

【行政法学】

地方立法与“三法”的冲突与协调

郭胜习

【摘要】地方立法与《行政处罚法》《行政许可法》《行政强制法》三部法律的紧张关系已经成为当前地方立法工作中必须要解决的问题。^①面对日渐复杂的行政管理事务,行政处罚权限不够用、行政许可空间不够大、行政强制手段不够使,已经成为各级地方政府在执行法律、处理地方性事务过程中亟需解决的三大问题。新形势下,解决地方立法问题应该始终坚持法制统一、完善立法监督程序、实行科学民主立法等基本准则,如此才能够有效地缓解地方立法与“三法”的紧张关系,实现整个法律体系的规范统一。

【关键词】地方立法权;行政处罚;行政许可;行政强制;法制统一

【作者简介】郭胜习,中国政法大学法学院博士研究生。

【原文出处】《西部法学评论》(兰州),2018.4.120~132

2015年我国《行政诉讼法》《立法法》进行了修改,同时我国《政府信息公开条例》《行政复议法》《行政程序法》等法律法规都在起草、修订过程中,作为我国法治建设进程中的重要法律法规,其制定和修改所涉问题无疑已经成为我国当前行政法研究的重点、热点。在此过程中,《立法法》与《行政处罚法》《行政许可法》《行政强制法》三个法律之间的紧张关系也随之凸显,主要表现在地方立法关于行政处罚、行政许可和行政强制三方面的规定与“三法”的规定存在差异或冲突。无疑,面对诸多处罚、许可和强制等方面的行政事务,解决和协调地方立法与“三法”之间的法律冲突,对地方性法规、规章的合法性审查、清理工作至关重要。在地方立法规范的合法性评价上,《立法法》确立的立法原则和立法主体、权限、程序等规定,是我国当前地方立法工作最直接、最重要的法律依据。地方立法和“三法”之间的法律冲突问题已经成为维护法律规范体系协调统一的大难题,我国在修订“三法”过程中应当充分考虑当前

地方立法需要,妥善处理中央统一立法与地方立法、特别立法之间的关系,这不仅关涉到中央与地方的法制统一,也将直接决定“三法”在各个地方适用的法律效果、法治目标的实现。法律法规之间发生了冲突或者规定不一致,必然会让法律适用者无所适从,无法准确把握法律的适用尺度,处理不当很容易造成法律适用不公、减损法律权威性、司法公信力下降等诸多问题,严重影响我国的法治建设推进。因此,解决法律法规内部体系的冲突矛盾,尤其是解决当前我国地方立法和“三法”之间的冲突问题,尤为紧迫。

一、地方立法和“三法”之间的冲突问题

当前我国地方立法和“三法”之间的主要问题集中于行政处罚权限不够用、行政许可权限不够大、行政强制手段不够使等三大方面。

(一)行政处罚权限不够用

从实际调研的过程中发现,我国《行政处罚法》对行政处罚种类采取的列举式规定^②,根本无法满足

当前社会复杂多样的处罚需求,很多地方都出现了创设新的处罚种类、扩大行政处罚幅度、新增行政处罚等情形。如,在行政处罚种类方面创设了信用处罚,将违反法律法规的公民、法人或者其他组织纳入社会征信系统中^③,剥夺违法者获得各种权益的资格等^④;在扩大行政处罚幅度方面超过法定的处罚额度,造成这种现象的原因在于某些违法行为的违法成本太低,地方政府为了严厉打击该种违法行为,提升了罚款幅度^⑤;另外对于上位法规定了行政违法行为,但是没有规定具体的处罚措施的,一些地方政府在制定地方性法规时,为了执行落实对违法行为的法律责任,增设了罚则;但是对于此类问题,有的地方政府认为上位法既然没有规定具体的罚则,下位法就应当严格遵循上位法的立法规定,不能新设罚则。上位法的立法规定和现实行政管理的现实需求之间确实存在一定的紧张关系,对于法律规定的不同理解,有可能导致各个不同的地方,对于同一类型的违法行为,适用处罚规则不统一,造成执法不公。

(二)行政许可空间不够大

从我国《行政许可法》的立法规定来看,其为地方立法留下较大的立法空间^⑥,《行政许可法》赋予了地方立法设定临时许可的权力。^⑦然而在实际法律适用过程中,部分地方性法规设定了与上位法规定不一致的许可条件,主要表现在扩大或者缩小许可范围、增加或者减少许可条件、改变禁止性规定等。与此同时,各个地方在立法过程中对于《行政许可法》规定的一些基本概念存在认知差异。如《行政许可法》第2条规定的“行政机关”,其范围是否包括了具有公共管理职能的事业单位;国务院的“决定、命令”的法律性质到底如何理解,其法律效力是否直接等同于行政法规,各个地方存在不同的理解;对于《行政许可法》第16条第4款规定的“不得增设许可”,有的地方理解为不得增设行政许可种类,而可以就行政许可的条件进行细化规定;有地方就理解为不得增设许可种类和条件;在涉及“事项”尚未制定法律、法规方面,对于“事项”的理解采取“领域说”还是“具体事项说”存在着不同的理解。

对基本概念之所以存在不同理解,主要是因为不同的理解所推导出的行政许可空间不同。总体而言,地方立法机关都倾向于采取有利于扩大自身立法空间的理解。即如果对上位法规定保留“事项”进行狭义的理解,那么地方在进行立法时就能获得更大的操作空间。从《行政许可法》现有的立法规定来看,《行政许可法》已经给下位法和地方立法留下了较大空间,然而在具体操作过程中,地方立法始终觉得权限空间不够大,究其现实原因,一方面反映了地方政府在社会治理过程中对行政许可这种管理方式的依赖,在探索合作式治理、协商治理、行政指导等方面积极性不够;另一方面反映了地方立法的现实需求以及对行政许可权力的扩张,各个地方差异化明显,管理对象和范畴不尽相同,因此对于行政许可的空间需求也完全不同。

