此该法将地方各级人大及其常委会作出的决议、决定和地方人民政府发布的规章以外的决定、命令，以及最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释都作为规范性文件，是符合立法目的的。《国务院关于印发全面推进依法行政实施纲要的通知》（国发〔2004〕10号）要求“制定行政法规、规章以及规范性文件等制度建设，重在提高质量”。《国务院关于加强市县依法行政的决定》（国发〔2008〕17号）要求“市县人民政府及其部门制定规范性文件要严格遵守法定权限和程序，符合法律、法规、规章和国家的方针政策”。《国务院关于加强法治政府建设的意见》（国发〔2010〕33号）提出：“地方各级行政机关和国务院各部门要严格依法制定规范性文件”。中共中央、国务院于2015年底印发的《法治政府建设实施纲要（2015—2020年）》也基本沿袭了上述文件的提法，要求“完善规范性文件制定程序，落实合法性审查、集体讨论决定等制度”，这里的规范性文件则是指行政规范性文件。

此后，地方性法规一般把“规范性文件”做广义理解，是指法律、法规和规章以

（5）参见《中华人民共和国行政诉讼法》第十二条第（二）项。

（6）行政处罚法第九条到第十三条指的是法律、行政法规、地方性法规和政府规章。因此，根据行政处罚法的规定，法律、行政法规、地方性法规和政府规章以外的规范性文件不得设定行政处罚。

外有法律效力的抽象性文件；政府规章一般把规范性文件的制定主体局限在政府层面。如 2007 年《广东省各级人民代表大会常务委员会规范性文件备案审查工作程序规定》规定：“本规定所称规范性文件，是指本省各级人民代表大会及其常务委员会作出的涉及公民、法人、其他组织权利义务的，具有普遍约束力的决议、决定和县级以上人民政府发布的涉及公民、法人、其他组织权利义务的，具有普遍约束力的行政决定、命令。”2010 年出台的《浙江省行政规范性文件管理办法》则规定，行政规范性文件是指除政府规章以外，行政机关依照法定权限和规定程序制定的，涉及不特定的公民、法人或者其他组织的权利义务，在一定时期内反复适用，在本行政区域内具有普遍约束力的各类行政文件；2011 年出台的《山东省行政程序规定》的规定和浙江的规定基本相同。

根据上述分析，结合本文研究对象，本文所指的规范性文件是指除政府规章以外，行政机关依照法定权限和规定程序制定的，涉及不特定的公民、法人或者其他组织的权利义务，在一定时期内反复适用，在本行政区域内具有普遍约束力的各类行政文件。其发布主体是各级行政机关，因此等同于“行政规范性文件”；另外，本文的“政府规章”和“规范性文件”的主体也仅限于设区的市政府。

二、设区的市政府规章与规范性文之异同分析

从《立法法》、《规章制定程序条例》等有关立法的法律法规和《行政处罚法》等规范行政权力的法律来看，设区的市人民政府发布的政府规章和规范性文件在区别上很明显，在共性方面也很突出。

（一）主要区别

1、部分程序不同。

（1）立项程序不同。按照《规章制定程序条例》规定，设区的市的人民政府所属工作部门或者下级人民政府认为需要制定地方政府规章的，应当向市人民政府报请立项。报送制定规章的立项申请，应当对制定规章的必要性、所要解决的主要问题、拟确立的主要制度等作出说明。由市政府法制机构对制定规章的立项申请进行汇总研究，拟订年度规章制定工作计划，报本级人民政府批准后执行。但是，制定规范性文件一般没有上述立项程序要求。

（2）办理主体不同。按照《规章制定程序条例》，政府规章草案由部门起草后，报送法制机构统一审查，由法制机构征求有关机关、组织和专家征求意见并研究修改，

形成规章草案和对草案的说明。规章草案和说明由法制机构主要负责人签署，提出提请政府审议。但是，规范性文件一般由政府部门起草、征求意见和修改完善，政府法制机构一般只参与合法性审查。

（3）发布形式不同。按照《立法法》规定，政府规章必须以政府令的形式发布，而规范性文件没有这个形式上的要求，既可以以政府令的形式发布，也可以以一般公文的形式发布。

2、名称不同。按照国务院发布的《规章制定程序条例》，规章的名称一般使用“规定”和“办法”两个名称；而按照《党政机关公文处理工作条例》，规范性文件的名称更广，包括“决议”、“决定”、“命令”、“公告”、“通知”、“意见”等。

3、可否设置处罚不同。按照《行政处罚法》规定，政府规章可以在法律、法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。尚未制定法律、法规的，政府规章对违反行政管理秩序的行为，可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。规范性文件无权设定行政处罚。

4、可否设置委托不同。按照《行政处罚法》《行政许可法》的规定，行政处罚和行政许可依法由具有相应职权的行政机关或者法律法规授权的事业组织行使，但可以通过规章的形式，委托符合条件的管理公共事务的事业组织实施行政处罚或者委托其他行政机关实施行政许可；但规范性文件无权设置委托。

5、监督途径不同。

（1）备案审查机关不同。按照《立法法》和《规章制定程序条例》规定，设区的市政府规章应当报送国务院、省人民政府、省人大常委会以及同级市人大常委会备案审查；而设区的市规范性文件，只需要报送省人民政府和同级市人大常委会备案审查。因此，政府规章的备案审查机关范围要大于规范性文件。

（2）司法监督机制不同。按照《行政诉讼法》规定，公民、法人或者其他组织认为规范性文件不合法，在对行政行为提起诉讼时，可以一并请求对该规范性文件进行审查。经审查认为规范性文件不合法的，不作为认定行政行为合法的依据，并向制定机关提出处理建议。但是，《行政诉讼法》并未将政府规章纳入可以审查的范围。

（3）法院适用不同。按照《行政诉讼法》第六十三条规定，政府规章在人民法院审理行政案件时参照使用；而对于规范性文件，经审查认为合法的，作为认定行政行为合法的依据。

(二) 共同点

1、主要程序基本相同。按照中共中央、国务院发布的文件要求，规范性文件制定程序也越来越规范，除需要合法性审查以外，征求专家、社会公众和相对人意见，举行听证会论证会、社会稳定风险评估、政府领导集体审议等原来是规章的制定程序，逐渐成为了规范性文件的制定程序。

2、权力禁区基本相同。

(1) 不得涉及法律保留事项。按照《立法法》规定，按照法律保留原则要求，涉及国家主权的事项、犯罪和刑罚、对非国有资产的征收、征用等事项只能由法律规定^[7]，政府规章和规范性文件都不能涉及。

(2) 不得设定行政许可和行政强制。按照《行政许可法》的规定，设区的市政府规章和规范性文件都不得设定行政许可，只能上位法设定的行政许可事项范围内，对实施该行政许可作出具体规定，且不得违反上位法的其他条件。按照《行政强制法》的规定，法律、法规可以设定行政强制措施，法律可以设定行政强制执行，因此，无论是政府规章还是规范性文件，都不得设定行政强制。

(3) 不得减损权力或者增加义务。按照《立法法》规定，没有法律、行政法规、地方性法规的依据，地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》也明确提出：行政机关不得法外设定权力，没有法律法规依据不得作出减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务的决定。这些要求对规范性文件同样适用。

从上述对政府规章和规范性文件的异同点的分析来看，两者的区别更多的是形式、外观以及部分程序方面，政府规章除了可以设定一定数额的罚款和警告等行政处罚以外，在其他方面和规范性文件都无明显差异；主要程序、权力禁区等主要方面基本相同。

(三) 对政府规章和行政规范性文件关系的分析

1、理论上对同一主体制定的规章和规范性文件效力的不同看法。《立法法》对“法律”、“行政法规”、“地方性法规”、“部门规章”、“政府规章”间的效力等级关系作了明确界定，但对同一个主体制定的“法”和“规范性文件”的效力等级关系没有规定。在理论上，对这两者的关系如何有不同的看法。一种观点认为，政府规章和规范性文

[7] 只能制定法律的事项，具体可参见《立法法》第八条。

件的效力相等，比如孙国华教授主编的《法理学教程》认为，“国务院发布的具有规范性内容的决定和命令，也是法的渊源，与行政法规具有同等效力”，“国务院各部委发布的规范性决定和指示，也属于法的渊源，其效力低于宪法、法律和行政法规。”^[8]张文显教授主编的《法理学》也认为“国务院常务会议通过的决议、决定和它发布的行政命令，亦属于行政法规的范畴，具有同等效力。”^[9]按这样的逻辑推论，设区的市政府制定的规范性文件与其制定的政府规章具有同等的效力。但也有相反的观点认为：行政法规的效力高于国务院规范性文件，规章的效力高于该规章制定主体发布的规范性文件。^[10]

2、全国人大常委会的工作实践。全国人大常委会在工作实践中对法律和规范性文件的名称、形式和归类并未做严格区分，这主要体现在以下几个方面：

(1) 名称上未做严格区分。一些实质上的“法律”采取了“条例”的名称，比如1980年的《中华人民共和国学位条例》、1986年的《中华人民共和国治安管理处罚条例》；还有一些专门性规定叫做“办法”、“若干规定”、“决议”、“决定”，如1983年《全国人民代表大会常务委员会关于县级以下人民代表大会代表直接选举的若干规定》、1991年《全国人民代表大会常务委员会关于严禁卖淫嫖娼的决定》、1996年《中国人民解放军选举全国人民代表大会和县级以上地方各级人民代表大会代表的办法》、1998年《全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》、2013年《全国人大常委会关于调整完善生育政策的决议》等。

(2) 属性上未做严格区分。按照《立法法》，区分法律和规范性文件最直接的标准就是是否“由国家主席签署主席令予以公布”，符合条件的属于“法律”，否则属于“规范性文件”。但实际上，全国人大常委会审定的部分法律汇编并没有严格按照这个标准区分，如同样经国家主席签署的全国人大常委会决定，《全国人民代表大会常务委员会关于废止部分法律的决定》和《全国人民代表大会常务委员会关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定》被归类为法律，而《全国人民代表大会常务委员会关于废止<中华人民共和国农业税条例>的决定》和《全国人民代表大会常务委员会关

[8] 孙国华主编：《法理学教程》，中国人民大学出版社1994年版，第397页。

[9] 张文显主编：《法理学》（第4版），高等教育出版社、北京大学出版社2011年版，第56页。

[10] 参见黄金荣：《“规范性文件”的法律界定及其效力》，载《法学》2014年第7期。<http://www.calaw.cn/article/default.asp?id=10042>，访问日期：2016年8月10日。

于惩治违反公司法的犯罪的决定》则归属于“有关法律问题的决定”⁽¹¹⁾同时，《全国人民代表大会常务委员会关于完善人民陪审员制度的决定》、《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》等一些未经国家主席签署的文件又纳入“法律”范畴⁽¹²⁾。

3、地方政府的工作实践。地方政府一般都认为规范性文件的效力低于规章。比如《浙江省行政规范性文件管理办法》要求：“制定行政规范性文件应当严格遵守法定权限和程序，符合法律、法规、规章和国家的方针政策”、“行政规范性文件与法律、法规、规章和国家方针政策相抵触，或者超越法定权限、违反制定程序的，应当及时通知制定机关自行纠正、暂停执行；必要时，备案机关依照职权直接予以撤销或者改变”。这里的规章、规范性文件显然是包括了同一级政府的规章和规范性文件的，因此，从地方的立法实践看，同一机关制定的法规、规章效力高于规范性文件，在制度层面也是得到认可的。

三、《立法法》第八十二条第三款立法范围的解析及其实践困境

（一）《立法法》第八十二条第三款立法范围的理解

1、《立法法》修改过程中的不同看法。《立法法》将设区的市、自治州政府的规章权限，限定在城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事宜。上述限制在《立法法》修改过程中就有不同意见。第一种意见认为：从以往看，49个较大的市制定的地方性法规遵循地方组织法和立法法规定的“不抵触”原则，总体情况是好的，加之目前省级人大常委会批准机制，在扩大地方立法主体的范围后，可以保证法制统一，不应对立法权限进行限制。第二种意见认为，将设区的市的立法权限限定在城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事宜，范围太窄，应当根据设区的市实际需求，将立法权限范围逐步扩大到公共服务、社会管理、民生保障以及教育、卫生、社会保障等。第三种意见认为，全面推进依法治国，维护法制统一非常重要，目前中国特色社会主义法律体系已经形成，对设区的市的立法权限作出限制十分重要，

不能无限扩大地方立法范围，应防止立法大跃进。第四种意见建议对已经享有地方立法权的49个较大的市的立法权限不做限制，实行老城老办法、新城新办法。⁽¹³⁾

上述四种意见中，有三种意见不赞成对原先已经具有地方立法权的“较大的市”的权限进行限制。但《立法法》修改时，在赋予所有的设区的市地方立法权的同时，仍将设区的市立法权限定在“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事宜”。对此，全国人大法工委的解释是“赋予所有设区的市地方立法权，既要适应地方的实际需要，又要相应明确其权限和范围，避免重复立法，维护法制统一”⁽¹⁴⁾。

2、“城乡建设与管理”应当做狭义理解。《立法法》规定的“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护”这三类事项中，后两类概念比较清楚，一般不会产生歧义。但何谓城乡建设与管理？《立法法》并没有做明确解释，但根据其他有关规定，它是有特定范围的。如《中华人民共和国城乡规划法》第七条规定，经依法批准的城乡规划，是城乡建设和规划管理的依据，未经法定程序不得修改。按照上述规定，《立法法》中的城乡建设与管理指的应当是城乡范围内的具体规划、建设和管理活动。再比如《中华人民共和国政府信息公开条例》在第十一条规定，重点公开的政府信息还应当包括下列内容：（一）城乡建设和管理的重大事项；（二）社会公益事业建设情况；（三）征收或者征用土地、房屋拆迁及其补偿、补助费用的发放、使用情况；（四）抢险救灾、优抚、救济、社会捐助等款物的管理、使用和分配情况。《条例》明确提到“城乡建设和管理”，并把它和第十条的扶贫、教育、医疗、社会保障、促进就业、突发公共事件、应急预案、预警信息、环境保护、公共卫生、安全生产、食品药品、产品质量以及第十一条的社会公益事业相并列。按照立法逻辑的一贯性，《立法法》中的“城乡建设和管理”应做狭义的解释，而不能扩大为其他抽象的经济建设、文化建设、社会建设及其管理等活动。这和《第十二届全国人民代表大会常务委员会法律委员会关于〈中华人民共和国立法法修正案（草案）审议结果的报告〉的解释⁽¹⁵⁾也是一致的。

3、“城乡建设与管理”做广义理解不符合立法本意。在立法实践中，有观点认为，《立法法》中的“城乡建设与管理”应当做广义理解，笔者认为，除了上述分析的理由以外，广义的解释也不符合《立法法》的修改逻辑的。修改前的《立法法》并没有

(11) 全国人大常委会法工委立法规划室编：《中华人民共和国立法统计》，中国民主法制出版社2013年版。

(12) 全国人大常委会法制工作委员会审定：《中华人民共和国常用法律法规全书》，中国民主法制出版社2011年版。

(13) 乔晓阳主编：《〈中华人民共和国立法法〉导读与释义》，中国民主法制出版社2015年版，244页。

(14) 前引(13)。

(15) 前引(13)。

关于政府规章内容种类的限制，《立法法》修改时，在第三款中增加规定“限于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面事项”，因此，《立法法》的上述修改本意，就是要对政府规章的事项范围进行限制。如果把“城乡建设与管理”做广义的理解，认为经济建设、社会保障、政府自身建设等等事项都属于“城乡建设与管理”的内容，那么《立法法》第八十二条第三款的限制就没有任何意义，这显然不符合《立法法》的修改目的。

（二）实践中较大的市的政府规章涉及事项

为了研究较大的市政府规章规定内容的具体情况，笔者选择对浙江省宁波市（国务院批准的较大的市）、广东省珠海市（经济特区所在地的市）、甘肃省兰州市（省会市）2013年到2014年制定的政府规章进行分析研究。¹⁶

表格一：宁波市人民政府2013年到2014年间制定的政府规章目录

令号	规章名称	归属类别	处罚和委托条款
政府令第203号	宁波市人民政府关于扩大中心镇行政执法权限的决定	政府自身管理	有委托条款
政府令第204号	宁波市海塘管理办法	城乡建设与管理	有处罚条款
政府令第205号	宁波市大运河遗产保护办法	历史文化保护	有处罚条款
政府令第206号	宁波市轨道交通运营管理办法	城乡建设与管理	有委托、处罚条款
政府令第207号	关于修改《宁波市城市管理相对集中行政处罚权实施办法》的决定	政府自身管理	无
政府令第208号	关于修改<宁波市计量监督管理办法>的决定	经济管理	有处罚条款
政府令第209号	宁波市政府投资建设工程造价管理办法	经济管理	有委托条款
政府令第210号	宁波市政府投资项目审计监督办法	经济管理	无
政府令第211号	宁波市人民政府关于废止部分规章的决定	综合	废止原规章
政府令第212号	宁波市建设用砂管理办法	城乡建设与管理	有处罚条款
政府令第213号	宁波市户外广告设施设置管理办法	城乡建设与管理	有处罚条款
政府令第214号	宁波市渔业互助保险管理办法	经济管理	无
政府令第215号	宁波市革命遗址保护利用规定	历史文化保护	无

(16) 选择这3座城市，主要是考虑到地域和代表性；选择2013年到2014年两年，主要是考虑到立法法在2015年已经在修改，选择其修改前规章，反映的情况更准确。

政府令第216号	宁波市民用建筑节能管理办法	城乡建设与管理	有处罚条款
政府令第217号	宁波市特殊天气劳动保护办法	社会保障	有处罚条款

表格二：珠海市人民政府2013年到2014年间制定的政府规章目录

令号	规章名称	归属类别	处罚和委托条款
政府令第90号	珠海市人民政府关于发布珠海市第五轮行政审批事项调整目录的决定	政府自身管理	无
政府令第91号	珠海市社会工作促进办法	社会保障	有处罚条款
政府令第92号	珠海市农贸市场管理办法	经济管理	有处罚条款
政府令第93号	珠海市建设工程造价管理规定	经济管理	有处罚条款
政府令第94号	珠海市公共租赁住房管理办法	社会保障	有处罚条款
政府令第95号	珠海经济特区商事登记条例实施办法	经济管理	有处罚条款
政府令第96号	珠海市政府合同管理办法	政府自身管理	无
政府令第97号	珠海市人民政府行政复议规定	政府自身管理	无
政府令第98号	珠海市香洲渔港管理规定	城乡建设与管理	无
政府令第99号	珠海经济特区横琴新区诚信岛建设促进办法	经济管理	无
政府令第100号	珠海市村镇规划建设管理办法	城乡建设与管理	无
政府令第101号	珠海市国有建设用地使用权出让年限管理规定	经济管理	无
政府令第102号	珠海市城乡规划监督检查办法	城乡建设与管理	无
政府令第103号	珠海市行政执法争议协调办法	政府自身管理	无

表格三：兰州市人民政府2013年到2014年间制定的政府规章目录

令号	规章名称	归属类别	处罚和委托条款
政府令(2013)第4号	兰州市地下管线工程档案管理办法	城乡建设与管理	有处罚条款
政府令(2013)第5号	兰州市机动车排气污染防治管理暂行办法	环境保护	有处罚条款
政府令(2013)第6号	兰州市农民工工资支付保障管理暂行办法	社会保障	有处罚条款
政府令(2013)第7号	兰州市建设领域农民工工资保证金	社会保障	无

	管理暂行办法			
政府令(2013)第8号	兰州市行政效能监察办法	政府自身建设	无	
政府令(2013)第9号	兰州市公共租赁住房管理办法	社会保障	有处罚条款	
政府令(2013)第10号	兰州市扬尘污染防治管理办法	环境保护	有处罚条款	
政府令(2014)第1号	兰州市消防栓管理办法	城乡建设与管理	有处罚条款	
政府令(2014)第2号	兰州市大气污染防治示范区管理规定	环境保护	无	
政府令(2015)第1号	兰州市行政程序规定	政府自身建设	无	
政府令(2015)第2号	兰州市人民政府拟定地方性法规草案和制定政府规章程序规定	政府自身建设	无	
政府令(2015)第3号	兰州市城市节约用水管理办法实施细则	城乡建设与管理	有处罚条款	
政府令(2015)第4号	兰州市建设工程造价管理办法	经济管理	有处罚条款	

(三) 对上述三个市政府规章涉及事项的分析

除了“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护”这三个类别，《立法法》并未对立法事项做出明确归类。笔者结合本人的立法工作实践，对上述三个市政府规章涉及事项的种类作了具体分析，可以发现，尽管城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护这三类事项的确属于政府规章的重要内容，但也有很多属于其他领域的内容，下图对每个城市每个类别的规章数量及其占比情况做了统计，具体如下：

表格四、三个市政府规章涉及事项种类、数量和比例

城市	城乡建设与管理		环境保护		历史文化保护		政府自身建设		经济管理		社会保障	
	件数	占比	件数	占比	件数	占比	件数	占比	件数	占比	件数	占比
宁波市	5	35.7%	0	0%	2	14.3%	2	14.3%	4	28.6%	1	7.1%
珠海市	3	21.4%	0	0%	0	0%	4	28.6%	5	35.7%	2	14.3%
兰州市	3	23.1%	3	23.1%	0	0%	3	23.1%	1	7.7%	3	23.1%
总计	11	26.8%	3	7.3%	2	4.9%	9	21.9%	10	24.4%	6	14.6%

从以上的数据分析，可以得出以下结论：

1. 城乡建设与管理是上述三个城市这两年政府规章的主要内容。三个城市中，宁波市和兰州市这类规章的比例均最高，珠海市这类规章的比例排第三。

2. 环境保护、历史文化保护均不是上述三个城市这两年政府规章的立法重点。其中宁波市、珠海市这两年均未出台环境保护类的政府规章，珠海市、兰州市这两年均未出台历史文化保护类的政府规章。

3. 政府自身建设类规章在上述三个城市这两年政府规章中占很高比例。兰州政府自身建设类规章和城乡建设与管理、环境保护、社会保障类规章占比并列第一，珠海市政府自身建设类规章在该市所有政府规章中占比排名第二。

4. 经济管理类规章在上述三个城市这两年政府规章中也占很高比例。宁波市经济管理类政府规章在该市所有政府规章中占比排第二，珠海市政府经济管理类规章在该市所有政府规章中占比排名第一。

5. 社会保障类规章在上述三个城市这两年政府规章中均有涉及。特别是兰州市，其社会保障类规章和城乡建设与管理、环境保护、政府自身建设类规章比并列第一。

从以上的分析可以看出，《立法法》将设区的市的政府规章限制在城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护这三类事项中，必然对设区的市的政府规章产生重大影响。

四、《立法法》背景下如何破解政府规章权限范围受限的困局

(一) 近期：把规范性文件作为政府规章的替代性选择。

1、对三个市政府规章有关处罚和委托内容的分析。规范性文件和政府规章都是政府行使职权的重要手段；而且，政府规章除了可以设定委托处罚和许可，以及警告和一定数额的罚款以外，和规范性文件并无显著差异。如果囿于《立法法》不能制定政府规章，那可通过规范性文件来解决这个问题得到解决。就拿宁波市、珠海市、兰州市这三个城市来看，就制定了大量“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护”以外的规范性文件，客观上存在着规章和规范性文件交错的情况。

表格五、三个市政府规章设定行政处罚和委托处罚的情况

类别	政府规章总数	设定处罚、委托的规章	比例	立法法范围内事项的规章	设定处罚、委托的规章	比例	立法法范围以外事项的规章	设定处罚、委托的规章	比例

宁波	15件，其中1件为废止类，故按14件计	10件	71%	7件	6件	86%	7件	4	59%
珠海	14件	5件	35%	3	0	0%	9	5	55%
兰州	13件	8件	61%	6	5	83%	7	3	42%

根据以上统计情况，我们可以得出以下结论：

(1) 上述三个城市中，政府规章设定行政处罚和委托处罚的比例差距较大，宁波市71%的政府规章设置了行政处罚和委托条款；而珠海市只有35%的政府规章设置了行政处罚，兰州市的比例居中，为61%。

(2) 对《立法法》规定范围内的事项，三个城市政府规章设定处罚的比例差距很大。宁波市在《立法法》规定范围内的规章为7件，其中6件设定了行政处罚和委托处罚，比例达86%，兰州市的比例达83%，相比之下，珠海制定了3件城乡建设与管理类的规章，但均未涉及行政处罚，比例为0。这也说明部分事项虽然属于《立法法》规定可以制定政府规章的事项，但采取规范性文件的形式发布也未尝不可。

(3) 对《立法法》规定范围外的事项，三个城市政府规章设定处罚的比例差距较小。宁波市和珠海市的比例较高，分别为59%和55%，兰州市的比例稍低，为42%；进一步分析可以看出，三个城市都就政府自身建设事项制定了规章，但这类规章不能规定行政处罚条款，因此拉低了设定行政处罚的比例。当然，对于政府自身建设类规章，由于规范的是自身行为，也完全可以采取规范性文件的形式。

2、对三城市规范性文件情况的分析

表格六、宁波市政府发布的部分规范性文件

名称	类别
宁波市交易场所管理办法（试行）	经济管理
宁波市小额贷款公司监督管理暂行办法	经济管理
铁路宁波站区域综合管理暂行办法	政府自身管理
宁波市行政调解工作暂行规定	政府自身管理
宁波市荣誉市民享受礼遇实施办法	社会事务
宁波市市区国有土地上房屋征收范围内未经登记建筑调查补偿办法	城乡建设与管理
宁波市事业单位机构编制管理办法	政府自身管理
宁波市市长质量奖评审管理办法	经济管理

宁波市府性债务管理暂行办法	经济管理
宁波市信访事项复查复核实施办法	社会事务

表格七、珠海市政府发布的部分规范性文件

名称	类别
珠海市违规渔船扣减渔业油价补贴暂行办法	经济管理
珠海市消火栓管理办法	城乡建设与管理
珠海市化工园区安全生产管理办法	社会事务管理
珠海市基本医疗保险办法	社会保障
珠海市公职律师工作试行办法	政府自身管理
珠海市基本农田保护经济补偿办法	经济管理
珠海市城中旧村更新实施细则	城乡建设与管理
珠海市行政机关行政应诉工作规则	政府自身管理
珠海市地价管理规定	经济建设
珠海市名人档案管理办法	社会事务管理

表格八、兰州市政府发布的部分规范性文件

名称	类别
兰州市市长金融奖奖励办法（暂行）	经济管理
兰州市企业欠薪预警报告和监管办法	经济管理
兰州市政府性债务管理办法	政府自身管理
兰州市市属企业负责人履职待遇业务支出管理办法	政府自身管理
兰州市政府投资项目管理办法	经济管理
兰州市公共自行车租赁管理暂行办法	社会事务管理
兰州市社会保险全民参保登记管理办法	社会保障
兰州市居民临时救助办法	社会保障
兰州市社会保险基金监管行政执法暂行规定	政府自身管理
兰州市政府向社会力量购买服务实施办法	政府自身管理

从上述三个城市的情况看，大量规范性文件规定内容是经济管理、社会事务管理、政府自身事务管理、社会保障等事项，这都属于各城市职责范围内的事项，因此，在《立法法》对政府规章设定事项进行限制的背景下，制定规范性文件是一个必然的选择。虽然规范性文件不能设置行政处罚和委托，但也算是可接受的略带遗憾的选项了。

(二) 远期：把握法律定位，修改有关法律，科学界定政府权力边界。

1、准确把握《立法法》有关条款与其他法律的关系

(1)《立法法》与《行政处罚法》的关系问题。《立法法》规定，“没有法律、行

政法规、地方性法规的依据，地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范”。按照《行政处罚法》的规定，规章对违反行政管理秩序的行为，可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。《行政处罚法》的规定至少可以做以下两方面的解释：第一，规章可以规定哪些行为是违反行政管理秩序的行为；第二，对于违反行政管理秩序的行为，规章可以设定处罚。可上述理解按照《立法法》的规定就存在问题，这是因为：第一，要规定哪些行为属于违反行政管理秩序的行为，就要赋予相对人相应的义务，这就违反了《立法法》不得增加义务的规定；第二，对行政管理相对人设置的行政处罚，是因当事人不履行规章赋予的义务而进行的惩戒，从责任性质看上比赋予当事人义务更为严重，既然《立法法》把赋予义务作为禁止性内容，那么惩戒处罚这类更严重的条款就更应当禁止。

(2) 政府规章与规范性文件的关系问题。政府规章和规范性文件的主要区别之一就在于前者可以设置警告和一定数额的罚款，按照前文分析，如果把设置警告和罚款当做是限制当事人权力和增加义务的条款，而当做政府规章禁止涉及的内容；那按照这样的要求，政府规章基本上等同于规范性文件而丧失了《立法法》赋予其的“法”的身份。

因此，《立法法》的该条规定与《行政处罚法》以及有关规范性文件的管理规定存在着内部紧张关系，

如果按照《立法法》“地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范”的要求操作，不但会使《行政处罚法》有关政府规章设置处罚的规定在法律上没有存在空间，也会使得《立法法》赋予政府规章以法律地位的条款丧失意义。因此，笔者认为，“不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范”应当是对规范性文件的要求；由于政府规章有严格的制定、审查和备案程序，《行政处罚法》也赋予其处罚设置权，政府规章应当有增加义务规范的权力，这是其具有“法”属性的自然延伸、是有权设置处罚的逻辑前提，而且规章比较严密的制定程序也为其实现提供了保障。

2、修改《立法法》对政府规章的限制。

(1) 《立法法》的限制会造成立法实际效果和立法初衷的背离。如前所述，规范性文件涉及政府管理

的方方面面。《立法法》实施后，无法通过规章进行管理的事项必然通过规范性文件的形式表现出来。制定政府规章有严格的法定程序，政府法制机构作为中立的专业性机

构为主协调、审核、修理政府规章草案，更有质量保障；而规范性文件的制定程序相对简单，政府法制机构参与程度低，规范性文件的科学性、规范性要远低于政府规章。因此，本来目的是对政府规章的权力进行限制，实践中反而会导致由效力更低、程序更不规范的规范性文件进行管理，这就走向了《立法法》目的的反面。

(2) 将政府规章的事项范围进行限定和加强法制统一并无必然联系。对政府规章权限限制的原因之一是“维护法制统一”^[17]。实际上，对政府规章范围进行限定和法制统一并无必然关系，政府规章权力受限并不代表法制统一，权限范围大也不见得就不利于法制统一。因为，政府规章可以规范的事项多是数量上的、外延上，只是表明地方政府可以制定更多种类的规章；而法制统一是内涵上的、原则上的，是要求下位法不和上位法抵触，换句话说，如果严格遵循权限和程序，政府规章的涉及事项再多，也不影响法制统一；如果不遵循相应的权限和程序，缺乏严格监督，那么政府规章的权限再小，法制统一也会受到影响。

3、科学界定政府规章和规范性文件的权力边界。如前所述，政府规章和规范性都来源于《宪法》《组织法》，两者的界限并无严格区别，除了行政处罚和委托条款以外，内容也没有严格区别，两者可以说是“按下葫芦浮起瓢”的关系。正如国务院在今年8月25日发布的《关于推进中央与地方财政事权和支出责任划分改革的指导意见》所指出的那样：“新的形势下，现行的中央与地方财政事权和支出责任划分还不同程度存在不清晰、不合理、不规范等问题”，在立法领域，政府规章、政府规范性文件的边界不够清晰、不够合理的问题仍然存在，到底哪些事项应当制定政府规章、哪些事项可以制定政府规范性文件，哪些事项只需制定政府部门文件，标准难以把握。因此，从长远看，必须明晰政府事权范围，界定政府规章和规范性文件的权力边界，这样才能让政府规章既得到充分授权、又严格遵循法律规定的权限，并发挥最大的作用。

(17) 前引(15)。

设区的市开始立法的确定与筹备

——以《立法法》第 72 条第 4 款为中心

郑磊*

内容提要：设区的市扩容立法，是《立法法》修改的一大亮点，其方案是“新市均沾、旧市削藩”。《立法法》2015 年修改后 14 个月，各省、自治区人大常委会已经确定 232 个设区的市可以开始立法，赋予其关于设区的市开始立法的“具体步骤和时间”的确定阀门并未获得严格掌控；毕竟，设区的市的立法资格始于《立法法》修改的赋权。第 72 条第 4 款兼具“确定与筹备条款”的双重功能，其所蕴含的“积极稳妥”内涵，还包含着对两类主体的规范要求：设区的市在付诸立法实践前的筹备工作中如何提高立法能力，省、自治区人大常委会如何通过组织准备和方案准备保障设区的市立法能力的提高。除此之外，不排除由此激活地方立法审查机制的可能，如此，设区的市扩容立法反而将倒逼立法质量的提高。

关键词：立法法 设区的市 地方立法 备案审查

一、引论：《立法法》第 72 条第 4 款的双重规范功能

设区的市扩容立法，是《立法法》2015 年修改的一大亮点，在既有立法体制不做实质性修改的前提下已是一项重大的完善举措。⁽¹⁾市级地方立法主体格局，从原来特例

* 作者简介：郑磊（1979—），男，法学博士，浙江大学光华法学院副教授，2011 计划司法文明协同创新中心研究人员，从事宪法学与行政法学研究。

基金项目：本成果系 2014 年度司法部国家法治与法学理论研究项目《“较大的市”扩容立法研究》（批准编号：14SFB3009）成果。

浙江大学硕士研究生王友健对本文八个图示的制作、更新及其数据的收集、统计与更新，根据笔者的指导，做出了高效的基础性工作，在此鸣谢。

(1) 如李建国副委员长在三审稿草案说明中所言：“这一次修改立法法是部分修改，不是全面修改”。（李建国：《关于<中华人民共和国立法法修正案（草案）>的说明——2015 年 3 月 8 日在第十二届全

式散点分布的“较大的市”立法格局全面拓展为普遍性面状分布的设区的市立法格局；立法资格的赋予方式，从计划经济式的特权赋予转化为平等赋予式的权利授予。这是全面深化改革开放时期回应地方经济社会发展所对应的立法资格需求，对市级地方立法资源进行普惠式的重新布局，“新市均沾、旧市削藩”是这次布局所体现的现象特点，⁽²⁾这在一定程度上回应了市级地方的自治需求，⁽³⁾并将有利于市级人大及其常委会有效地参与地方政治决策过程。

市级地方立法主体数量，从先前 49 个到 322 个的拓展幅度（截止 2016 年 4 月 30 日），⁽⁴⁾使得设区的市开始立法的扩容进度成为扩容实践中的一个关键问题。为“积极稳妥”地应对“设区的市数量较多，地区差异较大”⁽⁵⁾的情况以及因准备不充分而冒进立法所带来的立法质量下降现象，《立法法》第 72 条第 4 款对其他设区的市开始立法设置了“具体步骤和时间”的关卡，并将进度控制权授权给“省、自治区的人大常委会”。然而，全国人大常委会法工委官方统计显示，截止 2016 年 1 月 31 日，“新赋予人民代表大会第三次会议上”。⁽⁶⁾

部分修改意味着：立法体制在此次修改中不会出现实质性修改。不少学者关于这次修改的内容重点的判断印证了这一点。例如，徐向华、林彦教授通过对修改内容结构分布统计分析指出：立法程序部分修改的条文数占修改条文总数的 60%，“显而易见，立法程序是本次修改的重点领域”。（徐向华、林彦：《〈立法法〉修正案评析》，《交大法学》2015 年第 4 期。）与此不同，苗连营教授认为，此次立法法修改的重点在于完善立法监督制度。（苗连营：《立法法重心的位移：从权限划分到立法监督》，《学术交流》2015 年第 4 期。）全国人大常委会法工委国家法室主任武增则指出，立法法修改的重点包括三个方面，“完善立法体制”是其中之一，另两个方面是“健全科学立法、民主立法的机制与程序”以及“维护法制统一”。（武增：《2015 年〈立法法〉修改背景和主要内容解读》，《中国法律评论》2015 年第 1 期。）

(2) 所谓“新市均沾”，是指市级地方立法从原有的 49 个“较大的市”所特有拓展为其他设区的市也平等地享有。所谓“旧市削藩”，是指原有的 49 个“较大的市”原先同省级地方立法主体相同的立法权限被限缩为同其他设区的市相同的“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面事项”，而没有保留“老市老办法”的特权。

(3) 从回应地方自治需求角度审视设区的市扩容立法，参见，例如，秦前红、李少文：《地方立法权扩张的因应之策》，《法学》2015 年第 7 期。

(4) 截止 2016 年 4 月 30 日，322 个市级地方立法主体包括：2015 年 3 月 15 日《关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》通过时已有的 284 个设区的市与自治州 30 个、“比照适用本决定有关赋予设区的市地方立法权的规定”的 4 个不设区的地级市，以及 2015 年 3 月撤地设市的西藏自治区林芝市和新疆维吾尔自治区吐鲁番市，2016 年 1 月撤地设市的新疆维吾尔自治区哈密市和西藏自治区山南市。为行文简洁，文中“设区的市”若无特别说明，概称这 322 个市级地方立法主体。

(5) 李建国：《关于<中华人民共和国立法法修正案（草案）>的说明——2015 年 3 月 8 日在第十二届全国人民代表大会第三次会议上》。

地方立法权的 271 个地方中”，209 个已由省、自治区人大常委会确定可以开始立法，占比 77.1%；⁽⁶⁾ 新华社 2016 年 3 月的报道甚至预测，“预计到今年上半年，将全部完成批准任务。”⁽⁷⁾ 可见，各省、自治区人大常委会一年来确定设区的市开始立法的实践，总体上并没有体现出《立法法》所要求的有步骤、分时间积极稳妥推进的进度要求，而是呈现出蜂拥并进态势和预期。

随着省、自治区人大常委会对设区的市开始立法确权工作的基本完成乃至完成，《立法法》第 72 条第 4 款“具体步骤和时间”要求是否作为过渡性条款而完成其历史使命？笔者认为，该款的规范范围不仅仅及于条文中明确列举的省、自治区人大常委会的确权行为，其所蕴含的“积极稳妥”内涵同时也是对已确定可以开始地方立法的设区的市开展立法活动的规范要求。简而言之，该款不仅仅是一个“开始立法确定条款”，而是具有“确定与筹备条款”的双重功能。在这个规范范围的意义上，笔者拟首先从《立法法》修改一年以来确认实践入手，探讨省级人大常委会对设区的市开始立法确定权的性质，进而探讨“积极稳妥”要求所包含的对确定工作完成后的确权对象（开始立法的设区的市）和确认主体（省、自治区人大常委会）的规范要求，在此之外，“积极稳妥”效果的实现，除了新立法主体立法的“开始”要求之外，激活全国人大常委会以及省、自治区人大常委会的规范性文件审查工作的设区的市开始立法配套机制中的关键之处。

二、设区的市开始立法确定权的实践与性质

尽管《立法法》修改三审过程中，诸多论者表达了赋予地方立法权“不宜操之过急”的担忧，⁽⁸⁾ 《立法法》修改还是采用了“新市均沾”式的普遍扩容方案，但同时在第 72 条第 4 款也设置了“具体步骤和时间”的进度要求。张德江委员长在 2015 年 9 月仍为此而强调：要落实好立法法的规定，扎实推进赋予设区的市地方立法权工作，

(6) 陈菲：《立法法修改实施一年 209 个地方获行使立法权》，来源：
http://news.xinhuanet.com/2016-03/02/c_1118215814.htm，访问时间：2016 年 3 月 15 日。张璁：《地方立法周年 各地如何兑现》，《人民日报》2016 年 3 月 2 日，第 17 版。两个报道中，“新赋予地方立法权的 271 个设区的市”没有将 2016 年 1 月撤地设市的新疆哈密市和西藏山南市计入。

(7) 陈菲：《立法法修改实施一年 209 个地方获行使立法权》，来源：
http://news.xinhuanet.com/2016-03/02/c_1118215814.htm，访问时间：2016 年 3 月 15 日。

(8) 参见，例如，秦前红：《地方立法主体扩容不宜操之过急》，《南方都市报》2014 年 8 月 27 日，第 AA23 版。

标准不能降低，底线不能突破，坚持“成熟一个、确定一个”，确保立法质量。⁽⁹⁾ 然而，此进度要求仍然湮灭在《立法法》修改后实施一年来的省、自治区人大常委会确定设区的市开始立法的实践中，这与此项确定权的属性密切相关。

(一) 《立法法》修改后一年中省级人大常委会的确权实践

在全国人大常委会法工委统计的截止 2016 年 1 月 31 日 209 个设区的市已被确定可以开始立法的数据基础上，笔者将数据更新至 2016 年 4 月 30 日。2 月至 4 月，各省、自治区人大常委会新增确定开始立法的设区的市 23 个，至此总计 232 个，设区的市总量因新疆哈密和西藏山南于 2016 年 1 月撤地设市增至 322 个。⁽¹⁰⁾ 笔者逐个收集了各省、自治区人大常委会先后通过的“确定设区的市开始立法的决定”（以下简称“确定开始立法决定”），根据“确定开始立法决定”通过时间、分批次数与时间间隔、决定颁布到所确定的开始立法时点的时间间隔等要素进行了统计分析，各省、自治区设区的市开始立法工作明显地体现出如下特征：蜂拥确权、不分批确权、短间隔可以开始立法。

1. 蜂拥确权

截止 2016 年 4 月 30 日，273 个开始立法需要确定的设区的市中，仅剩 41 个尚未获得确定（占 322 个设区的市的 12.7%），它们中，有 20 个是自治州（占 30 个的 66.7%），而“其他设区的市”仅有 21 个尚未获得可以开始立法的确定（占 239 个的 8.8%），4 个不设区的地级市已全部获得可以开始立法的确定。从省份来看，27 个省、自治区中，仅有黑龙江、青海 2 省尚未作出“确定开始立法决定”。

从各省、自治区人大常委会通过首个“确定开始立法决定”的时间来看，2015 年 3 月 15 日《关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》甫一通过，5 月份各省级人大常委会上，就已经先后出现安徽、海南、广东 3 省确定决定 16 个设区的市可以开始立法。如图 1 所示，至 9 月，《立法法》修改后半年，27 个省、自治区中过半（15 个）已通过首个“确定开始立法决定”。

(9) 参见张德江在“第二十一次全国地方立法研讨会”上的讲话，资料来源：http://news.ifeng.com/a/20150907/44600833_0.shtml，访问时间：2016 年 5 月 31 日。

(10) 参见民政部“2016 年行政区划调整公告（4）”、“2016 年行政区划调整公告（5）”，资料来源：<http://www.mca.gov.cn/article/yw/qhdm/qhgl/>，访问时间：2016 年 5 月 31 日。

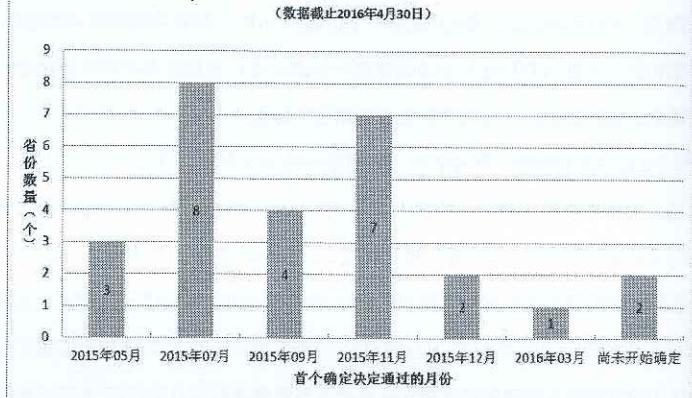


图 1：各省级人大常委会通过首个“确定开始立法决定”的月份-省份数量柱状图

从各设区的市被确定可以开始立法的时间来看，2015 年 5 月即《立法法》修改后各省级人大常委会的第一个会议期一过，在第二个会议期 7 月，获得确定的设区的市数量达到峰值 63 个（占需要获得确认的设区的市总数 273 个的 23%），连同 9 月、11 月，这三个会议期，设区的市可以开始立法获得确认处于高峰期，每次增加的可以开始立法的设区的市数量都约为需确认的设区的市总数的两成左右。



图 2：被确定可以开始立法的设区的市的月份-数量柱状图

可以说，确定设区的市开始立法的绝大部分工作在 2015 年已经完成，2016 年的确定决定从比例上看，据图 1 至图 3 显示，只是在补缺确定而已。24 个省、自治区的人大常委会通过 33 个“确定开始立法决定”在 2015 年年底前确定了 206 个设区的市可以开始立法。

