

# 法律保留原则中的全面保留理论

程皓楠\*

## 目次

- |               |                |
|---------------|----------------|
| 一、全面保留理论的宪法背景 | 四、全面保留理论的影响与局限 |
| 二、全面保留理论的基本界定 | 五、结语           |
| 三、全面保留理论的核心主张 |                |

**摘要** 相较立宪君主制时期的宪法,德国基本法确立了人民主权原理,重构了国家与人民之间的关系。全面保留理论立基于这一宪法结构的变迁,主张因人民缔造宪法并分配国家权力,议会享有至高的优越地位,行政权全面依赖立法权。因此,要求法律保留扩展至特别权力关系领域与给付行政领域,并要求授权法具有明确性与可预见性。该理论将议会民主高扬到极致,因而遭受功能主义分权理论与实质法治理论的抨击,但其民主性要素被重要性理论吸收进而发挥影响力,在德国法律保留理论的脉络中起到了承继作用。

**关键词** 法律保留 全面保留 宪法变迁 授权立法 依法律行政

作为依法律行政原理(Gesetzmaßigkeit der Verwaltung)的积极面向,法律保留原则向来是行政法研究的重点,这种研究无法绕开德国法上的理论成果。一般认为,法律保留原则在德国法上的变迁主要体现为从侵害保留说向重要性理论(Wesentlichkeitstheorie)的转变,即由于现代国家任务的改变,法律保留的范围需要由侵害行政向服务行政扩张,<sup>[1]</sup>但为了避免行政僵化或者概括授权,法律保留的范围扩张到全部行政活动又断不可行,<sup>[2]</sup>因此重要性理论作为一种调和就应运而生,其不再依赖抽象的标准,而是对涉案法关系的“重要性”进行具体分析以确定法律保留的范围。而全面保留(Totalvorbehalt)要求事无巨细的法律保留,过于激进,并不足取。<sup>[3]</sup>这种对

\* 中国人民大学法学院博士研究生。

[1] 参见陈新民:《中国行政法学原理》,中国政法大学出版社2005年版,第36—38页。

[2] 参见翁岳生主编:《行政法》(上册),中国法制出版社2000年版,第180—181页。

[3] 参见张慰:《“重要性理论”之梳理与批判——基于德国公法学理论的检视》,载《行政法学研究》2011年第2期,第113—114页。

法律保留理论在德国法上形态与脉络的理解未臻细密,淡化了法律保留范围变化背后更具决定性意义的宪法结构变迁,也消弭了全面保留理论在这一转折中的承继地位。

实际上,影响法律保留范围的核心因素绝不仅仅是现代行政事务的扩张,更是宪法构造的变迁。在德国,侵害保留是君主立宪时期二元制宪法构造的产物。而二战后颁布的《德意志联邦共和国基本法》(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)(以下简称为“德国基本法”)高扬国民主权理念,重构了议会与政府的关系,行政活动的正当性以民主立法为最终旨归,即使重要性理论或功能适当理论等观点对法律保留的具体范围有不同划分,但相较于侵害保留终究是奠基于截然不同的宪法基础。全面保留理论首先揭示了这一变迁对法律保留理论的影响,强调了法律保留的民主性要素,以人民主权为起点重新界定了法律保留的含义、范围与规范强度。该理论在20世纪中叶曾产生相当大的影响力,对于依法律行政原理的嬗变发挥了承前启后的作用,其精髓也被重要性理论继承,影响了联邦宪法法院在若干重要案件中的立场。迪特里希·耶施(Dietrich Jesch)是全面保留理论的旗手,本文拟以耶施的主张为核心,从宪法背景、基本界定、核心主张三个方面对全面保留理论进行梳理,再结合学说与判例介绍德国法对该理论的反思与继受。

## 一、全面保留理论的宪法背景

全面保留理论提出的契机是德国基本法的颁行。以下分别讨论德国立宪君主制时期与基本法时期的宪法构造,借此理解促使法律保留原则转变的宪法动因。

### (一) 立宪君主制宪法下的侵害保留说

立宪君主制宪法的特点在于二元制构造,君主与人民、行政与议会、国家与社会都是对立的概念,彼此的内部领域免于对方干涉。<sup>〔4〕</sup>法律的功能就在于厘清这三对范畴各自统率的范围。

#### 1. 立宪君主制的宪法构造

二元制的构造指宪法同时包含了君主制原则与人民主权原则,这一构造可归因于法国大革命后德国充满张力的政治局势。一方面,德国的资产阶级革命呈现出较强的保守性,“人们能在支持实质上的变革要求与坚决反对法国的‘残酷’革命之间进行区分。由此人们试图寻求一种艰难的综合:努力争取革命所带来的积极成果,同时极大地维护还具有合法性的政治秩序”。<sup>〔5〕</sup>君主制原则作为梅特涅政治的基础贯穿德意志19世纪公法史。1814年的等级议会宪法草案明确规定:国王是国家元首,享有一切国家权力。另一方面,风起浪涌的人民主权思想与第三等级日益增长的影响力也不容忽视。拿破仑的复辟建立在与第三等级分享权力的基础上,大革命的成果(如平等权与自由权)和国王的高权都通过宪法得到确认,君主主权与人民主权暂时达至一个平衡,这是二元制的原型,1818年到1848年所有的德国宪法都建立在这个办法之上。<sup>〔6〕</sup>这一时期各邦国宪法性文件吸纳了人民主权的理念,规定人民代表享有宪法修改时的同意权、立法否决权、立法提案权等权力,但不妨碍其同时保留了基于君权神授思想和“合法性的继承”理念的君主高权。<sup>〔7〕</sup>

在君主与人民的关系上,国家法人说是一种调和了人民主权与君主主权二元论之间矛盾的理

〔4〕 Vgl. Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl., 1968, S.91.

〔5〕 [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6页。

〔6〕 同上注,第99—101页。

〔7〕 Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.68 ff.

论。国家被拟制为一个法人。作为法人的国家是主权的承担者,依托机关而存在,君主与议会(人民)<sup>〔8〕</sup>都是从宪法中直接产生的初级机关,而人民代表是间接产生的次级机关,人民不直接行使统治权,而由人民代表来代理行使。君主不再是国家权力的承担者,而只是具有机构主权的最高机关。<sup>〔9〕</sup>在行政与议会的关系上,立宪君主制宪法构造具有以下特点:第一,君主是主权的运用者,具有最终决定法律内容的批准权和推定的统治权,即未明确其归属的权力属于君主,其权力边界在于人民的权利和议会的权力。<sup>〔10〕</sup>第二,议会是非独立机构,君主是独立机构。因此,君主不能命令议会,议会也不能独立做出意志行为。君主意志由议会同意和批准后才得以在法律上生效。<sup>〔11〕</sup>第三,君主是行政首脑,行政权属于国家的内部空间,是一个法律上的真空区域。<sup>〔12〕</sup>在国家与社会的关系上,人民作为国家机构,经由议会代表参与立法,议会与君主分享立法权,人民在立法中的统治终结之处就是行政的自由领域,社会所占据的领域是法领域,以法律抵御行政对于自由财产的侵犯,除此之外的领域由君主控制,是“无法”的领域。<sup>〔13〕</sup>

