

【立法学】

论立法起草者的角色定位与塑造

杨铜铜

【摘要】当下有关立法学的研究,由于没有很好地厘清研究对象,认清立法者的身份,导致立法学研究缺乏对实践的指导意义。事实上,立法起草者是决定立法质量的关键角色,他们将立法者的思想与意图融入法律体系,用文字描绘出法律“真善美”品质。在应然意义上,立法起草者是立法意图的传递者、经验理性的运用者、治理规则的供给者以及社会改革的保障者。然而实践中,由于角色认知与定位、专业与技术素养以及外部影响等因素导致了起草者角色失范,偏离了期待的行为模式,起草恶法劣法丑法,致使立法被俘获,部门化利益法制化明显。在矫正起草者角色时,在制度上要推广立法起草回避制度、探索多元起草模式、完善人大提前介入起草制度以及构建立法起草责任制,对起草者行为进行约束;在技术上遵循宏观的立法理论与微观的技术路线,提升立法质量;在人才培养上加强立法起草人才建设与储备,促使起草者更好地发挥角色功能。

【关键词】立法起草者;角色定位;恶法劣法丑法;立法俘获;立法技术

【作者简介】杨铜铜(1990-),男,山东泰安人,华东政法大学政治学与公共管理学院特聘副研究员,法学博士,研究方向:法学理论、立法原理与制度(上海 201620)。

【原文出处】《河北法学》(石家庄),2020.6.34~50

【基金项目】国家社科基金重大项目《新兴学科视野中的法律逻辑及其拓展研究》(18ZDA034);第66批中国博士后科学基金资助项目《法律解释规则的实践运用及其效果提升》(2019M661446)阶段性成果。

谁是法律的制定者?“一个不言而喻,法律来自‘立法者’。这是一个似乎清晰廓然,实则模糊浑然的意象。”^[1]当下有关立法学的研究,由于没有很好地厘清研究对象,认清立法者的身份,致使应然的立法者与实际立法者混为一谈,导致了立法学研究缺乏对实践的指导意义^[2]。约翰·杜威曾举例,立法起草者就好比是“房子”的建筑师。对家庭成员来讲,“房子”意味着什么?在没有跟建筑师商量并决定他们需要的建筑风格、房屋规模、造价、大小与材料等详细情况以及建筑师作出“详细计划”之前,“房子”只意味着一个“家庭居住的地方”。没有建筑师给出的“详细计划”,房子只能是一个模糊的概念。同样,没有立法起草者的参与,立法者无法将泛泛的政策转换为具体可操作的法律。“现今没有谁比立法起草

者更是立法者。如果善使他的权力,起草者便是我们时代的英雄,如果他疏于使用他的权力,起草者便成为我们时代的罪人。”^[3]显然,是立法起草者将立法者的思想与意图带入法律体系,用文字描绘出法律“真善美”的品质。当下的立法学研究,大多侧重对提案、审议及表决主体的研究,忽视了对立法起草者的角色认知与定位。“实际上,很少国家的立法能够遵循以深思熟虑为标志的理想化的民主立法程序,深思熟虑是指为公众利益就草案可能引起的社会后果进行的理智的意见交流。……普遍的情况是,大多数法案从内阁提交到对外颁布几乎一字不易,法案从起草者打印稿到法律定稿没有任何变化。”^[4]立法起草是立法过程的必经阶段,是决定立法过程能否高效展开,保证立法质量,实现立法意图的关键环

节,因此,有必要剖析立法起草者的角色定位,并对起草过程中的角色失范予以矫正。

一、立法起草者的角色确定

实践中,立法起草是一项繁杂且重要的立法工作,有时也被称为法律起草,是指特定主体按照一定的原理与技术要求拟定,可交由有权机关、组织或人员审议、表决的法案原型的立法活动。这些起草法案原型的主体便是立法起草者。在社会学中,角色理论是认识、理解与分析个人或群体在特定社会语境中行为模式的一种方式。而认识、理解与解释行为模式需从角色确定开始,其也是阐释角色期待的前提。在法治的历史长河中,有关立法起草者的角色认知是依托立法者展开的。

(一)立法起草者逐渐从立法者身上剥离

无论古今,立法者在世人的心中始终是超凡的具有神一般智慧的人,他们是世间智慧的体现者,经验理性的代表者,公平正义的捍卫者。然而在人类初生时代,不可能想象会有任何种类的立法机关,甚至一个明确的立法者^[4]。在古代的神话与诗歌中,诗人借诸神或先祖之口来描述世界秩序,他们便是社会秩序的传达者与阐释者,也就是立法者。在古希腊,梭伦乃是继荷马之后最伟大的诗人立法者^[5]。而当希腊的城邦衰落时,柏拉图赋予了哲学家重振城邦的使命,担负着立法的重任。他们是“贤者”“哲人”,是理念秩序的维护者,是法律的制定者,更是法律的起草者。在古罗马时期,立法者通常是法典的编撰者。《十二铜表法》由十人委员会在搜集习惯法和参考古希腊的一些城邦的法律的基础上编纂而成的。《查士丁尼国法大全》也是由东罗马皇帝查士丁尼任命多批法学家编撰而成的。”^[6]此时的法学家既是立法者,同时兼具立法起草者的角色。在西方中世纪的基督教徒那里,法律源于上帝,上帝的意愿代表了永恒的理性,而这无不体现在《圣经》的教义当中。在政治神学看来,教会作为上帝的尘世代表,拥有尘世治理权,享有代上帝行使立法权^[5]。

而到近代,伴随着西方的宗教改革和启蒙运动,理性逐渐代替了神的意志,逻辑推理取代了神性思

维,人们试图站在理性的角度重新审视社会秩序。卢梭尝试用“公意”来论证法律的正当性,以每个公民的自我立法在真实意志上实现对“公意”的服从,即“主权在民”。“由主权者制定的法令,只能是全体意志的法令,即法律”^[7],当人们制定法律时,便是主权者,当人们服从法律时,便是臣民。“一切权威真正的来源,就是全国人民有智慧的承认和赞助。”^[8]法律是“公意”的表达,而人民全体则是形成“公意”的主权者。无疑,全体人民充当着立法者的角色。然而,由全体人民充当立法者,行使立法权,只是理想状态下的政治图景。人们逐渐意识到,需要有一个代议机构来代理人民的意志,充当立法者,因而代议制民主顺势出现^①。

于是,议会、国会、人民代表大会等代议制机关作为人民主权的代理人逐步成为立法者,走向了立法的前台,立法起草者也逐渐从立法者身上予以剥离,成为专司立法起草的人员。此时,立法权属于专属权力,而立法起草权作为立法权附属,并非全部由代议制机关行使。立法起草权属可委托之权力,可由不同的机关、组织或者个人来行使。比如在英国,政府官员提出政策和实质内容,中央办公室起草者以适当的形式表达之,在美国,国会的法案须由国会工作人员负责起草,而德国众议院的很多法案则由立法助理起草。

