

## 立法理由说明的民主功能与制度建构

张 婷

**内容提要:**当前,立法程序无法对立法议题的初始化确定施加影响,因而难以避免外在意志借由议题确定能力对立法施加的总体意志强制。在立法议题确定这一立法的源头机制上,进行一种源于民意汇聚以确立立法议题、推动立法启动的民主输入和总控,是立法民主的基础保障。据此,在立法程序中创设与公共领域相联接的立法理由说明平台,从源头上实现对立法议题初始确定的民主性控制,构成立法民主的基础机制。在功能上,立法理由说明经由公共领域汇聚吸纳立法需求,凝聚关于立法的抽象共识,由此提炼整合立法议题,决定是否启动立法。在制度上,依托“公众—立法提案主体(代表或相关部门)—立法机关”的理由说明主体关系,建立“立法动议—立法提案—立法启动”的制度结构,为后续立法环节提供立法议题、立法目的和立法整体方案等方面的民主约束,从而为立法设置基础性的民主框架,由此强化整个立法过程的民主导向。

**关键词:**立法理由说明 立法动议 立法启动 民主立法 立法程序

张婷,华中科技大学博士后研究人员。

### 一 问题与思路

立法是现代法治国家实现公平公正分配社会资源的主导方式之一。在社会资源总体有限的背景下,民主的立法分配程序尤显珍贵。它关涉社会各阶层对资源分配格局的合法性认同,在根本上维系着基础性的分配正义。而且,从资源配置的科学性角度,民主立法可整合各方立法诉求,为立法分配提供信息基础,并设立理性的协商平台,由此增强立法的科学性。

在立法法规定的立法程序中,体现立法民主要求的机制主要是代表提出法律案和立法审议。前者是汇聚民众立法需求和由民众启动立法的民主性彰显,后者是对立法内容体现民主意志的过程控制。由民众决定是否启动立法,立法议题是否是民众立法需求之体现,是立法民主的要义。然而,在立法实践中,更多是由政府部门提出立法需求从而启

动立法。各级立法规划和年度立法计划,虽然设置有面向社会公众的立法议题征集机制,但基本上是由政府部门提出立法项目立项申请。这一实践情形,无疑在一定程度上削减了立法的民主性。<sup>[1]</sup>

在立法启动环节如果不能实现民众对确定立法议题和启动立法的民主控制,就可能无法有效避免政治权威和外在意志借由议题确定对立法所施加的总体意志强制。这一问题具体体现为两个方面:第一,在立法议题及方案未经民主讨论的情况下,直接进入起草阶段将其转成立法规则,必然压缩民主空间。如果立法议题是事先单方给定的,即使再如何强调公共参与和民主协商,恐怕也很难调动民众的积极性。<sup>[2]</sup> 第二,它为立法的部门利益化创造了空间。从法案的提出、法案审议直至法案通过这一程序过程,由于其较为侧重专业性,因而相对封闭,天然存在着排斥民主因素与公众参与的倾向。未经民意确证就启动立法的后果就是,将立法程序中最大限度容纳民主意志的渠道堵塞,从而直接限缩了立法的民主空间,也使得在后续立法过程中通过加强公众参与来提升立法民主的努力大打折扣。

立法民主的申扬,必须在立法与民意的对接环节,强化民主意志的整合及其在代议层面的表达。这就意味着,在立法的酝酿与启动阶段,民主性应当处于主导地位。就此而言,在代议奠基和过程协商两大立法民主机制之外,从立法议题确定这一立法的源头机制上,进行一种源于民意汇聚以确立立法议题、推动立法启动的民主性总控,是立法民主的基础机制。其对应的立法程序环节,就是立法理由说明。那么,立法民主为何依托于立法理由说明?立法理由说明如何重塑立法的民主模式?立法理由说明作为立法程序的民主彰显,在立法程序中发挥何种功能?如何以其民主申扬而对后续立法环节产生结构性影响?立法理由说明在制度上如何实现?本文主要围绕这些问题尝试进行解答。

## 二 民主立法的理论模式:从代议奠基到过程协商

对立法而言,一个根本的追问在于,现代社会所服从的正当之法如何产生?作为统治规则的法律的民主基础究竟是什么?诸如此类的问题,始终是社会发展和思想史在不断的互动中共同关注和探寻的。这既是普适性的问题,又是具有高度情境性的问题。由其衍生的民主发展理论及其作为主导面向的立法民主性理论,构成了一条源远流长且生生不息的理论源流。

### (一) 代议民主与议会立法的民主奠基

近现代以降,在人民主权观念的导引下,政治统治的正当性须以民主为基础。代议民

[1] 有学者指出,立法规划影响了立法提案民主的实现。提案的民主化,是立法民主的第一步。但实践中立法的提案权实际上都是由有关国家机关及其内设机构行使的,而国家机关及其内设机构的提案又因为立法规划的介入而削减了提案的民主性。并且,立法规划的存在,特别是执行规划的要求,冲淡了立法过程中互相制约、不可替代的程序,损害了立法的民主性。参见刘松山:《立法规划之淡化与反思》,《政治与法律》2014年第12期,第96页。

[2] 有观点指出:“如果不首先解决该不该立法这一前提问题,不首先明确政府是否应该对市场进行干预,对哪些领域进行干预,干预的程度、范围与成本等,很难设想,仅仅实现立法体制的法律化会对立法质量的提高与市场经济的形成有任何实质性的意义。”周汉华:《变法模式与中国立法法》,《中国社会科学》2000年第1期,第97页。

主作为现代社会的最优民主安排,以一人一票、代表制和多数决的设计,为现代多元社会架构起多元主义政治的博弈平台,让各方利益和观点参与公开竞争,最终凭借多数决评判胜负,藉此成为人民主权原则的经典表达,构成了一种有效应对复杂和大规模多元社会的政治结构。<sup>[3]</sup> 在代议民主下,有关社会资源分配、公民权利义务安排的立法和公共决策均由代议机关作出,代议机关通过代表参与、审议和多数决等机制来表达人民意志,彰显立法和公共决策的民主性,由此获得人民认同和正当性。法律是现代社会的主要决策方式,立法正是由代议机关制定,代表人民意志的主要表达方式。这意味着现代社会的立法与政治统治正当性同源,都必须以人民的“同意”,即一种“支配性意见”,作为获得正当性的基础。<sup>[4]</sup>

然而,代议制民主始终面临着诸种责难。尤其是间接民主模式下的代表结构、选举程序、投票决断机制,更是饱受质疑。受种种不利条件的制约,多数决可能沦为偏好的汇总和聚合机制;一旦多数人的“坏”偏好被引入政治过程,多数决便异化为多数人的暴政。<sup>[5]</sup> 特别是在无法通过“无知之幕”的理性设计来有效调整多数与少数关系的情形下,多数决便成为一种“成王败寇”式的民主,其势必导致投票所区分的多数和少数格局在选举周期内被固化,即多数成为恒定的多数,少数则成为永远的少数。作为选举失败者的少数,无法获得制约多数的任何有效手段。由此,代议制必然呈现精英化趋向——本应作为对大众与精英之间具有明显调和作用的一种理想民主体制,<sup>[6]</sup> 由于实践运行过程中民意反映机制出现问题,使得最终的结果背离民众而偏向精英。<sup>[7]</sup> 作为主权者的人民的意志和权威,无法在代议制政治过程中得以彰显。<sup>[8]</sup>

