

# 法案公开征求意见的法理分析及方式选择

汪全胜,卫学芝

(山东大学威海校区,山东威海 264209)

**摘要:**法案公开征求意见制度,也称为法案的公众咨询制度、公众评议制度,是法案起草或审议机关对其所起草或审议的法案向社会公布,广泛征求社会公众意见的制度。实施法案公开征求意见制度可以帮助立法机关获取更多的信息,使得立法更具有“合法性”与“可接受性”,能够让不同的利益在立法中得以协调。现代社会立法注重立法的民主化、科学化,多采用不同的方式征求社会公众意见。法案公开征求意见方式的选择在某种程度上决定了法案公开征求意见制度的实施效果。国外如美国、加拿大、英国都实施法案公开征求意见或公众咨询制度,通常也注重法案公开征求意见方式的选择,同时注重多元化的法案公开征求意见方式的结合,以实现更好的效果。我国最早在 1954 年的宪法制定过程中就采用了公开征求意见的制度,但真正广泛地采用与实施是在我国 2000 年制定《立法法》之后。实践中,法案公开征求意见的方式存在不足:一是方式种类少,常用的五种方式是开展调查研究、召开座谈会、书面征求意见、邀请专家咨询或论证、立法听证会;二是没有注重不同方式的选择问题,就是没有考虑法案的性质、法案的专业性等作出合理的公开征求意见方式的选择,该制度的实施效果并不是很好。我国应借鉴国外的成功经验,应进一步完善征求意见方式的设计,注意运用现代科学技术,同时,尽可能采用多元化的方式来改进我国法案公开征求意见制度的实施效果。

**关键词:**法案;公开征求意见方式;网络技术;多元化方式;公众评议制度;公众咨询制度  
**中图分类号:** D920.1      **文献标志码:** A      **文章编号:** 1672-8580(2017)04-0001-15

## 一、问题提出

众所周知,改革开放以来中国社会最重要的变化之一,就是社会利益格局的多元化形成。概括而言,这一多元化的利益格局主要表现在:

---

**基金项目:** 国家社科基金项目(11BFX003)

**作者简介:** 汪全胜,博士,教授,博士生导师(E-mail: pkuwangfang@163.com)

(1)由于经济领域的市场化改革,除传统的公有制经济外,私营经济、混合所有制经济也逐渐兴起,成为国民经济的重要成分,多元经济主体格局形成。不同的经济成分带来不同的社会交往方式和权益诉求,原先人与人之间单一的“同志”关系,国家与社会之间单向的“控制”关系、城乡之间的“静态”二元关系逐渐松动。经济活动参与主体的多元化导致了利益需求的多样化。

(2)市场化推进的过程也是一个社会分层的过程。经济交往方式的改变也深刻地影响乃至冲击着原先社会各阶层的身份认同。社会阶层日益分化,传统的工人、农民、知识分子等群体之间的界限及内部构成愈加含混,新工人、新农民、城市中产阶级等代表新秩序的力量广泛兴起。中国社会陷入了大规模的阶层重组。

(3)随着当代社会生活的主题从大一统的“革命”向世俗化的“经济”“市场”“发展”转变,原先被发现、被整合进政治话语中的区域问题逐渐进入普通公众的视野。社会格局的多元化不仅表现为社会成员之间的阶层划分,而且还表现为地区与地区之间的分化与失衡。由此,区域关系、府际关系、民族关系也开始大规模地进入相关议程。

(4)除了社会经济的变革以外,法制建设、权利意识、公民观念的兴起,也在相当程度上推动了利益格局的多元化;它们保证了人们在彻底世俗化的市场社会中自由选择人生目标、生活方式、价值观念的正当性。透过当前广泛争议的个人利益与国家利益、一代人的正义与多代人的正义、经济增长与环境保护等诸多冲突可以看出,价值观念的多元化实际上巩固、加深了利益格局的多元化。

这种利益格局的多元化不仅改变了市民社会的构成,而且推动了国家治理的制度逻辑以及合法化方式的转变。可以说,当前我国国家治理所面临的一个主要问题,就是在利益格局多元化的条件下制度供给不足。就其表现来看,这种制度供给不足是多方面的:

第一,制度的生命力在于其对环境变化的适应性,即其社会变迁中能否利用规则、原则、程序来及时回应社会需求。面对当前急剧的社会变迁以及利益格局的多元分化,当前的国家治理仍然保持着一元化的权力体系,政府主导的集权式治理模式仍旧占据主导或统治性的地位。分权、自治、民间的、多元主体等因素的相对缺失,再加上立法机关的“有限理性”,导致其对制度需求的把握程度较低,制度供给的动力和灵活性欠缺,制度评估与反馈机制匮乏,由此导致其制度供给方式单一,效果滞后,不能有效解决多元化的利益纠纷和冲突。

第二,粗放型的制度供给导致制度的政治经济绩效不足。设计精良的制度框架能够发挥规范人们行为、降低交易费用、确立政治认同的功效,但由于当前的制度供给很大程度上还属于一种“粗放型经营”,即只单方面注重立法的数量,而忽略其质量,遂导致实践中很多制度设置并未与社会经济的变化很好地“衔接”,难以对社会关系进行有效的调整与建构。加之社会变迁的速率过快,新制度的规范效能尚未完全发挥,往往就必须随着情势的变更而修、改、废,这既干扰了人们对制度安排的预期,又破坏了整体制度结构的安定性。面对人们权利诉求的日益多样化和利益需求的升级,相关的制度供给仍然以经济增长为中心,忽略了人们日益增

长的对基本公共用品和公平公正的需求,导致社会转型困难。总之,这种粗放型的制度供给方式不仅耗费了大量的社会资源,而且破坏了法律秩序和国家治理的制度体系的稳定性,加剧了制度供给与多元化的社会需求的脱节。

