

【宪法学】

# “立法”和“行政”概念的宪法解释

门中敬

**【摘要】**传统上，“立法”和“行政”的概念因界定行政的“除外说”而被捆绑在一起。从制宪者在国家权力横向配置上的目的考量出发，1982年宪法按照“国家权力分工原则”对国家权力进行了横向配置，主要目的在于国家作用的实现。在法治层面，该目的主要体现为“法的秩序”和“法的效率”之价值诉求。传统上针对宪法中“立法”和“行政”概念的宪法解释，主要有“立法事项解释”和“位阶关系解释”两种不同的解释方法。这两种解释方法的侧重点不同，前者侧重于法的效率价值和职能定位，后者侧重于法的秩序价值和性质定位。基于对国家法治发展的历时性和成长性考虑，这两种解释方法都具有一定的正当性，应当反对全面法律保留以及动辄以性质定位代替职能定位的观念和做法，以便为科学划分行政与立法之间的权限范围提供理论依据。

**【关键词】**立法；行政；法律保留；行政保留

**【作者简介】**门中敬，法学博士，山东大学（威海）法学院教授，博士生导师。

**【原文出处】**《政法论坛》（京），2019.5.44～53

**【基金项目】**本文系国家哲学社会科学基金一般项目“行政保留比较研究”（14BFX031）和国家社科基金重大委托项目“创新发展中国特色社会主义法治理论体系研究”（17@ZH014）阶段性成果。

作为1982年宪法上的两个不确定性法律概念，“立法”和“行政”因界定行政的“除外说”<sup>①</sup>而被捆绑在一起，在解释上无法割裂开来。然而，对于这两个概念，传统上主要存在着两种不同的解释方法。对这两种解释方法的不同运用，导致在行政立法权的属性、职权立法的存废、法律保留的界限、行政保留的范围以及合宪性审查的对象等方面，出现了不同甚至完全相反的结论，并产生了较大的学理争议。以国务院的职权立法权为例，反对职权立法的观点，或认为国务院基于宪法和组织法的一般授权进行的立法是授权立法，不存在

国务院的职权立法；<sup>②</sup>或认为国务院不具有独立的立法权，必须同时根据宪法和法律的规定制定行政法规，不得进行创设性立法；<sup>③</sup>或认为如果允许国务院进行创制性立法，会导致其具有“无限的”或者说“过大的”立法权<sup>④</sup>。主张国务院享有职权立法权的观点，或认为宪法赋予国务院一定的自主立法权限<sup>⑤</sup>；或认为，对法律进行具体化、并对执法所涉及的行政组织和程序予以规范，为行政权的固有内容，国务院制定执行性立法具有充分宪法依据<sup>⑥</sup>。

为了回应上述学理争议，本文拟从制宪者在

“立法”和“行政”之间横向权力配置上的目的考量出发,在对界定“立法”和“行政”及其关系的两种基本解释方法进行分析的基础上,结合现行1982年宪法的规定,对这两个概念及其形成的宪法制度性结构作出符合宪法意旨的解释,以便为上述学理争议提供宪法解释学上的依据,并求教于各方家。

### 一、“立法”和“行政”在宪法上的目的考量

法是立法目的或国家意志的体现。法律如此,作为根本法的宪法亦如此。对现行1982年宪法第58条中的“立法”<sup>④</sup>和第85条中的“行政”<sup>⑤</sup>这两个概念的宪法解释,离不开制宪者在国家权力横向配置上的目的考量。

现行1982年宪法第58条、第85条与将外交权、条约批准和废除权、荣典权等委托给国家主席的第80条和81条、将最高军事力量领导权委托给中央军事委员会的第93条、将监察权委托给监察委员会的第123条,将审判权委托给最高人民法院的第128条以及将国家的法律监督权委托给检察机关的第134条一起,按照“国家权力分工原则”<sup>⑥</sup>对国家权力进行了横向配置。该原则与西方国家宪法上的“分权制衡原则”<sup>⑦</sup>不同,体现了国家权力的积极面向而非消极面向,重在维护国家权力的有效运作。<sup>⑧</sup>因此,对我国宪法上“立法”、“行政”概念的宪法解释,必须结合我国1982年宪法上的国家权力分工原则来理解。

国家权力分工原则的主要目的,在于国家作用的实现,而非保障法的统治(rule of law)。这在法治层面上,主要体现为对“法的秩序”和“法的效率”的价值诉求。窃以为,正是透过“法的秩序”和“法的效率”的价值追求,我国1982年宪法构造了一种以国家作用实现而非人权保障为主要目的的宪法价值体系,并据此界定“立法”和“行政”及其关系。

毋庸置疑,这种以法的秩序和法的效率为主

要目标的横向权力配置,既体现了我国宪法上的国家主义理念,也与1982年宪法确立的“富强”的首要国家任务目标相一致。<sup>⑨</sup>在此价值目标指引下,作为国家作用的“立法”和“行政”在宪法上的性质区分并不重要,重要的是参与到“法的秩序”与“法的效率”均衡<sup>⑩</sup>的国家机关在国家作用实现上的功能和职能定位。<sup>⑪</sup>无论如何,与人民民主主义原理<sup>⑫</sup>相结合,通过“法的秩序”和“法的效率”价值目标的追求来实现国家作用(主要体现为反映民意和解决民生问题),在特定的历史文化背景和社会经济条件下,可能是一个不错的政治选择。毕竟,没有国家作用的有效实现,所谓的“良法之治”,也不过是“空中楼阁”罢了。

