

## 地方立法发展的权限困境与出路试探

向立力

(上海市人大常委会,上海 200003)

**摘要** 在我国“统一、分层次”的立法体制下,中央立法权限得到凸显,省级人大及其常委会在《立法法》等法律规定的权限范围内,行使有限的立法权。三十多年的地方立法实践表明,省级人大及其常委会的立法活动长期面临一项困扰——地方立法权限较窄、边界不明。地方性法规数量大幅增加的同时,学界对立法质量的批评不绝于耳。最近《立法法》修正案草案已经过一审,恰逢党的十八届四中全会指出,要“进一步明确地方立法权限”,然而《立法法》修正案草案暂未涉及相关内容;地方立法权限的清晰明确关乎地方立法事业未来的发展,涉及《立法法》在内的多部法律,需结合顶层设计作通盘考虑,从政策到方案也有待详细论证。

**关键词** 地方立法;立法权限;困境;出路;法律修改建议

中图分类号:DF01 文献标识码:A 文章编号:1005-9512(2015)01-0068-11

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2015.01.008

《中华人民共和国宪法》(以下简称:《宪法》)规定:“中央和地方的国家机构职权的划分,遵循在中央的统一领导下,充分发挥地方的主动性、积极性的原则。”根据这条原则,《宪法》、《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(以下简称:《地方组织法》)和《中华人民共和国立法法》(以下简称:《立法法》)确定了我国的“统一而又分层次”的立法体制,总体上是两级立法。<sup>①</sup>“所谓统一,一是所有立法都必须以宪法为依据,不得同宪法相抵触;下位法不得同上位法相抵触。二是国家立法权由全国人大及其常委会统一行使,法律只能由全国人大及其常委会制定”;“所谓分层次,就是在保证国家法制统一的前提下,国务院、省级人大及其常委会和较大市的人大及其常委会、自治地方人大、国务院各部委、省级人民政府和较大的市人民政府,分别可以制定行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例”。<sup>②</sup>《立法法》等法律对地方立法权限进行严格限制,当涉及地方立法权限的法律规定存在文意模糊时,有权解释机关一般采用严格解释的方法。从法律实践的结果看,这种做法起到了确保地方人大及其常委会在“有限立法权”范围内开展立法活动的效果,但在实现上述目的的过程中,地方立法活动的空间受到了过于严格的挤压,一定程度上牺牲了地方立法的实效性,有必要作科学调整。

**作者简介** 向立力,上海市人大常委会法工委立法一处干部,法学博士。

<sup>①</sup> 杨景宇:《关于立法法和监督法的几个问题》,《北京人大》2013年第6期。

<sup>②</sup> 《我国的立法体制》,中国人大网,2014年10月20日访问。

## 一、地方人大及其常委会有限立法权的文本梳理

《立法法》等法律对地方人大及其常委会“有限立法权”的规定,可以从以下两个方面进行梳理:一是限定地方立法不得涉及的领域,本文称之为限制规定;二是对地方立法的授权,本文称之为授权规定。对比发现,前一类规定所占比例更大。此外,国家立法机关还对一些涵义不够明确的法条作出询问答复,虽然形式上不构成立法解释,但对地方立法实践具有实际约束效果。

## (一)法律对地方立法权的限制规定

首先,《立法法》对地方立法调整对象有限制性规定。《立法法》第八条列举了十项只能制定法律的事项,<sup>③</sup>“专属立法权所列的事项,法规不能规定”,“而不属专属立法权的事项,在没有制定法律前,原则上法规可以先规定,不需要授权”。<sup>④</sup>该条规定确立了全国人大及其常委会立法在我国法律体系中的基础和核心地位,也界定了我国地方立法权限的基调。为此,《立法法》第六十四条第二款款首又援引了该条的规定,重申这些领域的事务地方性法规不得加以调整。

其次,相关法律对地方立法的调整手段有限制性规定。此类规定以《行政处罚法》、《行政许可法》以及《行政强制法》等法律的规定最为典型。三部法律分别从源头上,对地方性法规向行政机关赋予行政处罚权、行政许可权和行政强制权的种类、内容作了限制(见表1)。表1列举内容可归纳为:一是将特定种类的行政权力作为法律保留,只能由法律设定。如《行政处罚法》规定,限制公民人身自由等处罚只能由法律设定;二是地方性法规对行政权的内容(如运用条件、幅度等)作出具体规定时,不得超越法律、行政法规已有的规定。三是禁止地方性法规创设新形式和种类的行政权。这些规定延续了《立法法》“严格限制地方立法权限,确保法制统一”的指导思想。

