

问题探讨

中国法律保留原则的阶层化体系

——基于行政法规范中有关法律保留条款的法教义学解读

殷守革

(西南政法大学 行政法学院, 重庆 400031)

摘要:自德国现代行政法学奠基人奥托·迈耶首先提出法律保留原则之后,法律保留原则就一直适用于规制行政,随着行政国家和福斯多夫提出“生存照顾”服务理念兴起,法律保留原则的适用也拓展到给付行政领域;德国法律保留原则的适用范围经历了侵害保留、全面保留到重要事项保留,虽中国相关法规确立了法律保留原则,但对中国法律保留原则的适用范围、性质等方面学者们普遍认识不一致,从中国行政处罚法中有关法律保留原则的条款入手,通过采取法教义学的解读方式,从而得出中国法律保留的原则所采用的是“阶层化保留”体系。

关键词:行政处罚法;法律保留;阶层保留

中图分类号: D912.1 **文献标志码:** A **文章编号:** 1672-6138(2011)03-0067-04

DOI: 10.3969/j.issn.1672-6138.2011.03.019

中国有关法律保留原则的规定在宪法、立法法、行政处罚法、行政许可法等法规中都有,同时在2004年国务院发布的《全面推进依法行政实施纲要》中也有关于法律保留原则的规定,对于中国有关法律保留原则的法规和其他相关规定学者从不同角度进行了探讨,有的认为中国有关法律保留原则采用的是侵害保留、有的认为是全面保留,造成这种现象的原因是研究方法。本文试图从中国行政处罚法中有关法律保留原则的条款入手,通过采取法教义学的解读方式,从而得出中国法律保留的原则所采用的是“阶层化保留”体系。

1 法律保留原则涵义的厘定

从亚里士多德的“法治应当优于一人之治”,到哈林顿的名言“要法治的政府,不要人治的政府”。法治在奥托·迈耶所完成的《德国行政法》里必然成为要论述的主题,正如“在法学理论中,奥托·迈耶研究的目标在于克服集权国家或警察国家的弊端和建立法治国家。”^[1]奥托·迈耶认为“法治是由三部分构成的:形成法律规范的能力,法律优先及法律保留。”^[2]第一,形成法律规范的能力,是指法律对行政权的创设、规范和行使的拘束作用;第二,法律优先原则是指“以法律形式出现的国家意志依法

优先于所有以其他形式表达的国家意志;法律只能以法律形式废止,而法律却能废止所有与之相冲突的意志表达,或使之根本不起作用。这就是我们所说的法律优先。”^[3]依法律优先原则的涵义,“申言之,此项原则一方面涵盖规范位阶之意义,即行政命令及行政处分等各类行政行为,在规范位阶上皆低于法律,换言之,法律之效力高于此等行政行为;另一方面法律优越原则并不要求一切行政活动必须有法律之明文依据,只须消极的不违背法律之规定即可,故称之为消极的依法行政原则。”^[4-5]由此观之,法律优先原则也就是“法有规定者不可违”。第三,法律保留原则“法律是司法活动的必要基础,任何裁判都必须以法律规定为依据。没有法律,就没有处罚。行政活动则不是这样具有依附性。因此合乎宪法的法律只是对一些特别重要的国家事务而言是必要基础。在其他所有方面对执行权则无此限制,行政以自有的力量作用,而不是依据法律。我们把这个在特定范围内对行政自行作用的排除称之为法律保留。”^[6]由此,“法律保留原则的基本涵义是,行政机关只有得到法律的授权才能活动。法律优先仅仅消极地要求行政按照现存法律办事,而法律保留则积极地要求行政活动具有法律依据。”^[7]也就是“法无授权者不可为。”法律保留原则,是19世纪作为宪政主义工具发展起

收稿日期: 2011-04-01

作者简介: 殷守革(1985—),男,山东菏泽人,研究方向:宪法与行政法。

来的。其原初衷是行政机关如果要对公民的财产和自由进行干预和侵害,必须得到由人民组成的代议机关所制定的法律形式表达的准许和同意,如果没有法律形式的赞同,行政机关就不得侵害公民的自由和财产权,也即如果没有法律根据,行政主体不得减少相对人权利的范围与幅度和增加相对人义务的负担与承受。“这就是德国经典意义的无法律即无行政的依法行政原则。”^[326]法律优先是依法行政原则的重要内容之一,要求行政主体不得违反法律的规定,这是行政法治的必然要求,但是在民法等其他领域也必然要求一切主体遵守法律的规定,与其说法律优先原则是行政法治的特有原则,倒不如说法律优先原则是法治原则的题中之义;真正体现行政法治特有原则的是法律保留原则。因为法律保留原则不仅仅是要求行政主体消极的不违反法律,同时还要求行政主体作出影响相对人的行为必须有法律根据,这才是对行政主体特有的行政法治原则要求。

