



上海法学文库

地方立法参与主体研究

阎锐著

上海人民出版社



上海法学文库

地方立法参与主体研究

阎 锐 著

 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

地方立法参与主体研究/阎锐著.—上海:上海
人民出版社,2014

(上海法学文库)

ISBN 978-7-208-12675-6

I. ①地… II. ①阎… 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(2014)第 267851 号

责任编辑 汪 娜

封面装帧 王斯佳



· 上海法学文库 ·

地方立法参与主体研究

阎 锐 著

世 纪 出 版 集 团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.co)

世纪出版集团发行中心发行 上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 13.25 插页 4 字数 203,000

2014 年 12 月第 1 版 2014 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-12675-6/D · 2593

定价 35.00 元

总 序

编辑出版《上海法学文库》是一项很有意义的工作,它有助于推动上海的法学研究和培育法学新人。近两年,上海市法学会发布了几十项课题,通过招投标的形式让会员承接,在已完成的项目中,有的产生了较好的社会影响,有的还得到了较高层次的奖项。法学会每年还组织一些规模不等的研讨会、报告会,为会员更好地从事教学、科研和法律事务工作搭建交流的平台。上述服务会员、凝聚会员的努力,得到了广大会员的肯定。在2005年年初的理事会和常务理事会上,大家对法学会工作提出了新的要求,希望采取一些措施,有利于多出成果、出好成果;多出人才,尤其是扶持一批有潜质的法学新人。法学会采纳了大家的建议,经酝酿筹备后,《上海法学文库》(以下简称《文库》)正式起步了。

在起步之际,我想就《文库》的编辑理念向大家作以下说明。

作为《文库》,它应当具有包容性。法学学科所有专业的论著,包括论及法律实务中理论问题的专著,都可以纳入《文库》之中;只要坚持宪法确立的各项原则,凡言之有物、言之有据的学术著作,都可以纳入《文库》之中。

作为《文库》,它应当具有学术性。我们希望列入《文库》的著作,理论上应有所创新,即使是实务类的著作也是如此,当然,实务类的著作还应当具有很强的应用价值。为了保证《文库》的质量,我们借鉴了国内已有的做法,采用较严格的评审制度对书稿加以筛选。

作为《文库》,它应当具有连续性。独木不成林,几本书则免称《文库》。我们将着眼于长远,以记录我国法治进程、民主政治建设的轨迹为己任,不断推出能够反映上海法学研究新水平的作品,不断推出上海的作者,特别是青年作者。这项工作如果能够得以持续,若干年后,我们一定会为《文库》积

厚流广而感到万般欣慰。法学会是“铁打的营盘流水的兵”,但愿今天我们所作的决策,因为它的正确,而为后人所沿用。

最近几年,社会科学迎来了又一个春天。国家高度重视社会科学的发展,对社会科学投入大大加强,文化体制改革给出版、发行领域也带来了深刻的变化,学术著作出版难的情况明显缓解,精品学术书稿更是“抢手货”。在这样的背景下,编辑出版《文库》,没有质量意识、市场意识是不行的。我们要为精品学术著作的出版提供方便,也要为有光彩但还略嫌稚嫩又出版无门的作品提供出路,更要防止降低要求,让不符合《文库》标准的作品滥竽充数、“出外快”,那样,最终砸的是《文库》的牌子。

《文库》已经起步了,所有的作者、评审者、编辑、编务和发行人员,以及法学会的同人如果能够齐心协力将它做好,那可是功德无量啊!

