

央地关系中的法律保留

俞 祺*

内容提要 传统法律保留理论无法合理解释为何罪刑法定、税收法定、组织法定、物权法定等原则应在立法权配置的纵向维度适用,法律保留的理论基础应结合央地关系框架加以拓展。纵向法律保留是央地立法权配置的一种特殊模式,存在于单一制国家,在内容和形式上均不同于联邦制下的分权制度。我国纵向法律保留的规范依据包括个别规范和一般规范两个层面,一般规范依据形成了对个别规范依据的总结和补充。根据对这些规范含义的解释,我国纵向法律保留的范围涉及社会主义政治统一和市场统一两个维度。另外,从世界范围内观察,纵向法律保留存在严格与不严格两种模式,社会主义制度必然要求在部分领域采用严格的法律保留模式。综合纵向法律保留的范围和程度两个方面的考虑,具体保留规范的适用可进一步精确化。

关键词 法律保留 纵向分权 立法权 法制统一 单一制

目 次

- 一、问题的提出
- 二、纵向法律保留与分权模式的差异
- 三、我国纵向法律保留的规范依据
- 四、纵向法律保留的不同程度
- 五、纵向法律保留下的立法权配置
- 六、结语

* 北京大学法学院助理教授,法学博士,北京大学宪法与行政法研究中心研究员。本文系2019年度国家社科基金青年项目“地方性立法事务与央地立法权分配研究”(项目批准号:19CFX025)的阶段性成果。

一、问题的提出

在我国,国家机关之间的权力分配,特别是立法权的配置,主要受法律保留原则的调整。若将法律保留原则中的“法律”作狭义理解,那么该原则应包括两个维度:一是横向维度,即中央立法机关针对中央行政机关的保留;二是纵向维度,即中央立法机关针对地方立法机关的保留。我国《立法法》第11条所规定的法律保留制度即包括横向和纵向两个维度。但目前关于法律保留的研究重点落在横向保留之上,国内外学术界对纵向维度的保留关注极少。

有关横向法律保留的讨论通常将法律保留与基本权利保护结合起来,认为法律保留的意义在于防范其他权力(主要是行政权力)对基本权利的侵犯。^①该理念在各个具体领域的法律保留理论建构中均有体现。例如,罪刑法定、税收法定等原则被提出的主要目的即在于保护基本权利,避免公民的自由和财产受到国家权力的恣意干涉。^②组织性法律保留的讨论在逻辑上也受到基本权利保护学说的影响。虽然通常来说,国家机构的组织是国家的内部问题,并不直接干涉公民的基本权利,但基本权利不仅需要实体法保障,也需要相应的组织和程序形式予以保障,所以组织问题也有法律保留的必要。^③在这一原理下,我们可以继续推导出对司法制度进行法律保留的必要性,因为诉讼和仲裁程序对于基本权利的实现也是重要的。

传统法律保留的理论依据一般被认为是宪法层面的法治国原则和民主原则。其中,法治国原则主张国家内部以及公民与国家的关系应由法律来调整,因为法律具有一般性、可预见性、可度量性等,可使权力受到较好的控制。民主原则要求一切权力属于人民,故而民主正当性越强的机关就越有作出重大决定的权能。上述原则在我国分别对应于规定依法治国原则的《宪法》第5条和规定人民主权原则的《宪法》第2条。

然而,即便我们从上述原则中可以导出横向法律保留的必要性,这是否意味着我们也能够同时运用这些原则解释纵向法律保留的必要性?事实上,通过简单观察即可发现,纵向关系与横向关系存在明显不同。在横向保留中被重点防范的行政权力在运作模式上不体现法治国原则和民主原则,因此其行为需要接受法律保留原则的约束;但在纵向保留中,被防范的主体主要是地方立法机关,其运作模式和中央立法机关一样,都是民主的、审议式的。既然地方立法机关也能够代表民意并制定具有一般性、可预见性、可度量性的规范,那么地方立法为什么和行政机关制定的规则一样不能限制基本权利?沿着这个思路推理,我们会发现罪刑法定、税收法定、组织法定、物权法定在纵向维度上值得被深刻反思。

① 参见张翔:《基本权利限制问题的思考框架》,载《法学家》2008年第1期,第137页;赵宏:《限制的限制:德国基本权利限制模式的内在机理》,载《法学家》2011年第2期,第153页。

② 参见陈兴良:《罪刑法定主义的逻辑展开》,载《法制与社会发展》2013年第3期,第59页。

③ 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118页。

其一,罪刑法定原则在理论上必然禁止地方性法规规定犯罪与刑罚问题吗?我国《立法法》《刑法》都将犯罪与刑罚的规定权限制于法律,这在实践中表现为由《刑法》作统一规定。不过,我国刑法理论上关于罪刑法定的讨论重点强调的是行政机关或司法机关无权制定与犯罪和刑罚有关的规则,极少涉及地方立法的制定权,^④通常只是顺带指出地方性法规与行政法规一样,不应规定刑事责任。而从域外实践看,不仅许多联邦制国家拥有州层面的刑事立法,部分单一制国家的地方立法机关亦可设定刑罚。如,《日本国宪法》虽然规定了罪刑法定原则,但其地方条例仍然可以设定刑事责任。我国严格禁止地方立法设定刑罚在理论上应当如何解释?

退一步说,地方立法机关即便不能创设犯罪与刑罚,那可以对《刑法》条文作补充规定吗?事实上,《刑法》分则中大量关于“行政犯”的条款必须借助具体管理规范方能适用。如《刑法》第342条之一第1款规定:“违反自然保护区管理法规,在国家公园、国家级自然保护区进行开垦、开发活动或者修建建筑物,造成严重后果或者有其他恶劣情节的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。”地方性法规能对此条中的“其他恶劣情节”概念进行细化规定吗?“违反自然保护区管理法规”中的“管理法规”是否包含地方性法规?根据目前刑法学界较有影响力的学说,行政法规可以补充规定罪状,^⑤那么地方性法规是否可以?

其二,税收法定中的“法”是否必须是狭义的法律,可否包括地方立法?《税收征收管理法》第3条第1款规定:“税收的开征、停征以及减税、免税、退税、补税,依照法律的规定执行;法律授权国务院规定的,依照国务院制定的行政法规的规定执行。”由此,地方立法机关无权决定收什么税、收多少税的问题。但从行政管理角度看,将税政权在一定程度上分配给地方,有助于地方政府更好提供满足本辖区居民偏好的地方性公共物品。^⑥同时,虽然大部分税种设立的目的是为政府增加财政收入,但还有一些税种设立的目的在于调整课税对象的行为,属于管制性税收,如奢侈品税、环境污染税等。管制性税收与其他行政管理手段一样,在部分情况下会具有明显的地域差异,因而有被分散规定的必要性。另外,我国各地政府大量规定了各类税收优惠措施,如“先征后返”“财政奖励”“购房抵税”等,^⑦虽然带来了不少政策乱象,但也体现了地方在财税问题上进行灵活操作的需要。狭义税收法定模式将税收立法权集中于中央,不利于满足不同地域的偏好,因而遭到部分学者的质疑。^⑧若要继续维持该模式,我们需要在基本权利保护之外寻找更进一步的规范支持。

^④ 如,张明楷教授在撰写的教材中仅谈及行政法规、习惯法和判例法能否成为刑法的渊源,而未提及地方性法规。参见张明楷:《刑法学》(上册),法律出版社2016年版,第49页。有文献提及了地方立法在刑事责任规定中的功能,但只是一笔带过,未作过多理论展开。参见高巍:《重构罪刑法定原则》,载《中国社会科学》2020年第3期,第125页。