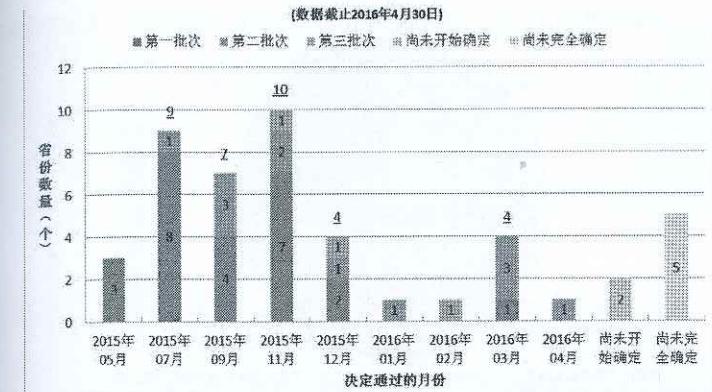


图 3：各省级人大常委会通过“确定开始立法决定”的月份-省份数量柱状图

2. 确权未有效分批

各省、自治区人大常委会通过的“确定开始立法决定”的批次数和分批时间间隔状况，显示出“确定开始立法决定”未有效分批的总体情况。截止 2016 年 4 月 30 日，确定本省、自治区所有设区的市可以开始立法的已达到 20 个，其中，如图 4、图 5 所示，近一半的省、自治区（9 个）未分批作出确定决定，即通过一个“确定开始立法决定”一次性全部确认；9 个省、自治区分两个决定完成了全部确定，两者合起来超过 27 个省、自治区中的七成省份。即使已经通过多个决定分批完成全部设区的市开始立法确认的省、自治区中，如图 5 所示，又有过半省、自治区（6 个）首末批确定决定的时间间隔在 4 个月以内，其他 5 个省、自治区也都在 8 个月内完成。这样的时间间隔状况，对于《立法法》第 72 条第 2 款要求的“人口数量、地域面积、经济社会发展情况以及立法需求、立法能力等因素”发生实质性的提升以满足开始立法的要求，作用是有限的。

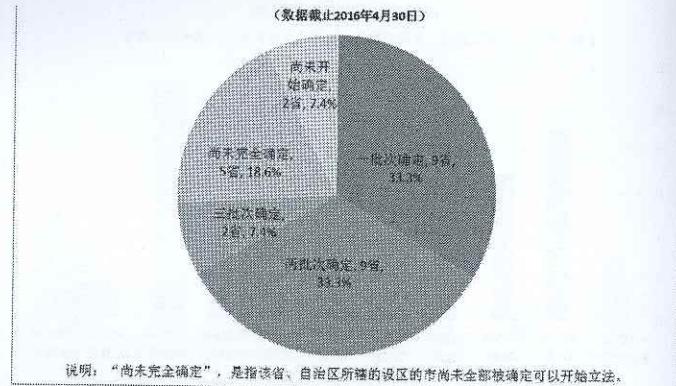


图4: 各省级人大常委会通过“确定开始立法决定”的批次的省份数量、比例图

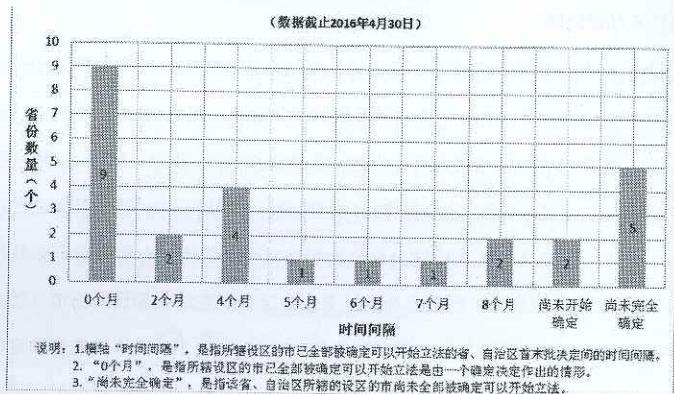


图5: 设区的市分批开始立法的各省、自治区分批时间间隔-省份数量柱状图

3. 确权后短间隔即可以开始立法

从可能的实践效果看，除了省、自治区人大常委会拉开有效时间间隔分批作出确定决定之外，拉开确定决定颁布到所确定的设区的市可以开始立法时点的时间间隔，也可以达到分批开始立法的效果。然而，各“确定开始立法决定”不仅未有效分批、接连做出，而且各确定决定中设区的市可以开始立法也没有拉开充分的时间间隔。其中，如图6所示，随着确定决定颁布可以立即开始立法（包括小于15天就近整月生效）的有186个，占已获确定的232个设区的市的八成，且其中仅有1个设区的市规定了超过半年的时间间隔。

除了附期限可以开始立法的确定决定外，附条件可以开始立法的确定决定的条件内容并没有全面体现出“人口数量、地域面积、经济社会发展情况以及立法需求、立

法能力等因素”的各方面丰富要求，而只是局限于市人大法制委机构的设立。

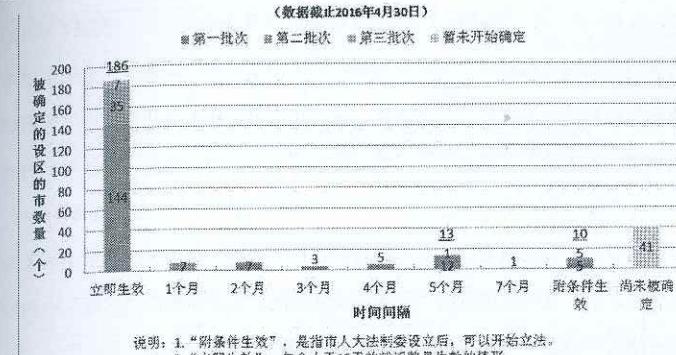


图6: 各省级人大常委会“确定开始立法决定”颁布到所确定的开始立法时点的

时间间隔-设区的市数量柱状图

(二) 设区的市开始立法确定权的性质及其来源

各省、自治区把控设区的市开始立法的“具体步骤和时间”的确定阀门全面失守，既与省级人大常委会在地方政治决策过程中现实地位相关，也与地方立法资格优势省际竞争相关。其中，决定各省、自治区人大常委会紧凑、不分批地确定设区的市开始立法的实践状况的关键因素在于关于设区的市获得地方立法权的时间起点的认识，是始于《关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》在2015年3月15日通过颁布之时，抑或各省、自治区人大常委会“确定开始立法决定”通过之时。这直接涉及省、自治区人大常委会的设区的市开始立法确定权的性质，是设区的市的地方立法权的赋予行为，抑或仅是其开始立法的进度调节行为。

《宪法》第3条第4款规定，在“中央和地方的国家机构职权的划分”上发挥“两个积极性”的前提是：“遵循在中央的统一领导下”。这为单一制的国家结构形式提供了宪法依据。在单一制国家，国家立法可以调整地方的各项事务并统一使用于全国；单一制不排除地方自治的客观需求和民主诉求，但地方立法并非从某个地方主权逻辑中直接推导出来，而是来自国家立法的直接授权。因此，《立法法》的授权，是设区的市获得地方立法权的直接依据。

由此，省、自治区人大常委会关于设区的市开始立法的确定权，并非设区的市获得地方立法权的来源，而是调节本省、自治区市级地方开始立法进度的政策性权力。然而，省、自治区人大常委会掌控此项权力，并不意味着设区的市的地方立法是隶属

于省级地方立法的附属性地方立法，两者是两个各自独立的地方立法层级，均独立来源于《宪法》第 100 条，并分别通过《立法法》的不同条款获得具体化。《宪法》第 100 条的规范内涵中涉及到与此相关的基础性问题，如下图 7 所示，该条是一个关于地方立法权的概括性授权或者原则性授权的条款。虽然在规范语句上仅开放性列举式地赋予“省、直辖市”人大及其常委会“制定地方性法规”的权力，但是，在其规范内涵结构中，不仅有“省、直辖市”等在该条中开放性列举到的地方立法主体的资格依据，也有自治区以及设区的市的地方立法主体资格的概括性依据。以《宪法》第 100 条为依据的各类地方立法，共同构成我国“一元二级多层次”立法体制的“二级”中的地方立法这“一级”。⁽¹¹⁾这“一级”中的地方立法包括哪些类型，有赖于立法形成。⁽¹²⁾目前已通过《立法法》具体化而具备地方立法主体资格者，例如设区的市，均是以《宪法》第 100 条为宪法依据的独立的地方立法主体形态，相互之间并不因为行政区划上的层级关系而形成立法层级上隶属关系。申言之，省级地方立法权、设区的市地方立法权是相互独立的地方立法类型，并且共同作为我国立法体制中地方立法这“一级”当前的组成部分。

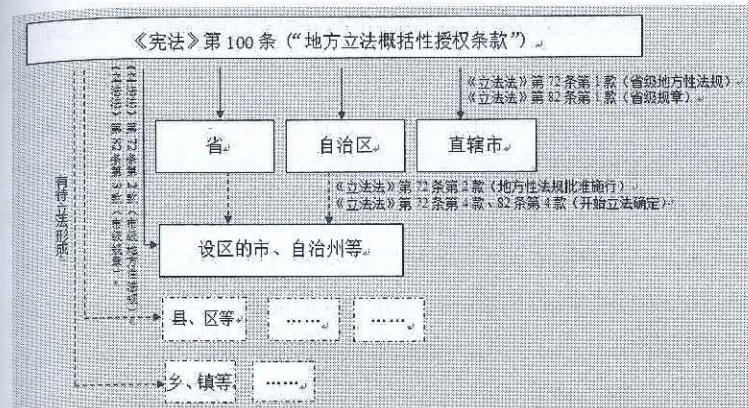


图 7：《宪法》第 100 条“地方立法概括性授权条款”内涵结构图

只是出于地方法制统一的考虑，《立法法》第 72 条第 2 款规定的省、自治区人大常委会批准设区的市地方性法规施行的权力；同时“考虑到设区的市数量较多，地区差异较大”⁽¹³⁾的情况，2015 年修改的《立法法》在赋予设区的市地方立法资格的同时，赋予省、自治区人大常委关于设区的市开始立法的确定权。但是，这两类权力并不影响设区的市作为独立的地方立法主体而存在，而非附属的“半个立法权”。⁽¹⁴⁾

也因此，设区的市开始立法“具体步骤和时间”的确定权，并非省、自治区人大常委会所固有，若仅考虑这项工作“本着积极稳妥的精神予以推进”，⁽¹⁵⁾赋予全国人大常委会这项确定权更为合适；而优先考虑“设区的市数量较多，地区差异较大”因素，赋予省、自治区人大常委这项确定权就成为优选，但第 72 条第 4 款同时保留了各省、自治区“确定开始立法决定”报全国人大常委会备案。

概而言之，设区的市开始立法确定权并非省、自治区人大常委会对附属立法主体资格的自主赋予，而是对于全国设区的市均从《立法法》中普遍获得的独立的地方立

(11) 根据《宪法》第 3 条第 4 款、第 100 条等关于我国地方立法体制的相关规定，我国立法“总体上是两级立法”：中央立法和地方立法，（参见，例如，杨景宇：《关于立法法和监督法的几个问题》，《北京人大》2013 年第 6 期。）省级地方立法和设区的市立法是同属于地方立法这“一级”且各自独立的地方立法层级。

(12) 第九届全国人大常委会法工委主任顾昂然在《立法法》（草案）说明中的下述内容，也体现了《宪法》第 100 条的原则性授权、概括性规定的规范属性：“宪法对这些国家机关的立法权限从大的原则上作了规定，立法法草案对全国人大及其常委会与国务院、中央与地方之间，在立法事项方面的具体划分作了规定。”顾昂然：《关于<中华人民共和国立法法（草案）>的说明——2000 年 3 月 9 日在第九届全国人民代表大会第三次会议上》。

(13) 李建国：《关于<中华人民共和国立法法修正案（草案）>的说明——2015 年 3 月 8 日在第十二届全国人民代表大会第三次会议上》。

(14) 关于“较大的市”地方立法权的性质以及省级人大常委批准其地方性法规实施的权力的探讨，参见，例如，宓雪军：《半立法权探讨》，《中国法学》1991 年第 6 期；丁祖年：《试论省级人大常委对较大市地方性法规的批准权》，《法学评论》1990 年第 6 期；王林：《谈地方立法批准权性质》，《法学杂志》1994 年第 5 期；刘克希：《较大的市制定的地方性法规应当经批准》，《现代法学》2000 年第 5 期。

(15) 李建国：《关于<中华人民共和国立法法修正案（草案）>的说明——2015 年 3 月 8 日在第十二届全国人民代表大会第三次会议上》。

法主体资格在本地区的进度控制权。这里除了本省、自治区立法资源布局的考虑外，还有本省、自治区立法资源布局进度的比较优势考虑。于是，各省、自治区共同观望或齐头并进，是可能出现的两种局面，只是后一种情况成为了《立法法》修改实施一年来的现实。在全国人大常委会搁置对“确定开始立法决定”的“备案”阀门的情况下，这一现实从一出现就迅速普及。^[16]

然而，《立法法》第72条第4款的规范功能，并不因为设区的市普遍被确定可以开始立法而过期，该款具有“确定与筹备条款”的双重规范功能，对于已确定可以开始地方立法的设区的市开展立法活动仍具有“积极稳妥”规范要求。如果说《立法法》赋予设区的市地方立法权是权利能力的赋予，省、自治区人大常委会确定设区的市开始立法是行为能力的激活，各设区的市启动立法程序则是行为付诸实施。因此，该“确定与筹备条款”的调整范围除了其明确列举的省、自治区人大常委会确权决定，也调整着各设区的市获得可以开始立法的确权后到付诸立法行为的期间内相关主体的各类筹备行为，这里的相关主题，除了设区的市自身的筹备之外，也包括各省、自治区人大常委会的筹备措施。

三、设区的市付诸立法实践前的筹备工作

《立法法》第72条第4款例举的省、自治区人大常委会确定设区的市开始立法的五项参考因素“人口数量、地域面积、经济社会发展情况以及立法需求、立法能力”可以区分为两类，前四项属于三项因素和立法需求主观愿望因素相结合的背景因素，^[17]第五项属于主体的能力因素。对较大的市在被确定可以开始立法后、着手各项立法行为之前的筹备工作的规范要求，主要体现在第五项因素“立法能力”上，^[18]即在筹备工作中着力提高之处主要聚焦在形成并持续提高与客观的“人口数量、地域面积、经济社会发展情况”以及“立法需求”的主观愿望相匹配的“立法能力”，以实现科学立法、民主立法，确保立法质量。第4款的这一规范要求，不因为获得可以开始立法的

^[16] 这里不排除这样一种可能：各省、自治区人大常委会竞相确定设区的市开始立法的局面，本身就是《立法法》第72条第4款将确定权分授各省、自治区人大常委会的规范意图。

^[17] 全国人大常委会法制工作委员会国家法室编著，武增主编：《中华人民共和国立法法解读》，中国法制出版社2015年，第268页。

^[18] 《立法法》第72条第4款列举的五项因素，主客观相统一，（全国人大常委会法制工作委员会国家法室编著，武增主编：《中华人民共和国立法法解读》，中国法制出版社2015年，第268页。）在开始立法确定中的要素结构是“3+2”标准，（余东明等：《山东14个设区的市分两批行使地方立法权充分回应民情民意增强立法操作性》，《法制日报》2015年8月5日，第3版。）在确定开始立法后的立法能力筹备中就变成了“4+1”标准。

确定而褪去。就设区的市层面而言，其立法能力的持续提高与完善，应着力的主要是机构、人员两个层面的配置与完善。^[19]

（一）组织筹备

机构筹备是设区的市地方立法工作的组织保障。立法首先要有能够承担立法任务的各类机构，包括立法主体和立法辅助机构。立法主体是指设区的市人大及其常委会，“发挥人大及其常委会在立法工作中的主导作用”，^[20]首先在于完善两者的组成和工作方式。其中，基于已有的地方人大立法均是由常委会制定的现象与惯性，强化常委会的立法能力是其中应主要着手的一个侧重点。与此同时，推动人大自身进行立法，“健全有立法权的人大主导立法工作的体制机制”，不仅是十八届四中全会决定指出的改革方向，而且近两年全国人大立法工作已经呈现出来这个回归趋势，这一趋势应当进一步拓展到省、地市级人大地方立法实践中，尤其应与设区的市扩容立法的趋势汇合并互为借重，因此，提升设区的市人大会议自身的立法能力是另一个需持续关注的侧重点。

立法辅助机构设立和完善，不仅是辅助机构的建设问题，同时也是对立法主体立法能力的加强。这里至少包括机构设立的初阶要求和工作人员立法素养的提升的持续要求。在《立法法》修改之前，其他设区的市大多没有法制委、法工委，有的设有法制委、法工委也主要是从事内务司法工作。^[21]立法辅助机构的设立，比较容易列为评估设区的市立法能力是否达到可以开始立法的门槛要求的形式性标准。各省、自治区人大常委会“确定开始立法决定”中仅有涉及附条件可以开始立法的两个决定涉及的均是从立法辅助机构角度强调立法能力因素：河南、山西两省于2015年11月26日同日通过的“确定开始立法决定”，分别都包含以附条件确定的方式开始立法的5个设区的市（如前图6所示），而所附之条件均着眼于“设立法制委员会”、“依法产生法制委员会”等立法辅助机构层面的组织筹备问题。^[22]

^[19] 为突出重点，文章第三、第四部分关于设区的市、省、自治区人大的相关筹备、准备工作，主要聚焦于设区的市地方性法规问题而展开。

^[20] 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过）。

^[21] 张璁：《地方立法周年各地如何兑现》，《人民日报》2016年3月2日，第17版。

^[22] 《河南省人民代表大会常务委员会关于确定新乡、濮阳、许昌、三门峡、商丘、周口、信阳市人民代表大会及其常务委员会开始制定地方性法规的时间的决定》（2015年11月26日河南省第十二届人民代表大会常务委员会第十七次会议通过），《河南日报》2015年12月2日，第2版。《山西

(二) 人才配备

人才提升与人员增编是设区的市地方立法工作的人才保障。这方面的筹备工作包括两个层面：首先，提高设区的市人大代表、常委会委员、立法工作人员的法律素养和立法技能，这是设区的市立法筹备的重要方面；在此基础上，适度增加人员编制。

据秦前红教授的不完全观察，《立法法》修改前，在有地方立法权的地方人大常委会成员中，具有法律学习背景和法律实务经历的不超过 10%；在专门从事立法工作的专门委员会法制委员会以及为立法服务的工作机构法律法规室（或叫法律工作委员会）中，这个比例也罕有能超过 25%。^[23]对于新增地方立法主体的其他设区的市，这个比例只会更低，这是严重制约设区的市立法能力的关键因素之一。

四中全会高度重视立法队伍建设，从“加强立法队伍”建设、畅通立法部门和其他法律人才部门干部和人才交流、“从符合条件的律师、法学专家中招录立法工作者”、“健全从政法专业毕业生中招录人才的规范便捷机制”等四个方面提出了指导性建议。2015 年 12 月 20 日中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于完善国家统一法律职业资格制度的意见》将“从事法律法规起草的立法工作者”列入“鼓励”参加国家统一法律职业资格考试的人员范围。这是从法律职业资格考试的角度设置的门槛机制，应当适时将“鼓励”进一步落实兑现以“取得法律职业资格”为立法工作者执业的前提条件，使立法工作者与“法官、检察官、律师、公证员、法律顾问、仲裁员（法律类）及政府部门中从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决的人员”对等地、完全地融入“法治工作队伍”。

常态化的立法工作者培训工作是人才提升的另外一项重要工作，在“取得法律职业资格”的门槛机制确立之前，培训工作将发挥更大的功能比重。面对设区的市不断增加的立法“新兵”确立涵盖职前、职中的全程性立法培训工作，加强培训的实践导向是关键，为此，如下举措可资参考：比照法官进修学院设立全国统一、分级设置的“立法人进修学院”，加强上级人大立法工作者对下级人大立法工作者的业务指导功能，培训工作与各级、各地人大立法人之间的经验交流相结合。这项工作与前述立法辅助机构的建设互为表里，共同辅助人大代表、常委会委员做好立法调研、立法起草、

省人民代表大会常务委员会关于运城等设区的市人民代表大会及其常务委员会开始制定地方性法规的决定（2015 年 11 月 26 日山西省第十二届人民代表大会常务委员会第二十三次会议通过），《山西日报》2015 年 11 月 27 日，A2 版。

[23] 秦前红：《如何解决“法盲立法”问题？》，《南方都市报》2014 年 9 月 8 日，第 AA24 版。

立法论证、咨询与回应等相关工作。

加强设区的市立法工作，要有高素质的立法工作队伍作为保障。设区的市立法工作者人员不足，是新出现的另一个突出问题。据统计，31 个省级人大常委会法工委中，大多数未满编；原 49 个较大的市常委会法工委中，多数也未满编，其中人数最多的深圳为 14 人，而最少的仅有 3 人，这个问题对于新获得立法权的其他设区的市来说，压力会更大。^[24]而且，设区的市人大法制委员会等立法辅助机构的人员配置以十左右为宜。^[25]但此问题的应对，并不是简单地增加人员编制，而应在关于立法人才法律素养和立法技能提升机制有了周到安排的同时科学增加编制员额的问题。

四、省、自治区人大常委会的相应筹备工作

设区的市扩容立法给省、自治区人大常委会立法、监督工作所带来的连锁反应，如 2014 年 8 月第十二届全国人大常委会第十次会议对《立法法修正案(草案)》进行一审时，乔晓阳委员指出的赋予地方立法权需要理顺的四个问题中，三个直指省级人大常委会：“一是，立法主体增多，在普遍开花的情况下，给一个省范围内的法制统一就会带来新挑战；二是，普遍开花以后，各市都执行本市的地方性法规，省级地方性法规还有什么作用？……四是，较大的市制定的地方性法规要报省人大常委会批准，目前一般一个省只有两三个较大的市报批准，对省级人大常委会负担不大，将来如果有十几个、二十个较大的市的地方性法规要报批准，省级人大常委会如何完成这个任务？”^[26]笔者认为，这里的第四点是对设区的市的“立法能力”有重要影响的间接因素。对此，全国人大常委会法工委主任李适时此后进一步指出，所有设区的市、自治州行使立法权后，各省、自治区人大法制委、常委会法工委的工作量也将明显加大，“无论是法规批准、备案审查，还是工作指导、人员培训，都将面临过去从未有过压力，必须未雨绸缪、早作打算。”^[27]

随着设区的市扩容立法，省、自治区人大常委会将有三类相关活动在类型或数量上获得增加：第一，创制了设区的市开始立法的确定职权本身；第二，市级地方性法规生效前批准工作的对象，从原来的少量“较大的市”扩容到本省、自治区所辖的所

[24] 张璁：《地方立法周年 各地如何兑现》，《人民日报》2016 年 3 月 2 日，第 17 版。

[25] 参见张德江在“第二十一次全国地方立法研讨会”上的讲话。

[26] 立法权下放至所有“设区的市”就是一个例子。这个问题在全国人大常委会委员之间的争议，参见彭东昱：《赋予设区的市地方立法权》，《中国人大》2014 年第 19 期。

[27] 张璁：《地方立法周年 各地如何兑现》，《人民日报》2016 年 3 月 2 日，第 17 版。

有设区的市；第三，设区的市立法数量的激增难免带来立法质量参差的现象，省、自治区人大常委会根据《监督法》第29条对其“审查、撤销”的需求与活动将会相应增加。^[28]有效应对这三类活动，也是对设区的市“立法能力”的支撑和保障。于是，对于省、自治区人大常委会，《立法法》第72条第4款也具有四个层面的规范意义：第一，授权其设区的市开始立法确定权。^[29]第二，设区的市开始立法需要确定“具体步骤和时间”，不仅是基于设区的市立法能力提升的需要，同时也是为省、自治区人大常委会做好相应准备所设定的回旋时间，这个回旋时间的“确定”权授权省级人大常委会自行掌控。第三，其他设区的市开始立法的“具体步骤和时间”由其“报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案”。第四，设区的市立法能力的提高，除了设区的市自身的提高之外，省、自治区人大常委会的组织准备与方案准备也作为影响因素或者配套因素而成为“设区的市的……立法能力”的题中之义。前三者着眼于省、自治区人大常委会围绕“确定开始立法决定”的确定行为，后者则是针对确定作出后到设区的市付诸立法行为期间的提升其“立法能力”的筹备活动。

助力设区的市立法能力提升的省、自治区人大常委会层面的组织准备，表现为其法工委机构、编制的相应调增与新增。例如，经山东省编委批准，省人大常委会法工委行政法制处、经济法制处更名为法规一处、法规二处，并增设法规三处、法规四处，专门负责17个设区的市报批地方性法规的合法性审查工作。^[30]

方案准备是省、自治区人大常委会助力设区的市立法能力提升另一类重要筹备工作。各省、自治区的“地方立法条例”是关于设区的市地方立法的基础方案，27个省、自治区均制定有以“地方立法条例”为主要命名方式的这类条例，^[31]截至2016年4月30日，其中17个省、自治区已经根据《立法法》修改进行了相应的修改，尚未修改的10个省、自治区中已经有4个省的修改正在审议中或已列入立法计划。（详见下表）

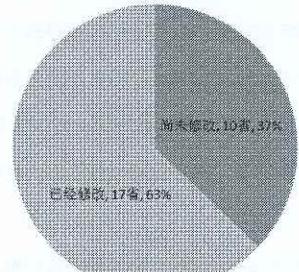
(28) 根据《监督法》“第五章 规范性文件的备案审查”的第29条的规定，“县级以上地方各级人民代表大会常务委员会审查、撤销下一级人民代表大会及其常务委员会作出的不适当的决议、决定”，笔者认为，根据上下级人大的监督关系以及该条举轻明重的规定，可以解释出：设区的市的地方性法规属于省级人大常委会可以“审查、撤销”的对象。

(29) 详见本文第二部分“（二）设区的市开始立法确定权的性质及其来源”。

(30) 余东明等：《山东14个设区的市分两批行使地方立法权 充分回应民情民意增强立法操作性》，《法制日报》2015年8月5日，第3版。

(31) 各省、自治区的这类条例，除了主要以“地方立法条例”命名之外，也包括“制定与批准地方性法规条例”、“人民代表大会及其常务委员会立法条例”、“人民代表大会及其常务委员会立法程序规定”的条例名称。

（数据截至2016年4月30日）



说明：1.“已经修改”，是指已经省级人大及其常委会修改相应立法并表决通过的。
2.已经修改的17个省、自治区中，有2个省是通过新立法方式进行应对，其余省份通过修正、修订旧法方式应对。
3.“尚未修改”，是指省级人大及其常委会尚未进行修改，或者正在修改、审议中的。
4.尚未修改的10个省、自治区中，有1个省正在审议中，3个省已列入立法计划。

图8：各省、自治区“地方立法条例”应对“设区的市扩容立法”修改进度比例图

除了“地方立法条例”中用“设区的市”对“较大的市”的语词更替之外，省、自治区人大常委会层面的方案准备，应在对设区的市立法实践积极提炼经验的基础上，重视“地方立法条例”后续修改或者基于“地方立法条例”的立法规范性文件制定，尤其着眼于两个方面的方案筹备：一方面，设区的市立法中“立法项目征集和论证制度”、“委托第三方起草法律法规草案”、探索“立法机关和社会公众沟通机制”或“立法协商”，专家“论证咨询机制”，^[32]“拓宽公民有序参与立法途径”等辅助立法机制的探索和规范。另一方面，应对设区的市扩容立法，省、自治区人大常委会由此新增工作类型和数量激增的工作内容的相关方案设计，例如，关于设区的市开始立法的立法能力评估、确定工作的程序方案，以及设区的市开始立法后实施前批准工作、实施后备案审查这类数量剧增的工作的方案。

五、又备又审：扩容立法倒逼法制统一？

全国人大常委会如何通过规范省级人大常委会的批准行为来规范设区的市开始立法的“具体步骤和时间”，一种可能的规范方案是：在对各省级人大常委会批准行为进行备案的基础上适时发挥指导性功能。《立法法》第72条第4款最后一句，要求设区的市开始立法的“具体步骤和时间”，需同时“报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案”。全国人大常委会通过备案汇总各省、自治区设区的市、自治州扩容方式的同时，掌握各省地方立法主体的扩容进度，从而具有通过正反典型示范等指导途径来调

(32) 路江通：《立法咨询委员会：人大立法咨询制度的一个重要创新》，《中国人大》2004年第21期。

控全国地方立法主体开始立法之进度的制度空间。然而，对于《立法法》修改一年多已有 232 个设区的市被确定可以开始立法的进度情况以及全国人大常委会对此反应来看，全国人大常委会似乎并无意于运用这一制度空间。然而，被确定可以开始立法的设区的市纷纷着手立法后，确保立法质量、保障法制统一的压力是客观存在的。对此，除了通过前述调控省级人大常委会的确认进度在开始立法的起点处来缓解之外，备案审查是主要的制度途径。

在《立法法》修改讨论过程中，对于设区的市扩容立法问题，不同论者都看到的立法主体激增对立法质量可能带来的负面影响，但基于这同一个事实判断却推出设区的市地方立法主体是收、还是放的迥然相反的两种观点。对于前者“惧乱而收”的逻辑，全国人大常委会第一次审议时，谢小军委员主张设区的市的立法主体地位“与其放，不如收”的主要原因在于：“如果把立法权放得太宽，立法的质量很难保证。”⁽³³⁾全国人大常委会法工委研究室主任梁鹰在《立法法》修改周年之际的如下阐述印证了第二种观点：当前全国人大常委会的主要考虑就是建立健全备案审查机制，做到有件必备，有备必审，有错必究，保障国家法制统一，⁽³⁴⁾这表达了设区的市扩容立法“迎乱而放”后带来的立法质量参差现象，主要寄托于备案审查制度予以应对的从容逻辑。

随着这近一年来各省、自治区人大常委会几乎都放弃了《立法法》第 72 条第 4 款所要求的循序渐进的节奏控制，全国人大常委会也无意于监控这一节奏，后一种观点的现实意义就凸显出来。《立法法》授权省、自治区人大常委会控制设区的市开始立法的“具体步骤和时间”，目标指向确保立法质量；尽管这一节奏控制的阀门机制落空，立法质量的确保仍可期待地方立法的审查机制。申言之，设区的市立法主体激增带来的这一级地方性法规制定井喷并导致地方立法质量的下降，使得全国人大常委会乃至省、自治区人大常委会对设区的市地方性法规的备案审查工作的必要性陡增。法规审查工作在设区的市地方性法规审查层面被激活的可能性并非没有，如果由此激活常态性的法规审查工作，设区的市扩容立法反而将长远地促进提高立法质量、倒逼法制统一，从而发挥出以时间换空间的又一重大战略意义。

无独有偶，《立法法》2015 年修改三审稿讨论以来，全国人大法律委主任委员乔晓阳、全国人大常委会法工委副主任郑淑娜分别在不同场合多次指出，《立法法》从事前、

(33) 彭东昱：《赋予设区的市地方立法权》，《中国人大》2014 年第 19 期。

(34) 陈菲：《立法法修改实施一年 209 个地方获行使立法权》，来源：

http://news.xinhuanet.com/2016-03/02/c_1118215814.htm，访问时间：2016 年 3 月 15 日。

事中和事后设置“五道防线”来“管住地方立法权”：第一道，“全面赋权、稳步推进”，不是一股脑放开；第二道，地方立法权限定在城乡建设和管理、环境保护和历史文化遗产保护事项；第三道，“不抵触原则”；第四道，制定的地方性法规要报省一级人大常委会批准后才能施行；第五道，备案审查制度。⁽³⁵⁾各省、自治区人大常委会各省、自治区人大常委会放弃设区的市开始立法确认工作的节奏控制，失守的仅仅第一道防线，后四道防线则均聚焦到广义的立法审查工作上，包括审查的立法权限基准、“不抵触原则”以及批准实施的事前审查机制和备案审查的事后审查机制。

Abstract: To authorize districted cities to legislate with the scheme of “new cities equal sharing but old large cities kingdoms weakened”, is a big point of New *Legislation Law* (2015). In the recent 14 months after the modification of *Legislation Law*, 232 districted cities have been approved to begin legislating, that is to say, no province or autonomous region strictly controlled “the specific procedures and time” for districted cities to begin legislating. After all, the districted cities’ qualification of legislation dated from the authorization of *Legislation Law* (2015). However, Art.72 Sec.4 of *Legislation Law* is a clause with dual functions both of approval and preparatory work, and its implication of “active and steady” additionally implies two requirements: districted cities should improve the capacity of legislation through the preparation of legislating, the standing committee of the people’s congress of each province or autonomous region should guarantee the districted cities’ capacity of legislation through organizational or scheme preparation. And last but not least, to begin legislating of districted cities maybe will activate the review of local legislation, and reversely promote the quality of legislation.

Keywords: Legislation Law, Districted Cities, Local legislation, Recordation and Review

(35) 详见王逸吟、刘梦：《五道防线管住地方立法权——全国人大常委会法工委负责人答问立法法修改》，《光明日报》2015 年 3 月 10 日，第 3 版；王延辉：《“五道防线”避免地方立法过多过滥》，《河南日报》2015 年 4 月 14 日，第 2 版，等等。

地方立法贵族市的陨落与应对？

——《立法法》修改后原“较大的市”地位变动分析

郑磊 王友健*

内容提要：2015年修改的《立法法》对地级市立法主体结构在“立法事项范围”和“立法主体数量”两个维度上进行了重大调整，这对原“较大的市”的影响尤为显著，即其地方立法贵族市地位不再。如何应对这种地位落差，尤其体现在两个问题的应对上：一方面，原“较大的市”的2015年立法计划制定于《立法法》修改之前而实施于之后，如何根据事项规范进行应对；另一方面，原“较大的市”三类事项外已有立法的修改如何符合事项规范。步入“大规模地方立法时代”，原“较大的市”虽然不再一枝独秀，但其仍能以二十多年积累的立法经验成就立法质量上的示范市地位，为其他地级市的立法活动提供方向指引，为大规模地方立法时代下立法质量的保证发挥样板作用。

关键字：原“较大的市” 2015年立法计划 事项外立法 实施应对

一、问题的提出：原“较大的市”立法特权不再？

2015年3月15日，十二届全国人大第三次会议通过《关于修改<中华人民共和国立法法>的决定》，修改后《立法法》第72条赋予了所有设区的市地方立法权，市级地方立法主体数量从49个增加到了288个⁽¹⁾。与此同时，原“较大的市”立法权的比较

* 作者简介：郑磊（1979—），男，法学博士，浙江大学光华法学院副教授，2011计划司法文明协同创新中心研究人员，从事宪法学与行政法学研究。

王友健（1990—），男，浙江大学光华法学院在读法律（非法学）硕士研究生。

优势也在发生着变化。一方面，从五四宪法排除地方立法权（除自治地方自治条例和单行条例制定权）到现行宪法规定了地方立法权后，地级市立法主体从1982年“省会市+较大的市”到2000年“省会市+较大的市+经济特区所在地的市”再到2015年所有“设区的市”，从45到49再到288；另一方面，从《立法法》修改之前原“较大的市”立法权没有事项范围限定，到修改后同样被限定于“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面”的事项规范内。地级市立法主体结构在这两个维度上的变化使得原“较大的市”的贵族市地位不再、立法特权不再拥有。

于此，我们看到了从特定式授予到普惠式授予、从一部分设区的市先立起来到步入共同立法的大规模立法时代的到来。而在大规模立法时代到来的同时，我们也看到地级市地方立法权从粗放授权到精细授权、从主体数量控制型到权限事项控制型的渐进转变，变化的重点已经转移到权限的精细化控制，而这样的转变也随之造成了原“较大的市”贵族市地位和其立法权限的变动，如何应对地位变动带来的影响，尤其反映在原“较大的市”对于制定于在《立法法》修改之前的2015年立法计划如何根据事项规范⁽²⁾进行实施，对于三类事项范围外已有立法往后可能涉及的修改如何才能符合事项规范这两个问题的应对上。

二、2015年立法计划的事项分布与实施应对

对于原“较大的市”2015年立法计划⁽³⁾如何根据《立法法》第72条第2款的事项规范进行实施应对，是《立法法》修改后其地位变动带来的主要的问题，其中又以事项外立法计划如何实施应对为关键，是终止相关立法活动还是继续其立法活动，或者有其他应对路径。为探讨这个问题，笔者首先对原“较大的市”2015年立法计划进行了梳理和分类，掌握是否存在大量事项外计划立法，并通过调查2016年立法计划是否对其继续开展了相关立法活动来探讨2015年立法计划可能的实施应对路径。

⁽¹⁾

(1) 截至2016年6月1日，全国设区的市288个。因2015年两会闭幕至2016年2月28日期间，国务院于2015年3月16日分别批复同意西藏林芝地区（国函[2015]51号）、新疆吐鲁番地区（国函[2015]52号）撤地设市；其次，于2016年1月7日分别批复同意西藏山南地区（国函[2016]8号）、新疆哈密地区（国函[2016]9号）撤地设市。故设区的市从284个增加为288个。

(2) 本文中“事项规范”，即指《立法法》第72条第2款所规定的“设区的市的人民代表大会及其常务委员会可以对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项制定地方性法规”的立法事项限定规范。

(3) 本文中“立法计划”是指原“较大的市”人大常委会地方性法规的立法计划，不包括政府规章。

(5) 对于地级市人大及其常委会当年立法计划，分为正式项目（制定、修订）、预备项目、调研项

(一) 立法计划的事项分布

在 2015 年《第十二届全国人民代表大会法律委员会关于<中华人民共和国立法法修正案(草案)>审议结果的报告》中“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护”三类事项被解释为“从城乡建设与管理看，就包括城乡规划、基础设施建设、市政管理等；从环境保护看，按照环境保护法的规定，范围包括大气、水、海洋、土地、矿藏、森林、草原、湿地、野生生物、自然遗迹、人文遗迹等”；而在第二十一次全国地方立法研讨会的总结中，全国人大常委会法制工作委员会主任李适时表示，“城乡建设既包括城乡道路交通、水电气热市政管网等市政基础设施建设，也包括医院、学校、文体设施等公共设施建设。城乡管理除了包括对市容、市政等事项的管理，也包括对城乡人员、组织的服务和管理以及对行政管理事项的规范等”^[6]。本文结合上述两种“三类事项”规范解释对杭州、广州等 34 个^[7]原“较大的市”2015 年立法计划中所有的计划立法进行了事项归属分类，共划分出城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护、经济管理、权益保障、内部管理^[8]6 类事项的法规。如下图 1，按照这样的事项分类，从 34 个原“较大的市”公布的立法计划来看：(1) 符合三类事项的计划立法占全部计划立法的比例是：58%，其中：城乡建设与管理类计划立法所占全部计划立法的比例：41%，环境保护类计划立法所占全部计划立法的比例：15%，历史文化保护类计划立法所占全部计划立法的比例：2%；(2) 无法纳入三项立法事项的事项外计划立法所占比

目，一般预备项目、调研项目如果确实需要，会在下一年立法计划中继续列入；部分正式项目也会因尚未制定完成等各种原因延迟到下一年立法计划继续制定、审议和报批。因此观察 2015 年立法计划当年实施情况（是否被批准或终止）和 2016 年立法计划是否对之前尚未完成的立法计划继续进行，即可判断原“较大的市”2015 年立法计划实施应对事项规范限定的路径。

(6) 《全面贯彻实施修改后的立法法——在第二十一次全国地方立法研讨会上的总结》，全国人大常委会法制工作委员会主任 李适时，《中国人大》2015 年 11 月 1 日第 21 期，言论/专论。

(7) 因部分原“较大的市”立法计划未公开，故笔者只收集到 34 个原“较大的市”的 2015 年立法计划。

(8) 本文“经济管理”类立法即指为规范本地区市场经济活动、促进经济产业发展的立法，区别于包括对市容、市政等事项的管理，也包括对城乡人员、组织的服务和管理以及对行政管理事项的规范等的“城乡建设与管理”。当然，鉴于城乡建设与管理的外延较大，也很难说市场管理活动不属于城乡管理，但至少“促进经济产业发展”类政策规范不应当属于城乡建设与管理。本文“权益保障”类立法是指对特定人群的权益保障的立法，区别于对城乡人员、组织的服务和管理的城乡管理的规范，对城乡人员、组织的服务应当是倾向于对大众的公共服务。本文“内部管理”类立法是指规范本级有关国家机关的内部运行、权责划分，规范国家机关工作人员行为的立法，例如《广州市依法行政条例》、《昆明市执法责任制条例》、《唐山市预防职务犯罪条例》等，区别于属于市政管理的城乡管理类立法。

例为：42%，其中：经济管理类计划立法占全部计划立法的比例：23%，权益保障类计划立法占全部计划立法的比例：7%，国家机关内部行政管理类计划立法占全部计划立法的比例：12%。

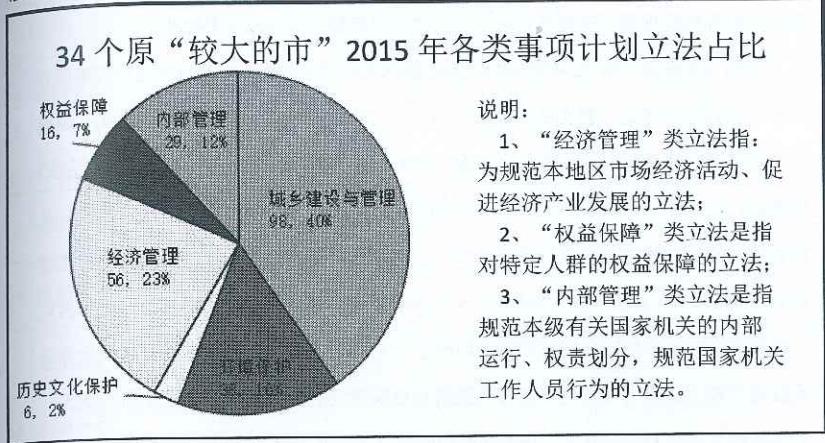


图 1

(二) 立法计划的实施应对

从前述 34 个原“较大的市”2015 年立法计划事项分布占比情况来看，除出三类事项计划立法，还有 42% 的计划立法属于事项外立法。对于原计划未超出三类事项的计划立法自当可以继续进行和实施，但是剩下这 42% 的事项外计划立法该如何应对《立法法》第 72 条第 2 款的事项规范限制，便是亟待解决的问题，笔者根据《立法法》相关规定和对《立法法》修改后各原“较大的市”的实践中应对方式梳理，共归纳出以下几种类型的应对路径：

1. 调整立法计划，终止事项外立法（自动终止型）

虽然原“较大的市”对于在《立法法》修改前已经被批准实施的涉及修改后《立法法》第 2 款规定事项范围以外的地方性法规，根据修改后《立法法》第 72 条第 6 款的规定继续有效。但该条款并未表明在《立法法》修改前已经纳入立法计划正在制定、审议甚至待批准的事项外法规的立法活动可以继续进行而致该事项外法规可以被批准实施。故对于这些事项外计划立法，原“较大的市”应当自行终止正在进行的其相关立法活动，调整立法计划。

2. 按原计划进行，省人大常委会不予批准（不予批准型）

结合 1 中所述，如果原“较大的市”人大常委会在《立法法》修改后，并未终止

其事项外立法计划的相关活动，而是继续进行，由于《立法法》第 72 条第 2 款中规定“设区的市的地方性法规须报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行”，原“较大的市”立法的最终批准权依然掌握在省人大常委会手中，根据该款规定，由于提交待批准的法规属于事项外立法，与上位法相抵触，自当应不予批准。

虽然《立法法》第 72 条第 2 款、第 6 款都有对《立法法》修改后才进行的事项外立法予以排除的规定，但实践中各原“较大的市”以及省人大常委会是否遵从了该规定予以排除，还是采用其他的应对措施。笔者为验证这种可能，收集了的在《立法法》修改后，6 个原“较大的市”2015 年立法计划的实施情况和其 2016 年立法计划⁽⁹⁾。从统计情况来看，事项外立法计划并未终止，有的立法仍被批准实行，有的立法依然继续列入了 2016 年立法计划。例如 2015 年立法计划中的《南京市华侨权益保护条例》、《哈尔滨市建筑市场管理规定》等（如图 2），可见，市人大在《立法法》修改后并未采取相应中止措施。而这些城市作为经济社会快速发展中的大城市，立法需求量大，三类事项并不能满足其需求，正如两会期间对《立法法（修正案）》讨论过程中，广州市长所说“广东现有的 4 个拥有立法权的城市，立法权限是否会减少，如果减少，将会影响地方的管理工作造成影响。他呼吁不要缩减原先拥有立法权城市的立法权限。如果减少，今后可能 70% 的立法要经过省人大批准，省人大压力会很大”。⁽¹⁰⁾ 显而易见，这 6 个原“较大的市”并未采取前述 1, 2 两种应对路径，由于样本有限，不能肯定 49 个原“较大的市”都未采取前述 1, 2 两种路径，但至少说明存在这样的应对路径。当然，这种现象也可能是采取后文将述的“扩大解释”应对路径的结果。⁽¹¹⁾

