

美国禁止授权原则的发展及其启示

高秦伟

内容提要:禁止授权原则是美国行政法学上的重要概念,它是由联邦法院通过判例发展而来的重要原则,两个多世纪以来历经坎坷。但1999年的一个判例使该原则重焕新生,其中要求行政机关必须提供“明确原则”来指引行政立法的运作,此种强化行政自我拘束的思路值得中国借鉴。

关键词:授权立法 明确原则 行政立法 合法性要件

高秦伟,中央财经大学法学院副教授。

一 问题意识

现代规制国家之下,行政立法大量存在。如在中国,根据《立法法》第9条规定,全国人大及其常委会可以授权国务院制定行政法规。在西方一些国家,法律对行政立法的制约经历了“空白或概括授权”到“明确性授权”的转变。空白授权是指法律对本应由法律规定的构成要件甚至是法律效果,授权由行政机关来规定。^[1]这种方式对于行政机关的立法行为没有任何限制,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。而大陆法系上的授权明确性原则正是针对这种情形,要求授权时应明确规定行政机关行使委任立法权时应遵守的权力边界,否则该授权法因为违宪无效,根据该授权法制定的行政立法也归于无效。中国《立法法》第10条虽然规定:“授权决定应当明确授权的目的、范围。被授权机关应当严格按照授权的目的和范围行使立法权。被授权机关不得将该项权力转授给其他机关。”但是这一规范如何应用,需要如何处理立法机关与行政机关之间的关系,法院如何行使审查权却鲜有人研究。本文拟以美国“禁止授权原则”为借镜阐述行政立法的合法性基础。首先探讨其历史沿革与新发展,其次指出为了使行政能够更好地发挥作用,美国呈现出逐步赋予行政以不直接基于法律的具体规定而积极能动地作出政策判断的权能、立法拘束逐步转向行政自我拘束的倾向。行文中还与大陆法系相关原则进行了比较,以期为中国行政立法的运作提供借鉴。

[1] 参见陈新民:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第119页。

二 美国禁止授权原则的历史发展

美国联邦《宪法》第1条第1项指出：“宪法所授予的立法权，均属于参议院与众议院所组成的美国国会。”^[2]原文中所使用的“all”是否可以解释为禁止任何立法授权，因而将“所有的”立法权均应交由国会行使呢？^[3]由于该规范并没有明确涉及授权的问题，反对授权者与支持授权者各持己见，争论不休。^[4]而联邦法院为了维系美国宪法所创立的分权体制以及适应社会发展需要，通过判例提出了“禁止授权原则”。其内涵自然是“禁止（笼统）授权”给行政机关，^[5]否则该授权法违宪。但从其发展轨迹来看，准确地讲应该是“授权原则”，只是对于授权时的条件有宽严之分而已。有学者认为该原则可以减少法律中的不确定性、政府专制的可能性，可以提升立法机关的责任性，并最终实现法治的价值。但是这一重要原则的发展并非一帆风顺，被人们形象地描述为它只有“1年的好光景，202年的坏时光”。^[6]以下简要介绍其至1999年的历史发展。^[7]

（一）新政之前

受到洛克、孟德斯鸠等经典思想家的影响，美国制宪者极为强调权力分立的意义。^[8]新政之前，联邦最高法院虽未直接针对法律授权规定而宣告法律无效，但是在判决中会使用清晰的文字禁止立法授权，如在1892年的菲尔德诉克拉克（Field v. Clark）案中，法院指出：“国会不得将立法权力授权给总统，此一原则对宪法所规定的政府体系的完整与维系，极为重要。”^[9]不过，法院也曾在判决中指出：“国会当然可以授权给其他人，立法者的权力会自行正确地执行。”^[10]并区分出“一定要有国会决策的重要事项”以及“涉及法律细节的不重要事项”，主张后者可以由执行该事项的行政机关来补充。这两个相反的判决表明“禁止授权原则”很早便开始处于矛盾之中。^[11]在实务中，法院也逐渐地从“涉及法律细节的不重要事项”可由执行该项事项之机关补充的立场，转而要求新的测试标准，即法律应提供充分的标准去引导行政机关的立法决策过程，如1904年的巴特菲尔德诉斯特拉纳汉（Buttfield v.

[2] U.S. Const. art. I § 1: “All legislative powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.”

[3] 例如参见 Whitman v. American Trucking Associations, Inc., 531 U.S. 457, 487 (2001) (Thomas J., concurring)。

[4] 反对授权者援引拉丁法谚“delegata potestas non potest delegari”（被授予的权力不得再委任），认为国会不得将立法权限授予行政机关或者其他机关。支持授权者则认为一个机关被授予一种权限，并不意味着该机关不得将该权力授权由其他机关实行。参见 Patrick W. Duff & Horace E. Whiteside, “Delegata Potestas Non Potest Delegari: A Maxim of American Constitutional Law”, 14 *Cornell L. Q.* 168 (1928-1929); Peter H. Aranson (et. al.), “A Theory of Legislative Delegation”, 68 *Cornell L. Rev.* 1, 4-5 (1982-1983)。

[5] 例如参见 Amalgamated Meat Cutters v. Connally, 337 F. Supp. 737, 745-747 (D. D. C. 1971)。

[6] 参见 Cass R. Sunstein, “Is The Clean Air Act Unconstitutional?”, 98 *Mich. L. Rev.* 303, 330, 336-337 (1999-2000)。

[7] 比照 Gary J. Greco, “Standards or Safeguards: A Survey of the Delegation Doctrine in the States”, 8 *Admin. L. J. Am. U.* 567 (1994-1995)。

