

doi:10.16018/j.cnki.cn32-1499/c.201601006

论法与法之间抵触的判断规则

——在放权地方立法背景下的观察

王传国

(北京市人大常委会,北京 100022)

摘要:现行法律并未明确规定法与法之间抵触的判断标准,理论和实务也大多倾向于对抵触情形进行列举式描述。为了使抵触的判断标准更具操作性,从规范角度进行精细化建构尤为必要。法与法之间的抵触微观上是法的要素之间的抵触,法的要素包括法律概念、法律规则、法律原则,通过逻辑的整合,可以将法与法的抵触分为下位法规则与上位法原则的抵触、下位法规则与上位法规则的抵触。下位法应当遵循上位法的基本原则,但法律原则不应包括主观的立法者本意。对于不同位阶法律规则之间的抵触,法律规则逻辑结构仅可以作为抵触的抽象分类标准,至于具体的判断规则,仍需依据法律规范的内容种类进行类型化分析。

关键词:法与法抵触;判断标准;类型化分析;法律原则;法律规则

中图分类号:D922.1 **文献标识码:**A **文章编号:**1008-5092(2016)01-0025-05

一、法与法之间抵触的规范界定

我国立法存在多主体、多层级的特征,但同时又属于一元立法体制,多主体、多层次与一元属性之所以能够相互调适,便是因为“不抵触”原则发挥着维持立法体系内部协调性的作用。特别是2015年《立法法》修改后,原来49个较大的市才享有的地方立法权扩大至全部282个设区的市,地方立法主体数量大大增加,在此情形之下,“不抵触”原则被赋予了更多的功能期待。但与不抵触原则的重要性不相称的是,立法并未对抵触或不抵触的含义作出明确解释,尽管“抵触”概念的抽象性规定非常清晰,但具体适用时的内容则是匮乏的。基于此,对“抵触”的内涵进行深入剖析,继而构建一个精细化的判断标准,无疑是一个有益的尝试。

根据我国《宪法》第5条的规定,一切法律、行政法规、地方性法规都不得同宪法相抵触。修改后的《立法法》第63条也规定,在不同上位法相抵触的前提下,根据具体情况和实际需要,省级人大及其常委会可以制定地方性法规,设区的市

人大及其常委会也有权就城建、环保、历史文化保护等事项进行地方立法。但无论是《宪法》还是《立法法》,均只是单纯使用了“抵触”这一技术性词汇,至于这一技术性词汇在法律规范制定、适用与备案审查实践中如何技术性地操作,则并未给出清晰的提示和指引,相关的适用范围也不明确。

首先,“抵触”是否具有立法层级上的要求?根据《宪法》的前述规定,抵触所指似乎仅限于法律、法规层面,如此一来,不抵触原则便具有特定指称和特定的适用范围。然而,这一理解显然与《立法法》的相关规定不一致,修改后的《立法法》第87条将自治条例、单行条例及规章都纳入了“不得同宪法相抵触”的范畴之下。因此,“抵触”处理的是不同位阶法律规范的关系,当位阶顺序不同时,上位法优于下位法,是决定相竞合法律规范间优先效力的简明规则^{[1]490}。不抵触原则并非针对法律、法规层面的特定规则,而是延伸至规章一体适用。至于其他规范性文件,笔者认为,从规范的视角而言,不抵触原则的功能定位在于维持我国立法体系内部的协调一致性,而其他规范性文件并非《立法法》明确规定的立法形式,因而并

收稿日期:2015-07-22

作者简介:王传国(1991—),男,江苏徐州人,硕士,研究方向:宪法学与行政法学。

不在不抵触原则的语义涵盖之内。

其次,除了“抵触”概念,《立法法》等基本法还使用了“根据”概念。那么,应当如何理解“不抵触”与“根据”的关系?对此,有学者指出,“根据”当中必然性地包含“不抵触”的因素,“不抵触”当中也包含一定的“根据”因素,虽然此类的根据要求较为宽松^[2]。从《立法法》的相关条款来看,这一观点值得商榷。例如,对于国务院制定行政法规,《立法法》第65条使用了“根据”;对于各部委、设区的市以上地方政府制定规章,第80、82条同样使用了“根据”。而行政法规和规章的立法权限显然无法并论。基于此,不应当在技术性层面硬性区分“不抵触”的程度高于“根据”,抑或“根据”的要求高于“不抵触”。一种可能的理解是,地方性法规不抵触上位法即为合法,体现了国家对于地方人大立法权的充分尊重,笔者认为,应当从这一角度看待“不抵触”和“根据”的区别。

