

地方政府 立法权研究

主编 陈 军

DIFANG ZHENG FU
LI FA QUAN YAN JIU

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

地方政府 立法权研究

主 编

陈 军

副主编

李 星 程雁雷 焦凤君

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

地方政府立法权研究 / 陈军主编. —北京: 中国法制出版社, 2012. 3

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3613 - 7

I. ①地… II. ①陈… III. ①地方政府 - 立法 - 研究 - 中国 IV. ①D927.000.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 037761 号

策划编辑 谢玲玉

责任编辑 徐冉

封面设计 蒋怡

地方政府立法权研究

DIFANG ZHENGFU LIFAQUAN YANJIU

编者/陈军

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640×960毫米 16

版次/2012年4月第1版

印张/17 字数/212千

2012年4月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3613 - 7

北京西单横二条2号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66017726

定价: 55.00 元

传真: 66031119

编辑部电话: 66075800

邮购部电话: 66033288

序 言

有目共睹的是，这些年安徽高度重视民主法治建设，特别是在行政法治建设方面取得了很大成绩。最近几年，安徽的专家学者在软法研究方面更是卓有成效，有的政府部门还采取与高校合作研究的方式，理论与实践相结合，有力地深化了软法研究。

在我的印象中，软法研究与安徽有着不解之缘。

2008年8月27日下午，我与北京大学软法研究中心执行主任宋功德教授等一行来到安徽大学龙河校区，就“软法与协商民主”主题进行座谈，省政府、政协、统战部的部分领导同志，安徽大学的党政领导及法学院部分教师参加了座谈会。许多专家学者对软法表示了极大兴趣，高度评价北京大学软法研究中心的工作，并提出许多很好的建议。后来，宋功德教授还应邀在安徽大学作题为《公共治理与软法》的学术报告，反响很好。

一年多之后，2010年4月10日，北京大学软法研究中心与安徽大学联合举办“软法与善治”理论研讨会，全国人大内司委、国务院法制办、北京市高院、安徽省政府等单位的领导同志，以及北京大学、安徽大学、中央民族大学、上海交通大学等院校的相关学科专家学者参加了会议。会上对现有软法研究成果作了充分肯定，同时指出要全方位、多角度拓展研究领域，深化软法研究。安徽省政府法制办负责同志也参加了会议，作了发言。他结合政府法制工作实际，提出要深化对软法的认识，加强对软法的研究，以推动政府法制理论创新，完善政府法制工作。这个发言我至今记忆犹新。令人高兴的是，

他当时提出的意见和建议，在相当程度上已经转化为本书的研究成果。

为研究地方政府立法权问题，安徽省政府法制办专门成立课题组，历时3年终于完成本书。首先，本书对地方政府立法行为进行了定性分析，提出了“地方政府立法权”概念，把地方政府制定的大量规章以下的规范性文件纳入研究领域。然后，本书分别从法律体系建构与完善的角度，就立法体系、渊源体系、规范体系、效力体系等方面提出了进一步完善中国特色社会主义法律体系的建议方案。同时，本书对地方政府立法中的软法现象进行了较为系统的研究，印证了软法的功能和作用；对区域立法协调这一新的实践与理论问题进行了探索，认为区域立法协调本质上是跨域公共治理背景下的“地方政府联合立法”。此外，本书还从理论上探讨了适当下放立法权的问题，并鲜明地提出了建立地方政府专属立法权的思路。应当说，本书在厘清地方政府立法与社会关系、中央与地方立法关系、人大立法与政府立法关系等方面，进行了积极探索，此于健全国家立法制度、规范立法活动、提高地方政府立法工作质量，具有重要的实践意义与理论价值。