当然,国家权力分工原则并不必然完全否定“法的统治”(rule of law)之正义价值,只是在“法的价值”的实现上,对法的秩序价值和效率价值有所偏重罢了。这是因为,从国家机构的功能和结构出发,国家权力分工原则也在一定程度上体现了“良法之治”的法治诉求。不同国家机关各有不同的组成结构与决定程序,各该组成结构与决定程序的高度差异,自然会导致作出的决定具有不同的分量与不同的正当性。既然宪法规定的立法权与行政权在组成结构与决定程序上均极度不同,那么其差异在法的评价上就绝非毫无意义,而这必然导致何种国家任务仅能保留给某机关并由它作成决定的宪法要求。<sup>⑬</sup>也就是说,立法机构、行政机构以及司法机关只是在行使某项国家职能上各自具备有利地位罢了。立法权在性质上只是“一般规范的创立”,并非创造了法律的全部职能,它所创造的一般规范(制定法)与立法机构以外的机关即行政机构和司法机构所创造的一般规范相比,并没有实质上的差别。将这些行政机构和司法机构创造一般规范的职能全部划归行政或司法是不合适的<sup>[4](P.285-286)</sup>。那些例外的、由非立法机构创造的、代替法律所发布的规则或命令,法语里被

称为法律命令(décrets-lois),德语里被称为法规命令(Verordnungen mit Gesetzeskraft),在我国被称为行政立法。根据宪法第89条和立法法第65条的规定,国务院就宪法规定的职权范围内的行政管理事项,在不违反法律保留原则的前提下,可自行制定行政法规,还可根据全国人大及其常委会的授权,先行制定代替法律发布的行政法规<sup>[5](P.381,382)</sup>。

所以,就国家权力分工原则的制宪目的来看,现行宪法就立法和行政之间的权力配置所形成的制度性结构,虽然主要不是为了实现保障人权的宪法功能,但也从不同国家机关在组成结构与决定程序上的不同分量和不同的正当性上,关照到“良法之治”。这恰是中国特色社会主义宪制在法治层面应当特别强调和重视的地方。

## 二、界定“立法”和“行政”及其关系的两种基本解释方法

历史上,作为国家作用的立法、行政和司法形成于君主立宪制。在君主专制集权时期,一切国家权力都集中掌握在君主一人手上,自无法律保留的问题<sup>[6](P.121)</sup>。只有在立宪自由运动兴起进入君主立宪时代以后,才逐步划分出国家权力的特定功能范围,一方面藉由法院的独立分出司法权,另一方面则赋予人民代表参与权而分出立法权,其他的国家权力归君主所独占。<sup>④</sup>从逻辑上来讲,代表行政的君主手中的权力,在分离出立法权和司法权之后,剩下的权力就成了行政权。在这里,作为国家作用的“立法”在“行政”之上,日本公法学界称之为“法律先占”。这种体制的目的在于通过法律限制行政权,以便更好地保护国民权利(自由和财产),所以法律先占被认为是理所当然的事。这也是今天“法律”(立法机构制定的法律)的应有意义。但严格说来,法律先占的意义在君主立宪时代只是代表了一种政治上的妥协,并不意味着行政机构的地位从属于议会。

在君主立宪时代,由于法律须经君主与国会共同决议,<sup>⑤</sup>国会可以侵入君主代表的国家领域,而君主也可以侵入国会代表的社会领域,因而并不存在立法干涉行政的问题,也不存在行政干涉立法的问题<sup>[7](P.68)</sup>。对君主来说,只要自己不同意法律的制定,那么就没有必要限制法律规定的事项。但是,如果出现必须由法律规定的事项,君主想要规范这些事项时,必须要有议会的同意,所以君主的行为自由就会受到一定的制约。相反,从议会的角度来讲,这也正是它取得立法权的原因。所以,议会和君主间在权力分配上的争议,主要围绕着法行为的内容到底应如何划定展开。<sup>⑥</sup>争议的最后,形成了以下关于法律保留(侵害保留)的理论共识:限制国民权利、“侵害”国民自由和财产的法律必须由议会来制定。因而,在君主立宪体制下,君主行使权力的权限,并非来自国民或议会的授权,而是来自“君权神授”或“君主的固有权力”。所谓“行政”,就是从全部国家作用中扣除“立法”和“司法”之后剩余的部分,不仅包含法律的执行,也包含立法触及不到的领域的法的制定和执行。

到了民主法治时代,立宪主义原理逐步从自由主义走向民主主义,国民主权原则开始受到普遍推崇。在此背景下,以君主主权为基础的君主立宪制向以国民主权为基础的民主立宪制转移,国会已经扩大成为最高的国家权力机关,行政与立法的权限配置发生了体制面上的重要变化。在国民主权思想浸染下,人们坚持这样一种观念:全部的国家权力都源自国民。无论是谁,没有国民的授权都不能行使权力。即便是君主,他的地位也是基于国民的意思,而非基于“君权神授”或“君主的固有权力”。结果是,民主主义和国会至上原则在诸如普鲁士、英国、法国和德国等议会内阁制国家确立下来,立法权获得了高于行政权的地位。法国的1791年宪法第三编第四章第一节第6

