

# “条例升法”：行政法规升格为法律的法理逻辑与实践路径

郑琳

(大连海事大学 法学院, 辽宁 大连 116026)

**摘要:** 行政法规升格为法律,也可称之为“条例升法”。通过梳理中国现行有效的298部法律,可以发现至少有64部法律是通过“条例升法”而来的。然而,中国的“条例升法”活动却一直游走在法治的边缘,主要体现在“条例升法”的标准不清晰和“条例替法”的现象泛滥。“条例升法”背后的法理逻辑是行政法规作为法律的试验性立法的归宿。当前国务院的职权立法实际上发挥着试验性立法的功能,导致相关授权性法规被虚置。未来国务院制定的创制性法规应当要有全国人大及其常委会的授权。在此之前,主要由国务院职权立法制定的法规应当按照“立法权限扩张需求”的核心标准、“重要性、立法经验和挑战”的必要标准以及“国外立法文本和人大代表提出建议或议案”的参考标准,依次排序,逐步升格为法律。

**关键词:** “条例升法”; 试验性立法; 立法活动

**中图分类号:** D922.1 **文献标志码:** A **文章编号:** 2096-028X(2023)04-0098-11

## “Regulations Becoming Laws”: The Legal Logic and Practical Path of Upgrading Administrative Regulations to Laws

ZHENG Lin

(Law School, Dalian Maritime University, Dalian 116026, China)

**Abstract:** Administrative regulations are upgraded to laws, which can also be called “regulations becoming laws”. By combing through the 298 laws currently in force in China, it can be found that at least 64 laws have come into being through “regulations becoming laws”. However, the activities of “regulations becoming laws” have always been wandering on the verge of the rule of law, which is mainly reflected in the unclear standard of “regulations becoming laws” and the proliferation of the phenomenon of “replacing laws with regulations”. The legal logic behind the “regulations becoming laws” is the fate of administrative regulations as experimental legislation of law. At present, the authority legislation of the State Council actually plays the function of experimental legislation, which leads to the emptiness of the related authoritative regulations. In the future, the State Council should require authorization from the National People’s Congress and its Standing Committee for the enactment of creative regulations. Until then, laws and regulations enacted primarily by legislation under the authority of the State Council should be gradually elevated to the status of laws, in order of the core criterion of “the need for expansion of legislative authority”, the necessary criterion of “importance, legislative experience and challenges”, and the reference criterion of “foreign legislative texts and suggestions or proposals put forward by National People’s Congress deputies”.

**Key words:** “regulations becoming laws”; experimental legislation; legislative activities

中国的法律体系中,行政法规占据重要比重。如果说行政法规是一片汪洋大海的话,法律只是漂浮在海面的少数岛屿。<sup>①</sup>相比于法律内容的抽象和概括、制定程序的繁缛,行政法规内容更具体和丰

收稿日期:2023-09-21

基金项目:2023年度中央高校基本科研业务费专项资金资助项目“回应型视角下区域协同立法的法治化研究”(3132023336)

作者简介:郑琳,男,法学博士,大连海事大学法学院讲师、硕士生导师。

① 参见王名扬:《美国行政法(上)》,中国法制出版社2007年版,第350页。

富、制定程序也更为快捷。与行政规章和地方立法相比,行政法规有更高的法律位阶和法律效力,立法权限和空间效力也更为广泛。政府面对新型问题需要立法手段加以解决,而制定法律的时机尚不成熟、条件尚不具备时,行政法规因其制定优势及其普遍适用的法律效力,就会成为立法治理的重要依托。这些法规往往成为法律的先导或前身,为今后制定法律奠定基础。<sup>①</sup>正是因为依法规治理的经济高效,行政法规的制定数量呈井喷式增长,然而由此带来的权限瓶颈、立法越权等新问题也日益突出。

在中国,有相当数量行政法规的制定出台是没有直接上位法依据的,从而使行政法规成为该领域立法治理的“最高法律文件”。随着时间的推移,行政法规的“天花板”负面效果日益明显。因为新型问题需要法律的全面规制,行政法规的立法权限毕竟有限,规制强度不够,在行政强制、行政处罚等治理手段方面,存在着行政法规不能设定的禁区。在实践中存在执法部门向法律文本“要权”的问题。在笔者参与的《中华人民共和国内河交通安全管理条例》(简称《内河交通安全管理条例》)修订研究工作中,江苏、浙江等地方海事局普遍提出,《内河交通安全管理条例》在行政强制的设定方面存在权限不足的问题,特别是关于行政强制执行的规定只能由法律设定,《内河交通安全管理条例》是行政法规,其对船舶强行拖离的规定、对渡口强制拆除的规定属于行政强制执行,涉嫌违法。

当在经济社会生活和政府治理领域只有行政法规作为“统领法”时,随着调整的法律关系日臻成熟,行政法规暴露出来的立法权限瓶颈就日益突出。此时,为了实际执法的需要,执法部门要求行政法规升格为法律(简称“条例升法”)的呼声就越来越强烈。然而,是否所有的行政法规都应当升格为法律?行政法规升格为法律背后的法理逻辑是什么?行政法规升格为法律的条件是什么?爬梳文献发现,尚未有文章对此充分讨论,存在一定的空白之处。<sup>②</sup>

笔者细致梳理了中国当前“条例升法”的法律现状并分析其存在的问题,并结合笔者参与“内河交通安全立法”项目研究的经验素材,对于“条例升法”背后的法理逻辑和实践路径展开学理研究。

## 一、游走在法治边缘的“条例升法”

### (一)“条例升法”现状的梳理

中国的“条例升法”由来已久,这在法律草案制定之初的立法说明中都有所交代。<sup>③</sup>“条例升法”的立法活动最早发生在1982年,分别是诞生了《中华人民共和国商标法》《中华人民共和国食品安全法》《中华人民共和国文物保护法》。“八二宪法”明确了制定行政法规是国务院法定职责,随着行政法规制定的科学化和民主化要求越来越高,<sup>④</sup>加强和改进政府立法制度建设是立法的重要内容。<sup>⑤</sup>因此,符合条件的行政法规应当及时上升为法律。1995年是“条例升法”的最高峰,当年有6部行政法规经过立法洗礼,成为法律。次高峰是1988年,“条例升法”的数量达到5部。此外,1992年和1997年也有4部行政法规完成历史使命,继而提高立法位阶。此后,“条例升法”的步伐有所放缓,但每年基本保持1至2部左右。值得注意的是,“条例升法”的过程,并不都是由一部行政法规直接升格为法律,有些是由若干行政法规和部门规章升格的,即使是行政法规之间,也存在暂行与否之分。在“条例升法”的64部法律的立法活动中,直接由单个或若干个紧密相连的条例升格为法律的样本有36件,占比约56%;由暂行条例升格为法律的样本有20部,占比约31%;由条例及相关规定(部门规章、规范性文件等)升格为法律的有8部,占比约13%。