这种体制的弊端反映到立法上,可以表达为,由于现代立法活动基本上属于间接立法,不可避免地会有立法者背离民主本意的情况发生。<sup>[9]</sup> 一个直接的体现便是,部分立法无法获得公民的认同和服从,甚至被认为是利益集团操纵的产物。立法似乎成为少数精英垄断的专务。<sup>[10]</sup> 即便有民选代表参与,但在社会现实复杂多变、利益关系日趋多元的情况下,仅仅依靠民选代表已经越来越难以充分反映公众的各种不同的利益要求。<sup>[11]</sup> 而且,由于代表任职保障及其相对独立的意志表达,使得代表对选民意志的偏离事实上很难获得明确认证。加之无所不在的利益渗透,代表与选民之间的信任关联和意志联接也

[3] 参见秦小建:《言论自由、政治结构与民主协商程序的多元构造》,《法制与社会发展》2016年第5期,第86页。

[4] 法律作为一种合法强制,必须获得正当性说明。参见[英]弗里德里希·冯·哈耶克著:《法律、立法与自由》(第二、三卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第467页。

[5] 参见[美]凯斯·R.桑斯坦:《超越共和主义复兴》,《清华法学》2006年第1期,第179-184页。

[6] 参见[英]J.S.密尔著:《代议制政府》,汪瑄译,商务印书馆1982年版,第56-67页。

[7] 事实上,代表能否有自己独立意志,不受选民意志的约束,这也是精英主义与多元主义代表模式的理论分歧之一。参见孙莹:《论我国人大代表结构比例的调整优化——以精英主义和多元主义代表模式为分析框架》,《中山大学学报(社会科学版)》2013年第4期,第166-169页。

[8] 基于此,一些民主理论将代议制民主的核心问题归结为“如何将民众的偏好与专家的判断结合起来。”[英]罗德·黑格、马丁·哈罗普著:《比较政府与政治》,张小劲等译,中国人民大学出版社2007年版,第29页。

[9] 参见季卫东著:《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》,中国法制出版社2004年版,第52页。

[10] 参见[美]本杰明·巴伯著:《弱势民主》,彭斌译,吉林人民出版社2006年版,序言。

[11] 本杰明·巴伯将此种模式称为合法性来源上的“弱势民主”,其后果就是公共权力的精英垄断。参见[美]本杰明·巴伯著:《弱势民主》,彭斌译,吉林人民出版社2006年版,序言。

成为一个显著问题。

在这些因素的共同作用下,由代议民主奠基的立法民主性所面临的核心争议便是,作为法律创制者的主权权威被代议制压制,公民丧失了法律创制者的身份而沦为法律承受者。这是现代立法民主性缺失之关键所在,由此引发哈贝马斯所言的“合法性危机”。<sup>[12]</sup>

## (二) 协商民主与立法过程的民主协商

为了克服代议民主模式的上述弊端,滥觞于古希腊的协商民主在上世纪得以复兴。尽管对协商民主的界定仍存有争议,但对于其目标却是有着一致的认识,即,通过协商程序主义的构建,借助充分沟通、辩论和平等对话的方式,达成最低限度的社会共识,从而为“预期理性地接受最终结果”奠定结构性的基础。<sup>[13]</sup>

在理论传统上,协商民主存在两种对立的模式。一种模式坚持认为,协商民主是一种可以替代代议民主的创新,倾向于将其理解成一种新的激进主义的民主模式,尝试建立激进主义政治话语体系,以更新现代代议制(票决)民主模式。另一模式则倾向于将协商民主作为促进代议民主发展的因素,将其视为对代议制民主方式的改变,认为它丰富和增加了现代代议制的民主要素、改善了现有政治制度质量。<sup>[14]</sup>

以哈贝马斯为代表的理论家们对激进的协商主义模式进行了理论修正,提出了程序论的协商民主改良方案。程序论的协商民主改良方案,强调政治协商公共领域的构建,侧重于政治过程的参与,以重塑公民精神、鼓励公共信息交流、提升公共辩论品质为切入点,力图形成公共意见,促使政府改造决策模式;通过决策的公共参与、听证与合理性说明等措施形成与人民的互动,以此重塑政治结构的开放性民主框架,深化代议制民主决断机制下的理性协商意愿,形成所谓“协商民主+多数决”模式,作为公共决策和立法的理想模式,共同构建起民主的整体结构。

“民主协商+多数决”模式,在立法过程中的体现是公众参与立法模式的兴起。应当注意,这一模式内含普适主义与特殊主义的张力关系,这就意味着在“政治参与扩大是政治现代化的标志”的当代,<sup>[15]</sup>“协商民主+多数决”在不同社会情境下对其进行具体化的路径也不尽相同。各国对于公民参与立法模式的构建存在着差异。在当代中国,随着社会转型所带来的社会结构变化以及多元社会的形成、公众主体意识的觉醒、现代社会对公共生活的吁求,诸多因素共同推动了公众参与的兴起。如前所述,公众参与立法不再是一种抽象的理念或空洞的政治宣示,而是已被政策和法律制度所确认并已展开的实践。

在理论逻辑上,协商民主主要是对立法过程中的民主审议阶段的丰富和充实。其动力来自于作为基础结构的公共参与和公共领域的支撑。由此,公民的立法参与权被置于协商民主的视域下进行理论重构,从而为日益高涨的立法参与意愿进行正当化作业。<sup>[16]</sup>

[12] 参见[德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店 2003 年版,第 128、451 页。

[13] [英]戴维·赫尔德著:《民主的模式》,燕继荣等译,中央编译出版社 2008 年版,第 273 页。

[14] 参见[英]戴维·赫尔德著:《民主的模式》,燕继荣等译,中央编译出版社 2008 年版,第 288 页。

[15] [美]塞缪尔·亨廷顿、琼·纳尔逊著:《难以抉择——发展中国家的政治参与》,汪晓寿译,华夏出版社 1989 年版,第 1 页。

[16] 参见方世荣:《论行政立法参与权的权能》,《中国法学》2014 年第 3 期,第 115-121 页。

从权利视角激发立法程序对公民立法参与的保障义务,是促进立法公共参与的基础之道,亦是协商民主的基石所在。另一方面,公民立法参与应依托良好的制度架构,否则便会陷于无序,参与效果也会大打折扣。有学者从公众参与的基础性制度、支持性制度与核心程序技术制度等方面对公众参与立法进行制度化落实。<sup>[17]</sup>同时,应认识到立法过程是不同类型知识共同发挥作用的过程,因此需要通过适当的程序结合大众参与和专家咨询的理性分析功能,从而实现民主立法与科学立法的统一。<sup>[18]</sup>

通过公共参与为立法过程提供信息方案和民意压力,进而形成立法协商过程,无疑强化了代议制的民主品格,也提升了民主的质量。但这一民主方式存在的较大问题便是,作为公共参与主体的公众本身的多元性、分散性和缺乏组织性,极有可能影响参与的质量。<sup>[19]</sup>而协商的理性保证和共识难题始终无法彻底从民主协商过程中祛除。<sup>[20]</sup>由立法机关主导的公共参与,在无法保证对公众意见的有效回应和吸收的情况下,极易容易流于形式,以致民众难以对民主立法有真切的体悟。更为根本的是,在立法已经启动的情况下,公众参与立法的空间就已经变得非常狭小,即使极力拓展,也仍然无法超脱业已设定好的立法框架。加之经由此种渠道而进行的公民参与,因缺少基础性的民主机制而易附随于立法的专业化过程,致使这一努力的效果很难乐观。这是当下立法实践中虽大力倡导公共参与却始终无法获得明显实效的本质原因。

