

行政法中的法律保留原则研究

黄学贤

内容提要 法律保留原则是依法行政原则的重要内容,但法律保留原则与长期以来被认为同样是依法行政原则之一的法律优位原则存在显著的差异,法律保留原则更能体现依法行政的本质要求因而构成依法行政的特有原则。法律保留原则自近代产生以来其本身也发生了重大的变化,在“法律”的范围上从议会法发展到既包括议会法也包括行政立法;在保留的事项上从侵害行政发展到包括侵害行政、内部行政、给付行政在内的所有行政;在保留密度上从纯粹的行为法发展到既有行为法也有组织法。构成现代行政重要特征的自由裁量行为同样受发展的法律保留原则支配。我国现行行政法治实践中法律保留原则逐渐得到重视,但是仍然存在诸多弊端。

关键词 行政法 法律保留原则 研究

随着近代行政法的产生,依法行政原则从而法律保留原则开始出现,并一直指导着行政行为。但是自近代以来,行政行为从而行政法学有了并正在发生着巨大的变化。那么,作为行政行为之重要指导的法律保留原则,经历了并将要发生哪些变化呢?该问题的探讨无论是对我国飞速发展的行政法治实践,还是对我国日益完善的行政法学均具有重要意义。

一、法律保留原则与依法行政

依法行政是法治条件下对行政行为的最基本要求,而法律优位和法律保留原则又是依法行政原则的两个最为重要的支柱性原则,这一点已经为许多国家和地区所确认。^①所谓法律优位,简单地讲就是指一切行政行为均不得与法律抵触,行政机关不能采取与法律相抵触的任何措施,法律与任何行政行为相比都处于最高位阶。由于法律优位原则并不要求所有行政行为都必须有明确的法律依据,只需要不违背现有法律规定即可,所以,法律优位原则又被称之为消极依法行政原则。法律优位原则的目的在于防止行政机关实施行政行为时违背法律,而要达到这一目的,首先必须严格确立立法规范之间的等级,也即法规规范之间的位阶;其次法律规范本身必须具体明确,切忌内容的空洞。这就是法律优位原则的两个基本前提。由于法律优位原则的根本目的就是要禁止违法的行政行为,所以法律优位原则无论就其行为不得违法的内容,还是其无条件地适用于所有行政行为的要求,都容易为人们所理解。

所谓法律保留原则,简单地讲就是指行政行为必须有法律的依据,也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。法律保留原则依其适用范围,具体又可分为“侵害保留说”、“全面保留说”、“重要事项保留说”、“机关功能说”、“权力行政保留说”等。所谓侵害保留说,简单地讲就是指行政机关在作出“侵害”相对人权利或者课予相对人义务等不利行政行为或称“负担行政”的情形下,必须有法律的根据。而对相对人的“给付行政”则不需要有法律的根据,属于行政自由

^① 参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年版,第196-198页。胡建森:《比较行政法—20国行政法评述》,法律出版社1998年版,第269页、第319-320页。翁岳生:《法治国家之行政与司法》,台湾月旦出版社股份有限公司1991年版,第225-229页。

裁量的范围。^①所谓全面保留说,简单地讲就是指所有行政行为都必须有法律的根据,不管行政行为是“侵害行政”,还是给付行政(或称授益行政)都必须以法律为依据。所谓重要事项保留说,又称为本质性保留说或者本质事项保留说,是指不仅干涉人民自由权利的行政领域应适用法律保留原则,而且在给付行政领域中凡涉及人民基本权利的实现与行使,以及涉及公共利益尤其是影响共同生活的“重要基本决定”,应当有法律的明确规定。机关功能说认为,所谓重要事项有时显得空洞而无内容,因此,在具体情形中还必须有具体的标准,并进一步认为这个具体的标准就是“符合功能之机关结构”。对机关功能说的最好解释是德国联邦法院曾指出的:对国家之决定而言,不仅以最高度的民主合法性为依据,尤其要求尽可能正确,也就是说,依照机关的组织、编制、功能与程序方式等考虑,由具备最优条件的机关来作出国家决定。^②所谓权力行政保留说,简单地讲就是指无论是给付行政,还是侵害行政,凡是权力行政都需要有法律依据。^③

