

论我国行政法法律保留原则的现状及其完善

夏伟亮, 沈绍洲

(上海大学法学院, 上海 200444)

摘要: 法律保留原则是依法行政的核心理念。关于法律保留原则范围的确立标准, 学者提出了不同的理论, 从我国现实来看, 我国法律保留原则范围确立的标准采取重要性理论更合适些。在我国, 法律保留原则已得到运用与体现, 但也存在着许多的不足, 需要进一步检讨和修正, 以更好地发挥法律保留原则在行政实践中的作用。

关键词: 行政法; 法律保留; 依法行政

中国分类号: D922.104 文献标识码: A 文章编号: 1008-3154(2010)01-0096-04

DOI 10.3969/J. ISSN. 1008-3154. 2010. 01. 031

The Present Situation of the Legal Reservation Principle in the Administrative Law and Its Consummation

XIA Wei-liang SHEN Shao-zhou

(Shanghai University, Shanghai 200444, China)

Abstract The legal reservation principle is the core idea of administration law. The establishment standard of the legal reservation principle scope, the scholars advanced the different theories, from the perspective of our country's reality, the important theory is more appropriate. In our country, the legal reservation principle has been widely used. However, the principle has many deficiencies, we should further review and amendment, then the principle can play the better role in the practice of administrative law.

Key words the Administrative Law; the Legal Reservation; Administration according to Law

在理论界, 首先提出法律保留这一概念的学者是德国行政法学之父奥托·迈耶。他认为, “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。” “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。”^[1] 由此可见, 法律保留原则是指对于影响人民自由权利之重要事项, 没有法律之明确授权, 行政机关即不能合法作成行政行为。法律保留原则在限制行政权之滥用, 保障公民的基本权利等方面发挥着重大作用。

一、我国法律保留原则保留范围的确立标准

关于法律保留原则范围的确立标准, 德国、日本和台湾地区的学者提出了不同的理论, 主要的理论观点有“侵害保留论”, 该理论认为法律保留原则的适用范围只限于侵害臣民“自由与财产”的行政活动, 这之外的行政活动只要不与既存的法律相抵触就得自由进行, 这就是所谓的“侵害保留理论”; “全

部保留说”, 主张法律保留应适用于包括给付行政在内的全部行政领域, 所有公行政作用 (包括行政指导等非权力行政作用在内), 都必须具有法律上的根据, 没有法律根据, 所有的行政活动都不能进行; “重要事项保留说”, 这种观点为德国联邦宪法法院所采取, 认为基于法治国家原则和民主原则, 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, 而且在服务行政原则上也应有法律保留之适用。^[2]

从我国现实来看, 笔者认为, 在我国法律保留原则范围确立的标准采取重要性理论更合适些。具体原因可以从以下几方面来看:

(一) 重要事项保留理论能适应行政权力不断扩张的趋势, 为行政保留理论及时提供依据

无论哪种保留范围的学说都未将传统的侵害行政排除在外, 而只是对之的发展, 因此侵害行政一直属于法律保留的范围。不过在重要性理论下, 侵害行政适用最严格的标准, 对于严重侵害公民权利自由的行政行为适用国会保留, 我国有学者称为法律的绝对保留事项, 相当于我国的限制公民人身自由

权利的法律只能由立法机关制定,而不能由行政机关制定。在目前理论界,关于法律保留原则,争议最大的还是关于在给付行政和特别权利关系中是否适用法律保留原则,重要事项保留理论为这个问题提供了一个解决方法和思路。

在给付行政(服务行政)领域中,也应该使用法律保留原则。基于民主原则,给付行政不能游离于议会的民主监督之外,而从公民对国家的请求权尤其是其中的受益权看,给付行政亦关系公民的基本权利在资源有限的情况下对某一竞争者的给付,即意味着对其他竞争者的侵害,且某些给付关系公民的生存权,若行政机关拒绝给付,危害更大。因此给付行政原则上均属重要应当由法律保留,对其中凡涉及人民基本权利的实现与行使,以及涉及公共利益的,都应适用法律保留,给付对象条件尤其是拒绝给付的条件,以及给付资金的来源等,应由法律作出规定。同时法律应给行政机关留有一定的裁量余地,对于给付额度法律可规定一定的范围行政机关可根据实际情况裁量决定。

