

论省级人大常委会对设区的市地方性法规批准制度中的审查范围和标准问题

庞 凌

内容提要 2015年修改后的《立法法》第72条赋予了所有设区的市地方立法权,并规定省级人大常委会对报请批准的地方性法规的合法性进行审查,同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的,应当予以批准。但在地方立法实践中,对于批准制度中的审查范围和具体标准等,人们的认识并不统一,规定也不一致。从维护国家法制统一、尊重设区的市地方立法的积极性、主动性、创造性出发,省级人大常委会在批准设区的市地方性法规时应只进行合法性审查,并侧重审查其是否与上位法相抵触,省级人大常委会不能任意扩大审查范围、提高审查标准,过度干预设区的市自主立法。设区的市地方性法规与上位法不抵触,但与本省、自治区人民政府规章相抵触的,省级人大常委会可以在予以批准的同时要求其进行修改。

关键词 设区的市 地方性法规 批准制度 合法性审查 不抵触

庞 凌,苏州大学王健法学院副教授 215006

2015年3月15日,第十二届全国人大第三次会议通过的《全国人民代表大会关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》赋予所有设区的市地方立法权,这是我国立法体制的一次重大调整。由此,我国的市级地方立法主体由过去的49个“较大的市”扩大到了全部284个设区的市。依法赋予设区的市以地方立法权,在推进设区的市地方治理法治化、民主化,推动地方法治思维和法治方式的运用,促进地方治理能力现代化带来新机遇的同时,也必须高度警惕设区的市立法中可能存在的诸如超越立法权限、与上位法抵触、重复,进而损害国家法制统一等问题。因此这一重大的立法体制调整对维护国家法制统一提出了更高的要求。《立法法》第72条第2款确立的省级人大常委会对设区的市地方性法规的批准制度就是立法监督制度重要的组成部分。但该法对于设区的市地方性法规批准制度的相关规定仍较为原则,特别是批准制度中的核心问题——审查范围和标准应如何理解和把握,目前理论界和实务界有不同意见,各省的立法条例对此规定也有差异,亟待从理论和立法层面进行研究和统一。

本文为司法部国家法治与法学理论研究课题“社会管理创新与社会组织法治化研究”(12SFB2008)。本文同时属于江苏高校“2011计划”区域法治发展协同创新中心成果,并受“区域法治发展类型比较研究”课题专项经费资助。

一、《立法法》关于省级人大常委会对设区的市地方性法规批准制度中的审查范围和标准的主要规定

2015年修改的《立法法》第72条第2款和第3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。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。省、自治区的人民代表大会常务委员会对报请批准的地方性法规,应当对其合法性进行审查,同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的,应当在四个月内予以批准。”“省、自治区的人民代表大会常务委员会在对报请批准的设区的市的地方性法规进行审查时,发现其同本省、自治区的人民政府的规章相抵触的,应当作出处理决定。”

省级人大常委会对市级地方性法规的审批制度并非《立法法》首创。1986年修正的《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(以下简称《地方组织法》)在赋予“较大的市”立法权时,就规定了较大的市制定的地方性法规需报省级人大常委会批准后施行。2000年通过的《立法法》在沿袭《地方组织法》该制度的同时,在第63条第2款进一步规定,省级人大常委会对报请批准的较大的市的地方性法规,应当对其合法性进行审查,同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的,应当在四个月内予以批准。第63条第3款规定,对报请批准的较大的市的地方性法规进行审查时,发现其同本省、自治区的人民政府的规章相抵触的,应当作出处理决定。2015年修改的《立法法》除将较大的市扩大为设区的市外,没有对审查批准的具体内容加以细化和修改。

因此,从立法法的上述规定看,“立法法对设区的市地方立法明确了三条杠杠:其一,不得与上位法相抵触,这是维护国家法制统一最根本的要求。其二,立法权限范围是城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护三个方面。其三,立法要根据本市的具体情况和实际需要。”^[1]而关于省级人大常委会对设区的市地方性法规批准制度中的审查范围和标准的主要内容则规定为:对报请批准的设区的市地方性法规的合法性进行审查,将是否同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规抵触,作为决定批准与否的依据。此外,对设区的市的地方性法规同本省、自治区的人民政府规章抵触的,也应当作出处理决定。

二、对设区的市地方性法规批准制度中的审查范围和标准理解上的主要争议

对于《立法法》第72条规定的批准制度的审查范围和标准,各省在其制定的地方立法条例中对批准设区的市地方性法规的具体规定有差异,归纳起来,主要的争议点集中在:

1. 省级人大常委会对报请批准的设区的市地方性法规的审查是否只能进行合法性审查?

