

设区的市地方立法

理论探讨与实证研究

LOCAL LEGISLATION OF A DISTRICTED CITY:
Theoretical and Empirical Research

李克杰◎著



中国政法大学出版社

设区的市地方立法

理论探讨与实证研究

LOCAL LEGISLATION OF A DISTRICTED CITY:
Theoretical and Empirical Research

李克杰◎著



中国政法大学出版社

2018·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（CIP）数据

设区的市地方立法：理论探讨与实证研究/李克杰著. —北京：中国政法大学出版社，2018. 8
ISBN 978-7-5620-8530-0

I. ①设… II. ①李… III. ①地方法规—立法—研究—中国 IV. ①D927

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第205468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	010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm×960mm 1/16
印 张	20
字 数	320 千字
版 次	2018 年 8 月第 1 版
印 次	2018 年 8 月第 1 次印刷
定 价	62.00 元

前言 ► PREFACE

2015年3月15日,十二届全国人大三次会议通过的《关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》,依法赋予所有设区的市地方立法权。到2018年3月,修改后的《立法法》实施已满3周年。现在,享有设区的市地方立法权的主体在原有49个较大的市的基础上,又增加274个,包括240个设区的市、30个自治州和4个未设区的地级市。无论是地方立法主体的增幅还是增速,都是新中国立法史上所没有的。

大规模扩围我国地方立法权,大力度推进地方立法体制改革,无疑有助于依法治国宏伟目标的早日实现,受到了社会各界特别是赋权地方的热烈欢迎。但公众也担心立法层级过低,立法者能力和水平不足且容易受到当权者干预,立法质量难以保证,以致法繁扰民,事与愿违。对此,学界给予了高度关注,针对设区的市地方立法掀起了新中国成立以来少有的立法研究高潮。

得益于长期坚持立法学教学工作,以及在科研上的些许积累,近年来作者作为主持人先后申请了中国法学会2015年度部级法学研究课题^{〔1〕}和山东省法学会2016年度重点研究课题^{〔2〕}各一项,均获得立项。通过广泛收集学术资料,到地方立法机关实地调研,与同领域专家学者交流研讨,

〔1〕 2015年11月~2016年11月,中国法学会2015年度部级法学研究一般课题《立法权的规范制约体系研究——以设区的市地方立法权为研究对象》[课题编号:CLS(2015)C18]。主持人李克杰,课题组成员:张玉录、侯学勇、王春云、丁延龄、相焕伟、吕爱珍。

〔2〕 2016年9月~2017年8月,山东省法学会2016年度重点课题《〈立法法〉修改后的地方立法实证研究》[立项编号:SLS(2016)C9]。主持人李克杰,课题组成员:张玉录、侯学勇、王春云、丁延龄、相焕伟。

并经过认真梳理分析，在规定的时间内完成了课题研究工作，经立项单位组织的专家评审均已结项。两项课题均以设区的市地方立法为研究对象，既有理论探讨也有实证研究。课题研究的顺利完成，为本书的形成奠定了良好基础，也增强了进行更全面深入研究和成书出版的自信。于是，在时光进入2018年之际，作者专门拿出数月时间，丰富完善甚至重写了相关章节的内容，最终形成本书的结构框架和逻辑体系，交由中国政法大学出版社编辑出版。

本书定名为《设区的市地方立法：理论探讨与实证研究》，对我国设区的市地方立法进行了比较系统全面地论述。全书以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，贯彻宪法新修正案精神和全面推进依法治国要求，坚持问题导向和实事求是立场，客观辩证地看待我国设区的市地方立法取得的成绩和存在的问题，分别从历史、理论和现实多重视角观察和分析问题，从简要回顾我国设区的市地方立法的产生与发展过程入手，在明确其基本发展阶段和所处历史方位的基础上，较为详细地论述了我国设区的市地方立法的地位、权限、原则、程序、规范与制约等方面的理论和要求，最后采用实证的方法，运用近三年来翔实的统计数据评估、检视和反思设区的市地方立法的进步和不足，有针对性地提出改进意见和建议。

