

DOI: 10.12046/j.issn.1000-5285.2017.02.001

· 法学论坛 ·

论地方国家权力机关的授权 立法：问题与理据

周宇骏

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

摘要: 上海等地出现的地方国家权力机关授权立法活动, 是地方立法实践回应现实需求的新探索。地方立法权属于地方人大及其常委会的职权, 与中央立法权是同源出于主权的国家权力。地方立法权由地方国家权力机关掌握, 可依靠自身之意志行使、处分, 因此, 地方人大及其常委会应具有授权立法的能力, 可以作出授权立法。地方国家权力机构授权立法虽然具备优势, 但仍需警惕其泛滥带来的不良影响, 应当将相应制度纳入统一的法制轨道, 正式确立并加以监督。

关键词: 授权立法; 地方; 主权; 地方立法权; 国家权力机关

中图分类号: D901 **文献标识码:** A **文章编号:** 1000-5285(2017)02-0039-018

桑斯坦在其《权利的成本》一书中, 将权利的实现及国家权力行使的保障与其背后的社会经济利益相互连结。认为权力的行使需要以与之对应的成本付出及相应的社会经济力量为依托。^①随着人类社会的不断进步, 地方的经济社会不断发展, 中央与地方之间的经济利益格局随之不断变化, 地方便将出现与权利实现相对应的权力保障要求。童之伟教授在《法权与宪政》一书中, 将这种现象称为“国家权力的结构性分离”^②。这种需求在立法层面, 即可被表述为地方立法需求的不断增长。面对这种日益增长的地方立法需求, 我国的地方立法工作呈现了一些新的动态, 出现了各种地方立法的新探索。而其中, 针对部分地域地方性事务的特殊立法需要, 由地方人大及其常委会进行授权立法的模式似乎正成为一种趋势。

一、地方授权立法的实证分析

上海的浦东新区是改革开放试点的国家级新区和一个副省级的行政区, 由于其并不是设区的市, 因而不享有制定地方性法规及政府规章的权力。而从实践需要来看, 浦东新区对于这种地方立法权的

收稿日期: 2017-01-11

基金项目: 本文系国家社科基金项目《我国地方立法权配置的理论与实践研究》(13BFX024)的阶段性研究成果(负责人宋方青教授)。

作者简介: 周宇骏, 男, 厦门大学立法研究中心研究人员, 厦门大学法学院法学理论博士研究生, 主要研究方向为立法学。

① 参见[美]桑斯坦等著《权利的成本》, 毕竟悦译, 北京: 北京大学出版社, 2011年。

② 童之伟《法权与宪政》, 济南: 山东人民出版社, 2001年, 第306页。

需求显然要高于中西部的一些设区的市,因此出现了立法权的配置与改革的需求之间不协调的状况。为了应对这种改革需求与立法权之间的矛盾,2007年上海市人大常委会做出《上海市人大常委会关于促进和保障浦东新区综合配套改革试点工作的决定》(以下简称《决定》),规定“在坚持国家法制统一原则和本市地方性法规基本原则的前提下,市人民政府和浦东新区人民政府可就浦东新区综合配套改革制定相关文件在浦东新区先行先试……浦东新区人民代表大会及其常务委员会可以就推进浦东新区综合配套改革试点工作作出相关决议、决定。”

当然,由于上述《决定》表述的“相关文件”定义模糊,仅从规范性文件涵义而言,其授权决定并不必然具有授权立法意义。但从实践来看,由于《决定》赋予了在“坚持国家法制统一和地方性法规基本原则”的基础上“先行先试”的权力,被授权主体据此进行了一定程度上的变通与突破,已然具有授权立法的意味。例如上海市人民政府作出的《上海市人民政府关于浦东新区知识产权工作有关事项的决定》中规定“为了……促进和保障浦东新区知识产权行政管理和执法体制改革,依据……《上海市人民代表大会常务委员会关于促进和保障浦东新区综合配套改革试点工作的决定》等规定,现就浦东新区知识产权工作有关事项作如下决定:(一)对以出具虚假专利检索报告等方式牟取不正当利益违法行为的行政处罚权……由市知识产权局委托浦东新区知识产权行政管理部门实施。”此规定涉及的行政处罚权调整,涉及对地方性法规《上海市专利保护条例》第二十九条^①相关行政处罚规定的变通。当然,这种依授权制定相应具有变通上位法规范内容之文件的行为并非个案,浦东新区人民政府2010年依《决定》制定的《浦东新区进一步深化行政审批制度改革的方案》中拟取消的行政审批事项有“对举办全园性活动的许可”一项,涉及对上海市地方政府规章《上海市公园管理条例》第二十一条第二款所设置之行政许可^②的变更,

事实上在上海,就某些改革领域事项由权力机关作出授权立法,再由被授权机关制定规范先行规定的行为早有先例。2000年上海市第十一届人民代表大会常务委员会就曾作出《上海市人民代表大会常务委员会关于同意在本市进行城市管理综合执法试点工作的决定》,并要求“市人民政府应当根据本决定制定相应的实施性规章”,据此上海市人民政府制定了《上海市城市管理综合执法暂行规定》的地方政府规章。虽然相应决定和规章随着时过境迁早已废止,但这种由地方人大及其常委会授权立法的方式却被继承了下来,延续至今。

不仅仅在上海一地,其他地区也出现了地方授权立法的案例。2007年重庆市人大常委会也曾作出《重庆市关于保障和促进统筹城乡综合配套改革试验工作的决定》,规定“在坚持国家法制统一原则的前提下,授权市人民政府可以……制定相关文件,进行改革试验……市人民政府和市人民政府确定的……区县人民代表大会及其常务委员会,在坚持本市地方性法规基本原则的前提下,可以……制定相关文件和作出相关决议、决定,在示范区内先行先试。”而广东省深圳市人大常委会于2013年末也作出《深圳市人大常委会关于适时调整本市法规设定的行政审批的决定》,授权“市政府负责组织实施调整本市法规设定的行政审批的具体工作。”浙江省人大常委会则在2016年5月针对G20峰会举办,通过了《省人大常委会关于授权省及设区的市人民政府为保障二十国集团领导人第十一次峰会筹备和举办工作规定临时性行政措施的决定》,授权“省及设区的市人民政府针对可能存在的风险和影响……可以根据必要、适度的原则,通过规章或者决定的形式在公共安全、社会治安、交通运

^① 《上海市专利保护条例》第二十九条:违反本条例第十一条第二款规定,由有关行政部门依照法律、法规的规定予以处罚;其中,以出具虚假专利检索报告等方式牟取不正当利益的,由市知识产权局给予警告、没收违法所得,并处以一千元以上一万元以下罚款。

^② 《上海市公园管理条例》第二十一条:公园内举办展览以及其他活动,应当符合公园的性质功能,坚持健康、文明的原则,不得有损公园绿化和环境质量。举办全国性的展览以及其他活动,由市绿化行政管理部门批准;举办局部性的展览以及其他活动,由市或者区、县绿化行政管理部门批准。举办对本市有重大影响的展览以及其他活动,由市人民政府批准。

输、安全生产、环境保护等领域规定临时性行政措施,并组织实施”。福建省人大常委会亦正在酝酿对厦门市人大常委会及政府作出相关授权,以应对即将举办的金砖国家领导人会晤。

何以各地纷纷开始这样一种地方授权立法的制度尝试呢?笔者以为由于地方立法中始终存在着统一性与地方性这一对基本矛盾,在我国统一而多层次的立法体制设置下,立法权限的设置必然要服从于统一性,这导致地方立法在一定程度上存在着权限与需求间的脱节。而同时我国幅员辽阔、人口众多,地区间发展亦不均衡,这都导致了我国地方事务的多样性和复杂化。集中体现在以下几个方面:第一,各省的省情差别较大,当前《立法法》对立法权的设置难以满足对于立法权的需求。以前述的上海浦东新区为例,其对于地方立法权的需求显然要高于部分设区的市,而在当前的立法体制下,浦东新区不掌握立法权。仅仅依靠全市层面的立法活动,囿于会期、立法能力的限制,无法及时地回应其立法需求。此外,上海市不仅仅存在浦东新区一个区,即使上海的立法活动向浦东新区倾斜,经济总量丝毫不弱的静安、黄埔、徐汇等区的立法需求亦无法协调。因此,在现行立法体制之下,浦东新区的难题无法予以妥善解决。从全国范围来看,这一问题并非独立个案,对于直辖市各区而言显然具有普遍性。第二,各省省内的差异化亦比较明显,部分地区存在单独变通的立法需求。无论是从地理面积、人口数量或是经济总量来看,我国的许多省都相当于欧洲的一个国家的水平。在这样的区域范围内,地方立法也必然存在着同国家立法一样相对原则的抽象设计,规范的可操作性相对较弱。虽然各设区的市享有地方立法权,但这种受限于事项范围规定且基于全市的普遍化地方立法在面对具体地方治理中复杂的境况时,难以针对实践的不同情况进行个别化的处理。尤其在面临一些特殊问题时,无法通过有正当授权的地方立法予以变通回应,反而造成了许多所谓“良性违法”的现象出现。例如浙江的宁波、温州等市,其发达的经济水平决定了自身对于立法的需求要远远高于一般设区的市的水平,在经济特区不再行设置的今天,由省人大及其常委会予以授权,不失为有效的解决途径。“在中国国情下,授权立法权仅仅来源于最高国家权力机关是不够的……如果地方国家权力机关也有权将其职权立法权授予地方行政机关,这样不仅可以减轻地方权力机关的立法负担,而且能使需要立法调整的问题得到及时的调整。”^①因此,各地通过地方国家权力机关授权立法制度来回应地方日益增长的立法需求。

