

论法律的法规创造力

王贵松*

内容提要 立法机关与行政机关在立法上的权限分配是一个经典课题,不同的宪法体制可能有不同的解答。在行政机关缺乏民主正当性、且定位为立法机关的执行机关时,不宜承认其可以直接依据宪法制定法规。法律的法规创造力原则主张,凡含有法规(法律事项)者,均由法律创造。随着立法机关地位的强化,法律事项的范围也在扩大,法规的界定亦随之扩张。从我国宪法而言,应将一般性规范作为判断法律事项的标准。国务院只能在宪法规定的职权范围内根据法律制定执行性的行政法规,或者在法律的专门授权时制定补充性、创制性行政法规。如此,方能在人大制度之下理顺法律与行政立法之间的关系,维护发端于人民主权的自上而下的法秩序。

关键词 行政法规 行政立法 民主正当性 一般性规范

行政立法的必要性固然已为世界各国的理论和实践所承认,但对于行政立法与议会立法之间的权限分配、对于行政立法是否需要以法律为根据,学理上聚讼纷纷。作为依法律行政原理的三大原则之一,^①“法律的法规创造力”原则不仅关涉法律、法规等基础概念的理解,^②更关乎立法机关与行政机关之间的权限分配,包含着在立法与行政关系中对分权与民主的理解方式。我国自清末民初从德国、日本吸纳这一原理,而现如今该原理在中国却已悄无声息。重新接续这一段历史,在人大立法权相对孱弱的当下中国、特别是对于理解《宪法》第89条第1项的“根据宪法和法律”制定行政法规、对于在行政立法日益扩张的背景下维护法秩序的统一性和民主性而言,却具有强烈的现实意义。

* 中国人民大学法学院副教授,法学博士。

① 对于依法律行政原理的整体状况,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。

② 凡无特别说明,本文的“法律”仅指议会制定的文件,“法规”则为专用术语,是指具有法规性质的内容,而非我国行政法规与地方性法规的形式性简称。“法规”对应的德语是 *Rechtssatz*。该词有多种译法,有译成“法则”者(钱端升:《德国的政府》,北京大学出版社2009年版,第216页),有译成“法条”者([德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第132页)。但考虑到“法规命令”也是我们的常用术语之一,且“法规”的译法也是行政法规中“法规”一词的源头,本文仍采用“法规”的译法。

一、法律的法规创造力原则的内涵与价值

自近代法治国家以来,如何处理立法机关与行政机关之间的关系始终是一项重要课题。“在没有保障议会固定权能的宪法规范的地方,一直普遍存在着行政制定的法规;绝对主义向宪政国家的转变过程也不明朗清晰。当议会获取稳定的宪法地位时,人们就会寻找立法权与行政权之间的界限,一方面在基本权利的层面上——只能以法律形式(Gesetzesform)干预‘自由和财产’;另一方面在区分‘持久的’立法和‘变化的’行政活动中,换言之,在一般与特殊的对立矛盾中寻找。”^③

(一) 法律的法规创造力的内涵

德国行政法学之父奥托·迈耶(Otto Mayer, 1846-1924)首次将法治(法律的支配)原理体系化为三大原则,即法律的法规创造力、法律保留与法律优位。其中的法律的法规创造力便是对法律支配直接内容的阐发。迈耶认为,合宪性法律的最重要特征在于法律的内在拘束力,亦即在法规中宣告拘束的能力。所谓法律的法规创造力(Rechtssatzschaffende Kraft des Gesetzes),是指一切法规均应由法律来创造。其中,所谓法规(Rechtssatz),是指由一般性标准显示构成要件,对符合构成要件的所有人就什么是法所作的规定。依据宪法,它是以前应经议会协赞后由君主发布、现在仅由议会发布的法律的特有能力。国家意志的其他表现形式在性质上本来并不具有创造法规的能力。这种能力并不是通过法律保留才开始有的观念。迈耶主张,法规在行政关系中具有双重拘束力,一方面是对外效果,规定人民相对于公权力应为、可为之事,另一方面是对内效果,为国家机关应依法行事的法定拘束奠定基础。迈耶将自己的逻辑植根于自由主义的权力分立理论,同时使将国家与私人的关系理解为一种法律关系成为可能。^④

对于法律的法规创造力原则的独立价值、及其与法律保留之间的关系,理论上存在一定争议。在迈耶的法律支配理论中,法律的法规创造力与法律保留相互独立。迈耶对两个原则的区分是以其对立法与行政的区别、进而是以命令(行政立法)与处分的区别为背景的。迈耶理解的立法是抽象的一般性规范,而行政则是具体的个别处理;前者体现为法律,后者体现为行政行为。法律的法规创造力适用于一般性规范,法律保留适用于行政的个别行为。法规均由法律创造,而行政却并非概由法律保留,只有侵害私人的自由和财产时才需要法律依据(侵害保留说)。在不需要法律保留的领域,行政只要不违反法律便是自由的。另外,对行政立法的授权不同于对行政行为的授权。赋予行政立法的权限是法律的特别之力(法规创造力)的产物。行政立法相对于行政行为在数量上并非多数,但从法治国的观点等来看,行政立法是行政行为的上级。对行政立法

^③ [德]米歇尔·施托莱斯:《德国公法史:国家法学说和行政学(1800-1914)》,雷勇译,法律出版社2007年版,第496页。

^④ 参见[日]塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』(有斐閣、1962年)112-113頁。

的授权优先,能通过行政立法进行规范时,不允许作出行政行为。^⑤也就是说,在一般性规范得到遵守时,即不必作出个别处理,“垂法而治”。

而安许茨(G. Anschütz, 1867-1948)则认为,不论是抽象的规定还是个别的行为,行政对个人自由的一切限制均要有法律的授权。他似将迈耶所谓法律的法规创造力原则统合于法律保留之下。^⑥也就是说,法律保留之中既有对个别行为的法律保留,也有对制定规范的法律保留。而这种理解也正是迈耶所批判的对象。安许茨的理解,无法显示出立法(一般性规范)与行政(个别处理)的差异,同时也让一个原则包含了两种不同的逻辑和范围。即便后来法律保留的范围扩张,也并不意味着法律的法规创造力原则失去了独立价值。有学者认为,在制定法规应由议会垄断这一点上,法律的法规创造力与法律保留原则重合,因而现在不能承认论及法律的法规创造力原则具有固有的意义。^⑦的确,防止对私人权益的侵害,不委诸行政权的专断而谋求立法权的判断,法律的法规创造力和法律保留在这一点上是共通的。但前者让裁判规范的创设由立法权垄断,同时在委任的范围内让行政权制定的规范也成为裁判规范;而在法律保留原则下,得到授权的行政活动并不会成为裁判规范,而仅为根据法规进行审查的对象。^⑧另外,这两个原则在各国宪法上也有分别不同的表现。例如,一般认为,《德国基本法》关于授权立法的第80条规定、^⑨《日本国宪法》第41条规定的国会“是国家唯一的立法机关”,是法律的法规创造力原则在德、日宪法上的体现;而法律保留原则就要结合基本权利等规定来表现。

(二) 法律的法规创造力原则的价值

在资产阶级革命胜利之后,由议会参与立法权的行使(君主立宪制国家)、乃至独立行使立法权(共和制国家),成为共识。进入20世纪后,行政立法的重要性获得越来越多的认同。但就在世纪之交,迈耶继承前人的学术主张,仍提出“法律的法规创造力”原则。承认法律的法规创造力,实际上就是承认立法权对一般性规范的垄断。立法权可以自行创造一般性规范,也可以通过委任立法实现创造一般性规范的能力。行政机关非经授权,不得创制一般性规范。法律的法规创造力原则可谓植根于权力分立和民主原则,而权力分立原则又植根于对法律的一般性的追求。

一般认为,法律是一般性规范或普遍性规范,亦即针对不特定主体和案件所制定的规范。法律的一般性是自由与公平的保障。孟德斯鸠从权力分立的角度来理解法律的一般性。集权产生暴虐和专制,分权才是自由和安全的保障。立法权是国家的一般意

⑤ 参见[日]松戸浩「法律の法規創造力の概念について」法学(東北大学)67卷5号(2003年)242-245頁。

⑥ 参见前引⑤,松戸浩文,第253頁。

⑦ 参见[日]大橋洋一「行政法Ⅰ 現代行政過程論」(有斐閣,2009年)26頁。

⑧ 参见[日]松戸浩「行政立法と法律の根拠——法律の法規創造力の原則の意義」広島法学32卷2号(2008年10月)80頁。

⑨ 参见《德国基本法》第80条第1款规定,联邦政府、联邦部长或州政府,可根据法律发布法规命令(Rechtsverordnungen)。此项授权的内容、目的及范围,应以法律规定。