全书共分为八章。第一章“新中国设区的市地方立法的肇始与发展”，在廓清立法、地方立法和设区的市地方立法基本概念含义的基础上，介绍新中国地方立法产生和发展的曲折过程以及改革开放以来设区的市地方立法星点出现与规模扩大的历程；第二章“设区的市地方立法的地位与权限”，从权力来源入手，主要介绍设区的市地方立法在我国依法治国背景下的地位，并全面分析其权限范围，这是设区的市地方立法规范行使和健康发展的重要前提；第三章“设区的市地方立法的原则与程序”，全面论述了新时代中国特色社会主义立法必须遵循的一般原则和设区的市地方立法还应当同时遵守的特有原则，系统阐述了我国设区的市地方立法应当经过的基本程序；第四章“新时代设区的市地方立法的规范与制约”，在简述立法规范制约理论的西方历程和立法规范制约理论的中国表现的基础上，概述新时代设区的市地方立法规范制约的意义、必要性和体系构成；

第五章“设区的市地方立法的规范体系与制度保障”，在阐述设区的市地方立法规范体系应然要求的同时，指出我国当前设区的市地方立法规范化方面的进步与不足，并对相关制度保障及发展方向进行了论述；第六章“设区的市地方立法的制约体系与健全完善”，在系统介绍我国当前设区的市地方立法的纵向制约、横向制约和自我监控状况的基础上，指出制约体系存在的主要问题和基本成因，有针对性地提出完善制约体系的原则、路径与方式；第七章“《立法法》修改以来设区的市地方立法实证观察（一）”，全面准确地统计了《立法法》修改以来我国地方立法的分类数据，总结启示与发现问题，对原较大的市地方立法是否严格遵守修改后《立法法》的权力限缩进行实证分析；第八章“《立法法》修改以来设区的市地方立法实证观察（二）”，运用客观的统计数据对省级人大常委会对新赋权市州“开闸”节奏是否合适进行检视，并对新赋权设区的市地方立法规范化问题的表现、成因与化解进行了全面论述。

本书的创新之处主要有以下几点：

第一，本书概括了我国设区的市地方立法的三个基本特点，即主体多、数量大、覆盖广；效力等级低、受限多；地域性强、针对性强、更可操作。

第二，本书将我国设区的市地方立法的渐生和壮大过程划分为“市拟省定”（1982年12月~1986年12月）、“市定省批”（1986年12月~2000年6月）、“适度扩围”（2000年7月~2015年3月）和“全面扩围限权”（2015年3月至今）四个不同阶段。

第三，本书提出，新时代中国特色社会主义立法的基本原则应当包括合宪原则、法治原则、民主原则、科学原则和公开原则。一般认为，我国地方立法的原则是“不抵触、有特色、可操作”，但本书认为，设区的市地方立法应坚持“不越权、不抵触、有特色和可执行”四个原则。

第四，本书认为，设区的市地方立法规范体系应当包括六个方面的规范，即立法权限规范、立法内容规范、立法程序规范、立法形式规范、立法表达规范和立法衔接规范，并对各个方面的规范要求进行了深入阐释。

第五，本书对设区的市地方立法制约体系的论述，采用了立体、开放

的视角，即将十数项制约方式分别归纳为纵向制约、横向制约和自我监控三大集群，使其每个集群更易增加内容和扩充范围。

第六，本书提出，设区的市立法伊始就要坚持立法与制约并重。新时期特别要尽快建立科学合理的合宪性审查制度，明确宪法和法律委员会的设置要求与工作机制，提升备案审查制度的权威性，制定统一标准以全面落实立法公开原则，及时论证并尽快建立立法检查制度。

第七，通过实证分析，本书认为，各省级人大常委会对设区的市的立法“开闸”节奏总体是合适的，但也有标准缺失、操之过急的问题；原较大的市在新《立法法》对其立法权进行限缩后能够坚守新法要求，没有明显的越权立法现象；新赋权地方的立法实践总体是审慎的，并未出现各界担忧的“立法跃进”，其立法数量与其立法空间基本相符，当然立法质量特别是规范化方面存在较大提升空间。