[8] 参见[美]汉密尔顿等：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆1995年版，第245-258页。

[9] 143 U.S. 649, 692 (1892)。

[10] Wayman v. Southard, 23 U.S. (10 Wheat.) 1, 43 (1825)。

[11] 参见 Jeffrey A. Wertkin, “Reintroducing Compromise to The Nondelegation Doctrine”, 90 *Geo. L. J.* 1055, 1063 (2001-2002)。

Stranahan)案^[12]与1928年的汉普顿公司诉美国(J. W. Hampton, Jr., & Co. v. United States)案,^[13]当时法院即要求法律须符合所谓的“明确原则”,以便行政机关立法时据以遵循,此即为立法授权的界限。此时,法院的探讨内容已经不在于“禁止”授权,而在于探讨国会授权立法的同时,是否需要提供一个足以拘束被授权者的“明确原则”。所以有学者认为美国此原则虽名为“禁止授权原则”,但其实际上已经无力反抗现代政府的需求,本质上讲是要求授权必须具有“明确原则”,^[14]这种要求与大陆法系国家中的“授权明确性原则”内涵相一致。^[15]

(二)新政时期

新政时期,联邦最高法院连续在1935年的两桩案件中宣布《全国产业振兴法》(The National Industrial Recovery Act, NIRA)部分条款无效而使禁止授权原则成为人们关注的焦点。巴拿马冶炼公司诉瑞安(Panama Refining Co. v. Ryan)案,^[16]针对的是《全国产业振兴法》第9条的规定,该条授权总统禁止在州际间与国外商业间运输、交易特定的石油产品。^[17]任何违反此项总统命令者均会被视为实施了犯罪行为,将被处以罚金或者监禁。首席大法官休斯(Hughes)主笔该判决,认定第9条规定是不合法的授权,因为它并未在总统即将依据法律作出禁止的决定时,提供立法的标准以引导总统作出裁量。在谢克特家禽公司诉美国(A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States)案中,^[18]法院坚持巴拿马冶炼公司案的论据,亦即国会可以授予政府制定规则的权力,但是该制定权须受到明确限制以及事实要素的检测,国会须通过立法制定标准以供行政机关履行此项任务。运用这一检测标准,法院宣布《全国产业振兴法》第3条规定无效,该条授予总统有公布“公平竞争规范”的权限,此规范不得允许或促进独占或对小企业不利。

在这两个经典案例中,虽然法院认为宽泛的立法授权违宪,但是自此之后的半个多世纪却从未出现以禁止此授权原则宣告某项授权无效的现象,禁止授权原则在立法学上可谓“转瞬即逝”。^[19]之所以如此,与现代行政国家的大背景有关,但需要注意的是,还有几个基本要件也需要满足:第一,国会应该尽量为行政机关提供公正且合理的标准或一些明确的原则,使后者有行使裁量权的依据。如果标准过于模糊,则可能违宪。第二,主要的政策选择必须由国会通过,而非行政机关。第三,法院自我限缩审查范围,以支持授权立法。同时法院建议未来对行政机关应实行实体与程序的双重控制,从而有效地节制授权。

[12] 192 U. S. 470, 496 (1904).

[13] 279 U. S. 394, 409 (1928).

[14] 关于这一原则,王名扬先生译为“可以理解的原则”[见王名扬:《美国行政法》(上册),中国法制出版社1995年版,第302页],我认为从其产生与内涵来看应译作“明确原则”;也可参见叶俊荣:《行政命令》,载翁岳生编:《行政法2000》(上册),中国法制出版社2002年版,第567页。

[15] 参见雷文致:《授权明确性原则的迷思与挑战——美国立法授权合宪界限之讨论对释字五二四号解释与全民健保的启示》,《政大法学评论》2004年第79期,第53-113页。

[16] 293 U. S. 388 (1935).

[17] 第9条规定是对石油过度供给的回应,透过限制对市场来源的供应从而提高销售价格。参见 Peter H. Aranson (et. al.), “A Theory of Legislative Delegation”, p. 9.

[18] 295 U. S. 495 (1935).

[19] 参见 Peter H. Aranson (et. al.), “A Theory of Legislative Delegation”, p. 17.

(三) 新政之后

新政之后,基于禁止授权原则而提起的诉讼基本上都会被法院驳回,也就是说法院对授权采取了支持的态度。^[20] 在一些特别的案件如产业联合会诉美国石油协会(Industrial Union Department v. American Petroleum Institute)案中,^[21] 伦奎斯特(Rehnquist)法官认为基于禁止授权原则应视《职业安全与健康法》(The Occupational Safety and Health Act)无效。而最终形成的多数意见虽然提到了禁止授权原则,但是仅以其为法律解释的工具却并没有宣称该涉案法律无效。^[22] 而在下级法院中,仅有如马休诉里诺(Massieu v. Reno)案,^[23] 联邦地区法院利用禁止授权原则宣布《联邦驱逐法》(A Federal Deportation Statute)中的一项规定无效;再如南达科他州诉内政部(South Dakota v. Department of Interior)案,^[24] 联邦上诉法院利用禁止授权原则宣布《印度安那重组法》(The Indian Reorganization Act)无效。但是总的来说,类似的案件极少,因为在联邦法中禁止授权原则几乎已经消失。

