

立法权限划分 —— 中德比较

VERTEILUNG DER RECHTSETZUNGSKOMPETENZEN
— EIN DEUTSCH-CHINESISCHER VERGLEICH

中国政法大学中德法学院◎主编



中国政法大学出版社

立法权限划分 ——中德比较

VERTEILUNG DER RECHTSSTÜTZUNGSKOMPETENZEN
— EIN DEUTSCH-CHINESISCHER VERGLEICH

中国政法大学中德法学院◎主编

CHN
GER



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目 (C I P) 数据

立法权限划分:中德比较/中国政法大学中德法学院主编. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 12

ISBN 978-7-5620-6559-3

I. ①立… II. ①中… III. ①立法—制度—对比研究—中国、德国 IV. ①D920.0②D951.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 315755 号

- | | |
|-------|---|
| 出 版 者 | 中国政法大学出版社 |
| 地 址 | 北京市海淀区西土城路 25 号 |
| 邮寄地址 | 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 |
| 网 址 | http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) |
| 电 话 | 010-58908285 (总编室) 58908433 (编辑部) 58908334 (邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印业有限公司 |
| 开 本 | 880mm × 1230mm 1/32 |
| 印 张 | 6.5 |
| 字 数 | 146 千字 |
| 版 次 | 2015 年 12 月第 1 版 |
| 印 次 | 2015 年 12 月第 1 次印刷 |
| 定 价 | 22.00 元 |

序

立法权限的分配是现代国家治理体制建构所要完成的最重要任务之一。与此同时，立法权限的分配，也对中央和地方之间的关系，立法权、行政权和司法权之间的关系产生影响。在这些层面之外，对区域特点、政治利益格局的考虑也对立法权的划分产生一定作用。

德国是一个联邦制国家，德国的宪法《基本法》对立法权作出了规范。《基本法》对立法权限的划分，是对德国历史的反映，尤其深受纳粹时期集权独裁体制之下民主原则的废除和权力失控的影响。基于对历史教训的总结，德国的立法权限由联邦、州和市镇共享。立法行为和行政部门所进行的执法行为都受到独立的、具有审查权的司法部门监督。除此以外，欧盟制定了大量在成员国直接实施的法令和需要成员国通过国内法予以实施的指令。就此而言，在德国存在复杂的、多层面的立法和治理体制。

尽管中国的政治制度和政治文化与德国存在重大不同，中国也需要合理分配立法权限，改革治理体制，从而能够更好地应对当前和未来的挑战。2014年的中德立法权限划分研讨会，

