

# 基于地方立法实践的设区的市 立法事项范围研究

陈书全 马鹏斐

**摘要:** 结合《立法法》第72、73条之规定,对山东省所辖设区的市<sup>①</sup>地方立法实践进行梳理分析显示,作为设区的市在行使地方立法权过程中必须遵循的基本依据与约束框架,《立法法》关于设区的市地方立法事项范围的规定存在外延边界不清、适用解释随意、无法满足地方立法需求等问题与不足。因此,应当修改现行立法对地方立法事项的具体列举式规定,确立“上位法保留”“地方事务特色”等标准,以及遵循“非必要不重复”原则的地方立法要求,科学合理界定地方立法事项范围,提高地方立法质量,从而促进地方治理能力的提升。

**关键词:** 地方立法;立法需求;上位法保留;地方事务特色

**DOI:** 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2020.01.004

2015年修改后的《立法法》,将享有市级地方立法权的主体由原先49个较大的市,扩展至包括所有设区的市、自治州以及4个不设区地级市在内的322个有权主体,同时将地方立法的适用范围限定为“城乡建设与管理、环境保护与历史文化保护等方面的事项……”。这一变化是我国央地立法权配置上的重大变革,也是我国地方立法体制的重大发展。立法范围是设区的市地方立法制度的重要内容之一,是设区的市在自主立法过程中必须遵守的基本框架与依据。但是,囿于《立法法》相关条款对设区的市立法范围的规定在外延边界的模糊不清,以及《立法法》相关规定与设区的市地方立法实践需求之间存在矛盾,从而影响甚至制约着设区的市推进地方立法、提升治理能力的进程。

## 一、设区的市地方立法范围的立法规定

### (一)《宪法》规定

自2015年《立法法》修改至2018年《宪法》修正案通过之前,设区的市地方立法权始终存在合宪性问题争议<sup>②</sup>。2018年3月11日,第十三届全国人民代表大会第一次会议通过《中华人民共和国宪法修正案》,其第100条中新增第二款,规定“设区的市的人民代表大会和它们的常务委员会,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,可以依照法律规定制定地方性法规,报本省、自治区人民代表大会常务委员会批准后施行”,至此,设区的市地方立法权有了明确的宪法依据。

收稿日期:2019-08-15

基金项目:山东省社会科学规划研究专项“设区的市协同立法机制研究”(19CFZJ32)。

作者简介:陈书全,中国海洋大学国际事务与公共管理学院教授,博士生导师(青岛266100;chen2128@ouc.edu.cn);马鹏斐,中国海洋大学法学院博士研究生(青岛266100)。

① 根据《国务院关于同意山东省调整济南市莱芜市行政区划的批复》(国函〔2018〕163号),山东省撤销莱芜市,将原行政区域设立为莱芜区、钢城区,划归济南市管辖,山东省所辖设区的市由17个调整为16个。本文对山东省各设区的市地方立法实践的梳理、相关数据整理以及讨论分析,包括莱芜市撤市之前的地方立法活动。

② 有学者认为公法领域中应当遵循“法无授权不可为”原则,设区的市地方立法无宪法依据,属于突破宪法规定。

宪法修正案第 100 条第二款虽然解决了对设区的市地方立法权争论已久的合宪性争议,明确赋予设区的市人民代表大会及其常务委员会地方立法主体资格,但在立法事项范围方面,除了明确地方立法应遵循不得抵触上位法原则(“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”)外,并未对设区的市地方立法范围加以具体界定,只是简单地予以授权性规定“可以依照法律规定制定地方性法规,报本省、自治区人民代表大会常务委员会批准后施行”。

## (二)《立法法》规定

地方立法事项范围如何界定从修法初始就是《立法法》修改过程中争议的焦点之一<sup>①</sup>。修改后的《立法法》第 72 条将设区的市地方性法规的立法事项规定为“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项”<sup>②</sup>,具体的立法情形包括:“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”的执行性地方立法,“属于地方性事务需要制定地方性法规”的地方性事务立法,以及在遵循法律保留前提下对“国家尚未制定法律或者行政法规而根据本地方的具体情况和实际需要”进行的先行先试性的地方立法<sup>③</sup>。

“根据本市的具体情况和实际要求”(或“根据本行政区域的实际情况”)是《立法法》对设区的市进行地方性法规立法的基本条件和要求,这意味着设区的市进行地方性法规立法应当遵循并体现“地方(事务)特色”的立法原则。为充分体现地方性法规的“地方(事务)特色”,设区的市地方性法规的内容应依据并适应本地方(行政区域)的实际情况,解决本地方(行政区域)的实际问题,进行有针对性的而非宽泛、大而化之的地方立法。此外,设区的市地方立法还应坚持非必要不重复的要求,特别是为执行上位法而制定的实施性、执行性地方性法规,应避免片面贪大求全以及过分追求在体例上一致而重复甚至照搬照抄上位法的情况。

## (三)各地立法文件规定

为规范地方立法权行使及明确地方立法事项范围等具体问题,各省、自治区与各设区的市纷纷制定、出台规范地方立法活动的地方性法规文件。据统计,截至 2018 年 8 月,除我国港澳台地区以及 4 个直辖市以外的 22 个省、5 个自治区范围内共计制定、出台 281 部用以专门规范地方立法活动的地方性法规文件(参见表 1)<sup>④</sup>。

① 草案一审稿规定“制定地方性法规限于城市建设、市容卫生、环境保护等城市管理方面的事项”。草案二审稿作较大修改,采用城市管理的狭义含义,将之与城市建设、环境保护等事项并列处理。提交全国人大审议的草案稿采用城市管理的狭义含义,将城市建设与城市管理合并,并单列历史文化保护一项;设区的市“对城市建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项”可进行地方立法。而最后通过的《关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》基本沿用提交审议的草案稿规定。