^⑤ 参见张明楷:《刑事立法模式的宪法考察》,载《法律科学》2020年第1期,第56页。

^⑥ 参见殷存毅、夏能礼:《“放权”或“分权”我国央—地关系初论》,载巫永平主编:《公共管理评论》(第12卷),清华大学出版社2012年版,第25页。

^⑦ 参见熊伟:《法治视野下清理规范税收优惠政策研究》,载《中国法学》2014年第6期,第156页。

^⑧ 参见苗连营:《税收法定视域中的地方税收立法权》,载《中国法学》2016年第4期,第163-167页。

其三,地方国家机构是否可以由地方立法设置?根据《立法法》第11条,各级人民代表大会、人民政府、监察委员会、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权应由法律规定。不过,对于一个幅员辽阔、人口众多的大国来说,不同地方对国家机构的需求可能是十分不同的。以行政组织为例,我国的地方政府事实上在大规模地设立派出机关或派出机构,最典型的是开发区管理机构。这些开发区管委会虽然没有《宪法》和《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》上的依据,但有些获得了地方性法规的确认。如《江苏省开发区条例》第23条第1款规定:“开发区管理机构作为所在地县级以上地方人民政府的派出机关,在规定的职责范围内行使经济管理权限,提供投资服务。”从实际角度看,开发区管理机构不像一级地方政府那样具有稳定性,可能会随着自身使命的完成而被撤销,所以有关开发区管理机构的规范不适宜作为一种稳定的全国性法律制度存在。但是,这类机构毕竟在实质上承担了地方人民政府的相应功能,通过地方性法规规定其组织和职权是否合适?以基本权利保护理论来回答上述问题是无力的,因为这些组织根据地方立法的规定设立,亦受民主代议机关的限制,并不存在明显侵犯基本权利的风险。

以上例子说明,虽然基本权利的公法保护需要可以作为罪刑法定、税收法定、组织法定在横向权力配置中的理论基础,但它无法圆满解释这些原则为何在纵向的权力配置中仍然要发挥作用。除此以外,我们还可以发现,部分需要法律保留事项和基本权利的公法保护之间不存在必然联系。如,我国《民法典》第116条将物权的种类和内容的规定权限制于法律,此即物权法定原则。但物权法定原则并不涉及公民和国家之间的关系,因此也不涉及公民基本权利的公法保护。这进一步提示我们,纵向法律保留背后的理论基础不同于横向法律保留。《立法法》第11条虽然简单表述说“下列事项只能制定法律”,但其纵横两个维度背后对应的应当是两种不同的理论,而不同的理论基础会导致不同的保留范围。

所以,我们有必要发展独立于横向法律保留的纵向法律保留理论。纵向法律保留理论不仅要解决哪些事务归中央、哪些事务归地方的权力配置内容问题,还要解决这些权力的配置形式问题,即谁来负责央地立法权的分配以及立法权在中央和地方之间如何调整。另外,从内容和形式两个维度看,纵向法律保留模式有别于在宪法中直接划分纵向权力的联邦制分权模式,具有在理论上独立存在的必要性。

二、纵向法律保留与分权模式的差异

可能会有学者认为,法律保留仅在横向维度存在,纵向维度的法律保留应被吸纳于立法权的央地分配制度之中,不具有独立意义。该观点事实上将法律保留制度与分权制度等同起来,而未注意到两者之间的区别。纵向法律保留与横向法律保留的抽象形式基本一致(尽管两者在实质内容上有很大差异),它们分别与纵向维度的分权模式和横向维度的分权模式存在根本性不同。

法律保留从本质上说并非是在保留主体和保留所针对主体之间进行分权,而只是在具有从属关系的两个主体之间进行权力配置,由领导者对从属者的权力进行控制。传统法律保留原则的功能是在特定范围内排除行政的自行作用,^⑨而不是要排除行政的一切作用。奥托·迈耶对德国法上法规命令的定位即“从属于法律”^⑩,而非独立于法律。因此,行政机关所制定的法规命令可以调整由法律规定的事项,只要获得法律的授权即可。从根源上说,领导者可以将自己的权力授予从属者,也可以决定自己保留全部或部分权力;对于保留范围内的权力,领导者仍然可以通过授权决定继续授予从属者。若两个主体没有从属关系,那么就不能任意进行单方授权,也就没有法律保留的问题。在分权关系中,立法机关和行政机关原则上互相不能行使对方的权力,也不能将自己的权力随意授予其他主体。

所以,在议会内阁制国家的立法和行政关系中,内阁向议会负责,行政权从属于立法权,此时便有议会针对内阁的法律保留的问题。但在总统制和半总统半议会制下,行政权并不完全附属于立法权,并非完全“唯代议机关的法律是瞻”^⑪。于是,在美国这类国家就不存在国会针对总统的法律保留制度。^⑫相似地,联邦和州是两个独立的政治实体,权力来源是相互分离的,州的权力并不从属于联邦,因此也就不会产生法律保留的问题。我们可以观察到,在法律保留理论的发源地德国,法律保留原则仅针对横向维度,其规范依据主要位于《基本法》第1章基本权利部分,而纵向立法权的划分是通过《基本法》第7章中的联邦与州的权限分配条款实现的。^⑬

真正的纵向法律保留仅存在于单一制政治体。^⑭在单一制下,地方立法机关附属于中央立法机关存在,立法权是唯一的,且可以覆盖全部的领域。如《日本国宪法》第41条规定:“国会是国家的最高权力机关,是国家唯一的立法机关。”地方公共团体虽然可以根据《日本国宪法》第94条制定条例,但前提是“在法律范围内”。另外《日本国宪法》第92条还规定:“关于地方公共团体的组织及运营事项,根据地方自治的宗旨由法律规定之。”这说明日本地方公共团体的行为从属于国会制定的法律,法律保留对地方自治团体组织、运营和条例制定行为的规定权。

⑨ 参见[德]奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,[德]何意志校,商务印书馆2002年版,第72页。

⑩ 蔡宗珍:《法律保留思想及其发展的制度关联要素探微》,载《台大法学论丛》第39卷第3期(2010年),第12-13页。

⑪ 王锴:《论组织性法律保留》,载《中外法学》2020年第5期,第1310页。

⑫ 美国国会在现实中也向行政机关授权,但若严格按照授权禁止原则,国会并不能将立法权授予行政机关。另外,虽然在美国,一般行政机关是由法律设立的,但是这并不意味着行政机构从属于国会,并需要向国会负责;国会规定行政组织问题的宪法依据在联邦宪法第2条第2款,这事实上是国会分享部分执行权的体现。参见步超:《论美国宪法中的行政组织法定原则》,载《中外法学》2016年第2期,第332-353页。

⑬ 当然,在联邦制国家,纵向法律保留并非完全不能存在,如在美国,大多数州所采纳的狄龙规则认为,城市是地方政府的创造物,城市的权力来源于州。这意味着美国的州以下可以存在州法的保留。See A. E. S., *Dillon's Rule: The Case for Reform*, Virginia Law Review, Vol.68:693, p.693 (1982).

