

【立法学】

地方立法“不抵触原则”的实施与路径优化

沈丽飞

【摘要】地方立法“不抵触原则”，是指地方立法必须以宪法为依据，不得同宪法相抵触；要与国家立法保持一致，不得违反上位法；不得超越法定权限。坚持地方立法“不抵触原则”的价值在于维护法制统一、防止地方本位和保护主义、保护公民合法权益和提高地方立法效益。“不抵触原则”蕴含了其在地方立法原则中居于排他性地位、规制地方立法权无序扩张、通过立法监督克服地方立法冲突、队伍建设是地方立法的组织保障等基本命题。地方立法冲突包括地方立法直接冲突、地方立法间接冲突和多重复杂冲突。为此，应当根据地方立法不抵触的条件设定，通过树立地方立法不抵触的底线思维、恪守地方立法权限、完善与强化地方立法监督和加强地方立法队伍建设等措施，健全和优化地方立法“不抵触原则”。

【关键词】地方立法；“不抵触原则”；法制统一

【作者简介】沈丽飞，女，上海师范大学学报期刊杂志社副编审（上海 200234）。

【原文出处】《东北师大学报》：哲学社会科学版（长春），2023.5.138～146

地方立法“不抵触原则”又称地方性立法“不抵触原则”（下称“不抵触原则”）。根据《中华人民共和国宪法》（下文简称《宪法》）《中华人民共和国立法法》（下文简称《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》（下文简称《地方组织法》）的规定，地方立法机关在开展地方立法活动时，必须遵循上位法的精神、原则和规范，不得同宪法和上位法相抵触。“不抵触原则”适用于各种类型的地方性立法，是执行性、自主性和创新性地方立法共有的原则。有关“不抵触原则”的内容，学界和实务界有不同认识。有学者从司法的视角出发，主张从四个方面把握“不抵触原则”，即：不得与上位法的基本原则相违背，不得与上位法的具体条文相违背，不得侵犯中央的专属立法权，根据具体情况和实际需要原则^①。有学者认为应该从形式要件和实质要件两个方面判断地方立法是否符合“不抵触原则”，形式要件包括规范冲突和原则冲突，实质要件包括实施冲突和范围冲突^②。但全国人大的解释明确指出，“不抵触原则”应当包括以宪法为依据、

不得同宪法相抵触，要与国家立法保持一致、不得违反上位法，不得超越法定权限^③三个层次内容。

一、地方立法“不抵触原则”的理论预设

（一）地方立法“不抵触原则”的法理阐释

“不抵触原则”作为地方立法中重要的原则，是科学立法、规范立法的重要依据和体现。“不抵触原则”对维护国家法制统一、防止地方本位和保护主义、节约立法资源、提高立法效率、防止地方立法权无序扩张具有重要意义。

1. 宪法基准原则：国家法制统一

习近平总书记指出：“维护国家法治统一是严肃的政治问题，各级立法机构和工作部门要遵循立法程序、严守立法权限，切实避免越权立法、重复立法、盲目立法，有效防止部门利益和地方保护主义影响。”^④我国《宪法》第5条明确规定：“国家维护社会主义法制的统一和尊严。”以宪法原则为立法基准，《立法法》第5条就法制统一原则做了进一步规定，第98条至第100条明确规定了法律（宪法、法律、行政法规、地方性法规和规章）的效力位阶，第107条、第108

条规定了法制统一的具体实现路径。

“法制统一”是指国家立法机关制定的规范性文件要以宪法为依据,以法律为核心,构建上下协调一致的法律规范体系,具体包括下位法与上位法协调一致、地方立法与中央立法协调一致、不得与法律相冲突、所有立法不得与宪法相抵触,从而实现以宪法为统帅的法律体系。广义的“法制统一”不仅包含法律制度的统一,还包括法律秩序的统一,即“法治统一”。按照宪法和相关法律的规定,法制统一不仅包括法律制度的统一,还包括维护法制统一的义务。维护法制统一是“不抵触原则”的最直接目的。就地方立法而言,“不抵触原则”要求地方立法机关制定地方性法规规章不得与中央立法抵触、下位法不得与上位法抵触。“不抵触原则”不仅要求地方立法要符合上位法的具体规范,还要求地方立法符合上位法的立法原则、立法目的和立法精神。