第三,制度供给的合法性水平较低,难以获得多元利益主体的公共认同。制度的有效性很大程度上取决于其自身的合法化能力和程度,即其能否获得社会民众的公共接受;如果一项立法或制度安排片面注重单一目标取向,不去实现公共利益、反映居民们的普遍意志,那就很难获得社会主体的广泛认同,因而也就无法克服社会合作中的“搭便车”和“法律规避”难题。制度供给的合法性基础薄弱所造成的另一层后果是制度的权威不足。制度在现实生活中权威不足,其就不能对公共权力的行使施加有效的制度约束,遂导致权力失去约束,公权力部门过度干预公民的私生活领域。

因此,立法作为最主要的制度创新手段,在一个日益多元化的社会中,它就面临这样多重难题:在利益与价值多元化的条件下,如何为制度设计确立一个共同可接受的基础?在国家治理体系愈益现代化和民主化的背景中,如何才能保证立法所创设的制度的合法性?在运用公共协商而非政治权威去追求共识的语境中,怎样才能确保立法共识的稳定性,以及在多元纷乱的意见对立中提升共识达成的效率?十八届四中全会通过的《决定》指出,要“拓宽公民有序参与立法途径,健全法律法规草案公开征求意见和公众意见采纳情况反馈机制,广泛凝聚社会共识。”可以说,加强立法的体制机制建设,是回应上述难题的关键。

“法案公开征求意见”即是一项能够应对上述难题的机制。所谓“法案公开征求意见”是指法案的起草或审议机关将其所起草或审议的法律草案或有关立法资料向社会公布,广泛征求社会主体的意见,以此来修改或完善法律草案的活动。法案公开征求意见活动作为实现公民或公众参与立法的重要形式,其宗旨就在于实现立法的民主化和科学化,确保立法能够在复杂的利益格局中,通过汇聚多方意见、共同协商达成共识,真正反映公共利益。法案公开征求意见是在社会多元分化的条件下增强立法对社会需求的制度回应能力的重要举措。

从比较法的角度来看,西方发达国家也都采取了类似征集公众意见的制度,如美国立法过程尤其是行政规章制定过程中的公众评议制度、英国立法过程中的公众咨询制度、日本立法过程的公开募集意见程序制度等。这些国家在法案公开征求意见方面的制度建构上起步较早,在实践中也积累了较多的经验,有很多方面的东西值得我们借鉴。然而,法案公开征求意见的方式多种多样,其在很大程度上取决于一国的经济发展水平、民主发展程度、公民立法参与的渠道、立法者的政策选择以及相关的配套设施是否完善。因此,立法机关或法案起草机关需要采取什么样的方式才能实现更好的效果,就是值得认真研究与探讨的问题。

本文拟先从立法史的角度梳理建国以来的相关立法实践,总结现行制度条件下法案公开征求意见活动的主要实践方式和可行渠道。紧接着本文将要探讨,法案公开征求意见活动最为一项立法民主化的体制机制建设的意义与价值,并相应地勾勒出该机制满足的消极与积极条件。再次,论文将从比较法的角度对美国、加拿大、英国的类似制度进行考察,尝试着总结其

制度的共同点,提炼出可供我国法制实践借鉴的有益因素。最后,本文探讨我国法案公开征求意见方式在实践中的诸多不足,并针对性地从技术平台建设和制度规范的角度给出完善的建议。

## 二、我国法案公开征求意见方式的实践

我国法案公开征求意见的活动应该说从建国以后我国第一部宪法即 1954 年宪法制定时就开始了。在宪法制定过程中,全国人大宪法起草小组首先在全国人大及其常委会内部各机构、中央人民政府各部门、各民主党派、人民解放军、各人民团体以及社会公众之间展开了广泛的征求意见活动,“全国 80%-90%的成年公民参加了讨论”<sup>[175]</sup>。我国第一部宪法的制定历时三个多月,1.5 亿多人参加了讨论,共征集意见 138 万条,开创了我国法案公开征求意见的先河。实践证明,建立在广泛民意基础上的 1954 年宪法是符合我国的实际的,并为社会主义政治、经济、文化等各项事业的展开奠定了良好的制度基础。

然而,真正实施与广泛开展法案公开征求意见的活动是在《立法法》制定之后。2000 年 3 月 15 日通过的《立法法》第 34 条规定,法律案一经列入常委委员会会议议程,就应当通过座谈会、论证会、听证会等形式听取社会各方的意见;该条第 2 款特别明确了常务委员会的职责,及其应当及时将相关的法律草案发送给有关机关、组织和专家,包括政府及有关部门、法院、检察院、有关的企事业单位、社会团体及高校学者等等,以向其征求法案意见。

该法第 35 条规定法律草案可以向全社会公布,各机关、组织或公民提出的法案意见应当送常委会工作机构。2001 年 11 月 16 日国务院通过了《行政法规制定程序条例》,该法运用五个条文,即第 12、19、20、21、22 条对行政法规的法案征求意见的主体、程序、对象、方式等做出了相当细致的规定,其明确要求国务院在制定行政法规的过程中应当重视社会各方面所反馈的法案意见;同年,国务院制定的《规章制定程序条例》同样用 5 个法律条文即第 14、15、21、22、23 条对行政规章在制定过程中征求法案意见的程序、主体、方式、对象等做出较为详细的规定。有了这些制度规范以后,立法实践中已经形成了这样一些法案公开征求意见的方式<sup>[2]</sup>。

其一,开展调查研究。调查研究的主体(人大各专门委员会、人大常委会法制工作机构、政府及其部门、其他受委托起草主体)在法律、法规起草之前,就应当先到相关机构、人民群众中间开展实地调查,充分搜集、掌握与法案起草相关的各方面的信息,尤其是利益相关群体、机构的立法意见;立法调研是立法起草开展之前必须进行的一项基础性活动,它是一个了解立法需求,搜集相关的立法信息的重要渠道。立法调研活动开展充分与否直接影响了后续立法工作进行的顺利程度。

