

## 公民就有关规范性文件提请全国人大常委会审查案例评析

### 一、基本案情

2015年10月10日9时54分，杭州市民潘洪斌骑着一辆车牌号为“南浔C2”开头的电动自行车，途径环城北路莫干山路口时，被拱墅区交警大队民警以“实施驾驶营运人力三轮车，和公安机关交通管理部门规定的其他非机动车在禁止通行的道路上行驶”为由，将电动自行车扣留。交警部门的法规依据是《杭州市交通安全管理条例》第48条第1款。潘洪斌不服，随后向拱墅区人民法院提起诉讼，理由是：交警执法时未按规定出示证件；本人并未驾驶营运人力三轮车；交警没有明确告知“其他非机动车”的种类、范围、禁止通行的道路范围；交警部门依据地方法规，对轻微的交通违法行为采取扣车处理，超出了《道路交通安全法》的限度。潘洪斌为此向法院要求，认定拱墅交警扣留非机动力的行政强制措施违法，返还被扣留的非机动车，承担因自己的非机动车被扣留所产生的误工费。潘洪斌在败诉后向全国人大常委会提起了对于《杭州市交通安全管理条例》的合法性审查建议，潘洪斌认为，该条例在《道路交通安全法》的有关规定之外，增设了扣留非机动车并托回原籍的行政强制措施，违反了《行政强制法》第10条“尚未制定法律、行政法规，且属于地方性事务的，地方性法规可以设定本法第九条第二项、第三项的行政强制措施（即查封、扣押）”的规定。

本案中，作为被审查对象的《杭州市交通安全管理条例》系2007年10月31日由杭州市人大常委会通过、2008年5月1日起施行的杭州市地方性法规。该条例第23条第1款首先规定，本市的上城区、下城区、西湖区、拱墅区、江干区和滨江区道路禁止燃油助动车、正三轮摩托车、营运人力三轮车和市公安局交通管理部门规定的其他车辆通行。这是交警认定潘洪斌在拱墅区道路上骑行电动自行车构成违法的依据。据此，该条例第48条规定了对于违反上述规定的罚则，即“违反本条例第二十三条规定，驾驶燃油助动车、正三轮摩托车、营运人力三轮车和市公安局交通管理部门规定的其他车辆在禁止通行的道路上行驶的，公安机关交通管理部门除可以扣留车辆，依照后款规定处理外，对驾驶人处二十元以上五十元以下罚款。依照前款规定被扣留的车辆，由市、区、县（市）人民政府收购、置换或者托回原籍。托运的相关费用由车辆所有人承担。原本市有关部门核发牌证的，由原发证部门依法注销牌证。逾期不接受收购、置换或者托运的，由公安机关交通管理部门依法处置。”这是交警对潘洪斌的电动自行车采取行政强制行为的依据。

潘洪斌认为该条例第48条一方面违反了《道路交通安全法》第89条，另一方面违反了《行政强制法》第10条。但实际上这里面混淆了两种不同的“违法情形”，而这两种情形不属于并列关系：（1）如果《杭州市交通安全管理条例》第48条的规定属于上位法已经规定的情况下扩大了上位法的规定，那么就属于违反《行政强制法》第11条，即“法律对行政强制措施的对象、条件、种类作了规定的，行政法规、地方性法规不得作出扩大规定”。

（2）如果《杭州市交通安全管理条例》第48条的规定属于上位法尚未规定的情形，那么才

涉及《行政强制法》第 10 条第 3 项，即“尚未制定法律、行政法规，且属于地方性事务的，地方性法规可以设定本法第九条第二项、第三项的行政强制措施”。

## 二、案例评析

我国《立法法》第 99 条规定，国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和各省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为行政法规、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，可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的要求，由常务委员会工作机构分送有关的专门委员会进行审查、提出意见。前款规定以外的其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为行政法规、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，可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议，由常务委员会工作机构进行研究，必要时，送有关的专门委员会进行审查、提出意见。这是目前为止最为有效的合宪性和合法性审查方式。

从该条所规定的申请主体来看，主要分为两类，一类是一府（国务院）两院（最高法和最高检）两委（中央军委和省级人大常委会），它们提的是审查要求，即全国人大常委会必须审查。另一类是其他国家机关、企事业单位、社会团体、公民，它们提的是审查建议，即全国人大常委会可审可不审。相对来说，提审查要求比提审查建议更管用，但问题是，能提审查要求的机关往往不愿意提，一方面是因为它们本身就是这些立法的制定者，不可能去申请审查自己的立法，“向自己开炮”。另一方面是出于搞好单位之间关系的考虑，也不愿意对其他机关制定的立法提起审查要求。据统计，十二届全国人大以来，法制工作委员会共收到公民、组织提出的各类审查建议 1527 件，但没有收到过有关国家机关提出的审查要求。在 2015 年《立法法》修改之前，全国人大常委会往往对于公民的审查建议不予回复，这使得很多公民丧失了申请的动力和兴趣。所以，2015 年修改后的《立法法》第 101 条规定，全国人民代表大会有关的专门委员会和常务委员会工作机构应当按照规定要求，将审查、研究情况向提出审查建议的国家机关、社会团体、企业事业组织以及公民反馈，并可以向社会公开。从目前来看，审查建议的数量正在回升，据统计，全国人大常委会法工委收到的审查建议中，其中 2013 年 62 件，2014 年 43 件，2015 年 246 件，2016 年 92 件，2017 年 1084 件。可见，2017 年收到的审查建议已经超过了过去四年的总和。但是这马上又带来了新的问题，即审查能力不足的问题。所以有学者建议要对审查建议的提出设置“筛选机制”——比如案件性、裁判关联性、直接利害关系人、穷尽一切法律救济等等，以此来防止数量失控和滥提。

