

# 地方立法主体扩容的共性与差异<sup>\*</sup>

## ——兼论新疆地方立法权主体的调整模式

沈 田

内容提要：《立法法》修改赋予全国范围内设区的市地方立法权，立法主体多元化与单一制国家之间是否会增添新的矛盾，受到学界普遍关注。为此，需要厘清立法主体扩张的缘由，探讨其对法治建设的积极意义；此外，还需要关注《立法法》相关制度设计，讨论其中为防范地方立法主体扩张带来的地方保护主义问题，也就是既有制度安排如何发挥作用的问题。在此基础上，文章探讨了新疆在贯彻《立法法》修改中应当遵循的共性原则以及与其他省市存在的差异。

关键词：《立法法》 地方立法 立法权主体 扩容 民族自治地区

中图分类号：D927.45 文献标识码：A 文章编号：1009—5330（2017）01—0109—05

作者简介：沈田，厦门大学法学院博士生、新疆社会科学院法学研究所助理研究员（新疆乌鲁木齐830011）。

2015年3月，《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）进行修订，《立法法》修正案将省级以下拥有地方立法权的主体范围扩大，从原有49个较大的市<sup>①</sup>扩大为所有设区的市和自治州，这意味着，在全国范围内拥有地方立法权的主体规模开始扩容。本文选取有较多自治州的新疆探讨地方立法主体扩大中的调整模式。

### 一、地方立法权主体扩容的基本背景与实施关键

#### （一）依法治国对规则治理的客观要求

中国在依法治国发展道路上所追求的政府管理模式应更多依据既有法律法规，以此克服主观、随意的行政命令。法治生活中的核心逻辑是：它需要一种直接、清晰、优良的制度秩序。<sup>②</sup>只有这样，才能实现政令畅通、令行禁止，更加有效地实现全面依法治国。扩大地方立法权主体、使更多地方享有并行使立法权，有利于改善饱受诟病的“地方治理乱象”，为地方治理活动提供法律依据，提高决策的可预测性和稳定性。党的十八届四中全会通过《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》更是深刻体现规则之治、法治意识是现代国家治理的必由之路，为此次地方立法权主体扩容起到助推作用。

#### （二）全面深化改革的制度保障

当前，助力深化改革在顶层设计模式上快速推进，客观上要求深化改革要于法有据，尽快解决法律规则缺失与改革不断向纵深发展的现实矛盾将改革纳入法治轨道，妥善处理改革发展与法

\* 本文系新疆大学新疆稳定与地方经济发展法制保障研究基地一般项目“新疆设立中国—中亚自由贸易区法律框架研究”（XJEDU010914C02）的阶段性研究成果。

① 1993年，国务院批准江苏省苏州市和徐州市属于较大的市，享有地方立法权的城市达到49个。

② 周旺生：《论立法法与其历史环境——关于立法法研究的一个方法论问题》，《法学论坛》2005年第5期。

治的关系。在以往的经验里,中国探索型改革基于降低试错风险和改革成本的需要,往往趋向于“小步慢跑”的改革路径。为了加快改革步伐、降低试错风险,客观上需要赋予地方更多立法权。因此,这次地方立法权主体扩容,相当于给予地方试错更大的制度空间。<sup>①</sup>此次地方立法主体扩容将在今后更多地通过地方立法的模式为各地方探索改革、发展和稳定提供坚实的制度保障。

### (三) 地方立法先行带动中央立法进一步发展

中国在不同的历史时期呈现的中央和地方立法关系各有不同,政治、经济和社会生活的变化发展决定了中央与地方立法关系的发展变化。在全国性立法尚未成熟之际,通过地方立法先试先行、总结好的经验,为全国性立法提供制度准备和制度参考。在这种立法观念支配下,行政立法、地方立法逐渐合宪化,并且成为人大立法的智慧来源。在宪法和国家原有法律来不及修改时,国家对于行政立法与地方立法的“改革性”和“超前性”内容采取默认方式。<sup>②</sup>邓小平指出:“有的法规地方可以先试搞,然后经过总结提高,制定全国通行的法律。”<sup>③</sup>我国的立法实践也表明地方立法在一定程度上是中央立法的智慧和经验来源。

