

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

使用大字体察看本文  
阅读次数: 808

## 论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

唐明良 卢群星

作者单位: 唐明良, 浙江大学法学院, 卢群星, 浙江省人大法制委员会。

本文原刊于《重庆大学学报》(人文社科版)2005年第4期。因为技术原因, 注释略去, 请读者见谅。

本文系朱新力教授主持的浙江省哲学社会科学重点规划课题《浙江省地方性法规中的行政许可实体规则研究》(与浙江省人大法委共同完成)的阶段性成果之一。朱新力教授以及宋华琳、苏苗罕两位先生对初稿提出了宝贵的修改建议, 在此一并致谢。

内容提要: 围绕对《行政许可法》第十五条第一款的不同理解, 出现了对地方性法规的行政许可设定权宽严不等的两种解读。严格论者主张缩小地方设定权, 而宽泛论者则认为应当作适度的扩大。两种解读都面临一些诘难。一种可能的策略是适度宽泛地理解地方性法规的行政许可设定权, 并以“不抵触”原则和《行政许可法》有关条款精神予以必要的约束。

关键词: 地方性法规 行政许可 设定权 不抵触

On the local decrees' right to create administrative licensing

—a reading of Article 15 Clause 1 of Administrative Licensing Law and related issues

Abstract: Due to the different understanding of Article 15 Clause 1 of Administrative Licensing Law, there are two readings of local decrees' power to create administrative licensing accordingly. Someone hold this power should be limited, while others argue for expanding it modestly. Both these viewpoints have received criticism. A possible solution is to have a moderate and broad understanding of local decrees' power to create administrative licensing, and control it through the application of non-contravention principle and the related provisions of administrative licensing law.

Key Words: local decrees, administrative licensing, power to create, non-contravention

按照《行政许可法》的规定, 就该法第十二条所列事项, 尚未制定法律、行政法规的, 地方性法规可以设定行政许可。也许因为立法者认为地方立法设定行政许可的空间已经随着《立法法》和《行政许可法》的相继出台而明晰, 或者是学者们不应有的疏忽, 总之一在《行政许可法》出台以后的有关立法释义以及理论著述中, 大多对地方性法规的行政许可设定权这一话题着墨不多, 即使有所论述, 也是语焉不详。但是, 与之形成鲜明对比的是, 各地在对地方性法规进行行政许可设定清理的时候, 却常常遭遇“地方立法的行政许可设定权究竟有多大”的困惑。造成这种反差的原因是什么? 是立法本身的模糊性使然, 还是我国立法体制的复杂性使得这一问题扑朔迷离, 更或者有其他的原因? 就解决问题的层面而言, 我们

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

还要进一步追问：地方性法规的行政许可设定权究竟如何确定？

## 一、“设定（权）”词解

“设定”作为一个法律术语最早出现在1996年制定的《行政处罚法》中，尽管该法未对“设定”作出概念上的界定，但从上下文之间可以判断所谓的“设定”是区别于“具体规定”的一个范畴，简单地说，就是以任何法律、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。[1](p123)相应地，所谓的“设定权”是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。

那么，行政许可的设定概念是否也在该种意义上使用呢？事实上，在《行政许可法》出台之前，甚至在《行政处罚法》之前，就有很多学者对行政许可的设定与规定作出了理论上的区分。《行政许可法》吸收了这些理论成果并借鉴《行政处罚法》，通过字里行间折射出其对“设定”的理解：

首先，行政许可的设定是一种立法行为。第三条规定，行政许可的设定和实施，适用本法。可见，行政许可法规范的是两种行为，即行政许可的设定及其实施，前者是立法机关确定必须经过行政机关批准方可从事的行为范围，后者则是行政机关根据立法上的规定，按照法定程序给予行政许可。从整部《行政许可法》来看，其第二章“行政许可的设定”正是规范各立法主体设定行政许可的立法行为，而其后各章则是从实施机关、实施程序、收费、监督检查、法律责任等方面规范实施行政许可的行为。因此，两者是立法与执行的关系。