## 2. 侵害保留说的内容与功能

在德国宪法史上,保护自由与财产的宣示最早见诸1808年颁布的巴伐利亚州宪法第7条“国家保护所有国民的人身与财产安全”。但将这种保护委诸立法权则可追溯到1814年的拿骚宪法,之后德意志各邦的宪法大多数都继承了这一规定,侵害保留在宪法上得以确立。

二元制的宪法构造下,国家与社会、行政与立法、君主与人民两两对峙,相互隔绝,领域内部的自由活动免于对方的侵犯和干涉,法律的功能在于分界。侵害保留一方面具有权利保护功能,即保护市民社会的运行免受国家权力的侵扰,更具体地说,是保护人民的自由与财产免受行政权侵害。罪刑法定与税收法定可谓侵害保留的先驱,为合法性原则在侵益行政领域的展开奠定基础。行政领域的侵害保留在法律上的确立可追溯到19世纪的立宪运动,人民通过参与行使国家权力争取相对于国家的自由,行政不受法律约束的空间不断缩小。首先是提出民主的法律概念,即法律的制定需要议会同意,随后是法律的形式和内容需要满足特定的要求,最后是法律的执行被独立的法院审查。<sup>〔14〕</sup>另一方面,侵害保留具有权限分配功能,即区分法律与法规命令、立法与行政。这体现在属于法规或者实质性法律范畴的事项由立法权控制,仅能由议会立法或基于议会立法授权的法规命令规定。而该范畴外的事项由行政权控制,发布相关法规命令无须法律授权。在立宪君主制下,是否涉及对自由与财产的干预是区分法律与法规命令的重要标准。因此,法规命令通常可以包括以下类型:1) 紧急命令;2) 一般权力关系中无关自由与财产的法规,或者未创造新的法关系的重复规范与执行性规范;3) 特别权力关系中的法规;4) 其他的内部规则,基本都是关于下位机构的构造。这些类型的法规命令只受法律优位原则拘束,不受法律保留原则拘束。<sup>〔15〕</sup>

### (二) 以基本法为标志的宪法构造变迁

侵害保留说在魏玛宪法颁布后仍保有生命力,在理论学说与实践上持续发挥影响力。其中原

〔8〕 在耶利内克看来,人民与议会是一个统一体。Vgl. Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1921, S. 569 ff.

〔9〕 Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.84 ff.

〔10〕 Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.87 f.

〔11〕 Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.86 f.

〔12〕 Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.90.

〔13〕 Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.90 f.

〔14〕 Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.107 f.

〔15〕 Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.149 f.

因可以归纳为两点。其一是魏玛宪法本身的缺陷,这部宪法确立的议会民主制根基不稳,议会常因政党纷争而陷入分裂,无法形成并持续输出明确的政治意志,政府也因为议会的不信任票而频繁解散重组,难以维持稳定的统治。1920年到1932年间,国民议会共进行了七次换届,其间还有多段因为选举而产生的实质上不存在议会的时期。不稳定的议会无法承担众多亟须进行的立法任务,不得不经常将立法权授予政府或者启动宪法第48条规定的总统紧急权,由行政法规和总统立法来填补议会立法的空白。<sup>[16]</sup>由国民直选产生的总统既拥有相较于基于比例代表制而当选的议员更强的民主正当性,又行使总理与各部部长的任免权、军队的最高指挥权、议会解散权,紧急状态下的处置权等重要权限。<sup>[17]</sup>故而有观点认为“现在的帝国总统胜似一个经民主程序选举产生的立宪君主”。<sup>[18]</sup>因此,魏玛宪法虽然在纸面上改变了二元制的宪法构造,但实际上未能奠定议会与议会立法的最高地位。其二在于当时盛行的法律实证主义的影响,这种观点试图以一种纯法学的方法论进行法解释,将政治、社会、历史等其他解释方法摒除在外。对于以安许茨(Gerhard Anschütz)为典型的实证主义者而言,帝制的崩溃与魏玛宪法的颁行并未带来更多反思,侵害保留内嵌在国家法学的众多经典概念中,并在魏玛时期继续适用。<sup>[19]</sup>以上情形直到二战后才得到彻底改变:基本法汲取了魏玛宪法的教训,确立了崭新的宪法构造并贯彻于实践,实证主义的法学方法也得到了全面的反思,法解释中融贯了更多的价值判断。因此就势必要在基本法的国家权力配置下重新思考法律保留的问题。

德国基本法开宗明义,以人的尊严作为不言自明的最高原则,并据此构建国家生活秩序。人民主权原理或者说民主制原则成为“由基本法所构建出来的国体的基础”,<sup>[20]</sup>这意味着所有国家权力来自人民(德国基本法第20条第2款第1句)。相较于立宪君主制下的宪法,民主制原则势必会高扬立法权的地位与议会的功能。在德国基本法下,议会是最高机关,享有机构主权。相较于立宪君主制时期的等级议会,其地位的改变体现在以下几方面:第一,议会立法的独立性增强,除了在预算超支这一极其特殊的情形外(德国基本法第113条),议会立法不依赖于政府的同意。第二,议会对于立法权的垄断,主要是因为“在民主秩序的框架中,立法是政治意志形成的形式……这些发布命令的规则应该具有民主正当性,并且应该在民主的程序中被制定出来”。联邦议会不仅因为民主选举而具有组成上的民主性,其内部结构与审议过程还具有足够的公开性,因而“基本法的民主秩序中,立法与联邦议会之间的关系是紧密相连、不可分割的”。<sup>[21]</sup>据此,立法权的禁止委托与法规命令制定须经议会法律授权便是顺理成章的推论,而德国基本法第80条规定的行政法规(Rechtsverordnung)只能被解释为执行性立法,其制定需要法律的授权,并且授权法必须遵守一定的形式要求。第三,议会不仅是立法者,还是政府的创建机关和控制机关。其创建功能体现在依据德国基本法第63条第1款选举政府首脑即联邦总理上,并且议会还可以依据德国基本法第67条通过建设性不信任投票罢免总理。其控制功能是通过联邦总理进行的,总理代表议会的意志,而非自己所在党团的意志,而政府又对总理负责,总理是议会与政府之间的信任媒介。<sup>[22]</sup>

[16] Vgl. Hans Schneider, Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, in: Josef Isensee (Hrsg.), Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 3, 1988, Rn.51, 53-55.

[17] Vgl. Hans Schneider (Fn.16), Rn.64-65.

[18] 参见黄卉主编:《德国魏玛时期国家法政文献选编》,清华大学出版社2016年版,第17页。

[19] Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.7.

[20] [德]康拉德·黑塞:《联邦德国宪法纲要》,李辉译,商务印书馆2007年版,第100页。

[21] 同上注,第393、394页。

[22] Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.95 ff.

