

LAW LAW LAW 法学论丛



法 理 学 系 刊

山东省社会科学基金项目
山东省人大常委会经费资助

地方立法的民主化 与科学化构想

◆ 汤唯毕可志等著

北京大学出版社

法学论丛



法 理 学 系 列

山东省社会科学研究项目

山东省人大常委会经费资助

地方立法的民主化 与科学化构想

汤 唯 毕可志 等著

北京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

地方立法的民主化与科学化构想/汤唯著. —北京:北京大学出版社,2002.10

ISBN 7-301-05864-0

I. 地… II. 汤… III. 地方-立法-研究-中国 IV. D927.04

书 名: 地方立法的民主化与科学化构想

著作责任者: 汤 唯 毕可志 等著

责任编辑: 李 霞

标准书号: ISBN 7-301-05864-0/D·0648

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

电 话: 出版部 62754962 发行部 62754140 编辑部 62752027

排 版 者: 高新特激光照排中心 62637627

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

890毫米×1240毫米 A5开本 17.25印张 500千字

2002年10月第1版 2002年10月第1次印刷

定 价: 30.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

内 容 简 介

本书是一部以地方立法的民主化、科学化研究为主题的学术专著。其以《宪法》、《立法法》所体现的原则为宗旨,综合地、系统地、科学地探讨了地方立法的基本范畴,层层深入地分析了地方立法体系、立法权限、立法程序、立法技术、立法监督等论题。通过历史分析法、价值确证法、比较研究法、学术争鸣法、图表列示法的运用,形成了体系宏大、内涵丰富、结构严谨的地方立法理论体系,并使该领域的专项研究达到了学理论证与实践运作的统一,价值选择与规则创制的一致,方略演进与制度建设的协调,外国模式与中国特色的融合,现状分析与未来预测的衔接。作者试图在著作中表明:地方立法的民主化、科学化既是一种理想,也是一种实证;既是一种理性,也是一种经验。前者需要法学家去思考、去透视、去洞察、去前瞻;而后者则需要立法者去体验、去创造、去运作、去校正。而两者之完美的统一和结合,正是中国地方立法发展进步的动力和源泉。

HAB46 / 03

作者简介

汤唯 女,1958年生,1982年毕业于北京大学法律系,分配至新疆大学法律系任教17年,曾任新疆大学法律系代主任,现为山东省烟台大学法学院教授、在读华东政法学院法律史博士。二十年来一直从事法理学、法史学教学科研工作,主持国家社会科学基金课题一项,出版专著两部,在国内二级以上刊物发表论文20余篇,并获两项省级人民政府优秀科研成果奖。

毕可志 男,1966年生于山东文登。1990年毕业于吉林大学法学院,获法学学士学位。1996年毕业于吉林大学研究生院,获法学硕士学位。曾在行政机关工作多年,现为烟台大学法学院讲师、吉林大学在职博士研究生。自2000年以来,先后在《法制与社会发展》等专业刊物上发表论文十余篇。

致 谢

本专著是由山东省人大选题、并列入山东省社会科学规划项目的研究成果。在课题研究过程中,得到了山东省人民代表大会常务委员会的经费资助。山东省人民代表大会常务委员会王渭田主任,山东省人民代表大会常务委员会委员、法制委员会副主任委员林保义,山东省人民代表大会法制工作室于仁伯主任,山东省人民代表大会法制工作室梁永强、姚潜迅等领导同志对此给予了大力支持和悉心指导,这些同志还在百忙之中承担了本书的审阅和编辑工作。在立法调研之中,我们也得到了上海市人大、甘肃省人大、济南市人大、青岛市人大、淄博市人大的全力帮助,在此特表示最为真挚的谢意!

本专著由烟台大学法学院汤唯教授、毕可志老师负责总体设计、规划、调研,并由汤唯教授统一修改和定稿。参加撰稿的人员,按承担各章研究和写作的顺序,排列如下:

汤 唯:第一章、第二章、第三章、第八章、第十章;

毕可志:第四章、第五章、第六章;

于仁伯:第七章;

仲 相:第九章。

由于我们对地方立法的研究尚处于起步阶段,有许多学术的争议也尚待时间发展的检验,加之调研的省区还没有覆盖各个层面,使著作中难免有偏颇之见,敬请立法者、法学家、法律工作者以及众多的同仁们批评指正。我们谨希望将此书作为一个学术跋涉的起点,引起深邃的思考,引起创建的冲动,引起国家和社会对于地方立法的关注。

