

12

省、自治区、直辖市
地方立法理论研讨会
论文集

湖南省人大常委会法规工作委员会编

十二省、自治区、直辖市地方 立法理论研讨会论文集

湖南省人大常委会法规工作委员会编
一九九三年一月

编者的话

在举国上下认真学习贯彻党的“十四大”精神，加快改革开放步伐，向着建设社会主义市场经济体制的目标迈进的形势下，我们负责编辑出版了《十二省、自治区、直辖市地方立法理论研讨会论文集》。这本集子，是去年十月在湖南长沙举行的有山东、甘肃、四川、浙江、江西、河南、福建、内蒙、北京市、上海市、天津市、湖南十二省、区、市参加的地方立法理论研讨会的成果，共计汇编论文四十九篇。这些论文，比较集中地反映了十多年来地方立法的实践经验，也提出了当前地方立法工作中一些值得探讨的理论和实际问题。除个别地方编者作了文字处理以外，基本保持了论文的原貌。为了阅读方便，我们根据论文内容大体上分为四类，按顺序排列：一、以地方立法的权限范围为主题，包括立法原则、立法体制等综合性论文；二、以经济立法为主题，包括涉外经济立法和科技立法方面的论文；三、民族自治地方立法方面的论文；四、以立法技术为主题，包括法律责任、立法预测、法律适用等方面的论文。由于编者水平有限，时间仓促，不当之处，在所难免，请读者见谅！

编者

一九九三年一月

黄道奇同志在1992年地方立法理论 研讨会上的讲话

同志们：1992年地方立法理论研讨会，今天正式开幕了。参加这次会议的，有十六个兄弟省、自治区、直辖市人大常委会法制工作机构的负责同志，有我省法学界从事教育、科研和实际工作的同志，共七十多人。全国人大常委会法制工作委员会研究室的负责同志也应邀出席指导。在此，我代表湖南省人大常委会向参加会议的全体同志表示热烈欢迎。

去年三月，山东省召开地方立法工作理论研讨会，邀请了甘肃、四川、江西、内蒙古、北京、天津、湖南七个省、区、市人大常委会法制工作机构的同志参加。会议期间，八省、区、市的同志共同商定，今后每年举行一次这样的会议，并决定今年由湖南召集。我们根据情况的变化，除上述八个省、区、市以外，又邀请了河南、浙江、福建、上海四个省、市的同志。这样，参加会议的省、区、市就有十二个了。地方立法是一个十分繁重的政治任务，又是一项业务性政策性很强的工作，迫切需要理论指导。我们省人大常委会主任会议对筹备这次会议非常重视，责成常委会法规工作委员会全力以赴。由于各兄弟省、区、市的同志共同努力，会前共收到论文50篇。其中，兄弟省、区、市的同志写的21篇，本省人大机关和有关部门、院校同志写的29篇。可见，这是一次交流经验，互相学习的好机会。对我们湖南的同志来说，有这么多兄弟省、区、市的同志前来传经送宝，更是极为难得的学习机会。

1979年以来，全国各省、自治区、直辖市制定的地方性法规和自治条例、单行条例已超过2500件，内容涉及财政经济、地方政权建设、教科文卫、政法工作、社会权益保护和民族工作等各个方面。我们湖南的工作很一般，到目前止，也制定了70个地方性法规、10个自治条例、单行条例。这些地方性法规和自治条例、单行条例的颁布实施，对法律和行政法规起了补充、配套的作用；有些方面还为中央立法提供了经验。地方立法的重要性已经被越来越多的同志所认识。但是，地方立法毕竟是一项新工作，还有许多问题需要研究。根据大家的意见，这次会议着重研究当前地方立法工作中的几个主要问题。我们相信，通过大家的共同努力，这次会议一定能够开好，对今后的地方立法工作将会起到有力的推动作用。

