

行政行为设定制度在行政基本法典中的去留

杨登峰

【摘要】行政基本法典的编纂必须吸收既往立法中创设的行之有效的法律制度。行政处罚法创设的行政行为设定制度本质上是对行政行为设定权的配置,是对我国立法权配置制度的重大发展和补充,编纂行政基本法典时是否吸收这一制度值得研究。行政基本法典是关于一般或基本行政法的法典,以规范行政行为为中心。在行政基本法典中规定行政行为设定制度符合其定位,有助于法律保留原则或职权法定原则的实现。不过,行政行为设定制度具有显著的身份等级性,会导致立法主体之立法任务与立法手段不相匹配,且统一划分所有行政行为的设定权在技术上存在困难。为此,行政基本法典虽可保留行政行为设定制度,但只能按法律保留原则划分法律与法规之间的行为设定权,进一步的具体划分可交由单行法或部门法来酌情完成。

【关键词】行政基本法典;行政行为设定制度;法律保留原则

【作者简介】杨登峰,东南大学法学院与人权研究院教授,南京师范大学中国法治现代化研究院兼职研究员。

【原文出处】《政法论坛》(京),2024.1.120~133

【基金项目】本文系国家社科基金重大项目“新时代中国改革创新试验的法治问题研究”(18ZDA134)的阶段性成果,本成果还受到“中央高校基本科研业务费专项资金”资助。

一、问题的提出

行政行为设定制度创设于1996年颁布的《行政处罚法》。该法第9至13条规定,“法律可以设定各种行政处罚。限制人身自由的行政处罚,只能由法律设定。”“行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚。”“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。”尚未制定法律、法规的,规章可以设定警告或一定数额罚款的行政处罚。^①自此,行政行为设定制度成为我国行政行为立法的重要组成部分,后来制定的行政许可法和行政强制法均做了相应规定。^②与其他国家的行政处罚法等进行比较可以看出,没有哪个国家的立法有类似规定,这应是我国行政立法中最具特

色之处。^③

在行政处罚法、行政许可法和行政强制法(以下简称“行政三法”)中,设定制度占据突出地位,均规定在总则之后、其他章节之前。本质上,它是对立法权的划分,是以立法权制约行政权的基本制度安排,是处罚法定、许可法定和强制法定原则的具体落实。

不过,自制定“行政三法”之后,我国未再针对其他行政行为单独立法,行政行为的设定制度便没有得到进一步扩展和延续,学界对这一制度的未来走向也未追问。但是,民法典颁布后,行政基本法典的编纂被提上“议程”。习近平总书记指出:“民法典为其他领域立法法典化提供了很好的范例,要总结编纂民法典的经验,适时推动条件成熟的立法领域法

典编纂工作。”^④2021年4月公布的《全国人大常委会2021年度立法工作计划》规定,要“研究启动环境法典、教育法典、行政基本法典等条件成熟的行政立法领域的法典编纂工作”。编纂民法典的最重要经验是,先制定单行法,经过实践检验之后,再将行之有效的成熟制度吸收、编纂到民法典中。我国行政基本法典的编纂其实也选择的是同样的路径。^⑤目前,虽对行政基本法典的结构和内容还有待讨论,但行政活动(也有学者主张使用“行政行为”^⑥)肯定是其调整的核心。行政活动是较行政行为更为宽泛的学术概念,远不止行政处罚、行政许可、行政强制(以下简称“三种行为”)。这种情形下,“行政三法”奉行的设定制度是否要延及所有行政活动并在行政基本法典中加以规定,便成不可回避的问题。

已有主张在行政基本法典中规定“设定制度”的,如马怀德教授认为,“行政执法”编应“包括概念和种类、原则和要求、设定、执法主体及管辖、执法环节、适用规则”^⑦,但相关论述仅此而已,未说明如何规定。由此可见,对行政行为设定制度在行政基本法典中的去留还缺乏必要讨论,远未形成共识。究其因,近几年的研究主要集中于行政基本法典编纂的必要性、基本思想、精神气质、法律属性、立法路径、立法模式、内容框架、立法技术等宏观层面,^⑧还没有对具体制度开展微观研究。然而,对行政基本法典编纂问题的研究仅采取从宏观到微观单向推进的策略并不足取,从宏观与微观两个层面同时并举,可相辅相成、提高成效。可以说,本文正是对这一研究策略的尝试。

本文的基本观点是,在行政基本法典中规定行政行为设定制度符合其定位,有助于落实法律保留原则或职权法定原则,但它是特定时代的历史产物,本质上是立法权的划分,且这种划分不完全符合立法权配置的内在规律,在法典中规定时,须符合立法权的配置规律,以简要为原则,以划定法律保留事项为限度。下面从三个层面加以论述。

二、作为特定历史产物的行政行为设定制度

创设行政处罚设定制度已近三十年。欲把握其

未来走向,须回顾其产生根源。可以说,行政行为设定制度是三种因素共同作用的结果:一是制定行政法典或行政基本法的努力暂告失败,“程序法先行”和“单行法先行”成为制定行政法典的基本路径,“行政三法”正是对这一路径的探索;二是我国宪法、组织法和立法法仅配置了法的“形式采用权”和“事务管辖权”,但鲜少规定“行为设定权”,对行为设定权的行使缺乏必要制约和规范;三是对“三种行为”设定权和实施权的滥用触目惊心,公民、法人和其他组织的合法权益受到严重侵害,行政机关公信力受到严重影响,亟待通过立法从根本上加以规范。

(一)行政立法从制定法典转向“单行法先行”

历史地看,“行政三法”本身是对行政基本法典编纂的另一种探索。我国编纂行政法典的努力始于二十世纪八十年代,且深受民法典编纂路径的影响。

民法典是在一步到位地编纂法典的路径行不通的情形下,按照“通则一分则(合同法、担保法、物权法、侵权责任法)—总则—法典”的顺序分步推进的。从新中国成立至1986年《民法通则》制定,我国曾三次尝试制定民法典。前两次均发生在改革开放前,^⑨第三次为1979年—1982年,由全国人大法制委员会组织,于1980年8月完成征求意见稿,后修改4次。但第4次修改后,彭真等认为,尚不具备一次性制定民法典的条件,遂决定“单行法先行”“成熟一个通过一个”,然后汇总编纂。此后,虽在2002年和2015年又重提民法典的制定,但最终没有改变“单行法先行”的立法路径。2009年《侵权责任法》制定后,分编立法工作告终;2017年《民法总则》制定,民法典的编纂便水到渠成。

民法典编纂路径和编纂进程的上述变化深刻影响了制定行政法典的设想。首先,制定行政法典的设想是基于《民法通则》的制定而提出的。《民法通则》确立了民法的基本规范,搭建了民事法律的基本结构,使民事法律有了“民法典”的雏形。这极大地激发了行政法学人的智慧和灵感。《民法通则》颁行不久,在全国人大常委会、司法部、最高人民法院、中宣部等单位联合召开的《民法通则》颁布座谈会上,

时任全国人大法律委员会顾问的陶希晋提出制定包括刑法、刑事诉讼法、民法、民事诉讼法、行政法、行政诉讼法在内的“新六法”的主张。^⑩在这里,行政法被视为与刑法、民法并驾齐驱的基本法律。同年10月,即在《民法通则》颁行半年之后,在陶希晋的积极倡导和组织下,正式成立了由全国人大法工委领导的行政立法研究组。

