

法条授权行政立法的规范化

王克稳^{*}

内容提要：全国人大及其常委会授权行政立法可以通过决定授权与法条授权两种方式。决定授权受到立法法的严格规范，而法条授权则缺少基本的规范约束。在我国立法实践中，法条授权面广量大，授权立法的事项远比决定授权更为广泛和复杂，且创制性授权立法与执行性授权立法难以区分。规范法条授权立法已成为法治国家建设中的重要课题，影响相对人权利义务的创制性授权立法尤其需被重点规范。针对宪法、法律规定的法律保留事项的法条授权，应当适用立法法关于决定授权的规定加以规范；针对因法律制定而产生的保留事项的法条授权，应当参照适用立法法有关决定授权的规定。为规范授权行为、防止过度授权，法条授权行政立法应当遵循必要性原则、明确性原则和审慎授权原则。

关键词：法条授权 行政立法 创制性授权立法 法律保留 立法体制

引言

在我国，全国人大及其常委会授权行政立法有两种方式：一是以决定方式授权行政立法（简称“决定授权立法”），这类授权立法受到立法法第12条至第15条的规范；二是以法条方式授权行政立法（简称“法条授权立法”），这类授权立法分散在各单行法律之中。实践中，法条授权行政立法主要采一事一授权的模式，同一部法律中可能存在多个授权条款，授权立法的事项与立法权限依具体的授权条款而定。我国学界对授权立法的研究，以往多集中在全国人大及其常委会的决定授权立法方面，对法条授权立法鲜有涉及，对于法条授权立法与决定授权立法的不同、法条授权立法的事项范围与界限、法条授权立法应当遵循的基本原则等，都缺少分析与阐述。实践中，法条授权立法面广量大，且存在授权立法事项不清、所授权限不明，以

^{*} 苏州大学王健法学院教授。

本文为国家社科基金重大项目“适应新时代市场监管需要的权力配置研究”（20&ZD193）的阶段性成果。

及频繁授权、随意授权、空白授权、模糊授权、过度授权、不规范授权等现象；有些法律甚至以批量授权、一揽子打包授权等方式将立法权批量授予行政机关。^{〔1〕}行政机关作为执行机关行使立法权，具有现实必要性，但如果缺少有效的法律控制和监督，也可能导致权力滥用的结果。^{〔2〕}在市场监管领域，广泛的法条授权立法，特别是创制性授权立法，可能导致行政对市场的过度干预，遏制甚至破坏市场在资源配置中的决定性作用，因而有必要从源头上对法条授权立法予以规范。为此，本文将结合我国立法体制和立法实践，系统梳理法条授权行政立法存在的理论与实践问题，提出并论证将针对法律保留事项的法条授权纳入立法法调整范围的必要性，以及为规范授权行为、防止过度授权，法条授权立法应当遵循哪些基本原则。

一、法条授权行政立法的事项范围

决定授权立法与法条授权立法，都是以立法事项与立法权限的划分为基础建立的授权立法制度。要规范法条授权，首先需要系统梳理我国中央立法事项，厘清其中哪些立法事项归属全国人大及其常委会的权限范围，哪些事项可以由法律授权行政机关立法。

（一）我国宪法和法律对中央立法事项的规定

实行多元或多层次立法体制的国家，多以法律保留原则作为立法事项与立法权限划分的基础。法律保留原则不仅是国家立法权配置所遵循的基本原则，也是授权立法的发生前提。支配央地之间立法事项与立法权限划分的法律保留是纵向法律保留，支配国家立法机关与行政机关之间立法事项与立法权限划分的法律保留为横向法律保留。横向法律保留系行政法域的法律保留，它由宪法和法律规定，决定了针对哪些立法事项的立法权专属于国家立法机关，只能通过制定法律加以规范。

我国的中央立法事项也是依法律保留原则确定和划分的。法律保留事项是我国宪法、法律明确规定的的第一类立法事项，其被详细规定在宪法、立法法及其他相关法律之中。其中，宪法规定的法律保留事项在宪法文本中对应着“由法律规定”“以法律规定”“依照法律规定”“依照法律”“在法律规定范围内”等表述。立法法第11条对只能制定法律的事项作了列举规定。除了立法法列举规定的法律保留事项外，法律保留事项还散见于行政处罚法、行政强制法，以及其他单行法律之中。此外，立法法第11条第11项还对法律保留作了兜底规定，即“必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项”。对于这一兜底规定的具体所指，理论上通常归纳为两项：一是宪法明确规定应当制定法律，而立法法未列举规定适用法律保留的事项；二是其他相关法律规定的法律保留事项。^{〔3〕}按此观点，上述兜底规定所涵盖的保留事项仍属于宪法、法律规定的法律保留事项，而非独立的法律保留事项。从法律保留事

〔1〕 例如，食品安全法第152条规定：“铁路、民航运营中食品安全的管理办法由国务院食品安全监督管理部门会同国务院有关部门依照本法制定。保健食品的具体管理办法由国务院食品安全监督管理部门依照本法制定。食品相关产品生产活动的具体管理办法由国务院食品安全监督管理部门依照本法制定。国境口岸食品的监督管理由出入境检验检疫机构依照本法以及有关法律、行政法规的规定实施。军队专用食品和自供食品的食品安全管理办法由中央军事委员会依照本法制定。”这是典型的批量授权。海关法第39条规定：“进出境集装箱的监管办法、打捞进出境货物和沉船的监管办法、边境小额贸易进出口货物的监管办法，以及本法未具体列明的其他进出境货物的监管办法，由海关总署或者由海关总署会同国务院有关部门另行制定。”这是典型的打包授权。

〔2〕 参见王世涛、杨海涛：《行政授权立法的正当性困局及解决之道》，《长白学刊》2012年第3期，第76页。

〔3〕 参见乔晓阳主编：《〈中华人民共和国立法法〉导读与释义》，中国民主法制出版社2015年版，第92页。

项的内容看,我国行政法域的法律保留大致分为两类:一是对重要的行政管理与社会管理事务的法律保留(简称“重要事务保留”),其所解决的问题是,哪些行政管理与社会管理事务只能制定法律;二是对限制重要权利的行政管理措施的法律保留(简称“限制重要权利的措施保留”),其所解决的问题是,哪些限制公民重要权利的行政管理措施只能由法律设定。

除了法律保留事项,我国宪法和立法法明确规定的另一类立法事项,是国务院行政管理职权事项,这些事项首先规定在宪法第89条中。该条第3项至第17项所规定的事项属于国务院的行政管理职权事项;第1项、第2项规定了国务院行使行政管理职权的方式,表明国务院可以通过规定行政措施、制定行政法规、发布决定和命令,以及向全国人大及其常委会提出议案的方式,行使宪法赋予的行政管理职权;第18项规定国务院可以行使全国人大及其常委会授予的其他职权,其所对应的事项要依全国人大及其常委会授权而定,这其中就包括全国人大及其常委会授权国务院立法的事项。

