

# 依法律行政原理的移植与嬗变

王贵松\*

---

---

**内容提要：**依法律行政，旨在藉由法律的合理性控制行政的恣意，并获得法的安定性和民主性，它是近代形式法治国家的产物，是自由主义与民主主义的结合。德国依法律行政原理经由奥托·迈耶的提炼基本定型，经由美浓部达吉等人传至日本，并影响了我国早期的行政法学。在新中国，依法行政逐渐得到强调。这种转变既有行政立法高涨的现实影响，也有方法论上的原因，但更多缘于全国人大—行政机关—司法机关的权力格局。从全国人大与国务院的宪法关系来看，应当重新确立依法律行政原理，并从行政诉讼上为依法律行政提供保障机制，同时摒弃依法行政中的某些错误观念，以确保法治国家的真正实现。

**关键词：**法治国家 依法律行政 依法行政 法律保留

---

---

“依法律行政”是法治行政的核心原理之一，也曾是理解行政法乃至把握一国法治状况的一把钥匙。然而，这一名词不仅在今天中国的政法界，甚至在行政法学界均相当陌生，更鲜有使用。人们更加熟识、常用的是“依法行政”。由依法律行政蜕变为依法行政，折射出的不仅是一百多年来法律与法及其背后社会认知的变化，更有国家理念和权力结构的变化。

## 一、依法律行政原理的基础与构造

依法律行政强调法律在行政中的支配性地位，它以权力分立为前提，承认议会的优势地位。依法律行政是西方近代资产阶级革命后的一大成果，虽然因时因地而在制度上有不同的表现，但得到了欧美各国的承认。近代中国继受的依法律行政（Gesetzmäßigkeit der Verwaltung）是经由日本转介而来的德国法上的概念。

### （一）依法律行政的法治国家背景

依法律行政是法治国家的重要内容之一。众所周知，德国在近现代史上经历了形式法

---

\* 中国人民大学法学院副教授。

治国向实质法治国的转变。在此前的18世纪90年代,德国虽处于警察国家体制之下,却也曾有古典法治国的思想。康德、早期的费希特、洪堡等均将法治国家建立在人的自由和权利上。他们基于理性法的立场主张,法是让自由而理性的存在者能够共存,调和人与人之间恣意和自由的各种条件的总和。国家是法之下多数人的结合,为保障人的自由和权利而去维持法。<sup>〔1〕</sup>古典法治国家思想虽在制度保障上较为空疏,但在内容上与实质法治国却较为近似,<sup>〔2〕</sup>从自由主义的国家思想出发,强调法的目的性。

18世纪末至19世纪初,法治国家概念(Rechtsstaat)形成。但法治国家也出现了形式化的倾向,其决定性的影响者是施塔尔(F. J. Stahl, 1802—1861)。<sup>〔3〕</sup>他让国家的目的、内容与其实现方法、形式完全分离,并将前者界定为人伦国,将后者界定为法治国,从而实现了法治国概念的完全形式化。人伦国是人格在一切关系中的统治,也就是人格之国。国家应该通过法的方法实现人伦的理念。施塔尔对法治国有一个著名的界定:“国家应是法治国家。它是近代的标语,近代发展的实际推动力。国家应以法的方法严密界定其活动的方法、界限以及其国民的自由领域,不可侵犯而应予以保障。国家只应在法的限度亦即不可或缺的限度内直接(强制)实现人伦的理念。这就是法治国家的概念。国家维持行政目的或仅仅是法的秩序,或者完全只是保护个人的权利,这并非法治国家的概念。法治国家原本并不是意味着国家的目的与内容,而仅仅意味着实现国家目的、内容的样态与性质。”他将所有实质性要素从法治国家概念中放逐出去,法治国家被界定为通过法施行国家目的的国家。该法治国家概念的界定,无论是其赞成者还是反对者均予承认,<sup>〔4〕</sup>成为直到魏玛宪法时期的通说。

起初,实现国家目的的手段是依法(Recht)。法治国家系相对于警察国家而言,不仅主张法的目的、自由主义的消极性国家目的,也主张不是依据君主的意志而是依据法来进行国家活动。这种对合法性的要求在近代立宪主义的潮流中当然就意味着要依据议会的法律(Gesetz)。在1848年革命后,普鲁士也实行立宪化,法律成为法的核心,在制度上得以确立。在立宪主义和议会主义之下,法律由代表国民的议会制定,具有普遍性,受到社会的信赖。<sup>〔5〕</sup>这种民主性的“法律”也是区分近代法与前近代法的标志。

1871年德意志帝国成立以后,侧重自由主义国家目的的康德式法治国家概念明显式微,而侧重国家目的的实现手段的施塔尔式法治国家概念则得到了普遍的使用。<sup>〔6〕</sup>确定上述倾向的是奥托·迈耶于1895年所著的《德国行政法》。

〔1〕 参见〔日〕畑中和夫:《“法的支配”与“法治国家”》,载〔日〕畑中和夫、〔德〕T. Würtenberger编:《现代法治国家论》,晃洋书房1994年版,第18页。康德等人的相关主张,可参见〔德〕康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第139页以下;〔德〕费希特:《自然法权基础》,谢地坤、程志民译,商务印书馆2004年版,第174页,第206页以下;〔德〕威廉·冯·洪堡:《论国家的作用》,林荣远、冯兴元译,中国社会科学出版社1998年版,第119页以下。

〔2〕 当然,德国学者伯肯弗尔德认为,古典法治国家思想不可归为形式法治国与实质法治国中的一种。参见〔德〕E.-W. Böckenförde:《法治国家概念的成立与变迁》,载《现代国家与宪法·自由·民主制》,初宿正典编译,风行社1999年版,第31页。

〔3〕 参见〔日〕高田敏:《法治国家观的展开——法治主义的普遍性近代化与现代化》,有斐阁2013年版,第61页以下。

〔4〕 参见〔德〕奥托·迈耶:《德国行政法》,刘飞译,商务印书馆2002年版,第60页。

〔5〕 参见前引〔3〕,高田敏书,第308页。

〔6〕 同上书,第258页,第260页。

## （二）奥托·迈耶的法治三原则

在德国19世纪末的通说中，立法权不受制约，所谓法治国家仅仅意味着依法律行政与依法律司法，而后者是不言自明的。故而，法治国家与法治行政就成为同义词。法治行政包含两个方面的内容：一是依法律行政原理，二是保障依法律行政原理得以实现的行政裁判制度。因而，在形式法治国时期，就形成了“法治国家 = 法治行政 = 依法律行政 + 行政裁判”的等式。

被誉为德国行政法学之父的奥托·迈耶认为，法治国家的本质在于，国家以法的方法规定对臣民作出的行动，国家在行政上也承认并保持法秩序和臣民的权利。与警察国家相比，法治国家的所有作用“都是以法律的形式决定的”。显然，这一说法与施塔尔一脉相承，甚至更为纯粹。至于如何实现法治国家的要求，迈耶认为，“司法自始就没有问题”，所要规范的是司法之外的国家行为，“法治国就是经过理性规范的行政法国家”。〔7〕借鉴过去发展阶段的司法经验，法治国意味着尽可能使行政采取司法的模式。〔8〕

迈耶认为，法治（法律的支配）由三部分组成：第一，法律的法规创造力。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从其性质而言本来并不具有这种能力，这种能力并不是通过法律保留才开始有的。立法权垄断对一般性规范的创造，也可以通过委任立法实现这种能力。迈耶主张，法规在行政关系中也具有双重拘束力，一方面规定人民相对于公权力应为、可为之事，另一方面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。〔9〕第二，法律优位。法律是国家意志最强烈的表达。司法是适用法律并服务于法律的，而行政则是一种自行形成的国家意志。故而，以法律形式出现的国家意志依法优先于所有以其他形式表达的国家意志，法律可以废止所有与其相冲突的意志表达。第三，法律保留。法律是司法活动的必要基础，任何裁判都必须以法律规定为依据。行政活动则不具有这种依存关系。法律应在特定范围内排除行政的自行作用，没有法律的授权，不得行动。〔10〕迈耶所说的特定范围，实际上也就是法律保留的范围。当时的宪法和学术通说采取的是侵害保留说，也就是说，没有法律的授权，国家不得侵犯个人的自由和财产，而在此之外，行政仍可自行作用，只是不得违反法律而已。

第一个原则是阐明法律支配的直接内容，第二和第三个原则是显示行政与司法的不同之处。第二个原则是司法中默认的观念，有必要对行政特别明确化，而第三个原则是表明法律支配在行政上的界限。迈耶使法治的内容得以体系化，让该体系化的构造在形式法治国要求与行政（本来自由且功能不断增强）要求的相关关系上得以成立。〔11〕

