区域法治与地方立法研究文丛

丛书主编　石佑启

软法治理、地方立法与行政法治研究

RUANFA ZHILI DIFANG LIFA YU XINGZHENG FAZHI YANJIU

石佑启　朱最新　主编

SPM 南方出版传媒

全国优秀出版社
全国百佳图书出版单位

广东教育出版社

区域法治与地方立法研究文丛

丛书主编　石佑启

软法治理、地方立法与行政法治研究

RUANFA ZHILI DIFANG LIFA YU XINGZHENG FAZHI YANJIU

石佑启　朱最新　主编

SPM 南方出版传媒

全国优秀出版社
全国百佳图书出版单位

广东教育出版社

·广州·

图书在版编目（CIP）数据

软法治理、地方立法与行政法治研究/石佑启，朱最新主编. —广州：广东教育出版社，2016.8
（区域法治与地方立法研究文丛/石佑启主编）
ISBN 978-7-5548-1314-0

Ⅰ. ①软… Ⅱ. ①石… ②朱… Ⅲ. ①公共管理—中国—文集 ②地方法规—立法—中国—文集 ③行政法学—中国—文集 Ⅳ. ①D63-53②D927-53③D922.104-53

中国版本图书馆CIP数据核字（2016）第215309号

责任编辑：邓祥俊 梁 岚
责任技编：刘莉敏
装帧设计：周 芳

广东教育出版社出版发行
（广州市环市东路472号12-15楼）
邮政编码：510075
网址：http://www.gjs.cn
虎彩印艺股份有限公司印刷
（东莞市虎门镇北栅陈村工业区）
787毫米×1092毫米 16开本 20印张 400 000字
2016年8月第1版 2016年8月第1次印刷
ISBN 978-7-5548-1314-0
定价：58.00元
质量监督电话：020-87613102 邮箱：gjs-quality@gdpg.com.cn
购书咨询电话：020-87615809

目　录

第一部分　软法治理（1）

风险交流的软法构建（2）

原告对行政规范性文件的请求审查权解读（26）

论法治社会建设中的软法之治（42）

论软硬混合法视角下地方联合立法形式的选择（59）

第二部分　地方立法（75）

地方立法原则析论（76）

关于电子政务立法的几点思考（95）

中国（广东）自由贸易试验区立法思考（105）

设区的市地方政府规章制定权限刍议

——兼论《立法法》第八十二条（114）

地方立法民主化的困境与出路（121）

地方立法权的科学配置

——基于《立法法》修订的法理学思考（136）

论《立法法》修改后地方立法的风险与控制（143）

发展视角下我国地方行政组织法的现状、问题与完善研究（157）

地方立法过度利益化法律规制初探（168）

条标制度浅析（175）

社会救助地方立法制度研究（180）

第三部分　行政法治（197）

试论法治政府语境中的重大行政决策法定程序

——以深圳突击式限购汽车为例（198）

行政执法过程中公民拍照行为的合法性及其边界（213）

论我国检察机关提起行政公益诉讼制度的构建（223）

西方国家法治政府建设的借鉴与启示

——以政府诚信建设为视角（235）

论公物利用法律关系的权利（力）构造（246）

论自贸区食品安全监管的困境及其出路

——以南沙自贸区食品监管制度创新为例（259）

对行政诉讼证据失权制度的理论探讨（286）

论应急行政诉讼制度的构建

——基于新行政诉讼法下的探讨（296）

地方立法原则析论

石佑启①

摘要：地方立法原则是指导地方立法主体进行地方立法活动的基本准则。它在地方立法中居于基础性的地位，具有重要功用。地方立法既具有从属性，又具有相对独立性，这决定了地方立法既要遵守国家立法的原则，或称地方立法的一般原则；也要遵循自身的特有原则，或称地方立法的专属原则。地方立法的一般原则包括合宪性原则、依法立法原则、民主立法原则和科学立法原则；地方立法的特有原则包括不抵触原则、有特色原则和可操作原则。这样才能既维护国家法制的统一性，又能充分调动地方的积极性和创造性，提高立法的质量，健全中国特色社会主义法律体系，发挥好立法在全面推进依法治国中的引领和推动作用。

关键词：地方立法原则；一般原则；特有原则

立法原则是指立法主体据以进行立法活动的主要准绳或基本准则，是立法指导思想在立法实践中的重要体现，是立法的内在精神品格之所在。地方立法遵循什么样的原则，直接关系到地方立法的内容与效力，关系到地方立法的质量与效益。探讨地方立法的原则不仅具有理论价值，而且具有实践指导意义。确立地方立法的原则，地方立法既具有从属性，又具有相对独立性，这决定了地方立法既要遵守国家立法的原则，或称地方立法的一般原则；也要遵循自身的特有原则，或称地方立法的专属原则。本文就此做些探析。

一、地方立法原则的含义与功用

立法是政治性、科学性和实用性很强的活动，必须遵循一定的立法原则。

①作者简介：石佑启（1969—），男，法学博士，广东外语外贸大学，法学院教授，博士生导师。

何谓“地方立法原则”，学界存在不同的观点。有学者认为：“地方立法的基本原则是指享有地方立法权的地方国家机关在进行立法活动时应当遵循的基本立场和准则。这些立场和准则是保证地方立法有效和其作用得以实现的最起码条件。”[①]也有学者认为：“所谓地方立法的基本原则，即指地方立法机关在整个地方立法过程中所应遵循的基本准则。”[②]笔者认为，地方立法原则，是指贯穿于地方立法过程中、指导地方立法主体进行地方立法活动的基础性和本源性的法律准则。它由我国地方立法的实践和经验总结、提炼而来，直接地关系着地方立法的内容及效力，集中体现了我国地方立法的基本立场和价值取向。地方立法原则在地方立法中居于基础性的地位，具有重要功用。主要体现在：

