



论给付行政中法律保留原则的适用

喻少如

摘要：围绕给付行政领域是否适用法律保留原则，主要有“否定说”或“预算说”；肯定说；传统的折衷说；“第四说”即宪法法院所提出的“重要性理论”。我国法律保留的范围所采用的是重要保留说。参考他国理论并结合立法实际，可以从强化人大的预算保留、建立层级化的法律保留体系、贯彻正当法律程序等方面着手设计我国行政给付依据。

关键词：给付行政；行政给付；法律保留

一、法律保留原则的基本内涵及其历史变迁

由于法律保留涉及到立法和行政的权限分配秩序，其不仅取决于一国的宪法结构，而且取决于对国家目标要求和职能任务的理解和解释。因此，对于这些问题的答案并非完全依靠逻辑的推演就能得出，而是必须置身于一国法律的历史发展变迁之中，通过寻求其产生与发展的脉络来把握。

德国宪政国的变迁，并没有经历法国暴风骤雨式的大革命洗礼，而是选择了一条从君主专制到君主立宪最后过渡为议会民主的渐进道路。19世纪的德国，至少是在奥托·迈耶完成行政法学说的创新之前，德国各邦的君主在政治生活中起着举足轻重的作用，作为人民意志代表的议会和君主分享立法权力，君主控制行政权力，并且君权高于议会权。如何限制君权并保障人民的自由与财产，自然落在代表人民意志的议会肩上。作为限制君权的宪政工具，传统的法律保留即侵害保留主张，凡对个人自由和财产的干预，皆须征得议会的同意或通过。随着君主立宪日益式微，法律保留的范围及于预算与财政税收，议会控制了君主的财政收支，君权逐渐丧失其主导的地位，议会逐渐取得优势。《基本法》制定后，法律保留的范围，由以往的干预行政逐渐扩大到给付行政，并进而有“全面保留说”的产生，而后逐步瓦解特别权力关系理论，而有国会保留原则的产生^①。

通过上述鸟瞰式的梳理，不难发现，法律保留制度已经发生了若干重大变迁。首先，法律保留的功能发生转向。具体言之，君主立宪时代的法律保留主要功能在于限制由封建君主掌控的行政权，其表现形态是侵害保留；随着议会民主制的确立，授权立法成为常态，法律保留逐渐侧重于国会保留，其实质是限制国会的怠于立法、恣意授权立法^②。如果说君主立宪时代的法律保留含有阶级分权的历史意蕴，那么在议会民主时代，法律保留则仅仅只具有国家权力功能划分的工具意义。

其次，法律保留的理论根据不断深化。传统理论认为，法律保留的理论依据主要是民

^① 蔡震荣：《行政法理论与基本人权之保障》，五南图书出版公司1999年，第67~82页。

^② 叶海波、秦前红：《法律保留功能的时代变迁——兼论中国法律保留制度的功能》，载《法学评论》2008年第4期，第5页。

主原则、法治国家原则和人权保障原则。依民主原则,议会由国民直接选举产生,相对于间接产生的行政机关,具有直接的民主正当性,并且议会奉行公开、透明及严谨的辩论程序,立法程序也拥有较高的民主正当性。故凡是有关人民生活的重大决定,尤其对民众具有密切关系的事项,诸如对基本权利的限制与剥夺,应由人民选举之代表所组成的具有直接民主合法性的议会作出决议。法治国家原则也要求国家与人民之间的关系,应由议会通过的形式意义的法律予以规范,以确保人民对国家行为的可预见性、可测量性及可信赖性,并排除国家权力的恣意与滥用。可见,法律保留的目的是加强议会的政治领导任务,强化法律在法治国家中的控制作用,而其最终目的在于公民基本权利之保障。为了增强民主原则的论证理由,德国后来出现强调国会议事程序的特殊性并作为法律保留之理论依据的倾向。1980年德国公法学者欧森布尔(Fritz Ossenbühl)提出“功能结构取向的解释方法”并获得德国联邦宪法法院的肯定。宪法法院判决指出,“权力的分立与不同功能配置不同机关,其主要目的无非在于要求国家决定能够达到“尽可能正确”的境地,换言之,即要求国家决定应由在内部结构、组成方式、功能与决定程序等方面均具备最佳条件的机关来担当完成”^①。