除法律保留事项与国务院行政管理职权事项外,行政法域是否还存在其他的立法事项,立法法未作明确规定。但是,基于立法法及相关法律,可以推导出其他事项的存在。立法法第11条第2项规定,各级人民政府的产生、组织和职权为法律保留事项,由此可以推出,各级人民政府职能部门的产生、组织和职权属非法律保留事项。立法法第11条第5项规定,限制人身自由的强制措施和处罚是法律保留事项;行政强制法第10条第2款规定,冻结存款、汇款为法律保留的强制措施。这就意味着,限制人身自由,冻结存款、汇款之外的行政处罚与行政强制措施为非法律保留事项。立法法第11条第6项、第9项规定,税收基本制度、基本经济制度以及财政、海关、金融和外贸的基本制度为法律保留事项。由此可以推出,税收、经济以及财政、海关、金融和外贸基本制度之外的其他制度,为非法律保留事项。我国在税收制度之外还存在大量的行政收费制度,虽然不少行政收费,如民航发展基金、燃油附加费、车辆购置附加费、排污费等,都具有税收性质,^{〔4〕}但这些收费尚未纳入税收范围,仍应为非法律保留事项。根据宪法第10条第3款、第13条第3款,以及立法法第11条第7项,对非国有财产的征收、征用为法律保留事项。那么,对国有土地使用权和其他国有自然资源使用权的公益性收回,应属非法律保留事项。在我国,属于国家所有的土地、森林、草原、海域、滩涂、无居民海岛、水资源、矿产资源、无线电频谱资源等,由行政机关以合同或特许方式出让给公民、法人或者其他组织使用,而国家可以基于公共利益需要收回国有土地及其他国有自然资源使用权。有学者认为,这类强制收回的效果实质上与征收效果相同,^{〔5〕}但从立法法的规定看,该行为不在法律保留之列。

行政法域的立法事项极为广泛,以上只是部分列举。这些立法事项与国务院行政管理职权事项有交织,但不完全重叠。例如,国家基于公共利益需要而强制收回国有土地使用权为非法律保留事项,但该事项并不属于国务院行政管理职权事项。之所以要将该类事项从国务院行政管理职权事项中分离出来,不仅因为该类事项与国务院行政管理职权事项确有区别,更因为这涉及相关立法权在全国人大及其常委会与国务院之间如何进行合理分配的问题。

〔4〕 例如,有学者认为,民航发展基金的征收就是实质意义上的征税。参见刘连泰、孙悦:《征收、行政收费还是征税:征收民航发展基金的性质》,载北京航空航天大学备案审查制度研究中心编:《备案审查研究》2021年第2辑,中国民主法制出版社2021年版,第19页。

〔5〕 参见刘连泰:《作为征收的国有土地使用权公益性收回》,《中外法学》2024年第1期,第1页。

（二）法律授权行政立法的事项

我国的中央立法事项分为三类，但国家立法机关与行政机关的立法权限划分及相应的立法权配置，与这三类立法事项并不完全对应。法律保留事项是只能制定法律的事项，但全国人大及其常委会可以授权国务院就其中的部分事项制定行政法规。全国人大及其常委会也并非仅能就法律保留事项立法，除法律保留事项，全国人大及其常委会还可以针对其他任何事项立法，且享有优先制定法律的权力。实际上，“凡是行政机关的立法事务，权力机关都可以管辖，且后者始终拥有优先权”，〔6〕“法律规定的事项要比只能由法律规定的事项广泛”。〔7〕因此，我国国家立法机关与行政机关的立法权限如何划分，以及哪些事项可以由法律授权行政机关立法，需要分层梳理。

1. 法律保留事项可否以法条授权方式进行授权立法

法律保留事项的立法权专属于国家立法机关，但这并不意味着国家立法机关对于有关这些事项的立法都必须亲力而为。法律保留事项是根据立法事项的重要性确定的，但“‘重要性’不是确定的概念，而是一个阶梯”，〔8〕不同法律保留事项的重要程度不同，这为授权立法留下了空间。在法律保留事项中，特别重要的事项必须由国家立法机关亲自立法调整。〔9〕对于特别重要事项的法律保留被称为绝对的法律保留、不可授权的法律保留，在其他国家的行政法理论中也被称为议会保留或立法保留。〔10〕对于一些重要性稍弱的法律保留事项，可以授权行政机关立法调整。这类法律保留被称为相对的或可授权的法律保留。我国立法法、行政处罚法、行政强制法等法律，正是依事项的重要性程度，将法律保留事项划分为不可授权的法律保留事项和可授权的法律保留事项。

在域外，所有的授权立法都是依据法条授权开展的，即便是针对议会专属立法事项的授权立法也是如此。例如，在奉行“议会至上”的英国，“法律对议会的授权范围没有明确的规定。从理论上说，将何种立法权授予何人、何机构是议会的全权，不受任何人和任何机构的限制”，“议会以外机构的立法权限是由各个议会法律的具体授权而定的”。〔11〕实践中，议会除了会对一些具体细微的事务实行委任立法外，“有时也将一些相当普遍的立法权授予政府”。〔12〕在美国，行政法规有实体法法规和程序法法规之分，实体法法规又有解释性法规和立法性法规之别。“美国行政机关制定法规必须具有法律授予的权力，主要是指制定实体法法规而言，因为这种法规影响行政当事人的权利和义务。”〔13〕在德国，议会不得将绝对保留的事项授权行政机关制定法规命令，而相对保留的立法事项则可由议会授权行政机关制定法规命令。〔14〕在日本，行政立法分为法规命令与行政规则，具有外部效果的行政立法称为法规命令，法规命令又有委任命令与执行命令之分。委任命令是指“根据法律的委任，来规定和私人之间的权利、

〔6〕 杨登峰：《我国立法权的内在构成及其配置原理的完善》，《中国法学》2023年第6期，第178页。

〔7〕 前引〔3〕，乔晓阳主编书，第93页。

〔8〕 [德] 哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第110页。

〔9〕 参见邓毅：《德国法律保留原则论析》，《行政法学研究》2006年第1期，第21页。

〔10〕 参见[德] 汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔：《行政法》，高家伟译，商务印书馆2002年版，第343页。

〔11〕 赵宏：《立法与行政——从行政立法角度思考》，《行政法学研究》2002年第3期，第45页。

〔12〕 [英] 威廉·韦德、克里斯托弗·福赛：《行政法》，骆梅英等译，中国人民大学出版社2018年版，第653页。

〔13〕 王名扬：《美国行政法》上，中国法制出版社1995年版，第353页。

〔14〕 参见前引〔8〕，毛雷尔书，第336页。

义务内容本身相关的规范”，^{〔15〕}即创设新的权利义务的立法。

与域外不同，我国立法法专门针对法律保留事项规定了决定授权立法制度。立法法第12条规定，法律保留事项尚未制定法律的，全国人大及其常委会有权作出决定，授权国务院先制定行政法规。决定授权立法是国务院取得法律保留事项立法权的法定方式，且决定授权限尚未制定法律的情形。若某事项已经制定法律，全国人大及其常委会可否就部分保留事项以法条方式授权行政立法？对此，立法法未作规定，理论上亦鲜见讨论。

从法理上说，决定授权与法条授权的授权主体都是全国人大及其常委会，这两种授权方式没有质的不同。我国实行议行合一的人民代表大会制度，国家最高权力机关的立法权，不受宪法之外的其他限制。只要国家最高权力机关认为有授权立法之必要，就可以选择其认为适当的方式进行授权。在我国现行法律中，针对法律保留事项的法条授权较为常见，但这种授权并非不受争议。在立法法的制定过程中，关于法条授权是否应作为授权立法予以规范，曾有过讨论。主张将法条授权作为授权立法加以规范的意见未被采纳，主要原因在于，法条授权不易识别。在单行法律中规定行政立法常见有两种情形，一是由法律就特定事项作统一规定的条件还不成熟，需要先由行政机关作出规定；二是为执行法律，要求有关行政机关制定相应的规则。立法机关认为，授权立法仅指上述第一种情形，第二种情形不是授权立法，而是作出义务性规定。^{〔16〕}但是，单行法律所规定的行政立法究竟属于哪种情形，通常很难准确识别，要“区分法律中哪些规定属于授权，哪些不属于授权，比较困难”。^{〔17〕}正是出于这样的原因，法条授权被“归于执行法律，不作为授权立法看待”。^{〔18〕}