虽然现行的《立法法》并未明确地方人大及其常委会拥有授权立法的权能,但前文所举之各地立法事例已然证明,在当前及此后相当长的一段时期,为了应对某些地方立法工作中的实际需要,地方人大及其常委会的授权立法或将成为一种趋势或发展的倾向。而这一实践情况也提出了问题,一个地方立法机关能否将自己制定地方性法规的事项授权其他机关制定相应文件?总结起来,其实是判断“地方授权立法”的可行性问题。实践中已有运行的“地方授权立法”活动是否合乎法理与我国的立法体制,有必要从理论上予以分析与探讨。

总结来看,从理论上探索地方国家权力机关能否授权立法,需要解决以下三个方面的问题:首先,授权活动是否符合授权条件?其次,地方立法权是否可被处分?最后,在单一制立法体制下地方国家权力机关授权立法应如何安排?

二、代议机关授权的原理与条件

虽然授权立法已有漫长的实践历史^②,但早期经典理论家对于代议机关的授权立法行为多持否定

^① 宋方青 《中国授权立法新规制之评析》,《政治与法律》2001年第4期。

^② 洪庆麟 《委任立法要件之比较研究》,台北:三民书局,1982年。

的态度。孟德斯鸠认为“使是人民本身愿意,也决不能剥夺自己的这种不可转移的权利。但是,授权立法却使这一切都产生了例外”^①。而汉密尔顿则认为授权立法破坏了分权的基本原则,“美国宪政固有的普遍准则是……行政机关不能行使立法和司法权”。^②洛克认为授权立法违背了“被授予的权力不得再委任”(Delegata Potestas non Potest Delegari)的法治原则。在他看来,立法权“既然它只是得自人民的一种委托权力,享有这种权力的人就不能把它让给他人”^③。美国的最高法院也认为“禁止授权”是美国宪法的一项重要原则,“美国联邦最高法院甚至采用禁止授权原则(non-delegation doctrine),禁止立法机关将立法权以授权的方式交由行政机关行使”^④。

直到19世纪,随着近代国家职能的不断发展,原有的严格意义上三权分立的国家职权结构分配已然无法满足日益旺盛的立法需求。英国议会于1834年修正了《济贫法》(The poor law),赋予了行政官员制定并发布“适当的规程规则命令”的权力,标志着现代委任立法制度的开端。美国最高法院亦逐渐转变态度,“采用权力的功能主义内涵和实质意义与形式意义行政相分离的观点来解释分权原则和行政的涵义,使授权立法取得了合宪地位”^⑤。

同时,从相应的域外制度实践来看,由上级立法机关授权地方立法机关开展立法活动的现象,在世界各国并不普遍。相应的学术探讨亦相对缺乏。在联邦制国家内,由于在宪法所设定的框架内对联邦与地方的立法权已有确分,二者间存在着明确界限,因此,授权地方立法的现象并不容于宪制框架,未有相应实践。而在法国、日本等严守单一体制的国家中,地方的立法活动基本都是通过单独的《地方自治法》或《地方分权法》等法律直接划定的一揽子方案进行^⑥,这种方式与其说是授权立法,不如说是一种基于地方自治或权力下放的权力调整。由于单一制国家往往具有法律神圣化的观念,因此,为了证明国家主权的不可分割性,人们认为国家立法权只能由国家议会来单一和排他地行使,相应的,地方公共团体的自治立法仅具有行政权的性质。^⑦从规范构造来看,国家立法与地方规范的调整范围基本由宪法或宪法性法律基于“影响范围”的原则所明确划定,国家立法权与地方立法权各有专属的领域,而二者事项重合部分,国家立法权可专门立法调整,不需要通过授权的方式进行。其地方立法本身是基于自治或权力下放的一种行政权行使,与国家的立法权分属两套不同系统,且地方立法权从属于国家行政权,被视为地方行政(自治)权的延伸。因此,在相关理论研究中,授权地方立法机关立法的问题不存在讨论的空间。而在我国的立法实践中,之所以出现授权地方立法的可能,主要是基于我国宪法及《立法法》所设定的独特制度,故我国的授权地方立法,存在着基于国情的特殊性。相关理论也是根植于对我国制度实践的阐释,不同于经典宪政理论中关于立法权的讨论。

因此,授权立法的理论学说所代表的事实上是一种权宜的变通,而非基于经典宪政理论的逻辑推演。故理论家在其中的关注重点,并不在于确立授权的理论基础论证,而更多关注对于此种授权立法正当性缺陷的矫正或者说对于授权立法条件的限制,即只有在满足一定基本条件的前提下,代议机关方能作出授权立法,也即是授权立法的适当性问题。

从对象上考察,代议机关能否授权立法问题,存在着授权行政机关与授权下级地方立法机关两个层面。从理论上而言,由于下级权力机关和同级政府在政治权力结构中的性质、地位存在差异,授权

① 周少青《论授权立法的合法性》,《河北法学》2004年第6期。

② [德]伯纳德·施瓦茨著《行政法》,徐炳译,北京:群众出版社,1986年,第30页。

③ [英]约翰·洛克著《政府论》,叶启芳、瞿菊农译,北京:商务印书馆,1964年,第88页。

④ 柳砚涛、刘宏渭《授权立法的正当性质疑》,《文史哲》2006年第3期。

⑤ 柳砚涛、刘宏渭《授权立法正当性缺陷的矫正机制》,《河北法学》2006年第12期。

⑥ 朱国斌《集权或分权:法国的选择与地方分权改革(上)》,《中国行政管理》1994年第4期。

⑦ 王建党《作为基本权利的地方自治》,厦门:厦门大学出版社,2010年,第88页。

的具体理论根据显然存在一定差别。授权行政机关的权宜变通,是一种出于立法效率的必然要求;而授权下级立法机关的制度考虑,则更多是基于地区性差异特殊性的需求。但从立法机关权力授出的角度来看,其授权理论在根本上看仍存在一定同质性。下级权力机关和同级政府所接受之立法机关的授权,同为立法机关所掌控的立法事项权能。而考察授权立法的适当性的第一步,便是考察立法机关能否将其立法权授出的问题。这是一个合法性的价值判断,也是考察一项授权立法是否适当的前提。同时,在验证代议机关可授出自身立法权后,我们仍需要分析被授权机关接受权力的可能性问题。这种讨论是一种合理性的判断,主要考察的是被授权机关能否具备被授权的条件。

而从授权的相关法理来看,研究一项授权立法的适当性问题,实际上是在讨论该“立法权是否属于职权以及授出立法权是否应当遵循职权处分规则。”^①在此处,授权的适当性事实上所探讨的是:一、此种立法权是否是它本身所固有的,或者说代议机关对其授权的权力,是否能够掌握;二、这种立法权是否具备可被处分,可被授出的属性。三、接受立法权的主体能否实现立法权。

基于前述分析,研究地方人大及其常委会可否授权立法的问题,事实上是在对地方人大及其常委会授权立法的适当性作出一种判断。同时,对于可否授权立法这个问题而言,需要重点探讨授出权力的合法性价值判断,而被授权机关能否接受权力,则是制度中基于合理性判断的问题,需要在制度实践中具体分析。因此,地方人大及其常委会可否授权立法的问题,即被转换为判断“地方立法权是否属于地方人大及其常委会的职权,以及这种授权立法的活动是否应当遵循职权处分规则,被授权对象是否具备接受授权可能”。也即是判断地方权力机关的权属问题、地方立法权的性质以及判断被授权对象接受权力可行性的问题。

职权是一种国家权力的具体化。根据近代的宪政理论——无论是“人民主权”学说抑或者“分权制衡”理论——都要求实现公共权力的所有权与行使权分离,不允许权力过分集中;同时也要求,公共权力的行使权应当依据其功能与结构分解为具体的各项权力。这使得国家权力必须在宪法及法律的框架内被功能性地分解为各项具体职权。而作为国家权力具体化的职权,其必然是来自于人民的委托,也应当在人民委托的范围内活动。因此,职权的设定,必须遵循着“职权宪定”或“职权法定”的原则,职权是国家权力经由宪法与法律配置之后的结果。

