

顾问◎朱新力 任亦秋

立法前沿

(第一辑)

主编◎郑春燕 田梦海



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

顾问◎朱新力 任亦秋

立法前沿

(第一辑)

主编◎郑春燕 田梦海



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

立法前沿(第一辑)/郑春燕,田梦海主编. —杭州:
浙江大学出版社, 2017. 10
ISBN 978-7-308-17382-7

I. ①立… II. ①郑… ②田… III. ①地方法规—立
法—研究—中国 IV. ①D927

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 221733 号

立法前沿(第一辑)

主编 郑春燕 田梦海

责任编辑 姜井勇(jiangjingyong@zju.edu.cn)

责任校对 罗人智

封面设计 周 灵

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 杭州中大图文设计有限公司

印 刷 杭州日报报业集团盛元印务有限公司

开 本 787mm×1092mm 1/16

印 张 13.5

字 数 241 千

版 印 次 2017 年 10 月第 1 版 2017 年 10 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-17382-7

定 价 50.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行中心联系方式: 0571-88925591; <http://zjdxcbbs.tmall.com>

目录 Contents

名家论坛

地方立法的立法依据与权利能力辨析·····	莫纪宏/3
-----------------------	-------

立法专论

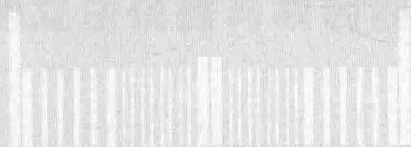
论设区的市的地方性法规之立法前评估·····	李春燕/17
论我国人大立法辩论制度的建构·····	孙洁/30
地方立法统一审议的交涉性研究·····	徐子涵/53

立法评析

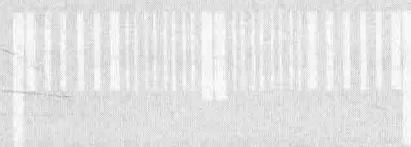
构建地方国家权力机关主导下的“衡平程序”·····	陈姜季/87
如何破解地方政府规章范围受限之局 ——基于《中华人民共和国立法法》第八十二条第三款的探讨·····	叶新火/102

立法动态

全面依法治国背景下人大主导立法工作研究 ——基于宁波市人大地方立法工作改革创新思考·····	肖子策/123
地方人大在立法过程中主导功能的实证考察与机制完善·····	阎锐/137
地方立法中可操作性原则的践行 ——以上海市人大的地方立法为例·····	许超/189



名家论坛



地方立法的立法依据与权利能力辨析

◎莫纪宏

摘 要:本文通过考察宪法和立法法文本的方式,结合现行宪法所规定的中央与地方关系,从法理上明确地否定了分权意义上的“地方立法权”概念作为地方立法的正当性来源的合法性。在此基础上,通过分析地方立法的立法依据的来源和存在形式、特征,结合民事权利能力概念的逻辑构造,通过引进“地方立法权利能力”的概念来构建地方立法的正当性基础,并强调要进一步完善我国宪法和立法法所规定的立法授权机制,加强地方立法的立法监督机制建设,以此来推动地方立法再上一个新台阶。

关键词:地方立法权;授权;立法依据;权利能力;立法监督

当前,地方立法工作遇到的基本法理问题仍然是合宪性和合法性不清晰,无法形成整全的地方立法体制、机制和制度。尽管2015年3月15日十二届全国人大四次会议修订了2000年出台的《中华人民共和国立法法》,扩大了地方立法的“空间”和“范围”,但由于我国现行宪法和立法法并没有在法理上真正有效地解决地方立法的正当性问题,故在深化地方立法工作、提升地方立法能力、强化地方立法作用方面,存在着许多无法用法治原则来建立规范化的地方立法体制、机制和制度的法理困境与制度障碍。这些问题必须在理论上给予高度关注,与此同时,应当运用恰当的法律解释方法来为地方立法提供必要的正当性依据。本文试图运用“地方立法的立法依据”和“地方立法权利能力”两个概念来为地方立法的正当性提供较为科学的法解释路径,以期为地方立法工作做出些微的理论贡献。