条及1795年宪法第144条,1850年的普鲁士宪法第62条,1871年的德国帝国宪法第5条,1918年的德国魏玛宪法第6条,都明文将行政权置于立法权之下,我国1954年宪法第21条<sup>⑦</sup>和第22条<sup>⑧</sup>,都体现了这一原则。在这一体制下,国民通过制定宪法完成对立法和行政的授权,创设立法权和行政权,作为国家作用的“立法”和“行政”及其关系发生了体制面上的变化:议会的地位得到强化,立法的事项范围随之扩大,不再局限于“侵害保留”的事项领域,形式上呈现出行政完全受制于立法的状态。

在今天的行政国家时代,随着行政职能从传统的干涉行政领域拓展到给付行政和服务行政领域,建立在国会至上原则上的全面法律保留已经不再适应多元化了的“行政”。而且,由于行政首长获得了某种程度上的民主基础(经由直接选举或间接选举产生),立法和行政之间的界限变得更加模糊了。不过,毋庸置疑的是,无论立法机构或行政机构的地位强化到何种程度,立法和行政的权限配置都需要由宪法而非法律来划定,这是毫无疑问的。此时,在不考虑政体结构及其实际运作的情况下,产生了两种界定“立法”和“行政”及其关系的宪法解释方法:一是按照立法事项或法律的一般性、抽象性来界定的方法,为了阐述方便,下文称之为“立法事项解释法”;二是按照“立法”和“行政”的位阶关系来界定的方法,为了阐述方便,下文称之为“位阶关系解释法”。

### (一)立法事项解释法

按照这一方法,“立法”和“行政”依据立法事项或法律的一般性、抽象性被区分、分离开来,两者处于一种分离且平等的关系。其中,“立法”的规范事项不受限制,但限于一般性、抽象性的内容。也就是说,“立法”被限定在法律的一般性和抽象性之中,一般情况下只在这一点上与“行政”作出区分。据此,从宪法授权的角度来看,这一区

分方法是由宪法分别规定的“立法”和“行政”的作用内容决定的。

有的国家宪法,比如美国1787年宪法,虽然没有对此作出明文规定,但在实际运作中,行政机构可以基于宪法的一般规范来制定次级规范。这种情况,“就是已经提到的美国宪法第6条修正案,还有第7条修正案:‘根据普通法进行的诉讼,如果争执价额超过20元,由陪审团审理的权利应受保护。由陪审团裁决的事实,除依普通法规则外,不得在合众国任何法院中审查。’这一类规定可以由行政和司法机构所适用而不必再有加在宪法和直接执行宪法的行政或司法行为中间的任何立法行为”。“这些规定并不是实质意义上的宪法的组成部分,而是民法、刑法、行政法或程序法的组成部分,是在宪法条文形式下直接决定行政、司法机构行为的那种一般规范。”<sup>[4](P.291)</sup>有的国家宪法,如法国1958年第五共和宪法,直接对立法和行政的立法事项做了明文规定。法国1958年宪法第34条将未列举的事项整体分配给行政部门,从而创立了“条例保留(une réserve du règlement)”<sup>⑨</sup>。从第五共和宪法第34条的规定来看,它不仅列举了法律范围内的事项,而且规定法律只能就其中的某些事项规定原则,原则以外则属于条例的范围。从中不难看出,宪法已经为条例保有一定的地位提供了保障,即便某些事项属于法律的范围,也不能由法律做全部规定。除此之外,立法机构的立法权限在宪法第38条和第16条中又一次受到限制。根据第五共和宪法第38条的规定,为实施政纲政府可以要求国会授权它在一定时期内,以法令形式规定通常属于法律范围内的事项。根据第五共和宪法第16条的规定,总统在国家遭受严重危机时,可以采取一切必要措施来应付危机。此时,总统所制定的条例可以变更或废除现存的法律。根据第五共和宪法第61条的规定,国会所制定的法律如果超过了第34条所

列举事项范围,侵犯了属于条例的制定权限,政府可以请求宪法委员会宣告法律违宪<sup>[8](P.141-142)</sup>。

按照这一方法来界定“立法”和“行政”及其关系,表面上看是没有问题的,但在理论上会遇到以下疑问:行政立法既然可以直接根据宪法作出,那么是否会因侵入到立法领域而不具有民主正当性呢?学界那些反对国务院“职权立法”的学者,大都持有这样的疑问吧。所以在这里,有必要首先对该问题作一简略回答。

首先,相对于立法机构,行政机构拥有“无所不在、随时在场和持续不间断”<sup>③</sup>的特点,其执行权的本质使之成为实现国家作用的主要角色。如果说行政立法只能根据具体法律来制定的话,就很难发挥它的特点和功用。事实上,在行政任务多元且庞杂的现代国家中,行政立法不论在质或量上,都在整个抽象规范体系中占据极为重要的地位<sup>④</sup>。其次,法律膨胀本身反而更加容易败坏法律的声誉。凡事皆由立法机构决定,不但没有必要,而且事实上也不可能。在西方,近些年来法学家们越来越多地要求废止立法,即要求把众多“小法律”改为行政条例或行政命令。现在,如果把无数法律降格为行政规定的论点能够成立,那么显而易见,那些法律原本就不应当成为法律<sup>[10](P.503)</sup>。因为,就立法机构的立法职能而言,它们并没有被设计为技术性的专业机关,没有被设计为生产法律的机器<sup>[10](P.504)</sup>。最后,欠缺稳定性的法律,同样会“破坏法律本身的品质”<sup>⑤</sup>。