### (二)“条例升法”的标准并不清晰

1.“重要性标准”“积极作用标准”“新问题标准”是大部分“条例升法”的重要理由

具体而言,“重要性标准”是指行业(事业、工作)立法的重要性,具体包括两个方面,一是行业本

<sup>①</sup> 参见周旺生:《立法学》,法律出版社2009年版,第267页。

<sup>②</sup> 与该主题联系密切的主要是国务院职权立法对于国家立法权挑战的学术讨论。相关梳理参见焦洪昌主编:《立法权的科学配置》,北京大学出版社2022年版,第135页。

<sup>③</sup> 方法主要是在北大法宝数据库中的“立法资料”中,对现行有效的法律进行立法草案说明的梳理,如果北大法宝数据库没有收录相关法律的立法草案说明,再通过中国人大网进行资料补充。需要注意的是,有些条例本来就是法律,因为制定得比较早,立法用语不如现在规范,比如《城市居民委员会组织条例》《中华人民共和国国境卫生检疫条例》《中华人民共和国人民警察条例》《中华人民共和国消防条例》《中华人民共和国治安管理处罚条例》《中华人民共和国居民身份证条例》《中华人民共和国授予中国人民解放军在中国人民革命战争时期有功人员的勋章奖章条例》等7部条例,不存在通过“条例升法”提高法律位阶的问题,所以这些条例不在统计范围内。还有些法律是由部门规章和(或)规范性文件升格的,如《中华人民共和国出境入境管理法》《中华人民共和国海域使用管理法》《中华人民共和国信托法》《中华人民共和国海岛保护法》,囿于主题主要是讨论“条例升法”的相关问题,而且上述情形占比较少,所以不在讨论范围内。

<sup>④</sup> 参见倪娜、谭庆勇:《行政法规科学化民主化发展沿革与展望》,载《中国行政管理》2022年第4期,第14页。

<sup>⑤</sup> 参见冯玉军:《完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系——习近平立法思想述论》,载《法学杂志》2016年第5期,第27页。

身的重要性,如《中华人民共和国测绘法(草案)》就表明,“测绘业是国家重要的信息产业”;二是法律之于行业的重要性,如《中华人民共和国保险法(草案)》就说明,“制定保险法,对于适应发展社会主义市场经济的需要,规范保险活动,保护被保险人和保险当事人的合法权益,加强对保险业的监督管理,促进保险事业的健康发展,具有十分重要的意义”。

“积极作用标准”是指既有的条例(暂行条例)发挥的积极作用,取得的实际成效,是对旧行政法规的肯定。如《中华人民共和国广告法(草案)》的说明中提及,“国务院先后发布了《广告管理暂行条例》和《广告管理条例》,对于保证广告业的健康发展,发挥了积极的作用”;《中华人民共和国航道法(草案)》的说明中也提到,“国务院1987年制定施行的《中华人民共和国航道管理条例》,对航道的保护和利用发挥了积极作用”。之所以强调“积极作用”也是“条例升法”的重要标准,是因为已有的行政法规经过多年实施已经积累了丰富的立法经验,对推进法治政府建设以及法律制定奠定了良好基础。<sup>①</sup>

“新问题标准”是指原有的条例在实施过程中遇到新的情况、新的问题,已经不适应社会实际发展的需要。法律要随着时代和实践发展而不断发展,<sup>②</sup>法律发展遇到的“新问题”可以分为事实问题和法律问题两个层面。事实问题,是指行业(事业、工作)本身发生了新的变化,如《中华人民共和国气象法(草案)》的立法说明中指出气象工作中的新情况,“气象专用技术装备等重要气象设施的建设缺乏统一规划,重复建设严重;气象设施和气象探测环境遭到破坏的情况比较严重,影响了气象探测和气象预报的准确性……”法律问题,是指原有的行政法规在规范性、适应性、统一性、协调性、完备性、可操作性等方面存在的问题,如《中华人民共和国产品质量法(草案)》的立法说明中指出,“有些规定相互冲突,不够协调,行政处罚普遍偏轻,对市场商品质量如何进行监督基本上未作规定或者规定得不够明确,对违法行为形不成威慑力量”。当然,也有法律草案的立法说明中,将事实问题和法律问题结合,如

《中华人民共和国环境噪声污染防治法(草案)》在立法说明中指出,“污染仍然十分严重,新的噪声源又大量增加,城市规划和建设布局不尽合理,加剧了环境噪声污染”以及“现行法规法律责任方面的规定偏少,力度不够,可操作性不够强”。

2.“国外立法文本”和“人大代表提出建议或议案”是促成“条例升法”的关键影响因素

首先分析“国外立法文本”因素,在统计的64部法律样本中,有8部法律草案的立法说明提到了国外立法。中国作为法制后发国家,在立法过程中一直十分重视其他国家的立法经验,这是加速发展的必由之路。<sup>③</sup>其实,法律移植是法律发展的规律之一。<sup>④</sup>如果其他国家已经有了成熟的立法样本,则是中国立法可供借鉴的对象。可以通过立法创设制度实现政策目标。<sup>⑤</sup>对于国外立法经验的表述,可以分为概括式和列举式两种。采用概括式的如《中华人民共和国烟草专卖法(草案)》,其在立法说明中强调,“世界上大多数国家,特别是发展中国家,都对烟草制品的生产和经营加以严格控制,其中许多国家是通过立法的形式,确立了专卖制度”;采用列举式的如《中华人民共和国证券投资基金法(草案)》,其立法说明中提到,“美国有投资公司法 and 投资顾问法,日本有证券投资信托法,韩国有投资信托业法”;也有列举式和概括式相结合的,如《中华人民共和国注册会计师法(草案)》的立法说明中,先提到《日本公认会计士法》《新加坡会计师法》,后提到加拿大、法国、德国等国有注册会计师的专门立法。

其次分析“人大代表提出建议或议案”因素,中国是人民民主专政的社会主义国家,人民代表大会制度是中国的政权组织形式,<sup>⑥</sup>人大代表议案在中国的政治生活中发挥着重要作用。特别是全国人大代表的议案,会影响全国人大常委会和国务院立法规划的编制,影响法律草案的内容,当然也督促立法机关解决立法实践中存在的问题。<sup>⑦</sup>在立法活动中,人大代表提出的建议或议案,深刻影响着立法过程的推进。在《中华人民共和国产品质量法》(简称

① 参见刘风景:《行政法规打包修改的原理与技术》,载《地方立法研究》2021年第3期,第37页。

② 参见公不祥:《习近平立法思想论要》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2017年第6期,第3页。

③ 参见张文显:《论立法中的法律移植》,载《法学》1996年第1期,第6页。

④ 参见何勤华:《法的移植与法的本土化》,载《中国法学》2002年第3期,第3页。

⑤ 参见信春鹰:《法律移植的理论与实践》,载《北方法学》2007年第3期,第5页。

⑥ 参见许崇德、胡锦涛主编:《宪法》(第7版),中国人民大学出版社2021年版,第112页。

⑦ 参见邢斌文:《全国人大代表立法提案的实证研究——基于〈全国人大常委会公报〉(1983—2015)》,载姜明安主编:《行政法论丛(第20卷)》,法律出版社2017年版,第194页。

