

我国立法权的内在构成及其配置原理的完善

杨登峰*

内容提要 我国地方先行立法的权限难以界定。解决这个问题,需厘清我国立法权所包含的形式采用权、事务管辖权和规则设定权三个成分及其关系。目前,立法权的配置单纯依据法的形式与位阶,忽视了“事务的性质决定处理事务的方法”的基本规律,导致地方立法能力与任务不匹配。立足于立法权三个构成之间的内在关系,不仅应根据法的位阶配置事务管辖权,更应按事务的性质配置规则设定权,从而从权力层级配给制走向事务性质配给制,使地方立法的规则设定权与事务管辖权相适应。事务性质配给制仍应受事务权限、法律位阶、法律保留、备案审查等制度约束。在它们的节制下,地方立法不当行使规则设定权的风险小且可控。即便如此,为稳妥起见,向事务性质配给制转换仍须分授权和修法两步走。基于此,地方先行立法时应同时行使上位法的事务管辖权与规则设定权,且后者须根据前者来确定。

关键词 地方先行立法 立法权配置 权力层级配给制 事务性质配给制

目 次

- 一、引言：对地方先行立法权限的追问
- 二、立法权的有机构成与权力层级配给制
- 三、立法权之事务性质配给制的提出
- 四、事务性质配给制在我国的具体落实
- 五、结语：地方先行立法权的合理配置

* 东南大学法学院教授。本文系 2018 年度国家社科基金重大项目“新时代中国改革创新试验的法治问题研究”（项目批准号：18ZDA134）的阶段性成果。

一、引言：对地方先行立法权限的追问

地方先行立法是地方立法主体就上位法的立法事项,先行制定法律规范在本行政区域内施行的立法活动。早在20世纪80年代,我国一些地方制定的地方性法规制定程序规定和地方政府规章制定程序规定就规定了地方先行立法。^①基于地方立法实践经验,2000年制定的《立法法》第64条第2款(2023年修订后调整为第82条第2款,下文除特别说明外,均为2023年修订后的条款)规定了地方性法规的先行立法权,2015年修订后的《立法法》第82条第5款(2023年修订后调整为第93条第5款)增加规定了地方政府规章的先行立法权,使地方先行立法成为与实施性立法、自主性立法并驾齐驱的独立立法形态。

有效发挥地方先行立法的各种功能需解决许多问题,但首要的是明确其立法权限。简单地看,地方先行立法的权限是可以确定的。《立法法》第82条第2款虽未明确法律保留外的“其他事项”所指为何,但因它以“国家尚未制定法律或者行政法规”为条件,可大致推定地方性法规先行立法的事项应属于“国家性事务”;《立法法》第93条第5款也未直接规定地方政府规章先行立法的事项,但由于它以“应当制定地方性法规但条件尚不成熟”为条件,而《立法法》第82条第1款规定,地方性法规的自主性立法以调整“地方性事务”为限,故地方政府规章先行立法的事项应推定为“地方性事务”。如此一来,地方先行立法的权限可大致划定为:地方性法规先行立法以法律保留事项外的“国家性事务”为限,地方政府规章以“地方性事务”为限。

然而,这个看似明晰的地方先行立法权限却仍有待追问。且不说“国家性事务”与“地方性事务”的边界如何划定,^②一个最为突出的问题是,《行政处罚法》《行政许可法》和《行政强制法》(以下简称“行政三法”)规定的行政处罚、行政许可和行政强制(以下简称“三种行为”)的设定权,可否成为地方先行立法的事项?申言之,地方性法规可否先行设定原本由法律、行政法规方能设定的“三种行为”,如先行设定法律保留范围之外的吊销营业执照的行政处罚以及冻结存汇款的强制措施;地方政府规章可否先行设定原本由地方性法规方能设定的“三种行为”,如先行设定没收非法财物和违法

① 如《辽宁省人民代表大会常务委员会关于制定地方性法规的暂行规定》(1985年)第3条第3项规定,“关系全省人民切身利益的重大问题,国家尚未立法,根据本省情况,迫切需要制定地方性法规的”,可以制定地方性法规;《南京市人民政府关于制定政府规章的规定》(1991年)第3条第3项规定,“内容尚不成熟,需要试行取得经验后再制定为地方性法规的暂行规定”,可以制定本市政府规章。其他相关规定参见《广西壮族自治区人民代表大会常务委员会关于制定地方性法规程序的规定》(1986年)第3条、《贵阳市制定地方性法规程序的暂行规定》(1987年)第3条、《上海市人民政府规章制定程序的暂行规定》(1987年)第4条第2项、《山东省人民政府规章制定程序规定》(1998年)第4条第3项等。

② 参见郑毅:《规范视野下的地方性事务》,载《中国法学》2022年第5期;俞祺:《论立法中的“地方性事务”》,载《法商研究》2021年第4期;封丽霞:《中央与地方立法事权划分的理念、标准与中国实践——兼析我国央地立法事权法治化的基本思路》,载《政治与法律》2017年第6期。

所得、责令停产停业的行政处罚,长期的行政许可,以及查封场所、设施、财物或扣押财物的行政强制措施。^③

从《立法法》第82条第2款的语义看,答案至少是部分肯定的。该条规定,“除本法第十一条规定的事项外”,其他事项地方性法规都可以先行制定,而第11条规定的事项包括“限制人身自由的强制措施和处罚”。这等于说,至少就行政处罚和行政强制措施而言,除拘留类行政处罚和限制人身自由的强制措施之外,地方性法规可先行设定其他各种行政处罚和强制措施。如果地方性法规可以先行设定原本由法律和行政法规才能设定的“三种行为”,则地方政府规章照理也可以先行设定原本由地方性法规才能设定的“三种行为”。

但是,如此推论有悖“行政三法”规定“三种行为”设定权的目的。“行政三法”规定“三种行为”设定权的初衷是将地方性法规和地方政府规章的设定权限定在极其有限的范围内。它们虽然也以尚未制定上位法为条件,^④但那仅意味着,只有在上位法尚未设定时,下位法才享有相应的设定权;而绝不意味着上位法尚未设定时,下位法可以代替上位法行使其设定权。如果地方立法可以先行设定原本应由上位法才可设定的“三种行为”,则等于解除了对地方性法规和地方政府规章设定权的限制。目前,不论实务界还是理论界,普遍不认为地方立法可以先行行使上位法所享有的“三种行为”设定权。也因此,不少专家学者认为,地方立法对“三种行为”的设定权太小,不能满足地方立法的需要,急需扩大。^⑤但是,如果“三种行为”的设定权不属于地方先行立法的事项,那地方先行立法的事项又所指为何,与“三种行为”的设定权有何关联,该如何配置?