在传统的特别权力关系中,行政主体与其相对人之间的关系不属于法律关系,因而无法律保留的适用余地,而由行政主体自行制定的行政规则调整这种关系。因此无论如何重要的权利遭到侵犯,特别权力关系中的公民一方无法得到法律的救济。在20世纪50年代德国学者乌勒将特别权力关系区分为基础关系与管理关系,基础关系涉及身份的设定变更与消灭等行为,这些行为在性质上属于行政行为,得提起行政救济;而管理关系因涉及不太重要的事务,可不适用法律保留。在70年代德国联邦宪法法院在“监狱受刑人案”中认为基本权利可以适用于刑罚的执行,服刑人的通信自由只能通过或者根据正式法律予以限制,因此特别权力关系排除法律保留适用被初步推翻。随后在教育行政领域中,宪法法院通过一系列判决表达了其观点:法治国家原则和议会民主原则要求立法机关自行调整有关教育领域的重要决定,而不能委任给行政机关。重要性理论进而在教育领域要求法律保留原则的适用。现在,所有的特别权力关系领域依据重要性理论都有法律保留原则的适用。^[3]

(二)我国目前法律体系的特点适合采用重要性理论

首先,概括性是我国法律的一个基本特点。这在很多法律中都可以体现出来,虽然有人批评立法“宜粗不宜细”,但不能否认的是,我国法律确实比较

“粗”,这种“粗”在我国法律发展不很完善的阶段还是具有积极意义的,能够容纳很多无法预测的情形。我国法律的这种概括性,为“重要性”抽象概括的概念提供了比较好的生存环境。

其次,我国的法律体系具有相应的阶梯性质,在不同法律规范中分配法律保留的事项比较符合我国的实际情况。与重要性理论对重要性事物的法律要求相符合:“完全重要的事务需要议会法律独占调整,重要性小一些的事务也可以由法律规定的法令制定机关的调整;一直到不重要的事务,不属于法律保留的范围。当然从调整密度的不同要求来看,这种阶梯顺序的编排没有中断,而是并行衔接。”^[4]从而为不同层次重要性事务的处理提供不同的法律依据。

二、我国法律保留应该保留的重要事项

德国将法律保留领域分为侵害行政、给付行政、特别法律关系(如刑罚执行关系、教育事务、行政组织和行政程序)。台湾地区法律保留适用的领域主要有税捐的课征、处罚及其处理程序、政府公债、大学自治之监督、接近使用媒体之权利、限制出境等^[2]。笔者认为,借鉴国外行政法律保留的界限,结合我国法律的规定与实际,根据重要事项保留理论,应该将以下事项作为“重要事项”予以保留:侵害公民或法人人身权的行政活动;侵害公民、法人和其他组织财产权的行政活动;涉及到公民政治权利和自由方面的行政活动;涉及到劳动权、受教育权保护方面的行政活动;涉及到行政组织和行政程序方面内容的事项;涉及到税收和社会保障方面的行政活动等等。

三、我国法律保留的现状

(一)法律保留原则在我国法律中的体现

改革开放以来,我国行政法制建设取得了重大的成就,法律保留原则在立法、执法中也日益受到重视。在我国,现行宪法和法律对必须由法律规定的事项已做了某些规定,特别是2007年开始实施的《立法法》对应该由全国人民代表大会及其常委会行使的立法权作了较为全面、系统的列举,这些都表明法律保留原则在我国已经有了广泛的实践,此外,法律保留原则在《行政处罚法》《行政许可法》等单行法律中也有了相应的规定,下面简单论述之。

根据现行宪法的规定,我国的法律保留集中表现在45个宪法条文中,其中第62条规定,全国人民代表大会修改宪法、制定和修改刑事、民事、国家机构和其他的基本法律;第67条规定,全国人民代表大会常务委员会制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律,这两条规定中的

修改宪法、制定和修改刑事、民事、国家机构和其他基本法律以及基本法律以外的其他法律是属于严格意义上的法律保留事项。其他法律保留多以“……由法律规定”“……以法律规定”“依照法律规定……”“依照法律……”等几种基本形式的方式来规定,其内容主要涉及国家基本制度、国家机构组织和职权、有关选举权和被选举权、人身自由、纳税、服兵役等公民基本权利和义务以及战争与和平、对外缔结条约等其他重要问题的法律保留。