⑭ 需要说明的是,当前宪法理论对单一制的定义日趋模糊。根据学者统计,目前有66部单一制国家的宪法直接列举地方事权的范围。但本文仍然使用单一制的传统定义:在单一制下,地方的权力应由中央授予,不存在宪法上的保障。参见王建学:《论地方政府事权的法理基础与宪法结构》,载《中国法学》2017年第4期,第127页。另外,本文所称单一制“政治体”并不一定表现为单一制国家,也可以是国家内部的某个部分,如联邦制内部的各州。

相似地,我国《宪法》第57条规定:“中华人民共和国全国人民代表大会是最高国家权力机关。”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。”按照通说,我国只有一个统一的国家立法权,由全国人大及其常委会来行使,^⑮地方权力机关只有地方性法规制定权。虽然我国《宪法》中的地方性法规制定权从形式上说具有独立地位,但该权力的行使仍然附属于法律。当然,这一判断或许会引起争议,因为我国《宪法》并未规定省级地方性法规要依照法律制定,仅在第100条中规定地方性法规不得抵触上位法。然而需要注意的是,地方性法规除了不能抵触上位法外,也不能违反宪法和法律。《宪法》第5条第3款规定:“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”第5条第4款规定:“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究。”从理论上说,“违反”是解决初级规则与次级规则之间的冲突问题,而“抵触”是解决初级规则之间的冲突问题。^⑯地方人大作为国家机关不能违反法律,而法律却可以规定国家机构相关事项(《宪法》第62条第3项)。这就意味着地方人大必须遵守关于其职权安排的法律,其权力仍然从属于中央立法机关。立法权在单一制政治体中的一体性和全面性使中央立法机关可以通过法律形式对央地立法关系进行调节,并就法律保留事项自行立法或授权地方立法机关制定地方立法规则。

综上,在联邦制下,联邦和州的权力相互分离,全国没有一体性的权力,此为分权模式;而在单一制下,国家存在最高权力机关,全国范围内的权力具有一体性,地方的立法权力从属于中央,此为法律保留模式。虽然从表面上看,纵向法律保留就只是将原本可以像联邦分权条款那样集中列举的内容分散规定而已,但实际上,联邦制下的分权模式与单一制下的纵向法律保留模式至少存在四点区别。

第一,在单一制的法律保留模式下,地方虽然不能自行就法律保留事务进行规定,但中央立法机关可以授权地方立法机关规定保留范围内的事务;而联邦制国家的联邦则不能将自己的权力授予各州,否则就违背了联邦宪法在联邦和州之间分权的初衷。法律保留模式下的授权内容并没有特殊限制,中央立法机关完全可以把法律保留范围内明显带有中央性的事务授予地方立法机关。因为,在根本上,地方立法机关掌握的权力仍然属于中央。例如,我国《全国人民代表大会常务委员会关于授权深圳市人民代表大会及其常务委员会和深圳市人民政府分别制定法规和规章在深圳经济特区实施的决定》在具体的授权表述中并未划定内容范围,这意味着被授予深圳地方机关的权力中可以包括中央性立法权。事实上,目前深圳经济特区的立法中也确实含有部分中央事务。^⑰可见,单一制国家的立法内容可以比联邦制国家更加分散。当然,从另一个方面说,由于地方立

^⑮ 参见《中华人民共和国宪法通释》,载中国人大网, <http://www.npc.gov.cn/npc/c13475/201004/0e53b6b04d1b4401b18404d93889a9a4.shtml>, 2022年3月18日访问。

^⑯ 参见王锴:《合宪性、合法性、适当性审查的区别与联系》,载《中国法学》2019年第1期,第18页。

^⑰ 例如,在早期的《深圳经济特区与内地之间人员往来管理规定》《深圳经济特区有限责任公司条例》以及近期的《深圳经济特区个人破产条例》《深圳经济特区商事登记若干规定》等中均含有一定的中央事务。

法本身不具有宪法上的固有权力内容,中央立法权可以实现领域和内容的全面覆盖,也即法律可以选择保留一切事务,且针对保留事务不进行任何授权,如此又可以形成高度集权的立法体制。

第二,既然法律保留制度中内含了授权的可能性,那么这会产生授权程度问题。对于法律保留范围外的事务,上级立法机关可以在较大程度上对下级立法机关进行笼统授权;^⑮对于法律保留范围内的事务,向下的立法授权会受到一定的限制。而在分权模式下,宪法对权力的划分是彻底的,被分开的权力也就不会存在授权程度问题。

第三,在联邦制下,联邦专属事务范围由联邦宪法确定,而在单一制下,保留范围不限于宪法的具体规定,法律也可以对保留范围进行补充规定。联邦制国家中联邦与州的权力划分必然要出现在联邦宪法之中,因为各州的立法权并不从属于联邦,联邦立法也无权调整各州立法机关。但在单一制国家中,法律保留事项的具体依据可以出现在宪法中,也可以出现在一般法律中,因为全国的立法权在来源上是一体的,中央立法机关作为最高权力机关,可以决定立法权的配置。虽然法律不能减少宪法明确要求应由法律保留的情形,但法律可以在宪法规定的基础上进一步扩张法律保留的事项范围。现实中,采用纵向法律保留模式的国家通过宪法、地方自治法或其他单行法律规定了大量法律保留条款。相比于在联邦制下宪法统一规定的模式,单一制下的权力配置条款显得较为分散,但却更具体;联邦制国家分权条款通常来说较为冗长,且大多需要使用模糊的概念以便留下解释空间。与此相关,在联邦制国家,央地权力争议需要通过中立第三方机构,比如法院来裁决;而在单一制的法律保留中,中央立法机关可以直接决定。

第四,联邦制下部分不应属于联邦专属的事务在单一制下却必须被纳入法律保留的事项范围,尤其是关于国家机构的事项。国家机构是国家权力运行的载体,在单一制下,国家权力具有统一性,故权力载体也应相应具有统一性。国家各级机构的设置可以在宪法中直接规定,或者由最高权力机构通过法律来规定,以确保设置的统一或协调。而在联邦制下,由于国家权力分散于联邦和各州,作为国家权力载体的国家机构也就不具有统一性,不应属于联邦专属立法权范畴。

总之,单一制下的纵向法律保留不同于联邦制下的立法分权,在形式上具有更高的权力集中度,在内容上则有更大的灵活度。这使央地关系有较大的调整空间,但也增加了权力配置过程中的不稳定性。

另外,纵向法律保留还可以被进一步延伸为“中央立法保留”。这其中将不仅包括全国人大及其常委会所制定的法律的保留,也可以包含国务院所制定的行政法规的保留。在我国,法律的纵向保留可同时针对地方立法机关和地方行政机关的规则,而行政法规的纵向保留只能针对地方行政机关的规则。不过,鉴于地方行政机关的规则还受到横向保留的交叉影响,不能反映纵向保留的典型特点,故本文讨论的重点仍然是狭义的纵向“法律”保留。

^⑮ 鉴于单一制国家中立法权的一体性,非法律保留领域的立法权事实上也需要由中央立法机关向下授出。

三、我国纵向法律保留的规范依据

纵向法律保留的规范依据包括一般和个别两个层面,它们决定了纵向保留的范围大小。其中,个别规范在横向保留和纵向保留中通用,规定权力配置的具体情形;而一般规范作为个别规范的基础,在横向和纵向之间并不一致。正是由于一般规范的不一致,个别规范在横向和纵向法律保留中存在适用上的差异,纵向和横向保留中未列举情形的范围亦有区别。

(一) 纵向法律保留的个别规范依据

纵向法律保留的个别规范依据包括宪法和法律中所有规定法律保留的条款。根据笔者统计,我国《宪法》中提及“法律”的实体规定共87处,其中表述为“法律规定”的有50处,包括“依照法律规定”31处,“依照……法律规定”2处,“由法律规定”12处,“在法律规定的范围内”3处,“以法律规定”1处,“除法律规定的特殊情况外”1处。这50处“法律规定”均为宪法上的法律保留条款,而其余37处则是在笼统意义上提及“法律”,大多不涉及法律保留的问题,如第5条第4款中的“遵守宪法和法律”,第33条第2款中的“法律面前一律平等”,第64条第2款中的“法律和其他议案”等。但其中也有少量条款具有法律保留的性质,如第34条中的“依照法律被剥夺政治权利”,第55条第2款中的“依照法律服兵役”等。

