

也论法律的法规创造力原则

黄宇骁^{*}

摘 要 二战前的德国将迈耶的法律保留原则与拉班德的双重法律概念理论混同在一起处理立法权的权限分配问题。“法律的法规创造力”这一迈耶行政法首要原则在魏玛共和国时期被忽视,从行政法教义学体系中消失。战后日本学界围绕法律的法规创造力的原意及其与法律保留的关系产生了论争。通过分析可以发现,法律的法规创造力是一种关于法律效力的判断原则,它与双重法律概念理论并不相同。同时,在法律的法规创造力原则没有确立的情况下,谈论法律保留原则是没有意义的。学说和概念的彻底梳理有着正本清源的意义。我国学界应借鉴这些重要思想,抛弃使用概念混乱的法律保留原则,并在否定行政规范性文件普遍约束力的基础上构建自己的三层级公法授权规则。

关 键 词 法律的法规创造力 双重法律概念 法规 法律保留

一、问题与思路

王贵松教授在《中国法学》2017 年第 1 期发表了“论法律的法规创造力”一文。^{〔1〕} 该文中,王贵松对“德国行政法之父”奥托·迈耶提出的法律的法规创造力原则进行了系统的阐述,他在分析总结该原则的概念、法规范围的变迁以及我国近代继受状况的基础上,将主要焦点集中于自主行政立法,主张依据法律的法规创造力原则逐步缩小国务院职权立法的范围,最终将所有抽象法律规范(王贵松称之为“一般性规范”)确立为人大立法的专属事项(允许授权),从而恢复人民民主的本质要求。

奥托·迈耶所著《德国行政法》是德国行政法学的奠基之作,书中学说不仅对其本国,也对

^{*} 北京大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见王贵松:“论法律的法规创造力”,《中国法学》2017 年第 1 期,第 109—129 页。

此后的日本乃至我国的行政法学体系产生了深远影响。^{〔2〕} 迈耶在该书中论述行政法基本原理时提出过三个重要的原则:法律的法规创造力(rechtssatzschaffende Kraft des Gesetzes)、法律优先、法律保留。^{〔3〕} 然而,汉语学术圈一般只关注后两个原则(尤其是法律保留),对“法律的法规创造力”这一首要原则几近无视。即使是简要提到过这一原则的学者,其说法也是相当模糊的。^{〔4〕} 从这一意义上说,王贵松教授对该原则的详尽介绍弥补了我国公法学界的理论缺失,对厘清法律与行政立法的关系做出了重要贡献。然而,王贵松文章中存在一些理解上的偏差与混淆,有进一步探讨和明确的必要。具体来说有以下几点:

第一,法律的法规创造力原则并不是依法律行政原理的子原则,且现代德国行政法教义中也不存在该原则。

第二,王贵松较多地接受了日本学者盐野宏、松户浩等人的观点对法律的法规创造力原则的概念予以了分析,但是笔者认为这与奥托·迈耶的原意有些许出入。

第三,如果按照王贵松的理解方式,法律的法规创造力原则就会与保罗·拉班德(Paul Laband)创立的双重法律概念理论(Lehre vom doppelten Gesetzesbegriff)混淆起来,进而使得该原则与法律保留原则逻辑上重复。

第四,我国应该借鉴法律的法规创造力原则的思想,但并不需要照搬外国法上的概念,应当结合我国自身的公法结构和现状构建自己的公法授权规则。其中,王贵松主张的逐步否定国务院职权立法的观点应当被纳入到这种授权规则框架的讨论中来。

基于以上判断和促进学术对话的考虑,本文也将焦点集中于法律的法规创造力原则,对其展开不同视角的研究。同时为更清晰地揭示这一原则的含义,还会涉及到与其密切相关的另外两个概念——双重法律概念理论与法律保留原则。本文首先分别剖析这些概念在德国法和日本法上的起源、发展和争论,接着与上述王贵松教授的文章观点进行对比,提出自己的不同思路和见解,最后运用这些思想探究对我国公法学理论和实践的现代意义。

〔2〕 参见王贵松:“依法律行政原理的移植与嬗变”,《法学研究》2015年第2期,第80—98页;陈新民:“德国行政法学的先驱者——谈德国19世纪行政法学的发展”,《行政法学研究》1998年第1期,第37—40页。

〔3〕 Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. bd., 3. Aufl., 1924, S. 65. 参见(德)奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第68页。

〔4〕 例如,陈新民教授认为法律的法规创造力原则是指:“法律对于行政权之运作,能够产生绝对及有效的拘束力。”换言之,他认为该原则是指法律约束行政权,行政权的行使不能违反法律的规定。如此一来,该原则与法律优先原则就没有区别了,因为两者都是在要求行政机关不得违法。参见陈新民:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第34页。此外,江利红教授认为法律的法规创造力原则“适用于法律与行政立法的关系”。然而,他在论述法律保留原则时同样将其运用在立法权的权限分配问题上,这使得法律的法规创造力原则与法律保留原则成了同义词。参见江利红:《行政法学》,中国政法大学出版社2014年版,第68页。

二、学说的源流与论争

王贵松教授将法律的法规创造力理解为有关法律与行政立法关系的原则。换句话说,即处理议会立法权与行政立法权权限分配的理论工具。^{〔5〕}这与我国传统上认为法律保留原则才是用来解决立法权权限分配问题的观点大相径庭。^{〔6〕}因此,首先需要提出的问题就是:传统上德国学界是依照何种理论来处理法律与行政立法权权限分配问题的?从结论上说,答案存在一定的模糊性。下文将就此问题对代表性学说进行梳理,并展示其中存在的争论。

(一) 保罗·拉班德的双重法律概念理论

为划定法律与行政立法之间的界限,19世纪德国公法学者保罗·拉班德提出了一种称为“双重法律概念理论”的学说。他认为,法律(Gesetz,即狭义上的法律)的概念必须分别从形式和实质两个角度去理解。形式意义上的法律概念应当从国家意志的表明形式,即制定主体的角度去理解;实质意义上的法律概念应当着眼于国家意志的内容。^{〔7〕}那么,什么是形式意义上的法律呢?当时《德意志帝国宪法》(1871年)第5条将联邦的法律制定权赋予了议会。拉班德所说的“国家意志的表明形式”指的就是《宪法》第5条所规定的法律制定形式,由议会“经过一定庄严的方法来实现和表达”。^{〔8〕}也就是说,形式意义上的法律是指由议会经过特定程序对外发布的法律规范。另一方面,实质意义上的法律指的是拥有“法规”(Rechtssatz)内容的法律规范。^{〔9〕}

拉班德创造这种双重法律概念的意义在哪里呢?这还要从当时的宪法规定说起。《德意志帝国宪法》第5条将法律制定权赋予了议会,但同样赋予了行政机关独立的命令(Verordnung,即行政立法)制定权(同法第17条)。然而,如何去区分法律和命令的制定权限呢?拉班德为此即创造了这一理论。他认为议会立法权条款所称的法律应当是实质意义上的法律,即法规。也就是说,法规是议会的专属事项,必须由形式意义上的法律所独占。^{〔10〕}不过,在拉班德的理论中,实质意义上的法律和形式意义上的法律并不总是一致的。若行政机关想要

〔5〕 参见王贵松,见前注〔1〕,第110—117页。

〔6〕 尽管我国行政法学说对法律保留原则的理解并不一致,但主流观点依然还是认为法律保留原则是有关立法权权限分配的原则(即行政立法的法律保留),学界也基本运用法律保留原则处理行政立法与法律的关系问题,此点应当没有争议。参见罗豪才、湛中乐编:《行政法学》,北京大学出版社2016年版,第30页;周佑勇主编:《行政法专论》,中国人民大学出版社2010年版,第82页;杨海坤、章志远:《中国行政法基本理论研究》,北京大学出版社2004年版,第114页;应松年:“《立法法》关于法律保留原则的规定”,《行政法学研究》2000年第3期,第13—14页。

〔7〕 Vgl. Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2. Bd., 5. Aufl., 1911, S. 1f.

〔8〕 Laband, a. a. O., S. 64.

〔9〕 Laband, a. a. O., S. 2.

〔10〕 Vgl. Laband, a. a. O., S. 64.

