

论人大代表人身特别保护许可权的合目的性审查原则

——相关地方性立法及其备案审查的展开讨论

张晋邦

(厦门大学法学院 福建 厦门 361005)

[摘要]《代表法》第32条第3款确立了人大代表人身特别保护许可权的合目的性审查原则。根据宪法和法律的规定,地方人大作为地方国家权力机关,对于结合本地区实际情况保证宪法法律的正确解读和执行拥有重要的宪法职责。地方人大如何理解代表特别保护许可权的规范内涵,成为合目的性审查原则能否得到正确实施的前提和关键。但通过梳理可以发现,这一原则在地方性立法中未能得到良好落实,存在大量问题。我国就地方性法规和规范性文件的立法监督确立了双轨制的备案审查体制,但地方性法规的备案审查体制存在着审查主体和提请主体位阶过高、备案审查动力不足等问题,这些问题亟待改善,以促进我国人大代表人身特别保护许可权的合目的性审查原则的落实。

[关键词]人大代表;人身特别保护;合目的性审查原则;地方性法规;备案审查

[中图分类号]DFO1

[文献标识码]A

[文章编号]1008-8628(2018)06-0010-10

一、问题的提出

我国人大代表的人身特别保护适用人大许可制度。根据宪法和有关法律的规定,未经本级人大主席团或者常委会的许可,县级以上人大代表不受逮捕、刑事审判以及其他限制人身自由的强制措施。因现行犯被拘留或者乡镇人大代表被采取上述强制措施的,执行机关应向本级人大常委会或主席团报告。人大据此所拥有的代表人身特别保护许可权一直是实践中的热点和难点问题。伴随我国法治建设的进步,侵犯人大代表所享有的人身特别保护的事件已较为鲜见。^①但由于长期以来我国宪法和法律对代表人身特别保护规定的高度简略和概括,很容易引起对人大代表享有的人身特别保护的不当理解。相关人大不适当地行使代表人身特别保护许可权,乃至“人大代表人身特别保护的法律规定被恶意利用”,^[1]逐渐成为近些

[收稿日期]2018-11-08

[基金项目]本文为研究阐释党的十九大精神国家社科基金专项课题《健全党和国家监督体系研究》(项目号为18VSI051)的阶段性成果。

[作者简介]张晋邦(1990-),男,苗族,湖南沅陵人,厦门大学法学院宪法学与行政法学专业博士生,研究方向:宪法与行政法学。

①如1999年12月8日,邯郸市峰峰矿区法院执行庭副庭长石某带领6名法警对邯郸矿务局执行借款逾期不还时,曾在未履行任何法律手续的情况下非法拘铐省人大代表、邯郸矿务局局长、党委书记张某。参见《河北省人大常委会关于峰峰矿区法院非法拘铐省人大代表张复生一案的通报》,载《中国人大》2000年第1期。又如2003年6月,山西临汾市检察院曾在未经侯马市人大常委会许可的情况下,对侯马市第十二届人大代表焦某涉嫌贪污、挪用公款进行立案侦查并转为逮捕,将其关押20个月以后提起公诉。该案险些酿成对现任人大代表进行刑事审判的重大违宪事件,在最高人民法院的干涉下庭审方被取消。参见《山西一人大代表险遭刑事审判 权威部门及时制止》,载2003年6月17日《山西法制报》。但近些年来这样的恶性事件已不多见。

年来人大代表人身特别保护中多发的突出问题。

实践中,相关人大或在程序上长期搁置执法部门的许可申请、无视相关司法申请另行作出调解决定、作出否定申请决定时拒绝说明理由、乃至短期内反复作出截然相反的决定;或在实体上以涉案代表对本地经济社会发展有重大贡献、涉案代表已经还清涉案款项为由,拒绝、规避相关部门的许可申请,致使涉案人大代表难以归案,正常的司法活动难以展开,引发了广泛的社会争议。从代表人身特别保护制度的相关地方性立法情况来看,也存在较多问题。可以说,相关人大如何行使代表人身特别保护许可权,一定程度上是一个普遍存在争议的问题。

在各国,对于民意代表的特别保护均属议会自治事项。各国民意机关对民意代表的人身特别保护服务于特定的政治目的,遵循特定的职权原则,落实为特定的法律规定,体现出人民主权原则与法治原则的交融调和。人民代表大会制度是我国的根本政治制度,人大在国家政权体系中享有崇高的地位,相关国家机关由人大产生,向人大负责,受人大监督。基于民主逻辑,相关人大的职权行为与履职规范对于维护法律的安定性价值具有核心作用。相关人大究竟应该如何行使代表人身特别保护许可权,成为解决问题的关键。

二、代表人身特别保护许可权的合目的性审查原则

事实上,针对实践中一些地方行使人大代表人身特别保护权失范的现状,早在2010年《代表法》修订之初,就有意见提出应当就县级以上人大主席团或常委会许可相关执法部门申请对人大代表采取强制措施的标准进行明确。2010年10月28日第十一届全国人大常委会第十七次会议修改通过的《代表法》接受了这一意见,在其第32条中增设第3款规定,“人民代表大会主席团或者常务委员会受理有关机关依照本条规定提请许可的申请,应当审查是否存在对代表在人民代表大会各种会议上的发言和表决进行法律追究,或者对代表提出建议、批评和意见等其他执行职务行为打击报复的情形,并据此作出决定。”在法律规范中,“应当”是“必须”的意思,“并据此作出决定”应当理解为有关许可决定只能依据对“是否存在对代表在人大各种会议上的发言和表决进行法律追究,或者对代表提出建议、批评和意见等其他执行职务行为打击报复的情形”这一标准进行审查的结果作出。