关于上述50项“法律规定”中的“法律”是否均应作狭义理解可能会有不同看法。例如,根据《宪法》第13条第2款,国家是否只能按照“法律规定”来保护私有财产和继承权?^⑨针对该问题,回答在原则上是肯定的。若综合宪法条文的体系结构,上述50处“法律规定”中的“法律”确应作狭义理解,原因包括如下两个方面:

其一,以上50处规范均表述为“法律规定”,而不是泛泛地指称法律。强调“法律规定”意在突出法律作为直接规范依据的地位,体现了条文的具体性,故其中的“法律”应作狭义理解。事实上,我国《宪法》中的“规定”均具有具体指向,如第43条第2款“国家发展劳动者休息和休养的设施,规定职工的工作时间和休假制度”。

其二,宪法要求由“法律规定”调整的事项往往具有基本性特征,体现了法律保留的必要。如《宪法》第9条第1款和第2款就形成了鲜明对比。该条第1款规定:“矿藏……等自然资源,都属于国家所有,即全民所有;由法律规定属于集体所有的森林……除外。”第2款规定:“国家保障自然资源的合理利用,保护珍贵的动物和植物。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源。”第2款中没有强调自然资源的利用必须依照法律规定,因为自然资源利用制度和所有制度在性质上存在差异,前者属于行政管理秩序范畴,而后者主要涉及基本经济制度。要求基本经济制度由法律保留,体现了制宪者的特殊考虑。相似地,《宪法》第13条中所提及的私有财产权和继承权带

^⑨ 《宪法》第13条第2款规定:“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”

有基本权利性质,对公民而言具有重要性;并且,保护私有财产意味着对他人利益或公共利益进行限制,故此方面事项由法律保留规定并无不当。尽管有学者指出,“依照法律规定”“依照法律”“依照……法律的规定”中的“法律”是从立法体系这一实质意义上来使用的,但若落实到《宪法》的具体规定上,持该观点的学者也认为,基本权利和基本义务以及国家机构的职权等只能由形式法律来设定;另外,“由法律规定”“由全国人大以法律规定”代表了一种宪法委托,其对象只能是形式法律。^{②①}

在确认上述 50 个“法律规定”条款具有法律保留功能的基础上,我们可将它们大致分为三类:第一类,国家重要制度。这类条款大多出现于《宪法》总纲部分,如规定集体经济制度的第 8 条第 1 款和规定外商投资制度的第 18 条第 1 款。第二类,基本权利和义务。这类条款主要出现在《宪法》第 2 章“公民的基本权利和义务”部分,如规定政治权利的第 34 条和规定公民纳税义务的第 56 条。另外,部分涉及基本权利的条款也出现在第 2 章以外的部分,如总纲中规定征收、征用制度的第 13 条第 3 款。第三类,国家机构的组织和运行事项。这类条款主要出现在《宪法》第 3 章“国家机构”部分,如规定人大代表质询权的第 73 条和规定罢免问题的第 77 条。以上三类事项亦体现在《立法法》第 11 条的列举项中,它们构成了我国法律体系中需要法律保留的三大内容板块。不过《立法法》第 11 条的列举项虽然有不少与《宪法》规定重合,但也有部分存在区别。例如,《宪法》上关于国家重要制度的法律保留条款主要涉及的是社会主义国家的基础性制度,如基本经济制度;而《立法法》所规定的需要法律保留的重要制度除了基本经济制度外,还包括众多行政管理和社会生活中的制度,如民事基本制度以及财政、海关、金融和外贸的基本制度等。

除了《宪法》和《立法法》外,《行政处罚法》《行政许可法》《行政强制法》《税收征收管理法》《民法典》等法律也规定了大量的法律保留事项。这些规定为清晰划定法律保留的范围提供了标准,但它们在被适用时仍然存在诸多争议。例如,《立法法》第 11 条中所谓的“民事基本制度”的边界究竟何在?实践中,有许多地方性法规在中央统一立法之前规定了不动产物权登记制度,关于这类规定的合法性,全国人大和地方人大的观点并不一致。^{②②}另外,法律保留的个别规范所形成的三大内容板块的边界又在何处?除了宪法和法律已经列举的情形外,是否还包括其他的情形?由此可见,对法律保留适用范围的理解还必须依赖对其背后的一般规范的阐释。

(二) 纵向法律保留的一般规范依据

横向法律保留的一般规范基础是法治原则和民主原则,但这两个原则无法作为纵向法律保留存在的理据。纵向法律保留的一般规范依据强调的是部分事项应当由中央立法来统一规定,并排除地方的规定权。在我国,与此直接对应的是《宪法》第 3 条第 4 款中关于中央统一领导的要求。《宪法》第 3 条第 4 款规定:“中央和地方的国家

^{②①} 参见韩大元、王贵松:《中国宪法文本中“法律”的涵义》,载《法学》2005 年第 2 期,第 45-47 页。

^{②②} 参见向立力:《地方立法发展的权限困境与出路试探》,载《政治与法律》2015 年第 1 期,第 70 页。

机构职权的划分,遵循在中央的统一领导下,充分发挥地方的主动性、积极性的原则。”根据该款,中央统一领导的前提,地方的主动性和积极性不能破坏中央统一领导。这与联邦制下联邦与州在宪法上平行的制度安排不同。根据我国《宪法》,中央处在领导地位,对地方具有支配力,因此,中央可以选择针对地方保留部分权力,甚至可以保留全部的权力。

那么,在中央统一领导之下,中央立法机关应当保留哪些事务?显然,全部保留是不合适的,那会违反《宪法》有关保障地方主动性、积极性的要求。若从笼统意义上说,中央立法应当保留那些涉及全国性的重要事项。有学者指出:“中央要‘集’那些至关重要之大权……要‘放’那些能让地方发挥自主权之小权。”^②因为,“领导在本质上是一种统辖全局的导向性行为,而非事必躬亲的中央集权”^③。但仅讨论到这个层次尚不足以作为具体规范的解释提供帮助,进一步深挖中央统一领导的具体指向仍有必要。

中央统一领导在我国首要是党中央的集中统一领导。《宪法》第1条指出:“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征。”因此,党的文件中关于中央和地方关系的论述应当作为判断当下中央统一领导范围的根本遵循。党的十九届四中全会《决定》特别提及了“中央和地方两个积极性”,并指出要“加强中央宏观事务管理,维护国家法制统一、政令统一、市场统一”。可见,法制统一、政令统一和市场统一是中央统一领导在国家治理过程中所要实现的目的。从逻辑上说,这三者间相互联系:法制统一是前提,政令统一和市场统一需要建立在法制统一的基础上。如果各地法规、规章与中央不协调,那么中央政令的贯彻就会受到阻碍,全国统一市场也会受到影响。因此,中央统一领导在国家治理领域首要就是实现全国法制统一,实现了法制统一之后自然可以保障政令统一和市场统一。而与法制统一直接相关的规范是《宪法》第5条第2款所规定的社会主义法制统一原则。

综上,在我国,纵向法律保留的一般性规范基础主要包括《宪法》第3条第4款的中央统一领导要求和第5条第2款的社会主义法制统一原则。其中,社会主义法制统一是主要目标,而中央统一领导是实现该目标的保障手段。

(三)纵向保留的规范理据

既然中央统一领导在法制工作方面的目标是实现社会主义法制统一,那么接下来的问题是,在法制统一原则下,哪些事项需要中央立法统一规定。这涉及对纵向法律保留条款背后规范理据的进一步理解。2000年《立法法》刚制定时,时任全国人大常委会法工委国家行政法室副主任的张世诚就在一篇解读文章中谈到:“维护法制的统一,关系到与国家的意志、党的方针保持一致的政治原则;维护法制的统一,也关系到社会主义市场经济的统一形成和发展”^④。该论述中涉及的与大政方针保持一致和市场经济统一亦与前述十九届四中全会《决定》中的政令统一、市场统一相吻合。所以,法制统一在我国

