

# 我国体育法案部门对口起草模式的缺陷及优化策略

汪全胜, 张晓晓

(山东大学法学院, 山东 威海 264209)

**摘要:**我国传统的体育法案起草模式是部门对口起草模式,该模式有它的优越性,即具备专业立法技术,法案针对性、可操作性强,便于执法与实施。但该模式也有一定的风险,最主要的就是“部门利益倾向”风险。为整合传统的法案起草模式的优势,又防范或降低其“部门利益倾向”风险,我国体育法案起草模式应建立如下优化措施:体育法律以及地方性法规应建立人大主导起草模式,体育行政法规以及规章应建立政府专职法制机构主导起草的模式,同时在以上模式中嵌入部门协调机制、法案的公开征求意见机制以及专家论证机制。如此实现我国体育法案起草的民主化和科学化。

**关键词:**体育法案;部门对口起草;人大主导立法;专职法制机构起草

中图分类号:G 80-05

文献标识码:A

文章编号:1007-7413(2023)03-0001-09

## On the Counterpart Drafting Model and Its Optimization of Sports Act in China

WANG Quan-sheng, ZHANG Xiao-xiao

(Law School, Shandong University, Weihai 264209, China)

**Abstract:** The traditional sports bill drafting model is the counterpart of the department drafting model in China, this model has its advantages, namely with professional legislative technology, The bill is highly targeted and operable to facilitate law enforcement and implementation. But the model also has some risks, the most main risk is a risk of the inclination to departmental benefit, to integrate the advantages of the traditional pattern of bill draft, and prevent or reduce the risk of inclination to departmental benefit, the sports law drafting pattern should have such optimization measures: the sports laws and local regulations shall establish dominant draft mode of National People's Congress; The administrative regulations and rules of the sports should establish the model of drafting led by the government's professional legal institutions, and at the same time embed the departmental coordination mechanism, the public consultation mechanism of the bill and the expert argumentation mechanism in the above model. In this way, the draft of sports act can be democratized and scientific in China.

**Key words:** sports act; departmental counterpart drafting; people's congresses dominate legislation; drafting by full-time legal institutions

法案起草是立法准备阶段的重要内容,是指“由有关机关、组织或人员将拟议提交有权机关审议、表决的法的原型按一定的要求形诸于文字的活动。”<sup>[1]</sup>根据起草的法律规范性文件的形式不同,有法律草案的起草、法规草案的起草以及规章草案的起草。经过几十年的发展,特别是1995年全国人大常委会通过《中华人民共和国体育法》(以下简称《体育法》)后,我国体育法有了长足的发展,形成了自己独特的部门法体系。体育法律法规体系的形成与体育法案起草模式有着密切

联系,它是构建我国体育法律法规体系的基础性工作。传统的体育法案起草模式能适应新时代构建民主、科学的体育立法的需要吗?新时代我国体育法案起草模式需要做出何种创新,才能满足现代体育立法的发展呢?这是值得探讨的时代课题。

## 1 《体育法》部门对口起草问题的提出

《体育法》是我国体育的基本法,它奠定了我国

收稿日期:2021-12-17

基金项目:山东省高端智库人才培育研究专题一般项目“山东省高风险体育旅游立法研究”(21CKRJ03)

第一作者简介:汪全胜(1968—),男,安徽桐城人,教授,博士生导师。研究方向:立法学、体育法学。

体育法律法规体系的整体框架。该法在 1995 年 8 月 29 日第八届全国人大常委会制定通过,2009 年 8 月 27 日以及 2016 年 11 月 7 日经历两次全国人大常委会的修正,2022 年 6 月 24 日全国人大常委会通过了新修订的《体育法》。

这里不是谈《体育法》的修改完善而是只考察它最初的法案起草过程。在 1980 年全国体育工作会议上,时任国家体委主任王猛提出要制定第一部中华人民共和国体育法的设想<sup>[2]</sup>。为做好《体育法》起草工作的准备,原国家体委政策研究室组织收集、翻译了一些外国体育法的著作,如《罗马尼亚发展体育运动法》《美国业余体育法》《日本体育运动振兴法》等。1988 年 6 月原国家体委组成了《体育法》起草小组,经过四年的起草、修改、征求意见等,1992 年 3 月原国家体委将起草好的《体育法(草案)》呈交国务院审议。但直到 1994 年才被正式列入国务院的年度工作计划中,1995 年 6 月国务院常务会议原则通过该体育法草案,决定提请全国人大常委会会议审议。在 1995 年八届全国人大常委会第十四次会议上,时任国家体委主任伍绍祖向常委会作了《关于提请〈中华人民共和国体育法〉(草案)审议的说明》。在 1995 年 8 月 29 日八届全国人大常委会第十五次会议上,表决通过了《体育法》<sup>[3]</sup>。