2 法律保留原则“保留”范围的学说

2.1 侵害保留说

侵害保留说是自由法治国家时期法律保留原则适用的理念,也是法律保留原则的古典核心理论,同时法律保留原则适用于侵害行政也是法律保留原则产生之初的应有之义。19世纪奥托·迈耶提出的法律保留原则就是专门适用于侵害行政,“它的作用在于保障个人不受专制(君主)行政权的干涉,即对自由和所有权的干涉需有议会通过的法律作为前提。”^[14]侵害保留理论,其作用是确保受专制行政权影响的公民个人领域和社会领域并且将必要的侵害置于人民代表机关法律的约束之下。“法律保留系宪政主义之产物,在民主政治建立之初期,市民阶级为限制君主之权力,防止以君主为首之行政部门任意侵害私人权利,遂有行政权就某类事项之侵犯或干涉,必须取得代表人民(实际以市民阶级为主)之国会的认可,最主要者为制定法律,明确规定行政部门行使权限的范围。尤其以自由与财产之侵害,严格限于须有法律之根据,是故法律保留常表现为一部保留或干涉(侵害)保留。”^[254]侵害保留说是德国行政法和日本行政法一致的传统法律保留适用范围观点,日本行政法认为:“并非行政的所有活动都需要法律根据,而是只有行政的一定领域,即行政侵害私人的自由和财产的行为,需要法律的根据。”^[451]因此,在“行政活动自由性的前提下,只有权利性限制或侵害国民的自由与财产的行为,才为法律所保留。”^[6]那么,“其相反的意思是,只要不侵害财产和自由,行政即使没有法律根据也是能够运作的。例如,发放补助金,进行福利活动,修建道路,实施文化性诸活动,这一系列给付行政可以自由地进行。当然,这些活动需要支出国费,从而需要由国会进行预算决议,但那并不需要另外有法律根据。”^[451-52]

2.2 全面保留说

侵害保留理论是适应干涉最少的政府是最好的政府的理念下出现的警察国的需要而出现的理论,在国家组成之初对于催促立法行动、控制行政活动和保护公民权具有十分重要的意义。因为“对人民之自由、财产权的剥夺以及义务之负担,都应当有法律明确加以规定。”“凡侵害人民自由与财产权之行政活动必须以法律之明确授权为依据。”^[6]这样的话,行政主体要是相对人作出行政行为的法律根据,如果没有根据,行政机关是不能作出行政行为的。这样,代议机关就能通过立法活动达到控制行政权的目的,间接地也就实现了保护公民权结果。但是,随着行政国家的发展以及德国公法学者福斯多夫提出的“生存照顾”理论后,服务型政府建设逐步成为政府职能转变的重要发展方向。政府职能存在并不是简单的承担国家守夜人的职责,还要求国家承担起对每一位公民的生存、生活给予更多的生存照顾义务。传统的法律保留原则仅仅适用于规制行政,“由于新宪法社会福利国家原则主导下,给付行政越来越重要,就产生了行政机关是否在给付活动中也需要法律基础这一问题。”对于给付行政领域要不要法律保留原则问题,“民主和法治原则的回答是肯定的。”^[14-5]首先,依民主原则,“一切国家权力源出于人民全体,故代表人民之国会为国家最高权力机关,一切之行政行为,包括给付行政,有关其应给付之对象、给付要件以及给付额度与条件等重要事项,都应受此民主立法者意思之支配、引导与规范,因此,给付行政也须有法律为其依据。”故给付行政领域适用法律保留原则是人民主权原则下人民通过立法控制行政的重要手段。其次,依法治原则,“国家为遂行社会、经济及文化政策所为财产分配,亦应由法律加以规定,俾使其给付于个案情形具有拘束力与预见可能性,并确保人民享有此等给付之权利。”^[7193]“如果没有法律,这些问题是由行政法规规定的。按照行政法学说,这不符合议会民主原则,也不符合法治原则。为了促进社会、经济或文化方面的目标所给予的国家资金,应该通过法律规范化。”^[145]故给付行政领域适用法律保留原则是国家法治理念下依法行政原则的题中之义,同时也是公民给付请求权获得保障和救济的重要法律基础。