有的观点认为省级人大常委会审查批准设区的市地方性法规时只就合法性问题进行审查,不能进行合理性审查:“省、自治区的人民代表大会常务委员会对报请批准的地方性法规,应当对其合法性进行审查。经审查认为同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的,应当在四个月内予以批准。对于地方性法规的规定是否适当、立法技术是否完美、文字表述是否优美,不作审查。”^[2]

[1]李适时:《扎实推进设区的市地方立法工作为“四个全面”战略布局提供坚实法治支撑》,〔广州〕《地方立法研究》2016年第1期。

[2]全国人大常委会法制工作委员会国家法室编著:《中华人民共和国立法法解读》,〔北京〕中国法制出版社2015年版,第266页。

部分省制定的地方立法条例也明确规定对设区的市地方性法规只进行合法性审查,如《黑龙江省人民代表大会及其常务委员会立法条例》第七十五条规定:设区的市的地方性法规、自治县的自治条例和单行条例,须报(省人大)常务委员会批准后施行。常务委员会只审查其合法性,同宪法、法律、行政法规和本省的地方性法规不抵触的,应当在四个月内予以批准。《吉林省地方立法条例》第四十三条规定:省人民代表大会常务委员会对报请批准的地方性法规,应当并且只对合法性进行审查,同宪法、法律、行政法规和省地方性法规不抵触的,应当自收到报请之日起四个月内予以批准。审查发现同宪法、法律、行政法规和省地方性法规抵触的,不予批准。

有的观点则主张省级人大常委会审查批准设区的市地方性法规时不应将合法性审查作为唯一标准,应兼顾其他方面。如有人认为:“《立法法》第72条规定的审查范围及标准,应当主要是指进行合法性审查,并不当然排除其他方面的审查,只是应当将合法性审查作为审查重点和必备要素,而不应当将合法性审查作为唯一标准。实践中还有观点认为,对其他方面,比如对于地方性法规的规定是否适当、立法技术是否完美、文字表述是否优美,不作审查或者无权审查,是有失偏颇的。”^[1]有的学者也指出:省级人大常委会应当审查设区市地方性法规四方面内容:一是是否符合本市的具体情况和实际需要;二是是否同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触;三是是否属于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的内容;四是是否属于对上位法的重复性规定。该学者甚至主张将符合本市的具体情况和实际需要与不抵触原则置于同等重要的位置。对不符合本市具体情况和实际需要地方性法规,要求修改或不予批准^[2]。在立法实践中,有的省立法条例规定对报请批准的设区市地方性法规的合法性进行审查,但同时规定了设区的市地方性法规制定过程中,省人大常委会可以对其进行合法性、合理性等方面的指导。如《江西省立法条例》第53条规定就规定了对报送的设区的市报送的审议中的地方性法规草案,省级人大常委会相关部门应当重点就合法性提出意见,同时可以对合理性、针对性、可执行性等方面提出意见^[3]。

上述观点和立法实践表明,对于《立法法》规定的省级人大常委会批准设区的市地方性法规的审查是否应局限在狭义的合法性审查、不抵触原则的审查上还是不统一的。

2. 对于“不抵触”标准的不同理解

不抵触上位法原则是事关国家法制统一和权威的重要原则,也是设区的市地方立法必须坚守的底线。但如何理解把握不抵触原则的内涵和标准,学界有争议,实践中也不统一。

在各省地方立法条例中,有部分省份明确列举了报请批准的设区市地方性法规抵触上位法的判断标准,但内容不尽相同。《浙江省地方立法条例》第69条规定报请批准的地方性法规的规定有下列情形之一的为抵触:超越立法权限的;违反上位法规定的;违背上位法立法目的和立法精神的;其他违反法律、法规规定的情形。《贵州省地方立法条例》第41条规定报请批准的地方性法规的规定有下列情形之一的,为抵触:超越立法权限;违反上位法规定;设定的行政处罚超出法律、行政法规规定给予行政处罚的行为、种类和幅度范围;其他违反法律、法规规定的。《河南省地方立法条例》第65条则规