应该说,《代表法》第32条第3款的规定是明确的,实质上以法律的形式正式设立了人大行使代表人身特别保护许可权的合目的性审查原

如2016年10月9日,陕西西安市临潼区一名区人大代表殴打村民,当地公安机关据此对该代表作出的刑事拘留申请被该区人大常委会不合理搁置长达月余。参见《陕西一人大代表打伤人,警方呈请刑拘1个月未获答复》,载2016年11月16日《澎湃新闻》。

如2016年福建省莆田市人大常委会以“倾向于立足调解,争取息访息诉”的理由拒绝了当地警方对涉嫌诬告陷害罪的该地某人大代表采取强制措施的申请,引发社会热议。参见《莆田市人大不批准逮捕涉案代表,法学家:调解不能成不批理由》,载2016年10月27日《澎湃新闻》。

如2014年10月24日,福建省周宁县人大常委会在有关议案表决时,以半数不通过否决了上海市松江警方对该县某醉驾并逃离现场的人大代表的刑事拘留申请,且并未说明理由,引发舆论哗然。事件绵延近百日后,又以该人大常委会复议时全票通过有关刑拘申请的戏剧性方式收尾。参见《福建一县人大代表涉嫌在沪醉驾,人大常委会否决警方刑拘请求》,载2014年11月25日《澎湃新闻》。

见上注。

如2014年12月,河南省信阳市平桥区人大常委会曾以对当地经济建设有重大关联为由,搁置了浙江省义乌市人民法院对该区人大代表朱某的司法拘留申请,致使在浙江义乌、金华等地有数十起未执行案件,欠债达近3亿元的朱某未能及时得到法律追究。该区人大以监督朱某还债为由,规避了许可回复。参见《人大代表欠债3亿不还,法院提请拘留遭人大搁置》,载2015年9月19日《南方都市报》。

如2014年4月间,媒体报道,山西省吕梁市文水县人大常委会多次拒绝青岛市警方暂停该县某涉案代表的资格的申请,要求青岛警方汇报案情,后又以涉案代表已还清涉案贷款为由长期不作为,亦拒绝说明理由,致使警方办案陷入困境。参见《山西一企业家人大代表涉嫌犯罪,青岛警方办案受阻》,载2014年4月14日《中国青年报》。

本文所指的地方性立法,主要是指地方人大以立法程序制定的地方性法规,但也包括对相关地方人大以决议、决定等形式作出的规范性文件的讨论。

参见时任全国人大常委会法制工作委员会主任李适时在第十一届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议上所作的《关于〈中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法修正案(草案)〉的说明》。

则。从文义解释和论理解释的角度来看,该条款所确立的这一审查原则至少具有以下特点。

(一)在代表人身特别保护许可权的权力标准方面

首先,人大许可权的行使目的具有特定性。这是人大代表人身特别保护许可的合目的性审查原则的核心内容,即人大对有关部门的许可申请进行审查的目的主要在于保护人大代表合法履职不受到不利影响,因此审查标准必须紧紧围绕有关代表有无因为履行职务受到法律追究和打击报复而展开,即“是否存在对代表在人大各种会议上的发言和表决进行法律追究,或者对代表提出建议、批评和意见等其他执行职务行为打击报复的情形”。从性质上来说,这主要是一种以特定政治目的为主要的政治性保护。

其次,人大行使许可权进行审查的特定性目的,决定了审查内容的关联性。从审查内容上来说,凡有助于人大判断有关部门对有关人大代表采取强制性措施的真实政治意图的法律事实和证据材料均可纳入审查范围进行严格审查,凡与此无关的不应当要求有关部门提供。

(二)在代表人身特别保护许可权的权力运作方面

首先,人大行使许可权启动相关审查具有义务性。根据《代表法》第32条第1款和第2款的规定,所有针对人大代表采取的强制措施必须经由人大许可,这实际上也意味着人大对有关机关的许可申请有必须受理的义务,若人大怠于受理,则对人大代表的人身自由进行特殊保护的目地根本无从谈起。《代表法》第32条第3款在此基础上进一步规定,人大在受理有关机关的申请后,“应当审查”是否存在对代表进行法律追究或者打击报复的情形。这意味着人大有必须进行审查的义务。

其次,由于受理程序与审查程序的相互关联,人大的审查的义务性也内在包含了人大受理申请后应及时进行审查,即审查进行的及时性。即一经受理则必须审查,不能怠于审查。因为如果有关人大搁置申请不及时进行审查,同样属于对审查义务的实质违反。

