

# 论省与设区的市地方性法规的冲突及其解决

## ——以批准程序为中心

王翔

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005 博士研究生)

**摘要:** 新修订的《立法法》虽然赋予设区的市立法权,但未规定省与设区的市地方性法规的位阶关系,无法判断何者优先适用。根据科学立法原则,设区的市难免需要制定与本省地方性法规的不一致的规则,但这从形式上有损于国家法制的统一,也使法官难以选择适用。司法实践中将“批准”等同于“制定”进而认为二者具有同等效力,与批准程序的立法意图不符。传统理论认为解决法律冲突主要通过法律适用与解释,但在我国仍主要依靠作为立法监督手段之一的批准程序。调和法制统一内在的秩序需求和以问题为导向的地方立法内含的功能主义需求之间的矛盾,是设置批准权的最终目的,因此通过完善批准程序必将有助于解决省与设区的市地方性法规冲突。

**关键词:** 地方性法规; 法律冲突; 批准

**中图分类号:** DF3 **文献标识码:** A **文章编号:** 1005-0078 (2018) 4-137-08

### 一、问题的提出

自《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)修订以来,截止2016年12月底,全国已相继产生了148部除地方立法条例以外的设区的市地方性法规,与城市市容和环境卫生管理相关的法规有27部,占总数的18.24%。<sup>①</sup>其中出现了行政处罚数额超出省级地方性法规的相关规定的情形,例如新颁布的《三明市城市市容和环境卫生管理条例》第43条所设置的行政处罚数额明显突破了《福建省城市市容和环境卫生管理办法》第30条就同一行为所设置的数额上限。法律冲突的实质是不同规则对相同社会关系存在不同的价值评价,调和此类冲突的首要途径在于诉诸效力位阶,对法律适用者形成确定的约束,亦可以根据一定的适用规则进行取舍。然而《立法法》既未明确规定省与设区的市地方性法规之间的位阶关系,也没有相应的适用规则和裁决程序。我国目前主要通过省级人大常委会行使批准权避免出现冲突,但事实证明仍有漏网之鱼。从既有的审判经验来看,法官在面临这样的窘境时,一般会依据“新法优于旧法”

<sup>①</sup> 参见《各地推进赋予设区的市行使地方立法权工作情况表》,中国宪政网, <http://www.calaw.cn/article/default.asp?id=11919>。(最后访问时间:2017年1月16日)。

的原则，选择较新颁布的设区的市地方性法规。<sup>①</sup>如果依据现有的规则无法解决二者的法律冲突，那么此类司法判决中所采用的策略，是否能够成为解决这类法律冲突通行做法？如果现实给出的答案是否定的，证明当前法律体制尚不能给法官足够的规则前提作出解释弥补漏洞。为了维护社会主义法制的统一，解决此类法律冲突的担子势必仍要落到立法者的肩上。

## 二、司法实践中的冲突解决——“批准”的功能泛化

法秩序的统一性“不是现实存在的，而是解释的产物”，<sup>②</sup>法律冲突的出现与解决也大多发生在司法过程中。此前，省与设区的市地方性法规冲突先后曝光于2004年的“吴钦宝等不服福州市房地产管理局房屋拆迁管理案”和2007年的“金满公司诉广州市规划局行政处罚纠纷案”中。在吴钦宝案中，1993年8月1日起施行的《福建省城市房屋拆迁管理办法》第33条与2000年7月28日施行的《福州市城市房屋拆迁管理办法》第6条对于就地、就近还是异地安置的规定有所不同。两审法院均认为：首先，由于上述两部法规均由福建省人大常委会通过或批准，属同级效力；其次，《福州市城市房屋拆迁管理办法》颁布生效的时间在《福建省城市房屋拆迁管理办法》之后，根据新法优于旧法的一般原则，且本案的发生地在福州市内，因此应优先适用《福州市城市房屋拆迁管理办法》。<sup>③</sup>