根据上述分析,判断地方立法权是否属于地方权力机关职权的问题,应从以下两个角度进行判

别:
首先,需要判断地方立法权是否合乎“职权宪定”或“职权法定”的原则,即在我国现行的宪法及法律体系中找到相关权力规定的依据。

值得注意的是,查看我国的宪法及法律规定,“立法权”一词出现在《中华人民共和国宪法》第五十八条规定“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。”文本中并无“地方立法权”这一称谓,而仅有“国家立法权”的内容。本文观点认为,虽然在我国宪法与法律规定中,地方立法权并未如国家立法权一样,成为一种被明确规定的权力种属。地方立法权只是学术界为了便于称呼而使用的学理概念,宪法法律文本中有无“地方立法权”这一文字性表述,并不影响事实上的职权规定。于地方的人大及其常委会而言,地方立法权所指代的,是其制定地方性法规的权力。对于此权力,宪法与法律已有明确规定。对于省、直辖市的人大及其常委会而言,《中华人民共和国宪法》第一百条明确规定“省、直辖市的人民代表大会和它们的常务委员会,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规。”同时,对于自治区、设区的市的人大及其常委会,《中华人民共和国立法法》中更有专章规定地方性法规的制定权限等内容。地方立法权符合

^① 柳砚涛、刘宏渭《授权立法的正当性质疑》,《文史哲》2006年第3期。

“职权法定”与“职权法定”的要求,被明确规定为地方人大及其常委会的职权。

其次,虽然地方立法权的规定已由宪法及《地方组织法》、《立法法》等法律的规定所确立,但这仅仅能够说明地方国家权力机关享有该权,并不能证明地方立法权是地方国家权力机关的一种固有职权,受其支配。因此,考察地方人大及其常委会的地方立法权是否是一种职权,还需讨论地方立法权的来源,论证地方国家权力机关所掌握地方立法权之自主性与完整性。本文观点认为,地方人大及其常委会本身即享有一种规则制定权,其并非来源于一种通过立法的授予。因此,地方立法权应当是地方国家权力机关的一种固有职权。

第一,根据宪法与法律的规定,地方人大及其常委会具有创制一定规则的权力。《中华人民共和国宪法》第九十九条规定“地方各级人民代表大会在本行政区域内……依照法律规定的权限,通过和发布决议,审查和决定地方的经济建设、文化建设和公共事业建设的计划。”本条赋予了地方人大通过、发布决议的权力。这种决议的通过,本身即是一种规则制定的过程。无论是监督权、重大事项决定权或其他任何自身法定权力行使,其最终都通过决议或决定的方式予以表现。此外,有一种倾向性的观点认为,地方人大及其常委会的决议或决定,并不是一种在制定一种具有普遍拘束力的规范性文件,而仅仅是对于某一具体事项的决定,不能对其他主体产生影响。本文观点认为,这种认识存在一定误区。笔者承认,由于并非具有立法性质,地方人大及其常委会发布的决议、决定不能作出“减损公民、法人和其他组织权利,增加公民、法人和其他组织义务”的规定,也不适宜对公民、法人和其他组织的权利义务问题作出规范。但不可否认,地方人大及其常委会的决议与决定完全能够对地方的国家机关产生影响。依据《地方组织法》第五十九条的规定,地方行政机关需“执行本级人民代表大会及其常务委员会的决议”。而对于规范事项上的普遍性问题,在现实意义上,对于某一方面事项的规定并不代表着这种规定仅仅指向某单一具体事项。“我们必须认识到,在面对具体情形时,一般性规则与个别法案间的界线则往往会变得模糊不清。”^①

第二,从地方人大及其常委会的机构属性来看,其自身也必然享有一种规则制定权。从历史来看,代议制度的建构与立法有着天然的联系。因此,通过代议制度,人民的意志在代议机关中成为“法”,进而为人民所遵守。而作为社会主义中国的代议机关,人民代表大会制度批判性地继承了资产阶级议会制度的立法权职能。马克思在总结巴黎公社的经验时曾经论述道“公社必须由各区全民投票选出的城市代表组成……同时兼管行政权和立法的工作机关……一切有关社会生活事务的创设全都留归公社。”^②据此,提出了社会主义国家人民代表机构建设的相关雏形。其中“一切有关社会生活事务的创设”明确无误的是一种立法性的权力。在此之后列宁于1905年提出“一切权力归苏维埃”的思想,即认为要将“整个的国家最高权力集中在由人民代表组成的一院制的立法议会手中。”^③因此,在社会主义政权中,作为国家权力机关,首先是一种具有立法权的代议机关。依据我国宪法第九十六条的规定“地方各级人民代表大会是地方国家权力机关。”地方国家权力机关行使国家权力,其中天然地包含有创制规则的权力。当然,在其中还存在着一个问题,即是宪法中所指的“地方国家权力”是一种“国家权力”还是一种“地方权力”,如果回答是一种“地方权力”,则无法说明其立法权是源于主权的国家权力,逻辑上还可能存在一定张力。关于这个问题,从我国立宪的相关资料中似乎能够找到答案。资料显示,中国共产党中央委员会于1954年3月23日提出的《1954年宪法草案(初稿)》中,第五十八条关于地方人民代表大会做了如此的表述“地方各级人民代表大会都是

① [美] E. 博登海默《法理学:法律哲学与法律方法》,北京:中国政法大学出版社,2004年,第444页。

② 参见《马克思恩格斯全集》,中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译,北京:人民出版社,1995年,第17卷,第589页。

③ 《列宁全集》,中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译,北京:人民出版社,2013年,第9卷,第87页。

国家权力的地方机关”，与后来1954年宪法条文表述迥异。根据《宪法起草委员会各组召集人联席会议的讨论（纪要）》，对于此条，各组召集人曾作出过争论。其中，费孝通、罗隆基提出“地方权力的国家机关”^①这一表述作为替代方案，黄炎培与许德珩明确表示了反对，认为“‘国家权力’这几个字不应拆开”，“不能分”^②。表明在此处，立宪者的原意所表达的“地方国家权力机关”，指向的应当是“地方的”国家权力机关，而非是一种“地方权力”。所以，地方人大及其常委会所代表的，还是来源于人民主权所授予的一种“国家权力”，而非一种地方权力。

因此，综上所述，地方立法权是地方国家权力机关的固有权权，具备自主性与完整性；其并非是国家立法权的一种派生，而是与代议机关性质密切相关，根植于自身权力机关属性的一种国家权力。符合开展授权立法活动的职权要件要求。

三、地方立法权的可处分性

职权处分，是指具有相应职权的国家机关对于自身职权的处理安排。授权的活动，即是拥有职权国家机关对于相应职权处理与安排的一种方式。职权不一定都具有可处分性，譬如行政主体的职权，虽然理论界还存在争议，但当前仍“普遍认为行政主体的职权具有不可处分性”。^③如果地方人大及其常委会的立法权并不具有可被处分的性质的话，则自然不可被授予其他国家机关。因此，研究地方人大及其常委会的地方立法权能否授权，转换而来正是在研究其职权是否具有可处分性。

职权处分这一概念，来源于行政法学界关于“行政职权具有不可处分性”的表达，用以说明“行政主体不得自由转让行政职权……行政主体不得自由放弃行政职权”^④。而概念中“处分”一词本身，也是对大陆法系民法概念的借用。根据德国最高法院的界定，“处分行为（Verfügung），指通过转让、废止、变更内容或设定负担等方式，直接对某一项权利施加影响的法律行为”^⑤。从此可以看出，在相应的民事概念中，处分是一种民事主体基于意志自治而作出的行为。因此，职权处分应当具有独立意志行使的涵义。

基于职权处分的这种内涵，判断一项职权是否可处分，需要从两个维度上加以甄别。一是判断某一项职权是否具有意思自治的属性，也即是该项职权能否根据掌握职权的机关的自我意志行使、处分。二是判断某一项职权是否具有可处分、可授出的性质。从权能的角度来看，职权有时是与掌握职权的机关所绑定的，其他机关无法满足行使职权所需要的内在因素，职权本身不具有可处分性。是以，地方人大及其常委会的地方立法权能否授权，有必要从这两个角度进行分析。

第一、判断地方人大及其常委会的立法权能否处分，需要回答地方人大及其常委会作为地方权力机关、一种具有代议性质的机关有无自身意志的问题。

一种倾向性的观点认为地方人大及其常委会并无独立的意志，且这种观点基于以下几点理论依据。首先，认为地方人大及其常委会所体现的意志是一种国家意志，而非自身机关所拥有的意志。在这种理论看来，国家与单个地方人大及其常委会之间属于类似于民法中的委托代理关系，代理人只能以委托人的名义行使权利，代理人本身没有独立的意志和独立的权利归属。^⑥这一观点的立足点事实上就是人民主权学说的组成部分，即认为地方人大及其常委会的权力来源于宪法的委托，其本身并无

①② 韩大元 《1954年宪法制定过程》，北京：法律出版社2014年版，第219页。

③ 关保英 《论行政主体的职权处分权》，《东方法学》2008年第1期。

④ 张尚鷟 《走出低谷的中国行政法学》，北京：中国政法大学出版社，1991年，第188页。

⑤ Der Bundesgerichtshof 101, 26 (BGH101, 26) 转引自 Rosenberg, Leo. *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. Beck, 1960.