总结我国《体育法》起草过程,有这样几个特点:一是由部门主持起草或组织起草,也叫部门对口起

草,是我国诸多专业性法案起草的共同特点。《体育法》专业性较强,最初都是国家体育主管部门即原国家体委组织机构或人员进行该法案的起草。二是相关机构参与了法案起草过程中的调研与征求意见。原国家体委曾分别与全国人大教科文卫委员会、全国人大常委会法制工作委员会、国务院法制局三次组成联合调研组,奔赴十余个省、市、区广泛征求各地方人大、政府等有关部门对《体育法(草案)》的修改意见。<sup>[4]</sup>三是法案起草过程中注意吸收专家、学者的参与。《体育法(草案)》在起草过程中,多次征求专家、学者的意见<sup>[5]</sup>。专家学者立场中立,意见独到专业,看问题可能较为全面,在起草过程中吸引专家、学者的参与,不仅在于引入公众参与,听取意见,更在于提高立法的民主性与科学性。以上《体育法(草案)》起草模式可以称之为“部门对口的法案起草模式”,也称之为“行政主导型法案起草模式”。

## 2 体育法案起草中部门对口起草模式的优势

前文说过,我国现行体育法律法规已构成一个完整的体系,具备了独立的部门法地位。我国现行体育法体系的架构分为五个层次,如表 1 所示:

表 1 我国体育法体系层次结构表

| 序号 | 法律效力层级 | 法的名称(示例)                    | 制定主体                      | 法的性质    | 数量                       |
|----|--------|-----------------------------|---------------------------|---------|--------------------------|
| 1  | 第一层次   | 《中华人民共和国宪法》第 21 条第 2 款      | 全国人民代表大会                  | 根本法     | 1                        |
| 2  | 第二层次   | 《体育法》                       | 全国人民代表大会常务委员会             | 体育法律    | 1                        |
| 3  | 第三层次   | 《全民健身条例》《彩票管理条例》等           | 国务院                       | 体育行政法规  | 7                        |
| 4  | 第四层次   | 《成都市体育经营活动管理条例》《杭州市全民健身条例》等 | 省级人大及其常委会以及设区的市人大及其常委会    | 体育地方性法规 | 不完全统计有 94 件              |
| 5  | 第五层次   | 《彩票管理条例实施细则》《反兴奋剂管理办法》等     | 国务院体育主管部门、省级人民政府、设区的市人民政府 | 体育规章    | 部门规章有 36 件,地方政府规章约 166 件 |

除宪法以外,我们看《体育法》以及国务院制定的体育行政法规,即表1中的第二层次与第三层次,其法案起草主体都是国务院体育主管部门即国家体育总局;第四层次体育法案的起草主体是省以及设区的市体育行政主管部门,如《成都市体育经营活动管理条例》法案起草主体为成都市体育局,《杭州市全民健身条例》的起草主体为杭州市体育局;第五层次的体育法案起草主体则为国务院体育主管部门的内

在机构或省、设区的市人民政府的体育主管部门。由此,在体育法案起草模式上最为典型地表现为“部门对口起草模式”或“行政主导型起草模式”。

“部门对口起草模式”或“行政主导型起草模式”是我国现阶段立法最主要的法案起草模式。以全国人大常委会的立法为例,自全国人大常委会拟定立法规划或制定立法计划后,从第七届到第十三届由部门对口起草的法案比例统计如表2所示:

表2 全国人大常委会立法中行政主导型法案起草模式统计表(根据中国人大网统计)

| 立法主体        | 总的立法项目数量/件 | 行政主导型起草项目数量/件 | 比例/% |
|-------------|------------|---------------|------|
| 第七届全国人大常委会  | 64         | 49            | 77   |
| 第八届全国人大常委会  | 152        | 89            | 59   |
| 第九届全国人大常委会  | 89         | 45            | 51   |
| 第十届全国人大常委会  | 76         | 41            | 54   |
| 第十一届全国人大常委会 | 64         | 46            | 72   |
| 第十二届全国人大常委会 | 68         | 50            | 74   |
| 第十三届全国人大常委会 | 74         | 52            | 70   |

