

甘肃省软科学研究课题资助

兰州大学人文社会科学学科建设基金后期资助项目

甘肃

地方经济
立法研究

GANSU
DIFANGJINGJI
LIFAYANJIU

刘光华 刘志坚 张菊霞 编著

兰州大学出版社

甘肃省软科学研究课题资助

兰州大学人文社会科学学科建设基金后期资助项目

甘肃

地方经济 立法研究

刘光华 刘志坚 张菊霞 编著

兰州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

甘肃地方经济立法研究/刘光华,刘志坚,张菊霞著.
—兰州:兰州大学出版社,2008.5
ISBN 978-7-311-03069-8

I.甘... II.①刘...②刘...③张... III.经济法—立法—
研究—甘肃省 IV.D927.420.229.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 053136 号

责任编辑 张国梁
封面设计 张友乾

书 名	甘肃地方经济立法研究
编 著	刘光华 刘志坚 张菊霞
出版发行	兰州大学出版社 (地址:兰州市天水南路 222 号 730000)
电 话	0931-8912613(总编办公室) 0931-8617156(营销中心) 0931-8914298(读者服务部)
网 址	http://www.onbook.com.cn
电子信箱	press@onbook.com.cn
印 刷	兰州德辉印刷有限责任公司
开 本	880×1230 1/32
印 张	9.5
字 数	268 千字
版 次	2008 年 6 月第 1 版
印 次	2008 年 6 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-311-03069-8
定 价	18.00 元

(图书若有破损、缺页、掉页可随时与本社联系)

前 言

2008年,对于肇始于上世纪改革开放法制最前沿的地方经济立法而言,是一个非常重要的时点。它标志着地方经济立法已悄然步入其三十岁的而立之年。三十而立,就需要适时地进行人生总结。

如果想对地方经济立法的火热实践所催生的地方经济立法既往理论研究成果进行一点概括和总结的话,我们会发现,它呈现出如下基本特点:首先是地方(经济)立法的相关研究成果数种繁多,汗牛充栋。通过中国期刊网与国家图书馆系统可以检索到的、以地方(经济)立法为主题的文献,数不胜数;其次,不同理论观点纷呈迭出。在地方经济立法的研究文献中,学者们或从中央立法的权威性 with 统一性的高度,或从地方立法自主性的视角,提出了仁智各见的众多关于地方经济立法的理论观点;第

三,理论与实践高度结合。地方经济立法研究的参与者,不仅有高校和科研院所的学者,更有为数众多的地方经济实际立法工作的专业人士。研究者成分的复合性特点,使得地方经济立法研究领域成为目前中国法学研究中理论与实践结合最为紧密的领域。

与此同时,我们也看到,关于地方经济立法的整体研究,还表现出如下问题:基于地方立场(也包括中央视角)的自觉理论表达不足、基于地方和中央立法材料的经验实证研究缺乏、对整合与提炼既往地方经济立法研究成果的忽视,等等。这些不足与缺陷的存在,使得地方经济立法在理论上的纵深发展与制度上的成熟都受到了实质性的钳制。

因为掩盖了中央经济立法与地方经济立法的角度差异,特别是它们相互间的联动关系,也即动态博弈问题,所以,面对转型中国社会政治经济体制改革三十年后重构中央与地方、地方相互间关系等重大历史命题时,我们无法提出积极而富有建设性的方案。更为重要的,使得我们无法从立法作为一种民意表达机制的本真角度,从中央—地方—地方政府部门—民众这样的多维视角,来讨论作为地方利益表达机制的地方经济立法。

因为经验实证研究的缺乏,还会使得众多的地方经济立法实践工作者基于自身丰富的经验所获得的研究成果,既无法与日常的工作总结与调研报告划清界限,也无法与人类法制特别是立法的一般理论和经验进行沟通与交流。同时,还可能使得地方经济立法蜕变成中央相关经济立法的“邯郸学步版”;使得地方经济法制中的纸面立法与实际通行的事实“潜规则”之间的张力日渐增大。

最后,对既往相关地方经济立法研究成果整合与提炼的缺乏,将可能导致无数立法资源的浪费和不必要的重复劳动,特别是,将使得地方经济立法理论无法前瞻性地提出与转型中国(地方)经济法制发展要求相一致的理论产品,进而为中国社会经济发展和世界法学做出中华民族应有的贡献。

