

地方性法规设定行政强制措施种类的困境及出路

王明喆

【摘要】行政强制措施是重要的行政手段,现行法上规定地方性法规仅可以设定查封、扣押的行政强制措施,并不合理。这种做法不仅不符合比例原则,而且也导致地方立法没有抓手,影响行政许可、行政处罚的实施。扩张地方性法规的行政强制措施种类设定权具有正当性,违背控权论、破坏法制统一、违反法律保留原则等质疑均无法构成反对地方性法规立法权扩张的决定性理由。从强制对象和强制程度两个维度进行考察可以发现,地方性法规不得针对公民人身权和法律保留的财产权设定行政强制措施。对于其他财产权,地方性法规不得设定破坏或者消灭公民财产以及直接导致财产所有权转移的行政强制措施,但是可以设定完全限制或者部分限制公民对财产的占有、使用、收益、处分的行政强制措施。地方性法规设定行政强制措施种类应当受到立法事项、比例原则、立法程序和事后监督等方面的限制。

【关键词】地方性法规;行政强制措施;设定权;法律保留;功能适当

【作者简介】王明喆,南京师范大学法学院讲师,南京师范大学中国法治现代化研究院研究员。

【原文出处】《地方立法研究》(广州),2024.4.15~28

【基金项目】本文为教育部人文社会科学研究青年基金项目“行政义务实效性确保手段的多元化与规范化研究”(23YJC820036)的阶段性成果。

一、问题的提出

我国《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查封场所、设施或者财物,扣押财物的行政强制措施。《行政强制法》的立法者将地方性法规可以设定的行政强制措施限制在查封、扣押上,虽然可以起到控制和规范行政强制措施设定权的作用,但同时可能引发地方立法中强制手段不足的困境。以电动自行车停放与消防问题为例,目前地方性法规普遍禁止电动自行车停放在居民住宅楼的楼梯间、楼道等疏散通道、安全出口、消防车通道等区域,但是由于地方性法规仅可以设定查封、扣押这两类行政强制措施,因而其无法规定行为人违法停放电动车时行政机关可以拖

移违规停放的电动自行车。^①例如,《江苏省电动自行车管理条例》第31条第1款规定,禁止电动自行车在居民住宅楼的楼梯间、楼道等疏散通道、安全出口、消防车通道及其两侧影响通行的区域停放。《南京市电动自行车消防安全管理办法》第12条也规定,禁止在建筑内的公共门厅、楼梯间、疏散通道、安全出口等影响消防通道畅通的区域停放电动自行车或为电动自行车蓄电池充电。但是囿于地方性法规只能设定查封、扣押的行政强制措施,上述地方性法规都没有规定行政机关可以拖移违法停放或者充电的电动自行车。又如,《浙江省电动自行车管理条例》第15条第3款也规定,禁止在建筑物的疏散通道、安全出口、楼梯间等影响消防通道畅通的区域停放电动自行车。但该条

例同样没有规定行政机关可以拖移违法停放或者充电的电动自行车。

除拖移电动自行车之外,地方性法规也不可以设定强制检查场所或物品、强制进入场所、限制使用违法设施、限制交易、先予扣留机动车行驶证等行政强制措施。例如,某地地方性法规规定,公安机关发现机动车在本市有道路交通安全违法行为逾期未接受处理记录累积达到五起以上的,可以先予扣留机动车行驶证。但全国人大常委会法制工作委员会经审查后认为,该条例中规定的“先予扣留机动车行驶证”这一行政强制措施,没有法律、行政法规的依据,与《行政强制法》关于地方性法规设定行政强制措施的有关规定不符。有学者指出,问题的关键在于地方性法规设定“先予扣留机动车驾驶证”这一行政强制措施违背了《行政强制法》第10条第3项的规定。^②虽然上述措施对当事人权益的影响未必强于查封、扣押,但是不符合《行政强制法》第10条第3项对地方性法规行政强制措施种类设定权的规定,因而当上位法没有明确规定时,地方性法规也无权设定。这不禁引发我们的思考,《行政强制法》对地方性法规设定行政强制措施种类的规定是否合理,地方性法规是否可以设定查封、扣押以外的行政强制措施,如果可以,那么地方性法规设定行政强制措施的种类边界在哪里?已有学者指出,现行法中地方性法规的相关措施设定权受到了过度限制,应当逐步扩大地方立法对许可、处罚和强制的设定权。^③这种观点具有启发性,但是分析并不聚焦,没有针对地方性法规的行政强制措施种类设定权展开深入研究,因而仍有继续讨论的必要。

需要说明的是,本文所说的拖移电动自行车、强制检查场所或物品、强制进入场所、限制使用违法设施、限制交易等并非先作出行政决定,当事人不履行行政决定时再予以强制执行的行为,而是不作出行政决定直接进行强制的行为,因而属于