[1]肖迪明:《问题与对策:设区的市行使立法权探析》,〔广州〕《地方立法研究》2017年第1期。

[2]参见李春燕:《论省级人大常委会对设区的市地方性法规批准制度》,〔武汉〕《江汉学术》2017年第3期。

[3]《江西省立法条例》第53条:“设区的市的人民代表大会常务委员会审议法规草案过程中,可以根据需要将法规草案及修改稿送省人民代表大会常务委员会法制工作机构,由省人民代表大会常务委员会法制工作机构分送有关的省人民代表大会专门委员会、常务委员会工作机构或者有关单位、部门征求意见。有关的省人民代表大会专门委员会、常务委员会工作机构或者有关单位、部门对法规草案及修改稿,应当重点就合法性提出意见,同时可以对合理性、针对性、可执行性等方面提出意见,交由省人民代表大会常务委员会法制工作机构一并向设区的市的人民代表大会常务委员会反馈。”

定报请批准的地方性法规的规定有下列情形之一的为抵触:超越立法权限;上位法有明确规定的,违反该规定;上位法没有明确规定的,违反上位法的基本原则。上列省份规定的不抵触的情形除共性内容外,有的有兜底条款,有的没有;有的将违反上位阶法的立法目的、精神都视为抵触,有的则只限定在违反上位法的基本原则为抵触。立法对不抵触问题缺乏明确统一的规定,导致司法难以统一。为此,最高人民法院在2004年《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》中力图从司法层面统一对抵触标准的认识,在该会议纪要中最高法院将下位法与上位法抵触的常见情形归纳为11种^[1]。

有学者将判断抵触的标准归纳为:(1)侵犯中央专属立法权;(2)同上位法的规定相违反;(3)同上位法规定的精神或者立法目的相违背;(4)搞上有政策,下有对策^[2]。有的学者认为判断抵触的标准包括:(1)宪法、法律、行政法规允许的,而地方性法规却作出禁止性规定;或明文禁止的却作出允许性规定;(2)增加、减少或变更了法律责任的种类、幅度、适用范围或适用条件;(3)增加、减少或变更了执法主体、执法主体的执法权限或执法程序;(4)增加、减少或变更了宪法、法律规定的公民、法人或其他组织的权利和义务,或者改变了履行义务、行使权利的原则、条件或程序^[3]。有学者认为抵触的情形包括:(1)上位法有明确的规定,与上位法的规定相反的;(2)虽然不是与上位法的规定相反,但旨在抵消上位法的规定;(3)上位法没有明确规定,与上位法的立法目的和立法精神相反的;(4)违反了立法权限的规定,越权立法的;(5)下位法超出上位法规定的行政处罚的种类、幅度的,下位法超越权限设定行政许可的,下位法超越权限设定行政强制措施种类的^[4]。还有的学者归纳了17种抵触的情形^[5]。有的学者则针对审查设区市的地方性法规不抵触上位法强调应审查三个方面:一是否超越权限;二是否违反上位法的规定;三是否违背法定程序^[6]。对何为抵触的不同认知,导致省级人大常委会审查批准设区的市地方性法规是否抵触上位法时标准难以统一,对一些问题存在争议。

3. 设区的市地方性法规若与本省、自治区的人民政府规章抵触,能否成为省级人大常委会不予批准的事由?

《立法法》第72条第2款规定:省、自治区的人民代表大会常务委员会对报请批准的地方性法规,应当对其合法性进行审查,同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的,应当在四个月内予以批准。第3款紧接着规定:省、自治区的人民代表大会常务委员会在对报请批准的设区的市的地方性法规进行审查时,发现其同本省、自治区的人民政府的规章相抵触的,应当作出处理决定。前后两款的规定间是什么关系呢?第3款的规定是作为第2款规定的审批的条件的补充规定,还是仅仅要求省级人大常委会应协调处理市级法规与省级规章的冲突?换言之,省级人大常委会是否可以以设区的市地方性法规抵触省级政府规章(且是市地方性法规不适当)为由而不予批准?还是即便抵触省级规章,只要设区的市地方性法规同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触就应批准,在批准的同时提出处理市法规与省规章关系的意见?

