

论立法中的“地方性事务”

俞 祺^{*}

摘 要:“地方性事务”概念体现了立法权在中央与地方之间的分配。在我国的立法体系中,“地方性事务”具有厘定地方立法适合的存在范围、解决部门规章与地方性法规之间的冲突、辅助解释“不抵触”概念等多方面的功能。联邦制与单一制国家或地区的央地立法分权实践虽然杂乱,但仍然可从中总结出若干规律。根据我国宪法规定,并结合不同学科的学理讨论及各国制度实践,地方性事务的范围受职能下属化原则、市场统一原则和中央权威原则的影响。可按照事务性质的不同维度构造阶梯式的地方性事务识别模式,以统治事务、服务供给事务、流通交易事务、涉重要权益事务以及涉负外部性事务等概念为依托,相对精确地认定立法条文制定权的归属。

关键词:立法权 地方性事务 央地关系 中央权威

一、“地方性事务”在我国法律体系中的功能

我国法律体系中“地方性事务”概念的主要功能是辅助立法权在不同层级立法机关间进行分配。从表面上看,立法中的“地方性事务”概念是联邦制国家才需要的法律术语,因为联邦制国家须在宪法上划分中央与地方各自的权限范围。对于单一制国家来说,地方的权力是中央赋予的,不存在只能由地方立法而中央不能立法的情况。^①从这个角度看,“地方性事务”概念在我国似乎并不具备直接划分央地权力的功能。但这并不妨碍此概念具有公法上其他的重要功能,具体而言,包括以下几个方面。

首先,对地方性事务的探讨有助于确定地方立法适合的存在范围。《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)第72条第2款规定,设区的市的人大及其常委会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。其中,“城乡建设与管理”的范围大

^{*} 北京大学宪法与行政法研究中心研究员、北京大学法学院助理教授
基金项目:国家社会科学基金项目(19CFX025)

^① 参见叶必丰:《论地方事务》,《行政法学研究》2018年第1期;陈国刚:《论设区的市地方立法权限——基于〈立法法〉的梳理与解读》,《学习与探索》2016年第7期。不过也有学者认为可以从我国宪法文本中解读出地方自治的固有性,其论述值得重视。参见王建学:《论地方政府事权的法理基础与宪法结构》,《中国法学》2017年第4期。

小,以及最后的“等”字应如何理解一直存在争议。^① 在规定以上概念时,立法机关主要参考了先前我国 49 个较大的市的立法实践。^② 但这只是实践层面的归纳,至于背后的原理究竟为何,最高立法机关并无清晰阐释。此外,行政处罚、行政许可、行政强制等三种主要行政手段的设定权在中央和地方之间如何分配,其内在标准也始终晦暗不明,导致地方立法机关无所适从。对地方性事务内涵的研究有助于从理论上反思地方立法权的范围。

其次,厘清“地方性事务”概念有助于解决部门规章与地方性法规之间的冲突。最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》在论及地方性法规与部门规章冲突的问题时指出:“地方性法规对属于地方性事务的事项作出的规定,应当优先适用。”可见,若“地方性事务”概念得以清晰界定,则审判活动中地方性法规和部门规章的选用也将更为明确。

再次,地方性事务可以被用于辅助解释“不抵触”概念。下位法不抵触上位法在司法实践中存在疑义。从字面意义上理解,所谓下位法不抵触上位法,即下位法不违背上位法的规定;但若上位法没有规定,则下位法可以规定。立法工作者编著的《〈中华人民共和国立法法〉释义》中也指出:“法律、行政法规已经作出规定的,地方性法规不能与之相违背……中央立法不能一步到位的,地方可以先行立法。”^③但对于地方立法具体规定到何种程度才算不违背上位法,存在不同的理解。^④ 本文认为,判断依据即在于地方立法的内容。若立法涉及的领域属于地方性事务,则应当赋予其更多的自主权,而若规范所涉领域不属于地方性事务,则地方立法权需要收缩。因此,明确“地方性事务”概念的内涵与外延,对认定下位法是否抵触上位法有十分积极的作用。

需要说明的是,立法权分配不同于通常所谓的“事权”分配。事权既包括规范制定权,也包括规范实施权,而立法权仅属于规范制定权的一个部分。在政治学、经济学对央地权力分配的讨论中,一般不严格区分规范制定权与规范实施权,只是笼统地加以论述。但在法学领域,进一步的分类有其必要,因为这两者的纵向分配遵循不同的逻辑,其法律意义也有所差别。某项事务由某个层级的政府负责实施,并不意味着调整这项事务的规范也应由这一层级的政府或立法机关来制定。此外,政治学、经济学领域特别注重财权与事权的匹配问题。其所谓与财权分配相对应的“事权”主要是执行权,与立法权分配关系不大,因为只有执行权才代表该级政府实际需要承担的行政工作。本文在探讨“地方性事务”概念时,主要指向立法权的纵向分配问题,执行权分配的问题(如审批权的纵向分配)另文讨论。

二、立法权分配的制度实践

立法权在不同层级间如何分配是联邦制国家和单一制国家面临的共同问题。当然,严格地说,联邦制国家中联邦与州的关系在法律上不能称为中央与地方关系,因为州从性质上说是具有

① 时任全国人大常委会法工委主任李适时在第二十一次全国地方立法研讨会中指出“等”字应作“等内等”理解,但学术界对此大多持反对意见。参见章剑生:《设区的市地方立法权“限制条款”及其妥当性》,《浙江社会科学》2017年第12期;王春业:《论赋予设区市的地方立法权》,《北京行政学院学报》2015年第3期。

② 参见郑淑娜主编:《〈中华人民共和国立法法〉释义》,中国民主法制出版社2015年版,第198页。

③ 郑淑娜主编:《〈中华人民共和国立法法〉释义》,中国民主法制出版社2015年版,第196页。

④ 关于领域先占、制度先占、冲突排除等不同的观点。参见姚明伟:《结合地方立法实际对不抵触问题的思考》,《人大研究》2007年第2期。

独立性的政治实体。但若从功能上看,州作为国家的一个组成部分,无疑又带有地方色彩。本文重点在于讨论当政治实体具有分层结构时,立法权在不同层级之间应如何分配。

(一)联邦制国家的立法权分配实践

在联邦制国家,联邦与州的立法权纵向分配一般在联邦宪法中规定。而不同联邦国家的宪法则展现出不同的模式。

第一种模式的宪法主要列举联邦的权力,而将州的权力作概括性保留,代表者如美国、澳大利亚等国家。以美国为例,《美国宪法》第1条第8款规定了国会的权力范围,也即联邦立法的权限范围,第10款又从反面对州的权力作出了一定的限制。而依据《美国宪法》第10条修正案,宪法未授予联邦也未禁止各州行使的权力,分别由各州或由人民保留。由此,《美国宪法》通过反面列举的方式,为各州留下了较为广阔的权力空间。不过,实际上,国会通过《美国宪法》第1条第8款中的“州际贸易条款”大大扩张了联邦立法的权力,从而对州的立法权形成限制。