所以,学者们的过度担心是大可不必的,因为,由于法律保留已将“重要事项”排除于行政自主的范围之外,即便是职权立法不限于不对外生效的内部行政规范领域,也仅具补充法律保留之“规范不足”的作用。而且,过度倡导法律保留的做法,不仅不会将行政权“关进制度的笼子”里,而且会带来笼统且不受限制的授权立法,从而影响到立法机构的立法权威(法律的权威)。

## (二)位阶关系解释法

如前所述,按照立法事项或法律的一般性、抽象性来界定“立法”和“行政”的方法,是对两者所作的功能区分。与之相对应的,是按照“立法”和“行政”的位阶关系区分“立法”和“行政”的方法,将“行政”看作执行“立法”的国家作用。这种想法,是把立法看做是行政的前提,即“无法律,即无行政(Ohne Gesetz Keine Verwaltung)”<sup>[11](P.54)</sup>。也就是说,这里的行政,只是因“执行”法律而被允许。凡是法律不存在的地方,便没有行政。同时,这里所说的执行,是从上位规范到下级规范的“法的实现”<sup>⑥</sup>,以区别于个别的、具体的适用和实施。因而,行政机构执行上位规范——(狭义的)法律——的法的制定活动,包括“执行立法”和“授权立法”,也包含在“行政”的概念中。这种界定“立法”和“行政”及其关系的方法,在宪法上的通常体现是,将国会界定为国家“惟一”的立法机构或立法机关,<sup>⑦</sup>或者规定行政权受立法权的限制,<sup>⑧</sup>或者直接将行政权规定为“执行权”。<sup>⑨</sup>

当然,“无法律,即无行政”,并不是说行政的存在本身不需要以宪法为根据,而是说行政的内容是由法律赋予的。问题是,行政的内容是如何由法律赋予的呢?行政根据法律的内容来执行,包括主动制定执行性的行政立法和被授权制定的行政立法,通常被看做是宪法允许的法律上的一般授权,在理论界说上通常是没有任何异议的。但是,在法律一般授权的情况下,现实中作为行政的根据的“法律”还包括三种可能的规范:一是组织规范,指使某自然人的行为的效果归属于行政主体的规范,这类规范在行政活动的所有领域都存在;二是规制规范,指以某行政机构进行某行政活动为前提,为了确保其公正而设置的规范,如《行政程序法》;三是根据规范,指为进行某种行政活动而存在组织规范,进而,在此基础上,在进行该行为时成为特别根据的规范。换言之,是指仅

有组织规范还不够,还需要与组织规范不同的、成为活动根据的规范时的规范<sup>[12](P.46,47)</sup>。按照这种作为行政的根据的“法律”的类型区分,国务院根据1982年宪法第八十九条第(一)项规定的制定行政法规的根据——“根据宪法和法律”中的“法律”,是根据规范,还是组织规范或规制规范呢?<sup>③</sup>除此之外,现实中的授权立法还存在另外一种情形,即立法机构对行政机构的“笼统授权”,这种授权是否被允许呢?如果说行政的内容尤其是“行政立法”<sup>④</sup>的内容,需要有法律上的“内容根据”才能成立,那么立法机构的笼统授权就是不被允许的。

以德国为例,虽然受《基本法》议会内阁制政体结构的影响,行政与立法之间的关系总体上呈现为“行政向立法负责”的制度逻辑,并取得了“执行者”的宪法定位。但是,“那种广受欢迎的把行政当作是‘在法律范围内’的作为表述,显然在相当程度上是由民法观点决定的。这种看法忽视了共同合作这个可普遍适用的观念(Idee des Zusammenarbeitens)。执行既包括了简单适用法律的活动,又涵盖了在一定裁量范围内依据法律为此所确定的意义和方向做出决定的行为。”<sup>[13](P.82)</sup>故而有学者把“政府(自由行政)”从行政的概念中分离出来,认为“政府”这一特别的国家事务范围——仅根据法律的“意义和方向”而做出决定的执行行为,不再是一般意义上的执行法律或适用的行为,故而实务上似将这种“政府行为”归入行政保留的范围。<sup>⑤</sup>即使在法治原则的支配下,行政同样可以获得广泛的权限范围。因为在没有法律规定的情况下,行政机构为实现国家目的,可基于其积极主动的固有功能,维护社会秩序和促进公共福利,如城市和乡村道路的铺设、公共交通管制、公立学校的建设、文化娱乐场所的建设与管理等等,这些行政活动并不会因没有法律的事先规定而被指认为违法。因为,立法者毕竟不是全能的上帝,对于那些专业性、技术性较强的事务领域,立法者还是不

要干涉的为好,因而事实上存在一种因机关功能的差别而存在的法律外的功能性行政保留。<sup>⑥</sup>显然,位阶关系解释法体现的是民主主义的宪法原理。这种方法虽然在意识形态上具有重要的意义,但在实际的权力配置和运行中,并不必然如此。

### 三、1982年宪法中“立法”和“行政”的概念

理论界在界定“立法”和“行政”的概念时,经常把前述两种方法交织在一起,并带来了不小的理论困惑。有趣的是,这两种界定“立法”和“行政”及其关系的方法,被混和进世界各国的宪法中,我国也不例外。因此,有必要针对两种界定方法,结合我国1982年宪法的规定,做进一步的分析与探讨。