2015 年立法计划				
序号	城市	事项外立法计划		
		经济管理	权益保障	内部行政管理

(9) 本文按照“省级人民政府所在地的市、经济特区所在地的市、经国务院批准的较大的市”三类原“较大的市”、分属于东中西部地域的两个划分标准，收集了 3 个省会市、2 个经批准设立的较大的市、1 个经济特区所在地的市的 2015 年和 2016 立法计划。（同时限于部分原“较大的市”未同时公开该两年立法计划，所以未能一一统计）

(10) 《广州市长陈建华：不要缩减广州原有立法权限》，南方都市报，2015.03.09。

(11) 如果采用“扩大解释”的应对路径，自然会对事项规范中的“城乡建设与管理”作扩大解释、对“等”作等外等解释，以至将按照本文事项分类标准划分的事项外法规涵盖进事项范围内而转变成“事项内立法”，也就可以“合法”地不终止相关立法活动。

1	哈尔滨市	1、建筑市场管理规定（修订）（预备项目） 2、木材经营加工管理条例（修订）（正式项目）	无	无
2	南京市	无	1、华侨权益保护条例（于 5 月 29 日批准生效） 2、遗体器官捐赠条例（于 9 月 25 日批准生效） 3、未成年人保护条例（于 12 月 4 日批准生效）	无
3	昆明市	1、会展业促进条例（于 9 月批准生效）	1、保障残疾人合法权益条例（于 11 月批准生效）	无
4	邯郸市	1、城市房地产交易管理条例（修订）（正式项目）	1、妇女权益保障条例（于 11 月批准生效）	
5	徐州市	1、质量促进条例（预备项目）	1、企业工资集体协商条例（正式项目）	1、法院执行联动条例（预备项目）
6	珠海市	1、珠海经济特区民营经济促进条例（12 月 25 日通过）		1、珠海经济特区法治政府建设条例（正式项目）

2016 年立法计划				
序号	城市	事项外立法计划		
		经济管理	权益保障	内部行政管理
1	哈尔滨市	1、建筑市场管理规定（修订）（预备项目）	无	无
2	南京市	无	无	无
3	昆明市	无	无	废止《执法责任制条例》
4	邯郸市	无	无	无
5	徐州市	未公开	未公开	未公开
6	珠海市	无	无	1、珠海市人民代表大会常务委员会关于珠海经济特区横琴廉洁岛建设的决定（2016 年新增审议项目）

图 2

4. 扩大解释：“等内等”还是“等外等”新说（扩大解释型）

从《立法法》第 72 条第 2 款来看，虽然设定了三类立法事项的立法权限范围，但还是留有余地，开了一个“等”的口子。目前各方对于“等”都有不同的理解，全国

人大常委会法制工作委员会主任李适时表示“这里的‘等’，从立法原意讲，应该是等内，不宜再作更加宽泛的理解”。在学界，大部分学者也趋向做等内等的解释，例如郑毅博士分别从“逻辑、规范、实践”三个层次来阐述了等内等的看法，他认为“‘等外等’的解释显然将导致规定三类事项这种羁控的努力归于徒劳”。而在实践中，许多地方倾向于对《立法法》的这一限缩尽量做出有利于己的扩大解释，从而谋求更为充分的立法需求释放路径。^[12]主张“等内等”，是立法原意的表达，是对防止地方立法权肆意扩张的谨慎态度；支持“等外等”，是实践中部分地方对更宽范围立法权的利益诉求，以及部分学者对过度限制立法自主权会导致一系列问题的担忧的反映。而具体是该等内等还是该等外等，笔者认为这是一场博弈，也是中央对地方立法权可以收放自如的“一张牌”，而不一定必须是等外等或者等内等。可以说“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护”是原则上限定的事项，“等”是一种例外，这种例外的成立有赖于上位法的赋予^[13]，有赖于设区的市的自身情况和实际需要，对于这种“实际需要”的判断，《立法法》将这个裁量权交给了省级人大常委会，即“省、自治区的人民代表大会常务委员会对报请批准的地方性法规，应当对其合法性进行审查，同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的，应当在四个月内予以批准”。^[14]也可以说，我们在探讨事项规范是不是刚性的闭合的，不如说事项规范是在给出一个范围，其中的“等”是在给中央和地方立法权限博弈的空间。

同时，事项规范中“城乡建设和管理”的文义过于模糊、难以准确界定，且全国人大常委会尚未对其进行立法解释，给出具有可操作性的统一标准，导致各方理解悬殊，这便给立法主体和批准主体在实践中对其进行扩大解释以可能。所以，回到本节探讨的立法计划实施应对的问题上来看，原“较大的市”完全有可能采取这样的扩大解释的进路来满足其事项外立法需求，而省级人大常委会也可能通过这样方式回应他们的需求，以至于将按照本文事项分类标准来划分的事项外法规通过扩大解释涵盖进事项范围内而转变成“事项内立法”，也就可以“合法”地不终止相关立法活动。由此便会出现“图2”中并未终止事项外立法活动，甚至对事项外立法继续予以批准的情况。

[12] 郑毅：《对我国<立法法>修改后若干疑难问题的诠释与回应》，《政治与法律》，2016年第1期·专论。

[13] “上位法的赋予”即《立法法》第72条第2款规定的“法律对设区的市制定地方性法规的事项另有规定的，从其规定”。

[14] 参见《立法法》第72条第2款后半段的规定。

三、原“较大的市”事项外立法的修改问题

《立法法》对地级市立法权事项范围的规定，对原“较大的市”地位变动直接带来的第二个问题便是对于《立法法》修改前已经被批准的事项外立法能不能修改。如果能修改，什么样的修改是可以被允许，什么样的修改是需要被禁止的。这都需要我们进行辨析探讨。

(一) 事项外立法修改权限的争议

对于已有事项外立法能不能修改，大部分学者主张，应由省级人大常委会决定特定法律能否修改，而郑毅博士认为，“从规范分析的角度来看，《立法法》第2条即将‘制定’、‘修改’和‘废止’作了并行表述，对‘制定’一词应做狭义解释，并不包括‘修改’，仅指‘创制’行为”^[15]，所以《立法法》第72条第2款对事项外原有地方性法规的“修改”并不能构成限制。但是学界也有争议，有学者表示“那如果是以修法之名行立法之实”呢？对于这个问题，李适时主任表示，“对这些法规，如因为上位法修改或者实际情况发生变化，可以对地方性法规进行必要的修改，但是不得再增加立法法关于设区的市立法权限范围以外的事项，防止出现‘旧瓶装新酒’的现象”。^[16]由此我们可以看出，原“较大的市”对于原有三类事项以外的地方性法规可以进行修改，但关键需要明晰的是修改范围的禁止标准。

(二) 实质性扩充禁止标准

根据图1的事项类型，从下图3^[17]杭州市现行有效的事项外立法情况来看我们可以看到，按照这样的分类标准，除了城乡建设与管理、环境保护和历史文化保护这三类事项立法外，杭州市还有20%的事项外立法^[18]。对于这些其他事项的立法学界比较担心的是当这些地方性法规因不能跟上城市的发展和需求，需要进行修改时能不能修改，修改算不算超出了三类事项的立法权限，或者什么程度的修改才不算超出权限等问题。这也是从“较大的市”到“设区的市”立法权限变化中亟需解决的问题。

杭州市现行有效的事项外立法	
经济管理	绩效管理条例

[15] 同前注11，郑毅。

[16] 同前注5，李适时。

[17] 参见杭州人大网 http://www.hzrd.gov.cn/wxzl/lfg/hzsfg/yxfg/index_3.html，2016年10月11日访问。

[18] 杭州市现行有效地方性法规94件，事项内法规75件，其中：城乡建设与管理类法规64件，环境保护类法规7件，历史文化保护类法规4件；事项外法规19件，其中：经济管理类8件，权益保护类7件，内部管理类4件。具体参见前注16。

	智慧经济促进条例 城市房地产开发经营管理若干规定 机动车维修业管理条例 市政公用事业特许经营条例 旅游条例 专利管理条例 杭州之江国家旅游度假区条例
权益保障	预防和制止家庭暴力条例 精神卫生条例 工会劳动法律监督条例 中小学校学生伤害事故处理条例 企业工资集体协商条例 法律援助条例
	立法条例 制定地方性法规的规定 预算监督条例 实施《中华人民共和国城市居民委员会组织法》办法

图 3

首先，对于这些地方性法规的修改，如果仅是涉及到程序上的问题，自当可以修改。⁽¹⁹⁾其次，如果是涉及实体性的问题，则应当以规范的修改是否保持着“规范原本调整的事项活动范围”⁽²⁰⁾或者是否追求的是“三类事项”规范所调整的事项活动，来区分是“维持性修改”还是“突破性修改”，进而认定是否可以修改。维持性修改即对原规范的修改依然保持着规范原本调整的事项活动的范围，或者转向为调整“三类事项”规范所调整的事项活动；突破性修改即对原规范的修改超越了规范原本调整的事项活动范围，从调整三类事项内事项活动跨越到调整三类事项外事项活动，或者致原本调整三类事项外一事项活动的规范跨越到调整另一事项外事项活动。具体可以分为下列两种实质性扩充禁止标准：

1. 禁止从事项内跨越到事项外标准（适用原属事项内规范）

对于本身属于“三类事项”范围内的规范，如果规范的修改保持了原本调整的事项活动范围，或只是在事项规范所调整的三类事项活动之间跨越，则不存在超出“三类事项”立法权限的问题。但如果规范的修改使得原本是调整三类事项内事项活动的

(19) 同前注 11，郑毅。

(20) 例如规范原本调整的事项活动是经济管理，则规范的修改不能超越经济管理活动范围。

规范跨越到调整三类事项外某一事项活动，则应当被禁止。例如作为政府政策性、宏观性、鼓励指导性的属于调整“城乡建设与管理”活动范围的《杭州市科学技术进步条例》中的条文规范，经修改完全有可能跨越到涉及调整经济管理活动的例如《杭州市专利管理条例》中的条文规范，该情形即属于超出事项规范限定，超出三类事项的立法权限，就应当亮出“达摩克利斯之剑”。

2. 禁止事项外的不同事项之间跨越标准（适用原属事项外规范）

首先，对于在《立法法》修改前已经实施的事项外规范，由于《立法法》第 72 条第 6 款的特许，规范的修改保持着原本调整的事项活动范围，也就不存在超出“三类事项”立法权限的问题，例如调整“经济管理”活动的《杭州市专利管理条例》，本身的规范调整事项活动范围属于经济管理活动，只要其是在原本规范调整的事项活动范围内修改，或者是跨越到调整属于三类事项内规范所调整的事项活动，例如《杭州之江国家旅游度假区条例》中某一规范跨越到调整城乡建设与管理活动范围⁽²¹⁾，就不可能出现超出“三类事项”立法权限的问题。

其次，对于规范的修改致原本调整三类事项外一事项活动的规范跨越到调整另一事项外事项活动，则应当属于禁止之列。例如，如果《杭州市专利管理条例》借修改之名行立法之实，从规范内容原本只调整经济管理活动跨越到调整本级有关国家机关的内部管理活动⁽²²⁾，即超出了规范原本的事项活动调整范围，自当属于超越立法权限的修改，应当予以排除，这即属于前述李适时主任说所的“旧瓶装新酒”。

四、立法权限的自治回归——“事项规范”再思考

前述对原“较大的市”2015 年立法计划实施应对路径和事项外已有立法修改的禁止标准两个问题，都是在围绕如何应对《立法法》72 条第 2 款的“事项规范”展开分析阐述的，而事项规范中的事项归属标准是两个问题分析阐述的前提，但从前述对“等内等”还是“等外等”新说的探讨来看，哪些属于“城乡建设和管理”事项，哪些属于事项内立法，哪些属于事项外立法，这一点在理论上和实际操作中都很难以给予统

(21) 例如《杭州之江国家旅游度假区条例》如果修改设立度假区交通管理的有关条文规范，则属于跨越到调整城乡管理活动，而城乡管理活动属于《立法法》第 72 条第 2 款允许的立法事项范围，则应被允许修改。

(22) 即例如《杭州市专利管理条例》如果修改设立一条文规范对本级国家机关的专利管理职权责任归属进行划分或整合，则属于超出了原本调整的经济管理活动范围，跨越到了调整国家机关内部管理活动范围，应当予以禁止。

的界分，尤其在全国人大常委会没有给出统一的立法解释时。从广州市对 2015 年立法计划中正在制定的《广州市人力资源市场条例》等归属模糊的“边缘事项”性地方法规的处理态度我们就可以明显看出^[23]。于是，事项归属的难以区分以至于“等内等”还是“等外等”的争论意义也就小了很多。在这样的现实前提下，我们要得出“《立法法》的修改，是对地级市地方立法权限大幅缩减”的判断就很难成立了。这也就是为什么会有学者认为三类事项涵盖范围很小，对地级市地方立法权的限制会带来一系列问题，如秦前红教授认为会出现“造成地方立法资源的浪费与错位”、“加剧省级立法与较大的市立法的利益博弈”、“隔空立法阻滞地方法治教育进程”等问题。^[24]而武增主任却说“‘城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面事项’范围是比较宽的”，“从目前 49 个较大的市已制定的地方性法规涉及的领域看，修正案草案规定的范围基本上都可以涵盖”。^[25]那么既然由于事项规范本身的范围难以界分导致实践中对原“较大的市”的立法权限未必得以实际削减，那事项规范设立的意义又何在？是否其设立目的不是为了限缩^[26]地级市地方立法权限，而是其他的。这个问题还是应回到地级市地方立法变化轨迹中去寻找答案。

中国首先是一个单一制国家，但同时也是一个地域辽阔、生产力发展极不均衡的国家，不同地域的经济、文化、社会发展水平差距很大，所以立法体制必须将统一性和差异性结合起来，赋予地方一定的自主性。改革开放三十多年来地方立法主体不断扩容的实践，也证明了地方立法在推动国家法治建设方面的巨大作用。随着经济社会的发展和改革的深入，地方事务日益复杂、多样，进一步扩大地方立法主体的范围，

(23) 广州市在 2015 年立法计划中将《广州市人力资源市场条例》列为提案项目，《立法法》修改后并未终止相关其立法活动，在 2016 年立法计划中仍上升列入了审议项目，意味着广州市一则可能认为其属于城乡建设与管理事项范围，二则可能认为其属于本市合理立法需求，当属“等”的范围，这便是事项规范限定标准模糊带来的结果——各方理解差异、限定效果不佳、“等内等”还是“等外等”争议意义不再。

(24) 秦前红、底高扬：《〈立法法〉修改后较大的市不完整立法权带来的困境与破解路径探析》，载《宪法监督：理论建构与制度完善·中国宪法学研究会 2015 年年会发言论文集》（2015 年 10 月 24-25 日，贵阳），第 186-187 页。

(25) 武增：《2015 年〈立法法〉修改背景和主要内容解读》，《中国法律评论》2015 年第 3 期。

(26) 笔者认为立法权的“限缩”和立法权的“精细化控制”并不是同等概念，限缩是单纯的权力固化性缩减，不存在弹性空间，原有权力不再；而精细化控制则是确立权力行使的基本原则，根据情势发展、需求变化来进行弹性把控，可增可减、可收可放。《立法法》第 72 条第 2 款事项规范的客观目的和价值追求当作后一种理解。

允许地方在不违反上位法的前提下，制定符合本地方发展和利益的法律规范，这无疑能够进一步调动地方主动性和积极性、实现地方的依法治理，从而全面推进依法治国。^[27]因此本次《立法法》的修改虽然规定了设区的市地方立法权限的范围，但笔者认为，这也可能是由于从 49 个较大的市到 288 个设区的市，立法主体数量短期内大幅度增加，为了防止地方立法权被滥用，事项范围的限制是一个谨慎放权的原则性的“训政措施”，是中央把控地方立法秩序，维护法制统一，防止地方立法权被滥用的收放自如的又一“安全阀”，这也与全国人大常委会法工委郑淑娜副主任提到的为“避免立法的过多过滥”而设立了“五道防线”^[28]相印证。

总的说来，笔者认为，事项规范并不是对地级市地方立法权直接的刚性的限缩，但也不是保持原有的由“较大的市”自行规划、不予干涉，而是一种“立法权限的自治回归”，由中央、省级人大常委会对地级市地方立法权进行弹性把握，调控立法进程、保证立法质量，这符合维护法制统一的内在逻辑，也符合“民主立法、科学立法，精细立法”的要求。

五、余论：从立法权限贵族到立法示范贵族

随着《立法法》的修改，原“较大的市”的地方立法权优势不再拥有，而“设区的市”的到来，迎来了“大规模立法时代”，随之而来的便是地方立法权诸多新问题的产生。首先，虽然有省级人大常委会的批准制度和全国人大常委会的备案审查制度，但在目前违宪审查制度尚未建立的情况下，中央针对“法出多门”的纠偏力量明显不足，将至法制体系紊乱的状况进一步加剧，这也是全国人大法律委主任委员乔晓阳所担忧的“维护法制统一的难度明显增大”^[29]。其次，地方立法权的全面铺开，可能会为地方保护主义和区域制度壁垒提供“合法基础”。同时，各地方立法经验和队伍建设完善程度大相径庭，将会使不同地方立法质量参差不齐，虽然《立法法》第 72 条附加了逐步分批授权的限制性规定^[30]，但这并不能在实践中很好解决立法能力和水平差异问题，

(27) 崔卓兰，赵静波：《中央与地方立法权力关系的变迁》，《吉林大学社会科学报》，第 47 卷·第 2 期。

(28) 参见：《郑淑娜：立法法修正案建五道防线维护法制统一》，中国人大网，http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2015-03/09/content_1918598.htm。

(29) 《地方立法要守住维护法制统一的底线——在第二十一次全国地方立法研讨会上的讲话》，全国人大法律委员会主任委员 乔晓阳，中国人大，言论/专论，2015.11.1。

(30) 新《立法法》第七十二条第二款后半段规定：其他设区的市开始制定地方性法规的具体步骤和时间，由省、自治区的人民代表大会常务委员会根据所辖设区的市的人口数量、地域面积、经济社

而且在地方立法需求旺盛情况下，省级人大常委会在地方利益表达等复杂因素的影响下，对放开的节奏很难控制，以致蜂拥确权。⁽³¹⁾而在追求立法质量的今天，对于大量被新赋予地方立法权的没有相关立法经验的设区的市如何应对这些问题，如何在大规模立法时代保证立法质量、维护法制统一，作为积累了二十多年立法经验的原“较大的市”，便是其发挥示范市作用的最佳时机。

同时，从原“较大的市”对2015年立法计划及事项外已有立法修改的实施应对情况来看，完全存在事项规范管控失灵、省级人大常委会批准权放任的风险，在“四道防线”⁽³²⁾失守的情况下，很可能由此激活沉睡已久的备案审查制度。⁽³³⁾至此，从地方立法权贵族到地方立法示范贵族，虽然“较大的市”将逐渐退出历史的舞台，但观察研究后“较大的市”时代的动向和问题，依然能给予我们解决当下“设区的市”时期出现的地方立法权发展新问题以诸多启示和思考。

会发展情况以及立法需求、立法能力等因素确定，并报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案。

(31) 郑磊：《设区的市开始立法的确定与筹备——以<立法法>第72条第4款为中心》，《学习与探索》，2016年第7期

(32) “四道防线”是指“全面赋权、稳步推进”、三类事项限定、不抵触上位法原则、批准施行制。具体表述参见同前注27。

(33) 《立法法》第72条第4款规定的“备案审查制度”即第五道防线，参见同前注27。

地方立法赋予社会组织

行政管理职能的可行性分析

韩振文*

内容提要：我国社会转型期的国家治理需要根据时代多元化需求，采取不同的行政管理模式。随着各种社会自治力量勃兴发展，越来越多的社会组织参与到传统由政府垄断的行政管理领域，这就为社会组织承担行政管理职能奠定了坚实的实践基础。但现行地方立法赋予社会组织行政职能仍存在诸多缺陷与困境，对保留与开放的权限分配及制约并不融贯有效。以山东省地方立法的本土资源为例，分析社会组织承担行政职能的地方性法规、规章的相应规定，同时对新公共管理运动及私人行政的域外经验进行有益借鉴，可以实证地发现地方立法赋予社会组织行政职能的现实意义及其权力运行的监督规制限度。地方立法赋予社会组织行政管理职能的可行性，其要义在于破除“政府职能转变”误区，优质高效地服务于地方公共治理，并推动城市管理的市场化建设。

关键词：地方立法 社会组织 行政职能 新公共管理运动 私人行政

“四个全面”战略布局明确了处理执政党、政府、市场和社会之间关系的有效途径，这就给地方立法提出了更高的要求。在当前我国社会深刻转型时期，如何在实现科学立法、民主立法的基础上提升地方治理的法治化程度、以地方立法特色服务国家治理现代化需求，并满足人民群众多样化的服务需求，已成为地方立法的重要职责。其中地方立法赋予行政机关之外其他组织行政管理职能的尝试探索，就旨在破除“政府职能转变”的误区，以地方立法创新实现社会组织承担行政职能，将竞争机制引入

政府公共服务领域，并优质高效地服务于地方治理。这必然要求社会组织行政管理职能的机制设计具备必要的可行性与合理性，才既能保障地方治理的有效性与规范性，又能提升地方社会组织参与行政管理，提供回应性、个性化公共服务的基本能力。

一、可行性问题的提出

(一) 社会组织承担行政管理职能的可行性条件

当前我国正处于经济社会深刻的转型期，各种阶层的利益诉求呈现出复杂多样化。这一时期的国家治理需要面对社会自治力量勃兴的发展现实，回应多元共治、善治的基本需求，以实现不同利益群体间博弈的适当均衡。《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确指出，要“正确处理政府与社会关系，加快实施政社分开，推进社会组织明确责任、依法自治、发挥作用”。加快社会组织建设是深化社会体制改革的重要内容，有利于完善社会主义市场经济体制，促进社会的和谐发展。其中授权社会组织行使行政管理职能就是深化社会体制改革的重要方面。通常意义上社会组织指的但是在民政部门登记的，不以营利为目的，不同于政府机构和市场组织，以社会服务为基本功能的，具有自愿性和独立性的行业协会、民办非企业组织、基金会。可以发现，当下越来越多的社会组织参与传统由政府垄断的行政管理领域，并在公共管理水平及公共服务质量提高上发挥越来越重要的作用。一方面，政府需要转变职能、简政放权，将部分职权向社会公共领域转移，这有利于减轻自身负担、降低政府成本，提升行政办事效率；另一方面，社会自治理念普遍深化，充分释放社会组织的活力，不断提升公共产品及服务供给的质量水平。因此，社会组织承担行政管理职能、提供公共服务已成为时代发展趋势，也成为行政法发展潮流，如英国的“新公共管理”运动、日本的“私人行政”、“第三部门”兴起等。

(二) 社会组织承担行政管理职能的现状与困境

在我国政府职能转变的背景下，相关的行政审批制度改革、简政放权改革已经向社会组织转移了部分行政职权，但是并未取得良好的社会效果，且仍未形成规范化的制度模式。不可否认，当前我国社会组织承担行政职能面临许多体制障碍亟待克服，如现行立法对社会组织承担行政管理职能缺乏清晰的法律定位与系统授权；地方立法未破除行政主导模式下对社会组织的限制，对权力分配缺乏有效制约；政策支持与执行不到位，社会组织缺乏自身建设等。另一方面，行政审批、简政放权等改革均是行政系统内部的自我完善，缺乏对行政权力有效的外部监督。我们需要直面这些问题，

以此为导向深入挖掘本土传统的优势资源，并积极借鉴域外有益经验与准确把握国际趋势，为地方立法赋予社会组织行政管理职能的可行性提供科学的智识支持。通过对地方立法赋予社会组织行政职能的可行性与必要性分析，确立以地方立法的形式将部分行政权力转移下沉到社会，以地方人大和社会力量有效约束和监督政府权力，防止政府权力过度膨胀，促进政府职能的深刻转型。

二、具备可行性的本土资源挖掘——以山东省地方立法为例

进行地方立法赋予社会组织行政管理职能的实验，若想能够更好地推进国家治理体系和治理能力的现代化，首先要立足我国的本土资源与优秀文化传统，兼顾社会结构、组织制度的延续。这种本土资源挖掘可从两个角度展开：从“行政主体”角度来说，社会组织可以通过法律、法规授权而获得行政主体地位而成为“法律、法规授权的组织”，行使行政权力并承担相应行政责任，如《行政许可法》和《行政处罚法》的相关规定^[1]；从地方立法权限角度来说，有地方立法权的地方人大、地方政府可以制定地方性法规、地方政府规章，地方性法规、地方政府规章可以授权社会组织承担行政职能。本文就以山东省地方立法的本土资源为例，归纳总结现行地方性各种规范性文件针对哪些领域、进行何种方式与程度的授权，调查分析山东省社会组织承担行政职能的基本情况，考察社会组织的执行力、与行政机关关系等方面，以此说明地方立法能够在综合考量各方利益与能力的基础上，以实现最优治理为目的，对社会组织承担行政职能的治理领域进行原则性确认，化解政府权力垄断和社会组织承担行政职能不力等问题，并对哪些领域应当由社会自治，哪些领域由政府和社会协同共治，哪些领域需要政府保留等等进行制度设计，使社会组织承担行政管理职能更具有可行性与实效性。

(一) 地方性法规赋予社会组织行政职能的规定

1、地方政府保留的职能

自十八大以来，政府对推进机构改革和职能转变做出了具体的部署与落实，这意味着行政管理体制改革进入了一个新的阶段。近年来，一些地方立足实际，积极开展向社会力量购买服务的探索，取得了良好效果，在政策指导、经费保障、工作机制等

[1] 《行政许可法》第二十三条规定：“法律、法规授权的具有公共事务职能的组织，在法定授权范围内，以自己的名义实施行政许可。被授权的组织适用本法有关行政机关的规定。”《行政处罚法》第十七条规定：“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织可以在法定授权范围内实施行政处罚。”

方面积累了不少好的做法和经验。⁽²⁾ 山东省政府积极响应党中央国务院的号召，结合山东省经济社会发展状况和人民群众的实际需求，因地制宜、积极稳妥地推出了一系列的行政体制改革措施，将现有的政府的行政职能进行分类，确定政府保留的行政管理职能，筛选社会组织可承担的行政职能，经由山东省人大及其常委会制定并颁布相应的地方性法规，不断创新和完善公共服务供给模式，加快建设服务型政府。

对于政府保留的行政职能社会组织既不能独自承担，也不能与其它有权限的行政机关共同行使和管理。政府保留的职能除法律法规直接规定由政府行使的以外，还包括其它不适合由社会组织承担的职能：国家安全、保密事项涉及领土主权、政治外交、军事经济等发面，是国家的基本利益，由国家安全部门统一管理，不适合也不能够由社会组织承担；司法审判、行政行为由司法机关、行政主体实施，具有强制性和裁量性，并以国家强制力来保障实施。以上由政府单独保留的行政职能，若由社会组织来承担，则不仅无法达到提高公共服务水平和行政效率的目标，而且容易导致公权力的滥用，进而有损政府的公信力建构与社会公平正义的达致。

2、社会组织可承担的行政职能

伴随我国经济的高速发展，各种社会问题也层出不穷，政府的行政职能也随之扩容，职权范围的扩大导致政府对各种事务应接不暇，力不从心。为了减轻政府压力，提高解决问题的能力，本着高效便民的原则，通过山东省地方性法规的授权，山东省政府将部分行政职能转由社会组织承担，向社会力量购买服务，以此合理利用社会资源，提高财政资金使用效益。依法设立的社会组织作为承接政府购买服务的主体，⁽³⁾ 可承担的公共服务和政府履职所需服务范围至少包括如下方面：

(1) 基本公共服务事项。基本公共服务涉及社会生活的各个方面：基本公共教育、劳动就业服务、人才服务、社会保险、社会救助、社会福利、基本养老服务、优抚安置服务、基本医疗卫生、人口和计划生育服务、基本住房保障、公共文化、公共体育、基本公共安全服务、残疾人基本公共服务、环境保护、交通运输、服务三农等领域适

(2)《国务院办公厅关于政府向社会力量购买服务的指导意见》，国办发〔2013〕96号。

(3) 承接主体应具备以下条件：(1)依法设立，能独立承担民事责任。(2)治理结构健全，内部管理制度完善。(3)具有独立的财务管理、会计核算和资产管理制度。(4)具备提供公共服务所必需的设施、人员和专业技术能力。(5)具有依法缴纳税收和社会保障资金的良好记录。(6)在参与政府购买服务竞争前3年内无重大违法违纪行为，通过年检、资质审查合格，社会信誉、商业信誉良好，获得3A以上评估等级的社会组织可优先获得政府购买服务资格。(7)法律、法规规定以及购买服务项目要求的其他条件。

宜由社会力量承担的基本公共服务事项。基本公共服务涉及到老百姓的切身利益，社会组织更多的是由普通的人民群众参与管理，由社会组织承担适宜的公共服务职能可以更好的听取人民的心声，更加便捷的解决实际问题，把高效便民原则真正落实到实处。

(2) 社会管理服务事项，包括：社区建设、社会组织建设与管理、社会工作服务、法律援助、扶贫济困、防灾救灾、人民调解、社区矫正、流动人口管理、安置帮教、志愿服务运营管理、公共公益宣传等领域适宜由社会组织承担的服务事项。社会管理其主体是政府和社会组织，出于促进社会协调发展的目的，针对社会的不同领域、各个环节进行的指导、监督和纠正。政府将原先自身的社会管理服务职能转由社会组织承担，简化自身权能，节省人力物力，以最低的消耗、最高的效率维持政府和社会的正常运转。

(3) 行业管理和协调事项，包括：行业职业资格认定和水平测试管理、行业规范、处理行业投诉等领域适宜由社会组织承担的公共服务事项。行业的组成与运转是不同的，深入到行业的各个领域更是千差万别，政府对行业的协调与管理难以兼顾到每一层面，不能及时全面的处理问题。社会组织处理行业管理和协调事项，能够对疑难和细节做出更加合理的应对，有利于各行业的深远发展。

(4) 技术服务事项，包括：科研和技术推广、行业规划、行业调查、行业统计分析、检验检疫检测、监测服务、会计审计服务等领域适宜由社会组织承担的公共服务事项。社会由不同领域、不同职业构成，各行各业都有其专业性，政府进行社会管理必然会用到专业的技术，这会导致政府对此方面相应的财政支出用于委托社会组织，由社会组织进行具体的工作。社会组织直接承担技术服务事项，可以减少公共服务的程序，由其直接处理相关的技术服务问题，简便快捷，同时政府也可以节约资源以处理其它行政事务。

(5) 政府履职所需辅助性事项，政府的职能范围广泛，所需要的辅助性条件繁多，法律服务、课题研究、政策（立法）调研草拟论证、战略和政策研究、综合性规划编制、标准评价指标制定、社会调查、会议经贸活动和展览服务、监督检查、评估、绩效评价、工程服务、项目评审、财务审计、咨询、技术业务培训、信息化建设与管理、后勤管理等领域适宜由社会力量承担的公共服务事项。辅助性事项是政府行使职能重要的参考和借鉴，为行政职能的行使奠定了基石，是重要且不需政府专属行使，二者相辅相成，将辅助性事项交由社会组织，可以发挥社会的积极作用，转而造福社会。

(6) 其他适宜由社会力量承担的公共服务事项。^④

(二) 地方政府规章赋予社会组织行政职能的规定

1、社会组织承担行政职能的原则与方式

政府向社会组织购买公共服务，由社会组织承担行政职能，是深化行政体制改革、简政放权的明显体现，也是响应党的十八大号召，加快推进政企分开，创新管理方式，改进政府向社会提供公共服务的途径。这样能够从整体上改善社会公共服务，促进社会组织的发展，发挥其示范作用，以此造福于民。根据山东省人民政府办公厅颁发的规章《关于印发政府向社会力量购买服务办法的通知》(鲁政办发〔2013〕35号)相关规定，山东省政府向社会组织购买服务，由社会组织承担行政职能，应遵循以下原则：

(1) 权责明确。各级政府根据转变政府职能的要求和财权与事权相统一的原则，从各地实际出发，准确把握社会公共服务需求，充分发挥政府主导作用，合理界定政府购买服务的范围和项目，加强对政府购买服务工作的组织领导、政策支持、财政投入和监督管理。

(2) 公开择优。按照公开、公平、公正原则，坚持费随事转，通过竞争择优的方式选择承接政府购买服务的社会力量，确保具备条件的社会力量平等参与竞争。加强监督检查和科学评估，建立优胜劣汰的动态调整机制。

(3) 注重绩效。政府购买服务应强化绩效理念，按照有利于转变政府职能、有利于提升服务质量、有利于提高资金效益和降低服务成本的原则，坚持精打细算，明确权利义务，切实提高财政资金使用效率，把有限的资金用在刀刃上，不断提升政府购买服务的经济效益和社会效益。

(4) 积极稳妥。政府购买服务要按照“整体设计、有序推进、试点先行”的思路，突出重点，以点带面，因地制宜，注重发挥社会力量吸引、调动和整合社会资源的功能，形成政府购买服务工作合力。

(5) 鼓励创新。各级政府要按照完善基本公共服务和公共财政体系的要求，大胆探索，勇于创新，研究建立政府购买服务体制机制，构建多元参与、形式多样的政府购买服务格局。

^④ 参见山东省人民政府办公厅《关于印发政府向社会力量购买服务办法的通知》，鲁政办发〔2013〕35号；以及山东省机构编制委员会办公室山东省财政厅：《关于印发政府购买服务范围审核办法的通知》，鲁编办发〔2015〕4号。

政府向社会组织购买服务原则上按照部门预算和政府采购的程序、方式组织实施，购买主体报财政部门审核年度购买计划，通过后要主动向社会公开需购买服务项目的标准和要求，并通过公开招标、邀请招标、竞争性谈判、询价、单一来源采购等方式确定适格的社会组织，也可以根据不同的政府购买服务项目，采用委托、承包的方式。政府要及时与承接的社会组织签订购买服务合同，明确相关的范围、标的、数量、质量要求以及服务期限、资金支付方式、权利义务和违约责任等内容，严禁转包行为，合同应报同级财政部门备案。

2、社会组织参与社会管理的具体办法

政府向社会组织购买公共服务，由社会组织承担行政职能参与社会管理。无论是国内还是域外，政府购买公共服务的典型特征均在于政府通过与社会力量建立合同关系，由社会力量提供公共服务，政府支付相应费用，以满足人民的公共服务需求。^⑤根据权利义务的不同，在购买服务的合同关系中，分为购买主体和承接主体。对于这种合同关系的运作方式具体参见下图表（“政府购买公共服务的运作方式”）。购买主体包括行政机关和承担行政管理职能的事业单位，承接主体是经法定程序成立的企业、机构和社会组织。对于具备承接资格的社会组织，参与社会公共服务要如实填写项目申报书，全省性的社会组织向省民政厅提交，市、县（市、区）民政部门登记的社会组织向各自登记机关提交，登记机关逐级上报省民间组织管理局并由其进行审核，审核通过后进行公示，期满无异议的，政府制定承接公共服务的社会组织名录，认定承接主体。

根据山东省民政厅、山东省财政厅颁发的规章《山东省支持社会组织发展与参与社会服务试点项目实施方案》相关规定，具体的申请审批程序如下：

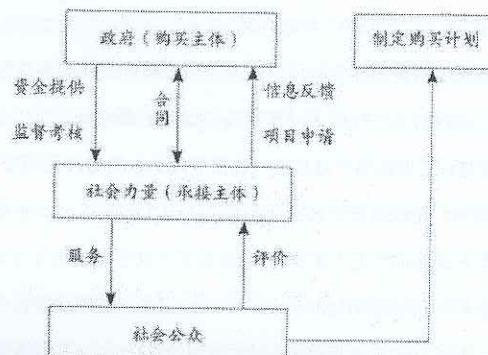
(1) 组织申报。根据每年确定的扶持重点，省民政厅、省财政厅每年4月底前下发通知，组织开展项目申报工作。项目申报单位应如实填写项目申报书。项目申报书应经法定代表人签字，申报单位盖章，承诺申报材料的真实性、按规定用途使用项目资金。全省性社会组织向省民政厅提交项目申报书；在市、县（市、区）民政部门登记的社会组织向各自的登记管理机关提交项目申报书，市、县（市、区）民政部门逐级上报省民间组织管理局。申报工作在10个工作日内完成。

(2) 初审。省民间组织管理局对提交的项目申报书进行初审，初审通过的申报项

^⑤ 参见刘玉姿、刘连泰：《老路还是新路：政府购买公共服务的立法路径》，载《中国行政管理》2016年第3期，第99页。

目汇总后提交省民政厅、省财政厅共同审定。初审工作在5个工作日内完成。必要时进行实地调查，择优确定符合条件的项目。

(3) 审定。省民政厅、省财政厅在5个工作日内对通过初审的项目进行审核，最终确定资助单位，并在省民政厅门户网站上公示不少于5天。公示期满无异议的，落实补助资金。有异议的，要派专人进行核实，向社会说明核实情况，反映情况属实的，取消扶持资格，记入社会组织信用评定记录，并按规定给予相应处罚；反映情况不属实的，按规定落实项目扶持资金。



图表：政府购买公共服务的运作方式^[6]

三、具备可行性的域外经验借鉴

20世纪70年代以来，随着全球化、信息化的迅猛发展，国际间竞争不断地加剧，西方发达国家为摆脱传统“福利国家”制度带来的重重财政困境，以及政府管理效率低下等问题，相继实行了大规模政府改造运动，进行了一场政府公共管理改革，其中就以英国的新公共管理运动和日本的私人行政为典型代表。在这样一个网络化的知识经济时代，新公共管理理论和私人行政的实践提供给我们政府治理、社会治理、市场治理有机统一的有益参考，并对我国社会组织正当行使行政管理职能具有一定的借鉴与启示意义。

(一) 英国新公共管理运动的精髓及其参照

针对传统科层官僚体制所产生的财政开支、人员膨胀、机构臃肿、效率低下等弊端，英国原有的行政管理体制已不能适应时代的发展，政府行使职能越来越感到力不

[6] 参见刘玉姿、刘连泰：《老路还是新路：政府购买公共服务的立法路径》，载《中国行政管理》2016年第3期，第101页。

从心，为此政府进行了新公共管理运动改革。围绕政府制度变革这一核心，着力解决如何合理提供社会公共服务问题，新公共管理运动采取了实行公共服务主体多元化，服务方式企业化、市场化、竞争制等一系列措施与方法，从而打破了政府公共服务的垄断地位，在一定程度上缓解和解决了这些弊病。在新公共管理运动框架下，政府对公共服务“掌舵”负责方式为市场导向型，以政府和非政府合作互动的公共服务为特征，强调公共服务个人和机构的绩效评估，建立政府公共服务部门与私营企业的伙伴关系。“新公共服务理论则强调公民身份和其所拥有的政治权利。其次，建构公民参与的新渠道。公民能够就其利益与需求展开对话、协商，并在此基础上与政府交涉、谈判。再次，重建政府与公民之间的关系。如果说新公共管理理论将政府与公民间的关系看作是一种委托—代理关系的话，那么，新的政府改革理论则认为公民与政府之间是一种新型的合作关系。”^[7] 新公共管理运动的精髓有如下几个方面：

1、精简行政程序，以市场机制进行行政管理

在新公共管理运动中，政府引入顾客导向的理念，调整政府内部机构，简化行政事务办理流程。追求提供更加优质的服务，同时采取对政府进行绩效评估方法，在行政管理中形成相互竞争、相互激励的局面，明确政府的责任，加强政府对重点领域的管理能力，促进政府职能行使的高效性。

2、国企私有化改革

英国国有企业在交通运输、能源、通信等方面占有相当大的比重，有些行业甚至直接造成了垄断，这导致了英国经济增长缓慢。国有企业长期控制这些领域，也导致了公共服务不能得到有力的资源支持，服务的范围和内容长期得不到发展，社会水平得不到提高。新公共管理运动中，英国有三分之二的国有企业走上了私有化改革的道路，国民经济重新振作，不断发展；这种改革堪称资本主义国家中私有化最成功的典范，世界上有许多国家在不同程度地效仿英国的私有化改革做法。^[8]

3、公权力部分转移，放手经济发展

在传统的管理体制下，行政系统内部以服从为主，权力高度集中，行政职能牢牢把握在政府手中。而新公共管理运动的一个重要目标就是应对经济持续低迷的现状，消除政府过多干预经济的弊端，将部分公权力分给社会组织，更加灵活地适应社会的

[7] 李宜馨：《建构中国治理体系和治理能力现代化的新范式——西方公共管理、公共服务运动视角之鉴》，载《领导科学》2015年9月中，第11页。

[8] 参见李小勇：《浅谈西方新公共管理运动的启示》，《市场论坛》2012年6期，第14页。

发展，放松政府对市场的经济性规制，应对经济全球化的浪潮。

新公共管理运动成效显著，英国行政系统内部结构更加合理，政府更加高效透明，社会经济呈现出良好的发展态势。我国正处于社会转型的关键时期，面临诸多困难与挑战，虽然英国行政管理制度体系与我国不同，但仍然可以联系我国实际情况，针对未来发展规划进行相应的借鉴：

1、加强法治建设，营造良好环境

注重法治政府建设，加强行政法规对行政行为的规范，建立健全有关行政系统内部合理构造的组织法，加强对行政监督和监察法律体系的完善，使行政行为有法可依，有法必依，真正做到执法必严，违法必究。

2、坚持政府的主导地位

当前我国的公共服务体系还不完善，服务水平还有待提高，政府仍然是公共服务的保障者和主要提供者，社会组织作为社会不可或缺的组成部分，可在政府的引导下承担部分公共服务，推进公共服务市场化，形成一种公共服务的多元化供给体制。

3、积极引导非政府组织参与社会管理

政府部门长期处于社会管理者的地位，权力高度集中，同时存在着政府自身发展跟不上职能扩展步伐的现状，为了更好地管理社会，提供优质的服务，政府将部分权力的行使分给社会组织，以满足社会对于公共服务的需求。

4、实行竞争服务，采取绩效性评估

政府进行绩效评估，向社会公开各种行政信息，由社会及个人提出意见和建议，政府接受批评并研究改正，有利于其了解自身行政行为的不足，及时调整行政政策，弥补自身缺陷，提高行政效能。政府各部门之间不断改进自身的行政能力，形成一种竞争式的服务局面，同时又提高了政府的办事效率，增强了政府的公信力。

（二）日本私人行政的简介及其启示

私人行政，是指私人经过法律授权、行政部门委托等方式，行使部分公权力，参与行政事务。在日本，对于私人行政的研究最为系统化、理论化的当属米丸恒治，其研究思想收录在著作《私人行政——法的统制的比较研究》一书中。“私人行政”可归纳为三个方面：一是将公共任务直接转移，由私人承担；二是行政权责与具体实施相分离，实施主体是纯粹的私人，权责仍属于政府；三是将承担公共事务的组织向着公司形态转化。对于私人行政中“私人”的定位，是指能够代替行政主体实施某些行政行为的其他组织，包括自然人和法人两个层面，具有规模小、人性化、专业性强等特点。

点。私人行政的主体虽然不是行政机关，但是其实施的行政行为仍然属于行政事务的范畴。对于私人行政的研究最重要的莫过于私人如何能够获得行使行政职能的权力，这就引出了“特许”与“委任”这两个核心概念。在我国行政法理论及实践中，特许指的是由行政主体在法律授权之下代表国家作出的某种资格与权利的授予，也就是行政机关给予具有排他性的行政认定与许可。委任则是赋予自然人、法人行政职能所采取的方式，这种委任必须要由法律规定，同时还要对涉及的领域做出具体要求，即委任相关的方面必须取得法律上的支持。

私人行政作为一种新的社会管理模式的改革，具有重大的现实意义。随着我国社会不断发展，经济体制改革的不断深入，政府的行政事务不断增多，部分职能向社会转移越来越成为一种迫切需要。在这种环境下，社会力量的逐渐壮大也为政府借鉴私人行政提供了良好的社会基础。日本私人行政的现实意义及对我国的启示具体如下：

1、可分担政府权能，提高行政效率

政府面对经济的不断发展，对于社会管理的难度也越来越大，行政管理的效率不能随着行政职能的扩大而提高，从而不利于社会的可持续性进步。恰恰私人行政的主体来源于社会，贴近社会现实，了解社会的相关层面，在处理行政事务时，可以避免许多不必要的流程，节约资源降低成本。在处理专业性社会问题时，可以发挥自身的优势充分调动社会的积极性，对相应的知识、技术和人力具有保障，有效利用国家和社会的资源，分担政府权能，减少政府压力，在获得行政管理高效能的同时，保持低成本的付出。

2、协调政府与社会和谐关系，创造公共服务新模式

私人承担公共服务的职能，转变了以往仅由政府提供公共服务的单一模式，公共服务的提供更加及时和多元化，政府正向着服务导向型转变，社会公信力也在不断加强。当然，私人行使行政职能，要处理好法律授权与自身事务的界限。要健全法律法规，为私人行政提供合法性依据。私人参与行政事务，要有法律的明确规定，应当由法律进行授权，由行政机关予以委托，具备相应的能力，以自己的名义独立完成行政事务。私人行政的主体承担行政事务的同时，不能将与被授权无关的自身事务相混淆，要严格区分权限的范围，在处理行政事务时保持私人本身的中立性。

3、有效控制行政权，保障民众合法权益

现代国家为防止行政机关自我扩张、自我膨胀的趋势，必然要将行政权力社会化。社会行政的出现，一方面能防止行政权的膨胀和滥用，抵制政府的过分侵扰，另一方

面又为公民参与行政管理提供了机会和途径，从而对社会成员的权利与自由进行有效的保护。同时，将私人主体以社会公共行政角色出现时视为行政主体，那么在其与行政相对方发生争议和纠纷时，才能对其管理权进行必要的法律制约和司法审查，避免国家监督特别是司法监督的缺位，从而使行政相对人的权益能得到较为充分的救济和保障。⁽⁹⁾

四、具备可行性的远景展望

（一）社会组织承担行政管理职能的现实意义

随着社会的持续发展，社会分工的进一步细化，政府履行行政职能的要求也越来越高，面临的难题不断增多，政府原有的体制机制已不能应对日趋复杂的社会形势，政府的公信力面临着严酷的挑战。机遇与挑战并存，为了合理的行使职能，更好的管理并服务于社会，政府必然要进行变革。地方立法赋予社会组织行政管理职能，能够在体制机制范围内行使法律赋予的权力，有利于促进政府职能转变，协调政府与社会之间的关系，为解决以上问题提供了良好的应对方法。

首先，地方立法赋予社会组织行政管理职能进行体制与机制设计，既能保障地方治理的有效性与规范性，又提升了地方社会组织参与行政管理、提供公共服务的基本能力。无论是针对地方立法赋予社会组织行政管理职能存在的问题提供对策建议，还是对地方立法如何赋予社会组织行政管理职能进行体制与机制设计，均指向于地方治理的有效性与规范性；地方社会组织自身不健全也成为承担行政职能、提供公共服务的重要障碍，地方立法要赋予其行政职能，开放一些由政府权力垄断的管理领域，允许社会组织进入，激发社会组织的自我完善与提升能力建设，同时对行政权力实现有效社会化约束与监督，以此满足社会多元共治以及公共服务需求。

其次，以地方立法创新为线索，形成地方治理实践与国家治理布局的有效衔接，实现政府、市场与社会的治理互动。尽管赋予社会组织以行政管理职能有地方立法先例，但都是存在于个别领域并呈碎片化的立法状态。以地方立法创新为线索，对地方立法赋予社会组织行政管理职能作出系统化研究，即地方立法可以就哪些社会治理领域赋予社会组织承担管理职能、哪些社会组织需要具备何种资质、行政机关如何实现有效监管等问题进行逐一探讨和系统研究。这种地方立法探索要符合国家治理关于社

(9) 参见曾洁雯：《构建私人行政主体法律地位的必要性与可行性》，《求索》2011年第7期，第146页。

会组织发展与行政权力社会化转移的战略布局，实现政府、市场与社会的治理互动。

（二）社会组织承担行政职能的监督作用及规制限度

地方立法赋予社会组织行政管理职能，更好地提供公共服务，必须建立健全相应的监督机制，落实完善行使行政权力的运行体制。本文以山东省为例来阐明社会组织承担行政职能的监督作用。山东省政府采取绩效评价机制，建立以购买主体、服务对象以及第三方组成的综合性评审机制，对社会组织承接行政职能的资质、承接的内容和所需的财政资金等进行综合考核。考核结果面向社会，接受社会的批评和建议。对于考核优良、工作突出的社会组织给与奖励，对违反规定、弄虚作假的社会组织予以行政处罚。民政部门、工商管理部门、财政部门以及监察和审计部门要加强对各方面的监督，坚决杜绝违法违规行为。

对于地方立法赋予社会组织承担行政管理职能的体制框架及机制运行，可从以下几个方面进行规制完善：一是地方立法主体方面，省级与设区的市级地方立法对社会组织承担行政管理职能要做好权限划分，省级立法着眼于全省实际，市级立法主要针对本市现状，省级立法规定总的方向及领域，市级立法在总的方向及领域内层层展开，开展具体工作；二是地方立法内容方面，确立地方立法赋予社会组织行政管理职能的内容范围，即在哪些社会领域赋予社会组织何种权限，并对社会组织的准入资格进行原则性的规定，除了一般标准之外，在授权时如果有特殊要求应予以规范；三是程序方面，社会组织从地方立法获得授权行使行政职能，开展具体工作时要严格按照法定程序，同时需要制定完备的监督机制，保证行政职能的合理化及合法化；四是监督主体方面，包括行政主管部门、行政监督机关地方人大，还包括行政相对人、利益相关人等，监督对象是社会组织的行政行为以及相关负责人行为的合法性与履行职责的效率等。总之，社会组织行政管理职能的发挥需要在法治框架内展开，恰恰地方立法为其提供充分的法律保障，以更好地服务社会，促进政府行政体制改革，加快政府职能的转变。

Abstract: Governance in China's social transition needs to take different management modes according to the diversified needs of the era. With the development of various social autonomous powers, more and more social organizations participate in the traditional administrative areas monopolized by government, which establishes the solid practice foundation for the social organization to undertake the administrative function. But there are many defects and dilemmas of the existing social organization's administration given by local legislation , and it does not meet effective injection to keep and open the permissions

distribution and restriction. With the local legislation of local resources of Shandong province as an example, we analysis the social organization to undertake administrative functions in local laws, regulations and relevant provisions, and at the same time it can be used for reference to the outside of the new public management movement and private administrative experience, which can be found the reality meaning in the local legislation giving social organization's administration function and the limitation of its power operation in the supervised regulation. The substance of the feasibility of the local legislation giving the social organization administrative functions, is to abolish the misunderstanding of "change of government function", make high quality and efficient service on local public governance, and promote the marketable construction of urban management.