“州际贸易条款”主要指《美国宪法》第1条第8款第3项的规定,也即国会有关管理合众国与外国、各州以及印第安部落之间的贸易。由于《美国宪法》所列举的其他国会立法权缺乏解释空间,含义相对模糊的州际贸易也就成了联邦与州之间权力争议的主要战场。显然,“贸易”是一个需要界定的概念,并非所有与贸易有关的事务都可以被纳入州际贸易的范畴。早期的案件区分了生产行为与贸易行为,指出生产是贸易的前一个环节,其对贸易的影响是间接的,故而不能被纳入“州际贸易条款”的调整范围。^①虽然生产活动和贸易活动都属于经济行为,两者也有非常密切的联系;但彼时的美国联邦法院奉行严格的文义解释,限制了联邦立法对生产行为的规制。这种判决思路遵循的是自由放任主义的经济思想,尽量减少政府对经济活动的干预。如此一来,不仅最低工资、最高工时等有关劳动者保护的法律联邦无法制定,^②联邦试图介入制造业、采矿业、农业等生产活动的举动也将被认为与宪法不符。^③此类保守做法大大限制了中央政府调节经济的能力,在后来的经济大萧条时期暴露出严重的缺陷。

经济危机发生后,基于实用主义的考虑,美国联邦最高法院在1937年的“劳克林案”^④中放弃了原来的“生产—贸易”(或“直接影响—间接影响”)两分法,转而改为判断立法所涉事务对州际贸易是否产生“密切而实质的影响”。休斯大法官在多数意见中写道:“尽管部分活动若孤立地看应该属于州内事务,但假如它们对州际贸易会产生密切而实质的影响,以至于管控它们对避免贸易负担、消除贸易障碍至关重要,那么国会将无可辩驳地拥有这种管控的权力。”该判决意味着一个行为到底属于生产行为还是贸易行为已不再重要,重要的是这个行为与贸易的联系是否足够紧密。不过,此案给出的“密切而实质的影响”标准并不清晰,以至于在某种程度上将州际贸易条款的适用变成了需要逐案讨论的工作。后续的案件对如何理解实质性影响做了进一步解释。例如,在“魏卡德案”^⑤中,上诉人没有按照《农业调整法》的要求,根据给定的配额种植小麦,因此遭到处罚。他认为自己种植小麦的活动始终发生在个人的农场中,不属于州际贸易的范围,故而

① See *United States v. E.C. Knight Co.*, 156 U.S. 1(1895).

② See *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495(1935).

③ See Norman Redlich, John Attanasio, Joel K. Goldstein, *Understanding Constitutional Law*, LexisNexis, 2005, p.131.

④ See *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 37 (1937).

⑤ See *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111(1942).

联邦立法无权管辖。然而,法院却认为,虽然单独的个体行为对贸易不会有什么影响,但若大量这种个体行为汇聚起来可能影响贸易,那么就可以认为该行为具备实质性影响,国会拥有相应的立法权。若按照这种理解,实际上绝大多数经济活动都应被纳入州际贸易范畴,因为再小的行为只要汇聚起来都会产生可观的影响,这意味着联邦立法范围得到了相当大的扩展。该判决思路在 40 年后的伦奎斯特法院时期仍然得到维系。

不过,法院在 20 世纪 40 年代之后对贸易的理解似乎有些过于宽泛,许多与贸易活动毫无关联的行为也借助“州际贸易条款”进入联邦立法的范围。针对联邦立法领域的泛化趋势,美国联邦最高法院进行了一定程度的回调,标志性案件是 1995 年的“洛佩兹案”^①。该案涉及的是一项禁止校园持枪的联邦立法。这部法律被美国联邦最高法院认为超越了联邦的州际贸易权限,是 60 年中美国联邦最高法院首次认定联邦立法越界。伦奎斯特法官所代表的多数意见认为,“州际贸易条款”所调整的行为必须属于经济或商业性的活动,而本案涉及的是一项刑事立法,无论怎么宽泛地解释都很难认定其与经济活动有关。故而,这不应属于国会立法的范畴,而应保留给各州。

美国法院对州际贸易这一概念的态度虽然前后存在巨大的变化,但其背后遵循了清晰的逻辑。也即随着经济一体化程度的提高,任何经济活动都不能被排除在市场之外,所有的生产和交易活动共同构成经济体系的整体。因此,调整这一经济体系的法律也应当由中央政府来制定,这样才有利于发挥经济系统的规模效应。这是经济学思路在美国联邦最高法院判决中的体现,反映出走向成熟的市场经济对规则统一性的要求。

第二种模式的联邦国家宪法同时列举了联邦与州的权限,典型如德国、奥地利等国家。《德国基本法》第 70 条第 1 款规定:“本基本法没有授予联邦立法权的,各州均有立法权。”这与《美国宪法》第 10 条修正案相似,为各州保留了一般性的立法权。不过,《德国基本法》第 73 条和 74 条对联邦的专属立法权及竞合立法权均作了十分详细的列举。其中,联邦专属立法权一般只能由联邦行使,只有在联邦法律明确授权时,各州才能行使。而竞合立法权则是由联邦优先行使,只有在联邦不制定法律、不行使立法权时,各州才能立法。

