

## 【行政法学】

## 行政授权与行政委托:衍生性权力的法律规制

谭 波

**【摘 要】**行政授权与行政委托,是行政权配置与行使的特殊方式,也是“职权法定”原则的特殊表现形态。实践中,行政授权兼具实体法授权与监督救济法授权的多种模式,授予的权力也复杂多样。而行政委托也受到行政授权模式的深刻影响,甚至在某些领域行政委托与行政授权难以区分。伴随我国行政执法体制改革,行政授权执法与行政委托执法呈现出扩张态势。作为一种“衍生性行政权”,在行政组织法尚不健全的背景下,行政授权与行政委托的规范难题在于既要保障“职权法定”与“权责统一”,又要满足基层治理中不断扩张的执法需求。为此,需要对行政授权与行政委托的规范基础进行梳理重构、对其法律内涵进行准确阐释,对其权责进行精确匹配。

**【关键词】**行政授权;行政委托;权力配置;权力行使;行政执法权下沉

**【作者简介】**谭波,海南大学法学院教授,博士生导师,法学博士。

**【原文出处】**《当代法学》(长春),2022.6.79~89

**【基金项目】**本文系2022年度国家社会科学基金重大项目“完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系研究”(22ZDA073)的阶段成果之一。

随着国家治理体系和治理能力现代化建设的深入,作为核心治理手段的行政执法,其权力基础和执法形态也日益呈现多元化,尤其是在我国行政执法权下沉改革的背景下,在行政机关之外,由法律法规授权的组织和行政机关委托的主体行使执法权的情形愈发普遍。可以说,行政授权与行政委托属于最典型的行政权力衍生形式。行政授权作为行政权力配置方式在贯彻依法行政原则中作用重大。而行政委托则彰显行政权力行使的灵活性,且两者在规范与实践中的表现日益接近,对其严格区分更有必要。例如,2021年《海南自由贸易港法》第7条规定,“国务院及其有关部门根据海南自由贸易港建设的实际需要,及时依法授权或者委托海南省人民政府及其有关部门行使相关管理职权”。<sup>①</sup>这一“授权委托同款规定”的立法例,凸显了二者的紧密关联性。行政实践也表明,行政授权执法与行政委托执法的扩张性发展,有可能对“职权法定”与“权责统一”等依法行政的制度框架造成冲击和挑战。如何对这种

衍生性行政权实施有效的合法性规制,同时又能满足基层治理中的执法需求,也是当前行政法理论研究面临的重要课题。

### 一、权力何以衍生:授权与委托的规范基础

所谓行政授权,是指根据法律、法规对特定组织授予行政权,其以自己名义独立行使行政权并承担相应法律责任。在外观上,行政授权类似于民法上因“所有权移转”而引发的权责变动,但由于被授权组织的权力是经由法律配置或在行政系统内部移转,其与民法上所有权变动仍存在本质差异。在国家大力推进治理体系和治理能力现代化的过程中,行政权的合理配置不仅能够促进“善治”,也有利于对权力主体进行约束。行政委托在性质上属于行政权行使方式,受委托组织是以委托机关名义“代理”行权,其“名”“责”也并不转移。<sup>②</sup>总之,委托有严格的条件限制,有些行政权(如行政许可)只能委托行政机关,有时委托关键在于有无期限。<sup>③</sup>对行政委托主体来说,其对受托主体必须进行监督和控制,否则可

能因受托主体权力滥用而“引咎”担责。相比宪法和行政法对行政机关职权的法律化配置,行政委托这种对特定组织的“权力化改造”,则更须注重“权名责”的合理配置。

### (一)行政授权的规范基础

行政授权产生的基础是“职权法定”原则。所谓职权法定,实际上有三层含义:一是行政机关的创设具有法律依据;二是行政机关的权力来源于法律授权;三是行政机关必须在法律规定的职权范围内活动,不得超越法律的授权。由此推知,行政机关的法定职权一般可简化解为行政机关的“固有权力”,也就是自行政机关产生之日,法律就配置了一定的行政权。因此,这种意义的授权一般都是由行政组织法规定,首先是设定行政主体资格,其次才是具体的权力配置问题。当然,行政机关的职权也并非固定不变,而是会伴随行政行为法的制定或修改而发生变动。这也成为“法律保留”原则的调控空间。“一般情况下,行政主体采取的方法、手段和措施并不需要法律特别授权,但是,当这些方法、手段和措施涉及相对人的权利和义务时,则必须有法律特别授予。”<sup>④</sup>例如,《立法法》第8条规定对“限制人身自由的强制措施和处罚”“对非国有财产的征收、征用”等项“只能制定法律”。在国外,荷兰法主权论学者克拉勃主张,“必须承认法律——制定的法律——不但是公民的权利和义务来源,而且是所谓主权者的权利或政府一切构成权的基础。”<sup>⑤</sup>国内学者对行政行为法律从属性也有共通认识,有学者指出:“行政权只能来源于法律,行政权的运用、行政行为的实施必须服从法律,受法律的约束。”<sup>⑥</sup>有学者还进一步强调指出法律优先原则以及组织法和行为法同时授权,否则“这种法外设定的行政权力与行政职权是相悖的,因为所设定的具体行政权力并不是从行政职权派生和演绎出来的,它不能够起到向上联结行政执法,向下联结行政行为的作用,反倒是将行政执法与行政行为置于了对立的状态”。<sup>⑦</sup>但不可否认,实践中的行政授权依据也在扩展,有些国家不再区分具体依何种法律规范进行授权。在日本,这种趋势被称为“基于民主主义的法治主义”,区别于“基于自由主义的法治主义”。对于授权,不仅考虑作用法的授权,还将组织规范、

