

立法研究论文集

立法研究
YANJIU LUNWENJI



黑龙江省立法学研究会 编

1-53
3



中国民主法制出版社

立法研究论文集

黑龙江省立法学研究会 编

中国民主法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

立法研究论文集/黑龙江省立法学研究会编. —北京:
中国民主法制出版社, 2006
ISBN 7-80219-074-6

I. 立... II. 黑... III. 立法-研究-中国-文集
IV. D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 010969 号

书名/立法研究论文集

LIFAYANJIULUNWENJI

作者/黑龙江省立法学研究会 编

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号(100069)

电话/63292534 63057714(发行部) 63053367(总编室)

传真/63056975 63056983

<http://www.npc.gov.cn>

E-mail: MZFZ@263.net

经销/新华书店

开本/32 开 850 毫米×1168 毫米

印张/4.75 字数/123 千字

版本/2006 年 2 月第 1 版 2006 年 2 月第 1 次印刷

印刷/河北永清金鑫印刷有限公司

书号/ISBN 7-80219-074-6/D·964

定价/10.00 元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

立法研究论文集编辑委员会成员

顾问 于万岭
主任 刘海涛
副主任 赵福臣
委员 (按姓氏笔画为序)

于少先	于莉华	王群	王中位
王云奇	王建华	王振芳	车承军
叶胜军	刘乃军	纪少全	张国群
张树宽	张洪明	张瑞林	时鹏远
李彦	李华菊	李泽春	李维民
陈信	周振富	罗中睿	范垂庭
范洪才	郑洪德	姜玉库	郭红瑛
康建华	隋连友	黄锴	傅亚文
潘乃仓	潘晓黎	魏秉仁	

目 录

有的放矢地开展立法学研究工作(代序)·····	刘海涛(1)
地方立法现况简析及发展前瞻·····	王 群(5)
加强社会法方面的地方立法 促进全省社会 和谐稳定 ·····	武文斌(17)
论地方立法机关在贯彻行政许可法中两项特殊 职责的行使 ·····	王中位(21)
关于我省人大常委会立法中如何处理“刑事责任 条款”的建议·····	王 伟(27)
关于地方立法发展创新的思考 ·····	高 明 韩秀梅(34)
关于提高地方立法质量的思考 ·····	谭春莲(39)
关于民族自治地方依法行使立法变通权的 几点思考 ·····	刘忠勤(46)
关于自治条例和单行条例设定行政许可的思考 ·····	胡海峰(54)
关于民族自治地方立法与突出地方特色的探讨 ·····	高海戎(60)
民族地方立法工作中存在的问题及对策 ·····	胡 涛(65)
关于我国市场经济立法的研究 ·····	尚 瑞(71)
试析法律规则的逻辑结构 ·····	朱长德(81)
浅谈地方立法中的几个关系 ·····	陈 重(89)
论统一审议 ·····	李启祥(94)
医疗事故技术鉴定地方立法初探 ·····	马 雷(99)
社会信用法律制度立法研究·····	尚 瑞(106)

关于完善立法机关工作人员引进和培养

- 方式的初探…………… 韩国鑫(116)
- 关于我省地方政府规章审查工作的几点建议…………… 何明震(120)
- 我国袭警犯罪刑事立法刍议…………… 崔 鸣(123)
- 地方立法存在的问题初探…………… 邓立强 吕雁泽(134)
- 地方立法应当贯彻科学
发展观…………… 王 波 张洪明 王云奇(140)

有的放矢地开展立法学 研究工作(代序)

