

立法权转授的合法性控制

陈明辉

内容提要:作为授权立法的一种特殊形式,立法权转授是指立法者将经由授权获得的立法权部分或者全部授予其他主体的行为。西方法治国家有“授权的权力不能再转授”之法谚,对立法权转授严格控制。禁止权力转授的理据在于,权力转授辜负了授权者的信任,有违职权法定原则。立法权的转授还会带来不同法律文件之间效力的混乱,引发低位阶立法掏空高位阶立法的风险。我国《立法法》第12条确立的禁止立法权转授原则仅限于禁止国家立法权的转授,并不适用于其他层级的立法权转授以及法条授权立法的转授。立法权转授是我国法治实践中值得关注的一类现象,它已经对罪刑法定、税收法定和法律保留等形式合法性原则产生了不小的冲击。为将立法权转授纳入法治轨道,立法者应考虑扩大禁止立法权转授的适用范围,限制立法权转授的层级和方式,同时完善跨层级授权立法的制度通道,并将立法权转授纳入备案审查和法院附带审查的范围。

关键词:授权立法 立法权转授 禁止权力转授 法律保留 立法法

陈明辉,北京理工大学法学院助理教授。

一 问题的提出

由于现代国家职能的扩张,立法的需求越来越大。囿于立法能力的限制,越来越多的立法机关将自己的角色限定于框架立法,而将大量具体事务的立法权授予其他机关。^[1]毋庸置疑,授权立法已经成为世界范围的普遍现象,国外有法官直言立法机关离开了授权立法将一事无成。^[2]我国《立法法》将授权立法视为权力的动态调整机制,立法机关可就绝对法律保留事项外的所有其他事项进行授权立法。^[3]从我国法治实践来看,我们也

[1] See William Wade, *Administrative Law*, 11th edition, Oxford University Press, 2014, p. 723.

[2] See Hermann Pünder, Democratic Legitimation of Delegated Legislation: A Comparative View on the American, British and German Law, 58 *The International and Comparative Law Quarterly* 353, 355 (2009).

[3] 参见秦小建:《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168页。

极其倚重授权立法这一手段,近年来的重大改革几乎都是运用授权立法完成的。在轰轰烈烈的授权立法之下,一种特殊的授权立法现象正在形成,这就是立法权转授。但是,立法权的授出和转授不应没有边界,如果授权立法的范围和方式不断扩张,它迟早会突破法治所能承受的极限。^[4]

立法权转授有违授权立法的初衷,不利于对授权立法的监督,因此,立法学上一般以禁止权力转授原则来对其进行控制。我国《立法法》第 12 条第 2 款也明确规定:“被授权机关不得将被授予的权力转授给其他机关。”但对于什么是立法权转授、该条款是否禁止所有的立法权转授,法学界尚存争议。实践中,禁止立法权转授作为控制授权立法的一道闸门不断受到冲击,行政机关基于立法权转授制定了不少法规、规章和其他规范性文件。这些二次甚至三次转授权立法,非但不会与上位法相抵触,反而凭借上位法的层层授权获得合法性加持。在一些行政诉讼案件中,尽管不断有当事人援引《立法法》第 12 条第 2 款质疑立法权转授行为的合法性,但常常得不到法院的支持。^[5]而在一些刑事案件中,某些地方政府基于立法权转授制定的行政规范性文件直接成为了入罪的法律依据。^[6]国内已有部分研究关注到立法权转授现象,^[7]并建议对立法权转授进行监督,^[8]但还鲜有研究意识到立法权转授的普遍性,更无专门、系统研究立法权转授的著述。究竟什么是立法权转授,立法权转授给法治建设带来了怎样的影响,以及如何对立法权转授进行控制,这些正是本文尝试回答的问题。

二 立法权转授的界定

(一) 立法权转授的概念

转授权,又称再授权或二次授权(sub-delegation),是指被授权者将经由授权获得的权力再授予第三方的行为。^[9]理论上存在两种不同层面的授权:一是职权设定层面的授权,即人民通过宪法和法律配备给国家机关一定的固有权;二是职权转移层面的授权,即国家机关将自己的固有权授予其他主体。^[10]洛克在《政府论》中提出:“立法机关不能把制定法律的权力转让给任何他人;因为既然它只是得自人民的一种委托权力,享有这

[4] See Peter H. Aranson, Ernest Gellhorn & Glen O. Robinson, Theory of Legislative Delegation, 68 *Cornell Law Review* 1, 6 (1982).

[5] 参见孙某英、宣城市宣州区人民政府、宣城市人民政府行政征收补偿决定及行政复议案,安徽省高级人民法院(2020)皖行终 513 号行政判决书。类似案例还可参见戴某琴等与江苏省人民政府征地补偿行政复议纠纷上诉案,江苏省高级人民法院(2009)苏行终字第 0091 号行政判决书。

[6] 参见张某飞、张某飞等非法捕捞水产品案,贵州省德江县人民法院(2021)黔 0626 刑初 222 号刑事附带民事判决书。

[7] 参见赵一单:《央地两级授权立法的体系性思考》,《政治与法律》2017 年第 1 期,第 93 页;李猛:《中国自贸区授权立法问题研究》,《甘肃政法学院学报》2017 年第 2 期,第 94 页;李德旺:《基于暂停法律适用的立法授权研究》,《现代法学》2021 年第 4 期,第 177 页。

[8] 参见张明哲:《论我国授权立法的监督》,《行政法学研究》2007 年第 1 期;焦洪昌、曹舒:《全国人大常委会授权暂停法律适用的合宪性分析》,《人大研究》2020 年第 5 期,第 9-10 页。

[9] See William Wade, *Administrative Law*, 11th edition, Oxford University Press, 2014, p. 747.

[10] 参见胡建森:《有关中国行政理上的行政授权问题》,《中国法学》1994 年第 2 期,第 73 页。

种权力的人就不能把它让给他人。”^[11]显然洛克把职权设定看成了第一次授权,而把国家机关授出法定职权的行为界定为了转授权。在美国联邦最高法院早期的判例中,也有法官主张国会之所以不能将立法权授予给总统,因为国会立法权来自于人民的授权,而授权的权力不能转授权。^[12]如今,在授权立法的语境中,授权的概念有所窄化。授权专指法定职权的转移,而将基于职权转移获得的权力再转授出去才是转授权。

在公法领域,转授权包括了立法权的转授、行政权的转授和司法权的转授等类型。其中,立法权转授是指被授权者将经由授权获得的立法权部分或者全部授予给其他主体的行为。基于立法权转授制定的法律文件则被称为转授权立法或次级授权立法。立法权转授可以用一个公式来表达,即A机关在B机关的法定职权之外,将某项立法权授予B机关,而B机关又将这部分立法权部分或者全部授予C机关。反向推导过来就是,某一法律规范是根据上位法的授权制定的,而该上位法又来自更上位的法律规范的授权。不过,立法权转授不一定要以事先授权的方式实现,上位法将某项立法权授予给下位立法者,其他立法者在行使该项立法权后报请上位立法者批准,也构成立法权转授。^[13]