志,而其他权力则是这种意志的执行。行政机关执行的、法官宣告的法律必须事前为公民知晓,才能保障公民的安全。法律决定各个公民地位,其一般性是合法性体制的条件自身,立法者不能用其个别意志去毁灭每一个公民。^⑩ 这是法治国家体制的本质前提。法律的一般性是一个古老的思想,但直到近代才赋予其现实的意义。格奈斯特曾将法规范的一般性称作“法治国家的阿基米德支点”。施密特(Carl Schmitt, 1888-1985)将一般性的意义归纳为以下五点:第一,只有当法律被理解为一般性规范时,权力分立制才有意义。若无一般性,立法、行政和司法的区分将不复存在。第二,法治国家的独特保护机制立足于一般的法规范与法官或行政机关对这类规定的运用之间的区分。对自由和财产的侵犯是法官或行政机关依据法律进行的,法律是一般前提,而非侵犯的工具。第三,法律的一般性有助于维护德国的联邦制度。如果联邦与各邦之间的权限分配不是按事项的一般性规定,而是针对同一事项按照立法、行政、司法分别规定,那么,主管某一事项的国家立法机关滥用法律的形式随意制定个别措施、实施行政行为或作出一项判决时,就会彻底破坏合宪系统。第四,法律面前人人平等是法治国家的法律概念的内在属性。而法律只有是一般性规范时,才能谈得上是平等的。第五,其他法治国家的安排和一切特殊的法治国家保障也预设了法律的一般性。例如,只有坚持法律的一般性,法官才是独立的,否则将听命于立法机关的特殊指令,进而变成了它的下属。^⑪

行政立法固然也有一般性,但无以彰显机关之间的权力制约,更缺乏法律所独有的民主性。法国的卢梭就是从人民主权的角度来阐述法律的一般性。卢梭将立法权与人民主权等同视之,立法权就是公意的表达。法律由全体人民创造,同时也是为了全体人民或者关于全体人民的规定。法律的对象是普遍性的,只考虑臣民的共同体以及抽象的行为。政府负责执行法律。^⑫ 法国1789年《人权宣言》第6条就明确规定,“法律是公共意志的表现……法律对于所有的人……必须都是同一的。公民在法律面前一律平等”。在德国,法律的民主性在君主立宪制时期并未实现,直到魏玛共和国时期才真正为法律的民主性提供了民选国会的机制。

简言之,权力分立和民主原则,要求由国会来创制一般性规范,而这一般性规范的体现形式就是法律。法律就是由立法机关制定的一般性规范。法律中不仅含有民主正当性,还因为经过审议程序而具有妥当性,更因为其一般性和安定性而让人能具有预见可能性。法律的法规创造力原则肯定了议会的立法权,而法规的一般性既为立法权的行使提供正当性,但同时也构成了对议会立法权的约束。

^⑩ 参见[法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1961年版,第155-158页。

^⑪ 参见[德]卡尔·施密特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第162-168页。

^⑫ 参见[法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年修订第2版,第50-52、76页。美国学者古德诺将国家职能区分政治(国家意志的表达)与行政(国家意志的执行)两类,清楚地表明了立法与行政之间的关系。参见[美]F·J·古德诺:《政治与行政》,王元译,华夏出版社1987年版,第10页。

二、法规与法律事项的范围

正如法律的法规创造力原则的名称所示,凡有法规内容者,即由法律创造。传统公法学说一般是从“法规”界定的角度来确定法律事项范围。法律的创造空间体现于法规的内涵与范围,法规的范围就是法律的管辖范围、亦即法律事项的表征。法规是法律的实质内容。凡属法规者,应由议会制定,至少应有议会参与决定。“法规”一词在学说史上具有重要意义,对其内涵和功能的把握历来是行政法学上的难题之一。法规概念大致承载着两种功能。其一,能决定立法权与行政权之间制定规范的权限分配,亦即决定行政权在制定规范时是否必须有法律的授权。其二,能决定规范有无法的拘束力。法律、法规命令均为法规,均有法的拘束力,而行政机关内部的行政规则就没有法的拘束力。^⑬ 法规的内涵抑或法律事项的范围,在学说史上大致存在以下四种代表性的观点。

(一) 权利规范说

权利规范说是指将法规界定为关于权利义务的规范,但不以一般性为法的本质属性。这是一种着眼于规范性质的法规界定。这一学说的代表者之一是拉班德(Paul Laband, 1838-1918)。1850年普鲁士宪法第62条规定,“立法权由国王与两院共同行使。所有法律必须获得国王和两院的一致同意”。而其第99条又规定,“国家的总收入和总支出每年必须预先安排,列入预算。预算每年以法律的形式规定”。自1862年至1866年,俾斯麦在预算未获国会批准的情况下强行军制改革,发生了长期的预算争议。^⑭ 面对这一争议,拉班德从宪法理论上给出了权威解释。拉班德认为,宪法第62条的“立法”,只能从实质意义上理解。但预算并非实质的法律,而只是政府和议会在支出的必要性和合理性上达成的一致。预算形式上是法律,实质上是行政命令。构成政府收支的实质性法律基础的不是预算,而是诸如国防法、税法等法律。在预算案没有通过的时候,就需要根据这些法律进行支出。^⑮

拉班德首次将形式的法律与实质的法律体系化。拉班德认为,实质的法律是指法规的法拘束性规定,由内容的法规性和效力的规定性两个要素构成。规定(Anordnung)是基于法拘束性意识的意思行为,是有法效力的规定。而法规(Rechtssatz),等同于法,为各个主体相互的权利义务设定界限,或因人们的共同生活而要求给各人自然行动的自由设定界限。形式的法律是指以一定庄重的形式而成立、宣告的国家意志行为。形

^⑬ 参见朱武献:《公法专题研究》(一),台北辅仁大学丛书编辑委员会1991年第2版,第250-251页。

^⑭ 1862年威廉一世计划进行陆军改革,但遭到国会否决。于是,俾斯麦强行改革。舆论认为,该做法因未经国会同意而违宪。俾斯麦提出“欠缺说”,宪法规定了国王与国会意见一致的情形,而没有不能一致时的规定,这是宪法的欠缺。国王在宪法实行前即拥有独自决定预算的固有权力,故而在宪法没有明确限制(有欠缺)的地方,国王应当继续享有这一权力。参见[日]佐藤功:《比较政治制度》,刘庆林、张光博译,法律出版社1984年版,第93-97页。

^⑮ 参见张翔:《宪法释义学——原理·技术·实践》,法律出版社2013年版,第9页。

式的法律可能不含法规,例如经费预算的确立、决算的承认等。^⑩如此,在19世纪末,以君主制原理为背景,在传统君主主权与议会势力展开的斗争中,形成了所谓双重法律概念学说。这一学说虽然因其背景的特殊性而显得奇特,但拉班德对法规的阐释却也影响深远。拉班德所理解的法规实际等同于法规范,是关于权利义务的规范,含有法规的法律均应由议会同意。但拉班德的法规界定并不以一般性为法的本质属性。拉班德承认一般性是法律的属性,但否定一般性是法律的本质属性。^⑪如此才能容纳预算等形式的法律,进而与其双重法律概念相契合。

(二) 权利限制规范说

权利限制规范说是指将法规界定为限制权利的规范。这是着眼于规范对象的法规界定。安许茨的法规概念是其代表。起初,安许茨继受了拉班德的法规概念,并稍作修正。他认为,法规是具有一定标志的规范。客观的标准是为权利主体的意思领域设定界限,主观的标准是首要目的在于以法规设定意思领域的界限。规范如果不含法规,就是行政的行为。但1901年,安许茨改变其法规概念,放弃目的要素,而改从自由和财产条款定义。实质的法律是侵害臣民权利状态的命令,亦即对个人相互间或相对于国家在自由和财产上的占有身份设定界限的命令。^⑫安许茨脱离了将法命题与实质法律概念相结合的拉班德以来的定式,将法规定义为“自由和财产”的侵害规范。虽然这一观念也受到诸多批判,^⑬但其界定却又有一定的历史基础,属于另一种意义上的法规。