《产品质量法》)、《中华人民共和国航道法》(简称《航道法》)、《中华人民共和国特种设备安全法》(简称《特种设备安全法》)、《中华人民共和国水土保持法》《中华人民共和国标准化法》《中华人民共和国进出境动植物检疫法》等法律的制定过程中,皆有人大代表提出建议或议案的身影,客观上推动了法律的诞生。

### 3.被忽视的“立法权限要素”

当行政法规的立法权限不够,而涉及的问题又需要立法调整时,行政法规亟待升格为法律。在笔者看来,立法权限是“条例升法”的核心要义。不过,通过“条例升法”而来的64部法律中真正触及立法权限问题的只有8部。

其中有5部是受“税收法定原则”约束,属于法律保留事项。税收领域是“条例升法”数量最多的领域。当然这有其历史原因,在改革开放初期要吸引外资,税种税率是动态的,而法律是稳定的,不能朝令夕改,所以只能通过授权国务院制定行政法规的形式先进行涉税立法。但纵观各国,涉税立法都是议会制定的,《中华人民共和国宪法》(简称《宪法》)第56条规定:“中华人民共和国公民有依照法律纳税的义务。”依法纳税是公民的宪法义务,而且是由人大决定的。<sup>①</sup>《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出“落实税收法定原则”,此处所谓的“法律”,仅指全国人大及其常委会制定的法律。<sup>②</sup>2015年《中华人民共和国立法法》(简称《立法法》)修改,在法律专属事项的第8条第6项中专设一项税收基本制度,意味着税收立法权中的核心权力已回归最高权力机关,税收法定原则在中国逐渐明确并得到落实。<sup>③</sup>所以,涉税领域的行政法规逐步升格为法律,也就成为必然。

另外有2部涉及到民事法律制度,根据《立法法》的规定,民事基本制度要由专门法律来规定,行政法规无权对民事活动进行调整。《中华人民共和国特种设备安全法(草案)》的说明中提到,“发生特种设备事故造成损害赔偿的民事责任需要法律予以规范”。《中华人民共和国石油天然气管道保护法(草案)》的立法说明中强调,“管道在建设、巡护、检

测、抢修过程中,与管道沿线土地或者设施的所有权人或者使用权人发生大量的民事法律关系”。还有1部是涉及国家机关(权力机关)的权责问题,需要法律规定。《中华人民共和国预算法(草案)》的说明中提出,“条例作为一个行政法规,在权责问题上,只规定了各级人民政府、各主管部门以及各单位的预算管理职权,不可能规定各级权力机关的预算管理职权及其对政府预算行为的监督和制约”。

### 4.其他因素的考虑

一是国家机关的重视。全国人大专门委员会、国务院及其职能部门等机关的重视,客观上会加速立法进程。在《产品质量法》的出台过程中,《中华人民共和国产品质量法(草案)》的立法说明中提到:“全国人大财经委员会要求国家技术监督局抓紧调查研究,尽快完成这个法律的起草工作。全国人大常委会的立法规划已将制定产品质量法列入1993年3月以前出台的立法项目之一。国务院领导同志也再三指示:产品质量法要尽快出台。”

二是对公民权益的法律保护。公民的基本权利,需要国家立法保护。<sup>④</sup>《中华人民共和国环境噪声污染防治法(草案)》在立法说明中指出:“对环境噪声污染进行控制和管理,经常涉及公民的权利和义务,从建设社会主义法制国家的要求着眼,适时将《噪声条例》升格为法律,对保护公民的合法权益也是必要的。”

三是基本制度和重大问题需要法律的全面系统规定。“法治是国家治理的基本方式”,<sup>⑤</sup>“环境治理体系是国家治理体系现代化建设的重要方面”。<sup>⑥</sup>《中华人民共和国固体废物污染环境防治法(草案)》在立法说明中强调:“加强我国环境法制建设,制定一部固体废物污染环境防治的法律,全面、系统地规定防治固体废物污染环境的基本原则、制度、政策和措施及监督管理体制、法律责任,将固体废物污染环境防治进一步纳入法制化的轨道,是十分必要和非常迫切的。”

四是法律效力亟待提高。在中国法律体系中,作为制宪权行使标志的宪法具有最高法律效力,<sup>⑦</sup>其次是全国人大及其常委会制定的法律。《中华人

① 参见乔晓阳:《涉及税收的行政法规应逐渐升格为法律》,载《中国人大》2016年第18期,第33页。

② 参见于响洋:《将涉及税收的行政法规上升为法律》,载《法制日报》2013年12月14日,第3版。

③ 参见徐向华主编:《立法学教程》,北京大学出版社2017年版,第132页。

④ 参见李海平:《基本权利的国家保护:从客观价值到主观权利》,载《法学研究》2021年第4期,第39页。

⑤ 张文显:《法治与国家治理现代化》,载《中国法学》2014年第4期,第5页。

⑥ 刘长兴:《现代环境治理体系的法律责任基础及构造》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2022年第11期,第34页。

⑦ 参见王世涛:《宪法最高法律效力规范分析》,载《比较法研究》2022年第2期,第149页。

民共和国税收征收管理法(草案)》在立法说明中指出:“无论对内对外都需将现行税收征管法规的内容通过立法升格为国家法律,以提高法律效力。”此外,《中华人民共和国反洗钱法》《特种设备安全法》两部法律草案的立法说明中也指出原有行政法规法律效力低、适用范围窄、强制性不够等问题。

五是统筹推进国内法治和涉外法治。<sup>①</sup>中国十分重视涉外立法,涉外性较强的领域会优先考虑制定法律。如对外资企业所得税的立法,中国就采用的是法律的立法形式,而对内资企业所得税则采用的是行政法规的立法形式,这就造成二者之间差异较大的问题。《中华人民共和国企业所得税法(草案)》在立法说明中就指明:“现行内资税法、外资税法差异较大,造成企业之间税负不平、苦乐不均……有必要尽快统一内资、外资企业所得税。”

通过对上述法律文本的梳理和分析可以看出,“条例升法”并没有一个十分清晰的标准。即使是在大多数“条例升法”过程中都会提到的“重要性标准”“积极作用标准”和“新问题标准”,也并非是完全条件。因为上述标准,也可以通过修订行政法规的方式予以实现。“国外立法文本”和“人大代表提出建议或议案”只是影响因素。国外有相关立法,中国就一定也要立法吗?二者之间并没有必然联系。同理,人大代表提出的建议或议案并没有法律的约束力,并不是人大代表提了议案就一定要立法。真正只有通过“条例升法”才能解决的,其实是立法权限。然而该标准在“条例升法”过程中并没有受到充分重视,在法律草案的立法说明中鲜有提及。而在其他考虑的因素中,个别法律草案的立法说明中提到的法律效力问题(适用范围、强制力),也是“条例升法”的必要考虑因素。