再次,审查决定的对应性。即人大审查结束后作出许可的决定权是一种有针对性的专门权力,

其权力边界以法律所规定为准。人大代表特别保护的目的是特定的,人大审查后作出的决定内容,应该以法律规定的申请事项为准作出回复,即必须紧紧围绕代表履行职务是否受到了法律追究或打击报复,如果存在这类情形,则对有关部门的申请不予许可,不存在此类情形则应该许可。除此之外,人大决定权的范围受到严格限制,有关人大无权以与代表人身特别保护目的无关的事项和理由作出其他决定。

(三)在代表人身特别保护许可权的权力属性方面

首先,人大审查权具有专有性。基于人民主权原则,审查目的特定性和审查启动的义务性原则体现了人大的许可权属于议会自治,是专有权力,不受侵夺和侵蚀。

其次,人大进行审查时审查权能应具有实质性。审查的特定目的决定了人大必须进行实质性的审查,才能够达成保护人大代表人身权利的目标。因此人大许可权是由人大专门行使的实质性审查权,人大并非仅就程序问题进行形式审查,还应着重就实体问题进行实质审查。

再次,人大审查权存续的暂时性。根据《代表法》第32条第3款的规定,人大许可权只有在受理有关机关申请对人大代表采取强制措施的时候方才启动并作出决定,也就是说,只有当代表遭受到了法律追究或者打击报复时人大才会对其启动审查采取保护措施,这是一种暂时性的特别措施,但并不意味着打破法治所要确保的正常政治状态。人大代表本身并不具有超越法律的例外的特权,同样需要遵守一般法律的规定,只有遭遇到了报复迫害等异常对待时其人身自由才处于特别保护状态。一旦人大特别保护的目地达成,人大代表如有违法行为,仍需适用正常司法程序,接受法律制裁。

如上可见,人大在行使代表人身特别保护许可权时,所需遵守的合目的性审查原则在规范内涵上是一个内在逻辑严密的统一体,若干子原则相互融贯关联,其中人大审查的特定政治目的(即人大审查目的的特定性)在人大代表人身特别保护许可的审查原则中居于中心位置。人大对代表进行的特别保护的内容、启动、时限、边界、主体、

如前所述,在我国,对人大代表的人身特别保护适用一种许可制度,这种许可的作出主要依赖于人大审查权的行使。因此本文将“人大代表人身特别保护的合目的性原则”聚焦为“人大代表人身特别保护许可权的合目的性审查原则”予以讨论,在表述过程中二者具有一致性。全文同。

权能、时效等均全数围绕这一目的展开。保证代表履职对于代表特别保护制度而言具有质的规定性。相关人大行使该职权理应严格遵守合目的性审查原则的规范内涵,不得滥用许可权。

人大行使代表人身特别保护许可权的合目的性审查原则内涵,可归纳如下表:

层次	子原则	属性	内容
权力标准	审查目的的特异性	目的	人大审查须紧紧围绕保证代表履职的特定职务目的进行。
	审查内容的关联性	内容	人大审查须围绕有关机关的申请意图确定审查范围。
权力运作	审查启动的义务性	启动	人大必须审查有关机关对代表采取强制措施的许可申请。
	审查时限的及时性	时限	人大必须及时审查有关机关的许可申请并及时作出决定,不得怠于作为。
	审查决定的对应性	边界	人大的决定内容以法律规定的申请事项为准,不能基于其他理由作出越权决定。
权力属性	审查主体的专门性	主体	人大对代表的特别人身保护权是由人大专门行使的审查权。
	审查权能的实质性	权能	人大对代表的特别人身保护权是由人大行使的实质性审查权。
	审查延续的暂时性	时效	人大仅在法定情形下临时启动代表人身特别保护并作出适当决定。

三、省级地方性法规中代表人身特别保护许可权的合目的性审查原则

在我国,地方各级人大是地方国家权力机关,是地方政权体系的核心,各级人大代表的人身特

别保护许可权相应的由各级人大行使。地方人大如何理解代表特别保护许可权的规范内涵,成为《代表法》第32条第3款所阐明的合目的性审查原则能否得到正确实施的前提和关键。根据宪法和法律的规定,省级人大作为我国重要的地方国家权力机关,对于结合本地区实际情况保证宪法、法律等的正确执行有重要的宪法职责。但通过梳理可以发现《代表法》所确立的合目的性审查原则的审查标准在省级地方性法规中不尽理想。

(一)省级地方性法规一般未能落实合目的性审查原则

1.部分省级地方性法规欠缺对审查标准的规定

部分省级人大制定的《代表法》实施办法,未对代表的人身特别保护许可的审查标准作相应规定。部分省级人大关于代表人身自由保障的规定散见于其他规范性文件之中,这一类规范性文件大多亦未对有关人大许可权的行使标准作出明确规定。部分省级人大则未制定专门的《代表法》实施办法。

2.部分省级地方性法规照搬法律规定的审查标准

部分省级人大所制定的实施办法则引用了《代表法》第32条第3款的原文,未对其作出进一步的细化规定,或仅对人大许可权的审查标准条款补充了“及时”字样,或者对审查时限作了补充规定。这种情况较为普遍,占据了省级人大所通过实施办法的多数。根据《立法法》第73条第3款的规定,“制定地方性法规,对上位法已经明确规定的內容,一般不作重复性规定。”应该说,这部分人大虽引用《代表法》第32条第3款原文,对人大代表人身特别保护权的合目的性审查原则作了一般性的确认,但缺乏实施细则,不利于人大代表人身特别保护许可权审查原则得到深入准确的贯