莫纪宏,中国社会科学院法学研究所副所长,研究员。

一、地方立法权概念的缺失表明地方立法 缺少法律上的独立性和自主性

众所周知,宪法是我国的根本大法,具有最高法律效力。现行宪法第5条第三款规定:“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”在中国特色社会主义法律体系中,地方立法也是重要的立法层次,地方性法规和地方政府规章作为地方立法的最主要的形式,必须要服从作为根本法的宪法的要求。但可惜的是,我国现行宪法文本中并没有“地方立法权”的概念,只有“国家立法权”的术语^①。很显然,依据宪法规定享有“立法权”,才能保证享有“立法权”的立法主体立法行为的主动性和自主性。可以说,“地方立法权”是地方立法的正当性基础,没有“权”,哪来的“正当性”?当然,这里的“权”,是国家权力性质的,是 power,而不是 right。可惜的是,在现行宪法没有赋予地方立法权的制度大前提下,地方立法权的概念却一直在地方立法实践中使用,导致地方立法的“立法依据”在理论上出现了混乱。

值得注意的是,“地方立法权”概念甚至在2000年全国人大制定的《中华人民共和国立法法》的法律文本中也没有出现。2015年修订的《中华人民共和国立法法》第3条明确规定,“立法应当遵循宪法的基本原则”,故在新修订的立法法文本中也没有出现“地方立法权”概念。不仅如此,《中华人民共和国立法法》第2条还明确规定:“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的制定、修改和废止,适用本法。”“国务院部门规章和地方政府规章的制定、修改和废止,依照本法的有关规定执行。”上述条款涉及地方立法的立法形式的至少有地方性法规、自治条例和单行条例、地方政府规章,制定地方性法规、自治条例和单行条例、地方政府规章的立法主体的立法行为正当性来自何处呢?毋庸置疑,《中华人民共和国立法法》是地方立法的“立法依据”。因为《中华人民共和国立法法》第2条已经明确规定“地方性法规、自治条例和单行条例的制定、修改和废止,适用本法”,“地方政府规章的制定、修改和废止,依照本法的有关规定执行”。相对于地方立法基于“地方立法权”运作来说,“地方立法权”的概念无疑赋予了地方立法主体一定的立法自由裁量权,也就是说,基于“地方立法权”而进行的地方立法具有自主性立法的特征,而缺少“地方立法权”保障的地方立法,只能按照“立法依据”来立法,地方立法主体没有独立的立法自由裁量权和自主性处分立法行为的能力。

^① 我国现行宪法第58条规定:“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权。”

不过,在地方立法实践中,“地方立法权”的概念在学理和政策上一直被“误用”。我国的地方立法一直是在相对于中央立法的立法框架内运行的。首先,在政策层面,党的十八届三中全会审议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》就明确提出了“逐步增加有地方立法权的较大的市数量”的政策要求。很显然,上述规定中的“逐步增加有地方立法权的较大的市数量”的表述体现了两层含义:一是已经存在着“有地方立法权的较大的市”;二是“逐步增加”进一步肯定了“有地方立法权的较大的市”的政策依据。不过,该《决定》中的“有地方立法权的较大的市”的概念并没有反映到2015年3月15日十二届全国人大四次会议修订的《中华人民共和国立法法》的文本中,故“地方立法权”只是一个政策性概念。从学理上来看,据CNKI数据统计,“地方立法权”主题词条下共有23060条数据,“地方立法权”篇名词条下共有557条数据^①,“地方立法权”俨然是探讨地方立法问题的常用术语,这说明学界基本认可“地方立法权”的概念并用这个概念来表述地方立法的正当性。在法理探讨中,“地方立法权”概念与“国家立法权”相对应,存在着“地方立法权”与“国家立法权”之间的“法律关系”。例如,最新的研究地方立法权的文献李少文著的《地方立法权扩张的合宪性与宪法发展》就明确地论证了2015年3月15日十二届全国人大第四次会议修订的《中华人民共和国立法法》对“地方立法权”内涵的拓展和扩张。李文指出:“《立法法》修改扩张地方立法权引起了合宪性争议。宪法对地方立法权的规定十分模糊,并存在很多空白,给国家立法机关留下了较大空间。《立法法》修改是立法者阐明宪法的不确定性、填补宪法空白的表现,形成一种由立法者发展宪法的模式。在规范意义上,地方立法权扩张在民主基础上扩大了地方自治。在功能意义上,它契合八二宪法鼓励实验的精神,有利于推动国家治理体系现代化。地方立法权扩张的正当性和合理性是其发展宪法的理性依据。这个例证表明宪法通过民主机制发挥效力的路径。它构成了我们运行中的宪法。”^②