(二)立法权转授的特征

在我国,立法权往往以“由XX机关规定”的方式授出,这导致获得转授立法权的主体可能采用法规或规章的立法形式,也可能以其他规范性文件的形式立法。有鉴于此,本文对立法权持广义的理解,即只要是制定反复适用的抽象性规则即属于行使立法权。归纳起来,立法权的转授具有以下特征:第一,立法权转授是一种立法行为,它通过两次或两次以上的授权立法将立法权从一个主体转移至另一个主体;第二,立法权转授主要通过法律、法规、规章和其他规范性文件完成,但有时立法权转授也可通过决定、命令、批准、批复等方式实现;第三,立法权转授一般是无期限授权,紧急立法中的立法权转授则有固定期限;第四,立法权转授往往以法条授权的方式出现,行政立法是立法权转授最为集中的领域,因此转授权立法相当隐蔽,也比普通的授权立法更难监督。

我国立法权的配置结构较为特殊,这给识别我国法律体系中的立法转授权带来了很大困难。一般而言,立法有两个基础类型——初级立法(primary legislation)和次级立法(secondary legislation)。初级立法属于创制性立法,无需上位法授权,而次级立法基本上都是执行性立法,需要上位法的授权才能在特定范围内就特定事项进行立法。在英美法上,原则上只有代议机关才享有创制性立法权,美国的行政机关没有创制性立法权,英国行政机关仅在其特权(prerogative)的名义下享有非常有限的创制性立法权。^[14]在这种立法权二元结构之下,行政立法权几乎都属于授权立法。但在中国法上,国务院和设区的市以

[11] [英]洛克著:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第89页。

[12] See Patrick W. Duff & Horace E. Whiteside, *Delegata Potestas Non Potest Delegari: A Maxim of American Constitutional Law*, 14 *Cornell Law Review* 168, 173-174 (1929).

[13] 这种事后的转授权立法在税收领域相当普遍,相关梳理可参见侯卓:《“经国务院批准”的税法意涵》,《法学评论》2020年第5期,第66-76页。

[14] See Hermann Pünder, *Democratic Legitimation of Delegated Legislation: A Comparative View on the American, British and German Law*, 58 *The International and Comparative Law Quarterly* 353, 356-357 (2009).

上地方人大同时享有职权立法、执行立法、授权立法这三种不同性质的立法权,^[15]并且长久以来职权立法和执行立法普遍被视为初级立法,它们作出的授权立法不构成立法权转授。

授权立法又有两种形式:一是特别授权立法,即通过授权决定作出的授权立法,全国人大及其常委会的一系列授权立法决定即属此类;二是法条授权立法,即立法机关在其法律法规的具体条款中作出的授权立法。例如,《教育法》第 84 条第 2 款规定:“宗教学校教育由国务院另行规定。”^[16]我国立法工作部门倾向于将《立法法》第 9 条规定的全国人大及其常委会授权国务院制定行政法规限缩解释为特别授权立法,而不承认法条授权立法。法条授权立法和执行立法反倒被归为一类,被统称为配套立法。^[17]立法工作部门的理由是:第一,法条授权立法与执行性立法很难区分,第二,将根据法条授权制定的有关规定归于执行性立法,有助于加强对专门授权决定的规范。^[18]

此种对授权立法的限缩解释并非规范层面的圆满答案,而是未找到确切识别法条授权立法与执行立法的权宜之计。从理论上讲,只要发生了立法权力在不同主体之间的转移,就属于授权立法。将执行立法排除在授权立法范围之外已经相当具有中国特色,再否定法条授权的授权立法性质就未免走得太远了。在世界范围内,法条授权立法比特别授权立法更为普遍,授权立法主要是指法条授权立法。如美国法上的禁止授权判例涉及的授权立法几乎都是法条授权立法。^[19]我国香港地区也将法条授权视为授权立法的主要形式。^[20]

从我国立法实践来看,执行立法与法条授权立法的区别相当明显。首先,作出授权的方式不同。执行立法近似于职权立法,如果只是具体化,并不需要法律、法规和规章的专门授权,规章以下的行政规范性文件也可以对法律法规和规章的执行进行具体化。^[21]即便有专门的授权条款,也是在法律、法规和规章的最后以专门条款规定。如《房产税暂行条例》第 10 条规定:“本条例由财政部负责解释;施行细则由省、自治区、直辖市人民政府制定,抄送财政部备案。”法条授权立法一般是在规定某些具体事项时以“由××机关作出规定”“由××机关另作规定”“由××机关特别规定”“由××机关补充规定”“由××机关变通

[15] 例如,根据《立法法》第 65 条第 1 款的规定,国务院有权为法律的执行事项制定行政法规,有权就《宪法》第 89 条规定的国务院行政管理职权事项制定行政法规。而根据《立法法》第 9 条的规定,全国人大及其常委会可授权国务院对于某些法律未规定事项制定行政法规。地方性法规同样包括三种:就地方性事务进行的地方立法,为执行法律、行政法规进行的地方立法,以及根据法律、行政法规授权进行的地方立法。

[16] 参见乔晓阳主编:《中华人民共和国立法法讲话》(修订版),中国民主法制出版社 2008 年版,第 94 页;徐向华主编:《立法学教程》(第二版),北京大学出版社 2017 年版,第 146 页。

[17] 参见许安标:《配套法规建设与法律的有效实施》,《华东政法大学学报》2008 年第 1 期,第 111 页。

[18] 参见武增主编:《中华人民共和国立法法解读》,中国法制出版社 2015 年版,第 64 页。

[19] 参见高秦伟:《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 55-66 页;[美] Keith E. Whittington:《禁止授权原则的迷思》,载章剑生主编《公法研究》(第 19 卷),宋华琳、李美郡译,浙江大学出版社 2019 年版,第 163-214 页。

[20] 据香港特区立法会制定的参考手册介绍:“立法会的主要立法权力,由《基本法》第七十三条第(一)项所赋予,而制定附属法例的权力,则由个别条例的有关条文授予获转授权力的当局,包括行政长官和其他官员。”参见《香港特别行政区立法会历史、规则及行事方式参考手册》,香港特别行政区立法会:https://www.legco.gov.hk/general/cn/procedur/companion/chapter_11/chapter_11.html,最近访问时间[2023-02-12]。

[21] 参见王留一:《论行政立法与行政规范性文件的区分标准》,《政治与法律》2018 年第 6 期,第 119 页。

规定”等方式授出。^[22] 同样以《房产税暂行条例》为例,该条例第7条规定:“房产税按年征收、分期缴纳。纳税期限由省、自治区、直辖市人民政府规定。”当然,法条授权立法中的“××机关”必须是制定该法律文件之外的机关,否则不构成转授权。^[23]

其次,立法的形式不同。执行立法一般以实施办法、实施细则、实施条例的形式制定,而法条授权立法则直接以条例、办法的形式制定。例如,《教育法》第84条第2款规定“宗教学校教育由国务院另行规定。”对此,国务院在其制定的《宗教事务条例》第三章“宗教院校”进行了专门规定。国务院宗教事务局又根据《宗教事务条例》制定了《宗教院校管理办法》。再如,《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。”对此,国务院制定了《大中型水利水电工程建设征地补偿和移民安置条例》。并且,执行立法与法条授权立法是分开进行、并行不悖的。例如,《食品安全法》第27条规定:“食品安全国家标准由国务院卫生行政部门会同国务院食品安全监督管理部门制定、公布,国务院标准化行政部门提供国家标准编号。”国务院制定的《食品安全法实施条例》并未对该条进行具体化,而是又专门制定了《食品安全国家标准管理办法》作出具体规定。