② 《立法法》第 72 条第二款规定:设区的市的人民代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,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。

③ 《立法法》第 73 条规定:地方性法规可以就下列事项作出规定:(一)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;(二)属于地方性事务需要制定地方性法规的事项。除本法第 8 条规定的事项外,其他事项国家尚未制定法律或者行政法规的,省、自治区、直辖市和设区的市、自治州根据本地方的具体情况和实际需要,可以先制定地方性法规。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。设区的市、自治州根据本条第一款、第二款制定地方性法规,限于本法第 72 条第二款规定的事项。制定地方性法规,对上位法已经明确规定的內容,一般不作重复性规定。

④ 数据来源:由各省、自治区人大官网及北大法宝统计整理,直辖市因无设区的市故不纳入本文范围。表中各行政区文件数量以 X+Y 的形式表示,其中 X 为设区的市地方性法规数量,Y 为省级地方性法规数量。省级地方性法规包括出台的与地方立法相关的规定,如河北出台的“提高地方立法质量的若干规定”等。

表1 各省、自治区及其所辖的设区的市规范地方立法的地方性法规统计(2015.3-2018.8)

行政区	数量(X+Y)	行政区	数量(X+Y)	行政区	数量(X+Y)
河北	6+2	吉林	4+1	安徽	14+1
湖南	6+1	西藏	3+1	陕西	10+1
四川	21+1	浙江	11+1	广西	14+1
黑龙江	11+1	海南	2+1	甘肃	11+1
云南	4+0	广东	20+1	贵州	9+1
江苏	12+1	内蒙古	8+1	宁夏	5+1
山西	10+1	新疆	5+0	福建	9+1
河南	3+1	山东	15+1	湖北	12+1
青海	8+1	辽宁	12+1	江西	10+1

数据统计显示,自2015年3月15日《立法法》修改生效后,截至2018年8月15日,上图所涉及的27个省、自治区共修改或出台281件规范地方立法活动的地方性法规,文件多以“某地制定地方性法规条例”或“某地立法条例”命名。除新疆、云南外,其余25个省级人大及其常委会均根据《立法法》出台相应规范地方立法的省级地方性法规文件;此外,一些地方出台为进一步提高立法质量的地方性规定,如河北出台提高地方立法质量的若干规定,河南出台立法专家咨询规定,安徽出台解释地方性法规规定,云南将重大利益调整论证咨询与第三方评估以规范性文件的形式发布。具体到设区的市,各省、自治区共255个设区的市在此期间公布了规范地方立法活动的地方性法规文件,其中223个为新获地方立法权的设区的市、自治州等,32个为原较大的市,分别占新获地方立法权设区的市与原较大的市数量的81.7%和65.3%。

在各地地方性法规文件对地方立法事项范围的内容规定上,各省级与设区的市出台的“……制定地方性法规条例”或“……立法条例”等规范性文件,基本上都是以《立法法》第72条对地方性法规立法事项范围的规定为依据和样本,将设区的市地方立法事项限定在“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护”等方面的事项,具体条文表述也基本上是对《立法法》相应条文规定的重复照搬,并未对地方立法事项范围加以具体化或详细化(具体情况见表2)。

表2 25省、自治区关于地方立法事项范围的规定<sup>①</sup>

湖南、山西、河南、江西、浙江、陕西、海南、广东、山东、河北	根据本市的具体情况和实际需要……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(完全重复《立法法》第72条第二款的规定)
吉林	……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(重复《立法法》第72条第二款的部分规定)
广西	重复《立法法》第72条第二款的部分规定与第73条的规定
湖北、福建、贵州、甘肃、安徽、内蒙古、辽宁、青海、江苏、黑龙江、四川、西藏、宁夏	无具体规定,适用《立法法》相关条文规定

## 二、设区的市立法事项范围实证分析——以山东省各设区的市<sup>②</sup>立法实践为样本

2015年《立法法》将新获立法权的设区的市具体行使地方立法权的确定权交由各省级人大常委会具体决定。山东省十二届人大常委会第十五次会议决定,除原有地方立法权的济南、青岛和淄博以

<sup>①</sup> 资料来源:25省、自治区出台的地方性法规文件,《甘肃省地方立法条例》中无设区的市地方性法规立法事项范围的规定,相关章节仅为审批程序性规定。

<sup>②</sup> 特别说明:本部分对山东省各设区的市地方立法实践所进行的数据整理及相关分析,均包括撤市之前的莱芜市及其制定的5件地方性法规。

外,确定其余 14 个设区的市(含撤市之前的莱芜市,下同)于 2015 年内分两批被赋予地方立法权。其中,9 个设区的市即东营、烟台、潍坊、济宁、泰安、威海、莱芜、临沂和菏泽的人民代表大会及其常务委员会,自 2015 年 8 月 1 日起可以开始制定地方性法规,另有 5 个设区的市即枣庄、日照、德州、聊城和滨州的人民代表大会及其常务委员会,自 2015 年 12 月 1 日起可以开始制定地方性法规。

(一)各设区的市地方立法权运行情况梳理

自山东省十二届人大常委会第十五次会议以来,各设区的市重视并积极开展地方立法工作。数据梳理显示,截至 2018 年 8 月 15 日,山东省各地市共制定地方性法规 94 件,其中,全部 14 个新获地方立法权的市与 1 个原较大的市(淄博市新制定《淄博市制定地方性法规条例》以代替原《淄博市地方性法规制定程序规定》),均根据修改后的《立法法》出台专门用以规范地方性法规制定修改的条例<sup>①</sup>,其他 79 件则为新制定的实体性法规,分属城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等领域(具体情况见表 3)。这些地方性法规为实现立法与改革决策相衔接,引领和推动当地经济社会健康发展提供了法制保障。