2.3 重要事项说

全面保留原则,其缺点“在于尚若实定法上欠缺根据规范,行政即不得为任何行为,如此势必无法适应复杂多变的现代行政需要,无法满足行政积极主动为民谋福利之要求。”19世纪末20世纪初适应时代需要而产生的行政国,就是要求国家更多地承担起“从摇篮到坟墓”的生存照顾职能。“且若立法机关立法效能不高时,则更将严重妨碍行政机关推行施政。”故“此说或许具有理想

性，却无实际可行性。”重要事项保留说，由德国行政法学者 Fritz Ossenbühl 提出，此说为德国联邦宪法法院所采取，其“认为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。”⁷⁹⁴ 虽重要事项保留说遭到了学者的不少批评，主要指责多见于重要事项标准的确定问题，但是德国普遍采取的是基本权利重要性标准、公共事务重要性保准以及消极标准，也须这样的标准仍难以明晰其具体适用，但是德国法院具有对不确定法律概念的裁量权，往往会采取个案平衡原则予以处理，所以仍能够妥善处理重要标准确定问题。渐后，又出现了国会保留说，也称为加强的法律保留，以及日本学者提出的权力保留说，但都不及重要事项保留说一直影响深远，至今仍是德国法院裁量的重要理论依据。

3 法律保留原则“法律”的范围确定

依法律保留原则的原旨本意，这里的法律当然是指人民组成的代议机关制定的狭义的法律。因此，才能体现立法控制行政之本意，尽管行政国的兴起与服务型政府要应对各种复杂的行政事项，需要行政主体一定程度的行政立法权，但是这种行政立法权是受代议机关严格授权的。因此，也能够达到立法机关控制行政的目的，所以德国的法律保留原则里面“法律”的范围包括狭义的法律规范、授权法律规范（立法机关自己制定的授权行政主体行政立法的规范，这里并非指授权的法规规范）以及授权的法规规范。

4 中国法律保留原则法规范的“阶层化保留”体系

在厘定了德国法律保留原则的涵义、保留范围以及法律范围之后，以下则通过分析中国行政处罚法中有关法律保留原则的条款，以及该条款之不同位阶效力法规保留不同事项的规定，来确立中国法律保留原则所采取的是法律“阶层化保留”体系。

4.1 法律保留事项

《中华人民共和国行政处罚法》第九条规定了法律可以设定各种行政处罚。限制人身自由的行政处罚，只能由法律设定。对此《中华人民共和国立法法》也予以了回应。立法法第九条规定了本法第八条规定的事项尚未制定法律的，全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定，授权国务院可以根据实际需要，对其中的部分事项先制定行政法规，但是有关犯罪和刑罚、对公民

政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。由此可见，对于限制人身自由的行政处罚的设定，只能通过法律位阶的规范予以设定。其他位阶效力的规范不得设定像限制人身自由的处罚。行政主体进行行政处罚行为，必须找到法律这一位阶层次的规范作为行动的根据，否则就违反了法律保留原则。

4.2 行政法规保留事项

《中华人民共和国行政处罚法》第十条，行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚。对此，2009年9月28日国务院第82次常务会议通过，自2010年1月1日起施行的《保安服务管理条例》予以了证实；第四十二条，保安从业单位有下列情形之一的，责令限期改正，给予警告；情节严重的，并处1万元以上5万元以下的罚款；有违法所得的，没收违法所得，在《保安服务管理条例》这一国务院行政法规中，可以设定警告、罚款和没收违法所得的处罚，是符合行政处罚法关于法律保留事项规定的。与其说行政处罚法是行政机关对相对人进行行为的根据，不如说是它对法律之外的规范性文件设定保留事项的授权法规范，因为它规定了法律、行政法规、地方性法规和规章可以设定处罚的事项，也就是法律保留原则的阶层化保留体系。

4.3 地方性法规保留事项

《中华人民共和国行政处罚法》第十一条，地方性法规可以设定除限制人身自由、吊销企业营业执照以外的行政处罚。也就是说地方性法规可以设定警告、罚款、吊销个人营业执照、没收违法所得、没收非法财物的行政处罚，也即在地方性法规中可以指定出以上几项处罚事项，以上其他两项是法律和行政法规予以保留的事项，地方性法规不得设定。地方性法规保留的事项是限制人身自由、吊销企业营业执照，这两种处罚种类的设定必须由法律和行政法规才能进行设定，其他规范性文件是不能设定这类行政处罚的。

