

职权法定原则与法律保留原则的 分离与更替

杨登峰*

内容提要 我国行政法学界长期将职权法定与法律保留作为行政法的两个基本原则,并主张将它们一并写入行政基本法典,但对它们内涵的表述存在相似与混淆之处。在推进行政基本法典制定和中国自主法学知识体系构建的背景下,厘清二者的关系,并判断是否要在两者之间作出取舍,成为亟待研究的基础理论问题。法律保留原则二次引入我国之后,有宪法意义和行政法意义双重理解,仅后者与职权法定原则有所相似。从法定事项、法的种类、规范程度以及实践效能来看,职权法定原则包容并发展了法律保留原则,更契合我国宪法和立法法规定的立法体制,与行政诉讼合法性审查标准相一致,且在最高人民法院行政审判实践中也展现出更强的解释力。因此,从法学与法律语言统一以及中国特色的法学话语体系的建构考虑,我国行政法学应在承继、整合行政法意义上法律保留原则的基础上,统一适用职权法定原则。

关键词 职权法定原则 法律保留原则 法定事项 法的种类 规范程度
DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2026.02.009

目 次

- 一、问题的提出
- 二、法律保留原则在我国的引入与嬗变
- 三、职权法定原则在我国的提出及其内涵构造
- 四、职权法定原则与法律保留原则的取舍
- 五、余论

* 东南大学法学院教授,东南大学江苏省地方立法研究基地研究员。南京大学法学院李晴副教授提出了很多宝贵修改意见,南京师范大学法学院梁捷葛博士研究生协助收集了大量资料,在此一并表示感谢。

一、问题的提出

在行政法基本原则中,除法律保留、法律优位、正当程序等之外,学界还经常提到职权法定原则。^①尤其值得关注的是,在学者提出的行政基本法典编纂方案中,职权法定是行政法基本原则之一,且与法律保留原则并列。如应松年认为,行政基本法典应“包括人权保障原则、职权法定原则、法律优先原则、法律保留原则、平等原则、比例原则、诚信原则、正当程序原则、公众参与原则、行政公开原则和行政效能原则”。^②马怀德认为,行政基本法典中的行政法总则应当将职权法定原则、法律优先原则、法律保留原则、平等原则、比例原则、诚信原则、正当程序原则、行政公开原则、行政效能原则、风险预防与应急原则作为行政法的基本原则。^③由于学界对两个原则内涵的表述总有相似甚至相同之处,往往难以分辨。当学界把职权法定与法律保留共同作为行政法基本原则并试图列入行政基本法典时,有必要追问:二者究竟是什么关系,将二者并列是否会导致概念与内容上的交叉与重叠?

职权法定原则基本可看作是对法谚“法无授权/规定不可为”或“法无授权/规定即禁止”的法律(学)表达。如石佑启认为:“职权法定意味着行政机关的职权来源于法律的规定,凡法律没有授予的职权,行政机关不得自行享有和行使,即法不授权不可为。”^④杨海坤、章志远认为,职权法定“是指任何行政权力的来源都必须有法律的明确授予”,“对行政权力来说,法无授权即禁止”。^⑤学界对法律保留原则的阐述虽有不同,但部分表述却与对职权法定原则的表述极其相似。如金承东认为:“法律保留原则是指行政行为只能在法律规定的情况下作出,法律没规定的就不得作出。”^⑥林鸿潮认为,法律保留的内涵之一是,“在没有法律文件授权的情况下,行政机关不得做出影响公民、法人或其他组织权利义务的行为”,其“核心是‘法未授权者不可为’”。^⑦

鉴于职权法定原则与法律保留原则存在一定的相似性,一些学者已开始关注二者之间的关系。除将二者视为两个不同的原则加以并列外,还有两种不同看法:一是将职权法定原则与法律保留原则视为行政法定原则的子原则。如崔卓兰认为:“职权法定原则只是表明任何行政必须具有法定的依据,而并未提示出作为其依据的各种‘法’之间的关系问题。因此,行政法定原则还应当包括以解决法律与行政立法关系为核心的法律

① 参见胡建森:《行政法学》(第5版上),法律出版社2023年版,第45-46页;何海波:《行政诉讼法》(第3版),法律出版社2022年版,第291-294页;杨小君:《契约对行政职权法定原则的影响及其正当规则》,载《中国法学》2007年第5期。

② 参见应松年:《中国行政法典化的基本思想》,载《法学评论》2023年第1期,第60页。

③ 参见马怀德:《法典化时代行政法总则的规范功能与构建》,载《政法论丛》2025年第3期,第51页。

④ 石佑启主编:《行政法与行政诉讼法》(第3版),中国人民大学出版社2015年版,第19页。

⑤ 参见杨海坤、章志远:《行政法学基本论》,中国政法大学出版社2004年版,第64页。

⑥ 金承东:《论行政法律保留原则》,载《浙江社会科学》2002年第1期,第93页。

⑦ 参见林鸿潮:《行政法入门》,中国法制出版社2012年版,第4页。

优先及法律保留这两项原则。”^⑧二是认为法律保留原则与职权法定原则存在重合与交叉之处。如应松年认为：“法律保留原则又称积极的依法行政，与职权法定的内涵存在一定重合与交叉，具体是指行政机关的行为必须有明确的法律授权，法律无明文授权即无行政。”^⑨

职权法定原则与法律保留原则不仅出现在行政法学论著中，也出现在诸如党政联合发文、行政规范性文件及司法裁判文书等中，在具体表述上同样有些许相似之处。在合法性审查实践中，将二者作为审查依据援引时，亦有混用情形。如中共中央、国务院《关于深化投融资体制改革的意见》（2016年）要求，“严格遵循职权法定原则，规范职权行使，优化管理流程”。《肇庆市人民政府重大行政决策合法性审查工作规则》（肇府函〔2023〕32号）第12条规定，市司法局对重大行政决策进行合法性审查，要审查其是否“符合法律保留原则”。在“毛某诉江西省瑞金市人民政府案”中，江西省高级人民法院认为，“《迁建决定》的合法性，可以从法律优先和法律保留两个原则进行审查……法律保留，是指行政机关只有在确定法律授权的情况下才能实施相应的行为”。^⑩在“宛某霞、汪某兰诉安徽省宣城市宣州区人民政府案”中，最高人民法院认为：“根据职权法定原则，行政机关行使职权必须基于法律、法规、规章的授权并在授权范围内行使”。^⑪

推进行政基本法典的制定与中国自主法学知识体系的构建是当前中国行政法学的重要任务，而二者的实现都亟待中国行政法学话语体系的建设，^⑫这就要求实现中国行政法律与法学概念的统一性和协调性。在这种情况下，职权法定原则与法律保留原则共存的格局是怎样形成的，二者究竟相同还是不同，对推进我国行政法治实践而言谁优谁劣，将来在行政法学著述和行政基本法典中是同时使用还是只选其一，又如何表达，都应是行政法学无法回避的基础理论问题，但迄今鲜有专门研究。为此，笔者拟对上述问题逐一进行研究，以期引起学界进一步的关注和讨论。

二、法律保留原则在我国的引入与嬗变

法律保留原则源自德国，于民国初年经由日本传入我国。我国当前对法律保留原则的理解是在改革开放之后法律保留原则的二次引进过程中形成的。

（一）法律保留原则的原初含义及两次引介

法律保留原则（Vorbehalt des Gesetzes）滥觞于德国，由奥托·迈耶于1886年在《法国行政法原理》一书中率先提出。他认为，“对于人民的自由及财产的限制，必须保留在法律方可”“任何属于法律保留的范畴，行政只能为执行立法者的意志，方能对之侵