### 三 立法理由说明作为立法民主的源头机制

由民众确定立法议题和决定是否启动立法,是立法民主性的第一要义。立法议题源于在某个领域与民众利益密切相关的具体问题,最深的问题感触来自于受其密切影响的民众认知。只有基于民意诉求所汇聚的立法议题,方是民主的意志汇聚,也因与民众的利益攸关而增进参与协商的动力和热情。因而,立法议题确定的民主程度与立法的民主性,呈正向关系。在立法程序上,将公民参与立法的阶段前移,形成对立法过程的民主总控,为立法构建基于民主意志的总体框架,从而最大程度彰显立法的民主性,并对后续立法过程起到一个民主框架性的总体约束。据此而论,在上述两大立法民主性表达机制之外,从立法议题确定这一立法的源头机制上,进行一种源于民意汇聚以确立立法议题、推动立法启动的民主性总控,实是立法民主的基础性机制。

#### (一) 民主输入:基于理由说明的公共领域与立法过程之沟通

从公共决策和立法议题确定的既有模式来看,大体有如下几种:一是由决策者主导的“关门模式”和“动员模式”;二是由智囊团提出的“内参模式”和“借力模式”;三是由民间

[17] 参见王锡锌:《我国行政决策模式之转型——从管理主义模式到参与式治理模式》,《法商研究》2010年第5期,第3-12页。

[18] 参见王锡锌、章永乐:《专家、大众与知识的运用——行政规则制定过程的一个分析框架》,《中国社会科学》2003年第3期,第113-127页。

[19] 参见张帆:《多元化、分歧与公众参与立法的难题》,《法律科学》2013年第4期,第24-30页。

[20] 诸如现代大规模社会、文化的多样性和持续的社会不平等难题,也是协商过程的体制性障碍。参见[美]詹姆斯·博曼著:《公共协商:多元主义、复杂性与民主》,黄相怀译,中央编译出版社2006年版,第26-27页。

启动的“上书模式”和“外压模式”。<sup>[21]</sup> 决策者主导模式的民主性最弱,更易产生“拍着脑袋”决策的低水平决策,所产生的决策风险也最大;智囊团模式的专业性较强,但缺乏是否真正契合民主意志的民主性验证;而民间模式的民主性最强,但其需要借助压力模式疏通与决策结构的联系管道,而且存在着多元乃至彼此冲突的“碎片化”,因而其被采用性也相对较低。近年来,随着网络公共领域的发展,三种模式间的互补日益塑造公共决策的新型逻辑。就立法而言,所面临的一个首要问题就是,如何在立法议题的设置上体现民主意志,在此基础上进行立法政治过程的政治整合,实现民主、效率、科学的统一。

哈贝马斯的民主商谈论对于这一问题的处理,具有典范的基础性理论意义。哈贝马斯认为,行政权力因为自身的相对强势可以控制民主过程的输入口,从而会侵入到法治国的权力体系和运行过程,形成行政权力的“自我繁殖”现象。为此,应当对行政权力加以民主驯化。哈贝马斯寄希望于立法民主,将行使公共权力的授权置于“公共说理”的底座之上,使公共权力藉之成为“沟通权力”。<sup>[22]</sup> 公共说理以动员公民的交往自由为前提。哈贝马斯指出:“立法依赖交往权力的产生,而法律与交往权力又同源地产生于那种众多人们公开地赞同的意见。如果法律自身从中获得其合法性的那个正义之源要不枯竭的话,政府的行政权力必须建立在一种具有立法作用的交往权力的基础之上。”<sup>[23]</sup>

交往权力的行使依托于政治公共领域的建制化。政治公共领域是一种传感器和共振板,它将这些根据特定议题集束而成的公共意见或公共舆论集中起来,并对政治系统形成巨大压力。<sup>[24]</sup> 基于交往权力的政治公共领域通过交往自由将行为期待规范化,从而避免先入为主的集体目标赋予,因而也使它所促成的结果拥有了合理性和可接受性。公共交往的民主意志由此汇聚进入立法过程,转变为行政权力和国家意志。其优势在于,这股经由民主法治“闸门”进入的沟通之流,在打破韦伯意义上形式理性和科层官僚制所形成的“牢笼”的同时,也刺激了政治系统内部的神经,迫使政治系统决策的积极回应,立法议题由此确定,再经过法案起草、立法机构审议与表决等环节,从而保证了正当之法得以产生。<sup>[25]</sup>

哈贝马斯进一步指出,从交往权力形成和政治公共领域形成的逻辑出发,交往权力和政治公共领域决定了民主立法部门之意见形成和意志形成过程的结构。<sup>[26]</sup> 这就意味着,在公共决策结构上,政治公共领域始终处于环绕状态。如哈贝马斯所言:“在程序主义法律范式中,政治公共领域不是被设想为仅仅是议会组织的后院,而是被设想为产生冲动的边缘,它包围着政治中心:它通过培育规范性理由而影响政治体系的各个部分,但并不想

[21] 参见王绍光:《中国公共政策议程设置的模式》,《中国社会科学》2006年第2期,第88-94页。

[22] 参见王锡锌:《公众参与:参与式民主的理论想象及制度实践》,《政治与法律》2008年第6期,第13页。

[23] [德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第180页。

[24] 参见马剑银:《通过公共领域的立法民主——商谈论视角下的立法过程模型》,载高鸿钧、何增科主编《清华法治论衡(第11辑):走向民主时代》,清华大学出版社2009年版,第69页。

[25] 参见马剑银:《通过公共领域的立法民主——商谈论视角下的立法过程模型》,载高鸿钧、何增科主编《清华法治论衡(第11辑):走向民主时代》,清华大学出版社2009年版,第70-71页。

[26] 参见[德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第185页。

占领这个系统。公共意见通过大选和各种具体的政治参与渠道而转变为交往权力,对立法者进行授权,为导控性行政提供合法化;而对进一步发展法律的法院所进行的公开的法律批判,则施加约束力更强的论证义务。”<sup>[27]</sup>

在政治公共领域与立法过程的环绕结构中,二者形成合法性关联的基点在于“基于理由的规范可接受性”。也就是说,在政治公共领域中,通过商谈扩展与政治意志形成有关“理由谱系”。理由阐述是谈判的前提,是妥协的依据。但一切结果还要受到公平性和道德性的检验。经由理由说明、辩论、商谈和检验的交往是理想的沟通过程,也是民主性的终极彰显。

## (二)民主控制:理由说明作为立法议题设置的基础框架

在当前立法程序的制度架构中,缺乏政治公共领域与立法过程的环绕结构,更缺乏实质性的关于规范可接受性的理由说明。如上所述,立足于审议过程的过程协商和公共参与仅仅是这一环绕结构的一个环节和构成。在关于立法的民主性实现上,需要确立一种从公共领域进入立法程序的民主“闸门”,由此维系立法程序与公共领域的民主关联,使得整个立法过程得以在基于公共领域形成的民主意志的总体导控之下。

在制度上,在立法程序中设置启动立法的立法理由说明,可以作为形式层面环绕结构和实质层面理由说明的制度安排。哈贝马斯关于合法的立法过程的模型设计,充分体现了这一制度安排的初衷。他所期待的理想模式是基于公共领域的外部动议型或动员型的立法启动模式。作为这一模式的基础环节,关于立法的动议、主题、理由和信息的筛选,使所达成之结构被假定是具有合理的可接受性的,从而塑造民主程序,为合法立法提供依据。<sup>[28]</sup>

