

政府法治研究丛书

地方立法的理论与实务

(2005~2006年研究报告集)

编 / 上海市行政法制研究所



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

政府法治研究丛书

地方立法的理论与实务

(2005 ~ 2006年研究报告集)

编 / 上海市行政法制研究所



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

地方立法的理论与实务:2005~2006年研究报告集 /
上海市行政法制研究所编. —北京:法律出版社,2008.1
(政府法治研究丛书)
ISBN 978-7-5036-8022-9

I. 地… II. 上… III. 地方—立法—研究报告—中国—
2005~2006 IV. D927

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 193284 号

©法律出版社·中国

责任编辑/郭涛

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/上海中心出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×960毫米 1/16

印张/23.25 字数/424千

版本/2007年12月第1版

印次/2007年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-8022-9

定价:48.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《政府法治研究丛书》编辑委员会

主 任	徐 强			
副主任	顾长浩	张忠玉	刘 剑	刘 平
成 员	王凤萍	项治萍	刘建平	朱宏传
	李 平	江子浩	刘五生	吴坚勇
	赵卫忠			

《政府法治研究丛书》编辑部

主 编	刘 平
副主编	赵卫忠

内 容 简 介

本书探讨的中心是“地方立法的理论与实务研究”。编委会在上海市行政法制研究所编辑的 2005 ~ 2006 年 24 期《政府法制研究》报告中所选的 16 篇文章,都是近年来在上海市同类课题研究中具有代表性、质量较高且理论与实践结合较好的成果,突出了上海地方立法的特点,对推动地方立法理论创新、丰富地方立法的实践、提高地方立法质量具有较好的参考价值。

目 录

立法理论篇

我国行政立法存在的问题、成因和对策	(1)
行政立法后评估制度研究	(18)
我国地方立法的流变与展望 ——以上海市地方性法规的分析为例	(37)
地方立法特色研究	(68)
政府规章立法技术规范研究	(89)

行政法制篇

对行政的监督现状评估及对策研究	(122)
行政“黑名单”的相关法律问题研究	(144)
与行政许可相关的定期检查(年检)法律制度研究	(160)
行政过错责任追究制度立法研究	(182)
浦东新区先行先试法制保障研究报告	(199)

管理制度篇

劳动关系多方协调机制研究	(220)
上海市停车管理立法调研报告	(251)
特许授权经营投融资模式的基本经济特点及其法律特征	(271)
公共资源民营化相关法律问题研究	(290)
社会募捐管理制度立法研究	(317)
上海旅馆业管理立法研究	(336)

我国行政立法存在的问题、成因和对策

江子浩 马贝艺*

一、我国行政立法的发展成就和面临的新形势

行政立法作为一种历史实践,已经过了一百多年的发展。世界各国行政立法的基本特点是数量多、涉及面广,且影响日益扩大,这对传统的分权理论无疑是一个冲击。世界各国经历了对行政立法的怀疑和指责后,逐渐承认它,并努力从制度上控制与监督它。我国1954年第一部社会主义宪法规定最高权力机关是国家唯一的立法机关,但实践冲破了这种单一的一级立法体制。行政立法实际上居于举足轻重的地位,1978年宪法中基本恢复了最高行政机关的立法权限,1982年宪法第一次明确规定了特定行政机关的立法地位,赋予了国务院制定行政法规的权力,以及国务院各部委和省、自治区、直辖市人民政府及省会市人民政府、经国务院批准的较大的市政府制定规章的权力,确立了两级多层次的行政立法体制。因此,本文所讲的行政立法概念,就是指享有行政法规制定权的国务院和享有规章制定权的国务院各部委、地方政府,依法制定、修改、废止行政法规和规章的活动。

对我国开始出现行政立法的时间,理论界存在争议,但毫无疑问的是,行政立法的真正发展是在1978年拨乱反正、恢复法制建设以后。由于我国法制建设的时间较短,并且中间有一段停滞甚至倒退。在法制建设恢复的初期,从整体上看,是百废待兴,各个领域都存在空白,需要立法调整。权力机关每年开一次大会、人大常委会每两个月开一次常委会,但这无论如何是无法满足社会需求的。而行政立法的出现极大地弥补了立法的不足,尤其是行政管理领域,行政立法迅速、灵活地填补了许多空白地带,使行政管理有章可循。截至2000年,现行有效的行政法规