在近代资产阶级革命之后,立法机关与行政机关发生分离,制定一般性法规的部分权力划归立法机关。1814年德国拿骚宪法第1条率先规定,“非经议会同意,不得制定人身自由、财产及宪法相关的新的重要国法”。“自由和财产”条款源于洛克等人的思想,他将自然法基础上自由和财产作为不可侵犯的人的权利。该思想经由布莱克斯通,在当时汉诺威与英国之间存在共主邦联的助推下,进入汉诺威。人们认为,国家权力的任务在于保护自由和财产。在施泰因(Freiherr von Stein)的影响下,自由和财产条款必须有议会参与,写入了1814年拿骚宪法。这一规定也为德国诸多邦所继受。这些宪法中,保留给立法机关的事项,即成为国家行为的内容、与自由和财产相关者就被称作“法规”(Rechtssatz)。新“法规”的制定权保留给立法机关。法规的概念是自历史情势中产生的完全历史性、习俗性概念。^⑭

安许茨式的法规界定也让法律的法规创造力与法律保留(侵害保留说)两大原则之

^⑩ 参见[日]堀内健志『ドイツ「法律」概念の研究序説』(多賀出版、1984年)58-60頁。

^⑪ 法律的一般性在理论上因拉班德的否定立场而一跃成为法律概念的重要论题。在经过一场论争之后,但法律的一般性在魏玛宪法下又成为支配性见解。[日]小山正善「法律の「一般性」に関する一考察——「措置法」概念に関連して」山口經濟學雜誌第32卷第3・4号(1983年1月)74頁以下参照。

^⑫ 参见前引^⑩,堀内健志书,第76-82頁。

^⑬ 施密特指出,对自由和财产的侵犯必须“根据法律”,但却颠倒语式——法律是对自由和财产的侵犯,这在政治上十分简单,但在逻辑上却是错误的。安许茨对实质法律概念的全部解释都基于这个观点。参见前引^⑩,卡尔·施密特书,第161頁。

^⑭ 参见[日]宮沢俊義「立法行政兩機關の間の権限分配の原理」『憲法の原理』(岩波書店、1977年)161-162頁。

间趋于近似。安许茨将宪法上的自由财产条款视为立法权规定;而迈耶则将其视为基本权利条款,需要法律保留,但在此之外尚有立法事项的存在。^②

(三)一般的权利规范说

一般的权利规范说认为,法规是关于权利义务的一般性的规范。前述迈耶的法规界定是其代表。侵害与给付是一对范畴,传统的依法律行政原理仅关注侵害部分,与侵害无关者,即无需法律的授权和控制。在安许茨的理论中,将法规视为对私人自由和财产的侵犯,给付性质的规范不属于法规的范畴。在迈耶的理论中,因从形式上来理解法治国家,其结果是,行政并无给付行政的意味,而基本上是在国家权力的高权行为意义上来理解。通过排除公共福利的各相关事实要素,才能运用“法律学的方法”使行政法体系化,进而通过类推司法将行政程序法理化。^③ 所以,迈耶的法规虽然从逻辑上说能涵盖侵害行政与给付行政,但实质上并不包括给付的内容。^④ 这些学说在实际内容上与安许茨的法规界定具有相似性。

但在二战之后,有很多学者对“法规=侵害自由和财产的命令”提出批评,认为其范围过窄,而将法规界定为与私人权利义务相关的规范,亦即法规=权利义务规范,而不仅限于侵害私人权利、课予私人义务的规范。胡瓦尔(G. Huwar)认为,不仅干预个人权利,改善个人法的地位也应包括在内,凡涉及个人权利的一般抽象规定,都应理解为实质的立法。国家对个人提供给付的规范,特别是有关生存照顾的规范,具有实质法规的性质。奥森比尔(F. Ossenbühl)认为,基本法上的社会国家原则不仅包括对行政权的社会发展的委任,也创立了供法官解释的方针,最主要的是课予立法者以宪法上的义务,使立法者经由规范的制定去实现社会国家。如果促进福利的规范不属于法规范畴,而归诸行政权单独的专属制定权,这不仅剥夺了私人受保障的法地位,也剥夺其权利保护的法地位。^⑤ 在包含给付规范之后,法规就变成了关乎公民权利义务的一般性规范。

(四)一般规范说

一般规范说认为,凡属于一般的、抽象的法规范均为法规,而不仅限于关于公民权利义务的法规。随着议会地位的提升和民主的强化,议会立法权的事项范围、亦即法律事项在扩大,法规的内涵也发生扩张。“‘法规’在19世纪君主立宪制时代被认为是‘直接限制国民权利、课予义务的法规范’,而在民主主义的宪法体制之下,应更为广泛地把握‘实质意义的法律’,将其理解为所有一般抽象的法规范大致是妥当的。”“所谓法律的一般性和抽象性(也合称为一般性),是指法律对不特定多数人在不特定多数的情形或案件中适用的法规范。法律的受规范者、法律所规制的情形或案件是不特定的多数,所以它就变得对谁都平等适用,具备对案件处理的预测可能性,有助于促进经济

^② 参见前引⑤,松戸浩文,第254页。

^③ 参见[日]碧海纯一、伊藤正己、村上淳一编《法学史》(东京大学出版会,1976年)164页参照(村上淳一執筆)。

^④ 在日本,美浓部达吉也认为,“增进臣民幸福”的命令因系将利益提供给人民而没有“法规”的性质。参见[日]美浓部达吉《宪法撮要》(有斐阁,1932年)529页。

^⑤ 参见前引⑬,朱武献书,第397-400页。

社会的发展。它是合乎法治主义思想的观念。”^{②⑤}一般规范说与一般的权利规范说相比,最大的差别在于承认组织规范的法规属性。

在传统行政法学上,一直秉持外部关系与内部关系的二元思考,即国家-私人的关系与国家内部的关系在性质上是不同的,规范前者的是行为规范,规范后者的是组织规范。行为规范属于法规,属于近代法治国家理论的关注对象;而组织规范则没有法规的属性,属于君主的官制大权,不受法律控制,并非近代法治国家原理的所及之处。

拉班德认为,只有国家-个人、个人-个人之间是“法”规范的对象,各种内部关系(官厅-官厅、个人的自律等),如组织的规定等即不在此内。这种理解与其对“法”、“人格”的理论是一致的。他认为,法就是给各个主体相互的权利义务设定界限。存在复数的主体是其前提。在个人之外,国家具有作为主体的人格,而国家的各个机关是没有人格的。这从国家法人说的立场来看也是如此。^{②⑥}而奥托·迈耶或许是认为行政组织具有政治性,而基于法律学的方法原因,在其行政法总论体系中并未处理组织法的问题,体现出忠实于拉班德的一面。^{②⑦}之后的学者基本上坚持这种内部与外部的二分,而将组织规定排除于法规之外。

但是,“组织权属于行政固有的领域,这种思想是君主制原理的推论。在民主制下,一切国家权力必须由国民提供正当性,行政权也概莫能外”。^{②⑧}历史表明,原来属于君主或行政的不受限制的组织权逐渐受到了议会的侵蚀,实质的组织法也分解为形式的组织法律与组织命令。^{②⑨}至此,传统上的“法规”概念——勘定法与非法、外部与内部关系、行为规范与裁判规范——已不复堪命,要么扩张法规的概念,要么另起炉灶,换一种径路来界定法律事项。^{③①}于是,就有了法规概念扩张说和民主性统治构造说等解释。^{③②}

理论上,将法规解释为直接或间接与公民权利义务相关的一般性规范,是可能包括部分组织规范的。二战后,德国行政法学家福斯特霍夫(Ernst Forsthoff)认为,组织法的法性质必须从两个观点来理解。第一,一般的法规范即行为规范与组织规范的区别与关系。这也可以说是法规范或一次性规范与法实现规范或二次性规范的区别。法规范需要由组织来保障其实现,这是二次性规范或法实现规范的存在理由,国家组织法就属于这一领域。第二,组织法的法的性质还必须从国家意志的形成和国家机关的概念关

②⑤ [日]芦部信喜『憲法 第五版』(高橋和之補訂)(岩波書店、2011年)286頁。

②⑥ 参见前引①⑩,堀内健志书,第62页。这一观点也存在矛盾之处。奥森比尔认为其犯了结构上的错误:在论及法规时将行政与统一的国家分离,划分行政官署意思领域与其他国家机关间意思领域的规范是法;而在论及法的意义时,又认为国家具有封闭性,其内部范围不属于法的领域。参见前引①③,朱武献书,第243页。

②⑦ 参见前引④,盐野宏书,第58页。对于行政规则,迈耶认为,因其适用于特别权力关系之内,不具有双重拘束力,故而不是法规。参见[德]奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第108页。