从理论上讲,明确原则是界分立法机关与行政机关权力的有效司法工具。^[25] 虽然自新政之后,联邦最高法院没有基于禁止授权原则宣告一部法律无效,但是这并不能说明立法有了进步,或明确原则确实发挥了作用,而在于法院改变了先前的态度。法院认为过于侵略性地适用禁止授权原则可能会导致现代政府无法有效运转;同时法院对于自己涉足到授权立法过程中并解决相关的政策问题没有足够的信心。因此,在此类案件中,法院虽然会以该原则作为法律解释工具探讨涉案内容,但是均采取了狭义而克制的解释方法,^[26] 支持国会与行政机关,促进了禁止授权原则带来的利益。^[27] 如新政之后联邦最高法院受理的第一个涉及禁止授权原则的案件亚克斯诉美国(Yakus v. United States)案中,^[28] 针对的是《紧急状态下价格控制法》(The Emergency Price Control Act, EPCA)授权价格管理办公室稳定战时的价格。法院支持了这项规定,也根本没有适用明确原则,在新政之后,随着禁止授权原则在适用上的“销声匿迹”,明确原则也很少被人们提起。^[29] 斯卡利亚(Scalia)法官对于法院不愿意适用禁止授权原则而作出的解释应该讲最具权威性,他指出虽然法院并不愿意放弃禁止授权原则在“我们宪政体系”中的重要性,但是同时法院又承认授权业已成为现代政府的核心。^[30] 因此,法院并没有义务去第二次猜测国会授权的意图。

[20] 例如参见 *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989); *United States v. South-western Cable Co.*, 392 U.S. 157 (1968); *Lichter v. United States*, 334 U.S. 742 (1948); *Yakus v. United States*, 321 U.S. 414 (1944)。

[21] 448 U.S. 607 (1980)。

[22] 参见 Uwe Kischel, "Delegation of Legislative Power to Agencies: A Comparative Analysis of United States and German Law", 46 *Admin. L. Rev.* 213, 222 (1994)。

[23] 919 F. Supp. 681 (D. N.J. 1996)。

[24] 69 F.3d 878 (D. C. Cir. 1995)。

[25] 参见 Jeffrey A. Wertkin, "Reintroducing Compromise to the Nondelegation Doctrine", p. 1066。

[26] "在最近,我们对于禁止授权原则的应用主要局限于对法律文本的解释之上,而且,从实践的层面来看,对授权采取了狭义的法律解释,这样做的结果是法律不会违宪。" *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 374 n. 7 (1989)。

[27] 参见 John F. Manning, "The Nondelegation Doctrine As A Cannon of Avoidance", 2000 *Sup. Ct. Rev.* 223 - 224 (2000)。

[28] 321 U.S. 414 (1944)。

[29] 参见 Richard J. Pierce, Jr., "Political Accountability and Delegated Power: A Response to Professor Lowi", 36 *Am. U. L. Rev.* 391 (1987); Peter H. Schuck, "Delegation and Democracy: Comments on David Schoenbrod", 20 *Cardozo L. Rev.* 775 (1999)。

[30] *Mistretta*, 488 U.S. at 415 - 416 (Scalia, J., dissenting)。

三 美国货车运输业协会诉环境保护署案

(一) 本案前的学术批判

法院长期不愿意适用禁止授权原则宣布某项法律条款违宪,对此,受到学者们旷日持久的批判,这些人当中也包括联邦最高法院首席大法官伦奎斯特、学者西奥多·洛伊(Theodore Lowi)以及约翰·哈特·伊利(John Hart Ely)等。戴维·舒恩布劳德(David Schoenbrod)教授更是从根本上反对授权,他认为立法授权会导致削弱民主、危害自由,使法律更为缺少理性。具体分析如下:

1. 授权削弱民主。统治者的统治是基于被统治者的同意,法律必须经国会通过、总统签署,而国会及总统均由选举产生,人民才愿意接受这样的法律统治。在亚克斯诉美国案中,^[31]最高法院认为具有以下三个关联,所以人民仍然能控制行政立法。一是行政机关能够制定规则;二是国会议员能够监督行政机关;三是人民能够监督议员。但是这三项关联很弱,第一项,行政机关有无政治能力作出必要的决定。第二项授权后国会尽量扩大该行政机关及该规制委员会的权力。第三项,立法者只要立场模糊,作好选区服务、个案工作,通常很容易就能连任。举例言之,在1984、1986、1988、1990及1992年10年间的众议员选举,就有97%的现任议员成功连任。因此,国会透过授权行政立法,无须作出困难决定,更不用负政治责任,而这违反并削弱了民主最基本的概念,即统治者的统治应基于被统治者的同意。不过,也有人认为民主本质上就内含着许多相互竞争的概念,^[32]民主概念本身不能独自决定政府的制度架构,一些立法授权也可能使国会更慎思明辨。对此,舒恩布劳德教授的回应是“民主”就是指由人民统治作主,即统治者是基于被统治者的同意而存在。而所谓的公民共和民主、多元论民主均非民主的原意。^[33]

2. 授权危害了自由。国会授权行政立法,其结果是从下列几方面消除了联邦《宪法》第1条对自由的保护。其一,藉由将权力由国会转移到各个行政机关的方式,将立法程序切割,而每一个行政机关均仅服务于特定利益团体。通常情况下只有被规制的产业及相关行政机关会成为唯一的外部参与者。其二,国会议员及总统将公共政策成本的责任转移到行政机关。其三,将立法及执法放在一个部门中,破坏了权力分立的原则。对此,沃德金(Wertkin)教授的不同意见是,许多法案的通过正是为了防止自由不受侵害,例如防治水污染法案,就是自由保障的具体化,不能说是对自由的侵害。^[34]

3. 授权使法律更加缺少理性。多数人认为行政立法会比国会立法更为理性的理由有:其一,行政机关拥有专业知识;其二,行政机关可以迅速决定,避免因权力分立而产生僵局;其三,行政官僚拥有相对的独立性,所以会将焦点放在公众利益的维护上。但是舒恩布劳德教授对此均进行了反驳,他认为实践中主要有三支力量参与行政立法:一是被规制的产业及其他利益团体;二是对该项行政事务有管辖权的国会小组委员会;三是行政人员本身,事实

[31] 321 U. S. 414 (1944).