⑧ 崔卓兰主编：《新编行政法学》，科学出版社2004年版，第56页。

⑨ 《行政法与行政诉讼法学》编写组编：《行政法与行政诉讼法学》（第2版），高等教育出版社2018年版，第30页。

⑩ 参见江西省高级人民法院（2020）赣行终553号行政判决书。

⑪ 参见最高人民法院（2021）最高法行申326号行政裁定书。

⑫ 参见马怀德：《加快构建中国法学自主知识体系》，载《法治日报》2026年1月21日，第9版。

犯”。^⑬ 1895年,他在《德国行政法》一书中再次对法律保留原则作了论述。^⑭ 1903年,美浓部达吉将《德国行政法》翻译成日文,从而将法律保留原则引入日本。^⑮ 德日早期法律保留原则的含义有三个基本特征:其一,它是针对行政行为的,不包括立法。对于立法的保留,奥托·迈耶用与法律保留相并列的“法律的法规创造力”来表述。^⑯ 其二,法律保留中的“法律”仅指议会立法,不包括行政机关立法,严格体现了西方用立法权制约行政权的分权思想。^⑰ 其三,除日本美浓部达吉外,^⑱ 德日学者大多认为法律保留范围基本限于侵害行政,即“只有侵害私人的自由和财产时,才需要法律依据”。^⑲ 这说明,德日早期的法律保留主要立基于宪法上基本权利保护的原则。

战后德日两国对法律保留原则的阐述出现四点新变化。首先,除分权与基本权利保护外,民主原则和法治国家原则进一步成为法律保留的理论基础,且居首要地位。^⑳ 其次,在侵害保留理论上,提出重要性理论、机构功能理论,并在其支持下,不仅将保留事项从侵害行政扩展到给付行政,还进一步发展出行政组织和行政程序的法律保留。^㉑ 再次,为适应授权立法之现实需要,主张法律保留的“法律”不再限于议会立法,授权的行政法规也成为法律保留的“法律”,并在此基础上提出绝对保留和相对保留两个概念。最后,将法律规范分为规定行政管辖权的组织规范和规定行政程序的程序规范,以及规定实施具体行政行为的行为规范,并分别称之为“规制规范”和“依据规范”,认为作为法律保留的法律不仅指“规制规范”,更应指“依据规范”,从而明确了法律保留的法律规范类型。^㉒

我国对法律保留原则的初次引介始于民国初年。1922年,钟赓言在《行政法总论》中提出,宪法上特别保留给立法权的事项,不得以命令规定,是为“立法权之留保”。^㉓ 20世纪30年代,白鹏飞、范扬等将美浓部达吉的法律保留思想全盘介绍到中国,如范扬在其《行政法总论》中将法律保留表述为:“非有法规根据,不得侵害人民权利,或使人民负担义务”“非有法规根据,不得为特定人设定权利,或为特定人免除法规所科之义务”。^㉔ 总体来看,这一时期的法律保留主要调整立法权与行政权及由此形成的法律规范与行政行为的关系。但受美浓部达吉影响,他们没有将法律保留事项限于侵害行政,而

^⑬ 参见陈新民:《德国公法学基础理论》(上),山东人民出版社2001年版,第75页。

^⑭ 参见[德]奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第72-76页。

^⑮ 参见王贵松:《依法律行政原理的移植与嬗变》,载《法学研究》2015年第2期,第84页。

^⑯ 参见王贵松:《论法律的法规创造力》,载《中国法学》2017年第1期,第110页。

^⑰ 参见前注^⑮,王贵松文,第83页。

^⑱ 美浓部达吉主张:“行政权若非根据法规,则不得免除特定人的法规所规定的义务,或为特定人设定权利。”参见[日]美浓部达吉:《日本行政法撮要》(上卷),杨开甲译,民智书局1933年版,第16页。

^⑲ 参见前注^⑯,王贵松文,第110页。

^⑳ 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105页;[日]藤田宙靖:《行政法总论》(上卷),王贵松译,中国政法大学出版社2023年版,第51-52页。

^㉑ 参见前注^㉒,哈特穆特·毛雷尔书,第118页。

^㉒ 参见前注^㉑,藤田宙靖书,第58页。

^㉓ 参见《朝阳大学法律科讲义·行政法总论》,朝阳大学校出版1922年版,第36页。

^㉔ 参见范扬:《行政法总论》,中国方正出版社2005年版,第25、26页。

是认为“为特定人设定权利,或为特定人免除法律所科之义务”也属于法律保留事项。此外,钟赓言提出“立法权之留保”的概念以及马君硕提出“应以法律规定的事项不得以行政命令规定”的意见,^{②5}已经超越了德日两国所论的法律保留原则的基本内涵,显露出变革的萌芽。

法律保留原则在我国的二次引介是在20世纪90年代。1995年,李贵连和宋坚雷翻译的藤田宙靖的《行政与法》一文指出,“‘法律保留’原则是关于进行行政活动必须要有法律根据的原则”。^{②6}1997年,高家伟在《论德国行政法的基本观念》一文中指出,“保留原则是指行政机关实施行政行为必须有议会法律的授权,无议会法律授权的行政行为无效”^{②7}。此时,我国法学界已对法律保留原则有了新理解。如应松年在《依法行政论纲》一文中指出,法律保留原则指“凡属宪法、法律规定只能由法律规定的事项,则或者只能由法律规定;或者必须在法律明确授权的情况下,行政机关才有权在其所制定的行政规范中作出规定。有些著作将此称为法律保留原则”^{②8}。可见,20世纪90年代,除介绍德日的法律保留原则外,我国法学界所主张的法律保留原则已与德日或我国民国时期所引介的内容有较大不同:他们所关注的已非法律规范与行政行为的关系,而是人大立法与行政立法的权限划分。

(二) 法律保留原则在我国当下的结构

1. 我国对法律保留原则原意的坚持与改造

进入21世纪,我国介绍或讨论法律保留原则的学者不断增多。其中,部分学者仍致力于介绍和研究德日等国的法律保留原则,另一部分学者则致力于构建我国行政法上的法律保留原则并进而对法律保留原则进行了修正或改造。这些研究具体可概括为三个方面:

第一,以德日行政法上的法律保留原则为圭臬,在“行政要于法有据”的意义上使用该原则。如吴万得认为,法律保留原则的意涵是,“非有法律之根据,不得发动行政权。任何干预行政,只有法律始能规定,行政机关不能在没有规定的情况下采取积极的行为。此是德国经典意义的‘无法律,即无行政’之原则”^{②9}。黄学贤认为:“所谓法律保留原则,简单地讲就是指行政行为必须有法律的依据,也即行政机关只有在法律有明确规定的情况下才能作出积极的行政行为,否则就构成违法。”^{③0}

第二,改变德日行政法意义上的法律保留,将其单纯界定为宪法意义上的法律保留。除前述应松年的论述外,周佑勇、石佑启等学者均持这一观点。如周佑勇认为:“所谓法律保留是指凡属宪法、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

^{②5} 参见前注^{①5},王贵松文,第87页。

^{②6} 参见[日]藤田宙靖:《行政与法》,李贵连、宋坚雷译,载《中外法学》1996年第3期,第77页。

^{②7} 高家伟:《论德国行政法的基本观念》,载《比较法研究》1997年第3期,第300页。

^{②8} 应松年:《依法行政论纲》,载《中国法学》1997年第1期,第30页。

^{②9} 吴万得:《论德国法律保留原则的要义》,载《政法论坛》2000年第4期,第107页。

^{③0} 黄学贤:《行政法中的法律保留原则研究》,载《中国法学》2004年第5期,第45页。

法律有明确授权的情况下,才能由行政机关作出规定。法律保留原则严格区分国家立法权与行政立法权,是法治在行政立法领域内的当然要求,其根本目的在于保证国家立法的至上性,划定了立法机关与行政机关在创制规范方面的权限秩序。”^{③①}

第三,将法律保留原则分为宪法和行政法两个层面,同时承认两种意义上的法律保留。如朱维究认为:“法律保留包括宪法意义上的法律保留和行政法意义上的法律保留二个层面的内容”,“宪法意义的法律保留,又称为‘立法保留’,是指在国家法律体系内,一些重大的事项只能由最高权力机关以法律的形式规定,而行政机关非经特别授权不得对这些事项制定任何规范性文件”。^{③②}他认为,行政法意义上法律保留的首要含义是职权法定,“即任何行政职权的存在都必须基于法的授权,职权法定的目的在于防止行政主体的自我设权,进而防止行政职权的自我膨胀”。^{③③}沈福俊、林鸿潮等也持此观点。^{③④}对于行政法意义上的法律保留,有观点主张将保留事项从侵害行政扩及给付行政、行政组织、行政程序,^{③⑤}也有观点主张将法律保留之“法律”从法律扩及法规、规章。^{③⑥}

