

doi:10.3969/j.issn.1672-626x.2016.05.017

# 论地方性法规和地方政府规章权限范围的界定

武芳

(华东政法大学 研究生教育院,上海 200042)

**摘要:**《立法法》对于地方性法规和地方政府规章的权限范围作了新规定,重点对地方政府规章的权限范围进行了严格限制。依法界定两者权限范围的前提不是确定各自专属立法权,而是要注重立法主体的职权关系对两者权限范围的影响,以及两者权限范围界定中立法事项的分类。地方立法理论和实践中对于两者权限范围的界定标准已形成基本认识,但存在一些问题。依法界定两者权限范围还受到地方立法空间有限、行政权不当干预地方立法、监督效果不足等现实因素的不利影响。解决措施包括严格执行《立法法》相关规定、扩大地方立法空间、注重发挥地方人大及其常委会在地方立法中的主导作用和增强监督效果等。

**关键词:**地方性法规;地方政府规章;立法法;权限范围;界定标准

**中图分类号:**D912.1 **文献标识码:**A **文章编号:**1672-626X(2016)05-0121-08

## 一、问题的提出

如何准确界定地方性法规和地方政府规章的权限范围,这是困扰地方人民代表大会及其常务委员会(以下将“人民代表大会”简称为“人大”,将“常务委员会”简称为“常委会”)和地方政府(以下将“人民政府”简称为“政府”)立法工作者的实践问题。<sup>①</sup>对于两者权限范围界定不清造成的现实后果,有些地方人大立法工作者形象地称之为“政府端什么菜、人大就吃什么菜”。<sup>②</sup>也有观点认为“既存在着政府规章超越调整权限的问题,也存在着地方性法规扩大调整范围的问题”。<sup>③</sup>学界对此也多持批判态度,观点集中于“超越权限各自为战”、“罔顾位阶冲突四起”、<sup>④</sup>“政府主动,人大被动”等方面,<sup>⑤</sup>也有少数人认为实践中存在“片面认为法规位阶高,规章位阶低,凡碰到立法,都想制定法规”等现象,影响了规章在调整社会关系中的权威性和有效性。<sup>⑥</sup>

《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中要求“明确地方立法权限和范围,依法

赋予设区的市地方立法权”和“明确立法权力边界,从体制机制和工作程序上有效防止部门利益和地方保护主义法律化”。2015年修改后的《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)在完善立法体制方面,赋予了设区的市、自治州地方立法权,但保留了原法中关于地方性法规和地方政府规章立法事项的规定。《立法法》对设区的市、自治州制定地方性法规和地方政府规章作了部分限制性规定,并对地方政府规章权限范围进行了重点规范,但没有从根本上解决学界和立法实务界对于进一步明确两者权限范围的要求,两者立法事项仍具有高度趋同性。

尽管立法机关认为应当积极稳妥地推进新增的有地方立法权的设区的市、自治州开始制定地方性法规和地方政府规章的具体步骤和时间,但现实的推进速度显然快得多,绝大多数新赋予地方立法权的设区的市、自治州已被依法确定可以开始制定地方性法规和地方政府规章。<sup>⑦</sup>一方面,地方立法主体数量扩增,原来已存在的两者权限范围界定不清的

收稿日期:2016-08-26

基金项目:华东政法大学研究生教育院优秀学位论文培育项目(20131009)

作者简介:武芳(1980-),女,湖北武汉人,华东政法大学博士研究生,武汉市政府法制研究中心职员,主要从事宪法和行政法学研究。

问题将会在全国范围内延伸,成为更普遍的问题,客观上增加解决问题的难度;另一方面,扩增速度过快,引发学者对于新增设区的市、自治州的立法机构设置、立法人才能力和储备等不能满足立法需求的担忧,主观上会使问题变得更为严重。如何执行《立法法》相关规定,依法界定两者权限范围,已成为地方立法实践亟需解决的问题。