[32] 参见 Dam M. Kahan, "Democracy Schmemocracy", 20 *Cardozo L. Rev.* 795 - 797 (1999)。

[33] 参见 David Schoenbrod, "Delegation and Democracy: A Reply to My Critics", 20 *Cardozo L. Rev.* 731, 756 - 760 (1999)。

[34] 参见 Jeffrey A. Wertkin, *Reintroducing Compromise to the Nondelegation Doctrine*, p. 1071。

上也是代表其自身成为一种利益集团,借由牺牲公共利益以增加他们个人的收入、权力、名望,并进入有利可图的私人产业工作。这些利益均与民主的目标相背离。

正是这些反对的声音,引发了法院一直在反思自己适用禁止授权原则过程中的立场与技巧,^[35]加之环境领域的授权立法遭遇到诸多风险规制的新问题,因此1999年美国货车运输业协会诉环境保护署(American Trucking Ass'ns v. EPA)案可以称为是对这种思考的最好总结。

(二)哥伦比亚特区巡回法院的判决

美国国会于1970年通过《清洁空气法》(*The Clean Air Act*),“保障并增加全国空气资源的品质,以促进健康与福利,以及人口生产力”,在本条授权下,环境保护署(EPA)颁布了空气污染防治标准。^[36]同时,该法案又规定“授权环境保护署决定何种等级的空气污染源是合法的”,从而“在适当的安全边际内,保障公众健康”。但是如何适用这个规定,该法仅提供了很少的指引:“(环境保护署)对空气污染物制定的品质标准,应正确反映最新的科技知识,以指出对公共健康或福利所产生的有可识别影响因素的种类及范围,从而可期待现在所认定的污染源会随着情况而改变”。^[37]鉴于立法未考虑到相关的经济成本,^[38]有关团体遂向哥伦比亚特区巡回法院提起诉讼,主张环境保护署据以解释法案的授权规定过于宽松,故而是违宪的立法授权。这就是著名的美国货车运输业协会诉环境保护署案。^[39]在审理过程中,特区巡回法院认定,环境保护署并没有任何决定空气中臭氧及微量物的规制准据,换言之,其可以“在适当的安全边际内,保障公众健康”这个规定内制定任何它想要的标准,如此规定将导致环境保护署的裁量权过大,正是由于环境保护署对法律相关条款的解释导致了授权的违宪。^[40]巡回法院还认为环境保护署应该解释它最后决定空气中臭氧及微量物为多少的理由,为何这便属于“在适当的安全边际内,保障公众健康”的标准,而其他数字不是。^[41]与新政时期禁止授权原则的适用不同,特区巡回法院并没有宣告《清洁空气法》相关条款违宪,而是将案件重新发回行政机关,给予环境保护署以“机会来通过明确原则,形成确认那些污染源处于不安全状态的解释,从而全面适用法律”。^[42]总之,法院的判决体现出两项与以往不同的特点:其一,立法授权违宪并非法案本身模糊,而是行政机关无法将明确原则解释到模糊的法案中,据以指示自身的裁量。虽然授权法案欠缺明确原则,但是法院仍然维持了该法案的有效性。其二,法院给予行政机关制定社会政策的权力,而使国会免于承担政治责任。^[43]

(三)联邦最高法院的判决

该案进入到联邦最高法院,形成了2001年的惠特曼诉美国货车运输业协会(Whitman

[35] 例如参见 *Industrial Union Department v. American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607 (1980)。

[36] 参见 *National Ambient Air Quality Standards for Ozone*, 62 *Fed. Reg.* 38856 (July 18, 1997); *National Ambient Air Quality Standards for Particulate Matter*, 62 *Fed. Reg.* 38652 (July 18, 1997)。

[37] 参见 Michael Richard Dimino, “D. C. Circuit Revives Nondelegation Doctrine or Does it?”, 23 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 581 (1999-2000)。

[38] 有关空气质量标准的讨论,参见 F. William Brownell & Ross S. Antonsen, “Implementing the New Eight-Hour NAAQS for Ozone-What Happened to the 1990 Clean Air Act?”, 11 *Tul. Envtl. L. J.* 355 (1998)。