^② 郑毅:《论宪法上的“中央的统一领导”》,载《法学家》2021年第2期,第35页。

^③ 王建学:《中央的统一领导:现状与问题》,载《中国法律评论》2018年第1期,第48页。

^④ 张世诚:《立法法的基本原则及立法权限的划分》,载《中国行政管理》2000年第4期,第3页。

的意义有两个方面,一是确保政治上的统一,二是确保市场的统一。这就是我国中央立法保留规范背后的实质理由,与其他国家的规范理由既存在重合,也存在一定的差异。

首先,法制统一中的政治统一维度在我国呈现出较大的独特性。虽然一定程度的政治统一在所有国家都存在,如美国、德国等联邦制国家也需要确保外交、国防、国家象征等主权事务由联邦负责立法,日本等单一制国家则会进一步统一规定国家机构的组织、运行事务。但在这些国家中,诸多与政治统治相关的事务并未被认为具有政治意义,也没有完全由联邦或中央立法机关掌握。而在作为社会主义单一制国家的中国,政治层面的统一不仅包括国家主权事务、国家机构等,也包括对公民重要利益的剥夺(如刑罚制度)以及资源的汲取和分配制度(如财税制度、自然资源制度)等。受社会主义国家性质的影响,这些制度不仅需要法律保留,甚至需要贯彻严格的纵向法律保留,即禁止中央立法机关将《宪法》确定的有关政治统一的事务概括转授权地方立法机关规定。

之所以在我国要将刑罚、税收、自然资源等制度的法律保留归因于政治统一需要,除了前述社会主义国家性质的影响外,还因为这些制度对我国这个发展不平衡的大国的政治统一有不可忽视的功能。将上述重要社会治理工具保留于中央立法机关有助于在发展不平衡阶段有效维持国家统一,并维护公民在法律上的平等地位。根据政治学的既有研究,“在一个存在具有文化、民族差异的国家,如果政治和经济分权程度过大,那么地方政治家就很可能选择分裂主义政策,结果将导致中央财政恶化……如果中央不够强大,无法有效地协调地方政府之间的关系和执行财政纪律,则地方政府很可能发生搭便车和过度放牧行为”^⑤。可见,地方不具有独立的财政自给能力是一个发展不平衡的大国保障政治统一的必要条件。我国近些年所出现的乱罚款、乱摊派现象也揭示出赋予地方独立财税权力的风险。另外,仅强调民主的保障可能无法有效保障公民的基本权利。在《美国宪法》第14条修正案通过之前,权利法案不适用于州政府,而只适用于联邦政府。换言之,言论、人身自由等基本权利,联邦政府必须保护,但州政府却不必如此。这种安排只有和奴隶制问题联系起来,才能得到理解。^⑥但即便在第14条修正案之下,美国联邦立法也无权对基本权利事务进行保留,只能通过不抵触的原则实现调整,即要求州政府不得不经正当法律程序剥夺公民基本权利。而我国的法律直接保留这些内容,可以对公民施加更高层次的保护。

其次,法制统一中的市场统一维度在各个国家均体现出相似性。商品和要素的自由流动在整体上最有利于经济效率,因此,市场经济天然地呼唤统一。我国曾因为商事制度不统一而出现过一定程度的混乱,^⑦但经过长期有效调整,目前我国的公司制度、证券制度、银行制度等均已实现了全国一体。世界范围内,不论在何种政治体制下,与市场交易有关的制度都是高度统一的。^⑧当然,各国对市场统一的范围可能存在不同理解,如美

^⑤ 杨其静、聂辉华:《保护市场的联邦主义及其批判》,载《经济研究》2008年第3期,第105页。

^⑥ 参见崔之元:《关于美国宪法第十四条修正案的三个理论问题》,载《美国研究》1997年第3期,第125页。

^⑦ 参见谢怀栻:《是统一立法还是地方分散立法》,载《中国法学》1993年第5期,第26-27页。

^⑧ 参见俞祺:《论立法中的“地方性事务”》,载《法商研究》2021年第4期,第119-120页。

国联邦宪法上规定的“州际贸易”行为在实践中被认为既包括交易行为,也包括生产行为。^②故诸如安全生产、劳动者保护等事务在美国均属于州际贸易事务。不过,从历史的角度观察,美国法院对州际贸易概念作宽泛理解本质上是为了给予联邦更大的权限。中国的情况与美国不同,我国的立法机关拥有全面而广泛的立法权,不需要通过概念的扩张来增加立法领域。因此在我国,市场统一原则覆盖的应当是和市场交易、流通直接相关的事务,如商事、金融、交通运输等;而诸如安全生产、劳动者保护等事务与市场交易、流通并不直接相关,不需要由中央立法保留规定。

另外,在部分情况下,市场统一维度还会与政治统一维度发生交叉。例如,限制人身自由、通信自由等措施的规定权由法律保留即具有双重原因。一方面,人身自由、通信自由作为公民基本权利,具有政治上的重要性,需要中央立法保留;另一方面,这些自由也与经济活动有关,若它们被地方立法限制,则可能会有损全国市场统一。再比如,与政治统一密切相关的财税制度也涉及市场统一的问题。《国务院关于实行分税制财政管理体制的决定》(国发〔1993〕85号)就指出:“中央税、共享税以及地方税的立法权都要集中在中央,以保证中央政令统一,维护全国统一市场和企业平等竞争。”

以上关于纵向法律保留范围的一般规范理论亦可被称为是一种“重要性理论”,但与德国联邦宪法法院发展出的针对横向保留的重要性理论不同。横向法律保留理论中的“重要性”是从公民角度出发,避免重要权益被行政的恣意所剥夺;而纵向保留理论中的“重要性”则是从国家角度出发,避免地方侵夺中央的权力。纵向保留中某事项具有重要性意味着该事项在全国范围内统一相比分散而言具有更大的价值。基于两种重要性的区别,横向保留与纵向保留针对相同事项可能会表现出程度和范围上的差异。如金融制度并不必然涉及对基本权利的限制,此时,没有必要施加横向法律保留维度的限制。但鉴于金融制度直接关系全国统一市场的形成,地方不能随意干预,地方立法的规定权应受到纵向法律保留原则的限制。

至此,本文通过对规范依据及其背后理据的梳理,已大致勾勒了我国纵向法律保留存在的范围。在我国立法体系之内,需要为法律所保留的事项包括带有政治统一性必要和市场统一性必要的事项。而在法律保留的个别规范集中出现的三大内容板块中,关于国家机构组织和基本权利的规范涉及政治统一维度;关于国家重要制度的规范则部分涉及政治统一维度(如基本经济制度),部分涉及市场统一维度(如金融制度)。除此以外,宪法和法律未列举的事项若存在政治统一或市场统一的必要,则应当由法律保留。例如,国内贸易制度在《宪法》和《立法法》中并未列举,但基于市场统一的考虑,应当由法律保留;而像新兴的数据权利则既具有政治上的重要性,也具有市场流通的价值,也应当由法律保留。

^② See Norman Redlich, John Attanasio & Joel K. Goldstein, *Understanding Constitutional Law*, LexisNexis, 2005, p.134.