* 江子浩,男,现为上海市人民政府法制办公室城建法规处处长。

马贝艺,女,现为上海市人民政府法制办公室城建法规处副处长。

有近800件,规章大致有28,000多件。与权力机关制定的法律380件、地方权力机关制定的地方性法规7000多件相比较,行政立法在整个法制体系中是占有重要地位的。

与其他国家相比,我国的立法包括行政立法的发展速度都是非常快的。改革开放的20多年,是行政立法迅速发展的时期。一方面,行政立法在弥补立法不足方面确实发挥着积极作用,在促进社会经济发展、稳定社会秩序、调整不同利益主体之间的权利义务关系等方面都起着非常重要的作用。“有法可依”目前可以说已基本实现,这伟大的历史功绩中也有行政立法的一份。实际上,行政立法不仅成为行政机关依法管理的依据,而且也是不少民事经济活动的规则依据,已渗透到社会生活的方方面面。尽管就总体来说,行政立法权以确认政府职权(职责)为核心内容,但综观数量繁多的行政法规、规章,可以说,它们几乎涉及社会经济生活的各个方面、国民经济的各个部门、经济生产的各个环节。每一具体的法规、规章基于其不同的目的和适用范围,通过落实政府管理职权(职责)以及规定其他主体的权利和义务而体现其各具特色的内容和各自的侧重点。另一方面,行政立法的特性使之成为政府推进改革开放、实现体制突破和创新的有力手段。行政立法作为一种特殊的行政行为 and 特殊的立法行为,两种不同的属性兼容于一身,准确地讲,它是一种介于行政和立法之间的过渡状态、中间状态的国家管理活动。通常认为,一般意义上的立法客体主要是规范和确立整个国家的基本制度及社会生活各领域的基本制度;而行政立法的客体主要是使各种基本制度具体化,使法律增加可操作性。但是,在我国改革开放进程中,行政立法恰恰还发挥了大量的制度创新作用,成为政府实施各项体制突破、体制转换、体制创新、体制整合的直接途径,在我国从计划经济转向市场经济的进程中发挥了不可替代的作用。当然,我们也不能因此而忽视行政立法存在的问题,行政立法具有其存在的历史必然性和合理性,然而它的大量运用确实也引发了许多新的问题。但是,讨论行政立法存在问题的根本目的不是开始重新反思行政立法存在的价值和作用,而是为了使行政立法活动更加规范,行政立法内容更加符合实际,更加有利于促进经济社会的发展。从本质上看,行政立法也是一种生产活动(规则生产),其根本目的在于满足社会需求。因此,讨论行政立法存在的问题也应当是以当前的社会需求为指针的。

从当前形势来看,党的十六大确立了全面建设小康社会的奋斗目标。十六大报告对社会主义法制建设作了深刻的阐述,明确提出“适应社会主义市场经济发展、社会全面进步和加入世贸组织的新形势,加强立法工作,提高立法质量,到2010年形成中国特色社会主义法律体系”。这也是今后一个历史时期行政立法工作的指导原则。行政立法工作在新形势下的任务,就是要以“三个代表”重要思想

为指导,紧紧围绕全面建设小康社会的奋斗目标,为推进中国特色社会主义的经济、政治、文化建设和体制改革创造良好的法制环境,提供有力的法制保证。当前,我国经济体制改革已进入攻坚阶段,政府法制工作需要下大力气认真探索如何体现体制改革精神,体现党的经济政策,调整社会经济利益关系,突破影响生产力发展的体制性障碍。随着依法治国基本方略的实行,人民群众对依法行政的要求越来越高。这要求提高制度建设的质量,确保政令统一和法律法规的正确实施,切实维护公民和法人的合法权益,促进生产力的发展。我国加入世贸组织后,对外开放进入了新阶段,有许多新的问题需要研究解决。国内市场要加快实现一体化,保证市场做到公平竞争,提供更好的市场环境,这自然就对行政立法工作提出了更高的要求。