行政强制措施而非行政强制执行。^④另外,拖移电动自行车虽然具有强制性,但并非对不动产或者不便移动的动产财物进行就地封存的行为,因而不属于查封。拖移电动自行车也不属于扣押,因为扣押是“行政机关暂时剥夺当事人对其财物的占有,并限制其处分的强制措施”,^⑤具有异地保管和限制当事人使用、转移、销毁和处分的效果。^⑥拖移电动自行车的行为只是将电动自行车从住宅小区的公共门厅、楼梯间、疏散通道、安全出口等区域移动至不影响消防通道通畅的其他地点,并非将其移动至行政机关指定的特定地点并由行政机关扣留、保管的行为,而且行政机关也不会限制当事人对电动自行车使用、转移、销毁和处分。因此,行政机关对电动自行车“移而不扣”“移而不押”的行为不属于行政强制措施中的扣押,而是属于“其他行政强制措施”。^⑦

二、地方性法规可设定的行政强制措施种类受限

《行政许可法》《行政处罚法》《行政强制法》三部法律都对地方性法规的设定权作出了规定,但是《行政强制法》对地方性法规的行政强制措施种类设定权的规定具有明显特点。《行政许可法》《行政处罚法》是用负面排除的方式对地方性法规可以设定的许可、处罚作出限定,^⑧而《行政强制法》则是用正面列举的方式对地方性法规的行政强制措施种类设定权作出限定,即地方性法规只能设定查封场所、设施或者财物,以及扣押财物这两种行政强制措施。这种特殊的规定方式导致地方性法规的行政强制措施种类设定权相比于行政许可设定权和行政处罚设定权来说更加狭窄,从而造成了以下困境。

首先,查封、扣押并非对当事人权益影响最轻的行政强制措施,地方性法规可以设定扣押、查封却不能设定更轻的行政强制措施,不符合比例原则。立法者将地方性法规的设定权限制在查封、

扣押这两种措施上,其目的是规范和控制地方性法规的行政强制措施种类设定权。《行政强制法》制定之前,行政强制措施设定“乱”的问题较为突出,行政强制措施的设定主体过多,设定权限太乱。《行政强制法》制定之际,关于地方性法规是否可以设定行政强制措施存在一定争议,考虑到我国单一制国家的性质以及规范行政强制设定权的必要性,最终立法者将地方性法规的设定权限定在可以设定查封、扣押上。^⑨但是,试图通过正向列举方式达到规范行政强制措施种类设定权的效果需要满足两个前提条件,一是《行政强制法》对行政强制措施种类的列举是完全列举,二是查封、扣押是最对当事人权益影响最轻的行政强制措施。但是这两项条件在我国均不成立。其一,《行政强制法》第10条第5项明确规定“其他行政强制措施”,表明行政强制措施种类的开放性。其二,查封、扣押也不是最轻微的行政强制措施,如拖移电动自行车的行为就属于“移而不扣”“移而不押”的轻微强制行为,其对公民权益的影响明显轻于查封或者扣押。因此,《行政强制法》将地方性法规的强制措施种类设定权限限制在查封、扣押上,便会造成轻重倒挂的现象:地方性法规可以设定查封、扣押,但是不能设定强制性更弱的、对公民权益影响更小的行政强制措施。即使通过更轻微的行政强制措施即可实现行政目的,但是碍于《行政强制法》的规定,地方性法规也只能设定查封、扣押,这种做法明显不符合最小侵害原则,违反比例原则。

其次,《行政强制法》过度限制了地方性法规的行政强制措施种类设定权,致使地方性法规立法事项和立法权能不匹配。有学者指出,完整的立法权包含形式采用权、事务管辖权和规则设定权三个部分。所谓事务管辖权,是指立法主体可以通过立法予以调整或规范的事务的范围;所谓规则设定权,是指立法主体就其管辖事务立法时

设定特定规则或采用特定措施的权力。^⑩也有学者认为前者是立法事项的问题,后者是立法权能的问题。^⑪

在我国,特定的立法主体可以对哪些事项进行立法主要由《立法法》规定,立法主体就这些立法事项进行立法时可以设定怎样的行政手段主要由《行政许可法》《行政处罚法》《行政强制法》规定。就地方性法规来说,其事务管辖权(立法事项)的范围较广,不仅可以制定执行性立法,还可以就地方性事务进行立法,也可以就该法第11条规定以外的事项进行先行立法。《行政强制法》第10条第3项规定地方性法规只可以在尚未制定法律、行政法规的情况下,对地方性事务设定行政强制措施,排除了地方性法规在先行立法时设定行政强制措施的可能。^⑫但即便如此,地方性法规的事务管辖权仍然十分宽泛,因为“地方性事务”的内涵和外延本身就十分丰富。从《立法法》第81条规定可知,设区的市的人民代表大会及其常务委员会可以对“城乡建设与管理、生态文明建设、历史文化保护、基层治理”等方面的事项制定地方性法规,因而至少这些事项肯定属于“地方性事务”。有学者以“统治事务”“服务供给事务”“涉流通、交易事务”“涉重要权益事务”“涉负外部性事务”等概念为依托,进一步指出地方性事务的模糊性与广泛性。^⑬