2. 非法律保留事项的职权立法与授权立法之争

国务院对于非法律保留事项是否享有职权立法权，理论上争议极大，存在职权说、授权说、折衷说等不同观点。职权说认为，国务院可以依据宪法和组织法所赋予的职权进行执行性立法和创制性立法，^{〔19〕}制定行政法规是国务院行使行政管理职权的形式之一，^{〔20〕}“只要具体法律未就行政机关职权范围内的事务作出规定，且与法律不相抵触，国务院就可以自行制定规范人民权利义务的行政法规”。^{〔21〕}授权说认为，宪法和组织法只是规定国务院有制定行政法规的职权，但“宪法和组织法这一规定的本身，并不是一种授权行为”，^{〔22〕}行政立法“不直接影响和干涉公民的权利义务关系，可以不经法律的特别授权”，“行政机关对外制定剥夺、限制或干涉公民权利义务关系的法规，则必须获得法律的特别授权”。^{〔23〕}折衷说立足于我国宪法和法律的规定，认为分析现行宪法分散配置立法权的总体思路、规范国务院地位和职权的宪法条款和立法法所确立的法律保留制度可知，国务院具有制定创制性立法的一定权限。^{〔24〕}上述有关国务院立法权限的争议由来已久，迄今“没有任何一种观点成为主流观点，相关理论

〔15〕〔日〕盐野宏：《行政法总论》，杨建顺译，北京大学出版社2008年版，第61页。

〔16〕参见前引〔3〕，乔晓阳主编书，第94页。

〔17〕同上书，第94页。

〔18〕同上书，第95页。

〔19〕参见焦洪昌主编：《立法权的科学配置》，北京大学出版社2022年版，第136页。

〔20〕参见刘春华：《国务院立法权限若干疑难问题探讨》，《中外法学》1998年第5期，第91页。

〔21〕门中敬：《行政保留研究》，中国社会科学出版社2019年版，第182页。

〔22〕陈章干：《关于行政机关依职权立法问题》，《现代法学》1999年第6期，第97页。

〔23〕喻少如：《论我国行政立法中的职权立法》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2009年第1期，第36页。

〔24〕参见谢立斌：《论国务院的职权立法权》，《政法论坛》2018年第6期，第100页。

和实务争议陷入了僵持状态”。〔25〕

有关国务院职权立法的争议关系到授权立法的事项范围。按职权说,国务院可以在宪法和组织法规定的职权范围内立法,只要不触及法律保留事项,其立法无需获得法律的特别授权。按授权说,国务院所有的创制性立法,不仅要有宪法和组织法上的依据,还必须获得具体法律的特别授权。按折衷说,国务院享有部分创制性立法权限,即“可以就属于其行政管理职权范围、不属于法律保留的事项制定创制性行政法规”,〔26〕若要针对权限之外的事项立法,则应取得法律授权。综合比较几种学说,授权说有其合理性,但不完全符合我国的立法实践;职权说立足于我国的立法实践,但不利于对行政机关的立法权加以约束。

结合我国宪法对立法权的配置、宪法第89条第1项与第18项之间的关系、立法法关于法律保留的规定,以及宪法对国务院宪法地位的规定等,国务院的创制性职权立法有其存在理由和空间。〔27〕从理论上讲,可以认为,法律保留之外的事项都属于国务院可以立法的事项。“不属于专属立法权的事项,在没有制定法律之前,原则上法规可以先规定,不需要授权。”〔28〕从实践情况看,行政法规“在数量上远远多于法律,能够对法律的地位构成挑战”,〔29〕有学者甚至认为,“如果行政机关根据行政管理职权的需要都可以自行立法,那么,权力机关也就成为多余的了”。〔30〕但是,“行政职权立法在我国相当长一段时期还有存在的理由和空间”,〔31〕短时间内全部取消职权立法并不现实。因此,关于职权立法,真正的焦点不在于国务院可否为职权立法,而在于如何合理界定职权立法的事项范围,以确保国家立法机关在立法活动中始终居于主导地位。

从国家立法权的配置看,基于民主立法的要求、国家法治建设的需要,以及控制行政立法的需要,严格限定职权立法的事项范围是国家立法权配置改革的基本方向。将国务院的职权立法事项限定为行政管理职权事项,而将其他的立法事项全部纳入法律保留范围,具有合理性与可行性。虽然理论界对于国务院职权立法的事项范围还存在较大争议,但国务院可以就行政管理职权事项立法,这是具有一定共识度的。有学者甚至认为,国务院的职权立法,就是国务院依据宪法第89条制定行政法规、规定行政措施的行为。〔32〕只不过,宪法第89条规定的国务院行政管理职权事项极为宽泛,需要由法律进一步明确其边界并剔除其中的法律保留事项。“并不是宪法第八十九条规定的事项,都能制定行政法规,它必须以不超越全国人大及其常委会的国家立法权为前提。”〔33〕为此,未来条件成熟时,应由立法法先对国务院行政管理职权事项作出列举,然后明确规定,凡不属于国务院行政管理职权事项的,都只能制定法律。当然,除极少数绝对保留的事项外,多数立法事项仍可以由全国人大及其常委会授权行政机关立法。扩大法律保留的事项范围,不仅是为了督促国家立法机关积极履行宪法赋予的立法职责,更是为了加强对行政立法的控制和监督。

〔25〕 前引〔19〕,焦洪昌主编书,第135页。

〔26〕 前引〔24〕,谢立斌文,第108页。

〔27〕 同上文,第106页以下。

〔28〕 前引〔3〕,乔晓阳主编书,第94页。

〔29〕 前引〔24〕,谢立斌文,第100页。

〔30〕 陈斯喜:《论我国立法权限的划分》,《中国法学》1995年第1期,第16页。

〔31〕 前引〔23〕,喻少如文,第35页。

〔32〕 参见前引〔21〕,门中敬书,第182页。

〔33〕 前引〔3〕,乔晓阳主编书,第225页。

3. 执行性立法是否必须取得法律授权

未经法律授权,行政机关可否依职权进行执行性立法?在该问题上,存在职权说、授权说、义务说等不同观点。职权说认为,行政机关为执行法律所进行的立法属于职权立法,即“法定的行政机关依据其职权,并根据法律和其他上位法的规定精神,对其行政职权范围内的事项,制定执行性行政法规和规章的一种立法行为”。〔34〕授权说又有两种不同的观点:一是全部授权说。该观点认为,行政机关无论进行创制性立法,还是执行性立法,都需要立法者的授权;〔35〕二是部分授权说。该观点认为,凡影响相对人权利义务的执行性立法都必须有法律的特别授权,而在不影响相对人权利义务、不违背法律优先原则的前提下,行政机关无需个别法律的授权就可以直接进行执行性立法。“为执行的需要而制定的行政法规、规章,只能创设对行政机关自身有约束力的或者虽对公民、法人有约束力但不会影响其实体权利的程序性规范,未经授权不能创设新的实体规范和足以影响实体权利的程序性规范。需要创设新的实体规范或者足以影响实体权利的程序性规范,必须由权力机关制定或者向权力机关申请授权。”〔36〕义务说认为,“为保证法律的贯彻执行,要求有关机关制定相应的规定”,“并不是一种授权,而是一种义务性规定”,〔37〕行政机关为执行法律所进行的立法,属于行政机关履行法律义务的行为。鉴于执行性立法面广量大、立法主体分散,且与创制性立法不易区分,上述争议直接关系到授权立法的事项范围。

