

地方立法



制度研究

王建华 杨树人 著

四川出版集团
四川人民出版社

A large, ornate bell hanging from a decorative metal frame. The bell is dark and has a textured surface. The frame is made of dark metal with decorative elements at the top and bottom. The bell is suspended by a chain or rope from the top of the frame. The background is light and textured.

四川出版集团

图书在版编目(CIP)数据

地方立法制度研究/王建华,杨树人著. —成都:四川人民出版社,2009.7

ISBN 978-7-220-07869-9

I. 地… II. ①王…②杨… III. 地方—立法—研究—中国 IV. D927

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 085688 号

DIFANG LIFA ZHIDU YANJIU

地方立法制度研究

王建华 杨树人 著

责任编辑
封面设计
技术设计
责任校对
责任印制

蒋跃梅
经典记忆
戴雨虹
叶 勇
李 剑 孔凌凌

出版发行

四川出版集团 (成都槐树街2号)
四川人民出版社

网 址

<http://www.scpph.com>
<http://www.booksss.com.cn>
E-mail: scrmcbsf @ mail.sc.cninfo.net

发行部业务电话

(028)86259459 86259455

防盗版举报电话

(028)86259524

照 排

四川胜翔数码印务设计有限公司

印 刷

四川嘉创印务有限责任公司

成品尺寸

165mm×230mm

印 张

20.75

插 页

3

字 数

350千

版 次

2009年7月第1版

印 次

2009年7月第1次

书 号

ISBN 978-7-220-07869-9

定 价

45.00元

■ 版权所有·侵权必究

本书若出现印装质量问题,请与我社发行部联系调换
电话:(028)86259624



序

立法是立法者平衡和协调社会各阶层、群体的不同利益诉求，并对不同利益诉求按照一定的程序进行比较、权衡、取舍和妥协的结果。对立法的研究是加强立法工作的理论基础。本书作者立足地方立法实践，分析和讨论立法过程的上述特点。本书的主要特点有：一是立足实务，时代感强。作者不仅对四川地方立法成果进行了整理归纳、深入研究，而且对反映其他省市的地方立法实践经验材料也广泛搜集、加以提炼，讨论了《立法法》实施中面临的新情况。二是观点明确，论证充分。作者主张把立法权限划分为中央专属立法权、地方专属立法权、中央与地方共有立法权，并提出了进一步优化地方立法权配置的建议。三是勇于探索，慎于“立言”。作者从提高地方立法的民主性、科学性，充分发挥地方立法积极性的角度进行了积极的探索，对完善地方立法制度的具体论证力求科学理性，分析得当。另外，作者讨论了地方政府规范性文件的规范化，提出将对法规、规章的“备案审查”扩大到对地方政府规范性文件。

我希望，作者的上述努力将有助于促进地方立法研究的繁荣，是为序。

周 伟

2008 年 10 月

目 录

第一章 地方立法概述	1
第一节 立法及立法体制	1
第二节 地方立法的内涵和特点	7
第三节 地方立法的地位和作用	16
第四节 我国地方立法的历史发展	19
第二章 地方立法的主体和权限	23
第一节 地方立法主体	23
第二节 划分立法权限的方式	29
第三节 中国立法权限划分分析	35
第四节 地方立法权的优化配置	39
第三章 地方立法的指导思想和原则	47
第一节 立法指导思想和原则的含义及功能	47
第二节 立法指导思想的依据与发展	50
第三节 地方立法的一般原则	53
第四节 地方立法的特殊原则	63
第四章 地方立法的主要阶段及基本制度	71
第一节 地方立法准备阶段	71
第二节 由法案到法的阶段	86
第三节 地方立法完善阶段	102