沈国明

2005年10月1日

目 录

总序	1
导言	1
一、问题的提出	1
二、国内外研究综述	8
三、研究思路和方法	11
第一章 地方立法权力配置的理论基础与实践探索	17
第一节 我国地方立法权力配置的理论基础与发展历程	17
一、我国人民代表大会制度的产生与特点	18
二、我国人民代表大会制度下的地方立法权配置	20
第二节 西方国家立法权力配置的理论基础与基本模式	27
一、西方国家立法权配置的理论基础:分权思想	27
二、西方国家立法权配置的基本模式	28
第二章 地方立法过程中的参与主体及其法定角色	32
第一节 作为正式立法主体的地方人大及其组织结构	32
一、地方人民代表大会及其常务委员会	32
二、专门委员会以及工作委员会	34
三、法制委员会以及法制工作委员会	37
四、人大代表、常委会委员以及常委会机关工作人员	40
第二节 地方立法过程中的其他参与主体	42
一、地方党委在立法过程中的法定角色	42
二、地方政府在立法过程中的法定角色	45
三、其他国家机关在立法过程中的法定角色	46
四、社会公众以及专家等在立法过程中的法定角色	46

第三章 地方立法过程中各参与主体功能现状之一:立法准备阶段	49
第一节 地方立法准备阶段概述	49
一、地方立法立项	50
二、地方立法起草	56
第二节 立项环节之现状	58
一、地方人大主导各方参与	59
二、立项结果的偏好分析	65
第三节 起草环节之现状	70
一、地方政府部门主导起草较为普遍	70
二、人大自主起草在内容上呈现局限性	71
三、地方人大“提前介入”政府起草工作:一种非制度化安排	74
第四节 分析与反思	77
一、地方人大通过立项环节主导立法之“入关口”	78
二、地方党委对立法准备阶段的领导方式较为间接	80
三、地方政府在政策议题以及政策方案形成中的“优势”效应	82
四、其他主体在立法准备阶段的影响力有待强化	84
第四章 地方立法过程中各参与主体功能现状之二:法案到法阶段	86
第一节 法案到法阶段概述	86
一、法案到法阶段的基本环节	86
二、地方立法程序中关于法案到法阶段的制度规范	89
第二节 提案环节之现状	94
一、提案权行使的实际结构	94
二、地方人大自行提案的实例分析	97
三、人大代表联名提案的流向	100
四、常委会委员联名提案权虚置	104
五、提案列入会议议程的程序	105
第三节 审议环节之现状	108
一、地方人大将审议重心向前延伸:审前准备环节	108
二、法规审议的量化分析:审议意见与条款比例	110

三、社会公众在审议环节的参与:形式与实效之辨·····	111
四、法规修改的量化分析:修改条款比·····	112
五、审议环节“过滤”程序的设置与运用·····	126
第四节 表决公布环节之现状·····	128
一、法规表决环节实例:法案高票通过与高通过率现象·····	129
二、地方人大公布法规的形式·····	130
第五节 分析与反思·····	131
一、地方党委对法案到法阶段极少直接介入·····	131
二、地方政府提案率过高的原因及问题·····	132
三、地方人大对法规案审议修改质与量的双重局限·····	133
四、其他主体参与法案到法阶段的冷热不均现象及其原因·····	135
第五章 地方立法过程中各参与主体功能现状之三:立法完善阶段·····	138
第一节 地方立法完善阶段概述·····	138
一、法规修改与法规废止·····	138
二、法规解释·····	140
三、法规清理与法规编纂·····	143
四、法规配套文件·····	144
第二节 修改环节之现状·····	144
一、法规修改案提案人分布情况·····	145
二、地方人大提出法规修改案领域有限·····	146
三、地方政府提出法规修改案动因分析·····	148
四、法规修改案的审议表决情况·····	151
第三节 废止环节之现状·····	154
一、法规废止案的提出由地方政府主导·····	154
二、废止案审议形式:一次审议通过·····	156
第四节 解释环节之现状·····	156
一、地方人大立法解释权鲜有运用·····	156
二、立法解释的替代形式:法工委询问答复·····	158
三、政府主管部门应用解释有待监督·····	159
第五节 清理环节之现状·····	161