迄今为止,我国学界鲜有关注和研究地方先行立法,更不用说进一步研究地方先行立法的权限问题了。^⑥笔者认为这一问题不是通过界定“地方性事务”概念所能解决的。地方先行立法权虽只是地方立法权的一部分,但与中央立法权紧密关联,牵一发而动全身,因此,要划定地方先行立法权限,须全面审视乃至重构我国立法权配置的基本原理。本文的基本立场是,我国立法权配置的根本问题在于未区分甚至混同了形式采用权、事务管辖权和规则设定权,仅按法的形式和位阶配置后两种权力,从而忽视了“事务的性质决定处理事务的方法”的基本规律;符合立法权内在规律的配置原理应当是在依据法的形式和位阶配置事务管辖权的基础上,根据事务管辖权配置规则设定权,从而在权力

③ 根据《行政处罚法》第9-14条、《行政许可法》第12-17条、《行政强制法》第9-11条的规定,地方性法规无权设定吊销营业执照的行政处罚、冻结存款的强制措施;地方政府规章无权设定没收类行政处罚、长期的行政许可以及查封、扣押类的行政强制措施。

④ 参见《行政处罚法》第14条第2款;《行政许可法》第15条第1款;《行政强制法》第10条第3款。

⑤ 参见黄喆:《地方立法设定行政处罚的权限困境与出路》,载《政治与法律》2019年第7期;余凌云:《地方立法能力的适度释放——兼论“行政三法”的相关修改》,载《清华法学》2019年第2期;熊樟林:《行政处罚的种类多元化及其防控——兼论我国〈行政处罚法〉第8条的修改方案》,载《政治与法律》2020年第3期。

⑥ 国内研究地方先行立法的文献,参见杨登峰:《行政程序地方先行立法的主体、模式与规范》,载《政治与法律》2020年第3期;潘晓滨:《中国地方应对气候变化先行立法研究》,载《法学杂志》2017年第3期;刘华:《管理创新、“法律绿灯”与地方先行立法》,载《东方法学》2014年第2期。

层级配给制基础上,进一步确立以事务性质为准据的立法权配置原理。

为证成上述观点,本文将依次探讨我国立法权的内部结构、现行权力层级配给制的不足、建构事务性质配给制的正当性、立法权配置模式的转变路径等问题,以期为我国立法权配置机制的完善提供新的解决思路,并在此基础上给地方先行立法权限划出一个理性的边界。

二、立法权的有机构成与权力层级配给制

考察我国立法权的配置过程与表述方式可以看出,它是由宪法、组织法、立法法以及一些部门法先后分序用不同话语配置的,可分为法的形式采用权、事务管辖权和规则设定权。这是分析我国立法权配置原理的出发点。

(一) 我国立法权的有机构成

法的形式采用权,是指立法机关可以采用特定形式的“法”制定法律规范的资格或权力。^⑦在现行立法体制下,法的形式包括法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例、部门规章和地方政府规章。法的形式采用权是我国立法权的基础,也是最先配置的,主要由宪法完成。从“五四宪法”到“八二宪法”,我国法的形式采用权之发展经历了漫长时期。“五四宪法”仅授予全国人民代表大会制定法律、地方自治机关制定自治条例和单行条例的权力。^⑧改革开放后,1979年制定的《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》)授予省级人民代表大会及其常务委员会在一定条件下制定地方性法规的权力。1982年公布施行的现行宪法在“五四宪法”基础上,授予全国人民代表大会制定基本法律、全国人民代表大会常务委员会制定“其他法律”、国务院制定行政法规、省级人民代表大会及其常务委员会制定地方性法规、国务院各部委制定部门规章的权力。^⑨同年12月修正的《地方组织法》进一步授予省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民代表大会常务委员会拟订地方性法规草案,授予省、自治区、直辖市以及省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府制定规章的权力。^⑩2015年《立法法》第一次修正后,于第72条第2款将市级地方性法规的立法权从“较大的市”扩展到“设区的市”。经此,我国现行的“全国人大制定基本法律、全国人大常委会制定普通法律、国务院制定行政法规、省级和设区的市人大及其常委会制定地方性法规、国务院部委制定部门规章、省级和设区的市人民政府制定地方政府规章”的法的形式采用权的格局就形成了。不过,上

^⑦ 李林称之为“立法权限形式”。他认为,“立法权限形式是指立法主体以何种方式行使立法职权及其结果的表现形式”。参见李林:《关于立法权限划分的理论与实践》,载《法学研究》1998年第5期,第61页。

^⑧ 参见1954年《宪法》第22条、第27条第2项、第70条第4款。

^⑨ 参见1982年《宪法》第62条第3项、第67条第2项、第89条第1项、第90条第2款、第100条、第116条。

^⑩ 参见1982年《地方组织法》第27条第2款、第35条第1项。

述宪法与组织法基本没有规定各种形式的法可规定的事务,“事务”的相关规定通过配置事务管辖权来完成。

法的事务管辖权,指特定立法主体可通过立法加以规范或调整的事务范围。^⑪这里的“事务”主要指《宪法》第62条中的“刑事、民事、国家机构”,第89条中的“经济工作和城乡建设、生态文明建设”“教育、科学、文化、卫生、体育和计划生育工作”“民政、公安、司法行政”“对外事务”“国防建设事业”“民族事务”,以及《立法法》第11条中的“国家主权的事项”、第82条中的“地方性事务”、第81条和第93条中的“城乡建设与管理、生态文明建设、历史文化保护、基层治理等方面的事项”。事务管辖权的配置始于“八二宪法”。该法将“刑事、民事、国家机构”列为基本法律的调整范围,将全国人大、地方各级人大代表名额和代表产生办法,国务院、法院、检察院的组织,自治机关的组织和工作等重大事项纳入法律的调整范围。^⑫但“八二宪法”对事务管辖权的配置仅此而已。事务管辖权的配置主要由2000年制定的《立法法》完成,2015年和2023年修正《立法法》时略有调整。《立法法》在重述宪法规定的基础上,就事务管辖权作了全面规定,如规定行政法规调整《宪法》第89条所规定的事务,省级地方性法规调整“地方性事务”,设区的市的地方性法规调整“城乡建设与管理、生态文明建设、历史文化保护、基层治理等方面的事项”,部门规章调整“本部门的权限范围内”的行政管理事项,地方政府规章调整“本行政区域内的具体行政管理事项”。^⑬不过,可调整的事务与调整事务时可采用的手段是两回事。后者也是立法权的重要构成,而这通过配置规则设定权来完成。

法的规则设定权,指立法主体就其管辖事务立法时设定特定规则或采用特定措施的权力。^⑭它是立法主体创设法律规则、设定法律措施“特别许可权”,决定了立法主体制作、生产法律规则或法律措施的范围和种类。《立法法》第11条关于“犯罪和刑罚”“对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚”“税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度”“对非国有财产的征收、征用”等法律保留事项的规定,“行政三法”关于“三种行为”设定权的划分^⑮,一些部门法关于特定行为或特定制度设定权的规定(如《民法典》第210条第2款规定“国家对不动产实行统一登记制度。统一登记的范围、登记机构和登记办法,由法律、行政法规规定”)都是规则设定权的典型

⑪ 叶必丰曾提出地方人大事务管辖权的概念。他认为,“地方事务是确定地方人大管辖权的事务标准,是中央和地方权力分工的标准,即地方人大的事务管辖权”。参见叶必丰:《论地方事务》,载《行政法学研究》2018年第1期,第16-17页。

⑫ 参见1982年《宪法》第59条第3款、第62条第3项、第78条、第86条第3款、第95条第2款和第3款、第97条第2款、第111条第1款、第124条第3款、第130条第3款。

⑬ 参见《立法法》第11条、第72条第2款、第81条第1款、第82条第1款、第91条第1款、第93条第2款。

⑭ 余凌云曾提出“立法事项”与“立法权能”两个概念。他说:“地方性法规受制于两点,一是可以立什么?比如,对于电动自行车乱象,能否制定地方性法规来治理?二是能够怎么立?比如,在治理电动自行车的地方性法规中,可以规定什么具体制度、执法手段?前者指事项,后者是权能。”前注⑤,余凌云文,第153页。