在具体设计上,这一环节具体包括五个阶段,即立法所要回应问题的发现、问题的普遍化和提炼、问题的公共讨论、关于问题的方案和意见和立法议题的最终确定。<sup>[29]</sup>这五个阶段的立法环节均处于公共领域的讨论中,其所达成的成果有如下三个方面:一是立法议题的确定;二是关于立法的目标确认;三是围绕该议题的立法总体方案。最重要的成果是,促成了关于该议题的公共讨论和民意汇聚,由此构成立法的基础动力所在。其对于立法程序的启示在于,必须在立法程序中设置一个启动立法的专门环节,来作为民众立法需求的汇聚机制,从而确立立法议题、确认立法目标。这就在很大程度上实现了民意对立法的总控,并在具体的立法过程中让上述成果对立法后续环节形成约束,由此在整体立法程序中贯彻民主性要求。可以说,相对于由代议制民主奠基和协商式民主补强的传统立法民主模式,这一基于公共领域的立法理由说明及对应的立法启动机制,是第三种立法民主模式,也是一种需要认真对待的立法民主模式。

[27] [德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第544页。

[28] 参见[德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第185页。

[29] 参见马剑银:《通过公共领域的立法民主——商谈论视角下的立法过程模型》,载高鸿钧、何增科主编《清华法治论衡(第11辑):走向民主时代》,清华大学出版社2009年版,第72-73页。

## 四 立法理由说明在立法程序中的结构功能

作为立法程序内在设置和基础环节的立法理由说明,一方面在立法程序中创设了公众参与的独立空间,另一方面通过结构关联对科学立法产生实质性影响,可谓立法民主性和科学性相耦合的应然要求与制度保证。这种理念转变和制度设计,为当代中国立法的理论与实践提供了一种新的视角和思路。具体而言,立法理由说明在立法程序中的结构功能体现为以下三个方面。

### (一)凝聚立法回应利益需求的抽象共识

立法本质上是一个民主化的过程,立法议题的确定与解决方案的选择都应当建立在民主机制之上。立法理由说明及其启动机制的结构性功能,恰恰就在于既能够保证立法议题的确定是立法民意的真实反映,并且是真正需要进行立法的项目,又可以使得经由充分民主讨论制定的解决方案的大体设想能够对后续立法过程产生结构性影响。因此,在立法程序中构建立法理由说明环节,并将其作为是否启动立法的实质性环节,实际上就是在立法程序中进行民主性空间的拓展,让人民的意志在立法过程中获得程序性的表达。

立法对民意的反映并非笼统或概括式地宣告。立法必须被用来实实在在地解决社会问题,并满足大多数人的利益需求,从而促进公共利益的发展。立法理由说明作为立法民主性的主要载体与保障机制,其首要功能在于汇聚利益需求,但也必须对所汇聚的利益需求进行一定的衡量和过滤,进而提炼出精准而可行的立法议题。其立基之本,便在于诸种利益对其应当获得立法保护的理据阐述,以及在此基础上进行的利益衡量、讨论与彼此协调。这亦是哈贝马斯关于立法商谈理想模型所追求的。它绝不是一种抽象的理论建构,而是一个成熟的现代国家、一个成熟的现代社会所必然依托的成熟公共领域。而作为一个以现代化为志业的转型国家,当代中国在治理体系现代化的进程中,注定无法回避。这是作为现代化治理基础的立法进行程序建构的宏大意涵所在。

首先,立法理由说明作为立法程序的基础环节,承载了立法与社会利益需求的互动关系。立法须回应社会的利益需求。在社会生活中,利益需求无处不在,呈现出高度碎片化的状态,因而无法进行有机整合。而且,并非所有需求都需要进入立法、通过立法来满足。因此,能够决定立法启动的社会需求,一定是经过提炼整合的民意;与之对应,社会需求要求立法,实际上隐含着立法机关对业已整合的社会需求的总体评判。

就此而言,如果没有一个制度化的程序机制,那么,上述两大互动过程则无法切实展开。在立法程序中设置立法理由说明环节,并将其置于基础性地位,正是为立法与社会需求的互动创设制度空间。其具体过程依赖于“立法动议—立法提案—立法启动”的制度结构展开。这正是立法理由说明的制度面向。

其次,立法理由说明作为立法程序的基础环节,促进诸种利益的自发平衡,从而形成关于立法议题的抽象共识,为后续立法指引方向。任何需求的实现与利益的满足,均仰赖社会资源的分配。法律与公共政策的制定,就是对多元利益进行权衡从而配置社会资源、分配权利义务的过程。在现代多元社会,利益多元是社会常态,而社会资源在特定时空内



总是有限,无法全面满足各种利益需求。当某项立法要对社会资源进行分配来满足某种利益需求时,必然会挤占其他利益所享有的社会资源空间,从而使得整个立法过程充满着各种利益之间的争夺与竞争。“一项公共政策将对很多相关利益产生巨大影响,在利益的驱动下,不同的利益主体为了追求有利于自己利益而展开的竞争,成为政策制定过程中一道永恒风景。”<sup>[30]</sup>因此,立法的一个重要任务,就是在对各种利益关系作出全面、正确判断的基础上,有效协调各种不同利益。在此意义上,立法是一种政治过程,其本质是不同利益的表达、交涉、商谈、妥协,并在此基础上达成“一致同意”的过程。

在多元利益中完成交涉、妥协的“同意”之意志表达,是立法的核心任务。而立法程序则是通过多种联动环节和整体结构设计将此程序化和功能化。作为立法程序基础环节的立法理由说明,首先将各方理由吸收容纳进入立法讨论,然后在此基础上通过公共领域的交涉、商谈形成基于理由的平衡和接受。立法理由说明并非最终性地确定立法的终极分配规则,而是一种概括性的平衡方案,指向可以进行后续立法的共识基础。

这种功能认知符合生活常识,也在很大程度上支持了立法本身的社会整合功能。一个成熟的公共领域,完全可以通过有效的商谈来达成一定程度的共识。这是任何一个社会赖以存在和发展的基础。没有这种概括性的共识,一个社会就会分崩离析。在立法领域,抽象共识立足于社会成员对问题的普遍化过程,即大多数人认为这一问题是一个真正存在的问题,是需要通过立法解决的问题,并非一个特殊的或仅仅只是局部的问题。在这一点上,普遍化的问题构成启动立法的抽象共识,但不涉及问题解决方案的一致同意。问题解决方案是后续立法审议阶段需要完成的任务,这一任务恰恰是这一阶段的公共参与来促进的。这也构成立法理由说明的民主性与立法审议环节的协商和公众参与这一民主性模式的不同。

抽象共识隐含着民众对立法目标价值的预设和期待,构成立法目标的正当来源。也即,立法的目标不是立法机关或某个政治权威设定,而是来自于在关于立法讨论的公共空间中所自发形成的抽象共识。具体而言,抽象共识对后续立法的功能在于确证了立法的整体方向,也明确了所欲追求的整体社会效果。在具体的功能导向上,抽象共识使得提出立法建议或提案的主体具有了初步统一的认识和共同的思想基础,也为后续草案起草和立法审议提供了一个概括性的衡量指标。<sup>[31]</sup>