导 言

地方立法,相形于国家立法而言,泛指有权限的地方立法机关,在本地区的时空范围内,就执行中央立法和规范地方性特殊事务所颁布实施的立法。中国之领域的广袤,中国之人口的众多,中国之关系的庞杂,使地方立法在国家立法体系中地位重要,功能全面,形象具体,前景可观。因之,对地方立法的专门研究也应当列入政治家和法学家的视域。

在国家法律的发展中,随着立法行为在社会需求中的增大,地方立法也在发生着不可逆转的变化,有人称这种变化是一种“裂变”。首先,地方立法权的裂变产生于地方立法权与行政权、司法权的分离之中,它使地方立法权从浑然一体的各种国家权力中分离出来,变成了一种与行政权、司法权并驾齐驱的自我存在的权能。这是一种国家权力的外在变化,从技术上讲是一种社会分工的结果,从本质上讲则是法治发达的必然要求。其次,地方立法权是中央立法权与地方立法权裂变的直接结果,人们已经从传统上害怕中央立法权被地方立法权“瓜分”,而转变为合法地、有条件地“让渡”部分立法权给地方,地方立法权不仅无害、反而有益于国家民主法制建设的观念业已基本形成,这是地方立法得以存在和发展的理论基础。在这个基础上,中国整体的立法体制已经出现了一个新格局——立法权的分层分享特点,它使自古以来形成的传统立法体制已为裂变后的新型体制所取代。这种变化可以被称为立法权的内在变更。

但在历史的车辙中,地方立法所应受到的尊重,甚至没有与道德伦理、社会自治、风俗习惯、宗教教义、家族权威同日而语。相形于其他领域的研究,地方立法的专门研究也不受重视。从“理由”而论,学者们往往认为中央一级的立法才是“法”,而无须对省级以下的地方立法作出规范,并且地方立法具有杂乱性、分散性、具象性等固有的

弊端,这使该领域的独特研究成为空白。但也正因为如此,我们才为地方立法的地位“打抱不平”,才必须对它进行科学化、民主化、合理化、规范化的探求。在调动“中央与地方两个积极性”的背景下,使空白的领域不再空白,是法学工作者的神圣使命和职业责任。

无论从理论上寻觅,抑或在实践中探索,我们都深感地方立法研究的博大精深,宽泛浩淼。它给人们展示的是一个几乎未知的、亟待规范的、难以预见的空间。在这个空间里,笔者感到我们自身的力量如此的渺小,需要联合全国各地的法律精英们为地方法制的规范化发展、科学化发展、开拓性发展出力献策,使我们祖国的这一块举足轻重的“处女地”得以开发,并为国家整体法制建设的配套运行添砖加瓦。

地方立法的民主化、科学化专题研究,应当具有原则、体系的意义,它要从众多的法律规则、纷杂的立法活动、具体的条文制度中,抽象出一般性的地方立法原理,设计出合理的地方立法构架,从而指导似乎没有规律可循的地方立法实践。否则,地方立法的民主化、科学化研究就失却了必要性。而要达到这样的目的,绝非一日之功、一蹴而就,也绝非关在书房的奇想所能解决。我们渴望一种基于实践性调研而对地方立法获得的理性认识和思考,我们更希望此书作为一块“引玉之砖”,唤起国家和社会对于地方立法更为全面和深刻的关注。当国家立法和地方立法都能日益成熟完善之时,我国的社会主义法治大厦才能无与伦比的坚固,我国的社会主义法律理念也才会如此完美地拥有价值。

山东烟台大学法学院 汤唯

目 录

第一章 地方立法的基本原理	(1)
第一节 地方立法范畴的科学定位	(1)
一、地方立法的概念诠释	(1)
二、地方立法的法律地位	(3)
三、地方立法的历史发展	(10)
四、地方立法的现实作用	(19)
五、地方立法研究的方法论	(26)
第二节 地方立法意义的理性思考	(33)
一、地方立法的民主化、科学化是市场经济 发展的客观要求	(34)
二、地方立法的民主化、科学化是政治体制 改革的时代必然趋势	(41)
三、地方立法的民主化、科学化是民主制度 完善的有效途径	(48)
四、地方立法的民主化、科学化是构建 法治大厦的基础工程	(54)
第二章 地方立法原则的科学论证	(61)
第一节 地方立法的一般性原则	(61)
一、地方立法的合宪性原则	(61)
二、地方立法的统一性原则	(67)
三、地方立法的民主性原则	(73)
四、地方立法的科学性原则	(83)
第二节 地方立法的特有原则	(90)
一、立足地方实际原则	(90)
二、突出地方特色原则	(97)

