

[优秀论文]：律师受托立法的路径探索 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__5B_E4_BC_98_E7_A7_80_E8_AE_BA_c122_485010.htm

内容摘要：委托立法已成为各地人大改革立法模式的新趋势，其中委托律师起草法案将会越来越多。本文通过总结我国律师界特别是山东律师的实践经验，探索律师起草法案出现的基本问题，以此期望推动我国律师界更好地参与委托立法，使律师参与立法，既可以弥补行政立法和专家立法的缺陷，又不产生新的遗憾。 主题词：律师受托立法 一、我国律师受托立法的现状 目前，我国地方人大委托律师界单独起草法案的越来越多。第一起，是2001年2月28日重庆市人大法制委员会委托重庆市索通律师事务所起草的《重庆市物业管理条例(草案)》。这发生在我国第一起委托社会专家立法八年之后，律师开始作为独立起草人走向立法舞台。2004年6月7日，青岛市人大常委会法制工作室分别与山东德衡律师事务所、山东文康律师事务所签订了青岛市地方性法规草案起草委托协议书，委托两家律师事务所分别起草《青岛市物业管理条例（修订草案）》和《青岛市城市房地产开发经营条例（草案）》。这两部法规已于2006年1月1日起实施。这是我国第二起人大机关委托律师进行起草法案。2005年7月26日，天津市人大法工委委托天津市律师协会起草《天津市地方立法听证办法（草案）》。2006年6月5日，郑州市人大与河南文丰律师事务所签订了委托起草《郑州市物业管理条例(代拟稿)》的协议。2006年6月12日，山东省人大常委会法工委委托山东康桥律师事务所起草新的《山东省消费者权益保护条例（草案建议稿

）》。委托立法[1]，将成为各地方人大探索改革地方立法的主要形式。全国人大已把委托立法作为推动地方“科学立法、民主立法”的新趋势。这表明，将会有越来越多的地方人大委托律师立法。律师职业的特色优势，恰好可以弥补行政立法和专家的缺陷。但通过已有律师起草法案的实践看，某些反映的基本问题，应当引起我国立法界和律师界的关注。

二、山东律师受托立法的成功经验

1、律师所积极推动并争取地方委托立法

青岛市人大明确将委托律师起草《青岛市物业管理条例（修订草案）》后，消息一出，青岛市多家律师事务所争相伸手欲接绣球。山东德衡律师事务所主任栾少湖律师是青岛市人大代表，经常提议律师参与立法，青岛市人大将绣球抛向德衡。鉴于律师界的热情和竞争的激烈程度，青岛市人大决定将《青岛市城市房地产开发经营条例（草案）》也推出来进行委托起草，青岛文康律师事务所通过竞争接手。这次青岛市人大常委会实行委托立法后，包括人民网、新华网、中国人大网、新华通讯社、中国青年报、大众日报、青岛日报等媒体进行了报道，引起社会各界的普遍赞誉，正如《新京报》报道：“其中蕴含的思维转换和对未来立法模式的影响都是值得关注的”。委托立法，不仅提高了立法机关的形象，也提高了律师形象。律师所在当前形势下，应主动宣传和推动律师受托立法。仅从立法发面讲，至少有三个方面的优点：第一，委托立法是人大掌握立法主动权的好形式。以前的法规起草，多是由行政机关负责，侧重于管理权限和管理经验方面，人大对草案进行较大修改就非常困难，基本失去立法主动权。委托立法使人大立法变被动为主动，可以独立行使话语权和选择权。第二，委托立法可以提高政

府立法质量。这次委托立法，没有实行单独委托立法，而是采取委托律师事务所立法和政府立法并行形成竞争，这是对政府立法非常好的促进和补充方式。在起草阶段，双方都自觉地尽力完成草案，这为人大常委会审议提供了更多的选择和参考。第三，委托立法有助于创新，体现“立法特色”。不仅委托律师起草立法的本身就是特色，而且律师起草的主动能动性和职业特色，也是法学家学者稿和政府机关稿明显不同的。将来，全国会有更多的地方人大推行委托立法。这需要律师界看清趋势，积极主动地宣传和推动立法的科学化和民主化，宣传律师参与立法的特色和作用。律师职业的独立性、专业性、可操作性等优势，将会使律师在委托立法中大有作为。另外，律师所本身的实力和业务特色也是影响能否接受委托立法的重要因素。