规制规范或程序规范都纳入授权规范。<sup>⑧</sup>

行政授权不断拓展的原因,在于行政机关的法定职权存在难以逾越的功能局限。具有法定职权的行政机关无法全面实现行政目的,从而衍生出行政权的续造模式,诸如派出机构、特殊内设机构及其他组织经过特别授权行使行政权的机制相继产生。但这种基于一般法律法规授权而形成新行政主体的情形,是属于依托部门法规定而产生的对行政机关权源的再认,还是与基于宪法、组织法的授权具有相同属性?在学理上则引起广泛讨论。对“行政授权是否存在于宪法、组织法之外的法律规范中”,有学者主张应将行政主体职权划分为固有权权和法律授权,并拓宽对行政授权范围的理解,<sup>⑨</sup>由此,行政授权必然要拓宽到各个位阶的规范领域。有学者总结了立法行为说和行政行为说两种观点,前者认为授权只是立法机关的活动,而后者主张行政授权是行政主体的“行政权转让”行为而非设定行为,并倾向于行政权可在授权情况下转让的观点。<sup>⑩</sup>这种观点的普及导致行政主体领域的“被授权组织”呈现多样化,法律、法规规定由特定行政机关授予行政职权遂成为行政授权的一种典型形态。<sup>⑪</sup>有学者仍倾向于将“行政授权”限定于“立法授权之后的二次授权”,属于“间接授权”,需具备法定依据,且须在授权后才能使特定组织获得行使相应职权的资格。<sup>⑫</sup>这种“间接授权”的实质是“行政行为法中的授权行政”,关键是在“行为法直接授行政权给行政主体”大框架外,还要将“行为法内的行政主体授权行政”也纳入其中,构造“行政授权”的完整格局。

### (二)行政委托的规范基础

传统行政委托的本质是基于权力行使的便利或专业性的需要,保证行政权运行做到“纵向到底,横向到边”,扩大了行政权的可及性与覆盖面。从该方面说,如果权力可及,则委托不必产生。但委托空间的不断产生与我国政府部门的设置格局及其特点有一定关系。如根据《烟草专卖法》第16条规定,上一级烟草专卖行政主管部门可将烟草专卖零售许可证审批权委托给县级工商行政管理部门,这实际上契合《行政许可法》的有关规定。《国有土地上房屋征收与补偿条例》规定,房屋征收部门可委托房屋征收实

施单位,承担房屋征收与补偿的具体工作,而后者不得以营利为目的,前者对后者在委托范围内实施的房屋征收与补偿行为负责监督,对其行为后果担责。而有些行政权则不得委托,如《行政强制法》对行政强制措施权委托的禁止。我国行政处罚、行政许可和行政征收等法律规范对受托主体和委托内容的规定有所差异,权力事项委托与非权力事项委托也分而治之。<sup>⑤</sup>以行政处罚为例,委托机关只能将其部分处罚权委托,委托方式应以行政协议为宜。<sup>⑥</sup>2021年修订的《行政处罚法》将行政委托的法制化推向严格,该法第20条第2款规定,“委托书应当载明委托的具体事项、权限、期限等内容。委托行政机关和受委托组织应当将委托书向社会公布”。行政委托的法定要件和“约定要求”是行政委托产生的“双前提”。“委托书”变现后可影响第三人权益,因此须明确、公开。在行政诉讼中,缺少法律、法规或规章规定,行政机关授权其内设机构、派出机构或者其他组织行使行政职权的,一般认定为委托。但委托与授权的实质与功能区别是否仅存在于监督救济阶段,是否在组织法层面就应有足够规制与前端区分,也成为值得关注的问题。

随着制度设计的升级,有关行政委托规范基础的研究也逐渐深入,有对受托主体的研究,主张“公权力原则上不能委托给非行政机关组织行使”,<sup>⑦</sup>有对委托外延的关注,认为只有政府行政性业务委托外包在性质上才属于行政委托。<sup>⑧</sup>还有对委托定性的探讨,认为基于自愿协商一致的行政管辖权转移在国外有授权和委托两类,在我国目前只有委托。行政管辖权委托包括层级委托和横向委托。<sup>⑨</sup>

## 二、权力何以运行:授权与委托的制度实践

### (一)我国行政授权的制度实践

#### 1. 行政授权的发展历程

从部门行政法来看,1987年《治安管理处罚条例》明确派出所的裁决权。1992年《税收征收管理法》规定税务所的处罚决定权。这种“不言明”的单项授权成为其在诉讼时被告地位确立的前提。而根据2003年《银行业监督管理法》第8条第2款规定,“国务院银行业监督管理机构的派出机构在国务院银行业监督管理机构的授权范围内,履行监督管理

职责”则属于概括授权的典型表现。

从行政监督救济法来看,我国行政法治发展起初主要倚重行政诉讼。1989年出台的《行政诉讼法》第25条规定,“由法律、法规授权的组织所作的具体行政行为,该组织是被告”,这是从行政监督救济法角度反向确立行政授权的正当性。行政诉讼中的授权规定加速造就了“授权行政主体”的扩张发展。

