



一、如何对地方性法规与政府规章进行科学定位

如本文开始所言，长期以来，我们形成了一种固化思维，认为地方性法规比政府规章地位高，所以各方都愿意制定法规，甚至把本应制定规章的东西也拿来制定法规。本文认为，对法规与规章的位阶高低与否进行比较，主要应当基于三方面的考虑：

一是，维护国家法制统一。基于这个考虑，在同一层级政权机关制定的法规与规章之间，必须确立彼此位阶的高低，法规的效力应当高于规章的效力。

二是，贯彻人民代表大会制度的政治体制。在这个体制下，政府由同级权力机关产生，对它负责，受它监督，重大事项由权力机关决定，所以，权力机关制定的法规地位要高于政府规章，以保证地方人民当家作主。

三是，保障公民、法人和其他组织的合法权益。基于这个考虑，把限制和减损权利、增加义务的事项交由法规规定，更加有利于保障公民、法人和其他组织的权益。

但基于上述三个因素的考虑，并不是说法规就一定比规章更重要，地位更高。宪法和法律赋予地方政权机关制定法规、规章的初衷，并不是要比较二者地位的高低以及重要与否，而是要充分调动地方的主动性和积极性，让地方性法规与政府规章从不同的方面，以不同的方式对地方治理的事项作出规范。

所以，本文认为，法规与规章在地方治理的实践中，关键是要看是否管用，能否解决问题。在不损害法制统一、人民代表大会制度的体制和有利于保障公民、法人和其他组织合法权益的前提下，只要能实现这一目的，规章与法规应当受到同等重视和尊重。在认识上，对法规与规章给予这样的定位，才是科学的。

应当说，这样一个认识观念上的突破，新修改的立法法仍然没有达到，按照立法法修改决定的内容，还是笼统地以地位高低而非管用与否来衡量法规与规章以及界分二者权限的。

当地方性法规遇到政府规章

刘松山



二、如何看待地方性法规与政府规章对相对人权利义务的规定

理论与实践中，我们已经形成一个基本的认识惯性，即凡是涉及普遍性影响相对人权利义务的事项，都应当制定法规，而不应制定规章。也是受这一认识的影响，十八届四中全会的决定提出，没有法律法规依据，行政机关不得作出减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务的规定。这次修改后的立法法进一步规定：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定。

为更好地保护公民的权利，将涉及减损相对人权利、增加其义务的事项交由地方性法规规定，无疑是正确的。但是，也要注意避免认识上的僵化，即将保护相对人权利与制定地方性法规等同起来，认为只有法规才能保护相对人权利；将减损相对人权利、增加其义务与规章等同起来，认为规章只要作出减损相对人权利、增加其义务的规定，其公正性就得不到保障。由于我们进行法治建设的时间较短，历史地看，是有不少规章损害了相对人权利，但法规损害相对人权利的情况也不少见。

实际上，地方性法规也是人制定的，在我们的体制下，法规受人为影响甚至是个人影响的因素也很大，即使将减损相对人权利的事项交由法规规定，未必就一定能保证公平正义；规章是由实行首长负责制的政府制定的，但只要政府以公平正义为准则，切实注意保护相对人权利，其制定的规章即使对减损相对人权利、增加其义务的事项作了规定，保护相对人权利的功能也未必亚于法规。我们承认，由于法规制定的主体与程序不同于规章，它保护相对人权利的功能更强一些，但是，也不宜夸大规章损害相对人权利的可能性。

在法律体系形成的背景下，地方立法活动中，无论法规还是规章，作出减损相对人权利规定的空间都是有限的。为提高地方治理的效率，在没有上位法依据的情况下，允许规章在一定范围内，在特殊情况下，对减损相对人权利和增加其义务的事项作出设定性的规定，

也是必要的。因为即使出现了不适当的情况，同级人大常委会还可以依法撤销规章。

本文认为，为落实四中全会和立法法修改决定中关于行政机关没有法律法规依据不得作出减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务规定的精神，可以采取以下措施：

针对本行政区域的具体情况和实际需要，有地方性法规制定权的地方人大及其常委会，在特定情形下可以授权同级政府对减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务的事项作出规定；有规章制定权的政府在没有地方性法规的情况下，又来不及制定地方性法规，可以向同级人大及其常委会申请授权，对减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务的事项制定规章；地方人大及其常委会发现同级政府制定的规章中有关减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务的规定，有违法或者不适当的情形，可以予以撤销。

三、如何理解“创设”与“执行”、“设定”与“规定”的关系

实践中，有一种认识倾向：创设性的事项一般只能由地方性法规规定，所以，法规通常叫“设定”；而政府规章一般只能规定执行性的事项，不能叫“设定”，只能叫“规定”。通常都认为，创设、设定比执行、规定更高，更重要。而在立法上，行政处罚法、行政许可法和修改后的立法法等法律，都给地方性法规的设定权给予了较大空间，对规章的设定权则作了严格限制。

实际上，所谓创设与执行、设定与规定也不应当有地位高下、重要与否的区分，用这类标准来对法规与规章做区分，意义并不很大。在行政处罚、行政许可、行政强制等事项中，政府的一个执行性规定，对于公民、法人和其他组织权利的影响，可能会远远超过地方性法规创设或者设定的某个事项。所以，本文倾向于认为，从长远看，不必用创设与执行、设定与规定这样的术语来对法规、规章的性质、内容和重要性加以区分。



