

行政保留研究

门中敬 著

中国社会科学出版社

行政保留研究

门中敬 著

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政保留研究 / 门中敬著. —北京: 中国社会科学出版社, 2019. 7
ISBN 978-7-5203-4566-8

I. ①行… II. ①门… III. ①行政法-立法-研究 IV. ①D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 115425 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 许 琳
责任校对 鲁 明
责任印制 郝美娜

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 <http://www.csspw.cn>
发 行 部 010-84083685
门 市 部 010-84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 环球东方(北京)印务有限公司
版 次 2019 年 7 月第 1 版
印 次 2019 年 7 月第 1 次印刷

开 本 710×1000 1/16
印 张 14.25
插 页 2
字 数 227 千字
定 价 78.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社营销中心联系调换
电话: 010-84083683
版权所有 侵权必究

国家社科基金一般项目（14BFX031）

目 录

引论	(1)
第一章 行政保留的时代背景与理论形态	(11)
第一节 君主立宪时代的行政保留	(12)
第二节 民主法治时代的行政保留	(15)
第三节 行政国时代的行政保留	(19)
第二章 行政保留概念界定中的学理争议及衍生类型	(25)
第一节 宪法位阶与法律位阶的行政保留	(26)
第二节 事实上的行政保留或宽松意义的行政保留	(34)
第三节 规范行政保留与个案行政保留	(35)
第三章 行政保留的理论基础和现实意义	(38)
第一节 全面法律保留之检讨	(38)
第二节 行政保留的理论基础	(49)
第三节 行政保留的现实意义	(58)
第四章 行政保留的宪法基础	(65)
第一节 权力分立原则作为行政保留的宪法基础	(65)
第二节 权力分立原则作为行政保留的宪法基础之检讨	(68)
第三节 功能性权力分工原则作为行政保留的宪法基础	(71)
第五章 德国议会内阁制宪法架构下的行政保留	(74)
第一节 行政与立法的关系及其制度逻辑	(75)
第二节 行政保留的理论建构	(77)
第三节 行政保留的表现形式与制度现状	(86)
第六章 美国总统制宪法架构下的行政保留	(90)
第一节 行政与立法的关系及其制度逻辑	(91)
第二节 三权分立与禁止授权原则	(93)

第三节 行政保留的表现形式与制度现状	(96)
第七章 法国双元首长制宪法架构下的行政保留	(104)
第一节 行政与立法的关系及其制度逻辑	(105)
第二节 自主行政命令权的性质	(107)
第三节 行政保留的表现形式与制度现状	(111)
第八章 我国人民代表大会制宪法架构下的行政保留	(115)
第一节 国务院在行政与立法关系中的职能定位	(116)
第二节 规范行政保留的宪法依据	(130)
第三节 规范行政保留的判断标准	(147)
第四节 国务院自主规范制定权的性质	(157)
第五节 宪法与行政法意义的法律保留之区分	(173)
第六节 职权立法的意义重构	(181)
第九章 我国立法体制的未来发展	(200)
第一节 行政保留的范围问题及制度设计路径	(200)
第二节 立法体制的基本类型与授权立法的界限	(205)
第三节 建立与行政保留制度相适应的法律规制模式	(208)
主要参考文献	(213)
后记	(223)

引 论

正义的许多原则——各得其所、黄金规则、绝对命令、公平原则、宽容要求以及其他等等，被认为超越了一切历史经验，实际上成为一空洞的公式，它们也不存在什么优先规则。这些原则只是在形成中，即它们如何在各自时代背景下展现内容，才具有含义和顺序。我们必须从历史中把握和完成我们今天的使命。

—— [德] 阿图尔·考夫曼

行政保留是“一个与法律保留相对应”^①的概念、原则和理论体系，通常指宪法所保障的特定范围的事务由行政机关自主决定，换言之，指行政机关不受其他国家机关过度侵害的自主空间。^②此种“侵害”，依中国台湾地区学者廖元豪之见解，包括以下三种情形：一是立法机关积极介入某些“法律根本不得予以规范”的领域；二是法律因“规范密度过高”而侵害到行政机关应有的决定空间；三是立法机关以“制定法律”以外的方式（如审议预算、质询、调查或国会议决等）干

① Hartmut Maurer, *Der Verwaltungsvorbehalt*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer: 43 (1985), (Fn. 2), S. 139; Friedrich E. Schnapp, *Der Verwaltungsvorbehalt*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer: 43 (1985), (Fn. 1), S. 184, 5 (2).