与广泛的事务管辖权相比,地方性法规的规则设定权(立法权能)就显得明显不足,特别是在行政强制措施种类的设定问题上,地方性法规只能设定查封、扣押两种行政强制措施。地方性法规要处理的事项如此之多,但可用的行政强制措施种类却如此之少,难免造成“小马拉大车”之困境。从法理上讲,特定立法主体的立法事项和立法权能应当互相匹配,如果允许特定立法主体就特定事项制定法规范,就应当同时允许其配备确保法规范得到有效履行的规则和手段,否则必然导致

立法事项和立法权能失配。传递到执法活动中,这就会造成行政机关有行政执法任务和职责但却没有相应的手段和权力的现象,导致行政机关有责无权。

最后,《行政强制法》过度限制地方性法规的行政强制措施种类设定权,可能导致地方性法规设定的行政许可、行政处罚也无法有效实施。“行政具有作为过程的性质,行政在客观上表现为一个过程,具体由该过程中的各个发展阶段通过时间上的持续性和空间上的广延性构成。”^⑩从过程论的视角来看,行政许可、行政处罚、行政强制虽然是三种不同的手段,但是互相之间紧密关联。行政许可一般处于行政过程的前半段,其目的是确保只有具备相应资质的行为人才能够从事特定的行为,行政处罚、行政强制一般处于行政过程的后半段,作为事中、事后监管机制发挥作用。行政强制措施对于行政许可和行政处罚的顺利实施有着重要意义。

一方面,行政机关作出许可后,应当对被许可人的生产经营行为进行监督和检查。这种监督检查既可以是要求当事人提供书面材料,也可以是实地检查。实地检查中如果发现当事人不配合检查,行政机关在必要情况下需要排除当事人的干扰,强制检查,必要时可以查封或者扣押当事人的设备、财物。另一方面,行政机关在作出处罚决定之前需要进行行政调查,在行政调查中,当存在必要性时,行政机关同样需要强行进入场所、限制当事人处分财产等。但是,目前“行政三法”对地方性法规的设定权的规定并不协调。《行政许可法》第15条赋予地方性法规设定行政许可的权力,只要不涉及该条列举的禁止性规定,地方性法规都可设定许可;《行政处罚法》第12条赋予地方性法规设定行政处罚的权力,地方性法规可以设定除限制人身自由、吊销营业执照以外的行政处罚。与此相对,《行政强制法》规定地方性法规仅可以

设定查封、扣押的行政强制措施,这与《行政许可法》《行政处罚法》对地方性法规的广泛赋权形成显著差别。地方性法规可以设定许可、处罚,但却无法设定配套的行政强制措施,将会导致“能许可但不能检查”“想处罚但无法调查”的状况,势必影响行政许可、行政处罚的顺利实施。

三、扩张地方性法规设定行政强制措施的种类

地方性法规设定行政强制措施种类的困境决定了立法必须予以改变。现有的规定造成地方性法规设定行政强制措施的轻重倒挂,不仅不符合比例原则,而且也会导致地方立法没有抓手,影响行政许可、行政处罚的实施。在我国,功能适当原则是国家权力配置的一项基本原则,它一方面要求国家在分配任务时应当选取最有优势、最有可能作出正确决定的适当机关;另一方面也要求国家如果将一项任务分配给某个机关,就应当对这个机关的组织、结构、人员等进行调整,以确保其能够真正履行这一任务。^⑪基于这一原则可知,既然立法者为地方性法规配置了相应的立法任务,那么就应当同时配置相应的手段以确保相应任务可以得到顺利履行。因此,适当扩大地方性法规的行政强制措施种类设定权具有正当性。可能会有反对意见认为,扩大地方性法规的行政强制措施种类设定权违背《行政强制法》控制行政强制权的立法意图,破坏法制统一,违反法律保留原则。但是本文认为,这些质疑均无法构成反对地方性法规立法权扩张的决定性理由。

(一)对控制行政强制权的回应

规范和控制行政强制的设定和实施是《行政强制法》的重要目的,这是为了改善长期以来实践中存在的行政强制“乱”“滥”等现象,因此,可以说控权是《行政强制法》的基本底色。然而,控权论并不能成为反对扩张地方性法规的行政强制措施种类设定权的理由。

首先,控权论的观点并非一成不变,其本身也在与时俱进。控权论认为,行政法的主要功能在于控权,这种观点本身并没有错,但需要注意的是,现在社会已经迈入多元化、风险化的时代,在多元行政法律关系中,通过规范和控制行政权的发动以保护行政相对人固然十分重要,然而保证行政机关及时、准确履行职权以保障第三人的合法权益也十分重要。正是基于这种变化,行政法上的控权论开始向平衡论转变,行政法开始注重行政权与公民权利的结构性均衡。^⑥正如有学者指出,现代行政法实际上是一种利害调整型的行政法,它是在“行政机关—行政相对人—第三人”这种三方乃至多方利害关系中去调整各方的权利与利益的。^⑦因此,狭隘地坚守传统控权论的思路,反对扩张地方性法规的行政强制措施种类设定权的观点并不可取,这将会导致地方立法任务和手段之间不匹配,进而导致行政机关在行政执法中没有抓手,最终影响第三人利益乃至社会大众的公共利益。

