

# 从法律保留到法律先定

刘志鑫\*

**摘要** “法律保留”概念诞生在德国,后经日本转介进入中国已近百年。但汉语翻译丢失关键信息,与德文原意有明显落差,由此引发中国公法学对该概念的双重误解:或混淆于纵向的立法权专属,或限缩在横向的立法权专属。追根溯源,奥托·迈耶创造这一概念是为了确立“先法律后行政”的规范关系,故应严格按照字面意思重译为“法律先定”。在德国当时的君主立宪制下,“法律先定”虽只是相对、有限的先定,但从两个不同方向有力推动法律介入君权与行政权之间,进而逐步拉开君权与行政权的距离,持续调整“君主—议会—政府”三角关系。由此可见,“法律先定”的本质是界定立法、行政几种权力的活动空间和先后顺序,它们之间谁轻谁重尚要具体问题具体分析,但谁先谁后却是现代国家的定局。

**关键词** 立法权专属 法律保留 君主立宪制

## 一、问题的提出

法律保留是一个重要的公法学概念。1895年,德国公法学者奥托·迈耶(Otto Mayer)出版著作《德国行政法》,首次提出“法律的保留”(Vorbehalt des Gesetzes)。日本学者美浓部达吉将其翻译为“法律の留保”。〔1〕之后,民国时期的学者将其引入,称为“立法权之留保”。〔2〕待到上世纪末、本世纪初,中国公法学开始围绕《行政处罚法》《立法法》广泛讨论法律保留原

\* 中国社会科学院法学研究所助理研究员。本文系国家社科基金后期资助项目“税法功能的宪法整合”(项目编号:21FFXB015)的阶段性成果。

〔1〕 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125—126页。

〔2〕 钟廉言:《钟廉言行政法讲义》,王贵松、徐强、罗潇点校,法律出版社2015年版,第60页。

则。总体来看,学界普遍将“保留”理解为“专属”,将“法律保留”理解为“立法权专属”。〔3〕之所以作此理解,概因“保留”的汉语意思。根据《现代汉语词典》(第7版)，“保留”主要有三种意思：一是保存不变；二是暂时留着不处理；三是留下，不拿出来。学界对法律保留的理解皆是基于第三种意思“留下，不拿出来”。

尽管“立法权专属”分为横向与纵向两种类型,但多数公法学者并未在意两者差异。他们通常先以“立法权专属于议会”为大前提,再以“议会专属立法权”为小前提,凡论及法律保留便指向《立法法》第8、9条。即先将法律保留同《立法法》两个条文划等号,再将法律保留划分为绝对保留与相对保留。所谓绝对或相对的保留,乃是绝对或相对“专属”于立法机关的意思。〔4〕

然而,上述权威学者的观点历经二十余年反复讨论始终未能成为共识通说,整个公法学界对法律保留的基本意思依然莫衷一是,“至今尚缺乏清晰的认识”。〔5〕这种混沌的理论状态持续如此漫长的时间,不禁令人怀疑法律保留一词是否存在某种歧义或误读。早在《立法法》颁布伊始,刘莘就敏锐地意识到“保留”一词似乎不是“专属”的意思,更像是某种相对关系。“‘法律保留’不是完全‘保留’或绝对‘保留’,而是相对‘保留’”。〔6〕近年来,杨登峰也认为“法律保留”有所局限,“行政法定”一词更能反映这个原则的全部面貌。〔7〕顺着这个思路回到迈耶的《德国行政法》,会发现他给“法律保留”所下定义与汉语“保留”三种意思都不一致,并非“留下,不拿出来”或“专属”的意思。书中是这样说的:“阻止它(执行权,笔者注)在涉及各种特别划定事项时的独自先行,我们称之为法律的保留(Vorbehalt)。”〔8〕与汉语翻译为“保留”不同,权威德语法学词典对Vorbehalt的解释却是“事前的限制”。〔9〕当我们按照这种解释,用“先定”“前置”“前制”等词语替换“保留”,重新翻译迈耶这个定义,整个概念陡然清晰起来。“阻止它(执行权)……的独自先行,我们称之为法律的先定。”先由法律规定,法律前置于行政,用法律的“先定”与“前置”限制行政的独自先行,确立“先法律后行政”关系,莫非这才是该原则的基本意思?

〔3〕“国家专属立法权”,参见应松年:“一部推进依法治国的重要法律——关于《立法法》中的几个重要问题”,《中国法学》2000年第4期,第6页。

〔4〕参见应松年,同上注,第6页;参见胡建森:“法律规范之间抵触标准研究”,《中国法学》2016年第3期,第23页。

〔5〕王贵松,见前注〔1〕,第127页。

〔6〕刘莘:“依法行政与行政立法”,《中国法学》2000年第2期,第90页。

〔7〕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—93页。

〔8〕“Wir nennen den Ausschluß ihres selbständigen Vorgehens, der bezüglich jener besonders ausgezeichneten Gegenstände besteht, den Vorbehalt des Gesetzes.” Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band 1, 1895, S. 74. 参见(德)奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,德意志校,商务印书馆2002年版,第72页。

〔9〕“Vorbehalt ist die vorherige Einschränkung.” Gerhard Köbler, Juristisches Wörterbuch, 14. Aufl., 2007, S. 473.

究竟是“法律保留某些事项”还是“法律先定于行政”？究竟是绝对的专属关系，还是相对的立法与行政先后关系？既有研究尚未重视过“保留”的汉语意思，也未意识到这个翻译有什么问题。为了判断保留一词是否真的隐藏着误读的危险，本文顺着这个原则的发展脉络逆流而上，分三步厘清它的起源与本意。一是反思“法律保留”在中国陷入困境的根源在于“保留”的汉语意思。二是运用语言学方法进行跨语言的分析与比较，辨析德语 Vorbehalt 与汉语“保留”的差别，探究用“法律先定”代替“法律保留”的合理性和必要性。三是透过字面意思探究言外之意，回到它的“诞生地”，发掘它在 19 世纪德国君主立宪制下的结构特征，追溯它曾经蕴含但已然淡化的古典内涵。<sup>[10]</sup> 在此基础上，本文试为重新理解中国公法学的核心命题提供一种视角。

## 二、“法律保留”在中国公法学的三重困境

上世纪七十年代德国联邦宪法法院作出一系列判决，引发公法学界重新讨论法律保留原则，继而发展出以干预保留、给付保留、全面保留、基本权利法律保留为主的规范体系。<sup>[11]</sup> 当中虽有全面保留与干预保留这样的观点争论，但更多是抛弃特别权力关系、确立“重要性理论”等公认的理论突破。相较而言，中国公法学广泛讨论法律保留也有二十余年，却始终未能形成清晰的观念脉络和坚定的学术共识，至今还在歧义丛生的概念群落中徘徊不前。造成这一现状的根源，是法律保留在中国公法学中遭遇的困境。

### （一）概念的混淆

如前所言，中国公法学界普遍将“保留”理解为“专属”，将“法律保留”理解为“立法权专属”。应松年认为：“所谓法律保留，就是社会生活中某些最重要的事项，只能由法律规定，其他任何法的规范都无权规定……《立法法》称为国家专属立法权。”<sup>[12]</sup> 周佑勇认为：“法律保留乃是宪法赋予立法权的专属空间，行政权不得侵犯之。”<sup>[13]</sup> 但这类论述似乎夹杂着两种不同类型的立法权专属。根据陈斯喜、李林的区分，<sup>[14]</sup> 一种是在纵向维度、中央与地方之间强调“立法权专属”，回答“谁保留法律？”的问题，另一种是在横向维度、立法与行政之间划定“议会专属立法权”，回答“法律保留什么？”的问题。

[10] 古典与现代内涵，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页。

[11] 相关术语参见许宗力：《法与国家权力（一）》，台湾元照出版社1993年版，第122页以下。中国学者面对繁多的德国公法概念应注意相关概念的语词结构各有不同。与“法律保留”的语词结构不同，在“议会保留”中议会是主语，在“给付保留”中给付却是宾语。笔者认为，错误翻译“保留”一词，再叠加复杂多变的语词结构，难免形成歧义丛生的概念群落。

