

2016年 创刊号

第一辑

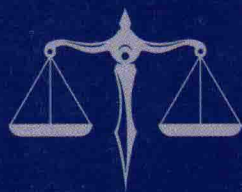
南昌大学

法律评论



NanChang University Law Review

胡学军 主编



南昌大学法学院
法治江西建设研究中心
南昌大学立法研究中心

主办



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

2016年 创刊号

南昌大学 法律评论



NanChang University Law Review

第一辑

主编 胡学军



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

南昌大学法律评论. 第一辑/胡学军主编. —厦门: 厦门大学出版社, 2017. 4
ISBN 978-7-5615-6476-9

I. ①南… II. ①胡… III. ①法学—文集 IV. ①D90—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 088429 号

出 版 人 蒋东明

责任编辑 邓 臻

封面设计 蒋卓群

技术编辑 许克华

出版发行 厦门大学出版社

社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号

邮政编码 361008

总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网 址 <http://www.xmupress.com>

邮 箱 xmup@xmupress.com

印 刷 厦门市明亮彩印有限公司

开本 720mm×1000mm 1/16

印张 23

字数 390 千字

插页 2

版次 2017 年 4 月第 1 版

印次 2017 年 4 月第 1 次印刷

定价 78.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

发刊词

春夏之交,雨生百谷,《南昌大学法律评论》如田野作物,在这一方水土的滋润下,应时而出,应运而生,为中国法学研究增添了一抹新绿,为赣鄱大地孕育了一丝希望。

赣鄱大地素有“物华天宝,人杰地灵”之美誉。在法律的历史舞台上,江西人更是一道璀璨风景线。从古代的政治家、改革家与法律实务家王安石到近代叱咤远东国际军事法庭的杰出法学家、中国法官梅汝璈,赣鄱文化孕育了一代又一代杰出的法学家和法律实务家。当代江西籍法学家更是人才济济,名家辈出。南昌大学法学院前身是1980年创办的江西大学法律系,虽然是“文革”后复建最早的一批法学院系,但遗憾的是,由于多种原因,在江西,目前却未能有一所全国特别“叫得响”的法学院。

南昌大学法学院现任领导班子深感重任在肩,蹈厉奋发,欲重振南昌大学法学学科,深感一个好的学术平台是当今学科建设不可或缺的助力,是以有创办法律评论刊物之议。《南昌大学法律评论》经筹备大半载,今得以正式出版。

《南昌大学法律评论》以“求真务实、经世致用,贴近青年、厚积求新”为宗旨,在坚持刊物学术性的基础上,注重本土性、实践性。本集刊将努力搭建理论界与实务界对话交流的平台,促进理论与实践的共同发声,提升法学研究的实践品格。

贴近实务、关注实践、注重实证,凸显法学的实践品格,将是本刊的一大特色。本刊将侧重于刊发当今中国法治建设中迫切需要解决的理论和实践问题的论文,尤重具有本土意识与问题意识的学术研究成果,顺应我国自建设社会主义法制国家到建设社会主义法治国家的时代使命,为法治国家与地方法治建设做出应有的贡献。

本刊敬重前辈权威学者,不薄先进学术新人,对青年才俊,尤寄望焉。在当今学术功利化的背景下,我们深知,作为一个后来者,要办好一个学术刊物,须经长期努力,非赖一日之功。所幸参与本刊编辑的同仁,均为“80后”的青年才俊,在各自的博士生经历中,均有一定的参与办刊经验。更重要的是,我们志同道合,均有自愿为学术奉献之心。在此基础上,假以时日,戮力同心,将《南昌大学法律评论》办成一个高水平、有品位、有特色的法学刊物,是编辑部为之奋斗的目标,也是我们大家共同的心愿。真诚期待法学界同仁给予呵护、支持与帮助!