[39] 175 F.3d 1027 (D. C. Cir. 1999)。

[40] 参见 *American Trucking Ass'ns*, 175 F.3d at 1034。

[41] 参见 *American Trucking Ass'ns*, 175 F.3d at 1034, 1036。

[42] 同上,第 1033-1034 页。

[43] 参见 *Am. Trucking Ass'ns v. EPA*, 175 F.3d 1027, 1034-1040 (D. C. Cir. 1999)。

v. American Trucking Ass'ns)案。^[44] 在判决中,主笔的大法官斯卡利亚也运用了禁止授权原则的方式对本案进行了分析。首先,他引用联邦《宪法》第1条第1项规定,而这正是支持禁止授权原则的主要文义基础。其次,他宣称国会不得将立法权让渡给行政,于立法授权之时应“明确”明确原则以供行政遵循。但是他的最终结论是《清洁空气法》符合“明确原则”,而这个结论与斯卡利亚大法官以前所持的观点完全相反。^[45] 对此,其他法官的意见是:托马斯(Thomas)大法官在赞同意见中主张适用最古典严格意义的“禁止授权原则”,^[46]而史蒂文斯(Stevens)大法官(还有苏塔[Souter]大法官)则认为在现代规制国家的运作下,国会应该有权广泛授权行政立法,而大法官斯卡利亚对于《宪法》第1条的僵硬与严格的解释,大幅限缩了立法授权的范围,导致法院为了容许必要的授权,往往被迫假借“明确原则”之名,认定立法者已经提供足以引导行政机关的规范,因此判定并未将立法权让渡给行政机关。《宪法》第1条虽然规定立法权由国会享有,但并未禁止国会授权行政机关立法,所以只要授权时有“明确原则”足以引导行政立法,根本不需避讳立法授权,要诚实地看待行政、立法间的关系。^[47] 从以上三派观点的具体内容来看,本案的最终判决事实上是对前述三位大法官意见的折中,既强调禁止授权原则,也重视授权立法,但是同时又突出了明确原则的要求。很显然,传统禁止授权原则将导致国会无法弹性且有效率地规制现代国家,而让行政机关提供明确原则则成为坚持权力分立原则以及发挥行政机关进行政策价值选择功能之间的妥协。^[48] 那么,这是否意味着禁止授权原则有了“新发展”呢?

四 新发展——行政自我拘束的进路

(一)“新”禁止授权原则

美国货车运输业协会诉环境保护署案在哥伦比亚特区巡回法院审理时,法官宣告环境保护署制定的臭氧标准违宪,引发了对沉寂已久的禁止授权原则的争论。而美国联邦最高法院2001年惠特曼诉美国货车运输业协会的判决,更是重新点燃了大法官与美国学界对行政国家立法授权合宪界限的热烈讨论。该案重新诠释了1935年以后联邦最高法院不曾引用的“禁止授权原则”,藉以宣告法律或行政立法违宪。许多学者称此案确立了新“禁止授权原则”,之所以“新”,就在于经历70年之后获得重生,这种复活是法院对行政规制不足现象的一种回应;更在于法院的判决并非针对立法机关的立法,而是针对行政机关的立法且再次突出了“明确原则”的要求。^[49] 当然,反对意见也是存在的,认为其根本就不是所谓的禁止授权原则,判决背离了该原则拘束立法机关授权的中心要旨。^[50] 那么,通过本案禁止

[44] 531 U.S. 457 (2001).

[45] 例如 *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 416 (1989) (Scalia, J., dissenting)。

[46] 参见 *Am. Trucking Ass'ns*, 531 U.S. at 486-487 (Thomas, J., concurring)。

[47] 同上,第487-490页(Stevens, J., concurring in part and concurring in the judgment)。

[48] 也有学者将传统的禁止授权原则称为“较强的”原则,而将本案中的原则称为“较弱的”禁止授权原则,参见 Gabriel Clark, “The Weak Nondelegation Doctrine and American Trucking Associations v. EPA”, 2000 *BYU L. Rev.* 627 (2000)。

[49] 参见 Liza Schultz Bressman, “Schechter Poultry at the Millenium: A Delegation Doctrine for the Administrative State”, 109 *Yale L. J.* 1399, 1402 (2000); Cass R. Sunstein, “Is the Clean Air Act Unconstitutional?”, p. 340。

[50] 参见 Patricia Ross McCubbin, “The D. C. Circuit Gives New Life and New Meaning to the Nondelegation Doctrine in *American Trucking Ass'ns v. EPA*”, 19 *Va. Envtl. , L. J.* 57, 71-79 (2000)。

授权原则究竟是有了新的发展,还是一种背离呢?

如果适用传统的禁止授权原则,国会没有提供明确原则就作出授权,那么国会的行为违反宪法规定,结果是法院将宣告《空气清洁法》第109条违宪。传统的禁止授权原则目的在于促进国会作出有效的政策决定;制定更好的公共政策;国会承担更大的责任以及回应性;为民主的政府与自由提供充足的保障。^[51]而事实是法院将涉案的行政立法发回给行政机关,让行政机关提供明确原则拘束行政权。有人指出新禁止授权原则难以实现上述目标,允许国会将宽泛的政策制定权授予行政机关,回避了自己的责任。对此,法院的态度是通过行政机关的自我拘束可以产生更好的政策决定,因为行政机关必须从所有合理的备选方案中审慎选择,否则就会受到司法机关的质疑与否定。传统禁止授权原则面临的问题是法院经常拒绝适用,而国会也不愿意停止授权,与之相反,新禁止授权原则的适用则协调了立法、行政与司法权力之间的冲突,特别是重视对明确原则的应用,从而限制了行政的裁量权,如此以来易于受到各方的接受。