(二)立法起草由立法工作者承担

回归我国语境,历经改革开放以来四十余年的法治建设进程,我国已形成了“一元二级多层次”的立法格局,建成了中国特色社会主义法律体系。其中,宪法、法律、行政法规、地方性法规、规章、自治条例与单行条例等规范性法律文件分别由不同立法主体所创制。然而,拥有立法权的主体并不从事立法起草工作,充当立法起草者角色。以全国人民代表大会为例,全国人大代表是立法机关组成人员,充当着立法者角色,但多数代表是党政机关的主要领导、负责人,他们的年龄、精力、专业、素养等都不足以支持起草工作^②。此外,受制于会议的时限及议题等因素限制,实际起草工作另有他人负责。实际上,我国

的立法权存在逐级沉淀、层层委托的局面。从立法权运行上看,虽然全国人大享有最高立法权,但日常的立法功能主要由全国人大常委会来承担,全国人大的立法功能逐步虚化,而全国人大常委会的权力不断强化,充当着典型的立法者角色。然而,由于人大内部特殊的组织形式,全国人大常委会权力逐步转移到了委员长会议,使委员长会议在提案权、协调权、立法规划等方面拥有了实体性权力。实践中,委员长会议又依赖于全国人大专门委员会及法工委的决策,进而使他们获得了更多的立法职能^[9],担负更多的立法职责。

不难看出,我国的立法起草工作实际由这些“非民选”的立法工作者来承担,他们充当着立法起草者的角色,并逐步呈现出“立法官僚化”倾向。所谓的“立法官僚化”是指在立法机关中专职法律制定、由非民选的专业立法人员组成的法制工作部门,在一定程度上支配和主导了法律制定,成为游离于传统理论中的民意代表、执政党与立法机关之外的“隐性立法者”^[10]。比如,在全国人大常委会制度变迁中,1979年2月23日第五届全国人大常委会第六次会议决定成立的法制委员会曾扮演着实际立法者的角色,即便当时其法律地位、工作职责以及立法权限和程序等方面缺乏明确规定的情况下,仍然在三个月内突击制定过七部法律。1982年宪法通过后,法制委员会完成了其过渡时期的使命,1983年9月2日第六届全国人大常委会第二次会议将其改名为法制工作委员会(简称法工委)。法工委作为全国人大常委会的办事机构,人员配备也逐渐完善,经济法室、民法室、刑法室等研究室逐步设立,法学专业人员比重也逐步增加,在立法过程中发挥的作用越来越明显^[11]。随着时代变迁,法工委凭借对法律专业知识的支配性地位以及丰富的立法经验,逐渐导致议事及起草的制度化、科层化、专业化与封闭性,“立法官僚化”越来越明显。在宽泛的意义上,“隐性立法者”既包括人大专门委员会和法工委的工作人员,也包括享有立法权的行政机关的立法工作人员(如政府司法局、部委法制局以及政府部门中从事立法工作

的人员),还包括最高人民法院和最高人民检察院的司法解释工作人员。这些隐性立法者以立法辅助者的身份在立法规划、法案起草、协助法案审议和法律适用解释等领域发挥着重要作用,甚至一定程度上存在攫取立法权的倾向^[9]。

总之,理论与实践,立法起草实属可委托之权,拥有立法权的主体并不承担立法起草工作,扮演立法起草者角色。如密尔所言:“议会的工作是挑选训练有素的专业人才来治理国家而不是直接从事管理事务,是最终对法案的批准或否决而不是从事具体立法事务。”^[12]现实中,“立法起草者”是那些游离于“民选”之外的人大法工委、人大专门委员会、政府部门、社会组织、委托的第三方机构,乃至公民个人等实际的立法工作者,他们是那些具有专业知识、熟悉立法技术、谙习立法方法以及为立法者服务的技术精英。在方法论意义上,立法起草者是一个“抽象化”概念,具有多元、复合等特征,本文将他们进行“类型化”处理,作为一类研究对象待之,从整体意义上展开分析。

二、立法起草者的角色定位

如果说角色确定是为了找寻立法起草者,那么角色定位则意味着对立法起草者的行为期待,在应然意义上符合社会地位、身份所期待的行为模式^③。角色理论能够促使角色扮演者按行为期待从事,并以此界定行为的合理性。“在立法过程中,起草者不仅对法案的形式而且对法案的实质内容均发挥重要的作用。”^[13]因此,作为立法者的代理人,立法起草者应秉持立法者的美德,符合角色定位,坚守角色使命,强化责任担当,起草“良善”之法。

(一)立法意图的传递者

立法过程中,立法起草者肩负着根据立法者的意愿,通过语言文字来传递立法意图的重任。所谓的立法意图是指立法者赋予法律的目的,既体现为一种价值目标,也落实在规制或改变人们行为模式上。“就转型立法而言,政治领导层采用一项拟议的新政策常常会引发起草过程。但是,政治领袖通常仅仅指出困难,或者仅仅提出一个概

括性的政策目标。甚至很少说明实现既定目标的大致方法。”^[1]因此,起草者工作范围并不限于拟定法案的形式内容,在更深层次上,起草者要对法案的实质价值负责。

其一,起草者的直接任务在于传递立法信息,借助语言文字编译出立法者所期望的文本形式。哲学意义上,文本的表达意图与实际意图的相统一,才会显现真意。但由于认知与技术能力限制,在详细地拟定草案内容时,起草者并不能始终确保立法意图的真实表达以及法案文本的清晰明确、不赘言。与此同时,立法者有时只是将初步的“想法”转述给起草者,基于授权的模糊性,起草者需用文字揣摩立法意图,甚至协调与平衡文字背后的利益纷争。因此,起草者既要站在立法者的角度思考如何表达意图,又要从法律适用的角度,预防对立法意图的误读。其二,在立法者未能清晰、明确阐明立法之宗旨时,起草者需充当立法者的角色,确定法律所欲达成的目标或者希冀规范之事物。“法治不发达国家,事实上提案者或法案决策者往往并没有提出明确的立法意图。在这些国家,立法意图通常由指令者和法案起草人共同来确定。”^[13]事实上,起草者面临双重责任:“(1)按照可能使法案引导所规定行起为和民主决策的方式,明确规定法律调整的对象的具体行为;以及(2)使用一种符合国家立法习惯的技术形式,起草清晰、准确的法案,实现有效起草和为善治起草。”^[13]因而,起草者需站在立法者角度,基于公共利益与社会正义的善治追求,合理构思立法意图,确保法案起草的明确性、有效性。

(二)经验理性的运用者

立法起草建立在经验理性之上。这种经验理性一是区隔了经验主义与理想主义。“理想主义者习惯于把应然与实然混同起来,导致以价值判断取代事实判断,在制度的选择上,体现为用道德的激情代替理性的审慎。”^[14]而经验主义者以问题为导向,以解决问题为目标,讲究政策发挥的实效,避免空洞的价值宣示与行为倡导。在惹尼看来,立法起草者是审慎的、理性的、明智的,是权威学说的理性来源,反映