再次,法律保留中的“法律”形式增多。早期君主立宪时代的法律保留中的“法律”仅指国会通过的形式意义的法律,至晚期君主立宪时代,扩展为国会的预算法案。迄至议会民主时代,尤其是《基本法》颁布后,法律保留的形式不仅包含议会制定的形式法律,而且也指行政根据议会授权的法规命令。

最后也是最明显的,即法律保留的适用范围日渐扩大。反映在理论上,也是法律保留的最大争执点,便是围绕法律保留的范围的有关学说,主要有“侵害保留说”、“全面保留说”、“重要保留说”和“国会保留说”。其中,侵害保留或干预保留是早期法律保留的形态,也是干预行政背景下的“警察行政法”的体现。随着给付行政领域的扩大和法律对国家权力约束的增强,客观上要求扩大法律保留的范围,其结果是“全面保留说”的提出。该说强调法律保留原则应适用于行政法的所有领域,不论是干预行政抑或给付行政,只要涉及人民的权利,一律受法律保留的约束。目前,在德国占主导地位的理论是“重要保留说”,它是德国宪法法院在1972年通过判例提出的,该理论主张凡涉及基本人权的“重要事项”均必须保留给立法者自己制定,但“重要性的标准并不——像人们猜测的那样——是事物的性质,而是某个规则对共同体和公民个人的意义、分量、基础性、深远性及其强度等”^②。重要性理论的贡献不仅在于它超越了传统的干预行政与给付行政、夜警国家与福利国家的分析框架,将法律保留原则的范围从侵害保留发展到基本权利保留,而且促使人们注意到传统法律保留原则下对立法者恣意授权防范不够的缺失,进而发展出国会保留的理论。

二、法律保留原则在给付行政领域的适用

纵观法律保留的变迁史可以发现,给付行政领域是否适用法律保留,无论在德国、日本还是我国,人们一直存在着争论。归纳起来,主要有三种观点:

否定说。即给付行政领域不适用法律保留原则,只要议会进行预算监控即可,故又称之为“预算说”。其主要理由在于:(1)给付行政并未侵害公民的自由和权利,如果将法律保留的范围扩大到给付行政领域,有可能使公民彻底丧失要求给付的法律依据,反而会给国民带来非常不利的结果;(2)行政机关也具有民主正当性,如果完全将给付行政划归为法律保留的范围,有可能影响行政机关的相对独立地位,妨碍行政效率,最终使行政机关的公益服务职能无从发挥。(3)给付行政职能关乎大量公共资金的使用,基于预算法定主义,预算法规定预算资金的发放,授权行政机关按照预算法案确定的计划及目的使用预算资金,该目的明确了行政活动的目的和界限,该授权成为行政机关发放有关资金的权限。因此,可以说预算法是合法性原则的一种特殊的表现和实现形式,议会对预算法应予以全面保留^③。而且,从预算法案的通过程序角度来看,与法律一样,议会对其也历经严格的辩论与审读程序。既然议会

① 许宗力:《论法律保留原则》,月旦出版社有限公司1993年,第139页。

② 哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,法律出版社2000年,第110页。

③ 汉斯·J·沃尔夫,奥托·巴霍夫,罗尔夫·施托贝尔:《行政法》第一卷,商务印书馆2002年,第142页。

已经通过预算之审核达到民主监督之目的,则行政机关的给付行为已受民意监督,不必再依据法律。换言之,预算法已构成对行政给付充分的授权依据。如在德国,联邦行政法院也肯定在满足下列条件的情况下,行政机关就得到了在预算法上发放补贴的授权,即“(1)预算案中必须规定了相应的资金;(2)预算案规定了这些资金的目的;(3)相关的资金发放属于有关行政机关的宪法权限范围(任务规范)”^①。在日本,关于国家的补助金,“一般来说其交付决定是以作为权力行为形式的处分来构成,但那不是由于根据规范,而是由于作为规制规范的《补助金公正化法》上有特别规定”^②。