制定含有法规内容的命令,必须获得形式意义上的法律的个别授权,此时实质意义上的法律和形式意义上的命令就结合在了一起;反过来说,只要与法规内容无关,即使以法律的形式规定了这一内容,也仅仅是形式意义上的法律而已,不是实质意义上的法律。^{〔11〕}

双重法律概念理论的核心在于法规的概念。拉班德考察了民法上法律行为的概念,指出与涉及个人主观权利义务意思表示的法律行为不同,法规并不具有主观性,而是客观的规范命题。^{〔12〕}然而,并不是说法规不涉及权利义务关系,他在另一处讲到法规概念的本质时认为,作为个体的人自身并不能创造权利、义务、侵害等法律效果,只有当人与人之间互相发生冲突,需要划定主体之间意思范围的界线时,才会有法规登场,以规范主体之间的权利义务。^{〔13〕}据此,拉班德法规概念的真正含义就比较清晰了——划定人与人之间主观权利义务关系的客观规范。

综上所述,在拉班德的理论中,若制定事项符合法规定义,则是实质意义上的法律,应当由形式意义的法律即议会立法来制定。行政立法若要制定法规,则必须经过形式意义上的法律授权,形成法规命令。除此之外不属于法规的事项,议会立法和行政立法都可以予以规定。根据拉班德对法规的定义,和人与人之间权利义务关系无关的财政预算以及行政组织规范等就可以由行政立法予以直接规定。

双重法律概念理论有效地解决了法律与行政立法之间的权限分配问题,成为了直到第二次世界大战之前德国公法学的通说。^{〔14〕}

(二)奥托·迈耶的法律的法规创造力原则

法规(Rechtssatz)一词同样在奥托·迈耶的行政法基本原理中占有重要地位。需要指出的是,迈耶并不是“依法律行政”(Gesetzmäßigkeit der Verwaltung)一词的创造者,迈耶的论著中也从来没有出现过这一词汇,这与一些学者的说法有所出入。^{〔15〕}那么,迈耶是如何论述行政法基本原理的呢?他的理论框架在其著作《德国行政法》第二版之后基本成熟。

1. 奥托·迈耶的表述

首先,迈耶使用了“法律的统治”(Herrschaft des Gesetzes)一词作为行政法的基本原理,其下构建了三个子原则:法律的法规创造力、法律优先、法律保留。其中,法律的法规创造力原则是行政法的首要原则,迈耶将其列在第一位。^{〔16〕}他说:

〔11〕 Vgl. Laband, a. a. O., S. 61ff, S. 97f.

〔12〕 Vgl. Laband, a. a. O., S. 2.

〔13〕 Vgl. Laband, a. a. O., S.180f.

〔14〕 Vgl. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999, § 14, S. 216f. 参见(德)康拉德·黑塞:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007年版,第392页。

〔15〕 参见王贵松,见前注〔1〕,第109页;陈新明,见前注〔4〕,第34页。

〔16〕 Vgl. Mayer(Fn. 3), S. 65. 参见迈耶,见前注〔3〕,第68页。

合宪性法律最重要的特点是其内在的约束力,即在法规中显现的能力,这也是法律之所以称之为法律的原因。所谓法规,就是针对普遍性标准构成之要件所指向的所有人,告诉他们应当怎么做才是合法。个人并不具有这种作用,也不是每一种国家意志的表达形式都具备,因而也是完全特别的。根据宪法,以前是议会与君主一起,现在是只能由议会发动的法律固有的能力。从其他的国家意志表达来看,这一能力并不是从法律的特别保留中分离出来的,而是在性质上就不属于法律保留的独立原则。^[17]

以上这段文字是迈耶关于法律的法规创造力原则最重要的表述。很显然根据这段文字可以看到,迈耶认为创造法规是法律的固有能力,其他国家意志表达形式(行政、司法等)并不具备这一能力,是由议会独占的。并且,迈耶还特意强调这一原则和法律保留原则是完全不同性质的概念。结合迈耶在另一处所作的法律可以将这种创造法规的能力授予行政机关从而形成法规命令的论述。^[18] 简而言之,法律的法规创造力原则是立法机关的一种排他性授权原则。

如此一来,迈耶学说中法规的概念就显得十分重要,因为它直接决定了法律(议会)独占事项的范围。从上述迈耶的论述中可以看出,法规指的是所有的普遍性、抽象性规范,^[19]也就是说无关特定内容,只要是抽象规范^[20]就必须由立法机关(议会)独占。反过来说,行政机关如果要制定抽象规范,实质是创造法规的行为,根据法律的法规创造力原则,必须要得到法律的特别授权。

那么,迈耶认为什么是法律保留原则呢?他是德国学说史上第一个使用“法律保留”(Vorbehalt des Gesetzes)术语的人,^[21]因而该原则的概念相当重要。他说:

在司法中,法律是不可欠缺的行为依据,即所谓“罪刑法定”。然而,行政活动却没有这样的依赖关系。合宪性法律只在特别重要的事项上作为国家活动的前提条件,在除此以外的其他所有场合,执行权是自由的,它依据自己的力量而不是依据法律进行活动。我们把在特别重要的事项上排除执行权的独立活动称之为法律保留。^[22]

根据迈耶的观点,上述“特别重要的事项”即指侵害公民自由和财产的行为,^[23]因而他的法律保留原则可以简化为如下表述:行政机关若实施侵害公民自由和财产的行为,就必须获得法律(议会)的授权。

2. 遗留的难题

就此,一个困扰此后学界的难题便显现了:迈耶的法律的法规创造力原则和法律保留原则

[17] Mayer, a. a. O., S. 66. 参见迈耶,见前注[3],第 69 页。

[18] Mayer, a. a. O., S. 82f. 参见迈耶,见前注[3],第 88 页。

[19] Vgl. Mayer, a. a. O., S. 74. 参见迈耶,见前注[3],第 78 页。

[20] 德语“allgemein”一词严格意义上说应当译作“一般的、普遍的”。然而,鉴于我国学术界较常使用“抽象”一词来指代针对不特定人且普遍适用这一特点,因而本文认为可以将“allgemein”直接译作“抽象”。

[21] Vgl. Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung, 1. Aufl., 1961, S. 30.

[22] Mayer (Fn. 3), S. 69f. 参见迈耶,见前注[3],第 73 页。

[23] Vgl. Mayer, a. a. O., S. 70. 参见迈耶,见前注[3],第 74 页。

是什么关系呢?具体来说,如果这两个原则都是某种排他性授权原则,那么似乎有重复的嫌疑——迈耶既认为行政机关制定法规要有议会授权,又认为行政机关实施侵犯公民自由和财产的行为要有议会授权,设定两种授权原则的必要性在哪里?换句话说,探讨行政活动的法律授权问题时,仅仅在法律保留原则的框架下议论即可,何必要再设定一个授权原则呢?对此,后世学者采取了不同的态度,其中也有许多争论。

(三)双重法律概念理论与法律保留原则的混同

把制定法规当作议会应当独占的权力,据此来划定议会立法事项的范围——在此意义上拉班德的双重法律概念与迈耶的法律的法规创造力有一定的相似性,都是采用法规概念来处理立法权权限分配的理论。然而,此后的学说将拉班德的双重法律概念理论与迈耶的法律保留原则混同在一起,抛弃了迈耶的法律的法规创造力原则,将这一原则从行政法教义学体系中彻底抹去了。

1. 格哈德·安许茨的法规概念

20世纪初,德国著名公法学者格哈德·安许茨(Gerhard Anschütz)对法规概念进行了重大修正,拉班德主张的法规事项遭到了限缩。

首先,安许茨遵循传统称谓将议会制定的规范称为法律(Gesetz),将行政机关制定的规范称为命令(Verordnung),并认为立法权就意味着法律制定权。那么,法律制定权的范围如何界定呢?安许茨认为,实质意义上的法律就是法规,若某种规范属于法规,就必须由形式意义的法律即议会立法来制定。^{〔24〕}因此,安许茨在法律与行政立法的权限分配问题上与拉班德如出一辙,继承了他的双重法律概念理论。

其次,在关于什么是法规的问题上,安许茨却有着自己的理解。他在考察了当时德意志帝国各邦宪法后认为,限制公民自由和财产的规范就是法规,并列举了奥托·迈耶对侵害保留的看法作为自己主张的佐证。^{〔25〕}因而在安许茨看来,若某一规范不涉及对公民自由和财产的伤害,那么就不是法规,不需要形式意义的法律即议会立法来独占,行政立法不经法律授权即可制定这种规范。^{〔26〕}也就是说,安许茨改变了拉班德对法规的定义,将其限制在侵害领域。

最后,安许茨的法规概念带来的重大变化不仅限于此。由于安许茨将法规的内容理解为对公民自由和财产的伤害,这与迈耶关于法律保留的事项范围重合,因而似乎使得双重法律概念理论与法律保留原则结合在了一起。事实上,安许茨就是这么认为的。他主张一切侵害公民自由和财产的行政活动都必须要有法律(狭义)的授权,并将其称之为“依法律行政”

〔24〕 Vgl. Gerhard Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt, 2. Aufl., 1901, S. 168f.

〔25〕 Vgl. Anschütz, a. a. O., S. 169.

〔26〕 Vgl. Georg Meyer/Gerhard Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., 1919, S. 657.