了对立法和司法之间关系的理性认知。这尤其体现在《法国民法典》的起草中。在惹尼看来,起草者就是指特隆歇、波塔利斯、普雷亚梅纽、马勒维四人,他们是“最杰出的”“正确的”,如此明智地要求“法律出现绝对的沉默、无解的混沌不清和昭然若揭的不足”时仍不得拒绝裁判。在穷尽了成文法的文义后,法官应该像起草者那样为探求正义之奥秘,肩负应用法律、填补其形式渊源中的缺陷和漏洞的职责^[15]。二是区隔了角色属性。立法者是政治性的,考量更多的是政治因素,而起草者是理性的,思考的是如何确保起草的有效性和符合善治。这要求起草者转换角色,不能仅以社会秩序为思考对象,还需从社会的实际需要、利益权衡与协调、公民正当权利的保护等角度综合考量,实现权责一致、权利与义务的对等性。三是表现在对立法质量的追求上。立法起草是一项高度专业化、技术化和精细化的作业,代表了一种法学“工匠精神”。起草者必须合理布局、精细化打磨每个细节:在形式上,他们必须确保起草法案与既有的法律秩序相统一,避免“法律打架”;在技术上,他们必须确保法案结构的合理性、语言的明确性及内容的有效性;在价值上,他们必须谨遵立法的原则,限制权力、维护民主、捍卫自由。

“在法案制定过程中,起草者比执行者有更好的机会赋予法律更多的理性。起草者应向给予指示的部长或者政府官员说明,法案建立在来自经验的理性的基础上,与权力诉求无关。……起草者的作用是,赋予法律来自经验的理性,而不是决定向内阁呈交什么法案,或者将法案提交议会投票表决。”^[13]这种理性并不限于单纯的思辨理性和认识理性,而是先在地蕴含实践理性。基于经验,起草者需从复杂的社会关系中提炼出问题核心,拟定出行之有效的处置规则,实现“以简单应对复杂”的立法目标。在哈贝马斯看来,法律的合法性来自理性商谈程序的合理性^[16],合理地商谈、有效地论辩、充分地意见表达、合理地利益权衡是确保起草正当性的前提,也是起草者发挥角色功能的基础。实践中,为防范角色失范,保持理性品格,起草者们逐步摸索出一套

提升起草质量的方法:借助立法调研供给信息、撰写调研报告设计方案、公开论辩协调利益、征求意见弥补缺漏。

(三)治理规则的供给者

法治的博兴带来了国家治理的转型,法治成为国家治理体系和治理能力现代化的重要标志。法治的核心要义在于良法善治,使人们的行为服从于规则之治的事业。一方面,国家由管理向治理的转型,亟需社会治理规则,提升政策实施能力与效能。另一方面,社会的多元化发展,要求国家妥当处理利益冲突,包容多元文化发展。无论供给治理规则,抑或是协调利益冲突,只能借由立法者制定的权威性法律规范予以实现。

其一,起草者是治理规则最初拟定者。在法律规范的制定中,起草者不只是政策传达者,更为实质讲,起草者是将政策要义转换为法律形式和细节的责任者,他们是社会治理规则的最初制定者。起草者在接到立法者指令后,用语言文字描绘特定图景,其间包含了对解决社会难题的回应。比如妥善地处理政治目的与公共政策目标,抵制住外在的非理性因素的干扰,拟定解决当下问题并具有前瞻性的规则,协调多元利益冲突并在整体上增加社会公共福祉。其二,起草者是制定政策的实质参与者。如果仅把起草者视为立法意图的传递者,无疑是对起草者的重大误解,因为“不论是谁撰写法律的详细条款,他便必然不仅仅是传达者,而且是决定政策实施内容的参与者。”^[9]正如多尔西所言,起草者所从事的文字与语言的表达,仅是起草任务的一小部分,实际上起草活动是一个涵盖发现问题、提出问题、解决问题,以及三者之间来回往复的复杂过程^[17]。起草者不仅关注法案的形式,而且关注法案背后的事实与逻辑。在形式内容上,借助技术能力,经由定义、阐述、体系化等技术使法案语言明确化、无歧义、不赘言,消除体系上的违反。在利益考量上,凭借设计以及改造制度的智慧与能力,协调利益集团纷争,恰当安排公共利益的位置,有效评估法案的成本与收益,探讨法案实施的潜在风险。

(四)社会改革的保障者

基于公共政策理论,立法起草是履行国家公共政策的一种形式。在立法之前,社会问题治理多由灵活性的公共政策承担。“从法案的最初想法开始,政策制定者与起草者都必须用文字描述。起初采用普通的语词形式,即大多数人所说的‘政策’。起草者接着努力用愈来愈清晰和准确的字词句,表述法规的操作细节。”^[13]相比政策,法律更具有稳定性及安定性。基于立法的审慎性及法律的权威性,法律一经制定,便不能轻易改变^④。因此,法律制定带有一种保守主义思维倾向。但是转型社会,社会必然需要改革。改革意味着打破旧秩序、改变旧制度,摆脱现有法律所框定的规则束缚,采用更加灵活的政策、方针、办法推进社会发展。因此,法治思维与改革思维是一对相互矛盾的思维范式。法治思维是一种守成思维、保守思维,强调对现有法律关系的维持,社会秩序的维护。而改革思维是一种创新思维、求变思维,强调突破现有规则限制,特殊问题特殊对待。前者强调立法优先,改革附属,后者侧重改革优先,法治保障。在立法的态度上,前者秉持一种审慎的态度,追求法律的确定性、明确性与普遍适用性;后者采用一种“宜粗不宜细”立法原则,对法律规范多进行原则性规定,赋予法律适用者更多的自由裁量权。但在“重大改革于法有据”的政治话语下,为限制权力决策的专断与任性,避免权力滥用及对权利侵害,立法既要为改革供给合法性依据,又要为推动改革提供制度性保障。

显然,起草者要妥当地平衡立法与改革的关系。事实上,一部不合时宜、模糊性、不具有操作性的草案,立法程序通过后,会受到备案审查与司法实践的掣肘。而一部语言明确、权利义务清晰、结构内容完整的草案,立法程序通过后,显然又会制约社会的创新与改革。因此,在立法者表明了立法政策与态度后,起草者便要做好立法与改革相衔接,处理好法律稳定性和改革变动性关系。一方面起草者要对既往改革成果予以权威确认、及时回应和有效巩固;另一方面要富有远见地在洞察到其他法律条款的效

果下,保持与法律秩序的统一性,在遵循依法立法、民主立法、科学立法的原则下,打破不合时宜的制度藩篱与既得利益格局,为社会改革与发展指引方向。比如在立法理念上,吸收政策、习惯等诸多的社会规范,弥补刚性法律规范带来的机械与僵化,为政策、习惯等参与国家治理,提供法制化保障。在立法技术上,在拟定特定条款时保持相当的弹性和前瞻性,所做的制度安排充分考量足够的包容与纵深,为改革留足空间^[16]。