值得注意的是,法律文本的爬梳与实践调研的经验素材对于“条例升法”的侧重也不一致,实践中呼吁“条例升法”,多是聚焦于行政法规在行政强制方面(包括行政强制措施和行政强制执行)的短板,行政机关的执法能力被束缚以及在征收、征用方面的权限缺失。<sup>②</sup>而这些必须要通过制定法律才能解决的实际问题,在“条例升法”法律草案的立法说明

中并没有涉及。

### (三)“条例替法”的情况泛滥

中国的行政法规可以分为两种类型,一种是执行性(实施性)法规,有明确的法律依据;另一种是创制性法规,没有明确的上位法依据。通过梳理中国现行有效的602部行政法规可以发现,有248部行政法规在第1条有类似“根据某法,制定本条例”的表述,可以将其归纳入执行性法规中。还有354部行政法规在第1条没有相关表述,可以将其纳入创制性法规中。<sup>③</sup>

1. 执行性法规的占比不足一半,创制性法规占较大比重

执行性法规可以进一步细分为整体执行性法规和部分执行性法规。整体执行性法规,是行政法规对法律的全面细化、补充和具体化,一般表述为某法的实施条例或实施细则,如《中华人民共和国土地管理法实施条例》和《中华人民共和国反间谍法实施细则》。部分执行性法规,是行政法规有直接或间接相关的上位法依据,行政法规据此制定。如《血吸虫病防治条例》是根据《中华人民共和国传染病防治法》和《中华人民共和国动物防疫法》制定的;《中华人民共和国渔港水域交通安全管理条例》是根据《中华人民共和国海上交通安全法》第48条制定的。国务院作为最高国家权力机关的执行机关,虽然在非执行领域可以享有一定自主空间,<sup>④</sup>但是其制定的行政法规理应大部分属于执行性法规。然而即使将整体执行性法规和部分执行性法规结合统计,其数量仍然不足现行有效行政法规的一半。

中国有数量庞大的行政法规是在没有明确法律依据的前提下制定的,即创制性法规,约占总数的59%。如果说在立法初期,因为制定法律的条件不成熟,但行业又亟待立法的规范和引导,通过行政法规先行先试,积累立法经验,是一种权宜之计的话,在法规积累经验成熟的时候,应当及时将其升格为法律。反之,创制性法规只是修订而不升法的话,就会导致数量不断膨胀,形成“条例替法”的现象。其实对于创制性法规在修订时,是继续保持原法律位阶还是升格为法律,就面临着抉择问题。例如,在启

<sup>①</sup> 参见黄进:《论统筹推进国内法治和涉外法治》,载《中国社会科学》2022年第12期,第84页。

<sup>②</sup> 《立法法》第11条规定:“下列事项只能制定法律:……(七)对非国有财产的征收、征用……”举例而言,在内河交通中,非国有船舶占大多数,而在内河险情、事故、突发事件的应急抢险中,往往会临时征用非国有船舶参与抢险。然而《内河交通安全管理条例》作为行政法规,却无法对此进行规定。

<sup>③</sup> 统计截止时间为2023年9月20日。需要说明的是,在统计的法规文本中,有类似“根据宪法和(或)组织法,制定本条例”的表述,由于宪法和组织法(国务院组织法和地方组织法)不是明确的法律依据,所以执行性法规的统计中没有将其纳入。

<sup>④</sup> 参见王贵松:《国务院的宪法地位》,载《中外法学》2021年第1期,第203页。

动修改《政府信息公开条例》时,有学者提出,为了更好地发挥政府信息公开制度作用,有必要适时出台“中华人民共和国政府信息公开法”。<sup>①</sup>再如,在行业属性比较强的《中华人民共和国船员条例》(简称《船员条例》)修改过程中,呼吁制定“中华人民共和国船员法”(简称“船员法”)的声音同样高涨。<sup>②</sup>不过上述两部行政法规至今未能升法成功。

## 2.“条例替法”不利于法治建设

原有的创制性行政法规不能及时升格为法律,新的行业立法惯性采用行政法规的立法形式,导致创制性法规数量超过执行性法规并实质上发挥了法律的作用,笔者将这种情况称为“条例替法”。“条例替法”情形泛滥,本质上是一种立法不作为,<sup>③</sup>其实是对法治的戕害,主要后果如下。

一是影响立法质量。法律的制定程序比行政法规更严格,要经过全国人大常委会多次审议。因此,法律的立法质量一般要高于行政法规。大规模的“条例替法”必然会导致立法质量的滑坡。

二是影响执法效果。行政法规的立法创制能力有限,有些只能由法律设定的事项,行政法规无权涉及。这就导致在实际执法过程中,在只有行政法规作为“龙头法”的情况下,行政执法机关会陷入执法手段不足的困境,客观上影响执法效果。

三是影响司法的结果。行政法规在法律效力、适用范围和强制力方面都要低于法律。在法官审理案件过程中,如果产生法律冲突,根据上位法要优于下位法的法律适用原则,最终适用法律而非行政法规就可能影响司法的结果。

四是降低权利的保护水准。行政法规虽然是以国务院令的形式发布,但其实草案的制定主体主要还是各部委。在行政立法的过程中,各部委必然要考虑到部门利益,特别是从执法的角度出发,经常会作出有利于自身的规定,这其实会影响到行政相对人的权益保护,降低公民基本权利的保护水准。虽

然法律的制定,也有可能出现类似问题,但由于多主体的参与、立法利益的博弈、程序上的时间“拉锯战”,客观上能掣肘部门立法的利益追求,最大程度上保护公民的合法权益。

“‘条例升法’的标准不清晰”和“‘条例替法’的情况泛滥”导致行政法规升格为法律的工作始终游走在法治的边缘。改进“条例升法”的工作,前提是需要理解“条例升法”背后的法理逻辑。

## 二、“条例升法”:创制性法规作为法律的试验性立法归宿

### (一) 国务院职权立法发挥着试验性立法的功能

《立法法》第72条第2款已明确,行政法规可以就《宪法》第89条规定的国务院行政管理职权的事项作出规定。这一条款也成为国务院职权立法、制定创制性法规的法律依据。换言之,需要升格为法律的行政法规是国务院职权立法的产物。正确理解国务院职权立法的功能,是洞悉“条例升法”背后法理逻辑的理论前提。

虽然关于国务院职权立法的存废学界争论已久,<sup>④</sup>但中国宪法上的议行复合结构,<sup>⑤</sup>使得国务院职权立法在立法进程中发挥着重要作用。在改革开放初期,许多领域存在法律空白的情况下,国务院通过职权立法先行先试积累立法经验,减少认知偏差和风险误判。<sup>⑥</sup>在社会转型时期,面对日益复杂且多元化的行政任务以及不断涌现的新兴事物,在制定法律条件不成熟和资源不够的情况下,国务院可通过职权立法先行予以规制,为法律的进一步出台奠定坚实的基础。然而关于试验性立法,目前学界主要是关注到《立法法》第16条,即“暂停适用法律条文”,即使有学者注意到行政法规也有试验性立法的功能,也多指的是《立法法》第12条,即“授权行政机关暂行立法”。<sup>⑦</sup>其实,《立法法》第72条关于