Key words: Local Legislation, Social Organization, Administration Function, New Public Management Movement, Private Administration

生态红线有效落地的地方立法检视

韩振文*

摘要：生态红线保护作为一项生态文明建设的系统性创新工程，需要采取多种手段统筹推进，而最重要的前提工作在于创设并健全相应的红线保护法律体系。故以地方立法为突破口，可以视为实现红线制度有效落地进而加快生态文明建设的理想进路。以淄博红线立法项目的开展进程为背景，来具体检视生态红线地方立法的规划步骤及改革措施，可以发现红线地方立法面临的主要问题在于立法明确多规融合是否可行、红线管控区域的监管与协调、监管主体的目标责任考核、生态补偿配套制度、立体化监测与应急机制、红线区域的调整程序、公众参与环节、功能红线与要素红线统筹等。对此红线地方立法需要在实地调研与科学论证基础上，结合本地实际情况进行实体与程序上的创建完善。这种样本的选取探讨或许能为红线制度得扎实落地与试点全面推开提供一个典型例证，进而在理论上证成红线地方立法经验的可复制可推广。

关键词：生态红线 地方立法 环境保护 生态文明

一、问题的提出

当前我国生态系统退化与环境污染问题日益突出，生态环境呈现日益恶化趋势，已严重威胁到国民的生存和发展。如何强化生态系统的整体性保护，化解资源环境崩溃的严峻风险，切实保障国家生态安全，已成为全社会持续关注的焦点问题。而恰恰

* 基金项目：浙江省哲学社会科学规划课题一般项目（项目编号：17NDJC195YB）。

作者简介：韩振文（1987—），男，山东滨州人，法学博士，浙江大学法学博士后科研流动站研究人员，山东理工大学法学院讲师。主要研究方向为司法的认知科学、立法学。

我国生态保护(功能)红线制度正是在这样的时代背景下,提出的生态环境治理与绿色发展的一项创新举措,已上升至生态文明建设的国家战略高度并被新修订的《环境保护法》所确认。新《环保法》第29条第1款明确规定“国家在重点生态功能区、生态环境敏感区和脆弱区等区域划定生态保护红线,实行严格保护”,这就为建立系统、完备的生态红线制度提供了政策合法性基础。对此从“国法”的解释论层面看,这里的生态保护红线指的是以维护自然生态系统的可持续承载力与动态平衡,服务、保障国家和区域内生态安全与民众身心健康为基本价值取向,在重点生态功能区、生态环境敏感区、脆弱区以及禁止开发区等特定区域合理划定的最低生态保护基线。它划定的标准为按不同区域的生态主体功能所划分的严格空间边界和管理限值,从而不同于环境质量红线与资源利用红线。当然,目前有关生态红线制度的上位法法律规定仅为原则性、宣示性的条文,本身仍缺乏明确的规范效力,其适用的可操作性及实施效果较差,并且相应地配套保障措施和红线管控办法十分匮乏,⁽¹⁾特别是缺乏专门的下位法如地方性法规、政府规章等予以细化规范,这些缺陷漏洞导致区域生态空间蚕食严重,极大制约了红线制度在全国范围内的尽快落地。基于此规范化困境,地方有立法权限的政府在红线保护立法上的具体构建与细化落实是弥补以上短板的有效途径。在我国现有法律体系框架与顶层制度设计范围内,有关生态红线的地方性实验立法尚处于起步阶段,对此进行积极填充的空间还很大,需要进一步因地制宜地探索并积累经验,避免走弯路。本文拟以淄博市生态红线立法项目的开展过程为例,具体检视生态红线地方立法的规划步骤及改革措施,并深入探讨立法调研面临的主要问题与制约因素,希冀为该制度得扎实落地与试点全面推开提供一个典型例证,进而在理论上证成红线地方立法经验的可复制可推广。

二、生态红线地方立法的步骤及举措

生态功能红线制度的完善协调,离不开规范性司法解释与地方立法的有效支持。做好地方立法工作可以视为实现红线制度有效落地进而加快生态文明制度建设的理想进路。目前,江苏、浙江、广东、福建、天津、沈阳、深圳、武汉、大连等省均制定了专门的红线保护地方立法,以此确保生态功能不降低、面积不减少、性质不转换。

(1) 相应地配套措施和管控办法主要由产业环境准入标准、人口与企业退出机制、环境风险防控机制、自然资源产权与用途管制、生态补偿与损害赔偿制度、生态检察监督制度、生态考核与越线追责制度、监测预警、联动执法、公众参与、第三方(市场)治理、资金保障等构成的全方位、立体化体系。

实践证明以上地区取得了较好的生态预防与修复效果,明显改善了生态环境质量,具有一定的示范意义。这也是优先考虑制定《淄博市生态功能红线区域保护条例》主要原因所在。对此,我们首先需要实证观察一下淄博市生态红线立法的相关背景,主要包括它的规划阶段及草案结构。2015年10月10日淄博市人民政府法制办公室和山东理工大学法学院正式签署《淄博市生态环境保护委托立法协议》,后经多方论证《淄博市生态环境保护条例》修改为《淄博市生态功能红线区域保护条例》。受山东省和淄博市红线规划出台进度的影响,立法进程在一定程度上受到影响。基于2016年7月4日淄博市生态功能红线范围划定的结束,⁽²⁾为了保证项目按期按质结项,有必要对各个阶段的工作进度作出调整安排,同时提出淄博市生态红线立法的基本草案。

(一) 淄博红线立法项目的规划阶段

1、调研阶段

(1) 时间: (2016年7-8月)

(2) 工作总体思路

对外考察+对内摸底+项目撰写+征求意见

(3) 对外考察 (2016年7月)

对沈阳、江西、深圳等兄弟省份生态红线立法制度选择性展开调研,对其立法模式和本土经验加以了解掌握,以资淄博市立法工作有效开展。

(4) 对内摸底 (2016年7月-8月上旬)

生态功能红线是对空间环境进行整体性保护的最低警戒线。从法律解释论的视角分析,我国现有的法律体系框架内,空间意义上的生态功能红线应由明确法律依据的保护区组成,目前主要包括:世界文化与自然遗产、自然保护区、风景名胜区、森林公园、地质遗址保护区、水利风景区、湿地区域、饮用水水源保护区、水产种质资源保护区、公益林地、水源涵养区、洪水调蓄区、河道保护区等区域立法。根据环境要素结合现有的环境管理体制,该阶段在政府法制办和环保局配合下,以实际问题为导向对淄博市上述相关部门展开实地调研。期间,撰写完整调研报告,供人大及相关职能部门审议。

(5) 项目撰写 (2016年8月)

在调研报告提交后的反馈信息及时整改基础上,消化吸收相关资料,梳理并分

(2) 《淄博市生态红线划定方案》最终确定淄博市省级生态红线区总面积990.46 km²,占全市面积的16.61%;市级生态红线区总面积1161.14 km²,占全市面积的19.47%。

析淄博在空间生态功能区域管理过程中存在的问题，结合上位法力所不逮之处，将其原则性规定细化至我市生态功能红线保护立法中来。确保8月底前撰写完成我市生态功能红线立法草案。

(6) 征求意见 (2016年9月-10月)

生态功能红线立法草案初稿完成，即进入公众参与环节。9月份接受利益相关部门和我市社会各界的意见表达。除了本地相关职能部门意见反馈之外，计划在10月份就草案召开专家座谈论证会，拟通过走出去或请进来的方式，邀请高吉喜教授（环保部南京环科所所长）、徐祥民教授（中国环境法学会副会长）、肖国兴教授（华东政法大学教授，水法、能源法起草专家）等知名学者把脉淄博市生态功能红线保护条例的制定工作。

2、起草阶段

(1) 时间 (2016年7-8月)

(2) 工作总体思路

厘法规+立足淄博+找准症结+群策群力

(3) 厘清法规 (2016年7-8月)

生态红线制度的推行，关键在于以国家强制力为后盾确保法律法规的实施。因而要梳理国家、山东省、淄博市生态功能空间保护既有的法律法规，在不违反上位法的基础上，通过淄博市生态功能红线保护条例对现有法律层面原则性规定和空白加以补充和细化，务必保障我市红线立法这种“强约束力”的有效性和可操作性。

(4) 立足淄博 (2016年7-8月)

在调研和资料梳理的基础上，结合淄博生态环境实际，在现有法律框架内构思《淄博市生态功能红线区域保护条例》，重点围绕我市森林公园、水源地、风景名胜区、基本农田、湿地、自然和人文遗迹等环境要素制定起草，突出淄博特色。

(5) 找准症结 (2016年7-8月)

环境要素的多样性和生态整体特性决定了空间环境保护问题的解决需要全过程管理和多种手段的介入，因此草案的指导思想系：在经济发展与环境保护相协调的理念指引下，按照生态系管理的要求，通过部门牵头，分工负责；分级管控，用途管制；公众参与，生态补偿等措施予以统筹管理推进。找出上述环节中上位法存在的不足，立足淄博实际，通过地方立法加以补充完善，增强法律的可操作性。以期有效化解我市的生态环境问题。

(6) 群策群力 (2016年8月)

在政府法制部门协助下，各环境要素职能部门问题反馈基础上，发挥团队优势，集中精力完成草案起草工作。结合课题负责人白洋副教授的专业优势和前期准备工作，执笔负责条例起草和协调工作。起草过程中涉及立法理论、技术等问题的由法理学博士韩振文和刘佳老师予以协助解决；治理环节过程中涉及的行政规制措施和理论问题，由行政法学博士刘晓源予以协助；救济问责环节相关措施和理论问题，由民法专家郑承友教授和诉讼法博士徐德臣予以协助。

3、征求意见 (2016年9月-10月)

(1) 时间：(2016年9月-10月)

(2) 工作总体思路

公众参与+问题汇总+解答修正

(3) 公众参与 (2016年9月)

公民、法人和其他组织依法享有获取环境信息、参与和监督环境保护的权利。根据《政府信息公开条例》规定，及时、全面、有效地公开草案全文信息，公开征求社会各界意见，接受各界质询和监督。

(4) 问题汇总 (2016年10月)

对于各界提出的质询和建议，集中汇总梳理。将总结出的问题分门别类，逐一调研论证，为作出科学全面的解答做好前期准备工作。

(5) 解答修正 (2016年10月)

在充分论证调研基础上，及时解答各界的质询。对于存在问题，及时整改修正。

4、审议阶段

(1) 时间：(2016年10月-)

(2) 适时将《条例(草案)》提交市政府，市人大审议。

(二)《淄博市生态功能红线区域保护条例》的草案结构

借助科学技术划定红线区域后，需要起草相应的法律法规来坚守这一“安全生命线”。根据立法论，需要从实体和程序两个方面，有针对性地在相应领域进行法律修改与制度完善，提升生态红线制度的法治化程度。^[1] 在2015年修正的《立法法》和现有环境法律法规指引下，结合淄博市实际情况，《淄博市生态功能红线区域保护条例》草案（具体内容参见附件）将在实体和程序两方面予以规定完善，整体轮廓初步考虑设定为以下章节：

第一章 总则

立法目的

概念界定

适用范围

适用原则

第二章 监管主体

管理主体

部门职责

第三章 红线划定

划定程序

红线调整

调整程序

第四章 管控措施

管控类型

一级管控

除外情形

二级管控

允建条件

共同禁限

退出措施

补充措施

第五章 目标考核

考核机制

具体措施

红线评估

第六章 配套措施

公众参与

生态补偿

生态建设

产业准入

监测预警

联动执法

第七章 法律责任

法律责任

行政处罚

民事责任

职务责任

第八章 附 则

其他

实施

三、生态红线地方立法调研的主要问题与制约因素

生态红线地方立法在落地过程中存在诸多制约性因素，比如划线空间范围的交叉重叠、规章政策间的矛盾冲突、管控区域分割式监管的扯皮、生态补偿和绩效考核制度不完善、公众参与渠道不通畅等弊端，导致生态红线很难平稳落地。针对这些现实问题只有做好客观翔实地立法调研，才能提出有针对性解决方案。自2015年8月开始，在淄博市环保部门牵头，其他政府和部门协力配合下，经不懈努力，编制完成了《山东省淄博市生态红线划定方案（初稿）》、《淄博市生态红线图集》和《淄博市生态红线区块勘界方案》，预计2016年12月底前编制并印发《淄博市生态红线保护规划》。基于淄博市红线编制规划年底出台，前期的立法调研工作亦应当及时跟进。淄博市红线立法调研本着循序渐进的思路，以调研发现的实际问题为导向，与相关部门展开对接工作。

（一）立法调研的职能部门范围

地方立法红线由“虚线”变“实线”离不开相关职能部门的协调配合。如何处理和解决好各职能部门之间在生态功能区、生态脆弱区、生态敏感区履行职能的关系，是生态红线制度地方立法必须面对的。^[2]根据我市生态红线划定方案，将市区范围内的风景名胜区、森林公园、饮用水水源保护区、重要水源涵养区、重要湿地、生态公益林、洪水调蓄区、历史和自然遗迹等区域纳入生态保护功能红线。根据既有的生态空间管控法规规定，各区人民政府是本辖区内生态红线区域保护的责任主体，各相关部门依照各自职责及相关法律法规，对主管的生态红线区域实施管理、监督和考核。

具体为：自然保护区、饮用水水源保护区由环保部门负责，城市湿地公园由住建部门负责，森林公园、湿地公园（不包括城市湿地公园）、重要湿地、生态公益林、重要渔业水域由农业部门负责，地质遗迹保护区（包括地质公园）由国土部门负责，洪水调蓄区、重要水源涵养区、清水通道维护区由水利部门负责，风景名胜区、生态绿地由园林部门负责。通过厘清法律，明晰相关职能部门后，红线立法进程中涉及的上述区域的相关问题，即可及时展开对接和调研。

（二）立法调研的主要问题

生态红线立法要对区域内整体生态环境进行多层次保护，涉及多个政府部门，相关利益错综复杂。立法的主要职能除了需要明晰各自的职责范围外，还需要通过具体管控措施和配套制度的加以保障。根据前期先进省市生态红线立法进程中出现的问题，结合淄博实际，此次调研团队拟以问题为导向展开，与相关部门沟通对接，务必保障我市红线工作不仅要民主科学“划得住”，更应通过法律手段调整多主体通力配合来“守得住”。

问题一：立法明确多规融合是否可行

生态环境保护的关键在于预防，红线制度能否发挥应有之效，必须和现有的规划制度（主体功能区划、国民经济发展规划、城乡规划、土地规划等）进行衔接和协调。建议立法明晰生态功能红线与国民经济发展综合规划、主体功能区划、土地利用总体规划、城市发展规划的融合与衔接。如，在空间主体功能区划中明确红线区域，并在土地规划中改革现有的土地用途类型，即在原有的农用地、建设用地和未利用地类型之外，加入生态保护用地类型，将其作为划定红线时的重要参考依据，并以此作为协调不同部门间生态用地的基础标准。此外，划定红线区域时必须考虑国道省道等重大公共基础设施的用地问题，应与交通、水利、国土等部门统筹协调，在红线区域范围内公路界桩两侧划定一定缓冲地带，用于道路扩建及路政建设等用地需求。

问题二：红线管控区域的监管与协调

地方立法必须依照上位法明确各职能部门的监管范围和职责。由于红线管理进程中情形的复杂多样，可能出现的部门间扯皮等情形，地方立法是否考虑设立专门的生态红线领导小组对各部门进行统一协调，实施分类分级差异化管理和控制，以避免扯皮现象发生。此举亦可有助于各部门在宏观的红线管理工作中信息共享及联动执法等事宜的开展，保护生态服务功能的系统性。

一级管控全面禁止一切建设行为，二级管控区有限度的开发建设，相关退出机制

地方立法是否应予以明晰？如，一级管控区已建成项目的关停、清理、拆除工作下一步如何展开？二级管控区有限度的开发建设，是否已或考虑制定环境负面清单，明确定禁止准入的行业名单。

问题三：监管主体的目标责任考核机制

生态环境具有较强的公共物品属性，政府对环境公共物品管理进程中离不开目标责任考核机制加以监督制约。我市生态红线各级政府目标责任如何考核评价？是否应该以生态保护红线区为重点专门编制自然资源资产负债表？在上述理念指引下，红线地方立法应规范细化相关考核机制，是否可以考虑其他地市立法经验，采取如下措施：一是，总结自评。各级政府制定红线区域保护年度评估报告进行总结自评，并上报上一级政府；二是，政府各职能部门对主管的红线区域进行考核并上报本级政府；三是，将政府及各相关部门考核结果作为各级领导干部红线保护绩效评估的重要依据，向社会公布，接受公众监督。

问题四：生态补偿配套制度的考量因素

生态补偿是实现红线区域生态功能目标必不可少的制度配套，但是现有法律体系中尚未确立该项制度，当前正处于摸索试点阶段。建立利益共享的生态补偿制度，地方立法中是否应明确“谁来补”、“哪些补”、“怎么补”、“补多少”等核心问题。当前的实践探索过程中，生态补偿实施方式主要以纵向财政转移支付和政府间横向补偿协议两种模式展开，以体现生态红线划定的公平原则与不同地区间的生态正义。红线区域的生态补偿在此基础上，是否可以考虑如下措施细化：第一，禁止开发区域。对处于该区域内的人群和单位，其所遭受的经济损失和搬迁等费用直接进行补偿；对区域内的地方政府财政收入予以补偿；对区域内的生态保护建设项目及公共基础服务能力建设予以配套补偿；对该区域的生态环境监管能力建设给予补偿；第二，限制开发区。对该区域内的生态保护建设项目予以直接补偿；对于该区域的政府和人群因生态保护而发展受限所遭受的损失予以一定比例的配套补偿；对于该区域内的环境保护基础设施的建设运营予以配套补偿；对于该区域内人群的向外迁移予以补偿。

问题五：明确立体化监测与应急机制

红线区域生态功能的坚实实现离不开有效的监测手段予以保障。生态红线地方立法是否应当明晰，相关职能部门生态保护红线区域的遥感监测，负责监控、评估和信息发布，建立信息共享机制？以及立体化空间监测预警机制如何开展？

问题六：红线区域的调整程序问题

生态红线应当是一切生产行为的高压线，红线区域范围的变动应当慎之又慎，否则难以有效保障生态保护目标的实现，必须程序上通过地方立法明确限制。如果通过科学评估发现具有重要生态功能及保护价值的空间区域不在目前法定的保护区域内，就需要经过法定程序对保护区域的范围进行调整，将其纳入正式的“红线”范围内。^[1]变动调整程序如何启动需要调研后明晰，以充分保障公众的生态权益与环境权利。

问题七：红线立法的公众参与环节

在生态红线的划定上，虽然有上位法和部门规章的依据支持，但公众参与还存在强制性保障措施缺乏、程序原则可操作性差，缺乏对公众意见的接受采纳情况的反馈机制保障等弊端。必须大力提倡公众参与，广泛征求公众意见，充分考虑公共利益诉求，比如健全公众全过程参与生态红线制度实施的相关规定，建构有序高效的公众参与模式，从信息公开、程序完善、反馈及时三个方面提高公众参与的实效等，从而得到公众最大限度上的认同、支持和共同遵守，提高生态红线的科学性和合理性，确保生态红线能够“划得定”、“守得住”。^[1]通过调研，立法中明晰公众参与的细则规定，制定公众参与的相关激励措施，引导公众参与生态红线的划定和保护工作，以弥补现有法律短板。

问题八：功能红线与要素红线统筹

生态功能红线、环境质量底线、资源利用上线三类红线之间的关系需要厘清。如何有效统筹三条红线的协同推进，需要各职能部门密切配合。建立三条红线间信息共享平台，推动联合执法，应当是有效路径方式。在各职能部门调研过程中，亦需要统筹考虑上述问题，以资地方立法所需。

四、结语

生态红线保护作为一项生态文明建设的系统性创新工程，需要采取多种手段统筹推进，才能保障生态红线真正有效落地，实现建设生态文明社会的良好愿景。在划线、守线的多种手段中，最重要的前提工作在于创设并健全相应的红线保护法律体系。而无论从立法成本收益还是生态环境的地域差异角度分析，红线立法以地方为突破口，具备内在合理性与符合环境科学的分异规律。生态红线地方立法的探索对于构建一种新型环境治理模式意义重大。纵观全文，以淄博红线立法项目的开展进程为背景，来具体审视生态红线落地的地方立法情况，可以发现生态红线地方立法应在大量实地调研与科学系统论证基础上，结合本地的实际情况进行实体与程序上的创建完善，才能

保证生态红线的类型适当、边界明确、管控合理、配套措施完备以及责任考核科学。

Abstract: Eco-red line protection as an ecological civilization construction of systemic innovation project, need to take a variety of means to push forward, and the most important premised work is to establish and improve the corresponding red line protection legal system. So with local legislation as the breakthrough point, can be seen as ideal access for the red line system established effectively to speed up the construction of ecological civilization. In the background of the process of Zibo red legislative project, to examine the steps and the reform measures of the ecological red line local legislation, we can find that the main problems facing the red line local legislation are feasible degree for the legislation to clear fusion of several rules, the supervision and coordination in red line control area ,the target responsibility appraisal of supervision subject, the ecological compensation system, the three-dimensional monitoring and emergency response mechanism, the adjustment process of the red line area, public participation links, functional red line and elements red line as a whole and so on. Withal, the red line legislation needs to be on the basis of field investigation and scientific verification, combining with the practical situation to make perfect entity and procedure. The selection of the sample may be able to provide a typical example for red line system to be established steadily and pilot to be practiced fully, and then to

prove the red line local legislation experience can be copied and promoted in the theory.

Key words: Eco-red line, Local Legislation, Environmental Protection, Ecological Civilization

参考文献

- [1] 陈海嵩.“生态红线”的规范效力与法治化路径[J].现代法学, 2014(04):95-97.
- [2] 廖华.民族地区生态红线制度的地方立法研究[J].湖北民族学院学报(哲学社会科学版),2015(03):80.
- [3] 王梅.生态红线制度实施中的公众参与[J].中南林业科技大学学报(社会科学版),2015(06):93-96.

民主立法的基本模式辨析

唐丰鹤*

内容提要：一直以来，民主立法被当作一个“政治正确”的口号而失去其鲜活的生命力，对于其中预设的聚合式民主的民主模式更是缺少应有的反思，事实上，聚合式民主早已遭受现代经济学的公共选择学派的严峻挑战，为了克服它在形成公民偏好与呈现公民偏好方面的遭遇的困难，审议式民主应运而起，在仔细辨析审议式民主在立法领域的各项优长之后，我们提出了一种双轨制民主审议的立法新模式。

关键词：立法 聚合式民主 审议式民主

一、聚合式民主与立法

(一) 聚合式民主立法

规范性的立法对立法提出的要求是：制定法必须是内容上良好而程序上正当。惟其如此，制定法才具有它的规范性，即具有法律效力。从内容上来说，良好的法律无非是公共利益的体现，而公共利益则通过“公意”体现；从程序上来说，现代社会的法律当且仅当经过了人民同意，才具有正当性。因此，不论法律在内容上的良好，还是在程序上的正当，其唯一的评判标准都只能是人民的同意，这就提出了民主立法的基本要求。惟今日所谓民主立法，其实是一种聚合式民主的立法，要弄清民主立法的内在机理，必须首先弄清楚聚合式民主的内在机理；要反思民主立法的内在缺陷，必须首先弄清楚聚合式民主的内在缺陷。

所谓聚合式民主 (aggregative model of democracy)，是一种通过投票聚合公民个体

* 唐丰鹤，法学博士，浙江财经大学法学院副教授，浙江省“之江青年社科学者”，台湾“中央研究院”访问学者，Email: tangfenghe@163.com; Tel: 13675859632。本文原载于《河北法学》2013年第11期。

意见的民主模式，通常包括所谓的精英民主理论和多元民主理论⁽¹⁾，以及任何形式的以独立投票并加总的形式来呈现民意的民主模式。

按照聚合式民主的理解，民主无非就是一种呈现公民偏好、汇聚公民偏好并满足公民偏好的过程。在聚合式民主看来，公民偏好是已然存在“在那儿”的客观事实，因此，呈现这种偏好只要简单地诉诸投票就可以了；由于公民不大可能会保持全体一致，所以满足公民偏好就不是指满足全体公民的要求，而是指满足多数人的要求。基于此，可以认为，构成聚合式民主之前提的是，是这样一些条件假设：(1) 它假设每位公民在投票之前对他所要投票表决的立法议案、政治决策或候选对象都有着全面深入的了解，他拥有关于候选对象或方案的充分信息，并且不曾受到误解；(2) 它假设每位公民在投票之前对于候选对象或候选方案都已然拥有一种明确的、稳定的、秩序井然的偏好；(3) 它假设每位公民的偏好具有完全相同的份量，因此多数偏好要优于少数偏好，这就是“少数服从多数”的民主正当性规则。

聚合式民主是近代以来的民主之主流形式，在现代政治国家中被广泛使用，其用于立法领域，即产生了我们今日所谓的民主立法模式，这种民主立法模式其一般形式就是采取投票的方法来选择议员，再由议员用投票的方法来表决法律案。然而，实践证明，这种民主立法模式往往无法产生真正的符合民意的立法，其根源即在其赖以前提的民主本身就是成问题的。聚合式民主，经过数百年的实践，它的一些弊端已然暴露无遗，现代经济学中的公共选择学派对其进行了比较全面的批判，其中，合理选择理论着重批判了前提(1)和前提(2)；社会选择理论则着重批判了前提(3)，这些批评意见主要是围绕公民偏好的形成与公民偏好的呈现而展开的。

(二) 公共选择理论对聚合式民主的批判

其一、公民偏好的形成机制批判

1. 偏好缺乏。选民在投票选举议员或表决法案时，必须掌握有关候选人或立法议案的相关信息，但是获取、收集和分析这些信息本身就是需要成本的（金钱成本、时间成本、知识储备等），由于每个人的投票只不过是沧海一粟，这就意味着投票成功的概率极小，也就是说，投票的收益（由投票成功的概率×预期收益构成）往往难以超过投票成本，基于此，理性的公民会放弃获取、收集和分析相关信息，这就使他们处于一种“合理的无知”的状态。既然选民对于投票对象（候选人或议案）是合理的无知

(1) 谈火生：《民主审议与政治合法性》，法律出版社2007年版，第166页。

(一无所知或一知半解),那么,也就不能指望他们能够形成某种偏好。

2. 偏好不合理。选民在对投票对象一无所知或一知半解的情况下,也有可能基于自己的直觉形成某种偏好(生活中有时会发生这种情况),但是即使这种情况发生了,我们也不能指望他们基于直觉的偏好会是合理的,事实上,人们基于直觉形成的偏好极有可能是虚假的、不稳定的,甚至是与自己真正的偏好背道而驰的。比如妮可·布朗(Nicole Brown)当年就是在一知半解的情况下嫁给辛普森(O.J. Simpson)的,她只知道对方很有钱,是个成功人士,却不了解对方性格中的暴力倾向及过强的控制欲,如果她一开始就全面了解了这个人,很难想象辛普森仍然是她的偏好。

3. 偏好不良。美国学者凯斯·孙斯坦指出,个体的偏好是内生的(endogenous)而不是外生的(exogenous),^[2]偏好的形成取决于一系列条件,既有外部环境的因素,又有内在个人的因素,这样,个体偏好的形成就存在很大的不确定性,有些偏好是正面的,有些偏好是负面的,比如有些人可能会形成吸毒的偏好,对于这样的不良偏好,聚合式民主也一视同仁地对待,这显然是有问题的。

4. 利益集团的操纵导致偏好失真。个体的偏好若要得到真实的表达,就必须免于利益集团的操纵。但是现有的民主实践中,由于投票者的信息缺陷和知识缺陷,他们往往不得不听从于利益集团所发布的情报信息和分析结论,而利益集团之所以发布这样的情报信息和分析结论,往往是基于其自身的特殊利益而非公共利益的考量,这样,由于利益集团的操纵,投票者个体的意愿和偏好是处于一种被误导或者被奴役的状态,真实的民意没有机会获得表达。

其二、公民偏好的呈现机制批判

1. 合理的弃权导致投票失真。聚合式民主不仅假定公民具有明确、稳定、理性的偏好,而且假定公民普遍参与投票,从而聚合偏好。聚合式民主的这种理想由于没有考虑到现实中的投票成本问题而变得支离破碎。在现实中,公民是否参与投票,取决于投票的边际收益能否超过投票所花费的诸种成本(时间成本、金钱成本),超过时就投票,小于时就弃权。但在大众民主制下,有权者的数量之多,使得每个人的投票不过是沧海一粟而已。这样,即使每一次投票所花费的成本并不是很大,但是由于一票左右投票结果的主观概率极小,所以还是有很多人选择弃权,这种基于成本—收益的计算而发生的弃权我们称之为“合理的弃权”,而如果发生“合理的弃权”,那么最后

(2) Cass R.Sunstein, Democracy and Shifting Preerences, in D. Copp, J. Hampton, J. E. Roemer (eds.), *The Idea of Democracy*, Cambridge University Press, 1993, pp.196-230.

的投票结果就不可能是真实的偏好的反映。

2. 战略性操作导致投票失真。所谓战略性操作,是指参与集体决定的个人,为了避免对自己来说不可欲的结果,进而追求对自己来说可欲的结果,而对集体决定的过程进行的某种操纵。战略性操作包括战略性投票和议题控制。战略性投票是指投票者按照虚伪的偏好顺序进行投票,即为了达成对自己来说可欲的结果,而故意隐藏自己真实的偏好,并按照虚伪的偏好来投票。战略性投票在现实中体现为一种选票交易(logrolling),一般是投票双方达成协议,你在此争点上隐藏自己的偏好投我的票,作为交换,我将在彼争点上隐藏我的偏好,投你的票。这样一来,战略性投票的结果就完全不是真实偏好的反映。议题控制是指通过操纵选择项群及决定程序,从而达到操纵投票结果的行为。比如一项立法提案,通过操纵其是否列入会议议程,最终决定了该提案的命运;即使进入会议议程,通过操纵几种不同方案的出场顺序,还是可以操纵最终的投票结果。^[3]

3. 阿罗不可能性定理导致投票失灵。阿罗(Kenneth J Arrow,1972年获诺贝尔经济学奖)在《社会选择与个人价值》这部经典著作中,对“个人理性能顺利聚合为集体理性”这一常识性命题提出了质疑,阿罗认为,该命题要想成立,必须满足以下四个条件:(1)广泛性(无约束域条件U)。决策群体中的每一决策者都要有权按自己的意愿对所有方案作出个人的偏好选择而不受任何限制。(2)一致性,或称为帕累托效率(帕累托准则P)。对于任意两个候选方案X和Y,若所有的选民都认为X好于Y,那么选举的结果当然应该是X好于Y。(3)独立性(无关方案独立条件IIA)。如果原来有两个候选方案X和Y,现在又增加一个候选方案Z,则人们对于X和Y之间原有的偏好顺序不改变。(4)非独裁性(非独裁性条件D)。不存在某些特殊的个人,他们的偏好总是会自动地成为社会的偏好,即不存在一个决策者X,使得投票结果总是等同于X的排序。^[4]阿罗在进行了一系列数学运算后,得出了这样的结论,即不可能存在同时满足以上四个条件的投票方案,此即著名的阿罗不可能定理(Arrow's impossibility theorem),用数学公式来表示就是:不存在同时满足下列条件的社会福利函数SWF:
I、无约束域条件U; II、帕累托准则P; III、无关方案独立条件IIA; IV、非独裁性条件D。^[4]

4. 投票不能呈现偏好强度导致投票失真。当聚合式民主一视同仁地看待所有投票

(3) 请参见盛洪:《治大国若烹小鲜——关于政府的制度经济学》,三联书店2003年版,第97-98页。

(4) 罗云峰,肖人彬《社会选择的理论与进展》,科学技术出版社2003年版,第44-46页,第51页。

者的偏好时，它就忽视了不同的投票者其偏好的强弱差别，而偏好之间的强弱差别实属自然现象。偏好的强弱程度即使依照一种粗线条的划分，也可以有轻度偏好、中等偏好和强烈偏好的差别。当然，对于人们之间几乎天然的偏好差别，传统的聚合式民主倒也并不是完全熟视无睹，它试图发展出一种叫做“博尔达计数法”(Borda Points)的方法来对不同强度的偏好进行量化表达（比如强烈偏好5分、中等偏好3分、轻度偏好1分），但问题在于，这种量化标准本身的依据何在？又怎么测量人们之间偏好的强弱度呢？

二、审议式民主与立法

(一) 审议式民主立法

审议式民主立法的核心是审议式民主，所谓审议式民主 (deliberative model of democracy)，是指一种经由公共审议而达成政治共识的民主模式。审议民主要求在公开、理性、追求公共善的精神下，公民集体参与并谨慎思考将来对他们构成约束力的决策，透过审慎思辨的过程，让成员充分表达意见，彼此进行论理的交换，并共同评估行动方案的各种选项，最后由较佳的论理出现，成为众人可以接受的共识或决议。

审议民主与聚合式民主二者之间的主要差别在于，前者将民主意志的形成完全寄托在未经反思的秘密投票的基础上，而后者则强调在投票之前应有一个公共审议的过程。⁽⁵⁾ 在审议民主看来，聚合式民主只注重投票、利益集团、党派利益的交换，不仅不能确保适当的辩论及讨论，而且日益远离民主政治鼓励公民参与政治生活的理想，因此，审议式民主试图建立较为包容、平等、自由的讨论与沟通机制。审议式民主的核心思想可以归纳为以下几点：⁽⁶⁾

1. 理想的审议式民主的讨论模式，是假定所有公众成员都拥有大量的相关信息。这些信息，既有可能来自公民自身的积累，也（更）有可能得自民主审议的过程。民主审议的过程，就是沟通与交流的过程，也是各种信息与意见散布与传播的过程，对于身处其中的公民而言，还是一个学习与获取信息的过程。

2. 审议式民主重视的讨论过程，应该持续一段时间，让各方就自身的信息、意见、立场进行思考与陈述，且会遭逢各种对立的论理与意见，如果参与者之间缺乏可以互

(5) 前引(1)。

(6) 李韦廷：审议式民主与大众传播媒体新角色初探 [EB/OL]. <http://nccur.lib.nccu.edu.tw/handle/140.119/37490>.

相持续互动的可能性，则讨论或协商将成为各自的意见表述。

3. 审议式民主不预设任何实质规范，希望随着沟通讨论的进行，人人都有机会去说服改变别人以及其他旁观者的心意，也应该对外在世界保持开放，准备去说服改变别人以及其他旁观者的心意，修正自己不够完善的见解且改变立场。

4. 经由公共论辩程序产生的结论，可以合理要求参与审慎思辨过程的成员接受决议的约束。这是因为，就民主正当性来说，既然这些决议是参与民主审议的成员所亲自同意的，是他们自己为自己立法，那么，他们就有道德义务去接受决议的约束。

立基于审议式民主，审议民主的立法即依赖公民之间自由平等无强制的协商来汇聚和呈现民意，并据此进行立法的模式，而与此相对，聚合民主的立法则是不经协商，直接诉诸理性个人的投票来汇聚和呈现民意，并据此进行立法的模式。审议民主的立法与聚合民主的立法之不同就在于其所采纳的民主模式判然有别：前者是审议式民主，后者是聚合式民主。

(二) 审议式民主对于聚合式民主的补正

其一、对于公民偏好的形成机制的补正

1. 克服合理的无知。首先，对于选民“合理的无知”，民主审议的过程本身就是一个公民深度参与的过程，在这一过程中，公民参与议题的讨论，倾听别人的意见，发表自己的意见，在这一对话过程中，公民获得了有关议题的大量信息，并且这些信息都是经过筛选和论证过的，这就克服了“合理的无知”。

2. 形成理性的偏好。其次，通过公共审议，那些非理性的偏好会被排除。非理性的偏好可能建立在错误的经验所导致的信念的基础上，在公共审议的过程中，这种基于错误的经验之信念的谬误会被澄清、纠正并排除。比如我们设想一下关于如何发电的公共政策，人们必须在燃煤、燃油、燃气和核电站之间作出选择。有一个选民张三的出发点是环境保护，他基于自己的经验认为清洁能源的顺序是燃煤、燃气、燃油和核电站，但是在公共审议的过程中，大众会指出燃煤其实会产生更多的大气污染，这时他的偏好可能会改变为燃气、燃油、燃煤和核电站。⁽⁷⁾

3. 剔除不良的偏好。再次，有些明显违背社会基本道德信念的偏好也会被排除。有些人拥有某些明显违背社会基本道德信念的偏好，由于这样的偏好为世人所普遍反对，所以在公共审议的过程中，没有人敢在公开场合大言不惭地宣称自己拥有这些偏

(7) David Miller, Deliberative Democracy and Social Choice, Political Studies(special issue), Vol.40, 1992, pp54-67.