理论上对于新禁止授权原则的探讨远比实践要早得多,如戴维斯(Kenneth Culp Davis)教授从1969年便开始提倡建立禁止授权原则的新方式,^[52]“传统禁止授权原则的根本目标无法令人满意,必须得到改变。它不应该去阻止国会授权立法或者要求法律明确标准。”应该由行政机关设定标准限制自己的裁量权。但是戴维斯并没有明确指出法院应该依据什么(是正当程序条款还是行政程序法或者普通法)来判断行政机关是否满足了这样的要求。20世纪70年代以来的许多案件均在不同程度上采纳了他的建议。当然,在加强对行政立法控制的同时,也引发了对行政立法如何审查的论争。^[53]新禁止授权原则通过对行政机关的裁量权进行拘束,提升了法律执行的预期性、一致性与确定性,但问题是既然是法律的不确定性,为什么要求行政机关去消除它呢?这是人们对于法治主义原理认识不断深入与成熟的结果,“各国逐渐放弃了那种形式法治主义的幻想,为了使行政能够更好地发挥作用,各国皆呈现出逐步扩大行政的裁量范围,赋予行政以不直接基于法律的具体规定而积极能动地作出政策判断之权能的倾向。”^[54]很显然,在美国货车运输业协会案中,美国联邦法院的做法正是适应了这种倾向与趋势。最初禁止授权原则的关注点在于拘束立法机关,但是新禁止授权原则显然通过法院的思考抓住了问题的实质,即应该考量行政权的行使问题,借由行政自我拘束的进路提升行政立法质量。背离^[55]或者新发展的论断均无可厚非,关键是要对诸多的行政立法进行有效的控制。

(二) 比较法上的观察

美国货车运输业协会案适用了禁止授权原则,但与以往不同,法院并没有直接阻止国会

[51] 参见 David Schoenbrod, “The Delegation Doctrine: Could the Court Give it Substance?”, 83 *Mich. L. Rev.* 1228, 1238 (1985)。

[52] 参见 Kenneth Culp Davis, A New Approach to Delegation, 36 *U. Chi. L. Rev.* 713 (1969)。

[53] 参见高秦伟:《程序审抑或实体审——美国行政规则司法审查基准研究及其启示》,《浙江学刊》2009年第6期,第147-155页。

[54] 杨建顺:《行政规制与权利保障》,中国人民大学出版社2007年版,第170页。

[55] 为了避免“背离”该原则,法院在阐述行政自我拘束的进路时,仍然将行政问题上到了“宪法议论”的层面。参见 Elizabeth Fisher, “Risk Regulation and the Rule of Law: Searching for ‘Intelligible Principles’ in the Administrative State”, 3 *Envtl. L. Rev.* 139 (2001)。

授予立法权力,而是阐释其核心内容即“明确原则”,用以拘束行政权的宽泛裁量。根据判决,明确原则的内容是指若法律在授权的同时,已经提供了足以让行政机关理解、遵循并据以行为的原则时,该授权即为宪法所容许。而若法律在授权的同时,不但提供足够的裁量标准,而且具备比“明确”的程度更详尽的原则或限制,即使是将刑罚的构成要件授权行政机关制定,也是为宪法所容许的,1991年唐伯诉美国(Tauby v. United States)案即为例证。^[56]法院之所以如此强调明确原则并将其由行政机关自己来承担,就在于法院对分权原则作出了重新认识。起初,权力分立是为了保障权力分散与抑制过于集中而造成的滥用,但是现代社会,任何一项权力的行使,并非完全能够依赖某一种机关所能完成,而必须寻求其他权力机关的同意、合作或者参与,这正是权力制衡中的另外一层含义,也即权力间的分享原则,不过对于分享原则也需要存在某种制约,此即授权立法中授权明确性原则存在的必要性以及意义之所在。^[57]事实上,这种思路与美国行政法从比较法学中吸收了不少经验有关。

如前所述,美国“禁止授权原则”与大陆法系国家如德国的“授权明确性原则”颇有相似之处,这表现在:^[58]国会(议会)不得凭其所好任意授权;国会(议会)须为行政机关提供明确指引,以实现后者被授权制定规则的目标。此项引导的标准化将是授权的正当性基础。标准并非不可变更,但须考量争议法律授权所涉及的事务,以及行政立法的可能影响。对于审查基准,德国除基本法中具有明确的规定外,通过法院发展了不同的审查方法与审查基准,^[59]而美国则完全是透过司法审查逐步发展而来。值得指出的是,目前法院适用授权明确性原则或明确原则,主要的审查对象是行政立法而非法律,对于空白概括授权的法律,很少有宣告违宪失效的情况。^[60]

虽然从世界范围来看,授权明确性的判定标准,有由严格逐渐发展为宽松的趋势,但是从德国与美国的区别来看,不同之处,特别是对行政立法的法律监控角度在于:德国法比较偏向“立法监控”。它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,且往往规定得非常详细。^[61]美国法则偏向“司法—程序监控”,其几经尝试,最后在联邦《行政程序法》制定后,改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和妥当性。从这一点来观察,美国货车运输业协会案的观点事实上是对以往行政自我拘束实践的肯定。^[62]

(三) 行政程序可否承担起“明确原则”的要求?

为什么选择由行政机关制定标准以防止恣意而非原始的禁止授权原则呢?这是出于对

[56] 500 U. S. (1991). 《药物控制法》(Controlled Substances Act) 授权司法部长可以暂时规制某些足以立即造成公共安全危害的药物,在该期间内禁止一切贩卖或使用,违者将处以刑罚。虽然该法等于是授权司法部长得以制定刑法,但由于授权明确的程度与防止滥权的措施都已经详尽规定,也是为宪法所容许的。

[57] Mistretta v. United States, 488 U. S. 361 (1989).

[58] 参见 Uwe Kischel, *Delegation of Legislative Power to Agencies: A Comparative Analysis of United States and Germany Law*, pp. 239 - 243.