立法的抽象共识是一种概括性的共识,只是抽象的同意,不足以获得制度的实施效果,也不具有社会整合能力。于是,在具体领域和具体议题中,需要通过立法,以此抽象共识为基础,确立立法目标,据此指引立法展开具体的资源分配和权利义务安排,使其获得实在的整合能力。就此而言,立法理由说明和后续立法过程的衔接,就是这一“抽象共识—立法目标—规范设计”的具化过程。

诸种利益在立法理由说明阶段的自发平衡,首先意味着部分利益被排除。从立法程序的运行角度而言,立法需求向民众开放,并不意味着所有需求都会得到立法回应,而是

[30] 王锡铨:《依法行政的合法化逻辑及其现实情境》,《中国法学》2008年第5期,第68页。

[31] 参见蒋兆康:《从系统思想论立法程序的科学化》,《社会科学》1990年第6期,第32-33页。

需要历经一个过滤与筛选的过程。也即,立法不是万能的,这是立法作为制度资源审慎运用的表现。因此,需要有一种机制对此加以汇聚、过滤与确认。另一方面,作为社会公共资源分配的国家行为,立法的首要正当性在于此种利益是应受保护的正当利益。在程序上,亦需要通过立法理由说明来初步分辨利益的正当与否。

应当再次强调,这一分辨并非源于权威的筛选排除,而是立足于公共领域中的最低限度的正义评判——诸种利益在接受权衡时,须进行某种程度的正当性理由说明。这就意味着,如果某种利益尚无法确定是否正当,却并不违反最低限度的正义评判,那么在立法理由说明阶段,不能将此利益排除出去。因为这种最低限度的评判,无法对目的是否合法正当进行终极评判。只有在立法审议环节,才能进行精细化的利益判断。

总之,基于立法理由说明的立法启动机制,不仅能够汇聚与过滤利益需求,还能够极大地提升利益衡量的民主性,形成关于立法对利益进行调整的抽象共识。这一抽象共识由公共领域在利益需求与立法的互动关系中凝聚而成,表征着立法的民主性,并在立法源头上为立法民主性与科学性的融合提供可能的路径。

## (二) 提供是否应当启动立法的判断理据

立法理由说明将相对碎片化的利益表达吸收进入围绕立法展开的公共空间,并借助公共领域的商谈结构促使这些诉求进行了一定程度的商谈,从而凝聚了关于立法的抽象共识,构成立法的民主性基础。不过,抽象共识若要在后续的立法程序运行中被具化为立法规则,就需要从相对抽象的“意志”中提炼出立法议题。

立法议题提炼是基于“意志”的抽象共识与具体规则间的联接过程。抽象共识是关于问题需要通过立法解决的总体倾向,其本身经历了一个问题普遍化的过程。在普遍化基础上的议题提炼,则又构成一个抽象的过程。这一过程之所以必要,一方面是因为需要进行议题化,从而为立法机关在程序上接受立法动议寻找切入点;另一方面,在立法这一精细化的问题处理和方案选择作业上,通过议题化凝聚公共讨论的中心点,尽量为后续立法吸收更为充分的民意,更多地汇聚各方信息方案,做好充分的立法准备。可以说,普遍是抽象的前提,抽象是普遍的本质。只有经历抽象化和普遍化的过程,立法展开才具有一个相对稳固的基础和框架,也符合思维认识从具体到抽象、再从抽象到具体的认识上升过程。

立法议题整合的实质过程贯穿着理由说明与议题提炼之间的动态关系。任何利益主张均需要理由说明的支撑。如果从单纯的利益表达来看,很难形成各方利益的契合点,因而也难以形成总体的抽象共识。利益需求是基于人的生存和发展在某个维度的需要展开,在立法公共空间表达的理由,虽然很多时候是表面化、经验化和个体化的,但总会依托于一种超脱表面利益纠葛的规范性说明。基于自发商谈基础上的理由沟通、彼此间的共同关注亦激发而出,由此构成问题普遍化和议题提炼的基础所在。

在制度上,立法程序设计了立法提案主体来提出立法案。立法提案主体主要包括代表和部分国家机构。在立法理由说明中,作为“政治意志”的代表,立法提案受制于基于立法动议形成的抽象共识;而提案主体则以相对主动的意志凝练,将立法公共空间的立法动议提炼为立法议题,从而形成“立法动议—立法提案”的循环结构,表征“从意见的形成

转移到意志的形成”过程,将抽象共识相对具化,对接立法过程。这亦是政治公共领域与立法过程相互渗透的一个重要面向。

就其法律意义而言,立法提案作为对立法抽象共识的规范化表达,其法律效果在于启动立法。但应注意,经由理由说明获得了抽象共识,并不意味着一定能完成立法。其一,在立法程序中,是否将立法提案纳入议程,仍然需要由立法机关进行再次审视。这是由代议机关在代议民主模式下对汇聚的民主意志的民主性“把关”。不过,即使拒绝采纳立法提案,也需要进行必要回应,阐明为何不进行的理由。其二,作为程序而言,没有一个程序能够事先预见到后果,这是所有程序面向“过去”的普遍特征。也就是说,没有一部立法能够在启动时就能够预见其必然成功。从立法程序的运行角度,如果立法程序的每个环节按照理想模式运行,那么在任何一个环节都可能因为这一环节的阻滞而使得立法终止。立法终止是立法程序运行的法律后果之一。就此而言,立法理由说明启动立法的功能是程序意义上的,而非一定要制定一部法律。实际上,就其更为本质的功能而言,立法理由说明正是政治结构通过立法与社会彼此互动联接的制度机制,启动立法只是一种自然而然的政治制度回应。

在立法程序的设计上,只有通过立法理由说明的确认,才能启动立法。<sup>[32]</sup>它是整个立法过程当中民主性的重要承载机制,一方面,通过汇聚民众的立法需求凝聚关于立法的抽象共识,并将诸种有着法律理由支撑的利益制成“利益纲目”,<sup>[33]</sup>为立法机关提供参考依据。另一方面,历经一个过滤与筛选的过程,立法提案主体将民主参与所确定的有关立法议题及其实现方式的讨论在融入理性判断、论证分析的基础上,通过具体说理与解释的方式向民众予以阐释,以获得民众的理解与认同。在此意义上,立法理由说明虽然是立法民主性的主要承载,但依然蕴含着一定程度的科学性要求。

### (三) 形成对后续立法过程的民主约束

理想的立法程序是立法科学性与民主性实现结构耦合的载体,它是由立法启动、立法起草、立法审议、立法表决、立法监督直至立法修改等各个环节前后相续、彼此串联而成的一个有机整体。立法理由说明居于立法启动环节,是立法程序与政治公共领域的联接平台。作为立法程序的内在设置和基础环节,立法理由说明不仅通过该平台最大限度地汇聚吸纳了公众立法需求,凝聚关于立法的抽象共识,从而对后续立法活动进行源头上的民主控制;而且,通过立法程序的整体联动设计,将这一环节汇聚的民意加以提炼,决定是否启动立法。启动后的立法将议题整合和汇聚的方案作为基础框架,对后续立法过程中的议题设置和方案选择施加必要的约束,从而塑造了整体立法程序的民主框架,使整个立法