好。比如有些种族主义者，他们私下里投票会持种族主义立场，但公开审议他们可不敢这么说。

4. 排除利益集团的操纵。复次，对于利益集团的操纵，由于利益集团正是通过自己的信息优势和知识优势来操纵民众的；而在审议式民主立法的前提下，伴随着“合理的无知”与“合理的弃权”困境的消解，利益集团的操纵变得不那么容易。民主审议进行的愈充分，利益集团的操纵就愈难。

其二、对于公民偏好的呈现机制的补正

1. 克服合理的弃权。在审议式民主模式下，民主审议不是作为一项政治义务而存在的，而是作为现代公民的一种生活方式而存在的。它不像聚合式民主那样只有在投票的时候才发动公民参与，民主审议是日常每天发生的；它也不像聚合式民主那样只发生在特定的场合，民主审议是渗透在公共生活的每一个场合的。总之，民主审议是“永不落幕的戏剧”。在聚合式民主立法的前提下，民众之所以选择“合理的弃权”，是因为政治决策过程在日常生活中摒弃了民众的参与，民众因此产生了一种疏离感（呼之即来，挥之即去），这样，在民众看来，投票的成本就超过了收益。而在审议式民主立法的前提下，民众每一天都在参与公共政治生活，这种生活方式本身就是有价值的，民众在这种生活中获得了归属感与认同感，这种情感使得投票的边际效益高于成本。

2. 克服战略性操作。战略性操作本质上是几个党派或利益集团之间的选票交易，即一方在某个争点上向对方妥协，以换取对方在另一个争点上的支持，从而达成对彼此来说双赢的结果。在聚合式民主的框架下，战略性操作似乎是不可避免的，但是在审议式民主的框架下，由于民主不是在投票选出议员后就结束了，而是继续存在于每一天的日常生活中：民意也不是一个虚无缥缈的东西，而是每一个公共论坛所呈现的真真切切的公共舆论。既然在审议式民主下，民意宛若实质，它就由不得利益集团随意地加以操纵或交易，毕竟议会在审议法案时也不可能公然对抗民意。

3. 克服阿罗不可能定理。阿罗不可能定理揭示了不可能有一种能够同时满足四项理性投票条件的投票规则的存在。但是阿罗不可能定理有个前提，那就是在候选对象不小于3时，它才能成立，换言之，如果候选对象为2，甚至是1时，它所要求的四项理性投票条件是可以同时得到满足的。⁽⁸⁾这样，阿罗不可能定理就可以通过将候选对象削减为2的方式来得到化解，而在多元社会中减少分歧的数量，恰恰是审议式民主的

(8) 胡毓达，胡的的：《群体决策——多数规则与投票悖论》上海科学技术出版社2006年版，第28页。

题中之义，通过民主审议，人们的立场会逐渐靠拢，这样会减少分歧的数量，甚至会达成共识，通过将候选对象的数量减少至小于3个，我们也看到了化解阿罗不可能定理的希望。

4. 克服偏好的强弱难题。民主审议还会体现出偏好强弱的份量。这是因为，在民主审议的过程中，强烈的偏好会促使人们作出更大的努力，从而战胜那些持有不甚强烈偏好的人们。⁽⁹⁾比如，持有强烈偏好的人可能会更加卖力地宣传，更团结一心地战斗，他们会不惜时间和精力，不放过一切可能的机会去说服他人，而持有非强烈偏好的人可能就没有动力去力争到底，这样，在公共审议的过程中，持有强烈偏好的人就战胜了那些不持强烈偏好的人，偏好的强度从而得以凸显（当然，强烈的偏好也要遵循审议民主的对话规则，否则即是操纵）。

三、双轨制审议立法模式的建构

在审议民主的基础上，我们可以借鉴哈贝马斯的双轨制审议民主理论，提出一种双轨制民主审议的立法模式。哈贝马斯基于系统与生活世界的二分，认为存在着两个民主审议的领域，其中生活世界中的公共领域他称之为弱公共领域，系统中的公共领域他称之为强公共领域。所谓双轨制民主审议的立法模式，是指通过弱公共领域中的民主审议形成民意，通过强公共领域中的民主审议由立法机关根据民意来制定法律的一种立法模式。

双轨制民主审议立法模式的要点主要包括三个方面：（1）是作为双轨制民主审议立法模式基础的弱公共领域的建制；（2）是作为双轨制民主审议立法模式之上层建筑的强公共领域的建制；（3）强公共领域向弱公共领域负责的机制。

（一）弱公共领域

哈贝马斯所谓的弱公共领域指的是那些允许市民之间公开的和合理的辩论以形成社会舆论的社会机制。⁽¹⁰⁾弱公共领域有三个构成要素，即公民、公共论坛和公共舆论。弱公共领域的第一个构成要素是公民，公民并非传统意义上的自然人，自然人追求的是自己的私人利益，其意志是一种私人意志（private will）；而公民追求的是公共利益，其意志是公共意志（a general will），立法就是这种 a general will 的汇总，即公意（the

(9) 王清：《公共协商：作为偏好强度问题的解决机制》，华中师范大学学报2010年第4期，30-32页。

(10) [英]安德鲁·埃德加：《哈贝马斯：关键概念》，杨礼银，朱松峰译，江苏人民出版社2009年版，第143页。

general will)。⁽¹¹⁾ 弱公共领域的第二个构成要素是公共论坛，它是一个言论的平台，公民藉此表达自己的意见和观点；它也是一个交流的平台，公民藉此和其他公民进行沟通。弱公共领域的第三个构成要素是公共舆论，它是公共论坛上各种意见和观点在交锋和交流之后形成的具有规模效应的集体意见，这种集体意见一般被表述为“民意”，它是正式立法的基础。

相比强公共领域，弱公共领域是“不受程序规制的”，恰恰因为这种非正式性，弱公共领域因此也更加具有开放性的特点；又因为这种开放性，弱公共领域更加适合于各种观点和需要的交流和交锋；通过这种公共论坛上的交流和交锋，各种议题获得了公认的政治议题的地位，立法提案也获得了它的选择项。正如哈贝马斯所说的：“惟有经过公开的‘为了承认的斗争’，那些相互竞争的利益立场才会获得政治权威的回应，才有望被列上议会议程，进行讨论，必要时会形成立法提案或有约束力的决定。”⁽¹²⁾ 显然，发生在弱公共领域中的“为了承认的斗争”将向强公共领域提供政治议题、提供相关的支持和否决理由，以及提供公共观点，就此而言，弱公共领域便构成了强公共领域的意见源泉，因而，在双轨制民主审议的立法程序中，弱公共领域承担着向上，即强公共领域输送民意的功能，并因此成为立法的基础。

（二）强公共领域

哈贝马斯生活世界中的公共领域后来被南希·弗雷泽（Nancy Fraser）称为“弱公共领域”（Weak publics），以区别于系统中存在的“强公共领域”（Strong publics）。⁽¹³⁾ 弱公共领域存在于系统之外，其任务是对国家进行批判性审查，其审议实践仅限于舆论的形成之中，而不及决策的制定；相反，强公共领域则存在于系统之中，其话语既包括在舆论形成之中，也包括在决策的制定当中。哈贝马斯继承了弗雷泽的这一区分，并对其作了系统化的发挥。在哈贝马斯看来，弱公共领域是一种非组织化的舆论形成的载体，与之相应的是市民公共领域（civil public sphere）；而强公共领域则是高度结构化和形式化的，与之相应的是政治公共领域（political public sphere），特别是立法机构。⁽¹⁴⁾

(11) 请参见唐丰鹤：《卢梭正当性理论探究》，浙江学刊 2012 年第 6 期，44-45 页。

(12) J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, translated by William Rehg, The MIT Press, 1996, p.314.

(13) Nancy Fraser, *Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy*, in Craig Calhoun(ed.), *Habermas and the Public Sphere*, The MIT Press, 1992, pp109-142.

(14) 参见谈火生，吴志红：《哈贝马斯的双轨制审议民主理论》，中国政协理论研究，2008 年第 1

如同弱公共领域一样，强公共领域也由三个要素构成，即议员、议会、以及共识。强公共领域的第一个构成要素是由公民投票选出的议员构成，这些议员本质上是各自选民在议会的代言人，他要代表他们的利益，传达他们的意见，从这个意义上，选民是剧本中的人物形象，而议员是扮演角色的演员（这也是最初的“代表”一词的含义，代表即扮演⁽¹⁵⁾）。强公共领域的第二个构成要素是议员进行公共审议的论坛，即议会。与弱公共领域中的“公众媒介”或“公众场所”相比，强公共领域的议会具有更强的建制性，虽则它们发挥的作用没有本质差异——都是提供审议的平台。弱公共领域的第三个构成要素是通过传达各自选民的意见、围绕这些意见进行商谈，并经由理性的商谈而形成的共识，这就是立法的根据，也是卢梭所说的“公意”。

在双轨制民主审议的立法程序中，强公共领域要将弱公共领域中形成的分散的议题加以集中，并从中选出立法项目；一旦立法项目被选择出来，强公共领域还需仔细辨明弱公共领域的民意（就此项目而言）究竟意指什么；最后，弱公共领域还要就原则性的民意进行具体化，并最终转化为立法的条文。

所以，在双轨制民主审议的立法程序中，弱公共领域对于强公共领域的作用如下：

- (1) 人民在弱公共领域的发言，使得强公共领域中的各位代表知道自己选民的意见；
- (2) 人民在弱公共领域中形成的议题，为强公共领域立法提供了选择项；(3) 人民在弱公共领域中形成的共识，是强公共领域中相关议员辩论的论据和理由。而对于弱公共领域而言，强公共领域也具有如下功能：(1) 弱公共领域的议题可能过于分散，强公共领域的审议有助于集中议题；(2) 强公共领域的审议能够辨明什么是真正的民意；(3) 弱公共领域的共识一般不涉及具体的立法规则，而只是一些原则性的共识，如何将原则性的共识化为具体的法律条文，这需要强公共领域的审议。

（三）强公共领域向弱公共领域负责的机制

在双轨制民主审议的立法程序中，强公共领域任务是将在弱公共领域中产生的松散的公共舆论转译为一种民主的意志。只有这样，才能实现他所谓民主立法的“外部创议模式”（outside initiative model）。要实现外部创议模式，依据民意立法，就必须建立一种强公共领域向弱公共领域负责（accountability）的机制，即确保弱公共领域的声音会被转译成强公共领域的意志。⁽¹⁶⁾

期，34 页。

(15) [英]霍布斯：《利维坦》，黎思复，黎廷弼译，商务印书馆 1985 年版，第 123 页。

(16) 前引 (4)

要保证这种转译的准确性，首先要求议会必须具有代表性，这里议会的代表性意味着议会与社会保持一致，由于社会利益是多元的，所以议会也应是多元分歧的，这就要求议员的遴选必须是多元化的，理论上，每一个特殊的利益群体都应在议会拥有自己的代表，这样，整个议会就仿佛成为社会的缩影，惟其如此，议会（强公共领域）的审议才能真正体现民意，并具有正当性。议会的任务是制造共识，但在此之前，先得制造分歧，因为只有从分歧中达成的共识才是考虑了各方观点的、具有民主正当性的共识，对此，杰里米·沃尔德伦（Jeremy Waldron）有着精辟地论述：“一个代议制议会是一个具有典型性的地方，人们集合在一起，他们彼此不同——他们的背景、经历和信仰——而且他们关于政策、社会正义和权利等观点经常彼此对立。而且，这些特性不仅仅是一个充分的立法协商概念所必须容纳的，它们也是一个好的概念要加以充分利用的——以致法律被看作从协商程序中产生出来，在某种程度上能够回答公民对党派偏见、无知和分歧的担忧。”^⑯

其次，作为现代议会之前提条件的，是代表真的能够代表他的选民，为此，相关官员的资质必须得到确保，因为只有相关官员的资质得到确保，人民的声音才能够得到忠实地传达。就此而言，强调这样一些建制似乎是合适的：（1）代表直接选举制。只有代表直接由人民选举，对人民负责，并由人民罢免，人民—代表之间的一体化关系才有可能成立；在间接选举的情况下，人民于代表的关系山高水远，代表于人民的责任关系只能依赖于代表的个人道德来维持。（2）全职代表制。只有全职的代表才有时间处理弱公共领域的声音，才有能力在强公共领域中合理地商谈；兼职代表受制于自身的特殊利益，再加上高昂的时间成本，以及相应而来的一系列制度约束，无力担负沟通两个公共领域的使命。

Abstract: Always, the democratic legislation has been treated as a "politically correct" slogan so that lose its fresh vitality. The default democracy of tradition democratic legislation is a kind of so-called aggregation model of democracy , to which we lack of proper reflection. In fact, the aggregation model of democracy has long been suffered critique from the Public Choice School , in order to overcome the difficulties of forming

(17) Jeremy Waldron, Law and Disagreement, Oxford University Press, 1999, p.72.

preferences and presenting preferences, the deliberative model of democracy come into being. With careful consideration of the superiorities of the deliberative model of democracy , we propose a new model of democratic legislation whose core is a two-track deliberative democracy .

Key words: Legislation; aggregation model of democracy; deliberative model of democracy

地方立法监督实证研究：体制与程序

汪庆红

内容提要：地方立法监督是完善地方立法制度，维护和实现地方立法所要实现的民主、科学、法治等多重价值目标的重要制度设置；其中又以立法监督体制设置和程序设计为关键。我国现有法律法规所确立的地方立法监督制度在体制和程序上都存在着较多的漏洞和不合理因素，妨碍了这一制度应有效能的发挥，因而有必要在宪政体制范围内，从整合地方立法监督体系、明晰监督主体权限、提高监督程序的规范化、可操作性和民主参与等方面，对相关制度予以改革和完善。

关键词：立法监督 地方立法 立法监督体制和程序

一、问题的提出

从制度演进的逻辑进程看，立法监督应该是在“立法至上”、“议会主权”等神圣光环逐渐淡化，人们对议会专制有所警惕的思想氛围中形成的，其制度设计的宗旨就在于对立法的基本价值尤其是立法的民主性、合法性和科学性的追求：就民主性而言，立法监督有助于确保立法产品真正成为社会公意的集中体现；就合法性而言，立法监督有助于防止下位法与上位法相抵触，进而维护法制的统一性；就科学性而言，立法监督有助于及时发现现行制定法之中的不足之处，借以确保制定法的实效性。因此，在一个内容全面而完整、设计合理而科学的立法制度中，完善且严密的立法监督制度是其不可或缺的组成部分。

在笔者看来，立法监督制度建设的重心主要在于监督体制的建构与监督程序的设计：就监督体制而言，按照结构—功能主义的分析方法，某一体系内主体数量是否适中、层次与类别是否齐整、不同层级或类别的主体的权力配置是否协调，都直接影响到立法监督功能的有效发挥。这意味着，作为监

督机关的组织体系及其监督权限划分的基本制度，立法监督体制成为立法监督活动正常开展的制度前提和组织保障。再就监督程序而言，从法理学的角度考察，监督程序不仅在以立法权控制作为主导价值定位上与立法监督表现出高度一致——对权力行为中的任性与恣意的限制，^[1] 还在于其内涵涉及立法监督行为的全过程，通过全程监控的方式确保立法监督行为的合乎规范，进而促进监督效能的提升。因此，监督程序设计可谓立法监督制度建设的根本，并对立法监督活动的实际成效有着直接的影响。

2000年颁行、2015年修正的《立法法》虽然吸收了研究者所提出的关于立法监督的对象、内容、方式等方面的研究成果，^[2] 对立法监督作了一些原则性规定，确立了我国立法监督的法律基础和制度框架，但同时也拒绝了学者所提出的诸如设立专门立法监督机关、建立完备的立法监督程序^[3] 尤其是专章规定立法监督问题^[4] 等立法建议。以《立法法》为模范和框架，在几乎所有的省和自治区^[5] 人大所制定的“立法条例”中，^[6] 也都对省区人大常委会批准较大的市人大及其常委会制定的地方性法规、下级自治地方的人大及其常委会制定的自治法规以及省区人民政府和较大的市人民政府制定的规章向省区人大常委会报送备案等与立法监督相关的内容有所涉猎，但也都极不完整。

很显然，现行中央和地方立法对立法监督相关问题的零星规定模式和刻意回避的态度，不仅从逻辑上削弱了《立法法》和地方“立法条例”在体系上的完整性，更使中央和地方立法实践中立法所应追求的诸种价值难以实现。其典型的表现就是近年来地方立法实践中诸如超越立法权限、各类地方法律内容相互冲突、^[7] 立法过程缺乏民主性^[8] 等现象日趋严重。因此，立足于新的历史时期尤其是地方立法不断扩张的趋势，^[9] 从强化对地方立法权的控制角度出发，探索如何完善地方立法监督机制，是地方立法相关学术研究和制度建设应当关注的重点问题。

由于《立法法》依然存在着诸如制度设计不完整、不细致和不合理等不足之处，为了克服《立法法》对立法监督相关问题的规定过于粗疏因而缺乏可操作性的缺陷，全国人大常委会曾分别于2003

(1) 季卫东《程序比较论》，载《比较法研究》1993年第1期。

(2) 万其刚《关于立法监督的研究综述》，载《中外法学》1997年第5期。

(3) 李长喜《完善我国的立法监督制度》，载《政治与法律》2000年第1期。

(4) 李步云、陈世荣《关于制定<立法法>和坚持依法治国的若干思考》，载《广东社会科学》1997年第1期。

(5) 与本课题的研究主题相关，本文讨论的对象仅限于针对省和自治区的地方立法的监督。

(6) 据笔者统计，除了新疆维吾尔自治区的立法资料无法从网络获得因而其是否制定类似法规无从知晓以外，其他26个省和自治区人大都制定了有关本级甚至本省内“较大的市”的人大及其常委会甚至人民政府的地方立法行为的相关法规。因此类法规多数名为“xxx立法条例”，故本文统一简称为“立法条例”。

(7) 肖萍《论我国内地地方立法监督的完善》，载《南昌大学学报（人文社科版）》1999年第4期。

(8) 梁渝兰《论地方立法监督》，载《云南大学学报（法学版）》2005年第1期。

(9) 崔卓兰、于立深等《地方立法实证研究》，知识产权出版社2007年版，第114-123页。

年8月和2005年12月对2000年10月制定的《行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、经济特区法规备案审查工作程序》(以下简称《法规备案审查工作程序》)进行了修改和补充,其先后增加的内容包括对备案法规的主动审查、审查的时限、纠正同宪法或者法律相抵触的法规的步骤等等。另外,2004年5月全国人大常委会法制工作委员会还设立了法规备案审查室,专门负责法规备案审查工作。这在一定程度上提高了包括地方立法监督在内的整个立法监督制度的具体性和可操作性。但即便如此,在多数研究者看来,现有的立法监督制度在监督体制上仍然存在着诸如监督机关专门化程度较低、立法监督权的地位边缘化,在监督程序上存在规则过于简单、缺乏可行性、监督方式过于单一等缺陷。有鉴于此,研究者提出了在监督体制上设立专门的立法监督机关,^[10]扩大立法监督主体尤其是确认司法机关的立法监督主体地位,^[11]完善立法监督的法律责任制度,^[12]在监督程序上确保程序规则的正当化,^[13]监督方式的多元化,^[14]甚至采用司法审判程序或听证程序^[15]等方面的改革思路或建议。

由上可见,立法决策者所建构的立法监督制度与研究者所提出的理想图景似乎有较大的差距,尤其是研究者早在《立法法》颁行之前就提出的诸如设立专门的立法监督委员会、引进司法审判程序等立法建议,一直受到决策者的拒斥。因此,在笔者看来,在构建未来我国立法监督制度设计思路过程中,有必要在提高立法监督效能与维持现有宪政体制稳定两者之间寻找契合点,并以此为分析平台,探索立法监督制度的改革与完善之路。另一方面,鉴于现有中央和地方法律法规的相关规定存在较多的缺陷,本文试图以针对省区人大及其常委会的立法行为及其制定的地方性法规的立法监督(以下简称“地方立法监督”)为考察对象,揭示其中的不合理之处,并提出改革和完善的设想。

二、我国现行地方立法监督体制与程序上的缺陷

根据《宪法》、《立法法》、《地方组织法》等中央立法和部分省区“立法条例”的规定,我国拥有地方立法监督权的国家机关首先是全国人大常委会,其职权在于对省区人大及其常委会制定的地方性法规进行备案审查,并有权撤销同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规。其次是国务院,其职权是接受省区人大及其常委会制定的地方性法规的备案,并由其法制机构对报送国务院备案的地方性法规,就法定事项进行审查。再次是省区人大,其职权在于改变或者撤销其常委会制定和批准的不适当的地方性法规。

(10) 李伟《设立立法监督委员会完善立法监督机制》,载《党政论坛》2003年第11期。

(11) 谭洁《完善我国立法监督制度的思考》,载《广西民族学院学报》2003年第11期。

(12) 阮荣祥主编《地方立法的理论与实践》,社会科学文献出版社2008年版,第369-370页。

(13) 薛佐文《我国的立法监督制度》,载《西南民族大学学报(人文社科版)》2005年第7期。

(14) 苗连营、沈开举《论我国立法监督制度中的附带性审查》,载《郑州大学学报(哲学社会科学版)》2002年第1期。

(15) 王爱民《论中央对地方立法的监督》,载《河北法学》2001年第5期。

总体而言,我国地方立法监督体制具有鲜明的监督主体多样化和非专门性的特色或缺陷。前者表现在全国人大常委会与国务院共享对地方性法规的备案审查权,还与省区人大共享对省区人大常委会制定的地方性法规的撤销权。这种多头监督的体制固然有监督网络交叉、严密的优点,但由于同一监督对象或方式的不同,主体之间并没有明晰的权限划分,反而会出现对于某些立法行为相互推诿以至于无人监督、相互争夺监督权或监督审查结论不相一致等乱象。所谓监督主体的非专门性,是指在现行的地方立法监督体制中并不存在专门行使立法监督权的机构。从现行宪法和相关的组织法的规定看,现有的立法监督主体所享有的监督权只是该机关所拥有的众多职权中的一种。如全国人大常委会除了行使对包括地方性法规的监督权以外,还有涉及解释宪法、监督宪法实施、制定法律、解释法律、决定国家重大事务、人事任免等多方面的职权;即便是在立法监督方面发挥重要作用的各专门委员会,根据《全国人大组织法》(第37条)的规定,也担负着包括审议全国人大主席团或全国人大常委会交付的议案、审议全国人大主席团或全国人大常委会交付的质询案并听取受质询机关对质询案的答复等多项职权等等。很显然,立法监督主体的非专门性及其所带来的组织机构和业务人员的非专业性,对于地方立法监督效能的提高,是一个障碍。

再就地方立法监督程序而言,现行法律法规似乎为不同的监督机关设置了不同的程序:

首先,根据《立法法》和《法规备案审查工作程序》的规定,全国人大常委会的监督程序主要包括备案、审查和撤销三个阶段。以审查为例,根据《法规备案审查工作程序》的规定,全国人大相关专门委员会认为备案的地方性法规同宪法或者法律相抵触的,可以主动进行审查,会同法制工作委员会提出书面审查意见;也可以根据法定机关的书面审查要求或法定组织或公民的审查建议,对被认为同宪法或者法律相抵触的法规进行审查。在审查过程中,审查机关可以要求制定机关说明有关情况。经审查,认为地方性法规同宪法或者法律相抵触的,可以与制定机关进行沟通协商,提出意见;在制定机关对同宪法或者法律相抵触的地方性法规不予修改或者废止的情形下,有关专门委员会可以向委员长会议提出撤销该法规的议案,由委员长会议决定是否提请常委会会议审议。再就撤销而言,根据《法规备案审查工作程序》第13条的规定,全国人大常委会审议经委员长会议决定提交的撤销被有关专门委员会认为同宪法或者法律相抵触的地方性法规的议案“依照全国人大常委会议事规则的有关规定办理”,也就是适用全国人大常委会审议和表决议案的程序。

在现行立法监督体制内,国务院并没有针对地方性法规的撤销权,因此,国务院对地方性法规的监督程序主要由备案和审查两个阶段组成。同样以审查为例,根据《立法法》和《法规规章备案条例》的规定,报备的地方性法规登记存档之后,国务院法制机构可以主动或根据国家机关、社会组织或公民的审查建议就地方性法规是否超越权限、是否违反上位法的规定、是否违背法定程序等事项进行审查。在审查过程中,审查机关可以要求制定机关说明有关情况。经审查,国务院法制机构认为地方性法规同行政法规相抵触的,由国务院提请全国人大常委会处理。

与全国人大常委会和国务院的境遇不同,如上所述,虽然根据《宪法》和《地方组织法》、《立法法》等中央法律的规定,省区人大拥有对本级人大常委会制定的地方性法规的监督权,但省区人大似

乎对这一规定缺乏积极的回应,⁽¹⁶⁾ 尤其是对本级常委会的监督程序采取回避的态度。从各省区“立法条例”中, 所见的仅有《陕西省地方立法条例》第 53 条第二款“改变或者撤销地方性法规的程序, 依照省人大和常委会立法程序的有关规定执行”的规定。很显然, 这一做法极不合理, 不仅是因为立法与立法监督属于两种不同的权力行为, 二者不能混为一谈, 更重要的还在于立法监督的直接参与者的范围远大于立法的直接参与者, 如果简单地将立法程序照搬到立法监督活动, 就会限制立法监督参与者的范围, 进而侵犯公民的监督权。

此外, 似乎是为了弥补这一缺憾, 有部分省区试图通过授予本级人大常委会的自我监督甚至是“越权监督”的权力, 来强化地方立法监督效果。如《浙江省地方立法条例》在地方性法规制定程序的“特别规定”部分(第 51 条), 允许“国家机关、社会团体、企业事业单位以及公民发现地方性法规的内容与法律、行政法规相抵触, 或者与相关地方性法规不协调, 或者不适应新的形势要求的, 可以向省人民代表大会常务委员会提出修改和废止的意见、建议”; 而《西藏自治区立法条例》第 55 条则效仿《立法法》第 90 条的规定, 允许自治区人民政府、自治区高级人民法院、自治区人民检察院、自治区人大各专门委员会、拉萨市人大常委会和其他国家机关、社会团体、企业事业单位以及公民认为自治区人大及其常委会制定的地方性法规与宪法、法律、行政法规相抵触的, 可以分别向自治区人大常委会书面提出进行审查的要求或建议。对于前者提出的审查要求, 由常委会工作机构分送有关专门委员会进行审查、提出意见; 对于后者提出的审查建议, 由常委会工作机构进行研究, 必要时, 送有关专门委员会进行审查、提出意见; 第 56 条第三款模仿《立法法》第 91 条第一款的规定, 允许自治区人大法制委员会和有关专门委员会在审查中认为自治区地方性法规同宪法、法律、行政法规相抵触的, 可以向自治区人大常委会提出书面审查意见, 由自治区人大常委会主任会议决定提请常委会会议审议决定。但在笔者看来, 这一做法既不合理, 更不合法。如《浙江省地方立法条例》(第 51 条)允许省人大常委会根据国家机关、社会团体、企业事业单位以及公民提出的意见、建议而对地方性法规进行修改和废止的做法, 就缺乏合理性与合法性支持。虽然依据该条例第 4 条第三款的规定, 省人大常委会在省人大闭会期间对省人大制定的地方性法规进行部分补充和修改, 并无失当之处; 但由省区人大常委会对省区人大制定的地方性法规进行废止的规定, 就极不合理, 更不合法。再如西藏在其“立法条例”(第 55 条、第 56 条第三款)中允许省区人大常委会对地方立法监督的做法就存在着违宪或虚监的危险: 一方面, 允许省区人大常委会对省区人大的地方立法行为进行审查, 缺乏合宪性支持; 另一方面, 由省区人大常委会对自己从事的地方立法行为进行监督, 同样会落入广受垢病的自我监督的尴尬境地。

不仅如此, 在笔者看来, 除了省区人大的立法监督过程的无法可依之外, 我国现行的地方立法监督程序还存在程序规则弹性太大和程序内容过于粗疏的弊端。前者主要体现为监督主体在具体的立法

(16) 在笔者查阅到的省区“立法条例”中, 仅有福建、广东、山西、陕西四省明确规定了《宪法》第 99 条第 2 款、《地方组织法》第 8 条第 10 项和《立法法》第 88 条第 4 项有关省区人大改变或撤销本级人大常委会制定的不适当的地方性法规的权力。

监督过程中有着过大的行为选择空间。以适用于全国人大常委会的监督程序为例, 根据《法规备案审查工作程序》(第 8、9、11 条)的规定, 专门委员会或法制工作委员会在认为备案的法规同宪法或者法律相抵触的情形下, 竟然有是否“主动进行审查”的选择权; 经审查, 认为地方性法规同宪法或者法律相抵触的情形下, 审查机关竟然“可以与制定机关进行沟通协商, 提出意见”; 以及审查机关认为法规同宪法或者法律相抵触的情形下, 只是要求“有关专门委员会向制定机关提出书面审查意见, 建议制定机关自行修改或者废止该法规”而已。尽管这是出于现实考虑而作出的规定,⁽¹⁷⁾ 但是很显然, 这种过于弹性的程序设计, 极大地削弱了立法监督的实际功能。⁽¹⁸⁾ 监督程序过于粗疏主要是指现有的立法监督程序规定得不够细致。例如《法规备案审查工作程序》和《法规规章备案条例》都规定某些机关或法定组织或公民可以向审查机关提出书面的审查要求或建议, 但这种书面文件有何格式与内容上的要求、对于法定组织或公民提出的审查建议在何种情形下应由秘书长批准并送有关专门委员会进行审查、审查过程中专门委员会与法律委员会的审查意见不一致情形下如何处理, 以及被审查的地方性法规被撤销的效力等诸多问题, 都缺乏明确细致的规定。这些欠缺将会导致地方立法监督工作实际上难以操作。

三、完善我国地方立法监督制度的设想

很显然, 正如众多研究者所发现的,⁽¹⁹⁾ 立法实践中大量存在着的诸如该备案的不备案、该审查的没审查、该改变或撤销的未改变或撤销的失监、虚监现象,⁽²⁰⁾ 根本原因还在于地方立法监督制度不够健全。因而, 问题解决的出路也集中在完善立法监督体制建构与程序设计两个方面。

在各种有关包括地方立法监督在内的国家立法监督体制的讨论中, 得到较多学者支持甚至曾经进入《立法法(专家建议稿)》⁽²¹⁾ 的思路是建立专门的立法监督机构—在中央为宪法监督委员会, 在省一级为立法监督委员会, 由其专门行使针对中央和地方立法行为及其成果的监督权。⁽²²⁾ 与一些已有的研究结论一样, 笔者并不赞同这一思路。其原因不仅在于先前的研究者所提出的, 当前立法监督机制没有有效地运作起来的问题关键在于现有监督机构缺乏立法监督的原动力⁽²³⁾ 或者条件尚不成熟,⁽²⁴⁾ 更为根本的原因在于, 建立专门的立法监督机构的思路与现行的宪政体制有着根本性的冲突。尤其是在全国人大和省区人大仍然享有立法权的体制下, 在中央和地方分别设立专门的立法监督委员会并由

(17) 李鹏《立法与监督》, 新华出版社、中国民主法制出版社 2006 年版, 第 560 页。

(18) 李玮《设立立法监督委员会完善立法监督机制》, 载《党政论坛》2003 年第 11 期。

(19) 丁国卿《我国立法监督制度的现状及其完善》, 载《江西社会科学》2008 年第 1 期。

(20) 阮荣祥主编《地方立法的理论与实践》, 社会科学文献出版社 2008 年版, 第 357-358 页。

(21) 王爱民《论中央对地方立法的监督》, 载《河北法学》2001 年第 5 期。

(22) 丁国卿《我国立法监督制度的现状及其完善》, 载《江西社会科学》2008 年第 1 期。

(23) 孙潮、荆月新《论立法监督》, 载《政治与法律》1995 年第 4 期。

(24) 周伟、邵晏生《论我国立法监督制度的完善》, 载《西南民族学院学报(哲学社会科学版)》1998 年第 2 期。

其行使针对全国人大和省区人大的立法行为及其成果的监督权，是得不到任何合法性支持的。再者，由设在地方的省区立法监督委员会对地方立法进行监督，如何确保地方立法对中央立法权威性和国家法制统一的维护？因此，笔者认为，在现行的政权体制内，推进地方立法监督体制改革的重心应当放在加强现有的立法监督体系，尤其是整合地方立法监督体系和明晰各类监督主体权限等方面。²⁵

首先，取消国务院对于地方性法规的审查权。根据《法规规章备案条例》（第12条）的规定，国务院法制机构在审查过程中，确认地方性法规同行政法规相抵触的，并不能由国务院直接采取撤销或改变等强制性措施，而只能由国务院提请全国人大常委会处理。在笔者看来，从监督的实质特征与效能保障来看，缺乏改变或撤销等强制性手段作为后盾，立法监督作为一种权力行为的基本属性就得不到充分的展现，其运行效果也难以得到保证。因此，从权力配置的优化组合要求来看，可以将国务院现有的对于地方性法规的接受备案与审查的职权转而由全国人大常委会的审查机构统一行使。

其次，提升地方性法规审查主体的专门化水平。按照《立法法》和《法规备案审查工作程序》的规定，中央国家机关对地方性法规的审查，主要由全国人大有关专门委员会同法制工作委员会负责进行。如前所述，这一主体结构安排最大的弊端就在于监督主体的多头化与监督权力的边缘化。因此，为了提高监督活动的效率，尤其是明确监督主体的职权与职责，有必要改变现有的、根据接受审查的地方性法规所涉及的社会事务的属性和范围确定负责审查的“有关专门委员会”的做法，转而由全国人大常委会法制工作委员会专门负责，并在必要情形下，会同有关专门委员会从事包括地方性法规在内的各项法规的审查工作。再就地方监督机关而言，尽管《立法法》和某些省区的“立法条例”确认了省区人大改变或撤销它的常委会制定的不适当的地方性法规的权力，但对于改变或撤销之前的审查工作应由哪个机构负责进行，并没有具体规定。笔者认为，可以借鉴全国人大常委会由其法制工作委员会负责审查工作的机构设置模式，具体由省区人大所设的法制（政法）委员会负责针对省区人大常委会制定的地方性法规的审查工作。

再次，明确划分全国人大常委会与省区人大的立法监督权限。按照现有的立法监督权限划分模式，对于省区人大常委会制定的地方性法规，全国人大常委会和省区人大都有监督权。很显然，这种权限划分模式，不仅加重了全国人大常委会的监督工作负担，还会引发全国人大常委会与省区人大之间在行使立法监督权过程中的冲突。因此，比较合理的解决方案是，将监督省区人大常委会制定地方性法规的职权赋予省区人大，而将监督省区人大制定地方性法规的职权赋予全国人大常委会。这样一来，在加强省区人大立法监督机构建设的基础上，既有助于强化省区人的立法监督效能，更有助于减轻全国人大常委会的立法监督负担，尤其是能够建立起一种中央和省区联动的地方立法监督体制，确保立法监督所要实现的法制统一与立法民主之间的关系协调。

就立法监督程序的完善而言，笔者认为，首先应当注重监督程序的规范化。按照法理学的基本观点，²⁵法律程序的基本功能就在于抑制行为的随意性和随机性，很显然，这就要求程序自身具有强制性和规范性。从制度设计的角度看，程序的这种强制性和规范性集中体现在权力行为过程中不同环节或阶段之间衔接的紧凑性和前后继起关系的确定性。具体到立法监督方面，就是要求立法监督从报送备案到形式审查以及备案登记，从法规审查要求或意见的提出到审查活动的具体开展以及审查意见的提交，从法规撤销法案的提出到审议和表决等诸多环节中，各类决定或执行行为选择的标准尽可能明确、确定和刚性，并通过完善和强化立法监督过程中的责任追究机制，借以降低各个法定机构对其行为选择的随意性和随机性，进而提高立法监督行为的严肃性、权威性、公正性和有效性。

其次是提高监督程序的可操作性。从限制权力行为随意性与随机性的角度来看，程序法规范的具体和细致有助于提高和强化限制权力主体任性与恣意的效能。因此，必须在建立健全或细化省区人大和全国人大常委会的立法监督程序两个方面加强相关的制度建设。就前者而言，可以参照全国人大常委会的立法监督程序设计思路，赋予特定国家机关、社会组织和公民依法向省区人大法制（政法）委员会提出审查要求或建议的权利，并以这种审查要求或建议作为监督程序的启动机制，要求审查机构根据法定的标准决定是否具体从事审查工作；经审查，认为本级人大常委会制定的地方性法规违反宪法、法律、行政法规或本级人大制定的其他地方性法规或认为不适当的，应当于本级人大开会期间向人大全体会议提出改变或撤销某项地方性法规的议案，并由本次代表团小组会议或代表团全体会议审议，审议议案时，本级人大常委会法制工作机构的负责人必须到会听取代表的意见，并向大会提供有关资料；经审议认为省区人大常委会制定的地方性法规应予改变或撤销的，应交于大会全体会议投票表决等等。

就后者而言，应当对诸如提出审查要求或建议的书面形式及其内容、是否启动审查工作的条件、审查过程中听取地方性法规制定机关意见的方式、被撤销的地方性法规的效力等方面的重要问题作出具体细致的规定。

再次是强化地方立法监督过程的民主参与。公正或正当是现代法律程序设计所应维护和实现的核心价值。²⁶在包括程序公开、程序参与、程序自治、程序中立和程序效率等立法程序公正诸多方面要求当中，程序参与尤为重要，并成为立法程序公正的核心条件。根据学者的研究，程序参与有两项评判标准，即参与的广泛程度和有效程度。²⁷具体到地方立法监督而言，由于备案和审查都是由专门机

(25) 孙笑侠《法的现象与观念》，群众出版社1995年版，第154页。

(26) 季卫东《程序比较论》，载《比较法研究》1993年第1期。

(27) 汪全胜《制度设计与立法公正》，山东人民出版社2005年版，第261-263页。

构负责进行，立法监督过程中的程序参与就主要体现在有权提出审查要求或建议的主体广泛程度和审查要求或建议对于审查工作开启的影响力度上。从我国目前地方立法监督程序的现有规范来看，当前最为紧迫的任务在于明确有权向省区人大法制（政法）委员会提出审查要求或建议的主体范围。为此，
笔者认为，一方面，有必要参照《立法法》和《法规备案审查工作程序》的规定，赋予省区人民政府、高级人民法院、省区人民检察院、下一级人大常委会和其他国家机关和社会团体、企业事业单位以及公民向省区人大法制（政法）委员会书面提出进行审查的要求或建议的权力或权利，以维护公民和社会组织的监督权；另一方面，在沿用中央立法针对审查要求和建议区别对待的政策的前提下，赋予各级人民法院和省区一级的作为待审查的地方性法规利害关系人的非政府组织提出书面审查要求而不是审查建议的权力或权利——这一规定的主要原因在于，作为最具有专业知识的司法机关和业务组织，二者对于现行地方性法规是否存在违法或不适当等问题最为敏感，也最有可能及时发现问题；赋予其提出审查要求的权力或权利，有助于确保和实现地方立法监督工作的正常化和有效性。

专家参与立法的效能提升及其制度保障

——以浙江省为例

马存利*

内容提要：立法的民主化是保障立法的科学化、可行性的条件，专家参与立法目前在人大常委会立法和政府立法层面上都较为重要，并发挥了重要作用。但由于它是在立法实践中逐渐积累起来的一项制度，学界迄今对此尚缺乏全面和系统研究。通过对专家参与立法的时代背景、梳理了实践中专家参与立法的效能体现，最后分析了专家参与立法中的固有缺陷和机制保障。

关键词：专家 参与立法 立法民主 效能

一、专家参与立法的时代背景

随着立法民主化理念的深入人心，根据全国人大常委会法工委所提供的数据显示，截止到2016年年初，我国被赋予地方立法权的市、自治州以及不设区的地级市中被确定为可开始自主进行地方性立法比例已经达到了79%，这也就意味着我国将有占相当比例的地方政府机关开始自主制定当地地方性法规。在2016年6月以前，确定赋予设区的市行使立法权这一决定的24个省、自治区已完成相关确定和批准工作；此外截止7月底，123个市制定并经过省批准147件，条例115件，其他32件。了地方性法规的制定工作，一经审批，就即将被采用。但是，地方性的法规建设也存在着诸如成才储备不足、经验较少、立法队伍力量薄弱等一系列的问题，绝对不能放任其自由发挥，在推进地方性法规建设的过程中，我们更应当坚持立法的民主化、科学化原则。根据新修改的《立法法》规定，浙江嘉兴、绍兴、舟山、丽水四个设区的市也拥有了地方立法权，为了加强立法能力，各市立法机关和地方政府纷纷组建了地方性立法专家库，依据《立法法》赋予的立法权限，这些专家来自历史文化研究、法律事务、城乡建设与管理、法学研究、环境保护等多个领域，对于加强设区的市的立法能力、保证

* 马存利（1975-），男，汉族，山西交城人，嘉兴学院文法学院副教授，吉林大学法学博士，研究方向：经济法、法理学。通讯地址：浙江省嘉兴市越秀南路56号嘉兴学院 邮编：314001。

立法质量具有至关重要的作用。

二、专家参与立法的含义与效能体现

推进立法的民主化、科学化建设是我们在推进法治建设进程方面的重要内容，我国坚持让公众参与到立法过程中来，是保障立法科学民主的重要举措。专家立法同样属于公众参与的重要内容，让专家参与到立法中来，往往能够发挥事半功倍的作用。

（一）专家参与立法的含义

近代以来，代议制民主的一个主要体现就是民选立法，中西方概莫能外。在立法层面，法律的制定必须反映广大民众最根本的需求，将人民的诉求切实反映到法律条文的制定中来，合理处理不同社会主体间的利益冲突，平衡各方的利益诉求，最大程度地保障人民最根本的权益，实现社会公平正义。这就要求我们在立法这一最基础的环节必须做到立法的民主化、科学化，为此，必须做到以下方面。首先就是在立法主体层面，要制定出科学民主的法律法规，我们应当拥有有这样一群人，他们具有着科学严谨的态度和强烈的民主意识，这是最为基本的保障之一。毫无疑问，在诸多的社会主体中，专家就具有这样的特质，专家作为社会公众的一部分，具有普通社会公众所不具有的专业化知识和立法技术。专家参与立法无疑会“增强立法的民主化”⁽¹⁾，保障立法具有较高的科学性。与此同时我们必须要注意的是专家立法同样需要严格规范，专家所做出的价值判断并非完全正确，我们应当保留一颗理性的心，立足于社会中的客观真实，做出正确的判断，正如“一名科学工作者，在他表明自己的价值判断之时，也就是对事实充分理解的终结之时”⁽²⁾说的那样，立法无法脱离客观。

（二）专家参与立法的效能表现

1、为立法机关制定立法规划提供学术支持

每个国家的立法工作都应当具有一定的计划性与连续性，保障整个立法工作的稳定进行，且立法工作有整个庞大的立法机构作为后盾，必然能够保证立法的稳定连续。我国的立法机构作为表达民意的重要机构，在坚持民主性方面同样应当具有连续性与继承性，这就要求我国的立法机关具有制定严谨立法计划与规划的能力。例如，十二届全国人大常委会立法规划中的民法典编纂工作就离不开中国社会科学院法学所的贡献，以梁慧星教授为首的民法研究室陆续提出了若干稿的《民法典专家建议稿》。可见，专家参与立法能够为法律的制度化建设提供更为系统的保障，在制度层面上建立起较为长远的立法计划与立法目标，并为目标的实现提供强劲的动力源泉。

(1) 莫纪宏：《论立法的技术路线——专家立法在立法公民参与中的作用》，《广东社会科学》2009年第4期。

(2) [德]马克斯·韦伯：《学术与政治》，冯克利译，生活·读书·新知三联书店1998年版，第38页。

2、专家立法可以提高立法机关立法活动的效率

在当前，不仅地方上的立法工作有专家的参与，在我国的全国人大常委会法制工作委员会以及国务院办公室等都有专家参与的身影。且在各个机构中建立了相应的专家参与的不同形式与规章制度，专家参与立法俨然成为我国立法工作的常态，在推进立法的民主科学化方面必不可少。为了进一步加快法制化的建设，各个机构通常会直接建立立法起草小组，这样更便于听取专家的意见建议，让专家参与到立法工作中来。此外，各种形式的座谈会、专家专项咨询会等，使得立法机构在制定法律的过程中能够最为直接有效地听取社会各个领域专家的意见，在提升立法效率的同时也极大地保障了立法的质量。

3、专家立法有助于建立科学、合理的立法秩序

专家参与立法并不是出于利益的驱使，专家利用自己的专业化知识来为立法机构提出自己较为可观的认识可以帮助立法机构建立更为科学的立法秩序。美国著名的法社会学家罗斯科·庞德曾言“‘没有法学家便没有法’，没有法律教授及学术上的著作给予立法以生命，立法便会消失其功能。”⁽³⁾专家在自己的研究领域对于社会中的某些问题有着最为直接的看法与表达，不仅在立法之前可以为法律条文的制定提出合理化的建设性意见建议而且可以在法律颁布后深入到自己所研究的领域。通过自身的实践与研究发现立法与法律实施过程中存在的各类问题，为法律的完善提出自己的合理化的建议，成为立法机构的专项顾问。专家不仅是法律的制定参与者，而且在法律制定和实施过程中也应当成为其监督者，承担起监督的职责，确保立法质量的提升。

三、专家参与立法效能提升的机制保障

（一）科学地选择专家应对立法的多元化

当然，我们也不能完全迷信于专家学者，专家的参与需要我们进行严格的甄选，并非所有的专家都具备参与立法的能力与素养。专家在某一领域内研究的程度越深就越有可能形成自己的见解，但与此同时也有可能变成自己的局限，一旦立场过于偏执就有可能变为劣势。立法专家库的建立必须要由一流的专家成员来组成。注意领域的均衡、专家特长与短板的互补、结构的完善以期达到最优化的结构。剔除过于偏激偏执的专家的意见，综合多个方面做出综合化的准确判断，深入到基层结合实践。

浙江立法的智囊团，其实早在2009年就组建了——2009年9月，经省政府研究同意，省法制办聘请了40名专家成立了第一届立法专家库。其中，法学专家12人、政治经济文化社会类专家22人、

