

立法回避制度之正当性探析

蔡刘畅

(中国政法大学 研究生院, 北京 100088)

[摘要] 实践中, 个别地方的行政立法回避制度是我国行政立法程序制度发展的重大突破。在分析重庆市的具体制度实践并归纳总结现有关于立法回避制度的各种观点的基础上, 对立法回避制度的合法合理性进行必要的反思, 并最终认为, 中国语境下的行政立法回避制度具有理论上的正当性, 其存在是有现实依据和合理性基础的。

[关键词] 立法; 回避; 正当性

[中图分类号] D922.1

[文献标识码] A

[文章编号] 1673-9477(2012)04-0076-04

所谓立法回避是指享有立法权的机关及其组成人员或者其他参与立法活动的特定个人或者组织在立法过程中, 因其与所制定的法案或者与其所处理的事务有利害关系, 为保证立法程序进展和实体结果的公正性, 根据当事人的申请、立法人员的请求或者有权机关的审查决定, 一定的职权机关依法终止其职务或者职权的行使, 并由他人代理的制度。需要强调的是, 这里的立法回避主要指的是行政立法回避, 故而在以下的行文中采用的立法回避的概念亦是在此种意义上使用的。

一、中国语境下立法回避制度的内容——以重庆市的制度实践为例

(一) 重庆市立法回避的制度实践

重庆市委委托立法肇始于上世纪90年代初。重庆市第十一届人大常委会委托相关组织和专家起草了《重庆市未成年人保护法实施办法》。此后, 陆续实行委托立法的除《重庆市未成年人保护法实施办法》外, 还有《重庆市司法鉴定条例》、《重庆市物业管理条例》等12个立法项目。自2003年以来, 重庆市政府在总结自身立法经验的基础上, 在全国率先确立了“媒体公示——公开听证——委托起草——社会招标——现场论证”的公开立法模式。

2007年7月12日, 受重庆市政府法制办的委托, 重庆大学等六家单位与重庆市政府法制办正式签订协议, 分别由上述单位负责《重庆市招标投标管理条例草案》等6个立法项目的起草工作。根据重庆政府2007年3月26日通过的《重庆市人民政府2007年立法计划》, 2007年重庆市试行立法回避制度, 该计划对实施立法项目委托招标起草工作作出了规定, 首批安排10个立法项目实施委托或招标起草。

(二) 立法回避的内容及其特点

根据重庆市的有关做法, 政府立法回避制度的核心内容是: 与某一立法项目有直接明显利害关系的单位和个人, 不得参与法规和规章的起草、审查和评审, 不得主导立法进程。起草环节立法回避制度主要通过委托起草、招标起草和重庆市政府法制办直接起草三种方式实施。委托起草和社会招标就是对一些专业性强、难度较大或部门利害关系明显、可以定向确定起草单位, 采取委托方式起草, 不能定向确定起草单位的立法项目, 采取面向国内外公开招标的方式起草。

在这项制度中, 重庆市主要确立了“推进立法公开、扩大公众参与和体现科学民主”三项宗旨。立法回避制度的主要内容包括: 在起草环节, 有三种类型的立法项目应当实施回避制度, 即: 主管部门有直接明显利害关系的, 原则上部门应当回避; 专业性极强, 需要借助高端智慧的, 原则上相关部门可以回避; 综合性跨部门的立法项目, 部门间难以达成共识的, 原则上相关部门全部予以回避。在评审环节上, 负责立法评审的专家如果与立法项目有直接利害关系的, 应当主动回避或强制回避。在审查环节上, 负责审查工作的市政府法制办工作人员和负责人如果与立法项目有直接利害关系, 应当主动回避或强制回避。

归结起来, 重庆市的立法回避制度内容具有如下特点: 第一, 委托立法方式包括委托和招标两种; 第二, 在适用阶段上, 立法回避适用于立法起草、评审和审查三个环节; 第三, 在适用对象上, 包括具有回避事由的法定起草部门及其工作人员、参与评审的有关专家、组织以及审查机构的工作人员等; 第四, 回避方式包括主动回避、申请回避和强制回避; 第五, 在回避事由上, 包括直接明显利害关系、专业性事项、各部门的立法分歧较大且难以协调以