其次，行政许可的设定区别于“具体规定”。这一点可以从《行政许可法》第十四、十五条和第十六条之间的关系予以判断。该第十四、十五条规定了法律、行政法规以及地方性法规的设定权，而第十六条则在此基础上规定：“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。地方性法规可以在法律、行政法规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。……”三个条文比较之下，设定与具体规定的概念也就泾渭分明：设定是首次独立自主地规定何种行为是必须经过行政机关批准方可从事的行为，在此之前实施的有效的法律规范均未认为该种行为是必须经过行政机关批准的；[2](p35)具体规定则是在已经设定行政许可事项的前提下结合实施需要而作出的解释、细化。从学理上说，“设定”和“具体规定”都是广义的“规定”（“规定”是一个宽泛的上位概念），都属于立法行为的范畴，其区别主要在于是否以已有的法律规范作为存在依据。

本文对地方性法规的行政许可设定权的探讨正是在这样的理解框架之下展开的。

## 二、对地方性法规行政许可设定权的两种解读及其评判

《行政许可法》对地方性法规行政许可设定权的界定主要体现在第十五条第一款：“本法第十二条所列事项，尚未制定法律、行政法规的，地方性法规可以设定行政许可”。（第十五条第二款规定了地方性法规不得设定许可的领域，实际上是从另外一个侧面来界定地方性法规的设定权，对此，在后文有论及）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”，围绕对这句话的不同理解，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。对此，有必要分成三种情况予以探讨：

1、地方性法规具有直接的上位法。这样的情况在地方性法规中非常普遍，因为地方性法规的一个重要功能是使宪法、法律、行政法规或国家的大政方针在本行政区域得以有效行使。[3](p417)比如《浙江省实施〈中华人民共和国集会游行示威法〉办法》（直接上位法是《中华人民共和国集会游行示威法》）、《宁波市宗教活动场所管理办法》（直接上位法是国务院的行政法规《宗教活动场所管理办法》）等等。在这些情况下，地方性法规有与之严格对应的上位法，换句话说，在这些领域国家已经制定法律、行政法规，地方性法规就不能再创设新的许可项目。例如：国务院的《宗教活动场所管理办法》设定了四个行政许可项目，即设立宗教活动场所的许可，新建、重建宗教活动场所的许可、宗教活动场所改作他用的许可以及在宗教活动场所设置商业网点的许可。《宁波市宗教活动场所管理办法》在对以上四个行政许可项目予以重申和具体化之外，还另外增设了三个许可项目：宗教活动场所管理组织的成立须经批准、组织大型宗教活动由市政府予以审批、举办宗教培训班由宗教事务主管部门予以审核。在严格的行政法学者看来，宁波市增设这三种许可项目超越了其立法权限。因为就宗教活动场所管理这个领域（事项）而言，国家已经制定行政法规予以规范，而非“尚未制定法律、行政法规”。并且，该行政法规已经需要采用事前审

批手授予以管理的四个行为设定了行政许可制度，对于其他的行为，比如宗教培训班的举办等，之所以未设定行政许可是因为没有必要设定。所以，下位的地方性法规新设许可是与上位法相抵触的。

2、地方性法规虽没有直接的上位法，但是在其他相关的法律、行政法规中有对该领域的规范。例如：《浙江省房地产开发管理条例》规范的是有关房地产开发管理行为，对于这些行为，没有专门的法律或者行政法规。但是《中华人民共和国城市房地产管理法》的第三章即是对房地产开发行为的规范，因此，就房地产开发管理行为而言，应当视为已经制定法律、行政法规，地方性法规不能就此领域新设许可。再如旨在规范公路路政管理的《宁波市公路路政管理条例》也没有直接的上位法依据，但《中华人民共和国公路法》第五章却正是对公路路政管理行为的规范。

3、就地方性法规所规范的领域（事项），既没有制定专门的法律、行政法规，也没有在其他相关上位法中作出规范。严格论者认为，只有在这种情况下，才是《行政许可法》上所谓“尚未制定法律、行政法规”的情形。这些领域之所以没有中央统一立法，无非是两种原因：一是属于地方性事务，中央不宜立法；二是统一立法时机尚未成熟，故由地方先行立法。前者如《宁波市限制养犬条例》、《杭州市禁止销售燃放烟花爆竹条例》；后者如某些省市所制定的社会保障条例。在这些“尚未制定法律、行政法规”的领域，根据《行政许可法》，地方性法规可以在必要时设定许可事项，所谓的必要，即指属于《行政许可法》十二条所列的事项范围。