行政立法研究组最初的设想是,制定出一部类似《民法通则》的“行政基本法”。在行政立法研究组成立会议上,与会人员提出:“根据宪法规定的原则,制定一部充分体现经济和政治体制改革要求的行政基本法,哪怕是纲要式的,将是加强社会主义法制的重要步骤。”^⑪这应是“行政基本法”概念的最早提出。但由于内无前期积淀,外无相同立法可资借鉴,起草工作举步维艰。这种情形下,研究小组认为,从程序法发展到实体法是一条立法规律,可借鉴民事立法之“先制定民法,后制定《民法通则》”的经验,先制定行政诉讼法,以此带动行政实体法的出台。这个意见得到一致赞同,制定行政基本法的努力便告中止。随后,1989年制定了《行政诉讼法》,1990年制定了《行政复议条例》,1994年制定了《国家赔偿法》,基本搭建了我国行政监督与救济的程序法律体系。

国家赔偿法颁行后,行政立法的视野重回行政法本身,但这一时期行政立法研究组的考虑已比较务实。他们不再设想制定行政基本法,而是退而求其次,设想制定一部统一行政程序法。不过,即便对统一行政程序法的制定,当时也认为条件还不成熟。于是,再退而求其次,决定采取“迂回”战术,先对行政管理中最重要行政处罚、行政许可、行政强制和行政收费等行政行为分别立法。^⑫于是,行政处罚法的制定便列入立法计划并于1996年审议通过,从而开启了统一行政程序法或者说行政基本法的“单行法先行”之路。直到12年后的2008年,湖南省制定《湖南省行政程序规定》,统一行政程序法的立法实践才在地方立法层面展开,开启了统一行政程序法的“地方先行”立法模式。

由上可见,行政处罚法开启的“行政三法”是行政基本法典制定“规划”中的先行者和探索者,行政行为设定制度是探索行政基本法典道路上的一个创新成果。

(二)我国立法权仅配置了法的形式采用权

行政行为设定制度本质上属于立法权的配置,属于我国立法权配置制度的一部分,也应从我国立法权配置制度发展变化的角度来观察。

我国立法权的配置始于1954年《宪法》。不过,“五四宪法”的规定十分简单,仅规定了法律和自治条例、单行条例及其制定主体,即法律由全国人大制定,自治条例和单行条例由自治地方制定。该宪法第22条规定:“全国人民代表大会是行使国家立法权的唯一机关。”第27条第1款第2项规定,全国人民代表大会行使制定法律的职权。第70条第4款规定:“自治区、自治州、自治县的自治机关可以依照当地民族的政治、经济和文化的特点,制定自治条例和单行条例,报请全国人民代表大会常务委员会批准。”此后直到改革开放,上述规定未发生大的变化,行政法规、地方性法规和规章等概念还未提出来。

1979年,全国人大制定了《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(以下简称《地方组织法》)。该法增加了新的法的形式——地方性法规,并将其制定权授予省级人大及其常委会。1982年修订的《宪法》在“五四宪法”和《地方组织法》基础上,增加了基本法律、行政法规、部门规章等立法形式并明确了制定的权力主体,即由全国人大制定基本法律、由全国人大及其常委会制定普通法律、国务院制定行政法规、国务院部委制定部门规章。同时,将自治条例和单行条例分为自治区和自治州县两级,将自治州县的自治条例和单行条例的审批权下放给自治区人大常委会。^⑬虽然“八二宪法”未规定设区的市的地方性法规和地方政府规章的立法权,但同年12月修改的《地方组织法》作了补充规定。^⑭经由上述规定,我国现行的包括基本法律、普通法律、行政法规、地方性法规、部门规章和地方政府规章在内的法的形式、位阶及其制定权力主体体系就

基本形成了。^⑤

不过,上述宪法和组织法所明确的仅是法的形式、位阶及其制定主体,可称之为法的“形式采用权”^⑥,即立法者可以采用特定形式、名称、位阶的规范性文件进行立法的资格或权力,但没有明确制定各种形式和位阶的法时可以调整的事项以及调整该事项时可以采用的手段、措施或可以设定的行政行为,即没有明确划分“事务管辖权”和“行为设定权”。尤其是没有明确或限制法律、法规和规章之外的其他规范性文件可以调整的事项和可以设定的行为种类。虽然说法的“形式采用权”是立法的基础性权力,决定着我国的立法体制,但“事务管辖权”和“行为设定权”才是立法主体发挥功能的实体性权力。

可以说,“事务管辖权”是立法主体有权加以调整或规范的事项。我国对事务管辖权的配置比较晚,始于2000年制定的《立法法》。据其规定,行政法规可就“国务院行政管理职权事项”(包括“经济工作和城乡建设、生态文明建设”“教育、科学、文化、卫生、体育和计划生育工作”等^⑦)加以规定;地方性法规可就“地方性事务”加以规定,其中,设区的市地方性法规可就“城乡建设与管理、生态文明建设、历史文化保护、基层治理等方面的事项”加以规定;地方政府规章可就“本行政区域的具体行政管理事项”做出规定,其中,设区的市的政府规章规定的事项“限于城乡建设与管理、生态文明建设、历史文化保护、基层治理等方面的事项”^⑧。可以看出,事务管辖权仅划分了立法主体可以调整的事项范围,并没有明确调整或规范相关事项时可以采用的方法或措施。

相比于前两种权力,“行为设定权”也毫不逊其重要性。“形式采用权”仅赋予立法主体相应的立法资格,“事务管辖权”仅赋予立法主体立法的任务与职能,而“行为设定权”则指行使“事务管辖权”时可采用的方式或措施。缺乏“行为设定权”或设定制度等于缺乏对这种权力的必要规范。其结果,要么导致立法主体的不作为,要么导致其乱作为。行政处

罚法创设的行政行为设定制度所规定的正是法的“行为设定权”,正好可以弥补法的“形式采用权”和“事务管辖权”的功能空档,不仅使我国立法权的内在构成更加完善,使“形式采用权”和“事务管辖权”的行使有了依托,同时也使两种权力的行使得到规范和制约,不失为对我国立法制度的重大发展和补充。

(三)“三种行为”设定多、乱、滥的现实需要

不过,单靠上述两个因素,并不必然导致行政处罚法创设设定制度以及行政许可法、行政强制法延续这一制度。其更重要的原因在于当初“三种行为”的泛滥和滥用。

行政处罚的泛滥,首先,表现为行政处罚种类的多。根据有关立法部门当时不完全的调查和统计,行政处罚法制定之前,仅法律和行政法规设定的行政处罚种类就有120多种,地方性法规和规章设定的种类就更多。^⑨其次,表现在行政处罚设定主体和设定形式的无序上。当时,除享有立法权(即享有形式采用权)的主体通过法律、法规、规章设定行政处罚之外,市县级人民政府及其工作部门、乡镇人民政府,甚至企业、事业单位和社会团体、群众组织都在通过决定、命令、通知、通告乃至村规民约等设定行政处罚。^⑩再次,还表现在行政处罚实施的多和随意上。以1991年北京市的行政处罚为例,当年实施的行政处罚就达800多万次。其中罚没700多万次,警告拘留59.9万人次。^⑪

