

# 地方性法规设定行政处罚的抵触判断

苗壮

(厦门大学法学院, 福建厦门, 361005)

**摘要:** 地方性法规中关于行政处罚的设定, 是“不抵触、有特色、可操作”三大地方立法原则在行政处罚领域的具体化和重要体现。以受行政处罚的行为、种类和幅度为分类依据, 可将地方性法规改变上位法中行政处罚的规定分为12种情形。地方立法机关在不超越其法定权限的前提下, 需结合地方立法所发挥的不同作用以及上位法规定的完备程度, 始得对此12种情形进行抵触与否的判断, 而非单纯将“严格形式主义”作为判断标准。从整体上减少地方性法规设定行政处罚发生抵触的可能性, 需同时从中央和地方两个层面着手。

**关键词:** 地方性法规; 行政处罚; 抵触; 判断标准

中图分类号: D920.0

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2018)04-0052-09

## 一、引言

行政处罚, 因其具有限制或剥夺公民、法人和其他组织的权利及利益的内在属性, 世界大多数国家都对地方设定行政处罚的问题在法律上作出了严格的限制。在我国, 该限制集中体现于行政处罚法第11条第2款的规定, “法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定, 地方性法规需要作出具体规定的, 必须在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内规定”。

地方性法规如何在不抵触上位法的前提下, 结合本地的具体情况和实际需要设定行政处罚, 不仅关系到公民、法人和其他组织的权利及利益是否受到不当限制或剥夺, 行政机关的各项职能能否得到良好实现, 而且关系到地方立法的质量以及我国社会主义法制的统一。但是, 地方立法机关对其设定的行政处罚是否与上位法抵触却没有统一、明确的认识, 这直接影响了地方立法作用的正常发挥: 一方面, 出于对“法制统一”原则的遵守, 地方立法采“严格形式主义”为抵触判断标准<sup>①</sup>, 即地方性法规在制定的过程中往往严格按照上位法中关于行政处罚的规定进行设定, 弱化了其先行先试、执行或补充上位法的作用, 缺乏地方

立法应有的积极性和主动性。另一方面, 由于缺乏明确、统一的理解, 地方性法规会自觉或不自觉地制定出在事实上与上位法相抵触的条文, 使上位法的规范目的落空, 破坏国家的法制统一。

因此, 在维护国家法制统一与发挥地方的积极性和主动性之间确立设定行政处罚抵触与否的判断标准, 以及确定并实施减少抵触发生的方法, 就成为现阶段我国整体立法工作中的一个无可回避、需要认真研究解决的重要问题。

## 二、地方性法规变动上位法规定的 具体情形

完整的行政处罚规定应包括三个部分, 即受行政处罚的行为、行政处罚的种类和行政处罚的幅度。通过对现行法律、行政法规和地方性法规的梳理, 以变动受行政处罚的行为、变动行政处罚的种类和变动行政处罚的幅度为分类依据, 将地方性法规针对地方性事务<sup>②</sup>, 并在其权限范围内改变法律、行政法规中行政处罚的规定分为12种情形(见表1), 分述如下。

### (一) 变动受行政处罚的行为

情形 I: 上位法未规定禁止性行为, 地方性法规增加行政处罚行为的

收稿日期: 2018-01-31; 修回日期: 2018-04-08

基金项目: 国家社科基金项目“我国地方立法权配置的理论与实践研究”(13BFX024)

作者简介: 苗壮(1989—), 男, 河南济源人, 厦门大学法学院博士研究生, 主要研究方向: 法理学、立法学, 联系邮箱: 758255639@qq.com

表1 地方性法规改变上位法中行政处罚规定的12种情形<sup>③</sup>

变动内容	变动方式	说明及判断	变动内容	变动方式	说明及判断
变动行为	改变事项	I	变动种类	增加	VII
		II		种类	VIII
		III		减少	IX
	改变情形	IV	变动	增加	X
		V	幅度	改变	XI
		VI	幅度	幅度	XII

如《中华人民共和国大气污染防治法》在2015年修改以前，并未规定排污企业应当设置大气污染物排放口的要求，即法律并不禁止不设置大气污染物排放口的行为。而一些地方性法规为了更好地防治大气污染，保护和改善大气环境，在该法修改前就对不设置大气污染物排放口的行为加以禁止。以《陕西省大气污染防治条例》(2014)为例，该条例第14条第1款规定：“向大气排放污染物的企业事业单位和个体工商户，应当按照国家和本省规定设置大气污染物排放口。”

情形 II：上位法虽规定了禁止性行为，但地方性法规设定了更为严格的行政处罚行为的

如《中华人民共和国大气污染防治法》第70条第1款规定，“运输煤炭、垃圾、渣土、砂石、土方、灰浆等散装、流体物料的车辆应当采取密闭或者其他措施防止物料遗撒造成扬尘污染，并按照规定路线行驶”。而有的地方性法规根据当地的具体情况和实际需要规定了更为严格的行为。以《无锡市实施〈江苏省大气污染防治条例〉办法》为例，该办法第45条第2款除规定运输散装煤炭、垃圾、渣土、砂石、土方以及灰浆等流体物料的车辆，应当采取密闭或者其他措施防止物料遗撒，并按规定路线行驶之外，还规定了运输上述物料的船舶，也应当采取密闭或者其他措施防止物料遗撒，并按规定路线行驶。