虽然法律优位原则和法律保留原则作为依法行政原则的两个基本要求,不仅为人们所一般理解,而且为各国(地区)的法律所明确规定,但实际上更能体现依法行政本质要求的是法律保留原则。因为法律优位原则只是消极地要求行政机关的行政行为不得与法律相冲突,当法律对某个事项未作具体规定时,法律优位原则则无能为力。这种任何行为均不得违反法律的规则,在法治国家除了行政机关应当遵守外,其他任何主体例如民事主体也都应当奉行。从这个意义上来说,法律优位原则不仅是依法行政的基本原则,而且也是其他部门法的基本原则。如果说法律优位原则只是要求行政机关与公民平等守法的基本准则,那么,法律保留原则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。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。但是法律保留原则与法律优位原则相比,无论在内容的丰富性上还是在要求的复杂性上都更加值得探讨。

二、法律保留原则的经典涵义及其发展

从起源上来说,法律保留原则起源于19世纪的“干涉行政”,是19世纪作为宪政工具而发展起来的一项重要原则。其最初的意义或称经典意义是指行政机关如果要对他人的财产和自由进行干预,必须得到议会所制定的法律的明确授权,否则就构成违法。这时的法律保留有两个明显的特征:第一,由于这时的政府奉行“管得最少的政府就是最好的政府”之理念,依法行政就是要将行政权置于立法权的严格控制之下,所以就法律保留原则中的法律而言,就是指议会制定的法律,也就是说是指狭义上的法律,这时的法律保留称国会保留或绝对保留。第二,就法律保留之事项而言,由于这时的政府主要是充当“警察局”、“邮政局”之角色,其职能主要是从外部保障经济自由竞争的自律运行秩序,而且这种为保障市民社会自律运行秩序的行政也被议会以法律限定在必要的最小限度内,以尽可能减少对市民社会的侵害。所以这时法律保留之事项从内容上来说是“侵害保留”。当然,由于当时的行政是以秩序行政、规制行政为主的,所以,从某种意义上来说当时的法律保留实质上就是“全面保留”。

具有上述两个明显特征的经典意义上的法律保留原则,是与经济上处于自由竞争,从而政治上要求对行政权予以无以复加之严格限制的自由治国时代对行政权的要求相适应的。20世纪特别是第二次世界大战以后,随着自由竞争时代的结束,行政权之膨胀化的特征日益明显,给付行政的领域越来越呈扩大的趋势,而且司法审查的范围也越益扩大。行政权的不断扩张使得法律对行政的控制原有的基础上又有了新的理由。这样对行政权予以法律统制的经典意义上的法律保留原则必然遇到现代行政

① 但行政机关在作出“给付行政行为”时,还是要受法律优位原则支配的。

② 参见陈清秀:《依法行政与法律的适用》,载翁岳生:《行政法》,中国法制出版社2002年版,第180-183页。

③ 随着行政行为方式的变化,现代行政出现了一些与行政处罚等传统行为不同的新方式,如行政指导等,由于这些新的行为不能基于行政主体的单方意志而作出,故有些学者称之为行政非权力行为或者非权力行政。但是,笔者不赞成这种观点。参见杨海坤、黄学贤:《行政指导比较研究》,载《中国法学》1999年第3期。

的挑战。这种挑战的核心是法律能在多大的范围以及在何等程度上对行政进行统制。

首先,法律保留原则中的“法律”不再仅指议会所制定的狭义上的法律,而是包括行政机关的行政立法在内的广义上的法律,也就是说不再一概适用国会保留或称绝对保留。进入20世纪尤其是第二次世界大战以后,行政权的膨胀化、技术化之特征使得原有立法机器的运转迟缓与飞速发展的行政管理实践之间不可避免地发生了矛盾,而解决这一矛盾的出路就是行政机关通过议会的授权获得了相应的立法权,此即所谓的行政立法。这样行政机关原来的只能依照议会所立之法行事的机械的依法行政,就发展为也能依据自己的立法行政。在现代社会“不承认行政立法就意味着把当事人置于无权利保护的境地。”^①那么这不是与法律保留原则矛盾吗?其实,现代行政法治解决这一矛盾的出路是:第一,法律保留原则要求某些事项只能由议会法律规定,任何行政机关绝对不可涉及,即国会保留或者称之为绝对保留,这是法律保留的核心;第二,某些可以由特定行政机关立法的事项,事先也必须有议会的授权,即相对保留;^②第三,对法律尚未作出规定而又不属于法律保留的事项,行政机关对其作了规定时,一旦有了法律的规定,则必须立即对行政立法进行废、立、改,以求得与法律的一致。通过这些途径使得行政立法始终处于议会的监控之下。因此,行政立法行为的性质虽然有别于具体行政行为,但是归根到底仍然是行政行为,而不是立法行为。也正因为如此,现代各国一般都强调在影响到公民、法人或其他组织的基本权利时,必须由议会制定的法律予以规定,行政机关在任何情况下都不能染指,并将这一规则通过宪法或者其他宪法性法律予以确认。

