



# 先行先试授权与否的判断依据

杨登峰

**摘要:**先行先试的授权制度是调适先行先试与法治之间对立关系的重大制度创新,是制度变革性试验的“入场券”。确定先行先试授权判断依据并据此界定授权事项范围是实施这一制度的基本前提。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出的重要性依据、侵害性依据和先行先试授权实践中采用的合法性依据是三个基本选项。三种依据的渊源不同,适用对象不同。创制性先行先试的授权应按照侵害性与重要性依据来判断,改制性先行先试的授权应按照合法性依据来判断。不过,对于程序改制性试验则可参考侵害性依据,将授权事项范围限于增加义务性程序和缩减权利性程序两种情形。

**关键词:**先行先试;授权制度;合法性依据;重要性依据;侵害性依据

**DOI:** 10.13734/j.cnki.1000-5315.2021.05.014

**收稿日期:**2021-05-06

**基金项目:**本文系国家社科基金重大项目“新时代中国改革创新试验的法治问题研究”(18ZDA134)的研究成果。

**作者简介:**杨登峰,男,宁夏西吉人,东南大学法学院教授、博士生导师,南京师范大学中国法治现代化研究院研究员,E-mail:ydfnx@163.com。

先行先试,即在全面推行改革的条件尚不成熟的情形下,先在局部地方或者部分单位就改革方案进行试验的行为,可称为改革试验。如果改革试验是对现行法律制度的变革,即属于制度变革性先行先试时,它会与现行法律制度相冲突,从而与法治原则相抵触。授予先行先试实施主体一定期限内,在部分地方暂时调整或暂时停止适用相关法律法规的部分规定,既维护了法制的权威性,又使先行先试取得合法性,从而使深化改革与依法治国两大国策并举不悖、相得益彰。不过,要使先行先试授权制度达到上述目的,这一制度本身须有章可循、规范运行。应该说,《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)和《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)对先行先试授权的条件、要求、依据和内容等已作了一些规定,但这与先行先试授权实践的需求还有一定差距。

先行先试授权所面临的首要问题是,哪些先行先试事项需预先获得授权,哪些则不需要。要解决这个问题,就必须探讨授权判断依据,即依据什么将此事项纳入授权范围或者将彼事项排除在授权范围之外。有了这个依据,应不应当取得授权就有了分析和判断工具。但对此,《决定》和《立法法》的相关规定存在一定差异,先行先试授权实践似乎又遵循着自己的规律。如此一来,先行先试授权判断依据就有三个选项。如果不能厘清这些选项之间的差异性及其关联性,势必会使先行先试授权事项的确定及其评价无所适从。为此,本文将通过考察法律文件的有关规定和先行先试的授权实践中既有的三项判断依据,揭示其应用所面临的问题,然后在分析这些判断依据的内在关系或其法理逻辑的基础上,就其应用所面临的疑难问题提出解释性应对方案。

## 一 先行先试授权判断依据的三个选项

《决定》提出:“实现立法和改革决策相衔接,做到重大改革于法有据、立法主动适应改革和经济社会发展需要……实践条件还不成熟、需要先行先试的,要按照法定程序作出授权。”这似乎表明,只有重大改革须于法有据且在实践条件不成熟、需要先行先试时,才需要按照法定程序取得授权,其他改革则不然。这里所强

调的是改革的重要性。不过,《决定》还规定:“行政机关不得法外设定权力,没有法律法规依据不得作出减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务的决定。”这是对行政活动应“于法有据”的原则性规定,它强调的是对相对人权益的侵害性。行政改革属于行政活动,按照相同逻辑,只要行政改革具有侵害性从而须于法有据且在实践条件还不成熟、需要先行先试时,就应按法定程序取得授权。若如此,它与前一规定之间是什么关系?为了叙述方便,可将这两处规定分别称为“重要性依据”和“侵害性依据”。相较之下,《立法法》的相关规定则显得更为模糊。2015年修订的《立法法》第十三条规定:“全国人民代表大会及其常务委员会可以根据改革发展的需要,决定就行政管理等领域的特定事项授权在一定期限内部分地方暂时调整或者暂时停止适用法律的部分规定。”但对“特定事项”该如何划定却未置一词,似乎有意留给法律工作者来解决。

进一步考察我国先行先试授权实践则可看到另外一种样态。从2012年12月28日全国人大常委会第一次作出《关于授权国务院在广东省暂时调整部分法律规定的行政审批的决定》至2020年底,各类授权主体共作出授权决定57次<sup>①</sup>。这些授权决定从内容上可大致归为五个方面:一是国家监察体制改革试点授权<sup>②</sup>;二是诉讼制度改革试点授权,包括刑事速裁程序改革试点授权<sup>③</sup>、陪审员制度改革试点授权<sup>④</sup>、公益诉讼改革试点授权<sup>⑤</sup>、刑事案件认罪认罚从宽制度试点授权<sup>⑥</sup>和民事诉讼繁简分流改革试点授权<sup>⑦</sup>;三是行政审批制度改革试点授权,包括取消审批或改审批为注册、备案以及保留行政审批但实行告知承诺制改革试点授权<sup>⑧</sup>、下放审批权改革试点授权<sup>⑨</sup>等;四是农村土地管理及相关制度改革试点授权<sup>⑩</sup>;五是社会管理与其他方面改革试点授权,包括针对社会保险制度、流动人口管理制度、公务员职务和职级并行制度、军官武警制度的改革试点<sup>⑪</sup>。