目 录

江西法治

委托第三方起草地方性法规的实践探索

——以南昌大学立法研究中心为例 肖 萍 1

2015 年度江西省企业家犯罪报告 高少华 杨 峰 黄 悦 11

大家讲坛

中国 P2P 网贷监管的现状与未来:以 2016 年 8 月《暂行办法》为中心

..... 黄 辉 林 耀 47

学术专论(罗马法、国际法)

被忽视的历史:罗马法中船舶经营人、旅店主、马厩主的责任

..... 大卫·伯根 郭晓露译 79

术语“PLEDGE”的英美法源流考 向 东 112

简析国际刑事法院妨害司法罪审理中的程序问题 解 阳 124

判解实务

吉林省检察院司法责任制改革评估 杨海强 137

农村集体经济组织成员资格的认定困境分析

——从征地补偿款的分配问题切入 刘婧娟 153

城市管理综合执法法治化的问题与出路	刘雁鹏	170
论政府住房保障决策的正当程序	刘亚娟	185
法律原则司法适用的时机		
——以《最高人民法院公报》案例为对象	林菲菲	196

学术新锐

格式管辖条款的解释与分析

——以《民诉解释》第31条为对象	曹建军	207
当法律遇上宗教：直行还是绕道？		
——宗教自由豁免类案件的分析框架	牟效波	230
互联网金融投资者准入制度研究	涂晟 李敏	244
“零容忍”刑事政策的实施困境与完善路径		
——基于腐败犯罪治理的分析	刘强 潘菁琪	270

域外译评

新型民事死亡：对大量判罪时代的惩罚措施的再思考		
..... 加布里埃尔·杰·钦 林一青译		284
论证理论视野下的品性证据问题		
——读道格拉斯·沃尔顿《品性证据：一种设证法理论》 ...	胡学军	328

南大法学

我国证券法域外适用制度的构建	杨峰	340
编后语		361
《南昌大学法律评论》征稿启事		362

◆江西法治◆

委托第三方起草地方性法规的实践探索

——以南昌大学立法研究中心为例

肖 萍*

摘要:2015年修订的《立法法》第53条规定:“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。”其目的就是要通过第三方的专业性、独立性、中立性、公正性,把守立法质量的第一关,让法规起草者站在不偏不倚的立场之上,平衡好各方的利益诉求,避免地方主义和部门主义的倾向。南昌大学立法研究中心的发展历程以及参与地方法规草案起草的实践,是江西省探索第三方参与立法的真实图景,是第三方参与起草法规草案的感悟。

关键词:第三方;委托起草地方性法规草案;法治江西建设

为了提高地方立法质量,推进科学立法、民主立法,使立法起草工作更加规范化、科学化,十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(下称《决定》)提出,要“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,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。探索委托第三方起草法律法规草案”。2015年修订的《立法法》第53条规定:“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。”其目的就是要通过第三方的专业性、独立性、中立性、公正性,把守立法质量的第一关,让法规起草者站在不偏不倚的立场之上,平衡好各方的利益诉求,避免地方主义和部门主义的

* 南昌大学立法研究中心研究员,南昌大学法学院教授、博士生导师。

倾向。《决定》还明确提出“依法赋予设区的市地方立法权”，新修改的《立法法》也将过去 49 个较大的市享有的地方立法权扩大至全部 282 个设区市。可以预见，全国各地将会有大量关于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的地方性法规需要制定，而法规的制定毫无疑问离不开法规草案的起草。在此背景下，探索委托第三方起草法规案十分必要。本文结合南昌大学立法研究中心的发展历程以及参与地方法规案起草的实践，勾勒出当下江西省第三方参与立法的真实图景，进而提炼出第三方参与起草法规案的本土经验，以期今后的制度构建有所裨益。

一、中心的孕育与发展

江西省建立地方立法研究机构的设想萌生于 2004 年下半年。当时，江西省人大法工委先后赴湖北、甘肃等地参观、考察，学习兄弟省市地方立法的经验及具体做法。为了进一步促进江西民主法制建设，突出服务地方立法的特色，探索科研管理的新模式，时任省人大法工委副主任李锐、陈克林在当年 11 月召开的省立法研究会立法理论研讨会上，提出了建立地方立法研究机构的设想。时任省人大常委会副主任全文甫对此予以充分肯定。南昌大学获悉后，学校领导高度重视，并迅速组织力量认真研究，向省人大法工委提出了江西地方立法研究中心筹建方案。经省人大法工委与南昌大学反复酝酿、协商，决定由省人大法工委与南昌大学联合成立江西地方立法研究中心。该中心设于南昌大学内，为紧密型的研究实体，依托南昌大学法学院雄厚的科研力量，在省人大法工委与南昌大学的领导下开展工作，同时，吸收其他实际立法部门和高校有志于立法理论研究的专家、学者的广泛参与。2005 年 6 月 14 日，在南昌大学青山湖校区举行了江西地方立法研究中心成立大会。成立大会上，时任江西省人大常委会副主任全文甫同志在大会上作了重要讲话。他指出，要发挥好立法研究中心的作用，关键要实现“三个优化”：一是实现研究队伍的优化，二是实现研究课题的优化，三是实现研究平台的优化。他强调，当前要紧紧围绕地方立法存在的四个主要问题进行研究：一要研究如何把握选准立法项目这一首要环节，做到立法与江西改革开放稳定的大局相结合；二要研究如何注意权利和权力的协调性；三要研究如何力求不抵触与有特色的统一性；四要研究如何坚持立法的民主性。他勉励大家解放思想，实事求是，努力开拓，争取快出成果，多出高质量的成果，为推动江西省立法工作不断向前发展，更好地为江西经济社会和谐发展贡献力量。江西地方立法研究中心的成立，可谓是江西法学界的一件盛事，也是南昌大学学科建设和科研工作中的一件