再次,为了确定“抵触”的含义,我们还必须厘清“抵触”与“不一致”的差异。下位法抵触上位法,必然与上位法不一致;而下位法与上位法不一致,也有可能形成抵触,所以,纯粹从文义角度难以准确区分两者的界限。而实际上,求诸规范分析即可发现,“不一致”具有特定的含义和使用语境。根据修改后《立法法》第94、95条的规定,“不一致”适用于法律对同一事项新的一般规定与旧的特别规定之间、行政法规对同一事项新的一般规定与旧的特别规定之间、地方性法规与部门规章之间、部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间、根据授权制定的法规与法律之间等情形。由此可知,“抵触”与“不一致”的差别并不在于规范冲突的程度,“抵触”处理的是不同位阶法律规范的关系,而“《立法法》为‘不一致’赋予了特定的含义,将其限定为同位法或准同位法之间具有可协调性的冲突。”^{[1]499}

二、法与法之间抵触的判断思路之重构

以上从规范维度界定了“抵触”的内涵所指。但是,法与法之间抵触的问题到此并没有得到解决,相反,这仅仅是问题解决的逻辑起点,还必须回答的是,究竟如何判断下位法与上位法构成抵触的问题。

1. 现有判断标准之梳理

学界对于抵触的判断标准大多采取描述方法而非规范界定。概括而言,法与法之间的抵触集

中性地体现在以下几个方面:第一,形式和实质上的双重抵触,即上位法已经有明确规定,下位法直接作出相反规定。第二,实质抵触,即在形式上虽然不与上位法规定形成抵触,但通过立法技术迂回或立法上的“脱法行为”,在实质上抵消上位法的规定;或者上位法暂未作出具体规定,下位法先行立法时,与上位法的立法目的和立法精神相悖。第三,立法权限的抵触,违反法律保留原则的约束,超越权限立法。除此之外,学者所列举的情形大多未遵循严格的分类逻辑,而是在次一级逻辑层面上,按照实践中的多发性、重要性、典型性等进行梳理,包括地方立法对同一事项规定了比上位法更重的处罚种类或者限度,没有上位法授权而限制相对人的权利或给相对人增加义务等。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》对这一问题采取了同样思路,并结合审判实践进行了更为详尽的列举,包括下位法违反上位法或上位法的立法目的,扩大上位法的权利范围、权利主体范围、行政主体职权范围,限缩义务范围、义务主体范围,改变违法行为的性质,延长履行法定职责期限,增设行政许可、行政强制、行政处罚的适用条件等十多种情形。

2. 基于法理学的路径尝试

法与法之间抵触的判断标准是否只能被列举而不能被规定能否借助一个分析工具,对法与法的抵触进行逻辑周延的描述。笔者认为,所谓法与法的抵触,并非两部法律整体的抵触,而是具体法律规范之间的抵触。基于此,“法的要素”概念为这一问题的解决提供了思路。法的要素包括规则、原则和概念三种基本成分,理论上,法与法的抵触也就发生在这些基本要素之间。但是,法与法的抵触并非上述要素简单的排列组合。这是因为,尽管概念是适用法律规则和原则的前提,其本身却不能将一定的事实状态和法律效果联系起来^{[3]124}。即使法律概念的内涵存在抵触,最终也会转化为法律规范之间的抵触。此外,下位法的基本原则直接抵触上位法,尽管理论上可能,但实践中极少出现,讨论这一情形也不具有现实意义。综上所述,法与法之间的抵触首先可以界分为下位法规则与上位法原则的抵触、下位法规则与上位法规则的抵触两个方面。进一步地,我们可以发现,“下位法规则与上位法规则的抵触”本身不具有操作性,需要进一步细化。从法律规则的逻辑结构而言,法律规则包括假定条件、行为模式和