1. 保障地方立法活动符合国家的根本性质。立法原则总是随着时代嬗进而不断变化的。不同性质的国家往往会借助立法原则，确保所制定的法律能够满足统治阶级的统治要求，宣示法律的性质和特点。例如，我国封建社会的立法是在神权和宗法思想指导下进行的，立法活动中体现了“君权神授”“亲亲”“尊尊”等基本原则。在欧陆国家结束中世纪的黑暗后，随着资本主义发展，各国制定宪法或者其他法律中也先后对立法原则予以了规定，从法国1789年《人类和公民权利宣言》、美国1776年《独立宣言》开始到现在，资本主义国家都要求立法应当坚持“主权在民”“平等自由”等基本原则。社会主义国家登上历史舞台后，尽管各国国情和发展状况有所不同，但都坚持在马克思主义思想的指导下确立了相应的立法原则，并以维护社会主义国家性质为导向，我国亦是如此。而且，这在国家与地方两个层级的立法中均得到了体现。就地方立法而言，通过地方立法原则的设定，使我国《立法法》所要求的坚持人民民主专政的指导思想在地方立法活动中得以贯彻，从而使地方立法活动获得了一以贯之的价值理念和行为方向，并以此保障地方立法活动符合国家的根本性质。

2. 维护国家法制统一。为适应我国地域辽阔、民族众多以及区域经济社会发展不平衡的实际情况，我国形成了“一元两级多层”的立法体制。其中，“一元”是指，我国只存在一个统一的立法体系；“两级”是指，在国家统一的立法体系内，存在着中央与地方两个立法层级；“多层”则是指，我国中央与地方立

①王广辉：《论我国地方立法的基本原则》，载《法商研究》1996年第6期。

②马英娟：《论地方立法的基本原则》，载《河北大学成人教育学院学报》2000年第4期。

法具体又可以分为若干层次和类别。在此前提下，我国中央及各级地方立法在立法主体、适用范围等方面会存在差异，且在规范效力方面也存在不同的位阶之分。这就有必要设定相应的地方立法原则对各级地方立法予以引导，以保证所有的地方立法活动都在宪法和法律的框架内进行，从而防止越权立法及法律法规冲突等问题的发生，并以此维护我国社会主义法制的统一性。

3. 指引地方立法的发展方向。从某种意义上讲，地方立法是对本地区范围内利益格局所进行的调整，因而地方立法实际上也是一个利益博弈的过程。在这一过程中，必然存在着不同认识、不同诉求以及不同主张之间的交锋，所以立法者必须平衡不同利益并做出某种选择后，才能最终创制规则。地方立法原则作为一种“应然”的“先在”，能够帮助立法者从宏观价值的层面厘清有关的社会关系，并就不同的诉求和主张予以理性的判断，从而做出符合社会基本常识、基本伦理观念且适应本地区经济、政治和文化发展方向的选择。

二、地方立法的一般原则

地方立法作为整个国家立法的有机组成部分，相对于中央立法而言，它具有从属性，其整体从属性决定了它必须遵循一般的，即国家立法的原则，这称之为地方立法的一般原则。根据我国《立法法》的规定，国家立法应遵循合宪性原则、依法立法原则、民主立法原则和科学立法原则。

（一）合宪性原则

我国《立法法》第三条规定：立法应当遵循宪法的基本原则。这被称之为合宪性原则。合宪性原则是对所有立法主体的立法活动的普遍要求，地方立法当然也不能例外。合宪性原则就是指一切立法活动，包括立法的主体与权限、立法的内容、立法的程序，都必须符合宪法的规定，不得违反宪法。党的十八届四中全会《公报》指出：“坚持依法治国首先要坚持依宪治国，坚持依法执政首先要坚持依宪执政。”这不仅是对宪法至高无上的法律地位的概括，同时也对宪法的实施提出了明确的要求。宪法是国家的根本法，是各项法律、行政法规、地方性法规的依据和效力来源，各级人大和政府在制定法律、行政法规和地方性法规的过程中必须以宪法为依据，不能超越宪法的规定，不能违背宪法的基本原则。

1. 宪法的至上性

宪法至上性是宪法相对于法律而言的。人们称：宪法是万法之源，宪法是万法之最，宪法是万法之根，宪法作为国家根本法的地位决定了一切法律和法律活动都必须与宪法的原则精神相一致，地方立法也必须维护宪法的统一和尊严。[①] 从历史发展的角度看，用宪法来管理国家事务的思想，源自古希腊的民主政治实践，此后发展成为当代世界多数国家的共同选择。各国宪法不仅确立了主权在民的原则、代议制原则、依法行政原则、权力制衡原则等，而且通过各种护宪措施使国家各种权力受控于宪法，使宪法获得了普遍的尊重。宪法在内容上具有根本性，它界定了立法机关和其他国家机关的不同职能和地位，规范着国家机关之间的权力界限；宪法赋予了公民的基本权利，规定了国家和公民之间的相互关系。可见，宪法既规范“权力”体系，又规范“权利”体系，还调节“权力”和“权利”的关系。这使宪法成为国家社会之运作的基本准则。在地方立法领域，地方国家机关是否有立法权力，有什么范围和性质的立法权力，以及人民对于立法的知情权利、参与权利、监督权利等，也都是由宪法规定或者根据宪法授权的。[②]

宪法在国家法律体系中具有最高的法律地位，是其他法律的立法基础和立法依据。马克思说：“宪法是法律的法律。”一切法律规范都必须从宪法那里取得合法效力，一切法律法规都不得与宪法相冲突或相抵触。在地方立法中，即要保证地方立法作为国家法制体系的组成部分，不能与宪法相抵触，地方立法如果与宪法相抵触，就不具有法律效力。由此，违宪的地方立法无效，这是宪法至上的一个合乎法理和逻辑的推论。

宪法是一切组织和个人的根本活动准则。我国《宪法》序言中明确规定：“全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和社会团体、各企业事业组织，都必须以宪法为根本活动准则，并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。”我国《宪法》第五条规定：“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”党的十八届