如何在上述三种观点中进行选择,以确定我国法律保留原则的内容结构与“法律”的内涵,是本文研究需要解决的主要问题。

2. 我国法律保留原则的二元结构与法源的选择

首先,我国法律保留原则为二元结构。从形成过程来看,我国先引进了行政法意义上的法律保留,后确立了宪法意义上的法律保留,且宪法意义上的法律保留是我国学者提出的。故讨论的切入口在于,如何对待宪法意义上的法律保留。

宪法意义上的法律保留其实是对法律与法规、规章之立法权限的划分,即有些事项只有法律可以规定,法规和规章不得染指。对于宪法意义上的法律保留事项,宪法诸多条文已经作了规定,如“农村和城市郊区的土地,除由法律规定属于国家所有的以外,属于集体所有”“全国人民代表大会代表名额和代表产生办法由法律规定”等。^{③⑦}《立法法》第10—12条更是具体规定了法律的专属立法事项,将“国家主权的事项”“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”“犯罪和刑罚”“对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚”“税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度”“对非国有财产的征收、征用”“民事基本制度”等纳入法律保留范围,并将“限制人身自由的强制措施和处罚”等纳入绝对保留范围。除此之外,我国《行政处罚法》《行政许可法》《行政强制法》(以下简称“行政三法”)

③① 周佑勇:《行政法原论》(第2版),中国方正出版社2005年版,第70页。

③② 参见朱维究:《中国行政法概要》,中国人民大学出版社2009年版,第31-32页。

③③ 参见前注③②,朱维究书,第32页。

③④ 参见前注⑦,林鸿潮书,第3-4页;沈福俊主编:《行政法与行政诉讼法教程》,北京大学出版社2012年版,第36页。

③⑤ 参见熊文钊、米钰洁:《职权法定的立法形式与规范构造——基于〈国务院组织法〉职权条款的阐发》,载《浙江学刊》2025年第2期;王贵松:《行政组织的法律保留》,载《法律科学》2023年第6期;王锴:《论组织性法律保留》,载《中外法学》2020年第5期。

③⑥ 参见蒋剑云:《论法律保留原则》,载《行政法学研究》2005年第1期,第61页;前注③②,黄学贤文。

③⑦ 参见《宪法》第10条第2款、第59条第3款等。

和其他领域行政法对于行政处罚、行政强制等行政行为设定制度的规定,也蕴含了法律保留的事项。如《行政处罚法》和《行政强制法》规定,“限制人身自由的行政处罚”“限制公民人身自由”和“冻结存款、汇款”只能由法律设定。^⑳从上述法律保留事项还可看出,宪法意义上的法律保留不仅涉及行政领域的立法权划分,同时还涉及立法、监察、司法以及刑事、民事等领域的立法权划分。总之,宪法意义上的法律保留在我国已是客观存在,且其调整范围覆盖整个国家和社会领域,是我国整个立法权限的纲领、核心。

与宪法意义上的法律保留不同,行政法意义上的法律保留划分的是行政依据的法律渊源或种类,即行政机关作出有些行政行为时,只能以法律为依据;对其他行政行为,则可以法规、规章为依据。再者,行政法意义上的法律保留只涉及行政的法律依据,不涉及其他领域。因此,宪法意义与行政法意义上的法律保留之间虽具有内在关联,但面向的问题不同,功能地位也不同,应各司其职,同时存在。

其次,我国行政法意义上法律保留的“法律”内涵与国家的政治体制紧密关联,应基于我国的政治体制来分析。如前所述,法律保留原则源于德国,经日本传入我国。可以说,德日之所以能提出或承继法律保留原则,是其政治体制所然。这两个国家都是议会制国家,均承认国家主权属于全体国民,议会代表国民行使立法权,内阁由议会产生并对议会负责,且须依据议会制定的法律行使行政权。将议会制的政治逻辑与法律保留原则的内在要求加以比较可以看出,法律保留原则其实是议会政治体制的法律体现,它植根于议会内阁制并与这一制度相契合。这种情形下,法律保留的“法律”只能限于法律,最多可扩及经议会授权制定的行政法规。如果将法律保留的法律扩及其他行政法规、规章,则法律保留的政治基础与功能就会被瓦解。

人民代表大会制度是我国的根本政治制度,体现人民民主专政的国家性质,是实现全过程人民民主的重要制度载体。围绕这一制度,我国宪法明确规定:“全国人民代表大会是最高国家权力机关”“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”“国务院,即中央人民政府,是最高国家权力机关的执行机关,是最高国家行政机关”“地方各级人民代表大会是地方国家权力机关”“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”。^㉑与此同时,我国宪法也确立了法律仅次于宪法的崇高地位。^㉒

行政法意义上的法律保留原则正好能够将我国人民代表大会制度的根本要求贯彻并融入行政法的基本原理体系中,我国引入法律保留原则不仅有宪法根据,也是宪法制度的根本要求。正因如此,法律保留原则一经传入即得到广泛认可。据此,对我国行政法意义上法律保留之“法律”的界定就必须反映或契合于我国的人民代表大会制度。如同德日法律保留的“法律”不能随意扩展一样,我国行政法意义上的法律保留也不能将“法律”泛化为“法律、法规和规章”。一旦泛化,法律保留原则所体现的全国人民代

⑳ 参见《行政处罚法》第10条第2款、《行政强制法》第10条第2款。

㉑ 参见《宪法》第2条、第57-58条、第85条、第96条、第105条。

㉒ 参见《宪法》第5条第4款。

表大会及其常委会与国务院等国家机关,以及相应的法律与行政法规、行政规章的分工关系就无法得到体现。这也是我国行政法学界主张法律保留之“法律”只能限定于全国人大及其常委会制定的法律的根源所在。^{④①}

最后,宪法意义与行政法意义上法律保留的“法律”内涵应当统一。宪法意义上法律保留对行政法意义上法律保留具有制约作用。但凡属宪法意义上法律保留的行政事项,必然涵盖行政法意义上法律保留的事项,如行政组织、税收、行政征收征用、限制人身自由的强制措施和处罚等,只能以“法律”作为行政的依据,必须与之保持一致。如果将行政法意义上法律保留的“法律”之内涵扩展到法规、规章,势必造成宪法意义与行政法意义上法律保留的“法律”内涵不同,进而给法律解释与适用带来困难甚至造成混乱。

综上,应同时承认宪法意义与行政法意义上的法律保留原则,形成法律保留的二元结构,但应区别对待,并将“法律”限定在狭义法律的范围之内。

三、职权法定原则在我国的提出及其内涵构造

不同于法律保留,职权法定的概念在改革开放后才出现。对于职权法定原则的源头,国内说法多语焉不详。如周佑勇认为,“职权法定原则,是近代国家实行法治的产物和要求”,^{④②}但未指出具体国家。莫纪宏认为,职权法定原则“最早起源于英国的行政法治理论。戴雪在《英宪精义》一书通过对‘法的统治’的定义,明确了政府‘职权法定’以及‘越权无效’的现代行政法原则”,^{④③}但笔者未在《英宪精义》相关部分找到职权法定的概念或其要义。^{④④}不过,1215年英国《大宪章》第12条规定,“未经全国公意许可,将不征收任何免役税和贡金”。美国《宪法》第1条第10款规定:“未经国会同意,各州不得对进口货物或出口货物征收任何税款……未经国会同意,各州不得征收船舶吨位税。”英国行政法学者威廉·韦德认为,英国法治原则要求“任何政府行使权力的行为,包括一切影响人之权利、义务和自由的行为,必须有严格的法律依据”。^{④⑤}这一表述与行政职权法定的内涵不无相似之处。因此,我国的职权法定原则可能受到英美国家法治原则的影响。