在域外,行政机关开展执行性立法是否需要取得法律授权,各国做法不一。英国、德国等国家不承认行政机关有职权立法权,这些国家的行政机关未经议会授权不得立法,包括执行性立法。有些国家对执行性立法作出区分,如果执行性立法会影响相对人的权利义务,则需要取得法律授权,若不会对相对人权利义务产生影响,则无需法律授权。例如,美国的行政机关若要制定影响相对人权利义务的法规,则必须取得法律授权,“如果仅仅规定机关办事的程序规则,不需要法律的授权,执行法律的机关当然具有制定这种法规的权力”。〔38〕在日本,在具有外部效果的法规命令中,执行命令通常不需要法律特别授权。“所谓执行命令,是指与权利、义务关系的内容本身无关的,关于为实现其内容的程序的规范”,“执行命令由于不是重新规定权利、义务的内容,所以被认为不需要具体的法律根据”。〔39〕也有个别国家政府的执行性立法无需法律特别授权。例如,在法国,“政府不根据宪法和法律的规定,也有权制定执行条例。因为执行条例是实施法律的行为,政府具有执行法律的权力,可以在执行法律必要的范围以内制定执行条例”。〔40〕

根据我国立法法第72条和第91条,我国的行政执行性立法包括国务院为执行法律而制定行政法规,以及国务院部门为执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令而制定部门规章的活动。但是,对于执行性立法可否创设新的权利义务,以及创设新的权利义务的规范是否需要法律的特别授权,立法法没有明确。从内容上看,执行性立法中大多是不影响相对人权利义务的的程序性规范,但也可能有部分规定直接影响相对人的权利义务。因此,执行性立法是否需要

〔34〕 前引〔22〕,陈章干文,第95页。

〔35〕 参见前引〔19〕,焦洪昌主编书,第138页。

〔36〕 前引〔30〕,陈斯喜文,第18页。相同观点,还可参见前引〔23〕,喻少如文,第36页。

〔37〕 前引〔3〕,乔晓阳主编书,第94页。

〔38〕 前引〔13〕,王名扬书,第353页。

〔39〕 前引〔15〕,盐野宏书,第61页。

〔40〕 王名扬:《法国行政法》,北京大学出版社2007年版,第112页。

取得法律授权，应当区别对待。

首先，不影响相对人权利义务的执行性立法，如程序性、技术性 or 内部组织性规定，一般无需法律特别授权，行政机关可以依职权立法。实践中，要求所有的执行性立法都获得法律授权，不具有可行性。立法机关在制定法律时，不可能准确预见到哪些条款需要行政机关通过立法加以执行。法律制定出台后，行政机关需要发挥其立法能动性，根据执行法律的需要，自主制定执行性规范。在法律不作规定的情形下，对于是否进行执行性立法，行政机关享有自由裁量权。只不过，为避免行政机关怠于执行法律，立法者需要对一些必须制定执行性规范的重要事项作出明确规定，以敦促行政机关及时履行职责。

其次，影响相对人权利义务的执行性立法，应当取得法律的特别授权。在执行性立法中，也会有部分规定是影响相对人权利义务的创制性规定，例如，为执行法律的规定增设行政许可事项或补充设定行政许可条件、补充设定行政处罚等。执行性立法中影响相对人权利义务的规定，又可分为对法律保留事项的创制性规定和对法律保留之外事项的创制性规定。前一类规定必须取得法律的特别授权，后一类规定则需分情况对待：尚未制定法律的，行政机关可以进行创制性立法，原则上不需要法律授权；若已经制定了法律，行政机关为执行法律需要创设影响相对人权利义务规范的，必须取得法律授权。

法律保留事项之外的事项，本是行政机关可以自主立法的事项，为何一旦制定了法律，行政机关再作影响相对人权利义务的规定的时，就必须取得法律的特别授权？对此，理论上缺少解释。在行政法域，支配法律与行政立法关系的基本原则主要是法律优位原则和法律保留原则。法律优位原则确立了法律与行政立法的位阶序列关系，其要求行政立法不得违反法律、不得与法律相抵触。不过，法律优位原则仅要求行政立法不得同已有的法律相抵触，属于“消极意义的依法行政原则”，^{〔41〕}其难以回答的是，行政机关为执行法律，在不与法律规定相抵触的情形下，可否就法律未规定的事项进行创制性立法。例如，行政法规能否增加规定法律未规定的违法行为或行政处罚，或者补充法律未规定的违法情形。根据行政处罚法，法律对违法行为已经作出行政处罚规定，行政法规需要作出具体规定的，必须在法律规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内进行；法律对违法行为未作出行政处罚规定，行政法规为实施法律，可以补充设定行政处罚。行政处罚法的规定表明，无论法律保留事项，还是法律保留事项之外的事项，如果已经制定了法律，除非有法律的特别授权，行政法规不得增设新的违法行为或补充设定新的违法情形，也不得增设行政处罚的种类。行政许可法、行政强制法也有类似规定。在已经制定法律的情形下，行政机关的创制性立法权之所以受到限制，最合理的解释就是，行政机关的创制性立法权受到法律保留原则的拘束，“无保留则无授权。在公法理论上，法律保留构成立法机关授权的前提条件”。^{〔42〕}

综上，我国的法律保留事项实际上分为两个层次：一是宪法、立法法等明确规定的法律保留事项。对于这类保留事项，无论是否制定法律，行政机关未经授权都不得立法；二是因法律制定产生的保留事项。针对某些事项，若尚未制定法律，行政机关无需法律授权即可为创制性立法，而一旦制定了法律，针对这些事项的立法权就全部由法律保留，未经法律的特别授权，行政机关不得通过创设影响相对人权利义务的规范来执行法律。这种法律保留正是行政处罚

〔41〕 曾祥华：《法律优先与法律保留》，《政治与法律》2005年第4期，第35页。

〔42〕 俞祺：《授权立法范围的合理界定》，《法学》2024年第2期，第61页。

法、行政许可法、行政强制法等对立法权作出配置的理论基础。对相对人权利义务不产生影响的执行性立法,一般无需法律特别授权;需要法律特别授权的行政立法,主要是影响相对人权利义务的创新性立法,这类立法需要被重点规范。

二、应予重点规范的法条授权

在我国立法体制下,立法机关需要通过法条授权行政立法的事项极为广泛和复杂,很难对所有的法条授权都予以规范。从实际情况出发,将针对法律保留事项的创新性授权立法作为规范重点,相对而言更具必要性和可行性。

(一) 将针对法律保留事项的创新性授权立法作为重点规范对象

在承认创新性授权立法不可避免的前提下,域外国家普遍对授权立法施以严格控制,并逐步形成了两种不同的监督与控制模式:一是以德国为代表的立法控制(实体控制)模式,即“透过法律保留原则与授权明确性的要求和高效率、高密度的法律规范,来控制行政立法的正当性和妥当性”。^[43]二是以英国、美国为代表的“程序+司法”控制模式,即在程序控制方面,采“以程序控制取代实体控制,透过听证程序和行政法官主导等程序设计,充分说明理由以支持行政立法内容的要求,从而确保行政立法的正当性与妥当性”;^[44]在司法控制方面,确立司法审查授权立法的基本原则,并以这些基本原则作为审查授权立法合法性与正当性的基本准则。例如,英国的法院可以根据越权原则来判定委任立法的合法性,即使某项委任立法的生效已获议会两院同意,“也仍然是从属立法的性质,法院也因而可以审查其有效性”。^[45]为减少法律授权的不确定性和政府专制的可能性,美国通过判例提出禁止授权原则,禁止立法机关将某项立法权限笼统授予行政机关。^[46]