〔7〕 参见前引〔4〕，迈耶书，第60页。

〔8〕 同上书，第64页以下。

〔9〕 参见〔日〕盐野宏：《奥托·迈耶行政法学的构造》，有斐阁1962年版，第112页以下。

〔10〕 参见前引〔4〕，迈耶书，第70页以下。

〔11〕 参见前引〔9〕，盐野宏书，第111页以下。

### （三）依法律行政原理的特质

依法律行政原理是法治国家的重要内容之一。在法治国家之前，德国实行的是君主制，即立法、行政、司法三权混为一体，统合于君主一身。为了限制君主的权力，权力分立思想伴随着资产阶级革命的胜利得到实施。行政必须依据人民代表机关（国会）所制定的一般性规则行动。依法律行政可谓“权力分立思想在行政法平面上的一个投影”。<sup>〔12〕</sup>国会所制定的一般性规则就是法律。依法律行政中的“法律”，也仅仅是指国会在一定程序和形式下所制定的规范，亦即形式意义上的法律。依法律行政，实际上是在谈行政权与立法权之间的关系，强调的是立法权相对于行政权的优势地位。

法律代表着议会的意志，是议会民主的产物，但这并不意味着依法律行政原理与国民主权原则之间存在必然的关联。彼时德国的主权并不由代表全国人民的机关，而是由代表各邦君主的机关行使，国会既不能完全代表人民，也没有进退政府之权。普鲁士议会采两院制，上院为贵族院，下院为众议院，不以普遍平等的选举权为根据，而采用所谓三级制，富人的选举权远大于穷人。<sup>〔13〕</sup>这种议会构成也难以让法律的内容吸纳多少国民的意志。法律在事实上意味着经妥协而产生的支配性势力的意志，当然也是获得各方认可的国家意志。迈耶在其著作的第一版中也坦承，“国民主权思想并未成为我国国家法的基础”。<sup>〔14〕</sup>随着普鲁士宪法为魏玛宪法所取代，帝制已轰然倒塌，议会成为民选的机构。这时的法律不仅是议会内部民主的产物，更是国民主权的体现，依法律行政亦可谓民主主义的要求。<sup>〔15〕</sup>

依法律行政是形式法治国的产物，易言之，依法律行政的“法律”只问形式，不论实质。形式法治国与当时德国资产阶级及前近代势力的要求是吻合的。保障自由是近代初期资产阶级得到强化的要求。但随着资本主义的发展，无产阶级开始对资产阶级构成威胁，赋予前者实质的自由与平等对后者不利。当时的法大致能保障形式的自由与平等，将实质的自由与平等排除出法律内容的方法得到采纳。更重要的是，形式法治国的理论也反映了前近代势力的要求，它可以用近代法治国的外观装入前近代的实质内容。在思想上，实证主义是19世纪特别是其后半期占据主导地位的理论，在法学领域则形成了法实证主义。法实证主义视国家的制定法为唯一或绝对重要的法，进而通过将价值排除出制定法，将制定法正当化、绝对化。法与实定法是同义词，实定法之外不存在法。制定法的绝对化必然推导出作为制定法之核心的法律与合法律性的绝对化。<sup>〔16〕</sup>

依法律行政原理是以确保行政的合法律性为目标，而非以保障人的权利、自由为目的，只是间接保障了权利和自由。<sup>〔17〕</sup>19世纪德国各宪法中采用了法律保留的条款，这是议会与君主抗争的结果。无法律授权，即不得侵害人民的自由和财产。同时，藉由法律的一般性

〔12〕 [日] 藤田宙靖：《行政法总论》，青林书院2013年版，第53页。

〔13〕 参见钱端升：《德国的政府》，北京大学出版社2009年版，第8页以下。

〔14〕 [德] Otto Mayer：《德国行政法》第1卷，[日] 美浓部达吉译，有斐阁1903年版，第118页。

〔15〕 从历史的观点来看，那种“法治主义的思想起源于权力分立与国民主权”的观点（见[日] 柳濂良干：《行政法教科书》，有斐阁1969年版，第21页），未必是妥当的。

〔16〕 参见前引〔3〕，高田敏书，第43页以下。

〔17〕 当然，伯肯弗尔德也提出一定的辩护：“法治国的形式特色绝不意味着它只具有空洞的形式，而是对法治国的基本原则——自由与财产安全的形式化与客体化，它是通过形式和程序来抵制以社会重新分配资源为目的的直接对个人财产的干预。”见赵宏：《法治国下的目的性创设——德国行政行为理论与制度实践研究》，法律出版社2012年版，第67页。

规定,获得法的可预见性和安定性。由此可谓,依法律行政是自由主义的产物。但反过来,有法律就可能限制人民的权利自由。如果不问法律的内容或实质,新瓶装了旧酒,法律也能成为侵害人民自由和财产的工具。依法律行政原理,“通过法律来防止对于自由和财产的行政侵害,但没有准备设置对于法律内容本身的防波堤”。<sup>[18]</sup>这也说明,依法律行政原理中所包含的自由主义缺乏坚实的基础,之后的纳粹暴行就反证了依法律行政的问题所在。

## 二、依法律行政原理在旧中国的移植与展开

中国本无“依法律行政”的观念。它源自日本,而日本又移植于德国。依法律行政原理在清末民初经日本传播而来,逐渐成为中国行政法和行政法学的基本原理之一。

### (一) 依法律行政原理在日本的传播

日本在近代化过程中,取法欧美,最终以德国为模范。在当时的德国,法治国与立宪国同义,至少密不可分。日本采取德国型立宪国家化的过程中,自然继承了法治国一词。<sup>[19]</sup>

曾留学德国六年的穗积八束于1889年提出“法治主义”的概念。“法治主义”并无对应的德语,意为法治国的原理。法治国是指这样一个国体,它将法律作为最高权力,限制君主及政府的行为,臣民只有义务服从依据法律的主权者。<sup>[20]</sup>穗积八束于1896年发表了题为“法治行政”的论文。所谓法治行政,就是在行政关系中贯彻官民受同一法律拘束之法理的制度。<sup>[21]</sup>与德国一样,日本的法治国概念也意味着采用法治行政的国家。如果采用了法治行政及其保障制度(行政裁判、国家赔偿),就视为具备了法治国家的要件。1900年前后,日本的法制大致齐备,从立法政策转向法解释成为法学的着力点,形式法治国的理解适合明治宪法的解释。<sup>[22]</sup>“毋庸置疑,从前的‘依法律行政’原理至少是将重点放在无法律根据即不得侵害人民权利自由上。”<sup>[23]</sup>换言之,侵害保留说的法律保留是依法律行政原理的核心要素。但日本在明治时期(1869—1912)仅限于说及发动行政权要符合法律(所谓法律优位),对法律的授权,即所谓法律保留则几乎没有论及。直到进入大正时期(1912—1926)后,才有了对法律保留的精致说明。<sup>[24]</sup>

1903年,曾留学德国的美浓部达吉(1873—1948)将奥托·迈耶的《德国行政法》译成日文,积极传播其法治国的思想。在该书中,迈耶的法治三原则被译成了法律保留、法律的最强力(法律优位)和法律的拘束力(法律的法规创造力)。<sup>[25]</sup>