(三)行政强制手段不够使

我国《行政强制法》规定的行政强制措施有五种^⑧,行政强制执行方式有六种。^⑨《行政强制法》也赋予了地方性法规设定一定强制措施的权限。《行政强制法》第10条第3款规定:“尚未制定法律、行政法规,且属于地方性事务的,地方性法规可以设定本法第九条第二项、第三项的行政强制措施”,即查封和扣押。然而,地方政府及其职能部门在执法过程中发现,《行政强制法》所规定的地方关于行政强制措施的规定根本不够用,多个地方省市的地方性法规都超出了查封和扣押这两种强制措施。如江苏在《太湖水污染防治法条例》(2007年)第69条^⑩规定了“封堵排污口”,这种强制措施在治理污染问题时很有效,能够直接解决实际问题,但由于该强制措施不属于《行政强制法》明文规定的行政强制措施种类,在合法性上存在问题,目前该条规定已经被清理。^⑪又如《湖南省林产品质量安全条例》第22条规定的“对已经采集、生产的产品予以销毁”^⑫,该条规定的“销毁”并不属于《行政强制法》规定的强制手段。再如《浙江省公路路政管理条例》第36条规定:“对公路上的车辆不接受检查,堵塞超限运输检测站通行车道的,由公路管理机构强制拖移”^⑬,这种“强制拖移”

也不属于《行政强制法》的立法规定。

从调研的实际情况和收集的地方立法规范来看,行政机关在具体执法过程中,因为执法所面临的专业领域不同、具体违法事项不同,在执法过程中采取的行政强制方式也呈现出不同的样态,这些复杂多样的行政强制措施都超出了《行政强制法》立法规定,但从实际的执法效果来看,这些措施对惩治某个专业领域的违法行为发挥了重要作用,鉴于这些有效的强制措施有违背《行政强制法》之嫌,在未来都面临着被清理的风险。因此,行政强制手段不够使,促使各个地方的立法机关试图通过对《行政强制法》中的各种行政强制措施和执行方式等概念进行扩大解释,最终达到扩大地方立法权的目的;在涉及“地方性事务”的理解方面,也存在的“事项说”和“领域说”这种趋利避害的差异化理解现象。

二、地方立法超越“三法”的动因分析

地方立法权与“三法”之间的紧张关系,尤其是地方立法在各个领域表现出来的“不够用”现象,反映了当前地方政府在处理各类社会事务时面临的客观情况。“上位法优于下位法”、“下位法不得与上位法相抵触”等立法原则,是立法工作的常识,在现实生活中却频频出现“下位法超越上位法”的立法现象。造成这种立法违规现象,并不单纯是地方立法机关工作者不懂法、不愿守法,在更大程度上是当前存在的一些客观因素所导致。

(一)行政事务多样化,中央立法无法满足执法需求

伴随着社会事务复杂性不断增强,现代政府行政管理变得更加艰难,社会专业分工越来越明显,科学民主立法、依法行政、行政执法专业化等要求都越来越高,地方政府及其职能部门在执法过程中面临着法律依据不健全、执法手段不够用、合法行政无保障的困境。一方面,上位法在处理这些专业领域事务时存在立法空白欠缺、模糊抽象、不可操作等问题,直接导致行政执法陷入困境。此时地方必然会先于中央立法,对社会问题进行回应,这种立法模式也逐渐成为了当前我国不断完善立法的一种路径;

另一方面,中央立法对各个地方、各个专业领域的立法规定实际契合度不高,无法满足各个地方、各个领域的差异化执法需求。中央立法主要从宏观、统一的角度出发,立法规定以抽象化、原则性为特征,在立法规定上无法满足地方的差异性的执法需求,尤其是在一些专门性、特殊性问题方面,容易出现立法空白和立法漏洞,导致行政执法法律依据不足;对于地方政府而言,专属于地方事务、特殊问题必须要得到解决,在全面建设法治国家的时代背景之下,在打造法治政府和服务型政府的社会推力之下,地方立法也尝试着尽可能满足行政执法的合法性要求,面对立法不足与解决现实问题的难题,必然要作出某种选择,这是地方立法机关超越“三法”规定,创设行政处罚、行政许可和行政处分的原因,地方立法需求进一步膨胀。在解决地方立法和“三法”之间的紧张关系过程中,应当清醒地认识到当前地方立法的客观情况和实际需求。

(二)僵化适用法制统一,地方政府被迫违法

在中央立法无法满足地方执法需求的情况下,僵化理解我国“一元多层次”立法体制加剧了地方立法与“三法”之间的紧张关系。“一元多层次”的立法体制,原本是为了在坚持法制统一的原则之下,尽可能地考虑到中国各个地方的差异性,赋予不同层级地方不同的立法权限,以满足各个地方的客观需求。从制度设计的角度来看,这种制度是十分符合中国国情的。然而,在实际操作中各地方立法机关对上位法从严从宽理解情况不同。从避免法律风险的角度来看,地方权力机关在制定地方性法规过程中,采取从严理解上位法,坚持适用中央和地方的“自上而下”的法制统一原则,忽视了各地方差异的实际情况,在一定程度上阻碍、限制了地方开展自主性、针对性立法。这种过度机械、僵化地理解适用法律,导致制定的地方性法规根本无法满足现实的行政管理需要。与此相反的情况,地方政府在行政立法过程中,更多的是考虑如何能够满足实际的管理需求问题,当前上位法规定的处罚、许可、强制,对于实际的管理工作来说基本是不够用的。行政管理过