我国采与德国类似的模式控制授权立法,但立法法所规范的授权立法仅为决定授权而不包括法条授权。立法法未将法条授权作为授权立法对待,主要是考虑识别法条授权较为困难,但实际上,恰恰因为法条授权不易识别,法条授权的不规范性才极为突出,规范法条授权的必要性也更为凸显。以土地使用权转让的授权立法为例,1988年宪法修正案第2条确认“土地的使用权可以依照法律的规定转让”,这意味着,土地使用权的转让构成宪法规定的法律保留事项。1988年宪法修正案通过后,土地管理法随之修正。1988年土地管理法第2条第4款规定:“国有土地和集体所有的土地的使用权可以依法转让。土地使用权转让的具体办法,由国务院另行规定。”这一授权条款的不规范之处在于:(1)所授立法权的权限不明。在土地管理法对土地使用权转让的具体制度,例如,什么性质的土地使用权可以转让、哪些用途的土地使用权可以转让、哪些区域的土地使用权可以转让、转让土地使用权必须具备哪些条件、土地使用权转让的方式与程序、土地使用权转让的价格与年限等,都未作规定的情形下,国务院要就土地使用权的转让规定具体办法,很难不进行创新性立法。但是,1988年土地管理法第2条第4款并未明确国务院可否创设土地使用权转让的行为规范与权利义务规范。(2)授权所针对的立法事项具有模糊性。土地使用权转让包括国有土地使用权转让与集体土地使用权转让两

[43] 高秦伟:《美国禁止授权原则的发展及其启示》,《环球法律评论》2010年第5期,第63页。

[44] 同上。

[45] [英]威廉·韦德:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社1997年版,第578页。

[46] 参见前引[43],高秦伟文,第56页。

方面,土地管理法究竟是授权国务院针对两类土地使用权的转让一并立法,还是授权国务院择一立法,这无法从条文表述中获知。(3)授权期限不明确。授权立法的前提是制定法律的条件不成熟,因此,授权立法应有严格的授权期限。但是,1988年土地管理法第2条第4款并未明确授权期限,国务院依据授权制定的《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》已经实施了三十多年,立法机关至今未制定有关国有土地使用权转让的法律。

随着社会主义法律体系的逐步完善,需要以决定方式授权行政立法的事项已逐渐减少,而法条授权现象不仅不会减少,反而会随着法律制度规模的扩大而不断增加。因此,法条授权是未来应予重点规范的授权立法。针对法律保留事项的法条授权,不仅应当受到规范,还应受到与决定授权同等强度的规范。在规范路径上,法条授权可以适用立法法有关决定授权的规定,具体规范事项包括以下几点:(1)被授权的主体与立法形式。根据立法法,决定授权的被授权主体只能是国务院。因此,法条授权亦不得将有关法律保留事项授权国务院部门与机构立法。立法法将决定授权立法的形式限定为行政法规,针对法律保留事项的法条授权立法,也应当明确只能由国务院制定行政法规。(2)授权立法的事项范围与授权条件。根据立法法,可以适用决定授权的事项,仅限法律保留事项中可授权的保留事项,授权立法的前提是制定法律的条件不成熟。针对法律保留事项的法条授权立法,同样应当遵循有关决定授权事项与授权条件的规定。(3)授权内容。根据立法法,授权决定应当明确授权的目的、事项、范围、期限,以及被授权机关实施授权决定应当遵循的基本原则等,针对法律保留事项的法条授权也不应例外。(4)有关授权终止的规定。立法法第14条规定,“授权立法事项,经过实践检验,制定法律的条件成熟时,由全国人民代表大会及其常务委员会及时制定法律。法律制定后,相应立法事项的授权终止”。这一规定,同样应当适用于法条授权,即对于法条授权事项,条件成熟的,应通过法律的修订加以规定,相应立法事项的法条授权随之终止。

需要说明的是,如果法条授权针对的是因法律制定而产生的保留事项,则不能直接适用上述规定,而是可以参照适用上述规定。这是因为,因法律制定而产生的保留事项,在重要性上低于宪法、法律规定的保留事项,且立法法所规范的授权立法,仅限针对宪法、法律规定的保留事项的授权立法。此外,上述对于法条授权的规范,应由立法法作出明确规定。未来修改立法法时,可在第12条中增加一款:“本法第十一条规定的事项以法条方式授权国务院制定行政法规的,适用本法有关决定授权的规定;其他事项以法条方式授权国务院制定行政法规或者国务院部门制定规章的,参照本法有关决定授权的规定。”

(二)对宪法、法律规定的法律保留事项的识别

判断哪些法条授权立法需要予以重点规范,需要对宪法、法律规定的法律保留事项进行识别,但这类法律保留事项的范围与边界在立法法上并不十分清晰,因而存在识别困难。宪法、法律规定的法律保留,分为重要事务保留和限制重要权利的措施保留两大类,对于宪法、法律规定的法律保留事项的识别,可进行分类讨论。

1. 对重要事务保留的识别

法律保留的重要事务规定在宪法、立法法以及部分单行法律中。宪法与单行法律规定的重要事务比较容易识别,凡宪法及单行法律规定只能制定法律的事项,都属于法律保留的重要事务。不易甄别的是立法法列举规定的法律保留的重要事务,其中又以法律保留的基本制度最难识别。在行政法域中,法律保留的基本制度有税收基本制度、基本经济制度,以及财政、海关、金融、外贸等基本制度。但是,从立法法的制定过程以及一些法律制度的相关规定来看,

基本制度与非基本制度之间并没有清晰的界限,甚至基本制度的范围也难有共识。以税收基本制度的范围为例,我国1992年税收征收管理法第3条规定,税收的开征、停征以及减税、免税、退税、补税,依照法律的规定执行。这是税收征收管理法对税收征收法律保留事项的规定。2000年立法法第8条第8项将税收基本制度规定为法律保留事项,但对税收基本制度的范围未作规定。2015年修订立法法时,理论界与实务界都提出,应当对税收基本制度作列举规定,但对于税收基本制度的范围又存在极大争议。2015年立法法修正案草案二审稿第8条将税收基本制度界定为,“税种、纳税人、征税对象、计税依据、税率和税收征收管理等税收基本制度”。〔47〕在提交全国人大常委会审议时,又有人建议将税收基本制度的范围界定为“税种的设立和取消、停征、纳税人、征税对象、计税依据、税收优惠等税收基本要素,以及税收征收管理等税收基本制度”。〔48〕在提交十二届全国人大三次会议审议的立法法修正案草案中,税收基本制度被界定为“税种的开征、停征和税收征收管理的基本制度”。〔49〕正式通过的立法法修正案对税收基本制度的表述是“税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度”。实际上,这种列举加概括的规定模式,仍然没有将税收基本制度的范围界定清楚。至于财政、海关、金融和外贸的基本制度,立法法并未作出任何列举规定。在此种情况下,立法机关进行法条授权立法时,只能一事一议,即由全国人大及其常委会就授权事项是否属于基本制度予以具体认定。