[12] 应松年，见前注[3]，第6页。

[13] 周佑勇：《行政法基本原则研究》，武汉大学出版社2005年版，第198页。

[14] 参见陈斯喜：“论我国立法权限的划分”，《中国法学》1995年第1期，第14、16页；参见李林：“关于立法权限划分的理论与实践”，《法学研究》1998年第5期，第63、70页。

所谓纵向立法权专属,是将“法律保留”理解成一个省略主语的主谓宾结构。主语是议会但被省略,<sup>[15]</sup>谓语是保留,宾语是法律,即“议会保留法律”。再按照保留是“留下,不拿出来”的意思来理解,便是“议会留下法律,不拿出来”的意思。《宪法》第58条规定:“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。”除此之外,《宪法》第62条第3项、第67条第2项进一步划分了全国人大与全国人大常委会立法权界限。按照应松年的观点,上述条文是法律保留原则的宪法依据。<sup>[16]</sup>

所谓横向立法权专属,是将“法律保留”理解成一个省略宾语的主谓宾结构。主语是法律,谓语是保留,宾语是某些事项但被省略,即“法律保留某些事项”。再按照“留下,不拿出来”的意思来理解,这是“法律留下某些事项,不拿出来给行政”的意思。周佑勇将法律保留的基本含义表述为:“凡属宪法、法律规定只能由法律规定的事项,则只能由法律规定,或者必须在法律有明确授权的情况下,才能由行政机关作出规定。”<sup>[17]</sup>他认为法律保留的宪法依据主要落在宪法上含有“由法律规定”或“以法律规定”的条文上。“法律保留集中表现在45个宪法条文中,其规定的方式有‘……由法律规定’,‘……以法律规定’,‘依照法律规定……’和‘依照法律……’等几种基本形式。”<sup>[18]</sup>

两种立法权专属在语法、内涵、宪法依据等方面皆不一致,尤其在规范对象上存在根本差异。纵向立法权专属主要是在两个立法机关之间划定界限。在西方语境下,即君主与贵族,或君主与民主议会,或联邦与各州。在中国语境下,主要是强调国家立法权与地方立法权的区分,国家立法权专属于全国人大及其常委会,地方人大被排除在外,只能行使地方立法权。至于横向立法权专属,更多是在立法机关和行政机关之间划出不可逾越的界限,确定立法机关的专属事项。在西方语境下,即议会与政府,或议会与总统。在中国语境下,这主要强调某些事项的立法权专属于全国人大或常委会,将国务院及其部门排除在外。

比较清晰的是,法律保留主要指向国家权力横向维度,即立法与行政关系,与纵向立法权专属不在一个维度上,不应混淆。在这一点,与应松年将法律保留归入“立法权限分配”<sup>[19]</sup>不同,周佑勇认为应当“集中围绕法律和行政立法的关系来阐述它的涵义”,“将法律保留的基本涵义限定在法律与行政立法的关系上”。<sup>[20]</sup>值得注意的是,将法律保留理解为“立法权专属于议会”亦不符合德国历史。在19世纪末,德国议会并未独揽立法权,议会立法还不是最重要的国家统治方式。事实上,在德国所有法律均由议会制定,议会与立法机关划等号,法律具有

[15] 法律中的语言省略现象,参见刘璐:“认识《民法典》语言的新风格”,载《中国社会科学报》2021年3月3日,第4版。

[16] 应松年,见前注[3],第6页。

[17] 周佑勇,见前注[13],第187页。

[18] 周佑勇,见前注[13],第196页。

[19] 应松年,见前注[3],第5页。

[20] 周佑勇,见前注[13],第187页。

终局性、决定性和最高性,这些都是 20 世纪确立议会民主制后才发生的变化。<sup>[21]</sup>

当然,纵向维度的立法权分配往往会同横向维度的法律保留产生复杂的互动关系。以我国《立法法》第 8 条第 6 项为例,它既在纵向维度上将地方立法权排除出税收事项,确定国家立法权对税收的独占,也在横向维度上产生税法领域的法律保留,限制税收领域的行政立法权。<sup>[22]</sup>以 19 世纪德国为例,当时各邦民选议会只拥有部分事项的立法权,许多事项的立法权依旧“保留”在君主手中。在这种情况下,君主与议会之间的立法权划分关系,自然会直接联动到议会与政府之间的划界问题。德国历史上纵向的立法权分配如何影响横向的法律保留颇有参考借鉴意义,本文第四部分还将详细论述。

## (二)概念的限缩

既有研究将“法律保留”理解为“立法权专属”,不只容易将法律保留同纵向立法权专属混淆,还容易将法律保留限缩于横向立法权专属。这种横向的立法权专属要求某些特定事项只能由议会通过法律来规定,不得授权给行政。正如《立法法》第 8 条规定的“下列事项只能制定法律”,学界普遍认为这划定了全国人大及其常委会的专属立法事项,行政机关不得染指。应松年的观点很有代表性,他认为这便是“《立法法》关于法律保留原则的规定”。<sup>[23]</sup>“在法律保留的这部分立法权限中,有一部分不能不授权给其他国家机关,但有一部分权限则不能授权,必须由法律行使。我们将可授权的部分称为相对保留,不可授权的称为绝对保留。”<sup>[24]</sup>周佑勇也认为:“《立法法》以宪法为基础,作了进一步和更为具体的规定。”<sup>[25]</sup>总之,许多学者都将《立法法》第 8 条同法律保留划等号,再根据第 9 条将法律保留分为绝对保留与相对保留。

但陈新民、涂四益等学者对上述观点提出有力质疑,认为《立法法》第 8 条不是法律保留,而是议会保留。涂四益直言:“这是一种典型的概念上的误用”。<sup>[26]</sup>的确,《立法法》第 8 条规定“下列事项只能制定法律”,明显带有排他专属、禁止授权的意思。上述那种将法律保留等同于《立法法》第 8 条进而分为绝对和相对保留的观点,有以下四点值得商榷。

第一,结合迈耶的定义来看,法律保留的精髓不在专属,而在授权。这个原则的基本意思与其说是强调专属立法权的“授权禁止”,不如说是要求“授权行政”。<sup>[27]</sup>如本文第三部分梳理的,后世德国学者将其概括为“法无授权,行政不可为”“无法律不行政”等经典论述。第二,法律保留在 19 世纪末还以“授权行政”为核心,远未发展出“授权禁止”的意思。直到上个世纪

[21] Vgl. Jürgen Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 45.

[22] 参见武增:“2015 年《立法法》修改背景和主要内容解读”,《中国法律评论》2015 年第 1 期,第 213 页。

[23] 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 页。

[24] 应松年,见前注[3],第 6 页。

[25] 周佑勇,见前注[13],第 196 页。

[26] 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 35 页;涂四益:“宪政视野下的法律优先和法律保留——凭什么优先?而且保留?”,《甘肃行政学院学报》2008 年第 2 期,第 79 页。

[27] 王贵松,见前注[1],第 143 页。

中期德国确立议会民主制,法律保留才在民主的加持下不断累积沉淀,逐渐发展出密度更大、要求更严的授权明确原则(Bestimmtheitsgebot)和授权禁止原则(Delegationsverbot)。〔28〕 第三,现代德国学者将横向维度的议会立法权分为两部分。一是可转移(übertragbare)的立法权,这部分事项可以由议会授权政府决定。二是议会专属(ausschließende)的立法权,这部分事项只能由议会决定,政府不得染指,议会也不得授权政府决定。〔29〕 在可转移的立法领域以授权立法为主;在不可转移的专属立法领域奉行授权禁止;至于授权明确,则作为中间地带起到过渡缓冲的作用。第四,授权禁止是议会保留与法律保留的交汇区。罗曼·赫尔佐格(Roman Herzog)指出:“议会保留这一概念,可以理解为带有授权禁止的法律保留,即通过法律确定这类决定的内容,而不得由议会转授权。”〔30〕 议会保留除了授权禁止这部分,还具有法律保留不具有的部分内涵,因为议会除了制定法律还可以通过其他形式作出决定。

