

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 and 展开

王太高

内容提要 正确选择法律依据是权力清单制度的题中之义,也是该制度发挥作用的前提和基础。从我国《立法法》第82条的规定看,地方政府规章存在执行性立法和创制性立法两种形态,而不同形态的地方政府规章进入权力清单法律依据的规则是有区别的。研究和归纳地方政府规章进行权力清单法律依据的基本规则,并借助该规则及时清理权力清单中不合法的法律依据,才能推动权力清单制度的健康发展。

关键词 政府规章 地方立法 权力清单

王太高,南京大学法学院教授 210093

一、问题的提出

在地方立法权方面,修改后的《立法法》在普遍授予设区的市享有地方立法权的同时,也对地方立法权作出了两个方面的限制:一是在坚持地方立法限于地方事务的基础上,对部分地方立法主体立法权的行使范围划定了界限,具体就是设区的市只能对“城乡建设与管理、环境保护和历史文化保护等事项”进行立法^[1];二是对地方政府规章设定了禁止性规定,即在没有法律法规作依据的情况下,“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”。《立法法》的这种变化,不仅对我国今后的地方立法实践产生深刻的影响,而且对正在推行的权力清单制度实践也提出了新要求。

所谓权力清单,简单地说就是把各级政府及其工作部门所掌握的各项公共权力进行全面梳理和统计,并以列表清单的形式公之于众,主动接受社会监督,其内容广泛,涉及“政府职能、法律依据、实施主体、职责权限、管理流程、监督方式等事项”^[2]。作为我国当下法治政府建设的一个重要抓手,推行

本文为国家社科基金重点课题《权力清单的理论与实证研究》(15AFX003)阶段性成果。

[1]全国人大常委会法工委主任李适时在相关会议上明确指出,这里的“等”“从立法原意讲,应该是等内,不宜再作更加宽泛的理解。”https://www.baidu.com/s?ie=utf-8&f=8&rsv_bp=1&rsv_idx=1&tn=baidu&wd。2016年3月28日访问。

[2]参见国务院2015年12月27日发布的《法治政府建设实施纲要(2015—2020年)》。在权力清单的诸要素中,最为重要的无疑应该是法律依据。因为基于职权法定的法理,不仅政府职能要有赖于法律规则,而且行政职权的实施主体、权限范围、行使程序及监督方式等事项,同样要取决于法律规定。

权力清单制度的一个重要目的,就是要通过“清权、制权、减权和晒权”等方式,明确国家与社会、政府与市场的合理界限,科学划定政府的职责范围,真正做到“职能科学”、“权责法定”^[1]。而要达致这样的目的,就需要在以下两个环节发力:一是在制作权力清单时,要正确识别作为行政职权依据的法律规范的形式和效力,弄清楚作为权力清单法律依据的规范有哪些,在数量上不能有遗漏,在质量上要剔除那些与上位法不一致或相抵触的规范;二是在“权力清单公布后,要根据法律法规立改废释情况、机构和职能调整情况等,及时调整权力清单,并向社会公布”^[2]。在我国,法律体系的构成包括全国人大及其常委会制定的法律、国务院制定的行政法规和有地方立法权的地方权力机关制定的地方性法规、以及国务院部门制定的部门规章和有地方立法权的地方政府制定的地方政府规章等多个层级。由于立法主体多元及立法时间不同,法律、法规及规章内部或相互之间存在不一致、甚至冲突在所难免。正因为如此,《立法法》专设“适用与备案审查”一章,对不同法律规范之间可能的冲突设定处理规则。可见,实践中的政出多门、职责交叉重复这个顽疾,尽管不排除行政机关自身对法律理解的偏差,甚至是实用主义地故意曲解^[3],但立法本身的问题亦难辞其咎。就地方政府规章而言,不仅与部门规章一样,存在制定主体的行政性、多元化等“先天性”特点,而且由于其具有强烈的“地方性”,并且这种地方性又与权力清单分散制作高度重叠,因此,什么样的地方政府规章在何种情况下能够进入权力清单成为行政职权的法律依据,不仅关乎我国社会主义法制的统一和完整,而且直接决定着权力清单制度的功能及其目标的实现。有鉴于此,本文从地方政府规章的性质入手,分析地方政府规章能够成为权力清单“法律依据”的形式要件和实质要件,并以江苏省级政府部门权力清单为例,进一步从操作层面对地方政府规章进入权力清单的样态进行研究,以推动权力清单制度的正确实施。

二、作为权力清单法律依据的地方政府规章

职权法定是行政法上一项基本原则。依据该原则,只有具备法形态的规范才能合法设定行政机关的职权,才能成为权力清单的法律依据。据此,地方政府规章要成为权力清单法律依据,就与以下两个问题密切相关:地方政府规章是不是法?作为法的地方政府规章是否当然就是行政职权的依据?