法条授权立法之所以不能与执行立法混为一谈,是因为二者的立法范围与效力存在重大差别。在立法范围上,法条授权立法可以突破被授权主体原有的立法范围,而执行立法必须在被授权主体原有职权立法范围之内。在法律效力上,虽然二者同为次级立法,但法条授权立法可以对上位法进行变通,而执行立法必须严守不得与上位法相抵触的原则。故而,对立法权转授的观察和认定不应局限于特别授权立法,也要看到大量法条授权立法引发的转授权问题。此外,如果以执行立法为名行授权立法之实,同样会产生立法权转授的效果。换言之,判断一部规范性文件究竟属于执行立法还是授权立法,不能光看形式,还应当结合具体内容进行判断。^[24]

(三) 立法权转授的形态

按照授权主体来划分,立法权转授主要有以下几种情形:第一,全国人大将其某项专属立法权授予全国人大常委会,后者又将其转授给其他国家机关。譬如,2020年全国人大通过《关于建立健全香港特别行政区维护国家安全的法律制度和执行机制的决定》授权全国人大常委会制定《香港特别行政区维护国家安全法》,而《香港特别行政区维护国家安全法》第43条又授权香港特区行政长官会同香港国安委制定《香港特别行政区维护国家安全法第43条实施细则》。第二,全国人大或其常委会将某项立法权授予国务院或地方人大,后者再将其授给其他国家机关。例如,《畜牧法》第39条第3款规定:“省级人民政府根据本行政区域畜牧业发展状况制定畜禽养殖场、养殖小区的规模标准和备案程

[22] 参见邢伟星:《何为授权立法条款?——基于我国现行法律的分析》,《西部法律评论》2022年第1期,第118-119页。

[23] 例如,《动物防疫法》第69条第2款规定:“执业兽医资格考试办法由国务院农业农村主管部门商国务院人力资源主管部门制定。”据此,农业农村部制定了《执业兽医资格考试管理办法》。该办法第33条规定:“外国人参加执业兽医资格考试的办法由农业农村部另行规定。”由于农业农村部的该办法并没有将制定外国人参加执业兽医资格考试的权力交给其他机关,此种情况并未发生立法权的转移,因此不属于立法权转授。

[24] 参见冯铁拴:《论税法实施条例的功能定位与立法边界》,《甘肃政法大学学报》2021年第3期,第80-82页。

序。”据此,山东省畜牧兽医局和山东省环境保护厅联合制定了《山东省畜禽养殖场(养殖小区)规模标准》,但该文件仅列举了七类畜禽的规模标准,而将其他畜禽的规模标准授予各设区的市根据本地实际确定。第三,国务院将其职权立法事项授予国务院部委或省级人民政府,后者再将其授权给其他国家机关。例如,《船员条例》第 69 条第 2 款规定:“渔业船员的管理由国务院渔业行政主管部门负责,具体管理办法由国务院渔业行政主管部门参照本条例另行规定。”农业农村部据此制定的《渔业船员管理办法》第 11 条又将部分渔业船员证书的考试、考核、发证权限授予给省级渔政渔港监督管理机构制定。第四,设区的市以上的地方人大及其常委会将某项地方性事务的立法权授予同级人民政府或下级人大,后者再将其授权给其他国家机关。近几年来,地方人大进行授权立法的需求日趋增长,上海、浙江、福建、重庆等地都出现了地方人大授权立法的例子。^[25] 这些地方授权立法有可能引发立法权转授。

从立法权转授的结果来看,立法权转授可分为先行先试型立法权转授、补充型立法权转授和变通型立法权转授这三种类型。其中,先行先试型立法权转授是指最上位的立法机关尚未对某事项立法,而授权下位立法者先行先试,下位立法者又将其中某些事项的立法权授予其他机关。例如,深圳市的特区立法权是根据全国人大常委会的授权决定获得的,据此制定的《深圳经济特区中医药条例》第 33 条又授权深圳市中医药管理部门和医疗保障部门制定中医药专业技术人员的管理办法。补充型立法权转授,是指最上位的立法机关授权下位立法者对上位法的有关规定进行补充,后者又将该项立法权授予其他机关。例如,《渔业法》第 30 条规定:“禁渔区和禁渔期由国务院渔业行政主管部门和省级人民政府的渔业行政主管部门来规定。”农业农村部发布的《关于长江流域重点水域禁捕范围和时间的通告》一方面划定了自 2021 年 1 月 1 日 0 时起为期 10 年的禁捕期,另一方面又授权有条件的地方在此之前实施禁捕。根据农业农村部的转授权,长江流域不少沿线城市将禁捕期提前到 2021 年 1 月 1 日之前。^[26] 变通型立法权转授,是指最上位的立法机关作出的授权立法允许下位立法者对上位法进行变通或暂停适用,而后者又将该项立法权授予其他机关。这种类型的转授权立法会导致最下位的法律文件变更最上位的法律文件。囿于见识有限,笔者尚未发现变通型转授权立法的实例,但随着变通型授权立法范围的不断扩大,逻辑上此类立法权转授可能会出现甚至已经出现。

三 禁止立法权转授的依据

(一) 禁止立法权转授的理论依据

对于转授权行为,西方法治国家有法谚云:“授权的权力不能再转授”(*Delegatus Non-Potest Delegare*),在实践中奉行禁止权力转授原则。该原则的核心内涵是,除非有授权者

[25] 参见周宇骏:《论地方国家权力机关的授权立法:问题与理据》,《福建师范大学学报(哲学社会科学版)》2017 年第 2 期,第 40 页。

[26] 如武汉市人民政府《关于长江汉江武汉段实施全面禁捕的通告》规定:“自 2020 年 7 月 1 日 0 时起,长江、汉江武汉段实行为期 10 年的全面禁捕。”

明确或默示的许可,被授权者不能将授权者授予的权力转授出去。^[27] 据考证,该原则最早存在于私法领域,后来被柯克勋爵(Edward Coke)运用于公法。^[28] 尽管现实中并没几个国家明确规定这样一项法律原则(principle),更没有将其视为一条普遍适用的法律规则(rule),这条原则在普通法上还是得到了相当程度的尊重。^[29]

在原初的私法语境下,禁止权力转授的理由很简单,那就是转授行为超出了授权人的授权范围,违背了授权人的初衷。授权是基于授权人对被授权人的信任,这份信任包括道德品质、行为能力和责任能力等多个方面。如果被授权人未经授权人同意擅自将授权事项转授他人,会给授权人带来难以预料的风险。公权力主体处于法律规定的层级关系之中,禁止权力转授的理由更为充分。根据职权法定原则,法定职权的主体、内容、边界和程序都应当由法律明确规定,非经法律的额外授权不得委托或者授予其他主体。^[30] 举轻以明重,法定职权的授出尚且需要法律的额外授权,处分经授权而获得的权力当然更需要法律的额外授权了。