第五章 地方立法的制定程序	119
第一节 地方性法规的制定程序	119
第二节 地方政府规章的制定程序	127
第三节 民族自治地方的自治条例和单行条例的制定程序	134
第四节 特别行政区法律的制定程序	138
第六章 地方立法技术	146
第一节 地方立法技术概述	146
第二节 地方立法技术的主要内容	156
第三节 我国地方立法技术的现状及对策	175
第七章 地方立法监督	189
第一节 地方立法监督概述	189
第二节 我国地方立法监督存在的问题与对策	206
第八章 提高地方立法的民主性和科学性	221
第一节 提高地方立法民主性、科学性的意义	221
第二节 提高地方立法民主性的对策	230
第三节 提高地方立法科学性的对策	245
第九章 地方立法的发展趋势	256
第一节 地方立法主体的多元化和专业化	257
第二节 地方立法权限的明细化和扩大化	264
第三节 地方立法内容的特色化和高质化	277
第四节 地方立法程序的规范化、公开化、民主化和科学化	290
第十章 地方政府规范性文件的规范化	301
第一节 地方政府规范性文件概述	301
第二节 地方政府规范性文件的规范化	309
主要参考书目	324
后 记	326



第一章

地方立法概述

第一节 立法及立法体制

一、立法及立法体制的含义

立法通常是指有权的个人或由法所确认的机关有意识地制定或改变规范性法律文件的过程，是一种意志的表达。对于立法的概念，有广义和狭义两种理解。广义的立法是指法定的国家机关，依照法定的职权和程序，创制、认可、修改或废止法律和规范性法律文件的活动。狭义的立法仅是指最高国家权力机关及其常设机关制定法律的活动。

我国学者张文显主编的《法理学》认为：立法体制即有关法的创制的权限划分所形成的制度和结构，它既包括中央和地方关于法的创制权限的划分制度和结构，也包括中央各国家机关之间及地方各国家机关之间关于法的创制权限的划分制度和结构。^①周旺生主编的《立法学》则认为：立法体制是关于立法权、立法权运行和立法权载体诸方面的体系和制度所构成的有机整体。立法体制应当由三要素构成：一是立法权限的体系和制度；二是立法权的运行体系和

^① 张文显主编：《法理学》，法律出版社 2004 年 3 月，第 277 页。



制度；三是立法权的载体体系和制度。^①

我们认为，上述看法从不同角度和侧面揭示了立法体制的内涵，给人以极大的启迪。立法是为所有公民、国家机关、社会组织创制行为规则的活动，因此，这种活动应当被限定为某些特定的主体。同时，这些主体所创制的是既有别于道德、宗教，又不是单独针对特定人和事的普遍性行为规则，因此，这种活动应当被限定在某些特定的领域。最后，这种活动的目的是为整个社会创制具有普遍性效力的行为规则，就必须有能够为社会公众所了解识别的表达方式，因此，这种活动的结果应当被用特定的形式所规定。综上所述，立法体制最核心的要素就是立法主体、立法权限、立法形式。而立法体制，就是关于法的规则创制主体及其权限划分和表现形式所构成的制度结构。

二、立法体制的制约因素

一个国家形成什么样的立法体制，并不是可以由某些个人或集团的主观意志所能够决定的，而是由多方面因素交织影响综合制约的产物。根据历史唯物主义经济基础决定上层建筑的原理，一个国家的国家形式、经济结构、民族状态、历史传统、地理环境等，都影响和制约着该国的立法体制，决定着该国立法体制的具体面貌和实际运行。当然，从决定与被决定的关系看，经济结构、民族状态、历史传统、地理环境等因素，是更为深层因而也更为间接的因素。因此，本书在这里着重分析国家形式对一国立法体制的影响制约，并指出其背后的经济、民族、历史、地理等因素。

国家形式包括政权组织形式和国家结构形式。国家形式不同，其立法体制也就不同。从观察立法权配置的角度看，政权组织形式侧重指横向的立法权配置，国家结构形式指纵向的立法权配置。

从横向看，政权组织形式直接取决于专制政体还是民主政体。在古代君主专制的国家里，天子、君王、皇帝等一人独揽大权，“法自口出”，“乾纲独断”。即便在最高统治者周围设有某些咨议官僚或机构，但最终决断权仍在一人之手。因此，这样的状态基本上是君主个人专制独裁立法体制。在现代民主宪政国家里，由于实行人民主权，一般采取民主的立法体制，即由公民及其代表