对照德国学理可见,上面那种将法律保留同《立法法》第8条划等号的观点并非完整的法律保留,只是部分的授权禁止或交叉的议会保留。〔31〕 或许会有学者认为,虽然这种观点没有严格区分法律保留、议会保留和授权禁止等概念,但亦可自成体系,中国法学不必亦步亦趋地套用德国法学进行自我剪裁。但问题在于,这种观点无意中限缩了法律保留的多层规范内涵。法律保留原则历经百年发展,已经形成了授权行政、授权明确、授权禁止层层递进的规范结构。当中的授权行政(立法)本是法律保留的基础内容,却在这种绝对保留加相对保留的观点中找不到立足之地。理论上广泛存在一种误解:似乎除了《立法法》第8条规定的事项,其他事项无须适用法律保留,行政可以脱离法律自行处理、先行决定。现实中,各种“先行先试”制度创新在各地大量出现。但如下文第四部分所揭示的,授权禁止原则并非凭空独立产生的,若无轻度的授权行政作为基础和支撑,中度的授权明确和重度的授权禁止恐怕只是空中楼阁。

应当指出一点,无论是混淆于纵向立法权专属,还是限缩于横向立法权专属,都不是学者批评的“典型的概念上的误用”。相反,只要我们回到汉语“保留”的意思就会发现,恰恰是诸多学者严格按照汉语“保留”的意思才会产生上述两种理解。毋庸置疑,问题的症结在保留二字,它的确阻碍了中国公法学者准确把握这个原则的基本意思。一方面,这容易让人混淆法律保留与纵向立法权专属。虽然二者存在互动关系,但毕竟分列于国家权力结构的不同维度,不宜

〔28〕 Vgl. Fritz Ossenbühl, § 101 Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, 2007, Rn. 30.

〔29〕 Vgl. Ossenbühl (Fn. 28), Rn. 15.

〔30〕 Roman Herzog/Bernd Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, 2018, Art. 20, Rn. 76.

〔31〕 既有研究将法律保留限缩为《立法法》第8条,法律保留等同于授权禁止,包括绝对的授权禁止(绝对保留)和相对的授权禁止(相对保留)两种。就此而言,既有研究所讨论的法律保留其实是“法律先定”的予原则。以2021年《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院在部分地区开展房地产税改革试点工作的决定》为例,该授权决定仅仅规定“房地产税”这一概念,至于税收对象、税收依据、税率等一概授予国务院制定。根据《立法法》第9条,税收是“相对的授权禁止”,不是“绝对的授权禁止”。但这种授权决定应当符合《立法法》第10条的授权明确原则。

混淆使用。另一方面,这也容易让人将法律保留限缩在横向立法权专属。虽然这种关于专属事项的授权禁止是法律保留的重要内涵,但毕竟是后发而生的部分内涵。更重要的是,这种限缩容易使法律保留变成无源之水、行之不远。综上,如果我们继续使用“法律保留”一词,用“专属”来理解这个原则,“保留”具有的“禁止转让、排他专属”意思就会继续诱导我们产生上述两种理解,那么,继续混淆相关概念,使用同一个概念却各说各话,恐怕都是无法避免的。

### (三)概念的退化

相较于“保留”禁不住仔细推敲,“法定”似乎更合适。杨登峰也认为“法律保留”一词较有局限,绝对保留加上相对保留只是部分内涵,应扩展为“行政法定”。<sup>[32]</sup>“保留”侧重单方面划定专属立法权,缺少转还空间,难免与授权禁止、议会保留相混淆。相较而言,“法定”不带有“禁止转让、排他专属”的意思。宪法规定某个事项“由法律规定”,但这一事项应当由法律规定到何种程度?可以授权行政规定到何种程度?这些问题并无固定不变的标准答案。“法定”既有清晰度和确定性,亦有相当大的规范跨度,可承载授权行政、授权明确和授权禁止三者层层递进的规范结构。并且,“法定”一词在汉语中通行已久,罪刑法定、税收法定皆是众人耳熟能详的经典术语。若参照这两种法定而启用“行政法定”,可以保持相关术语的统一与协调。如汉斯—于尔根·帕皮尔(Hans-Jürgen Papier)所言,与法律保留相比,罪刑法定和税收法定在思想和制度脉络上处在更为源头的位置。<sup>[33]</sup>事实上,在我国行政法学界广泛讨论法律保留之前,税法学者就已经开始将法律保留、税收法定、专属立法权三者划等号。张守文强调立法机关“依据课税要素法定原则,我国的全国人大及其常委会应保留税收立法权,并对各类税法的构成要素作出规定”。<sup>[34]</sup>

最重要的是,宪法可以为“法定”一词提供相当有力的文本支援。自19世纪初开始,德意志各邦宪法普遍用“凡涉及公民自由和私产,应由议会法律规定”这类表述来表达法律保留的意思。<sup>[35]</sup>这类表述被后世学者总结为“自由和私产公式”。二战后制定的德国基本法延续了这种文本表达,或规定“通过”(durch)法律,或规定“依据”(auf Grund)法律。例如,其第10条规定:“书信秘密、邮件与电讯之秘密不可侵犯。前款限制唯有根据法律始得为之。”不单德国宪法,中国宪法亦如此。例如第78条规定全国人大及其常委会的“组织和工作程序由法律规定”,第86条规定“国务院的组织由法律规定”。

既然各国宪法普遍采用“由法律规定”这类表述来规定法律保留,那学理研究似乎可以从宪法文本中提取出更精简的“法定”概念,进而参照税收法定和罪刑法定具体化为“行政法定”。然而,“法定”一词可能引发某种细微的“概念退化”。早在19世纪初,随着德意志各邦国宪法

[32] 参见杨登峰,见前注〔7〕,第91—93页。

[33] Vgl. Hans-Jürgen Papier, Die finanzrechtlichen Gesetzesvorbehalte und das grundgesetzliche Demokratieprinzip, 1973, S. 60.

[34] 张守文:“论税收法定主义”,《法学研究》1996年第6期,第61页。

[35] 具体条文参见邓毅,见前注〔10〕,第17页。

开始出现相关规定,公法学者就开始讨论这个问题,但一直未能将它从“依法行政”这类上位概念中分化出来,产生更为具体的下位概念。<sup>[36]</sup> 1878年,保罗·拉班德(Paul Laband)依然停留在“每个行政命令都必须依据法律”这样的论述上。<sup>[37]</sup> 直到1895年,迈耶提出“法律保留”,依法行政原则才在概念层面完成演化,分化出法律优先和法律保留两个更为精准的下位概念。稍稍梳理这个概念的历史不难发现,如果用“行政法定”代替“法律保留”,难免在一定程度倒退回迈耶之前的理论状态。如本文第三部分所揭示的,日本学者之所以翻译为“法律保留”,可能就是因为面对全新的学理概念才退回到更为原初简单的宪法表述。<sup>[38]</sup> 时至今日,退回到“法定”一词也很难适配已然发育成熟的概念体系。在横向上,“行政法定”容易同相邻概念“法律优先”发生混淆。在纵向上,“行政法定”无法与上位概念“依法行政”拉开距离。相较而言,周佑勇主张将“行政法定”作为法律保留与法律优先的上位原则更为合适。<sup>[39]</sup> 最关键的是,无论是“行政法定”还是“法律保留”,都未能恰如其分地将原文翻译出来,反而丢失了Vorbehalt最重要的一层意思。

### 三、“法律保留”在德国公法学中的原意

#### (一)概念的提炼

从德文构词来看,Vorbehalt由vor和behalt两部分构成,vor是“先、前”的意思,behalten是“保留”的意思。之所以迈耶提出的这个概念被整个德国公法学广泛接受继而遍传世界各国,乃是因为这个概念是他从“由法律规定”这类宪法文本中提炼出来的。所谓青出于蓝而胜于蓝,这个学理概念超越了宪法文本。

第一,Vorrang(优先)与Vorbehalt均带有前缀vor,之所以迈耶特意选用二者创造两个新概念,是为了表达法律与行政之间两种关系。按照现代德国公法学通说,法律优先要求“行政不得违背法律”,法律保留要求“没有法律根据,不得作出行政行为”。两个原则比邻而立、相辅相成,共同保障立法对于行政的优势地位,并称依法行政两大基石。如果说法律优先是从垂直方向强调法律高于行政,强调效力层面的高低关系,那法律保留就是从水平方向强调法律先于行政,强调程序层面的先后关系。

第二,迈耶意识到Vorrang与Vorbehalt分别蕴含的两种关系较为类似,容易让人混淆。于是,他在《德国行政法》第一版给法律保留下定义时,特意做了一个注释:“这种Vorbehalt des Gesetzes常常同法律的优先相混淆,如此一来,人们会完全忽视Vorbehalt的重要内容,只

[36] 对相关思想起源的梳理, vgl. Walter Krebs, Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte, 1975, S. 17ff.