不难发现，在严格的行政法学者看来，地方性法规的行政许可设定权仅仅存在于上述第三种情形。而宽泛的理解则认为在上述第三种情形下地方性法规自然有设定权，但前两种情况也不排除设定权的存在；只要上位法未对某个具体事项作出设定，地方性法规就有权设定。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”？严格论者认为“尚未制定法律、行政法规”指向的是整个领域，而宽泛论者则认为指向的是具体事项。以上面列举到的《宁波市宗教活动场所管理办法》为例，在严格论者看来，就宗教活动场所管理这个领域而言，已经制定行政法规，因此，下位的地方性法规只能在已设许可项目范围内予以具体化，而不能再创设计新的许可。但宽泛论者则认为，虽然就整个宗教活动场所管理这个领域已经制定行政法规，但具体到小的事项，比如举办大型宗教活动，上位法并未对此作出规范，因此，该小事项属于“尚未制定法律、行政法规”的范畴，地方性法规可以就此设定行政许可。

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。但根本地，笔者认为两派观点的实质冲突在于对地方性法规立法空间的不同认识。严格论者从传统的法律保留原则出发，认为设置行政许可的隐含前提是对从事特定行为的限制和普遍禁止，按照现代法治理论，凡赋予公民、法人和其他组织权利，或者设定公民、法人其他组织的义务，或者对公民、法人和其他组织的权利予以限制甚至剥夺，均需通过立法机关制定法律，或者由立法机关作出明确具体授权，并由行政机关制定行政法规、规章加以规定实施。因此，行政许可应主要由中央统一设定，只是考虑到地方事务的多样性和地方经济的发展，法律不可能作出全面的规范，才赋予地方性法规有限的设定权。也就是说，地方性法规的行政许可设定权从一开始就仅仅定位在管理地方性事务这个层面上。[4](p36)在《行政许可法》出台之前的理论界讨论中，甚至有更激烈的主张认为应当以宪法明文规定行政许可设定权只能由全国人大常委会和国务院行使，其他任何组织和部门无权设定行政许可，而应当以法律、行政法规的形式设定行政许可。[5]

但是这种把“尚未制定法律、行政法规”的指向客体理解为整体领域的严格解读受到了许多的诘难，其中最为致命的攻击来自二个方面：

1、就某一领域，已经制定法律、行政法规。但这些上位法因为立法年代久远，或者因为立法者的疏忽没有考虑到需要在该领域内就某些具体事项设定许可项目。我国有一些法律、行政法规甚至是五十年代就已制定并生效的，至今没有废止。（比如《中华人民共和国户口登记条例》、《城市街道办事处组织条例》等）。时过境迁，在这些领域，已经出现了许多新情况，对行政管理提出了新的要求，有些需要设定新的许可项目。如果这时还恪守“该领域已有上位立法，地方性法规不得增设许可”的严格立场，是否有无视社会发展、任由法律滞后之嫌？再者，我国的国家立法是粗线条的，往往设置禁止条款但没有明确禁止的解除——即许可的设定。另外，立法者并非全知全能，其在对整个领域进行立法的时候，可能对一些具体事项的考虑有所纰漏，地方性法规对此抱熟视无睹无所作为的态度，极可能将使地方性事务的管理陷入无所适从的境地。

2、与第一个诘难相关的是，地方立法空间在严格立场下是否被限制地过于狭窄？严格论者主张，在已有上位立法的领域，地方性法规不能就上位法未曾规范的具体事项作出许可设定。这样就大大地限缩了地方立法的范围。有人甚至戏称，在严格立场之下，地方立法权几乎只剩下不准随地吐痰、不准放鞭炮、不准养犬了。

于是,大多数人采取了将“尚未制定法律、行政法规”的指向客体理解为“具体事项”的态度,即倾向于适度扩大地方性法规的许可设定权。但问题并没有因此而得到彻底的解决。原因在于,一方面,在某些场合,上位法确实已经作出考虑,就某具体事项不予设定行政许可,或者上位法的原则精神已经表明不应设定许可。这个时候,如果机械地按照宽泛论者的理解,地方性法规还是有权设定行政许可,这显然是不合适的。更为重要的另一方面是如此理解是否误解了《行政许可法》确定的设定权配置?甚至对我国的地方立法权限作出了某种“暗渡陈仓”式的超越,从而也破坏了法制统一原则?这里的问题非常类似于《行政处罚法》出台前后开始,直至今天还在进行之中的那场争论。