⑮ 参见《行政处罚法》第10-14条、《行政许可法》第14条和第15条、《行政强制法》第10条和第11条。

表达和体现。总体来看,我国对于规则设定权的配置,除《立法法》外,大部分由部门法来进行,且早于事务管辖权的配置。例如,在《立法法》颁布之前,1992年颁布的《税收征收管理法》第3条第1款就规定:“税收的开征、停征以及减税、免税、退税、补税,依照法律的规定执行;法律授权国务院规定的,依照国务院制定的行政法规的规定执行”。1996年颁布的《行政处罚法》更是开创了一般行政法配置行政行为设定权的先河,成为《行政许可法》和《行政强制法》效仿的楷模。

综上,法的形式采用权是基础,它赋予立法主体立法的资格,确定了立法可冠以的名称以及在整个法律体系中的位阶,但不涉及立法权的实体内容。立法权的实体内容在事务管辖权和规则设定权范畴。其中,事务管辖权明确立法主体可涉足的事务范围,相当于为立法主体设定立法任务;规则设定权则明确立法主体可创设的法律制度、规则或可采用的法律措施,相当于为其提供实现任务的方法。简单来讲,这针对的是“谁立法、立什么、怎么立”三个问题。

(二) 立法权当前配置的权力层级制

进一步分析就会发现,立法权之法的形式采用权、事务管辖权和规则设定权的配置遵循如下原理:第一,形式采用权按照国家机构的地位和职能配置,即仅配置给部分高位阶的国家权力机关和行政机关,且其地位越高,配置的法的形式的位阶越高。第二,事务管辖权和规则设定权按照法的形式与位阶配置。详言之,在事务管辖权的配置方面,总体按“全国性事务”与“地方性事务”、“综合性事务”(包括行政在内的各类立法事务)与“行政性事务”两个维度划分等级,结合立法主体的地位和功能,把全国性事务配置给法律和行政法规,地方性事务配置给地方性法规和地方政府规章;将综合性事务配置给法律和地方性法规,行政性事务配置给行政法规和规章。在规则设定权的配置方面,将规则设定权按重要程度划分等级,依次分配给法律、行政法规、地方性法规和规章。法的位阶越高,享有的规则设定权越大,可设定的规则越多越重要。这尤其体现在对部分法律保留事项的划定以及“行政三法”关于“三种行为”设定权的配置上。以行政处罚和行政强制措施的设定为例,法律可以设定各种行政处罚和行政强制措施,行政法规不能设定拘留类行政处罚和限制公民人身自由、冻结存汇款的强制措施,地方性法规不能设定拘留、吊销营业执照的行政处罚和限制公民人身自由、冻结存汇款以及“其他行政强制措施”,规章只能设定警告、通报批评和一定数额罚款的行政处罚,不能设定强制措施。

总之,我国的立法权可划分为法的形式采用权、事务管辖权和规则设定权,它们是以立法主体的职能与地位为根基,以法的形式采用权为中枢,将事务管辖权与规则设定权作为两翼,按位阶依次递减配置的,这一配置模式体现的是“权力层级配给制”。其原理可简单图示如下。

事务管辖权	形式采用权	规则设定权
全国性事务	法律	任何规则
全国性行政管理事务	行政法规	法律保留事项外的规则
地方性事务	地方性法规	中央立法事项外规则
地方行政事务	地方政府规章	仅警告通报罚款等

注：上图所示是概括性的，为了简明，未包括部门规章。但在“法律—行政法规—部门规章”的位阶序列中，立法权的配置依然遵循权力层级配给制。

图1 我国立法权现行的配置原理

（三）权力层级配给制形成的基础

立法权的配置虽与我国单一制国家结构形式及人民代表大会制度紧密关联，但我国国家体制在新中国成立之初形成后一直没有大的变化，而翼形的立法权配置模式是在改革开放后逐渐形成的。这说明，我国翼形的立法权配置模式与国家体制紧密相关，同时也受到多种因素的影响。首先是我国立法学基础理论始终没有就立法权的内在成分及其关系形成科学认识，其次是受到两种立法思想与两种立法现实的交互影响。所谓两种立法思想，即民主立法思想与试验立法思想；所谓两种立法现实，一是国家立法任务很重从而导致中央立法机关力不从心的现实，二是对地方立法权约束不够从而导致地方立法机关不当行使甚至滥用地方立法权的现实。试验立法的思想与中央立法机关力不从心的现实是导致立法权下放的动因，共同促成了我国多层级立法体制的形成；民主立法的思想与地方立法机关不当行使立法权的现实是导致限制地方立法权的动力，共同促成了按照法的位阶配置事务管辖权与规则设定权的“权力层级配给制”的形成。可以说，两种思想、两种现实是此消彼长、相互交织、共同作用的，下文通过考察试验立法思想的形成过程与地方立法机关不当行使立法权的情况来说明四种因素共同作用的总体情况。

试验立法的思想萌发于20世纪50年代中期。按照“五四宪法”的规定，“全国人民代表大会是行使国家立法权的唯一机关”，立法的形式仅为法律，民主立法被推向极致。^{①⑥}但是，面对新中国成立之初艰巨的立法任务，党和国家领导人很快意识到，仅由全国人大通过法律对所有事务加以规范并不现实。1956年，毛泽东在《论十大关系》中提出了“两个积极性”的理论。他指出，“我们的宪法规定，立法权集中在中央。但是在不违背中央方针的条件下，按照情况和工作需要，地方可以搞章程、条例、办法，宪法并没有约束。……必须充分发挥地方的积极性，各地都要有适合当地情况的特殊”^{①⑦}。1957年，

^{①⑥} 参见《宪法》（1954年）第22、27条。

^{①⑦} 《毛泽东选集》（第5卷），人民出版社1977年版，第276页。

周恩来在第一届全国人民代表大会第四次全体会议作政府工作报告时也指出：“在国家建立之初，特别是在过渡时期，政治经济情况变动很快，在各方面都制订带有根本性的、长期适用的法律是有困难的。例如，民法、刑法，在生产资料私人所有制的社会主义改造没有基本完成，社会主义所有制没有完全确立以前，是难以制订的。在这种情况下，国家颁布暂行条例、决定、指示等等来作为共同遵守的工作规范，是必要的，适当的。只有在这些条例、决定、指示行之有效的的基础上，才可以总结经验，制订长期适用的法律。”^⑮改革开放后，法制建设的任务更加繁重。1978年底，邓小平进一步阐述了试验立法的思想。他说：“现在立法的工作量很大，人力很不够，因此法律条文可以粗一点，逐步完善。有的法规地方可以先试搞，然后总结提高，逐步完善，制定全国通行的法律。”^⑯在这一思想的指导下，1982年修改宪法和地方组织法时，全国人民代表大会在宣示“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”的基础上，将“全国人民代表大会是行使国家立法权的唯一机关”修改为“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权”，^⑰并建构了包括法律、行政法规、地方性法规和规章四个位阶的法律形式及其采用权体系。

按照“两个积极性”和试验立法的思想，增加立法主体和层级，特别是赋予地方人大和人民政府立法权，不仅可以满足地方治理对于立法的广泛需要，也可以为全国人大及其常委会制定法律积累经验、创造条件。但在解决国家立法能力不足问题的同时，地方立法机关不当行使立法权的问题也凸显出来。“行政三法”建立层级制设定制度之前，“三种行为”的设定状况可说明这一点。1996年《行政处罚法》制定时，仅法律和行政法规设定的行政处罚种类就有120多种，地方性法规和规章设定的数量就更不用说。^⑱当时，行政处罚的多、乱和滥严重侵害了人民的合法权益，引发社会广泛关注，由此催生了行政处罚法按位阶限缩规则设定权的制度。^⑲逐级限制甚至剥夺最低层级立法的处罚设定权，便成为治理行政处罚乱象的一剂猛药。^⑳多、乱、滥的问题不仅是行政处罚立法要解决的，也是行政许可法和行政强制法制定时要面对的。据统计，制定行政许可法时，浙江省有近2500项行政许可，青岛市有1300多项行政许可，深圳市有1100多项行政许可。以深圳市为例，这些行政许可中有法律依据的仅48项，依据部委规章或其他规范性文件的达323项，市政府部门内部各处室发文的有20多项，还有20多项审批没有任何依据。行政许可成为限制外地商品进入本地区、强化地方保护的工具。^㉑有学者指出，制