2. 立法向度检视:防范地方本位和地方保护主义

地方立法本位和地方保护主义是指地方立法机关过度关注和突出地方利益,通过地方立法片面地保护地方经济利益的立法行为。法律的价值在于协调各方利益,实现利益平衡。立法过程实质上是一个利益平衡的过程。利益平衡表现在中央利益与地方利益的平衡,国家利益、集体利益与个人利益的平衡,权力与权利的平衡等方面。当特定的利益主体在立法过程中占据主导地位时,如果没有制度约束,其立法内容或多或少会倾向于对其自身利益的保护。2002年邮政法修改稿第七稿中曾规定350克以下国内信件快递业务只能由邮政企业经营,该条规定为邮政系统垄断90%以上的快递市场提供了合法性依据。现行邮政法第55条规定:“快递企业不可以经营邮政企业所专营的信件寄递业务,并不得寄递国家机关公文。”国土资源部制定的《闲置土地处置办法》规定,闲置土地未动工开发满两年的,由市、县国土资源主管部门无偿收回国有建设用地使用权^⑤。这里的“无偿”体现的就是部门本位主义。祁连山生态破坏、环境污染案中,违法主体所适用的《甘肃祁连山国家级自然保护区管理条例》将《中华人民共和国自然保护区条例》中规定的禁止在自然保护区内开展的10类生产经营行为缩减到3类禁止

性活动,违反上位法的规定,与保护生态环境、保护生物多样性等社会主流价值取向相违背、相抵触,严重违反地方立法“不抵触原则”。这些违反“不抵触原则”的地方立法为地方本位主义和保护主义提供了法律支持,不利于法制统一的实现。“为了强调所谓的体现地方特色,对法规中与上位法不一致的规定睁只眼闭只眼,以所谓合法的形式让有瑕疵的法规出台,是‘打擦边球’的行为,不值得提倡。”^⑥只有通过“不抵触原则”控制地方立法本位倾向,才能避免地方立法本位主义和地方保护主义,实现地方利益与中央利益的平衡。

3. 人本精神导向:保护公民合法权益

人民群众的根本利益是党和国家的最高利益,以人民为中心是我国法治国家建设的终极目标。“要积极回应人民群众新要求新期待,坚持问题导向、目标导向,树立辩证思维和全局观念,系统研究谋划和解决法治领域人民群众反映强烈的突出问题,不断增强人民群众获得感、幸福感、安全感,用法治保障人民安居乐业。”^⑦法治不仅仅是治理国家的制度方式,更是人民群众在社会生活中处理矛盾纠纷的方式,其要求法律必须是普遍的、稳定的、善意的、上下协调一致的,是可以信赖的,并对所有人都同等、平等适用,其终极意义是对人的关怀,保护人民群众及社会的利益不受侵害。“法律的生命力在于实施,法律的权威也在于实施。”^⑧地方立法从属于国家立法,作为法治的依据,应当与上位法的价值追求相一致,满足保护全国范围内广大民众的利益的要求。在维护国家法律保护全国人民利益的同时,地方立法还要代表本地区人民群众的意志,维护地方民众的利益。地方立法在制定地方性法规时一旦与上位法的立法精神、原则以及具体规定相抵触,就会与国家利益、社会利益相冲突。因此,恪守“不抵触原则”有利于保护公民的合法权益。

4. 成本收益考量:提高地方立法效率

立法成本包括直接成本和间接成本。直接成本指的是制定法律规范所耗费的成本,间接成本指的是法律实施所耗费的成本。法制统一是提高法治效益的前提条件。依法执法、依法司法的“法”不仅包括法律、法规,还包括地方性法规和地方政府规章。

因此,地方性法规和地方政府规章也是执法、司法的法律依据。在一个法制统一的国度里,执法机关、司法机关能够方便、快捷地适用不同位阶法律法规,实现执法、司法的公平公正。如果地方立法不恪守“不抵触原则”,导致地方立法与上位法相冲突,那么执法、司法机关在适用不同的法律、法规和规章时就会发生不同的执法和司法结果。于是法律救济不可避免,执法、司法行为就有可能被改变、撤销,导致程序空转或重复,造成执法、司法资源浪费。地方性法规和政府规章与上位法相抵触,会造成政府执法成本、法院司法成本、民众维权成本大幅度提高。恪守“不抵触原则”,能够大幅度降低地方立法自身成本、适用成本,节省地方立法资源,提高地方立法效益。

(二)“不抵触原则”蕴含的基本命题

按照“不抵触原则”的理论预设,结合地方立法“不抵触原则”的域外经验,地方立法“不抵触原则”的实施蕴含以下几个基本命题:

1.“不抵触原则”在地方立法原则中居于排他性地位

在地方立法原则中,“不抵触原则”具有排他性地位。全国人大认为,为了实现法制统一,“不抵触原则”是地方立法的底线,是地方立法不可逾越的红线^①。地方立法的目的不是为立法而立法,而是在于执行落实上位法、弥补上位法的不足和对上位法进行立法实验。如果地方立法与上位法相冲突,不仅不能实现执行、弥补和实验的功能,还会破坏法制统一与法治统一,使得法律与上位法难以在地方得以贯彻落实,地方立法的价值就难以实现。“不抵触原则”是执行性、自主性和创新性地方立法的共同原则,但是不抵触的对象并不相同。执行性地方立法的不抵触,指的是地方立法不得与被执行的上位法相抵触;自主性地方立法的不抵触,指的是地方立法不得与授权的宪法条文和法律相抵触;而创新性地方立法的不抵触则是指地方立法不得与宪法和党的政策相抵触。明确不同类型、不同对象的不抵触,也是贯彻落实地方立法“不抵触原则”的重要部分。