(3) [美]庞德：《改进中国法律的初步意见》，王健：《西法东渐：外国人与中国法的近代变革》，北京：中国政法大学出版社2001年版，第63页。

律师 5 人、省政府咨询委员会委员 6 人、其他专家 5 人。2014 年 5 月，根据“五年一调整”的原则，省法制办启动专家库的调整工作。经过多方征询意见，最终确定 38 名专家学者为新一届省政府立法咨询专家。据省法制办负责人介绍，新一批专家中包括法学专家 14 人、政治经济文化社会类专家 6 人、律师 10 人，其他专家 8 人。

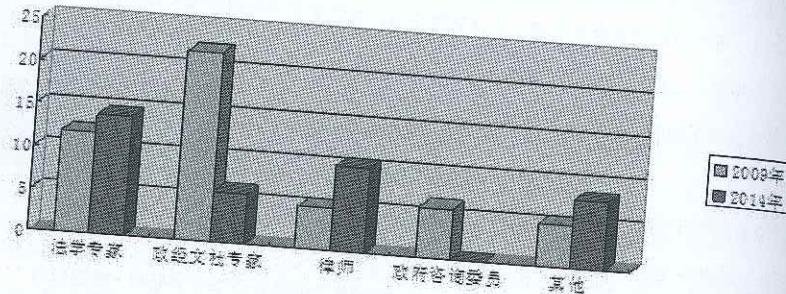


图 1：新一届省政府立法咨询专家成员分布

对比第一届，法学专家增加了 2 人、律师人数翻了一番，而政治经济文化社会类专家则大幅减少了 16 人。省法制办有关负责人说，此次调整首先对人员结构做了优化，在专业分类上明确以法学类专家（囊括主要法学学科门类）为主，又兼顾经济、政治、社会、文化、科技等其他领域的专家。同时，新聘的专家在本专业、本领域内均享有较高声望和权威，并热心立法事业，能安排必要时间和精力参与其中。针对上一届从事实务工作专家偏少的情况，一批长期从事法治工作、实践经验丰富的法官、检察官、律师等被纳入专家库。

为了促使法学理论与实践二者之间建立一种良性循环的联系，十八届四中全会指出“健全政法部门和法学院校、法学研究机构人员双向交流机制，实施高校和法治工作部门人员互聘计划，重点打造一支政治立场坚定、理论功底深厚、熟悉中国国情的高水平法学家和专家团队，建设高素质学术带头人、骨干教师、专兼职教师队伍。”⁴¹一部分专家完全沉溺于自己的理论层面的研究，而对具体的社会实践却缺乏应有的了解，或者说了解得不够深入。对此，实务部门的专家需要与高校专家建立起密切的联系，高校专家自身也应当要增强自身对于问题的前瞻性认识，打破自身认识的局限性，以期自身参与立法提供更为坚实的后盾。

（二）保持专家的独立性有效消解利益冲突

在上文中我们就已经提到专家参与立法并非出于利益驱使，这是至关重要的，要保障立法的民主

(4) 中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。

科学就必须要坚持维护专家在立法参与过程中的独立性地位。在十八届四中全会中关于这一问题就有明确的表示，提出专家作为立法者的独立地位是科学立法的重要保证。在立法的过程中，必须要注意平衡好各个利益主体间的利益冲突，尽最大限度实现社会利益的平衡化和对社会主体间的矛盾进行合理的解决。

哈贝马斯指出要实现有效的“公共辩论”，一个前提是实现协商者之间的独立。⁵专家参与到立法中来能够为社会利益的均衡和各个主体间利益冲突问题的解决提供更为合理化的解决方案，理性地解决在立法过程中遇到的各类问题。在此过程中，保障专家的独立地位是重点，它是保障立法科学民主的先决条件之一。在立法咨询专家库中，从图 1 所示，明显我们看出律师的数量日益增多，“律师作为一支相对独立的力量存在，将在很大程度上制衡权力，并且最大限度地减少和防止权力对公民及法人组织的侵害。”⁶

（三）高水准专家水平实现立法的专业化

不同领域的专家在自身耕耘的天地内都拥有着独特的见解，专家的专业化知识，高质量的学术研究能力，能够在实际的立法过程中发挥自身独特的作用，成为立法过程中不可缺少的参与者。在这里，我们以水污染治理领域的立法为例，在立法过程中如果不考虑这里领域内的实际状况，而仅仅是根据其他法律来进行法律的制定，则必然在法律的实施过程中产生诸多的实践层面的问题。反之，如果能够有环境科学专家的参与则情形就会大不一样，专家对自己经营的领域必然深谙其中的门道与规律，可以为法律条文的具体编制提供更为客观、科学的把握。例如，以丽水市人大常委会立法专家库名单为例，共 25 位同志为第一批丽水市人大常委会立法专家库成员，专业和行业分布如下：

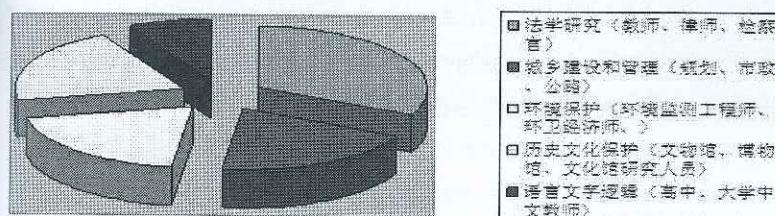


图 2：第一批丽水市人大常委会立法专家库成员专业分布图

（资料来源：2016 年 2 月 17 日《丽水市人大常委会关于建立立法专家库的工作方案》）

(5) [德]哈贝马斯：《规范与事实之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，三联书店 2003 年版，第 121 页。

(6) [美]路易斯·亨金：《宪政、民主、对外事务》，邓正来译，生活·读书·新知 三联书店，1996 年 11 月版，第 140 页。

这样一来，专家可以依据自身专业领域知识，为立法论证提供知识上的支持。例如当涉及到城乡规划立法的时候，城市规划、市政、交通建设领域的专家可以在此提出自己至关重要的意见。以图2所示，丽水市的市容环境卫生立法能力的加强是与各个相关领域专家的参与密不可分的。在丽水市人大常委会立法专家库中囊括了与环境保护有关的部门专家，这些来自城建、环卫、文博馆的专家比专业法学、专业立法者相比而言更接地气的立法参与者，通过各领域专家与专业的立法工作者的合作，促使立法更为科学、民主。

（四）地方性法规立法过程的全程参与

不仅在立法的层面上需要专家的参与，立法仅仅是法律制定工作的其中的一个方面，其外还包括改、废、修等多个方面，每一个流程都需要专家的参与。地方政府进行法治化建设的重要基础就是必须拥有较为完备的法律，除了遵守国家相关的法律条文外，还要根据当地实际制定当地特色的法律文件，完善当地的法律体系。在党的十八届四中全会中曾经指出要在中央和地方两个层面形成科学、有效的法律体系，以推进我国的法制化进程。此外，不仅要立法，还要对相关的法律进行合理的清理，剔除掉时无用的法律条文，更好地提升法制工作的效率。严格遵循立、改、废、修的流程，合理听取各个领域内专家学者的意见建议，按照法定程序完成相关的立法工作。

（五）善于选择专家立法参与的形式

不同的地方的实际情形不同，因此对此专家参与的形式也不能一概而论，必须根据当地的实际情形选择适合的专家立法参与形式。对此，可以出台相关的法案来加以规定，对于政府立法的计划、起草、废止、修订等各个层面都应当具体化。例如召开有专家、社会公众参与的座谈会等，广泛听取专家和社会公众的意见建议，做到立法层面的理论与实际的有机结合。为了更好地提升专家参与立法的效率性，规定“法规实施后预期成本效益情况和社会效果，对经济、社会和环境可能产生的影响”等进行综合评估。当专家或社会公众对于某项法律条文提出较多异议时，政府就需要对这些条文进行合理的修改与完善，并记入档案，作为日后法律制定与管理工作的重要借鉴。^[7]

[7] 牛静、赵倩：《公众参与、媒体沟通与正当立法程序》，《社科纵横》2010年第5期，第108页。

民族立法现状调查及对策研究

——基于浙江省的实证分析

黄元姗 朱宗侠*

内容提要：“世居少数民族与流动少数民族相互交融”、“18个畲族乡（镇）发展参差不齐”，“景宁畲族自治县虽然一枝独秀，但缺乏综合竞争力”是浙江省民族问题主要特征。浙江省在贯彻实施《民族区域自治法》过程中取得的主要成就，主要是靠政府规章和部门规章完成的，因此应尽快制定《浙江省贯彻实施<民族区域自治法>若干问题办法》，完善《浙江省少数民族权益保障条例》，“改变三个主体用一个条例加以规范的格局”；景宁自治立法权行使得既不完整也不完善，景宁自治县应充分行使自治权，科学进行立法项目规划，完善自治立法体系，全面深化法治浙江建设。

关键词：浙江 少数民族 景宁 立法

“闯关东”、“走西口”、“下南洋”，堪称中国历史上三次规模宏大的人口大迁移。人口的流动，带动了文化的传播，社会的繁荣，也导致社会治理方式的变革。中华人民共和国成立初期，由于严格的“城乡二元”管理体制，人口流动受到严格限制。改革开放后，随着国家政策的调整，社会经济的发展，人口大规模流动成为常态。第六次全国人口普查数据表明：2010年流动人口（人户分离人口减去本地人户分离人口）为221430000人，比2000年增加了1.17倍，流动人口占全国总人口的比例为：16.35%。^[1]浙江省作为外来人口流入较多的发达

* 黄元姗，女，土家族，丽水学院教授，法学博士，中南民族大学硕士研究生导师。主要研究方向：民族区域治理，基层公共治理。

朱宗侠，丽水学院讲师，主要研究方向：民族伦理，基层公共治理。

基金项目：国家社科基金项目“自治州自治县自治条例功能与作用的实证比较研究”（项目编号：14BMZ012）

地区省份，流动人口也呈现不断上升的态势，第六次人口普查时，常住人口每五人中就有一人来自外地。流动人口中，少数民族人口也在不断增加。同时，浙江省还辖有景宁畲族自治县，以及18个畲族乡。“世居少数民族与流动少数民族相互交融”、“18个畲族乡（镇）发展参差不齐”、“景宁畲族自治县虽然一枝独秀，但缺乏综合竞争力”是浙江省民族问题的主要特征。为此用法治思维和法治方式加强对少数民族流动人口管理，充分履行上级国家机关职责，景宁畲族自治县充分行使自治权，是浙江省民族立法当务之急。

一、浙江省民族问题特征

（一）世居少数民族与流动少数民族相互交融

浙江省属少数民族散杂居省份，少数民族人口总量不多，但民族成分较多。据2013年1月浙江省统计局统计，浙江有流动人口2403万，少数民族流动人口209.5万人（其中儿童23万），占本省流动人口的8.72%。流动少数民族人口包含了55个少数民族成份。流动少数民族人口10万以上的城市有7个，如表1。

表1：2013年浙江省流动少数民族人口分布

地域	总人口（万）	流动人口/比例	少数民族流动人口/比例
温州市	919.7	284.22 / 31.16%	44 / 15.49%
杭州市	884.4	538. 2248 / 60.86%	21 / 3. 90%
宁波市	766.3	459.8843 / 59.92%	41 / 8.93%
台州市	603.8	229.6681 / 37.98%	26 / 11.35%
金华市	542.8	345.7688 / 63.65%	26 / 7.53%
绍兴市	494.9	191. 5145 / 38.66%	19.5 / 10.21%
嘉兴市	455.8	265.9012 / 58.24%	14.7 / 50.55%

（表1 数据来源：浙江省统计局：2013年浙江省人口变动抽样调查主要数据公报）

浙江省的世居少数民族，畲族最多，主要集中在丽水、温州等地的农村，与全国少数民族分布一样，具有大分散、小聚居的特点。2010年全省畲族常住人口为16.6万人，比2000年的17.1万减少0.5万人。2014年畲族户籍人口为22.3万人，占全省总户籍人口4845.77万人的0.4%。浙江回族主要分布在杭州、宁波、嘉兴、衢州、丽水等市的回民多居城镇，农村甚少，目前只有6个回族聚居集中的村落，全部分布在温州，分别是：瑞安市马屿镇后姜村、瑞安市曹村镇丁凤村、洞头县东屏镇寮顶回族村、苍南县桥墩镇后隆村、官南村、马站镇霞关库下村。杭州回族原多居住在凤凰寺所在羊坝头一带，嘉兴回民集中在清真寺周围的城区东门街道，后来随城市发展变迁，变为分散居住。浙江回民的分布呈现小聚居大分散、城镇

多农村少的特点。

（二）景宁畲族自治县一枝独秀，但缺乏综合竞争力

景宁畲族自治县一枝独秀，于1984年设立，这是全国畲族唯一的自治地方，也是华东地区唯一的民族自治地方。县域面积1950平方公里，现辖2个街道，4个镇，16个乡，总人口17.31万，其中畲族人口1.91万，占全县总人口的11%，并有藏族、苗族、侗族等29个少数民族。自治县自成立以来，经过自治县全体人民的共同努力，在各级上级国家机关的帮助下，社会经济状况发生了根本性转变。“十二五”末，其综合实力在120个自治县中排在第9位。但由于地处发达地区的欠发达地区，与省内其他县市相比，城市化率低，经济结构也不合理，缺乏综合竞争力。

1. 城市人口占总人口比重偏低

城市人口比重是以一个地区城市化率高低的重要标志。见表2。

表2：景宁与相关区域城镇人口比较一览表

行政区	总人口（人）	城市人口（人）		城市人口比重
		丽水市	浙江省	
丽水市	景宁县	107100	43200	40.36%
	云和县	111600	64800	58.07%
	莲都区	451400	294000	65.12%
丽水市	2117000	1024700	48.40%	
浙江省	54426900	33540600	61.62%	

（注：表2数据来源于各地2010年底六次人口普查主要数据公报）

2. 居民收入较低

居民收入水平较之于全省其他地区水平有较大差距，人们生活水平偏低。见表3。

表3：城市居民生活水平

行政区域	常住居民人均可支配收入（元）	城镇居民可支配收入（元）	农村常住居民人均可支配收入（元）
景宁县	18502	26152	12432
云和县	22605	28726	12789
莲都区	27719	32327	17601
丽水市	22426	30413	13635
浙江省	32658	40393	19373

（注：表3数据来源于各地2014年国民经济和社会发展统计公报。）

3. 经济内部结构失衡

三次产业结构，是国民经济中，产业结构问题的第一位的重要关系。目前，自治县表现出第一产业偏重，产业结构层次偏低，与其他相关行政区域差距较大。内部结构也不尽合理，亟待优化提升。如表 4。

表 4：各地三次产业对照表

时间 行政 区域	2012	2013	2014
景宁县	16.5: 36.9: 46.6	16.1: 37.2: 46.7	15.3: 32: 52.7
云和县	9.0: 54.0: 37.0	8.8: 54.2: 37.0	8.9: 53.0: 38.1
莲都区	6.7: 43.4: 49.9	6.5: 42.0: 51.5	6.5: 40.5: 53.0
丽水市	8.9: 50.3: 40.8	8.6: 50.6: 40.8	8.4: 48.5: 43.1
浙江省	4.8: 50.0: 45.2	4.7: 47.8: 47.5	4.4: 47.7: 47.9

(注：表 4 数据来源于各地 2012 年、2013 年、2014 年国民经济和社会发展统计公报。)

(三) 18 个畲族乡（镇）社会经济发展参差不齐

民族乡是民族区域自治制度的一种必要补充形式，也是我国特有的、少数民族自己管理自己内部事务、依法行使当家作主权利的一种基层政权形式，是解决我国散杂居少数民族问题的一种较好的政治形式。浙江省下辖 18 个畲族乡。18 个畲族乡社会经济发展差异较大，参差不齐。其行政隶属关系及经济状况如下表 5。

表 5：浙江省 18 个畲族乡（镇）行政隶属关系及经济状况

市	县（市、区）	乡镇	乡镇总人口（人）	乡镇人均收入（元）	乡镇少数民族人口	少数民族人均收入
杭州市	桐庐县	莪山畲族乡	9098	14996	2457	13990
温州市	平阳县	青街畲族乡	10671	7874	2504	7831
	苍南县	凤阳畲族乡	5902	9510	3095	9510
		岱岭畲族乡	6818	9508	2591	8820
泰顺县	司前畲族镇	18571	9604	5914	7442	
	竹里畲族乡	2998	8600	1102	7320	
文成县	周山畲族乡	5189	8985	1789	7875	
	西坑畲族镇	21520	8565	3358	7050	
金华市	武义县	柳城畲族镇	29910	8620	3605	8400
	兰溪市	水亭畲族乡	21542	9765	3080	9409
衢州市	龙游县	沐尘畲族乡	11690	10307	2960	7180
丽水市	莲都区	老竹畲族镇	16020	11629	3310	9879
		丽新畲族乡	10439	12195	2014	10075
云和县	雾溪畲族乡	2157	12102	549	11080	
	安溪畲族乡	2372	12405	721	11500	
遂昌县	三仁畲族乡	8469	12060	283	12060	
龙泉市	竹垟畲族乡	7806	10826	2415	10660	
松阳县	板桥畲族乡	4954	11450	1431	9567	

(注：表 5 数据来源于县乡农村居民收入经济统计，为 2014 年各乡农村居民收入)

二、浙江省民族立法现状

从国家形态产生后，我国就是一个多元民族的国家共同体。在中国历史上迄今为止还没有出现纯粹的单一民族建立的国家政权。在漫长的历史进程中，无论是汉族或少数民族统治者建立的统一政权，还是汉族与少数民族统治者建立的割据政权，无一例外都是多个民

族构成的多元民族国家共同体。因此，如何处理国内民族问题，始终是历代王朝在建立之初就面临的重要问题。民族区域自治制度是我国的基本政治制度，是中国共产党经过长期的革命实践，在认真比较“民族自治权”与“联邦制度”的基础上建立起来的，用以解决国内民族关系的基本政治制度，是建设有中国特色的社会主义民主政治的重要内容。浙江省作为最发达的省（市）之一，无论经济领域还是政治领域的变化，在全国都有一种示范作用。在世居少数民族与流动少数民族相互交融，少数民族人口大规模迁入；下辖 18 个畲族乡（镇）发展参差不齐；景宁畲族自治县欠发达的背景下，民族立法取得如下成就。

（一）法规与规章

1. 浙江省少数民族权益保障条例

《浙江省少数民族权益保障条例》于 2002 年 12 月 20 日浙江省第九届人民代表大会常务委员会第四十次会议通过，2002 年 12 月 20 日浙江省第九届人民代表大会常务委员会公告第八十一号公布，自 2003 年 2 月 1 日起施行。条例共 20 条，规范了三类主体，一是散居少数民族，二是民族自治地方：景宁自治县，三是作为民族自治地方补充形式的民族乡。这些主体的法律地位以及他们与上级国家机关的关系是完全不同的，因此将三类主体用一个条例的方式来规范显然不妥，“三个主体”用一个条例加以规范既不能概全也不便操作。

2. 规章

浙江在贯彻实施民族区域自治法取得的主要成就，主要靠政府规章和部门规章完成的，主要有：（1）2005 年省委、省政府出台了《关于进一步加强民族工作 加快少数民族和民族地区经济社会发展的意见》【浙委〔2005〕21 号】；（2）《浙江省人民政府关于进一步加快欠发达乡镇奔小康的若干意见》【浙政发〔2005〕36 号】；（3）为推动景宁畲族自治县加快发展，2008 年省委、省政府出台了《关于扶持景宁畲族自治县加快发展的若干意见》【浙委〔2008〕53 号】，明确提出到 2012 年使景宁县经济综合实力进入全国 120 个民族自治县的前 10 位；（4）2008 年省政府办公厅下发了《关于贯彻落实国务院办公厅严格执行党和国家民族政策有关问题的意见》【浙政办发明电〔2008〕114 号】；（5）2009 年出台了《浙江省人民政府关于进一步繁荣发展少数民族文化事业的实施意见》【浙政发〔2009〕73 号】；（6）浙江省少数民族事业发展“十二五”规划的通知【浙发改规划〔2011〕1509 号】，浙委〔2012〕115 号《关于加大力度继续支持景宁畲族自治县加快发展的若干意见》文件，明确提出了要帮助景宁“到 2017 年综合实力在全国 120 个民族自治县继续向前移位，率先实现全面小康社会”的目标；（7）关于进一步加强新形势下民族工作的若干意见【浙委发〔2015〕4 号】。

（二）景宁自治立法权行使现状

1. 自治条例

自治县自治条例（1989 年 4 月 15 日景宁畲族自治县第二届人民代表大会第四次会议通过，1989 年 7 月 1 日浙江省第七届人大常委会第十次会议批准，1989 年 9 月 1 日起施行。根据 1995 年 4 月 29 日浙江省第八届人大常委会第十八次会议批准修《景宁畲族自治县人民代表大会大关于修改<浙江省景宁畲族自治县自治条例>的决定》的决定第一次修正。根据 2007 年 5 月 25 日浙江省第十届人大常委会第三十二次会议关于批准《景宁畲族自治县人民代表大会关于修改<浙江省景宁畲族自治县自治条例>的决定》的决定第二次修正）。

景宁畲族自治县自治条例共六十三条，采用文本结构设计的基本逻辑思路是：总则→自治机关、人民法院和人民检察院→经济建设→社会事业建设→人才队伍建设→财政管理→民族关系→附则。这一结构设计的主要基本思路是《民族区域自治法》的文本结构样式及《民族区域自治法》中关于自治权的条款内容，就文本而言无论是从文本反映出的立法技术，还是文本设计的一些具体条款而言，与其他自治机关制定的自治条例一样，都有着进一步斟酌和商榷的空间。^{[2] P2} 景宁畲族自治县自治条例主要有如下缺陷。

（1）重复上位法的条款较多

从自治条例的文本来看，总则基本是摹仿《民族区域自治法》的总则，甚至是一些条文直接移植过来。总则的第四条，第五条、第六条，内容基本上与《民族区域自治法》相同，只是表述有异，加上了“自治县”三字定语，没有本质的区别。

（2）立法意图不明确并且不具有操作性

第七条第二款的内容直接来源是《民族区域自治法》的第七条、第八和第二十条的内容。“上级国家机关的决议、决定、命令和指示，如有不适合民族自治地方实际情况的，自治机关可以报经该上级国家机关批准，变通执行或者停止执行；该上级国家机关应当在收到报告之日起六十日内给予答复”^{[3] P22}。这是自治机关的自治权，是具体的条款，所以《民族区域自治法》中“第三章 自治机关的自治权”明确规定这是自治机关自治权，但景宁自治条例把这一内容作为总则的条款，将一项具体的权力变为一项原则性的规定，这样就把自治机关一项法定的自治权给虚置化了。

（3）违反上位法和越权立法的情况比较突出

一是“第十一条 自治县人民代表大会常务委员会的组成人员中，畲族公民应占适当比例……。”这样的规定是与上位法相抵触的。自治县人大常委会是自治县人民代表大会的常

设机构，是由本级人民代表大会从人民代表中选举产生，人大常委会委员与人民代表和人民代表大会的性质是不同的。自治县人大常委会是本级人民代表大会的常设机构，对自治县人民代表大会负责并报告工作，行使法律规定的职权和人民代表大会授予的其他职权。从这个意义上说，自治县人大常委会委员选举的第一要义不是它的代表性而是它的工作性。所以，无论是《民族区域自治法》，还是《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》，都没对自治县人民代表大会常务委员会的成员作限制性的规定。《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第 41 条⁽¹⁾只是常务委员会组成人员的名额是十五人至二十七人，最多不能超过三十五人，换言之，自治县人民代表大会常务委员会组成人员的名额是由省级人民代表大会常务委员会来确定的，并不是自治县自治条例所能规范的内容。

二是越权规范了上级国家机关职责

自治条例不能规范上级国家机关行为是由我国单一制国家结构形式之下下级服从上级的特点决定的。突出表现在第十五条、第二十六条第三款、第三十六条上。如第三十六条规定：“在各级招生主管部门的监督下，高等院校和中等专业技术学校在招收新生时，自治县考生享有降分录取的照顾”。这不是自治县自治条例规范的内容，这是上级国家机关的义务。所以自治机关有权规范的对象只能是其所辖的有关学校。

三是授权解释违法。“第六十三条 本条例的解释权属于自治县人民代表大会常务委员会。”根据《立法法》的规定，立法解释的主体和程序与法的制定与修改的主体和程序相同，贯彻“谁立法，谁解释”的基本原则，因此，景宁自治条例的解释权属于景宁人民代表大会，景宁人民代表大会对相关条款解释后要生效还必须要一个前置程序：报浙江省人大常委会批准，景宁人大常委会对条例是没有解释权的。

2. 单行条例

从立法权限上看，单行条例既可以对国家的有关法律、法规给以变通或者补充，又可以对民族自治地方出现的新的社会关系或新的现象，在国家没有立法的情况下以单行条例的形式加以规范。可见，单行条例是自治权的一种有效扩充，具有较强的生命力和灵活性，其涵

(1) 中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第 41 条：“县、自治县、不设区的市、市辖区十五人至二十七人，人口超过一百万的县、自治县、不设区的市、市辖区不超过三十五人。……自治州、县、自治县、市、市辖区每届人民代表大会常务委员会组成人员的名额，由省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会依照前款规定，按人口多少确定。”

盖内容非常广泛。但自治县自治机关，对这一权力的行使并不充分，目前仅两件，⁽²⁾并且从现有单行条例的文本上看，也存在着诸如“重复立法严重”、“自我设权”、“立法语言模棱两可”等缺陷。

3. 制定变通、补充规定权力行使现状

单一制国家中法制统一的要求很难满足中国多元社会结构以及各民族的文化、宗教、社会生活的多元性。因此法律赋予民族自治地方的自治机关对于不适合本民族、本地方实际情况的法律、行政法规、地方性法规有权作出变通或补充规定。从景宁自治县来看，这一权力还没有行使。

4. 停止执行权的行使状况

“停止执行”权，属于立法自治权的范畴，是法律对民族自治地方的自治机关立法自治权的延伸与扩展，行使该项权利的行使主体比单纯的自治条例和单行条例的主体广泛的多，既可以是自治地方的人民代表大会，也可以是它的常务委员会，还可以是民族自治地方的人民政府。但迄今为止，全国 120 个自治县自治机关对这一权力行使，基本处于漠视状态，景宁自治县也不例外。

三、对策与措施

为贯彻依法治国方略，浙江较早做出依法治省的决定，浙江省八届人大常委会于 2006 年 11 月 2 日作出了《关于实行依法治省的决议》。2014 年 12 月，做出“中共浙江省委关于全面深化法治浙江建设的决定”，其中规定：“推进科学立法、民主立法。加强重点领域的地方立法。围绕中心、服务大局，及时出台相关法规规章，提高立法质量，切实发挥立法的引领和推动作用”⁽⁴⁾。2014 年 12 月 3 日至 4 日，浙江省委十三届六次全体（扩大）会议在杭州举行，全会决定明确提出，“到 2020 年，浙江要力争在社会主义民主政治建设、健全地方法规规章、建设法治政府、推进司法体制机制改革、提升全民法治意识和法律素养、打造一支政治强业务精作风正敢担当的社会主义法治工作队伍等六个方面走在前列。”全面深

(2) 《景宁畲族自治县民族民间文化保护条例》(2010 年 3 月 23 日景宁畲族自治县第七届人民代表大会第四次会议通过，2010 年 7 月 30 日浙江省第十一届人民代表大会常务委员会第十九次会议批准)。《景宁畲族自治县水资源管理条例》(2001 年 4 月 12 日景宁畲族自治县第五届人民代表大会第五次会议通过，2001 年 6 月 29 日浙江省第九届人民代表大会常务委员会第二十七次会议批准，2001 年 7 月 9 日起施行)。

化法治浙江建设必须立法先行。

(一)制定《浙江省贯彻实施<民族区域自治法>若干问题办法》

上级国家机关依法履行其职责，并充分尊重民族自治地方的自治权是民族自治地方自治机关顺利行使自治权的重要保障。为此《民族区域自治法》从第五十四条至七十二条用列举的方式，明确规定了上级国家机关应当在财政、金融、生态建设、环境保护、资源开发、文化教育、科技等方面依照民族区域自治法的规定制定优惠政策，加大对民族自治地方加快经济社会发展的支持力度。我国实行的是三级自治形式，设有自治区、自治州、自治县。根据我国的宪政体制，三级自治地方的上级国家机关是不相同的，对于自治县而言，上级国家机关就是三级人民政府，即设区的市（地区或自治州）人民政府，省（自治区、直辖市）人民政府和国务院。

具体到景宁，负有法定职责的上级国家机关有丽水市人民政府、浙江省人民政府和国务院。为了民族区域自治法的有效实施，国务院在2005年制度定《国务院实施中华人民共和国民族区域自治法若干规定》，虽然浙江省委高度重视景宁社会经济的发展，分别在2008年5月出台关于扶持景宁加快发展的53号和专门为扶持景宁畲族自治县发展出台浙委〔2012〕115号《关于加大力度继续支持景宁畲族自治县加快发展的若干意见》文件，明确提出了要帮助景宁“到2017年综合实力在全国120个民族自治县继续向前移位，率先实现全面小康社会”的目标。但是，这只是党的意志，应将党的意志上升为全民意志，这于是“法治浙江”建设的应有之意。因此应尽快制定《浙江省贯彻实施<民族区域自治法>若干问题办法》，将上级国家机关职责纳入法治化轨道。

(二)完善《浙江省少数民族权益保障条例》

随着浙江民族问题的变化，《浙江省少数民族权益保障条例》的修订工作提上了议事日程。从《浙江省少数民族权益保障条例》修订（草案）征求意见稿来看，需要进一步完善。

1. 改变“三个主体”用一个条例加以规范的格局

条例中的主体可分为三类：一是散居少数民族，二是民族自治地方：景宁自治县，三是做为民族自治地方补充形式的民族乡。这些主体的法律地位以及他们与上级国家机关的关系是完全不同的，因此将三类主体用一个条例的方式来规范有些不妥。应分别制定《浙江省贯彻实施<民族区域自治法>若干问题办法》、《民族乡工作条例》、《城市民族工作条例》。

2. 关于“散居少数民族问题”

对于散居少数民族权益保障，一直是法学界民族理论与民族政策等领域共同关注的一个

重要话题，上个世纪80年代末至2012年底，先后有各省市颁布了近40件散居少数民族权益保障的地方性法规或规章。但从现实的实施情况来看并不尽人意，大多是有文本意义。为何这些省市颁布的散居少数民族权益保障的地方性法规或规章集体失语？究其原因主要在于对“散居少数民族权益”定位不准确。散居少数民族权益应当是一项公民个人权利，即“公民权”，而不是集体权利。同时近年来迁入浙江的不仅仅是少数民族，因此少数民族所遇到的问题和所有农民工、流动人口所遇到的问题是一样的，是一个体制性问题，因此不能因为“民族（种族）”不同而享有特殊的照顾，这与“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”的宪法原则相悖。我们要进行的是国家认同基础上的公民教育，作为中华人民共和国公民享有什么权利承担什么义务，要牢固树立“中华民族共同体意识”。

(三)景宁自治县应充分行使自治权

自治权问题是民族区域自治与《民族区域自治法》的核心问题，自治权是宪法赋予民族自治地方自治机关的法定权力。根据《宪法》和《民族区域自治法》的规定，自治权在我国的概念可以表述为：自治权是权力与权利的统一，它既是自主地管理本民族内部事务的权利，也是管理本地方事务的权力，是两者的叠加^{[21][22]}。民族区域自治制度是自治权的载体，没有民族区域自治也就没有自治权可言。

1.科学进行立法项目规划，完善自治立法体系

目前，景宁自治县自治条例已制定，但单行条例数量较少，变通规定和补充规定为零。由于历史，地理及现实原因，自治县社会经济发展还存在许多需要及时解决的问题，但这些问题要得到解决，单纯依靠现行法律制度有一定的难度。如：我们在调研时大家一致反映：近年来，人才培养人数一直在减少，目前29个民族人口占全县总人口的11%多一点，但是人才短缺，公务员队伍中年轻人少，能提到副科的人员更少，同时考到外地的学生毕业后又大多不愿意回到景宁。针对这类情况可以单行条例变通的方式来解决。

2.科学拟定立法草案文本

恩格斯指出：“思想如果离开了利益，也会使自己出丑。”法律以保障和规范利益格局为使命，是利益关系的具体体现。因此立法者必须坚定地反映最广大多数人的最根本利益。景宁自治县自治法规所规范的内容之所以还存在诸缺陷，既有客观原因，也有主观因素。比如：在自治法规起草的过程中，对上位法研究不足，对自治条例的立法权限不明确，自治条例的立法权限有二：一是规范自治机关的组成，二是规范自治机关的行为。还有在立法过程中，过多的考虑如何方便管理，而没有从具体践行民族区域自治制度等角度来考虑，因此照中，过多的考虑如何方便管理，而没有从具体践行民族区域自治制度等角度来考虑，因此照

抄照搬法律的有关条文，将其改头换面后变成自治条例条款就不足为奇。因此景宁自治县自治立法机关在今后的自治立法中，应广泛征求社会各阶层各民族公民的意见，多走民主立法与专家立法相结合的道路，从立法项目规划到具体文本的草拟提高自治法规草案的民意含量。同时，自治机关进行自治立法时不可避免地要涉及对公民权利义务的设定，因此举行立法听证程序，邀请有利害关系的公民代表参与立法过程，认真听取他们的意见，使他们的权益在程序上能够得到切实维护，这也是立法民主化原则的本质要求。

3. 追踪自治法规的实效，为立法机关及时修改自治法规提供法律建议

创制法律的目的是为主体提供一种行为的模式，立法者立法时的期望就是主体按其提供的行为模式积极行为。但立法者提供的行为模式还只是一种应然的行为规范，并不是行为主体的实际行为。应然的行为规范转化为行为主体的实际行为需要一个中介，这个中介就是法的适用。法的适用正好将这种应然的、期望的行为模式转变为行为主体的具体而又实际的行为。同时通过法的适用，法律的目的和价值等也就由“可能”转变成为“现实”，必定在社会生活中产生了实效。为了让自治县自治法规在自治县产生实效，实现其目的和价值，就应当适时追踪自治法规的实施现状，对于已不适应或者无法实施的条款及时向提出修改意见，以增强自治法规的实效性。

参考文献

- [1]国家统计局：2010 年第六次全国人口普查主要数据公报。<http://www.gmw.cn>。
- [2]黄元姗：《民族区域自治制度的发展与完善：自治州自治条例研究》（M），中国社会科学出版社 2014 年版，第 2 页。
- [3]《中华人民共和国民族区域自治法》，法律出版社 2001 年版，第 22 页。
- [4]浙江日报，2014-12-15。

构建地方国家权力机关主导下的“衡平程序”

陈姜季*

内容提要：本文以我国现行刑法第六十三条第二款对“不具备法定情节但客观上需要减轻处罚”的特殊刑事案件的报请核准程序的规定为基础，探讨了抽象性法律规定之于具体案件事实的矛盾，以及刚性规则的局限性。建议在“只要穷尽司法救济手段仍然不能解决应当解决的问题”的情况下，发挥“决不允许一个错误无法得到补救”以及“根据法律，但并不屈从于法律”的“衡平”精神，建立“衡平程序”，在特殊情况下绕开刚性法律规则，追求实质正义。此外，鉴于省、设区的市一级的地方人大机关在权力性质、技术资源、客观环境上存在的优势，本文建议由其作为该“衡平程序”的主导者，行使“衡平权”。这一程序的建立有利于将社会矛盾及时在当地化解，也有利于将同样追求实质正义的信访制度纳入法治的轨道。“衡平制度”这一连接立法与司法的桥梁也是突破地方立法“无作为”与“难作为”现状，在地方性事务中发挥积极作用的现实渠道。

关键词：法律 事实 衡平 实质正义 人大

一、问题的提出：从几个案例谈起

案例一：2008 年某日凌晨，犯罪嫌疑人王某、章某、孙某酒后商议着“骗个女人来搞”。王某系出租车司机，以“嫖客派来的司机”为名将刘某（性工作者）骗上车，途中章某、孙某佯装是搭乘的乘客。当刘某发现行程不对，要求停车时却遭拒，遂拿出手机欲打电话给其男友。此时坐在她身边的章某、孙某夺下其手机并对其进行恐吓和猥亵。一小时后车辆开到一偏僻的郊区，三人轮番与刘某发生性行为。最后，三名犯罪嫌疑人将刘某留在郊区，顾自

* 作者：陈姜季，男，浙江省人大常委会法工委社会行政法规处干部，电子邮箱：934686857@qq.com。

驱车回家。批捕阶段中，检察院侦监部门对三名犯罪嫌疑人作出批捕处理。而到公诉阶段，科室集体讨论时发生了意见分歧，不同意起诉的干警主要持两个观点：一是刘某属于性工作者，因此该事件属于嫖资纠纷；二是犯罪嫌疑人没有明显的使用暴力表现。最后该案被公诉部门以证据不足为由决定不起诉。但是，本案中的强奸情节却是很明显的，犯罪嫌疑人使用欺诈、威胁、控制人身自由的手段，将受害人骗到荒山野岭，使其客观上处于不能反抗，精神上处于不敢反抗的境地，明显违背其主观意志；因此，刘某从未索要过嫖资，甚至也不敢提出要回自己的手机，在危险境地中，她提出的条件仅仅是将自己带回镇上，怎么能以“嫖资纠纷”来解释呢？本案中真正造成不诉处理的原因有两个，一是根据刑法规定，轮奸至少要判处十年以上有期徒刑，在本案中显然过重；二是因为三个犯罪嫌疑人中有两个是本地人，其亲友会因此而闹事，成为不稳定因素。所以，这个案件最好的处理结果是认定为强奸，但判处较轻的刑罚。毕竟受害人的妓女职业使其性的不可侵犯性以及遭受的名誉、心理伤害较弱，而且其职业本身具有违法性，加上对犯罪嫌疑人打击过重会造成对社会心理的巨大伤害。但这个案件的实际处理结果不但让犯罪嫌疑人逍遥法外，且还能冠冕堂皇地前去索取国家赔偿。

案例二：一个长期处于饥饿状态的外地青年因盗窃 5 只鸡而被刑事拘留，且最终难逃遭的命运。虽然 5 只鸡的价值远远达不到盗窃罪对犯罪金额的要求，但由于这 5 只鸡是一个月内分 3 次偷的，所以满足盗窃罪对“多次盗窃”的情节要求。假设他是在一次性盗窃 5 只鸡时被抓的话，犯罪根本无从谈起。只因他是生活所迫，饿急了便去偷，也没有销赃变卖的“专业性”，于是反而遭到了严惩。

案例三：六名不满 20 岁的外地务工人员（六人均未满 16 周岁）因身边没有足够的钱打车，遂临时起意，对路上一名三轮车夫实施抢劫。虽然只抢到两个一次性打火机，但结果全部被逮捕并被判处有期徒刑。原因是，抢劫罪和其他的犯罪一样，无法通过量化主观恶性与社会危害性来定义犯罪。所以，尽管这几个少年涉世未深，没有犯罪背景，具体罪行中也没有恶劣的行为或产生严重的后果，但主观上他们确实是以抢劫为目的，客观上实施了抢劫行为，侵害了公民的人身权与财产所有权，同时也已年满 14 周岁（即便减轻也要在三年以下有期徒刑的幅度内量刑）。所以抢劫罪便是法律机制本身所给出的唯一答案，尽管它与公正、良心，或法律原则（如罪责刑相一致原则）可能是相悖的。

案例四：2008年某夜，受害人顾某在一个僻静的胡同里被犯罪嫌疑人汤某拦住，汤某拿着一把小水果刀威胁顾某交出身上的财物，并告诉她自己找不到工作，需要路费回家。顾

某答应帮其找工作，并称自己身上仅有 50 块钱。接下来两人相谈甚欢，顾某还很殷勤地把自己的电话号码给了汤某，汤某最终接过这 50 元现金后就走了，并未为难顾某。第二天汤某还致电顾某，相约面谈。而顾某随即报案将唐某抓获。汤某涉嫌抢劫罪，面临的最低量刑为三年以上有期徒刑。另外，汤某是 20 岁的成年人，也没有自首等其它可以减轻处罚的情节。

二、问题的来源

以上案例均是作者在以往工作过程中所接触到的，几乎都没有什么社会知名度可言。与案例四形成鲜明对比的是，在一个全国闻名的案例中，类似情节中的抢劫者却因为司法机关的不同态度而面对全然不同的命运：一个少年持刀抢劫一个女记者，女记者却掏出面包给他，接着还带他去饭店吃了顿饭；饭后成功动员少年去公安机关自首。最后省公安厅、检察院、法院经商讨有关专家，共同决定对该少年作出了不予处罚的处理，当地社区还帮他找了一份安定的工作。这个花好月圆的故事还曾被央视详细报导过。^[1]然而，现实中，真正有代表意义的是案例四，而那个被报导与宣传的案例一般却只能停留在我们的美好愿望之中。因为这种“惊动”省级公检法“三堂会审”来“变通法律规定”的做法不但在实践中是大费周章之举，而且更重要的是，对一种起刑点在三年以上的罪名来说，它在正式制度中的依据是非常牵强的，所以必然无法被常态化，可以说同戏文里“三堂会审玉堂春”的理想化情形多少有些类似。但是，这一结果却无论如何是令人感到高兴的。其实在上述所有案例中，事实本身并不复杂，复杂的是简单事实面前的制度障碍。如果我们能够以制度的方式绕开其他制度的障碍，那么这些不理想的裁判结果便可以得到避免。

所谓的制度障碍，最为直接的来源是法律刚性规定对自由裁量权的限制，这种限制有其自身意义存在，但另一方面却又会在许多特殊个案中造成显失公正的结果。这些刚性规定体现实为两类，一类是构成性标准，区分罪与非罪的具体规定，比如“多次盗窃”。另一类是在基本罪行基础之上的法定加重条款，比如“盗窃金融机构”。这种条款对具体情节或后果进行描述和列举；比如达到一定金额、次数以上，或采取某种手段（如入室）、针对某种犯罪对象（如古文物）、罪后表现（如逃逸）、造成某种具体后果（如重伤）等等，即过渡到更高的刑格。

无论是构成定性标准的具体规定，还是法定加重条款，都不像酌定的条款——不用“可

(1) 参见汪淑：《女记者与少年犯》，《社区》，2004年第24期。

以”来赋予司法人员以选择权，也不用“后果严重”、“情节恶劣”等等的抽象描述来赋予司法人员以判断权。因此也就意味着，即便司法者试图根据个案特殊事实以及自己的良心来判案，亦面临于法无据的处境。

刚性条款是具体的，这些具体的规定只能触及到个案的一个方面，却要以这一个方面来判定个案的特殊结果。比如在前述的几个案例中，轮流（强奸）、（盗窃）金融机构只是个案客观方面的一个部分，却必须以这一个方面来加重处罚。与之形成鲜明对比的是，刑法中关于从轻、减轻、免除情节的少数规定中，绝大多数都要在两种或三种处理之间斟酌；而且这些规定中有一半是“可以”型的，也就是说并不必须进行从宽处理；这也意味着，如果有较为恶劣情节或后果，就可以抵消、乃至淹没那些本来具有从轻、减轻、免除效用的情节。而加重则意味着必须加重一个（或以上）刑格来进行处罚，毫不含糊，哪怕具体案件中的主观恶性与社会危害足以抵消或淹没加重情节恶性与危害。这便是刚性条款在“宽”与“严”之间不相济的体现。

在刑法典内部，酌定与法定条款的科学性也是很有问题的，但问题主要来源于成文法技术本身的局限性。比如，为什么刑法要在一些罪名里列出具体的法定加重情节，而在其他罪名里却没有？如在故意杀人罪中，刑格区间是很大的，刑法对此的规定几乎属于完全不确定刑；触犯该罪名者可以被处以从有期徙刑（缓刑）到死刑（立即执行）两个极端之间所有的刑罚。这样一来，不像前述案例中的强奸、抢劫、盗窃，在故意杀人罪的裁判中法院几乎没有自由裁量的障碍。以张志信故意杀人案⁽²⁾为例，因被害人长期欺凌父母，为害乡里，因此被其父张志信持械打死。最后其所在的沙丘县法院以故意杀人罪判处张某有期徒刑三年，缓期五年。宣判后，没有上诉的提起或抗诉的提出。⁽³⁾那为什么不在故意杀人罪里也列出一些法定加重情节呢？或先列死刑，然后再列法定减轻情节呢？其原因在于，刑法所列举的情节大多具有很强的代表性，非多发的（同时也是庞杂的）情节很难、也不应被刑法所考虑；另一方面，类似“未成年人（犯罪）”、“自首”、“二人以上轮奸”、“入室抢劫”、“盗窃金融机构”、“肇事后逃逸造成死亡”或一定的数额等情节具有直观的确定性。而在杀人罪中，首先考虑的是死刑，因此再列法定加重情节则欠妥。就减轻情节而言，类似“斗杀”“义愤杀人”等减轻情节却不具有直观的确定性，本身涉及到一个主观认定的问题，因此列举的

(2) 该案判决书见：最高人民法院中国应用法学研究所：《案例采编》，2006年第3辑（总第57辑）。

(3) 这里或许又走上了另一个极端——为什么一个基层的法院可以对故意杀人罪作出“判三缓五”的终审判决？这样能做到审慎么？

话有可能造成规避法律的后果，所以未被立法者所考虑。出于技术限制，刑法里不同罪名的量刑规定在确定性上有着显著的不同。但问题是，仅仅由于立法描述上的便利而使某些种类的犯罪统统要受刑法刚性条款的严肃处理，而另外一些种类的犯罪则可以用柔性条款减轻处理，显然更加是有失公允的。

在自由裁量权受到刚性法律条款的限制条件之下，如果有一种自由裁量权之外的机制可以提供救济，那么，上述案例中的问题依然可以得到解决的。在我国，现行刑法第六十三条第二款的规定便是正式的救济渠道。

三、刚性规则的意义与局限性

法律规则中，只有刚性规则才属于完整意义上的法律，而“此外的法律内容都只具有政策性质”，⁽⁴⁾它们依靠人治因素，不能由法律机制本身所控制。法治的本质是一种形式正义，而形式正义乃是依靠刚性规则所体现的；刚性规则乃是法治的依托所在，是否拥有一个覆盖面较广，设计较为合理的刚性规则体系并严格执行，乃是法治与人治的分野。如此方能保证法律的高效性、稳定性、统一性以及可预期性。也是法律更好发挥教育、震慑、预防目的的前提。比如关于“多次盗窃即触犯盗窃罪”“盗窃金融机构加重处罚”的刚性规定在一般性预防上，以及典型个案的“罪责刑相适应”上具有重大意义，其意义超过了它们所造成的问题。

但是，纯粹的刚性规则完全不足以满足社会的需要。其局限性主要来自成文法自身的特性。成文法本身是以语言组成的，而语言只是一种主要由概念所组成的符号。尽管它意图所指的乃是事实，但“能指”却有其独特的规律，无法与“所指”一致，时常会混淆、歪曲或掩盖事实。符号可以是体系化的、光洁的、周延的；但所指向的现实却无法被体系化，因为具体现实符号的视野中乃是不规则的、相互矛盾的、涉及到复杂的价值判断，甚至是难以定性或理解的。“不规则性乃是现实的常态而非例外，任何事物（而非概念）都是独一无二的，因此无法通过对其他事物的预先理解而进行类比”⁽⁵⁾ 总得来说，概念是这样一个东西，当它定义“天空”时，它只能用一小片的“标准天空”的景色来指代整个天空。而天空是广袤无限的、并处于永恒变化发展之中的。在前面案例中，轮奸、盗窃、抢劫等的概念都是如此，现实中的轮奸、盗窃、抢劫都是以其奇百怪的个殊性呈现的，但法律由于语言的限制而不得不将它们看成是“相同”的，至多进行极少的分类。当然，如果所处理的案件大致上能

(4) Friedrich Hayek: *the road to serfdom*, p.81, 1944(Routledge Press, UK).