## 二、《立法法》关于地方性法规和地方政府规章权限范围的规定

地方性法规和地方政府规章是两个颇具中国特色,为我国法律制度特有的概念。《中华人民共和国立法法释义》(以下简称《立法法释义》)将地方性法规的含义界定为“是指法定的地方国家权力机关依照法定的权限,在不同宪法、法律和行政法规相抵触的前提下,制定和颁布的在本行政区域范围内实施的规范性文件”。<sup>[7](P221-222)</sup>将地方政府规章的含义界定为“是指由省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府根据法律、行政法规、地方性法规并按照法定程序所制定的普遍适用于本地区行政管理工作的规定、办法、规则等规范性文件的总称”。<sup>[7](P268-269)</sup>地方性法规和地方政府规章的区别是造成两者权限范围差异的根本原因,主要集中于制定主体、内容、程序、法律效力等级、监督方式等方面。<sup>②</sup>目前,《立法法》对两者权限范围作了较为全面的规定,其他法律、法规作了较为分散但具体的规定,数量较多。相对集中且具代表性的是《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称《行政处罚法》)、《中华人民共和国行政许可法》和《中华人民共和国行政强制法》等法律,<sup>③</sup>学界已有较多阐述,本文不再赘述。

### (一)《立法法》关于地方性法规权限范围的规定

《立法法》对地方性法规权限范围的规定主要集中于第72条和第73条。一般认为,第72条规定了地方性法规的制定原则,即根据本行政区域的具体情况 and 实际需要原则和不抵触原则。“实际需要原则”较容易理解,“不抵触原则”具体体现为:省、自治区、直辖市的人大及其常委会制定的地方性法规不能与宪法、法律、行政法规相抵触,设区的市、自治州的人大及其常委会制定的地方性法规除此之外还不能与本省、自治区的地方性法规相抵触。此外,《立法法》第72条对设区的市、自治州的人大及其常委会制定地方性法规的事项还作了限制,即

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作出规定。

《立法法》第73条对地方性法规可以规定的立法事项作了具体规定,其权限范围包括三个方面的内容。第一是为执行法律、行政法规的规定,需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项,通常称之为执行性地方立法,该情形较为常见。第二是属于地方性事务需要制定地方性法规的事项,通常称之为自主性地方立法。关于对地方性事务的理解,存在不同认识。《立法法释义》认为“地方性事务是指具有地方特色的事务,一般来说,不需要或在可预见的时期内不需要由全国制定法律、行政法规来作出统一规定”。<sup>[7](P238)</sup>第三是全国人大及其常委会的专属立法权外,其他事项国家尚未制定法律或者行政法规的可以先制定地方性法规,通常称之为先行性地方立法,有严格条件限制。

### (二)《立法法》关于地方政府规章权限范围的规定

《立法法》对地方政府规章权限范围的规定主要集中于第82条。一般认为,该条明确了制定地方政府规章应遵循“依据原则”,即应当有上位法依据,这明显区别于制定地方性法规所遵循的“不抵触原则”。地方政府规章可以规定的事项包括三方面内容。第一是为执行法律、法规需要制定规章的事项,通常称之为执行性地方立法。第二是属于本行政区域的具体行政管理事项,有观点称其为“自主性或者创制性立法”,<sup>[8]</sup>但也有观点认为“在没有法律、行政法规和地方性法规作为根据的情况下,地方政府一般是不能自主立法的”。<sup>[9]</sup>关于何谓具体行政管理事项,《立法法释义》认为大体可以包括有关行政程序、行政机关自身建设、不涉及创设公民权利义务的有关社会公共秩序、公共事务或事业的具体管理制度。<sup>[7](P272)</sup>第82条还规定设区的市、自治州政府在上述两个方面制定的规章限于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面。第三方面是制定地方性法规的条件不成熟时,因行政管理迫切需要,可以先制定地方政府规章,通常称为先行性地方立法,但有严格的条件限制。第82条还增加了“没有法律、行政法规、地方性法规的依据,地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范”的规定,对地方政府规章的权限范围作了更为严格的限制。