① 参见程琥:《〈政府信息公开条例〉的修改》,载《国家检察官学院学报》2016年第3期,第81页。

② 参见杨培举:《海洋强国呼唤船员立法》,载《中国船检》2013年第8期,第22页。

③ 笔者认为,立法不仅包括立法创制、修订及废止活动,还包括“条例升法”。逾越期限,没有及时完成“条例升法”,属于滥用立法裁量权,没有履行立法义务,构成立法不作为。参见于立深:《行政立法不作为研究》,载《法制与社会发展》2011年第2期,第74页;周佑勇、尚海龙:《论行政立法不作为违法——基于法律文本的解析》,载《现代法学》2011年第5期,第55页。

④ 近几年相关代表性文献参见王贵松:《论法律的法规创造力》,载《中国法学》2017年第1期,第109-129页;谢立斌:《论国务院的职权立法权》,载《政法论坛》2018年第6期,第100页;门中敬:《“立法”和“行政”概念的宪法解释》,载《政法论坛》2019年第5期,第47-48页。

⑤ 参见杜强强:《论我国宪法上的议行复合结构》,载《法学研究》2023年第4期,第40页。

⑥ Rob van Gestel & Gijs van Dijck, *Better Regulation Through Experimental Legislation*, *European Public Law*, Vol.17:539, p.543(2011).

⑦ 参见李丹阳:《试验性立法的中国实践》,载《学习与探索》2016年第2期,第72页;杨登峰:《改革试验法治建设的主要问题与任务》,载《甘肃社会科学》2020年第2期,第2页。

国务院职权立法的规定,客观上承载着试验性立法的功能。通过上文的法律梳理也可以发现,在298部法律中,有至少64部法律是通过“条例升法”而来,占比约21.5%,说明行政法规发挥着试验性立法的作用。此外,在598部行政法规中,有352部是在没有明确法律依据的情况下制定的,占比约58.9%,不可否认,这些条例现在承担着试验性立法的工作,未来有相当一部分会升格为法律。

## (二)“条例升法”是国家从行政国迈向法治国的标志

不可否认,行政立法具有高效的特点,能够及时对新兴领域和公共事件作出回应。但是,其带来的问题也很突出,因为民主性的相对缺失,当行政法规越来越多地承担着法律的角色并不断挤压法律的空间,对中国的人民代表大会制度和人民主权原则其实是有所损害的,长久来看是不利于国家法治建设的。对于国务院职权立法制定的创制性法规,应当及时进行“条例升法”的立法活动,以弥补民主正当性的不足。

从世界历史发展的角度来看,工业革命后,社会的急剧变化需要国家的积极干预,国家从消极的不作为转变为积极的作为,国家也随之从“夜警国家”进入“行政国家”。“行政国”时代,行政的触角几乎触及到生活的方方面面,从“摇篮”到“坟墓”都离不开国家行政。国家职能的转变和行政活动的扩张,引发了行政方式的重大变革。<sup>①</sup>除了传统关注的从秩序行政走向给付行政,政府在充分行使管理权的同时,也要一定条件下的决策权,即制定和发布具有法律效力的规范性文件的权力。<sup>②</sup>行政立法活动成为“行政国家”的重要标志,意味着立法权不是议会的独占权力。

进入“法治国”时代,政府获得议会授权才能立法是当今世界发达国家的主要法治规律。《德国基本法》第80条规定:“联邦政府、联邦部长或州政府可经法律授权制定具有法律效力的法规。”由此可见,在德国,行政机关立法必须要有具体的法律授

权,而这里的“法律”仅限于“成文法”,不包括习惯法和普通法。<sup>③</sup>《日本宪法》第65条规定:“行政权属于内阁”;第73条第6项规定:“内阁除执行一般行政事务外,执行下列各项事务:为实施本宪法及法律的规定而制定政令。但在此种政令中,除法律特别授权者外,不得制定罚则。”《日本宪法》中的规定预定了委任宪法的存在。<sup>④</sup>在日本,只允许基于议会立法授权的行政立法,是其宪法下的共识。<sup>⑤</sup>《美国宪法》第1条第1款规定:“本宪法所授予的全部立法权均属于由参议院和众议院组成的合众国会。”由是观之,联邦宪法规定全部立法权力属于国会,行政机关通过制定法规决定公民的权利和义务,是行使立法权力,这种权力只能由国会委任。美国行政机关一旦得到国会委任的立法权力以后,在符合授权法的范围内,有权制定一切必要的和合理的法规。<sup>⑥</sup>英国行政机关制定行政管理法规的权力主要是根据议会授权的委任立法,这也是议会享有最高立法权的表现。<sup>⑦</sup>委任立法的使命是执行议会立法的规定和(或)根据授权制定细化规定。<sup>⑧</sup>

唯一例外的是法国,1958年《法国宪法》第34条列举了国会立法的范围。《法国宪法》第37条规定,凡在第34条列举范围以外的事项都属于条例的范围。该条例又被称为自主条例,不需要法律的根据,只有中央政府根据宪法规定享有制定自主条例的权力。<sup>⑨</sup>《法国宪法》也是学者证成中国国务院职权立法合法性和正当性经常比附的域外经验。但值得注意的是,《法国宪法》之所以为行政立法不需要法律授权留有空间,与当时的时代背景有关。彼时法国的行政权相对弱小,而国家的发展又需要行政权的强有力整合。法国还处于“行政国家”建立与发展时期,为行政立法留有空间,是服务国家建设的需要。相比于德国和日本对于法治的尊崇和对行政权的相对抑制,以及英国和美国源远流长的法治传统,法国具有一定的特殊性。即便如此,法国的自主条例还要受到行政法官的监督,以检查是否违反宪法原则和法的普遍原则,<sup>⑩</sup>这也是额外的约束机制。