情形 III：上位法规定了禁止性行为并规定了责令停止作业、责令恢复原状、责令改正等措施，地方性法规将不配合的行为规定为行政处罚行为的

如《中华人民共和国水法》第67条第2款规定，未经相关部门批准，擅自在江河、湖泊新建、改建或者扩大排污口的，由主管部门或者流域管理机构责令停止违法行为，限期恢复原状，处5万元以上10万元

以下的罚款。而有的地方性法规则将未在期限内拆除排污口的行为增加为禁止性行为。以《黑龙江省实施〈中华人民共和国水法〉条例》为例，该条例第43条第2款规定，逾期不拆除擅自在江河、湖泊新建、改建或者扩大排污口的，处20万元以上50万元以下的罚款。

情形 IV：上位法规定了禁止性行为，但未规定具体情形，地方性法规增加行政处罚行为具体情形的

如《中华人民共和国文物保护法》第26条第1款规定：“使用不可移动文物，必须遵守不改变文物原状的原则，负责保护建筑物及其附属文物的安全，不得损毁、改建、添建或者拆除不可移动文物。”该条文仅确定了禁止损毁不可移动文物，但未对损毁不可移动文物的具体情形加以规定。而一些地方性法规进一步规定了相关具体情形。以《河北省实施〈中华人民共和国文物保护法〉办法》为例，该办法第25条和第26条确定了禁止在不可移动文物的主要殿屋进行生产、生活用火，禁止在不可移动文物(古建筑、纪念建筑、代表性建筑)的保护范围内举办灯会、焰火晚会或者燃放烟花爆竹，安装使用自动报警、灭火、避雷等设施不得对文物建筑造成破坏等可能损毁不可移动文物的具体情形。

情形 V：上位法规定了禁止性行为，也规定了具体情形，但地方性法规增加了上位法规定的具体情形的

如《中华人民共和国森林法》第44条规定，禁止致使森林、林木受到毁坏的行为，并规定了开垦、采石、采砂、采土、采种、采脂等具体情形。而有的地方性法规则在上位法规定的具体情形之上，增加了其他的具体情形。以《辽宁省实施〈中华人民共和国森林法〉办法》为例，该办法第33条除规定了开垦、采石、采砂、采土、采种、采脂之外，还增加了扒剥活树皮、挖掘活树根等具体情形。

情形 VI：上位法规定了禁止性行为，也规定了具体的情形，但地方性法规减少了上位法规定的具体情形的

如《中华人民共和国自然保护区条例》第26条规定，除法律、行政法规另有规定的除外，禁止在自然保护区内进行砍伐、放牧、狩猎、捕捞、采药、开垦、烧荒、开矿、采石、挖沙等10类活动。而有的地方性法规则减少了上位法规定的具体情形。以《甘肃祁连山国家级自然保护区管理条例》为例，该条例第10

条第2款将禁止在自然保护区内进行的活动缩减为狩猎、垦荒、烧荒等3类。

## (二) 变动行政处罚的种类

情形 VII: 上位法规定了禁止性行为, 但未规定相应行政处罚的种类, 地方性法规增加了行政处罚种类

如《中华人民共和国大气污染防治法》第53条第1款规定, 禁止污染物排放超过国家或者地方有关规定的机动车上路, 但未规定相应的行政处罚种类。而有的地方性法规则增加了对此行为进行行政处罚的种类。以《北京市大气污染防治条例》为例, 该条例第115条规定, “在用机动车排放污染物超过规定排放标准的, 由环境保护行政主管部门责令改正, 对机动车所有者或者使用者处三百元以上三千元以下罚款”。

情形 VIII: 上位法规定了禁止性行为, 也规定了相应行政处罚的种类, 但地方性法规增加了上位法规定的行政处罚种类

如《中华人民共和国电力设施保护条例》第26条规定, 未经批准或未采取安全措施, 在电力设施周围或在依法划定的电力设施保护区内进行危及电力设施安全的爆破作业或其他作业, 由电力管理部门责令停止作业、恢复原状并赔偿损失。而有的地方性法规则增加了对违规进行爆破作业的行政处罚种类。以《云南省电力设施保护条例》为例, 该条例第46条规定, 对未经批准爆破作业的行为, 不仅规定了由县级以上电力行政主管部门责令停止作业, 还需要对直接责任人处1万元以上5万元以下罚款。

情形 IX: 上位法规定了禁止性行为, 也规定了相应行政处罚的种类, 但地方性法规减少了上位法规定的行政处罚种类

如《中华人民共和国道路交通安全法》第89条规定, 对倚坐道路隔离设施的行为人, 处警告或者5元以上50元以下罚款。而有的地方性法规则减少了对该行为的行政处罚种类。以《长春市道路交通安全管理条例》为例, 该条例第37条第1款规定, 对倚坐交通隔离设施的行为人, 处50元罚款。

## (三) 变动行政处罚的幅度

情形 X: 上位法规定了禁止性行为, 也规定了行政处罚的种类, 但未规定相应行政处罚的幅度, 地方性法规增加了行政处罚幅度的

如《中华人民共和国城市市容和环境卫生管理条例》第36条第1款第1项, 对未经城市人民政府市容环境卫生行政主管部门同意而擅自设置大型户外广告的行为, 可责令其停止违法行为, 限期清理、拆除或者采取其他补救措施并可处以罚款, 但未对罚款的幅

度进行规定。而有的地方性法规则增加了擅自设置户外广告行为的处罚幅度。以《湘潭市城市市容和环境卫生管理条例》为例, 该条例第38条规定, 设置户外广告未按规定、不符合城市容貌标准的, 应“责令限期改正, 可以处一千元以上五千元以下罚款”。