《行政处罚法》第十一条第二款规定:“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、幅度的范围内规定。”围绕这个条文,也有类似于对《行政许可法》第十五条的宽严不等的两种理解。宽泛论者认为,上述条文并未明文禁止地方性法规在法律、行政法规的既有规定之外另行设定行政处罚,而是规定“需要作出具体规定的”,才必须在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类、幅度的范围内规定。因此,从逻辑上讲,如果地方性法规认为不需要对法律、行政法规的既有规定作出具体化规定,而需要在法律或行政法规的既有规定之外另行“设定”,就可以不受必须在既定行政处罚的行为、种类、幅度的范围内规定的约束。但严格论者认为应将上述条文与宪法规定的法治原则以及《行政处罚法》的立法精神联系起来考虑,那就只能得出一个结论:法律、行政法规对行政处罚已有规定的,有关部门只能在法律、法规规定的给予行政处罚的行为、种类、幅度的范围内作出具体规定,而不能突破法律、行政法规的规定设定新的行政处罚。

从法治原则出发,上述严格论者的论点自然让人欢欣鼓舞,而且在理论上,学界也大多认同这样的理解。但事实上,在有关立法主体的立法行为中并没有统一思想,据浙江省人大内部当年的一份调查材料显示,行政处罚法出台后的部分行政法规和地方性法规都有在法律之外另行设定予以处罚的行为的情况。而在这个过程中,各立法主体在行政处罚的设定权分配上面还出现互相博弈的迹象。例如1997年全国人大内务司法委员会对广东《汕头经济特区殡葬管理条例》审查认为,《行政处罚法》规定,“法律、行政法规对违法行为已经作出行政处罚规定的,地方性法规需作出具体规定的,必须在法律、行政法规给予行政处罚的行为、种类和幅度范围内规定。”该条例增设了罚款的规定,因而违反了《行政处罚法》。但汕头市人大常委会复函认为,法律、行政法规没有规定对该行为的处罚,更没有规定处罚的种类和幅度,所以,不存在与行政处罚法抵触的问题。因此,我们在坚持严格论调的同时却不得不注意博弈的现实,更为重要的是,要注意这样的现实背后有其深刻的原因。

上文之所以大费笔墨阐述看似与本文无关的行政处罚设定权问题,无非是想说明行政处罚的设定权配置至今仍是一个悬而未决的问题,行政许可的设定权配置有着与其相类似的境遇。无论将“尚未制定法律、行政法规”的指向客体理解为“整个领域”,还是解释成“具体事项”;无论狭义理解地方立法权,还是作出适度的扩大,似乎都面临一些问题。如何解决这些问题,恐怕非朝夕之功,或者根本无法在理论上将之“一清二白”地予以界说,而只能在从事设定行政许可的立法实践时小心翼翼地进行的利益的衡量、从而作出伸缩自如的选择。所以,笔者的探讨最多只是提供一种可能的思维方式。

### 三、可能的策略——双重约束的基础上宽泛地理解地方设定权

前揭所述,行政许可的设定是立法行为。因此,追本溯源,如何确定地方立法的行政许可设定权恐怕还要回到对我国的立法体制特别是中央与地方分权的理解上来。建国以来,从毛泽东的《论十大关系》中提到的发挥中央地方“两个积极性”,到《宪法》、《地方组织法》确定的地方立法权限,都是中央与地方分权的确定和实践。而2000年实施的《立法法》更体现了中央与地方分权的制度化趋势。[6]《立法法》在《宪法》和《地方组织法》的基础上对中央和地方的立法权限进行了配置:其中第八条列举了由中央专属立法的事项,而第六十四条则明确了地方立法的权限范围。概括地说,《立法法》是将所有的事务分成了三块:一块是中央专属立法领域;一块是地方性事务,由地方立法来规范;第三块则属于上述两头之外的,对于这一块,如果已经制定法律、行政法规,那么地方性法规可以根据本行政区域的实际情况作出具体规定;如果尚未制定法律、行政法规,地方性法规可以先行立法。

地方立法的行政许可设定权也应该属于《立法法》确立的立法权限框架之内。因此,地方立法的行政许可设定权存在空间首先可以在“两头”上加以确立:对于《立法法》规定的中央专属立法领域,即使中央尚未立法,地方性法规也不得设定行政许可。另外,根据《立法法》的精神,如果法律、行政法规未规范的事项涉及宏观调控或者市场统一的规则,即使不是基本制度,地方性法规也不能作出规定。[6] (p151)可见,地方性法规在中央专属立法事项和涉及宏观调控、市场统一的事项领域,不管是否有上位法,绝对不能设定行政许可。而在另一头即地方性事务范围内,地方性法规可以在必要时(是否必要,