[37] Paul Laband, Staatsrecht, Band 2, 2. Aufl., 1894, § 68 I 2a, S. 217.

[38] 除了公法,德国私法也有Vorbehalt相关概念,如所有权保留(Eigentumsvorbehalt),同样引起中国学者的争论,参见柴振国、史新章:“所有权保留若干问题研究”,《中国法学》2003年第4期,第71页。

[39] 参见周佑勇:“中国行政基本法典的精神气质”,《政法论坛》2022年第3期,第72页。

认识到优先这层意思。”<sup>[40]</sup>若干年后,考虑到 Vorrang 与 Vorbehalt 还是容易让人混淆,他在该书第三版特意再次说明:“法律保留的特殊之处在于,它是自行并且是普遍性地事先发生作用的;而法律的拘束力和法律优先则相反,是依据已颁布的法律才形成的。”<sup>[41]</sup>不仅如此,他还修改了同一条注释再次强调:“应予以说明的是,这不同于我们已讨论过的两种法律的优先。同时这与法律优先是极易混淆的。”<sup>[42]</sup>

如此来看,Vorbehalt 的确是迈耶特意挑选出来的词语。它同优先(Vorrang)一样都有前缀 vor,都有“先、前”的意思。无论“保留”还是“法定”,都缺少“先、前”的意思。恰恰是“先、前”这部分意思,将宪法文本上的“由法律规定”升华为“先由法律规定”,发展出深刻而宽广的规范意涵,进而成为整个德国公法领域最重要的原则之一。一言以蔽之,迈耶用“先、前”这部分意思凸显“先法律后行政”关系,超越了宪法文本,可谓画龙点睛之笔。

## (二)概念的传播与移植

后世许多德国公法学者在阐释 Vorbehalt 时,侧重法律与行政的条件关系,强调法律是行政的基础。瓦尔特·耶里内克(Walter Jellinek)将 Vorbehalt 理解为“法的必要性”。<sup>[43]</sup>哈特穆特·毛雷尔(Hartmut Maurer)说:“有法律才行政。”<sup>[44]</sup>克里斯托弗·德根哈尔特(Christoph Degenhart)也说:“行政行为必须有法律基础。”<sup>[45]</sup>另一些学者更注重强调 Vorbehalt 一词具有“先、前”的意思。波多·皮罗特(Bodo Pieroth)和本哈尔特·施林克(Bernhard Schlink)说:“基本法对于法律保留也只是明确要求,应先有一个法律授权。”<sup>[46]</sup>赫尔佐格说:“在相关领域的行为,应先由议会法律决定。”<sup>[47]</sup>埃贝哈德·施密特—阿斯曼(Eberhard Schmidt-Aßmann)说:“凡法律上事先未确定的,行政不得规定。”<sup>[48]</sup>弗里德汉姆·胡芬(Friedhelm Hufen)更为细腻地论述当中的先后关系。“从公民的视角来看,所谓‘特别权力关系’的先定,曾经特别重要。虽面对议会的参与权,行政借由这种特别权力关系亦可先行划定一个独立的、不受法律约束的领域。”<sup>[49]</sup>即在一般权力关系中,法律在前,但在特别权力关系中,行政在前,两者完全相反。值得注意的是,前联邦宪法法院院长安德雷亚斯·佛斯库勒(Andreas Voßkuhle)与宪法学者克里斯蒂安·本克(Christian Bumke)翻译该原则时,并未采用东亚学

[40] Mayer (Fn. 8), S. 74.

[41] 迈耶,见前注[8],第74页。

[42] 迈耶,见前注[8],第72页。

[43] „Erforderlichkeit des Gesetzes“, Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, Band XXV, 3. Aufl., 1928, 1931(2013), S. 122.

[44] Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, § 6 Rn. 3.

[45] Christoph Degenhart, Staatsrecht, 28. Aufl., 2012, Rn. 296.

[46] Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte, 27. Aufl., 2011, Rn. 262.

[47] Herzog (Fn. 30), Rn. 75.

[48] Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2006, S. 187.

[49] Friedhelm Hufen, Staatsrecht II: Grundrechte, 9. Aufl., 2021, § 9 Rn. 3.

者常用的“reservation”，而翻译为“the principle of the requirement of a statutory provision”，与下文提到的“有法可依”有异曲同工之妙。<sup>〔50〕</sup>

迈耶创造“法律保留”一词后，他本人尚且要在注释中多次强调 Vorrang(优先)与 Vorbehalt 的差异，更不用说日本学者面对 Vorbehalt 时会遇到多么棘手的翻译难题。<sup>〔51〕</sup>如何严谨地选择词语来翻译 Vorbehalt 这个既明确又灵活的陌生概念？Vorrang 和 Vorbehalt 都有 vor 这个前缀，都带有先、前的意思，该如何准确表达 Vorbehalt 的独特内涵，同时避免与 Vorrang 混淆？要找到合适的汉语词汇准确对应这两个概念，既表达相似点，又凸显差异点，的确相当困难。恰好迈耶给这个原则下定义后就在下一段这样写到：“各个宪法文件以不同方式复述了这种 Vorbehalt des Gesetzes。”<sup>〔52〕</sup>笔者猜测：与其寻找一个与“优先”既相似又有差异的汉语词汇，不如直接退回到德意志各邦国宪法所载的“依法律规定”这类表述，有意或无意地省略前缀 vor，将 vorbehalten 限缩为 behalten，直接翻译为“留保”。这样似乎既能表达 Vorbehalt 的大致意思，同时保持法律优先与法律保留之间距离。历史上美浓部达吉等日本学者是否真的出于类似考虑而忽视前缀 vor 将 Vorbehalt 缩译为留保？笔者无力探究这一问题，只是提出一种假说。

日本学者翻译成“法律的留保”后不久，民国时期的中国学者就引入该原则。后世许多学者便按照“保留”的字面意思来理解，吴庚就认为：“宪法已将某些事项保留予立法机关，须由立法机关以法律加以规定。”<sup>〔53〕</sup>但也有些学者似乎感到“保留”带来的麻烦，有意识地回避这个词语，转而使用前提、条件、基础这类词语阐述该原则。李建良说：“以法律作为行政干预人民自由权利之前提。”<sup>〔54〕</sup>陈敏说：“法律保留原则，要求行政须有法律之授权始能作成行政行为。”<sup>〔55〕</sup>还有一些学者更为细腻地点出法律与行政的先后关系。蔡宗珍就指出：在“法律先导的国家权力运作秩序”中，“国会(立法者)与法律于某一事项类型或范围内享有某种优先或优越于行政机关/行政权、法官/司法权的地位”。<sup>〔56〕</sup>在大陆学者中，黄学贤用“尚未……则”这类表述来表达法律与行政的条件关系。<sup>〔57〕</sup>精准指出立法与行政先后关系的当属杨登峰的论

〔50〕 此外，法律优先原则被翻译为 the principle of the primacy of statutory law. Christian Bumke and Andreas Voßkuhle (eds.), German Constitutional Law, Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 349.

