

浙江大学公法与比较法研究所 编

公法研究

第十二辑

主 编 章剑生



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

浙江大学公法与比较法研究所 编

公法研究

第十二辑

主编 章剑生



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

公法研究. 第 12 辑/章剑生主编. —杭州: 浙江大学出版社, 2014. 6

ISBN 978-7-308-13246-6

I. ①公… II. ①章… III. ①公法—研究—文集
IV. ①D90—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 096955 号

公法研究·第十二辑

章剑生 主编

责任编辑 傅百荣

封面设计 俞亚彤

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 杭州金旭广告有限公司

印 刷 杭州杭新印务有限公司

开 本 710mm×960mm 1/16

印 张 23.25

字 数 345 千

版 印 次 2014 年 6 月第 1 版 2014 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-13246-6

定 价 56.00 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部联系方式 (0571)88925591; <http://zjdxcbbs.tmall.com>

顾 问：罗豪才 许崇德

陈光中 应松年

编委会：(以下按姓氏笔画为序)

公丕祥 朱苏力 朱新力 阮方民

孙笑侠 李 龙 张文显 金伟峰

胡建森 姜明安 夏 勇 徐显明

翁晓斌 章剑生 韩大元

执行编辑：徐 建

目 录

专题论文

地方性法规设定行政许可的权限范围

- 以最高人民法院指导案例 5 号为分析对象 …………… 王林芳(1)
- “法规性文件”考 …………… 陈欧飞(45)
- 行政审判中的“较大的市地方性法规” …………… 尹婷婷(82)

公法评论

地方规章设定罚款限额问题研究

- 基于 25 个省级人大立法样本的分析 …………… 胡若溪(124)
- 政府廉租住房给付法律程序研究 …………… 柳 沛(136)
- 《汕头市行政程序规定》实施情况研究
- 基于对汕头市各级政府的调研 …………… 黄 锴(182)
- 行政裁量怠惰及控制研究
- 以“醉驾”专项整治行动为例 …………… 李欢欢(197)
- 我国环境公益诉讼原告资格理论基础探析 …………… 田勇军(218)
- 最新司法解释中奸淫幼女之“明知”与相对严格责任之引入 …… 陈雨禾(240)

域外法学

- 美国联邦拨款的法律规制及其启示 …………… 苏苗罕(254)
- 公法上不当得利返还请求权的实现 …………… 汪厚冬(287)

译著选登

风险规制中的公众参与 …… 托马斯·麦克格莱蒂 著 林 华 译(309)

行政法中的透明度问题:行政透明度理论之立论依据同行

政法诸观点之间的关系

…………… Robert G. Vaughn 著 马驰骋 译 张广勇 校(332)

法国宪法研究之轨迹与展望 …………… 辻村みよ子 著 王 涛 译(345)

书评札记

行政法学研究的新视野

——《行政法分析学导论》阅后 …………… 黄学贤(357)

地方性法规设定行政许可的权限范围

——以最高人民法院指导案例5号为分析对象

王林芳

摘要:地方性法规设定行政许可的权限应该有多大?这是地方立法主体在立法实践中经常遭遇的困惑。通常认为,《行政许可法》第15条第1款为地方性法规设定行政许可划定了边界,然而就该条文中“尚未制定法律、行政法规”这一语句存在两种不同的解读,两派冲突的实质在于对地方性法规立法空间的不同认识。基于个案分析,指导案例5号裁判要点1反映出就“尚未制定法律、行政法规”指向客体的理解最高法院选择的立场既不是“整体领域说”,也不是“具体事项说”,而是“目的考虑说”。鉴于指导案例5号提供的有益启示,我们认为,对地方性法规设定行政许可权限范围的研究应当进行学理上的转向——更多关注地方性法规的立法空间。就与本文论题密切关联的问题,本文提出在不违反“单一制”的前提下明晰“地方性事务”的范围,由此才能廓清地方性法规设定行政许可的权限范围;同时,从“事项范围”限制和“立法目的”限制两方面对地方性法规设定行政许可的权限加之必要的约束。

关键词:行政许可 地方性法规 权限范围 指导案例5号

一、绪论

(一)问题与假设

1. 一个经验问题:地方性法规设定行政许可的权限应该有多大?