2、工作安排尽量周密。周密的计划，使后期大量的调研工作和草稿撰写工作按计划、有步骤、高效地如期完成。这些实践经验再次证明了一个道理，好的开始就是成功的一半。山东德衡律师起草小组工作之初，所有成员召开了三次统筹会，专门研究确定起草的指导思想、基本目标、调研计划和分工，报经市人大常委会法制工作室修改后实施。在人员搭配与分工合理方面，起草小组成员中，既有对物业实务有实践经验的骨干律师，也有对物业管理理论有研究的我所兼职律师（法学教授）。草案代拟稿的两个主笔人，在不同阶段是有主次之分的，这种安排实践证明，有利于不同观点的互补和创新活力的持续。在山东文康律师事务所起草小组，分为综合组、调研组、起草组三部分，各个组以合伙人为组长，周密安排确保了考察起草论证等工作有序展开。

3、要不折不扣地贯彻地方立法四原则

，突出“创新”“不照抄、不抵触、有特色、可操作”，这是青岛市人大常委会法制工作室在《委托协议书》中，对两家律师事务所起草工作提出的具体要求。这四项原则道出了地方立法的精髓。德衡律师草案代拟稿共108条，没有一条重复上位法，如实贯彻了立法原则。“有特色”是四项原则的核心，主要体现为“创新”。在创新方面，山东的律师经验有：其一，借鉴其它部门立法是捷径。例如德衡律师稿在物业制度立法中，借鉴了《选举法》的选举制度、《证券法》的账户分立制度、《物权法（草案）》的合理补偿制度、《劳动法》限制解除合同制度、《民事诉讼法》的先予执行制度、《商业银行法》的接管制度、《信访法》的投诉制度、香港《建筑物管理条例》的强制维修制度等。另外，还借鉴上海、深圳、重庆、福建等最新物业管理立法成果。其二，要注意挖掘地方特色。比如德衡律师根据调研，青岛有许多投资房地产的人并不自己居住，房地产投资者，并不象房产使用人（物业使用人）那样更关心日常物业使用和管理，在草案代拟稿中规定了保护“物业使用人”具体规定。其三，体现律师职业特色。在草案代拟稿中，德衡律师所重点设计物业纠纷的解决机制，因为物业纠纷繁琐复杂，实体法未必能解决所有纠纷，但一套好的纠纷解决机制可以弥补缺陷。比如业主自治纠纷创设了行政裁决在前诉讼在后的解决机制，创设“业主名册制度”有利于业主委员会的纠纷处理。但是，需要注意把握创新的“度”。对于重庆律师稿，重庆市人大新闻处负责人曾说，重庆索通律师所做的草案前瞻性太强，“有点超前了，他们参考了香港和国外的（情况），但香港的情况和大陆不一样，而国外的又不符合中国特色的实

际情况。”索通的代拟稿中被采纳接受的比例不多。当时有媒体报道论证会上，有关行政部门认为他们起草的法规过于琐细，草稿被进行了较多删改。德衡律师稿提出的“物业小区”法人资格问题，即使《物权法（草案）》也没有规定，在其他国家也是一个超前问题。虽然提出的制度还比较“前卫”或者还不成熟并没有被立法机关采纳，但开拓思路供立法机构参考的价值是得到肯定的。在立法技巧上，建议对争议较大或者过于超前的问题，在调研报告中进行说明，不要写在草案代拟稿中。

4、要高度重视调研工作

在调研形式上，山东律师采取了召开座谈会、专项问卷调查方式、实地调研等方式。其中德衡律师所关于物业的法人资格登记问题，书面专函向青岛市民间组织管理局咨询。需要说明的是，充分利用互联网资源调研是宝贵经验之一。因为互联网汇聚了大量的最新民意和观点，汇聚了各地和国外的最新立法资料，利用互联网可以充分了解各方信息，同时也大大节约了调研成本。

5、提交资料要如实全面

山东文康律师事务所提交的调研报告1万多字，山东德衡律师所提交的四个文件《草案代拟稿》、《起草说明》、《调研报告》和《参考资料》近23万字。在《调研报告》中起草的每一条款，都按照【草案条款】、【其他意见】、【修改说明】、【参考资料】格式，详细反映了草案每一条款的由来、不同意见、采纳理由；《参考资料汇编》如实地罗列了我国众多法学家观点、社会观点、我市物业现状也列入其中，提供了非常实用的兄弟城市等最新立法和社会观点。翔实的调研资料，对立法审议非常有好处。