对此,曾有一种意见认为,省级地方性法规不能和国务院制定的行政法规相抵触,同理,设区的市作为省、自治区的下级地方政权,其制定的地方性法规也不能同省、自治区的规章相抵触。依此思路,设区市地方性法规如抵触省级政府规章的,省级人大常委会自然不应批准。全国人大常委会法工委

[1]具体见最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》,法[2004]96号。

[2]参见李步云、汪永清主编:《中国立法的基本理论和制度》,〔北京〕中国法制出版社1998年版,第231-234页。

[3]苗连营:《论地方立法中“不抵触”标准的认定》,〔北京〕《法学家》1996年第5期。

[4]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年版,第300页。

[5]具体见董书萍:《法律适用规则研究》,〔北京〕中国人民公安大学出版社2012年版,第101-102页。

[6]参见李春燕:《论省级人大常委会对设区的市地方性法规批准制度》,〔武汉〕《江汉学术》2017年第3期。

国家法室对立法法解读中指出:对于设区的市地方性法规与同省、自治区的规章相抵触的,可以分三种情况处理:第一种,如认为省、自治区的规章不适当,可以批准设区的市的地方性法规,撤销省级规章或责成省级政府作出修改。第二种,如认为设区的市的地方性法规不适当,可以责成设区的市人大常委会对报批的地方性法规进行修改,如果设区的市不同意修改,可以不予批准。第三种,如果认为设区的市地方性法规与省、自治区规章均不适当,则可以分别按照以上两种办法处理^[1]。

各省的地方立法条例中对于设区的市法规与本省政府规章抵触问题的处理规定也不一致。概括起来,大致有如下几种:(以下只限于讨论省级人大常委会认为同省级政府规章的相抵触,是设区的市地方性法规规定不适当的情形)

(1)地方立法条例照抄《立法法》条款,没有对此具体规定的。多数省份基本照抄立法法的72条第3款的规定,没有进行专门的细化。

(2)修改后方批准的。如《江苏省制定和批准地方性法规条例》第58条规定,(省人大常委会)认为报请批准的地方性法规不适当,但同宪法、法律、行政法规和本省的地方性法规不相抵触的,可以修改后予以批准。

(3)笼统要求报请的设区市处理的。如《广西壮族自治区立法条例》第49条规定:认为报请批准的地方性法规不适当的,应当要求报请机关处理。

(4)附修改意见的方式批准的。如《江西省立法条例》第58条规定:认为报请批准的地方性法规的有关条款不适当,可采取附修改意见的方式批准。

(5)要求报请批准机关对不适当部分进行修改。如《福建省人民代表大会及其常务委员会立法条例》第39条明确省级人大常委会对设区的市地方性法规不抵触上位法的予以批准,接着在第40条规定省人大常委会认为报请批准的设区的市的地方性法规不适当的,可以要求报请批准机关对不适当部分进行修改。该规定不同于前面几种模式,因为它没有明确是在省人大常委会批准的同时向设区的市提出修改要求,还是将设区的市依照要求进行修改作为批准的前提,设区的市修改与否是否影响获得批准?

(6)在批准时提出修改意见,修改后再公布。如《湖北省人民代表大会及其常务委员会立法条例》第53条规定:认为报请批准的地方性法规不适当的,但同宪法、法律、行政法规和本省地方性法规不相抵触的,可以在批准时提出修改意见,制定机关应当根据修改意见进行修改后公布。

(7)退回报请机关修改后再报批。如《青海省人民代表大会及其常务委员会立法程序规定》第50条规定:报请批准的地方性法规不适当的,可以将报请批准的地方性法规退回报请机关修改后再报批。

上述几种规定中,第2和第7种,实际上是明确将设区市地方性法规与省级规章的抵触与否作为省级人大常委会批准设区市法规的条件。第4和第6种,则采用的是设区市法规与本省级政府规章抵触的,不影响该法规获得省级人大常委会的批准,但省人大常委会会提出修改意见。第1、第3和第5种,则对抵触是否影响批准的问题上规定不明确。

