

立法应当是抽象的吗？

黄宇骁*

摘要 抽象、普遍或一般等词的区别仅是用语喜好问题，实际指代了立法的效力范围不特定性与权利义务未完结性两大特征。只要不满足这两大特征的任何一种，都可以称之为具体法或个别法。“立法应当抽象”并非具有普适性。法国是立法抽象性思想的发源地，其理由是平等原则。德国直到魏玛后期才产生了以抽象性教义制约立法权的主张，其主要目的是维护权力分立。立法的抽象性从来就不是英美法上的传统与要求。通过分析我国实定法规范与事实可以看到，针对特定人、特定事项等的效力范围特定性立法具有正当性，无需对其特别约束。只有出于对作为公民基本权利的程序权保障，在制定侵害性质权利义务完结性立法时，才应当检验其合宪性。

关键词 抽象规范 法的一般性 立法 行政保留 普遍约束力

一、问题的提出

根据我国通说，所谓法或广义的法律是指由国家制定或认可的，由国家强制力保证实施的规范，〔1〕但从这一定义来看，行政行为（狭义，下文同）和司法判决似乎也属于法律的一种。当然，主流教科书对此持否定态度，将定义中的“规范”理解为抽象规范或普遍规范，经典的表述是这种规范针对不特定人、不特定事项、可以反复适用。〔2〕然而，难道我国立法中不存在

* 上海交通大学凯原法学院助理教授。本文是教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“公法争议与公法救济研究”（项目编号：16JJD820001）的阶段性成果。

〔1〕 例如，参见杨解君：《行政法与行政诉讼法（上）》，清华大学出版社2009年版，第81页；沈宗灵主编：《法理学》（第4版），北京大学出版社2014年版，第25—27页。

〔2〕 例如，参见沈宗灵，见前注〔1〕，第26页；葛洪义主编：《法理学》（第3版），中国政法大学出版社2017年版，第72页。

具体或个别规范吗?

例如,《国旗法》第2条:“中华人民共和国国旗是五星红旗。”该条至少针对了特定事项。又或者《青岛市民用机场净空和电磁环境保护管理办法》第5条第2款:“中国民用航空青岛空中交通管理站……协同青岛国际机场集团有限公司……做好民用机场净空和电磁环境保护工作。”该条更是直接针对特定对象发布的。再例如全国人大及其常委会制定的诸多立法性决定并非可以反复适用。^{〔3〕}在我国立法中,尽管抽象规范占了大多数,但上述实例也不胜枚举。

然而,法理学和公法学界却没有对实务中这些矛盾现象进行过多追究,有限讨论几乎都认可“立法应当抽象”,制定非抽象的立法似乎是违反学理的。^{〔4〕}学界对此存在少数质疑。^{〔5〕}值得注意的是,我国现行法上并没有任何条文对立法的抽象性提出明确要求。虽然《宪法》第58条、《立法法》第1条都涉及“立法”词汇,但法律不仅没有进一步定义,学界也极少对这些条款进行解释学分析。^{〔6〕}如果有权机关制定了非抽象立法,如制定“没收张三财产法”“授予甲公司专卖许可法”,很难说存在什么合法(宪)性问题。

笔者对此产生这样一个问题:立法应当是抽象的吗?无论是人大立法还是行政立法,是否应当避免出现违反抽象性的法条?下文将主要从三个方面对此进行探究:第一,明确抽象法、具体法的基本含义和分类;第二,澄清立法的抽象性是否属于普遍的传统和要求;第三,在比较法研究基础上,从规范与事实入手对我国“立法是否应当抽象”的问题作出回答,以期对学界与立法实务界提供一定参考。

二、何谓抽象、何谓具体

“立法是否应当抽象”的另一种表述即“立法是否可以具体”,本文在探求立法活动是否有抽象必要的同时,也是在探求非抽象性立法(具体法)的容许性问题。何谓抽象、何谓具体是本文最先需要明确的,也是后续立论的基础。

(一)抽象的三种解释模式

对抽象与具体之分较为熟悉的应当是行政法学界,而法理学界却似乎更频繁使用“普遍”

〔3〕 例如,全国人大常委会发布的批准决定、授权决定,设定(机构)的决定都是一次性适用的。参见金梦:“立法性决定的界定与效力”,《中国法学》2018年第3期,第153页。本文将立法性决定视作法的一种表现形式,只是不是法律(狭义)而已。

〔4〕 参见谢雄军、欧爱民:“个案法律之禁止原则及其适用方案”,《湖南社会科学》2011年第3期,第82—85页;刘风景:“法治的阿基米德支点——以法的一般性为中心”,《法学论坛》2013年第5期,第30—35页;戴津伟:“‘法的一般性’之要求与实践功能研究”,《江海学刊》2016年第6期,第152—160页。

〔5〕 参见陈鹏:“全国人大常委会‘抽象法命题决定’的性质与适用”,《现代法学》2016年第1期,第66页。

〔6〕 新近研究,参见门中敬:“‘立法’和‘行政’概念的宪法解释”,《政法论坛》2019年第5期,第44—53页;黄宇骁:“立法与行政的权限分配”,《法学家》2020年第1期,第47—63页。

或“一般”来指代法规范的这种基本性质。那么，抽象与普遍、一般是何关系？

第一种解释模式是行政法学传统教科书的定义，用抽象行政行为一词指代行政立法与其他规范性文件。归纳起来有三个要素：对象的不特定、反复适用、普遍约束力。^{〔7〕}而翻开法理学的教科书，所谓法的普遍性、一般性主要指的也是这三大要素。^{〔8〕}如此一来，抽象与普遍、一般应当是同义词。事实上，三者不加以区分是学界的多数态度，一些行政法学论著也使用普遍而不是抽象来形容规范性文件的特征。^{〔9〕}

第二种解释模式主要来自德国(包括日本和我国台湾地区)公法学上的主流分类。在德国教科书中，所谓“普遍规范”与“个别规范”区别就在于立法是否特别针对某一人物或团体；而“抽象规范”与“具体规范”的区别在于立法是否针对特定事项。当然，尽管对抽象与普遍作了上述区分，但实际使用较多的仍旧是“allgemein”(一般)一词，笼统指代立法对象与事项的不特定。^{〔10〕}

第三种解释模式是我国法院在行政诉讼司法解释和判例中呈现的。最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(2000年)对不属于受案范围、不可诉的行为进行了兜底描述，即“对权利义务不产生实际影响的行为”。换言之，这种行为不属于旧《行政诉讼法》上所称的具体行政行为。该思路一直延续至今，即便新《行政诉讼法》删除了具体行政行为的概念，但2018年最高人民法院发布的新司法解释依然将“对公民权利义务不产生实际影响”作为不可诉行为的兜底描述。此外，自《行政诉讼法》实施以来，判例实际呈现出了一种趋势，即逐渐舍弃“涉及人数是多是少、涉及事项是否特定、是否可以反复适用”的判断标准而转向权利义务判断标准。^{〔11〕}所谓权利义务标准。即以“是否直接拘束相对人权利义务，产生法律效果”为标准判断被诉行为是否具备具体性。如此一来，我国司法实务似乎并没有拘泥于学界对抽象与具体的区分标准，将具体理解为直接影响当事人权利义务，而抽象则意味着尚未实际影响当事人的权利义务。

(二)效力范围与权利义务的区分

从学界和实务界对抽象与普遍、一般等词的理解差异来看，用一个词汇笼统概括立法通常具备的所有特质是不够的，有必要进行内部精细化作业。下文将撇开词语用法，直接检讨这些词语原本应当描述的立法特性。

〔7〕 例如，参见罗豪才、湛中乐主编：《行政法学》(第4版)，北京大学出版社2016年版，第145页。其他规范性文件是否属于法的范畴并非本文讨论范围。

〔8〕 参见沈宗灵，见前注〔1〕，第26页。

〔9〕 参见姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》(第7版)，北京大学出版社2019年版，第172页。

〔10〕 Vgl. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, S. 735 f. 参见王贵松：“论法律的法规创造力”，《中国法学》2017年第1期，第115页。