应当通过《行政许可法》的规定来予以判断) 设定许可。

但如何确定地方性事务的范围又是一个大问题。在某些国家, 哪些行政许可由中央设定, 哪些由地方设定界定得非常清楚, 原因在于联邦制国家有着中央与地方事务的明确分野。我国长期以来受制于单一制的理念, 对中央和地方事务的划分比较模糊, 特别在立法上, 对于“地方性事务”的界定非常混乱: 最宽泛的理解甚至认为凡是中央不实行直管和统管的事项, 原则上都应划为地方性事务。[8](p153)最狭义的理解则把“地方性事务”仅仅限于禁放鞭炮、限制养犬两项。[9]笔者认为, 就《立法法》的原意来看, 目前所谓“地方性事务”大致包括对本行政区域内的河流、湖泊的维护、管理, 对某些城市在一定区域内禁止燃放烟花爆竹、禁止养犬等事项。[10](p149)不过随着形势的发展, 似乎可以在不违反“单一制”的前提下适当地扩大地方性事务的范围, 比如将有关经济技术开发区的管理、具有特殊地域性的自然保护区管理等(比如《浙江省南麂列岛国家级海洋自然保护区管理条例》、《大连市蛇岛自然保护区管理办法》)纳入地方性事务的范畴。

这样一来, 地方性法规的行政许可设定权在“两头”上已经基本明确。(之所以用“基本”, 正因为“地方性事务”的范围尚难以界定)而在中央专属立法和地方性事务之外的事务范围内, 如何确立地方性法规的许可设定权则涉及到上文的争论。事实上, 这一“中间地带”同样可以分成两块, 一块是国家尚未制定法律法规的领域, 比如说社会保障领域, 对于这些领域, 无论对《行政许可法》第十五条第一款中“尚未制定法律、行政法规”的指向客体理解为具体事项还是整个领域, 地方性法规均可以设定行政许可。另外一块则是大头: 国家就整个领域已经制定法律或者行政法规, 但就该领域内的某个具体事项, 则没有设定行政许可, 这时, 地方性法规是否可以设定行政许可? 在这里, 将第十五条第一款“尚未制定法律、行政法规”的指向客体理解为“整个领域”的严格论者和将其理解为“具体事项”的宽泛论者之间出现了前文所述的分歧。对此, 笔者的基本观点是: 对第十五条第一款“尚未制定法律、行政法规”的指向客体应该理解为“具体事项”, 但却应当加以双重约束。将其理解为“具体事项”的理由如下:

第一, 从立法本意来看, 第十五条的措辞是“本法第十二条所列事项, 尚未制定法律、行政法规的……”, 而第十二条的描述是从具体事项的角度展开的。另外, 有地方在清理过程中, 曾经向国务院法制办咨询: 《行政许可法》第14、15条中规定的“尚未制定法律”、“尚未制定法律、行政法规”是指具体事项范畴, 还是指整个领域? 国务院法制办的解答认为应当是指前者。

第二, 如前所述, 上位法往往因为立法时间较早或者立法者的疏忽而没有注意到对某些具体事项设定行政许可的必要性; 再者, 我国的国家立法往往是粗线条的, 有时设置了禁止条款而未设定行政许可, 这时候地方性法规在考量多种因素以及受到双重约束的前提下可以设定许可; 更为重要的还有, 就某些具体事项, 或可考虑地方性特点而确定是否需要设定许可。可见, 在以上三个方面, 赋予地方性法规行政许可设定权都可以起到查漏补缺的作用。

第三, 严格论者对适度扩大地方性法规的行政许可设定权的最大担忧是地方性法规权力的增大, 有可能在实践中破坏法制统一原则, 并可能导致行政许可泛滥的现象继续蔓延。事实证明, 大多数(从前面行文中提到被审查的2049件法规中只有65件法规被全国人大常委会正式质疑也可推得这个结论)地方性法规并没有忽视法制统一原则, 而是善于利用本身的设定权, 有力地促进了当地经济和社会的发展。同时, 这个担忧也不无道理, 事实证明有少部分地方性法规确实发生了滥用设定权的问题。对于后者, 从制度的演化来看, 从过去的经验来看, 最根本的是要靠市场经济的发展和民主政治的进步, 因为经济利益和民主政治, 最终会使人们放弃地方保护主义, 接受统一的市场并学会尊重私权而约束公权; [11]另一方面, 在法律层面上, 可以通过对地方性法规行政许可设定权的约束机制而得到基本解决(《行政许可法》即对此作出了重大努力, 后文论及。)