⑮ 周恩来：《1957年国务院政府工作报告》，1957年6月26日在第一届全国人民代表大会第四次会议上。

⑯ 《邓小平文选》（第2卷），人民出版社1983年版，第146页。

⑰ 参见《宪法》（1982年）第3条第4款、第58条。

⑱ 参见全国人大常委会法制工作委员会国家法、行政法室编著：《〈中华人民共和国行政处罚法〉讲话》，法律出版社1996年版，第3页。

⑲ 参见杨解君：《论行政处罚的设定》，载《法学评论》1995年第5期，第19页。

⑳ 参见前注⑤，余凌云文，第152页。

㉑ 参见张世诚：《为什么要制定〈行政许可法〉？》，载《中国行政管理》2004年第1期，第55-56页。

定行政强制法时,行政强制实践主要存在的问题有:“一是‘散’,即有关行政强制的规定分散,数十部单行法律、数百部行政法规和数以千计的地方性法规和规章对行政强制作出了规定。二是‘乱’,即行政强制的设定和实施比较乱,法律、法规、规章乃至规范性文件皆设定行政强制,享有行政强制实施权的主体繁多,存在滥用行政强制权现象。三是‘软’……”^②。正是共同的问题导致了对设定制度的延续和继承。可见,按权力层级限制地方立法权,不仅是对其不当行使立法权的担忧,更是一种回应。

(四) 权力层级配给制的内在困境

尽管按法的形式和位阶配置事务管辖权与规则设定权不无根由,但会带来如下问题。

第一,违背事务管辖权与规则设定权的性能关系,使二者仅与法的形式采用权相结合,但彼此脱钩。如前所述,在立法权的三个有机构成中,事务管辖权相当于给立法主体配置立法任务,而规则设定权则相当于为立法主体提供完成立法任务的方法、手段。因此,应当是根据事务管辖权即事务的内容与性质配置规则设定权,而不是根据法的形式采用权配置规则设定权。事务管辖权、规则设定权固然要与法的形式采用权相联系,但更重要的是将事务管辖权与规则设定权相结合,使规则设定权能够满足和适应事务管辖权的需要。例如,赋予立法者就经济管理和环境保护事务立法的权力,就必须同时赋予其就经济管理和环境保护事务立法时应采用的法律手段。单纯按法的位阶配置事务管辖权和规则设定权,使彼此分隔,忽视和割断了两者之间的应有联系。

第二,由于划分层级的标准不同,按身份逐级减小事务管辖权与规则设定权所造成的后果不同。事务管辖权是以影响范围或者内容性质为标准来划分层级的,即将立法事务按影响范围分为全国性与地方性、按内容性质分为综合性与行政性,然后结合立法主体的职能与地位将其分配给法律、行政法规、地方性法规和地方政府规章,其结果是,法律与地方性法规、行政法规与地方政府规章所享有的事务管辖权仅有事务的影响范围之别,事务的内容性质则大体相同。而规则设定权则以规则对人民权利的影响程度或对公共利益实现的重要程度为标准来划分等级,即将对人民基本权利影响大、对公共利益重要的法律规则配置给上位法制定,将对人民基本权利影响较小、对公共利益次重要的法律规则配置给下位法制定,直至剥夺规章对部分规则的设定权。由于规则设定权本质上是立法主体享有的实现立法任务与目标的手段和方法,关系各个立法主体解决问题的能力,规则设定权的逐级减小等于减少了其实现任务的方法和手段,降低了解决问题的实际能力。

第三,基于上述两点,它使下位立法主体享有的事务管辖权与规则设定权在功能上发生错位,不相匹配。按照法的位阶配置事务管辖权,下位法的事务管辖权虽有所减小,

^② 李岳德、张禹:《行政强制法的立法背景、主要制度及其对政府依法行政的影响(上)》,载《工商行政管理》2012年第1期,第28页。

但始终享有一定权限,即便规章也不例外,且下位法管辖的立法事务通常与上位法管辖的立法事务在性质上没有差别,如环境保护无论作为法律、行政法规的立法事务还是作为地方性法规、地方政府规章的立法事务,性质不会有区别。但按照法的位阶配置规则设定权,其规则设定权会逐级减小甚至完全被剥夺。以“行政三法”划分的行为设定权为例,地方政府规章仅享有警告、通报批评与一定数额罚款、临时行政许可的设定权,《立法法》则进一步规定,没有上位法的依据,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”。^{②6} 这势必造成下位法与上位法承担的立法事务的内容性质大体相同但可采用的法律方法、手段却截然不同的结果。这种反差,在地方先行立法中表现得更为突出。

第四,按权力层级划分规则设定权缺乏科学标准,不具有普遍操作性。按法的位阶划分规则设定权,目前所依赖、可依赖的是法律保留原则及其重要性理论。但它仅为法律调整事项和授权的行政法规调整事项的划分提供了理论指引,^{②7} 不能为在依职权的行政法规、地方性法规、地方政府规章之间准确划分规则设定权提供依据。当下,除了《立法法》划定了法律保留事项、“行政三法”划定了“三种行为”的设定权之外,其他领域的规则设定权的划分大多付之阙如。而“行政三法”关于“三种行为”设定权的逐级划分也不是尽善尽美、无懈可击的:如对行政处罚设定权的划分方面,罚款与没收违法所得、没收非法财物同属于财产罚,且罚款有时比没收违法所得或非法财物的金额更多、影响更大,但《行政处罚法》却赋予规章对罚款的设定权,未赋予其对没收违法所得或非法财物的设定权;再如行政强制措施设定方面,冻结存款、汇款与扣押财物、查封场所、设施或者财物都属于对财产权的限制,且财产金额没有绝对的多少之分,但《行政强制法》却将冻结存款、汇款纳入法律的设定范围,将扣押财物、查封场所、设施或者财物划为法规的设定范围。立法事务多而复杂且又变动不居,在四级法律形式之间全面、科学地分配法律规则的设定权,即便并非没有可能,也是举步维艰。

综上所述,欲使我国立法权配置得更为合理,就必须适当克服权力层级配给制的上述不足,而要实现这一目的,就得在按照法的形式与位阶配置立法权的基础上进一步探索并确立新的立法权配给原理。

三、立法权之事务性质配给制的提出

(一) 事务性质配给制的构想及其面临的挑战

要克服按照法的形式与位阶配置立法权的不足,就必须修正这种配置规则,即按照立法权有机构成的内在功能关系,将事务管辖权与规则设定权联结起来,使规则设定权

^{②6} 参见《立法法》第93条第6款。

^{②7} 关于法律保留原则之重要性理论的批评意见,参见许宗力:《论法律保留原则》,载许宗力:《法与国家权力》(一),元照出版有限公司2006年版,第174-175页。