除了有违授权者的信任和职权法定原则之外,禁止立法权转授还有更为重要的原因。立法行为与其他权力行为不同,立法制定的法律文件有效力位阶之别,被授权主体根据授权制定的法律文件虽然名义上是下位法,但它与授权主体制定的法律文件处于同一效力位阶。^[31] 我国不少经法律授权制定的地方性法规就与法律处于同一效力位阶,并且在特定区域或事项上还优先适用。^[32] 如果是补充型授权立法,相关立法还不至于相互抵触,但如果是变通型授权立法,情况将会变得更为复杂。在变通型授权立法中,被授权主体根据授权立法制定的法律规范性文件效力相当于上位法的特殊法,其效力要优先于授权主体制定的其他法律规范性文件。譬如,2021年,全国人大常委会授权上海市人大及其常委会制定浦东新区法规的权力,并且允许其在遵循宪法规定以及法律和行政法规基本原则的前提下,对法律、行政法规和部门规章进行变通。如此一来,浦东新区法规与法律处于同一效力位阶。^[33] 一旦允许此类立法权转授,那么最下位的立法将有机会架空最上位的法律,而且很难认定根据立法权转授制定的法律文件的效力位阶。^[34]

英国公法学者威廉·韦德认为:“权力合法行使的一个基本要求是,它应当由被授予

[27] 我国台湾地区将其表述为“再授权禁止原则”。参见林昱梅:《审计准则公报与再授权禁止原则》,我国台湾地区《月旦法学教室》2008年第74期,第20-21页。

[28] See Patrick W. Duff & Horace E. Whiteside, *Delegata Potestas Non Potest Delegari: A Maxim of American Constitutional Law*, 14 *Cornell Law Review* 168, 168-172 (1929).

[29] See Patrick W. Duff & Horace E. Whiteside, *Delegata Potestas Non Potest Delegari: A Maxim of American Constitutional Law*, 14 *Cornell Law Review* 168, 195 (1929). 例如,澳大利亚在1961年的一个案件中运用该原则否定了一项转授权立法的效力。参见邓世豹著:《授权立法的法理思考》,中国人民公安大学出版社2002年版,第193页。再如,印度在多个判例包括2019年的一个比较新的案例都确认了这一原则。See Riddhi Agrawal, *Sub-Delegation in Administrative Law*, *Law Column* (June 12, 2021), <https://www.lawcolumn.in/sub-delegation-in-administrative-law/>, 最近访问时间[2023-02-12]。

[30] 参见叶必丰:《行政机关间的事务委托和职权委托》,《中国法学》2022年第3期,第49页。

[31] 参见王锴:《法律位阶判断标准的反思与运用》,《中国法学》2022年第2期,第24页。

[32] 参见王春业:《论我国“特定区域”法治先行》,《中国法学》2020年第3期,第124页。

[33] 参见姚魏:《论浦东新区法规的性质、位阶与权限》,《政治与法律》2022年第9期,第39页。

[34] 参见王名扬著:《英国行政法、比较行政法》,北京大学出版社2016年版,第103页。

权力的主体行使,除此之外的任何人都不能行使。”^[35]但禁止权力转授并不是均等地适用于所有类型的国家权力。如果授出的权力具有立法或司法性质,公法上的一般规则是此类权力必须由法律规定的主体行使,国家机关不得将这些权力和职责转授他人,但具有行政特征的权力可以转授出去。^[36]禁止立法权转授与禁止司法权转授的程度也不一样。司法权的行使需要较高的专业技能,加上审级限制,司法权属于绝对不能转授的权力。^[37]立法权转授并非绝对禁止,某些情形下的立法权转授是可以接受的。但对何种情形下立法权可以转授,理论上未有确切的标准。英美法学者通过梳理普通法上一系列判例,归纳出适用禁止权力转授原则的几条教义:第一,禁止权力转授原则适用于立法权转授;第二,如果是以全权(plenary)方式作出的授权,那么这种情况不适用禁止权力转授原则;第三,如果授权是严格的意义上(in the strict sense)的授权,那么禁止在没有明示或明确暗示的情况下进行转授权;第四,禁止权力转授并不是毫无例外地适用于所有情形,在特定情况中是否适用该原则取决于法规本身授出的权力的性质。^[38]在日本法上,则有三种不同的理论观点:一是作为通说的否定说,即只要授权法事先没有承认转授权,那么转授权无效;二是消极说,即如果转授权事项是制定罚则,那么转授权无效;三是附加条件的肯定说,即如果转授权附加了一定的条件(如限定转授权的范围等),那么转授权有效。^[39]

(二) 禁止立法权转授的法律依据

现行《立法法》第 12 条第 2 款规定:“被授权机关不得将被授予的权力转授给其他机关。”这是我国《立法法》自 2000 年制定之初就确立的一项限制授权立法的原则性规定。二十多年来,这一条的内容和位置一直没有任何改动。如果我们只看字面意思,而不考虑该条款所在的位置,很容易将该条款理解为我国的禁止权力转授原则。^[40]比如,在一些行政案件中,就有行政相对人援引《立法法》第 12 条要求法院否定行政权转授的合法性。^[41]但按照体系解释的方法,《立法法》第 12 条是在第二章“法律”之下,该条款仅适用于国家立法权的转授。根据乔晓阳主编的《中华人民共和国立法法讲话》对禁止立法权转授条款的解读,“被授权机关不得将该项权力转授给其他机关”有着明确的范围,它仅仅指不得转授国家立法机关以授权决定方式授出的立法权,具体包括:“国务院不得以任何方式将被授予的权力转授给任何国务院所属部门、地方权力机关和地方政府;地方人民代表大会不得以任何方式将被授予的权力转授它的常务委员会;地方人大及其常委会不得以任何方式将被授予的权力转授给同级人民政府,以及它的下级权力机关或人民政

[35] William Wade, *Administrative Law*, 11th edition, Oxford University Press, 2014, p. 259.

[36] See Connie L. Mah, *Administrative Law: The Basics*, 31 *Law Now* 32, 35 (2007). 另可参见[美]理查德·J.皮尔斯著:《行政法》(第五版),第一卷,苏苗罕译,中国人民大学出版社 2016 年版,第 105-108 页。

[37] See Bogdan Iancu, *The Constitutional History of Delegation: Rules and Changes*, Springer, 2012, p. 80.

[38] See J. F. Northey, *Sub-Delegated Legislation and Delegatus Non Potest Delegare*, 6 *Res Judicatae* 294, 303 (1953).

[39] 参见[日]平冈久著:《行政立法与行政基准》,宇芳译,中国政法大学出版社 2014 年版,第 38-39 页。日本最高法院曾在多个刑事判决中认可了罚则的立法权转授。参见[日]室井力主编:《日本现代行政法》,吴微译,中国政法大学出版社 1995 年版,第 67 页。

[40] 参见童之伟:《将监察体制改革全程纳入法治轨道之方略》,《法学》2016 年第 12 期,第 8 页。

[41] 参见杨某诉吉林省人民政府土地行政复议案,吉林省长春市中级人民法院(2018)吉 01 行初 277 号行政判决书。

府。”^[42]2015年,全国人大常委会法工委新编写的《中华人民共和国立法法解读》又重申了这一立场。^[43]

我国立法工作部门将授权立法严格限定为全国人大及其常委会以决定方式作出的授权立法,而不包括法条授权立法。这实际上对授权立法作了两方面的限缩:一是授权立法的主体只能是全国人大及其常委会,二是授权立法的方式仅有授权决定这一种方式。照此理解,《立法法》第12条的禁止立法权转授条款也仅仅适用于全国人大及其常委会的特别授权立法,而不适用于法条授权立法或其他立法机关的特别授权立法。^[44]这种高度形式化的概念限缩带来的问题是,那些被排除在禁止立法权转授条款之外的实质性转授权立法效力如何?毕竟,除了《立法法》第12条外,《立法法》第96条还规定法律、法规、自治条例和单行条例、规章如果“超越权限”,可由有关机关改变或撤销。对于规章之下的规范性文件,根据《最高人民法院关于〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第148条的规定,“超越法律、法规、规章的授权范围”也被视为“规范性文件不合法”的情形之一。假如一部法律规定某事项由国务院规定,国务院却将该项授权转授给省级人民政府,那么省级人民政府以规章或行政规范性文件的形式作出的具体规定是否构成超越权限呢?从现有立法资料来看,立法者似乎并未考虑这个问题。^[45]