三、立法起草者的角色失范

每一个角色都有与之相关联的社会评价标准,而每个角色按照标准行事,社会才不至于失序。按照社会学的一般原理,角色定位蕴含了对特定群体行为的合理期待。但是,角色扮演与角色定位之间往往存在差距,当人们的实际行为不符合角色期待时,便产生了角色失范^⑤。理想图景下,立法起草者作为立法意图的传递者、经验理性的运用者、治理规则的供给者以及社会改革的保障者,应该按照角色期待审慎、理性、睿智地起草立法,然而,理想与现实之间存在割裂,起草者的角色失范实属常态。

(一)起草恶法劣法丑法

法律是治国之重器,良法是善治之前提。良法是指符合法律的形式与内容要求,反映时代价值,体现社会规律,适应社会发展,呈现为“真善美”的法^[19]。然而,起草者却很少运用深思熟虑的方法逻辑地组织事实,论证起草的法案是建立在经验理性之上。并且实践中,从事立法工作的起草者多元、复合,僭越、滥用立法权业已平常,起草过程的趋利性与封闭性时常违反立法意图,背离“法律忠诚”,起草恶法、劣法与丑法。

第一,起草恶法。作为治理规则的源头供给,起草者承担着忠于宪法、捍卫民主、保障权利以及限制权力的职责,但起草者仍会受内外因素影响,导致立法德性缺失,起草侵犯公民权利,阻碍社会发展及不符合社会需要的“恶法”。

首先是侵犯公民权利的恶法。比如《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》自1982年实施至2003年

废止的二十多年,“苏萍被轮奸案”“程树良教授‘嫖娼’致死案”“黄秋香被二度拘留案”“孙志刚案”,无不标示着国务院起草的该条例严重的影响了公民的基本权利。其次是违背立法意图的恶法。作为立法意图的传递者,起草者要超越局部利益困扰,谋求最大化的公共利益,是谓立法体现“公意”。然而片面的经济效益观以及来自官僚体制的压力,有时也会导致起草者角色失范,降低立法标准,违背立法意图。比如为了追求地区经济发展,甘肃省政府起草的《甘肃祁连山国家级自然保护区条例》将上位法《中华人民共和国自然保护区条例》规定应禁止在自然保护区内进行“砍伐、放牧、狩猎、捕捞、采药、开垦、烧荒、开矿、采石、挖沙”等十类活动缩减为禁止进行“狩猎、垦荒、烧荒”等三类活动,导致未予禁止而实际上放任的其他七类活动摆脱了法律的束缚,致使祁连山生态环境遭到严重破坏。

第二,起草劣法。保持法秩序的统一性,实现法律体系在形式与价值上的融贯性,是立法的基本要求。然而,受制起草者立法技术运用的娴熟程度、法治思维及法治能力的水平,经常起草与其他法律相冲突、权责不一致的“劣法”。

首先是与其他法律相冲突的劣法。一是表现为与上位法“相抵触”。比如重庆市林业局起草的《重庆市林业行政处罚条例》第22条第1款第一项关于没收无规定林产品运输证的林产品的规定,超出了《森林法》所规定的没收范围,根据《行政处罚法》第10条第2款之规定,《重庆市林业行政处罚条例》抵触了上位法《森林法》^⑥。二是表现为与同位法之间“不一致”。比如由国务院法制局起草,1990年6月28日七届人大常委会第十四次会议通过的《国旗法》,其中第4条第1款规定“地方各级人民政府对本行政区域内国旗的升挂和使用,实施监督管理”。而2017年全国人大法工委起草,同年9月1日十二届人大常委会第二十九次会议通过的《国歌法》第14条却规定“县级以上人民政府及其有关部门在各自职责范围内,对国歌的奏唱、播放和使用进行监督管理”。两者由不同的主体起草,但同为全国人大常委会

会制定,属相同位阶的法律。尽管两者调整的对象不同,但升国旗和奏国歌通常同时进行,全国人大法工委在起草《国歌法》时,未体系性参考《国旗法》相关规定,将乡镇人民政府排除在监管主体范围之外,导致了乡镇人民政府只有监督国旗升降,而无法监督国歌演唱的奇怪现象。

其次是起草一些权责不一致的劣法。2004年10月公安部起草的《治安管理处罚法(草案)》,在提交审议时暴露出严重的警察权力约束不力、公民权利保护不足的倾向,导致社会舆论一片哗然,甚至有人指责其为“恶法”。同样,2007年山西太原市劳动保障局起草的《社会保险条例(草案)》在太原市人大常委会初次审议时发现,草案的大部分内容是关于如何征收、征缴社会保险金,而关于如何维护群众利益以及征收部门服务与职责等内容过于单薄,权责不一致^[20]。幸运的是,这些起草的法案、法规案在审议时未予通过,但足以提高对立法起草质量的警惕。

最后是起草不具有可操作性的劣法。一是起草的法案语言模糊、不准确、有歧义,针对性、执行性差;二是未充分考量整个法律体系,可能与其他法律相冲突,面临着违宪违法风险;三是拟定的多为价值宣示条款,内容空泛,不具有可操作性。不具有可操作性的法律极可能带来适用者的任意解释,以及自由裁量权的扩张,最终导致善治失败。比如各地卫生计生委起草的《公共场所控制吸烟条例》对公共场所禁烟进行了严格控制,但是关于“公共场所”的界定、监管部门职责、执法方式及监督形式仍规定的不明确,导致公共场所吸烟行为仍难以节制。再如民政部负责起草修订的《老年人权益保障法》第18条规定的“常回家看看”条款,在实践中未起到良好的社会效果,其立法初衷与实践运用存在较大差距。

第三,起草丑法。所谓的“丑法”是指形式粗陋的法,如有的法律在起草时对调整的对象规定不全面,存在缺漏项;有的多采用不确定法律概念,扩大了执法者的自由裁量权;有的在内容上大量抄袭上

位法,重复上位法。任何起草者都存在立法经验、立法技术、治理实践及知识结构等方面的局限,这尤其体现在地方性立法上。一致性与地方性是地方立法双重价值属性,但实践中为了确保形式完整性,保持与上位法一致,不抵触上位法,不惜牺牲地方特色。一方面,地方立法大量抄袭上位法规规避违法立法的风险,沿用放之四海皆准的原则性规定。比如有学者举例指出,2015年甘肃省工商局起草修订的《甘肃省消费者权益保护条例》,与《消费者权益保护法》相比,90%左右文字重复或内容完全一致的法条达到20条,占了该条例法条总数的27.8%^[21]。另一方面,地方立法又存在大量模仿其他地方立法现象。如由湘潭市城管执法局牵头,其他相关部门和单位配合起草,并于2016年9月14日通过的《湘潭市城市市容和环境卫生管理条例》,与同省先行享有立法权的长沙市1997年制定、后经多次修改的《长沙市城市市容和环境卫生管理办法》相对比,不仅在名称上高度相似,而且在内容结构上也大同小异。