参见《河南省实施〈中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法〉办法(2015修正)》《河北省实施〈中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法〉办法(1997修正)》《山西省实施〈中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法〉办法(1995修正)》。

如《新疆维吾尔自治区人民代表大会常务委员会会议事规则(2006修正)》、《海南省人大常委会关于加强人大代表工作的决定(2001年)》等。

如宁夏、黑龙江等地。

如内蒙古、辽宁、甘肃、天津、福建、广西、青海、北京、山东、浙江、安徽、云南、广东、四川、西藏等15个省市区的《代表法》实施办法基本照搬了《代表法》第32条第3款的规定。

上海市《代表法》实施办法第36条第2款,江苏省《代表法》实施办法第24条第3款,以及江西省《代表法》实施办法(2016修正)第27条第3款,湖南省《代表法》实施办法第29条第3款有类似规定。

如湖北省《代表法》实施办法和贵州省《代表法》实施办法,均规定了人大常委会应当在3日内对有关申请许可进行处理。

彻。

(二)部分省级地方性法规违反审查决定的对应性

部分省级人大所制定的实施办法对《代表法》第32条第3款的有关规定作了不适当的删改,突破了《代表法》所明确的审查边界。如陕西省实施《代表法》办法第31条第3款中以“及时作出是否许可的规定”替换掉了《代表法》中的“并据此作出决定”的规定。吉林省实施《代表法》办法也替换了《代表法》中“并据此作出决定”的规定,改为规定有关人大接到执行机关书面报告,审查有关情形后,“及时作出许可决定”。重庆市实施《代表法》办法则仅对审查内容做了规定,删去了《代表法》第32条第3款“并据此作出决定”的规定。

《代表法》第32条第3款中合目的性审查原则所确立的审查决定的对应性,是对人大许可权的重要限制,意即人大的审查决定必须根据代表有无因为职务行为而遭遇法律追究或者打击报复的情形,针对有关部门的申请作出对应决定,不得逾越申请范围作出其他决定。这些地方性法规,虽体现了人大许可审查的义务性和目的性,但由于删去了《代表法》第32条第3款中“并据此作出决定”的规定,实际上打破了《代表法》中审查决定权的对应性原则所确立的闭合结构,为有关人大擅自扩大决定权预留了空间。实践中因此经常出现部分人大无视相关部门的具体申请事项,以超越法律规定的事由另行作出决定。根据我国《立法法》第72条第1款的规定,省级人大及其常委会在不同宪法法律及行政法规相抵触的前提下可制定地方性法规。上述地方性法规,显然有抵触上位法之嫌。

该款规定:“县级以上地方各级人民代表大会主席团或者常务委员会,接到执行机关报告后,应当审查是否存在对代表在人民代表大会各种会议上和常务委员会会议及其组织的各种会议上的发言和表决进行法律追究,或者对代表提出建议、批评和意见等其他执行职务行为打击报复的情形,并及时作出是否许可的决定。”参见《陕西省实施〈中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法〉办法(2016修正)》。

参见《吉林省实施〈中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法〉办法(2013年修正)》。

参见《重庆市实施〈中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法〉办法(2016修正)》。

相应法规检索主要参考了全国人大官方网站、各省市人大官方网站、北大法宝法律数据库、无讼法规数据库等截至2018年5月18日前的数据。

根据2015年3月15日第十二届全国人民代表大会第三次会议《关于修改〈中华人民共和国立法法〉的决定》,原《立法法》第63条第2款,“较大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,可以制定地方性法规,报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行。”修改为第72条第2款,“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。”

(三)省级地方性法规立法现状的基本总结

如上所述,根据对全国34个省市自治区(港澳台除外)及部分市县具体规定的梳理,仅以省级地方性法规而言,除有15个省市区的代表法实施办法照搬《代表法》相关审查标准的规定,6个省市区的实施办法基本照搬《代表法》的审查标准,仅以“及时”字样或“三日内”字样稍作添补外,有3个省市区的实施办法中不适当地删改了《代表法》所确立的审查标准,3个省市区的代表法实施办法对审查标准未做规定,有2个省市在相关地方性法规中未对审查标准做规定,有2个省市未对《代表法》作出专门实施办法。也就是说,我国有近三分之二的省级地方性法规照搬《代表法》原文,有近三分之一的省级地方性法规未能对《代表法》所确立的合目的性审查原则作出妥善规定。

省级地方人大立法上的这种状况,虽然在一定程度上确立了人大代表人身特别保护许可权的合目的性审查原则,但广泛存在立法抵触上位法、立法过于原则、立法不作为的情况,必然使得《代表法》相关规定难以得到准确的解读,不利于法制的统一、地方人大的正确履职和人大代表人身特别保护问题的法律控制。

四、其他地方性立法中代表人身特别保护许可权的合目的性审查原则

根据《宪法》第5条,市、县级人大作为一级地方国家权力机关,同样承担着维护国家法制统一,确保宪法法律正确实施的宪法职责,有权根据法律规定就《代表法》第32条第3款的规定制定地方性法规或者作出相关决议、决定。值得注意的是,2015年《立法法》对设区的市立法权的立法范围作了相应限制,但根据立法学原理,地方人大