①汤唯、毕可志等：《地方立法的民主化与科学化构想》，北京大学出版社2002年版，第61页。

②王建华、杨树人：《地方立法制度研究》，四川人民出版社2009年版，第53~55页。

四中全会《决定》强调："全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织，都必须以宪法为根本的活动准则，并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。一切违反宪法的行为都必须予以追究和纠正。"

2. 宪法的实施

合宪性原则还要求当不同立法主体所立之法不符合宪法或互相冲突时，应当适用宪法加以判断和裁量，从而使宪法能在法的运行中真正确立起最高效力，真正能发挥作用。我国《立法法》第七十八条规定："宪法具有最高的法律效力，一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。"如何确保宪法的最高效力？这就有赖于进一步明确宪法实施的任务，完善宪法的实施机制。宪法实施的目的，在于使宪法规范的理想价值与法律行为的控制之间建立起良性互动关系，沟通文本上的宪法和运行中的宪法之间的联系。宪法至上并不等于宪法高不可及；宪法不仅仅是一种政治口号、政治宣言、政治纲领，宪法的生命在于实施，宪法的权威也在于实施。当宪法通过地方立法的贯彻、政府的推行、人们的遵守、法院的维护而获得实际效力时，它的最高效力才真正获得了体现。而如果宪法制定后得不到执行，如果现实生活中出现了宪法问题不能通过宪法适用来解决，则实践中作为治国纲领的宪法就很难从"纸上"走入"现实"，必然导致宪法被架空。

在我国，全面贯彻实施宪法，是建设社会主义法治国家的首要任务和基础性工作。宪法实施的任务在于保护宪法权威，避免下位法，特别是地方法的冲突。因此，需要设立专门机构，来确定在立法过程中宪法是否被遵守，来判断和处理与宪法不一致的"立法违宪"问题。在地方立法与宪法的关系方面，作为下位法，地方立法必须从宪法那里找到合法性源泉，因而地方法规和地方规章的制定和颁布、遵守和执行，是否符合宪法的原则，这就需要有完善的宪法适用和法律监督机制。[①]"总结经验和教训，理智的人们已经深刻地认识到，仅有写在纸上的宪法远远不够，必须有强有力的宪法监督机制。"[②]党的十八届四中全会《决

①参见王建华、杨树人：《地方立法制度研究》，四川人民出版社2009年版，第54～55页。

②汤唯、毕可志等：《地方立法的民主化与科学化构想》，北京大学出版社2006年版，第58页。

定》提出：健全宪法实施和监督制度。完善全国人大及其常委会宪法监督制度，健全宪法解释程序机制。加强备案审查制度和能力建设，把所有规范性文件纳入备案审查范围，依法撤销和纠正违宪违法的规范性文件，禁止地方制发带有立法性质的文件。只有在对立法行为的宪法监督方面采取有效的监督措施，通过建立健全违宪审查机制，切实解决现实中客观存在的立法违宪问题，才能达到纸上的成文宪法与鲜活的宪法实践的有机统一。

（二）依法立法原则

我国《立法法》第四条规定：“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。”这就确立了依法立法的原则。依法立法，对于维护社会主义法制的统一和尊严，是非常重要的。依法进行立法活动，主要表现为两个方面：一是立法应当依照法定的权限，二是立法应当依照法定的程序。

1. 立法应当依照法定的权限

职权法定，是社会主义法治的一项重要内容。我国的法律体系是以宪法为统帅、法律为主干，包括行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章在内的统一的、分层次的法律体系。在立法活动中，要保证法律体系内部和谐统一，一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触，下位阶的法不得同上位阶的法相抵触，同位阶的法之间也要互相衔接和一致。为了维护社会主义法制的统一和尊严，保障各个层次的立法活动和谐、有序地进行，必须合理地划分中央与地方、权力机关与行政机关的立法权限。

宪法和有关法律对立法权限的划分，已经做了原则规定。我国《立法法》以宪法为依据，对立法权限的划分做了进一步的规定。制定法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的活动，以及国务院部门和地方政府制定规章的活动，都必须依照宪法、立法法和有关法律关于立法权限划分的规定。各有关机关都必须在宪法、法律规定的范围内行使职权，不能超越法定的权限范围。国家机关超越法定权限的越权行为，是违法的、无效的。

为了保障各有关机关在法定权限内进行活动，宪法和有关法律对监督机制做了规定，我国《立法法》根据我国立法的实际情况，规定了立法监督机制，主要是备案审查制度、改变和撤销制度，这是维护国家法制统一的重要制度。对立法监督机制的规定，主要表现为：第一，行政法规、地方性法规、自治条例和单行

条例、规章，应当依法向有关机关备案。备案是为了进行审查，是进行监督的需要。第二，上级机关对下级机关进行监督，国家权力机关对本级国家行政机关进行监督，即对下位法违反上位法的改变或者撤销的制度。我国《立法法》规定，全国人民代表大会有权改变或撤销它的常务委员会制定的不适当的法律。全国人大常委会有权撤销同宪法、法律相抵触的行政法规，有权撤销同宪法、法律、行政法规相抵触的地方性法规，有权撤销省级人大常委会批准的同宪法、法律相抵触的自治条例和单行条例。国务院有权改变或撤销不适当的部门规章和地方政府规章。省级人民代表大会有权改变或撤销它的常务委员会制定和批准的不适当的地方性法规。地方人大常委会有权撤销本级人民政府制定的不适当的规章。省级人民政府有权改变或撤销下一级人民政府制定的不适当的规章。加强对立法工作的监督，是立法活动能够依法进行的保障。总结近几年的实践经验，我国2015年修改的《立法法》又增加了主动审查机制、法律清理的规定等，这些都将有力地加强规范性文件的备案审查，维护国家法制的统一。