行政许可法与行政强制法制定当初面临的问题与行政处罚法相同。据统计,制定行政许可法前,浙江有近2500项行政许可,青岛市有1300多项行政许可。就连深圳市也有1100多项行政许可,其中有法律依据的仅48项,依据部委规章或其他规范性文件的达323项,市政府部门内部各处室发文的有20多项,还有20多项审批没有任何依据。一时间,社会团体、事业单位都成为行政许可的设定者。行政许可成为限制外地商品进入本地区、强化地方保护的工具。^⑫至于行政强制,有学者指出,制定行政强制法时,行政强制实践主要存在三个方面的问题:“一是

‘散’，即有关行政强制的规定分散，数十部单行法律、数百部行政法规和数以千计的地方性法规和规章对行政强制作出了规定。二是‘乱’，即行政强制的设定和实施比较乱，法律、法规、规章乃至规范性文件皆设定行政强制，享有行政强制实施权的主体繁多，存在滥用行政强制权现象。三是‘软’。……”^②

由上可见，正是由于“三种行为”设定和实施的多、乱和滥，“行政三法”规定设定制度才成为当时之急。可以说，行政行为设定制度是规范和遏制这一社会问题的意外收获。对于治理“三种行为”的乱象而言，以设定制度的规范与制约为抓手，逐级限制甚至剥夺一些主体的“三种行为”设定权，无异于釜底抽薪，“不失为一剂猛药”^③。从法律效果看，自从“行政三法”设定制度建立以来，“三种行为”多、乱、滥的现象的确得到有效遏制，虽然还存在变相设定行政处罚、行政许可、行政强制的现象。

三、行政基本法典规定行政行为设定制度的基础

思考本文议题的第二个维度是行政基本法典的功能定位、基本原则与行政行为设定制度之间的关联性。法典之功能定位与基本原则的设置应能统摄法典的绝大多数规则，相应地，法律规则的设置应尽可能体现法典的功能定位与基本原则。从目前行政法学界的主张看，行政基本法典主要定位于一般行政法，基本原则包括“人权保障原则、职权法定原则、法律保留原则、法律优先原则、平等原则、比例原则、诚信原则、正当程序原则、公众参与原则、行政公开原则、行政效能原则和行政应急原则”等。^④其中，与行政行为设定制度关联最紧密者当属法律保留原则与职权法定原则。下面从法典的功能定位、法律保留原则与职权法定原则三个方面来论述法典规定行政行为设定制度的必要性。

（一）从法典的功能定位看行政行为设定制度

行政法是法学学科中涉及范围最广、法源数量最大的。行政基本法典不是行政法律文件的汇编，不可能也不宜将所有行政法律规范编入其中，必须

有所取舍。

行政法可分一般行政法和部门行政法两个部分。一般行政法也称普通行政法，是“管理行政的法”，它以规范、约束行政行为为目的，是行政机关及其工作人员行使行政职权、履行行政职责时应遵循的一般原则和规则，行政组织法、行政程序法、政府信息公开法、行政赔偿法以及“行政三法”、行政复议法等都属于这一类。部门行政法，是“行政管理的方法”，它虽然在客观上也发挥着规范和约束行政管理活动的作用，但它的直接和主要的功能在于为行政机关及其工作人员提供管理、服务某一领域行政事务的法律依据，治安管理法、工商管理法、税收征收管理法、食品卫生管理法、交通管理法、环境管理法、土地管理法等都属于这一类。此外，近几年日渐增多的“保护法”“保障法”“促进法”也基本属于部门行政法的范畴，如各地制定的长江保护法、文物保护法、残疾人和老年人权益保障条例、台湾同胞投资保障条例、旅游促进条例、信息化促进条例、就业促进条例、文明行为促进条例等。一般法之所以“一般”，端在于它们是所有行政机关从事行政管理和服务活动时都要普遍遵循的行为规范，是所有行政活动的总章程。例如，不管哪个行政领域或行政部门，只要实施“三种行为”，都要遵循“行政三法”的规定。行政法的法律文本数量多，多在部门行政法，不在一般行政法，后者的数量其实非常有限。行政基本法典只有将其规范对象限定于一般行政法，其编纂才有可能，才具有普遍性，也才符合“基本法典”之“基本”性。^⑤

一般行政法与部门行政法的目的与功能不同，他们所涉及或调整的法律关系也有所不同。虽然我国行政法学界对一般行政法的目的与功能有不同认识和主张，有“控权论”“平衡论”等学说，^⑥但不论哪个学说，都不会否认，制约和规范行政权力的运作应始终是一般行政法基础和恒定的目的与功能。为实现这一目的和功能，现代的一般行政法基于宪法基本原理与制度，借助于立法权与行政权、司法权与行政权以及上下级行政权之间的分工与监督关系，

通过大量实体与程序规则,建构了包括事前、事中、事后监督与控制在内的全方位的行政权力制约机制。其中,事前的控权是最基础和最有效的,它基于宪法民主与法治原则,将规则的制定权与规则的实施权分割开来,并要求行政权力之行使必须以法律规定(授权)为前提,且不得与法律规定相抵触,从而使行政行为完全臣服于法律规则。为此,行政法提出了法律保留原则、行政职权法定原则以及法律优位原则,并透过立法权的划分或者行政行为的设定制度来体现和实现这些原则。

“行政三法”本身属于一般行政法的范畴,由“行政三法”创设的行政行为设定制度本身属于事前的权力制约装置。从这个意义上看,行政基本法典中规定行政行为设定制度符合行政基本法典的定位以及立法目的与功能要求。

(二)从法律保留原则看行政行为设定制度

法律保留原则是划分立法权的基础原则,也是以立法权制约行政权的根本制度。它意味着,属于法律保留范围的事项必须先由法律作出规定,行政必须以法律规定为前提;没有法律规定,行政主体不得擅自为之。理解法律保留原则需关注以下两个方面:

第一,法律保留原则以具体行为为调整对象,本质上是对行为设定权的划分。这一特点在创立之初即已确定。当初,奥托·迈耶在区分一般规范与具体行为的基础上,提出了法律的法规范创造力与法律保留两个原则。法律的法规范创造力原则适用于一般规范,划分立法机关制定一般规范的权力;法律保留原则适用于具体行为,划分行政机关作出具体行为的权力。只是在后续发展中,由于制定一般规范和作出具体行为都有寻求法律根据的需要,才导致了二者的合流。^②当前,在对法律保留调适范围的讨论中,有侵害行为保留、给付行为保留、内部行为保留、组织行为保留等观点。^③如黄学贤教授认为:“法律保留原则的适用范围也不仅仅停留在侵害行政领域,而要扩大到内部行政、给付行政等行政领域。”^④这一切都说明,法律保留原则的规范对象为行政行

为,而不是某种宽泛的行政事务。

第二,法律保留原则的“法律”不限于法律,国内不少学者解读其为“法的保留”。在法律保留原则的“法律”的理解上,有狭义的法律和广义的法律两种不同意见。狭义的法律,即法律保留原则中的“法律”仅指议会制定的法律,最多包括议会授权政府制定的行政法规。德国人从提出法律保留原则至今,基本秉持狭义法律观。^⑤我国也有持狭义法律观点的,如王贵松教授认为,“法律保留原则是关于立法机关与行政机关之间关系的规范,是行政的一种他律机制”,故“在法律的范上,法律保留的‘法律’仅为全国人大及其常委会所制定的法律,而不包括行政法规和规章等”^⑥。由于我国立法体制的特殊性,持广义法律观点者也不少,如金承东认为,法律保留原则中的“法律”并不仅限于代议立法所定之规则,即法律和地方性法规,而且还包括行政立法所定之规则,如国务院之行政法规、国务院部委之部门规章和地方人民政府之地方政府规章。^⑦