② 有关行政保留的定义，请参见 Hartmut Maurer, *Der Verwaltungsvorbehalt*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 43 (1985), (Fn. 2), S. 139; Friedrich E. Schnapp, *Der Verwaltungsvorbehalt*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 43 (1985), (Fn. 1), S. 184, 5 (2).; 林锡尧：《行政法要义》（增订版），（台北）三民书局 1998 年版，第 26 页；陈敏：《行政法总论》，（台北）三民书局 1998 年版，第 144 页；蔡志方：《行政法三十六讲》（普及版），北京大学出版社 1997 年版，第 6 页；黄锦堂：《行政组织法之基本问题》，载翁岳生《行政法》（上册），中国法制出版社 2009 年版，第 257 页以下。

预行政部门。^①

在我国,相较于法律保留,行政保留的概念、原则和理论体系尚处于建构阶段,公法学界对其还很陌生,相关研究也基本处于空白状态。究其原因,一方面,由于长期以来“依法行政”^②难于真正落到实处,建构一般行政保留的概念往往比较困难。另一方面,公法学界基于人权保障的现实诉求和推动民主法治发展的历史责任感,往往会给予法律保留更多的关注,而较少关注到行政保留。

不过,推动民主法治化进程和强化法律保留的制度设计,并不必然意味着行政权应当完全臣服于立法权。因为,在因行政滥权而不断强化“依法行政”的过程中,人们还应当保持相当的理性和清醒的头脑,以防止从“行政不受立法控制”的极端走向另外一个极端——“行政被捆绑住而无所作为”。前世之不忘,后事之师。第二次世界大战后期的德国和第三、第四共和时期的法国,都曾因“立法权高度扩张”和“国会过度规范”的问题,引发了学者们的广泛批评,提倡行政权应有宪法保障的自主地位和空间。^③

职是之故,有学者指出,从以法国为代表的各种议会制的实践来看,当行政权对立法权的依附过于严重时,往往会导致国家权力配置的各种弊端,这些弊端表现形式各异,重则行政部门不稳,国家应对危机的能力低下,轻则行政部门无法为实现特定的社会、经济、政治目标发挥其应有的作用。因此,在近代立宪主义有效地驯服了行政权这匹“野马”后,就不得不重新调整分权政策,适当地维护行政部门的自主性,对议会权力过重予以防范。^④

有的学者认为,行政如果脱离代议机关的监督,将丧失其合法性。况且,我国目前并未驯服行政权这匹“野马”,也不存在“立法权高度扩张”和“国会过度规范”的问题,自然也就不存在行政保留理论的

① 廖元豪:《论我国宪法上的“行政保留”——以行政、立法两权关系为中心》,《东吴大学法律学报》1999年第1期。

② 日本学界称依法行政为“依法行政原理”,通常指所有行政的活动都需有法律上的根据。

③ 门中敬:《论宪法与行政法意义上的法律保留之区分——以我国行政保留理论的构建为取向》,《法学杂志》2015年第12期。

④ 叶勇:《行政保留:现代立宪政体的必要原则》,《澳门研究》第55期。

借鉴引入以及制度建构问题。虽然如此,但也应当注意到,建构行政保留理论和制度体系的根本目的,不是要防止立法权或司法权过度干预行政权,而是要促进行政权的积极作为和国家作用的实现,而当前的现实情况却是,在不断强化“依法行政”和“责任行政”的过程中,行政权尤其是行政的规范制定权受到了越来越多的限制,加之执政党不断加大反腐和责任追究的力度,行政权开始出现“害怕担责”“缩手缩脚”“消极不作为”等现象。此等现象的发生,虽然与域外的“立法权高度扩张”和“国会过度规范”关联性不大,但也是必须面对的一个中国式公法命题。如果认为目前行政权滥权的现象严重而过于快速且无限度地打压行政权,不仅不利于我国民主制度的发展和培育,而且会产生削弱法律权威的不利后果。况且,议会至上和法律保留的理论及其制度设计虽有进一步强化的必要,但也无法应对当今“行政国”^①时代行政职能多元化所带来的挑战。