刘海涛

黑龙江省立法学研究会自 2003 年 11 月 21 日成立以来,经过全体会员的共同努力,已迈出了可喜的第一步。

两年来,研究会着眼于运用先进的立法理论指导立法研究工作,促进地方立法工作。经过全体会员的不懈努力和勤奋探索,立法学研究工作已经走上了制度化、规范化的轨道,并取得了令人欣慰的成效。一是壮大了立法研究队伍。截至目前,黑龙江省立法学研究会已由当初的六七十名会员发展到现在的一百四十余名会员。会员队伍结构也发生了明显变化,逐渐由立法工作者为主流的一元结构,转向由立法工作者与司法工作者、法学教育工作者和法学专家及学者共同组成的多元结构。二是取得了立法研究成果。会员们坚持理论联系实际的研究方法,使立法研究活动深深植根于立法实践的土壤,以立法实践营养、提升立法研究,以立法研究促进立法实践,达到了相互促进、互利双赢的良好效果。两年来,会员们先后撰写、发表以及被有关方面采用的各类立法文章和工作报告达 30 余篇。其中发表于《中国人大》、《法治》、《学术交流》等杂志和《人大新闻网》的有 20 余篇。尤其值得肯定的是省人大常委会法工委的会员,他们紧密结合立法工作实际,经过集体研究,共同编写出版了《地方立法技术手册》,受到了全国立法界的欢迎和好评;同时还致力于立法与执法的有机衔接,相继起草编写了草原条例、气象条例、供热条例等三部法规的立法释义。三是拓宽了立法研究视野。本会注重对外交流与沟通,特别是有效利用立

法调研和参加全国地方立法研讨会的有利契机,学习借鉴兄弟人大鲜活的立法经验,及时掌握立法理论动态,获取丰富的立法工作信息,为我们开展立法研究更新了观念、启发了思路、指引了方向,使我们的立法研究逐步走到了立法理论的前沿,体现出时代特色和创新精神。

今年上半年,本会向全体会员发出了召开 2005 年年会和征集研讨论文的通知。截至 9 月底,我们共征集有关立法学研究方面的论文 56 篇。我们确定了四个基本评定标准,即理论前沿性、科学实用性、时代创新性和工作指导性。经过认真筛选和评审,共评出优秀论文 19 篇。其中一等奖 4 篇,二等奖 9 篇,三等奖 6 篇。2005 年 10 月 18 日—20 日,立法学研究会年会与全省立法工作会议“捆绑”召开,省委、省人大、省政府有关领导在大会上为获奖会员颁发了证书。从宏观上看,这些论文有的针对地方立法工作存在的问题进行剖析并提出对策,有的对民族地方立法进行探讨,有的对市场经济立法、社会立法进行研究,有的对地方立法创新发展、地方立法机关贯彻行政许可法的问题进行思考;从微观上看,有的对社会信用立法、医疗事故鉴定立法、法律规则的逻辑结构等单一领域或纵深问题进行探讨。此外,还有探讨立法队伍建设和立法技术的。可以说,这些论文从不同视角、不同高度、不同层面,提出了各具见地的理论观点,对于推动地方立法工作具有一定的实际指导意义。

面对新形势下立法工作的实际需要,我们应当从以下五个方面入手,通过开展扎扎实实、有声有色的学术研究活动,努力把立法学研究工作提升到一个新水平。

一要围绕中心,服务大局,明确立法研究的目的性。要准确把握立法工作动向,始终围绕党和国家的中心工作,围绕改革、发展、稳定的大局,把实现好、维护好、发展好最广大人民群众的根本利益作为立法工作的根本出发点和归宿,把提高立法质量和立法水平作为立法研究的核心内容。在具体研究活动中,我们要注重发

挥理论研究的实用价值和服务功能,既着眼于国家立法体系建设的探索,更要着力于地方立法活动的研究,特别是要结合振兴东北老工业基地和加快构建和谐社会的实际,结合依法治省、科教兴省、人才强省战略的实施,结合建设节约型社会和发展循环经济的的要求,有的放矢地开展立法研究,为立法工作特别是地方立法工作,提供及时有效的立法技术服务和立法理论支持。