如果法律保留原则以行政行为为调整对象和范围,而“法律”包括法律、行政法规、地方性法规、规章,则与行政行为设定制度具有极大的共同性。即便秉持狭义的“法律”概念,也至少包括法律和授权的行政法规两个层级,与行政行为设定制度有一定重叠性。

按理,法律保留原则的首要落实渠道应是立法法。现行《立法法》第11条至第12条其实也划定了狭义的法律保留的事项范围,而且有些是从设定具体行政行为的意义上规定的,如“对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚”“税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度”“对非国有财产的征收、征用”等规定的是具体行政行为。但除此之外,其他都着眼于“事务”,如第12条规定,法律规定“国家主权的事项”;第72条规定,行政法规规定“宪法第89条规定的国务院行政管理职权的事项”;第81条规定,设区的市的地方性法规规定“城乡建设与管理、生态文明建设、历史文化保护、基层治理等方面的事项”;第82条规定,地方性法规

规定地方性事务。总体看,现行立法法并没有就行政法规、地方性法规以及规章的行为设定权进行具体划分。

由此可见,如果将来的行政基本法典规定法律保留原则,而法律保留的“法律”是广义的,且《立法法》不能通过修订将法律、法规和规章的行政行为设定权予以全面规定,则在行政基本法典中规定行政行为的设定制度就有其必要。只有比较具体地规定行政行为的设定制度,法律保留原则才能在具体制度层面得到体现,行政基本法典的功能目标以及法律保留原则的立法目的才能实现。不过,上述结论以假设为前提,即如果法律保留原则的“法律”是广义的。倘若法律保留原则中的“法律”是狭义的,则不能完全地从法律保留原则推出在行政基本法典中规定行政行为设定制度的结论。

(三)从职权法定原则看行政行为设定制度

叶必丰认为,在行政法基本原则中,“行政职权法定原则是首要原则”。^③应该说,行政职权法定原则在我国行政法教科书中提出较早,^④且属于地道的“土特产”。其他国家行政法学虽有类似思想,但鲜有同样表达。不过,尽管我国学界早就提出了这一原则,对其含义的界定却有较大差异。概括各方所论可以看出,职权法定原则大致可分为主体法定、内容法定、责任法定三个方面,对每个方面又有不同看法。

将主体法定作为职权法定的内容之一的,有“行政主体的设置法定”和“行使职权的主体法定”两种表述。就“行政主体设置法定”,黄贤宏认为,行政权限法定原则的第一要义是“行政机关的设置必须要有法律依据。……没有法律上的依据,便不能设置,也不能行使国家的行政职权。”^⑤张渝田认为,职权法定“具体可以分解为主体法定、权力法定、责任法定等要素。首先是主体法定,‘行政机关是法律的产儿’,行政主体资格必须按照宪法和法律的规定设立。”^⑥就“行使职权的主体法定”,何海波认为,“机构法定”是职权法定的第二要求,它意味着“行政事务应当由法定的机构来处理”^⑦。王克稳认为:“职权法

定原则包括职权主体法定和职权内容法定。职权主体法定是指任何行使行政职权的主体都必须是依法设定的主体。”^⑧张治宇认为,行使行政职权的主体法定是职权法定原则首要要求,意味着“谁可以行使行政权力由法律决定”^⑨。

职权法定必然意味着职权内容法定,因此但凡主张职权法定原则的学者大多主张职权内容法定。但各自的表述不完全一样,形式上可分概括表述和列举表述两类。概括表述将职权法定概括地表述为“来源与行使法定”“内容、权限或范围法定”。如张渝田认为,“行政主体的一切权力来自法律,并且应当是法律的明确授权。”^⑩周佑勇认为,职权法定原则“是指行政权力的来源和行使必须有明确的法律依据,行政机关必须依法履行职责,不得违法或者不当行使职权,否则应当依法承担法律责任”^⑪。张治宇认为,职权法定意味着“行使行政权的范围法定,即可以行使什么行政职权由法律决定”^⑫。列举表述以何海波最具代表性。他认为,职权法定原则要求“行政机关的管辖范围、适用条件和处理方式都应当由法律规定”^⑬。“管辖权力法定”意味着,“行政机关作出一个干涉公民权益的行为,应当获得法律授权。没有法律授权,任何行政机关不能作出行政处罚,也不能给予行政许可,也不能作出其他对当事人不利的行为”^⑭。“适用条件法定”意味着,“法律授予行政机关权力,行政机关只能根据法定的条件行使。法定条件包括适用对象、事项和时限等因素”^⑮。“处理方式法定”意味着,“具有管辖权的行政机关,应当在法定的方式、种类和幅度内,根据具体情况作出相应处理。超越法定的方式、种类和幅度,即构成超越职权;即使在法定的方式、种类和幅度内,也应当遵循合理的准则,作出严重悖谬情理的行为将构成滥用职权”^⑯。其他学者也有类似看法,不再赘述。^⑰

将行政责任法定归于行政职权法定原则之下的学者不多,所见如张渝田认为:“行政权力是权利、义务、责任的复合体,现代‘责任政府’强调权力和责任的统一,权力法定即意味着职责法定,不作为或乱作

为都将导致行政法律责任的产生。”^⑨

上述情况表明,职权法定原则的含义较为复杂,学界还没有形成一致看法,最大分歧在于是否将主体法定、责任法定纳入职权法定原则的含义范围。行政职权法定原则的核心是“职权”,不管是否将主体法定、责任法定置入职权法定原则之中,“职权内容法定”必定是“职权法定原则”的核心内容,不可或缺。不过,即便在这一意义上理解职权法定原则,也可以看出,学界对职权法定原则的界定还比较粗糙。首先,职权法定原则与法律保留原则的关系不明确。可以看出,两者都要求行政要于法有据。那么,其区别何在。其次,“行政职权”的内容不明确。相关论述都要求职权要有法律依据,但并未明确职权含义。唯有何海波从管辖权法定、适用条件法定、处理方式法定三个方面做了界定。再次,职权法定的“法”的范围不明确,它仅指法律,还是包括行政法规、地方性法规和规章在内?