尽管法理和政策上都给了“地方立法权”概念以一定的正当性空间,但从我国现行宪法所确立的国家体制和中央与地方关系来看,“地方立法权”概念的正当性很显然无法得到宪法的支持。因为“地方立法权”概念要在法理上成立,必须以中央与地方之间具有明确的“分权”事项为前提。我国现行宪法第3条第四款是这样表述中央与地方关系的:“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

① 截至2016年10月10日。

② 李少文:《地方立法权扩张的合宪性与宪法发展(论文摘要)》,《法学论坛》2016年第2期。

方的主动性、积极性的原则。”毋庸置疑,根据上述规定,地方没有宪法上独立的事权事项,地方与中央之间的职权划分必须“遵循中央的统一领导”,地方国家机构的职权是中央分配的,没有宪法上的自主性。中央可以根据需要,随时扩大或缩小地方国家机构的职权事项,这就形成了新中国成立以后长期存在的“收—放—收”的动态化的中央与地方职权划分关系。从法律属性上来看,地方国家机构的职权来自于中央国家机构的授权。其基本的性质是“授权”,而“授权”的形式表现丰富。有通过中央一级的立法,例如全国人大及其常委会制定的法律、有法律效力的决定,国务院制定的行政法规来规定地方立法的范围,也有中央国家机构向地方国家机构就具体事项进行专项或特别授权的,等等。基于“授权”的地方立法与作为授权者的中央立法之间的关系是上下级的“服从关系”,不存在立法权上的平等和制衡关系。这一点,在《中华人民共和国香港特别行政区基本法》《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》中得到了充分体现。例如,《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第2条明确规定:“全国人民代表大会授权香港特别行政区依照本法的规定实行高度自治,享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。”上述条款表明,尽管香港特别行政区的立法机关享有高度自治意义上的“地方立法权”,但这种“地方立法权”的性质是“全国人民代表大会授权香港特别行政区依照本法的规定”享有的,在本质上不属于“分权”的范畴,是一种立法授权行为。故香港特别行政区立法机关只能依据全国人大“授权”立法,而不能自主性立法。当然,这种“授权”立法是明确和公开的,基本授权事项都包含在《中华人民共和国香港特别行政区基本法》的范围内。香港、澳门特别行政区的立法机关依据基本法享有高度自治意义上的立法权,其性质尚且属于全国人大“授权”,宪法所规定的一般地方立法机关的立法行为的正当性更是直接来源于中央立法机关的“授权”,包括民族区域自治地方的立法机关制定自治条例和单行条例,其地方立法的性质都属于“授权立法”的范畴。

明确了我国宪法上所规定的地方立法的正当性来源,对于地方立法机关来说,不论是制定何种意义上的地方立法,首要的问题都是法律法规上的授权依据或者中央立法机关的特别授权。也就是说,地方立法不能自主进行,更不能创造规范。所谓的在改革开放中形成的“超前立法”“良性违宪”,都与宪法所确立的立法原则格格不入。最起码地说,它们均不符合运用法治思维和法治方式来从事地方立法工作的法治原则的要求。