2007年发生的金满公司案则是一起因行政处罚数额引起的纠纷，原告金满公司对广州市规划局作出1504万元的行政处罚决定不服，提起诉讼，案件焦点在于罚款数额。《广东省实施〈城市规划法〉管理办法》与《广州市城市规划条例》关于违法建设的罚款幅度规定不一致。一审认为：首先，二者同属地方性法规；其次，前者从1992年8月15日开始施行，适用于广东省，后者从1997年4月1日开始施行，适用于广州市。因此，规划局适用《广州市城市规划条例》对开发商进行行政处罚并无不当。据此，广州市越秀区法院一审判决维持规划局的行政处罚，二审维持原判。<sup>④</sup>

以上两份判决面对的是同一类型的法律冲突，即新的设区的市地方性法规和旧的省级地方性法规不一致，同时没有相应的适用规则。其判决思路大体一致，首先，确定省与设区的市地方性法规为同位阶；其次，根据“新法优于旧法”原则，同时考量案件发生地等因素，最终决定适用设区的市地方性法规，有观点将该审判思路称为“就近适用原则”。<sup>⑤</sup>然而从地理上，省与设区的市本就是包含与被包含的关系，难以用远近来衡量。更何况，地域因素既非本案唯一的裁判依据，亦不是核心要素，这是一个基于法规新旧、管辖地域范围等因素的综合考虑得出的结论。即抽象的结果不应仅仅是“就近适用”，同时还有“新法优先适用”。

反观以上判决思路，其面临的首要问题仍然是确定位阶。判决书确定二者为同位阶的理由是二者均由省级人大常委会通过或批准。但关于省与设区的市地方性法规的位阶关系，《立法

① 参见福建省福州市鼓楼区人民法院 [2004] 鼓行初字第 20 号行政判决书。

② [德] 伯恩·魏德士 《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社 2013 年版，第 326 页。

③ 参见福建省福州市鼓楼区人民法院 [2004] 鼓行初字第 20 号行政判决书；福建省福州市中级人民法院 [2004] 榕行终字第 156 号行政判决书。

④ 参见广东省广州市中级人民法院 [2007] 穗行终字第 660 号行政判决书。

⑤ 尹婷婷 《行政审判中的“较大的市地方性法规”》，载《公法研究》2013 年第 1 期。

法》并未提及，因此判断二者为同位阶的理由并不充分。其次，判决书中还援引了“新法优于旧法”，但其适用前提存在疑问。《立法法》第92条规定“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章，……新的规定与旧的规定不一致的，适用新的规定。”可以看出，所谓“新法优于旧法”，仅适用于同一机关制定的同位阶法律规则之间。而上述判决中所涉及的设区的市地方性法规，制定者显然不是省级人大及其常委会。因此审判机关不约而同都将省与设区的市地方性法规视为同一位阶的判断在合法性上存在一定问题，故今后类似案件的审判无法采用此思路。

程序上，根据2009年发布的《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》第7条规定“人民法院制作裁判文书确需引用的规范性法律文件之间存在冲突，根据《立法法》等有关法律规定无法选择适用的，应当依法提请有决定权的机关做出裁决，不得自行在裁判文书中认定相关规范性法律文件的效力”。但是其所谓“有决定权的机关”，通常在《立法法》第94条和第95条中皆有规定，其中并没有针对省与设区的市地方性法规产生冲突的处理规定。司法实践中确立的审判思路并不能很好地调和省与设区的市地方性法规的冲突，其根本原因仍在于既无适用规则，亦无裁决程序。

因此，司法机关在解决此类问题时只能将批准机关等同于制定机关，以此回避这一尴尬局面。但结合《立法法》第72条和第92条的规定，这一做法十分牵强。当下批准制度的设计，既没能充分发挥过滤冲突的功能，又构成了法官在审理此类案件过程中遇到的“斯芬克斯之谜”，对法律体系的融贯性已然造成不利影响。这种通过“批准”判断法律效力的做法，已经造成了“批准”功能泛化，超出了其设置意图。

### 三、法律冲突的过滤机制——批准程序

构建统一的法律秩序，是整个法律共同体共同追求的价值目标。而立法又是一个政治博弈的过程，多元价值客观共存于同一法律体制中在所难免。因此，司法机关在适用过程中，有时不得不通过解释弥补规则漏洞以解决法律冲突。但我国一直秉持严格规则的司法风格，法官自由裁量的空间极其有限。<sup>①</sup>新《立法法》将49个“较大的市”扩展为284个“设区的市”，大大增加了产生此类法律冲突的概率。一方面，省与设区的市立法权限的重叠为法律冲突创造了客观条件；另一方面，新增的235个设区的市缺乏立法经验，在“根据本市的具体情况和实际情况”制定地方性法规时很难把握好与省级地方性法规的不抵触关系。为了在权力下放的同时维护法制统一，新《立法法》继续保留了批准程序以预防法律冲突的产生。