大事。中心的成立,不仅为江西的立法理论研究及实践探索提供一个新的平台和一种新的合作研究机制,也为南昌大学的法学教育、法律实践提供了一个更为广阔的空间。这是南昌大学走出校门,加强与社会、与江西省人大常委会法工委合作的一个重要步骤,是法治江西建设的实践探索。

江西地方立法研究中心是江西省人大常委会法制工作委员会和南昌大学联合组建的学术机构(非社团组织)。其宗旨是实现立法理论与立法实践的充分结合,为地方立法提供理论支持和建议。任务是组织、开展地方立法研究,论证、受托起草地方法规草案,收集、整理、交流、汇编地方立法资料。目标是争取建立全国一流的地方立法资料库和有影响的地方立法研究机构。为了进一步拓宽立法研究的领域,创建江西省高校重点研究基地,2006年1月又成立了南昌大学立法研究中心。中心与江西地方立法研究中心合署办公(以下简称“中心”)。中心成立后,一是着手完善机构,成立了经济立法、行政立法、刑事立法、程序立法4个研究所及南昌大学立法研究中心学术委员会;二是建章立制,制定了《江西地方立法研究中心章程》《南昌大学立法研究中心学术委员会章程》等文件;三是聘请了有丰富立法理论和实践经验的研究员,成立大会上中心首批聘请了省人大、省政府、南昌大学、江西师范大学、江西财经大学等单位有较高立法理论水平和立法实践经验的常任研究员28名,聘请了具有丰富经验的立法工作者全文甫、魏小琴等为南昌大学兼职教授,聘请了韩军、周雍等为法律硕士专业学位硕士生导师。

2006年经江西省教育厅审批,南昌大学立法研究中心被正式确立为江西省第二批高校人文社科重点研究基地;2011年在全省高校人文社科重点研究基地竞优评估中荣获优秀单位称号;2012年被批准为江西省第二批高校人文社科二类重点研究基地。

围绕法治江西建设中的立法问题,中心开展了理论研究和咨询工作,立足于以理论研究成果推动立法实践,致力于我国立法特别是地方立法理论与实践的研究和探索,重点开展了地方立法前瞻性研究,取得了颇为丰硕的研究成果。并发挥了中心在法治江西建设中“思想库”“信息库”“人才库”的智库作用,为江西经济社会发展提供了立法理论支持。

二、实践探索

(一)探索委托第三方起草法规草案的意义

法规案的起草是指由有关机关、组织、人员将拟提交有权机关审议、表决的法的原型按一定的要求形诸文字的活动,其在整个立法活动中处于必不可

少的基础性环节,也是提高立法质量不可或缺的关键环节。立法是法治的一项高级专业活动,需要相应高水平的专业知识和专业技能,不单纯是行使立法权问题。在我国,人大自主起草、组织起草的法规数量较少,地方性法规草案主要是由政府有关部门起草,政府讨论研究后,再提请人大常委会审议通过。委托第三方起草地方性法规草案属于立法辅助工作¹,是科学立法的具体体现,也是提高立法质量的重要途径。