(二)立法被俘获

伴随着社会多元化发展及利益分化,民主体制在当下正遭遇到利益集团的围剿,“金钱对民主危害甚烈”^[22]。哈贝马斯指出:“在复杂社会中,甚至最认真的政治自我组织的努力,也被产生于市场和行政权力的固有系统逻辑的阻抗所击溃。”^[16]在西方,企业或利益集团通过政治捐献、游说及贿赂等方式影响着规制官员,以谋求在现金补贴、产业进入控制、对替代品和互补品影响以及价格固定等方面的优惠。在我国,利益集团正日益增多,对立法过程的影响也愈发明显,致使立法过程容易使各种利益合法化,损害了公共利益,消减了立法公共性。

这种严重影响立法过程,改变既往立法形态的现象便是“立法俘获”。立法俘获是指利益集团凭借自身的影响力、话语权、社会资源的占有量等影响立法过程,在立法过程中体现俘获者意志的一种现象。实践中,立法起草是立法准备工作的核心,也是决定立法质量的关键环节,起草者极易被外界群体

所俘获,拟定倾向性条款。“行政管理者有时候会被他们负责规制的集团所‘俘获’。当这种负责的现象产生时,它有多种原因。但是毫无疑问的是,组织严密的集团常常对规制过程发挥不相称的影响——部分是因为它们的政治资本和政治能力,部分是因为行政机构最终要依赖与它们的良好关系以及自有它们才能够提供的信息。”^[23]

立法俘获容易滋生立法腐败。资本向权力纵深地渗透所导致的“暗箱”操纵,更容易俘获立法,导致立法腐败。由于起草程序的不透明,容易为“权钱交易”下的“共谋”提供便利,起草者很容易通过模糊性及缺乏可操作性条款设置、故意在特定场景下留存漏洞及增设弹性条款等方式为特定群体增设权利、规避责任。2008年曝光的“郭京毅事件”就是郭京毅利用在商务部任职期间的权力便利,通过滥用立法起草权为特定群体谋取私利的典型例证。据有关媒体报道,郭京毅在商务部任职期间,几乎参与和主管了中国此前二十多年来的外贸法律的起草修订工作。郭京毅通过与其他群体的共谋形式,在部门规章的制定过程中,私下接受贿赂为请托人牟利,制定有利于请托人的规则。典型的事件是《外商投资商业领域管理办法》的适时出台与国美电器在极短时间内完成 Ocean Town 的股权交易两者之间的“巧合”。郭京毅此举以及在国美电器遭遇反垄断调查时提供的“帮助”,共得到价值110万元的回扣^[24]。

(三)部门利益法制化

在社会学看来,当对一个角色存在两种以上的期待时,便可能产生“角色冲突”。作为起草主体之一的政府部门,理想主义下应该坚守公共利益底线,限制权力的任意,规范自由裁量权以及打破行政垄断,通过公开、可问责的起草程序减少腐败机会,提升立法质量,促进善治。但作为政府的职能部门,在权力关系明确、组织层次有序的官僚体制下,起草者也要以政府整体目标与绩效为指引,借由立法起草传递政府意志,贯彻自上而下的政策指令,高效履行职责,并以此谋取晋升机会。显然,立法起草中

的部门利益凸显了官僚体制对民主体制的僭越,也是导致起草者角色失范的原因之一。洛克指出:“如果同一批人同时拥有制定和执行法律的权力,这就给人们弱点以极大诱惑,使他们动辄要攫取权力,借以使他们自己免于服从他们所制定的法律,并且在制定和执行法律时,使法律适合他们自己的私人利益,因而他们就与社会的其余成员有不相同的利益,违反了社会和政府的目的是。”^[25]立法过程中,凭借对社会管理经验及专业知识垄断,政府部门借立法起草之机攫取立法权,扩张部门权力、削减部门职责,夹带私利、为特定利益集团代言已是不争的事实。

当下,中国的政府部门俨然已成为最大的“利益集团”。在国家立法层面上,国务院及其部门借由“归口起草”之便利,巩固其行政垄断地位。比如《邮政法》从1999年着手修改到2009年修改通过,其中最大的争议就是邮政部门享有邮政专属经营权问题。而地方立法层面更是体现了对部门起草路径的依赖,俨然形成了政府部门“买菜做饭”,政府“端菜上桌”,人大“坐等上菜”的立法格局。有学者通过对江苏省各级地方人大立法规划的统计指出,自2015年3月15日《立法法》修改至2017年11月期间,各级人大162件立法规划中,政府部门负责起草的就有122件,占全部规划的75.31%^[17]。也有学者通过对甘肃省人大及其常委会研究,用四个“80%”形容部门起草问题严重性^⑦。实践中,地方立法通常由政府提出法规草案,并由政府部门主持起草,通过司法局协调提交政府常务会议研究通过后,以议案的形式提请地方人大或常委会进行审议。比如2012年黑龙江省人大常委会通过的《黑龙江省气候资源探测与保护条例》暴露出,黑龙江省气象行政管理部门借地方性法规起草之便,规定了职业探测、开发风能及太阳能必须经过气象管理部门批准取得气象探测开发许可证,意在增设管理权,谋取部门利益。

四、立法起草者的角色塑造

在日常的生活中,人们的角色扮演总会遭遇各

种因素的干扰,致使行为偏离预定轨道,产生越轨行为,导致角色失范。以立法起草者为例,自身角色定位、知识与技术素养以及外部影响都能导致角色失范。因此,在矫正角色失范,塑造起草者角色时,需从制度建设、提升立法技术乃至储备起草人才等角度展开。

(一)制度论:起草行为的规范

第一,推广立法起草回避制度,确保立法起草者价值中立。所谓的立法起草回避制度,是指享有起草权的主体,因其与所起草的法案存在利害关系,为确保起草程序与内容的公正性,根据起草者申请或者利害相关方的请求,依法终止其立法起草资格的制度。实践中,立法权与起草权的分离,尤其是绝大多数起草权由政府所把持,引发了民主性困境,招致了公众诘难。一方面,基于行政管理事务的多元性、复杂性及多变性,“谁执法谁起草”式的“归口起草”已成为当下立法起草主体确定的主要依据,而这会放大起草者的信息优势,强化行政管理的惯性思维,重管理与义务、轻服务与职责,热衷秩序维护、忽视权利保障。另一方面,基于起草法案的利益相关性,难以确保起草者始终秉持公正之思维,无法阻却起草者假借起草程序将潜在利益法制化。如何运用制度力量进行规制则显得尤为重要。为此,推广立法回避制度,依法确定价值中立的起草者,能有效隔离有利害关联的起草者参与立法起草,减少起草者寻租被俘获的可能,消解起草恣意及杜绝立法腐败的发生。

第二,探索多元起草模式,取代单一起草者。恶法、劣法乃至丑法的产生与起草者权力滥用、信息垄断、立法能力低下、法治思维匮乏等因素密不可分。多元起草模式意在打破单一起草者的随意性、利益化等弊端,通过引入外脑,鼓励多元主体参与立法起草,能保证起草信息的充分性,体现利益的多样性与均衡性,推动立法质量的提升。一是继续强化委托起草力度。在现有起草者趋于固化情况下,为克服起草者权力欲望、知识匮乏、信息单一等弊端,撬动“关门起草”根基,委托第三方起草所具