从一般行政法来看,1996年《行政处罚法》第17条、2004年《行政许可法》第23条以及2011年《行政强制法》第70条等“行政三法”相关条文都先后确立“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织”的行政主体资格。这种“多条腿”走路的发展模式为行政授权的理论构建提供了制度基础。有学者更是将行政授权界定为“行政机关在经其行政职权原授予机关同意或者许可的情况下,根据行政管理的实际需要,自主将其自身拥有的行政职权的一部分(或全部)通过授权决定的方式授予其内设机构、派出机构或者其他行政机关、组织行使”。<sup>⑩</sup>

#### 2. 实体法授权与监督救济法授权之区分

从上述发展历程来看,实体法上的授权与监督救济法上的授权能实现通置。配合1990年《行政诉讼法》实施,1991年《行政复议条例》第28条规定,“法律、法规和规章授权的组织作出具体行政行为的,该组织是被申请人”。1999年《行政复议法》第15条第1款第3项却复归至“法律、法规的授权”,但2014年修改的《行政诉讼法》第2条第2款规定,“前款所称行政行为,包括法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为”,从而在诉讼法上肯定规章授权组织的地位。这一条可溯于最高法《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20条,定于《关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(法释〔2018〕1号)第20条,被授权机构或组织超出法定授权范围实施行政行为,当事人应当以实施该行为的机构或者组织为被告起诉。总之,越权行政行为基于授权而起,“被授权”行政主体责任自担。规章授权的组织虽实现了诉讼法上的身份确认,但在实体法上仍不是典型行政主体。

授权关系是否形成,可以结合相关判例进行分析。在(2020)京行终6727号判决书中,法院认为,未

经批准且属于村民委员会自治范畴的行为,依《村民委员会组织法》规定进行救济。小营村委会和该村党支部委员会及该村经济合作社共同对苏某作出“宅基地收回决定”,未报经原批准用地的政府批准,不产生法定的收回土地使用权的法律效力,不属法律授权的行政行为,仍属基层群众性自治组织的自治行为,其授权关系并未成形。这与行政机关系统内需请示上级行政机关批准不同,如批准程序是法定程序,需被认定为共同行政行为;如事先请示上级批准只是内部程序,上级行政机关不对外承担法律后果。<sup>⑨</sup>实体法授权成立与否,还需在监督救济过程中检验。

行政监督救济法不限于行政复议与行政诉讼,有些法律也从侧面促进了行政授权主体在此领域的身份塑造与完善。2018年《监察法》对职权行政主体与授权行政主体在监督上同等对待,以“人”为关注重点。其第15条第2项的“法律、法规授权或者受国家机关依法委托管理公共事务的组织中从事公务的人员”也同样具有规范基础。因为2006年施行的《公务员法》第112条就规定“法律、法规授权的具有公共事务管理职能的事业单位中除工勤人员以外的工作人员”这一“参公事业单位人员”概念。这种传承造就了监督领域授权主体地位的完整性。类比刑法,会发现《监察法》对监察对象的设定思路与《刑法》第382条第2款对国家机关“委托管理、经营国有财产”人员的“以贪污论”及2000年全国人大常委会对刑法第93条第2款“其他依照法律从事公务的人员”的解释在思路异曲同工,并再现于《监察法实施条例》第43条第3项。这是对行政授权与行政委托在监督视角下的确认,只不过这种确认是着眼于“人”,打通相关公法对“公职人员”的认定标准,而非再以行政法通常意义上的“组织”视角。作为权力配置方式的同时,行政授权也成为判断与归结行政(法律)责任的重要前提,这对于实现法治政府建设从单纯的权力合法性标准向权责统一标准过渡铺设理论通道,实现从组织责任到个人责任的全覆盖,契合当前责任政治和监察法治发展的需要。

### 3. 行政授权的微观形态

我们主要以现行有效的法律为例,以法条中明

示“授权”表述为分析样板,对其进行类型化分析。截至2022年9月,我国现行有效法律共计293部,在96部行政法和82部经济法中,涉及授权条款的行政法计34部,经济法计21部。在这55部法律之中,其授权类型大体呈现几种情形:

一是行政授权的定性式情形。除“行政三法”外,一些单行法也采用“法律、法规授权的组织”这种定性式授权表述,如2021年通过的《数据安全法》《个人信息保护法》中的“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织”。由于行政机关主要依据宪法与组织法而产生,而“法律、法规授权的组织”则并没有专门的组织法依据,其仅仅依托部门法规定成就其法律地位。这其中既包括公务员法上的参公事业单位,还有其他法律法规授权的普通事业单位。

二是行政授权的定向式情形。《行政处罚法》和《行政许可法》规定省级以上政府可决定一个行政机关行使有关行政机关的行政处罚权,或经国务院批准决定一个行政机关行使有关行政机关的行政许可权。这种授权本身并不定性,主要明确授权主体的范围以及可以授权的对象。《行政处罚法》第24条还规定省级政府可“决定将基层管理迫切需要的县级人民政府部门的行政处罚权交由能够有效承接的乡镇人民政府、街道办事处行使”。这种“可以决定”“交由有能力主体”行使相应权力的授权,<sup>⑩</sup>不但打破了“级别管辖”的边界,而且赋予了授权主体高度的自由裁量权,也是一种定向式授权。

三是行政授权的定量式情形。其属于明确具体权力内容的行政授权,具体又可分为多种类型。第一类是具有涉外性的行政授权。《反恐怖主义法》第69条第1款规定,“国务院有关部门根据国务院授权,代表中国政府与外国政府和有关国际组织开展反恐怖主义政策对话、情报信息交流、执法合作和国际资金监管合作。”这些授权是《宪法》第89条第9项“管理对外事务”职权的变现。“国务院有关部门”某种程度上取得了“国际法主体”的地位,属于“行政授权(涉外)行政”。第二类是具有应急性的行政授权。《突发事件应对法》第51条规定,“发生突发事件,严重影响国民经济正常运行时,国务院或者国务院授权的有关主管部门可以采取保障、控制等必要的应