1. 地方政府规章的法源地位

在我国,地方政府的规章制定权源于《地方组织法》的授权,由于1989年颁布的《行政诉讼法》将规章定位为审理行政争议的“参照”性规范,其在国家法律体系中应有的地位——即它是否具有法的属性——便不断地遭受质疑,直到2000年的《立法法》正式将规章列于法律、法规之后,有关规章的性质、地位等争议才尘埃落定^[4]。然而,立法政策上的“盖棺论定”并不当然地消除理论上的分歧和人们心中的疑虑。由于规章制定主体是行政机关,因而行政机关能否自我授权、亦即规章是否属于职权法

[1]《法治政府建设实施纲要(2015-2020)》所描述的法治政府基本指标共有6个方面,除职能科学、权责法定外,还有执法严明、公开公正、廉洁高效,守法诚信等。

[2]2015年3月24日,中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于推行地方各级政府工作部门权力清单制度的指导意见》,明确提出要建立权力清单的“动态调整机制”。

[3]例如,《行政强制法》实施后,针对《税收征收管理法》第32条规定的税收滞纳金是否适用行政强制法规定的不超过本数的规定,国家税务总局的答复称,“税收滞纳金的加收,按照征管法执行,不适用行政强制法,不存在是否能超出税款本金的问题。”然而两年后的《税收征管法修订稿(征求意见稿)》(税总办函〔2014〕577号)在保留原来的滞纳金条款的同时,在第61条增设了按日加计万分之五税收利息的规定。这实际上是变相承认了税收滞纳金也是间接强制执行的方式,要适用行政强制法的规定。

[4]参见章剑生:《行政诉讼中规章的“不予适用”》,《杭州》《浙江社会科学》2013年第2期。

定原则中“法”的范围,难免存在不同的认识。

其实,如果我们不再是教条主义地固守早年启蒙思想家体系化的权力分立原则,不再机械地强调不同性质权力之间的平衡和制衡,而是将目光投向现实的公共管理实践,就不难发现,不仅是作为政府部门的行政机关,甚至是其他社会组织,都在制定大量的规则并付诸执行,而这些规则恰恰是当下维系现代社会健康高效运转所不可或缺的。因为随着现代科技的发展和社会关系的日益复杂,社会治理结构更加扁平化,治理主体更加多元化。相应地,在国家权力配置方面也逐步由议会主导转向行政主导,行政所扮演的角色不再是一个机械运动的“传送带”,而是将自己关注的节点从行政过程的“下游”位移到“上中游”,从而将政策、政治和法律作为自己的考察变量^[1],行政机关部分行使立法权不仅是一种客观必然,而且也已经成为社会的一个共识。对此,英国著名行政学家韦德早就深刻地指出:“传统的观点认为,行政立法是一个不得不予容忍的祸害,它对于分权是一种不幸而又不可避免的破坏。然而,这是一个过时的观点,因为,实际上,问题的关键在于行政立法在实践中是不可缺少的,而不在于理论上难以使其合理化。立法与行政之间所存在的只是一条模糊的界线,想当然地以为它们之间是两种形式上根本不同的权力的看法是错误的。但是,企图在两者之间划出一个清晰的界线,则是比较早期的政治学理论中的一个因不切实际而无法实现的夙愿。”^[2]

当然,行政机关分享立法权并不等同于行政机关以法的名义颁行的规则皆无条件地具有法规范的效力。例如,《行政诉讼法》第63条就规定,“人民法院审理行政案件,参照规章。”^[3]“参照规章”的规定表明,即使我国《立法法》将规章纳入了法的范畴,但其仍然不能当然地成为行政案件审理的依据,亦即并不具有法的当然效力。其实,不仅仅是地方政府规章,在司法过程中法律、法规同样也都要面临人民法院的选择适用。这一点,2004年发布的《最高人民法院关于审理行政案件适用法律问题座谈会纪要》(以下简称《纪要》)说得非常明确:“调整同一对象的两个或者两个以上的法律规范因规定不同的法律后果而产生冲突的,一般情况下应当按照《立法法》规定的上位法优于下位法、后法优于前法以及特别法优于一般法等法律适用规则,判断和选择所应适用的法律规范。冲突规范所涉及的事项比较重大、有关机关对是否存在冲突有不同意见、应当优先适用的法律规范的合法有效性尚有疑问或者按照法律适用规则不能确定如何适用时,依据《立法法》规定的程序逐级送请有权机关裁决。”这就是说,“对于法律、法规,法院适用时就像对待规章一样,也不可避免地要进行各种各样的选择,对于未被选中的法律、法规,法院事实上就行使了拒绝适用的权力。”^[4]当然,《纪要》还是注意到了行政诉讼法对规章与法律、法规的“区别”对待,强调人民法院“在参照规章时,应当对规章的规定是否合法有效进行判断,对于合法有效的规章应当适用。”需要说明的是,即使是合法有效的地方政府规章,也不必然就是权力清单的法律依据,因为规章的立法形态不同,其地位和功能是存在差异的。