美浓部达吉在其行政法著作中常以权力分立开篇,将其立足于立宪政治,如此以法治主义为原则便顺理成章。他一再强调行政权的作用要严格依据法律,明确行政权的界限,

[18] [日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第44页。

[19] 日本对于法治国家的早期理解及其变化,见王贵松:《法治主义在日本的继受与展开》,《交大法学》2014年第4期,第50页以下。

[20] 参见[日]上杉慎吉编:《穗积八束博士论文集》,1913年版,第186页以下(初出《国家学会杂志》3卷33号,1889年11月)。

[21] 参见同上书,第368页以下(初出《法学新报》67号,1896年10月)。

[22] 参见前引[3],高田敏书,第35页。

[23] 参见[日]田中二郎:《依法律行政的原理》,酒井书店1954年版,第26页。

[24] 参见前引[3],高田敏书,第367页。

[25] 参见前引[14],Otto Mayer书,第124页以下。

这也显示出其自由主义、民主主义的志向。起初，他论及行政与法律的关系时基本上直接转述奥托·迈耶的观点，即法律保留、法律的最强力和法律的拘束力三原则，并在命令的界限、处分权的界限中予以申述，不得违反法律，没有法律授权不得侵犯臣民权利。<sup>[26]</sup>在后期的著作中，他更为清晰地阐明了依法律行政原理的内容，并将其具体化为四个原则：第一，行政权的作用不得与法规相抵触；第二，行政权若非以法规的根据为基础，则不得命令人民以义务，或侵害其权利；第三，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；第四，即使行政权的自由裁量为法规所准许，其裁量权亦须依所准予的界限，遵循其所准予的内容，服从法规的限制。<sup>[27]</sup>与先前的表述相比，“法规”取代了“法律”。他所谓的法规，是指在国家与人民间规定一种新的意志的规范，具有拘束双方的效力。美浓部认为，立法是制定法规的行为，而行政则为依据此法规进行活动的行为。立宪政治以法治主义为原则，法治政治是依法律而行的政治。行政权的运用也须依据法律，并不得违反法律。关于人民的权利义务，只有依法律方可规定，只有在例外的情况下，由命令或条约在一定界限内就人民的权利义务作出规定。明治宪法广泛承认警察命令，可以命令创设限制人民自由的规定。<sup>[28]</sup>明治宪法采取了法律与敕令的二元立法构造，规定了独立于法律的紧急敕令<sup>[29]</sup>和独立命令。<sup>[30]</sup>美浓部一方面坚持依法律行政原理，另一方面囿于明治宪法的规定，对依法律行政作出了存在例外的解释。他认为免除义务或设定权利也需要法规的根据，这已超出侵害保留的古典范畴。

## （二）依法律行政在中国制度层面的接纳

“法治”一词在中国古典中早已存在，<sup>[31]</sup>对于西方法治的介绍却始于晚清。<sup>[32]</sup>1904年，身处日本的梁启超已使用“法治主义”概念，他在《中国法理学发达史论》中专门论述了“法治主义之发生”。<sup>[33]</sup>针对政府的法治模式的讨论，则发生于清朝的最后时刻。

清末民初，中国的制度设计面临着种种抉择，德国式法治国家与英国式法治在中国存在着竞争关系。英式法治的典型表述出现于1885年戴雪的《英宪精义》。其法治三原则是：第一，恣意权力的不存在。未经普通法院依法定方法查明违法，任何人不受处罚，其身体和财产不受侵犯。第二，普通法与普通法院优位。法律面前人人平等，任何人不在法之上，且不分贫富贵贱均服从于普通法，服从于普通法院的裁判权。第三，宪法原则形成于普通

[26] 参见[日]美浓部达吉：《行政法总论》，熊范舆译述，丙午社1907年版，第13页以下，第119页以下，第140页。

[27] 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15页以下。

[28] 同上书，第2页，第4页以下，第14页以下。

[29] 明治宪法第8条规定：“天皇为保持公共之安全或避免灾厄，依紧急之必要，于帝国议会闭会期间，可发布替代法律之敕令”，“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。”

[30] 明治宪法第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之幸福，得发布或使令政府发布必要之命令，但不得以命令改变法律。”当然，美浓部达吉认为，“增进臣民之幸福”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年版，第529页。

[31] 古典中的“法治”大致有三种形态，即“法”的“治”之状态、作为名词的“法治”和“以法治国”的短语。参见程燎原：《古代汉语典籍中“法治”词语略考》，《学海》2009年第1期，第110页以下。

[32] 相关介绍可参见李贵连：《法治是什么——从贵族法治到民主法治》，广西师范大学出版社2013年版，第99页以下。

[33] 参见梁启超：《中国法理学发达史论》，《饮冰室合集（2）》，中华书局1989年版，“文集之十五”，第69页以下。

法院的判决。宪法原则不是个人权利的渊源，而是法院就个案中的个人权利所作出裁判的结果。<sup>[34]</sup>戴雪反对行政法的存在，更反对设立行政法院。戴雪的这一思想在清末民初传至中国，留英归来的章士钊等人对行政裁判制度进行了戴雪式的猛烈批判。但形势比人强：在宪法上，1908年《钦定宪法大纲》采用了日本、德国的立宪模式；在行政法上，1906年清政府提出了《行政裁判院官制草案》，1910年的法院编制法确立了二元制审判；1914年中华民国政府设立平政院，制定了行政诉讼法。这种行政裁判模式的确立让德式法治国家占据了上风，英式法治观也在此后偃旗息鼓。<sup>[35]</sup>

从1908年开始，中国就在宪法性文件中出现了法律保留的表述。诸如，《钦定宪法大纲》在“臣民权利义务”中规定，“臣民非按照法律所定，不加以逮捕、监禁、处罚”。该规定即便徒为宣示之用，也将法律的地位凸显出来。1912年《中华民国临时约法》第15条规定，“本章所载人民之权利，有认为增进公益，维持治安或非常紧急必要时，得依法律限制之”。法律背后的议会形态姑且不论，其宪法上的地位在此确立起来。1914年《中华民国约法》第二章中关于人民权利义务的规定均冠以“于法律范围内”或“非依法律”、“依法律所定”的限定。第19条规定，大总统可发布命令，但不得以命令变更法律，这确立了法律优位的原则。但在第20条中，也赋予大总统发布与法律有同等效力之教令的权力，虽然也有立法院的事后监督，仍构成了法律优位的例外。1923年《中华民国宪法》在第四章“国民”中，1931年《中华民国训政时期约法》在第二章“人民之权利义务”中，作出了与“袁记约法”类似的规定。1947年《中华民国宪法》第23条规定：“以上各条列举之自由权利，除为防止妨碍他人自由，避免紧急危难，维持社会秩序，或增进公共利益所必要者外，不得以法律限制之。”这实际上恢复了临时约法的规定，只是较后者对自由权利保障的措辞更为强硬。该宪法第171条、第172条还规定，“法律与宪法抵触者无效”，“命令与宪法或法律抵触者无效”，这就是法律优位原则。第170条又规定，“本宪法所称之法律，谓经立法院通过，总统公布之法律”。这些规定可谓全面继受了迈耶的主张，稍有不同的是立法院与西方议会的细微差别。

### （三）学术层面对依法律行政的接纳与辩驳

在学术上，美浓部达吉的著作早在清末就已被译成中文，在民国期间其译成中文的著作日渐增多，共计23部之多。<sup>[36]</sup>美浓部达吉关于行政与法律之间关系的界定，亦为中国公法学者所接纳。

1920年，钟赓言的朝阳大学法律科讲义《行政法总论》刊行，这是我国第一部中国化的、影响深远的行政法教材。曾留学东京大学的钟赓言以美浓部达吉的日本行政法学为基础，对其又有所发展。与大陆法系一样，钟赓言将命令分为法规命令和行政规则两种。他认为，命令有积极的界限和消极的界限。在积极的界限上，一切法规原则上不可不以法律定之（亦即“法律的法规创造力”原则），但有两个例外，即直接依据宪法的授权和依法律的授权。在消极界限上，一方面，命令不得与法律相抵触（钟赓言沿袭我国早期对美浓部

[34] 参见[英]戴雪：《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社2001年版，第244页以下。

[35] 相关论争可参见李启成：《清末民初关于设立行政裁判所的争议》，《现代法学》2005年第5期，第163页以下；王贵松：《论近代中国行政法学的起源》，《法学家》2014年第4期，第155页以下。

[36] 参见王贵松：《美浓部达吉与中国的公法学》，《比较法研究》2010年第5期，第115页以下。

达吉著作的译法称为“法律之最强力”，亦即“法律优位”原则），另一方面，宪法上特别保留给立法权的事项，不得以命令规定（这在美浓部达吉的理论中称为“法律之留保”，但钟赓言则称为“立法权之留保”）。〔37〕虽然他没有更为妥当地确立依法律行政原理在行政法学体系中的地位，但其著作却处处运用这一行政法的基础原理分析问题。

白鹏飞作为美浓部达吉的弟子，在其20年代末30年代初的著作中几乎将美浓部达吉的依法律行政论照单全收。〔38〕到40年代，留学美国的马君硕博士虽然将其表述为“行政上之法律支配”或“法治行政”，但在内容上与美浓部达吉的观点并无多大差异，只是将其扩充为五个要求：第一，行政行为须遵守法律不得抵触；第二，限制人民自由及权利或使负担义务须有法律根据；第三，为人民设定权利或免除义务须有法律根据；第四，行政上的羁束裁量行为仍须合于法规要求；第五，应以法律规定的事项不得以行政命令规定。〔39〕