① 参见赵宏:《法治国下的目的性创设——德国行政行为理论与制度实践研究》,法律出版社2012年版,第27页。

② 参见邓世豹主编:《立法学:原理与技术》,中山大学出版社2016年版,第137页。

③ 参见刘兆兴、孙瑜、董礼胜:《德国行政法——与中国的比较》,世界知识出版社2000年版,第138页。

④ 参见[日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第62页。

⑤ 参见[日]平冈久:《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26页。

⑥ 参见王名扬:《美国行政法(上)》,中国法制出版社2007年版,第349-350页。

⑦ 参见王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社1987年版,第108页。

⑧ 参见[英]彼得·莱兰、戈登·安东尼:《英国行政法教科书》,杨伟东译,北京大学出版社2007年版,第137页。

⑨ 参见王名扬:《法国行政法》,中国法制出版社2007年版,第141-143页。

⑩ 参见[法]古斯塔夫·佩泽尔:《法国行政法》,廖坤明、周洁译,张凝校,国家行政学院出版社2002年版,第80页。

相比而言,中国进入“行政国家”的时期要晚于西方国家。中华人民共和国成立后,基于当时的国情,“五四宪法”没有明确赋予国务院行政立法权,只是根据实际需要颁布了规范性文件。<sup>①</sup>改革开放以后,社会层面发生巨大变化,政府的积极作用日益突出,“行政国”的特征逐渐凸显。“八二宪法”对国务院的行政立法权进行了规定,在许多法律尚未覆盖的“空白”领域,国务院的行政法规只能先行制定,<sup>②</sup>导致行政立法的数量日渐攀升。不过值得注意的是,2011年时任全国人大常委会委员长吴邦国宣布中国特色社会主义法律体系已经建成,2014年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》审议通过。依靠国务院职权立法回应社会治理需求的“行政国”时代已经过去,依法治国的新时代正在开启。“法治国”时代,需要国家依宪立法<sup>③</sup>和依法立法,政府的创制性立法应当是人大授权后的立法,前期没有授权的国务院职权立法应当通过“条例升法”活动及早成为法律。

“条例升法”的本质是创制性法规作为法律的试验性立法归宿。国务院职权立法实际发挥着试验性立法功能与《立法法》相关条文设计存在一定张力,在由“行政国”迈向“法治国”的征途上,需要予以法治构造。

### 三、“条例升法”的标准归纳

#### (一)《立法法》第72条的适用方案

##### 1. 激活授权立法条款

行政立法,根据取得方式的不同可以分为职权立法和授权立法,根据功能不同又可以分为执行性立法和创制性立法。<sup>④</sup>《立法法》第72条其实将行政法规分为三类:执行性法规、职权性法规和授权性法规。执行性法规向来争议不大,行政法规贯彻实施法律,是行政法规的应有之义。争议最多的是国务院的职权立法,面临着合法性与正当性拷问。授权性法规,即全国人大及其常委会授权国务院制定

法律,具备合法性与正当性的前提。关键在于立法实践中,全国人大及其常委会怠于使用这一立法工具,导致国务院更倾向于通过职权立法的手段进行立法试验,从而使《立法法》第72条第3款关于授权性法规的规定被虚置。为了激活《立法法》第72条第3款的规定,减少国务院职权立法条款的频繁适用带来的合法性和正当性危机,“从行政立法与法律的关系上,将行政立法分为执行立法与授权立法”,<sup>⑤</sup>在实践中重点适用执行性法规和授权性法规两种类型。

##### 2. 从职权立法向授权立法过渡,并设置一定试验期限

虽然国务院职权立法发挥着重要的试验性立法的功能,但是当下国务院职权立法过于频繁使用,导致“条例替法”的现象发生,行政逻辑主导法律逻辑,会对中国法治体系的健康发展产生消极影响。中国的试验性立法,特别是创制性先行先试,如果减损公民、法人和其他组织的合法权益或者增加其义务,其实是需要全国人大及其常委会作出授权决定的。<sup>⑥</sup>既然国务院的职权立法实际承担着试验性立法的功能,由全国人大及其常委会作出授权决定后,国务院再制定行政法规,就可以避免问题的产生。当然,这也意味着国务院的职权立法已经悄然转为授权立法。不过这是有历史根据的,1984年和1985年全国人大及其常委会就对国务院在税收以及经济体制改革和对外开放方面进行过两次专门授权,<sup>⑦</sup>国务院根据授权决定,在法律还没有制定的情况下,先行制定行政法规。<sup>⑧</sup>后来的实践也证明,涉税法规范逐步升格为法律。试验性立法应当要设置一定的期限或称有效期制度,<sup>⑨</sup>既然是试验,也可能被证明不成功或因立法情势变化,导致不再需要该法而需要及时清理并废止。

##### 3. 及时进行升法评估

从职权立法向授权立法过渡的过程并非是一蹴

① 参见杨临宏:《立法学:原理、程序、制度与技术》,中国社会科学出版社2020年版,第179页。

② 参见刘莘:《行政立法研究》,法律出版社2014年版,第62页。

③ 需要强调的是,《宪法》第89条规定:“根据宪法和法律,制定行政法规。”这里的法律只能是具体明确的行为法,而非组织法,否则还会为国务院职权立法留有一定空间。因此,有关教科书中认为“国务院也可以直接依据宪法和组织法的规定进行立法”的观点值得商榷。参见高轩主编:《立法学简明教程》,暨南大学出版社2020年版,第39页。

④ 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211页。

⑤ 王贵松:《论法律的法规创造力》,载《中国法学》2017年第1期,第129页。

⑥ 参见杨登峰:《先行先试授权与否的判断依据》,载《四川师范大学学报(社会科学版)》2021年第5期,第123页。

⑦ 参见《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院改革工商税制发布有关税收条例草案试行的决定》(1984);《中华人民共和国第六届全国人民代表大会第三次会议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规定的规定或者条例的决定》(1985)。

⑧ 参见陈斯喜:《论我国立法权限的划分》,载《中国法学》1995年第1期,第16页。

⑨ Sofia Ranchordás, *Sunset Clauses and Experimental Regulations: Blessing or Curse for Legal Certainty*, *Statute Law Review*, Vol.36: 28, p.33 (2015).



而就的,这就要求目前由国务院职权立法制定的行政法规及时升格为法律。“条例升法”需要进行立法评估,<sup>①</sup>评估的时间点一般是在条例需要修订时。条例如果实施一定时间存在不适应性和滞后性,需要以制定法律的形式予以完善,而且实践中执法部门的立法呼声比较强烈时,应当考虑为将行政法规升格为法律作全面、系统、深入的立法评估。以笔者参与的内河交通安全的立法实践为例,为使“中华人民共和国内河交通安全法”的出台具备坚实的基础,笔者所在团队进行了较为详细的立法评估,<sup>②</sup>涉及《内河交通安全管理条例》的整体评价、合法性与协调性评估、合理性和可操作性评估、与国际和其他国家立法的比较分析以及立法的必要性和可行性等方面的评估。及时升法评估,主要是聚焦法律制度层面存在的问题,因为需要通过制定法律解决的,一般不涉及执行层面的问题。

## (二)“条例升法”的梯度标准

### 1. 前提标准:主要是创制性法规

“条例升法”主要是针对国务院现有的职权立法制定的创制性法规而言。这部分类型的法规在中国的行政法规中占相当大的比重。因为欠缺全国人大及其常委会授权,而创制性法规又实际承担着试验性立法的功能,已经偏离了行政法规的立法属性。正如前文所阐述的,“条例升法”是试验性立法的归宿。特别是针对这部分类型的行政法规,很多已经完成了时代要求的立法使命,在依法治国建设的征程上,应当尽快通过“条例升法”实现角色的转变,提高立法质量,<sup>③</sup>回归法律本位。反之,如果任由国务院职权立法进行大规模行政法规的创制,“条例替代”的现象将会愈演愈烈,其因为历史原因而存在的合法性和正当性也会被逐渐消解,人大主导的立法地位将不复存在,民主立法将难以得到贯彻和实行。