其二,召开座谈会。座谈会是法案征求意见的重要方式,也是最常用的一种征求意见的方式,其具有组织方便、方式灵活等特点。因此,法案起草机关或立法机关在法案起草过程中,应当主动邀请各行各业的代表,尤其是分布在各大高校、研究机构的专家进行座谈,以广泛听取他们的意见,并对法案展开相当程度的论证;在具体实践中,法案起草小组可以根据实际需要

定期或不定期地召开座谈会。

其三,书面征求意见。书面征求意见就是立法机关将有关法律草案发送给有关国家机关、社会团体、企事业单位等,要求他们在一定的时限内提出书面意见。书面征求意见一般由法案的牵头起草主体负责进行,其面向的对象极为广泛,一切与该法规草案有利益关系的机关、单位、个人均可作为征求意见的对象。书面征求意见具有成本低廉、受众广泛等特点,其既能够节约立法成本,又能够使拓宽立法的民意渠道。

其四,邀请专家咨询和论证。法案起草机关或立法机构就法律或法规草案涉及重要问题,如权利、义务、权限、责任、救济等,可以邀请相关领域的专家对其必要性、可行性进行论证,提出意见供立法机关参考或借鉴。专家参与法案咨询和论证是提升立法质量和立法科学性的必要途径,通过将专家们所掌握的知识吸收进立法过程,可以很好地解决立法过程中所遇到的技术性难题。

其五,召开立法听证会<sup>①</sup>。立法听证会就是立法机关在法案起草过程中,对法案所涉及的相关利益主体,给予他们以发表意见的机会,同时对法案所涉及特定事项进行质证与辩驳。立法听证会是一种比较正式的征求意见方式,其具有较为严格的程序性要求;立法听证的参加者均为法案所影响到的利益主体,均衡化的听证参与能够保证立法利益得到较为公平合理地分配。

其实,以上五种方式严格来说,还不能称之为实质意义上的“法案公开征求意见”,实质意义上的“法案公开征求意见”是针对不特定的人或组织,甚至是一个国家或地区的全部的公民、法人或其他组织。“法案公开征求意见”活动应是“公众参与”而非“公民参与”的活动<sup>②</sup>。因此,从实质意义上来理解,我国法案公开征求意见活动就是类似于“公众讨论”或“公民讨论”,就是立法机关将其起草或审议的法案予以公开,以电子邮件、电话、来信来访等各种方式征集法案意见的活动。这样来看,全国人大及其常委会开展的法案公开征求意见就是从 2005 年制定《物权法》开始的,但关于“法律”的法案公开征求意见活动并没有全面实施,而是每年选择几部法案进行公开征求意见活动。2008 年 4 月,全国人大常委会委员长会议决定,凡列入全国人大常委会审议的法律草案,原则上都要向社会公开征求意见。如此全国人大常委会的法案公开征求意见制度逐渐进入常态化。国务院法制办专门研制了“法规规章草案意见征集系统”这样的平台,几乎所有的行政法规以及多数国务院部门的行政规章都实现了法案公开征求意见程序制度。地方立法机关也开展了广泛的法案公开征求意见活动,其采用多种方式,包括网上公开征求意见平台、电子邮件、信件、座谈会、专家咨询与论证、书面征求意见、立法听证会、调查研究、网上公共论坛等<sup>③</sup>。

### 三、法案公开征求意见方式设计的价值

在一个利益多元化的社会当中,利益分歧或冲突的解决很大程度上已经不是依赖于自上而下的国家干预,更是取决于国家与社会之间的良性互动。同样,在国家治理体系和方式

日益民主化和法治化的今天,对多元利益的处理,更多地会坚持公开可见、民主协商的原则,在广泛吸取公民、社会团体、各个阶层代表意见的基础上积累共识。法案起草机关或法案审议机关实施法案公开征求意见活动,即体现出了这一宗旨和方向,其具体的意义与价值在于:

第一,有助于立法机关获得更多的信息,从而使决策的质量提高。美国学者约翰·克莱顿·托马斯认为,法案公开征求意见为决策带来了更多的有效信息,使得决策质量有望提高<sup>[4]153</sup>。信息是决策者进行决策的依据。信息的质和量影响并决定着立法决策的质和量。开明的立法者应该广泛地、多渠道地收集不同的信息,从中加以辨别与筛选<sup>[5]13</sup>。

第二,使立法具备“合法性”,能够获得普遍的遵守与服从。美国政治学家 G·A·阿尔蒙德认为,“如果某一社会中的公民都愿意遵守当权者制定和实施的法规,那么,这个政治权威就是合法的。”<sup>[6]35</sup> 英国学者戴维·赫尔德也认为:“合法性意味着,人们之所以遵守和服从统治和法律,是因为他们所确认统治和法律是正确的并值得尊敬。”<sup>[7]316</sup> 作为规则分析主义者的哈特也赞同,就规章制定的政治合法性而言,在于公众有权利向政府机构提出事实与论据。因此,法案公开征求意见,促使公民更多地参与立法,表达对立法的不同意见,是立法具备“合法性”的基本前提。正如约翰·克莱顿·托马斯提出的,公众参与将会增强公民对于政府行为的理解,改善官僚遭到围攻的困境<sup>[4]153</sup>。