与此同时，在行政法学界又出现了另一种倾向，即主张“依法行政”或“依法规行政”，甚至认为“依法律行政”并不妥当。30年代，同样曾受教于东京大学的范扬在其《行政法总论》中提出了“依法行政”的概念。行政权应受法的拘束，是法治主义的中心思想，这也称作依法行政。“所谓依法行政者，乃于法规之下而行，或于法规范围内而活动也。”法治主义的成立基础有两大根本思想，其一是法律平等的思想，其二是依法限制的思想，非依法律，不得任意侵害。在行政权的界限中，他沿袭了美浓部达吉的后期说法，也分为四个方面。其中对于传统的法律保留，他的表述是，“非有法规根据，不得侵害人民权利，或使人民负担义务”，“行政机关，除权限上所有之立法作用外，必须有法律或至少有命令及习惯法之根据，始得制限人民之自由财产，或使负担其他义务”。〔40〕虽然他也知道当时的训政时期约法，本意在于非依法律不得侵害自由财产，但他仍然作出了这样的表述，其缘由或许在于其对法律与法规关系的理解。从该书“序言”来看，他的这一表述与其认为“颇有可采之处”的纯粹法法学说或有关联。

20世纪40年代，朝阳学子、曾留学日本明治大学的林纪东在法治国的历史部分指出，“行政权亦应依照法律而行使”，“对于人民之权利义务，欲加以变动时原则上亦仅能依照法律为之”。他亦将美浓部达吉对行政权的四项限制奉为行政法的基本原则，所用术语也是由“法律”改为“法规”。〔41〕对于这一改动的缘由，他后来给出了说明：“旧日为‘依法律行政’，非有法律根据，行政权不得作出各种行政行为。现代为‘依法规行政’，为行政行为之根据者，不限于立法机关通过之狭义之法律，且包括宪法、条约、命令等在内……命令之为行政行为之根据，原为昔日已有之现象，惟现代由于委任立法之发达，与命令范围之扩大，内容之加强，命令作为行政权作用之根据者，乃益见增加，故现代行政法之基本原则，为‘依法规行政’，而非‘依法律行政’。惟仍以法律为其主要根据耳。”〔42〕

〔37〕 参见钟赓言：《行政法总论》，朝阳大学法律科讲义1920年版，“总论”，第6页以下（1927年版，第64页以下）。到20世纪30年代，钟赓言的这种写法仍得到传承，只是“留保”被改作“保留”（参见赵琛：《行政法总论》，上海法学编译社1933年版，第199页以下）。

〔38〕 参见白鹏飞：《行政法大纲》（上卷·总论），好望书店1935年版，第16页以下。

〔39〕 参见马君硕：《中国行政法总论》，商务印书馆1947年版，第49页以下。

〔40〕 参见范扬：《行政法总论》，中国方正出版社2005年版，第24页以下。

〔41〕 参见林纪东编著：《中国行政法总论》，正中书局1947年版，第14页以下，第221页。

〔42〕 林纪东：《行政法》，台湾三民书局1994年版，第75页以下。

#### （四）依法行政出现的缘由与局限

德国通行的依法律行政原理经由日本转介过来，并在制度和学术两个层面受到接纳。在民国期间，议会民主主义得以确立，国会或后来的立法院在规范和事实上均有较高的权威性。在学术界，依法律行政也一直是主流声音，只是在后来才出现了“依法行政”或“依法规行政”。〔43〕

由依法律行政到依法行政的转变，似乎主要是因为授权立法的出现和增加。但其实，奥托·迈耶的依法律行政原理并非没有考虑到委任立法的现实。他明确指出，“法律还可以以将其立法权力在一定方面、为一定目的授予另一机构的方式，实现其最初单独所具有的这种能力。这样就形成了法规命令和自治”。〔44〕他所提的这种能力就是法律的法规创造力，没有法律就不能创造限制国民权利的法规效力。这种考虑的背后，是对立宪国家、法治国家的历史和现实考量。

在由依法律行政到依法行政的转变之初，隐约还有方法论上的原因。在20世纪二三十年代，纯粹法学迅速影响到了日本和中国。美浓部达吉曾专门著书批判凯尔森的纯粹法学，其弟子等也撰文介绍纯粹法学，甚至翻译凯尔森的一般国家学等著作。在中国，范扬等人明确表明过对纯粹法学的肯定之意。在法与行政的关系上，德国纯粹法学者默克尔（Merkel）于1927年明确区分了政治性、历史性、制度性、实质性意义的考察方法与从纯粹法学出发的理论性、形式性意义的考察方法。在纯粹法学看来，法与国家具有自同性，基于统一认识法现象的理论要求，应赋予各种法的活动一定的体系性地位。所有的行政活动都应归属于国家的法的活动，它必须在上位法上获得有效的根据。近代立宪国家的行政活动必须是作为上位法之法律的具体化执行。所有的法的活动只要是法的，就必须符合上位法，行政活动当然亦须符合法律。美浓部达吉的衣钵弟子田中二郎于1938年撰文认为，在概念上也应当区分两种立场，其一是表明法与行政的本质性、法理性关系的“依法行政”或“行政的合法性”，其二是从法政策上主张的“依法律行政”或“行政的法律适合性”。行政合法性原理是一条法理性准则，它基于所有国家活动作为法的活动的本质而产生，它不论时空对于所有行政领域均为有效。法律的适合性原理则是法政策的要求。基于法政策的要求，立法针对法律与行政的关系可能有多种形态的规定，即使可以承认所有行政必须依法进行，也必须承认实定行政法的重要问题在于，什么在何种范围内必须以法律为依据。〔45〕方法论上的差别直接影响了概念乃至观点、理论的提法。可以说，奥托·迈耶代表的是历史实证主义进路，依法律行政原理是源于自由主义、民主主义的法治国家的产物；而默克尔代表的则是逻辑实证主义进路，依法行政是法与行政的逻辑结论。〔46〕对于因时因

〔43〕 历史上尚有另一种意义的“依法行政”。这里的“法”并不存在“法律”或“传统的法”那种形式，而是更为“实质的”或“真的”法，例如将忠实于真正正确的特定世界观或思想（如伊斯兰教义、法西斯等）的规范视为法，或者将由直接民主获得真正的民意作为应当有效的法。信赖圣职者、指导者、大众等，排斥行政的恣意是其一大基础（参见〔日〕藤田宙靖：《行政法的基础理论》上册，有斐阁2005年版，第12页）。这种“依法行政”其实是以超实定的秩序来控制或支配行政，是否属于近代法治类型，仍殊为可疑。

〔44〕 前引〔4〕，迈耶书，第69页以下。

〔45〕 参见前引〔23〕，田中二郎书，第12页以下。

〔46〕 有学者指出，在纯粹法学看来，行政法要否定对象上的政治色彩。如果连在根本上存在政治色彩都不能否定，也只有将民主主义法关系的优越性当作前提。参见〔日〕鹤饲信成：《行政法的历史展开》，有斐阁1952年版，第170页以下。

地因事而有所不同的法律保留，依法行政并不能给出合理的说明。对法律保留的态度可谓依法行政与依法律行政的重要分水岭。

### 三、依法律行政原理在新中国的嬗变

1949年后，依法律行政原理已近乎泥牛入海，其原因林林总总，这里先来考察法政层面与学术层面的观念转变。

#### （一）依法律行政在法政层面的吸纳与转换

新中国伊始，临时宪法性的《中国人民政治协商会议共同纲领》对国家的方方面面作出了系统规定，但全文仅有三处使用了“法律”的概念。其中两处出现于第17条，即“废除国民党反动政府一切压迫人民的法律、法令和司法制度，制定保护人民的法律、法令，建立人民司法制度”。另一处出现于第8条，即“国民均有……遵守法律”的义务。“依法”、“合法”等概念也只是零星地出现了几次。这无疑与当时立法机关的实态和国家的工作重点是相关的。

在完成人大选举之后，加强法律在国家中的地位就成为一种可能。1954年宪法实际上采行了依法律行政原理。其第22条规定，“全国人民代表大会是行使国家立法权的唯一机关”，这确立了法律的法规创造力原则。第31条第6项规定，全国人大常委会有权“撤销国务院的同宪法、法律和法令相抵触的决议和命令”，这在规范性文件的层面确立了法律优位的原则。在总纲及公民的基本权利义务部分，宪法也多次使用“依照法律”来处理国家与公民之间的关系，这是对于法律保留原则某种程度的确认。但后因众所周知的原因，法律虚无主义盛行，全国人大及其常委会甚至在长达十多年的时间里处于闭会状态，宪法的规定亦形同具文。

