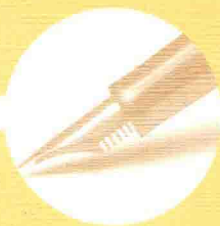


地方立法 十三讲

陈公雨◎著

DI FANG LI FA SHI SAN JIANG

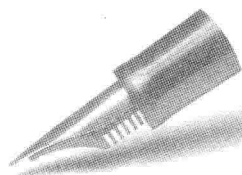


中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

地方立法 十三讲

陈公雨◎著

DI FANG LI FA SHI SAN JIANG



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

地方立法十三讲 / 陈公雨著. —北京: 中国法制出版社,
2015.4

ISBN 978-7-5093-6079-8

I. ①地… II. ①陈… III. ①地方法规—立法—研究—中
国 IV. ①D927

中国版本图书馆CIP数据核字 (2015) 第029538号

责任编辑: 谢 雯 (xiewen629@163.com)

封面设计: 李 宁

地方立法十三讲

DIFANG LIFA 13 JIANG

著者 / 陈公雨

经销 / 新华书店

印刷 / 河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本 / 880 × 1230毫米 32

印张 / 9.75 字数 / 208千

版次 / 2015年4月第1版

2015年4月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5093-6079-8

定价: 32.00元

值班电话: 010-66026508

北京西单横二条2号 邮政编码100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-66010493

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

序

法治，是治国理政的基本方式。党的十五大提出了依法治国方略，第九届全国人大二次会议将其载入宪法。十七年后，党的第十八届四中全会作出了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，规划了依法治国的路线图，吹响了建设社会主义法治国家的进军号，开启了法治中国新时代。该《决定》对科学立法、严格执法、公正司法、全民守法进行了深入论述和部署，提出实现立法和改革决策相衔接，做到重大改革于法有据、立法主动适应改革和经济社会发展需要，应当说，立法对全面推进依法治国意义重大。

当前，我国正处在全面建设小康社会的关键时期，实现“两个一百年”的奋斗目标和全面深化改革，都需要发挥立法的引领、推动和保障作用。而按照十八届四中全会扩大地方立法权的要求，修改后的《立法法》，将省级和较大的市才享有的地方立法权扩大至全国 282 个设区的市，地方立法发挥作用的空间越来越大。

目前，关于地方立法研究的文章不少，在地方立法的研究上也迈出了不小的步伐，但综合来看，理论与实践相结合，具有影响力的专著还很少，还缺少系统完整论述地方立法的著作，因此，《地

方立法十三讲》出版更加难能可贵。本书的作者，我们早已相识，在工作中接触着实不少。公雨同志曾长期在基层工作，2000年通过公开考选到山东省政府法制办工作，先后担任副主任、巡视员，一直分管地方立法工作，既有丰富的基层工作经验，又在立法岗位浸淫十多载，已经成为地方立法的行家里手。这本书是公雨同志对十几年立法工作实践经验进行的理性思考，形成的独到见解。

通篇看完，这本书给人很多启发，也会引起我们很多的思考，让我们对立法、执法、守法有了更深刻的认识。本书顺着立法的脉络，对地方立法各环节及相关的方方面面进行了剖析，不仅有理论阐述，还有多个实践例证，既回答了立法实践中的一些问题和困惑，也提出了许多新思想、新观点。对从事地方立法工作的同志们具有重要的参考价值。

我们国家幅员辽阔，情况复杂，地方立法的作用不可替代。我希望《地方立法十三讲》的出版，能够对地方权力机关、行政机关的立法工作者和社会各界人士了解地方立法、推进法治建设提供有益的帮助，更希望有助于提高地方立法工作者的立法水平，提高行政执法人员的执法水平，使全社会都来关心法治、实践法治、推动法治，为全面推进依法治国、建设中国特色社会主义社会主义法治国家做出新的贡献！