二、地方立法权利能力与行为能力的立法能力属性二分法， 对于整合地方立法的立法依据具有非常重要的建构功能

在分权意义上的“地方立法权”缺少制度层面的合法性的前提下，如何从法理上一般性地概括地方立法的正当性基础呢？在此，可以基于地方立法的“授权”形成授权范围内的立法权利能力，尽管这种立法权利能力是从属性的，不具有独立的立法权意义，但它对于表述地方立法行为的正当性具有非常明显的建构作用。

立法能力是近两年来才开始为学术界关注的立法学理论和实践问题。尤其是，将地方人大立法能力作为专题研究对象，在目前的学术文献中寥寥无几。据中国知网大数据显示，在2015年前，没有以“立法能力”作为篇名的论文或文章。只有一篇探讨“立法”与“能力”之间存在一定相关性的文章。据该文介绍，2005年2月23日，西安市人大常委会副主任在市十三届人大五次会议的二次全体会议作了西安市人大常委会工作报告。报告中，他提出2005年要继续加强地方立法工作，不断提高人大依法履职能力^①。上述文献中，“立法”与“能力”之间的联系是间接的，实际论证的主题是通过“立法”来提升人大的履职“能力”，而没有侧重讨论地方人大本身的立法“能力”。明确以“立法能力”作为篇名主题的文献，只能追溯到2015年4月28日《西江日报》上刊登的“提高地方立法能力，推进法治社会建设”^②一文。上述文献首次涉及了地方立法能力，当然也涵盖了“地方人大立法能力”。此外，还有若干篇文献，主要是报纸上所转载的地方人大工作报告，涉及了地方人大立法能力问题，例如苏励、王玉亮的“增强立法能力，提升立法质量，为良法善治提供制度基础”^③，张会永的“提升立法能力，为改革发展护航”^④，宋镕培的“行使地方立法权，立法能力最重要”^⑤等。具有一定学术理论探讨性的文章有黄建丰、吴成江的“提升立法能力，锻造有含金量良法——佛山市地方立法工作准备的思考”^⑥，任声的“我省对第一批开始制定地方性法规的市开展评估

① 师炜：《继续加强地方立法工作不断提高依法履职能力》，《西安日报》2005年2月24日。

② 袁绫、吴文颂、岑龙基：《提高地方立法能力，推进法治社会建设》，《西江日报》2015年4月28日。

③ 《河北日报》2015年3月11日。

④ 《湛江日报》2015年3月1日。

⑤ 《四川法制报》2015年12月1日。

⑥ 《人民之声》2015年第6期。

工作,肖志恒:要在提高立法能力立法质量上下功夫”^①等。真正从学术角度来探讨“立法能力”问题的学术论文,目前能够看到的第一篇文献是王辉发表在《中共太原市委党校学报》上的学术论文“国家治理现代化中的立法能力现代化初探”,在该文中,作者全面和系统地论述了提升立法能力的重要性。突出地方人大立法能力建设的文献只有2016年3月14日《宁夏日报》记者李志廷、马晓芳、徐佳敏、李徽报道的“马三刚代表:加强地方人大立法能力建设”^②。在此之前,还有《宁夏日报》2016年3月3日的一篇报道“自治区人大常委会调研评估立法能力建设”^③。

由此可见,地方立法能力仍然是一个整合性概念,在法理上并没有与“地方立法权”、地方立法的立法依据等概念有机地结合起来。如果能够从法律行为的一般原理出发,对地方立法的正当性作出地方立法权利能力与行为能力的属性二分法的区分,将会摆脱目前地方立法的法律依据模糊和不规范的法律困境,以正当性来界定地方立法权利能力,通过最大限度地利用作为地方立法的各种“授权”依据,使得地方立法的正当性通过“地方立法权利能力”的概念规范化地表达出来,从而避免使用分权意义上的“地方立法权”概念,保证地方立法机关更好地认清地方立法的法律性质,定好位、用好权,最大限度地调动地方立法机关的积极性和主动性,把法治原则全面引进地方立法工作中,使得法治思维和法治方式成为指导地方立法工作的重要抓手。