肯定说。即给付行政领域适用法律保留原则,大致的理由有四点:(1)预算与法律的本质不同,预算法及预算案不能构成对给付行政的充分授权依据。预算案是以具体数字记载政府机关维持其正常运作及执行各项施政措施所需之经费,每一年度实施一次即失其效力,实质上是行政行为之一种,但基于民主宪政原理,预算案又必须由立法机关审议通过而具有法律的形式,所以在德国也将之称为“措施性法律(Massnahmegesetz)”,以区别于通常意义上的法律。因为立法机关审议预算案具有批准行政措施即年度施政计划的性质,因此其审议方式自然不得比照法律案作逐字逐句的增删修改。从内容上看,预算案并未直接规定公民的权利义务,故并不能对全体国民产生直接的法律约束力。一般来说,只能从预算中得知行政给付的概括目的,而无从了解给付内容、要件、标准及种类等具体规则,如果法律在此缺位,事实上需要执行预算的行政机关制定行政规则。(2)给付行政涉及到敏感的利益分配问题,基于分配正义之考量,举凡分配的条件、资格和地位等均须有法律的根据或授权。(3)保障公民依法请求给付的权利之需要。在给付行政领域,行政机关拒绝提供给付给公民造成的侵害可能并不亚于对财产和自由的侵害,且攸关某些公民的生存权。如果公民请求给付的权利没有议会法律的明确规定,在拒绝给付、撤回给付和废止给付的情况下,法院的司法审查就缺乏足够充分的审查标准,将无法有效发挥保障权利的功能。(4)从行政给付的法律效果来说,在大多数情况下可能具有混合效力和所谓“第三人效力”。因行政给付可能对相对人和第三人产生负担或侵益的效果,依最小的侵害保留说,行政给付也适用法律保留。总之,“法律保留权可以扩展到服务行政方面,理由是,自由和平等可以通过法律和权利产生,因此在没有法律授权的情况下,应禁止对公民做出任何行政管理行为。”^③

折衷说。由于否定说和肯定说针锋相对、各执一端,折衷论呼之欲出。在德国,折衷说的理论形态有传统和现代之分,传统的折衷说被称之为“扩大的传统保留”、“限缩的全面保留”;现代的折衷论则是为宪法法院所提出的“重要性理论”,也可称为是“第四说”^④。传统的折衷说认为,倘若给付行政对公民权利有侵害或不利益,则须适用法律保留原则,如附负担的行政给付则须保留;反之,单纯的给付行政则无须保留。可以看出,传统的“折衷说”运用的方法是扩大侵害保留或限缩全面保留的范围,其实质是以干预行政与给付行政为标准,判断是否有法律保留原则的适用,仍旧局限在“否定说”和“肯定说”的理论框架之内。重要性理论则跳出传统法律保留之争的框架,直接以国家事务对“基本权利行使或实现”是否重要为标准,来判断法律保留的范围。虽然对重要性理论的批评在学术界不绝于耳,但是应该看到,重要性理论在法律保留的范围和规范密度方面都具有传统法律保留理论所不能比拟的理论解释功能。在法律保留范围的维度上,重要性理论实际上扩大了传统的干预保留范围,至少它成功突破或瓦解了传统的特别权力关系的藩篱。同时重要性理论对全面保留说也起到了限缩作用,因为毕竟不是所有国家事务对基本权利的实现都属重要。在法律保留规范密度方面,如德国毛雷尔教授指出的,重要性理论具有简单、明确的倾向。其基本逻辑前提是:某一个事务对于共同体或公民越重要,对立法机关的要求就越高。随之而来的是规范密度:“公民个人的基本权利越深远、紧迫,该权利对共同体的作用就越重要;社会问题越充满争议,法律调整就应当越精确和严格。因此存在一个阶梯结构:完全重要的事务需要议会法律独占调整,重要性小一些的事务也可以由法律规定的法令制定机关的调整;一直到不重要的

① 罗尔夫·施托贝尔:《经济宪法与经济行政法》,商务印书馆 2008 年,第 307 页。

② 盐野宏:《行政法》,法律出版社 1999 年,第 55 页。

③ 罗尔夫·斯特博:《德国经济行政法》,中国政法大学出版社 1999 年,第 69 页。

④ 《论法律保留原则》,第 147 页。

事务,不属于法律保留的范围。”^①由此可见,在重要性理论的框架内,行政机关仍然拥有相当大的灵活度与自由空间,避免了传统的干预或全面保留理论将立法与行政两权关系过度简单化的僵化作法。