第八，在研究方法上，本书针对不同的内容分别采用了历史考察、理论研究和实证分析等多种方法，相互印证，彼此支撑，并大量运用数据和表格，直观精确，不仅让人一目了然，而且增强了说服力。

但也必须承认，一方面由于我国设区的市地方立法尚处于全面启动的初期，不少地方仅有一两部法规或规章的新实践，甚至仍有一些地方尚未实质启动地方立法，因而，设区的市地方立法的规律和特点远未充分展现，另一方面由于作者才疏学浅，能力和精力均有限，致使本书对我国设区的市地方立法的许多领域要么没有涉及，要么没有深入。这既是本书的不足，也是作者的缺憾。不过，这既符合我国设区的市地方立法的运行发展规律，也符合个人思想认识的不断丰富成熟规律。设区的市地方立法才刚刚上路，我们对它的观察研究也只是开始，这恰恰是催人奋进的动力。作者不揣浅陋，愿意抛砖引玉，供专家同仁批评指正。

李克杰

2018年4月于泉城济南

目 录

Contents

前 言 · 001

第一章 新中国设区的市地方立法的肇始与发展 · 001

第一节 地方立法与设区的市地方立法 · 001

一、立法与地方立法 · 001

二、地方立法与设区的市地方立法 · 008

第二节 新中国地方立法的肇始与发展 · 019

一、新中国地方立法的开端、低谷与发展 · 019

二、我国设区的市地方立法的渐生与壮大 · 027

第二章 设区的市地方立法的地位与权限 · 035

第一节 设区的市地方立法的权力属性与地位 · 035

一、地方立法权的含义及类型 · 035

二、设区的市地方立法的权力来源 · 039

三、依法治国背景下设区的市地方立法的地位 · 042

第二节 设区的市地方立法的权限范围 · 045

一、设区的市地方立法的区域分布 · 045

二、设区的市地方立法的内部结构 · 050

三、设区的市地方立法的权限范围 · 052

第三章 设区的市地方立法的原则与程序 · 078

第一节 设区的市地方立法的原则 · 078

一、新时代中国特色社会主义立法的一般原则 · 078

二、我国设区的市地方立法的特有原则 · 095

第二节 设区的市地方立法的程序 · 107

一、新时代中国特色社会主义立法的基本程序 · 107

二、我国设区的市地方立法的特殊程序 · 117

第四章 新时代设区的市地方立法的规范与制约 · 123

第一节 立法规范制约理论的西方历程 · 123

一、权力规范制约思想的产生与发展 · 123

二、立法规范制约理论的沿革及现状 · 130

第二节 立法规范制约理论的中国表现 · 133

一、西方分权思想和权力制约理论的引进与传播 · 133

二、新中国立法规范制约的理论与实践 · 136

第三节 设区的市地方立法规范制约体系架构 · 140

一、设区的市地方立法规范制约的含义及必要性 · 140

二、设区的市地方立法规范体系构成 · 144

三、设区的市地方立法制约体系构成 · 147

第五章 设区的市地方立法的规范体系与制度保障 · 150

第一节 设区的市地方立法的规范体系现状 · 150

一、设区的市地方立法规范体系要求 · 150

二、设区的市地方立法规范化上的进步与不足 · 158

第二节 设区的市地方立法规范化的制度保障 · 166

一、设区的市地方立法规范化的制度保障现状 · 166

二、设区的市地方立法规范化制度保障的强化方向 · 171

第六章 设区的市地方立法的制约体系与健全完善 · 179

第一节 设区的市地方立法制约体系现状 · 179

一、对设区的市地方立法的纵向制约 · 179

二、对设区的市地方立法的横向制约 · 187

三、设区的市地方立法主体的自我监控 · 191

第二节 设区的市地方立法制约体系的问题与成因 · 202

一、设区的市地方立法制约体系存在的主要问题 · 202

二、设区的市地方立法制约体系存在问题的基本成因 · 209

第三节 设区的市地方立法制约体系的健全与完善 · 212

一、完善设区的市地方立法制约体系的原则 · 212

二、完善设区的市地方立法制约体系的路径与方式 · 214

第七章 《立法法》修改以来设区的市地方立法实证观察（一） · 221

第一节 《立法法》修改以来我国地方立法的基本状况 · 222