情形 XI: 上位法规定了禁止性行为和行政处罚的种类, 也规定了相应行政处罚的幅度, 但地方性法规在上位法规定的幅度内改变了行政处罚幅度的

如《中华人民共和国水污染防治法》第91条第2款规定, 个人在饮用水水源一级保护区内游泳、垂钓或者从事其他可能污染饮用水水体的活动的, 可以处500元以下的罚款。而有的地方性法规则在此幅度内改变了对上述行为的行政处罚幅度。以《娄底市孙水河保护条例》为例, 该条例第46条规定, 个人在孙水河流域饮用水水源一级保护区内游泳、垂钓或者从事其他可能污染水体的活动的, 可以处200元以上500元以下罚款。

情形 XII: 上位法规定了禁止性行为和行政处罚的种类, 也规定了相应行政处罚的幅度, 但地方性法规在上位法规定的幅度外改变了行政处罚幅度的

如《中华人民共和国水法》第67条第1款规定, 逾期不拆除在饮用水水源保护区内设置的排污口, 由县级以上地方人民政府强行拆除, “并处五万元以上十万元以下的罚款”。而有的地方性法规则在该幅度外改变了对上述行为的行政处罚幅度。以《黑龙江省实施〈中华人民共和国水法〉条例》为例, 该条例第43条第1款规定, 逾期不拆除在饮用水水源保护区内设置排污口的, “处五十万元以上一百万元以下的罚款”。

## 三、地方性法规变动上位法规定的抵触判断

“真正的统一是建立在尊重差异的基础上。离开了对多样性、对各个组成部分的深入研究和正确认识, 统一就是病态和虚弱的。”<sup>[1]</sup>同理, 对抵触的判断, 也需要将差异与多样性考虑在内。地方立法有使上位法更加便于操作、结合地方特色补充上位法的规定以及先行先试等不同作用。因此, 判断上述12种地方性法规变动上位法行政处罚的情形是否属于抵触, 应结合地方立法的不同作用以及上位法规定的完备程度进行综合判断。分述如下。

### (一) 变动受行政处罚的行为

第一, 在情形 I 中, 若此种行为属于国家最高权力机关专属立法权所规范的行为, 则可认定该地方性法规为抵触; 若不属于, 则应认定为不抵触。上位法

因制定时间较早、立法时机不成熟或社会关系尚未定型等诸多缘由，并未将某些行为规定为禁止性行为。但随着实践过程中不断出现的新情况、新问题和新需求，地方性法规得于最高权力机关专属立法权以外，针对国家尚未制定法律或者行政法规的事项，作出先行规定；并通过在施行的过程中不断地积累和总结经验，待时机成熟，由中央制定法律或行政法规将其正式确定下来，地方性法规中不与中央立法相抵触的部分仍可继续生效，“这实际上也是降低立法成本的最经济、最有效的方式”<sup>[2]</sup>。在《陕西省大气污染防治条例》(2014)一例中，可认定陕西省的地方性法规不抵触，原因在于：设置大气污染物排放口不属于法律保留事项，可以先行制定地方性法规。于2015年修订的《中华人民共和国大气污染防治法》第20条第1款增加了向大气排放污染物的企业事业单位和其他生产经营者，应当依照法律法规和国务院环境保护主管部门的规定设置大气污染物排放口的规定，地方性法规的先行规定不与后制定的上位法相抵触。因此，在国家立法出台前，为了解决地方的实际问题，在其法定的立法权限内增加禁止性行为的法规，可认定为不抵触。

第二，在情形Ⅱ中，若该种行为属于国家最高权力机关的专属立法权所规范的行为，或与上位法以及上位法中相似行为的立法目的、精神实质或基本原则相冲突的，则可认定该地方性法规为抵触；若不属于且不冲突的，则应认定为不抵触。此种情形与情形Ⅰ相似，可归于设定新的行政处罚行为，差异在于在该情形中上位法对相似的行为有所规定，而地方性法规在上位法的基础上作出了更严格的规定。在《无锡市实施〈江苏省大气污染防治条例〉办法》一例中，上位法已对运送煤炭、垃圾等散装、流体物料的行为作出了应当采取密闭或者其他措施防止物料遗撒的规定，但其仅将车辆作为限定的对象加以规范；而无锡市在其制定的地方性法规中将“船舶”也作为限定的对象加以规范，虽有加重义务之嫌，但该限制是在结合地方的具体情况和实际需要的基础上，为了更好地防治扬尘污染、保护和改善大气环境而作出的更严格规定，可认定为不抵触。因此，根据地方社会发展水平和实际管理需要，遵循上位法及上位法中相似行为的立法目的、精神实质或基本原则，在其法定的立法权限内将某种更为严格的行为确定为禁止性行为的法规，可认定为不抵触。