当然,我们所指出的上述问题,实属于整个地方立法和地方经济立法未来的长期努力目标,而非本书所意欲解决的全部问题。限于目

的和篇幅,本书将只选取其中的一个侧面,即立足于地方社会经济的实际情况和地方经济立法经验材料,在整合现有地方(经济)立法研究成果的基础上,从立法技术层面,来检讨地方经济立法这一独特的法律产品及其质量的完善问题。

为此,本书立足于中国社会历史转型背景下甘肃地方经济立法的经验材料,综合运用分析实证、经验实证、规范分析和法律经济学等研究方法,对甘肃地方经济立法进行了点面结合、宏观和微观相统一的研究。本书阐述了地方经济立法的基本理念,概括和总结了甘肃地方经济立法中存在的主要问题,并分析了其背后的原因,特别是从地方经济立法的数量与质量两个方面,从亟待立法的事项与具体的应然指标等综合角度,讨论了完善(甘肃)地方经济立法的主要途径——即建立和健全(甘肃)地方经济立法质量评价标准与体系。

编者

2008年6月

目 录

前 言 /001

第一章 地方经济立法的基本理念 /001

第一节 地方经济立法的概念与特征 /003

第二节 地方经济立法的类型及主体 /008

第三节 地方经济立法的原则 /010

第四节 地方经济立法的地位和作用 /019

第五节 地方经济立法质量 /025

第二章 甘肃地方经济立法供给与需求状况分析 /029

第一节 经济法律供给与需求一般理论分析 /029

第二节 甘肃地方经济立法的基本供求分析 /038

第三章 甘肃地方经济立法的质量缺陷分析 /054

第一节 甘肃地方经济立法的发展历程 /054

第二节 甘肃地方经济立法的质量缺陷 /056

第四章 甘肃地方经济立法质量缺陷的成因分析 /072

第一节 地方经济立法供给制度自身的缺陷 /072

第二节 地方经济法律资源配置缺乏效率 /079

第三节 地方经济立法技术水平和人员素质低 /085

第四节 地方经济立法权限不明确、程序不完善 /092

第五章 甘肃地方经济立法质量缺陷的矫治对策 /107

第一节 转变地方经济立法理念与立法思维 /108

第二节 明确地方经济立法的指导思想、立法重点及审议原则 /127

第三节 积极推进地方经济立法民主化、科学化进程 /131

第四节 确立和完善地方经济立法的宏观体制 /135

第五节 合理配置与有效利用地方经济立法资源 /149

第六节 提高地方经济立法的技术水平 /161

第七节 完善地方经济立法程序,保障地方经济立法质量 /197

第八节 甘肃地方经济立法民主化的建议 /216

第九节 完善地方经济立法的科学思考 /235

第十节 甘肃地方经济立法的现代化进程 /252

第六章 甘肃地方经济立法质量评价指标体系设计 /264

主要参考文献 /288

第一章 地方经济立法的基本理念

中国是一个地域广阔的大国,也是一个多民族的国家。目前,在中国的广袤国土上,正经历着人类历史上最大规模的工商社会转型,各地区的经济发展水平各异,经济增长模式 and 生产方式也不尽相同。20多年来持续、快速的经济增长,中国社会和经济结构随之发生了深刻的变化,对相应的社会治理模式、治理方式和治理手段也提出了新的要求。

因为民族众多、各地条件不同,各地区所面临的问题以及解决问题的方式也应当不同。解决具体社会治理问题,不仅需要一般的和抽象的知识与原则,而且更需要大量的具体判断和“地方性知识”。在这样的条件下,如果治理都由中央政府统起来,治理不仅不可能是有效的,甚至也是完全不可能的。因此,从历史上看,任何国家的社会治理就不可能由单一层面的中央政府和制度来完成。在中国这样一个民族众多、各地区发展不平衡的大国,由于空间的延伸,中央和地方分权的问题不是一个要不要的问题,而是一个如何分的问题。