二、我国行政立法存在的问题

目前我国两级多层次的行政立法体制基本上是适合我国国情的,但在行政立法工作的快速发展中还存在许多缺陷,其中有的属于体制上的不足,有的是实践中的问题,不少问题还相互关联。具体而言,主要表现在以下几个方面。

(一)行政立法中部门保护和地方保护的倾向明显

在现行的行政法律规范中,普遍强调行政机关的审批权、处罚权、检查权、监督权,却很少规定有关行政机关因管理不善或错管所应负的法律責任。追求自身利益的最大化是立法活动中难以避免的客观现实。参与立法活动的主体拥有和追求自身利益本无可厚非,但在缺乏制约的情况下,就会产生较大的负面影响。目前,行政立法已成为一些行政机关扩张权力,一些地方搞地方保护的主要手段。

更有甚者,有的行政机关借“法”扩权、以“法”争利,“法”成了他们强化本位利益,推行“行政意图”的工具。例如,水利部门和交通部门多年来就河道与航道的管理权问题争执不停。水利部门从河道管理的角度设定了行政管理措施;交通部门从航道管理的角度也要求设定了不少许可。但河道与航道的范围存在交叉,在一定范围内使得诸多管理措施对相对人同时适用。又如,水利部门与海洋部门对“海域”与“河域”的管理权归属也长期存在争执。水利部门认为,河口是河流的重要组成部分,入海河口应作为水域由水利部门负责管理;而海洋部门认为,按照国际惯例和我国实践,江河入海口应当纳入海洋管理范畴。双方之所以在江河入海口区域争夺管理权,原因在于这一区域经济活动频繁,滩涂资源的使用管理权蕴涵着很大的利益,管理机构都希望提高自己的管理权威。此外,实际生活中的乱收费、乱罚款、乱集资、乱摊派、乱评奖、乱设许可证项目、垄断性经营、不正当干

预等不合理的现象常常就是由行政机关以“法”的形式使其“合法化”的。实践中,不仅有各部门争夺管理利益的现象,还有部门在无利可图的情况下推脱管理职责的现象,使得政府决策在立法层面往往得不到积极呼应,政令不通。

与部门利益膨胀“交相辉映”的是地方利益的凸显以及地方保护主义的盛行。在原来全国整齐划一的局面下,各个地方都由中央统一安排,不存在多大差异,而且地方立法也没有显示出其意义和价值来(民族自治地方除外)。但在改革开放以后,权力在一定程度上被下放,地方的自主性显现出来。健全和完善本地法律体系,特别是经济法律制度,就成了许多地方政府的重要任务。但是,在此过程中产生了一个很大的问题,那就是地方保护主义的盛行。各地法规相互矛盾、对立的情形时有发生,很多资源都被浪费在相互内耗之中。比较典型的例子是,在全国各地普遍存在的建筑施工承包的市场准入问题,国家已经对从事建筑施工活动规定了严格的资质审批条件,企业从事建筑施工活动,必须事先取得相应的资质。而不少地方为了限制外地建筑企业分享本地建筑市场,往往规定外省市施工企业要进入本地承揽业务,必须先向本地的建设行政管理部门申请进省(市)施工许可证。从全国的整体上来考虑,地方利益的相互牵制和消耗是利益群体对国家行政立法的最大影响所在。地方保护主义与建立统一的国内大市场、鼓励社会公平竞争格格不入,严重阻碍了国民经济发展。

(二)行政立法不适当地干预市场行为

在我国,行政权之强大可能超过其他任何国家,许多行政立法事项与民事经济活动的行为规范有关。可以说,每一部新法规的出台,都意味着某种利益调整。在从计划经济向市场经济转轨的过程中,在某种程度上,行政立法已成为保护既得利益群体的一种捷径。这些既得利益群体中,有相当一部分本隶属于政府,虽然经过脱钩改制,但仍与政府部门有着不少关联,往往在制定法规、规章的过程中争权夺利,拼命维护自己的利益。某些所谓“立法”,实质上就是利益分配的产物,借用经济学的术语,是“设租”与“寻租”的产物。通过这些立法,某些行业、某些集团的利益(甚至是巨额利润)得到了维护,但这是以牺牲社会公正与大众利益,甚至是国家利益为代价的。