2. 立法应当依照法定的程序

国家机关的立法活动，不仅应依照法定的权限，还必须严格遵守法定的程序。遵守法定程序是实施法治的基本要求。人民代表大会及其常务委员会的立法活动，政府的行政立法活动，都必须严格遵循法定的程序。全国人民代表大会组织法、全国人民代表大会议事规则、全国人民代表大会常务委员会议事规则等法律法规，对全国人大及其常委会的立法程序做了一些规定。国务院组织法对国务院行使职权包括制定行政法规的程序做了规定。地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法对地方人大及其常委会、地方政府行使职权包括制定地方性法规和规章的程序做了规定。《立法法》在上述法律规定的基础上，对全国人大及其常委会的立法程序，国务院制定行政法规的程序以及地方人大及其常委会制定地方性法规的程序、行政机关制定规章的程序，做了进一步的规定。我国2015年修改的《立法法》，按照党的十八届三中全会、四中全会提出的健全立法起草、论证、协调、审议机制、扩大人民有序参与立法途径等要求，总结实践经验，对立法程序又做了进一步补充和完善。严格按照法定程序进行立法活动，对于规范立法行为，保障立法质量是非常重要的。

遵守法定程序之所以重要，是因为程序性规定反映了民主原则，民主的实质必须通过相应的程序表现出来，违反程序也就违反了民主原则。严格遵循有关的

持续性规定，是立法工作中坚持社会主义民主原则，保障立法体现人民意志，保障人民群众通过多种途径参与立法活动所必需的。严格遵守法定程序，也是国家机关的行为具有合法性的不可缺少的条件。对于违反法定程序的法律、法规或规章，有关机关可以决定予以撤销。①

遵守法定程序是提高立法质量的重要保证。根据我国《立法法》的规定，全国人大及其常委会的立法程序主要包括法律案的准备程序、法律案的提出程序、法律案的审议程序、法律案的表决程序、法律案的公布程序；行政法规的制定程序包括立项、起草、审查、决定，依照国务院组织法的有关规定办理；地方性法规的制定程序，参照法律的制定程序，由地方人大制定；规章的制定程序参照行政法规的制定程序，由国务院规定。我国2015年修改的《立法法》完善了行政法规的制定程序，增加规定：国务院年度立法计划中的法律项目应当与全国人大常委会的立法规划和年度立法计划相衔接；重要行政管理的法律、行政法规草案由国务院法制机构组织起草；行政法规在起草过程中，应当采取多种形式广泛听取有关机关、组织、人大代表和社会公众的意见。这些规定都要得到严格遵循。

（三）民主立法原则

我国《立法法》第五条规定："立法应当体现人民的意志，发扬社会主义民主，坚持立法公开，保障人民通过多种途径参与立法活动。"这就确立了民主立法原则。民主立法原则，是指立法要反映人民的意志和利益，保障人民的权利，其核心在于立法必须为了人民、依靠人民。实现民主立法，必须坚持人民的主体地位，充分发扬民主，保证人民通过多种途径有序参与立法，使立法更好地体现民情、汇聚民意、集中民智。在现代法治国家，民主立法是普遍遵循的原则，我国是人民民主专政的社会主义国家，立法权源于人民，立法活动理应尽可能地吸纳广大人民群众的参与，使不同的利益诉求在立法程序中得以表达与交流，以保证立法成果既反映人民的共同意志和利益，又能体现对少数群体的尊重，减少因法律变化所致利益格局调整而引起的社会矛盾，确保社会的和谐与稳定。

1. 立法必须恪守"以民为本、立法为民"的理念

"立法为民、人民至上，历来是立法工作的根本出发点和归宿，这是我国的

①参见全国人大常委会法制工作委员会国家法室编著：《中华人民共和国立法法释义》，法律出版社2015年版，第18～20页。

国家性质所决定的。”[①]在我国，一切权力属于人民，人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。立法是人民代表大会及其常委会代表人民行使国家权力的重要体现，必须恪守“以民为本、立法为民”的理念。这要求必须健全立法机关主导、社会各方有序参与立法的途径和方式，强化对授权立法的控制与监督，被授权机关应当切实遵照授权目的和范围进行立法，不得将该项权力转授其他机关。当前有的法律法规质量不高，在实践中不能得到很好执行的一个重要原因是，立法未能全面反映客观规律和人民意愿，针对性、可操作性不强，立法工作中部门保护主义、地方保护主义严重，争权诿责的现象突出，这实质上是立法活动没有严格坚持“以民为本、立法为民”理念的表现。故“立法为民”不是一句空洞的口号，它包含着立法者对人民的信托责任。作为人民选举出来行使立法权的代表，立法者必须为了人民利益来立法，多倾听人民的意见，集中人民的智慧，获取立法的“最大公约数”，广泛凝聚社会共识，这样才有助于提高立法的质量，所立之法才会有尊严与权威。

2. 立法的内容要最大限度地反映民意

依法治国的根本在于充分保障人民的权利和自由。因此，立法是否真正反映人民的利益和愿望，是否能够切实保证人民的权利和利益得以实现，直接关系着依法治国的成败。我国过去存在“义务本位”的立法倾向，这种立法强调公民的义务与责任，公民的权利没有得到应有的保护，从而导致公民对法律产生一种排斥情绪，很难主动去接受，更不会积极参与，久而久之，公民便会远离法律、不信仰法治。要全面推进依法治国，在立法方面就必须实现从“义务本位”向“权利本位”立法的转变，着重加强保护公民权利、增进公民利益的立法，对关系广大群众切身利益和群众反映强烈的、需要通过立法解决的问题，立法机关应注意从立法角度加以研究和考虑，切实解决人民群众最关心、最直接、最现实的利益问题，确保每项立法都符合宪法精神、反映人民意志、维护人民利益、得到人民拥护。