应该说,职权法定原则与法律保留原则的确具有很大共同性。前文已述,法律保留的对象其实是行政行为,本质上指法律对某些行政行为的作出享有先决权,行政机关只能在法律规定的情况下按照法律的规定来作出。职权法定原则,虽然文字上表述为“职权”,但从何海波的界定看,“职权”在本质上也就是作出或实施特定行政行为的权力,行政职权法定本质上依然是指作出特定行政行为要以法律规定为前提。这种情形下,若将职权法定与法律保留一并写入行政基本法典,这两个原则就应有所不同。其区别应体现在两个方面:一是调整对象。职权法定的“职权”应是一个相对比较宽泛的概念,既可指作出侵害行政行为的权力,也可指作出福利行政的权力,从而具有较大包容性。二是法的范围。主张职权法定原则者,很少考虑或限定“法”的范围。但从我国立法体制和立法实践看,职权法定的“法”应不限于法律,行政法规、地方性法规和规章也应包括在内。只有承认职权法定与法律保留存在上述两个方面的差别,它们才有同时并列的必要。否则,仅规定法律保留原则足矣。

如果行政基本法典将行政职权法定原则写入总则,基于行政职权法定原则的适用对象与法的范围的广泛性,则规定行政行为设定制度就非常必要。行政基本法典之总则部分表述行政职权法定原则时必然是原则性的,只有在“行政活动(或行为)编”中比较具体地规定行政行为的设定制度,才能使这一原则得到更好的体现和落实。可以说,行政行为设定制度既是确立行政职权法定原则的标志,也是它的具体落实,其他任何制度都不能替代。

综上三点可见,如果行政基本法典以一般行政法为基本定位并在总则部分规定法律保留原则和行政职权法定原则,则在行政行为编,尤其是在行政执法的相关章节中,规定行政行为的设定制度就有其必要。

四、行政基本法典规定行政行为设定制度的困境

即便行政基本法典规定行政行为设定制度是必要的,也未必是可能的。因此,现在要讨论的问题是,行政行为设定制度本身有无不足,行政基本法典规定这一制度有无可能?要解决这一点,需对“行政三法”设定制度的内在逻辑及其合理性、行政行为的设定应遵循的基本原理、其存在的社会基础展开分析。

(一)“行政三法”设定制度的等级制特征

前文已经叙明,“行政三法”设定制度本质上是立法权的划分制度,更精确地说,是对行政行为设定权的划分。而行政行为的设定权还可进一步分为“创设新行政行为的权力”和“设定既定行政行为的权力”两个层面。从这两个层面看,总体都是按“身份等级制”配置的,即立法主体的位阶越高,配置的行政行为的设定权越大;反之亦然;有些情形下,甚至“剥夺”下位法特别是规章的设定权。这从以下两点体现出来。

首先,“创设新行政行为的权力”仅配置给法律和行政法规,地方性法规和规章没有创设新型行政行为的权力。行政处罚法、行政强制法将创设新型行政处罚和强制措施权力仅配置给法律和行政法

规,将创设行政强制执行方式的权力仅配置给法律。《行政处罚法》第9条规定行政处罚种类时,于第6项兜底条款规定“法律、行政法规规定的其他行政处罚”。说明新型行政处罚的创设只能由法律和行政法规“规定”。《行政强制法》虽无类似规定,但从第9条的规定看,法律和行政法规可以设定“其他行政强制措施”,地方性法规和规章则无权设定“其他行政强制措施”。换言之,“其他行政强制措施”只能由法律和行政法规创设。《行政许可法》虽未划分行政许可的种类,从而没规定行政许可种类的创设权,但该法第12条第6项规定,“法律、行政法规规定可以设定行政许可的其他事项”,从而将“设定创设行政许可的其他事项”的权力同样垄断性地划归给法律和行政法规。

其次,“设定既定行政行为的权力”按照立法主体的位阶依次递减。这在行政处罚和行政强制设定权的配置方面体现得最为明显。就行政处罚而言,法律可以设定所有的行政处罚,行政拘留的设定权专属于法律;行政法规可以设定除行政拘留之外其他各种行政处罚,地方性法规可以设定除行政拘留和吊销执照之外的其他各种行政处罚,规章只能设定警告、通报批评和一定数额罚款的行政处罚。就行政强制而言,法律可以设定各种行政强制,行政法规不能设定强制执行以及限制人身自由、冻结存款和汇款的各种行政强制措施,地方性法规只能设定“查封场所、设施或者财物”和“扣押财物”两类行政强制措施,规章不得设定行政强制执行和强制措施。行政许可法没有划分行政许可的种类,使其在配置行政许可设定权时,逐级递减的特征不是很明显。但它将行政许可的设定权仅配置给法律和法规,部门规章不能设定行政许可,地方政府规章只能设定为时一年的临时许可。

结合宪法、组织法和立法法对立法权的配置看,行政行为设定制度的等级制与我国立法权配置的整体逻辑相一致。宪法、组织法与立法法关于法的形式采用权和事务管辖权的配置其实主要也是按照等级制展开的,即在宪法和组织法中,立法主体的地位

越高,配置的法的形式采用权和事务管辖权越大;立法主体的地位越低,配置的法的形式采用权和事务管辖权越小。其间,也适当兼顾了不同性质立法主体的功能属性,主要是代议机关与行政机关的功能属性差异。具体而言,全国人大及其常委会有权制定法律并可规定所有事项,国务院有权制定行政法规并可规定“宪法第八十九条规定的国务院行政管理职权的事项”,省级人大及其常委会有权制定地方性法规并可规定“地方性事项”,设区的市人大及其常委会有权制定地方性法规但仅可规定“对城乡建设与管理、生态文明建设、历史文化保护、基层治理等方面的事项”,国务院部委以及省市人民政府遂有权制定规章但仅可规定“本部门”或“本行政区域的具体行政管理事项”^⑧。如此一来,我国的法的形式采用权、事务管辖权与行为设定权就完全按照位阶次序依次展开,形成锥形的权力分配结构。

身份等级制既是我国立法权配置的特征和优势,也是导致其不足的根源。

(二)“行政三法”设定制度存在的主要不足

立法权配置的“身份等级制”强有力地彰显了国家权力机关和中央机关等上级立法主体的权威,有助于法制的统一。不过,这一配置规则存在两个不容忽视的问题:一是它导致事务管辖权与行为设定权之间的功能失调;二是难以在其他行政行为中全面推广。

1. 事务管辖权与行为设定权之间的功能失调

就“事务管辖权”而言,不同位阶立法主体执掌的事务管辖权尽管有量的差别,但无质的不同。量的差别可从中央立法与地方立法、代议机关立法与行政机关立法两个维度来分析。从中央立法与地方立法的维度看,中央立法(包括法律、行政法规和部门规章)管辖的是全国性立法事务,地方立法(包括地方性法规、自治条例和单行条例和地方政府规章)管辖的是本行政区域内的地方性事务。^⑨两者之间的分界线由“地方性事务”来划定。^⑩从代议机关立法与行政机关立法的维度看,代议机关立法(包括法律和地方性法规)管辖的立法事务是综合性的,可涉及

各个方面。而行政机关立法(包括行政法规和规章)则限于行政管理事务,既不宜为人大、司法、监察等其他公权力机关制定行为规则,也基本不能对私权利主体之间的民商事以及社会活动制定行为规则。二者之间的界限由“行政管理事务”来定。^⑤

然而,上述量的区别不能排除一定程度与范围内内容的重叠或相同性。不论“国家性事务”与“地方性事务”,还是“综合性事务”与“行政管理事务”,其内容难免重叠且重叠部分不会有质的不同。首先,“地方性事务”的划分标准是事务影响的地域范围或地域特色,而非事务的内容或性质。^⑥影响的地域范围仅表明,有些事务全国都涉及,有些事务仅部分地方涉及;地域特色仅表明,有些事务全国各地可同样处理,有些事务在部分地方可作特别处理。但中央立法事务与地方立法事务在内容性质上大多是相同的,没有本质区别。例如,为法规、规章所管辖的经济、教育、环境等事务,不论是全国性的还是地方性的,其内容和性质并不会因影响地域大小或有无特色而改变。其次,“行政管理事务”标准虽涉及事务的内容与性质,从而与“综合性事务”有实质差别,但实际上,受法律保留事项限制,除了法律,所有法规和规章所调整的其实都是或主要是“行政管理事务”,即经济、教育、科学、文化、环境和资源保护、城乡建设事业等工作。^⑦