### (四) 赋予地方更大的自治空间

有学者指出,这次赋予设区的市和自治州立法权是其拥有地方自主性的表现。<sup>④</sup>的确,地方立法的目的是为地方治理提供规范依据。规范依据是地方政府行为的合法性基础,集中体现了各方面的意志表达和利益诉求,参与主体较为广泛,地方人大及其常委会、地方政府、地方党委以及地方社会团体都参与地方立法活动,为社会协同治理提供制度平台。从实际情况看,地方立法活动能显著促进各地方人大及其常委会通过地方决策的制定积极参与地方治理,更大限度地发挥地方人大及其常委会在社会治理中的作用,对地方党政机关形成制约和监督。

### (五) 当前地方立法主体扩容实施的关键

我国处于特殊的转型时期,社会情况复杂多变,全国性立法的“试错”成本高昂,往往牵一发而动全身;地方立法则更具有灵活性,可以在无违反上位法的规定下,根据当地的具体情况更“接地气”地“量体裁衣”进行制度创新,推动各项制度的推陈出新,降低“试错成本”,也为当地的社会生活提供规范引导。同时,立法权作为宪法赋予的一项最重要的权力,通过地方立法主体扩张,在一定程度上可以为更多的社会团体、组织、个人提供参与地方立法的管道,社会规范的创制过程能吸纳更多普通民众参与社会公共政策的制定。地方立法主体扩张能缩小立法主体单元,使公民直接参与立法成为可能,地方立法的民主价值得以彰显。

## 二、《立法法》对地方立法主体扩容的法律规制

### (一) 《立法法》修订中有效规避地方保护主义

《立法法》的修订收窄了设区的市的立法权限。《立法法》在扩大立法权主体之后,却又相对收缩了它们制定地方性法规和地方政府规章的权限范围。《立法法》修改之前地方立法的专属事项未作明确规定、科学阐释,采用一种模糊的方式加以概括。这在很大程度上是因为受到新中国成立以来的一种积淀深厚的“重中央、轻地方”立法思维的影响。<sup>⑤</sup>此次《立法法》修改改变了

① 秦前红:《地方立法权主体扩容利弊》,财新网, <http://opinion.caixin.com/2014-12-29/100768890.html>。

② 郝铁川:《论良性违宪》,《法学研究》1996年第4期。

③ 《邓小平文选》第2卷,北京:人民出版社,1994年,第146~147页。

④ 秦前红、李少文:《地方立法权扩张因应之策》,《法学》2015年第8期。

⑤ 封丽霞:《中央与地方立法关系法治化研究》,北京:北京大学出版社,2008年,第340页。

以往只对国家最高立法机关的专属立法权进行明确列举的立法技术手段，对设区市的地方立法权也做了限定，包括“城乡建设与管理、环境保护和历史文化保护等方面的事项”，根据全国人大常委会法律委员会《关于立法法修正案（草案）审议结果的报告》，“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项”范围是比较宽的。从目前49个较大的市已制定的地方性法规涉及的领域看，修正案草案规定的范围基本上都可以涵盖。<sup>①</sup> 实践表明，地方立法中能真正发挥作用的也是这几个方面。比如，苏州市人大制定的“禁止开山采石”条例，开山采石行为被叫停，有限的山体自然资源得以生态化修复；制定的“阳澄湖水质保护”条例，让苏州的阳澄湖饮用水水源地水质由五类变为三类；“园林管理”条例出台后，苏州园林保护的业绩是有目共睹的。<sup>②</sup> 城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项都属于地方政权提供公共产品和服务的形式。政府职能转变就是要把地方治理的重点放在关乎群众利益的社会事务上。立法权主体上的扩张和立法权限的收窄更进一步凸显了它推动地方“自治”的改革性质。<sup>③</sup>

### （二）有效约束拥有立法权后的政府权力

这次《立法法》修订厘清了地方政府规章的权力边界。《立法法》规定，“没有法律、行政法规、地方性法规依据，地方政府规章不得制定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范”，在制度设计上采取措施防止公权力通过地方立法的形式对社会自治的事务过度干预、对公民的私权利进行侵害。另外，规定对于“应当制定地方性法规但条件尚不成熟的，因行政管理迫切需要而先制定的地方政府规章”、实施满两年需要继续实施相应规章所规定的行政措施的，应当提请本级人大或其常委会制定地方性法规。进一步限定了地方政府出台规章的程序要求、廓清了地方性法规与政府规章的权力边界，防止低位阶的法律规范对市民社会的过度干预。