表1 相关法律对地方立法规定法律调整手段的限制性规定

	地方性法规可以设定	地方性法规不得设定	其他限制性规定
行政 处 罚 法	警告/罚款/没收违法所得/没收非法财物/责令停产停业/暂扣或者吊销许可证、暂扣企业营业执照(第十一条)	1. 法律、行政法规规定的其他行政处罚。(第八条) 2. 行政拘留/吊销企业营业执照。(第十一条)	法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定,地方性法规需要作出具体规定的,必须在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定(第十一条)
行 政 许 可 法	本法第十二条所列事项,尚未制定法律、行政法规的,地方性法规可以设定行政许可(第十五条)	1. 法律、行政法规规定可以设定行政许可的其他事项(第十二条第六项) 2. 地方性法规不得设定应当由国家统一确定的公民、法人或者其他组织的资格、资质的行政许可;(第十五条) 3. 不得设定企业或者其他组织的设立登记及其前置性行政许可。(第十五条) 4. 行政机关根据法律、行政法规的规定,对直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施进行定期检验。……(第六十二条第二款)	1. 设定的行政许可,不得限制其他地区的个人或者企业到本地区从事生产经营和提供服务,不得限制其他地区的商品进入本地区市场。(第十五条) 2. 法规、规章对实施上位法设定的行政许可作出的具体规定,不得增设行政许可;对行政许可条件作出的具体规定,不得增设违反上位法的其他条件。(第十六条)
行 政 强 制 法	尚未制定法律、行政法规,且属于地方性事务的,地方性法规可以设定查封场所、设施或者财物/扣押财物。(第九条)	1. 限制公民人身自由/冻结存款、汇款/其他行政强制措施。(第九条、第十条) 2. 行政强制执行由法律设定。(第十三条)	1. 法律对行政强制措施的对象、条件、种类作了规定的,地方性法规不得作出扩大规定。(第十一条) 2. 法律中未设定行政强制措施的,地方性法规不得设定行政强制措施。(第十一条)

③ 《立法法》第八条规定,下列事项只能制定法律:(一)国家主权的事项;(二)各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权;(三)民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;(四)犯罪和刑罚;(五)对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚;(六)对非国有财产的征收;(七)民事基本制度;(八)基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度;(九)诉讼和仲裁制度;(十)必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。

④ 顾昂然:《关于立法法的几个重要问题》,《人民政坛》2000年第5期。

## (二) 法律对地方有限立法权的授权规定

《立法法》第六十四条对地方性法规可以调整的事项给予授权,一般认为,这是地方立法权限的直接法律依据。该条第一款规定:“地方性法规可以就下列事项作出规定:(一)为执行法律、行政法规的规定,需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项;(二)属于地方性事务需要制定地方性法规的事项。”第二款规定:“除本法第八条规定的事项外,其他事项国家尚未制定法律或者行政法规的,省、自治区、直辖市和较大的市根据本地方的具体情况和实际需要,可以先制定地方性法规。在国家制定的法律或者行政法规生效后,地方性法规同法律或者行政法规相抵触的规定无效,制定机关应当及时予以修改或者废止。”权威观点据此认为,地方立法权限体现为四个方面:“一是法律、行政法规的实施条例、实施办法。二是本地方具有特殊性的事项,不必也不可能制定法律、行政法规的,只能由地方性法规作规定。三是综合运用有关的几个法律、行政法规,有针对性地解决本地方特定问题的地方性法规。四是在有些问题上,改革先在地方试点、试验,制定适用全国的法律、行政法规的条件尚不成熟的,有关地方可以先行制定地方性法规,待有关的法律、行政法规出台后,再相应地加以修改或者予以废止。”<sup>⑤</sup>

## (三) 法律对地方立法权限的模糊规定及其严格解释

### 1. 关于中央专属立法权的模糊规定及严格解释

《立法法》第八条关于法律保留的规定中使用了一些模糊用词,如第七项、第八项规定的“民事基本制度,基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度”由法律规定。从逻辑上分析可得出两个结论:一是与基本制度相对应,应该存在一个“非基本制度”的范畴,这个范畴内的事项不属于法律保留,地方性法规可以进行调整;二是虽为法律保留事项,但法律作出规定较为原则时,地方性法规可做实施性的规定。遗憾的是,这只是基于逻辑分析得出的“空间”,在《立法法》其他条款中并未得到回应。对此,全国人大常委会法工委曾以询问答复的形式作出过解释。2004年某省人大常委会就“是否能通过地方性法规对人防工程的产权登记进行规定”提出询问,全国人大常委会法工委答复时就明确指出,“关于人民防空工程设施的登记问题,如属不动产产权登记,则涉及民事法律基本制度。此外,这个问题比较复杂,各地情况也不完全一致,尚需中央有关部门统一研究解决,以不在地方性法规中规定为宜”。<sup>⑥</sup>而现实情况是,《物权法》颁布之前,我国法律一直未对不动产登记问题作明确规定,全国也没有建立起统一的登记制度,各地均在本辖区范围内开展登记。因此,已有多个省级人大常委会制定了相关登记条例。然而,即使是这一背景下,全国人大常委会法工委仍然从严解释“基本民事制度”的内涵。中央答复口径确定后,地方立法出于规避“立法风险”的考虑,只能从更严格的角度理解,回避这些领域。可见,法律用语的模糊看似给地方立法留下了空间,但实际效果是,中央专属立法权因严格解释而产生了“溢出”效应,反而限制了地方立法权限。

### 2. 关于地方立法权限授权的模糊规定及严格解释

《立法法》第六十四条第一款在表意上存在模糊,其第二项规定,“属于地方性事务需要制定地方性法规的事项”可以由地方性法规规定,但《立法法》并未进一步释名何为“地方性事务”。如果严格按照法条表面意思,该条规定难以起到应有的明确授权的效果,而仅仅是对法规立项环节起到了原则指导作用。实践中,地方立法时常在何为“地方性事务”上产生困扰。对此,全国人大常委会法工委工作人员在非正式的场合曾经做出过回应:“地方性事务是与全国性的事务相对应的,地方性事务是指具有地方特色事务,一般来说,不需要或在可预见的时期内不需要由全国制定法律、行政法规来作出统一规定。例如,对本行政区域内某一风景名胜的保护,就属于地方性的事务,一般来说不需要国