一、地方立法条例的制定修改情况 · 223

二、地方立法条例以外的其他地方性法规、政府规章制定情况 · 229

三、启示与问题 · 246

第二节 原较大的市地方立法：权力限缩与边界坚守 · 250

一、《立法法》修改对原较大的市地方立法权限的影响 · 250

二、《立法法》修改后原较大的市对立法权边界的坚守 · 255

第八章 《立法法》修改以来设区的市地方立法实证观察（二） · 258

第一节 新赋权设区的市：“开闸”节奏与立法需求、立法能力 · 258

一、从设区的市立法进展反观“开闸”节奏 · 258

二、设区的市立法需求的把握与立法能力的提升 · 266

第二节 新赋权设区的市地方立法规范化问题 · 275

一、新赋权设区的市地方立法规范化问题的具体表现 · 275

二、新赋权设区的市地方立法规范化问题的特殊成因与化解之道 · 287

第三节 地方立法之间的横向协调与纵向衔接 · 291

一、地方立法之间的横向协调 · 291

二、地方立法之间的纵向衔接 · 295

参考文献 · 302

新中国设区的市地方立法的肇始与发展

第一节 地方立法与设区的市地方立法

一、立法与地方立法

“概念乃是解决法律问题所必需的和必不可少的工具。没有限定严格的专门概念，我们便不能清楚地和理性地思考法律问题。”^{〔1〕}要深入全面地探讨我国设区的市地方立法的相关问题，首先必须弄清“设区的市地方立法”概念的基本内涵。而从逻辑上看，它与立法、地方立法又有明显的种属关系，只有把设区的市地方立法放到立法与地方立法的属概念下进行观察，才能准确把握其意义和地位。因而，必须以科学严谨的“立法”和“地方立法”概念为基础。

（一）立法的内涵

何谓立法？正如“还没有一个统一的、得到整个法学界认可的法的概念”^{〔2〕}一样，法学界至今也没有就立法的概念达成共识，形成一个统一的、让整个智识共同体都接受的立法概念。这一方面是因为立法的概念界定受制于它的创制对象——法的含义，法至今没有形成普遍认可的概念，立法也就不可能形成相应的概念；另一方面则是因为不同时期和不同国家的法学家对包含立法权在内的国家权力的结构、性质及相互关系存在迥异的认识和阐释，也必然影响对立法内涵的认知和概括；还有，就是一些国家在法律形式、法律产生和发展道路上的异质性形成了与他国完全不同的传统和现状，也严重

〔1〕〔美〕E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，第504页。

〔2〕〔德〕魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2005年版，第27页。

影响人们对立法含义的认识。再加之方法论上的差异(比如结构主义的或功能主义的),更使得立法概念纷繁复杂,百家争鸣。

在西方,尽管古希腊、古罗马思想家都将“立法”作为其学说的重要内容,如亚里士多德在《政治学》一书中使用“立法”一词就达130多次,^[1]但现代意义上的立法与“立法机关”一道,都“与权力分立理论有着极为密切的联系”。^[2]因而,比较有代表性的几个立法概念,都是从三权分立理论出发的。《美国大百科全书》认为:“立法是指国家机关为了规范社会行为,而制定法律规则的活动。通常专用于代议机关制定法律和立法程序的活动。”^[3]日本末川博编写的《全订法学词典》认为:立法是与行政、司法相对应的概念,从形式意义上讲是指立法机关制定附有法律名称的立法工作;从实质意义上讲,不论法律名称如何,是指制定一般抽象的法规工作。^[4]《布莱克法律词典》则指出,立法是指与判例法相对应的制定法律或通过议案的行为。^[5]这三个立法概念都不约而同地强调了立法是立法机关或代议机关制定法律的活动,即便从“实质意义上”(亦即我们通常所讲的“广义上”)阐释“立法”,也严格限定于“立法机关”活动范围内,因为在他们看来,“立法机关存在的真正目的乃是制定新的法律”。^[6]不过,随着行政权力的不断扩张,西方法学界也出现了更为宽泛的立法概念。俄罗斯法律高等院校专用教材《法与国家的一般理论》指出:“立法是影响社会关系的主要途径和赋予法以法律效力的主要方式。”^[7]“将法形成为具有普遍性的形式上固定的规定的活动就是立法。”立法的方式包括国家权力机关直接制定法律、国家机关