⑥ 龚祥瑞 《比较宪法与行政法》，北京：法律出版社，1985年，第436-437页。

独立意志。这种说法显然具有相当强的说服力,也是西方理论界长期以来否定授权立法的核心理由。然而,这种观念在法治实践中是很难站住脚的,作为地方国家权力机关,地方人大及其常委会显然是凭借自身意志行使各项职权的。虽然地方人大及其常委会身为宪法授权的机关,必然是人民主权的执行者,但其同时也是一个制度性的民意机关,是能够凭借自身的意志活动的独立法律人格,拥有自身独立的权利(职权)与义务(职责)。若地方人大及其常委会无自身意志,何以能够独立地行使权力,履行职责呢?主权的授权是一种最高的授权,其与民法中平等主体间的委托代理关系还存在着很大的区别,获得主权的授权,并不必然得出被授权的机关无自身意志的结论。其次,认为地方人大及其常委会是一种代议制的机关,所体现的是一种代表的意志,并无自身独立的机关意志。这种观点认为,作为一种代议机关,地方人大及其常委会所呈现的,是一个个代表或委员及其所代表的选民意志的集合。代议机关的作用也是为了反映与体现选民的意志,如果代议机关自身存在意志,则无法认识其与选民意志之间的关系,也将动摇其自身存在的价值基础。^① 本文认为,这种观点人为地割裂了代议机关与民意之间的联系,先验地将二者设置为不可相容的对立面。事实上,代议机关所反映的意志,就是一种人民意志集合,代议机关的意志是一种来源于法律拟制的法律人格的意志,而非一种实然的个体意志。这种意志的内容即是民意通过选举等一系列代议制度在代议机关中的反映。前述将二者意志对立的观点,其内在逻辑是否认了任何共同体意志或集体意志的存在。此外,值得注意的是,委员及其所代表的选民意志本身也不是代议机关的意志,地方人大及其常委会的代表或委员的意志,并不是地方人大及其常委会的机关自身意志,而需要经由法定的程序,使其成为正式的地方人大及其常委会权力行使的结果,呈现出一种地方人大及其常委会的机关意志。

第二、判断地方人大及其常委会的授权活动能否遵循职权处分规则进行,还需要厘清地方人大及其常委会的立法权是否具有可处分的性质。

分析一项职权是否具有可处分性的问题,自然要回溯到“处分”这一概念本身。处分行为的理论可以追溯到罗马法中的家主权。在古罗马,家庭(familia)是基本的社会构成及生产单位,罗马人以成年的男性核心组成一个个家庭单位,“个体依附家庭而存在……家庭在家父的统领下组织经济生产,开展各项农业活动”^②。因此,家父是罗马家庭的核心,居于支配地位,“家父不仅仅是指他这个人,也是指一种支配权”^③。家父对于家庭的成员及财产享有支配的权利,对于民事权利具有处分的能力;而家子则是“家父的附属者,他的财产能力和诉讼能力不被承认。”^④ 对于家庭的财产及其他民事权利的支配与处分正是罗马家父权的内容。由此可以看出,对某项权利(权力)作出处分,需要存在两个方面的前提:一方面是支配的地位(资格);另一方面是具有可使其实现的权能。例如对于古罗马的家父而言,其能够处分家庭的财产及其他家族成员的权利,一方面是由于其身为家父,是一家之主,具有一种享有家父权的身份资格;另一方面,也是由于其身为健全的成年男性公民,具有能够对家庭内的事务具有决定性的掌控能力,具备可使其实现的权能。因此,对于地方人大及其常委会的立法权而言,要判断其是否具备可处分的属性,就需要研究以下几个方面问题:

首先,作出处分的资格,地方人大及其常委会是否具有处分的立法权的一种资格?这一问题事实在前文已有过相关的讨论,地方人大及其常委会是地方国家权力机关,掌握国家权力,被主权者赋予

^① 此处倾向性观点,为作者本人参与《我国地方立法权配置的理论与实践研究》(13BFX024)课题,赴上海市与上海市人大常委会立法研究所及浦东新区法制办座谈时,上海市人大常委会立法研究所宋果南研究员在座谈中所提出的观点,未有公开发表资料刊载,特此说明。

^② 滕佳一:《罗马法中家父权盛衰之历史解释》,《东方法学》2014年第2期。

^③ [意]桑德罗·斯帕尼著《民法大全选译II:家庭》,费安玲译,北京:中国政法大学出版社,1995年,第7页。

^④ Natoli, Ugo. *L'attuazione del rapporto obbligatorio*. Vol. 1. A. Giuffrè, 1967, p. 741-742.

了通过宪法掌握国家权力,包括决定立法权的一种资格。

其次,存在掌握立法权,并具备可使其实现的内在因素。职权实现的内在因素具有独特性,并非任何主体都能够去实现某一职权。笔者在前文也曾对此有过论述,立法是代议机关存在的目的及主要活动内容。作为在地方行使国家权力的权力机关,地方人大及其常委会的权力内涵中天然应当包括一种为人民制定规则的权力。同时,地方国家权力机关作为本行政区域内行使国家权力的机关,对本行政区域内的重大事项具有决定权,并选举产生本地的行政机关及审判、检察机关;行政区域内的其他机关(包括下级国家权力机关)也必须保证人民代表大会及其常务委员会决议的遵守和执行。地方国家权力机关具备可使地方立法权实现的权能。

因此,综上所述,由于地方立法权是地方国家权力机关的固有职权,具备自主性与完整性;地方立法权也具有可处分的性质,满足了判断代议机关授权立法适当性的两个基本条件。因此,在理论上,地方人大及其常委会授出授权立法是可行的。

四、单一制国家下立法体制问题

虽然从授权立法的相关法理和条件来看,地方国家权力机关可以授出地方立法权。但无论在理论界或是实务界,面对地方国家权力机关授权立法,依然存在着一个重要的困惑。故而,确认地方授权立法制度的合法理性还需解决的一个重要问题,也就是在我国单一制的立法体制下如何安排相关制度的问题。

事实上,在我国理论界与实务界,存在着一种主流倾向性观点,认为我国作为单一制国家,只有国家立法权,否定地方立法权具有真正的立法权性质。“在我国,全国人大及其常委会的立法权是立法的源权……有关地方权力机关有权制定地方性法规……但这些立法权、立规章的权力都是有国家立法权这个‘源权’派生的权力。”^①并进一步认为,“由国家立法权派生的立法权以及被授予的立法权,都不是自主和整体性的立法权。”^②若地方立法权真的如此观点所述,则身为一种派生权或来源于中央的赋予权力的地方立法权,并不具备自主的性质与能力,自然无法依照自我的意志处分,更不能转而授出。然而否定地方立法权独立性的学者,其论述中往往存在着这样一种理论假设:立法权是主权的表征,联邦制国家基于“双重主权”而有中央与地方在立法权上的分割,而单一制国家主权是统一的,立法权只能由中央立法机关掌握。^③立法权是国家权力体系中最高的或最重要的权力。因为谁拥有了立法权,就可以创制或者限制其他国家权力。^④这一段理论假设看似能够实现逻辑自洽,但细细品味,却能从中发现很多问题。

第一,单一制国家问题。虽然我国是单一制国家,已经成为我国理论界的共识性观点,但不可否认的是,单一制国家仅仅是一种学术上的理论表述。查阅我国的宪法及法律文本,“单一制国家”从未被正式规定在任何条文当中,所谓“单一制国家”的说法,也并非完全准确。有学者就曾提出过我国是“行为联邦制”的论断,认为我国的单一制之下,存在着联邦制的特征。^⑤完全按照理论构架意义上的单一制并不存在。单纯以“单一制”的理论来认识我国立法权问题,将存在理论与实践的偏差。