对上述各类授权决定进行比对分析会发现以下两个方面需要注意。

一方面,很难说所有的先行先试事项都属于重大事项。例如,生育保险基金制度改革试点,将生育保险基金并入职工基本医疗保险基金征缴和管理,很难说属于重大事项<sup>⑫</sup>。生育保险是职业妇女因生育子女而暂时中断劳动时由国家和社会及时给予生活保障和物质帮助的一项社会制度,主要包括生育津贴和生育医

①尽管《立法法》仅对全国人大及其常委会的先行先试授权作了规定,但国务院、地方人大及其常委会同样在作授权决定。其中,全国人大常委会作出26次(有6次是延长授权期限的决定),国务院作出16次,地方人大常委会作出15次(有1次是延长授权期限的决定)。此外,一些地方人民政府及其工作部门还作出暂时调整有关规章或者规范性文件的决定4次。地方人大及其常委会、地方人民政府及其工作部门作出的授权决定部分是为配合实施全国人大及其常委会和国务院的授权决定而作出的。此数据为在“北大法宝”上以“授权”和“暂时”为检索词检索的结果。最后检索日期为2021年1月31日。

②参见:2016年12月25日《全国人民代表大会常务委员会关于在北京市、山西省、浙江省开展国家监察体制改革试点工作的决定》。

③参见:2014年6月27日《全国人民代表大会常务委员会关于授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开展刑事案件速裁程序试点工作的决定》。

④参见:2015年4月24日《全国人民代表大会常务委员会关于授权在部分地区开展人民陪审员制度改革试点工作的决定》。

⑤参见:2015年7月1日《全国人民代表大会常务委员会关于授权最高人民检察院在部分地区开展公益诉讼试点工作的决定》。

⑥参见:2016年9月3日《全国人民代表大会常务委员会关于授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的决定》。

⑦参见:2019年12月28日《全国人民代表大会常务委员会关于授权最高人民法院在部分地区开展民事诉讼程序繁简分流改革试点工作的决定》。

⑧参见:《国务院关于在上海市浦东新区暂时调整有关行政法规和国务院文件规定的行政审批等事项的决定》(国发〔2016〕24号)和《国务院关于在上海市浦东新区暂时调整实施有关行政法规规定的决定》(国发〔2018〕29号)。

⑨参见:2012年12月28日《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在广东省暂时调整部分法律规定的行政审批的决定》。

⑩参见:2015年2月27日《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在北京市大兴区等三十三个试点县(市、区)行政区域暂时调整实施有关法律规定的决定》和2015年12月27日《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在北京市大兴区等232个试点县(市、区)、天津市蓟县等59个试点县(市、区)行政区域分别暂时调整实施有关法律规定的决定》。

⑪参见:2014年5月28日《浙江省人大常委会关于授权省人民政府在部分市县暂时停止施行〈浙江省流动人口居住登记条例〉有关规定的决定》、2015年4月16日《杭州市人民代表大会常务委员会关于授权市人民政府在滨江区暂时停止施行〈杭州市流动人口服务管理条例〉有关规定的决定》、2016年12月25日《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在部分地区和部分在京中央机关暂时调整适用〈中华人民共和国公务员法〉有关规定的决定》、2016年12月25日《全国人民代表大会常务委员会关于军官制度改革期间暂时调整适用相关法律规定的决定》、2017年11月4日《全国人民代表大会常务委员会关于中国人民武装警察部队改革期间暂时调整适用相关法律规定的决定》。

⑫参见:2016年12月25日《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在河北省邯郸市等12个试点城市行政区域暂时调整适用〈中华人民共和国社会保险法〉有关规定的决定》。

疗待遇两个方面。生育津贴用于保障女职工产假期间的基本生活需要,生育医疗待遇用于保障女职工怀孕、分娩期间以及职工实施节育手术时的基本医疗保健需要<sup>①</sup>。如果说生育保险关涉广大职业妇女切身利益,属于重大事项,尚可说得过去。但仅改变其征缴和管理方式,是否归为重大事项,则值得思考。毕竟征缴和管理方式属于程序和技术层面,不涉及被保险人的实体权益。

另一方面,不能说所有先行先试行为都会减损人民权益或增加其义务。实际上,许多先行先试事项都是增加人民权益或减轻其义务的,或者是对人民权益、义务不会产生直接影响的。刑事案件认罪认罚从宽制度改革试点、行政审批制度改革试点、农村耕地和宅基地使用权抵押制度改革试点都是例子。刑事案件认罪认罚从宽制度改革,不好说减损了犯罪嫌疑人的权益或增加了其义务。行政审批制度改革,不论直接取消,还是审批转注册、审批转备案、告知承诺制,对于申请人而言,都免去或简化了审批程序,节省或减轻了制度成本,实体权益更易实现。而农村耕地和宅基地使用权抵押制度改革,则会给农民带来实实在在的好处。