鉴于“文化大革命”的惨痛教训，1978年12月13日，邓小平在中共中央工作会议上提出了法制工作的“十六字方针”：“为了保障人民民主，必须加强法制。必须使民主制度化、法律化，使这种制度和法律不因领导人的改变而改变，不因领导人的看法和注意力的改变而改变。现在的问题是法律很不完备，很多法律还没有制定出来。往往把领导人说的话当做‘法’，不赞成领导人说的话就叫做‘违法’，领导人的话改变了，‘法’也就跟着改变。所以，应该集中力量制定刑法、民法、诉讼法和其他各种必要的法律……经过一定的民主程序讨论通过，并且加强检察机关和司法机关，做到有法可依，有法必依，执法必严，违法必究。国家和企业、企业和企业、企业和个人等等之间的关系，也要用法律的形式来确定；它们之间的矛盾，也有不少要通过法律来解决。”<sup>[47]</sup>这“十六字方针”曾被认为仍属于法制范畴，视法制为工具。但联系邓小平说话的时代背景及上下文，很明显具有有限权目的。而且，这段话有意无意地区分了“法”与“法律”，认为当时的问题是法律很不完备。有此认识之后，才有了1979年全国人大一次性通过七个法律案的空前绝后的壮举，才有了1982年宪法着力加强全国人大常委会建设的举措。

[47] 邓小平：《解放思想，实事求是，团结一致向前看》，《邓小平文选》第2卷，人民出版社1994年版，第146页以下。

1982年宪法“将原来属于全国人大的一部分职权交由它的常委会行使，扩大全国人大常委会的职权和加强它的组织”，着力“加强人民代表大会制度”。<sup>[48]</sup>如此，法律的地位也随之而升。宪法第5条规定，“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究”，“任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权”。这从规范性文件和具体行为两个方面确立了法律优位的原则。在总纲及公民的基本权利义务部分，宪法也多次使用“依照法律”、“由法律规定”等措辞，可以说，法律保留虽在范围上尚存在一定争议，但仍获得了宪法的承认。与1954年宪法第22条规定不同的是，现行宪法第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”，全国人大不再是“行使国家立法权的唯一机关”。国务院的行政法规（第89条）、国务院部委的规章（第90条）、省级人大的地方性法规（第100条）均在宪法上获得了承认。这让法律的法规创造力是否得到维持变得扑朔迷离。

然而，依法律行政在制度层面的落实不容乐观。1993年的政府工作报告首次在政府文件中提出“依法行政”的概念，指出“各级政府都要依法行政，严格依法办事”。<sup>[49]</sup>1999年3月15日，“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家”成为宪法第13条修正案。1999年11月8日，为了贯彻宪法修正案的法治国家原则，国务院认识到“依法行政是依法治国的重要组成部分，在很大程度上对依法治国基本方略的实行具有决定性的意义”，首次以文件的形式推进依法行政的工作，这就是《国务院关于全面推进依法行政的决定》。<sup>[50]</sup>但该文件宣示性内容较多，缺乏可操作性。2004年3月22日，国务院发布《全面推进依法行政实施纲要》，<sup>[51]</sup>提出“全面推进依法行政，建设法治政府”，明确了依法行政的基本要求，并提出十年左右基本建成法治政府的目标。其中，对“合法行政”的要求是：“行政机关实施行政管理，应当依照法律、法规、规章的规定进行；没有法律、法规、规章的规定，行政机关不得作出影响公民、法人和其他组织合法权益或者增加公民、法人和其他组织义务的决定。”从其内容来看，这里的“合法行政”形似于法律保留中的侵害保留（即没有法律的授权，不得侵害私人的合法权益），相较于过去无疑是一大进步，但它将狭义的“法律”扩大至法律、法规、规章，不仅有人大制定的法律和地方性法规，还包括了行政机关制定的行政法规和规章，使合法行政本应包含的民主主义和自由主义价值大打折扣。为了防止机械适用法律法规造成不适当的后果，在合法行政之外，该纲要又提出了合理行政、程序正当、高效便民、诚实守信、权责统一等五项基本要求。值得一提的是，“国家尊重和保障人权”于2004年3月14日写入宪法，人权保障由此成为法治国家的目的。

在法律层面上，1996年行政处罚法规定，限制人身自由的行政处罚只能由法律设定，其他处罚则分别授权给行政法规、地方性法规和行政规章设定。<sup>[52]</sup>2000年立法法第8条规定了10项法律保留的事项，其中直接关乎私人权利的有犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥

[48] 彭真：《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告——1982年11月26日在第五届全国人民代表大会第五次会议上的报告》，《人民日报》1982年12月6日第1版。

[49] 李鹏：《政府工作报告——1993年3月15日在第八届全国人民代表大会第一次会议上》，《国务院公报》1993年第9号，第359页。

[50] 国发[1999]23号，《国务院公报》2000年第1号，第16页以下。

[51] 国发[2004]10号，《国务院公报》2004年第16号，第23页以下。

[52] 参见行政处罚法第9—14条。

夺及限制人身自由的强制措施和处罚、对非国有财产的征收三项，对于前两项实行绝对保留，不得授权行政立法。立法法（2000年）似乎采取了极为重要事项保留标准，法律保留的范围相对较少。2003年行政许可法将限制私人自由权的行政许可设定权分别授予了法律、行政法规、地方性法规和省级政府规章。2011年行政强制法对行政强制执行的设定权实行法律保留，对行政强制措施设定权则分别授予了法律、行政法规和地方性法规。

在实施层面，随着自由民主意识渐渐增强，法律保留原则逐渐受到重视。收容遣送、劳动教养等制度均在很大程度上因违反法律保留原则而被废除。最新修正的立法法（2015年）也将税收立法权从国务院转回国家立法机关手中。但在制度性保障方面，法院对于违反法律的法规、规章却缺乏必要的审查权，往往要通过请示批复的形式才能解决法律适用的冲突问题，<sup>[53]</sup>实务中也看不到因缺乏全国人大及其常委会的法律依据而撤销被诉行为的情况。而在法律优位上，违反法律也不再局限于违反实在的法律规范，还包括违反法定抑或未法定的法律原则等，拓展了传统法律优位原则中法律的范围。

## （二）依法行政原理在学术层面的确立

1983年，新中国第一部统编教材《行政法概要》认为，“在进行国家行政事务管理活动中需要依法办事，这是普遍公认的原则”。其具体包括两个方面的要求：第一，各级国家行政机关和管理国家行政事务的部门必须严格按照宪法、有关法律和行政管理法规的规定处理，维护法制的统一和尊严，坚持依法办事；第二，全国各族人民都必须遵守宪法的规定，遵守有关法律和行政管理法规的规定，维护法制的统一和尊严，坚持依法办事。<sup>[54]</sup>在改革开放初期，依法办事得到重视，而现实也无法让人提出依法律行政的要求。至于私人守法也被当作其中的要求之一，这一观点后来受到批评。私人无法进行行政活动，也就无从谈起行政合法性问题。对于私人的违法，行政机关拥有必要的惩戒制裁手段，而对于行政机关来说，则必须强调行政合法性原则。<sup>[55]</sup>

1989年，罗豪才在第二部统编教材中提出了“行政法治”的概念。<sup>[56]</sup>他认为，行政法治是法治原则在行政领域的具体运用，具有自身的特殊性。他将行政法治原则分解为合法性原则与合理性原则。合法性原则具体包括四点要求：第一，任何行政职权都必须基于法律的授权才能存在；第二，任何行政职权的行使都依据法律、遵守法律；第三，任何行政职权的委托及其运用都必须具有法律依据、符合法律要旨；第四，任何违反上述三点规定的行政活动，非经事后法律认许，均得以宣告为无管辖权或无效。罗豪才所称的“法律”是指广义的法律，即包括宪法、法律、法规等。这也使行政合法性原则的前两点要求与法

[53] 参见王贵松：《法院对法律冲突问题的应对：现状与前瞻》，《法商研究》2010年第2期，第66页以下。

[54] 参见王珉灿主编：《行政法概要》，法律出版社1983年版，第58页以下。1985年，有学者引用美浓部达吉在《日本行政法撮要》中的四项原则观点，并认为美浓部这些概括的基本精神可称为“依法行政”，它是资本主义行政法的基本原则（参见应松年、朱维究编著：《行政法学总论》，工人出版社1985年版，第109页）。

[55] 参见张尚鷟主编：《走出低谷的中国行政法学——中国行政法学综述与评价》，中国政法大学出版社1991年版，第69页。

[56] 罗豪才首次提出这一概念是在1988年，但他将行政法治、民主与效率相协调并列为行政法的两大基本原则，行政法治的核心是依法行政，具体又包括合法性、合理性、越权无效、应急性四项内容。他还引用了林纪东的四项原则说（但将“法规”一词改为“法律”），并指出把行政法的基本原则分为该四个方面源于英国的戴雪，其核心就是行政法治（参见罗豪才主编：《行政法论》，光明日报出版社1988年版，第26页以下）。其中，源于戴雪的说法是错误的。