以立法程序在《立法法》修改前通过的规范性文件,未被上级人大宣告违法或撤销的,应当推定为有效的地方性法规。由于省级地方性法规中普遍未能就《代表法》第32条第3款的适用作出具有可操作性的规定,相关地方面临相关执法部门的许可申请需作出决定时亟待有法可依,因此实践中该条款的具体实施大多由市县一级人大通过地方性法规或制定规范性文件予以规定。

从目前能够搜集到的部分市县人大所作的地方性法规或规范性文件来看,大部分对人大行使代表人身特别保护许可权的审查标准、审查内容、审查义务、审查期限、审查机构、审查程序等内容做了有关规定,一定程度上落实了《代表法》第32条第3款所确立的合目的性审查原则。但这些规定也存在着不同程度上的偏差,除相应地方性立法欠缺审查标准外,部分地区还出现了偏移审查目的的特异性、突破审查目的的特异性、混淆审查内容的关联性、虚置审查主体的专门性、侵蚀审查权能的实质性等不规范现象,不利于合目的性审查原则的贯彻实施。具体而言,体现在以下方面。

(一)部分市地方性立法偏移了审查目的的特异性

在审查目的的表述上,温州市人大相关规定为“应当审查是否存在对代表依法履职进行法律追究,或者对代表执行职务行为打击报复等情形”,黄冈市人大相关规定为“审查案件是否对代表依法执行代表职务的行为进行非法追究、打击报复、诬陷迫害等”,西宁市城北区人大规定为“审查是否存在对代表依法执行代表职务的行为进行非法追究、打击报复等情形”,这些规定与《代表法》的规定均存在一定出入。

《代表法》规定的审查目的为“审查是否存在对代表在人民代表大会各种会议上的发言和表决进行法律追究,或者对代表提出建议、批评和意见等其他执行职务行为打击报复的情形”,规定虽较为概括,但仍有特殊的丰富内涵。这一标准蕴含着两层原理,一是人大代表在人大会议上的发言和

表决不受法律追究,享有较高的言论自由,但议会斗争是现代民主政治的重要载体,议会中民意代表的言论虽免除法律责任,但必须承担相应的政治后果,代议机关可以通过罢免弹劾等对民意代表进行监督和问责,民意代表本身因其履职表现亦承担落选的风险,但严禁来自会场内外的法律追究。二是不同于西方议员主要在议会中履职,由于我国实行兼职代表制,代表履职不仅仅局限于议会。因此代表在人大闭会期间在议场外进行的其他建议、批评和意见等职务行为亦不受打击报复,包括政治上的和以法律名义作出的,对其保护更为严格。上述规定未能准确的解读《代表法》的规定,不尽严谨,更极有可能出于相关误解,错误地行使代表人身特别保护许可权。

(二)部分市地方性立法突破了审查目的的特异性

在审查目的的规定上,根据《德州市人民代表大会常务委员会关于办理对市人民代表大会代表采取限制人身自由措施的办法》第4条第3款的规定,大会主席团或者市人大常委会认为拘留不当或者影响国家权力机关正常运转不予许可的,执行拘留的机关应当立即予以释放。根据《杭州市下城区人民代表大会常务委员会关于许可对代表采取限制人身自由措施和实施刑事审判的暂行规定》第14条的规定,大会主席团或者市人大常委会审查对代表采取强制措施或者实施刑事审判,有可能因为影响区人大或者区人大常委会会议正常召开为由作出不予许可决定。这些规定新确立了是否“影响国家权力机关正常运转”的审查目的,是对《代表法》第32条第3款原有审查目的的自行扩张,存在着合法性疑义。事实上,保证代表履职与保证代表机关正常运转并不完全一致,二者具有不同的宪法目的和后果。在保证代表履职为主的保护模式下,代表的非履职状态不受到任何特别保护。在保证代表机关正常运转为主的保护模式下,则很有可能出现代表在未履职状态下犯罪,但为了保证代表机关运作而豁免其罪行的

如在黑龙江省穆棱市人大的相应暂行规定和厦门市有关人大代表工作的若干规定中均未规定审查标准,致使人大审查行为缺乏具体规范,合目的性审查原则难以体现。参见《穆棱市人民代表大会常务委员会关于依法许可对市人民代表大会代表采取限制人身自由措施或刑事审判的暂行规定》(2015年)以及《厦门市人民代表大会代表工作若干规定》(2012年)的规定。

参见浙江省《温州市人民代表大会常务委员会关于依法许可对市人大代表采取限制人身自由措施的办法》第9条。

参见湖北省《黄冈市人大常委会关于许可对黄冈市人大代表采取限制人身自由措施的暂行办法》第6条第5款。

参见青海省西宁市《城北区人大常委会关于许可对区人大代表采取限制人身自由措施的办法(试行)》。

情况。如果缺乏对于所谓“国家权力机关正常运转”的明确法律规定或解释,该款规定很容易成为部分代表逃避罪责的借口。

(三)部分市级地方性法规混淆了审查内容的关联性

如嘉兴市人大有关办法第10条规定,其“内务司法委员会审查提请许可事项,应当重点审查下列内容:(一)提请机关报送的材料;(二)拟采取限制人身自由措施或进行刑事审判的程序;(三)是否存在对市人大代表在人民代表大会或者常务委员会各种会议上的发言和表决进行法律追究,或者有对市人大代表提出建议、批评和意见等履行职务行为打击报复的情形。”德州市有关办法第8条规定,市人大常委会人事代表工作室应当依法对提请许可报告进行审查并向市人大常委会主任会议报告。“审查内容包括:(一)核实确认市人大代表身份;(二)提请机关和报告内容是否符合本规范;(三)是否存在对市人大代表在人民代表大会各种会议上的发言和表决进行法律追究的情形;(四)是否存在对市人大代表提出建议、批评和意见等其他执行职务行为打击报复的情形;(五)是否存在其他不符合法律规定的情形。”