当下，设区的市立法权表现为法规制定权，而立法权本来就是一个综合的权力体系，需要由多个机关共同参与，<sup>②</sup>省级人大常委会作为批准机关也是其中之一。在2000年《立法法》起草过程中，曾经想规定较大的市制定地方性法规，不须批准，只需要备案即可。“但有的同志认为

<sup>①</sup> 参见崔林林《严格规则与自由裁量之间——英美司法风格差异及其成因的比较研究》，北京大学出版社2005年版，第193页。

<sup>②</sup> 周旺生《立法学教程》，北京大学出版社2006年版，第215页。

目前各地立法水平参差不齐,赋予较大市人大及其常委会完全立法权的时机尚不成熟”,<sup>①</sup>新《立法法》也基本遵循了这一思路。批准程序作为立法程序中的一个环节,是省级人大常委会对设区的市立法进行监督的一种手段,<sup>②</sup>其目的在于维护国家法制的统一。

此外,设置批准权还有一个更重要的原因,即合宪性的要求。1982年《宪法》仅规定省级地方性法规制定权,设区的市地方性法规制定权最初仅由《立法法》所规定。在我国统一而分层次的立法体制中,任何无《宪法》依据的立法权力配置,其正当性必定受到质疑。由此不得不将设区的市立法权看作是省级人大常委会对《宪法》赋予权力的一种行使手段,<sup>③</sup>通过《宪法》规定的有制定权主体的批准以保证其合宪性。在一个规范等级体系中,“法律规范之所以有效力是因为它是按照另一个法律规范决定的方式被创造的,因此,后一个规范便成了前一个规范的效力的理由。”<sup>④</sup>因此在2018年修宪以前,如果一定要追溯《立法法》第72条第2款的宪法依据,只能将《宪法》第100条作为省与设区的市地方立法权共同的效力渊源,据此设置了批准程序。因何立法者甘冒此风险,直接通过《立法法》赋予设区的市立法权?

究其根本原因,在于我国地方立法权的配置一直以来沿袭以问题为导向的功能主义进路,而非志在构建一个井然有序的规范体系,法律位阶仅是维护法制统一的工具。彭真同志曾就赋予地方立法权的目的进行阐释“过去立法权集中在中央,后来感觉都集中在中央也集中不了……由地方依据中央总的方针,从自己的实际情况出发来规定,可以更好地解决本地的问题。”<sup>⑤</sup>因此,省与设区的市地方性法规在法律位阶上本无明确的必要,设区的市立法权也应当由二者共同行使。然而立法实践中,由于省与设区的市人大之间并不存在隶属关系,<sup>⑥</sup>《宪法》中所规定的地方性法规制定权实际上由两类相对独立的机关各自行使,规范层面的混同与实践层面的分离形成了一对根本矛盾,引发了省与设区的市地方性法规间难以协调的法律冲突。

因此,调和法制统一内在的秩序需求和以问题为导向的地方立法内含的功能主义需求之间的矛盾,是设置批准权的最终目的。但实践证明,批准权非但不能避免冲突的产生,还会加剧立法机关、司法机关、行政机关和公民等相关主体对此认识的分歧,继而降低法律的权威。一方面,以上各主体面临法律冲突时,大多会选择最有利于解决问题的地方性法规,这与法治社会的内在秩序需求不符。另一方面,现实中,设区的市地方性法规与本省地方性法规不一致之处,通常由其省级人大常委会所默许。作者在调研中就了解到,三明市人大就《三明市城市市容和环境卫生管理条例》罚款的数额与福建省人大常委会在提交批准前已达成共识。但法规冲突的产生究竟属于批准机关的默认,抑或是其疏忽而产生的漏网之鱼,从现有制度设计和立法实践中根本无从判断。这种仅在立法机关内部形成的默契不具备形式合法性,即没有相应的程