### 三、地方性法规和地方政府规章权限范围的界定标准

#### (一) 学界观点述评

地方性法规和地方政府规章权限范围的界定本质上属于立法权限划分问题,学界的研究可追溯至20世纪80年代中期,至20世纪90年代已发展成为立法学的重要研究内容。在《立法法》制定以前,有学者总结各方观点,提出了根据授权事项、职权范围、是否涉及平等主体之间民事关系调整的事项、是否应当由政府自行决策、是否创制法律规范等标准对两者权限范围进行界定,同时提出了地方专属立法权的设想。<sup>[10]</sup>在立法实践方面,全国人大常委会法制工作委员会从1993年下半年着手进行立法法的起草工作。<sup>[11]</sup>全国人大立法工作者将当时关于两者权限范围界定标准的观点总结为:是否创设实体的权利义务规范、与司法机关的关系、是否涉及公民的权利义务、实施法的规范的性质、调整的事项是否重大、是否成熟等标准。<sup>[12]</sup>

2000年颁布的《立法法》是我国首部规范立法活动的重要宪法性法律。在起草制定过程中,立法机关认为“不存在只能由行政机关立法而本级人大不能立法的情况”,“实际上也很难一一划清各立法主体的权限”,<sup>[13][14]</sup>最终用“不抵触原则”界定了地方性法规的权限范围,用“依据原则”界定了地方政府规章的权限范围,而没有采取逐一列举的立法模式。《立法法》颁布后,学界对于两者权限范围的研究主要集中于对现有规定的反思。

2015年《立法法》修改时,各方面又提出如何划分法规与规章的权限问题,但仍没有得到妥善解决。<sup>[5]</sup>目前学界关于两者权限范围界定的研究不多,有学者认为对两者权限的大体划分应当包括:涉及11个方面的应当制定地方性法规的事项和10个方面应当制定政府规章的事项。具体的界定标准包括是否涉及本行政区域内全局性、根本性的重大事项;是否涉及公民的人身权利、民主权利和其他权利的事项;是否涉及司法人员行为规则;是否涉及基层政权建设和基层群众自治组织建设;法律、行政法规是否作出明文规定等方面。<sup>[5]</sup>

从以上研究成果可以发现,学者们对于两者权限范围的界定标准已有较为全面深入的认识,比较贴合我国立法实践。研究方向仍倾向于制定一些静态的便于辨识的界定标准,在如何将标准运用于地

方立法实践方面有所欠缺。

#### (二) 地方立法实践

目前,北京市政府法制办公室已完成《北京市法规规章汇编(1949—2014)》(以下简称《汇编》)的编发工作并通过官网向社会公布,<sup>[4]</sup>对于两者权限范围界定的实证研究具有重大参考意义。从中可以发现,地方立法实践对两者权限范围的界定已形成一些基本判断标准,主要包括:

1. 法律、行政法规、地方性法规已经对地方性法规和地方政府规章的权限范围作出具体规定的,制定机关一般会按照上位法的具体规定执行。如根据《中华人民共和国城市居民委员会组织法》第22条的规定,北京市人大常委会制定了《北京市实施〈中华人民共和国城市居民委员会组织法〉办法》。

2. 根据地方人大及其常委会和地方政府职权不同,地方性法规和地方政府规章的立法事项也会有较大区别。在以下这些方面,地方性法规的制定数量较多:选举、代表等民主权利;基层政权建设、基层民主建设等;人大常委会自身建设;地方性法规制定程序;红十字会、工会等社会团体组织建设;未成年人、归侨侨眷、妇女、残疾人、老年人权益等特殊群体权益保障;涉及民事关系调整等。当然,这也与这些方面的法律规定较多有关。如《北京市实施〈中华人民共和国红十字会法〉办法》、《北京市老年人权益保障条例》、《北京市反不正当条例》等。而在规章制定程序、行政规范性文件管理、行政程序、行政责任追究、行政机关自身活动和具体行政管理事项方面,地方政府规章的制定数量较多。如《北京市行政规范性文件备案监督办法》、《北京市行政问责办法》等。其中,具体行政管理事项方面的地方政府规章所占比例最大。