[59] 参见欧爱民:《法律明确性原则宪法适用的技术方案》,《法制与社会发展》2008年第1期,第120-126页。

[60] 参见廖元豪:《走自己的路——大法官“法律保留本土化”之路》,《台湾本土法学》2004年第58期,第21-40页。

[61] 法律保留与授权明确性原则,均属于法治原则内涵,授权明确性原则可落实、强化法律保留,使之不因立法者之空白授权而落空。法律保留关心的问题是何种事项在何种程度内应由法律规范。而授权明确性原则关注法律规范的细腻“程度”的问题,即“授权明确性”以及“法律明确性”。

[62] 参见 Brigham A. Cluff, “American Trucking and the Nondelegation Doctrine: A New Twist on an Old Doctrine”, 40 *Jurimetrics J.* 485, 492 - 493 (1999 - 2000)。

成本的考量,因为适用传统的禁止授权原则会增加立法程序的成本,其要求法院宣告法律无效,导致法院将与国会发生正面冲突,而这正是联邦最高法院一直努力避免的。如果法律被宣告无效,会使得被规制领域的公共与私人计划受到影响,接下来又有重新立法的要求,但是新法案的提出仍须经过“两院审议”与“呈送总统”的立法程序,这些都使得被宣告无效的法律再次得到快速立法的可能性减低。而新禁止授权原则可以降低决定成本,通过拘束行政机关,从而作出合理的决定。如舒克(Schuck)教授所言,行政的法律决定程序更容易进入(告知与评论程序的成本小于国会游说)、更有意义(参与团体有机会精确定义问题的本质,而法条相对于此则显得空泛),也更有效率(参与团体有机会教育政府关注规制问题的本质)。^[63] 法院的审查标准方面,联邦《行政程序法》中规定的“恣意与专断”标准基本上也可以适应对于行政立法的审查。^[64] 而且经过法院判例的发展,“从严审查”标准目前已经成为对行政立法进行审查的主流标准,受到联邦各级法院的适用,用以审查行政立法的说服力、逻辑性、确定性和有效性。^[65]

但是人们还是会有疑问:环境保护署是否能够(以及如何)提供一个让哥伦比亚特区巡回法院满意的明确原则呢?前面论述提及了禁止授权原则争议的焦点是授权可能会影响民主性。^[66] 对此,杰瑞·马休(Jerry Mashaw)与舒克则认为授权反而可以增强民主。^[67] 马休认为行政立法受到总统的监督,而总统对于公众需求的回应性不亚于国会,而舒克则认为行政机关的特性决定了其对公共利益的回应的要强于国会的立法,行政立法中的公共参与成本明显低于游说国会的成本,行政机关处理的事务更加接近民众的生活而国会的立法则过于原则与概括;最后,行政立法的公共参与效率更高,因此支持授权立法。但问题是授权立法能否达到他们所说的目标呢?

笔者认为行政立法过程中的说明理由与参与应是关键,可以让“明确原则”更加明确。而其中如何参与更是至关重要,是行政机关向谁说明理由以及如何说明理由的基础。对此,美德两国的情况并不相同。如在德国,以环境政策的制定程序为例,许多重要事项先由专家作出技术结论,然后由利害关系人参与,兼顾专业与民主正当性。行政官员大体上必须做以下三件事:其一,清楚定义谁为利害关系人,并使其成为有效的代表。其二,各利益群体的意见能得到具体明确的表述。其三,制定适用于整个过程的程序规则。不过也有人认为这并不适合美国。^[68] 德国行政程序法重心在于对行政处分的规制,虽然德国技术专家在高科技行政过程中扮演重要角色,但是最后作出正式法律决定的仍然是内阁部会,根据的是国会通过的法律,技术专家团体拥有极大影响力,反而是间接地对公众负责。再以核能规制为例,许多技术委员会隶属于核能工业,或者专家本身是核子专家,也很难说是充分反映了多元化

[63] 参见 Lisa Schultz Bressman, “Schechter Poultry At the Millennium: A Delegation Doctrine for the Administrative State”, pp. 1419 - 1422.

[64] 5 U. S. C. § 706 (2) (A) (1996 & Supp. 2000).

[65] 参见 Anthony S. Winer, “Why The ‘New Non-Delegation’ May Not Be So New”, 27 *Wm. Mitchell L. Rev.* 1025, 1034 (2000 - 2001).

[66] 参见 Lisa Schultz Bressman, “Schechter Poultry At the Millennium: A Delegation Doctrine for the Administrative State”, p. 1403.

[67] 参见 Dan M. Kahan, “Democracy Schmemocracy”, p. 795; Peter H. Schuck, “Delegation and Democracy: Comments on David Schoenbrod”, p. 775.

[68] 参见 Susan Rose-Ackerman, “American Administrative Law Under Siege: Is Germany A Model?”, 107 *Harvard L. Rev.* 1279, 1282 - 1285 (1994).