(5) C. G. Jung: *the undiscovered self*, p.5, 2002(Routledge Press, UK).

符合法律概念对典型的要求，那么刚性规则便能发挥通常意义上法律的所有优点。然而，一旦案件没有典型意义（这事实上也是另一种常态，因为构成案件的事实中有太多的环节的变化足以打破典型意义），刚性规则事实上便形成了我们所面临的规则障碍。这种障碍可以从现行刑法中关于法定加重情节的规定中来理解——这些具体的规定只能触碰到个案的一个方面，却要以这一个方面来判定个案的特殊结果。比如，持械（抢劫）、轮流（强奸）、（盗窃）金融机构只是个案客观方面的一个部分，却必须以这一个方面来加重处罚。与之形成鲜明对比的是，刑法中关于从轻、减轻、免除情节的少数规定中，绝大多数都要在两种或三种处理之间斟酌；而且这些规定中有一半是“可以”型的，也就是说并不必须进行从宽处理；这也意味着，如果有较为恶劣情节或后果，就可以抵销、乃至淹没那些本来具有从轻、减轻、免除效用的情节。而加重则意味着必须加重一个（或以上）刑格来进行处罚，毫不含糊，哪怕具体案件中的主观恶性与社会危害足以抵销或淹没加重情节恶性与危害。

消除刚性条款本身的负面影响，就其本质而言，不可能用尽可能科学的刚性条款来防止显失公正的裁判的发生。所以，问题不在于降低刚性条款的重要性，减少刚性条款的数量，而在于如何以“好用”“管用”的制度来弥补这一机制本身所必然导致的问题。

立法，特别是中央立法可以，亦经常只能用简单的语言来描述事物并作出判断。但具体的法律使用者却无法用符号和概念来替代现实，他们不得不与活生生的具体问题打交道。因此，柔性规则便应运而生了。在柔性规则中，法律使用诸如民主、自由、善意、正当、平等、对等、依法、诚信、合理、重大、轻微、严重、恶劣、特别恶劣、迅速……同时并不列出具体的标准与内容。这样一来它们就有了很大的涵盖性。柔性规则体现了法律对自身局限性的默认，从而将部分权力授权法律使用者来行使。此外，法律制度通常还用“衡平机制”来纠正既定刚性规则所可能带来的不可欲结果。从而解决现实中多变的、不规则的社会问题，以实现实质正义。法律对自身局限性的默认，在实体上体现为柔性规则，相应的，在程序上体现为授予裁判者以自由裁量权、自由心证权⁽⁶⁾、“衡平权”等等。

当法条中出现柔性规则以供裁判者酌定时，如规定“合理的范围”“证据确凿”，同时并未作出具体规定；其实只是变相在承认立法者并不知道什么是“合理的范围”与“证据确凿”；或者即使知道，也无法用（简洁的）文字予以确定。但即便立法不知道，社会问题依然必须得到解决。于是，立法便只能通过法律文本之外的自由裁量权、自由心证权来解决处于法律盲区的问题。但它们对刚性规则的负面影响依然无能为力，相对于自由裁量权和自由心证权，

(6) 所谓自由心证制度，是指“证据之证明力，通常不以法律加以拘束，听任裁判官之自由裁量”。

“衡平权”是一种常规司法体制之外的特殊权力，是在刚性条款得不到自由裁量权的变通的情况下，即缺乏或已穷尽自由裁量权的情况下，为实质正义应运而生的。

四、规则、事实与敲桌子

法学界有一句流传甚广的格言，大意是：“当事实对你有利时，多强调事实；当法律对你有利时，多强调法律；当事实和法律都对你不利时，敲桌子把事情搅浑”⁽⁷⁾。这句格言说明了，法律机制时常无法提供单一、确定的结果。当你强调法律的形式正义时，你便是在强调法律。意味着在执行与适用法律时只能以规则载明的既定信息为准绳，哪怕这些信息过于简单、不合时宜或与“所指”之间仅有表面上的关系，从而会导致与事实相悖或无效率的结果，亦在所不惜。当你强调法律的实质正义或“法律原则”“立法本意”或“法律的精神”时，你强调的便是“事实”。这意味着不惜以法律的普遍性与确定性为代价来换取对个案中既定事实的关注。

尽管从字面与观念上看，事实属于法律机制的基本组成部分，看不出彼此之间存在矛盾。但是，强调法律和强调事实有着相反的侧重点。如果强调法律的话，便是侧重于抽象概念的普适性。相反，如果你强调事实的话，便是强调个案的具体性、特殊性与法律概念之间的冲突，从而便只能诉诸于法律的“精神”或（以及）执法者的裁量权，即便你无法找到支撑这些特殊事实的，哪怕是较为间接的规则，至少还是可以从法律文本或法学家的著作中找到一些原则来为特殊的“事实”求得法律渊源的。在日常语言中，当你强调某人“不管怎么样都是丈夫”时，你其实就是在具体事实对他不利时，试图以抽象概念所针对的事实来取胜；而当你用活生生的事实来描述“这是多么混蛋的一个丈夫”时，其实就是在抽象概念不利于他时，试图以具体的事实在取胜。法律中也是如此，这在前述所有案例中也都有体现，当强调“不管怎么样都是盗窃（抢劫、轮奸）”以及“法律就是法律”时，便是强调法律的一面。当强调“被害人有过错、年龄较轻、没有前科”的特殊事实时；而且相应还同时强调“法律宽严相济的精神”，强调司法官员必须“以事实为依据”——包括具体法律规范未圈定的事实，强调司法官员有义务将这样的案件逐级报到最高人民法院进行“衡平”……便是强调事实的一面。

决定裁判结果的因素，在法律与事实之外，当然还有第三种不容忽视的因素，也就是法律主体是否（有能力）“敲桌子”的因素，“敲桌子”意味着正常法律程序之外的各种非理性因

(7) 原文为 ‘When you have the facts on your side, pound on the facts. When the law is on your side, pound on the law. When neither the law nor the facts are on your side, pound on the table.’。

素。非理性因素对法律调整结果的影响是非常神奇的，这种神奇在于，法律的裁判结果并不会将它当成裁判的原因所在，甚至不会提及它，而只是将偏袒于它的那部分事实与抽象理由来作为原因；从而使我们看不到法律实施过程的复杂性。这种因素在上述非典型性的案件中有着集中的体现。在前述案例中，这种因素事实上都发挥了正反两面的作用。比如案例一是通过“本地人身份施加的压力”来解决的，而轰动一时的许霆案⁽⁸⁾就是通过大肆炒作与上访得到解决的。在前述的张志信杀人案中，也不难想象，“敲桌子”必然起到了重要的作用。因为，杀人罪首先考虑的是死刑，为什么本案里却选择了一个最低的“判三缓五”呢？当然这里判决依据依然是“事实”，那么让我们看一下，法官到底圈定了什么“事实”。案件中的其他事实我不敢妄言，毕竟本人只是从判决书载明的有限信息层面上了解该案件。但法官对犯罪嫌疑人的袒护却跃然纸上，比如，在判决书的事实部分里写道：“（犯罪嫌疑人）在门口顺手掂把抓钩赶到西屋朝准备睡觉的张黎明（被害人）头部猛击致死，并连夜将张黎明掩埋”。而在判决部分却写道“案发时被害人持刀逼母、砍母（实际上是拿刀恐吓）、劫掠财物”。什么叫“案发时”？两者属于同一晚上就是“案发时”了？被害人都已经回屋准备睡觉了，这能叫“案发时”么？被害人的加害行为明显是在“案发前”。何况，犯罪嫌疑人罪后表现是“积极连夜掩埋”，直到一年后被害人身处外地的妻子将事情捅出来——而对于这些足以动摇“最低量刑”的事实，法官似乎根本不喜欢进行评价了。

那么，到底是什么带来了超乎想象的最低量刑呢？张志信杀人案的判决书里有这么一段内容足以说明：“案发后，张志信所在行政村群众到县委政法委上访，强烈要求对张志信从轻处理。在法院审理期间，上百户村民联名上书，再次强烈要求从轻判处。”不难推断，这种大规模“敲桌子”的行为必然起到了很大的作用，不然法官很难做到如此“自由”地裁判。理性官僚制条件下的，法官本身没有任何动力去走这样的极端。但由于群众大规模的介入——一方面群众给自己造成了巨大的压力，另一方面“自由裁量”所承担的风险亦由群众去承担了，怪不到自己头上，甚至自己还可能因防止大规模集体事件而“维稳有功”。所以法官便乐得顺水推舟。现实中，去闹、去炒作、去联名、去上访；远远要比被动接受法律程序更有利。面对这样的现实，我们必须要有一种有效的、常态化的“衡平制度”来满足涉案群众与社会心理的合理诉求，从而让群众没有必要去“敲桌子”。而在案例二、案例三中，涉案人员

⁽⁸⁾ 2006年，广州青年许霆利用ATM机故障漏洞取款17.5万元。2007年许霆被广州中院一审判处无期徒刑。2008年2月22日，案件发回广州中院重审改判5年有期徒刑。参见<http://www.baike.com/wiki/许霆案>。

的亲友，比如六名外地务工人员的家属若联合起来“敲桌子”，也像许霆案那样大肆炒作并博得社会心理的同情，或像张志信案里的当地村民那样集体上访，那么案件的处理很可能也会有转机。所以，这样的结果对他们来说是不公平的，本不应让人因为没有去“敲桌子”而吃亏。

当然，在这三个案例中，敲桌子是与强调事实结合在一起的，“敲桌子并强调事实”亦是现实的常态。也就是说，当刚性的法律机制会造成显失公正的结果时，社会心理无法接受这样的结果，于是便通过法律之外的机制来“让事实战胜法律”，在他们心目中这根本不是“法律”，而是荒谬的法律漏洞（当然一般人并不了解，所谓的法律漏洞就是法律本身）。特别是在中国这样一个以实质主义思维为传统的社会里，“敲桌子”现象更是频繁，其形式更是五花八门，若没有一个能最大程度满足实质正义，凸显具体事实地位的“衡平”机制存在，那么便很难缓和社会矛盾。这一点从多年来各级国家机关所面临的信访压力中不难看出。而各级人民法院的“戒备森严”，法官工作的高强度，乃至人身安全所面临的威胁，更是从感性上说明了改革既定机制的必要性。若设身处地得想，当你的家人和许霆一样命悬于罪与非罪、重罪与轻罪的争议之中时，你会不会穷尽一切力量去帮他争取一个转机呢？

在传统中国社会里，一个地方官长在处理辖区内案件时基本全是以事实为依据的，这是因为“法律的准绳”并不强韧——既没有民事与刑事的分割，也没有行政与司法的条块。另外，较少的法律条文以及简单的立法技术，特别是再加上立法渊源上对道德的推崇，甚至还使得地方官长的权力兼有立法权的性质。这是一种“缺乏制度的制度”，其好处就是绕开刚性规则的限制，直面语境中的具体事实本身，而较少以先入之见来约束对事实的认识。尽管这样一种实质主义的人治模式有其显著弊端，特别是无法应对市场经济条件下的社会需要。但今天的法治建设又让形式主义走上了极端，相对于西方法律制度中拥有自由心证制与衡平法制度等人治因素来保障实质正义，我们的法律机制则显得刻板得多。但无论如何，我们必须要有机制来直面、聆听事实本身。而不是让立法在制定规则后便与规则绝缘，从此让规则成为一种类似于“彼岸的神鸟叼过来的神圣诫命”，不顾一切向社会绝对贯彻，听任（无权改变或绕开规则）的司法与行政机关在法律规则应用中独立承担所有的社会压力。

⁽⁹⁾ 在一种绝对单向度的法律机制中，社会矛盾会自然而然得滋生。所以必须要在立法（创

（9）为什么不能由立法者来司法？司法、执法同立法的分离其实更多的只是一种统治技术——这样一来法律被当做一种先在的、无法改变且无可置疑的事实来处理。好比店里的服务员总是用“本店规定”来与顾客对话，而老板永远不在场一样。而一旦立法者或老板直接与法律主体或顾客对话，那么就不得不在事实面前修改有关规定。况且，一个对象拿执法者、司法者或者服务员没有任何办法，因为他们只能忠实履行立法者或老板的意志。这种相互隔离的统治技术是必要的，但不应当是绝对的，应当同时开辟一个经常性

立、改变、废止与绕开规则)与司法之间建立一座桥梁,从而让特殊性能得到就事论事的处理,让立法权在特殊案件中直接与社会对话。

“语言中的词本来是一类事物的称呼,是共性的东西,所以列宁说:‘任何词(言语)都已經是在概括……在语言中只有一般的东西。’语言作为感性对象的抽象代码,使语言中的对象失去了感性的具体的面貌,成为某种‘类’或一般的东西。”⁽¹⁰⁾这意味着,以语言,而非个案为对象的立法工作本身只是以“能指”,以符号作为直接认识的对象;为此只能舍弃作为最终对象的事物而存在。当立法与司法权能彻底分离时,实际上也就是一般性与个别性、语言符号与事实之间的彻底分离。必须要有一种机制来为两者之间搭建对话的桥梁。

五、关于“衡平”与报请核准程序

所谓“衡平”,英文名为equity,它本身就是从平等一词衍生而来的。根据维基百科的解释:“衡平是一整套特定法律原则的总称。当根据法律规定进行裁判过于苛刻时,‘衡平制度’允许法官诉诸于自然法来进行裁判。”“衡平程序”的核心原则是:决不允许一个错误无法得到补救。因此,当成文法对一个错误没有救济手段时,“衡平程序”便要保证其结果的正义性。“衡平”本身并不是司法的机制,更与执法无关,它“根据法律,但并不屈从于法律”。⁽¹¹⁾实际上,“不屈从于法律”才是它的核心所在,因为其所根据的“法律”并不是成文法所载明的实体规则,而是正义、良心、法律原则、精神,或作为同义词的“自然法”等等;否则就不需要“衡平”了。“衡平”超越了法律文本本身的限制;它不可预期,没有事先确立的规范作为依据,乃至绕开事先确立的规范。

我国现行刑法第六十三条第二款的规定通常被称为报请核准程序,它实际上就是刑法领域一种关于(减轻处罚)量刑的“衡平制度”。正因为需要从法定刑以下量刑的情节多而杂,且需要综合全案考虑,无法被刑法典所事先考虑或纳入,因此必须要在成文法之外的量刑程序方面专门建立一个弥补该缺陷的弹性机制。在97年之前,我国79刑法第五十九条第二款规定:“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节,如果根据案件的具体情况,判处法定刑的最低刑还是过重的,经人民法院审判委员会决定,也可以在法定刑以下判处刑罚”。当时这一制度很难被称为“衡平程序”,其主要性质还是对法官自由裁量权的加强,因为受案法院

的制度渠道来允许特殊性发出自己的声音。否则,好比被逼急了的顾客会大“敲桌子”一样,像许霆一样遭受明显不公的裁判结果的法律主体也会“敲桌子”。

(10) 肖峰:《从符号看哲学》,中国人民大学出版社1989年版,第99页。

(11) Hudson A: *Equity and Trusts*, p.24, 2012(Routledge Press, UK).

的审判委员会与其审判庭同属一个内部环境。所以现实中各级法院在得以“便宜行事”的同时也造成了相对混乱的局面。因此97刑法第六十三条第二款将该项事权统一收归最高人民法院,同时将条文中“具体情况”的表述改为更为贴切的“特殊情况”。这个状态持续至今。

实际上,本文开篇所列举的四个案例本身都应当有机会进入该报请核准程序,但它们却如同其他绝大多数“特殊情况”一样,在普通司法程序中被当成一模一样的“种类物”统一处理。事实上,这一以实质正义为追求的报请核准程序在我国司法体系基本没什么地位。它仅在刑法典里出现了寥寥数字,而在对应的程序法里却只字未提。只有在最高院的司法解释里有几条细化的规定。⁽¹²⁾这不但不严肃——作为刑事领域的一个特殊程序种类,明显属于基本法律的范畴,根据《立法法》和基本法理,理应由全国人大全体会议审议通过的正式法律来加以明确;而且内容上依然没有解决有关的矛盾冲突问题以及时限等基本问题。此外,该程序没有考虑到的问题还包括——一是可能造成刑事诉讼拖沓以及扰乱现行的两审终审制制度;二是由于担心报核案件被发回重审而追究错案责任,实践中承办法官往往通过改罪名等所谓的“技术处理”来规避法律规定。三是根据司法实践,客观上需要按照报请核准程序来减轻处理的个案是很多的,即使最高院真正下决心要处理几个省的案件亦是捉襟见肘。

因此,不难理解的是,在实践中该程序并没有起到应有的作用。据统计,最高法院1998年至2008年的11年间共收法定刑以下量刑报核案件579件,同期全国法院共审结一审刑事案件共6985534案,报核案件不到万分之一;按33个高级法院、军事法院计算,平均每个法院每年报核的案件是1.6案。诚然,谁也无法确认该有多少案件应当适用法定刑以下量刑,但任何一个法律工作者都清楚这个比例远不是该条法律规定正当合理适用的比例。⁽¹³⁾

尽管许霆案便是根据该报请核准制度得到最终改判的,其处理结果也是法律界内外都相对认可的。但是,就其就其通过媒体与社会各界制造舆论所带来的社会影响而言,却是极不理想的。许霆案的坎坷过程也具体说明了这种改判同前文里“女记者与少年劫犯案”的宽大处理一样,并不具有经常性。

六、构建地方国家权力机关主导下的“衡平程序”的初步构想

如果仅仅涉及到刑事案件的“量刑衡平程序”,那么可以以省级人民法院为核准主体构

(12) 最高人民法院关于执行《中华人民共和国刑事诉讼法》若干问题的解释,第六十八、六十九、七十一条。

(13) 王斌:《法定刑以下量刑权下放至高院》,《法制日报》2009年3月8日第3版。

建新的报请核准程序；与此同时凸显检察机关作为法律监督机关的作用，赋予其报请核准的资格。这一方案本人在《建设合理的量刑衡平程序——论刑法第 63 条第二款的修改》⁽¹⁴⁾一文已经进行较为详细的构思，本文不再赘述。而一旦我们试图将“衡平”理念覆盖到更广的范围，那么就必须有更具开拓性的顶层设计。

本文主要就刑法领域的刚性规则在个案中所带来的问题展开了讨论，实际上，并不止是刑法领域，所有法律领域的刚性规则都有类似的问题。无法通过，也不应通过司法机关的自由裁量权来破坏规则的刚性，因此需要外在于裁判者的“衡平机制”予以解决。

一定意义上说，地方立法权限所受的限制与司法自由裁量权所受的限制具有类似的属性，都不得不在国家法律的“夹缝”中生存，同时都要面对相对具体问题的解决。两者最大的区别仅仅在于解决问题的方式上的不同。面对具有特殊性的“地方性事务”，地方立法同样有必要依靠“依据法律，但不屈从于法律”的“衡平精神”，进而在这种对具体的实质正义的不懈追求中打造更完善的法律机制。但现实中，地方立法权限在调整范围、调整手段上受到极大制约。“不得抵触原则”“法律保留原则”让地方立法很少能够根据本地区面临特殊情况来对症下药。甚至连地方性法规赖以存在的“地方性事务”定义本身也是模糊不清，而地方却无权就中央事权与地方事权的范围进行界定。“有学者曾对中央政府事权与地方政府事权做过比较，结果显示基于《国务院组织法》和《地方组织法》的规定，我国中央事权与地方事权存在大量的交叉重叠之处，几乎找不出何为‘地方性事务’。换言之，从严格适用法律的角度看，如果只有国家不会作出规定的事务才属于‘地方性事务’，那么地方法规的可调整范围将十分狭窄。”⁽¹⁵⁾

所以现实情况是，地方立法即使是作为一个整体，尽管数量庞大，但其作用相对于中央立法依然是不可同日而语的；中央立法并不必然需要依靠地方立法来延伸其触角——这与行政关系是全然不同的，在行政关系中，“一级管一级”与“层层贯彻”乃是惯例，而在立法上，所有的中间阶层都是可以越过，并且习惯性被越过。中央立法与地方立法关系，相对于立法同司法之间的关系也是不同的，由于工作方式的全然不同，所以立法与司法彼此都无法相互替代，立法还通过柔性规则授予了司法以较多的自由裁量权来开展工作。而地方立法与中央立法的工作内容都是制定抽象性法律文件，所以本身在权限上就处于一种“此消彼长”的零

(14) 陈姜季：《论建设合理的量刑衡平程序——兼评<刑法>第 63 条第 2 款的修改》，《研究生法学》，2012 第 4 期。

(15) 向立力：《地方立法发展的权限困境与出路试探》，《政治与法律》，2015 年第 1 期。

和竞争关系，在中央集权的单一制国家里，让步的必然是地方立法权限。可以想象，地方立法被要求的实质是：以一种在权限上，智力支持上，以及最终效力上均处于劣势的符号来补充另一种“不可侵犯的”强势符号。因此其生存空间本身就不大。现行体制下，地方立法既不能照抄上位法，又不能抵触上位法规定或侵犯其保留事权、手段的领域；既要针对具体情况和实际需要作出规定，又不清楚自己的权限的界线所在；既不能僭权，又不能无所作为。可谓进退维谷。

由于具体司法与执法的任务基本上都是由地方国家机关来完成的，而它们所依据规则的制定权实际上又被中央所牢牢控制，这显然扼杀了地方治理的主动性与创造性。事实上，中央立法的统一性原则在中国这样一个幅员辽阔，地区之间亦存在巨大差别的国家里必然会伴随着相应的后果。同其他法律领域相比，刑法的调整对象已经称得上相对简单划一，而且我国的刑法典（包括相关司法解释）也是相对比较成熟的。即便如此，依然无法回答现实的反复诘问，有太多需要“衡平”的具体问题需要解决；更不要说其他的法律领域了。

要突破当前地方立法权限上的尴尬局面，不能仅仅从地方立法权的内容上下功夫，还必须从形式上探索更好的方案。如此才能更好实现它对中央立法的补充作用，真正成为中央立法与地方性事务管理之间的桥梁。

作者认为，通过建设“衡平”制度，即通过创设与利用这种连接立法与司法之间关系的“衡平”权力，乃是突破困境的渠道。事实上，最现实的地方性事务便是，如何在国家法律的“一刀切”情况下，保护本辖区内的公民在面临结果显失公正的规则调整时，或在无规则时提供救济渠道。

由地方人大机关来行使“衡平权”，能让地方立法权在这种“衡平”作用中变得鲜活。因为地方立法本身只是作为补充，而不是“当地人民当家作主”的象征，重要的只是在特定语境下，上位法的一般性规定“不好用”“不管用”时所发挥的作用，这些问题中有很多（如果不是大部分的话）都是很难以用规范性法律文件的方式予以解决的，地方立法要凸显其作用，必须将重心放在与具体事实的连接之上。也只有通过这些具体“衡平”案件，通过对本地区内所出现的具体例外情形的关注，才能总结出关于“地方性事务”的特殊规定到底应当有哪些内容。

本质而言，“衡平”既不属于司法权，也不属于立法权，或者说兼有司法与立法的双重属性，所以由作为“国家权力之源”的人大机关来行使更为合适。人大机关对司法的审查并不设定新的规范，不对中央立法作出相抵触的一般性规定，它只是为了解决实践中的面临的

特殊问题而根据个案来作出判断；所以不会造成法制不统一的后果。以许霆案为例，对许霆的减轻处理并不影响“盗窃金融机构”这一刚性法律条款的有效性，它只是根据实践中为数众多，千奇百怪的特例给予恰当的处理。但是这一“衡平机制”又有立法的性质，那就是，理论上只有主权者代表者才可以立法，或绕开法律的明确的刚性规定。从西方实践上看，之所以“衡平”的源头来自王权的干预，是因为它象征着主权。而国王被认为是“正义的源泉”、“公正的化身”，同时国王本人也可以借机表示自己的“恩典和仁爱”。于是在因普通法规定的刻板和救济方式的有限而无法满足合理诉求的情况下，当事人便向国王提出请愿，由王权进行直接干预。其后由国王委托大法官行使该项权力，大法官实际上行使的是国王的保留司法权。国王是一切公平正义的源泉，其司法权并不因为普通法法庭的建立而被穷尽。而司法的定义决定了它仅仅只是适用，而非改变法律。由国王（或委托大法官）来进行“衡平”也好，代议机关（或委托其地方组织）来进行“衡平”也好，都是以更高的、主权性质的、乃至是终极的国家权力（资格）超越司法机关既定权限的限制。

从技术资源角度来说，各级人大及其常委会不但有分类详细的下设委员会，而且还联系着各行各业的人大代表、专家库等资源优势；同党政机关、社会团体之间也有着密切的关系，这是司法机关所不具备的优势。

依靠人大机关的权力性质与技术资源上的优势，便有望将“衡平”的范围拓展到民商、经济、行政等其他法律领域；从而将当前的信访，至少是涉诉信访纳入法治的程序轨道。只要穷尽司法救济手段仍然不能解决应当解决的问题，就可以考虑将该问题纳入既定的“衡平程序”。目前，信访制度发挥着“衡平”制度追求实质正义的部分功能，同时也是国家法制体系不健全状况下的补充机制。尽管几乎所有社会问题、社会冲突都可以通过信访渠道解决；但“信访机构缺乏统一协调机制、机构设置庞杂，彼此关系不明；更重要的是责重权轻，信访机构通常作为将信访人挡在实质国家权力的门外的工具。于是信访人便只能跟随着这样的信访机制反复辗转，长年累月、成群结队得信访。据对 632 位进京上访农民的调查，他们走访的部门平均在 6 个以上，最多的达到 18 个。另外，信访案件的处理主要依靠领导批示和干预，因此不具有经常性，而一些党政首长对个案的批示、处理有时又太过随意，从而在解决问题时又引发更多问题。”¹⁶⁾ 信访机制严格来说很难被定义为法律机制，“衡平程序”的建设有望将其整合并纳入法治的轨道，对既定法律机制无法解决，或解决的结果显失公正，可能造成重大经济损失、个体伤害或恶劣社会影响的社会问题以合理的方式就地解决。

(16) 陈继清：《我国信访制度存在的问题及对策》，《中国行政管理》，2006 年第 6 期。

将矛盾与危机及时就地化解。

行使“衡平权”最为理想的主体应当是省、设区的市一级人大机关，同时向全国人大报告“衡平”结论并备案。全国人大可以予以撤销或改变具体结论，还可以保留部分重大事项的“衡平”权。

一方面，从前面对报请核准程序的分析，要通过中央国家机关来解决司法中需要“衡平”的具体问题，实践中是难以想象的。我国 34 个省级行政区，334 个地级行政区，一个中央国家机关如何能予以应对？而且多数地区同北京有着遥远的距离，具体问题可能需要展开的工作联系也很难进行。另外这些具体问题中有很多具有地方性特色，地方国家机关更容易掌握情况与正确判断。

另一方面，相对于县一级，省、设区的市一级国家机关在工作中面临的阻力较小。由于传统中国社会属于“熟悉人社会”。这种社会关系以居民彼此的熟悉性为基本特征。人口流动性小，每个人几乎都是“生于斯、长于斯，老于斯”。在我国，县级及县级以下的基层国家机关至今处于这种“熟悉人社会”的环境之中。事实上，绝大多数当地人都处于包括亲属圈、同学朋友圈、同乡圈等各种圈子的枝枝蔓蔓中。由于关系脉络以及“抬头不见低头见”的客观环境，一个人得罪另外一个人的成本是很高的。因此，在规则充满弹性的情况下，国家工作人员往往会身不由己得因私绕开规则的实际要求来办事。所以，在 79 刑法规定各级审判委员会均有“减轻处理”的权力时，法律的严肃性便受到严重的威胁。而在地级市层面，情况却完全不同。多年来城市现代化的进程使得城市已基本成为“陌生人社会”。原有乡土中国的各种纽带被频繁的人口流动、聚集以及市场经济所导致的人格独立所斩断，那种“生于斯，长于斯，老于斯”的生活状态在地级市里已很少存在。因此，在设区的市里，国家工作人员受到各种“情面”的影响相对而言是很小的。因此，以一个省，或一个设区的市为单位，构建“衡平程序”，能使“衡平”在“不屈从于法律”的同时也“不屈从于压力”。

温州立法轻扬风帆 亲历“首法”漫话体会

叶建平*

经过法规案的提出、审议、表决、批准、公布，温州行使地方立法权制定的首部地方性法规——《温州市市容和环境卫生管理条例》走完全部程序，于2016年1月13日正式出台了，温州28年孜孜以求的地方立法权终于开花结果了。温州由此成为立法法修订后浙江省新获地方立法权的设区市中第一个制定地方性法规的城市，也是全国较为领先的城市。我有幸全程参与其中，对期盼中的开局和实践中的摸索感受颇多，现以亲历者的视角疏厘汇报个人体会，以飨大家并求指教，同时希望引起大家对地方立法权扩容后的更多关注和思考。

一、发现立法需求、做足立法准备是做好地方立法工作的前提

常态的立法工作有规划、有计划，可以有条不紊逐步推进，初获立法权的起步工作难免稍异于常，但唯有遵循立法基本规律才能做好立法工作，温州“首法”正是循此道而一路走来。

(一)发现立法需求。温州呼唤地方立法权20多年，获得地方立法权后，能否接得住、开好步、行得远？是一件全市关心、各界关注、领导关切的大事。根据立法需求、基础、条件，选择第一件适当的立法项目非常重要。经研究认为，市容和环境卫生管理是维护城市正常运转的一项基础性工作，与人民群众的工作、生活环境密切相关。近年来，随着温州“六城联创”、“两无三化”等活动的深入推进，温州城市市容环境卫生面貌有了显著改善。但随着城市化的推进和快速发展，在市容和环境卫生管理中也出现了许多新情况、新问题，尤其是在建筑物外立面、架空管线、临街经营、道路运输、户外广告、无证商贩、生活垃圾分类、餐厨垃圾、建筑垃圾管理、基础设施建设以及监管执法等方面问题突出，群众反映强烈。尽管已有国务院的行政法规和省的地方性法规，但温州的上述问题上位法或未作规定，或规定得不够明确、具体。因此，根据法律、法规，结合温州实际，制定本条例很有必要。基于上

*作者原为温州市瓯海区人民法院副院长，挂职担任温州市首部地方性法规立法工作承办人，现为温州市人大常委会法工委办公室主任，香港城市大学法学博士研究生。联系电话：0577-88961065，13806682023。

述原因，在获得地方立法权后，本条例被确定为温州第一部地方立法。

(二)做足立法准备。温州高度重视地方立法权的落实实施，时任市委陈一新书记先后提出了超前谋划立法工作、超前研究立法项目、超前考虑机构人员“三个超前”和争取全省第一个成立立法机构、全省第一个确定立法项目、在全省第一个取得地方立法权“三个第一”的指示要求，陈笑华主任提出了立法机构筹建、项目筹备与立法工作“三同步”的意见。根据陈一新书记和陈笑华主任的指示精神，市人大常委会相关委室着手开展了一系列立法筹备工作。3月初，由副主任黄德康带队赴杭州、南京、宁波三城市学习考察立法机构设置、工作机制、立法程序以及工作经验。4月上旬，由黄德康副主任牵头组织法工委、教科文卫工委、城建工委、农资工委等相关委室负责人，开展了立法项目调研，就近期需要立法的项目广泛听取各方面的建议意见。经梳理，共收到立法项目建议73件，其中城乡建设和管理类49件，环境保护类19件，历史文化保护类5件。建议比较集中的立法项目主要有《温州市珊溪水源保护管理条例》《温州市雁荡山风景名胜区保护管理条例》《温州市市容环境卫生管理条例》等。一开始，《温州市市容和环境卫生管理条例》并非立法首选项目，后来之所以能够及时调整，并能够顺利推进，与前期的充分准备工作是分不开的。

(三)部署起草工作。2015年8月，温州市政府组织条例起草和审核工作精干班子，部署立法准备和起草工作；9月4日，主管部门温州市城市管理与行政执法局完成建议初稿；9月15日，形成送审稿报市政府；9月30日，根据各方面意见正式形成条例草案送审稿；10月9日，市政府第58次常务会议审议通过了条例草案。10月10日，市政府向温州人大常委会提出法规案。虽时间较为紧凑，然而也因为前期调研、论证准备充分，且有数十件相关规范性文件为基础，才能较好地完成起草工作。

(四)发挥主导作用。在条例草案起草过程中，温州人大积极发挥主导作用，法工委、城建工委提前介入起草工作，既协助起草单位工作，也及时了解起草情况为后续工作打下基础。法工委和专委同时发力，能够较好地保证地方立法既名“法”又姓“地”的法律性质和地方属性，协同落实“不抵触有特色可操作”的地方立法原则。

二、坚持民主立法、坚持科学立法是做好地方立法工作的基础

“法律就是经过立法机关修饰的生活常识”，准确阐明了民主立法、科学立法的根本属性，温州地方立法在实践中各有侧重地落实了这一要求。

(一)广泛征求意见。温州人大城建环保委对条例草案进行初审时，致函十一个县(市、区)的人大常委会要求组织讨论广泛征求意见，召集部分市人大代表和广告协会、物业管理

协会、环境卫生协会等利益相关团体人员座谈征求意见，赴杭州、宁波两地进行考察，提出审议意见。条例草案一审后转到法制委，我负责整理审议意见、提出拟处理建议、制订各类会议方案、向全市有关机关单位和市人大代表发函征求意见、在“温州人大”网站公布条例草案公开征求意见。法工委受常委会委托召开一系列立法调研会议，分五个层次先后召开征求意见座谈会，广泛听取“一府两院”、有关部门、人大代表、专家学者、行业协会、基层组织、企事业单位等社会各界的意见。此外，还召开审议意见专题分析会，法规案提案人、起草单位面商会，初审、二审对接会商会，多次进行各方面沟通。

（二）尝试立法协商。我根据自己作为无党派人士、政协常委偶有参与立法征求意见活动的经历，在首次立法活动中尝试立法协商，建议并经与市政协沟通，召开了有民主党派、工商联、无党派人士、人民团体的政协委员参加的立法协商会。

（三）重视专家意见。条例草案审议中，我们还注意听取各方面专家意见，我们邀请温州大学、温州法学会参加座谈，法制委副主任委员还积极参与了温州大学法政学院、民间智库的一些立法话题沙龙活动，与企业界、律师界的专业代表、与从事标准化工作的高级工程师、与环保部门专家个别沟通意见，还向语言学方面的专家征求意见。

（四）争取立法指导。在立法过程中，我们积极争取省人大的支持，及时报告情况，书面征询意见，当面请示衔接，省人大及时适当的精心指导保证了立法工作不走偏、不走样，较好地保证了立法的质量和效果。

（五）探索工作实效。为了保证调研效果，在征求意见时，我们提前发送条例草案，同时提出立法定位、规范对象、专项内容、责任设定等四个方面的重点调研提纲；有时在会上发放草案探讨问题参考资料、主要内容的表述分析，引导与会人员有针对性发表意见；还利用网络、微信平台，随时随地沟通问题。

上述活动较好地实现了民主立法、科学立法的价值，条例草案原有条文 67 条，审议中删改了 66 条，特别是删改了与法律精神、发展趋势不相符的建筑垃圾运输许可、扣押车船强制措施的设定、违法备案的处罚等条款，以及可能制造责任竞合、没有立法必要、执行能力不匹配的道路挖掘责任、户外广告设施设置审批条件、工业固体垃圾处理、责任人范围等条款；同时发挥立法的引领和推动作用，针对执法随意性强的问题，将党的十八届四中全会提出的“建立健全行政裁量权基准制度”以及其他执法制度建设明确作为制度要求；为引领社会参与治理，条例规定“动员居民积极参加市容环境卫生治理工作，鼓励市容环境卫生志愿服务行为、公益行动，共创整洁、优美、文明的城市环境；”为顺应发展趋势，规定“加强智

慧城管建设，创新管理方式，运用现代通讯工具、网络沟通平台，方便社会互动。”此外，还对责任方式进行了合理规范以及其他方面的修改完善。历经 20 余次研究、修改，再经法制委会议统一审议，常委会会议二次审议，先后提出了审议结果的报告、条例草案修改稿、草案建议表决稿、修改情况的说明和表决稿，顺利通过市人大常委会的表决和省人大常委会的批准。

三、发扬拼搏精神、脚踏实地工作是做好地方立法工作的保障

我长期在法院工作，在 10 多年的副院长生涯中办理过较多的典型案件，也撰写过多件法律案（其中 2 件由人大代表提交全国人大、效果良好）及司法解释建议稿等，实践而知“适于裁判的法（同时也是易于实施、实现的法）才是真正的良法”，但对于参与市容环境卫生管理方面的地方立法却是毫无经验，为此只能多花时间下笨工夫，多花心思琢磨工作，在经验丰富的领导指导下，以无数次补进休息时间的办法努力做好地方立法服务工作。

（一）营造立法氛围。立法是一项专业性很强的工作，在对常委会组成人员进行地方立法培训的同时，注意加强常规化专业武装。开始工作之初，我即申请购置《立法法导读与释义》80 本分发常委会组成人员及相关工作人员，购置《立法法》600 本分发全市人大代表，并逐步建立立法专用图书室，为代表、委员丰富立法专业知识提供服务，同时，通过媒体宣传积极营造良好的地方立法社会氛围。

（二）编纂宪法文献。立法是一项政治性很强的工作，是一项宪法性职权，为了更好地从宪治、法治的高度认识、把握地方立法，我以一己之力收集搜购文献，编纂了中国宪法资料汇编 30 多万字，将我国自有宪法制度以来包括钦定宪法大纲、难觅芳踪的广东省宪法草案及至现行宪法及其历次修正等所有宪法性制度文件全面搜罗汇编，同时对有关国际组织、域外国家、地区的宪法性文件列出名称网址、资料索引，以备参酌之用，希望在渊深海阔中认识制度谱系，在源流脉络中把握制度走势，在翔实资料中解决现实需要，以正确的理念指导立法工作。

（三）搜编参阅资料。做好地方立法工作首先要在知识、资料储备方面确立基础，在借鉴、探索方面把握方向，因此收集资料就成了一项基础性工作，为此我早做准备，汇编了市容和环境卫生管理地方立法参考资料，分门别类编为四编十四章，第一编为地方立法依据资料，分为程序法依据、技术性规范、行政法框架、上位法基础、许可类索引和政策性资料六章，第二编为各地立法参考资料，分为省级地方立法资料、本省市级立法资料、其他市级立法资料，第三编为研究信息参阅资料，分为论文报告研究资料、域外城市管理参考资料以及法资料，第四编为法律法规汇编，分为法律、法规、规章、规范性文件汇编。

相关论文资料目录，第四编为温州立法专题资料，分为现有城市管理基础规范资料和条例草案相关内容，汇编共 60 多万字，可以较好地发挥查找、对比、借鉴、分析等诸多功能。在立法项目确定之时，我已基本完成上述资料收集整理工作，在条例草案起草之初，我即将参考资料汇编送给相关工作人员。特别在条例草案审议修改过程中，上述资料汇编发挥了较大的作用。

(四) 重视审议记录。我见过一百年前的宪法会议速记录，也认真查阅过香港立法会会议记录，深知记录的重要性。因此，在这次温州立法过程中，引入了会议速记。一审后，我对 9 万多字的会议记录进行整理分类，结合城建委的书面审议意见，提出《<温州市市容和环境卫生管理条例(草案)>审议意见汇总整理及分析说明(稿)》，将审议意见分类整理为两类，一为关于整体层面的审议意见，整理为七大方面，单独书面说明；一为针对章节条款方面的审议意见，整理为对两章的定义和规范方法以及具体三十二个条款的意见，结合草案文本列表对照说明。整理后，对两类审议意见分别提出初步拟处理方案的建议，同时结合合法性审查和规范性要求，对个别条款提出初步修改处理方案建议。在以后的条例二审以及征求意见座谈会中，也利用了速记的功用。

(五) 探索工作方法。立法程序具有民主性、公开性、交涉性及自律性等属性，既是立法机关意志的表达，也有广泛的公众参与，既要重视各方面的意见建议，也要便利各方面了解立法的相关信息。因此进行分类对比是较为可取的方法，一开始，我对经过疏厘的审议意见、拟处理建议等信息制成信息对照表，分为草案条文、审议意见、拟处理方案、上位法对照、参考和说明，共五列分类，将重要内容以及修改之处用不同色彩、浓淡、线条等方法予以标注，该表共 2.8 万字。为了修改对比分析需要，在后来的使用中将“审议意见”、“拟处理方案”整理并为“审议意见和处理建议”一列，新增修改条文一列，不断增加和处理原有内容，分别注明不同修改时间批次，每表约 3.7 万字。草案修改稿、对照表直观地反映了审议、修改、处理的历程及相关信息情况，有过程、有变化、有交待、有结果，为服务审议、表决发挥了较好的作用。

(六) 及时疏厘回顾。条例公布后，我利用业余时间，汇编了一个从法规案的提出到审议、表决、批准、公布、施行全过程的电子档案，共 1000 多页，分为法规案的提出，专委初审，常委会一次审议，法制委统一审议，常委会二次审议，条例报批，条例公布，条例施行等八个部分，将相关材料按形成时间顺序一一编入，包括红头文件、审议记录、有关表格等均按原样编入，实际上可以替代纸质档案，并且部分电子稿保存了修改、批注痕迹，比纸