[1]黄锦堂:《行政法的概念、起源与体系》,载翁岳生主编:《行政法》(上册),[北京]中国法制出版社2002年版,第95页。

[2][英]威廉·韦德:《行政法》,徐炳译,[北京]中国大百科全书出版社1997年版,第558页。

[3]尽管《行政诉讼法》在施行20多年后进行了修改,但规章在行政诉讼中的“参照”地位并无变化。按照时任副委员长王汉斌同志在《关于〈中华人民共和国行政诉讼法〉(草案)的说明》中的解释,“参照规章”意味着“对符合法律、行政法规规定的规章,法院要参照审理,对不符合或不完全符合法律、行政法规原则精神的规章,法院可以有灵活处理的余地。”而“灵活处理的余地”在后来的司法实践中逐渐明确为“不予适用”。参见章剑生:《行政诉讼中规章的“不予适用”》,[杭州]《浙江社会科学》2013年第2期。

[4]赵清林:《“依据”与“参照”真有什么区别吗——行政诉讼中是否适用规章之检讨》,[上海]《政治与法律》2008年第5期。

2. 执行性还是创制性:基于职权法定原则的分析

从《立法法》文本来看,我国地方立法存在执行性立法、自主性立法以及先行性立法等三种形态。所谓执行性立法是指对法律和行政法规中的法律规范的确切含义和适用范围予以明确的规定,将法律和行政法规的一般性规定适用于个别的、具体的情况;自主性立法是地方根据本行政区域的特殊情况对地方性事务做出的规定;先行性立法是对中央没有法律调整但又急需规范的事务做出的调整,只是暂时性的,待时机成熟还需中央统一制定法律^[1]。从《立法法》第82条对地方政府规章的规定来看,地方政府规章具有地方立法的全部三种形态:第二款第(一)项“为执行法律、行政法规、地方性法规的规定”制定的地方政府规章是执行性立法;第二款第(二)项就“本行政区域的具体行政管理事项”制定的地方政府规章是自主性立法^[2];第五款对“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”而先制定的地方政府规章是先行性立法。

不同形态的地方政府规章与权力清单的关系是不一样的。就执行性地方政府规章来说,其任务是对已经制定出台的法律、行政法规和地方性法规中相关规定的细化和落实,是为法律、行政法规和地方性法规的实施提供操作性指引,因此这种形态的地方政府规章要有上位法的“依据”。换句话说,法律、行政法规和地方性法规的规定就是这种执行性地方政府规章的边界,地方政府规章不得逾越。而一旦越权,无论是“质”的方面还是“量”的方面,即为无效。可见,一个合法有效的执行性地方政府规章既不能超越法律、行政法规和地方性法规创设新的规则,也不能在上位之外创设新的行政职权。就此而言,执行性地方政府规章与“裁量基准”并无不同,因而这类地方政府规章不属于职权法定原则中的法的范围,不能成为权力清单的“法律依据”。自主性地方政府规章或者先行性地方政府规章则不同,它们都是在没有上位法规定的情况下展开的,都是地方立法主体自主制定的,因而实践中它们又被称为“创制性立法”。由于创制性地方政府规章是就地方事务作出的“开创性”规定,因此只要不与上位法相抵触,就与法律、法规一样,就可以创设部分行政职权,可以进入权力清单法律依据。

根据《立法法》的规定,一项创制性地方政府规章要进入权力清单的法律依据,除了在遵循“不抵触”原则外,还要从以下两个方面作进一步分析:

第一,是否遵循了单行的行政行为法的规则。例如,我国《行政处罚法》、《行政许可法》、《行政强制法》等规定,规章可以设定一定数额的罚款和警告等行政处罚,省级人民政府规章可以设定临时的行政许可,规章无权染指行政强制的设定。因此,如果地方政府规章逾越了单行法的这些强制性规定,如地方政府规章设定行政强制措施或者行政强制执行,设区的市人民政府规章设定行政许可,或者地方政府规章设定了除警告、罚款以外的行政处罚,就会因与单行法相抵触而不具有法律效力。