2.立法权限是规制地方立法权无序扩张的基本要求

地方立法机关的立法权限规定是一个不断发

展、完善的过程。中央立法以原则性、概括性为特点,便于解决全局性、根本性问题,具有普遍适用效力,地方立法则是为了贯彻实行中央立法,因地制宜调整地方的局部性问题或者特殊的矛盾。地方立法机关在按照法律规定的权限和程序进行地方立法时,应当根据本地区的政治、经济、文化、生态、民族习惯等情况,制定出能够解决本地区事务、符合地方特色的地方性法规或者规章。需要强调的是,“地方特色是地方立法的生命,如果地方立法失去了地方特色,那么也就失去了其存在的价值”^②。地方立法是基于地方特色而进行的立法,其权限是基于地方特色,源于宪法和法律的赋权或者授权,因此地方立法机关只能在体现地方特色的法定授权范围内实施立法权,否则就会导致地方立法违背“不抵触原则”。

3.立法监督是克服地方立法冲突的重要手段

由于主客观方面的原因,地方立法与上位法或者其他地方立法相抵触的情形不可避免。针对已经发生立法冲突的情形,应当采取对地方立法进行监督的方式予以矫正。在我国,立法监督包括立法后评估、备案审查、法律编撰、法律清理等多种方式。通过这些法律监督的常态化运行,能够纠正违反“不抵触原则”的地方立法。

立法后评估是指法律、法规、规章实施后,由制定机关、实施机关按照规定的程序 and 标准,运用科学的方法和技术,对法律、法规、规章的制度设计、实施效果、存在问题等进行跟踪、调查、评价,提出完善有关法律、法规和规章,改进行政执法等评估意见的活动^③。立法后评估能够保证民主立法,实现科学立法,制定出良法。立法后评估能够有效解决因地方立法的主观随意性、盲目性而制定出不良之法的问题。通过立法后评估,可以发现地方立法与上位法相抵触的情形,并根据评估的结果采取相应的修改和废除措施。

为了解决地方立法存在的问题,我国制定了立法备案审查制度。地方立法备案审查是指地方立法机关将已经通过的法规、规章送交法定立法备案审查机关登记存档,由法定立法机关对地方性法规、地方政府规章进行审查,并对违法或者不当的法律、法规或规章予以改变或撤销的立法监督活动。立法后

评估仅限于评估,至于是否予以改变或者撤销,还有待相关的国家立法机关做出决定。与立法后评估不同,立法备案审查制度不仅要进行评估,相关的国家立法机关还应该对与上位法相抵触的法规、规章或者其他规范予以改变或者撤销。备案审查是《立法法》明确规定的,有着完备的法律制度体系,其在矫正地方立法违反“不抵触原则”方面比立法后评估的功能要强大得多。

“法的编撰又称法律编撰、法典编撰,是指有权的国家机关在法的清理和汇编的基础上,将现存同类法或同一部门法加以研究审查,从统一的原则出发,决定它们的存废,对它们加以修改、补充,最终形成集中统一的、系统的法。”^②法典编撰是重要的立法活动,有助于法的科学化、系统化,能够促进法律体系的完善,推动法治统一。通过法典编撰,能够确保地方立法与上位法保持一致,避免地方立法与上位法相冲突,实现地方立法“不抵触原则”。

“法的清理指有权的国家机关,在其职权范围内,以一定方式,对一国一定范围内所存在的规范性文件进行审查,确定它们是否继续适用或是否加以变动(修改、补充或废止)的专门活动。”^③法的清理不仅是一般意义上的立法行为,而且是具备监督性质的立法行为。地方法律规范的清理工作作为地方法律规范制定、修改与废止的相互衔接的工作机制,作为备案审查机关对地方法律规范合宪性审查以及合法性监督的补强机制,作为地方立法机关对于有瑕疵的地方法律规范进行自主性纠正的机制,还扮演着地方法律规范与国家深化改革张力之间的相互协调、相互配合的角色。据此,地方性法规清理作为一项地方立法制度,已经深深地嵌入整个地方立法体系当中。这就要求地方立法机关需要及时清理与上位法相抵触的地方性法规,在地方性法规和规章存在与上位法相抵触的情况下,应当予以修改、补充或者废止。

4. 队伍建设是地方立法的组织保障

地方立法者的专业素质对地方立法的质量具有非常重要的作用,其直接影响着地方立法“不抵触原则”能否实现的问题。地方立法人员包括地方立法起草人员、地方立法表决人员以及地方立法机构领