(gesetzmäßige Verwaltung)。^{〔27〕}因此,安许茨的理论就变成如下的构造:侵害公民自由和财产的行政活动需要法律的授权,而侵害公民自由和财产的法律就是法规,因而双重法律概念理论和法律保留原则完全是同义概念。

安许茨的上述学说被魏玛共和国时期的公法学权威理查德·托马(Richard Thoma)继承。他干脆使用“立法机关保留”(Vorbehalt der Legislative)这一术语,立足于双重法律概念理论划分立法机关与行政机关的权限,并与安许茨一样认为法规是指侵害公民自由和财产的规范。^{〔28〕}至此,限制公民权利、增加其义务的立法事项应当由法律独占(双重法律概念理论等同于法律保留原则)的这一观点在魏玛共和国时期取得了通说的地位。换句话说,后世学者无视迈耶的法律的法规创造力原则,只继承了他的侵害保留思想,将其运用到了宪法学中的立法权分配问题。

2. 奥托·迈耶的反驳

实际上在安许茨将侵害保留与法规概念结合之初,迈耶就已经在其论著的多处对他的观点进行了反驳。在其中一处论述法律(狭义)的特点时,迈耶说:

其中一个特点是,国家只能根据法律的意志创造法规;另一个特点是,国家只能根据法律的意志对公民的自由和财产进行一定程度的侵害。以上是两种概念上完全不同的特点。也就是说,虽然看起来是一致的但实际上并不是这样。一部法律可以不侵害自由和财产但包含法规(这一点安许茨理解错误);同样地,一部法律可以不包含法规但涉及侵害(汉诺威国王的财产没收)。^{〔29〕}

从上述迈耶的文字中可以清晰地看到他对安许茨观点的批判。在另一处对安许茨论著的书评中,迈耶更为详细地阐明了他的立场。他说:

安许茨在考察法规制定方式时,有两种思想总是结合在一起。他宣称制定新法规就是发布赋予民众新的、迄今为止法律上没有的强制、负担和给付义务的规范;反过来说,依靠命令和强制手段但不侵害民众自由的规范就不是法规。但是在我看来,我并不同意像他这样把法的侵害公民自由和财产的能力当作法规的本质。实际上这种能力不是法规的本质,而是归属于合宪性法律的法律保留。法律保留其本身并不必然是法规。存在对民众来说不需要付出,承认他们对国家的权利……的法律。亦或者就像官吏法那样国家自己规定自己义务的法律也是存在的。以上这些法律都是法规,但都没有侵害、也没有新的负担。当然,现行法上规定侵害只能直接根据法律或基于法律授权实施,这是正确的。然而,采用个别处理的方式也可以直接实施或授权实施这样的侵害,例如以前汉诺威国王的

〔27〕 参见松戸浩:“法律の法規創造力の概念について”,法学 67 卷 5 号(2004 年),第 901 页注 1。

〔28〕 Vgl. Richard Thoma, Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Bd., 1932, S. 221f.

〔29〕 松戸,见前注〔27〕,第 885 页以下より引用。

财产没收。^[30]

以上两段文字都是迈耶对安许茨法规理论的直接驳斥,不难看出迈耶坚决而鲜明的反对态度,具体可以总结出如下两点。

第一,迈耶反对将自己的法规概念与双重法律概念理论中的法规同质化。安许茨、托马等魏玛共和国时期的代表性学者继承拉班德的观点,认为实质意义上的法律(即法规)是某种权利义务规范。而迈耶反对这种观点,他认为法规有时与权利义务有关(侵害或受益),有时根本就与公民的权利义务无关(官吏法)。因而法规与权利义务没有必然关联。

第二,法规概念本身与法律保留原则也并没有关联,因为法律并不都是普遍性、抽象性规范。在《德国行政法》一书中,迈耶就提醒读者注意一种“有着法律形式的具体处理措施”,并认为它不属于法规的范畴。^[31]在上段引用文字中,迈耶也列举了“汉诺威国王的财产没收”——一种以法律的形式作出的个别性、具体性规范。因此,法律保留并不意味着法规保留。

(四) 法律的法规创造力概念的论争

上文提到,学界对迈耶为何设立两种原则来处理行政的法律授权问题存在疑问。我们也看到在魏玛共和国时代,德国学界就已经扭曲了迈耶的学说,随着安许茨、托马的地位在学界得到巩固,迈耶的上述反驳也并没有得到学界的响应。因而最后的结果就是:法律保留原则被继承了下来,并被认为与双重法律概念理论同义,法律的法规创造力原则遭到了无视。不过,第二次世界大战以后,该原则重新得到了重视,并且在日本掀起了有关其本身概念的论争。

1. 通说的见解

战后联邦德国开始有学者重新审视迈耶的法律的法规创造力原则,并注意到这一原则与法律保留原则的区分。通说认为,迈耶将行政活动区分为抽象和具体,前者的法律授权原则对应法律的法规创造力原则,后者的法律授权原则对应法律保留原则。^[32]也就是说,制定抽象规范涉及到立法权,属于实质意义上的法律(法规)范畴,它的授权原则应当由法律的法规创造力原则来处理,行政机关若要制定法规就必须获得形式法律的制定主体——议会的授权。另一方面,行政机关实施具体行政行为(Verwaltungsakt)也并非完全自由,若涉及侵害公民自由和财产,也必须得到法律的授权(法律保留原则)。更为简略地说,法律的法规创造力原则负责处理狭义法律与行政立法的权限分配,通过定义法规的概念进行调整;而法律保留原则负责处理狭义法律与具体行政行为之间的关系。

上文提到,法律的法规创造力原则出现于迈耶《德国行政法》第二版(1914年)之后,^[33]因而这一原则传入日本也较晚,第一位研究这一原则及其与法律保留关系的是公法学者田上穰

[30] 森田寛二:“法規と法律の支配(一)”,法学40卷1号(1976年),第62页より引用。

[31] Vgl. Mayer(Fn. 3), S. 11. 参见迈耶,见前注[3],第13页。

[32] Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl., 1981, S. 322ff.

[33] Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. bd., 2. Aufl., 1914, S. 67ff.

治,^[34]而形成通说观点并将其纳入日本行政法基本原则的是行政法学者盐野宏。^[35]盐野宏观点与上述德国的通说一致,他也认为迈耶的法律的法规创造力原则是指议会独占某种类型的抽象规范制定权,若行政权要制定这种抽象规范必须获得法律的委任。同样,法律保留原则是指侵害公民权利、赋予其义务的具体行政行为需要法律的授权。^[36]

综上所述,通说的见解可以简要地总结为以下三点。第一,法律的法规创造力原则是抽象行政行为的法律授权原则,法律保留原则是具体行政行为的法律授权原则;第二,前者借助法规这一概念来调控法律与行政立法的权限分配,后者通过所谓法律保留的范围问题来调整法律对具体行政行为的控制程度;第三,双重法律概念理论与法律保留原则不同义,与法律的法规创造力原则完全同义。

2. 森田宽二的反驳

1976年,日本行政法学者森田宽二发表了一篇论文,在这篇论文中他仔细考察了迈耶对法律的法规创造力原则的论述,就通说的见解提出了全面反驳。^[37]森田宽二的观点具有重要意义,因而下文将对其进行分析。

森田宽二的理由主要有两点:第一,通说的观点误解了迈耶的意思;第二,通说的观点会导致理论上的问题。

(1)森田宽二认为迈耶所说的法律的法规创造力并不是一种立法机关对法规的排他性授权原则,其真正的意思是“法律原则上应当是法规”,法规是法律的必然产物,在没有明确反对意思的前提下法律上的规定应当认定为法规。^[38]具体来说,传统上对法律的法规创造力原则的通说见解可以总结为如下的范式:首先应当根据法规的定义预先判断一种规范是否属于法规,如果属于法规就必须要有法律的授权,反之则不需要(即与双重法律概念理论的意思一致)。但是森田宽二反对这种观点,他认为法律的法规创造力原则是指:预先判断一种规范是否有法律的授权,如果有则应当原则上认定它是法规,反之则不是。

那么,森田宽二的这种见解有何依据呢?他引用了迈耶著作中的两段话。现参考他的版本,将迈耶的原文翻译如下。迈耶说:

就单个法律来说,是否承认其约束力取决于它的内容。但即使是符合法规的内容,也有可能没有创造法规的意图,单纯是一个职务规范,或仅仅是一种愿望或建议。当然,必须推断这种限制自己固有力量的意思。如果法律没有明确的意思表示,只有在绝对不适合将一种意志表达的内容当作法规的情况下,才能推断上述限制自己力量的意思。否定

[34] 参见田上穰治:“法律による行政”,(有斐閣、1942年),第27页以下。

[35] 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44页。

[36] 参见塩野宏:“オートー・マイヤー行政法学の構造”,(有斐閣、1962年),第112、115页。

[37] 参见森田,见前注[30],第45页。

[38] 森田,见前注[30],第49、51页。

法律中的法规性质时必须十分慎重。^{〔39〕}

涉及国有营造物的法律、行政机关工作及工作方式的法律中……含有法规。这些法律中是否存在法规,应当根据这些法律不被遵守的情况下是否侵害利害关系人所拥有的权利来判断。因此,涉及行政组织的法律也应当是法规。泽利希曼认为关于行政机关上班时间的规范……即使以法律的形式规定也绝不是法规。然而是这样吗?如果我必须在一定期限内向行政机关登记的情况下,我难道就没有要求行政机关遵守上班时间的权利吗?^{〔40〕}