四、纵向法律保留的不同程度

在采用纵向法律保留模式的单一制国家中,并非所有国家都以同一标准贯彻法律保留的要求。按照保留的严格程度,我们可以将纵向法律保留分为严格的纵向保留和不严格的纵向保留两种模式。在严格纵向法律保留模式下,若宪法仅授权法律保留某事项,则不仅地方立法不能规定该事项,法律也不进一步概括授权地方立法规定(但可能具体授权)。而在不严格保留的情形下,法律还进一步概括授权地方立法规定本由法律保留的事项。简单地说,在严格的纵向法律保留模式下,立法机关针对保留事项不进行针对地方的概括转授权;而在不严格的法律保留模式下,法律中存在概括转授权的情形。此处的概括授权是指将某一领域的事项笼统地授权给其他立法机关,而具体授权则仅将领域中的个别事项授予其他机关。当然,概括和具体本身很难有十分明确的界分,在本文中,所有未具体到个别制度的授权均被认为是概括授权。

严格的保留和不严格的保留模式不仅是经验层面的现象,它们背后事实上也蕴含了不同的规范取向,体现了有差异的纵向法律保留理论。

(一) 不严格的纵向法律保留

不严格的纵向法律保留的代表国家是日本。该国宪法规定了包括罪刑法定、租税法定在内的诸多法律保留事项。^{③①}就规范文义而言,《日本国宪法》上的这些法律保留条款同时针对内阁政令和地方自治团体条例,但实际上,日本《地方自治法》的规定在较大程度上弱化了宪法上法律保留条款在纵向维度的适用效果。如《地方自治法》第14条第3款规定:“除法律特别规定之外,普通地方公共团体在制定条例时可规定对违反条例者处以2年以下徒刑或监禁、100万日元以下的科料、拘留、没收或处以5万日元以下的过料。”该规定在设定犯罪和刑罚方面对地方条例作了概括授权,且并不符合授权明确性原则。这也就意味着中央立法机关在罪刑法定原则之下将部分刑事立法权实质性地授予了地方自治团体。另如日本《地税法》第3条第1项规定:“地方公共团体对地方税的种类、课税客体、课税标准、税率进行规定时,应通过该地方公共团体的条例进行。”该条将课税自主权概括性赋予了地方公共团体。

日本学界在解释为何纵向法律保留可被突破时,通常认为,地方的条例也是经过民主机关审议决定的,具有民主性,实质上是准法律,因此对其控制应较内阁政令宽松。^{③②}还有日本学者指出,条例与政令不同,只要在宪法所定的法律范围内即可制定,不需要法律的特别委任。^{③③}由此可见,日本理论界直接将横向法律保留所适用的理由套用于纵向

^{③①} 如《日本国宪法》第31条规定:“不经法律规定的程序,不得剥夺任何人的生命或自由,或课以其他刑罚。”第84条规定:“新课租税,或变更现行租税,必须有法律或法律规定之条件作依据。”

^{③②} 参见[日]芦部信喜:《宪法》(第3版),林来梵、凌维慈、龙绚丽译,北京大学出版社2006年版,第324页;[日]西田典之:《日本刑法总论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年版,第35页。

^{③③} 参见蔡秀卿:《地方自治法》,三民书局2009年版,第201页。

保留,并得出了纵向保留不需要严格贯彻的结论。这种学说实际上与其经济自由化的发展趋势一致,弱化了法律保留在纵向分权中的功能。

不过,纵向法律保留制度在日本虽不严格,却也并非没有意义。日本国内理论上一直以来存在有关财产权限制、刑罚、租税是否要按照宪法由狭义法律规定的争议,这客观上使法律保留的价值得以维持。^{③③} 另外,尽管通说赞成对地方条例不实施严格的法律保留,但日本学界也提出了地方条例规定法律保留事项时所需要受到的限制。例如,有论者认为,财产权如果超越了某一地方的利害而关涉全民的利害,或能够成为全国性交易对象时,对其内容的规制在原则上就必须通过法律。^{③④} 另有观点指出:“如果某种问题具有全国性(如性骚扰、青少年保护),且行为人可能越境移动,则通过地方条例课处刑罚,便有违宪之虞……若某一问题具有全国性且行为人并不跨境移动,通过条例而非法律规定刑罚便不成问题。”^{③⑤} 可见,日本学界已经逐渐发展出了以影响范围为基础的纵向法律保留理论。此外,日本地方条例虽然可以规定刑罚,但法律授权的仅是轻刑事处罚,这也体现了中央立法对地方条例的限制,即国会的法律仍然保留了对重刑犯罪的处理权。

(二) 严格的纵向法律保留

在我国,纵向法律保留是严格的。这种严格性体现在《宪法》《立法法》和其他诸多法律规定的保留事项均不得由地方性法规规定。如《刑法》和《税收征管法》明确将刑事责任和税收的设定权限制于狭义法律,而《行政处罚法》和《行政强制法》均规定只有法律才能限制公民的人身自由。在对法律保留中的“法律”作狭义理解的同时,中央立法机关也不对地方立法机关进行概括授权立法。《立法法》第12条仅允许全国人大及其常委会将部分法律保留事项授权给国务院制定行政法规,而未规定可将这些事项授权地方人大制定地方性法规。

我国严格的纵向法律保留制度模式体现了一种较高级别的中央集权,这种中央集权在其他社会主义国家同样存在。例如,《苏联和各加盟共和国行政违法行为立法纲要》(1980年)第12条第2款规定:“本条第三至六项所列的行政处罚,只能由苏联和各加盟共和国的立法文件规定,而行政拘留,只能由苏联的立法文件规定。”苏联作为联邦制国家却通过联盟法律完全垄断了行政拘留的处罚设定权,这与我国《行政处罚法》的立法模式十分类似,而与美国、德国等联邦制国家明显不同。又如,《越南刑法》第2条要求犯罪构成必须由刑法本身规定,《越南宪法》第84条将决定、修改和取消各种税收列为国会职权,这些制度安排亦与我国相似。

可见,在苏联、中国、越南等社会主义国家中,剥夺基本权利的措施规定权常常被集中于中央(联盟)立法机关。该现象虽然并不绝对,但也在一定程度上体现出了社会主

^{③③} 参见李侗娜:《地方公共团体条例制定权的界限和扩张可能性——以地方分权改革在日本的展开为切入点》,载于宪会主编:《日本法研究》(第4卷),中国政法大学出版社2018年版,第78-80页。

^{③④} 参见前注^{③①},芦部信喜书,第324页。

^{③⑤} 陈鹏:《日本地方立法的范围与界限及其对我国的启示》,载《法学评论》2017年第6期,第147页。

义国家中央集权的特点。一种理论认为,社会主义国家的权利来源是带有集体主义色彩的,社会和国家的存在是个人权利的前提,个人权利是主权者通过宪法和法律对共同体内部的各种资源进行分配的产物。^{③⑥}社会主义国家这种对权利来源的认识根本上否认了基本权利的“天赋性”,肯定国家对基本权利性质的决定性作用。^{③⑦}在此认识之下,基本权利应由代表人民根本意志的国家宪法来确认并维护。地方立法在未得到宪法直接授权时,不能单以制定过程的民主性为由规定涉及基本权利的条款,甚至法律也不能在没有宪法允许的情况下直接授权地方立法来规定。

由此可知,在社会主义国家,基本权利不仅可以解释横向法律保留,同时也可以作为纵向法律保留的基础。不过两个维度背后的规范理由略有区别:在横向维度,涉基本权利事项需要法律保留的原因在于它对公民的重要性;在纵向维度,涉基本权利事项需要法律保留的原因在于它背后的社会主义政治要求。这种微妙的差异会带来制度安排上的不同。出于保护公民的重要利益的需要,基本权利的限制应由立法机关保留;而若出于中央集权性考虑,基本权利的限制仅由立法机关保留是不够的,还需要由中央立法机关保留。不过需要强调的是,社会主义国家只是重视中央集权,但并非必然通过法律保留的形式来保障中央集权。苏联作为一个联邦制国家,不存在联盟针对加盟共和国的法律保留,但这并不妨碍苏联在分权制度下要求基本权利的限制由联盟立法规定。事实上,其集权程度大大超过了许多单一制国家。