导人员。地方立法人员的素质主要指的是地方立法人员的法律素质和品行。法律素质高的地方立法人员能够权衡国家利益、地方利益和民众利益,能够从法制与法治的视角进行立法,确保地方立法不与上位法相冲突,进而维护法制统一。一个高品行的立法者,能够通过地方立法实现社会公平、公正,能够通过地方立法促进地方政治、经济、文化和生态的发展。遗憾的是,从现有的地方立法人员的专业素质来看,大部分地方立法人员都是按照行政级别来安排的,他们没有相关的法律背景,没有相关的立法经验,因而不能满足地方立法专业素质的要求。

二、“不抵触原则”实施中的纵横关系与问题

根据《立法法》第98条、第99条的规定,“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、规章。行政法规的效力高于地方性法规、规章。”由于主客观方面的原因,地方性法规规章与上位法相抵触,地方性法规和地方政府规章之间相互冲突现象在立法实践中依然存在。地方立法“不抵触原则”旨在解决立法冲突问题。为了解决立法冲突问题,《立法法》第109—111条设定了地方立法备案审查制度。

法制统一是我国法律的基本原则,是立法、执法、司法和守法都必须恪守的原则。为此,《立法法》就法律适用做出了专章规定。按照《立法法》的规定,下位法不得与上位法相冲突。但是由于主客观方面的原因,地方立法中出现的冲突现象比较普遍。有学者从效力上确定冲突标准,认为冲突的标准分为刚性标准和柔性标准。刚性标准是地方立法不得与上位法的具体条文相冲突,是地方立法不可逾越的红线;柔性标准指的是地方性法规不得与上位法的基本原则和立法精神相抵触^④。地方立法冲突包括纵向立法冲突、横向立法冲突和多重复杂的立法冲突。其中,纵向冲突包括地方立法与国家法律相冲突、下位地方立法与上位地方立法相冲突、地方立法与上位法的精神和原则相悖等;横向冲突指的是不同位阶效力的不同地方之间的立法冲突;地方立法的多重复杂冲突包括与上位法的精神原则冲突以及与相互冲突的上位法之间的冲突。

(一)地方立法的纵向冲突

地方立法纵向冲突指的是地方性法规和规章与法律、行政法规等中央立法的冲突,或者下位的地方性法规与上位的地方性法规相冲突,或者地方政府规章与本级或者上级地方性法规相冲突。地方立法纵向冲突的内容主要表现在行为、种类和幅度的冲突。

首先是地方立法与法律相冲突。“洛阳种子案”中,《河南省农作物种子管理条例》与《中华人民共和国种子法》相冲突成为地方性法规与法律冲突的典型案。在该案中,种子法规定种子经营价格应按照国家定价,而《河南省农作物种子管理条例》却规定种子经营价格应执行政府定价。因地方立法与中央立法就种子价格发生冲突而导致洛阳种子案发生。在潘洪斌申请备案审查案中,在上位法《中华人民共和国道路交通安全法》仅设有警告、罚款的行政处罚的情况下,《杭州市道路交通安全管理条例》作为地方性法规,做出了与上位法相抵触的规定,增加了“扣留非机动车”的行政强制措施。潘洪斌提起行政诉讼败诉后,向全国人大常委会提出审查《杭州市道路交通安全管理条例》的建议得到了回应。2017年1月,潘洪斌收到了全国人大常委会法工委的回函,法工委答复“该条例扣车的有关规定与行政强制法相关规定的立法原意不尽一致”。由此促成了《杭州市道路交通安全管理条例》的修改,废除了与上位法相冲突的规定。类似的还有《重庆市烟草专卖管理条例》,该条例超越《中华人民共和国烟草专卖法》这一上位法规定的行为、种类和幅度做出违反上位法的规定等。

其次是地方性法规与行政法规相冲突。比如轰动全国的“祁连山生态环境破坏案”。甘肃省人大制定的《甘肃祁连山国家级自然保护区管理条例》经过三次修改,仍然将《中华人民共和国自然保护区条例》这一行政法规中明令禁止的10类严重危害生态环境的活动缩减为仅3类危害活动,将禁止行为大幅度减少,从而导致祁连山国家级自然保护区的生态和环境遭受重大破坏。

最后是地方性政府规章与地方性法规相冲突。除了地方性法规与法律、行政法规相冲突外,地方性政府规章与地方性法规相冲突的情况也屡见不鲜,

甚至同一省内的地方性法规和规章也会发生冲突。例如山东省政府发布的《山东省海域使用管理条例》与青岛市人大常委会发布的《青岛市海域使用管理条例》在1000亩以上2000亩以下的使用海域项目的审批上,其审批机关的规定就不一致。