甘肃省位于我国疆域版图的中西部,东南向西北方向狭长延伸近2000公里,既是青藏高原的东端,也是黄土高原的西端;既有适宜农耕的河西走廊、繁茂的森林、肥沃的草原,也有中国著名的腾格里沙漠;钢铁、煤炭、石油、天然气、稀土等战略矿产资源丰富。在历史文化上,甘肃长期处于中原农耕文明与西部农牧文明的交汇处,在这里生活着汉、蒙、藏、回、裕固、东乡等几十个民族的2600多万人口^[1]。无论是地理条件还是具体的生产方式,都与我国东部地区存在着较大的差异。计划经济时代,国家在这里建设了较为雄厚的工业基础和

[1] 甘肃省情数据,来自中国甘肃网 <http://www.gscn.com.cn/Get/gsgk/> (2007年10月13日最后访问)。

科研基础。20世纪70年代末以来的市场化改革,使得原有的社会经济结构面临重新调整的契机。在这样的历史和社会背景下的甘肃地方经济立法问题,就应当研究和回应在中国社会未有之历史变局下的国家规则化治理与地方性社会规则化治理问题。而其中,抽象的理念和具体的规则同样重要。

人类的理念,应当是人类的智识面对具体社会实践的能动性意识回应。理解地方性经济立法的基本理念,应当从法的理念、经济法的理念以及地方经济立法应有的基本理念三个层次展开。在汉语中,“理念”一词的出现和使用比较晚。如社会科学中的多数词汇一样,它是日本人在引进西方学术、文化、制度时由德语 Idee 翻译(意译)而来^[1]。经过长期的语言演化,“理念”一词的涵义也在发生着变化。Idee(英语为 idea)一词有想法、主意、念头、思想、观念、观点、见解、意见、计划、计策等含义,但在现代汉语中,“理念”的含义已被局限于“观念”、“想法”、“思想”等,更指最一般、基本的观念,思想倾向和追求等,而今在其他语种里已很难找到与之完全对应的词。如果不涉及专业学术领域,“理念”一词应当是指一定世界观之下的某种基本观念、立场和追求。在法学领域,法的理念是指对法的应然规定性的理性和基本的认识与追求;从学术角度看,它是法及其适用的最高原理;从实践看,它是社会成员及立法、执法或司法者对待法的基本立场、态度、倾向和最高行为准则。经济法的理念则是经济社会化条件下的实质公平正义,其核心内容是社会整体经济利益的实现。经济增长、平衡协调发展、充分就业、整体的交易安全和交易暨竞争秩序、保护弱者、官民捆绑参与国际竞争等,是现代国家及其经济法律调整之要务,否则国家无以立足于世界民族之林,也会因为矛盾冲突加剧而陷于动乱、衰落。经济法正是在解决此类矛盾中应运而生,以遵从、实现社会整体利益为其宗旨和任务。在经济社会化条件的实质公平正义之下,经济自由、经济效益、经济秩序(包括经济安全)等都是其不完整的表现形式。依经济法理念,社会整体的经济生活应当是自由的、

[1] 《汉语外来语词典》,上海辞书出版社 1984 年版,第 207 页。

有效益的和有秩序的^[1]。

而要把握甘肃地方经济立法理念,我们不仅需要汲取作为法的一般和抽象的知识与理念,不仅需要立足于经济法的特殊理念和价值,同时更需要针对甘肃省经济建设中所面对的具体问题和特殊要求,应用地方性知识作出具体判断甚或是智识创新。以此来探索地方经济立法的理论与实践,寻求提高地方经济立法质量的方法,并对地方经济立法的质量标准进行宏观分析。从这一层面上来理解,甘肃地方经济立法及其理念的研究,还可能是对我国欠发达地区促进经济增长的一种制度创新尝试。

最后,鉴于事物的基本概念是对事物本质的高度抽象与概括,是把握事物内在特征与发展规律的出发点。所以,我们关于甘肃地方经济立法理念的研究,也就从地方经济立法的概念、特征、表现形式、地位作用等基本原理开始。