3. 即使在立法事项重合领域,特别是在行政管理领域,地方性法规和地方政府规章的权限范围虽然没有十分清晰的界定标准,但也呈现出如下特征。首先,对立法事项作比较全面规定的,一般为地方性法规;对某一方面立法事项作比较具体规定的,一般为地方政府规章。如北京市人大常委会制定了《北京市安全生产条例》,北京市政府制定了《北京市餐饮经营单位安全生产规定》。其次,重要的、创新性立法事项一般由地方性法规制定,如《中关村国家自主创新示范区条例》。再次,关于地方特色的规定,地方政府规章制定数量明显优于地方性

法规,如《北京市奥林匹克知识产权保护规定》、《北京市长城保护管理办法》等。

4. 立法条件不成熟的情形下,一般会先制定地方政府规章。如《北京市利用文物保护单位拍摄电影、电视管理暂行办法》。在一定条件下,地方政府规章的规定也会上升为地方性法规,如《北京市食品安全监督管理办法》和《北京市食品安全条例》。

在地方立法实践中,尽管对于地方性法规和地方政府规章权限范围的界定已形成相对固定的判断标准,但仍存在一些问题。尤其在行政管理领域,准确界定两者权限范围存在较大难度,全面性或者重要性的判断标准还不十分明确。从《汇编》中可以看出,在传统的行政管理领域,如交通运输、城乡规划建设、房地产、工商管理、劳动用工、社会保险等领域,地方政府规章的制定数量依然占多数。例如涉及城乡规划建设事项和城市管理事项的地方政府规章和地方性法规制定数量比均达到 24:3。在立法条件成熟与否方面,政府作为判断主体,还存在一定的判断随意性,有些地方规章没有及时上升为地方性法规。如名称中注明有“暂行”字样的地方政府规章,很多年都没有修改、重新制定或者上升为地方性法规。

### (三)需要说明的几个问题

在依法界定地方性法规和地方政府规章的权限范围时,除应当严格执行《立法法》和相关法律、法规的具体规定外,还应当注意以下学界目前关注不多但较为重要的三个问题:

#### 1. 界定两者权限范围不以确立专属立法权为前提

根据某些立法事项是由一个还是多个立法主体行使,通常可以将立法权划分为专属立法权和共有立法权。“专属立法权,是指一定范围内规范社会关系的事项,只能由特定的国家机关制定法律的权力”。<sup>[13](P51)</sup>《立法法》确立了全国人大及其常委会的专属立法权。国务院没有专属立法权,不存在只能由国务院制定行政法规而全国人大及其常委会不能制定法律的事项。相应的,地方政府也没有专属立法权。关于地方人大及其常委会是否具有专属立法权,《立法法释义》认为“我国是单一制国家,地方的权力是中央赋予的,不存在只能由地方立法而中央不能立法的情况”,<sup>[7](P237)</sup>地方人大及其常委会也不具有专属立法权。因此,本文认为对地方性法规

和地方政府规章权限范围进行界定的前提不是确立两者的专属立法权,而是肯定地方政府规章存在的必要性。

目前,学界对于行政立法存在的现实必要性已基本形成共识。由于“议会没有足够的时间对所有事项都进行立法”,“对于一些专业性和技术性很强的事项,议会没有能力立法”,<sup>[14]</sup>以及行政立法本身所具有的灵活性、专业性特点,可以“弥补立法机关在应付危机、解决专门的社会管理和技术问题方面效率低、反应慢的缺陷”,<sup>[13](P275)</sup>行政立法现象首先在西方国家产生。我国 1982 年对《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》进行了修改,并于 2000 年制定了《立法法》,正式确定了地方政府规章的法律地位。地方立法实践也日益证明地方政府规章存在的现实意义,目前地方政府规章的制定数量远超地方性法规。在地方的具体行政管理事项方面,确实存在不需要或者在特定期间内不需要制定地方性法规作出相关规定,而制定地方政府规章就可以有效规范的情形。当然,如何在行政管理领域内准确界定两者权限范围是难点。