其目的是向中国介绍德国经验，在这个领域就各自面临的挑战进行交流。

我谨代表艾伯特基金会，向会议的参与者表示感谢，特别感谢中国政法大学的合作伙伴。

仁凯

弗里德里希·艾伯特基金会驻中国代表

2015年10月3日

序...1

■ 中央地方立法权限划分——以询问答复为中心的

考察 / 林 彦...1

一、问题的提出...1

二、规范功能超越保障功能——地方性法规承受的约束...3

三、保障功能胜过规范功能——行政法规得到的优待...11

四、差别待遇的原因探析...20

五、潜在的问题...27

六、结语...28

■ 德国联邦和州之间的立法权限划分 / 莫妮卡·博姆...30

一、引言...30

二、基本结构...30

三、沿革...31

四、权限的分配...32

五、结语...36

■ 我国立法解释体制变迁 / 田 芳...37

一、立法解释的概念辨析...37

二、立法解释体制变迁...44

三、立法解释体制发展...54

■ “一国”整全“两制”——以基本法解释制度构建为例看作为整全原则的“一国两制” / 郑 磊...56

引言：作为整全原则的“一国两制”原则...56

一、基本法解释所处的中国法律解释制度框架...59

二、所有条款：基本法解释权属于全国人大常委会...63

三、自治范围内的条款：香港特区法院经授权解释...70

四、自治范围外的条款：常委会与香港特区法院有条件地共享解释权...74

余论：“一国”整全“两制”的基本法解释制度...76

■ 论地方立法权 / 王 镨...80

一、地方立法权的来源...81

二、地方立法权的主体...84

三、地方立法权的内容...93

四、地方立法的效力位阶...112

五、地方立法权的监督...120

■ 地方立法与中央立法相抵触情形的认定 / 谢立斌...135

一、具体化地方立法...136

二、创设性地方立法...137

三、与中央立法存在明显矛盾的地方立法...142

四、结论...144

■ 宪法与地方自治——在连续“危机”中进行

考察 / 杉原泰雄 著 王 涛 译...145

一、于日本国宪法下政治中被持续轻视之两个宪法事项...145

二、轻视“地方自治”之理由...148

三、日本国宪法下宪法学中“地方自治之轻视”、“中央集权体制”之正当化论...150

四、如何对应——日本国宪法地方自治再考...154

五、此种破裂状况中——国家财政与地域生活、产业、文化之破裂中...165

■ 德国的行政立法 / 米夏埃尔·博伊尔勒...168

一、导论...168

二、行政立法的条件和界限...169

三、结论...174

■ 论中国立法机关与行政机关对于不动产统一登记制度的

立法权限划分 / 程雪阳...176

一、不动产统一登记条例与物权法定原则的冲突...178

二、如何合宪合法地建立不动产统一登记制度...179

三、余论...183

■ 司法机关对法律的创造性具体化——及其与立法的

关系 / 赖因哈德·盖尔...184

一、引言...184

二、权力分立国家中司法的权限...185

三、造法的权限...185

四、结语...189

■ 论立法权与司法解释权的区分 / 上官丕亮...190

一、中德两国不同的立法权和司法解释权...190

二、司法解释权“立法权化”的中国问题...191

三、中国司法解释权“立法权化”的原因...193

四、区分立法权与司法解释权的可行之路...194

中央地方立法权限划分

——以询问答复为中心的考察

林 彦*

一、问题的提出

2000年颁布实施的《立法法》在我国建立了相对成熟、稳定的立法制度，成为我国法制建设史上的一个里程碑。^{〔1〕}该法的一个重大的突破和进步就是进一步廓清了我国的立法权限体制。^{〔2〕}其中，该法第8条、第9条确立的法律保留制度^{〔3〕}可

* 林彦，上海交通大学凯原法学院副教授。

〔1〕“代表们认为，制定立法法，对于规范立法活动，健全国家立法制度，加强立法工作，提高立法质量，保障和发展社会主义民主，推进依法治国，建设社会主义法治国家，具有重要意义。”全国人大法律委员会主任委员王维澄：《第九届全国人民代表大会法律委员会关于〈中华人民共和国立法法（草案）〉审议结果的报告》（2000年3月14日第九届全国人民代表大会第三次会议主席团第三次会议上）。

〔2〕关于这一点，详见徐向华、林彦：“我国《立法法》的成功与不足”，载《法学》2000年第6期。

〔3〕其中，第8条规定了一般意义上的法律保留制度，即“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）税种的设立、税率的确定和税收的征收管理等税收基本制度；（七）对非国有财产的征收、征用；（八）民事基本制度；（九）基本经济制

以看作是这一努力的最主要体现。

根据权威的学理解释,法律保留制度的确立基于以下三个“必要性”:其一,有利于保证立法民主、“维护国家的统一和国内市场的统一”;其二,对全国人大及其常委会与国务院的立法权限进行划分,有利于“国务院更好地通过制定行政法规行使行政管理职权”;其三,对全国人大及其常委会与地方立法机关的立法权限进行划分,有利于“调动(地方)立法的主动性和积极性,加快地方法制建设的步伐,从而更好地依法管理好地方事务”。^{〔1〕}由此可见,法律保留制度在我国具有双重功能——既规范国务院和地方立法机关的立法行为、维护全国人大及其常委会的立法权威,又保障国务院和地方立法机关适度的制度创设空间。^{〔2〕}