程中经常会遇到一些屡禁不止、顽固不化的行政违法行为;或者由于地方经济发展差异,上位法规定的违法成本太低,如果完全按照上位法规的罚款幅度进行处罚,在一些经济发达地区根本无法起到惩治违法行为的效果。各地方政府为了更好地维护社会管理秩序和履行公共管理职能,很多时候政府需要采取一些切实有效的手段和办法来解决实际问题,当然某些措施确实有违反上位法之嫌,但从某种程度上看,这种功利主义的做法并不违背政府效能原则。公正与效率的问题,确实在价值选择上存在一定的困难,这种抉择困难并不是地方立法者本身的问题,而是我国当前整个立法体制和整个国家政治经济发展不平衡所导致的。

(三)地方立法资源不足,立法认识存有局限

我国一直强调要坚持依法行政、依法治国,各个地方也大都提出了依法治省、依法治市的治理理念,而依法行政的施政理念是否能够得到贯彻执行,关键在于所依之“法”是否优良。亚里士多德曾在《政治学》一书中提出:“法治,就是良法善治,就是制定出来的法本身是优良的,同时这种优良的法律被人们普遍遵守。”保障“良法善治”,立法人员专业素养、立法技术、立法经验是关键因素。相比中央立法机关而言,地方立法机关和政府法制工作人员各方面的立法资源和立法技术都存在局限与不足。要求地方立法与中央立法保持高度统一性,这对地方立法机关来说本身就是一种挑战;同时,对于上位法所规定的相关概念、立法目的、立法原则、立法精神等,各个地方政府和立法机关与中央立法机关、国务院各部委之间都存在不同的理解。从满足实际行政管理需要看,地方政府的行政立法大都倾向于采取有利于扩大自身立法权,或有利于减少自身立法义务的角度去理解上位法规定,这种出于人性本能的“趋利避害”,在一定程度上加剧了地方立法与“三法”之间的紧张关系。

(四)立法监督缺位,沟通协商机制不健全

从立法监督的过程来看,可以分为事前监督和事后监督。事前监督主要是指在立法过程中应当充

分的吸收公众参与、专家参与,广泛征求立法意见和建议,对于立法过程中可能存在的法律风险进行评估分析。我国《立法法》第5条明确规定,立法应当体现人民的意志,发扬社会主义民主,坚持立法公开,保障人民通过多种途径参与立法活动。《行政法规制定程序条例》第13条、第20-23条和《规章制定程序条例》第16条、第23条也都明确规定在行政法规和规章的起草制定过程中,要公开征求社会公众的意见,采取多种形式进行论证、听证。事后立法监督机制主要有四种:批准生效、备案、审查要求和建议、合法性审查。根据我国《立法法》第97-99条的规定,地方立法如果有超越立法权限、范围、幅度、违反法定程序等情形的,上级立法机关应该在备案或者批准时进行撤销、改变;对于已经公布生效的地方性法规、规章,在发现违反上位法规定时,应当由全国人大常委会或者省级人大常委会进行合法性审查,确实存在违法情形的应当进行及时修改清理或废止。但是从目前立法监督效果来看,立法监督机制仍然不健全。权力机关的监督一般情况下都是徒有虚名,“宪法颁布以后至今二十年,全国人大常委会无一审查撤销行政法规的先例”^⑧。而上级行政机关的备案审查也基本流于形式。人民法院在司法审判过程中对于法律法规的监督也十分有限,尽管法院在审判实践中对法律适用进行审查,但是囿于法院不享有对法规和规章的撤销权,当前法院监督也基本只局限于个案之中。^⑨另外,各地方立法机关之间、地方立法机关与中央立法机关之间、地方立法机关与各部委之间的沟通协商机制不健全,也是导致不同立法主体之间关系紧张的重要原因。立法工作是在一个复杂的法律体系中进行,稍不留神就会出现“立法短路”,中央与地方之间、各部门之间、地方与部委之间出现冲突矛盾,最终导致整个法律体系逻辑混乱,各类法律适用主体无所适从。

三、地方立法应当遵循的若干基本准则

对《立法法》进行修改主要有两个方面的原因:一是立法规范之间出现了大量的冲突、抵触,相互之间不衔接,立法质量不高,部门立法、地方立法相互

推诿争权的现象比较突出,这些问题严重损害了国家法制的统一和尊严;二是立法工作确实也面临着很多的新问题、新情况,如反映客观规律和人民的意见不够,解决实际问题的有效性不足、针对性不够、操作性不强等问题。^⑩2015年我国《立法法》进行修改时强调:“授权立法应当明确授权的目的、事项、范围、期限以及被授权机关实施授权决定应当遵循的原则”“立法要从实际出发,适应经济社会发展,在立法规范上面要更加明确具体、具有针对性和可执行性”。^⑪在地方立法内容方面,《立法法》第72条规定设区的市可以对城乡建设与管理、环境保护、历史文化等方面的事项制定地方性法规,设区的市地方性法规须报省级人民代表大会常务委员会批准后生效。该条规定出台之后,我国地方立法主体和立法权限都发生了重大变化,设区市一级立法主体变成了284个,地方立法研究成为了理论界和实务界重点和热点关注问题,开启了地方立法的新局面。《立法法》第72条将地方立法权进一步下放,一方面表明中央立法在特定领域、事项方面对地方立法的尊重,尽可能给予地方自主立法权,以便更有针对性地解决好各个地方的实际问题;另一方面,强调省级人大常委会对设区市的立法规定进行合法性审查,以保障地方立法与上位法、其他部门之间的立法和谐统一。

《立法法》关于地方立法的一系列规定,为我们正确理解中央立法与地方立法之间的法律关系,科学合理地界定地方立法权确立了几条基本准则,其中包括:

(一)坚持法制统一原则,充分发挥地方自主立法权

1. 坚持法制统一原则

我国《立法法》第72条和73条明确规定,地方立法应当根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的情况下,制定地方性法规。对于《立法法》第8条以外的其他事项,国家尚未制定法律或者行政法规的,地方可以根据本地需要先行制定地方性法规,在国家制定的法律或行政法规生效后,地方性法规与之相抵触的无效,应

当修改或者废止,从“抵触无效”的立法规定来看,必须要始终坚持法制统一原则,中央立法权威不容挑衅。目前地方立法与“三法”之间的紧张关系,在某种程度上是地方立法机关在试探“三法”的底线,在法律规范分析整理过程中,笔者发现大量的违反“三法”规定的地方规章,这些规章一旦由上级人大常委会启动合法性审查,大部分都可能面临着无效的后果。这些规章在实际行政管理过程中确实发挥着重要作用,在社会发展变迁过程中,也确实存在处罚不够用、许可空间小、强制手段少的客观情况,但从维护上位法的立法权威,保持法律规范体系的一致性角度来看,这些客观情况并不能成为地方立法公然违反上位法的正当理由,坚持法制统一原则仍然是我们应有的态度。未来协调地方立法需求与上位法之间统一性的紧张关系,一方面需要下位法保持一种谦抑性态度,尊重并依据上位法制定地方性法规和规章;另一方面,上位法也必须充分考虑到现实的客观情况,及时修订和完善相关立法规定,为下位法处理应对各种复杂的社会事务提供立法空间 and 法律依据,两者应当形成一种良性互动的关系。

2. 充分发挥地方自主立法权

我国《立法法》第73条规定了地方立法权限,其中包括两个方面:一是执行法律、行政法规的规定,需要根据本行政区域的实际情况作出具体规定;二是对地方性事务进行规定。在分析地方性法规与“三法”的规定时发现,除了一些非常明显的增设行政强制措施种类、降低正当程序标准、增设行政处罚种类等违反上位法的规定应当被撤销或修改外,大部分地方性法规的规定,如:细化行政许可条件、超出行政处罚幅度、扩大或缩小相关概念理解范围、增设行政处罚的法则等情形,均可认定为是根据本行政区域的实际情况作出的具体规定。但为了避免实际操作过程中引发不必要的合法性问题争论,地方在进行创新立法或者涉嫌超越上位法时,应该先征求上级人大常委会的审查意见,进一步确保地方立法的合法性。在地方立法过程中需要强调,地方立法所遵循的并非“依据原则”,而是“不抵触原

则”。相比“依据原则”的立法规定，“不抵触原则”赋予了地方立法更大的自由空间，在这个地方自主空间范围内，地方立法机关应该充分发挥地方主动性、积极性、创造性，充分行使《立法法》赋予地方的立法权限，结合本地方的具体情况、地方特色，因地制宜，有针对性地解决地方事务。

(二)严格立法监督程序，防止自身越权立法

1. 严格立法监督程序

我国《宪法》第67条第8款规定，全国人大常委会有权撤销省、自治区、直辖市国家权力机关制定的同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规和决议。《地方各级人民代表大会及各级人民政府组织法》也规定地方人大常委会有权监督法律的实施，保证宪法、法律、行政法规在本区域内得到遵守和执行。^⑧我国《立法法》也规定了相关的立法监督程序。^⑨从我国的法律规定来看，在立法监督方面我国已经构建了比较严密的监督体系，但法律冲突与清理工作仍然存在滞后松懈等问题。为了保障立法规范的内部统一性、权威性，对于下级立法机关提交审批或者备案审查的立法文件，上级监督机关应当进行严格的合法性、合理性审查，发现存在违反上位法规定的，应及时与制定机关进行协商沟通，甚至可以直接予以撤销或者修改。需要引起注意的是备案作为一种立法监督手段，其审查强度和效力虽然不及批准，但这绝不意味着备案仅仅是一种形式上的登记。另外，对于司法机关在司法审判过程中就法律适用问题所提出的司法建议，立法机关应当引起足够的重视，而不应让这种司法监督仅仅成为个案监督。严格立法监督程序，才能保证地方立法质量，这对于缓解地方性法规、规章与上级法律、行政法规之间的紧张关系具有重要作用；与此同时，严格立法监督程序也能够及时将地方立法的一些违法违规行为扼杀在摇篮之中，避免在法律实施过程中损害法制统一，给社会公众造成伤害，引起不必要的法律纷争。

2. 防止自身越权立法

强化外部立法监督机制固然重要，但是防止地

方立法机关自身越权立法更应引起重视。一方面，地方立法机关应该加强工作机构和队伍建设，适当增加立法机关具有法律专业背景的组成人员数量，注重提升立法工作人员的法学素质，加强与高校、政府有关部门和基层工作机构的合作和交流，保证立法草案与上位法在相关立法领域的规定不冲突，强化自身对立法草案的合法性审查，从源头上防止越权立法；另一方面，地方立法要保持地方特色，但同时应避免沦为为政府的行为提供合法性、正当性的“工具”。地方立法机关作为民意机关，应当代表地方人民群众的利益行使立法权，不能成为地方政府操控的“立法傀儡”，尤其是在地方政府规章的制定过程中，必须要严格执行《立法法》第82条规定的“禁止增设义务和负担”的立法规定^⑩，坚决抵制行政机关超越立法。