#### 2. 制定主体的职权关系对两者权限范围界定的影响

本文所指职权关系包括两个方面:一方面是地方人大及其常委会、地方政府的立法职权和其他职权之间的关系;另一方面是地方人大及其常委会和地方政府之间的职权关系。

先看地方人大及其常委会、地方政府的立法职权和其他职权之间的关系对两者权限范围界定的影响。关于地方人大及其常委会的职权,一般可归纳为“立法权、监督权、重大事项决定权和人事任免权”,<sup>[15]</sup>当然并不限于此。立法职权是地方人大及其常委会职权中的核心权力,但在界定地方性法规权限范围时,不能孤立看待该项职权。如地方人大及其常委会如何履行监督权和重大事项决定权,其相关内容本身可以制定地方性法规,而不宜制定地方政府规章。又如选举权的相关内容也宜制定地方性法规而非地方政府规章予以规范。关于地方政府的职权,有学者将其概括为规章制定权、执行决议和发布命令、管理各项行政工作、监督权、依法保护和保障公民的权利。<sup>[16]</sup>从中可以看出,立法职权也是地方政府诸多职权中的重要组成部分,同样不是孤立存在的。其中,立法职权和行政管理职权的联系最

为紧密,除应当由地方人大及其常委会决定的重大行政管理事项外,本行政区域内某一方面的具体行政管理事项,可以由地方政府规章作出规定。其他职权中主要涉及政府职能的部分,也适宜制定地方政府规章予以规范,如政府有地方性法规案的提案权,虽然不能制定有关地方性法规制定程序的规章,但可以制定规范地方性法规草案拟定程序的规章。

对于地方人大及其常委会和地方政府之间的职权关系对两者权限范围界定的影响,有观点将人大与包括政府在内的“一府两院”的关系归纳为:决定与执行的关系、监督和被监督的关系、协调一致开展工作的关系。<sup>[17]</sup>地方政府由地方人大产生,对其负责,受其监督,这构成了地方性法规和地方政府规章制定主体本质上的区别。在我国立法体制中,地方性法规本质上体现的是属性完整的立法权,遵循“不抵触原则”制定。地方政府规章本质上体现的是行政权,遵循“依据原则”制定。“放权”与“限权”的对比,使地方性法规的权限范围比地方政府规章的权限范围要大得多。

### 3. 两者权限范围界定中立法事项的分类

关于地方性法规和地方政府规章权限范围界定中所涉立法事项的分类,目前学界还存在不加区分地对所涉及立法事项进行笼统表述的现象。根据立法事项在立法过程中的不同表现形式和对其权限范围界定的难易程度,本文认为可以将两者立法事项的权限范围界定区分为:针对立法项目的权限范围界定和针对文本中具体条款内容的权限范围界定。

立法项目一般是在地方性法规或者地方政府规章立项阶段确定的拟制定项目,是地方立法规划、年度立法工作计划的重要组成部分,通常在立法机关制发的正式文件中表现为拟制定的地方性法规或者地方政府规章的名称。尽管立法项目最终会表现为具体的立法条款内容,但由于处于立法过程的初级阶段,主要由政府部门进行申报,草案具体内容还未完全确定,仅凭立法项目的名称或者不成熟的初稿进行判断,裁量空间较大,受各方面因素影响的可能性也大,不易做出准确判断。而且地方性法规或者地方政府规章立法项目一旦按照特定程序确定并公布,通常直接进入起草阶段,发生变更的情形较少。地方性法规和地方政府规章权限范围界定不清的问题主要集中于对整个立法项目

的判断。值得注意的是,地方性法规的具体内容中可以存在通过制定地方政府规章予以规范的内容,如地方立法实践中较为常见的关于政府及其部门的职责分工方面的规定。但地方政府规章的具体内容中不能存在应当制定地方性法规的内容。

针对文本具体条款内容的权限范围界定,实际上由于有上位法的明确规定,对于具体条款内容是应当通过制定地方性法规或者地方政府规章予以规范的判断,本质上属于合法性审查范畴。在地方立法实践中,对于行政处罚、行政许可、行政强制的地方性法规、地方政府规章设定权探讨最多。如应当由地方性法规设定的行政处罚种类,却由地方政府规章设定,是违反《行政处罚法》的行为。相较于立法项目,只要有上位法依据,判断文本具体条款内容是否符合地方性法规或者地方政府规章的权限范围是较对容易的。