4.4 规章保留事项

《中华人民共和国行政处罚法》第十二条，国务院部、委员会制定的规章可以在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。尚未制定法律、行政法规的，前款规定的国务院部、委员会制定的规章对违反行政管理秩序的行为，可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。罚款的限额由国务院规定；第十三条，省、自治区、直辖市人民政府和省、自治区人民政府所在地的市人民政府以及经国务院批准的较大的市人民政府制定的规章可以在法律、法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体规定。尚未制定法律、法规的，前款规定的人民政府制定的规章对违反行政管理秩序的行为，可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。罚款的限额由省、

自治区、直辖市人民代表大会常务委员会规定；第十四条，除本法第九条、第十条、第十一条、第十二条以及第十三条的规定外，其他规范性文件不得设定行政处罚。

行政处罚法的十二、十三条规定了部委规章和地方政府规章可以设定警告和一定数额的罚款的处罚，可以看出行政主体对相对人作出警告、一定数额的罚款的行为，只要找到规章这一层面的行为法根据，行政主体是可以作为行动的指南的。也就是说，中国的法律保留原则是限定在法律、行政法规、地方性法规和规章位阶层次，2009年12月29日日国家发展和改革委员会制定的《粮油仓储管理办法》对此予以证实。《办法》第二十八条，粮油仓储单位违反本办法第六条规定，未在规定时间内向粮食行政管理部门备案，或者备案内容弄虚作假的，由负责备案管理的粮食行政管理部门责令改正，给予警告；拒不改正的，处1万元以下罚款；第二十九条，粮油仓储单位不具备本办法第七条规定条件的，由负责备案管理的粮食行政管理部门责令改正，给予警告；拒不改正的，处1万元以上3万元以下罚款。于此遥相呼应的是，《全面推进依法行政实施纲要》中有关法律保留原则可作如下陈述：行政机关实施行政管理，应当依照法律、法规、规章的规定进行；没有法律、法规、规章的规定，行政机关不得作出影响公民、法人和其他组织合法权益或者增加公民、法人和其他组织义务的决定。

5 结语

1999年11月由国务院发布《国务院关于全面推

进依法行政的决定》，并于2004年3月发布《全面推进依法行政实施纲要》中有关法律保留原则可作如下陈述：行政机关实施行政管理，应当依照法律、法规、规章的规定进行；没有法律、法规、规章的规定，行政机关不得作出影响公民、法人和其他组织合法权益或者增加公民、法人和其他组织义务的决定。由此可见，在《全面推进依法行政实施纲要》中，法律保留原则里面的“法律”是包括法律、法规、规章的，也就是行政主体只要找到法律、法规、规章作为行为法上的根据，行政主体就能够做出影响公民、法人和其他组织合法权益或者增加公民、法人和其他组织义务的决定。法律保留重要事项、相对重要事项、相对不重要事项，由此可见，中国有关法律保留原则的法规以及其他相关规定采取的是“阶层化保留”体系。

参考文献：

- [1] [德]奥托·迈耶.《德国行政法》[M].北京:商务印书馆,2002:1.
- [2] 吴庚.《行政法之理论与实用》[M].北京:中国人民大学出版社,2005:52-53.
- [3] 于安.《德国行政法》[M].北京:清华大学出版社,1999:26.
- [4] [日]盐野宏.《行政法》[M].北京:法律出版社,1999:51.
- [5] 刘俊祥.《日本行政法的基本原理—法治主义论》[J].《现代法学》,1999:105-109.
- [6] 周佑勇.《行政法基本原则研究》[M].湖北:武汉大学出版社,2005:189.
- [7] 翁岳生.《行政法》[M].北京:中国法制出版社,2009:193.

The Principle of "Chinese Legal Reserve Stratification Reservation" System : Based on the Interpretation of the Legal Dogmatics of Administrative Punishments in the Relevant Law Reserves

YIN Shou-ge

(School of Administrative Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 400031, China)

Abstract: Ever since the German modern administrative jurisprudence founder Otto Meyer firstly proposed the legal reserve, the principle has been suitable for regulating administration. With the rise of the "survival care" service concept proposed by administrative countries and fox Randolph, the legal reserve principle has also extended to the paying administrative areas; the German law reserve principle underwent a change from violated reserves to comprehensive reserves and to matters of reserves. Although China has established the legal reserve principle in relevant laws, scholars have never reached any consensus with regard to its nature and applicable scope. Starting from administrative punishments in the relevant law reserves, and through the interpretation of the legal dogmatics, arrives at a conclusion that the stratification reservation system is the one that the principle of China's legal reserves has adopted.

key words: the law on administrative punishments; legal reserve; stratification reserve