2015年3月

几句开场白

我本是农家子弟、基层干部，曾在生产队、大队、公社、乡镇、县委、县政府和市直部门任过职。没有学过法，也只是一小段从事法制工作的经历。但造化弄人，新世纪之初，命运之神偏把我这个外行从江湖之滨拉到庙堂之上，为“天下”立规矩，任山东省政府法制办公室副主任，不久就分管立法。

“法者，社会之公器也。”“公器”即公共产品，既然是产品，就要有制作它的“作坊”或“车间”。于是，我就在这个“作坊”里，当了个“小炉匠”、“大工头”，边干边学、边学边卖、边制器边悟道，一干就是十几年。在同仁的鼎力支持及配合下，经手制定了78部地方性法规，89件省政府规章（不包括废止的），还有许多规范性文件。

立法者，为社会立规矩、划绳墨也，故务求公正。政府部门起草，必带门户痕迹，何况还有捎带己利者。立法工作者要秉持公义，悉心指导，定向把关。稍有偏颇，就会助长权力的傲慢，带来权利的可怜。

欣逢改革时代，立法者当勇立潮头，除旧维新，与时俱进，引领改革。若见识迟缓，固化现成藩篱，就会阻碍改革、桎梏发展，成为历史的反动。

国门开启，不断扩大，环球欲同此凉热，游戏规则逐渐趋同。地方立法应顺应潮流，主动接轨。不入流难当头，不守约则被斥于圈外，不只影响营商环境，且会偏离人类文明进步之大道。

人道“悲愤出诗人，对抗生法律”，此言不谬。部门会签，进退攻守、各执己端，偶有犯边侵境，还会出现“不义之战”，竟致进程中断。法制机构不仅要依规斡旋，还要纵横捭阖，折冲樽俎，使各方妥协、退让，最终划定“楚河汉界”。

民主立法，世界潮流。百姓参与，诉求多元，市井百态，众口难调。既不能就少数，也不能任多数，如何求得各方的最大公约数、最小公倍数，实属不易，何况还要照顾弱者，彰显公道仁心。

政府改革，不但要推行善治，而且要降低行政成本，提高效率 and 效益，此亦大势所趋。故而立规创制需不断汲取最新理念，体现前沿成果。

制作步步深入，修改“如切如磋”，加工“如琢如磨”。呕心沥血，只为一部真善美的作品。

器物初成，还要争取领导，游说议员（人大常委）。若宣传不力，说理不透，则会前功尽弃。

一件好产品要历经七七四十九关、九九八十一天，方能出炉，真可谓“字字看来都是血，十年辛苦不寻常！”（脂评本红楼梦）

立法工作者需具五能：一曰公正，二曰仁心，三曰创新，四曰善协调，五曰功底厚。五者缺一不可！缺公正仁心，则易附会强势；不创新即守旧必落后；协调力不够则难成共识；知识功底差，则无法指导把关。

人谓搞立法是苦差，是跳入“苦海”。此虽实情，但也苦中有乐，苦中有道。因为这是为社会、为人民做的大事，“我们得到的不是一点点自私而可怜的欢乐，我们的幸福属于千万人，我们的事业并不显赫一时，但它将永远存在。面对我们的骨灰，人们会洒下崇高的热泪”。（马克思）

十年奋而忘忧，“不知老之将至”。我行将退休，想把十几年来的经验教训、成功遗憾、喜悦辛酸，用漫谈的方式、讲故事的语言，按立法的顺序，分阶段写出来。为了不就事论事，除了进行必要的法理阐释外，还用西方经济学科斯定理，分析了地方立法降低社会交易费用的机理。这是我的一点创意。

这本小册子，不仅是对立法工作做一个小结，也是对我这段工作及生命历程的一个交代，或许对年轻的同行有所启发。即：

入行弘道十数年，
捉笔操刀百多篇。
欲与同行话立废，
夜雨秋灯娓娓谈。

既是讲故事，就当分段来，共作十三讲，下面一一道来。

山东省人民政府法制办公室巡视员

陳公雨

我为致仕划句号

(自序)