这一变迁彻底打破了二元制下君主与人民、行政与立法、国家与社会的对峙关系：第一，人民主权原理下，人民缔造宪法并分配国家权力，这就打破了君主与人民的对立。第二，行政权不再享有默示的权力推定，仅享有宪法所分配的和立法承认的权限，议会立法并不是政府权限的限制，而是政府权限的来源，这就打破了行政与立法的对立。第三，议会不再代表相对于国家的社会利益，而开始平衡并实现多元利益。社会开始整合入国家，表现为市民的参与请求权和给付请求权，也表现为宪法确立的社会国家原则，国家承担通过税收调控和福利给付实现分配正义的任务。<sup>[23]</sup>这就打破了国家与社会的对立。

### （三）小结

立宪君主制下二元制宪法构造中君主主权与人民主权并立对峙，行政权具有法律授权以外的正当性来源，法律保留的范围有其内在极限，只能使自由与财产免受无法律授权的侵害，此即侵害保留。高扬人民主权的基本法打破了二元制构造，一切权力来自人民意味着民主立法成为法律正当性的唯一来源，这也消除了法律保留范围内在的限制，为全面保留理论提供了宪法前提。

## 二、全面保留理论的基本界定

与宪法构造变迁相呼应，全面保留理论的一些基本界定也发生了变化。目前学界对全面保留的认识停留在“一切之行政行为，包括给付行政，有关其应给付之对象、给付要件以及给付额度与条件等重要事项，都应受此民主立法者意思之支配、引导与规范”<sup>[24]</sup>，这种理解只是把法律保留的领域从干预行政扩张到了给付行政，无法反映全面保留理论的丰富意蕴。在耶施看来，法律保留意味着“某一在法律之下的国家行为所确定的内容仅在该国家行为基于法律而被发布时方始合法。或者说，某一事务领域仅能被由法律或者基于法律授权的法律之下的某一国家行为合法地调整(regeln)”<sup>[25]</sup>。而所谓全面保留就是指“行政对立法的全面依赖：非经法律授权的行政活动不能合法地进行”<sup>[26]</sup>。结合其他相关表述，全面保留理论可以从以下两方面加以界定。

### （一）法律保留的“法律”

德国公法史上对于法律保留的理解长期依赖双重法律概念理论。该理论是19世纪国家法学的通说，拉班德(Paul Laband)据此解决了1850年普鲁士宪法面临的立法权分配危机。这部宪法第62条规定立法权由国王和议院共享，但第45条又赋予了国王发布“执行所需的”法规命令的权力，双重法律概念为区分法律与法规命令提供了指引。<sup>[27]</sup>要言之，形式法律指所有的无论是什么内容的议会行为，<sup>[28]</sup>与之相对应的形式意义上的立法则是一种得到国王和议会代表同意的国家意志的表达，<sup>[29]</sup>因而形式法律可以包含不具规范性的乃至与法无关的内容，如预算计划、贷款的接受、捐赠以及授权。由于形式法律概念不具有可辨识的内容，法律保留的范围划定只能依赖实质法律概念。顾名思义，这种法律概念强调的是规范内容而非制定程序，因而更具历史性，其超越了立宪主义的国家形式与人民代表的同意，所以被拉班德定义为“法规(Rechtssatz)的表达”“法

[23] Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.172 f.

[24] 见前注[2]，翁岳生书，第180页。

[25] Dietrich Jesch (Fn.4), S.30.

[26] Dietrich Jesch (Fn.4), S.34.

[27] Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2.Aufl., 1981, S.220 ff.

[28] Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.9.

[29] Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde (Fn.27), S.230.

规具有法拘束力的要求”，这种等同大致是学界的共识。<sup>[30]</sup> 所谓法规是德国公法上颇具特色的术语，法规是法规范的下位概念，所谓法规规范强调的是规范的拘束力。法规在默克尔-凯尔森(Merkel-Kelsen)的规范力层级中囊括所有具有法拘束力的存在，包含作为一般—抽象法规范的法律，也包含作为个别—具体法规范的行政行为与司法判决。<sup>[31]</sup> 但通说中的法规是可以成为司法裁判依据的法规范，这就剔除了个别规范，也剔除了虽属于一般规范但在传统学说中不能拘束法官的法规命令，<sup>[32]</sup>但可以包含被形式法律概念所拒斥的习惯法。

实质法律概念承担了划分议会立法权与政府命令支配权的功能，<sup>[33]</sup>故其含义依赖特定的历史情境，也依赖论者的国家法学观与政治立场。其定义大致可以归为三类。

第一类是拉班德与耶利内克的定义，主张法规的内容由法的目的决定，而法的目的是“分界”，即划分法主体之间的意志领域。“（法规）通过人类社会性共同生活中的限制和边界确定了个体的自然行为自由”，<sup>[34]</sup>“（法规）必须设置新的具有拘束力的法，也就是规定未被既存的法秩序所包含的、国家与臣民的权利与义务”。<sup>[35]</sup> 这一定义主要强调法规调整的关系。拉班德与耶利内克都是国家法人说的主张者，国家被拟制为一个法人，则类比私法构建国家与人民之间的权利义务关系就成为可能，这一法规概念界定的议会立法权活动范畴窄于形式法律概念的范畴，预算法因此就属于纯粹的形式法，其制定权限不由议会独享。第二类是安许茨、赛德尔(Seydel)的定义，“法规的本质在于其对一般的个人自由，特别是私有财产规定了范围和限制”<sup>[36]</sup>，如此则将法规的内容与“自由-财产公式”相联结。可以通过对实定宪法的解释而获知自由与财产的具体范围，进而划定需要人民代表参与的立法的范围。<sup>[37]</sup> 实质性法律是“涉及个体的自由或财产的规范”<sup>[38]</sup>，而安许茨与赛德尔主要是将“涉及”理解为侵害，将“个体”限缩在臣民或市民的范围，将对国家课予保护性义务的规定、与市民自由与财产无涉的规定以及公职人员内部的纪律规定都排除在法规之外，此时的法律保留内涵就是侵害保留。<sup>[39]</sup> 第三类是托马(Thoma)、迈耶(Mayer)等人的定义，即将法规定义为具有抽象性与一般性的法规(Rechtsregel)。所谓抽象性指的是规制内容的抽象，一般性指的是适用对象上的普遍与平等。<sup>[40]</sup> “所谓法规，就是针对普遍性标准构成之要件所指向的所有人，告诉他们应当怎么做才是合法。”<sup>[41]</sup> 据此逻辑，立法与行政之间的界限就在于是针对一

[30] Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde (Fn.27), S.226 f.

[31] 参见[奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，商务印书馆2017年版，第204—208页。

[32] Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.24.

[33] Vgl. Georg Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887, S.254.

[34] Paul Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band 2, 4.Aufl., 1895, S.67.

[35] Georg Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887, Freiburg, S.241.

[36] Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Ordnungsrechts nach preußischem Staatsrecht, 2.Aufl., 1901, S.169.

[37] Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde (Fn.27), S.271.