1.委托第三方起草法规案是避免部门利益法制化的需要。目前我国大部分立法起草的主体为政府及其工作部门,其他少有的受托起草的组织或个人也只不过是参与者或起草人而已,这在一定程度上难免受制于政府及其工作部门,没有相对的独立性,缺乏应有的公正和中立。实践中,由于大部分法规草案是由该法规的执行部门负责起草或者牵头起草,形成执法者主导法案起草的现状。这种“部门立法”也带来很多立法寻租的腐败问题。如这些部门的法规案,往往带有较强的部门利益倾向,而忽视法律关系当事人权利义务的平衡;同时,也限制了公众对立法的广泛参与以及人大在立法中主导作用的发挥。尽管法规草案要经人大常委会的数次审议和修改,但是由于这些草案的基本立场不够中立,往往夹杂着不正当的“私货”和没有法律依据的权力,不仅加大了审议难度,也使得草案定稿时无可避免地充斥着固化部门利益的烙印。“借法扩权”“借法逐利”成为一种通病。² 法律成为政府部门扩大职权和自身利益的手段。例如,2004年10月治安管理处罚法草案提交审议后,由于暴露出严重的警察权力约束不力、公民权利保护不足等倾向,社会舆论一片哗然,有偏激的网民甚至指责其为“恶法”。之所以引发如此强烈的不满,根本原因就在于,这样一部涉及公民人身权、财产权的重要法律,竟然是由公安部独掌起草大权,这就难免有意无意地“放纵”应该约束的权力、“忽略”应该保护的权益,甚至陷入“罚款法”“扩权法”的本能冲动。³ 由于第三方独立于立法机关、主管行政机关,以其相对超脱的姿态超越了不同监管部门的固有利益,因此,委托第三方起草地方性法规草案可以有效防止部门利益和地方保护主义法制化,从源头上提升立法质量。

2.委托第三方起草法规案有利于平衡各方利益,解决部门之间的争议。“有利则争、无利则推、不利则阻、他利则拖、分利则顶”是政府部门立法过程中

1 张峰振,论委托第三方起草法律草案制度[J],内蒙古社会科学(汉文版),2016(1):122.

2 王爱声,立法过程:制度选择的进路[M],中国人民大学出版社,2009:66.

3 阿计,法案起草,坚守民主公正的立法起跑线[J],楚天主人,2007(2).

普遍存在的问题。对于部门有争议的立法问题,委托给第三方解决,由第三方协调和反映各方不同的利益,更有利于立法公正。

3.委托第三方起草法规草案,不仅拓宽了法规起草途径,形成了良性竞争机制,突破了以往由立法机关和政府机关起草法规的既定模式,也有利于促进公民的有序参与。委托第三方起草法规案,可以充分调动社会资源参与立法,解决立法人力资源不足的问题。地方立法权扩容后最直接的现实问题是机构不健全、缺乏立法专业人员、缺少立法经验。委托第三方起草法规案在一定程度上可以解决立法机关人力不足等问题,特别是第三方中的专家学者参与起草,能够为立法带来多方位的视角,充分调动社会资源参与立法,增强立法的科学性,使立法机关可以将精力放在对立法的把关和审查上。

(二)中心起草法规案的实践考察

参与起草法规案对于中心而言早已有之。成立至今,南昌大学立法研究中心本着“服务地方、服务立法”的宗旨,先后 13 次接受委托起草法规案(参见表 1)。2015 年 7 月,在“江西地方立法研究中心工作会议暨地方人大委托第三方参与立法专家论证会”上,江西省人大法制委主任委员沈亚平对中心长期以来所开展的扎实有效的工作给予了高度肯定和充分认同。

表 1 南昌大学立法研究中心参与起草法规案一览表

序号	时间	委托方	委托事项
1	2006 年	江西省妇联	《江西省实施〈妇女权益保障法〉办法》
2	2006 年	南昌市人大常委会办公厅	《南昌市梅岭风景名胜区条例(草案)》及其说明
3	2006 年	江西省散装水泥办公室	《江西省促进发展预拌混凝土和散装水泥条例(草案)》及其说明
4	2007 年	江西省知识产权局	《江西省专利管理条例(草案)》及其说明(该条例 2009 年审议通过时更名为《江西省专利促进条例》)
5	2008 年	江西省环保厅	《江西省五河源头和鄱阳湖生态环境保护条例(草案)》及其说明(该条例 2012 年审议通过时更名为《鄱阳湖生态经济区环境保护条例》)
6	2012 年	江西省邮政管理局	《江西省邮政管理行政处罚裁量权执行标准》
7	2013 年	江西省科技厅	《江西省科技创新条例(草案)》及其释义
8	2013 年	江西省工信委	《江西省电子政务管理办法(草案)》及其说明