上述情况在某些社会性立法及政府对经济的管制性立法中也比较常见。例如,对省际道路旅客运输,交通部规定先要取得一定的企业经营资质才能获得线路经营权。取得资质,必须先成立运输企业、购置运输车辆,这样的规定迫使不少投资人因顾及风险太大而不参与线路经营权的竞争。那么,交通部门保护其下属企业的目的也就达到了。又如,国家邮政法规定,“信件和具有信件性质物品的寄递业务由邮政企业专营”,由此,确立了邮政企业对信件类物品的寄递专营权。近几年来,市场上的速递业务发展很快,出现了许多经营速递业务的单位。1996年,

原邮电部对邮政专营范围作了过于宽泛的解释,将各类文件、通知、单据、证件、有价证券、具有通信内容的音像制品、计算机信息媒体都作为邮政企业专营范围。不少省市还先后出台了规章,不仅确认邮政企业对速递业务的垄断专营地位,还设定了邮政部门对非邮政企业从事速递业务的处罚权。这种做法明显是为维护邮政企业利益,排斥了非邮政的速递经营企业参与市场竞争,对社会公众获得便捷、高效的服务极为不利。

还有一些规定存在干涉企业自主经营权的问题。例如,设立和关闭企业本是企业自主决定的,但公交客运站的停业却要经原审批机关批准。1995年,交通部第2号令《汽车客运站管理规定》第10条规定:“汽车客运站需要停业的,须提前30天向原审批机关提出,经审查同意,缴销《道路运输经营许可证》并向社会公告后,方可停业。”这样的规定,制约了在经济活动中很正常的“优胜劣汰”。有关管理部门为减少客运站停业的随意性,固然有理由采取措施,但可以通过要求停业者提前告知管理部门并以对外公告的方式解决,没有必要设定审批。实际上,行政审批的作用在当事人恶意停业的情况下也发挥不了什么实际作用,无法保障正常营运。

(三)行政立法资源浪费

行政立法资源的浪费,是指由于某种原因导致立法活动违背立法目的,使立法无从取得其预期效果,甚至造成更为严重的混乱局面。立法行为与其他行为一样,都必须考虑到一个立法成本问题,如果一种立法不能产生其预期效果,或者立法仅仅是对已有法律的一种重新表述,那么,从经济的角度看,无疑就是对有效立法资源的浪费。由于社会对法律规则的需求旺盛,不可能通过无限制地扩大立法权来解决,立法资源呈现某种稀缺状态。目前,立法资源的浪费表现形式多样:

(1)不少行政立法尽管是非常必要和迫切的,但就具体内容而言,其实质价值并不大。

(2)就同类事项重复立法。例如,上海对湿地保护立法比较重视,由于三个不同区域的湿地分属三个不同的管理机构,所以要搞三个行政立法;又如一些地方对经济开发区的立法,也是对每个开发区制定单项法律文件。例如,上海的张江高科技园区、漕河泾开发区都拥有自己的管理办法。造成这一问题的原因,有的是因为同类事项分属不同的管理部门管辖,各管理部门都希望拥有一部属于自己的具体规范;还有些似无必要的单项立法属于不得已而为之,因为有无专门立法已成为有些国家级开发区评选活动的一个基本条件,行政立法成为各地达到评选目的的工具。

(3)在实施法律的过程中,下位法对上位法的实施性规定有的照搬照抄,有的具体补充,也有的再作创设,名目繁多,关系复杂,多个效力等级的文件“几世同

堂”的局面屡见不鲜。例如,在建设项目环境保护领域,全国人大有《环境影响评价法》,国务院有《建设项目环境保护管理条例》,上海市还有《建设项目环境保护管理办法》,相同事项在不同层次的立法中都作了规定,而且内容基本相似。目前有不少实施性立法是对上位法作具体补充,但由于不讲究具体条文的对应关系,出现了查找翻阅上的困难。

(4)有些具体操作事项完全可以通过以部门自行发布规范性文件的形式加以规范,但管理部门以为政府规章的效力较高,比规范性文件更有威慑力,因而积极要求以规章形式制定。相反,那些急需通过立法解决的问题却可能因为部门积极性不高而迟迟难以进入立法程序。我们认为,立法资源的浪费现象多多少少都与立法程序中的部门主导问题有关。