第三,协调不同社会利益,特别是立法听证制度的设计。立法调节的是各种各样的社会关系,包括私人交往和公共交往,而社会关系的核心实质上就是人们在社会合作中产生的利益、责任和负担的分配。利益协调与分配问题是立法的核心任务。法案公开征求意见就是听取不同阶层、地区、族群、社会组织、利益集团的代表的意见,让它们都有表达不同意见的平等机会。同时,立法作为制定公共政策的理性平台,立法机关还会对互相冲突的利益各方给予平等的关注,提供其公平博弈的机会。“为了给予不同利益和力量以制度性的表白途径,及使利益冲突能达成某种程度的共识,现代民主国家均设立法规听证制度。”<sup>[8]185-189</sup> 戴维·杜鲁门也认为,“它提供了一种准仪式的手段来调节利益集团之间的分歧以及通过一种安全阀来减轻或消除干扰。”<sup>[9]</sup>

当然,以上功能的实现,还需要借助法案公开征求意见制度的周全设计,特别是法案公开征求意见方式的设计。在我们看来,为实现以上功能,法案公开征求意见方式的设计必须能够满足这样几个条件:

第一,尽可能地让更多人参与其中并表达意见。法案公开征求意见方式的一个基本要求就是要确保参与主体的广泛性。在现代社会,公民是公共意见的理性载体,各个领域(包括立法领域)的民主实践的充分展开,都离不开大多数积极公民的参与。倘若参与的主体过少,那么其表达的观点可能有限,意见也可能不太充分;同时,如果人数过少,就可能失去参与群体的广泛代表性,难以反映利益诉求的多样化,以及利益分歧与紧张的可接受的程度,不利于社会各方的声音汇聚到立法过程当中。

第二,尽可能获得更多信息,更有价值的信息。决策的信息不仅依赖于信息的数量,更依赖于信息的质量。与参与主体的广泛性相关,有效信息、知识的全面性,有助于帮助立法者克服其对社会事务不可避免的无知和盲区。与立法相关的信息包括立法需求、具体的利益诉求、公民的意愿、生活方式的变化、经济发展方式的转型等等。这些信息将直接影响到立法者的立法决策和政策选择。法案公开征求意见考虑信息的数量与质量,有助于提升立法的科学性,和社会经济社会的适应性。

第三,应考虑到成本与效益,以及成本与效率问题。立法作为一种制度创制的方式,其活动本身就是要耗费大量社会资源和成本的;事实上,对于立法者而言,交易成本往往构成其政策选择的条件约束,只有当制度变迁的收益大于其所耗费的成本的时候,其才有动力去通过立法来推动制度变革。法案公开征求意见的活动是立法民主化的一个重要体现,但民主的最终目的是达成共识,实现治理目标,而非局限于各方的意见交流与博弈;如果磋商旷日持久,各方利益代表的观点争执不下以致共识破产,那显然就违背了立法民主化的初衷。因此,不论是法案起草机关还是审议机关采用法案公开征求意见方式,它都要考虑它所开展该活动的社会成本,在坚持公共性和民主协商原则的前提下,详细评估法案公开征求意见制度的效率,以保证最终立法所取得的收益能够超出其在制定过程中所耗费的成本。

但在实践中,我们要反思法案公开征求意见方式的设计,这里以全国人大及其常委会自2005年以来开展的法案公开征求意见活动为例。

表 1 参与人数少于 100 人征求意见的法案<sup>[10]</sup>

法律草案的名称	征求意见的时间	参与人数
人民武装警察法(草案)	2009-04-24 至 2009-05-31	56
国防动员法(草案)	2009-04-24 至 2009-05-31	51
海岛保护法(草案)	2009-06-27 至 2009-07-31	25
可再生能源法修正案(草案)	2009-08-28 至 2009-09-30	79
石油天然气管道保护法(草案)	2009-11-06 至 2009-12-05	23
选举法修正案(草案)	2009-11-06 至 2009-12-05	60
行政监察法修正案(草案)	2010-02-28 至 2010-03-31	93
预备役军官法修正案(草案)	2010-07-01 至 2010-07-31	22
非物质文化遗产法(草案)	2010-08-29 至 2010-09-30	48
涉外民事关系法律使用法(草案)	2010-08-29 至 2010-09-30	99
清洁生产促进法修正案(草案)	2011-10-29 至 2011-11-30	22
出境入境管理法(草案)	2011-12-31 至 2012-01-31	98
军事设施保护法修正案(草案)	2013-12-31 至 2014-01-30	15
反间谍法(草案)	2014-08-31 至 2014-09-15	81
促进科技成果转化法修正案(草案)	2015-03-02 至 2015-04-01	97
国家勋章和国家荣誉称号法(草案)	2015-09-08 至 2015-10-07	52
深海海底区域资源勘探开发法(草案)	2015-11-06 至 2015-12-05	30

据相关统计,自 2005 年到 2015 年底,全国人大及其常委会共有 89 部法案公开征求意见。在这其中,就有上述 17 部法案实施公开征求意见时,参与人数都不到 100 人,占全部公开征求意见法案的 19%,而这里面最少的只有 15 人参加。而在我国实施法案公开征求意见的活动中,2012 年在实施《劳动合同法修正案》公开征求意见时,其参与人数达到 131912 人,是我国立法史上之最。