<sup>⑤</sup> 同前注①,杨景宇文。

<sup>⑥</sup> 《地方性法规能否规定人防工程产权登记》,中国人大网,2014年10月23日访问。

家作出规定。因此,这类事项显然不必要由国家统一立法。”<sup>⑦</sup>

然而,有学者曾对中央政府事权与地方政府事权做过比较,结果显示基于《国务院组织法》和《地方组织法》的规定,我国中央事权与地方事权存在大量的交叉重叠之处,几乎找不出何为“地方性事务”。<sup>⑧</sup>换言之,从严格适用法律的角度看,如果只有国家不会作出规定的事务才属于“地方性事务”,那么地方法规的可调整范围将十分狭窄。因为“事务本身不是一成不变的,经常会随着经济、社会的发展而发展变化,曾经的地方性事务在社会变动中可能会发展成全国性事务,而曾经的全国性事务也可能蜕变成地方性事务”,<sup>⑨</sup>以一个处于不断变化的范围来定义地方立法权限,很可能导致地方立法权限受到过多的束缚。

### 3. 限制地方立法调整手段的模糊规定及严格解释

《行政处罚法》、《行政许可法》和《行政强制法》关于限制地方立法权的规定也存有模糊之处。《行政处罚法》第十一条第二款规定:“法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定,地方性法规需要作出具体规定的,必须在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。”实践中常遇到一种情况,即法律、行政法规对某一行为作了义务性规定,如“不得实施该行为”,但出于种种考虑,法律、行政法规没有设定相应的行政处罚。这种规定在客观上造成一种现象,即一种行为被宣告为“非法”,但社会是否遵照执行全凭自觉,违法者不必承担法律、行政法规层面的责任。问题是,在这种情况下,为了达到必要的管理效果,地方立法能否对其设定行政处罚呢?由于“法律、行政法规已经作出行政处罚规定”的涵义不明确,实践中就产生了两种理解。持从严的观点认为,法律、行政法规未设定行政处罚本身就是一种态度,故这种情形应认定为“法律、行政法规已经作出行政处罚规定”,地方立法不得再对该类行为设定行政处罚,否则当属越权立法。持宽松的观点认为,这种情况可以理解为法律、行政法规未对该行为作出行政处罚规定,地方性法规自然可以设定行政处罚。然而,全国人大常委会法工委给出了严格解答:“如果法律规定某一行为属于违法行为,或者对某种行为作了义务性规定,但并未对上述行为设定相应的行政处罚,行政法规、地方性法规或者规章不能设定行政处罚。”<sup>⑩</sup>

《行政许可法》第十五条第二款规定,“地方性法规……不得设定应当由国家统一确定的公民、法人或者其他组织的资格、资质的行政许可”。按照字面理解,该条在“公民、法人或者其他组织的资格、资质的行政许可”之前加上了定语——“应当由国家统一确定的”,那么应当还有一类“资格、资质的行政许可”是无需由“国家统一确定的”,从而可以由地方性法规进行设定,这是法律适用中偏向宽松的理解。<sup>⑪</sup>然而,国务院法制办给出了严格答复,凡是“有关资格、资质的行政许可,应当由国家统一确定”。<sup>⑫</sup>这无疑限制了地方立法设定行政许可的种类。同样,《行政许可法》第六十二条第二款规定:“行政机关根据法律、行政法规的规定,对直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施进行定期检验。”按照字面意思,本条仅是对行政机关执行法定“定期检验”职权的具体要求,并非针对立法权限问题。然而,全国人大常委会法工委给出的解释是,根据本款规定可得出结论,“只有法律、行政法规可以规定定期检验(年检),地方性法规不得规定定期检验(年检)”。<sup>⑬</sup>

⑦ 参见张春生主编:《中华人民共和国立法法释义》,法律出版社2000年版,第195页。

⑧ 孙波:《我国中央与地方立法分权研究》,吉林大学2008年博士学位论文,第161页。

⑨ 同上注,孙波文,第165页。

⑩ 《法律规定了义务性规范,但未设定行政处罚,法规或者规章能否规定行政处罚?》,中国人大网,2014年10月27日访问。

⑪ 参见刘晓东:《对地方性法规设定行政许可的几点思考》,《中国人大》2005年第11期。

⑫ 参见《国务院法制办关于行政许可法有关问题的解答》,《国务院法制办全国贯彻实施行政许可法工作简报》总第4、13、14期。

⑬ 《关于行政许可法、立法法等有关问题的询问答复》,《中国人大》2005年第4期。

## 二、权限受限下地方立法可能面临的发展困境

立法活动的本质,是立法机关运用法特有的调整手段对拟调整的社会关系予以规范,使其符合设定目标。因而,清晰的调整对象(拟调整的社会关系范畴)与完备的调整手段是立法活动的基本要素。地方人大及其常委会行使的“有限立法权”恰好受到了来自于调整对象和调整手段的双重限制,这固然是有限立法权的体制内涵,但这种限制应当有一个度的掌控。尤其是与“先天不足”的地方立法权限形成鲜明对比的是,我国辽阔的国土范围与地方经济社会发展的区域差异性,造就了对地方立法的旺盛需求。这种对比的失衡,容易给地方立法的发展带来困境。