2. 对限制重要权利的措施保留的界定

限制重要权利的措施保留,分散规定在宪法、立法法,以及行政处罚法、行政强制法等法律中。实践中,限制权利的措施多依附于特定的行政管理事务。法律授权行政机关针对特定管理事务立法,通常必然涉及行政管理措施的设定。限制重要权利的措施保留源于1996年行政处罚法的规定,2000年立法法第9条将“限制人身自由的强制措施和处罚”规定为绝对的法律保留,2011年行政强制法又对法律保留的行政强制作了规定。除行政处罚法、立法法、行政强制法规定的法律保留的行政处罚与行政强制外,对于限制重要权利的其他措施的法律保留,立法尚无明确规定,要在理论上清晰界定这部分法律保留的范围,关键在于对重要权利的识别。在我国,公民的法定权利规定在不同层次的规范之中,依规范位阶,可分为宪法规定的基本权利、法律规定的权利,以及法规、规章规定的权利。权利的重要性可依规定权利的规范位阶进行判断,规范位阶越高,其所规定的权利就越重要。与此相应,限制权利的规范保留是一个由宪法保留、法律保留、行政法规保留、地方性法规保留和部门规章、地方政府规章保留等不同位阶的规范保留共同构成的多层次规范保留体系,法律保留仅仅是其中的一个层面。行政处罚法对不同位阶规范性文件设定行政处罚权限的规定、行政许可法对不同位阶规范性文件设定行政许可权限的规定、行政强制法对不同位阶规范性文件设定行政强制权限的规定,都体现了多层次规范保留的精神。

宪法设定的基本权利无疑是最重要的权利。虽然立法法未将限制基本权利的措施列举规定

〔47〕《中华人民共和国立法法修正案(草案)(二次审议稿)》, http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/lftz/2014/2014-12/30/content_1892183.htm, 2024年6月17日最后访问。

〔48〕参见前引〔3〕,乔晓阳主编书,第85页。

〔49〕李建国:《关于〈中华人民共和国立法法修正案(草案)〉的说明——2015年3月8日在第十二届全国人民代表大会第三次会议上》, http://www.xinhuanet.com/politics/2015-03/08/c_1114563179.htm, 2024年6月17日最后访问。

为法律保留事项，但宪法规定的基本权利不能由行政立法随意限制，这是人权保障的基本要义，基本权利的侵害保留是最早确立的保留事项，至今仍是法律保留中最重要的事项。有学者提出，“法律保留原则的一个重要目的是保障公民基本权利免受行政立法或地方立法的不当干预，为了实现这一权利保障的重要价值，公民基本权利应全部包括在法律保留事项范围内”。^{〔50〕}还有学者进一步建议，我国宪法应当写入“公民的基本权利，除非依据法律规定并遵循正当程序，不得限制和剥夺”。^{〔51〕}实际上，笼统地认为宪法规定的基本权利“非依法律不得限制和剥夺”并不完全准确。宪法规定的基本权利分为两类：一是未附法律保留条款的基本权利，二是附法律保留条款的基本权利。对于前者，宪法未授权法律限制这些基本权利，法律也不得规定限制这些权利的措施。当然，无保留条款的基本权利并非完全不受限制，而是只能由宪法限制，此即限制基本权利的宪法保留。对于后者，法律可以针对这些基本权利作出限制性规定，^{〔52〕}但这种保留属于绝对法律保留，还是相对法律保留，目前立法上缺少明确规定，学界亦少有讨论。鉴于基本权利的重要性，似乎应将限制基本权利的措施全部纳入绝对保留的范围，即法律不得授权行政机关设定限制这些基本权利的措施。

法律规定的权利在重要性上次于宪法规定的基本权利。有学者认为，凡由法律所创设的利益，一般也不能由缺乏民主控制的行政机关来设定剥夺措施。所有侵害法律所创设利益的侵害措施的设定，都属于法律保留范畴。^{〔53〕}至于限制法律权利的措施是绝对保留的事项，还是相对保留的事项，以及法律可否授权行政机关设定限制法律权利的措施等，理论上未有讨论。本文认为，鉴于法律权利在重要性上低于宪法所规定的基本权利，原则上法律可以授权行政机关设定限制法律权利的措施。全国人大及其常委会如果认为某一权利特别重要，可以将对该权利的限制设定为绝对法律保留事项。行政法规或规章规定的权利，在重要性上次于基本权利和法律权利，对于这些权利的限制，受法规保留和规章保留约束。

（三）创制性授权立法的识别

准确区分创制性授权法条与执行性授权法条，是规范创制性授权立法的前提。单行法上，针对法律保留事项的法条授权大致分为三种情形：其一，法律对立法内容不作任何要求，直接授权行政立法。例如，土地管理法第51条规定：“大中型水利、水电工程建设征收土地的补偿费标准和移民安置办法，由国务院另行规定。”其二，法律对立法内容作原则性规定。例如，城市房地产管理法第6条规定：“为了公共利益的需要，国家可以征收国有土地上单位和个人的房屋，并依法给予拆迁补偿，维护被征收人的合法权益；征收个人住宅的，还应当保障被征收人的居住条件。具体办法由国务院规定。”其三，法律对授权事项的行为规范与权利义务规范作了具体规定，同时授权行政机关制定具体办法。例如，土地管理法第63条规定，集体经营性建设用地可以通过出让、出租等方式交由单位或者个人使用，并规定了集体经营性建设用地出让、出租的条件等，该条第4款则授权国务院制定集体经营性建设用地出租、出让的具体办法。

〔50〕 温耀原：《〈立法法〉修正下法律保留原则研究》，《西北师大学报（社会科学版）》2015年第3期，第142页。

〔51〕 何海波：《行政法治，我们还有多远》，《政法论坛》2013年第6期，第34页。

〔52〕 宪法规定的基本权利法律保留是指宪法授权立法者限制特定基本权利，或创设特定基本权利的保护对象，或整备特定基本权利实现的前提条件。基本权利法律保留分为简单法律保留、特别法律保留、内容形成保留和暗含的法律保留。限制基本权利的法律保留只是基本权利法律保留的情形之一。参见陈鹏：《中国宪法上基本权利法律保留的生成与构造》，《中国社会科学》2023年第12期，第127页以下。

〔53〕 参见前引〔42〕，俞祺文，第63页。

上述第一种情形属于典型的创制性授权立法,第三种情形若不涉及创设新的权利义务规范,可以认定为执行性授权立法,第二种授权立法的授权性质难以清晰界定,是否属于或含有创制性授权内容需要依法律对立法事项的规定程度判断。仍以城市房地产管理法第6条为例,该条后半句表述为“具体办法由国务院规定”,从形式上看属于执行性立法要求。但是,该条前半句实际上重复了宪法第13条第3款的规定,而“公共利益”的范围与征收条件,征收人的主体资格与条件,被征收人和受征收影响的利害关系人的范围及其在征收法律关系中的权利义务,征收补偿的义务主体,征收补偿的基本原则、范围、标准、方式等,法律都未作规定。由此可以判定,此种法条授权实质为创制性授权。

三、法条授权行政立法的基本原则

明确法条授权应当遵循的基本原则,是规范法条授权实践的重要方面。根据立法法,决定授权应当遵循明确性原则。基于我国法条授权的现状与问题,除了明确性原则外,法条授权还应当受到必要性原则与审慎授权原则的约束。

(一) 授权立法的必要性原则

为抑制过度授权,法条授权首先应当遵循必要性原则。凡法律可以规定的事项,都不应授权行政机关作出规定;若法律能够作出具体规定,则不应只作原则性规定而把作具体规定的主导权限留给行政机关。结合我国立法实践来看,在单行法律上,需要授权行政机关进行创制性立法的情形主要有以下几种。

其一,法律作出具体规定的条件不成熟,需要授权行政机关对法律保留事项进行立法。对于法律保留事项,无论决定授权,还是法条授权,授权立法的前提条件都必须是制定法律或由法律规定的条件不成熟。制定法律的条件是否成熟的判断依据大致有两点:一是立法所调整的经济与社会关系是否定型与稳定,如果立法所要调整的经济与社会关系还处于不稳定、未定型的状态,可以先授权行政机关进行试验性立法;二是立法机关是否有能力对所调整的经济与社会关系作出规定。如果立法机关在相关方面缺少足够的能力与经验,需通过行政立法为制定法律积累经验,可以授权行政机关先行立法。一旦制定法律的条件成熟,对于决定授权,应当及时制定法律,终止授权决定;对于法条授权,应当及时通过法律的修订对授权事项作出规定,同时终止法条授权。