〔51〕 参见胡娟：“德国‘法治国’思想在近代日本——以 20 世纪初民权学派与官僚学派的论争为中心”，《中国政法大学学报》2008 年第 1 期，第 21—22 页。

〔52〕 Mayer (Fn. 8), S. 76.

〔53〕 吴庚：《行政法之理论与实用》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 53 页。

〔54〕 李建良：《行政法基本十讲》，台湾元照出版社 2017 年版，第 270 页。

〔55〕 陈敏：《行政法总论》，台湾元照出版社 2016 年版，第 157 页。

〔56〕 蔡宗珍：“法律保留思想及其发展的制度关联要素探微”，《台大法学论丛》第 39 卷第 3 期，第 3、5 页。此外，城仲模说过：“议会至上，立法引导行政”，见城仲模：《行政法之基础理论》，台湾三民书局 1991 年版，第 7 页。许宗力也提到：“在未经立法者事先允许前，不得有所主动、积极作为。”许宗力，见前注〔11〕，第 118 页。

〔57〕 黄学贤：“行政法中的法律保留原则研究”，《中国法学》2004 年第 5 期，第 50 页。

述:法律保留“指明,哪些事项必须先由代议机关通过立法加以规定,而后由行政机关依据法律规定来处理”。〔58〕

### (三)概念的重新界定

作为一个从日本舶来的术语,“保留”在汉语中带有明显的“禁止转让、排他专属”意思。这决定了它仅能表达立法权专属、授权禁止等有限内涵,无法承载这个原则的宏大深意。两岸行政法学界不乏讨论“法律保留”的著述,但这个概念始终处在一种名实不符的尴尬状态。一方面,具体论述难有几处用到“保留”。另一方面,只要具体论述用到“保留”,语义内涵便在横向和纵向的立法权专属之间来回横跳、渐趋发散,以至于既有研究开始出现某些较为独特的表述。〔59〕且不说德国法上多元丰富的规范内涵始终难以顺畅进入“保留”这个空洞的语言外壳,某些似是而非的表述就不断解构这个原则基本轮廓,给学术研究造成相当大的阻碍。

事实上,国人除了借鉴日本学者的翻译,很早就有自觉的意识,尝试将它中国化。1956年,董必武在中共八大做了名为《进一步加强人民民主法制,保障社会主义建设事业》的报告。当中提出依法行政有两大支柱:一个是“有法必依”,一个是“有法可依”。〔60〕结合张志让、楼邦彦对这八个字的阐释来看,有法必依即法律优先,有法可依即法律保留。〔61〕时隔22年,邓小平在1978年中共中央工作会议闭幕会上做了名为《解放思想,实事求是,团结一致向前看》的讲话,再次强调“有法可依,有法必依”。如果说法律保留和法律优先这两个术语以立法为出发点,则有法必依与有法可依这两个术语的落脚点在行政。比较来看,学术概念是从前往后,政治论述是从后往前,共同指向立法与行政的先后关系。

如此来看,这并不只是一个学者引介而来的学理概念,相反,它很早就以“有法可依”的表述形式进入到这个影响整个中国的关键讲话之中。受此启发,笔者参考宪法上的“由法律规定”,对照德文法学辞典的“事前的限制”,用“先”对应前缀 vor,取“先由法律规定”头尾二字,将 Vorbehalt 翻译为“先定”,主张用“法律先定”取代“法律保留”。具体理由如下:

第一,Vorbehalt 是迈耶特意选取的词汇,它指向一种特定的先后关系。“先定”一词完全符合迈耶的定义:“阻止它(执行权)……的独自先行,我们称之为法律的先定。”他有意用法律的“先定”阻止执行权的“独自先行”(selbständigen Vorgehens)。弗兰兹·海摩尔(Franz Rei-

〔58〕 杨登峰,见前注〔7〕,第91页。

〔59〕 例如“比较弱的法律保留”“比较强的法律保留”“法律不予保留”,参见孙展望:“法律保留、法治与复杂社会——中国语境下的法律保留之法治逻辑探究”,《政治与法律》2011年第7期,第56、58页。

〔60〕 董必武:《论社会主义民主和法制》,人民出版社1979年版,第136—137页。

〔61〕 参见张志让:“我国的人民民主法制”,《法学研究》1956年第6期,第4页;参见楼邦彦:《人民法院在贯彻执行国家法制中的几个问题》,《法学研究》1956年第6期,第8页。“有法可依”与上文提到的德国学者翻译的“requirement of a statutory provision”高度契合。德国学者雷歇(Lerche)也是这样理解依法行政的两大原则:一个是“不得违法”(nicht gegen Gesetz),另一个是“不得无法”(nicht ohne Gesetz)。Peter Lerche, § 62 Vorbehalt des Gesetzes und Wesentlichkeitstheorie, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band III, Rn. 12.

mer)强调,法律先定的核心就是给行政设置“行为障碍”(Handlungssperre)。〔62〕所谓“法无授权,行政不可为”,即在行政行为之前,必须“先”由法律规定。以《立法法》第9条为例:“本法第八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。”当中的“尚未……先制定”亦从反方向支持“法律先定”这一概念的成立。

第二,“法律先定”与“法律优先”般配协调,有助于贯通依法行政原则的概念体系。作为依法行政的子原则,二者都是针对行政而言的:一个是法律先定于行政,一个是法律优先于行政,宾语都是“行政”。相反,“法律保留”的宾语是“某些事项”,存在对象上的错位。值得注意的是,汉语“保留”不但无法表达“先法律后行政”的意思,还可能产生一种完全颠倒的方向感。现代国家行政权不断扩张,叠加改革开放的特殊背景,“保留”一词在某种程度上反转了“先法律后行政”关系,给人一种消极、被动的感觉。在这种语境中,“法律保留”可能被误解为“先行政后立法”或“行政先行先试、法律终局决定”。〔63〕

第三,同德语 Vorbehalt 一样,汉语“先定”既明确也灵活,具有较为充足的规范跨度,能够承载立法与行政之间复杂且微妙的关系。在宏观上,法律与行政的先后关系是明确的。法律前置行政,行政以法律为前提和基础。时至今日,这种“先法律后行政”的先后关系,或者说“有法律才行政”“无法律不行政”的条件关系,应当是一种常识。在微观上,法律与行政的比重关系是灵活的。大部分国家事项横跨立法与行政,当中虽有“先法律后行政”的明确次序,但两者具体形成何种关系,各占多少比重,则要根据国体、政体、国家任务等要素具体确定。如此来看,弗里茨·奥森比尔(Fritz Ossenbühl)将这个原则比作“两大势力范围之间划定界限的密钥”〔64〕颇为贴切,因为密钥就兼具明确和灵活两种特征。总之,立法与行政关系明确但不绝对、灵活但不失序,谁轻谁重尚要具体问题具体分析,但谁先谁后则是宪法确定的。

#### 四、“法律先定”在君主立宪制下的三个特征

“法律先定”符合德文原意,明确指向“先法律后行政”的规范关系,凭借这一先后关系,可以确定该原则在德国公法学中的意思。但仅仅用“法律先定”取代“法律保留”,恐怕难以完全走出该原则在中国公法学上的重重困境。前文已述,学界因“法律保留”一词产生的两种误解,纵向与横向立法权专属,的确与“法律先定”存在复杂纠缠的关系。唯有回到19世纪德国君主

〔62〕 Franz Reimer, § 9 Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlage des Verwaltungsrechts, 2012, S. 607.

〔63〕 参见肖明:“‘先行先试’应符合法治原则——从某些行政区域的‘促进改革条例’说起”,《法学》2009年第10期,第10页。

〔64〕 Ossenbühl (Fn. 28), Rn. 18.