二是要与时俱进,高瞻远瞩,把握立法研究的时代性。紧紧跟住立法工作的运行节拍,准确把握立法工作的发展脉搏,敞开视野,启发思维,实践科学发展观,研究如何运用法律武器构建社会主义和谐社会。比如,我们不妨从贯彻落实全国人大常委会的《若干意见》及相关制度入手,在发挥代表作用提高立法水平上动脑筋、做文章,在完善立法制度保证立法质量上下功夫、搞研究。再比如,2005年9月15日在合肥市举行的第十一次全国地方立法研讨会,确定的主题是“贯彻行政许可法,提高地方立法质量”。我们从中了解到,行政许可法自2004年7月1日施行以来,涉及地方立法的问题和内容很多,可供我们研究探讨的学术空间十分广阔。除按照行政许可法对地方性法规进行清理的话题之外,诸如地方性法规设定行政许可权限的问题、关于地方性法规对行政许可的规定权问题、如何正确理解行政许可法关于临时性许可的设定问题、如何理解地方性法规不得设定应当由国家统一确定的资格资质的规定,以及如何对地方性法规设定的行政许可进行评价等问题,都值得我们去研究和探讨。

三要立足实际,发挥优势,增强立法研究的实用性。在立法机关工作的会员,具有得天独厚的岗位优势;不从事立法工作的会员,也会遇到法律适用问题,自然要涉及立法领域。我们要根据自身的工作环境、知识结构、业务专长和岗位特点找问题,尤其要找出困扰地方立法工作的难点和热点问题,作为立法研究的主攻方向,集中力量进行研究论证,提出有效解决问题的理论依据和科学对策。确使我们的立法研究成果源于立法实践,用于立法实践,既

有理论高度,更具实用价值,并通过促进学术成果的应用性转化,最大限度地实现立法学研究的科研效益和社会效益。

四要扩充规模,壮大力量,打造立法研究的群体性。具体而言,就是要构筑大队伍研究、大范围活动的网络化格局。为此,我们将敞开门扉、广纳会员,把那些热爱立法、关心立法以及对立法工作具有浓厚兴趣的个人或单位,吸收到会员队伍中来,以此增强“人气”,壮大立法研究的规模和实力。与此同时,我们要充分发挥广大会员的积极性、主动性和创造性,使他们始终保持关注立法的敬业态度和钻研立法的创新精神,逐步形成群体研究立法的良好态势。

五要丰富形式,创新载体,保持立法研究的灵活性。我们认同“各自为战”的研究方式,也倡导开展灵活多样的研究活动。比如召开立法论证会、专题座谈会、理论研讨会以及组织会员参加旁听立法审议、专项立法调研等活动,开阔工作视野,激发研究灵感,营造良好的立法研究氛围,通过丰富多彩的学术研究和成果交流活动,将立法学研究工作推向更高层次。

(本文系作者在黑龙江省立法学研究会
2005年年会上的讲话摘要)

地方立法现况简析及发展前瞻

王 群

一、地方立法发展的基本状况及其社会效果

据不完全统计,自1979年恢复和重建法制以来,到2005年6月底,全国有立法权的地方人大及其常委会共通过各类地方性法规、自治条例和单行条例近9000件。作为国家立法体制的重要组成部分,地方立法从无到有、从小到大,得到了空前广泛的发展。就黑龙江省而言,从1980年4月28日省五届人大常委会第三次会议审议通过第一部地方性法规《黑龙江省人民代表大会常务委员会同委员和人大代表的联系制度(试行稿)》开始,地方立法工作已经走过了25年的历程。截至2005年6月24日(省十届人大常委会第十五次会议结束),省人大及其常委会通过的现行有效的省本级地方性法规共有180件,具有法规性质的决议决定53件;两个较大市和一个民族自治县制定的现行有效的地方性法规、自治条例和单行条例共有97件(其中哈尔滨市56件、齐齐哈尔市31件、杜尔伯特蒙古族自治县10件)。地方立法内容覆盖了政治、经济、社会、文化等各个领域,立法总量已经达到330件,远远超过了全国人大及其常委会制定的现行有效的法律数量(截至2005年3月14日第十届全国人大第三次会议闭幕,现行有效的法律共215件,其中,1978年以前制定的10件,1979年以来制定的205件)。

从地方立法发展的进程和特点来看,黑龙江省地方立法工作大致经过了三个时期。第一是起步探索期(时间是1980年—1993年)。这一时期的基本特征是先易后难、急用先立、及时补充、不断