(接上页)度以及财政、海关、金融和外贸的基本制度;(十)诉讼和仲裁制度;(十一)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。”而第9条则用排除的方式明确了不能进行授权立法的绝对法律保留事项,即“有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项”。需要指出的是,法律保留制度并不是一个法定的术语,而是学者们通过与西方国家类似制度比较后提炼的概念。(参见应松年:“《立法法》关于法律保留原则的规定”,载《行政法学研究》2000年第3期。)这一提法在学界也并不具有绝对权威的统摄力。有些学者则将上述制度称为全国人大及其常委会专属立法权制度。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28页。本文讨论的法律保留原则(制度)是立法意义上的法律保留,亦即“国会保留”,即“要求立法者就特定事物无论如何必须‘亲自’以法律决定,不得委由他人代劳”。该原则有别于行政法上要求行政活动积极寻求法律依据的法律保留原则。有关这两大原则关系的讨论,参见翁岳生编:《行政法》(上册),中国法制出版社2002年版,第183~185页。(该部分著者为陈清秀)

〔1〕 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29~30页。

〔2〕 根据上述解释,我国法律保留制度的功能主要体现在不同立法主体之间的关系上,旨在较为清晰地划分不同主体之间的立法权限。而传统大陆法系中宪法法律保留原则所具有的保障人民基本权利的功能和价值取向并未在我国得到应有的

《立法法》实施至今,上述两大功能是否得到有效发挥、是否一视同仁地作用于不同的主体呢?本文将围绕《立法法》第8条明确保留事项^[1]为中心,结合近年来地方性法规和行政法规的立法实践,并着重考察全国人大系统^[2]对这些实践的态度,力图为学界同仁提供一个相对清晰、客观的答案。

二、规范功能超越保障功能——地方性法规承受的约束^[3]

(一) 前提性问题——地方性法规立法权限不明

《立法法》第73条划定了省级以及较大的市的人大及其常委会(为便于叙述,以下简称“地方立法机关”)制定地方性法规的权限。根据该条规定,地方性法规可以就3种事项进行立法,即执行法律、行政法规事项,^[4]地方性事务事项,^[5]以及

(接上页)强调和保障,尽管《立法法》第9条的绝对保留事项间接地具有保障人权的功能。有关宪法法律保留原则的讨论,参见陈新民:《德国公法学基础理论》(下册),山东人民出版社2001年版,第347~404页。

[1] 事实上,在实践中,法律保留制度发生了不少超越立法者设想的变化。由于篇幅关系,本文仅从明确保留事项的角度通过比较地方性法规和行政法规的立法实践来呈现一个方面的变化。笔者将择另文从更为宏观的角度向同仁介绍这些变化。

[2] 为方便叙述,在本文中,全国人大系统包括全国人大、全国人大常委会、各专门委员会和全国人大法工委。

[3] 需要说明的是,这仅仅是根据笔者所搜集的素材得出的初步结论。由于样本数量有限,该结论是否具有普遍意义尚需要时间和实践的检验。同时,该结论主要反映了法工委对某些地方立法意愿的一种主观回应,这种回应也仅仅表明寻求询问的几个地方立法机关遭遇到了挫折,并不表明最高立法机关对地方立法意愿的普遍抑制,更不能就此判断地方立法机关不仅是循规蹈矩的、而且是普遍受压制的。所有这些可能产生的误解和错觉都不是笔者希望看到的。

[4] 第73条第1款第(一)项。

[5] 第64条第1款第(二)项。

补充中央立法事项（亦可称为“地方创新立法事项”）^{〔1〕}。尽管立法者进行了上述分类，地方性法规的立法权限依然不甚清晰。

对于地方立法机关来说，何谓地方性事务？何谓“除本法第8条规定的事项外”？这是与其立法权息息相关的根本问题。然而，到目前为止，对上述两个关键的立法表述似乎还不存在足以消除疑惑和歧见的准确解释。