第一节 地方经济立法的概念与特征

一、地方经济立法的内涵

在立法学界,很少有著述对地方经济立法的概念予以界定。在关于地方经济立法为数不多的定义中,主流的表述有两种:一种是在将“地方立法”与部门法意义上的“经济法”相结合的基础上,对“地方经济立法”所作的表述。即地方经济立法就是地方立法主体依照法定的职权和程序,制定、修改和废止调整我国地方国家机关、社会组织和其他经济实体在经济管理和经营协调活动中发生的经济关系的立法文件的活动。另一种表述认为,地方经济立法就是地方立法主体依照法定的职权和程序,制定、修改和废止经济规范性法律文件的活动。其调整对象不限于前述的社会关系。综合二者,我们认为,在更加明确的意义上,地方经济立法应该表达为:我国特定的地方国家政权机

[1] 史际春、李青山:《经济法的理念》,载《华东政法学院学报》2003年第2期。

关,依照法定的职权和程序,在国家立法的指导下,遵循国家法制统一原则,结合本地区实际,制定、修改和废止调整经济关系的规范性法律文件的活动。其主要有以下三个方面的含义:

第一,我国的地方经济立法是特定的地方国家政权机关从事的活动。

第二,我国的地方经济立法是依法并遵循地方立法的基本原则所进行的活动。地方经济立法与其他地方立法活动一样,必须由地方经济立法主体依照宪法、法律和中央立法机关的授权决定所规定的立法权限、范围、程序和其他要求,遵循法制统一的原则,在国家立法的指导下,结合本地区的经济特点和实际所进行的专门活动。

第三,我国地方经济立法是地方政权机关制定、修改和废止调整地方经济关系的规范性法律文件的活动。这里的“地方经济关系”主要是指作为具有地方性特征的市场主体间的竞争及其监管关系、公共经济管理关系和组织管理性与财产流转性相结合的经济关系;或者地方国家政权机关在协调、干预本地经济运行过程中所发生的经济关系^[1]。对于民法、商法和刑法等所调整的基本经济关系,地方国家政权机关无权干涉。而这里所说的“规范性法律文件”,则是指作为地方经济立法的各种形式载体,它主要包括:地方性法规、地方政府规章、民族地方的自治条例、单行条例、特别行政区的法律及其他规范性文件(特别行政区的法律和其他规范性法文件虽然也属于“区域性”的立法文件,但由于比较特殊,本书不作涉及)和被授权的主体制定的、效力及于特定地方行政区域的规范性法律文件。

二、地方经济立法的特征

由地方经济立法的历史发展过程来考察,它展现出以下几个主要特征:

[1] 史际春主编:《经济法》(十五国家级规划教材),中国人民大学出版社2005年11月版,第26~31页。

1. 从属并自主的两重性

地方经济立法具有从属与自主两重属性。地方经济立法这两种属性,在实行不同国体的国家,在同一国家的不同发展阶段,表现出不同的侧重。如在单一制国家、曾经实行过社会主义体制的国家中,或者在一国经济发展的初期与艰难期,地方经济立法的从属性会更加突出;而在联邦制国家和一国经济发展的平稳时期或经济发展的较高阶段,自主性就会成为地方经济立法更重要的属性。

就法理的一般认识而言,在我国,地方经济立法从位阶上看属于下位法,要以中央经济立法为依据或不能与之相抵触,否则无效;从立法功能上看,地方经济立法负有贯彻实施中央经济立法的责任,担当补充中央经济立法的任务。除此之外,根据法制统一原则,地方经济立法还应与中央经济立法同步配套,保持协调一致性。

2. 地方性

所谓地方经济立法的“地方性”,其一,是指地方经济立法的主体只能是具有地方立法权的地方国家政权机关。中央国家政权机关不是地方经济立法的主体,即使中央国家政权机关为了专门解决地方经济问题而制定经济法律、法规,这样的立法活动也不属于地方经济立法的范畴。其二,地方经济立法的“地方性”是指地方经济立法的内容是基于本地方的经济实际情况,并以解决本地方的经济实际问题为目的。地方经济立法的地方性特征要求,地方经济立法必须反映本地区的自然和资源特点,适应本地区的经济发展状况。超越本地区自然经济空间的,则无存在的基础。故此,由于我国东部地区与中、西部地区,沿海、沿边开放地区同内陆地区,经济比较发达富裕的地区同经济比较落后的地区,少数民族地区、少数民族相对集中的地区与汉族地区相比,在资源条件和经济发展水平等方面存在较大的差异,所以,不同地区的地方经济立法就必须考虑该地区的经济特点及其差异性,充分利用区域资源和地理优势,扬长避短,作出切合实际的规定。特别是经济落后的老、少、边、穷地区和少数民族地区,更应充分考虑自身的实际情况和民族特点,制定出适合本地区自然和经济特点、适应经济发展需要的地方经济法规。其三,地方经济立法的“地方