#### (一)按照立法事项解释法进行的解释

1982年宪法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。”这里的“立法”和“立法权”应作何解释?按照立法事项解释的方法,“立法”是一般的、抽象的规范制定权,是“最高的国家权力”或形式上的“最高权力机关”<sup>[14](P.83,85)</sup>。也就是说,立法是最高国家权力机关制定和修改一般的、抽象的规范的权力。但是,行政机构享有的行政立法权是一般的、抽象的规范制定权吗?“立法权”在规范内容上是“规则之治”还是“原则之治”?<sup>⑦</sup>

如果说“立法权”是“最高的国家权力”,那就意味着立法权是广泛的,且具有宪法之外最高的法律效力。但是,宪法第89条第(一)项<sup>⑧</sup>又应作何解释呢?在学理上,我国学界同德日等国学界一样,对于“行政”的概念界定,通说采纳的是“除外说”。但是,从法的实现过程来看,国家层面“立法”和“行政”的关系在理论上可以区分以下四种类型:①宪法—法律—行政立法—执行;②宪法—法律—执行;③宪法—行政立法—执行;④宪法—执行。而这四种类型在理论上可能存在不同的解

释,为了方便读者清晰地了解者四种不同类型的可能解释及其差别,列表如下表1:

类型①A、B两种解释在“执行”属于行政的问题上,是没有任何异议的。有疑问的是行政立法的属性问题,也即行政立法属于立法还是行政呢?除外说似乎很难给予回答。1954年宪法第21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”,是“行使国家立法权的唯一机关”,目的是“使全国有统一的行为准则,避免法出多门,维护法制的统一与协调”<sup>[16](P.311)]</sup>。1982年宪法改变了这一规定,不再称全国人民代表大会是行使国家立法权的唯一机关。这是否意味着肯定了A解释呢?但是,不管怎样,立法法还是通过第2条<sup>⑧</sup>将行政法规纳入了“立法”的范围,在不考虑该规定合宪与否的情况下,立法法显然是肯定了A解释,除非立法法采用的“立法”概念与宪法上的“立法”概念并不相同。

类型②中的C解释虽然存在理论上的可能

性,但在现实上并不具有可行性,基本上可以排除。也就是说,类型②只有D解释是可能的。如此一来,类型②之D解释与类型①之B解释的界限就非常模糊,其差别在于行政立法在性质上是否属于“执行”。但是,如果将行政立法解释为“执行”的话,那么按照依法行政原理,它就应当同其他执行性行为一样接受司法机关直接或间接的审查。可是,目前的行政诉讼法(2015年修订)并未将其纳入司法审查的范围。可见,这一解释如果成立,在制度落实上是存在问题的。结合立法法第2条的规定,可以说现有的法律制度已经否定了这一解释。如果将行政立法解释为与执行不同的“行政”,就像现在的行政法教科书上讲的,是一种抽象行政行为的话,那么由于行政立法行为没有被纳入司法审查,所以又会违反依法行政原则。可见,类型②显然是被否定了的。

相对类型①②,类型③④没有法律的介入。类型③是否被宪法认可,主要看如何解释宪法第

表1

类型	解释	结论
类型①	A解释 行政立法属于立法,国务院制定的执行性和授权性行政法规是立法的“例外”。这种观点,可称之为例外说 <sup>[15](P.259-260)]</sup> 。	全国人大及其常委会就不再是唯一的立法机构,立法指向法律和行政立法,行政指向执行。
	B解释 行政立法不属于立法。	立法指向法律,而行政按照除外说指向行政立法和执行。
类型②	C解释 不认可行政立法,即行政不可以制定一般的抽象的法律规范。	立法指向抽象规范,行政指向具体执行行为。
	D解释 认可行政立法,但将其看做是一种“执行”行为。	立法和行政都是形式意义的。其中,立法指向立法机关制定抽象、普遍规范的行为。行政指向行政机关的行为,包括抽象行政行为和具体行政行为。
类型③解释	宪法直接赋予行政一定的立法权限	立法是宪法赋权的制定抽象规范的行为,包括立法机关的立法,也包括行政机关基于宪法授权的行政立法行为。行政指向具体行政行为。
类型④解释	宪法赋权行政机构可直接适用宪法,做出特定执行行为。	行政与立法不发生勾连,界定“行政”的除外说不再有效。

89条第(一)项中的“根据宪法和法律”。通说认为,这里的“宪法和法律”是一种整体关系,亦即只有法律可以直接实施宪法,行政机构制定法规命令必须要有法律内容上的根据。也就是说,该类型不被1982年宪法所认可。但是,正如我在《规范行政保留的宪法依据》一文中阐明的,此处的“法律”不一定是根据规范,也可能是组织规范<sup>[17]</sup>。如果这里的“法律”指向组织规范,那么由于组织规范的宪法相关法属性,类型③是否被宪法认可就有进一步探讨的余地。因为,如果认为“立法”是一般的、抽象的规范制定权,而宪法又规定行政机构可以依职权进行立法或允许立法机构进行笼统授权的话,那么自然可以得出行政机构享有根据宪法进行立法的结论。

现行1982年宪法第5条规定,“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”<sup>③</sup>。第67条规定,全国人民代表大会常务委员会行使“撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令”<sup>④</sup>和“撤销省、自治区、直辖市国家权力机关制定的同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规和决议”<sup>⑤</sup>的职权。上述条款对行政法规的合宪性及其处理作了规定,也就是说,行政法规是存在合宪性问题的。既然现行宪法认可行政法规存在合宪性问题,那么至少在逻辑上能够说明,行政法规存在依据宪法制定的情形。事实上,国务院根据宪法第89条第(二)~(十七)项的行政管理职权,是可以进行职权立法的。与此同时,立法法第65条规定全国人大及其常委会在没有制定法律的情况下,可以根据实际需要,授权国务院“先行制定”行政法规。这种“先行制定”行政法规的权限,并不是以具体法律的内容为根据,而是以宪法的内容为根据。可见,类型③是被现行宪法认可的一种情形。此种情形下的“行政法规”具有立法的属性,应该是没有太大疑问的。