## 四、影响制约两者权限范围界定的现实因素

在地方立法实践中,还存在一些对依法界定两者权限范围造成不利影响的现实因素。

### 1. 有限的地方立法空间

2011年初,吴邦国委员长在形成中国特色社会主义法律体系座谈会上的讲话中指出,中国特色社会主义法律体系已经形成。<sup>[18]</sup>国家立法的日益完备和深度发展自上而下地对地方立法空间进行了压缩,对地方性法规和地方政府规章的制定造成了重大影响。如地方立法实践中存在的重复立法现象,在制定执行性地方立法时该现象尤为严重。地方人大立法工作者经过实证研究认为,在法规项目或者具体内容上,有1/3属于可以不立或不写的,1/3属于可立或可不立、可写或可不写的,只有1/3属于可立或可写的。<sup>[19]</sup>造成上述现象的主要原因在于“我国主要是按照立法事项的重要程度而不是影响范围,作为划分中央与地方立法权限的标准”。<sup>[20](P157)</sup>其暗含的逻辑推断就是地方立法事项是“非重要”的,重要程度自上而下逐级递减,造成“中央与地方立法‘职能同构’与立法事项的‘平面切割’”,“向地方层层‘平行下达’”,<sup>[20](P368)</sup>使地方立法特色逐渐弱化,立法空间进一步缩小。

另一方面,不属于“法”的范畴的非立法性规范性文件自下而上地对地方立法空间形成了挤压,尤其体现在政府及其部门制定的行政规范性文件对地方立法空间造成的影响。现实生活中,行政规范

性文件规范的事项内容比较多,制发数量也比较多。<sup>⑤</sup>除了上位法明确规定行政规范性文件不能规范的制定事项外,地方政府规章和行政规范性文件的制定事项大部分重合,两者权限范围界定不清。尽管重要性成为界定两者权限范围的主要标准,但也受制定程序的繁简程度、制定时限的长短、事情的紧急程度、制定条件成熟与否、行政首长的态度等现实因素的影响。

有限的地方立法空间会导致地方性法规和地方政府规章对于立法事项制定权的争夺。而地方政府凭借在立法项目申报方面的绝对优势,会导致本应制定地方性法规的事项最后制定成地方政府规章,或者本来通过制定地方政府规章就可以规范的事项最后制定成地方性法规。而当前地方立法实践中出现的“景观式立法”,<sup>[21]</sup>不仅使地方性法规出现立法功能虚化,还造成了立法资源的浪费。

## 2. 行政权对地方立法的不当干涉

当前,随着行政权力越来越强大,“行政机关开始在提出和制定立法方面作为一个关键的因素出现”,<sup>[22]</sup>地方政府凭借对行政管理信息的高度垄断,高超的突发问题应急处理能力,具有较高素质和专业技能的工作人员,较高的工作效率、充足的财政资金和简单、便捷、灵活的行政程序等优势,开始在地方立法项目的确定和草案的起草过程中占据主导地位,容易产生部门利益保护、地方保护主义、以立法谋私利等不当干预地方立法的现象。

行政机关选择制定地方政府规章的立法动机主要在于:将各种可能引发的社会矛盾控制在自己能独立决策的领域,在短时间内迅速将行政政策转化为具有立法性质的规范性文件加以巩固。如果必须选择制定地方性法规,行政机关也容易凭借其优势主导地方性法规立法项目的申报、起草环节,逐渐使权力机关在地方立法过程中的主导权发生转移。同时,起草部门的行政首长对于项目选择和具体规定内容分配权的控制,较容易转化为官僚特权,从而对地方性法规和地方政府规章权限范围的依法界定产生不当甚至违法的影响。造成上述现象的原因与其说是法制观念的淡漠和缺失,不如说是当前地方社会发展过程中存在的不正当的地方立法工具性价值的体现。此外,政府立法工作者的素质也是影响两者权限范围界定的主观因素之一。