那么,法院对《立法法》第12条适用范围外的立法权转授是何态度呢?笔者在裁判文书网上搜集的案例显示,法院基本趋向于认可转授权立法的合法性,从未以禁止立法权转授或超越权限否定立法权转授行为的效力。例如,在张先著诉芜湖市人事局具体行政行为违法纠纷案中,法院认为只要转授权立法的规范性文件与上位法不冲突,即未突破高位阶法设定的范围,也未突破高位阶法的禁止性规定,那么该规范性文件就属合法有效的规范性文件。^[46]再如,在孙文英诉宣州市人民政府案中,原告孙文英认为《国有土地上房屋征收与补偿条例》第20条第1款、《国有土地上房屋征收评估办法》第4条第1款均规定房地产价格评估机构选定办法由省、自治区、直辖市制定,但安徽省却将制定选定办法的权力转授给了市政府,因此,市政府制定的选定办法违反了《立法法》第12条。对此,法院似乎认为《立法法》第12条不适用于案中情形,因而未正面回应原告主张,而以其他理由判原告败诉。^[47]

同样的情形还可参见戴月琴等诉江苏省人民政府案。原告戴月琴等认为:“江苏省人大制定的《江苏省土地管理条例》,将征地补偿费用的具体标准授权设区的市人民政府制定,是将全国人大常委会授权的事项,转授权给设区的市人民政府,违反了《中华人民

[42] 乔晓阳主编:《中华人民共和国立法法讲话》,中国民主法制出版社2008年版,第101页。

[43] 参见武增主编:《中华人民共和国立法法解读》,中国法制出版社2015年版,第76页。

[44] 对此种立场,学界也有人表示赞成。参见杨登峰:《行政改革试验授权制度的法理分析》,《中国社会科学》2018年第9期,第139页。

[45] 参见全国人大常委会法制工作委员会法规备案审查室:《规范性文件备案审查理论与实务》,中国民主法制出版社2020年版,第117页。

[46] 参见张某某诉芜湖市人事局具体行政行为违法纠纷案,安徽省芜湖市新芜区人民法院(2003)新行初字第11号行政判决书。

[47] 参见孙某英、宣城市宣州区人民政府、宣城市人民政府行政征收补偿决定及行政复议案,安徽省高级人民法院(2020)皖行终513号行政判决书。

共和国立法法》的相关规定。因此,镇江市人民政府根据省人大的授权制定的《镇江新区集体土地房屋拆迁安置暂行办法》及镇江市政府办公室制定的《镇江新区集体土地房屋拆迁安置实施细则》等规范性文件,不具有法律效力,不能作为集体土地房屋拆迁安置补偿的法律依据。”^[48]对此,法院同样没有回应转授权的合法性问题,而是直接认定转授权立法文件《镇江新区集体土地房屋拆迁安置实施细则》合法有效。

四 禁止立法权转授范围过窄引发的风险

立法权转授原本是紧急法上的立法技术,^[49]但如今这种立法技术已经在我国法律体系中得到广泛运用。我国《立法法》第 12 条规定的禁止立法权转授适用范围相当窄小:一是禁止立法权转授权的层级仅限于禁止国家立法权的转授,而未涉及行政法规、地方性法规和政府规章的立法权转授;二是禁止立法权转授的方式仅限于特别授权(专门授权决定)的转授,而未禁止法条授权的转授。从我国法治实践来看,这些未被纳入立法权转授禁止范围的转授权立法有时会给罪刑法定、税收法定等法律保留事项带来不小的挑战。

(一) 冲击罪刑法定原则

立法权转授在刑法领域引发的问题相对突出。《刑法》在 30 多处条文中规定的近 40 个罪名中存在“非法”型空白罪状。^[50] 尽管《刑法》第 96 条强调只有违反“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”才能够作为行政违法行为入罪的形式要件;但在司法实践中,法院很难守住《刑法》第 96 条限定的条件,地方性法规、地方政府规章甚至规章以下的规范性文件都可能成为入罪的依据,以致于一些以行政违法为前置要件的刑法罪名一度沦为了“口袋罪”。^[51] 这除了法院在判决中适用法律错误之外,还有一个重要的原因,那就是立法权转授带来的人罪门槛过低的问题。

譬如,《渔业法》第 30 条规定:“禁渔区和禁渔期由国务院渔业行政主管部门和省级人民政府的渔业行政主管部门来规定。”农业农村部制定的《关于长江流域重点水域禁捕范围和时间的通告》又授权“有关地方政府或渔业主管部门”可在 2021 年 1 月 1 日前实施禁捕。立法者似乎没有意识到这种立法权的转授可能带来的刑法后果。根据《刑法》第 340 条和《渔业法》第 38 条的规定,在禁渔期捕鱼可能会触犯非法捕捞水产品罪,不少人就因为违反了地方政府关于长江流域禁渔期的规定而获罪。例如,2020 年 6 月 30 日,武

[48] 参见戴某琴等与江苏省人民政府征地补偿行政复议纠纷上诉案,江苏省高级人民法院(2009)苏行终字第 0091 号行政判决书。

[49] 英国 1920 年紧急权力法规定“国王陛下在议会中可以下令制定保障共同体基本生活的规章,这些规章可以授予或移交给国务大臣或其他政府大臣,或是服务于国王陛下、代表国王陛下下的任何人。”参见[美]罗斯托著:《宪法专政——现代民主国家中的危机政府》,孟涛译,华夏出版社 2015 年版,第 190 页。我国香港特别行政区的《紧急情况规例条例》也属于此类可以转授立法权的紧急法。

[50] 参见罗翔:《空白罪状中刑事不法与行政不法的规范关联》,《国家检察官学院学报》2021 年第 4 期,第 35 页;罗翔:《刑事不法中的行政不法——对刑法中“非法”一词的追问》,《行政法学研究》2019 年第 6 期,第 71-84 页。

[51] 参见陈兴良:《非法经营罪范围的扩张及其限制——以行政许可为视角的考察》,《法学家》2021 年第 2 期,第 56-71 页。

汉市人民政府发布的《关于长江汉江武汉段实施全面禁捕的通告》规定：“自2020年7月1日0时起，长江、汉江武汉段实行为期10年的全面禁捕。”2020年7月30日，王某在汉江水域蔡甸街石洋村段捕获水产品，即被武汉市公安局蔡甸区分局民警当场抓获。最终，王某被判处非法捕捞水产品罪，拘役四个月，缓刑六个月。^[52] 由于农业农村部将授权长江沿岸地方政府提前设定禁渔期，这意味着类似案例在整个长江流域普遍存在。如黄石市人民政府于2020年7月21日颁布的《黄石市人民政府关于长江黄石段实施全面禁捕的通知》规定：“禁捕范围为长江鄂州艾家湾（与黄石港区交界）以下至阳新县富池天马岭江段。禁捕时间为自本通告发布之日起，长江黄石段实行为期10年的全面禁捕。”同样有人因违反该通知而触犯非法捕捞水产品罪。^[53]