〔11〕 相关判例与原理分析，参见陈越峰：“中国行政法(释义)学的本土生成——以‘行政行为’概念为中心的考察”，《清华法学》2015年第1期，第29—32页；黄宇晓：“行政诉讼受案范围与原告资格关系之辨”，《政治与法律》2021年第2期，第109—113页。

1. 效力范围的不特定性

当我们在说某种规范抽象、普遍或一般时,实际上首先指的应当是立法效力范围不特定的问题。^[12] 对此可以区分为如下四类。

第一,对象范围的不特定。所谓对象范围,就是“立法针对谁”。通常情况下,法律往往并不会指名道姓地针对任何自然人、法人或非法人组织。例如,《环境保护法》第43条就是典型的针对不特定对象的法律规范,任何现在或今后可能“排放污染物的企事业单位”都“应当按照国家有关规定缴纳排污费”,落在了法律效力的可及范围,因而具有普遍性(抽象性)。

第二,事项范围的不特定。法律往往对事项进行笼统的描述,并不直接指代某一具体特定事件。刑法是较为典型的例子,例如《刑法》第232条规定“故意杀人的”处以一定档位的刑罚,而“情节较轻的”则处以相比较轻的刑罚。该法条虽然列举了“故意杀人”和“故意杀人但情节较轻”两类事项,但这是一种不特定的概括性描述,并非列举现实中某一具体杀人案件,而是未来符合上述两类描述的所有可能事项都处于该立法的效力射程内,因而可以反复适用。

第三,时限范围的不特定。一般来说,立法一经公布便处在面向未来的无限期适用状态中,何时废止是一个不确定事件,依赖于未来的立法与民主过程。在这种意义上,法的普遍性特征实际也是常见的,我国一般情况下的立法如《刑法》《民法典》等都没有设定适用的任何时限,而是一经公布便在未来一个不确定的时间段内适用。然而,例外情况也是大量存在的。例如《北京奥运会及其筹备期间外国记者在华采访规定》第9条规定:“本规定自2007年1月1日起施行,2008年10月17日自行废止”,因而这是一个典型的时限性立法。

第四,地域范围的不特定。我国立法按效力可及范围可分为全国范围立法(狭义法律、行政法规、部门规章等)、省级范围立法(省级地方性法规、省级政府规章等)、市级范围立法(市级地方性法规、市级政府规章等),各自级别立法应当在各自级别范围内具有约束力。然而,现实情况却并非如此简单明了。例如,具有全国性范围效力的立法实际往往只是针对某一特定地域适用,换言之不具备地域意义上普遍约束力的情况较为常见。其中,全国人大及其常务委员会的立法性决定较为典型,虽是中央机关但其决定经常具备地域特定性的特征,并不是全国一致适用,例如《全国人民代表大会关于授权厦门市人民代表大会及其常务委员会和厦门市人民政府分别制定法规和规章在厦门经济特区实施的决定》。此外,国务院行政法规《汶川地震灾后恢复重建条例》也是一部以中央立法形式制定的地域限定性立法,实际主要仅在汶川灾区适用,并不具备全国性普遍约束力。

2. 权利义务的未完结性

立法的抽象性的第二层含义是这种立法尚未完结权利义务。我国行政诉讼司法实务的发展似乎更偏向这种理解。对此情况,日本古典公法权威学者美浓部达吉很早就进行了说明,他说:“有时候立法制定一般性的规范但却不抽象……立法并不需要后续的行政行为就直接规

[12] 参见刘风景:“一般性立法的精神与坚守”,《江海学刊》2016年第3期,第132页。

定具体事件。”^{〔13〕}从这句话来看，美浓部实际就权利义务或法律阶段对立法进行了两类划分：

第一类是两阶段权利义务完结型，必须存在“立法+行政行为”或“立法+司法行为”才能彻底完结权利义务，换言之必须要两个阶段才能具体确定法律所涉对象的权利义务。如《刑法》（立法+司法行为完结权利义务）以及大部分的行政法律规范（立法+行政行为完结权利义务）等都属于此类。经典行政行为法律效果理论认为，行政行为是一种设定、变更、消灭或确认权利义务的行为，这种对权利义务关系的调整性是行政行为的构成要件之一。^{〔14〕}从本文的视角来看，针对尚未完结权利义务的法律、法规与规章，大部分行政行为的确都具备这一效果——设定、变更、消灭或确认所涉对象的权利义务。

第二类是单阶段权利义务完结型，即单靠立法本身就可以完结权利义务，后续已经没有或不需要再有其他国家行为具体化了。换言之，从立法公布的那刻起，不管法律效力对象的多寡，他们的权利义务实际上就已经确定。美浓部为此举了两个例子——出版法规定“没有登记就禁止出版”和选举法规定“年满 20 周岁拥有选举权”——这两项规定直接完结了整个权利义务，只要落入“没有登记”或“年满 20 周岁”清晰要件范围内就直接产生了具体而确定的法律效果，根本不存在或不需要后续的行政行为或司法判决来补充或具体化权利义务。^{〔15〕}比方说对未履行登记就出版著作物的公民甲来说，此时出版法就已经确定了他的权利义务（立法直接课予其不能出版的义务），即便后续行政机关针对甲作出了停止出版命令或行政处罚，但停止出版命令仅是对权利义务关系的再次明确而不是再次调整，^{〔16〕}行政处罚是对先行义务违反的制裁，并不是补充先行权利义务关系。

需要补充的是，针对不特定对象（往往是一个庞大范围）直接完结其权利义务的行为，是行政法学上的典型概念“一般处分”。^{〔17〕}例如火车票价上涨决定、某区域集体搬迁命令等，这些行为尽管涉及对象成千上万，但确实是直接完结了对对象的权利义务。在我国，一般处分概念并未引起过多重视，但上文也提及，我国司法实务既然已采用实际影响权利义务的判断标准，那么这种对象虽不特定，但权利义务已确定的行为当然应当纳入行政行为范畴的。然而，如果一般处分是以立法的形式公布，就是此处所称的单阶段权利义务完结型立法了，实际上就是一种“披着立法外衣的行政行为”，也就是从形式上看是法律、法规和规章，但实质内容却是一般处分。

因此，依据“是否单靠立法本身就能够完结权利义务”这一标准可以对抽象和具体进行第

〔13〕（日）美濃部達吉：《行政法序論》，有斐閣 1948 年版，第 5 頁以下。

〔14〕 参见叶必丰：《行政行为原理》，商务印书馆 2019 年版，第 198 页。

〔15〕（日）美濃部達吉：《日本行政法上卷》，有斐閣 2001 年版，第 9 頁以下、115 頁、924 頁以下參照。

〔16〕 因而行政行为并不都是在调整权利义务。（日）太田匡彦：“行政行為——古くからある概念の、今認められるべき意味をめぐって”，公法研究 67 号（2005 年）238 頁參照。

〔17〕 新近研究，参见胡建森、胡茂杰：“行政行为两分法的困境和出路——‘一般行政处分’概念的引入和重构”，《浙江大学学报（人文社会科学版）》2020 年第 11 期，第 90—106 页。

二层含义的解读:如果立法公布后必须依靠其他国家行为才能彻底完结权利义务,则可以称之为抽象;反之,如果不存在后续行为直接依靠立法就可以确定权利义务,则可以称之为具体。

(三)四种立法类型

我们在用抽象、普遍或一般等词形容立法时,实际描述了法的两种完全不同的性格特征——效力范围的不特定性和权利义务的未完结性。反过来说,只要某条立法的效力范围特定或已经完结了权利义务,那么都可以称之为具体法、个别法或非抽象性立法。不过,基于上述两种迥异的性质,现实立法往往会呈现一定程度上的交错,根据这种交错可以将所有的法律规范分为以下四种类型:立法类型 I、II、III 与 IV。

立法类型 I 是效力范围不特定、权利义务未完结的立法。这一类型在我国立法中占了绝大多数,民法、刑法、行政法等各部门法都通常既针对不特定对象、不特定事项、反复适用,又需要等待后续依法作出的行政行为 and 司法行为来完结对象的权利义务。这种类型的法律可谓是真正意义上具备了教科书中所称法的抽象性或普遍性。