实践中,地方政府规章在创制行政许可、行政处罚时往往是假借执行性立法的名义来进行的。最高人民法院2012年发布的第5号指导性案例就提供了这样一个典型。该案中,苏州市盐务局以鲁淮(福建)盐业进出口有限公司苏州分公司未办理工业盐准运证即从外省购进工业盐涉嫌违法为由,作

[1]参见崔卓兰等著:《地方立法实证研究》,〔北京〕知识产权出版社2007年版,第8-11页。必须指出的是,论者就先行性立法的讨论是基于2000年的《立法法》文本而展开的。2000年的《立法法》仅在第64条第二款就地方性法规的先行性立法作出了规定,而第72条地方政府规章条款只有两个,并未涉及先行制定地方政府规章的情况,但2015年修改后的《立法法》增设了地方政府规章的先行立法权。

[2]有论者指出,《立法法》第72条(修改后为第82条)第二款有关地方政府规章的两项规定,不属于“自主”立法,不可以创设新的法律权利或义务(权力)。该观点虽是建立在2000年《立法法》文本基础上的,但有关地方政府规章“不可以创设新的法律权利或义务(权力)”的见解,一定程度上已经在修改后的《立法法》第82条第六款中得到了体现。参见应松年、袁曙宏主编:《走向法治政府——依法行政理论研究和实证调查》,〔北京〕法律出版社2001年版,第243-244页。

出没收其违法购进的工业盐并罚款的行政处罚。诉讼中,原被告双方争议的焦点就在于法律规范的选择适用:国务院《盐业管理条例》明确规定,运输食用盐的单位必须办理准运证,非盐业公司批发食用盐是违法行为应当予以处罚;而《江苏省〈盐业管理条例〉实施办法》则规定,运输工业盐的单位也要办理准运证,非盐业公司批发工业盐也是违法行为应当予以处罚。表面上看,《江苏省〈盐业管理条例〉实施办法》是为执行国务院《盐业管理条例》而制定的,但《盐业管理条例》并未涉及工业盐准运证或非盐业公司批发工业盐的处罚等事项。更具迷惑性的是,《江苏省〈盐业管理条例〉实施办法》设定的行政许可、行政处罚又是符合《行政许可法》《行政处罚法》对行政许可、行政处罚设定权配置的一般要求。其实,《行政许可法》《行政处罚法》等单行法在赋权地方政府规章创设行政处罚或行政许可时是有前提的,即“尚未制定法律、法规”^[1]。也就是说,如果针对相关事务已经制定了法律或法规,那么地方政府规章再设定行政许可或行政处罚,不仅违反《立法法》的上述规定,也与有关单行法相抵触。遗憾的是,该内容往往被地方立法机关所忽视,执法机关在适用法律过程中也视而不见。正因为如此,最高人民法院借第5号指导案例的发布通过裁判要点对此进行明确提示:(1)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;(2)盐业管理的法律、行政法规对盐业公司之外的其他企业经营盐的批发业务没有设定行政处罚,地方政府规章不能对该行为设定行政处罚;(3)地方政府规章违反法律规定设定行政许可、行政处罚的,人民法院在行政审判中不予适用^[2]。

第二,是否在“有效期”范围内。这主要是针对先行性地方政府规章。根据《立法法》第82条第5款的规定,“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。”也就是说,作为先行性立法的地方政府规章,一旦超过两年,要么被相应的地方性法规所取代,要么被视同不“需要继续实施”而丧失效力。从实践来看,这种“有效期”限制更多地可能只是一种“倡导性”规定,因为无论是从该规定的文本还是立法实践来看,“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”必然是一个持续的过程,而在这个过程中,该款虽没有明示“需要继续实施规章所规定的行政措施的”可以继续实施,但是同样也没有作出否定性的规定。而从中国法制建设的实际状况及行政管理的惯性来看,地方政府规章实施满两年就“嘎然而止”的情形是断然不会出现。

由于地方政府规章先行性立法是修改后的《立法法》增设的,因而还涉及到《行政强制法》和《行政许可法》相关条款与之衔接的问题。

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,但地方性法规可以设定查封、扣押等行政强制措施,这样地方政府规章是否可以“借道”先行性立法而涉足设定行政强制措施的领地呢?我们认为答案应该是肯定的。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”,而且作为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

[1]如《行政处罚法》第13条第二款规定,“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……”;《行政许可法》第15条第一款规定,“……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……”。