一、地方人大主导法规清理的启动程序	161
二、法规清理的标准和步骤	163
第六节 配套文件制定环节之现状	164
一、法规授权制定配套文件完成率低	165
二、政府自主制定配套文件规模庞大	166
第七节 分析与反思	167
一、地方政府对启动法规修改、废止程序的影响力较强	168
二、地方人大对法规清理启动的及时性有待完善	169
三、法规解释权运用活跃度差异之析	170
四、法规配套性文件制定结构失衡	171
第六章 构建党委领导、人大主导、政府协同、社会参与的地方立法工作格局:思路重整与机制创新	174
第一节 基本思路	175
一、强化地方人大立法主体地位的认知与共识	176
二、完善地方人大的组织结构和议事方式	180
三、改革地方人大组织协调立法的方式	180
第二节 构建党委领导、人大主导、政府协同、社会参与的地方立法工作格局	181
第三节 十大机制建议	182
一、建立开放的法规立项机制	182
二、建立人大组织的多元法规起草机制	183
三、建立人大代表议案转化推动机制	184
四、激活立法程序中的过滤机制	185
五、建立立法审议辩论机制、完善立法公开机制	186
六、建立立法听证常态化机制	187
七、建立法规实施与立法完善互动机制	188
八、完善规范性文件备案监督机制	189
九、建立常委会组成人员专职化机制	190
十、建立立法参谋班子职业化机制	190
结语	191
参考文献	192

导言

一、问题的提出

(一) 研究缘起

立法是法治的起点。与 1978 年改革刚刚起步时法律、法规几近空白的情况相比,现在中国在立法方面所取得的成就不啻是天翻地覆的变化。^①2011 年 3 月 10 日,全国人大常委会委员长吴邦国在第十一届全国人民代表大会第四次会议上指出,“到 2010 年底,我国已制定现行有效法律 236 件、行政法规 690 多件、地方性法规 8600 多件”,并宣布“由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成”。^②

作为中国特色社会主义法律体系的组成部分,地方性法规由省、自治区、直辖市以及部分“较大的市”^③的人民代表大会及其常务委员会(以下简称地方人大及其常委会)制定,这在《中华人民共和国宪法》(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《地方组织法》)、《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)中都有明确的规定。而从我国地方性法规实际制定过程看,除了地方人大及其常委会外,地方党委、地方人民政府、社会公众、社会组织、专家多个主体都会在立法过程中参与并影响法规的形成过程,有的主体对立法的

^① 有学者对此作了统计:改革开放以来全国人大及其常委会的立法数量是改革开放前的 6 倍,国务院的立法数量是改革开放前的 12.49 倍,国务院所属的各部委的立法数量是改革开放前的 95.1 倍,省一级人民代表大会及其常委会的立法数量是改革开放前的 933.24 倍。1979—2005 年,法律在此期间的年平均增长率为 11.8%,行政法规为 10.7%,部委规章为 14.4%,地方性法规为 33.1%。参见朱景文主编:《中国法律发展报告——数据库和指标体系》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 1—3 页。

^② 吴邦国:《全国人民代表大会常务委员会工作报告——2011 年 3 月 10 日在十一届全国人民代表大会第四次会议上》,《人民日报》2011 年 3 月 19 日,第 1 版。

^③ 根据《立法法》第六十三条第四款规定,较大的市包括“省、自治区的人民政府所在地的市,经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市”。