急措施……”第三类则属于一般性行政授权,包括授权代批、授权代管、授权代发及授权代行出资人或所有者职责。

所谓“授权代批”,一般包括授权代批准、确定、同意。例如,《水法》中“授权的部门批准”一词出现六次,授权主体包括国务院、地方人民政府。《海关法》第8条规定须经国务院或国务院授权的机关批准才可经未设海关的地点临时进境。这种“授权代批”有时并不直接明确具体部门。正如有学者所总结的“立法赋权”的两种模式:一是立法直接、明确赋权,二是立法赋权与有关政府机关落实、分配职权相结合,如所谓的某领域主管部门,其实是由政府具体安排其权力的归属单位。<sup>①</sup>《野生动物保护法》第40条规定,“野生动物保护法主管部门或者其授权的单位批准”,在主管部门下又规定更不确定的“其授权的单位”。“授权代批”还有“对人的授权—批准”,在《海关法》中全国42个直属海关关长均可授权其隶属海关关长行使批准权,以采取扣留等行政措施。《保守国家秘密法》第13条规定,“中央国家机关、省级机关及其授权的机关、单位可以确定绝密级、机密级和秘密级国家秘密。”《铁路法》第34条规定,“地方铁路、专用铁路、铁路专用线的建设计划必须征得国务院铁路主管部门或国务院铁路主管部门授权的机构同意。”这里授权就同时出现“行政授权给非行政机关的组织”的情况,属于“授权代制定、确定或代同意”。

所谓“授权代管”,主要侧重于被授权主体要代授权主体行使具体监管职权。如《环境噪声污染防治法》第17条规定,“对小型企业事业单位的限制治理,可以由县级以上人民政府在国务院规定的授权权限内授权其生态环境主管部门决定。”《建筑法》第53条规定,“从事建筑活动的单位根据自愿原则可以向国务院产品质量监督管理部门或者国务院产品质量监督部门授权的部门认可的认证机构申请质量体系认证。”《农产品质量安全法》第35条规定,“从事农产品质量安全检测的机构,必须具备相应的检测条件和能力,由省级以上人民政府农业行政主管部门或者其授权的部门考核合格。”

所谓“授权代发”,其不同于“授权代批”,不含意思表示,更多是行为代理。《档案法》第32条规定,“属

于国家所有的档案,由国家授权的档案馆或有关机关公布。”《测绘法》第37条规定,“中华人民共和国领域和中华人民共和国管辖的其他海域的位置、高程、深度、面积、长度等重要地理信息数据,由国务院测绘地理信息主管部门审核,并与国务院其他有关部门、军队测绘部门会商后,报国务院批准,由国务院或者国务院授权的部门公布。”

所谓“授权代为履行出资人或所有者职责”,主要存在于经济法领域。《企业国有资产法》第11条规定,“国务院国有资产监督管理机构和地方人民政府按照国务院的规定设立的国有资产监督管理机构,根据本级人民政府的授权,代表本级人民政府对国家出资企业履行出资人职责。”《森林法》第14条规定,“国务院可以授权国务院自然资源主管部门统一履行国有森林资源所有者职责。”在2017年中办与国办发布的《建立国家公园体制总体方案》中指出,“授权国家公园管理机构履行国家公园范围内必要的资源环境综合执法职责。”2021年我国成立首批国家公园管理局,承担综合执法职责。这实际是在自然资源部名义下进行的权力行使,总体契合《森林法》授权精神,这种授权最终又被一些地方立法所落实,如《海南热带雨林国家公园条例(试行)》第1条规定,“根据有关法律、法规和国家授权,结合海南热带雨林国家公园实际,制定本条例。”

## (二)行政委托的制度实践

根据不同的权力行使需要,行政委托也有多样表现。如行政机关委托社会公权力组织或私权利组织行使一定行政职能。<sup>②</sup>有学者曾对《教师法》《大气污染防治法》《社会抚养费征收管理办法》(已废止)《国有土地上房屋征收与补偿条例》《税收征收管理法实施细则》等涉及的行政委托做了类型化处理。<sup>③</sup>实际上,伴随上述法律的立改废,其中的行政委托也在发展变化,如社会抚养费的委托征收已不复存在。而有些领域的行政委托事项则有所增加,如税收征收领域的委托拍卖或销售、委托开具完税凭证。2018年《大气污染防治法》在修改时也将第29条和第98条中的“环境保护主管部门及其委托的环境监察机构”修改为“生态环境主管部门及其环境执法机构”。实践中,行政委托与行政授权规定交错呈

现,二者的界限也更加模糊。如2021年通过的《湿地保护法》既有委托代履行,也有授权代批、授权代发等。另外,《军事设施保护法》规定了联合委托,“地方各级人民政府和有关军事机关采取委托看管、分段负责等方式,实行军民联防”,虽名为“委托”,但其性质更倾向于“授权代管”。但随着行政执法体制改革的推进,行政委托的基本制度也渐趋统一。例如,《行政处罚法》修改过程中对行政处罚委托公开的完善受到《行政许可法》的影响。《行政强制法》中行政强制执行的委托仅限于查封后委托代为保管、委托拍卖与委托代履行,这与税收征管领域的委托属于同一模式。