由表2我们可以看出,在全国人大常委会的立法中,“部门对口起草模式”均占50%以上,最高的接近80%,是我国现行全国人大常委会立法中采用最多的模式。地方政府也是如此,以山东省人大常委会为例,在山东省人大常委会公布的2018年立法工作计划的110件立法项目中,除了2件属于人大机构负责起草、有3~5件采取委托起草外,其余都是相应的政府部门对口起草。山东省16个设区的市2018年共制定47件地方性法规,除了5件属于人大机构自己起草的外,基本上都是相应的政府部门对口起草。

作为我国当前最主要的法案起草模式,它肯定有其独特的优势。有学者表示:“政府参与立法是世界很多国家的通行做法。”<sup>[4]</sup>还有学者认为<sup>[5]</sup>,职能部门起草,特别是政府相关部门起草法案占多数,是世界通行做法,也有其必然性。政府职能部门直接行使行政管理权限,熟悉经济、民族、文化、教育、环境等各方面的信息和发展状况。同时,政府职能部门又是行政执法者,通过日常执法活动能够清楚掌握其中存在的主要问题,从而能够利用其行政管理优势来切中立法的目标以及提出解决问题的具体方案。

目前有四种法案起草模式:一是人大机构主持或组织起草法案的模式,如全国人大专门委员会或全国人大常委会的法制工作委员会等,它们主持或组织法案的起草。二是政府专门的法制机构,如国务院原法制办(根据2018年国家机构改革方案,法制办并入司法部)以及地方政府的法制工作部门(原省政府或设区的市人民政府法制办公室,根据2018年国家机构改革方案,也是合并到省政府或设区的市政府的司法厅、局)。作为政府专门的法制工作机构,它有一项重要的职能就是法案起草。三是政府部门的对口起草,就如国家体育总局的前身原国家体委负责主持或组织《体育法(草案)》的起草。四是委托社会团体、机构或专家学者起草法案,简称“委托起草”,是指立法主体或立法起草机关,委托有关社会主体草拟规范性文件法律文件的活动。<sup>[6]</sup>1999年重庆市人大常委会把《重庆市司法鉴定条例》委托西南政法大学起草;2001年重庆市人大常委又委托重庆市索通律师事务所起草《重庆市物业管理条例》草案<sup>[7]</sup>。

就起草体育法案而言,这四种方式的比较优势与局限参见表3。

表 3 四种体育法案起草模式的比较

| 序号 | 模式                    | 进入立法议程难易程度 | 专业立法技术水平 | 立场是否中立 | 是否了解执法主体关系       | 人才物力资源配备程度 |
|----|-----------------------|------------|----------|--------|------------------|------------|
| 1  | 人大机构(如教科文卫专门委员会)起草    | 容易         | 一般       | 中立     | 不太了解             | 相对满足       |
| 2  | 政府专职法制工作部门(司法部、厅、局)起草 | 容易         | 一般       | 较为中立   | 一般了解             | 相对满足       |
| 3  | 政府部门对口起草(国家体育总局)      | 容易         | 高        | 非中立    | 特别了解(与执法主体为同一主体) | 满足         |
| 4  | 委托起草(如中国体育法学会等)       | 难          | 一般       | 中立     | 不了解              | 不太满足       |

政府部门对口起草模式即行政主导型模式,在立法技术、立法资源配置、专业立法技术的把握上具有相对优势,因此由政府部门来主持体育法案的起草也有优势,即起草出来的法案容易进入立法议程,容易使法案具有针对性、可操作性,能够解决执法过程中存在的一些问题。这也能解释在我国相当长的一段时间内,行政主导型法案起草模式是占主流的起草模式,“为了开展其相关领域的立法活动,立法机关不得不对行政权力机关形成事实上的依赖关系。正是在法律案的提出和草创环节,行政权力机关依靠其对政治、经济、社会事务管理者的身份所积累起来的信息优势而在立法过程中构成事实上的主导权。”<sup>[8]</sup>

### 3 体育法案起草中的部门对口起草模式存在的风险

部门对口起草模式在体育法案起草中占据绝对主导甚至成为唯一选择的模式,取决于这种模式所具有的优势。然而任何事情都具有两面性,在认识其优势的同时,也要注意它也可能会带来一些风险。

2014年党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中指出我国法治建设中存在的不适应、不符合的问题,“有的法律法规针对性、可操作性不强,立法工作中部门化倾向、争权诿责现象较为突出。”对于部门对

口起草法案模式,被诟病最多的就是“部门利益倾向”。部门对口的体育法案起草肯定会考虑体育部门的利益,但在考虑本部门利益时也得考虑其他部门或社会公共利益,不适当地扩大自己本部门的权力与利益,就是“部门利益倾向”。什么是“部门利益倾向”?“说穿了,就是要扩大手中的权力,为本部门多争取一些好处。”<sup>[9]</sup>“所谓部门利益是指行政部门利用职权,追求本部门局部利益,实质就是‘权力衙门化’与‘衙门权力利益化’”<sup>[10]</sup>。