[投稿日期] 2012-06-21

[作者简介] 蔡刘畅(1987-), 男, 安徽安庆人, 硕士生, 研究方向: 行政立法。

及其他利害关系。

二、立法回避存在之正当性探析

（一）从司法回避到立法回避

回避本是源于司法程序的一项重要程序性法律制度。作为一项司法原则或者程序制度，回避最早渊源于英国古老的自然正义。自然正义原则的内容之一就是“任何人不得做自己案件的法官”。由此，司法性回避强调审判中立和程序公正，主张审理者不偏不倚、客观公正地对待案件当事人，这就排除了任何与案件有关的利益纠葛、冲突，从而保证纠纷的公正解决。后来回避制度由司法领域逐渐推广到行政、立法等领域。在美国，作为普通法基本原则的自然公正，在被麦迪逊替换成为“正当法律程序”写入他起草的《权利法案》后，成为美国宪法修正案中引人注目的条款。如同英国一样，“任何人不得做自己案件的法官”这个原则，首先适用于司法程序，以后扩张适用于行政程序。但行政程序又有其自身的特点和需要，这个原则在行政方面应用的标准，可能不完全和司法程序相同。”这实际上说明，由自然正义原则或正当法律程序原则引申出来的回避制度在不同的领域有不同的要求和适用标准。根据美国最高法院的灵活解释，回避制度不仅适用于司法程序、行政程序，而且还适用于立法程序（例如立法听证）。^{[1] (p458)}

然而，立法首先不是居中解决纠纷的司法活动，而是一种利益表达、协调和分配的过程。在立法的整个过程中，应当听取并体现任何利益攸关者及其代表的声音和主张。在行政管理中，当行政部门作为利益主体时，其不可能作为立法活动的局外人而置身事外，因为这不合立法的民主价值。也正因如此，立法回避制度自其诞生以来就伴随着诸多的争议。

（二）立法回避制度存废之争

围绕着立法回避之存与废，实务界和理论界存在着两种针锋相对的意见。赞同立法回避制度实践的观点认为，立法回避制度乃是顺应中国法制实践发展、特别是解决立法部门化问题的需要，必要的回避是正当立法程序的应有之义，立法回避的推行对于扩大公众有效参与立法、防范立法部门化倾向和提高立法质量等有着十分重要的意义。反对立法回避制度实践的观点则认为，立法过程中主张回避本身就是个伪命题，立法过程更多的是各种利益主体利益诉求的汇集、表达、博弈和满足。从这个角度讲，所有与所立之法相关的公民、组织都可以而

且应当正当、有效地参与到立法活动中来，行政部门作为执法主体，在涉及到相关领域的管理事项时当然是专业之所在，也是利益之所在，更不可能消极回避，而置身于立法过程之外。

反对说认为：其一，立法是一个民主现实化的过程，要使立法最大限度地反映、集中和表达民意，就必须保障人民最大限度地参与，保障各种不同利益群体、不同利益阶层的人民参与博弈。因此越是有利害关系的群体、组织、单位和个人，在立法中越是应保证他们参与博弈的机会。否则，立法将是不公正的，将背离立法的民主本质。其二，行政立法回避本身违背了宪政和行政法治原理，不具合法性。如果将行政立法回避贯彻于专家、组织起草的始终，将这种本来应当定位为补充性立法的方式泛化为一般立法方式的话，则是对组织法原理的破坏。其三，委托起草只是行政立法的一种形式，而且只是起草方式的一种。根据《规章制定程序条例》的规定，部门规章和地方政府规章的起草或者组织起草是相关政府及其职能部门或者法制机构的法定职责，而委托有关专家、组织起草只是一种补充形式，其四，委托立法并不等于立法回避。从各地已有的实践来看，大都是委托立法，而重庆市所推行的立法回避却不仅仅是委托起草那么简单，其范围已经远远超出了委托立法的领地^[2]。其五，为克服立法的部门利益倾向，消除政府立法中长期存在的“政府权力部门化、部门权力利益化、部门利益法制化”的痼疾，需要采取的针对性措施恰恰应该是扩大参与和博弈。就现代立法而言，因为现代立法涉及的专业技术因素所占比重越来越高，在各国，无论是政府立法，还是议会立法，主管政府部门均发挥着非常重要的，且不可为其他个人、组织所替代的作用。

赞同说则认为：其一，从立法回避的功能和所要回应的现实问题来看，行政立法中回避制度的推行可以提高行政法规、规章的质量，以避免行政法规、规章的“先天不足”。而且随着科学技术的迅速发展，立法的领域也相应拓宽，许多新领域需要制定规范性文件予以规范，从而给国家立法工作提出了许多新的要求与挑战，采取委托立法、招标立法等立法回避方式可以解决行政立法中行政机关难以应对的许多专业性、技术性问题。此外，行政立法回避制度也是民主立法与公众有序参与行政立法的必然要求。其二，尽管在现行的《宪法》、组织法与《立法法》中找不到明确的立法回避制度存在的法律依据，或者说至少依据很不充分，但行政立法回避制度是符合现代宪政原则、行政法治原则、立法基本原则的。评价某一行为或活动是否合法不