其二,需要授权行政机关改变或补充法律规定。随着经济与社会不断发展,市场监管与社会管理越发具有复杂性,法律的规定难免存在缺漏,难以完全适应经济社会的发展状况。为此,法律有必要授权行政机关适时改变或补充法律的规定。例如,期货和衍生品法第11条第3款规定:“衍生品交易,可以采用协议交易或者国务院规定的其他交易方式进行。”食品安全法第153条规定:“国务院根据实际需要,可以对食品安全监督管理体制作出调整。”这些条款的作用就是授权行政机关适时改变法律规定。海洋环境保护法第121条第1款规定:“涉及海洋环境监督管理的有关部门的具体职权划分,本法未作规定的,由国务院规定。”食品安全法第151条规定:“转基因食品和食盐的食品安全管理,本法未作规定的,适用其他法律、行政法规的规定。”这些条款就是授权行政机关对法律规定作出补充。

其三,需要授权行政机关另行制定管理规范。法律调整一般性、普遍性事务,而有些监管事务具有特殊性,无法适用法律的一般性规定。针对这种特殊事务,立法机关需要授权行政机关另行制定管理规范。例如,药品管理法第153条规定:“地区性民间习用药材的管理办法,

由国务院药品监督管理部门会同国务院中医药主管部门制定。”

其四，需要授权行政机关制定行政收费办法。在我国，大量的行政收费虽然并非税收，但具有税收性质，有必要作为法律保留事项对待。此外，有些收费的专业性强，法律难以对收费所针对的事项范围、标准、费率、时限、加征与减免等作具体规定，且部分收费还需要随物价水平的波动而动态调整，因而不宜由法律直接作出规定，需要授权行政机关立法。

其五，需要授权行政机关制定监管标准。现代社会的标准化生产催生了标准化监管，标准的制定与实施是市场监管领域常见的监管措施。监管标准包括产品质量标准，食品、药品安全标准，生产作业安全标准，污染物排放标准，操作规程，检验、检测、检疫、鉴定、认定标准，自然垄断产业与公用事业产品的定价标准，最低或（垄断性行业）最高工资标准等。这些标准不少都与行政许可事项有关或构成行政许可的条件，因而行政机关设定标准也属于创设义务。并且，这些监管标准大多专业性、技术性强，立法机关缺少设定标准所需的能力与经验，授权行政机关立法便成为实践中的一种常态。

（二）授权立法的明确性原则

授权立法的明确性原则是指，授权规定在表述上应当尽量清晰、明确，不存在歧义或多种解释可能。“授权明确性原则是各国通用的用以约束被授权机关、控制行政立法的法治原则。是对概括性授权、‘一揽子’授权或空白授权的否定”，^[54]是防止行政机关滥用立法权的基本保障。在我国，决定授权立法应当遵循明确性原则，这已为立法法所明确规定，明确性原则所内含的具体要求，亦随立法法的修订不断补充和完善。对于宪法、法律规定的法律保留事项，法条授权也应当遵循立法法所规定的明确性原则。鉴于法条授权事项广泛且复杂，且识别法条授权的难度大，法条授权立法的明确性原则，还应当包括授权表述具有明确性、所授立法权限具有明确性等要求。

1. 授权表述的明确性

授权表述的明确性是指授权的表述方式应当合理、恰当，具有可理解性，从而使被授权主体准确获知授权立法的用意，易于遵循并根据该授权进行立法。在现行法律中，有些授权条款的授权表述是明确的。例如，对外贸易法第9条第2款规定：“从事对外劳务合作的单位，应当具备相应的资质。具体办法由国务院规定。”也有大量条款相对不够明确，使用了“行政法规另有规定的，从其规定”、^[55]“符合国务院的有关规定”、^[56]“符合国家有关规定”、^[57]“国家另有规定的除外”、^[58]“按照有关规定”^[59]等表述。这些表述方式是否传达了授权立法的意图，难以准确识别。

“行政法规另有规定的，适用其规定”或“国务院另有规定的，适用其规定”，是单行法律中极为常见的表述。例如，证券法第2条第2款规定：“政府债券、证券投资基金份额的上

[54] 秦小建：《全国人大常委会授权的宪法定位及合宪性展开》，《中国法学》2023年第1期，第177页。

[55] 例如，行政处罚法第23条规定：“行政处罚由县级以上地方人民政府具有行政处罚权的行政机关管辖。法律、行政法规另有规定的，从其规定。”

[56] 例如，证券法第224条规定：“境内企业直接或者间接到境外发行证券或者将其证券在境外上市交易，应当符合国务院的有关规定。”

[57] 例如，海洋环境保护法第59条第2款规定：“建设污水海洋处置工程，应当符合国家有关规定。”

[58] 例如，商业银行法第43条规定：“商业银行在中华人民共和国境内不得从事信托投资和证券经营业务，不得向非自用不动产投资或者向非银行金融机构和企业投资，但国家另有规定的除外。”

[59] 例如，商业银行法第59条规定：“商业银行应当按照有关规定，制定本行的业务规则，建立、健全本行的风险管理和内部控制制度。”

市交易,适用本法;其他法律、行政法规另有规定的,适用其规定。”其中,“其他法律”意指特别法。根据该款,特别法有规定的,适用特别法规定,特别法没有规定的,适用证券法。但是,行政法规与法律的位阶不同,不属于特别法与一般法的关系。那么,上述条文中的“行政法规另有规定”应当如何理解,其是否属于授权行政立法的条款,仅凭条文表述本身难以清晰判断。国务院可以依据授权制定行政法规,同时也有权进行职权立法,但两种不同的行政立法不可能同时并存于同一立法事项之上。即使政府债券、证券投资基金份额的上市交易规则属于国务院的职权立法事项,职权立法也要以尚未制定法律为前提。在已经制定了证券法的前提下,国务院只能出于执行证券法的目的而制定行政法规,且法规内容不得与证券法的规定相抵触。然而,证券法第2条第2款所要表达的意思是,行政法规另有规定的,优先适用行政法规的规定。“另有规定”显然是指与证券法不一致的规定。在已经制定了证券法的情形下,只有取得证券法的特别授权,行政法规才能作出与证券法不一致的规定,否则就违反了不抵触原则。由此可以推断出,证券法的上述规定实际上是授权立法条款。

“符合国家规定”“遵守国家有关规定”“国家另有规定的除外”等表述,是否具有授权立法的意图,也难以认定。这是因为,我国国家层面的规定,除了全国人大及其常委会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令外,还包括面广量大的国务院部门规章和规定,“国家规定”本身的含义与范围极不明确。