其次,即使严格遵循控权的思路,控权论也不能成为反对地方性法规行政强制措施种类设定权扩张的理由。这是因为,控权不意味着必须“无权”,控权论的目的是合理地规范和控制行政强制权,而不是彻底否定或者排除行政强制权。有学者指出,控权具有两种基本方式,一是在赋权的同时规定其实施规则,以确保其能够在法治轨道上顺利运行;二是控制权力的赋予,即不赋权。^⑧后者的思路固然可以从根本上防止权力的滥用,但是也可能造成权力的缺位。相比于后者,前者的思路一方面承认授权的必要性,另一方面通过设定相应的规则来规范权力的运行,更加合理。立法者在制定《行政强制法》时也注意到了这一问题,因而特别强调行政权与公民权、公共利益与个人利益的平衡,既注重规范与控制行政强制权,也注重保障行政强制的顺利实施。^⑨因而,控制论与

扩张地方性法规行政强制措施种类设定权并不矛盾,在赋予地方性法规更大的行政强制措施种类设定权的同时加强对设定权的规范同样可以实现控权的目标。

(二)对破坏法制统一的回应

《宪法》第5条第2款规定,“国家维护社会主义法制的统一和尊严”。法制统一是法治原则的一项基本要求,扩张地方性法规行政强制措施种类设定权面临的质疑之一就是这种做法是否违背法制统一原则。对此本文认为,答案是否定的。

首先,需要明确的是,法制统一不是禁止一切不同,而是多元化前提下的统一。在地方性法规的立法空间这一问题上,需要注意《宪法》对央地权力划分的基本原则。根据《宪法》第3条第4款,即“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,充分发挥地方的主动性、积极性的原则”。这一原则一方面强调中央的统一领导,另一方面也强调要充分发挥地方的积极性和主动性。地方人大拥有一定的地方立法权和地方事务决定权正是发挥地方积极性和主动性的生动体现。^⑩法制统一是社会主义法治国家的基本原则,但是法制统一并不意味着抹杀一切立法上的不同。正如学者所述,“我们强调的法制统一是整体法律秩序的内在统一,而不是具体法律规则、法律标准不分条件的机械性‘同一’”。^⑪由此可知,法制统一原则一方面要求国家整体法律秩序的内在统一,要求法律规范性质的统一、法治理念的统一、法律原则的统一和法律规范的协调;但另一方面也允许立法主体、法律渊源、法律规则和标准的多元化。^⑫因此,法制统一原则不是否定地方性法规行政强制措施种类设定权扩张的理由,而是对地方性法规行政强制措施种类设定权扩张提出的要求:地方性法规在设定行政强制措施时,应当注意整体法律制度的统一,遵守宪法和法律的基本原则,遵循立法法确定的立法程序与规则。在满

足以上条件时,地方性法规设定行政强制措施便不会对国家法制统一造成影响。

其次,扩张地方性法规行政强制措施种类设定权不仅不会影响国家的法制统一,而且有助于提升法制的融贯性。一国的法律制度和体系应当具有融贯性。融贯性有两项基本要求:在消极层面,融贯性意味着体系要素之间应当满足无逻辑矛盾的基本要求;在积极层面,融贯性又意味着体系要素之间的积极关联。这种积极关联不仅是规范之间的融贯与支持,而且还包含着制度和价值之间的互相支持与证立。^{②3}我国现行法对地方性法规的立法权限的规定实际上存在相互矛盾之处。正如前文所述,一方面,地方性法规的立法事项与立法权能不匹配,造成地方性法规的任务与手段之间的不融贯;另一方面,地方性法规设定的各项行政手段不能互相支持,“行政三法”对地方性法规设定相关措施的规定并不协调,造成许可、处罚、强制之间的不融贯。问题的症结在于,目前地方性法规的立法事项多而可选的手段少,可设定的许可、处罚多而强制措施少。因此,为了减少地方性法规立法权限的不融贯之处,亟须适度扩张地方性法规的行政强制措施种类设定权。

最后,现行法已经对地方性法规作出诸多限制,扩张地方性法规行政强制措施种类设定权的立法风险已经非常有限。《立法法》《行政强制法》等法律从事前、事中、事后三个方面对地方性法规的立法活动进行了规范。在事前,《立法法》第11条、第12条规定了法律保留原则,指明了地方性法规不得染指应由法律规定的事务和规则。《行政强制法》也规定,地方性法规只有在尚未制定法律、行政法规,且属于地方性事务的情况下,才可以设定行政强制措施。在事中,《立法法》对地方性法规的立法程序作出了规定,特别是2023年《立法法》修改之后新增加了设立基层立法联系点条款,进一步拓宽了公民在立法活动中的表达意