完善,通过不断探索和总结,使地方立法工作得到了初步发展,并逐步走上规范化和制度化轨道,为地方立法的迅速发展打下了基础。第二是快速发展期(时间是1993年—2000年)。1993年3月,全国人大通过宪法修正案,将“国家加强经济立法,完善宏观调控”写入了根本大法。由此开始,黑龙江省地方立法进入了一个新的发展阶段。主要有四个特点:一是立法的计划性明显增强,先后制定了立法规划和年度立法计划;二是立法速度明显加快,8年制定地方性法规125件,年均15.6件,月均1.3件;三是经济立法成为地方立法的主干,约占该时期立法总数的70%;四是地方立法涉及的领域不断拓宽,无法可依的问题基本得到解决。第三是规范提高期(时间是2000年—2005年)。以2000年立法法的颁布实施为标志,黑龙江省地方立法步入了新的规范化轨道,相继出台了《黑龙江省人民代表大会及其常务委员会立法条例》和《黑龙江省人民代表大会及其常务委员会立法技术规程》,在不断完善地方立法工作程序和运行机制的基础上,把全面提高立法质量作为地方立法工作的重心。

经过长期探索和实践,黑龙江省地方立法工作积累了丰富的宝贵经验,并且呈现出良好的发展态势。一是地方立法工作得到了普遍重视。随着依法治国方略的实施和民主法制建设进程的加快,地方立法工作得到了各个方面尤其是同级党委的高度重视。在近十年里,每届人大常委会都召开一次全省规模的立法工作会议,进行系统回顾、全面总结和研讨交流。无论五年立法规划和年度立法计划,还是法规草案,都要在广泛征求各方面意见和建议的基础上形成;对于立法规划和重要的法规案,地方立法机关还主动征求同级党委意见,及时获得审批。二是地方立法工作积累了丰富的实践经验。一方面,特别注重立法质量的提高,按照立法法的规定,确立了“实践需要、条件成熟、特色鲜明、重点突出、切实管用”的地方立法原则,进一步突出了立法的针对性、可行性和地方特色;另一方面,围绕立法法的贯彻实施,建立了负责统一审议的

法制委员会,健全了常委会立法工作机构,充实了人员,制定了立法条例,并建立了一整套规范立法工作程序的规章制度,为地方立法工作的有序开展奠定了坚实基础。三是地方立法的积极作用得到了有效发挥。随着地方立法的迅速发展,相继出台了一大批地方性法规、自治条例和单行条例,既有细化上位法的补充性立法,也有富具特色的创制性立法,基本适应了地方经济建设和社会发展的法制需求,解决了无法可依的问题。地方立法的保障、促进、调整 and 平衡作用,已经日益显现出来,有力地推动了地方经济发展与繁荣,促进了社会稳定与进步。

二、地方立法存在的主要问题及原因

在短短 25 年时间里,地方立法发展的速度之快、领域之广、规模之大,不能不说是一个令人拍案称赞的奇迹。然而,地方立法在获得大发展、快发展的同时,也暴露出许多发人深思的问题。

其一,法规立项缺乏必要的科学论证,立项的随意性冲击着立法的计划性和严肃性。虽然每年都有立法计划,但计划的形成,往往是泛泛地征求有关方面的意见,在立法项目的筛选和确定过程中,一般没有经过系统的科学论证,带有较大随意性;有时对于立法计划的执行和变更也有失严肃性,因而制约着立法质量的提高。法规立项的随意性具体表现在:一是仅凭感觉或者经验立项。立法者借助以往的经验,感到某个方面反映出来的问题需要通过立法调整解决,因而在未对立法权限、法规主要内容的合法性和可行性进行深入研究的情况下,确定立法项目。这种跟着感觉走的立项方式往往导致立法工作的盲目性。二是仅凭长官意志立项。根据个别领导人的“建议”,在未进行深入论证的情况下制定或者修改法规。这种立项方式实际上没有处理好尊重权威与尊重科学的关系。三是仅凭必要性立项。有时只根据某些问题的立法必要性决定立项,却忽视了立法时机和立法条件。四是仅凭积极性立项。面对若干立法建议项目,往往优先选择那些立法积极性和工作主