因为,由“除外说”出发并不能得出法规命令

不属于立法的结论。既然现行宪法第89条第(一)项赋予国务院“根据宪法和法律”来“规定行政措施,制定行政法规,发布决定和命令”的权限,那也就意味着国务院享有一定的法规命令制定权限。

类型④同样是被现行宪法认可的一种类型,如根据宪法第89条第(二)~(十七)项的规定,国务院可以直接依据宪法赋予的这些职权,规定行政措施,发布决定和命令。从现实的做法来看,也是认可这一做法的。问题是,如果个别的具体的事例可直接适用宪法,那么这种适用是行政呢,还是定位成和行政一样别的种类的作用呢?如果是行政的话,这种适用以政令的形式进行,在理论上是说得通的。

#### (二)按照位阶关系法进行的解释

如前所述,根据立法事项解释法,以及根据宪法第58条、第5条、第67条、第89条以及《立法法》第2条和行政诉讼法的有关规定,现行1982年宪法承认了部分行政法规的立法属性。那么,根据位阶关系解释法对“立法”和“行政”及其关系进行解释,是否可以获致相同的结论呢?

如前所述,位阶关系法是从最高规范出发,以它的下位法的等级构造为基础,来界定“立法”和“行政”及其关系。也就是说,最高规范是宪法的话,其下最高位的法的制定就是立法,实现立法的就是行政。因为,原则上,最高权力机关独占一般的抽象的规范制定权(立法权),国务院只有在“具体法律”<sup>⑥</sup>存在的前提下,才能制定执行性的行政法规或由具体法律授权制定行政法规。所以,与法的实现过程相关联的宪法—行政立法—执行这一类型(类型③),是不被宪法所认可的。论者通常根据1982年宪法第3条第3款<sup>⑦</sup>和第85条之规定,认为执行机关对于立法而言是“执行法律”的机关。结合第89条第(一)项的规定来看,这里的“执行”包括执行性和授权性的法规命令在内。既然行政是法律的执行,那么执行法律必要的行政法

规制定权,也便包含在行政自身的概念之内。只是,行政是法律的执行必须要以具体法律的存在为前提。故“行政”中不会引导出独立的命令即“职权命令”和笼统授权下的“先行制定权”。

这样的思考,从法律保留理论来看,是一种全面法律保留的理论构想。域外支持该学说的学者坚持认为,一切国家事务与利益冲突,都应当由具有直接民主正当性的议会来解决,没有议会法律或议会法律的内容授权,行政权不能有所行动。不论是在给付行政领域,还是在特别权力关系领域,都应有法律保留原则的适用;基于权利救济,认为要达到权利救济的要求,必须以提供足够充分的司法审查标准为前提条件。而以权力制衡的观点视之,该审查标准必须由行政权以外的其他国家权力机关提供,权利救济才能产生效用;由于宪法规定是抽象的,其标准当然应是议会制定的法律<sup>[6](P.148-150)</sup>。除此之外,尚有诸如“法律优越性”、“国会作为最高的国家机关”,“拥有机关统治权”,或者强调“国会享有不受限制的权限”(国会至上原则)等观点。

在我国,全面法律保留说也有不少拥簇者。为了支持上述观点,有人总喜欢拿卢梭的人民主权理论进行辩护,但很显然,卢梭不是要为人民主权辩护,而是“要发明一种能够阻挠和限制立法的制度,从而把人类从他的羁绊中解脱出来。因为他感到,解决保障自由的问题,完全取决于法律至上,而且是取决于那种避免雅典式民主的立法结果的法律至上,即避免人民主权凌驾于法律之上”<sup>[10](P.485)</sup>。况且,行政必须根据法律的内容来执行的论点,作为倡导“国民主权”的口号还说得过去,但作为界定“立法”和“行政”及其关系的理论依据却不太现实。对此,日本学者盐野宏教授指出:

这种观点不可能完全得到贯彻。这是因为,如果说只要不存在根据规范,行政就不能进行任

何活动的话,就无法适应变化了的行政需要,或者为了避免这种情况发生,结果是进行笼统的授权立法。此外,这种理论作为一般理论是可以成立的,而关于民主主义的观念具体要求到何种程度的问题,却难以引出明确的答案。也就是说,在自由主义原理之下,一方面设置自由和财产,另一方面设置侵害即强制的机会,这样便可以自然地得出答案。如果贯彻了全部保留的话,这当然是好的。但在尚达不到这种程度时,则出现了仅以民主主义是难以找到划定界限的方法这个问题<sup>[12](P.49)</sup>。

所以,作为一种理想,全面法律保留还是可以谈谈的。但在现实面上,却不能仅仅从形式意义上来解释“立法”,还应从最高位阶的规范的实质意义来理解。无论如何,都不应当因为执行立法和授权立法是由行政机构制定的而否定其立法的属性,尤其是不能否定依职权制定和经授权先行制定的法规命令的立法属性。因为,目前世界各个国家的最高权力机关普遍采纳的笼统授权,是名义上的不直接实施宪法和实质上的直接实施宪法。