### （三）《立法法》规避本位主义危险

这次《立法法》修订新增了启动审查机制。备案审查的启动分为主动审查和被动审查。被动审查<sup>④</sup>是有关机关、团体、个人提出审查建议，由常务委员会工作机构决定是否启动审查程序。主动审查是本次《立法法》修改新增的启动方式，备案审查机关可以对公布后的地方性法规、规章启动监督程序，对报送备案的规范性文件进行主动审查，看是否存在与宪法、法律相抵触，违反上位法的情况，弥合规范性文件间的冲突，保证整个法律体系内部的协调统一。按照《立法法》第98、99条规定：“设区的市、自治州的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规，由省、自治区的人民代表大会常务委员会报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案；设区的市、自治州的人民政府制定的规章应当同时报省、自治区的人民代表大会常务委员会和人民政府备案；有关的专门委员会和常务委员会工作机构可以对报送备案的规范性文件进行主动审查。”

① 武增：《2015年〈立法法〉修改背景和主要内容解读》，《中国法律评论》2015年第3期。

② 杜国玲：《地方立法“限权”了吗》，《南方周末》，<http://www.infzm.com/content/108517>。

③ 秦前红：《地方立法权主体扩容利弊》。

④ 根据《立法法》第99条规定：国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的，可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的要求，由常务委员会工作机构分送有关的专门委员会进行审查、提出意见。前款规定以外的其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的，可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议，由常务委员会工作机构进行研究，必要时，送有关的专门委员会进行审查，提出意见。由此可见，被动审查机制根据提起主体的不同，后续的程序也不同，由其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民提起的审查建议，不必然导致审查。

备案机关可以对报送备案的规范性文件就制定机关的权限、是否符合程序、是否符合法规之间的一致性予以审查,对存在相互冲突的规范予以处理。此外,可以启动对法规的违宪、违法审查。除了有关机关可以启动对地方性法规的主动审查之外,社会团体、企事业单位、个人认为地方性法规同宪法或者法律相抵触的可以对其提出审查建议,从而由全国人大常委会启动对规范性文件的审查程序。这是社会现代化治理、公共治理的必然要求。如果仅依靠全国人大或国务院法制办对浩如烟海的地方立法进行审查,无疑于大海捞针,因此,需要有更广泛的群体参与地方性法规的审查,通过公民、媒体等社会力量的监督,形成主动审查与被动审查相结合的审查机制。被动审查制度的建立与完善将会为我国迈向违宪审查制度打下良好的基础。<sup>①</sup>

### 三、新疆如何应对地方立法扩容

按照《立法法》要求、结合新疆实际,新增“设区的市”有哈密和吐鲁番,这两市人民代表大会和常务委员会均拥有立法权;新增立法权的自治州包括:伊犁哈萨克自治州、昌吉回族自治州、博尔塔拉蒙古自治州、巴音郭楞蒙古自治州、克孜勒苏柯尔克孜自治州,其中伊犁州和博州之间还存在行政隶属关系。考虑到这些自治州人民代表大会原本拥有地方立法权,因此,这次新增的权限,应当是人民代表大会常务委员会层面的立法权。通过“两市五州”的基本情况,可以发现新疆在这次《立法法》修订的贯彻和落实方面具有区别于其他省市自治区的特殊之处。

#### (一)“五州”与地方立法主体扩容

分批赋予设区的市、自治州地方立法权。《立法法》规定,地方立法主体扩张要遵循“循序渐进”的改革策略,根据城市的发展水平、立法需求、立法能力等因素综合考量,由省级人大常委会管控所辖市立法权放开的进度,分阶段、分批次推进,并由全国人大常委会备案。中央、地方协同配合推进立法主体扩张也是《立法法》修改的应有之意。我国地方立法呈现一种“梯度分权”的格局,不同行政建制立法权分配也呈现“梯度状态”。在尊重地方发展差异化的基础上,有步骤、分阶段、因地制宜地下放立法权,可克服“一刀切”“统放统收”的弊端。

同时,需要区别对待新增的设区的市与自治州的立法能力。因为新疆的5个自治州已经拥有数十年的立法权运作经验,其无论是立法经验还是立法能力都远高于第一次涉及立法活动的城市。自治州根据《宪法》《立法法》《民族区域自治法》的规定,享有自治条例、单行条例的制定权,自治地方的人民代表大会有权依照当地的政治、经济和文化特点,制定自治条例和单行条例,可以对相关法律作出变通规定,使之更加符合民族自治地方的实际需要,维护国家法制统一,使国家法律得到切实有效的贯彻实施。这与《立法法》新增的地方性法规和地方政府规章在规定事项有重合的部分,然而更多体现了民族自治地方的特殊性,在规制范围上完全涵盖甚至超出了《立法法》对地方立法主体权限的规定。自治条例和单行条例在实践中的规制范围实际上已经全面涵盖甚至溢出了《立法法》的三项限制,同时还拥有不容小觑的规范位阶。<sup>②</sup>由于新增的立法权事项仅限于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护这几项,相较于民族自治地方广泛的立法需求,自治条例和单行条例中的“变通规定”在法律效力上应该优于地方性法规、规章。<sup>③</sup>此外,也应防止非自治性事务借单行条例之名予以实施,滥用单行条例的制定权。