“违反国家规定”的表述在我国刑法中较为常见。例如,刑法第137条规定的工程重大安全事故罪、第186条规定的违法发放贷款罪、第190条规定的逃汇罪、第222条规定的虚假广告罪、第225条规定的非法经营罪等,都以“违反国家规定”作为犯罪的构成要件。刑法第96条专门对“违反国家规定”的含义与情形进行了解释,该条规定:“本法所称违反国家规定,是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。”按此解释,“国家规定”仅指全国人大及其常委会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。所有部门规章和规定,不管是法律授权制定的,还是经国务院授权或批准的,都被排除在“国家规定”之外。刑法对“违反国家规定”作出严格界定,目的是防止刑事处罚的扩大化。基于行政管理的客观需要,刑法对“国家规定”的严格解释不能适用于行政法域,授权立法条款必须明确“国家规定”的外延和制定主体。如果“国家规定”的外延和主体不明确,其结果很可能是没有主体去作规定,或是没有权限的主体越权作出规定。如果法条中的“国家规定”包括国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令,则立法者应在表述中予以明确。如果“国家规定”还包括部门规章、规定或者特指部门规章和规定,那更需要法律作出明确的授权立法的意思表示。根据立法法,国务院部门没有自主立法的权限,但实践中部门规章和规定的数量庞大,这其中既有法律或国务院授权或经国务院批准制定的规章和规定,也有部门自主制定的规章和规定。因此,“国家规定”是否应当限于法律或国务院明确授权部门制定的规章和规定,需要在授权立法的条文中予以明确。

2. 所授权限的明确性

法条授权普遍存在过于概括或模糊的问题,对行政立法的权限不作限定或不予明确的现象尤为突出,这种授权现象也被称为白纸授权或白纸委任。^[60]“对于行政机关的立法行为没有

[60] 参见前引[15],盐野宏书,第62页。

任何限制，人们无法预测行政机关在授权立法中应遵循的权力边界，从而导致公民权利义务处于不确定状态，也使行政权滥用的可能性增到了最大程度。”^{〔61〕}根据我国立法法，授权立法应当明确授权的目的、事项、范围、期限，以及被授权机关实施授权决定应当遵循的原则等。此外，在法条授权中，如果立法机关意在授权行政机关进行创制性立法，则应在法条中明确行政立法的权限范围，将创制性授权立法与执行性授权立法清晰区分开来。

（三）授权立法的审慎授权原则

“立法权是一种制定普遍适用之法律的权力，而行政权则是一种在某种特定情形下制定或适用法律的权力”，^{〔62〕}两者的权力属性有着本质区别。法律过度、频繁地授权行政机关进行创制性立法，容易架空宪法、法律的规定，甚至对宪法、法律所构建的法秩序以及国家立法权配置体制造成不良影响。因此，授权立法应当遵循审慎授权的原则。

法条授权根据内容可以分为管理事项授权和管理措施授权。^{〔63〕}对管理事项的授权立法最终仍需通过设定管理措施才能落实，而对公民权利产生直接影响的正是管理措施的设定和适用。因此，审慎授权原则对授权立法的规范，主要就是对行政机关设定限制权利的管理措施的规范。在我国现行法律中，小部分有关管理措施的授权针对的是行政处罚的设定，绝大部分授权都集中在许可管理措施的设定方面。就此而言，审慎授权行政机关设定行政许可，是法条授权落实审慎授权原则的关键。为建立与市场经济体制相适应的经济管理体制，自2000年起，我国在全国范围内开启行政审批制度改革。为规范行政许可的设定和实施，2004年的行政许可法不仅对可以设定行政许可的事项，以及行政许可的设定权限作了明确规定，还对法律之外的其他规范性文件设定行政许可作了严格的限制性规定。行政许可法对设定行政许可的严格限制，充分体现了设定和适用行政许可的审慎性原则。这不仅是为了保障个体权利与自由，更是基于削减许可事项以推动市场开放、放松许可条件以降低市场准入门槛、打破审批监管体制以破除建立新型监管体制的制度性障碍的整体考虑。

行政许可法是规范行政许可设定和适用的基本法律，相关规定需要通过单行法具体实施和执行。从行政许可的设定与适用看，审慎设定行政许可的基本原则在单行法上没有得到完全落实，不少法律特别是市场监管领域的法律，不仅滥设滥用行政许可，随意授权行政机关补充、增设行政许可的现象也极为普遍。^{〔64〕}若对单行法授权行政机关增设行政许可的行为不加约

〔61〕 前引〔43〕，高秦伟文，第55页。

〔62〕 前引〔12〕，韦德等书，第652页。

〔63〕 例如，保险法第100条第3款规定：“保险保障基金筹集、管理和使用的具体办法，由国务院制定。”保险法第107条第3款规定：“保险资产管理公司的管理办法，由国务院保险监督管理机构会同国务院有关部门制定。”这些属于关于行政管理事项的授权立法。水法第39条第1款规定：“国家实行河道采砂许可制度。河道采砂许可制度实施办法，由国务院规定。”对外贸易法第9条规定：“从事对外劳务合作的单位，应当具备相应的资质。具体办法由国务院规定。”这些属于设定管理措施的授权立法。

〔64〕 以保险领域行政许可的设定为例，1995年通过的保险法虽历经多次修正或修订，但许可管理措施的设定有增无减，设定的保险市场准入事项高达数十项。在这种情形下，保险法仍大量向行政机关授权增设行政许可的事项与条件，包括：第68条第7项授权行政法规和国务院保险监督管理机构规定设立保险公司的其他条件（增设许可条件）；第84条授权国务院保险监督管理机构规定应经批准的其他公司变更情形（增设许可事项）；第95条授权国务院保险监督管理机构规定应经批准的与保险有关的其他业务范围（增设许可事项）；第135条第2款授权国务院保险监督管理机构规定保险条款和保险费率审批、备案的具体办法等。根据保险法规定，所有保险业务都实现准入准营，每一准入准营许可除了必须符合保险法规定的条件外，还必须满足行政法规和国务院保险监督管理机构规定的其他条件。

束，将彻底改变行政许可法所构建的对法律之外的规范性文件设定行政许可的约束性制度，变相解除行政许可法对下位法设定行政许可的限制性规定。而且，在“部门立法”模式难有根本性改变的现状下，国务院部门在起草法律案的过程中，借法条授权的方式扩张行政许可的设定和适用也将难以得到控制。

基于上述理由，法条授权行政机关创设限制权利的管理措施，特别是授权行政机关设定行政许可，除了应受法律保留的拘束外，还应遵循审慎授权的原则。行政许可法对下位法设定行政许可的限制性规定，也应对授权设定行政许可起到间接的约束作用。立法机关授权行政机关设定行政许可的事项，原则上应限于专业性、技术性较强，立法机关确实没有能力作出具体规定的事项。对于法律已经明确列举规定了许可事项与条件的行政许可，原则上不应再授权行政机关增设行政许可事项与条件。此外，在法律草案审议环节，应当审慎对待法律草案中涉及部门权力与利益的授权条款，若授权设定行政许可的理由和依据不充分，则不应保留该授权条款。

Abstract: The National People's Congress and its Standing Committee delegate administrative legislation through decision-based authorization and statutory authorization. The former is strictly regulated by the Legislation Law while the latter is not subject to even the fundamental regulation and restraint. In China's legislative practice, statutory authorization is extensive and numerous, covering far broader and more complex matters than decision-based authorization and it is also difficult to distinguish between creative and executive authorized legislation. Regulating statutory delegated legislation has become a crucial issue in the construction of a law-based state. Particularly, creative statutory delegated legislation, which affects the rights and obligations of interested parties, requires special regulation. Statutory delegated legislation on matters relating to legal reservations provided for in the Constitution and laws should be regulated in accordance with the provisions on decision-based authorized legislation in the Legislation Law. For statutory delegated legislation arising from the enactment of laws, the provisions of the Legislation Law on decision-based delegated legislation should apply *mutatis mutandis*. To regulate the act of delegated legislation and prevent excessive delegation, the principles of necessity, clarity, and prudence should be adhered to in statutory delegated administrative legislation.

Key Words: statutory authorization, administrative legislation, creative delegated legislation, legal reservation, legislative system
