

法律保留原则与行政合法性的关系

刘亚男

(华东政法大学, 上海, 200042)

摘要: 行政法上的合法性原则, 是中外行政法学上的中心课题, 继外国的资本主义国家的学者对其展开了将近半个世纪的研究之后, 中国的行政法学者也开始问津这一论题, 并注入越来越浓厚的兴趣。而作为行政法治原则之一的法律保留原则, 不仅为一般人所理解, 而且为各国(地区)的法律所明确规定, 更能体现行政法治的本质要求。本文认为, 纵观法律保留原则的起源、概念、发展、适用等情形不难得出, 法律保留原则是行政合法性原则的基础, 行政合法性原则是法律保留原则的贯彻, 随着我国行政法治的不断发展完善, 法律保留原则必将日益受到重视并得到有效实施。

关键词: 行政合法性原则 法律保留原则 中外行政法学 有效实施

中图分类号: D912

文献标识码: A

文章编号: 1672-7355(2011)07-0003-02

一、法律保留原则和行政合法性原则的依托

行政合法性原则也被称为“依法行政原则”, 依法行政是法治条件下对行政行为的最基本要求, 作为依法行政原则两个支柱原则之一的法律保留原则, 其重要性已经为许多国家和地区确认。法律保留原则是对行政机关守法的具有本质性的特殊要求, 因而构成依法行政的特有基本原则。行政机关只能在特殊法律规定的前提下才能活动。^[1] 法律保留原则使行政权受到法律的有效控制, 并使得行政权的运行具有可预见性。行政法中的法律保留原则是历来受到学者普遍关注的。

二、法律保留原则在我国的发展

法律保留原则在我国行政法学理论上的研究起步较晚, 在实践上也是一样。我国1982年《宪法》最早对法律保留有所规定, 其主要内容包括: ① 关于国家行政区划方面的法律保留; ② 关于国家机关组织和权限方面的法律保留; ③ 关于国家机关活动程序的法律保留; ④ 关于公民权利的法律保留; ⑤ 关于公民兵役义务和税收义务的法律保留; ⑥ 关于人民参与国家管理方式的法律保留; ⑦ 其他重要问题的法律保留。最早体现法律保留原则的法律是《行政处罚法》, 随后《立法法》、《行政许可法》又对法律保留作了比较明确的规定。82年《宪法》对法律保留原则的规定相对粗略, 而当时我国的法学理论对法律保留原则还知之甚少, 并没有完善的理论支撑。

《立法法》关于法律保留的规定集中在第8、9条, 其中第8条规定了相对保留, 第9条规定了绝对保留。第8条规定: “下列事项只能制定法律: ① 国家主权的事项; ② 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; ③ 民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度; ④ 犯罪和刑罚; ⑤ 对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚; ⑥ 对非国有财产的征收; ⑦ 民事基本制度; ⑧ 基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度; ⑨ 诉讼和仲裁制度; ⑩ 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。”即使没有法律依据, 也可以根据行政厅的判断做出适当的处理和决定。^[2] 根据民主原则, 一切国家权力来自人民, 民主要求人民支配亦及于行政, 故行政活动应基于人民代表国会所公布之法律规范。^[3]