多年来的实践表明，地方立法应当以经济立法为重点，积极为贯彻党的基本路线服务。在小平同志南巡谈话和中央政治局会议精神传达贯彻以后，经济体制改革的步伐加快了，对外开放的领域扩大了，对经济立法的要求也就更加迫切。改革开放的目标是逐步建立和完善社会主义市场经济体制。要实现国家对市场经济活动的引导、干预和调整，维护正常的市场经济秩序，就必须采取法律手段，全面规范社会经济活动各个主体的权利、义务和行为规则，规范政府的行为，使一切经济活动和管理规范化、制度化。可以说，加强经济立法，是加快经济体制改革和扩大对外开放的内在要求。最近，彭冲同志强调指出：“随着我国改革开放的深入进行，对法律的需求愈益强烈，人大肩负的立法任务更加繁重，当前必须进一步加快立法的步伐，特别是加快经济立法。我们要充分认识加快经济立法的必要性和紧迫性，增强责任感。”我认为，彭冲同志的这一段话，不仅是对全国人大讲的，也包括地方立法在内。地方立法工作如何为党的基本路线服务，如

何适应经济体制改革和对外开放的需要，是一个很重要的课题。从湖南的情况看，要着重解决三个问题：第一，要牢固树立以经济立法为重点、为经济建设服务的思想。地方立法要以经济立法为重点，我们讲了很多年了，但进展不快，目前的状况还不能令人满意。有客观的原因，经济工作比较复杂，立法的难度比较大，是其中之一。我认为，更重要的原因还是思想上重视不够。一些列入计划的经济立法项目，坐等业务部门提供草案，业务部门拿不出草案就往后拖，有的拖了二、三年。对一些急需立法的重大的经济活动，人大不能完全处于被动地位，要主动组织有关部门起草，必要时还可以提前介入，用攻关的精神去搞。1991年，我们同政府有关部门配合，搞了一个鼓励外商投资条例，除了在本省公布之外，省政府还译成英文，专门到深圳开发布会，反映比较好。今年，我们用同样的办法搞了一个商品质量监督条例，赶上了当前打击假冒伪劣商品的工作，反映也不错。第二，要千方百计地接触经济工作，研究经济工作。人大不直接管理经济工作，是法律规定的；人大要立法，要监督，也是法律规定的。经济建设是中心，立法和监督都不能偏离这个中心。做人大工作的同志，决不能对经济工作漠不关心。有这样一种现象，进了人大，很多信息不灵，不了解外面情况，“不知有汉无论魏晋”，这是一个极大的危险。人大代表和常委会组成人员，决不能满足每年一次或两次视察，应当经常深入实际，作调查研究，尤其要研究经济工作。人大机关的工作人员更应如此。从地方立法的角度看，人大机关的力量不足，忙于应付门市，也是一个很现实的问题。今后，我们要尽可能加强机关建设，按照实际工作需要调整配备力量。但是，即使如此，从事地方立法工作的同志，仍然不能忽视深入实际，学习经济工作。第三，要正确处理条件和需要的关系。立法的实质，是把行之有效的方针政策用法律形式固定下来，使之规范化。搞改革开放，进行经济建设，是一个不断

目 录

关于地方立法的若干问题	沈关成 (1)
谈谈地方立法的权限范围	刘问世 (10)
关于地方立法的权限问题	唐孝葵 (19)
地方性法规与地方行政规章制定范围的区别	王德林 (26)
试论制定地方性法规与地方行政规章的权限划分	王汉连 (31)
谈谈地方立法权限范围	史 敏 (37)
制定地方性法规的两大基本原则	陈兴波 (44)
加强地方性法规可行性的研究	胡德祖 (49)
制定地方性法规中坚持“不抵触”原则的几个问题	丁祖年 宓雪军 (55)
试论地方立法中“从实际出发”与“不相抵触”原则的辩证关系	廖 幸 (61)
对地方立法几个问题的思考	吴俊荣 黄更生 (68)
论地方立法的地方特色	朱 瑜 孙启明 尚 峰 (75)
论地方性法规的性质和特点	王仁定 (86)
试析我国地方立法的基本特点	沈亚平 (91)
谈谈完善地方立法体制的几个问题	陈学儒 (100)
试论有中国特色的社会主义立法体制	罗正德 (109)
关于“区域立法”问题的探讨	王泽云 石 晓 (117)
浅议地方短期立法	盛建华 (126)
加快地方经济立法,保障促进改革开放和经济建设的发展	章九雄 (130)
关于地方经济立法问题的探讨	钟 实 (137)
关于地方涉外经济立法的几个问题	王盛林 (145)
立法要为建立社会主义市场经济体制服务	黄湘平 (160)