(5)立法上含糊、不确定的内容多,常写一些不确定的条款,如一定的、相当的、主管部门规定的、其他条件、其他材料、有关规定等。很多当事人反映政策法规不透明。虽然法规、规章在报纸上公布,但诸多弹性条款让人看不懂。为了实施这些内容弹性大的文件,主管部门还会制定一系列实施性的规范性文件,无形中又为少数部门扩张权力、加重相对人负担打开了一扇方便之门。

(四)行政立法的冲突现象屡屡发生

行政立法与高层次立法以及行政立法之间相互抵触、冲突的现象屡屡发生。这里所谓的“冲突”有两层含义,既包括立法主体权限上的相互冲撞和僭越,也包括不同的文件在解决同一问题时的规定相互矛盾、冲突。第一层含义即立法权限上的法律冲突,在立法法中基本作了解决。目前的问题主要表现为第二层含义上的冲突:一是规章之间相互冲突。规章分为两类,即部门规章与地方政府规章。这两类规章之间无高低之分,但是由于部门规章与地方规章的制定主体有区别,经常会发生两类规章相互冲突的情况。虽说有事后的裁决机制,但毕竟由于事先没有界限,两种规章的冲突无法事先预防。例如,自1996年以来,上海市商品住宅出售时的首期维修基金,一直实行由房地产开发企业和购房人共同缴纳。建设部1998年11月9日发布的《住宅共用部位共用设施设备维修基金管理办法》规定,维修基金应当由购房人全额缴纳。部分房地产开发企业依据建设部规定,拒绝缴纳维修基金。此外,国务院部委制定的规章也可能存在冲突。例如,作为房地产有机组成部分的房屋和土地使用权,其主管部门分别为建设部和国家国土资源部。目前,在对土地面积的丈量标准上两个部门的规定就有所不同,到地方上,由于规划局与房地局分别执行的是建设部和国土资源部颁布的标准,这就很难避免发生同一房地产的土地面积测量结果不一致的现象。二是地方性法规与部门规章之间的冲突。地方性法规属于法规,在效力等级上本高于规章,但由于部门规章往往规定某些适用于全国的管理规范,因此不能遇到地方性法规与部门规章有

冲突,就自然而然地适用地方性法规。因此,地方性法规与部门规章之间的冲突同样存在。

(五)行政立法跟不上市场经济发展需要

到2010年形成中国特色社会主义法律体系,行政立法任务还相当繁重,有些改革、发展、稳定亟须的法规规章还没有制定出来,许多新的社会关系无从调整,无法可依。过去,我们一贯比较重视新立法,但近几年社会实践中涌现出的新情况、新问题、新的社会关系亟须新的法律规范加以调整,但我们的行政立法还跟不上发展的需要。例如,国家对电信业务的经营取消了垄断,但具体措施的调整因受到来自中国电信等大企业的压力迟迟不能出台。目前,固定电话收费居高不下,手机单项收费遥不可及,“小灵通”等一些有利于消费者的服务品种在不少大城市因受到经营传统电信业务的垄断企业的打压而难以推广。改革的深化需要我们转变管理思路,调整管理模式,加强公共服务,进行行政指导,但这类的立法内容还很少。

随着改革的不断深入,对外开放的扩大,不少法律规范需要根据新情况加以修改废止。按理说,行政立法的修改、废止与新设立法具有同等重要的意义,但我们长期以来都不够重视,没有对修改废止设定必要的启动机制,大量法规规章内容滞后,却得不到及时清理。实际上,清理行政法规、规章是行政立法非常重要的一环,尤其是在当前我国的经济发展及经济结构性调整都很快的情况下,及时地清理行政法规、规章是十分必要的。这是避免规范冲突的一个重要手段。近几年来,行政法规、规章清理伴随着行政处罚法的实施、我国加入世贸组织、行政审批制度改革等主题,连续不断地大规模进行,国务院每次清理都公布废止和将要修改的法规、规章。近几年来,国务院对2000年以前发布的756件行政法规进行了全面清理,废止71件,宣布失效80件;国务院各部委共清理涉外规章和有关政策规定2300件,废止830件,修订325件。