见的权利。《行政强制法》第14条也规定,起草法律草案、法规草案,拟设定行政强制的,起草单位应当采取听证会、论证会等形式听取意见。在事后,《立法法》为包括地方性法规在内的法规、规章等设立了裁决、改变或撤销、备案等诸多制度。《行政强制法》第15条也规定了行政强制的评价制度,要求行政强制的设定机关定期对其设定的行政强制进行评价,并对不适当的行政强制及时予以修改或者废止。以上制度均旨在保障地方性法规的立法规范化,因此可以认为,扩张地方性法规行政强制措施种类设定权不会冲击法制统一的基本原则。^{②4}

(三)对违反法律保留原则的回应

法律保留是行政法上的一项基本原则,但是在我国,法律保留原则实际上具有多重面向。其一,2004年国务院印发的《全面推进依法行政实施纲要》确立了广义的法律保留,或者说法的保留。其中规定,“没有法律、法规、规章的规定,行政机关不得作出影响公民、法人和其他组织合法权益或者增加公民、法人和其他组织义务的决定”。其二,《立法法》确立了中义的法律保留,或者说法律、法规保留。《立法法》第91条第2项规定,“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”。其三,《立法法》第11条和第12条还确立了狭义的法律保留,第11条规定了只能制定法律的事项,第12条在规定可以授权国务院先行立法的同时严格规定了不得授权的事项。由此,《全面推进依法行政实施纲要》《立法法》等文件和法律共同构建起了我国立体化、多层次的法律保留原则。

扩张地方性法规的行政强制措施种类设定权并不会对上述法律保留原则造成冲击。首先,广义的法律保留和中义法律保留并不排斥地方性法规的立法权。广义的法律保留强调行政机关作出影响公民权益或者增加公民义务的决定时必须要有法的授权,实际上是在防止行政机关没有法的授权擅自作出决定,或者以规范性文件为根据擅自作出决定,本质上是在调整法与行政的关系,是“法”针对“行政”的保留,有学者也将其称为行政法定。^⑤中义的法律保留提出了更高的要求,指出规章在没有上位法的依据时也不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范,实际上是“法律、法规”针对“规章”和“行政”的保留。但不论是广义的法律保留还是中义的法律保留,地方性法规都属于可以设定影响公民权利义务之内容的规范,具有立法的正当性。

其次,狭义的法律保留对地方性法规的立法权作出限制,但并未彻底否定地方性法规的立法权。狭义的法律保留可分为绝对保留和相对保留,绝对保留事项属于法律的专属立法事项,行政法规亦不可染指,相对保留事项在原则上也属于法律的立法事项,但是在一定条件下可以授权国务院制定行政法规。由此可见,狭义的法律保留实际上有两个维度,横向维度主要关心中央立法机关对中央行政机关的保留,纵向维度主要关心中央立法机关对地方立法机关的保留。有学者指出,纵向纬度法律保留的理论依据不是法治原则和民主原则,而是政治统一和市场统一。^⑥因而可以认为,对于不涉及政治统一和市场统一的事项,地方立法机关可以进行立法。在实定法上,我国《立法法》在规定法律保留的范围时也未采用全部保留说,而是对其认为重要的事项规定应当由法律保留。换言之,狭义的法律保留虽然限制地方性法规的立法权,但并未完全否定地方性法规的立法权,地方性法规只要不涉及《立法法》第11条

规定的法律保留的红线,就可以进行立法。

最后,地方性法规的立法活动不仅不违反法律保留原则,而且具有比行政立法更高的民主正当性。近年来有学者提出,我国行政法应当确立严格的依法律行政原理,贯彻更加严格的法律保留原则,即凡属于侵害公民权益或者增加公民义务的行为,都应当由法律授权。^⑦这种观点与德国、日本等大陆法系国家所理解的法律保留比较接近,其理论基础在于法治和民主两项原则,强调议会立法相对于行政活动的优先与优位,主张没有立法机关的授权,行政机关不得随意作出侵犯公民权益的决定。^⑧即使立足于这种更加严格的法律保留,地方性法规仍然具有立法的正当性。

一方面,地方性法规具有立法的民主正当性。在我国,全国人民代表大会和地方各级人民代表大会都是由选举产生的。地方性法规是地方人民代表大会及其常委会制定的规范,根据《宪法》第96条可知,地方各级人民代表大会是地方国家权力机关,同样具备制定法规范的正当性。另一方面,相比于全国人民代表大会,地方各级人民代表大会距离人民更近,更能适应地方治理的现实情况和具体需求,在一定程度上具有前者不具备的优势。^⑨在德国、日本等大陆法系国家,法律保留原则中的法律也不仅指中央立法机关制定的狭义的法律,还包括地方立法机关制定的法规、条例。因此,在一定程度上扩张地方性法规的立法权并不违反法律保留原则,毋宁说是法治主义和民主原则的必然要求。

四、地方性法规行政强制措施种类设定权的扩张与规范

在证成扩张地方性法规的行政强制措施种类设定权具有正当性之后,接下来的问题便是具体研究地方性法规设定行政强制措施种类的边界应当如何划定,即地方性法规可以设定哪些行政强制措施。另外需要注意,扩张地方性法规的行政