森田宽二引用的是迈耶《德国行政法》的第一版,事实上第三版中也有同样的表述。^{〔41〕}从这些表述中可以很明显的看到,迈耶对法规这一概念工具的用法似乎与双重法律概念理论并不相同。例如关于行政机关上班时间的规范是否属于法规的问题,按照双重法律概念理论的范式(即“法规符合性判断→法律授权的要否”),这种规范不直接涉及公民的权利义务,即使规定在法律中也不属于法规,换句话说行政机关也可以独自予以规定。但迈耶却反对这种观点,他认为一种规范只要以法律的形式予以制定,就必须原则上承认它是法规,否定其法规性必须要慎重(即“法律形式存在与否→法规符合性判断”)。因此,迈耶的上述文字促使了森田宽二对通说见解予以反驳并提出了自己的崭新观点——即“法律原则上应当是法规”才是法律的法规创造力原则真正的含义。

那么,迈耶提出法律的法规创造力原则的意义在哪里呢?森田宽二认为这与司法权有关。具体来说,他重视迈耶执着地将法规定义为普遍性、抽象性规范的意图,认为这与“公民的诉讼地位”有关。因为只有当规范具备普遍性特征时,公民才有权利对行政机关的违法行为提出控诉。也就是说,公民不能就行政机关的一个具体行政行为违反另一个具体行政行为或一个内部规范性文件而向法院提起行政诉讼,此时向法院主张具体行政行为违反法规(普遍性、抽象性法律规范)才是正确的做法。^{〔42〕}换句话说,只有法规才是司法机关的审判依据,并且司法机关是不可以审查法规本身的(绝对约束力)。^{〔43〕}因此,法律的法规创造力原则是关于“诉讼审判机关法源”的授权原则,与司法权的概念有关而与立法权的概念无关。^{〔44〕}

综上所述,森田宽二的基本思路就是:法律的法规创造力原则并不否定行政机关独立制定普遍性、抽象性规范(自主行政立法)的权力,而是意图否定自主行政立法对法院的约束力。换

〔39〕 Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. bd., 1. Aufl., 1895, S. 93. 参见森田,见前注〔30〕,第 51 页。

〔40〕 Mayer, a. a. O., S. 94 a. 19. 参见森田,见前注〔30〕,第 51 页。

〔41〕 Mayer (Fn. 3), S. 66. 参见迈耶,见前注〔3〕,第 70 页。

〔42〕 另一方面,公民也不能针对具体性、个别性法律(即上述“有着法律形式的具体处理措施”)向法院起诉,因为此时这种具体性措施本身就是法律,已经不存在合法性审查的问题了。参见森田,见前注〔30〕,第 53 页。

〔43〕 参见森田,见前注〔30〕,第 52 页以下。

〔44〕 森田,见前注〔30〕,第 57 页。

句话说,没有法律的授权,行政立法并不能成为法院的审判依据。

(2)此外,森田宽二主张若按照传统通说的理解(即法律的法规创造力原则是抽象规范的法律授权原则),该原则会与法律保留原则发生矛盾冲突。

具体来说,行政法学权威学者盐野宏认为,与抽象规范有关的法律的法规创造力和与具体行政行为有关的法律保留是完全不同的两种原则——森田宽二对此持反对意见,他将盐野宏的这种看法评价为“序列概念”,并说:“盐野宏认为的法律的法规创造力与法律保留逻辑上还是重合的概念,因为具体规范是可以从抽象规范中导出的。”〔45〕

接着,森田宽二介绍了德国战后公法学者迪特里希·耶休(Dietrich Jesch)的观点——耶休认为存在两种类型的法律保留,一种是抽象规范的法律保留,一种是具体行为的法律保留。森田宽二对此也进行了批判,他说:“然而,耶休的这种观点不是迈耶的法律保留思想。之所以如此,是因为法律一旦占领了某种事项的抽象规范,行政机关就不可能再用具体行为对这种事项进行规范了。”〔46〕

正如以上两段简短评述所说的那样,森田宽二认为将行政活动的法律授权问题分类成“普遍抽象——个别具体”这种序列概念在理论上是矛盾的。如果解决了抽象规范的法律授权问题,那么对可以从抽象规范中推导出来的具体行为来说,其法律授权问题也应当被解决了,何必要再去单独议论具体行为的法律授权问题呢?

综上所述,森田宽二从结论上认为迈耶的法律保留无关乎抽象或具体,是所有行政活动的法律授权原则,而法律的法规创造力是与法律保留完全不相干的有关司法权的原则。

(3)以上森田宽二对通说见解的反驳引起了盐野宏的重视,他在自己教科书中提到法律的法规创造力原则时特别提醒读者注意森田的观点,但并没有添加自己的评论。〔47〕近年来行政法年轻学者松户浩做过细致地研究,对森田宽二进行了全面的再反驳,维护了通说的观点(即法律的法规创造力是行政立法的法律授权原则)。〔48〕然而,这场争论并没有最后的结论。

三、学理分析

综上所述,德日行政法学奠基人奥托·迈耶当年将法律的统治作为行政法基本原理并在其下设立法律的法规创造力、法律优先、法律保留三个子原则,然而,此后学界却对如何解读这

〔45〕 森田,见前注〔30〕,第64页。

〔46〕 森田,见前注〔30〕,第65页以下。

〔47〕 参见盐野宏,见前注〔35〕,第44页。

〔48〕 参见松户浩:“行政組織編成と立法・行政間の権限分配の原理(一)”,法学65卷2号(2001年),第203页注20、同“行政組織編成と立法・行政間の権限分配の原理(四・完)”,愛知大学法学部法経論集158卷(2002年),第20页注56、同“法律の法規創造力の概念について”,法学67卷5号(2004年),第885页以下、同“行政立法と法律の根拠——法律の法規創造力の原則の意義”,広島法学32卷2号(2008年),第73页以下。

些概念产生了诸多不同的观点,呈现混乱的局面。一些学者将法律保留原则与拉班德所创立的双重法律概念理论结合在一起,从而使得法律的法规创造力原则失去了独立存在的意义。另一些学者虽然重视法律的法规创造力原则的独自意义,但围绕它的原意及其与法律保留原则的关系产生了争论。

王贵松教授对法律的法规创造力原则的理解基本与博肯福德、盐野宏、松户浩等人的观点相同,可以总结为两点。第一,法律的法规创造力原则与双重法律概念理论含义相同,即预先从内容的角度对一种抽象规范是否需要法律授权进行判断,判断标准为是否符合法规事项,且法规的定义因学说主张的差异而不尽相同。^{〔49〕}第二,法律的法规创造力原则是处理狭义法律和行政立法之间关系的原则,而法律保留原则是处理狭义法律与具体行政行为之间关系的原则,两者并不一样。^{〔50〕}

下文将立足于原典,对迈耶提倡的法律的法规创造力原则的真正含义进行解析。从结论来说,王贵松教授所代表的通说理解存在一定误区,然而森田宽二的理解也并非完美。

(一) 法律的法规创造力原则的原意

要搞清法律的法规创造力原则的真正意思就必须首先确认一点,那就是在迈耶的理论中他更重视法规的内容要素还是效力要素。对这一问题的回答或许是理解法律的法规创造力原则的关键。

上文提到,迈耶对行政法基本原理的构建是在其《德国行政法》第二版之后才成熟的。其1895年所著之《德国行政法》第一版中仅仅只有法律保留这一字眼,其他如法律的统治、法律的法规创造力以及法律优先等词汇并没有出现。^{〔51〕}不过,虽然当时迈耶还没有使用这些术语,但这些术语背后的基本思想都已经成型。例如,“法律拥有创造法规的能力”这一思想已经显现,迈耶将其称为“法律的约束力”(bindende Kraft des Gesetzes)。他说:

民事法律和刑事法律通过规定约束性、普遍性法规以规范个体行为和确保司法机关的运作。相应地,合宪性法律在行政上也有创制这种普遍性法规的能力。我们将其称之为法律的约束力。这种法律的能力在宪法中的很多地方并没有明确,但是法律、立法或立法权这些概念中就已经直接包含了制定法规能力的思想。这种法律所拥有重要能力的具体性质将在后文中予以论述(第七章)。^{〔52〕}

从上面的这段文字中可以看出,迈耶认为行政法律与民事法律、刑事法律一样都拥有创造法规的能力,并且他将这种能力称为法律的约束力。因此,可以说《德国行政法》第一版中所说的法律的约束力就是第二版以后所说的法律的法规创造力,前者是后者的原型。从以上第一

〔49〕 参见王贵松,见前注〔1〕,第113—117页。

〔50〕 参见王贵松,见前注〔1〕,第110页。

〔51〕 Vgl. Mayer(Fn. 39), S. 67ff.

〔52〕 Mayer, a. a. O., S. 76f.