不容否认的是, 将“尚未制定法律、行政法规”的指向客体理解为“具体事项”确实使得地方性法规的行政许可设定权有所扩大。如果不对之加以必要的约束, 则很可能如严格论者所担心的那样破坏法制统一原则。笔者认为, 对地方性法规行政许可设定权的约束机制应主要包含如下两大方面:

1. “不抵触”原则的约束(《立法法》和《组织法》的约束)。按照《立法法》和《地方组织法》的规定, 地方立法应当遵循与上位立法“不抵触”的原则。通常的理解, 所谓不抵触, 至少包括以下几个方面要求: 首先, 上位法有明确的规定, 与上位法的规定相反的; 其次, 虽然不与上位法的规定相反, 但旨在抵销上位法的规定, 即搞“上有政策下有对策”的; 再次, 上位法没有明确规定, 与上位法的立法目的和立法精神相反的; 第四, 违反了立法法关于立法权限的规定, 越权立法的; 最后, 下位法超出上位法规定的处罚的种类和幅度的。[12](p310)就地方性法规的行政许可设定而言, 特别应注意以下两种不得抵触的情形:

(1) 上位法的立法宗旨和立法精神表明, 该上位法所设定的行政许可情形具有排他性。在这种情况下

下，地方性法规就不得再就上位法设定许可的种类之外就某具体事项再设定许可。

(2) 上位法就某一具体事项已经作出考虑，但未设定行政许可。此时，地方性法规不得就该事项设定行政许可。此种情形下，上位立法的“不设定”即是一种规定。换句话说，就该具体事项“已经制定法律、行政法规”，地方性法规不得再设定许可。所以，问题的关键在于如何判断和确认上位法就某一具体事项是否已经作出考虑。笔者认为，这个判断可以通过理解立法原意及目的、查找立法草案说明等途径作出。例如：《浙江省殡葬管理条例》规定，制造、销售丧葬用品、殡葬设备应当经民政部门审核后才能到工商部门登记注册。民政部提请的国务院审议的《中华人民共和国殡葬管理条例（草案）》中也曾有生产、销售丧葬用品必须经民政部门审核批准的规定，而国务院之后公布的《殡葬管理条例》只在其第十七条规定：“禁止制造、销售封建迷信的丧葬用品。禁止在实行火葬的地区出售棺材等土葬用品”，并没有规定相应的审批程序。这说明，从立法者的本意看，是不允许搞前置审批的。[13](p15)在这里，就生产、销售丧葬用品这个具体事项而言，上位法已有规范，只是未设定许可。质言之，对于“尚未制定法律、行政法规”不应该作静态的机械理解。由此派生的一个难题是，很多时候，我们很难准确地知道或者界定立法时有没有考虑过某一具体事项的行政许可问题。

2. 《行政许可法》的约束。《行政许可法》在确立地方性法规许可设定权的同时也对其作出了约束，集中体现在其第十五条第二款：地方性法规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。很明显，为防止地方设定权破坏法制统一，阻碍统一市场的形成，《行政许可法》将有关市场准入的许可、资格资质的许可、市场主体行为规则方面的许可排除于地方设定权限范围之外，其用心足见良苦。特别需要强调的是，这里所说的“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”是指有关资格、资质的行政许可，应当由国家统一确定。而不能望文生义地理解为“有关资质、资格的许可”客观上分成两类，一类由国家统一确定资质，另一类则由地方确定。

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十五条第二款。前面探讨的都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》第十一条规定的设定原则、第十二条规定的六大事项范围以及第十三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项目时当然要受到这些标准的约束。

#### 四、简短结语

二十多年前，我国宪法确立了地方立法权，这是立法体制中具有重大意义的变革。在这二十多年的风雨路上，地方立法权的实际运行方式日渐规范，同时也总在有意无意间令人感到在中央与地方的立法权配置问题上似乎存在“统得过死”和“一放就乱”两个极端现象。这是令人惋惜的耗散现象。事实上，为了中国的法治计，中国的立法体制应当在统一性和多样性这两个同样值得追求的极端之间保持一种必要的张力，寻找黄金分割点。在保持国家立法权的严肃性和权威性的前提下，在经济和社会生活的某些方面，应当允许地方立法有更多更好的发展空间，同时，精心设计程序和实体上的约束机制以维持两者之间必要的平衡。在地方性法规的行政许可设定权问题上，贯彻这样的思路不无裨益。