(一) 职权法定原则在我国的萌发与提出

在我国,经笔者检索,职权法定原则一词首次出现于1992年张玉坤发表的《审理土地行政确权案件的几个问题》一文,但该文仅使用了职权法定原则这一概念,没有作必

^{④①} 参见前注^{①⑤},王贵松文。

^{④②} 参见前注^{③①},周佑勇书,第68页。

^{④③} 参见莫纪宏:《完善人民代表大会制度应遵循“职权法定”原则》,载《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》2014年第5期,第33页。

^{④④} 参见[英]戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第231-245页。

^{④⑤} 参见[英]威廉·韦德、克里斯托弗·福赛:《行政法》(第10版),骆梅英、苏苗罕、周华兰、卢超、王瑞雪译,骆梅英统校,中国人民大学出版社2018年版,第15页。

要阐述。^{④⑥}1994年,在《建立市场经济体制离不开行政法》一文中,应松年和马怀德首次对职权法定原则进行了初步论述。他们认为,“依法行政原则本身就蕴含了职权法定这一基本内涵”,基于宪法上“一切权力属于人民”和行政机关是“权力机关的执行机关”之规定,“行政机关的职权是人民授予的,法律规定政府享有多大职权,政府才能行使多大职权,凡是人民没有授予、法律没有规定的,政府就无权行使,否则就是超越职权或滥用权力,就是违法”,并认为“职权法定原则应当涵盖政府的全部活动,包括抽象行政行为 and 具体行政行为”。^{④⑦}1996年,应松年在《行政处罚法与依法治国、依法行政》一文中提出:“职权法定原则是指国家行政机关的职责权限必须由法律授权、法律规定。职权法定原则植根于行政权力的来源”。^{④⑧}1997年,在《依法行政论纲》一文中,应松年进一步将职权法定、法律保留、法律优先等作为依法行政的主要内容,并将职权法定界定为:“行政机关的职权,在我国主要是指中央政府及其所属部门和地方各级政府的职权,必须由法律规定。行政机关必须在法律规定的职权范围内活动。非经法律授权,不可能具有并行行使某项职权”。^{④⑨}

1997年后,职权法定原则开始在行政法学教科书中出现。例如,王连昌在其主编的教科书中写道:“‘职权法定’就是指行政机关及工作人员的职责权力均是法律创设的,行政机关及其工作人员行使权力都应当以法律为依据。非依法律取得的权力都应当被推定为无权限,非依法律规定行使的权力应推定为无效。……换言之,行政机关行使的能够影响公民、法人和其他组织的人身、财产等权利的行为,必须取得法律的明确授权,行政机关不得享有法律规定以外的任何特权”。^{⑤⑩}杨解君、肖泽晟在其所著的教科书中认为,职权法定原则是指“行政机关以及其他行政公务组织的行政职权,必须由法律予以规定或授予。否则,其权力来源就没有法律根据”。^{⑤⑪}之后,职权法定原则在我国行政法学界逐渐得到认可。有学者甚至认为,“职权法定原则是行政法的首要原则”或“行政法的一项最基础性原则”。^{⑤⑫}

可以看出,我国行政法学界最初对职权法定原则的论述,主要立足于人民民主原则以及行政机关是“权力机关的执行机关”的定性,关注的是法律与行政职权之间的关系,大多倾向于所有行政职权法定,且将职权法定的“法”表述为法律。

(二) 职权法定原则的具体内容

进入21世纪,职权法定原则得到普遍认可,虽然专门研究这一原则的学术论文不多,但相关论述在行政法教科书中大量涌现。除了类似于职权法定“是指任何行政权力

^{④⑥} 参见张玉坤:《审理土地行政确权案件的几个问题》,载《人民司法》1992年第10期,第18页。

^{④⑦} 参见应松年、马怀德:《建立市场经济体制离不开行政法》,载《中国法学》1994年第1期,第21-22页。

^{④⑧} 参见应松年:《〈行政处罚法〉与依法治国、依法行政》,载《行政法学研究》1996年第3期,第2页。

^{④⑨} 参见前注^{④⑧},应松年文,第29页。

^{⑤⑩} 参见王连昌主编:《行政法学》(修订版),中国政法大学出版社1997年版,第22页。

^{⑤⑪} 参见杨解君、肖泽晟:《行政法学》,法律出版社2000年版,第62页。

^{⑤⑫} 参见叶必丰:《行政基本法的选择》,载《法学评论》2023年第1期,第66页;前注^{④⑩},莫纪宏文,第33页。

的来源与作用都必须具有明确的法定依据”^{⑤③}的原则性表述外,不同学者还从不同角度对职权法定原则的具体内容作了不同论述,这些论述可从职权范围(法定事项)、法的种类以及规范程度三个方面来观察。

1. “法定”的职权范围

这一时期的法定范围不再局限于“职权法定”这一抽象层面,而是陆续提出行政组织设立权法定、行政管辖权法定、行政行为实施权法定、行政职权转移法定四个方面。

行政组织设立权法定,指行政机构或行政组织的设立须有法律依据。如方世荣认为,行政组织法定是指“行政机构的设置以及行政编制等都要依法设定,其他任何机关或个人都无权规定”。^{⑤④}王克稳认为,“职权法定原则包括职权主体法定和职权内容法定”,而“职权主体法定是指任何行使行政职权的主体都必须是依法设定的”。^{⑤⑤}

行政管辖权法定,指行政机关对于行政事务的管辖权由法律划定。^{⑤⑥}何海波认为,行政管辖权是行政职权的基础,“没有管辖权,就没有处理权”,故职权法定首先是管辖权法定,其次才是处理权法定。^{⑤⑦}陈新民认为:“行政机关的管辖权,必须依法规,最主要是组织法来规定,非依法规不能设定或变更,是为权限的‘法定主义’。”^{⑤⑧}

行政行为实施权法定,指“行政机关所实施的行政行为必须是法律所设定的行政行为,而不是由行政机关自己任意发明的行政行为”^{⑤⑨}。它不仅要求侵益行政法定,^{⑥⑩}也要求授益行政法定。如章剑生认为,授益性行政“虽然使个人获得了利益,但这种服务行政实质上是处分了纳税人的税款,因此,授益性行政同样应受行政职权法定原则的约束”。^{⑥⑪}

行政职权转移法定,指上述行政职权的转移(如委托、授权或者调配)须有法律依据。早在1989年,罗豪才就提出,“任何行政职权委托及其运用必须具有法律依据,符合法律要旨”。^{⑥⑫}目前秉持这一观点者如沈岍认为,职权法定原则包括“法规范规定的行政职权/职责不得再授出,除非法规范制定主体另行许可”。^{⑥⑬}又如,成协中认为,职权法定原则要求“权力转移应于法有据”和“应当遵循法定程序”。^{⑥⑭}

上述前三个法定事项着眼于职权的静态内容,第四个着眼于职权的动态流转,体现了对行政职权从静态到动态予以全方位调整的法治思路。

^{⑤③} 周佑勇:《行政法基本原则的反思与重构》,载《中国法学》2003年第4期,第179页。

^{⑤④} 参见方世荣主编:《行政法与行政诉讼法学》,人民法院出版社2003年版,第50页。

^{⑤⑤} 参见王克稳:《论相对集中行政许可权改革的基本问题》,载《法学评论》2017年第6期,第48页。

^{⑤⑥} 参见前注①,胡建森书,第46页。

^{⑤⑦} 参见前注①,何海波书,第291-292页。

^{⑤⑧} 陈新民:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2002年版,第95页。

^{⑤⑨} 前注①,胡建森书,第46-47页。

^{⑥⑩} 参见前注⑤⑩,王连昌主编书,第22页。

^{⑥⑪} 参见章剑生:《现代行政法基本原则之重构》,载《中国法学》2003年第3期,第67页。

^{⑥⑫} 参见罗豪才主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1989年版,第39页。

^{⑥⑬} 参见沈岍:《行政行为实施主体不明情形下的行政诉讼适格被告——评“程宝田诉历城区人民政府行政强制案再审裁定”》,载《交大法学》2019年第3期,第173页。