表 2 意见条数少于 1000 条的法案

法律草案的名称	征求意见的时间	意见条数
人民武装警察法(草案)	2009-04-24 至 2009-05-31	411
国防动员法(草案)	2009-04-24 至 009-05-31	417
海岛保护法(草案)	2009-06-27 至 009-07-31	244
驻外外交人员法(草案)	2009-06-27 至 009-07-31	837
可再生能源法修正案(草案)	2009-08-28 至 009-09-30	254
石油天然气管道保护法(草案)	2009-11-06 至 009-12-05	489
选举法修正案(草案)	2009-11-06 至 009-12-05	348
行政监察法修正案(草案)	2010-02-28 至 010-03-31	277
预备役军官法修正案(草案)	2010-07-01 至 010-07-31	76
非物质文化遗产法(草案)	2010-08-29 至 010-09-30	240
涉外民事关系法律使用法(草案)	2010-08-29 至 010-09-30	766
清洁生产促进法修正案(草案)	2011-10-29 至 011-11-30	179
特种设备安全法(草案)	2012-08-31 至 012-09-30	527
商标法修正法(草案)	2012-12-28 至 2013-01-31	544
军事设施保护法修正案(草案)	2013-12-31 至 2014-01-30	25
反间谍法(草案)	2014-08-31 至 2014-09-15	211
立法法修正案(草案)	2014-08-31 至 2014-09-30	609
立法法修正案(草案二次审议稿)	2014-12-30 至 2015-01-19	218
教育法一揽子修正案(草案)	2015-09-08 至 2015-10-07	280
国家勋章和国家荣誉称号法(草案)	2015-09-08 至 2015-10-07	140
深海海底区域资源勘探开发法(草案)	2015-11-06 至 2015-12-05	83
电影产业促进法(草案)	2015-11-06 至 2015-12-05	309
慈善法草案二次审议稿修改稿	2016-01-11 至 2016-01-31	661

在 89 部征求意见的法案中,有 23 部法案征求意见不到 1000 条,占全部法案的 26%,其中意见最少的法案只获得 25 条意见。2012 年劳动合同法修正案(草案)征求意见达到 557243 条,创造我国立法史之最。其他还有预算法修正案(草案)(二次审议稿)征求意见也达到 330960 条;2011 年《个人所得税法修正案(草案)》征求意见也达到 237684 条,这些法案可以说取得了公开征求意见的成功,实现了法案公开征求意见的功能。

当然,法案公开征求意见参与人数过少、提出的意见过少,可能受到多种因素的影响,如法案过于专业、法案宣传力度不够、与一般人的社会生活关联程度较低等。然而,在此我们也



需要反思我们的法案公开征求意见的方式是不是过于单一,如上述法案都采用的是在中国人大网上公布法律草案,有关社会主体可以通过电子邮件、电话、信件等方式发表意见或建议。显而易见,法案公开征求意见的方式设计不当,或方式过少等等,都会影响法案公开征求意见功能的发挥。

#### 四、域外法案公开征求意见的方式考察

法案公开征求意见是立法机关适应现代社会民主化的要求,保障公民知情权、参与权与监督权的一种方式。因此,在西方发达国家,各国早已积极探索法案公开征求意见的方式、方法。

美国在法案公开征求意见方式上探索得比较早,也积累了一定的经验。在1946年联邦行政程序法制定之前,“常见的五种方式是:口头或书面的沟通和咨询、调查研究、临时召集的协商会、顾问委员会以及听证”<sup>[11]178</sup>。1946年,美国国会通过了《联邦行政程序法》,在该法中,联邦国会并没有对现有实践中的公众参与行政立法的形式都加以吸收,而是选择性地采用了极少一部分,这就是规章制定的“公告与评论”程序。公众提供评论意见的方式由行政机关决定,主要有提交书面意见、书面资料;接受公众口头提供的意见等。在非正式程序中,公众评论不需要采取听证会方式,即“如果法律要求此种规章必须在机关听证会之后根据记录制定”,则不属于非正式程序要求制定的规章范围<sup>[12]</sup>。但是在正式制定规章的程序中,立法听证会不可或缺,作为参与的形式,立法听证会既可以是强制性的,也可以是自发的。“强制性听证一般由法律法规明确规定,主要存在于交通法规以及处理诸如工资、贸易与关税、价格和营销等问题的法案制定中。自发听证主要适用于与商业相关的规章制定中。”<sup>[13]105-108</sup>可以看出,不同的征求意见的方式适用于不同的规章,或者说,除了一些规章制定需要严格的听证程序外,其他一些规章的制定,由行政机关自由裁量采取什么样的方式。

加拿大在立法实践中也形成了多元化的法案公开征求意见方式<sup>[14]</sup>:一是开放式的公众听证会;二是专家圆桌会议;三是公共对话;四是网上咨询书和网上调查问卷;五是电视电话论坛;六是地区论坛;七是校园政策对话;八是网上讨论等。在实践中,议会立法的公众咨询与行政机关立法的公众咨询在采取方式上有一些差异,议会立法常用的公众咨询方式有立法听证会、电子咨询、书面咨询、圆桌会议及电话咨询等。立法听证会是最为常用的方式,一般是“法案在二读后,专业委员会要专门召开立法听证会,听取公众的意见”<sup>[15]</sup>。但随着互联网的发展,电子信息技术也广泛应用,网上公众咨询方式运用越来越普遍,“主要是电子邮件、电子文件征集、网上民意调查、问卷调查、咨询书和网上论坛等”<sup>[16]</sup>。行政机关立法的公众咨询方式有公开会议、民意调查、书面咨询等,而最为常见的是公众书面评议,因为政府要求所有的政府规制方案都要求有公众咨询的程序,但实施这种程序毕竟是一种消耗人、财、物力资源的过程,另外在一些情况下,行政机关认为某些规制方案采取咨询程序价值不大或没有意义,又为了法规的审查便利,就采取简单的书面咨询方式<sup>[17]</sup>。

英国立法过程中也实施立法的公众咨询措施,2000年11月1日英国颁布了《咨询实务准则》,2004年1月对《咨询实务准则》进行了新的修订。《咨询实务准则》详细规定了公众咨询的不同方式方法,并提出这些方式方法的选择依据、使用技巧以及这些方式方法的优劣比较,在实践中常用的方法有<sup>[19]</sup>:神秘客、公众会议、利用代表团体、会见、变革试点、专题小组、公众座谈小组、公民陪审团、问卷调查、公民座谈小组、商讨性投票、书面咨询活动、信息技术等。当然,英国《咨询实务准则》要求立法机关尽可能采用更多的方法,“为了获得更多的信息,同时立法机关也应作好不同方法带来不同结果的准备”<sup>[19]32</sup>。