(二)地方立法的横向冲突

横向冲突是指没有隶属关系的地方立法冲突,也称间接立法关系冲突。这种情况包括同级地方立法的冲突和不同级别的地方立法的冲突。

首先是地方性法规和部门规章相冲突。由于不同的立法诉求,地方性法规很容易和部门规章之间发生冲突。2003年,原告广州东悦居业主按照《广东省物业管理条例》的规定,请求法院判令物业公司缴纳欠缴的专项维修资金^⑤,而被告物业公司则依据建设部《住宅共用部位共用设施设备维修基金管理办法》的规定主张维修基金应该由业主交纳^⑥,从而出现地方性法规和部门规章之间的冲突。

其次是不同地方的地方性立法相冲突。基于地方利益保护的需要,各地在进行地方立法时容易违反全国统一大市场的要求。一是在调整内容上存在差异。例如一个地方允许或禁止的事项在另一地方则属于被禁止或允许范畴^⑦。二是在设定条件上存在差异。

(三)地方立法的多重复杂冲突

地方立法的多重复杂冲突表现为地方立法与多个上位法相冲突、地方立法与相互冲突的上位法相冲突以及地方立法与上位法的精神、立法原则相抵触等。

首先是地方立法与多个上位法相冲突。《中华人民共和国森林法》(下文简称《森林法》)规定林业部门对林区木材的运输仅具有检查和制止两种行政处罚规定,而《重庆市林业行政处罚条例》大幅度增设没收、处罚等行政处罚条款。该条例不仅违反其上位法《森林法》的规定,也违反了《中华人民共和国行政处罚法》的有关规定,2001年该条例被修订后仍然任性做出没收、处罚的规定,直到2018年3月29日,才被废止。

其次是地方立法与相互冲突的上位法相冲突^⑧。黑龙江人大根据我国《母婴保健法》(1995年)修订的

《黑龙江省母婴保健条例》(2005)规定:“准备结婚的男女双方,应当接受婚前医学检查和婚前健康教育,凭婚前医学检查证明,到婚姻登记机关办理结婚登记。”“没有婚前医学检查证明的不予办理结婚登记。”即该条例保留了《母婴保健法》的婚前医学检查制度,与《母婴保健法》的规定相一致。而国务院制定的《婚姻登记条例》(2003)并未要求结婚登记的当事人必须提供医学检查证明。这样,地方性法规与行政法规发生冲突。按理论分析,《黑龙江省母婴保健条例》因违反其上位法——《婚姻登记条例》而无效,但是该条例的立法依据是《母婴保健法》,其做出这样的规定又是合乎上位法的。面对现有的法律规范,无论执法者还是守法者都面临两难的选择。更为复杂的是,《婚姻登记条例》的立法依据是《婚姻法》,这说明婚姻法和母婴保健法的规定发生冲突,立法出现多重、复杂的冲突。

最后是地方立法与上位法的精神、立法原则相冲突。按照行政许可法的界定,行政机关准许从事的“特定活动”指的是禁止一般人从事的活动,因此许可是对禁止的解除,没有禁止就没有许可^①。广告不是法律禁止的对象,不存在许可的前提和基础。按照行政许可理论,地方立法应当就广告设定许可制度。但是就笔者能查找到的有关户外广告和招牌设置的地方立法而言,除北京市外^②,其他地方性法规或者规章却无一例外地对户外广告和招牌的设置都设定了许可制度^③。同时,这些地方性户外广告条例或办法的上位法——《中华人民共和国广告法》也没有设定广告许可制度。因此,这些地方立法不仅存在直接违反上位法的情形,还存在间接违反行政许可法的情形。

三、地方立法“不抵触原则”实施的优化路径

地方立法一旦突破“不抵触原则”的红线,其直接后果是导致地方立法权无序扩张,造成地方立法与上位法相冲突,破坏法制统一性,进而大幅度降低地方立法效益,不利于保护公民合法权益。为此,有学者提出了贯彻落实地方立法不抵触的方案,即坚持依法立法、树立靶向意识、优化论证借鉴、严格审查标准和突出高效协调等^④。笔者深以为然。应根据前述有关地方立法“不抵触原则”的条件设定,采

取相应的措施,优化地方立法“不抵触原则”。

(一)坚持地方立法不抵触底线思维

全国人大认为,从维护法制统一的视角来看,地方立法应当遵守不抵触、有特色、可操作三大基本原则。其中,不抵触是第一位的,是地方立法的底线,是不可逾越的红线^⑤。由此可见地方立法不抵触原则的重要性。为此,地方立法不仅要树立不抵触的底线思维,还应当将不抵触付诸地方立法的实践,在地方立法中不仅要遵循下位法不与上位法相冲突的原则和要求,还要按照地方立法的类型确定不得抵触的对象,只有这样才能维护我国的法制统一,才能建构起我国统一的法律秩序。