影响甚至还是决定性的。例如:(1)按照“党领导人民制定宪法和法律,党领导人民遵守宪法和法律”的精神,地方党委对地方立法工作负有领导的职责,地方人大及其常委会编制的立法规划或者年度立法计划多需要报同级党委批准后实施,重要立法项目需要向地方党委请示汇报;(2)法律规定同级人民政府、主任会议、专门委员会、常委会组成人员联名均可以向地方人大常委会提出立法议案,但政府提出的议案却占了地方人大常委会审议法案的大多数;(3)地方人大及其常委会审议通过的法案大多由政府相关主管部门起草,报送审议的法规草案难免带有部门利益痕迹;^①(4)法规草案通常要经过地方人大及其常委会两到三次审议,一方面,地方人大及其常委会对政府报送审议的法规草案所做实质性修改分量呈逐年增长趋势,^②但另一方面,有的法规经过审议修改仍存在被各方面诟病的“部门利益色彩”,有的部门通过立法不适当地强化了自己的管理权、审批权、处罚权;^③(5)进入地方人大及其常委会立法程序的法案几乎都顺利通过,实践中几乎没有发生过提交表决的法规因未获半数通过而被否决的情况;^④(6)近年来,无论中央立法还是地方立法都较为注重社会公众、专家、行业组织对立法的参与,其表达的意见也屡屡被最终采纳,但社会公众等参与立法的热情近十年来却出现冷热不均的情况;(7)就地方人大及其常委会内部而言,对法规草案的许

① 有学者总结认为,在中央立法中存在这样的现象,即行政机关在中央立法中发挥了极为重要的作用,在事实上是优越于权力机关的。参见李林:《关于中国立法权限划分的理论与实践问题》,载王晓民主编:《议会制度及立法理论与实践纵横》,华夏出版社2002年版,第83页。

② 有学者将法规草案的修改分为草案文字性的修改(量的修改)和草案实质性的修改(质的修改)。量的修改不影响法规草案中设立的权利和义务,而质的修改包括下列情形:1.对草案结构的改变,包括草案总体结构、组成部分的结构和各组成部分名称的改变;2.对草案效力状况的改变,如对适用范围、生效时间和授权制定实施细则、法规解释权的改变;3.对当事人权利、义务的增加或者减少;4.对行政机关权力的改变;5.对其他主体权利、义务的改变;6.对整个法规草案的名称加以改变。该研究统计表明,地方人大及其常委会对法规草案的实质性审议修改呈上升趋势。参见孙潮等:《地方人大常委会在立法中的作用变迁——对上海市人大常委会在地方性法规制定中的作用的实证分析》,载蔡定剑、王晨光主编:《人民代表大会二十年发展与改革》,中国检察出版社2001年版,第87—88页。

③ 如有的地方立法实务工作者撰文指出,“在当前地方性法规大多还由行政主管部门起草的格局下,少数地方立法已然成为主管部门固化利益的工具。如在一些行政主管部门的操作和催生下,出台的法规都强调和凸显了管理权能(比如财权和事权),却对公共服务职能及管理者的义务性规定涉及甚少或语焉不详,这已成为当下立法体制很难克服的痼疾。此种类型的立法膨胀态势绝非法治社会的正确方向”。参见赵立新:《论地方立法权的谨慎使用原则》,《吉林人大》2010年第1期。

④ 1999年4月,九届全国人大常委会第九次会议否决了国务院提交的《公路法修正案(草案)》,这是我国人大有史以来的第一次,也是至今为止唯一一次。参见蔡定剑:《20年人大立法的发展及历史性转变》,载蔡定剑、王晨光主编:《人民代表大会二十年发展与改革》,中国检察出版社2001年版,第70页。