对于地方规定与上位法相抵触，或者没有法律、法规依据而减损公民权利和自由的情形，法院可以不参考地方规定而径直适用上位法律法规。但在立法权转授情形中，法院根本没法认定地规定与上位法相抵触。恰恰相反，这些转授权立法非不会与上位法相抵触，它们反而凭借上位法的层层授权获得了合法性证成。这反过来架空了《刑法》对规范层级的限制，降低了人们对于刑罚的可预期性。像武汉市、黄石市发布的禁捕通告，不仅提前了禁捕期，而且将起算时间定为通告发布的第二天或通告发布当天，这无疑与刑罚的精神和原则相悖。

（二）规避税收法定原则

税收领域也是立法权转授现象尤为突出的一个领域。在税收征收、减免和退税的各个环节，立法权的转授链条像蛛网一样纵横交错。^[54] 根据《立法法》第8条第（六）项的规定：“税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度”只能制定法律。对于“等”字作何理解，学界主流观点认为，税收基本制度中的“等”还包括纳税主体、课税客体、税基和税收优惠。^[55] 但是，目前国务院基于授权立法制定的许多税收条例将课税的基本事项立法权转授给财政部、国家税务总局和地方政府。^[56] 这些立法权转授不仅有规避税收法定原则之嫌，也给税收领域的法制统一带来了难题。

1985年全国人大作出的《关于授权国务院在经济体制改革和对外开放方面可以制定暂行的规定或者条例的决定》一直饱受诟病。国务院据此制定的一系列暂行法规普遍存在立法权转授的问题。比如，《增值税暂行条例》第20条第2款规定：“个人携带或者邮寄进境自用物品的增值税，连同关税一并计征。具体办法由国务院关税税则委员会会同有关部门制定。”同样的情况还可见于《城镇土地使用税暂行条例》第5条和第8条，^[57]

[52] 参见王某非法捕捞水产品案，湖北省武汉市蔡甸区人民法院（2020）鄂0114刑初405号刑事附带民事判决书。

[53] 参见陈迪文、陈姜尔非法捕捞水产品案，湖北省阳新县人民法院（2021）鄂0222刑初305号刑事判决书。

[54] 参见苗连营：《税收法定视域中的地方税收立法权》，《中国法学》2016年第4期，第173页。

[55] 参见张守文：《论税收法定主义》，《法学研究》1996年第6期，第59页。

[56] 参见翁武耀：《再论税收法定原则及其在我国的落实》，《交大法学》2017年第1期，第139-140页。

[57] 《城镇土地使用税暂行条例》第5条规定：“省、自治区、直辖市人民政府，应当在本条例第四条规定的税额幅度内，根据市政建设状况、经济繁荣程度等条件，确定所辖地区的适用税额幅度。市、县人民政府应当根据实际情况，将本地区土地划分为若干等级，在省、自治区、直辖市人民政府确定的税额幅度内，制定相应的适用税额标准，报省、自治区、直辖市人民政府批准执行。第8条规定：“土地使用税按年计算、分期缴纳。缴纳期限由省、自治区、直辖市人民政府确定。”

以及《房产税暂行条例》第 6 条和第 7 条。^[58]《消费税暂行条例》的立法权转授更为明显:该条例第 11 条将出口应税物品的免税立法权转授给国务院财政、税务主管部门;第 12 条则将个人携带者或邮寄进境自用物品的消费税转授给国务院关税税则委员会。此外,《消费税暂行条例》第 2 条授权国务院调整税目和税率,但国务院却批准了财政部和国家税务总局制定的《关于调整和完善消费税政策的通知》,该通知新增了高尔夫球及球具、高档手表、游艇、实木地板等新税目。

在经济特区、国家级新区、自由贸易试验区等领域,也存在税收立法权转授现象,而且这些区域的立法权转授往往是以一揽子授权的方式完成的。比如,《海关法》《企业所得税法》《资源税法》授予国务院部分税收减免立法权,国务院在《关于横琴开发有关政策的批复》中将在横琴实行税收优惠的立法权全盘转授给了财政部、税务总局和海关总署等部门。再如,《个人所得税法》授权国务院可以规定其他减税情形。财政部、税务总局根据中共中央办公厅和国务院办公厅联合发布的《粤港澳大湾区发展规划纲要》制定了《关于粤港澳大湾区个人所得税优惠政策的通知》,该通知又授权广东省、深圳市制定具体办法,广东省据此制定了《关于继续贯彻落实粤港澳大湾区个人所得税优惠政策的通知》。

由于税收立法的专业性和区域差异,国家立法机关难以一步到位制定完满的法律规则,因此,一揽子授权立法乃至一揽子转授权立法的现象较为常见。客观上说,这些做法有其合理性和必要性。如果扩大适用《立法法》第 12 条的禁止立法权转授原则,税收行政立法中大量根据立法权转授制定的地方政府规章和规章以下的规范性文件都将面临合法性危机。^[59]对此,税法学界针对严守税收法定的传统立场提出了质疑,强调税收法定不等于税收法治。^[60]但无论对税收法定作何种理解,税收立法权的转授都是一个需要处理的问题。

(三) 其他侵蚀法律保留的情形

除了罪刑法定和税收法定之外,《立法法》还将国家主权事项、国家机构的组织事项和某些公民基本权利的剥夺和限制纳入了法律保留的范围。^[61]但由于大国治理的复杂性和立法行为本身的局限性,国家立法机关很难对所有法律保留事项做到事无巨细的规定。有时,国家立法机关会在一些领域进行转授权立法,但这又带来了法律保留领域被立法权转授掏空的危险。以土地征收领域为例,虽然《立法法》第 8 条第(七)项对“非国有财产的征收、征用”进行了法律保留,但受制于我国惯用的粗线条立法方式,再加上征收、

[58] 《房产税暂行条例》第 6 条规定:“除本条例第五条规定者外,纳税人纳税确有困难的,可由省、自治区、直辖市人民政府确定,定期减征或者免征房产税。”第 7 条规定:“房产税按年征收、分期缴纳。纳税期限由省、自治区、直辖市人民政府规定。”

[59] 参见李刚:《论形式税收法定主义的落实》,《税务与经济》2017 年第 1 期,第 79 页。

[60] 参见张婉苏:《从税收法定到税收法治的实践进阶——以进一步落实税收法定原则为中心》,《法学研究》2023 年第 1 期,第 165 页。

[61] 有学者考证,奥拓·迈耶在创立法律保留这个概念之初,并不是指只能由法律规定,而是指法律先定。参见刘志鑫:《从法律保留到法律先定》,《中外法学》2022 年第 6 期,第 1649 页。然而,一直以来,中国法学界都是在只能由法律规定这种意义上使用法律保留的,《立法法》第 8 条列举了 11 种只能由法律规定的行为,该条款也被视为中国法上的法律保留条款。本文即是在此种意义上使用法律保留概念。

征用的补偿标准难以做到全国统一,国家立法机关不得不进行立法权转授。譬如,《土地管理法》第48条第3款规定:“征收农用地以外的其他土地、地上附着物和青苗等的补偿标准,由省、自治区、直辖市制定。”但不少省份则将此补偿标准制定权转授给了设区的市。^[62]