第三，在情形Ⅲ中，若上位法没有对预期不履行或拒不履行的情况作出规定，则地方性法规将不配合

的行为确定为行政处罚行为的，可认定为抵触；若上位法有作出规定的，则应认定为不抵触。对上述不配合行为的规范不仅可通过行政处罚来实现，大多还可通过行政强制执行来使行为人停止违法行为或者控制危险扩大，有阻碍执行公务行为的，还可以追究其治安管理处罚责任。因此，下位法的制定，应将其他能对不配合行为进行规范的措施进行综合考虑，改变行政管理就是行政处罚、没有处罚就不会管理的行政惯性。在《黑龙江省实施〈中华人民共和国水法〉条例》一例中，水法第67条第2款并未对期限内不拆除排污口的行为作出规定，因此《黑龙江省实施〈中华人民共和国水法〉条例》第43条第2款的规定，应认定为抵触。但是，若上位法有对不配合的行为作出规定，则下位法得对预期不履行或拒不履行的行为设定行政处罚。如《中华人民共和国审计法》第43条规定，被审计单位拒绝或者拖延提供与审计事项有关的资料，或者提供的资料不真实、不完整的，或者拒绝、阻碍检查的，被审计机关责令进行改正，但拒不改正的，依法追究法律责任。此处的“依法”应包括依地方性法规，“责任”应包括行政责任，即行政处罚<sup>[3]</sup>。基于该条文的规定，《安徽省审计监督条例》第45条中对拒不改正的审计单位处以5万元以下罚款的规定，可以认为不与上位法抵触。因此，除上位法有对逾期不履行或拒不履行的情况作出规定之外，将不配合的行为确定为应受行政处罚行为的地方性法规，可认定为抵触。

第四，在情形Ⅳ中，若地方性法规所列举的具体情形不是为了更好地执行上位法或不能为上位法所禁止的行为所包含的，可认定为抵触；若是为了更好地执行上位法且能够为上位法所禁止的行为所包含的，可认定为不抵触。“法律和行政法规是要在全国范围内实行的，考虑到全国各地的实际情况，有些规定只能比较概括和原则，比较具体的规定，则需要由地方性法规根据本行政区的实际情况加以规定，这样才利于更好地根据实际情况执行法律和行政法规。”<sup>[4]</sup>故而《河北省实施〈中华人民共和国文物保护法〉办法》的例子可认定为不抵触，原因在于河北省的地方性法规中所规定的具体情形，都是为了更好地执行《中华人民共和国文物保护法》中保护不可移动文物的规定，并且能够为禁止损毁不可移动文物的行为所包含。因此，当地方性法规增加行政处罚行为的具体情形，是为了更好地根据实际情况执行上位法，且增加的具体情形能够为上位法所禁止的行为所包含时，可认定为不抵触。

第五，在情形Ⅴ中，若地方性法规新增的具体情

形不属于具有地方特色的情形或不能为上位法所禁止的行为所包含的,可认定为抵触;若属于具有地方特色的情形且能够为上位法所禁止的行为所包含,可认定为不抵触。地方特色,即地区的异质性,“地区的异质性使得独特的‘地方性知识’成为必要,由掌握更多信息的地方政府来制定规范往往更有针对性”<sup>[5]</sup>。具有地方特色的情形,一般包括纯属于该地方情形和在该地方频繁发生需要通过立法加以强调的情形,且这种情形“一般来说不需要或在可预见的时期内不需要由全国制定法律、行政法规来作出统一规定”<sup>[6]</sup>,可由地方性法规进行规定。在《辽宁省实施〈中华人民共和国森林法〉办法》一例中,在确定扒剥活树皮、挖掘活树根等情形能够为“禁止致使森林、林木受到毁坏的行为”所包含的前提下,该情形又属于辽宁省特色情形的,可认定为不抵触。因此,为了满足地方的实际需要,地方性法规可在上位法规定的具体情形之外,增加能够为上位法所禁止的行为所包含的、具有地方特色的情形。

第六,在情形 VI 中,若地方性法规无正当理由减少上位法规定的行政处罚行为具体情形的,可认定为抵触;若有正当理由,则可认定为不抵触。此正当理由,仅包括为了避免立法重复而减少该行政区域内客观上不可能发生的上位法规定的具体情形。法律或行政法规规定的具体情形,代表着中央对某一类行为的普遍观点,地方性法规一般情况下不能进行缩减,除非减少的情形确为该地方客观上不可能发生的情形。在《甘肃祁连山国家级自然保护区管理条例》中未规定的 7 种情形,并非保护区内客观上不可能发生的情形,而是近年来频繁发生且对生态环境破坏明显的事项;该条例未对此 7 类情形加以规定,可认定其与上位法相抵触。因此,地方立法除为了避免立法重复而减少该行政区域内客观上不可能发生的上位法规定的情形之外,其他减少上位法规定的行政处罚行为具体情形的,可认定为抵触。

## (二) 变动行政处罚的种类

第七,在情形 VII 中,若地方性法规超越其设定权限或设定的处罚种类与禁止行为的性质不相当的,可认定为抵触;若设定的处罚种类在权限内并与禁止行为的性质相当的,可认定为不抵触。法律或行政法规会因违法原因较为复杂、行政处罚在实践中难以执行、社会效果不一定好等原因在条文中只作禁止性规定,而不对相应行政处罚作出规定。但地方性法规增加上位法未作规定的行政处罚种类,是有其必要性的:第一,从法律规则的构成要素和逻辑结构来看,无论是采“新三要素说”或“新二要素说”,一个完整的法