三、发挥地方自主权原则	(102)
四、地方立法的适度原则	(109)
第三章 地方立法权限的合理划分	(120)
第一节 国家立法体制的法律立论	(120)
一、不同立法体制下的立法权力模式	(120)
二、中国立法体制下的立法权界范围	(129)
第二节 地方立法权能的属性分析	(137)
一、地方立法的权力特征	(137)
二、地方立法的权力效力	(142)
三、地方立法的权力范围	(146)
第三节 地方政府规章的特殊机理	(150)
一、地方政府规章的法理意义	(150)
二、地方政府规章的主要类别	(154)
三、地方政府规章的基本特征	(157)
第四节 地方立法权能的科学设置	(161)
一、地方立法与中央立法关系的合理调节	(162)
二、地方立法之间关系的合理调配	(167)
第四章 地方立法程序的民主设计	(177)
第一节 地方立法程序的正当性价值及其功能	(177)
一、地方立法程序建设的价值取向	(177)
二、地方立法程序的法律功能	(183)
第二节 地方立法程序的构成	(187)
一、地方性法规的制定程序	(187)
二、地方政府规章的制定程序	(198)
第三节 完善现行地方立法程序的思考	(201)
一、地方立法编制规划过程中存在的问题及其改进	(201)
二、地方立法起草提出过程中存在的问题及其改进	(204)
三、地方立法审议修正过程中存在的问题及其改进	(210)
四、地方立法表决公布过程中存在的问题及其改进	(215)
第四节 地方立法程序改革中的民主趋向	(217)
一、建立和完善地方立法听证制度	(217)

二、建立和完善地方立法助理制度	(225)
三、建立和完善地方立法公开公告制度	(229)
第五章 地方立法技术的改革创新	(238)
第一节 地方立法技术的基本内涵和发展趋势	(238)
一、地方立法技术的基本内涵和发展现状	(238)
二、传统立法技术的纵横对比与客观分析	(245)
三、地方立法技术的发展趋势和基本准则	(250)
第二节 地方立法技术的运用和实践	(255)
一、地方立法的技术手段之一:科学预测	(256)
二、地方立法技术手段之二:合理论证	(261)
三、地方立法技术手段之三:结构缔造	(267)
四、地方立法技术手段之四:语言表述	(283)
第六章 地方立法完善的科学思考	(289)
第一节 完善地方立法的必要性	(289)
一、地方立法完善的概念和特征	(289)
二、地方立法完善的必要性与可行性	(293)
三、地方立法完善的法律途径和主要方式	(296)
第二节 地方立法完善的具体方法	(301)
一、地方立法的解释	(302)
二、地方立法的修改和补充	(313)
三、地方立法的废止	(318)
四、地方立法的清理和汇编	(321)
第七章 地方立法中法律责任的制度构建	(329)
第一节 地方立法法律责任制度的基本原理	(329)
一、地方立法中法律责任制度的内容	(329)
二、地方立法中法律责任制度的功能	(334)
三、地方立法中法律责任制度的设定种类	(336)
四、地方立法中法律责任制度的设定原则	(339)
第二节 地方立法中法律责任制度的实现途径	(349)
一、地方立法中法律责任设定的基本要求	(350)
二、地方立法法律责任设定的主要方法	(354)

三、地方立法法律责任设定的完善措施	(361)
第八章 地方立法监督的民主进程	(366)
第一节 对地方立法进行民主监督的目标任务	(366)
一、立法监督的特定范畴	(366)
二、立法监督的主要内容	(370)
三、立法监督的基本准则	(374)
四、立法监督的价值功能	(377)
第二节 对地方立法进行民主监督的有效制度	(383)
一、批准制度和备案制度	(383)
二、改变与撤销制度	(389)
三、违宪、违法的专门审查制度	(391)
第三节 对地方立法进行民主监督的方法模式	(397)
一、以人大为主体的立法监督模式	(397)
二、政府内部的立法监督模式	(400)
三、普通法院外部监督立法的模式	(405)
四、专门监督机关对立法的监督模式	(410)
五、社会公众对立法的民主监督模式	(415)
第九章 地方立法重点的客观选择	(420)
第一节 发展市场经济的地方立法	(420)
一、市场经济主体的地方立法	(420)
二、市场规制的地方立法	(424)
三、宏观调控的地方立法	(429)
第二节 行政管理的地方立法	(433)
一、社会治安的地方立法	(433)
二、科学、教育、文化方面的地方立法	(437)
三、环境保护的地方立法	(440)
四、民族宗教事务的地方立法	(442)
五、社会保障的地方立法	(444)
第三节 地方立法重点的合理确定	(451)
一、东部地区的立法重点和特色	(452)
二、中西部地区的立法重点和特色	(456)