多实质性修改往往由内设的若干专门委员会和工作委员会先行提出方案,再由地方人大及其常委会予以认可,而有关委员会工作人员对法案的修改建议又通常起到一定作用^①。

我们说,地方人大及其常委会行使地方立法权,并不是说不能由地方人大以外的机关染指立法过程。实际上,我国法律、法规对其他主体对立法过程特定环节的参与也给予了确认。^②从国内外情况看,现代立法过程一般都在诸多主体的合力作用下运行。^③国外议会立法过程中,同样不排除其他主体对立法过程的参与,有国外学者就曾指出,“立法过程不仅仅限于国会的法律制定程序,而是内阁、官僚、政党、压力集团等正式的和非正式的机关,以议会为中心围绕立法而进行运动和产生作用的总过程”。^④正因如此,作为法定立法机关的地方人大及其常委会,是否应当在立法过程中发挥主导功能?而其他主体又应当在立法过程中承担什么角色,发挥什么功能?为此,本书试图以上海市30多年来地方立法实践为研究对象,从现实立法活动的经验事实和实证材料中考察、总结和归纳地方立法活动的权力结构和功能过程,并试图回答如下问题:地方立法过程中谁应该掌握着关键的决策权并设置相应的决策机制?实际的情况又是如何?面对现实与应然的差距,应该研究什么现实而又有效的措施完善地方立法过程中的权力结构和功能配置?

(二) 研究对象及研究范围限定

关于立法本身的发展,学者们有不同的意见:一种意见认为,人类有意识创建规则意义上的立法比法律出现得晚些,即“法律先于立法”。^⑤也有人认为立法与法同时产生,只不过立法方式经历由简到繁的历史发展过程。^⑥从当代西方学者关于立法概念的界说来看,具有代表性的是活动与结果说以及过程与结果说两种。前者认为立法是制定和变动法,因而是有别于司

① 有学者形象地比喻说,人大有关委员会工作人员已经形成为一个特定的官僚群体,“立法官僚群体开始作为文官系统的一部分兴起”;参见白龙等:《立法官僚的兴起与封闭》,《文化纵横》2011年第6期。

② 如《立法法》规定,国务院、最高人民法院、最高人民检察院有向全国人大及其常委会提出法案的权力;《地方组织法》规定,地方人民政府有向地方人大及其常委会提出法规案的权力。参见《立法法》第二十四条、《地方组织法》第四十一条。

③ 周旺生:《立法学》,法律出版社1998年版,第173页。

④ [日]小林直树:《立法学研究——理论与动态(一)》,三省堂1984年版,第33页。

⑤ 参见[英]弗里得利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第113页。

⑥ 参见[美]罗斯科·庞德:《法理学》(第三卷),廖德宇译,法律出版社2007年版,第579—585页。

法和行政的活动,同时它又是这种活动的结果,这种结果与司法截然不同。后者认为立法既是指制定和改变法的过程,又是该过程中产生的结果即所制定的法本身。^①国内学者们对立法的界定也不外乎活动说与结果说^②。本书以地方立法过程中的参与主体为研究对象,涉及三个核心概念,即地方立法、立法过程、参与主体,逐一分析如下:

1. 地方立法

现行中国立法体制是特色甚浓的立法体制,它是统一的,又是分层次的,由全国人大及其常委会的国家立法权以及行政法规制定权、地方性法规制定权、自治条例和单行条例制定权、规章制定权构成。^③一方面,制定宪法和法律的权力只能由最高国家权力机关行使,法律以下的其他层级的规范性法文件都不能与宪法、法律相抵触;另一方面,国务院、地方人大及其常委会、地方政府等又制定效力等级不同的法律文件。

关于地方立法,学者们有不同的界定:一种意见认为,地方立法既包括地方人大立法,也包括地方政府立法,如“所谓地方立法,是指特定的地方政权机关,依据一定职权和程序,运用一定技术,制定、认可、修改、补充和废止效力不超过本行政区域范围的规范性法文件的活动”;^④这里所谓“规范性法文件”,是地方立法的各种法的形式总称,在中国现阶段包括“地方性法规、地方政府规章、自治条例、单行条例、特别行政区的法律和其他规范性文件、被授权的主体制定的效力及于一定地方行政区域的规范性法文件”。^⑤另一种意见认为,地方立法只包括地方人大及其常委会立法,即“地方国家权力