但遗憾的是,对于行政法规、规章的清理仍存在两个方面的问题,一是历次清理没有在清理的基础上将现行的行政法规和规章汇编成册。有的规章做过多次修改,但修改后的全文未做正式汇编,致使“现行有效”的行政法规和规章难以确定。这一问题在各省、市也都不同程度地存在着。二是文件清理滞后于改革。例如,随着中央和地方的行政审批制度改革,以规范性文件的形式取消了诸多行政审批项目,但法规、规章的修改尚未全面跟进,那么行政部门的审批依据就陷入了按文件还是按规章的“糊涂”境地。从历次文件清理的实际看,行政法规、规章清理没有被作为常规工作来抓,以集中清理为主,缺乏及时启动修改、废止程序的机制,单靠集中清理似乎还很难解决法律文件的不协调问题。

(六)行政立法的调研工作薄弱,公众参与程度较低

目前,一项行政立法从行政管理部门上报到发布出台,内容基本不会有大的

变化。立法调研的主体单一,限于行政管理部门,其调研活动的过程和方式还不成熟,往往缺乏对立法必要性及可行性的深入分析和论证,对各方面意见的反映不充分。因此,审议草案的背景资料不足,行政首长难以作出准确的判断,影响了立法的质量。

以前虽然也一直在坚持对立法草案征求意见,但具体到征求哪些人的意见、采取什么方式、最后采纳谁的意见、采纳多少都缺乏一个相对合理和固定的标准,结果很可能是该征求的未征求,不该采纳的却被采纳了。虽然行政机关也往往通过咨询、协商等方式收集民意,进行利益协调,但行政机关一般对此并不负有法律上的义务,公众能否参与行政立法过程往往取决于行政机关的单方意志。这使得行政立法的民主性、公正性大打折扣。

目前,立法项目一经确定,起草部门就基本占据主导地位。整个起草程序中,政府系统内的“会签”和对政府系统外单位的征求意见程序已经成为惯例,但其形式意义远大于实际作用。第一,征求意见的范围主要取决于法制机构,没有硬性规定,一般比较注重听取相关管理部门的意见,一些与草案内容有利害关系的相对人缺乏表达意见的机会。第二,以书面征求意见为主,修改意见往往只能局限于具体条文,这在草案内容尚未成熟的情况下有较大局限性。第三,除非发现明显的问题,法制机构一般不可能组织专题讨论,主管部门容易通过驾取具体条文的起草和修改达到其行政意图。第四,法制机构征求意见的结果不需做披露,相关管理部门很难获知草案修改情况并进一步提出意见。

(七)行政立法的解释缺乏规范

法律解释有多种,包括学理解释、权威解释、有权解释、无权解释等。这里所说的解释是指有权解释、权威解释。应该说对行政立法(文件)的解释属于行政立法活动。立法法施行以前,按照1981年全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》,法律解释有四种:立法解释、司法解释、行政解释、地方解释。行政解释是国务院及其部门在执行法律的过程中对法律具体运用所作的解释;地方解释是指地方政府及其所属部门在执行法律的过程中对具体适用法律所作的解释,其实也是行政机关的解释。但是,立法法除规定全国人大常委会法律解释权的范围与程序,以及国务院、中央军委、最高法院、最高检察院、全国人大各专委会及省级人大常委会等相关机关有“提出法律解释要求”外,将“行政立法”、“地方立法”都加以规定,但没有对行政机关对法律、法规的解释问题作出规定。那么,既存的“行政解释”、“地方解释”是否仍然合法正当?如果承认其合法性与正当性,各种所谓“解释”的效力及冲突如何解决?对此,立法法没有为我们提供答案。