不过,全面分析上述授权决定还是可以看见它们内在的规律,即绝大多数先行先试授权决定都是以试点方案突破现行法规定为前提的。换言之,各类授权是以先行先试涉嫌违法为依据的,只要先行先试将突破现行法规定、与现行法相抵触,就须予以授权或者取得授权,反之则不然。为方便叙述,可将先行先试授权实践中采用的这种标准称为“合法性依据”。

然而,如果说我国先行先试授权实践完全采用“合法性依据”,也不正确,有些突破现行法规定的改革试点并没有经过授权。例如,行政案件跨行政区划集中管辖改革试点(2013年),行政案件跨行政区划集中管辖改革是“将部分基层人民法院管辖的一审行政案件,通过上级人民法院统一指定的方式,交由其他基层人民法院集中管辖”。具体做法是,试点中级人民法院确定辖区内2—3个基层人民法院为集中管辖法院,由其集中管辖辖区内其他基层人民法院管辖的行政诉讼代理人<sup>②</sup>。可以说,这是异地管辖和统一指定管辖的有机结合,从而改变了1989年行政诉讼法规定的一审行政案件由被告所在地法院管辖和“一案一指定”的管辖制度<sup>③</sup>。但这一试点直到2014年行政诉讼法修改都没有经过授权<sup>④</sup>。再如,普通护照、往来港澳通行证、往来台湾通行证等出入境证件“全国通办”改革试点(2019年)<sup>⑤</sup>。“全国通办”对《护照法》作了三个方面的改变:一是改变了“由本人向户籍所在地的县级以上地方人民政府公安机关出入境管理机构申请普通护照”的管辖规定,申请人可在全国任一出入境管理窗口申请;二是改变了申请护照时应当提交的材料种类,取消了提交户口簿的要求;三是对“应当提交本人的居民身份证、户口簿、近期免冠照片以及申请事由的相关材料”中的“相关材料”增加了“省级公安机关出入境管理机构报经国家移民管理局批准的”的限定条件<sup>⑥</sup>。但迄今为止,既未修改《护照法》的相关规定,也未经过任何授权。

上述情形表明,即便承认合法性依据,也不能完全解释我国先行先试授权实践的全部现象。要使这些现象得到合理解释,则必须成立两种假设:第一,我国先行先试授权实践不仅采用合法性依据,同时还采用侵害性依据或重要性依据;第二,合法性依据并不意味着先行先试一旦“突破”现行法规定就需授权。这两个假设给本文提出了两个需要解决的问题:第一,实践中采用的合法性依据与《决定》提出的侵害性、重要性依据是什么关系?第二,合法性依据的例外情形该如何划定?这两个问题便是下文要依次讨论的。

## 二 侵害性依据、重要性依据与合法性依据之理论因缘

首先讨论合法性依据与侵害性依据、重要性依据之间的关系。但要搞清楚它们之间的关系,需先搞清楚侵害性依据与重要性依据之间的关系。

①参见:《中华人民共和国社会保险法》第五十四至五十六条。

②参见:2013年1月4日最高人民法院印发的《关于开展行政案件相对集中管辖试点工作的通知》(法〔2013〕3号)。

③参见:1989年《行政诉讼法》第十七条和第二十二条。有些学者对这一改革试点的合法性提出质疑,参见:王春业《论行政诉讼案件的相对集中管辖》,《山东科技大学学报(社会科学版)》2013年第6期。

④参见:2014年《行政诉讼法》第十八条第二款。虽然《决定》和《立法法》确立先行先试制度是在2014年后半年,但我国先行先试实践始于2012年12月28日《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在广东省暂时调整部分法律规定的行政审批的决定》。

⑤2019年3月26日,国家移民管理局决定自2019年4月1日起我国出入境证件实行全国通办,内地居民可在全国任一出入境管理窗口申请办理。

⑥参见:《护照法》第五至六条;《4月起内地居民申领护照“全国通办”》,《北京商报》2019年3月27日,第2版。

### (一)重要性依据对侵害性依据的继承与发展

《决定》规定的侵害性依据与重要性依据虽有不同,但均强调先行先试与政府行为要于法有据,而于法有据本质上是法律保留原则的一种简要表述。因此,对侵害性依据与重要性依据的内在关联性及其适用范围的探寻须围绕法律保留原则及其发展衍变来展开。