版论述来看,难道迈耶不是完全在从效力的角度谈论法规吗?上述详细介绍法规性质的第七章也完全是在向读者阐明法规对国家和公民的两面性约束力。^[53]况且,“法律的约束力”一词就已经表明了对迈耶来说法规就是用来说明法律的效力的。

关于这点第三版中也没有变化。在《德国行政法》最后一版中,迈耶在介绍法律的法规创造力原则的大致意思之后说:“法律中或由法律授权的法规在行政上的作用方式及其对执行权约束力的实现,将在下文第七章中详细论述。”^[54]在第七章中,迈耶以“行政法规的约束力”(Die bindende Kraft des Verwaltungsrechtssatzes)为题通篇论述了法规的具体效力。^[55]

综上所述,迈耶似乎从一开始就是从效力的角度出发使用法规一词的。换句话说,为了说明法律对国家和个人的两面性或普遍性约束力,迈耶才使用了法规这一术语。

然而,也不能无视迈耶法规概念中所存在的内容要素。迈耶执着地认为只有内容上普遍、抽象的规范才是法规的意图为何?同样地,可以从其《德国行政法》第一版有关法律优先的论述中找到灵感。迈耶当时将法律优先原则称作“法律的优先力”(Kraft den Vorrang des Gesetzes)。他说:

人们通常将此种能力称为形式的法律能力。之所以这么说,是因为这种能力依靠法律的形式,即国家意志的成立方法产生。与此相对地,体现在法规中的法律的实质效果要依靠其表达的意思内容来产生。^[56]

从上段迈耶的阐述中可以看到,他将法律的优先力称为形式的法律能力,而将法律的创造法规的能力称为法律的实质效果;前者只需要具备法律的形式就可以产生,后者必须根据法律的内容去判断。因此,结合以上分析我们可以得出一个结论,那就是在迈耶看来只有法律才拥有对国家和个人的普遍性约束力(法规),但并不是说法律中所有的规定都具备这种效力,只有内容上具有普遍性、抽象性特征的法律才拥有这种法规效力。^[57]这才是法律的法规创造力原则的真正含义,换句话说,它是关于效力的判断原则。

(二)与双重法律概念理论的区别

同样是借用法规这一术语的理论,拉班德、安许茨等人所说的双重法律概念与迈耶所说的法律的法规创造力虽然有一致的地方,但仔细推敲也有很大的不同。相同的地方在于它们都是一种有关法律的排他性授权原则,即对法规这种事物的议会立法独占,相应地行政机关若要制定法规就必须获得立法机关的授权。它们的区别就在于前者所谓法规指的是主观内容,后

[53] Vgl. Mayer, a. a. O., S. 81ff.

[54] Mayer(Fn. 3), S. 67.迈耶,见前注[3],第71页。

[55] 参见迈耶,见前注[3],第78—86页。

[56] Mayer(Fn. 39), S. 72.

[57] 因此,迈耶认为内容上个别而具体的法律并不具有普遍性约束力。此外,法律中的有些规定仅仅是一种学术观点、愿望或劝告,这些规定同样不具备法规效力。Vgl. Mayer(Fn. 3), S. 67. 迈耶,见前注[3],第70页。

者指的是客观效力。也就是说,虽然都是排他性授权原则,但如果法规指向内容要素,就会变成“预先从内容上判断一种规范是否属于法规,据此决定法律授权的必要性”这一进路;若法规指向效力要素,就会变成“预先判断一种规范是否有法律的授权,据此决定其是否拥有法规效力”这样一种相反进路。前者是双重法律概念理论的适用方法,后者就是法律的法规创造力原则的真正含义。

从这一意义上来说,森田宽二对通说理解的反驳是正确的。他敏锐地指出了迈耶法规概念的异色,因而得出了“法律原则上应当是法规的”结论。然而,“法律原则上应当是法规”和“只有法律才能创造法规”并没有矛盾。也就是说,法律的法规创造力原则确实在说法律对普遍性、抽象性规范的独占,但必须注意“普遍性、抽象性”一词的含义,将其理解为“具有普遍约束力的、内容抽象的规范”才是精准的。法律的法规创造力原则并不是在说行政机关未经法律授权不可以制定涉及某种内容的抽象规范,而是在说行政机关未经法律授权所制定的一切抽象规范都不具有普遍约束力,这也是迈耶提出法律的法规创造力原则的真正意图。王贵松等学者的观点(即法律的法规创造力是议会对某种抽象规范的排他性授权原则)缺陷在于没有注意到内容与效力的区分,把双重法律概念理论与法律的法规创造力原则混淆在一起。

更进一步说,法律的法规创造力原则是双重法律概念理论的极限形式。双重法律概念理论通过对法规范围的操作进而调整法律与行政立法之间的关系,无论是认为涉及权利义务关系的规范都是法规的拉班德,还是认为侵害自由和财产的规范才是法规的安许茨、托马,都是从内容的角度出发来论述行政立法的法律授权规则的。其结果就是,无论如何定义法规,都给予了行政机关自主立法权的余地,换句话说只要不涉及法规事项,行政机关就可以不经法律授权独自制定行政立法。

但是,迈耶的法律的法规创造力却并不是如此,他从效力的角度出发论述行政立法的法律授权规则,将普遍约束力设定为法律独占的事物。其结果就是,未经法律授权的一切抽象规范都不具有普遍约束力,因而行政机关失去了自主行政立法权(不具有普遍约束力的规范仅是内部规范而已)。迈耶的这种思想是“彻底的自由主义分权理论”。^[58]

(三)与法律保留原则的区别

1. 抽象与具体的区分

上文论证了法律的法规创造力原则与双重法律概念理论有一定区别,并指出了前者是后者的极限形式。那么,法律的法规创造力原则和迈耶所提倡的另一个原则——法律保留原则之间有何关系呢?要弄清这个问题,必须先考察一下迈耶的国家构造理论。

在《德国行政法》一书中,迈耶提出“行政的司法化”(Justizförmigkeit der Verwaltung)理念,^[59]将行政机关与公民之间的统治管理关系类比司法审判机关与当事人之间的关

[58] 塩野,见前注[30],第113页注[3]。

[59] Vgl. Mayer(Fn. 3), S. 63. 参见迈耶,见前注[3],第66页。

系,聚焦司法判决这一法院最重要的行为形式,从而拟制了行政行为(Verwaltungsakt,即我国法上的具体行政行为)的概念,即“行政的公权力宣言,在个别具体的场合向民众规定什么是法”^{〔60〕}的行政机关的行为形式。因此,“法律→司法判决→司法强制执行”这一司法过程中的三阶段模型被迈耶套用到了行政过程中,出现了“法律→行政行为→行政强制执行”这样的行政三阶段模型。^{〔61〕}如此一来,我们可以很清晰地看出迈耶主张的国家分权形式。

首先,迈耶认为制定法规是立法机关本来的权限,是法律的固有能力,不是立法机关从其他国家机关那里拿过来的(即与法律保留无关),^{〔62〕}因而迈耶使用了法律的法规创造力原则来形容立法机关的这种自身权力。根据这一原则,行政权想要制定法规必须获得法律授权。

其次,就像司法机关本身的权力是作出司法判决一样,迈耶认为行政机关本身的权力就是作出行政行为,行政行为是行政权的固有权限。

然后,迈耶设定了法律优先原则,宣示了立法机关对行政机关的优越性,即法律的效力大于行政行为的效力。

最后,作出行政行为虽然是行政机关的固有权力,但并不是完全自由的,迈耶为此则设定了法律保留原则。通过法律保留原则,立法机关将一部分行政机关的权限——作出侵害自由和财产的行政行为的权限剥夺了过去,因而行政机关若作出侵害性行政行为,必须要有立法机关的授权。

综上所述,迈耶将立法与行政的区别总结为抽象与具体的区别,立法制定具有普遍约束力的抽象规范,行政作出个别而具体的行为。前者赋予其法规的称号,后者则命名为行政行为,并且通过法律的法规创造力原则、法律优先原则和法律保留原则来调整两者之间的关系。从这点上说,我国法上的抽象行政行为在迈耶的理论中根本就不是行政行为,而是立法行为。

2. 法律的法规创造力原则是法律保留原则得以成立的前提

迈耶将法律的法规创造力原则列为行政法治的第一原则还有一个重要的原因——如果法律的法规创造力原则没有确立,那他的法律保留原则根本就不起作用,没有什么意义。这大概也就是森田宽二质疑两原则逻辑上矛盾的根本原因。

森田宽二认为只要解决了抽象规范的法律授权问题,那么可以从抽象规范中导出的具体行为的法律授权问题也应该被解决了,根本不需要单独设立法律保留原则去处理具体行为的法律授权问题。从结论上说,森田宽二的这一看法指出了问题所在,但并不正确。

为说明原因,我们可以先根据具体行政行为的依据类型对其进行分类,将其分为以下几种:①依据法律及授权行政立法的具体行政行为;②依据自主行政立法的具体行政行为;③依

〔60〕 参见迈耶,见前注〔3〕,第99页。

〔61〕 参见迈耶,见前注〔3〕,第99—111页。

〔62〕 参见迈耶,见前注〔3〕,第69页。

据内部规范性文件的行政行为；④不依据任何抽象规范直接作出的具体行政行为。

在这四种类型中可以看到,前两者也就是“依据法律及授权行政立法的具体行政行为”及“依据自主行政立法的具体行政行为”这两种情况正是森田宽二指出的问题所在。也就是说,双重法律概念理论也好、法律的法规创造力原则也好,如果都是在解决行政立法的法律授权问题的话,那么可以从法律、行政立法等这些抽象规范中导出的具体行为的授权问题也能被这些理论一起解决。换句话说,只要解决了行政立法的法律授权问题,从行政立法中导出的具体行为的法律授权问题也应该被解决了,通说认为的法律保留原则(具体行为的狭义法律授权原则)根本没有存在的必要。因此,森田宽二才会反对“抽象规范的法律授权”和“具体行为的法律授权”这样一种两分法。