与事务管辖权相匹配,建立以事务性质为准据的立法权配置制度。其原理是,虽然应由立法主体的功能与法律形式的位阶决定要干的事情,但需根据所要干的事情选择干事的方法和手段。将这种原理适用到立法权的配置上,便应当先根据形式采用权配置事务管辖权,再根据事务管辖权配置规则设定权。其考量的重点在于事务的性质与规则的功能,使立法主体设定的规则能够完成其承担的立法任务,达到立法事务所预设的立法目的。为方便叙述并与权力层级配给制相区别,可将这种立法权的配置原理简称为“事务性质配给制”。

按事务性质配置规则设定权实质上意味着,不再在不同位阶的法之间划分规则设定权。立法事务需要什么规则设定权,就享有什么规则设定权;需要多少规则设定权,就享有多少规则设定权,从而将“事务管辖权←权力层级→规则设定权”的配置逻辑转化为“权力层级→事务管辖权→规则设定权”的配置逻辑。例如,设区的市人大及其常委会负有“对城乡建设与管理、生态文明建设、历史文化保护、基层治理等方面的事项制定地方性法规”的立法职责,就应根据调整其辖区内“城乡建设与管理、生态文明建设、历史文化保护、基层治理等方面的事项”所需要构建的法律规则或采用的法律手段,赋予其制定相应法律规则或采用相应法律手段的权力。如此一来,立法权的配置模式就从翼形层级型结构关系转变为联排递进型结构关系,事务管辖权与规则设定权不再与法的位阶一一对应。其逻辑可简单图示如下。

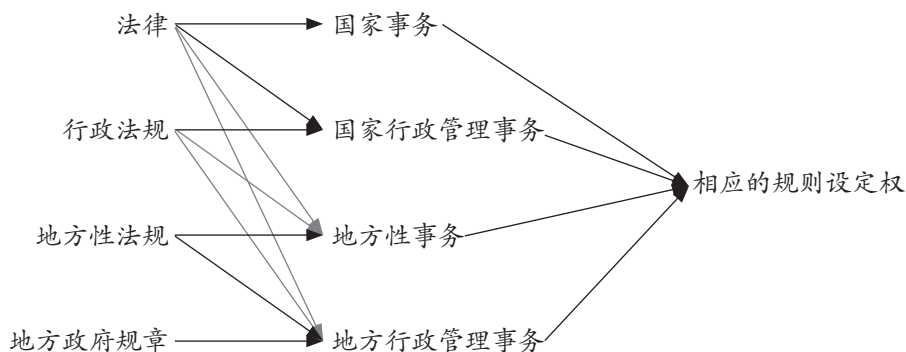


图2 以事务性质为准据的配置模型

按事务性质配置规则设定权的设想是针对权力层级配给制的不足提出的,以消除权力层级配给制先天存在的立法事务与立法手段不匹配问题,但若完全按照这一逻辑运行,等于彻底解除了对下位法特别是地方性法规和地方政府规章的规则设定权的限制。而且,按照事务性质配置规则设定权会带来一个新问题,即如何平复人们对地方立法主体特别是地方政府规章制定主体不当行使立法权的忧虑,以及人们对于地方政府规章设定规则之正当性的质疑。如前所述,权力层级配给制得以形成的一个重要原因是对地方立法权不当行使的现实考虑,而事务性质配给制等于完全解除了对地方立法之规则设定

权的限制。再者,地方政府规章毕竟是地方行政机关制定的,无节制地扩张其规则设定权,难免会使人产生是否符合我国民主立法原则与法治国家理念的疑问。

要解除人们的上述担忧和质疑,需做两个方面的工作:一是明确现行立法体制对事务性质配给制所具有的制约功能;二是客观评估事务性质配给制的实施风险。

(二) 现行立法体制对事务性质配给制的制约

在现行立法体制下,按照事务性质配置规则设定权,仍受四个方面的制约:

第一,地方立法所管辖事务的非专属性的间接制约。在现行立法体制下,所有的下位法虽然享有一定的事务管辖权(部门规章除外),但都不是专属的,不能排除上位法对其进行立法。以地方立法为例,不论是地方性法规所管辖的“地方性事务”,还是地方政府规章所管辖的“本行政区域内的具体行政管理事务”,都不属于专属立法事务,不能排除法律、行政法规对这些事务进行立法。如果上位法认为必要,完全可以对特定地方性事务直接制定法律规则。^{②⑧}这就是说,地方立法享有的事务管辖权本来就限于地方,再加上上位法的“干预”,导致其基于立法事务配置的规则设定权的作用空间相应有限。

第二,严格的法律位阶制度对下位法之规则设定权的直接限制。法律位阶制度是我国最重要的立法制度。按照事务性质配置规则设定权不等于要放弃这一制度的约束。按照法律位阶制度,法律、行政法规、地方性法规、部门规章和地方政府规章依次排位,上位法优于下位法,下位法不得与上位法相抵触,抵触的应当变更或者撤销乃至无效。这一制度在《立法法》中得到明确规定,^{②⑨}尤其是该法第82条第2款规定:“在国家制定的法律或者行政法规生效后,地方性法规同法律或者行政法规相抵触的规定无效,制定机关应当及时予以修改或者废止”。第107条规定,法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章有“下位法违反上位法规定的”情形的,“由有关机关依照本法第一百零八条规定的权限予以改变或者撤销”。在这种情况下,上位法对于下位法始终享有绝对的控制权。下位立法始终受到宪法、法律的精神、原则以及具体规则的限制和制约。

第三,日渐成熟的法规范审查制度的事后制约。我国法规备案审查制度与司法审查制度已经逐步规范运作,并有效发挥着作用。2017年以来,全国人大常委会每年听取和审议法制工作委员会关于备案审查工作情况的报告已经形成制度。地方人大也在积极推进听取和审议备案审查工作情况报告的制度化,越来越多的备案审查案例通过工作报告向社会公布。2019年12月,全国人大常委会委员长会议通过了《法规、司法解释备案审查工作办法》,备案审查制度建设取得重大进展。^{③⑩}此外,人民法院在行政诉讼案件审

^{②⑧} 这是我国立法权配置的根本特色,导源于我国单一制的国家体制。民国时期有宪法学者就认为:“在单一国家,无论分权至如何程度,其地方团体的事权,总系经由中央政府以普通的法律或命令规定,所以地方团体的事权,初无宪法的保障。”王世杰、钱端升:《比较宪法》,商务印书馆1999年版,第357页。现代宪法学者也多持此种看法。如,何华辉认为,在单一制国家,“不论中央与地方的分权达到何种程度,地方的权力均由中央以法律文件规定或改变,地方权力没有宪法保障”。何华辉:《比较宪法学》,武汉大学出版社1988年版,第148页。

^{②⑨} 参见《立法法》第82条第2款、第98-100条、第107条。

^{③⑩} 参见郑磊:《备案审查工作报告研究》,中国民主法制出版社2021年版,总序。

理中遵循适用法律、法规、参照规章原则,对规章具有合法性审查权。在行政审判工作中,人民法院发现规章的制定超越权限或者与上位法相抵触的,可以拒绝参照适用,从而也可以阻滞“违法”的规章侵害人民权益的现象发生。