① 参见张文显主编:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社1999年版,第269页。

② 如周旺生教授认为,立法是由特定的主体,依据一定职权和程序,运用一定技术,制定、认可、修改、补充和废止法的活动,其直接目的是要产生和变更法这种特定的社会规范。参见周旺生:《立法论》,北京大学出版社1994年版,第62页;沈宗灵教授认为,法的制定,通常是指一定的国家机关依照法定职权和法定程序制定、修改和废止法律和其他规范性文件的一种专门性活动。在现实生活中,通常人们又将法的制定,简称为“立法”。参见沈宗灵主编:《法理学》,北京大学出版社1994年版,第273页;孙国华教授认为,立法有时指成文的法律,有时指国家创制法律规范的活动,即立法活动,而通常对立法活动又有广义和狭义两种理解。参见孙国华主编:《法理学教程》,中国人民大学出版社1994年版,第330页。

③ 张春生主编:《中华人民共和国立法法释义》,法律出版社2000年版,第5页。

④ 周旺生:《立法论》,北京大学出版社1994年版,第410页。

⑤ 周旺生主编:《立法学》,法律出版社1998年版,第329页。持相同观点的还有刘虎等:“我国的地方立法是指省、自治区、直辖市(包括省、自治区人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市)人民代表大会(包括县以上民族自治地方人民代表大会)及其常委会、人民政府依据宪法、组织法所赋予的立法权,按照法定程序制定、修改、废止在其辖区内具有法律约束力的地方性法规、地方政府规章、民族自治条例和单行条例等立法活动的总称”。参见刘虎等:《地方立法涵义探析》,载《地方立法研究》,山东人民出版社1991年版,第39页。

机关”依据宪法、法律的权限,……“制定、认可、修改、补充和废止……规范性文件的活动”。^①

从相关法律规定的历史沿革看,1979年7月,五届全国人民代表大会第二次会议通过了《地方组织法》,其第七条、第四十三条第一款赋予“省、自治区、直辖市的人民代表大会”、“省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会”会在本级人民代表大会闭会期间“根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下制定和颁布地方性法规的权力;该法第四十三条第二款赋予了较大的市制定地方性法规规定的权力,由于这类法规制定后需要经过省级人大常委会批准后方可施行,因此俗称“半个立法权”,^②同时,该法第六十条还赋予地方人民政府制定规章的权力:“省、自治区、直辖市的人民政府可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定规章,报国务院和本级人民代表大会常务委员会备案……”。1982年通过的《宪法》对上述规定作了确认。2000年,九届全国人民代表大会第三次会议通过了《立法法》。依照该法,三类主体可以制定地方性法规:(1)省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会;(2)较大的市的人民代表大会及其常务委员会;(3)经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会;两类主体可以制定地方政府规章:(1)省、自治区、直辖市人民政府;(2)较大的市的人民政府。虽然《立法法》对制定地方性法规和地方政府规章分别作了规范,但由于“行政机关毕竟不是立法机关,行政规章的效力低于法律、法规”,^③因此,该法在规定调整范围时,将规章同法律、行政法规、地方性法规和自治条例和单行条例采用了“适用本法”、“依照本法的有关规定执行”这样不同的表述方法,以示区别。^④据此,实务界特别是地方人大及其常委会的同志多认为,“地方立法”仅指地方人民代表大会及其常务委员会的立法,并不包括地方人民政府制定的规章。^⑤

① 王盛林主编:《地方立法概述》,山东人民出版社1993年版,第19页。

② 该款具体规定是“省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民代表大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,可以制定地方性法规,报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行,并由省、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”。

③ 张春生主编:《中华人民共和国立法法释义》,法律出版社2000年版,第6页。

④ 《立法法》第二条第一款规定:“法律、行政法规、地方性法规和自治条例和单行条例的制定、修改和废止,适用本法”;第二款规定:“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”。