加强涉外经济立法, 保障促进对外开放.....	谭舜哲(167)
试论地方经济立法的障碍与对策.....	吉楚湘(171)
加快地方经济立法的几点思考.....	化振九(182)
地方立法要为改革开放服务.....	李厚琼(186)
试论改革开放与立法.....	朱次凡(193)
地方经济立法应充分体现地方的经济特色.....	余 雄(204)
地方立法要为经济体制改革服务.....	刘宇春(209)
浅议地方经济立法的稳定性.....	李法明(218)
关于科技发展与加强科技立法.....	罗松生(222)
地方科技立法应将科技人员合法权益放在突出位置	雷炳忠(228)
进一步明确地方立法权限范围, 更好地服务于经济建设 和改革开放.....	王宇立(233)
改革期间地方立法若干问题及其对策.....	李建国(237)
关于民族自治地方制定自治条例若干问题的思考.....	张声标(244)
试析民族自治地方立法的权限范围和原则.....	熊 焱(250)
民族自治地方立法的几个问题.....	李 忠(259)
论制定自治条例、单行条例的重要意义及其原则	张世珊(265)
浅论“自治条例”、“单行条例”与地方性法规的异同	宫香梅(271)
民族自治地方变通法律的几个问题.....	熊继兴(276)
关于地方立法设置行政处罚的探讨.....	欧阳振(282)
地方制定实施性法规能否增设法律责任.....	申群善(291)
地方性法规能否对法律没有规定的问题作出规定.....	刘今定(295)
地方立法运用行为模式和法律责任相对应原则应注意的 几个问题.....	王 刚(302)
以党的基本路线为指针做好地方性法规草案的修改工作	

.....	杨国森(308)
试论立法预测.....	尹国惠(314)
地方政府规章规定行政处罚初探.....	孙昌军(321)
试论人民法院参照行政规章的几个问题.....	孙元清(328)
论地方性法规的冲突及处理原则.....	吴雪元(334)

关于地方立法的若干问题

沈关成

从法律规定地方有立法权以来，全国已有地方性法规2200多个，我省至今年上半年止，也已有地方性法规90个。地方立法在促进改革开放，保障经济建设，健全民主与法制，以及维护社会秩序等方面均起了不可低估的作用。但是还远远赶不上深化改革、扩大开放的需要。

万里同志最近在七届全国人大常委会第26次会议上指出，摒弃高度集中的计划经济，发展社会主义市场经济，是我们国家经济体制改革的主要趋势。这就给我们立法机关提出了重大课题。加强经济立法工作，如何运用法律手段保护社会主义市场经济的顺利发展，这是全国人大及其常委会，以及地方人大及其常委会的重要任务。

我们地方立法工作者，应当认识到加快地方立法步伐，尤其是加快经济立法的必要性和紧迫性，从认识上深化，并认真总结地方立法工作的经验，不断地从实践中提高。

一、对地方立法权应有正确的认识

1. 地方立法权是宪法、法律赋予地方国家权力机关的一项重要权力。建国后的前三十年，地方没有立法权。“五四”宪法规定：“全国人民代表大会是行使国家立法权的唯一机关。”党的十一届三中全会以后，1979年制定的地方组织法明确规定省、自治区、直辖市有地方立法权，后来明白地写在“八二”宪法上，经过1982年、1986年两次修改地方组织法，进一步明确了省、自治区人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的立法权限，使地方立法权更趋完善。