除不同层级事务内容与性质的共同性,我国特有的立法体制还加剧了事务管辖权的同质性。其一,我国的立法体制总体是以上统下的。凡是地方的立法事务,中央立法都可以管辖和规定;凡是行政机关的立法事务,代议机关都可以管辖和规定,且后者始终拥有优先权。其二,我国的授权立法、地方先行立法制度又反过来使下位法拥有上位法的立法事务权。国务院和经济特区经授权立法时,行使着法律保留的部分立法事务权;地方性法规先行立法时,行使着法律保留之外的中央立法事务权;地方政府规章先行立法时,行使着地方性法规的立法事务权。^⑧这两种因素上下结合,终使下位法管辖的事务与上位法(不包括法律)管辖的事务在内容性质上趋

于相同。

立法的事务管辖权对于行为设定权具有先决性。行为设定权本质上是立法主体针对立法事务设定具体行为规范的权力。这一权力必然要服务并受制于立法主体所承担或面临的立法事务。换言之,应当由所做事情的性质与内容决定做事情的方法和工具,而不是相反,“杀鸡焉用牛刀”与“没有金刚钻,别揽瓷器活”讲的其实就是这个道理。因此,如果不同层级的立法主体享有相同的事务管辖权,就应享有相同的行为设定权。

但是,在行为设定权的等级配置制下,不同层级的立法主体享有的行为设定权不仅有量的差别,更有质的不同。这种差异源自行政行为及其设定权在性质与功能上的差异。“三种行为”及其设定权可以很好地说明这一点。从行政管理角度看,行政许可是指行政机关根据相对人申请,准予其从事特定活动的行为,是事前管理方法;行政强制措施是行政机关为制止违法行为、防范危害发生、控制危险蔓延等暂时限制相对人的人身自由或暂时限制其财物权的行为,因而是应急性的事中管理手段;行政处罚则是行政机关对违反行政管理秩序的相对人的惩戒,是事后监管手段。^⑨“三种行为”的功能不同,其设定权的功能也相应不同,不能用行政处罚设定权代替行政许可或行政强制的设定权。这一差异同样存在于同一行政行为的不同种类上。例如,警告、通报批评、罚款、没收非法财物和违法所得、暂扣或吊销许可证件、行政拘留的功能都有实质性差别,既不能用罚款替代没收,也不能用通报批评代替行政拘留;同样,既不能用罚款的设定权替代没收的设定权,也不能用通报批评的设定权代替行政拘留的设定权。决定行政处罚种类及其设定权的应是违反行政管理秩序行为的性质与严重程度,而非实施行政行为的行政主体的级别或设定行政行为的立法主体的位阶。

如果各层级立法主体享有相同的事务管辖权,却享有不同的行政行为设定权,则立法主体之事务管辖权与行为设定权之间势必不匹配、不协调。例如,生态文明建设既是法律的立法事务,也是地方性

法规和地方政府规章的立法事务,法律可以设定各种行政行为,地方性法规和规章却只能设定非常有限的行政行为。从民主立法的角度看,这也许是合理的,但从科学立法或立法的功能主义原理考虑,则是不可接受的。

2. 难以在其他行政行为中全面推广

退一步讲,即便不考虑行政行为设定权与事务管辖权之间的协调性,将这一制度适用于所有行政行为也存在困难。首先的困难在于,难以找到划分设定权的客观标准。

从行政处罚法和行政强制法对行政处罚和行政强制措施设定权的划分来看,遵循的依然是法律保留原则的重要性理论。这一理论认为,“凡涉及人民之基本权利之实现与行使,以及涉及公共利益尤其是影响共同生活之‘重要的基本决定’,应由具有直接民主基础之国会的立法者,自行以法律规定之,而不许委诸行政之行为。”^⑧在重要性理论中,“重要性”不是一个确定的概念,而是一个阶梯。某一事务对于共同体或者公民越重要,对立法机关的要求就越高。……完全重要的事务需要议会法律独占调整,重要性小一些的事务也可以由法律规定的法令制定机关调整;一直到不重要的事务,不属于法律保留的范围。”^⑨按照这一原理,行政拘留或者限制人身自由的强制措施就只能由法律来设定,限制或剥夺财产权利或经营自由的行为就可以由行政法规和地方性法规来设定,规章只能设定警告、通报批评或一定数额的罚款等声誉罚或轻微的财产罚了。

但重要性理论在重要性划分上具有主观性,难以据此得出客观结论。德国学者对此有深刻认识。克勒普佛(Michael Kloepfer)认为,“重要性理论”不过是法院合理化其自由心证所披的一层外衣,重要与否最后还是由联邦宪法法院说了算。^⑩皮耶斯克(Eckart Pieske)甚至认为,重要与否的划分根本就是死胡同,注定不可能找出区分的客观标准。^⑪重要性理论的不足所带来的问题其实在行政处罚法和行政强制法中已有体现。在行政处罚法中,罚款与没收违法所得或非法财物都属财产罚,且罚款金额往往

会超过违法所得或非法财物货值,但行政处罚法将没收的设定权配置给地方性法规以上的立法,仅赋予规章罚款以及警告、通报批评的设定权。在行政强制法中,“查封场所、设施或者财物”造成的经济损失很可能会远大于“冻结存款、汇款”造成的经济损失,但它将“冻结存款、汇款”的设定权给予法律,将“查封场所、设施或者财物”的设定权赋予行政法规。

规定行政行为设定制度的困难性还在于,不同行政行为设定权的配置不一样,而行政基本法典只能对所有行政行为的设定权做出概括性、一般性规定。申言之,除非行政基本法典在行政行为编分别规定行政处罚、行政强制等各种行政行为的设定权,否则,难以实现对行政行为设定权的精准配置,而这不大可能。此外,有些行政行为本身没有种类差别,或者即便有种类差别,也没有“重要性”差别。行政许可就是这方面的例子,行政许可法既没有对行政许可划分种类,也没有在不同立法主体之间划分行政许可的设定权。其他的还如行政征收、行政征用、行政登记、行政救助、行政奖励等,在不同立法主体之间划分设定权也不太可能。我们不大可能说,行政征收(如征税)高到一定数额,就由全国人大及其常委会通过法律来设定,低到一定数额就由地方政府规章来设定。这种情形下,在不同位阶的立法主体之间对所有行政行为的设定权进行统一划分就非常困难。

总之,在行政基本法典中规定行政行为的设定制度,在理论和技术上都有困难。

(三) 行政行为设定制度的生成条件时过境迁

前文已经交代过,“行政三法”创设“三种行为”设定制度,除行政法典制定路径的转换、立法权配置的不完善等间接原因之外,“三种行为”设定和实施的多、乱、滥是其直接原因。但毋庸置疑,经过几十年的法治建设,我国的行政法治状况已发生重大变化。

目前,地方立法特别是规章的行为设定权已受到根本限制。现行《立法法》第91条第2款规定:“没

有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据,部门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,不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责。”第93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。”行政处罚法和行政许可法赋予规章行政处罚和临时行政许可的设定权,已属特例。当下,学界认为立法所存在的问题之一是地方立法权的不足,而非过剩。例如,余凌云认为:“正是立法上浓厚的集权主义,以及对地方立法的授权不足,造成了地方立法和有效治理窒碍难行。要有效地实施地方治理,地方立法的空间大小与创制能力变得至关重要。”^②