就研究视角而言，本书可谓另辟蹊径。长期以来，中国法学习惯于“法律体系就是部门法体系”的传统视角。不过，本书以软法和硬法理论为分析标准，这就把游离于地方政府规章之外的地方政府制定的形式多样的规范性文件，以及地方政府联合所立之“法”界定为软法，纳入了法的框架，并主张要按照法治的基本标准对其进行规范。书中相关研究立足于既有的地方政府立法实践，对软法在地方立法中存在的样态、功能与价值进行了比较系统的论述，在一定程度上验证、反思、深化了我国的软法理论研究；同时还与国外软法理论和实践进行了比较研究，有助于推动形成中国特色的软法理论。

最近这些年，我一直在呼吁加强软法研究。在北京大学软法研究中心以及其他院校学者的共同努力下，软法研究从无到有、由点及

面、由小变大，研究成果颇为丰硕，越来越得到重视和认同。不过，软法研究领域广阔，问题错综复杂，现有研究仍然亟待深化。例如，从研究视野来看，要把眼光放远，不能局限于法学，还要扩展至政治学、社会学等其他相关学科，进行多学科交叉研究；从研究方法来看，要多向其他学科学习、借鉴，综合运用多种方法；从研究基点来看，要立足于中国现实，坚持理论与实践相结合，力促二者协同并进，同时还要坚持古为今用、洋为中用。因此，相对于建设“更少强制、更多协商、更高自由”的法治国家与法治社会目标而言，我们当下的软法研究其实只能算作刚刚开始。

本书的出版，表明了安徽省政府法制办对软法研究的关注和对研究地方政府立法权的重视，也代表了一个较高的研究水准。我相信，无论是关于地方政府立法权这个主题，还是关于软法研究这个视角，本书既是一个新的高度，更是一种新的开始，将来一定会出现更多更好的研究成果。

2011年12月22日

目 录

序 言	罗豪才 1
导 言	1
一、研究的缘起	1
二、研究的对象与范围	4
三、研究的内容与框架	9
四、研究方法	12
第一章 地方政府立法权基本理论	13
第一节 地方政府立法权的涵义和特征	
一、地方政府立法权的涵义	13
二、地方政府立法权的特征	25
三、地方政府立法权的产生与发展	27
第二节 地方政府立法的种类与形式	
一、地方政府立法的种类	32
二、地方政府立法的形式	37
第三节 地方政府立法权运行的法治化与“软法硬法” 的混合治理	
一、“软法”与“硬法”的基本理论概述	42
二、“软法”在地方政府立法中大量存在	49
三、地方政府立法权运行的法治化关键在于将“软法” 纳入法治的轨道	53

第二章 地方政府立法主体	61
第一节 地方政府立法主体概述	
一、与地方政府立法主体有关的几个概念	62
二、地方政府立法主体与地方立法权	66
第二节 地方政府立法主体类型	
一、理论上地方政府立法主体的类型	74
二、我国的地方政府立法主体类型	77
第三节 我国地方政府立法的重要参与者	
一、执政党和参政党	78
二、利益集团	79
三、公民	80
第三章 地方政府的立法权限	83
第一节 立法权限体制概述	
一、立法权限与立法权限体制	83
二、地方政府立法权限的变迁路径	85
第二节 中央政府与地方政府的立法权限划分	
一、地方政府与中央政府立法权限划分的标准	92
二、地方政府与中央政府立法权限划分的特点	104
第三节 地方政府与地方人大的立法权限划分	
一、两个立法权限的文本规定	110
二、两个立法权限的比较分析	113
三、两个立法权限的界定	116
第四章 具体行政管理事项的立法权	124
第一节 具体行政管理事项的范围	
一、具体行政管理事项的认定标准	124
二、具体行政管理事项的认定方法	130
三、具体行政管理事项的立法形式	132