第二,单一制国家的主权统一,似乎也并不必然意味着立法权只能由中央立法机关掌握。事实

^{①②} 乔晓阳主编《立法法讲话》,北京:中国民主法制出版社,2000年,第48、51页。

^③ 蔡定剑《立法权与立法权限》,《法学研究》1993年第5期。

^④ 郭道晖《论国家立法权》,《中外法学》1994年第4期。

^⑤ 参见郑永年《中国的“行为联邦制”》,上海:东方出版社,2013年。

上,主权统一与仅存在中央立法权并不存在必然的联系。诚然立法权身为主权的表征,但这并不代表立法权与主权的完全一致,也并不意味着立法权已然具有主权的独特属性。“立法权是国家权力体系中最高或最重要的权力。”^①这一表述,似乎已经或多或少地在某种程度上将立法权等同于主权存在。

自从16世纪让·布丹创立主权学说以来,主权就与国家权力的起源问题相互连结。在他看来,主权是“超乎公民与居民之上……的最高权力”,“是一个国家绝对和永久的权力”,且“主权不能分割”^②。可以说,让·布丹的阐述,基本奠定了近代主权学说的基本观点。虽然其阐述的主权学说是为证明君主至高无上的权力,但当这种主权理论被近代宪政学说相结合,尤其是卢梭的人民主权说提出之后,主权基本理论已成为了当今世界各国创制宪法与国家的基本理念,更构成了当今世界各国的宪法基本架构。我国亦不例外,《宪法》第二条明确规定“中华人民共和国的一切权力属于人民。”这是人民主权原则的集中体现。而作为最高且不可分割的权力,主权并不等同于一种最高的国家权力,相反,主权应是国家权力的来源,是一切权力的最高归属。卢梭在提出人民主权学说的同时,还精辟地论证了国家的起源与社会契约理论。在他看来,国家的诞生与起源,来源于人们抵御自然的侵袭与异己的威胁,“自然状态中不利于人类生存的种种障碍,在阻力上已超过了每个人在那种状态中为了自存所能运用的力量。于是,那种原始状态便不能继续维持;并且人类如果不改变其生产方式,就会消灭。”^③所以,人们缔结社会契约,形成集合的共同体,组成国家。因此,国家权力统治的正当性源于人民,国家权力的来源自然应当是人民至高无上的主权。

因此,作为国家权力的一种,立法权并不等同于主权。将立法权与主权等同者的观点基于早期经典理论家不区分立法权与主权的观念。其中的认识表现出一种主权性质的立法权与国家制度下立法权的矛盾问题。马克思在《黑格尔法哲学批判》中指出,卢梭与黑格尔在国家制度与立法权关系认知上存在二律背反,认为立法权一方面是“确立国家制度的权力。它高于国家制度。然而从另一方面看,立法权是按国家制度确定起来的权力。所以它是从属于国家制度的。”^④基于此种“二律背反”,马克思提出了“法外立法权”与“法内立法权”的概念^⑤,也即是确立国家制度(国家制度之外)的立法权与国家制度内的立法权。需要指出的是,这种创制或者限制其他国家权力的“立法权”,并非我们当今所指称的立法权,而是制宪权。制宪权学说及实践,是人民主权理论的自然延伸。制宪权的基本理论是由卢梭之后的法国理论家西耶斯提出的。与卢梭不同,西耶斯参与了法国大革命的全过程,他不仅仅是从理论与逻辑的角度来架构自己的人民主权学说,而根植于人类社会历史进程的实践,他认为,当一个社会共同体发展之后,限于成员、范围及客观条件,不可能实现全体社会成员自发地执行共同意志,因此,就有“他们从中分出必要的一部分人去照看和满足公共事务的需要,这一部分人就代表了国民意志,因而也就是权力,也就是说他们将行使权力委托给他们之中的某些人。”^⑥这种行使委托权力的过程,就是行使制宪权的过程。所以,制宪权居于主权的核心理念。这一理论体系明确区分了制宪权和立法权,两者所创制的权力并非同一,后者是前者的造物,以前者为前提。^⑦人民通过行使制宪权委任国家各项国家权力,这一过程也是成文宪法诞生的过程。在制宪权行使完毕,成文宪法诞生之后,宪法便成为了人民主权的象征与章程。一切国家权力必须来源和服膺于

① 郭道晖《论国家立法权》,《中外法学》1994年第4期。

② 古春德、吕世伦《西方政治法律思想史》,沈阳:辽宁人民出版社,1987年,第107页。

③ [法]卢梭著《社会契约论》,何兆武译,北京:商务印书馆,2001年,第23页。

④⑤ 《马克思恩格斯全集》,中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译,北京:人民出版社,1995年,第1卷,第312、312-315页。

⑥ [法]西耶斯著,冯棠译《论特权第三等级是什么?》,北京:商务印书馆,1991年,第22页。

⑦ 杨天江《人民主权的魔魅与祛魅——从卢梭、西耶斯到贡斯当》,《经典中的法理》2013年第1期。

宪法。立法权也不例外。任何拥有宪法的国家,立法权都是由宪法所创设并赋予立法机关的,立法权本身就是被创制国家权力的一种。因此,我们回首马克思“两种立法权”的论述可以发现,作为前者的“法外立法权”是卢梭意义上的,具有人民公意性的立法权,按照西耶斯的观点,事实上是一种制宪权;而后者,则是为前者所确立的国家制度之下的立法权。以宪法的制定为界限,两者存在相对分离。认识人民主权原则意义的立法权存在并不能否定存在于现实国家制度下立法权。

同时,最高国家权力机关掌握立法权,也不代表着立法权与主权具有统一性。在任何的民主国家,主权都应属于人民,而非某一国家机关。虽然全国人民代表大会是最高国家权力机关,能够在一定程度上代表最高的主权所有者——人民的意志,但并不意味着其享有主权。这种理解在我国的制宪过程中也可找到佐证。根据1954年《宪法起草委员会各组召集人联席会议讨论纪要》内容显示,其时《宪法(草案)》中第22条规定“中华人民共和国最高权力机关是全国人民代表大会。”在讨论中,第14小组召集人、时任最高人民法院副院长的张志让先生提出,在“权力机关”前加上“国家”。他认为“因为这方面的‘权力’不是单纯的权力,而是国家权力。”作为宪法起草法律顾问的著名宪法学家钱端升先生也表示“‘国家权力’是一个专门名词……”最终这条意见被采纳,体现于正式的条文当中。权力机关所行使的权力是国家权力,但并不是一种主权利力。立法权作为国家权力的一种,只是主权的一项派生国家权力,或者说是现代国家中与主权相分离的治权中的一部分。

因此,所谓国家立法权是“源权”的说法,是一种将主权与立法权混淆的错误观点。从主权当中完全可以派生出相对分离的中央立法权及地方立法权。英格兰与日本这种单一制国家的地方自治立法,就是很好的范例。

第三,地方人大及其常委会的地方立法权也不是国家立法权的派生,而是同样出于主权的权力。

国家权力来源于主权的赋予,而这一赋予的过程,依照西耶斯的理论,正是人民行使制宪权的过程。也即意味着作为国家权力的立法权被凝结于人民行使制宪权的结果——宪法当中。如前所述,查阅我国宪法,第五十八条明确规定国家立法权的归属,与此同时《宪法》也直接规定了地方人大及其常委会地方立法权的问题。《宪法》第一百条明确规定“省、直辖市的人民代表大会和它们的常务委员会……可以制定地方性法规。”这种分别规定的结构安排,某种意义上证明了:首先,地方立法权与国家立法权二者之间不存在一种包含与被包含的关系,地方立法权并不属于国家立法权序列;其次,地方立法权,至少省、直辖市的人大及其常委会的地方立法权,并不源自国家立法权的设定,而是人民通过行使制宪权,在宪法当中直接授予的立法权力。

综上所述,对所谓“单一制国家下的立法体制”的认识本身就存在理解偏差,与我国的人民代表大会制度设计存在背离,是对我国立法体制的一种曲解。地方立法权作为一种地方国家权力机关自主掌握的立法权,在不直接违背国家制定法规定与精神的前提下,地方国家权力机关有权授出相应权力。

五、授权立法的具体制度设计

前文已从理论方面对地方人大及其常委会可否作出授权立法进行了分析,但理论上的可行并不代表着制度上一定具有可行的空间,授权立法还需要考虑被授权对象能够接受授权并实现这种权力的问题。这涉及具体制度实践的合理性判断问题。如果要在《立法法》或《地方组织法》当中明确地方人大及其常委会的授权立法,这便需要在我国当前的立法制度中针对不同的被授权对象开展具体分析。按照被授权对象的划分,地方人大及其常委会的授权一般可分为两种类型:向下一级权力机关授权和向同级行政机关授权。本文将以此划分为线索,分别展开论述。

(一) 向下一级权力机关的授权

分析地方人大及其常委会是否能够向下一级权力机关授权的问题,还必须先理清授权立法的一些基本内涵,即是地方人大及其常委会的授权立法授予什么的问题。在关于授权立法的基本学说——主要是关于授权立法位阶问题当中,存在着两种不同观点。一种为“代理说”,此观点认为,对被授权者立法权的理解,参考“民法委托代理的一般原理,只是权力的行使主体发生了改变,因而授权对象制定的法文件应当与授权主体依法定职权制定的法文件的效力相同。”^①另一观点为“转移说”,即认为权力在授权机关及被授权对象之间发生了移转,“成为授权对象手中的一项权力而丧失其原有属性。”^②然而考察我国的立法实践,这两种观点显然都缺乏相应的说服力。“代理说”的理论基础来源于西方式委任立法,与我国立法情况存在差异。在我国被授权对象所制定法规规范性文件的位阶与授权对象自身制定的并不一致,例如全国人大及其常委会授权国务院所制定的应为行政法规,所具有的效力也非等同于法律。而“转移说”的理解也存在一定问题,《立法法》第九十五条第二款规定“根据授权制定的法规与法律规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。”说明立法权力并未完全发生移转,而仅仅由被授权机关决定,授权立法的权力并未丧失其原有的属性。那么授权立法所授予的实质内容是什么呢?

