

论我国行政立法中的职权立法

喻 少 如

[摘 要] 行政立法分为职权立法和授权立法两种类型。西方国家强调行政立法的授权性,而我国现行体制强调行政立法的职权性。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,执行性、组织性、程序性的职权立法具有基于行政权的执行功能和裁量属性之上的正当性,但与授权立法相比,其内在缺陷是致命的。因此,有必要也有可能实现职权立法体制向授权立法体制的转变。

[关键词] 行政立法;职权立法;授权立法

[中图分类号] DF9 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2009)01-0033-04

行政立法以立法权的来源为标准,可以分为职权立法和授权立法两种不同的类型。职权立法是指行政机关根据宪法和有关组织法规定的职权所进行的行政立法,授权立法则是指行政主体依据宪法和组织法以外的法律、法规的授权或最高权力机关的特别授权决定而进行的立法。据此行政立法体制可以分别划分为“授权式行政立法体制”和“职权式行政立法体制”^[1](第 69 页)。比较中外行政立法制度可得知,西方国家强调行政立法的授权性,而我国现行体制强调行政立法的职权性。然而长期以来,行政机关职权立法在理论上一直是一个尚不明确的问题。有鉴于此,本文尝试对我国行政立法中的职权立法问题作出探讨。

一、有关职权立法的争论

自从 20 世纪 80 年代学界对我国立法体制和行政立法实践进行概括、分类而提出职权立法的概念以来,围绕着职权立法之有无、存废众说纷纭、争论不已。归纳起来,大致可以分为“肯定论”与“否定论”。争议的焦点主要集中在三大问题上:第一是我国有没有职权立法,它涉及对事实的判断;第二是职权立法在我国存在的合理性,它关乎宪法解释、行政与立法关系乃至整个行政立法体制的“合法性”等宏大宪法问题,其中充满了价值判断;第三则是假设职权立法具有存在的理由,其合法性要件有哪些,与授权立法的关系如何,可以说这是一个法规范的问题。

“肯定论”主要存在于 2000 年《立法法》颁行以前,其观点可归纳为:其一,明确肯定职权立法具有宪法和组织法的依据;其二,职权立法具有合理性、可行性:(1)从行政立法与权力机关立法的关系看,职权立法有其存在的合理性基础,它只是综合性、多层次立法权力体系的一种分权行使方式,不会造成对权力机关立法权的侵蚀,也并不违背法治原则;(2)从我国立法实践来看,行政机关进行职权立法,实际上早已有之;(3)职权立法与授权立法可以并行不悖^[2](第 97 页)。其三,在职权立法的合法要件上,肯定论者又分为两种意见,例如,有学者提出,职权立法,即指“行政机关为履行宪法和法律规定的职权,不管是否有具体的法律、法规依据,都可以自行制定行政法规、规章”^[3](第 16 页)。该说可称之为“全面肯定说”,实质上肯定在没有法律、法规授权依据的情形下,行政立法主体可以根据实际需要,在宪法、组织法

规定的职权范围内立法。另一种“肯定论”则将职权立法限定为执行性立法,将职权立法界定为“应指法定的行政机关依据其‘固有’的职权,并根据法律和其他上位法的规定精神,制定执行性行政法规或规章的一种立法行为”^[2](第96页)。该说明显意识到“全面肯定说”中职权立法权力过大会导致行政与立法关系失衡的危险,而强调职权立法的执行性特征。此说可称之为“部分肯定说”。

《立法法》颁布以后,持“否定论”的学者有增加的趋势,如罗豪才教授在他主编的自学考试教材中开始采取否定的观点,从而也修正了自己以前的看法^[4](第289页)。“否定说”有两大代表性意见:第一种意见认为行政立法只有授权立法,而没有职权立法,宪法、组织法对行政机关的授权属于“一般授权立法”,而根据法律或人大及其常委会授权的决议而进行的立法,则属于特别授权立法。如果说两者有什么不同,最多也仅仅是授权方式的不同而已^[5](第289页)。该说与“部分肯定说”在价值上有相通之处,同样存在着对行政权僭越立法权的担忧和恐惧。这种观点实际上导致讳疾忌医的结果,不利于研究、解释或规范行政职权立法。因为行政机关有没有“固有”立法权以及“职权”与“授权”的区别问题,涉及到对“固有”概念的理解和宪法条文的解释,该说可称之为“概念否定说”。第二种意见则是“实质否定说”或“取消说”。该说虽然承认我国存在职权立法的现实,但同时认为职权立法并不具备正当性,应当取消。其具体理由则有:职权立法的存在等于承认行政机关具备立法权的所有权,违背了民主和宪政原则;职权立法与我国的政体相矛盾;行政职权立法的存在造成职权立法与授权立法的混乱,削弱了授权立法的必要性^[6](第24页)。