^{⑥⑭} 参见成协中:《“放管服”改革的行政法意义及其完善》,载《行政管理改革》2020年第1期,第38-39页。

2. “法定”之法的种类

这一时期,“法定”之“法”的种类不再局限于法律和授权的行政法规,而是扩展到宪法、法律、法规和规章。如莫纪宏认为:“‘职权法定’中的‘法’,既要包括立法机关制定的‘法律’,同时也要包括基于人民主权学说、通过特定的宪法制定或修改程序产生的作为国家根本法的‘宪法’。也就是说,‘职权法定’原则当然涵盖了‘职权宪定’的要求”。^{⑥5}章剑生认为,“‘法定’之中的法既包括人民代表大会制定的法律、地方性法规,还包括行政机关在法律授权下所制定的行政法规、行政规章”,不过,“宪法的某些规范虽然也具有授权功能,但将它看作是国家机关之间的权力划分可能更为妥当”。^{⑥6}朱维究认为:“职权法定中的‘法’,包括法律、法规以及规章。”^{⑥7}

3. “法定”的规范程度

对行政职权法定的“法”,学界除从法的种类加以界定外,还从法律规范的构成加以界定,旨在明确,作为职权行使依据的法律规范应具备的条件或者应当达到的规范程度本质上是对法定之法的资格规定。为此,学界提出行权主体法定、行权条件法定、行权方式法定、行权程序法定四项要求。换言之,只有当法律对行政职权的四个方面作出全面规定,方可视为有了合格的法律依据,行政主体也才可据此行使相应的行政职权。

行权主体法定指法律必须对行政职权的行使主体作出明确规定。如张治宇认为,职权法定首先意味着“行使行政权的主体法定,即谁可以行使行政权力由法律决定”。^{⑥8}行权条件法定指法律须对行政主体行使职权的条件作出明确规定,行政机关只能在满足法律规定的具体条件时才能作出相应的行政决定。如何海波认为,“法律授予行政机关的权力,行政机关只能根据法定的条件行使。法定条件包括适用对象、事项、时限等因素”^{⑥9}。行权方式法定指在满足行使职权条件的情况下,行政机关处理行政事务的方式或措施须由法律来规定。行政机关只能按照法律规定的处理方式、措施种类和幅度作出行政决定。如何海波认为,处理方式法定意味着,“一个具有管辖权的行政机关,应当在法定的方式、种类和幅度内,根据具体情况作出相应处理”^{⑦0}。行权程序法定指行政机关作出行政行为的特定程序必须以法律规定为前提,不得自行设定或增减。^{⑦1}如胡建森认为:“程序是行为存在和运行的时间和空间方式,它表现为行为的表达方式、行为的过程和步骤。程序法定是指行政行为的程序必须依法设定,以便行政机关实施行政行为有程序可循。”^{⑦2}

总而言之,作为行政职权法定的“法”必须对行政职权行使主体、条件、方式、程序

^{⑥5} 参见前注^{④3},莫纪宏文,第34页。

^{⑥6} 章剑生:《现代行政法总论》(第2版),法律出版社2019年版,第49-51页。

^{⑥7} 前注^{④2},朱维究书,第32页。

^{⑥8} 参见张治宇:《面向整体政府的职权法定原则更新》,载《北方法学》2022年第4期,第117页。

^{⑥9} 前注^①,何海波书,第292页。

^{⑦0} 前注^①,何海波书,第293页。

^{⑦1} 参见杨登峰:《行政程序法定原则的厘定与适用》,载《现代法学》2021年第1期。

^{⑦2} 前注^①,胡建森书,第47页。

作出全面规定。只有对这四个方面作出全面规定的法律规范才能视为行政职权行使的合格依据,行政机关也才能据此作出行政决定。需特别说明的是,上述关于职权法定原则内容的述说,并非某一学者系统全面的论述,而是笔者基于对众多学者片段性论述的归纳总结而型构的职权法定原则应当具有的内涵构造(见图1)。

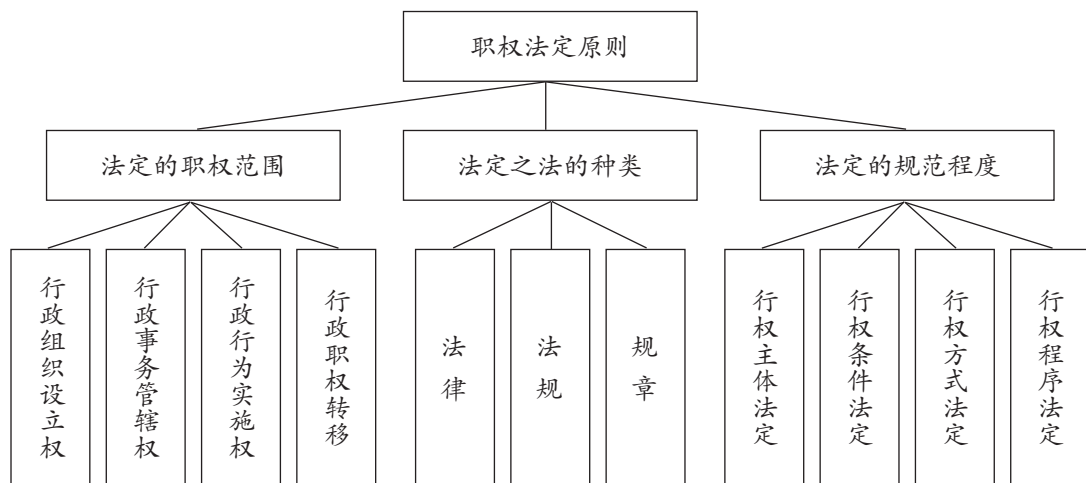


图1 职权法定原则的内涵构造图

(三) 职权法定原则的立法依据

从上述结构图可以看出,我国学者经过长期思考和研究,已经型构了完整的职权法定理论体系。职权法定较行政法意义上的法律保留有诸多不同或发展:一是就“法定”的事项范围,在行政组织法定和行政行为法定的基础上,提出了行政管辖权法定、行政职权转移法定;二是就“法定”之法的种类,在法律的基础上,扩展到法规和规章;三是就“法定”的规范程度,不仅主张行权条件、行权方式和行权程序法定,还进一步提出行权主体法定,从而形成对行政职权及其运行的规范全覆盖。

上述差异不只是学界的理性期待,更是他们对我国立法现状的学理提炼。我国虽然尚未制定行政基本法典或者行政程序法典,且国家层面的立法也没有作总体性、原则性规定,但在“行政三法”以及一些地方制定的行政程序条例或规定中已作了相应规定。例如,《行政许可法》第4条规定,“实施行政许可,应当依照法定的权限、范围、条件和程序”;《行政强制法》第4条规定,行政强制的实施,“应当依照法定的权限、范围、条件和程序”;《江苏省行政程序条例》第4条规定,“行政机关应当依据法律、法规、规章,在法定权限内按照法定程序行使行政职权”;《湖南省行政程序规定》第3条也有类似规定。这些规定不仅明确了职权法定的法定事项或规范程度,即权限、范围、条件和程序;还明确了法定的“法”的种类,即包括法律、法规、规章。这些总体性、原则性规定虽然没有关于事务管辖权法定、职权转移法定、行权主体法定的明确表述,但其他一些法律条文或者法律文本对它们作了不同程度的规定。

就行政事务管辖权法定而言,如《湖南省行政程序规定》第11条规定,“行政机关的职权和管辖依照法律、法规、规章规定”;《江苏省行政程序条例》第22条规定,“行政机关的管辖依照法律、法规、规章确定”。就职权转移法定而言,如《湖南省行政程序规定》第20条规定,“法律、法规、规章规定行政机关可以委托其他组织行使行政职权的,受委托的组织应当具备履行相应职责的条件”;《江苏省行政程序条例》第15条规定,“行政机关根据法律、法规、规章的规定,结合实际工作需要,可以委托其他行政机关或者具有管理公共事务职能的组织行使其行政职权”。此外,《行政处罚法》第20条规定,“行政机关依照法律、法规、规章的规定,可以在其法定权限内书面委托符合本法第二十一条规定条件的组织实施行政处罚”;《行政许可法》第24条规定,“行政机关在其法定职权范围内,依照法律、法规、规章的规定,可以委托其他行政机关实施行政许可”。就行权主体法定而言,如《行政强制法》第17条规定,“行政强制措施由法律、法规规定的行政机关在法定职权范围内实施”;《行政处罚法》第18条第3款规定,“限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关和法律规定的其他机关行使”。各个行政领域的类似规定更是不胜枚举。如《伤残抚恤管理办法》(2025修订)第23条规定,“伤残人员从被评定残疾等级的当月起,由户籍所在地县级人民政府退役军人工作主管部门按照规定予以抚恤”。