有专业性、群众性及中立性,已成为中央及地方立法起草中一股“清源”。在专业性较强、部门利益明显的立法起草领域,交由价值中立的专家学者、社会组织等起草,对于解决立法质量低下等问题大有裨益。二是实施联合起草机制。所谓的联合起草机制是指由立法机关、人大法工委、专门委员会、政府部门、专家学者、行业协会、社会组织等多元化起草者参与的起草模式,这些起草者在职能上相互配合,各司其职,在功能上整合资源,资源共享,实现知识互补。比如综合性、事关全局性、涉及公民权利义务、不同部门利益以及一些重要的法案交由联合起草小组起草,一定程度上能够改善单一起草者诸多弊端。

第三,完善人大提前介入起草制度,有效贯彻立法意图。上文已经提及,立法者交由起草者的只是包含立法意图或目的的宏观构思,基本的法律架构、体系编排以及句法结构都源于起草者的安排。实践中,由于立法理由复杂性、立法信息多样性及经验理性缺失等诸多原因,起草者在传递立法意图时会出现断裂、扭曲,甚至背离。比如有些地方立法起草,假借改革之名,行逆改革之实,起草者将法律法规已经取消的行政许可事项,或变相地转为事后备案,或增设行政许可条件,或嵌入到其他行政许可前置,或伪装成新的行政许可,成为社会改革的绊脚石^[18]。人大提前介入起草制度,是在发挥人大的主导作用,监控与督促起草者行为,实现立法意图的有效贯彻。所谓的人大提前介入起草制度是指法律草案在提交审议前,人大专门委员会或者常委会工作机构提前参与到法律草案的起草调研、座谈、论证、利益协调等工作程序中。《立法法》第53条明确规定,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。各地方立法条例也对地方人大提前介入地方法规案起草进行了专门规定。人大提前介入起草制度,一是可以确定起草者构成及其责任人,明确立法的指导思想、立法原则、基本结构与内容安排;二是可以明确起草的计划安排,有效地引导起草者开展工作,

提高起草质量和审议效率。虽然有规范性依据,但实践中人大何时介入、如何介入以及介入的程度等问题仍然缺乏制度化保障。因此,完善人大提前介入起草制度需要明确人大介入的时间节点、方式、环节以及程度,既有效地引导起草工作,又给予起草者足够自主权。

第四,构建立法起草责任制,规制起草者越轨行为。理性的角色定位,并不能推导出理想的现实行为。起草者角色失范,一方面来自起草权的任意行使,缺乏严格的问责机制;另一方面来自立法起草带来的资源诱惑,在权利义务分配中容易产生“寻租”,致使起草者容易被俘获。在全面深化依法治国以及司法责任制与行政问责制不断推进的情况下,在制度设计上唯独缺少立法责任制。虽然理论上存在“人民立法”的前提预设,即“人民”属复数概念,人民立法体现的是集体行为与集体智慧,不能追究人民责任。但立法实践表明,绝大多数立法工作是由实际的立法工作者来承担,其中的立法起草是决定立法质量的关键一环,立法者多是在审议与表决中发挥作用,对立法起草缺乏实际控制。因此,对立法起草中严重有失公共性的问题,应该予以一定程度的责任控制。所谓的立法起草责任制是指起草者在违法立法、立法腐败、不公正立法等情况下所应承担的立法责任。有别于政治责任与行政责任,立法起草责任属于法律责任,这其中包括了责任主体定位、责任形式承担以及法律救济渠道设置。构建立法起草责任制,是在倒逼起草者依法立法、民主立法与科学立法,阻断与利益集团私下“共谋”和“暗箱操作”,遏制部门利益法制化,一定程度上亦能成为起草者堵挡内在官僚体制与外在环境压力的理由,塑造“中立者”“公正者”角色。

(二)技术论:起草质量的保障

当历史、实践与制度把起草者推向立法工作的前台、实质性影响立法的时候,如何有效地提升起草质量则显得尤为重要。起草者角色失范所导致的恶法劣法丑法以及与上位法相抵触、与同位法不一致、抄袭上位法规定、立法趋同化等现象,一定程度上与

立法技术熟悉程度存在关联。

起草者遵循立法技术规范,可为其履职尽责找到客观的衡量标准,为追究立法责任提供可操作的指标,亦可倒逼起草者提高立法质量意识与责任意识,提升法律体系的统一性,解决立法的针对性、实效性等问题^[26]。所谓的立法技术是指法律制定、修改及废止过程中所应遵守的过程、技术、方法与规则,涉及法律结构、形式、语言等方面,是立法工作者应当遵守的技术性操作规范。其中涉及立法起草的技术规范:宏观层面上包括拟定起草计划、社会调研、设计草案大纲和基本结构、听取意见、论证听证、协调不同意见、修改草案以及提请审议等阶段所运用的技术规范;微观层面上主要涉及草案结构编排、语言文字表述等内容。在全国立法层面上,全国人大法工委累积数十年立法经验,形成并印发了供立法工作人员参考使用的《立法技术规范(试行)(一)(二)》,但因是“试行”又显得权威性不够,不能很好地发挥统一规范和指导立法实践的效果。在地方立法层面上,虽然各地也纷纷制定了地方立法技术规范,比如《上海市人大常委会立法技术规范》《浙江省地方立法技术规范》《重庆市地方立法技术规范》等,但是这些立法技术规范仍然存在不完善与缺乏刚性等问题,致使地方立法重数量轻质量、重原则轻具体、重传统轻创新,法律结构追求“大而全”,照抄上位法与重复同位法、用语不规范、内容相互交叉重复、非法律术语及政策性色彩过于浓厚。

有关起草的立法技术规范包括了宏观的立法理论与微观的技术路线。赛德曼认为,立法理论能帮助起草者形成具体假设,解释调整对象与执行机关面对法律时的行为,指导立法调研,找出问题相互关联的原因,实现立法目的。在运用层面,立法理论可划分为更细小概念:规则(rule)、机会(opportunity)、能力(capacity)、沟通(communication)、利益(interest)、过程(process)以及观念(ideology)。这可称为“ROCCIPI”立法口诀。其中利益与观念是起草者主观考量因素,是起草者直观地最初认定的人们行为的原因。与主观因素相比,规则、机会、能力、沟通和过程等客

观方面则关注影响善治和发展的行为的制度性原因,起草者会因客观因素而制定完全不同的解释性假设和解决方案。为了改变人们问题行为的原因及纠正行为惯性,主观与客观因素是起草者进行立法调研所必须考量的因素,所设计的立法解决方案更需关注细节:合适的方案标准、作出形式选择(起草者一是必须确定拟解决的社会问题,避免“硬塞”法案;二是梳理相关问题的历史以及此前解决该问题的努力;三是学习外国法经验)、设计一个可能的备选解决方案、激励调整对象的手段、描述选取的立法方案、拟议方案的成本效益分析以及社会影响的说明,可能的监督与反馈机制^[3]。