权利能力制度来源于高度发达的罗马法。在罗马法中,生物意义上的人称为“homo”,具有主体资格的人称为“caput”,只有当“homo”具有“caput”身份时,才是法律意义上的“人”(persona)。这种人在法律上的地位称为“personalita”(人格)。^④在罗马法中,虽然说人与人之间并不平等,但该法律制度在人类历史上首创了“法律上的人”,使生物意义上的人与法律上的人区分开来,为以后权利能力的研究和立法奠定了基础。在近现代法律制度上,权利能力问题主要在民事法律制度中得到了具体体现。《德国民法典》将权利能力与自然人的身份紧密结合在一起,其在第1条中就规定:“人的权利能力自出生完成时就开始。”“权利能力”在《德国民法典》中成为人人平等原则的具体法律体现。“权利能力”在民事法律制度中逐渐拓展到法律上拟制的“人”,即法人也可以根据法律上赋予的“权利能力”来从事相关的民事活动。“民事权利能力”成

① 《人民之声》2015年第5期。

② 《宁夏日报》2016年3月14日。

③ 姜璐:《自治区人大常委会调研评估立法能力建设》,《宁夏日报》2016年3月3日。

④ 宗宁:《论法人的权利能力》,西南政法大学硕士学位论文。参见网址:<http://www.doc88.com/p-2641098149426.html>,访问日期2016年10月10日。

为民事活动主体所具备的法律上的“资格”。

“权利能力”的行为可能性原理虽然在公法上运用得很少,但其对国家机构行使权力的正当性控制也是很有效的。对于立法机关来说,立法权利能力的概念首先能够为立法机关的立法行为确定一个明确的可能性界限。为此,在深入开展我国地方立法的法理研究时,完全可以引进民事权利能力的理论,通过构建“立法权利能力”的概念,来解决在缺少分权意义上的“地方立法权”概念的前提下地方立法的一般正当性问题。

运用立法权利能力的法理来分析我国当下地方人大的能力建设,首先需要加以研究的重点问题就是立法机关的立法权利能力应当包括立法权中哪些层面的内涵。从权利能力主体的一般法律特征来看,立法权利能力可以分为两个层次:一是立法机关的立法资格,也就是说是否可以作为合法的立法主体资格存在;二是在立法权限划分中获得的立法事权内涵到底有多大。

关于立法机关的立法资格,涉及不同的立法体制。在实行三权分立的体制下,立法权的享有机关是非常明确的,除了宪法规定的立法机关之外,其他机关不得直接行使立法权。当然,通过立法机关自身的授权获得的立法权除外。例如,1949年《联邦德国基本法》第20条第三款规定:“立法权应受宪法之限制,行政权与司法权应受立法权与法律之限制。”很显然,根据上述规定,在联邦德国,只有宪法规定的立法机关才享有立法权,在宪法上没有立法权的国家机关不属于立法机关。不过,不享有立法权并不意味着就不具有立法权利能力,如果通过有立法权的立法机关授权,也可以获得授权范围内的有限的立法权利能力。故当立法权利能力概念从立法权概念中分离出来之后,实际上可以发现,不一定只有立法机关才可以立法,不属于立法机关的其他性质的国家机关,也可以具有一定的立法权利能力。因此,在法理上,不适宜把只要是立法的国家机关都视为立法机关。同样在1949年《联邦德国基本法》的框架下,国际组织根据该基本法的规定,也可以获得一定的立法权利能力。《联邦德国基本法》第24条第一款规定:“联邦得以立法将主权转让于国际组织。”很显然,上述规定也包括了将立法权的部分事项转让给国际组织,从而使得相关的国际组织获得一种立法权利能力,但这并不意味着获得部分主权转让的国际组织本身就具有了立法机关的性质。