此外,经过多年的整改,行政执法状况已有很大改观。虽有类似“毒芹菜的天价罚款事件”“城管围抢老人一筐甘蔗事件”,但已寥若晨星,且很大程度上源于对法律问题的不同认识,在强大舆论干预下均能得到很快解决。“三种行为”多乱滥的现象已经得到根本遏制。通过行政行为设定制度解决滥用干预性行政权的问题已不如之前迫切。

结语:行政行为设定制度的入典与改造

综合以上正反两方面因素可以看出,要在行政基本法典中统一规定设定制度从而将其推及所有行政行为,就不能不注意克服等级制带来的功能失调问题。

首先,要关注事务管辖权与行为设定权之间的关联性,使行政行为设定权与事务管辖权相适应。欲实现这一目的,须有限地放弃按照立法主体位阶配置行政行为设定权的基本逻辑,在立法法划分事务管辖权的基础上,不再在不同位阶的立法主体之间划分行为设定权。“有限地放弃”意味着,对行政行为等级配给制的放弃不是绝对的。基于宪法上民主法治原则,法律保留原则必须在行政行为设定制度上得到贯彻和体现,即将行政征收、行政拘留类行政处罚、限制人身自由的强制措施以及其他一些严重限制或剥夺公民、法人和其他组织人身权、财产权等

合法权益的行政行为保留由法律来设定。

其次,处理好行政基本法典与行政部门法之间的关系。行政基本法典是行政法的一般法,它所包含的规范应主要是行政法的基本规范和一般规范。基本规范意味着,这些规范是所有行政活动必须遵循的,要么是底线,要么是上限。一般规范意味着,允许单行法、部门法可以做特别规定,一旦单行法、部门法做了特别规定,就应按照“特别法优于一般法”规则优先适用。据此,行政基本法典在规范行政行为设定制度时,应将其定位为一般规范,允许其他行政行为单行法、部门行政法对特定行政行为的设定作出特别规定,譬如保留行政处罚法、行政许可法、行政强制法等单行法规定的设定制度。

再次,如果担心地方政府规章滥用行政行为设定权,则考虑进一步限缩乃至剥夺其自主的事务管辖权,将其立法权限定在实施性立法范围内。根据《立法法》第91条的规定,部门规章已经没有自主性立法事务,取消行政行为设定权的等级制对它的设定权不会产生影响。不过,地方政府规章对“属于本行政区域的具体行政管理事项”享有自主立法权,为限制其立法权,《立法法》第93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”。一旦取消等级制显然会极大地扩大它的行为设定权,从而会引发担忧。为此,可适时限制其自主性立法事务,从根本上解决问题,以免人为造成立法体制上的功能失调。

总之,基于行政基本法典的地位、性质、功能考虑,在行政法基本法典中规定行政行为的设定制度有其必要,但“行政三法”的设定制度具有明显的身份等级性,势必导致其承担的立法任务与可采用的立法手段不匹配、不协调,且将其推及所有行政行为在技术上有困难。因此,行政基本法典虽可保留行政行为设定制度,但只能按法律保留原则划分法律与法规之间的行为设定权,不宜也不可能划分行政法规、地方性法规、地方政府规章之间的行为设定圈,详细的划分可交由单行法或部门法来完成。

注释:

①2021年《行政处罚法》修订后,调整为第10至14条,对部分内容有所修改。

②参见《行政许可法》第14至17条,《行政强制法》第10至11条。

③其他国家和地区的“行政处罚法”参见熊樟林主编:《中外行政处罚法汇编》,北京大学出版社2021年版。

④习近平:《坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》,《求是》2021年第5期。

⑤参见杨登峰:《从〈民法典〉的编纂看行政法典的编纂——对“单行法先行”模式的一种考察与展望》,《行政法学研究》2021年第3期。

⑥参见王敬波:《行政基本法典的中国道路》,《当代法学》2022年第4期。

⑦参见马怀德:《行政基本法典模式、内容与框架》,《政法论坛》2022年第3期。

⑧如薛刚凌:《行政法典化之基本问题研究——以行政法体系建构为视角》,《现代法学》2020年第6期;杨伟东:《基本行政法典的确立、定位与架构》,《法学研究》2021年第6期;王万华:《我国行政法典编纂的程序主义进路选择》,《中国法学》2021年第4期;周佑勇:《中国行政基本法典的精神气质》,《政法论坛》2022年第3期;应松年:《中国行政法典化的基本思想》,《法学评论》2023年第1期;章志远:《行政基本法典的属性辨析》,《政治与法律》2023年第1期。

⑨第一次为1954年-1956年,第二次为1962年-1964年。参见江平:《新中国第一次民法典的起草》,《法制日报》2012年5月30日第9版;夏莉娜:《金平:亲历三次民法典编纂》,《中国人大》2016年第13期;郝铁川:《中国民法典起草的历史》,《浙江人大》2016年第9期。

⑩陶希晋提出:“现在有了刑法、刑诉、民法、民诉,接着应该制定行政法和行政诉讼法。”应松年:《关于行政法的理念》,《人民法院报》2018年8月29日第5版。

⑪参见张维:《法学界一个战斗的团体——行政立法研究组成立30周年掠影》,《法制日报》2016年10月13日第6版。

⑫同上注。

⑬参见《宪法》(1982年)第62条第1款第3项、第67条第1款第2项、第89条第1款第1项、第90条第2款、第100条、第

116条。

⑭参见1982年《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第27条第2款、第35条第2项以及1986年修订的《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第7条第2款。

⑮除上述关于立法形式权的规定外,1992年7月,第七届全国人大常委会第二十六次会议通过决定,授予深圳市人大及其常委会制定法规的权力。1994年和1996年又先后授予厦门市、珠海市及汕头市的人大及其常委会制定法规的权力。经由这些规定,我国立法权又形成了“经济特区立法”这一特殊立法形式。2015年《立法法》修改后,于第72条第2款将地方性法规的制定主体从较大的市扩展到所有设区的市。2018年修订的《宪法》第100条第2款对此予以确认。

⑯李林称之为“立法权限形式”。参见李林:《关于立法权限划分的理论与实践》,《法学研究》1998年第5期。

⑰参见《宪法》第89条、《立法法》(2023年)第72条。

⑱参见《立法法》(2023年)第81条、第82条、第93条。

⑲参见全国人大常委会法制工作委员会国家法、行政法室:《〈中华人民共和国行政处罚法〉讲话》,法律出版社1996年版,第3页。

⑳参见杨解军:《论行政处罚的设定》,《法学评论》1995年第5期。

㉑参见马怀德:《行政处罚现状与立法建议》,《中国法学》1992年第5期。另见应松年、刘莘:《行政处罚立法探讨》,《中国法学》1994年第5期。

㉒参见张世诚:《为什么要制定〈行政许可法〉?》,《中国行政管理》2004年第1期。

㉓李岳德、张禹:《行政强制法的立法背景、主要制度及其对政府依法行政的影响》(上),《工商行政管理》2012年第1期。

㉔余凌云:《地方立法能力的适度释放——兼论“行政三法”的相关修改》,《清华法学》2019年第2期。

㉕应松年:《中国行政法典化的基本思想》,《法学评论》2023年第1期;周佑勇:《中国行政基本法典的精神气质》,《政法论坛》2022年第3期;周佑勇:《中国行政法学术体系的构造》,《中国社会科学》2022年第5期。