其次,法律保留原则的适用范围也不仅仅停留在侵害行政领域,而要扩大到内部行政、给付行政等行政领域。

虽然随着现代行政的发展,侵害行政的领域越来越小,但是公共利益与私人利益的矛盾在任何时候都是始终存在的,而当公共利益与私人利益发生矛盾,使得牺牲私人利益成为必要时,侵害行政就不可避免。但是任何侵害行政都必须奉行法律保留原则,而且在影响到相对人基本权益时,还必须有议会法的保留。在这一点上现代行政法上的法律保留与传统行政法的法律保留可以说是一致的。所不同的是现代行政法上的法律保留更加强调法律应当对侵害行政的对象、内容、程序以及相应的法律后果等作出明确的规定,以使得侵害行政不仅可以预见,而且可以衡量。^③

长期以来,内部行政因其是对行政机关(包括其他行政主体,文中其他地方也同)自身的人员或事项进行组织、管理与调节的活动,而被视为无须由议会法加以调整,并被排除在司法审查之外。其重要理由是内部行政不对外部行政相对人产生影响,故应当由行政机关自行调节,这就是所谓的特别权力关系理论。这种特别权力关系理论在德国等大陆法系国家盛行了很长时间,但随着民主政治的发展,第二次世界大战以后尤其是20世纪70年代以后,特别权力关系理论受到越来越激烈的挑战。1972年德国宪法法院在一个关于刑罚执行的判决中终于突破了长期占有重要地位的特别权力关系理论,联邦法院认为,“基本权利可以适用于刑罚执行,只能通过或者根据正式法律加以限制,因此抛弃了作为正当根据的特别权力关系。”这一判决不久又在教育领域产生了相应的效果,“基本法规定的法治国家原则和议会民主原则要求立法机关自行作出有关教育领域的重要决定,而不能放任给教育行政机关。”在内部行政问题上特别权力关系理论被突破的更加显著的标志还在于“这种认识得以证实和强化:基本权利不仅需要实体法保障,也需要相应的组织和程序形式予以保障(通过组织和程序的基本权利保护)”,因此,“法律保留不仅适用于国家和个人之间的实体法律关系,而且还适用于行政组织和行政程序。行政机关的任

① [德]平纳德:《德国普通行政法》,中国政法大学出版社1999年版,第49页。

② 正因为如此,行政立法在有些国家又被称为授权立法或委任立法。

③ 当然这并不是说在侵害行政领域不存在行政自由裁量,而是说对侵害行政法律要尽可能地予以明确规定。关于法律保留与自由裁量将在下面专门讨论。

务和结构,行政主体的设立,行政机关的管辖权,基本权利的行政程序的模式,都必须由法律确定。”^①

随着特别权力关系理论的逐渐消退,在内部行政适用法律保留原则问题上的纷争已经越来越小,越来越多的内部行政行为被纳入法律保留原则的适用范围。但是在给付行政是否适用法律保留的问题上则历来是纷争不断。德国有的行政法学者认为服务行政不必要遵循严格的“法律保留”,在没有明确法律规定的情况下,行政机关也可以为服务行政。^②但也有学者认为国家资金的分配是为了确保实现特定的社会、经济和文化政治的目标,因此必须由具体规定其分配、赋予公民相应主观权利的具有约束力和可预测性的法律予以确定。在给付行政方面,实际上也存在两种不合法的情况,即该给的不给付、不该给的却给付,事实上,拒绝提供国家支付给公民造成的侵害可能并不亚于对财产和自由的侵害。例如“拒不提供补贴可能使经济企业破产,拒不提供助学金可能导致学生辍学。与此相应,对自由和财产的侵害(要求经营者在其经营设施上安装某种防护装置,要求学生遵守命令的规定)具有完全相同的意义。”因此,“关于法律保留是否以及在何种范围内包括给付行政,存在争议。由于大多数给付行政领域受到法律调整,这种争议在很大程度上失去了意义。”^③