① 乔晓阳 主编 《中华人民共和国立法法讲话》(修订版),中国民主法制出版社2008年版,第308页。

② 吴高盛 主编 《〈立法法〉条文释义》,人民法院出版社2000年版,第110-111页;蔡定剑 《如何行使法规审批权》,载《人大研究》1994年第4期;丁祖年 《试论省级人大常委会对较大市地方性法规的批准权》,载《法学评论》1990年第6期。

③ 参见刘克希 《较大的市制定地方性法规应经批准——兼论贯彻〈立法法〉第63条》,载《法学天地》2001年第1期。

④ [奥]凯尔森 《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第141页。

⑤ 中共中央文献编辑委员会 《彭真文选》,人民出版社1991年版,第386-387页。

⑥ 参见蔡定剑 《中国人民代表大会制度》,法律出版社2003年版,第250页。

序机制使其具有公开的普遍意义，无法获得公众的认同，缺乏普遍的正当性，这也是当下以批准制度为核心的法律冲突过滤机制无法解决冲突问题的关键所在。

#### 四、如何用好批准权？

就国内法而言，我国目前的法律冲突主要体现为“不同立法主体制定的法律或统一立法主体先后制定的法律之间的冲突”，<sup>①</sup>理论上，根据冲突产生的不同结果可分为抵触无效的冲突和选择适用的冲突。<sup>②</sup>前者在确定法律位阶的前提下，可以适用“上位法优于下位法”；后者则适用于同位阶法律，依据“特别法优于一般法”和“新法优于旧法”等决定效力优先者；若无适用规则，应提请有决定权的机关裁决。但上述做法皆不适用于解决省与设区的市地方性法规冲突，因此批准制度对解决此类冲突的重要性不言而喻。批准程序的主要目的就是为“事先纠正不同法的形式之间的矛盾和不协调，以避免它们之间的冲突。”<sup>③</sup>

##### （一）各省批准程序的类型化分析

根据“行为模式+法律后果”的规则结构，批准程序的构成要素主要包括：行为主体—省级人大常委会；行为依据——不抵触原则；法律后果——批准或不批准。各省根据各自的立法需求和实际情况，主要对法律后果，即批准形式进行了不同程度的细化。如果省级人大常委会应在批准阶段对草案进行严格审查，理论上并不会产生法律冲突。然而，正因为《立法法》只规定了不抵触则批准，并未规定抵触情形应当如何处置，给地方立法留下裁量空间。纵观全国各省、自治区关于批准程序的规定，可以分为五种立法模式：

表 1：各省批准模式

序号	处理程序	省份	立法例
模式一	不予批准	福建、云南、山东、吉林、广西、贵州、湖北、辽宁、内蒙古、宁夏和新疆	《福建省人民代表大会及其常务委员会立法条例》(2016年修正)第39条第2款
模式二	不予批准或退回修改后批准	四川、河南、陕西、浙江和安徽	《四川省人民代表大会及其常务委员会立法条例》(2016年实施)第61条
模式三	不予批准或附审查修改意见的批准	江西和黑龙江	《江西省立法条例》(2016年修正)第57条
模式四	不予批准、修改后批准或退回修改后批准	山西、青海、江苏和海南	《山西省地方立法条例》(2015年修订)第64条
模式五	不予批准、退回修改后批准或附修改意见批准	甘肃和西藏	《甘肃省地方立法条例》(2017年施行)第70条第2款