上述立法例虽非一般性规定,有些零散,但可以窥一斑而见全豹。

四、职权法定原则与法律保留原则的取舍

从以上溯源可看出两点:第一,法律保留原则在我国被分解为宪法意义与行政法意义两个层面,职权法定原则仅与行政法意义上法律保留原则在功能上具有相似性;第二,行政法意义上的法律保留原则构成职权法定原则的核心部分,但二者在保留事项/法定的职权范围以及法的种类和规范程度上均有明显差异。这种关联与差异为回答职权法定原则与法律保留原则取舍的问题提供了基础。

(一) 宪法意义上法律保留原则的学科归属

在职权法定与法律保留之间取舍,首先要考虑如何对待宪法意义上的法律保留,具体而言,是否应将宪法意义上的法律保留纳入行政法学的学理体系和规范体系。笔者认为,这取决于宪法意义上的法律保留与行政法基本原理与规范制度之间的关系。

如前所述,我国学界所讲的宪法意义上的法律保留本质上是划分不同立法主体立法权限的原理,它“严格区分国家立法权与行政立法权,是法治在行政立法领域内的当然要求,其根本目的在于保证国家立法的至上性,划定立法机关与行政机关在创制规范方面的权限秩序”^⑦。但凡划入法律保留的事项,非经全国人大及其常委会授权,任何机关都无权自行制定相关法律规范。基于此,宪法意义上的法律保留应属于宪法,而不属于行政法。

^⑦ 周佑勇:《行政法基本原则研究》(第2版),法律出版社2019年版,第163页。

不过,这一结论可能面临两点诘问:首先,除《立法法》第11条的规定,有学者还认为,“行政三法”关于三种行为的设定制度也属于宪法意义上法律保留原则的体现,^{⑦④}而“行政三法”是行政法的重要法律文本。其次,宪法意义上法律保留对行政法有深刻影响。一方面,《立法法》第11条规定的专属立法事项,也是行政法意义上法律保留或者职权法定的事项;另一方面,凡属于法律专属的立法事项,行政机关必须以法律为前提;仅在其授权情形下,方可以授权的行政法规或特区法规为前提,但不可以其他法规、规章为前提。由此,有学者认为将宪法意义上的法律保留纳入行政法不无道理。

然而,上述两点并不足以成为将宪法意义上的法律保留归为行政法的充分理由。首先,法律规范承载于“行政三法”并不意味着它们必然属于行政法律规范,就如同土地登记和婚姻登记制度承载于《民法典》,并不意味着它们属于民事法律规范一样。法律规范的归属主要取决于它所调整的社会关系或法律性质、功能,而非载体。行政行为设定制度本质上属于立法权的划分制度,不过是立法权划分的特别规范,依然属于立法法的范畴。其次,宪法规范对行政法产生影响也不能成为将宪法意义上的法律保留归为行政法的理由。宪法原则与制度很多,几乎没有不对行政法产生影响的,也不是仅对行政法产生影响。例如,法律保留原则立基于宪法上的民主、法治、基本权利保障等原则,但不能由此认为,民主、法治、基本权利保障等是行政法的基本原则。立法法规定的法律位阶制度,也是行政法的基本遵循,但不能由此认为,法律位阶制度属于行政法的专有制度。若每个部门法都以宪法和立法法的规定对其具有基础性作用或得到应用为由,将其归为己有,宪法和立法法就会被完全肢解,不能成为独立的法律部门。

因此,应将宪法的归宪法,行政法的归行政法。奥托·迈耶创立法律保留原则时,就议会之专属立法权提出了“法律的法规创造力”原则,以区分行政法意义上的法律保留原则,^{⑦⑤}虽然后来的德日行政法不再提“法律的法规创造力”原则,但也没有将其归于行政法意义上的法律保留原则,应是出于同样的原因。

(二) 职权法定与行政法意义上的法律保留之选择

如果将宪法意义上的法律保留归入宪法,仅将行政法意义上的法律保留归入行政法,就只需要在行政法意义上的法律保留原则与职权法定原则之间进行选择了。如前文所述,行政法意义上的法律保留虽与职权法定原则有一定相似性,但两者差异是明显的。从这些差异可看出,较行政法意义上的法律保留原则,职权法定原则具有以下六点优势:

第一,两个原则所调整的社会关系、所依托的宪法原则有所不同,职权法定原则更加符合我国宪法及其规定的国家权力关系和立法制度。行政法意义上的法律保留原则所调整的主要是代议机关之立法权与行政机关之行政权之间的关系,它以西方宪法制度为依托,起初主要立基于分权与基本权利保障原则,战后因给付行政发展及由此引发的法律保留范围亟待扩展的需要,才在分权与基本权利保障原则基础上,进一步把民主与法

^{⑦④} 参见前注^{②⑧},应松年文,第30页。

^{⑦⑤} 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125-126页。

治原则作为补充的立论依据。^⑦而职权法定原则不仅反映立法机关之立法权与行政机关之行政权的关系,还反映上下级行政机关之间的行政权力关系、具有普遍约束力的法律规范与具有个别约束力的行政行为之间的关系。其以我国宪法制度特别是立法制度为依托,除民主与基本权利保障等原则外,法治原则对其具有更强更广泛的解释力。

第二,在法的位阶上,职权法定原则的“法”包含所有的成文法,更加符合我国所有成文法都在授予行政机关行政职权的实际情况。如前所述,行政法意义上的法律保留原则强调法律保留的“法律”只能是全国人大及其常委会制定的法律,最多只能扩及全国人大及其常委会授权的行政法规;职权法定原则的“法”则包括所有法律、法规和规章,从而形成“法律保留”“法规保留”“规章保留”三个层级。这与“行政三法”的设定制度以及各种层级的法均在授予行政职权的现行状况相一致。当特定行政职权只能以法律为依据时,职权法定原则与法律保留原则发挥相同的功能;当行政职权可以法规或规章为依据时,职权法定原则对法律保留原则发挥补缺的功能。在这种情况下,我国行政法如果只坚持法律保留原则,则行政机关依据行政法规、地方性法规、行政规章从事行政活动的现实在行政法基本原则中得不到统摄和解释,有悖行政法基本原则是贯穿全部行政法律规范、体现行政法根本价值的基础性、本源性以及最高层次的规范依据^⑧的属性。如果既坚持法律保留原则,又坚持职权法定原则,则又会导致两个原则在适用范围上交叉和重合,损害行政法律规范体系的统一性和协调性。

第三,职权法定原则的调整事项更广泛、规范程度更精细,与我国中央政策要求相一致。在范围上,法律保留原则的适用范围基本以行政行为为边界,主要限于外部行政行为中的干预行政行为和其他重要行政行为。而职权法定原则不仅要求行政行为实施权法定,还要求行政组织设立权法定、行政事务管辖权法定、行政职权转移法定;即便对行政行为实施权的调整,也不限于外部行政行为实施权,还包括内部行政行为实施权。在规范程度上,法律保留仅要求以行为规范为依据,职权法定原则则进一步要求行为规范须具备行权主体、行权条件、行权方式、行权程序四个要素全面法定。可见,职权法定原则对行政职权的调整范围、调整程度均严于法律保留原则。2014年公布的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)提出“推进机构、职能、权限、程序、责任法定化”,这表明中共中央所要求的行政法定是全方位的。只有职权法定原则才能全面体现机构、职能、权限、程序、责任全面法定的要求。