然而,通过上文对迈耶国家构造观的考察可以很明显地看出森田宽二的理解误区。也就是说,迈耶通过法律的法规创造力原则将一切具有普遍约束力的抽象规范划归到立法机关的独占领域,但仅用这一原则并不能完全实现对行政机关的支配,因为行政机关可以不根据具有普遍约束力的抽象规范而作出具体行政行为(这是固有权限)。他为了实现立法机关对“依据内部规范性文件的行政行为”及“不依据任何抽象规范直接作出的具体行政行为”这两种情况的控制,从而创造了法律保留原则。根据法律保留原则,如果不涉及侵害个人自由和财产,行政机关可以自由作出具体行政行为,迈耶将其称为“自主行政行为”(selbständige Verwaltungsakt)。^[63]

因此,如果法律的法规创造力原则没有确立,只要行政机关还拥有不经法律授权独自制定具有普遍约束力的抽象规范(自主行政立法)的空间,那么迈耶的法律保留原则根本就不起作用,因为在这种情况下谈论具体行政行为的法律(狭义)保留是没有意义的。一旦法规的范围比“具有普遍约束力的抽象规范”小,那么法律的法规创造力与法律保留就是重复的概念。此时,“行政立法在哪些事项上需要狭义法律授权”和“哪些具体行政行为需要狭义法律授权”两者逻辑上重合。如果要想在存在自主行政立法的情况下去探究具体行为和抽象规范之间关系,则不应该用“法律”保留这一字眼,正确的应当是“法”的保留。

反过来说,如果法律的法规创造力原则被确立,那么此时法律保留原则中的“法律”无论是指狭义法律还是广义法律,其本质都是一样的——因为行政立法本身就是狭义法律授权的。

(四)德日公法学的现状分析

1. 自主行政立法的否定

第二次世界大战以后,德国、日本两国的宪法构造已发生了根本性转变。其中,公法史上争论不休的有关行政立法与法律的关系问题已经在实定法上得到了解决。《德国基本法》第80条第1款规定:“联邦政府、联邦政府部长、州政府可以依据法律制定行政立法(Rechtsver-

[63] 参见迈耶,见前注[3],第105页。

ordnung)。在此种情况下,法律必须规定授权的内容、目的和限度。行政立法中必须指出法律依据。……”可见《基本法》通过明文规定,否定了行政机关不经法律授权独立制定行政立法的权力,现代德国已经不存在自主行政立法了。^[64] 法律的法规创造力原则在迈耶提出后过了近半个世纪才终于获得了德国实定法的确认。从这一意义上说,迈耶的理念是先进而超前的,以至于那个时代的其他学者不能正确理解他的思想,产生了诸多争论。不管怎样,在否定了自主行政立法的今日德国,迈耶提出法律的法规创造力原则的目的已经达到,换句话说,双重法律概念理论已经失去了讨论的意义。^[65]

现代日本同样如此,战后制定的《日本国宪法》第41条规定:“国会是最高国家权力机关,是国家唯一的立法机关。”通说认为,该条所称“立法”应当作实质性解释,即指法规,而法规就是指所有的普遍性、抽象性规范,^[66]因而《宪法》第41条确立了法律的法规创造力原则。换句话说,行政机关的自主立法权被否定了,^[67]行政机关制定的一切不经法律授权的规范仅仅是行政规则而已,不具备外部效力(普遍约束力)。

因此,基于行政立法与法律的关系问题已经被解决,一时间与双重法律概念理论混淆在一起的法律保留原则被分离出来,迈耶的法律保留原则终于恢复了它的本意。也就是说,行政机关所做的具体行为(而不是行政立法)是否需要法律依据的问题成了法律保留原则的指向领域,例如给付型具体行政行为法律授权问题就是法律保留原则的关注重点。^[68]

2.更为严格的授权原则

需要特别指出的是,战后德国发展出了一项更严格的授权原则——议会保留(Parlamentarvorbehalt)。议会保留原则虽以法律的法规创造力原则为前提,但是它的“升级版”。具体而言,法律的法规创造力原则虽要求一切具有普遍约束力的抽象规范划归法律的专属事项,但法律可以通过授权将这种权限授予行政机关从而形成授权立法(即法规命令)。然而,议会保留原则却是在讨论哪些事项应该由法律自己来规定,换句话说,授权行政立法也被禁止了。因此,议会保留原则在默认行政机关没有自主行政立法权的基础上对授权立法也进行限制,是法律的法规创造力原则的“升级版”。^[69]

现今德国已经形成了两个层级的授权规则。第一个层级的授权规则关注哪些事项需要法

[64] 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59页。

[65] Vgl. Fritz Ossenbühl, Gesetz und Recht, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 3. Aufl., 2007, S. 135ff.

[66] 参见(日)芦部信喜:《宪法》,林来梵等译,北京大学出版社2006年版,第258页。

[67] 参见盐野宏,见前注[35],第36、61页。

[68] 参见盐野宏,见前注[35],第49页;毛雷尔,见前注[64],第112页。

[69] 毛雷尔虽在其著作《行政法学总论》(第12版)的法律保留原则一节中提到议会保留,但他是在探究法律保留原则中“法律”一词的定义时提到议会保留的。讨论哪些事项应当由法律(狭义)自己来规定是抽象规范层面的保留问题,因而议会保留是法律的法规创造力原则的“升级版”。另外,毛雷尔也认为重要性理论必须要在议会保留的框架下论述(而不是法律保留)。参见毛雷尔,见前注[64],第108、111页。

律或授权行政立法加以规定;第二个层级的授权规则关注哪些事项必须由法律亲自规定(不允许授权立法)。^[70] 不过,这两种授权规则都是以法律的法规创造力原则为前提的,即所有的行政立法都必须获得法律授权(《基本法》第80条第1项)。

四、对我国公法的现代意义

上文通过考察德日两国的公法学说与论争,厘清了法规、双重法律、法律的法规创造力、法律保留等关键概念。可以说正是因为这些学说自身存在的模糊性和争议性,才使得后人在继受过程中遇到了种种理论上的阻碍,因而王贵松教授文章中对这些概念的理解偏差也恰恰是迈耶学说自身的模糊性所造成的(这一点德日两国也同样如此)。本文依据原典对这些学说和概念进行的彻底梳理,首先有着正本清源的意义。

立足于本国法的问题意识从而借鉴外国法的做法,这是比较法研究的通常手段。对此,王贵松教授主张引入法律的法规创造力原则,将人大立法事项逐步扩大到普遍性规范,限制甚至废除国务院的职权立法,并通过对现行《宪法》《立法法》等实定法的解释提供了这一观点的规范依据。^[71] 也就是说,王贵松认为法律的法规创造力原则对我国公法的现代意义主要体现在法律与行政立法的关系层面,并提出了自己就这两者关系的主张。笔者并不反对他的这一见解,但以上这些德日两国的学说和论争所带给我国的启示应当首先是一个正确处理狭义法律、广义法律、具体行政行为三者关系的逻辑分析框架,王贵松教授的上述观点应当是属于该分析框架下的一种学说。以下将按照层层递进的方式就此予以分析。

(一)抛弃概念混乱的法律保留原则

上文可以看到,“什么是法律的法规创造力原则”与“什么是法律保留原则”这两个问题是紧密结合在一起的,前者的定义缺失直接导致了后者的概念模糊。事实上,我国法律保留原则的含义就是混乱的。^[72] 例如,有学者明确认为法律保留原则就是用来解决立法权权限分配问题的,换句话说,即行政立法的法律保留。^[73] 还有的学者不拘泥行政立法这种行为形式,

[70] 需要注意的是,德国学界近些年来已经将法律保留与议会保留划上了等号。例如,在毛雷尔《行政法学总论》第17版中,他将具体行政行为的抽象规范授权问题称为传统意义上的法律保留,并认为新时代的法律保留基本与议会保留同义(即哪些事项必须由法律亲自制定,禁止授权立法)。为区分新旧两种法律保留,毛雷尔将旧法律保留称作“法规保留”(Rechtssatzvorbehalt)。Vgl. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009, § 6, S. 118f. 但不管学者使用怎样的术语,其背后的思路是一致的,即存在两个层级的授权规则。同样的观点,参见邓毅:“德国法律保留原则论析”,《行政法学研究》2006年第1期,第17—23页。

[71] 参见王贵松,见前注[1],第125—129页。

[72] 有学者指出过此类情形,参见门中敬:“论宪法与行政法意义上的法律保留之区分——以我国行政保留理论的构建为取向”,《法学杂志》2015年第12期,第24页。

[73] 罗豪才等,见前注[6]。

概括性地认为法律保留是所有行政行为与法律的权限分配原则。^{〔74〕}更有学者干脆将该原则一分为二,区分抽象行政行为的法律(狭义)保留与具体行政行为的法律(广义)保留,对其进行分开论述。^{〔75〕}