强制措施种类设定权并非重演《行政强制法》制定之前各地乱设行政强制侵害公民权益的历史,地方性法规设定行政强制措施种类时也要受到一定的规范限制。

(一)地方性法规可以设定的行政强制措施种类

第一,探讨地方性法规可以设定哪些种类的行政强制措施,可以考虑强制措施涉及的对象。我国《行政强制法》对行政强制措施的种类采取了“列举+兜底”的规定,没有对行政强制措施进行完整的分类。但是,稍对该法进行分析便可发现,立法者实质上将行政强制措施划分为对人身权的强制措施和对财产权的强制措施。

首先,从立法者对行政强制措施概念和种类的界定可以看出这种二分法的痕迹。《行政强制法》第2条第2款规定,行政强制措施是对公民的人身自由实施暂时性限制,或者对公民、法人或者其他组织的财物实施暂时性控制的行为。该法第9条在具体列举行政强制措施的种类时,也有意识地从强制对象的角度,将其分类为涉及人身权的强制措施和涉及财产权的强制措施。^⑨该条列举的四项行政强制措施中,第一项属于对人身权的强制,其余三项对场所、设施、财务、存款和汇款等的强制都可以归类为对财产权的强制。其次,《行政强制法》在规定行政强制措施的实施程序时,也受到了上述二分法思路的影响。立法者在“一般规定”这一节中对限制人身自由的强制措施的程序作出规定,同时又另设两节特意对查封、扣押和冻结的程序进行规定,实际上是在有意识地对限制人身权的强制措施和限制财产权的强制措施作出区分。由此可见,《行政强制法》事实上将行政强制措施区分为涉及人身权的行政强制措施和涉及财产权的行政强制措施,因而在考虑地方性法规可以设定的行政强制措施种类时也可以从强制对象要素出发进行分析。

具体而言,地方性法规可以针对何种权利设定行政强制措施?首先,根据《宪法》第37条公民人身自由不受侵犯的条款以及《立法法》第11条、第12条的法律保留条款可知,限制人身自由的强制措施和处罚只能由狭义的法律规定,因而地方性法规不得就涉及公民人身权的事项设定行政强制措施,只可能设定限制公民财产权的行政强制措施。

其次,对于财产权而言,地方性法规也并非可以任意设定行政强制措施。一方面,我国《宪法》确立了财产权的法律保护原则。《宪法》第13条规定,公民的合法的私有财产不受侵犯,国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。同时,《宪法》第39条规定“禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅”,第40条规定“除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外,任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密”。以上条款在宪法层面确立了财产权以及其他可能涉及公民私有财产的权利的法律保留原则。另一方面,在法律层面,部分法律的立法者重申了宪法确立的财产权保护的法律保留原则,特别强调在本领域内限制公民财产权的措施只能由法律规定,不得授权其他法规、规章作出规定。例如《商业银行法》第29条第2款规定,“对个人储蓄存款,商业银行有权拒绝任何单位或者个人查询、冻结、扣划,但法律另有规定的除外”;第30条规定,“对单位存款,商业银行有权拒绝任何单位或者个人查询,但法律、行政法规另有规定的除外;有权拒绝任何单位或者个人冻结、扣划,但法律另有规定的除外”。《邮政法》第3条第2款规定,“除法律另有规定外,任何组织或者个人不得检查、扣留邮件、汇款”。这些条款是立法者基于立宪者关于限制财产权等“必须由法律保留”的意旨而作出的“应当由自己规定”的重申。因此,在

立法者特别强调法律保留的领域,针对这类财产权的行政强制措施不得由地方性法规设定。

第二,地方性法规可以设定何种行政强制措施,可以考虑行政强制措施对当事人相关权利影响的程度。由于地方性法规不得设定限制公民人身权的行政强制措施,因而这里重点分析涉及公民财产权的情况。对于限制财产权的行政强制措施而言,根据不同行政强制措施对财产权各项权能的影响以及恢复原状可能性的不同,可以将其由重到轻分为四类:一是从物理性质上直接破坏或者消灭公民财产的行政强制措施,例如强制销毁、强制清除等;二是没有物理性破坏但直接导致财产所有权转移的行政强制措施,例如作为行政强制措施的收缴、没收等;三是没有转移财产所有权但完全限制公民对财产的占有、使用、收益、处分等行为的行政强制措施,例如查封、扣押等措施便属于这类强制措施。四是部分限制公民对财产的占有、使用、收益、处分等行为的行政强制措施,例如限制交易、拖移机动车、强制检查场所或物品、强制进入场所、限制使用违法设施等行政强制措施。

不同类型的行政强制措施对公民财产权的影响程度不同,那么地方性法规可以设定怎样的行政强制措施?笔者认为,在上述四类行政强制措施中,地方性法规不得设定前两类行政强制措施,但是可以设定后两类行政强制措施。这是因为,一方面,第二类行政强制措施会直接导致财产所有权的转移,其对公民财产权的影响程度类似于行政征收,而根据《立法法》第11条可知,对非国有财产的征收、征用属于法律保留的事项,因而这类行政强制措施不宜由地方性法规设定。举轻以明重,既然转移所有权的行政强制措施都不宜由地方性法规设定,比其更严重的直接破坏或者消灭公民财产的第一类行政强制措施当然也不宜由地方性法规设定。另一方面,根据目前的《行政强