又如,《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。”国务院据此制定的《国有土地上房屋征收与补偿条例》第18条将该项立法权转授给了省、自治区、直辖市。^[63]再如,《国有土地上房屋征收与补偿条例》第23条规定:“对因征收房屋造成停产停业损失的补偿,根据房屋被征收前的效益、停产停业期限等因素确定。具体办法由省、自治区、直辖市制定。”各省、自治区、直辖市的地方立法又将该事项的立法权转授给了下属市县,最终制定停产停业损失补偿标准的主体变成了市县人民政府。^[64]

从立法者的角度而言,土地征收补偿事项涉及面广,各地经济发展水平差异又比较大,全国人大及其常委会、国务院甚至省级人大和省级人民政府,都难以制定统一的征收补偿标准。因此,立法权的层层转授成为了一种最为实际的做法。但如果不对这种立法权转授施加任何限制,那么《立法法》对私人财产征收征用的法律保留将会形同具文。

五 控制立法权转授的方法

面对立法权转授带来的风险,我们有必要进行适当的制度补正,化解立法权转授与既有法律原则不兼容的问题。具体而言,可从事前、事中和事后这三个维度建构控制立法权转授的办法。

(一) 事前准入:扩大禁止立法权转授原则的适用范围

《立法法》第12条确立的禁止立法权转授原则仅适用于基于全国人大及其常委会以授权决定作出的授权立法,这在法律体系尚不健全的时代有其必要性。但在中国特色社会主义法律体系业已建成且不断走向精细化的当下,很多的立法权转授已经失去了最初的那种必要性,继续毫无节制地使用这种转授立法技术,会给法治建设带来负面影响。如前所述,无论是先行先试型转授权立法,还是补充型授权或变通型转授权立法,它们根本不会与上位法抵触,当前存在的地方立法“放水”问题,也可以从立法权转授方面找到原因。^[65]各国之所以普遍禁止立法权转授,就是因为离开了形式合法性原则的约束,就很难再对转授权立法进行有效控制。

[62] 《湖南省实施〈中华人民共和国土地管理法〉办法》第30条第2款规定:“征收集体建设用地、青苗和地上附着物的具体补偿标准由设区的市、自治州人民政府根据省人民政府有关规定制定。”

[63] 参见《国有土地上房屋征收与补偿条例》第18条、第20条、第23条。

[64] 例如,《浙江省国有土地上房屋征收与补偿条例》第10条将停产停业损失补偿标准的制定权交给了设区的市、县(市、区)。据此,台州市人民政府出台了《关于公布椒江区国有土地上房屋征收搬迁费、临时安置费及非住宅房屋征收造成的停产停业损失补偿费标准的通知》(台政函[2017]57号)。

[65] 参见梁鹰:《备案审查视角下地方立法“放水”问题探讨》,《地方立法研究》2021年第6期,第54-63页。

作为一项受到普遍承认的法律原则,禁止立法权转授不应局限于国家立法权的特别授权,而应当扩展到整个立法领域。对此,可考虑将《立法法》第 12 条前移至第一章“总则”部分,置于《立法法》第 6 条之后,作为继依法立法、民主立法、科学立法后的一项立法原则。^[66]当然,将禁止立法权转授作为立法的基本原则,并不是要断然否定所有的转授权立法。禁止立法权转授条款的设计可遵循以禁止为原则以允许为例外的立法思路,在《立法法》第 12 条第 2 款之下再增设一款:“对不减损公民、法人和其他社会组织合法权益的事项,以及不具外部效力的国家机构内部管理事项,可以进行立法权转授。对于尚未有法律规定的新兴领域、需要进行先行先试的改革领域以及高度专业化的执法领域,可在授权立法允许转授的前提下进行立法权转授。”对确需进行立法权转授的,也应考虑从层级和方式等方面施加限制。第一,符合法定条件的立法权转授不能超过一次,没有立法权的主体原则上不得作为立法权转授的对象。第二,立法权转授应当坚持一事一授权原则,禁止一揽子授权。第三,授权立法和转授权立法都应当明确授权立法的形式,而不能简单规定某事项由某机关去规定。

(二) 事中避免:运用跨层级授权避免立法权转授

与授权立法一样,在以下几种情形中可能非常需要运用立法权转授技术:(1) 授权立法主体缺少足够的决策信息或者立法能力,只能将立法权转授给更为合适的立法主体;(2) 授权立法中的某些事项不宜作统一规定,需要地方政府根据本地实际情形作出规定;(3) 授权立法中的某些事项专业性强、变动快,需要对其进行立法权授权。但为了避免立法权转授与罪刑法定、税收法定等形式合法性原则的紧张,立法机关应尽可能运用跨层级授权的方式,一次性授权到底,避免出现中间层级的转授权。

以全国人大及其常委会授权国务院立法为例,国务院根据授权制定的行政法规有时难以回应全国各地的区域差异,即便是制定专门针对某地的行政法规,也不如该地自行立法来得实在。如学者所言:“将更多的立法权限授予处于改革开放最前沿的立法主体,是有效应对立法专业化、精细化趋势的一种最佳选择。”^[67]目前,几个自由贸易试验区的授权决定,都是全国人大常委会授权国务院在自由贸易试验区内暂时调整适用部分法律。与之相比,2021 年全国人大常委会跳过国务院直接授权上海市人大及其常委会制定浦东新区法规的做法更值得推广。事实上,跨层级授权立法在我国立法体制中早已存在。自治条例、单行条例都是直接授权到自治州和自治县人大及其常委会,经济特区法规也是直接授权到市级人大和政府。制约跨层级授权立法的一个重要因素在于,目前只有国务院和经济特区是《立法法》中明确规定的被授权主体。为便于跨层级授权立法,可考虑在《立法法》中扩大被授权主体的范围。^[68]

减少授权立法层级的另一个办法是将某些初级授权立法变为被授权者的职权。譬如,目前国家监察委制定监察法规的权力来自于全国人大常委会的授权决定,假若未来国

[66] 参见杨登峰:《关于〈立法法〉修改的几点意见——以科学立法为中心》,《地方立法研究》2022 年第 6 期,第 42 页。

[67] 参见王春业:《论我国立法被授权主体的扩容》,《政治与法律》2022 年第 9 期,第 19-20 页。

[68] 具体方案可参见王建学:《关于系统修改〈立法法〉改革立法授权条款的建议》,明德公法网, <http://calaw.cn/article/default.asp?id=14848>,最近访问时间[2023-02-13]。

家监察委要通过监察法规授予下级监察机关制定具体办法,势必面临立法权转授的障碍。在《立法法》将国家监察委制定监察法规的权力职权化则可预防此类问题。

(三) 事后监督:对立法权转授的备案审查和附带审查

对立法权转授的事后监督包括人大的备案审查和法院的附带审查这两种方式。目前,无论是备案审查还是附带审查,均未出现否定立法权转授行为的事例或案例。但在立法权转授较为常见且产生一定负面影响的背景下,备案审查机关可以考虑将立法转授纳入备案审查的范围。人民法院对于涉及剥夺、减损公民权利或者添加公民义务的转授权立法也应当谨慎对待,尤其是在刑事诉讼中,不应将经由立法权转授制定的地方规范性文件作为定罪量刑的依据。