[2]最高人民法院早在《关于人民法院审理行政案件对缺乏法律和法规依据的规章的规定应如何参照问题的答复》(法行复字【1993】第5号)就表达了类似的观点,而在相隔近20年后以发布指导性案例方式再次强调这点,说明该问题在实践中并没有得到解决。

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无疑具有约束力。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。基于相同的法理,设区的市及自治州人民政府规章也可以涉足行政许可的设定。

按照《行政许可法》的规定,地方政府规章设定的行政许可是“临时性的”,但多长时间为“临时”该法并无规定,但《立法法》修正案的颁布施行改变了这一状况。因为按照《行政许可法》第15条的规定,地方政府规章设定的行政许可不仅是“临时性的”,而且必须是“因行政管理的需要,确需立即实施行政许可的”情形。这与《立法法》第82条对于先行性立法的规定高度一致。这就是说,地方政府规章设定行政许可的规范是先行性立法,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。

3. 创制性地方政府规章:基于地方事务的分析

作为我国法律体系的有机组成部分,地方政府规章是形式和内容的完整统一。就内容来说,专注于地方事务,并具有地方特色,是地方政府规章的生命力所在,也是《立法法》赋予地方政府规章享有部门规章执行性立法权的同时又赋予其一定的创制性立法权原因之所在。事实上,《立法法》对地方政府规章这种“眷顾”也是我国宪法的基本要求。根据宪法第107条规定,地方人民政府依照法定的权限,要对“管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、城乡建设事业和财政、民政、公安、民族事务、司法行政、监察、计划生育等行政工作,发布决定和命令,任免、培训、考核和奖惩行政工作人员”。而客观上,由于各个地方的经济、文化、地理等情况的差异,需要因地制宜,因而不给地方政府规章稍微宽泛的权力是不够的^[1]。因此,就内容而言,作为权力清单权源依据的地方政府规章应当是针对“本行政区域的具体行政管理事项”做出的具有地方特色的规范。必须指出的是,创制性地方政府规章对地方特色的关注并不是要追求“标新立异”、“与众不同”,或者具有开创性或独一无二等,因为地方在差异性的同时仍不失其共性,并且治理相关事务的机理也是相通的。比如在历史文化保护方面,科学保护与合理利用应当是各地方共同的遵守的原则,但是这种原则在具体落实时可以因各地方历史传统、文化特质的差异而有区别,但是绝不能为了追求“地方特色”而忽视了在历史文化保护方面的一些共性要求。正如有学者指出的那样,地方政府规章作为地方立法的一种具体形态,“应该充分体现本地经济水平、地理资源、历史传统、法制环境、人文背景、民情风俗等状况,适合本地实际。解决应由地方自己解决的问题以及国家立法不可能解决的问题。也就是说,地方立法体现的是对国家法律、行政法规的拾遗补缺,重点解决地方经济、社会发展中无法可依的问题并把改革和发展的决策同地方立法结合起来,使地方经济、社会发展有法可依。”^[2]

值得注意的是,《立法法》第82条第六款还对地方政府规章的内容提出了新的要求。根据该款规定,“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”。这就是说,地方政府规章可以创设的行政职权的性质和范围是有限制的,既不能对相对人权利“作减法”,也不能对相对人义务“作加法”,否则便与该款规定相抵触而不具有法律效力。从我国权力清单的实践来看,要准确落实该款规定还需要澄清以下三个问题:

第一,何为“减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务”?例如,针对公民、法人或者其他组织的违法行为设定的行政处罚是否为“减损”权利?而“增加其义务”除积极的作为义务外,是否也包

[1]参见刘莘:《行政立法研究》,[北京]法律出版社2003年版,第73-74页。

[2]王斐弘:《地方立法特色论》,[北京]《人大研究》2005年第5期。

括不作为的消极义务?显然,上述问题并未引起理论与实务界的重视。我们认为,从《立法法》通过增设该款来限制规章制定权限范围的立法本意来看^[1],行政处罚等侵益行政似应归为减损权利的范畴,而不作为义务则要排除在“增加其义务”的范围之外。因为前者仍然是我国行政管理活动的一个重点,后者则可以看作是宪法所规定的公民守法义务的具体要求。