《立法法》以宪法为基础,第一次以法律的形式对法律保留原则作了全面完整、具体明确的规定。第8条规定,下列事项只能制定法律:国家主权的事项;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;民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;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;对非国有财产的征收;民事基本制度;基本经济制度以及财产、税收、海关、金融和外资的基本制度;诉讼和仲裁制度;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。第9条规定,本法第8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。可见,《立法法》第8条、第9条对法律保留原则以及其中的绝对保留和相对保留的规定是十分具体明确的。第10条更是进一步规定,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目的和范围行使该项权力。被授权机关不得将该权力转授给其他机关。

此外,《行政处罚法》根据现代行政法中的法律保留原则,对其中限制人身自由由于其涉及到公民最基本的权利只实行绝对保留,其他处罚则根据不同的情形作了相对保留的规定。2004年7月1日实施的《行政许可法》也在法律保留方面迈出了可喜的一步,重要表现就是在行政许可事项以及设定主体上比较好地贯彻了法律保留原则。

(二)我国法律保留原则存在的不足

虽然法律保留原则在我国已得到运用和发展,但是这种运用还很不彻底,长期以来我国行政法学界对法律保留原则的重视不够,在行政法的实践中也未能很好地贯彻法律保留原则,造成现实生活中大量的行政相对人的人身、财产等合法权益得不到

有效的维护,甚至受到不应有的侵害。主要表现在:

首先,公民的基本权利和自由难以得到切实保障。我国宪法虽然十分重视对公民基本权利的规定,但却并未明示它属于法律保留的范围。《立法法》对基本权利的保留仅限于侵害保留,范围极窄,没有对基本权利保留的一般规定。该法规定,对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚,属于法律“绝对保留”;对非国有财产的征收则属于法律的“相对保留”。然而,即使在属于法律保留范围内的三项公民基本权利中,也仅对人身权利作了较为充分的规定,而对政治权利的保障甚至没有列入“相对保留”的事项。这就意味着,公民的言论、出版、集会、结社、游行、示威自由可以被行政机关的授权立法限制;同时,公民的平等权、宗教信仰自由、文化教育权利、获得物质帮助权等重要基本权利被排除在法律保留事项以外,也就意味着行政机关可以通过行政立法“合法”地对上述公民基本权利予以限制、甚至剥夺。此外,对非国有财产的征收则属于法律的“相对保留”,目前在行政征收、行政补偿、行政强制等领域还没有严格的法律规定,目前反应普遍强烈的房屋拆迁及其补偿这一涉及到相对人基本财产权利的行为,还以行政机关自己制定的规则为准则,造成了大量侵害行政相对人合法权益和财产权利的事情发生。

其次,立法上存在不足,无法防范行政立法越权。法律保留是宪法赋予立法权的专属空间,行政权不得侵犯。行政若无法律授权而侵及法律保留的领域,将会受到违宪的指责。这是权力分立原则下,立法权足以对抗行政权侵犯的界限。《立法法》第9条仅将犯罪和刑罚、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、司法制度等事项列为“绝对保留”事项。《立法法》又把对政治权利的“剥夺”列为法律绝对保留事项,用词上的含混与模糊为行政机关对涉及公民政治权利的立法以及限制打开了一个“合法”的广阔空间。法律保留的范围界定模糊,将使行政机关获得本不属于其行使的权力,或使其合法性存有争议的权力合法化,必然导致立法实践中,受地方及部门利益的驱使,加之违宪审查制度的缺席以及立法者素质的局限,往往不同层次的法律规范将不属于自身的立法事项纳入其规范的内容之中,从而造成法律规范体系的混乱,损害法制的统一与尊严。