体育行政部门在自己主持或组织的法案起草中,通常“通过立法扩大权力范围,将原本不属于本部门的职权划归本部门,或将本属几个行政部门共有的职权化为专有。”<sup>[11]</sup>以1995年《体育法》第47条规定<sup>①</sup>为例,该条就扩大了体育主管部门的权力,设置了更多的行政许可。该条在2009年8月27日第十一届全国人大常委会通过《全国人大常委会关于修改部分法律的决定》中被删除。同样,还有1995《体育法》第32条规定<sup>②</sup>,该条被2016年11月7日全国人大常委会通过的《全国人大常委会关于修改〈中华人民共和国对外贸易法〉等十二部法律的决定》所删除。“第一次修改削减了体育行政管理部门审定大型比赛用体育器材和用品的权力;第二次修改削减了体育竞赛全国纪录审批权力。”<sup>[12]</sup>这样的“部门利益倾向”在其他体育部门法律法规中也有表现。

虽然法案起草只是法案的准备环节,它需要通过

① 该条规定:“用于全国性、国际性体育竞赛的体育器材和用品,必须经国务院体育行政部门指定的机构审定。”

② 该条规定:“国家实行体育竞赛全国纪录审批制度。全国纪录由国务院体育行政部门确认。”

正式的立法程序如法案的提出、法案的审议、法案的表决通过,最后通过法案的公布环节,才使得法案转化为法。那么,能否在法案的正式程序中消除体育法案的“部门利益倾向”呢?有学者认为是可以通过人大审议程序的设置将法案中“部门利益倾向”去除。沈国明认为,人大及其常委会要发挥自己的审议权,“允许各利益群体进行充分表达和碰撞,……从中发现并剔除部门利益。”<sup>[13]</sup>上海人大财经委的吴祖强也表达了同样的观点,“通过人大这一平台,充分审议,实现各种利益和诉求充分而有序的博弈……是防止克服部门利益倾向的根本办法。”<sup>[14]</sup>笔者认为,一是我国现行立法审议程序并不能实现充分审议,一些代表的意见并不能被充分地听取;二是通常有“部门利益倾向”体育法案具有“内部性”,隐蔽性强,除非特别的专业人士才能判断出来,甚至从立法语言表面看来没有什么问题,直至实施过程中才能暴露出来;三是人大机构专业人士过少,具备识别体育法案的“部门利益倾向”能力不足,如此,才使得“部门利益倾向”体育法案能够成为“法”。如我国1995年8月29日第八届全国人大常委会第十五次会议,“全票”通过了《体育法》,2009年修改删除1条,2016年修改删除1条,这些修改都已经过去多年的时间。由此可知,有“部门利益倾向”的体育法案一是不容易通过正式立法审议程序去除;二是不容易被识别从而有效剔除。

“部门利益倾向”的体育法律法规违背了“社会主义法制统一”原则,破坏了法所调整的利益均衡机制,损坏了其他部门的利益或公共利益,也使得立法的民主性、科学性不足,从而决定了它不是法治中国建设所需的“良法”,其实施效果也会与法治中国建设的要求相去甚远,是我国法案起草部门甚至立法部门所应极力避免发生的现象。

#### 4 优化我国现行体育法案部门对口起草模式的目标

从前文考察我们知道,现行我国体育法案起草模式是部门对口起草模式,虽然它有一定的优势,但也存在着“部门利益倾向”的风险,甚至有学者认为,“由政府部门负责起草与本部门行政管理事务密切相关的法规,草案中必然带有部门利益倾向。”<sup>[15]</sup>如此要优化我国现行体育法案的起草模式,最重要的目标是减少或消除它的风险。

“部门利益倾向”说起来有两种不同的利益没有协调好,过分强调了本部门的利益:一是本部门利益与其他部门的利益没有协调好;二是本部门利益与社会公共利益没有协调好。任何法都是利益协调的产物,是各种不同利益协调均衡的结果。可以说,法就是各种不同利益的合理安排,法“在承认保护某些利益的过程中,要对冲突的利益进行选择并作出合理判断。”<sup>[16]</sup>