国家对地方立法权的规定，文字简洁明了，内涵极其深刻，即规定地方“根据本行政区域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，可以制定和颁布地方性法规”。根据“具体情况和实际需要”，指的是灵活性，让地方性法规富于地方特色，大放光彩；“不相抵触”就是在维护国家法制统一的前提下可以制定地方性法规，表明了国家“集中不能搞死，分权不能无边”的立法意旨。

地方立法权的确立，是在党的十一届三中全会以后认真总结历史经验的基础上进行的。过去中央的权力过于集中，当然也有放的时候，可是，放了收，收了放，随意性太大，弊端难除，所以需要改革、分权，需要规范。但立法分权不是一般的分权，一般的改革，而是中央和地方在国家机构权力上的分权，是涉及我国政治体制的重大改革。它遵循并体现了现行宪法第三条规定的：“中央和地方的国家机构职权的划分，遵循在中央的统一领导下，充分发挥地方的主动性、积极性的原则”。笔者认为，从分权意义上理解地方立法权，符合立法本意，它体现出我国权力机制的重大突破和转换。

2. 赋予地方立法权是我国国情和现实生活的需要。我们国家地域辽阔，发展极不平衡，各地情况千差万别，而且不断变化。无论是经济建设、民主与法制建设，还是政治体制改革，都难以一刀切。我们这样的大国，不可没有集中，这是一定要维护和加强的；同时不可没有分权，权力过于集中，不仅局部缺乏活力，而且全局缺乏生机。毛泽东同志早在五十年代就强调指出：“应当在巩固中央统一领导的前提下，扩大一点地方的权力，给地方更多的独立性，让地方办更多的事情”。建国后的前三十年和后十三年的实践，从正反两方面证明了毛泽东同志这个论断的正确性。没有地方立法权，上海难以在全国率先制定《青少年保护条例》，福建也难以制定《保护消费者合法权益条例》。今年七月，国

家又决定授权深圳市人民代表大会及其常务委员会“根据具体情况和实际需要，遵循宪法的规定以及法律和行政法规的基本原则制定法规。”授予深圳市地方立法权，符合发展经济特区的现实需要，也是对深圳根据具体情况和实际需要发展经济特区的肯定。由此可见，给予地方立法权，有利于发挥地方的积极性，是顺应了国情和现实生活的需要。

3. 对地方立法权的认识，也有一个解放思想或者换脑筋的问题，否则，就不可能善于运用地方立法权，更不敢于运用地方立法权。因为从正确认识地方立法权到正确运用地方立法权，两者之间还有一段距离。有了地方立法权，关键在如何运用。如果思想不解放，不换脑筋，墨守成规，就会无所作为。认为“国家法律有的，地方不需要立，国家法律没有的，地方不能立”。这种地方立法取消论，与有效运用地方立法权相抗衡。所以，有了地方立法权，还要解放思想，敢闯、敢冒，善于运用，才能在地方立法这个舞台上演出许多有声有色的好戏。

二、关于地方立法不得同法律相抵触和立法依据

这是一个经常使地方立法工作者感到困惑的问题。由于把缺乏或没有立法依据混同于与国家法律相抵触，以为无依据即抵触，因而束缚了自己的思想和手脚。在拟定某些地方性法规的条款中，遇到难以明确回答有无立法依据时，立法工作者常觉理短结舌，常因此而却步不前。所以，弄清楚与国家法律不相抵触和立法依据这两个概念的本义及其关系，就显得十分重要。首先，法律规定制定地方性法规的两个原则是：与宪法法律行政法规不相抵触和根据具体情况及实际需要，法律并未规定地方立法要根据国家法律，更没有以有无立法依据来限制地方立法的意思。只要根据具体情况和实际需要，不同宪法、法律、行政法规相抵触，地方就可以立法。其次，不与国家法律相抵触，即不与国家法律相悖、相矛盾、相冲突。形象一点说，只要不是针尖对麦芒，就