立法类型 II 是效力范围特定、权利义务未完结的立法。这一类型的立法特征在于虽然指名道姓针对某一特定范畴(对象、事项、时限、区域),但仍属于权利义务未完结,需要等待后续其他的国家行为完结整个权利义务。例如,上文提到《青岛市民用机场净空和电磁环境保护管理办法》第 5 条第 2 款,该条虽然明确针对“中国民用航空青岛空中交通管理站”和“青岛国际机场集团有限公司”这两个特定团体,但是至于这两个团体如何“做好民用机场净空和电磁环境保护工作”依然是抽象的,需要后续行政的具体化完结权利义务。其他如《中国人民银行法》(对象特定)、《上海浦东机场综合保税区管理办法》(地域特定)、《北京奥运会及其筹备期间外国记者在华采访规定》(时限特定)、《世界博览会标志保护条例》(事项特定)等都是效力范围特定但权利义务未完结的例子。

立法类型 III 是效力范围不特定、权利义务已完结的立法。在我国法律规范中这一类型的立法实际并不少见,表现形式往往是对象不特定但立法直接完结了权利义务。例如《宪法》第 34 条前半句规定“中华人民共和国年满十八周岁的公民……有选举权和被选举权”,该法条所指对象广泛程度数以亿计,但却属于一条明确(受益性的)完结权利义务的规范——根据这一规定,所有年满十八周岁的公民都自动拥有选举权和被选举权,已经不需要后续的行政行为或司法行为再来一一就某个特定公民是否享有这两项权利进行判断了(后续选民登记是确认是否可以行使选举权,并非判断是否享有选举权)。此外,北京市五环以内禁止燃放烟花爆竹的规定(《北京市烟花爆竹安全管理规定》第 14 条第 1 款)也属于这类的典型——立法直接针对所有五环以内的居民下达了明确的禁止命令,不存在或不需要后续行政行为具体化,对公民违反该义务的行政处罚实际是新的制裁行为。

立法类型 IV 是效力范围特定、权利义务已完结的立法。直接针对具体对象确定其权利义务的立法是彻底意义上的违反抽象性或一般性。理论上如果有权机关制定了“授予甲公司烟草专卖许可条例”或“允许张三与李四离婚法”等就是这一类的典型,但这在我国立法实践活动

中也许是难以想象的。然而，现实中全国人大及其常委会制定的一些立法性决定却也基本符合本类型。^{〔18〕}例如，《全国人民代表大会常务委员会关于设立上海金融法院的决定》规定“设立上海金融法院”，这样的规定既是针对特定事项，又直接确立、完结了权利义务，上海金融法院自该决定公布后（不需要后续任何行政行为进行补充）即刻可以挂牌成立，获得公权力机关（审判机关）的资格。

（四）小结

无论学界使用抽象、普遍还是一般等词，都仅是用语的喜好问题，实际重要的是这些词汇到底指代了哪些特征。根据效力范围是否特定、权利义务是否完结可将所有法律规范分为四种类型。其中，立法类型Ⅰ是真正意义上的抽象法，立法类型Ⅳ则是彻底的具体法，而立法类型Ⅱ、Ⅲ则是处于抽象与具体两者之间的中间形态。下文要讨论的是：是否应当排斥或是否可以容许立法类型Ⅱ、Ⅲ与Ⅳ的问题。

三、“立法应当抽象”是否具有普适性

抽象性立法不仅占了我国现实立法的绝大多数，“立法应当抽象”也是许多主流教科书的当然教义。然而，这是否属于不需要加以检讨的定论？本节将从源头上谈起，选择具有代表性的法、德和英美三大法律系统，试图从普适意义上考察立法的抽象性到底是不是诸近代法学渊源地的传统和要求。其中，所谓传统是考察实际做法（实存），所谓要求是考察学说主张（当为）。

（一）法国曾基于平等原则主张立法的抽象性

从结论上来说，法国是“立法应当抽象”思想的发源地，其理由是平等原则，但该主张在后来遭到抛弃。^{〔19〕}

1. 启蒙运动时期的学说

“立法应当抽象”的思想始于启蒙运动时期，最先追溯至孟德斯鸠，并且在卢梭那里得到了极其鲜明和具体的表述。首先，孟德斯鸠在《论法的精神》一书中认为立法权是国家的“一般”意志，执行权是这种意志的执行，这一观点已蕴含了“抽象——具体”框架。然而，孟德斯鸠的立法抽象性思想依然是不明确的，既没有进一步展开，实际也在该论著的其他地方有限肯定了以法律的形式发布司法判决。^{〔20〕}

启蒙运动时期最激烈而明确主张“立法应当抽象”的论者是卢梭。卢梭在其名著《社会契

〔18〕 人大决定权详细归类分析，参见孙莹：“论人大重大事项决定权的双重属性”，《政治与法律》2020年第2期，第25—38页。

〔19〕 （日）山本浩三：“一般規範としての法律概念”，同志社法学27卷3号（1975年）307页以下参照。参见黄宇晓，见前注〔6〕，第55页。

〔20〕 参见（法）孟德斯鸠：《论法的精神（上册）》，张雁深译，商务印书馆1961年版，第157、163页。

约论》中说：

我说法律的对象永远是普遍性的，我的意思是指法律只考虑臣民的共同体及其抽象的行为，而绝不考虑个别人以及个别行为。……总之，一切有关个别对象的职能都丝毫不属于立法权。……公意必须从全体出发，才能对全体都适用；并且，当它倾向于某种个别的、特定的目标时，它就会丧失它的天然公正性。^{〔21〕}

从上述表述可以明显看出卢梭著名的公意理论不仅是在强调法律来源的普遍性（人民主权），同样也强调法律内容的普遍性，并且断言任何违反普遍性的国家行为都不是立法，而是行政。后世学者考察卢梭立法抽象性主张的思想基础，认为卢梭出于对法国行政权过去个别行使肆意性的反思，因而创造公意理论倡导法律的平等和一视同仁，通过强调法律的美好从而实现行政权的优越。换言之，强调法律的抽象性是为了限制行政权。^{〔22〕}

2. 宪法典的实践

“立法应当抽象”的主张一段时期进入过法国实定法领域，成为规范要求。首先，载入1791年《法国宪法》的《人权宣言》第6条规定：“法律对所有人都一视同仁，无论是保护，还是处罚。法律对所有公民都一视同仁，使得所有公民有平等的机会获得各种荣誉和公职，除德行和才能外，无其他差别。”这里强调平等原则推导出立法应当抽象（效力范围的普遍）。其次，1793年《孔多塞宪法草案》第7编第2节第4条规定：“区别法律的特征在于其一般性与持续的无期限。”这里更明确说明了法的抽象性原理。最后，1795年《法国宪法》中《人权宣言》第6条规定：“法律是公民或者公民代表的绝对多数所表达的普遍意志。”卢梭公意理论的双重含义（法律来源与内容的普遍性）在此明确体现。

综上，“立法应当抽象”的主张一扫法国行政权过去的个别性、特权性和不平等性，不仅是当时耳目一新的学说主张，也渐渐进入法国实定法，成为一段时期的规范要求。^{〔23〕}

3. 后世的批判

尽管卢梭的法律抽象性思想被后世公法学者如埃斯曼（Esmein）和狄骥（Duguit）等人继承，^{〔24〕}但是随着公法权威学者马尔贝格（Malberg）以及迪贝卢（Dupeyroux）等人批判，这种“立法应当抽象”的主张在后世已沦为了少数说。^{〔25〕}在实定法上，“立法应当抽象”的立场自1799年《共和八年宪法》以后已不再采用。^{〔26〕}