[32] 值得说明的是,立法理由说明作为立法启动的必经环节,是否会因为立法议题涉及的利益的多元化和碎片化,导致理由说明难以取得共识,致使立法迟迟无法启动,陷入久拖不决的低效状态呢?回答这一问题,仍须从立法理由说明所汇聚的抽象共识说起。关于立法的抽象共识并非一定要在各种歧异性意见中获得各方同意的一致共识,而仅仅只是排除了明显不当利益的概括性共识。这是在具体社会领域中可以获得的,因此也不会产生过多的纠结。同时,立法理由说明依托“动议—提案—启动”的制度结构。这一结构的动态运行,足以保证立法理由说明不会陷入持续的利益对抗中。当然,这正是对立法理由说明进行制度化的必要性所在。只要立法理由说明制度结构能够正常运行,就不会产生上述迟滞状态。

[33] 参见[美]罗斯科·庞德著:《法理学》,廖德宇译,法律出版社2007年版,第20页。

程序都获得民主正当性支撑,以制度化的方式形成对民意真正有效的回应。

立法目的贯穿于立法全过程。可以说,立法目的与立法内容是一种“纲”和“目”的关系,立法内容是对立法目的的具体化。正确地确立了立法目的就等于完成了立法的主体工程。“只要我们准确地把握住立法目的,就既能准确地掌握对某项立法的判断和取舍标准,同时也为立法结果的进一步完善和优化提供了依据。”<sup>[34]</sup>因此,通过立法理由说明所设置的包括立法目的等在内的立法框架,理应对后续立法过程发挥指引与约束的作用,从而串联起整个立法过程。

立法理由说明制度对后续立法过程的这种串联作用,首先表现在,作为启动立法的必经程序,立法理由说明制度决定着立法的开启。经由民主化的立法理由说明制度,使得立法问题的提出与解决方案的大体设想依托于民主参与的基础之上,从而在源头上既保障了立法为社会所需,又提升了立法的理性,有助于立法质量的提升。更重要的是,立法启动之后,立法理由说明经由抽象共识所具化的立法目的、立法原则、利益分配、权力平衡等民主基础框架,会对后续立法过程具体议题形成制度化约束。并且,这一约束不能被轻易更改。这体现在以下三个方面:

第一,立法起草要在立法理由说明所确立的框架之下进行,将民主意志的表达转化为立法规则。立法理由说明承载着民主的意志。但如何将立法理由说明汇聚的议题和方案转成立法规则,则是一种高度专业化的工作,必然依赖立法机构和政府部门的工具理性和经验知识,亦需要专家理性的深度介入。在这一过程中,为防止专业理性以其自身判断替代民主选择,应当将立法起草过程中的裁量范围严格限制在技术作业的范畴之内,在立法价值选择领域与方案选择、技术领域做大致区分。其中,政府部门与立法机构仅提供立法技术支持,藉以平衡部门立法与官僚立法存在的理性与民主性之间的张力。<sup>[35]</sup>其实,当前立法实践中引起担忧的“部门立法”与“官僚立法”现象,其本身在立法程序中诸如草案起草、方案选择等环节是极为必需的。这是因为,部门拥有丰富的行政管理经验,这是立法科学性的保证。就此而言,对于“部门立法”的规制上不能“因噎废食”,关键在于如何将民主的意志贯穿于后续立法过程,进而实现民主立法基础上的科学立法。立法理由说明正是实现这一设想的制度机制。

第二,立法审议与表决应回归立法理由说明确定的立法“原旨”。一般而言,对立法的审议主要围绕以下内容:立法目的是否正当合理,是否符合宪法的规定;立法的必要性与可行性;立法的表现形式以及与其他相关法律的衔接;是否正确反映了立法意图;关于权利与义务的设置是否合理;条文之间是否协调一致,有无明显漏洞或内在矛盾;立法技术的运用是否娴熟,比如概念的表述是否准确,结构形式是否科学合理,文字、语法、逻辑是否合乎立法技术规范要求等等。

上述审议内容实际上是立法理由说明所凝聚的抽象共识的具体展现。这就意味着,

[34] 黎建飞:《论立法目的》,《中国社会科学院研究生院学报》1992年第1期,第55页。

[35] 参见王锡铨、章永乐:《专家、大众与知识的运用——行政规则制定过程的一个分析框架》,《中国社会科学》2003年第3期,第125页。

在审议时,审议主体主要围绕立法案是否遵循立法理由说明所设计的立法框架而展开,亦即审查的主要对象为立法说明中所确立立法目的、立法原则、利益分配方案等立法框架在立法案中是否得以实现。相应地,立法提案者或起草者负有解释说明与论证义务。若审议的结果是肯定性的结论,则表决原则上会获得通过。

第三,对于立法监督而言,立法理由说明制度的构建,可为立法审查中的“不适当”提供理据与标准。整个立法程序通过立法理由说明串联,形成一个有机互动的结构性整体,即立法理由说明所搭建的整体立法程序设计为立法起草、审议程序与立法监督提供了框架约束与审查标准,使得立法过程的各个环节能够充分发挥其所应承担的结构性功能,共同促成立法目的的实现。特别是对立法监督而言,除了为立法“不适当”审查提供明确的审查标准之外,立法理由说明在阐述理由时所依据的与立法目的、立法手段与选择等有关的事实,以及作为法益衡量之前提的事实等都将成为立法审查确定立法“原旨”的重要材料。

这就意味着,作为立法合宪性审查对象的立法事实,它已经先在地存在于立法理由说明之中。通过立法理由说明这一重要立法资料的呈现,可为立法者向立法监督机关展示其在立法过程中业已履行了审慎立法的职责。这些职责包括,审慎判断立法相关的社会经济事实,并充分考虑了关于事实判断的不同意见,以民主决断的方式确立了立法的最终选择。从另一角度出发,通过立法理由说明这一重要立法资料的呈现,还可为立法监督者提供合宪性审查的便利,使其可以在最短时间内快速、全面地掌握与立法有关的立法事实。

立法理由说明所形成的理由,为立法审查所遵循的“不适当”标准提供了理据,在一定程度上有助于缓解程序主义立法观和实质主义立法观的两难。程序主义立法观强调过程的民主性,只要过程是民主正当的,其立法结果就是可接受的。这就会使得立法结果有可能被某些利益集团操纵,从而放纵了民主的负面影响。而实质主义立法观则侧重于对立法结果的评判,忽视了立法结果与立法过程之间的关联,有可能使立法监督者僭越民主的意志。由此产生了过程与结果之间的两难。为了缓解这种两难,既有的对策大体是通过公众参与、立法协商来试图完成,但后续立法过程本身的公众参与空间有限,没有一个容纳与释放民主的空间。因此,以立法理由说明制度作为整体立法过程的框架性约束,一方面为后续立法过程以民主的方式设置立法议题,另一方面为立法监督提供最本质意义上的审查标准。这样,就从源头上将立法过程与立法结果进行框架性的整合,由此缓解了过程与结果可能产生的两难问题,避免过程与结果的过分偏离。

## 五 立法理由说明的制度建构

立法理由说明的功能实现,依托于一种分工明确、逻辑清晰且彼此紧密关联的制度结构。立法理由说明需要通过制度结构的设计,既能够保证立法议题是立法民意的真实反映并且是真正需要进行立法的项目,又可以使得经由充分民主讨论制定的总体方案能够

对后续专业立法过程具有制度化的约束效果。

应该指出,世界各主要国家在其立法体制中均明确或隐含有理由说明环节。我国立法法同样有关于理由说明的制度机制。具体而言,立法法对立法准备活动、立法论证评估等方面的规定,均体现了立法理由说明及其对应的立法启动机制的一定意蕴。<sup>[36]</sup>但一方面,立法法尚未对此进行体系性的系统规定,而是散见于立法法相关条款之中;另一方面也没有系统构建启动立法的理由说明机制,即系统的、体系化的与立法过程相衔接的立法理由及启动机制,同时这一机制当中所蕴含的不同于论证评估的、立法民主空间的延伸与立法回应民意的功能延伸,还未被充分认识到。由此,如何立足于既有的具体规范,将规范背后隐藏的立法理由说明及整体立法程序通过一定程度的规范改造与规范解释建构出来,构成立法理由说明制度研究的核心命题。