在“条例升法”的过程中,也有少部分是授权性法规。比较典型的是涉税领域的行政法规。税收领域的法规虽然有全国人大常委会授权,但由于“税收法定”原则的要求,也需要及时升格为法律,实现税收的合法性和正当性。在经济体制改革和对外开放方面,虽然有全国人大授权,国务院可以制定行政法规,但是因为全国人大的授权决定比较笼统和模糊,

实际立法中,明确表示依据该决定制定行政法规的并不多。

对于执行性法规而言,由于其本身就是对于法律的具体化,有明确的上位法依据,一般不存在“条例升法”的问题。特别是对于法律进行整体细化的实施条例或实施细则,是明确被排除在“条例升法”活动外的。当然,也有部分执行性法规是根据法律的某一条款授权进行细化的,这部分执行性法规是否存在“条例升法”?其实,对于法条授权,已经明确将其排除在授权立法的类型之外而归于执行性法律,在性质上属于一种义务性规定,无须再升格为法律。<sup>④</sup>

### 2. 核心标准:立法权限的扩充需求

虽然创制性法规最终都要通过“条例升法”的立法活动,蜕茧成蝶步入法律的殿堂,但是这个过程不是一蹴而就的,需要孕育和等待。在笔者看来,行政法规必须要升格为法律的核心判断标准是实施已久的行政法规在立法权限上捉襟见肘,与《立法法》《中华人民共和国行政强制法》(简称《行政强制法》)、《中华人民共和国行政处罚法》(简称《行政处罚法》)或该领域的其他法律产生冲突和不协调,已经严重影响到上述法律的适用,给执法实践带来很大困扰,司法裁判也每每因此步履维艰。换言之,行政法规必须升格为法律,立法权限必须要扩充。

其一,需要规定《立法法》第11条列举的有关事项。《立法法》对于只能制定法律的事项作了明确规定,其中有关内容在没有法律明确授权的情况下,不容侵占。所以,如果有执法实践的需求,要涉足《立法法》第11条列举的有关事项,行政法规就必须升格为法律。例如,需要规定民事赔偿、民事法律责任等涉及民事法律关系的民事基本制度,就要制定法律;规定法院、检察院、监察委等国家机关职责的,要通过法律的形式明确;税收领域的基本制度,要求制定法律。这几种情形是已有法律草案的立法说明中阐明的。还有对非国有财产的征收、征用,涉及基本经济制度以及财政、海关、金融和外贸的基本制度,也是法律保留的事项。上述几种情形,是行政法规比较容易侵犯到法律边界的情形,如果确实要加

<sup>①</sup> Sofia Ranchordás, *Innovation-friendly Regulation: The Sunset of Regulation, the Sunrise of Innovation*, *Jurimetrics: The Journal of Law, Science & Technology*, Vol.55: 201, p.220(2015).

<sup>②</sup> 这里主要是立法前评估,主要评估立法的必要性、合法性、协调性和可操作性。参见席涛:《立法评估:评估什么和如何评估(上)——以中国立法评估为例》,载《政法论坛》2012年第5期,第59页。

<sup>③</sup> 参见胡健:《习近平总书记立法思想的内涵与实践》,载《地方立法研究》2017年第6期,第10页。

<sup>④</sup> 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64页。

以规定,既有的行政法规只能升格为法律。

其二,需要突破《行政强制法》和《行政处罚法》对执法手段的法律门槛设置。行政法规绝大部分都是为了满足行政管理的需要而制定的。如果行政法规所规定的执法权限在法规位阶内不能满足执法实践的需求,就需要通过升格为法律的方式予以解决。比较典型的就是《行政强制法》中对于行政强制执行制定的要求,只能由法律设定;对于行政强制措施,法规能够规定的种类比较有限。在行政管理过程中,行政强制手段是司空见惯的,形式比较多样化,有时也很难分清其是行政强制措施还是行政强制执行。<sup>①</sup>为了防止行政执法机关在执法过程中可能产生的法律风险,应剔除违法的行政强制条款<sup>②</sup>或以法律的形式设定予以解决。此外,在行政处罚的种类中,限制人身自由的行政处罚只能由法律设定,而2021年修订的《行政处罚法》已经扩张了行政拘留行使机关的范围,<sup>③</sup>如果其他行政机关也想增加行使行政拘留的手段,对行政相对人形成执法威慑效应,就必须在法律中进一步明确。<sup>④</sup>

其三,需要增强法律效力。行政法规的位阶要低于法律,所以在适用范围、强制力等方面都要弱于法律。一旦与法律发生冲突,根据“上位法优于下位法”的法律冲突适用规则,在适用上行政法规必然要让步于法律。这也使得即使是作为某个领域“龙头法”的行政法规,也处于无可奈何地被弃置一旁的尴尬地位。<sup>⑤</sup>当然,有些行政法规只是局部领域的立法,应用领域较窄。为了扩大适用范围,在发生法律冲突时不必然让位,能够公平地得到适用,增强法律效力也是“条例升法”的内在驱动力。

### 3. 必要标准:重要性、立法经验与挑战

各行业的健康发展以及工作的有效推进,都离不开法律的保驾护航。通过法律的形式明确公民、社会组织和政府部门的责任,并依法进行治理,才能取得持久成效。当事业(行业、工作)的重要性愈发突出,立法的经验比较成熟,同时又面临新情况、新挑战时,行政法规就有升格为法律的必要。

第一,重要性。事业(行业、工作)的重要性,是“条例升法”的必要条件。当然,重要性其实也是一

个不确定的法律概念,凡是所处行业的人员都可能认为自己的工作重要,需要专门的法律保护。因此,判断是否具有重要性,需要跳出所处行业的视野综合判断。笔者认为,符合以下几点可以认定为具备“重要性”:关乎国计民生、社会安全稳定;涉外性强,需要与国际交流合作;溢出行业范畴,产生综合性影响。

第二,立法经验。“条例升法”的基本要件是该部行政法规已经取得了一定的立法经验。在相对稳定的社会关系下,经实践检验证明可行的措施和制度,如果争议性比较小,改革方向也比较明确,就应当在已有经验的基础上及时升格为法律。<sup>⑥</sup>虽然“条例升法”的立法经验主要来自于行政法规,但不可否认,与之相关联出台的部门规章以及部委制定的规范性文件中比较好的措施和制度也应当在“条例升法”的过程中一并升格为法律。甚至包括地方层面密切相关的地方性法规和地方政府规章,同样可以提供成熟的立法经验。