如表 1 所示，地方立法主要针对抵触的情形在有限空间内制定了不同形式的程序性规定。虽

① 董皞 《论法律冲突》，商务印书馆 2013 年版，第 15 页。

② 董皞 《论法律冲突》，商务印书馆 2013 年版，第 19 页。

③ 宋方青 《我国一般地方立法的新体制——试论我国〈立法法〉的有关规定》，载《厦门大学学报》（哲学社会科学版）2001 年第 3 期。

然从不抵触原则完全可以推导出抵触不得批准的结论，但就目前的立法现状来看，“不予批准”仍然存在不同类型的程序设置模式。

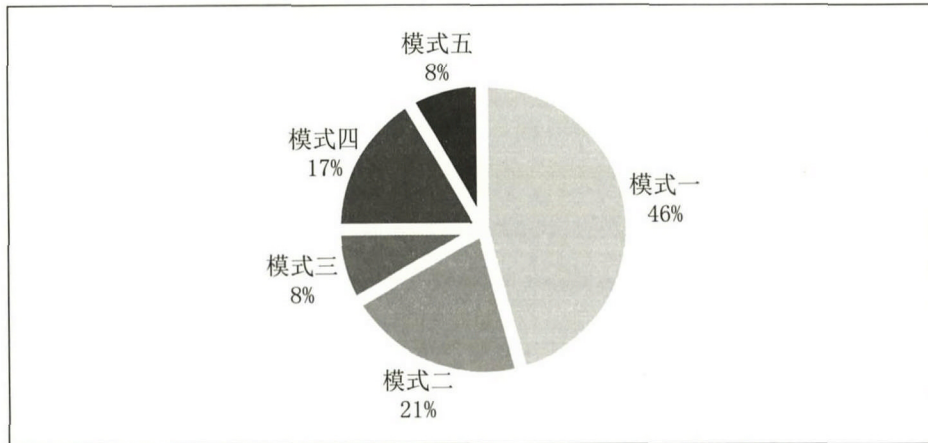


图1: 批准模式分布比例<sup>①</sup>

### 1. 独断式批准

如图1，模式一和模式三排除了“不予批准”程序中设区的市立法机关的参与，完全由省级人大常委会独断完成，尤其是全国近一半省份采取模式一“一刀切”式的笼统规定，并没有从程序上充分保障设区的市提出其地方立法需求，故称为独断式批准，其弊端有二：

其一，由于独断式批准并没有在批准过程中留给制定主体修改草案的机会，也即从形式上切断了设区的市立法机关向批准机关充分表达自身立法需求的法定渠道。那么设区的市立法机关为了使草案顺利得到批准，就不得不以请示、专家座谈会等形式征求省级人大常委会的意见，甚至最后以后者的意见为主。这就有可能导致立法主导权向批准机关转移，间接淡化了设区的市人大因地制宜地制定法规的权力主体地位。由此，势必削弱设区的市立法机关本应发挥的“立法的推动和引领作用”与“使改革于法有据”的双重功能。

其二，独断式批准看似不留余地，实际上并不能避免法规冲突的产生。以福建省为例，新颁布的《三明市城市市容和环境卫生管理条例》对“随地吐痰，乱扔果皮、纸屑、烟蒂”的罚款数额是省级地方性法规规定数额的10-40倍；再如《漳州市市容和环境卫生“门前三包”责任区管理若干规定》（草案）就行政处罚的设置问题，与福建省人大常委会沟通数次，几易其稿，最终仍突破了省级地方性法规设置的罚款限额。

### 2. 协商式批准

模式二、模式四和模式五共占45%，由于都有“退回修改后批准”一项，故称为协商式批准，其更加强调批准机关与制定机关的互动与协商。从程序设置上，协商式批准将设区的市立

<sup>①</sup> 表图数据均源自根据修改后的《立法法》制定和修正我国24个省、自治区地方立法条例整理而成。除台湾地区外，直辖市所辖无设区的市，故不列入考量。尚未根据修订后的《立法法》修订地方立法条例的省也暂不列入考量，如河北省和湖南省。

法机关视为与批准机关平等的主体，共同参与行使地方立法权，充分显示对制定机关地位的尊重，这与当下立法结构中监督主体与制定主体的职责界分相符。但协商式批准仍然没有解决以下问题：如果经充分论证，认为设区的市地方性法规确实有必要与省级地方性法规相抵触时，该当如何批准？

综上，诸模式的共同不足在于皆仅由批准机关的立场出发，试图以单一视角解决如何行使批准职权的问题，而未兼顾如何通过批准程序促进设区的市充分行使其立法权。批准机关不仅要根据不抵触原则进行批准，还需要结合设区的市之立法需求，考虑如何处理确需抵触省级地方性法规的报批草案，并及时清理旧法。如此一来，才能为地方立法的改革先导功能提供科学合理的法律保障，真正做到改革于法有据。