<sup>①</sup> 刘莘、覃慧:《论我国“法制统一”的保障体系——兼评修正后〈立法法〉的有关规定》,《江苏社会科学》2015年第4期。

<sup>②</sup> 郑毅:《对新〈立法法〉地方立法权改革的冷思考》,《行政与法》2015年第4期。

<sup>③</sup> 韦志明:《论民族自治地方“法律变通”的规范认识》,《学术论坛》2014年第12期。

## （二）“两市”与地方立法主体扩容

在单一制模式下，地方立法的首要职能是保证宪法、法律和行政法规在本行政区域内的遵守和执行。将抽象化、弹性大的中央立法根据本地区的政治、经济、文化发展状况进一步具体化、地方化，是在技术上对中央立法的一种可操作性的回应方案。设区的市在我国具有相对特殊的地位，是地方治理未来发展的趋势。设区的市管辖的面积一般较大、人口较多（相较于县和乡镇），管理体制较为完善，政权机构、社会团体相对健全，作为一个相对中间的行政建制，以其来建设地方治理体系并提升地方治理能力，具有相对的科学性，它能够回避省一级行政区过于宽泛的问题、又能够避免县一级行政区过于狭窄的缺陷。<sup>①</sup>

然而，对于新疆“两市”来说，毕竟首次拥有立法权，经验与能力无法与“五州”相比。由于受到传统的中央集权以及片面的单一制国家理论的影响，人们习惯将地方立法看做是中央立法的自然延伸和“末梢”，或者说只是把地方立法当做是中央立法的无足轻重的“拾遗补缺”。这种观念直接导致了对地方的性质和职能的认识偏差以及地方立法在实践中的误区。<sup>②</sup> 由于对地方立法持有这种狭隘的认识，导致地方立法存在保守性、被动性的特点，始终限于中央立法制定本地区实施细则，配套措施、立法创新不足，重复立法现象严重。新疆“两市”属于相对中间的行政建制，距离地方居民更近，更能准确把握、反映当地民众的意愿和诉求，在地方立法中更应注重地方特色，在不违反上位法的前提下，使其更加具有实用性和可操作性，增强民众对国家法制的认同和接受程度。

## （三）新疆新增立法主体应注意的问题

在立法机构人员结构方面，地方人大及其常委会的组成人员和工作方式必须适应《立法法》的新要求，特别是新增设立法权的设区的市，建议增设相关的专业委员会或法制委员会，建立立法工作的长效机制，聘请具有法律专业知识和业务能力的立法顾问参与立法活动，增补具有法律专业背景的人员担任常委会委员。

在确保立法技术的科学性方面，《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出“探索委托第三方起草法律法规草案”。因此，在地方立法中可以将立法委托给专家或中立的第三方，如委托高等院校、科研机构等，通过其具备的法律专业知识提供法律服务，确保地方性立法草案的立法质量；同时也要采取一定措施监督第三方，如采用公开招标委托立法，注重制度公开，让公众广泛参与立法，减少有关机关对立法活动的牵制和影响。

设区的市、自治州地方性法规按照制定程序的要求需要由省级人大常委会批准，因此，自治区人大常委会要严格把握“批准权”，对于不符合审查要求、与上位法有冲突的地方性法规有权不予批准。但目前全国各省、自治区人大常委会对报请批准的地方性法规、自治条例和单行条例的审查暂时没有统一要求，有的是全面审查、有的是合法性和合理性审查、有的仅是合法性审查。建议今后全国人大及其常委会对审查内容和程序作明确规定和统一要求，提高人大常委会“批准权”的可操作性。

责任编辑：万小燕

<sup>①</sup> 秦前红、李少文：《地方立法权扩张因应之策》。

<sup>②</sup> 董和平：《市场经济与地方立法观念转变》，《南京社会科学》1994年第12期。