法律保留原则意味着,国家的特定事项必须先由民意代表机关以法律形式做成,其他国家机关方能“依法而为”,否则,其行为便不具有合法性。法律保留原则肇始于德国19世纪。在后续发展过程中,围绕着法律保留的事项范围,先后形成侵害保留、全部保留、重要保留等多种学说。侵害保留,也称干预保留,它意味着:“侵犯人民之自由及所有权之事项,应‘保留’由法律加以规定,亦即须经人民代表组成之议会,以法律形式之同意,始能对人民之自由及所有权加以侵犯……亦即法律保留原则之适用范围仅限于干预行政,仅在行政权侵害国民之权利自由或对于国民课予义务负担等不利益之情形,始须有法律根据,至于其他行政作用,则在不违反法律之范围内,均得自由为之,无须有法律授权。”<sup>①</sup>简言之,只有行政给人民带来不利益时须于法有据,反之则不然。这是法律保留理论及其保留事项的原始样态。

法律保留原则的转变始于战后。战后一些国家确立的民主原则与社会国家原则给侵害保留说带来巨大冲击。民主原则使议会与政府的权力关系发生了深刻变化,一方面议会立法在国家生活中的决定性作用得到进一步强调和提升,另一方面不再强调议会与政府之间的对立与对抗关系,而是强调政府对于议会与议会立法的信任,强调行政权之于立法权的依附与合作<sup>②</sup>。而社会国家原则使社会性权利成为宪法基本权利的重要组成部分,使积极保障国民社会性权利的实现成为国家新的重要任务,相应地,给付行政在国家社会生活中占据的地位更加突出。在这种情形下,一方面以昔日法治原则构筑法律保留原则的思想已经时过境迁,另一方面继续无视给付行政等新行政实践的重要性而将其排除在法律保留范围之外与现实格格不入。如此一来,民主原则、社会国家原则与法治原则一道成为法律保留原则新的理论基点,深刻地影响着人们对法律保留事项的思考,并先后形成全部保留与重要事项保留等不同学说。

全部保留说从民主、社会国家以及法治三个原则出发,认为保留事项不应限于干预行政,而应包括所有行政事项<sup>③</sup>。但当代社会日新月异,凡事要求以议会立法为根据,根本无法满足行政积极主动地为民谋福利的要求,如若概括授权,又会破坏法的明确性原则,使法律保留原则流于形式。在这种情形下,退而求其次,便提出了重要事项保留说。该说主张,“基于法治国家原则与民主原则,不仅干涉人民自由权利之行政领域,应有法律保留原则的适用,而且给付行政‘原则上’亦应有法律保留原则之适用,亦即于给付行政中,凡涉及人民之基本权利之实现与行使,以及涉及公共利益尤其是影响共同生活之‘重要的基本决定’,应由具有直接民主基础之国会的立法者,自行以法律规定之,而不许委诸行政之行为。又在特别权力关系中……立法者固然不必就所有具体之规律均加以规定,但就重要的决定仍必须以法律定之”<sup>④</sup>。此说虽因重要性判断的主观性而受到批判<sup>⑤</sup>,但它已被一些国家的法院在一系列案件中所采用<sup>⑥</sup>。

综上所述,重要事项保留说既是对侵害保留说的继承与发展,又是对全面保留说的保守与退缩。对于侵害保留说而言,重要事项保留说扩大了法律保留事项的范围,将保留事项从侵害行政扩及给付行政、特别权力关系等领域;对于全面保留说而言,重要事项保留说限缩了法律保留事项的范围,将给付行政和特别权力关系等领域的保留事项限定在“重要”事项范围内。通过一扩一缩,重要事项保留说在侵害保留基础上,形成了以重要性为标准的划分法律保留事项范围的折中方案,这一方面满足了民主原则、社会国家原则与法治原则的宪法理论要求,同时也切合了行政实践的现实状况。如此一来,当今法律保留的事项范围便等于“侵害保留事项”加上“具有重要性的给付行政等非侵害性保留事项”。

① 翁岳生编《行政法》(上册),中国法制出版社2009年版,第193页。

② 黄舒芃《法律保留原则在德国法秩序下的意涵与特征》,《中原财经法学》2004年第13期,第11页。

③ 翁岳生编《行政法》(上册),第193—194页。

④ 翁岳生编《行政法》(上册),第194页。

⑤ 许宗力《论法律保留原则》,许宗力《法与国家权力》(一),(台北)元照出版公司2006年版,第174—176页。

⑥ 许宗力《论法律保留原则》,许宗力《法与国家权力》(一),第158—162页。

我国的法律保留原则深受其他国家法律保留原理的影响<sup>①</sup>。由此推断,《决定》中的侵害性依据应当源于法律保留原则的侵害保留说,而重要性依据则源自法律保留原则的重要事项保留说,二者之间的逻辑关系应当与侵害保留说与重要事项保留说之间的逻辑关系具有较大一致性。

## (二)侵害性依据与重要性依据在公法领域的推行

上文明确了侵害性依据与重要性依据在行政法领域发展的时序关系,特别是适用领域,即侵害性依据主要适用于干预性(侵害性)行政,重要性依据主要适用于给付行政等。不过上述结论仅着眼于行政实体内容,未涉及行政程序<sup>②</sup>,更没涉及其他公法与私法领域。那么,侵害性依据与重要性依据可否推衍适用于行政程序以及其他法律领域?提出这一问题的原因在于,我国先行先试实践不限于行政实体法规范,还涉及行政程序法规范以及其他公法领域,对于侵害性依据与重要性依据的探讨局限于行政实体法方面不能满足实践需要。