②⑧ [日]堀内健志『立憲理論の主要問題』(多賀出版、1987年)140頁参照。

②⑨ 参见[日]佐藤功『行政組織法 新版・増補』(有斐閣、1979年)11-12頁参照。

③① 黑勒(H. Heller)抛弃了历史性、习俗性地被狭隘地界定的“法规”概念,而将国民的一般意志读入“法律”之中。他将组织规范的制定置于民主主义的控制之下。参见前引①⑩,堀内健志书,第238页以下。

③② 盐野宏认为,对于组织规范的制定权,法规概念扩张说不甚明确,民主性统治构造说更为可取。参见[日]盐野宏:《行政组织法》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第7-8页。

系上来思考。组织规范规定着在何种前提条件下特定人的意志活动作为国家的意志活动而使其归属于国家、或者说在何种前提条件下将自然人视为国家机关。从君主立宪制时代的法规概念来看,组织权力的作用没有法规性,因为它在性质上并非侵犯人民的自由和财产,因而没有必要在立法机关的参与下赋予其法律的形式。但组织法并非因没有法的拘束力而被否定法规性。如此,应当区分为两种情形。通过组织权力创设官厅、指定权限时,该权限不仅作用于官厅相互之间,也对外发生作用,该组织权力的行为具有法规命令的性质;而组织权力的行为是纯粹官厅内部的性质时,它具有行政命令的性质。只是该行政命令除了欠缺法规性质外,在措辞的完整意义上具有法的性质。^②

福斯特霍夫并没有将行政组织的所有规范均纳入法规的范畴。这实际上是在行政组织的双重性质之间进行必要的协调。一方面,行政组织作为统治机构的一个机关,当然带有政治性;另一方面行政组织的功能重在实行、建设,因而也当然具有技术性。行政组织的政治性要求国会直接控制,行政组织的技术性又要求行政组织具有机动性、弹性、高效性。^③

如果与传统的法规界定相比,扩张至一般规范后的法规概念虽然尚可从法规的角度进行阐释,但实际上正在走向另一条勘定法律事项范围的径路,即从议会权能的角度来说明应由民主控制的领域。传统径路是在回答议会所立之法是什么的问题,重点在于法是什么;而新的径路则是在回答议会在立法上扮演怎样的角色才合乎议会的应有权能问题,重点在于议会能做什么。宫泽俊义指出,在某些法制成熟的国家,“在属于立法、行政两机关的大部分权限已由法律占领的情况下,在内容上分配两机关权限的实际意义已消失大半。如此,再去明确构成法规概念的必要性也在减少”。^④但即便其制度性意义逐步淡化,“法规”仍不失为重要的概念,仍具有较强的说明性意义。^⑤

三、法律的法规创造力原则的继受与当代论争

法律的法规创造力原则很好地提炼出立法机关在制定一般性规范上的地位和作用。该理论在日本明治时期从德国传入日本,之后又经由日本传入中国。但在中国,囿于特殊的历史背景,该原则只有短暂的落实。

(一) 法律的法规创造力原则的继受与衍变

大陆法系关于法律的法规创造力的理论早在清末民初就传入我国,并在学术界和

② 参见前引②,佐藤功书,第14-16页。

③ 参见[日]室井力「行政組織法總説」雄川一郎等編『現代行政法大系7 行政組織』(有斐閣、1985年)7-8頁。

④ 前引②,宫泽俊义书,第175页。

⑤ 当然,的确也有将法规等同于法规范、舍弃“法规”概念的做法。法律的法规创造力原则的传统功能在德国已经实现(基本法第80条),国会的法律已经很多,几乎涵盖行政的所有领域,再提法律的法规创造力在法的层面上缺乏现实意义。而且,法律的扩张在一定程度上已经溢出了“法规”的传统界定。或许正是由于这两个原因,“法规”乃至法律的法规创造力原则在德国已不再是重要术语。日本的进展与此相似。但当今的中国并非处于德日的当前阶段,而毋宁与德国议会争夺行政权限、确立议会主权的时期更为近似。

实定法上均获得肯定。日本行政法学鼻祖美浓部达吉曾全文翻译奥托·迈耶《德国行政法》，美浓部的行政法讲义于1907年即被译为中文。他将迈耶的法律支配三原则称为“法律之留保”（即法律保留）、“法律之最强力”（即法律优位）及“法律之拘束力”（即法律的法规创造力）。所谓法规，是指在国家与臣民之间或个人相互之间规定其意思界限、具有一般拘束力的抽象法则。美浓部达吉指出，法规具有对外和对内的双重拘束力，进而有别于仅有对内效果的训令。法规拘束力的特别之处在于其一般性。凡符合其规定的，均须一般同受拘束。这种拘束力仅法规具有。法规须以法律制定为原则。但他同时也认为，法律的内容却不限于法规，还可能规定行政行为、注意、劝告等，后者不具有法律上的拘束力。^{③⑥}显然，美浓部达吉接受的是迈耶的理论，但同时也有拉班德双重法律概念的影响。

或许由于法律之拘束力的晦涩，引入之后并未产生影响。直到1920年代，钟赓言曾指出：“以设定法规为目的之作用，谓之立法。以维持法规为目的之作用，谓之司法。于法规之范围内实行国家之目的之作用，则行政之谓也。”“法规，原则上本系立法权之作用，自不得以命令制定之。以命令权而制定法规者，殆属例外之事，且此种例外事项，亦惟于预定之限度内，得以行之有效而已。”^{③⑦}这里能看到迈耶和美浓部达吉的影响。此后在1930年代，范扬也曾指出，要使法律拘束行政的原则发生实效，首先应在宪法上限制行政机关的立法权，使限制人民自由、规律人民权利义务的事项一律为立法权所保留。非有法规根据，不得侵害人民权利或使人民负担义务。^{③⑧}这里则能看到安许茨学说的影响。在当时的国家情势下，宪法在承认法律的法规创造力原则的同时，也多保留着例外规定。故而，在学说上多数也只是将其作为原则来看待。值得注意的是，民国时期对“法规”的认识与德国法传统上的“法规”具有近似性，其内涵的主张也存在类似的差别。

当然，近代中国行政法学中并未出现“法律的法规创造力”原则的字眼，而只是在实际表达着该原则的要求。没有特定术语，在一定程度上影响了这一原则的传播。而在新中国，1954年宪法明确规定，全国人大是“行使国家立法权的唯一机关”（第22条），可谓确认了法律的法规创造力。而1982年宪法是否如此，则存在一定争议。社会上既缺乏法律的法规创造力观念，国家权力的实际结构也在逐渐发生变化，现实中似乎难以有力地支持法律的法规创造力原则。

应当说，对于“法规”的认识是连续地存在着，只是其传统功能逐渐淡化。改革开放之初，《法学词典》对“法规”的界定是这样的，法规是指“宪法、法律、法令和国家机关制定的一切规范性文件的总称。如‘法规汇编’。有时也指国家行政机关公布的部分规范

^{③⑥} 参见[日]美浓部达吉：《行政法总论》，熊范舆编辑，丙午社1907年版，第2、16-17页。

^{③⑦} 钟赓言：《钟赓言行政法讲义》，法律出版社2015年版（原版为1927年版），第25、57页。

^{③⑧} 参见范扬：《行政法总论》，中国方正出版社2005年版（原版为1937年版），第23-25页。

性文件,如‘行政法规’”。^{③⑨} 这里的“法规”仍然延续着民国以来的传统,只不过将虚在的法规范的实质转成实在的法文件的总称,亦即法规从内容性质的界定(“法规性”)变成了形式的界定,这是一个重要转变。至1982年宪法,“行政法规”才成为实定法类型的一个专有名称,专指国务院制定的规范性法文件。而增订版的《法学词典》也随即作出修改:法规是指“宪法、法律、法令和国家机关制定的一切规范性文件的总称。如‘法规汇编’。有时也指某国家机关公布的规范性文件,如我国国务院制定和颁布的行政法规;省、自治区、直辖市人民代表大会及其常务委员会制定和发布的地方性法规”。^{④⑩} 此后,既有将法规当成行政法规与地方性法规的合称者,例如“法律、法规”,也有继续将法规当作所有实定法规范的总和者,例如“政策法规”、“交通法规”。

而与此同时,教科书上也首次出现了不同于德国双重法律概念的广义狭义法律二分论。“‘法律’一词在现代汉语中,有广狭二义,狭义的法律专指拥有立法权的国家机关依照立法程序制定和颁布的规范性文件;而广义的法律则指法的整体,即国家制定或认可并由国家强制力保证实施的各种行为规范的总和。为了同狭义的法律相区别,通常把广义的法律称为‘法’”。^{④⑪} 而宪法文本上的“法律”内涵与范围也不甚清晰,^{④⑫} 连行政法规也可能放入广义法律之中来理解。广义法律概念在观念上瓦解了狭义法律的独特权威和价值,法律与行政法规的关系出现了凌乱。^{④⑬}