3. 立法要尽可能畅通民意表达渠道

要在立法过程中贯彻民主原则，增强地方立法程序的民主性，要坚持开放性立法，尽可能地保障人民群众参与到立法活动中来，疏浚民意表达渠道。重点

①贾璋炜：《我国地方立法原则探微》，载《内江师范学院学报》2008年第1期。

应抓好以下几个环节：第一，在广泛征求各方面意见的基础上形成符合实际需要的立法规划。在编制立法规划时，除考虑各主管部门的立法建议外，还应考虑民众的意见，建立便捷畅通的渠道，设置专门的组织和人员，及时准确地征集社会各方面的立法建议和意见，完善立法项目征集和论证制度。这是从源头上保证地方立法的民主性。第二，在地方性法规、规章的起草到审议阶段，应广泛听取有关机关、组织和公民的意见。这一方面要求立法机关应当依法主动向社会公开立法活动，公开说明立法意图及筹备工作，公布法规草案及调研论证报告，并创造条件逐步公开每个法案讨论及表决过程，及时公布立法结果。公民参与地方立法有多种形式，既可以通过听证会、座谈会等方式表达自己对法案的意见，也可以通过报纸、杂志、媒体、网络等途径讨论法案，还要建立立法联系点和立法顾问制度等形式，开辟多种渠道，保障广大人民群众能够经常地参与地方立法活动，使地方立法具有深厚的实践基础和群众基础。另一方面又要求立法机关应当充分尊重民意，无论意见是否采纳，均应当对不同意见进行辨析以阐释条文的制定理由，健全公众意见采纳情况反馈机制，确保民意表达的有效性。第三，在地方性法规、规章实施过程中，地方立法机关应注意收集社会各阶层的意见，做好定期评估。根据评估结果，提出完善的具体意见、建议。

4. 立法机关应当自觉接受人民监督

任何权力都应当受到监督与制约，立法权亦不例外。若疏于对地方立法的监督，立法者可能会背弃人民的信赖和约束，那么所制定出来的法律就不是民主制度追求的结果。为防范立法权的滥用，确保立法者能真正代表人民，反映民意民情，就必须健全人民监督立法权运行的机制，使地方立法机关能够自觉地接受人民监督，避免立法活动产生的负面效应。客观地说，我国当前地方立法实践中，仍然存在“立法不作为”和“立法乱作为”的现象。要克服这些现象，就要将我国《宪法》《立法法（2015）》所赋予公民的批评权、建议权、监督权等落到实处，建立相应制度来受理群众对立法行为的申诉、控告，强化上级人大及其常委会指导与监督下级人大及其常委会的立法活动。当然，选民还可以通过罢免不称职人大代表来间接监督立法机关及立法活动。

（四）科学立法原则

我国《立法法》第六条规定：“立法应当从实际出发，适应经济社会发展要

求，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。法律规范应当明确、具体，具有可执行性和可操作性。”这就确立了科学立法原则。科学立法原则，是指地方立法要符合理性，准确反映和体现所调整社会关系的客观规律，同时遵循法律体系的内在规律。科学立法的核心要求是立法活动应当在科学的理论指导下，尊重和体现规律，避免立法的主观随意性与盲目性，减少立法失误，提高立法质量。所谓立法质量，归根到底，在于法律规范能够反映客观规律，具有科学性、合理性，且具有可操作性，能够解决实际问题。在我国，强调科学立法，最重要的是在尊重立法活动内在规律的前提下，使立法符合我国现阶段的基本国情，以满足社会主义现代化建设和国家治理的需要，地方立法亦不例外。就地方立法中的科学性原则而言，可以从以下几个方面进行阐释：

1. 立法应当遵循社会发展的客观规律

立法是立法者确立社会普遍规则的主观意志活动，这些规则在多大程度上能够满足社会客观现实的需要，取决于立法者分析社会现象的理论方法对客观世界的发展规律的认知程度，而要发现社会发展的客观规律，就必须深入调查研究，做到一切从实际出发，理论联系实际，这是科学立法的前提条件，唯有如此才可能制定出符合社会客观需要的法律法规。当前我国最大的实际和国情是正处于并将长期处于社会主义初级阶段，所以立法工做必须从这个实际出发，才能够发现立法所应解决的事项和制约立法的因素，才能够正确分析与评估现实社会状况，也才能够理性区分立法的轻重缓急，科学地做出立法规划。同时，我国还处于从传统社会向现代社会的转型时期，社会经济发展日新月异，文化思想与社会阶层日趋多元，改革与发展正步入深水区，越来越触及根本性问题。立法要解决这些问题，就必须立足国情，了解问题所在，研究解决路径。深入开展调查研究，既要广泛听取工人、农民、公务员、知识分子等各方面的意见，也要听取不同利益主体的意见；既要听取赞同意见，也要尊重反对意见；既要认真总结我国传统与现实中的立法经验，也要合理借鉴他国立法成果；既要综合运用经济学、社会学、统计学等领域的理论方法来解释社会现象，也要重视法学理论的指导作用，这样才能准确把握社会的发展规律，使地方立法切合实际，增强地方性法规、规章的生命力。

2. 立法应当科学合理配置权利与义务、权力与责任

权利与义务、权力与责任是法律的基本范畴，立法工作的核心就是为不同法

律关系主体设定权利和义务或者权力和责任。实质上，这个过程又是对社会资源的初次配置，是对各种利益的协调与取舍，从而形成新的制度化、法律化的利益格局。所以，立法对权利与义务、权力与责任的规定必须科学合理。

在法律规范中，权利与义务相对应；当法律规定一个主体享有某项权利时，必然意味着其他主体要承担相应的法律义务；而法律规定一个主体负担某项义务时，亦必然意味着其他主体享有了相应的法律权利。因此，地方立法务必审慎考量权利与义务的设定，使之在法律规范之中总量等值，不允许存在部分人只享受权利但不履行义务的法律规范，任何人都无超越法律的特权，也不允许存在部分人只履行义务但不享受权利的法律规范；科学的立法应尽可能地保障法律主体在自由行使权利的同时，能够自觉履行应尽之义务，最大限度地降低权利滥用与义务懈惰的发生。