[38] Meyer-Anschütz, Deutsches Staatsrecht, in der Enzyklopaedie der Rechtswissenschaft, Holtzendorf und Kohler(Hrsg.), Band 4, 7. Aufl., 1914, S.154.需要注意的是，尽管“涉及(betreffen)”看似是一个较具开放性的概念，但安许茨将其限定为“命令与禁令(Gebot und Verbot)”，即理解为“侵害”。Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde (Fn.27), S.272.将“涉及”与“侵害”相等同可算是当时的通说性理解。Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.146, Fn.210.

[39] Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde (Fn.27), S.271, 273, 277.

[40] Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.24.

[41] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band 1, 3.Aufl., 1924, S.66.

般一抽象的事务还是具体一个别的事务,此时的法律保留就是抽象规则制定权的保留。<sup>[42]</sup>

在立宪君主制时期,实质法律概念的范畴划定了法律保留的范畴,但在基本法下沿用实质法律概念来理解法律保留的“法律”显然不妥。最直接的原因在于,无论采取哪一种立场都无法排除习惯法,而这显然与德国基本法第122条相抵触。此外,拉班德的实质法律概念还包含了法规命令,如果采取这种界定,法规命令也会被视为“法律”,这就与拘束行政权的初衷相违背。德国基本法第七章“联邦立法”规定了联邦与各州的立法权,依据德国基本法第76条、第77条、第78条制定并发布的规范即为议会法律。但这种定义只说明了法律的发布机构和发布程序,未能揭示更具本质性的特征。

耶施将“法律”理解为“民主的法律概念”,强调法律的制定机关必须是由人民代表组成的议会,“在保留领域必须存在作为行政活动基础的议会行为,第一次性的国家行为应由议会作出,之后才是二次性的、依赖于议会行为的其他国家行为”,<sup>[43]</sup>但相较于形式法律概念,民主的法律概念存在实质性的价值诉求,即“致力于个人领域的自我保护并限制政府权力”,体现在内容上就是“行政仅能基于法律才得以干预自由与财产,干预可能性的范围必须经由相关人,即人民代表亲自确定”。<sup>[44]</sup> 综上,这个定义吸收了形式法律概念对于制定机关和制定程序的要求,又吸收了以安许茨为代表的实质法律概念在内容上的要求。

## (二) 一切行政活动的法律保留

依据行政机关是针对具体事件进行个别处理,还是针对范围或数量不特定的事件或公民发布具有抽象性和一般性的规则可以区别行政行为与法规命令。<sup>[45]</sup> 据此就有一般规范的法律保留与具体行为法律保留的区分,但对于法规的不同立场会影响对这一区分的接受度。

如上所述,如采取迈耶的立场将一般性与抽象性视为法规的本质属性,就会产生法律的法规创造力与法律保留的区分,前者要求一般规范的创制权由议会垄断,后者要求侵害自由与财产的具体行为应有法律依据。<sup>[46]</sup> 如此,法律保留的对象便被限缩为具体行为。但如采取安许茨的立场,着眼于内容界定法规,则行政机关也可制定可针对不特定人群反复适用的抽象规则。法律保留的对象是对自由与财产的伤害,无论其是具体行为还是一般规范,<sup>[47]</sup> 如此则法律的法规创造力原理就会被法律保留原理吸收。<sup>[48]</sup> 这种区别在当时没有引发大的争论,原因大致在于给付行政的作用范围非常有限,以及内部与外部的二元思考又影响深远,即使是迈耶也延续了这一思考框架,其行政法总论中并未处理组织法规范法律保留的问题。但在当代,迈耶式的法律的法规创造力原理与安许茨式的对一般规范的法律保留在非侵害行政领域就会出现差异,如无涉自由与财产侵害的给付规范和无涉国家与公民关系的组织性规范是否经由法律或基于法律的授权才得发布,迈耶式的立场与安许茨式的立场势必会得出不一样的结论。

耶施认为,立宪君主制时期法律保留的目的首先是拘束行政机关的法规命令制定权,“侵害保留指向的法制定领域的权限规则并不包含以个别行为侵害自由财产的保留”,<sup>[49]</sup> 个别行为法律保留的依据为基本权利,但是先于宪法的授权和习惯法授权就足以成为侵害行为的基础。个别行为

[42] Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde (Fn.27), S.263.

[43] Dietrich Jesch (Fn.4), S.33.

[44] Dietrich Jesch (Fn.4), S.29.

[45] 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181页。

[46] 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—111页。

[47] Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.31.

[48] 参见黄宇晓:《也论法律的法规创造力》,载《中外法学》2017年第5期,第1332—1333页。

[49] Dietrich Jesch (Fn.4), S.156.

法律保留是立宪主义运动后来发展的产物,直到1878年才由拉班德和劳特胡德(Leuthold)提出,并将对个别行为的侵害保留上升到“法治国本质要求”的高度。<sup>[50]</sup>自此,侵害保留既包含法规命令,也包含个别行为,既有权限分配的功能,也有保护自由与权利的功能。这种理解一直延续下来,并先后被魏玛共和国和联邦德国继承。因此,全面保留理论之所以指向包括具体行为与一般规范的全部行政活动,不仅可以归于主张者所秉持的民主主义立场,也有学说史上的渊源。

### (三) 小结

基于对双重法律概念的扬弃,全面保留理论从形式和实质两个角度出发,将“法律”界定为民主立法机构制定的、致力于保护个人领域并限制政府权力的规范。因为这一界定不以一般性与抽象性为法规的实质特征,因此无须区分对具体行为和对一般规范的法律保留,全部行政活动都需要有法律授权才得进行。

## 三、全面保留理论的核心主张

宪法构造的变迁使得有必要对侵害保留说进行反思与扬弃。一方面,对自由和财产的侵害保留仍然可以维系,但是授权的形式和种类需要限定与细化;另一方面,法律保留如果只限于侵害保留显然也过于局限。全面保留说的主张者认为,可以从基本法确定的人民主权原理中推导出议会国家权力配置中的核心地位。<sup>[51]</sup>此即意味着议会立法对行政活动的全面支配,相较于立宪君主制时期的侵害保留说,全面保留说的核心主张可以归纳为以下三点:法律保留的范围扩张至特别权力关系领域与给付行政领域,并以个别授权取代概括授权。

### (一) 特别权力关系领域的法律保留

结合上述对于立宪君主制下二元制宪法构造的阐述,特别权力关系免于法律保留是题中之义。因为特别权力关系属于国家的内部领域,这一领域并非法律领域,故无须以法规的形式进行规范(Regelung),也无须以法律授权即可采取个别行为。迈耶对此有精到的概括:“行政机构利用关系的秩序有意不显示法治国家的特点,它拒斥法规和行政行为。”“为了证成这种行政机关不受限制的权力,一方面以自愿服从为论据,但这一论据并不能在所有领域适用。行政机构概括性的权力基础在于(个体)加入机构‘禁区’的事实,并且自动臣服于一种‘家政权’。”“因而对自由与财产的侵害无需法基础,可以完全基于以行政方式发布的指令。”<sup>[52]</sup>

基本法打破了这种内部与外部、法与无法的二元对立,“行政成为真正意义上的执行权,有利于行政的权限推定不复存在”,<sup>[53]</sup>作为法律真空地带的特别权力关系无法维系。但这并不意味着它被完全消灭,只是意味着特别权力关系不再是一种异质性的元素游离在宪法与法律之外,而是通过宪法和法律的承认被纳入法秩序之中,并由于其自身的特殊性可以在法适用上进行一定的变通,如基本权利在其中的行使存在内在限制,以及其中的行政机关享有更强的裁量自由等等。

耶施不仅主张将特别权力关系纳入法律保留的范围,还主张在对授权法的认定和解释上进行类型化的处理。首先,因为拒斥实定法外的权力推定,习惯法不能认为是授权基础。其次,概括授权也不可采,因为基本法中并不包含对特别权力关系的授权规定,不能将基本法中提及特别权力

[50] Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.163 f.