^① 周旺生主编：《立法学》，法律出版社1998年9月，第146页。

依据宪法和法律所确立的制度及程序来议决国家大事和法律。当今世界绝大多数国家都是或都宣称是民主国家，法的创制由最高统治者个人独享的体制十分罕见，因此，在那些国家职能稍有分工、分立的立宪政体国家，一般都有专门从事立法而相对独立的国家机关及其制度。当然，立宪政体国家的立法体制，在横向上又有着若干重大的区别和差异，例如彻底的人民共和政体，是不存在君主、国王、天皇的，最高立法主体只有一个（国会或议会）。而在议会君主立宪制的国家，立法权主要由议会享有，君主乃国家虚位元首，其对立法权行使的牵制往往只具象征意义（例如以国王的名义公布等等）。而之所以有这些差异，主要是由这些国家不同的历史传统和现实政治力量对比所导致的结果。

从纵向看，一般认为，国家结构形式表征的是一个国家内中央与地方、全体与部分的基本关系，主要有单一制和联邦制之分。

在实行单一制国家结构形式的国家里，一般是采用一元立法体制，即立法权集中在最高国家权力机关，全国只有一个立法主体。这种方式被学者们认为是中央集权模式。中央集权模式强调，国家作为一个整体必须拥有高度集中的政治权力，一切立法权必须由中央统一行使，中央的立法权不受限制，这样才能确保全国的法制和政令统一，确保法律在全国领域内生效。因此，地方不应享有立法权，当然也谈不上地方立法的体制和制度。即便让地方享有某些立法权，也只能是在中央授权的前提条件下，对一些非重要和非普遍的纯执行性、纯地方性的事项，做一些临时性规定。其一般的表述是“凡中央没有授予的权力，地方不得行使”。在法国、日本、土耳其、马来西亚、尼日利亚等国的宪法中，立法权力都比较集中地掌握在单一的中央立法机关手里。

而在实行联邦制国家结构形式的国家里，一般采用二元或多元立法体制，即一国内有两个或多个机关拥有各自独立的立法权，且彼此互不统属、互不报批。这种方式被学者们认为是分权模式或地方分权模式。分权主义认为，地方的权力直接来自人民，中央的权力则来自地方的转让和赋予，因此，地方享有立法权天经地义，而中央只能享有各地方、各成员同意转让并以宪法赋予中央的权力，其一般的表述是“凡宪法和法律没有明确为中央的权力，均由地方保留”。联邦制国家的宪法，一般对联邦的专有立法权和联邦与联邦成员共有的立法权，都会做出明确的规定。例如美国宪法既对联邦和州的立法事项做了比较明确的划分，同时又规定：“宪法未授予合众国、也未禁止各州行使的权力，由



各州各自保留，或由人民保留。”由此可见，联邦中央拥有的是“授予”的权力，而各州拥有的是“保留”的权力。这样，在联邦中央和各州，就各自有其独立的立法机关，实行的是各有差异的立法制度及程序。

总体而言，单一制国家的立法体制偏重于集权，联邦制国家的立法体制偏重于分权。之所以会存在这些差异，主要还是由于各国经济结构发展水平、历史传统和民族、地理等因素综合作用的产物。一般而言，经济运行方式采用计划控制为主的国家倾向于集权，采用市场调节为主的国家倾向于分权。民族多而分别聚集、地域辽阔且地理构造差异较大的国家倾向于分权，相反则倾向于集权。当然这些都是相对的，具体到个别国家也许就十分复杂，可能处于变动不居的状态，甚至可能出现相反的情况。