事实上,法律保留原则的定义混乱也和我国公法自身的结构和现状息息相关。具体来说,我国尚存在不需要依据法律的自主行政立法(职权立法),迨耶的法律的法规创造力原则并未确立,因而他所提倡的法律保留原则根本不起作用。如果按照法律保留原则的原意去处理“具体行为与狭义法律的授权关系”,那么就会与“行政立法和狭义法律的授权关系”逻辑上重合。

即使有学者意识到这一点而将法律保留区分为“具体行政行为的广义法律保留”和“行政立法的狭义法律保留”两种情形,可这两种情形能够用一个原则来阐述吗?前者的保留范围和后者的保留范围显然不具有同一性。况且,“哪些规章需要法律、行政法规的依据”就无法包含在这种分析框架中。

因此,德国法上的法律保留原则不适用于我国,在讨论我国公法的授权规则时首先应当抛弃这一概念。

(二)否定行政规范性文件的普遍约束力

1. 存在的问题

“法”与“非法”的区分问题看似老生常谈,但实际并没有得到解决。这一区分问题如果得不到解决,构建我国公法自己的授权规则就会失去前提。如果一种规范缺乏法律规范的授权但拥有法律效力,那么授权规则的意义何在?现实中,问题的关键就在于行政规范性文件(或称其他规范性文件)。

我国学界对什么是法律规范(广义法律)至今存在疑问,无法有效处理行政立法与行政规范性文件的区分问题。目前通行做法是将其归入“非法”的范畴,不承认它属于法律规范,^{〔76〕}这点也与实定法的态度相一致。然而,既然规范性文件不属于法律规范,为何学界一开始就在概念界定中宣称行政规范性文件具有普遍约束力呢?^{〔77〕}当然,学界所谓的这种普遍约束力也许是指对公民的约束力,并不包含法院。也就是说,行政规范性文件对公民具有普遍约束力,但是对法院没有约束力,法院拥有所谓“选择适用权”。^{〔78〕}但如此一来,规范性文件与规

〔74〕 参见胡建淼:《行政法学》,法律出版社2015年版,第48页;余凌云:《行政法讲义》,清华大学出版社2014年版,第76页。

〔75〕 参见叶必丰主编:《行政法与行政诉讼法》,中国人民大学出版社2011年版,第15页;章志远:《行政法学总论》,北京大学出版社2014年版,第96页。笔者认为,这种区分两种法律保留的观点可追溯至陈新民教授。参见陈新民,见前注〔4〕,第34页。

〔76〕 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社2016年版,第177页。

〔77〕 参见周佑勇,见前注〔6〕,第113页;罗豪才等,见前注〔6〕,第169页。

〔78〕 例如,叶必丰教授认为规范性文件对不特定公众的约束力“几乎并不存在争议”。参见叶必丰:“行政规范法律地位的制度论证”,《中国法学》2003年第5期,第71页。

章的地位根本区分不了,两者不都是对公民有约束力,对法院没有约束力吗?^[79]因此,如果学界承认行政规范性文件对公民的普遍约束力,那么它与规章的区别就变得非常模糊了。^[80]对此,甚至有学者主张应当正面承认行政规范性文件的法源地位。^[81]

2. 理论应对

基于以上种种问题,下文将根据法律的法规创造力原则的基本原理,梳理规范性文件和规章的性质问题。

首先,内容的普遍性不等于效力的普遍性。德日两国正是因为忽视了这一点,才使得奥托·迈耶的法律的法规创造力原则变得如此模糊。事实上,在法规命令与行政规则的区别问题上,两国依然在很长一段时间将内容的要素与效力的要素交织在一起,使行政内部规范变得难以和行政立法相区别。^[82]经过漫长的探索,一种观点在两国取得了多数说的地位——学界不应当关注行政机关是否可以制定某类行政规则的问题,而应当关注行政规则的效力问题。换句话说,行政机关可以自由制定内容上普遍、涉及不特定公众权利义务的规范,但若这种规范没有法律授权就应该否定它的法律效力(普遍约束力)。^[83]这一结论和迈耶的法律的法规创造力原则的含义完全一致。

其次,什么叫做普遍约束力?上文提到,日本学者森田宽二敏锐地意识到法律的法规创造力原则与司法权深刻相关。也就是说,迈耶为了说明法律对行政权和司法权的绝对约束力而使用法规一词,因而如果一种规范属于法规,那么它就不仅仅约束行政权,更是对司法权有绝对约束力。“如果法规不能一直约束所有执行权,那么法规是没有保障的。整个司法权和行政权仅仅是执行权的不同部分。”^[84]迈耶认为只要一项法规没有被有权机关废除,那么执行权下属所有机构(包括法院)都有义务执行这项法规,否则就是违法。^[85]

[79] 参见姜明安,见前注[76],第501—504页。

[80] 2015年《行政诉讼法》第63条第3款沿用旧法对规章称“参照”,同法第53条、第64条对行政规范性文件的措词是“审查”,且第53条第2款特别强调审查的对象不包括规章。乍一看用词的不同似乎明确了规章和行政规范性文件之间的地位差别,但正如有学者指出的那样,“参照”一词本身就有附带审查的意思,法院必然会通过审查规章的合法性来决定是否参照规章。参见姜明安:“对新《行政诉讼法》确立的规范性文件审查制度的反思”,《人民法治》2016年第7期,第12页。

[81] 参见金自宁:“再论其他规范性文件的法源地位”,载胡建森主编:《公法研究》(第8辑),浙江大学出版社2010年版,第115—131页。

[82] 朱芒教授在判断“行政规定中的法律规范”时,依然将内容要素与效力要素交织在了一起。参见朱芒:“论行政规定的性质——从行政规范体系角度的定位”,《中国法学》2003年第1期,第44页。

[83] 德国法的状况,Vgl. Eberhard Schmidt-Assmann, Die Rechtsverordnung in ihrem Verhältnis zu Gesetz und Verwaltungsvorschrift, in: Eberhard Schmidt-Assmann (Hg.), Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung: Aufsätze 1975—2005, 2006, S. 141ff. 日本法的状况,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115—146页。

[84] Mayer(Fn. 3), S. 80. 参见迈耶,见前注[3],第84页。

[85] Mayer, a. a. O., S. 80. 参见迈耶,见前注[3],第85页。

因此,法律的法规创造力原则给出了这样一个启示。何所谓法规的普遍约束力?那就是对公民和执行权的双重约束。换句话说,只要一种规范属于法规(拥有普遍约束力),那么行政机关、法院、公民三者都将没有差别地受到这种规范的绝对约束。更进一步说,就像行政机关没有拒绝适用法规的权力一样,法院同样没有拒绝适用的权力,真正意义上的约束力也正应当如此。在我国,哪些法律规范是绝对禁止人民法院审查的呢?从中央层面来说,毫无疑问是法律和行政法规(《行政诉讼法》第63条第1款),因而拥有迈耶所说的法规效力,绝对约束公民、行政权和司法权的也仅仅是法律和行政法规。

再次,既然承认行政规范性文件不属于法律规范,那么就必须在规范层面上严格否定它的普遍约束力。承认规范性文件对公民的普遍约束力是危险的,这从本质上模糊了法的概念,不仅使得“法”与“非法”的教义学区分变得没有意义,也不符合《立法法》等实定法规定。虽然行政规范性文件对公民事实上的约束力乃至外部化效果等一直以来被学界所重视,但即使事实层面上存在这样的现象也并不代表学界可以在规范层面上将其正当化。从这一意义上说,所谓“行政自我约束原则”的思路是正确的。^[86]

最后,明确了以上几点,行政规范性文件的地位问题应当较为清晰了——行政规范性文件是一类内容上普遍、抽象,但并不具有普遍约束力的规范,因而不属于法律规范。它是行政机关的自我约束,但对公民和法院没有普遍约束力。规范性文件与具体行政行为一样完全是人民法院的审查对象。类比而言,就像民法中的合同一样,合同中的条款与当事人的行为都是法院的审查对象,尽管前者在合法有效的情况下会被认定为后者的合法性依据。^[87]然而,可以说合同条款是民法的法源、具有普遍约束力吗?这显然是荒谬的。

再来谈谈规章。根据上述逻辑,规章至少从对法院的约束力角度看不符合迈耶所说的法规。不过,《立法法》既然将规章纳入了立法概念的范畴,那么规章具有法源地位,属于法律规范应当是没有疑问的。它与行政规范性文件真正的区别在于,如果行政机关没有依照规范性文件做出具体行政行为,法院对此可以评价为违法也可以评价为合法;如果行政机关违反规章做出具体行政行为,法院只能对此评价为违法。因为规范性文件不是法(行政自我约束),而规章属于法的范畴,对公民、行政机关产生法律效力,不依规章行政属于违法。^[88]

[86] 参见黄宇晓:“高等教育政策的规范效力与法治化路径——兼论《‘放管服’意见》的落实形式”,《高校教育管理》2017年第4期,第39—40页;熊文钊、张伟:“行政自我拘束原则之初步研究”,载应松年、马怀德主编:《当代中国行政法的源流》,中国法制出版社2006年版,第269页。