第二,“没有法律、行政法规、地方性法规的依据”中的法律、行政法规、地方性法规除行为法性质的规范外,是否包括组织法性质的规范?换句话说就是,对于地方政府规章而言,该禁止性规定除适用于执行性立法外,对自主性、先行性等创制性立法是否适用?显然,无论是在地方立法还是在权力清单制度实践中,该规定并没有引起相关方面的重视。例如,作为一个地方政府规章,《南京市公共自行车管理办法》(以下简称《管理办法》)^[2]在制定过程中对于是否设定行政处罚就产生了一些分歧。一种意见认为,依据修改后的《立法法》第82条第六款的规定,在没有上位法作依据的情况下,地方政府规章设定行政处罚便违反了“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”的禁止性规定,因此在“法律责任”一章中不能新设行政处罚;另一种意见认为,根据《行政处罚法》第13条的规定,地方政府规章可以“创设”警告、罚款这两种行政处罚,因此《行政处罚法》实际上已经为地方政府规章设定一定数额的罚款提供了依据,所以《管理办法》可以设定警告、罚款等行政处罚,只要罚款不超出相应的限度。从解释论的角度看,这两种观点皆不无道理,但亦存在明显不足。依据前一种观点,地方政府规章只有在执行性立法时才可以上位法的框架和范围内作出诸如行政处罚等规定,而在创制性立法时则不能进行这种法律责任的设定。果真如此,人们有理由担忧,地方政府规章是否会沦为“没有牙齿”的法律?若是按照后一种观点,创制性地方政府规章可以以组织法^[3]作为上位法依据而进行“减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务”的立法活动的话,那么在第二款已经对地方政府规章的立法权限作出规定的情况下再作该款规定就是多余的,没有任何意义^[4]。

第三,该款规定是否具有溯及力?法不溯及既往是现代法治的基本原则之一,因此该问题的答案应该是非常明确的。然而若是结合该条的其他内容来看,疑问并不能消除。例如,该条第三款在明确规定设区的市、自治州的人民政府制定地方政府规章“限于城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项”的同时,还规定“已经制定的地方政府规章,涉及上述事项范围以外的,继续有效”,即对地方立法事项的规定明确否定具有溯及力。而按照法不溯及既往的原则,只有在例外的情况下即具有溯及力时才需要作出明示规定。可见,按照该条第三款的逻辑,第六款只是作出禁止性规定而没有否定其溯及力的情况下,是否意味着该禁止性规定具有溯及力?

三、权力清单江苏样本的分析

在省级层面,浙江、江苏和安徽是最早公开发布省级政府组成部门权力清单的。2014年11月,江苏省行政审批改革办公室通过江苏机构编制网向全社会公开发布省政府组成部门的权力清单。从构

[1]李建国副委员长在十二届全国人大第三会议上所作的“关于《中华人民共和国立法法修正案(草案)》的说明”中指出,增设该款的目的是“按照党的十八届四中全会决定要求,为进一步明确规章的制定权限范围,推进依法行政”。

[2]2015年7月30日,南京市人民政府第69次常务会议审议通过,自2015年9月10日起施行。

[3]这里的组织法是广义的,即《行政处罚法》《行政许可法》《行政强制法》等单行的行政行为法中有关行政处罚、行政许可和行政强制设定权的配置性规定,实质上是具有组织法性质的条款,同样应归为组织法的范畴。

[4]南京市《管理办法》最后采纳了后一种观点,但争议并不会因此结束。如《管理办法》第27条规定,“公共自行车运营单位未按照本办法规定履行职责或者未按运营服务规范提供服务的,由市、区交通运输行政主管部门责令限期改正;逾期未改正的,处二千元以上五千元以下罚款”。

成看,江苏省政府部门权力清单的要素有项目编码、项目名称、所属部门、权力类别、行使层级、设定依据等6个要素;从职权数量看,江苏省政府各部门共有行政权力事项5647项(不含地震局21项、气象局78项及保密事项),其中省属权力1375项,属地管理权力4272项,省属权力中,常用权力947项,3年以上未行使的权力428项;省监察厅、省国资委、省法制办、省台办、省监狱管理局、省农资局没有具体行政权力事项。就江苏省样本来看,地方政府规章在进入权力清单法律依据的过程中需要重点关注以下三个问题:

第一,区别对待执行性地方政府规章进入权力清单法律依据的情形。

前述已及,执行性规章不能独立作为权力清单的法律依据,但是其以“执行性规定”的身份与上位法“联袂”出现在权力清单法律依据中不仅是可行的,而且也是一个普遍存在。从江苏省样本来看,执行性地方政府规章进入权力清单的法律依据往往与行政职权的内容和主体有关,应区别对待。