不是相抵触。一些地方立法，例如保护消费者合法权益条例，确实在法律中找不到直接立法依据，但这是由于我国的法制不健全，国家还来不及制定，或者有一定的难度，一时难以制定出来，而地方先行立法则未尝不可。同时，保护公民合法权益毕竟是我国的宪法原则，严格说来，是有宪法依据的，不能称之为无立法依据。所以，无直接立法依据的只要不违背宪法、法律的基本原则，就不能称之为与法律相抵触。第三，地方性法规，只要未经全国人大常委会撤销或制定机关自行撤销，均视为有效。其他任何机关的意见和答复，均不影响其效力。不能说地方性法规一点问题都没有，但至今未见全国人大常委会撤销一件地方性法规。在地方立法权还没有充分行使的情况下，在宏观上对地方立法予以充分尊重与信任，实在是值得称颂的明智之举。

地方性法规与国务院各部门行政规章的关系。行政规章是否应当作为制定地方性法规的依据？有时业务部门把行政规章甚至尚不属行政规章的“意见”，也拿来“商榷”，要求作为地方立法的依据。此种情形，在进行法规草案协调或论证时，尤为突出。表现之一是部门之间相持不下，各搬各的上级主管部门的意见；表现之二是以上级主管部门的意见来否定法规草案中的条款。由于认识不一，往往“久调不决”。实践证明，弄清其相互关系，取得共识，对正确行使地方立法权十分重要。第一，从地方性法规和国务院各部门行政规章的效力来看，地方性法规高于国务院各部门的行政规章，行政规章对地方性法规无约束力。地方性法规可以规定与行政规章不同的内容，在本行政区域内有效。至于“意见”“答复”之类只能作为参考。如我省在地方性法规草案中规定律师可以代理刑事申诉。有关部门以司法部1983年有个不宜把它列为律师业务的答复为由，不同意规定。省人大常委会认为，代理申诉是公民的申诉权加律师的法律帮助，并无不可，且符合宪法原则和党的政策，所以果断地通过了这一规定。第二、在地方立法中，应该充分尊

重並仔细考虑国务院部门行政规章的具体内容，但这同有约束力毕竟不同。所以，弄清地方性法规和行政规章的关系，在实践中不仅可以防止国家法律、法规、政策赋予地方的权力被各部门收回去的弊端，而且可以使地方立法机关充分运用自己的立法权，在国家许可的范围内大胆地干。这一点，对地方立法工作者尤其重要。只有从理论上提高了认识，在实践中才会有勇气，才会坚韧不拔，知难而进，为常委会行使地方立法权当好参谋。

三、地方立法要抓住重点，突出地方特色

重点是经济立法，什么都想立，就会冲淡重点，分散力量。地方特色，就是要有个性，福建的，就姓“闽”，切忌一付面孔，一个模式，小法抄大法，后立法抄先立法。福建是侨乡，紧邻台湾，和广东最先列为实行特殊政策灵活措施的省，后来又办经济特区和经济技术开发区，现在是全国改革开放的综合试验区，实行全方位开放。这些是我省立法的主旋律，迄今出台的对外经济法规已在十个以上，涉台立法已出台两个，正在实施涉台系列立法。在向社会主义市场经济发展的过程中，新的经济关系需要立法加以调整，现实生活提出许多新课题，需要我们地方立法工作者去探索。尤其是国家一时无法出台的立法，如关于承包经营和股份制、租赁制立法，发展第三产业立法，住房制度改革立法，反垄断、反不正当竞争立法，商品质量和商品流通立法，借鉴外商投资企业和乡镇企业的经营管理机制，搞活国营大中型企业立法，还有个体经济和私营经济，是社会主义经济的重要补充也尚需立法，等等，都是地方立法应该努力尝试的领域。保护消费者合法权益的立法呼声一直很高，但有争议，涉及不少“禁区”。当时全国尚无先例，敢不敢“闯”，顾虑自然不少。但是，要突出地方特色，不仅要有法治意识，还要有敢为天下先的意识，敢冒尖，如果因循守旧，则难有起色。“敢”、“冒”的结果，在全国率先制定了《福建省保护消费者合法权益条例》。