通过对以上三个国家立法过程中法案公开征求意见制度的考察,我们总结出一些值得我国借鉴的经验:

第一,对一些法案要采用严格的听证会方式,这种方式就是把法案所影响的利害关系人召集在一起,进行讨论、质证,从而对各种意见作出取舍,而且要求法案的修改必须以听证会的纪录为依据。

第二,法案公开征求意见要尽可能采用多元化的方式,任何一种方式方法都有自己的优点,也有自己的劣势,采用尽可能多的方式会获得更多的意见,更有利于实现法案公开征求意见制度实施的目的。

第三,将法案公开征求意见活动与现代信息技术结合,提高征求意见的效率。

第四,一些方式可以是通用的,不同国家可以互相借鉴,如公众会议、调查研究、书面征求意见、座谈会等。

## 五、现行法案公开征求意见方式的不足及其完善

正如前文提出的,影响法案公开征求意见方式因素有很多,比如法案的性质,如果涉及太具有专业性质的法案,采用广泛的公开征求意见方式就不一定合适,上面所列表一与表二中,一些法案就比较专业,一般社会大众很少了解,也就不太关心,更谈不上参与了。但是它可以采取其他方式,比如召开专家座谈会、专家咨询论证会、特定团体或群体的书面征求意见,效果会更好一些。反过来,我们思考,法案公开征求意见的不同方式各有自己的优势,也有自己的劣势,为实现法案公开征求意见的功能,应选择适用不同的方式,甚至同时采取多种方式来加以综合与均衡。

我们在对英国立法过程中的法案公开征求意见考察中,了解到英国法案公开征求意见的方式有二十多种,但每一种方式既有它的优势,也有不足的方面,对于具体法案的适用,立法机关要作出选择,在一般情况下,立法机关总是会采用多种方式,以避免一种方式的不足而导致的咨询效果不理想的情况出现。

如立法听证会,在美国,适用审判型听证会(正式听证会)的适用要有一定的范围,限制较为严格,也就是说,正式听证会作为一种法案征求意见方式只适合于一定范围内的立法。在涉及对立利益之间的冲突而难以决策时,召开听证会比较合适。但是,正式听证会成本大,费时

费力,因此,美国《联邦行政程序法》又规定了“公众评议”的非正式程序,它所采取的法案公开征求意见的方式多种多样,立法机关可以根据实际情况作出一定的选择。我国近些年来采用的立法听证会,也存在一些问题,例如,立法听证会的适用范围不确定,什么样的法案才需要召开立法听证会,法律规定得并不明确;立法听证会往往由立法机关主导决定,其他的社会主体并没有选择权;立法听证会的召开成本比较高昂,极大地影响到了立法机关采用立法听证会的积极性;听证中不同利益代表的确定也有一定的困难等等。

还有比如,座谈会、讨论会、专家咨询与论证、书面征求意见等等,这些方式的优势很明显,一是参与人数较少,意见相对容易集中,征集的意见不至于太过分散;二是因为参与者都是各行各业的专家,精通专业知识,对法案的研究较为深入,提出的意见也较为独到,考虑问题也较为专业。但是,另一方面也应当看到,这些方式也普遍存在不足之处:一是这些法案公开征求意见的方式参与人数一般较少,难以反映多元群体的意见及其分歧程度,导致代表性缺失,容易与社会公众的意见相脱节;二是这些法案征求意见方式虽然较为灵活、组织方便、专业化程度高,但其公开与透明程度较低,加之其参与人数有限,这就对其各方面利益主体的意见能否在立法时得到公平公正的考量提出了疑问。

从我国现行法案公开征求意见活动开展的情况来看,主流的发展方式是网上公开征求意见。网上公开征求意见基本上有两种:一种是借助电子邮件或网上公共论坛征集意见;另一种是设计网上公开征求意见平台公开征求意见。目前典型的代表一是国务院法制办设计的“法规规章意见征集系统”,二是上海市人民政府法制办设计的“政府规章草案民意征集平台”。平台的设计当然极大地节省了人力、财力、物力,对意见的征集、处理与选择都提供了极大的便利。应该说,这种方式随着电子技术的发展将会成为法案公开征求意见的主流方式。但我们知道,这些平台建设因为是初步的,本身还存在一些问题,例如,第一,除了法律、法规、规章草案予以公开外,还有其他的相关的立法资料,如立法依据、相关的立法例、立法调研论证资料等都没有公开;二是对于它所收集的信息,公众还无法查询、了解;三是其还没有建立反馈制度,公众提出意见之后不知道它会有什么样的反馈结果等;第四,如果立法机关完全依赖这个平台的话,是不是有可能影响其他一些未能借助这个平台的主体发表意见,从而陷入“技术上的歧视”问题?

通过我们在前文所列举的表一与表二可以看出,这些法案主要是通过网上公开征求意见的。这里以《旅游法(草案)》网上公开征求意见为例。2012年9月1日全国人大常委会发布公告,即“《中华人民共和国旅游法(草案)》向社会公开征求意见”称,社会公众可以直接登录中国人大网([www.npc.gov.cn](http://www.npc.gov.cn))提出意见,也可以将意见寄送全国人大常委会法制工作委员会,并且明确意见征集截止日期。

地方采取网上信息平台的也是如此,如上海市人民政府法制办2012年12月20日发布公告“《上海市高速公路管理办法(草案)》征询公众意见”称,“现将《上海市高速公路管理办法(草案)》公开征求市民和相关单位的意见,希望市民和各单位就相关内容提出意见和建议”<sup>[20]</sup>。也规