表 3 山东省各设区的市(含撤市之前的莱芜市)制定(含修订、废止)地方性法规数量(2015.3-2018.8)<sup>②</sup>

设区的市	制定			修订	废止或搁置	处理数量共计	
	程序	实体	共计				
新获立法权的市	菏泽	1	5	6		6	
	临沂	1	3	4		4	
	潍坊	1	5	6		6	
	日照	1	3	4		4	
	泰安	1	1	2		2	
	济宁	1	6	7		7	
	东营	1	4	5	1	6	
	烟台	1	5	6		6	
	滨州	1	5	6		6	
	聊城	1	2	3		3	
	德州	1	2	3		3	
	莱芜	1	4	5		5	
	枣庄	1	1	2		2	
	威海	1	5	6		6	
原较大的市	淄博	1	7	8	5	13	
	青岛		12	12	20	32	
	济南		9	9	7	19	
合计		15	79	94	28	8	130

从新获立法权的设区的市与原较大的市比较来看,14 个新获立法权的市共出台 14 件程序性地方性法规、51 件实体性地方性法规,占新制定地方性法规数量的 69.1%,制定地方性法规数量的平均值为 4.64 件/市;其中,济宁市出台地方性法规数量最多,达 7 件,泰安与枣庄出台地方性法规数量较

① 其中,聊城市出台实体性法规与程序性法规的顺序较为特别,2017 年 1 月公布实体性地方性法规《聊城市道路交通安全条例》后,于 2017 年 3 月公布《聊城市制定地方性法规条例》。

② 数据来源:各设区的市地方性法规的数量依据山东省各设区的市人大官方网站公布数据统计。需要说明的是,随着莱芜市撤市设区的行政区划调整,经济南市第十七届人民代表大会第一次会议审议通过并经山东省第十三届人民代表大会常务委员会第十次会议批准,原《莱芜市制定地方性法规条例》《莱芜市城市市容管理条例》《莱芜市文明行为促进条例》等地方性法规已废止,原《莱芜市钢结构建筑应用促进条例》《莱芜市既有多层住宅增设电梯规定》已修改。

少,各仅为2件;东营市则是14个新获立法权的市中唯一一个进行地方性法规修改的市<sup>①</sup>。

相比较之下,济南、青岛与淄博三个原有立法权的较大的市,因在立法经验、立法技术与人才等方面占据优势,地方性法规立改废的同期数量普遍超过新获立法权的设区的市。2015年3月15日以来,三市共制定地方性法规29件,修订27件,废止8件,占17地市地方立法立改废总数的49.2%,占17地市地方立法总量的近五成比例;其中青岛制定12件、修改20件共处理32件地方性法规,在地方立法数量上处于首位;而淄博新制定《淄博市制定地方性法规条例》以代替原《淄博市地方性法规制定程序规定》,是三个原较大的市中唯一一个在《立法法》修订后出台新的地方立法程序规定的市。

从全国范围来看,其他省域设区的市立法活动同样表现极为活跃。据统计,自《立法法》修改生效至2018年3月,短短三年时间已有249个设区的市制定出台地方性法规,经省级立法机关审批生效的地方性法规已达621件,其中包括205件制定地方性法规的程序性法规与413件针对本市实际情况的实体性地方性法规<sup>②</sup>。三年内平均每设区的市出台约2.49件地方性法规,数量较多的市能达到10余件。

在地方立法权行使时间上,山东省新获地方立法权的14个设区的市在2015年并未跨出制定地方性法规的步伐;到2016年,9个第一批获准制定地方性法规的设区的市均迈出制定地方性法规的第一步,其中潍坊、济宁两市分别制定4部地方性法规;在5个第二批获准制定地方性法规的设区的市中,滨州于当年制定了3部地方性法规;而日照、聊城、德州、枣庄4个设区的市在2017年也实现了零的突破;2018年前八个月时间,10个新获地方立法权的市、2个原较大的市已分别制定1-2部不等的地方性法规。这些数字体现出设区的市在地方立法上的极大热情(具体情况详见表4)。

表4 山东省各设区的市立改废地方性法规情况统计(截至2018.8.15)<sup>③</sup>

设区的市		2015	2016	2017	2018	共计
新获立法权的 设区的市 (14个)	菏泽		制定3	制定2	制定1	6
	临沂		制定2	制定1	制定1	4
	潍坊		制定4		制定2	6
	日照			制定3	制定1	4
	泰安		制定1		制定1	2
	济宁		制定4	制定2	制定1	7
	东营		制定2	制定3,修改1		6
	烟台		制定2	制定2	制定2	6
	滨州		制定3	制定3		6
	聊城			制定2	制定1	3
	德州			制定1	制定2	3
	莱芜		制定2	制定3		5
	枣庄			制定2		2
威海		制定2	制定3	制定1	6	
原较大的 市(3个)	淄博	制定2,废止2	制定3	制定3	废3	13
	青岛	制定3,修改3	制定6,修1	制定2,修14	制定1,修2	32
	济南	制定3	制定2,修2,废1	制定2,修2,废1	制定2,修3,废1	19

扩展至全国范围来看,其他省、自治区同样积极“许可”设区的市行使地方立法权,甚至出现“蜂拥

① 东营市于2017年5月1日起生效实施的《山东黄河三角洲国家级自然保护区条例》,经2017年10月24日东营市第八届人民代表大会常务委员会第六次会议通过,2017年12月1日山东省第十二届人民代表大会第三十三次会议批准而被修改。