这些规定均将《代表法》第32条第3款所明确的“是否存在对代表在人民代表大会各种会议上的发言和表决进行法律追究,或者对代表提出建议、批评和意见等其他执行职务行为打击报复”的审查目的与其他审查内容并列规定,实际上是将人大的审查目的与审查内容进行了混淆,也就使得审查的目的出现泛化,不利于审查标准的准确界定和实施。从法理上来讲,审查的目的与内容共同构成审查标准,审查目的较为具体和凝练,具有质的规定性。审查内容则是对审查目的的衍生和外化。审查范围与审查内容则是从不同角度对审查的对象进行的概括,范围侧重于描绘审查对象集合而成的范畴边界,内容侧重于描绘审查对象的具体形态。审查目的决定审查内容,审查内容细化审查目的。为免混淆,审查目的不宜与审查范围内的其他审查内容并列规定,而应作为指导性条文独立成款。

(四)部分市级地方性法规虚置了审查主体的专门性

根据嘉兴市人大有关办法第10条和第13条的相应规定,对“是否存在对市人大代表在人民代表大会或者常务委员会各种会议上的发言和表决进行法律追究,或者有对市人大代表提出建议、批评和意见等履行职务行为打击报复的情形”进行审查的机构是嘉兴市人大的内务司法委员会。人大常委会直接审查的内容则主要是提请机关的提请报告和说明,及内务司法委员会的审查意见。这就使得代表合法履职有无受到不利影响的直接判断权从人大常委会转移到了其内务司法委员会。人大常委会虽然可对内务司法委员会的审查意见做出审议,但这种审议是间接审查,人大常委会的直接审查权受到内务司法委员会的实质性影响。

又如,德州市有关办法规定,提请单位许可报告的具体处理单位是市人大常委会人事代表工作室(以下简称人代室)。代表履职有无受到法律追究及打击报复等不利影响的审查单位也是人代室。提请机关的许可报告经过审查符合法律规定的,报经市人大常委会主任或者副主任同意后,由人代室负责起草向主任会议的书面汇报材料。主任会议在听取关于提请许可对市人大代表采取限制人身自由的措施汇报后,决定是否将该事项列入市人大常委会会议议程。对列入市人大常委会会议议程的,由人代室起草主任会议向市人大常委会会议提交的有关情况说明、决定(草案)并附提请机关书面报告和有关材料。人代室在收集综合市人大常委会组成人员审议意见后,向主任会议汇报。经主任会议审议,决定是否将决定(草案)提交市人大常委会会议进行表决。可见,根据规定,德州人大的人代室和主任会议分享了代表人身特别保护许可权的实质性权力,人大常委会沦为表决机构,仅拥有程序性的许可权。

上述规定擅自将人大许可权下放至常委会主任会议甚至是具体办事机构或工作部门的做法,并未得到《代表法》的授权,明显于法无据。根据《地方各级人大及地方各级政府组织法》第48条的规定,主任会议是处理本级人大常委会重要日常工作的机构,在人大闭会期间处于核心地位。^[2]但其终究并非一级国家权力机构和代表机构,不得超越法定权限直接行使人大常委会具有的职权。^[3]实践中主任会议的职责也一般是处理程序性

参见浙江省《嘉兴市人民代表大会常务委员会关于依法许可对市人大代表采取限制人身自由措施或进行刑事审判的办法》。

参见《德州市人民代表大会常务委员会关于办理对市人民代表大会代表采取限制人身自由措施的办法》。

工作,而不具有实体性权力。^[4]1984年全国人大办公厅及法工委在关于地方组织法的一些问题的答复中曾经规定主任会议在特殊情形下批准人大代表强制许可的权力,但必须在事后报本级人大常委会会议追认。在2010年修订《代表法》的草案讨论过程中,也曾考虑过在闭会期间、紧急情形或者特殊情况下,赋予人大常委会主任会议对人大代表被采取法定限制人身自由的措施的许可权,但在最终表决时还是没有通过。^[5]所顾虑的就是允许主任会议享有实体性权力会给人大制度带来不必要的危害和冲击。可见上述规定实质上侵蚀了人大常委会的许可权,有违法之嫌。