〔21〕（法）卢梭：《社会契约论》（修订第3版），何兆武译，商务印书馆2003年版，第39、46—47页。

〔22〕山本浩三，见前注〔19〕，第312页参照。

〔23〕（日）玉井克哉：“国家作用としての立法”，法学教室2000年239号75页参照。

〔24〕埃斯曼甚至把设定期限的立法（临时法）也排除在立法概念之外。山本浩三，见前注〔19〕，第317页参照。

〔25〕相同论述，参见王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1989年版，第4页。

〔26〕（日）宫泽俊义：“立法・行政両機関の間の権限分配の原理”同《憲法の原理》，岩波書店1967年版，第151页参照。

以马尔贝格为代表的通说主要从三个方面反驳。第一，行政机关制定的行政立法也是抽象的，但并不能因此防止专制和肆意，关键是立法的来源而不是内容形式，只有民主才是防止专制的方法。第二，行政的全部就是法律的执行，永远是下位概念，立法作用与行政作用是有权力等级差别的上下序列关系，而不是机关与机关之间的分权制衡关系。只要不是对法律的执行，就都是立法权的范畴(包括制定非抽象规范)。第三，为了防止行政机关与法院对立法的肆意解释，立法更应当要具体。^[27]

(二)德国基于权力分立原理部分确立了立法的抽象性

德国的情况与法国有很大不同，直到《德国基本法》制定后德国才正式部分确立了立法的抽象原则，其理由是权力分立原理。

1. 古典公法：对行政权的制约

“立法应当抽象”的教义并没有像近代法国一样在德国古典公法学发挥重要影响。首先，从事实层面上来看，针对特定对象、特定事项、直接确定权利义务的立法行为在议会时代以前是较为常见的，例如团体设立、成年宣告、延缓债权催收、货币铸造、免除租税、采矿权许可乃至发明特许等，都是以个别法的形式由君主针对具体对象发布。也就是说，例如我们如今熟悉的“授予某人营业许可”这样的行政行为在当时反而普遍以立法的形式发布。另一方面，某一领域的统一规则往往是习惯法而非国家法令。当具体的国家法令与抽象的习惯法抵触时，国家法令优先。这正是“特别法优于一般法”法理的出处。^[28]

其次，在议会时代以后这种情况也一定程度得到了维持。一方面，议会从国王手中取得立法权后，为适应近代国家发展在各个领域不断制定统一的法律规则，因而抽象法大量增多，渐渐占据了主流。行政法学者奥托·迈耶(Otto Mayer)所谓适用抽象法律作出具体行为的行政行为概念正是基于这个时期的归纳总结。^[29]但另一方面，在统一性立法空白的领域，具体法继续发挥着它为抽象法做补充和应急的不可替代作用。^[30]

最后，事实层面上的这种现象也导致了第二次世界大战之前德国公法学界对“立法应当抽象”的教义并不关心。虽然当时德国学界立法与行政的权限分配理论较为发达，但“抽象规范只能由法律来制定”和“法律只能制定抽象规范”是完全不同的逻辑，所有的理论都不是在讨论后者即如何限制立法机关的权力。^[31]例如，迈耶提倡法律的法规创造力原则，主张一切抽象规范制定权收归议会从而否定自主行政立法，但是迈耶却没有主张议会不可以制定具体规范，

[27] 山本浩三，见前注[19]，第322页以下参照。

[28] 玉井克哉，见前注[23]，第75页参照。

[29] (日)塩野宏：《オット・マイヤー行政法学の構造》，有斐閣1962年版，第122页以下参照。

[30] 玉井克哉，见前注[23]，第75页参照。

[31] (日)玉井克哉：“法律の‘一般性’について”，芦部信喜先生古稀祝贺《現代立憲主義の展開 下》，有斐閣1993年版，第407页以下参照。

相反还予以承认——如《没收汉诺威国王财产法》。^{〔32〕}再例如,国家法学者拉班德、安许茨等人主张用权利义务事项标准而不是抽象具体标准处理立法与行政的权限分配问题,这更是基于承认立法可以制定具体规范基础上提出的。^{〔33〕}

2. 现代公法:对立法权的制约

第一个明确主张“立法应当抽象”的学者是卡尔·施米特。施米特在魏玛时代后期名著《宪法学说》中对法律的抽象性给予了高度评价,称之为“法治国的阿基米德支点”。施米特说:

只有当法律被视为一种普遍规范时,权力分立——即立法、行政和司法的区分——才有意义。……当宪法规定了应该由谁来制定法律,这显然并不意味着该立法者应利用立法程序来裁决诉讼,或实施行政行为和政府行为。……因此,恰恰应当防止如下情况的发生——即立法机关将一项个别命令、措施、指令与“法律”混为一谈,从而用其自身的统治来取代规范的统治。按照单纯的形式法律概念……有可能将法律的统治变成立法机关的专制主义,取消立法、行政和司法之间的一切区分。^{〔34〕}

可以明显看到施米特主张“立法应当抽象”的理由与上述法国学者观点的异同。他们共同的出发点都是为了防止国家专制,但法国学者是通过反思行政权的个别肆意,强调立法之所以优越于行政是因为立法具备了平等性(维护立法),施密特却是基于权力分立原理,强调立法不能侵犯行政的固有权限(维护行政)。^{〔35〕}

施密特利用法的抽象性来限制立法权的思想对德国学界来说不可不谓新颖,不过在当时也只是一家之言。然而,随着《德国基本法》的制定,法的抽象性原则第一次明确写入了宪法文本,成为了实定法上的规范要求。这被学界认为是“卡尔·施米特迟到却明显的胜利”。^{〔36〕}

《德国基本法》第19条第1款第一句话规定:“凡基本法承认的基本权利受到法律或依据法律加以限制的,该法律必须具有一般性,并且不得仅适用于个案。”从这一表述中可以看出两点:第一,宪法明确要求在限制基本权利时,法律必须符合抽象性(一般性)原则;第二,在不涉及限制基本权利时,宪法没有禁止个案法(Einzelfallgesetz)的制定可能性。因此,这是部分性地确立了法的抽象性原则。

针对上述条文,德国发达的公法解释学呈现以下状况。^{〔37〕}第一,学说和判例将《德国基本法》所禁止的“个案”适用扩大到了同样禁止针对“个人”适用,也因此《德国基本法》第19条

〔32〕 参见(德)奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第13—14页。

〔33〕 参见黄宇骁:“也论法律的法规创造力原则”,《中外法学》2017年第5期,第1329—1333页。

〔34〕 (德)卡尔·施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2016年版,第207页。

〔35〕 参见同上注,第208页。

〔36〕 Günter Dürig, Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff, JZ 1954, S. 4, 7.

〔37〕 (日)赤坂正浩:“法律の一般性とポン基本法十九条一項一文”,新正幸ほか編《公法の思想と制度:菅野喜八郎先生古稀記念論文集》,信山社1999年版,第256页以下参照。

第 1 款禁止的是包括个案法与个人法在内的所有个别法(Individualgesetz)。^[38]

第二,现实中实际存在三种类型的个别法。第一种是指名道姓针对特定对象的法律。第二种是立法用语抽象但实际上仅针对特定对象、伪装成一般法的个别法。第三种是立法用语抽象,但却是以现实中某个特定人或事件为起因而制定的法律。学说普遍认为第一种限制基本权利的立法类型显著违反《德国基本法》第 19 条第 1 款,第三种类型并不违反该条款,而第二种类型应当分类讨论。

第三,“为什么《德国基本法》第 19 条第 1 款要求立法的抽象性”这一问题的回答也涉及到如何判断个别法的合宪性。学说对此分成两个大类。多数说遵从前述施米特的见解,从权力分立的角度出发认为《德国基本法》禁止的是立法篡夺行政的权限,换言之《德国基本法》所反对的本质上是具有行政行为性质的法律,也就是措施法或处分法(Massnahmengesetz)。因此,合宪性的判断标准是立法是否真的有代替行政的必要性。少数说并不考虑法律的行政行为性,而是从宪法保障之平等原则(《德国基本法》第 3 条第 1 款)的角度论证个别法的禁止原理,以是否属于合理差别或合理归类为标准判断个别法的合宪性。这显然是依据卢梭学说等法国法理论传统而来。

(三)立法的抽象性从来就不是英美法的传统

与上述主要欧陆国家非常不同的是,以英、美两国为代表的普通法体系对“立法应当抽象”的命题似乎并不关心,也从来不属于普通法的法治传统。具体检讨如下。^[39]

首先,在英美两国,直接针对特定个人确定其权利义务的法律不仅被允许且也拥有专有名词,一般被称为“私人法案”(private act 或 private bill),抽象法则称为“公众法案”(public act)。^[40]此外,以授权立法的形式制定针对特定个人、产生裁决效果的行政立法也是被允许的。^[41]

其次,制定私人法案是普通法系发源地英国的一贯传统。例如在 18 世纪的英国,在议会制定法中,实际很少存在普遍、抽象的一般法案,反而是针对特定人、特定事件的私人法案占了主流。这些私人法案包括了允许特定个人入籍法、允许甲与乙离婚法等,皆是指名道姓。即便是在被议会分类为公众法案的法律中,也存在大量(例如《在黑弗灵设置劳改营法》等)直接确定权利义务的法律。^[42]根据总结,历史上英国议会经常在婚姻、入籍、圈地、特权赋予等四大领域使用这种非抽象性立法。^[43]

[38] Vgl. BverfGE 25, 371 (396).