[51] Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.173.

[52] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band 1, 3. Aufl., 1924, S.284.

[53] Dietrich Jesch (Fn.4), S.211.



关系的条文,如第33条规定的公务员,第17条规定的兵役,第7条提及的学校与第104条提及的拘禁解释为授权法。同理,只是提及特别权力关系的法律也不能被解释为授权法。最后,机构章程可以包含授权规定,但也要区分制定机关。要言之,如果该章程是地方议会制定颁布的,则满足了法律保留的要求;如果该章程是行政机关制定的,则要看该行政机关是否得到法律授权,这就转化为一个立法授权的技术问题;如果该章程的制定得到了被约束对象的知情同意,也可以认为该章程合法有效。但这只适用于那些可以自由加入的机构,加入这类机构才可以被理解为自愿接受该机构中规则的约束,并且认同机构对自身自由和财产的侵害具有必要性与合目的性。<sup>[54]</sup>

## (二) 给付行政中的法律保留

法律保留在给付行政中的扩张更多是社会变迁的要求,自由治国向社会法治国的转变强调了生存照顾与国家给付。但是否应当将给付行政纳入法律保留的范畴还需要在规范层面进行说明。全面保留理论的特点在于论据的选择与对授权密度的控制。

全面保留理论将给付保留的必要性植根于以议会为中心的宪法结构,“议会授权的必要性来自议会在国家机关中作为最高机关的地位……议会的领导地位同样适用于行政给付。基于这样的宪法结构,议会以给付和受益的形式分配引导和控制任务”。<sup>[55]</sup> 相较于当时其他试图通过对于“侵害”或者“自由与财产”进行扩张解释以容认给付保留的主张,全面保留说的立场直接诉诸宪法,最为彻底。如伊姆博登(Imboden)坚持侵害保留的立场,但因为受益与课负至少因为税收存在联结,即“在当代的社会性经济国家中,对某人的受益或资助同时也意味着对他人或直接或间接、或明或暗的负担”<sup>[56]</sup>,故可以以侵害为媒介,将给付行政纳入法律保留的范畴。但在耶施看来,这一解释与侵害保留的历史形态相违背,也无法解释为何历史上运用税款进行的给付无须法律授权,故而并不可取。<sup>[57]</sup> 又如鲁普(Rupp)则是试图对“自由”进行重新界定,主张随着个人对于国家给付依赖性的增强,如果把给付视为国家单方面的施舍,那么个人就会陷入不自由,故而应赋予个人以给付请求权,以冲抵这种不自由的状态。如此则可以以自由为媒介,将给付行政纳入法律保留的范畴。<sup>[58]</sup> 耶施认为这种从事实中推导出规范要求的逻辑并不可取,这一逻辑也无视了历史上“自由”这一概念的封闭性。<sup>[59]</sup>

全面保留理论对给付行政领域的授权法进行了类型化的处理。耶施将给付分为三类,分别对应不同的授权技术。第一类是对国家自身领域的给付,也就是对国家机构运行的拨款。对此只需给付预算计划,无须另行的法律授权。第二类是通过运用上述拨款以外的资金对个体或者团体进行金钱受益,这就是所谓的资助。第三类则是广义上的给付,比如负担性行政行为的撤销以及禁止规定的废除,这类情形主要是法律优位的问题,法律保留的问题并不突出。故而对于授权技术的详细分析集中在第二类情形中。<sup>[60]</sup> 据其分析,当时在资助类型的给付领域法律保留可以分为四类。第一种详细规定了给付目标、条件和形式的制定法授权与第二种只规定可运用的经费总额、将资助条件和资助对象委诸行政判断的制定法授权都满足法律保留的要求。前一情形中相对人甚至享有要求给付的请求权,后一情形中尽管授权不够详尽,但也可以满足法律保留的要求,这

[54] Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.208 ff.

[55] Dietrich Jesch (Fn.4), S.205.

[56] Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 38, Basel 1954, S.41 f.

[57] Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.200 f.

[58] Vgl. Rupp Hans Heinrich, Verwaltungsakt und Vertragsakt, DVBl, 1959, S.81.

[59] Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.204.

[60] Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.184,178.

主要是因为议会已经通过立法履行了其引导和控制的职责,只是因为具体资助规定非常依赖给付对象的具体情况,议会难以做出一般性的决定。<sup>[61]</sup>第三种通过预算计划而非特别立法确认经费总额和给付目标的授权与第四种通过不具备法律形式的、也不属于预算计划的决议形式进行的授权都不满足法律保留的要求。这是因为预算与决议都不具有规范性质,不属于法律渊源,<sup>[62]</sup>并且过于空洞,不能为给付的权限分配提供标准。<sup>[63]</sup>综上,是否可以满足法律保留要求的关键在于规范的法律形式,而内容上的明确性则可以因为给付行政的特殊性而适当放宽。

### (三) 授权法的明确性与可预见性

宪法结构的变迁当然影响对于授权法的要求,立宪君主制下的法律保留只是要求形式法意义上的授权,不受种类和范围的制约,这就潜藏着掏空法律保留原则内核的危险。德国基本法第80条第1款正是针对这一问题,基于立法权对行政权的统率,授权规范应以法律的形式做出;为了对基本权利进行充分保护,授权法应满足明确性与可预见性的要求。

所谓明确性指对于法规命令授权的目的、内容与范围应当明确,也就是为法规命令的制定提供可供遵从的依据。而德国联邦宪法法院对明确性的审查可能是依据法律文本本身,明显宽泛的授权会被宣布无效,如联邦宪法法院1951年的“西南州判决”指出,关于延长两个州议会选举期的法律包含有颁布“执行(法律)所必要的行政法规”的授权,这一授权缺乏明确性,因而是无效的。<sup>[64]</sup>但是,即使授权法文本的规定比较概括,如果能从对法律文本的解释中推知授权的目的、内容与范围,这一授权也可满足明确性要求。<sup>[65]</sup>举例而言,1952年1月7日的《贸易和工业投资援助法》授权联邦政府向企业募资以成立支持工商业复兴的投资援助基金,“在适用一般评估基础或一般募资比例将导致过度和不合理的负担的情况下”,授权政府制定变通执行的法规。德国联邦宪法法院认为,“消除过度和不合理的负担”是该授权立法的目标,同时“过度和不合理的”这种程度性的说明划定了授权立法的范围,因此,该授权立法满足明确性的要求。<sup>[66]</sup>“价格法判决”中也指出,“当(授权)内容与目的可以从法律中或者从事物的本质中得出,范围可以由专家鉴定和行业组织的评估加以限定时,明确性的要求也能得到满足”。<sup>[67]</sup>