对于法案中涉及的本部门利益与其他部门的利益。体育法律法规规章也涉及多个不同部门的关系,《体育法》第4条规定了体育的行政主管部门,但也明确了体育行政主管部门与政府其他部门在“各自职权范围内管理体育工作”;如涉及体育旅游项目的主要管理部门就涉及体育与旅游行政主管部门;涉及体育教育的,就涉及到体育与教育行政主管部门。如此,在涉及两个或两个以上管理部门时,体育法律法规规章就要合理设置不同管理部门的职责权限,否则会因为权限设置不清而导致管理分歧。通常在这个问题上提到的“部门利益倾向”就是通过法案起草对自己本部门的管理权力不适当地加以扩大,如此则不适当地限缩了其他部门的职权,导致不同部门的职权设置不均衡,随之产生管理职权上的分歧。因此法案的起草者在因法案涉及两个或两个以上行政管理部职责事项时,应建立合理的部门利益协调机制,来协调不同行政管理部职责权限。

对于法案中涉及的本部门利益与社会公共利益如何处理呢?法案起草过程中对本部门利益的重视与强调应有个合理限度,在处理它与社会公共利益关系时,应遵循这样的原则:“部门利益应该与它对应的公共利益相匹配,一旦部门利益超越了部门行使公共权力所要维护的公共利益时,部门利益的存在就变为可疑、甚至是可憎的。”<sup>[17]</sup>公共利益与行政主体的个体利益如何协调呢?行政主体在界定自己本部门利益时对公共利益界定的合法性需要具备两个条件:一个方面涉及公共利益决策过程的“民主化”程度,即公共利益界定程序在多大程度上能够为受该公共利益决策影响的社会公众和相关利益群体提供一个理性论辩的空间;另一个方面则涉及公共利益决策过程的“科学化”程度,即公共利益界定程序在多大程度上能够为那些掌握科学理性话语的技术专家提供一个平台,使之能够充分发挥公共利益判断“诚实代理人”的作用<sup>[18]</sup>。这是从体育法案起草过程的两个维度,即“民主化”与“科学化”来说的。从民主化

角度看,在体育法案起草中涉及公共利益与部门利益的平衡时,需要引入公众参与机制,以对“部门利益倾向”形成压力,从而限制与减少法案的“部门利益倾向”;从科学化角度看,要吸收作为中立地位的专家、学者以他们个人的专业视角,对二者的利益均衡发表自己的见解,从而排除部门对口起草的“一言堂”,确立专家学者建议的吸纳机制,从而有效防范“部门利益倾向”。

除了防范体育法案起草中的“部门利益倾向”风险,还要实现十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出的,加强法案的针对性与可操作性,防止体育法案不反映客观规律、不体现民意,不具有针对性、不具有可操作性的现象。

这就涉及到体育法案起草中的专业性与民意性,专业性更能反映体育法案的客观规律,能够保证法案的针对性与可操作性。但一味追求体育法案起草的“专业性”,就只能部门对口起草,其“内在性”特点又在很大程度上限制了“民意性”。如果通过委托第三方起草,如社会团体或专家、学者的起草,虽然它们立场中立,对“部门利益倾向”能够进行有效遏制,但因其“外在性”而缺少专业性,使得体育法案不具有针对性与可操作性。想要解决以上矛盾,就必须在法案起草小组组成上下功夫,既不能缺失体育行政部门的参与,保证法案的专业性,确保法案的针对性与可操作性;也不能缺失专家学者甚至社会公众的参与,确保法案的民意性。如此,就使得体育法案的起草小组具有开放性,体育法案起草小组的成员是开放性的,起草程序也是开放性的,不是“一家说了算”,有其他利益相关主体的参与渠道与路径,有社会公众参与的程序机制等。

在采取有效措施防范体育法案起草中的“部门利益倾向”及“不具备针对性、不具备可操作性”的风险的情况下,最终要实现立法的民主化与科学化。立法的民主化与科学化是任何一项立法所追求的最终目标。立法的民主化“是指立法要面向公众,使人民群众能够通过各种方式和途径有效影响立法过程。”<sup>[19]</sup>这与前文所谈的“民意性”是一个意思,即在体育法案的起草过程中,有面向社会公众开放的途径与渠道,社会公众的意见或建议可以影响法案的起草;不仅如此,立法要追求民主化,也要追求科学化。党的十八届四中全会提出新的十六字方针,即“科学立法、严格执法、公正司法、全民守法”,科学立法是