定了以上两种方式以及公开征求意见的截止日期。

一些法案如果单纯依赖网络上公开征求意见的方式,可能不会达到理想的效果,如前表一、表二中一些法案,如选举法修正案(草案)、人民武装警察法(草案)、驻外外交人员法(草案)等;在这种情况下,如果这些法案采取座谈会、专家咨询论证会、书面征求意见等方式,或者综合运用这些法案征求意见方式,就可能吸引更多的社会主体参与,也可以征集到数量更多、更加专业、更富理性、更具代表性的意见。

法案公开征求意见方式的设计与选择在某种程度上决定了法案公开征求意见实施的效果。近年来,我国不论是中央立法还是地方立法,都逐步实施了法案公开征求意见制度,特别是党的十八大提出了“拓展人民有序参与立法途径,保障人民知情权、参与权、表达权、监督权”,法案公开征求意见将会是各立法部门工作的常态。通过借鉴国外一些先进做法,总结我国实践中的一些经验,我们认为,我国法案公开征求意见将会成为一种完善的制度,并逐渐确立为法的正当性、合法性的必不可少的程序设置。

第一,还要探索新的法案公开征求意见的方式。我们前文考察英国、加拿大等发达国家的制度实践发现,在法案起草制定时,立法机关可以综合运用很多种法案公开征求意见的方式。这其中一些方式可以为我国所借鉴,如网上民意调查、商讨性投票、利用代表性团体等,以使我国法案公开征求意见的方式更加多元化,方便民意的收集与甄别。

第二,运用现代网络技术,完善法案公开征求意见的平台设置,改进法案公开征求意见的效果。虽说我国现行的网络公开征求意见的平台建设有一定成就,但在实践应用过程中也暴露出一定的问题,如公开的资料不全、无反馈意见机制等。我们认为,立法机关应进一步总结与完善网络公开征求意见平台的设置,同时,利用网络技术,改进我国意见的征集与处理办法,提高法案公开征求意见的效率与效果。

第三,增强多元化法案公开征求意见方式的运用,提高征集意见的数量与质量。美国、英国、加拿大等国家在实施立法的公众咨询、公众磋商时,很少只运用单一或少量的几种方式,一般情况下都是多种方式同时运用。我们知道,每一种方式有它的优势,也有它的缺陷,同时运用多种方式,一方面可克服单一或少量方式的固有缺陷;另一方面给相对人提供更多的选择机会。

第四,制度规范很重要。我国《立法法》《行政法规制定程序条例》《规章制定程序条例》等原则性地规定了法案公开征求意见制度,但是具体的可操作性的规范还没有。有一些部门作出了尝试,如国务院法制办 2012 年 4 月 28 日制定的《法规草案公开征求意见暂行办法》、国务院法制办公室秘书行政司 2011 年 8 月 1 日发布了《关于部门规章草案在“中国政府法制信息网”公开征求意见有关事项的通知》、农业部在 2012 年 12 月 22 日发布了《农业部规章草案公开征求意见规定》。但这些制度规定效力等级低,规定也不统一。即使是全国人大及其常委会,虽然自 2005 年以来广泛适用了法案公开征求意见程序,但是目前也缺少统一的制度规定。将法案公开征求意见作为一种制度规范下来,对法案公开征求意见不同方式适用的范围予以明确,

很重要也很必要!

## 六、结 语

任何一项制度安排都不可能单独存在或发挥作用,相反,它始终与其它制度安排处在相互关联之中,其规范效能的发挥很大程度上取决于该项制度安排与其它制度安排之间的兼容程度,以及制度环境对其的制约程度。因此,要准确地评估一项制度的效率或其规范意义,就必须从其与其它制度安排之间的关联性或其整体制度结构中的位置入手。对于立法的民主化建设而言,法案的公开征求意见制度只是其机制建设的一个环节。诚然,该机制对于立法程序的建设而言不可或缺,但该机制能否发挥整合多元利益诉求,吸收多方面的社会全体的公共意见的作用,从而切实拓宽公民及社会组织公共参与的渠道,平衡专家理性与公民意志,最终深化立法的民主合法性基础,还得依赖于其他机制体制的建设以及相应设施的配套。换言之,立法民主化是立法的各个环节,包括法案提出、审议、通过、修改、废止一以贯之的理念和要求;只有在立法规划、立法计划、法案起草等各个环节实现民主化,法案公开征求意见才能够“物尽其用”。

同样,我们对于法案公开征求意见机制的探讨,所侧重的也只是法案公开征求的方式,而对于对象、主体、涉及法案的内容并未做过多的探讨。但这并不代表这些因素不重要,或仅仅具有次要的地位。法案公开征求意见的方式所提供的是一个由规则、技术、程序构成的制度平台,而民主缺失却本质上表现为一种主体间性的公共交往关系,除却主体的因素,法案公开征求意见的方式对民主化而言充其量只是一个技术中立的存在;换句话说,倘若没有立法者的政策转变,没有社会公众、各阶层代表、专家学者的参与意愿,对于立法民主化和多元利益诉求的回应而言,即便法案公开征求意见的方式再健全,设计的再精致,也不可能实现这一意图。

因此,法案公开征求意见机制想要发挥其民主效能,除精良设计制度框架、搭建公平合理的技术平台之外,还特别需要立法者的态度支持、社会公众的立法参与意识的提高以及专家学者们的贡献。对于立法者而言,需要切实尊重人民群众的首创精神和参与意愿,保障其基本的知情权和参与权利,积极搭建公共参与渠道,广泛听取各方面的意见、信息,将社会公众和专家的意见真正包容进立法程序当中。对于社会公众而言,需要积极培育自身的权利意识和主人翁精神,提高自身对于社会事务的参与能力和理解水平,通过各种形式参与到法案的意见征求活动当中,以充分表达自身的意愿,让立法者能够倾听到多元的利益诉求。对于专家学者而言,其需要充分运用自身的专业权威和专家理性,积极为立法建言建策,并对具体的法案及制度做出充分的理性论证。唯有如此,法案公开征求意见机制才能够发挥促进立法民主化、在民主协商的基础上整合公共利益的制度功效。