所谓可预见性指行政机关依据授权在特定领域对国民实施的干预是可预测的、可度量的,从而为法院提供合法性审查基准。因此授权法应尽量避免“空白授权”,也尽量减少不确定法律概念的使用。<sup>[68]</sup>这一要求是从司法审查的立场出发的,其宪法基础在于德国基本法第19条第4款,为了实现对基本权利充分的司法救济和对行政权无漏洞的控制,行政权的发动应当受到由法规范明确的侵害要件的限定和拘束,此时问题转化成了行政裁量的容许性及边界。<sup>[69]</sup>“每一裁量规范都

[61] Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.227.

[62] Vgl. Heckel, Johannes, Die Verwaltung des parlamentarischen Budgetrechts und seine Ergänzungen, HDSrR, Band 2, S.391. Dietrich Jesch (Fn.4), S.227.

[63] Vgl. Otto Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDSTRL. Heft 12, S.63.

[64] Vgl. BVerfGE 1, 14(17).

[65] Vgl. BVerfGE 2, 307(335 f.).

[66] Vgl. BVerfGE 4, 7(22).

[67] BVerfG, NJW 1959, 475(475).

[68] Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.219.

[69] 司法审查是依法律行政原理的保障,通常是在司法审查的意义上论及行政裁量与依法律行政原理的联系,“行政机关受到法律的授权而作出的政策性行政性判断就被称为裁量行为,反之则为羁束行为。在裁量不受法律严格约束的意义上,可以说,行政(自由)裁量论是‘依法律行政原理’的例外”。“行政裁量概念的产生本身就是与司法审查密切关联的。”王贵松:《行政裁量的构造与审查》,中国人民大学出版社2016年版,第23页、第32页。耶施将裁量规范与授权立法规范都理解为议会对行政机关的授权,可视为其不区分法律保留与法律的法规创造力的一个体现。

是授权规范,在符合要件事实的前提下,行政机关得到授权,‘能够’而非‘必须’采取某一行动。”<sup>[70]</sup>对于侵害行政而言,裁量要件实际上就是授权的“目的、内容与手段”的体现,应当满足可度量性的要求。不确定法律概念也可视为对行政机关的授权,不确定性当然是不可避免的,但是为了保证司法审查的有效性,不确定性的程度应当尽量降低到满足可预见性与可度量性的程度,同理,在解释不确定法律概念方面授予行政机关的“判断余地”也应作为例外。

#### (四) 小结

基于以议会为中心的宪法结构,全面保留理论认为特别权力关系领域与给付行政领域的行政活动同样需要实行法律保留,即使容许行政机关依授权立法,授权法也应满足明确性与可预见性的要求。考虑到特别权力关系与给付行政的特殊性,规范密度可以依据具体情况而适度放宽。

## 四、全面保留理论的影响与局限

全面保留理论最突出的创见在于相对于法律保留的法治国面向突出了法律保留的民主性面向,也就是通过对宪法结构变迁的梳理,抽离出一条“以民主保卫自由”的线索,契合了战后反思纳粹暴政,改造形式法治国理念的趋向。尽管全面保留理论自有的局限性使其无法全部落实于实践,但是其精髓被重要性理论吸收并持续发挥影响力。

#### (一) 全面保留理论的影响

全面保留理论是对当时现实需要与理论难题的回应。基本法重构了宪法秩序,以自由-财产公式为内容的实质法律概念不能承载责令行政机关遵守法律、保护公民权利的功能,也无法消灭行政机关不受法律拘束的权限。<sup>[71]</sup>因此,需要反思法律的概念,并调整法律保留原则。

全面保留理论对此的回答就是高扬民主性的理念,强调法律概念中的制定机关与制定程序,从而将法律保留的领域拓展开来,对行政活动加以无漏洞的统制。这在当时有相当的开拓意义,相较于默克尔的阶层理论,全面保留理论强化了法律保留的民主性面向,并将民主性的根基放置在宪法结构变迁的视野中而非法政策学的意义上,<sup>[72]</sup>使得民主原则在法律保留理论中复苏,同法治国原则一道成为法律保留的理论基础。法治国原则认为法律的可预期性可以产生对行政机关和臣民的双重拘束力,在前者体现为厘清职权范围,在后者体现为提供“应当做某事”与“容许做某事”的预期。所以,“当关于公民的某事应被一般性地规定时,应当以法律的形式规定;当行政意欲以高权形式与个体相互对峙时,也应以法律的形式规定”。<sup>[73]</sup>依据欧森布尔(Ossenbühl)的研究,法治国原则与民主原则同为法律保留的两大宪法支柱,但二者在宪法史不同阶段中的作用和重点不同,法律保留原则中的民主要素曾在三月革命前的宪法中占据主导地位,但法治国要素后来居上,民主要素在二战后的重要性理论中才逐渐得以复兴。<sup>[74]</sup>全面保留理论显然是这一复兴的重

[70] Dietrich Jesch (Fn.4), S.224.

[71] Vgl. Hans Heinrich Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehr, Aufl. 2, S.113.

[72] 耶施认为,在关于基本法第20条第3款“立法应遵循宪法秩序,行政和司法应遵守正式法律和其他法律规范”的解释中,法治国理论与民主理论会引致不一样的结论,阶层理论只能得出法律优位的要求,但不能得出法律保留的要求,如果要把这一条视为法律保留的宪法渊源,只能得出全面保留的结论。Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.188 ff. Hans Heinrich Rupp (Fn.71), S.130.

[73] Ernst-Wolfgang Böckenförde (Fn.27), S.324.

[74] Vgl. Fritz Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Josef Isensee (Hrsg.), Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 3, 1988, Rn.35 - 39.