法律后果三种成分。假定条件是关于适用该规则条件的规定;行为模式是关于允许、禁止和应当的规定;法律后果是对遵守或违反规则的行为予以肯定或否定评价的规定。应当注意的是,假定条件、行为模式和法律后果作为法律规则必不可少的要素,仅是就逻辑层面而言,在表述法律规则的内容时,则常常对某种要素加以省略。“但是,省略并非不存在,被省略的要素存在于法律内在的逻辑联系之中,只是没有被明文表述出来而已。”^[3]¹¹⁸

然而,从逻辑结构出发抽象地讨论法与法的抵触,难以获得具有操作性的判断规则。例如,当我们判断下位法能否对上位法规定的假定条件进行扩大或缩小时,我们并无法给出统一的回答,必须根据法律规范的权利性或义务性、强制性或任意性而作不同的讨论。在这一意义上,法律规则的逻辑结构至多可以作为法与法抵触抽象性的分类标准,却无法承担作为判断标准的任务。要厘清抵触的判断标准,仍需依据法律规范的内容种类进行类型化分析。法律规范可以分为权限性规范、授益性规范、负担性规范和技术性规范。本文讨论基本不涉及技术规范,故将依次从权限性规范、授益性规范、负担性规范的角度对法与法之间的抵触进行检讨。

应当说明的是,学者一般区分上位法有明确规定、没有明确规定两种情形来讨论法律规则之间的抵触,但笔者认为,上位法不仅包括针对同一事项的直接上位法律,也包括其他应予遵守的上位法律规范,权限规范同样包括在“上位法”范畴之中。对于上位法没有明确规定的情形,如果下位法超越权限进行了规定,即构成与宪法、组织法或其他相关法律的职权性规定相抵触。据此,将上位法有明确规定、没有明确规定两种情形合并讨论,并不存在问题。

三、法与法之间抵触的类型化分析

1. 下位法规则与上位法原则的抵触

法律的基本原则是指贯穿该法始终的核心和精神,一般规定在总则中,但也可明确规定或暗含在总则之后的具体条文中。上位法的基本原则对于下位法具有约束力,一旦违反,即构成抵触。例如,《行政处罚法》规定了公正原则,要求处罚种类和幅度与违法行为的事实、情节、社会危害程度相适应,如果下位法将行为人的态度等设定为实

施处罚的考量因素,即与《行政处罚法》相抵触。

有学者提出,除了符合上位法基本原则与精神以外,下位法同样不得违背上位法立法目的和意图,即不与立法本意或基于立法背景所作的解释相抵触^[4]。笔者并不否定立法目的对于下位法的效力,但是,立法目的与意图不应进行主观的解释,而应求诸法律的客观目的。法律一经制定,便与立法者分离而成为一种客观存在,立法者在立法时赋予法律的意义、观念及期待,并不具有约束力,具有约束力的是存在于法律内部的合理意义。所谓的“立法目的与意图”,并非立法者历史的真实意志,而是“法律的意志”。因此,下位法应予遵循的,并非基于立法者本意或立法背景解读的立法目的,而是法律本身的客观目的。

2. 权限性规范之间的抵触

基于法律保留原则,除非下位法获得了上位法授权,否则无权对法律保留范围内的事项进行规定。此处的“法律保留”应作广义理解,包括法律、法规、规章的保留。《立法法》第8条集中规定了法律保留的范围,其他法律中也存在法律保留的相关规定,如《行政处罚法》第9-14条关于行政处罚设定权的规定、《行政许可法》第14-17条关于行政许可设定权的规定。对于上述权限性规范的违反,无疑构成典型的“抵触”。最高人民法院在批复中也持类似观点,如《最高人民法院行政庭关于劳动行政部门是否有权作出强制企业支付工伤职工医疗费用的决定的答复》明确指出,根据现行法律规定,劳动行政部门无权强制企业支付工伤职工医疗费用。