在技术路线上,起草者有义务使法案清晰明确、前后一致,进而使法律成为推动社会转型及改革工具,用法律改造错误行为和避免非公正决策。为此,一是在法案结构上要求起草者谋篇布局,明确总则与分则界限,合理设置编章节条款项及附则,规范定义条款、过渡性条款及法律关系条款设置。二是在体系上要求起草者熟悉法律体系,遵循法律体系的融贯性,确保起草的法案在内容规定上与法律体系保持形式统一,在实质价值上与法律体系维持价值一致。三是在语言表述上要求起草的法案规范、明确、严谨、简洁、平易、具体、统一,具有可操作性,尽量采用核心意义明确的概念,减少法案阴影意义范围,有效限制不确定法律概念的使用。在立法技术上,为了使起草的法案更加清晰明确,应该避免使用模糊词、歧义词、多义词、多余词、修饰词,尽量采用通俗化语词,保持句子简洁化、不赘言,谨慎使用“和”“或者”,保持法案概念一致性,多运用肯定句式,规避否定句式,尽量做到例举事项的完整性。

有时,起草者运用司法实践中的一些解释规则或格言也有助于法案质量提升。起草者应尽量起草其潜在读者能够理解的法案,并确保司法实践的准确适用。因为法律的最终含义取决于法官的解释而非立法者原初意图。因此,为避免法官对立法意图的背离,起草者应运用一些司法实践提炼与总结

的解释规则,用于检验所起草法案的规范性程度。法律解释规则包含了一些语词与概念的基本解释方法。比如文义解释规则、同词同义、异词异义规则,一词一义、法律无赘言、同类解释规则,特别法优于一般法、新法优于旧法、上位法优于下位法规则等。除此之外,一些解释格言也值得起草者关注,比如除非特殊规定,否则法院假定法律的字词与已生效的相关法律的字词含义一致;假如法律行文表明,立法者从技术角度使用了某字词,那么法官应该从技术角度解释该字词。

(三)人才论:起草力量的储备

角色素养决定了角色认知。立法是社会治理规则的创制之源,既维持着社会经验法则,又无时无刻地推动着社会前进,越来越呈现出一种专业化、精细化的作业。而权利、义务、权力、职责、程序等原始创制通常由立法起草者完成。这要求起草者具备很强的法治思维与立法能力,通晓立法理论,娴熟立法技术,能够有效地认识、判断、处理和解决各种立法问题^[27]。“在现代社会,立法起草并不是一项容易的工作。建构立法框架或者法律上层建筑是有多重进路的。而且还有许多不得时刻考量的因素。”^[28]如果起草者不能依照立法权限、遵循立法程序、符合民主要求、有效控制权力、保障公民权利、遏制政府自由裁量,必然会导致善治失败。“有多少法律适用上的问题,根本是源于立法技术的不讲究,条文没有放对位置,用字不够精确,立法者只要在这些细节上多用点心,不知道可以让教书先生少白多少根头发,少打多少口水战,学生又可少读多少篇文章,少解多少无聊的考题。”^[29]起草者的法学素养、专业能力、立法经验的重要性,可见一斑。当前立法实践中,立法人才短缺、知识匮乏、能力不强、经验不足已是法治建设中亟需解决的共性问题。尤其是2015年修改的《立法法》赋予了设区的市立法权,使以前从未有立法经验的设区的市摇身一变成为地方立法主体,只能仓促地将政府中从事法制、复议或具有法学专业背景的工作人员以及将检察官、法官、律师等从事法律职业工作人员拉入地

方立法工作队伍当中。

可见,立法人才建设与储备尤为重要。穗积陈重指出:“法典的编纂如同美术,法典的起草者以一个笔端写出亿兆的权利义务。故而编纂法典之际,选择起草者倍加慎重。博览群书的法学者并非就合适,辞藻华丽的文学者亦非就适合,只有兼具正确判断力与严肃辞藻,并精通历史,明白哲理,广泛通晓内外法律者,才堪以担此重任。而欲得此人,则实属不易。”^[30]伴随着全面依法治国实践的深化,社会对立法人才需要与供给不足之间的矛盾越发明显,促使国家必须在立法人才培养上有所作为。其一,要加强大学法学教育,改进以司法人才培养为重点的现有教育模式。我国大学虽然开设立法学课程,但教学内容聚焦在立法价值、立法原理、立法政策等宏大主题,对立法能力、立法技术的培养相对薄弱。面对现实需要,大学法学院可以聘请专业立法人员担任教师,注重研习立法调研报告写作、立法起草技术,培养学生亲自动手起草法案的能力,在课程考试中增设法案起草或案例分析试题,检测学生立法专业知识与技能状况。其二,提升立法起草门槛,筛除法外思维与立法能力低下的起草者。立法起草乃专门之学问,起草者“在精而不在多”。有学者甚至主张,应将立法工作人员纳入全国统一法律职业资格考范畴,只有那些取得法律职业资格证书的才可参与立法工作^[31]。而实际上,统一法律职业资格证书更多的是一种知识性考察,立法工作需要法学知识与实践经验兼备的专业人才。为此,一方面立法机关应及时全面地对起草者进行能力检验与测试,淘汰那些不具有法治思维、法治能力低下、不娴熟立法技术的起草者。另一方面立法机关应加强对起草者专业技术能力培训,在立法理念、立法政策、立法原则、立法程序、立法技术等领域展开技能培训。其三,强化起草者职业伦理建设,塑造公正立法人格,杜绝立法腐败。起草者的角色定位决定了其追求良法善治的职业伦理,包括公平正义的坚守,社会改革的推动,立法意图的传递以及“真善美”法的渴求。强化起草者职业伦理建设一方面要

在意识形态上,引导起草者以自由、公正、平等、秩序、人权等价值为导向,追求崇高的法治目标;另一方面则需构建立法责任制,明确起草者法定职责及义务范围,对起草中的角色失范,以权谋私、贪赃枉法等腐败行为追究相应责任,倒逼起草者更好发挥角色功能。

结语

尽管在理论上,立法由全体人民或代议制机关行使,但实践中,立法多由实际的立法工作者来承担。其中,立法起草者作为立法意图的传递者、经验理性的运用者、社会治理规则的供给者以及社会改革的推动者,是规制政府武断决策,限制执法者自由裁量,回应法律的合法性、民主性及正当性诘问,全面反映客观规律和人民意愿的关键角色。“正如建筑师的委托人信赖建筑师有知识与技能,来设计和监督建造一所坚固、符合使用要求和美观的房子,起草者的委托人也同样信赖起草者有能力设计一部充分符合法理、有效的法案,实现委托人的目的。”^[32]从社会学的角色理论出发,对立法起草者进行整体性观察,可以全面地剖析立法起草者是如何影响立法质量,进而在法治中国进程中期待起草者更好地发挥角色功能,追求法律的“真善美”品质,最终实现良法善治。

注释:

①施米特指出:“作为一个整体的人民必须决策,就像最初一个社群的全体成员能够在村子的树下开会。然而,将所有人集聚起来一同开会难以付诸实现,即便在通讯技术高度发达的现代社会,向每个人征询一切细节也十分困难,因此,人们十分合理地希望选出由负责任的人组成同一个委员会,议会就是这样一个委员会。”(德)施米特:《当代议会制的思想史状况》,冯克利等译,上海人民出版社2004年版,第184-185页。