(二)关于现行宪法第89条第1项的论争

返诸当下的中国,对于行政立法是否要以法律为根据,能否在没有法律根据的情况下直接具体化宪法,仍存在较大争议。现行宪法第89条第1项规定:国务院“根据宪法和法律”,“制定行政法规”。现有的研究主要集中于“根据宪法和法律”的内涵。其中的“和”字是作“且”字理解(即根据宪法且法律),还是作“或”字理解(即根据宪法或者根据法律),无论在理论上还是实践中,无论是《立法法》之前还是之后,均存在重大分歧。

对于如何理解宪法规定的“根据”,存在“职权说”与“依据说”两种意见。前者认为,国务院可以根据宪法规定的职权制定行政法规。^{④⑭} 后者认为,宪法规定的国务院职权是管理的权限,而非创制规范的权力,国务院制定行政法规应有直接的根据、具体的

^{③⑨} 《法学词典》,上海辞书出版社1980年版,第455页。这里例示的“行政法规”与民国期间所称的“行政法规”似有所差别,后者大致是指与行政相关的法规,可能由立法机关制定,也可能由行政机关制定。

^{④⑩} 《法学词典》(增订版),上海辞书出版社1984年第2版,第602页。

^{④⑪} 孙国华主编:《法学基础理论》,法律出版社1982年版,第43页(程筱鹤执笔)。

^{④⑫} 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。该文中所用形式法律与实质法律,实际上应是狭义法律与广义法律之称。

^{④⑬} 从尊重狭义法律、减少沟通成本的角度而言,恢复过去的传统认识是可取的,即将“法律”专指全国人大及其常委会依据立法程序所制定的法律,将“法规”或“法令”作为所有实定法的总称,将“法”作为高于实定法条文的规范。“法令”只短暂地作为全国人大常委会的立法形式出现过(参见1954年宪法第31条第4项;1975年宪法第18条第1款;1978年宪法第25条第3项)。1982年宪法之后,法令不再是法律概念。

^{④⑭} 参见刘春华:《国务院立法权限若干疑难问题探讨》,载《中外法学》1998年第5期;邹奕:《论我国行政法规的宪法基础》,载《法学论坛》2012年第6期。

授权。依据说认为,职权说将导致行政机关拥有无限的立法权,破坏我国的政体。根据宪法和法律的方式要么是根据授权,要么是根据执行宪法和发展的需要。^⑤但也有人批评认为,职权说失之过宽,混淆了立法权与行政权的性质;而依据说失之过窄,不利于调动行政立法的积极性。^⑥

《立法法》考虑到立法的现状,采取了所谓折衷态度,但实质上是肯定了职权说。它规定,行政法规可以就下列事项作出规定:(1)为执行法律的规定需要制定行政法规的事项;(2)宪法第89条规定的国务院行政管理职权的事项。^⑦第1项的执行性立法属于共识,第2项的职权性立法则应作体系解释,即便属于自身的职权范围,国务院也无权针对全国人大及其常委会专属法律事项制定行政法规。但立法法上的法律事项范围过窄,而且范围不清。如此,就可能在全国人大与国务院的竞合性立法事项上产生冲突。而宪法第58条又规定,“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”。在没有法律时,能承认为实施宪法而直接制定行政法规吗?承认国务院依据宪法授予的职权立法会不会冲击全国人大及其常委会的立法权?两者如何协调,如何契合国务院的宪法地位,仍有待学理探究。

四、法律的法规创造力原则与创制性行政法规

如果承认法律的法规创造力原则,就会反对没有法律而直接根据宪法制定行政立法。法律事项范围扩张到哪里,行政立法才可能跟随到哪里。中国现行宪法之下,固然对宪法第89条第1项具有两种解释的可能性,但从历史和规范两个角度来看,以禁止直接依据宪法制定行政法规的解释为宜。

(一) 独立命令的历史兴替

所谓“独立命令”,是指行政机关在没有法律的授权时针对没有法律规定的事项所制定的命令。^⑧这里的命令是指行政机关以命令的形式发布的法规范文件,如国务院令、部令、委令、省政府令等。^⑨在中国现行宪法的语境下,可将国务院的独立命令称为创制性行政法规。考察主要国家历史可以发现,除了下面两种国家存在独立命令之外,均无直接依据宪法明文规定而从事行政立法的情形。

1. 君主立宪制下的独立命令

日本明治时代实行君主立宪制,天皇是国家元首,总揽统治权。根据明治宪法

^⑤ 参见陈斯喜:《论我国立法权限的划分》,载《中国法学》1995年第1期;许元宪、吴东镐:《论国务院制定行政法规的宪法根据》,载《法学家》2005年第3期。

^⑥ 参见许安标:《论行政法规的权限范围》,载《行政法学研究》2001年第2期。

^⑦ 《立法法》(2000年)第56条第2款;《立法法》(2015年)第65条第2款。

^⑧ 参见[日]高橋和之『立憲主義と日本国憲法第3版』(有斐閣、2013年)364頁。

^⑨ 这种命令在当前的中国学术界已鲜有使用,而是更多地具体行为内容的层面上来使用,即行政机关针对特定事项所作出的指示。但考虑到“独立命令”相较于“独立行政立法”更为简洁,且在名称上不与“立法”相混淆,故而沿用。

(1889年)第5条规定,“天皇依帝国议会的协赞,行使立法权”。但在此之外,又明确规定了紧急命令与行政命令两种独立命令。它采用的是二元立法的构造。明治宪法第8条规定:“天皇为保持公共安全或避免灾厄,依紧急必要,在帝国议会闭会期间,可发布替代法律的敕令。”“此敕令应于下次会期提交帝国议会,若议会不予承认,政府应公布其面向将来失去效力。”第9条规定:“天皇为执行法律或保持公共安宁秩序及增进臣民的幸福,可发布或使令政府发布必要的命令,但不得以命令改变法律。”前者被称为紧急命令,后者被称为行政命令。伊藤博文认为,紧急命令系天皇特权,以紧急公事为限。紧急命令可补充法律,可变更法律。行政命令系依行政大权而制定,不得变更法律。在警察消极目的之外,行政命令在一定范围内劝导扶掖鼓励新机,不偏离法律所定的界限,也可以尽到保护法律之责。紧急命令系应变之举,而行政命令纳于法律之中,系寻常之用。^⑩

但二战后的《日本国宪法》确认国会是“国家唯一的立法机关”(第41条),否定了上述两种独立命令,实行一元立法的构造,承认了法律的法规创造力。第73条第6项规定,内阁“为了实施本宪法和法律的规定而制定政令。但是,除法律有特别委任的情形外,政令中不得设定罚则”。该规定存在两种读法,其一是为了实施宪法和为了实施法律的规定,其二是为了实施宪法和法律的规定。但通说持后一种读法,否定直接依据宪法而制定政令。理由在于,宪法授予国会以一般的立法权。如不待法律为媒介,以政令规定实施宪法,一切实质意义上的立法就都可以说是为了实施宪法的规定而制定,宪法赋予国会以排他性立法权的宗旨也就完全丧失了。因此,通说认为,应将“本宪法和法律”读成不可分的整体。^⑪另外,宪法规定中缺乏能以直接政令实施的余地,而且宪法典仅规范国民相互之间或国民与国家之间的关系,因而必须首先采用法律的形式。^⑫

2. 总统制下的独立命令

总统制下的独立命令相对较为常见,已无需赘言。^⑬而法国第五共和宪法实行半总统制,它也承认独立命令,至今仍保有其生命力。其背景是,法国1848年宪法实行总统制,但却因路易·拿破仑的滥权而遭到破坏,梯也尔总统也与国民会议发生过冲突。此后法国人更加重视总统职权的限制,第三共和国总统因此而少有实权,亦由国会选举产生。^⑭法国在1958年制定第五共和宪法时,一大目标就是要改变1946年宪法所设计的议会独大的宪政结构,以实现戴高乐“强行政,弱议会”的制宪理念。该宪法将“总统”置于“主权”之后“国会”之前,确立了总统在宪法中的首要地位,放弃了“议会优先”的原则,明确列举了制定法律的事项(第34条)。^⑮