三、合理确定省级人大常委会对设区的市地方性法规批准制度中的审查范围和标准的若干思考

省级人大常委会对设区的市地方性法规的批准制度是维护国家法制统一、监督设区市地方立法

[1]全国人大常委会法制工作委员会国家法室编著:《中华人民共和国立法法解读》,〔北京〕中国法制出版社2015年版,第267页。

权合法行使的重要制度,而审查范围和标准又是批准制度的核心内容,审查范围和标准的不明确以及对此认知的不一致,会影响审查批准制度功能的有效发挥。因而,有必要对该问题进行学理探讨,并通过省级地方立法或对立法法的解释等方式将审查范围和标准进一步明确化。

1. 合理确定省级人大常委会批准制度中的审查范围和标准应遵循的原则

合理确定省级人大常委会批准制度中的审查范围和标准应遵循的原则,我们认为主要有两个:一是坚决维护宪法权威,维护国家法制统一,坚守设区市立法不得抵触宪法、法律、行政法规和本省的地方性法规的原则。这应当是建立审查批准制度最重要的目的。二是充分尊重和发挥设区的市人大及其常委会根据本市实际需要行使地方立法权的主动性、积极性和创造性原则。李建国副委员长在《关于〈中华人民共和国立法法修正案(草案)〉的说明》中指出“既要依法赋予所有设区的市地方立法权,以适应地方的实际需要,又要相应明确其地方立法权限和范围,避免重复立法,维护国家法制统一。”^[1]因此,省级人大常委会应把握《立法法》扩大设区的市立法权的精神和目的,在审查批准设区市法规时审查的范围和标准不能随意扩大和提高,审查标准制度作为维护国家法制统一的监督、把关制度,侧重的是不抵触原则的审查,而绝不应成为过度干预乃至事实上替代设区的市立法的藉口。这其实也是落实和传递宪法第3条第4款的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、积极性的原则的要求。实际上,在《立法法》修改前,原来的“较大的市”的一些先行性立法,既适应本地实际需要,具有鲜明特色,又对本省地方性法规乃至国家相关法律、法规的制定累积了经验,提供了借鉴。因此,在坚守法制统一,不抵触上位法的前提下,省级人大常委会不应过度干预设区的市立法权的行使,过度审查设区的市制定的地方性法规,必须充分尊重基层设区市的法治原创力和鲜活法治实践,宽容和鼓励地方上有特色、可执行的立法探索。

2. 省级人大常委会对报请批准的设区的市地方性法规审批时应只进行合法性审查

关于前文述及的省级人大常委会批准设区的市地方性法规的审查范围的实践和学理认识分歧,我们认为《立法法》第72条第2款明确规定了对设区的市法规的合法性审查和不抵触原则,从尊重设区的市地方立法权和立法法法条的文义出发,省级人大常委会审查批准时不应当将其扩大解释到包括合理性审查和立法技术问题在内。

至于《立法法》第72条第2款规定的设区的市根据本市的具体情况和实际需要,可以制定地方性法规,有学者以此主张将此要求与不抵触原则置于同等重要的位置,对不符合本市具体情况和实际需要地方性法规,省级人大常委会可以要求修改或不予批准。我们认为,这一观点值得商榷,它没有准确把握立法法确立的审查重点在于“不抵触原则”的本意,之所以赋予省级人大常委会审批权,就在于维护国家法制的统一,避免下位法的规定抵触上位法,至于设区市立法有没有根据市情和实际需要,并不是审查的重点。设区的市人大及其常委会作为设区市地方权力机关,也是由本市的各行各业代表组成的地方民意代表机关,其对本市具体情况和实际需要的把握与判断只会比上级人大常委会更准确和清楚,实践中省级人大常委会一般也会尊重设区的市人大对此的判断权。而且,如果将是否符合本市具体情况和实际需要交省级人大常委会判断并以此决定批准与否,反而可能不利于设区的市立法的自主性和地方特色的形成。

《立法法》第73条规定地方性法规对上位法已经明确规定的内容,一般不作重复性规定,那么重复立法与否是否是省级人大常委会审查批准设区的市法规的内容和标准呢?我们认为,设区的市立法重复上位法的规定,浪费了立法资源,没有必要,同时也不利于彰显地方立法的特色,确实应严格控