律保留变得形似而实异。对此,他作出了如下解释:“合法性原则有时也称作‘依法行政原则’。这一原则的内容曾经历了一系列的演进。在早期资产阶级国家中,合法性原则的‘法’仅指议会制定的法律,或宪法与议会法。那个时期国家事务不多,行政是消极的,因此议会根据宪法制定法律交由行政机关执行,并对其执法进行监督,便可实现国家目的。随着商品经济的发展,资本主义国家开始全面地干预社会,原有的政治体制已经不能适应新形势了。在此情况下,西方出现‘委任立法’现象,这种现象直到今日仍久兴不衰。‘委任立法’的出现改变了人们的依法行政观念,人们逐渐觉得,行政不仅应遵循宪法与议会法,还应遵循行政立法。这样,经过战后的发展,行政合法性原则内容扩大了,行政活动不仅应符合宪法、议会制定的法律,而且应符合行政机关依议会授权制定的法规。在我国,行政合法性原则要求行政机关进行行政活动时应遵循宪法、基本法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例等。”〔57〕这与前文林纪东的解释类似,均看到了委任立法的现实影响。这种对依法行政的认识也成为此后行政法学界的通说。

与上述倾向有所不同的是,姜明安认为,依法行政的要求是:第一,“行政机关进行一切活动必须根据法律的授权”;第二,“行政行为的内容必须符合法律,不能与法律相抵触”;第三,“行政行为必须按照法定程序进行”。〔58〕虽然依法行政的“法”包括宪法、法律、法规和规章,但政府行为的最终依据应该是宪法和法律。法规、规章与宪法、法律相抵触时,应当服从宪法、法律。只有宪法、法律是由全国人民代表机关制定的,反映全国人民的意志和利益。〔59〕可以说,其依法行政论具有纯粹法学的成分,是依法行政与法位阶的结合,只是较传统理论多了程序法上的要求。2005年,姜明安又进一步拓展了依法行政的法的范围。他认为,依法行政要依据宪法、法律行政,不仅要依据法的明文规定还要依据法的原理、原则行政,不仅要依据行政管理法的规定还要依据行政组织法和行政程序法的规定,要求政府对私人依法实施管理。〔60〕这是“形式法治和实质法治的结合,既追求‘有法可依,有法必依,执法必严,违法必究’,又追求‘良法之治’”。〔61〕传统依法律行政原理规范的是行政活动而不包括行政组织,所依据的法律是行政实体法而不包括行政程序法。姜明安已在很大程度上破除了传统依法律行政原理的形式法治性、仅作用于行政行为法等种种局限,但也模糊了根据规范与组织规范、规制规范之间的差别。〔62〕

2007年,留学日本的杨建顺博士提出,行政必须坚持依法律行政的理念,而在法律保持沉默或空白乃至法规范本身存在相互抵触或者不一致的某些领域中,推行作为创造性活动的行政,同样也必须进行合法性的考虑。他将合法性、合理性和公开列为行政法的基本原则。合法性原则亦称依法行政原则,行政权力的存在、运用必须依据法规范、符合法规范,不得与法规范相抵触。合法性的“法”包括法律、法规、规章,甚至也应纳入其他规

〔57〕 参见罗豪才主编:《行政法学》,中国政法大学出版社1989年版,第35页,第38页以下。

〔58〕 参见姜明安:《行政法与行政诉讼法》,中国卓越出版公司1990年版,第76页以下。

〔59〕 参见姜明安:《法治的目标价值与手段价值》,载姜明安:《法治的求索与呐喊》(论文集),中国人民大学出版社2012年版,第262页(首发于《中央政法管理干部学院学报》1996年第6期)。

〔60〕 参见姜明安:《行政法基本原则新探》,载上引书,第512页以下(首发于《湖南社会科学》2005年第2期)。

〔61〕 姜明安:《发展、改革、创新与法治》,载姜明安:《法治思维与新行政法》,北京大学出版社2013年版,第16页(首发于《中共中央党校学报》2011年第8期)。

〔62〕 对于这三种规范的差别,可参见前引〔18〕,盐野宏书,第46页以下。

范性文件，不仅包括实体法也包括程序法。<sup>[63]</sup>他实际上是将依法律行政与依法行政结合起来，同时也不拘泥于传统的依法律行政，不过分扩大法律保留的范围。

### （三）依法行政的特质

在新中国，依法行政和依法律行政的境遇形成了霄壤之别，依法行政逐步得到强调，而依法律行政则基本无人问津。法治行政首先面临着现实之困。在最初的三十年，行政无法可依，更遑论狭义的法律。改革开放后，依法律行政在很大程度上也仅停留于宪法的宣示层面。在国家权力格局中，全国人大及其常委会处于规范上的最高地位，虽然这种规范上的最高地位也有逐步得到实现的迹象，<sup>[64]</sup>但国务院拥有事实上的优势地位，而且这种优势地位一直在继续着。全国人大及其常委会因存在人员多、会期短等结构性问题，无法充分供给社会所需的法律。又因国家发展不均、事态复杂，人大制定的法律也较为原则。<sup>[65]</sup>至今，法律也不过二百四十余部，还没有充分涵盖行政的诸多领域，还没有足够明确具体的规定。全国人大及其常委会的困窘，也从客观上无法让法律的地位、让依法律行政得到应有的强调。既然法律在行政乃至国家中的地位无法予以过高强调，以效率的实用主义为指导，<sup>[66]</sup>着重加强行政立法，就成为务实的选择。为弥补行政立法中的民主赤字，国家完善了行政立法的程序，希望吸纳更多的专家、民众意见。立法法还建立了行政立法的抽象审查程序，<sup>[67]</sup>为确保行政立法的合法律性、合宪性提供制度保障，但因缺乏现实有效的运作，无法展现出法律的应有权威。

虽然不再强调法的民主性，但为传统依法律行政原理所忽视的法本身的合理性却受到重视。在学界，虽然强调执法必严，但也认为不能机械地适用法，要考虑法的目的、原则，甚至还要考虑法本身的合理性甚至合宪性。实质法治观也逐渐影响到了实务。正当程序原则、诚实守信原则等在未被实定化之前就在法院的判决中得到适用。<sup>[68]</sup>当然，因宪法监督束之高阁，虽然法的合理性得到强调，法律的合宪性却未能得到应有强调和实际保障。

在强调依法行政时，行政程序的作用和价值受到重视。传统依法律行政依据的是行政实体法，着重从行政权限、行政权发动的条件等方面控制行政权。行政程序受到重视，或许是受到了英式法治的影响。英式法治重视法院在保障人权中的作用，行政机关要限制私人的合法权益，就必须像法院那样遵守正当法律程序，而其实体的法律控制则相对较少。美国行政法学家施瓦茨的《行政法》、王名扬的《英国行政法》和《美国行政法》、英国行政法学家韦德的《行政法》于20世纪80、90年代先后出版，“正当程序”逐渐成为理论界和实务界耳熟能详的词汇。在行政程序中听取当事人甚至是某些专家、群众的意见，成为程序正当的重要标准之一。这种做法试图以带有参与性的程序弥补行政机关民主性的不足，

[63] 参见杨建顺：《行政规制与权利保障》，中国人民大学出版社2007年版，第100页，第115页以下。

[64] 参见韩大元主编：《公法的制度变迁》，北京大学出版社2009年版，第193页以下。

[65] 初期的原则化问题或许是基于邓小平关于“宜粗不宜细”的指导（前引〔47〕，邓小平文，第147页）而产生的。后期的原则化问题则与立法的客观环境制约不无关联。

[66] 其形象表述就是“黑猫白猫论”或“猫论”。参见邓小平：《怎样恢复农业生产》，《邓小平文选》第1卷，人民出版社1994年版，第323页。

[67] 参见立法法（2000年）第90条、第91条，立法法（2015年）第99条、第100条。

[68] 正当程序原则如田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案（见《最高人民法院公报》1999年第4期，第141页以下），诚实守信原则如益民公司诉河南省周口市政府等行政行为违法案（见《最高人民法院公报》1999年第4期，第27页以下）。

但它只是带有民主性，而并不是真正的民主。它只是咨询或听取个别人的意见，无法取代通过选举制度、人大制度等保障而形成的国家的整体意志，亦即法律。在一元制行政民主正当性的中国，只有法律才能给行政权的行使提供真正代表民意的民主正当性。行政程序可以发挥其补充性、限制性作用，但并不能减少行政对实体法律的民主需求。