## （二）批准程序的完善

因此，一方面，省级人大常委会应当采取谦抑的姿态恪守立法监督职责，尊重设区的市立法机关的制定权，避免喧宾夺主；另一方面，批准程序应当对目前省与设区的市地方性法规冲突问题予以正面回应，赋予其形式合法性。就现有的立法实践而言，在批准程序诸构成要素中，法律后果——批准形式具有进一步细化的空间。

批准机关对抵触的默许，意味着被抵触之规则已无法满足当前的立法需求，批准程序就应当加入启动修法的规则，对不合时宜的旧法进行清理和修改。如果经审议，认为某设区的市人大提请批准的法规草案虽与省级地方性法规有所抵触，但并未违反《宪法》或法律的相关规定、基本原则或精神，或其它上位法抵触，同时又具备一定合理性，那么在批准之后，省级人大常委会应当以“决定”、“批复”等形式立刻启动对旧法的清理工作，或者直接就原省级地方性法规的个别条款进行修改。通过将类似“承认规则”嵌入批准程序的技术化处理，不但可以此为契机修正滞后的省级地方性法规，而且可以最大限度地避免法律冲突，使批准程序功能进一步得到优化。

## 五、结论

立法是政治博弈的结果，政治博弈的特点就在于不具备天然的确定性。这种不确定性与多元利益客观性共同导致了规则冲突，因此法律冲突的背后都存在价值分歧。因此法律冲突是无法避免的，法律的核心功能在于解决“面对分歧我们如何行动”，<sup>①</sup>立法的目的在于调和分歧而非消灭分歧。无论是梅克尔和凯尔森的法律秩序位阶结构说，还是哈特主张的“改变规则”，都在试图弥合规则冲突引发的对应当融贯的法律体系的撕裂，因为法律体系的内部融贯性仍然是法律共同体追求的主要价值目标。在我国，维护国家法制统一则是实现这一目标的主要要求。

“省、自治区、直辖市人大常委会是地方一级权力机关，是保证宪法、法律和行政法规在本行政区域内贯彻实施的重要环节。”<sup>②</sup>地方各级人大常委会中，仅省级人大常委会同时拥有地方性法规的事前批准和事后审查之职权，是在当下央地关系中维护国家法制统一的关键枢纽。但批

<sup>①</sup> [美] 杰里米·沃尔德伦 《法律与分歧》，王柱国译，法律出版社2009年版，第10页。

<sup>②</sup> 张春生主编《中华人民共和国立法法释义》，法律出版社2000年版，第257页。

准程序仅能解一时之厄，长远来看，随着设区的市立法需求的不断丰富，设区的市人大立法技术的不断成熟，设区的市对立法权的完整性和独立性之要求必将愈加迫切。更兼备案审查制度一旦发育到足够完备，必将能够独立承担立法监督的任务，取消省级人大常委会的批准权在所难免。然而从当前地方立法的整体形势来看，当务之急仍然是如何用好批准权。这不但是一个立法技术层面的问题，而且关乎地方立法权运行的过程和结果如何遵循合法性、民主性与科学性等原则，最终实现立法权的正当行使。

## **On the Conflicts and Resolution of the Local Laws and Regulations in Provinces and District-level Cities ——Centering on Approval Process**

WANG Xiang

( Law School of Xiamen University , Xiamen , Fujian Province , 361005)

**Abstract:** Although the newly amended “Law of Legislation” grants the city’s legislative power to the district , it does not stipulate the hierarchical relationship of local laws and regulations between the provincial and district-level cities. According to the principle of scientific legislation , it is inevitable that the district-based cities need to formulate rules that are inconsistent with the local laws and regulations of the province. However , this formally undermines the unity of the national legal system and makes it difficult for judges to choose their application. In judicial practice , “approval” is equated with “formulation” and it is considered that both have the same effect , which is inconsistent with the legislative intent of the approval process. The traditional theory holds that the resolution of legal conflicts mainly involves the application and interpretation of laws. However , in China , it still mainly depends on the approval process which is one of the means of legislative supervision. The contradiction between reconciling the inherent order requirements of the legal system and the functional requirements contained in the problem-oriented local legislation is the ultimate goal of setting the approval right. Therefore , perfecting the approval process is the main approach to solve the conflict of local laws and regulations between the provincial and district-level cities.

**Key words:** Local Laws and Regulations; Legal Conflicts; Approval

( 责任编辑: 王万华)