⑤ 如近年来全国人大常委会法工委主办、地方承办的每年一次的“全国地方立法研讨会”,就仅召集有地方性法规、自治条例、单行条例制定权的地方人大常委会参加。

如前所述,本书研究范围仅针对省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会制定地方性法规的活动进行研究,相应地,本书中使用“地方立法”指代“制定地方性法规的活动”。由于篇幅所限,本书并未对“半个地方立法权”的较大的市的地方性法规制定工作进行研究。为行文方便,使用简称“地方人大”来指代省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会。

还需要说明的是,由于实践中地方层面直接由人民代表大会制定法规的情况较少出现,常委会立法是普遍现象,因此笔者在立法过程的实证研究中较多以常务委员会的立法程序为基本场域。

2. 立法过程

说到立法过程,不得不提到立法程序。立法的过程划分主要是以立法行为本身的运作规律即行为路线为划分依据的,行为路线就是通过行为手段达到行为结果的有序连贯;而立法程序阶段的划分,则侧重于立法行为活动的法律依据,即该行为的法定性。^①立法程序具有法定、正式和必不可少的特性,除非必要的原因和理由,否则法律不应当也不可能将立法涉及的一切行为和方式,都事无巨细地纳入法律规范调控的范围。因此,立法程序与立法过程有许多交叉重合的地方,但又不是一回事。在不少国家,对于立法程序和立法过程是作为两个概念分开来使用的。如日本学者岩井奉信在其专著《立法过程》一书中,就把立法程序与立法过程区分加以使用,其中,立法过程是一个大概念,而立法程序只是这个大概念的一个重要的子概念。具体而言:

关于立法程序的概念。多数学者认为立法程序包括四个阶段,即提出法案、审议法案、通过法案、公布法律;^②也有学者提出立法程序主要包括七个环节,即调查研究和发现问题、确立目标及提出立法建议、拟定并提出法律草案、讨论分析法律草案、选择与通过法律草案、公布法律并使之有效、反馈调节;^③还有的学者主张立法程序主要由立法规划、法案提起、审议准备、法案审议、表决通过 and 公布生效六部分组成。^④我国台湾地区有学者甚至将议会议事规则也作为立法程序之一部分。^⑤有的学者则从静态和动态两个角度理解立法程序,从静态看,立法程序表现为立法主体进行立法活动的操作

① 李林:《立法理论与制度》,中国法制出版社 2005 年版,第 144—145 页。

② 参见蔡定剑:《中国人民代表大会制度》,法律出版社 1998 年版,第 301—302 页。

③ 参见李步云主编:《立法法研究》,湖南人民出版社 1998 年版,第 340 页。

④ 参见马怀德主编:《中国立法体制、程序与监督》,中国法制出版社 1999 年版,第 229—270 页。

⑤ 罗传贤:《立法程序与技术》,台湾五南图书出版有限公司 1996 年版,第 453 页。

规程,由步骤、时序、方式三个要素构成,从动态看,立法程序则表现为立法主体以制定法律为目标的一系列连续的立法行为所组成的立法过程。^①从这个意义上看,动态的立法程序等同于立法过程。

关于立法过程的概念。按照现有研究,立法过程主要有三种意义上的理解。第一,是指立一个法需要经历一个发展过程;第二,是指每一个或者每一种立法都是个活动过程;第三,是指整个人类的立法活动是处在发展过程中。我们通常所说的立法活动过程,是第一种意义上的立法活动过程,亦即强调立法是阶段性、关联性、完整性的立法活动过程。立法活动过程,也就是立法者在立法的不同阶段上处理这种关联的过程。^②这个过程可以分为三个阶段:一是立法准备阶段;二是由法案到法的阶段;三是立法完善阶段。^③具体而言:

(1) 立法准备阶段,一般是指在提出法案前所进行的有关立法活动。如果把提出法案到法的公布这段过程称为正式立法活动,那么立法准备便是为正式立法提供或创造条件的活动,是为正式立法奠定基础的活动。