要推手,雷普希思(Leipsius)高度肯定了全面保留的这一承继地位,“发展于立宪君主制时期的德国行政法必须首先以第二种构建路径(即民主的路径)达至成熟并采取议会民主的学说。结果就是概念更新,即从法治国的法律保留到民主的法律保留”。<sup>[75]</sup>

尽管德国联邦宪法法院所持的立场距离全面保留的要求仍有一定距离,但全面保留理论并未因此失去影响力。一方面,其民主性要素在后来的重要性理论中有所体现。“重要性理论同议会保留具有同构性,议会保留通过重要性理论得以充实,重要的事务由立法者排他性决定。”“(重要事务的)立法权不得委托或授权,议会保留的核心构成了具有拘束力的授权禁止,提供了更强的‘调整密度’。”<sup>[76]</sup>1978年的“核电厂”案的判决即是这一立场的反映,强调了民主原则在法律保留中的构成性地位,“由于其(核能法)对公民的深远影响,特别是对其自由和平等领域以及一般生活条件的影响,以及由于与之必然相关的监管方式和强度,是法律保留意义上的基本和重要决定。只有立法机构才有权做出这样的决定”。<sup>[77]</sup>另一方面,学界关于行政法民主化的讨论近年来日渐热烈,如通过集体诉讼、信息公开请求权、相关人的参与等实现对合法性的补充。但参与民主或者协商民主无法动摇以选举为基础的代议制民主在合法性序列中的最高地位,全面保留将合法性直接诉诸民主立法,无疑更为直接与彻底,故而仍有启发意义。<sup>[78]</sup>

## (二) 全面保留理论的局限

全面保留的观点将行政完全视为法律的执行机关,这对于议会的组织能力与办事效率提出极高的要求,故其贯彻存在现实的困难,以至于这一立场“将民主主义的要求推到极致”“在各国均无实现的可能”。<sup>[79]</sup>但这并非对全面保留理论最切中要害的批评。全面保留的宪法基础在于立法权相对于其他国家权力的全面优位,但这一点并非不言自明,理论界与实务界都对此提出诘难,这种批评动摇了全面保留理论的根基,有代表性的观点大致如下。

### 1. 论证中存在漏洞

耶施的全面保留理论立基于他对人民主权理论的理解,也立基于他对法律概念的改造,而这两点在鲁普看来都存在明显的漏洞。

首先,耶施借助洛克的理论阐述自由-财产公式与人民主权之间的关联,以论证民主立法与保障自由之间的密切联结,<sup>[80]</sup>但鲁普认为这完全是一种德国国家法学者对于英国君主制的误读。“(耶施)将洛克的思想投射在由君主制原则统率的德国立宪君主制的双重宪法秩序中,并且将自由与财产公式奠基其上,但这是洛克的思想中没有也不可能有的。耶施的误解来自对洛克君主特权理论的歪曲,同德国的立宪君主制国家理论不同,洛克并没有把君主特权视为被立宪和自治主义限缩后的诸侯主权的残余,而是相反,视为由人民授予统治(可能不只是君主制统治)的权

[75] Oliver Lepsius, Dietrich Jesch: Gesetz und Verwaltung, 1961, JZ 59(2004), S.350.

[76] Fritz Ossenbühl (Fn.74), Rn.42.

[77] BVerfG, NJW 1979, 359(359).

[78] Vgl. Oliver Lepsius, Dietrich Jesch: Gesetz und Verwaltung, 1961, JZ 59(2004), S.351.

[79] 王贵松:《行政活动法律保留结构的变迁》,载《中国法学》2021年第1期,第135页。

[80] 耶施认为,在洛克的看法中,自然状态下的个体完整拥有不可分割的三种权利:生命、自由和地产(estate),这三种权利都被定义在财产(property)之下。缔结社会契约之后,这些权利也是不可完全废除的。而剥夺的唯一媒介即是被剥夺者的同意,“最高权不得未经同意剥夺财产”,同意被定义为大多数人自己表示的同意,或者被定义为从大多数人中产生的人民代表的同意。人民是国家权力的源泉,并且保有主权,只要国家以宪法的形式存在,立法权就是最高的,因为这是来自人民的权力,其他权力服从立法权,此即法律优位的理论渊源。Vgl. Dietrich Jesch (Fn.4), S.117 ff.

限。”<sup>〔81〕</sup>也就是说,在洛克的原意中,君主特权并不是异质性的东西,而是一开始就来自人民基于信任的委托,秉持这样的立场,“事实上自由主义和民主主义起源于不同的政治基本价值”。<sup>〔82〕</sup>如果民主立法与保障自由并不具有必然的同构性,全面保留也就失去了最有力的论据。

其次,议会保留不等于全面保留,这可以借助事项保留与形式保留这对概念加以说明。<sup>〔83〕</sup>议会保留强调的是保留对象,只要将应保留的事项范围交由议会决定即可,无论其决定形式是形式法律还是决议。全面保留侧重保留形式,即以形式法律作为保留方式,原则上就排除了议会决议,这是因为尽管都由代表机构做出,但立法程序相较于决议程序更能保障法律内容的科学与民主。这在鲁普看来也并不可取,“耶施将‘立法’理解为规范制定。不能就此得出结论,认为耶施看来必需的议会授权就是法律并且仅能以法律的形式做出,这种对于法律概念的全新理解不符合任何一种学说”。而且这种议会只能以法律形式进行授权的立场也不能从宪法中得到实证,还会阻碍对于德国基本法第80条第1款的解释,“除非将宪法拆解开来理解——而这正是耶施的立场,人们才能主张,议会对于行政所有可预期的‘授权’仅能以法律的形式进行”。<sup>〔84〕</sup>总之,即使承认议会优位,也不能理所当然推导出议会只能以形式法律的方式授权行政机关。

## 2. 功能主义分权理论

如果认为权力分立传统理论的最终归宿是保障自由,<sup>〔85〕</sup>那么即使耶施主张议会优位,其理论底色也是这种传统的自由主义。<sup>〔86〕</sup>但基于保障自由的形式主义分权理论遭受基于宪法整体性的功能主义分权理论的冲击,则以此为基础的全面保留理论也就面临挑战。

黑塞(Hesse)从功能的角度理解权力分立,“(权力分立)更主要的还是一个对于国家诸项功能、对于受其委托实现这些功能的国家机关,以及对于体现在这些机关中的现实政治势力的适当决定与配置的问题”。所以具有决定性的是意图处理的任务,依据任务性质决定更适宜以何种功能应对,“恰当地完成国家任务不允许划出某种僵硬的边界”。<sup>〔87〕</sup>立法、行政、司法都是为了保障法秩序、完成各种国家任务的基本功能,彼此之间不存在本质意义上的区分,只存在活动类型上的区别,国家机关的结构、组织、人员的配置是为了适合其行使的基本功能而配置的。这种功能主义分权理论显然拒斥议会权力的支配地位或者有利于议会的权力推定,否则作为宪法秩序之本质性内容的权力均衡就有被打破之虞,如此,全面保留自然不能成立。欧森布尔也认为全面保留所立基的宪法基础经不起推敲,“现在已经公认,行政权既具有其独立的民主合法性,也具有独有的‘行政自身责任的核心领域’,联邦宪法法院重申,反对‘以全面的议会保留为形式的权力一元论,这是对民主原则的误读’,并强调‘行政自身责任’”。<sup>〔88〕</sup>施纳普(Schnapp)甚至主张所谓的行政保留,认为德国基本法的任务与权限分配秩序中不存在任何一种“机构主权”,基本法第20条第3款所规定的议会立法优位并不能推导出议会至上或者议会全权,议会立法的优位只意味着法律在所规范的领域处于效力上的优位,但不意味着在所有的领域都有同样的拘束力,议会优位将位阶问题与

〔81〕 Hans Heinrich Rupp (Fn.71), Fn.92, S.137.