立宪制下的“法律先定”，<sup>〔65〕</sup>探究它在权力结构、适用范围、规范对象上的三个特征，方能清晰观察“法律先定”与纵向立法权分配的互动关系，深刻理解不应将“法律先定”限缩为横向立法权专属的深层原因。

### （一）居中结构

19世纪以前，德意志各邦处于绝对君主制下，无论立法行政，还是军事外交，权力集于君主一人。君主自行选择统治国家的方式，或制定法律，或发布法令，或直接行为。进入19世纪，受法国大革命影响，德意志各邦纷纷掀起立宪运动。人民追求民主，要求选举代表组成议会。至1848年3月，各邦相继发生革命，史称“三月革命”。但革命失败，资产阶级不得不与君主、贵族达成政治妥协，形成民主与君主二元并存格局。政治上的“二元结构”，自然会表现在国家权力的分配关系上。<sup>〔66〕</sup>一方面，各邦新制定的宪法依然规定“君主原则”，包括许多重要立法权在内的国家权力仍然保留<sup>〔67〕</sup>在君主手中。另一方面，不同等级组成的议会虽挤进国家权力格局中，但只分得部分立法权。正如马克思在《黑格尔法哲学批判》中引述黑格尔的一段话：“立法权是一个整体，在其中起作用的首先是其他两个环节，即作为最高决断环节的君主权和作为咨议环节的行政权……最后一个环节就是等级要素。”<sup>〔68〕</sup>

从结构上看，绝对君主制乃是一种从“君主执政”到“政府执行”的线性关系，但民主议会的崛起改变了这个两点一线关系。议会逐步挤入君主与政府之间，越发明显地站到政府之前，一种全新的“君主—议会—政府”三角关系开始形成。这个三角关系由君主、议会和政府组成，有两种相互并列的国家统治方式。除了过去就有的“君主—政府”两点关系，刚形成的“君主—议会—政府”三点关系以法律为“中介”，<sup>〔69〕</sup>具体分成“君主—议会”与“议会—政府”两部分。

在“君主—议会—政府”三角关系中，议会先于政府。于尔根·斯道博（Jürgen Staupe）指出，“法律先定”除了具有划分民主立法与君主行政之间权力界限的功能，还以此为基础，逐渐发展出排列顺序的功能。只有经过这种顺序排列，才能确保每个干预自由和私产的行政行为，都能回溯到某个立法行为。他认为这是迈耶特意选用“先定”一词的重要原因。<sup>〔70〕</sup> 赫尔佐格也认为，立

〔65〕 在当代德国议会民主制下，三者间关系已然固化，纵向立法权专属已与“法律先定”拉开距离，横向立法权专属俨然已经是“法律先定”的重要内涵，不易观察国家权力由集中到分立而引发的一系列动态变迁过程。Vgl. Ossenbühl (Fn. 28), Rn. 12.

〔66〕 Staupe (Fn. 21), S. 44, 46. 从绝对君主制到立宪君主制国家权力从集中走向分化，vgl. Pieroth/Schlink (Fn. 46), Rn. 262.

〔67〕 值得说明的是，汉语“保留”表示的“留下，不拿出来”这层意思，与德语 *vorbehalten* 有明显落差，更接近于德语 *verbleiben*。斯道博在梳理19世纪德国立法权分配格局时提到：“不涉及自由和私产的情况下，君主还保留 (*verblieb*) 独立于法的命令权，这种命令权后来逐渐扩展到内嵌于国家机构的特别权力关系。”“所有事项，不属于法律保留 (*Vorbehalt*) 的，依然由君主保留 (*verblieben*) 决策权。”Staupe (Fn. 21), S. 46, 49. 可见，*verbleiben* 带有排他、专属的意思，更符合汉语保留“留下，不拿出来”这层意思。

〔68〕 《马克思恩格斯全集》(第一卷)，人民出版社1956年版，第319页。

〔69〕 同上注，第328—330页。

〔70〕 Vgl. Staupe (Fn. 21), S. 50f.

法权跃居执行权之前,并非一蹴而就的,大致经过两个阶段。第一阶段是“立法先于抽象行政”。“当时的人们普遍认识到,必须通过法律或至少通过有法律授权的法令,才能发布一般抽象的规范。”将这样的法律置于行政之前,公民才能预见行政行为,才能预计、预见、信赖国家行为。第二阶段是“立法先于具体行政”。“到了19世纪末便形成一种共识:凡是干预公民自由和私产的具体行政行为,必须有法律授权。”在针对具体公民的个案中,这有助于防止行政滥用权力。由此,“法律先定”逐渐发展出保护个体基本权利、防范行政干预的保护功能。<sup>[71]</sup>

在“君主—议会—政府”三角关系中,君主先于议会。米歇尔·克洛佛(Michael Kloepfer)指出:就决策过程来看,君主依然控制着政府,在许多事项上拥有决策权,而议会仅有审查和同意权(Kontroll-und Zustimmungrecht)。在许多事项上,往往待君主决策后,再由议会审查并投票表决。这样的法律只像是整个决策过程的收尾环节。当时的法律先定“其实是一种阻碍权(Verhinderungsrecht),议会并未获得真正的决策权(Gestaltungsrecht)”。<sup>[72]</sup> 资产阶级缺乏提案权,无法改变决策内容,只能全部同意或完全否决。<sup>[73]</sup> 在整个19世纪,议会的地位不断升高,逐渐可以与君主共同决定国家大事,但议会面对君主的消极被动地位终究没能完全扭转。此时的“法律先定”还谈不上后世那样授权明确和授权禁止,“在一开始,法律先定仅要求先有(vorlag)一个法律授权,并不要求这个法律授权看起来是怎样”。<sup>[74]</sup>

总之,在“君主—议会—政府”三角关系中,虽然议会的立法权先于政府的执行权,但君权仍先于议会的立法权。在整个19世纪,虽然议会立法权在先、政府执行权在后的关系得以逐渐确立,但君权在先、议会立法权在后的关系未有根本改变,政体层面的变动(立法权跃居执行权之前)还未对国体层面(君权先于立法权)造成根本影响。虽然君主垄断国家权力的局面被打破,国家权力开始分化,但议会还未获得核心权力,只拥有单薄有限的立法权,总体上还处于消极被动的地位。<sup>[75]</sup> 上文提到,“法律保留”一词常被误解为纵向立法权专属,似乎在该原则产生时,议会就已垄断立法权,有权作出终局决定。虽然这种理解同历史有所出入,但纵向上的立法权分配关系的确影响到横向上的立法与行政界分问题。正是受制于君主立宪制下君主与议会二元结构,“法律先定”在很长时间内只是相对的先定。在此意义上,奥森比尔强调权力分立乃是“法律先定”的前提条件:“直到权力开始分立,法律这个概念才具有宪法和立宪的根本意义。”<sup>[76]</sup>

## (二)有限范围

在君主立宪制下议会法律居中而立,决定了“法律先定”只是相对的先定,远不是绝对的先定,或所谓的保留或专属。这种权力结构中的相对位置自然影响到“法律先定”的适用范围,具

[71] Vgl. Herzog/Grzeszick (Fn. 30), Rn. 77–78.

[72] Michael Klöepfer, Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, S. 686.

[73] Vgl. Staupe (Fn. 21), S. 46.

[74] Pieroth/Schlink (Fn. 46), Rn. 262.

[75] Vgl. Herzog (Fn. 30), Rn. 77.

[76] “法律即权限”, Ossenbühl (Fn. 28), Rn. 18ff.