(三)合理规制行政权，实行科学民主立法

1. 合理规制行政权

当下面临着这样的现实：现代社会事务越来越多，越来越复杂，传统行政法规定的行政行为方式已经无法满足当前社会的管理需要，在立法过程中适度地扩大行政机关在处理各类行政事务的自由空间，成为了一种发展趋势。行政法长期以来被认为是一种控权法，其目的在于防止行政机关滥用公权力侵害公民、法人或其他组织合法权益。其实，对于“控权法”很多人都出现了误解，在此需要强调的是，“控权”并不是要“限权”，控权法其本质在于“规制权力运行”，是在尽可能地满足行政机关处理各种行政事务权力需求的基础上，通过设定相关的权力运行机制，保证权力能够高效地运转和使用。面对日渐复杂多样的社会事务，必须保证政府在履行职责，提供公共服务的过程中高效行使行政权，不能因噎废食，仅因为害怕行政权膨胀或被滥用而将行政权进行牢牢捆绑束缚。合理规制行政权已经成为当前行政法学发展的新领域，也是现代法治政府建设应当借鉴的一种新兴理念，未来我国行政法治的发展方向也必将朝着规制行政方向迈进，因此在立法理念上应该有一定的前瞻性。

2. 实行科学民主立法

地方立法规定长期以来存在着立法质量低下、相互抄袭现象严重、立法部门化等问题,实行科学民主立法是解决问题的根本之策。首先,实行科学立法要充分调查和了解立法需求,及时回应社会关切。立法规范作为一种社会规范,其生命力源于不断地适用于调整各类主体之间社会关系,处理各种纷繁复杂的社会事务的过程中,充分地调查和了解社会的立法需求,才能制定出民众最急切、政府最需要、社会最期待的法律规范,才能让有限的立法资源发挥最大作用;其次,民主立法必须要充分地吸收民意,让立法真正的体现民意,尤其是在制定地方政府规章过程中,伴随着“传送带理论”的逐渐消弭,行政立法在一定程度上已经产生了民主赤字,政府规章面临着合法性危机,缓解这种危机的最好途径就是吸收公众参与,赋予民众第二次表达机会;最后,实行科学民主立法,要注意吸收立法专家意见和其他地方立法机关的立法经验,注重与上级立法机关进行沟通协商,对于涉及部门立法的,应当与各个专门部门进行联系沟通,听取相关意见等。立法是一个系统复杂的过程,也是各方利益相互博弈的过程,通过综合各方面意见,结合自身的立法需求和地方特色,才能够制定出一部质量优良的地方法规。

四、缓解地方立法与“三法”紧张关系对策

2015年我国《立法法》进行修订,关于地方立法权讨论的最热烈的有两个方面的内容:第一地方立法权下放到设区市一级,且只能就三类事项进行立法规定;第二没有法律法规依据,地方政府规章不得增设义务负担。从整个《立法法》呈现的立法趋势来看,地方立法权呈扩大趋势,但也松弛有度。^⑧然而,从《行政处罚法》《行政许可法》《行政强制法》三部法律关于地方立法权的授权规定来看,呈现出收紧趋势^⑨,如此以来,《立法法》与“三法”的关系就变得更加紧张了,缓解地方立法与“三法”之间的紧张关系迫在眉睫。

(一)地方立法与《行政处罚法》

地方立法与《行政处罚法》之间的关系是“三法”

中最紧张的。《立法法》规定地方立法主体下移对《行政处罚法》关于授予地方立法机关的规定有重大影响。我国《行政处罚法》第11条规定地方性法规可以设定除限制人身自由、吊销企业营业执照以外的行政处罚^⑩;第13条规定地方政府规章可以设定警告和一定数额罚款,具体数额由省级人大常委会确定。^⑪而在《立法法》规定设区的市可以制定地方法规和政府规章,根据新法优于旧法的法律适用原则,设区的市根据《立法法》第72条的规定,在城乡建设、环境保护和历史文化等事项方面享有行政处罚权。在现实立法过程中,却因为《立法法》规定的“事项”如何理解发生了分歧,出现“具体事项说”和“事项领域说”两种观点,两种不同的理解所能推导出来的立法权范围完全不同,因此缓解地方立法权与《行政处罚法》之间的紧张关系,主要是要解决设区的市一级的行政处罚设定权问题,正确地理解立法法规定的事项范围。

在理解“具体事项说”和“事项领域说”方面,至少应当从以下几个维度进行:首先,本次《立法法》修改的初衷是下放地方立法权,充分发挥地方立法权的立法优势,让地方立法机关更好地针对各个不同地域的特点和具体情况,制定符合本地的法律规范,促进行政管理目标的实现;其次,对于《行政处罚法》已经就行政处罚的行为、种类、幅度作出规定的,当前地方立法只能在上位法规定的范围内进行细化规定,对于一些明显已经无法满足执法需求、不符合实际情况的法律规定,地方立法机关可以提请上级立法机关予以修改调整,或者提请全国人大及其常委会行使法律适用的“暂停权”。^⑫各省市由于经济社会发展水平不同,地区差异性将长期存在,上级立法进行立法修改应该为地方立法留有余地;最后,在立法过程中应该遵循前文已经阐述的几项基本准则,以保障立法质量,维护法制统一。

地方立法在面对一些实际工作出现的新情况、新问题,在上位法没有明确禁止性规定的前提下,应当允许地方立法增加违法行为并设定相应的行政处罚。作出这样的立法导向,一方面是尊重上位法的

立法规定,即如果存在上位的立法规定或者禁止性规定,下位法则必须遵守,不能进行突破立法,这是保障整个法律法规内部体系统一的根本原则;另一方面,立法工作应该根据现实的情况同步发展,与时俱进,尽最大可能克服立法的滞后性和僵硬性,防止机械僵化适用法条,在法律法规允许的框架下及时回应现实执法需求。