⑩ 参见[日]伊藤博文:《日本宪法义解》,沈统译,金粟斋1901年版,第4-6页。

⑪ 参见[日]宫泽俊义:《日本国宪法精解》,芦部信喜补订,董璠译,中国民主法制出版社1990年版,第500-501页。

⑫ 参见前引⑩,堀内健志书,第151页。

⑬ 过去还有一个惨败的立法例,即魏玛宪法下总统的处置权(第48条)。参见前引②,钱端升书,第103-107页。

⑭ 参见钱端升:《法国的政府》,北京大学出版社2009年版,第56-57页。

⑮ 参见李晓兵:《法国第五共和宪法与宪法委员会》,知识产权出版社2008年版,第42-45页。

在法国第五共和宪法之下,存在两种独立命令,即第16条的紧急情况条例和第37条的自主条例。^⑤按照该宪法第16条和第19条规定,“紧急情况条例”适用于共和制度、国家独立、领土完整或履行国际义务遭受严重且危急的威胁,致使宪法上公权力正常运作受到阻碍的情形;其制定程序相对简易,总统经正式咨询总理、国会两院议长及宪法委员会后,即可制定应付该情势的紧急情况条例,且无须经总理或有关部长副署。而“自主条例”是指政府就法律范畴之外的事项所制定的条例。法国宪法第34条列举了属于法律范围的事项。第37条第1款规定,“凡法律范畴以外的一切其它事项均属行政法规性质”。而第38条还规定了法令条例,“政府为执行其施政计划,可要求国会授权在一定期限内,以条例方式采取原属法律范畴的措施”,进一步限制法律权限的范围。^⑥

虽然这两种独立命令获得了宪法的直接认可,但更为重要的是,1962年修宪规定,“总统由全民直接投票选举”(第6条),开创了国会与总统的民主二元制。总统直选为总统的紧急情况条例回填了实质的民主正当性契机。而总理作为政府首脑,由总统任命,通常为国会多数党领袖,这也在一定程度上为政府的自主条例补充了民主正当性。

(二) 中国宪法与创制性行政法规的禁止

外国的经验表明,君主立宪制下的独立命令已遭废止,议会内阁制下不存在独立命令的空间,而总统制或半总统制下因总统直选而使独立命令具有与议会法律相当的民主正当性。与此类似,旧中国除《钦定宪法大纲》承认皇帝的独立命令权、^⑦《中华民国约法》承认大总统的独立命令权外,^⑧均未承认行政机关具有独立命令权。《中华民国临时约法》第31条明确规定,“临时大总统为执行法律,或基于法律之委任,得发布命令,并得使发布之”。1923年宪法第80条亦规定,“大总统为执行法律或依法律之委任,得发布命令”。1947年宪法稍有特殊,规定了总统于一定条件下依紧急命令法发布紧急命令的权力,^⑨但仍然强调了紧急命令法的存在。而在新中国的宪法之下,将创制性行政法规解释为禁止之列方为妥当,其理由有以下几点。

1. 国务院非民意代表机关

人民代表大会制度是我国的根本政治制度。根据现行宪法,人大由民主选举产生,人大是民意代表机关,是人民行使国家权力的机关。国家行政机关由人大产生,对它负责,受它监督。国务院总理及国务院组成人员并非选举产生,而是根据国家主席的提名,由全国人大决定国务院总理的人选,根据总理的提名,由全国人大决定副总理、国务

^⑤ 参见王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1989年版,第143-144页。

^⑥ 详细分析可参见韩大元主编:《外国宪法》,中国人民大学出版社2013年版,第54-55、62-63页(朱国斌执笔)。

^⑦ 参见《钦定宪法大纲》(1908年)第11条(行政命令)、第12条(紧急命令)。

^⑧ 参见《中华民国约法》(1914年)第19条(行政命令)、第20条(紧急命令)。

^⑨ 该宪法第43条规定,“国家遇有天灾或灾害、防疫或国家财政经济上有重大变故,须为急速处分时,总统于立法院休会期间,得经行政院会议之决议,依紧急命令法,发布紧急命令,为必要之处置,但须于发布命令后一个月内提交立法院追认。如立法院不同意时,该紧急命令立即失效”。

委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长的人选。

可以说,中国现行的政体与德国、日本具有相似性,相关的宪法规定亦与德日具有相似的结构,而不同于法国。^⑥德国(基本法第80条)、日本(宪法第41条)均否定了独立命令。我国人大制度的基本内涵甚至要求行政机关具有比德国、日本内阁更高的民主正当性源泉。国务院的宪法地位在于,由全国人大产生,系全国人大的执行机关,而非民选产生的机构。通过执行法律而获得民主正当性的国务院,缺乏制定独立命令的民主正当性前提。

2. 国务院的执行性

国家没有固有的权限,国家的一切权力源于人民、属于人民。人民制定宪法,将各种权限分配给各个机关。对于授予行政机关权限的方式,可能存在两种理解。其一是人民通过宪法直接将具有一定内容的行政权授予内阁(宪法授权型或分离型),其二是将立法与行政置于上下关系,行政的内容只有依据法律而成立(法律授权型或下降型)。^⑦我国宪法看似将全国人大的权限与国务院的权限平行列举规定于第三章国家机构的第一节和第三节,但两者之间的关系并非平行关系,而是上下关系。宪法第85条明确规定,国务院“是最高国家权力机关的执行机关”;第92条又进一步明确,国务院对全国人大负责并报告工作。可见,国务院相对于全国人大具有执行性。国家立法机关与最高行政机关的关系在立法权上就体现为法律与行政法规的关系。

在君主立宪制年代,法律的制定权是由君主与议会分享的,有的国家甚至由君主主导,议会则处于协赞地位。但在国民主权模式中,法律已成为人民意志或公意的表达,而议会才是公意的唯一代表。只有是议会制定的法律,才能赋予其法律的效力。二战后,日本国宪法第41条规定,“国会是国权的最高机关,是国家唯一的立法机关”。“所谓国会是‘唯一’的立法机关,是指实质意义上的立法必须完全由国会(以法律的形式)来规定。也就是说,第一,除了宪法有特别规定(议院规则、最高法院规则)外,不允许在国会立法之外存在实质意义的立法(国会中心立法原则);第二,国会立法的成立,不需要国会以外的机关参与(国会单独立法原则)。”^⑧前者是权限分配上的实体性、内容性原则,后者是国家行为形成上的程序性、形式性原则。^⑨

无独有偶,我国1954年宪法第21条、第22条作出了类似规定,“中华人民共和国全国人民代表大会是最高国家权力机关”,“全国人民代表大会是行使国家立法权的唯一机关”。这一规定有助于避免法出多门,维护法制的统一,在起草审议过程中并未产生争议,^⑩合乎人们对全国人大地位的基本认知。1954年宪法第49条第1项规定,国务

^⑥ 这也是后文时常运用德日的立法与理论来辅助论证的一个原因。当然,与规范上的差异不同的是,在现实的权力运行中,中国却与法国相似。

^⑦ 参见[日]安西文雄等《憲法学の現代的論点 第2版》(有斐閣,2009年)152頁(浅野博宣執筆)。

^⑧ 前引⑤,芦部信喜书,第287页。

^⑨ 参见[日]大石真《憲法講義 I 第2版》(有斐閣,2009年)137頁。

^⑩ 参见韩大元:《1954年宪法制定过程》,法律出版社2014年版,第396页。

院“根据宪法、法律和法令,规定行政措施,发布决议和命令,并且审查这些决议和命令的实施情况”。但国务院所发布的命令并不被承认具有法的性质。基于全国人大与其他机关之间的关系,只有全国人大有权制定法律,国务院等可以成为提案权的主体,但无权分享全国人大的立法权。国务院虽有权“根据宪法、法律和法令,规定行政措施,发布决议和命令”(第49条第1项),但也只是全国人大法律的执行。^⑥ 1982年宪法承认国务院行政法规的法规性,并作出了与1954年宪法第49条第1项具有相似性的规定。1982年宪法第58条一方面确认全国人大常委会可行使国家立法权,另一方面也将“行使立法权的唯一机关”改为“行使国家立法权”。在全国人大与其他机关关系未曾发生变化的情况下,后者的变化更宜理解为在国家立法权之外,地方立法权也得到间接的承认。^⑦ 在国务院的执行机关地位之下,行政法规也应当理解为法律的执行。