性”还指地方经济立法所规范的事项,只限于本行政区域,不能超出地方行政事务的范围;而且,地方经济法规只能在本行政区域内、针对本行政区域内的居民和发生于本行政区域内的行为适用,超出上述范围则无法律效力。其四,从立法权限上看,地方经济立法的权限范围是有限的。地方性法规可以作规定的事项是涉及法律、行政法规执行的事项,与解决地方性事务有关,或者全国人大及其常委会专属立法权之外尚未立法的事项;地方政府规章可以作规定的是为执行法律、行政法规、地方性法规的事项和本行政区域的具体行政管理事项;民族自治地方的自治条例和单行条例,虽可根据当地民族的政治、经济和文化特点,对法律规定有所变通,但不得对法律、行政法规的基本原则作出变通,不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通。

3. 复杂性

从总体上来讲,地方经济立法比中央立法更加复杂。首先,地方经济立法有更多的关系需要处理。从外部来讲,它需要处理地方经济立法与宪法和法律的关系,地方经济立法与行政法规、部门规章的关系。从内部来讲,还要处理不同地方性经济立法文件相互之间的关系,如地方性经济法规与地方政府规章之间的关系;上下级地方国家权力机关及其常设机关的地方性法规的关系;民族自治地方制定的地方性法规还要处理与自治条例、单行条例的关系等等。其次,地方经济立法所要调整的经济关系和经济活动更加具体,牵涉的是具有多维面相且又个性突出的经济事务,也即不宜由中央采取形式化的统一立法来解决的问题。再次,各地方经济、政治、文化等发展的不平衡状况,在使地方经济立法异彩纷呈的同时,也使得地方经济立法更加复杂化。

4. 先行性和试验性

在类似中国这样实行单一制的大国内,受限于地理空间和地域差异,特别是在社会经济生活领域内,使得在一些地方显得非常迫切的问题,在其他地区需要性并不明显。对此,中央立法无法也不会作出统一规定;或者由于经验的局限、全国统一立法的时机不成熟等原

因,使得中央立法对应当由自己解决的问题往往不能独立解决,对应当由自己和地方共同解决的问题,往往不能与之共同解决。在此情形之下,对于那些急需解决的社会经济问题,国家就允许有地方立法权的地方国家机关可以根据需要,先行试验立法。为此,全国有许多地方在尚无法律、行政法规的地带,立足于改革开放需要和当地经济发展状况,遵循宪法和法律的精神原则先行先试,制定了相当数量且行之有效的地方性先行立法和试验性立法。这些地方经济立法不仅提出了应急性解决方案,并为此后的中央立法和其他地方的相关立法积累经验。特别需要指出的是,为了适应改革开放的需要,中国的全国人大及其常委会曾授权广东、福建、海南等省和深圳、珠海、厦门、汕头等经济特区就特区建设问题制定特区法规。其中,深圳经济特区的法规有一半以上是在国家相关法律法规尚未制定的情况下先行先试的,或者对国家法律、行政法规进行适度变通、补充和细化的^[1]。这些地方先行所立的地方性经济法规,不仅填补了相关领域的法律制度空白,解决了现实经济发展的急需,促进了地方开放进程与地方经济立法的创新发展,而且还为全国经济立法提供了有益经验。

由此可见,地方经济立法在法律位阶上具有低层次性,在立法功能上具有实施性、补充性和协调性。当然,由现阶段中国社会及其“共时性”的转型特征所决定^[2],地方经济立法对于中央立法的从属性和地方经济立法的自主性,同时并存。对此,我国立法法明确规定,除了中央专属立法权之外,地方立法都可以涉及。也即地方经济立法不当只是国家立法的简单追随者,相反,创制性和自主性立法应当成为今后地方经济立法的主流。