本文以为,在我国的地方立法权中包含着两种性质面向的权力,一为规范事项的权能,即是指立法能够规范调整什么事项内容;二为设定层级的权能,即是指地方立法权能够设定什么层级的法规,创制出何种规范性法文件。授权活动,事实上是在授予一种规范事项的权能,而非是授予设定层级的权能。因为设定层级的权能与立法的主体本身密切相关,具有不可替代性。因此,我们所看到的授权立法都以授予事项为基本内容,例如1985年4月10日六届全国人大三次会议通过的《全国人民代表大会关于授权国务院在经济体制改革和对外开放方面可以制定暂行规定的决定》,就是授权国务院在“经济体制改革”和“对外开放方面”事项上进行规范的权力,而非授予其可制定法律这一层级的法规规范性文件的权力。

综上所述,授权立法所授予的应当是规范某种事项的立法权力,据此,我们可以对地方人大及其常委会向下一级权力机关的授权展开分析。随着2015年《立法法》的修改,享有地方立法权的地方范围从49个较大的市,扩展到了全部的284个设区的市。同时,设区的市地方性法规制定事项范围受到了《立法法》第七十二条第二款的限制,被限定为“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”。如此,研究地方人大及其常委会向下一级权力机关授权问题,有必要按被授权的权力机关本身是否享有地方立法权划分为两种:一是向设区的市权力机关授权,二是向其他没有地方立法权的权力机关授权。

1. 向设区的市权力机关授权

如前文所述,授权立法所授予的,是规范某种事项的立法权力。同时,从授予行为的内涵上看,也包含着被授权对象本身不具有该项权力的意义。因此,在授权立法中授权的事项,应当是被授权对象本身无权规定的事项。将前述的认识投诸于设区的市这一具体情形中,可以从中分析出地方人大及其常委会向设区的市授权的可行性及具体问题。

首先,由于是考察上一级的地方人大及其常委会向设区的市授权,因此,作出授权的对象只能为省、自治区的人大及其常委会。该问题被具体化为省、自治区的人大及其常委会是否能够向设区的市的权力机关授权立法。

^① 熊艳喜《地方人大授权立法的证伪——以立法权分析为视角》,《长江论坛》2007年第3期。

^② 郝丽雅:《特区法规的位阶及其在行政诉讼中的适用》,《行政法学研究》2001年第1期。

其次,省、自治区人大及其常委会的立法事项范围广于设区的市。由于被授权的事项,必然为被授权对象本身无权规定的事项。因此,作出授予的机关,授予的当为超出被授权对象立法事项范围之外的事项。而根据《立法法》第七十二条的相关规定“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”。省、自治区的地方立法权的事项仅受到《立法法》第七十三条的限制,而设区的市立法权则被第七十二条限制在城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面,二者的事项范围存在差距。从这个意义上看,省、自治区人大及其常委会的立法事项范围包含并超过设区的市的事项范围,具有授予设区的市权力机关超出自身立法事项范围的能力。因此,省、自治区人大及其常委会授权设区的市的立法事项为其所拥有的地方立法事项中超出城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护之外的方面。

再次,省、自治区人大及其常委会具有作出授权立法的权能。如前文所论证的,地方人大及其常委会具有此种作出授权立法的权能,作为地方人大及其常委会的组成部分,省、自治区人大及其常委会自然具有此种权能。同时,被授权的对象——设区的市的权力机关也具备可使其实现的内在因素。由于设区的市权力机关本身即具有相应的立法权,具备实现立法的能力,其必然也具有接受授权并开展相关立法的内在因素。

最后,在过去存在的我国授权立法制度中,经济特区立法存有“变通权”的规定,即“经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本经济特区适用经济特区法规的规定。”这是基于经济特区发展实际的一种需要,也是授权立法本身的一种特色及需求。在国家相关法律法规未有规定或规定不符合新的实际发展需求而来不及或不宜直接修改时,允许通过授权变通的方式对该事项的规定加以调整。因此,“变通”的相关规定代表着授权立法制度存在本身的一种倾向或目的,“变通”制度对于授权立法制度具有重要意义。如果允许存在地方人大及其常委会授权立法制度,“变通权”似乎也应纳入考虑当中。省、自治区人大及其常委会向设区的市授权立法也应包括授权其对省、自治区地方性法规部分规定进行变通的事项内容。也即是向设区的市授权立法的事项,不仅仅限于在事项的范围广度上的超越,也可授权其在幅度上作出调整,允许设区的市在原本具有的立法权事项上规定变通省、自治区地方性法规的内容。

2. 向其他没有地方立法权的权力机关授权

除了拥有地方立法权的设区的市之外,还存在着许多其他不享有地方立法权的地方国家权力机关。例如本文所举事例中的浦东新区,或者某些不设区的“县级市”等等。这些地方国家权力机关未享有法定的地方立法权,因此在授权问题中,与设区的市的情形存在较大差异。分析这一情形的可行性,有必要研究清楚两个关键问题。

首先,由于被授权的对象是没有地方立法权的权力机关,那么其本身是否能够具备被授权的资格。前述关于地方立法权可否进行职权处分的论证,所解决的是授权机关是否具备可授权资格的问题,对被授权机关的资格未直接涉及。与拥有地方立法权的设区的市不同,没有地方立法权的地方国家权力机关在实现立法的权能尚存在疑虑,因此,有必要论证该机关是否能够具备被授权的资格问题。

其次,被授权的结果问题。如果允许向这些权力机关授权,那么被授权的结果或者说效果如何?这些不享有立法权的机关是否凭此获得了“真实”的立法权,换言之,其依照授权所制定的规则是否为地方性法规?如果不是,那么其制定的规则又是何种性质,具有何种法律地位?

第一,关于没有地方立法权的权力机关是否具备被授权资格的问题。由于我国现行的宪法及法律中并未就地方人大及其常委会授权立法的问题作出明文规定,因此,对此问题无法从合法律性的层面进行验证,而只能从合理性的角度去探讨此问题在我国现行宪政及立法制度中的制度空间。“资格”一词,是指为获得某一特殊权利而应具备的条件、身份等,其概念内涵与“能力”密切相关,例如职业资格等。可以说,具备某种资格的前提条件,即是具备某种能力。因此,从法理的角度讨论没有地方立法权的权力机关是否具备被授权资格的问题,事实上也就是在考察其实现立法权能问题。如果该机关具备使立法实现的权能,则该机关就具备了获得相应资格的条件,存在获得相应立法授权的理论及制度空间。如前文笔者所论述的,基于人民主权学说及社会主义人民代表大会制度的相关理论,人民选出代议制机构行使国家权力,而作为在地方行使国家权力的地方国家权力机关,其权力内涵中天然应当包括一种为人民自身制定规则的权力。从地方人大及其常委会本身从所具备的权能及机构属性来看,其应当具有相应的规则制定权能,只不过这种权能实现的结果不能被称之为“法”而已。所以,在这个意义上,作为一种代议制机构、地方国家权力机关的地方人大及其常委会,即使本身不一定具有为立法法所规定的地方立法权,但其所具备能够实现规则制定的权能是毋庸置疑的,而这种规则制定权与立法权从本源上是互通的。因此,综上所述,没有地方立法权的权力机关也具有使立法权得以实现的权能,从合理性的角度来看,已具有被授权立法的资格条件。