② 毛雨:《设区的市地方立法工作分析与完善》,《中国法律评论》2018年第5期。

③ 数据来源:各设区的市地方性法规的制定时间依据山东省各设区的市人大官方网站公布数据统计。



确权”<sup>①</sup>的情况。根据全国人大常委会法工委的统计,自修订后的《立法法》正式生效至2016年1月31日,9个月时间内共有209个设区的市级主体获得可以开始立法的决定,占当时271个新获立法权市级主体的77.1%<sup>②</sup>。也有学者统计,至2016年4月底,仅20个自治州与21个设区的市未能获得开始立法的决定,占322个市级主体(2016年1月,新疆哈密和西藏山南撤地划市)的12.7%<sup>③</sup>。各设区的市获得“许可”后积极推进本市地方立法,部分设区的市2015年就出台多部地方性法规与地方政府规章<sup>④</sup>,甚至出现立法冒进现象。

## (二)设区的市地方立法事项类型分析

根据官方数据统计,自2015年3月《立法法》修改以来,山东省14个新获地方立法权的设区的市共制定地方性法规65件,3个原较大的市共制定地方性法规29件,共计94件。除去其中规范地方性法规制定修改的15件程序性条例,另外79件为规定实体性问题的地方性法规。我们依据《立法法》第72条第二款关于设区的市制定地方性法规事项范围的规定,对这79件实体性地方性法规的内容进行梳理分类(具体情况见表5)。

表5 山东省各设区的市(含撤市之前的莱芜市)制定的实体地方性法规的内容类型统计<sup>⑤</sup>

设区的市	城乡建设与管理	环境保护	历史文化保护
菏泽	4	1	
临沂	2	1	
潍坊	3	1	1
日照	2	1	
泰安		1	
济宁	4	2	
东营	3	1	
烟台	4	1	
滨州	4		1
聊城	1	1	
德州	1	1	
莱芜	3		1
枣庄		1	
威海	3	2	
青岛	10	2	
淄博	7		
济南	6	3	
合计	57	19	3

数据整理显示,整体而言,山东省各设区的市在《立法法》修改后至2018年8月15日期间,共制定实体性内容的地方性法规为79件,其中,城乡建设与管理方面的地方性法规57件,占比72.2%;环境保护方面的地方性法规19件,历史文化保护的地方性法规3件,两项合计占比仅27.8%。从各地

① 郑磊:《设区的市开始立法的确定与筹备——以〈立法法〉第72条第4款为中心的分析》,《学习与探索》2016年第7期。

② 张璁:《地方立法周年各地如何兑现》,《人民日报》2016年3月2日,第17版。

③ 郑磊:《设区的市开始立法的确定与筹备——以〈立法法〉第72条第4款为中心的分析》,《学习与探索》2016年第7期。

④ 王春业:《设区的市地方立法权运行现状之考察》,《北京行政学院学报》2016年第6期。

⑤ 数据来源:各设区的市地方性法规的内容、类型、数量依据山东省各设区的市人大官方网站公布数据统计。

市的情况来看,除泰安、枣庄两市尚未制定城乡建设与管理方面的地方性法规外,其余 15 个设区的市(含撤市之前的莱芜市)制定的规范性法规中,城乡建设与管理方面的地方性法规占本市制定的地方性法规总量的一半以上比重。这些数据表明,城乡建设与管理方面的事项,是设区的市制定地方性法规最为密集的领域,在设区的市地方立法中占据重要地位,而各市在环境保护、历史文化保护等方面制定地方性法规数量相对较少。

全国范围内的地方立法情况也大致相同,经过对设区的市新制定的 432 件实体性地方性法规进行事项类型分析,城乡建设与管理类、环境保护类与历史文化保护类的地方立法分别为 226 件、148 件与 58 件,分别占同期实体性地方性法规数量的 52.3%、34.3%与 13.4%<sup>①</sup>。这一数字比例显示,三类地方立法事项分布与山东省各设区的市地方立法的比例分布大致相同。

导致这一状况有多方面的原因,其中之一与“城乡建设与管理”本身的含义特点相关。“城乡建设与管理”事项的含义较广,囊括城乡建设与城乡管理两大类,内容涉及城乡自身发展建设管理以及人们衣食住行的各个方面,而且城乡建设与管理的边界也并不容易清晰确定,存在扩展的可能性,因此本事项仍将是未来地方性法规的高频立法领域。

### 三、设区的市地方立法事项范围存在的问题

修改后的《立法法》第 72 条、73 条对设区的市地方立法事项范围做了相应规定,但随着设区的市地方立法实践的推进,这一事项范围规定本身所固有以及所带来的问题逐渐凸显,进而制约设区的市地方立法实践进程。

#### (一)“城乡建设与管理”事项外延界定不清,“等内”“等外”理解不一

根据《立法法》第 72 条规定,设区的市、自治州与 4 个不设区的市可以对“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,毫无疑问,这一列举式规定是对设区的市地方立法事项范围的具体限制。但也正是因为这一规定本身的模糊性及缺少对条文规定的权威解释,不仅学界理解存在争议,各设区的市立法实践也频频出现难以操作或夹带“私货”现象。

设区的市地方立法事项在《立法法》的修正案出台过程中被多次修改,尤其是城乡建设与管理一项,经历由“城市管理”作为包含“城市建设”的上位概念、“城市建设”与“城市管理”并行,至最终将“城市”扩展为“城乡”。但是多次修改并未使得城市建设与管理的概念得以明确清晰,不论在实践还是学理上,关于这一事项外延的分歧始终没有消除。