第二节 具体行政管理事项立法实证	
一、侵犯中央立法事项	135
二、侵犯地方人大立法事项	139
第五章 跨域公共治理与地方政府联合立法	144
第一节 地方政府联合立法的产生及其涵义	
一、跨域公共治理催生地方政府联合立法	144
二、地方政府联合立法的涵义	149
三、地方政府联合立法与相关概念的辨析	153
第二节 现行地方政府联合立法多以“软法”形式存在	
一、地方政府联合立法的现状	161
二、现行地方政府联合立法符合“软法”的特征	168
三、地方政府联合立法的价值	172
第三节 地方政府联合立法问题及对策	
一、联合立法的权限问题	177
二、联合立法的主体问题	179
三、联合立法的属性与效力	183
第六章 地方政府立法监督	185
第一节 地方政府立法监督概述	
一、地方政府立法监督的涵义	185
二、地方政府立法监督的必要性	187
第二节 地方政府立法权监督的形式及内容	
一、地方政府立法的备案监督	190
二、地方政府立法的清理制度	197
三、行政复议中的间接监督	200
四、地方政府立法后评估	201
五、司法监督	202

第三节 我国地方政府立法监督机制的完善

- 一、强化备案制度 203
- 二、加强前置审查 208
- 三、建立定期清理与专项清理相结合的清理制度 209
- 四、建立完善的复议审查制度 211
- 五、建构科学的评估制度 212

第四节 对地方政府起草地方性法规草案的监督

- 一、对地方政府起草地方性法规草案进行监督的必要性
分析 214
- 二、完善地方政府法规草案起草机制的设想 215

第七章 地方政府立法权的比较与展望 222

第一节 外国地方政府立法权比较

- 一、国家结构与立法权的分配 222
- 二、中央与地方权限划分的基本原则 229
- 三、中央政府专属立法权限的比较 233
- 四、地方政府立法权限的比较 236
- 五、中央政府与地方政府共同行使的立法权比较 243
- 六、立法权限争议及其解决方式 245

第二节 外国地方政府立法给我国的启示

- 一、走出国家结构形式的误区,实行适度的“地方分权” 250
- 二、修法或立法,明确划分中央与地方的立法权限 252
- 三、地方人大与地方政府立法权限的划分 257
- 四、逐步建立中央与地方双重的执法保障机制 259
- 五、建立健全立法权限纠纷解决机制 259

后 记 261

导 言

一、研究的缘起

贯彻依法治国基本方略，推进依法行政，建设法治政府，是新时期党和政府着力推行的重大战略，也是当前政府法制工作的核心任务。^① 进入本世纪以来，以“911事件”及2008年的国际金融危机为代表的重大事件标志着曾作为世界主要国家改革目标的“小政府大社会”模式正在逐步式微，“大政府”的时代正在来临。二战后福利国家的发展以及公民对地方经济发展的日益倚重，以美国、英国、德国和日本为代表的西方发达国家所形成的“新地方主义”（New localism）则朝着“中央放权，地方揽权”的方向发展。纵览各国的地方政府改革，有三点令人印象至深：一是制定或者修改地方政府法，推进地方政府改革，如英国、澳大利亚、新西兰、加拿大、法国、日本；二是通过立法将地方政府改革的成果制度化，如北欧四国；三是各国地方政府法具体、规范、详实，如加拿大大不列颠哥伦比亚省地方政府法分三十个大部分，1040个条款，瑞典地方政府法分10章，258个条款。^② 将地方政府放在全国乃至国际的政治经济秩序中同步观察，我们发现：尽管国别不同，但地方政府所承担的功能与角色却

① 《国务院关于加强法治政府建设的意见》（国发〔2010〕33号）指出，贯彻依法治国基本方略，推进依法行政，建设法治政府，是我们党治国理政从理念到方式的革命性变化，具有划时代的重要意义。

② 参见万鹏飞：“地方政府改革：一种全球性的透视”，载清华大学《公共管理评论》2004年第1卷。

越来越重要,改善地方政府管理、治理与服务,以及完善地方发展的规划与执行的机制则是政府职能转变与行政体制改革的重点。地方政府的改革与发展涉及地方立法权、行政权、人事权、财政权等,其中最重要之一是地方立法权。