[39] (日)田中英夫:“英米における Private Act(個別法律)”,同《法形成過程》,东京大学出版会 1987 年版,第 124 页以下参照。

[40] 参见(英)布莱克斯通:《英国法释义》,游云庭、缪苗译,上海人民出版社 2006 年版,第 98 页。

[41] 相同论述,参见王名扬:《美国行政法(上)》,中国法制出版社 2005 年版,第 372 页。

[42] 参见(英)F. W. 梅特兰:《英格兰宪政史》,李红海译,中国政法大学出版社 2010 年版,第 246 页。

[43] 田中英夫,见前注[39],第 127 页以下参照。

诚然,19 纪后英国议会制定的私人法案大幅减少,但这并不是因为非抽象性立法受到了什么质疑,而是基于自发原因。第一,随着议会对各行各业统一制定法律规则的增多,立法空白领域越来越少,具体法的适用空间自然而然随之减少。第二,随着公众法案的增多,过去许多需要通过制定私人法案完成的政府任务,转变为了只需要靠依据公众法案(抽象法)的行政行为即可达成,这进一步减少了私人法案的立法必要性。^[44] 即便如此,私人法案依旧没有在英国立法例中消失。例如,1980 年《允许爱德华·贝里与陶瑞丝·艾琳·沃德结婚法》即是一例。

再次,英国制定私人法案的传统也被美国所继承。美国联邦与州两级议会制定私人法案的领域大致与英国相同,例如允许特定人入籍、免除特定人对美国或州政府的债务、授予特权(石油开采等)、婚姻家庭关系等。^[45] 这些私人法案都带有“网开一面”的特色,是为了突破一般法规定而制定的特别法。

当然与英国极为不同的是,美国是成文宪法国家,因而在制定私人法案时不能违反成文宪法的规范要求。美国联邦宪法与各州宪法对私人法案的制定都有一定程度的约束,在此仅以联邦宪法为例。私人法案合宪性的典型宪法案件——1940 年“帕拉米诺木材公司对马歇尔案”^[46]中,大法官多数意见都认为私人法案并不违宪,只要不违反宪法所禁止的剥夺公民权利和授予贵族称号之外,国会在联邦立法范围内制定私人法案都是自由的。判决中较为重要的是禁止剥夺公民权利,美国《宪法》第 1 条第 9 款第 3 项确立了该原则,此为一项普通法法治传统,即议会不得以立法的形式直接从事审判(主要是刑事)。^[47] 例如国会制定“没收公民甲财产法”等,由于涉及到司法独立,是为美国联邦宪法所禁止的。除此之外,私人法案的制定与普通公众法案没有本质区别,当然都服从宪法自由权条款、正当程序条款和平等条款等的约束。

再例如,2019 年《国防授权法案》第 889 条直接以立法的形式禁止政府购买华为公司的设备产品,华为公司对此向法院起诉联邦政府。^[48] 该案中,《国防授权法案》第 889 条是明显针对特定个人完结其权利义务的私人法案,因而存在一个最基本的逻辑:如果第 889 条属于对华为公司过去行为进行处罚的制裁措施,那么即违反了美国《宪法》第 1 条第 9 款第 3 项(立法篡夺司法);但如果第 889 条仅属于对未来可能涉及行为进行防范的不利管理决定(立法代替行

[44] 田中英夫,见前注[39],第 247 页参照。

[45] 田中英夫,见前注[39],第 133 页以下参照。

[46] *Paremino Lumber Co. v. Marshall*, 309 U. S. 370 (1940).

[47] See Theodore F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, Indianapolis: Liberty Fund, 1956, p. 205.

[48] 参见管妍:“华为‘反击战’剑指美国‘宪法’”,载《中国政府采购报》2019 年 6 月 4 日,第 3 版。

政),那么就并不存在违宪问题。^[49]换句话说,成为问题的并非“立法是否应当抽象”,而是司法独立原则。

最后,英美法并没有发展出“立法应当抽象”的原因就像学者总结的那样,大陆法上行政与立法各自分配一定权限的情况在英美法是不成立的。议会可以集立法、行政和司法三权于一身的英格兰传统根深蒂固,即便后来司法权慢慢剥离议会得到独立,但行政权依然是依附于议会才得以成立的国家权力。在普通法的法治原则中一切行政行为本质都是议会命令的执行,行政是议会授权才得以成立的,那种所谓行政权天然拥有立法权不得侵犯固有限权的施密特式教义在英美是无法想象的。因此,议会制定具体法当然是成立的,并不违反法治。^[50]

(四)小结

“立法应当抽象”并非具有普适性。法国最早提出该主张并写入宪法文本,法国式的“立法应当抽象”主要指代立法的效力范围不特定性,但随着马尔贝格等的反驳和质疑这种主张在实定法上已被抛弃。直到《德国基本法》制定后,以法的抽象性原则来制约立法权的思想才在德国学界获得一定程度的重视,德国式的“立法应当抽象”主要指代立法的权利义务未完结性。在普通法国家,立法的抽象性从来就不是任何法治传统或学说教义的要求。在支持立法应当抽象的学说中,法的平等性(卢梭)与权力分立(施米特)是最主要的理由。反对的学说一般从立法与行政的上下等级序列、法的来源正当性等角度论证法律并不一定需要抽象。

既然域外状况中实际充满着差异与论争,不存在统一答案,那么我国法规规范体系下应当怎样看待这一问题,下文予以检讨。

四、我国法的解释与分析

我国实定法上没有任何一条明确规定对“立法是否应当抽象”作出规定,但没有明文规定并不代表解释学工作无法展开,尤其是相关联条款的解释乃至功能性分析可以为这一问题寻找到清晰的答案。本章在参考上述域外学说基础上,将具体法区分为效力范围特定性立法(立法类型Ⅱ、Ⅳ)与权利义务完结性立法(立法类型Ⅲ、Ⅳ)进行检讨。

(一)效力范围特定性立法与立法平等原则

我国现行《宪法》第33条第2款规定:“公民在法律面前一律平等。”该条是宪法学所称平等原则或平等权的直接规范依据,而通说认为平等原则当然包括立法的平等。^[51]学界对立法平等原则的解释认为,立法平等并不是要求法律对所有人一视同仁,而是应当遵从合理差别

[49] 我国对过去行为进行制裁的权限一部分纳入行政处罚,一部分纳入司法刑罚,该问题涉及到司法与行政的权限分配问题,已超出本文研究范畴。参见王贵松:“论行政处罚的制裁性”,《法商研究》2020年第6期,第20页。

[50] 田中英夫,见前注[39],第153页参照。参见黄宇晓,见前注[6],第55页。

[51] 相关争论,参见张千帆主编:《宪法学》(第3版),法律出版社2014年版,第244页。

的原理。法律可以就不同对象进行基于自然、经济、社会事实等因素进行归类,只要这种归类目的正当且归类方法与目的之间相关联就可以认为不违反平等条款,反之则构成任意歧视,有违宪嫌疑。^[52]