第四,职权法定原则更符合行政法学发展的新趋势。“中国行政法学发展至今,外形和渊源上都与德国行政法学相关”^⑨,而德国行政法学总论体系是奥托·迈耶以行政行为(Verwaltungsakt)为核心概念创建的,与之相适应,他创立的法律保留原则也以行政行为为规范对象。受此影响,我国20世纪80年代的行政法学教科书均以行政行为为核心概

^⑦ 参见前注^⑤,王贵松文,第128-130页。

^⑧ 参见前注^③,马怀德文,第48页。

^⑨ 朱芒:《中国行政法学的体系化困境及其突破方向》,载《清华法学》2015年第1期,第7页。

念和规范对象,^⑦我国学界倡导的法律保留原则也契合于行政行为这一概念。然而,随着社会的高速发展,行政行为概念已无法统合不断创新的行政方式,行政相对人的平等主体地位也未得到彰显,于是,具有更大统合力的法律关系概念得到倡导。^⑧“‘法律关系是两个或两个以上的主体之间,由法律规范所塑造的关系’;由此,法律关系主体、权利与义务以及规范构造也一直被作为法律关系学理三项核心要素。”^⑨在行政法权利与义务要素中,除“公民公权利—行政职责”之外,“行政职权—公民公义务”应是其基本构成。职权法定原则将规范对象从行政行为转为行政职权,可以使行政法基本原则的规范对象与行政法以法律关系为规范对象的新发展相一致。

第五,职权法定原则的分析逻辑更加符合行政行为和行政依据的合法性审查标准。不论是法律保留原则还是职权法定原则,均“为合宪性审查、合法性审查提供标准”^⑩。但职权法定原则更贴合我国的审查制度。对于行政行为,行政复议法和行政诉讼法均将“超越职权”“滥用职权”作为实体内容的审查标准。^⑪对于行政依据,相关立法和司法解释确立的合法性判断标准均立足于法规范对“行政职权—职责”或“公民权利—义务”的影响关系。如《规章制定程序条例》(2017年修订)第3条第2款规定,“没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据,部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范,不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责。没有法律、行政法规、地方性法规的依据,地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范”。最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》(法〔2004〕96号)确立的行政依据合法性审查标准与职权法定原则的内容结构更具有同质性。^⑫

第六,职权法定原则的表达更符合奥托·迈耶的原初思想和我国的汉语习惯。法律保留虽已引入我国二十多年,但“至今缺乏清晰的认识”^⑬,甚至是一个在引入日本时就被误译的德国法学概念^⑭。刘志鑫认为,根据德国权威法学词典对Vorbehalt的解释及奥托·迈耶的原初表述,法律保留应当解读为“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”。^⑮他由此认为,

^⑦ 如法学教材编辑部《行政法概要》编写组:《行政法概要》,法律出版社1983年版,第97页。

^⑧ 参见罗豪才等:《现代行政法的平衡理论》(第3辑),北京大学出版社2008年版,第1-7页;赵宏:《法律关系在行政法上的功能定位与体系结构》,载《环球法律评论》2024年第5期,第82页;王本存:《行政法律关系的功能与体系结构》,载《现代法学》2020年第6期,第96-109页。

^⑨ 前注⑧,赵宏文,第79页。

^⑩ 张峰振:《法律保留探源:涵义、依据与功能》,载《河北法学》2025年第3期,第90、108页;陈鹏:《中国宪法上基本权利法律保留的生成与构造》,载《中国社会科学》2023年第12期,第137页。

^⑪ 参见《行政诉讼法》第70条、《行政复议法》第64条。

^⑫ 最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》(法〔2004〕96号)规定:“从审判实践看,下位法不符合上位法的常见情形有:……下位法扩大行政主体或其职权范围;下位法延长上位法规定的履行法定职责期限……。”

^⑬ 前注⑮,王贵松文,第125页。

^⑭ 参见刘志鑫:《从法律保留到法律先定》,载《中外法学》2022年第6期,第1639页。

^⑮ 参见前注⑭,刘志鑫文,第1640页。

法律保留应表述为“法律先定”或“法律先定于行政”。^{⑧⑧}即便主张使用法律保留的王贵松也认为,法律保留的精髓不在专属,而在授权,其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”。^{⑧⑨}既然如此,与其表述为“法律先定”,还不如表述为职权法定:行政职权法定的字面意思就是行政职权先由法律规则来规定。这一表述不仅望其文就能知其意,而且与罪刑法定、物权法定、税收法定、处罚法定等一脉相承。

经由上述六点分析可以看出,职权法定原则是对法律保留原则的扬弃,而非抛弃。它将法律保留原则作为内核,经由扩展,更加贴近我国宪法制度和立法体制,能够更好地解释和适应我国行政法治实践,更加适应我国行政法学发展与法律语言文化。简言之,职权法定原则可发挥法律保留原则的功能,反之则不然。

(三) 职权法定原则在行政审判实践中的作用发挥

职权法定原则在司法实践中已得到广泛适用。在“北大法宝”检索,全文包含法律保留原则的行政裁判文书有197份,包含职权法定原则的则达4421份。其中,各地高级人民法院作出的行政裁判文书中,只有34份涉及法律保留原则,但有850份涉及职权法定原则。尤其是,在最高人民法院作出的行政裁判文书中,只有1份涉及法律保留原则,且出现在当事人诉称中,但有60份涉及职权法定原则。^{⑧⑩}进一步分析这些裁判文书可以看出,在行政审判实践中职权法定原则从以下几个方面发挥着法律保留原则所不具有的独特功效。

第一,有助于确定行政行为主体和行政诉讼被告资格。在我国行政实践中,基于各种原因,行政执法往往由政府及其工作部门、居民或村民委员会、企业等多种性质、多个层级的主体共同参与和组织实施,一旦发生纠纷,容易相互推诿,导致确定行政主体和诉讼被告成为难题。此时,职权法定原则之“行政职权行使主体法定”原理能够提供独特分析工具。如在“黄某芬诉汉中市汉台区人民政府案”中,黄某芬在汉中市汉台区政府委派的拆迁人员拆迁过程中受伤,没人承担责任。最高人民法院指出,“在无主体对拆除行为负责的情况下,人民法院应当根据职权法定原则及举证责任对行为主体作出认定或推定”,并根据《中华人民共和国土地管理法实施条例》第25条规定,认为“市、县人民政府是征收行为的法定组织实施主体”,即汉台区政府系上述集体土地征收行为的组织实施主体。^{⑧⑪}在“李某、张某诉山东省惠民县人民政府案”中,原告房屋被强制拆除,不能证明组织实施的主体。最高人民法院认为,“在某些特殊情况下,行政行为的适格主体在起诉时难以确定,只能通过审理并运用举证责任规则作出判断。《国有土地上房屋征收与补偿条例》第4条规定,‘市、县级人民政府负责本行政区域的房屋征收与补偿

^{⑧⑧} 参见前注^{⑧⑥},刘志鑫文,第1646-1650页。

^{⑧⑨} 参见前注^{⑧⑦},王贵松文,第143页。

^{⑧⑩} 笔者以“法律保留原则”“职权法定原则”为关键词在“北大法宝”官网检索得到2024年12月底之前发布的行政裁判文书数据。检索时间为2025年8月10日。考虑到评析案例反映的是评析者的观点,这里统计的数据不包括评析案例,下同。

^{⑧⑪} 参见最高人民法院(2020)最高法行申7341号行政赔偿裁定书。

工作。市、县级人民政府确定的房屋征收部门组织实施本行政区域的房屋征收与补偿工作。’……上述规定明确了市、县级人民政府及房屋征收部门、实施单位之间因房屋征收补偿工作产生的法律责任。在无主体对强拆行为负责的情况下,人民法院应当根据职权法定原则及举证责任作出认定或推定”。本案中,在惠民县政府无法举证证明非其所为的情况下,可以推定其实施或委托实施了被诉强拆行为并承担相应责任。^⑩