单一制国家一般由宪法划定或限定地方立法权，其余全部归属中央。联邦制国家一般由宪法规定或限定联邦中央的立法权限，其余全部归属联邦成员（地方）。上述两种模式，是不同国家历史传统和具体国情的产物，其实践结果表明，或是限制着地方立法的必要发展，或是易于失去对地方立法的必要控制，都有值得人们分析思考的地方。中国一些学者认为，在单一制的中小国家实行中央集权立法模式，往往利大于弊，主要表现为：（1）可以强化中央集权，维护国家高度统一，便于中央以法律统一号令全国；（2）可以最大限度地防止法出多门，保持法律体系的统一性；（3）有利于全体公民和社会组织统一遵守和执行法律。但对于一些大国来讲，中央集权立法模式的弊端是显而易见的：（1）容易导致权力过分集中，有时可能会出现专制独裁；（2）对地方束缚过多，影响地方因地制宜实施管理，不利于调动地方的积极性；（3）不利于地方对中央立法的补充和具体化，不利于结合地方实际执行法律。^①

三、中国现行的立法体制

中国是一个单一制国家，但中国现行的立法体制，既不同于上面所说的联邦制国家结构的二元或多元立法体制，也不同于一般的单一制国家所采用的纯粹的一元立法体制，而是集中了两种立法体制的一些特点，并根据中国的具体

^① 吴大英、任允正、李林著：《比较立法制度》，群众出版社1992年12月，第272页以下。

国情，独创了一种“一元、两级、多层次”的立法体制。所谓“一元”，是指根据我国宪法规定，我国是一个单一制的统一的多民族国家，因此，我国的立法体制是统一的、一体化的，全国范围内只存在一个拥有最高立法权的中央立法机关，这个中央立法机关通过备案审查等制度，事实上对其他所有的中央和地方的立法活动予以控制，不存在两个或两个以上独立的立法体系。所谓“两级”，是指根据宪法规定，我国立法体制分为中央立法和地方立法两个立法权等级。所谓“多层次”，是指根据宪法，不论是中央立法还是地方立法，都可以各自分成若干个层次或类别。这种多层次，在目前现实生活中表现得十分丰富：在中央，行使立法权的国家机关有全国人民代表大会、全国人民代表大会常务委员会、国务院、中央军委、国务院各部委。在地方，有省、市、自治区的权力机关和政府；有省和自治区的政府所在地的市、国务院批准的较大的市的权力机关和政府；有实行民族区域自治的自治区、自治州、自治县的权力机关；有经国家最高权力机关特别授权的经济特区的权力机关；有经宪法和《基本法》授权的特别行政区立法机关。

上述若干中央级立法各层次，或是地方级立法各层次，虽然共存于一个立法体制，但它们之间并不是平行的，而是存在着一个制约关系，即“下位法服从上位法”，层次低的法不得同层次高的法相冲突、相抵触。必要的适用规则（效力规则）和备案审查就是确保这一制约实现的制度安排，并由此形成一体化的立法体系。

“一元、两级、多层次”的立法体制，是受中国的国家形式、经济结构、民族状态、历史传统和地理环境等因素制约的，是由中国的具体国情所决定的。首先，中国是个统一的多民族的社会主义国家，又有着长时期中央集权的历史文化传统，为确保全国人民的共同富裕和文明发展，国家主权和国家法制必须统一，即必须确保在涉及国家主权性事项，涉及全国性的基本政治、经济、文化和社会制度，有统一的效力及于全国的制度安排，这种重大的、全国性的制度安排只能由中央立法主体以法律规定之，不允许各地擅自立法“自定规矩”。因此，确保立法体制中央集权的“一元性”就是一个必然的选择。其次，中国又是一个地域辽阔、人口众多的多民族国家，各地情况千差万别：不仅有少数民族聚居地实行的区域自治，而且有基于“一国两制”基本方针基础上的特别行政区，东、中、西部的经济、文化、社会发展也很不平衡。法律既不可能也