[1]《中华人民共和国立法法(含草案说明)》,〔北京〕中国法制出版社2015年版,第54页。

制和规范。但是,重复上位法的规定,立法法也没有完全禁止,也不可能完全禁止,特别是一些实施性地方立法完全不重复上位法的规定,也是不现实的。更重要的是重复立法很难被认定为是与上位法的抵触或是有悖于立法的合法性原则,从省级人大常委会对设区的市法规审查的重点“不抵触”原则看,不应将重复立法纳入决定审批与否的因素中考虑。

如果进一步追问的话,其实立法法确立的对设区市地方性法规的合法性进行审查,同上位法不抵触的予以批准,这一规定中存在两个概念或标准:合法性和不抵触。该规定是指省级人大常委会在批准设区市法规时是既要求满足合法性审查原则,又要求满足不抵触上位法?还是虽然进行合法性审查,但只要不抵触上位法就应批准呢?合法性和不抵触这两个概念并不等同。学界通说一般认为:合法性审查的内容主要包括:(1)立法主体所进行的立法活动是否有法的根据;(2)立法主体在立法活动中所行使的立法权是否合乎法的规定;(3)立法主体的立法活动是否符合法定程序;(4)立法所调整的范围是否超越法定界限;(5)立法活动所产生的规范性文件是否合法或者是与上位法相抵触;(6)立法活动和立法结果是否还有其他不合法甚或违法的情形^[1]。实际上,不抵触是被合法性所包含的要求,但有悖合法性的情形并不一定构成同上位法的抵触。例如地方立法违反法定程序当然属于有违合法性原则的事由,但却并不属于立法内容本身构成与上位法抵触。我们认为,立法法该条的规定,是要求省级人大常委会在审查设区的市报批的法规时,应对所报批的法规进行合法性审查,合法性审查的重点在于是否与上位法相抵触。不同上位法抵触是获批的必备前提,但并非只要不抵触上位法就一定应该批准。对于有违合法性的规定但不构成与上位法抵触的,省级人大常委会可以在要求设区市修改后予以批准。

当然,省级人大常委会对设区的市地方性法规批准与否的审查范围和标准不能任意解释和扩大,应限定在合法性审查内,这并不意味着对于设区市法规的合理性问题、地方特色,重复立法、文字表述优美与否、立法技术等问题,省级人大常委会均绝对不能涉足。“如何充分发挥省和设区的市两级立法的作用,主动权在省级,省级一定要把握好。省级人大常委会在审查设区的市的地方立法时,要尊重其创造性,要注意把握‘合法性’这个标准,对于合理性问题和立法技术问题,可以提出意见、建议,但不要扩大审查范围,影响设区的市依法行使立法权。”^[2]实际上在设区的市进行本级立法审议过程中,一般会将法规草案提交省级人大常委会相关部门征求意见,寻求指导,这时候,省级人大常委会是可以对此类问题提出意见和建议的,只是在设区市法规制定后报省人大常委会批准时,省人大常委会不能因报批法规的合法性以外的问题而不予批准。

3. 对“不抵触原则”的认识

前文已经述及省级人大常委会对设区的市地方性法规的审查批准的重点就在于其不同上位法抵触,因此,对不抵触原则的认识是合理确定审查标准的关键。我们认为,第一,不能混淆合法性原则与不抵触原则。地方人大及其常委会不应简单套用立法法第96条规定的可以由有关机关予以改变或撤销的三种主要情形——超越权限、下位法违反上位法规定、违背法定程序作为认定抵触的标准。

第二,不抵触上位法不仅指下位法的规定不能与上位法条文规定相抵触,也包括下位法的规定不能违反上位法的立法目的、基本原则和精神,即如有学者总结的不抵触包括不能直接抵触和间接抵触。“法与法之间的抵触,系指上位法与下位法针对同一事项作出规定,下位法与上位法的规定内容不一致,即下位法的规定违背了上位法的原则和条文。凡下位法规定违反上位法条文者,称作为直接抵

[1]周旺生:《立法学教程》,北京大学出版社2006年版,第359-360页。朱力宇教授认为合法性监督主要有:第一,立法的权限必须合法;第二,立法的内容必须合法,不得违反其上位法的规定;第三,立法的程序必须合法。参见朱力宇、张曙光:《立法学》,〔北京〕中国人民大学出版社2009年版,第217-218页。