## 3. 监督效果不足

根据现有法律规定,对于地方性法规和地方政府规章权限范围界定不清现象的监督主要存在三种监督途径:

第一种途径是征求意见阶段的公众参与监督。在地方性法规草案或者地方政府规章草案向社会公众征求意见时,对于该立法项目整体或者文本中具体条款内容是否属于地方性法规或者地方政府规章的权限范围,公众可以向征求意见机关提出修改建议。但受公众参与程度不高、公众缺乏专业法律知识、征求意见反馈机制不健全等原因影响,还不能对两者权限范围的准确界定产生实质性影响。

第二种途径是备案审查监督,其中包括备案机关的主动审查监督和依审查要求或者建议进行被动审查监督,是否超越权限是备案审查的重点内容。特定国家机关认为地方性法规或者地方政府规章同法律、法规相抵触的,可以向备案机关书面提出审查要求,社会公众在该情形下也可以向备案机关提出审查建议。但现实生活中的监督效果与制度建设的预期效果存在差距,例如,由于审查人员力量配置不足,备案机关存在备而不审的情形;由于意见反馈机制尚不健全,社会公众的审查建议未得到及时反馈的情形时有发生;发现问题的地方性法规和地方政府规章,主要以制定机关自行纠正或者通过修改、废止予以处理,较少发生改变或者撤销现象等,监督效果有限。

第三种途径是司法审查,《中华人民共和国行政诉讼法》第63条规定人民法院审理行政案件,以法律和行政法规、地方性法规为依据,参照规章。对于参照地方政府规章,司法实务工作者认为“法院有灵活处理的余地”,<sup>[23]</sup>表明人民法院对地方政府规章存在隐性且审慎的合法性审查。但在司法实践中,人民法院为避免纷争,一般会采取“选择性适用”的回避态度,而不是直接在判决书中对规章是否合法有效进行判断,监督效果十分有限。

## 五、依法准确界定地方性法规和地方政府规章权限范围的若干建议

根据《立法法》对地方性法规和地方政府规章权限范围的规定,结合学界和地方立法实践中对于两者权限范围界定标准的理解,在充分认识影响制约界定两者权限范围现实因素的基础上,本文对如何依法准确界定两者权限范围提出如下建议:

1. 严格执行《立法法》相关规定。《立法法》尽管没有从根本上满足学界和立法实务界对于进一步明确地方性法规和地方政府规章权限范围的期望,但关于两者立法权限范围的规定,尤其是对地方政府规章权限范围所作的限制性规定,仍然为准确界定两者权限范围提供了标准。《立法法》第82条第6款关于“没有法律、行政法规、地方性法规的依据,地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范”的规定,与该条第1款原有的“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”的规定共同构成了最严格的地方政府规章权限范围限制,“是制定地方性法规与制定地方政府规章的关键区别”。<sup>[7](P271)</sup>因此,在今后的地方立法活动中,必须严格执行《立法法》第72条、第73条和第82条的规定,从严格限制地方政府规章权限范围角度,对地方性法规和地方政府规章的权限范围进行准确界定。

2. 进一步扩大地方立法空间。目的在于使地方性法规和地方政府规章不再囿于有限地方立法资源的争夺,而是发挥各自优势完善地方法制建设。国家层面的立法应当多关注地方特色,将更适宜由地方立法进行规范的立法事项交由地方制定地方性法规或者地方政府规章予以完善。地方也应避免重复立法、浪费立法资源的行为。非立法性规范性文件,尤其是行政规范性文件的权限范围应当受到比地方政府规章更为严格的限制,从而有效减少本应制定地方政府规章的事项却制定成行政规范性文件的现象。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》和中共中央、国务院《法治政府建设实施纲要(2015-2020年)》均对立法和改革决策的关系作了具体规定,<sup>⑥</sup>地方应当运用多种立法方式,尤其应当加强自主性地方立法和先行性地方立法,充分体现地方特色,扩大地方立法空间。