目前,实践中比较常见的行政立法解释有两种情况:一是制定行政立法的主体,无疑可以解释该行政立法;二是行政立法的实施机关,对具体应用问题作出解

释。行政立法解释面临的问题主要在于:(1)地方政府是否有权就国务院行政法规的具体施行问题作出解释,例如,《城市房屋拆迁管理条例》的施行涉及新老规则的衔接问题,适用新条例的时间固然明确,但起算标准是按照签订补偿安置协议的时间,还是整个拆迁项目获得行政批准的时间,不论采用什么标准,以什么主体的名义作出,实质上都是一种解释行为,有必要对解释的主体和有关规则加以明确。(2)行政立法主体作的立法解释与施行机关作的具体应用解释,有什么界限?哪些问题应该作出立法解释,而哪些问题应当纳入具体应用解释由部门自行解决,目前还都缺乏依据,在发生具体问题时,相对人和行政机关不免无所适从。但由于行政立法解释的效力等同于行政立法本身的效力,因此,提出、起草、审批和公布行政立法解释的程序和分工也应当同制定行政立法的程序相适应。

三、问题的成因

讨论行政立法中存在问题的成因,不能就立法谈立法,而应当从法制建设的大环境出发,正确看待影响行政立法的各种因素,从中寻找解决问题的途径和方法。我们认为,造成问题的原因主要有以下七个方面:

(一)社会经济环境处在空前活跃的转轨时期

行政立法作为一种规则生产活动,是服务于社会经济基础的上层建筑,必须反映社会经济基础的发展、变化。在我国二十多年来的法制建设发展的过程中,行政立法也得到了迅速发展,但现实需要仍迫使行政立法必须快速制定、实施。现行的行政立法是在过去计划经济体制下乃至由计划经济向市场经济转轨的初期形成发展起来的,反映了当时的经济基础。时至今日,改革进入攻坚阶段,市场经济体制的初步形成使得社会经济基础发生了巨大的变化。社会阶层出现分化,民众的利益需求、思维方式出现了巨大差异,政府的社会管理职能也逐步发生转变,利益集团逐步形成,整个社会环境处在空前活跃的转轨状态。目前,行政立法所暴露出的种种不适应性,是与此相关的。

在社会环境的快速变化过程中,行政立法乃至整个国家的立法也在力图逐步适应变化,但缺少经验。面对日益繁重的立法任务,行政机关受时间、人力、专业水平的限制,没有足够的时间去作出细微缜密的详细规定。在许多情况下,只作了一些原则性、概括性的规定。而且,改革过程充满了不确定性,相应的制度需要也不断变化,行政机关对此无法作出准确无误的预测并加以事先规范,只能根据出现的新情况作出灵活性的规定,这往往造成法律文件本身不够规范,整体质量不够高。

(二)行政管理体制尚未理顺,政府职能尚未根本转变

建立和完善社会主义市场经济体制,必须实行政企分开、政事分开,从根本上

转变政府直接干预经济活动的职能,在经济领域实现“国退民进”,更好地发挥政府在服务社会方面的公共职能。但是由于我国长期实行高度集中的计划经济体制,整个社会法治观念淡薄,传统上行政权力一向强大,加之目前政府职能尚未根本转变,整个体制尚未完全理顺,过去计划经济体制下所形成的政府统管一切经济活动的模式的影响还未完全消除,政府职能的行使和权力的发挥还未从原有的思路中解放出来,因此,很多政府部门难以割舍以前所享有的经济权力和利益。

一些原来由政府直接控制经营的行业在市场经济中虽然从形式上走向了市场,但由于与政府存在的千丝万缕的联系,使得他们在享受垄断利润的同时又通过法律上的便利保护自己的利益,限制着同类企业的发展。在当前的经济生活中,由于我国经济法律制度的不完善,这些垄断性行业及其主管部门制定的规章和惯例都在实际中发挥着法律的调整作用。有的部门在市场经济下成为了最大的利益群体,并且还亲自参与社会经济活动。这样他们就在社会经济交往中一身肩挑“参赛者”与“仲裁者”两个角色,在行政立法中难以保持中立。

在市场经济竞争机制的激励下,许多地方都意识到用法律推动本地经济发展、规范市场并保护地方利益的重要性和迫切性。对经济发展的重视使各地政府均把经济立法放在首位。各地为了发展经济,纷纷制定自己的优惠政策,尤其在如何改善投资环境以吸引外资方面都颇下工夫,出台了大量的地方法规、规章。这也确实为各地经济的发展作出了很大贡献,但出于保护本地利益的需要,往往在行政立法中制定一些地方保护主义的规则,阻碍了公平竞争。