但是,授权立法并不是由立法机构单独决定的,而是由宪法通过赋予行政机构的立法权限决定的。所以,全国人大及其常委会将不属于国务院职权范围内的事项进行授权,在1982年宪法上是没有明确规定的。站在这一立场的学者,之所以否定国务院享有“职权立法”的权力,也许是基于这样的理由吧。所以,更重要的不是国务院的职权立法是否被宪法认可,而是全国人大及其常委会的授权立法是否被宪法认可的问题。

### 结语

我国现行宪法既通过第58条、第5条、第67条、第89条以及《立法法》第2条和行政诉讼法的有关规定,承认了行政法规的立法属性,与此同时,现行宪法又通过第3条第3款的规定确立了

“行政向立法负责”的制度逻辑,通过第85条对国务院的执行机关性质进行了定位。这种制度性安排,恰是造成相关理论和论述冲突的主要缘由。

理论上,这两种关系都可以从现行宪法所确立的权力分工原则的制宪目的出发,获得正当性诠释,只不过是制度建构的视角和侧重点不同罢了。前者侧重于法的效率价值和职能定位,后者侧重于法的秩序价值和性质定位,两者并不冲突。也就是说,国务院本质上是最高国家权力机关的执行机关,但并非绝对的执行机关,它还例外地享有宪法赋予的立法权限,包括职权立法和先行制定权性质的授权立法。虽然现行宪法第85条规定“国务院是最高国家权力机关的执行机关”,但这只是国务院在它和最高国家权力机关关系上的性质定位,而非职能定位<sup>[7]</sup>。而且,现行宪法已将那些重要的立法事项赋予全国人大及其常委会,即便宪法赋予国务院依职权制定或依授权先行制定一般规范的立法权限,那也不过是最高权力机关立法权限的例外,并不会冲击到最高国家权力机关的地位。更何况,全国人民代表大会常务委员会依据宪法享有“撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令”的监督职权,这些监督职权的行使能够有效维护其最高国家权力机关的地位。

所以,在当今时代全面法律保留并不可行的情况下,基于对国家法治发展的历时性和成长性考虑,应当反对全面法律保留的理论和动辄以性质定位代替职能定位的观念和做法,以科学的态度,科学界定“立法”和“行政”的概念,合理划分行政与立法之间的权限范围。

#### 注释:

①法学界在界定行政的概念时,通说采纳除外说,即行政是从全部国家作用中扣除立法作用和其他国家作用之后所剩

余的国家作用。

②参见罗豪才主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1996年版,第149、150页;杨海坤:《跨入21世纪的中国行政法学》,中国人事出版社2000年版,第289页;李林:“关于立法权限划分的理论与实践”,载《法学研究》1998年第5期。

③蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社2004年版,第346页;陈章干:“简析行政立法的‘根据’问题”,载《法商研究》1999年第5期;陈章干:“论行政立法的‘根据’”,载《行政法学研究》1999年第2期;喻少如:“论我国行政立法中的职权立法”,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2009年第1期。

④1982年宪法第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。”

⑤1982年宪法第85条规定:“中华人民共和国国务院,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。”

⑥国家权力分工原则,即按照各国家机构的不同结构和程序功能来合理配置国家权力的准则。

⑦作为西方近代立宪主义最重要的宪法原则,设立的主要目的,在于透过权力间的相互抑制,防范权力的滥用和保障法的统治,也即保证制定正义的法律和忠实地执行法律。

⑧从维护国家作用的角度出发,国家权力分工原则更为基础和根本。因为,国家设立的各种机关,必各有其核心的功能,宪法应予保障。没有各国家机关核心功能的实现,便无法实现各国家权力的分工协作和有效运转,权力制约与均衡也就失去其存在的意义。

⑨关于我国宪法确立的“富强”国家任务目标和它体现的国家主义理念之详细阐释,参见门中敬:“中国富强宪法的理念传承与文本表征”,载《法学评论》2014年第5期。

⑩法的秩序价值和效率价值之间是存在一定冲突的,因为,过高的效率会带来秩序的违反。

⑪关于国务院职能定位的分析,参见门中敬:“国务院在行政与立法关系中的职能定位——以行政保留为理论分析的视角”,载《湖北社会科学》2016年第10期。

⑫人民民主主义原理是马克思主义法学的基本原理,其在我国宪法上主要表现是第2条和第3条。1982年第2条规定,中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理

经济和文化事业,管理社会事务。第3条规定,中华人民共和国的国家机构实行民主集中制的原则。全国人民代表大会和地方各级人民代表大会都由民主选举产生,对人民负责,受人民监督。国家行政机关、监察机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督。

⑬参见许宗力:“论法律保留原则”,载氏著《法与国家权力》(一),元照出版有限公司2006年版,第139页。另请参见Fritz Ossenbühl, Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, Die. Efontliche Verwaltung 1980, S.548 f; O. Küster, Das Gewaltenteilungsproblem im modernen Staat, Archiv Des? Ffentlichen Rechts75 (1949), S.397 ff; G. Zimmer, Funktion-Kompetenz-Legitimation, Berlin 1979, passim.

⑭康立平:“论行政保留”,私立辅仁大学法律学研究所1996年硕士论文,第8页。

⑮如普鲁士1950年宪法第62条规定:“立法权由君主及两议院共同行使。一切法律要有君主及两议院的合意。”

⑯参见康立平:“论行政保留”,私立辅仁大学法律学研究所1996年硕士论文,第9页。

⑰1954年宪法第21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。”

⑱1954年宪法第22条规定:“全国人民代表大会是行使国家立法权的惟一机关。”

⑲Jérôme Tremeau, la réserve de la loi, Paris et Aix-en-Provence: economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille (1997), p.231.