三、民族自治地方的立法重点和特色	(460)
四、经济特区的立法重点和特色	(463)
第十章 地方立法趋势的预测前瞻	(468)
第一节 体制创新——地方立法改革所面临的挑战	(468)
一、问题：地方立法发展道路的争议	(468)
二、方案：地方立法纵横对比的启示	(476)
三、对策：地方立法宏观体制的确立	(481)
第二节 内容创新——地方立法中权力与权利的 制度思辨	(489)
一、行政性地方立法的权力控制	(489)
二、经济性地方立法的发展前景	(494)
三、授权性地方立法的制度设计	(503)
四、平权性地方立法的相互协调	(508)
第三节 质量创新——地方立法发展中数与量的 辩证关系	(513)
一、效率和成本：地方立法的科学基础	(513)
二、决策和信息：地方立法者的主观导向	(522)
三、社会和文化：地方立法的内在动力	(527)
参考书目	(536)

第一章 地方立法的基本原理

事物的基本概念和基本原理是对事物本质进行抽象概括而成的权威性范畴,也是把握事物内在特征与发展规律的出发点。关于地方立法的研究,正引起人们的密切关注,但对它的理解和表述却仁者见仁,智者见智。为此,首先必须对地方立法的立法主体、法律依据、基本内容、调整对象、适用范围、功能目的、表现形式等进行宏观的分析,才能藉以探究更深层次的学理与实践问题。

第一节 地方立法范畴的科学定位

立法是一项重要的国家活动,即指有权的国家机关,依据法定的权限、通过法定的程序,制定、认可、修改和废止法律规范的活动。在我国,广义的立法包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例、经济特区法规以及地方性行政规章等各种规范性法律文件。其中,地方立法是中国法律大家族体系中的重要元素。

一、地方立法的概念诠释

地方立法,是指有立法权的地方国家机关,按照宪法和法律的规定或者授权,根据本地区的政治、经济、文化生活的特点,制定、修改、废止地方性法规和地方规章的活动。这一活动,使地方立法主体在本区域的管辖范围内能够创制出规范性的法律文本。但构成地方立法的各种要素,并非上述简单的几个词汇就能概括,它需要我们进入下列领域:

1. 地方立法的立法主体。地方立法主体是有立法权的地方国家机关,包括地方国家权力机关和地方国家行政机关。在我国,狭义立法的概念和范畴,仅指我国最高国家权力机关,即全国人民代表大会

和它的常委会制定的宪法和法律,而在广义的立法权概念和范畴里,立法是指有立法权的国家机关创制宪法、法律、行政法规、地方法规、地方规章、自治立法、授权立法的活动。本专著持广义立法的概念,即把立法作为一项综合性或者复合性的工作,由“有立法权”的“国家机关体系”共同完成。这就必然引申出地方立法的概念和地方行政机关也是立法主体的推论,并要求从法律上对其地位进行探索分析。

2. 地方立法的基本权力。立法权是一项重要的国家权力,属于国家主权行为。因此,各国都要通过宪法和法律对立法权作出规定或者认定,而且立法权包括非常广阔而又确定的领域,是立法过程和结果的统一。从创制说,制定、修改、废止三大权力是立法的主要权力,但还可以细分,因而涉及一些与制定法律文本相关的权力。综合中外法律规定,主要由立法提案权、立法讨论权、立法调查权、立法知情权、立法审议权、立法通过权、立法公布权、立法否决权、立法批准权、立法备案权、立法认可权、立法补充权、立法修正权、立法撤销权、立法编纂权、立法清理权、立法解释权、立法审查权、立法复决权等具体构成。上述权力在各国大同小异,但差别也是需要注意的。如公民直接对立法的复决权、司法机关对立法的审查权,我国的宪法和法律均未作规定。

3. 地方立法的法律依据。地方立法是国家立法的重要组成部分,主体必须根据宪法和法律的规定才能够享有立法的权力。按照现行法律,地方立法的法律依据目前可分为四种:其一,宪法之依据。宪法是万法之源,宪法是万法之母。地方立法的权力首先根据宪法获得,地方立法的内容也不得与宪法相抵触。其二,法律之依据。《中华人民共和国地方各级人民代表大会组织法和地方各级人民政府组织法》^①、《中华人民共和国立法法》^②、《民族区域自治法》是地方立法机关获得立法权力的主要依据,同时地方立法还不得与一切法律相抵触。其三,行政法规之依据。最高国家行政机关国务院发布的行政法规,是统帅地方各级行政机关工作的法律表现形式,地方立法也不得