行政委托的难点领域在于“可选性委托”与“非法定情形委托”,而非“法定明示的委托”。2021年湖南省长沙市湘江新区国土规划局在一份《政府信息公开告知书》错将长沙市自然资源和规划局作为署名单位,是忽视对这种长期委托关系的监督所造成的后果。长沙市自然资源和规划局事后通报承认“授权”关系存在,“授权”内容是湘江新区国土规划局以长沙市自然资源和规划局名义并使用后者的政府信息公开专用章等公章开展工作。这种关系实质上属于行政机关内部的“非法定情形”委托,与具有法律依据的“法定明示委托”不同。授权、委托表面上不影响行政相对人,但实际上其运行会对相对人权益造成实质影响。为避免行政机关的任意委托,2021年修订的《行政处罚法》率先进一步明确对委托程序的法定化要求。如果是“非法定情形”委托,基于行政协议的责任归结不可违反行政法治的一般原理,委托机关仍应对受委托组织的行为严格监督,并承担相应的法律责任。

实践中对行政委托与行政授权的区分存在难度。1997年《公路法》第8条第4款规定,“县级以上地方人民政府交通主管部门可以决定由公路管理机构依照本法规定行使公路行政管理职责。”这里的“可以决定”与前述“定向式授权”不完全相同,“定向式授权”随改革基本坐实,且具有全国统一性。而《公路法》中的“可以决定”实际是地方交通主管部门的可选项,有些地方按规定将路政执法作为委托执法,将其作为1996年《行政处罚法》委托处罚执法的

一种回应。而有些地方将其按“授权”对待,甚至制定地方立法兑现“授权”。这种背景也是开展交通综合执法改革时不可避免的。

由于涉及相应的权力种类区别,上位主体在选择授权和委托时倾向不同,其面对的程序限制也不同。2020年3月《国务院关于授权和委托用地审批权的决定》对“授权”和“委托”适用的程序限制明显不同。依《土地管理法》第44条第2款和第46条第1款,将永久基本农田转为建设用地和特别的土地征收审批属于国务院职权,在法条含义内无权力转移空间,但该《决定》却规定了有1年期限限制的“试点委托”,对该委托还可依评估动态调整,对靠后或不合格省份收回委托,并可依产业与地域发展特点,选择委托的行业与地区试点,决定委托范围。2020年4月,全国人大常委会授权国务院在中国(海南)自由贸易试验区暂时调整适用《土地管理法》第35条第1款(与第44条第2款相关)和第46条第1款,授权期限达4年8个月。2020年11月为配合该授权决定实施海南省政府通过《海南省实施国务院授权土地征收审批事项管理办法》。2021年《海南自由贸易港法》第48条规定,“国务院可以根据海南自由贸易港建设的需要,授权海南省人民政府审批由国务院审批的农用地转为建设用地和土地征收事项;授权海南省人民政府在不突破海南省国土空间规划明确的生态保护红线、永久基本农田面积、耕地和林地保有量、建设用地总规模等重要指标并确保质量不降低的前提下,按照国家规定的条件,对全省耕地、永久基本农田、林地、建设用地布局调整进行审批”。这种新生权力运行规则及其由政策逐渐入法的过程,利于打破之前法条字面含义,为权力行使创造更灵活空间。

《土地管理法》第44条第3款及第4款有相应“授权”表述,而《决定》是对上述法条的具体化。同样是在土地行政领域,海南省人民政府于2020年7月10日发布的《关于委托实施部分省级用地行政审批事项的决定》,将政府投资的公共服务设施用地的农用地转用和土地征收、宅基地农用地转用(跨市县的情形除外)等五项省级事权委托各市县人民政府或其有关部门实施,且有效期为3年。这是对上述《决定》精神改革的配合,是对“国务院授权省政府”行权后的对

照“委托”,其委托期限也超过了前述“试点委托”的1年期限,且可视情况及时收回委托,即“实践证明不宜委托实施”时提前收回。这种行政模式利于该领域立法未来的完善。

### 三、权力何以失范:授权与委托的法治难题

无论是行政授权还是行政委托,都有助于实现一般行政科层制所无法达致的灵活性,在不打破原有职权格局前提下增加了权力来源和行使的渠道,也能顺应“放管服”改革大势,利于实现政治资源的合理配置,增加权力运行效能,进而成为行政便宜主义的一种试验场域。行政授权与行政委托间的功能配合实际上可以在未来的“法律授权/协商委托”框架内寻求权责的合理配置与转移,促成法治政府、责任政府的打造,并适时融入即将编纂的行政基本法典内容之中。但问题在于,在有些前提问题并未解决的情况下,如何将行政授权与行政委托更科学地置于行政法治的框架内,并解决一系列相关问题,此为关键。

#### (一)如何在权力划转改革中区分授权与委托?

本轮党和国家机构改革带来的权力划转力度空前,但如何将权力下放后尽快体现于各种授权规范,是其重点。2021年海南省检察机关在确定某国家级自然保护区违建养殖场查处的执法主体时遇到适法难题。2017年修订的《自然保护区条例》第21条规定,国家级自然保护区,由所在地省级政府有关自然保护区行政主管部门或国务院有关自然保护区行政主管部门管理。根据该《条例》第35条,对自然保护区进行破坏活动的单位和个人,由县级以上政府有关自然保护区行政主管部门或其授权的自然保护区管理机构处罚。但依2020年2月国办印发的《关于生态环境保护综合行政执法有关事项的通知》及中共海南省委办、海南省政府办2020年5月印发的《关于深化生态环境保护综合行政执法改革的实施方案的通知》,林业部门对破坏生态行为的执法权,经整合后由市县环境保护综合行政执法部门以市县综合执法局的名义依法统一行使。2020年3月《生态环境保护综合行政执法事项指导目录(2020年版)》和2020年8月的《海南省生态环境保护综合行政执法事项清单》亦做如此规定。争议由此产生,法定行政