还有学者担心,行政保留的理论和制度设计可能会进一步扩大行政滥权的现象。这种担心也是大可不必的。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,即便是行政保留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。窃以为,在人民代表大会制建构尚不够完善的当下,过度倡导法律保留和人大主导立法的做法,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,从而影响到人民代表大会的立法权威(法律的权威)。况且,借助行政保留理论对立法与行政的权限进行科学划分,不仅不会使之成为行政滥权的工具,反而能够发挥其限制行政权的特别功效。^② 因为,正如我在本书第四章“行政保留的宪法基础”所详尽阐释的那样,划定行政权的自主空间与范围,绝不是为行政

① “行政国”一词来自美国行政学者瓦尔多(Dwight Waldo, 1913—2000年)1948年出版的《行政国:美国行政学的政治理论研究》(*The Administrative State: A Study of the Political Theory of American Public Administration*)一书,用以形容和描述一国政府的行政职能和行政权力扩张的现象。行政国观念下,行政权在三权中逐渐占据主导地位,行政部门在政府结构中占有极为重要的地位,行政机构和行政人员大量增设,以对国家的经济生活和社会生活进行干预。西方国家的学者们通常称之为“行政国”现象。

② 不少学者认为,行政保留可能成为行政滥权的一个理论工具,这是对行政保留理论的严重误解。

滥权辩护，而是从国家权力的功能性分工原理中，确定哪些事务真正属于行政权的自主空间与范围。这样做的实际效果是，行政权（与行政机关的结构功能相一致）不仅不会变大，反而会变得狭小，仅限于实验性、紧急性、专业与技术性等事务范围（参见第八章第三节“规范行政保留的判断标准”部分），因而不仅不会使之成为助长行政滥权的工具，而且有助于减少行政滥权的现象，推动宪法所确立的立法作为义务的落实。

事实上，对于诸多事项，诸如对外交往、文化建设、国防建设、作战计划、能源规划、交通规划、产业布局与升级、货币汇兑等，行政都享有相当程度的自主空间，并非事事皆需立法机关制定具体规范，然后再由行政机关执行。尤其是在当今的行政国时代，要求国家积极作为的事项和领域愈来愈广泛，行政职能更趋多元化。在此背景下，即便是在传统的干涉行政领域，诸如安全生产监管、食品药品管制、环境污染防治等，也往往需要行政享有一定的自主空间，以应对可能产生的风险。可以说，建立在国家与社会二分理论基础上的传统法律保留理论在当今这个时代已不再具有完全的正当性。所以，必须借助于某种理论，来为行政的积极作为辩护，而行政保留恰是这样一个可以借鉴和运用的理论工具。因为，基于民主原则的功能结构取向之解释方法和功能性权力分工原则可为法律保留和行政保留提供宪法根据（详细阐述请参见第三章“行政保留的理论基础和现实必要性”、第四章“行政保留的宪法基础”）。而且，无论是实行议会内阁制的德国（参见第五章），还是实行总统制“三权分立”宪法架构的美国（参见第六章），甚或是实行双元首长制的法国（参见第七章），行政都或多或少地享有某些不受立法或司法过度干预或侵害的权限，只是范围和程度不同罢了。甚至可以说，如同法律保留原则一样，行政保留是“现代立宪政体的必要原则”^①。

在我国的人民代表大会制下，虽然理论界尤其实务界一直强调“一元、多层次、多种类”的立法体制，但这种权威说辞所表达的，只是凯尔森所言的“规范秩序”，主要涉及法律优位和效力位阶问题，并不能