(2) 法案到法阶段,一般是指由法案提出直到法的公布这一系列正式的立法活动所构成的立法阶段。同立法准备阶段和立法完善阶段相比,由法案到法的阶段的内容具有确定型,不可缺少性。通常包括四个方面:一是提出法案;二是审议法案;三是表决法案;四是公布法。

(3) 立法完善阶段。一般是指法案变成法之后,为使该法进一步臻于科学化,更易于体现立法目的,更能适合不断变化的新情况的需要,所进行的立法活动和立法辅助工作构成的立法阶段。包括立法解释、法的修改、废止和补充、法的清理、法的汇编、法的编纂等。

综上,笔者认为,立法过程是立法从准备到产生再到不断完善的所有阶段的总和,进而言之,立法过程不仅指立法产生、发展的历史过程,还有一种对立法行为进行分析的方法和视角,或者说是一种分析的框架。本书将以立法过程的三个阶段为研究顺序,对地方立法中的权力结构与功能过程进行研究。

3. 参与主体

立法活动的参与主体没有法律上的界定。鉴于本书旨在对立法过程中所有参与主体的功能表现及角色关系进行研究分析,故本书所指的“参与主

^① 参见苗连营:《立法程序论》,中国检察出版社2001年版,第3—4页。

^② 参见北京大学法学百科全书编委会编:《北京大学法学百科全书·法理学、立法学、法律社会学》,北京大学出版社2010年版,第580页。

^③ 参见周旺生:《立法学》,北京大学出版社1994年版,第158—167页。

体”,既包括作为享有法定立法权的地方人大及其常委会,也包括参与立法各个阶段的其他主体,如地方党委、政府、社会公众、专家社会组织等,还包括地方人大及其常委会所涉组织结构,如常委会委员、委员会、人大代表、立法辅助工作人员等。

二、国内外研究综述

当代立法学说,主要包括立法总论的研究、立法原理的研究、立法主体的研究、立法过程的研究以及立法技术的研究。^①本书的研究重点,主要涉及立法过程中的参与主体。

(一) 关于立法过程的研究

关于立法过程的研究,主要是把立法当作一个动态的事物,探讨如何把一定的目的、意志形成法律、法规,包括立法过程基本问题研究以及立法过程三个阶段的研究。

1. 关于立法过程基本问题的研究

从现有研究成果看,专门对立法过程进行研究的并不多,迄今主要有周旺生所著《立法学》(北京大学出版社1998年版)和《立法论》(北京大学出版社1994年版)对立法过程的基本原理作了分析,并对立法程序和立法过程作了区分;朱力宇主编的《立法学》(中国人民大学出版社2001年版)对立法过程也专设一篇;另有王爱声《立法过程:制度选择的进路》(中国人民大学出版社2009年版)、赵颖坤《立法过程与立法程序》(周旺生主编《立法研究》第2卷)、日本学者岩井奉信《立法过程》(经济日报出版社1990年版)、韩丽《中国立法过程中的非正式规则》(《战略与管理》2001年第5期)等,均将立法看成一个动态的、各阶段有机联系的活动过程,将具体的立法程序制度置于更大的背景中去审视立法活动。

2. 关于立法过程三个阶段的研究

与立法过程基本问题研究相比,对立法过程各个阶段具体环节的研究较为活跃。如立法准备阶段,有周旺生《关于立法规划的几个理论问题》(《北京大学学报(哲学社会科学版)》1993年第3期)、孙育玮《完善地方立法立项与起草机制研究》(法律出版社2007年版)、张子胜《略论立法规划》(《法学》1995年第7期)、李雅琴《论立法规划的性质》(《河北法学》2010年第9期)、李刚《关于地方立法选项机制的思考》(《人大研究》2003年第1期)等;关于法案到法的阶段,有易有禄《立法程序的功能分析》(《江西社会科学》2010年第5期)、周伟《我国立法程序中专门委员会审查法案的主要问

^① 周旺生:《立法学》,北京大学出版社1998年版,第20—24页。