对地方政府立法权进行深入的研究很有必要。问题是一切科学研究的逻辑起点,当一个反复发生的现象挑战了某个现有的理论时,一个理论问题便已呈现。^①当前地方政府立法工作中遇到大量的实践问题需要总结规律,认真研究。根据调研反馈,当前地方政府在立法中遇到的棘手问题主要包括以下几个方面:一是立法规划与项目申报环节,如何理解地方政府立法的功能与作用,如地方政府立法功能与作用的表现有哪些,会产生什么效果,法理上地方政府立法有什么特殊性;地方政府立法对上位法的细化作用;地方政府立法对上位法的补充作用;地方政府立法的创制作用;地方政府立法的特殊调节作用;地方政府立法如何进一步发挥保障和促进地方经济社会健康发展的作用;如何避免凭感觉或者经验、凭重要性或者仅凭必要性立项的现象。二是立法起草阶段,地方政府立法权限的问题。如何把握《立法法》第64条规定的地方性法规立法权限、如何把握《立法法》第73条规定的地方政府规章立法权限、如何把握地方政府立法权限与地方人大立法权限的区别、以及如何把握制定政府规章与制定政府规章以外规范性文件的区别。三是地方政府立法原则,包括如何理解地方政府立法中“不抵触原则”与“相一致”原则、地方政府立法的“合法性原则”与“合理性原则”、如何正确处理地方政府规章与国务院部门规章的效力关系。上述问题的产生是立法权限划分标准不明确在立法实践中的反映,宪法和组织法确立了我国享有立法权的主体,但未对这些主体间立法权限的分配作出规定,《立法法》虽然采用列举的方式规定了法律保留的内容,也规定了地方政府的立法权限,但是

^① 参见陈瑞华著:《论法学研究方法》,北京大学出版社2009年版,第87页以下。

由于立法语言模糊、权限分配不明晰等因素为日后立法实践中出现的一些问题埋下了隐患，导致实践中出现立法无序、立法冲突和立法侵权等问题。

到2010年底，中国已制定现行有效法律236件，行政法规690多件，地方性法规8600多件。从统计数据上来看，地方立法的数量数倍于中央政府。实际上，我国的地方政府自新中国成立以来的60年的时间里积累了较多的法制经验，但对这种经验作出深入地总结与概括，并在我国法制经验的基础上提出一般性概念和理论，对经验的普适性作出合理论证的研究并不多。纵观现有的研究成果，多是对民族地方区域自治立法、地方立法中的民主性、立项起草机制、法律责任设定等进行研究，但整体而言在内容和研究方法上还存在着一些不足。首先，地方立法研究在自身的发展中还未形成独立的话语和理论知识体系，法理学、宪法和行政法学等学科的研究多侧重中央层面的国家立法，对地方立法理论的知识研究还不够，现有的立法理论体系尚不能满足地方立法实践的需要。其次，我国的学者多在现有“法的范式”支配下对各种新的现象进行分析与研究，所采用的理论前提、分析框架和推理结构往往难以厘清地方立法的基本规律。许多学者还只是局限于对单个的法律文本进行孤立地研究，多是探究如何从现有的制定法中获得具体的法律规范。如果仅在现有的法律规范体系内对地方立法的基本理论问题进行探讨而不能对地方立法理论本身的问题进行分析与探讨的话，那我们的理论则无力为地方的法制建设提供系统而有力的理论支撑。

本课题以安徽省地方立法的实践为基础，以多学科的基础理论为支撑，以立法的完善为目标，因此具有一定的前瞻性和原创性。60年间，安徽省共制定地方性法规和规章1843部，地方规范性文件10459部（说明：1. 地方性法规和规章的数据，1986年之前的来源于安徽省政府办公厅的法律清理，1986年之后来源于安徽省法制办提供的数据库及北大法宝的地方性法规数据库，规范性文件的统计是从1972年