习近平总书记指出:“国家和人民整体利益再小也是大,部门、行业等局部利益再大也是小。各有关方面都要从党和国家工作大局出发看待立法工作,不要囿于自己那些所谓利益,更不要因此对立法工作形成干扰。如果有关方面都在相关立法中掣肘,都抱着自己那些所谓利益不放,或者都想避重就轻、拈易怕难,不仅实践需要的法律不能及时制定和修改,就是弄出来了,也可能不那么科学适用,还可能造成相互推诿扯皮甚至‘依法打架’。”^⑥坚持树立地方立法不抵触的底线思维要处理好利益冲突问题。

坚持“不抵触原则”还应当注意与地方立法的地方性相结合。地方性要求地方立法机关在进行地方立法时要针对地方的实际情况,把地方立法和满足地方工作的实际需要结合起来,把地方工作中好的经验和做法上升到规范性的高度^⑦。地方性是地方立法的生命线,是地方立法的必要条件,否则不得进行地方立法;“不抵触原则”是保证地方立“良法”的保障。两者之间不是非此即彼的关系,而是相辅相成的关系。在保障地方立法机关促进地方政治、经济和文化发展的前提下,必须坚持地方立法“不抵触原则”。

(二)恪守地方立法权限

在中央与地方立法权限划分不甚明晰的制度状况下,从规避立法风险的角度来说,地方立法保守有余、创新不足,实际上也是一种理性的行为选择^⑧。恪守地方立法权限是避免地方立法与上位法相抵触的关键。恪守地方立法权限主要要做到以下几点:

首先,要坚守法律保留原则。我国《立法法》第8条和第9条明确规定了法律保留事项,其中第8条是绝对保留事项,地方立法机关不得就绝对法律保留事项进行立法;第9条设定的是相对法律保留事项,相对保留事项授权机关仅限于国务院,故地方立法机关无权就法律保留事项进行立法。

其次,要恪守各种类型的地方立法权限。执行性地方立法只能在上位法规定的行为、种类和幅度范围内进行地方立法,因此其权限受到上位法的严格限制,地方立法机关在制定执行性地方立法时要恪守上位法的权限进行立法。自主性地方立法的权限仅限于宪法或者法律授权的特殊地方事务进行立法,超越法定的特定地方事务范围的立法要遵循执行性地方立法的权限要求。某一事务或某一地方特色只有本地区所有、其他地区没有的可以进行地方立法,这样不仅可以促进地方经济的发展,还可以保护地方特色。例如:河南信阳毛尖茶、三门峡地坑院、福建土楼文化、西藏珠穆朗玛峰登山活动等可以进行地方立法。创新性地方立法的立法权限仅限于授权的目的、事项、范围、期限,并且仅限于被授权机关实施地方立法,被授权立法机关不得再授权立法。

再次,地方立法可以就控制公权力事项予以立法。为了实现法治,地方立法可以针对公权力限制以及公职人员管理方面进行立法。地方立法机关应当以保障与维护本地区人民群众利益为出发点和落脚点,严格限制公权力,防止公职人员滥用公权力造成人民群众权益受损。

最后,地方立法可以就保护公民权益进行地方立法。一般而言,地方立法不得就增加地方公民、法人和其他组织的义务,剥夺地方公民、法人和其他组织的权利进行立法;反之,地方立法机关则可以立法。例如养老、未成年保护及教育、医疗保障体系等方面。地方立法本来就应该在事关本地区人民群众的利益,有利于本地区社会公益,促进本地区社会和谐、文明、健康发展等方面有所作为,应当充分利用最贴近本地区人民群众生活的优势,发挥其立法保障公民合法权益的功能和作用。

(三)完善与强化地方立法监督

立法监督是享有立法权的立法监督机关对立法

活动的合法性和合理性进行监督,并依法对违法或者不合理的法律及其条款进行改变或者撤销的立法活动。立法监督对于提高立法质量、制定良法具有不可替代的作用。现代立法监督可以进行事前审查、事中监督和事后监督。目前我国比较成熟的立法监督包括立法备案审查制度、立法后评估制度、法律清理等。为了确保“不抵触原则”的落实,地方立法应该完善和落实这些立法监督制度。

1.完善和落实地方立法备案审查制度

《立法法》第109条规定了立法机关报送立法文件制度,第111条、第113条明确规定了地方立法备案审查机关;国务院《法规、司法解释备案审查工作办法》则具体细化了备案审查制度。也就是说,我国目前存在比较完备的地方立法备案审查制度。但是备案审查制度落实得并不理想,有案不报、报而不查、查而不究的情形依然存在。为此,《法治中国建设规划(2020-2025年)》针对备案审查的现实状况提出要求:“要不断加强地方立法监督工作,加强备案审查制度和能力建设,完善备案审查程序,建立健全备案审查工作年度报告制度等。”^⑥地方立法备案审查制度要落实新设定的主动审查,尽可能地扩大启动备案请求主体的范围,积极发挥司法机关的监督作用等。