### 注释:

①2005年9月27日,全国人大法律委员会发布公告,就个人所得税修正案草案中的个人所得税

“起征点”问题向社会广泛征求意见。从近 5000 名报名者中遴选出来的 20 名公众听证陈述人,职业各不相同,收入有高有低,但都同样坦然地向最高国家立法机关表达自己对个税起征点的看法。这是我国全国人大第一次举行的立法听证会。

②公共论坛是公众参与行政立法的一个辅助途径。例如,2001 年 8 月,广东省人大法制委员会、省人大财经委员会、省法制办、省信息产业厅等单位联合举办了该省首届电子商务立法论坛。此次论坛对当时我省即将制定的电子交易管理条例的有关问题进行了广泛而深入的讨论。参见广东省人民政府法制办公室:《广东推行公众参与行政立法的实践与愿景》,载《政府法制研究》2008 年第 20 期。

## 参考文献:

- [1] 许崇德.中华人民共和国宪法史[M].福州:福建人民出版社,2003.
- [2] 汪全胜.试论公民直接参与立法的制度及其发展[J].杭州商学院学报,2002(1):3-9.
- [3] 汪全胜.法律绩效评估的“公众参与”模式探讨[J].法制与社会发展,2008(6):19-29.
- [4] 约翰·克莱顿·托马斯.公共决策中的公民参与:公共管理者的新技能与新策略[M].北京:中国人民大学出版社,2005.
- [5] 汪全胜.立法听证研究[M].北京:北京大学出版社,2003.
- [6] G·A·阿尔蒙德.比较政治学:体系、过程和政策[M].上海:上海译文出版社,1987.
- [7] 戴维·赫尔德.民主的模式[M].北京:中央编译出版社,1998.
- [8] 罗传贤.行政程序法基础理论[M].台中:五南图书出版公司,1993.
- [9] William·J·Keefe, Morris·S·Ogul:The American Legislative Process[M].Prentice-Hall, Inc, 1985:207.
- [10] 中国人大网.法律草案征求意见 [EB/OL].(2016-01-17)[2016-01-17].[http://www.npc.gov.cn/npc/flcazqj/node\\_8176.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/flcazqj/node_8176.htm).
- [11] 科尼利厄斯·M·克温.规则制定——政府部门如何制定法规与政策[M].刘璟,张辉,丁洁,译,竺乾威,校.上海:复旦大学出版社,2007.
- [12] 汪全胜,雷振斌.美国行政立法的公众评议制度探讨[J].河南政法管理干部学院学报,2011(5):215-220.
- [13] Attorney General's Committee on Administrative Procedure, Administrative Procedure in Government Agencies[R].S. Doc. 8, 77th Cong, 1st sess, 1941:105-108.
- [14] 陈国荣.加拿大的公众参与[J].楚天主人,2005(10):42-43.
- [15] 阚锐.加拿大公众参与的组织与管理[J].新疆人大,2005(12):40-42.
- [16] 艾志鸿.加拿大联邦会议的网上咨询[J].人大研究,2006(3):40-43.
- [17] 汪全胜,张鹏.加拿大立法过程中的公众咨询制度考察[J].东南大学学报(哲学社会科学版),2012(3):93-98.
- [18] 汪全胜,雷振斌.英国立法的公众咨询制度考察[J].南通大学学报(哲学社会科学版),2013(1):35-42.
- [19] 吴浩.国外行政立法的公众参与制度[M].北京:中国法制出版社,2008.
- [20] 《上海市高速公路管理办法(草案)》征询公众意见[EB/OL].(2012-12-20)[2016-01-17].<http://sh.eastday.com/m/20121220/u1a7075467.html>.

责任编辑:万东升

# The Legal Analysis and Way Selection of Soliciting Public Opinions on a Bill

WANG Quansheng, WEI Xuezhi

(Weihai Campus, Shandong University, Weihai 264209, China)

**Abstract:** The system of soliciting public opinion, also known as the public consultation system or public comment system for a bill, is one for Legislature and Reviewing organization of a bill to solicit public opinion when drafting or deliberating a bill. The implementation of the solicitation system can help the legislature to obtain more information, make legislation more "legitimacy" and "acceptability" and coordinate different interests in the legislation. Modern social legislation emphasizes the democratization and scientificity of legislation and seeks to use more different ways to solicit the public opinions. The way of soliciting the public opinions on a bill determines the effect of the system to some extent. Foreign countries such as the United States, Canada, the United Kingdom have implemented the system of opening to the public opinion or public consultation system, and paid attention to the choice of the way soliciting public opinion while focusing on a wide range of ways of soliciting public comments on a bill for the purpose of achieving better results. The first time for China to adopt the public consultation system was the year of 1954 in the process of constitution making, but the real wide implementation of this method in China was in 2000 after the enactment of Legislative Law. In practice, there are some defects concerning the way of soliciting public opinions on a bill: one is the way is limited. The five commonly used methods are to carry out investigation and study, hold a forum, ask for comments, invite experts' advice or argument, and take legislative hearings. The second defect is to pay no attention to different ways. The choice of the way of soliciting public opinions does not take into account the nature of the bill, the professionalism of the bill, etc. and the choice is not so reasonable, so, the effect of implementation of the system is not very satisfactory. China should learn from the successful experience of foreign countries, further improve the design of the soliciting ways, pay attention to the use of modern science and technology, and use diversified ways as far as possible to improve the effect of the System of Soliciting Public Opinion in China.

**Key words:** bill; way of soliciting public opinions; network technology; diversified ways; public deliberating system; public consulting system