续表

序号	时间	委托方	委托事项
9	2014 年	江西省农业厅	《江西省农业环境保护条例(草案)》及其说明
10	2014 年	江西省人大法工委	《规范性文件备案审查问题研究》(作为《江西省规范性文件备案审查条例(草案)》的前期研究)
11	2015 年	江西省教育厅	《江西省学校学生人身伤害事故预防与处理条例(草案)》及其说明
12	2015 年	江西省气象局	《江西省气候资源开发、利用与保护条例(草案)》及其说明
13	2016 年	江西省人防办公室	《人民防空工程管理办法》立法前评估

1. 法规案涉及领域广泛

在法规类型上,中心接受委托的起草的法规案涉及领域比较全面,包括环境治理、未成年人保护、企业发展、社会服务等。这些领域也是涉及部门多、专业程度高、利益复杂的法规项目,其中涉及环境治理的法规草案是中心接受委托的主要领域。

2. 运作机制的初步形成

经过多次的实践探索,委托工作的运行机制已初步成型,包括委托工作启动的前中后完整的工作机制,并在探索中不断完善。

(1)组织架构。委托中心参与地方立法的主体主要是政府的各工作部门,在委托工作的准备过程中,双方会搭建基本的合作框架,委托方会事先确立委托工作的目标、原则、时限等,然后和中心签订委托协议。中心则会根据委托方的要求,选定相关专业人员组成工作团队,并制订相应的工作方案。以《江西省学校学生人身伤害事故预防与处理条例(草案)》(以下简称《条例(草案)》)的起草为例,在前期的洽谈磋商之后,2014 年 12 月,中心正式接受省教育厅委托,负责起草《条例(草案)》。接到委托后,中心即刻着手制订了《条例(草案)》起草工作计划,组建了由学者、专家、实务工作者组成的起草小组。针对时间紧、任务重的情况,起草小组确立了多方联动的调研方案,即随省人大法工委、省政府法制办、省教育厅和有关专家一同赴外地展开调研。这一方案不仅节约了总体立法时间,而且得到了更加全面的第一手数据资料。

(2)委托方全程参与起草过程。在不同的委托项目中,中心完成委托工作的方式不一,但总的来说,委托方在整个法规案的起草过程中,掌握着主导权。对于委托方来说,将法规草案的起草工作委托给中心不仅仅是作壁上观,等着

委托成果的提交,而是在完成工作的过程中有所参与,包括监督中心高质高效完成工作,提供必要的资料和支持以及组织相关利益方充分表达自己的利益诉求。

(3)成果运用。第三方完成的委托成果只是立法工作的参考,委托成果是否运用、如何运用由人大及委托方进行严格论证研讨,然后进入相应议程。委托工作是否真正有效在于起草的法规草案能否成功地转化为正式的法规文本并得以实施。中心受托起草法规草案的历次工作中,成果的验收与评估、转化与应用都经历了立法机关的严格审查,经过了江西省市人大常委会及专门委员会、立法咨询专家、社会组织专家以及有关部门的意见和建议,中心起草的法规草案往往是正式法规案的雏形。

三、思考

委托第三方起草法规案从最初的制度预想走向了现实,实践证明这种做法可以在一定程度上解决传统“部门起草—政府审查—人大审议”暴露出来的种种弊端。但是,与此同时,委托第三方参与立法的模式无论在理论上还是实践中都诱发了一些突出的问题,应引起我们的重视与思考。

(一)当前委托第三方起草法规案实践中存在的问题

中心受托起草法规案的实践,是十八届四中全会《决定》提出“探索委托第三方起草法律法规草案”的真实案例,同时也为立法机关健全社会各方有序参与立法的途径和方式注入了更多活力。虽然实践已经先行,但关于第三方起草法规案的立法却相对滞后。以江西省为例,仅2001年2月23日第九届江西省人民代表大会第四次会议通过的《江西省立法条例》第12条“省人民代表大会专门委员会提出的法规案或者常务委员会有关工作机构提出的立法建议,需要委托起草的,由常务委员会主任会议决定”作了原则性规定,及江西省人民政府法制办公室印发的赣府法办字〔2015〕41号《江西省地方性法规和省政府规章草案第三方评估办法》对委托第三方评估作了专门规定。由于法律、法规本身并没有对委托第三方起草地方性法规草案作出具体规定,故不仅委托数量少,而且形式多样,实践中并未很好地发挥第三方的作用。