消费者大为称赞，称之为“创举”，被认为是我国保护消费者合法权益立法的突破性进展。由于在消费者仲裁委员会问题上“闯”了“禁区”，当时颇受非议，认为“群众团体不能执法”，“不是第三者不能仲裁”。但是实践作了回答，从1985年至1991年9月，消费者组织共受理投诉26607件、结案24768件，为消费者挽回损失近一千五百万元。这么大的工作任务是法院或者工商行政部门无法承受的。国家已经制定了法律，或者兄弟省市已经制定了地方性法规，我省在制定法规时也勇于体现地方特色。在起草《福建省未成年人保护条例（草案）》时，上海的《青少年保护条例》已经出台，走在了国家立法的前头，全国第一，影响很大。在这种情况下，是照抄照搬，还是另辟蹊径，我们选择了后者。在法规名称、结构形式、条文内容上突出福建特色，体现了立法工作的开拓创造精神。我省在制定律师执行职务的若干规定时，已排在全国十位以后，我们摒弃了赶任务汇总、拼凑的做法，着重在若干难点上下功夫。最后在代理申诉、律师可以为被采取强制措施的刑事被告人提供法律帮助以及裁判文书的改革方面取得了新的进展，走出了步他人后尘立法而不落俗套的新路子。特殊性就包涵着普遍性，强调立法的地方特色，可以更好地补充或为全国立法提供正反两方面的经验。

四、地方立法要少而精、“短平快”，克服贪大求全的思想，同时注意立法的整体发展

讲究“短平快”是地方立法的生机、活力所在。地方立法要反对繁琐哲学，要讲究实效，适应新事物层出不穷、变化节奏快的特点，解决应急问题，要求法规短小精悍，避免形式上求大求全，内容上面面俱到。求大求全，总则附则样样都有，就难以发挥地方立法灵活机动、因地制宜、随机应变的特点；面面俱到，就会不得要领，淹没精华，而且费时费事。道理很简单，大法有的，不抄也要执行，懂法的嫌重复，不懂法的嫌繁杂，抄了白抄，费力不讨

好。我们何苦以立法形式搞资料汇集？这是由于思想有框框。所以观念要变，不要以为搞法规就要全面、周到。地方立法，有几条算几条，能否解决问题才是检验地方立法优劣的标准。我省“若干规定”式的立法不断增加，其中最短的《关于少数民族计划生育的若干规定》，只有六条，斩头去尾，涉及实质内容的只有三条259个字，这样做，起草、审议、出台快，操作性强，可以照办，可称事半功倍。

以上是就单个法规来说，就地方立法整体发展来说，还必须注意，全面规划，以求法规的配套，防止零敲碎打，搞拍脑袋项目。否则，可能顾此失彼。当然规划后不等于一成不变，不该上的，上不了的就不上，该上的可以上还要上，有规划总比没有好，这是一；第二，注意地方立法的整体发展，也要抓重点，少而精，“短平快”，要防止贪大求全。因为地方立法毕竟与国家立法不同，它只是国家立法的补充，在国家立法的拾遗补缺上下功夫，才能做出好文章。

五、地方立法要注意创新和求实相结合

按照现在的说法，地方立法要有改革试验的新思路。如何使地方立法有利于深化改革扩大开放，有利于生产力的发展，有利于民主与法制建设，有利于政治体制改革，都是地方立法应有的思路。改革是渐进过程，作为地方立法机关，应该使地方性法规饱含创新和求实的轨迹。如我们在地方性法规中规定：人民法院应当在裁判文书中载明律师的主要意见。这是针对裁判文书，尤其是刑事裁判文书过于简单的情况规定的，有利于提高辩护质量和审判质量。既是裁判文书的改革，审判制度的完善，又是律师制度的改革。这个效果，直接来自创新与求实的思路，不起眼，却经得起咀嚼。又如我们在法规中规定，被采取强制措施的刑事被告人，可以请求律师提供法律帮助，并作了严格的限制性规定。就即使现行法律可以容纳，又迈出了前所未有的一步。这是处于改革开放前