法律权力与法律责任是法律的另一基本范畴，与前者在法律中的普遍性存在不同的是，权力与责任只是法律中的特殊物。[①]但是，权利的实现需要一定的保障机制，其中最为重要的保障机制亦须依托权力来设定。然而，凝聚性的权力一旦建立起来，权力的无序扩张与责任的自然放任又会时有发生，反而成为践踏权利的负能量。权力对权利的保护与冲击的双重效用，敦促人们必须关注权力及其责任的问题。这就要求地方立法要树立权责一体，“有权必有责，权责相一致”的理念，不能为了有法可依而仅强调权力的设定，更要重视对权力的规范和控制，建立权力清单制度，使之公开透明运行，还要用责任划定权力的边界，任何懈怠职权履行或者滥用职权的行为都应承担相应的法律责任，通过理性制约权力来解决各种利益纠纷，维护公众的合法权益。

3. 立法应当自觉接受实践检验

实践是法律的基础，法律是实践经验的总结和升华。一部法律自诞生之日起即面临着实践的挑战，处于不断的自我完善之中，而判断一部法律的科学性与否也只能由法律实践来考查。同时，由于我国地方立法工作起步较晚，区域间的政治、经济、文化的发展水平亦不平衡，一些地方又面临着民族团结、国防安全等问题，经济社会的加速转型又不可避免地引发一些难以预估的新情况，这使得过去的地方立法往往原则性规定较多。所以，地方立法不应满足于科学的制定过程和内容设置，还应自觉地追踪执法进度，科学分析法规、规章的实施效果，及时

①谢晖：《法学范畴的矛盾辨思》，山东人民出版社2002年版，第252页。

修改或者废止不适应生产力和生产关系、经济基础和上层建筑发展规律的法律规范，并总结经验以指导今后立法，使法律规范更为明确、具体，增强其及时性、针对性、可操作性和有效性。

三、地方立法的特有原则

地方立法具有相对独立性，因此，它除了遵循国家立法的原则外，还要遵循其特有的原则，如不得与宪法、法律、行政法规相抵触，突出地方特色和具有可操作性的原则。这样才能既保持国家法制的统一性，又能充分调动地方的积极性和创造性，提高立法的质量，健全中国特色社会主义法律体系，发挥好立法在全面推进依法治国中的引领和推动作用。

（一）不抵触原则

不抵触原则是地方立法应坚持的特有原则，是对地方立法最基本的要求，也是地方立法最重要的特点。

不抵触原则是国家法制统一的客观反映。我国《立法法》规定："宪法具有最高的法律效力，一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。"法律的效力高于行政法规、地方性法规、地方政府规章。行政法规的效力高于地方性法规、地方政府规章。地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章。省、自治区的人民政府制定的规章的效力高于本行政区域内的设区的市、自治州的人民政府制定的规章。这些规定表明，相对于国家法律、行政法规而言，地方性法规、地方政府规章属于下位法。上位法优于下位法，下位法必须服从上位法，这是解决法律、法规冲突的一般规则。所谓"不抵触"，就是地方立法应当在《立法法》确定的立法范围内做出规定，不得越权，不得与国家立法相矛盾。上位法以授权规范的方式或者以确定规范赋予地方管理权的，或者对某些事项仅规定一些原则的，地方无疑有制定具体办法的权力，但必须恪守其权限。对上位法未授权的事项，不得做出规定。具体来说，一是对法律、行政法规设定的行政许可、行政处罚、行政征收和行政强制等，不得扩大或者缩小管理事项范围，增加或者减少种类，提高或者降低幅度；二是在有关市场经济活动的地方性法规、规章中，不得违反上位法的规定，自行设定试行地区封锁的内容；三是不得违反上位法的规定，自行设定增加或者减少管理相对人权益

的内容。[①]

目前，就不抵触原则尚有不同的理解。有学者认为，“不抵触”是不与上位法的精神和基本原则相抵触，地方立法若符合国家法律基本精神，朝着健全社会主义法制的方向发展，尽管与上位法规定不一，甚至有新的规定，国家法律都是允许的，从根本上讲就不存在抵触的问题。[②]也有学者认为，地方立法既不得与上位法的精神或者基本原则相抵触，也不得与上位法的具体规定相抵触。[③]还有学者认为，地方立法须有上位法作为立法依据。[④]这些观点从不同角度解释了“不抵触”的内涵。显然，“不抵触”并不要求地方立法必须对应上位法的具体条款来制定，否则地方立法完全变成中央立法的简单反复，会导致地方立法脱离地方实际。我们认为，“不抵触”包括两个方面含义：一是不得与宪法、法律、行政法规的具体条文的内容相冲突、相违背，即不得直接抵触。上位法对某一事项做了明确的规定，地方立法的规定与之不一致甚至含义相反表达，就是直接抵触。如上位法对违法行为已经做出行政处罚规定的，地方立法应在上位法规定的行为、种类、幅度范围内结合地方实际加以具体化，不能突破范围设定处罚。二是不得与宪法、法律、行政法规的精神实质、基本原则相冲突、相违背，即不得间接抵触。这样理解“不抵触”，才能在地方立法实践中，既维护国家法制的统一，又不至于使地方立法成为仅仅是对宪法、法律或行政法规进行转抄、模仿而失去其应有价值。总之，必须准确把握“不抵触”的内涵，既要强调地方立法相对中央立法的从属性，又要承认地方立法在符合上位法的基本精神与原则，且不与上位法具体规定相抵触的基础上，具有一定的自主性和灵活性。

（二）有特色原则

有特色原则是指地方立法应当具有地方特色，这是地方立法的生命力所在。根据我国《立法法》第七十二条第一款、第二款的规定，省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会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，可以制定地方性法规；设区的市的人民代

①参见陈洪江主编：《地方立法简本》，天津人民出版社2007年版，第50页。
②参见沈关成：《对地方立法权的再认识》，载《中国法学》1996年第1期。
③参见许俊伦：《地方立法论》，中国民主法制出版社1997年版，第35～36页。
④参见李林：《走向宪政的立法》，法律出版社2003年版，第221页。