### (一)减少了立法创新和探索,各地各层级重复立法现象较多

地方立法在我国法律体系中特有的价值是,地方立法机关结合本地实际情况,作出更接近于本地现状的规定,弥补法律规定过于原则、缺少可操作性的弊端。然而,模糊的地方立法权限边界给创新带来了不少风险,与尝试创新相伴的是“越界”、“试错”的不断出现。例如,某省人大常委会曾计划在地方性法规中设立假释保证金、保外就医保证金制度,但很可能触碰到了“犯罪和刑罚、诉讼制度”的内容,而属于《立法法》规定的中央专属立法权;又如,某地曾打算将市高级人民法院和市人民检察院作为地方性法规草案的提案主体,但考虑到司法机关的提案必然涉及到诉讼制度,而这也是中央专属立法权,因此最终放弃;再如,某地计划就人事争议处理专门制定地方性法规,但由于人事争议仲裁属仲裁制度范畴,也属中央专属立法权,最终只能作罢。<sup>⑭</sup>

相比上述容易触碰立法权限边界的创新来说,一些明显的地方管理事项就安全很多,例如本地城市的管理领域等。各地因此争相在这一领域发力,产生了大量“无论从标题、结构,还是规范内容、条文表述等方面,大都大同小异”的法规。<sup>⑮</sup>而除了省级立法的横向重复情况之外,国务院部委、省会城市以及较大市的立法也都面临类似的权限困境,他们也倾向于选择在类似领域立法,结果造成不同层级法规、规章的扎堆设置。

### (二)制度设计呈两极分化,照搬照抄或者成为空中楼阁

法规需要强制执行力的保障,地方法规设定的管理制度需要通过行政执法或者民事司法两种调整手段来确保执行。然而,由于地方立法在选择调整手段方面仅存有限的空间,因此,无论是赋予行政机关行政权,还是设定相对人义务,抑或是设定公民事权利义务,都显得左右为难。有时设定一项管理权,但受到上位法的限制,无法设定相应的行政处罚或者行政强制,管理权就无从“落地”;有时规定一项公民的民事权利,在明确对应民事义务时,却犹豫是否会触碰到民事基本制度而越权。因此,不少地方为了回避风险干脆后退一步,全部照抄相关法律或行政法规的条文。有学者统计指出,“不少地方法规条文内容上,有 1/3 属于可以不写的,1/3 属于可写或可不写的,1/3 属于可以写的。有的实施类法规,真正根据本地方实际情况和实际需要、带有地方特点的规定就只有几条。”<sup>⑯</sup>而另一个极端现象是,法规仅提出一个行政管理或者民事权利的基本原则,而不对具体调整手段作任何规定,致使整个制度变成“空中楼阁”,美其名曰“倡导性规定”,实则根本无法实施,成为“景观式立法”。

### (三)中央下放事权不纳入地方立法视野

出于提高政府管理效率和调动地方政府积极性的考虑,中央政府将某项事权下放交地方政府承接和具体落实是常见的,这类下放事权多与经济管理相关,如针对特定经济政策的试点等。而笔者注意到,地方政府往往选择行政命令、政府规章为政策载体,除非有明确法律规定,否则很少会选择以

<sup>⑭</sup> 参见《关于立法法等有关问题的询问答复》,《中国人大》2005 年第 5 期。

<sup>⑮</sup> 参见江材讯:《地方立法数量及项目研析》,《人大研究》2005 年第 11 期。

<sup>⑯</sup> 同上注,江材讯文。

地方立法形式确立相关实行政策。以近年“房产税”政策试点为例。从事权看,这项政策涉及税收开征,属于中央专属事权,对应于《立法法》第八条第八项的“税收基本制度”,是法律保留的范畴,只能由法律(或者法律授权行政法规)进行规定。国务院出于审慎推进改革、充分兼顾地方实际的考虑,对开征房产税作出原则规定后,选择重庆市和上海市作为试点,授权地方政府对政策具体实施进行规定。两地均没有以地方性法规的形式来落实政策,而是选择了行政命令、政府规章的形式承接与落实房产税政策。<sup>①</sup>笔者认为,沪渝两市做此选择,可能考虑到涉税事项属中央事权,地方立法在这方面的权限并不明确。因为两地文件中都表示系根据国务院授权对房产税试点中的税收征管细节作出规定。但亦有学者指出上述做法在合法性上可能存在的瑕疵。<sup>②</sup>

实践中也有通过地方立法来落实中央下放事权的例子,如“行政审批制度改革”过程中,中央下放的审批权需要通过地方立法来确立,因为地方立法设立行政许可的权限是明确的。两相比较可见,排除地方政府因立法周期较长而径自选择通过行政规章落实中央下放事权的主观因素之外,地方立法权有限以及边界不明等因素,确实影响到了地方立法在这方面作用的发挥。

#### (四)调整对象拼比眼球效应

能够纳入地方性法规调整对象范畴的,应当是那些可以形成清晰的“权利—义务”对应关系和具备“可调整性”的社会关系。一个不值得提倡的倾向是,为了在有限的立法权限内多作文章,体现探索和创新,并确保避开立法权限上的越界风险,有的地方在选择法规立项时,把注意力转向法的调整对象的边缘领域(这些领域上位法少,越界风险小),追求选题新奇,而忽视“可调整性”,从而偏离了立法工作的基本规律,结果引得新闻媒体频频炒作,最终伤害了地方立法的权威。例如,有的地方通过立法规定,“公共厕所苍蝇数不得多于2只”,禁止“在便器外便溺”,<sup>③</sup>有的地方通过立法将杜绝早恋列为未成年人保护内容,规定“父母或者监护人对未成年人的早恋行为要进行批评、教育、制止和矫正”,<sup>④</sup>还有的地方以保护老年人财产权利为名,规定“有独立生活能力的成年子女要求老年人经济资助的,老年人有权拒绝。成年子女或者其他亲属不得以无业或者其他理由索取老年人的财物”,引发社会热议。有学者就批评指出,解决上述社会问题,需要用正确的社会价值观而不是强制性规范来指引、预测、评价、教育,立法禁止属于形同虚设、多此一举。<sup>⑤</sup>更令人感慨的是,有些地方对这种新奇立法争相模仿,有时两地法规条款的文字表述都几乎一样,“借鉴”之痕迹明显。