主管部门与经过改革后的实际执行部门不统一,最终导致“名”“责”的不统一,从传统观念判断这种“授权”更倾向于委托。基于法律法规的授权与基于改革措施的权力划转,使得这种基于“《行政处罚法》的个别条款(第18条)+文件授权”的模式与法律依据更新的相对滞后之间形成张力。

#### (二)如何以立法保证授权与委托意图的实现?

按照职权法定的要求,组织法本应为行政授权的主要权力依据。但在实践中,行为法则取而代之成为主要权源。由定向式授权发展历程来看,综合执法已从行政处罚背景下的综合执法时期经由2002年之后的部门内综合执法时期过渡到2013年之后的跨部门综合执法迈进时期。<sup>③</sup>但到此阶段,要解决的就不仅是授权的行为法依据问题,更要从组织法找依据。组织法授权更利于补位本不该由行政法规与规章授权的领域。表面上看,这主要是授权在“量”上的问题,但影响到授权的“质”。组织法在作出授权规定的同时,应明确这些权力被授出后,能在行使中符合法律意图。在这一点上,授权与委托道理相同,都需要在权力移转之后加以限制,就此可类比授权立法的规定。我国《立法法》对授权立法的目的、事项、范围、期限都有明确限制。

#### (三)如何平衡职权法定与社会治理的多元需求?

行政授权并无相对固定的授权主体和被授权主体的限制,多数授权表现为“政府—政府”“政府—被授权组织”的模式,缺少对一些实际存在的被授权组织(如开发区管委会等)的具体制度设计。同时,如何推动行政授权更多向行政机关以外的社会组织拓展,也是需要关注的重要问题。如《计量法》第20条第1款规定,“县级以上人民政府计量行政部门可以根据需要设置计量检定机构,或者授权其他单位的计量检定机构,执行强制检定和其他检定、测试任务”,即发展“行政—社会”授权,契合社会共同治理的需要。公权力本身就是一种社会在法律上对国家的授权,<sup>④</sup>可经由行政授权再次逆向实现“还权于民”。在法治的框架之内,如何更好实现“行政系统内授权”与“行政向社会授权”的平衡?如何厘清授权和委托的界限?如何理清授权代批、授权代管与委托的关系?这些问题均需要在法理上展开深入研究。

#### (四)如何满足“权责一致”的法治要求?

授权界限如何得到精确估量,需进一步明确。有些表述泛化的授权不能直接确定其权力限度。以授权代行出资人职责为例,国资委在具体管理国有企业过程中所扮角色十分关键。在(2020)最高法行申6984号行政裁定书中,最高人民法院认定,长昌煤矿在采矿权到期后未获批准延续,原海南省国土厅通知要求注销其采矿许可证并无不当。复议决定和二审判决均无不当。最高法对再审理求不支持。纵观该案,省国资委并未发挥解决遗留问题的关键功能。如海南省高院在(2019)琼行终字第153号判决书中所认定的,省国资委可被视为长昌煤矿合法授权沟通采矿权延续事宜的单位。其与省自然资源规划厅(以下简称“资规厅”)都属于省政府下属机构,只能通过省政府办公厅沟通。但省国资委在收悉省资规厅《关于限期办理海南省长昌煤矿采矿许可证注销的通知》后,只是又通过省政府办公厅发函,未同时将通知反馈给长昌煤矿,而作为行政主管部门的省资规厅认为通知只是行政机关内部沟通函,且“已经送达到长昌煤矿的合法授权委托人,并不存在未送达的问题”,长昌煤矿的采矿许可证到期已废止,省资规厅就直接向长昌煤矿发出限期注销的通知。这一结论最终导致(2020)琼0107刑初字第153号判决产生,长昌煤矿相关负责人被认定为非法采矿罪。从这一“刑事附带行政”的案件中,我们可看出作为“国企娘家”的国资委有时难成国企“法定授权(代行使出资职责)人”,而又因其传声不当导致企业承担不利后果。在权责统一的大背景下,很难说国资委无责需担。实践中对于委托的责任承担则更需事前关注。关键在于,如何区分各类行政授权与行政委托自带的风险特征,对各种权责担当做好风险防范设计。

#### 四、权力何以规制:授权与委托的发展方向

##### (一)衍生权力的法治溯源

前述有关综合行政执法改革之后如何确认相应行政主管部门的问题,其实是“先改革”还是“先立法”的问题。按照中央的“重大改革于法有据”精神,具体改革措施一定要能体现于相应“法”载体上。要优先确定法律授权的基础性。如中央立法已作出明确的职权及管辖规定,那就是确定管辖的最关键标

准。而各类“文件授权”与“法授权”相比,其效力应处于下位,包括一些地方的权力清单甚至地方的“三定方案”,也不可取代法律法规相关规定。否则,这种“授权”也只能被视为委托,<sup>⑤</sup>最终的权责还是要归属于原法定(授权)主体。对于综合执法部门而言,其作为新出现的行政主体,在综合行政执法改革尚未普及到每一个行政领域或地域之时,其在执行方面亦具有不可推卸的责任,与原法定主体协同执法也成为可考虑的选择。配合党和国家机构改革对立法的批量修改,对实践中已不存在的行政委托表述,要进行统一清理,对于中央以及地方需要完成法律权力依据清理的立法主体而言,都需做好职权的法定转移及其法治一体化,在行政法规、地方性法规等层面做好职权确认。