就行政职权的内容来看,江苏样本所引用的地方政府规章大都有上位法作依据,且对行政职权的细化也在上位法的限度内,但也有例外情形。例如,《江苏省节约能源条例》^[1]第50条规定,“违反本条例第十六条第二款规定,被监督检查单位拒绝、阻碍节能监督检查的,由节能主管部门责令限期改正;违反《中华人民共和国治安管理处罚法》的,由公安机关依法处理。”这里针对被检查单位拒绝、阻碍检查行为并未设定行政处罚,但权力清单却依据此后颁行《江苏省节能监测办法》^[2]明确了两项行政处罚:第18条规定,“被监测单位无正当理由拒绝、阻碍节能监测的,由节能主管部门责令改正,并予以警告;拒不改正的,可以处5000元以下罚款;违反治安管理规定的,由公安机关依法处理。”第19条规定,“被监测单位经监测不合格,在规定的整改期限内无正当理由拒不整改的,由节能主管部门给予警告;情节严重的,可以处5000元以下罚款。”显然,在地方性法规已经明确规定对“被检查单位拒绝、阻碍检查行为”只责令限期改正或依据《治安管理处罚法》处理的情况下,《江苏省节能监测办法》再针对这种违法行为设定行政处罚,明显不具有合法性。

法律规范在设定行政职权的同时应规定行政职权的行使主体,这是职权法定原则的内在要求。例如,《行政许可法》第18条第1款规定,“设定行政许可,应当规定行政许可的实施机关、条件、程序和期限。”然而在我国现行有效的法律规范中,仍然存在个别法律规范在设定行政职权时未对其行使主体作出明确规定,这时包括地方政府规章在内的下位法对法律、法规设定的行政职权,依据行政组织法所确立的原则对该职权的行使主体予以明确不仅是必要的,而且也是合乎行政组织法原理的。因此,在明确行政职权行使主体方面,执行性的地方政府规章进入权力清单法律依据,并未超出地方政府规章的立法权限。

实践中,还存在地方政府规章依据上位法的委托而设立具体执法主体的情形。例如,《劳动保障监察条例》^[3]第4条第一款规定,“县级、设区的市级人民政府劳动保障行政部门可以委托符合监察执法条件的组织实施劳动保障监察。”由于劳动保障监察工作具有一定的专业性,现实生活中又缺乏“符合监察执法条件的组织”,因此地方政府规章出于承接上位法需要委托的行政职权,设立行政职权的行使主体,就是在上位法范围内作出的一种执行性规定。《江苏省劳动监察规定》^[4]就是基于这样的立场在第7条规定,“劳动行政部门设立的劳动监察机构,具体负责劳动监察工作。”事实上作为受托行使

[1]2000年6月省第九届人民代表大会常务委员会第十七次会议通过。此后,2002、2004、2010年分别进行了修订。

[2]江苏省人民政府令第15号公布,自2003年8月1日起施行。

[3]国务院令第423号公布,自2004年12月1日起施行。

[4]江苏省人民政府令第95号公布,1997年10月1日起施行。

行政职权的组织,并不改变行政职权的主体归属,因而地方政府规章以这样的方式进入权力清单法律依据也是正当的。

第二,及时清理进入权力清单法律依据的创制性地方政府规章。

创制性地方政府规章进入权力清单法律依据是一个普遍现象,但是从法治政府建设的角度看,对于进入权力清单法律依据的创制性地方政府规章,应当依据其颁布施行的时间并区分其设定的行政职权性质等及时进行评估、清理。

对于受益性的行政职权,因为《立法法》并未对地方政府规章作出禁止性规定,因此只要不存在与上位法相抵触的情况,其在权力清单中的地位通常是稳固的,但是其操作性仍有待加强。例如,《江苏省科学技术奖励办法》^[1]专门就科学技术的奖励作出规定,内容涉及到职能部门、奖项的种类、数量、标准及评奖的程序等,但是从操作层面看,仍然存在评审程序启动的时机不明、不同奖项的奖励方式及标准缺失等问题。

在侵益行政方面,江苏样本中大量存在的是地方政府规章设定行政处罚的情形,对于这种类型的地方政府规章应当从两个方面进行审查和清理。一是从地方事务的角度。例如,《江苏省农村抗震防灾工作暂行规定》^[2]第19条就针对“擅自变更抗震防灾规划、设计或者设防标准”、“施工中擅自取消抗震构造措施”、“地震时因设计和施工质量而造成不应有的重大损失和人员伤亡”等情形,设定了“降低资质等级”、警告或者最高达30000罚款的行政处罚。该地方政府规章颁行于1997年,并且地震的发生是一个小概率事件,因而该规范实际上一一直处于休眠状态,但是作为权力清单法律依据,该规范所涉及的抗震防灾工作是否为地方事务、立法中是否要区分城市和农村而分别规定等,都是需要再行讨论的。二是从《立法法》禁止性规定的角度。在江苏样本中,地方政府规章设定罚款等行政处罚大量存在,例如,《江苏省地质灾害防治管理办法》^[3]第23条规定,“违反本办法,侵占、损毁防治地质灾害的各类设施、设备和物资的或者擅自发布或扩散地质灾害趋势和预报的,由县级以上人民政府地质矿产主管部门责令其改正,并可处以1000元以下的罚款。”第24条规定,“违反本办法,应当进行而未进行地质环境影响论证和地质勘查评价或者应当采取防止地质灾害发生的措施而未采取的,由县级以上人民政府地质矿产主管部门责令其改正,并可处以10000元以下的罚款。”从《立法法》第82条第六款的规定出发,这些行政职权的合法性不是没有疑问的。