质档案更能体现真实情况。这样的整理，其体例、结构、逻辑、方法、形式、程序也能为以后的立法活动提供借鉴。

(七) 总结促进提高。由于没有基础、没有经验、时间仓促、人手不足，工作中也留下了不少缺憾，一些是限于客观条件难以克服的，一些是心存疑虑逐渐明朗起来的，一些是经过学习比较发现不足的，一些是经过实践难以直接落实的，我们不断地在学习中检讨，在总结中提高，在比较中进步。我们愈益认识到，人文社科领域也需要一种一丝不苟、精益求精的工匠精神，虽然我们刚刚起步，还在磨练锻打之中，但我们心有工匠精神，在这种精神指引下，在继续的磨练中，必定能够砥砺前行，更进一步。

亲历“首法”的感受还有很多，包括许多的收获和些许的遗憾，希望在以后的工作中，总结经验，弥补缺憾。同时，期待温州以及其他同时起步的设区的市能够以战略高度充分认识地方立法价值，引领和推动社会发展；以专业精神精心打造地方立法精品，巩固和促进地方治理；以首务要求加强建设地方立法能力，重视和优化主体（代表和常委会组成人员）结构；以民生情怀贴地体察地方立法需求，呼应和实现良法善治。

论设区的市立法重复的审视与反思

——以城市市容和环境卫生管理立法为视角

赖之初*

内容提要：立法重复在我国法律体系中普遍存在，浪费立法资源，损害立法权威，助长立法惰性。随着《立法法》的修订，200多个设区的市新获地方立法权，立法主体更显得“叠床架屋”。同时，设区的市的立法空间不大，在具体立法实践中更容易发生与上位法重复的现象。本文以一个设区的市城市市容和环境卫生管理立法重复为切入点，在分析立法重复内涵和本质的基础上，探究成因，以寻求改善之法。

关键字：设区的市 立法重复

新修订的《立法法》赋予设区的市地方立法权，拥有地方立法权的城市从49个扩至所有284个设区的市。⁽¹⁾地方立法权“扩容”有利于充分发挥地方立法拾遗补缺的功能，给地方的改革发展释放活力。但这也引发部分人担忧：这么多设区的市新获地方立法权，都属“新手上路”，如何接得住、用得好？今后随着各设区的市开始行使地方立法权，立法数量逐渐增多，可能会出现针对某一事项有几十部甚至上百部地方性法规的情形。与此同时，一个地方立法的“顽疾”将更为显露出来，即立法重复，亟需引起重视。

一、对一个设区的市立法重复样本的实证分析

样本：A市作为设区的市在被浙江省人大常委会确定可以开始行使地方立法权后，城市市容和环境卫生管理立法作为一类项目列入2016年立法计划。目前，该法规草案已经市人大常委会第一次审议，现处于一审和二审之间的调研审议修改阶段。

* 赖之初，衢州市人大常委会法工委，联系方式 05708030267

(1) 除所有设区的市外，新修改的立法法还同时赋予30个自治州以及广东省东莞市和中山市、甘肃省嘉峪关市、海南省三沙市4个不设区的地级市地方立法权。

本文以《A市城市市容和环境卫生管理条例（草案）》为例，通过比对，统计分析了该草案中存在的与上位法重复的现象。值得说明的是，统计只涉及个例，不够全面，但还是能反映出设区的市立法重复上的某些状况、特点。设区的市的地方性法规对法律、行政法规、省的地方性法规等上位法的重复，主要表现在以下两个方面：

（一）条文内容重复

重复性的法律条款主要可分为三类：一是直接照抄。指下位法条款完全复制上位法条款的内容，或几乎完全复制仅变动个别字词。二是部分删改。出于表达技巧、结构编排等考虑而对上位法条文的内容进行部分删改，但并未改变上位法所调整的法律关系的内容。三是合并拆分。下位法在制定时，将上位法的数个法律条款归纳总结为一个法条或一个上位法的条款拆分为数个下位法条款。下表是《A市城市市容和环境卫生管理条例（草案）》（共51条）与上位法的重复统计：

法条重复统计表

上位法名称	直接照抄的法条数及占比	部分删改的法条数及占比	合并拆分的法条数及占比
	及占比	及占比	及占比
城市市容和环境卫生管理条例 (1992年发布，2011年修订)	1条/1.9%	2条/3.9%	1条/1.9%
浙江省城市市容和环境卫生管理条例 (2008年审议通过)	5条/9.8%	11条/21.6%	7条/13.7%

从上述统计结果来看，《A市城市市容和环境卫生管理条例（草案）》与对国务院制定的《城市市容和环境卫生管理条例》重复很少，总重复比仅为7.8%左右。相比之下，该法规草案对《浙江省城市市容和环境卫生管理条例》重复较多，有重复内容的条款数约占总条款数的45%，真正凸显地方特色的条款为数不多。

（二）体例结构重复

章节安排作为法律之外在表现形式，虽然依赖于法律内容和服务于法律内容，但合理的章节安排也能促进法律内容表达的科学化，有利于提高立法质量。一些地方立法机关往往存在误解，认为如果不分章、节，不列出几十条，不写上几千字，就不算立法，每件法规都必须与上位法保持一致，都要有总则、附则、法律责任等内容。⁽²⁾

在立法实践中，部分设区的市立法在篇章形式上追求完整、宏大，容易产生结构重复的

(2) 孙波：《试论地方立法的“抄袭”》，《法商研究》2007年第5期。

问题。如起草阶段，《A市城市市容和环境卫生管理条例（草案草拟稿）》在结构上与《浙江省城市市容和环境卫生管理条例》基本一致，都是六章：总则、市容和环境卫生责任区制度（省条例为公共环境卫生设施）、市容管理、环境卫生管理、其他规定（省条例为管理监督）、附则。后因得到及时的立法指导，走出思想误区，市政府提交给市人大常委会的法规草案修改为不分章节的逐条行文模式。

二、立法重复的识别与认定

我国地方立法重复上位法的问题普遍存在，但长期难以得到有效解决。据从事立法工作的人估测，地方立法重复中央立法者，约占地方立法的70%-90%。⁽³⁾在通过前文分析初步了解立法重复的基础上，本文认为有必要进一步探究其内涵和本质，以期能事半功倍地避免“无用”的重复。

（一）何为“立法重复”

立法重复的概念学术界尚无定论，有学者认为“立法重复”是指“下位法对上位法的照搬，下位法对上位法的条款重复表述的立法行为。”⁽⁴⁾“立法重复”与“立法抄袭”极易混淆，两者虽然相近，但并非同一概念。从内涵上看，“立法重复”涉及到下位法对上位法的复制，而“立法抄袭”不仅包括对上位法的重复，还包括抄袭其他同级省市地方立法，在上位法中发现下位法的影子等。

地方立法中除立法重复外，“抄袭”同位法的现象也屡见不鲜。部分地方立法盲目照搬兄弟城市法条，存在内容趋同和少有新意的简单“拿来主义”问题。比如，《杭州市城市市容和环境卫生管理条例》出台后，各地的仿制品就有几十部之多。⁽⁵⁾

（二）区分两种立法重复

立法重复在外表上包裹着“合法性”和“不抵触”的外衣，但却存在是否必要的问题。在由多种法律渊源构成的法律体系中，某些重复是正常的，也是必要的，我们反对的是那种不必要的重复。

1、必要的重复。“必要的重复”主要包括对上位法立法目的、法律原则、法律规则中

(3) 潘传广：《我国地方立法质量路径问题研究》，长春理工大学硕士学位论文，2010年，第19页。

(4) 汤善鹏、严海良：《地方立法不必要重复的认定与应对--以七个地方固废法规文本为例》，《法制与社会发展》2014年第4期。

(5) 赵小宁：《中央与地方立法的经济分析》，《甘肃高师学报》，2003年第3期。

的前提条件等的合理重复。⁽⁶⁾如样本中，《A市容和环境卫生管理条例（草案）》第一条规定立法目的，与《浙江省城市市容和环境卫生管理条例》的立法目的对比，内容基本相同。在设区的市实施性立法中，对省的地方性法规立法目的的重复，保证了立法宗旨和法律精神上同上位法一致，确保法律体系的统一性。

2、不必要的重复。地方立法不必要重复的存在范围应当限定在地方立法的法律规则内部。认定是否存在不必要重复的衡量标准就在于地方立法是否制定了不同于上位法的法律规则。如果重复导致地方立法的法律规则同上位法雷同，这种重复就属于不必要的重复。具体而言，衡量一个法律规则的特质在于前提条件、行为模式和法律后果三个要素。地方立法机关在制定法律规则时，上位法对行为模式和法律后果都有明确的规定，而地方性法规进行重复表述的，属于不必要的重复。

三、设区的市立法重复的成因

（一）立法经验能力有所不足

卢梭曾经说过，立法需要最高的智慧。立好法，立出高质量的法绝非易事，需要立法工作者具有较高的政治素质、业务素质和各方面的综合素质与能力。从目前情况看，除原49个较大的市以外，其他设区的市立法队伍弱，立法人员培训、业务熟悉需要一个较长的过程。立法能力的掣肘，已成为立法重复的最主要原因。

许多设区的市地方立法工作刚刚起步，因立法人才不足、立法经验匮乏、立法技术欠缺，所以在起草地方性法规时容易陷入照搬照抄上位法的窘境。设区的市的地方性法规大部分由市政府确定的部门进行起草。部门起草人员虽对地方实际问题开展一些有益探索，但囿于兼职从事立法、时间精力不足，调查研究不够深入，难以针对本地区进行立法创新、制定出有地方特色的条款，只能重复搬抄上位法。

（二）立法“惰性思维”作祟

与上位法不抵触是地方立法的首要原则。在该原则的指导下，地方立法者“往往采取保守主义态度：宁可相同或相似，也不搞差异……宁可照搬照抄，也不立足于提高而搞创新”。⁽⁷⁾为安全起见，尚处立法入门初级阶段的设区的市更易偏向保守风格，起草创新能少

(6) 汤善鹏、严海良：《地方立法不必要重复的认定与应对--以七个地方固废法规文本为例》，《法制与社会发展》2014年第4期。

(7) 司久贵：《地方立法不抵触原则探析》，载《宪政论丛》第5卷，法律出版社2006年版，第397-398页。

则少，条文能抄则抄，躲进上位法这个“避风港”。在审议过程中，当对有关条款争论不下时，照抄上位法同样是最安全、最简便、最容易达成共识的选择。起草和审议中的这种心理，其实质是立法“惰性思维”的表现：不求有功（创新），但求无过（不违反上位法）。④

(三) “法典崇拜”情结驱使

片面追求体例结构的完整性，内容庞杂、系统，这是地方立法中一个通病。“大而全”的地方立法比较多，“少而精”的地方立法比较少。有些地方立法，少则数十条，多则上百条。在“大而全”心理的驱使下，设区的市立法“自制条文不够、上位法来凑”，便成为顺理成章之事。

从法规体例类别上看，设区的市立法偏好选择“条例”，因为在立法者看来，“条例”要比“规定”显得更为系统，更“像法”，也更有“面子”。截止到2016年1月31日，新取得地方立法权的设区的市人大常委会制定的地方法规6件。¹⁹⁾其中仅《三亚市白鹭公园保护管理规定》的体例采用“规定”形式，其他5件地方性体例均采用“条例”形式。

(四) 立法重复审查机制薄弱

从立法机制上来追寻原因，则在于针对立法重复的审查机制不够完善。就设区的市而言，《立法法》第七十二条第二款规定，“省、自治区的人民代表大会常务委员会对报请批准的地方性法规，应当对其合法性进行审查，同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的，应当在四个月内予以批准”。该报批程序中只要求对是否抵触进行审查，无审查立法重复一项。在立法实践中，省级人大常委会对原 49 个较大的市报批的地方性法规，重点审查的是合法性，对立法重复的审查一带而过，重复审查缺乏具体的标准。现有的法律规定和审查模式，造成某些地方立法机关对立法重复的忽视，因为只要不抵触，即使重复立法，也不会承担任何不利的法律后果。

四、改善立法重复的具体路径

(一) 强化立法能力建设

立法能力建设是做好立法工作的基础，是设区的市行使好地方立法权的核心和关键因素。

^{〔8〕}孙述洲：《地方立法重复的反思—以4省人大消费者权益法保护立法为例》，《人大研究》2016年第3期。

(9) 参见 2016 年 2 月 17 日全国人大法工委《法制工作简报》，此 6 件地方性法规，分别是《三亚市白鹭公园保护管理规定》、《镇江市金山焦山北固山南山风景名胜区保护条例》、《宿州市城镇绿化条例》、《温州市城市容貌和环境卫生管理条例》、《佛山市历史文化街区和历史建筑保护条例》。

是配备立法人才。立法的专业性比较强，对人才的要求更高一些。多数设区的市人大常委会人才储备不足，可吸收有法学教育或法律从业背景的高素质人才充实到立法队伍中。二是强化学习培训。通过上挂锻炼、集中培训、专题立法讲座等多种形式，加强对立法工作人员、设区的市人大常委会组成人员、人大代表的教育培训，尽快提高立法方面的能力和素质。同时各设区的市之间开展立法经验交流，互相学习，取长补短。三是借力借智。要善于借助法学专家深厚的理论功底，积极与高等院校法学院、研究所等开展合作，发挥专家人才的智力支持，提高立法质量。

(一) 正确理解不抵触原则

按照通行的观点，不抵触原则是指地方法规无论在内容上和精神上都不违反上位法，这一原则的目的是为了维护我国法制的统一性，其本意并不是为了鼓励对上位法的盲目重复。“不抵触”不是不顾本地具体情况和实际需要搞一刀切，更不是照抄照搬上位法的规定，而是根据特殊情况对法律和行政法规作具体规定，是突出地方特色，解决实际问题。

“体现地方特色是地方立法的灵魂和生命，也是衡量地方立法质量和价值的一个基本标准。”^⑩设区的市立法不同于国家立法，最大区别就在于突出地方特色，主要针对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等领域方面的立法。立法人员应该正确认识“地方特色”重要性，把主要精力放在对当地社会状况和风俗民情的调查研究上，结合当地实际制定出有特色的地方性法规，为经济社会发展创造良好的法治环境。

(三) 摒弃“大而全”的立法思维

地方立法要破除一味追求“高大上”的错误观念，做好“精细化”文章。设区的市可参考借鉴上海立法的“简易体例”，“有几条立几条、管用几条制定几条”。如《上海市商品包装物减量若干规定》，全文不分章节，共 12 条；《上海市街道办事处条例》，共 18 条……“上海实践”还产生了一些新做法，法规正文中尽量不抄上位法，上位法有关条款附在法规正文之后，仅作对照参考等。

在立法体例选择上，设区的市可多采用“规定”这种立法形式，不设篇章，针对问题立法，有什么问题解决什么问题。正如游劝荣博士在《法治成本分析》中说的，“什么时候我们地方立法中出现更多地针对某一具体问题做寥寥数语的具体规范的‘条款法案’，什么时候我们的地方立法才算真正找到了自己的定位。”

¹⁰ 田成有：《地方立法的理论与实践》，中国法制出版社 2004 年版，第 59 页。

(四) 建立“重复比例量化和退回”制度

解决地方立法重复的问题，要从制度上完善审查机制，使之与合法性审查一样，成为地方立法的一项常规性工作。在审查方式上，有自上而下的审查方式和内部审查方式。一方面，省级人大常委会要加强对设区的市的立法重复审查，另一方面，设区的市更要注重内部审查，在立法起草、审议的前期开展立法重复审查，从源头上减少重复。

为使内部审查落到实处，本文建议可考虑建立“重复比例量化和退回”制度。设区的市人大常委会对提请审议的法规草案进行审查分析，如果重复上位法的内容达到整部法规内容的一定比例即退回提案主体。⁽¹¹⁾法律规范有其内在的逻辑结构，如果为了机械地避免与上位法重复，而破坏了地方立法自身的逻辑结构，未免得不偿失，所以在重复比例量化和退回制度上，要先行仔细统计，根据工作中遇到的实际情况制定具体的比例要求，确保比例值科学合理。

结语

孟德斯鸠曾说过：“节制是立法者的美德”。设区的市要立“良法”，除了不断提升立法能力，避免不当的立法重复，还需要克制立法冲动，少立“无用”的法。用好有限的立法资源，发挥好地方立法“秤砣虽小压千斤”的作用，使地方立法真正务实管用。

试论地方立法不抵触原则的具体运用

台州市人大常委会法工委

《立法法》规定，地方各级人大及其常委会在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下有权针对“地方性事务”制定地方性法规。这为地方立法划定了两个界限：一是地方立法权的内在界限，即地方立法的对象——属于地方性事务的事项；二是地方立法权的外在界限，即地方立法与中央立法之间遵循不抵触原则，即界定地方性事务立法权的大小程度，地方立法与中央立法在什么情况下构成“抵触”。“不抵触”的含义，理论和实务界一般认同将“不抵触”理解为既不得与上位法的精神和基本原则相抵触，也不得与上位法的具体规定相抵触。“所谓‘不同宪法、法律、行政法规相抵触’，是指‘不得与宪法、法律、行政法规相冲突、相违背’。一是不得与宪法、法律、行政法规的具体条文的内容相冲突、相违背（即直接抵触）；二是不得与宪法、法律、行政法规的精神实质、基本原则相冲突、相违背（即间接抵触）。”但在立法实践中，如何把握不抵触，有进一步探讨的必要。

一、“上位法”、“下位法”以及法律位阶之确定

“上位法”、“下位法”是《立法法》确立的区分法律位阶的两个基本范畴。“所谓法律位阶是指在统一的法律体系内，确定不同类别规范性法律文件之间效力等级与适用顺序的制度。”法律位阶范畴揭示了法律规范在整个法律体系中的纵向地位，是确立法律效力等级制度的根本依据。法律位阶制度是立法层面的一项重要制度，表现为对立法行为的限制，根据《立法法》的规定，下位法不得违背上位法。一旦下位法制定机关制定了与上位法相冲突的法律规范，上位法制定机关可以根据《立法法》的规定，行使改变或撤销权。怎样确定法律规范的位阶？张根大先生认为“标准有两条：一是立法主体的地位高低，二是立法程序的限制多少。我们可以根据这两条标准来测定一部法律的位阶高低。立法主体地位越高，立法程序限制越严。”⁽¹²⁾杨忠文、杨兆岩先生认为“法的位阶及效力等级不同，其根据是在不同层次和范围上反映的人民利益，或者说，法所反映的人民利益的层次和范围不同，决定其位阶及效力等级不同。”胡玉鸿先生认为可“从三个方面来界定法律位阶的划分标准：一是权力的等级性；二是

(11) 林琳：《对实施性地方立法重复上位法现状的原因分析和改善设想》，《人大研究》2011年第1期。

事项上的包容性;三是权力的同质性。

《立法法》规定的法律位阶关系包括:一是宪法具有最高的法律效力,任何与宪法相违背的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、部门规章和地方政府规章均属无效;二是全国人大及其常委会制定的法律的效力高于行政法规、地方性法规、部门规章和地方政府规章;全国人大制定的法律的效力又应高于全国人大常委会制定的法律;三是国务院制定的行政法规的效力高于部门规章、地方性法规和地方政府规章;四是省、自治区、直辖市和较大的市人大及其常委会制定的地方性法规的效力,高于本级和下级地方政府规章;五是上级政府规章的效力高于下级政府规章。

从上面可以看出,《立法法》确立的划分法律位阶的标准或规则包括以下几个方面:第一,中央立法优于地方立法。全国人大及其常委会制定的法律以及国务院制定的行政法规高于地方立法机关制定的地方性法规和地方政府规章。第二,同级权力机关的立法高于同级行政机关的立法。全国人大及其常委会制定的法律高于国务院制定的行政法规,法律属于上位法,行政法则属于下位法。同样,省、自治区、直辖市及较大的市的人民代表大会及其常委会制定的地方性法规效力等级高于省、自治区、直辖市及较大的市的人民政府制定的规章。第三,同类型的立法根据其立法主体的地位确立法律位阶关系。全国人大及其常委会制定的法律效力等级高于省、自治区、直辖市人民代表大会及其常委会制定的地方性法规;省、自治区、直辖市人民代表大会及其常委会制定的地方性法规效力等级高于较大的市人大及其常委会制定的地方性法规。同样,国务院制定的行政法规法律效力等级高于国务院部门以及省、自治区、直辖市人民政府制定的规章;省、自治区、直辖市人民政府制定的规章法律效力等级高于较大的市人民政府制定的规章。第四,权力机关(仅指人民代表大会)及其组成的常设机构(人大常委会)之间,人民代表大会制定的法规性文件效力等级高于其常设机构即人大常委会制定的法规性文件。但《立法法》并未对所有的法律都作出法律位阶的规定,如地方性法规与自治条例、单行条例之间的法律位阶关系;部门规章与地方性法规之间的法律位阶关系。虽然《立法法》规定了当以上类型的立法发生冲突时的适用规则,但不属于法律位阶的规定。

二、“不抵触”的具体把握

对地方性法规不得同上位法相抵触,(宪法)、(立法法)和(地方组织法)规定得很明确。但是,关于不抵触原则的具体含义,全国人大常委会至今也没有明确的解释。从立法理论和实践来看,根据立法依据的不同,地方性法规可以分为自主性法规和实施性法规两类。对于自主性法规来说,只要不超出地方立法的权限范围,不违背宪法、法律的基本原则和立法精神,

就不构成抵触。而实施性法规对与它相关的法律、行政法规有很强的依附性和从属性,在判断是否构成抵触时,具体看其与宪法、法律、行政法规的具体条文规定是否相矛盾、相冲突。这是衡量是否抵触的最直观标准。一般来说,这方面的抵触主要有以下几种情况:

1.宪法、法律、行政法规允许的,而地方立法却作出禁止性规定。

2.宪法、法律、行政法规明文禁止的,而地方立法却作出允许性规定。上述两种情况属于“针尖对麦芒”,在我国地方立法已经走过了十几年的历程之后,一般不会出现这些明显的抵触现象。较普遍的抵触情况是以下几种。

3.增加、减少或变更法律责任的种类、幅度、适用范围或适用条件。如增设新的罚则,或者突破原定的处罚幅度。当然,地方性法规在法律规定的幅度内,分几个层次,划几条杠杠,以增强法律的可操作性,避免执法的随意性,这不能认为是抵触。

4.增加、减少或变更了执法主体、执法主体的执法权限或执法程序。例如:《中华人民共和国矿产资源法》只规定实行采矿许可证制度,而某市的实施细则上不仅增设了矿产品经营许可证制度,而且还把《矿产资源法》规定的违反法律规定收购和销售应由国家统一收购的矿产品的违法行为,由工商行政管理机关处罚变更为由矿管部门处罚,这显然是与国家立法相抵触的。

5.增加、减少或变更了宪法、法律规定的公民、法人或其它组织的权利或义务,或者改变了行使权利、履行义务的条件或程序。

在司法实践中,适用法律过程中存在的法律选择,实际上也是不抵触原则的另一种注解,也为把握不抵触原则提供了参考。最高人民法院《关于人民法院审理行政案件对地方性法规的规定与法律和行政法规不一致的应当执行法律和行政法规的规定的复函》(1993年3月11日法函[1993]16号)指出:“《中华人民共和国渔业法》第30条规定:‘未按本法规定取得捕捞许可证擅自进行捕捞的,没收渔获物和违法所得,可以并处罚款;情节严重的,并可以没收渔具。’这一条未规定可以没收渔船。《福建省实施〈中华人民共和国渔业法〉办法》第34条规定,未取得捕捞许可证擅自进行捕捞或者伪造捕捞许可证进行捕捞,情节严重的,可以没收渔船。这是与渔业法的规定不一致的,人民法院审理行政案件,对地方性法规的规定与法律和行政法规的规定不一致的,应当执行法律和行政法规的规定。”最高法院行政庭《对〈关于审理公证行政案件中适用法规问题的请示〉的答复》(1999年8月16日[1999]行他字4号)指出:“《中华人民共和国公证暂行条例》是行政法规,《上海市公证条例》是地方性法规。两者规定不一致时,人民法院应当选择适用前者。”以上情形说明:针对同一事项或适用对象,

不同位阶的法规性文件都对其作出规定且是在下位法与上位法不一致时,才能适用上位法优于下位法的规则,否则该规则不能适用。何谓下位法与上位法规定的“不一致”或“相抵触”?在《立法法》中,对相同位阶(或者准相同位阶)的法律规范,使用的法律用语是“不一致”,对不同位阶的法律规范之间,使用的是“相抵触”。“不一致”与“相抵触”是什么关系?“不一致”表示法律规范的区别,这种区别有两种:一种是法律法规允许的区别,是法律规范合法的判断依据,例如自治条例、单行条例对法律、法规的变通规定,这种变通规定就是法律法规允许的法律规范性文件,能够被司法适用,其依据是《立法法》规定:“自治条例、单行条例依法对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本自治地方适用自治条例和单行条例的规定。”这种不一致有国家授权法的许可,只有在此前提下下位法才能优先适用。另一种“不一致”是法律法规不允许的区别,这是法律规范不合法的判断依据,是无效的,不能被司法机关适用。这种“不一致”也就是不同位阶法律规范之间的“相抵触”。司法实践中适用“上位法优于下位法”规则时,它所指的“不一致”强调的是“相抵触”。《立法法》中的“下位法违反上位法规定”指的就是“下位法与上位法相抵触的情形”。因此准确地讲,不同法律位阶的法律规范不一致,就是指不同法律位阶的法律规范相抵触、相冲突。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》(2004年5月18日法[2004]96号)具体确定了行政审判中认定下位法不符合上位法的情形:“下位法缩小上位法规定的权利主体范围,或者违反上位法立法目的扩大上位法规定的权利主体范围;下位法限制或者剥夺上位法规定的权利,或者违反上位法立法目的扩大上位法规定的权利范围;下位法扩大行政主体或其职权范围;下位法延长上位法规定的履行法定职责期限;下位法以参照、准用等方式扩大或者限缩上位法规定的义务或者义务主体的范围、性质或者条件;下位法增设或者限缩违反上位法规定的适用条件;下位法扩大或者限缩上位法规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围;下位法改变上位法已规定的违法行为的性质;下位法超出上位法规定的强制措施的适用范围、种类和方式,以及增设或者限缩其适用条件;法规、规章或者其他规范性文件设定不符合行政许可法规定的行政许可,或者增设违反上位法的行政许可条件;其他相抵触的情形。”

三、不抵触原则适用的例外

如果下位法的制定是根据上位法的授权或下位法是对上位法的实施性规定并且没有违反上位法的规定,则会出现“上位法优于下位法”的例外:

(一)变通规定优先

为了保证上位法的实施,考虑到一些地方的特殊情况,上位法给予下位法主体一定程度的

立法变通权,允许下位法主体根据当地实际情况对上位法作一些变通规定。所谓变通规定,是指在国家最高权力机关授予经济特区的人民代表大会及其常委会,法律、行政法规授予民族自治地方自治机关立法权的情况下,经济特区的人民代表大会及其常委会以及民族自治地方的人民代表大会根据本地方政治、经济和文化特点制定的、在本行政区域范围内适用并且与法律或行政法规有不相一致内容的规定。《立法法》规定,自治条例和单行条例依法对法律、行政法规作变通规定的,本自治地方适用自治条例和单行条例的规定。经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本经济特区适用经济特区法规的规定。然而下位法的变通规定需要遵守一些法律的限制:1.自治条例、单行条例、经济特区法规不得对法律、行政法规的基本规则作出变通规定;2.自治条例、单行条例不得对宪法和民族区域自治法作出变通规定;经济特区法规不得对宪法作出变通规定;3.自治条例和单行条例不得对其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定;经济特区的法规不得对其他有关法律、行政法规专门就经济特区所作的规定作出变通规定。

(二)实施性规定的“下位法”优先

下位法的立法主体一般可以有两种立法职权,其中之一就是为贯彻实施上位法的规定而根据本区域的实际情况所作的实施性规定。根据《宪法》、《立法法》等有关规定,行政法规可以对法律、地方性法规、部门规章可以对法律、行政法规,地方政府规章可以对法律、行政法规、地方性法规作出实施性规定。行政法规、地方性法规、地方政府规章作为下位法时,它的权限或内容之一就是对上位法内容的具体化。实施性规定针对上位法的相应规定而作出,但较之上位法其内容更为详尽和更有操作性。下位法“实施性规定”这种特殊地位决定了妥善处理其与上位法的适用关系的重要性。有学者将下位法实施性规定与上位法的关系,概括为“效力优先与适用优先”,“前者是指上位法在位阶或者法律效力上高于或优于实施性规定,在实施性规定与其发生抵触时,适用上位法的规定,体现的是上位法优于下位法;后者是指在实施性规定与上位法不抵触时,下位法可以优先适用与援引。适用优先是以效力优先为前提的。”在我国的立法实践中,还会出现这样的情形,即上位法已作修改或废止,但作为实施性规定的下位法仍然存在,如何认定这样的实施性规定的法律效力?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》指出:“法律、行政法规或者地方性法规修改后,其实施性规定未被明文废止的,人民法院在适用时应当区分下列情形:实施性规定与修改后的法律、行政法规或者地方性法规相抵触的,不予适用;因法律、行政法规或者地方性法规的修改,相应的实施性规定丧失依据而不能单独施行的,不予适用;实施性规定与修改后的法律、行

政法规或者地方性法规不相抵触的,可以适用。”这种规定揭示了这样的法理,即下位法“实施性规定”应该有上位法的根据,如果在已修改的上位法找到根据或者不违背新的上位法,可以优先适用,如果失去了上位法的根据甚至与新的上位法的规定相抵触,则不加适用,仍然适用“上位法优于下位法”规则。

浅论地方立法过程中的专家参与

景宁畲族自治县人大常委会

内容提要:专家参与立法作为公众参与立法的一种特殊模式,在我国近些年的立法活动中受到了广泛地关注并取得了相应的实践成果。邀请不同专业领域的专家,包括理论型专家和实践型专家共同参与到立法过程中,弥补了立法机关自身力量不足的缺陷,同时也提高了立法质量。

关键词:地方立法 专家 参与

一、地方立法与专家的概述

(一) 立法的定义

立法有广义和狭义之分,“广义的立法泛指一切有权的国家机关依法制定各种规范性法律文件的活动;狭义的立法是指享有严格意义上的国家立法权的国家机关制定、认可、补充、修改和废止法律规范的活动,即国家的最高权力机关及其常设机关依法制定和变动法律这种特定的规范性文件的活动。如中国的全国人民代表大会和全国人大常委会制定和变动规范性法律文件的活动”。⁽¹⁷⁾《中华人民共和国立法法》第二条第一款规定:“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。”也就是说,简单的“立法”一词实际包括了制定、修改、废止三项内容,立法活动也就包括了制定、修改、废止过程中的各项活动。

(二) 专家的概念与类型

“家”是指“经营某种行业,掌握某种专门学识、技能或从事某种专门活动的人。”⁽¹⁸⁾

(1) 孙国华主编:《中华法学大辞典·法理学卷》,中国检察出版社1997年版,第269页。

(2) 《辞海》(中卷),上海辞书出版社1989年版,第2673页。

英国专家学会主席 Trett 指出，“专家是在特殊领域中具有相当知识及技能的人。”《布莱克法律辞典》将专家定义为：“经过该学科科学教育的男人或女人，或掌握从实践经验中获得特别或专有知识的人”。《美国联邦证据规则》第 702 条规定：凭其知识、技能、经验、训练或教育，在科学、技术或其他专业知识方面能帮助事实裁判者理解证据或确定争议事实的人，就有资格成为专家。由此可见，参与立法的专家可以大致分为两类，一类是“以法学为研究对象”的学理型专家，另一类则是“长期从事法律工作”的实践型专家。前者是专门研究法律、法规等的产生、发展和趋势的理论家，他们是法律基础理论的创造者和发展者，后者则是熟悉现行法律，具有丰富实践经验，并具有法学理念的人；前者更注重理论研究，而后者则更注重实务操作。在现实中，学理型专家主要有法学教授、法学研究员等；而实践型专家主要包括法官、检察官、律师和机关、企事业单位中长期从事法律工作的人员等。

（三）专家参与立法的必要性

首先，专家参与立法是保证地方法规公平公正的需要。立法本质上是一个利益表达、利益综合及利益均衡的政治过程。缺少第三方参与，只有政府部门“自说自话”式的立法活动，容易导致权利与责任脱节、角色错位和利益失衡等问题。甚至使得地方立法在一定程度上成为政府机构搞部门保护，将部门特权和部门利益合法化的工具。参与立法过程的专家一般具有立法机关、政府部门通常不具备的法律专业技能、经验或知识，他们可以对法规制定中包括政策考虑、立法技术、价值追求等在内的问题加以思考，以其直觉、经验和对问题的敏感把握，对“细节中的共性”予以衡量，针对一系列可能的选择，做出整体上的评判。而且，专家具有超然于立法过程中相互竞争的各种利益之外的中立身份，他们可以“本着学术的良知和对人民负责的精神，广泛听取吸收各方意见，集思广益，公正的配置立法涉及的各种利益”。

其次，专家参与立法是保证地方法规科学有效的需要。立法工作实际上属于技术性非常强的工作，“几乎没有任何脑力工作像立法工作那样，需要不仅是有经验和受过训练，而且通过长期而辛勤的研究训练有素的人去做”。^[19]如果立法机关的工作人员缺乏必要的立法知识和技术，那么高质量的法律是难以被制定出来的。专家参与立法是为了满足科学立法，提高立法技术，维护我国法制统一的现实需要。专家所拥有的专业知识能为立法活动提供技术支持，有助于立法机关解决立法中所遇到的难点。另一方面，对于立法草案的可行性论证有

利于法律制定出之后的实施，如果“法律不能被执行，就等于没有法律”。^[20]制定出来的法律无论其中的法律条文用词多么严谨，理论程度多高，如果不适合当时的社会状况，无法得到有效地运作，那么这部法律的制定就是失败的。在这种情况下，就需要让具有法律专业知识和其他领域专业知识的专家参与到立法当中，从专业的角度辅助立法机关完成立法工作任务，有效地解决立法机关专业人员不足以应对立法需求的问题，实现提高立法技术和科学立法的目标。

再次，专家参与立法是保证地方立法民主程度的需要。实现程序民主的方式之一是参与制度，具体到立法活动中，就是让各方利益代表都参与到立法活动中来，有效表达自己的利益诉求。而法学专家首先就是公众中的一员，他们对立法活动的参与正好体现了程序民主的要求。专家参与立法不仅仅体现了民主参与的广泛程度，更有助于实现民主参与的有效程度。一是专家的参与，能够在立法中引进先进的法学理念，尽量吸收国外的先进经验，避免重演历史上的失败经历；二是专家，尤其是立法学专家的参与，能够从立法技术角度对立法成果加以严格的审视，从微观层面为立法质量把关；三是相对普通公众而言，专家可以用更理性的思维方式考量社会问题，从而也更可能提出妥善的解决方案，从而增强立法成果的合理性、科学性，为立法成果得到有效执行和遵守打下良好基础。

二、专家参与立法的具体机制

（一）专家参与立法的历史沿革

我国立法活动中出现法学专家的身影并不罕见。综观近几十年来法学专家在我国立法活动中的参与情况，可以大致概括出这样的一个发展趋势：从最初零星地邀请专家参与讨论发展到征求专家意见几乎成为立法过程中的必经环节；从开始个体地零散地参与发展到有组织有规模地参与；从单纯地发表观点发展到承担一定的相对独立的工作任务；从为立法主体提供资讯发展到为立法者个人出谋划策；从邀请法学专家参与发展到法学专家要求参与；从单一地参与起草活动发展到全面参与起草前的调研和立法后的评估等活动。

20世纪 80 年代，开始将部分法学专家吸纳为立法者，并邀请专家参加立法座谈会和立法研究等活动，开始注重发挥其他专家的作用。比如 1984 年北京市第八届市人大常委会确立了法制建设顾问工作制度，常委会每制定一项地方性法规都要召开顾问会，听取各位顾问的意见。到 90 年代，国家立法中不仅仅满足于法学专家参与座谈、讨论，在保留以前做法

(3) [英]密尔：《代议制政府》，汪瑄译，商务印书馆 1984 年版，第 76 页。

(4) [英]约翰·洛克：《政府论》，叶启芳译，商务印书馆 1964 年版，第 138 页。

的同时，开始了委托专家起草建议稿的探索。比如 1993 年，广东省人大常委会委托广东省法学会组织中山大学法律系、广东省社科院法学研究所共同起草了《广东省经纪人管理条例》；同年，在上海市人大常委会、市人民政府组织的“立法招标”中，上海社会科学院、华东政法大学、复旦大学等研究机构和高校中标，承担了 10 项地方性法规的起草工作。²¹世纪以来，法学专家参与国家立法活动不仅数量上集聚增加，而且参与形式不断革新，自发的参与开始频频出现。如 2000 年 9 月广东省人大常委会聘请 6 位法学专家为立法顾问，组成“法律咨询委员会”；2005 年 11 月山东省人大常委会建立包括 22 位法学专家在内的立法咨询专家库。杭州、四川、江苏、上海、吉林、郑州等十几个省市纷纷聘请了专家顾问，以咨询组、咨询委员会等形式为人大立法建立智囊团。

（二）专家参与立法的法律依据

我国的《立法法》对专家如何参与立法并未做出明确规定，只做出了原则性的规定。根据《立法法》第 5 条规定，“立法应当体现人民的意志，发扬社会主义民主，坚持立法公开，保障人民通过多种途径参与立法活动。”专家作为人民的一部分，属于被保障参与立法活动的群体。根据《立法法》第 36 条规定，“法律案有关问题专业性较强，需要进行可行性评价的，应当召开论证会，听取有关专家、部门和全国人民代表大会代表等方面的意见。论证情况应当向常务委员会报告。”这条规定表明了专家可以参与到立法过程中，并提出自己的意见。

各地方省级立法条例也对专家参与立法做出了规定。例如，《山西省地方立法条例》第五条规定，“编制立法规划和计划，起草、审议、修改法规和规章草案，应当深入实际调查研究，广泛听取各方面意见，保障人民通过多种途径参与立法活动。”从这条法律规定中可以得出专家的意见应当属于各方面意见的一种，专家可以参与到编制立法规划和计划、起草、审议、修改法规和规章草案等立法环节中。根据《浙江省地方立法条例》第十三条规定，“专业性较强的地方性法规草案也可以由提案人委托有关专家、教学科研单位、社会组织起草。”在浙江省专家、学者可以通过被委托起草立法草案的方式参与立法。根据《河北省地方立法条例》第十四条规定，在面对综合性、专业性比较强的立法项目时，省人民代表大会常务委员会主任会议可以指定常务委员会的相关工作机构去组织起草工作，或者专门委托有关部门以及专家起草。这将委托专家起草的立法项目限定在综合性和专业性较强的类型。除此以外，《江西省立法条例》、《广东省地方立法条例》、《贵州省地方立法条例》等各地省级立法条例都不同程度地对专家参与立法做出了不同程度的法律规定，这为专家通过何种途径参与立法

提供了法律依据。

（三）专家参与立法的三种模式

我国专家参与立法活动的实践过程中形成了三种专家参与立法的模式。

一是立法顾问模式。是指专家为立法提供所需的专业信息和专业咨询，专家在立法过程中承担的是立法机关的辅助者职能，以外部力量影响立法机关的决策和立法活动。立法顾问的方式属于我国专家参与立法活动最早的模式，在 1984 年，北京市第八届人大常委会上首次使用。专家以立法顾问的身份参与立法活动，在立法过程中起到了非常重要的作用。立法顾问的方式有其自身的特点，专家以立法顾问的身份受各地省市人大常委会的聘请参与到立法过程中，立法顾问的工作大都属于兼职，独立于立法机关之外，属于以外部力量影响立法机关的立法决策，受立法机关的邀请在法案的起草、修改、审议等立法工作环节中提供建议，帮助立法机关起草法律草案或者对已经制定出的法律草案予以修改和完善。在法案的审议环节中，专家可以对法案的审议提供建议，对法案的可行性进行分析论证。在影响立法机关的立法决策方面立法顾问发挥的作用很大。

二是立法助理模式。“立法助理是协助立法机关及人民代表履行立法职责，完成立法工作的具有立法专门知识的人员。”²²立法助理主要职责在于协助立法机关进行工作，在西方各国的立法活动中起到了非常重要的作用。美、英、法、德等西方国家都建立了比较完善的立法助理制度，对于议员立法助理的设置以及对此的相关规定也都比较成熟。相比而言我国的专家以立法助理的方式参与立法活动则起步较晚，尚不成熟。我国重庆市人大常委会于 2004 年在全国首创，为人大常委会组成人员聘请个人立法助理。从重庆市设立立法助理的实践情况来看，我国的立法助理方式有其自身的特点。立法助理的工作也是属于兼职工作，其工作的性质与立法顾问的工作性质相比差别不大。但是立法助理更加贴近于人大内部，其独立性不如立法顾问。其次，在工作内容上，立法助理更多地主要是从事资料搜集、整理的工作，立法助理属于立法机关的辅助人员。最后，立法助理更多的是属于公益服务的性质，没有薪酬待遇。这对于立法助理的工作积极性和工作热情的提高会产生一定不利的影响。

三是专门的立法研究机构模式。专门的立法研究机构的主要工作内容在于从事立法理论的研究、受立法机关委托承担难度较大的立法项目、对起草的法规草案予以论证等。这种专家参与立法的方式在我国起步较早。1993 年，青岛市就在全国率先成立了专门的地方立法研究机构——青岛市地方立法研究会，主要开展地方立法理论研究、参加法律法规草案的论

²¹ 吴大英、任允正、李林：《比较立法制度》，群众出版社 1992 年版，第 252 页。

证和参与法制宣传教育。随后，湖北省人大常委会法规工作室与中南财经政法大学于2003年联合成立了湖北地方立法研究中心，开展地方立法研究工作；论证、委托起草地方性法规草案；收集整理地方立法资料等工作。专门的立法研究机构这种方式的特点在于比较稳定，能和人大长期合作并提供服务，同时附属于人大机关，受人大常委会领导。

三、专家参与立法的效能提升

我国的专家参与立法在近些年的立法实践中取得了不少的成果，也充分体现了专家在立法活动中发挥了无可比拟的作用。可以说，立法机关的立法工作需要借助专家的力量，在专家力量的帮助下，立法机关的工作效率和立法质量能够得到显著提高。但是，我国的专家参与立法目前仍然处于探索和初步发展阶段，在参与立法活动中还存在一些问题，要最大程度地发挥专家在参与立法活动中的力量，就必须对我国专家参与立法活动予以完善，处理好这些已经存在或可能会存在的问题。

（一）完善专家参与立法活动的法律规定

由于我国目前的法律对专家参与立法活动缺乏具体规定，而具体的法律规定是专家参与立法活动程序合法与否的重要法律依据，因此，有必要对专家参与立法活动制度的法律规定予以完善。要对《立法法》中相关的法律规定予以完善。《立法法》中对专家参与立法活动的规定是否明确详细对各地省级立法条例有关专家参与立法活动的规定有重大影响。《立法法》首先应当对立法准备阶段、法案到法的阶段和立法的完善阶段是否需要专家的参与以及专家如何参与做出规定。

（二）注重参与立法活动之专家的多元化

如果参与立法活动的专家仅是小范围的固定人选，那么专家垄断立法中的话语权、专家成为部门利益的代言人等问题产生的可能性会大大增加。因此参与立法活动的专家不仅仅应包括学理型和实践性两类，在同类专家中，也应增加人员的随机性，如采用设立专家库的方式，将更多的专家纳入“库存”，每次需要专家参与时由立法主体从中选择，而参与不同立法项目的专家人选尽可能地有所区别；再如，实行多版本起草，即委托专家起草法案时可以不限于一个团队，而是让不同的团队提出各自的版本，这还将有利于不同观点的交流，决策时也将有更多的择优余地。

（三）发挥专家参与起草之外的更多功能

从现状来看，无论在制度规定上还是在立法实践中，法学专家的作用更多地在参与起草方面得到重视和承认。但立法活动包括从立法准备到立法完善的全过程，立法质量的提高也

不仅仅在孤立的立法起草阶段能够实现，因此如何充分发挥法学专家在起草法案之外的作用应得到更多的关注。除参与起草外，法学专家参与立法活动的方式还有很多，如参与立法理论的研究和国外先进经验的引进及介绍、参与立法决策前的论证、参与立法后的跟踪评估、法律法规的定期清理等。另外，法学专家也能以更多的间接的方式对立法活动产生影响，如他们通过著书立说和开办讲座、参加研讨等活动所提出的观点、介绍的理念等，如果立法者能多接触和关注这方面的信息，也将极大地提高自身的理论和技术水平。