(五)部分市级地方性法规侵蚀了审查权能的实质性

如嘉兴市人大有关办法第4条规定,“市人大常委会行使许可权,应当坚持下列原则:(一)依法审查、审议原则;(二)分工负责和集体行使职权原则;(三)以程序审查为主、实体审查为辅原则。”明确提出了人大常委会程序审查为主,实体审查为辅的审查原则。人大审查有关机关对人大代表采取强制性措施的核心目的在于保障人大代表的职务行为免受法律追究和打击报复,因此审查标准必须紧紧围绕有关代表有无因为履行职务受到法律追究和打击报复而展开。这一目的具有鲜明的实体诉求,也需要相应的程序保障,并且程序审查应服务于实体审查。应当认为,在审查权能上,只有人大自行行使专门审查权,才能保护人大代表免遭其他国家机关侵害;也只有人大进行实质性审查,才能真正的保护代表权利。这就决定了在审查内容上,凡有助于人大厘清有关部门对有关人大代表采取强制性措施的意图的法律事实和证据材料均可纳入审查范围进行审查。人大的审查权应当理解为一种综合性审查,不可仅进行程序问题的审查而废弃实体问题的审查。人大关于代表人身特别保护的权能是一种实质性权力,不宜受到损害。

五、余论 相关地方性立法的备案审查

由于地方人大可根据立法程序制定地方性法规,也可根据决定程序通过相关决议决定,对法律进行落实。因此我国宪法和法律为保证相关人大正确履职,根据人大立法权与决定权的区分,确立了双轨制的法律控制机制,以立法程序作出的地

方性法规主要适用《立法法》所确立的法规备案审查机制,以决定程序作出的立法性决议、决定主要适用《各级人大常委会监督法》及其实施办法所确立的规范性文件备案审查机制。《代表法》第32条第3款所确立的代表人身特别保护许可权的合目的性审查原则,能否在地方性立法中得到良好适用,也有赖于这种双轨制的立法监督机制的健全运作。

(一)有关规范性文件的备案审查

根据《宪法》第99条第2款和《地方各级人大和各级政府组织法》第8条第10款的规定,县级以上地方各级人大,有权改变或者撤销本级人大常委会不适当的决定或决议。根据《宪法》第104条、《地方各级人大和各级政府组织法》第44条第7款、《全国人大监督法》第30条和《各级人大常委会监督法》第30条的规定,县级以上地方各级人大常委会有权撤销下一级人大及其常委会不适当的决议、决定。由此,我国确立了对地方性法规以外的规范性法律文件的监督机制。

根据《各级人大常委会监督法》第29条的规定,县级以上地方各级人大常委会审查撤销下一级人大及其常委会的决议决定的程序,应由省级人大常委会参照《立法法》进行规定。《各级人大常委会监督法》通过以来,各省市区人大常委会制定了监督法实施办法或者专门的地方性法规,建立了规范性文件备案审查制度,对规范性文件的范围、备案、审查、撤销作了具体规定。值得指出的是,不少地方的实施办法还仿照《立法法》第99条的规范结构,规定了各级人民政府、人民法院、人民检察院、专门委员会、下一级人大及其常委会就规范性法律文件向本级人大常委会提出书面审查的要求权,规定了其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民的建议权。由于规范性文件的制定层级一般较低,提请审查的要求权与建议权的主体对应也就大多属于基层机关或普通公民和社会组织,这些组织和个人对于规范性文件的合法性与合理性存在着大量的个案诉求。赋予其审查要求权与建议权,使得规范性文件的备案审查与实践大量存在的审查需求至少在机制上取得了良好的衔接,有利于《代表法》等法律规定的准确落实。

(二)有关地方性法规的备案审查

参见《关于地方组织法的一些问题的答复》,该文件为全国人大常委会办公厅和法制工作委员会对各地提出的有关地方组织法的一些答复。原载于全国人大常委会办公厅编印《工作通讯》一九八四年第十三期。

但目前来看,在双轨立法监督体制下,主要问题存在于有关代表人身特别保护的地方性法规的备案审查中,不利于《代表法》相应条款的落实。这也与实践中大量不适当的地方性法规未能得到纠正的现状相符。

根据宪法和一系列法律法规的规定,我国已经形成了较为明确的法规备案审查体制。从《立法法》第96条、97条和第98条的相关规定来看,对省级地方性法规和市级地方性法规备案的提请主体只能是省级人大常委会,备案主体只能是全国人大常委会和国务院,对报请备案的法规作出改变或者撤销决定的审查主体只能是全国人大常委会和省级人大,这表明地方性法规享有较高的法律位阶。地方性法规被改变或者撤销的原因主要是同宪法法律和行政法规相抵触、超越权限、违反上位法规定、违背法定程序或者不适当等。

与审查主体对应的是,对于法规的备案审查,全国人大常委会的改变或撤销权应适用《立法法》第99条的提请程序;省级人大的改变和撤销权根据《立法法》第77条规定,应当参照《地方各级人大和政府组织法》适用提案程序。其中,就提请程序而言,根据《立法法》第99条第1款的规定,国务院、中央军委、最高人民法院、最高人民检察院和省级人大常委会等五大主体,拥有向全国人大常委会提请审查的要求权。这种要求权是一种刚性的权力,一经提出必然启动。根据该法第99条第2款的规定,其他国家机关和社会团体、企事业单位及公民,有提请全国人大常委会进行审查的建议权。这种建议权是一种柔性的权力,相关主体提出后,仅在常委会工作机构认为必要时,方才启动中转程序,交由人大相关的专门委员会进行审查并提出意见。就提案程序而言,根据《地方各级人大和政府组织法》第18条第1款的规定,相应地方人大主席团、常委会、各专门委员会、本级政府,以及县级以上人大代表10人联名,拥有向本级人大提案的刚性权力,经主席团审议决定进入大会表决程序。