另外在实践中经常遇到的法律、法规对某种行为作出了义务性规定,如“不得实施某种行为”,但并没有规定相应的责任和处罚,这在客观上形成一种对于违法行为放任的态度,这种违法行为是否得到遏制完全依靠社会自觉。对此从严者认为:“法律、法规未设定相应的罚则本身就是一种立法态度,地方立法不得另外设定法则”;从宽者则认为:“这种情况属于法律、法规本身没有规定,地方立法当然享有设定权”。对此,全国人大法工委早在2002年4月18日曾经做出明确的法律问答:“如果法律规定某一行为属于违法行为,或者对某种行为作了义务性规定,但并未对上述行为设定相应的行政处罚,行政法规、地方性法规或者规章不能设定行政处罚”。^⑤在立法工作中,对法律、法规的规定存在不同的理解时常发生,一方面地方立法者应该充分听取各方意见,与全国人大常委会法工委进行协商沟通;另一方面,全国人大常委会法工委对于存在争议的法律问题,应该及时作出相关解释和问答指导地方立法,减少不必要的立法冲突和纷争,维护中央的立法权威。

(二)地方立法与《行政许可法》

根据我国《行政许可法》第15条的规定,对于本法第12条规定的事项,尚未制定法律、行政法规的,地方性法规可以设定许可;法律、行政法规、地方性法规都没有进行规定的,根据地方管理需要,省级政府规章可以制定临时性许可。^⑥但是,在省级政府规章设定的“临时性”许可方面,《立法法》第82条的规定对省级政府规章设定临时性许可产生了影响。《行政许可法》第15条规定“因行政管理的需要,确需立即实施行政许可的”情形与《立法法》第82条第5款关于地方规章先行立法的规定高度一致。^⑦这就是

说,省级政府规章设定临时性行政许可属于先行性立法,要受“实施满两年需要继续实施规章所规定的行政措施的,应当提请本级人民代表大会或者其常务委员会制定地方性法规”的约束。^⑧

地方政府规章设定临时性许可被新《立法法》所限定,这并不是导致《行政许可法》与地方立法关系紧张的主要原因。引发两者之间法律关系紧张的是《行政许可法》第16条规定的“地方性法规和规章可以在法律、行政法规设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定。”^⑨《立法法》第72条对立法权限的下放意味着设区市的地方性法规和规章有权对法律、行政法规、省级政府规章规定的行政许可的实施进行具体规定,而实际操作中发生立法冲突就在于此。

地方性法规和规章在对上位法规定的行政许可进行细化规定时,通常会根据各个地方的特点和具体情况,对行政许可的申请条件进行增加或者减少,从而导致下位法与上位立法规定不完全一致。对于这种情况,不应该刻意追求地方性法规和政府规章规定的具体实施条件与上位法在文字上完全保持一致,而是要理性地分析判断地方立法规定是否给行政许可的申请人增加了实质上的负担和义务,不能仅仅因为形式上规定的不一致,武断地认为地方立法与上位法之间存在立法冲突。

对于设区市地方性法规和规章在细化行政许可规定过程中,增设新的行政许可情形,应当认为该增设许可规定违法。我国《行政许可法》只允许省级人民政府规章在法律、行政法规、地方性法规均为规定时,因行政管理的需要,确需立即实施行政许可的,才能设定临时性许可。在实际社会管理过程中,如果出现了新问题、新情况,确实需要设定新的行政许可的,应当提请上级有权立法机关设定相关的行政许可,无权机关不宜超越立法权限直接增设新的行政许可。在立法工作中,应该贯彻和落实“越权无效”的法治理念,坚持法律优先和法律保留原则对于试图以客观的实际需求为由,超越法律禁止性规定的立法思想和行为,要坚决抵制,减少因后天人为因

素造成的立法冲突。

(三)地方立法与《行政强制法》

根据我国《行政强制法》第10条的规定,行政强制由法律设定,对于尚未制定法律、行政法规,且属于地方性事务的,地方性法规仅可以设定查封和扣押两种强制措施,法律、法规以外的其他规范性文件不得设定行政强制措施。根据《行政强制法》的规定,地方政府规章不享有行政强制的设定权。但自2015年《立法法》修改生效后,该法第82条规定,对于应当制定地方性法规,但条件不成熟的,因行政管理迫切需要可以先制定地方政府规章。而地方政府规章是否可以“借道”先行性立法,暂时替代地方性法规涉足设定行政强制措施的领地,有的学者认为可以。因为《立法法》不仅是宪法性法律,是“一般法”,其对我国立法权的配置具有“普适性”,作为2015年修正案所增设的一项内容无疑是为了回应我国立法实践的迫切需要而作出的规定,具有“后法”的性质,对于先前颁行的各单行法中设定权的配置具有约束力。据此,地方政府规章可以遵循先行性立法的规则,创制查封、扣押等行政强制措施。^⑧本文对这种观点持保留态度。该观点根据“新法优于旧法”及其《立法法》作为一种宪法性法律,对我国立法工作具有“普适性”,赋予《立法法》这样的法律地位是中肯的,其认为应从行政管理的迫切需要的角度,给予地方政府规章设定查封和扣押的权力。但本文认为至少应当从行政强制的手段的特点、《行政强制法》出台的背景和立法目的、《立法法》第82条第6款规定等三个方面分析,是否可以赋予地方政府规章强制措施的设定权。

首先,行政强制具有直接侵害性和强制性。行政强制是以国家强制力为后盾,对公民、法人或其他组织的人身、财产等权利直接进行剥夺限制,是一种比行政处罚更加严厉的措施,严格控制行政强制手段的设定权,是行政强制本身特性决定的。行政强制措施是一把“双刃剑”,如果能够恰当地运用,则能够提高行政效率,及时处理和解决管理问题,反之,则会严重损害人民群众权益,激化社会矛盾。因此,