体表现为三个方面。

一是区分两类法律。各邦国宪法普遍规定：涉及公民自由和私产的法律，得由议会同意；不涉及公民自由和私产的法律，由君主自行决定。很长时间内各邦宪法仅在征税与支出两个领域规定议会拥有同意权。<sup>〔77〕</sup>君权政府决定支出和税收两类事项后，还要得到议会的同意。<sup>〔78〕</sup>斯道博认为，此时的“法律先定”起到区分两种法律的功能。他以是否干预公民自由和私产、是否需要议会同意为标准，区分了民主与不民主的法律。在法律被一分为二的背景下，当时的学者转而限缩“法律”这个概念。<sup>〔79〕</sup>就像将货币与黄金挂钩、确立金本位那样，他们将法律这个概念与自由、私产挂钩，限缩为“涉及自由和私产、需要议会同意的法律”。在这种自由和私产本位逻辑下，只有干预公民自由和私产的法律，才是法律。

二是区分法律与法令。既然涉及自由和私产、需要议会同意的，才是法律(Gesetz)，至于那些不涉及自由和私产、无需议会同意、由君主直接发布的，逐渐被归为法令(Rechtsverordnung)。<sup>〔80〕</sup>斯道博指出：在19世纪以前法律在概念上并无特殊之处，不过是若干抽象规则的一种，法律与法令这两个概念没有明确的界限，两者常常混同使用。随着民主浪潮推动国家权力的分化，法律与法令也开始发生概念分化，两者间界限逐渐清晰起来。恩斯特—沃尔夫冈·博肯佛德(Ernst-Wolfgang Böckenförde)指出：在那些不涉及公民自由和私产的领域，君主依然保有独立的规范制定权(Normsetzungsbefugnis)，直接命令政府执行；对于那些涉及公民自由和私产的法律，民选议会无权参与制定并行使同意或否决权。<sup>〔81〕</sup>在之后较长时间内，发布法令都属于君主的权力，法令与法律在很大程度上彼此独立、并驾齐驱。

三是区分一般与特别权力关系。当时的君主依然控制着政府，在君权的庇护下，许多政府内部规则(后演化为“行政规定”，Verwaltungsvorschriften)作为例外不受“法律先定”原则的约束。为了解释这种例外，当时的德国学者以国家与社会二元分立为基础，区分了两种权力关系。首先，国家与公民之间乃是一般权力关系。由于公民处在市民社会之中，国家要想干预公民的自由或私产就必须跨越“国家—社会”二元分立所产生的沟壑，而法律是唯一的桥梁。换言之，国家干预公民自由和私产适用“法律先定”原则，国家干预必须根据法律或得到法律授权。其次，国家内部乃是特别权力关系，无须通过法律来调整。一般而言，国家与市民社会保持一定距离，但总有部分公民离开市民社会，跨越国家与社会之间的沟壑，以军人、官吏、学生、囚犯的身份进入国家内部领域。这个自身封闭、不可渗透的国家非由法律所能介入和渗透的。<sup>〔82〕</sup>一旦这些特殊公民进入国家，与之结成特别紧密的关系，则针对这些特定公民群体的

〔77〕 Vgl. Herzog (Fn. 30), Rn. 77.

〔78〕 Vgl. Klöpfer (Fn. 72), S. 685.

〔79〕 Vgl. Staupe (Fn. 21), S. 44, 48, 50.

〔80〕 Vgl. Staupe (Fn. 21), S. 45.

〔81〕 Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 1981, S. 385.

〔82〕 许宗力，见前注〔11〕，第125页。

国家干预就逸出“法律先定”的范围,遁入特别权力关系的领域。〔83〕

的确,诸多国家事项之中只有干预公民自由和私产的事项、涉及一般权力关系的事项,才适用“法律先定”。故德国公法学将“干预保留”(Eingriffsvorbehalt)视为该原则的“原型”(Urform)。〔84〕当然,既然“法律保留”应译为“法律先定”,“干预保留”同样应译为“干预先定”。正所谓国家对公民自由和私产的干预,应先由法律规定,再交由行政执行,若法律未先定,则行政不作为。直到上世纪七十年代,德国联邦宪法法院就服刑人通信秘密、开除学生学籍等一系列案件作出判决后,特别权力关系才告终结,法律终得以介入国家内部领域,无论学生、军人亦或囚犯,相关行政皆应由法律先定。〔85〕

上文提到,“法律保留”易被误解为横向的立法权专属,似乎在这一概念产生之时就有某些特定事项专属于议会,“只能制定法律”,行政不得染指。但事实上,“法律先定”的起点是干预公民自由私产的授权行政。在历史脉络中,虽然“法律先定”仅是相对的先定,仅在有限范围内具有“无授权不行政”的规范内涵,但正是在这种授权行政的基础上,这个原则历经反复锤炼、逐步提高规范密度最终锻造出严格的授权禁止。在规范层次结构上,轻度的授权行政之于中度的授权明确和重度的授权禁止乃是前提与基础。现实中,若许多情况下连最基本的授权行政都未能落实,授权行政、授权明确、授权禁止之间一再发生“皮之不存,毛将焉附”的现象也就不足为奇了。

### (三)双重面向

纵向与横向两种立法权专属夹杂在我国学界对“法律保留”的既有理解之中,虽然二者维度不同却有一个相同点,即都将这个原则视为一种单向度的专属,指向单一的约束对象。〔86〕无独有偶,德国学界在较长时间内也认为“法律先定”以法治国原则为基础,以“干预先定”为原型,仅具有单一的约束对象。从迈耶的字面意思来看,“阻止行政权的独自先行”似乎只要求立法对行政的单向控制。从“君主—议会—政府”三角结构似乎也能看出,“法律先定”的原则重心落在议会与政府关系上,这后半段关系主要是法治国原则的作用范围。而君主与议会这前半段关系主要是民主原则的作用范围,“法律先定”较少涉及。毕竟君主与议会之间主要表现为两个立法主体之间的立法权划分问题,议会与政府之间才是“法律先定”的核心场域。相应的,这种以法治国原则为基础的“法律先定”强调国家干预公民必须以法律为中介,主要作用于国家与公民的一般权力关系。

不同于法治国原则,民主原则在整个19世纪效力不彰,未能扭转君主与议会之间的先后关系。克洛佛梳理相关历史后指出,民主意义上的“法律先定”长期面对较大阻力,法治国意义上的

〔83〕 Vgl. Maurer (Fn. 44), § 6 Rn. 24ff.

〔84〕 Vgl. Maurer (Fn. 44), § 6 Rn. 16.

〔85〕 BVerfGE 33, 1; BVerfGE 58, 257.

〔86〕 参见孙展望:“法律保留与立法保留关系辨析——兼论《立法法》第8条可纳入法律保留范畴”,《政法论坛》2011年第2期,第108页。

“法律先定”更容易取得进展。法治原则要求国家以法律为统治方式,君主制可以一定程度容忍这种“法律的统治”。如果说君主制与法治在特定环境下可以共存,而民主原则要求国家权力的分立,由此产生的民主与君主矛盾实难调和。<sup>〔87〕</sup> 1848年革命失败后,受挫的资产阶级退缩到个人自由和私人财产,只要求国家能尊重自己的个人领域,“对其他并不感兴趣”。<sup>〔88〕</sup> 总体来看,当时的“法律先定”带有明显的法治色彩,主要是消极防止国家行政对公民自由和私产的恣意干预,还未像后世那般积极保障民主议会对国家事务的主导权,强调议会通过法律形成共识、作出决策。待二战结束,基本法确立议会民主制,民主原则确立法令对法律的从属关系,<sup>〔89〕</sup> 给予“法律先定”强有力支持,推动它否定特别权力关系。德国学界转而认为“法律先定”原则开始在立论根基、作用对象等方面发生重大转型变迁,法治和民主两大原则共同支撑起“法律先定”。<sup>〔90〕</sup> 我国学者将其总结为:“它以民主为前提,以法治为基础。”<sup>〔91〕</sup>

既然法治与民主两大原则都是支撑“法律先定”的宪法依据,随之而来的问题是:这个原则只是单纯限制行政,强调立法对行政的控制,还是说它具有双重功能,也可以反过来限制立法?议会民主制带来议会与政府关系的重构,尤其是议会多数党组成政府这一政治事实,<sup>〔92〕</sup> 督促德国公法学者回答这个问题。

为此,博肯佛德回到君主立宪制下的法律概念,梳理“法律先定”的发展过程,揭示了这个原则并不单单限制行政。他指出:“法律先定”产生于君主与人民之间的权力冲突与政治对立,它从一开始就发挥起保障市民社会对抗君权政府的功能。<sup>〔93〕</sup> 斯道博的观点更有颠覆性,他认为先有民主意义上的“法律先定”,再有法治意义上的“法律先定”;先有国家法意义上的“法律先定”,再有行政法意义上的“法律先定”。在1848年之前,议会只有同意权,缺乏决策权,此时的“法律先定”重在保障议会参与立法。这种程序性的保障只能有限地牵制君主,还未发展出约束行政的功能。这种“国家法层面、民主意义上”的“法律先定”,在实践中才逐渐发展出“行政法层面、法治意义上”的内涵。经过如此扩展的“法律先定”,才要求行政必须依法。<sup>〔94〕</sup> 相较而言,奥森比尔持论中庸,做了如下总结:立宪时代的“法律先定”其实是君主与

〔87〕 Vgl. Klöpfer (Fn. 72), S. 685.