四、如何看待地方政府规章上升为地方性法规

实践中，有一种认识倾向：规章不够权威，不够稳定，只有上升为法规才保险。按照行政许可法的规定，省级政府的规章可以设定临时性许可，临时性许可实施满一年需要继续实施的，应当提请人大及其常委会制定地方性法规。行政许可法的这个规定，是完全以制定主体来衡量所规范事项的正确性、正义性和科学性的，在人大及其常委会的法规与政府规章的关系上，对后者显然持不信任态度。这一认识倾向进一步延续到了立法法的修改中。

如前所述，修改后的立法法也规定：应当制定地方性法规但条件尚不成熟的，因行政管理的迫切需要，可以先制定地方政府规章，但规章实施满两年需要继续实施规章所规定的行政措施的，应当提请本级人大或其常委会制定地方性法规。

这样的规定是否经得住推敲，值得研究。以上海为例，历年来，由政府规章上升为地方性法规的，大约有十来件。这个数量与法规、规章制定的总数相比，所占比重不大。但是，需要讨论的问题，既然政府规章能够发挥作用，并已经发挥了作用了，还有必要再上升为地方性法规吗？倾向于将规章上升为法规，台面上的理由是，相关事项应当制定法规，但因为条件不成熟，就先制定规章，在条件成熟的时候，规章就应当上升为法规。

但是，真正原因恐怕还是对规章存在认识上的偏颇，即规章的法律地位不如法规，需要提升其法律地位，提高权威性；法规比规章更有利于保护公民、法人和其他组织的合法权益。实际上，在地方立法的初期，由于立法经验不足，确实曾经将“先规章，后法规”作为检验法规立法条件是否成熟的标准。但这一标准的科学性究竟如何，是值得认真讨论的。而且，经过几十年的实践，地方政府制定规章也积累了丰富经验，其立法水平与人大及其常委会在同步提高。

本文倾向于认为，既然用规章的立法权限能够规范，在立法资源有限的情况下，就没有

必要由人大及其常委会再来规范一次了。而且，按照立法法修改的内容，将来会有280多个设区的市，它们的人大及其常委会有权制定地方性法规，政府有权制定规章，在这种情况下，如果按照立法法的规定，动辄将政府规章上升为法规，将会出现什么样的结果呢？对这个问题，我们应当有足够的预见和重视。

五、什么叫地方性事务以及政府规章能否就地方性事务作出规定

在地方性法规与政府规章的权限界分中，有一个专有名词，叫“地方性事务”。立法法在规定地方性法规权限的时候，用了这么一句：“属于地方性事务需要制定地方性法规的事项”。也就是说，有关地方性事务的事项，可以制定法规。那么，什么叫地方性事务呢？按照立法法制定后全国人大常委会法工委编的立法法释义的解释，地方性事务是与全国性事务相对应的，指具有地方特色的事务，一般来说，不需要或在可预见的时期内不需要制定法律、行政法规作全国性的统一规定。

这次修改立法法，无论从立法还是立法机关工作机构的相关解释来看，对地方性事务的有关规定与含义都没有作改变。应当说，立法法释义中关于地方性事务的解释，是从与全国性事务相对应的角度出发的，这个解释当然不错。但在实践中，对于地方性事务究竟包括哪些具体内容，与地方组织法和立法法中有关地方人大及其常委会行使的其他职权以及政府行使的有关职权，是什么关系，还是不清楚。

地方组织法中规定的地方人大及其常委会“根据本行政区域的具体情况和实际需要”，可以制定地方性法规。那么，“本行政区域的具体情况和实际需要”，是否属于地方性事务呢？本文认为，这也是一种地方性事务。

立法法又规定，地方政府可以对“属于本行政区域的具体行政管理事项”，制定规章。那么，地方性事务中是否包括“具体行政管理事项”呢？显然，按照宪法和地方组织法的规定，地方政府管理的范围十分广泛，其中不少具体的行政管理事项，也属于地方性事务。

实际上，地方性事务主要是与全国性事务



相对应的，它的内容具有很大的不确定性，地方性法规与政府规章都有权对地方性事务作出规范，只不过它们规范的侧重点和内容有所不同而已，一概地将地方性事务归为地方性法规的权限，认为政府规章不得规定，实属不必。

六、如何看待立法法修改决定中设区的市法规与规章权限的新规定

这次立法法修改关于法规与规章权限界分的亮点，主要集中在设区的市、自治州的规定方面，这一内容前面已有述及。但是，亮点也向我们提出了一些问题：设区的市的法规与规章的权限究竟有没有区别？立法法修改的决定对设区的市的法规与规章的权限用的是列举事项，即“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面”，而对法规用的是“可以”对这些事项作出规定，规章用的是“限于”对这些事项作出规定，立法者的意图显然是要表明，法规的权限比规章要宽一些，但有两个问题：

一是，“可以”本身也有限制的意思，与“限

于”实际区别不大。

二是，列举事项后面的一个“等”字，实际又表明，除了三个事项外，规章也可以对其他方面的事项予以规定，如此一来，在设区的市这一级，法规与规章的权限不就重合了吗？

由此值得进一步思考的是，设区的市在法规与规章的权限方面，与直辖市有明显的区别，但这个区别的依据是什么？

实际上，现在一些省会市即设区的市，人口规模已接近直辖市，在经济社会发展的其他方面与直辖市也没有本质的区别，为什么它们的法规规章的权限要有如此特别的规定呢？

而一些设区的市不仅有城市，也有广阔的农村（与重庆市这样具有广阔农村的直辖市没有明显区别），将它们的法规规章的权限又与省、自治区作如此明显的区别，依据又是什么呢？

（作者系华东政法大学法律学院教授，文章转自《中国法律评论》）