到2009年),这些法规文本为本课题的研究积累了丰富的素材,结合地方特点,将安徽特色与时代特征等结合起来;既努力做到着眼于实际,服务于实际,对市县政府立法(制定规范性文件)有指导意义,又力争有所创新。课题研究坚持时代性,立足于社会主义市场经济的大环境和服务政府建设;要强调以人为本的价值理念;对世界主要发达国家的立法经验进行比较与借鉴。研究的过程中,理论结合实际,有一定的前瞻性,对地方政府立法实践中遇到的立法权限、程序、技术方面的问题进行分类梳理;同时把地方政府立法权作为一个阶段性的理论来研究。研究成果既可以作为大专院校的教材,又可以作为地方政府立法实务的指导。通过对地方政府立法中立法权的研究,不仅可以对地方立法的经验事实进行全面的分析、归纳与总结,而且也提炼中国法制经验提供了一种可能的理论路径。

二、研究的对象与范围

政府法制工作是政府依法行政的基础,地方政府立法是地方政府法制工作的重要方面。我国是单一制的国家结构,由中央统一行使立法权,实行人大与政府、中央与地方协调立法的机制。现行的《宪法》、《立法法》赋予了国务院制定行政法规的权力,国务院各部委和省、自治区、直辖市人民政府及省会市人民政府、经国务院批准的较大的市政府制定规章的权力,确立了两级多层次的行政立法体制。新中国成立以来,安徽省政府法制工作随着社会主义民主法制建设的发展而发展,在稳定社会、繁荣经济和各项事业中发挥了保障和推动作用。^① 本课题研究对象是地方政府立法权,范围具体包括地方政府立法权的基本理论、主体、权限、法源及其体系、区域协调立法、立法监督、发展趋势等内容。作为政府法制工作的重要组成部分,如立法草案、规章、规范性文件,包括省市县、部门的规范性文件的立项与

^① 参见陈军:“政府法制工作的成就与经验”,载《政府法制建设》2009年第5期。

起草等内容,考虑到对地方政府及其部门在制定规章、规范性文件方面的指导意义,本课题也将其纳入研究的范围。研究紧紧围绕地方政府立法“权”来研究,研究的契合点包括地方政府立法权的来源、本质、主体、权限范围、具体立法事项、地方立法的形式、地方立法的体系建设、对立法权的监督等。本课题在研究的过程中,在研究的对象和范围上主要尝试在下列方面进行突破:

(一) 地方政府立法权的概念

地方政府立法权这一概念的提出很新颖,但有争议,值得深入研究,它是一个与中央政府立法权、地方人大立法权、特殊地方政府立法权相对应的概念。地方政府立法可以区分为一般地方政府立法(也有学者称为“普通行政单位立法”)、民族自治地方政府立法、经济特区地方政府立法和特别行政区政府立法四种。根据《立法法》的精神,地方政府立法是指省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府,根据法律和法规制定规章的活动。一般地方政府立法,是相对于特殊地方政府立法而言的地方政府立法。它是一般地方的国家行政机关,依法制定和变动效力可及于本地范围的规章、参与地方权力机关立法活动的总称。^① 各级地方政府发挥行政立法迅速、灵活的优势,在行政管理领域填补了许多空白地带,地方政府立法已成为政府推进改革开放、实现体制突破和创新的有力手段,在促进社会经济发展、稳定社会秩序、调整不同利益主体之间的权利义务关系等方面都起着非常重要的作用。这里要说明的是,本书所说的“地方政府”一般是指依据《立法法》规定的、具有规章制定权的地方政府;但在理论探讨或在比较研究的过程中,其外延则等同于国家结构中对于地方政府的界定,在国内则包括省级以下各级政府,在国外则包括州及州以下履行政府职责的基层地方政府。