第十一届全国人民代表大会法律委员会在《立法法修正案(草案)》审议结果的报告中指出,城乡建设与管理包括“城乡规划、基础设施建设、市政管理”等;全国人大常委会法工委主任李适时也对此专门解释说明:“城乡建设既包括城乡道路交通、水电气热市政管网等市政基础设施建设,也包括医院、学校、文体设施等公共设施建设;城乡管理除了包括对市容、市政等事项的管理,也包括对城乡人员、组织的服务和管理以及对行政管理事项的规范等”<sup>②</sup>。若以此为准,“城乡建设与管理”包括城乡规划、基础设施建设、市政管理以及相应的人员管理,似乎已较为明确。但这一看似界定清楚的“城乡建设与管理”范围在实践中仍然会出现混乱。如浙江省人大就义务献血、职业教育等事项请示全国人大常委会法工委,法工委电话答复该事项属于城市建设与管理范围内事项,这种解释显然是对城市管理作了扩大解释。若按照这种(全国人大常委会法工委)理解,“预防腐败等事项也属于城市管理范围”,进而包括《立法法》列举的环境保护、历史文化保护等事项在内的几乎所有事项都可以划入“城市

① 林彦、吕丹妮:《设区的市立法权行使情况实证分析》,《新疆社会科学》2018 年第 5 期。

② 《全国人大常委会法制工作委员会主任李适时在第二十一次全国地方立法研讨会上的小结》,http://www.gdrd.cn/pub/gdrd2012/rdzt/dflfyth/dhfy/201509/t20150909\_147481.html,访问日期:2018 年 8 月 15 日。

建设与管理”的范围,三项事项范围没有并列的必要<sup>①</sup>,这可能导致“‘城乡建设与管理’已经成为哪怕在文义上并不直接相关的立法事项亦可归入的立法类型渠道”<sup>②</sup>。所以,对这一事项范围的界定仍有进一步研究讨论的必要性。如学者所言:“表述的逻辑边界本身是客观存在的,绝非‘有容乃大’的兜底性条款。”<sup>③</sup>

与对“城乡建设与管理”范围的界定争议较大不同,人们对环境保护与历史文化保护事项的争议几近于无。对于什么是环境保护方面的事项,《立法法》虽然没有做出明确界定,但讨论此概念应当包含哪些具体事项的学者寥寥无几。虽有学者认为全国人大法律委员会对环境保护方面事项的列举不完整,此事项范围应以《环境保护法》第2条的规定为准<sup>④</sup>,但是法律委员会的说明中已经阐述是按照《环境保护法》的规定,所以对此无须争议;也有学者列举环境保护应包含的事项,即监督管理、保护和改善环境、防治污染和其他公害、信息公开和公众参与等内容<sup>⑤</sup>,但这一列举实际上是对保护环境手段的区分,体现出的是认识环境保护的不同角度,并无新的分歧存在。同样,因实践中对于历史文化事项范围较容易辨识,相关法律如《文物保护法》《非物质文化遗产保护法》等已经分别对文物、非物质文化遗产等概念的范围作了界定,人们对历史文化事项范围的争议也较少。

对于《立法法》第72条中三个事项范围后的“等”字是“等内”还是“等外”的争论问题,全国人大常委会法工委主任李适时指出:“从立法原意讲,应该是等内,不宜再做更加宽泛的理解。”该解释被认为是较为权威的解释,在关于“等”的理解与适用上被广泛采用。应该来讲,这一解释符合一般情况下“等”外不可立法的主流观点。但也有不少学者对《立法法》限制市级立法事项范围持反对立场,认为“等”外不可立法是对赋予设区的市地方立法权的过度担忧。有学者从权力赋予与限制的本质入手,认为“放”权不能使设区的市减损权利或增加义务,“收”权不能剥夺较大的市已有的立法权,“等”外立法才能实现设区的市立法权“收”与“放”的统一<sup>⑥</sup>。

在立法需求层面,众多城市对于经济发展、市场管理等方面的立法权需求迫切,在实践中各地方倾向于对《立法法》相关规定尽量做出有利于己的扩大解释,从而谋求更为充分的立法需求释放路径<sup>⑦</sup>。从地方立法实践数据来看,“赋予设区的市地方立法权以来,‘等’外立法占64%的比例也证明实践对等外立法权的需求”<sup>⑧</sup>。由此,似乎作“等外”的理解更能体现出地方立法权的进步和突破。但如果将“等”完全理解为等外立法,那么《立法法》第72条的三项列举式限制规定又将变得毫无意义。

## (二)立法事项类型不能满足地方立法需求

从我国央地立法体制的历史发展来看,赋予地方主体立法权的目的是为充分激发地方自主治理与制度供给的能力,以更好地适应改革与发展的需要。地方立法主体扩容后,为防止新获立法权的设区的市在立法能力、立法经验不足情况下仓促立法、冒进立法,在推进地方立法工作的初期阶段,对立法事项范围进行必要界定与限制是合理必然的。但另一方面,地方立法的事项范围的界定又关涉地方的立法权能与制度供给,既要考虑央地立法关系及权限划分,又不能忽视甚至无视地方的实际立法需求而简单盲目地主观决定。地方立法事项范围的确定应基于并回应其实际立法需求,从而提高地方的自主治理与制度供给能力,实现赋予地方主体立法权能的目的。我们以山东省的济南、青岛和淄博三个原较大的市为例,考察梳理三市在《立法法》修改前制定的地方性法规的内容类型及其偏好,统

① 2015年6月6日,浙江省人大常委会研究室副主任张国强在《人大在全面推进依法治国中的作用》研讨会上的发言,转引自伊士国、杨玄宇:《论设区的市立法权限——兼评新〈立法法〉第72条》,《河北法学》2017年第11期。