第三,立法挑战。“条例升法”除了经验要件外,外部的社会环境和内在的法律制度同样是催生因素。不过笔者认为,外部社会环境变化也要求法律相应变革,因此从“条例升法”的立法角度来看,重点还是应当关注法律层面的变化。具体包括:(1)法律的完备性,即是否存在法律条款的缺失,是立法设计之初遗漏的;(2)法律的协调性,即是否与相关法律制度之间相衔接,做到法制统一,比如对法律的适用范围相统一;(3)法律的合理性,即是否做到权利与义务相统一,权责相一致,比如对罚款数额进行合理设置;(4)法律的适应性,即是否适应新政策、新科技和新业态;(5)法律的可行性,即法律条款是否能得到执行和遵守,比如法律责任的规定具有可操作性。

4. 参考标准:国外立法文本和人大代表提出建议或议案

第一,国外立法文本是重要的参考标准。如果某个领域国外已经制定法律,而中国还只有行政法规,这其实是不利于国际交流合作,以及法律上的同

① 参见胡建森:《“行政强制措施”与“行政强制执行”的分界》,载《中国法学》2012年第2期,第90页。

② 参见王春业、邢鸿飞:《论涉水法律法规中行政强制行为的设定》,载《河海大学学报(哲学社会科学版)》2018年第6期,第75页。

③ 《行政处罚法》第18条第3款规定:“限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关和法律规定的其他机关行使。”

④ 参见郑琳:《行政拘留权行使结构之变革》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2022年第4期,第130页。

⑤ 例如《内河交通安全管理条例》在与《航道法》《中华人民共和国防洪法》发生冲突时,行政法规要让位于法律,内河交通运输安全要让位于航道安全和防汛安全。

⑥ 参见许安标:《论行政法规的权限范围》,载《行政法学研究》2001年第2期,第36页;乔晓阳主编:《〈中华人民共和国立法法〉导读与释义》,中国民主法制出版社2015年版,第225-226页。

等保护的。国外通过立法保护,也从侧面说明了该领域的重要性,需要设计法律规则。以“船员法”为例,国际公约层面已经有《2006年海事劳工公约》保护船员权益,美国、日本、韩国等航运发达国家都在一般劳动法之外制定作为特别劳动法的“船员法”,中国目前只有行政法规位阶的《船员条例》。交通运输部海事局当前推动制定“船员法”,也参考国外立法例,为中国船员提供特殊的劳动权益保护。<sup>①</sup>因此,国外的立法文本是中国“条例升法”的重要参考标准。

第二,人大代表提出建议或议案。在人民代表大会制度中,人大代表提出的建议或议案是履职的重要形式。<sup>②</sup>作为代议民主的体现,人大代表合理的建议或议案反映了人民群众的呼声和社会治理的需求,理应被重视。特别是有多个代表多次提出要立法的情况,应当作为“条例升法”的重要参考标准。

之所以将“国外立法文本”和“人大代表提出建

议或议案”作为参考标准,一方面是因为国外立法不是“万能药”,具体要不要立法以及怎样立法还要结合本土资源和实际条件另行判断;另一方面,议案的质量还不完全尽如人意,对最终的立法主要还是起到参考作用。

#### 5.各标准之间的关系及对“条例升法”的影响

应当说,上述四项标准是具有梯度性的或者说是有位阶关系的,处于核心地位的是“立法权限的扩充需求”,对“条例升法”产生关键性影响,需要在立法草案的说明中予以重点阐述。必要标准的比重仅次于核心标准,是客观实践的揭示,对“条例升法”产生重要影响,应当在立法草案的说明中清晰地表述。参考标准会对“条例升法”产生影响,可以作为辅助性的理由说明。前提标准作为普遍要件,不需要在立法草案的说明中专门交代。值得注意的是,并非要满足全部四项标准才能进行“条例升法”,但是核心标准和必要标准必须要满足其一,具体如图1所示。

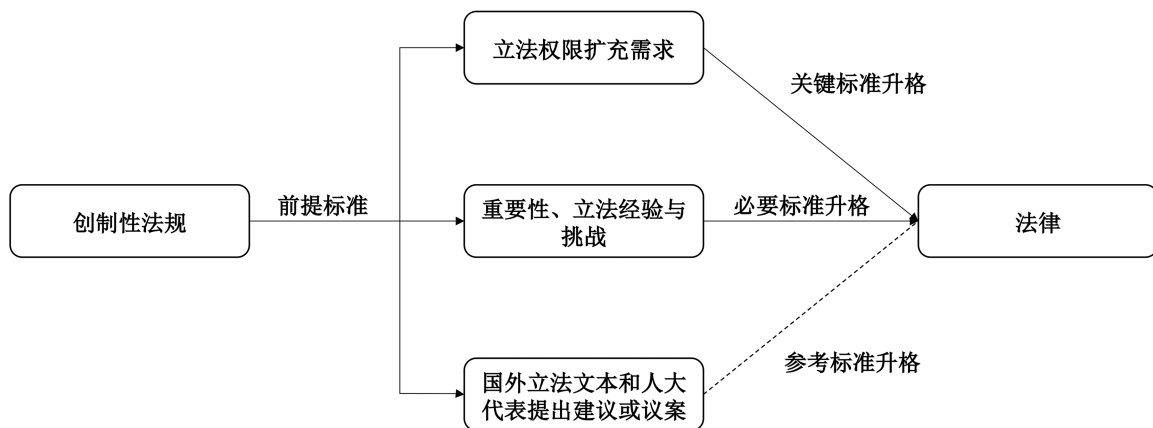


图1 “条例升法”标准

## 四、结语

“条例升法”是国家一项非常重要的立法使命。不是所有的行政法规都要升格为法律,需要“蜕茧成蝶”的是对既有法律秩序突破创新、对社会影响大的创制性法规,<sup>③</sup>主要是国务院职权立法和少部分授权立法制定的行政法规。“条例升法”背后的法理逻辑是创制性法规作为法律的试验性立法的归宿。当前国务院的职权立法实际上发挥着试验性立法的功能,导致《立法法》第72条第3款授权性法规的条款被虚置。未来国务院制定的创制性法规应

当要有全国人大及其常委会的授权,并设置试验性立法的期限和及时评估制度。在此之前,需要升格为法律的行政法规,可以按照核心标准(立法权限的扩充需求),必要标准(重要性、立法经验和挑战),参考标准(国外立法文本和人大代表提出建议或议案)等依次排序,逐步进行“条例升法”。当然,上述标准中的立法权限扩充需求的核心标准和重要性、立法经验与挑战的必要标准也可应用到地方立法中,实现地方政府规章升格为地方性法规。

<sup>①</sup> 参见曹艳春、曹娅珂:《新冠疫情背景下船员休息权问题研究》,载《中国海商法研究》2022年第3期,第25页。

<sup>②</sup> 参见桑玉成、邱家军:《从代表议案和建议看代表属性及其履职之效率——以十一届全国人大二次会议为例》,载《江苏行政学院学报》2010年第1期,第82页。

<sup>③</sup> 参见杨登峰:《我国试验立法的本位回归——以试行法和暂行法为考察对象》,载《法商研究》2017年第6期,第36页。