

DOI:10.13216/j.cnki.upcjess.2017.01.0009

“设区的市”立法赋权的理论定位与 行权的对策建议

张富利^{1,2}, 赵莉莉³

(1. 福建农林大学 文法学院, 福建 福州 350002; 2. 复旦大学 法学院, 上海 200438;
3. 太原师范学院 法律系, 山西 太原 030619)

摘要:赋予全部“设区的市”立法权,既是渐进式的纵向分权的体现,也是处理中央与地方关系的最优路径。“设区的市”拥有立法权并非“违宪”,而是宪法规范对社会的滞后性反应,从规范与事实的龃龉角度可以作出解释。《立法法》对立法权限的“等”字规定,应从立法实践与草案三稿变化得出“等外”之义,而对“城乡建设与管理”的内涵应从短期与长期两个方面作出理解。此外,新修订的《立法法》通过备案审查制度在制度框架内化解了“较大的市”立法事项收缩与法定事项以外的法规效力之间的张力。在“设区的市”行权问题上,未来的对策应从设置立法机构、强化人大对立法的主导地位等角度考虑,通过多层次的审慎举措推动地方立法实践的良性发展,使之契合国家治理的导向和良法善治的要求。

关键词:“设区的市”;立法权;行权

中图分类号:D901 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-5595(2017)01-0049-08

2015年3月15日,第十二届全国人民代表大会第三次会议正式审议通过《关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》,其中第72条赋予了全部设区的市(284个)、自治州(30个)以及广东省东莞市、广东省中山市、甘肃省嘉峪关市和海南省三沙市4个地级市地方立法“通行证”,实现了地方立法的“三次分权”。至此,“设区的市”立法权的法律地位受到保障,其权限与自主性得到大幅提高。而修改后的《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)在实行过程中依然遇到了诸多理论与实践的考验。故此,在法学理论上对“设区的市”立法权进行探讨,具有极其重要的现实意义。

一、“设区的市”立法权的基本概念探讨

“概念是解决法律问题所必须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]对“设区的市”地方立法发展研究也应从概念开始。

(一)“设区的市”之概念厘定

要厘清“设区的市”的概念可以从行政区划和规范意义两个角度展开。从行政区划角度来讲,“设区的市”的范围与中国行政建制的地级市类似,可以说“设区的市”基本等同于地级市,全国大部分的地级市都有市辖区,只有少数地级市没有设区,如广东省中山市及东莞市、甘肃省嘉峪关市、海南省三沙市等。从规范角度讲,“设区的市”是一个法律概念。《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)、《立法法》、《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(以下简称《地方组织法》)、《中华人民共和国选举法》中对“设区的市”都有提及。2015年8月29日,第十二届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议^①对《地方组织法》作出修改,将“省、自治区、直辖市人民所在地的市和经国务院批准的较大的市”修改为“设区的市”,实现了与宪法所确立的行政区划制度紧

收稿日期:2016-09-11

基金项目:中央高校基本科研业务费专项资金资助项目(106112016CDJXY010008)

作者简介:张富利(1980—),男,河北玉田人,福建农林大学文法学院副教授,博士,复旦大学法学院博士后流动站研究人员,研究方向为法理学、宪法学。

密接轨。其中值得注意的是,立法意义上的“设区的市”将“较大的市”^②所包含的“经济特区所在地的市”排除在外。

(二)“设区的市”立法权限

由于中国迄今为止尚未承认地方可以拥有独立于中央之外的“地方主权”,“地方立法权”仍是一个学理概念。^③但《立法法》第2章第1节中已明确提出“立法权限”一词。学者李林将“立法权限”定义为“立法主体行使立法职权的权力限度和内容范围”^[2]。对于地方而言,立法权限就是纵向上中央与地方的立法事项范围区分,横向上地方人民代表大会与地方人民代表大会常务委员会之间、地方人民代表大会及其常务委员会与地方政府之间的立法事项界限。此处,有必要借助法律优先原则和法律保留原则对“设区的市”立法权限问题进行分析。

法律优先,又称“法律优越”或“法律优位”,特指在中央与地方的法律关系中,中央立法权位阶高于地方立法权,地方立法权之行使不得与中央立法权相抵触,两者在法制统一原则的规束下保持和谐。具体包括两种情形:一是在已有法律规定的情况下,其他法律规范都必须以法律为准,不得与法律相抵触;二是在上位阶的法律规范就某事项没有相关规定的情况下,下位阶的法律规范作出了规定,但下位阶的法律规范必须在上位阶的规范就此事项作出规定以后作出相关修改或废止。^[3]于“设区的市”而言,其制定的自主性法规、执行性法规,不得同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触,若出现抵触情况,省级人民代表大会常务委员会应当作出处理决定;对于“设区的市”制定的先行性法规而言,若其与国家随后制定的法律或者行政法规相抵触,制定机关应当及时予以修改或者废止。