对于地方性事务，全国人大法工委工作人员的理解是：

“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的事务，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，一般来说不需要国家作出规定。又如，禁放烟花爆竹，在某些城市中被认为是必要的，因此他们制定了禁放烟花爆竹的地方性法规，而在其他城市则认为燃放烟花爆竹不应当受到限制，因此，这类事项显然不必要由国家统一立法。”^{〔2〕}

根据上述解释，判断某一事项是否地方性事务的主要标准在于其是否具有“地方特色”。从其中的例证中可以推断，具有地方特色的事务至少包括两类事务。其一为某地方独有的事务，如本行政区域内的某一风景名胜等。^{〔3〕}这种事项的“地

〔1〕 第73条第2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。”

〔2〕 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。

〔3〕 如《延安革命遗址保护条例》、《浙江省乌溪江环境保护若干规定》等。

方性”应不存争议。其二为某地方认为根据当地的具体情况很有必要进行规范的事项。这却是个仁者见仁、难求共识的领域。禁放烟花爆竹〔1〕、限制养犬〔2〕、志愿者服务〔3〕、专业技术人员教育〔4〕、中小学生伤害事故的处理〔5〕、见义勇为人员的保护〔6〕，或者某地支柱产业的管理〔7〕，哪些应当是地方性事务，目前还没有一个普遍适用、为多数人接受的、相对客观的衡量标准。

此外，对于试图补充中央立法空白的地方来说，首先必须确保其立法事项在《立法法》第8条规范的事项以外。但是，撇开该条第（十一）项由于使用“其他”而带来的无尽困扰，其他10项明确法律保留事项也不尽是清晰可见、泾渭分明的。何处是“空白”常常成为一个无解的追问。

（二）地方立法机关的自我约束与法工委的扩张解释

对于地方立法机关来说，上述两个领域广泛存在的不确定性既能充当主动开拓立法空间的护身符，又有可能成为约束立法冲动的紧箍咒。地方立法机关和全国人大系统的态度将共同决定其最终的用途。

从笔者目前搜集的较为有限的样本来看，地方立法机关较为自觉地意识到法律保留制度的规范功能，力图避免触及明确的法律保留事项，确保“立法合法”。

首先，当确信相关立法违背法律保留原则时，地方立法机

〔1〕 如《北京市烟花爆竹安全管理规定》。

〔2〕 如《杭州市限制养犬规定》。

〔3〕 如《山东省志愿者服务规定》。

〔4〕 如《天津市专业技术人员和管理人员继续教育条例》。

〔5〕 如《上海市中小学生伤害事故处理条例》。

〔6〕 如《天津市见义勇为人员奖励和保护条例》。

〔7〕 如《山西省煤炭管理条例》。

关通过废止该立法避免法制的的不统一。2005年6月23日,太原市第十一届人民代表大会常务委员会第二十七次会议审议通过了该市人大法制委员会《关于提请废止〈太原市受理公民权益纠纷投诉分工的若干规定〉的议案》。废止的主要理由如下:

“鉴于2000年3月全国人大通过的《中华人民共和国立法法》对国家立法权和地方立法权进行了划分,规定国家专属立法权地方性法规不能涉及。该法规有的条款涉及国家民事基本制度、诉讼和仲裁制度等国家专属立法权,其内容已超出地方立法的权限……”〔1〕

在太原市人大常委会看来,该地方性法规涉及“民事基本制度”、“诉讼和仲裁”两项明确保留事项,因此,其已失去合法存续的基础,必须予以废止。

其次,当不能确定相关立法事项是否侵越明确保留事项时,部分地方立法机关选择在启动立法程序前询问法工委对该立法事项的态度。而法工委也常常利用相关答复强化法律保留制度的规范功能。

1. 假释保证金、保外就医保证金制度

2000年6月,在《立法法》尚未实施时,某省人大法制委就部分代表提出的设立假释保证金、保外就医保证金制度的议案是否侵越中央立法权询问法工委。对此,法工委作出了如下回复:

“《中华人民共和国立法法》第8条规定:‘犯罪和刑罚、诉讼制度只能制定法律。’《中华人民共和国刑事诉讼

〔1〕《太原市人民代表大会常务委员会关于废止〈太原市受理公民权益纠纷投诉分工的若干规定〉的决定》(2005年6月23日太原市第十一届人民代表大会常务委员会第二十七次会议通过,2005年7月29日山西省第十届人民代表大会常务委员会第十九次会议批准。)

法》对假释和保外就医的条件和执行作了明确规定，其中未规定被假释或者保外就医的人要缴纳保证金。对于是否需要规定假释保证金和保外就医保证金，情况比较复杂，需要进一步研究，地方性法规不得对此作出规定。”〔1〕

在法工委看来，两种保证金既属于犯罪和刑罚事项，又是诉讼制度的一部分，因此应当由中央立法。

2. 地方性法规提案权

2000年10月，上海市人大常委会在起草《上海市制定地方性法规条例（草案）》时，不能确定该市高级人民法院和市人民检察院（以下简称“两院”）能否作为地方性法规草案的提案主体，〔2〕因此请求法工委作出答复。后者回复：

“地方组织法关于提案主体的规定中没有人民法院、人民检察院，因为诉讼制度属于全国人大及其常委会的专属立法权，这方面的事项地方人民法院、人民检察院不需要提出地方性法规案。因此，它们不要作为提案主体。”〔3〕

与上海市人大常委会的理解相反，法工委认为，地方组织

〔1〕全国人大常委会法制工作委员会编：《法律询问答复》，中国民主法制出版社2006年版，第1页。

〔2〕上海市人大常委会主任会议倾向于赋予“两院”提案权，主要基于三个方面的理由：（一）地方组织法对该事项不置可否说明该法并不反对赋予“两院”提案权；（二）“两院”“可能就如何贯彻国家司法法律制度中某些具体问题”进行提案；（三）上海过去曾赋予“两院”提案权。全国人大常委会法制工作委员会编：《法律询问答复》，中国民主法制出版社2006年版，第12页。

〔3〕全国人大常委会法制工作委员会编：《法律询问答复》，中国民主法制出版社2006年版，第13页。

法没有明确规定“两院”可以提案就意味着这两个主体不具有提案权。同时，“两院”提案的内容必将涉及法律保留事项之一的诉讼制度。即便这些提案仅仅是为了贯彻国家司法制度的某些具体内容，也不容许“两院”行使该提案权。^{〔1〕}尽管反对理由很牵强，上海市人大常委会还是尊重法工委的意见并最终取消了“两院”的提案权。^{〔2〕}

3. 人大代表人身保护条例

2004年3月，针对自治区人大代表提出的“关于自治区各级人民代表人身保护条例的立法案”的议案，某自治区人大常委会感到左右为难，无法定夺。其一方面认为尽管上位法在该领域已有相关规定，但由于过于原则“不利于各级人民代表的人身保护”。^{〔3〕}另一方面，由于“凡涉及公民、代表人身保护方面的内容都属于国家基本法规定的范围”，似乎不应由地方性法规进行规定。^{〔4〕}因此，该区询问法工委其能否仅就这一事项的一些程序进行规定。法工委答复如下：

“《中华人民共和国宪法》第74条和《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法》第30条、《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》第35条对人大代表人身保护作出了

〔1〕 法工委的逻辑比较牵强，因为其第一个反对理由是以第二个反对理由成立为前提（“因为”）的。但是，诉讼制度成为全国人大及其常委会的专有立法事项是在2000年《立法法》生效之后，而1982年颁布实施至2000年仍然有效的《地方组织法》始终没有对“两院”的立法提案权表明态度。

〔2〕 参见《上海市制定地方性法规条例》第5~7、17~18条。

〔3〕 全国人大常委会法制工作委员会编：《法律询问答复》，中国民主法制出版社2006年版，第101页。

〔4〕 全国人大常委会法制工作委员会编：《法律询问答复》，中国民主法制出版社2006年版，第101~102页。