⑳See G. Zimmer, Funktion-Kompetenz-Legitimation, Berlin 1979, passim, S.249.

㉑L. Bryson et al., eds., Aspects of Human Equality, New York: Harper, p.176(1956).

㉒在目前国内法理学的一些教科书中,设有“法的实现”一章,其背后就蕴含着这样一种区分的路径和方法,以及将行政看做是立法的执行机关的观念。

㉓如日本现行宪法第41条规定:“国会是国家的最高权力机关,是国家惟一的立法机构。”我国1954年宪法第22条规定:“全国人民代表大会是行使国家立法权的惟一机关。”

㉔如德国基本法第20条规定第3款规定:“立法权应受宪法之限制,行政权与司法权应受立法权与法律之限制。”

㉕如俄罗斯联邦宪法第10条规定:“国家权力在立法权、执行权和司法权相分立的基础上行使。”

㉖1982年宪法第89条第(一)项规定的“根据宪法和法律”中的“法律”应作何解释,存在不小的争议。相关解释请参见门中敬:“规范行政保留的宪法依据”,载《国家检察官学院学报》2017年第1期。

㉗“行政立法”的名称本身,隐含着行政享有一定的立法权限,这在学术界有不同的看法。

㉘Art.65 Satz 1 GG; Art.65 Satz 2 GG; Art.59 Abs.1 GG; Art.65 a GG.

㉙参见康立平:“论行政保留原则”,私立辅仁大学法律学研究所1996年硕士论文,第82页。

㉚“立法”主要属于规则之治还是原则之治的问题,在我国学术界曾被广泛讨论。有学者从法制统一原则和“央地关系”出发,主张法律之治主要是原则之治,而有的学者则主张,法律规定原则化导致了法律的政策化和道德化,提高我国立法质量的关键是实现规则之治。参见马岭:《宪法权力解读》,北京大学出版社2013年版,第219页。

㉛1982年宪法第89条第(一)项规定,国务院享有“根据宪法和法律,规定行政措施,制定行政法规,发布决定和命令”的职权。

㉜《立法法》第2条规定:“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的制定、修改和废止,适用本法。”

㉝1982年宪法第5条第3款。

㉞1982年宪法第67条第(七)项。

㉟1982年宪法第67条第(八)项。

㊱此处的“具体法律”,指的是规定公民权利义务的法律规范,而非组织规范。

㊲1982年宪法第3条第3款规定:“国家行政机关、监察机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督。”

#### 参考文献:

[1]陈斯喜:“论我国立法权限的划分”,载《中国法学》1995年第1期。

[2]门中敬:“国务院在行政与立法关系中的职能定位——以行政保留为理论分析的视角”,载《湖北社会科学》2016年第10期。

[3]谢立斌:“论国务院的职权立法权”,载《政法论坛》2018年第6期。

[4]奥凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大

百科全书出版社1996年版.

[5]蔡定剑:《宪法精解》,法律出版社2006年版.

[6]许宗力:“论法律保留原则”,载氏著《法与国家权力》(一),元照出版有限公司2006年版.

[7][日]佐藤功:《比较政治制度》,许介麟译,正中书局1986年版.

[8]王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1988年版.

[9]陈敦文:“行政保留之比较研究”,载《中研院法学期刊》2012年第10期.

[10][美]乔万尼·萨托利:《民主新论·古典问题》,冯克力、阎克文译,上海世纪出版股份有限公司2015年版.

[11]陈新民:《行政法总论》,自刊1991年版.

[12][日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版.

[13][德]奥拓·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,[德]何意志校,商务印书馆2013年版.

[14][英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳等译,商务印书馆1964年版.

[15]马岭:《宪法权力解读》,北京大学出版社2013年版.

[16]韩大元编著:《1954年宪法与中国宪政》,武汉大学出版社2008年版.

[17]门中敬:“规范行政保留的宪法依据”,载《国家检察官学院学报》2017年第12期.

## Constitutional Interpretation of the Concepts of "Legislation" and "Administration"

Men Zhongjing

**Abstract:** Traditionally, the concepts of "legislation" and "administration" have been tied together for defining the "theory of exclusion" of administration. Starting from the purpose of the constitutionalist in the latitudinal allocation of state power, the Constitution 1982 has laterally allocated state power in accordance with the principle of "the division of state power". Its main purpose is to realize the role of the state. At the level of the rule of law, this purpose is mainly reflected in the valuable appeal of "order of law" and "efficiency of law". Traditionally, the constitutional interpretations of the concepts of "legislation" and "administration" in the Constitution mainly include two different interpretation methods: "interpretation of legislative matters" and "interpretation of relationship of ranks". The emphasis of these two interpretation methods is different. The former focuses on the efficiency value and functional orientation of the law, while the latter focuses on the order value and nature of the law. Based on the consideration of longitudinal and growing characters of the development of the rule of law in the country, both interpretation methods have certain legitimacy, comprehensive legal reservations and the concept and practice of substituting the orientation of nature for the orientation of function should be opposed, through which the theoretical basis for the scope of authority between administration and legislation should be set up.

**Key words:** Legislation; Administrative; Reservation of Legislation; Reservation of Administration