第二,便于判断行政机关是否拥有职权或职责。我国行政职权至少包括两个层次:一是行政事务管辖权,如治安管理权属于公安机关;二是行政行为实施权,如公安机关对危害治安秩序行为有采取强制措施权力。事务管辖权是行政行为实施权的基础。如前文所述,职权法定原则不仅要求行政行为实施权法定,也要求行政事务管辖权法定,因而可为判断行政主体是否拥有职权提供了全面、精准分析工具。如在“湖南省岳阳市人民政府与彭某案”中,原告被白石岭公安分局采取强制措施。湖南省高院认为,白石岭公安分局是按岳阳市政府的指令实施的强制行为,法律后果应由市政府承担。^⑪最高人民法院则认为:“职权法定原则是行政法的基本原则,行政机关依照法律规定独立行使职权并承担相应的法律责任……《中华人民共和国治安管理处罚法》第七条第一款规定,国务院公安部门负责全国的治安管理工作,县级以上地方各级人民政府公安机关负责本行政区域内的治安管理工作。《中华人民共和国人民警察法》第八条规定,公安机关的人民警察对严重危害社会治安秩序或者威胁公共安全的人员,可以强行带离现场、依法予以拘留或者采取法律规定的其他措施。也就是说,公安机关有对违反治安管理行为进行处理的法定职责,人民警察有权对严重危害社会治安秩序或者威胁公共安全的人员实施强行带离等措施。”因此,如有相应证据证明,则“应当由白石岭公安分局对强行带离行为承担法律责任”。^⑫可以看出,在本案中,最高人民法院是基于职权法定原则,将事务管辖权与行政行为实施权相结合来分析职权与职责归属的。

第三,确认更多行政行为的合法性效力。如前所述,我国行政机关行使行政职权,不仅依据法律,还依据法规、规章。如果仅依据法律保留原则,大多数行政行为会因无法法律依据而违法。但在职权法定原则下,如果该行政行为有法规或规章为依据,仍可以判断为合法。例如,在“濮阳市华龙区华隆天然气有限公司与河南省濮阳市城市管理局等案”中,最高人民法院认为:“被诉协议约定了华隆公司在濮阳市特许经营管道燃气的区域、年限等内容。《城镇燃气管理条例》第五条第二款规定:‘县级以上地方人民政府燃气管理部门负责本行政区域内的燃气管理工作。’《市政公用事业特许经营管理办法》第四条第三款规定:‘直辖市、市、县人民政府市政公用事业主管部门依据人民政府的授

^⑩ 参见最高人民法院(2018)最高法行再113号行政裁定书。类似案件参见“贾某诉河北省石家庄高新技术开发区管理委员会、宋营镇人民政府案”,最高人民法院(2019)最高法行申3784号行政裁定书;“刘某贵诉江苏省阜宁县人民政府等案”,最高人民法院(2018)最高法行再119号行政裁定书;等等。

^⑪ 参见湖南省高级人民法院(2017)湘行终729号行政判决书。

^⑫ 参见最高人民法院(2019)最高法行再33号行政裁定书。类似案件参见“湖南省岳阳市人民政府与彭某雄案”,最高人民法院(2019)最高法行再29、30号行政判决书;“湖南省岳阳市人民政府与陈某案”,最高人民法院(2019)最高法行再31号行政判决书;等等。

权,负责本行政区域内的市政公用事业特许经营的具体实施。’据此,濮阳市城管局具有负责濮阳市包括城市供气在内的市政公用事业特许经营管理工作的职权……濮阳市城管局作为城市市政公用行业主管部门,与华隆公司签订被诉协议,具有法律依据,因此,该协议不存在‘签订主体没有行政主体资格或者超越法定权限’的情形。”^{⑨5}又如,“熊某琴诉四川省成都市成华区人民政府案”的争议焦点是,成华区政府是否具有监督熊某琴所在的和顺社区居民委员会履行村务公开的职责。最高人民法院认为,“根据职权法定原则,行政机关对特定事项行使管辖权,必须基于法律、法规、规章的授权并在授权范围内行使权力”。根据《农村集体经济组织财务公开规定》第15条和《城市居民委员会组织法》第2条规定,县级以上的农村经营管理部门或乡(镇)政府负有监督村务公开的职责,而区级人民政府并不负有相应职责。本案熊某琴申请成华区政府履行监督和顺社区居民委员会村务公开的职责于法无据,成华区政府依法作出本案被诉《答复意见》并无不当。^{⑨6}上述两个案例中,最高人民法院判断案涉行政行为的合法性依据都不是法律。

可见,最高人民法院仅用职权法定原则,不用法律保留原则并非偶然,不是不适用,而是不能适用。总之,我国应在承继、整合行政法意义上法律保留原则的基础上,统一适用职权法定原则。

五、余 论

选择职权法定原则后,需要进一步明确如何在立法中予以表述。我国现行法律和文件中对该原则的表述主要有三种模式:第一,仅提出要遵循职权法定原则,对职权法定原则的具体内涵不加表述。如《山西省行政执法条例》(2019年)第3条规定:“行政执法应当遵循职权法定、公平公正、程序正当、高效便民、权责统一的原则”。第二,不提职权法定原则这一概念,但简要表达其核心含义。如《行政强制法》第4条规定:“行政强制的设定和实施,应当依照法定的权限、范围、条件和程序。”第三,不提职权法定原则这一概念,但具体表达其内容。如《决定》规定:“行政机关不得法外设定权力,没有法律法规依据不得作出减损公民、法人和其他组织合法权益或者增加其义务的决定”。

前文讨论表明,职权法定原则的内涵涉及法定事项、法的种类、规范程度等方面,难以在立法中一言概之:首先,就法定事项,涉及行政组织设立权、行政事务管辖权、行政行为实施权、行政职权转移等,每个方面都有特殊性,一揽子划线有困难。^{⑨7}其次,就法的种类而言,不同行政行为的要求不同,属于法律保留的须以法律和授权的行政法规为依据,其他的可以法律、法规乃至规章为依据,不能一刀切。最后,就规范程度而言,虽已提出

^{⑨5} 参见最高人民法院(2020)最高法行再509号行政判决书。

^{⑨6} 参见最高人民法院(2018)最高法行申485号行政裁定书。

^{⑨7} 参见杨登峰:《行政法定原则及其法定范围》,载《中国法学》2014年第3期。

行权主体法定、条件法定、方式法定、程序法定等,且在我国行政立法中得到一定体现,但这并不意味着所有事项的规范程度都一样,如何区别对待,有待进一步研究。

基于此,对职权法定原则应采用“总述+X”的表述模式,即在行政程序法或行政基本法典总则中概括表述“行政机关应当遵循职权法定原则”或“行政机关应当依据法律、法规、规章,在法定权限内行使行政职权”,然后在行政组织、行政行为、行政程序等立法中,就法的位阶、法定事项、法定要素等分别作出具体规定。

Abstract: For an extended period, China's administrative law scholars have recognized the principle of power prescribed by law and the principle of legal reservation as two fundamental tenets of administrative law, advocating for their joint inclusion in the basic administrative code. However, the expressions of the connotations of these principles exhibit similarities and are prone to confusion. Against the background of advancing the compilation of the basic administrative code and the development of China's independent knowledge system of legal science, clarifying the relationship between these two principles and judging whether to make a judicious choice between them has become an urgent fundamental theoretical issue. Following its reintroduction into China, the principle of legal reservation has been understood to possess both constitutional and administrative law significance, with only the latter bearing resemblance to the principle of power prescribed by law. Examined from the perspectives of prescribed matters, types of laws, degree of normative regulation, and practical effectiveness, the principle of power prescribed by law encompasses and develops the principle of legal reservation. It aligns more appropriately with the legislative framework established by *China's Constitution* and *Legislation Law*, corresponds to the standards of legality review in administrative litigation, and demonstrates superior explanatory power in the administrative adjudication practice of the Supreme People's Court. Therefore, in the interest of unifying legal science and legal language, as well as constructing a jurisprudential discourse system with Chinese characteristics, China's administrative law should uniformly apply the principle of power prescribed by law based on inheriting and integrating the principle of legal reservation in its administrative law sense.

(责任编辑:唐月洁)