^① 叶勇：《行政保留：现代立宪政体的必要原则》，《澳门研究》第55期。

说明行政机关不享有不受立法权或司法权过度干预的权限。因为，无论是在规范制定权层面，还是在个案决定权层面，我国的行政机关尤其是国务院都享有某种程度的不受立法权或司法权过度干预的自主空间（参见第八章）。可能会有一些学者会认为，这种为客观现实辩护的做法，是一种“削足适履”的理论自给行为，容易掉进“实证主义”的泥潭而不能自拔。但是，如果不考虑我国法治发展的特定历史阶段，不考虑当今多元风险社会的特定社会背景，盲目地将法律“绑架”在西方式民主法治时代政治正确的理论之上，窃以为，既不利于中国的法治变迁，也不利于中国政治文明的发展。

因此，在当下全面推进依法治国的大背景下，观照中国依法治国的实践因素与行政保留的制度现实，以十八届四中全会提出的“科学立法”为指引，发展符合中国国情的行政保留理论，科学合理地划分立法与行政之间的权限，研究行政权到底应有哪些不受立法权和司法权过度干预的自主空间，既有助于解决行政国时代法律保留的界限、自主行政规范制定权在我国宪法架构中的特殊地位及其确定标准、行政与立法的关系以及内部行政法与外部行政法的区分等重要理论问题（参见第三章第二节），也有助于解决行政权与立法权的冲突、合理划分立法权和行政权的权限范围、提升行政效率与维护法律尊严、消除立法机构与行政机构责任分际的风险等现实问题（参见第三章第三节），并为下一步《立法法》的修改和《行政程序法》的制定提供理论依据（参见“第九章我国立法体制的未来发展”）。窃以为，该研究既符合当代世界法治理论发展的历史潮流和脉络，又观照中国法治发展之现实，具有极其重要的理论价值和现实意义。

为了方便读者从宏观上“高屋建瓴”地理解和把握行政保留，也为了方便读者对本书研究的基本逻辑脉络有一个大致的了解，在此首先分别就国家与人民的关系、行政与立法的关系以及行政与司法的关系，^①从理论层面对行政保留先作一简明扼要的概括说明。

首先，关于国家与人民的关系。在西方的自由民主宪法运动中，受

① 根据中国台湾地区许宗力教授的研究，法律保留原则涉及国家与人民的关系、行政与立法两个层面的关系。行政保留原则除涉及这两个层面的关系以外，尚涉及行政与司法的关系。

自由主义宪法原理和“国家与社会二分理论”^①的影响，法律保留表现为有限政府下的干涉保留（基本权利保留），亦即凡是涉及公民自由权和财产权的社会事务，行政权的行使都应受法律的约束。^②据此，德国行政法学鼻祖奥拓·迈耶将法律的法规范创造力原则纳入依法行政原理之中，并成为德国和日本公法学界的通说。与此相对应的是，行政保留并无存在的正当性和必要性。因为，行政权并不存在像法律保留那样的“附带许可保留之禁止”（Verbot mit Erlaubnisvorbehalt）。然而，恰如本书第一章“行政保留的时代背景与理论形态”所阐明的，行政保留在立宪运动开始以后，便以宪法所保障的行政特权、国家的内部行政领域、特别权力关系等形式存在。况且，伴随着当今行政国时代的到来，行政职能已然快速膨胀，从传统的消极行政走向积极行政，给付行政与服务行政大行其道。在此背景下，传统上的国家与社会二分理论已经不再占据主导地位，法律保留的人权保障功能开始受到公法学界的普遍质