1. 对立法权转授的备案审查

职权立法和执行立法的边界本就不甚明了,经过转授之后的授权立法很容易被掩盖在职权立法或执行立法之下。但对立法权转授的备案审查,并不需要开创一种新的备案审查形式,而仅需备案审查主体意识到立法权转授的特殊性,将禁止立法权转授作为合法性审查标准的一项内容。

具体而言,备案审查机关可在常规的备案审查工作中遵循以下三个阶层的审查步骤实现对立法权转授的合法性控制:第一,识别立法依据,确定该项立法的性质是否属于转授权立法。如果该项立法属于职权立法、执行立法或初级授权立法,则按一般的备案审查步骤处理。第二,对立法权转授展开合法性审查。如果是对全国人大及其常委会特别授权立法的转授,可直接运用《立法法》第12条第2款确立的禁止立法权转授原则予以撤销或变更。如果是其他类型的立法权转授,且对公民权利和义务产生直接影响,可以《立法法》第96条规定的“超越权限”为由改变或撤销。第三,运用比例原则和平等原则进行适当性审查。并不是所有的规范性文件都属于立法性质,也不是所有规范性文件都会对公民的权利产生直接影响。^[69] 如果该规范性文件没有对公民权益产生显著影响,而仅仅是国家机关内部的管理性文件,那么应当尊重国家机关的自主性。如果该规范性文件具有外部效力,则可运用比例原则检视立法权转授的合理性,运用平等原则审查立法权转授是否存在歧视。^[70]

2. 对立法权转授的附带审查

从域外的经验来看,司法审查是控制立法权转授的主要和最后手段。但在我国宪法体制下,法院审查立法行为的范围相当有限。2014年《行政诉讼法》修改之后,人民法院才享有附带审查法律、法规、规章之外的行政规范性文件合法性的权力。从这些年的实施情况来看,法院不愿、不能、不敢行使附带审查权的情况相当普遍。^[71] 从长远来看,附带审查也不会是我国控制立法权转授的主要手段。但这并不是说法院在立法权转授问题上毫无作为。恰恰相反,对立法权转授的附带审查相当必要且刻不容缓。

[69] S. A. Smith, Sub-Delegation and Circulars, 12 *Modern Law Review* 37, 42 (1949).

[70] 参见王锴:《合宪性、合法性、适当性审查的区别与联系》,《中国法学》2019年第1期,第23页。

[71] 参见卢超:《规范性文件附带审查的司法困境及其枢纽功能》,《比较法研究》2020年第3期,第129-130页;何海波:《论法院对规范性文件的附带审查》,《中国法学》2021年第3期,第140页。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第 148 条第 2 款规定：“有下列情形之一的，属于行政诉讼法第六十四条规定的‘规范性文件不合法’：（一）超越制定机关的法定职权或者超越法律、法规、规章的授权范围的；（二）与法律、法规、规章等上位法的规定相抵触的；（三）没有法律、法规、规章依据，违法增加公民、法人和其他组织义务或者减损公民、法人和其他组织合法权益的；（四）未履行法定批准程序、公开发布程序，严重违反制定程序的；（五）其他违反法律、法规以及规章规定的情形。”在禁止立法权转授原则成为所有规范性文件合法性审查的标准之前，法院实际上可以“超越法律、法规、规章的授权范围”为由，对涉嫌立法权转授的规范性文件展开附带审查。

目前，法院在行政诉讼和刑事诉讼中能够做的并且最需要做的，就是阻断某些对公民权益产生重大影响的转授权立法的法律效力。在行政案件中，一旦转授权立法突破了《行政处罚法》《行政许可法》《行政强制法》的法律保留和法规保留的规定，法院可不适用、不参照或不参考该转授权立法，而直接适用《行政处罚法》《行政许可法》《行政强制法》的法律保留和法规保留的相关规定。在刑事案件中，当法律、行政法规以转授的方式下放某些罪状的立法权，法院应考虑遵从《刑法》第 96 条和相关司法解释关于“国家规定”的严格定义，谨慎适用地方政府依靠立法权转授制定的行政规范性文件。

六 法 结 语

立法权转授作为授权立法的一种特殊形式，长期以来一直被遮蔽在执行立法的阴影之下，少有研究认识到这种特殊授权立法的普遍性及其潜在风险。我国《立法法》第 12 条第 2 款虽然确立了禁止立法权转授原则，但该条禁止的仅仅是国家立法权的转授，而且不承认法条授权立法的存在。从立法实践来看，禁止国家立法权转授的红线有时也没有得到坚守，其他层面的立法权转授更是较为常见，已有不少公民遭受因立法权转授带来的权益损害。无论立法者在制度设计之初是出于疏忽、放任还是逼不得已，现在都到了对立法权转授进行全面治理的时候了。本文的基本结论是，立法机关有必要将禁止立法权转授原则确立为《立法法》的一项基本原则，授权立法主体应当尽可能运用跨层级授权来避免立法权的转授，此外还应将立法权转授纳入人大备案审查和法院附带审查的范围，从而实现对立法权转授的合法性控制。

[Abstract] Sub-delegated legislation, as a special form of delegated legislation, refers to the act of delegating part or all of the legislative power obtained through delegation to another. Delegated legislation appears in two forms: delegated legislation by decision and delegated legislation by provisions. Sub-delegated legislation often appears in the form of delegated legislation by provisions, so it is more difficult to supervise than other delegated legislation. In China, the State Council and local people's congresses at or above the level of cities divided into districts have three kinds of legislative powers: inherent legislation, executive legislation and delegated legislation. Both inherent legislation and executive legislation are regarded as primary legislation, and their delegated legislation is not regarded as sub-delegated legislation. Western countries generally impose strict control over sub-delegated legislation, which is reflected in the legal maxim *delegatus non-potest delegare*. The reason for prohibiting sub-delegated legislation is that it violates the trust of the delegator and the principle of statutory authority. Sub-delegated legislation can also bring about confusion about the validity of different legal documents, leading to the problem of low-level legislation hollowing out high-level legislation. Article 12 of Chinese Legislation Law establishes the principle of prohibiting sub-delegated legislation. However, it prohibits sub-delegation of legislative power only at the national level, but not in other situations. In China's judicial practice, some parties have invoked Article 12 of the Legislation Law to deny the effect of sub-delegated legislation. However, courts do not support such claims and turn a blind eye to this problem. Some administrative normative documents adopted by local governments through sub-delegated legislation have become the direct legal basis for criminalization. In China, sub-delegated legislation has become a remarkable phenomenon and has had a huge impact on the legality principle of statutory crimes and punishments, statutory taxation and law reservation. In order to bring sub-delegated legislation onto the track of the rule of law, it is necessary to expand the scope of the principle of prohibition of sub-delegated legislation and make the prohibition in Article 12 of the Legislation Law a fundamental principle of legislation. Meanwhile, in order to leave room for necessary sub-delegated legislation, exceptions to the principle of prohibition of sub-delegated legislation should be set up, but restrictions should be imposed on the level and method of such sub-delegation. To avoid sub-delegated legislation as far as possible, the delegator may directly delegate the legislative power to the subjects most in need of the legislative power through cross-level delegation, which also necessitates the expansion of the scope of the delegated subjects in the Legislation Law. Finally, people's congresses should supervise sub-delegated legislation through the review of normative documents submitted to them for recordation, and the court can also play a role in this respect through incidental review of administrative normative documents.