在《中华人民共和国行政许可法》(以下简称《行政许可法》)正式实施前后,为了贯彻实施该法,根据有关上位法的规定,全国范围内的各省、自治区、直辖市等地方立法主体对地方性法规中的行政许可事项进行了大规模的清理,或者按有关规定废止执行,或者由省人大提出修正方案,与新法进行衔接。^[1]各地在对地方性法规进行行政许可设定清理的时候,基本上是本着合法性原则,严格按照《行政许可法》有关行政许可设定的范围、权限以及相关规范,凡与《行政许可法》以及国家其他法律法规相抵触的,不予保留。

值得注意的是,各地在对地方性法规进行行政许可设定清理的时候,常常遭遇“地方立法设定行政许可的权限应该有多大”的困惑。譬如在中国人大网之“询问答复”一栏中某省人大法制工作委员会便提出这样的困惑^[2]:“由于对《行政许可法》第15条第1款关于‘尚未制定法律、行政法规的,地方性法规可以设定行政许可’的规定理解不一,因此,在掌握上出现了一些分歧意见。一种意见理解为,尚未制定法律、行政法规,是指某一

[1] 参见北京市人大法制委员会对《关于北京市地方性法规行政许可事项清理工作的报告》的审议意见[DB/OL].北大法意网立法资料库,(2004-05-27)[2012-12-25].http://edu.lawyee.net/OT_Data/Legislation_Display.asp?ChannelID=7000000&KeyWord=&RID=4715;云南省人民代表大会法制委员会关于云南省人民政府提请审议的《关于修改和废止22件涉及行政许可的地方性法规的决定(草案)》审议结果的报告[DB/OL].北大法意网立法资料库,(2004-06-28)[2012-12-25].http://edu.lawyee.net/OT_Data/Legislation_Display.asp?ChannelID=7000000&KeyWord=&RID=5971.

[2] 如何理解和掌握《中华人民共和国行政许可法》有关规定[OL](2004-12-24)[2012-12-25]http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/xwdf/2004-12/24/content_363196.html.

领域尚未制定法律、行政法规。如中央尚未制定见义勇为法,地方性法规在制定‘见义勇为条例’时可以设定行政许可。另一种意见认为,上述意见只说了一种情况,还有另外一种情况,即某一领域虽然已有上位法,但上位法对某种行为没有作出规定,即可认为该行为没有上位法。地方性法规就可以对这种行为设定行政许可。比如,《中华人民共和国环境保护法》没有对城市‘小广告’、‘城市烧烤’作出规范,地方立法即可以根据本地实际情况作出规范并可设定行政许可。”此外,在前述清理过程中亦存在着“虽然没有法律、行政法规依据,且国务院颁发的《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》(国务院第412号令,2004年6月29日)未明确保留的行政许可事项,地方人大以该省经济发展、社会稳定和维护人民利益的需要,且符合《行政许可法》第十二条规定可以设定行政许可的事项为由,予以保留”〔3〕的情况。

新近发布的最高人民法院指导案例5号裁判要点1明确指出:“盐业管理的法律、行政法规没有设定工业盐准运证的行政许可,地方性法规或者地方政府规章不能设定工业盐准运证这一新的行政许可。”该裁判要点与对《行政许可法》第15条第1款的解释和适用密切相关,背后似乎隐含了最高法院对“就《行政许可法》所列可以设定行政许可的事项,尚未制定法律、行政法规和地方性法规”的解释,就解决问题的层面而言,我们有必要进一步深究:地方性法规设定行政许可设定的权限范围究竟如何确定?

2. 一个规范问题:《行政许可法》第15条第1款划定明确边界了吗?

通常认为,《行政许可法》第15条第1款为地方性法规设定行政许可划定了边界:“本法第12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”。该表述中所涉及的《行政许可法》第12条的内

〔3〕 关于地方性法规依据国家有关规定设定的行政许可事项与国务院清理结果衔接情况及修改《福建省技术市场管理条例》等五项地方性法规的说明〔DB/OL〕.北大法意网立法资料库,(2005-03-24)〔2012-12-25〕. http://edu.lawyee.net/OT_Data/Legislation_Display.asp?ChannelID=7000000&KeyWord=&RID=9266.