① 国家与社会二分理论的早期渊源，最早可追溯到古罗马时期亚里士多德和西塞罗的公民社会概念，一种包含文化了的、和自然状态相区别的人类社会（公民社会），成为对抗国家政权或政府的一种独立的力量。与此同时，罗马法中的“法人”概念以及继承自古希腊政治哲学家伊壁鸠鲁的契约观念，使得“人天生是政治动物”的哲学论断不再可信，而“国家”与“社会”间的同质性变得愈加脆弱，这为实现“国家”与“公民社会”的初步分野提供了法律基础和哲学根据。在近代，基督教“上帝的物当归上帝，恺撒的物当归恺撒”（《马太福音》，第22章，21节）的教义，尤其是教皇基拉西乌斯一世（Gelasius）的“双剑观”（two sword idea）（上帝为不同的目的赐予人类两个权力中心——世俗权威和宗教权威），确立了“教会”与“国家”、“精神领域”和“世俗领域”相区分的信念，从而实现了国家与社会的第一次分离，并为“国家”与“社会”的分野提供了合法性（正当性）基础。其后，自由主义政治哲学家霍布斯、洛克和卢梭等人透过对自然状态的假说，以及“社会”是享有“天赋人权”或“自然权利”的自然状态下的人们自发组织起来的独立于国家的共同体的主张，实现了国家与社会的第二次分离。与此同时，“夜警国家”、“有限政府”、“侵害保留”、“权力分立与制衡”等法律思想通过宪法制度确定下来，并为国家与社会的进一步分离提供了合法性基础。参见《布莱克威尔政治学百科全书》：公民社会条目，中国政法大学出版社1992年版，第125—126页；邓正来：《公民社会和国家》，载邓正来《国家与社会》，北京大学出版社2008年版，第23页；门中敬：《宪政宽容论》，商务印书馆2011年版，第194页。

② 许宗力：《论法律保留原则》，载许宗力《法与国家权力》（一），（台北）元照出版有限公司2006年版，第123—124页。

疑,甚至有人批评它应对行政权的僵化负责。^①正是在此背景下,肇始于君主立宪时代的行政保留概念得以被重新挖掘,并受到域外公法学界的重视。

就我国的制度现实来看,无论是中华人民共和国成立之初制定的1954年宪法,还是全面修订后的1982年宪法,都不是建立在自由主义宪法原理和国家与社会二分理论基础之上的,而是建立在人民民主主义宪法原理之上。这导致在国家与人民的关系上,国家不仅是社会秩序的维护者,而且还以积极行动者的角色,以各种各样的手段介入社会领域。这种状况导致个人基本权利处于相对弱势的地位,因而单纯从时代意义来说,通过强化法律保留的制度设计来解决行政权的滥用问题,似乎更为迫切和必要。而且,由于社会主义国家行政积极作为的领域比较广泛,采取的手段也更为多样化,行政受法律的控制比较脆弱,这在某种程度上加深了学界的“反动”和担忧。但是,这并不意味着行政应完全受法律的控制而丧失其自主的空间,并危及国家作用的实现这一更为根本的问题。而且,从人民民主主义原理和行政的社会塑造功能出发,并不能得出全面法律保留的结论。^②况且,在紧急事务领域、部分行政给付领域以及某些专业和技术领域,行政应享有相当的不受立法和司法控制的自主空间,也是一个不容置疑的事实。因此,行政保留虽然无法撼动传统法律保留的地位,但与法律保留一样,同样具有实现国家作用的特定政治功能与意义。

其次,关于行政与立法的关系。在法技术观点上,法律保留原则的适用必然产生立法权对行政权的限制效果,也即“使行政权对法律保留范围内事务,在未经立法者事先‘允许’前,不得有所主动、积极作为”^③。对于行政保留而言,它虽然不能与法律保留发生完全对立的关系,但却能够发挥法律保留限制行政权主动、积极作为的反向限制与补充作用:一方面,防止立法机关过度干涉行政权,以便维持一定的行政

① 许宗力:《论法律保留原则》,载许宗力《法与国家权力》(一),(台北)元照出版有限公司2006年版,第118页。

② [日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第49页。

③ 许宗力:《论法律保留原则》,载许宗力《法与国家权力》(一),(台北)元照出版有限公司2006年版,第118页。

效率,以便积极落实国家作用;另一方面,建构行政保留的概念、理论和制度体系的目的,并不是要弱化法律保留的地位,而是要透过这一理论实现立法权和行政权的合理分工,以保持国家机器的正常运作。可以说,如同自由所导致的平等原则与合理差别对待的调适关系,在确立行政保留原则的情形下,行政与立法之间也必将出现某种程度(非完全)的调适关系,进而影响到立法与行政之间的权限分配秩序这一重要的国家宪法政策问题。