② 方洁:《设区的市地方立法的范围之解释》,《浙江社会科学》2017年第12期。

③ 郑毅:《对我国〈立法法〉修改后若干疑难问题的诠释与回应》,《政治与法律》2016年第1期。

④ 易有禄:《设区市立法权的权限解析》,《政法论丛》2016年第2期。

⑤ 方洁:《设区的市地方立法的范围之解释》,《浙江社会科学》2017年第12期。

⑥ 周伟:《论设区的市立法权收与放的统一》,《法学》2017年第7期。

⑦ 郑毅:《对我国〈立法法〉修改后若干疑难问题的诠释与回应》,《政治与法律》2016年第1期。

⑧ 周伟:《论设区的市立法权收与放的统一》,《法学》2017年第7期。



分析各类内容领域(城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护以及其他等事项)的地方性法规的数量和比重,以此推理归纳各设区的市实践中的立法需求,比较《立法法》中地方立法事项范围规定与各地实际立法需求之间的差距,并检视反思地方立法事项范围的合理性。

相关数据梳理(具体数据参见表6)显示,2015年《立法法》修改之前,城乡建设与管理是济南、青岛、淄博三个原较大的市的主要地方立法事项,分别占本市制定地方性法规数量的37%、35%与30%;环境保护事项占本市地方立法比重约为10%左右;历史文化保护方面的地方立法比例则仅为1%-2%;此三类事项的地方性法规总数合计仅占各市同期地方性法规制定总量的不足50%,分别为济南48%、青岛46%、淄博44%。因此,从山东省三个原较大的市在《立法法》修改之前的立法实践来看,现行的关于地方立法事项范围的列举式规定仅能满足各市不足一半的立法需求。

表6 《立法法》修改前山东省三个较大的市制定地方性法规的类型统计<sup>①</sup>

类型	济南	青岛	淄博
城乡建设与管理 <sup>②</sup>	46(37%)	52(35%)	21(30%)
环境保护	11(9%)	14(10%)	9(13%)
历史文化保护	3(2%)	2(1%)	1(1%)
其他	65(52%)	80(54%)	39(56%)
合计	125	148	70

另外,有学者选取杭州、青岛、苏州和郑州在2001年至2012年间制定、修改的地方性法规情况作为样本,分析得出的结果是各市制定的地方性法规主要集中于城乡建设、城市管理、社会管理和公共经济管理等方面的事项,最终结论同样认为,现行关于地方立法三类事项范围的规定只能满足设区的市实际立法需求的一半左右<sup>③</sup>。可见,《立法法》关于地方立法三类事项范围的限定不能满足各地实际立法需求的情况并非个案。另一方面,对于《立法法》关于地方立法三类事项范围的规定,各地方立法主体在地方立法活动中遵守情况又如何呢?有学者对《立法法》修改之后原较大市的地方立法情况进行调查研究,得出的结论为:目前各地方立法所涉及的事项超出《立法法》列举式规定范围现象频出。相关研究表明,《立法法》修改后至2017年1月1日,原49个较大的市新出台330件地方性法规,其中有112件规定超越了《立法法》所规定的立法事项范围<sup>④</sup>。此外,各地方立法以三类事项之名而行越界之实的情况更是时有发生,如以环境保护为名的立法,将公共经济管理的内容写入其中,超出《立法法》限定的范围<sup>⑤</sup>。

从山东省14个新获立法权的设区的市地方立法情况来看,它们制定的地方性法规同样存在所属事项归属模糊现象,如《威海市居民养老服务保障条例》《莱芜市钢结构建筑应用促进条例》《潍坊市禁用限用剧毒高毒农药条例》等地方性法规,其内容应分属社会保障、经济产业行业管理等事项领域,虽然可以通过模糊甚至扩大解释纳入现行地方立法范围中的城乡建设与管理一项。但严格意义上,这几部地方性法规是否属于目前明文规定的地方立法事项仍存在疑问。此种打擦边球现象虽主要是由

① 数据来源:济南、青岛和淄博的地方性法规的数量依据三市人大官方网站公布数据统计。

② 需要说明的是,表中的城乡建设与管理事项,结合《立法法修正案(草案)》审议结果的报告中对城乡规划、基础设施建设、市政管理等的说明,以及《中共中央国务院关于深入推进城市执法体制改革改进城市管理工作的指导意见》中对城市管理的市政管理、环境管理、交通管理、应急管理和城市规划实施管理等为主要职责的理解,同时根据全国人大常委会法工委的回复,最终确定为包括城乡规划、基础设施建设、市政与交通管理、应急管理 etc 实质管理建设事项范围,以及献血等精神文明建设与教育管理的内容;环境保护与历史文化保护事项因无较大争议采通常理解。

③ 程庆栋:《论设区的市的立法权:权限范围与权力行使》,《政治与法律》2015年第8期。

④ 宋烁:《论设区的市立法权限范围》,《青海社会科学》2017年第2期。

⑤ 王春业:《设区的市地方立法权运行现状之考察》,《北京行政学院学报》2016年第6期。

目前地方立法事项的立法规定外延边界不清所致,但也从另一方面说明现行规定无法满足各地的实际立法需求。为满足立法实际需求,各设区的市对现行规定进行扩大解释甚至“打擦边球”,就成为一种无奈选择。