二、基于职权立法的反思

行政立法的产生严格来讲是不符合宪政的精神的,宪政的目标就是建立有限政府,而其手段则是权力制衡。行政立法的出现对传统的三权分立制衡的宪政框架提出了挑战,“因为行政权若越积极、越不受限制地制造行政命令,对议会民主责任政治体制下国会的权威所造成的伤害就越大,且介于作为主权者之人民以及以人民名义制定之法规两者之间的民主距离也会益形拉大,到最后不仅会导致权力分立原则名存实亡,更有可能危害人民的基本权利,为独裁者造势”^[7](第216页)。因此,如何构建行政立法的正当性,一直是西方宪政和行政法治重要的主题。授权立法理论便是弥补传统立法机关能力不足与行政立法扩张的理论工具,其前提是基于这样的认知:即行政机关的立法权必须来自民意代表机关的授权或委托,这是行政立法正当性与合法性唯一依据。

英美法系和大陆法系的德国不承认行政机关拥有固有的立法职权。在日本、法国和我国台湾地区虽然有行政职权立法现象,但是日益受到严格控制。根据有关学者的归纳,在这些国家和地区,行政职权立法可以找到下列三种理论上的依据:(1)权力分立的理论。行政权执行法律,一方面可说是义务,另一方面也可说是其权力。因此在执行的层面,行政机关的职权既然已经组织法的概括授权,行政机关在此执行权限内可以拥有裁量权,只要不违背法律优先原则,行政机关可以不经个别法律的授权,直接发布执行命令。简而言之,职权立法的正当性基础在于行政机关的执行权限;(2)行政保留的理论。行政机关为了完成执行法律的任务,通过职权立法对行政内部组织性、程序性等事项加以规定,由于不产生直接约束相对人的外部效力,只能属于行政内部的权限,即行政的固有权,属于“行政保留”的范围,立法机关不能用法律加以干涉,司法机关不必受此类职权立法的拘束。(3)宪法特权理论。该论以宪法有特别授权行政机关拥有执行法定职权的权限作为理论依据。如前文所提及的我国职权立法“肯定论”者就是持这样的观点。

我国宪法未采取三权分立原则,而且规定了行政机关的职权立法权。但在概念基础上进行制度构造,不加区别或一般性否定或肯定行政职权立法或许很难理解我国职权立法的现实。不如分类研究,从现实需求和理论原则两个方面去求证职权立法在我国的合理性。这或许是一种“折衷论”。在笔者看来,这样几类行政职权立法在我国具有现实合理性和价值正当性。第一类是执行性职权立法。依据《立法法》第56条第2款第(一)项以及第71条第2款、第73条第2款第(一)项制定的行政法规、规章应属

于此类执行性立法。第二类是组织性、程序性职权立法。如最近国务院全体会议通过的《国务院工作规则》(2008年3月21日)第1条便明确:“第十一届全国人民代表大会第一次产生的新一届中央人民政府,根据《中华人民共和国宪法》和《中华人民共和国国务院组织法》,制定本规则。”第三类是属于给付行政领域的创设性行政立法。在我国台湾地区就有学者持这样的见解,“所谓‘法律保留’在台湾原不限于侵害保留,亦即应以法律定之者,或应有法律之授权者,并不限于侵害或限制人民之自由或权利之事项,抑且及于单纯授予人民利益或福利之事项。然而审视当前实务状况,如此广泛之法律保留根本做不到,法规命令有两种,其属于干预行政……者,必须有法律之授权;其属授益行政、授予人民利益者,只须本于法定职权(组织法上概括授权)即可订定”^[8](第553页)。

三、行政立法的趋势:从职权立法到授权立法

在中国现阶段行政立法具有两个典型特征:授权立法的宽泛模糊与依职权的行政立法。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,但如上文所述,职权立法在我国行政立法中占有非常大的比例,虽然《立法法》在划分法律和行政立法权限时采用了法律保留原则,但这种保留相当消极。除《立法法》所明确列举的事项不能用行政立法加以规定外,剩下的范围几乎都是行政机关的自由裁量空间。行政机关可以在广阔的范围内自由立法,毫无“不能涉及公民权利自由”这样的严格限制。

从比较法的视角来看,大陆法系的法国、德国以及日本在传统上,行政机关都有固有的立法权。但二战后,作为大陆法系两大脊梁的法国和德国在行政立法的理论和制度设计上却大相径庭。德国基本法在对行政立法权的控制上甚至比普通法系国家走得更远。唯有法国1958年宪法采取了强化行政职权立法的设计,成为一个特例。日本战后新宪法在列举日本内阁的职权内容时,规定“内阁为执行宪法和法律,有权制定政令,但没有法律的授权,政令中不得制定罚则”。在宪法肯定行政立法权的基础上,作为确立国家行政机关的机构设置及其职权的《国家行政组织法》以及进一步确立内阁地位的《内阁法》,再次确认了内阁及其所辖的国家行政机关的行政立法权。这两部法律再次强调,没有法律的授权,行政立法中不得涉及国民的权利义务,不得制定罚则。因此,在日本职权立法的范围和内容都受到了《日本国宪法》、《国家行政组织法》、《内阁法》中有关行政立法的但书规定的“没有法律授权,不得制定罚则”的严格制约。