最后,关于行政与司法的关系。行政机构与司法机构同为法律的适用机关。如果行政保留在理论上涉及行政与司法的关系,那便意味着,行政享有某种自主的、不受司法过度干涉的自主决定权的空间。因为,在规范层面无论行政是否享有规范制定权的自主空间,司法机构在法的适用中都必须坚持“宪法→法律→行政法规范”的效力位阶关系,否则便会导致法律的适用出现困难。但问题是,在没有法律上的“根据”的情况下,如果行政机构享有宪法赋予的某项“一般规范”^①的自主制定权,司法机关是否可以干涉呢?以及在发生个案争议的时候,司法机关在没有违宪审查权的情况下,是否可以对法律授予的诸如“判断余地”与“裁量”等行政自由空间予以过度干涉呢?这对于行政与司法之间的权限分配秩序来说,同样是一个重要的国家政策问题。

根据上述简要分析,行政保留如同法律保留一样,同样会因其政治的特殊意义而产生高度的争议性:在行政与司法的关系层面,首要的问题是,要不要承认行政享有宪法和法律所保障的自主权限。其次,如果承认的话,那么司法在多大程度上不能干涉行政的这一自主空间(涉及法的续造问题);在立法与行政的关系层面,作为法律保留的一个理论纠偏或者补充,行政保留在传统上的主要理论争论点,主要集中于“是否赞成全面法律保留”的问题之上(请参阅第三章第一节“全面法律保留之检讨”部分的分析与讨论)。从依法行政的原理来看,全面法律保留要求所有的行政活动,不管是行政的消极作为还是积极作为,不管是传统的干涉行政还是当今的给付行政和服务行政,都需要有法律上的

① 此处的“一般规范”,是指具有抽象性和普遍适用性的规范,包括形式意义的由有权机关根据法的制定程序制定并公布的法规范,也包括实质意义的法规范,如习惯规范和行政规则,但不包括针对个案行为的立法,即个别规范。

“根据”(根据规范)(请参见第八章第二节“规范行政保留的宪法依据”部分)

在不赞同全面法律保留的前提下,经常遇到的、看起来似乎更有说服力的一个观点是,既然已经规定了法律保留,行政保留还有无必要?^①在本书的第三章,本书将从理论和现实两个层面对行政保留的必要性或意义进行分析与说明。

进而,如果承认存在行政保留的话,哪些行政权限属于不受立法权或司法权过度干涉的自主空间?

除了上述理论基础和适用范围以外,行政保留原则的宪法定位也是一个重要问题。因为,行政保留并非各国宪法上的一个法律概念,域外学者尤其是德国和中国台湾地区的学者虽然给予行政保留较大的关注,但也仅处于概念和理论的建构阶段。而域内公法学界尚未对其进行过充分的讨论,一般的公法学教科书亦少有提及,宪法学界在此领域的研究更是付之阙如。如果行政保留只是一个理论研究的舶来品,那么就很容易引发争议和质疑。本书第三章和第四章有关行政保留的理论基础和宪法定位的讨论,将有助于廓清此问题。

最后,是行政保留在不同宪法架构下的制度现状之比较(参见第五、六、七、八章)。制度现状的实证考察,目的在于探求各国不同宪法架构下的行政保留的制度现状及其表现形式,以及行政保留中国化的宪法定位、规范依据和制度设计等问题。更为重要的是,比较研究有助于展望未来并提出法治改革的建议,以为建设中国特色社会主义法治国家提供理论依据。

在研究范围上,本书将集中研究行政与立法关系层面的行政保留,即宪法位阶的行政保留,而较少涉及行政与司法关系层面的行政保留,即法律位阶的行政保留。与此同时,由于行政无论是作为还是不作为,都表现为规范行为和个案行为两种形态,据此行政保留也区分为“规范制定权之行政保留”(以下简称“规范行政保留”)与“个案决定权之

^① 在多个学术会议场合,笔者在介绍行政保留的相关研究成果后,不少专家学者都对此提出过疑问。比如,“既然存在法律保留,那么在法律保留的事务范围之外,即是‘行政的自由空间’,还有必要再讨论行政保留吗?”“行政权是一种执行性的权力,无论是抽象行政行为,还是具体行政行为,都必须执行法律的规定,如何存在行政的自主空间?”