动性比较高的单位提出的立法建议项目,而对其立法必要性和可行性以及立法积极性背后的动机缺乏深层次分析。

由于立项论证不规范、不科学,导致有的法规出台后社会反响甚微,显得可有可无;而有些重要的、急需的法规却没有列入立法计划;有的立法项目在正式起草或审议过程中半途而废;有的立法项目走到进退两难的地步,为完成年度立法任务不得不“带病”通过;有的法规明显缺乏可行性,成了标语口号式的宣传品;有的法规仅仅成为地区争先创优的敲门砖或者部门巩固和扩大职权的工具。

其二,在以行政部门为主要立法起草主体的背景下,立法机关的职能作用未能充分发挥,致使部门利益倾向难以得到有效控制。在地方立法工作中,不仅绝大多数法规立项由政府提出,而且法规案的起草任务也多由政府相关部门来完成。立法起草主体的行政化和一元化是导致部门利益法制化的直接原因。从立法机关方面分析,一是可以缓解立法工作力量不足的状态,便于把主要精力集中在立法审议和技术把关上;二是可以解决立法经费不足的压力,减少和分散立法成本;三是现有立法人员的综合素质和专业知识结构不尽人意,难以承担繁重的、专业性较强的立法任务。结果是受人力、物力和能力所限,立法机关自己提议立项、自己起草出台的法规却寥寥无几。行政机关担当立法主力,一方面本身具有实力作保证,既有强大的专业力量优势,又有强有力的经费保障;另一方面,可以先入为主,充分体现部门的意志和利益,通过立法为本部门巩固和扩充权力,并捞取权力背后的利益;而对于应尽的社会责任,则可以通过立法途径尽量加以回避和淡化。这一现象导致立法机关和行政机关的法定职能极不相称,同时也为后续立法调研、论证、修改、审议等工作埋下了障碍,使得相当一部分地方性法规存在先天不足的问题,在“胎”里就打上了部门的烙印和色彩,但立法机关在审议把关时,往往碍于情面或迫于无奈,对防止部门利益很难痛下决心,立法部门化和部门利益法制化由此得以形成

和膨胀。

其三,立法工作业已形成惯势,改革创新力度不大。主要表现在:一是地方化程度较低,真正体现本地特色的立法不多。一些立法特别是补充性立法,脱离省情实际,为追求体例完整、结构完美,提倡大而全、小而全,大量移植、照搬上位法,不少立法弹性条款随处可见,可操作性差;有的充斥着“政治口号”,使理应由法律术语构成的法律规范,却成了“政策宣言”或“宣传大纲”;设有罚则的法规,一般都在相应的章节中千篇一律地设定刑事责任条款。这种政策性立法和重复性立法,不仅浪费了立法资源,也损害了立法的权威性和严肃性。二是民主化程度较低,没有真正形成少数服从多数的立法氛围。立法的话语权主要集中在少数常委会组成人员当中,而非常委的人大代表和公众参与立法活动尚处于起步和尝试阶段,一般不行使发言权,即使发言也很难得到重视和采纳;对于常委会组成人员在审议法规案中的不同意见和建议,也没有完全采取民主的态度和方法加以处理。三是公开化程度较低,地方立法的透明度急需进一步扩大。制定立法规划、计划和起草重要的法规草案,向公众征求意见和建议仍旧沿袭传统形式;立法调研往往偏重于借鉴外省经验,却远离基层和群众,以致很难准确把握地方立法急需和立法条件;立法听证和立法论证尚处于尝试阶段,没有真正形成制度化、经常化。

其四,立法监督缺位,立法冲突不可避免,影响了法制统一。在立法实践中,法规闯进法律“禁区”、规章替代法规“发言”的立法怪状屡屡发生。地方立法空间恣意扩展,存在着染指国家专属立法权的现象。地方立法规划和计划缺乏全局性的统筹考虑,按照立法法规定的审查权,省级立法机关对下级立法机关报请批准的法规,只能就合法性进行审查,而对其合理性不能进行审查,一省之内存在重复立法和交叉立法的可能性无法避免。最高立法机关对下级立法机关报送备案的行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例,是否违背上位法,没能很好地行使审查监督功能;而省级