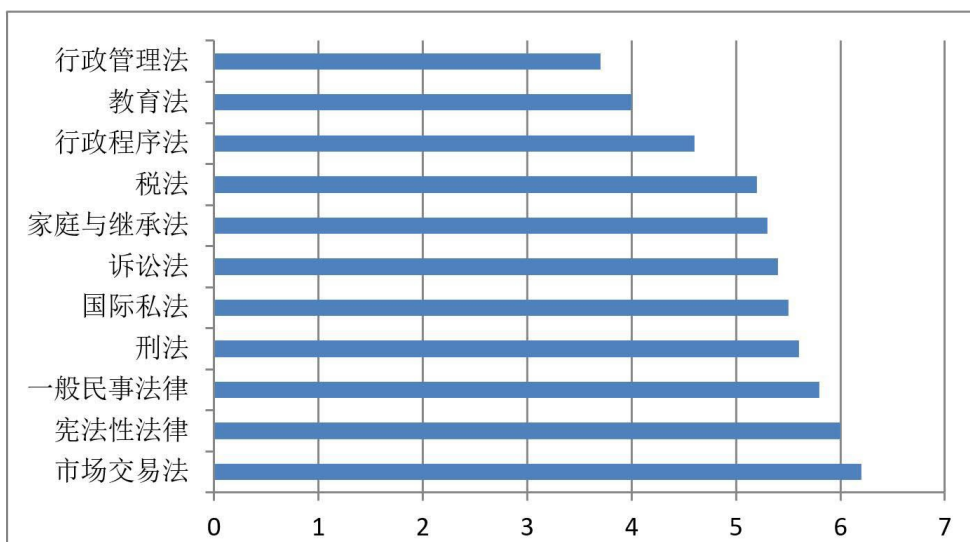
以上分层次的权限设定体现了不同立法事务地方性程度的差异,而竞合立法权的制度设计则蕴含动态调整央地立法事权的可能性。可以发现,《德国基本法》除了规定外交、国防等国家主权事项外,与美国扩张后的“州际贸易条款”相似,也将许多涉及市场交易和经济管理的事务纳入联邦立法范围。特别是包罗万象的“经济法”条款,^②事实上同样可以涵盖大多数与经济活动有关的生产或交易行为。除此以外,德国法还在联邦立法权中纳入部分具有跨地域影响的社会管理事务。

有学者曾经对 20 个联邦制国家或国家联盟的法律统一化程度进行了大规模的调查,并根据一个量表对不同领域的法律统一化程度进行评分。分值分布从 1 至 7,分数越高则意味着该领域法律的统一化程度越高。根据其最终结果,不同领域得分如下:

① See *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).

② 参见《德国基本法》第 74 条第 1 款第 10 项。

图 1 20 个联邦制国家法律领域统一化程度得分情况



从上图中可以发现,内容统一化程度最高的是市场类法律制度,包括公司法、证券法、反垄断法、劳工法、知识产权法、银行法、保险法和破产法,它们的得分超过了宪法性法律。这说明经济类规则的同质化程度甚至高于基本政治制度。除此之外,民法、刑法、诉讼法、税法、国际私法等部门的得分也都在 5 分以上,这代表它们内部也具有较高的同质性。不过这些领域有时涉及地方特色,特别像家庭法和继承法这类法律与当地文化的结合更加紧密,故多元化程度高于市场类法律。得分最低的是行政管理法、行政程序法和教育类法律。行政法律制度的异质性程度较高,可能是因为在联邦制国家,行政权被普遍下放给州或地方政府,而各地的行政管理所针对的事务大多具有地方特点。教育类法律得分低则可能与地方文化对教育的态度不同有关。^①

上述调查结果从经验上揭示了各法律领域在实践中的同质性程度,表明与市场经济相关的法律制度更趋近于法制统一。这说明,即便是在权力高度分化的社会中,经济类的立法权仍然适宜由中央立法机关掌握。而具体的社会管理类的规定则呈现出高度分散化的特征。联邦制国家的刑事法律和诉讼制度的统一性只是中等偏上,这表明这些制度存在多元化的现实需要。

(二)单一制国家立法权分配的规定

单一制与联邦制的主要区别在于单一制下的地方不具有宪法上的独立性,但这并不意味着单一制国家的纵向权力分配模式与联邦制一定存在根本不同。地方分权的程度事实上不由国家结构形式决定,而更多地体现一个国家或地区的政策选择。^②

作为单一制国家的日本,专门制定了调整央地关系的《日本地方自治法》。该法第 1 条确立了国家事务与地方团体事务的宏观区分原则,第 2 条又进一步将地方自治团体的事务区分为“自治事务”与“法定受托事务”。其中,“自治事务”在法律上未明确具体含义,^③而“法定受托事务”

① See D. Halberstam and M. Reimann, Federalism and Legal Unification, in D. Halberstam and M. Reimann ed., IusGentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, Springer, 2014, pp.31—32.

② 参见刘文仕:《地方制度法释义》,台湾五南出版公司 2018 年版,第 28 页。

③ 《日本地方自治法》第 2 条第 8 款称自治事务是地方公共团体处理的事务中法定受托事务之外的事务。在《日本地方自治法》修改前,自治事务包括公共事务、团体委任事务、行政事务三类。

则在该法附表中做了详细列举,涉及诸如《轨道法》《职业安定法》等多达数百项的法律与政令。^①学理上认为,扣除法定国家执行的事务和自治法附表中列举的事务后,其余由地方执行的事务可归为自治事务。^②可见,日本地方自治法一方面对央地权限分配作了宏观规定,另一方面则通过汇总归纳单行法的形式在微观层面上划分央地事务权限。虽然自治事务的范围仍存在模糊性,但单行法规定可以为实践部门提供较为清晰的指引。^③

(三)我国立法权分配的制度实践与影响因素

《立法法》第8条同样对中央立法事务作了列举。与其他国家相比,《立法法》的列举似乎较为简单,许多显然应当由中央立法机关规定的事务并没有见于《立法法》第8条的规定。当然,该条尚有兜底项,即必须由全国人大及其常委会制定法律的其他事项。因此,我国的中央立法事务并不止于《立法法》明确列举的项目,各单行法律中也有关于央地立法权分配的规定。与此同时,刑事制度、司法制度、税收制度等在联邦制国家(甚至某些单一制国家)存在一定多元性的制度在我国则被确定为中央立法范畴。特别是刑事制度和司法制度更是被《立法法》第9条规定为法律绝对保留事项。这体现出单一制国家对立法权分配的不同考虑。

我国法院涉及“地方性事务”概念的判决目前数量稀少,尚未体现出任何主导性的思路。根据笔者对各级法院引用“地方性事务”概念的判决的归纳,被法院认为属于地方性事务的主要包括交通运输、风景名胜区保护、山林权认定、物业管理、反不正当竞争等。^④其中,反不正当竞争、交通运输在其他国家一般被认为属于典型的中央立法事务,而在我国司法判决中却被归入地方性事务领域。这说明司法实务界对地方性事务的含义及其潜在的功能的认识并不清晰。