##### (二)衍生权力的规范重构

行政授权首先应存在于组织法领域,其先于行为法和监督救济法。不管是执行领域的综合执法局设立还是决策领域的行政审批局设立,都已将行政处罚与行政许可领域的定向式授权从个别化改革推向全面,因此,我们有必要将这种改革从行为法视角移位于组织法。在组织法的基础上落实宪法精神,维护权力的“师出一门”。通过修改《地方各级人民代表大会和各级人民政府组织法》(以下简称《地方组织法》),将决策权、执行权、监督权既相互制约又相互协调的原则体现于《地方组织法》第79条第1款中,这既是对宪法中已有的国家权力互相配合互相制约原则的发展,也是对行政审批局的决策集中化与行政综合执法局的执行专业化的回应。按《地方组织法》第79条第3款规定的程序,无论是直辖市还是设区的市或不设区的市成立行政审批局和综合执法局,都需按规定程序报批,并报本级人大常委会备案,保证其程序上合宪,并尽快推进相关部门法修改,以契合“定向式授权”的统一立法精神。另外,授权不仅要注重“量”上的增加,从“质”的角度讲,要致力于促进授权模式间形成较好衔接。定性式授权与定量式授权互相补强,利于实现行政组织法、行为法和监督救济法在法律地位、行为效果和救济路径上的契合。在社会治理领域,应通过授权大力调动本地社会组织尤其是法定机构等的积极性,使其融入

社会共建共治,实现多元治理主体的有效协同。

### (三) 衍生权力的精准界定

要更好契合权力多元态势,就须对行政授权与行政委托有更精准的制度设计与限制。对一些特殊的地方被授权组织,尽可能通过地方性法规及时事先确认。对行政授权的要素设计与限制需相对统一,<sup>②</sup>如对行政授权的期限应明确,未明确的则视为5年。行政委托的表述要逐渐标准化,要严格区分其与“定向式授权”的不同。对属于委托的“授权”表述改为委托,而有些场合就只能授权而不能委托,如《计量法》的“强制检定”。对上下级政府间的授权或委托、职能部门间的委托,要严格区分其可得性,尤其注重特殊领域的委托只能在行政机关之间进行。同时尽量少将授权与委托做出并列同条或同款规定。另外,对受委托主体有特殊要求的,法律、法规也尽量做统一表述。从2021年《行政处罚法》第21条对“受委托组织”的表述来看,“依法成立的管理公共事务的事业组织”也已被“依法成立并具有管理公共事务职能”这种中性表述所取代。委托的具体操作可依行政协议进行,但其前提及相应限制须依法确定,起码属于法律、法规不反对的内容。同样,行政委托的期限也应在委托书中明确,以强化契约意识。

### (四) 衍生权力的权责匹配

不管是行政授权还是委托,都需要明确权力(行使)发生移转时的责任承担。在具有涉外性和应急性的行政授权中,应明确被授权主体作为涉外行政主体或应急行政主体时的责任,尤其是在目前涉外法治和应急法治加速构建的当下,更应及时予以明确。在紧急状态下,可能需要赋予特定主体更大的管控权限和更加简便的行权程序,也应坚持现有的法治原则或者具体的法律制度继续有效。<sup>③</sup>授权代批,其实已将权责一并转至被授权主体。授权代发更倾向于一种委托,需在表述上对其修改。在代为履行所有者职责方面,自然资源部统一行使具体资源领域的所有者职责,目前有些地方正试行的国家公园管理体制属于“(中央)委托—(地方)授权”的机制,这种委托的特殊性在于其存在于行使所有者权益的领域,且这种存在于政府间的委托也不同于行政机关委托组织或个人的情形。2017年青海省《三

江源国家公园条例(试行)》规定,三江源国家公园管理局是地方性法规中明确的被授权机构。<sup>④</sup>名为“授权”,但这里的授权也不同于前述的“授权代行所有者职责”。而对于代为履行出资人职责的情形,国资委则更多地需要完成监管任务,对这种权力与行业主管部门行使的权力的关系应做好划分,而作为行业主管部门也应履行好对国企的行政主体职责。这种不同角度的管理职责的设计,是国企在社会主义市场经济中应理解的国情特色,属于“双头”管理的监管模式,这也是防止国有资产流失的抓手。

### 结语

对行政授权与行政委托的规范分析与问题梳理,不仅契合法治政府建设的现实需求,也能够带动整个行政法学理论体系全面升级,<sup>⑤</sup>行政主体践行依法行政的基本原则,不仅要求行政权的外观具有合法性,更要求行政权的来源和配置契合宪法、组织法的基本理念和制度框架。对行政授权与行政委托实践经验和改革策略的总结和反思,不能有丝毫懈怠和回避,否则不适当的权力配置将导致后续权力运行的诸多争议,也将对“组织法—行为法—监督救济法”这一联动性法治保障体系造成巨大冲击,更不利于行政法体系与其他公法部门在权力主体界定与责任追究上的衔接和统一。对行政授权与行政委托的规范基础、法定条件及其表现形式的法理追问,是推进依法行政和加强法治政府建设的内在要求,也是未来制定统一的行政基本法典所必须直面的前提性问题。