制法》可知,立法者认为地方性法规可以设定查封、扣押的行政强制措施。查封、扣押属于行政机关完全限制公民财产权的行政强制措施,由此可以推断,立法者认为不转移所有权但完全限制公民对财产的占有、使用、收益、处分的第三类行政强制措施可以由地方性法规设定。据此可以合理推理,对于查封、扣押以外的其他的完全限制公民财产权的行政强制措施,也可以由地方性法规设定。而且,举重以明轻,比第三类行政强制措施更轻微的限制交易、拖移机动车、强制检查场所或物品等部分限制公民对财产的占有、使用、收益、处分的行政强制措施原则上也可以由地方性法规设定。

综上可知,地方性法规不得针对涉及公民人身权和法律保留的财产权的事项设定行政强制措施。对于其他财产权,地方性法规不得设定破坏或者消灭公民财产以及直接导致财产所有权转移的行政强制措施,但是可以设定完全限制或者部分限制公民对财产的占有、使用、收益、处分的行政强制措施。

(二)地方性法规设定行政强制措施种类的范围限制

首先,地方性法规在设定行政强制措施种类时,要受到立法事项的限制。立法事项决定着立法权能,因而地方性法规可以设定哪些行政强制措施也应当受到立法事项的限制。一方面,地方性法规不能超越立法事项设定行政强制措施。《立法法》第82条规定地方性法规可制定执行性立法,可以就地方性事务立法,还可以就该法第11条规定以外的事项进行先行立法。同时《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,才可以设定行政强制措施。这些条款限定了地方性法规的立法事项,地方性法规不得针对属于法律专属立法权的事项进行立法,在制定执行性立法时也不得突破上位法

的规定。突破立法事项限制的地方性立法不具有合法性,其规定的行政强制措施自然也不合法。另一方面,地方性法规设定的行政强制措施种类应当与立法事项之间存在正当关联。即使地方性法规对其可以立法的事项进行立法,其设定的行政强制措施也应当与立法事项、立法目的之间具有正当关联,禁止地方性法规的立法事项和立法权能之间的不当联结。《行政强制法》第23条规定不得查封、扣押与违法行为无关的场所、设施或者财物,正是禁止不当联结原则的直接体现。

其次,地方性法规设定行政强制措施种类时要受到比例原则的限制。《行政强制法》第5条规定,行政强制的设定和实施,应当适当,该条实际上就提出了符合比例原则的要求。比例原则关注目的与手段的均衡性,由适当性原则、必要性原则和均衡性原则三个子原则组成。在行政强制措施种类的设定问题上,适当性原则要求地方性法规设定的行政强制措施种类应当有助于立法目的的实现,必要性原则要求地方性法规设定的行政强制措施种类应当是对公民权益影响最小的行政强制措施,而均衡性原则要求行政强制措施种类对公民权益的影响与行政目的的实现之间具有均衡性。^④《行政强制法》目前规定地方性法规只可以设定查封、扣押的行政强制措施,导致地方立法无法设定比查封、扣押更轻微的行政强制措施,实际上与比例原则(特别是必要性原则)的要求不符。地方性法规的行政强制措施种类设定权扩张之后,地方立法在设定行政强制措施时,应当严格基于比例原则选择对公民权益影响最小的行政强制措施种类。当通过部分限制公民财产权的行政强制措施便可达到行政目的时,就不得选择完全限制公民对财产的占有、使用、收益、处分的行政强制措施。

最后,地方性法规的行政强制措施种类设定权还要受到立法程序和事后监督的限制。一方

面,地方性法规设定行政强制措施种类应当遵守相应的立法程序。《行政强制法》第14条规定,起草法律草案、法规草案,拟设定行政强制的,起草单位应当采取听证会、论证会等形式听取意见。另一方面,地方性法规设定行政强制措施种类应当接受相应的监督。《立法法》规定,地方性法规有超越权限、违反上位法规定、违背法定程序等情形的,由有权机关予以改变或者撤销。地方性法规在公布后的30日内应当向有关机关备案。《行政强制法》第15条要求行政强制的设定机关应当定期对其设定的行政强制进行评价,并对不适当的行政强制及时予以修改或者废止。因此,地方性法规决定设定何种行政强制措施时应当遵守听证、备案、事后评价等规则和制度,接受程序方面的限制。

总而言之,地方性法规的行政强制措施种类设定权应当扩大。现行法过度限制地方性法规的行政强制措施种类设定权,不仅不符合比例原则,而且会导致地方立法没有抓手,影响行政许可、行政处罚的实施。地方性法规具有设定行政强制措施的立法正当性,针对法律保留以外的事项,地方性法规可以设定完全限制或者部分限制公民对财产的占有、使用、收益、处分的行政强制措施。因此,拖移电动自行车、强制检查场所或物品、强制进入场所、限制使用违法设施、限制交易等行政强制措施均可以由地方性法规设定。唯有如此,才能切实保障地方性法规的立法事项和立法权能相匹配,真正发挥地方立法在完善社会主义法治体系中的重要作用。