实践证明,政府通过行政立法的形式加强市场干预,往往会造成社会资源的极大浪费,使行政立法的成本远远高于其收益。行政立法的执行需要付出巨额的费用,有些不合理的立法不仅行不通,而且让国家承担大量的执法成本,市场运行的效率也受到负面影响,因此,国家干预并非总是那么便利和有效。

(三)行政立法受制于部门主导的立法体制

这几年,政府自身建设取得了很大进展,政府机构设置进行了重大改革,厉行行政审批制度改革,从中央到地方下大力气削减审批项目、取消不合理收费。但在政府职能尚未根本转变的情况下,由部门起草法规、规章势必为公正立法带来弊端。现有的行政法律规范内容大多重行政主体的权力,轻违法行政应负的法律责任;重行政主体的审批、处罚,轻行政主体对相对人的行政指导、行政监督。这样,就严重影响了行政法律规范的公正性和严肃性,使行政行为自身缺乏一种法律监督机制,不利于保护管理相对人的合法权益。这与行政立法用于控制和监督行政权的宗旨是相悖的。

从现实中看,行政立法活动的基本流程是:先在各主管部门认为有必要的范围内确定需要完成的立法项目,然后由负责该事项的主管部门负责牵头开展立法

调研和起草,草案基本成熟后报送到政府法制机构进行审查,审查过程中由法制机构负责听取相关管理部门和有关部门的意见,做相应修改后正式送审。可以说,在行政立法草案的调研起草、征求意见和修改的过程中,基本以主管部门为主,法制机构和相关部门为辅。在这种状态下,立法质量主要依靠管理部门的立法指导思想和具体操作人员的素质,使得不确定因素太多,从而导致行政立法的质量难以获得制度保障和外部监督。具体而言:

(1)法制机构虽然有权对部门提供的草案进行审查,但由于信息明显不对称,在现有体制下难以充分发挥作用。法制部门的法律技术能力比较强,对涉及政府管理问题的内容也比较敏感,不少法制部门长期接触专业部门对该领域也有一定的了解。但在行政立法越来越强调可操作性,越来越重视维护管理相对人合法权益的情况下,面对具体问题法制机构毕竟还缺乏专业知识,这就造成了法制部门对草案内容的认识和提出的意见不够准确,或者即便意见准确但在涉及业务问题的实体内容上难以做出恰当的调整。由于法制部门获得修改意见的信息来源比较有限,尤其在专业技术性强的立法内容上,行政主管部门的意见几乎是决定性的。为解决这类问题,法制机构也会邀请高校、法院等方面的专家共同进行论证,但专家对实际管理情况未必了解,而且有时还会出现起草部门控制专家意见的情况,因此,听取修改意见不充分的问题难以真正得到解决。

(2)现有的由主管部门负责起草工作的局面不仅确立了主管部门在整个立法过程中占据事实上主导地位的问题,而且还必然引发修改、废止工作跟不上实践需要的问题。一项立法完成后,修改、废止的启动权也掌握在主管部门手中。实践无数次表明,除非涉及切身管理职权或经济利益,大多数部门对修改、废止文件都不积极,有时即便上位法做了重大的修改调整,主管部门也懒得对其修改、废止。

(3)行政立法松散,冲突现象难以避免。由于长期以来由主管部门分头立法,速度快、数量多。更由于是因人设法,而非因事设法,就一个管理事项往往涉及多个管理部门,其管理职能可能在各自的立法中作了相应的规定。而在这众多的法律文件之间又缺乏有机的联动关系,因此,即便某法规做了修改,而相应事项在其他法律文件中却可能仍继续存在。

不可否认,在行政立法的发展进程中,行政管理部门为加快行政立法步伐,在建立行政管理秩序方面确实作出了突出的贡献,这也是由行政管理部门自身的工作特点所决定的。一方面,随着科学技术的发展,立法的专业性、技术性特点日益突出,而法制机构一般欠缺专门知识,也不可能完全熟悉行政管理的实际状况。另一方面,直接从事行政工作且具有专业优势的管理部門在制定相应的法律规范时确实具有无法替代的优势。目前存在的部门主导问题可以通过健全立法机制