需先明确的是,不能把《立法法》第八条<sup>③</sup>的规定作为解决上述问题的依据。该条的确对整个法律保留事项作了总体性规定,可以说既体现了侵害性依据,也体现了重要性依据。如其中的“犯罪和刑罚”、“对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚”等事项应依据的是侵害性依据;而“国家主权的事项”、“民事基本制度”、“诉讼和仲裁制度”等事项则依据的是重要性依据。这会给人一种错觉,以为第八条已经划定了侵害性依据与重要性依据在整个法律领域的应用范围,但其实不然。对我国法律中的法律保留原则应从两个层面来认识。一是《立法法》中的法律保留。这个意义上的法律保留着眼于不同立法主体之间的立法权限划分,旨在明确哪些事项属于全国人大及其常委会的立法权限,哪些事项属于其他立法主体的立法权限。《立法法》第八条的规定便是这个意义上的。二是部门法中的法律保留。这个意义上的法律保留着眼于行为与法律之间的关系,旨在明确哪些行为的作出必须以法律规定为前提。以法律规定为前提的,必须于法有据;反之,则不然。罪刑法定、行政处罚与强制法定、税收法定等都是这个意义上的。法律保留的两个层面之间虽有一定交叉和关联,但并不完全对应。例如,按照《立法法》第八条的规定,诉讼和仲裁制度属于法律保留事项,但人民法院却可通过司法解释发展诉讼制度。1989年《行政诉讼法》仅规定了维持、撤销、履行和变更四种判决形式<sup>④</sup>,2000年《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》则在4种判决基础上增加了驳回、确认违法和无效、赔偿等判决形式<sup>⑤</sup>。《立法法》第八条还规定,民事基本制度属于法律保留事项,但民法普遍承认法律漏洞的填补。《民法典》第十条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”这与行政法上“法无规定不可为”和刑法上“法无规定不为罪”意义上的法律保留要求大相径庭。

本文所论问题为先行先试在怎样情形或什么范围需要授权,只能根据部门法中的法律保留原则来解决,不能完全依据《立法法》划定的保留事项范围。因此,对于本文问题的探讨还得更进一步。下面仅按照实体法与程序法的传统分类,对侵害性依据与重要性依据在整个实体法与程序法领域的应用做简单讨论。

在实体法领域,侵害性标准与重要性标准本来就是针对实体法的,而且是针对行政公权力行为的,将其类推适用于其他公法领域应符合法治基本原理。刑法、税法、国家主权事项、组织法、规范市场之基本经济制

①我国学者关于法律保留思想的阐述与德国、日本和我国台湾地区如出一辙。参见:黄学贤《行政法中的法律保留原则研究》,《中国法学》2004年第5期;周佑勇、伍劲松《论行政法上之法律保留原则》,《中南大学学报(社会科学版)》2004年第6期;金承东《论行政法律保留原则》,《浙江社会科学》2002年第1期;喻少如《论给付行政中法律保留原则的适用》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2011年第2期。

②其实,即便在行政法领域,关于法律保留原则的适用问题,也不仅涉及实体与程序两个方面。参见:杨登峰《行政法定原则及其法定范围》,《中国法学》2014年第3期。

③《立法法》第八条:“下列事项只能制定法律:(一)国家主权的事项;(二)各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权;(三)民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;(四)犯罪和刑罚;(五)对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚;(六)税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度;(七)对非国有财产的征收、征用;(八)民事基本制度;(九)基本经济制度以及财政、海关、金融和外贸的基本制度;(十)诉讼和仲裁制度;(十一)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。”

④参见:1989年《行政诉讼法》第五十四条。

⑤参见:《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(法释[2000]8号)第五十六至五十八条。

度等遵循法定原则,而其他领域,如民法、商法和社会法等大多不遵循法定原则,就可以说明这一点。不过,公法之实体法内容丰富而复杂,具体保留与否要根据相关法律制度的性质、功能来确定,不能一概而论,要在本文将所有事项作一清晰判断不太可能。

相对于实体法,程序法要简单一些。程序按对参加人权益的影响可分为权利性程序、义务性程序和技术性程序三类。权利性程序对参加人是有利的,本质上是他们所享有的程序性权利。告知、回避、陈述与申辩、听证、说明理由、送达、救济权利等程序都属于这一类。义务性程序对程序参加人是不利的,本质上是他们所承担的程序性义务。提交申请或诉状、提交证明材料或承担举证责任、缴纳费用、遵守起诉期限等都属于这一类。技术性程序则介于权利性与义务性程序之间,如文书格式、裁判类型等。三类程序的功能不同:权利性程序旨在维护程序正义或公正,保护程序参加人的实体权益;义务性程序则为程序开展提供便利,旨在提高程序效率,维护公共资源的合理应用;技术性程序则在于解决程序运行过程中的操作规程。变更三类程序的结果也不同:增加义务性程序,势必增加参加人的程序负担,有些情况下会导致其实体权利无法实现;删减权利性程序则会使程序失去公正;改变技术性程序则一般不会给参加人的权利造成实质性影响,也无关程序正义。基于以上程序差异及侵害性与重要性依据的内涵,侵害性依据可适用于所有义务性程序增加和权利性程序的删减,重要性依据则可适用于义务性程序的删减和技术性程序的变更,权利性程序则因遵循正当程序原则而脱逸于这两个依据之外<sup>①</sup>。