前提、基础,没有科学立法,法治中国建设就是空中楼阁,就会陷入空谈。所谓立法的科学化,是指立法在立法理念、立法内容、立法技术上不断走向科学合理的一种动态过程,其目的是要使立法在契合上位法规定的基础上,尽可能准确地反映经济与社会发展的客观规律,体现人民的意志,符合社会公众的需求<sup>[20]</sup>。对于体育法案起草而言,一是体育法案的起草与制定要反映立法的需求,哪些体育现象现在需要进行法律规制,该法案的起草与制定是否能够满足社会对该法案的需求;二是法案的制度设计要与社会实践的需求相一致,要符合客观实际,要具有可操作性。如此则要求体育法案起草小组要进行大量细致的立法调研,“没有调查就没有发言权”,这样才能保障法案的制度设计切合实际;同时,也要求对法案相关的制度设计进行科学论证,引入专家论证机制,才能确保法案设计或起草的科学性,保障法案起草的科学性,最终才能实现立法的科学化目标。

## 5 优化我国现行体育法案部门对口起草模式的思路

党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出,“健全有立法权的人大主导立法工作的体制机制,发挥人大及其常委会在立法工作中的主导作用”“完善公众参与政府立法机制”“重要行政管理法律法规由政府法制机构组织起草”“完善立法项目征集和论证制度”“健全社会各方有序参与立法的途径和方式”等等。2015年我国《立法法》修正时将以上内容写进了《立法法》中,这对我国完善现行体育法案起草模式提供了基本的思路与对策。

### 5.1 体育法律、体育地方性法规草案的“人大主导”起草模式

通过前文考察我们知道,体育法律法规规章的立法权主要有两类:一类是权力机关的立法即全国人大及其常委会、省级人大及其常委会以及设区的市人大及其常委会立法,它所制定的就是体育法律和体育地方性法规。另一类是享有立法权的行政机关的立法如国务院、国务院各部门、省级人民政府、设区的市人民政府的立法权,它所制定是体育行政法规与行政规章。对第一类立法主体而言,应建立体育法案的“人大主导”起草模式。

“人大主导立法”是2014年党的十八届四中全

会提出来的,后写进我国修改的《立法法》中。所谓“人大主导立法”,就是“有立法权的人大对立法选项与规划、立法过程、立法结果具有真正实质意义上的决定权。”<sup>[21]</sup>那么“人大主导”的体育法案起草模式就是指人大专门委员会或其他机构主持或组织体育法案的起草。

人大主导体育法案的起草模式形式上有这样几种:一是人大机构自主主持或组织起草法案;二是人大机构主持,吸收体育行政主管部门人员、其他行政管理部门人员参加的体育法案起草小组负责起草法案;三是人大机构主持,吸收体育行政主管部门以及其他行政管理人员、社会团体、专家学者等参加的法案起草小组起草体育法案。

上述第一种方案即人大机构自行起草体育法案有不足的地方:一是专业性不足,对体育法案起草的相关问题了解不全面,提出的方案也不一定具有针对性;二是受自己职责限制,没有那么多时间与精力来进行专业性法案的起草。上述第二种方案虽然具备了“专业性”特点,也具有防备“部门利益倾向”的部门协调机制,但是不具备“外在性”与“开放性”,缺乏“民意”基础。上述第三种方案整合了前两种方案的优势,避免了前两种方案的不足,更重要的是它符合现行体育法案起草模式优化目标的要求。对于权力机关制定体育法律、体育地方性法规,最为理想的法案起草模式为第三种方案,即由人大机构主持,由体育行政主管部门以及相关部门人员、社会团体、专家学者等参加的联合起草小组起草法案的模式。

## 5.2 体育行政法规、行政规章草案“政府专职法制机构主导”起草模式

除了体育法律、体育地方性法规外,还有体育行政法规以及规章,那么在制定体育行政法规、规章时,上述第二类立法主体享有立法权的行政机关的体育立法行为,那么针对此类的体育立法行为,宜建立“政府专职法制机构主导”的体育法案起草模式。

众所周知,我国政府部门都设立有专门的法制工作机构,如国务院的司法部(原来有专门的法制工作机构叫国务院法制办,2018年国家机构改革方案中将国务院法制办合并到司法部中,取消了国务院法制办的机构设置),省人民政府设有司法厅,设区的市政府设有司法局。即使如国家体育总局下设的“政法司”这样的专职法制工作机构都有一项职责,即“起草有关法律法规规章草案”。

“政府专职法制机构主导”体育法案的起草模式

有这样三种:一是由政府专职法制机构自行起草模式;二是由政府专职法制机构联合相关行政管理机构的机构进行联合起草,也就是“部门联合起草”模式;三是由政府专职法制机构主持,联合其他相关行政管理部门、社会团体、组织或专家学者参加的体育法案起草模式。第一种方案存在不足的地方有:一是专业性不够,如国务院法制机构虽掌握一定的立法技术,但对专业性强的体育法案并不完全熟悉,还不如国家体育总局对相关法案的了解程度;二是受职责所限,在精力、时间上难以承担这种专业性强的法案起草工作。对于第二种方案,虽然解决了专业性问题,但因为仅是部门间的联合起草,缺少“开放性”,未能增加法案起草中的“民意性”,故缺少了合法性基础。由此看来,第三种方案虽然也是“联合起草模式”,但它是第二种方案的改进模式,总结了前两种方案的优势,且避免了前两种方案的不足,故而也是我国现阶段体育行政法规、体育规章制定时最佳的法案起草模式选择。