与司法机关不同,地方立法机关则显得相对保守。从地方人大的实际立法文本看,大多数集中于与城市管理、环境保护有关的领域,诸如科学、教育、文化、卫生等涉及社会管理方面的立法并不多见。在内容上,地方立法一般也谨守界限,不作过多的创制性规定,甚至大篇幅重复上位法已有的内容。^⑤这可能是因为我国地方立法机关存在较强的风险规避意识。有地方人大官员指出,《立法法》所规定的民事基本制度、基本经济制度以及地方性事务等概念过于模糊、原则,使地方立法边界不清。各地即便有创制新规定的需要,但为了避免超越地方立法的界限,也往往不愿付诸行动。中央立法机关对各地请示的答复也通常采取保守态度。^⑥此外,全国人大始终在各种场合着力强调法制统一,要求地方立法要与国家立法保持一致,不得违反上位法。这进一步加强了地方立法机关限缩立法范围的倾向。

① 参见万鹏飞、白智立主编:《日本地方政府法选编》,北京大学出版社2009年版,第190页。

② 参见汝思思:《央地政府间事权划分的法治建构方法——以日本行政事权划分制度为中心的探讨》,《法学家》2019年第3期。

③ 关于日本地方自治制度的介绍,参见[日]盐野宏:《行政法》,杨建顺译,法律出版社1999年版,第621~633页;蔡秀卿:《地方自治法》,台湾三民书局2009年版,第154~168页;陈鹏:《日本地方立法的范围与界限及其对我国的启示》,《法学评论》2017年第6期。

④ 参见广东省佛山市中级人民法院(2006)佛中法行终字第116号行政判决书、山东省青岛市中级人民法院(2015)青行终字第448号行政判决书、杭州市拱墅区人民法院(2015)杭拱行初字第94号行政判决书、浙江省高级人民法院(2016)浙行终字第433号行政判决书。

⑤ 参见孙波:《试论地方立法“抄袭”》,《法商研究》2007年第5期;汤善鹏:《地方立法不必要重复的认定与应对——以七个地方固废法规文本为例》,《法制与社会发展》2014年第4期。

⑥ 参见向立力:《地方立法发展的权限困境与出路试探》,《政治与法律》2015年第1期。

可见,就我国而言,目前在实质上影响地方立法范围的主要不是经济因素,而是政治因素,其背后的逻辑是单一制大国对政治权力集中的追求。在这一逻辑的支配下,法制统一是毋庸置疑的前提,也是贯穿于整个法律体系的重要理念。而在其他国家或地区,法制统一并非一种理所当然的理念或原则,相反,法制多元化的主张会赢得更多青睐。不同的宪法理念本身无可厚非,问题的关键在于必须清晰划定法制统一的范围。因为一个幅员辽阔、人口众多的大国不可能做到在所有的问题上完全实现法制统一,而只能实现在部分关键领域中的统一。对于那些不影响经济一体化、不会助长政治离心倾向的事务,没有必要苛求统一;相反,可以为地方立法机关划定边界,以发挥其积极性。当前,我国立法中没有条文规定剩余立法权的归属问题,在实践中,地方性事务的判断也并无清晰的边界可供遵循。这种缺乏清晰界限同时又施加法制统一压力的现状已在一定程度上制约了我国地方立法积极性的发挥,并间接助长了“红头文件”的泛滥。

(四)小结

从上述对联邦制和单一制国家或地区的梳理中可发现一些共同的特点:其一,事务权限的列举式规定中总是存在相对模糊的概念,这些不确定法律概念或许有利于中央或地方立法根据实际情况扩展自己的领地,但也给实践中的判断带来困扰。其二,除了典型中央事务和典型的地方事务外,还有一些事务属于央地共管。但共管事务存在的原因主要是用以概括这一事务领域的概念较为模糊(如公共交通),一旦概念清楚地指向某件具体的事务(如公交车站点设置),该事务应当属于中央还是地方就会变得清晰。其三,尽管不同国家或地区在立法权分配的实践上存在差异,领域分布也较为杂乱,但仍然存在一定的规律。任何一个国家的立法权的央地分配方案都是该国独特的经济、政治因素共同作用的结果。其中经济性事务具有普遍性,通常由中央立法主要负责,单一制与联邦制之间并未出现明显的不同。政治性事务需要结合国情进行具体分析,但至少涉及主权和国家安全的事项一般由中央立法规定。而绝大多数的社会管理事项则主要由地方立法负责,单一制和联邦制下皆是如此。

三、地方性事务认定的原则

在我国,地方性事务认定的基本标准应当源于宪法。《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)对于央地权力划分的基本原则规定于第3条第4款:“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。”该款规定对国家机构纵向职权分配的要求包括两个部分,一是中央的统一领导,二是充分发挥地方的主动性、积极性。这两个要求相互间存在一定的紧张关系,那么其含义应当如何理解?毛泽东曾在《论十大关系》中指出:“我们的国家这样大,人口这样多,情况这样复杂,有中央和地方两个积极性,比只有一个积极性好得多……为了建设一个强大的社会主义国家,必须有中央的强有力的统一领导。同时,又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。”^①这段话指出,中央统一领导的意义在于建设一个强大的社会主义国家。至于中央统一领导与建设一个强大的社会主义国家之间的关系,中国人大网公布的《中华人民共和国宪法通释》解释指出:“我国是单一制的国家,国家只有一部宪法和一个最高立法机关,只有地方接受中央的统一领导,才能维护国家的统一和法制统

^① 毛泽东:《论十大关系》,《人民日报》1976年12月26日。

一。”^①可见,中央统一领导的目的可转化概括为维护国家统一和法制统一。而发挥地方积极性的意义则应在于有效处理当地特殊情况、提升地方治理的效能。

因此,通过对《宪法》第3条第4款的解释,可以得出央地权力分配中的三项基本原则:国家统一原则、法制统一原则、地方治理效能原则。这三项原则中,国家统一原则具有绝对性,而法制统一原则和地方治理效能原则可互为边界——既不能过度强调法制统一而损害地方治理效能,也不能片面追求地方治理效能而破坏法制统一。故而,我们需要进一步对法制统一原则和地方治理效能原则进行解释,分析其背后的理论意涵和所追求的目的,进而明确两者之间的关系。2016年出台的《国务院关于推进中央与地方财政事权和支出责任划分改革的指导意见》[国发(2016)49号,以下简称《意见》],对于进一步理解上述宪法原则具有一定的积极意义。《意见》要求将体现国家主权、维护统一市场以及受益范围覆盖全国的基本公共服务确定为中央事权,将所需信息量大、信息复杂且获取困难的基本公共服务优先作为地方的财政事权。从内容上看,国家主权事项与维护国家统一密切相关,可为国家统一原则所容纳;维护市场统一则与法制统一具有天然的联系,全国统一的市场必然需要全国统一的法制;而公共服务的覆盖面大小以及信息获取的难易程度则关系着公共物品的供给效率,属于地方治理效能原则的范畴。