#### (五)为行政主管部门确定职责成为法规主要内容

还有一些地方立法将关注的方向掉头向内,从原本指向社会事务管理转而指向政府内部的部门分工,法规中的大部分制度都着眼于为不同行政主管部门划分职责。造成这种现象的原因在于,一些原本立足于积极管理的制度设计,因为地方立法无法给予必要的调整手段支撑,或者调整对象超出地方立法权限范畴,而不得不改为消极的“倡导性”、“鼓励性”的条文,缺乏可执行性。相反,对行政主管部门的职责分工进行确定就不存在立法权限风险。当然,部门职责法定化对推动依法行政有一定积极意义。但若这些内容在地方立法中的比例过重,则会给地方立法带来缺陷:一则造成地方立法的必要性减等,部门之间的分工通过政府规章、文件(例如三定方案)等形式予以确定即可,地方立法深度介入之后使其与两类低位阶文件相混同;二则地方性法规会因为部门职责分工调整而被迫频繁

<sup>①</sup> 例如,重庆市制定了《重庆市关于开展对部分个人住房征收房产税改革试点的暂行办法》和《重庆市个人住房房产税征收管理实施细则》(重庆市人民政府令第247号);上海市则下发了《上海市人民政府关于印发〈上海市开展对部分个人住房征收房产税试点的暂行办法〉的通知》(沪府发〔2011〕3号)。

<sup>②</sup> 张富强、刘堃:《关于我国房产税改革试点的法律思考》,《法治论坛》2012年第1期(第25辑)。

<sup>③</sup> 参见沈栖:《少些“雷人”的地方立法》,《上海法治报》2013年10月23日B8版。

<sup>④</sup> 参见《立法不息、雷人不止》,网易新闻,2014年10月22日访问。

<sup>⑤</sup> 参见古风听竹:《立法禁止“啃老”多此一举》,《检察日报》2014年7月8日第3版。

修改,破坏了法规的稳定性和严肃性。

### 三、国家严格限制地方立法权限的政策分析

自 2000 年《立法法》通过后,中央在地方立法问题上始终重视国家法制统一问题,地方立法权限收窄的态势已是不争的事实。严格限制地方立法权不是个别领导人的政策喜好所致,而是国家立法机关所秉持的一项基本立法政策。国家立法机关出于哪些考虑对地方立法权给予诸多限制,这关系到限制地方立法权的政策的合理性,以及未来地方立法权限调整的可能性。笔者认为,国家立法机关很可能是基于以下考虑来确定严格限制地方立法权之政策的。

#### (一)维护国家法制统一的指导思想更容易在制度转化时体现

“统一、分层次”是我国立法体制的一体两面,都十分重要。但是,指导思想向法律文本投射的过程,必须经过审议起草环节的解读、转化,最终制度化。在这个过程中,由于“法制统一”所蕴含的标准、要求明确具体,故而在法律条文中的投射更清晰。立法的亲历者坦承,为了贯彻国家法制统一的原则,“《立法法》不可能划出一块只能由地方立法而中央不得涉及的权限”。<sup>②</sup>相反,需要在立法权限的划分方面确立若干“法律保留”的原则,即相关事项必须由国家法律作出统一规定。相对而言,“分层次”的立法意图虽然明确,但缺少可分析量化的条纲,因而向法律条文投射时就要模糊许多。《立法法》起草的过程正体现了前述制度转化上的差异。

#### (二)对地方立法权的滥用存有担心

从全国人大常委会会议审议发言中,颇能看出立法机关对地方立法权被滥用的担心。不少委员认为,放宽地方立法权限很可能造成地方法规“各自为阵”,侵害中央立法权限,最终破坏我国法制统一。如审议《立法法》修正案草案时,有委员提出:“地方立法的质量不高,并可能进一步导致法律冲突。”<sup>③</sup>有委员表示“担心(地方)立法权会被滥用”,“(地方立法)民主的范围和程序能不能保证?会不会成为长官意志的工具?能不能符合国家法制统一的要求”,“在现实中(地方)人大很难抵制长官意志,如果领导意志变成了地方立法,可能会给地方的可持续发展带来一些负面的影响”。<sup>④</sup>在审议关乎重大行政权力配置的法律草案时,这种担心也很明显。如审议《行政强制法》草案时,有委员表示,“担心地方政府会过多地利用授权制定当地的行政强制措施”,“应该对地方性法规设定的行政强制措施增加一点限制性条款或者门槛”。<sup>⑤</sup>全国人大常委会法工委负责同志也回应了这一观点,“本法一旦通过,对规范行政权力会起到很重要的作用。有的问题实际上法律里已经有了一些回应性条款,像地方政府滥设行政强制的问题”。<sup>⑥</sup>因此,我们看到《行政强制法》对地方立法设定行政强制方面的限制比《行政处罚法》和《行政许可法》更为严格。