法律保留原则原本是作为依法行政的次原则而存在的。^[4]台湾学者陈新民进一步区分了宪法意义上的法律保留与行政法意义上的法律保留,指出所谓宪法意义的法律保留是指“在国家法治秩序范围内,某些专属立法机构规定的事项决不能由其他机构规定”^[5],也称立法保留。显然,此处的法律保留是宪法意义上的法律保留。地方立法权限问题主要是指中央与地方立法权限的划分,从《宪法》与《立法法》的相关规定来看,中央与地方立法权限的划分,基本上采用了禁止式和列举式的权限划分方式。新《立法法》对中央与地方立法权限的划分更为明确,即“设区的市”可以在城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面进行法规的制定。学界对于此权限范围有不同的看法,如何能更好地在法治轨道上推进地方

立法发展、科学规划地方立法的法律保留事项值得思考。

二、“设区的市”立法赋权的理论论证和基本定位

(一)法源依据之“合宪”与“违宪”之争

立法权的纵向配置关乎整个国家的立法体制设计,只有从宪法层面对其予以规定,其合法性基础才坚不可摧。^[6]将立法权下放到“设区的市”,由于没有以国家根本大法的形式予以确认与规制,在“较大的市”立法权合宪性问题质疑不断的背景下,又掀起了学界的争论热潮。

1. “违宪”理论观点

持“违宪”观点者认为根据现代国家的法治原则,国家机关的各项权力只能由宪法创设,赋予地方立法权也只能以宪法这一国家意志表示^[7],宪法规定是对其合法性的根本保证,即使有所突破,也应坚守“形式合宪”这一底线^[8]。“设区的市”的立法权同“较大的市”的立法权一样,在中国现行《宪法》中并未体现,对其有明确规定的仅仅是《立法法》《地方组织法》。显然,《立法法》和《地方组织法》的效力位阶低于《宪法》,因此,地方立法主体扩至“设区的市”有违宪之虞。2000年《立法法》第63条将“较大的市”规定为地方立法主体,2015年《立法法》第72条又将立法权主体扩至全部“设区的市”,这种将立法权不断下放的规定是在挑战《宪法》的权威,是在破坏中国法律体系的融贯性。实际上,笔者认为上述违宪观点是基于“形式法治”而展开的讨论,而形式法治最大的局限就是法律规范的静态性。法律源于社会变迁,静态存在的法律规范与不断发展变化的社会矛盾之间的冲突是不可避免的,且作为意识形态的法律规范只能适应社会发展,而不能左右社会变迁。规范与事实之间的齟齬随着社会的动态发展会更加严重,直到规范与事实完全分离而导致规范被修改或废止。倘若机械、教条地适用《宪法》,遇到问题就用“违宪”来否定,忽略实然状态法律的滞后性特点,则难免有一味地坚持法治形式主义、用滞后的法律限制社会发展之嫌。

2. “合宪”论证观点

学界持“合宪”观点的学者居多数。“合宪论”学者是从历史解释的角度进行论证,认为1982年的《地方组织法》与紧随其颁布的《宪法》均是由第五届全国人民代表大会表决通过的,同一届、同一批制定主体在修宪时必然认识到了《地方组织法》与《宪法》内容不一致的问题,却未对此提出任何异议,这表明立法者认为省级以下的人民代表大会享有立法

权是合宪的。同时,自2000年《立法法》颁布以来,2004年修宪也未对《宪法》第100条进行修改,并在“较大的市”的地方立法权合宪性还存在争议的情况下,进一步赋予“设区的市”地方立法权,也足见对《立法法》地方立法主体扩容合宪的默认。^{[9]64-71}“法学实质上也是史学,其根基不在于法律条文、办案审判等‘技术性知识’,而在于能够承载民族精神、触及历史真理。”^[10]通过历史解释,寻找到内在联动,为“设区的市”立法权的正当性提供依据。还有学者从前置的批准程序角度出发,认为“设区的市”制定的地方性法规的最终出台须报请省级人大常委会批准,否则不可颁布施行,这种看似由“设区的市”地方立法机关行使的立法权,实际上最终决定权掌握在省级人大常委会手中。从这个角度看,省级人大及其常委会才是立法权行使的真正主体,因此“设区的市”立法权不存在违宪。^[11]笔者认为此种说法有诡辩之嫌,因为根据《立法法》规定,除49个“较大的市”立法权以外,其他“设区的市”立法权是一种从无到有的过程,而省级人大常委会的“批准”是限制权力的行使程度,二者不可等同视之。还有学者从斯卡利亚(Antonin Scalia)对宪法解释争议^④的理解和卡尔·拉伦茨的宪法解释目标角度出发,认为《立法法》与现行《宪法》的实际分歧只能理解为(良性的)法律续造或解读为以立法的方式发展宪法,“设区的市”代替“较大的市”从形式数量上构建了与现行《宪法》的逻辑通路。^{[12]48-59}