将基于立法权的立法和根据立法权利能力的立法在实践中区分开来,对于加强地方立法能力建设来说,是很有帮助的。既然我国现行宪法并没有明确肯定“地方立法权”的概念,那么,地方国家机关,不论是地方人大,还是地方人民政府,就不是基于地方立法权来立法,而是根据宪法和法律赋予的立法权利能力来立法。要提升地方立法能力,首先考虑的不是如何在宪法和法律中确定地方立法权的地位问题,而是应当强

调如何强化地方立法权利能力。由于立法权利能力受到宪法和法律授权以及享有立法权的立法机关全国人大及其常委会的特别授权的制约,故加强地方立法权利能力建设更多的是要从如何扩大地方立法的授权出发,通过授权来扩大地方立法权利能力,使得地方立法更好地适应立法需求。当然,从立法体制上来说,解决地方立法自主性的问题,最终还要从宪法上肯定“地方立法权”的概念入手。如果地方立法始终没有“地方立法权”的宪法依据,那么,地方立法将始终处于一种被动状态,缺少立法上的主动性,特别是无法真正有效地获得独立的立法事权。从国外的立法实践可以得出这样的结论,只有基于立法权的立法才具有立法上的主动性。例如,1949年《联邦德国基本法》第105条就在税收立法上明确地区分了联邦立法权和州立法权。该条规定:(1)联邦对关税及财政专卖有专属之立法权。(2)赋税收入之全部或一部如划归联邦或遇有本基本法第72条第(二)项规定之情形时,联邦对其余之赋税有共同立法权;对地方性之消费税与交易税,如其不属联邦法律所定税收之同一种类时,各州有立法权。很显然,根据上述规定,在联邦德国,联邦与州都有独立的立法权,也就是说,州也存在基于立法权而立法的专门立法机关。当然,没有立法权的其他性质的联邦和州机关,也可以基于立法权利能力立法,但这种立法与联邦和州立法机关基于立法权的立法不可混为一谈。《联邦德国基本法》第129条针对法规的立法地位就规定了授权的限制,该条规定:法规(Rechtsvorschriften)如继续以联邦法律施行,其定有发布命令(Rechtsverordnungen)或一般性行政规程及采取行政行为之授权者,此项授权应移归目前主管该事项之机关。如有疑义,联邦政府应以联邦参议院之同意决定之;此项决定应予公布。法规如继续以各邦法律施行,其定有此项授权者,应由各邦法律所定主管机关行使之。上述规定,如授权修改或补充法规或授权发布法规代替法律者,其授权应失效。由此可见,从法理上来看,不是基于立法权的立法必须具有制度上的授权源头,可以根据授权获得立法权利能力。这种区分立法权与立法权利能力的立法制度确实一方面有利于充分保障立法机关的立法权威,另一方面又可以调动立法机关之外的其他国家机关基于授权获得立法权利能力进行必要立法的积极性和主动性。

三、地方立法的正当性需要完备的立法监督制度加以保障

根据我国现行宪法和立法法的规定,包括地方性法规、自治条例、单行条例和地方政府规章在内的地方立法,在正当性上都存在很大的瑕疵。也就是说,我国现有的立法体制不支持分权意义上的“地方立法”,只认同授权意义下的地方立法。但由于我国

现行的授权立法机制不健全,授权主体、范围、程序、效力等都不是很规范,特别是享有国家立法权的全国人大及其常委会本身的立法行为能力有限,致使在立法实践中,无法为众多的地方立法需求提供必要的授权依据。所以,在地方立法实践中,如果一味地要求地方立法机关事事都要有授权依据,不论是法律法规的一般授权,抑或是全国人大及其常委会的特别授权,都是不太现实的。授权依据对地方立法的正当性的约束效力不够,效率不高。在此背景下,必须在分权意义上的“地方立法权”与授权意义下的“地方立法权利能力”之间努力寻找一个制度上的平衡点。这个平衡点可以通过完善对地方立法的立法监督制度建设来实现。