行政保留”(以下简称“个案行政保留”)两个不同的面向。鉴于理论和实务界的相关学理争议和探讨重点集中于宪法所保障的“规范行政保留”,因而本书进一步将探讨的重点放在“规范行政保留”上。此外,在实证研究方面,出于写作时间和著作篇幅上的考虑,本书主要就总统制(三权分立的宪法架构)、议会内阁制(行政向立法负责的宪法架构)、介于两者之间的双元首长制和人民代表大会制这几种政府类型下的行政保留制度,分别进行分析和探讨,并重点分析我国人民代表大会制下的行政保留制度。

本书属于理论建构之成果,故而本书在行政保留的概念、原则和理论体系建构上,综合采纳历史分析、法理分析、价值分析、规范分析和实证分析等方法,对行政保留的时代背景和理论形态、概念类型、理论和现实基础以及宪法基础等做了理论分析。尤其是本书第四章“行政保留的宪法基础”部分,对行政保留的宪法基础“功能性权力分工原则”做了比较详尽的分析与阐述、较好地解决了行政保留在宪法基础问题上的意识形态去除,为我国行政保留的理论体系建构扫除了障碍。在解决了相关理论问题和意识形态问题之后,才展开对不同宪法架构下行政保留的比较研究,并着重对我国人民代表大会制下的行政保留进行了实证分析。这样做的好处是,既有助于理论上的融贯一致,也有助于在比较研究不同国家或地区的做法时有一个理论上的指导,以防止偏离“正确的轨道”。

需要特别指出的是,本书关于行政保留的正当性诠释,采纳的是功能主义而非规范主义的立场与方法。这是因为,功能主义比规范主义更具包容性的开放视角,^①作为对法律保留的一次理论纠偏或补充,行政保留虽然导因自规范主义(法律保留原则的一般界限),却只有在功能主义那里才能获得其正当性的辩护。

① 在规范主义者看来,公法学应当排除历史和政治的考虑,确立和发展具有“法律人”特色的体系,公法学的任务就在于“阐明哪些是宪法的组成部分、安排这些法律之间的等级秩序、解释它们的涵义,并且尽可能展示它们之间的逻辑关系”。而在功能主义者眼中,法律不止是法律,它还是民族生存发展的手段或途径或关键所在,这就要求始终将法律放到更广阔的社会历史背景之中来考察。参见金自宁《白芝浩的问题与方法》,载[英]沃尔特·白芝浩:《物理与政治》,金自宁译,上海三联书店2008年版,“译者序”第4页。

第一章 行政保留的时代背景与理论形态

使人审慎，使人深思熟虑的，不是哲学，而是历史。

—— [美] 列奥·施特劳斯

每个概念都有一部历史，在这部历史中，术语（无论其意义始终一贯还是多有变化）的变迁是与社会及其政体的命运密切联系的。^① 行政保留的概念产生自概念法学发达的大陆法系国家德国，最早出现于 Stengel/Fleishmann 的国家法与行政法字典中，^② 其早期理论形态是君主立宪时代的行政特权。行政保留的概念自产生伊始，便承载了目的、功能、范围等价值取向，并与社会和政体结构的变迁紧密关联。

因应君主立宪时代、民主法治时代和当今的行政国时代，“行政保留”在德国经历了宪法所保障的行政特权、国家与社会二分下的国家内部行政领域、特别权力关系、重要性理论等不同的理论形态。直到 20 世纪末期，它才被重新发掘并以崭新的面貌出现，旨在确定法律保留的一般界限，并为行政国时代“积极面向上的国家作用实现”和“国家权力的科学合理配置”提供理论上的支持。

在德国和中国台湾地区，行政保留曾引起学者们较大的关注，但在我国，相关文献却寥寥无几，学界对于行政保留的概念，更显陌生。为

① [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，第 413 页。

② Erich Kaufmann, *Verwaltung, Verwaltungsrechts*, in Stengel/Fleishmann, *Wörterbuch des Deutschen Staats-und Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., 1914, Dand. III, S. 688ff. (698), zitiert bei Friedrich E. Schnapp, *Der Verwaltungsvorbehalt*, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 43 (1985), S. 173.; Hart Mauer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. Aufl., 1992, S. 3, Rn. 6.