再次,无法防止立法懈怠。“法律保留”的功能有两个方面:一是防止行政机关侵犯代议机关的立

法权;二是防止代议机关的立法懈怠。“法律保留”范围内的事项对于立法机关而言是一项立法义务,义务是不可以随便转嫁的。但就《立法法》的表述而言,已经将其表述为一项“权力”。只要是“第八条规定的事项尚未制定法律”,全国人民代表大会及其常务委员会都可以将“相对法律保留”范围内的事项授权国务院立法。如果说全国人民代表大会及其常务委员会的立法懈怠还可以有国务院“查漏补缺”的话,那么,国务院的立法懈怠几乎就“无药可救”了。既然社会的实际需要呼唤“立法”,全国人民代表大会及其常务委员会就应积极立法。而授权国务院立法时,也应当设置相应的制度防止立法懈怠。如1997年12月29日颁行的《中华人民共和国价格法》第47条规定:“国家行政机关的收费,应当依法进行,严格控制收费项目,限定收费范围、标准。收费的具体管理办法由国务院另行制定。”但至今仍未见任何办法出台。乱收费屡禁不止,显然与此相关。因此,借鉴西方国家的“立法催生条款”或“日出条款”,限期完成立法事项,就显得至关重要。

最后,我国法律保留缺乏相应的制度保障,造成有关规范公然违反法律保留原则。长期以来,我们忽略法律保留原则研究,没有意识到法律保留原则本身同样也需要其他法律制度与程序加以保障,从而导致法律保留原则在我国行政法治实践中的作用非常有限,同时存在某些规范和制度公然违反法律保留原则而得不到修正。如我国的劳动教养制度显然违背了法律保留原则,而且是违背了法律保留中的绝对保留,但由于缺乏违宪审查制度,一直得不到修正;2003年国务院自行废除的《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》涉及的也是人身自由的法律保留问题,而不是由全国人大常委会予以撤销;同时,《社会团体登记管理条例》《出版管理条例》等一系列没有法律依据或授权而限制公民宪法所保障的结社自由、出版自由等基本权利的行政法规,也不符合法律保留原则保障公民基本权利的目的,但由于缺乏相应的制度保障而一直得不到修正。

四、完善我国法律保留原则的构想

法律保留原则作为行政法的一个基本原则和核心要素,应该对整个行政法起着精神贯彻和实践指导作用,但是在我国却没有起到应有的作用。为了更好的发挥法律保留原则的规制行政权力、保证公民基本权利和自由的作用,笔者认为应从以下几方面进行完善:

(一)重视和加强对法律保留原则的理论研究

我国目前行政法理论界对法律保留原则重视不够,行政法教科书和著作基本上把行政法基本原则概括为行政合法原则、依法行政原则或行政法治原则,即使提出法律保留原则,也是把它作为依法行政原则的附属原则。行政法学界应充分认识到法律保留原则对规范制约行政权所起的重要作用,把行政法律保留作为行政法的一个基本原则,在借鉴国外成熟理论的基础上,加紧对法律保留原则的本土化研究,为该原则在行政领域的立法与执法实践提供充分的理论支撑。

(二)在立法上应确立“法律保留”原则

首先,对立法机关的“授权”行为要设定限制规则,立法机关在授权其他机关“立法”时,要有授权标准、授权时限和监督机制的规定,(如:全国人大及常委会在授权国务院制定行政法规时,要有授权标准、时限和监督措施),否则,授权无效;其次,确立“不得授权”原则,即按照法律保留的标准,应该由立法机关自己制定规则的,立法机关不得授权其他机关去制定,(如:涉及公民基本权利和义务的事项,该由全国人大及常委会制定规则,就不得授权国务院来制定);再次,加强对“行政立法”的清理规范工作,及时清理与“法律保留”相抵触的文件,做好“事前预防”工作,同时,加快重要行政领域的立法和完善工作,尤其是行政强制、行政许可、行政征收等行政领域。

(三)建立和完善对法律保留原则的保障机制

为了为了捍卫公民的基本权利,有效规制行政权,应当尽快建立切实有效的违宪审查与法律监督制度,赋予公民宪法诉愿的权利,使我国的法律保留由宏大的制度安排转化为具体实质的法治,以建构起法律保留的有效保障机制。

注:本文得到上海大学研究生教育创新基金资助。

参考文献:

- [1]奥托·迈耶.德国行政法[M].刘飞,译.北京:商务印书馆,2002
- [2]翁岳生.行政法[M].北京:中国法制出版社,2002
- [3]陈新民.德国公法学基础理论[M].济南:山东人民出版社,2001
- [4]周佑勇,伍劲松.论行政法上之法律保留原则[J].中南大学学报,2004(6).

(编辑:崔维)