第四,法律专属立法权对规则设定权的提前分割。法律专属立法权即只有法律才可以制定的立法事项。除非被全国人大及其常委会授权给行政法规,或者由全国人大授权给经济特区法规、全国人大及其常委会授权给浦东新区法规和海南自由贸易港法规,其他立法不能自行对这些事项代为立法。^⑪《立法法》第10、11条对法律专属立法事项作了列举性规定,第11条虽然有“必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项”的兜底条款,但总体是明确的。从内容看,法律专属立法事项基本属于规则设定权。笔者提出按照事务性质配置规则设定权,并不意味着要改变法律的专属立法权。在现代实质法治理念下,法治之法本身必须是良法,须具备社会正当性。^⑫这就意味着,规则设定权的配置不能仅考虑功能效果,还必须接受其他立法原理或立法价值的制约。基于维护人类基本尊严或共同利益的考虑,不可能也不允许立法为达目的而不择手段。一些关涉人类基本权利与重大利益的法之重器,必须掌握在最高立法机关手中,非经严格法律程序并充分征求人民代表的同意不得使用,以在程序上给予基本权利与重大公共利益更严格的保护。因此,在坚持事务性质配给制的同时,必须坚持法律保留原则,将特别重要规则的设定权保留给全国人大及其常委会,只有在必要时经其授权方能由国务院暂时行使。

借由上述四种制约,按事务性质配置规则设定权后,地方立法主体不当行使这种权力的风险已非常有限。至于按事物性质配置规则设定权的民主正当性,有学者认为,“地方人大的国家权力直接源于作为主权者的人民,其与全国人大的国家权力一样是固有的权力,作为这一国家权力重要组成部分的地方立法权也因此具有固有性和原生性”^⑬。因此,对按事务性质配置地方性法规的规则设定权的民主正当性无需质疑。地方政府规章的确面临民主正当性不足的问题,立法法当初赋予其立法权,主要是对立法现实需要的妥协。不过,我们应当认识到,地方政府规章在事务管辖权的配置上同样面临民主正当性不足的问题,要克服这个问题,首先应从限制事务管辖权开始,而不是仅从规则设定权入手。

(三) 按事务性质配置立法权的风险判断

实施事务性质配给制的实践风险可从两个方面进行研判:一是权力层级配给制建立之前的立法状况,二是近几年的立法状况与对立法风险的实际控制能力。

行政处罚设定制度的建立是权力层级配给制建立的里程碑。行政处罚法制定之前,的确存在行政处罚多、乱、滥的情况。但从相关文献看,当初行政处罚问题比较严重的主

^⑪ 参见《立法法》第10-12条、第84条。

^⑫ 参见张文显:《习近平法治思想的政理、法理和哲理》,载《政法论坛》2022年第3期,第13-14页;〔德〕哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第105页。

^⑬ 赵一单:《央地两级授权立法的体系性思考》,载《政治与法律》2017年第1期,第94页。

要是罚款、没收,而非其他对当事人权益“影响更大”的行政处罚。以1991年北京市的行政处罚为例,当年行政机关实施的行政处罚总共800多万次,其中罚没700多万次,占87.5%;警告拘留59.9万人次,占7.4%;而吊销许可证、责令停业总共才756起。^{③④}学界所批评的“处罚成了生财之道”^{③⑤},其实是“罚款成了生财之道”。实际上,暂扣或吊销证照、责令停产停业不但不能为地方政府生财,反而可能影响政府的税收等财政收入。因此,如果要从源头上解决行政处罚多、乱、滥的问题,应严格限制的其实是罚款的设定权,而非暂扣或吊销证照、责令停产停业等资格罚、行为罚的设定权。但行政处罚法却将问题最严重的罚款、没收设定权配置给地方性法规和规章,“收缴”了其对于吊销证照、责令停业等行政处罚的设定权。这应该是找错了病根、开错了药方。但回顾20多年行政处罚立法实践,尚无证据表明罚款设定权因这一错误而被乱用和滥用。^{③⑥}

近几年下位法特别是地方性法规和地方政府规章的立法状况可从备案审查情况来观察。从全国人大常委会法制工作委员会的备案审查报告可以看出,地方性法规的立法质量有了很大提升。从已公布的2017年至2021年的5份“审查工作情况的报告”来看,从2013年到2021年,共审查地方性法规15708件,发现问题53处,仅占报备和依申请审查数的0.33%。地方政府规章备案审查工作虽不及地方性法规,但也在逐步推进,有些地方已先行先试了七八年。^{③⑦}尽管各地没有完全公开其备案审查报告,但透过已公开的报告也可对地方政府规章设定权的行使状况窥见一斑。从检索到的重庆等8个省市的18份备案审查报告来看,^{③⑧}8个省市2014年至2021年共审查地方政府规章342件,与上位法相抵触的有9件,仅占2.63%。总体来看,如果不是期望地方性法规和地方政府规章不出丝毫问题,则这样的比例就算比较低,因而是可以接受的。地方性法规与地方政府规章的备案审查数据如表1和表2所示。

③④ 参见马怀德:《行政处罚现状与立法建议》,载《中国法学》1992年第5期,第44页;应松年、刘莘:《行政处罚立法探讨》,载《中国法学》1994年第5期,第63页。

③⑤ 应松年:《规范行政处罚的基本法律》,载《政法论坛》1996年第2期,第1页。

③⑥ 这可能也与规章设定罚款的数额受到限制有关。《行政处罚法》(1996年)规定,部门规章“罚款的限额由国务院规定”,地方政府规章“罚款的限额由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会规定”。参见《行政处罚法》(1996年)第12、13条。不过,行政处罚法对规章设定罚款的数额限制使规章不能因时因事设定罚款,规章设定的罚款与违法收益不成比例,罚款反而成为违法的“赎罪券”,终使违法行为屡禁不止。

③⑦ 2018年2月,全国人大常委会法制工作委员会向北京、天津、上海、重庆等4个直辖市和深圳、珠海、汕头、厦门等4个经济特区市人大常委会发函,要求发挥先行先试作用,督促梳理全部现行有效的政府规章,并探索形成切实可行的备案工作机制。参见沈春耀:《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2018年备案审查工作情况的报告——2018年12月24日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第七次会议上》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2019年第1期,第328页。

③⑧ 截至2021年年底,在“北大法宝”能检索到的仅有北京市、上海市、重庆市、四川省、江西省、广东省、湖北省、江苏省8个省市的18份备案审查报告。

表1 2013年至2021年全国人大常委会备案审查情况表

年份(年)	报备(件)	审查建议(条)	违法、不当(件)
2013—2016	3739	66	2
2017	851	不详	2
2018	1180	63	2
2019	1391	不详	4
2020	1228	不详	35
2021	1594	5596	6
合计	9983	5725	53

注:1.报备数,包括省、自治区、直辖市地方性法规,设区的市地方性法规,自治区、州的自治条例和单行条例,经济特区法规;2.审查建议,即公民、组织针对地方性法规、自治条例和单行条例、经济特区法规提出的审查建议。

表2 2014年至2021年8省市备案审查报告中提及地方政府规章有问题的数据情况表

年份(年)	重庆	四川	江西	广东	北京	上海	湖北	江苏
2020	1/6	0/21		5/136	0/6			
2019	1/10	0/18	0/7		0/8			
2018		0/13	1/13		1/39		0/24	不详
2017	0/8							
2016	0/13					0/11		
2015	0/7							
2014							不详	

注:1.表中空格意味着当年该地未公开审查报告,或者说检索不到;2.表中分数比的分母是被审查的地方政府规章数,分子是发现有问题的地方政府规章数;3.分子为零指该报告未提及地方政府规章存在问题;4.“不详”指该地当年的审查报告无相关数据。

上述备案审查工作情况不仅说明我国下位法的立法质量提高,同时也说明我国的备案审查制度已在规范运行,^③ 防范、控制立法风险的能力得到明显增强。基于此,按事务

^③ 2017年,十二届全国人大常委会第三十一次会议首次听取和审议法制工作委员会的备案审查工作报告,标志着备案审查工作开始规范运作。2019年,全国人大常委会制定了《法规、司法解释备案审查工作办法》,对备案审查工作作了详细规定,使备案审查制度更加完善。