如前边开场白所言，我写《地方立法十三讲》的本意是印成小册子，发给全省搞地方立法的同事，尤其是刚入行的年轻同事作参考。小书印出后，先发了百十本，反响还不错，办领导想等开全省会议时正式发。期间借法制监督处官钊、孙丽两位处长进京去国务院法制办请示工作之机，给几位老领导、老朋友捎去几本。

金秋十月，在我国法制史上具有里程碑意义的十八届四中全会召开了。我对照全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称《决定》），审视那本小书，发现全会提出的新要求，在小书中均有体现，不由暗自窃喜，认为我的心血总算没白费，这本小书是为我退休划得最好的句号。

就在我自我陶醉之时，2014年10月31日突然接到老领导江凌司长（已任中国法制出版社社长）的电话，他说，你的小书我读了一遍，还不错，完全符合四中全会精神，我们准备出

版。但你写得太简单了，必须扩到十几万到二十万字。我说，江司长，感谢你的好意，但我明年就退休了，不想再费那个力气了。他说，越是要退休，越应该写，退休之前把自己的工作和这段经历认真总结一下，写出来，不光对自己很有意义，对社会也算做点贡献吧。他的话打动了。我说，那就试试吧，不过20万字完不成，没那么多东西写。

不久，江社长又让编辑谢雯老师和我联系，她也热情地鼓励我写。当我说20万字怕完不成时，她说，你不要把字数看得那么重，能写多少是多少，只要对读者有启发就可以，但时间要抓紧，最好年底前交稿。至此我终于下定决心，把退休的句号重新划一下，划得更圆一些。

刚要动手，省委抽我参加十八届四中全会精神宣讲团，到全省各地市去宣传全会精神，一去就是两周。不过这也加深了我对四中全会的理解。回来后，除了分管的工作和必须参加的会议外，便集中精力对小书进行修改、扩写。

一是用十八届四中全会精神对其进行改造。在保持原顺序基本不变的基础上，新增了第七讲，当前的立法重点，第十一讲架起立法和实施之间的桥梁。在第四讲中提出了“大背景、大法治”的形势对地方立法提出的新要求。在第十二讲中增加了积极争取党的领导的内容。通过改造，由原来的十二讲改为十三讲，由四万多字增加到十二万多字。

二是增加了一些案例和理论分析。立法的案例多是静态的，不像执法司法的案例有情节，很生动，所以不能多加，多了就

会形成堆砌，必须少而准，让其为观点服务。加理论也不是无的放矢，而是坚持要么用以阐释实际，要么用以把经验归纳上升，做到案例支撑观点，理论说明实际、升华经验，二者互相促进，贴切自然。

三是增加了十来篇文章。为了突出主要观点，也为了叙述流畅自然，对讲到的法规、事例不便于展开，细讲其内容，那样就像在涓涓前行的小溪中突然放进一块大石头，造成水流停滞或改道一样，影响论述的自然流向，因此只能讲其大概，其细节由后边的文章来弥补。比如，在第六讲中讲到“立法在调整利益时，要坚持帕累托最优原则，即有人受益，其他人也相应受益，至少是不受损”。对帕累托最优原则，只能讲到这里，而要了解其原理则要看附在该讲之后的《帕累托最优与地方立法》一文。

这些文章是我在法规、规章刚出台时写的解读和评论，多数发表在省及国家媒体上，受到了执法部门和广大群众的好评。这次附上，对了解书中论及的法规、事件和观点的背景、原理及作者的心路历程是不无益处的。