回顾立法的时代背景可发现,除了最近通过的《行政强制法》之外,其余多部与配置地方立法权限有关的法律,制定时期集中在上世纪 90 年代。那个时期是我国市场经济高速发展的阶段,也是政府、市场关系在摸索中纠结错位的时期。“找市场不如找市长”、“地方、行业保护”、“部门利益法制化”等现象多现。国家对全国统一大市场能否成型,以及能否保持健康发展的前景,怀有深切的担忧。

<sup>②</sup> 参见刘松山:《一部关于立法制度的重要法律》,《人民司法》2000 年第 5 期。

<sup>③</sup> 参见《全国人大常委会审议发言摘要》,中国人大网,2014 年 10 月 24 日访问。

<sup>④</sup> 参见《地方立法权“收放之间”》,中国人大网,2014 年 10 月 24 日访问。

<sup>⑤</sup> 全国人大常委会委员侯建国审议发言,“建议对地方法规设定行政强制措施增加限制性条款”,中国人大网,2014 年 10 月 21 日访问。

<sup>⑥</sup> 参见全国人大常委会委员信春鹰审议发言,“行政强制法对规范行政权力会起到很重要的作用”,中国人大网,2014 年 10 月 21 日访问。

中央政府着眼于全局利益,对此有着更迫切的愿望;地方政府、行业主管部门在这方面则要逊色一些,甚至于在一定程度上、一定时期维持地方性或行业性市场壁垒,对于他们来说是有利可图的。因此,在进行立法权分配时,立法机关自然会选择将中央政府定位为全国统一大市场的维护者,通过立法将其权限排他化、明确化,将地方政府、行业主管部门作为前述机制的潜在威胁者,通过立法对其权限予以严格限定。上述几部法律草案在讨论中,理论界和立法机关内部均不乏这样的观点,几部法律也不同程度肩负起了严格限制地方立法权限的使命,来防止出现地方行使立法权僭越中央事权,“越权制定法规、规章,同法律抵触”,<sup>27</sup>“谁立法,谁得益或借法扩权”现象。<sup>28</sup>

### (三)界定地方立法权限面临立法技术上的困难

全国人大常委会法工委并没有回避《立法法》中存在模糊语意表达的情况,对于为什么做这样的处理,立法机关面临着非常实际的问题,即“如何将各方面的立法权限,特别是将中央行政机关和地方各级权力机关以及政府的立法权限进一步具体化和明确化,是个十分复杂的问题,还有待于在立法实践中逐步探索和积累经验”。<sup>29</sup>可见,中央与地方事权的重复交叉确实成为困扰立法机关的问题,在这种事权分配背景下,如果还是以是否属于“地方性事务”作为唯一标准来界定地方立法权限范围,则很难确定一个清晰、周延的界限。

### (四)认为法律体系形成后地方立法空间有限

国家法律逐步健全,尤其是法律体系形成之后,虽然全国人大常委会一再强调地方立法是法律和行政法规的必要补充,但关于地方立法空间不大的观点并不少见。《立法法》修正草案审议时,有委员提出,“赋予设区的市地方立法权必要性不大。现在的法律体系已经形成,立法也越来越细化,地方立法的空间已经不大。另外,现在省、自治区人大常委会的立法内容与上位法很多是重复的,有些只是相关上位法内容的重新整合而已,再下放一级,重复现象会更多”。<sup>30</sup>

## 四、地方有限立法权背景下的观点争鸣

在地方立法权限收窄的趋势下,理论界围绕这一现象也有过热烈的讨论,一些观点恰好与国家立法机关在地方立法权限方面的政策立场形成回应。

### (一)法律体系形成后地方立法空间依然存在

四川省人大常委会副主任甘道明指出,“随着改革进入深水区,改革与法治的矛盾日益突出,这就需要更好地发挥地方立法对改革的引领和推动作用,通过地方局部的先行先试为国家立法和全国性的改革提供经验”。<sup>31</sup>天津市人大常委会法工委主任高绍林表示,“为使法律制度既能统一,又能适应各地方千差万别的不同情况”,地方立法的空间不仅没有缩小,还“应进一步加强地方立法”。浙江省人大常委会法工委社会行政法规处处长何晓明指出,尽管中国特色法律体系已经形成,但“地方立法作为法律体系的重要组成部分,在今后法律体系不断发展完善过程中依然具有广阔的发展空间和强大的生命力。在法律体系架构中地方立法的实施性、补充性、先行先试的重要地位和作用没有变”。<sup>32</sup>