## 5.3 建立体育法案起草的部门协调机制

虽然体育事业具有很强的“专业性”与“部门性”,但是对体育事业的管理涉及多部门。体育法律法规规章都会牵涉到多部门的管理,一般都是“政府主导,多部门齐抓共管”的管理体制。《体育法》第4条规定了体育工作的主管部门,也规定了其他有关部门的协管职能。那么涉及多部门管理的体育法案,势必要建立多部门的协调机制,以协调各部门的职责权限,防止一个部门起草的“部门利益倾向”。所谓体育法案起草的“部门协调”,是指在体育法案起草过程中涉及多部门职权范围或出现与两个以上部门关系紧密的事项时,应在有关部门之间进行平等协商<sup>[24]</sup>。

涉及多部门齐抓共管的体育法案,不论是人大主导起草、政府专职法制机构主导的起草还是其他法案起草模式,在该模式中都必然要设置部门协调机制。《立法法》第66条规定,国务院法制机构应当及时加强组织协调和督促指导;《北京市制定地方性法规条例》第14、17条都规定做好法案起草中的部门协调工作;《重庆市地方立法条例》第16条规定了法案起草中或审议前存在不同意见的现象,由相关主体进行协调。

我国体育法案起草过程中应当设置不同部门或机构的协调制度,涉及到体育行政管理部门下属机构的不同意见,由体育行政管理部门组织协调;涉及到

体育行政管理部门与其他同级政府部门,由它们的共同上级人民政府组织协调,也可以组织人大专门委员会或人大机构、政府法制机构等主持的法案起草组织协调小组,协调不同部门的职责权限,以确保各部门的权限划分明确,职责安排合理,形成各部门协调共管体育工作的局面,也才能保障相关的制度设计能够得到顺利实施。

#### 5.4 建立体育法案起草的公开征求意见机制

立法民主化是现代各国的共同追求,强调立法的公众参与,保障立法的“合法性”基础。我国《立法法》第 5 条规定了立法的民主性原则。在法案起草阶段的公众参与就是设置法案起草环节的公开征求意见机制。法案公开征求意见,是指立法机关在法案的起草或审议阶段,将法的草案或有关立法资料向社会公布,通过各种方式广泛征求社会主体的意见的活动<sup>[23]</sup>。《立法法》第 67 条规定了该制度<sup>①</sup>:法案公开征求意见是公众参与到法案起草过程中最主要的形式。我国《体育法》在起草过程中,就采用了讨论会、座谈会广泛征求意见,最后在全国人大常委会上“全票”获得通过。体育法案公开征求意见,一方面为了弥补体育法案起草的有限理性,达到广开言路的效果,充分听取来自不同社会团体、专家以及社会公众的意见与建议;另一方面为了保证体育法案的社会可接受性,通过法案公开征求意见,让公众有参与感,从而提升体育法案的社会民意基础,扩张它的合法性与可操作性。

#### 5.5 建立体育法案起草的专家论证机制

党的十八届四中全会提出“专家学者等对立法中涉及的重大利益调整论证咨询机制”;2015 年修订的《立法法》第 36 条,明确规定涉及有关专业较强的法律草案,需要听取有关专家的意见;第 53 条规定:“专业性较强的法律草案,可以吸收相关领域的专家参与起草工作”。这些都为专家参与立法或法案起草提供了法律依据。

体育法案的起草具有较强的专业性与行业性,除了体育行政主管部门的参与以外,还应当吸收体育、法律等方面的专家参与法案的起草论证,以扼制体育行政部门在起草过程中夹带私货,获取本部门的权力与利益的现象。“专家的参与,有利于防止部门利益法制化等各种寻租行为的出现。”<sup>[24]</sup>上文我们说要在

体育法案中设置法案公开征求意见制度,那是公众参与立法、法案起草阶段的行为,公众参与使得立法具有“合法性”基础,有学者认为,如果说公众参与立法进一步强化了立法活动的“正当性”,专家参与立法则从“合法性”与“合理性”相结合的角度为立法活动提供了更加坚实的正当性基础<sup>[25]</sup>。