### (三)合法性依据与侵害性依据、重要性依据的差异序位

交代清楚侵害性依据与重要性依据之间的逻辑关系之后,进而厘清合法性依据与侵害性依据、重要性依据之间的关系与适用范围就简单多了。如果将侵害性依据与重要性依据比作同胞兄弟,则合法性依据与侵害性依据、重要性依据就可看作是叔侄关系。这是因为,合法性依据本质上源于法律优位原则(也称法律优先原则)。在行政法基本原则的谱系中,法律优位与法律保留平起平坐,共同构成依法行政原则的两个要素。因此,只要厘清法律优位与法律保留原则之间的关系与适用范围,也就划清了合法性依据与侵害性依据、重要性依据之间的关系与适用范围。

法律优位与法律保留原则之间的关系与适用范围由其功能取向决定。法律保留原则旨在通过法律实现对行政行为的事前控制,法律优位原则旨在实现法律对行政行为的事后监督。按照法律保留原则,只要属于法律保留事项,就只能在有法律授权的情况下才能实施相应行为。但按照法律优位原则,只要在宪法规定的职责范围之内,为实现其职责所在,即使没有法律授权或规定,行政主体也可作出履行职责的行为,无法律依据的行为是合法的<sup>②</sup>。二者功能取向的这种差别导致其拥有相对独立的适用对象或适用范围。法律保留原则基本上是对创制性行为的要求,如果一个行为会创设新的权利义务或者新的法律制度就要按照法律保留原则的要求办;而法律优位原则主要是对实施现行法的行为的要求,即在已经制定了相关法律规则的前提下,作出相关行为必须与该法律规则保持一致。法律保留原则与法律优位原则之间的这种关系决定了侵害性依据、重要性依据与合法性依据之间的逻辑关系。

综上所述,侵害性依据、重要性依据与合法性依据是相互补充的共存关系,有各自的适用条件与范围,而非彼此排斥的选择关系。

### 三 侵害性依据对于合法性依据的有限修正

将上述结论投射到先行先试授权与否的问题,可得出如下结论:第一,侵害性依据与重要性依据主要适用于创设新制度的创制性先行先试,合法性依据则主要适用于突破现行法的改制性先行先试;第二,对于创制性先行先试而言,当减损权利或者增加义务时,需要授权,反之,则无需授权,但当对基本权利或公共利益构成重大影响时,则需授权;第三,对于改制性先行先试而言,只要先行先试突破现行法的规定,原则上均需授权,反之,则无需授权。不过,有待进一步讨论的是,针对改制性先行先试授权的合法性依据的适用有无例

<sup>①</sup>关于权利性程序不遵循法定原则的论述,参见:杨登峰《行政程序法定原则的厘定与适用》,《现代法学》2021年第1期。

<sup>②</sup>“在法律出现缺位时,优先原则并不禁止行政活动,而保留原则排除任何行政活动。”哈特穆特·毛雷尔《行政法学总论》,高宗伟译,法律出版社2000年版,第104页。

外?为了使问题更加明确,不妨对前文第一部分提及的两起案例(行政案件跨区集中管辖和出入境证件申领试点)作进一步梳理和分析。

### (一)对两起比照性先行先试案例的再梳理

总体来看,本文前文第一部分述及的两起案例具有以下三个特点。

第一,改制性,即这些改革试点都突破了当时施行的法律规定。行政案件跨行政区划相对集中管辖改革试点以“异地管辖”取代了1989年《行政诉讼法》第十七条规定的属地管辖,以“统一指定”替代了《行政诉讼法》第二十二条规定的“一案一指定”的指定管辖。出入境证件“全国通办”改革试点以“所在地管辖”替代了《护照法》第五条规定的“户籍地管辖”,不再提交户口簿,对“相关材料”加以限定,从而改变了《护照法》第六条的相关规定。

第二,程序性,即这些改革试点的对象是程序。不论是以“异地管辖”取代“属地管辖”,以“所在地管辖”取代“户籍地管辖”,还是减少证明材料,都属于程序的范畴。尽管管辖制度具有程序法与实体法的双重属性,但本质上主要属于程序法。程序法通过管辖制度分流案件,确定案件受理和裁决主体,相应地也发挥了配置司法审判权能或者行政管理职能的作用,从而兼具实体法的性质。在这个意义上,管辖制度的实体法属性是程序法属性的附带结果。

第三,有利性,即这些改革试点都给相对人带来了实实在在的好处。行政案件跨行政区划集中管辖改革试点以“异地管辖”取代“属地管辖”,在一定程度上克服了属地管辖所带来的地方党政机关及其工作部门干预人民法院独立行使行政审判权的问题,对于司法机关依法维护当事人合法权益和监督行政机关依法行政都起到积极作用。出入境证件“全国通办”改革试点顺应大量流动人口出国经商、探亲、旅游的需求,使外地人不再为办理出入境证件而“返乡跑”、“来回跑”,为他们节省了大量时间、精力和差旅费。

总而言之,上述改革是通过程序制度的改革维护公民在实体法上的权益,虽改变了现行法的规定,但于国于民都有益。那么,这些未经授权的先行先试是否因突破现行法而违法?先行先试授权的合法性依据是否应予必要的修正?