经过改写，该书出现了以下变化：

一、由立法扩展到了行政体制改革、行政程序、行政决策、行政执法、行政复议、权力监督等整个法治政府建设

这个变化是由新形势决定的。什么新形势？我在第四讲中概括为大背景、大法治。大背景就是四中全会《决定》指出的“全面建成小康社会进入决定性阶段，改革进入攻坚期和深水

区，实现我国和平发展的战略目标，必须更好发挥法治的引领和规范作用。”“全面建成小康社会、实现中华民族伟大复兴的中国梦，全面深化改革、完善和发展中国特色社会主义制度，提高党的执政能力和执政水平，必须全面推进依法治国。”

所谓大法治，就是全面建设，而不是单项推进，是五个体系建设、三个共同推进（依法治国、执政、行政）、三个一体建设（法治国家、政府、社会）、四个重点环节（立法、执法、司法、守法）。

在大背景、大法治的形势下，就不能就立法写立法了，而应在大背景大法治之下去谈论地方立法了。

第一，立法要引领推动改革。这就是第七讲的内容，通过制定“四张清单一个平台”的行政组织法规，推动政府改革；通过制定《山东省行政程序规定》规范政府决策行为；通过制定行政监督、行政复议方面的条例，规范行政执法，加强权力监督；通过修订《山东省社团登记条例》、制定《政府向社会力量购买服务实施办法》、修改《山东省村民委员会选举条例》等法规，发展社会组织，促进社会自律、基层自治、政府购买服务，厘清政府和社会的界线。

第二，要架起立法和实施之间的桥梁，改变原来二者脱节的状态。一方面发挥立法的龙头作用，引领指导实施；另一方面通过实施检验立法又修正发展立法。既克服立法脱离实际，难操作、无实效的现象，又克服良法劣运行，在执法中变样，无法对法规做出正确评价的情况。要求立法者要深入到执法、复议、诉讼和

老百姓中去，听取评价意见，听取改、废要求，制定立、改、废计划，制定立法解释。使立法和实施良性互动、循环上升，实现良法并得以实施的善治社会。这是第十一讲的内容。

第三，对立法自身提出了很高的要求这就是“科学立法、民主立法，以提高质量为核心”。在第四讲中，我提出，“要在 大背景、大法治之下，审视地方立法，实现指导思想的八个转变，最根本的是由法制向法治转变。使地方立法达到必要性、合法性、民主性、科学性、开放性和可行性的良法标准。”并对它们分别用立项、起草、协调、审议等专章进行了论述。

二、增强了理论分析

1. 引入了西方经济学的波斯纳、科斯定理，对立法进行成本效益分析。如在谈到地方立法作用时，一般的意见是三个（执行性、职权性、试验性立法），而我则加了一个即第四个作用，降低社会交易费用。并以综合执法、政务大厅为例，论证了地方立法降低社会交易费用的作用。又从“行政许可失败论”，“产能过剩，哪一个项目不是政府许可的？”等反方面论述了政府调控资源的成本已远高于市场和社会，必须简政放权。把能否降低交易费用应用到立法选项中，经预评估，凡成本大于收益的草案，一律不得立项。

2. 用民法学中的民事法律行为理论、公私法理论和罗豪才的软法理论分析了地方立法的作用，认为在不损害公益的前提下，坚持约定大于法定和私法自治原则，凡通过其他社会规范能调节的事情就不要立法，防止法多扰民，并把它作为选项立

项的四个条件之一。

3. 用产权理论分析了行政征收征用行为，指出农民的土地承包经营权、宅基地使用权等用益物权，在其定限的领域内，效力优先于所有权，权利人无须取得所有权人的同意，可径行支配该物、行使权利。行政征收方和村委会、村集体经济组织谈判，达成协议，只能征收所有权，而定限物权依然存在。只有同时和村民谈判，达成征收协议，用益物权才能灭失。征收补偿除依法依规外，还要参照西方“生活秩序再造原则”。老百姓对征收决定和补偿不服的可依法提起行政诉讼。