3. 宪法根据的原则性

在理论和实践中一直有一种质疑,宪法允许制定行政法规,宪法的根据高于法律的根据,为什么在有了宪法根据之后还要有法律的根据呢?但即便是宪法的具体授权,从宪法规范的表述来看,也是十分原则的事项条款。宪法的授权也应合乎个别化要求。轻易承认可以根据宪法直接制定行政法规,将会导致行政权的肆意扩张,将会形成行政机关侵夺立法机关空间的局面,进而严重有悖于彰显人民当家作主的人大制度。宪法授权很大程度上是在给法律提出指引和约束,而非直接授予行政机关以权限。只有在法律具体化了之后,才可能形成一个可以行使权限的规则。

如果不可以直接根据宪法制定行政法规,宪法为什么要规定“根据宪法和法律”的字样呢?宪法第90条第2款^⑧在規定部门规章时仅要求根据法律和行政法规,就没有“根据宪法”的字样。有学者认为,宪法条文中之所以加上“根据宪法”的文句,是要为宪法第89条第18项的解释留下充分的解释空间。后者规定,国务院行使全国人大及其常委会授予的其他职权。结合第89条第1项的规定,可以具体解释为,全国人大及其常委会可授予国务院制定行政法规的职权。也就是说,在“宪法第89条第18项所规定的全国人民代表大会及其常务委员会的授权决定”和“法律的授权”的前提下,国务院才能制定行政法规。^⑨但这种解释稍显牵强,因为没有“根据宪法”字样,同样可以将授权制定行政法规解释进全国人大及其常委会的第18项权限中。当然,第1项的“根据宪法”并非多余文字,而是对制定行政法规的限制:其一是要根据宪法的原则和精神;其二,更重要的是,要根据宪法所规定的国务院职权。不属于宪法第89条规定的国务院权限事项,即便存在法律,国务院也不得制定行政法规。

而且,在制定行为法规时,必须先有行为法律(行为法上的法律)存在,仅有组织法

^⑥ 参见许崇德主编:《中国宪法》,中国人民大学出版社2010年版,第173页(许崇德执笔)。

^⑦ 宪法第100条授权省级人大及其常委会“在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规”。这种限制不同于对国务院“根据宪法和法律”制定行政法规的限制,地方立法权可以有较大的自主空间。

^⑧ 该款规定,“各部、各委员会根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限内,发布命令、指示和规章”。

^⑨ 参见前引^⑤,许元宪、吴东镐文,第66-67页。

律的存在是不够的。组织法律与行为法律具有不同的功能。组织规范只是在不同的机关之间分配权限,而与外部的私人无直接关联。而行为规范则是对行政机关与私人关系的调整。国务院可以制定执行它的行政法规,也可以获得其授权的前提下制定补充性、创制性的行政法规。

按照前述“依据说”的一种观点,如果宪法有具体授权,国务院也可以依据宪法规定制定行政法规。有学者认为,《宪法》第89条第3、4项规定就是授权国务院立法,因此国务院可以对该授权事项制定行政法规,并设立创制性规范;宪法其他条款的规定就没有授权国务院立法的意思,因此国务院对其职权范围内的其他事项,要制定行政法规并设立创制性规范,那就不能根据宪法,而要根据法律的有关授权规定。^⑦第89条第3、4项分别授权国务院“规定各部和各委员会的任务和职责,统一领导各部和各委员会的工作,并且领导不属于各部和各委员会的全国性的行政工作”、“统一领导全国地方各级国家行政机关的工作,规定中央和省、自治区、直辖市的国家行政机关的职权的具体划分”。与第89条其他各项相比,这里突出了“规定”二字。但如后所述,组织立法是法律的管辖事项之一。只要是以行政法规的形式来规定,就应受到第89条第1项“根据宪法和法律”要求的约束。“根据宪法和法律”既是对制定行政法规的授权规范,更是对制定行政法规的控制规范。

五、中国法律的管辖事项与行政立法的界限

既然不宜承认创制性行政法规,也就是要求制定行政法规应当以法律为根据。如此,从逻辑上说,确定了法律的管辖范围,就是确定了始源性规范的范围,也就框定了行政法规等行政立法的管辖范围。在我国现行宪法之下,法规抑或法律事项的范围究竟依何基准而定,尚需结合我国的宪法典来讨论。

(一)以一般性规范为基准确定法律事项

在我国,主张行政法规须根据法律制定的依据说中,存在着几种对行政法规的管辖事项界定方式。例如,陈章干主张,制定行政法规应当有法律根据,但行政法规应当与规范性行政命令区分开来,行政机关内部管理的某些工作制度、以及对行政实体上和程序上的权利(职权)义务(职责)不产生影响的某些行政管理事务等,可以由行政命令规定。^⑧吴东镐指出,在现代民主主义与法治主义原理框架中,行政立法必须以“法律的授权”作为其存在的前提。他所称的行政立法是指行政机关制定涉及公民权利义务的一般性规范的活动。^⑨这一主张类似于前述的“一般权利规范说”,有关公务员、行政机关内部等的规范均不含其中。但这些主张其实是存在逻辑问题的。既然行政法规须以法

^⑦ 参见陈章干:《论制定行政法规的根据》,载《现代法学》1998年第5期。

^⑧ 参见前引^⑦,陈章干文,第51页。

^⑨ 参见吴东镐:《行政立法的意义及其界限》,载《延边大学学报》(社会科学版)2011年第1期。

律为根据,则应先确定法律的管辖事项,而不能先确定行政法规的管辖事项。

从全国人大的宪法地位和人员构成等来看,以一般规范说为基准来界定我国的法律事项是妥当的。全国人大系民主选举产生的国家机关,代表全国人民的利益和意志。法律应当是一般意志的体现。而全国人大又是最高国家权力机关,有权就国家的重要事项制定法律。关于公民权利义务的一般规范,应当由法律规定。2015年修改立法法时,将部门规章严格限制在执行性规定的地位,^⑦显示的倾向是限缩行政机关没有法律、行政法规依据制定限制公民权利规范的权限。在现阶段,采用一般权利规范说作为我国法律事项的界定标准,也是基本妥当的,相对更具有可行性。但“应当充分注意的是,‘国民权利义务的规范是法规’与‘法规是规定国民权利义务的规范’具有完全不同的意味”。^⑧ 宪法对全国人大及其常委会的立法事项并没有限制。^⑨ 而且,即便从我国宪法明确列举的“法律”来看,法律事项已不限于“一般权利规范说”。宪法规定,各级人民政府的组织由法律规定(第86条第3款、第95条第2款第3款)。宪法第89条第17项还规定,国务院“依照法律规定任免、培训、考核和奖惩行政人员”。行政人员的“任免、培训、考核和奖惩”属于宪法明定的法律事项。第91条第2款规定,审计机关依照法律规定独立行使审计监督权。国务院组织法、地方组织法、公务员法、审计法等法律均与公民的权利义务无直接关联,但均由全国人大及其常委会制定,无需行政机关同意即可拘束所有的行政机关。故而,结合宪法上关于法律与行政法规关系的相关规定、宪法上明确列举的法律事项来看,“一般性规范”是法律事项的确定标准。

(二) 国务院的立法空间

凡属于一般性规范,均应交由立法机关制定,或由法律授权给国务院制定行政法规。国务院没有全国人大及其常委会的授权,不得立法。从全国人大与国务院的关系来看,只存在全国人大及其常委会在立法上的专管事项,而没有专属于国务院的管辖事项。

但是,有人认为,根据宪法第89条规定,规定各部委的任务和职责、规定中央和省级政府的职权划分是国务院的职权。据此,关于各部委的任务和职责以及中央和省级政府的职权划分的问题,不应当由全国人大及其常委会制定法律来规定的职权划分,而应当视为国务院的专有立法权。^⑩ 这种观点似乎符合解释学“明示其一即排斥其他”的规则。但这种体系解释的形式逻辑规则未必周延,也违反宪法对全国人大及其常委会与国务院的权限分配规定。

^⑦ 该法第80条第2款规定,“部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项。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”。

^⑧ [日]大石真「立法と権限分配の原理(二)」法学43卷1号63頁参照。

^⑨ 《立法法》第8条所列举的法律事项只是示例性规定,而且其第11项作了概括性规定,即“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”。

^⑩ 参见前引④,刘春华文,第94页。

宪法第 89 条第 3、4 项涉及国务院部委的权限、中央政府与省级政府的权限划分,均为典型的组织法规定。而宪法第 86 条第 3 款规定,“国务院的组织由法律规定”;第 95 条第 2 款规定,“地方各级人民政府的组织由法律规定”。组织法的内容起码包括机构设置、权限分配、相互关系等。这与国务院的组织权之间产生竞合。而第 62 条第 3 项规定,全国人大制定和修改国家机构的基本法律;第 67 条第 2 项规定,全国人大常委会制定和修改除应当由全国人大制定的法律以外的其他法律。《立法法》第 8 条第 2 项明确将“人民政府”的产生、组织和职权列为法律的专属管辖事项。按照立法法规定推论,政府职能部门的产生、组织和职权则并非法律的专属管辖事项。如此,对于省级政府与中央政府的权限分配,只能以法律来规定,国务院无权以行政法规的形式规定。对于国务院部门的任务和职责,也应在有了法律之后,才能以行政法规对其具体化。