立法平等原则极有可能与立法效力范围不特定中的对象范围不特定有关,也即我国《宪法》第33条第2款可能是立法应当针对不特定人的规范依据,这也是卢梭等法国学者从一开始就宣传法律应当对所有人都普遍适用的理由。然而,本文对此并不认同,理由如下。

第一,卢梭理论中宣传的对所有人都适用且一视同仁的法律“平等想象”在现代社会早已崩塌。实际上,启蒙运动的思想家基本以民法典、刑法典等为法的抽象性范例,这类立法的确是对象不特定的典型。然而,现代社会日益复杂与分化,现如今针对一定群体和阶层的立法随处可见。例如,劳动法、警察法、律师法、教师法、民族法等都不是卢梭等学者笔下效力波及全社会所有人的立法。也因此有学者将这种现象评价为“法律一般性革命思想的失败”。^[53]

当然,上述针对特定群体(阶层)的立法并非是指名道姓的,仍然可以形式上归类为抽象法,但这也仅是形式而已。在现代社会信息处理技术如此发达的前提下,即使法律不指名道姓针对任何人,即使法律涉及的某一群体成千上万,也可以实时特定到每一个人(如全国教师、律师等的姓名都是可以特定的)。因此,这种古典意义上法的平等性乃至普遍性是不成立的,这也是宪法平等原则承认合理差别的重要原因。

第二,立法是否可以针对某特定对象的问题,只需要根据宪法平等原则审查,并不需要再增设法的抽象性原则。也就是说,如果一部立法针对了特定对象,不管针对一个群体还是直接指名道姓,我们仅需要利用宪法平等原则进行审查,探究这种立法是否属于合理差别、是否构成任意歧视即可,并不需要额外增加“立法应当抽象”的教义来对其进行双重审查。换言之,立法无需区分对象特定或非特定,所有类型的法律都应当无差别地受到《宪法》第33条第2款的约束,其审查标准是相同的,并不因为是个别法而受到更加严格的“待遇”。况且,如果一部指名道姓的立法的确符合公共利益、属于合理差别,那就更不需要用“立法应当抽象”的原理进行约束了。

因此,宪法上的立法平等原则推不出“立法应当抽象”的结论,针对特定群体与个人立法是否违宪的问题,与对象不特定立法一样,也只需要根据平等原则的审查标准进行判断即可,不存在什么额外的要求。

(二)效力范围特定性立法与纵向权力分配结构

在肯定了我国现行宪法并没有否定针对特定对象立法可能性后,本文接下来需要讨论的就是:特定事项、时限与地域这三类特定范围的立法是否违反任何现行规范?探究这一问题的答案与分析我国纵向权力分配结构有关,并且从结论上说,制定这种类型的非抽象性立法并没

[52] 参见同上注,第245页。

[53] 山本浩三,见前注[19],第327页参照。

有阻碍。理由如下。

第一，以中央立法的形式制定特定范围立法并没有违反央地关系原则。从宪法结构上看（《宪法》第3条、第30条、第62条、第89条），我国是单一制国家，地方各级政府既不是联邦单位，也不是自治体，本质上是中央下属层级机关，组织法上可视为派出单位，是领导与被领导的关系。^[54]当然，改革开放四十年来，中央在加强集中统一领导的同时，权力下放或地方分权的工作一直在稳妥推进，尤其是《立法法》等法律的制定为地方立法权限设定了清晰的标准，充分调动了地方积极性。同时，反思全国“一刀切”的种种弊端，呼应国家治理的“在地化”也是学界一直以来所强调的。^[55]然而，这里应当明确一个重要的逻辑区分，那就是“地方是否可以就某一事项拥有治理权”与“中央是否可以就某一事项拥有治理权”是完全不同的两个逻辑概念，前者探究的是扩大地方政府权限，而后者目的却是在限制中央政府的权限。就立法权来说，“地方应当就本地事务拥有足够的立法权”与“中央不可以就地方事务进行立法”是完全不同的命题，前者的确是我国现行法律规范的要求，后者在我国却是没有任何依据的。

第二，各层级特定范围立法并不违反国家与人民的关系原则。《宪法》第1条第2款规定社会主义制度是我国的根本制度，而这种根本制度在国家与人民关系上具体体现为《宪法》第2条。国家的统治权属于人民，而人民则既通过人民代表大会制度行使自己的统治权，又通过各种途径和形式管理国家、经济、文化和社会各项事务。有学者将这种国家与人民关系结构称之为“一体多元”关系，是对《宪法》第2条的正确解读。^[56]这种层面上的纵向结构，意味着人大立法权和行政立法权的行使在理论上应当是人民自己的自我统治，因而只要不违反宪法基本权利条款，任何特定事项、特定时限的立法都拥有正当性，并不违反任何法理。事实上，正因为我国处在改革开放的发展阶段，各种新情况、新形势、新现象层出不穷，为合理行使立法权完成《宪法》第一章列举的政策目标，制定特定事项法、临时法或称试验性立法等措施恰恰可以有效克服一般性立法所带来的滞后性与现实脱节性等弊端。

当然，我国实行社会主义市场经济制度（《宪法》第15条第1款），设定统一的一般性规则可以为市场成员的决策提供稳定的事前可预测性。然而，宪法对国家宏观调控同样提出了要求（《宪法》第15条第2款），这也正是国家通过立法手段个别介入市场的规范依据。换句话说，特定范围立法与非特定范围立法都是社会主义市场经济的不同治理手段，两者都是可行的。

（三）权利义务完结性立法与横向权力分配结构

第三个需要探究的问题是：横向层面上的权力分配结构是否可以作为我国树立“立法应当

[54] 参见张千帆，见前注[51]，第446页。

[55] 参见胡潇力、王锡锌：“基础性权力与国家‘纵向治理结构’的优化”，《政治与法律》2016年第3期，第62页。

[56] 参见王锡锌：“参与式治理与根本政治制度的生活化——‘一体多元’与国家微观民主的建设”，《法学杂志》2012年第6期，第97页。

抽象”的理由？此点特别是以施米特为首的德国公法学极力主张的理由，他们试图通过抽象性原则维持权力均衡，反对立法篡夺其他国家权力。所谓“不可以篡夺其他国家权力”指代不可以立法的形式作出实质的行政行为或司法判决。很显然，这与上文归纳的权利义务完结性立法有关。

1. 审判与权利义务完结性立法

近代西方国家普遍奉行司法独立原则，三权分立本身蕴含着立法禁止篡夺司法的思想，在西方现代宪制下，立法机关不可以代替司法机关作出审判可以说是当然的前提，例如“判决张三有期徒刑五年法”没有制定可能性。^[57]然而，在我国这一问题并非那么清晰，下文分为全国人大立法、地方人大立法与行政立法三类进行讨论。

首先，审判针对行政的独立是明确载入《宪法》第131条的规范要求，但是针对权力机关的独立却无从查找。不仅如此，《宪法》第131条还清楚规定法院是“依照法律规定”独立行使审判权，换言之即审判权的法律保留。此外，《宪法》第133条明确规定法院还要对人大及其常委会负责。

其次，从上述条文中可以直接得出的结论是：基于审判独立于行政的规定，行政立法自然是不可以对抗审判权，因而如果有权机关以行政立法的形式制定权利义务完结性立法，直接针对个案作出审判是明显违宪的。

那地方人大立法又如何呢？从直接逻辑上讲，既然地方法院对地方权力机关负责，那么以地方性法规的形式作出不超越审级的个案审判似乎并没有什么宪法问题。然而，这样的地方性法规却是违反上位法的——以法律（狭义）形式制定的三大诉讼法清晰写明了应当由人民法院审理案件，因而这同样不可行。

那么法院的审判权可以对抗法律（狭义）吗？本文对此持否定态度。也就是说，从中央层面的横向权力结构上说，审判权在我国不仅要受到最高立法机关的制约，西方国家立法与司法分立的原则在我国并不成立，而且这也意味着如果立法机关实际以法律（狭义）的形式作出个案审判，我国宪制下权力分立结构并不能对此进行否定。