[87] 金自宁教授也举了同样的例子,尽管她的结论与本文相反。参见金自宁,见前注[81],第128页。

[88] 依照规章做出的具体行为是否像依照规范性文件做出的具体行为那样,法院对其可以评价为合法也可以评价为违法呢?在我国,法律和法规拥有绝对效力,根据法律的法规创造力原则的基本思想,对有法律、法规授权依据的规章人民法院不得拒绝适用,其关键正是在于授权。也因此,拥有法律、法规授权的规范性文件应当认定为实质意义上的行政立法,不应该再纳入规范性文件的范畴。参见姜明安,见前注[76],第175页。

(三)构建公法上三层级授权规则

摒弃我国学界狭隘的法律保留(行政立法的法律保留)思想,借鉴拉班德、迈耶的思想乃至战后德国的议会保留,结合我国公法的实际状况,完全可以构建出我国自己的公法授权规则。本文将其称为“三层级授权规则”。

1.第一层级授权规则

第一个层级的授权规则是具体行政行为与抽象法律规范之间的授权规则。正因为过去学界对法律保留原则的理解误区(行政立法的法律保留),从而使得具体行为与法律规范之间的关系变得不甚明确。也就是说,若行政机关不依据法律、法规和规章,对相对人做出了一个具体行为,应当如何去评价呢?例如,某级政府在没有法律规范依据下,直接对某一相对人给予金钱奖励、补贴减免、授予荣誉,又或者做出了一些性质模糊的具体行为(设置监控、无差别安检、教育学科评估、开据证明等),应当如何评价?对此,学说并不明确,^[89]对这一问题的研究也可谓少之又少,并没有过多的重视。^[90]

因此,贯彻依法行政的首要任务就是讨论第一层级的授权规则,即哪些具体行政行为至少应当有一个法律规范作为基础的问题。此外,由于这个层级的授权模式是抽象规范对具体行为的授权,因而应当注意到组织规范授权与行为规范(根据规范)授权的区别。具体行政行为所依据的抽象规范应当是行为规范,通过设定要件和效果赋予行政机关行动的依据,仅仅从组织法中推导出来的授权并不足够。^[91]

2.第二层级授权规则

第二个层级的授权规则是抽象法律规范相互之间的授权规则。这也就是我国学界传统上探讨的法律保留,即法律、法规、规章三者之间的权限分配问题。我国《立法法》《行政处罚法》《行政许可法》等法律对此有许多明确规定,学界也有充分讨论,王贵松教授文章中对限制甚至废除国务院职权立法的观点也正是第二层级授权规则下的学说主张。在此不再详细展开,但应当注意两点。

第一,需要重视《宪法》第58条和《立法法》第7条第1款的解释学作用。过去我国学界在讨论人大立法和行政立法的关系问题时,往往直接开始列举《立法法》《行政处罚法》等法律中

[89] 多数学者认为影响相对人权益,增加其义务的具体行为需要法律规范依据。参见章剑生主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社2014年版,第27页;余凌云,见前注[74],第79页。也有学者认为所有的行政行为都需要法律规范的依据。姜明安,见前注[76],第67页;叶必丰,见前注[75],第16页。

[90] 就这一问题过去学界主要有两种处理方式。第一种如上文所述,将法律保留原则中的“法律”理解为法律规范,使具体行为与广义法律的关系纳入其调整范畴,对此进行探究。叶必丰,见前注[75]。第二种方式是坚持法律保留原则中“法律”的狭义理解,运用其他新概念来阐述具体行为与广义法律的关系,例如杨登峰教授使用了行政法定原则这一术语。参见杨登峰:“行政法定原则及其法定范围”,《中国法学》2014年第3期,第91—110页。

[91] 持同样观点的,参见李洪雷:《行政法释义学:行政法学理的更新》,中国人民大学出版社2014年版,第73页。

的具体规定,忽视上述条款中“国家立法权”的解释问题。如果将“国家立法权”简单解释为狭义上的法律制定权,则不仅会使得这些规定成为同义反复,^[92]也更不利于法教义学的发展。重视实定法上简短词汇的解释学意义,既通过解释演化出庞大的学说理论,又使得学说理论获得实定法的正当基础——这正是拉班德开创双重法律概念理论的思路。今后我国学界在讨论哪些行政立法需要法律授权时,是否也可以借鉴这样的思路呢?答案应当是肯定的。可以说《宪法》第58条和《立法法》第7条1款蕴含着巨大的解释空间。

第二,由于这个层级的授权模式是抽象规范之间的授权,因而也应当注意到具体授权和实施细则之间的区别。《宪法》《立法法》上所说之“根据”“依据”是何含义?到底是在要求上位法对下位法具体、明示的授权,还是仅仅要求某一事项只要存在上位法,下位法就可以制定实施细则(执行细则)?学界存在争议。^[93]实践中的一般做法是,若《立法法》提到“授权”字眼时,才是要求上位法对下位法的具体授权(如《立法法》第10条);相反,“根据”“依据”等仅仅是指实施细则而已。^[94]毕竟,如果没有上位法具体条款的明确授权,仅仅利用实施细则就可以制定创制性规范的话,那么这和职权立法根本就没什么区别。因此,这一问题还需要今后予以充分研究和明确。

3.第三层级授权规则

第三层级的授权规则是狭义法律本身的授权规则。这一层级的特点是禁止授权,仅关注哪些事项应当由狭义法律(人大立法)本身来制定,不可以授权任何其他下位层次的规范。这也就是我国学界所称的绝对保留。通说认为《立法法》第9条体现了这样的思想。^[95]

我国法上的绝对保留和德国法上的议会保留是否同义呢?这是一个理论上可以探讨的问题,但实践中绝非如此。试问,当法律在对绝对保留事项进行第一次立法以后,下位法是否可以对其制定实施细则?答案显然是肯定的。^[96]我国《立法法》第9条禁止的是其他抽象规范对绝对保留事项的第一次立法,并没有明确禁止其他机关对第一次立法制定实施细则,因而与德国的议会保留并不相同。这进一步凸显了实施细则这一立法类型所存在的问题。学界今后

[92] 我国现行《宪法》第58条和《立法法》第7条第1款规定:“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权”。如果把此处所称之“国家立法权”解释为狭义上的法律制定权,再把狭义上的法律解释为全国人大及其常委会制定的规范性文件,那么这一条文就变成了“全国人大及其常委会行使制定全国人大及其常委会制定的规范性法律文件的权力”。试问,这难道不是同义反复吗?参见胡锦光、韩大元:《中国宪法》,法律出版社2007年版,第375页;姚建宗主编:《法理学》,科学出版社2010年版,第58页。

[93] 参见王锴:“论法律保留原则对行政创新的约束”,载胡建淼主编:《公法研究》(第5辑),浙江大学出版社2007年版,第279—280页。

[94] 现行《立法法》认为没有法律、法规依据,规章不得涉及侵害性规定(第80条第2款),但是这里所谓的“依据”也依然是实施细则的概念而已,现实中也是这么做的。可参见《气象信息服务管理办法》等。

[95] 参见罗豪才等,见前注[6],第30页。

[96] 若不这么解释,那么现实中的某些做法是值得商榷的,例如《全国人民代表大会常务委员会关于授权最高人民检察院在部分地区开展公益诉讼试点工作的决定》。

应当严格区分实施细则和授权立法,并探讨如何限定前者的权限范围,^{〔97〕}从而避免法律授权规则的空洞化。

不管怎样,以上这三个层级的授权规则各自有各自的所管领域和适用范围,必须吸取德日两国的教训,不宜将三者混淆起来,应当对其区分对待、分层讨论。

Abstract: Before the Second World War, Germany confused the theory of double concepts of law advocated by Paul Laband with the principle of reservation of law advocated by Otto Mayer, and dealt with the distribution of legislative powers. The “legal norms—creating force of law”, the most important principle of Mayer’s administrative law, was neglected in the Republic of Weimar and disappeared from the system of administrative law dogmatic. After the Second World War, Japanese academic circles had debates about the original intention of the principle of legal norms—creating force of law and its relation with the principle of reservation of law. It is found through analyzing that the principle of legal norms—creating force of law is a judgment principle about legal effect, and it is not the same as the theory of double concepts of law. At the same time, it is meaningless for us to discuss the principle of reservation of law in the event where the principle of legal norms—creating force of law has not been established. A complete combing through the theories and concepts bears the significance of clarifying matters and getting to the bottom of things. Our academic circles should draw on those important thoughts, abandon the principle of legal reservation which has a confusing concept, and construct our own three—level authorization rule of public law on the basis of denying the general binding force of administrative normative documents.

Key Words: Legal Norms—creating Force of Law; Double Concepts of Law; Legal Norms; Reservation of Law

(责任编辑:章永乐)

〔97〕 日本法上并不否认执行细则,但对其权限有严格的限定。实定法规定执行细则不得制定侵害性条款(日本《内阁法》第 11 条、《国家行政组织法》第 12 条),而学说则进一步认为执行细则的内容不可以涉及权利义务规范。参见盐野宏,见前注〔35〕,第 61 页。德国法上由于《基本法》第 80 条的存在,因而不存在执行细则。