通常而言,第三方起草法规草案,可以站在一个相对专业、公正的立场上考虑问题;而部门立法的优点是因其对特定领域的情况比较熟悉,有经验但在一定程度上难以超越部门利益的鸿沟。相比而言,第三方起草法规草案较部门立法可能具有一定优势。但第三方立法在实际运作上也存在不足,即其对

立法实际需求和职能履行方面不甚熟悉,立法调研所掌握的信息和对相关问题的理解又有一定的差距。具体存在以下问题:

1.委托第三方起草法规草案没有制度化、常态化和法律化。从我省委托第三方起草法规草案来看,谁委托、委托谁、委托的范围、委托成果的转化等尚未制度化、常态化和法律化。

2.缺乏有效的参与机制。第三方参与立法是因为其地位可以相对中立,但参与到立法中的第三方如何保持中立则缺乏有效的参与机制。第三方并不必然是客观中立的代名词,也不天然具有抗腐蚀性。如果不对第三方进行有效监督,其很可能被利益集团俘获,成为特定利益集团的代言人,立法的公正性和民主性无法保证。

3.第三方难接地气。作为高校或研究机构的第三方有较为深厚的理论基础和较为丰富的研究方法,其对起草法规草案有着自己的优势,但也很容易闭门造车,使草案脱离实际,甚至太过理想化或太超前,不具有可操作性。所以,我们在强调委托第三方起草可以调动社会资源参与立法解决人力资源缺乏这一问题的同时,立法机关也发出了第三方起草的法规草案在某种程度上是对立法资源的一种浪费的声音,因为他们会将不接地气的草案文本推倒重来。

4.受委托的第三方与委托方的关系无论从哪个方面都十分密切,经费、立法调研、征求意见会等,尤其是立法调研,第三方必须依赖委托单位才能进行充分的立法调研,而过分依赖的结果势必受委托单位的影响较大。从委托法律关系的角度来看,受托方也必须按委托方的意志行事,才符合委托法律关系的要求。

(二)进一步完善委托第三方起草法规草案的基本思路

法律是治国之重器,良法是善治之前提。一个相对独立的、没有利害关系的法规草案起草者是现代法治的必然要求。为了防止利害关系人在起草法规草案时,将自身的利益追求自觉或不自觉地融入文本,为了提高地方立法质量,推进科学立法、民主立法,明确一个法律意义上的起草主体是解决起草主体问题的重要制度,具有十分重要的意义。这个主体应该具有法律、法规赋予的职权,并以自己的名义起草法规并对草案负责。为了使地方立法起草工作更加规范化、科学化,明确立法起草主体确立的原则,规范起草主体的权利和义务,探索建立独立的地方立法起草机构,并使之法律化、制度化是必要的且迫在眉睫。

1.建立健全法规起草制度,具体可通过立法建立人大主导委托起草的机

制;建立立法咨询专家库和第三方资质审查制度及相关配套制度,如建立立法基地等;明确委托第三方起草法规案的适用范围;明确委托程序及其委托成果的转化及运用,使委托第三方起草法规草案制度规范化、制度化、常态化。

2.明确委托方与被委托方及其法律关系。(1)目前,我国委托起草地方性法规草案的委托方主要是各部门、政府法制办和人大常委会的专委会。部门的委托如上述原因,有时很难保证中立,故建议将委托主体确定为地方人大常委会和政府法制办,使委托与部门脱钩。这也是强化人大主导立法工作的重要方面,是发挥地方人大常委会在立法中的组织、引导、推动和协调作用的具体体现。(2)积极探索委托高校或科研机构等第三方作为起草地方性法规草案的起草主体,明确委托的程序,建立确立起草主体的原则,规定起草主体的权利和义务、起草的效力等问题。(3)当前,从我国地方立法实践来考量,也可以考虑成立专门的地方法案起草机构,并使该机构有相对的独立性。目前,我国没有专门承担起草法案工作的独立的中立机构,而在西方国家,以法案起草为主要职能的专门的法案起草机构普遍存在,并且相当活跃。如英国在19世纪中期就成立了法案起草室,由内阁的未来立法委员会直接领导,起草室有法案起草师32人,均为合格的律师,其主要职责就是按照立法规划的要求,将政府各部提交的相关政策草拟为法案。¹在瑞典,大部分法案的草拟是由内阁任命的各种调查委员会承担,这些委员会通常由执政党、反对党、有关利益集团代表、文职人员及无党派专家组成,以避免部门利益进入法案起草的过程。利用起草机构起草法案,不仅有利于消除部门起草中的本位主义、保护主义,使起草者处于一种超脱的地位,从全局利益出发以实现行政立法的价值和立法者的意图,而且能够克服政府部门起草法案质量不高、不够规范和内容不协调等问题,提高立法质量。