从立法理论出发,赋予“设区的市”立法权是对宪法规范滞后性问题的补充,而学界对于“合宪”与“违宪”的争论实则是宪法应然状态与实然状态的矛盾。对于地方立法权的理解,应随着实际发展的需求不断调适。宪法在最初的制定过程当中,由于主客观条件的限制,对某些事项没有涉及或有意回避,但随着时代的发展,社会对这些事项的需求凸显,从而造成宪法条文与具体事实之间的冲突,且宪法规范层面对社会规范的滞后性不可避免。“没有一种制度规范是尽善尽美的,所以这种冲突与矛盾也被理解为是正常的。”^[13]中国行政建制的“市管县”“地改市”和2002年以来的“扩县强权”中的制度变迁,还有改革开放以来的各类地方试验,都是考察中国宪法社会适应性的绝佳样本。“宪法的社会适应性,在承认宪法规范面对社会变革时难免有滞后性的同时,强调规范不应一味迁就现实,而应当在合宪性的基础上将现实的要求纳入规范体系内。”^[14]美国宪法学家卡尔·罗文斯坦在《比较宪法学说绪论》中指出:“宪政民主对人类的最终状态

持怀疑态度,而力图在不断的社会经济试验中通过试错程序来发现法治以及保障人权的更好方法。”^[15]对于“设区的市”立法权的合宪性论证,在不违背宪法的基本价值与核心内容的前提下,宪法解释、宪法修改是有效的解决办法。由于宪法修改对于宪法规范的稳定性影响较大,不宜过于频繁地发动,而宪法解释在灵活性和稳定性之间能够保持较好的平衡,因此成为实现宪法的社会适应性的主要形式。^[16]只因《宪法》中没有明确赋予“设区的市”地方立法权,而质疑其合宪性的论证值得思考,赋予“设区的市”立法权实际是消除或减小规范与事实的龃龉,表明宪法的社会适应性存在滞后性问题。

(二)立法权配置之“放权”“限权”“收权”之疑

1. “放权”

所谓“放权”是对49个“较大的市”以外的原先没有地方立法权的其他市而言的。《立法法》赋予全部“设区的市”地方立法权,对此有学者持谨慎态度,他们认为随着社会主义法律体系日臻完善,立法愈发细化,地方立法空间应逐渐缩减,地方治理应更注重如何执行好上位阶的法律,而非一味强调下放立法权,因此赋予“设区的市”立法权之必要性有待商榷。^[17]同时也有学者对立法权不断下放产生担忧,认为享有立法权的主体的行政层级越低,部门利益与地方保护主义法律化风险越大,越容易侵犯公民的正当权益,在其与公民利益愈渐接近之时,公民利益受侵犯的几率自然越高,在相关制度尚未健全的情况下,赋予全部“设区的市”地方立法权更应审慎。^[18]

渐进式的纵向分权经过改革开放的实践检验,被认为是处理中央与地方关系的最优路径。“大国出于地方差异和自治的需要,尤其需要纵向分权。”^[19]从理论角度分析,基于地方自治需求和民主发展,地方立法主体有很大扩展空间,并不局限于这一地方是市还是更为基层的县。实践层面,以此次修改方案的变化为例,2013年党的十八届三中全会提出“逐步增加有地方立法权的较大的市数量”。为解决“较大的市”申报和批准行为性质不明确、审批标准不透明等弊端,学者提出了三个方案:一是增加一定数量的较大的市;二是地方立法主体扩容至所有的较大的市;三是地方立法主体扩大到县一级。不难看出,这三种方案的主体扩容程度一次比一次大。修正草案历时一年半之久,最终采用了第二个方案,足见立法者对赋权的谨慎。当然立法权下放风险难以避免,但“无论立法主体数量如何增加,只

要地方立法坚持不抵触、有特色、可操作三原则,都可以在最大程度上防止弊端和问题”^[20]。

2. “限权”

《立法法》以列出正面清单的方式对“设区的市”立法事项进行了限制,即“在遵循不相抵触的前提下,可以对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项制定地方性法规,法律对设区的市制定地方性法规的事项另有规定的,从其规定”。这种权限规定看似清晰,却经不起推敲,尤其是规范内容中的“等”字是“等内”还是“等外”?“城乡建设与管理”又该如何理解?