无必要对一些纯粹属于地方性事务的事项,作出符合当地实际的具体规定。如果勉强那样做,则必然会束缚地方发展的积极性,导致“一统就死”的局面出现。同时,中国是一个正处于各方面加速发展、社会急剧变革的现代化时期,许多新生事物既需要国家尽快作出必要回应,但又带有相当的不确定性、不稳定性,各方面的看法暂难达成高度共识。这就需要允许一些地方通过立法先行试验、先行探索,以积累经验。因此,把国家立法权在中央和地方之间作必要划分,在确保中央对重大事项立法权的条件下,由地方拥有一定的立法权,从而形成“两级”,是十分必要的。再次,由于在社会公共管理中有大量事务具有地域性、时段性、专业性,而中国最高权力机关特有的立法制度及程序,又使法律难以都做到能具体适用,这就使得无论是中央层面还是地方层面的权力机关,除了自己立法外,不得不授权一定层级的政府或部门,进行“行政立法”,以便使法律能得到更有效的执行,这就自然会形成“多层次”的状态。

这种“一元、两级、多层次”的立法体制,从表面上看似有“法出多门”之嫌,其实,这种现象并非中国所独有,在当今世界已是一种普遍存在的客观现象。联邦制国家的“法出多门”自不必说,单一制国家如英国,传统上制定法主要由国会创制,但其制定法也分为三个层次,即议会立法、授权立法、自治立法。实际享有立法创制权的机构,上至国王、议会、政府、法院,下至地方政府甚至某些被授权的公共机构或团体。^①在法国、日本等国,虽然立法中的中央集权历史传统源远流长,但进入现代化之后,也程度不同地允许地方议会和政府甚至某些公共团体,可以制定地方规章或条例。这里关键不在于是否“法出多门”,而在于出自多门的法渊源在立法精神、基本原则等方面,是否与中央立法保持一致;是否有健全的制度和机制来确保这个“一元化”立法体制能够内部协调、运行自如。

^① 汤唯、毕可志等著:《地方立法的民主化与科学化构想》,北京大学出版社2002年10月,第106页。

第二节 地方立法的内涵和特点

一、地方立法的含义

地方立法，指特定的地方国家政权机关，依法制定和变动效力不超出本行政区域范围的规范性法律文件活动的总称。

这里所说的特定的地方国家政权机关，在中国现阶段，指宪法和立法法确定的可以制定规范性法律文件的地方国家机关，以及根据授权可以立法的地方国家机关。依法，指依照宪法、法律、法规和授权决定规定的立法权限、程序和其他要求。效力不超出本行政区域范围，与“在本行政区域范围”不尽相同。前者既可以指效力在本行政区域全部范围都有效，又可以指在本行政区域范围的部分区域有效；后者则可以被误解为任何法都在本行政区域全部范围有效。由于事实上不是每个法都在本行政区域全部范围都有效，因此前者比后者确当。规范性法律文件，是地方立法的各种法的形式总称，在中国现阶段包括地方性法规、地方政府规章、自治条例、单行条例、特别行政区的法律和其他规范性法律文件，被授权的主体制定的效力及于一定地方行政区域的规范性法律文件。

地方立法是相对于中央立法而言的立法，是构成国家整个立法的一个重要方面。不少国家的地方立法本身也是个体系，由多类别、多层次的立法构成。中国地方立法目前由一般地方立法、民族自治地方立法和特区地方立法所构成。特区立法又包括经济特区和特别行政区两方面立法。在一般地方立法和民族自治地方立法内部，又有层次的区别。

对中国地方立法的含义，至今仍然有一些较为普遍的误解。一是对地方立法的主体作过狭或过广的理解，把地方立法仅看做国家权力机关进行的活动，或是把地方立法主体扩大到所有的或过多的地方国家机关。二是对地方立法的法的形式作过狭或过广的理解，把地方立法仅看做产生和变动地方性法规的活动，或认为所有地方国家机关的规范性文件都是地方立法的法的形式。三是对地方立法的行政区域范围、法的效力范围作过狭或过广的理解，或限定在省一级，或扩大到县一级。为正确理解地方立法的含义，应当消除这些误解。



二、国家立法与地方立法的界定

一般而言,凡在中央与地方存在一定程度的分权,首先或主要的表现就在于立法权限的划分,并由此形成国家立法和地方立法。所谓国家立法,在我国是指由法律确认的中央国家机关(全国人大、全国人大常委会、国务院)为调整国家和社会中根本的、基本的、带全局性的、特别重要的社会关系而进行的立法活动;而地方立法则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、废止地方性法规和规章的活动。根据我国现行宪法、组织法和立法法的有关规定,我国享有立法权的主体如下:

1. 最高国家权力机关全国人民代表大会及其常务委员会行使国家立法权,前者有权修改宪法,制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律;后者解释宪法和法律,制定和修改除应由前者制定的法律以外的其他法律,在前者闭会期间,对前者所制定的法律进行部分补充和修改,但不得同该法律的基本原则相抵触。

2. 最高国家行政机关根据宪法和法律规定制定行政措施,就法律规定的专门事项或最高权力机关及其常委会授权立法的事项制定行政法规,发布决定、命令。

3. 国务院各部委、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内就法律规定的专门事项制定行政规章。

4. 中央军事委员会根据宪法和法律,制定军事法规,中央军事委员会各总部、军兵种、军区,可以根据法律和中央军事委员会的军事法规、决定、命令,在其权限范围内制定军事规章,在武装力量内部实施。

5. 省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下制定地方性法规。

6. 省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民代表大会及其常委会根据本市的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下就法律规定的专门事项制定地方

性法规。

7. 经济特区所在地的省、市的人大及其常委会根据全国人大的授权决定，制定法规在经济特区范围内实施。

8. 民族自治地方的人大有权依照当地民族的政治、经济和文化特点，制定自治条例和单行条例。

9. 香港、澳门特别行政区经全国人民代表大会授权，其立法机关依照特别行政区基本法的规定实行高度自治，享有立法权，所立法律在特别行政区范围内实施。

10. 省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规，就法律规定的事项制定规章。

在这个立法体制结构中，1至4项属于国家立法，而5至10项属于地方立法。综观这个立法体制的基本特点，国家的立法权是由国家最高权力机关全国人大及其常委会行使，法律是由全国人大及其常委会制定。除此之外，还有不同层次的立法活动：一是国家最高行政机关国务院制定行政法规的活动；二是省、自治区、直辖市以及省会市和较大的市的人大及其常委会制定地方性法规的活动；三是民族自治地方制定自治条例和单行条例，深圳、厦门等地制定经济特区法规的活动。此外，还有国务院各部委制定部委规章和省、自治区、直辖市以及省会市和较大的市的人民政府制定政府规章的活动。在这个多层次的立法体制当中，立法权限的划分实际是两方面：一是中央和地方立法权限的划分；二是国家权力机关和国家行政机关之间立法权限的划分。我国地方立法的这种情况，可以将其归纳为“两类三区”。所谓“两类”就是指地方国家权力机关和地方国家行政机关属于两类不同性质的立法；所谓“三区”是指地方立法分为普通行政区的立法、民族自治地方的立法和特别行政区的立法。

三、地方立法的特点

特点总是在一定的参照系中得以显示或展露的。在一国立法体制中的地方立法，其特点是在同国家立法相比较而显示出来的。一方面，国家立法对地方立法起着指导和依据作用，地方立法总体上从属于国家立法，执行着国家立法；另一方面，地方立法又具有一定的自主性，相对独立于国家立法。

（一）地方立法对国家立法的从属性



地方立法的从属性特点,是由我国现行的“一元、两级、多层次”的立法体制决定的,地方立法的从属性表现在:

首先,法律效力的不同,决定了地方立法对国家立法的从属性。我国立法体制的效力等级是按照由高到低的顺序排列的,其位序大致是:

1. 全国人大制定的宪法具有最高效力等级,是一切其他立法文件的最高渊源;全国人大及其常委会制定的基本法律和其他法律在效力等级上仅次于宪法;

2. 国务院依据宪法和法律制定行政法规,其效力等级低于宪法和法律;