最后，需要澄清学界过去关注点与这一问题的区别。过去讨论较为热烈的是法院审判与人大监督之间的关系，也就是说人大是否应当并且怎样对法院审判工作进行监督。通说认为，人大及其常委会虽然可以对法院实施监督（包括个案监督），但这并不意味着人大可以代替法院进行审判，学界对此是没有疑问的。^[58]然而，这一问题与本文所讨论的并不是一回事。学界所强调的是人大履行监督职能时不应当干涉个案，不可以代替法院作司法结论（此点本文也

[57] 这一原则在近代以前是经过激烈斗争的，例如参见杜苏：“司法独立的黎明——法国古典司法体制诸问题研究”，《中外法学》2013年第1期，第95—113页。

[58] 例如，参见陈斯喜：“冲突与平衡：人大监督与司法独立”，《人民司法》2002年第6期，第10页；杨子强：“论人大监督司法的功能结构与模式兼容”，《政治与法律》2013年第5期，第22页。

赞同),但是这与人大是否能以立法的形式作出个案审判是不同的。前者是人大监督权研究的范畴,后者是立法权是否可以干涉审判权的问题。

综上所述,至少在我国,全国人大及其常委会以法律的形式作出审判(权利义务完结性立法),没有违反三大诉讼法(同级别立法特别法优于一般法),宪法上的权力分配结构也并不能对此作出否定。

2. 行政与权利义务完结性立法

通过上文考察可以看到,“立法不得篡夺行政权限”的权力分立原理实际在法、德、英美三大法律体系中并非通用。英美国家基于普通法上的法治理念就并没有这样的说法。而近代法国高扬法律的抽象性原则并非出于保护行政权的目的,行政依然是立法的下位概念。立法不得篡夺行政的原理始于德国魏玛时代后期(以施米特为代表)并实际依然通行于现代德国,在行政保留的框架下探讨。^[59]然而,在我国现行法制下并不存在立法不得侵犯行政的固有限权,论证如下。

第一,宪法虽明确将国务院及地方各级政府定位于行政机关(《宪法》第85条、第105条第1款),但实际并非与西方意义上的行政等同——我国绝大多数的行政立法并非西方概念上的授权立法,而是自主立法(表现为上位法的执行细则或职权立法)。^[60]因此,就行政立法来说,既然都是行政机关内部的不同权力表现形式,就不存在什么立法篡夺行政的问题。行政立法就算制定权利义务完结性立法,直接确认对象的权利义务,也并没有违反我国宪法规定的权力分配结构。

第二,真正成为问题的是人大立法与行政行为的关系,即以法律或地方性法规的形式制定权利义务完结性立法是否侵犯了行政机关固有限权?这恐怕也无从谈起。首先,我国学界过去谈论较多的是法律与行政立法的权限分配问题(行政立法的法律保留),较为忽视广义法律与行政行为之间的关系(法律规范保留),但即便是有限的讨论也从来都是在研究那些行政行为需要法律规范的依据,而并没有在讨论法律可不可以制定具体规范。^[61]

其次,我国宪法将行政机关定位为权力机关的执行机关(《宪法》第85条、第105条第1款),这种规范表述实际并没有行政固有限权的谈论余地。例如过去对国务院与全国人大及其常委会关系的讨论也仅是聚焦国务院是否拥有一定自主空间的问题,并非讨论是否存在某些领域属于国务院的固有限权,全国人大及其常委会不得涉足——这是限制人大权限。^[62]换句话说,在我国讨论“行政机关可以拥有哪些自主权限”是可行的,但是讨论“行政机关的哪些权限立法机关不可以干涉”是没有依据的。无论是所谓的职权立法也好、行政行为也好,都与

[59] 行政保留理论的全貌,参见门中敬:“行政保留的时代背景与理论形态”,《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2018年第6期,第15—22页。

[60] 参见黄宇晓,见前注[6],第57页。

[61] 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。

[62] 新近研究,参见王贵松:“国务院的宪法地位”,《中外法学》2021年第1期,第203—222页。

人大立法是竞合事项关系,权力机关的立法权限只能被保障,而不能被限制。^{〔63〕}况且,作为下位法的《立法法》第8条也仅规定下列事项“只能”制定法律,而并没有任何条文规定法律“不可以”制定的事项,实际国务院、地方政府可以制定规范的事项,法律都是可以代为制定的,因而我国的立法权与行政权的关系也与现代法国并不相同,既没有将人大立法限制在某一有限范围内,也没有规定行政的固有权限。^{〔64〕}特别是全国人大及其常委会制定的法律(包括立法性决定),原则上只要不违反宪法基本权利条款,其立法空间是无限的。

最后,《宪法》第5条第1款要求我国实行依法治国、建设社会主义法治国家,这与行政法学上行政裁量的法律控制问题密切相关。学界一致认可行政裁量应当要受到控制和制约,^{〔65〕}那难道立法的更加具体化不应当是控制裁量权的最好方法吗?正因为立法的抽象性诞生了行政的裁量空间,因而实际立法越加具体越能够解决行政法学上这一旷日持久的裁量控制难题,进而有助于法治国家的实现。因此,从行政裁量的控制角度来说,“立法应当抽象”反倒是应当反对的命题了。

综上,在我国立法与行政的权限分配原理并不是树立“立法应当抽象”原则的理由。

(四)权利义务完结性立法与程序权

实际上,在我国真正能够成为“立法应当抽象”的理由是对公民程序权的保障,而正因为这种作为基本权利的程序权的存在,有权机关在制定权利义务完结性立法时应当慎重。

1. 事前程序权与事后程序权的保障

尽管学界就程序权应当如何分类以及它与其他权利之间的关系等各自持有不同的定义,但是就我国现行宪法是否保障程序权应当是没有疑问的,都持肯定态度。本文在此认为,所谓程序权应当是一个广义概念,包含了宪法保障之事前程序权与事后程序权两大类。

首先,当我们在说保障公民程序性权利的时候,有时实际指的是行政法学上特别强调的自然正义或正当程序原则。这种意义上的程序权指公权力在对当事人作出不利决定前,应当履行听取陈述、给予申辩、说明理由、回避利害关系等义务,可能受到不利益侵害的当事人享有这种对政府主张的权利。^{〔66〕}换句话说,这种意义上的程序权是事前性的,是在自己权益可能受到侵害之前获得公正程序的权利。虽然事前程序权发达于普通法系,但20世纪中期之后在世界各国广泛获得确立,我国的立法与司法判例无不例外承认这一权利。^{〔67〕}不仅如此,宪法学界也很早就开始探究正当程序原则是否有我国宪法基础的问题。多数说普遍从《宪法》公民参与条款(第2条第2款)、依法治国条款(第5条第1款)、概括性人权条款(第33条第3款)、人

〔63〕 相同观点,参见王贵松:“行政活动法律保留的结构变迁”,《中国法学》2021年第1期,第139页。

〔64〕 相同观点,参见张千帆:《宪法学导论——原理与应用》(第3版),法律出版社2014年版,第304页。

〔65〕 例如,参见姜明安:“论行政裁量权及其法律规制”,《湖南社会科学》2009年第5期,第53—56页。

〔66〕 参见姜明安,见前注〔9〕,第77—79页。

〔67〕 参见何海波:“司法判决中的正当程序原则”,《法学研究》2009年第1期,第124—136页。

格尊严条款(第38条)以及许多散见的个别正当程序规定(例如第37条第1款)出发,认为通过解释学完全可以得出我国宪法保障了包括行政正当程序与刑事正当程序在内的所有事前程序权。^[68]

其次,许多学者在论述作为基本权利的程序权时,更多是指代获得权利救济的权利,或者更狭义的说是指诉讼权或接受审判的权利。这种意义上的程序权由于是公民在自己权利受到侵害后希望“伸冤有门”,因而可以称之为事后程序权。事后程序权是相当重要的,它是基本人权中最古典的一种对国家的请求权,世界各国宪法普遍承认只要满足“具体争议”和“权利受损”两大要件,那么司法的大门应当是敞开的。^[69]我国学界对此也有明确的态度,尽管对是否应当明文将诉讼权入宪存在争论,^[70]但是通说普遍认为根据《宪法》第41条,包括诉讼权在内的这种获得权利救济的权利当然是宪法保障的基本权利。^[71]