律规则应该包括法律后果;只作出禁止性规定,而不作出相应处罚的法律规则,是一个不完整的法律规则。第二,从地方性法规的作用来看,“地方立法可以对它们的欠缺或不便操作之处,加以补充或使其便于操作”<sup>[7]</sup>,地方性法规增加上位法禁止行为的行政处罚种类,正是发挥其使法律、行政法规便于操作的作用。结合行政处罚法第 8 条和第 11 条的规定,地方性法规只能设定与禁止性行为性质相当的行政处罚种类,包括警告、罚款、没收违法所得和没收非法财物、责令停产停业以及暂扣或吊销许可证或者暂扣执照。在《北京市大气污染防治条例》一例中,北京市为了使《中华人民共和国大气污染防治法》在其行政区域内便于操作和执行,对上路行驶的污染物排放超过规定排放标准的机动车所有者或者使用者,处以 300 元以上 3000 元以下罚款的规定,可认定为不抵触。因此,在其权限内设定与禁止性行为的性质相当的处罚种类的地方性法规,可认定为不抵触<sup>⑧</sup>。

第八,在情形 VIII 中,首先,上位法对某种禁止性行为已经作了较为完整、可操作的行政处罚,无须地方性法规再加以具体化,否则可能会在立法层面上为谋取地方利益创造条件。其次,上位法未规定其他行政处罚的种类,可认为该种类的处罚已经达到规范行为的目的,地方性法规无须增加其他行政处罚种类,否则会不当加重行为人的责任,改变上位法设定行政处罚的目的。在《云南省电力设施保护条例》一例中,云南省的地方性法规增加了上位法没有的对直接责任人处 1 万元以上 5 万元以下罚款的规定,可认定为抵触。因此,增加了上位法没有规定的行政处罚种类的地方性法规,可认定为抵触。

第九,在情形 IX 中,若地方性法规减少上位法规定的行政处罚种类,加重了行为人责任或使规范禁止性行为的不得实现的,可认定为抵触;若不加重行为人责任且能实现规范目的的,可认定为不抵触。地方性法规减少上位法规定的行政处罚种类的数量,会对行为人可能承担的责任产生影响。以上位法规定了警告和罚款两种处罚种类为例:上位法规定警告并罚款的,下位法缩减其中任意一个,都会减轻行为人可能负担的责任;上位法规定警告或者罚款的,下位法缩减掉罚款,则减轻了行为人可能负担的责任,若下位法缩减掉警告,则加重了行为人可能负担的责任。在《长春市道路交通安全管理条例》一例中,长春市的地方性法规缩减了上位法规定的处罚种类,使倚坐交通隔离设施的行为人失去了被处以警告的可能性,只能承担 50 元罚款的责任,属于加重了行为人可能承担的责任,可认定为抵触。因此,在能够实现规范禁

止性行为目的的前提下，减少了上位法规定的行政处罚种类而使行为人的责任减轻的地方性法规，可认定为不抵触。

### （三）变动行政处罚的幅度

第十，在情形 X 中，若设定的处罚幅度与被禁止行为的情节以及危害程度不相当的，可认定为抵触；若相当，则可认定为不抵触。首先，行政处罚幅度的设定，既要能够起到规范禁止性行为的目的，又要在一定的限度之内，不能为了最大程度地实现规范目的而设定与行为的情节以及危害程度不相当的处罚幅度。其次，地方性法规为了更好地执行上位法，得在其权限内对上位法的规定加以具体化。在《湘潭市城市市容和环境卫生管理条例》一例中，上位法未对罚款的幅度进行规定，湘潭市的地方性法规为了执行上位法的规定，对不符合城市容貌标准、未按规定设置户外广告的行为设定了与其情节和危害程度相当的罚款幅度(1 000 元以上 5 000 元以下)，可认定为不抵触。因此，为了更好地执行上位法、增加与被禁止行为的情节以及危害程度相当的处罚幅度的地方性法规，可认定为不抵触。

第十一，在情形 XI 中，若地方性法规超越其权限改变行政处罚幅度的，可认定为抵触；若在其权限内改变，可认定为不抵触。“为了符合全国各地情况，有些规定只能比较概括和原则，如对行政处罚规定一个幅度，各地在执行时，需要根据地方行政区域的实际情况作出具体规定，这样才有利于更好地根据实际情况执行法律和行政法规。”<sup>[6]</sup>地方立法为了更好地执行上位法，可以在上位法规定的幅度内进行调整，在维持上限的前提下，适当提高下限的具体数额。至于对“适当”与否的判断，应在实现地方实际需要与不过分加重行为人负担之间进行平衡。在地方立法实践中，一般采取将上限与下限之间倍数由 10 倍缩减为 5 倍的方法进行调整，即若上位法规定的罚款幅度为 1 万元以上 10 万元以下，则地方立法可改变该幅度为 2 万元以上 10 万元以下<sup>⑥</sup>。在《娄底市孙水河保护条例》一例中，娄底市的地方性法规将上位法 500 元以下的罚款幅度，改为 200 元以上 500 元以下的罚款幅度，可认定为不抵触。因此，在权限范围内并在上位法规定的幅度内改变行政处罚幅度的地方性法规，可以认定为不抵触。

第十二，在情形 XII 中，若地方性法规不具有改变上位法规定幅度的现实合理性的，可认定为抵触；若具有现实合理性，可认定为不抵触。行政处罚的目的在于纠正违法行为和教育公民、法人或者其他组织

守法<sup>[8]</sup>，过高或过低的处罚幅度都会影响到行政处罚目的的实现。所谓现实合理性，就是要求行政处罚幅度的设定应当与社会发展相协调，通过合理的幅度设定保证行政处罚目的的实现。在《黑龙江省实施〈中华人民共和国水法〉条例》一例中，水法于 2016 年进行了修正，其规定的罚款幅度(5 万元以上 10 万元以下的罚款)并未与当前的情势存在明显不适；而同样于 2016 年修正的《黑龙江省实施〈中华人民共和国水法〉条例》却将罚款幅度规定为“五十万元以上一百万元以下”，此种幅度外的变动明显不具有现实合理性，应认定为抵触。因此，除具有现实合理性外，在上位法规定的幅度外改变行政处罚幅度的地方性法规，可以认定为抵触<sup>⑥</sup>。