第二,关于被授权的结果问题。对于不具有立法权的地方国家权力机关而言,有必要厘清其接受授权之后所制定的规则为何种法律位阶。如前文所述,在我国,授权立法所授予的是一种规范事项的权能,而非是授予设定层级的权能,因此,制定规则本身的位阶并不会随着授权的出现发生移转,例如授权国务院或特区法规后制定的规范性文件也不是法律,其所具有的效力也非等同于法律,所呈现的外在形式也仅是其自有权力制定出的规范性文件。被授权机关所制定的规则不应具有和原机关制定的地方性法规一样的性质与法律位阶。此外,笔者以为,确认某一规则为地方性法规,或者说判断一项规则属性的权力应属于宪法与立法法。《立法法》在2015年的修改,将享有地方立法权的地方范围从49个较大的市扩展到了全部的284个设区的市,即是这样的一种确认,确认设区的市制定的规则能够成为地方性法规。故而不享有地方立法权的被授权地方国家权力机关凭授权所制定的规则,不应为地方性法规,而只能是一种规范性文件。这种规范性文件的法律位阶,从外在表现上看应低于地方性法规。当然从实践来看,这种结果影响主要在于规范性文件的性质,而非其法律位阶地位。一般而言,存在授权的规定,所针对都是原授权机关未作出规定的事项,所进行授权规范的事项由于不存在上位法的相关规定,被授权机关制定的规则事实上已具有最高的法律地位。退一步来看,即使原授权机关已有对该事项的规定,但由于存在授权,规定出现不一致时被授权的规则也应当具有不低于地方性法规的效力。这一制度背后的逻辑在《立法法》第九十五条中有所呈现,“根据授权制定的法规与法律规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决”。放置地方授权层面,若设立地方授权立法制度,也应当存在类似的规定。事实上对于被授权制定规则影响深远的还是其文件性质,由于不具有地方性法规的外观,根据《行政诉讼法》《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》(法释〔2009〕14号)的规定,这种被授权制定规则不能作为裁判依据,其甚至不如可参照适用的规章,只能作为一种裁判说理的依据。

虽然从合理性的角度来看,不享有地方立法权的地方国家权力机关已具有被授权立法的资格条件,可以对其进行授权,但由于立法授权,所授予的是一种事项规范的能力,而非一种正式意义上的权力。被授权机关并不能凭此获得一种地方性法规的外观,而只能是一种普通规范性文件。如此对于授权机关与被授权机关规范重叠的事项,授权并无意义。因此,在实践中如果是对不享有地方立法权的地方国家权力机关进行授权,似乎应当考虑授予事项方面的问题。当前立法制度中,我国的授权似

乎也主要集中于对于专属事项的授予。那么,有地方性法规制定权的地方国家权力机关是否拥有相对于不享有地方立法权的地方国家权力机关的专属立法事项呢?查看我国《立法法》关于地方立法权的事项规定,似乎只有第八十二条最后一款“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”存在类似于专属的表征。但如果我们对比此规定与《立法法》第八条关于全国人大及其常委会专属立法权相关规定的內容就可以发现,设定减损权利、增加义务的规范不属于一种事项上的规范,而是属于一种立法行为的设定权限。属于国家对于立法活动的一种控制,而非出于地方立法权自身设定事项内容的一种保留,即使要进行授权,在我国的授权意涵内,这种授予应当也不属于事项授予的范畴。那么,这是否代表着前述关于向无地方立法权的权力机关授权的讨论毫无意义,从现实角度,不存在向无地方立法权的权力机关授权的可能呢?

本文认为答案是否定的,至少上海的案例已经证明,这类授权似乎是存在着实践土壤的。查看我国现行的授权立法制度,我们可以发现除对于专属立法事项的授予之外,还存在一种授予,即“变通规定”的授权。在前文已讨论过,这种“变通”授权,是授权立法本身的一种特色及需求,代表着授权立法制度存在本身的一种倾向或目的。在国家相关法律法规未有规定或规定不符合新的实际发展需求而来不及或不宜直接修改时,允许通过授权变通的方式对该事项的规定加以调整。如果分析上海市的案例,不难看出其就是这种“变通”授权的一种体现。上海市作出授权浦东新区的决定,主要是“为了促进和保障浦东新区综合配套改革试点工作”,“把改革和发展有机结合起来,把解决本地实际问题与攻克面上共性难题结合起来”,因此具有突破创新的意义。因此,这种在“坚持国家法制统一原则和本市地方性法规基本原则的前提下”作出相关决议、决定,似乎与国家层面的授权经济特区立法有异曲同工之妙。

综上所述,向其他没有地方立法权的权力机关授权立法是可行的,这类授权的主要表现情形就是一种类似于授权经济特区的决定,可允许其对于地方性法规的基本原则进行变通规定的授权。

(二) 授权同级政府

如国外委任行政机关立法制度以及我国全国人大及其常委会向国务院授权立法的制度一样,地方权力机关向行政机关授权立法,似乎也将成为一种现实需求主导的发展倾向。由于地方性法规制定周期较长,然而“在地方治理的过程中,有不少事项急需采取措施,如果都等制定法规予以规范,时间来不及。”^①因此,对于这些来不及制定法规的事项,有必要在制度层面作出规定。有学者就曾提出,对于这些事项,有必要仿照授权立法的相关制度,由地方人大及其常委会授权政府制定规章。

由地方权力机关授权同级政府立法是否可行,这一问题的回答涉及理论与制度实践两个方面。理论上关于向行政机关委任立法合法性的相关论证,国内外的研究早已有过完整阐述,本文中不再赘述。而对于制度实践层面的可行性问题,有必要在此进行相应的探讨。

首先,应当明确限定地方权力机关授权同级行政机关立法的一个基本范围。根据我国现行《立法法》的规定,地方性法规的制定主体层级与地方政府规章相对一致,因此,享有地方立法权的地方权力机关的同级行政机关,必然享有规章制定权。此授权立法问题被简化为前述的“地方权力机关授权政府制定规章是否可行”的问题。

其次,地方性法规的事项范围与地方政府规章之间存在大量重叠。现行《立法法》第七十三条及第八十二条分别规定了地方性法规及地方政府规章的事项范围,其规定都相对笼统,所谓“地方性事务”和“具体行政管理事项”,都属于难以明确的范畴,其具体范围具有极大的不确定性,在制度规定上并未对具体事项进行明确界分。此外,“地方人大及其常委会行使职权的范围与同级政府行

^① 刘松山《地方性法规与政府规章的权限界分》,《中国法律评论》2015年第4期。

使职权的范围,本身就有很多重合的事项”^①,例如根据《地方组织法》关于地方权力机关及地方政府的规定,二者在经济、教育、科学、文化、卫生、环境保护、民政、民族工作等方面的职权存在重合,这也导致了在地方性法规及地方政府规章规定的事项范围之间存在重叠的可能。在二者共享的事项范围内讨论授权问题毫无意义,因此,授权问题应当关注的,在于二者立法权限上的区别,准确地说,是地方性法规能够规定,而地方政府规章不可规定的事项范围。

再次,地方性法规的事项范围与地方政府规章之间的事实差异,在于“减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。”回顾我国现行《立法法》的规定,我们可以注意到,在制度设计中,立法者并未忽略前述的“来不及制定法规的事项”,对于这些事项,《立法法》第八十二条做了专款规定“应当制定地方性法规但条件尚不成熟的,因行政管理迫切需要,可以先制定地方政府规章。”同时,同条最后一款还规定“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。”因此,比较地方性法规与规章的事项范围规定,可以看出制定地方性规范的事项主要包括两个方面:应当制定法规的事项及法规与规章的共享事项。而对于应当制定法规的事项,又因《立法法》第八十二条的规定区分为两块:因条件不成熟,规章可先行制定的;最后一款严格限制规章不可制定的。规章可以先行制定的部分,事实上也可被划归到二者共享的事项当中,因此,地方性法规未与地方政府规章共享的事项范围,只在于《立法法》第八十二条最后一款的规定。

最后,“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”是否可以授权。经过之前的讨论,“地方权力机关授权政府制定规章是否可行”的问题事实上已经被转化为关于“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”是否可以授权的问题。该授权成立,在制度实践中,地方权力机关授权政府制定规章才存在可行性空间。然而笔者以为,承认这种授权成立,将会违背立法者的本意及《立法法》相关规定的基本精神,此种授权应当是禁止的。第一,做出授权违背了《立法法》设置的禁止性条款。本条款属于《立法法》明文规定的对地方政府规章的限制,由于地方政府规章的制定采用“依据说”,即其制定本身应当根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,其不同于地方性法规的创制权能,自身并不享有任何的自主设定权,因此,地方政府规章并没有权利义务的设定权。^②此条款规定,体现出法制统一的需要,也为防止地方政府规章设定权的滥用可能对公民、法人及其他组织权利义务带来的直接侵害。这一条款属于地方政府规章的核心和原则性条款,在《立法法》并没有明文规定允许的情况下,不能因授权行为而产生改变。第二,有可能的观点主张认为:授权等同于地方性法规依据,存在授权,即代表着存在有地方性法规的依据,因此,此种授权是可行的。此种观点实质上是以授权代替地方性法规,是一种错误的理解。首先,授权并不等同于相应规范的明文规定。其次,《立法法》关于立法程序有着特别的规定。虽然一般的人大决议程序同立法一样,有着提出议案、审议议案、表决通过、公布这四个步骤。但在各个阶段中,立法程序有着更多的程序限制。如在审议中,专门委员会及法律委员会发挥着不可替代的作用,法律案一般需进行三审方交付表决等。“无程序便无立法”,授权立法仅仅通过一般的决议程序而作出,未经过严格的立法程序进行审议表决,没有充分的讨论及表达,相较于直接立法而言,削弱了立法的民主性与科学性。由于这种程序性上的不足,可能将会导致结果上的肆意性。这种授权将直接成为某些违法规章的背书,违背《立法法》第八十二条第六款的立法本意,削弱该条款的效果。