① 以下简称为《组织法》。

② 以下简称为《立法法》。

与行政法规相抵触。其四,特别授权之依据。在我国,由于社会情势变化多端,地方事务庞杂繁复,中央有时通过特别授权的法定形式,赋予一定的地方国家机关特殊立法权,这种权力不能与授权目的、权限、内容、程序相违背。

4. 地方立法的适用范围。地方立法仅适用于本行政区域所辖的空间范围,包括领地、领水、领空。其中,省、自治区、直辖市立法适用于本省、自治区、直辖市的范围;省和自治区人民政府所在地的市、经国务院批准的较大市的立法适用于本市的范围;自治区、自治州、自治县立法适用于本自治地区的范围;经济特区立法适用于经济特区的范围。此外,地方特定产业或行业立法,适用于特定产业行业领域;地方特定时期立法,适用于特定时期范围。

5. 地方立法的调整对象。根据我国 2000 年新颁布的《立法法》第 64 条规定,地方立法的调整对象主要包括三大领域:第一,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,这是地方立法细化中央立法的立法空间。第二,属于地方性事务需要制定地方性法规的事项,这是地方立法自主调整发展的立法空间。第三,除国家专属立法权之外(国家专属立法权已由《立法法》第 8 条明确授予全国人大及其常委会),其他事项国家尚未制定法律或行政法规的,地方可以先制定地方性法规,这是地方立法先行调整的立法空间。

6. 地方立法的表现形式。地方立法的表现形式根据立法主体的不同可以作出如下划分:第一,地方性法规,指有立法权的地方人民代表大会和它的常务委员会所制定的规范性法律文件。第二,地方规章,指有立法权的地方人民政府所制定的规范性法律文件。第三,自治条例和单行条例,指有立法权的自治区、自治州、自治县人民代表大会所制定的规范性法律文件。第四,经济特区立法,指被特别授权的经济特区的人大及其常委会和人民政府所制定的规范性法律文件。

二、地方立法的法律地位

在当代,中国地方立法在国家立法体制中的地位,取决于地方立

法的历史地位、实践地位和法律地位三个要素。用民主的科学的态度和方法,综合分析、充分认识地方立法的基本范畴、地位、作用,是研究地方立法的出发点。

立法是立法主体的特定权力,这种权力代表国家行使,而“立法主体”既不能宽泛地被定义为“一切国家机关”,又不能被狭义地定义为“只有最高国家权力机关有立法权”。由于各个国家机关的法律地位和管辖区域不同,各地方国家机关以法律规定的层级关系构成了一个统一而又分工的立法体系。对此可以进行下列分类。

(一) 有立法权的地方各级人大及其常委会

地方人民代表大会及其常委会行使国家立法权,不是指每一级人民代表大会和它的常委会都代表国家行使立法权,而是指人民代表大会作为一个整体代表人民行使国家立法权能,即我国并不主张在“国家权力”方面像西方国家一样“三权分立”,而是指在不同级别的人民代表大会和它的常委会之间进行适当的立法权力划分。根据宪法和法律,我国有立法权的人大及其常委会包括:

省、自治区、直辖市的人民代表大会和它的常委会;

省、自治区人民政府所在地的市的人民代表大会和它的常委会;

经国务院批准的较大的市的人民代表大会和它的常委会;

民族自治地方(自治区、自治州、自治县)的人民代表大会;

广东省、福建省、海南省、深圳市、厦门市、汕头市、珠海市等三个省、四个市的人民代表大会和它的常委会。

上述立法主体的立法权力是有差别的。其中:(1)省、自治区、直辖市的人民代表大会和它的常委会的立法权,是一般性地方性法规的制定权,也被认为是一种“完整的”制定地方性法规的权力,这种权力由国家宪法直接规定。(2)省会市和较大市的人大及其常委会的立法,也是一般性的地方性立法权,立法依据为《组织法》和《立法法》,宪法并没有对市级人民代表大会和它的常委会直接规定立法权。由于省会市和较大市的人大及其常委会的立法要报省级人大常委会批准后生效,被称为“不完整的立法权”,或“半个立法权”。(3)自治地方的人民代表大会的立法权,是制定自治条例和单行条例的特殊立法权,立法依据为宪法和民族区域自治法。也就是说,无论