## 四、减少地方性法规发生抵触的建议

为了正确把握和处理“不抵触、有特色、可操作”三大地方立法原则在行政处罚领域的关系，降低地方性法规设定行政处罚时发生抵触的可能性，笔者建议从中央和地方两个层面着手进行研究。

### （一）从中央层面

#### 1. 改变考量依据

依严格形式主义的要求，地方性法规所设定的行政处罚，不得超出上位法中既定的行政处罚的行为、种类和幅度的范围，否则即为抵触。但是，法治的实现不但要求所制定的法是“良法”，还要求所制定的法得到普遍的遵守，仅因严格符合形式上的不抵触要求而使上位法的规范目的落空或者不能解决实际问题的地方性法规，对全面依法治国的实现很难有大的助益。“人民群众对立法的期盼，已经不是有没有，而是好不好、管用不管用、能不能解决实际问题。”<sup>[9]</sup>毋庸置疑，地方性法规当然不得与上位法相抵触，但对抵触的判断不能以严格形式主义为唯一标准，有特色和可操作应该也是对地方性法规的要求，同时也是地方立法的生命所在。在承认法律和行政法规不可能也不应该事无巨细、面面俱到的前提下，地方性法规根据本地区的实际需要而作出补充规定以解决自己特殊的问题或为了上位法在本地区更好地执行而结合具体情况作出具体规定等情形，只要是在法定的权限内，都不能仅因与上位法既定的行政处罚的行为、种类和幅度不一致而作出抵触的认定，否则上位法所欲实现的规范目的就可能形同虚设而得不到贯彻执行，地方性法规对上位法的细化和补充作用也就无法体现。因此，在判断地方性法规所设定的行政处罚是否与上位法抵

触时,需平衡不抵触、有特色和可操作三者之间的关系。在不抵触的前提下,对上位法规定的完备程度以及地方立法的具体情况和实际需要进行综合考量,充分发挥其先行先试、补充和执行法律、行政法规的作用,以实质性和形式性相结合的抵触判断取代与上位法的具体、明确规则不相符合即为抵触的严格形式主义。

## 2. 确定判断标准

对地方立法的不同作用进行综合考量,需要将地方的具体情况和实际需要与立法目的、精神实质或基本原则相结合,在一定程度上是对地方性法规进行实质性判断。虽然实质性的方式“反复地破坏了法律秩序区别于其他法律类型的相对普遍性和自治性,而且,在这样做的过程中,它们还使得以法治为代表的政治理想威信扫地”<sup>[10]</sup>。但是,这种“破坏性”可以通过制定统一的判断标准和方法加以降低,如最高人民法院于2004年专门颁布的《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》(法〔2004〕96号)就为抵触的判断提供了一个有指导作用的统一标准<sup>①</sup>。但是,该纪要并不适宜作为判断地方性法规设定行政处罚的行为、幅度和种类是否与上位法相抵触的判断标准。原因有二:第一,其采用的标准为严格形式主义标准,将下位法扩大或者限缩上位法既定的行政处罚的行为、种类和幅度一概认定为抵触,没有对地方立法的不同作用以及上位法规定的完备程度进行综合考量。第二,该标准过于笼统,没有对可能出现的各种情形加以区分,并根据不同情形作出具体的判断。因此,有必要确定一个合理的、可行的统一标准和方法,使对抵触与否的判断有迹可循,改变地方立法特别是设区的市的地方性法规制定中要么“畏首畏尾”、要么“肆意妄为”的现状。

## 3. 建立沟通渠道

“立法过程是一个将各种意见摆上桌面、相互讨论、相互沟通、相互说服、相互理解的过程。”<sup>[11]</sup>在地方立法工作中,行政处罚的设定必然涉及利益调整和权责分配,对这些有重要分歧意见或把握不准的问题,亟须与国家立法机关进行沟通。沟通意在实现多方主体之间的信息互通、彼此了解、相互理解和谅解,在此基础上协调各自的行动,避免冲突,进而追求彼此合作。此沟通渠道可藉由立法法第100条第1款所确定的法规审查程序加以建构<sup>②</sup>:条文中所确定的联席会议以及反馈程序,其意图就在于通过充分有效的沟通而作出地方性法规是否抵触的准确判断,并实现研究意见与修改意见在审查机关和制定机关之间的及时传递。因此,可将此种联席会议和反馈程序提前,或

以其为依据建构事前沟通程序,预先对地方性法规设定行政处罚的行为、种类和幅度的规定是否符合上位法的规定作出判断,以使最终形成的地方性法规发生抵触的可能性降到最低。

## 4. 强化备案审查

建议按照“有件必备、有备必审、有错必纠”的原则,进一步加强对地方性法规的备案审查工作。第一,进行重点审查。在全面把握上位法精神内涵和实质内容的前提下,结合地方具体情况和实际需要,从不抵触、有特色和可操作三个层面对变动上位法规定的行政处罚行为、种类和幅度的地方性法规进行重点审查。第二,加强主动审查。修改后的立法法第99条第3款增加了有关主动审查的规定<sup>③</sup>,新规定将主动审查与被动审查结合了起来;特别是从2017年开始,随着全国人大法工委关于新增地方性法规逐件主动审查研究工作的不断展开,已对150余件地方性法规进行了主动审查。较之于被动审查,主动审查能够更为及时、迅速地发现并解决地方性法规设定行政处罚时与上位法相抵触的情形。因此,可从审查范围、工作体制、反馈和纠正程序等方面进一步完善主动审查制度,使其效用得到更好的发挥。