[1] 杜莉:“亚里士多德的立法思想探源”,载《太原师范学院学报》(社会科学版)2008年第6期。

[2] [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第1卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第204页。

[3] 张文显主编:《法理学》,法律出版社2007年版,第209页。

[4] 刘明利编著:《立法学》,山东大学出版社2002年版,第12~13页。

[5] 刘明利编著:《立法学》,山东大学出版社2002年版,第13页。

[6] [美]E.博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第431页。

[7] 该书认为:“法自古以来是历史上自然形成的,它在立法者活动之前,不取决于立法活动。”[俄]B.B.拉扎列夫:《法与国家的一般理论》,王哲等译,法律出版社1999年版,第141页。

批准在国家以外形成或非国家机关制定的规范、全民公决直接立法三种。^{〔1〕}这一概念中的立法主体已不再限于“立法机关”。

国内学术界对立法一词的解释,更是种类繁多,学者们分别从权力性质、立法主体及立法结果和效力层次等方面进行界定。撇开一些纯粹个人观点不谈,目前较有影响的立法概念主要有以下几种:一是认为立法是指由特定的国家机关,依据一定的职权和程序,制定、认可、修改、补充、废止、解释和监督法的活动,其目的是产生和变更法这一特定的社会规范。^{〔2〕}二是认为立法是指特定的国家机关,依据法定的职权和程序,制定、修改、补充、废止和解释法律、法规的活动。广义上的立法,还包括由最高国家立法机关授权其他国家机关制定法规的活动,以及上级立法机关对下级立法机关制定法律、法规进行监督的活动。^{〔3〕}三是认为立法是指有法的创制权的国家机关或经授权的国家机关在法律规定的职权范围内,依照法定程序,制定、补充、修改和废止法律及其他规范性文件以及认可、解释法律的一项专门性活动。^{〔4〕}四是认为立法是由特定主体,依据一定职权和程序,运用一定技术,制定、认可和变动法这种特定的社会规范的活动。^{〔5〕}可见,国内关于立法概念的解释,既有从一般意义上展开的,也有针对我国具体情况展开的。学者们在解说我国情况时,往往同时从广义和狭义两个方面界定立法的内涵。^{〔6〕}但总体而言,“立法”概念涵盖的范围是极其宽泛的,而且具有十分明显的实证色彩。与国外概念相比,立法主体并不限于立法机关或代议机关,而是所有拥有“立法权”的国家机关,立法的对象范围也不限于“法律”,而是立法法确定的法律形式。

通过以上的简要梳理,我们不难发现,无论是国外理论还是国内观点,

〔1〕〔俄〕B.B.拉扎列夫:《法与国家的一般理论》,王哲等译,法律出版社1999年版,第142页。

〔2〕李步云、汪永清主编:《中国立法的基本理论和制度》,中国法制出版社1998年版,第20页。

〔3〕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20页。

〔4〕张文显主编:《法理学》,法律出版社2007年版,第209页。

〔5〕周旺生:《立法学》(第2版),法律出版社2009年版,第55页。

〔6〕详细可参见沈宗灵主编:《法理学》,北京大学出版社2001年版,第248页;曹海晶:《中外立法制度比较》,商务印书馆2004年版,第10页;汤唯、毕可志等:《地方立法的民主化与科学化构想》,北京大学出版社2006年版,第1页。