(1) “等内”抑或“等外”

从草案到最后修正案颁布,对于“等”字的理解一直有不同的声音:一种声音认为,各个地方利益出发点不同,各地的理解和执行也可能出现不一致,建议通过全国人大的解释,将其尽可能细化,以防止越位立法、地方利益保护等问题的出现;还有声音认为“等”字含义不清,为地方扩大行使立法权留下了空间。

郑毅根据《立法法》第72条第6款“涉及本条第二款规定事项范围以外的,继续有效”的表述和第82条第3款“涉及上述事项范围以外的,继续有效”的表述认为,既然有“范围以外”的提法,则意味着“范围”本身的明确性,即仅限于三项列举事项的“等内”认定。^{[12]53}相反的观点则根据《立法法》第67条列明的听取意见形式之“等”毫无疑问是“等外”之意,认为同一文本中“设区的市”立法权限之“等”也是“等外”之意,且根据该条但书内容判定“设区的市”地方立法事项范围实则是“3+”,但“+”的内容应以法律的明确规定为依据。^{[9]67}更有学者认为部分“设区的市主张‘等外’,表面看是立法冒进扩张主义,实则是地方利益、部门利益假法之名的大肆驱动”。^[21]

《立法法》修正草案经过三稿变化^⑤,初稿列举的事项实质只有“城市管理”一项,其列举的三项内容都包含在城市管理范畴之内,二稿中又将“城市管理”与“城市建设”“环境保护”并列^⑥,三稿不仅吸收了前两稿的列举,将“城市建设”“城市管理”改为“城乡建设与管理”,更是新增加了一项“历史文化保护”。从修正草案三稿变化呈现出的逻辑演进来看,地方立法权限的范围是呈现一种扩大的趋势。笔者认为,《立法法》在修改过程中已经将地方立法权限作了明确的扩大列举,且根据目前49个“较大的市”已制定的地方性法规涉及的领域范围也可以看出,“城乡建设与管理”“环境保护”和“历史文化

保护”的范围基本可以涵盖城市立法需求,因此,《立法法》对“社区的市”立法权限的列举规定应判定“等内”之义。

(2) “城乡建设与管理”

基于对立法事项范围“等内”与“等外”的讨论,城乡建设与管理的涵盖范围也引起了学者的注意。首先,对于城乡建设与管理的内涵,有广义说和狭义说两类:广义的城乡建设与管理范围很广,是对城市政治、经济、环境和社会管理的综合;狭义的城乡建设与管理包括城乡规划管理、环境保护管理、市容管理、市政公用管理、房地产管理、城乡土地利用管理和建设管理。^[22]根据第十二届全国人大法律委员会关于《中华人民共和国立法法修正案(草案)》审议结果的报告,城乡建设与管理包括城乡规划、基础设施建设和市政管理等。在“等内”与“等外”尚存争议的情况下,又用“等”概括城乡建设与管理的范围,使立法事项的范围又蒙上了一层纱。对于城乡建设与管理是作扩大解释还是缩小解释,学界争论如下:根据全国人大法工委武增指出的《立法法》所列举的三项涵盖范围是比较广的说法,一些学者主张“宪法性法律旨在成为一件宽松外衣”^[23],对于地方立法事项不宜约束过紧,且以苏州市1993年至2015年制定的地方性法规为参考,认为实践操作中的结果与主观判断差异较大,城乡建设与管理作扩大解释是符合实际的。^[24]进而有学者建议将城市的土地管理、教育、医疗事业等内容全部纳入城乡建设与管理中。^[25]持缩小解释观点的学者从立法统一的角度分析,认为若对城乡建设与管理作扩大解释,与“限权”初衷矛盾,在同一法律内出现这种相反不一的解释是不允许的。

《立法法》对于“设区的市”立法权限以明确列举的方式作出,突破了以往的概括模式,具有里程碑意义。对立法事项的“等内”限定与对“城乡建设与管理”的“等外”倾向,是否会将“设区的市”的立法权置于“普罗克拉斯提斯之床”?对此,笔者认为可以从近期和长远两个角度予以回应。近期看来,在适度控制“设区的市”人大立法数量和速度的情况下,加强和规范对其立法的备案审查,就没有必要过于机械地纠结于到底是“等内”还是“等外”。从已经出台的7部地方性法规可以看出,地方立法事项范围并未突破《立法法》规定的权限。根据近一年的立法实践,“设区的市”在拿到立法“通行证”之后首要解决的是辖区内普遍而突出的问题,如市容环境差、环境污染严重、交通拥堵等,以凸显“地方立法”这一新鲜事物对城市的治理功能。从长远来