### (二)侵害性依据在程序改制性先行先试授权中的转用

比之于创制性先行先试,改制性先行先试的根本特点在于明显突破了现行法的规定,危及现行法律的权威性。法的权威性,在形式上,源自立法主体和立法程序,即它是由民意代表机关按照民主程序制定的;但在本质上,源自法的正义性和公平性,即它公平地分配社会财富,能够切实维护公民的基本权利,而后者是最根本和最重要的。法的权威性意味着法的不可违反性。不过,在整个法律体系中,法律规则的功能是多元和分层次的,并非所有的法律规则都代表或体现法的正义,因而,对不同法律规则权威性的认识也就应区别对待,尤其不能将程序法与实体法相等同。

对于程序法,有程序工具主义和程序本位主义的不同认识。程序工具主义认为,程序法完全是工具法,它以实现和维护实体法为目的。但程序本位主义认为,程序法并不只是实现某种实体目的的手段或工具,结果有效性亦并非法律程序的唯一价值,程序本身具有独立于结果的内在品质,即程序正义。应该说,程序的工具性与独立性既不是全有也不是全无的关系。即便承认程序具有独立价值,程序以程序正义为目的,也不等于所有程序都具有独立价值、体现程序正义。反过来讲,即便承认程序具有普遍的工具性,也不等于可以全盘否定程序正义的独立价值。如前文所述,程序按其功能可分为权利性程序、义务性程序以及介于其间的技术性程序三大类。其实,只有权利性程序才遵循和体现正当程序原则,才体现或追求正义,才具有独立价值。义务性程序则旨在降低程序成本,提高程序效率,与程序公正无关,仅具有工具性。技术性程序更是如此。因此,义务性程序与技术性程序都是纯粹的工具性法律规范。

程序法的工具性意味着,人们对于程序法不会或较少产生信赖或期待。其结果,程序法的权威性低于实体法的权威性。法的权威性的一种体现是法的稳定性,而维护法的稳定性的重要制度是不溯及既往原则,但这个原则对于实体法与程序法的要求是不同的,具体体现为“实体从旧兼从轻”与“程序从新”两个适用规则。“实体从旧兼从轻”是指实体法原则上不溯及既往,但在对当事人更为有利时则例外“从新”,即坚持“有利法

律溯及”原则<sup>①</sup>。而“程序从新”是指程序法原则上一概溯及既往,只要有新的程序就不用旧的程序。对此,《最高人民法院关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》第三条指出,“行政相对人的行为发生在新法施行以前,具体行政行为作出在新法施行以后,人民法院审查具体行政行为的合法性时,实体问题适用旧法规定,程序问题适用新法规定”。“实体从旧兼从轻”和“程序从新”原则一方面表明,对于人民权利保障而言,法的权威性和稳定性位居其次,为了更好地实现和维护人民的权益,法的权威性和稳定性可以受到一定限制;另一方面表明,实体法与程序法对于稳定性的要求有一定差别,程序法的稳定性要次于实体法,不可等同对待。

简单地看,在法律未予修改的情形下先行简化甚至取消义务性程序与法律修改后溯及既往地适用新法有一定差别。前者是局部地修法、弃法行为,后者似乎依然是适用法律行为。但在本质上,都是在法律没有修改的情形下对于有利于当事人的新法律规范的适用,都把更好地实现和维护当事人的权利放在价值的首位,其目的是相同的,至少是相近的。基于此,站在更好地维护公民权益的立场上,对先行先试授权的合法性依据加以必要限制是可以接受的。

除了上述理由,还有一个实践上的考虑。考察我国诸多先行先试来看,大多数推进社会进步的先行先试都是由基层搞起来的,本文所讨论的先行先试也不例外。例如,2013年最高人民法院推行的行政案件跨行政区划集中管辖改革试点发端于浙江台州2002年试行的“异地管辖”和浙江丽水2007年试行的“集中管辖”改革<sup>②</sup>。2019年国家移民管理局推行的出入境证件“全国通办”也是由北京等地自2012年开始试行的<sup>③</sup>。目前,先行先试授权制度虽然被《决定》和《立法法》所确立,但关于申请与授权主体、申请与授权程序等具体实施制度还付之阙如。对于基层改革者而言,要在先行先试之前,通过层层环节,征得各级领导同意并取得授权,谈何容易?搞不好,原本为促进先行先试建立的授权制度就会转变为抑制改革的羁绊。因此,对于促进先行先试而言,授权的事项范围在合理范围内是越小越好,而不是相反。