注释:

①在法律层面,《消防法》第54条规定,消防救援机构发现火灾隐患,不及时消除隐患可能严重威胁公共安全的,应当对危险部位或者场所采取临时查封措施。该条并未授权行政机关可以拖移危险物品。

②参见王贵松:《地方性法规制定权限的界定方式》,载《法学》2024年第2期,第40页。

④参见刘莘、陈悦:《“三个行为法”与地方立法权》,载《浙江社会科学》2017年第12期,第23-24页;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》,载《清华法学》2019年第2期,第160-161页。

④一般认为,是否有“行政决定”和“待履行义务”是区分行政强制措施和行政强制执行的关键要素。参见袁曙宏:《我国行政强制法的法律地位、价值取向和制度逻辑》,载《中国法学》2011年第4期,第10页。

⑤全国人大常委会法制工作委员会行政法室编写:《〈中华人民共和国行政强制法〉释义与案例》,中国民主法制出版社2012年版,第62页。

⑥关于扣押的内涵解读,参见胡建森:《行政强制法论——基于〈中华人民共和国行政强制法〉》,法律出版社2014年版,第181页。

⑦在道路交通安全领域,扣留机动车和拖移机动车被视为不同类型的行政强制措施。参见《道路交通安全法违法行为处理程序规定》第24条。

⑧《行政许可法》第15条第2款规定:“地方性法规和省、自治区、直辖市人民政府规章,不得设定应当由国家统一确定的公民、法人或者其他组织的资格、资质的行政许可;不得设定企业或者其他组织的设立登记及其前置性行政许可。其设定的行政许可,不得限制其他地区的个人或者企业到本地区从事生产经营和提供服务,不得限制其他地区的商品进入本地区市场。”《行政处罚法》第12条第1款规定:“地方性法规可以设定除限制人身自由、吊销营业执照以外的行政处罚。”

⑨参见全国人大常委会法制工作委员会行政法室编写:《〈中华人民共和国行政强制法〉释义与案例》,中国民主法制出版社2012年版,第26-27页。

⑩参见杨登峰:《我国立法权的内在构造及其配置原理的完善》,载《中国法学》2023年第6期,第166页。

⑪参见余凌云:《地方立法能力的适度释放——兼论“行政三法”的相关修改》,载《清华法学》2019年第2期,第153页。

⑫《行政强制法》对地方性法规作出这种限制是否合理本身也有争议,但这一问题并非本文讨论的重点,需要另外专门分析,因而此处不做过多说明。参见杨建顺:《行政强制法18讲》,中国法制出版社2011年版,第112-115页。

⑬参见俞祺:《论立法中的“地方性事务”》,载《法商研究》

2021年第4期,第129页。

⑭江利红:《论行政法学中“行政过程”概念的导入——从“行政行为”到“行政过程”》,载《政治与法律》2012年第3期,第81页。

⑮参见张翔:《国家权力配置的功能适当原则——以德国法为中心》,载《比较法研究》2018年第3期,第153页。

⑯参见罗豪才、宋功德:《行政法的失衡与平衡》,载《中国法学》2001年第2期,第73页。

⑰参见王贵松:《作为利害调整法的行政法》,载《中国法学》2019年第2期,第95页。

⑱[日]塩野宏『法治主義の諸相』(有斐閣2001年版)第154頁参照。

⑲同注④袁曙宏文,第7-9页。

⑳参见陈明辉:《我国央地分权的模式及类型》,载《地方立法研究》2021年第4期,第34页。

㉑江必新:《试论社会主义法治的几个新命题》,载《中国法学》2010年第4期,第74页。

㉒同注㉑江必新文,第74页。

㉓参见雷磊:《融贯性与法律体系的建构——兼论当代中国法律体系的融贯化》,载《法学家》2012年第2期,第2-4页。

㉔有学者通过实证研究发现,地方性法规立法主体扩容之后,设区的市超越权限立法的现象并不多见。参见易有禄:《设区市立法权行使的实证分析——以立法权限的遵循为中心》,载《政治与法律》2017年第6期,第41页。

㉕参见杨登峰:《行政法定原则及其法定范围》,载《中国法学》2014年第3期,第94页。

㉖参见俞祺:《央地关系中的法律保留》,载《中国法学》2023年第2期,第200页。

㉗参见王贵松:《行政活动法律保留的结构变迁》,载《中国法学》2021年第1期,第141页。

㉘参见刘志鑫:《法律保留的双重构造》,载《法律科学》2023年第6期,第92-94页。

㉙同注㉗王贵松文,第34-35页。

㉚同注⑨全国人大常委会法制工作委员会行政法室编写书,第61页。

㉛也有学者主张应当从目的正当性、妥当性、必要性、均衡性四方面入手展开审查。参见王锴:《比例原则在备案审查中的运用——以适当性审查为中心》,载《地方立法研究》2023年第5期,第6-11页。