第三,重视权力清单动态调整机制建设,尤其是要把地方政府规章的清理、核查作为该机制建设的一个重要内容。

权力清单法律依据是国家颁行的法律规范,而国家法律规范本身也是处在不断变动过程中的。因此,权力清单要如实地反映国家法律规范的变动情况就必须建立行之有效的动态调整机制。对此,江苏省在发布权力清单时特别强调了这一点:“随着法律法规的修订和调整,行政权力清单也将动态调整。我们将制定行政权力清单动态调整办法,严格规定行政权力调整的条件和程序,规范行政权力的新增、减少和变更。”^[4]在江苏省权力清单公布后的近一年半时间里,不仅《立法法》已经作出了修改,而且一些单行的法律规范也处在变动之中,但是该权力清单的内容并未有任何变化。也许该省的“权

[1]江苏省人民政府令第61号公布,自2010年5月1日起施行。

[2]江苏省人民政府令第115号发布,1997年11月27日起施行。

[3]江苏省人民政府令第154号发布,1999年5月21日起施行。

[4]参见2014年11月江苏省发布权力清单时的公告。<http://www.jssbb.gov.cn/xzql/index.action>。2016年3月28日访问。

力清单动态调整办法”尚未形成,也许该办法虽已形成但未付诸实施,但是不管是哪种情形,都已经造成了权力清单法律依据的不准确、不完整,甚至还可能因此而导致违法行政的现象发生,从而与推行权力清单制度的目标南辕北辙。值得注意的是,地方政府规章位于国家体系的末端,并且地方政府规章因其地方性而不为人们关注和重视,这就造成了很多地方政府规章“长生不老”的现象。例如,前述《江苏省农村抗震防灾工作暂行规定》、《江苏省地质灾害防治管理办法》都是在《立法法》之前颁布施行的,而近20年来我国经济社会结构已经发生了根本性的变革,这些地方政府规章能否进入权力清单法律依据需要在“清权”、“减权”等环节进行富有实效的评估。其实,在江苏省公布的权力清单中有248项行政权力为3年以上未行使的“非常用”权力,对照《立法法》的相关规定,这些“非常用”权力中凡是由地方政府规章设定的,若在“清权”、“减权”阶段未能过滤的,都可以借助后续动态调整机制将其从清单中予以剔除。可见,对地方政府规章的核查和清理不仅是权力清单动态调整机制的重要内容,而且是有明确的法律依据的。

值得注意的,规章以下的规范性文件在江苏样本中也普遍存在。例如,《省委办公厅省政府办公厅印发〈关于进一步改进调查研究听取群众意见的办法〉等制度的通知》(苏办发【2013】23号)批准保留省住房与城乡建设厅进行“省优质工程‘扬子杯’评选”、“全省建筑企业先进单位、先进个人评选”、“‘三星级康居乡村’验收及授牌”等。这类规范性文件进入权力清单可能存在以下两个的疑问:一是规章以下的规范文件不能设定行政职权,以其作为权力清单的法律依据背离职权法定原则的要求;二是从简政放权、深化行政体制改革的角度看,政府部门进行这种评选、授权等可能并不符合职能科学的要求。因此,如果在制作权力清单的源头阶段忽略了对规范性文件的把关,那么事后就应当通过动态调整机制及时删除权力清单中的这些内容。

[责任编辑:钱继秋]

Rules Promulgated by Local Governments in Power Lists — An Analysis Centering on the 82nd Term in *The Legislation Law*

Wang Taigao

Abstract: The core of the institution of power lists is the right choice of legal authorities, which, in turn, provides a premise and a basis for the institution. According to the 82nd term in *The Legislation Law*, local governments enact rules in two ways: executive legislation and creative legislation. Different principles are employed to take the two different modalities of government rules as the legal authorities of power lists. Therefore, only researching and inducing these basic principles with timely elimination of illegal authorities according to these principles can promote the sound development of the institution of power lists.

Keywords: government rules; local legislation; power lists