### (一) 立法理由的“规范性”层次

启动立法只能基于“规范性”的理由。不过,在现代多元的个体主义社会,个体行动更多是基于价值、情感、欲望和利益等所谓初级理由。这是立法理由的第一层次。尽管有理性程度的高低之分,但在理由位阶上却无高低之分,不过是理由范式之差别而已。但作为一项需要社会集体支持的共识性职权行动,从诸多初级理由中经由理由沟通形成“规范性”理由,是立法启动的“理由”基础。在个体角度,所谓“规范性”的理由,意思是指:“当我们面对世界的任何面向时,虽然我们可能做出的反应有很多种,但我们应该仅在自己有理由去做出的各种反应中进行考验和取舍,不应该在自己没有理由去做出的各种反应中进行考验和取舍。”<sup>[37]</sup>在这个意义上,立法理由应当包含三个递进层次,即初级理由、个体规范性理由、整体规范性理由。

个体维度的理由的“规范性”面向促成了国家和社会层面的反思性平衡。从立法角度对规范性理由的关注,必须立足于如下结论:个体的“规范性”如何契合国家和社会层面的整体“规范性”,仰赖基于社会交往结构的理由生成,及在此基础结构之上的程序框架整合。

因此,立法作为一种涉及社会各方利益的交涉行动,绝非某个单方意志的后果。当下立法实践中,由立法论证、立法前评估承载的立法理由说明,实际上是由主导立法的主体所单方给定的理由。这一理由也经过了论证和权衡,也确实超越了个体的初级理由,也有着公共利益的整体考量,具备理性基础,但由于未经充分的交往协商而无法形成整体性的规范性理由。换言之,在理由的规范性维度,当下立法并未贯彻从个体初级理由汲取理由资源,经由交往沟通生成的个体性的规范性理由,再经由法定程序形成的整体性规范性理由的理由说明。

[36] 例如《立法法》第 52 条规定立法准备阶段的立法规划、年度立法计划以及立法前论证评估;第 54 条规定提出法律案时附带法律草案文本及其说明;第 36 条规定列入常务委员会会议议程的法律案,涉及专业性较强的需要以论证会形式进行可行性评价;第 39 条规定拟提请常务委员会会议审议通过的法律案,常务委员会工作机构可以对法律草案中的主要制度规范的可行性、法律出台时机、法律实施的社会效果和可能出现的问题等进行评估,评估情况由法律委员会在审议结果报告中予以说明,等等。

[37] 谢世民著:《理由转向:规范性之哲学研究》,“国立”台湾大学出版中心 2015 年版,第 144 页。

由此不难理解,立法理由说明为何能够构成立法的民主性承载机制。理由沟通乃是立法理由说明的实质内容,而理由沟通就是一个充分的民主过程。个体为何同意制定法律,并服从法律,恰恰正是因为法律制定过程乃是个体表达诉求并进行充分沟通的民主过程。也即,无论是启动立法,还是立法完成后对法律的服从,都是建立在法律涉及利益各方进行理由沟通的基础之上。<sup>[38]</sup>

在主体结构上,立法理由说明的主体结构由“公众—立法提案主体(代表或相关部门)—立法机关”构成,公众是初级理由的说明者,但在公共领域中经由商谈结构可促成向个体规范性理由的升华;进而通过立法提案主体对公众理由的表达和专业提炼,在此基础上形成与公众理由的回应互动,将确定的立法议题进行必要性和可行性说明,提交立法机关;立法机关对此进行审议,决定是否启动立法。

## (二)立法理由说明的内容框架

立法理由说明的内容框架,主要包括以立法解决普遍化问题之必要性和以立法解决问题之可行性。其核心内容在于,是否需要立法、何时立法以及如何立法。它集中阐述立法目的、立法原则以及该立法在整个法律体系中的地位与作用,并对利益分配、权利义务的配置等进行初步和预设性的安排,为后续立法的展开提供总纲性的指引与约束。

立法必要性首先面向的是现实问题,通过必要性的理由说明将此问题普遍化,从而提炼出立法目标。立法的必要性不仅针对的是紧迫性的问题,更是立法可解决的问题,且该问题是因立法缺失而造成。由此显现出立法作为一种手段选择与问题解决之目标之间的关联性和合比例性。立法必要性指向唯有通过立法才能解决现实问题之唯一后果。其说明逻辑包括以下三个递进层次:第一,所解决问题现实存在,且为涉及民众切身利益之普遍问题;第二,该问题确属法律调整范围;第三,该问题唯有通过立法才能解决。每一个层次均内含理由沟通结构。

可行性说明指向立法及立法手段选择可以最合乎比例地解决该问题。立法本质是通过社会资源的重新配置来实现特定的公共利益。因此,社会资源是否能够按照立法预期进行配置、重新配置是否会产生无法预料的后果、配置资源的手段能否达到预期目的、民众是否愿意服从权利义务安排,等等,无一不关涉到立法的可行性问题。立法可行性说明包括两个层次:第一,立法本身作为一种手段是否具有可行性;第二,立法所采取的主要手段是否具有可行性。前者是整体性的,后者是对立法核心部分可行性的专项分析。

应该说,对立法必要性和可行性的理由说明,需要较高的法学专业素养,即规范的发现和解释能力。民众的理由说明限于与个体主观体验有关的问题触发,经过公共讨论中的理性沟通会向规范性理由迈进,但对于是否只能通过立法来解决的说明,却不可能由民众完成。换言之,这一层次的说明必须依托专业理性。在制度设置上,这一说明实际上是

[38] 哈贝马斯指出,在商谈结构中,立法与社会交往的彼此渗透,正是因为这样一个事实:在交往行动中,理由也形成动机。由诸多动机所催生的对行为的规范化期待,使立法避免了单方给定的集体目标的赋予。参见[德]哈贝马斯著:《在规范与事实之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第185页。

由立法提案主体在吸收表达民众的理性诉求后,提出立法议案所必须进行的一项工作,并接受立法主体的检验和评判,作为是否启动立法的判断依据。立法提案主体的专业性保障了这一理由说明的使命实现,但根本性的问题仍然在于立法提案主体的专业性如何与民众诉求的民主表达形成有机衔接。这就涉及到下文所分析的关于立法理由说明的制度结构。在此意义上,立法理由说明的结构逻辑仰赖“立法动议—立法提案—立法启动”的制度结构实现。由此,立法理由说明的内容框架,在不同层次纳入理由沟通的动态结构,进而让立法理由说明成为反映民意但亦经由专业考量的立法启动控制机制。

### (三)立法理由说明的制度机制

根据立法理由说明的主体结构,立法理由说明的制度机制可对应提炼为“立法动议—立法提案—立法启动”。在立法理由说明的制度机制中,各个环节分别承担着不同的理由说明功能,各功能之间又相互耦合成有关立法理由说明的整体功能。