## (二) 从地方层面

### 1. 注重法规清理

法规清理,是有关机关在其职权范围内,对现存的地方性法规进行审查,以确定它们是否继续适用或是否需要修改、补充或废止的专门活动。及时地进行法规清理有助于地方性法规的制定机关审查、发现并纠正其变动行政处罚的抵触情形。以祁连山自然保护区事件所反映的立法“放水”现象为诱因<sup>④</sup>,全国范围内针对涉及生态文明建设和环境保护的地方性法规进行了专项清理。以厦门市为例,通过专项清理,及时发现并修改了《厦门大屿岛白鹭自然保护区管理办法》第5条第2款的规定,从制度层面消除了地方性法规中故意放水、降低标准、管控不严等问题<sup>⑤</sup>。

### 2. 强化立法论证

不抵触、有特色和可操作是地方性法规设定行政处罚时变动上位法规定的主要理据。其中,不抵触需要地方性法规的制定机关对变动行政处罚的合法性和可能性进行论证,有特色需要其对变动行政处罚的必要性和合理性进行论证,而可操作则需要其对变动行政处罚的可行性进行论证。只有经过充分论证,地方性法规的制定机关才能保证其变动属于不抵触、有特色和可操作的范围。因此,需通过完善代表构成、优化审议权限、改进议事规则等进一步强化论证在整个立法过程中的地位和作用,避免变动上位法的规定因



抵触而无效。

## 五、结语

本文通过对现行法律、行政法规和地方性法规的梳理，将地方性法规变动上位法中有关行政处罚的规定划分为12种情形。针对不同情形提出了各自的抵触判断标准，指出判断抵触与否应在不超越法定权限的前提下，结合地方立法所发挥的不同作用以及上位法规定的完备程度，对地方性法规变动上位法中规定的行政处罚行为、种类和幅度的12种情形进行综合判断，摒除单纯采取严格形式主义的倾向。在情形分析和总结判断标准的基础之上，提出通过中央和地方两个层面的努力减少地方性法规设定行政处罚时发生抵触的建议。

抵触判断标准的确定是一个十分复杂的问题。本文所提出的标准主要是从地方立法作用的角度加以展开，不免有些简单，但却不失为一种判断的进路；至于如何将其与权利义务、权力责任、法要件、法后果等判断进路相结合，仍需要进一步研究。

### 注释：

- ① 严格形式主义的立场要求：立法抵触与否的判定应当首先遵从具体、明确的上位法规则，如果依据上位法规则即可作出是否抵触的判断，则无须进行实质性的判断；只有在没有上位法规则时，才可以求助于抽象性、概括性的立法目的或原则。参见庆东：《执行性立法“抵触”的判定标准及其应用方法》，《华东政法大学学报》2017年第5期，第181-191页。
- ② “地方性事务”是指具有区域性特点的、应由地方立法机关予以立法调整的事务。参见孙波：《论地方性事务——我国中央与地方关系法治化的新进展》，《法制与社会发展》2008年第5期，第50-59页。
- ③ 表1对下文将讨论的情形进行了标注。其中，改变事项是指下位法增加了上位法没有规定的管理事项，或者规定了比上位法更为严格的管理事项；改变情形是指下位法增加或减少了上位法在条文中具体列举的禁止情形。
- ④ 全国人大常委会法制工作委员会认为，如果法律规定某一行为属于违法行为，或者对某种行为作了义务性规定，但并未对上述行为设定相应的行政处罚，行政法规、地方性法规或者规章不能设定行政处罚。参见《法律与释义》，[http://www.npc.gov.cn/npc/flsyywd/flwd/2002-04/18content\\_293079.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/flsyywd/flwd/2002-04/18content_293079.htm)，最后访问于2017年10月23日。
- ⑤ 该方法是在实际参与福建省以及福建省其他设区的市的立法过程中总结得出的。
- ⑥ 具有现实合理性而不抵触的例证，如：《福建省城市市容和环境卫生管理办法》第30条第1款第2项规定，随地便溺，乱倒污水、粪便、垃圾的，处以10元至50元罚款。而以《三明市城市市容和环境卫生管理条例》为例，该条例第43条第1款第2项规定，对随地便溺、乱倒污水、粪便、垃圾的行为，

可以处100元以上500元以下罚款。因福建省条例制定于1994年，规定的罚款幅度已经与当下的情势存在明显的不适，基于现实合理性的要求，于2017年制定的三明市条例虽在上位法规定的幅度之外改变了行政处罚的幅度（“10元至50元的罚款”改为“100元以上500元以下的罚款”），可认定为不抵触。