反观我国行政立法,其重心仍然在职权立法之上。虽然执行性、组织性、程序性的职权立法具有基于行政权的执行功能和裁量属性之上的正当性,但是与授权立法相比,其内在缺陷是致命的。职权立法的权力来源于宪法、组织法的概括授权,这种“授权”是长期的、固定的、抽象的“空白授权”。这种最广泛的空白授权,在民主的层面上讲,否定了“传送带模型”原理,其民主正当性无从谈起;在法治的层面上讲,导致行政机关立法裁量权过大,难以制约,损害了法治,从而削弱权力机关的权威,危害人民主权原则的实现,因此有必要实现职权立法体制向授权立法体制的转变。

我国宪法蕴含着这种转变的要求。围绕着职权立法的合法性,人们争议的焦点是如何解释宪法第89条第一项。对于这一条文,人们有两种截然不同的理解。一种解释是主张宪法肯定行政职权立法,即行政机关只要有组织法上的职权而无须行为法上的具体授权即可立法;另一种解释则认为该条款“充分反映了国务院的执行机关性质,反映了国务院制定行政法规不是独立的立法权,而只是‘根据宪法和法律’作出具体化的规定,不可以创事设置”^[9](第346页)。笔者赞同后一种解释。宪法的文字是概括性的,任何宪法条文都不可“断章取义”而孤立地加以解释。联系宪法第58、62、67条,制宪者设计的是一个我们耳熟能详的人民代表大会制的政体。在这个政体内,全国人大及其常委会行使国家立法权,国务院的立法权只能属于从属的地位。因此,不能认为国务院可以无需根据法律制定行政法规,国务院制定行政法规必须同时根据宪法和法律的相关规定。

人大立法的加强和授权的灵活性也为职权立法转向授权立法奠定了现实基础。纵观世界各国行政立法的历史,职权立法活跃一般出现在分权原则不彻底和民意代表机关功能未彰、权威失落的时期。令

人欣喜的是,我国权力机关近几十年来取得了长足的进步,尽管还有不尽如人意之处,但人大的权威性逐步得到提升已成为有目共睹的事实。最后,行政立法研究的深化可以为职能立法转向授权立法提供理论支持或观念基础。我国关于职权立法的争论之所以令人困惑,首要因素就是宪法对人大和行政的权限界定过于原则,而宪法解释和违宪审查一直缺位;除此之外,研究视角单一恐怕也是重要的原因,因而难免陷入非此即彼的思维困境。比如,我国关于行政立法的分类大多采用主体标准、职权标准,而德、日等大陆法系国家均采用是否影响公民权利义务的“内部、外部”关系来区分行政立法,并通过区分“内部、外部”关系导出行政立法的权力来源,进而分别赋予其不同的法律效力。现在愈来愈多的学者认识到,必须重新检讨我国行政立法的分类及其制定依据,应根据对公民权益影响的标准而非权力标准寻求行政立法的合法性。行政机关对内制定组织性、程序性、裁量性的行政规则,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,只须根据组织法对其一般职权的规定就可以制定。相反,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,而不能直接根据组织法对其职权的概括规定来制定。

总之,在现阶段,规范我国的行政立法首先必须压缩行政机关职权立法的权限与范围,使其不得限制公民的权利或增加公民的义务。同时配合公众参与的强化、正当程序的构建以及司法审查的启动,从而使行政立法权的行使回归到民主、法治、宪政的轨道上来。

[参 考 文 献]

- [1] 张 涛:《论授权式行政立法体制的确立》,载《行政法学研究》2006 年第 4 期。
- [2] 陈章干:《关于行政机关依职权立法问题》,载《现代法学》1999 年第 3 期。
- [3] 陈斯喜:《论我国立法权限的划分》,载《中国法学》1995 年第 1 期。
- [4] 罗豪才:《行政法学》,北京:北京大学出版社 2000 年版。
- [5] 杨海坤:《跨入 21 世纪的中国行政法学》,北京:中国人事出版社 2000 年版。
- [6] 曾祥华:《职权立法应当取消》,载《人大研究》2005 年第 9 期。
- [7] 许宗力:《法与国家权力》,台湾:月旦出版社有限公司 1993 年增订二版。
- [8] 汤德宗:《行政立法之研究》,转引自翁岳生编《行政法(2000)》(上册),北京:中国法制出版社 2002 年版。
- [9] 蔡定剑:《宪法精解》,北京:法律出版社 2004 年版。

(责任编辑 车 英)

Authority Legislation of Administrative Legislation in China

Yu Shaoru

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Abstract: The authority legislation differs from delegated legislation. In Western countries, administrative legislation is a kind of delegated legislation; but in our country, present system emphasis authority legislation. The executive, the organic, and the procedural authority legislation are based on justification of the executive function and the administrative discretion of the executive power, but comparing with the authorized legislation, its intrinsic flaw is fatal. Therefore, transformation from authority legislation to authorized legislation is necessary and feasible.

Key words: administrative legislation; authority legislation; delegated legislation