#### 四、设区的市地方立法事项范围的合理界定

鉴于《立法法》第72条赋予所有设区的市立法权的时间还不长,为防止地方立法主体扩容后可能导致的立法权滥用、立法质量低下及立法数量激增等问题,《立法法》将“城乡建设与管理、环境保护和历史文化保护”三类具体列举事项作为设区的市行使地方立法权的“紧箍咒”,显示出立法机关在设区的市地方立法制度上所秉持的谨慎克制态度。但如前文所述,《立法法》第72条所采具体事项列举的方式,非但未能实现限缩约束的立法目的<sup>①</sup>,反而带来设区的市立法制度在实践中的诸多困境<sup>②</sup>。因此,建议修改现行立法对设区的市地方立法事项范围的具体列举规定,在结合原较大的市地方立法经验基础上,采用原则性的界定方式,确立“上位法保留”“地方事务特色”两项基本标准,并结合遵循“非必要不重复”立法原则,科学合理界定设区的市地方立法事项范围。

##### (一)上位法保留

作为界定地方立法事项范围的“上位法保留”,首先是指狭义的“法律保留”。为保证人民对国家最重要问题的最终决策权,保障公民权利和国家法制统一<sup>③</sup>,法律保留原则成为狭义的法律与其他广义法律文件在立法事项范围上的基础性区分标准。修改后的《立法法》对法律保留事项进行了修正,并明确规定了授权立法的目的与原则,进一步强调了法律保留的重要地位。设区的市作为地方立法主体,制定地方性法规同样应严格遵循法律保留原则,避免越权。根据《立法法》第73条,目前设区的市制定地方性法规主要有三类:一是执行性立法,即为执行法律、行政法规而根据本市实际情况进行的具体细化性地方立法;二是创制性立法,特指对于本地市專屬性地方性事务进行的地方立法;三是先行先试性立法,即对国家尚未制定法律、行政法规的空白领域,根据本地市具体需要进行试验性地方立法。此三类地方性法规的制定,均需将法律保留作为确定地方立法事项的基本标准而不得违反。

具体到立法实践,设区的市地方立法遵循法律保留原则,既包括遵循《立法法》中对法律保留相应事项的规定,也包括遵循其他法律、行政法规规定不能由地方性法规进行立法的事项。首先,《立法法》第8条、第9条分别规定的法律相对保留事项与绝对保留事项,体现国家层面上全国人大及其常委会的立法权与国务院行政立法权的分野,此类属于国家立法权限范围内事项,设区的市地方性法规无权涉足,即使是属于相对保留的事项也只能授权于国务院,地方立法主体无权进行立法。其次,其他法律、行政法规中关于法律保留的规定,设区的市同样不得进行地方立法,主要包括两种情形:一是法律明文规定排除地方性法规在相关事项上的立法权,如《行政许可法》第15条第二款“地方性法规不得设定……”的情形;二是正面规定法律、行政法规的立法权限,也即反面限定了地方性法规在相应事项不享有立法权,如《公民出境入境管理法》第12条“中国公民有下列情形之一的,不准出境:……(六)法律、行政法规规定不准出境的其他情形”。这一条款规定表明,除本条列举的具体情形以及单行法律、行政法规规定不准出境的其他情形之外,包括地方性法规在内的其他法律文件不得规定公民不准出境的情形,即公民不准出境的情形属于法律(这里包括行政法规)保留事项。

① 从全国人大常委会法工委对各地请示的解答方式与各设区的市地方性法规的制定实践来看,“城乡建设与管理”这一事项已经成为容纳属性上较为模糊的立法事项的通道,《立法法》为设区的市地方立法在立法事项上所设定的限缩约束,在实践中较难得到贯彻,甚至已然失效。

② 通过对山东省各设区的市地方立法实践的梳理和对《立法法》相关规定进行分析发现,《立法法》关于设区的市地方立法事项范围的规定存在着外延边界不清、无法完全满足地方实际立法需求等具体问题。

③ 应松年:《〈立法法〉关于法律保留原则的规定》,《行政法学研究》2000年第3期。

## (二)地方事务特色

如果说上位法(法律、行政法规)保留是设区的市地方立法在事项范围上的合法性衡量标准的话,那么地方事务特色则是设区的市地方立法在事项范围上的合理性衡量标准。随着我国地方体制改革的不断深入,各设区的市以法治促进经济社会发展的需求不断扩大。2015年《立法法》修改之前,未取得立法权的地方政府只能求助省级人大及其常委会实现“曲线立法”,或者极力寻求国务院批准获得较大的市地位以满足自身立法需求。另一方面,我国地域辽阔,生产力发展极不均衡,不同地区的发展水平差距很大,客观上存在差异化立法的要求。为此,2015年修订的《立法法》将地方立法权主体扩展至所有设区的市、自治州以及4个不设区的地级市,通过地方立法主体扩容与地方自主立法和特色立法,以期促进设区的市的治理能力提升与制度创新。

但地方立法主体的扩容也只是为促进地方立法进而提升地方治理能力提供便利条件,在我国地方立法实践中,不重视甚至忽视地方特色而导致的乱象并不罕见。立法需求并不急切、立法条件尚不成熟的仓促立法、冒进立法,立法贪多贪快或为攀比而立法,甚至将立法工作与个人政绩相联系等现象,在一定程度上存在。这些地方立法不仅会导致立法资源的极大浪费,更因缺乏针对性、可操作性而无助于解决地方实际问题,甚至可能因为大而化之的模糊规定或不符合本地实际的“水土不服”而扰乱地方正常秩序。所以,能否解决地方发展中的实际问题是“衡量地方立法质量优劣和法条内容能否得到有效施行的重要标准”<sup>①</sup>。而解决地方发展中的实际问题就是要将地方事务特色作为设区的市地方立法事项合理性的衡量标准,能够保证地方性立法真正针对当地事务、符合当地实际、解决当地问题,符合《立法法》赋予设区的市地方立法权的立法意图与现实需要。