《意见》的内容反映了经济学和管理学领域的研究成果,^②一定程度上体现了“财政联邦主义”的观点。“财政联邦主义”虽然含有“财政”二字,但并非仅局限于财政领域,而是可以普遍适用于确定政府职能在不同层级之间分配的一整套理论体系。^③该理论在讨论公共管理事务层级分配时的基本逻辑可被归纳为两个层次:第一个层次是,社会管理的权力应该被尽可能地地下放给较低层级的政府。原因在于,行政管理者与民众的距离越近,对信息的掌握就越全面,也就越能清晰地知晓本地的实际需要。而中央政府由于对各地差异化的信息不敏感,因此只能提供“一刀切”的公共产品,易于造成效率低下。第二个层次是,职能也不应无限制下放给最低层级的政府,需要保持一定的限度。如果权力下放层级过低,致使政府的管辖范围小于其所提供之公共产品的受益范围,那么就意味着本地财政承担了本区域以外的服务供给,长此以往会挫伤该政府提供公共产品的积极性。^④简单来说,“财政联邦主义”主张将公共事务管理权交给管辖范围正好等于该公共事务影响范围的政府,并将具有外部效应的职能交给覆盖范围更大的上级政府。

① 许安标、刘松山:《中华人民共和国宪法通释》,http://www.npc.gov.cn/npc/c13475/flsyywd_list.shtml,2020-04-20。

② 参见刘银喜:《财政联邦主义视角下的政府间关系》,《中国行政管理》2008年第1期;冯兴元:《财政联邦制:政府竞争的秩序框架》,《制度经济学研究》2011年第1期;殷存毅、夏能礼:《放权或分权——我国央地关系初论》,载巫永平主编:《公共管理评论》(第12卷),清华大学出版社2012年版,第23~42页;吴帅:《分权、代理与多层治理:公共服务职责划分的反思与重构》,《经济社会体制比较》2013年第2期。

③ 在经济学上,有第一代财政联邦主义理论和第二代财政联邦主义理论。其中,第一代财政联邦主义理论强调的是公共产品的供给效率以及使供给效率最大化的权力分配方式;第二代理论的视角则从权力分配转换到了地方政府发展经济的动因,强调分权给地方政府带来了更多的激励。鉴于第二代理论的问题意识与本文讨论不同,本文所称“财政联邦主义”理论主要着眼于第一代财政联邦主义理论。参见刘承礼:《中国式财政分权的解释逻辑:从理论述评到实践推演》,《经济学家》2011年第7期。

④ See Mancur Olson, Jr., The Principle of Fiscal Equivalence: The Division of Responsibilities among Different Levels of Government, 59 The American Economic Review 479, 482-485 (1969); Wallace E. Oates, An Essay on Fiscal Federalism, 37 Journal of Economic Literature 1120, 1120-1124 (1999).

根据上述理论,可以归纳出两项原则:其一是职能下属化原则或称辅助原则,即公共职能应尽可能下放给最靠近公众的政府部门;其二是范围对等原则,即公共产品覆盖范围应不大于提供该产品的政府的管辖范围。这两项原则均是从公共产品的供给效率出发进行考虑,相互之间存在一定的平衡和制约关系。一般情况下,范围对等原则构成对职能下属化原则的限制,避免因过度放权导致公共产品的供给普遍存在外溢效应而降低供给效率。但这一限制并不绝对,因为在某些情况下,地方对特定公共产品可能具有十分强烈的需求;虽然存在其他地区搭便车的问题,但本地居民仍然愿意加强对这种公共产品的供给,所以,根据职能下属化原则,就算某项事务存在外溢效应,也应将相关立法权限向较低的层级下放,以使地方政府具有提供这类公共产品的权力。这体现了立法权分配与执法权分配的不同之处。对于立法权来说,范围对等原则的重要性程度相对较低,地方完全可以制定具有外溢效应的立法,以满足本地特殊化的需求。假如地方政府因为外溢效应的存在不愿供给某项公共产品,则可以不行使有关该事务的立法权,但这并不排除其未来仍有立法的可能性。可见,外溢效应(正外部性)不是规范制定权层级配置的主要影响因素,不必然阻止立法职权的下放。

不过,如果地方立法在某些领域会产生负外部效应,那么这些领域将不再适用职能下属化原则,典型的如全国市场的统一与开放。市场统一与开放对国家整体以及具有要素优势的地区而言至关重要,因为这是促进资源合理配置的最基本条件,有利于提高经济发展的质量。然而,对于许多地方来说,设置市场壁垒可以保护本地落后企业,进而保护本地税源。此时,中央与地方所追求的目标存在差异。若将该权力交由地方,则将会带来机会主义行为,产生显著的负外部性,从而破坏全国统一市场的形成。即便部分地方政府追求开放的全国市场,但事实上他们也欠缺相应的能力来进行全国范围的市场维护。若没有一个统一的协调者,则地方政府促进市场开放的意愿就只能通过区际合作协议来实现,这在范围和效果上都无法与中央政府直接运用强制力促进市场开放相比。所以,为保持整体法秩序的稳定,与市场统一相关的职能应由中央政府负责。从这个角度看,各国均把与市场交易相关的立法权上收中央政府,也有其必然性。其背后的原则即可被称为“市场统一原则”。