作为立法理由说明制度机制的第一环节,立法动议的本质是公共领域对立法民主要求的公共意见的汇聚。公众是立法动议的主体。严格来讲,立法动议本身没有定型的制度机制。它主要依托公共领域的商谈结构展开。依托公共领域的立法动议之制度机制,目的在于让立法程序有意识地通过制度建构形成与立法动议的有机衔接,从而将立法动议中的核心内容吸收进入立法程序。在制度上,须明确立法动议与立法提案的制度关联。从目前立法实践来看,由于相关法律规定的缺位,使得立法动议对于提案环节完全没有制度约束,导致提案主体与民意立法需求之间产生隔阂与脱节。一方面,有较强的立法动议,但得不到提案主体回应;另一方面,作为立法提案的主体,对于公众的立法动议,其采纳与否、提案与否的自主决定空间较大。因此有必要构建立法动议制度,赋予其制度效果,使得其与提案形成制度关联。简言之,任何法定提案主体所进行的提案,都要对立法动议加以认真研究并从中甄别、筛选或者发现具有一定价值的立法提案。<sup>[39]</sup>

立法提案是立法法的制度回应机制,同时也是对立法动议的相对专业化表达。相较于立法动议,提案是立法过程中程序较为严格的一个环节,须由符合提案要求的主体依照法定程序向特定机构提出正式的立法案。一般而言,对于被采纳的立法动议,提案主体要对其进行制度化的加工与表达,然后以一种书面化、逻辑化的方式将启动该项立法的所有相关信息,特别是立法理由说明,予以清晰呈现。这也意味着,并不是每个立法诉求都需要进行正式的立法理由说明。正式立法理由说明的条件,是立法动议只有经过提案环节的过滤与筛选并最终为提案主体所采纳的,才需要在提案中进行理由说明。立法法对立法提案程序进行了明确的规定。应当说,立法法规定的提案主体范围相对较广,包括国家机关和人大代表或常委会组成人员等,体现了充分的民主性。但基于立法效率和立法严肃性的考虑,并非所有提案都能进入审议议程从而启动立法,在此之前须经过必要的筛查。实践中,国家机关提案一般都围绕立法规划与计划展开,加之经过充分调研、论证,提

[39] 在比较法上,对于公民动议及其制度回应,均有明确的规范。参见杨海坤、黄学贤著:《中国行政程序法典化——从比较法角度研究》,法律出版社1999年版,第237页。



交的草案也较为详尽完备,因此能够比较顺利地进入会议议程。与之相比,人大代表提出的立法议案数目庞大,涉及事项众多,加上自身提案质量问题,因此立法法亦设置了对其须经由特定决定主体予以决定的制度安排。因此,在广泛的提案主体设置下,如何提高作为民意直接表达的代表提案的立法启动比例,可以说是目前畅通立法提案和立法动议联接渠道的重要路径。在制度上,结合人大代表提案启动比例较低的原因,可以作出一定的调整:第一,根据立法程序运行的一般原理,矫正起草先行的立法模式,既降低代表提案的难度,也顺应了先进行理由说明再启动立法进行起草的一般逻辑顺序。第二,为代表设置一定的辅助机构,在满足代表性的同时适当提升立法专业性,如为代表设置“立法之友”,为人大代表提供必要的技术辅助和资讯支持,以助其更好地参与立法工作。当然,这涉及到代表性和专业性相协调的机制体制问题,需要进入更为宏观的视野进行讨论。第三,启动标准的明确化及其启动主体的监督,确保代表提案能够获得与部门提案的同等对待,这是立法启动环节所讨论的问题。

立法启动的功能在于由特定主体根据一定的标准,对立法提案阐明的必要性和可行性进行审查,将符合民意诉求的提案纳入正式立法程序。如何通过启动阶段的审查,倒逼立法提案对立法民意有效回应,是立法启动的制度追求。在制度上,决定是否启动立法实际上是对目前立法过程中是否列入会议议程环节进行的制度改造。立法启动的决定主体、审查标准、决定程序、对决定后果的回应性要求及监督,都直接关系到立法启动的制度功能的实现。就此而言,立法法规定的由人大主席团或常委会决定是否启动立法的制度设置,无疑需要从立法理由说明的功能实现维度进行必要的完善。而从其运行而言,立法启动实际上也是“公众—提案主体—启动主体”三者之间的互动交涉过程。因此,在程序意义上,经审查后决定启动立法,一定意味着提案主体与决定主体经过了多次沟通。那么,作为沟通的结果呈现,一方面提案获得通过,立法得以启动;另一方面,立法提案所阐述的立法理由说明又得以进一步丰富和立体化。

总而言之,立法理由说明与启动机制并非凭空建构,而是将现有相对松散的立法环节(立法建议、立法提案以及决定列入立法议程)进行制度化整合与改造的同时,又赋予其具体制度内容与运行环节。可以说,目前的立法过程中本身就存在着立法理由说明及其启动机制的制度完善空间。

## 六 结 语

立法理由说明经由公共领域的民主汇聚,凝聚关于立法的抽象共识,从而为后续立法设置了包括立法议题、立法目的、立法总体方案等在内的基础性民主框架。它对整个立法具有实质性效力,不仅决定着立法能不能启动,还为后续立法过程提供框架性指引并发挥约束、监督作用。后续立法过程一旦偏离了立法理由说明所预设的轨道,轻则暂时中止,重则随即终止。而由专业理性参与的科学性机制始终受制于这一框架,其功能限于对民主性的技术支持和立法方案的优劣评说。由此落实了民主性是科学性的基础、科学性为

民主性提高专业优化的理想结构。因而,立法理由说明之所以富有意义,乃是通过各个环节的结构性串联,促进了立法科学性与民主性的耦合。

基于立法理由说明的立法启动机制的建构与运行,是立法民主性总控模式在中国情境之下的具体运用,更重要的是它能够回应中国立法中的诸多困境,为理想立法过程的构建提供一种可能的路径。除此之外,立法理由说明制度为公民参与创造了最大化的空间,不但有利于公民精神的培育,使得公众的公共精神与政治认知能力在这样的民主化过程中获得锻炼,而且还有利于提升公众对法律的认可度,减少法律实施的难度。由此,立法理由说明作为立法程序的基础环节,应当获得立法理论和实践的更多关注。

[本文为作者主持的 2019 年度教育部人文社会科学基金青年项目“立法理由说明的功能与制度构造研究”(19YJC820075)的研究成果。]

---

---

[**Abstract**] The current legislative process cannot influence the initialization of legislative issues, and as a result, is unable to avoid the general will force imposed by the external will through the ability to determine legislative issues. A basic way of safeguarding democratic legislation is to carry out democratic input and general control that originates from public opinion gathering and aims at aimed establishing legislative issues and promoting the initiation of legislation at the source mechanism for the determination of legislative issue. Therefore, establishing a platform for explaining legislative reasons connected to the public sphere in the legislative process can realize the democratic control over the initial determination of legislative issues at its source and constitute the basic mechanism for legislative democracy. In terms of function, the explanation of legislative reasons can help absorb legislative needs through public domain, collect abstract consensus on legislation, refine and integrate legislative issues, and determine whether or not to initiate legislation. In terms of institution, we should explain main body relations by relying on the reason of “public-legislative proposal subject (representative or related department)-legislative authority”, construct the institutional structure of “legislative motion-legislative proposal-legislation initiation”, provide the basic democratic restraints on legislative issues, legislative purposes and overall legislative plan in the subsequent legislative links, thereby establishing a basic democratic framework of legislation and strengthening the democratic orientation of the whole legislative process.

---

---

(责任编辑:田 夫)