对于设区的市地方立法,不论是执行性地方立法,还是针对地方专属事务的创制性地方立法以及空白领域先行先试类地方立法,地方事务特色均是应当遵循的重要标准,这既是《立法法》第72条和第73条明文规定的进行地方立法的基本前提,也是设区的市地方立法合理性的当然要求。各地的立法实践已充分证实:只有针对当地事务、体现地方事务特色的地方立法,才是真正符合当地实际需求,解决当地实际问题且能够得到有效施行的高质量地方立法。山东省新获地方立法权的设区的市先后出台显示各市独特地方性事务特色的地方性法规,例如,潍坊市作为农产品种植出口大市,出台禁用限用剧毒高毒农药的条例,莱芜市对本市支柱型产业的钢铁行业制定钢结构建筑应用促进条例,东营市专门出台山东黄河三角洲国家级自然保护区条例,都是体现当地事务特色、符合本市实际需要的地方性法规。此种针对当地实际问题与需求的地方性立法,才是设区的市应当着力的立法项目。地方特色是地方立法的生命。重视地方特色、解决地方事务,应当成为设区的市地方立法事项选择与确定的重要标准与依据。

## (三)非必要不重复

地方立法模仿、重复问题并不是设区的市获得立法权后出现的新情况,而是早已存在于我国地方立法实践中的痼疾,且问题比较严重。有学者曾随机选取4部省市制定的消费者权益保护条例与上位法《消费者权益保护法》进行比较,结果发现,文字重复50%以上的法条数占各自总条款数的比例,均达到 $\frac{1}{3}$ 左右<sup>②</sup>。而更广范围的比较显示,“全国现行(至2016年)地方性法规7000多部,有法条50多万条,抄录上位法条数占50%之多”<sup>③</sup>。至于地方性立法之间的相互模仿、抄袭重复的情形则更为严重<sup>④</sup>。随着地方立法主体的扩容,尤其是设区的市地方性立法文件在数量、规模上的急剧增加扩大,地方立法模仿重复问题将会随之愈加严重。

为保证法律体系的统一与完整,地方立法对上位法的体例模仿或条款内容重复有时是必要的;尤

① 王仰文:《限量放权后“模仿式”地方立法困局的破解之道》,《北方法学》2017年第3期。

② 孙述洲:《地方立法重复的反思——以4省市人大消费者权益保护立法为例》,《人大研究》2016年第3期。

③ 赵国伟:《地方立法为什么不能照抄上位法》,《吉林人大》2016年第4期。

④ 孙波:《试论地方立法“抄袭”》,《法商研究》2007年第5期。

其在执行性的地方立法过程中,分析、参照、借鉴其他地方立法或者上位法的相关条款,可以更好地明确立法的重点与可行措施,节约立法的成本投入,以及避免出现越权或违反上位法规定的情形。地方性立法原初目的是为满足各地的地方性事务差异性管理的需要,或者根据本地方的实际需要具体细化实施上位法而制定,过多的不必要模仿甚至条款内容的重复,必然会削弱地方立法的功能和实效,其结果只是减损地方特色,使得地方立法实际“无效”。为避免因模仿重复立法带来的一系列负面效应,《立法法》在第73条第三款已专门做出明确规定,制定地方性法规,对上位法已经明确规定的內容,一般不作重复性规定,即“非必要不重复”的地方立法原则。

根据《立法法》第73条第一、二款之规定,设区的市地方立法主要包括执行性地方立法、创制性地方立法和先行先试性地方立法三类具体情形。“非必要不重复”首先针对的是执行性地方立法,相较于创制性地方立法、先行先试性地方立法,执行性地方立法在事项范围上往往已由被“执行”的上位法所事先确定,因而一般情况下只要不突破被“执行”的上位法所规范的事项范围即可。但在执行性地方立法中应注意遵循“非必要不重复”要求,要力避实践中由于过度关注立法体例形式的完整以及与上位法的严格照应,而不顾甚至忽视地方立法质量的“重复性”立法。另一方面,由于创制性地方立法与先行先试类地方立法,是在相应上位法缺失情况下进行的地方立法,故一般不会出现“对上位法已经明确规定的內容作重复性规定”的问题,但也应注意极有可能出现的简单模仿甚至直接照搬照抄其他地方性立法的重复立法现象。

---

## Analysis on the Scope of Municipal Legislative Matters Based on Local Legislative Practice

Chen Shuquan Ma Pengfei

(School of International Affairs and Public Administration, Ocean University of China,  
Qingdao 266100, P. R. China;

School of Law, Ocean University of China, Qingdao 266100, P. R. China)

**Abstract:** The Revised Legislation Law of 2015 extends the main body of local legislation to all cities divided into districts, autonomous prefectures and four cities not divided into districts, and limits the scope of local legislation of cities divided into districts to “urban and rural construction and management, environmental protection, historical and cultural protection, etc.”. Combining with the provisions of Articles 72 and 73 of the Legislative Law, this paper analyzes the practice of local legislation in the cities divided into districts in Shandong Province. It shows that there are some problems and deficiencies in the provisions of the Legislative Law on the scope of local legislative matters in cities divided into districts, such as unclear extension boundaries, arbitrary applicable interpretation, and inability to meet the needs of local legislation. Amend the specific enumeration provisions of the current legislation on local legislative matters, establish specific standards such as “superior law reservation” and “local characteristic affairs” and follow the local legislative principle of “unnecessary non-repetition”, scientifically and reasonably define the scope of local legislative matters and promote the improvement of local governance capacity.

**Keywords:** Local legislation; Legislative needs; Superior law reservation; Local characteristic affairs

[责任编辑:李春明]