也就是说,在现行的法规备案审查体制下,只有上述主体分别行使其所享有的较为刚性的要求

权或者提案权,才有可能较为有效地启动对于有关《代表法》的省级和市级地方性法规的备案审查。但在实践中,因相关人大不正确地履行代表人身特别保护许可权,而难以履行正常司法职责的,主要是上述拥有法规备案审查提请权以外的相关司法机关,而且主要是一些基层公安司法机关。《立法法》、国务院《法规规章备案条例》以及委员会议通过的《法规备案审查工作程序》均未对备案审查提请的启动主体与层报机制作出符合实际需要的规定,基层司法机关难以启动相关地方性法规的审查提请。

此外,一般认为,设区的市的立法权最初来源于1979年《地方各级人大和地方各级政府组织法》,而非宪法,其主要从属于省级人大所拥有的地方性立法权。^[6]根据《立法法》第72条第2款的规定,设区的市就相关事项制定地方性法规的,须报请省级人大常委会批准后施行。省级人大常委会对于报请批准的设区的市的地方性法规须进行合法性审查。因此,省级人大常委会对于设区的市的地方性法规拥有事前审查的权力。但根据《立法法》第97条的规定,省级人大常委会却并不能对地方性法规进行改变或者撤销,只能由省级人大才能对它的常委会制定和批准的不适当的地方性法规作出改变或者撤销。也就是说,省级人大常委会对设区的市的地方性法规,拥有事前审查权,却没有事后审查权。因而有学者认为,“市级人大制定地方性法规适用的是事先批准程序,而不是事后备案审查程序。”^[7]这也就使得设区的市的地方性法规的制定主体层级较低,仅需市级人大制定(省级人大常委会事实上很难通过事前的抽象审查发现问题),而撤销主体层级极高,必须由全国人大常委会和省级人大审查。

可见,现行法规备案审查体制下,地方性法规享有较高的法律位阶,有权对其作出改变或撤销的主体层级较高,对其进行审查的提请主体也具有较高位阶,整个法规备案审查机制呈现出难启动的突出特点。由于基层公安司法机关的个案冲动和提请需要被忽视,也就必然使得地方性法规的备案审查动力不足,有关《代表法》的地方性法

参见《宪法》第100条、《地方各级人大和政府组织法》第7条、《立法法》第98条及第99条、《法规备案审查工作程序》第2条、《法规规章备案条例》第3条。

参见《立法法》第98条。

参见《立法法》第97条。

参见《立法法》第96条、第97条。

规也就长期难以得到修改或纠正。结合“谁制定，谁修改”的法理，将地方性法规的“撤销或改变权”下放；并正视基层机关或其他一般主体在个案中的提请冲动，敷设基层主体提请对有关地方性法规进行审查的直报或层报机制，也许是推动有关地方性法规的备案审查工作，进而促进《代表法》准确贯彻落实的重要一步。

参考文献

- [1] 卓泽渊.“特殊保护”不能变成“特权保护”[J].人民论坛, 2007(15):40-41.
[2] 吴清泉.对“主任会议”中心地位和核心作用的认识[J].人大研究, 2010(01):18-19.

[3] 滕修福.“主任会议”的机构性质和职权[J].人大研究, 2009(05):19-20.

[4] 王群.论人大代表人身特别保护权的许可权限主体[J].盐城师范学院学报(人文社会科学版), 2014, 34(01):16-19.

[5] 乔晓阳.《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法》导读与释义[M].北京:人民出版社, 2010:215.

[6] 刘克希.较大的市制定的地方性法规应当经批准[J].现代法学, 2000(05):22-25.

[7] 马岭.我国规范性法律文件的备案审查制度[J].财经法学, 2016(03):34-45.

[责任编辑 唐德才]

The Purposiveness Review Principle of the Special Protection of the Deputies of the People's Congress

——Discussion on Local Legislation and Its Filing Examination

ZHANG Jin-bang

(Law School of Xiamen University, Xiamen 361005, China)

[Abstract] The Paragraph 3rd of Article 32nd of the Deputy Law establishes the purposiveness review principle of the special protection of the deputies of the People's Congress. According to the constitution and the law, the local People's Congresses, as the local organs of state power, have important constitutional responsibilities to ensure the correct interpretation and implementation of the constitution and laws in regional situation. How the local People's Congresses understand the normative connotation of the special permission protection of representatives has become the premise and key for the correct implementation of the principle of purposive review. However, it can be found that this principle has not been well implemented in local legislation and there are a lot of problems. Our country has established a two-track system for filing and reviewing local regulations and normative documents, but there are some problems in the system of filing and examination of local laws and regulations, such as too high level of examination subject and submission subject and insufficient motivation of filing and examination. These problems need to be improved to promote the implementation of the principle of targeted review.

[Key words] the deputies of the Congress; the special protection of the deputies' personal rights; the purposiveness review principle; the local regulations; the filing and review system