也无论是广义解释还是狭义界定，“立法”一词可以在多个意义上使用。它既可以专指代议机关制定狭义法律的活动，也可以扩大范围将行政机关制定法规规章的活动囊括其中，甚至还可以将一些国家机关制定一般规范性文件的活动包括在内。在理解“立法”含义时，务必充分注意语境以及概念使用者的习惯和传统。必须指出的是，立法除了在动词意义上使用外，还经常在名词意义上使用。名词意义上的“立法”指的是上述作为动词的“立法”活动的结果，即国家机关通过立法活动创制出的各种规范性法律文件（法本身）。如《牛津法律大辞典》就指出，立法“这一词亦指在立法过程中产生的结果，即所制定的法律本身。在这一意义上，相当于制定法。”^{〔1〕}人们在认识和说明法律渊源或社会规范种类时，往往从名词意义上使用“立法”，比如在谈论判例法、民间法、组织规范等法律渊源和社会规范类型时，与此对应的、由国家制定的法律规范就称为“立法”或“国家法”。

立法是一个国家的基本职能和重要权力。在多数国家，立法权由不同层次、不同类型的国家机关享有，因而立法也有不同的种类。比如，按照立法主体的性质不同，可以将立法分为代议机关（议会）立法与行政机关（政府）立法；按照法律规范调整的社会关系领域不同，可以将立法分为民事立法、行政立法、经济立法、社会立法与刑事立法等；按照立法权力的来源不同，可以将立法分为职权立法与授权立法；按照立法主体的层级和立法的效力范围不同，还可以将立法分为全国性立法与地方立法。当然，人们还可以根据需要，从更多的角度和标准对立法进行分类，以便更为全面深入地阐释立法的内涵和外延。

（二）地方立法的含义

地方立法，顾名思义，是指享有立法权的地方国家机关制定地方性法律规范的活动。它是众多立法类别中的一种，指的是某一特定国家中与中央或国家立法相对而称的较小范围和较低层级的立法。在联邦制国家，州（邦）立法也是典型意义的地方立法，但却与单一制国家的地方立法在权限和依据上存在巨大差别，缺乏可比性。

〔1〕〔英〕沃克编辑：《牛津法律大辞典》，北京社会与科技发展研究所译，光明日报出版社1988年版，第547页。

1. 联邦制国家的地方立法

在联邦制国家,由于其历史和传统所致,一些州(邦)往往在建立联邦国家之前就长期独立存在,其主体性和独立性很强,特别是联邦主义的理念深入人心。因而,分权甚至保持一定程度的主权性,就成为这些州(邦)加入联邦的重要前提。于是,“双重主权”往往成为联邦制国家划分联邦与各州(邦)立法权普遍遵循的一个基本原则。这就意味着,各州(邦)都存在着一个联邦式的政府结构,不仅拥有作为立法机关的议会,还有作为行政机关的政府和作为司法机关的法院。更为重要的是,在成文法传统的联邦制国家,各州(邦)还有自己的宪法和法律体系。这决定了联邦制国家的地方立法有着自身突出的特点,在确定各州地方立法权范围时往往采用地方本原论^{〔1〕}。

在美国,在州和联邦(即地方和中央)两级政府权力的安排上,主要遵循了“双重主权”的原则。^{〔2〕}其联邦宪法在清晰地规定了州和联邦各自专有的立法权基础上,将剩余的立法权力保留给各州行使而不是联邦。美国首席大法官约翰·马歇尔说过,保留给州的权力包含“庞大的立法权,它覆盖全州领土上尚未转让给共同政府的立法对象;所有这些立法权可以由州最为称心地行使。”^{〔3〕}当然,也不是没有任何限制,它要求各州在立法时不得削弱宪法规定的公民权利,但可以想办法加强公民权利。^{〔4〕}州以下的市、县、镇、乡等地方也都拥有以立法的形式管理当地事务。^{〔5〕}