- ⑦ 胡建淼先生将该《纪要》中下位法与上位法抵触的“常见情形”归纳为11种，其中第7种为判断下位法设定的行政处罚是否抵触的标准，“下位法扩大或者限缩上位法规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围”。参见胡建淼：《法律规范之间抵触标准研究》，《中国法学》2016年第3期，第5-24页。
- ⑧ 《立法法》第100条第1款：“全国人民代表大会专门委员会、常务委员会工作机构在审查、研究中认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的，可以向制定机关提出书面审查意见、研究意见；也可以由法律委员会与有关的专门委员会、常务委员会工作机构召开联合审查会议，要求制定机关到会说明情况，再向制定机关提出书面审查意见。制定机关应当在两个月内研究提出是否修改的意见，并向全国人民代表大会法律委员会和有关的专门委员会或者常务委员会工作机构反馈。”
- ⑨ 《立法法》第99条第3款：“有关的专门委员会和常务委员会工作机构可以对报送备案的规范性文件进行主动审查。”
- ⑩ 2017年6月，中共中央办公厅、国务院办公厅下发了《关于甘肃祁连山国家级自然保护区生态环境问题督查处理情况及其教训的通报》，指出甘肃省有关方面在立法层面为破坏生态文明行为“放水”，并指出：“甘肃省有关方面对‘五位一体’总体布局和新发展理念认识不深刻，片面追求经济增长和显绩，长期存在生态环境为经济发展让路的情况。《甘肃祁连山国家级自然保护区管理条例》历经三次修正，部分规定始终与《中华人民共和国自然保护区条例》不一致，将国家规定‘禁止在自然保护区内进行砍伐、放牧、狩猎、捕捞、采药、开垦、烧荒、开矿、采石、挖沙’等10类活动，缩减为‘禁止进行狩猎、垦荒、烧荒’等3类活动，而这3类都是近年来发生频次少、基本已得到控制的事项，其他7类恰恰是近年来频繁发生且对生态环境破坏明显的事项。2013年5月修订的《甘肃省矿产资源勘查开采审批管理办法》，违法允许在国家级自然保护区实验区进行矿产开采。《甘肃省煤炭行业化解过剩产能实现脱困发展实施方案》违规将保护区内11处煤矿予以保留。”中央层面通报立法问题，极为罕见，表明其性质十分严重。参见《中共中央办公厅、国务院办公厅就甘肃祁连山国家级自然保护区生态环境问题发出通报》，[http://www.gov.cn/xinwen/2017-07/20/content\\_5212107.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2017-07/20/content_5212107.htm)，最后访问于2017年10月28日。
- ⑪ 原《厦门大屿岛白鹭自然保护区管理办法》第5条第2款属于本文中的情形VI，即上位法规定了禁止性行为，也规定了具体的情形，但地方性法规减少了上位法规定的具体情形，应判定为抵触。修正前的第5条第2款，“禁止在自然保护区范围内狩猎、毁鸟巢、掏鸟蛋、抓雏鸟和砍伐、烧荒及其他破坏地形、地貌及自然生态的活动”。修正后的第5条第2款，“禁止在自然保护区范围内进行狩猎、毁鸟巢、掏鸟蛋、抓雏鸟和砍伐、烧荒、放牧、捕捞、采药、开垦、开矿、采石、挖沙等活动以及其他破坏地形、地貌及自然生态的活动”。

### 参考文献：

- [1] 葛洪义. 作为方法论的“地方法制”[J]. 中国法学, 2016(4):



- 111-126.
- [2] 崔卓兰, 于力深, 孙波, 等. 地方立法实证研究: 1 版[M]. 北京: 知识产权出版社, 2007.
- [3] 乔晓阳. 如何把握行政处罚法有关规定与地方立法权限的关系[N]. 法制日报, 2017-09-12(9).
- [4] 全国人大常委会法制工作委员会国家法室. 中华人民共和国立法法释义: 1 版[M]. 北京: 法律出版社, 2015.
- [5] 俞祺. 设区的市立法及规范性文件领域分布研究[J]. 法制与社会发展, 2017(5): 163-192.
- [6] 乔晓阳. 中华人民共和国立法法讲话[M]. 北京: 中国民主法制出版社, 2008.
- [7] 周旺生. 立法法: 2 版[M]. 北京: 法律出版社, 2009.
- [8] 关保英. 行政处罚法新论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2007.
- [9] 习近平在十八届中央政治局第四次集体学习时的讲话[EB/OL]. (2015-05-12) [2017-10-28]. <http://news.cntv.cn/2015/05/12/ARTI1431418311263701.shtml>.
- [10] 昂格尔 R. 现代社会中的法律[M]. 吴玉章, 周汉华, 译. 南京: 译林出版社, 2001.
- [11] 刘松山. 立法是一种妥协[N]. 法制日报, 2004-10-21(05).

## Conflict judgment of the administrative penalty set by local regulations

MIAO Zhuang

(School of Law, Xiamen University, Xiamen 361005, China)

**Abstract:** The formulation of administrative penalties in local laws and regulations is the embodiment and important manifestation of such legislative principles as “non-conflicting, distinctive and operable” in the field of administrative punishment. Judging from the behavior, type and magnitude of the administrative penalties, the local laws and regulations that change the administrative penalty in the above-mentioned law can be divided into 12 kinds. The local legislature, on condition of not exceeding its statutory authority, needs to, before judging whether these 12 kinds of situations are contradictory, take into account the different roles played by the local legislature and the degree of completeness prescribed by the above-mentioned laws, rather than simply taking “strict Formalism” as the judgment criterion. Therefore, it needs undertaking from levels of both the central government and the local government in order to reduce the possibility of the conflict judgment in that local regulations set the administrative penalty.

**Key Words:** local legislations; administrative penalty; conflict; judgment criterion

[编辑: 苏慧]