4. 运用权利（力）义务（责任）理论分析立法，指出设定权利要根据国家的保护能力，不是越多越好，政府当前无力保护的先不要设，放给社会去调整；既要鼓励维权，又要防止权利滥用，尤其是“多数人暴政”。主张对滥用权力者设定法律责任；对政府要设定失信责任，突出赔偿责任。

5. 用开放的理论，分析了国际共运史上，不注重开放，不了解西方立法反垄断的情况，从而导致重大判断和决策失误的教训，提出地方立法要符合有关国际游戏规则和惯例，要建立开放审查机制。

6. 提出要用唯物史观存在决定意识、基本矛盾推动社会发展、人民创造历史的观点去指导地方立法。

三、突出了个人思考

书稿在贯彻四中全会精神时，并没有唯书、唯上、唯舆论，而是对一些问题提出了个人观点。

1. 对“部门利益”进行了分析，认为由主管部门起草草案、组织调研，有其合理性，这就是说行话、中要害、成本低，符合西方经济学的“便宜原则”。但也指出了其存在的问题和制约措施，认为这种做法只能逐步改变。

2. 对时下炒得很热的“立法先行”谈了自己的见解，提出要把立法先行放到《决定》的原文中去理解，批评那种以预立式立法推动改革的观点，认为其不符合唯物论的认识论和立法规律。提出地方立法要坚持：一是改革先改法；二是改革先立法，国家无法的地方先立，国家有法的在不与其立法精神和禁止性规范相悖的情况下，地方先行立法；三是对改革成果要及时跟进，立法巩固。

3. 指出对争议较大的“不抵触”原则要正确理解。坚持这一原则要克服“没有依据不能写，有了依据不必写”的无所作为的观点，做到：一是不与国家法律的法律原则相抵触；二是不与大法的禁止性规范相冲突；三是当裁判者面对大法和地方立法两个依据时怎么判断？要坚持“价值选择”原则，即哪个保护权利多、限制权力多就选择哪个。

4. 为“立法游说”正名。指出，不要把它和西方的立法腐败联系在一起，只要承认我国已是一个多元化的社会，已出现了不同的利益阶层和集团，就应承认各利益集团通过各种平台表达诉求，进行博弈，影响立法的正当性。不但不应抵制，反而应当立法引导规范之，这是民主立法的重要内容和渠道。

5. 在一片简政放权声中，提出要充分授权，有些部门要授予

其强制执行权。如地矿产部门，没有查封、扣押权，他们就无法制止违法探矿、违法占地搞建设的行为，申请法院，一是来不及，二是顾不过来。导致这两类案件的封闭、拆除率不到 15%。

6. 提出了严格执法，依法改造国民性的命题。在第十一讲“二、坚持公正、规范执法”中指出：“这个命题最早由鲁迅提出，到今天，阿 Q 的影子还经常出现。”孔夫子所强调的那种“道之以德，齐之以礼，有耻且格”的教化方式已苍白无力，新的教化体系还没建立起来，时下最有效、最直接的改造方式莫过于严格执法。要像严禁酒驾、重者入刑那样，通过严格执法，沿着先行为后习惯，由习惯到思想，由外在达内心的路径，提高国民素质。

7. 把程序正义论上升到哲学层面。在第七讲加快行政程序立法中指出，“天地者，万物之逆旅也，光阴者，百代之过客也”（李白），而程序就是一种时空观，是万事万物的存在形式，了解事物存在的时空状况就是世界观，按它所固有的时空位置、顺序去解决问题就是方法论。以《山东省征地管理办法》为例，批评了程序工具论，讲述了程序的独立价值。

四、增加了事例和故事，提高了生动性和可谈性

在原来语言风格的基础上，又加大了对故事的描述或增加了新故事，尤其是我自己几十年工作失误的故事。如用我当公社书记时在引黄工程中盲目决策，造成重大失误，悔恨得以头撞墙的故事来说明科学决策的重要性；用以执行税法为名，行调虎离山、剥夺五兄弟民主权利之实的故事，说明什么叫执法