对于行政强制设定权的授权应该慎之又慎。2015年新修改的《立法法》将立法权下放到设区的市一级,如果允许地方政府规章设定强制措施,则意味着地方政府规章也有权设定强制措施,这明显违背了设定行政强制的谨慎原则。

其次,《行政强制法》出台的背景。《行政强制法》出台之前,我国行政强制面临着“乱”、“滥”、“软”三大问题。^⑨《行政强制法》规定其他规范禁止设定强制措施,是一种壮士割腕的决心,是对行政强制手段乱象的深恶痛绝。在2009年《行政强制法》草案审议过程中,吕薇、李重庵等委员始终提出,对于行政强制应该由法律统一设定、不“开口子”;郑成功等委员也提出,授予地方设定权容易造成行政强制措施被滥用;朱启委员认为,行政强制措施只有在法律没有规定时,可以给行政法规“开口子”,但不能下放到地方。大部分的委员认为,在法律没有规定时,可以向行政法规、地方性法规“开口子”,但要严格控制。^⑩从《行政强制法》的制定过程来看,对于赋予地方设定强制措施,大部分的立法委员是持否定态度的,而最终出台的允许地方性法规设定查封和扣押两种较轻的强制措施已经是最大的开放限度了。另外,从“三法”对于地方立法权的授权趋势来看,也都是呈现出收紧的状态,禁止地方规章设定强制措施是大势所趋。

最后,《立法法》第82条第6款的禁止性规定。该款规定:“没有法律、行政法规、地方性法规的依据,地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。”该款作为第82条的兜底条款,对地方政府规章的立法权做了明确的禁止性规定。地方政府规章设定负担性规范,必须要有“依据”,这对于前款规定的“临时性立法权”同样具有约束力。

综上,在地方立法过程中不仅要考虑“新法优于旧法”的立法规定,更要充分尊重《行政强制法》确立的立法原则和理念,对于行政强制措施的设定权,必须要守住法律底线。《行政强制法》从起草到出台了23年的时间,是无数中外法学家多年心血智慧的

结晶,是对中国近二十多年行政立法、执法、司法实践经验的总结归纳,在行政强制措施设定权方面,必须慎之又慎。

结语

1789年法国《人权宣言》确立了分权原则:“一切社会,凡权利无保障或分权未确立,均无宪法之可言。”也正是在权力开始分立伊始,大概就产生了法律权限问题。在横向上,权力分为立法权、行政权、司法权;纵向上,中央立法权和地方立法权、不同层级的政府机关,不同的行政权、各级法院的司法权亦有不同。权力分立最终导致了各种性质的权力纵横交错,形成了一个复杂的权力网络体系,任何的权力界限的变动,都可能让整个权力体系内部发生矛盾冲突,权限的划分、调整应小心谨慎。当前社会变化发展飞快,社会日渐变得纷繁复杂,在中国这样一个幅员辽阔,地区差异明显的国家,合理划分中央和地方的立法权限,妥善处理各部门法和一般法之间的法律冲突,需要各个立法主体相互尊重和协商,在发挥地方立法能动性的同时,共同守住现行法律的底线。既要切实解决各个地方的现实问题,也要维护好全国的法制统一。

注释:

①本文所称的“三法”是对于《中华人民共和国行政处罚法》《中华人民共和国行政许可法》《中华人民共和国行政强制法》的统称简称。其中在本文中所称《宪法》《立法法》《组织法》等法律名称,为了避免论述繁琐,均采用简称。

②《行政处罚法》第8条规定:行政处罚的种类:(一)警告;(二)罚款;(三)没收违法所得、没收非法财物;(四)责令停产停业;(五)暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照;(六)行政拘留;(七)法律、行政法规规定的其他行政处罚。

③《贵州省大扶贫条例》(2016年9月30日通过)第89条规定:违反本条例第七十八条规定,弄虚作假,骗取扶贫政策待遇的,由有关部门列入诚信黑名单进行管理并取消其受助资格;获取经济利益的,由有关部门依法追回,并追究相关责任人的责任;造成损失的,依法赔偿损失。

④《北京市人口与计划生育条例》(2016年3月24日通过)

第36条规定:机关、企业事业单位、社会团体、其他组织的职工违反本条例规定生育的,由其所在单位给予行政处分或者纪律处分;分娩的住院费和医药费自理,产假期间停止其工资福利待遇;三年内不得被评为先进个人、不得提职,并取消一次调级。农村居民违反本条例规定生育的,在给予农村福利时予以适当限制;聘任为干部的,应予解聘。

⑤在调研中发现,河道的挖沙行为是暴利行为,一台挖掘机一晚上可以挖3万多立方沙,严重破坏河道及附近生态,违法当事人一晚上获利17万;而按照《水土保持法》《水法》《河道管理条例》等规定,最高罚款额只有5万,上位法规定的处罚幅度明显不够。

⑥《行政许可法》第16条规定:地方性法规可以在法律、行政法规设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定。规章可以在上位法设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定。法规、规章对实施上位法设定的行政许可作出的具体规定,不得增设行政许可;对行政许可条件作出的具体规定,不得增设违反上位法的其他条件。

⑦《行政许可法》第15条规定:本法第十二条所列事项,尚未制定法律、行政法规的,地方性法规可以设定行政许可;尚未制定法律、行政法规和地方性法规的,因行政管理的需要,确需立即实施行政许可的,省、自治区、直辖市人民政府规章可以设定临时性的行政许可。临时性的行政许可实施满一年需要继续实施的,应当提请本级人民代表大会及其常务委员会制定地方性法规。

⑧《行政强制法》第9条规定:行政强制措施的种类:(一)限制公民人身自由;(二)查封场所、设施或者财物;(三)扣押财物;(四)冻结存款、汇款;(五)其他行政强制措施。