3. 注重发挥地方人大及其常委会在地方立法中的主导作用。地方性法规和地方政府规章的权限范围界定并不是以确立各自的专属立法权为前提,学界和立法实务界已对界定标准形成了相对固定的看法,难点集中于行政管理领域。充分认识地方人大及其常委会、地方政府的职权关系对两者权限范围界定的影响,发挥人大及其常委会在地方立法工作中的主导作用,或许是破解难题的新途径,有利于逐步消除因行政权的不当干预而造成的部门

利益法制化、地方保护主义等地方立法工具性价值现象。地方人大及其常委会的主导作用应当贯穿于地方性法规的全部制定过程,重点在立项和起草环节。在地方性法规立项环节,地方人大及其常委会应当科学确定立法项目,与地方政府规章项目进行准确区别。同时也要注意发挥地方性法规的实效性,避免景观式地方立法现象的发生。在地方性法规起草环节,应当发挥政府及其部门的行政管理优势,但要避免其主导起草过程和进度安排。地方立法实践中可以参照《立法法》第53条关于全国人大有关专门委员会、常委会工作机构起草法律草案和发挥专家、专业机构作用的规定,地方人大有关的专门委员会、常委会工作机构可以提前参与有关地方性法规草案的起草工作,可以组织起草综合性和全面性的重要地方性法规草案。专业性较强的地方性法规草案,可以吸收或者委托专家参与起草,或者委托有能力的第三方机构起草。此外,提高地方立法工作者的专业素质,也是消除行政权不当干涉地方立法的有效途径。

4. 增强监督效果。在地方性法规和地方政府规章草案的征求意见阶段,征求意见机关应当听取社会公众关涉权限范围的意见和建议,并积极修改、反馈和说明。对于地方性法规和地方政府规章权限范围界定的立法监督,首先应当完善以主动审查为主的立法监督制度,及时消除超越权限范围所造成的危害。备案机关应当加强人员配置,提高备案审查水平,将主动审查、逐件审查工作常态化,并及时改变或撤销不合法的地方性法规或地方政府规章。其次应完善向审查建议人反馈审查情况并向社会公开的制度。逐步消除地方性法规、地方政府规章依建议审查的神秘性,让普通公众意识到这只是权益受侵害时的一种申请救济渠道,有权得到及时反馈和说明。最后在司法监督方面,人民法院应当充分利用法律赋予的对地方政府规章的有限的合法性审查权,而不是采取选择适用方式予以回避。

## 六、结语

在我国法制建设过程中,大量地方性法规、地方政府规章的公布和实施为防止公权力滥用,保障公民、法人和其他组织合法权益,促进地方经济社会协调发展发挥了积极的促进作用,依法准确界定两者权限范围则是有效发挥这些功能的重要保障。本文针对地方立法实践中两者权限范围界定现状





- [22] [美]施瓦茨.美国法律史[M].王军,等,译,北京:法律出版社,2011.72.
- [23] 江必新,邵长茂.新行政诉讼法修改条文理解与适用[M].北京:中国法制出版社,2015.238.

(责任编辑:卢圣泉)

## On Defining the Limits of Power between Local Regulations and the Rules of Local Governments

WU Fang

(School of Graduate Education, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

**Abstract:** Revision of Legislation Law of the People's Republic of China enacted new provisions on the limits of power of local regulations and the rules of local governments, especially on the rules of local governments strictly. The premise of defining the limits of their power according to law is not exclusive legislative power. We should pay more attention to influences on the limits of their power from authority relations of legislative subjects. We also should emphasize the category of legislative matters. Local legislative theories and practices have formed the basic cognition on the definition criterion of the limits of their power, but there are some problems. Defining the limits of their power according to law have faced adverse effects of practical factors, including the limited local legislative space, improper interference from administrative power, and insufficient supervision. The improvement measures include executing new provisions of Legislation Law strictly, enhancing the local legislative space, emphasizing the leading function of local people's congresses and their standing committees and strengthening supervision efficiency.

**Key words:** local regulations; the rules of local governments; Legislation Law; the limits of power; the definition criterion