[2]乔晓阳:《在新的起点上加强地方立法工作》,〔广州〕《地方立法研究》2016年第1期。

触;下位法规定违反上位法的立法目的、基本原则和精神的,称作为间接抵触。”^[1]

第三,不能简单机械的将下位法与上位法作出的不同规定都认定为抵触,判断设区的市地方性法规是否与上位法抵触,除需要从形式上考察下位法是否与上位法作出了不同规定外,还需要结合诸如是否有利于权利保障和权力控制等其他因素从实质意义上判断抵触与否。例如在法律规定的原则和范围内,作一些具体规定、分解或补充,将法律规定的原则具体化,增强可操作性;在法律设定行政机关职责范围内进一步强化责任规定,在法律设定行政相对人权利范围内进一步强化权利保障的要求等,就不会构成抵触^[2]。借鉴其他学者的观点,认定抵触在实质标准方面主要应考虑:下位法与上位法的规定是否损害了法制统一;是否有悖限制权力、保障权利精神;授益型规范和损益型规范适用不同的判断标准等^[3]。对设区市法规审查时特别要关注《行政处罚法》、《行政许可法》、《行政强制法》等对设区的市立法权限的授予与限制,避免出现与上位法的抵触规定,防止地方有关部门借地方立法固化部门利益,扩大本部门职权,不当限制公民、法人等的权利和自由。对于涉及公权力的规定,下位法从宽规定即构成抵触;涉及私主体权利时,下位法从严规定即构成抵触;对于授益型规范,下位法规定宽于上位法时不一定构成抵触;对于损益型规范(如有关行政处罚规范),下位法规定严于上位法时即构成抵触,宽于上位法也可能构成抵触。

4. 省级人大常委会应协调报请批准的设区的市地方性法规与本省、自治区的人民政府规章的冲突,但不能仅因与省级人民政府规章的冲突而对设区的市地方性法规不予批准。

对于报请批准的设区的市地方性法规不同上位法抵触,但同本省、自治区人民政府规章抵触的,我们认为省级人大常委会审批时不能以此为由不予批准。立法法第72条第3款要求省级人大常委会对设区的市地方性法规与本省、自治区规章的抵触作出处理决定,该款不应理解为是在72条第2款确定的对设区的市地方性法规的合法性审查,同宪法法律行政法规和本省、自治区地方性法规不抵触的予以批准这一审查标准的基础上,提出的又一个审批条件,而应理解为是对省级人大常委会提出了在批准设区的市地方性法规时要注意协调好设区的市地方性法规与省级政府规章关系的要求。一方面,立法法第72条是用2、3款分别就批准设区市地方性法规的标准(合法性、不抵触)和处理与省规章冲突作出规范,这样的区别安排,显然意味着设区的市地方性法规与省级政府规章的冲突不同于前款所设定的合法、不抵触标准那样会影响设区的市地方性法规最终能否获得批准。另一方面,设区的市人大及其常委会通过的地方性法规与省级人民政府制定的规章之间并不存在上下位阶法的关系,两者间的冲突不应直接影响到地方性法规的获批,在协调两者冲突的同时,还是要尊重设区的市地方立法权依法相对自主的行使。省级人大常委会发现设区的市地方性法规与本省、自治区人民政府规章冲突时,如果认为是规章不适当的,可以依据立法法第97条的规定撤销省、自治区的规章或责成其修改;如果认为是设区的市法规不适当的,但不与上位法抵触,则应该予以批准,批准的同时要求设区的市人大及其常委会进行修改。如果批准之后,设区的市人大及其常委会没有依据修改要求进行修改,则省级人大可以依据宪法和立法法的相关规定行使撤销权。总之,报请批准的设区的市地方性法规与本省、自治区人民政府规章的冲突应予协调,但不应直接影响省级人大常委会对其的批准。

〔责任编辑:钱继秋〕

[1]胡建淼:《法律规范之间抵触标准研究》,〔北京〕《中国法学》2016年第3期。

[2]参见杨林萍:《行政许可司法解释理解与适用》,〔北京〕中国法制出版社2010年版,第254-255页。

[3]参见周辉:《法律规范抵触的标准》,〔北京〕《国家检察官学院学报》2016年第6期。孙波:《地方立法“不抵触”原则探析——兼论日本“法律占先”理论》,〔上海〕《政治与法律》2013年第6期。