表大会及其常务委员会根据本市的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下，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。此处所规定的“根据本行政区域（市）的具体情况和实际需要”，实际上是要求地方立法必须从本地区的实际出发，体现出地方特色。而且，不仅是地方性法规应当如此，我国《立法法》对于自治条例和单行条例、经济特区法规和地方政府规章亦存在相同的规定。所谓“地方特色”，主要就是要求地方立法能反映本地的特殊性，符合本地实际，解决本地的实际问题。具体地说，就是要求：第一，地方立法能充分反映本地经济、政治、法制、文化、风俗、民情等对立法调整的需求程度，适合本地实际情况；第二，地方立法要有较强的针对性，能解决本地突出的而中央立法尚未解决或不宜解决的问题。

地方立法突出地方特色，是由地方立法的特殊性所决定的。没有地方特色，地方立法存在的意义与价值就会大打折扣甚至丧失。因为单有中央立法不足以解决地方的特殊问题，不足以反映各地不平衡的状况。地方立法的主要任务之一，就是要用地方立法的形式，补中央立法之不足，反映地方之需求，解决好地方的特殊问题。当然，坚持地方特色原则，要反对和防止地方保护主义，即地方立法既要从本地经济、文化发展水平、社会实际状况出发，又要从全国经济、政治、文化的大局着想，把二者尽可能好地结合起来，切忌把地方特色原则变为本位地方保护主义的代名词。具体来说，地方立法坚持有特色原则，要求：

1. 地方立法应当立足于地方的自然资源与人文文化

我国地理状况复杂，自然资源分布不均，气候多样，发展环境的区域性特征明显，这决定了地方立法必须重视区域发展的生态资源承受力，以及不同区域内人民的生产生活方式。如广东韶关的丹霞山自然保护区作为特殊的自然与人文景观，无论是保护、研究，还是管理、开发，都面临着特殊的问题。解决这些问题，仅仅依据《风景名胜区条例》《自然保护区条例》等国家性立法明显是不够的，这就需要广东省相关部门立足于丹霞山地区的实际情况，运用全国性立法确立的一般原则和精神，对保护管理、开发利用、科学研究等涉及的各类主体，设定具体的法律权利与义务、权力与责任，为此广东省人民政府制定了《丹霞山保护管理规定》。显然，该规定所确立的事项是其他地区没有的。因此，地方立法关注地域性事务，需要以本地区的地理、资源、环境等为立法基点，反映特定地

区的立法需求。同时，各地人文文化也存在不同，这决定了地方立法必须重视各地的传统观念、文化习俗、宗教信仰、人口结构等问题，有些事项在此地亟待立法，在彼地则并非如此。所以，地方立法在确定本地普遍适用的规则时，更要关注对特定群体文化传统的尊重，以保障其正当的权益。然而，由于当前我国各地普遍存在着超限开发自然与人文资源的情形，要实现人与自然的和谐，延续优秀传统文化，地方立法尤其应当注重对自然与人文的尊重与保护，使经济发展与自然资源存量、环境承载能力相适应，减少商业化开发对人文文化的侵蚀，坚持可持续发展战略。

2. 地方立法应当反映地方经济社会发展的实际需要

我国幅员辽阔，东、中、西部地区以及同一行政区划内的城乡之间的经济结构和社会发展状况存在着较大差异，区域发展不平衡已经成为困扰国民经济持续发展的焦点难题。由于经济基础决定上层建筑，故各行政区域在政治、经济、文化等方面亟待立法调整和解决的问题是不一样的，而国家立法在某些方面也只能做出原则性的规定甚至是无法规定，各地区如果不能按照本地实际情况制定相关法规，宪法法律就可能无法得以有效执行，社会经济发展也可能会发生无法可依的情况。所以，地方立法必须立足于本地区的经济社会发展水平，充分调研分析本地的产业结构及增长方式、基础设施建设水平、地区发展的比较优势、经济发展要素以及城乡生活方式和公众心理方面的差异等等，发现制定某项具体立法的客观需要，既要通过立法来保护改革发展的成果，又要有适当的前瞻性，以立法来促进和引领改革发展的方向。这种反映各地方发展不平衡的实际情况，解决各地方经济、社会的特殊问题的立法，才突出了地方立法的特色和存在价值。值得注意的是，我们不能将“反映地方经济社会发展需要”狭隘地理解为地方保护主义。如前所述，地方立法具有从属性，不能与国家立法的规定、原则和精神相抵触；而地方保护主义则是以违背中央政策、国家法律的方式滥用或者消极行使权力来维护或者扩大地方局部利益，阻碍和干扰社会主义市场经济体制的建立，这与地方立法的基本原则是相违背的。因此，地方立法还要将本地经济社会发展的实际，置于国家整体的实际以至国际经济发展趋势的实际中来权衡，全面系统地观察、分析这些实际，再上升为理性和规律性认识，如此才能真正地提升地方立法的质量。

3. 地方立法应当积极发挥地方自主性

地方立法要维护国家立法的权威，但地方的立法权也须受到应有的尊重和保护，这样其才能切实地根据本地方的具体情况和实际需要，因地制宜、灵活多样地解决本地方的特殊问题，突出立法的地方特色。当然，作为一项职能性权力，地方立法的自主程度取决于在中央和地方的权力分配中，法律赋予地方国家机关的权限和职能；地方立法应当在其权限范围内积极能动地发挥自身功能，这样才既有利于国家立法在本行政区域的贯彻与执行，也有利于及时化解地方的突出矛盾，还可为国家立法积累一定的实证经验，加快推进国家的法治进程。这种自主性表现为：一是先行立法。在国家立法未成熟而地方迫切需要立法来解决现实问题的，或者国家立法尚处于酝酿中，需要一定的调研、论证和实证经验时，地方可以就相关事项先行立法。例如， 2013年底国家才正式启动电子商务法的立法工作，在此之前电子商务领域仅有的法律是2005年施行的《电子签名法》，这显然无法满足广东省等电子商务迅猛发展地区的需要，为此广东省第九届人民代表大会常务委员会于2002年底就通过了《广东省电子交易条例》。这就是典型的先行立法。二是特别授权立法。根据《立法法》第七十四条规定，全国人民代表大会可以授权决定经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会制定在经济特区范围内实施的法规。这种特别授权有别于一般地方立法，其目的在于为经济特区探索建立社会主义市场经济体制拓展立法空间，稳妥推进经济领域的诸多改革，更强调立法的创造性和探索性，所以经济特区根据授权还可以对法律、行政法规和地方性法规做变通规定。三是特殊规范立法。对于某些国家立法没有涉及，或者不宜由国家立法规范的事项，地方国家机关可以根据具体情况和实际需要予以规范。例如，城镇居民燃放烟花爆竹等事宜。四是区域性合作立法。我国区域发展不平衡，各地又都有自身独特的立法事项，也都有发展经济、改善民生的需要，所以地方立法之间会存在不协调、不一致的现象，必须建立一套平等协商解决问题的程序机制，使各地方可以通过协商方式共同解决发展中面临的跨区域问题，例如跨区域环境治理、生态保护的利益补偿等，形成区域性合作立法，实现地方立法的自主协调和共同发展。