看,对《立法法》第8条的规定,可设立不同层次的法律保留事项:如第8条第1款、第4款、第5款、第8款、第10款中规定的事项可明确为中央法律专属事项,地方性法规绝对不能染指,而第2款、第3款、第6款、第7款、第9款规定的事项地方立法可在法律基本原则与基本制度范畴内进行细化和补充。

3. “收权”

与其他“设区的市”立法权从无到有相比,过去“较大的市”立法权范围规定从“反面排除”变成了“正面列举”,丧失了列举事项以外的其他立法权力。对此,有学者从理论与实践角度提出了质疑。“较大的市”经过多年发展,其立法技术已较为成熟,此时限缩其立法权限,需要作出令人信服的解释。从理论上讲,“程序法是实体法之母”^[26],地方性法规的出台需要经过立项、起草、审议、表决和省级人大常委会的审查批准等一系列环节,再加上需要遵循不抵触原则,这些已足以保证地方所立之法的合法性。实践层面,“较大的市”地方立法权的获得也是谨慎的,经历了1982年的草案拟定权、1986年的地方性法规制定权和2000年的制定权辅之以严格的审查批准措施,整个确定过程历经18年。且自2000年以来,“较大的市”地方立法权取得了长足的发展,虽然也存在一些问题,但并未破坏法制统一,此次将所有“设区的市”的立法权限定在同一范围内实是一种削足适履的做法。对于发展程度较高的市,其对地方立法权的主要需求并不在于《立法法》所限定的事项。以南京市为例,在《南京市人大常委会2013—2017年立法规划》中,包括《南京市企业国有资产监管条例》《南京市财政监督检查办法》等在内的地方性法规便不在上述范围之列。^[27]

此外,“较大的市”法定事项以外的法规效力也值得关注。自1986年行使地方立法权以来,广州市已制定的地方性法规当中,只有一半左右的内容在三项立法事项范围之内,那剩下的三分之二何去何从?《立法法》以“涉及本条第二款规定事项范围以外的,继续有效”的规定区别对待其他法律的归宿,实行“老城老办法,新城新办法”。但若已制定的地方性法规突破上位法的规定,其最后命运是被修改还是撤销?若省级人大常委会可以修改,是否会导致原先“较大的市”“以修法之名行立法之实”(行使三项事项范围以外的立法权)?对于这种突破立法权限范围的可能,中国法律制度也有安排,将备案审查权赋予了“有关机关”。根据《立法法》第97条的规定,对于地方性法规,全国人大常委会、同级人大有权改变或撤销;对于地方规章,国务院、上一级政

府有权改变或撤销,地方人大常委会有权撤销。从理论上讲,基于纵向与横向的监督,试图通过修改行为僭越立法权限是不可能的。然而,实践中,法规的事前批准形式化、事后备案审查虚置化现象不免让人对可能产生的僭越风险担忧。

三、“设区的市”地方立法权行权的对策建议

《立法法》在赋予“设区的市”立法权的同时,为防止其滥用立法权,进行了若干制度设计。^⑦对于处于“蹒跚学步”阶段的“设区的市”,在行使立法权过程中,除了遵循《立法法》已明确的制度之外,还可以通过设置地方立法机构、强化人大对立法的主导作用、提升地方立法人员素质、推进基层立法联系点建设、健全立法监督机制几个方面防范风险,确保“设区的市”立法事业不断健康发展。

(一) 设置地方立法机构

地方立法权是“设区的市”新增的一项重大权力,对“设区的市”的发展具有里程碑意义。“工欲善其事,必先利其器”,“设区的市”要承接好这项权力,首先要设置地方立法机构,做好硬件准备。如何科学、合理地设置“设区的市”地方人大立法工作机构、妥善解决好硬件难题是当务之急。《地方组织法》第30条规定:“省、自治区、直辖市、自治州、设区的市的人民代表大会根据需要,可以设法制委员会、财政经济委员会、教育科学文化卫生委员会等专门委员会……”第53条规定:“常务委员会根据工作需要,设立办事机构和其他工作机构。”立法机构设置必须要体现人大权威,还应体现专业化。“设区的市”的地方人大及相关的立法职能部门,要认清形势和未来工作重点,着手设立新的机构用于处理和解决在立法工作中可能遇到的问题,具体做法可借鉴已经享有地方立法权的49个“较大的市”做法,规范机构名称、级别,细化并统一立法职能职责。