三、法律保留原则与我国行政给付的法治化

在我国,确立法律保留的宪政基础同样是民主原则、法治原则与基本权利保障原则。虽然宪法所确立的人大体制旨在强调不同国家机关的分工合作而非分权制衡,但是并未否定立法与行政、司法之间的权力划分,只是可能由于过于强调彼此的配合,难免在管辖范围上存在重叠,加之宪法授权规范的概括性,立法与行政的事务性分工不太明确而已。既然宪法肯认了不同国家权力的分工原则,就为作为国家权限划分的法律保留原则在我国的适用提供了空间。按照结构功能解释,我国权力机关与行政机关在组织、功能与程序方面也存在差异,这种功能结构上的正当性差异就要求贯彻法律保留原则。由此,宪法文本上“由法律规定”或“依照法律规定”等可以看作为宪法所要求的法律保留。

在我国,较早在立法中予以运用的是1996年的《行政处罚法》。该法第9条规定,限制人身自由的行政处罚,只能由法律设定;2000年《立法法》则第一次比较集中、具体地规定了法律保留原则。该法第8条规定了列举了十大事项“只能制定法律”,第9条又规定“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,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。”由此看来,该法并未采纳全面保留,而是绝对保留和相对保留的结合,也可以说我国法律保留的范围所采用的是重要保留说^②。2003年的《行政许可法》将法律保留原则继续在行政许可领域予以贯彻。由此可见,法律保留原则在我国已经初步得到确立。

然而,无论是从“重要性保留”抑或“全面保留”的观点来看,法律保留原则在我国行政给付领域的适用状况令人忧虑。宪法第5条、第14条第四款、第33条、第42—49条等条款表明我国建设法治国家的目标,也为我国行政给付法律制度提供了宪法依据。虽然宪法和《立法法》并没有明确将行政给付列为法律保留的事项,但在宪法的指引下,近年来全国人大及其常委会制定了许多法律确立了相应的给付规则,如供给行政领域的《公路法》、《铁路法》等;社会保障领域的《老年人权益保障法》、《残疾人保障法》、《妇女权益保障法》、《母婴保健法》、《未成年人保护法》等;资助行政领域的《就业促进法》、《教育法》等。但是,大量的给付性立法却是国务院及其部委的行政法规、规章及其行政规范性文件。为了更好地保障公民的社会权,在行政给付领域必须建立起法治主义的约束机制,由此,行政给付必须受到法律保留原则的支配。同时,为了保障行政给付功能的实现,就不能要求行政给付的所有活动都具有法律的个别授权,必须赋予行政机关一定程度的自主性、灵活性和应变性。参考德国的重要性理论并结合行政给付立法实际,可以从以下几点着手设计我国行政给付依据:

第一,强化人大的预算保留。“预算是运转全部国政的指南针”^③。德国早在君主立宪晚期就已确立预算法定原则,在这一制度背景下,上述否定说和肯定说表面上看起来不可调和,其实两者真正的分歧并不在于要不要法定预算,而是法定预算是否足以构成法律保留而已。公共资金使用权限的法律保留,相对于组织法保留、行为法保留来说,构成了法律保留原则的底线。简言之,预算法定主义应是行政给付法律保留的最低要求。就我国宪法的规定来看,国务院根据宪法第89条第5款的规定有权编制和执行国家预算,全国人大根据宪法第62条第10款有权审查和批准国家的预算和预算执行情况的报告,全国人大常委会根据宪法第67条第5款有权审查和批准国家预算在执行过程中所必须作的部分调整方案。但从我国的实际情况来看,尤其是在计划经济时期,财政权力主要由行政机关控制,人大权力特别是预算监督权没有得到很好的发挥^④。近年来,人大积极行使预算监督的权力,预算民主逐渐成为人