[1] 深圳市人大常委会在第九次全国地方立法理论研讨会上的内部交流材料。

[2] 刘光华:《社会法律调控机制创新论——以 SARS 防治带来的机遇和挑战》,载《兰州大学学报》2003 年第 3、第 4 期。

第二节 地方经济立法的类型及主体

从立法依据区分,地方经济立法分为自主性地方经济立法和授权性地方经济立法两大类。自主性地方经济立法的权限、地位由宪法、法律明确规定,不需要中央立法机关的特别授权;授权性地方经济立法则需由立法机关通过授权立法或者授权决定才能行使。如果缺乏这种授权,地方经济立法机关制定的规范性文件就不具有法律效力。

按地方性立法文件的类别和地方经济立法的主体,可分为:

1. 地方性经济法规及其制定主体

地方性经济法规是指地方国家权力机关及其常设机关依照法定的权限,为保证宪法、法律和行政法规的遵守和执行,结合本行政区域内的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律和行政法规相抵触的前提下,制定、修改和废止在本行政区域内实施的经济立法文件。根据我国《立法法》第63条的规定,地方性法规的制定主体包括两大类:第一类是省、自治区和直辖市的人大及其常委会。目前,我国共有22个省、5个自治区和4个直辖市。第二类是较大的市的人大及其常委会。较大的市包括以下三种:(1)省、自治区的人民政府所在地的市(以下称“省会市”);(2)经国务院批准享有地方性法规制定权的较大的市;(3)经济特区所在地的市。目前,我国共有27个省会市、18个经国务院批准享有地方性法规制定权的较大的市以及4个经济特区所在地的市。较大的市的人大及其常委会制定的地方性法规须报省级人大常委会批准后施行。地方性法规是我国地方经济立法的重要形式。

2. 民族自治经济条例和单行经济条例及其制定主体

我国宪法规定,各少数民族聚居的地方实行区域自治,设立自治机关,行使自治权。民族自治机关包括自治区、自治州和自治县。自治区、自治州和自治县的人民代表大会依照宪法和法律规定的权限,按照民主集中制的原则,根据当地的民族特点和地区特点行使自治立法权。制定自治条例和单行条例是自治机关行使自治立法权的重

要方式。自治条例是指民族自治地方的人民代表大会,依照当地民族的政治、经济和文化特点制定的全面调整本自治地方事务的综合性立法文件。前者集中体现了民族自治地方的自治权,是民族自治地方实施民族区域自治法,行使自治权的基本规范,具有民族自治地方总章程的性质。后者是民族自治地方行使某一方面自治权的具体规定,所以还应当遵循前者的规定。

自治条例和单行条例的制定主体与一般地方性法规的制定主体不同。前已述及,一般地方性法规的制定主体为省、自治区、直辖市、较大的市的人大及其常委会。而自治条例和单行条例的制定主体则为民族自治地方的三级人民代表大会,即自治区、自治州和自治县的人民代表大会,与其对应的三级常委会不能制定自治条例和单行条例。在自治区,自治区的人大常委会可以制定地方性法规,但不能制定自治条例和单行条例;在自治州和自治县,两级人大常委会既不能制定地方性法规,也不能制定自治条例和单行条例。自治条例和单行条例在我国的法律体系中都属于地方立法的组成部分,也是我国地方经济立法的表现形式。

3. 地方性经济规章及其制定主体

地方政府规章是指由省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府,根据和为保证法律、行政法规和本行政区的地方性法规的遵守和执行,并按照法定的程序所制定的普遍适用于本行政区域行政管理工作的规范性法文件的总称^[1]。根据《立法法》的规定,地方性规章的制定主体包括两个层次,一是省、自治区、直辖市的人民政府;二是较大的市的人民政府,即省会市的人民政府、经济特区所在地的市的人

[1] 在法学界,对于“地方性规章”的法律性质一直存有争议。一种意见认为,“规章”不属于法的范畴,不是法律规范的表现形式;另一种意见认为,在实践中,相当一部分管理事项是由“规章”来调整的。如果“规章”不是法,行政机关履行职权就于法无据。这一争论直到2000年《立法法》出台后才告一段落。我国立法法不仅将“规章”明确地纳入立法的范畴,同时也表明了“规章”的性质,即地方政府规章也是地方经济立法的一种表现形式,其法律地位和效力低于地方性法规。