<sup>27</sup> 同前注<sup>26</sup>,刘松山文。

<sup>28</sup> 彭万林:《有感于〈立法法〉的制定》,《人民政协报》2000年8月21日第8版。

<sup>29</sup> 《中华人民共和国立法法释义》,中国人大网,2014年10月21日访问。

<sup>30</sup> 《地方立法权“收放之间”》,中国人大网,2014年10月23日访问。

<sup>31</sup> 陈丽平:《进一步划清各立法机关权限》,《法制日报》2014年10月10日第3版。

<sup>32</sup> 参见张琼辉:《专家建议修改立法法适度扩大地方立法权》,《法制日报》2014年4月14日第3版。



## (二)立法法对地方性事务的界定应当与地方政府职权相衔接

浙江省人大常委会法工委社会行政法规处处长何晓明指出,在目前的法律背景下,“事关地方性事务的自主性立法界限趋于模糊,先行性立法也受到越来越多的限制”。<sup>③</sup>吉林大学孙波博士提出,对“统一、分层次”的理解应当更加务实,考虑地方立法的实际需要。虽然《立法法》明确了中央专属立法权,但这“并不必然意味着中央集权化和权威的绝对化,任何事情都由中央包办,否则无异于又回到了计划经济时代的中央集权管理,无异于限制甚或取消地方自主性和积极性的发挥”。应当认可“地方和中央均能就各自的专有事项立法,只要地方立法遵照法定的权限和程序,只要地方立法以国家整体利益为出发点,只要地方立法不与国家宪法、法律和行政法规相抵触,那么社会主义法制的统一和尊严就能够得到维护”。<sup>④</sup>他还建议基于《宪法》与其他法律关于地方政府职权的规定,允许地方立法机关逐渐确立“职权立法权”的范围。地方政府的职权范围具有宪法依据,地方立法范围完全可以以此为据形成专属性。而允许专属于地方的“职权立法权”的存在,并不会侵害中央立法权。相反,过去恰恰是因为“中央与地方的立法权限范围模糊,地方缺乏专属立法权,无法把握具体尺度,所以才会产生地方立法权与中央立法权的冲突”。<sup>⑤</sup>

## (三)应当在调整手段维度适度放宽地方立法权限

持此观点者认为,当前对地方立法在调整手段上的限制过于严苛,“导致地方性法规很难发挥针对性和实用性的特点,照抄照搬上位法的趋势明显,法规中多为原则性、倡导性、鼓励性条款,有效规范性条款减少,对社会行为的规范作用明显降低”。以行政处罚的设定为例,有时“上位法站在全国的角度看,一些行为可以不设定行政处罚,但如果地方立法也不得不放弃这些措施”,必然“导致地方性法规的针对性和权威性都受到较大影响,立法的目的和原则也很难圆满实现”。<sup>⑥</sup>因此,“从地方立法面临的需求来说,就是要适度扩大地方立法权限”,例如在“如何认定违法行为以及设定相应的行政处罚”方面,“为地方留下余地”,不宜“全国一个模式、一种标准”。<sup>⑦</sup>

## 五、关于地方立法未来发展出路的思考

当前地方立法活动面临的主要矛盾,简言之,是地方政府基于繁重的地方事务管理需求而产生并日益增长的立法权需求,与地方行使“有限立法权”的立法体制之间的不对称。对地方立法权限设定严格限制相关政策考虑是否充分合理?这个问题决定了种种限制条文是否有作出改变的可能性。

### (一)限制地方立法权命题的重新审视

从维护国家“统一、分层次”的立法体制出发,地方“有限立法权”的政策目标本身是不容置疑的。国家法律能够在多大程度上给予地方立法权限空间,这取决于国家立法机关在确保法制统一的视野下,如何看待地方立法权运用的优势与弊端。因此,笔者认为有必要对几个基础性的观念予以澄清。

#### 1.防止地方立法权滥用不必简单等同于限制地方立法权

第一,要区别看待滥用行政权与滥用立法权。当前,一些地方政府过多考虑短期发展,忽视公民基本权益的做法受到很多批评,征地、拆迁、城管执法领域行政机关与相对人极端对抗的事件频现。矛盾的表象大多是行政机关不恰当地运用行政强制力,损害相对人的生命和财产安全。这些现象也

<sup>③</sup> 同前注<sup>②</sup>,张琼辉文。

<sup>④</sup> 同前注<sup>③</sup>,孙波文,第139-140页。

<sup>⑤</sup> 参见前注<sup>④</sup>,孙波文,第139页。

<sup>⑥</sup> 同前注<sup>③</sup>,陈丽平文。

<sup>⑦</sup> 参见前注<sup>②</sup>,张琼辉文。

会影响到全国人大常委会组成人员的判断,使他们对地方政府客观、克制运用行政权的能力产生不信任感。前文已经分析,这是自《立法法》以来,法律严格限制地方立法权,尤其是地方立法向行政机关授予行政权力方面权限的背景。但进一步推敲,地方立法权与地方行政权在性质上截然不同,虽然同属地方层级,但其权力来源、行使主体、程序、监督机制都不同,两者之间不能简单地划等号。因此,怕行政机关滥用行政权力而限制地方立法机关的立法权限的思路有“预防过度”倾向,法理上的必要性存在讨论空间。

第二,防止地方立法权滥用应当从健全人民代表大会制度着手。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》(以下简称:“依法治国决定”)在“完善立法体制”一节明确指出,要“明确立法权力边界,从体制机制和工作程序上有效防止部门利益和地方保护主义法律化”。可见,当前党中央围绕地方立法问题的一个基本判断是,当前我国依然存在一定程度的地方立法权滥用现象,因此国家立法机关对此保持警惕的立场不会改变。然而笔者认为,避免地方立法权滥用有多种方法。根据“依法治国决定”,从“体制机制”方面看,首先可以建立健全立法民主程序,只有充分的民主程序才能够避免立法过程中的“长官意志”和“一言堂”;其次可以进一步完善、做实备案审查程序,一旦发现有滥用地方立法权的法规,则依法予以撤销。从“工作程序”方面看,可以探索地方性法规起草主体的多元化,也可以在地方立法审议修改阶段,加大公众参与听取专家意见的工作力度。这些措施都有利于避免地方立法起草、审议和修改过程中,过度依赖行政机关而导致的部门利益影响。

一言以蔽之,人民代表大会制度本身即已蕴含了充分的“免疫机制”——民主立法程序——以防止个别人或部门滥用地方立法权。同理,防止地方立法权滥用的根本路径应当是运用好人民代表大会制度,发挥人大在地方立法中的主导作用。相反,将地方立法权限限制在一个狭窄的空间内的做法,尽管客观上也可以实现防止地方立法权滥用的效果,但也带来了地方政府管理地方事务的积极性和手段受到不恰当限制的副作用,制度设计失于刻板、成本过大,恐有因噎废食之嫌。