除经济层面的影响因素以外,政治或法律领域的研究者在讨论央地立法权分配时,还会关注经济因素以外的其他方面。例如,有学者指出,“为维护国家共同体的存在所必需的事项和维护一个国家基本的政治生活、经济生活和社会生活统一性与和谐性所必需的事项”^①应当由中央规定。这主要涉及对政治性影响的考量。事实上,部分立法事务的纵向配置逻辑在经济层面难以得到圆满的解释。例如,刑法制度其实完全可以由各个地方自行规定,这不仅有助于根据地方情况实现刑事惩戒中的“罪刑相适应”原则,而且也不会直接影响全国市场的统一(只须严格禁止与经济有关的犯罪的规定)。但在实践中,以我国为例,犯罪与刑罚仅有法律才能规定。立法机关指出:“以何种刑罚去惩罚犯罪是一项严肃的国家行为和国家权力,必须由国家法律予以规定。”^②这其中所展现的逻辑是,较为严厉的国家暴力行为的设置应由中央政府垄断,防止权力遭到滥用。同时,这种对强制力的垄断也是中央政府权威的重要体现,若授予地方政府则会在一定

① 封丽霞:《立法事权划分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》,《政治与法律》2017年第6期。

② 郑淑娜主编:《〈中华人民共和国立法法〉释义》,中国民主法制出版社2015年版,第37页。

程度上削弱中央权威。

从政治角度看,大多数国家会把外交、国防、国家安全等体现国家主权或权威的事务确定为中央事务;但在一个中央集权型的单一制国家,因政治考量而须被上收的立法权力不限于传统领域。例如,税收、发行公债等涉及财政资源汲取的权力,根据“财政联邦主义”理论应当交给各个地方自主规定,以实现高效率的资源配置。^①然而在一个地方政府预算软约束的环境中(即预算体支出超过收入时,并不会被清算破产,而是可以得到支持组织的资金补助),中央政府实际上对全国地方政府的财政风险及其背后的社会稳定风险承担最终责任。地方政府认为有中央政府托底,会有恃无恐,不当扩大举债规模,最终造成“公地悲剧”。另一方面,在地方民主制度尚不十分健全的国家,地方政治容易被大型企业或利益集团俘获,成为后者谋求私利的工具。例如,地方的税收立法会在利益集团的游说下,不公平地削减某些领域的税负或增加某类行业的税负。部分经济欠发达地区甚至可能进行掠夺性征税。已有研究表明,在中央政府未进行强有力管制的印度,地方政府大量的“过度放牧”行为导致巨额的全国性财政赤字。而在俄罗斯,对于地方较大规模的分权,中央政府难以施加有效影响,从而造成地方政府被寡头俘获。^②所以,如果一个国家既缺乏预算硬约束,同时其地方民主政治也难以对抗大型利益集团的俘获;那么,出于避免系统性财政危机以及防止地方政治失控的考虑,应当将税收、发债等财政汲取方面的立法权上收中央,由中央政府为地方设定行为边界。否则,地方政府大量的不负责任行为或资本与地方政治权力的勾结,将导致政治不稳定。

中央对财税立法权的垄断与中央对军事制度、国家安全事务、国家象征乃至宏观经济调控的垄断一样,都是为了树立和保障中央政府的权威。其目的在于维护全国范围的社会稳定、经济稳定,进而保障政治稳定和国家统一。我们可以将这背后的考虑称为“中央权威原则”。

至此,可以在理论上将中央与地方立法权的分配原则归纳为三个层次:(1)最为基础的是职能下属化原则。该原则意味着若没有特殊情形,立法事务应该尽量授权给较低层级的政府实施,尤其是带有服务性或供给性的事务应当尽量下放。服务供给大多是授益行为,下放一般不会产生破坏国家统一或稳定的问题,且由基层政府规定可以提高供给效率。(2)市场统一原则。若立法事务会影响市场的统一或经济的整体性,则不应再将其认定为地方性事务,而须由中央政府负责立法。但鉴于市场秩序维护的复杂性,地方仍然可以保留实施性规则的制定权。(3)中央权威原则。对于那些影响政治安全、国家统一的事务,地方没有权力规定,甚至也没有执行的权力。

以上理论分析得出的三项原则可以视为宪法上国家统一原则、法制统一原则、地方治理效能原则在操作层面的展开。首先,维护国家统一应当包括维护国家主权的统一与完整,维护国家整体的安全与稳定。从对内的角度看,这就要求增强中央政府在经济、政治、军事等各个方面的权威性和影响力。所以,在央地权力分配中贯彻国家统一原则,就是要强化中央权威。其次,法制统一最核心的目的在于全国市场的统一,而非所有方面的法制统一。明确这一原则的理论边界可以避免法制统一原则过度泛化,而将重点放在与市场交易有关的法律的一体化。最后,即便在单一制国家,绝大多数与政治、经济统一性无关的管理权力也应当下放给较低层级的政治主体,这样才有利于充分发挥地方的积极性,提高治理效能。贯彻职能下属化原则是保障地方治理效

① See Wallace E. Oates, An Essay on Fiscal Federalism, 37 Journal of Economic Literature 1120, 1124(1999).

② 参见杨其静、聂辉华:《保护市场的联邦主义及其批判》,《经济研究》2008年第3期。

能原则的必由之路。

四、事务性质的分类与地方性事务认定的阶梯模式

上述分配权限的概念框架仍然显得较为宏观。若要进一步具体化,一种可行思路是模仿日本法模式,主要依靠各个领域单行法的规定来认定地方性事务。但这种模式需要单行法规定完整且细致,在当前阶段,我国各领域立法尚难达到此种程度。^①针对这一现状,可以考虑的方式是,根据宪法的宏观规定,构建地方性事务的中观判断模式,以之辅助微观层面的认定。具体的判断包括两个阶段:第一,若单行立法有明确划分,在其不违背宪法的情况下即按照单行法认定;第二,若单行法未明确规定,则按照中观理论层面的判断标准进行识别。中观层面的判断框架通过对事务性质的阶梯式细分,不断缩小判断范围,从而使地方性事务的识别过程更加科学、有序。

必须强调,在进行事务分类时,应以法律条文或具体制度为单位,而非以某个立法文件为单位。因为立法文件涉及条文过多,无法具体判断整个文件究竟属性如何,所以唯有具体到某个法律条文或制度,才有清晰界定的可能。同时,应将法律条文的客观效果而非法律条文的制定目的作为归类依据。因为在很多情况下,立法条文所宣称的制定目的并不一定与其客观效果吻合。若制定目的与可能的客观效果冲突,则应当以客观效果作为归类依据。此外,在我国,“地方性事务”概念本身并不排斥中央立法,其主要作用在于确保地方立法机关的安全空间。从这个角度看,我国没有必要设置央地共同立法事务,凡不属于只能由中央立法的事项,都应归类为地方性事务。这样做有利于保障地方立法的合理空间,充分发挥地方积极性。