^① 参见张武扬、焦凤君著:《中国政府法制论稿》,中国法制出版社2002年版,第199页。

（二）地方政府立法遵循的特殊原则

地方政府立法首先应当遵循《立法法》规定的立法一般原则：1. 立法应当遵循宪法的基本原则，以经济建设为中心，坚持社会主义道路、坚持人民民主专政、坚持中国共产党的领导、坚持马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论，坚持改革开放。2. 立法应当依照法定的权限和程序，从国家整体利益出发，维护社会主义法制的统一和尊严。3. 立法应当体现人民的意志，发扬社会主义民主，保障人民通过多种途径参与立法活动。4. 立法应当从实际出发，科学合理地规定公民、法人和其他组织的权利与义务、国家机关的权力与责任。概言之，地方立法要坚持法制统一原则，遵循法定的立法权限、立法程序和上位法的精神。同时，在与上位法不抵触的情况下，地方立法还必须坚持从地方实际出发，立足于实际，立足于现实，立足于需要，立足于发展，立足于民生，立足于保障等，更加注重地方立法的必要性、可行性、针对性、操作性。要处理好普遍性与特殊性的关系，突出特殊性，充分反映地方特色。要处理好原则性与具体化的关系，注意使地方立法与国家法律法规相衔接，尽可能将法律的原则性规定具体化，使地方立法的规定具体、明确、管用。^① 地方政府立法必须坚持从地方实际出发，因此地方政府立法权的行使有其特殊原则，本书不仅要分析立法权运行的一般原则，还要分析其特殊原则，包括：1. 立足地方实际原则；2. 突出地方特色原则；3. 发挥地方自主权原则；4. 地方立法的适度原则。

（三）进一步探讨地方政府规章的立法权限

在制定地方政府规章的过程中，立法权限是一个让立法者感到困惑比较多的问题。《立法法》第73条规定了地方政府规章立法权限：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，制定规章。地方政府规章

^① 陈爱军、祝兴无：“加强和改善地方立法工作的几点思考”，载《政府法制建设》2009年第6期。

也可以就为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项,或属于本行政区域的具体行政管理事项进行规定。这样的规定依然过于原则,加之《立法法》中对法律保留的范围规定的不够明确,更是增加了地方立法机关立法时的困惑。《立法法》第8条在对法律保留的10个方面事项作出规定时,对第2项、第4项、第5项和第6项的内容规定的十分明确。但该条第3项、第7项-第9项出现了“制度”的表述,采用了较为模糊的立法语言,属于国家专属立法权的“基层群众自治制度”、“民事基本制度”、“基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度”。如农村村民自治制度和城市居民自治制度、业主自治制度、地方财政管理、地方金融管理等制度立法权问题,《立法法》对上述空间未作具体限定,实际上为地方政府立法留下了空间。《立法法》对法律保留作出规定无疑是很大进步,但所规定的法律保留的范围失之狭窄。本研究将对地方政府在规章立法中的经验进行总结,对于存在的诸多问题也将结合地方发展与立法理论进行必要的探索。

(四) 增加对地方政府制定的其他规范性文件的研究

其他规范性文件是指除了法律、法规、规章以外,地方权力机关或各级行政机关制定的法律规范性文件。在《行政诉讼法》、《行政复议法》、《立法法》中对其效力都未明确作出规定。其制定主体可以分为两类,一是具有行政法规和规章制定权的行政机关制定的行政法规和规章以外的规范性文件;二是没有行政法规和规章制定权的行政机关制定的规范性文件。从内容和效力上看,一种其他规范性文件可以规定行政机关的内部分工、工作程序、责任,具有内部效力,与行政相对人没有利害关系;还有一种在实践中会为相对人设定权利义务,尤其是一些没有规章立法权的地方政府,基于行政管理的需要不得不采用这种效力级别低,且被主流观点排斥在法律渊源之外的“立法方式”。这第二种方式产生的规范性文件,实际上是一种具有政府行政强制力的“软法”。健全规范性文件制定程序是法治政府建设的重要