我们首先来看作为《杭州市交通安全管理条例》的上位法的《道路交通安全法》第 89 条，该条规定，“行人、乘车人、非机动车驾驶人违反道路交通安全法律、法规关于道路通行规定的，处警告或者五元以上五十元以下罚款；非机动车驾驶人拒绝接受罚款处罚的，可以扣留其非机动车”。可以看到，《道路交通安全法》规定的“扣留非机动车”是针对“非

机动车驾驶人拒绝接受罚款处罚的情形”，与《杭州市交通安全管理条例》第48条针对的情形并不相同，后者即使在驾驶人接受罚款处罚的情形下仍然可以进行扣留。有同志可能会说，既然《道路交通安全法》已经对扣留非机动车的条件做了规定，那么，《杭州市交通安全管理条例》是否属于扩大了扣留非机动车的条件呢？笔者认为，这要看杭州市的规定的立法目的是什么？即使规范同一事项，但如果立法目的不同，不能认为下位法抵触上位法。从《道路交通安全法》中的扣留条件来看，其目的更多是为了便于罚款处罚的执行，即根据《行政处罚法》第51条第2项，当事人逾期不履行行政处罚决定的，作出行政处罚决定的行政机关可以采取下列措施：……（二）根据法律规定，将查封、扣押的财物拍卖或者将冻结的存款划拨抵缴罚款。而从《杭州市交通安全管理条例》中的“扣留”不限于“驾驶人拒绝缴纳罚款的情形”来看，其目的更多是为了制止违法行为或者控制危害扩大，即如果不扣留，当事人可能仍然继续在禁止区域骑行非机动车，继续违法或者造成新的损害。虽然上下位法都规定了“扣留”，但“扣留”的目的并不相同，不能认为《杭州市道路交通安全条例》第48条属于上位法已经做了规定的情形。

其次，如果《杭州市道路交通安全条例》第48条属于上位法尚未规定的情形，那么是否违反《行政强制法》第10条第3款，即地方性法规只能设定查封、扣押的行政强制措施，而“托运回原籍”是否超出了地方性法规设定强制措施的范围？对此，笔者认为，这里有个重要的前提是，“托运回原籍”是否属于行政强制措施？还是属于行政强制执行？行政强制措施与行政强制执行的一个区别在于，行政强制执行的目的是促使义务被履行，而行政强制措施的目的则是“制止违法行为、防止证据损毁、避免危害发生、控制危险扩大”等等。本案中，潘洪斌违反的义务是“在禁止电动自行车通行的地方骑行”，如何让其履行该义务，即不在禁止电动自行车通行的地方骑行，扣留显然是无法实现这一点的。因为扣留作为一种典型的行政强制措施，是暂时性的，根据《行政强制法》第25条，扣留一般不得超过30日，最长不得超过60日。扣留期限届满后，除非被扣留的财物属于违禁品，即该财物本身就违法，一般会退还给当事人。《杭州市道路交通安全条例》第48条之所以规定“托运回原籍”，就是考虑到扣留只能暂时性制止违法行为或防止损害扩大，但是不能让当事人彻底地履行义务，而只有“托运回原籍”，才彻底履行了“不在杭州市的禁止区骑行电动自行车”的义务。因此，“托运回原籍”更多带有行政强制执行而非行政强制措施的性质。同时，从《杭州市道路交通安全条例》第48条来看，托运费由车辆所有人承担。这显然属于行政强制执行中的代履行，如果是行政强制措施，费用都是由行政机关来承担的，不可能由当事人承担。故笔者认为，“托运回原籍”更多属于行政强制执行。

既然属于行政强制执行，那么跟《行政强制法》第10条第3款就没有关系了，而是涉及《行政强制法》第13条第1款，即行政强制执行由法律设定。由此来看，似乎《杭州市道路交通安全条例》第48条设定“托运回原籍”仍然是违法的，因为该条例不属于法律。但是不然。因为《行政强制法》第13条第1款中的由法律设定的行政强制执行主要是指直

接强制执行，比如划拨、拍卖、变卖等，并不包括间接强制执行，即代履行和执行罚。因为后两者已经由《行政强制法》和《行政处罚法》进行了概括授权。比如《行政强制法》第45条规定，行政机关依法作出金钱给付义务的行政决定，当事人逾期不履行的，行政机关可以依法加处罚款或者滞纳金。加处罚款或者滞纳金的标准应当告知当事人。这基本上赋予了所有行政机关面对当事人不履行金钱给付义务进行执行罚的权力。同时，《行政处罚法》第51条第1项也赋予了所有处罚机关对于当事人不缴纳罚款处以执行罚的权力，当然缴纳罚款本身就属于金钱给付义务。对于代履行，《行政强制法》第50条规定，行政机关依法作出要求当事人履行排除妨碍、恢复原状等义务的行政决定，当事人逾期不履行，经催告仍不履行，其后果已经或者将危害交通安全、造成环境污染或者破坏自然资源的，行政机关可以代履行，或者委托没有利害关系的第三人代履行。这相当于赋予了所有行政机关在面对当事人不履行排除妨碍、恢复原状等义务时享有代履行的权力。而且本案中的不履行该条中的“等”字还表明代履行的范围并不限于排除妨碍、恢复原状的义务，应当包含所有具有可替代性的义务。由此可见，《杭州市道路交通安全条例》第48条设定上位法没有规定的“托运回原籍”这种代履行并不违反《行政强制法》。