三、法律保留原则在行政合法性原则中的体现

(一) 法律保留原则与行政合法性原则的包含关系

行政法的行政合法性原则的基本内容, 主要有下列五点: ① 行政机关的行政职权由法律设定并依法授予。一切行政行为以行政职权为基础, 无职权便无行政。然而行

政职权必须合法产生, 或由法律、法规设定, 或由国务院或者其他上级行政机关依法授予; ② 行政机关实施行政行为必须依照和遵守法律、法规等法律规范。它要求每一个行政机关既要依法管理行政相对人, 又应在其他行政的管理中遵守法律、法规和规章。行政机关不得享有法律以外的特权; ③ 行政机关的行政行为违法无效。行政机关的行政行为必须合法, 违法的行政行为不具有法律效力, 无论是实体上的违法, 还是程序上的违法, 都使得行政行为归于无效; ④ 行政机关必须对违法的行政行为承担相应的法律责任, 这是违法必究的精神体现, 滥用权力应受到追究, 因此造成的损害必须经法定程序予以保护。法律在限定行政机关权限的时候, 也规定行政活动的目的、手段、程序和条件, 行政活动不许符合法律的规定。^[4] 所谓法律保留原则, 就是指行政行为必须有法律依据, 即行政机关只有在法律有明确规定的情况下才能作出积极的行政行为, 否则就构成违法。洛克则认为, 法治是这样一种状态: “政府所有的权力, 既然只是为社会谋幸福, 因而不应该是专断的和凭一时高兴地, 而是应该根据既定的和公布的法律来行使。”^[5]

所以, 法律保留原则应该是包含在行政合法性原则中的。

(二) 保留原则在合法行政中的作用

谁都不应否认当前中国的行政法治建设所取得的重大成就, 这些重大成就表现在立法、执法、司法以及人们的法治观念等各个方面。一切违反法律的行为都要追究相应的责任。^[6] 法律保留原则的日益重视和有效实施则是其重要体现之一, 而这突出地表现在《宪法》、《行政处罚法》、《立法法》、《行政许可法》等法律规范中。

《宪法》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; 根据宪法的这条规定, 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。《行政处罚法》第12条规定, 国务院部委规章可以在法律、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。从上述规定可见, 《行政处罚法》根据现代行政法中的法律保留原则, 对行政处罚的设定作了非常明确而又具体的规定, 其中限制人身自由由于其涉及到公民最基本的权利, 故只能实行绝对保留或称国会保留, 其他处罚则根据不同的情形作了相对保留的规定。“对其违法行为是否承担法律责任, 是区别法治政府和专制政府的一个重要标志。法治是与政府对其违法侵权行为承担法律责任相联系的: 无视法

律,凌驾于法律之上,行为不受法律约束,不负法律责任,则是与专制相联系的。”^[7]《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。而且为了确保法律保留原则的更好实施,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。滥用权力应受到追究,因此造成的损害必须经法定程序予以救济。^[8]

长期以来,在行政许可领域由于缺乏法律保留原则的有效约束,造成各级各类行政机关滥设许可,这种状况成为腐败的重要源头,并极其严重地阻碍了我国市场经济的进一步发展。也就是说必须要有相应的监督机制和责任追究机制,以保障行政法所保护的法益不受侵害。”^[9]为了有效防止和消除现实生活中长期存在的行政许可事项设定太多太滥的现象,合理配置各种社会资源,特别是按照市场经济的取向协调政府与市场之间的关系,经过多年的努力终于正式出台,并于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。其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。

四、法律保留原则和行政合法性原则的关系

行政合法性原则是我国行政法的基本原则,它能够较好地体现行政法对行政权的本质要求。权力(权利)必须受到法律的约束,行为主体的一切违法行为都必须承担相应的法律责任是法治的精髓所在。其内核就在于强调法律对于社会的全方位、多层次的规制,用法律来治理国家,实现一种“有节度、有组织的民主、有保障的人权、有制约的权威、有进取的保守这样一种社会状态。”^[10]

行政合法性原则包括四个原则,其中,法律保留原则

是灵魂原则,实质在于要求行政权的行使必须在代议机关的监控之中。没有代议机关的同意行政权就不得行使。它既体现了立法权对行政权的制约,也体现了行政权的民意基础。它在实施依法行政中起到不可忽略的作用,随着行政法学的发展以及人们研究的深入,该原则将做到更加完善的完成合法行政的任务,为我国的行政立法、行政执法、行政司法的发展完善作出更大贡献。

综上所述,法律保留原则是合法性原则的基础,合法性原则是法律保留原则的贯彻。

参考文献:

- [1] 奥托·迈耶.德国行政法(刘飞译)[M].北京:商务印书馆,2002.
- [2] 杨建顺.日本行政法通论[M].北京:中国法制出版社,1998.
- [3] 吴万得.德国法律保留原则得适用范围及其学说[J].东吴法学,2001(8).
- [4] 王名扬.比较行政法[M].北京:北京大学出版社,2006.
- [5] 洛克.政府论(叶启芳译)[M].北京:商务印书馆,1982.
- [6] 龚祥瑞.比较宪法与行政法[M].北京:法律出版社,1985.
- [7] 姜明安.行政法与行政诉讼法[M].北京:高等教育出版社,1999.
- [8] 卓泽渊.法治国家论[M].北京:法律出版社,2004.
- [9] 张坤世.行政程序法制化的几个基本问题[J].广东行政学院学报,2002(4).
- [10] 季卫东.法治秩序的建构[M].北京:中国政法大学出版社,1999.

(上接5页)

到他国法院的承认与执行。也就是说,“公法禁忌”之存在以及反垄断法一直以来被贴上的公法标签构成了解决国际反垄断争端采取冲突法进路的瓶颈。

(一) 反垄断法性质探讨

首先,从反垄断法的调整对象看,反垄断法规范直接针对的对象是企业或企业间限制竞争的商业行为。一般来说,规范企业商业行为的法是私法,虽然其在一定程度上带有促进市场健康发展,维护公共利益的意图。其次从反垄断法的立法目的上看,反垄断法经过一个多世纪的演进,效益已经被普遍接受为其主要追求的价值取向,其私法性质愈加突出。

现代社会由于生产力和经济的飞速发展,市场优势地位和垄断行为日益增多,迫使国家从消极的“守夜人”转变为积极的“干预者”。公法规范作为国家干预的依据日益增多,从而出现了私法公法化的现象。反垄断法就是这种趋势下的产物,然而反垄断法中包含的私法属性却不应被抹杀。

(二) “公法禁忌”之合理性探讨

早在19世纪,国家公权利还没有大肆介入私法领域,法律上盛行契约自由观念,当事人的合意几乎可以约定他们之间的任何经济事务。国家公权利对私法的介入处于最低程度,公法与私法之间有着一条清晰可辨的界限。而20世纪是国家公权利频繁介入私法关系的世纪,特别是国家出于社会公共利益的考虑,对私人的自由经济生活进行了大量的干涉,这样形成了处于公法与私法的混合地带的包

括反垄断法在内的经济法。

是否适用外国法是一国国内法规定的范畴,一国不适用外国法并不违背国际法的强制性规则。因此一国在主权原则下,基于自己国家的利益,可以决定内国法院适用何种类型的外国法甚至不适用外国法。但同时,“主权是动态和发展的而不是绝对永恒不变和静止的,并随着社会发展而不断丰富发展”。在全球经济一体化的时代,货物、服务及跨国流动越来越频繁。在同一经济活动中,不同的公共利益与不同的私人利益交织在一起。这就使我们不能以本国的公共利益为本位而不注意协调他国的公共利益,更不能因此而侵害了私权利。事实上,在全球经济一体化时代,国家的经济主权应该受到限制已经成为事实。

因此,“公法禁忌”一说具有历史局限性,在公法和私法的界限不断模糊的今天,“公法禁忌”的理论基础开始发生动摇,可以而且应当在一定程度上被打破。

冲突法路径是解决国际反垄断争端的一种大胆尝试,要真正付诸司法实践,还需要理论上的进一步论证和各国实践的支持,同时也会受到各国经济和政治制度的影响。正如“地上本没有路,走的人多了便有了路。”随着国际上不正当竞争和垄断行为的愈演愈烈,相信世界各国对解决国际反垄断争端的愿望会越来越强烈。而在本国反垄断法域外适用备受诟病和统一的国际反垄断实体法缺失的情况下,冲突法路径将是一种全新的并且也是可行的选择,我们期待这种全新的国际反垄断争议解决方式不断成熟,不断发展。