⑨《行政强制法》第12条规定:行政强制执行的方式:(一)加处罚款或者滞纳金;(二)划拨存款、汇款;(三)拍卖或者依法处理查封、扣押的场所、设施或者财物;(四)排除妨碍、恢复原状;(五)代履行;(六)其他强制执行方式。

⑩《江苏省太湖水污染防治条例》(2007年)第69条规定:排污单位有下列行为之一的,由环境保护部门封堵其排污口:(一)无排污许可证或者不按照许可证的规定向水体排放污染物,拒不改正的;(二)停产整顿期间擅自恢复生产,向水体排放污染物的;(三)私设排污口向水体排放污染物的。

⑪2012年江苏省第十一届人民代表大会常务委员会第二十六次会议决定对《江苏省太湖水污染防治条例》作如下修改:将第六十九条修改为:“私设排污口向水体排放污染物的,由环境保护部门责令限期拆除,处二万元以上十万元以下的罚款;逾期不拆除的,强制拆除,所需费用由违法者承担,处十万元以上五十万元以下的罚款,环境保护部门可以提请县级以上地方人民政府责令停产整顿。”

⑫《湖南省林产品质量安全条例》(2009年11月27日通

过)第22条规定:违反本条例第九条第二款规定的,由县级以上人民政府林业行政主管部门责令停止采集、生产,对已经采集、生产的产品予以销毁。

⑬《浙江省公路路政管理条例》(2005年1月13日通过)第36条规定,公路路政管理人员依法对在公路上行驶的车辆进行超限运输检查时,应当确保公路安全和畅通。被检查人员应当配合,接受检查,不得强行通过。不接受检查,堵塞超限运输检测站通行车道的,由公路管理机构强制拖移。

⑭刘莘:《行政立法研究》,法律出版社2003年版,第248页。

⑮应松年主编:《当代中国行政法》,人民出版社2018年版,第900-901页。

⑯参见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释义》,法律出版社2015年版,第2-3页。

⑰参见《立法法》第10条第1款、第6条规定。

⑱《地方各级人民代表大会及各级人民政府组织法》第44条规定:“县级以上地方各级人民代表大会常务委员会行使下列职权:(一)在本行政区域内,保证宪法、法律、行政法规和上级人民代表大会及其常务委员会决议的遵守和执行;……(七)撤销下一级人民代表大会及其常务委员会的不适当的决议;(八)撤销本级人民政府的不适当的决定和命令;……”

⑲参见《立法法》第5章关于立法的适用与备案审查的规定。

⑳参见《立法法》第82条第6款规定:没有法律、行政法规、地方性法规的依据,地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。

㉑《立法法》第72条规定:设区市地方人大及其常委会制定的法规须经省级人大常委会批准才能生效,且在立法事项方面进行了规定;该法第82条规定:没有上位法依据,地方政府规章不得设定减损公民、法人或其他组织权利或者增加其义务的规范。

㉒王飞凡:《行政立法三部曲与〈立法法〉的立法权位序之比较》,载《四川警察学院学报》2015年第5期。

㉓《行政处罚法》第11条规定:地方性法规可以设定除限制人身自由、吊销企业营业执照以外的行政处罚。法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定,地方性法规需要作出具体规定的,必须在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。

㉔《行政处罚法》第13条规定:省、自治区、直辖市人民政府和省、自治区人民政府所在地的市人民政府以及经国务院批准的较大的市人民政府制定的规章可以在法律、法规规定

的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。尚未制定法律、法规的,前款规定的人民政府制定的规章对违反行政管理秩序的行为,可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。罚款的限额由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会规定。

㉕参见《立法法》第13条规定:全国人民代表大会及其常务委员会可以根据改革发展的需要,决定就行政管理等领域的特定事项授权在一定期限内在部分地方暂时调整或者暂时停止适用法律的部分规定。

㉖《法律规定了义务性规范,但未设定行政处罚,法规或者规章能否规定行政处罚?》,中国人大网,http://www.npc.gov.cn/npc/flsyywd/flwd/2002-04/18/content_293079.htm,2018年3月25日最后访问。

㉗《行政许可法》第15条规定:本法第十二条所列事项,尚未制定法律、行政法规的,地方性法规可以设定行政许可;尚未制定法律、行政法规和地方性法规的,因行政管理的需要,确需立即实施行政许可的,省、自治区、直辖市人民政府规章可以设定临时性的行政许可。临时性的行政许可实施满一年需要继续实施的,应当提请本级人民代表大会及其常务委员会制定地方性法规。

㉘《立法法》第82条第5款规定:应当制定地方性法规但条件尚不成熟的,因行政管理迫切需要,可以先制定地方政府规章。规章实施满两年需要继续实施规章所规定的行政措施的,应当提请本级人民代表大会或者其常务委员会制定地方性法规。

㉙王太高:《权力清单中的地方政府规章——以〈立法法〉第82条为中心的分析和展开》,载《江苏社会科学》2016年第3期,第142页。

㉚《行政许可法》第16条规定:行政法规可以在法律设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定。地方性法规可以在法律、行政法规设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定。规章可以在上位法设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定。法规、规章对实施上位法设定的行政许可作出的具体规定,不得增设行政许可;对行政许可条件作出的具体规定,不得增设违反上位法的其他条件。

㉛同前引㉙。

㉜孙波:《试论地方行政强制设定权——以〈行政强制法(草案)〉为文本兼与〈行政处罚法〉和〈行政许可法〉比较》,载《长白学刊》2008年第5期,第65-70页。

㉝郑赫南:《行政强制如何限权牵动人心》,载《检察日报》2011年7月4日第005版。