以下具体阐述不同原则的对应事务类别以及地方性事务的判断识别步骤:

(一)区分统治类事务与非统治类事务

根据中央权威原则,统治类事务应属中央立法事务。这类事务包括国家主权、政治外交、军事与国家安全、宏观经济调控等制度;在我国目前的条件下,还应包括财政税收、公债发行等与财力汲取相关的制度。统治类事务由于涉及国家作为一个共同体的尊严、存续和稳定,因此应当由中央担负立法职责,其归类和识别较为简单,应无争议。

统治类事务的识别采用的是事务领域分类法,而其他不属于统治类事务的条文,则不宜再以事务领域进行划分。因为概括其他事务领域的概念并不具有十分明确的中央或地方指向。如在“教育事务”这个概念的覆盖范围中,既存在需要中央立法的事项,也存在需要地方立法的事项。因此用这个概念就无法进一步区分其中到底哪些属于地方性事务。故而,在排除统治类事务后,下一步对非统治类事务的区分应通过其他维度的标准进行。

(二)将非统治类事务区分为“服务供给类”与“非服务供给类”

经济学和行政学上“公共服务”的概念含义过广,既包括给付性行为也包括干预性行为。在法律上,给付行为和干预行为的性质完全不同。诸如营造公共设施、提供物质帮助等给付行为属于服务提供型的资源配置,可以由较低层级的主体来实施。而行政处罚、行政许可、行政强制等干预行为则不然,其体现的不是一种狭义的服务,而更多是对公民自由、权利的限制或剥夺。因

^① 例如,道路交通领域出现的众多问题的规定权限在交通立法中并无明确体现。参见余凌云:《论道路交通安全法上的地方事权》,《行政法学研究》2019年第2期。

此,对干预行为的控制应该比对给付行为更为严格。

基于上述理由,在第二步中,本文将非统治类事务区分为“服务供给类”与“非服务供给类”。服务供给在此取狭义概念,是指通过规定物资发放、公共设施建设等行为提供公共福利;而非服务供给类条文则包括但不限于对权属、标准以及行政许可、行政处罚、行政强制等手段的规定,更多体现为权属界定或秩序维护等功能。例如,地方立法条文规定当地政府应建造全民健身设施,那么该条文属于服务供给类;^①但若同一部立法的其他条文涉及公民破坏这些设施的处理,那么这些条文就属于非服务供给类。^②如果另有条文规定,政府提供的健身设施质量不达标时应对主要负责人予以问责,那么这类条文又应属于服务供给类,因为条文本身的实施效果有助于保证公共服务供给的质量。相似地,在卫生类规范中,如果地方立法要求政府提供疫苗接种服务,这就属于服务供给类条文。^③而若在传染病暴发时,立法要求政府实施强制疫苗接种,就应归为非服务供给类条文。^④

按照职能下属化原则,服务供给类属于地方性立法事务,应下放至具有立法权的最低层级主体。公共服务的供给需要直接与居民的需求对接,而层级越低的政府对居民的需求也就越清楚,由他们承担这类事务有利于彰显地方特色。例如,地方立法可以对公共健身设施的设置密度、规格,图书馆的容纳量、博物馆的免费开放等事项作出规定。^⑤对于有差别的公共服务,地方也可以规定付费者使用,或者基于公平原则提供给特定群体,如教育、卫生、住房资源优先供给在本地纳税的居民或在本地长期居住的居民等。^⑥

即便某项服务的范围具有全国性或跨地域性,也应认定为地方立法事务。因为地方政府完全可以在中央政府所提供的服务的基础上,增加新的内容、提高服务水平。举例来说,社会保障作为一种政府的再分配职能,具有外溢效应,适合主要由中央政府来实施。但中央政府担负的基本社会保障供给,只是确保全国社会保障水平均处在底线之上,并不排斥地方在社会保障领域增加新的供给,形成有地区差别的更优服务。当这一公共产品外溢效应十分显著时,地方政府自然会根据本地情况缩减供给规模。因此,社会保障领域尽管需要中央政府的介入,在执行上部分属于中央事务;但从立法的角度说,应肯定其地方性事务属性,从而赋予地方立法机关更大的空间。

(三)在非服务供给类事务中区分“涉流通、交易事务”与“非涉流通、交易事务”

根据市场统一原则,与流通、市场交易等有关的事务应被排除出地方性事务范畴。服务供给类事务通常不会影响全国市场的统一性,即便是与市场交易有关的经济性服务(如修建道路、科

① 例如,《河北省全民健身条例》第13条规定:“新建居民住宅区应当依照法律法规和国家规定的标准配套建设全民健身设施……”

② 例如,《河北省全民健身条例》第52条规定:“违反本条例规定,侵占、破坏公共体育设施或者擅自改变公共体育设施功能、用途的,由县级以上人民政府体育主管部门按照管理权限责令改正……”

③ 例如,《安徽省预防接种管理条例》第6条规定:“政府应当免费向公民提供免疫规划疫苗。县级以上人民政府及其卫生健康主管部门、疾病预防控制机构和接种单位应当按照各自职责保证免疫规划疫苗的供给”。

④ 例如,《广西壮族自治区计划免疫条例》第18条规定:“计划免疫对象不按规定进行预防接种的,应当责令限期接种,有疫情发生时可以强制接种”。

⑤ 例如,《贵州省公共图书馆条例》第27条规定:“根据服务范围内常住人口数量,市州公共图书馆入藏纸质文献信息年人均应当不低于0.01册(件);县(市、区)公共图书馆入藏纸质文献信息年人均应当不低于0.06册(件)”。

⑥ 各地通常通过居住证等制度来分配有限的公共服务资源。如《云南省流动人口服务管理条例》第23条规定:“流动人口凭《云南省居住证》,按照有关法律、法规和规定,在居住地享有下列公共服务和权益……”

技推广、财政支持等^①)也是如此。^②但是,非服务供给类行为,特别是秩序维护性质的行政干预行为,常常成为地方政府抑制市场流通、实施地方保护的重要手段。这类与流通有关的措施、手段不应由地方立法规定。若地方立法可以随意介入市场流通规则的设置,则大量地方性贸易保护措施将加剧地区经济分割的风险。目前国内地方政府之间存在激烈的经济绩效竞争。许多地方的“土政策”故意提高针对外地产品的准入门槛和技术标准,令其难以进入本地市场或与本地产品相比丧失价格优势。此外,各地市场规则不统一,也造成流通成本居高不下。若能将全国市场规则统一化、标准化(包括如建筑工程市场等传统的本地性市场),那么市场活力将得到更大程度地释放。