2.及时清理相抵触的地方立法

地方立法的清理是指有权的国家机关对现有的地方性法规和规章,以一定方式加以系统研究、分析、分类和处理,搞清楚现存各种法的基本情况,确定哪些可以继续适用,哪些需要修改补充,哪些需要废止^⑦。对于那些与上位法相抵触的地方立法,要坚决予以清理,确保法制统一。对与上位法相抵触的地方性法规清理,可以由制定主体自我清理,也可以由上级立法机关进行清理。在清理的周期上,可以采取定期专项集中清理,也可以即时清理。专项集中清理模式适合地方性法规的周期运行规律,能够有效避免因为无序状态错过最佳清理时机而造成的清理滞后和地方立法资源浪费。同时,针对即时发生的、不具有规律可言的情形,即时清理能及时消除与上位法相抵触的地方性法规,确保法制统一。

(四)加强地方立法队伍建设

“得其人而不得其法,则事必不能行;得其法而

不得其人,则法必不能济。人法兼资,而天下之治成。”^②要制定出“良法”,立法人才很重要。

首先,要通过借鉴“外脑”提高地方立法队伍水平。吸收、聘请或者要求法律专家学者参与立法是迅速提高地方立法队伍水平的重要途径。高校与科研机构中的诸多法律专家具有较高法律素养和专业化知识,能够以其专业化的知识揭示、阐释、发现和利用社会发展的客观规律,能够帮助地方立法机关制定出既符合地方特色又与上位法不抵触的地方性法规,从而大幅度提高地方立法质量。

其次,要实现地方立法人员轮训常态化。《法治中国建设规划(2020-2025年)》中提到:“在2025年年底前,完成对全国地方立法工作人员轮训工作。”^③地方立法工作人员能力的提高可以通过培训的方式,或通过邀请法学家、立法专家举办学术讲座与论坛、法律座谈会、实务研讨会和立法工作会等形式来解决。

最后,要强化地方立法者以人为本的立法意识。各地方在立法时往往采取保守主义态度:宁可相同或相似,也不搞差异;宁可躲在后面期待时机,也不做“出头鸟”;宁可照搬照抄,也不立足于提高而搞创新^④。地方立法者与立法团队不仅需要专业化的知识,更要有坚定理想信念、高尚情怀,要有忠于党、忠于国家、忠于人民、忠于法律的意志。要强化地方立法人员以人民群众的利益为中心的立法意识,立法要始终与人民群众的利益保持一致,要让人民群众感受到立法的公平与正义。地方立法者与立法团队只有恪守法治思维、法律意识,自觉遵守宪法、法律,才能确保实现地方立法“不抵触原则”。

注释:

①杨临萍:《中国司法审查若干前沿问题》,北京,人民法院出版社,2006年,第91页。

②田成有:《何谓“不冲突”》,《时代主人》2019年第8期。

③乔晓阳:《地方立法要守住法制统一的底线——在第二十一次全国地方立法研讨会上的讲话》,《中国人大》2015年第21期。

④《习近平著作选读》第二卷,北京:人民出版社,2023年,第570页。

⑤《闲置土地处置办法》第十四条规定:“除本办法第八条规定情形外,闲置土地按照下列方式处理:(一)未动工开发满

一年的,由市、县国土资源主管部门报经本级人民政府批准后,向国有建设用地使用权人下达《征缴土地闲置费决定书》,按照土地出让或者划拨价款的百分之二十征缴土地闲置费。土地闲置费不得列入生产成本;(二)未动工开发满两年的,由市、县国土资源主管部门按照《中华人民共和国土地管理法》第三十七条和《中华人民共和国城市房地产管理法》第二十六条的规定,报经有批准权的人民政府批准后,向国有建设用地使用权人下达《收回国有建设用地使用权决定书》,无偿收回国有建设用地使用权。闲置土地设有抵押权的,同时抄送相关土地抵押权人。”

⑥刘锦森:《地方立法莫打法律“擦边球”》,《检察日报》2013年3月25日,第6版。

⑦中共中央宣传部、中央全面依法治国委员会办公室:《习近平法治思想学习纲要》,北京:人民出版社、学习出版社,2021年,第29页。

⑧中共中央宣传部中央全面依法治国委员会办公室:《习近平法治思想学习纲要》,第83页。

⑨乔晓阳:《地方立法要守住法制统一的底线——在第二十一次全国地方立法研讨会上的讲话》,《中国人大》2015年第21期。

⑩李高协:《再议地方立法的不抵触、有特色、可操作原则》,《人大研究》2015年第9期。

⑪袁曙宏等:《立法后评估工作指南》,北京:中国法制出版社,2013年,第2页。

⑫周旺生:《立法学》,北京:法律出版社,2000年,第680页。

⑬周旺生:《立法学》,第662页。

⑭曹国虎:《地方立法“不抵触”原则的把握与适用》,《人大研究》2020年第12期。

⑮《广东省物业管理条例》(1998)第32条规定,物业管理维修基金,由物业建设单位按物业总投资的2%向业主委员会移交管理权的时候,一次性拨给业主委员会。

⑯《住宅共用部位共用设施设备维修基金管理办法》(1999)规定:商品房销售的时候,购房者与购房单位应该签订维修基金缴交的约定。购房者应当按购房款2%~3%的比例向售房单位缴交维修基金。