4 公法研究

容是列举可以设定行政许可的事项。^{〔4〕}因此,就地方性法规的行政许可设定而言,其内容可以表述为:就《行政许可法》所列可以设定行政许可的事项,尚未制定法律、行政法规的,地方性法规可以设定行政许可。从该表述可以看出,立法上对地方性法规的行政许可设定权作出了较为严格的限定。这种限定表现在:地方性法规只有在就《行政许可法》所列可以设定行政许可的事项,尚未制定法律、行政法规的情形下,才能够设定行政许可。立法上作出如此限制,是基于以往的行政许可过多过滥、对地方性法规的设定权缺乏约束的经验事实,是为了严格防止地方立法主体出于地方利益驱动滥设行政许可事项。

那么,问题的关键就在于如何理解“尚未制定法律、行政法规的事项”。逻辑上至少可以有两种理解,一种理解是相关领域尚未制定上位法,地方性法规可以设定任何行政许可;另一种理解是已经制定了相关领域的上位法,但并未设定某些行政许可事项,地方性法规便可以设定新的行政许可。这是围绕这句话的不同理解,产生的对地方性法规行政许可设定权宽严不等的两种解读。可见,《行政许可法》第15条第1款并未对地方性法规行政许可设定权划定明确的边界,有必要从规范内涵、规范结构角度对其重新做出审视。

3. 一个理论问题:对地方性法规立法空间的不同认识导致分歧产生?

《行政许可法》第15条第1款对地方性法规的行政许可设定权作出了原则性的限制,即“本法第12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”。然而就如何理解“尚未制定法律、行政法规”的问题,出现了对文本意义上的地方性法规行政许可设定权宽严不等的两种解读。较为严格的解读认为,如果在某个领域,国家已有法律、法规予以规范的,地方性法规就只能在法律、行政法规创设的行政许可项目范围内进行具体规定,而不能创设新的许可项目。而宽泛的理解则认为只要上位法未对某个具体事项作出设

〔4〕 李诗林:《论行政许可设定范围的合理界定》,《行政法学研究》,2008年第3期,第69—70页。

定,地方性法规就有权设定。^{〔5〕}可以看出,之所以造成两种宽严如此不等的理解,是因为两派对“尚未制定法律、行政法规”这一语句指向的客体理解不一,即把“事项”理解成“整个领域”还是“具体事项”?从表面上看,对语句指向客体的不同理解导致了宽严不等的两种解读。但根本上,两派观点冲突的实质在于对地方性法规立法空间的不同认识。

作为立法者,尽可能地将纷繁复杂的社会现象囊括至一个严谨的法律概念体系中,这近乎是一项不可能的任务。于是,适法者和习法者运用以语义分析和逻辑分析为基础的规范分析以及价值分析,力求回答立法者的意图是什么乃至“事物的本质应该是什么”。萨维尼曾道:“解释法律,系法律学的开端,并为其基础,系一项科学性的工作,但又为一种艺术。”^{〔6〕}法律解释的起点是建构规范的法律概念,事实上大部分是与法律相关的,来自日常用语的概念,“但法律也不是仅由简单的日常用语意义即取得其概念,因为法律必须在构成要件中定位、决定以及评价。”^{〔7〕}这就需要借助于学理上的基本思路,也即学理上的认识和总结。

学理上的基本思路,或者有的已经自成体系,有的还处于相对零散的状态,一般都需要总结其对具体问题和制度的认识所达到的水平:既包括在其相互关系里各种已经认识的原则和态度,也包括在具体案件中所遇到的各种已经认识的分析框架。如此,它不仅有助于人们了解这一理论的全貌和实际的解释力,而且同时变成发现新问题和新理论的渊源。只有体系化才使现存的问题和制度显得清晰,因而又为理论的进一步发展奠定基础,说明新认识的产生过程,指出理论发展的演进性。^{〔8〕}

那么,如今学理上的关于地方性法规行政许可设定权的认识和总结,

〔5〕 唐明良、卢群星:《地方性法规的行政许可设定权——对〈行政许可法〉第十五条第一款的解读及其他》,《重庆大学学报》(社会科学版),2005年第4期,第105—106页。

〔6〕 Savigny. System des heutigen Römischen Rechts[M]//王泽鉴:《法律思维与民法实例:请求权基础理论体系》,中国政法大学出版社2005年版,第212页。

〔7〕 [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2003年版,第149—150页。

〔8〕 罗利丹:《公务员责任体系研究——以执行上级命令为例》,浙江大学出版社2012年版,第10页。

以及在之基础上形成的分析框架是否为现存的问题提供了思路?