值得思考的是,如何理解法律保留“事项”的含义?例如,《行政许可法》第15条规定,尚未制定法律、行政法规的事项,地方性法规可以设定行政许可。对此,严格论者认为指向的是整个领域,而宽泛论者则认为指向具体事项。《行政处罚法》第11条面临着同样的争议,如果作宽泛的理解,本条规定是否意味着:如果地方性法规认为不需要对法律、行政法规的既有规定作出具体化规定,而需要在法律或行政法规的既有规定之外另行设定,就可以不受必须在既定行政处罚的行为、种类、幅度的范围内规定的约束^[5]。笔者认为,将“事项”理解为“具体事项”的解释方法不符合宪法规定的法治原则以及相关法律的立法目的。《行政处罚法》、《行政许可法》等最重要的立法目的即在于规范设定权限,保障相对人合法权益。

如果允许进行宽泛解释,将在根本上消解立法意旨。因此,应当对“事项”持严格解释立场,严格限制下位法对于行政处罚、行政许可的设定权限。

3. 授益性规范及负担性规范的抵触

对于上位法的授益性、负担性规范,下位法不得作出对相对人更为不利的规定,否则即构成抵触。同时,基于行政给付和福利行政原理,下位法可以作出对相对人更为有利的规定,但不得违反上位法的强制性规定,否则同样构成抵触。例如,对于税种设立、税率确定、税收征管等税收基本制度,只能由国家法进行统一规定,下位法不得进行授益性规定。以上是判断上下位阶法律之间授益性、负担性规范是否抵触的一般原则,但问题的关键在于,“不利规定禁止”仅是一种价值判断,在操作层面,“不抵触”仍需求诸形式上的“具体规定”。一般情况下,下位法规定是否属于对上位法的具体和细化并不难判断,如《最高人民法院〈关于秦大树不服重庆市涪陵区林业局行政处罚争议再审一案如何适用法律的请示〉的答复》中指出,《重庆市林业行政处罚条例》关于没收无规定林产品运输证的林产品的规定,超出了《森林法》规定的没收范围,应适用上位法规定。笔者认为,是否属于“具体规定”难点在于对裁量性规定、不确定法律概念两种情形的判断,下一部分即着重探讨这一问题。

四、裁量性规定及不确定概念抵触的判断基准

1. 裁量性规定之间的抵触

裁量性规定是指下位法在对上位法进行具体规定时,可以进行幅度或者种类上的选择,根据不同情形将上位法宽泛的规定予以具体细化。如《治安管理处罚法》第26条规定:“有下列行为之一的,处五日以上十日以下拘留,可以并处五百元以下罚款;情节较重的,处十日以上十五日以下拘留,可以并处一千元以下罚款:……”这一规定极为典型,不仅罚款数额、拘留时间存在较大幅度差距,而且对于罚款和拘留还存在是否选择并处的空间。因此,下位法在对《治安管理处罚法》进行执行性规定时,即存在较大的裁量空间。从逻辑上而言,只要下位法的规定没有超过《治安管理处罚法》规定的幅度与种类,即使其存在畸轻畸重的情形,亦难以认定与上位法存在抵触。

但是,这并不意味着裁量性规定不存在构成

抵触的可能。笔者认为,当下位法的“具体规定”将上位法预留的裁量空间压缩为零,将之实质性地变更为羁束性规定时,构成与上位法的抵触。例如,《道路运输条例》第70条规定,对于违反本条例的行为,处1000元以上3000元以下的罚款。而《苏州市交通局交通行政处罚裁量基准》则规定,初次违规处罚1000元,第二次处罚2000元,第三次及以上处罚3000元。这就完全排除了上位法在幅度、种类上的裁量性而将之羁束化。上位法之所以预留裁量空间,不仅是为了下位法可以根据各地不同情况作出细化规定,更是为了能够因应具体个案情形作出妥当处理。如果下位法进行具体规定时,排除裁量性进行羁束化规定,应当认为违背了上位法立法目的,构成与上位法的抵触。