#### 注释:

①该条款在授权依据性质和授权范围上不同于2020年3月《国务院关于授权和委托用地审批权的决定》(国发〔2020〕4号)。

②有些行政法规范中的“委托”并非“行政委托”,而是“民事委托”。例如《档案法》《农产品质量安全法》《建筑法》中的委托表述均属于民事委托。

③在(2020)最高法行再203号行政裁定书中,最高法认定,廊坊市征地拆迁专项指挥部系市政府组建不具有独立承担法律责任能力的机构,其作为受托主体与万丰公司在《工程拆除协议书》中约定,后者应在拆迁户签约腾空后三日内组织施

工。但由于该公司误拆致刘长江承受损失,这种损失承担不属于万丰公司的违约责任。市政府应先承担行政赔偿责任再依约追偿,原因在于市政府在征拆领域的法定职责要求其承担监管责任,不因其委托相关主体承担具体拆迁工作而致变。

④朱新力主编:《行政法学》,高等教育出版社2007年版,第92页。实务案例可参见北京市一中院在(2016)京01行初1321号行政判决书中的观点,仅侵益性行政行为需同时有组织法依据和行为法依据,而授益性行政行为则只需有组织法依据,未必要有行为法依据。授益性行政行为(如行政允诺等)应遵循法律优先原则,但在法律保留原则上不必有行为法依据,否则可能会因法律滞后性致行政行为丧失应有的灵活性和应急性。

⑤[荷]克拉勃:《近代国家观念》,王检译,吉林出版集团有限责任公司2009年版,第26页。

⑥叶必丰:《行政行为原理》,商务印书馆2019年版,第30页。

⑦关保英:《行政主体法外设定行政权力研究》,载《当代法学》2016年第6期,第26页。

⑧参见[日]市桥克哉等:《日本现行行政法》,田林等译,法律出版社2017年版,第33页。

⑨参见沈开举:《也谈行政授权——兼谈与行政委托的区别》,载《行政法学研究》1995年第3期,第29页。

⑩参见李海平:《行政授权的若干争议问题探析》,载《深圳大学学报(人文社会科学版)》2007年第2期,第72-73页。

⑪参见莫于川:《行政法与行政诉讼法》(第2版),中国人民大学出版社2015年版,第82页。

⑫参见胡建森、江利红:《行政法学》(第3版),中国人民大学出版社2015年版,第95页。

⑬参见黄娟:《我国行政委托规范体系之重塑》,载《法商研究》2017年第5期,第64页。

⑭参见孔繁华:《授权抑或委托:行政处罚“委托”条款之重新解读》,载《政治与法律》2018年第4期,第67页。

⑮王天华:《行政委托与公权力行使——我国行政委托理论与实践的反思》,载《行政法学研究》2008年第4期,第92页。

⑯参见王克稳:《政府业务委托外包的行政法认识》,载《中国法学》2011年第4期,第78页。

⑰参见叶必丰:《论行政机关间行政管辖权的委托》,载《中外法学》2019年第1期,第94页。

⑱耿宝建:《行政授权新论——走出理论与现实困境的一种认知尝试》,载《法学》2006年第4期,第59页。

⑲参见薛政编著:《行政诉讼法注释书》,中国民主法制出

版社2020年版,第201页。

⑳各地对这种行政处罚权下放的“交由”赋权方式,涵盖授权、委托、“街道吹哨、部门报到”等模式。参见张晓莹:《行政处罚的理论发展与实践进步——〈行政处罚法〉修改要点评析》,载《经贸法律评论》2021年第3期,第18页。从实证角度看,经过委托后部分执法权承接不畅,尤其是专业性较强或需特定执法设备的执法权。参见江国华、姜梦婷:《乡镇行政执法改革的功能模式与配套机制》,载《河南财经政法大学学报》2021年第6期,第33页。从实际效果看,其在执行中可能会出现“上有政策,下有对策”的局面,并波及乡镇治理和村庄自治等领域。参见邹志鹏:《论政治执行力的内涵、特征与提升路径》,载《海南大学学报(人文社会科学版)》2022年第2期,第117页;秦中春、李青:《我国乡村治理的政策演变与未来取向》,载《重庆理工大学学报(社会科学)》2021年第10期,第1页。

㉑参见杨小君:《析行政诉讼上的授权与委托》,载《法商研究》1998年第3期,第45页。

㉒参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第7版),北京大学出版社2019年版,第115页。

㉓参见何海波:《行政诉讼法》(第3版),法律出版社2022年版,第224页。

㉔参见戢浩飞:《行政执法体制改革研究》,中国政法大学出版社2020年版,第116-119页。

㉕参见马怀德主编:《监察法学》,人民出版社2019年版,第33页。

㉖有学者称其为“职权委托”。参见叶必丰:《行政机关间的事务委托和职权委托》,载《中国法学》2022年第3期,第47-48页。

㉗参见周泽中:《也论行政授权的明确性原则》,载《福州大学学报(哲学社会科学版)》2022年第4期,第79页。

㉘参见李学尧:《应急法治的理想类型及其超越》,载《中国法律评论》2021年第2期,第90页。

㉙参见王秀卫、李静玉:《全民所有自然资源资产所有权委托代理机制初探》,载《中国矿业大学学报(社会科学版)》2021年第3期,第70页。

㉚有学者提出以立法形式限定行政授权范围有理论上的弊端。参见翟翌、范奇:《中国特色授权行政逻辑体系之阐释》,载《北京行政学院学报》2021年第6期,第5页。2019年中组部发布《参照〈中华人民共和国公务员法〉管理的单位审批办法》,规定行政授权依据,其包括“国务院决定”及“其他与行政法规有同等效力的政策性法规文件”。