我们认为,既然政府动支财源的行为具有侵益性质,既然对一部分人的给付意味着对另一部分人的不给付或者少给付,既然在给付行政上存在该给付而不给付或不该给付却给付之可能,则给付行政必须受法律保留原则的支配。但必须注意的是,“法律保留只对‘正常案件’是必要的,即以社会、经济和文化为目的给付,以及在较大的人群或者较长时期分配给付。对突然出现的非常情况,如自然灾害、特别是经济危机,不需要(事先)规定授权,否则,即不可能提供必要的即时救济。这可以认为是一种特别行政权限——与即时侵害类似的权利。”^④

随着现代行政的发展,行政行为的方式发生了重大的变化,这不仅表现在从侵害行政到给付行政,而且还表现为行政合同、行政指导等大量新型行政行为的出现。这样在法律保留问题上又必然产生出如下的问题:法律保留中的法律是否一定是行为法?组织法甚至宪法能否成为法律保留中的“法律”?这个问题用台湾地区学者的话来说就是法律保留之“保留密度”。

我们认为,关于法律保留中的“保留密度”应作具体的分析,对于侵害行政而言,行政机关不得以组织法更不得以宪法上关于行政机关的职权范围之规定为正当理由而采取相应的行动,必须有行为法的依据,而且侵害越严重,保留密度应当越精确并越要遵守国会保留。对于给付行政而言,一般情况下行政机关也不得以组织法更不得以宪法上关于行政机关的职权范围之规定为正当理由而采取相应的行动,必须有行为法的依据,而且给付越大,保留密度应当越精确并越要遵守国会保留。这样才能促使行政主体依法行政,并为司法机关对行政行为的司法审查提供有力的法律依据,从而更加全面地保障相对人的合法权益。

对于行政指导而言,其保留的密度就不能一概强调行为法的依据,只要不超越组织法甚至宪法上关于行政机关的职权范围之规定,行政机关的指导就有足够的正当理由。^⑤

第二次世界大战后,随着福利国家思想的盛行,“合作伙伴式国家”观念日渐取代“权威性国家”观念,国家行政之方式也日益由以高权行政为手段,向以平等协商为主要方式的“平等行政”转变。行政合同或称行政契约即是这种新型行政方式之一。对于行政合同而言,由于行政合同的特殊性以及行政合同领域的越来越广泛,法律又不可能对行政机关可以以行政合同方式达成行政目的的情形作出具体而

① 参见[德]哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第115-118页。

② 参见陈新民:《行政法学总论》,修订六版,第57页。

③ 同①,第112-113页。

④ 同①,第113页。

⑤ 关于行政指导的法律控制问题请参见杨海坤、黄学贤:《中国行政程序法典化——从比较法角度的研究》,法律出版社1999年版,第372-375页。

又明确的规定,因此,如果法律规定某一事项不可以以行政合同的方式达成,则行政机关必须严格遵守,否则,该合同无效。反之,则可以以行政合同的方式设立、变更或者消灭公法关系。这即是著名的“行政契约容许性”理论的具体运用。

“行政契约容许性理论”认为,从行政契约的起源以及行政契约的功能特性来讲,除了法律对缔约权有特别规定,或者依公法关系的性质不得缔结行政契约者外,一般只要有宪法或组织法上的权限依据,并且在行政机关管辖的事务范围内,在能有效达成行政目的而又不与法律相抵触的情况下,应允许缔结行政契约。在行政契约制度中,以“行政契约容许性”理论来统一规范行政契约订定权,以弥补组织法上对行政契约权规定的欠缺,保持行政契约固有的能够灵活地适应各种非常态案件需要的特性。^①应当承认,这种对行政机关订定行政契约权的规范模式,是符合现代行政契约理论及实践发展趋势的。

三、法律保留原则与行政自由裁量

从某种意义上来说,行政的发展过程就是自由裁量权不断扩大的过程。因为“根据变化的各种情况,承认行政机关专门知识和经验,有时对实现法律的目的来说,却是必要的。”^②正是从这一意义上来说,“现代统治要求尽可能多且尽可能广泛的自由裁量权。”^③然而,现代法治原则要求行政必须严格遵守法律,并以法律为其最终的归依。那么,行政的自由裁量与法律保留之间是否存在矛盾呢?如果以经典意义上的法律保留观来考察,其间的矛盾是不言而喻的。但现代行政法的发展通过以下方面使行政的自由裁量与法律保留之间既保持了和谐,同时又给予了合理的张力。一是通过不确定的法律概念,使行政权获得行使的前提和合理的空间,二是通过严格的程序使行政权的具体运行规范化。