2. 不确定法律概念之间的抵触

不确定法律概念是指未明确表示而具有流动性特征的法律概念,其包含一个确定的概念核心以及一个多多少少宽泛不清的概念外围。此种不明确的概念,多见于法规之构成要件层面,亦有见于法规之效果层面^[6]。不确定法律概念具有抽象性、模糊性与授权性等特点,抽象性与模糊性不难理解,授权性则具有仔细分析的必要。“不确定法律概念之所以须有授权性之规定,乃因立法者于立法之际,无法详尽预料事件可能发生之具体确实情形。深恐无授权性之规定,判断即可能引起不公正之结果。为求行政处罚恰如其分,不得不有授权性之规定,使执法者能依该事件发生之具体确实情形予以衡量伸缩适用,以求获得较为公平结果之处理。”^[7]因此,下位法对于上位法规范中的不确定法律概念进行具体化规定,不仅具有必要性,更是不确定法律概念“授权性”的内在要求。

不确定法律概念和裁量性规定不同,裁量性规定具有数额上的幅度或者种类上的选择性,其外部界限极为明确,是否突破一目了然;不确定法律概念则是“包含一个确定的概念核心以及一个多多少少宽泛不清的概念外围”,并不存在裁量性规定中的明确幅度。或者说,即使其存在一个幅度范围,该范围也非外显的,而是隐性的。因此,判断下位法对于不确定法律概念的具体规定是否抵触上位法,必须求诸法律解释的方法。

在现实中,下位法往往通过类型化的方式对上位法的不确定概念进行规定,那么,如何判断某

一类型规定是否涵摄于不确定概念的内涵之中?法律解释的方法多种多样,应当按照怎样的顺序予以适用?对此,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》的见解可资借鉴。《纪要》认为,法院对于所适用的法律规范,一般按照通常语义进行解释;有专业上特殊涵义的,优先按照专业涵义理解适用;语义不清或有歧义的,可以根据上下文和立法宗旨、目的和原则等确定其涵义。依照这一顺序进行检讨,如果下位法的规定明显偏离不确定概念的可能涵义,明显超出可能的语义射程,即应该认为与上位法相抵触。

参考文献:

- [1] 胡建森. 法律适用学[M]. 杭州:浙江大学出版社,2010.
- [2] 叶世治. 关于我国立法制度中“根据”与“不抵触”的比较[J]. 行政与法,2002(8):70-73.
- [3] 张文显. 法理学[M]. 北京:法律出版社,2007.
- [4] 顾建亚. 突破上位法时的抵触标准——以“其他规范性文件”为研究基点[J]. 中国地质大学学报,2006(4):87-91.
- [5] 唐明良,卢群星. 论地方性法规的行政许可设定权——对《行政许可法》第十五条第一款的解读及其他[J]. 重庆大学学报,2005(4):104-109.
- [6] 翁岳生. 行政法[M]. 北京:中国法制出版社,2002:225.
- [7] 李肇伟. 法理学[M]. 台北:台湾出版公司,1979:335.

五、结语

现行法律并未明确规定法与法之间抵触的判断标准,理论和实务也大多倾向于对抵触情形进行列举式描述。为了使抵触的判断标准更具操作性,本文尝试从规范主义视角出发,将法与法之间的抵触解构为微观层面法的要素之间的抵触,通过逻辑的整合,界分为下位法规则与上位法原则的抵触、下位法规则与上位法规则的抵触。在此基础上,进一步提出了较为具体的判断规则,是否妥当,还有待实践中进一步检验。

Discussion on Judging Criteria of Collision Between Law and Law ——In the Background of Granting Authorization to Local Legislation

WANG Chuanguo

(Beijing Municipal People's Congress, Beijing 100022, China)

Abstract: The current law doesn't clearly define the standard how to judge collision between law and law, the theory and practice also tend to describe the conflict situation. In order to make the judgment more operational, it is necessary to elaborate from the angle of the standard. The contradiction between law and law is the contradiction between the elements of law, and the elements of law include the legal concept, legal rule and legal principle. Through the integration of logic, it can be divided into the conflict between subordinate rule and principle of upper law, and conflict between subordinate rule and upper rule. The subordinate law should follow the basic principle of the upper law, while the legal principle should not include the subjective intention of legislator. For collision between different legal of rules, the logical structure of legal rules can only be used standard of abstract classification, as to the specific judgment rule, it is still necessary to carry on the analysis of type and contents of the legal norms.

Keywords: collision between law and law; judging criteria; type analysis; legal principle; legal rule

(责任编辑:沈建新)