(二) 强化人大对立法的主导作用

发挥人大主导立法的作用不仅是做好立法工作的应然之义,而且是控制地方保护主义、部门利益法律化最直接、最有效的办法。中国法律之外的规范性文件数不胜数,保护地方利益、部门利益的“红头文件”更是屡禁不止,在这种情况下,更需要专业、中立的人大参与立法,以防止相关职能部门在立法过程中借机为本单位、本部门谋取私益。强化人大立法主导作用,不仅要体现其实体方面的优势,还要发挥其程序上引导立法发展方向的功能。《党的十八届四中全会〈决定〉学习辅导百问》一书中明确指出:“这种主导作用,应当体现在法律法规的立项、起草、审议、表决等各个环节。”“设区的市”首次尝

试行使立法权,培养建立人大主导立法的立法氛围与立法模式,可为今后法治建设提供范本,从而节约治理成本,提高立法质量。具体而言,在立项上,要充分发挥人民代表大会常务委员会及其有关专门委员会和工作机构在立项中的积极性和主动性,重视人大代表提出的立法议案和建议,通过公开征集立法项目,确定需要立法规范解决的问题,科学论证,完善立法规划;在法规草案起草上,要拓宽法规草案起草渠道,充分发挥地方人大、政府部门、专家学者的积极性,探索双轨起草机制,扩大地方人大自主起草法规草案的比例;^[28]在审议环节,要处理好统一审议机构和其他专门委员会或者有关工作委员会的关系,发挥有关专门委员会对法规草案的初步审议和法制委员会统一审议的优势;在表决上,要秉持地方立法“精当”理念,为控制“设区的市”人大立法数量,要更注重地方特色凝练和质量提升,地方人大与全国人大的不同之处体现在人数更少,也更加了解当地的实际情况与需求,可通过制度设计限制地方人大及其常委会通过的法律数量,而适当提高其立法质量。当下,地方保护主义和部门利益法律化的现象难以从根本上遏制,强化人大对立法的主导作用,可以让更多的利益相关者、公众参与到利益博弈中,通过让不同的利益主体表达不同的诉求,在一定程度上可以有效控制地方保护主义和部门利益法律化现象。

(三)提升地方立法人员素质

立法本身是一门学问,要想制定出好的法律,必须掌握科学的立法知识和立法技术。于“设区的市”而言,高素质的立法队伍是地方立法质量的保证。按照全国人大常委会委员长张德江提出的“政治坚定、业务精通、务实高效”的基本要求,首先,要制定立法队伍建设的阶段性规划,在5到10年内,吸引大量的优秀专业人才集中到地方立法机构,并建立一套完善的人才培养、人才吸收机制。其次,要加强对立法队伍的专业知识培训,使地方立法工作人员熟练掌握地方立法所需的专业知识和技能,承担起科学立法的任务,做到“内行面前不外行、专家交流不怯阵”。再者,还应为立法人员创造更多实践机会。对外加强立法工作交流,开阔立法工作者的视野,使立法工作者从更高层次思考地方立法规律;对内要为立法工作人员创造深入基层、深入群众的条件,采取挂职锻炼、蹲点调研、岗位交流等方式增进立法工作人员对基层的了解,增强其实际工作能力。最后,通过立法学会、研究会等团体,将长期从事立法工作又退出工作岗位的优秀人才组织起

来,通过专题研究等方式,总结地方立法工作规律,为培训地方立法干部、提高地方立法质量提供智力支持。

(四)推进基层立法联系点建设

十八届四中全会强调,建立基层立法联系制度,推进立法精细化。地方立法联系点的实践由甘肃省人大常委会首创,其将征求立法建议的触角延伸到基层一线。地方立法联系点丰富了公众参与立法的形式,由于组织者是基层人大,与由上而下的座谈会、论证会、听证会相比,其将民主立法扩展到了最接地气的基层,有着无法比拟的优势。随着立法权威的提高,公民对于立法的参与意识也不断增强。正如陈伯礼教授所言:“现代民主社会的立法,不可能抛开社会公众的意见,另寻他路来主导立法活动。”^[29]由于“处于更低层次的地方政府对于民众的偏好更加敏感”^[30]，“设区的市”可根据辖区实际情况,设置立法联系点,以县、乡镇、街道为据点,成立联系点领导小组,并下设办公室,保障日常工作所需条件与经费,拓展联系渠道,以点带面,形成联系点网络。通过立法联系点这一基层平台,深入群众,及时了解群众诉求,收集群众关心的热点与难点问题,将基层的立法需求反映到人大。在此过程中,要充分整合人大代表、专家团队和基层人大各方资源,以真正发挥立法联系点在立法工作中的作用。