〔88〕 Maurer (Fn. 44), § 6 Rn. 10.

〔89〕 对于法律与法令的关系,迈耶还主张确立法令对于法律的从属性(Abhängigkeit),参见蔡宗珍,见前注〔56〕,第12—13页。

〔90〕 如此来看,立宪君主制下的“法律先定”之所以只是有限、相对的先定,还不是全面、绝对的先定,主要是因为民主与法治两个原则未能同步发展,未能给予“法律先定”更为均衡的支持力度而造成的。当然,民主与法治两大原则谁先随后,形成何种相互关系,德国学界对此还有争论。一些学者认为“法律先定”发端于法治原则,后被赋予民主色彩,另一些学者持相反观点。Vgl. Ossenbühl (Fn. 28), Rn. 18ff.

〔91〕 周佑勇、伍劲松:“论行政法上之法律保留原则”,《中南大学学报(社会科学版)》2004年第6期,第710页。

〔92〕 “法律保留原则的产生与内涵具有强烈的时代性格,它不仅是因应时代的政治需要而生,也配合时代的政治态势决定其内涵。”许宗力,见前注〔11〕,第126—127页。

〔93〕 Vgl. Böckenförde (Fn. 81), S. 382ff.

〔94〕 Vgl. Staupe (Fn. 21), S. 44—50.

资产阶级代议机关之间真实政治对立问题的法律表达,当时学者所说的议会与政府的对立,其实是资产阶级代议机关与君主对立;民主原则要求分享国家权力,法治国原则防范君主恣意行为,这两方面要求在“法律先定”中合为一体。<sup>[95]</sup>

这意味着,“法律先定”不只是单刃刀,更是双刃剑。回到迈耶所处的时代不难想象的是,他给出的定义除了字面意思“阻止行政权的独自先行”,亦有言外之意。“法律先定”的规范对象并不限于行政权,它在君主立宪制中就具有双重面向。到了议会民主制,虽不再有君主,但“法律先定”亦保有这种双重面向。除了继续限制行政权,它还以基本权利保障为基盘,反过来将规范的矛头指向立法权。当代德国学者普遍认为该原则具有双重面向,既约束行政也限制立法,其中授权明确和授权禁止转而主要以立法权为规范对象。<sup>[96]</sup> 受此影响,中国公法学者多将该原则分为宪法与行政法两个层面。

有一点未被当代德国学者所重视,却颇有比较法意义。“法律先定”的双重面向带有强烈的时代色彩,它在议会民主制二元结构中指向议会与政府,在君主立宪制三角结构中则指向君主与政府。随着议会法律逐步切入君主执政与政府执行之间,议会法律对前后两方面都产生相应的限制作用。“法律先定”既约束法律之后的政府执行,也约束法律之前的君主执政。具有深远意义的是,原本从君主决定到官吏执行的统治链条被民主所截断,被议会嵌入法律。就民主而言,是议会挤入君主与政府之间;就依法治国而言,是法律介入君主决定与具体执行之间。虽然此时的法律还不是整个统治链条的核心,但俨然已是不可或缺的中间环节。但凡涉及公民自由和私产,君主的决定都必须先得到议会的同意,赋予其合法性,转化为法律,再交由政府去执行。一言以蔽之,“法律先定”在一开始就展现出一种与时代政治态势紧密相关的双重面向,它拉开了君主与政府的距离,阻隔着二者的直接联系。

## 五、结 语

所谓“法律保留”源于德国,经日本传入我国已有百年,但这个由日本舶来的译名从未被深究过。追根溯源可见,将 Vorbehalt 翻译成汉语“保留”,漏掉了前缀 vor,丢失了画龙点睛那一笔。“保留”既模糊了德文原意,无法表达“先法律后行政”的规范关系,也导致它容易与两种立法权专属相混淆。如果用“法律先定”取而代之,能够排除“保留”的干扰和阻碍,精准表达该原则的基本内涵。

一方面,迈耶超越宪法文本,用 Vorbehalt 强调“先法律后行政”的规范关系,“先定”精准表达了这层先后关系。“先定”以既有概念“法定”为基础,蕴含着“先由法律规定”的意思,符合

[95] Vgl. Ossenbühl (Fn. 28), Rn. 18f.

[96] 但萨克斯(Sachs)认为这是两个原则,二者在功能和规范对象上有明显差异。他强调“法律的保留”与“法律保留”不是同义词,“法律的保留”约束行政权,而“法律保留”约束立法权。Vgl. Michael Sachs, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, 8. Aufl., 2018, Art. 20, Rn. 113.

宪法原文“由法律规定”。另一方面,可以从“先定”一词顺畅演绎出“先由法律授权行政规定”“先由法律明确规定”“只由法律规定”三层表述,分别对接授权行政(立法)、授权明确、授权禁止三层内涵。

“法律先定”的古典内涵亦具有独特的参考借鉴意义。当时的“法律先定”在权力结构中是居中相对的,在适用范围上是逼仄有限的,但它的规范对象并不单一,不限于行政权。这个原则从一开始就具有双重面向,不仅指向法律之后的行政,亦指向法律之前的君主。在此基础上,法律介入君主和政府之间,发挥着区分间隔的特殊功能,逐步拉开了二者之间的距离。

如此来看,一个国家的权力格局就体现在几种权力的空间关系中,“法律先定”的本质是界定几种权力的活动空间和先后顺序。举凡参与立法、行政的主体,无论它在法律之后还是法律之前,皆应注意“法律先定”的双重甚至多重面向。正是在此意义上,“法律先定”的不同面向有助于我们深刻理解“善于使党的主张通过法定程序成为国家意志、转化为法律法规”“凡属重大改革都要于法有据”等重要论述。

---

**Abstract:** The term “Gesetzesvorbehalt” originated in Germany and has been transported into China via Japan for around a hundred years. However, its Chinese translation has lost key information and is clearly at odds with the original German meaning. This has led to misunderstandings in the field of Chinese public law, which can be summarized into two problems: “Gesetzesvorbehalt” is either confused with the vertical exclusivity of legislative power, or restricted to the horizontal exclusivity of legislative power. Tracing back to the sources, it is clear that Otto Mayer created the concept to establish a normative relationship, namely “statutory law comes first, and administrative agencies act accordingly”. Thus, “Gesetzesvorbehalt” should be retranslated strictly in its literal sense as “the requirement of a statutory provision”. Under the constitutional monarchy, although “the requirement of a statutory provision” was relative and limited, this principle was a strong impetus for law to intervene between the monarchy and the executive in two different directions, thus gradually distancing the monarchical power from the executive power and continuously adjusting the “monarchy-parliament-government” triangle. In this regard, the essence of the principle of “the requirement of a statutory provision” is to define the limits and sequence of activities of the legislative and administrative powers. Which of them is given more weight varies in different fields of law, but which provides the foundation for another is a given answer in the modern state.

**Key Words:** Exclusive Jurisdiction of the Legislative Power; Reservation of Law; Constitutional Monarchy

---

(责任编辑:彭 鋈)