在现代行政中,无论是侵害行政还是给付行政,法律都不可能对所有行政设定唯一的法律后果,如不可能对所有行政违法行为给予罚款数额、拘留的时间等完全数字化;同样也不可能对所有给付行政均精确化、数字化。在许多情况下只能给出相应的情形而授权行政机关或者决定是否采取有关行为、或者自行选择某种结果。前者的规定如“在……情况下行政机关可以采取……措施”,在该种情形下行政机关可以决定做或者不做,即行政机关有权决定是否作为,这就是所谓的决定裁量。后者的规定如“在……情况下行政机关应当……,其具体措施可以是……、……或者……”,在该种情形下行政机关应当作出有关行为,这一点是羁束的,但至于决定采取何种措施,就由行政机关自由裁量了,即如何作为由行政机关决定,这就是所谓的选择裁量。有一点必须注意的是,无论是决定裁量还是选择裁量,行政机关的裁量行为都必须符合法律规定的目的和裁量的范围,否则行政机关的行为就构成违法。其次,即使在裁量的范围内行政机关的行为也要合理公正,自由裁量绝不是意味着行政机关或者其工作人员的任意解释,而只能理解为必须作出符合法律规定之价值标准的合目的、合义务的裁量。现代法治要求行政在任何时候都不能在无法律的状态下运行。尽管对合理公正的标准很难严格确定,但是“专断权力和无拘束的自由裁量权乃是法院所拒绝的。它们编织了一个限制性原则的网状结构,要求法定权力应合理、善意而且仅为正当目的行使,并与授权法精神及内容相一致。”^④正因为如此,比例原则已经越来越成为各国行政法中与合法性原则处于同一位阶的基本原则。^⑤第三,随着现代行政程序法治的日益健全,行政权的行使尤其是自由裁量权的行使必须严格遵守公开、说明理由、听证等现代程序规则,严格正当的程序规则使立法机关的意图得以在行政机关行使自由裁量权时不致被违背。而这正是现代法律保留原则的重要表现,现代法律保留原则使得依法行政从纯粹的形式意义发展为形式意义与实质意义并重。

① 参见余凌云:《行政契约论》,中国人民大学出版社2000年版,第155-156页。

② [日]室井力主编:《日本现代行政法》,吴微译,中国政法大学出版社1995年版,第26页。

③ [英]韦德:《行政法》,徐炳等译,中国大百科全书出版社1997年版,第55页。

④ 同③,第56页。

⑤ 参见拙文:《行政法中的比例原则》,载《法律科学》2001年第1期。

四、法律保留原则与当前中国的行政法治

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。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;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。根据宪法的这两条规定,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9条规定,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。第10条规定,行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚。第11条规定,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。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。尚未制定法律、行政法规的,国务院部委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13条规定,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,上述规章对违反行政管理秩序的行为,可以设定一定数额罚款的行政处罚。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14条则进一步强调,除上述规定以外的其他任何规范性文件不得设定行政处罚。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。

如果说《行政处罚法》只是对行政处罚这一特定行政行为的设定根据法律保留原则作了比较明确的规定,从而有效杜绝了行政处罚混乱的源头,那么《立法法》则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。《立法法》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。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。

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。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。该法第12条对可以设定行政许可的事项作了明确的规定,由于现实生活中的行政许可千差万别,为了在许可问题上避免挂一漏万,该法第12条在其最后作了一个兜底条款的规定,即法律、行政法规可以设定行政许可的其他事项。这样《行政许可法》作为行政许可领域的基本

法,除了对行政许可的事项作了五个方面的具体规定外,还将许可事项授权给其他法律以及国务院的行政法规。但必须注意的是,也仅仅是授权给其他法律以及国务院的行政法规,其他任何规范性文件是不可以设定行政许可的其他事项的。

就上述法定范围内的许可事项也不是任何规范性文件都可以随便设定的,否则也不能完全消除行政许可的混乱现象。《行政许可法》除了在第 13 条作了一个特别规定外,还在第 14 条、第 15 条对可以设定行政许可的不同效力的规范性文件及其权限作出明确的规定。并在第 17 条进一步强调“除本法第 14 条、第 15 条规定的外,其他规范性文件一律不得设定行政许可。”这样《行政许可法》不仅在行政许可的事项,而且在行政许可的设定主体上都有了严格的规定。可见,《行政许可法》在贯彻现代行政法的法律保留原则,确保行政许可的法制统一性,根治行政许可弊端的根源等方面确实具有重要的意义,可以预见,随着《行政许可法》的实施,其实践意义也将愈益显现。