除了基本权利限制的严格法律保留受到社会主义国家性质的影响以外,其他领域的立法权配置也体现着社会主义制度的中央集权色彩。例如与社会主义核心特征相关的制度都由中央立法规定,其中包括生产资料的所有制制度、产品分配制度以及维护上述经济关系的政治制度。

以我国为例,如自然资源的权属制度等涉及基本经济制度的事项需要由法律严格保留。原因在于,地方立法若被概括授权规定基本经济制度事项,则会事实上破坏社会主义公有制,造成生产资料无法真正为全民所有。相似地,税收制度关联着财富的分配,与社会主义基本经济制度密切相关,亦需中央立法严格保留。社会主义在发展生产力的同时特别强调要避免两级分化,实现共同富裕。如何在不同群体之间形成合理的利益分配涉及社会主义国家的根本目标。目前,我国欠发达地区的劳动力大量转移至发达地区,而发达地区的税收通过大规模转移支付反哺欠发达地区。如果税收立法不是主要由中央规定,那么这就意味着地方可以决定征收部分地方化的税款并将之用于地方;而“取之于本地,用之于本地”的制度会破坏全国财政统一,导致贫困地区得不到充分的物质分配。与之相关,为了实现社会主义下的资源分配,具体负责实施的国家机构应当有能力进行统一协调。因此政府组织相应地需要进行以集权为目的的统一化设计,这就需要

^{③⑥} 参见陈明辉:《中国宪法的集体主义品格》,载《法律科学》2017年第2期,第39页。

^{③⑦} 参见韩大元:《基本权利概念在中国的起源与演变》,载《中国法学》2009年第6期,第23页。

组织事项由中央保留,而不能完全授权于地方。

综上,社会主义的国家基于其特殊的制度特点,需要将诸多权力集中于中央,而不能轻易将它们概括性授予地方。因此,我国《宪法》第1条中“社会主义制度是中华人民共和国的根本制度”的规定即在规范上要求我国在许多方面采取严格的纵向法律保留立场。^{③⑧}不过,并非社会主义国家中所有的纵向法律保留均应当采用严格模式。

首先,当与政治统一相关的事务不涉及基本权利限制或社会主义国家的基础性制度时,没必要贯彻严格的纵向法律保留。例如,《宪法》第13条第2款虽然强调应由法律规定保护公民私有财产权和继承权的措施,但中央立法机关若概括授权地方立法机关制定保护此类合法权益的规范,似乎并不会对基本权利或社会主义国家目标的达成产生不利影响。完全禁止中央立法机关在此方面向地方立法机关作概括授权,也不符合《宪法》第3条第4款中关于发挥地方主动性、积极性的要求。

其次,涉及市场统一的事务并不直接与基本权利或社会主义国家性质关联,也没有必要贯彻严格的法律保留。在需要的情况下,中央立法机关甚至可以向地方立法机关作概括授权。我国全国人大对经济特区所在地立法机关的授权就属于此类。如,根据全国人大常委会的授权决定而制定的《深圳经济特区股份有限公司条例》《深圳经济特区个人破产条例》等即起到了预先试验的作用,为未来全国性立法的制定积累了宝贵经验。事实上,经济特区以外的地方亦可在必要时有限度地获得中央立法机关在涉及市场交易、流通事务方面的概括授权。如,全国人大及其常委会可以授权地方立法机关在市场监管、邮政管理、电信管理等领域进行立法,以补充中央立法的规定。^{③⑨}需要强调的是,作为非经济特区的地区,即便获得中央立法机关授权,也不能变通目前我国法律中调整央地关系的特别条款。

五、纵向法律保留下的立法权配置

综合纵向法律保留的范围和程度两个方面的考虑,前述三大领域中的个别保留规范的适用可进一步精确化。

(一) 限制权利的措施保留

限制权利的措施包括刑罚、行政处罚等制裁措施,也包括征收、税收等非制裁措施。这些措施的运用意味着对自由、财产等权利的剥夺。但不同措施所剥夺的权利性质不同,其中有宪法所规定的基本权利,也有普通法律乃至行政法规、地方性法规、规章所规定的

^{③⑧} 当然,并非所有社会主义国家都采用法律保留的模式进行央地立法权分配。前文所述的苏联即为联邦制国家,不存在纵向法律保留。但这并不妨碍苏联在分权制度下进行高度的中央集权。事实上,苏联作为一个联邦制国家,其集权程度大大超过了许多单一制国家。

^{③⑨} 目前,部分地方性法规在欠缺中央立法明确授权的情况下,直接在这些属于中央事务的领域中制定地方性法规,这并不符合法律保留原则的要求。

权利。若承认在社会主义国家,权利系法规范所创制,则限制权利措施的设定权应当由创设该权利的规范的同位规范保留,否则在上下位法之间会产生逻辑上的冲突。即宪法创设的基本权利应当由宪法规定剥夺措施,法律创设的权利应当由法律规定剥夺措施,依此类推。不过,创设权利的规范可以授权其下位规范剥夺该权利,如宪法可以授权由法律来规定基本权利的限制。但若宪法未作授权,则一般法源文件不能规定,故而我国的行政法规、地方性法规、规章原则上无权设定刑罚、税收、征收等剥夺基本权利的措施。

授权包括概括授权和具体授权两类。在限制权利的措施方面,概括授权是指允许下位法规定该措施,但不指明适用条件或适用的幅度。如,将某种刑罚的设定权概括性授予下位法,即意味着下位法可以任意规定以某种刑罚为后果的犯罪的构成要件,或就该刑罚的幅度作任意规定。在严格保留模式下,概括授权只能由权利的创设规范完成,不能进行概括性转授权。如,宪法所创设的基本权利只能由宪法概括授权法律或地方性法规剥夺,但法律不能再次概括授权地方性法规剥夺宪法创设的基本权利。而在不严格的法律保留模式下,概括转授权可在一定程度上被允许,拥有国家统一立法权的最高权力机关仍然可以通过法律的形式概括授权地方立法机关规定剥夺基本权利的措施。

我国在社会主义国家性质的影响下,剥夺基本权利的措施应当采用严格保留的模式。故法律不应将宪法创设的基本权利的剥夺措施概括转授权给其他主体。但基于实践的复杂性,具体的授权应当被允许,这也是功能适当原则的体现。如,我国《刑法》将部分犯罪构成要件的规定权授予“XX 管理法规”^{④①},此为针对个罪构成要件的具体授权。被授权的“管理法规”从横向角度说为行政法规,而纵向角度说则可为地方性法规。具体授权相对来说范围有限,且较为明确,不会实质性破坏权力配置的整体结构,故此模式可被接受。

(二) 组织性事务保留

组织性事务包括两类规范:一类是调整组织和组织之间关系的规范,即国家权力结构规范;另一类是调整组织内部关系的规范,即组织内部结构规范。成立新的管理组织,涉及组织间关系,但组织中增减机构则仅涉及组织内部问题。有学者将此归纳为组织权力的第一次分配和第二次分配。^{④②}此处所称的“组织”并非所有具有机关法人地位的组织,而是特指宪法意义上的组织,即从中央到地方各级立法、行政、司法、监察权的享有主体。如《宪法》第105条第1款规定:“地方各级人民政府是地方各级国家权力机关的执行机关,是地方各级国家行政机关。”这说明行政权的享有主体从宪法上说是各级人民政府,而一级人民政府的组成部门属于行政权的内部结构,不在整体上承受行政权。

在单一制国家,国家权力结构需要具有整体性和协调性,故而中央和地方所有的立法、行政、监察、司法权力之间的纵向与横向关系应当由最高国家权力机关统一掌握,均

^{④①} 《刑法》中出现了10处“管理法规”,涉及交通运输、消防、土地、劳动、药品等领域。

^{④②} 如王锴教授指出:“宪法保留从事的是国家权力的第一次分配……至于这些权力之下的二次分配(比如行政下再分审计、公安等),不适合由具有高度稳定性的宪法典来规定。”前注^{④①},王锴文,第1313页。