此外，地方立法要从实际需要出发，科学合理地确定立法体例。要以解决实际问题为目标，不局限于追求形式上的完整性，而是需要几条就制定几条，成熟几条就写几条，不搞“大而全”，注重“小而精”，要在立法的精细化上下功

夫，尽量不要重复上位法的内容[①]，防止“小法抄大法”、法繁扰民，有效回应人民群众对地方立法的关切和期盼。这也是地方立法有特色原则的要求。

（三）可操作原则

1. 可操作原则的含义与特征

可操作原则，是指地方立法在实践中能够行得通、真管用，即切实可行。它也是地方立法的生命，地方立法只有具有可操作性，才能得到有效实施。实践证明，不具有可操作性或者可操作性不强的地方立法，即使立法的出发点再好，立法思路再好，框架设计再好，也是不成熟的，达不到立法要取得实效的目的。可操作原则具有以下两个主要特征：

（1）具体化。地方立法是需要直接适用的。因此，地方立法条款的针对性要强，要具体。只有这样，才能使执行者和遵守者易于理解，易于把握，易于执行和遵守。具体而言，要努力做到在语言文字、表达技术、结构形式、构造技术、立法修正、完善技术、立法解释、注释技术等方面科学、明确、规范、精致等。

（2）宜操作。宜操作是可操作的题中应有之义。也就是说，要做到可操作，必须做到宜操作，只有宜操作才能有效地达到可操作。其中重要的一条就是，应当考虑立法和执法的成本。如果一项地方立法的实施是建立在耗费社会资源的基础上，“投入大于产出”，即使实现了“可操作”，也不会取得实效，甚至可能造成多数群众不愿遵守、执法部门不愿实施的情况。因此，地方立法必须认真研究立法的经济效益、社会效益，使立法的调整性和可控性更为具体，尽可能选择那些使社会和公民负担最小的手段和措施，最大限度地降低守法成本和执法成本，保证地方立法能真正落到实处。

2. 实现可操作性的途径

在地方立法实践中，重点可从下列方面着手增强地方立法的可操作性：

（1）要加强调查研究。地方立法涉及的范围很广，调整的事项复杂，往往遇到种种矛盾。如果不深入实际，不调查研究，就难以做出正确的判断。因此，要“针对问题立法、立法解决问题”，要下功夫研究问题，把地方立法涉及的理论问题、实际问题、法律问题研究透彻，找出切实可行的对策和措施，然后再立

①《中华人民共和国立法法》第七十三条规定：制定地方性法规，对上位法已经明确规定的内容，一般不作重复性规定。

项、起草。如果调查研究不够，脱离实际，在立项上就缺乏可行性，使可操作性失去了基础。

（2）处理好前瞻性与现实性的关系。立法应当从实际出发，解决现实中的问题。同时立法必须有前瞻性，否则出台后就会很快不适应社会生活的需要。当然，立法如果过分强调前瞻性，过分高超前立法，立法的内容就会失去现实的基础，也会失去可操作性。立法工作中应当把握好前瞻性与现实性的关系，在现实性的基础上，依照客观规律或者发展趋势的要求作出预测，制定出前瞻性的法规、规章，这是提高地方立法可操作性的重要措施，当然其难度是相当大的，但却是我们要追求的高水平。

（3）克服部门利益倾向。在立法实践中，有些部门力图通过地方立法来争取或者强调、巩固本部门的权力和利益，力图使“部门权力利益化，部门利益法制化”。有的重强化本部门的职权，轻公民、法人和其他组织的合法权益；有的重本部门的“威严”，轻便民利民；有的重对违法行为的制裁，轻对日常行为的引导；有的重对管理相对人的治理，轻对自身的规范。这种立法中的部门利益倾向，破坏了法制的统一，也影响了立法的可操作性。因此，在地方立法中要特别注意对权力的制约和对权利的保护，即注意强化和保护公民、法人和其他组织的合法权益，注意权利与义务、权力与责任、管理与服务的统一平衡，使地方立法从“单纯管制型”向“综合服务型”转变，从而使所制定的地方性法规、规章便于操作执行。

（4）增强便民性和服务性。一是地方立法要体现便民原则，这是尊重公民权利和提高行政效率的要求，也是增强地方立法可操作性的内在要求。立法归根结底是以维护广大人民群众的根本利益为出发点和落脚点的，是要靠广大人民群众的支持才能实施和真正取得实效的。要坚持少而精的原则。地方立法不是越多越好，要做到便民利民，而不扰民烦民。二是立法内容要简明扼要，文字要通俗易懂，是法言法语与大众语言统一起来，切不可成为“天书”。三是立法机构和相关执法部门要加强普法宣传和法律服务，使广大群众知法，并利用法律武器维护自身的权益，自觉抵制违法行为。①

①参见陈洪江主编：《地方立法简本》，天津人民出版社2007年版，第59～61页。

区域法治与地方立法研究文丛

丛书主编　石佑启

ISBN 978-7-5548-1314-0

9 787554 813140 >

定价：58.00元