## 2.“地方性事务”的范围可留待地方立法进行探索

通过法条文本对《立法法》第六十四条提及的“地方性事务”的范围予以清晰界定,从而划清地方立法权限,对于地方立法而言无疑是有益的。前文也已提及有学者建议,根据《宪法》以及《地方组织法》对县级以上地方人民政府职权的规定,作为确定“地方性事务”的依据,从而形成地方“职权立法权”。然而笔者认为,现行《宪法》和《地方组织法》的相关规定并不足以提供清晰划分中央和地方政府职权的法条依据。因为这两部法律的相关条文采用了“垂直划线”的思路,主旨在于区分公共权力与社会自我管理之间的“公、私”界限。在有关中央和地方政府职权的规定上,两部法律使用高度相同的语言,在规规定地方政府职权时,仅在“中央政府职权”相关表述前加上“本行政区域内”这样的定语,并且规定中央政府可以向下级政府交办事项。考虑到我国立法强调维护单一制国家结构形式,确保中央事权统一的政策思路,这种立法方案与《立法法》不界定地方专属立法权的做法是相通的。可见要实现中央与地方政府职权在法律层面的横向切割,法理与法条的支撑均显不足。

关于界定“地方性事务”的内涵与外延,笔者的观点是,《立法法》修改过程中可不必纠结于精确界定“地方性事务”的范围,因为从立法技术的角度看,很难说这个概念具有准确、可界定的法律内涵,进一步结合地方立法实践看,“地方性事务”的范围会随着党和国家关于中央与地方事权分配的思想、政策之变化而变化。其中尤其不应忽视的是,地方立法机关的主动作为与开拓,自下而上地推动中央与地方在事权分配上良性互动,从而对“地方性事务”内涵的发展起到能动效果。换言之,即使通过条文界定其范围,对地方立法所能起到的积极意义,并不见得明显大于将其范围留待地方立法实践去探索所起到的良好效果。

从法律适用的角度进一步分析,未来《立法法》修改如果继续当前对“地方性事务”作原则规定的

基本思路,那么,地方人大及其常委会应当在哪些方面去探索“地方性事务”的应有内涵呢?笔者认为在尊重中央专属立法权,确保法制统一的前提下,有一个方向值得重视,即通过地方立法平台来统一、规范地承接中央下放事权,进而推动地方性法规成为地方重大政策的唯一法源。

## (二)对《立法法》相关内容的具体修改建议

### 1. 尝试授予地方专属立法权

根据“依法治国决定”的精神,在结合近年来地方立法实践经验的基础上,进一步明确地方立法边界,是党中央关于《立法法》等法律修改的明确指示。尽管地方政府专属事权在《宪法》和《地方组织法》上找不到直接依据,但依法理以及政府运作经验,的确存在一定的事项范围,中央政府几乎不会干预。例如,地区性的城市建设和运营、环境保护、社会秩序、社会福利,等等。《立法法》修正案将立法权授予设区的市的同时,将其立法权限定在“城市建设、市容卫生、环境保护”三个领域,也是对这个现实的认可。因此笔者认为,《立法法》可以依此类推,对第六十四条中的“地方性事务”的范围作出一些清晰的指向。

### 2. 立法难以精确界定的领域要放松法律解释口径

我们必须正视一个现实,那就是“地方性事务”的范围难以从文本上作出精确规范。无论是《立法法》第六十四条关于地方立法权的授权规定也好,第八条关于地方立法权的限制规定也好,都是如此。列举式规定本属于立法技术上最有利于清晰表达立法意图的方法,但为了精确列举的范围,必须对可能造成边界模糊的交叉领域进行更细化的列举,然而进一步的列举又会产生新的交叉领域,再度产生边界模糊。造成这种现象的原因,是成文法在表意上的缺陷,以及法律的滞后性,两者都无法根本克服。因此,立法本就会留出一定的模糊空间,使用兜底条款、“等”字,给立法解释留下空间。但今后关于地方立法权限的解释口径应当有所调整,不要一遇到权限模糊地带就堵截,而应当给地方立法的探索留下空间。

### 3. 法律调整手段维度须适度松绑

笔者始终认为,在调整手段维度的适度松绑有利于盘活地方立法资源。关于地方立法设定行政处罚方面的权限有两点修改建议:一是,可以考虑以法律设定的罚款数额为最低限度或最低幅度,地方立法不得低于这个限度或幅度,在此基础上,由地方立法根据本地区的实际情况,结合该种违法行为对本地区的危害程度,决定是否适度提高罚款的限度和幅度;二是,对于法律作出义务性规定但没有设定行政处罚的行为,允许地方性法规视本地区情况增设行政处罚措施。

关于地方立法设定行政强制方面的权限也有两点修改建议:一是,适度改变当前过多的限制,在“查封场所、设施或者财物”、“扣押财物”之外,允许地方立法设定“冻结存款、汇款”的强制措施,因为其本质上也是对财产权的强制,在影响当事人财产权利方面,与查封场所、扣押财物没有本质区别;二是,允许地方立法设定部分行政强制执行方式,例如“加处罚款或者滞纳金”,这类低强度的行政强制执行措施,完全可以由地方立法加以设定。

(责任编辑 姚 魏)