我国《体育法》在 20 世纪 80 年代起草时采取过专家论证措施,在一定程度上保证了《体育法》的科学性与民主性。虽然《体育法》在 2009 年以及 2016 年经过了两次简要的修改,但需要完善的空间还很大,更需要积极建立体育法立法的专家论证制度,更需要建立在《体育法(修改草案)》的法案起草中发挥专家的作用,实际上国家体育总局已启动了《体育法(修改草案)》的起草历程,而且也确实注意吸纳体育法各方面的专家参与法案的起草过程。不仅是《体育法》,其他体育法律法规规章在起草过程中也应建立法案起草的专家论证机制。

## 6 结语

自 2014 年党的十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》以及 2015 年我国《立法法》修改后,我国立法进入了新时代,科学立法、民主立法、立法精细化等成为了新时代立法的基本原则与要求。我国传统的体育法案起草模式有它的优越性,在我国体育法制体系建设中发挥了重要的作用,功不可没。但为适应新时代的更高的立法要求,需要从源头上反思我国传统的体育法案起草模式,在发挥传统体育法案起草模式的基础上,发挥“人大主导立法”“专职法制机构主导起草”的作用,改造我国现行的体育法案起草模式,为我国建立新型的体育法制体系作出重要的贡献。

## 参考文献

- [1] 孙政主. 地方立法框架下立法技术研究[M]. 沈阳:沈阳出版社,2009:102.
- [2] 国家体委政策法规司. 《中华人民共和国体育法》学习辅导材料[M]. 北京:北京体育大学出版社,1996:70.
- [3] 熊晓正,钟秉枢. 新中国体育 60 年[M]. 北京:北京体育大学出版社,2010:335.

<sup>①</sup> 该条规定:“行政法规在起草过程中,应当广泛听取有关机关、组织、人民代表大会代表和社会公众的意见。听取意见可以采取座谈会、论证会、听证会等多种形式。”“行政法规草案应当向社会公布,征求意见。”

- [4]周东旭.行政主导立法的弊端[J].领导文萃,2016(10):29-33.
- [5]张春生.立法实务操作问答[M].北京:中国法制出版社,2016:25.
- [6]周旺生.立法学[M].北京:北京大学出版社,2006:489.
- [7]重庆市人大常委会.重庆人大年鉴:1997—2002[M].重庆:重庆出版社,2002:198.
- [8]吕忠.行政主导型立法模式:特征、成因及其限度[J].福建行政学院学报,2017(1):51-58.
- [9]姜春云.地方立法要防止和克服部门利益倾向和地方保护主义[J].海南人大,2002(9):1.
- [10]孙佑海.改革开放以来我国环境立法的基本经验和存在的问题[J].中国地质大学学报(社会科学版),2008,8(4):41-50.
- [11]王宝明.法治政府[M].北京:研究出版社,2009:61.
- [12]肖永平,陈星儒.我国《体育法》中政府职责与体育权利的错位与调适[J].广西大学学报(哲学社会科学版),2018,40(4):96-102,109.
- [13]卞琳,郑辉.人大主导立法与地方立法权限和范围——2016年立法理论与实务研讨会综述[J].上海人大月刊,2016(11):42-44.
- [14]吴祖强.人大起草=人大主导?[J].上海人大月刊,2013(6):37.
- [15]董鹏.地方人大立法起草存在问题及其对策[J].边缘法学论坛,2016(2):56-57.
- [16]李璐.论利益衡量理论在民事立法中的运用——以侵权立法为例[M].北京:中国政法大学出版社,2015:43.
- [17]程洁.开门立法遏止部门利益的不当扩张[J].法人,2005(3):73-74.
- [18]张恩典.公共利益的界定难题与法律重塑[J].天府新论,2016(1):89-100.
- [19]杨心宇.法理学导论[M].上海:上海人民出版社,2006:264.
- [20]卓泽渊,冯永华.新时期社会主义法治建设的理论与实践:上册[M].北京:中国法制出版社,2013:215.
- [21]封丽霞.人大主导立法之辨析[J].中共中央党校学报,2017(5):73-81.
- [22]封丽霞.中央与地方立法关系法治化研究[M].北京:北京大学出版社,2008:385.
- [23]汪全胜,黄兰松.我国法案公开征求意见回应机制的建立与完善[J].南通大学学报(社会科学版),2015(2):43-48.
- [24]汪铁民.让更多的专家参与立法[J].中国人大,2004(23):3.
- [25]莫纪宏.论立法的技术路线——专家立法在立法公民参与中的作用[J].广东社会科学,2009(4):175-182.

[责任编辑 江国平]