在德国,宪法规定了一个总原则,即在所有联邦立法权没有提到的领域内,州都有权力进行立法。《德意志联邦共和国基本法》第70条第1款规定:“如果基本法没有授予联邦立法权,各州享有立法权。”该条第2款规定:“联邦和各州之间权限的划分应根据基本法关于专属立法和竞合立法的规定。”第

〔1〕 地方本原论认为,中央的权力来自地方的转让或赋予,因此要用法律明确规定中央的专属立法权,对地方则不予规定;凡是不属于中央专属立法权限范围的事项,地方都有权进行立法。李林:《立法理论与制度》,中国法制出版社2005年版,第325页。

〔2〕 张少瑜整理:“美国的立法权限划分和立法程序”,载李步云主编:《立法法研究》,湖南人民出版社1998年版,第453页。

〔3〕 转引自[美]C. J. Antaeau:“联邦制国家联邦与州权力的划分”,左羽摘译,载李步云主编:《立法法研究》,湖南人民出版社1998年版,第487页。

〔4〕 张少瑜整理:“美国的立法权限划分和立法程序”,载李步云主编:《立法法研究》,湖南人民出版社1998年版,第455页。

〔5〕 徐向华主编:《立法学教程》(第2版),北京大学出版社2017年版,第136页。

71 条则规定:“在联邦专属立法的范围内,各州只有在联邦法律明确授权时,才有立法权。”第 72 条第 1 款规定:“在竞合立法的范围内,只有在联邦不行使立法权制定法律时,各州才有立法权。”在第 72 条第 3 款列举的事项中,如果联邦行使立法权,各州也可以通过法律作出不同的规定,而且在这种情况下处理联邦法律与州法律的关系时适用新法优先原则。^[1]州以下的县、市和镇以及某些自治的公共机关,如社会保险基金组织、大学等,都有一定的立法权。^[2]只要这些公共机关在其管辖范围之内活动,州或联邦政府可能只控制它们的行为和立法的合法性,而不管它们是否合理地行使它们的权力。^[3]

需要指出的是,美国和德国都是实行三权分立的国家,因而两国宪法中的联邦和州及其他地方立法权,均指议会或代议机关的立法权,不包括作为行政机关的政府及各部门的制定规章和规定权。其地方行政机关可以依据联邦宪法、州宪法的规定和州议会的授权进行立法,行使的是授权立法权。

2. 单一制国家的地方立法

在单一制国家,由于国情不同,地方立法的情形也有所不同。有的国家比如英国,其地方立法来自议会法律的明确授权,属于授权立法的范畴;有的国家如法国,其地方立法来自法律规定的地方政府职责,基本属于职权立法的范畴;也有的国家如日本,实行地方自治制度,每个地方自治体都享有广泛的自治权,其中最为重要的是自治立法权,即地方立法权。尽管不同国家的地方立法存在很大差别,但在确立地方立法权的权力来源及权限范围时,单一制国家往往偏重于国家本原论。^[4]就是说,在单一制国家中,地方没有固有的立法权,地方立法权即使是自治立法权也都来自国家宪法和法律的授予,对地方而言,没有宪法法律的明确授予是不能就某一具体事项进行立法的。

[1] 孙谦、韩大元主编:《立法机构与立法制度——世界各国宪法的规定》,中国检察出版社 2013 年版,第 104~105 页。

[2] 徐向华主编:《立法学教程》(第 2 版),北京大学出版社 2017 年版,第 137 页。

[3] [德]安德列斯·诺加勒:“德国的立法体制和立法程序”,高克强、谢鹏程编译,载李步云主编:《立法法研究》,湖南人民出版社 1998 年版,第 475 页。

[4] 国家本原论认为,地方的权力来自中央的授予,因此地方的立法权限应由法律专门规定,以明确规定地方的专属立法权来限制地方的权力;凡是未授予地方的权力地方立法机构均不得行使。李林:《立法理论与制度》,中国法制出版社 2005 年版,第 325 页。