的意见,反而使多元民主的参与受到限制。那些私人的准则制定团体、顾问委员会等,其制定程序是非正式的而无法受到审查,法院也不能透过司法审查检视其参与代表的适当性,公众也无一般程序性权利进入行政机关内或取得任何信息,除非公众能证明其法律权利因此受到侵害。故德国在行政程序上的缺陷在于,这些技术制定团体不具备政治上的可负责性,相对于美国不见得更佳。^[69] 在美国,环保团体代表也可以有类似的技术专家顾问等,但是必须在正式听证程序中记录其意见,作为将来司法审查的内容之一,因此美国在这方面也与德国有很大的不同。也正是这一点,美国联邦法院敢于将行政立法的科学性与民主性的重任交由行政机关来承担,他们对美国的行政程序法制信心十足。

五 启 示

中国实务法律对于行政机关的授权方式,最常见的方式为“本法的实施细则由 XX 制定”。但是这种“空白授权”方式关注较多的是组织法上的权限分配问题,立法机关对行政机关并没有实质性的控制,也很难算得上是导引行政机关立法的明确原则。《立法法》第 10 条规定:“授权决定应当明确授权的目的、范围。被授权机关应当按照授权目的和范围行使该项权力。被授权机关不得将该项权力转授给其他机关。”但是鲜有实践上的映照,授权明确性原则的应用存在着较多的问题。当然,如果要运用授权明确性原则,那么其具体内涵如何?亦即如何决定授权的目的、内容及范围是否具体明确?其具体标准是什么?这些都更有探究的必要。

此外,通过不确定法律概念的间接授权也是大量存在,一旦法律出现不确定法律概念,行政机关为执行法律,必须先对其加以解释方得以具体执行。中国行政立法中还存在“职权立法”的说法与实践,其实质也是立法机关透过不确定法律概念所作的间接授权,此种授权方式,同样必须如同授权立法一样受到立法机关意旨的拘束,并且必须合乎法律体系及规范精神。学界对于“职权立法”的提法一直存在质疑,^[70] 本文并不作区分,统称为行政立法。而从实际情况来看,中国的职权立法数量多于授权立法,解决之道可能在于一方面固然要从人民代表大会制度出发探讨职权立法的合法性,强化授权;另一方面借鉴美国的制度从行政自我拘束立法权力的视角出发,也是可行的。总之,从目前的行政立法数量还是其涉及的内容,均需要从法制的视角来探讨其正当性以及如何实现合法性。这也正是本文对美国类似经验进行总结探讨的问题意识所在。

一般而言,立法机关之所以选择授权行政机关立法,多数情形乃源于专业的考量。此情形下要求立法机关明确设定行政立法的目的、范围及内容,具有相当大的难度。既然立法机关事业能力不足,很难期待其对于授权的要件能够有明确的设定。即使坚持对立法机关做授权明确的严格要求,结果可能造成法律只能以一些抽象的、不确定的概念要求行政机关。而这种抽象的概念对于行政机关实际制定规范的限制作用不仅相当有限,而且反而可能成为行政机关正当化其行政立法的理由。因此,一味地严格要求立法机关对授权作出明确的规定似乎不符合实际的需要,也有相当的困难。而且授权明确理念背后的传送带模型理论,在行政法学的发展上并不是唯一的理念依据。晚近学者对于行政权本身的专家特质以及程

[69] 参见[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338页。

[70] 参见喻少如:《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33-36页。

序中参与强化之后所具备的正当性也有所肯定。^[71] 从美国禁止授权原则的新发展来看,正体现了这种趋势,也即对中国行政立法的重要启示。但是从中国行政立法数量颇多以及全国人大及其常委会立法不足的现实出发,仍应主张立法机关对行政立法的授权要有所节制,应进一步提升立法的质量。其次,行政立法中提出授权明确性原则的要求,对于促使中国立法机关负起政策决定的责任,以及改进目前行政立法缺乏有效监督的情形,也具有正面的助益。同时,我们也要注意美国通过拘束行政机关本身,以程序实现行政立法正当性的做法具有特定的法制背景。目前,中国对于行政立法的拘束,既学习了德国立法控制的思路,于《立法法》中明确规定了“授权明确性原则”的要求;同时也在程序设计方面突出了科学性与民主性的要求,专家参与立法以及听证会、座谈会等方式的运用均说明了问题。但需要强调的是,我们走的道路与德国或者美国皆不太相同,特别是中国适值转型时期,对于行政作用的强调以及立法的欠缺导致制度上对行政立法的监督并没有充分发挥作用,如何在内容上监督行政立法,均成为当前中国行政法制建设中的重要课题。

六 结 语

立法机关经常会将大量、宽泛的政策制定权授予行政机关。美国传统的禁止授权原则经历了长期的发展,根据现代社会的需要(国会不愿意停止授权行为,而法院不愿意适用传统的禁止授权原则,行政机关从事大量规制事务的运作),调整了原则的内涵,形成了所谓的“新禁止授权原则”,要求行政机关在行使授权时提供“明确原则”,如此既可以力求国会科学授权,也可以加强法院的审查强度,更可以限制行政机关的裁量权。当然,这只是问题的第一步,行政机关如何提供“明确原则”,如何使行政立法更加具有正当性与妥当性则在制度建构上至关重要。就中国行政立法而言,一方面要探讨职权立法的立法依据何在,另一方面也可以借鉴美国的做法,从行政机关的自我拘束层面考量,探讨行政立法的合法性要件,探讨包括公众参与和专家参与在内的正当程序,如此方可以发挥行政立法在现代规制国家中的积极作用。

[Abstract] Being an important concept in American administrative law, nondelegation doctrine is established on the basis of the development of case law of the federal courts. In a history of more than two centuries, the process of the development of nondelegation principle has been by no means smooth, and there have been quite a lot of controversies and almost nothing has ever been discussed in the past, because federal courts have seldom invoked it. However, a 1999 case has kindled the nondelegation principle anew, in which the court required administrative agency provide an “intelligible principle” so to guide the operation of administrative rulemaking. China may draw on the experiences of such approach to heighten the self-restraint of administrative agencies.

(责任编辑:支振锋)

[71] 参见 Richard B. Stewart, “The Reformation of American Administrative Law”, 88 *Harv. L. Rev.* 1675 (1975).