㉖参见王敬波:《行政基本法典的中国道路》,《当代法学》2022年第4期;杨建顺:《行政法典化的容许性——基于行政法学体系的视角》,《当代法学》2022年第3期。

㉗参见应松年等:《行政法学理论基础问题初探》,《中国

政法大学学报》1983年第4期；罗豪才、宋功德：《行政法的失衡与平衡》，《中国法学》2001年第2期。

⑳参见王贵松：《行政活动法律保留的结构变迁》，《中国法学》2021年第1期。

㉑参见[德]哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第111-118页；翁岳生：《行政法》（上），中国法制出版社2009年版，第205-207页；黄学贤：《行政法中的法律保留原则研究》，《中国法学》2004年第5期；金承东：《论行政法律保留原则》，《浙江社会科学》2002年第1期；蒋剑云：《论法律保留原则》，《行政法学研究》2005年第1期。

㉒黄学贤：《行政法中的法律保留原则研究》，《中国法学》2004年第5期。

㉓同注⑳，第109-110页。

㉔同注㉑。笔者也秉持狭义的法律保留观，同时为适应我国的立法体制与现实，提出了行政法定原则。参见杨登峰：《行政法定原则及其法定范围》，《中国法学》2014年第3期。

㉕参见金承东：《论行政法律保留原则》，《浙江社会科学》2002年第1期；另参见李洪雷：《行政法释义学：行政法学的更新》，中国人民大学出版社2014年版，第73页；黄学贤：《行政法中的法律保留原则研究》，《中国法学》2004年第5期。

㉖叶必丰：《行政基本法的选择》，《法学评论》2023年第1期。

㉗早在1997年，王连昌就提出：“所谓‘职权法定’就是指行政机关及工作人员的职责权力均是法律创设的，行政机关及其工作人员行使权力都应当以法律为依据。”王连昌主编：《行政法学》，中国政法大学出版社1997年版，第21-22页。

㉘黄贤宏、吴建依：《关于行政法基本原则的再思考》，《法学研究》1999年第6期。

㉙张渝田：《试论建构法治政府的逻辑》，《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2014年第9期。

㉚何海波：《行政法治，我们还有多远》，《政法论坛》2013年第6期。

㉛王克稳：《论相对集中行政许可权改革的基本问题》，《法学评论》2017年第6期。

㉜张治宇：《面向整体政府的职权法定原则更新》，《北方法学》2022年第4期。

㉝同注㉜。

㉞周佑勇：《中国行政基本法典的精神气质》，《政法论坛》2022年第3期。

㉟同注㉞。

㊱何海波：《行政诉讼法》，法律出版社2022年版，第284页。

㊲同上注，第291页。

㊳同注㊱，第292页。

㊴何海波：《行政诉讼法》，法律出版社2022年版，第293页。

㊵如黄贤宏认为：“行政机关行使职权的方式必须以法律为据。”黄贤宏、吴建依：《关于行政法基本原则的再思考》，《法学研究》1999年第6期。还有将“程序法定”“适用法定”作为职权法定内涵的，如孟大川：《职权法定原则的内涵、意义与要求》，《探索》2001年第5期。

㊶张渝田：《试论建构法治政府的逻辑》，《西南民族大学学报(人文社会科学版)》2014年第9期。

㊷参见《立法法》第10条、第11条、第72条、第80条、第81条、第82条、第91条、第93条。

㊸其例外是，当地方性法规先行立法时，其立法事项会涉及法律保留事项之外的中央立法事项。《立法法》第82条第2款规定：“除本法第十一条规定的事项外，其他事项国家尚未制定法律或者行政法规的，省、自治区、直辖市和设区的市、自治州根据本地方的具体情况和实际需要，可以先制定地方性法规。”

㊹参见《立法法》第82条和《行政强制法》第10条第3款。

㊺参见《立法法》第72条、第91条第1款和第93条第2款。

㊻对“地方性事务”有“影响范围论”和“地方特色论”两种界定意见。“影响范围论”认为，如果事务的影响范围限于局部地方，就属于地方性事务；反之，便属于国家性事务。参见封丽霞：《中央与地方立法事权划分的理念、标准与中国实践——兼析我国央地立法事权法治化的基本思路》，《政治与法律》2017年第6期。“地方特色论”认为，“地方性事务是指具有地方特色事务”。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195页。

㊼参见《宪法》第89条、《立法法》第72条第2款和《国务院组织法》第3条、《地方组织法》第11条、第50条、第73条。

㊽参见《立法法》第11条、第82条第2款、第84条第1款、第93条第5款。

㊾参见《行政处罚法》第2条、《行政许可法》第2条、《行政强制法》第2条。

㊿翁岳生：《行政法》（上），中国法制出版社2002年版，第

181页。这一理论也可从中国式民主中得到证成。参见周佑勇:《大变局下中国式民主的制度优势与宪法保障》,《中国法学》2023年第1期。

⑨[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第109-110页。

⑩Kloeper, JZ 1984, S. 692. 转引自许宗力:《论法律保留原则》,载许宗力:《法与国家权力》(一),元照出版有限公司2006年版,第59页。

⑪E. Pieske, Der Weg des deutschen Schulrechts nach dem 51. Deutschen Juristentag in Stuttgart im September 1976,

DVBl. 1977, S. 677. 转引自许宗力:《论法律保留原则》,载许宗力:《法与国家权力》(一),元照出版有限公司2006年版,第59页。

⑫余凌云:《地方立法能力的适度释放——兼论“行政三法”的相关修改》,《清华法学》2019年第2期。近年,认为地方立法权限太小,主张扩大地方立法权限的文献还如黄喆:《地方立法设定行政处罚的权限困境与出路》,《政治与法律》2019年第7期;熊樟林:《行政处罚的种类多元化及其防控——兼论我国〈行政处罚法〉第8条的修改方案》,《政治与法律》2012年第3期等。

Retain or Removal of the Establishment Rule of Administrative Acts in the Administrative Basic Code

Yang Dengfeng

Abstract: The codification of the Administrative Basic Code must absorb the proven legal system created in previous legislation. The Administrative Penalty Act created the establishment rule of administrative acts is essentially the arrangement of the administrative act establishing power, is a major development and supplement to the legislative power dividing of our country. It is worth studying whether this system should be absorbed when codifying the Administrative Basic Code. The Administrative Basic Code is a code of general or basic administrative law, centering on the regulation of administrative acts. Providing for the establishment rule of administrative acts in the Administrative Basic Code is in line with its position and helps to realize the legal reservation principle or the principle of power prescribed by law. However, the hierarchical nature of the administrative act establishment rule may lead to a mismatch between the legislative task of the legislative body and the legislative means, and it is technically difficult to uniformly classify the establishment rule of all administrative acts. For this reason, although the Administrative Basic Code may retain the establishment rule of administrative acts, it can only divide the power of enacting between laws and regulations in accordance with the legal reservation principle, and further specific division can be left to the discretion of inferior laws to complete.

Key words: Administrative Basic Code; Establishment Rule of Administrative Acts; Legal Reservation Principle