性质配置规则设定权,则乱用、滥用下位法立法权的风险不大、可控。

四、事务性质配给制在我国的具体落实

如果按事务性质配置规则设定权科学合理、风险可控,则需解决的问题是,从我国立法体制实际出发,按照这一原理配置的结果将会如何,以及如何从权力层级配给制转向事务性质配给制。

(一) 按事务性质配置立法权的预推

按事务性质配置规则设定权必须考虑两个方面的实际情况:一是不同法的事务管辖权具有同质性;二是不同规则设定权的功能不具有相互替代性。

1. 不同法的事务管辖权的同质性

首先可以承认,我国的立法事务有“国家性”与“地方性”以及“综合性”与“行政性”之别,这可以从中央立法与地方立法、权力机关立法与行政机关立法两个维度分析。

第一,中央立法事务与地方立法事务之别。从我国目前对立法事务的配置看,中央立法,不论是法律、行政法规还是部门规章,其立法事务主要是全国性的;而地方立法,不论是地方性法规、自治条例、单行条例还是地方政府规章,其立法事务则通常是地方性的。划分两者的关键在于界定“地方性事务”,而确立“地方性事务”的界定标准比较复杂和困难,就学界已进行的长期讨论来看,主要有“影响范围论”和“地方特色论”两种意见。^{④①}“影响范围论”认为,如果事务的影响范围限于局部地方,就属于地方性事务;反之,则属于国家性事务。^{④②}“地方特色论”认为,如果事务具有地方特色,就属于地方性事务;反之,就属于国家性事务。^{④③}不论是“影响范围论”还是“地方特色论”,都凸显了地方立法事权具有地方性,而中央立法具有全国性。

第二,权力机关立法事务与行政机关立法事务之别。权力机关立法,不论是法律还是地方性法规,其事权具有综合性,可涉及方方面面,尤其是法律。法律不仅调整公法事务,也调整私法、社会事务。在公法领域,法律不仅调整行政事务,还调整人大、监察、司法、军事等事务。因此,法律调整的事务可谓无所不包。而地方性法规,由于受法律保留原则的限制,其调整范围不能与法律相提并论,但在理论上也不限于行政管理事务。而

^{④①} 除了这两种理论,还有学者提出了比较新颖的观点,例如俞祺提出以“职能下属化原则”“市场统一原则”和“中央权威原则”作为划分中央与地方立法事权的原则。参见前注②,俞祺文,第125页。郑毅提出,应以《宪法》第100、104、107条及《立法法》第82条为地方性事务规范结构,构建六阶递进的动态判断体系,实现对地方性事务规范内涵的全面解读。参见前注②,郑毅文,第203页。

^{④②} 参见封丽霞:《中央与地方立法权限的划分标准:“重要程度”还是“影响范围”?》,载《法制与社会发展》2008年第5期,第37、47-48页;前注②,封丽霞文,第20、30页。孙波以“事务所涉及的利益范围”“事务实施的地域范围”和“事务性质”为标准,但就这三个标准的内容看,其实与影响范围论没有实质性区别。参见孙波:《论地方性事务——我国中央与地方关系法治化的新进展》,载《法制与社会发展》2008年第5期,第50、57-58页。

^{④③} 如张春生认为:“地方性事务是与全国性的事务相对应的,地方性事务是指具有地方特色事务。”张春生主编:《中华人民共和国立法法释义》,法律出版社2000年版,第195页。

行政机关立法,不论是行政法规、部门规章还是地方政府规章,则主要限于行政管理事务,它们既不能为人大、监察、司法等其他公权力机关制定行为规则,也不能对私权利主体之间的民事、商事、社会活动制定行为规则。二者之间的界限由“行政管理职权”或“行政管理事项”而定。^{④③}

但是,上述差别同时也体现了我国不同立法所管辖的事务具有同质性。

第一,“地方性事务”是以事务影响的地域范围或地域特色为标准,而非以事务本身的内容性质为标准。事务的影响和特色是一回事,事务的内容性质是另外一回事。影响大小仅表明,有些事务是全国都涉及的,有些事务是部分地方涉及的。特色大小表明,有些事务全国各地都一样,可同样处理;有些事务在不同地方有差别,可作特别处理。因此,以“地方性事务”为标准划分中央立法与地方立法的事务管辖权,其实表明了中央立法事务与地方立法事务在内容性质上是相同的,没有本质区别。例如,经济、教育、环境、城建等事务,不论是全国性的还是地方性的,其内容性质并不会因影响或特色大小而改变。

第二,“行政管理事项”标准虽涉及事务的内容与性质,但依然显示出同质性。“综合性”与“行政管理的”在概念上是包容关系,然而,由于受法律保留原则的制约(民事法律制度、司法制度、监察制度等属于法律保留事项),除法律调整的事务真正具有综合性之外,其他立法(包括行政法规、部门规章以及地方性法规、自治条例和单行条例、地方政府规章)所调整的事务,在实践层面其实都只能是或主要是“行政管理事项”,且主要包括“经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、环境和资源保护、城乡建设事业和财政、民政、公安、民族事务、司法行政、监察、计划生育等行政工作”。^{④④}

除此之外,不同立法事务的同质性还因两种因素得到加强:一是立法权限总体是“以上统下”的。凡是地方的立法事务,中央立法都可以管辖;凡是行政机关的立法事务,权力机关都可以管辖,且后者始终拥有优先权。二是地方先行立法权是“由下代上”的。地方性法规先行立法行使的是法律和行政法规的立法权;地方政府规章先行立法行使的是地方性法规的立法权。这两种因素上下结合、相互叠加的结果便是行政法规、地方性法规和规章管辖的立法事务总体相同。

2. 不同规则设定权的不可互替性

既然法规和规章管辖的立法事务性质相同,则其规则设定权的种类就应相同。但这一结论的成立还取决于不同规则设定权在功能上不具有相互替代性。这是因为,如果不

④③ 参见《立法法》第72条第2款、第93条第2款。目前,鲜见有学者对“行政管理职权”和“行政管理事项”两个概念进行解释和界定的。

④④ 关于行政法规管辖的事务,可根据《宪法》第89条、《立法法》第72条第2款和《国务院组织法》第3条来确定。就地方性法规和地方政府规章的调整事务,可从《地方组织法》(2022年)第11、50、73条推出。其中,第11条第3项和第50条第4项规定,县级以上地方各级人民代表大会及其常务委员会行使“讨论、决定本行政区域内的政治、经济、教育、科学、文化、卫生、生态环境保护、自然资源、城乡建设、民政、社会保障、民族等工作的重大事项和项目”的职权。第73条第5项规定,县级以上地方各级人民政府行使“编制和执行国民经济和社会发展规划纲要、计划和预算,管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育、城乡建设等事业和生态环境保护、自然资源、财政、民政、社会保障、公安、民族事务、司法行政、人口与计划生育等行政工作”的职权。