与流通、交易有关的立法涉及民商事制度、知识产权、金融、市场准入型许可、反不正当竞争、反垄断、物流配送、价格、产品质量、食品药品监管、消费者保护、计量标准、检验检测、认证认可、交通运输(非市政交通)、通信等方面。^③在上述领域的地方立法中,有的条文直接涉及交易行为或者流通运输行为,^④有的涉及作为交易对象的产品或服务,^⑤还有的涉及市场主体的法律地位和权属认定。^⑥严格来说,这些条文可直接影响市场交易的效率与效果,应由中央立法机关负责。

存在疑问的是劳动者保护、安全生产等主要调整生产领域的立法条文是否涉及流通与交易。在不同国家的不同历史阶段,工农业生产管理的归属存在变化。例如,美国一开始将这类事务保留给州,后来又通过对“州际贸易条款”的解释将其划归联邦事务。尽管生产管理行为会对市场交易产生间接影响,但在我国目前的发展阶段,仍应将其纳入地方性事务领域。原因是在发展型国家的背景下,需要赋予担负经济发展责任的地方主体更大的权限。未来随着经济发展方式的转变,生产管理行为可能应与流通管理行为一道作为中央事务。

(四)在“非涉流通、交易事务”中区分“有负外部性事务”与“无负外部性事务”

在除去上述三步所涉事务后,剩余的绝大多数行为主要涉及一般社会管理,如维持社会治安、保持城市整洁、引导市政交通秩序等。这些社会管理事务大多仅与本地居民相关,不具有全国性的影响,故可以由地方立法根据本地情况进行调整,应属于地方性事务。但有一些社会秩序维护行为可能会产生超出本地的外部影响。此时,若外部性为正,则该事务仍然归属于地方性事务;若产生负外部性,则不应属于地方性事务。例如,有关传染病的信息发布应由较高级别的立

① 如《福州市城市道路建设与管理办法》《青海省促进科技成果转化条例》《江西省中小企业促进条例》等。严格来说,政府介入这些活动会对市场主体的行为产生影响,但这种影响是间接的。

② 经济性的服务供给行为常常涉及地方产业政策的实施,而产业政策又是各个地方政府促进发展作用的重要手段,宜由地方规定。

③ 我国各地与这些事务有关的地方性法规和规章,如《广东省商事登记条例》《北京市地方金融监督管理条例》《沈阳市建设市场准入与违规处理规定》《上海市反不正当竞争条例》《乌鲁木齐市寄递物流安全管理条例》《甘肃省价格管理条例》《陕西省产品质量监督管理条例》《青海省道路运输管理条例》《湖南省通信条例》等。

④ 例如,《青海省道路运输管理条例》第33条规定:“道路运输经营者应当在客车、危险货物运输车辆上安装、使用符合技术要求的监控通讯设施”。

⑤ 例如,《陕西省产品质量监督管理条例》第16条规定:“生产、销售的产品应当符合下列要求:……(四)机器、设备、仪器仪表,结构性能复杂的耐用消费品,应有安装调试、使用维修方法和保养条件的中文使用说明书”。

⑥ 例如,《北京市地方金融监督管理条例》第11条规定:“在本市设立地方金融组织,从事相关金融业务活动,应当具备下列条件,经市地方金融监督管理部门批准取得相应行政许可……”

法规定。低级别主体随意发布消息可能造成社会恐慌或者混乱,属于会产生负外部性的行为,应为中央事务。^①而环境保护类条文则应属于地方性立法事务,因为各地的环保举措对邻近地区主要产生正外部效应;在中央立法规定环保标准底线后,各地即可结合本地情况自行规定。

(五)在无负外部性事务中区分“涉重要权益事务”与“非涉重要权益事务”

在我国这样的单一制国家,为维护中央权威,应由中央立法规定较为严重的剥夺公民、法人或其他组织合法权益的行为。这主要是为了加强对惩戒等行为的控制,避免地方滥用影响相对人合法权益的手段,体现了中央权威原则。因此,对于没有外部性的立法条文,还须判断其对公民、法人、其他组织权利义务的影响程度。若干预措施涉及人身自由等重要权利,或者虽然不涉及重要权利,但对合法权益影响较大,则不宜认定为地方性事务。因此,征收征用财产、限制人身自由、剥夺政治权利、较为严厉的行政处罚与行政强制等应不属于地方性事务。

至此,根据宪法规定和有关理论解释,本文构建了地方性事务认定的阶梯式框架。具体方法总结如下:(1)判断某条文是否属于统治类事务,若是,则非地方性事务,若不是,则进入下一步;(2)判断该条文是否为服务供给类事务,若是,则为地方性事务,若不是,则进入下一步;(3)判断该条文是否涉及流通、交易,若是,则非地方性事务,若不是,则进入下一步;(4)判断该条文的实施是否具有负外部性,若是,则非地方性事务,若不是则进入下一步;(5)判断该条文是否涉及重要权益,若是,则非地方性事务,若不是,则为地方性事务。

五、结 语

“地方性事务”是宪法学、行政法学和立法学中的重要基础概念,承担着划分央地权限、辅助判断上下位法关系等重要功能。由于此概念的含义未得到清楚界定,实践中的许多问题长期以来处在悬而未决的状态。这十分不利于地方积极性的发挥,并间接造成我国地方立法机关倾向于重复上位法规定,却不愿自主创新的局面。

本文试图将传统的关于地方性事务的讨论从宏观层次向下推进,以“统治事务”“服务供给事务”“涉流通、交易事务”“涉重要权益事务”“涉负外部性事务”等概念为依托,提出中观层面的判断框架。这可在较大程度上丰富实践中的判断标准,并为《宪法》第3条第4款的解释提供依托。必须承认,作为一个不确定性程度较高的概念,“地方性事务”的边界无法在中观层面完全厘清,精确的判断仍须围绕一个微观的对象展开。运用本文所提供的理论框架,通过层层递进地推理,可以逐一检视各项影响因素,从而为相对细致地定位每个具体条文的归属奠定基础。

责任编辑 谭冰霖

^① 例如,《中华人民共和国传染病防治法》第3章规定了疫情的报告、通报和公布制度,而地方立法通常仅规定疫情报告制度,不涉及疫情的通报和公布。