能只从外观或感官上认定其是否符合法律法规现行的规定,而要超越法律规范去从法律原则、法律精神、法律目的层面对其进行合法性的评价。其三,从该制度的具体内容来看,并不意味着在行政立法中立法权的转移,也不是特定行政机关的法定职责的丧失。虽然与某一立法项目有直接明显利害关系的单位和个人,不得参与法规和规章的起草、审查和评审,以实现实体的正义,但是行政立法回避制度不是对行政立法权的让渡,也不会构成对行政组织法原理的侵越和破坏,更不会造成立法主体的多元化;同时,从行政立法权的权力来源来说,推行行政立法回避制度正好体现了行政立法权力回归于民。其四,行政立法回避制度尽管在其运作过程中会存在许多这样或那样的问题,但最终是为了保障人民的利益、克服行政立法过程中的部门化、地方化倾向,因此绝不会出现因为保障了人民的利益就会妨碍政府工作的开展;相反地,摆脱部门利益、地方利益影响的行政法规与行政规章能够促成“良法”体系的形成,也可极大地提高法规、规章的实效性。^[3]

三、对立法回避合法合理性之反思

笔者认为,立法回避有其客观的合法合理性。以下简单阐述对上述观点的反思。

其一,立法回避并不必然导致回避立法民主。如前文所述,回避制度之于立法程序,它是个外来之物,其源头是作为体现司法理性、职业理性的司法公正。在这里,民主的价值不是被忽视而是退居幕后。然而在立法程序中民主之价值较之于理性价值则更为重要。立法过程更加鼓励和强调所有利益攸关方的积极参与和对程序运行结果的有效影响。法国大革命时期,罗伯斯庇尔在为法兰西设计民主共和制时就明确指出:“民主国家乃是这样的国家:在那里,主权的人民受自己制定的法律领导,自己去做所能做的一切事情,并借助自己的代表去做自己所不能做的一切事情。”^{[4](p171)}但是,与立法项目相关的行政部门及其工作人员在特定事由出现后的回避是否对立法民主构成破坏呢?答案是否定的。行政机关制定规则之行为乃是由立法权授予的,本质上是立法权的第二次委托。其民意代表性实难令人充分信服,这里对行政部门及其工作人员之独立利益的怀疑和规范正是对立法民主价值的维护。另外,根据《规章制定程序条例》的规定,规章的起草可以委托相关的专家、组织进行。同时,该条例还规定规章起草阶段应当充分征求相关部门的意见,确保相关部门的广泛参与。起草单位与其他部门有不同意见的,应当充分协商;经过充分协商不

能取得一致意见的,起草单位应当在上报规章草案送审稿时说明情况和理由。由此可见,《规章制定程序条例》一方面承认委托立法的做法,另一方面也并未忽视各部门之间的利益协调。起草工作在委托给相应的专家、组织起草之后并不能简单地认为与该项行政立法有利害关系的行政部门已经完全不能参与到立法活动过程之中了,反而可以在起草、审查等阶段针对涉及到多个部门的重大且具有争议的事项进行有关的协商。

其二,虽然委托起草只是行政立法的一种形式,而且只是起草方式的一种,而根据《规章制定程序条例》的相关规定,部门规章和地方政府规章的起草或者组织起草是相关政府及其职能部门或者法制机构的法定职责,而委托有关专家、组织起草只是一种补充形式,但是这并不能作为质疑立法回避存在之正当性的理由。即使委托起草只是对传统起草方式的一种突破或者补充,而且只是限于立法起草阶段,这不是一个立法回避到底需不需要的问题,而只是立法回避之适用范围、适用阶段的问题了。

其三,关于立法回避制度实践的合法性问题,笔者认为,不能简单地认为没有法律依据。2000年实施的《立法法》没有对立法回避作出专门规定;2007年开始实施的《监督法》规定了回避制度适用于质询和特定问题调查程序,对立法仍然没有引入回避制度。于2002年开始实施的《规章制定程序条例》对立法回避有了一定的规定。该条例第13条第4项对委托立法给予了肯定:“起草规章可以邀请有关专家、组织参加,也可以委托有关专家、组织起草。”各地的委托起草也正是以这个条文为依据的。然而重庆市的立法回避不仅包括立法起草阶段的委托立法,还包括了评审、审查阶段的回避。在委托立法的方式上,重庆市的实践主要是委托和招标两种形式。在回避事由上,重庆市也做了大胆的制度创新。可见在起草环节上,回避是有行政法规层面上的规范依据的,但是也要注意在方式和事由上确实是对上位法的一个突破。而评审和审查两个阶段的立法回避则完全是一种创造。因此,重庆市的立法回避制度实践是存在实定法的依据的,尽管这种依据还不足,且法律规范位阶不够高。另外,针对在没有实定法律依据的情况下是否可以从法律原则或者法律精神中发掘规范性依据的问题,尽管如博登海默所说:“法规的意图比它的明确的文字更被看重,更值得研究,因为法规文字中所谈的事情往往出自法规条款,而法规的条款并不出自立法者的意图,理解国会法案的最好办法是根据意图而不是文字。”^{[5](p474)}不过,笔者以为,行政法治的基本要求是首先要遵循实定法的规定,这也是为了给行政机