在我国,对于独立的地方立法起草机构的构建,²现阶段可考虑在省级人大和省级政府内成立专门的地方性法规或者政府规章法案起草机构。建立法案起草召集人制度。召集人为法案起草机构的全职人员,享受国家公务人员待遇。召集人负责依法遴选、召集、联络法案起草人员,负责关于法案起草会议等活动的组织和保障工作,以及负责保证起草机构运行的日常工作等。起草人员可实行专家名录制,将各领域中知识渊博、品德良好且具有丰富立法经验、相当的立法理论及实践和较高立法研究水准的专家、学者聘请为起草机构

¹ 曹海晶. 中外立法制度比较 [M]. 商务印书馆, 2004: 215.

² 肖萍等. 论地方立法起草主体法律规制的完善 [J]. 江西社会科学, 2013(12).

的专家成员。¹ 专家成员可实行专职或者兼职,具体可以吸取其他方面的实践经验,如仲裁员的选聘制度和程序,通过立法予以确定,形成完整的人员选聘制度。按照一定的规则,从专家名录中依照法定的程序、按照一定比例选择一定数额的成员组成起草小组,负责起草具体地方性法规或政府规章立法草案。

3.建立委托第三方起草法规案监督机制。部门起草容易出现部门利益法律化,如何防止受托方以部门代言人的身份帮助部门夹带“私货”,就必须有完善的监督程序、起草者的责任等相关制度。委托机关或者立法机关应当对第三方制作的委托第三方起草法规案实施方案进行评估,对违背方案的现象及时予以监督纠正,必要时可以终止委托或更换第三方主体,等等。

总之,委托第三方起草法规案尚处于起步探索阶段,需要我们不断总结经验、不断丰富内容、不断规范程序、不断完善机制,使其得到合理有序的推进。

¹ 王春业,论行政立法的中立化起草[J],淮北煤炭学院学报(哲学社会科学版),2008(3).

2015 年度江西省企业家犯罪报告

高少华* 杨 峰** 黄 悦***

前 言

一、报告宗旨

通过对我省 2015 年度已判决的企业家犯罪案例的统计分析,客观反映 2015 年度我省企业家犯罪的基本现状和特征,揭示我省企业及企业家生存的法律风险并提出基本的对策思路,为有效预防企业家犯罪、完善市场经济法律制度和促进政府相关部门科学决策提供参考和研究素材。

二、企业家的范围

企业家,是指企业内部具有决策权和重要执行权的高级管理人员。综合各类企业的实际情况,依据在企业中的职务和实际作用,本报告所统计的企业家范围包括 8 类人员:(1)董事长、总经理或法定代表人;(2)实际控制人、股东;(3)党群负责人;(4)董事;(5)监事;(6)财务负责人;(7)技术负责人;(8)销售及其他重要部门负责人。

企业家犯罪,是指企业家在经营管理过程中,其行为被认定为触犯刑法规定的情形。被认定为犯罪的行为,如果与企业经营管理活动无关,则不在本报告统计之列。

三、样本收集与数据处理

报告以“中国裁判文书网”公布的刑事案件判决书、裁定书为检索对象,选取 2015 年度我省范围内一审判决企业家犯罪案件作为报告的分析样本。本部分研究的基础和前提是案例的收集和整理,案源则主要通过中国裁判文

* 北京市盈科(南昌)律师事务所股权高级合伙人、主任律师。

** 南昌大学法学院教授,法学博士、博士后。

*** 南昌大学法学院副教授,法学博士、博士后。