①《行政法学总论》,第110页。

②周佑勇:《行政法基本原则研究》,武汉大学出版社2005年,第197页。

③美浓部达吉:《议会制度史》,中国政法大学出版社2004年,第267页。

④李鹏:《立法与监督》,新华出版社、中国民主法制出版社2006年,第527~528页。

大制度建设的重要内容。

第二,建立层级化的法律保留体系。根据德国的重要性理论及其结构功能学说,要求建立绝对的国会保留、相对的法律保留以及完全不属法律保留的行政活动领域。其中,保留事项的重要性依次递减,行政的灵活性逐步扩大。就我国而言,行政给付设定权的规范,也可以遵循《行政处罚法》的立法例在不同的设定权主体之间依法律保留原则进行配置。对于属于法律保留事项的,由法律予以规定,或者通过全国人大常委会的事前授权或事后批准的方式由国务院制定行政法规,同时人大保留对有关行政给付依据的撤销权,如全国人大常委会可以根据宪法第67条第7款的规定撤销国务院与法律相抵触的行政法规。总之,人大侧重于行政给付的框架性立法,具体的给付依据则授权行政立法。在这里,究竟那些行政给付事项应该属于人大的立法范围,不可一概而论,而应该由全国人大及其常委会来决定。《立法法》第8条第十项规定了法律保留的兜底条款,规定“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”也属于法律保留范围,全国人大常委会可以通过立法解释予以明确,或将其认为必须制定法律的行政给付事项纳入人大的立法范围。全国人大及其常委会在确定何为法律保留事项并决定是否进行立法时,可参考德国重要性理论中“基本权利重要性标准”和“政治重要性标准”,对于前者,即意味着无论适用那一种基本权利理论的标准,只要该事项对基本权利的实现具有“重要意义”,原则上就应适用法律保留。具有“更强烈重要意义”的事项,则应适用更严格的绝对法律保留;对于后者,同样是程度的判断问题,原则上应根据“受规范人范围之大小、影响作用之久暂、财政影响之大小、公共争议性之强弱以及现状变革幅度之大小等等而定”^①。

第三,贯彻正当法律程序。依据法律保留的功能结构理论,法律与行政立法两者在组织结构、程序结构及规范结构等方面存在差异,因此两者分别适合解决不同性质、种类的国家事务^②。尤其在制定程序方面,法律遵循公开辩论、多元力量参与、合议制等立法程序,而传统的行政立法可谓是“官方立法”,其制定过程多数是内部封闭运行、首长决定制、缺乏利害关系人参与,与立法程序简直不能相提并论。二战之后,行政程序观念勃兴,随之出现大规模的行政程序立法高潮。在这种背景下,人们意识到法律的授权与严格的行政立法程序两者之间存在某种程度的互易(trade-off)关系^③。也就是说,既然议会法律与行政立法两者的制定程序是导致法律保留的理由之一,那么遵循正当法律程序在一定程度上就具有弥补行政立法与国会立法在功能结构上的差异的作用。因此,如果行政立法的制定也能遵循以公众参与和公开听证为核心的正当法律程序,就可以不必斤斤计较于法律授权之有无。从性质上说,行政机关的立法也是一种政策制定,正是因为行政立法内在的这种公共性,使其在性质上与立法机关的立法行为相当。如果行政机关在得到了立法机关“内容、目的、范围”三方面明确的授权决议的基础上,再在程序层面顾及到此种公共性,就可以确保行政立法的正当性。在我国目前,随着行政给付的不断扩大,社会福利日益普及,为应对瞬息万变的社会需求,我们也不得不承认行政法规、规章乃至其他行政规范性文件有其存在的必要。并且,在全国人大及其常委会“立法不作为”的领域,行政立法事实上起到了补充法律的作用,其数量大大超过了全国人大的法律。在这样的现实情况下,不仅有必要强调层级化的法律保留,尤其是全国人大及其常委会授权的明确性原则,而且需要从法律程序角度来强化行政给付的合法性、合理性。

■作者简介:喻少如,华南师范大学法政系副教授,法学博士;广东 佛山 528225。

■责任编辑:车 英

①翁岳生:《行政法2000》上册,中国法制出版社2002年,第184页。

②《论法律保留原则》,第180~183页。

③《论法律保留原则》,第209页。