基于以上理由,为适当限制合法性依据之适用,不妨将侵害性依据的理念转用于程序改制性试验授权,但要区别权利性程序与义务性程序。具体而言,当先行先试在现行法规定的基础上消减义务性程序或者增加权利性程序时,无须授权;反过来,当先行先试在现行法规定的基础上增加义务性程序或者消减权利性程序时,则须授权。

### (三)侵害性依据在实体改制性先行先试授权中的排除

上文仅基于程序法的特殊性讨论了将侵害性依据转用于程序改制性试验授权的可行性,没有深究实体法的问题,但从实体法之“有利法律溯及原则”来看,将侵害性依据转用于实体改制性试验授权似乎也不是没有道理。

不过,实体改制性试验远比程序改制性试验复杂。如果法律法规对有关实体事宜作出了规定,先行先试主体可否未经授权径自取消或者减小该法律法规设定的义务,或者在该法律法规赋予的权利(或权力)基础上增加权利(或权力),不能一概而论。在行政法领域,行政行为分为干预性与授益性两类,对这两类行为的法治政策不一样。即便在干预性行政行为范围内,不同干预行为的情形也会有所差别。《税收征收管理法》第三条规定:“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;法律授权国务院规定的,依照国务院制定的行政法规的规定执行。任何机关、单位和个人不得违反法律、行政法规的规定,擅自作出税收开征、停征以及减税、免税、退税、补税和其他同税收法律、行政法规相抵触的决定。”可见,随意停征以及减税、免税、退税、补税也是不允许的。从《行政处罚法》(2021年)第三十二条的规定特别是兜底条款看,从

①参见:《立法法》(2015年)第九十三条、《刑法》(2017年)第十二条、《最高人民法院关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》(法〔2004〕96号)第三条。

②参见:2013年1月4日最高人民法院印发的《关于开展行政案件相对集中管辖试点工作的通知》(法〔2013〕3号)。

③2012年,北京等地试点就业、就学、户籍居民配偶、子女等人员异地办证;2013年,试点范围扩大至43城市;2016年,居住证持有人可在居住地异地办证;2018年2月,放开省(自治区、直辖市)内异地办证,全面放开户籍居民配偶、父母、子女异地办证;2018年9月,实施全国范围内异地换(补)发出入境证件;2019年4月,出入境证件“全国通办”。



轻、减轻处罚也要有法律、法规和规章的规定,须依法进行<sup>①</sup>。但除此之外,对其他干预行为如行政收费等是否应采用同样的政策则需研究。在受益性行政领域,诸如行政补贴、行政奖励、行政许可等,其功能与价值也具有多面性,受益性中往往裹挟着干预性,如区域性或者行业性地增加行政补贴往往会构成地区或行业竞争的不平等,区域性或者行业性地降低许可条件也会造成同样的情形。

因此,不能简单地,当先行先试在现行法规定的基础上消减实体法义务或者增加实体法权利时,就无须授权。毋宁说,但凡先行先试突破现行法之实体性规定的,均应取得授权。

创制性先行先试应否取得授权,应按照侵害性依据与重要性依据来判断;如果先行先试将减损公民、法人和其他组织的合法权益或者增加其义务,就应当取得授权;反之,如果先行先试将增加公民、法人和其他组织的合法权益或者减少其义务,则仅当先行先试对基本权利或公共利益产生重大影响时才须取得授权。而改制性先行先试应否取得授权,原则上应按照合法性依据来判断,只要先行先试事项突破现行法规定即应取得授权;不过,针对程序的改制性先行先试则可兼用侵害性依据,从而将授权的事项限于减损现行法规定的程序权益或增加现行法规定的程序义务的范围。

## Basis for Judgment of the Authorization of the Pilot Program

YANG Deng-feng

(School of Law, Southeast University, Nanjing, Jiangsu 210096, China)

**Abstract:** The system of authorization for pilot program is a major institutional innovation to adjust the antagonistic relationship between the pilot program and rule of law, and it is also an admission to institutional reform. It is the basic premise for the implementation of this system to determine the judgment basis of authorizing the pilot program and to define the scope of items of authorization. The basis of importance, basis of infringement and basis of legality adopted in the pilot program authorization are the three basic options, which are proposed in “Decision of the CPC Central Committee on Major Issues Pertaining to Comprehensively Promoting the Rule of Law”. Three kinds of basis vary in their origins and objects of application. Authorization of creative pilot program should be judged on the basis of infringement and basis of importance while the reformative one should be judged on the legality. However, for pilot program of procedural reform, we can refer to the basis of infringement and limit the scope of authorization to the two cases of increasing procedure of obligations and reducing procedure of rights.

**Key words:** pilot program; authorization system; basis of legality; basis of importance; basis of infringement

[责任编辑:苏雪梅]

<sup>①</sup>《行政处罚法》第三十二条规定:“当事人有下列情形之一的,应当依法从轻或者减轻行政处罚:……(五)法律、法规、规章规定其他应当从轻或者减轻行政处罚的。”