综上所述,从具体制度实践来看,一些应当制定法规的事项,基于行政管理的需要而以规章加以

^① 刘松山《地方性法规与政府规章的权限界分》,《中国法律评论》2015年第4期。

^② 乔晓阳主编《中华人民共和国立法法 导读与释义》,北京:中国民主法制出版社,2015年,第270页。

规范,本身就为《立法法》第八十二条第五款的规定所承认,即在《立法法》层面就予以了政府如此的授权,已无须地方权力机关再行授权。而对于那些严格限制规章不可制定的“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”事项,即使有授权,也是不合法的,因此,在当前我国的地方立法体制下,地方人大及其常委会向同级地方政府授权问题已经被回避。地方人大及其常委会授权政府制定规章仅存在理论上的可能而并无制度实践意义。

当然,从理论上讲,解决并回答这个问题还是具有相当意义的。现行的《立法法》刻意以此种方式解决了相关问题。但也给我们遗留下一些困惑:首先,即使《立法法》规定规章可以因行政管理迫切需要先行制定,但这是否就意味着规章能够随意地进入法规规定的事项领域?在此规定之下,地方政府完全可以凭此条款绕开地方权力机关,对本应由地方性法规规定的事宜予以规定。在此制度中,是否让授权行为成为一种前置的程序更为妥当,在存在授权的情形下,允许地方政府规章予以规定,也可使得地方授权立法的相关制度在未来能够相对统一;其次,对于某些确实急需采取措施,又为规章设定权不容许的事项,如果确有需要,应当如何通过合宪合法的方式加以解决?在未来是否能够在相关授权规定中再行细化标准,允许部分确有需要的事项,通过授权立法的方式予以解决。

六、余论

地方人大及其常委会授权立法,作为一种地方立法实践活动出现的新模式,能够解决并回应我国地方立法实践的需求,弥补当前立法体制中的部分缺憾。当然,这并不意味着地方国家权力机构授权立法是一种完美的制度,随着地方授权立法在实践中的发展,尤其是在当前,《立法法》及《地方组织法》未做明确规范,缺乏监督的情况下,这一模式存在着一些值得我们警惕的问题。

首先,这种地方授权立法与2015年新修订《立法法》赋予设区的市地方立法权同时加以监督控制的立法精神存在某种程度上的冲突。2015年《立法法》修正案,在设计设区的市立法权条款的同时,增设了关于权限事项内容,在第七十二条第二款中,设区的市立法权内容被限缩为“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”,同时,“设区的市的地方性法规须报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行。”这代表着立法者对于设区的市地方立法权严格控制的立法原意。虽然依照《关于〈中华人民共和国立法法修正案(草案)〉的说明》中的表述,《立法法》的立法目的是为了“避免重复立法,维护法制统一。”^①而非限制地方立法权的行使,其立法的基本精神,依然还要“适应地方实际需要”。但由于立法者认为这些事项,“范围是比较宽的……从目前49个较大的市已制定的地方性法规涉及的领域看……基本上都可以涵盖……能够适应地方实际需要。”^②因此,《立法法》关于设区的市地方立法权的整体精神是在基于能够满足立法需求的基础上,对权限加以明确,进而维护法制统一。而地方人大及其常委会授权立法,是在地方立法活动中基于地方的实践需求而发展出的制度模式,其代表着地方立法的某些需求。但不可否认,该模式在一定程度上放松了对于设区的市地方立法权的严格限制。如果该模式全面开展实践,将和各省放开设区的市立法权一样,虽然有时间步骤的设置,但在实践中由于各种因素的考量,基本都在短时间内全面放开,导致地方立法人才不足,立法能力不够,相应的监督也跟不上地方立法实践的发展,违背了“积极稳妥”^③的立法精神,影响地方立法的质量。

其次,地方国家权力机关授权立法的扩张可能影响中央的统一权威,应当谨慎稳妥地开展。当前我国宪法设置国家立法权仅有全国人大及其常委会行使,是我国人民主权原则的制度体现,这种立法

①②③ 乔晓阳主编《中华人民共和国立法法 导读与释义》,北京:中国民主法制出版社,2015年,第32、32、33页。

权的设置隐含着“只有人民可为自己立法”的人民主权基本意旨。“立法权,从它的理性原则来看,只能属于人民的联合意志。”^①虽然笔者在前文中讨论过,地方立法权同样源出统一的国家主权,同样反映人民意志,但从立法权的性质来看,其还具备权威的色彩。^②我国当前《立法法》所确立的一元化授权立法模式,从某种程度上看正是对中央权威巩固和维护。而地方国家权力机关授权立法是面对各地不同差异的立法需求而其立法权限不考虑特殊性的情况下,设置一种动态调节的空间。虽然并不违背我国主权统一的原则,但从历史来看,我国现行确立的中央层面授权立法活动并不频繁,如果这种由地方国家权力机关进行授权立法的方式过度泛滥,将严重损害当前由中央主导的统一立法权威。因此,有必要谨慎稳妥地开展地方国家权力机关授权立法工作,与其任由地方立法实践各自为战,不如将相应活动纳入统一的法制轨道,在正式确立相应制度的基础上加强监督,充分完善,使地方国家权力机关授权立法模式达致应有的成效。

地方人大及其常委会的授权立法问题,虽然并非我国当前立法体制中本有制度设计尚未被现行法律所确立,然而其背后反应的是地方立法在不断的实践发展中的一种客观需求,亦是我国地方立法不断完善发展的一种外在表现。从理论来看,地方人大及其常委会享有地方立法职权,更具备保障制定地方性法规职权实现的内部因素。地方人大及其常委会具有授权立法的能力,应当能够进行授权立法活动。本文关于地方人大及其常委会授权问题的讨论仅限于理论与规范层面的分析,期待未来我国相关地方授权立法制度能够不断发展健全。

(责任编辑:丁翔)



① [德] 康德著、沈叔平译 《法的形而上学原理》,北京:商务印书馆,1991年,第140页。

② 参见 [法] 科耶夫著 《权威的概念》,姜志辉译,南京:译林出版社,2011年,第56页。

Abstracts

The authorized legislation of local state power organs: Problems and motivations

ZHOU Yu-jun

Abstract: The local state power organs authorized legislative activities in Shanghai and other places, is a new exploration of local legislation practice to respond to the needs of the reality. The local legislative power belongs to the local people's Congress and its Standing Committee of the central authority, legislative power and sovereign state power is homologous. Local legislative power by the local state power organs, can rely on their own will to exercise, therefore, the local people's Congress and its Standing Committee should have the ability to authorize legislation. Although the authorized legislation of local state power institutions has advantages, but still need to be wary of the adverse effects. The corresponding system should be incorporated into a unified legal system to establish and supervise the legal system.

Causation in Model East – Asian Tort Law

—Its Reference Value for Chinese Civil Code

LIN Xu-xia, YANG Yin-hong

Abstract: The forth chapter "Causation" of Model East-Asian Tort Law stipulates the types, judging methods, burden of proof and presumption of causation. These provisions use the best from the legislations, theories and practices of East-Asian countries, which are of justifiability and epochal character. The tort liability chapter of Chinese civil code may take these provisions for reference and then stipulate the judging methods and apportion of burden of proof of causation.

Doing Pragmatics: Academic Innovation and Text Presentation

CHEN Xin-ren

Abstract: Proper understanding of the essence of academic innovation is crucial to scientific research. Based on the exemplary discussion of pragmatic research on a variety of topics, this article suggests that academic innovation manifests itself in making breakthroughs in one or more dimensions of a particular study (e.g., research object, research questions, research paradigm, methodology, theoretical framework, research findings). It is recommended that to achieve academic innovation, researchers need to contextualize their investigation in the sense that it must accord with the context of the discipline concerned and that of the topic under study. They need to be armed with a strong sense of the literature, problematization, and evaluation, as well as that of argumentation. In the course of writing, they are supposed to duly highlight their innovative points in appropriate parts of the text so as to enable the readers, reviewers in particular to better notice them.