〔82〕 Hans Heinrich Rupp (Fn.71), S.138.

〔83〕 Vgl. Fritz Ossenbühl (Fn.74), Rn.40.

〔84〕 Hans Heinrich Rupp (Fn.71), S.134.

〔85〕 见前注〔20〕,康拉德·黑塞书,第378—379页。亦可参见张翔:《国家权力配置的功能适当原则——以德国法为中心》,载《比较法研究》2018年第3期。

〔86〕 耶施认为洛克的自然状态理论即包含有民主立法优位的因素,详见前注〔80〕。

〔87〕 见前注〔20〕,康拉德·黑塞书,第380、382页。

〔88〕 Fritz Ossenbühl (Fn.74), Rn.18.

权限问题混为一谈,是对基本法的误读。<sup>[89]</sup>

1984年的“核武器部署案”中德国联邦宪法法院否认了全面保留,采取了功能主义权力分立理论的立场,认为对外交政治和防御政治类事项的评估和判断是专属于联邦政府的权限,法院只能审查裁量其是否构成“一目了然的恣意”。德国基本法既不承认全面法律保留,也不承认将所有“客观重要”的决定都划归给立法者的权限推定。所以在这类政治领域,议会不能基于民主原则或因为“该决定的意义和范围涉及整体国家”而享有推定的立法权,相反,其立法权局限在基本法明文规定的情形中。<sup>[90]</sup>后来的判决也大致沿用了这一立场。

### 3. 以违宪审查为特征的实质法治国理论

基于对法律实证主义和对纳粹暴政的反思,实质法治国概念在二战后逐渐开始凸显其重要性,博肯弗尔德(Böckenförde)认为,“实质法治国概念所展现出的特征是,国家权力首先与某些最高位阶的法律原则或法律价值相联结,国家活动的重心,首要的是注重确立实质正义的法律状态,而非形式上对自由的保障”。<sup>[91]</sup>既然宪法中规定的“客观价值秩序”或超实证的正义原则对所有国家权力都有拘束力,那实定法律与议会立法权也要被放置在宪法之下接受合宪性控制,再主张立法权的优位与议会的统帅地位就会显得不合时宜。

事实上,近年来“法律逐渐失去其这一特质:即作为能够自证的、可以设定目的并且可以创造法的规范”。也就是说,当下的法律已经逐渐不同于奥托·迈耶的认识,“当代法律已经不再具备不可毁灭性,也不再能基于自身而适用”。创造法和设置目的不再是立法者的自主选择,而是立法者对于宪法的执行,从这一角度来看,“法律因此获得了执行的特性,它(只是)在制定法的国家行为的体系中取代了法令的地位。法律自行创造法的(旧)功能——在某种意义上是自证的——被转移到宪法中,并在适用上受宪法拘束。宪法不再作为立法者自主决定适用法律的‘排除一构成性’框架秩序出现,而是作为国家本身的基本法律秩序,即使宪法是零散的、以原则形式制定的,也需要法律来具体化和执行实现”。联邦宪法法院是实质法治国理念的践行者,以合宪性审查的方式对立法者的权力施加实质控制,“法律概念的这种变化是由议会立法国家向宪法实施的司法国家过渡的表现和体现。法律不再主要由立法机构负责,而是由法院负责……但毫无疑问,它限制和约束了宪法中必然与人民代表的立法权有关的民主原则”。<sup>[92]</sup>

总之,在博肯弗尔德的认识中,有别于19世纪的情况,基本法下所有国家权力机构都是依据民主原则建构并控制的,既然议会不再是民主原则最优的或者唯一的承载者,运用重要性理论而非全面保留来划定法律保留的范围就是更好的选择,此时具有法规制定权限的行政权也是民主的,只不过并非议会民主。

### (三) 小结

全面保留理论呼应了以基本法为标志的宪法构造变迁,高扬民主性的理念,促使民主原理与法治国家原理共同成为法律保留理论的两大基础,影响了后来的重要性理论与德国联邦宪法法院系列判例中的立场。然而,议会民主在民主合法性序列中的绝对优先以及立法权相对于其他国家权力的全面优位并非不言自明的前提,全面保留理论也因此受到质疑,难以完全贯彻于现实。

[89] Vgl. Friedrich E. Schnapp, Der Verwaltungsvorbehalt, VVDSTRL. Heft 43, S.181 f.

[90] BVerfGE NJW 1985, 603(603, 610).

[91] [德]恩斯特-沃尔夫冈·博肯弗尔德:《法治国家概念的形成与发展》,载[奥]汉斯·凯尔森等:《德意志公法的历史理论与实践》,王银宏译,法律出版社2019年版,第135—136页。

[92] Ernst-Wolfgang Böckenförde (Fn.27), S.401 f.

## 五、结 语

法律保留原则既关乎基本权利的保障,也关乎立法与行政的权限分配,因而不可能逸脱于实定宪法独自存在。相应地,法律保留原则的内涵、功能、范围也会随着宪法构造的变迁而嬗变。侵害保留理论诞生于立宪君主制时期,植根于君主与议会的对立关系,行政权作为君主权的延伸,具有独立于议会立法的正当性,法律只能作为一种行政权的外部界限,对行政权的行使施加“非经法律授权,禁止侵害自由与财产”的诫命。全面保留理论却诞生于人民主权在宪法上确立后,行政权由民主宪法创设,不复是异质性的东西,法律不再是行政权的外部界限,而是行政权的行使根据。如此,法律保留的要求扩张至特别权力关系领域与给付行政领域,并对授权的明确性与可预期性提出较高要求,也就是题中之义。当然,全面保留理论将行政完全视为对法律的执行,这与基本法的安排未必全然符合,也忽视了行政权行使方式的多样性。但行政民主化与法治化本身即是发展的方向与努力的目标,行政活动灵活权变的特点与民主化的要求并不矛盾,故而后来通行于德国公法学界的“重要性理论”也可认为是对全面保留理论的修正与继承。全面保留理论立基于宪法构造的变迁,促进了法律保留原则的基础更新与概念反思,其承继地位值得重视,其对本土研究亦有启发。

---

**Abstract** In contrast to the constitution of the constitutional monarchy, the German Basic Law established the principle of popular sovereignty and restructured the relationship between the State and the people. The doctrine of total reservation is based on this change in the constitutional structure and asserts that, since the people create the constitution and distribute the powers of the State, the parliament enjoys supremacy and the executive power is fully dependent on the legislative power. Therefore, it requires that the statutory reservation be extended to the areas of special power relations and the supply administration, and that the delegated legislation be clear and predictable. This theory, which promotes parliamentary democracy to the extreme, has been attacked by the functionalism theory of the separation of powers and the theory of essential legalism, but its democratic elements have been absorbed by the materiality theory and have become influential, playing a role in the lineage of the German theory of statutory reservation.

**Keywords** Statutory Reservation, Total Reservations, Constitutional Changes, Enact Regulations with Law's Authorization, Administration by Congress' Laws

---

(责任编辑:黄宇骁)