同规则设定权的功能可以相互替代从而是“万能”或相同的,则逐级限缩下位法的规则设定权也就不足为错,下位法执掌的规则设定权虽然有限但也可以完成其立法任务。

但遗憾的是,不同规则设定权的功能不能相互替代。考虑到法规、规章主要调整行政管理事务,这里主要以行政法领域不同规则设定权的功能关系加以说明。在行政法领域,行政立法的规则设定权主要表现为对行政行为的设定权,而“行政三法”关于“三种行为”设定权的划分是其典型表现,可以其为例说明。在“三种行为”设定权中,行政许可设定权主要为执法者提供事前制约制度,行政强制措施设定权为执法者提供即时和事中制约制度,行政处罚则为其提供事后制约制度,足见“三种行为”设定权的立法功能是不同的。进一步就行政处罚中的警告、罚款、没收、暂扣许可证件、降低资质等级、限制开展生产经营活动、吊销许可证件、责令停产停业、拘留等行政处罚以及限制人身自由、查封、扣押、冻结等行政强制措施的设定而言,其功能之差异更加明显。这种功能差异意味着,既不能用行政处罚设定权替代行政许可或行政强制的设定权,也不能用警告、罚款的设定权替代吊销营业执照、责令关闭、限制从业等其他行政处罚的设定权,同样不能用查封、扣押财物的设定权替代限制人身自由、冻结存款汇款等强制措施的设定权。

既然职权性行政法规、地方性法规和规章的立法事务相同,而不同的规则设定权又不可相互替代,则除了依《立法法》第11条和第12条赋予法律、授权行政法规的特别规则设定权之外,其他法规、规章的规则设定权就应基本相同,前述结论可以成立。

(二) 转向事务性质配给制的两个步骤

要将上述结论付诸行动,从权力层级配给制转向事务性质配给制宜分两步走:

第一,在现行法律框架下,逐步通过授权赋予地方立法更大的规则设定权。这有两个目的:一是通过实践检验事务性质配给制的可行性,二是为推广事务性质配给制积累经验、创造条件。我国已确立了全国人大及其常委会授权国务院立法、全国人大授权经济特区所在地的省市的人大及其常委会立法、全国人大及其常委会授权上海市人大及其常委会制定浦东新区法规以及海南省人大及其常委会根据法律规定制定海南自由贸易港法规的授权立法制度,但尚未确立全国人大及其常委会给其他综合配套改革试验区和自由贸易试验区所在地省、市人大及其常委会授权立法的制度,也未确立省市人大及其常委会给地方人民政府授权立法的制度。从行为性质类推,既然全国人大或其常委会可以将其立法权授予经济特区、浦东新区、海南省自由贸易港所在地的地方人大及其常委会,就可以将其立法权授予其他综合配套改革试验区和自由贸易试验区所在地的省市人大及其常委会,甚至部分地授予其他没有试验区的省市人大及其常委会;既然全国人大及其常委会可以将其立法权授予给国务院,则有立法权的省市人大及其常委会同样可将其立法权部分地授予当地人民政府。如此一来,地方性法规和地方政府规章的规则设定权就能通过授权制度得到一定程度的扩大。虽然这与其所承担的立法事务需求可能仍有差距,但差距会有所减小。

第二,在通过授权积累相应经验之后,进一步修改《立法法》、“行政三法”等相关法律,在遵循法律保留原则的前提下,适当放开地方性法规、地方政府规章的规则设定

权。例如,就《立法法》而言,可废止第93条第6款“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,同时废止《规章制定程序条例》第3条的等同规定。就“行政三法”,则可从行政行为种类创设权、行政行为设定权、行政裁量设定权三个方面着手:一是放开对行政处罚种类、行政强制措施种类的创设权,将《行政处罚法》第9条第6项之“法律、行政法规规定的其他行政处罚”改为“法律、法规、规章规定的其他行政处罚”,^④废止《行政强制法》第10条第3、4款的规定。二是放开对行政处罚、行政许可、行政强制措施的设定权,即在保留法律特别设定权的前提下,废止“行政三法”划分“三种行为”设定权的相关条款,对其他部门法中的相关条款作相应修改。三是解除行政处罚法对规章设定罚款数额的限制。限制规章设定罚款的数额,容易造成立法上的“罚过不相适应”的结果,从而违反比例原则。就其他法律部门立法而言,则尽可能避免限制下位法创设法律规则的设定权及其裁量权限。

总之,从权力层级配给制向事务性质配给制转向,应走一条稳健、渐进的经验主义路线。

五、结语:地方先行立法权的合理配置

本文在分析权力层级配给制不足的基础上探索并建构了新的立法权配给原理——事务性质配给制。需要明确的是,权力层级配给制是现在实施的配置原理,仍是我国立法权配置的基础;事务性质配给制则是尚待建构的配置原理,只是对权力层级配给制的补充和完善。换言之,事务性质配给制仅处理规则设定权的配置事宜,形式采用权和事务管辖权的配置则依然采用权力层级配给制。在此基础上需要解决的问题是:地方先行立法事项所指为何,该如何配置?

地方先行立法的权限之所以难以界定,关键在于无法准确解释《立法法》第82条第2款中的“其他事项”,也不能准确把握第93条第5款中的“应当制定地方性法规但条件不成熟的”事项所指。当我们把立法权划分为法的形式采用权、事务管辖权和规则设定权之后,上述问题便可进一步具体化为:地方性法规先行立法时可以规定的“其他事项”以及地方政府规章先行立法时可以规定的“应当制定地方性法规但条件尚不成熟的”事项指的是立法权之形式采用权、事务管辖权、规则设定权三个有机构成中的哪种权力,如何配置?

可以肯定的是,地方立法先行行使上位法的立法权时,不能行使上位法的形式采用权,因此,考虑地方先行立法权限应在事务管辖权与规则设定权之间选择。前文已说明,事务管辖权与规则设定权两种权力不能完全分离,地方先行立法权限应包括这两个方

^④ 参见前注^⑤,熊樟林文,第91页。余凌云主张将该项改为“法律、法规规定的其他行政处罚”。参见前注^⑤,余凌云文,第160页。

面。因此,地方性法规先行制定的“其他事项”,从事务管辖权角度看,应指法律保留之外的中央立法事项;从规则设定权方面看,应指法律保留之外的其他规则设定权。地方政府规章先行制定的“应当制定地方性法规但条件尚不成熟的”事项,从事务管辖权角度看,应指“地方性事务”;从规则设定权角度看,应指与地方性事务相适应但不属于法律保留的其他规则设定权。

不过,对上述结论需再强调两点:第一,上述结论是本文之应然意义上的,实践层面仍受诸如“行政三法”设定制度等现行法规定的羁绊和制约,当下的先行立法权应仅指事务管辖权;第二,扩大地方政府规章的规则设定权不符合民主立法原则,也不符合当前逐步限制其立法权限的大方向。但如前所述,限制地方政府规章的立法权应从限制其事务管辖权开始,从源头上解决,不能一方面赋予其自主立法和先行立法的事务管辖权,同时又严格限制其规则设定权,从而造成两种立法权限先天不匹配的矛盾结局。

Abstract: The authority of local prior legislation in our country is difficult to define. The root of the problem lies in the fact that the allocation of the entire legislative power is not distinguished, thus confusing the power of form adoption, the jurisdiction of affairs and the power of norm-setting, and the form and the level of law are taken as the only basis for the allocation, ignoring the basic law that ‘the nature of legislative affairs determines the method of dealing with affairs’. According to the inherent law of the legislative power, it is not only necessary to allocate the jurisdiction of the affairs according to the rank of the law, but also to allocate the power of norm setting according to the nature of the legislative affairs. Therefore, on the basis of the rank of law, the nature of affairs is taken as an important basis for the allocation of legislative power. The adoption of the criterion of the nature of affairs does not mean giving up the principle of legal reservation, and the transformation of the allocation of legislative power based on the nature of affairs can be carried out in two steps: authorization and amendment. The local prior legislation should subrogate the jurisdiction and norm-setting power of higher-level law, and the definition of local legislative authority should be based on the jurisdiction of affairs and the power of norm-setting should be determined on the basis of specific legislative affairs.

(责任编辑:王莉萍)