三、律师受托立法需要解决的问题

1、警惕律师立法经费过低的危险

第一起律师受托立法的重庆市索通律

师事务所，其律师“立法经费”是8000元。据索通律师事务所负责人说，为了起草该项法规，他们有12个律师参与，并一直工作了8个月。那么这8000元是什么概念呢？就是说参与立法的12个律师每人每月可以从一个省级的国家权力机关获得83元钱的补贴，平均每天不到3元钱，而重庆市出租车的起步价是5元钱。律师所为此据说已经付出了10万元左右的成本[2]。10万元和8000元，差之大矣。青岛两家律师事务所的立法经费是分期付款共3万元，实际上算经济账的话，起草小组若干律师也是很难划算的。据报道，天津市人大法工委拨给天津市律协的是1万元工作经费，由经验丰富的12位律师组成的起草小组。律师立法为何自愿倒贴，还是有非经济账可算的。但是这种立法经费过低，很可能导致立法调研不足，直接影响草案的质量。在立法经费有限情况下，山东德衡律师事务所原计划的外地调研减少转为网上调研，山东文康律师事务所的外地调研改为和政府机关协同调研。长期以来，也影响各界参与委托立法的积极性。我国《立法法》规定“保障人民通过多种途径参与立法”，这里的“保障”，应包括经济保障。委托律师起草法案，应当参考委托行政机关的立法经费数额，不应该悬殊太大。

2、律师立法要能够权衡各方面的利益

立法是利益的重新分配。“法律面前人人平等”，但只是在法律的面前平等，立法是不平等的。律师作为法案起草者，在立法调研时就会深切感受到各利益集团的主张，必须有一定的法律素养和政治素养，才能把握好不同利益在立法中的协调。例如，在山东德衡律师事务所起草调研物业管理立法时，单就物业公司角度来讲，有与业主的核心利益关系，与房地产开发商的裙带关系，与水电公安等部

门的协助关系，与物业主管行政机关和街道委员会的管理关系等，法律保护的不是单方面的权益，而是各方的合法权益。重庆索通律师事务所的主任韩德云律师认为，草案稿与正式稿件之所以出入较大，是因为没有充分估计到相关利益保护力量的反对，他们不能接受物业管理领域如此大步伐的变动。“我们主要站在了开发商和业主的立场上，其他的利益考虑少了，没有考虑好平衡。”韩德云如此总结当年的教训[3]。因此，立法指导思想上要侧重保护哪些等基本问题，应当向委托立法的人大机关进行汇报由其把关。

3、正确对待律师受托立法

正确对待律师受托立法，这里指以下两个方面：首先，立法机关对律师起草的法案应足够重视。从目前实践上看，立法机关所审议的法律草案，并不是律师起草的法案。以重庆为例，索通律师事务所的代拟稿中被采纳接受的比例不多。在青岛两家律师事务所的代拟稿中，采取的比例大大提高，但体例和基本内容仍然是采纳行政机关的送审稿内容。律师稿，还只是作为重要参考，所以说目前律师界还没有真正完成受托立法的使命。这需要律师提高起草质量，更需要立法机关拿出勇气和决心。其次，社会各界也不要过高期待律师起草法案。在社会各界期望委托立法破解“部门立法”的背景下，出现了两种针锋相对的观点。全国人大常委会法工委胡健提出“委托立法不能排除行政机关[4]”，“委托起草法案排除行政机关并无不妥”[5]，“因为部门是裁判员，部门立法等于是让裁判员来制定规则，这是违背法理的。应该把立法、执法分开，以体现法的公平价值[6]。”“政府立法应当逐步推行立法回避。凡是直接涉及某行政部门利益的，更应回避[7]。”本文认为，委托立法值得提倡，

但不应该排除行政立法。部门立法、专家立法、律师立法三者的优势和弊端一样明显，各有利弊，要互相弥补才是正确的道路。部门立法，突出缺陷是为本部门争权力、争利益，要审批权、处罚权，搞许可制、增设费项等等，乃至挖别部门有利可图的墙角，踢出自己难管的事项，容易造成越位立法、法律冲突等现象，但部门立法有立法效率高有利于保障执法效果。专家立法的优点是具有前瞻性科学性，但理论性强可操作性不足。律师立法的优势是比较中立，可操作性比较强，缺点是立法经验不足。从青岛市人大立法实践看，实行政府稿和律师稿双轨模式，在目前来讲还是比较好的成功模式。“只有把两方面有机统一起来，才能切实降低立法成本、提高立法质量、保障执法效果[8]”。在当前我国委托立法初步阶段，这是值得推荐的一种立法模式。总之，委托律师起草法案已成为立法机关委托行政立法和专家立法的重要补充部分。律师界应在吸取律师同行经验的基础上，发挥律师的特长，在立法机关和社会各界的支持下，为我国法治文明做出新的贡献。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com