值得警惕的是，在依法行政的框架下，有人还提及私人要守法。这种论调在理论上时不时可以看到，在实务中甚至被视为“常识”。私人固然要守法，但依法行政却不是要求行政将法当成手段去查处违法的私人，而是要求行政机关依法执法。依法行政原本应处理的问题是行政与法之间的关系，而不涉及行政与私人之间的关系。之所以出现认识上的“依法治民”，或许与依法行政的去价值相关。剥离了依法律行政的价值性，甚至连其背后的立宪主义原理一并抛弃，依法行政就存在变质的可能性。

#### 四、现行宪法对于依法律行政的立场

从依法律行政嬗变为依法行政，不仅与方法论有关，更有现实的背景。这种嬗变却未必合乎现行宪法的要求。

##### （一）依法律行政与依法行政的关系

二战后德国从国家形态上由形式法治国转成了实质法治国。德国基本法第20条第3款规定，“立法权应受宪法秩序的限制，行政权与司法权应受法律与法的限制”。如此，行政所依之法也就要发生变化。福斯特霍夫认为，迈耶的法律支配论三原则虽在质的内容方面有程度上相对缓和的趋向，但其基本概念未见全然否定。行政所依之法（Gesetz）应解为法规范（Rechtsnorm），即凡高权性的规定，以自由与财产条款为内容而对于不特定多数人且具有一般拘束力的规范均属之，亦称实质意义的法律。故而，凡依据法律的授权而由行政机关制定的法规命令，也属于“法”的范畴，只是不容许授权发布代替法律的命令。行政活动的主要目的是法律的执行，但其法规命令的发布则应有法律的授权，受法律的制约。<sup>[69]</sup>同时，依法律行政处于宪法秩序之中，其中的“法律”应是合乎宪法的法律。与此类似，二战后的日本接受了美国的宪法改造，确立了国会的最高地位，<sup>[70]</sup>同时也加强了基本人权的宪法保障。<sup>[71]</sup>依法律行政原理得到全面确立，法律的合宪性也有了制度性保障。地方自治的地位在宪法上得到明确后，法律保留的根据已经不限于法律，也包括地方公共团体（地方议会）的条例，<sup>[72]</sup>但依法律行政原理仍然是行政法学界不可动摇的通说。

依法律行政与依法行政代表着两套话语体系。两个概念固然可以并行不悖，但并非可以随意取舍。依法行政如果不强调依法律行政，实际上也就失去了对法的民主性要求。依法律行政如果没有下位法对法律的具体化，也会因法律的原则性而导致行政无序、擅权甚至专横的局面。依法行政之下的不得违法要求与依法律行政之下的法律优位要求，只要配

[69] 参见城仲模：《行政法之基础理论》，台湾三民书局1999年版，第8页。

[70] 日本宪法第41条规定：“国会是国家的最高权力机关，是国家唯一的立法机关。”

[71] 日本宪法第97条规定：“本宪法对日本国民所保障的基本人权，是人类为争取自由经过多年努力的结果，这种权利已于过去几经考验，被确认为现在及将来国民之不可侵犯之永久权利。”

[72] 参见[日]宇贺克也：《行政法概说I·行政法总论》，有斐阁2009年版，第33页。

合法位阶的法制统一性要求，就并无实质差别。两者的差别主要在于积极的依法行政部分，也就是依法律行政之下的法律保留。如果依法行政中的法，包括了法律、法规、规章等，正如《全面推进依法行政实施纲要》所宣称的那样，有法的根据就可以侵犯私人的合法权益，而法律保留所包含的要求即荡然无存。另外，关于一般所了解的依法规行政，法规既然包括法律及行政机关自行发布的各种命令、规章，则“依法行政”在概念上将“他律”变质为“自律”，并且将法律与位阶较低的规范混淆不清。<sup>[73]</sup>

从法政策的角度来说，在不同的历史时期，强调的重点应当有所差别。在德国，法律渐有泛滥之势，强调宪法对法律的控制，强调对法律的具体化，辅之以行政法院强有力的司法审查，就成为时代的需要。而在时下的中国，法律的供应远远不足，连底线的侵害保留都无法实现；法律对下位法特别是行政立法的控制，也因制度的不备、法院的弱势地位而较为乏力。简单的一句依法行政，容易将不正当的行政活动正当化，也难以实现法治国家的民主性要求。坚持形式意义上的依法律行政原理，将依法律行政原理置于宪法秩序之中，既强调行政权的民主正当性要求，又恪守法律的合宪性要求，这就是法治国家中的现代依法律行政原理。

## （二）现行宪法与依法律行政

我国现行宪法的重要目标之一是让人大制度真正有效运转，实现人大在国家权力体系中的核心地位。虽然宪法承认行政法规、部门规章等行政立法的地位（第89条第1项、第90条第2款），但仍强调法律的地位（第5条），并赋予全国人大常委会撤销行政法规的权力（第67条第7项），这就确立了法律优位的原则。

而对于哪些事项须由全国人大及其常委会规定，亦即法律保留原则及其范围，则见仁见智。宪法第89条特别是其第1项“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”，对于行政法规能否在没有法律的情况下直接依据宪法来制定，即能否直接具体化宪法，学界存在分歧。<sup>[74]</sup>如果结合宪法第85条来理解，则只能作出否定的回答。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”。1982年宪法修改草案报告对国家机构有这样一段表述：“国家机构的设置和职责权限的规定，要体现这样的精神：在法律的制定和重大问题的决策上，必须由国家权力机关，即全国人大和地方各级人大，充分讨论，民主决定，以求真正集中和代表人民的意志和利益；而在它们的贯彻执行上，必须实行严格的责任制，以求提高工

[73] 参见吴庚：《行政法之理论与实用》，中国人民大学出版社2005年版，第52页。据吴庚称，在近年来我国台湾的教科书中，已有学者不再将法律泛指为法规。例如，颇具影响力的陈敏的《行政法总论》就指出：“本书系以狭义之‘法律’（制定法）理解‘依法行政原则’中所谓之‘法’，但并不排除适用其他法院之可能性，期能涵盖法命令不得抵触法律此一面向之法律优先，并符合法律保留非仅限于干涉保留之学理发展”（2009年自刊行，第158页）。

[74] 原则否定说认为，行政法规只是“根据宪法和法律”作出具体化规定，原则上不具有创制规范的性质（参见蔡定剑：《宪法精解》，法律出版社2006年版，第381页以下）。部分否定说认为，“有关公民权利方面的内容，除非有法律依据或者法律的明确授权，行政机关不得制定涉及这一内容的行政法规”（韩大元等：《宪法学专题研究》，中国人民大学出版社2008年版，第536页，郑贤君执笔）。事项区分说认为，“国务院除了根据宪法第89条规定的行政管理职权来制定行政法规之外，就必须是对宪法和法律的执行。没有形式法律，就没有行政法规。一旦涉及要由形式法律规定的内容，就要由全国人大及其常委会来制定”（韩大元、王贵松：《中国宪法文本中的“法律”涵义》，《法学》2005年第2期，第53页）。

作效率。这种责任制对于发展社会主义民主,保证人民行使国家权力,是不可缺少的。人民通过国家权力机关作出决定以后,只有这些决定得到行政机关的迅速有效的执行,人民的意志才能得到实现。”〔75〕它阐述了人大与行政机关之间决定与执行的基本关系。“法律的制定和重大问题的决策”是全国人大及其常委会的全部职权,也是行政机关执行的根据。

国务院的执行机关定位源于1954年宪法。在制定1954年宪法时,对于“执行”一词的含义并无讨论。〔76〕1982年宪法完全继承了这一规定。协助制宪、参与修宪的许崇德对“最高国家权力机关的执行机关”这样解释:“全国人民代表大会和它的常务委员会制定的法律和通过的决议,由国务院执行。国民经济和社会发展计划、国家预算经全国人民代表大会批准,由国务院执行。国务院是最高国家权力机关的执行机关,它不能违背最高国家权力机关的决定去处理国家事务,也不能去做最高国家权力机关不批准的事情。”〔77〕国务院同时还是“最高国家行政机关”。许崇德的解释是:“国务院是最高国家行政机关,行使国家行政权……在国家行政机关系统中,国务院是最高国家行政机关。国务院有权根据宪法和法律,制定行政法规,发布决定和命令。行政法规、决定和命令虽然也是具有国家强制力的规范性文件,其效力仅低于宪法和法律,但国务院制定行政法规、决定和命令是行使行政权,不是国家立法活动,不是行使国家立法权”,“一般地说,执行和行政往往是国务院工作的同一个过程,而且二者的性质基本相同,但毕竟存在一定的差别。执行是指国务院把最高国家权力机关已经通过的法律和决议付诸实施,行政则指国务院的工作在性质上既不同于国家立法,也不是审判或者检察,而是对国家事务进行行政管理。国务院无论在执行过程中还是在对国家事务的行政管理过程中,都有权作出行政决策和规定行政措施”。〔78〕