②李鹏曾指出:“目前,人大代表、常委会委员绝大多数不是专职的。这种制度有好处,可以密切联系群众。常委会委员全部实行专职化,实际上不可能。比如常委会成员中的民主党派主要负责人,他们还有民主党派的工作。每个委员不

可能成为法律专家,即便熟悉一些法律,也难做到都精通,如果不做调查研究,也很难抓住要害。”李鹏:《立法与监督——李鹏人大日记》,中国民主法制出版社2016年版,第306页。

③社会学家休斯指出,一个地位伴随着一整套文化所界定的权利及义务,这被社会学家称作角色(Role)。这些期望能够界定处于某一地位的人的行为是否合适。参见(美)迈克尔·休斯:《社会学导论》,周杨译,上海社会科学院出版社2011年版,第54页。

④博登海默指出:“法律有这样一种性质,即法律是一种不可以朝令夕改的规则体系。一旦法律制度设定了一套权利和义务方案,那么为了自由、安全和预见性,就应尽可能避免对该制度进行不断地修改和破坏。”参见(美)博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第402页。

⑤角色失范亦可称之为角色错位,展现了角色的实际表现与理想图景的差距,甚至表现为一种扭曲的角色行为。参见奚从清:《角色论——个人与社会的互动》,浙江大学出版社2010年版,第133页。

⑥《重庆市林业行政处罚条例》已于2018年3月29日重庆市第五届人民代表大会常务委员会第二次会议废止。参见胡建森:《法律规范之间的抵触标准研究》,载《中国法学》2016年第3期。

⑦四个“80%”是指:(1)80%以上的法规草案是由政府有关部门直接起草;(2)法规草案的起草人员中有80%以上的无法律专业知识背景;(3)法规草案起草人员中有80%以上未经过立法技术及其立法常识的专门培训;(4)起草的法规草案有80%以上的内容不同程度地存在抄袭现象。参见李高协:《关于提高政府部门立法起草质量问题的思考》,载《人大研究》2010年第2期。

参考文献:

[1]许章润.论立法者——在政治正义的意义上思考正当法,并论及法律的渊源和品格[J].苏州大学学报·法学版,2014,(3).

[2]赵雪纲.立法者的身份与立法学的品质[J].新疆财经大学学报,2014,(2).

[3][美]安·赛德曼.刘国福,等译.立法学:理论与实践[M].北京:中国经济出版社,2008.53,22,22,24-25,34,33,29,29,30,116-141,52.

[4][英]梅因.沈景一译.古代法[M].北京:商务印书馆,1959.5.

[5]赵明.论立法者[J].山东警察学院学报,2013,(4).

[6]严存生.也谈“立法者”[J].河北法学,2016,(1).

[7][法]卢梭.李平沅译.爱弥儿·上卷[M].北京:商务印书馆,1978.701.

[8][美]保罗·S.芮恩施.罗家伦译.平民政治的基本原理[M].北京:中国政法大学出版社,2003.139.

[9]卢群星.隐性立法者:中国立法工作者的作用及其正当性难题[J].浙江大学学报·人文社会科学版,2013,(2).

[10]王理万.立法官僚化:理解中国立法过程的新视角[J].中国法律评论,2016,(2).

[11]白龙.立法官僚的兴起与封闭——以1979年—2010年全国人大立法为中心的考察[J].文化纵横,2011,(3).

[12][英]密尔.汪瑄译.代议制政府[M].北京:商务印书馆,2009.65.

[13]周旺生.立法学·第二版[M].北京:法律出版社,2009.451.

[14]王书娟.地方立法委托第三方起草实效之影响机理分析[J].河北法学,2019,(5).

[15]朱明哲.法国民法学说演进中对立法者认识的变迁[J].苏州大学学报·法学版,2014,(3).

[16][德]哈贝马斯.童世骏译.在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论[M].北京:生活·读书·新知三联书店,2003.127,627.

[17]邹卫中.地方立法的政府部门路径依赖及其规范化[J].广东行政学院学报,2018,(3).

[18]黄良林.论设区的市地方立法起草[J].人大研究,2017,(8).

[19]刘风景.基于“正反合”定律的良法重述[J].南京社会科学,2018,(7).

[20]汤静.地方立法中部门利益之消解路径探析[J].湖南师范大学社会科学学报,2013,(3).

[21]孙述洲.地方立法重复的反思[J].人大研究,2016,(3).

[22][美]德沃金·冯克利译. 至上的美德: 平等的理论与实践[M]. 南京: 江苏人民出版社, 2003.442.

[23][美]凯斯·R. 桑斯坦. 钟瑞华译. 权利革命之后: 重塑规制国[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2008.112-113.

[24]冯英. 政府过程视角下的行政立法腐败问题分析[J]. 中国行政管理, 2012, (10).

[25][英]约翰·洛克. 叶启芳, 等译. 政府论·下篇[M]. 北京: 商务印书馆, 1996.89.

[26]田林. 关于确立根本性立法技术规范的建议[J]. 中国法律评论, 2018, (1).

[27]刘风景. 需求导向的立法人才培育机制[J]. 河北法学, 2018, (3).

[28][芬]Matti Niemivuo. 化国宇, 等译. 立法起草与比较法[J]. 东方法学, 2012, (3).

[29]苏永钦. 走入新世纪的宪政主义[M]. 台北: 元照出版有限公司, 2002.401.

[30][日]穗积陈重. 李求轶译. 法典论[M]. 北京: 商务印书馆, 2014.68.

[31]徐显明. 对构建具有中国特色的法律职业共同体的思考[J]. 中国法律评论, 2014, (3).

On the Role Orientation and Shaping of Legislative Drafters

Yang Tongtong

Abstract: At present, due to the lack of a clear understanding of the object of study and the identity of the legislator, which leads to the lack of guiding significance for the practice of legislative research. In fact, legislative drafters are the key players to determine the quality of legislation. They bring the ideas and intentions of legislators into the legal system and describe the quality of "truth, goodness and beauty" of law in words. In its proper sense, legislative drafters are the users of empirical rationality, the transmitters of legislative intentions, the suppliers of governance rules and the guarantors of social reform. However, in practice, due to the role recognition and positioning, professional and technical literacy, as well as external factors, it is easy to lead to the drafter's role anomie, deviate from the expected behavior model, draft bad laws and ugly laws, resulting in the capture of legislation, and the departmental interests are clearly legalized. When correcting the role of drafters, in the system, we should promote the avoidance system of legislative drafting, explore multiple drafting modes, improve the system of early involvement of the National People's Congress in drafting, and construct the responsibility system of legislative drafting, so as to restrict the drafters' behavior. Technologically, we should follow the macro-legislative theory and micro-technical line to improve the quality of legislation. In terms of personnel training, the construction and reserve of legislative drafters should be strengthened so as to enable drafters to better play their roles and functions.

Key words: legislative drafter; role orientation; bad law inferior law ugly law; legislative capture; legislative technique