3. 地方人大在不同宪法、法律和行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规,但必须报全国人大常委会备案;民族自治区、自治州、自治县的人民代表大会还有权依照当地的政治、经济和文化的特点,制定自治条例和单行条例,可以对法律规定有所变通,但不得对宪法和民族区域自治法作出变通规定,不得对法律和行政法规的基本原则作出变通,并且要遵循严格的“报批准”程序。因此,地方性法规、自治条例和单行条例在效力等级上均低于行政法规。地方政府规章是地方性法规的下位法,在效力等级上低于地方性法规。地方政府规章是我国一元多层次立法体制下最低层次的立法文件。在中国的立法体制中,进行国家立法的机关只能是中央国家机关,它制定的法律一般在全国范围内对全体公民都具有普遍效力,具有较高的法律效力;而进行地方立法的机关是地方国家机关,制定的法律仅在本地方的辖区内对本辖区内从事活动的公民具有法律效力,效力层次低,地方立法必须以国家立法为依据,不得与之相抵触。《立法法》第78条规定:“宪法具有最高的法律效力,一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得与宪法相抵触。”第79条规定:“法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章,行政法规的效力高于地方性法规、规章。”据此,地方性法规的上位法包括宪法、法律和行政法规;地方政府规章的上位法包括宪法、法律、行政法规和地方性法规。没有正当理由,地方性法规不能突破上位法的规定,否则,就是立法违法。根据《立法法》的规定,下位法违反上位法规定的,有权机关可以改变或撤销相应的下位法。

其次,从立法内容来看,国家立法调整的是在国家和社会中具有根本性的、全局性的或特别重要的社会关系,国家立法对地方立法具有指导性的作用,地方立法是结合本地的实际情况为执行和补充国家立法而制定的。地方立法在内容上不得与国家立法相抵触。如何认识和理解“不相抵触”,在学界有不同看

法。一种观点认为,不相抵触,就是地方性法规不得作出与宪法、法律或行政法规已有的明文规定相冲突、相矛盾、不一致甚或相反的规定;还有一种观点认为,不相抵触,就是地方性法规除了不得作出与宪法、法律或行政法规的明文规定相抵触的规定外,还不得作出与宪法、法律或行政法规的基本精神、基本原则相抵触的规定。另一种观点认为,不相抵触,就是制定地方性法规必须以宪法、法律或行政法规对某一事项已有相关规定为前提,并要以这种相关规定为根据。凡超出宪法、法律、行政法规的内容范围的,或是宪法、法律、行政法规没有规定某项内容而地方性法规却规定了,就构成相抵触。迄今为止全国人大常委会没有对如何认识和理解“不相抵触”原则作出立法解释。如果仅从字面理解,“不相抵触”就是不相矛盾、不相冲突、不相违背的意思。从立法精神看,赋予有关地方国家机关享有制定地方性法规的权力,不是要把地方性法规的内容限制在宪法、法律、行政法规的既有内容的范围内,否则,地方组织法和立法法规定“根据本行政区域的具体情况和实际需要”就毫无意义。“不相抵触”也不意味着宪法、法律、行政法规没有作出某项规定,地方性法规便一概不能就此事作出规定,否则地方立法就无自主性可言。因此,所谓“相抵触”是指地方性法规全部或部分违反或超越宪法、法律、行政法规,与其基本原则或具体规定不一致的情形。这主要有以下几种情况:一是地方性法规超越立法权限,规定了本应由国家立法规定的事项;二是违反了宪法、法律和行政法规的基本原则、指导思想和立法宗旨;三是直接违反宪法、法律和行政法规的具体条文和规范。

(二) 地方立法的相对独立性

所谓相对独立性,是指地方立法是国家立法体系中不可或缺、不可替代的组成部分,在不与宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,有权从本地方的具体情况和实际需要出发,发挥积极性和创造性,自主地处理本地方的事务,制定法规,创制规范。这种相对独立性特点,在立法法中已得到了体现。根据《立法法》第64条的规定,地方性法规可以就地方性事务作出规定,即除国家专属立法权的事项外,对国家尚未制定法律或者行政法规的其他事项,可以先行制定地方性法规,这类立法我们称为先行性立法。与执行性的地方立法不同,在自主性、先行性的立法领域,由于国家尚未制定法律或者行政法规,地方立法的相对独立性就更为突出,立法的空间也更大一些,并且这种地方性法规针