我国现行宪法、立法法和监督法都对地方立法的立法监督作出了一定层次的规定。其中,“不相抵触原则”和“备案审查制度”是保证地方立法正当性的最重要的立法监督机制。

“不相抵触原则”实际上在授权机关无力给予地方立法机关充分的授权依据和不具有较高的立法监督能力的前提下,赋予了地方立法机关自我监督的“义务”。现行宪法第5条第三款规定:“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”这里的“不得同宪法相抵触”主要还是约束地方立法机关的,也就是说,地方立法机关制定地方性法规和地方政府规章,应当自己审查相关的地方性法规和地方政府规章是否具有宪法上的授权依据以及是否与宪法、立法法的授权原则相冲突。当然,我国现行立法法第99条、第100条还涉及了对违宪违法的行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的审查制度,这种制度既可以在受审查的对象产生法律效力之前进行,也可以在受审查对象生效之后进行。例如,2015年新修订的《中华人民共和国立法法》第72条第二、三款规定: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。从上述规定来看,设区的市制定地方性法规,在正式生效之前是需要进行“不相抵触”方面的合宪性和合法性审查的,这种合宪性和

合法性审查机制,如果结合《立法法》第99条和第100条的规定,在立法监督的制度层面,最终应当通过全国人大常委会行使地方性法规的违宪违法审查权来解决。只不过在立法监督的实践中,全国人大常委会还没有依据《立法法》的相关规定作出过一例正式的地方性法规的违宪违法审查,这就需要全国人大常委会进一步发挥自身的主动性和积极性来保证地方立法的正当性。

关于“备案审查”立法监督制度,现行立法法第五章的主题就是“适用与备案审查”。“备案审查”包含了“只备不审”“既备又审”“直接审查”三种情形。其中《立法法》第98条规定了各类备案情形:行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章应当在公布后的三十日内依照下列规定报有关机关备案:

(一)行政法规报全国人民代表大会常务委员会备案;

(二)省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规,报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案;设区的市、自治州的人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规,由省、自治区的人民代表大会常务委员会报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案;

(三)自治州、自治县的人民代表大会制定的自治条例和单行条例,由省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会报全国人民代表大会常务委员会和国务院备案;自治条例、单行条例报送备案时,应当说明对法律、行政法规、地方性法规作出变通的情况;

(四)部门规章和地方政府规章报国务院备案;地方政府规章应当同时报本级人民代表大会常务委员会备案;设区的市、自治州的人民政府制定的规章应当同时报省、自治区的人民代表大会常务委员会和人民政府备案;

(五)根据授权制定的法规应当报授权决定规定的机关备案;经济特区法规报送备案时,应当说明对法律、行政法规、地方性法规作出变通的情况。

《立法法》第98条规定的上述五种情形的立法备案有四项涉及了地方立法的备案,包括对地方性法规、自治条例、单行条例、地方政府规章以及特别授权地方立法的备案。这些备案方面的规定与立法法第99条、第100条关于地方性法规受违宪违法审查的规定等立法监督制度结合在一起,共同构成了对地方立法的正当性的有效控制机制。

总之,我国当下的地方立法是完全可以纳入规范化的法治原则框架下来加以完善的。在宪法所确立的中央与地方关系基本原则不变的情况下,完全可以不依赖于分权意义上的“地方立法权”概念来推动地方立法工作。即,可以在加强授权立法的前提

下,通过进一步明确地方立法的立法依据和引进地方立法权利能力的概念,来不断地提升地方立法机关立法工作的主动性和能动性,努力推进地方立法工作迈上一个新的台阶。