关加上必要的刚性约束，不能动不动就以法的原则或者精神为行动依据，否则法治将会受到更多的来自主观因素的破坏，毕竟法律原则和法律规则之适用是有一定次序的，在一个法制建设起步较晚、法治尚且十分脆弱的国度尤其如此。

其四，立法回避的制度实践并不必然会破坏组织法的规定。组织法设定了行政机关的包括立项、起草、评审和审查等在内的职权，并且权力主体不得放弃其权力的行使，否则将构成不履行或者不作为。在这种情况下，立法回避制度是否有存在的制度空间呢？如果这些部门及其工作人员被排斥在立法过程之外，会不会导致立法职权的不履行呢？笔者认为，从现有的规定来看，起草部门的回避并不意味着其完全不能参与到立法活动中去，至少《规章制定程序条例》提供了诸如利益协调、公开参与等机制来解决这个矛盾。在立法的技术理性和民主价值之间往往会出现一些紧张关系，而如何去维持这种适度的、良性互动关系可能是立法回避所要真正面对的难题。另外，在重庆市的实践中，回避主体不仅有行政部门，也有其工作人员，还有参与到立法中的专家、组织等主体。而上述主体的回避，除第一种外，其他都不会带来立法职权的不履行，反而还会增加立法程序的可信度和公正成分。最后，委托立法也并不是对职权的不履行。根据行政委托的一般原理，受委托的个人或者组织行使一定的行政职能是基于行政机关的委托，而非法律、法规的授权，委托的前提是行政机关必须享有职权。受委托的个人或者组织也是以委托机关的名义处理委托的事项，其最后的对外的法律责任亦由委托机关承担^{[6](P145-146)}。可见，一方面委托立法适用的阶段是极其有限的（仅限于起草阶段），另一方面相关的负有立法职责的部门自始至终都没有也不能逃离法律

设定的职权和责任。

四、结束语

关于立法回避存在的正当性基础问题乃是本文论述的重点。文章以为，立法回避制度当存，特别是旨在防范和控制立法部门化、地方化的乱象的行政立法回避尤其如此。立法回避制度固然很大程度上能够防范立法部门化、地方化倾向，对于保证立法质量、提高行政机关科学民主立法的水平有着不可忽视的作用。不过，上述目标的完全实现不是哪一项或哪几项制度所能够独自承担得起的，它需要正当立法程序的确立、立法公开化和民主化的加强、立法监督的落实和完善等配套制度构建与后期改进。因此，人们应当对立法回避制度的真正价值与功能进行合理的定位。此外，立法回避的具体制度构建，诸如回避的阶段、回避的适用范围和主体等，尚需进一步研究。

参考文献：

- [1][美]彼得·哈伊. 美国法律概论[M]. 北京：北京大学出版社，1997.
- [2]姜明安. 立法，应推行广泛参与制而非回避制[N]. 检察日报，2007-09-17.
- [3]胡峻. 论行政立法回避制度——兼与杨建顺教授商榷[J]. 现代法学，2008，30(5):30-32.
- [4][法]罗伯斯庇尔. 革命法制和审判[M]. 赵涵舆译，北京：商务印书馆，1997.
- [5][美]埃德加·博登海默. 法理学——法律哲学和方法[M]. 张智仁译，上海人民出版社，1992.
- [6]姜明安. 行政法与行政诉讼法[M]. 北京：北京大学出版社、高等教育出版社，2007.

[责任编辑 陶爱新]

On the legitimacy of the challenge system in the process of law-making

CAI Liu-chang

(Graduate School, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: In China, the legal practice in some regions has made an enormous breakthrough in the area of the challenge system in the process of law-making. In the first part of this essay, there will be a brief analysis of the specific legal practice in Chongqing, which is followed by a summary involving various viewpoints on the challenge system in law-making both in the academic world and in the practice. On the basis of the previous part, the rationality and legality of the challenge system in law-making will be necessarily discussed. Finally, a conclusion will strongly be held by the essay that the challenge system of administrative rule-making can be theoretically justified in the Chinese context, which is full of great legitimacy.

Key words: law-making; challenge system; legitimacy