但是,由于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维护,甚至受到不应有的侵害。其表现主要有三个方面,第一是至今为止在行政征收、行政补偿、行政强制等领域还没有严格的法律规定。如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,还是以行政机关自己制定的规则为准则;第二是有关规范公然违反法律保留原则。如长期以来成为理论和实践之热点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);第三是给付行政基本上还不受法律保留原则的约束。如有些地方为了吸引外资,很随意地动辄奖以重金或者很不恰当地提供额外的物质条件,类似的情形不要说绝对保留原则,即使起码的相对保留原则都没有得到体现。

Abstract: Though the Principle of Priority has been regarded as one of the important principles in the process of administration by law, it's totally different from the Principle of Reservation, the latter one has become the unique principle in the process of administration by law because it can better embody the nature of administration by law. The Principle of Reservation has experienced profound changes since it emerges in modern times. The scope of reservation has extended from parliamentary law to administrative legislation; its casus reservatus from administration violation to all kinds of administration including internal administration and prestation administration; its reservation intensity from pure administrative act law to constitutive law. The administrative discretionary act which being the significant character of modern administration also controlled by the developed Principle of Reservation, though such principle has been gradually paid more attention than before in administrative judicial practice, more malpractice are still existed.

[作者单位:苏州大学法学院]

(责任编辑:吴雷)

行政法中的法律保留原则研究

作者: [黄学贤](#)
作者单位: [苏州大学法学院](#)
刊名: [中国法学](#) 
英文刊名: [CHINA LEGAL SCIENCE](#)
年, 卷(期): 2004(5)
被引用次数: 16次

引证文献(16条)

1. [黄学贤](#) [行政诉讼中被告改变具体行政行为研究的学术梳理](#)[期刊论文]-[法治研究](#) 2010(12)
2. [郭庆珠](#) [规划行政法治主义的危机及弥合进路思考](#)[期刊论文]-[理论月刊](#) 2010(5)
3. [罗秀兰](#) [公权力、私权利与法律保留——从“山西煤改”事件切入](#)[期刊论文]-[政法学刊](#) 2010(3)
4. [卢以品](#), [黄凯](#) [三峡库区地质灾害防治中行政应急权力的法律规制](#)[期刊论文]-[行政与法](#) 2010(11)
5. [王丽娜](#) [失地农民给付行政法律问题研究](#)[期刊论文]-[前沿](#) 2010(14)
6. [卢以品](#), [黄凯](#) [三峡库区地质灾害防治中行政应急权力的法律规制](#)[期刊论文]-[湖北社会科学](#) 2010(11)
7. [高校有开除学籍处分的设定权吗?——基于法律保留原则的视角](#)[期刊论文]-[高教探索](#) 2009(5)
8. [张浪](#) [论行政规定中法律保留原则的遵从](#)[期刊论文]-[河北法学](#) 2009(1)
9. [覃红](#) [论法律保留原则在非关税壁垒行政指导中的适用](#)[期刊论文]-[太平洋学报](#) 2008(1)
10. [黄学贤](#) [我国公民财产权的行政法保障及其完善](#)[期刊论文]-[甘肃行政学院学报](#) 2008(3)
11. [柳祯坤](#) [浅析宪法与行政法中的法律保留原则](#)[期刊论文]-[天府新论](#) 2007(z2)
12. [汤丽蓉](#) [突发公共事件行政应对措施法律问题研究](#)[学位论文]硕士 2007
13. [黄学贤](#) [行政程序中的协力行为研究——基于两岸理论与实践的比较](#)[期刊论文]-[苏州大学学报\(哲学社会科学版\)](#) 2006(5)
14. [黄学贤](#) [意大利《行政程序法》之内容与特征探析](#)[期刊论文]-[江苏行政学院学报](#) 2006(5)
15. [曾祥华](#) [法律优先与法律保留](#)[期刊论文]-[政治与法律](#) 2005(4)
16. [曾祥华](#) [论依法行政中的法律优先与法律保留](#)[期刊论文]-[烟台大学学报\(哲学社会科学版\)](#) 2005(4)

本文链接: http://d.g.wanfangdata.com.cn/Periodical_zgfx200405005.aspx