(二)术语说明与论题限定

当我们遇上一个问题的时候,“并不仅仅意味着这问题作为问句被说出来让人听见和谈到”,而且是要“使问题得以成立,使问题得以提出,迫使自己进入这一发问状态中”。〔9〕而问题的成立必须先为问题本身限定讨论的边界,并对相关术语作出必要的说明。

1. “设定”

“设定”一词的概念有广义和狭义之分。广义的“设定”包括两方面的含义,即“创设”和“规定”。狭义的“设定”指不以任何法律、法规的规定作为其具体存在依据的、制定原创性法律规范的行为,与“创设”的含义相似。

“设定”作为一个法律术语最早出现于1996年出台的《行政处罚法》。在此之前,我国法律制度以及法学基础理论中均没有“设定”的提法。此后,2004年颁布的《行政许可法》继续沿用这一概念。尽管这两部法均未对“设定”作出概念上的界定,但从该两部法律的上下文之间可以判断“设定”的含义。如《行政处罚法》第10条规定:“行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚。法律对违法行为已经作出行政处罚规定,行政法规需要作出具体规定的,必须在法律规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定。”《行政许可法》第14条和第16条规定,尚未制定法律的,行政法规可以设定行政许可。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。从这些规定中,可以看出,所谓设定是指在其他法律规范尚无对行政处罚和行政许可作出规定的情况下,率先对行政处罚和行政许可作出规定的行为。简单地说,就是不以任何法律、法规的规定作为其具体存在依据的、制定原创性法律规范的行为。不过,《行政处罚法》和《行政许可法》第二章标题上的“设定”,都是广义上

〔9〕 [德]海德格尔:《形而上学导论》,熊伟、王庆杰译,商务印书馆1996年版,第3页。

的设定概念,包括了上述狭义的设定与规定。本文所使用的“设定”限于狭义的设定,是与规定相并列的一个概念。

所谓的“设定”是区别于“具体规定”的一个范畴。所谓规定是指高位阶的法律规范已经对行政处罚和行政许可作出规定的情况下,低位阶的法律规范在高位阶规范设定的给予行政处罚的行为、种类和幅度范围内或者行政许可事项范围作出具体化规定的行为,它是对已有行为规范的具体化。^[10] 简言之,设定是从“无”到“有”,规定则是从“粗”到“细”。在设定与规定的关系上,需要特别指出的是,设定与规定的区分不是基于法律规范出台时间前后,而是基于法律位阶的高低。

2. “设定权”

相应地,设定权含义亦有广义和狭义之分。在广义的设定权概念上,实包含两种含义:一是创设权,即有关立法主体根据宪法和法律的规定或授权,直接通过某种法律文件形式设立有关行政处罚的种类、形式、处罚权限等内容;二是规定权,即依据法律或者法规的授权,为了执行和实施法律或法规,对法律或法规已作的行政处罚规定加以具体化、细密化,而不得在上级法律规范规定的处罚范围外创设行政处罚,不得扩大或高于法律或法规所设立的处罚范围。本文所讨论的“设定权”是采狭义概念,指某个立法主体按照立法配置所享有的制定原创性法律规范的权限,并不包括“规定权”。

3. 论题限定

不能忽视的是,《行政许可法》对地方性法规行政许可设定权的约束并不限于第15条。本文着重探讨的是地方性法规在哪些情形下可以设定行政许可,事实上,这些情形的确定只是明确了可以设定的权限范围,至于是否需要设立许可,还要判断设立的必要性问题。而《行政许可法》第11条规定的设定原则、第12条规定的六大事项范围以及第13条的排除设定四种情形都是判断行政许可设定必要性的标准,地方性法规在设定行政许可事项时当然要受到这些标准的约束。