属于法律保留事项。我国《宪法》第78、86、95、124、129、135条构成了组织性法律保留的个别规范基础,法制统一原则中的政治统一维度则构成了组织事项保留的一般规范基础。以行政组织为例,上级人民政府和下级人民政府之间的关系需要由法律规定,其他形式的法源文件不能创设新的地方政府,或者创设在实质意义上行使地方政府权力的机构。所以,在未获得授权的情况下通过地方性法规设立开发区管理机构的做法即不符合法律保留原则,因为这相当于实质上产生了一个类似于一级人民政府的机构。并且,组织性事项与社会主义国家性质相关,应当奉行严格的法律保留;在宪法直接要求组织性事项由法律保留的前提下,法律也不应概括性授权地方立法机关设立开发区管理机构。当然,地方性法规可以在中央立法机关的具体授权之下设立类似机构(如全国人大常委会授权在个别地区设立开发区管理机构),以回应经济发展实践的需要。

同时,一个组织内部结构并不影响国家整体的权力结构,因此并不需要法律保留,而可以由该组织自行决定。不过,由组织自行决定并不意味着由地方组织自行决定。以行政组织为例,虽然地方政府组成部门的设置权被保留于行政系统内部,但根据《地方各级人民政府机构设置和编制管理条例》第9条的规定,机构设置方案需要报上级人民政府批准。这是我国行政机关保持上下机构对应的必然要求,当打破了机构对应时,单一制国家的许多调控政策可能难以贯彻,或者出现大量的协调困难。^②行政编制的控制比机构设置更加严格。虽然若从信息和效率原则出发,确定人员编制的权力适宜由各个机构自行掌握,但人员编制问题亦涉及财政经费,在我国预算软约束以及中央财政兜底的背景下,这项权力仍然需要由中央保留。目前我国《宪法》第89条直接将编制审定的权力赋予国务院,采用了最高行政机关保留的模式。

在行政组织的纵向保留中,相对复杂的问题是组织的职权是否需要中央立法保留。不同于机构和编制,职权具有对外部相对人的影响,并且职权配置也涉及不同组织之间的关系,因而此类规范有接受立法机关保留的必要。不过,有关职权的规范内部还可以作进一步的分类。仍然以行政组织为例,与职权相关的规范可以分为宏观和微观两个层面:宏观层面的规范被称为“组织规范”,即将行政事务分配给不同行政机关的法律规范;微观层面的规范被称为“根据规范”,即在组织规范规定的所辖事务范围内,立法机关事前承认行政机关的具体活动并规定其实体要件和效果的法律规范。^③组织规范事实上并未直接影响外部相对人,这类规范可比照组织内部机构的设置规范,由行政机关自行规定。而根据规范直接影响相对人的权利义务,从横向保留的角度说,应由立法机关制定。但根据规范本身涉及的都是具体事务,大多数并不带有政治统一的必要性,故除了内容直接涉及政治统一、市场统一的规定外,这类规范不需要由中央立法保留。

^② 我国地方政府设置的综合诸多行政机关行政许可权限的行政审批局即出现了纵向协调上的困难。参见沈毅、宿玥:《行政审批局改革的现实困境与破解思路》,载《行政管理改革》2017年第5期,第20页。

^③ 参见王贵松:《行政活动法律保留的结构变迁》,载《中国法学》2021年第1期,第126页。

（三）其他重要制度保留

除基本权利和组织事项以外的其他需要中央立法保留的制度,均可被归入有政治统一必要或市场统一必要这两类当中。

因政治统一必要而应由法律保留的重要制度包括《宪法》第8—11条、第16条、第17条规定的基本经济制度,第31条规定的特别行政区制度,第111条规定的基层群众自治制度,第115条规定的民族区域自治制度以及《立法法》第11条规定的国家主权制度、财政制度、海关制度、诉讼和仲裁制度等。上述事务若根据《宪法》的规定需要法律保留,则应被法律严格保留,不得由中央立法机关转授权地方立法机关。

因市场统一而应由法律保留的制度包括《宪法》第10条第4款规定的土地使用权转让制度,第18条第1款规定的外商投资制度和《立法法》第11条规定的民事基本制度以及金融和外贸的基本制度。此外,国内贸易、交通运输、快递物流、市场监管等领域的事务亦与市场统一直接相关,应当由中央立法保留规定。而与市场流通无直接联系的环保、安全生产、消防、劳动者保护等则不必纳入中央立法保留的范围。

其中,民事基本制度是否必须由中央立法保留尚可进一步讨论。事实上,民事制度中的合同制度和物权制度明显与市场交易相关。合同制度本身是商事制度的核心,各地合同制度若不相同,则交易将难以进行。物权制度的统一有助于维护当事人对物的信赖,减少检索物上负担的成本,从而降低交易成本;物权法定也有利于司法裁判标准的统一,否则同一名称的物权在不同法官处的含义是不一样的,司法审判将无法进行。^④然而,同样属于民事制度的婚姻家庭制度、侵权责任制度则与市场交易并不直接相关,虽然中央立法机关可以规定有关事宜,但并没有必要将它们纳入中央立法保留的范围。另外,与涉政治性问题的事务不同,以上涉市场交易的事务即便需要法律保留,中央立法机关亦可通过概括授权方式允许地方立法机关进行规定。当然,在实践中,市场经济天然的一体性会促使中央立法机关谨慎进行此类授权。

六、结 语

法律保留原则的深层含义在传统理论中未被完全揭示。虽然该原则被创立的初始目的在于实现立法权对行政权的控制,但这并不意味着法律保留的适用只能针对横向维度。准确地说,法律保留是一种权力“配置”模式,而非权力“分配”模式;该模式不是要在保留主体和保留所针对主体之间进行彻底的权力划分,而只是要实现领导者对从属者的权力控制。因此,在诸如联邦制这样的分权模式下,联邦和州的权力相互平行,联邦不能向各州授予联邦立法权;而在单一制国家的法律保留模式下,中央立法机关则可以在一定程度上向地方立法机关授予保留范围内的立法权,且这种授权本身还可能存在

^④ 参见王利明:《物权法研究》(上卷),中国人民大学出版社2007年版,第160页。

程度的区别。

我国作为单一制国家,采用法律保留的模式而非分权模式进行央地立法权的配置。通过对我国《宪法》《立法法》和有关法律条文背后的规范理据的分析,可以发现,政治统一和市场统一是影响法律保留范围的主要考量因素。同时,我国作为社会主义国家,在涉及基本权利限制和社会主义国家基础制度的方面,需要贯彻严格的法律保留。规范角度的分析可与相关经验研究相呼应,为明确我国中央和地方的立法关系提供学理支持。

Abstract: The traditional theory of law reservation cannot rationally explain why the principles of legality, statutory taxation, statutory organization, and numerus clausus can be applied in the vertical dimension of legislative power allocation. The theoretical basis of law reservation should be expanded in the framework of central-local relations. Vertical law reservation is a special model for the configuration of legislative power between central and local authorities, which exists in unitary states and differs in content and form from the system of separation of powers under a federal system. The normative basis for vertical law reservation in China consists of two levels: individual norms and general norms, with the general norms forming a summary and supplement to the individual norms. According to the interpretation of the meaning of these norms, the scope of law reservation in China relates to two dimensions, namely socialist political unity and market unity. From a worldwide perspective, there are both strict and less strict models of vertical law reservation, and a socialist system necessarily requires the adoption of a strict model of law reservation in some areas. Considering both the scope and extent of vertical law reservation together, the application of specific norms can be further refined.

(责任编辑:王莉萍)