⑰《北京市电子出版物经营管理暂行规定》(1996)第10条规定:“进口电子出版物由经国家批准有进出口权的单位和国有书店经营,其他单位不得经营。个人不得经营电子出版物。”而根据《天津市电子出版物管理条例》第8条的规定,个人只要取得许可证,即可从事出版物经营活动。

⑱周伟:《我国地方立法存在的问题及其解决》,《河南财经政法大学学报》2013年第2期。

⑲《中华人民共和国行政许可法》第2条规定:本法所称

行政许可,是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请,经依法审查,准予其从事特定活动的行为。

⑳《北京市户外广告设施、牌匾标识和标语宣传品设置管理条例》就没有设定户外广告和招牌设置许可制度。

㉑《广州市户外广告和招牌设置管理办法》第10条:新建、改建和扩建的建(构)筑物上需要设置有构筑物的非张贴形式户外广告的,其构筑物应当与建(构)筑物主体同步规划、同步设计、同步取得建设工程规划许可。《嘉兴市户外广告和招牌设置条例》第13条规定:设置大型户外广告设施应当向综合行政执法部门办理行政许可。类似的还有《杭州市户外广告设施和招牌指示牌管理条例》第13条、《深圳市户外广告设施管理办法》第14条、《郑州市户外广告和招牌设置管理条例》第17条、《济南市户外广告和牌匾标识管理条例》第18条、《珠海经济特区户外广告设施和招牌设置管理条例》第17条、《东莞市户外广告设施和招牌设置管理条例》第13条、《聊城市户外广告设施和招牌设置管理条例》第17条、《宁德市户外广告和招牌设置管理条例》第13条、《朝阳市户外广告和招牌设置管理条例》第16条、《贵港市户外广告和招牌设置管理条例》第17条、《晋城市城市户外广告和招牌设置管理办法》第16条、《绵阳市户外广告和招牌设置管理办法》第17条、《潍坊市户外广告和招牌设置管理办法》第23条、《泸州市户外广告

和招牌设置管理办法》第18条、《铜陵市户外广告和招牌设施设置管理办法》第10条等。

㉒曹国虎:《地方立法“不抵触原则”的把握与适用》,《人大研究》2020年第12期。

㉓乔晓阳:《地方立法要守住法制统一的底线——在第二十一次全国地方立法研讨会上的讲话》,《中国人大》2015年第21期。

㉔中共中央宣传部中央全面依法治国委员会办公室:《习近平法治思想学习纲要》,第108页。

㉕周伟:《论执行性地方立法良法标准》,《河南财经政法大学学报》2015年第2期,第58页。

㉖封丽霞:《地方立法的形式主义困境与出路》,《地方立法研究》2021年第6期。

㉗《法治中国建设规划(2020-2025年)》,北京:中国法制出版社,2021年,第12页。

㉘汤唯、毕可志:《地方立法的民主化与科学化构想》,北京:北京大学出版社,2002年,第321页。

㉙海瑞:《治黎策》,参见《海刚峰集》,北京:中华书局,1985年,第61页。

㉚《法治中国建设规划(2020-2025年)》,第12页。

㉛孙波:《试论地方立法“抄袭”》,《法商研究》2007年第5期。

Application and Path Betterment of “Non Conflict” in Local Legislation

Shen Lifei

Abstract: The principle of non-conflict of local legislation means that local legislation must be based on the Constitution and must not contradict the Constitution; Be consistent with national legislation and not violate superior laws; Do not exceed statutory authority. The value of adhering to the principle of non conflict in local legislation lies in maintaining the unity of the legal system, prevent locality and protectionism, protecting the legitimate rights and interests of citizens, and improving the effectiveness of local legislation. The conditions for realizing the principle of local non conflict lie in clarifying the important position of the principle of non conflict in local legislation, adhering to the legislative authority of local legislative organs, supervising local legislation, and having a high-quality local legislative professional team Local legislative conflicts include direct conflicts, indirect conflicts, and multiple complex conflicts. Local legislation may have adverse consequences such as disrupting the unity of the legal system, providing legal support for rent-seeking in local legislation, and wasting law enforcement and judicial resources. We should set the conditions for non-conflict local legislation, and realize the principle of non-conflict of local legislation by establishing the bottom-line thinking of non-conflict local legislation, abiding by the authority of local legislation, improving and strengthening local legislative supervision, and strengthening the construction of local legislative teams.

Key words: Local Legislation; the Principle of Non Conflict; the Unity of the Legal System