[10] 吴恩玉:《法律的设定与规定》,载:胡建森:《法律适用学》,浙江大学出版社2010年版,第218—219页。

(三)研究框架

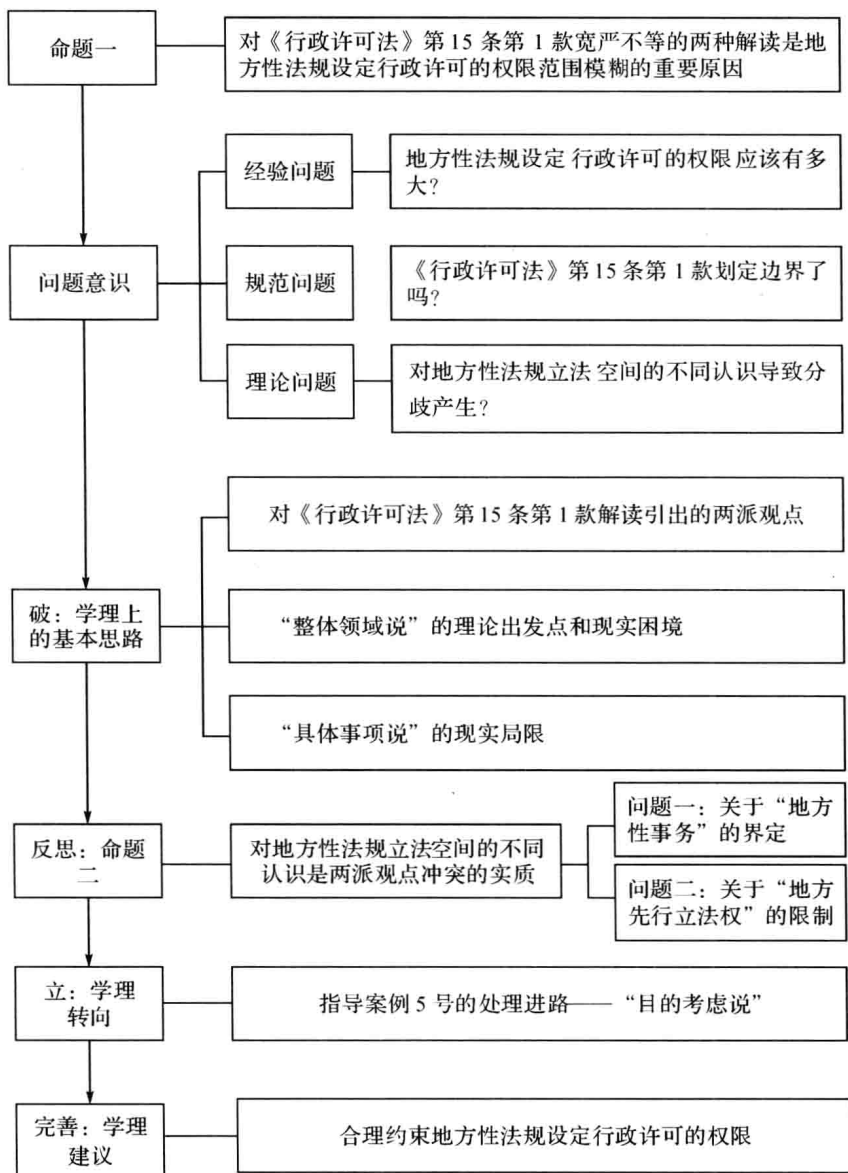


图 1.1 本文研究框架图

二、法律规范分析和学理上的基本思路

(一)法律规范分析

《行政许可法》第15条与地方性法规相关的表述为：“本法第12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；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。”可见，《行政许可法》第15条的规范结构和规范内涵有以下三层意思：

第一，地方性法规设定行政许可的前提是将要设定许可的事项系属本法第12条所列事项；

第二，在“尚未制定法律、行政法规”的情况下，地方性法规才可以设定行政许可；

第三，地方性法规设定行政许可的“四不得”限制。

关于第一层的规范内涵，一般而言，从行政许可的功能出发，可设定行政许可的事项主要有二：一是可能对公共利益产生重大影响的事项；二是对自然人生命、人身、财产可能产生严重危害的活动。^{〔11〕}考虑到我国经济体制还处于转轨时期，政府职能转变还没有完全到位，因此，第12条以列举的方式公布了六大可设行政许可的事项，均或多或少地牵涉到公共利益，从而使公共利益成为许可设定的一个标准。于是，只要与公共利益无关的事项，政府应该大胆放权，让公民自己去协商解决，或通过社会力量解