(三) 法律与行政立法的关系

全国人民的一般意志由法律来表达,行政立法是对法律的执行,只有执行法律或得到法律授权的行政立法,才可以认可其具有法的性质。在宪法之下,法律属于始源性的法规范,行政立法是对法律的执行,是法律的进一步具体化,属于派生性的法规范。如此,由法律而行政法规再行政规章,如臂使指,井然有序。这是一个发端于人民主权的自上而下的法秩序。根据宪法规定,全国人大及其常委会行使国家立法权,国务院有权制定行政法规。两者在诸多立法事项上存在竞合。对于竞合的立法事项,并非可以按照先占原则,由国务院先行占据制定行政法规,而是应当法律的法规创造力原则,先由全国人大及其常委会制定法律,国务院再根据该法律来制定行政法规,将法律的规定进一步具体化。

在宪法和法律之下,行政立法有两种可能的存在情形。第一,在已存在法律的情况下,对于属于国务院职权范围的事项,国务院可以自主制定执行法律的行政法规。对于不属于国务院职权范围的事项,国务院也不可以打着执行法律的幌子制定行政法规。例如,对于诉讼费用,《民事诉讼法》第 118 条第 3 款、《行政诉讼法》第 102 条均规定,收取诉讼费用的具体办法另行规定。国务院以执行法律为名,制定了《诉讼费用交纳办法》。诉讼费用属于司法制度的一部分,国务院不可以超越职权,强行将其解释为行政事业性收费。第二,在不存在法律的情况下,国务院可以根据法律的授权针对法律事项制定补充性、创制性行政法规。^⑦ 法律授权目前有两种方式。其一是授权条款,即在某部法律中以个别条款的方式授权特定机关制定本属于法律事项的规范。其二是授权决定,即不存在相应的法律,而以全国人大及其常委会的决定方式授权特定机关制定本属于法律事项的规范。^⑧ 虽然《立法法》第 10 条已对授权决定作出了较强的限制,但授权

⑦ 根据《立法法》第 9 条的规定,“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”,不得授权给国务院制定行政法规,属于法律的绝对专属管辖事项。

⑧ 例如,1984 年的《全国人民代表大会常务委员会关于授权国务院改革工商税制发布有关税收条例草案试行的决定》(2009 年废止),1985 年的《全国人民代表大会关于授权国务院在经济体制改革和对外开放方面可以制定暂行的规定或者条例的决定》。后者也应当予以废止。

决定、特别是一揽子授权的决定作为法律主治的重大例外,少用乃至不用为宜。

六、确立法律的法规创造力原则的条件与意义

法律的法规创造力原理是依法律行政原理的重要内容之一。依法律行政,不仅包括法律对行政行为的控制,更包括法律对行政立法的控制。依法律行政,不能仅仅是依行政立法而行政,而应强调依法律来规范控制行政。随着议会地位的强化,法律的法规创造力原则在法制发达的国家已成为当然之理。为了维护全国人大及其常委会的立法权威、遏制行政立法的僭越,应当在实行人大制度的我国全面确立这一原则。从全国人大及其常委会的权限、国务院的宪法地位角度,国务院“根据宪法和法律”制定行政法规应当理解为国务院在宪法规定的职权范围内根据法律制定行政法规。一般性规范应由法律来创造,非经法律授权,行政立法不得制定一般性规范。法律应当是全国人大及其常委会按照立法程序制定的法规范,它不仅是侵害私人权利、课予私人义务的规范,也包括影响、提升私人地位的规范;不仅是一般权利义务规范,还应包括组织设立、机构、权限等方面的行政组织基本规范。

然而,中国的现实是,法律的涵盖领域较为有限,行政立法以其高效性和实效性而大行其道。截至2016年3月底,我国共制定247部法律、行政法规近700部,^⑨诸多行政法规、规章是没有法律根据的,属于创制性行政立法。为贯彻法律的法规创造力原则,落实全国人大的宪法地位,对于现有的行政法规等,应将没有法律根据的行政法规等尽快上升为法律。同时,应当改变目前“尚未制定法律的,行政法规可以……”的立法惯性。从“行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚”(1996年《行政处罚法》第10条第1款),到“尚未制定法律的,行政法规可以设定行政许可”(2003年《行政许可法》第14条第1款),到“尚未制定法律,且属于国务院行政管理职权事项的,行政法规可以设定除本法第九条第一项、第四项和应当由法律规定的行政强制措施以外的其他行政强制措施”(2011年《行政强制法》第10条第2款),这种立法权限分配的衍变也显示出回收、限缩行政立法权的趋势。确立法律的法规创造力原则,要求全国人大及其常委会缩短自身的民主正当性链条,并更为切实地履行自身的法定职责,^⑩要求国务院更加积极主动地提交法案请求全国人大常委会审议。虽然从我国宪法出发应将一般性规范作为判断法律事项的标准,但从可行性角度而言,可按照循序渐进的原则,先将减损权利、增加义务的限制权利规范作为判断法律事项的标准。全国人大也可设置一定的过渡期,在此期限内,总结行政立法积累起来的经验,尽快完成相关法律的制定。

^⑨ 参见国务院法制办公室编:《法律法规全书》,中国法制出版社2015年版,编辑说明。

^⑩ 这也要求对全国人大及其常委会作适当的改革,以适应其应有宪法地位的需要。参见韩大元:《论全国人民代表大会之宪法地位》,载《法学评论》2013年第6期。人大制度固然有种种问题,但却是我国宪法明定的根本政治制度。行政立法过程中零散的吸纳民意等无法取代制度性的代议制民主。人大制度的完善与要不要落实宪法要求的法律的法规创造力原则是两个问题。

确立法律的法规创造力原则,在理论上也要求废除“职权立法”的行政立法类型。我国行政法学期长期将行政立法从权力来源的角度分为职权立法与授权立法两种,其中的职权立法是指“行政机关直接依据宪法和组织法规定的职权制定行政法规和规章”。^⑨但职权立法易引起在职权范围内无法律根据亦可立法的误解。只有依据宪法和行为法上的法律(而非组织法律)制定行政法规和规章,才是可容许的行政立法。应当从行政立法与法律的关系上,将行政立法分为执行立法与授权立法。在存在法律时为了执行法律而将其具体化,为执行立法;在法律未作规定时,因涉及法律事项,在获得法律授权时而作规定,为授权立法。

确立法律的法规创造力原理,固然会给全国人大及其常委会的立法能力带来严峻的挑战,固然会给现实中不少行政法规的合宪性提出严肃的质疑,但却是巩固人大制度、恢复人民民主的应有要求。确立法律的法规创造力原则,有助于划清法与非法的界限。行政机关制定的规范,如果不存在法律的根据或授权,就不能成为法源,不属于法的范畴。^⑩不是法,就不能对权利义务问题进行规范,就不能作为法院的裁判规范。没有法律根据或法律授权的规范,只能作为行政机关内部的行政规则,不具有对外的拘束力。在设区的市政府都有了规章制定权的今天,通过这一套规则去认定,对于法的秩序具有重大的现实意义。在宪法之下,根据法律进行行政立法,有助于提升法秩序的民主性,加强法秩序的有序性。

Abstract: How to allocate legislative power between legislature and administrative organ is a classic problem, and different constitutional systems may have different answers. If the administrative organ is not constituted by election, and is located in executing organ of the legislature, it should not be admitted to have the authority to directly specify the Constitution. The doctrine of the law's effect to create legal norms claims that all of legal norms should be created by law. With the strengthened legislature's position, the scope of law or legal norms is expanding. At the present stage, general norms should be regarded as the standard to define the law's cope. The State Council can enact executive administrative regulations within its authority in the Constitution, and can enact creative administrative regulations with law's authorization. Only in this way can clarify the relationship of laws and administrative legislation under the system of People's Congresses and maintain top down legal order initiated by popular sovereignty.

(责任编辑:李小明)

^⑨ 罗豪才主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1989年版,第94页(姜明安执笔)。

^⑩ 参见[日]平冈久:《行政立法与行政基准》,宇芳译,中国政法大学出版社2014年版,第143-144页。