最后,程序权从起源来说当然是一种积极权利或受益权,需要国家建立一整套法律制度去实现和完善这种宪法的给付要求。对此,我国的《行政处罚法》《行政许可法》《行政诉讼法》《刑事诉讼法》等下位法律规范已基本构建了完整和充分的事前正当程序和事后救济程序体系。同时在另一方面,程序权又拥有消极权利或自由权的性质,要求国家不得侵害。如果公权力以各种形式限制了公民本应享有的最低限度的程序性权利,那就可能构成对基本权利的不当限制。

2. 权利义务完结性立法与程序权保障的冲突

如果要用抽象性原则约束包括法律在内的立法内容,那么作为基本权利的程序权保障就是其唯一理由。因为在目前现行法制框架下,权利义务完结性立法与限制公民本应当享有的作为消极权利的程序权划上了等号。

第一,如果以立法的形式直接确定了法律对象的权利义务,那么在我国现行立法程序体系下,公民的事前正当程序是无法得到保障的。具体来说,尽管现阶段我国《立法法》《行政法规制定程序条例》等为各层级立法订立了大量严格的程序规范,包括立法阶段的论证咨询、听证会、征求意见等,但这与正当程序原则并非一回事。所谓事先正当程序,是指对将要受到不利益侵害的特定个人,在决定下达前对其单独进行听取陈述、给予申辩、说明理由、听证等,我国现阶段立法程序是否可以满足这种要求存在一定疑问。一方面,如果是对象范围不特定(涉及

[68] 例如,参见章剑生:“论行政程序正当性的宪法规范基础——以规范实证分析为视角”,《法学论坛》2005年第4期,第97页;冯健鹏:“论我国宪法基本权利的程序保障——一种宪法解释的可能性”,《浙江学刊》2013年第6期,第169—176页。

[69] (日)小嶋和司、立石真:《有斐閣双書(9)宪法概観》,有斐閣第7版2011年版,第145页参照。

[70] 参见刘练军:“何谓诉讼权——兼论诉讼权入宪应当缓行”,《浙江社会科学》2013年第3期,第70页。

[71] 例如,参见左卫民、朱桐辉:“公民诉讼权:宪法与司法保障研究”,《法学》2001年第4期,第3—13页;王锴:“论宪法上的程序权”,《比较法研究》2009年第3期,第62—77页。

对象成千上万)的权利义务完结性立法,那么尚且可以基于选举与代表制度予以正当化。另一方面,如果是对象范围特定的权利义务完结性立法,特定个人的事前正当程序权利可以通过现行制度予以保障吗?理论上我国立法程序法上规定的立法论证咨询、立法听证、立法征求意见等如果专门针对权利义务完结性立法涉及的特定个人或组织开展,确实一定程度上是保障正当程序权的体现。然而,问题就在于我国现阶段抽象法与具体法的立法程序是不加以区分的,立法程序法既没有强制立法者在立法过程中需要鉴别所涉特定个人与一般公众,况且对立法咨询、听证与意见的回应也不是立法公布时说明理由的必要组成。事实上,英美两国制定私人法案的立法程序比公众法案严格的多。^[72] 现阶段我国的立法程序法很难说达到了充分的正当程序保障。

第二,更为重要的是事后程序权保障,如果以立法的形式直接确定了权利义务,那么公民就基本被剥夺了获得救济的权利,作为救济权核心的诉讼权更是无从谈起。例如,如果以立法的形式制定了具体处理措施,那么在现阶段的我国,公民对此不服还能够提起行政诉讼、获得权利救济吗?答案显然是否定的。与西方国家普遍持实质主义立场,认可只要满足成熟性或处分性就可以针对形式上的抽象规范提起诉讼不同,在我国就法律、法规、规章来说,无论其中的内容如何具体、如何实际影响相对人权利义务,都是一刀切式的不可诉(《行政诉讼法》第13条第2项)。换言之即便“形式上是法律规范,实质上是行政决定”(披着立法外衣的一般处分,单阶段权利义务完结型立法)也不可能被提起诉讼——尽管我国行政行为判断标准对其他规范性文件采用实质主义立场,但是对于立法却采用了形式主义一律排除的立场。况且,即便通过后续行为(义务违反制裁行为)中介提起诉讼,法院也无法对规章及以上的法规进行附带审查,实际并没有多大意义。^[73] 现实中,如果以立法的形式直接侵害了某一公民的权利义务,现阶段法制体系下唯一可行的救济渠道是该公民向有权机关提起审查建议(《立法法》第99条第2款、《法规规章备案条例》第9条等)。然而,这样的程序并非司法裁判意义上的救济,实际与作为基本权利的事后诉讼权保障(公开、辩论、平等、上诉等一系列严格的司法程序)相去甚远。同理,如果以法律(狭义)的形式制定个案审判,那么程序权保障更是形同虚设。

因此,在我国现阶段状况下,有权机关在制定直接减损权利、增加义务(侵害性)的权利义务完结性立法应当慎重,其实质触及到了作为基本权利的程序权的限制,必须有实质理由可通过合宪性审查。^[74] 所谓实质理由即经典的防御权限制正当化原理(法律保留、正当目的乃至比例原则),不再赘述。

[72] 田中英夫,见前注[39],第139页以下参照。

[73] 从现行行政诉讼法的规范结构来看,法院也不可能借助“不予适用”对法规进行审查,当然存在反对意见。参见章剑生:“依法行政中的‘行政法规’——以《行政诉讼法》第52条第1句为分析对象”,《华东政法大学学报》2012年第2期,第124—132页。

[74] 现行我国合宪性审查的机制,参见朱学磊:“论法律规范合宪性审查的体系化”,《当代法学》2020年第6期,第38—46页。

五、结 论

如果说“立法应当抽象”或“立法应当普遍适用”是当然的法治原理,其实是一种重大误解。各代表性法治国家都对此有不同的态度,社会传统、文本规范与学说教义都呈现明显差异,并没有统一的答案。在我国法语境下分析这一问题,应当基于自己的规范与事实进行解答。

本文首先对非抽象性法作了效力范围特定性立法与权利义务完结性立法的两种区分,并依此归纳了四种立法类型。其次,通过分析肯定了效力范围特定性立法的正当性,无论是人大立法还是行政立法都可以针对特定人、特定事项,立法平等原则无法成为否定的理由。接着,本文质疑了权利义务完结性立法的正当性,但并非因为违反国家权力分配结构,而是认为在制定侵害性质的权利义务完结性立法时应当考虑作为基本权利的程序权,特别是事后程序权的限制问题。因此,上文归类的立法类型Ⅱ并不存在问题,而立法类型Ⅲ与Ⅳ则应当通过合宪性审查。

当然,如果整个法制体系可以建立完善的立法侵害事前正当程序与事后司法救济制度,那么届时“立法应当抽象”也就并非是需要额外强调的教义了。

Abstract: The difference between abstract, universal or general terms is only a matter of preference in terms. In fact, it refers to the two major characteristics of the non-specificity of the scope of effectiveness of legislation and the incompleteness of rights and obligations. As long as either of these two characteristics is not satisfied, it can be called specific law or individual law. “Legislation should be abstract” is not universal. France is the birthplace of the abstract thought of legislation, and the reason is the principle of equality. It was not until the late Weimar period that Germany came to have the idea of restricting legislative power with abstract doctrine, whose main purpose was to safeguard the separation of powers. The abstraction of legislation has never been the tradition and requirement of common law. Through the analysis of the constitutional norms and facts in China, we can see that the legislation aiming at the specific scope of validity of specific persons and specific matters is legitimate and does not need special restrictions. On the other hand, only in order to protect the procedural rights of citizens as fundamental rights, can we test its constitutionality when enacting the conclusive legislation of infringing rights and obligations.

Key Words: Abstract Norms; Generality of Law; Legislation; Administrative Reservation; Universal Binding Force

(责任编辑: 阎 天)