立法机关对于报送备案的政府规章,基本也是备而不查,规章是否违背国家法律、行政法规和地方性法规,无法得知,只好放任自流,等到执法中出现立法冲突时再头痛医头、脚痛医脚。立法与执法存在脱节,不仅每年执法检查的法规数量有限,而且着力点基本定位在执法问题上,没有把眼界放在立法质量和立法效益上。由于缺乏立法监督,必然导致立法冲突,引发“立法官司”,而立法冲突又必然引起执法“打架”和相应的纠纷。

其五,立法力量不能满足实际需要,有关立法制度执行不力,制约着立法工作的开展。立法力量包括两部分,一部分是具有立法审议职能的人员,即人大代表和人大常委会组成人员;另一部分是参与立法服务的工作人员。这两支力量的强弱都事关立法质量和立法效果,但真正决定法规质量和命运的是人大代表和人大常委会组成人员的能力和素质,而这支队伍与立法工作的实际需要之间还有一定距离。特别是有立法权的市、县人大,明显存在着立法力量不足和人员专业素质不高等问题。此外,虽然立法法和立法条例规定了一系列立法工作制度,但在实际操作中,各专门委员会的职能作用发挥得不够充分,相互间衔接不紧,配合不利,效率不高。从内部看,有关专门委员会过于依赖统一审议,对于法规案的一审往往流于形式,疏于把关,而在二审或三审环节又会提出很多意见,甚至包括在一审环节就应当解决的立法必要性问题。统一审议环节则不仅要应对和解决审议时间不足、审议质量不高等问题,还要进行大量的立法协调工作。按照规定,常委会主任会议主要解决有关立法的事务性和程序性问题,却有时代行常委会职权,研究法规案的实质内容问题。从外部看,一是立法机关的有关专门委员会和工作机构与政府法制部门沟通协调不够,工作节奏缓慢,影响了正常立法审议,却又缺乏必要的制约机制。二是有立法权的下级立法机关各行其是,一般不上报立法规划和立法计划,以致缺乏地方立法的全局统筹性和运转协调性。

其六,立法数量与立法质量的矛盾日益突出,成为地方立法工作无法回避的一道难题。在起步探索期和快速发展期,“有法比没法好”成了全社会最迫切的呼唤。快立法、多立法成为一种必然选择,但立法的速成性往往与立法的低质性有着天然的联系。长期以来,出于对立法数量的全力追求,同时为了给社会改革留下空间,“宜粗不宜细”被奉为基本立法原则,立法的社会需求、立法的轻重缓急、立法条件的成熟程度、立法质量的有效监控等重要因素却没有得到足够重视,直接导致了一些立法的低质化。很显然,地方立法的主要焦点已不是数量问题,而是质量问题。防滥求精、提高立法质量已经成为加强立法工作的首要任务。当前,地方立法正处于立法膨胀期向立法紧缩期过渡的阶段,一系列问题日益显现出来:数量如此庞大的立法,是否都达到了高质量的标准?有多少良法?有多少劣法?现行有效的地方性法规是否都真正发挥了效用?发挥了多大的效用?诸如此类的深层次问题,无疑是未来地方立法工作的思考重点,亟待探讨和解决。

三、地方立法的发展趋势

地方立法在获得大发展、快发展的同时,也显露出许多发人深思的问题。为此,一些立法界人士对于地方立法的未来发展趋势及发展空间等问题,不时提出疑问和设想。

笔者认为,自2005年年初开始,具体以十届全国人大第三次会议召开为标志,地方立法开始步入了第四个发展时期——科学发展期。随之要求,地方立法必须把握新的发展方向,提出新的改革举措,以实现新的立法目标。

(一)立法观念应由单纯突出地方特色的实用化向全面协调发展的科学化转变。地方立法的科学发展时期是一个长期的发展过程,这一时期,地方立法观念将会发生明显的更新和转变。地方立法不再把追求立法数量的无限扩张作为工作的着力点,而是坚持以科学发展观为统领,以建立和完善中国特色社会主义法律体系为目标,以提高立法质量为核心,以立法为民为宗旨,以清理整合