结合这几段说明来看,在宪法上,没有法律和决议就没有执行(这相当于法律保留和法律的法规创造力),执行不得违反法律(这相当于法律优位)。虽然国务院有权制定行政法规,但行政法规只是执行的一种方式(这相当于法律的法规创造力)。〔79〕如果承认国务院有权直接依据宪法制定行政法规,亦即承认“独立命令”或“职权立法”,那将确立国务院相对于全国人大及其常委会的独立地位,独立命令也会构成法律的法规创造力和法律保留的重大例外。这种独立命令将与前述日本明治宪法第8条和第9条的天皇敕令、袁记约法第19条的大总统命令相类似。天皇命令是君主制下天皇权威的代表,大总统命令则是共和制下总统独裁的工具。目前主要大陆法系国家的例外是,法国第五共和宪法第16条、第37

〔75〕前引〔48〕,彭真文。

〔76〕对于1954宪法第47条的讨论情况,可参见许崇德:《中华人民共和国宪法史》,福建人民出版社2003年版,第332页以下。

〔77〕许崇德主编:《中国宪法》,中国人民大学出版社2010年版,第173页。许崇德针对1954宪法第47条国务院的性质和地位作出了同样的说明,只是在国务院执行根据的名称上稍有差异(参见前引〔76〕,许崇德书,第331页)。

〔78〕同上引许崇德主编书,第173页以下。

〔79〕许崇德也指出:“经全国人民代表大会授权,国务院可以制定暂行的规定或者条例,但这并不改变国务院是国家行政机关的性质”(同上书,第175页)。当然,这是否意味着“行政=法律的执行”,行政没有任何自主空间,尚有待进一步分析。在具有类似宪法规定的日本同样存在这样的争论。高桥和之主张行政只是法律的执行,而高木光则认为,在私经济行政等方面该等式难以成立(参见〔日〕高桥和之:《立宪主义与日本宪法》,有斐阁2013年版,第358页;高木光:《法律的执行——行政概念的一个断面》,高木光等编:《走向行政法学的未来:阿部泰隆先生古稀纪念》,有斐阁2012年版,第21页以下)。

条承认政府的自主条例。<sup>[80]</sup> 现行宪法并没有采用明治宪法、袁记约法、法国现行宪法的表述，采用的是“根据宪法和法律”。如果不认为现行宪法欲采用君主专制、总统独裁或行政强权的体制，那就只能认为行政法规是法律的执行，而不存在独立于法律的行政法规。依法律行政原理自当合乎现行宪法的内在要求。

立法法（2015年）第65条（2000年立法法第56条）第1款“国务院根据宪法和法律，制定行政法规”，重述了宪法的规定，但其第2款规定，“行政法规可就下列事项作出规定：（一）为执行法律的规定需要制定行政法规的事项；（二）宪法第89条规定的国务院行政管理职权的事项”。第2款第1项肯定了执行性行政法规的制定权，第2项则肯定了职权性行政法规的制定权，亦即国务院无需法律的授权即可直接针对宪法第89条规定的国务院行政管理职权的事项制定行政法规。立法法基于现实的需要，将第89条第1项“根据宪法和法律”中的“和”理解成“或”，从而让行政法规可以直接具体化宪法，这一理解与宪法特别是其关于国务院地位的规定相悖。能否将立法法当作宪法第89条第1项“根据宪法和法律”的“法律”，也就是认为立法法一揽子将宪法第89条的事项授权国务院制定行政法规？答案是否定的，否则将违反立法法（2015年）第10条第1款关于“授权决定应当明确授权的目的、事项、范围、期限以及被授权机关实施授权决定应当遵循的原则等”的规定。<sup>[81]</sup> 宪法第89条的管理事项极其广泛，径直承认国务院可独立制定行政法规，将形成由国务院行政法规宰执天下的局面，而这是与全国人大及其常委会享有国家立法权与国务院行政管理机关、执行机关的属性相悖的。为了执行法律，国务院可以自行制定行政法规。制定执行性行政法规是自主的，但要规定本属于法律事项的内容时，则必须有全国人大及其常委会的授权，国务院才能制定行政法规。

在法治水平相对不高的当代中国，之所以现实中在没有法律的情况下即制定了诸如《社会团体登记管理条例》、《出版管理条例》等限制公民基本权利的行政法规，没有施行法律保留，主要是因为，一方面，全国人大及其常委会无法提供充分的、明确的法律，另一方面，一直处于弱势的法院因缺乏法律适用的审查判断权，也无法为依法律行政、法律的应有地位提供适当的保障。如果依循“法治行政 = 依法律行政 + 行政裁判”这一简化的公式，那么全国人大是依法律行政的源头，司法审查则是依法律行政的担保机制。

### 结语：依法律行政原理在中国的开拓线

依法律行政原理传至中国，渐渐形成了分支，而作为分支的依法行政在新中国得到广泛认可。其中虽然有少许的方法论的原因，但更多地是缘于国家权力格局发生了重大变迁。依法律行政不仅代表着行政与法的关系，更代表了行政权与国家立法权之间的关系。在国家立法权无法伸张、司法权无力也无权维护法律的权威时，依法律行政便无用武之地。但是，法律中所包含的安定性、民主性和自由主义的侧面，是法治行政所无法舍弃的价值。虽然今天的法治行政不能像传统的依法律行政原理那样简单地以法律为根据，而应在宪法

[80] 参见王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1989年版，第143页以下。

[81] 立法法这一条款的本意或许在于控制专门的授权决定（如1984年、1985年的全国人大及其常委会授权决定），但也应能控制法律中的授权条款。

规范和价值指导下强调法律的合宪性、人权保障的目的性，甚至还要将程序的要求囊括在法律之中，但依法律行政的基本原理还是应当重新重视起来，这样才能与宪法对国务院的定位以及与人民代表大会制度相吻合。

近些年来，“法治政府”建设取得了诸多成就，当然问题也不在少数。国务院以及湖南、山东、宁夏、江苏等诸省政府发布了以《全面推进依法行政实施纲要》为首的一系列行政机关自我约束的文件，强调行政的自我拘束无疑具有重要的现实意义，但将行政机关自我确定的目标和方法作为实施和考核的准据，也有失去法治国家本应有的民主控制诉求的疑虑，行政的自我约束无法取得他律或异己监督的当然正当性。“纲要”将法律保留替换为法律、法规、规章的保留，或许不是简单的行政权根据的扩大，而是对法律保留的实质改变。在强调依法行政的同时，还应确立依法律行政的原理。重视法治行政中的依法律行政，在制度上，不仅要切实提高全国人大的有效性，也应赋予法院充分的审查权限，确保依法律行政的实现。在学术上，不仅应恢复依法律行政的基本原则或基本原理的地位，它将至少有助于迅速把握各种论题的法律问题所在；也应区别使用“法”与“法律”的概念，<sup>[82]</sup>它将在观念上不仅促进对法的敬畏，更树立起法律的权威。

---

---

**Abstract:** The doctrine of administration by congress' laws under the system of separation of power aims to control administrative arbitrariness through the rationality of congress' laws so as to achieving legal stability and administrative democracy. The doctrine is the product of modern *Rechtstaat* and the combination of libertarianism and democratism. It was shaped by Otto Mayer in Germany, transplanted into Japan by Minobe Tatsukichi, and exerted a direct influence on the early administrative law in China. Although the doctrine was accepted by both the constitution and the academia of the Republic of China, the principle of administration by law has emerged in China in the 1930s. After 1949, administration by law was emphasized while administration by congress' laws has been gradually forgotten. This transmutation was caused not only by growingly practical influence of administrative legislation and by methodological factors, but, more importantly, also by the changed structure of state power. From the point of view of the constitutional relationship between the National People's Congress and the State Council, the doctrine of administration by congress' laws should be re-established and guaranteed by the system of administrative litigation while at the same time some misconceptions about administration by law should be rejected, so as ensure the true realization of *Rechtstaat*.

**Key Words:** *Rechtstaat*, administration by congress' laws, administration by law, statutory reservation

---

---

[82] 在同样使用汉字的日本，曾经也存在同样的情形（参见[日]星野英一：《“法”与“法律”的用法——对其区分的建议》，国家学会编：《国家学会百年纪念·国家与市民》第3卷，有斐阁1987年版，第363页以下）。但现在，其“法律”仅指国会制定的规范性法律文件，“法令”是所有实定法的总和，而“法”则可涵盖实定法和法理、法的目的等。