(五)健全立法监督机制

制度是社会的博弈规则,属“关系”范畴,机制是博弈规则的实施问题,属“过程”范畴,充分发挥制度优势离不开机制的有效运行。从《宪法》到《立法法》以及《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》,再到行政法规、地方性法规,对备案审查制度均有所规定,如前置的备案与批准制度,事后的审查、改变与撤销制度。《立法法》的修改改变了以往“要求审理”和“建议审理”的被动审查模式,“适用与备案”调整为“适用与备案审查”,增强了备案审查的主动性,同时,明确要求对相关提出审查建议的主体进行反馈,可有效避免“审而不决”的尴尬局面。于“设区的市”而言,一是设立专门的立法监督机构,建立组织保障。在具体设计上,明确其类似专门委员会却高于专门委员会的地位,同时,吸纳专家学者广泛参与,保证立法监督的专业性和技术性。二是完善必要程序,对法规备案、批准、审查、改变和撤销的相应期限作出明确规定,多种监督方式灵活配合,提高监督工作的效率与质量。三是明确立法监督的法律责任,明确责任的追究主体、程序以及监督主体应负的具体责任。通过建立

纠错机制,明确什么机关根据何种标准可行使撤销或改变的权力,并由此建立起符合地方实际的立法补偿或赔偿制度。

四、小结

赋予“设区的市”立法权是在后立法时代追求立法精细化背景下,为满足地方立法需求、充分发挥地方积极性与主动性的必然选择。出于研究目的的不同,学界对“设区的市”立法权在理论上存在着观点碰撞,对此,更应从实践效果角度来分析,从规范与事实的龃龉角度给出合理的解释。当下“设区的市”如何抓住机遇、克服各种可能面临的风险、制定出有地方特色的地方性法规是我们应该关注的重点。未来的法治工作,更应通过对“设区的市”进行地方立法赋权,弥补“设区的市”地方立法能力不足、立法环境不良的短板,推动其合理行权,使之真正契合国家治理和良法善治的宏大目标。

注释:

- ① 2015年8月29日,第十二届全国人大常委会第十六次会议通过的《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法〉、〈中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法〉、〈中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法〉的决定》对《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》作出修改:“将第七条第二款、第四十三条第二款、第六十条第一款中的‘省、自治区、直辖市人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市’修改为‘设区的市’。”
- ② 立法意义上的“较大的市”概念最后确定于2000年出台的《立法法》,该法第63条第4款将“较大的市”界定为本省、自治区的人民政府所在地的市、经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市。
- ③ 著名学者苏力在《当代中国中央与地方分权》中提到,由于受制于单一制理念,国家层面回避了地方立法权的概念。根据检索和搜集的相关资料亦发现学界在谈及地方立法问题时,基本是围绕地方立法或者地方立法权限展开的。
- ④ 从宪法解释的角度来看,宪法解释的最大争议并非“制宪者意图”与“宪法文本的客观含义”之争,而是宪法文本的“原始含义”与“当今含义”之争。
- ⑤ 对于“设区的市”立法权限,修正案草案初稿限定在“城市建设、市容卫生、环境保护等城市管理方面的事项”,二稿限定在“城市建设、城市管理、环境保护等方面的事项”,三稿确定稿限定在“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项”。
- ⑥ 有学者认为二稿中将“市容卫生”修改为“城市管理”是为了照顾较大的市,不至于将其权限范围限制过窄,同时

这样又将城市管理和环境保护并列起来。参见郭思源《论设区的市立法权范围——兼评〈立法法〉(2015)修正案第31条》,载于《研究生法学》,2015年第3期。

- ⑦ 具体的制度设计应当包括:一是限制地方立法权的行使范围;二是循序渐进扩充地方立法权主体;三是设置地方性法规生效施行的前置程序;四是建立完善规范性文件备案审查制度。

参考文献:

- [1] E·博登海默.法理学:法律哲学与法律方法[M].邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,1999:486.
- [2] 李林.立法理论与制度[M].北京:中国法制出版社,2005:304.
- [3] 应松年.行政法学新论[M].北京:中国方正出版社,1999:45-46.
- [4] 吴万得.论德国法律保留原则的要义[J].政法论坛,2000(4):106-113.
- [5] 陈新民.行政法学总论[M].台北:三民书局,1997:52.
- [6] 庞凌.依法赋予设区的市立法权应注意的若干问题[J].学术交流,2015(4):88-92.
- [7] 周旺生.立法学教程[M].北京:北京大学出版社,2006:370.
- [8] 童之伟.宪法实施灵活性的底线——再与郝铁川先生商榷[J].法学,1997(5):16-18.
- [9] 郭思源.论设区的市立法权范围——兼评《立法法》(2015)修正案第31条[J].研究生法学,2015(3).
- [10] 冯象.法学三十年:重新出发[J].读书,2008(9):20-28.
- [11] 刘克希.较大的市制定的地方性法规应当经批准[J].现代法学,2000,22(5):22-25.
- [12] 郑毅.对我国《立法法》修改后若干疑难问题的诠释与回应[J].政治与法律,2016(1).
- [13] 郑磊.较大的市的权限有多大——基于宪法文本的考察[J].国家行政学院学报,2009(1):57-60.
- [14] 韩大元.社会变革与宪法的社会适应性[J].法学,1997(5):19.
- [15] 季卫东.宪政新论——全球化时代的法与社会的变迁[M].北京:北京大学出版社,2005:36-37.
- [16] 胡锦涛,秦奥蕾.宪法实践中的违宪形态研究[J].河北学刊,2006,26(5):166-171.
- [17] 张馨元.“较大的市”地方性法规的立法空间及趋势研究[D].青岛:中国海洋大学,2010.
- [18] 秦前红,李少文.地方立法权扩张的因应之策[J].法学,2015(7):14-15.
- [19] 张千帆.宪法学导论[M].北京:法律出版社,2008:53.
- [20] 朱力宇.地方特色立法不能与上位法抵触[N].法治周末,2014-10-07(A1).
- [21] 陈宵.刍议设区的市制定地方性法规的事项范围[J].

- 人大建设研究与探索,2016(1):52-53.
- [22] 李勇. 中国城市建设管理发展研究[D]. 长春:东北师范大学,2007.
- [23] 理查德·波斯纳. 并非自杀契约——国家紧急状态时期的宪法[M]. 苏力,译. 北京:北京大学出版社,2010:179.
- [24] 上官丕亮. 立法法修改后地方立法权的检讨与完善建议——以江苏省苏州市为例[C]//山东政法学院.“第一届地方立法发展论坛·地方立法制度理论与实践”学术研讨会论文集. 济南:山东大学出版社,2015:20-21.
- [25] 程雪阳. 合理扩大地方立法权[N]. 中国社会科学报,2014-09-24(A08).
- [26] 谷口平安. 程序的正义与诉讼[M]. 王亚新,刘荣军,译. 北京:中国政法大学出版社,1996:6.
- [27] 南京市人大常委会 2013—2017 年立法规划[EB/OL]. [2013-06-29](2016-03-21). http://news.longhoo.net/nj/njxw/content/2013-06/29/content_10751167.htm.
- [28] 秦前红,徐志森. 论地方人大在地方立法过程中的主导作用——以法规立项和起草的过程为中心[J]. 荆楚学刊,2015(3):39-43.
- [29] 陈伯礼. 立法民主:概念与根据[J]. 河北法学,2006(1):17-21.
- [30] Breton Albert. Competitive Governments: An Economic Theory of Politics and Public Finance[M]. New York: Cambridge University Press,1996:185.

责任编辑:袁付娜

The Theoretical Orientation and Exercise Suggestions of the Legislation Empowerment of the "Cities Divided into Districts"

ZHANG Fuli^{1,2}, ZHAO Lili³

(1. School of Literature and Law, Fujian Agriculture and Forestry University, Fuzhou, Fujian 350002, China;

2. School of Law, Fudan University, Shanghai 200438, China;

3. School of Law, Taiyuan Normal University, Taiyuan, Shanxi 030619, China)

Abstract: That "cities divided into districts" have legislative power is not only the embodiment of the gradual vertical decentralization, but also the best way to deal with the relationship between the central and local governments. It is not in the form of violation of the Constitution, but the lag reaction to society of the Constitution, which can be explained from the disagreement point between the standard and the fact. The meaning of provision about legislative authority of *Legislative Law* should be "external" from the perspective of legislative practice and the change of three drafts, and the connotation of "urban and rural construction and management" should be understood from both the short-term and long-term aspects. More than that, through the record review system, the new revision of *Legislative Law* defuses the tension between the contraction of legislative matters of "larger city" and statutory effects other than statutory matters under the institutional framework. On the issue of exercise of power, a series of measures should be adopted to promote the healthy development of prudent practice of local legislation, such as setting up the legislative body and strengthening the leading position of the NPC, so as to promote the sound development of local legislative practice and make it conform to the guidance of state governance and the requirements of good law and good governance.

Key words: "cities divided into districts"; legislative power; exercise of power