〔11〕 张兴祥：《中国行政许可法的理论和实务》，北京大学出版社2003年版，第130—132页。

决,或是通过市场机制自行调节。所以,设定行政许可还要坚持合理的原则,可以设定行政许可的事项,也并不是都要设定行政许可。^[12]

然则,该条中又设置了“法律、行政法规规定可以设定行政许可的其他事项”的兜底条款,“其他事项”的范围广阔无边,在现有国情下不利于进一步减少不必要的行政许可项目,未能完全达到严格限制设定行政许可的立法目的。在此背景下,《行政许可法》设定了第13条:“本法第12条所列事项,通过下列方式能够予以规范的,可以不设行政许可:(一)公民、法人或者其他组织能够自主决定的;(二)市场竞争机制能够有效调节的;(三)行业组织或者中介机构能够自律管理的;(四)行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的。”

值得指出的是,无论是第12条还是第13条,都或多或少存在着立法语言模糊性的问题。比如,第12条是规定“可以设”行政许可的事项,第13条则是规定“可以不设”行政许可的事项。在这里,立法者用了两个非常模糊的字眼:“可以设”、“可以不设”。就语言学的角度而言,“可以设”代表可设、也可不设;“可以不设”亦然。“只有依据事先已经知晓的规则、不偏不倚地适用,政府才被允许干预重大的私人利益。”^[13]可以说,第12条和第13条立法语言的模糊性导致了行政机关的自由裁量权,也留下了一个立法上的空白点。

关于第二层的规范内涵,可以说是对地方性法规设定行政许可的“上位法”限制。长期以来,受利益驱动和地方保护主义的影响,形成一种一讲行政管理就要审批的不正常现象,什么事情都可设定行政许可。许多本不应该具有许可效果的行政行为,行政机关也赋予了许可的内容,造成行政许可过多过滥,甚至成为权力寻租、腐败滋生的源头。行政许可作为行政管理的一种重要手段,如果运用得当,可以调节社会生活,维护公共利益,合理配置有资源,促进社会经济的发展;相反,滥用行政许可,将导致政府

[12] 前引4,第71页。

[13] [美]理查德·B.斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岷译,商务印书馆2002年版,第42页。

对社会的干预过度,阻碍社会的发展。

在此背景下,《行政许可法》第15条规定只有在“尚未制定法律、行政法规”的前提下,地方性法规才可以设定行政许可。围绕对这句话的理解,出现了对第二层的规范内涵的两种认识。第一种理解认为,只要国家就某个领域已经制定法律、行政法规,地方性法规就不得再在该领域内增设行政许可。第二种理解则主张,《行政许可法》第15条第一款所谓的“尚未制定法律、行政法规”仅就某个具体事项而言。”^[14]造成这样两种宽严不等解读背后的逻辑为何?这也是本文讨论的核心问题,留待下文详述之。

关于第三层的规范内涵,《行政许可法》在授予地方性法规一定的行政许可设定权的同时,也作了必要限制,即所谓“四不得”限制。针对有些地方性法规利用行政许可实施地方封锁、地方保护的现象,根据行政许可的不同性质和功能,规定地方性法规不得设定应当由国家统一确定的有关公民、法人和其他组织的资格、资质的许可,不得设定企业或其他组织的设立登记及其前置许可。同时规定,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开展生产经营活动,或者限制其他地区的商品进入本地区市场。

《行政许可法》对地方性法规设定行政许可的规范和限制,建立在对过去我国立法实践的认真研究和分析基础上,具有相当的针对性。这也是对以往司空见惯的地方性保护主义、部门保护主义的挑战,将对地方立法产生深远影响。在这种背景下,地方立法既要全面理解和正确界定行政许可设定权,又要克服地方保护主义情结,将行政许可设定放在全国大市场的背景下思考和平衡,还要在上位法的原则框架下,保证上位法设定的行政许可在本地范围内得以有效实施。^[15]

在全国范围内统一实施的行政许可事项由中央国家机关以法律、行政法规设定之,这是保证政令统一和国家、社会整体利益实现的需要,是无可

[14] 前引5,第7页。

[15] 谢天放:《依法行使地方立法中的行政许可设定权》,《文汇报》,2004年6月28日。